

---

# 공공건설계약 주요 판례

---

# 공공건설계약 주요판례

법무법인(유) 울촌  
정유철 변호사

## Contents

1. 협약 후 계약체결 못한 A사, 손해소 진 이유는?	9
2. 국가계약법 위반해도 계약은 유효할 수 있다	11
3. 제재기간 지난 처분 취소할 수 있을까?	13
4. 공기업의 부정당업자 처분 행정소송으로 다룰 수 있나?	14
5. 입찰 불참자에 대한 부정당제재 처분 적법할까	15
6. 입찰공고 주내용 변경해 본계약체결 강요할 수 있나	16
7. 예정가격이 형법상 '공무상 비밀'에 해당할까?	17
8. 공공과 민자 구제수단이 같을까?	19
9. 입찰공고 후 아직 입찰이 이루어지지 않은 상태에서도 입찰절차의 중단을 구하는 가처분이 가능할까?	20
10. 담합한 가격보다 저가로 입찰해 낙찰된 경우, 입찰방해죄에 해당할까?	22
11. 공동수급체 구성행위가 입찰담합에 해당할까?	24
12. 공무원 또는 행정청의 견해표명 믿을 수 있을까?	26
13. 공공계약에도 약관규제법이 적용될까?	28
14. 기성고 조항이 지체상금 조항보다 불리하다면?	30
15. 국가위임사무에 대한 지자체의 한계	32

16. 행정처분 무효판단기준은 '중대와 명백	34
17. '수급인 부도' 하도급 대금 보호받을 수 있나?	36
18. 입찰 전 법인 명칭이 변경된 경우 이를 변경 등록하지 않으면 입찰이 무효로 될까?	38
19. 고지의무 위반 이유로 아파트공급 불이행책임 개발사업자에 물을 수 있나?	40
20. 거부처분 취소판결 이후에 다시 행정청의 거부처분이 가능한가?	42
21. 위법 건축물에 대한 이행강제금은 헌법상 이중처벌금지 원칙에 위반하나?	44
22. 채무자가 공공계약의 낙찰을 받았지만 아직 계약을 체결하기 전인 경우, 장래 공사대금 채권에 대해 채권압류를 할 수 있을까?	46
23. 공공시설을 무상취득한 국가 등이 해당 시설물의 하자담보책임을 사업시행자에게 물을 수 있는가?	48
25. 일반재산(국유잡종재산)을 대부하는 행위가 사법상 계약일까?	52
26. 건설사의 하자보수 미이행도 부정당업자 제재의 대상이 될 수 있는지 궁금하다.	54
27. 출자비율 넘은 하자보수 이행, 보험금 청구할 수 있을까?	56
28. 조달청과 공공계약을 체결할 경우 계약의 주체는 누구일까?	58
29. 리니언시 적용 받기 위한 자진신고 요건은	60
30. 부정한 방법의 건설업 양수, 등록말소처분 위법인가?	61
31. 하도급대금 직접지급청구, 속도가 중요	63
32. 부당한 하도급대금 결정행위 처벌을 피하려면	65

33. 조례만으로 지자체 책임을 지방공사로 이전할 수 있을까?	66
34. 법인은 환경상 이익의 침해를 이유로 행정소송을 제기할 수 없는가?	68
35. 계약금액 조정신청 시점에 대한 법원의 판단	70
36. 예정가격이 불법행위 시 손해액 산정의 기준이 될 수 있을까?	72
37. 법령에 반해 산정된 계약보증금의 효력은?	74
38. 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 특약은 무효	75
39. 국가계약은 반드시 표준계약서를 사용하여야 하나?	76
40. 러니언시에 대한 감면불인정 통지가 행정처분에 해당할까	77
41. 최고가 낙찰자 계약포기 시 차순위자 승계 당연할까?	78
42. 행정청의 건축신고 반려행위는 행정소송의 대상이 될까?	80
43. 부정당제재처분 부과와 대표이사 변경	82
44. 추가공사대금 청구시 연장기간에서 정지 기간이 공제되는지 여부?	84
45. 규격의 하자로 인한 계약불이행의 책임	85
46. 과징금 소송 후 희생이 개시된 경우 관리인 개입 없이 소송 진행이 가능할까?	86
47. 다수공급자계약에 따른 거래정지통보가 행정소송의 대상이 되는지 여부?	87
48. 부실벌점 부과는 행정소송의 대상이 될까?	88
49. 수의계약 대상을 경쟁입찰 방식으로 집행하는 것은 위법일까?	89

50. 시행령에 근거해 입찰참가자격제한을 할 수 있을까?	90
51. 하수급인에게 지급할 간접비를 원수급인이 청구할 수 있을까?	92
52. 건축위원회 위원이 직무와 관련해 돈을 받으면 뇌물수수죄로 처벌될까?	94
53. 발주처 요구에 의한 돌관공사의 공사비 받을 수 있을까?	96
54. 착오로 인한 잘못된 서류제출, 부정당제재 합당할까?	98
55. 입찰공고와 다른 새로운 조건의 추가 가능할까?	100
56. 공사가 도중에 중단된 경우, 감리에 대한 보수 산정은?	101
57. 책임주의가 반영되지 않은 양벌규정이 유효할까?	103
58. 법률상 요건과 절차를 갖추지 않은 공공계약의 효력	104
59. 부정당업자 제재기간과 입찰참가 제한의 판단	105
60. 독점업체의 공급거절에 대한 계약업체의 책임	106
61. 입찰안내서 계약금액조정 금지조항의 효력은?	107
62. 설계변경에 따른 공기연장 시 추가간접비 청구는?	108
63. 규칙은 법률보다 처분대상 확대해선 안돼	109
64. 건설업 명의 대여 여부의 판단기준은?	110
65. 공사정지기간 중 잔여공사금액에 대한 이자를 금융손실비용으로 청구할 수 있을까?	112
66. 판급공사계약 지체상금의 종기는?	114

67. 산업안전보건법상 사업주 및 안전·보건조치 의무위반의 범위는?	116
68. 입찰부정행위에 따른 계약해지시 보증기관의 책임은	117
69. 확정적으로 지급된 기성대가, 계약금액조정 대상 될까?	119
70. 예가율 적용한 계약금액 삭감은 부당	120
71. 행정처분의 집행정지의 요건으로 본안청구의 승소가능성은 고려의 대상인가?	122
72. 책임감리제 공사에서의 발주자 공무원 책임은	123
73. 계약형태가 장기계속계약에서 계속비계약으로 변경된 경우 공기연장비용 청구에 영향을 미칠까?	124
74. 미정산 선금의 기성금 당연충당과 하도급대금 직접청구권의 우열관계	125
75. 건산법상 제재의 대상이 되는 '명의대여'란?	127
76. 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우 법정이율 청구할 수 있을까?	128
77. 회생회사 관리인의 계약해지권 행사, 부정당업자 제재사유될까?	129
78. 중복된 담합에 대한 연속 부정당업자 처분 가능할까?	131
79. 국유재산 무단점유자 부당이득반환금 청구 가능할까?	132
80. 돌관공사비 청구를 위한 유의사항은?	133
81. 지자체 조례 근거로 수의계약 체결할 수 있나	134
82. 주한미군 반환토지, 오염정화비용 누가 부담하나	136
83. 턴키 운반거리 변경시 계약금액조정 가능할까	137

84. 물가변동으로 인한 계약금액조정을 배제하는 특약의 효력은?	138
85. 부정당행위 이후 회사분할시 제재대상 업체는?	139
86. 부정당업자 중복제재 처분 가능할까?	140
87. 조달요청계약에서의 부정당제재 처분권자는?	141
88. 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권 소멸시효	142
89. 분담이행 방식에서의 대표사 자격	144
90. 하청업체 위반행위로 인한 부정당제재의 적법성	145
91. 산출내역서에 일반관리비·이윤 0원 기재	146
92. 출자비율 넘은 하자보수이행, 보증사의 책임은	147
93. 민자사업자가 무상사용기간의 연장을 구하는 방법	149
94. 민간기업에 의한 리조트 건설과 공공수용의 한계	150
95. 공사 도급계약에서 공사의 미완성과 하자의 구별	151
96. 자재 직접구매 제도, 턴키에도 적용될까?	153
97. 현장정리비용이 계약이행보증 범위에 포함될까?	154
98. 처분문서와 보고문서의 구분법은?	155
99. 구 지방계약법상 '계약사무'에 입찰제한처분 포함될까?	156
100. 민자사업기본계획만으로 실시협약자에게 구속력을 주장할 수 있나?	157



본 강의용 자료는 법무법인 올촌의 부동산건설그룹에서 정유철 변호사 등이  
건설경제신문에 2011년도부터 기고한 내용으로 강의 목적 이외에 사용 및 복제,  
배포를 금하여 줄 것을 양지하여 주시기 바랍니다.

## 1. 협약 후 계약체결 못한 A사, 손해소 진 이유는?

계약은 민법의 근간을 이루는 기본원칙 중 하나인 계약자유 원칙에 따라 원칙적으로 계약당사자들의 청약과 승낙의 의사합치만으로 성립한다. 하지만 국가계약법이 적용되는 영역의 계약은 사정이 다르다. 국가계약법 제11조가 일정한 요건과 절차를 갖춘 계약서가 작성되도록 요구하고 있기 때문이다. 따라서 계약을 체결할 때는 세밀한 주의가 요구된다.

이러한 국가계약법상의 법리는 많은 판례로 확인이 되었는데, 그 중 비교적 최근에 나온 사례가 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결이다.

### [사실관계]

원고 A사와 피고 B군은 2002년 4월 분뇨처리시설보강 등 사업에 관한 기술공동개발협약을 체결했다. 이 사건 협약에는 (i) 설계작업이 완료된 후 이 사건 공사의 시설공사계약을 체결 (ii) 원고회사가 공사기간 단축을 위하여 기계장비를 미리 주문·제작하며 피고측의 사정으로 이 사건 계약이 체결되지 않는 경우 피고는 선 발주 기계설비 대금 등 원고의 손해를 배상하기로 한다는 내용이 포함됐다.

A사는 2002년 11월 이 사건의 기계장비를 부산항을 통해 수입했다.

