

## 가처분 이의

[서울고등법원 2012. 6. 15. 2011카합1987]



### 【전문】

【채권자, 피신청인】 에스케이건설 주식회사 외 9인 (소송대리인 법무법인 케이씨엘 외 1인)

【채무자, 신청인】 대한민국

【채무자 보조참가인】 대림산업 주식회사 (소송대리인 변호사 황정근 외 2인)

### 【주문】

】

1. 채권자들과 채무자 사이의 서울고등법원 2011라1243 지위보전 등 가처분 신청사건에 관하여 위 법원이 2011. 10. 20. 한 가처분결정을 인가한다.

2. 소송총비용 중 보조참가로 인한 부분은 채무자 보조참가인이 부담하고, 나머지 부분은 채무자가 부담한다.

【신청취지】채권자들: 주문과 같다.채무자: 주문 제1항 기재 가처분결정(이하 '이 사건 가처분결정'이라 한다)을 취소하고, 채권자들의 이 사건 가처분신청을 기각한다.

【신청취지】채권자들: 주문과 같다.채무자: 주문 제1항 기재 가처분결정(이하 '이 사건 가처분결정'이라 한다)을 취소하고, 채권자들의 이 사건 가처분신청을 기각한다.

### 【이유】

#### 1. 기초 사실

기록에 의하면, 다음 각 사실이 소명된다.

가. 입찰의 실시와 경과

(1) 채무자 산하 조달청은 포항지방해양항만청의 위탁을 받아 2010. 12. 29. 조달청 시설공고 제20101225719-00호로 '포항 영일만항 남방파제(1단계 1공구) 축조공사'(이하 '이 사건 축조공사'라 한다)에 관한 입찰(이하 '이 사건 입찰'이라 한다)을 공고하였다.

(그 후 2011. 4. 4. 및 같은 달 8. 두 차례에 걸쳐 정정공고가 있었다.

이하 통틀어 '이 사건 입찰공고'라 한다.

)

(2) 별지1 '채권자 명단' 중 제1항에서 제7항 기재 각 채권자는 건설업을 하는 회사이고, 같은 명단 중 제8항에서 제10항 기재 각 채권자는 설계업을 하는 회사인데, 채권자들은 공동수급체(이하 '채권자측 공동수급체'라 한다)를 구성하고 그 중 채권자 에스케이건설 주식회사(이하 '채권자 에스케이건설'이라 한다)를 공동수급체 대표자로 선정한 후 2011. 1. 10. 공동수급협정서 및 입찰참가자격 사전심사 신청서를 제출하여 2011. 1. 11. 이 사건 입찰의 입찰적격자로 선정되었다.

(3) 채권자측 공동수급체 대표자인 채권자 에스케이건설은 2011. 4. 28. 실시된 실시설계 입찰에서 국가종합전자조달시스템을 통하여 입찰서를 제출하였고, 적격심사 결과 제1순위 득점자에 해당하여 2011. 6. 21. 실시설계적격자로 선정되었다.

(4) 그런데 채권자측 공동수급체의 구성원 중 하나인 채권자 주식회사 항도엔지니어링(이하 '채권자 항도엔지니어링'이라 한다)은 그 대표이사인 소외 1, 2 2인 중 소외 2가 2011. 3. 31. 대표이사직을 사임하고 2011. 4. 7. 법인등기부

상 말소등기가 마쳐졌음에도 국가종합전자조달시스템상의 대표자 등록정보를 변경하지 아니한 결과, 채권자 에스케이건설이 위 실시설계 입찰서를 제출할 당시에는 국가종합전자조달시스템상에 채권자 항도엔지니어링의 대표자로 '소외 1, 2' 2인이 모두 표시되어 있었다.

- (5) 채무자 산하 조달청장은 위와 같이 채권자 항도엔지니어링의 대표자 변경등록이 제대로 이루어지지 않은 것이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 시행령」 제39조 제4항 및 국가계약법 시행규칙 제44조 제6호의3 나목(이하 '이 사건 무효규정'이라 한다)에 규정된 입찰무효 사유에 해당한다는 이유로 2011. 6. 24. 채권자 에스케이건설에 실시설계적격자 선정 취소통보(이하 '이 사건 취소통보'라 한다)를 하고, 같은 날 제2순위 득점자인 별지2 '채무자 보조참가인측 공동수급체 구성원 명단' 기재 각 회사로 구성된 공동수급체(이하 '보조참가인측 공동수급체'라 한다)를 실시설계적격자로 선정한 다음, 2011. 6. 30. 보조참가인측 공동수급체를 낙찰자로 결정하고 같은 날 보조참가인측 공동수급체와 사이에 별지3 '공사도급계약' 기재 계약(이하 '이 사건 보조참가인측 계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 가처분결정, 즉시항고와 이 사건 이의신청

- (1) 채권자들은 채무자의 이 사건 취소통보가 이 사건 무효규정과 이에 따른 입찰무효의 범위, 입찰무효시 재심사의무의 발생 여부에 대한 해석을 그르치거나 신의성실의 원칙에 위반되어 무효이므로 여전히 채권자들이 이 사건 입찰에 있어 실시설계적격자의 지위에 있다고 주장하면서, 채권자들이 임시로 그 지위에 있음의 확인과 함께 채무자가 보조참가인측 공동수급체와 사이에 이 사건 입찰에서의 실시설계적격자가 보조참가인측 공동수급체임을 전제로 진행하는 후속 절차 일체의 정지를 구하는 이 사건 가처분신청을 서울중앙지방법원 2011카합1641호로 하였으나, 위 법원은 채권자들 주장의 피보전권리에 대한 소명이 부족하다는 이유로 채권자들의 위 가처분신청을 기각하였다.
- (2) 채권자들은 이 사건 무효규정에 따른 입찰무효 사유에 대한 채무자의 해석이 부당하고, 설령 채권자측 공동수급체 중 일부 구성원의 흠이 형식상 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유에 해당한다 하더라도 위 흠은 이 사건 입찰 전체를 무효로 할 정도로 중대한 것이 아니므로 이를 이유로 한 채무자의 이 사건 취소통보는 위법하다고 주장하면서 위 기각결정에 대해 서울고등법원 2011라1243호로 즉시항고를 제기하였는데, 위 법원은 채무자가 이 사건 취소통보의 근거로 삼은 채권자측 공동수급체 일부 구성원의 흠이 이 사건 입찰 전체를 무효로 할 만큼 중대한 것이 아니고 보전의 필요성도 인정된다는 이유로 채권자들의 가처분신청을 받아들여 이 사건 가처분결정을 하였다.
- (3) 채무자는 이 사건 가처분결정이 이 사건 무효규정의 효력에 대한 해석을 그르쳤을 뿐만 아니라, 이미 보조참가인측 공동수급체와 사이에 실시설계적격자 선정과 실시설계심사를 거쳐 이 사건 축조공사 전부에 관하여 계약을 체결한 뒤 일부 공사를 시행 중이므로 보전의 필요성이 없다고 주장하면서 이 사건 이의신청을 제기하였다.

