

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2015두52395 종합쇼핑몰거래정지처분취소
원고, 상고인 주식회사 엔씨원 (변경 전 상호 : 주식회사 청원산업)
소송대리인 법무법인(유한) 동인 외 1인
피고, 피상고인 조달청장
원 심 판 결 서울고등법원 2015. 9. 4. 선고 2014누71469 판결
판 결 선 고 2018. 11. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 경위

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 조각석 표면에 그물망(메쉬, mesh)을 접착제로 부착하여 조각석의 짜 맞

추어진 형태를 유지하는 모자이크 페이빙(paving) 기술에 관한 특허권을 갖고 있었다. 피고는 2010. 12. 30. 원고가 위 특허기술을 이용하여 생산한 모자이크스톤블록 13개 제품을 구 조달사업에 관한 법률(2016. 1. 27. 법률 제13817호로 개정되기 전의 것, 이하 '조달사업법'이라 한다) 제9조의2에 따라 '우수조달물품'으로 지정하였다. 피고는 2012. 7. 30. 규격 및 모델을 달리하는 모자이크스톤블록 15개 제품을 우수조달물품으로 추가 지정하였고, 2013. 12. 24. 그 지정기간을 2014. 12. 29.까지로 연장하였다(이하 우수조달물품으로 지정된 원고 생산 모자이크스톤블록을 '이 사건 제품'이라 한다).

나. 원고는 2012. 6. 5. 피고와 사이에, 원고가 각 수요기관으로부터 이 사건 제품에 대한 납품요구를 받으면 계약금액의 범위 안에서 이 사건 제품을 실제로 그 수요기관에 납품한 후 그로부터 대금을 지급받기로 하는 물품구매계약(제3자를 위한 단가계약 방식)을 수의계약으로 체결하였다. 그 계약기간은 2012. 6. 5.부터 2013. 6. 4.까지였고, 그 후 2014. 12. 29.까지로 연장되었다. 위 물품구매계약에는 '원고는 물품구매계약 추가특수조건(이하 '추가특수조건'이라 한다)을 충실히 이행한다'는 취지와 '이 사건 제품의 규격은 우수조달물품(모자이크스톤블록) 규격서와 같다'는 취지가 포함되어 있었다.

다. 추가특수조건에 의하면, "그 밖의 계약조건 등 관련 규정에 의한 계약위반 사실이 있는 경우" 피고는 1개월 이상 12개월 이하의 범위 내에서 계약상대자에 대하여 종합쇼핑몰에서의 거래를 정지할 수 있도록 정하였고(제22조 제1항 제16호), 이때 거래 정지 기간은 '6개월', 거래정지대상은 '계약'이다(별표 제17호).

라. 피고는 이 사건 제품을 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지(이하 '나라장터 종합쇼핑몰'이라 한다)에 등록하였고, 원고는 나라장터 종합쇼핑몰을 통해 2013. 4. 11. 인천광역시 중구, 2013. 9. 2. 수원시 화성사업소, 2013. 9.

25. 수원시로부터 이 사건 제품의 납품을 요구받았다(이하 위 납품요구 기관들을 통틀어 '이 사건 수요기관'이라 한다).

마. 원고는 이 사건 수요기관에 이 사건 제품을 납품하였는데, 그중 일부(총 물량의 23%)에 규격서와 달리 조각석에 그물망을 부착하지 않고 조각석 표면에 잔다듬 시공을 하였다. 피고는 2014. 6. 13. '원고가 이 사건 수요기관에 공급하고 있는 제품에 대한 계약이행내역 점검 결과 계약 규격과 상이한 점이 있다'는 이유로 추가특수조건 제22조 제1항 제16호에 따라 원고에 대하여 6개월의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 취하였다(이하 '이 사건 거래정지 조치'라 한다).

2. 원심의 판단

원심은, ① 추가특수조건 제22조 제1항 제16호 등은 계약의 일부로서 원고가 그 적용에 동의한 경우에만 당사자 사이에서 구속력이 있을 뿐 법규로서의 효력이 없으므로 이 사건 거래정지 조치는 법령이 아니라 계약에 근거한 것으로 보아야 하는 점, ② 이 사건 거래정지 조치는 민간의 일반 종합쇼핑몰에서 계약상 의무위반에 대하여 계약에 부가된 조건에 따라 권리를 행사하는 것과 본질적인 차이가 없는 점, ③ 피고가 이 사건 거래정지 조치를 하는 과정에서 원고에게 보낸 문서에도 계약위반에 따라 거래정지를 한다고만 기재되어 있을 뿐 달리 이 사건 거래정지 조치를 행정처분으로 볼 수 있는 외형이 보이지 않는 점 등을 근거로, 이 사건 거래정지 조치는 계약상 의사표시에 불과하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하여 이 사건 소를 각하하였다.