2005년 1월 이 사건 사업과 관련된 특혜의혹이 있다는 언론보도가 나오는 등 물의가 일자 B군은 A사와의 계약체결을 거부했다. 이에 A사는 피고를 상대로 A사가 이 사건 기계장비를 수입해 보관하는 데 지출한 비용 상당의 손해배상을 구하는 소를 제기했다.

### [대법원의 판단]

이 사건 협약에는 (국가계약법 제11조 제1항에서 규정하는)이 사건 공사의 대금이나 이를 확정할 방법과 기준 등에 관한 아무 규정이 없고, 피고측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 아니하는 경우 피고가 배상하기로 한 기계설비 대금 등 원고측의 손해액이 얼마인지 정해져 있지 않을 뿐 아니라 이를 특정할 기준이나 방법도 정해져 있지 않다. 그렇다면 이 사건 협약서는 국가계약법에서 정한 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약으로서 위 법리에 따라 효력이 없다.

국가계약법상 요건과 절차를 거치지 않고 체결된 사법상 계약의 효력을 무효로 본 판결은, 본건 판결 이외에도 다수(대법원 1993. 6. 8. 선고 92다49447판결, 대법원 2004. 1. 27. 선고2003다 14812판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다 30811판결 등)있다.

그런데 이 판례에서 주목할 점은, 대법원이 이 사건 협약은 담당공무원과 계약상 대자의 기명날인 또는 서명이 있음에도 불구하고 국가계약법 제11조 제1항 소정의

기타 필요한 사항이 기재되지 않았으므로 무효라고 판단을 한 부분이다. 따라서 국가 등과 계약을 체결할 때는 그 계약이 국가계약법상 요구되는 절차를 거쳤는지 뿐만 아니라, 내용에 있어서도 계약내용의 이행, 이행지체, 이행불능 등에 관해 구체적인 기준과 방법이 정해졌는지 주의해야 한다.

## 2. 국가계약법 위반해도 계약은 유효할 수 있다

지난 회(6일자 9면)에서는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법')이 적용되는 계약의 경우 국가계약법상의 요건과 절차를 거치지 않았다면 효력이 없다는 취지의 대법원 판결(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결)을 소개했다.

그러나 입찰 및 낙찰자 결정과 관련해서는 국가계약법령상의 규정을 다소 위반한 측면이 있다고 하더라도 그러한 입찰 및 낙찰자 결정이 반드시 무효라고 단정할 수는 없는데, 이러한 취지의 판례가 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604판결이다.

### [사실관계]

A광역시는 2000년 11월경 제2농수산물도매시장 건립공사 입찰공고를 하면서 입찰참가자격을 건축법시행령 소정의 '판매 및 영업시설'에 대해 일정면적 이상 시공실적이 있는 자로 제한했다.

B사가 위 기준에 따른 시공실적에서 만점을 받아 낙찰자로 선정되고 A광역시와 도급계약까지 체결하였으나, 이후 B사의 시공실적 중 일부는 건축법시행령 소정의 '판매 및 영업시설'에 해당하지 않는 것으로 확인됐다.

이에 입찰에 참가하였으나 낙찰자로 선정되지 못한 C사는 위 낙찰자 결정 및 도급계약이 무효임을 전제로 공사이행금지 가처분을 신청했다.

### [대법원의 판단]

국가계약법 및 그 시행령상의 입찰절차나 낙찰자 결정기준에 관한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다.

계약담당공무원이 입찰절차에서 국가계약법 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 했다고 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 따른 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 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 의해 이루어진 것이 분명할 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한해 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

대법원 판례가 국가계약법령을 입찰 및 낙찰자결정에 관련된 부분과 예약 및 계

약의 성립과 관련된 부분으로 나눠 전자에 관한 국가계약법 규정 위반 시 그 계약은 무효라고 하면서, 후자에 관한 국가계약법 규정 위반 시에는 특별한 사정이 있는 경우에 한해 무효가 된다고 구분하는 이유나 근거에 대해서는 다소 의문이 있다. 그러나 위와 같이 확립된 대법원 판례의 취지상 국가 등과 계약을 체결할 때는 그 체결과정에서 일부 법령위반이 있다고 하더라도 그 법령위반이 입찰 및 낙찰자결정과 관련된 부분의 법령위반인지, 예약 및 계약의 성립과 관련된 부분의 법령위반인지 면밀히 판단한 후 추후 대응책을 마련해야 한다.

### 3. 제재기간 지난 처분 취소할 수 있을까?

선행처분으로 가중처분 위기 몰린 A사의 고민

A사는 재하도급금지 규정을 위반한 것을 이유로 중앙행정기관의 장으로부터 2개월의 부정당업자제재 처분(이하 “선행처분”이라 함)을 받았으나, 2개월의 제재기간이 지나도록 이를 닦지 않고 있던 중 다른 국가계약과 관련하여 부정당업자제재 사유가 발생했다. 만약, 선행처분이 취소되지 않으면, A사는 국가계약법 시행규칙에 의하여 2분의 1의 범위 안에서 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있다. 이 경우 A사는 행정소송을 통해 이미 제재 기간이 경과된 선행처분의 취소를 구할 수 있을까?

과거 대법원 판례에 의하면, A사가 행정소송으로 제재기간이 이미 경과된 선행처분의 취소를 구하는 것이 불가능하다. 대법원은 “행정처분이 법령이나 처분 자체에 의하여 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 효력이 상실되므로 그 기간 경과 후에는 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없는 것”이라고 판시해 부정당업자제재 처분에서 정한 제재기간이 경과 된 경우 당해 처분의 취소를 구하는 소송은 부적법한 것으로 보았다.(대법원 1995. 7. 14. 선고 95누4087 판결)

그러나 대법원은 2006년 6월 22일 선고된 2003두1684 판결에서 기존의 견해를 변경했다. 대법원은 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분인 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분인 후행처분을 하도록 정하고 있어, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도, 선행처분의 취소를 구할 수 있는 것으로 판시했다.

따라서, 위 사례의 A사는 이미 제재기간이 경과된 선행처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 행정소송은 당해 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하므로, 제소기간에 유의하여야 한다. 나아가, 부정당업자제재 처분을 닦고자 할 경우 법원에 취소소송을 제기함과 동시에 당해 처분의 집행정지 신청을 하여, 부정당업자제재 처분 취소소송의 판결이 확정되기 전까지 입찰에 참여할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

#### 4. 공기업의 부정당업자 처분 행정소송으로 다룰 수 있나?

정부조직법에 따라 설치된 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장의 부정당업자제재 처분에 대해서는 행정소송으로 다룰 수 있다. 그러나, 위와 같은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 아닌 한국전력공사와 같은 공기업의 사장, 에너지관리공단과 같은 준정부기관의 사장 또는 한국수력원자력주식회사와 같은 기타 공공기관의 사장으로 부터 부정당업자제재 처분을 받은 경우 이를 행정소송으로 다룰 수 있는지는 논란이 있다.

과거 대법원 판례 중에는 한국전력공사 사장의 부장당업자제재 처분의 취소를 구하는 행정소송은 부적법한 것으로 본 사례가 있다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99부3 결정). 다만, 위 대법원 판결 이후 관련 법률이 제정되었고, 공공기관 중 공기업 또는 준정부기관에 의한 부정당업자제재 처분에 대한 취소소송을 적법한 것으로 본 하급심 판례가 있다.

##### [사실관계]

한국전력공사 사장은 A사에 대하여 1999년 2월 1일부터 1년간 부정당업자제재 처분을 했다. 이에 대하여 A사는 서울행정법원에 위 부정당업자제재 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기했다.

##### [대법원의 판단]

대법원은 한국전력공사 사장은 정부조직법상 중앙행정기관의 장에 해당하지 않고, 한국전력공사 사장이 법률에 의해 행정청 또는 그 소속기관으로부터 부정당업자제재 처분권한을 위임받았다고 볼 근거가 없음을 이유로 A사의 부정당업자제재 처분 취소소송을 부적법한 것으로 보았다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99부3 결정).

##### [관련 법령의 제정 및 행정소송의 제기 가능성]

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 “공공기관법”이라 함)이 제정됨으로써 공공기관 중 공기업 및 준정부기관의 경우 부정당업자제재 처분을 할 수 있는 법률상 근거규정을 두었다(공공기관법 제39조).

따라서, 공공기관 중 공기업 또는 준정부기관에 의한 부정당업자제재 처분은 행정소송으로 그 취소를 구할 수 있을 것으로 보이며, 실제로 하급심 판례 중에는 한국도로공사, 한국전력공사, 한국철도공사, 농업기반공사의 부정당업자제재 처분을 행정소송으로 다룬 사례가 있다(서울고등법원 11. 1. 선고 2006누4693 판결, 서울행정법원 2006. 4. 11. 선고 2005구합29600판결 등). 따라서, 공공기관에 의해 부정당업자제재 처분을 받은 경우, 이를 행정소송으로 다루기 위해서는 해당 공공기관이 공공기관법상 공기업 또는 준정부기관에 해당하는지 아니면 기타공공기관에 해당하는지 여부를 먼저 살펴봐야 할 것이다.

## 5. 입찰 불참자에 대한 부정당제재 처분 적법할까

A지역에 소재지를 둔 K, P, J사(이하 통칭 K사 등)는 A시가 발주하는 한 사업을 수의계약할 목적으로 당해 사업의 입찰에 참여하지 않기로 합의하고, 그 후 실제로 당해 사업의 입찰 및 제공고 입찰에 참여하지 않았다.

결국 A시는 수의계약을 체결한 후, K사 등에 대해 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 지방계약법) 시행령 제76조 제7호(경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자)의 부정당업자에 해당함을 이유로 부정당제재 처분을 했다. 과연 이러한 A시의 부정당제재 처분은 적법한 것일까?

이와 관련해 원심은 A시의 K사 등에 대한 부정당제재 처분을 적법한 것으로 보았으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 A시의 K사 등에 대한 부정당제재 처분을 위법한 것으로 판단했다.

