

## 21. 위법 건축물에 대한 이행강제금은 헌법상 이중처벌금지 원칙에 위반하나?

[사실관계]

A는 서울시 B구청장으로부터 근린생활시설 및 주택에 관한 건축허가를 받았지만, 건축과정에서 설계변경 허가 없이 증축했고, 사용승인을 받지 않은 상태에서 사전 입주시켰다. B구청장은 A에게 불법증축 부분을 원상복구할 것과 사용승인받을 것을 내용으로 하는 시정명령을 하면서 이를 위반할 경우 이행강제금을 부과하겠다는 통지를 했고, A가 이를 이행하지 않자 수천만원의 이행강제금을 부과 처분했다.

이에 A는 처분의 취소를 구하는 소를 제기함과 동시에 이행강제금의 근거조항인 건축법 제80조 제1항, 제4항의 위헌을 구하는 헌법소원을 청구했다. A는 이행강제금은 부과회수나 부과상한액을 제한하고 있지 않아 헌법상 과잉금지원칙에 위배되며, 동일한 위반사실에 대한 벌금형 등이 있음에도 불구하고 이행강제금을 부과하는 것은 이중처벌금지의 원칙에 반한다고 주장했다.

[헌법재판소의 판단]

헌법재판소 역시 이행강제금은 일사부재리의 적용을 받지 않아 시정명령이 이행될 때까지 계속해서 부과할 수 있게 돼 종국에는 이행강제금 총액이 위법 건축물의 객관적 가치를 넘어설 수도 있어 과잉처벌의 문제가 있을 수 있다는 점을 인정하고 있다.

그러나 건축물의 대형화로 인해 행정대집행이 비용적, 기술적 측면에서 부적절한 경우가 발생할 수 있고, 만약 이행강제금의 부과 횟수나 부과상한액에 제한을 두면 위법 건축물을 그대로 고착할 수 있는 길을 열어줄 우려가 있어 위법 건축물의 원상회복이라는 목적 달성을 위해 계속해서 이행강제금을 부과하는 것이 적절하고 효과적 강제수단이 될 수 있다고 보고 있다.

또한, 이행강제금은 장래 그 의무를 이행하게 하려는 간접적 집행수단이므로 과거의 법률위반 행위에 대한 제재로서의 형벌과는 달라 이중처벌 금지원칙이 적용될 여지가 없다고 봤다. 즉, 이행강제금을 규정하고 있는 건축법 제80조 제1항, 제4항은 헌법에 위반되지 않는다고 봤다(헌법재판소 2011.10.25. 자 2009헌바140 결정).

[이행강제금이란]

이행강제금 제도는 종전의 벌금, 과태료 등으로 되어 있던 위법 건축물에 대한 벌칙규정의 한계를 개선하기 위해 새롭게 만든 제도다. 과거 위법 건축물에 대한 조치는 시정명령을 내리고 이에 응하지 않을 경우 벌금 또는 과태료를 부과하는 것이 주였다. 벌금이나 과태료는 동일한 위반 사실을 이유로 해서 다시 부과할 수 없는 것이므로 위법 건축물의 객관적 가치가 벌금 등을 상회할 때에는 벌금을 각오하고 위법 건축행위를 하는 것을 차단할 수 없었다. 따라서 이행강제금은 원칙적으로

1년에 2회 이내라는 연 부과 횟수의 제한만을 두고 있을 뿐 통산 부과 횟수나 부과상한에 대해서는 제한을 두고 있지 않으며, 불법 건축행위로 얻은 경제적 이윤을 회수한다는 의미를 동시에 갖고 있다.

당분간 이행강제금에 대한 헌법 위반 주장은 어려울 것으로 보인다. 결국, 시정명령 또는 이행강제금으로 인한 예기치 않은 불이익을 차단하기 위해서는 원론적으로 해당 건축행위가 건축법규에 부합하는지 여부를 사전에 정확히 확인하고 이를 준수하는 것이 중요하며, 이행강제금은 우선 건축주 명의를 갖는 자에게 부과된다는 점에서 건축물의 매수 시 위법한 건축 부분은 없는지 확인할 필요가 있다.<2011.12.22>

## 22. 채무자가 공공계약의 낙찰을 받았지만 아직 계약을 체결하기 전인 경우, 장래 공사대금 채권에 대해 채권압류를 할 수 있을까?

채권압류가 제3채무자에게 송달될 당시 반드시 압류될 채권이 현실적으로 존재하고 있어야 채권에 대한 압류명령이 유효한 것은 아니고, 장래의 채권이라도 채권 발생의 기초가 확정되어 있어 특정이 가능할 뿐 아니라 권면액이 있고, 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대되는 경우에는 채권 압류의 대상이 될 수 있다(대법원 1982. 10. 26. 선고 82다카508 판결 참조).

그렇다면 현재 채무자가 공공계약에서 낙찰은 받았지만, 아직 계약을 체결하지 않은 경우, 과연 채권자가 제3채무자인 국가 등에 대해 가질 장래의 공사대금채권을 압류할 수 있는지가 문제된다.

### [사실관계]

지방자치단체인 A는 지난해 6월17일 B건설회사를 연구소 시설공사의 낙찰자로 선정했다.

그러자 B의 채권자인 C는 6월24일 법원으로부터 채권압류 및 전부명령을 받아 6월25일 오전 11시경 제3채무자인 A에 송달을 했고, 같은 날 낮 12시50분경 A는 B와 공사도급계약을 체결했다.

한편 다른 채권자인 D는 6월28일 채권압류 및 전부명령을 받아 6월29일 A에 송달을 했다.

결국 A는 공사대금을 공탁했고, D는 C의 압류가 도급계약이 체결하기도 전에 이루어진 것으로 무효라고 주장했다.

### [대법원의 판단]

건설업자가 지방자치단체가 지방재정법과 그 시행령 및 그에 의하여 준용되는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률과 그 시행령에 의해 시행하는 공사의 경쟁입찰에 참가해 낙찰자로 결정된 후 낙찰자의 채권자가 낙찰자를 채무자로 하고, 지방자치단체를 제3채무자로 해서 낙찰자가 지방자치단체와 장차 공사도급계약을 체결하고 공사를 시공함에 따라 지방자치단체로부터 지급받게 될 공사대금채권에 대해 채권압류 및 전부명령을 받은 경우, 피압류 및 전부채권인 공사대금채권은 그 발생의 기초가 확정되어 있어 채권의 특정이 가능할 뿐 아니라, 공사대금이 확정되어 있어 권면액도 있으며, 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 확실시되므로 그 공사대금채권에 대한 채권압류 및 전부명령은 유효하다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다7527 판결참조).

대법원은 채권의 압류 당시 채권 자체가 현실적으로 존재할 필요는 없다는 태도

를 견지하고 있다. 위 판결은 공공계약 분야에서도 위와 같은 태도가 유효하며, 공사대금 채권 압류의 정확한 시점과 관련해 채무자가 낙찰만 된다면 장래의 공사대금채권을 압류할 수 있다는 점을 분명히 하였다.

현실적으로 채무자는 여러 명의 채권자를 둔 경우가 많으므로 다른 채권자들보다 우선해 변제를 받기 위해서는, 위 판례에서 살펴본 바와 같이 낙찰과 동시에 즉시 채권 압류를 해야 하고, 또한 채권 압류와 함께 채권의 전부명령을 받아야 한다는 점을 주의해야 한다. 다만 전부명령은 그와 동시에 채무자에 대한 채권을 채무자가 가지고 있는 채권으로 대체하는 것이므로, 공공계약이 아닌 경우에는 제3채무자(도급인)의 변제 자력을 꼭 확인해 전부명령을 받을 것인지 결정하여야 한다.

대법원 2002.11. 8. 선고 2002다7527 판결【배당이의】 [공2003.1.1.(169),24]  
<2012.1.5>

### 23. 공공시설을 무상취득한 국가 등이 해당 시설물의 하자담보책임을 사업시행자에게 물을 수 있는가?

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(구 도시계획법 제83조) 제65조는 개발행위 허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우에도 개발사업의 시행으로 공공시설이 설치되면 시설물의 소유권은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다고 규정하고 있다. 이러한 무상의 원시취득을 특별히 인정한 취지는 택지 등 개발사업 과정에서 필수적으로 요구되는 공공시설을 원활하게 확보하고 관리청에 의한 시설의 효율적인 유지·관리를 도모한다는 데 있다.

그런데 문제는 공공시설물을 무상으로 취득한 국가 또는 지자체가 시설물에 시공상 또는 재료상 하자가 있는 경우 별도의 법령상 근거 없이 사업시행자에게 이에 대한 민사상의 하자담보책임을 물을 수 있는 가다.

#### [사실관계]

지자체 A와 사업시행자 B는 구 택지개발촉진법 등에 의해 택지개발협약을 체결했다. B가 시행한 지역의 공공시설물 중 하수도는 신축된 아파트의 주민들이 입주하면서 모든 구간이 공용으로 사용되었고 A는 B로부터 하수도 시설을 인수(무상취득)키로 했으나, 해당 하수도 시설에는 시공상 또는 재료상 하자가 발견되었고 양측 간 보수비용에 대한 다툼이 계속됐다. 결국 지자체 A는 스스로 보수비용 수억원을 들인 후 B를 상대로 하자담보책임을 일환으로 시설물복구비용을 구하는 소송을 제기했다.

