

81. 지자체 조례 근거로 수의계약 체결할 수 있나

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “지방계약법”)상 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려는 경우에는 일반입찰에 부쳐야 하나(지방계약법 제9조 제1항), 예외적으로 지방계약법 제9조 제1항 단서 및 동법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에 의거하여 ‘다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 하는 경우’ 수의계약을 체결할 수 있다.

위 규정에 따르면, ① 지방계약법 외 다른 법령에서 계약의 대상이 되는 사업을 국가 또는 지자체의 사무로 규정하고 있고, ② 그 사무에 대한 위탁 또는 대행업무를 수행할 수 있는 자를 명시하고 있는 경우, 해당 지자체는 그 사업에 대한 계약에 한하여 수의계약을 체결할 수 있을 것이다.

여기서 ‘다른 법령’에 지방의회가 제정한 ‘조례’가 포함될 수 있을지에 대하여 논란이 있다. 진정한 지방자치의 관점에서 보면 조례를 통한 지자체의 수의계약을 인정하는 것이 바람직하다 할 것이나, 현행 지방계약법령은 지자체가 수의계약을 체결할 수 있기 위해서는 법률과 대통령령, 총리령을 지칭하는 법령에 근거가 있어야 한다는 점을 분명히 하고 있기 때문이다.

안전행정부 역시 최근 법령해석을 통해 ‘조례는 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목의 법령에 해당하지 아니하므로 법령에서 국가 또는 지방자치단체의 사무 및 그 사무에 대한 위탁·대행 대상 등의 규정을 조례에 위임하고 있지 않는 이상 조례를 근거로 동법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에 따른 수의계약을 체결할 수는 없을 것’이라는 입장을 분명히 했다.

다만, 지방자치법 제104조 제3항에서 ‘지자체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다’라고 규정하고 있어, 위 규정에 따라 조례에서 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무와 관련하여 해당 사무를 위탁받는 자를 명시하고 있는 경우, 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에 의거하여 수의계약 대상이 되는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 대법원 역시 주민의 권리·의무와 직접적인 관련 없는 지자체 사무를 특정 법인에게 위탁하는 내용의 조례안 규정과 관련하여, ‘지방계약법 제9조 제1항은 지자체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하고자 하는 경우 이를 공고하여 일반경쟁에 부쳐야 한다고 하면서, 단 계약의 목적·성질·규모 및 지역특수성 등에 비추어 필요하다고 인정되는 경우에는 수의계약에 의할 수 있다’라고 하고 있고, 같은 법 시행령 제25조 제1항 제8호 아목은 다른 법령의 규정에 의하여 국가 또는 지자체사업을 위탁 또는 대행할 수 있는 자와 당해 사업에 대한 계약을 하는 경우에는 수의계약을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 조례안 규정에 의해 사실상 수의계약을 허용하는 셈이 된다 하여 조례안 규정이 위 법률 제9조 제1항에 위반

된다고 볼 수도 없다'고 판시했다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결).

82. 주한미군 반환토지, 오염정화비용 누가 부담하나

경기도 소유의 이 사건 토지는 정발로 인하여 1957. 9. 30. 주한미군에게 공여되어 50여년간 주한미군이 사용하다가 2007년 토지소유자인 경기도에 반환됐다. 그런데 주한미군이 이 사건 토지를 사용하면서 토지가 심하게 오염돼 정화비용만 100억원 상당의 비용이 소요된다는 연구결과가 나왔고, 이에 따라 경기도는 국가를 상대로 이 사건 토지에 관한 토양오염물질 정화 청구소송을 제기했다.

이와 관련해 1967. 3. 3. 제정된 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에 있어서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정의 시행에 따른 국가 및 지방자치단체의 재산의 관리와 처분에 관한 법률(이하 “관리처분법”) 제5조 제2항은 ‘지방자치단체의 재산 대여는 무상으로 한다’고 규정하고 있고, 동법 제6조 제2항은 ‘국방부장관은 지방자치단체의 재산을 관리·전환하거나 반환할 때에는 원상회복의 책임을 지지 아니한다’고 규정하고 있다.