[부정당제재 처분과 같은 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용해야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석 해서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 될 것인바, 지방계약법 시행령 제92조 제1항 본문이 입찰참가자격 제한의 대상을 “계약상대자 또는 입찰자”로 정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 같은 항 제7호에 규정된 “특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자”는 “당해 경쟁입찰에 참가한 자”로서 당해 입찰에서 특정인이 낙찰되도록 하기 위한 목적으로 담합한 자를 의미한다고 봄이 상당하고, 당해 경쟁입찰에 참가하지 아니함으로써 경쟁입찰의 성립 자체를 방해하는 담합행위는 실사 그 경쟁입찰을 유찰시켜 수의계약이 체결되도록 하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 위 “계약상대자 또는 입찰자”에 해당한다고 할 수 없다.(대법원 2008. 2. 28. 선고2007두13791)]

위 대법원 판결에 의하면, 어떤 업체가 국가계약법 시행령 제76조 제1항 각 호 또는 지방계약법 시행령 제92조 제1항 각 호의 행위를 한 것처럼 보이더라도, 당해 업체가 계약상대자 또는 입찰에 참여한 자에 해당하지 않는다면, 그러한 자에 대해서는 부정당제재 처분을 할 수 없다. 다만, 수의계약의 체결과 관련해 지정정보처리장치를 이용하여 견적서를 제출한 자의 경우에는 계약하지 아니하거나 입찰에 참여하지 않더라도, 부정당제재 처분을 받을 수 있다(국가계약법 시행령 제76조 제1항 본문, 지방계약법 시행령 제92조 제1항 본문).

나아가, 특정인의 입찰을 위해 입찰에 참가하지 않아 입찰의 성립 자체를 방해한 것은 형사상 입찰방해죄(형법 제315조)를 구성하거나 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위반될 수도 있음을 주의할 필요가 있다.



## 6. 입찰공고 주내용 변경해 본계약체결 강요할 수 있나

국가나 지방자치단체 등이 당사자로서 계약을 체결하고자 할 때에는 계약서를 작성해야 하고 그 경우 담당공무원과 계약당사자가 계약서에 기명날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다. 이와 같이 국가 등이 당사자가 되는 계약의 체결은 계약서의 작성을 성립요건으로 하는 요식행위로 정하고 있으므로, 이 경우 낙찰자의 결정으로 바로 계약이 성립된다고 볼 수는 없다. 즉 낙찰자는 국가 등에 대해 계약을 체결해 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는 데 그치고, 이러한 점에서 낙찰자 결정의 법적 성질은 입찰과 낙찰행위가 있는 후에 더 나아가 본계약을 따로 체결한다는 취지로서 계약의 편무예약에 해당한다.

따라서 낙찰자로 결정되었으나 본계약을 체결하기 전이라면 아직 계약이 성립한 것이 아니므로, 국가 등이 입찰공고의 주요 내용을 변경해 본계약을 체결할 것을 낙찰자에게 요구할 수 있는 지가 문제가 될 수 있다.

### [사실관계]

원고 A는 지방자치단체인 피고 B시의 이 사건 도로에 관한 기업용재산매각입찰공고에 응찰해 낙찰자로 결정되었고, 본계약 체결 전에 입찰금액까지 모두 지급했다. 피고는 근처 아파트공사를 하고 있던 C사로부터 공사 시행에 방해가 됨을 이유로 이 사건 도로에 대한 매각철회를 요청 받아, 원고가 이 사건 도로를 일반인에게 제공함을 매매계약서상 명시해 줄 것을 원고에게 요구하였다. 원고가 피고의 요구에 응하지 않자 피고는 낙찰자가 낙찰일로부터 10일 이내에 매매계약을 체결하지 않으면 입찰을 취소한다는 입찰공고문을 들어 입찰취소를 통지했다.

이에 원고는 피고를 상대로 매매계약 체결에 관한 원고의 청약에 대해 승낙의 의사표시를 구하는 소를 제기했다.

### [대법원의 판단]

낙찰자의 결정으로는 예약이 성립한 단계에 머물고 아직 본계약이 성립한 것은 아니라고 하더라도, 그 계약의 목적물, 계약금액, 이행기 등 계약의 주요한 내용과 조건은 지방자치단체의 입찰공고와 최고가(또는 최저가) 입찰자의 입찰에 의해 당사자의 의사가 합치됨으로써 지방자치단체가 낙찰자를 결정할 때에 이미 확정되었다고 할 것이므로, 지방자치단체가 계약의 세부사항을 조정하는 정도를 넘어 계약의 주요한 내용 내지 조건을 입찰공고와 달리 변경하거나 새로운 조건을 추가하는 것은 이미 성립된 예약에 대한 승낙의무에 반하는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다.(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결).

따라서, 국가 등이 입찰공고의 내용을 임의적으로 변경해 본계약 체결을 낙찰자에게 요구한다면 무조건 수용할 것이 아니라, 그러한 내용이 계약의 주요한 내용인지에 대해 면밀히 검토해야 한다.

## 7. 예정가격이 형법상 '공무상 비밀'에 해당할까?

공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 '직무상 비밀'을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처해진다(형법 제127조).

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법 등)에서 정한 예정가격이 형법이 말하는 '직무상 비밀'에 해당하는지, 만약 해당한다면 이러한 직무상 비밀을 사전에 알아낸 계약상대자가 체결한 계약의 효력에 영향이 있는지가 문제 된다.

### [사실관계]

지방자치단체 A군의 공무원인 피고인들은 공모해 6억원 미만의 수해복구공사에 대해서는 관내 업체가 참여하는 수의계약 방식으로 시행할 것을 기안한 후 A군 군수의 결재를 받아 각 공사를 시행할 공사업체를 미리 선정한 다음, 해당 공사업체에 예정가격을 미리 알려주었고, 각 해당 공사업체는 위 예정가격을 기초로 입찰해 낙찰된 후 계약을 체결했다.

위와 같은 사실로 피고인들은 형법상 '공무상 비밀누설죄'로 기소됐다.

### [대법원의 판단]

옛 지방재정법(2005. 8. 4. 법률 제7663호로 전문 개정되기 전의 것) 제63조에 의해 준용되는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제7조는 국가가 당사자로서 계약을 체결하는 경우, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려해 필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의해 수의계약에 의할 수 있도록 정하고 있다. 같은 법 시행령 제7조의2 제1항은 "각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 경쟁입찰 또는 수의계약 등에 부칠 사항에 대해 당해 규격서 및 설계서 등에 의해 예정가격을 결정하고, 이를 밀봉해 미리 개찰장소 또는 가격협상 장소 등에 두어야 하며, 예정가격이 누설되지 아니하도록 하여야 한다"고 규정하고 있고 제30조 제1항 본문은 "각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 수의계약을 체결하고자 할 때에는 2인 이상으로부터 견적서를 받아야 한다"고 규정하고 있는 바, 위 규정들을 종합하면 지방자치단체의 장 또는 계약담당공무원이 수의계약에 부칠 사항에 대하여 당해 규격서 및 설계서 등에 의하여 결정한 '예정가격'은 형법 제127조 소정의 '공무상 비밀'에 해당한다고 할 것이다.

대법원은 위와 같이 예정가격을 누설한 공무원에게 형사상 책임을 지우는 한편, 건설회사 임직원과 관계 공무원 간의 공모로 최종 낙찰 예정가를 사전에 알아내 그에 근접한 금액으로 낙찰을 받은 경우, 그 입찰 및 이로 인해 이루어진 공사도급계약의 효력까지 무효라고 판시하고 있다(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다15852 판결).

이와 같은 경우 해당 업체가 입찰참가를 방해한 것으로 인정되거나 국가 또는 지

방자치단체에 손해를 끼쳤다면 국가계약법 등에 따른 부정당 업자 제재, 즉 입찰참가 자격제한 처분까지 받을 수 있으니 이에 대한 각별한 주의가 요구된다.

## 8. 공공과 민자 구제수단이 같을까?

공공은 민사소송, 민자는 행정소송

일반적으로 국가를 당사자로 하는 계약(이하 “국가계약”)은 입찰공고, 입찰, 낙찰자결정, 계약체결, 계약의 이행 등의 순서로 진행되며, 낙찰자결정 과정에서 탈락한 업체가 낙찰자 결정의 효력을 다투기 위해서는 민사소송으로 낙찰자결정의 무효확인을 구하면서 계약체결 및 이행금지 가처분 신청을 하게 된다.

민간투자사업은 민간투자시설사업계획 공고, 사업계획서 제출, 우선협상대상자 지정, 실시협약의 체결, 실시협약의 이행 등의 순서로 진행되는데, 실시협약의 체결이라는 측면에서 보면 국가계약과 유사한 것처럼 보인다. 그렇다면, 민간투자사업과 관련하여 우선협상대상자 지정 과정에서 탈락한 업체가 우선협상대상자 지정행위의 효력을 다투는 방법도 일반적인 국가계약과 동일한 것일까?

이와 관련해 학설상으로는 다양한 견해가 대립되고 있지만, 서울고등법원은 ‘주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 우선적으로 주무관청과 사이에 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여 받게 되는 반면, 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정 받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보(차순위 협상대상자의 경우) 당하게 된다고 할 것이다. 따라서 우선협상대상자 지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제요건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다’라고 판시했다(2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결).

위와 같은 서울고등법원의 판결에 의하면, 민간투자사업의 우선협상대상자로 지정되지 못한 업체는 민사소송이 아닌 행정소송으로 우선협상대상자지정처분의 취소를 구함과 동시에 집행정지 신청을 해야 한다.

참고로, 집행정지제도(행정소송법 제23조)는 행정소송의 원고가 나중에 본안에서 승소하더라도 이미 집행이 종료돼 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 부당한 결과가 생길 수 있는 경우에 직권 또는 당사자의 신청에 의해 법원이 내리는 중요한 가구제(假救濟) 제도로, 민사상 가처분과 유사한 기능을 수행하나 민사상 가처분과 달리 본안소송이 반드시 계속 중일 것을 요구함을 유의해야 한다.

## 9. 입찰공고 후 아직 입찰이 이루어지지 않은 상태에서 입찰절차의 중단을 구하는 가처분이 가능할까?

다툼의 대상에 관해 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하게 나이를 실행하는 것이 매우 곤란할 경우에는 법원에 가처분을 구할 수 있다(민사소송법 제 300조).