#### [대법원의 판단]

위 사건에 대해 1심과 2심 법원은 사업시행자 B의 하자담보책임을 인정하는 전제에서 B에게 시설물 복구비용을 지급하도록 했다. 그러나 대법원의 판단은 이와 다르다(대법원 2011.12.27. 선고 2009다56993 판결).

즉, 대법원은 공공시설 무상취득을 인정하는 공익적 목적을 감안할 때, 무상의 원시취득으로 형성되는 국가, 지자체 등과 사업시행자와의 관계는 공법상의 관계라고 봄이 상당하며, 이러한 공법관계의 당사자 사이에서는 뚜렷한 법령상 또는 계약상의 근거가 없는 한 사업시행자에게 사법상의 하자담보책임을 물을 수 없다고 보았다.

따라서 이 사안의 경우 B는 하수도의 시공상 하자 등에 대한 시설복구비용을 A에게 지급할 의무가 없게 됐다.

공공시설물의 의도하지 않은 하자는 언제든 발생할 개연성이 높으며, 그것이 지자체 등 관리청에 무상귀속될 예정이라고 한다면, 해당 하자에 대한 복구비용의 부담은 사업시행자에게 현실적으로 큰 부담과 다툼의 대상이 될 수 있다.

대법원은 이번 판결을 통해 공공시설물을 국가나 지자체 등이 무상으로 취득했을 경우, 특별한 법령 또는 계약상의 근거가 없는 한 사업시행자에게 사법상의 하자담보책임을 물을 수 없다는 점을 분명히 했다. 다만 협약, 계약 등의 형식을 통해 만약의 하자 발생 시 그 보수비용을 사업시행자에게 부담시키는 것까지 막는 것은 아니므로, 향후 관리청과의 협약 체결 시 무상 이전되는 공공시설물의 하자보수조항을 두는 문제에 대해서는 유의할 필요가 있다.

## 24. 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적절한 이행을 해칠 염려가 없음에도 입찰참가자격을 제한하여야 하는지

국가계약법 제27조 제1항은 “각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적절한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대해서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한”해야 한다고 규정하고 있다. 그렇다면 객관적인 사유가 소멸해 더 이상 잘못이 반복될 여지가 없다면 과거의 잘못에 대해 부정당업자 제재 처분을 할 수 없는 것인지?

### [사실관계]

최저가 심의제와 관련해 건설업체들의 실적증빙 관련 허위서류 제출이 관행처럼 만연해지자, 조달청 등 공공발주기관들은 실적증빙제도를 폐지하기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 이로부터 상당기간이 지난 뒤 수십 개의 건설업체들이 허위서류 제출을 이유로 입찰참가자격 제한 처분을 받게 되자, 정책변경으로 인해 더 이상 같은 사유로 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적절한 이행을 해칠 염려가 없음에도 입찰참가자격을 제한해야 하는지에 대해 논란이 되고 있다.

### [헌법재판소 결정 및 관련 판례]

과거의 잘못에 대해 응보적으로 부과하는 과징금 등과 달리 부정당업자 제재 처분은 장래에 체결될 공공계약의 원활한 이행을 위해 입찰참가자격을 제한하는 것이므로(위 규정상 “해칠 염려”, “입찰참가의 허용” 등은 모두 과거가 아닌 장래의 예측을 근거로 한 것임이 명백하다), 과거의 잘못이 반복될 염려가 없는 경우 즉 과거의 잘못이 주관적인 사유에 의한 것이 아니라 객관적인 사유에 의한 경우로서 객관적인 사유가 더 이상 존재하지 않을 경우에는 당연히 입찰참가자격을 제한할 필요가 없는 것이다.

어떤 제도의 폐해(객관적인 사유)로 인해 “경쟁의 공정한 집행” 등을 해하는 잘못된 관행이 존재하다가 그 제도가 개선 내지 폐지된 경우, 과거의 잘못은 논리적으로 반복될 수 없으므로 “경쟁의 공정한 집행” 등을 해칠 염려가 존재하지 않아, 과거의 잘못을 이유로 장래의 입찰참가자격을 제한할 수는 없는 것으로 해석함이 타당할 것이다.

헌법재판소 역시 “국가계약법 제27조 제1항에서 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 제도를 둔 취지는 국가를 당사자로 하는 계약에서 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대해 일정기간 동안 입찰참가를 배제함으로써 국가가 체결하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위함이다”고 결정함으로써(헌법재판소 2005. 6.30. 자 2005헌가1 결정), 부정당업자 제재는 장래 계약의 성실한 이행 확보와 장래 불이익의 방지에 목적이 있다는 점을 분명히 했다.

따라서 작금의 대부분 지방자치단체들은 위와 같이 더 이상 같은 사유로 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 없음을 이유로 제재 불문결정을 한 것으로 알려져 있다. 그럼에도 불구하고 동일한 사유에 대해 일부 지방자치단체에서는 제재 처분을 해 행정법원에서의 판단이 불가피한 안타까운 상황이다.

무엇보다도, 입찰참가자격 제한처분은 국민의 권리나 이익을 박탈하거나 제재를 가하는 침익적 행정처분으로서 직업 및 영업활동의 자유를 직접 제한하는 대표적인 불이익처분으로(헌법재판소 2005. 6. 30. 2005헌가1 결정), 법치행정의 원리상 입찰참가자격 제한처분에는 엄격한 법적 근거를 필요로 하고, 또한 그 근거규정의 해석에 있어서도 엄격성을 요하며, 그 침해의 범위를 넓히는 방향으로 함부로 유추해석이나 확장해석을 해서는 안 된다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두3201 판결). 이러한 점들을 유의해 입찰참가자격 제한처분을 함에 있어 보다 엄격한 검토가 필요할 것으로 사료된다.<2012.2.16>



## 25. 일반재산(국유잡종재산)을 대부하는 행위가 사법상 계약일까?

사업을 하다 보면 건물의 신축 및 지하철 역사와 신축건물 사이의 연결통로 같은 건물의 이용을 위해, 또는 사업 자체의 유지를 위해 관련 부지 내지 인근 토지를 사용하게 되는 경우가 적지 않다.

이때 해당 토지의 소유자가 국가이고, 그 토지의 성격이 행정재산인 경우 토지의 사용을 위해서는 행정처분인 사용허가가 필요한데(국유재산법 제30조), 해당 토지가 일반재산(예전의 잡종재산)인 경우 필요한 대부(국유재산법 제41조 제1항)라는 것 역시 사용허가와 같이 행정처분의 성격을 가지고 있는지가 문제된다.

### [사실관계]

A래저회사는 골프장 영업을 위해 국가로부터 일반재산인 국유림을 대부받아 사용하고 있었다. 5년의 대부기간이 끝나자 국가는 대부료를 인상해 부과하면서 납부기한까지 대부료를 납부하지 않을 경우 국세징수법에 따른 가산금 및 증가산금 상당액을 연체료로 부과하겠다고 통보했다.

A사가 인상된 대부료가 부당하다며 다투자 국가는 처음 산정한 대부료의 일부를 감액해 다시 고지했으나, A사가 그에 관해서도 다투다가 결국 납부기한을 넘겨 대부료를 납부하자 국가는 국세징수법에 따른 가산금 및 증가산금 상당액을 연체료로 부과했고 결국 A사는 이를 납부하였다.

그 후 A사는 별개의 소송을 통해 국가에 대해 기납부한 연체료 상당액을 부당이득으로 돌려달라고 청구했다.

### [대법원의 판단]

국유재산법에 의해 국유잡종재산에 관한 관리처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없으며, 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다.

이 사건 대부계약이 사법상의 계약이고, 이 사건 대부료 납부고지가 사법상의 이행청구라고 할 때, 위 대부계약에서 정하고 있는 연체료 약정은 일종의 지연배상에 대한 예정으로 볼 것이므로 그 연체료는 이행지체의 책임이 발생할 때 비로소 그 지급의무가 발생한다고 할 것이고, 원심이 인정한 바와 같이 이 사건 대부료의 납부기한이 피고(국가)가 발행하는 납부고지서에 의해 정해지고 그 기한 내에 대부료를 납부하지 아니할 때에는 국세징수법 제21조, 제22조의 규정에 의해 연체료를 납부하도록 정하고 있다면, 피고(국가)가 위 대부계약에서 정한 바에 따라 납부기한

을 정하여 대부료의 납부고지, 즉 이행청구를 하고, 나아가 그 납부고지에서 정한 납부기한이 경과함으로써 소정의 연체료 납부책임이 발생한다고 할 것이다.

그러나 대부료의 산정은 대부계약에서 정한 바에 따라 객관적으로 산정되어야 하는 것이고, 대부계약에서 산림법시행령 제62조 제1항에 의해 대부료를 산정하도록 하고 있다면 위 규정에서 정한 방법에 의하지 아니한 대부료의 산정은 정당하다고 할 수 없으며, 특히 납부고지된 대부료가 위와 같이 대부계약이나 그 계약에서 정한 관계 법령에 의하지 아니한 채 산정됨으로써 정당하게 산정되었을 경우의 금액보다 현저히 과다한 경우에는 그 대부료 납부고지는 적법한 이행청구라고 할 수 없어 연체료의 납부책임의 발생요건인 이행청구에 해당한다고 볼 수 없다고 할 것이다.