다.

본안소송 1심 판결

(1) 채권자들은 채무자를 상대로 채권자들이 이 사건 입찰에서 실시설계적격자의 지위에 있음의 확인을 구하는 본안소송을 서울중앙지방법원 2011가합128865호로 제기하였는데, 위 법원은 2012. 5. 18. 채권자들 중 채권자 항도엔지니어링은 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유에 해당하는 흠이 있어 실시설계적격자의 지위에 있지 않지만, 나머지 채권자들은 위 무효에 영향을 받지 않고 달리 입찰무효에 해당하는 흠도 없다는 이유로 채무자의 이 사건 취소통보에 불구하고 실시설계적격자의 지위에 있다는 내용의 판결을 선고하였다.

(2) 위 본안소송의 판결에 대하여는 채권자, 채무자와 채무자의 보조참가인이 모두 각 그 패소 부분에 대하여 항소를 제기한 상태이다.

#### 라. 관련 규정

이 사건과 관련된 국가계약법 시행령, 같은 법 시행규칙, 관련 고시, 예규 등의 규정(이하 '이 사건 관련 규정'이라 한다) 내용은 별지4 '관련 규정' 기재와 같다.

### 2. 당사자들의 주장

#### 가. 채권자들 주장 요지

채무자는 이 사건 입찰에서 채권자들을 적법하게 실시설계적격자로 선정하였음에도 뒤늦게 채권자측 공동수급체 중 일부 구성원의 대표자에 관한 등록정보 변경등록이 이루어지지 않았다는 이유로 선정을 취소하였다.

채무자의 이 사건 취소통보는 아래와 같은 흠이 있어 위법하고, 그로 인해 채권자들은 이 사건 입찰에서의 실시설계적격자의 지위와 장차 이 사건 입찰에서 낙찰자로 선정되어 계약상대방이 될 수 있는 권리를 부당하게 박탈당하였다.

그러므로 채권자들은 이 사건 가처분결정의 인가를 구한다.

#### (1) 이 사건 무효규정에 규정된 '대표자'의 범위

「국가종합전자조달시스템 전자입찰특별유의서」 제10조 및 「일괄입찰 등의 공사입찰특별유의서」 제12조 제5항 등 이 사건 관련 규정에 따르면, 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하는 경우에는 공동수급체의 대표자만이 입찰자가 되게 되어 있으므로, 이 사건 무효규정에 따른 입찰무효 사유의 존부를 판단함에 있어서는 채권자측 공동수급체의 대표자로서 이 사건 입찰의 '입찰자'인 채권자 에스케이건설의 대표자만을 위 무효규정에서 말하는 '대표자'로 보아야 하는데, 채권자 에스케이건설은 그 단독 대표이사인 '소외 3'을 등록하였고 그 등록사항에 변경이 없는 이상, 위 무효규정에 따른 입찰무효 사유는 없다.

그럼에도 채무자가 '입찰자'와 이 사건 입찰공고에서 요구하는 '입찰참가 자격'을 혼동하고, 채무자의 내부규정에 불과한 이 사건 무효규정에 따른 입찰무효 사유를 자의적으로 확대해석 함으로써 채권자측 공동수급체의 구성원에 불과한 채권자 항도엔지니어링의 대표자 등록정보에 오류가 있다는 이유로 채권자측 공동수급체의 입찰을 무효로 판단한 것은 부당하다.

#### (2) 대표대표자 외 대표자의 등록사항 변경등록 의무

설령 채권자측 공동수급체의 구성원 각각의 대표자 등록사항에 대한 변경등록 여부가 독립된 입찰무효 사유에 해당한다고 하더라도, 채권자 항도엔지니어링이 국가종합전자조달시스템상에 대표이사 소외 1을 '대표대표자'로 등록해 놓은 이상, '대표대표자가 아닌 대표자'인 대표이사 소외 2에 관하여 변경등록을 하지 아니한 것은 이 사건 무효규

정에 따른 입찰무효 사유에 해당하지 않는다.

(3) 대표자 등록사항 변경의무 위반이 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유인지 여부

또한, 위와 같은 입찰 절차상의 흠이 있었다 하더라도 이 때문에 이 사건 입찰을 당연 무효로 보는 것은 채무자의 내부 규정에 불과한 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유를 확대하여 해석한 것이어서 위법하고, 그 흠이 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐만 아니라 상대방도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 그러한 흠을 목인한 낙찰자 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 결과가 될 것이 분명할 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효로 볼 수 있을 뿐인데, 채권자 항도엔지니어링은 비록 경쟁입찰자 자격등록증의 대표자 정보를 변경하지 않았다 하더라도 대표자 기재가 진실하게 되어 있는 법인등기부 등본과 사업자등록증을 제출하였고 채무자도 이를 확인하고 실시설계적격자로 선정한 것이며, 설령 채권자 항도엔지니어링이 이 사건 입찰과 관련하여 법인등기부 등본 등을 채무자에게 제출하지 않았다 하더라도 채무자는 국가계약법 시행규칙 제16조 제1항에 따라 전산시스템 등을 통해 채권자 항도엔지니어링의 법인등기부 등본 등을 확인할 의무가 있는 이상, 이러한 하자를 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유에 해당하는 중대한 흠이라고 볼 수는 없다.