입찰과정에서도 가처분이 종종 이용되는데, 낙찰자가 결정된 이후 낙찰자 결정이 잘못되었다고 주장하면서 발주자와 낙찰자의 계약금지를 명하는 가처분을 받거나, 계약이 성립된 이후라면 계약의 이행금지를 명하는 가처분을 받을 수도 있다.

이런 가처분을 받기 위해서는 신청인에게 보호받을 권리(피보전권리)가 있고, 절차가 그대로 진행될 경우 권리실행이 불가능해지거나 매우 곤란해질 우려(보전의 필요성)가 있어야 하는데, 입찰공고만이 이루어지고 아직 입찰조차 이루어지지 않은 경우까지 '피보전권리'와 '보전의 필요성'이 인정되어 가처분을 구할 수 있는지가 문제된다.

### [사실관계]

「중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률」(이하 “법”)에 정한 공공기관으로서 ‘하수처리장 여과시설 설치 공사’(이하 “이 사건 공사”)를 발주한 지방자치단체인 A시는, 특별한 경우를 제외하고는 그 공사에 사용될 ‘통상여과기’에 대해 공사용 자재 직접 구매 대상이라는 점을 공고한 후 중소기업이 생산한 제품을 직접 구매하여야 함에도 불구하고 계약방식이 설계·시공 일괄입찰 방식에 의한다는 이유만으로 직접 구매 예외사유라고 공표하고 입찰공고를 했다.

이에 중소기업으로서 통상여과기를 생산하고 있는 신청인 B는 A시가 이 사건 공사에 관하여 공사용 자재 직접 구매 대상이라는 점을 공고하지 않은 것은 위법하다고 주장하면서 입찰일 이전에 A시를 피신청인으로 해 이 사건 입찰절차의 속행 금지를 구하는 가처분을 신청했다.

### [법원의 판단]

A시가 절차를 제대로 거치지 아니한 채, 이 사건 공사에 관해 공사용 자재 직접 구매 대상이라는 점을 공고하지 않은 것은 위법하다고 볼 여지가 있다. 따라서 중소기업으로서 통상여과기 등을 생산·판매하고 있는 신청인 B로서는 A시가 위와 같은 절차를 거치지 않고 이 사건 공사의 입찰을 진행해서는 안 된다는 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 가처분 신청은 그 피보전권리가 있다.

이 사건 공사에 관한 입찰절차는 현재 진행 중으로 만일 이 사건 공사에 관한 입찰절차가 그대로 진행될 경우 법적 분쟁이 복잡하게 전개될 뿐 아니라 B의 권리가 침해되어 회복하기 곤란하게 될 우려가 있다. 따라서 위 입찰절차를 긴급히 중지시

킬 보전의 필요성도 인정된다(청주지방법원 2010. 3. 9. 선고 2010카합44 결정).

실무의 대부분 가처분은 입찰공고에 따르지 않은 우선협상자선정 등을 문제삼고 있으나, 위와 같이 입찰공고의 내용 자체가 위법할 경우에는 입찰 전이라도 피보전 권리 및 보전의 필요성을 인정하여 입찰절차 속행금지 가처분을 받아들이고 있다. 따라서 입찰공고에 문제가 있다고 생각할 경우에는 입찰 전이라도 위법성을 확실히 판단한 후 가처분 신청을 하여 신속한 권리구제를 받을 수 있는 것이다.

참고로 본 결정에서는 공사용 자재의 직접구매제도는 중소기업이 대형건설사 등의 하도급업체로 전락하는 것을 방지하고, 중소기업제품의 구매를 확대하여 중소기업의 경영안정을 지원하기 위한 목적을 가지고 있으므로, 설계·시공 일괄입찰 방식에 의한다고 하더라도 법에 의한 직접구매 규정이 당연히 배제되지 않음을 분명히 했다.

## 10. 담합한 가격보다 저가로 입찰해 낙찰된 경우, 입찰방해죄에 해당할까?

위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처해진다(형법 제315조).

여기서 입찰방해의 결과가 현실적으로 발생하지 않은 경우, 가격결정 외에 공정한 경쟁방법을 해한 경우에도 형법상 입찰방해죄에 해당하는지가 문제된다.

[사실관계]

A, B, C, D회사는 모두 시각장애인용 음성유도기 등을 제조, 판매하는 회사들이며, 갑, 을, 병, 정은 각 회사의 대표들이다. M기관은 입찰을 통해 시각장애인용 음성유도기를 구매하기로 했다. 입찰 직전 회사들 사이에 담합이 논의되어 B회사를 제외한 나머지 3사는 입찰금액을 1억원 이상으로 하기로 합의가 이루어졌고, 이에 따라 B회사는 9,970만원, C회사는 1억 600만원, D회사는 1억 1,077만원으로 입찰하였다. 그러나 A회사는 입찰금액을 9,200만원으로 하여 입찰하였고, 결국 입찰에서 A회사가 낙찰되었다.

위와 같은 사실로 A회사의 대표이사 갑은 형법상 ‘입찰방해죄’로 기소되었다.

[대법원의 판단]

입찰자들 상호간에 특정업체가 낙찰 받기로 하는 담합이 이루어진 상태에서 그 특정업체를 포함한 다른 입찰자들은 당초의 합의에 따라 입찰에 참가하였으나 일부 입찰자는 자신이 낙찰 받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 오히려 낙찰 받기로 한 특정업체보다 저가로 입찰하였다면, 이러한 일부 입찰자의 행위는 위와 같은 담합을 이용하여 낙찰을 받은 것이라는 점에서 적법하고 공정한 경쟁방법을 해한 것이 되고, 따라서 이러한 일부 입찰자의 행위 역시 입찰방해죄에 해당한다(대법원 2010.10.14. 선고 2010도4940).

위 판례에서 대법원은 입찰방해죄의 성질을 밝히고, 나아가 담합과 관련한 입찰방해죄의 성립범위를 제시하고 있다. 담합이란 입찰인들이 서로 통모하여 특정한 사람이 계약자가 될 수 있도록 다른 사람이 일정한 가격 이하나 이상으로 입찰의 의사표시를 하는 행위를 말한다. 담합행위를 어느 범위까지 처벌할 것인가는 기본적으로 개별 법공동체의 입법자가 결정할 사항으로, 입찰방해죄는 위태범으로써 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 요하는 것이 아니고, 그 행위에는 가격을 결정하는 데 있어서 뿐 아니라, 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함된다고 판시하고 있다.

일본의 경우는 담합에 의한 입찰방해죄를 목적범으로 규정하면서 그 목적을 “공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적”으로 한정하고 있으나 우리의 입법자는 이러한 제한을 설정하고 있지 않다. 이러한 점에서 위 판례에서 “담합한

금액보다 저가로 입찰을 하더라도 담합을 이용하여 낙찰을 받은 것이라는 점에서 적법하고 공정한 경쟁방법을 해한 것이 된다”고 판시한 것은 우리 입법자의 결단을 충실하게 반영한 해석이라고 볼 수 있다.

참고로 다음 회에는 최근 “건설업체들이 컨소시엄을 구성해 공구가 분할된 공사의 입찰에 참여했다고 해서 담합으로 볼 수 없다”는 대법원의 판결이 있어 소개하고자 한다(건설경제 2011.6.2.자 기사 및 대법원 2011.5.26.선고 2008도6341 참조)



## 11. 공동수급체 구성행위가 입찰담합에 해당할까?

건설공사 입찰시 낙찰자, 투찰가격, 낙찰가격 등 입찰의 경쟁요소가 되는 사항을 공모·합의하는 경우, 건설산업기본법 제95조 위반죄가 성립할 수 있음은 물론 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”) 제19조 제1항 제8호의 부당한 공동행위로 형사처벌을 받을 수도 있다.

이와 관련하여, 건설회사간 공동수급체를 구성하여 특정 건설공사에 입찰을 하는 행위가 공정거래법상 부당한 공동행위, 즉 입찰담합에 해당하는지 여부가 문제된다.

### [사실관계]

6개 건설회사들은 2004. 11.부터 2005. 5.까지 서울시 지하철 P호선 연장구간 공사의 공구별 입찰에 참여하면서, 각 건설회사마다 한 공구씩 나누어 수주를 하기로 합의한 뒤, A, B, C 등의 건설회사를 낙찰 가능성이 없는 조건으로 입찰에 참가하도록 이른바 ‘들러리’로 내세워 입찰을 진행하였다. 동시에 위 6개 건설회사들은, 각 자가 맡기로 한 공구에 대하여 별도로 입찰을 준비하고 있던 갑, 을, 병 등의 건설회사들과 함께 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하였다.

이후 위 6개 건설회사들은, ① 공구분할 합의로 인한 입찰담합, ② 들러리를 세운 행위로 인한 입찰담합, ③ 공동수급체 구성으로 인한 입찰담합을 이유로 하여 기소되었고, 원심 판결은 위 3가지 행위 모두 공정거래법상 부당한 공동행위에 해당한다고 판단하였다.

### [대법원의 판단]

대법원은, ① 공구분할 합의 및 ② 들러리를 세운 행위는 공정거래법상 위법한 입찰담합이라는 점을 확인하였다. 그러나, ③ 공동수급체 구성행위에 대하여는 원심 판결의 판단과 달리 공동수급체를 구성하는 행위 자체가 위법한 것은 아님을 확인하였다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도6341 판결).

대법원은 판결 이유에서, “경쟁력이 약한 회사의 경우 공동수급체 구성에 참여함으로써 경쟁능력을 갖추게 되어 실질적으로 경쟁이 촉진되는 측면이 있다”고 하면서, “공동수급체의 구성에 참여한 회사들로서는 대규모 건설공사에서의 예측 불가능한 위험을 분산시키고, 특히 중소기업 수주기회를 확대하며 대기업의 기술이전을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 도급인에게는 시공의 확실성을 담보하는 기능을 하는 등 효율성을 증대하는 효과도 가지고 있다”고 밝혔다.