원심이 인정한 사실에 의하면, 피고(국가)는 당초 1998. 2. 26.자 납부고지서에 의하여 1997년 대부료로 금 3억5584만8350원, 1998년 1월부터 8월까지의 대부료로 금 2억3723만2230원을 납부고지하였으나, 그 후 1998. 5. 11.자 납부고지서에 의하여 1997년 대부료로 금 2억2976만8650원, 1998년 1월부터 8월까지의 대부료로 금 1억5317만9100원을 납부고지하였고, 이와 같이 감액이 이루어진 것은 원고(A)의 이의신청에 의하여 대부지에 대한 평가의 기준을 달리하였기 때문이라는 것인 바, 이와 같이 당초 납부고지된 대부료가 정당하게 재산정된 대부료보다 약 55%나 많게 납부고지되었다면 당초의 납부고지된 대부료는 정당한 대부료에 비하여 현저히 과다한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 결국 이 사건 1998. 2. 26.자 납부고지서에 의한 대부료 납부고지는 연체료 납부책임의 발생요건으로서의 적법한 이행청구로서 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

이 사건 대부계약에서 대부료를 지정 기간 내에 납부하지 아니할 때에는 국세징수법 제21조, 제22조의 규정을 준용해 가산금 및 증가산금을 납부하기로 약정했다 하여도, (중략), 이 사건 대부계약에 있어서는 어느 경우에도 과세처분의 경우처럼 가산금이 부과된다고 할 수는 없다고 보아야 할 것이다(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결).

일반재산 대부행위의 법적 성질을 사법상 계약으로 판단하는 것은 대법원 판례상 확립되어 있으므로, 대부계약은 행정재산 사용허가와는 달리 민사상 법리에 따라 해석되고, 위 판례 역시 이러한 법리를 확인하고 있다.

따라서 국가, 지방자치단체와 대부계약을 체결하는 경우에는 그 성질이 사법상 계약이라는 점을 분명히 인식해, 부당하게 불리하거나 일방적인 내용이 있는지를 확인할 필요가 있고, 그러한 내용이 있는 경우 행정소송이 아닌, 위와 같은 부당이득 반환 등의 방법을 동원하여 해결할 수 있다는 점을 유의하여야 한다.

<2012.3.8>

## 26. 건설사의 하자보수 미이행도 부정당업자 제재의 대상이 될 수 있는지 궁금하다.

국가를 발주자로 하는 사업이나 지방자치단체를 발주자로 하는 사업 모두 「정당한 이유 없이 계약이행을 하지 않는 경우」 입찰참가자격제한처분(부정당업자 제재)을 부과하도록 규정하고 있다. 그러나 기존 공사 이행에 후속해서 발생하는 하자보수의무를 이행하지 않은 경우 이 또한 계약불이행에 포함된다고 봐 당연히 부정당업자 제재의 대상이 될 수 있는지 궁금하다.

문제는 국가계약법령 등의 ‘계약불이행’이라는 용어의 정의나 구체적인 범위가 명확하지 않으며, 하자보수의무의 불이행을 포함한다고 명시적으로 규정하고 있는 국가계약법령과 달리 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 시행규칙 제76조 제1항 별표2에는 하자보수의무를 포함한다는 내용이 담겨 있지 않아 불이익처분의 엄격 해석원칙과 관련해 논란이 일 수 있다.

### [사실관계]

건설업체 A는 지방교육청이 발주한 초등학교 인조잔디구장 구성사업을 낙찰받아 그 이듬해 공사를 완료했다. 그런데 잔디구장이 평탄하지 않다는 민원이 제기됐고 해당 교육청은 A에게 하자보수를 요청했다. 그러나 A는 잔디구장 하자원인이 건설사에 있지 않다고 하자원인의 규명을 요구했고 그 과정에서 1년 가까이 하자보수이행이 이루어지지 않았다. 이에 지방교육청은 하자보수의무를 이행하지 않았다는 이유로 6개월 동안 A의 관급계약 입찰참가자격을 제한하는 처분을 부과했고 A는 이에 처분의 취소를 구하는 소송을 제기했다.

### [대법원의 판단]

대법원은 하자보수 미이행은 부정당업자 제재사유인 계약불이행에 해당하지 않는다는 1·2심 법원의 판결을 뒤집고 하자보수를 이행하지 않는 것도 공사계약자로서 계약을 이행하지 아니한 자에 포함돼 A에 대한 입찰참가자격 제한은 정당하다고 판단했다(대법원 2012.2.23. 선고 2011두16117 판결).

즉, 대법원은 ‘계약불이행’이라는 용어의 정의와 범위가 규정상 명확하지 않다는 점을 인정하면서도, 비슷한 체계를 갖고 있는 국가계약법령은 계약의 이행 범위에 하자보수의무의 이행을 포함하고 있으며, 계약의 이행보증은 시공의무 이행보증 외에도 하자보수의무 이행보증을 포함하고 있다는 점 등을 들어 ‘계약을 체결한 후 계약이행을 하지 아니한 자’에는 공사계약자로서 하자보수의무를 이행하지 아니한 자도 포함하는 것이 상당하다고 본 것이다.

대법원의 이번 판결은 발주주체의 차이에 따라 부정당업자 제재사유의 근본적인 해석과 적용범위가 달라질 수 없다는 종전의 입장을 정리한 것으로 볼 수 있다. 다만 입찰참가자격 제한이라는 불이익처분의 명확성과 예측가능성을 담보하기 위해서

는 관련규정에 하자보수의무가 ‘계약이행’ 범위에 포함된다는 점을 분명히 담아야 한다. 공공계약에 참여하는 건설사의 입장에서 하자보수의 미이행도 부정당업자 제재대상이 될 수 있다는 점을 다시 한번 각인해 볼 필요가 있다. <2012.3.22>

## 27. 출자비율 넘은 하자보수 이행, 보험금 청구할 수 있을까?

공사도급계약 체결 시 2개 이상의 회사가 내부적으로 출자비율을 정한 공동이행 방식으로 공사도급계약을 체결하는 경우가 많습니다. 이때 공사 준공 후 공동수급체 중 일부 회사가 회생절차 개시 등으로 인하여 하자보수공사를 이행하지 못할 때 공동수급체 중 다른 회사가 연대책무자로서 자신의 출자비율을 넘어 하자보수공사를 이행할 수 밖에 없습니다. 이 경우 자신의 출자비율을 넘어 이행한 하자보수공사 비용에 대하여 하자보수공사를 이행하지 못한 다른 회사의 하자보증보험회사에 보험금을 청구할 수 있다고 판시한 판결이 있어, 그 내용과 의미에 관해 소개해 드립니다(서울고등법원 2012. 2. 15. 선고 2011나85064 판결).

### [사실관계]

甲공사와 공동이행방식의 공사도급계약을 체결한 A사와 B사는 甲공사에 대하여 공사로 인한 하자담보책임을 연대하여 부담하기로 약정하였습니다. 이에 A사와 B사는 각 출자비율에 근거하여 각각 하자보증보험계약을 체결하였습니다. 그 후 A사가 이 사건 공사 완공 이후에 경영 악화 등으로 甲공사가 요청한 하자보수를 이행하지 못하자 甲공사는 연대책무를 부담하는 B사에 하자보수이행을 촉구하는 한편 A사의 하자보증보험사인 C사에 보험금을 청구하였습니다. B사와 A사는 하자보수공사를 직접 이행하기로 합의하였고, B사는 해당 하자보수공사를 완료하였습니다. 한편 C사는 甲공사의 보험금 청구에 따라 보험금을 甲공사에 지급하였는데, 甲공사는 관계부서 질의회신 결과에 따라 기지급 보험금을 C사에 반환하였습니다.

이에 B사(원고)는 이 사건 하자보수의무를 이행함으로써 A사에 대한 구상권을 취득함과 동시에 A사에 대한 구상권 확보를 위한 변제자 대위의 법리에 따라 甲공사로부터 C사(피고)에 대한 위 보험금 청구권을 포함하여 A사의 하자보수공사의무와 관련한 甲공사의 모든 권리를 이전 받았다는 이유로 C사에 이 사건의 보험금 지급을 청구하였습니다.

### [판결요지]

담당재판부는 아래와 같은 판시 이유 등을 들어 원고인 B사의 청구를 인용하였습니다.

“원고에게 채무자인 A사에 대한 구상권이 발생하였는지를 보건대 연대책무자가 자신의 부담부분을 초과하는 범위의 채무를 변제하는 경우 자기의 채무를 변제하는 것에 지나지 않으므로 다른 연대책무자에 대한 구상권이 인정되지 않는다고 볼 수도 있으나, 내부적인 관계에서는 각 채무자가 자신의 부담부분에 한해서만 의무를 부담할 뿐 부담부분을 초과하는 부분에까지 의무를 부담하는 것이 아니므로 이러한 경우에도 자신의 부담부분을 초과하여 채무를 변제한 연대책무자는 다른 연대책무자에 대하여 구상권을 취득한다.

따라서 자신의 부담부분을 초과하여 A사의 부담부분을 변제한 원고로서는 A사의 부담부분에 관한 구상권을 행사할 수 있고, 위와 같은 구상권을 확보하기 위한 변제자 대위의 법리에 따라 이 사건 하자보수공사의무와 관련하여 채권자인 甲공사가 갖고 있던 모든 권리를 행사할 수 있다.