대법원은 위 규정의 해석과 관련해 지방자치단체로서는 재산을 기한의 정함이 없이 무상으로 대여하고 이를 반환받음에 있어 통상의 원상회복 책임까지 부담하는 것만으로도 관리처분법이 당초 의도한 국방의무의 분담이라는 입법목적에 상당부분 달성하였다고 할 것이므로, 관리처분법 제6조 제2항에 정한 원상회복 책임 면제의 범위는 무상대여의 목적 범위 내인 통상의 원상회복에 한정된다고 해석함이 타당하고, 이를 넘어 당초 예상하기 어려웠던 환경오염으로 인한 원상회복 책임까지 지방자치단체가 부담한다고 해석하는 것은 공여의 확실성 및 신속성에 중점을 두었던 관리처분법의 입법취지와 형평의 관점에서 받아들이기 어렵다고 판시했다(대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다22709 판결).

즉, 대법원은 관리처분법에 따라 주한미군에게 무상대여된 지방자치단체 소유 토지의 오염물질 정화에 대해 지방자치단체가 아닌 국가가 책임을 져야 한다고 판단한 것이다.

대법원 판결은 관리처분법의 입법취지 및 형평성을 고려해 주한미군 반환기지 원상회복에 있어 국방부와 지방자치단체의 비용 부담 기준을 합리적으로 설정한 것으로 보인다.

83. 턴키 운반거리 변경시 계약금액조정 가능할까

최근 공사기간 연장으로 인한 추가 공사대금(간접비) 청구를 법원이 인용하는 사례가 늘고 있는데, 이 중 상당수가 설계·시공일괄입찰공사(Turn-Key Base)로써 기타 계약내용 변경으로 인한 계약금액조정을 근거로 한 것이다. 즉, 일반 내역입찰 방식의 공사뿐만 아니라 턴키공사와 같은 대형공사의 경우에도 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액조정이 가능하다는 점에서는 이론의 여지가 없을 것이다.

대법원 또한 설계·시공 일괄입찰 방식에 의한 도급계약의 형태로 계약이 체결되었다고 하더라도 실질적인 계약의 내용에 있어 설계요소의 변경뿐만 아니라, 공사기간이나 운반거리 등 계약내용에 변경이 있으면 계약금액을 조정할 수 있다는 공사대금에 관한 조정 유보 규정을 둔 경우에는 그 규정에서 정한 계약금액 조정사유가 발생하였음을 이유로 공사대금을 조정할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다109012판결 등). 하지만 여전히 발주기관들은 턴키공사가 수급인이 도급인이 의욕하는 공사 목적물의 설치 목적을 이해한 후 그 설치 목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 스스로 공사를 시행하며 그 성능을 보장하여 결과적으로 도급인이 의욕한 공사목적물을 이루게 하여야 하는 계약을 의미한다고 주장하며 발주기관의 사정으로 사토장이 변경된 경우에도 운반거리 비용에 관한 계약금액조정을 인정하는 데 매우 인색한 실정이다.

이에 최근 턴키공사에서 운반거리 변경으로 인하여 계약금액이 조정된 하급심 판결이 있어 이를 소개한다. 법원은 턴키방식으로 계약이 체결되었으나 발주기관이 입찰안내서를 통해 사토처리장의 구체적인 위치와 각 사토처리장 별로 처리가능량을 명시하였고, 이에 따라 시공사가 이동거리 최소화를 위한 토공이동도를 작성하여 각 이동구간별 평균 운반거리 및 표준품셈을 적용한 세부단가를 명시한 산출내역서를 작성하여 발주기관과 계약을 체결한 후, 발주기관의 사업계획 변경으로 인한 현장여건 변화 등을 이유로 사토처리장의 위치 및 처리량을 새롭게 지정하여 통보함에 따라 사토처리 이동구간 및 운반거리가 변경되었다면, 발주기관은 그에 따라 새롭게 산출된 운반단가 및 운반거리를 적용한 시공사의 계약금액조정신청에 응할 의무가 있고, 계약금액조정에 따라 증가된 공사대금을 추가로 지급할 의무가 있다고 판단하였다(서울중앙지법 2014. 10. 24. 선고 2014가합513099 판결).

즉 판결에 따르면, 턴키공사에서도 국가계약법 시행령 제66조에 따른 공사기간, 운반거리 변경 등 기타 계약내용 변경으로 인한 계약금액조정이 당연히 적용되고, 실시설계 과정에서 사토처리장의 위치와 처리량이 지정되어 이에 대한 운반단가와 수량이 당사자 간의 계약내용으로 편입된 이상, 계약이행과정에서 사업계획 변경 등으로 인하여 사토처리장의 위치 또는 처리량이 변경됨에 따라 사토처리에 소요되는 비용이 증가하였다면 이는 발주기관의 사정으로 인한 계약내용의 변경에 해당하는 것으로, 시공사로서는 최종 기성대가 지급 전까지 국가계약법령 및 계약조건에서 정한 절차에 따른 계약금액조정 신청을 통해 발주기관으로부터 증가된 사토처리 비용을 보전 받을 수 있다고 판단한 것이다. 다만, 본 판결은 항소심 진행 중으로 상급법원의 판단을 예의주시할 필요가 있다.