또한, “서울특별시 및 인천광역시로부터 각 공구에 대한 입찰의 실시를 의뢰 받은 조달청은 각 입찰공고에서 공동수급체의 구성을 통한 공동계약이 가능함을 명시했고, 공사현장 관할지역에 주된 영업소가 있는 업체가 포함된 공동수급체에 대해서는 가산점까지 부여했다”고 덧붙였다.

따라서, 입찰담합을 인정하기 위하여는 “당해 입찰의 종류, 공동수급체를 구성하게 된 경위 및 의도, 공동수급체 구성원들의 시장점유율, 공동수급체 구성원들이 아닌 경쟁사업자의 존재 여부, 당해 공동수급체 구성행위가 입찰 및 다른 사업자들과의 경쟁에 미치는 영향 등을 제대로 심리하여, 당해 공동수급체의 구성행위로 입찰에서의 경쟁이 감소하여 낙찰가격이나 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지 여부를 판단” 하였어야 함에도 불구하고, 원심은 위와 같은 과정을 거치지 아니하고 공동수급체 구성행위를 곧바로 입찰담합으로 단정한 위법이 있다는 것이 판결의 취지이다.

대법원의 이번 판결로, 공동수급체 구성을 원칙적으로는 공정거래법상 위법한 입찰담합으로 볼 수 없음을 확인할 수 있다. 다만 판결에 따르더라도, 공동수급체 구성이 무조건 입찰담합이 아니라는 의미로는 볼 수 없고, 당해 행위가 실제로 입찰에서의 경쟁을 감소시킨 것인지를 구체적으로 심리하여 입찰담합 여부를 판단하게 된다. 따라서, 공동수급체 구성이 입찰담합에 해당하기 위한 요건이 구체적으로 어떻게 해석되는지, 향후 파기환송심의 판단을 좀 더 지켜볼 필요는 있다.

## 12. 공무원 또는 행정청의 견해표명 믿을 수 있을까?

A는 B토지를 매입하여 폐기물처리시설을 설치하고자 토지거래계약허가를 신청하였고, C시는 현지조사를 거쳐 위 토지거래계약을 허가하였다. 이에 A는 폐기물처리시설의 건축허가를 받기 위해 C시의 요구에 따라 개발제한구역의 훼손을 최소화할 수 있도록 필요한 최소 규모로 설치한다는 폐기물처리시설의 세부 사업계획서, 인근 농지·임야 등의 환경오염 및 소음·분진, 교통대책에 대한 구체적인 조치계획서 등을 제출하였다. 그러나 C시는 종전 개발제한구역 내에서 건축허가를 받은 축사 등이 공장·창고 등으로 불법 용도변경하여 사용되고 있고, 인근 주민들의 집단 민원이 예상된다는 등의 이유로 건축허가를 불허하였다.

C시의 건축허가 불허는 과연 신뢰보호원칙에 비추어 타당할까?

서울고등법원은 확정된 판결을 통해, 위 토지거래계약의 허가 및 폐기물처리시설 설치신고 수리과정에서 이 사건 건축허가가 가능하다는 C시의 견해표명은 A의 요청에 의하여 우연히 C시 소속 담당공무원이 은혜적으로 행정청의 단순한 정보제공 내지는 일반적인 법률상담 차원에서 이루어진 것이라기보다는, 토지거래계약의 허가 및 폐기물처리시설의 설치신고와 같이 그 이용목적이 건축물을 건축하는 것인 경우 그러한 이용목적이 관계 법령상 허용되는 것인지를 개별적·구체적으로 검토하여 그것이 가능할 경우에만 토지거래계약을 허가해주고 폐기물처리시설의 설치신고를 수리하는 것이 당시 C시의 실무처리관행이거나 내부업무처리지침이어서 그에 따라 이루어진 것으로 보이고, 나아가 A가 본래 토지거래계약허가를 받은 내용대로 토지를 폐기물처리시설로 이용하기 위하여 건축허가를 신청하게 된 점과 위와 같은 허가 및 신고수리 과정에서 그 담당공무원들이 작성한 토지거래계약허가 현지조사 의견서, 검토조서, 실무종합심의회 심의결과 등의 내용까지 고려하면 A로서는 C시의 위와 같은 견해표명에 대하여 보다 고도의 신뢰를 갖게 되었다고 할 것이므로, 이는 C시가 위 토지거래계약의 허가 및 폐기물처리시설 설치신고수리를 통하여서나 그 과정에서 그 소속 공무원들을 통하여 원고에 대하여 폐기물처리시설을 위한 건축허가가 가능하다는 공적 견해표명을 한 것이라고 봄이 상당하다고 설치하여(서울고등법원 2011. 2. 24. 선고 2010누27969 판결 참조), 결국 A는 신뢰보호원칙에 따라 구제되어 폐기물처리시설을 짓게 되었다.

그러나 추상적인 문의에 대해 답변을 한 공무원 내지 행정청의 견해표명은 원칙적으로 공적 견해로 보기 힘들기 때문에 이를 전적으로 신뢰하는 것은 상당히 위험하며, 개인이 정리한 구체적인 사실관계 역시 모든 부분을 망라할 수는 없으므로, 우선 전문가의 도움을 받아 법적인 쟁점을 도출한 후 이를 근거로 사실관계를 정확히 정리하여 공무원의 서면 답변을 구하는 것이 보다 안전한 방법이다.

참고로 관련 판례에서는 신뢰보호원칙을 적용하기 위해 다음과 같은 요건을 필요로 하고 있다. 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰

한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 기초하여 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하는바, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족하는 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다고 할 것이고(대법원 2008. 1. 17. 선고 2006두10931 판결 참조), 또한 위 요건의 하나인 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결 참조).

### 13. 공공계약에도 약관규제법이 적용될까?

약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법')은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관을 작성하여 거래에 사용할 경우 적용된다(약관규제법 제1조).

“사업자”, “거래”란 단어들은 “국가”, “조달”이란 용어로 상응되는 공공계약과는 분명 다른 측면이 있지만, 실제 공공계약에서는 기획재정부, 행정안전부 등이 정한 각종 계약일반조건들이 마치 사기업의 약관처럼 사용되고 있으므로, 이러한 계약일반조건들에 대해 약관규제법이 적용될 수 있는지가 문제된다.

[사실관계]

주식회사 A는 국가가 공고한 도로확장 및 포장공사를 낙찰 받아 시설공사도급계약(이하 '본건 계약')을 체결하였는데, 본건 계약의 일반조건에 의하면 예정가격의 100분의 85 미만인 낙찰자는 예정가격과 낙찰금액과의 차액을 현금으로 계약보증금과 함께 차액보증금으로 납부하여야 하되, 차액보증금을 보증서 등으로 납부하고자 하는 경우에는 그 차액의 2배를 납부하여야 하고, 계약자가 계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에는 계약보증금과 차액보증금은 국고에 귀속하도록 정하고 있어, A는 보증기관인 B로부터 100억 원을 보증금액으로 하는 보증서를 발급받아 국가에 제출하였다. A가 공사를 시행하던 중 부도가 나자 국가는 B에게 보증금을 청구하였는데, B는 본건 계약 일반조건이 고객에게 부당하게 불리한 조항으로(제6조) 약관규제법상 무효라고 주장하였다.

제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

[대법원의 판단]

차액보증금제도는 입찰업체가 공사의 가능 여부를 불문하고 우선 최저가로 낙찰 받아 계약을 체결하여 놓고 그 계약이행을 제대로 하지 않는 것을 방지하고 계약의 이행을 확보하기 위한 것이므로 국가와 A 사이의 차액보증금에 관한 약정이 약관규제법 제6조에 위반되어 무효라고 볼 수 없다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976판결).

대법원은 위와 같이 본건 계약 일반조건이 약관규제법의 적용을 받는 약관이라는 점을 전제로 약관규제법 위반 여부에 대해 판단을 하였다. 이런 결론은 공공계약의 법적 성질이 사법상 계약에 불과하다는 대법원의 확립된 판례와 맥을 같이 하는 것으로, 비록 계약의 일방 당사자가 국가라고 하더라도 약관규제법이 적용된다는 점이 확인되었다.

따라서 공공계약에서 분쟁이 생길 경우 공공계약의 특수성을 감안하더라도 계약에 있어 불공정성을 쉽게 정당화해서는 안되므로 공공계약법과 함께 약관규제법을 검토하는 주의가 필요하다.

참고로 차액보증금 제도는 과거 예산회계법과 그 시행령에서 규정하고 있었으며, 신의성실에 반하는 불공정약관 또는 우월적 지위를 이용한 불공정거래행위에 해당 하는지에 대해 논란이 있었으나, 국가계약법의 제정과 일반적 적격심사제도가 도입되면서 현재는 계약관련 법령에서 삭제되었다.

## 14. 기성고 조항이 지체상금 조항보다 불리하다면?

약관규제법 위반여부 검토 필요

지난 시간에는 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법')이 공공계약에 적용될 수 있다는 내용의 판례를 살펴 보았다. 공공계약에서의 약관이란 각종 계약일반조건을 의미하고, 이러한 계약일반조건들은 공공조달시장에서 묵시적으로 용인되는 측면이 있다. 하지만 관행화된 계약일반조건과 다른 내용으로 계약을 할 경우 문제가 발생할 수 있다. 참고로 소개하는 판례는 직접적으로 공공계약에 관해 실시한 것은 아니지만, 대법원이 공공계약을 사법상 계약으로 보고 약관규제법의 적용을 인정하고 있으므로 공공계약에도 같은 법리가 적용될 것으로 판단된다.

[사실관계]

A는 2000년경 건설회사 B가 작성한 주택공급계약서(이하 '본건 계약서')에 서명함으로써 B와 사이에 아파트분양계약을 체결하였는데, 본건 계약서는 지체상금의 산정대상을 아파트분양대금의 20%에 달하는 계약금을 제외한 금액으로 한정하였다. B의 잘못으로 본건 아파트의 완공이 약정 입주예정일보다 272일 정도 지체되자, A는 본건 계약서의 지체상금 조항이 약관규제법상 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃었거나(제6조 제1항), 고객에게 부당하게 불리하거나(제6조 제2항 제2호), 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항(제7조 제2호)에 해당하여 무효라고 주장하면서, 계약금을 포함한 전체 아파트분양대금을 지체상금의 산정대상으로 하여 지체상금을 청구하였다.