제3자가 채무자를 위하여 채권자에게 채무를 변제함으로써 채무자에 대한 구상권을 취득하는 경우 종래 채권자가 갖고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리는 그 구상권의 범위 내에서 법률상 당연히 변제자에게 이전되고(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다33251 판결 등 참조), 여기서 말하는 ‘담보에 관한 권리’에는 질권, 저당권이 나 보증인에 대한 권리 등과 같은 물적·인적 담보가 당연히 포함된다.

따라서 B사로서는 채권자인 甲공사가 갖고 있던 C사에 대한 이 사건의 보험금청구권을 이전받아 이를 행사할 수 있다.”

#### [판결의 시사점]

공동수급체 당사자 간의 법률관계 및 하자보증보험의 법리에 비춰볼 때 이러한 판결의 결론은 타당하다고 여겨집니다. 다만 본 판결의 경우 아직 최종 확정된 것은 아니라는 점에서 향후 최종적인 법원의 판단을 지켜볼 필요가 있습니다

본 판결은 공동이행방식의 공사도급계약에서 공동수급체 중 어느 회사가 계약이행의무나 하자보수의무를 이행할 수 없는 경우 빈번하게 발생할 수 있는 사안으로, 변제력이 없는 다른 회사 대신 그 회사의 계약이행보증보험회사 또는 하자보증보험 회사에 보험금을 청구할 수 있다고 판시한 점에서 시사하는 바가 큼니다. 실무적으로 유사한 상황에 처한 업체의 경우 위와 같은 권리구제 방안을 적극 고려해 볼 필요가 있습니다.

## 28. 조달청과 공공계약을 체결할 경우 계약의 주체는 누구일까?

많은 수의 공공계약이 조달사업에 관한 법률에 따라 조달청에 의해 발주되고 있다.

이때 조달청에 발주를 의뢰하는 국가기관이나 지방자치단체들은 수요기관으로서 실질적 대금 지급을 담당하고 계약으로 인한 이익을 향유하게 되는데, 그렇다면 과연 조달계약의 법률상 당사자는 조달청인지 아니면 수요기관인지가 문제 된다.

[사실관계]

A 지방자치단체의 구매요청에 따라 조달청이 B회사와 조달물자구매계약을 체결하면서 대금지급 방법을 '대지급'으로 정하였다. 그런데 B의 채권자인 C는 B가 채무를 이행하지 않자 수요기관인 A를 제3채무자로 하여 채권압류 및 전부명령을 받았고 이 사건 전부금 지급 소송을 제기하였다.

[대법원의 판단]

A가 2007.3.5. 소외 서울지방조달청에 '대지급 방식'으로 정수장 자동제어시스템 개선공사를 위한 판급자재 구매요청을 한 사실, 서울지방조달청은 2007.4.9. 위 구매요청에 따라 B와 조달사업에 관한 법률 제9조 및 옛 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령(2008.12.31. 대통령령 제21202호로 일부 개정되기 전의 것) 제10조 제1항 등에 근거하여 계약방법은 일반경쟁, 수요기관은 A, 품명은 영상정보 디스플레이장치, 수량은 1000대, 계약금액은 8670만7210원, 지급방법은 대지급으로 정한 조달물자구매계약(이하 '이 사건 조달계약')을 체결한 사실, B는 2007.5.29. A에게 이 사건 조달계약에 따른 납품을 완료한 사실, 그런데 C의 신청에 따라 2007.5.18. 채무자를 B, 제3채무자를 A로 하여 이 사건 조달계약에 따른 채권 6536만6000원에 대한 채권가압류결정이 내려져 제3채무자인 A에게 송달된 사실, 서울지방조달청은 2007.7.13. A에게 같은달 30일까지 이 사건 조달계약에 따른 대금 8670만7210원 및 수수료 95만3770원 등 합계 8766만980원을 납부할 것을 고지하였고, A는 같은 달 30일 서울지방조달청에 위 납부 고지에 따른 8766만980원 전액을 납부한 사실, 한편 C는 2008.7.10. B에 대한 매매대금 청구사건의 집행력 있는 판결 정본에 기하여 B의 A에 대한 위 피가압류채권 중 6536만6000원에 대하여 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 전부명령을 받았다가, 2008.8.6. 그 중 위 채권압류명령을 제외한 전부명령의 신청을 취하한 사실, 대한민국(소관: 서울지방조달청)은 2008.8.13. 이 사건 조달계약에 따른 대금 중 미지급금 6536만6000원을 위 채권가압류·채권압류결정과 소외 주식회사 D은행이 청구금액 2억원으로 하여 B의 대한민국에 대한 이 사건 조달계약에 따른 대금에 대해 신청한 채권가압류결정의 경합을 사유로 하여 민사집행법 제248조 제1항에 따라 서울중앙지방법원 2008금제12626호로 공탁한 사실, 그 후 C는 2008.8.18. 다시 위 압류채권에 대한 전부명령을 신청하여 그 결정을 받았고, 이는 그 무렵 A에게 송달된 사실 등을 인정하였다.

원심은 나아가 이 사건 조달계약은 당사자가 서울지방조달청과 B이고 수요기관인 A는 그 계약상 수익자에 불과한 '제3자를 위한 계약'이므로 B에 대해 이 사건 조달계약의 당사자로서 그 대금지급의무를 부담하는 자는 서울지방조달청일 뿐이고, 이 사건 조달계약에서 계약금액의 지급방법을 '대지급'으로 약정한 이상 A를 제3채무자로 하여 채권압류 및 전부명령을 받은 C가 A에 대하여 위 전부금을 청구할 수 없다는 취지로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비춰 살펴보면 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다(대법원 2010.1.28. 선고 2009다56160 판결 참조).

위 대법원 판결은 조달계약의 법적 성질에 대한 판결로서, 대지급방식의 조달계약이 제3자를 위한 계약, 즉 조달계약의 당사자는 수요기관이 아니라 조달청(조달청은 국가기관일 뿐이므로 법적으로는 대한민국)임을 분명히 하였으므로 계약당사자 또는 계약당사자의 채권자는 가압류 등 법률관계의 판단에 있어 대상을 신중히 판단하여야 함을 명심할 필요가 있다.



## 29. 리니언시 적용 받기 위한 자진신고 요건은

현행 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’)은 담합 자진신고를 통해 공정거래위원회로부터 과징금을 면제받는 리니언시 제도를 운영하고 있다. 1순위 자진신고자에 대해 과징금 100%를 면제하고 2순위 자진신고자에 대해서는 50% 감면을 적용한다. 그러나 자진신고를 통해 과징금 등을 감면받기 위해서는 부당공동행위의 입증을 위한 필요한 증거를 제출해야 하며, 이에 공정거래위원회의 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」는 “필요한 증거”로 공동행위에 참여한 임직원 확인서 및 진술서 외에도 서류, 물건, 전산자료 등의 추가자료를 제출하도록 규정하고 있다. 그런데 추가자료 제출을 엄격히 적용할 경우 관련자들의 진술 외에 별다른 입증자료를 갖지 못한 공동행위 참여자의 경우 원천적으로 리니언시의 대상자가 될 수 없다는 점에서 공동행위를 입증할 추가자료의 범위와 관련하여 많은 논란이 제기되고 있다.

### [사실관계]

건설업체 A는 단독입찰로 인한 유찰을 우려하여 다른 건설업체 B에게 ‘들러리’로 입찰에 참여해 달라고 한 뒤 사전에 입찰가를 공유하고 낙찰을 받았다. 이러한 사실은 건설업체 B가 담합사실을 1순위로 자진신고하자 두 달 뒤 A 역시 2순위로 자진신고를 하면서 드러나게 되었다. A는 공동행위를 입증할 추가자료로 임직원들의 확인서와 공사원가계산서, 입찰담당직원의 확인서 등을 추가자료로 제출하였다. 그러나 공정거래위원회는 A에 대해 “A가 부당 공동행위를 입증하는 데 필요한 추가자료 제출에 해당하지 않는다”는 이유로 2순위 자진신고자의 과징금 감면조건을 적용해주지 않았고, A는 과징금 등 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

### [서울고등법원의 판단]

서울고등법원은 A의 손을 들어주었다. 공정거래위원회 고시의 “공동행위를 입증할 수 있는 추가자료”에는 ① 확인서나 진술서 등 공동행위 관련자들의 진술을 담은 서류 등도 포함된다고 보아야 하며 ② 새로운 사실에 관한 자료에 한정하는 것이 아니라 이미 밝혀진 사실의 진실성을 높이거나 담보하는 것도 포함된다고 보았다. 진술자료가 제외된다거나 혹은 그것만으로 부족하다고 한다면 관련자의 진술 외에 별다른 입증자료를 갖지 못한 공동행위 참여자는 자진신고자가 될 수 없어 리니언시 제도의 취지에 반한다고 본 것이다(서울고등법원 2012.3.21. 선고 2011누26239 판결). 또한 입증에 필요한 증거에는 진술뿐 아니라, 간접증거 등도 포함된다고 본 기존 대법원의 견해(2008.10.23. 선고 2007두2920 판결)를 다시 한번 확인해 주고 있다.