(4) 서류보완요구 등 필요 조치 이행의무, 일부 무효와 재심사의무 여부, 신의칙 위반 여부

한편 채권자 항도엔지니어링이 국가종합전자조달시스템상의 대표자 등록정보를 변경 등록하지 아니한 입찰 절차상 흠이 있었다 하더라도 이는 채권자 항도엔지니어링의 단순한 업무착오에 불과한데, 채무자가 국가계약법 시행규칙 제16조의 규정에 따라 '입찰자'인 채권자 에스케이건설 혹은 채권자 항도엔지니어링에게 서류보완 등에 필요한 적절한 조치를 할 의무가 있음에도 이런 절차 없이 실시설계적격자 선정취소를 한 것은 그 자체로 위 의무 위반 또는 재량권 남용에 해당하여 위법하다.

설령 위 흠을 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유로 보더라도 채권자 항도엔지니어링의 대표자 등록정보 변경 해태로 인해 무효로 되는 것은 채권자측 공동수급체의 입찰 중 채권자 항도엔지니어링에 관한 부분에 한정되고, 채권자측 공동수급체는 그 잔존 구성원들만으로도 이 사건 입찰에서의 입찰참가자격요건을 갖추고 있으므로 과잉금지의 원칙상 채무자로서는 이를 재심사하여 채권자측 공동수급체의 잔존 구성원들로 하여금 이 사건 입찰에 참가하도록 허용할 의무가 있으며, 나아가 채권자측 공동수급체는 적격심사 단계에서 그 잔존 구성원들만으로도 이 사건 입찰의 실시설계적격자로 선정될 수 있었다.

더욱이 이 사건 취소통보는 기존에 채무자 산하 기획재정부, 조달청 등이 행한 질의회신 내용과 배치될 뿐만 아니라 그 절차에 있어서도 채권자들에게 소명의 기회를 부여하지 않아 부당하므로, 신의성실의 원칙에 위배된다.

나. 채무자와 채무자 보조참가인 주장의 요지

- (1) 입찰무효 사유는 공동수급체를 구성하는 구성원 전부에 적용이 있고, 그 법적 성질은 관련 규정 등에 비추어 강행규정에 해당하므로 입찰자에게 이에 해당하는 흠이 있는 이상 그 흠의 중대성 여부와 관계없이 당해 입찰은 당연 무효로 보아야 한다.

- (2) 설령 입찰무효 사유에 해당하는 흠을 그 중대성을 기준으로 하여 유·무효를 개별적으로 판단하여야 한다 하더라도, 이 사건 무효규정과 같이 대표자의 변경등록 해태와 같은 흠은 입찰의 공공성과 공정성 등을 훼손할 수 있는 것이어서 그 입찰을 무효로 돌릴 만큼 중대한 것으로 보일 뿐만 아니라, 일단 채무자가 입찰절차의 공정하고 통일적인 처리를 위해 그 흠을 이유로 이 사건 무효규정에 따라 이 사건 취소통보를 한 이상 채권자들로서는 이 사건 입찰의 유효를 주장할 수 없다.
- (3) 입찰무효 사유가 채권자측 공동수급체 중 일부 구성원에게 있다 하더라도 공동수급체의 입찰은 하나의 행위이므로 이를 분리하여 유·무효를 판단할 수 없어 그 전체가 무효가 되는 것일 뿐, 일부 무효의 법리를 적용할 아무런 근거가 없고, 일괄입찰방식에 따르는 이 사건 입찰의 특성상 채무자에게 채권자측 공동수급체의 실시설계적격에 대한 재심사 의무가 인정될 여지는 없다.
- (4) 채무자는 이 사건 취소통보 후 보조참가인측 공동수급체를 실시설계적격자로 선정하고 실시설계심사를 마친 후 보조참가인측 공동수급체와 사이에 이 사건 축조공사 전부에 대한 공사계약을 체결하였고, 보조참가인측 공동수급체는 이에 따라 위 축조공사의 상당 부분을 이미 진행한 상태이므로 이 사건 가처분신청은 그 보전의 필요성도 없다.

### 3. 쟁점

#### 가. 피보전권리와 관련하여

채권자들은 채무자의 이 사건 취소통보가 여러 가지 흠으로 인해 무효이므로 여전히 채권자들이 실시설계적격자의 지위에 있다고 주장하고, 채무자와 채무자 보조참가인은 이 사건 취소통보는 적법한 것이어서 채권자측 공동수급체는 실시설계적격자의 지위를 상실하였다고 주장하므로 채무자의 이 사건 취소통보가 위법·무효인지가 문제이다.

채무자의 이 사건 취소통보가 위법·무효인지를 판단하기 위해서는, 먼저 ① 실시설계적격자 선정 및 취소에 관한 기본 법리로서, 이 사건 축조공사 도급계약의 법적 성질, 이 사건 입찰절차에서 실시설계적격자 선정이 갖는 의미와 실시설계적격자의 입찰절차상 지위, 선정 취소통보의 법적 의미와 한계를 밝힌 뒤, ② 이 사건 취소통보의 기초가 된 채권자 항도엔지니어링의 입찰절차상 흠이 이 사건 무효규정에 해당하여 채권자측 공동수급체의 입찰을 무효로 보아야 하는지(이 경우에는 이 사건 취소통보가 적법·유효한 것임에 별다른 이론이 있을 수 없다), ③ 만일 채권자측 공동수급체의 입찰이 무효가 아니라면, 그럼에도 채무자가 한 이 사건 취소통보가 채권자들이 주장하는 흠들로 인해 그 한계를 벗어난 것으로서 위법·무효인지를 살펴야 할 것이다.

#### 나. 보전의 필요성과 관련하여

채무자가 보조참가인측 공동수급체와 사이에 실시설계심사를 완료하고 이 사건 축조공사 전부에 대한 공사계약을 체결하였는지, 보조참가인측 공동수급체가 위 공사계약에 따라 상당 부분의 공사를 이미 시행하였는지, 채무자 보조참가인측 공동수급체에 대한 실시설계적격자 선정으로 채권자측 공동수급체가 더 이상 실시설계적격자의 지위 확인을 구할 이익이 소멸되는 것인지 등이 문제이다.

#### 4. 실시설계적격자 선정 및 취소에 관한 기본 법리

가. 이 사건 축조공사 도급계약의 성질과 지배원리

이 사건 축조공사 도급계약은 국가계약법 및 그 시행령 등에 따라 체결되는 계약인데(소갑 제2호증의 1에 첨부된 공사 입찰공고는 제2.1조에서 이 사건 축조공사가 국가계약법 시행령 제6장에 의한 설계·시공 일괄입찰 공사임을 규정하고 있다.