[대법원의 판단]

본건 주택공급계약 당시 시행되던 구 주택공급에 관한 규칙 제27조 제4항은 지체상금의 산정대상을 '실입주개시일 이전에 납부한 입주금'으로 규정함으로써 입주 전까지 납부한 입주금 전부를 지체상금 산정대상으로 하고 있는 점, 본건 주택공급계약 당시에는 위 규칙의 규정이 개정·시행된 지 이미 5년 이상 경과하였고, 사업자들이 실제 아파트공급계약서 상당수에 위 규칙의 규정과 동일한 내용의 지체상금 조항이 기재되어 있는 등 새로운 거래관행이 어느 정도 형성된 것으로 보이는 점, 위 규칙과 본건 주택공급계약서에서 수분양자의 입주금 납부 지체로 인한 연체료와 사업자의 입주지연으로 인한 지체상금은 상호 대응관계를 이루고 있는데, 본건 주택공급계약서에 의하면, A가 입주금 납부를 지체할 경우에는 그 지체대금 전부에 대하여 연 19%의 비율에 의한 연체료 지급책임을 부담하게 되므로, B가 입주를 지연시킬 경우에는 기납부한 입주금 전부에 대하여 위 연체료를 적용한 지체상금 지급책임을 부담하는 것이 형평에 부합하다 할 것이나, B는 위 규칙과 다른 내용의 본건 지체상금 조항을 통해 A에 대하여 계약금에 대한 지체상금 지급책임을 면하는 이익을 얻은 반면, A는 위 규칙에 따랐을 경우 얻을 수 있었던 같은 금액 상당의 이익을 상실하게 되는 불이익을 입게 된 점 등에 비추어, 지체상금 조항을 정당

화할 만한 사유라거나 A의 위 불이익을 보상해 줄 다른 이익의 제공이 없다는 점, 그 밖에 본건 당사자들의 지위와 계약 목적물의 성질, 약관규제법의 입법 취지 등 여러 사정을 종합해 보면, 위 지체상금 조항은, 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상범위를 제한하고 고객에 대하여 부당하게 불리하고 신의성실에 반하여 공정을 잃은 조항으로서, 약관규제법 제7조 제2호, 제6조 제1항, 제2항 제1호에 의하여 무효라고 봄이 상당하다 할 것이다(대법원 2007. 8.23. 선고 2005다59475 판결).

대법원은 2000년경 이미 지체상금의 산정대상이 전체 분양대금입을 거래관행으로 확인하였고, 특별한 사정이나 보상 없이 이러한 관행과 다른 내용을 규정한 약관의 내용을 신의성실 위반 등의 이유로 무효로 보고 있다. 또한 지체상금 산정대상의 판단을 위하여 “수분양자의 입주금 납부 지체로 인한 연체료와 사업자의 입주 지연으로 인한 지체상금”이 “상호 대응관계”를 이룬다는 점을 논리적 근거로 제시하였다.

공공계약에서 기업은 지체상금의 의무자이지만 약관을 작성한 사업자는 아니기 때문에, 위 판례는 오히려 지체상금에 대응하는 계약금액(기성고, 위 판례상 입주금)의 문제가 된다. 즉 기업은 공공기관이 작성한 계약일반조건이라는 약관에 따라 공사를 하면서 기성고를 받는데, 그러한 기성고 조항이 공공기관의 지체상금 조항에 비해 부당하게 불리하다면 그러한 기성고 조항이 약관규제법에 위반하여 무효가 될 수 있을 것이다.

따라서 전체 계약금액을 지체상금의 산정대상으로 정한 것에 비하여 공공기관의 기성고 지급 비율이 비정상적으로 작거나 기성고 연체이율이 지나치게 낮을 경우에는 약관규제법 위반 여부를 검토할 필요가 있다.



## 15. 국가위임사무에 대한 지자체의 한계

지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무에 관하여 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 스스로 조례를 제정할 수 있지만(지방자치법 제22조, 제9조 제1항), 국가사무인 기관위임사무에 관하여는 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 조례를 제정할 수 있다.

이와 같은 범리는 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결, 대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결 등 많은 판례에서 확인되어 왔는데, 비교적 최근에 이와 같은 법리와 관련하여 나온 판결이 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추141 판결이다. 이하에서는 법령의 위임 없이 조례로 규정하여 위법하다고 판단 받은 부분들에 대하여 소개하고자 한다.

### [사실관계]

A시는 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’이라 한다) 제6조 제4항 및 같은 법 시행령 제4조 제9항의 규정에 의한 A시 민간투자사업심의위원회(이하 ‘민간투자위원회’라 한다)의 구성과 운영 등에 관한 사항을 규정한 ‘A시 민간투자사업심의위원회 운영 조례’를 전부 개정하였는데, 그 일부 내용에 대하여 그 사무의 성격 및 법령에 위임 규정이 있는지가 문제되었다.

### [대법원의 판단]

위 조례 내용 중에서 대법원에서 기관위임사무에 대하여 법령의 위임 없이 조례로 정하여 위법하다고 판단한 것들은 아래와 같다.

<조례안 제2조 제2호, 제10조 중 ‘지역개발사업에 관한 사항’ 부분>

산업입지법에 의한 국가산업단지개발사업과 경제자유구역 내에서 시행되는 각 개발사업의 추진절차 및 사업자선정은 국가사무에 해당하고, 이와 관련한 시·도지사의 사무는 국가행정기관의 지위에서 하는 기관위임사무라고 보아야 할 것이다.

따라서 조례안 제2조 제2호, 제10조 중 ‘지역개발사업에 관한 사항’ 부분은 국가사무에 관하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것이 되므로, 지방자치법 제9조 제2항이 정한 조례제정권의 한계를 일탈한 것으로서 위법하다.

<조례안 제9조 제2항, 제3항>

경제자유구역 개발계획에 포함되어 경제자유구역 내에서 시행되는 각 개발사업에 관한 사무가 국가사무에 해당하며, 경제자유구역법의 규정에 의하면, 경제자유구역 개발계획은 다른 개발계획에 우선하고, 경제자유구역 내에서 개발사업을 하는 시행

자는 개발사업으로 조성되는 토지 및 시설의 사용·수익·관리 및 처분에 관한 계획서를 첨부하여 실시계획승인을 받게 되므로 경제자유구역 안에서 조성된 용지의 매각 등은 위 실시계획에 따라야 한다.

그러므로 조례안 제9조 제2항, 제3항은 국가사무에 대하여 법령의 위임 없이 조례로 정한 것에 해당하고, 특히 제3항은 경제자유구역 개발계획의 우선 적용을 배제하고 있어 조례제정권의 한계를 일탈하였거나 경제자유구역법령에 위배되어 위법하다.

#### <조례안 제11조 제3항>

지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것은 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 배치되고, 또 집행기관의 인사권에 의장이 개인 자격으로 관여할 수 있는 권한은 없고 조례로써 이를 허용할 수도 없다 (대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결 등 참조).

조례안 제11조 제3항은 의회 의장이 5인 이내의 시의원을 민간투자위원회 위원으로 추천하여 시장이 임명 또는 위촉하도록 규정하고 있는바, 위 규정은 의장이 개인 자격으로 시장의 인사권에 사전에 적극적으로 개입할 수 있도록 하여 시장의 고유권한을 침해하고 있으므로 조례제정권의 한계를 일탈하여 위법하다.

대법원의 판단과 같이 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 국가사무인 기관위임사무는 법률상 구별되는 바, 자치사무로서의 성격이 강한 부분은 자치단체가 조례로써 그에 관하여 주도적으로 규율할 수 있지만 국가사무인 경우에는 자치단체가 개입할 여지가 없음을 주의할 필요가 있다.

## 16. 행정처분 무효판단기준은 '중대와 명백'

행정청이 행정처분을 할 때 거쳐야 할 절차를 거치지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하려면 절차를 거치지 않은 하자가 중대·명백해야 한다.

또한, 그 하자는 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없다고 할 것이다.

이러한 법리는 많은 판례로 확인 되어왔는데, 그 중 사회기반시설에 대한 민간투자법(구 사회간접자본시설에 대한 민간투자법)과 관련하여 비교적 최근에 나온 사례가 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두102 판결이다.

### [사실관계]

행정청이 제1차 실시계획변경 승인 및 공사시행 인가 처분을 한 이후에, 사업시행기간이 지나도록 사업부지를 매수하거나 수용재결의 신청을 하지 아니하여 실시계획 승인 처분이 실효되었다.

행정청은 민간투자사업의 새로운 사업시행자 지정절차를 거치지 않은 채 종전의 사업시행자를 사업시행자로 하여 새로이 실시계획 승인 등의 처분을 하였다.

### [대법원의 판단]

구 사회간접자본시설에 대한 민간투자법(2005. 1. 27. 법률 제7386호 '사회기반시설에 대한 민간투자법'으로 개정되기 전의 것) 제13조 제5항, 같은 법 시행령(2005. 3. 8. 대통령령 제18736호 '사회기반시설에 대한 민간투자법 시행령'으로 개정되기 전의 것) 제15조는 '사업시행자로 지정받은 자는 지정받은 날부터 1년 이내에 실시계획의 승인을 신청하여야 하며, 이 기간 내에 실시계획의 승인을 신청하지 아니한 때에는 사업시행자 지정의 효력을 상실한다'고 규정하고 있을 뿐, 나아가 사업시행자가 사업기간 내에 수용재결신청을 하지 않아 실시계획 승인 처분이 실효되는 경우 사업시행자 지정의 효력도 함께 상실되는지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다.

또한, 같은 법 제46조 제3호는 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간 내에 정당한 사유 없이 공사를 착수하지 아니하거나 공사착수 후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속 시행이 불가능하다고 인정되는 경우 주무관청이 일정한 절차를 거쳐 사업시행자 지정을 취소할 수 있는 제도를 별도로 두고 있다.

대법원은 이러한 점들에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업기간 내에 사업구역에 포함된 토지를 매수하거나 이에 대하여 수용재결신청을 하지 않아 실시계획 승인 처분이 실효될 경우 사업시행자 지정 효력도 당연히 상실되는지에 관하여는 해석상 다툼의 여지가 있다고 판단하였다.