84. 물가변동으로 인한 계약금액조정을 배제하는 특약의 효력은?

국가계약법령에 의한 정부계약에 있어서 계약서 또는 계약특수조건에 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약을 둔 경우에, 계약상대자가 국가계약법 제19조 내지 국가계약법 시행령 제4조(부당특약금지)를 근거로 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구할 수 있을까?

A회사는 2009년 B공사와 사이에 물품구매계약을 체결했다. 그런데 계약서 특기사항에 '물가변동으로 인한 계약금액 조정은 하지 않음'이라고 기재되어 있었고, 계약특수조건 제14조에 '이 계약은 물가변동됨에 불구하고 계약금액을 조정하지 아니한다'고 규정되어 있었다(이하 '이 사건 특약'). 이에 A회사는 B공사를 상대로 이 사건 특약은 강행법규인 국가계약법 제19조에 위배될 뿐만 아니라 국가계약법 시행령 제4조에 위반되어 무효라고 주장하면서 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구하였다.

최근 법원은 국가계약법 제19조는 강행법규에 해당할 뿐만 아니라 이 사건 특약은 국가계약법 시행령 제4조에 따라 효력이 부인되는 부당특약에 해당한다고 판결했다(서울고등법원 2014. 10. 30. 선고 2014나2006945).

판단 근거를 간략히 살펴보면, 다음과 같다. ① 국가계약법 제19조는 '그 계약금액을 조정한다'고 규정하고 있어서 그 문언상 계약담당공무원에게 재량을 인정하지 않고 있다. ② 국가계약법 제19조는 물가변동에 따른 수익저하의 위험으로부터 계약상대자로서 사회·경제적 약자인 국민을 보호하는데 그 취지가 있고, 그 취지는 이를 위반한 개별약정의 사법상 효력을 부인하여야만 달성할 수 있다. ③ 기획재정부 및 공정거래위원회는 유권해석 및 의결서 등을 통하여 여러 차례에 걸쳐 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약은 국가계약법령에 반한다는 의견을 표명하여 왔다. ④ 물가하락은 예외적이 현상이라는 점에서 이 사건 특약은 B공사에게 유리한 조항이라고 할 것인데 그에 상응하는 혜택이 A회사에게 부여된 바 없다.

위 판결은 최근 공공계약에서 부당특약이 많이 쟁점화되고 있는데 국가계약법 제19조가 강행법규에 해당한다는 전제 하에 국가계약법 시행령 제4조를 적용하여 그 효력을 부인하였다는 점에서 매우 의미 있는 판결이라고 할 것이다. 향후 상급법원의 판단을 예의주시할 필요가 있다.

85. 부정당행위 이후 회사분할시 제재대상 업체는?

특정사업부문의 공공입찰과 관련해 부정당행위를 한 이후에 A회사가 법인등기번호 등 동일성이 유지되는 A-1지주회사와 해당 사업부문을 그대로 분리하여 신설한 B회사로 분할된 경우에 처분청은 A-1회사를 상대로 입찰참가자격 제한 처분을 부과해야 하는지, B회사를 상대로 입찰참가자격 제한 처분을 부과해야 하는지에 대하여 논란이 있어 왔다.

이와 관련해 기획재정부는 제재의 필요성을 강조하여 입찰참가자격 제한 처분은 B회사를 상대로 부과되어야 한다는 입장을 취했으나, 최근 대법원은 입찰참가자격 제한 처분이 부정당행위를 한 자에 대하여 부과하는 대인적 행정처분이라는 이유로 해당 제재는 법인의 동일성이 유지되는 A-1회사를 상대로 부과되어야 함을 분명히 했다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두7342 판결).

참고로 과거 대법원은 회사 분할 전 위반행위를 이유로 신설회사에 대하여 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'상의 과징금을 부과하는 것이 허용되는지 여부에 대해서도, '신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인 바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다'는 입장을 취한 바 있다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두15621판결 등).