), 국가가 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다( 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등 참조).

나. 실시설계적격자 선정과 입찰절차상 지위

##### (1) 이 사건 입찰 절차의 진행과정

이 사건 입찰공고 및 입찰안내서(소갑 제3호증)에 의하면, 이 사건 입찰의 절차는 별지5 '입찰업무 절차' 기재와 같이 진행되는바, 이 사건 축조공사에 참여하고자 하는 입찰자들은 ① 입찰참가자격 '사전심사(PQ, Pre-Qualification)'에 관한 서류를 제출하여, ② 심사를 거쳐 발주처로부터 사전심사 통과(기본설계 참여 적격자 선정) 통보를 받은 후, ③ 현장설명회에 참여하여 입찰자격을 얻은 다음, ④ 국가종합전자조달시스템을 통하여 입찰서를 제출하면, ⑤ 발주처가 입찰자를 대상으로 설계평가와 가격평가를 실시하여 그 합계점수가 가장 높은 입찰자를 실시설계적격자로 선정하게 되고, ⑥ 실시설계적격자가 적격통지를 받은 날로부터 60일 이내에 실시설계도서를 작성하여 제출하면, ⑦ 발주처가 설계자문위원회의 검토를 거쳐 낙찰자로 결정하고, ⑧ 이에 따라 이 사건 축조공사에 관한 도급계약을 체결하는 절차를 밟게 되어 있다.

##### (2) 낙찰자 결정, '계약' 체결 등에 관한 이 사건 관련 규정

국가계약법 시행령은 제87조에서 이 사건과 같은 설계·시공 일괄입찰에서의 낙찰자 결정과 관련하여 설계자문위원회로부터 당해 실시설계의 적격통지를 받은 때 그 실시설계서를 제출한 실시설계적격자를 낙찰자로 결정하도록 하고( 제2항), 낙찰자의 결정은 부득이한 사유가 없는 한 실시설계서가 제출된 날부터 60일 이내에 하여야 하며( 제4항), 공사의 시급성 기타 특수한 사정으로 인하여 필요하다고 인정하는 경우에는 실시설계적격자로 하여금 당해 공사를 공정별 우선순위에 따라 구분하여 실시설계서를 작성하게 하고 이에 대하여 실시설계적격 통지를 받은 때에는 그 실시설계적격자를 낙찰자로 결정하여 우선순위에 따라 공사를 시행하게 할 수 있되{ 제5항, 설계·시공 병행방식(Fast-Track)을 지칭하며 이하 '패스트 트랙'이라 한다}, 낙찰자로 결정된 자로 하여금 위 공사를 시행하게 하기 전에 총공사와 실시설계적격 통지를 받은 공사에 대한 산출내역서를 제출하게 하여 이에 따라 계약을 체결하도록 하고 있다( 제6항).

또한, 국가계약법은 제11조 제1항에서 그 시행령에서 정하는 경우를 제외하고는 계약의 목적·계약금액·이행기간·계약보증금·위험부담·지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성할 의무를 부과하고, 제2항에서 계약서를 작성하는 경우에는 그 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정하고 있다.

### (3) 실시설계적격자의 선정과 그 지위

이상에서 살펴본 국가계약법 등 이 사건 관련 규정 및 이 사건 입찰 절차의 진행과정에 비추어 보면, 실시설계적격자의 선정은 채무자와 채권자들 사이의 사법상 '계약'의 체결 전에 이루어지는 낙찰자 결정에 앞서 그 교섭과정에서 거치는 중간 단계에 불과하고, 실시설계적격자는 구속력이 발생하는 '계약'의 상대방이 아님은 물론, '계약의 편무예약'(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결 등 참조)의 예약상 권리자의 지위에도 있지 않다.

다만 실시설계적격자는 이후 실시설계도서를 제출하여 적격통지를 받는 경우 계약서를 작성함으로써 계약을 확정시킬 수 있는 낙찰자가 될 지위에 있을 뿐만 아니라, 이 사건 입찰공고에 첨부된 '설계·시공 병행방식(Fast Track) 시행 설명서'에 의하면 실시설계적격자로 선정된 후에는 패스트 트랙 공사와 관련하여 그 착공 전에 계약 체결, 공사기간, 공사대금 및 지급시기 등 시공 전반에 관한 사항을 발주처와 협의, 시행할 권한이 있고(다만 발주처는 부득이한 사유로 패스트 트랙 방식의 적용이 어려울 경우 실시설계적격자에게 사전 통보 후 이를 유보 또는 취소할 권리가 있다), 설령 실시설계의 수준 미달로 계약체결이 불가능하거나 기타 실시설계적격자의 사유로 인해 계약을 체결하지 못하는 경우에도 패스트 트랙 부분 공사에 한해서는 준공처리를 받을 수 있는 권리가 보장되어 있다.

결국, 실시설계적격자는 낙찰자 결정 및 계약 체결에 대한 일종의 기대권을 갖고 있으나 원칙적으로는 발주처로 하여금 이를 강제할 구속력은 갖지 않는다고 보아야 하고, 다만, 그 기대권이 정당하게 형성된 경우에는 신의성실의 원칙(국가계약법 제5조 제1항은 "계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다.

"고 규정하고 있는데, 이는 계약 체결에 선행하는 교섭과정 중에도 적용되는 원칙으로 보아야 할 것이다.

)상 발주처가 임의로 이를 침해하지 못하는 것으로 해석함이 상당하다.

다.

#### 취소통보의 법적 의미와 그 한계

실시설계적격자 선정의 법적 성질 및 그 지위를 위와 같이 낙찰자 결정 및 계약 체결 자체가 아니라 이에 대한 일종의 사법상 기대권으로 보는 이상 계약의 일반적 구속력은 인정되지 않고, 채무자는 계약자유의 원칙상 실시설계적격자 선정을 파기하고 계약 체결을 위한 이후의 교섭절차를 진행하지 않을 자유가 있다.