따라서, 대법원은 행정청이 새로운 사업시행자 지정절차를 거치지 않은 채 종전의 사업시행자를 사업시행자로 하여 새로이 실시계획 승인 등을 한 처분에 중대한 명백한 흠이 있다고 할 수 없으므로 이를 무효로 보기는 어렵다고 판단하였다.

참고로 절차적인 하자를 이유로 무효로 판단한 사례로, 대법원은 “환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하고 사업승인 등의 처분이 이루어 진다면 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로 명백한 것”이라고 하여 “행정처분은 당연무효라고 판시하였다(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363판결, ‘박격포사격장 사건’). 그 이유로, 환경영향평가를 거치지 아니할 경우 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의 내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원칙적으로 봉쇄되므로 환경영향평가제도의 입법취지를 달성할 수 없다는 점 등을 들었다.

따라서, 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 행정처분의 당연무효를 주장하여 그 무효확인을 구하는 행정소송에 있어서는 원고에게 그 행정처분이 무효인 사유를 주장·입증할 책임이 있음을 유의하여 한다(대법원 2001.6.1.선고 99다1260판결 등).

## 17. '수급인 부도' 하도급 대금 보호받을 수 있나?

공사도급계약의 해제 또는 해지 등으로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생한 경우, 별도의 상계 의사표시 없이 미지급 기성공사대금이 선급금으로 충당된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 참조).

이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 하는데(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 참조), 공사도급계약에서 '하도급대가를 직접 지급하는 경우 하도급대가의 지급 후 잔액이 있을 때에 상계할 수 있다'는 내용을 규정하고 있는 경우, 하수급인의 직접지급 청구에 대해 도급인이 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 대항할 수 있는지가 문제된다.

### [사실관계]

지방자치단체인 A시는 B건설회사와 도로개설공사계약을 체결하면서 B로부터 C공제조합 명의로 선급금보증서를 받은 후 B에게 선급금 748,000,000원을 지급하였는데, B는 그 후 부도가 발생하였고 타절기성검사 결과 A시가 B에게 지급하여야 할 미지급 기성공사대금은 264,550,000원, B가 A시에게 반환하여야 할 미정산 선급금은 415,250,000원이었다.

B는 D건설회사와 도로개설 공사의 일부에 대해 하도급계약을 체결하였는데, 위 타절기성검사 당시 D의 타절준공액은 253,000,000원이었고, C공제조합은 B의 부도 후 선급금보증서에 따라 A에게 미정산 선급금에서 미지급 기성공사대금을 공제한 150,700,000원을 지급하였다.

이에 D가 A시를 상대로 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 "하도급법") 제14조에 따라 위 253,000,000원의 직접 지급을 청구하자 A시는, 위와 같이 B에 대한 미지급 기성공사대금을 B가 반환하여야 할 미정산 선급금과 상계충당하여 더 이상 B에 대해 지급할 기성공사대금이 없으므로 하도급대금을 직접 지급할 의무가 없다고 주장하였다.

한편 A시와 B 사이에 체결된 공사도급계약에 편입된 공사계약일반조건 제44조 제5항은 '계약이 해제 또는 해지된 경우 계약당사자는 지급받은 선금에 대하여 미정산 잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다. 이 경우 계약담당공무원은 상환할 금액과 기성 부분의 대가를 상계할 수 있다. 다만, 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 경우 하도급대가의 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다'고 규정하고 있다.

### [대법원의 판단]

도급인인 A시가 공사계약일반조건 제43조 제1항에 규정된 바와 같이 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 하도급대금을 직접지급하는 사유가 발생한 경우에는 이에 해당하는 금원은 선급금충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 한 것으로 보아야 할 것이고, 한편 하도급대금의 실질적인 지급 보장이라는 공사계약일반조건 제44조 제5항의 도입 취지, 선급금 충당의 법리와 하도급대금 직접지급의무 규정을 둘러싼 이해관계의 합리적 조정, 하도급법상 직접지급의무 발생요건이 충족된 경우 도급인이 선급금의 충당에 우선하여 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급해 온 거래계의 관행, 위 조항이 갖는 사회적 기능 등 제반 사정을 종합하면, 공사계약일반조건 제44조 제5항 단서에 의해서 설정된 미정산 선급금의 충당에 대한 예외적 정산약정은, 하도급법에 의하여 하수급인에게 하도급대금을 직접지급할 사유가 인정되는 범위 안에서는 도급인으로 하여금 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없도록 하는 약정에 해당하고, 도급인에 대하여 직접청구권을 갖는 하수급인으로서 위 예외적 정산약정에 관한 주장을 할 수 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면, A시는 미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정을 규정한 공사계약일반조건 제44조 제5항 단서의 규정 및 하도급법 제14조에 따라 D에 대한 하도급대금의 직접지급의무를 면할 수 없다고 판시하였다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다 31211 판결).

즉, 대법원은 공공계약에서 도급인이 하도급대금 직접 지급의 의무를 지는 경우에 더하여 하도급대금 우선 지급 약정까지 한 경우에는 미정산 선급금 충당과는 별도로 하도급대금을 지급하도록 판시하고 있다. 따라서, 공공계약의 하수급업체들은 수급인의 부도 등 사유가 발생한 경우에 당황하지 말고 국가, 지방자치단체 등에 대한 하도급대금 직접지급 청구를 통해 보호받을 수 있다는 점을 유의하여야 할 것이다.

또한 위 대법원 판례는 명시적으로 계약이 해제 또는 해지된 경우 뿐만 아니라, 출자비율 조정을 통하여 형식적으로만 계약관계에서 남아 있을 뿐 공사포기원을 제출하여 계약관계가 사실상 종료됨으로써 미지급 정산금의 반환사유가 발생된 경우에도 예외적 정산약정이 적용되는 것으로 해석하고 있다는 점도 눈여겨볼 필요가 있다.

참고로, 현재 공사계약일반조건 제44조 제6항 단서 및 지방자치단체공사계약 일반조건 제8절 제3조 사항 단서는 모두 “하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선급잔액과 상계할 수 있다”라고 규정하여 예외적 정산규정을 명시하고 있다.

## 18. 입찰 전 법인 명칭이 변경된 경우 이를 변경 등록하지 않으면 입찰이 무효로 될까?

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제44조 제6호의3 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 지방계약법) 시행규칙 제42조 제5호는 법인의 명칭이 변경된 경우 이를 변경 등록하지 않고 시행한 입찰을 무효로 규정하고 있다.

현실적으로는 법인의 명칭 변경 등기를 신청한 경우 변경 등기 완료 시점을 알 수 없는 경우가 있어, 변경 등기가 완료된 것을 알지 못하고 변경 등록 없이 입찰서를 제출한 경우 위 규정들을 엄격히 적용해 그 입찰이 무효화되는 것이 문제가 된다.

### [사실관계]

A와 B는 지방자치단체인 C시가 공고한 입찰에 참여하기 위해 2009년 3월2일 조달청에 전자공동수급협정서를 제출한 다음, 입찰절차가 진행 중인 2009년 3월3일 B의 상호 변경 등기를 신청해 2009년 3월4일 상호 변경 등기가 기재된 후 이를 알지 못하고 종전 상호 그대로 2009년 3월4일 입찰을 함으로써, 법인의 명칭이 변경되었음에도 변경 등록을 하지 아니한 채로 입찰에 참가한 결과가 돼 버렸다.

이에 C시가 변경 등록 없이 입찰하였음을 이유로 A와 B의 공동수급체의 입찰을 무효로 하자, A와 B는 낙찰자 지위 확인 및 다른 회사와의 계약이행을 금지하는 가처분을 신청했다.

### [법원의 판단]

이 사건 입찰과 관련된 제반 규정 및 그 공익적 목적 등에 비추어 보면 입찰에 참가하는 업체들은 참가 당시뿐만 아니라 그 이후에도 입찰절차에서 요구하는 자격요건을 충족시켜야 할 것인 바, 위 인정사실에 의하면, C시는 사전에 이 사건 입찰공고를 통해 상호 또는 법인의 명칭이 변경될 경우 그 변경내용을 반영해 입찰절차에 참가해야 하고 그렇지 않을 경우 입찰이 무효 됨을 고지하였음에도 불구하고 A와 B는 위 규정의 존재를 알지 못한 채 2009년 3월2일 조달청에 전자공동수급협정서를 제출한 다음, 입찰절차가 진행 중인 2009년 3월3일 B의 상호 변경 등기를 신청해 2009년 3월4일 상호 변경 등기가 기재된 후, 종전 상호 그대로 입찰을 함으로써 상호가 변경되었음에도 변경등록을 하지 아니한 채로 입찰에 참가한 결과가 되었으므로, 관계 법률 및 시행령 시행규칙에 따라 위 입찰은 무효라고 봄이 상당하다.

물론 A와 B로서는 등기업무의 특수성상 2009년 3월3일 의뢰한 상호 변경 등기 업무가 언제 처리될지 정확하게 알기 어려웠고 이 사건 입찰 마감시한이 임박하였던 딱한 사정을 이해 못할 바는 아니나, 이는 모두 A와 B가 사전에 입찰절차와 관

련한 제반규정을 제대로 숙지하지 못한 과실(사전에 숙지하였다면, 입찰절차 진행 중 굳이 입찰이 무효가 될 위험을 감수하고 상호변경을 하지는 않았을 것이다)에서 기인한 것으로, 부정입찰을 방지하고자 하는 제반규정의 공익적 목적에 비추어 보더라도, 위와 같은 사정만으로는 A와 B에 대한 이 사건 입찰무효 통지가 잘못되었다고 단정할 수는 없고, 달리 이 점을 소명할 자료도 없다(대구지방법원 2009. 5. 18. 선고 2009카합143 결정).

하급심 판결이지만 위 판결은 입찰관련 사항의 변경이 있는 경우 이를 등록하지 않고 한 입찰은 무효라는 점을 명확히 판시하고 있다.