위 2011두7342 판결은 부정당행위 이후 영업양도된 경우에 있어서의 제재대상 판단에 대해서는 물론 제재처분 부과 이후 회사분할 및 영업양도에 따른 제재효력의 승계 등과 관련해서도 법인의 동일성을 기준으로 제재대상 및 효력의 승계 여부가 판단되어야 한다는 내용을 내포하고 있다. 위 판결의 취지를 꼼꼼이 되새겨볼 필요가 있다.

86. 부정당업자 중복제재 처분 가능할까?

부정당 제재처분 부과 이후, 그 처분 이전에 다른 위반행위가 있었음이 새롭게 발견되었을 경우 해당 행위를 근거로 새로운 부정당 제재처분을 부과할 수 있는지에 대해 논란이 있어 왔으나 대부분의 발주청은 제재처분을 부과해 왔다. 이와 관련해 지난 기고를 통해 수 개의 위반행위에 대한 중복 제재처분의 부당성에 관한 항소심 판결을 소개한 바 있는데(서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2013누11583판결), 최근 해당 판결에 대한 대법원 판결이 선고돼 소개하고자 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결).

대법원은 판결 이유에서 “국가계약법 시행규칙 제76조 제3항은 수 개의 위반행위에 대해 그중 가장 무거운 제한기준에 의하여 제재처분을 하도록 규정하고 있고, 이는 가장 중한 위반행위에 대한 입찰참가자격 제한 처분만으로도 입법목적은 충분히 달성할 수 있다는 취지로 보이며, 또한 행정청이 입찰참가자격 제한처분을 할 때 그 전에 발생한 수 개의 위반행위를 알았거나 알 수 있었는지 여부를 구별하여 적용기준을 달리 정하고 있지도 아니하다. 나아가 수 개의 위반행위에 대해 한 번에 제재처분을 받을 경우와의 형평성 등을 아울러 고려하면, 이 사건 규칙 조항은 행정청이 입찰참가자격 제한처분을 한 후 그 처분 전의 위반행위를 알게 되어 다시 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우에도 적용된다고 할 것이다.”라고 밝혔다.

즉 본 판결은 부정당업자의 수 개의 위반행위가 존재하고 하나의 위반행위에 대해 이미 입찰참가자격 제한처분이 내려진 경우, 다른 위반행위에 대한 발주청의 인지 시점에 따라 추가 처분을 할 수 있는지 여부가 달라진다는 종전 유권해석과도 배치되는 것으로, 발주청의 자의적인 권한 행사를 방지하고 법적 안정성을 확보할 수 있다는 점 등에서 매우 의미 있는 판결이라고 할 것이다. 또한 최근 입찰참가자격 제한처분에 관하여 업체의 공공조달 시장에의 진입을 원천적으로 차단하고 업체의 존립 자체를 위협할 수 있음에도 불구하고 명확성 원칙 및 법률 유보, 포괄위임 금지 원칙, 과잉금지 원칙 위반 등을 이유로 한 위헌성이 지속적으로 제기되고 있는 바, 향후 법원의 판단 및 입법 경과 등을 예의주시하여야 할 것이다.

87. 조달요청계약에서의 부정당제재 처분권자는?

A사는 수요기관이 공공기관, 발주기관이 조달청인 ○○공사 입찰에 참여해 조달청과 공사도급계약을 체결했다. 그런데 이후 조달청장은 A사에 대해 뇌물 제공 행위를 이유로 입찰참가자격 제한처분을 부과했다.

이에 대해 A사는 이 사건 계약은 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관법')에서 정한 공공기관이 수요기관으로서 조달청에 체결을 요청한 것으로, ①공공기관법 제2조 제2항에서 '공공기관에 대하여는 공공기관법에서 다른 법률에 따르도록 한 경우 외에는 공공기관법에 의한다'고 규정하고 있는 점 ②조달사업법 제5조의2 제3항은 '요청조달계약의 경우에 조달청장은 수요기관이 계약 체결에 적용해야 할 법령에 따라야 함'을 명시하고 있는 점 ③조달사업법 제5조 제3항이 '중소기업자로 구성된 공동수급체 간의 경쟁입찰에 따라 조달계약을 체결하는 경우 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 공동수급체에 대하여는 조달청장이 직접 국가계약법에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다'고 규정하고 있음을 고려하면, 그 이외 요청조달계약의 경우 조달청장에게 입찰참가자격 제한처분 권한이 없는 것으로 보아야 하는 점 등을 이유로 이 사건 처분권한은 조달청장이 아닌 수요기관에 있다고 주장했다.