서울고등법원의 이번 판결은 리니언시 제도의 도입취지를 고려하여 자진신고 감면대상자의 적용범위를 보다 넓게 인정한 데 의미를 둘 수 있다. 다만, 리니언시 제도와 관련한 최근의 사회 분위기를 주목할 필요가 있다. 부당기업에 대한 면죄부라는 비판이 고조되고 있고, 공정위의 규제 역시 강화되고 있다. 따라서 자진신고 감면요건에 관한 법원의 시각이 그대로 유지될 것인지는 좀더 지켜볼 필요가 있다.

### 30. 부정한 방법의 건설업 양수, 등록말소처분 위법인가?

건설산업기본법 제83조에서 정하고 있는 건설업의 등록말소는 건설회사에 있어서는 그 무엇보다도 중요한 규정이 아닐 수 없다. 제83조 본문의 단서에서는 “건설업 등록을 말소하여야 한다”라고 특정 사유에 해당하는 경우 필요적으로 건설업을 등록말소하도록 되어 있어 세심한 주의가 필요하다. 이러한 건설업의 등록말소 제도에 대해 비교적 최근에 나온 사례가 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011두23504 판결이다.

#### [사실관계]

A사는 1994년께 설립된 회사로서 건설업법에 따라 철근콘크리트공사업과 상하수도설비공사업 등록을 한 전문건설업자였다. 한편 B사는 2009년 1월 설립된 신설회사로, A사와 B사는 모두 P씨가 대표자인 이사로 사업을 영위해 왔다.

P씨는 2009년 1월 B사의 설립과 같은 날, 건설산업기본법 제17조에 따라 A사의 대표이사로서 위와 같이 영위하던 전문건설업을 B사에 양도했다. P씨와 B사는 그에 따라 2009년 3월께 갑 시장에게 전문건설업 양도신고를 하였고, 갑 시장은 2009년 3월5일 위와 같은 전문건설업 양도신고를 수리했다. 나아가 B사는 2009년 4월께 위 전문건설업 중 위 철근콘크리트공사업에 관해 사업포기를 이유로 폐업신고를 하였고, 갑 시장은 2009년 4월22일 위 폐업신고를 수리했다.

○○경찰서장은 2010년 7월 경기도지사에게 B사가 자본금이 부족해 건설업등록 및 주기적 신고를 할 수 없게 되자, 부족한 자본금에 상당한 국민주택 1종채권을 매입한 것으로 가장한 허위의 채권매매영수서를 구입한 후 전문경영진단업체에게 기업진단을 의뢰해 ‘적합’ 판정을 받은 재무관리상태진단보고서를 발급받아 건설업등록(양도양수)을 하였다고 통보했다.

갑 시장은 경기도지사로부터 위와 같은 통보를 받고, 2010년 9월 B사에 대해 건설산업기본법 제83조 제1호에 따라 부정한 방법으로 건설업 등록(양수)을 하였다는 이유로 같은 달 위 상하수도설비공사업의 등록을 말소하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 했다.

#### [대법원의 판단]

건설업을 양수한 자는 건설업자의 지위를 승계하도록 되어 있기 때문에 건설업의 양수인이 부정한 방법으로 건설업의 양도·양수의 신고를 함으로써 건설업을 영위할 수 있게 된 경우에도 그 건설업 등록을 말소시킬 필요성은 있다.

그러나 건설업 등록취소와 같은 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용되어야 하는 점 등을 고려할 때 법 제83조 제1호의 ‘부정한 방법으로 제9조에 따른 건설업 등록을 한 경우’에는 부정한 방법으로 제17조에 의한 양도

·양수신고를 하는 경우는 포함되어 있지 않다고 봄이 상당하다. 따라서 법 제83조 제1호는 부정한 방법으로 건설업을 양도·양수한 경우에 관하여 건설업의 등록말소를 할 수 있는 근거 규정이 된다고 할 수 없다.

따라서 부정한 방법으로 건설업을 양도·양수한 때에 관하여는 건설업의 등록말소를 할 수 있는 근거 규정이 없으므로 이 사건 처분은 법률유보의 원칙에 위배되므로 무효라고 판결했다.

살펴 보면, 건설산업기본법 제83조 제1호의 사유에 해당하는 경우 필요적으로 건설업 등록을 말소하도록 정하고 있다. 그런데 이 사안에서 B사는 부정한 방법으로 건설업을 등록한 것이 아니라, 부정한 방법으로 건설업을 양도·양수한 것으로 위 규정의 사유에 해당하지 않으므로 건설업 등록 말소는 부당하다고 한 판결이다. 즉, 이는 건설업 등록말소가 침익적인 행정처분이므로 이를 엄격하게 해석하려는 법원의 일관된 태도가 반영된 것이라고 볼 수 있다.

그러나 위와 같은 판례가 다른 건설업 등록말소 처분에도 적용된다고 확답하기는 어렵다. 오히려 관련 규정이 “건설업 등록을 말소하여야 한다”고 하여 행정청의 재량을 두고 있지 않기 때문에, 일단 등록말소 사유에 해당할 경우 등록말소 처분을 사후적으로 구제받는 것은 쉽지 않은 경우가 대부분임을 유의해야 한다.

### 31. 하도급대금 직접지급청구, 속도가 중요

하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '법')은 원사업자가 하도급대금의 2회분 이상을 연체한 경우 하수급업자는 발주자에게 해당 하도급대금의 직접 지급을 요청할 수 있고, 그 요청은 발주자에게 도달한 때로부터 효력이 있다고 규정하고 있다.

위와 같은 하도급대금 직접지급청구권은 대부분 원사업자가 유동성 부족, 부도 등의 어려움을 겪을 때 문제되는 것이므로, 원사업자로부터 하청을 받은 다수의 하수급업자들과 일반 채권자들은 서로의 채권을 보장받기 위한 경쟁관계에 놓이게 된다.

다행히 하수급업자는 법에 따라 발주자로부터 직접지급청구권을 보장받게 되지만, 보장을 위해서는 법이 정한 요건들을 준수하여야 한다. 발주자 역시 원사업자, 하수급업자 및 채권자들의 청구에 대해 누가 권리자인가를 정확히 인식하고 있어야만 이중지급 또는 지급거절로 인한 손해배상의 리스크에서 벗어날 수 있다.

최근 이에 관한 대법원 판례가 나와 관심을 끈다. 대법원이 함께 판시한 하도급대금 2회분 연체의 해석 및 동시이행항변권의 범리는 더욱 주목 받는다.

#### [사실 관계]

A는 B에게 공장건물의 신축공사를 도급주면서 기성금을 월 1회 지급하는 것으로 계약하였고(이하 '원도급계약'), B는 C에게 전기공사 등을 하도급 주면서 역시 기성금을 월 1회 지급하는 것으로 계약하였다(이하 '하도급계약').

공사 도중 B는 재무구조의 악화로 C를 비롯한 하수급업자들에 대한 2008년 2월분부터의 공사대금을 지급하지 못하였고, 결국 2008년 5월21일 A에게 2008년 2, 3, 4월분의 공사대금을 C에게 직접 지불하도록 요청하였고, A는 2008년 5월30일(2, 3월분) 및 2008년 7월10일(4월분) 직접 C에게 공사대금을 지급하였다.

C는 2008년 7월 공사를 완료한 후, A에게 2008년 7월2일(5월분 기성), 7월22일(6월분 기성) 및 8월7일(7월분 기성) 하도급대금의 직접지급을 청구하였다.

그러자 A는 ① 2008년 7월10일 공사대금을 지급함으로써 법이 정한 하도급대금 2회분 연체 사실이 사라져 더 이상 C가 직접지급을 청구할 수는 없고, ② C의 직접지급청구 이전에 이미 가압류 또는 다른 직접지급청구가 있으므로 C의 직접지급 청구에는 응할 수 없으며, ③ 원도급계약상 B가 A에게 제공하여야 할 하자보수보증금 또는 보증서를 아직 받지 못했다고 항변하였다.

#### [대법원의 판단]

하도급대금 직접지급 제도의 취지에 비추어 B가 하도급대금을 지급하지 못하여

법이 정한 직접지급 요건에 해당하게 된 이상, A가 그 대금의 전부 또는 일부를 지급하였다고 하더라도 B의 변제능력 부족으로 인하여 발생한 직접지급 사유가 소멸하였다고 볼 수 없다.

또한 C의 직접지급 요청으로 그 효력을 배제할 수 있는 가압류와 다른 직접지급 요청의 범위는 A에게 직접지급 요청의 의사표시가 도달한 시점 또는 가압류명령이 송달된 시점을 기준으로 한다.

한편 A는 B로부터 하자보수보증금을 지급받거나 보증서를 교부 받을 때까지 도급대금의 지급을 거절할 수 있고, 이러한 A의 항변사유는 C의 직접지급요청 전 A와 B 사이의 원도급계약에 근거한 것이므로 A는 C에게 대항할 수 있다(대법원 2012. 5.10. 선고 2010다24176 판결 참조).

결국 A가 B를 대신하여 C에게 공사대금을 지급하여 일시적으로 미지급 하도급대금이 없어진다고 하여도 C는 여전히 A에게 직접지급을 청구할 수 있게 된다.

그러나, C의 직접지급청구권은 실제로 A에게 직접지급을 요청한 때에 발생하므로 그 전에 다른 하수급인이 A를 상대로 직접지급을 청구하거나 다른 채권자가 B의 A에 대한 공사대금채권을 가압류해 버린다면 C는 이러한 하수급인 또는 채권자들에게 직접지급청구권을 주장할 수 없게 된다. 즉 법에 따르면 직접지급청구를 통해 A로부터 해당 금액을 단독으로 보장받을 수 있음에도 불구하고 직접지급청구가 늦었다는 이유만으로 다른 하수급인보다 후순위가 되고, 결과적으로는 다른 채권자와는 동순위가 된다.