즉, 실시설계적격자 선정의 취소통보는 그 자체의 이행 또는 후속 절차의 진행이 강제되는 낙찰자 결정이나 계약에 대한 취소, 철회 또는 해제·해지가 아니고, 그 전 단계인 계약체결을 위한 교섭과정에서의 일방적인 기존 절차의 철회 및 후속 절차의 거부 또는 중지를 의미한다.

(이런 의미에서의 취소통보는 아래에서 보는 한계를 벗어나지 않는 한 그 사유가 문제 되지 않는데, 실시설계적격자의 선정에 흠이 있는 경우라 하더라도 채무자가 이를 문제 삼지 않고 후속 절차의 이행을 원하는 경우가 있을 수 있는 반면, 특별한 흠이 없는 경우라 하더라도 신의칙에 반하는 것이 아닌 한 후속 절차의 이행을 거부할 수도 있기 때문이다.

)

그러나 한편 앞서 본 바와 같이 실시설계적격자가 형성한 정당한 기대권은 신의성실의 원칙상 상대방이 일방적 의사표시로 철회하거나 불이행으로 침해하거나 기타의 방법으로 방해하지 못하는 것으로 보아야 하고 여기에 취소통보의 한계가 있다.

이 사건에서 채권자들은 채권자 항도엔지니어링의 이 사건 입찰 절차상 흠이 이 사건 무효규정에 따라 채권자 항도엔지니어링의 입찰을 무효로 돌릴 정도로 중대한 것이 아니라는 전제하에, 이 사건 취소통보에는 여러 가지 흠이 존재하고 이로 인해 위법·무효라는 주장을 하고 있는바, 이는 결국 이 사건 취소통보가 채권자 항도엔지니어링의 입찰이 무효임을 전제로 하는 것이라면 위 취소통보는 더 살필 필요 없이 부적법하여 무효이고, 설령 이 사건 취소통보가 채권자 항도엔지니어링의 입찰 무효를 전제로 한 것이 아니라 하더라도 위 취소통보는 그 자체에 존재하는 여러 가지 흠으로 인해 계약자유 원칙의 한계를 벗어나 신의칙에 위반하여 채권자들이 형성한 정당한 기대권을 침해하는 것이므로 무효라는 취지의 주장으로 해석할 수 있으므로, 이하에서 항을 바꾸어 이에 관하여 본다.

(다만 이 사건 취소통보가 계약자유 원칙의 한계를 벗어나 부당하게 채권자들의 기대권을 침해한 경우, 채권자들이 그 구제방안으로 금전적인 손해배상 이외에 취소통보 자체가 무효임을 주장할 수 있는지도 문제이다.

그러나 이 사건 취소통보를 채권자들이 형성한 기대권의 침해로 보는 근거 중 하나를 앞서 본 바와 같이 신의성실의 원칙에서 찾는 이상, 이에 위반한 법률행위는 무효로 볼 수 있으므로, 취소통보 자체의 무효를 주장할 수도 있는 것으로 판단된다.

)

## 5. 취소통보의 효력에 관한 검토

채무자의 이 사건 취소통보는 채권자 항도엔지니어링의 대표자 등록사항 변경등록의무 위반이 입찰무효에 해당한다는 점을 주된 근거로 삼고 있으므로, 입찰무효 사유가 있음을 전제로 한 취소통보의 효력을 먼저 살피고, 나아가 이 사건 취소통보가 입찰무효 사유를 전제로 하지 않고도 계약자유 원칙 등에 따라 허용될 수 있는 것인지에 관하여 살피기로 한다.

### 가. 입찰무효임을 전제로 한 취소통보의 효력

#### (1) 이 사건 무효규정에 규정된 '대표자'의 범위

공동수급체를 구성하여 국가계약법에 따른 입찰에 참가한 후 낙찰자로 선정되어 계약을 체결하는 경우 공동수급체의 모든 구성원은 공동이행방식에 의하든 분담이행방식에 의하든 국가계약법 제25조에 규정된 공동계약의 계약 상대방이 되어 그 공동계약에 따른 권리를 갖거나 의무를 부담한다.

또한, 채무자의 계약담당공무원이 입찰참가자격 사전심사나 적격심사를 할 때에는 원칙적으로 공동수급체의 구성원 전원을 대상으로 하는 것이지만 공동수급체의 대표자만을 대상으로 하여 심사하지는 않는다.

따라서 「국가종합전자조달시스템 전자입찰특별유의서(2010. 8. 17. 조달청 고시 제2010-23호)」 제10조 제3항 본문 및 「일괄입찰 등의 공사입찰특별유의서(2010. 9. 27. 조달청 시설총괄과-7477)」 제12조 제5항 본문에서 "공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하는 경우 입찰자는 당해 공동수급체 대표자이어야 한다.



"고 규정하고 있다 해도 이는 구체적인 입찰행위를 공동수급체 대표자가 하여야 한다는 의미일 뿐이고, 그러한 공동수급체 대표자의 입찰행위는 위 각 조항 단서에 규정되어 있는 바와 같이 공동수급체 구성원들로부터 권한을 위임받아 그들을 대표 또는 대리하여서 하는 행위에 해당한다.

한편 이 사건 입찰공고 제3.5조에서는 "공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하고자 하는 경우에는 구성원 모두가 조달청에 입찰참가자격등록을 하여야 합니다.

"라고 규정하고 있고, 제3.7조에서는 "입찰에 참가하고자 하는 자는 반드시 입찰등록사항과 법인등기부 등본(법인) 및 사업자등록증(개인) 상 대표자(대표자가 다수인 경우 전부), 주소, 상호 등이 일치하는지 확인하고 입찰에 참여하여야 합니다.

"라고 규정하고 있으며, 제9.3조에서는 " 국가계약법 시행령 제39조 제4항, 같은 법 시행규칙 제44조, 「공사 입찰유의서 (2010. 11. 30. 기획재정부 회계예규 2200.04-102-17)」 제15조 및 「일괄입찰 등의 공사입찰특별유의서」 제8조 제6항에 해당하는 입찰은 무효처리 됩니다.

"라고 규정하고 있는바, 이 사건 입찰공고의 위 규정들은 그 규정 형식이나 내용, 체계상 지위 등에 비추어 볼 때 국가계약법 제25조와 함께 공동수급체에 의한 입찰의 무효 여부 판단대상이 되는 등록사항(특히 대표자)의 범위를 규정하고 있는 것으로 봄이 합리적이고, 이와 무관하게 단지 그 입찰참가 자격만을 규정한 취지로 볼 수는 없으므로, 이 사건 입찰에서 채권자측 공동수급체의 모든 구성원은 입찰참가자격 등록사항에 변경이 있을 경우 이를 변경등록한 뒤 입찰서를 제출할 의무를 부담한다.