그러나 서울고등법원은 ①공공기관이 일정 규모 이상 공사계약을 체결하는 경우 공공기관의 계약담당자는 전문지식이나 경험이 부족하므로, 조달사업법 제5조의2 제1항은 이와 같은 위험을 방지하고자 함에 입법목적이 있고 ②요청조달계약에 관하여도 입찰참가자격 제한처분의 요건이나 효과가 보다 엄중한 국가계약법에 따르는 것이 공정성 제고라는 조달사업법의 입법목적이 더 달성될 수 있으며 ③계약체결을 직접 담당한 기관인 조달청장이 부정행위의 실체와 이와 관련된 여러 사정을 정확하게 파악하여 재량권을 적정하게 행사할 가능성이 크다는 점 등을 고려하여 관련 규정의 해석상으로도 이 사건 처분권한은 조달청장에게 있다고 보는 것이 합리적이라고 판단했다(서울고등법원 2014. 10. 28. 선고 2013누31549).

즉, 서울고등법원은 관련 규정의 합리적인 해석을 통해 수요기관이 공공기관인 요청조달계약의 경우 부정당제재 처분권자는 조달청장이라고 판단했다. 하지만 공공기관법에 공공기관의 운영에 관한 권한이 폭넓게 부여된 것에 상응하여 제재권한도 동등하게 부여되어야 하는 점 및 지방자치단체가 수요기관인 요청조달계약에 대하여 지방계약법이 적용됨을 규정하는 지방계약법 제7조 제2항의 입법취지인 '요청조달계약의 경우 조달청장은 계약체결을 요청한 기관의 계약수탁자로서의 지위에 있으므로 계약체결을 요청한 기관의 계약사무를 관장하는 법률인 지방계약법령을 적용함이 타당하다'는 것은 공공기관이 수요기관인 요청조달계약에도 관철되어야 하는 점 등에서 위 사건이 현재 대법원 상고심이 진행 중이므로, 향후 대법원의 판단을 유의하여 지켜볼 필요가 있을 것이다.

88. 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권 소멸시효

계약상대자는 발주자를 상대로 언제까지 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권을 행사할 수 있을까? 민법 제163조 제3호는 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권으로서 '도급을 받은 자의 공사에 관한 채권'을 규정하고 있는데, 대법원은 위 규정의 채권이라 함은 도급을 받은 공사의 공사대금 채권뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함하는 것으로 보고 있다(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다17185 판결, 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다28695 판결 참조).

이에 의하면, 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권은 3년의 단기소멸시효에 걸린다고 볼 수 있고, 따라서 계약상대자가 발주자를 상대로 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 3년 동안 행사하지 않은 경우에 그 청구권은 소멸하여 더 이상 행사할 수 없게 된다고 볼 수 있다.

여기서 문제는 계약상대자가 발주자를 상대로 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권을 행사할 수 있는 시점, 즉 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권의 소멸시효 기산점을 언제로 보아야 하는가이다. 아직까지 명시적인 대법원 판례는 찾기 어려우나 하급심 판례가 있어 소개하고자 한다.

부산지방법원 2009. 4. 15. 선고 2008가합18584 판결은 “소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않는다고 할 것인 바, 공사계약 일반조건 제23조 제1항이 '계약담당공무원은 공사계약에 있어서 설계변경 및 물가변동으로 인한 계약금액의 조정의 규정에 의한 경우 외에 공사기간·운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 않는 범위에서 이를 조정한다'라고 규정하고, 같은 조 제3항은 '제1항의 경우 계약금액이 증액될 때에는 계약상대자의 신청에 의거 조정하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 원·피고 사이에 간접노무비의 금액이 조정되지 아니한 이 사건에 있어서 단순히 공사기간의 변경으로 인하여 간접노무비가 증액되었다는 사실만으로 원고의 간접노무비 채권이 객관적으로 발생하였다거나 원고가 피고에게 이를 행사할 수 있었다고 할 수 없다”고 판시하였다(항소심에서 강제조정으로 확정되었다).

위 판결은 계약상대자의 발주자에 대한 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권의 발생 시기나 행사 가능 시기, 즉 소멸시효의 기산점을 명시적으로 판단하지는 않았으나, 그것을 공사기간 연장이라는 조정 사유가 발생한 시점으로 앞당겨 볼 수는 없다고 판단한 데 의의가 있다.