또한 C의 직접지급청구로 A가 종전보다 불리한 지위에 처해질 이유가 없으므로, A는 B의 하자보수보증금 또는 보증서의 지급을 조건으로 C의 직접청구를 거절할 수 있게 된다. 이는 결국 A가 C의 청구를 받아도 B의 보증서 등을 받기 전까지는 C에게 대금을 지급하지 않아도 된다는 것이다.

발 빠른 직접지급청구의 중요성이야말로 위 대법원판례가 주는 교훈이다. 따라서 원사업자(B)가 1회 이상 하수급채무를 이행하지 않는다면 하수급업자(C)는 2회 하수급채무의 지체와 동시에 A에게 직접지급을 청구할 수 있도록 준비를 하여야 하며, 발주자(A)는 직접지급을 받은 순서에 따라 차례로 직접지급을 하면 되는데, 하자보수보증금 등 원사업자(B)에게 동시이행을 주장할 수 있는 권리가 있는 경우에는 대금 지급을 우선 거절할 권리가 있다는 점을 기억할 필요가 있다.

### 32. 부당한 하도급대금 결정행위 처벌을 피하려면

현행 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’) 제4조 제1항은 원사업자가 수급사업자에게 하도급을 맡기는 경우 부당한 방법을 이용하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하는 행위를 금지하고 있으며, 같은 조 제2항에서 원사업자의 일방적인 단가적용 등 7가지 행위를 부당한 하도급대금 결정행위로 간주하고 있다. 하도급법은 이를 위반할 경우 벌금형에 처하는 한편 공정거래위원회가 시정조치 및 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

#### [사실관계]

토목건축사업자 A는 하도급계약을 체결하기 위해 경쟁입찰을 실시하였지만, 최저입찰가를 제시한 B의 금액이 A가 외주비를 절감하기 위해 자체 편성한 예산을 넘게 되자 B를 포함하여 입찰가 상위 2~3개 업체를 대상으로 재입찰을 실시하였으며, 이 중 최저가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하였다. 공정거래위원회는 A의 행위가 부당한 하도급대금 결정에 해당한다고 보아 시정명령 및 과징금을 부과하였으며, 이에 대해 A는 시정명령 등 처분의 취소소송을 제기하였다.

이러한 상황에서 원사업자 A가 추가협상, 일방적인 단가적용 등 법률에 나열된 부당행위가 아니라, 자체 편성한 예산을 맞추기 위해 복수업체를 대상으로 재입찰을 한 경우에도 “부당한 하도급 대금의 결정행위”에 해당하는 것으로 볼 수 있는가?

대법원은 “최초 입찰에서 최저가로 입찰한 금액이 예정가격을 초과한다는 이유로 입찰참여업체에게 사전에 알리지 않고 재입찰을 한 것은 A의 내부사정에 불과하며, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 객관적이고 합리적인 ‘정당한 사유’에도 해당하지 않는다”고 판시하였다. 최저가로 입찰한 금액이 원사업자의 예정가격을 초과한다 하더라도 최초 경쟁입찰을 실시하여 최저가로 입찰한 업체가 있는데도 곧바로 재입찰을 하여 최초 입찰가보다 낮은 금액으로 입찰한 업체를 낙찰자로 선정한 것은 실질적으로 추가협상 또는 일방적으로 단가를 적용하여 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것과 동일하며 이 경우에도 하도급거래의 공정성이 침해된다고 본 것이다.

또한 위 사안에서 대법원은 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하면 반드시 “일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지”는 별도로 따질 필요가 없다고 판단하였다.

결국, 유사한 사안에서 부당한 하도급대금 결정행위에 해당한다는 과중한 위험을 피하기 위해서는 우선적으로 적정공사예산에 부족하지 않도록 예정가격을 정할 필요가 있고, 만약 경쟁입찰에서 제시된 최저금액이 예정가격을 초과하는 경우에는 재입찰을 실시할 수 있다는 사정 등을 사전에 입찰참여업체에게 고지하여 낙찰자 선정에 관한 이의를 최소화하는 조치가 필요함을 유의해야 한다.

### 33. 조례만으로 지자체 책임을 지방공사로 이전할 수 있을까?

지방자치단체가 조례를 제정하여 지방공사를 설립한 후 기존에 지자체가 수행하던 건축 관련 업무를 포괄적으로 인수시키는 일이 종종 있다.

조례의 내용만으로 볼 때는 지자체의 지위가 포괄적으로 지방공사로 이전하게 되었으므로, 흔히 지자체가 아닌 지방공사를 상대로 사무를 처리하게 된다.

그러나 이러한 관행 및 관행과 유사한 내용으로 판시한 원심을 파기한 대법원 판례가 최근 선고되었다.

#### [사실관계]

A광역시 도시개발공사는 도시개발공사 설치조례에 따라 설립되었다가 A광역시 시설관리공단과 통합하면서 A광역시 도시공사가 되었는데, 위 조례 부칙 제3조에는 '도시공사는 설립일로부터 A직할시 공영개발사업단에 관한 A직할시의 권리의무를 포괄 승계한다'라고 규정하고 있었다.

A광역시(공영개발사업단)가 시영아파트를 건축하여 분양한 후 도시공사가 위와 같이 설립되었음에도 불구하고 시영아파트의 수분양자들은 A광역시를 상대로 하자담보책임에 갈음한 손해배상을 청구하였다.

이 사건의 원심은, 위 조례 규정을 근거로 하여 A광역시의 시영아파트에 관한 하자담보책임이 도시공사에 포괄적으로 승계되고 A광역시는 분양자로서의 지위에서 벗어나 그 책임을 면하였다고 판단하면서 수분양자들의 청구를 기각하였다.

#### [대법원의 판단]

민법 제454조는 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 하는 면책적 채무인수의 경우에 채권자의 승낙이 있어야 채권자에 대하여 그 효력이 생긴다고 규정하고 있으며, 계약인수는 양도인과 양수인 및 잔류당사자의 합의에 의한 삼면계약으로 이루어지는 것이 통상적이며 관계당사자 3인 중 2인의 합의가 선행된 경우에는 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하여야 그 효력이 생기므로, 통상 변제자력이 더 풍부한 지방자치단체가 계약 관계에서 발생된 채무에 관하여 채권자의 승낙을 받지 않고 일방적으로 조례의 제정을 통하여 지방공사에 면책적으로 인수시킬 수 있다고 보는 것은 부당하고, 지방자치단체에 대하여 민법 제454조의 적용을 배제할 만한 합리적인 이유를 찾을 수 없다.

따라서 이 사건 조례 규정은 도시공사가 A직할시 공영개발사업단에 관한 A광역시의 권리의무를 포괄 승계한다고 규정하고 있으나, 이는 도시공사와 A광역시 사이에서 이루어지는 사무승계의 내용을 밝힌 것으로서, 그 사무승계에 따른 구체적인 권리·의무의 승계는 민법 등의 법률에서 정한 절차를 거쳐야 하는 것으로 보이며,

이 사건 조례 규정에 기초한 도시공사의 위 분양계약에 관한 사무 내지는 권리의무의 승계 사실만으로는 A광역시가 ○○아파트 분양에 관한 하자담보책임을 면할 수 없고, 이를 위해서는 채권자인 수분양자들의 승낙을 받아야 한다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다88303 판결 참조).

대법원이 위와 같이 지자체보다 재정 여력이 약한 지방공사에 지자체의 채무를 면책적으로, 즉 지자체의 책임은 면하고 지방공사만이 단독으로 책임을 지게 하는 조례의 효력을 부정하고 있으므로, 지자체 및 지방공사를 상대하는 기업들은 채권 보전 등 법률관계 정립에 각별히 주의할 필요가 있다.



### 34. 법인은 환경상 이익의 침해를 이유로 행정소송을 제기할 수 없는가?

환경 이용시설이나 설비가 주변의 주민이나 거주자에게 권리침해를 가져오거나 행정기관에 의한 결정이 환경에 심각한 영향을 미칠 경우에는 권리보호를 위해 소송 등의 방법으로 다툴 필요가 생기게 된다. 여기서 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 권리를 위해 자연인이 아닌 법인이 환경상 이익의 침해를 이유로 행정소송을 제기할 수 있는 것인지 문제되고 있다. 이는 비단 환경소송에만 국한하는 문제는 아니지만, 최근 일조권 등 환경상의 이익 보호 내지 환경 소송이 크게 급증하면서 소송기술적인 측면에서도 주의할 필요가 있다.

#### [사실 관계]

재단법인 A 수녀원은 공유수면인 바다에 인접하고 있으며, 해당 공유수면은 택지조성을 위하여 매립 예정 중에 있다. 그런데 관할 행정기관인 도지사 B가 매립목적 을 애초의 택지조성에서 조선시설 용지로 변경하는 내용의 매립목적 변경승인처분을 하자, A는 당해 처분으로 인하여 법률상 보호되는 환경상 이익을 침해받았다면 서 B를 상대로 위 처분의 무효확인을 구하는 소송을 제기했다.

