

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020다222382 우선협상대상자 지정취소로 인한 손해배상  
원고, 피상고인 원고 1 외 7인  
소송대리인 법무법인(유한) 광장  
담당변호사 김영경 외 4인  
피고, 상고인 서울특별시  
소송대리인 법무법인(유한) 세종  
담당변호사 이병창 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2018나2057002 판결  
판 결 선 고 2020. 10. 15.

주 문

원심판결 중 제2예비적 청구 부분을 파기하고, 이 부분에 관한 제1심판결을 취소하며,  
이 부분 소를 각하한다.

소송총비용은 원고들이 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 사안의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

(1) 원고 경남기업 주식회사(회생절차 전·후를 불문하고, 이하 '경남기업'이라 한다)를 주간사로 하여 9개 건설회사로 구성된 가칭 '동북 뉴타운 신교통 주식회사' 컨소시엄(이하 '원고들 컨소시엄'이라 한다)은 2007. 3.경 주무관청인 서울특별시장에게 왕십리역부터 중계동 은행사거리까지 서울 동북부 경전철을 건설하는 민간투자사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 제안하였다.

(2) 서울특별시는 이 사건 사업을 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법'이라 한다)에 따른 민간투자사업으로 추진하기로 결정하고, 제3자에 의한 제안이 가능하도록 2010. 5. 20. 제안 내용의 개요를 공고하였다(이하 '이 사건 제안공고'라 한다).

(3) 서울특별시는 3개 컨소시엄의 제안서를 검토·평가하는 절차를 거쳐 2010. 10. 7. 원고들 컨소시엄을 우선협상대상자로 지정하고, 이 사건 사업의 구체적인 사업시행 조건에 관한 협상을 진행하였다.

(4) 그러던 중 롯데건설 주식회사가 2011. 3. 4. 원고들 컨소시엄에서 탈퇴하였고, 원고 경남기업은 부도처리되어 2015. 4. 7. 회생절차개시결정을 받았으며, 원고들이 재무적 투자자로 컨소시엄에 가입시키려고 노력하였던 발해인프라투자회사가 결국 가입하지 않았고 원고들은 재무적 투자자를 확보하지 못하였다. 이에 서울특별시는 자료보완 요구 및 사전통지 등의 절차를 거친 후 2015. 12. 30. 원고들 컨소시엄에 대하여

사업수행능력이 부족하다는 이유로 우선협상대상자 지정 취소처분을 하였다.

(5) 그 후 서울특별시장은 차순위협상대상자인 가칭 '동북선 경전철 주식회사' 컨소시엄과 협상을 진행하여 2018. 7. 5.경 이 사건 사업에 관한 실시협약을 체결함으로써 위 컨소시엄을 이 사건 사업의 시행자로 지정하였다.

(6) 원고들(컨소시엄의 구성원 8개 회사)은 주무관청인 서울특별시장의 2015. 12. 30.자 우선협상대상자 지정 취소처분에 대하여 취소소송을 제기하지 않은 채, 2016. 9. 19. 주무관청이 속한 지방자치단체인 피고를 상대로 주무관청의 위법한 처분으로 원고들에게 손해가 발생하였다고 주장하면서 그 배상을 구하는 이 사건 민사소송을 제기하였다. 원고들은 제1심 계속 중 ① 위 손해배상청구를 주위적 청구로 하고, ② 제1예비적 청구로 '해지시 지급금' 청구, ③ 제2예비적 청구로 '제안비용보상금' 청구를 추가하였다.