또한 서울중앙지방법원 2014. 10. 24. 선고 2014가합513099 판결은 “운반거리 변경에 따른 공사대금의 증액을 청구할 수 있는 권리는 원고들의 피고에 대한 공사대금 채권의 발생요건이 되는 사항일 뿐 시효로 소멸할 여지가 있는 독립적인 채권이라 볼 수 없고, (중략) 소멸시효 기산점은 이 사건 공사가 완료된 때로 보아야 한다”고 판시하였다(피고 항소포기로 확정되었다).

이에 의하면, 계약상대자가 공사기간 연장에 따른 공사대금(간접비) 청구권이 시효로 소멸하는 것을 막기 위해서는 준공일로부터 3년 이내에 발주자를 상대로 당해 청구권을 행사하여야 한다는 결론이 도출된다. 따라서 계약상대자로서는 적어도 준공일로부터 3년 이내에 발주자를 상대로 공사기간 연장에 따른 간접비 청구권을 행사하여 당해 청구권이 시효로 소멸하는 것을 방지할 필요가 있다는 점과 장기계속 계약 공사에 있어서는 각 차수별 계약의 준공일을 각 소멸시효의 기산점으로 하여야 하는 점을 유념하여야 한다.

89. 분담이행 방식에서의 대표사 자격

최근 분담이행 방식의 공동수급체 대표사 선정과 관련하여 주목할 만한 판례가 있어 소개하고자 한다.

발주처가 테마파크 조성공사 입찰 공고를 하면서, 입찰공고문에 공동계약과 관련하여 ‘공동이행 또는 분담이행 방식이 가능하고, 분담이행을 구성할 경우 대표자를 포함 2개 업체 이내여야 하며, 대표사는 참여비율이 많은 업체로 합니다’라는 내용을 기재하였다.

이에 A사와 B사는, A사가 주된 공정인 토목공사(공사금액 기준으로 전체 공사대금 대비 46%)를, B사가 나머지 건축 조경공사(전체 공사대금 대비 54%)를 분담하여 이행하는 방식의 공동수급체(이하 ‘이 사건 공동수급체’)를 구성하고, A사를 대표사로 선정하여 입찰에 참가하였다. 발주처는 이 사건 공동수급체를 1순위 적격심사 대상자로 선정하였으나, 며칠 뒤 B사가 참여비율이 높음에도 불구하고 A사가 대표사로 입찰에 참여하였다는 이유로 부적격 처리하였다.

이에 A사는 이 사건 공동수급체가 1순위 적격심사 대상자 지위에 있음을 구하는 취지의 가치분신청을 하였으나, 재판부는 입찰공고상의 참여비율은 공사대금에 따른 공사분담비율을 의미한다고 볼 것이므로 공사대금이 높은 B사가 아닌 A사를 대표사로 선정하는 것이 위법하고, 나아가 적법한 대표자가 아닌 업체를 적법한 대표자인 것처럼 입찰에 참여한 것은 ‘입찰참가자격이 없는 자’ 또는 ‘입찰유의서에 위반된 입찰’에 해당하므로 이 사건 공동수급체의 입찰 자체가 무효라는 취지의 판시를 하였다(대구지방법원 의성지원 2014카합1016 결정).

그러나 (i) 분담이행방식의 경우 각자의 책임 하에 분담내용에 따라 공사를 하는 방식으로 운영되기 때문에 대표사와 구성원 업체의 지위에 있어 특별한 차이가 없는 점, (ii) 분담이행 방식에 있어 참여비율이 높다는 것은 주된 공정을 하는 업체를 의미하는 것으로 이해될 소지도 있는 점, (iii) 이 사건 입찰공고문에서는 ‘입찰참가자격’에 관하여 별도 항목으로 규정하고 있고, 대표사 선정기준은 위 입찰참가자격 제한 사유에 해당하지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 주된 공정을 하는 업체를 대표사로 선정하였음에도 해당 대표사의 공사금액이 상대적으로 가장 많지 않다는 이유로 해당 공동수급체 입찰의 효력 자체를 부정하는 것은 다소 무리한 판단으로 보인다.

이에 추후 소송 결과 및 관련 유사분쟁 사례의 결과를 지켜볼 필요가 있다.