#### [대법원의 판단]

대법원은 A 수녀원이 수도자 양성을 목적으로 설립된 재단법인으로서 택지를 조 선시설로 변경하는 내용의 처분으로 인하여 수녀원에 소속된 수녀들이 전과 비교해 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받는다 고 하더라도, 이것이 곧 바로 법인인 A의 법률상 이익을 침해한다고 볼 수 없고, 나아가 자연인이 아닌 A 는 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 누릴 수 있는 주체도 아니므로 환경상 의 이익이 직접적으로 침해되는 관계에 있지 않다고 판단하여 A의 상고를 기각하 였다.

위 사건의 쟁점을 살펴보면 다음과 같다. 행정처분의 취소 또는 변경을 구하는 행정소송은 민사소송과 같이 소송을 제기할 '법률상 이익'이 있는 자만이 원고가 될 수 있다. 이것을 원고 적격의 문제라고 하는데, 원칙적으로 공사현장 기타 산업시설 의 인근 주민과 같이 처분의 직접 상대자가 아닌 제3자라 하더라도 당해 처분으로 인해 '법률상 이익'을 침해당한 경우에는 그 처분의 무효확인 등을 구하는 행정소송 을 제기할 수 있다. 그러나 여기서 말하는 '법률상 이익' 이라는 것은 당해 처분의 근거가 되는 법령에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고 단지 간접 적이거나 사실적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다고 보고 있다. 이번 대법원 판결은 원고적격에 관한 기존의 기본적인 입장을 다시 확 인하고 있는 셈이다.

다만, 이번 판결에서 주목할 점은 법인은 자연인과 달리 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 권리의 주체 자체는 될 수 없지만, 환경에의 영향으로 인해 법인이 운영하는 사업에 직접적이고 구체적인 재산상 피해를 주거나 법인 운영목적 을 유지할 수

없어 폐쇄, 이진 등의 불이익을 수반한다면 처분의 무효확인을 구할 원고 적격이 인정될 여지를 남겨두고 있다는 점이다. 최근 환경상 이익을 실효성 있게 주장할 수 있도록 환경소송과 관련한 원고 적격을 확대해야 한다는 주장이 다양하게 제기되고 있다. 아이러니하게도 이러한 경우 대부분의 건설사업자는 환경상 이익을 주장하는 원고와 반대의 이해관계를 가지게 된다는 점에서 이번 판결의 의미와 향후의 변화에 주의를 기울일 필요가 있다.

### 35. 계약금액 조정신청 시점에 대한 법원의 판단

기획재정부 계약예규인 ‘공사계약 일반조건’ 제23조 제2항에서는 계약내용의 변경은 변경 부분의 이행에 착수하기 전 완료돼야 한다고 규정하고 있다. 발주처에서는 이 규정을 근거로 공기연장에 따른 계약금액 조정신청도 연장된 공사기간의 개시 전에 있어야 한다는 이유를 들어 계약금액 조정을 거부하는 사례들이 종종 발견되고 있다. 그런데 발주처 사유로 인해 공사지연이 발생한 경우 그 공기연장은 통상 당초 공사기간의 종기에 임박하여 이루어지므로 연장된 공사기간의 개시 전에 계약금액 조정신청을 하는 것이 현실적으로 어려운 측면이 있다.

#### [사실관계]

A건설사는 B광역시가 발주한 공사를 도급받아 수행하던 중 B광역시의 사유로 인해 공기지연이 발생하였고, 그로 인해 당초의 공사기간 내에 공사를 완료하기 어렵게 된 B광역시는 A건설사에 대하여 공사기간의 연장을 요청, 업무처리상 A건설사가 공사기간의 연장신청을 하고 그에 대해 B광역시가 승인하는 형식만을 취하였다. 이후 A건설사는 계약도서인 공사계약 일반조건에 따라 공사기간의 연장에 따른 계약금액 조정을 신청하였으나, B광역시는 이를 거부하였다. 이에 A건설사는 B광역시를 상대로 공사기간의 연장에 따른 계약금액 조정을 구하는 소송을 제기하였고, 해당 소송에서 B광역시는 연장된 공사기간의 개시 전에 계약금액 조정신청을 하지 않았음을 이유로 계약금액 조정의무가 발생하지 않았다고 주장하면서 다툼이 생겼다.

#### [법원의 판단]

법원은 A건설사의 귀책 없이 공사기간이 연장된 점을 인정해 A건설사의 청구를 인용하였다(서울고등법원 2011.5.18. 선고 2010나76841 판결, 대법원 2012.6.28. 선고 2011다45989 상고기각).

법원은 공사계약 일반조건 제23조 제2항의 문언상 계약내용의 변경에 해당하는 공사기간의 연장을 변경되는 부분의 이행 착수 전까지 완료하여야 한다고만 되어 있을 뿐이므로 계약내용의 변경에 따른 ‘계약금액의 조정’까지도 변경되는 부분의 이행 착수 전에 완료되어야 한다는 의미로 해석하기 어렵다고 판단했다.

또 계약금액 조정은 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이루어져야 하는데 공사기간의 변경에 따라 변경된 공사기간이 개시되고 구체적인 공사가 진행되기 전에는 공사업자가 지출하는 실비를 정확히 산정하기 어렵다는 점을 들어 B광역시의 주장을 받아들이지 않았다.

이번 판결에서 주목할 점은 공기연장에 따른 계약금액조정의 신청시기와 관련하여 발주자와 수급인 간에 공사계약 일반조건 제23조 제2항의 해석을 두고 다툼이 있는 경우가 적지 않은데, 공사계약 일반조건 제23조 제2항의 의미에 관해 법원이

갖고 있는 입장을 확인할 수 있었다는 부분이다.

다만, 확정적으로 지급을 마친 기성대가는 당사자의 신뢰보호 견지에서 계약금액 조정의 대상이 되지 아니한다고 할 것(대법원 2006.9.14. 선고 2004다28825 판결) 이므로 계약상대자는 늦어도 최종 기성대가(또는 준공대가)의 지급이 이뤄지기 전에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액 조정 신청을 마쳐야 한다는 점을 유의하여야 한다.

### 36. 예정가격이 불법행위 시 손해액 산정의 기준이 될 수 있을까?

일반적으로 불법행위로 인한 손해는 물건이 멸실되었을 때는 멸실 당시의 시가를, 물건이 훼손되었을 때는 수리 또는 원상회복이 가능한 경우에는 수리비 또는 원상회복에 드는 비용을, 수리 또는 원상회복이 불가능하거나 그 비용이 과도한 경우에는 훼손으로 인하여 교환가치가 감소된 부분을 통상의 손해로 보고 있다.

이 때 국가계약법이 정한 예정가격이 존재한다면 그러한 예정가격을 통상의 손해로 바로 인정할 수 있는지가 문제된다.

[사실 관계]

A 보험회사와 자동차종합보험계약을 체결한 피보험자들이 교통사고를 일으켜 B 소유의 전신와 케이블을 손괴하였다.

이에 B는 A에게 국가계약법상 예정가격 결정기준에 따라 산정한 전신주, 케이블의 복구공사비 및 설계·감리비 상당의 손해를 청구하면서, 실제로 소요되는 복구공사비 및 설계·감리비는 입증하지 않았다.

[법원의 판단]

‘예정가격’은 국가가 입찰 또는 계약체결 전에 낙찰자 및 계약금액의 결정기준으로 삼기 위하여 미리 작성·비치하여 두는 가액으로서, 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 ‘적정한 거래가 형성된 경우에는 그 거래실례가격, ‘신규 개발품이거나 특수 규격품 등의 특수한 물품·공사·용역 등 계약의 특수성으로 인하여 적절한 거래실례가격이 없는 경우에는 원가계산에 의한 가격, ‘공사의 경우 이미 수행한 사업을 토대로 축적한 실적공사비로서 중앙관서의 장이 인정한 가격’ 등을 기준으로 삼아 이를 결정한다. 또한, 예정가격은 물품 및 용역구매, 공사 발주 등 국고에 부담이 되는 경우에는 최고가 제한가격으로서 기능하고 있다.

이처럼 예정가격은 국가가 낙찰 및 계약금액의 기준으로 삼기 위하여 미리 작성한 일종의 예상 수치인 데다가 최고가 제한가격으로서의 기능에서 유래되는 특성, 결정 과정에서 나타나는 기술적 문제 등으로 인하여 실제 거래가격을 반영하는 데 한계가 있으며, 현실적으로도 정부 또는 지방자치단체에서 시행하는 이른바 관급공사의 낙찰률이 예정가격에 미치지 못하는 수준에서 정해지고 있는 실정이다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 국가계약법 시행령에서 정한 예정가격은 불법행위로 인하여 물건이 멸실 또는 훼손된 경우 손해액을 산정함에 있어 일반적으로 통용될 수 있는 기준이 될 수 없다고 보아야 할 것이다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다88617 판결).

판결에서 주목할 점은, 예정가격을 산정하는 것만으로는 손해배상액의 입증에 된

것으로 볼 수 없으며 실제 손해배상액을 입증할 책임이 원고에 있다는 점을 대법원이 명시한 것에 있다.