(7) 제1심은 ① 서울특별시장의 2015. 12. 30.자 우선협상대상자 지정 취소처분은 적법한 조치라는 이유로 주위적 손해배상청구를 기각하였고, ② 해지시 지급금 제도는 실시협약이 체결되었다가 해지되는 경우에 적용되는 것이고 우선협상대상자 지정이 취소되어 실시협약이 체결되지 않은 경우에는 적용되지 않는다는 이유로 제1예비적 청구를 기각하였으나, ③ 제2예비적 청구인 제안비용보상금 청구를 일부 인용하는 내용의 판결을 선고하였다. 이에 원고들과 피고가 각자 패소 부분에 관하여 항소하였으나, 원심은 1심의 판단이 타당하다고 보아 원고들과 피고의 항소를 모두 기각하는 내용의 판결을 선고하였다. 이에 대하여 피고만이 자신의 패소 부분에 관하여 상고를 제기하였다.

나. 이 사건의 쟁점은, (1) 최초 제안이 채택되고 사업제안서 경쟁심사에서 최상위평

가자가 되어 우선협상대상자로 지정되었던 원고들 컨소시엄이 협상 중 원고들 측 귀책 사유로 우선협상대상자 지정 취소처분을 받게 됨에 따라 민간투자사업의 사업시행자가 되지 못한 경우에도 민간투자법령, 민간투자사업기본계획 또는 이 사건 제안공고의 규정에서 정한 제안비용보상금 지급대상자에 해당하는지 여부, (2) 원고들이 민사소송으로 제안비용보상금 지급을 청구하는 것이 허용되는지 여부이다.

## 2. 원고들이 제안비용보상금 지급대상자인지 여부(상고이유 제1점)

가. 원고들 컨소시엄에 대한 2015. 12. 30.자 우선협상대상자 지정 취소처분 당시의 민간투자법 제9조, 구 민간투자법 시행령(2019. 5. 7. 대통령령 제29726호로 개정되기 전의 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제7조, 민간투자사업기본계획(2015. 4. 20. 기획재정부 공고 제2015-82호) 제140조의 규정 내용과 체계를 살펴본다.

(1) 민간투자사업에서는 민간투자 유인 부여 필요와 공공성 유지라는 상충하는 가치를 조화시키기 위하여 주무관청의 전략적이고 전문적인 정책의 수립·실행이 필요하고 수시로 변화하는 관련 시장의 현실에 탄력적으로 대응할 필요성이 있는 점(헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63 결정 참조), 민간투자법령과 민간투자사업기본계획이 제안서에 대한 구체적인 심사기준 등을 규정하지 않은 점, 주무관청은 적정 사업비·사용료·수익률 등 각종 사업추진을 위한 조건을 정하여 제3자 제안공고를 할 수 있으며, 총사업비, 사용기간 등 구체적인 사업시행조건은 지정된 협상대상자와의 협상을 거쳐 실시협약을 체결함으로써 확정되도록 하고 있는 점 등을 종합하면, 주무관청이 민간부문의 최초 제안을 받은 후 그 제안을 받아들여 민간투자사업으로 추진할지 여부를 결정하는 행위, 특정 제안자를 우선협상대상자로 지정하는 행위, 우선협상대상자와 협상을 중단하고 그 지정을 취소하는 행위 또는 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로

지정하는 행위는 민간투자법령과 민간투자사업기본계획에 배치되지 않는 범위 내에서 주무관청의 광범위한 재량과 자율적인 정책 판단에 맡겨진 사항이다.

(2) 민간투자사업기본계획 제140조는 제안서 평가결과 100분의 80 이상의 점수를 얻었음에도 우선협상대상자로 지정되지 못한 탈락자에 대해서 제안서 작성비용의 일부를 보상하도록 하면서도 제안비용보상금 산정 요율의 상한만을 규정하고 있을 뿐이고, 그 밖에 보상금 지급대상 여부, 보상금의 규모, 지급기준 및 절차와 지급기한 등 세부사항은 주무관청이 별도로 정하여 제3차 제안공고에 포함하도록 규정하고 있다. 따라서 주무관청은 스스로의 자율적인 정책 판단 하에 민간투자사업기본계획 제140조에 배치되지 않는 범위 내에서 제안비용보상금 지급대상자 및 보상금액 산정 등에 관한 세부적인 기준을 정할 수 있는 재량을 가진다.