3. 대법원의 판단

가. 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으

로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 그 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

나. 관련 법령과 고시 및 추가특수조건의 주요 내용

(1) 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률(이하 '전자조달법'이라 한다)에 의하면, 조달청장은 조달업무를 전자적으로 처리하기 위하여 전자조달시스템을 구축하여야 하고, 전자조달시스템의 구축·운영에 관한 기준을 정하여 고시할 수 있다(제12조 제1항, 제3항). 수요기관의 장은 전자조달시스템을 이용하여 조달업무를 전자적으로 처리하도록 노력하여야 하고(제5조 제1항), 경쟁입찰을 전자적으로 처리하려는 경우에는 입찰에 관한 사항을 전자조달시스템을 통하여 공고하여야 한다(제6조 제1항). 또한 수요기관의 장은 조달사업법에 따라 조달청장에게 조달물자의 구매 등 계약의 체결을 요청하려는 경우에는 천재지변이나 전산장애 등으로 인한 불가피한 사유가 없는 한 전자조달시스템을 이용하여야 한다(제13조 제1항). 나아가, 전자조달시스템을 이용하여 수요기관 등과 계약을 전자적으로 체결하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전자조달시스템에 이용자등록을 하여야 한다(제17조 제1항). 이용자등록을 마친 전자조달이용자는 전자조달시스템을 이용하여 이루어지는 경쟁입찰 또는 수의계약 상대자 결정(이하 '전자입찰'이라 한다)에 참가할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전자적 형태의 입

찰서 또는 견적서를 제출하여야 한다(제7조).

(2) 한편 조달청 고시인 구 국가종합전자조달시스템 종합쇼핑몰운영규정(2016. 2. 16. 조달청고시 제2016-9호로 개정되기 전의 것, 이하 '쇼핑몰운영고시'라 한다) 제2조 제1항 제1호는, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제22조에 따라 조달청 또는 수요기관이 단가계약(조달사업법 시행령 제7조에 따른 제3자를 위한 단가계약과 제7조의2에 따른 다수공급자계약을 포함)을 체결한 계약상대자의 물품정보를 등록하고 수요기관과 계약상대자의 거래를 전자적으로 처리하기 위하여 나라장터에 개설한 온라인 쇼핑몰을 '종합쇼핑몰'이라 한다고 규정하고 있다. 쇼핑몰운영고시 제9조 제1항 각 호는 피고가 나라장터 종합쇼핑몰을 통한 상품거래를 정지할 수 있는 사유를 규정하고 있고, 제10조는 계약상대자가 종합쇼핑몰 거래정지에 대하여 이의가 있는 경우에는 그 결정내용을 통보받은 날로부터 10일 이내에 이의신청을 할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 추가특수조건 제22조 제1항은 계약상대자가 각 호의 어느 하나에 해당할 경우 1개월 이상 12개월 이하의 범위 내에서 종합쇼핑몰에서의 거래를 정지할 수 있다고 규정하고 있고, 제6항은 거래정지 사유가 발생한 경우 계약담당공무원이 해당 계약상대자에게 거래정지 사유와 최대 거래정지기간 및 거래정지에 대한 다른 의견 제출기한 등을 사전에 통보하도록 규정하고 있다. 또한 제22조의3 제1호는, 제22조에 따른 거래정지 대상이 '계약'인 경우에는 해당 계약의 품명이 포함된 모든 형태의 쇼핑몰 등록과 관련된 계약을 연계적으로 정지하도록 규정하고 있다.

(4) 나아가 구 다수공급자계약 업무처리규정(2015. 2. 17. 조달청훈령 제1683호로 전부개정되기 전의 것) 제33조 제3항은 세부품명 기준으로 최초 입찰공고일 기준 최근

1년간 거래정지 2회 이상 받은 계약상대자(제2호 본문), 최근 2년간 누적 거래정지기간이 6개월을 초과한 계약상대자(제3호) 등과는 차기 공고일로부터 1년간 차기 계약을 체결하지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 구 우수조달물품 지정관리 규정(2014. 6. 16. 조달청고시 제2014-13호로 개정되기 전의 것) 제8조 제3항, 별지 제1호의17 서식은 우수조달물품지정신청서 접수마감일 기준으로 1년 이내에 쇼핑몰거래정지를 받은 경우를 해당 제품에 대한 신인도 감점사유(-3점)로 규정하고 있다.

다. 위와 같은 관련 법령 및 고시, 추가특수조건의 규정 내용과 함께 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 등을 종합하면, 이 사건 거래정지 조치는 비록 추가특수조건이라는 사법상 계약에 근거한 것이기는 하지만 행정청인 피고가 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사로서 그 상대방인 원고의 권리·의무에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상에 해당한다고 봄이 타당하다.