### 37. 법령에 반해 산정된 계약보증금의 효력은?

단가계약은 일정기간 계속하여 물품을 제조·공급하는 계약을 체결하는 경우 계약시 단가만을 정하고 구체적인 납기, 수량 등은 추후 물품납품통지서에 의하여 정하는 계약체결 형태를 말한다. 특히 단가계약은 발주기관의 사정에 따라 수요물량의 변동을 기본으로 한다는 점에서 계약목적물 전체에 대하여 총액으로 계약을 체결하는 총액계약과 근본적으로 다르며 단가계약에서 매회별 이행은 사실상 독립된 계약이행의 의미를 가지고 있다고 볼 수 있다.

이러한 이유에서 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’ 시행령 제50조 제2항은 ‘단가계약의 계약보증금은 전체 계약금액의 10% 이상이 아니라 매회별 이행 예정량 중 최대량에 계약단가를 곱한 금액의 10% 이상을 납부하도록’ 특별히 규정하고 있는데, 이에 반해 발주기관이 총 계약금액 또는 본조 계약금액의 10% 이상을 계약보증금으로 설정한 경우 그 효력이 문제된다

[법원의 판단]

이에 대해 최근 법원은 “수회에 걸쳐 분할 이행하는 전형적인 단가계약임에도 불구하고 본조 계약금액을 기준으로 자의적으로 계약보증금을 산정하는 것은 매회별 이행량 중 최대량을 기준으로 계약보증금을 납부하도록 하고 있는 국가계약법 시행령 제50조 제2항에 위반되는 것이므로 이를 초과하는 계약보증금에 대해서는 지급채무가 존재하지 않는다”는 취지의 판결을 내렸다(서울중앙지방법원 2012.9.19. 선고 2012가합516490 판결).

계약보증금 산정 기준을 어디에 두느냐에 따라 양 금액의 차이는 실제로 수배에서 수십배 이상에 이르고 있으며 계약 상대자인 업체에 매우 큰 경제적 부담을 주고 있다. 위 판결은 법령에 반하는 과도한 계약보증금 산정 관행에 제동을 걸었다는 의미와 더불어 최근 단가계약에서 계약불이행을 이유로 하여 보증금을 몰취(국고귀속)당한 업체에 보증금액의 적정성을 다룰 수 있는 길을 열어두었다는 점에서 큰 의미를 가지고 있다.

### 38. 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 특약은 무효

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 지방계약법) 제6조 제1항에서는 ‘계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법) 시행령 4조 역시 이와 유사한 취지의 규정을 마련하고 있다.

그러나 위 규정을 적용하고자 할 때는 어떠한 이익이 지방계약법 제6조 제1항에서 말하는 ‘계약상대자의 계약상 이익’에 해당하는지에 대한 명확한 기준이 없어 혼란이 가중되고 있다.

#### [법원의 판단]

이에 대해 최근 법원은 지방자치단체가 건설회사에 대하여 적격심사입찰을 실시하고, 그에 따라 건설 공사를 진행함에 있어 제3자에게 지급하여야 할 특허권사용료 또는 기술료를 입찰금액에 포함시켜 입찰 공고를 하였으나, 입찰예정가격 산정시 특허권사용료 또는 기술료를 별도의 비용으로 계상하지 않은 경우와 관련하여 “적격심사입찰에 있어서 예정가격 또는 기초금액의 결정은 공사 등에 소요되는 비용항목의 적정성을 따져서 모두 포함시켜야 하고, 이를 누락한 경우 누락한 비용항목의 비중이 클 때에는 그로 인한 부담을 계약상대자에게 부담시키는 특약은 지방계약법 제6조 제1항의 계약 상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한함과 동시에 공공성과 공정성을 현저히 침해한 때에 해당한다”는 취지의 판결을 내렸다(광주고등법원 2012. 9. 19. 선고 2011나6761 판결).

#### [판결의 의미]

금번 판결로 국가 또는 지방자치단체를 상대로 계약을 체결한 자가 부당하게 침해 당한 이익을 되찾아 올 수 있는 가능성을 제시하였고, 국가 또는 지방자치단체가 계약을 체결함에 있어 관련 법령상 계약 상대방의 이익을 고려할 책무를 부과하였다는 점에서 의미를 가진다.

다만, 동 판결은 법령상의 요건 이외에 공공성과 공정성을 현저히 침해하여야 한다는 요건을 추가적으로 요구하고 있고, 동 판결이 어떠한 경우 계약 상대방의 이익에 해당하는지에 관한 일반적인 기준을 실시하고 있지는 않다는 점에서 향후 이와 관련한 추가적인 판례를 살펴볼 필요가 있다.



### 39. 국가계약은 반드시 표준계약서를 사용하여야 하나?

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법) 시행규칙 제49조 제1항은 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당 공무원은 계약 상대자를 결정한 때에는 지체없이 별지 제7호 서식, 별지 제8호 서식 또는 별지 제9호 서식의 표준계약서에 의하여 계약을 체결하여야 한다”고 규정해 표준계약서의 사용을 강제하고 있다.

그러나 현실적으로는 국가계약법령의 적용이 곤란한 거래들이 있고 그 경우 표준계약서의 사용이 쉽지 않은 때가 있다.

이에 국가계약법 시행규칙 제49조 제3항은 “제1항의 규정에 의한 서식에 의하기가 곤란하다고 인정될 때에는 이와 다른 양식에 의한 계약서에 의하여 계약을 체결할 수 있다”고 하여 표준계약서 사용의무의 예외를 두고 있는데, 실제 미술품 구입과 관련하여 표준계약서 사용 의무의 예외를 인정한 판례가 있어 소개하고자 한다.

#### [법원의 판단]

해외에 있는 미술작품의 거래에 있어서는 작품 소장자의 지위나 자격보다는 작품의 진위와 출처, 전시경로가 더 중요하고, 또한 구입비용 절감 등을 위해서 직접적인 대면계약 대신 우편 거래를 하는 것이 상당히 일반화된 것으로 보이는 등 해외 미술품 거래의 특수성이 고려되어야 하는 점, 원고가 이 사건 미술품의 거래과정에서 OO작품 연구의 세계적 권위자인 B 박사로부터 위 작품이 진품임을 확인하는 내용의 서신을 받은 점, 비록 우편을 통하여 거래되기는 하였으나, A미술관이 이 사건 미술품을 매입하는 데 아무런 문제가 없었고, 그동안 위와 같은 과정을 통한 미술품의 매입이 부적절하다고 지적된 바도 없었을 뿐만 아니라 국가계약법 시행규칙 제49조 제3항도 계약서 양식에 대한 재량을 인정하고 있는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 단지 원고가 이 사건 미술품의 계약에 있어 ‘표준계약서’를 사용하지 않았다는 이유만으로 국가계약법 시행규칙 제49조를 위반하였다고 보기는 어렵다고 판단한 원심을 그대로 수긍하였다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두8638 판결 참조).

#### [판결의 의미]

위 판결은 표준계약서를 사용하지 않은 공무원의 책임에 관한 내용을 통해 시행규칙 제49조 제3항에 따라 표준계약서를 사용하지 않을 수 있다는 점을 대법원이 확인하였다는 점에 의미가 있다.

통상 계약특수조건에 해당 계약의 구체적인 조건을 반영하지만, 표준계약서가 예정된 계약과 잘 맞지 않는 경우 담당 공무원과의 협조를 통해 다른 양식으로 계약할 수 있음을 참고할 필요가 있다.

#### 40. 리니언시에 대한 감면불인정 통지가 행정처분에 해당할까

행정소송의 대상이 되는 행정처분은 원칙적으로 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법령에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하는 등 일반 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위를 가리킨다. 그런데 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’은 담합 행위를 자진 신고한 자로서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 과징금 및 시정조치 등을 면제하는 리니언시 제도를 운용하고 있으며, 이 경우 공정거래위원회는 자진 신고가 감면요건에 해당하지 않는다고 판단할 경우 자진 신고자에게 그 취지를 서면으로 통지하도록 규정하고 있다. 위와 같은 감면 불인정 통지에 대해 불복할 경우 어떠한 절차에 의할 것인지에 관해 최근 대법원은 의미 있는 판결을 내리고 있다.

##### [법원의 판단]

A사와 B사가 건축용 자재 가격을 공동으로 인상한 후 A사가 1순위로 부당 공동행위를 자진 신고한 후 시정조치 등의 감면을 신청한 사안에 대해 공정거래위원회는 A사가 감면요건을 충족하지 못하였다는 이유로 감면불인정 통지를 하였다. 이에 A사가 감면불인정 통지가 행정처분에 해당한다는 전제로 그 취소를 구하는 항고소송을 제기한 사안에 대해 최근 대법원은 “자진 신고자 등 지위 확인을 받는 경우에는 시정조치 및 과징금의 감경 또는 면제, 형사고발의 면제 등의 법률상 이익을 누리게 되는 반면, 그 지위 확인을 받지 못하고 감면불인정 통지를 받는 경우에는 위와 같은 법률상 이익을 누릴 수 없게 되므로, 감면불인정 통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다”는 취지의 판결을 내렸다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541 판결).

##### [판결의 의미]

금번 판결은 감면불인정 통지가 행정처분에 해당하지 않는다는 전제에서 원고 패소 판결을 내렸던 원심과 달리 공정거래위원회의 자진 신고자 감면불인정 통지 역시 행정처분에 해당하며 그 위법성에 대해 직접 행정소송을 통해 다툴 수 있는 가능성을 확인해 주었다는 점에서 의미를 가진다고 볼 수 있다.