나. 이러한 관련 규정과 법리에 비추어 이 사건 제안공고의 내용을 살펴본다.

(1) 이 사건 제안공고는 '사업제안 및 시행의 세부조건' III. 추진일정 및 비용부담 8. 비용부담 항목에서 "1) 사업제안서 및 실시계획서의 작성·제출 등에 소요되는 제반비용은 사업제안자가 부담하는 것을 원칙으로 하되 사업제안서 평가결과 차순위평가자(차순위평가자가 사업시행자로 지정받았을 경우 최상위평가자)에 한하여 예산의 범위 내에서 제안서 작성비용의 일부를 보상할 수 있음(단, 평가결과 800점 미만일 경우 보상 없음)", "2) 제안서 작성비용 보상은 실시협약상 공사비에 예산편성지침상의 기본설계 요율을 적용한 기본설계비의 25% 이내에서 서울특별시의 예산 범위 안에서 일부를 보상"이라고 규정하였다.

(2) 여기에서 이 사건 제안공고에 따라 비로소 제안비용보상금 지급대상자가 되는 '차순위평가자가 사업시행자로 지정받았을 경우 최상위평가자'란 제안서 경쟁심사에서

최상위평가자가 되어 우선협상대상자로 지정되고 주무관청과 협상을 진행하였으나 최상위평가자에게 귀책사유 없이 단지 구체적인 사업시행조건에 관한 견해 차이로 실시협약 체결에 성공하지 못함에 따라 주무관청이 차순위평가자와 협상을 개시하여 실시협약까지 체결함으로써 차순위평가자를 사업시행자로 지정하게 된 경우를 의미하고, 최상위평가자에게 귀책사유가 있어 우선협상대상자 지정 취소처분을 받음으로써 사업시행자로 지정되지 못한 경우는 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 사회기반시설에 대한 민간의 투자 촉진을 입법목적으로 하는 민간투자법은 사업시행자의 귀책사유 없이 주무관청의 공익상 필요에 따라 사업시행자 지정취소 등의 공익처분을 하는 경우 사업시행자의 손실에 대하여 정당한 보상을 하도록 규정하고 있고(제47조 제2항), 천재지변, 전쟁 등 불가항력적인 사유로 6개월 이상 시설 운영이 중단되거나 파손된 시설의 보수비용이 원래 총사업비의 50%를 초과하는 경우(이는 쌍방에게 귀책사유가 없는 경우에 해당한다) 또는 주무관청이 실시협약에서 정한 이행사항을 정당한 이유 없이 1년 이상 이행하지 아니하거나 그 때문에 해당 시설의 공사·운영이 6개월 이상 지연된 경우(이는 주무관청에게 귀책사유가 있는 경우에 해당한다) 사업시행자가 주무관청에게 해당 시설을 적정 가치로 평가하여 매수해 줄 것을 요청할 수 있는 매수청구권을 규정하고 있다(제59조, 시행령 제39조). 사업시행자의 귀책사유로 시설의 정상적인 운영·유지·관리가 어려울 경우 주무관청은 감독명령을 할 수 있고(제45조 제1항, 시행령 제25조 제1항), 사업시행자가 이를 이행하지 않을 경우 주무관청은 사업시행자 지정취소 등의 처분을 할 수 있는데(제46조 제2호), 이 경우는 손실보상이나 매수청구권의 대상이 아니다.

② 일반적으로 사업을 하려는 자에게 귀책사유가 있어 관련 인·허가를 받지 못하거나, 관련 인·허가를 이미 받았더라도 그에게 귀책사유가 있어 인·허가 취소처분을 받는 등으로 법적 지위를 상실하는 경우에 관련 인·허가 신청비용이나 법적 지위 상실에 따른 손해를 행정청이나 그것이 속한 공행정주체로 하여금 보전해주도록 규정한 입법례를 찾기 어렵다.