결국, 채권자측 공동수급체의 구성원 중 하나인 채권자 항도엔지니어링의 대표자도 이 사건 무효규정에서 규정하는 '대표자'에 해당하므로, 채권자 항도엔지니어링이 그 대표이사의 변경이 있는 경우 이에 관한 등록사항을 변경등록하였는지는 위 무효조항에 따른 입찰무효 여부의 판단 대상이 된다.

(2) 공동수급체의 대표자 아닌 공동수급체 구성원의 대표자 중 대표대표자가 아닌 자가 사임한 경우 등록사항을 변경하지 않는 것이 입찰무효 사유에 해당하는지에 관한 판단

(가) 국가계약법 등 이 사건 관련 규정상 낙찰자 결정 규정 및 그 세부심사기준의 법적 성질과 이에 따른 공공계약의 효력

국가계약법은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고( 제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록( 제10조 제2항 제2호) 규정하고 있으며, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수 정도, 과거 공사의 품질 정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 기획재정부 장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다( 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 등 참조).

따라서 단순히 계약담당공무원이 입찰절차에서 위 법령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다는 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 따른 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 흠이 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다( 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등 참조).

#### (나) 이 사건 무효규정의 해석과 적용

이 사건 무효규정도 국가계약법 등 이 사건 관련 규정의 일부인 이상, 원칙적으로는 국가인 채무자의 내부규정에 불과하다고 볼 수 있으나, 국가가 이를 근거로 입찰행위 등의 무효를 외부적으로 주장하는 경우에는 그 규정 해석의 정당성과 효력의 유무가 문제 될 수밖에 없고, 이를 둘러싼 분쟁이 발생한 경우 국가는 위 무효규정이 내부규정임을 내세워 사법적 판단을 거부할 수 없으며, 법원은 위 무효규정에 대한 해석과 적용에 있어 국가의 재량권 일탈 등 위법, 부당함이 없었는지를 판단할 권한이 있다.

채무자는 이 경우 담당공무원이 이 사건 무효규정을 통일적·획일적으로 해석, 적용하지 못하게 됨으로써 공공성과 공정성을 기하기 어렵고, 법원에 의한 사후통제의 가능성을 염두에 두게 되어 신속·적정한 입찰업무처리를 하지 못하게 될 가능성이 있다고도 주장하나, 이 사건 무효규정의 통일적·획일적 해석과 적용이 필요하다면 그 필요에 부응하는 정도로 내용을 구체적, 망라적으로 규정함으로써 이를 해결하였어야 할 것이고, 그렇지 못함으로 인해 오는 위험이나 불이익은 이를 마련한 국가가 부담하는 것이 형평의 원칙에 부합하며, 국가가 사법상 행위를 둘러싸고 사인과 사이에 분쟁이 발생한 경우 법원이 그 행위의 적법, 유효 여부를 판단하는 것은 당연한 것이므로, 이를 이유로 신속, 적정한 업무처리에 장애가 발생할 수 있다는 주장은 받아들일 수 없다.

#### (다) 이 사건 무효규정의 취지

이 사건 무효규정에서 대표자 변경등록 의무를 규정한 것은 입찰절차, 계약절차 등 후속 절차에서 대표자 권한의 적법한 행사 및 그 효력 여하 등에 대한 다툼이 발생할 여지를 차단하는 것 이외에, 입찰자가 허위의 대표자를 내세우는 방법 등으로 사위입찰, 중복입찰을 하는 것을 방지하고, 입찰참가 자격이 없는 부정당업자의 입찰참가를 막는 등 입찰절차의 공공성과 공정성을 확보하기 위한 데에도 그 목적이 있는 것으로 보인다.

따라서 수인의 대표이사들이 각자 대표권을 갖다가 공동대표로 변경하거나, 기존 대표이사가 사임한 뒤 새로운 대표이사의 선임이 없어 대표이사 등 적법한 대표자가 전혀 존재하지 않게 되거나, 또는 기존 대표이사의 사임 후 새로운 대표이사가 선임되거나, 기존 대표이사 외에 각자 대표권을 갖는 경우이든, 아니면 공동대표이든 새로운 대표이사가 추가로 선임되었음에도, 각 이에 따른 변경등록을 하지 않는 경우에는 입찰행위 등에 있어 대표권의 적법한 행사나 그 효력 유무에 대한 다툼이 발생할 수 있고, 사위입찰이나 중복입찰의 문제가 발생할 수도 있게 된다.

(라) 이 사건의 경우

앞서 본 바와 같이 채권자 항도엔지니어링은 국가종합전자조달시스템에 대표이사 중 1인으로 등록하였던 소외 2의 사임에 관한 변경등록 의무를 입찰서의 제출에 앞서 이행하지 않았는데, 이처럼 기존에 각자 대표권을 갖던 두 명의 대표이사 중 한 명이 사임하고 후임 대표이사가 따로 선임되지 않은 경우에도 위 무효규정의 적용이 있는지가 문제이다.

상법 제389조 제1항은 "회사는 이사회 결의로 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다.

그러나 정관으로 주주총회에서 이를 선정할 것을 정할 수 있다.

"고 규정하고, 제2항에서 "전항의 경우에는 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정할 수 있다.