90. 하청업체 위반행위로 인한 부정당제재의 적법성

하청업체가 실적증명원 또는 시험성적서 등을 위·변조하여 그 사실을 모르는 계약업체를 통해 발주기관에 제출한 경우 발주기관이 입찰 또는 계약에 관한 서류가 위·변조되었다거나 허위서류가 제출되었다는 이유로 계약업체에 대한 제재처분을 부과할 수 있는지와 관련해 최근 엇갈리는 판결이 나오고 있다.

먼저 국가계약법이 적용되는 중앙관서 입찰과 관련해 하청업체가 변조한 시험성적서를 제공받아 제출한 사안에 있어, 서울행정법원은 허위서류 제출이라는 사실관계가 존재하고 하청업체 역시 계약업체의 사용인에 해당한다는 이유로 제재처분은 적법하다는 내용의 판결을 선고했다(서울행정법원 2014구합61477 판결).

반면 공공기관운영법이 적용되는 공기업 입찰과 관련해 하청업체 시험성적서가 문제가 된 사안에서, 대구지방법원은 비록 허위서류가 제출된 것은 사실이나 계약업체가 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되지 않는다는 이유로 관련 제재처분을 취소했다(대구지법 2014구합665, 2014구합20898, 2014구합21143, 2014구합21112, 2014구합665 판결 등).

부정당제재처분은, 영업의 자유라는 기본권을 제한하는 침해적 행정처분이라는 점에서, 제재사유에의 해당성 및 제재의 필요성이 분명하게 인정되는 경우에 한해 제한적으로 부과되어야 할 것인 바, 계약업체가 정상적인 주의의무를 기울였음에도 불구하고 인지할 수 없었던 하청업체의 위반행위에 대해서까지 제재처분을 부과하는 것은 신뢰보호, 형평성 및 행위책임의 측면에서 적법하다 할 수 없을뿐더러 제재의 실효성 관점에서 보더라도 결코 바람직하지 않다.

이에 우선 위 각 사건에 대한 상급심 법원의 판단을 지켜볼 필요가 있다. 한편, 법원의 판단과는 별개로 국회와 관계부처는 부정당제재의 남용 방지를 위한 제도개선 및 업무기준을 마련하기 위한 노력을 적극적으로 해 나가야 할 것이다.

91. 산출내역서에 일반관리비·이윤 0원 기재

관급공사에 입찰하면서 산출내역서에 일반관리비와 이윤을 0원으로 기재한 경우에, 공사기간의 연장으로 인한 추가 간접비 청구를 하면서 일반관리비와 이윤을 받을 수 있을까?

A회사는 2000년 조달청과, B광역시를 수요기관으로 하고 공사기간을 2004년까지로 하여 공사도급계약을 체결하였다. 그런데 B광역시의 귀책으로 인해 공사기간은 2008년까지로 연장되었고, 이에 A회사는 B광역시에 공사계약 일반조건 제23조 등에 따라 공사기간 연장으로 인한 계약금액 조정 신청을 하였으나, B광역시는 끝내 계약금액 조정을 해주지 않았다.

그러자 A회사는 B광역시를 상대로 공사기간 연장으로 추가 간접비의 지급을 구하는 내용으로 소를 제기하였고, 심리 과정에서 B광역시는 산출내역서에 일반관리비와 이윤이 0원으로 기재되어 있으므로 추가 간접비에 일반관리비와 이윤은 포함될 수 없다면서 다투었다.

이에 대해 법원은 산출내역서에 일반관리비와 이윤이 0원으로 산정되어 있기는 하나, A회사가 위 산출내역서를 작성할 때 일반관리비 및 이윤에 해당하는 비용을 다른 비용에 포함시키는 방법으로 일반관리비 및 이윤을 0원으로 조정하였으므로, A회사가 일반관리비 및 이윤을 포기하였다고 볼 수 없다. 또한 A회사의 귀책사유 없이 공사기간이 연장되어 그 연장된 공사기간 동안 A회사가 실제로 간접비를 지출한 경우에는 이에 따른 일반관리비 및 이윤도 공사에 투입된 비용이라고 볼 수 있다는 이유로 A회사가 실제 지출한 간접비에 설계내역서상의 일반관리비율 및 이윤율, 낙찰률을 적용하여 일반관리비 및 이윤을 산정하는 것이 타당하다고 판시하였다(서울고등법원 2011. 5. 18. 선고 2010나76841 판결 참조).