(1) 국가종합전자조달시스템인 나라장터에 등록된 전자조달이용자는 나라장터를 통하여 수요기관의 전자입찰에 참가하거나 나라장터 종합쇼핑몰에서 등록된 물품을 수요기관에 직접 판매할 수 있는 지위를 취득하게 된다. 이러한 지위는 전자조달법, 조달사업법 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 법률상 이익이다. 따라서 피고가 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 일정기간 정지하는 조치는 계약상대자의 법률상 이익을 직접적으로 제한하거나 침해하는 행위에 해당한다.

(2) 피고가 각 수요기관에서 공통적으로 필요로 하는 수요물자에 관하여 제3자 단가계약 또는 다수공급자계약을 체결하고 이를 나라장터 종합쇼핑몰에 등록하면, 수요기관은 나라장터 종합쇼핑몰에서 필요한 물품을 직접 선택하여 구매할 수 있게 된다.

그런데 피고가 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 할 경우 계약상대자는 피고와의 거래관계 뿐 아니라 수요기관인 국가기관·지방자치단체 및 공공기관 등과의 거래관계가 모두 정지되는 불이익을 받게 된다.

(3) 피고는 거래정지 조치를 통해 물품구매계약을 위반한 계약상대자를 종합쇼핑몰에서 배제함으로써 성실한 계약의 이행을 확보함과 동시에 자신이 구축·운영하는 종합쇼핑몰의 안전성, 신뢰성 및 공정성 확보라는 공익도 달성할 수 있게 된다.

(4) 피고가 이 사건 거래정지 조치를 하면서 원고에게 보낸 문서에는 이를 행정처분으로 볼 수 있는 기재가 없기는 하다. 그러나 ① 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치를 하는 피고가 행정기관인 점, ② 추가특수조건 제22조 제6항이 행정절차법 제21조와 유사한 처분의 사전통지절차를, 쇼핑몰운영고시 제10조가 이의신청절차를 각각 규정하고 있고, 피고가 실제로 거래정지 조치의 상대방에게 "행정절차법 제21조 제1항"이 기재된 의견제출통지서를 보내기도 하였던 점, ③ 전자조달법 제12조에 근거한 쇼핑몰운영고시 제9조 제1항은 피고가 나라장터 종합쇼핑몰을 통한 상품거래를 정지할 수 있는 사유들을 규정하고 있는 점, ④ 조달업체들 역시 피고의 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치가 행정처분에 해당하는 것으로 인식하고 그에 대하여 항고소송을 제기하여 온 점 등을 고려하면, 이 사건 거래정지 조치는 행정처분으로서의 외형을 갖추었다고 볼 수 있다.

(5) 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지의 대상이 계약인 경우, 추가특수조건 제22조의3 제1호에 의하여 해당 계약의 품명이 포함된 모든 형태의 계약이 연계적으로 거래정지 대상이 된다. 즉 계약상대자가 동일 품명에 해당하는 여러 품목의 물품에 관하여 2개 이상의 제3자 단가계약을 체결한 경우 거래정지 사유가 1개의 계약과 관련하여서만 인

정되는 경우에도 나머지 계약까지 거래정지 대상이 될 수 있으므로, 거래정지 조치는 계약상대자에게 중대한 불이익이 될 수 있다. 또한 거래정지 기간 경과 후 계약상대자가 피고와 새로운 다수공급자계약을 체결하려고 하거나 피고에게 우수조달물품 지정신청을 할 때, 거래정지를 받은 사실 자체가 계약체결 거부사유 또는 감점사유로 불이익하게 작용할 수 있다.

라. 이처럼 추가특수조건에 근거하여 이루어지는 종합쇼핑몰 거래정지 조치는 피고가 계약상대자에게 부과하는 대표적인 불이익 조치 중 하나로서 계약상대자에게 중대한 영향을 미치므로, 이 사건 거래정지 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 다만, 추가특수조건에서 정한 제재조치의 발동요건조차 갖추지 못한 경우에는 이 사건 거래정지 조치는 위법하다고 인정할 수 있다. 따라서 원심으로서 원고의 행위가 추가특수조건에서 정한 거래정지 조치의 사유에 해당하는지, 추가특수조건의 내용이나 그에 기한 거래정지 조치가 국가계약법령 등을 위반하였거나 평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호 원칙 등을 위반하였는지 등에 관하여 나아가 살펴야 할 것이다.

마. 그런데도 원심은 이와 달리, 이 사건 거래정지 조치가 사법상 계약에 근거한 의사표시에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하여 이 사건 소를 각하하였다. 이러한 원심판결에는 항고소송의 대상인 처분에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희

 대법관 박상옥

주 심 대법관 조재연