"고 규정함으로써, 원칙적으로 회사의 대표이사가 수인이 있는 경우에는 각자 대표권을 갖는 점, 채권자 항도엔지니어링의 경우 소외 1과 소외 2가 각자 대표권을 갖고 있었고, 소외 2가 사임한 후에도 소외 1이 대표이사로 그대로 남아 있을 뿐만 아니라, 채권자 항도엔지니어링은 이 사건 입찰의 대표대표자로 소외 1을 등록하였으므로 소외 2의 사임은 위 입찰에서 채권자 항도엔지니어링의 적법한 대표권 행사와 효력에 아무런 문제가 없는 점, 기존 대표이사 중 일부가 사임하였음에도 그 등록사항의 변경등록을 하지 않는 경우 중복입찰의 문제는 발생할 여지가 없을 뿐만 아니라(오히려 중복입찰을 시도하는 경우 장애가 될 수 있다), 이 경우 사위입찰 등이 발생하여 입찰절차 등의 공공성과 공정성을 침해하는 경우도 상정하기 쉽지 않은데, 채무자가 이 점에 대해 수긍할만한 설명을 하지 못할 뿐만 아니라(이 사건의 경우 실제로 소외 2의 사임에 따른 변경등록 해태로 인해 이 사건 입찰에 있어 어떠한 공공성과 공정성의 침해가 발생하였는지에 관한 구체적인 주장을 하지 못하고 있다), 그에 대한 소명도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건의 경우와 같이 각자 대표권을 갖는 수인의 대표이사 중 대표대표자가 아닌 일부가 사임하였을 뿐인 경우 그 등록사항의 변경등록을 해태한 경우는 이 사건 무효규정에서 정한 입찰무효 사유에 해당하지 않는 것으로 해석함이 타당하다.

(앞서 본 바와 같이 이 사건 무효규정을 포함한 국가계약법 등 이 사건 관련 규정이 국가의 내부규정에 불과한 것이라 하더라도 국가가 외부적으로 그 효력을 주장하여 분쟁이 발생한 경우에는 사법 판단의 대상이 되는바, 이 사건 무효규정은 그 밖의 관련 규정들과는 달리 입찰자의 입찰 자체의 효력 유무를 결정하는 근거조항으로서 입찰자에게 미치는 영향이 결정적이므로 이를 적용함에 있어서는 그 취지에 비추어 엄격하게 해석하여야 한다.

)

(마) 따라서 채권자 항도엔지니어링의 대표대표자가 아닌 대표이사였던 소외 2가 사임 후 그 등록사항의 변경등록을 하지 않은 것은 이 사건 무효규정의 입찰무효 사유에 해당하지 않고, 이것이 입찰무효 사유에 해당함을 전제로 하는 채무자의 취소통보는 채권자들 주장의 나머지 흠에 대하여 나아가 살필 필요 없이 무효이다.

나. 계약자유 원칙 등에 따른 취소통보의 효력

만약 채무자의 이 사건 취소통보가 채권자 항도엔지니어링의 위와 같은 입찰절차상 흠이 무효에 해당함을 전제로 한 것이 아니고, 사적 계약에 있어서의 계약자유 원칙 등에 따른 것이라 하더라도, 그 취소통보가 일반적인 계약자유 원칙의 범위나 신의칙상 한계를 벗어난 것이라면 앞서 본 바와 같이 역시 그 무효를 면치 못하는 것으로 보아야 할 뿐만 아니라, 국가가 일방 당사자가 되어 막대한 예산을 들여 시행하는 이 사건 입찰에는 공적인 측면이 있음을

부인할 수 없어 전적으로 사인 간의 거래관계와 같은 것으로 볼 수는 없으므로 공공성이나 공정성의 요구에 따른 행위의 제약이 따른다고 봄이 상당하다.

채무자가 이 사건 취소통보를 하게 된 경위는, 앞서 본 바와 같이 비록 입찰무효 사유에 해당하지는 않을지라도 결국 채권자 항도엔지니어링이 그 대표이사였던 소외 2의 사임 후 그 등록사항의 변경등록을 하지 않았기 때문일 뿐인데, 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 소외 2는 비록 채권자 항도엔지니어링의 대표이사에서는 사임하였지만 종래 유지하고 있던 사내이사의 지위는 그대로 갖고 있던 점, 소외 2가 대표이사에서 사임한 시점은 이미 이 사건 입찰의 입찰적격심사와 현장설명 등이 완료된 후로서 소외 2가 대표이사 사임 후 다른 회사에 취직하였더라도 채권자 항도엔지니어링을 위해 입찰을 하는 등의 방법으로 중복입찰이나 사위입찰을 시도할 수는 없었던 점, 채권자 항도엔지니어링이 소외 2의 사임으로 인한 변경등록을 하지 않음으로써 이 사건 입찰의 공공성이나 공정성이 훼손되었다는 점을 뒷받침할만한 아무런 소명이 없는 점, 채무자가 이 사건과 유사하게 대표자의 등록사항 변경이 있음에도 그 변경등록을 하지 않은 경우에 해당 입찰자는 물론 나머지 구성원까지 포함하여 공동수급체 전체의 입찰을 유효한 것으로 보고 낙찰자 결정은 물론 계약 체결까지 한 경우가 있고, 심지어 이 사건 입찰 실시일과 같은 2011. 4. 28. 있었던 평택·당진항 관리부두(평택측) 축조공사 전면책임감리용역 입찰의 경우에는 채권자 항도엔지니어링이 대표자 변경등록의무를 해태하였음에도 채권자 항도엔지니어링은 물론 다른 공동수급체 전원을 낙찰자로 결정하고, 채권자측 공동수급체를 이 사건 입찰의 실시설계적격자로 선정하여 통보하기 약 2주 전인 2011. 6. 8. 그 공동수급체와 용역계약까지 체결한 점 등에 비추어 보면, 채무자가 단지 채권자 항도엔지니어링의 위와 같은 흠만을 이유로 이 사건 취소통보를 한 것은 계약자유 원칙의 한계를 벗어나 실시설계적격자 선정을 통해 채권자들이 정당하게 형성한 기대를 침해한 것으로서 신의칙에 위반한 것일 뿐만 아니라, 이 사건 입찰의 공적 성격으로부터 파생되는 공공성이나 공정성의 요구를 도외시하고 그에 따른 행위 제약의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.

## 6. 피보전권리

결국, 채무자의 이 사건 취소통보는 채권자들 주장의 그 밖의 흠에 대하여 나아가 살필 필요 없이 어느 모로 보나 부적법하여 무효이므로, 채권자들은 원래대로 이 사건 입찰의 실시설계적격자 지위에 있고, 실시설계적격자 선정으로 인해 이미 정당하게 형성한 기대권에 대한 침해방지를 위해 채무자를 상대로 실시설계적격자 지위에 있음의 확인을 구할 피보전권리가 인정된다.