사안에서는 변경 등기가 이루어진 날과 입찰한 날이 동일해 현실적으로 이를 확인하기 어려웠다는 점이 주장되었으나 법원에 받아들여지지 않았다.

회사는 스스로 변경 등기 신청을 한 이상 언제든지 변경 등기가 이루어질 수 있다는 점을 예상할 수 있고, 법원도 이에 따라 법을 엄격히 적용하고 있으므로, 번거롭기는 하지만 변경 등기를 신청한 부분이 있는 경우 반드시 입찰 제출 직전에 다시 한번 변경 등기를 실물로 발급받아 확인하여야 한다. <2011.10.6>



## 19. 고지의무 위반 이유로 아파트공급 불이행책임 개발사업자에 물을 수 있나?

민법 제390조는 채무자에게 책임있는 사유로 계약이행이 후발적으로 불가능하게 된 경우에, 채무자는 채권자에게 손해배상 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 여기서 이행불능은 원칙적으로 채무자 자신의 고의와 과실 또는 이행보조자 등의 책임있는 사유로 인해 야기됐을 것을 요구하지만, 의무위반의 유형에는 주된 급부 의무 위반 외에도 보관의무·고지의무·비밀유지의무 등과 같은 계약상 부수적 의무의 위반을 포함한다고 보고 있다.

아파트 공급과 같은 도시개발사업의 이행과정에는 환경영향평가, 문화재의 발굴로 인한 보전조치사항 등 예상하지 못한 다양한 제한사항과 부딪히는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 개발사업자 등이 계약불이행 자체에 대한 직접적 책임이 없는 경우에도 고지의무 위반과 같은 계약상 부수적 의무의 위반을 이유로 하여 위약금과 같은 손해배상책임을 부담하게 되는지 문제된다.

### [사실관계]

A 지방공사는 아파트 건설사업과 관련하여 사업계획승인을 받았으나, 그 승인조건에는 “해당 사업부지의 문화재 발굴조사가 완료되고 보전조치사항이 이전된 다음에 착공해야 한다”는 내용이 있었고, A 지방공사의 대표자는 장차 발굴조사를 거쳐 현지 보존결정의 가능성이 있음을 예상할 수 있었다.

그러나 A 지방공사는 위 승인조건과 달리 문화재청장의 최종결정이 있기 전에 아파트를 사전 분양하면서 공고문에는 현지 보존결정이 있을 경우 사업부지를 변경해야 하거나 건설사업 자체가 폐지될 수 있다는 가능성에 대해서는 구체적인 언급을 하지 않았다.

그 후 해당 아파트 부지는 문화재 발견으로 현지 보존결정이 되었고, A 지방공사가 계약해제와 함께 수분양자들이 이미 지급한 계약금 및 중도금을 변제 공탁하겠다는 내용의 통지를 하자, 수분양자 B 등은 아파트 공급의무 불이행은 A의 귀책사유에 의한 것이라며 분양계약에서 정한 위약금(분양대금 총액의 10%)을 구하는 소를 제기하였다.

### [대법원의 판단]

계약당사자 일방이 자신이 부담하는 계약상 채무를 이행하는 데 장애가 될 수 있는 사유를 계약을 체결할 당시 알았거나 예견할 수 있었음에도 이를 상대방에게 고지하지 아니한 경우에는, 비록 그 사유로 말미암아 후에 채무불이행이 되는 것 자체에 대하여는 그에게 어떠한 잘못이 없다고 하더라도, 그 채무가 불이행된 것에 대하여 귀책사유가 있다고 보아야 하며, 그것이 계약의 원만한 실현과 관련하여 각각의 당사자가 부담해야 할 위험을 적절하게 분배한다는 계약법의 기본적 요구에 부합한다.

따라서 A 지방공사가 아파트 분양공고 및 분양계약 체결 당시, 아파트 부지에 대한 문화재발굴 조사과정에 유적지가 발견돼 현지 보존결정이 내려질 경우 아파트 건설사업 자체가 불가능하게 되거나 그 추진·실행에 현저한 지장을 가져올 수 있음을 충분히 알았음에도, 입주자 모집공고문과 분양계약서에 이에 관한 구체적 언급을 하지 않았고, 이를 별도로 수분양자들에게 알리지도 않았다면, 아파트 수분양자 B들이 위 장애사유에 관한 위험을 인수하였다고 볼 수 없으므로, 분양계약에 따른 아파트 공급의무 불이행에 대한 귀책사유는 A 지방공사에 있다(대법원 2011.8.25. 선고 2011다43778 판결 참조).

일반적으로 주택, 상가 등의 도시개발사업을 시행하는 과정에서 예상되는 사업장애 사유가 있음에도 불구하고, 분양유인을 위한 모집공고 등에는 그에 관한 구체적인 사정을 전혀 언급하지 않거나 일반적인 사항만을 고지하는 경우가 많다. 그러나 계약이행 장애사유의 불고지는 단순한 허위·과장광고와는 다른 차원의 문제로 수분양자가 이와 같은 장애 사유를 인식하여 사전에 그 위험을 인수하였거나 수분양자의 책임이 병합하는 특별한 사정이 인정되지 않는 이상, 개발사업자는 해당 건축물의 공급의무 불이행에 대한 책임에서 자유로울 수 없다고 볼 수 있다.

결국, 대법원의 판시에서도 볼 수 있듯이 문화재의 발굴조사와 같이 사업진행 과정에서 예상되는 장애사유가 있을 경우 분양공고문 또는 계약서에 이러한 사항을 수분양자에게 고지하고 해결조항을 규정해둠으로써 만약의 경우 사업의 변경, 폐지로 인한 손해배상의 위험을 사전에 방지해야 할 필요가 있다는 점을 유의해야 한다.

## 20. 거부처분 취소판결 이후에 다시 행정청의 거부처분이 가능한가?

행정소송법 제30조에 따르면, 행정처분을 취소하는 판결이 확정되면 동일사건에 관해 당사자인 행정청을 포함한 모든 행정청은 사실관계가 변하지 않는 이상 동일한 당사자를 대상으로 해 종전과 동일한 내용의 처분을 할 수 없도록 하고 있지만(제1항), 다만 해당 처분의 성격이 거부처분인 경우에는 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대해 처분할 의무가 있다고 규정하고 있다(제2항). 이것을 ‘행정청의 재처분(再處分)의무’라고 하는데 이러한 의무는 당사자인 행정청이 행하는 재처분의 구체적 내용까지 기속하는 것이 아니어서 종전처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당한다고 보고 있다.

특히 문제가 되는 것은 건축법 기타 도시계획법령 등은 정부의 정책적 고려와 계획변경으로 수시로 변화·개정되는 가변성을 가지고 있다는 점에서, 종전처분의 위법을 이유로 어렵게 거부처분의 취소판결을 받는다 하더라도 종전처분 이후에 발생한 새로운 사유를 이유로 다시 거부처분을 하는 것이 허용될 수 있는가는 개발사업에 참여하는 자의 입장에서는 중요한 문제가 될 수 있다.

### [사실관계]

A 건설회사는 주택건설을 목적으로 승인권자인 B 지방자치단체장에게 사업계획 승인을 신청했으나, B는 해당 토지상의 주택건설이 주변 지역의 경관, 조망 등을 해친다는 이유로 그 승인을 거부하는 처분을 했고, 이에 A는 B를 상대로 해 건축불허가처분의 취소를 구하는 소송을 제기했다. 소송결과 법원은 B의 거부처분이 관계법규상의 개발행위 제한사유에 해당하지 않아 위법하다고 판결했으며, 그대로 확정됐다.

그러나 B는 종전 거부처분 후에 해당 토지 일대가 개발행위허가 제한지역으로 지정되었다는 새로운 사실을 이유로 해 다시 A의 건축허가 신청을 불허하는 처분을 했으며, 이에 A는 다시 해당 처분의 취소를 구하는 소송을 법원에 제기했다.

### [대법원의 판단]

행정소송법 제30조 제2항의 규정에 따라, 행정청은 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다. 그러나 재처분의 적법 여부는 재처분이 행하여진 때의 법령과 사실을 기준으로 판단하는 것이므로 종전처분의 당사자인 행정청은 종전처분 후에 발생한 ‘새로운 사유’를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 재처분에 해당한다.

다만, 여기에서 ‘새로운 사유’인지는 종전처분에 관하여 판단된 사유와 기본적인 사실관계의 동일성이 인정되는 사유인지 여부에 따라 판단돼야 하며, 추가 또는 변경된 사유가 종전 거부처분 당시에 이미 존재하고 있었고, 당사자가 그러한 사실을

이미 알고 있었다는 사정만으로 기본적 사실관계가 동일한 것이라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 처분은 종전 거부처분 후에 이 사건 토지 일대가 개발행위허가 제한지역으로 지정됐다는 '새로운 사실'을 그 사유로 한 것으로 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없어 행정소송법 제30조 제2항의 재처분에 해당하고 종전 거부 처분을 취소한 확정판결의 기속력에 반하지 않아 위법하지 않다(대법원 2011.10.27. 선고 2011두14401판결 참조).

행정청의 재처분의무에 관한 대법원의 판시는 건축관계 법령의 통폐합과 개정작업이 활발하게 진행된 1990년대 후반 이래 일관되게 유지해 오고 있는 견해라고 볼 수 있으며(대법원 1997.2.11. 선고 96누13057 판결 참조), 법원은 '거부 처분 후에 법령이 개정, 시행된 경우'나 '정비구역 지정' 및 새로운 행위제한지역 선정 등을 재처분 사유로 인정하고 있다.

결국, 주택건설 등 개발사업을 수행하는 과정에서 행정청의 거부처분에 대한 취소 확정판결 이후에, 행정청이 다시 새로운 제한사유를 이유로 거부처분을 한다면 소송의 장기화 및 개발 리스크의 상승으로 인해 원만한 사업진행은 기대하기 어렵게 된다. 따라서 건설 또는 개발사업자는 종전처분 이후 발생한 새로운 제한 사유가 존재하는 경우 행정소송법 제30조 제2항의 재처분 가능성을 항상 염두에 두고, 이에 대한 대응 논리와 사실관계 파악을 면밀히 준비해야 할 필요가 있다. <2011.11.17>