③ 이 사건 제안공고 이후에 2014. 5. 12. 기획재정부 공고 제2014-87호 개정으로 신설된 민간투자사업기본계획 제97조 제4항, 2016. 4. 27. 기획재정부 공고 제2016-44호 개정으로 신설된 민간투자사업기본계획 제89조의2도 '주무관청의 사유'로 최초 제안이 채택되지 못하거나 협상 중 사업이 취소·철회되는 경우에 제안자 또는 우선협상대상자에게 제안비용을 보상하도록 규정하고 있을 뿐, 제안자 또는 우선협상대상자에게 귀책사유가 있는 경우는 제안비용 보상 대상에 포함하지 않고 있다.

④ 일반적으로 예외규정은 엄격하게 해석하여야 하며, 예외규정의 해석이 명확하지 않은 경우에는 원칙으로 돌아가야 하고 예외규정을 확장해석해서는 아니 된다(대법원 2020. 3. 27. 선고 2017추5060 판결 등 참조). 이 사건 제안공고는 '사업제안서 및 실시계획서의 작성·제출 등에 소요되는 제반 비용은 사업제안자가 부담하는 것을 원칙으로 한다'고 분명하게 규정하고 있다. 제안비용 보상 제도는 인·허가 신청비용은 신청인이 부담한다는 원칙에 대한 예외이고, 그 예외의 확장 여부는 민간투자법령의 위임에 따라 민간투자사업기본계획을 수립하는 정부 및 그에 기초하여 개별 사업별로 세부적인 사업추진 절차·기준 등을 구체화할 재량이 부여되어 있는 주무관청이 정할 사항이다.

⑤ 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루어야 하므로, 하위 규정의 의미는 상위

법령의 내용, 체계, 입법취지에 합치되는 방향으로 해석하여야 한다(대법원 2018. 6. 21. 선고 2015두48655 전원합의체 판결 참조). 또한 행정청의 자율적인 정책 판단에 맡겨진 사항에 관하여 행정청이 정한 기준이 객관적으로 합리적이지 않다거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 법원은 행정청의 의사를 가능한 한 존중하여야 하고, 그 기준의 해석에 관해서도 그 기준을 만든 행정청 스스로의 해석이 문언의 한계를 벗어나거나, 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 그 기준을 만든 행정청의 해석을 존중하여야 한다(대법원 2019. 1. 10. 선고 2017두43319 판결 참조).

이 사건의 답변서와 준비서면을 통해서 주무관청인 서울특별시장은 이 사건 제안공고에 따라 비로소 제안비용보상금 지급대상자가 되는 '차순위평가자가 사업시행자로 지정받았을 경우 최상위평가자'란 최상위평가자에게 귀책사유가 없는 경우로 한정하여야 한다는 해석 의견을 제시하였다고 볼 수 있다. 이러한 해석 의견은 민간투자법령과 민간투자기본계획의 내용, 체계, 입법취지에 합치되므로 객관적 합리성이 인정되며 문언의 한계를 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 법원은 주무관청의 해석 의견을 존중하여야 한다.

다. 앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴본다.

(1) 원고들 컨소시엄은 제안서 경쟁심사에서 최상위평가자로서 우선협상대상자로 지정되었으므로 민간투자사업기본계획 제140조 제1항에서 제안비용보상금 지급대상자로 정한 '탈락자'에 해당하지 않으며, 협상 중 원고들 측 귀책사유로 우선협상대상자 지정 취소처분을 받게 됨에 따라 민간투자사업의 사업시행자가 되지 못한 경우이므로 이 사건 제안공고에서 제안비용보상금 지급대상자로 정한 '차순위평가자가 사업시행자로 지

정받았을 경우 최상위평가자'에도 해당하지 않는다.