## 7. 보전의 필요성

채무자와 채무자 보조참가인은 "이미 채무자가 2011. 6. 30.에 같은 달 24.자 채권자측 공동수급체에 대한 실시설계적격자 선정을 취소한 후 보조참가인측 공동수급체를 실시설계적격자로 결정하고, 이 사건 축조공사 전부에 대하여 보조참가인측 공동수급체와 계약을 체결하였으며, 그에 따라 보조참가인측 공동수급체는 이미 설계·시공 병행방식에 따른 우선시공분(Fast Track 부분) 공사에 착공하여 2011. 9. 28. 기준으로 67.91%에 이르는 공정률을 기록하고 있고, 2011. 10. 11. 보조참가인측 공동수급체가 제출한 전체 공사분에 대한 실시설계심의까지 완료되었는바, 채권자측 공동수급체가 이 사건 입찰의 실시설계적격자 지위확인을 받더라도 더 이상 이 사건 축조공사에 참여할 수 없으므로 이 사건 가처분신청은 그 보전의 필요성이 없다.

"는 취지로 주장한다.

기록에 의하면, 보조참가인측 공동수급체가 채무자와 이 사건 보조참가인측 계약을 체결한 사실, 이 사건 보조참가인측 계약에 따라 보조참가인측 공동수급체는 32억 2,900만 원 상당의 우선시공분 공사를 수행하였고, 이는 우선시공분 공사계약금액 47억 5,500만 원을 기준으로 약 67% 정도에 이르며, 전체 공사계약금액은 1,184억 7,000만 원인 사실, 수요기관인 포항지방해양항만청은 2011. 10. 11. 보조참가인에게 보조참가인측 공동수급체가 제출한 우선시공분 이외의 나머지 전체 공사에 대한 실시설계적격심을 통과하였다는 취지의 통보를 한 사실은 소명된다.

그러나 기록과 심문 전체의 취지를 종합하면, 포항지방해양항만청이 2011. 10. 11. 보조참가인에게 통보한 설계자문위원회 심의결과에는 보조참가인측 공동수급체가 제출한 실시설계도서가 '설계 적격'으로 판정되었다는 내용이 포함되어 있기는 하지만, 이에 첨부된 설계자문위원회 위원들의 심의의견서에는 그 실시설계도서의 내용 중 보완이나 수정, 재검토하여야 하는 사항이 적지 않게 구체적으로 지적되어 있고, 이에 따라 위 2011. 10. 11.자 심의결과 통보에도 "심의위원회에서 제기된 기본설계에 반영된 공사기간을 준수하여 조치한 후 그 결과를 통보일로부터 15일 이내에 조속하게 제출 바란다.

"는 취지가 기재되어 있는 사실, 이 사건 보조참가인측 계약 추가특수조건 제3조는 "우선시공분 이외의 공사 부분에 대하여는 나머지 전체 공사에 대한 실시설계 심의 확정 후 계약이 확정되는 것으로 본다.

"는 취지로 적혀 있는 사실, 보조참가인측 공동수급체가 이미 수행한 우선시공분 설계비는 32억 2,900만 원 정도로서 이것이 우선시공분 공사계약금액 대부분을 차지하고, 포항지방해양항만청은 2011. 10. 7.을 기준으로 "보조참가인측 공동수급체가 이 사건 보조참가인측 계약에 따라 구조물(가시설물 포함)이 설치되는 내용의 공종이 진행된 사실은 없다.

"는 취지로 확인해 주었으며, 채무자는 이 사건 가처분신청에 대한 기각결정에 관한 즉시항고 사건인 서울고등법원 2011라1243호 사건에서 위 법원으로부터 "이 사건 보조참가인측 계약에 기한 공사를 이행하게 해서는 아니된다.

"는 취지의 가처분결정을 받아 이후 위 보조참가인측 계약에 따른 후속 절차의 진행을 중단한 사실 또한 소명된다.

위와 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 축조공사의 수요기관인 포항지방해양항만청의 2011. 10. 11. 실시설계적격 심의통과 통보만으로 실시설계도서의 심의가 최종적으로 완료되어 실시설계도서가 확정되었다거나, 이 사건 보조참가인측 계약에 따라 우선시공분은 물론, 이를 제외한 나머지 이 사건 축조공사 전체에 대한 계약이 체결된 것이라고 쉽사리 단정하기 어렵고, 설령 이 사건 관련 규정이나 이 사건 입찰 관련 서류를 종합해 볼 때 우선시공분을 제외한 나머지 전체 축조공사와 관련하여 이에 대한 실시설계적격 심의 이후에는 입찰 당시 제출된 산출내역서 등을 교제하는 형식적인 절차만을 남기고 있는 것이고, 계약 자체는 이미 2011. 6. 30.자 실시설계적격자 선정, 낙찰자 결정 및 그에 따른 이 사건 보조참가인측 계약에 의하여 이미 체결된 것으로 보아야 한다 하더라도, 이 사건 가처분신청이 받아들여질 경우 채권자들은 원래대로 1순위 실시설계적격자의 지위를 회복하여 원칙적으로 추후 낙찰자가 되어 계약 체결을 요구할 권리를 갖게 되는 것이고, 이미 이 사건 보조참가인측 계약에 따라 보조참가인측 공동수급체가 이 사건 축조공사 전체 또는 상당 부분을 완공하여 채권자측 공동수급체의 공사 이행이 불능 상태에 이르렀다는 점을 소명할 자료가 부족한 이상, 채무자가 이런 사정만으로 채권자들의 위와 같은 계약 체결 요구 자체를 거부할

수는 없다 할 것이므로, 채무자와 채무자 보조참가인의 위 주장은 옳지 않다.

오히려 이처럼 채무자가 보조참가인측 공동수급체를 실시설계적격자로 선정하고 그 후속 절차를 진행하려 했다는 점에 비추어 보면, 채권자들로서는 이 사건 가처분신청을 통해 자신들이 실시설계적격자 지위에 있음을 확인하고, 채무자의 보조참가인측 공동수급체에 대한 후속 절차의 이행을 금지하는 가처분을 받아야 할 보전의 필요성이 있다 할 것이다.

#### 8. 결론

그렇다면 채권자들의 이 사건 가처분신청은 그 피보전권리와 보전의 필요성에 대한 소명이 있으므로 이 사건 가처분결정을 인가한다.

[별지 생략]

판사 조희대(재판장) 홍기만 한성수