(2) 그런데도 원심은, 원고들 컨소시엄이 우선협상자대상자로 지정된 이상 원고들 측 귀책사유로 실시협약을 체결하지는 못했다고 하더라도 사업제안 경쟁을 촉진하는 차원에서 원고들 컨소시엄에게도 제안비용을 보상해 줄 정책적 필요성이 인정된다는 등의 이유로, 원고들 컨소시엄을 이 사건 제안공고에서 제안비용보상금 지급대상자로 정한 '차순위평가자가 사업시행자로 지정받았을 경우 최상위평가자'에 해당하는 것으로 보아 피고가 원고들에게 제안비용보상금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

(3) 이러한 원심판단에는 민간투자법령에 따른 제안비용 보상 제도 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 쟁송 방식에 관한 직권 판단

#### 가. 관련 법리

(1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 또한 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015

두60617 판결 참조).

(2) 관계 법령의 해석상 급부를 받을 권리가 법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 급부를 받으려고 하는 자의 신청에 따라 관할 행정청이 지급결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생하는 경우에는, 급부를 받으려고 하는 자는 우선 관계 법령에 따라 행정청에게 급부지급을 신청하여 행정청이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하고, 취소·무효확인 판결의 기속력에 따른 재처분을 통하여 구체적인 권리를 인정받은 다음 비로소 공법상 당사자소송으로 급부의 지급을 구하여야 하고, 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 행정청이 속한 국가나 지방자치단체 등을 상대로 한 당사자소송이나 민사소송으로 급부의 지급을 소구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2017다2777986, 277993 판결 등 참조).

(3) 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 관할법원에 이송하여야 한다. 다만 해당 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우에는 이송할 것이 아니라 각하하여야 한다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결 등 참조).

나. 앞서 본 사실관계를 관련 규정들과 법리에 비추어 살펴본다.

(1) 제안자가 민간투자사업기본계획 등에서 정한 제안비용보상금 지급대상자에 해당

하는지 여부에 관해서는 주무관청의 일정한 사실조사와 판단이 필요하고 제안비용보상 금액의 결정에 관하여 주무관청에게 일정 범위의 재량이 부여되어 있으므로, 민간투자 사업기본계획 등에 따른 제안비용보상금을 지급받을 권리는 법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 보상금을 지급받으려는 제안자의 신청에 따라 주무관청이 지급대상자인지 여부를 판단하고 구체적인 보상금액을 산정하는 지급결정을 함으로써 비로소 구체적인 권리가 발생한다고 보아야 한다. 제안비용보상금 지급 신청에 대한 주무관청의 결정은 '민간투자법령을 집행하는 행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부'에 해당하므로 항고소송의 대상인 '처분'이라고 보아야 한다.

(2) 원고들은 주무관청인 서울특별시시장에게 제안비용보상금 지급을 신청하고 서울특별시장이 거부처분을 하면 그에 대하여 항고소송을 제기하는 등의 절차를 밟지 아니한 채, 곧바로 주무관청이 속한 지방자치단체인 피고를 상대로 한 민사소송으로 제안비용보상금 지급을 청구하였다. 따라서 이 사건 소 중 제2예비적 청구 부분은 부적법하다.

(3) 원고들의 제안비용보상금 지급 청구와 관련하여 항고소송의 대상인 처분이 존재하지도 아니한 상태이어서 항고소송의 소송요건을 결하고 있음이 명백하므로, 이 사건 소 중 제2예비적 청구 부분은 관할 행정법원으로 이송할 것이 아니라 각하하여야 한다.

(4) 그런데도 원심은, 이 사건 소 중 제2예비적 청구 부분이 부적법하다는 점을 간과한 채, 본안판단으로 나아가 피고가 원고들에게 제안비용보상금을 지급할 의무가 있다고 본 제1심의 판단을 그대로 유지하여 이 부분에 관한 피고의 항소를 기각하였다. 이러한 원심판단에는 항고소송의 대상인 처분과 쟁송 방식에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 제2예비적 청구 부분을 파기하기로 하되, 이 부분 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여, 이 부분에 관한 제1심판결을 취소하고, 이 부분 소를 각하한다. 소송총비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	안철상
	대법관	박상옥
	대법관	노정희
주 심	대법관	김상환