즉, 위 판결은 비록 입찰과정에서 산출내역서에 일반관리비와 이윤이 0원으로 산정되어 있더라도, 발주기관의 귀책사유로 연장된 공사기간 동안에 시공사가 실제로 간접비를 지출한 경우에는 이에 따른 일반관리비 및 이윤은 공사에 투입된 비용이라고 판단한 것이다. 최근에도 산출내역서에 일반관리비와 이윤을 0원으로 기재하는 사례가 적지 않은데, 의미 있는 판결이라고 할 것이다. 하지만 반대 주장도 계속 제기되고 있으므로 현장 계약관리를 보다 철저히 하고, 다른 간접비 사건에서도 위 판결의 이 부분 결론이 그대로 유지될지 예의주시할 필요가 있다.

92. 출자비율 넘은 하자보수이행, 보증사의 책임은

공동수급체(공동이행 방식) 구성원 업체인 A사가 회생절차 개시 등으로 인하여 하자보수를 이행하지 못하게 되자 공동수급체의 다른 구성원 업체인 B사가 발주기관에 대한 연대책무자로서 자신의 출자비율을 넘는 하자보수 공사를 모두 이행한 경우 B사는 A사의 하자보증보험회사에 대하여 보증보험금을 청구하여 비용보전을 할 수 있을까?

이와 관련하여 최근 의미 있는 대법원 판결(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다 25432 판결)이 선고되었기에 이를 소개하고자 한다.

대법원은 아래와 같은 판시 이유 등을 들어 원고인 B사의 청구를 인용한 원심 판결을 확정하였다.

“공동수급체 구성원이 개별적으로 출자비율에 따른 하자보수 보증보험계약을 체결한 경우 피보험자인 도급인으로부터 하자보수를 요구받은 보험계약자가 그 이행기간 내에 의무를 이행하지 아니하면 그때 보험사고와 이에 근거한 재산상 손해가 발생하여 보험자는 피보험자인 도급인에 대하여 보험금 지급의무를 부담한다. 그리고 이러한 상태에서 연대책무를 부담하는 다른 공동수급체 구성원의 면책행위에 의하여 보험계약자의 주계약상의 채무가 소멸한 경우, 면책행위를 한 다른 공동수급체 구성원은 민법 제425조 제1항에 따라 자신과 연대하여 하자보수의무를 부담하는 보험계약자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. 보증보험은 민법의 보증에 관한 규정이 준용될 뿐만 아니라, 구상권의 범위 내에서 법률상 당연히 변제자에게 이전되는 채권자의 담보에 관한 권리에는 질권, 저당권이나 보증인에 대한 권리 등과 같이 전형적인 물적·인적 담보는 물론, 채권자와 채무자 사이에 채무의 이행을 확보하기 위한 특약이 있는 경우에 그 특약에 의하여 채권자가 가지는 권리도 포함되므로, 면책행위를 한 다른 공동수급체 구성원은 하자보수를 요구받은 보험계약자에게 구상권을 행사할 수 있는 범위에서 민법 제481조에 따라 채권자인 도급인의 담보에 관한 권리인 하자보수 보증보험계약에 따른 보험금청구권을 대위 행사할 수 있다.”

위 판결은 하자보수보증 이외의 계약이행보증의 경우에도 동일하게 적용할 수 있다는 점에서 건설시장에 상당한 영향을 미치게 될 것으로 보인다. 즉 최근 건설경기의 악화로 공동수급체 구성원 업체가 도산하는 경우가 적지 않게 발생한다는 점에서 위 판결은 관련 계약이행 및 하자보수이행 책임을 온전하게 떠안게 되는 잔존 구성원 업체가 비용보전을 받을 수 있는 새로운 해결책을 제시해준 것이다. 그러나 보증보험사의 책임이 너무나 당연하게 인정되는 것으로 이해하였다가는 낭패를 볼 수 있다.

구체적으로 위와 같은 비용보전이 가능하기 위해서는 해당 보증보험약관 내용과 보증보험 청구 요건, 보증보험금채권 소멸시효 및 구체적인 계약관계 등에 대한 면밀한 검토와 분석이 선행되어야 하기 때문이다. 한편 위 판결로 인해 각 보증보험

사는 자신의 책임을 제한하기 위한 약관 개정, 특약 추가 등의 자구책을 마련하게 될 것으로 보인다. 향후에는 보증보험계약을 체결함에 있어서도 해당 약관과 특약 내용을 꼼꼼하게 살피는 것이 필요하다.

93. 민자사업자가 무상사용기간의 연장을 구하는 방법

BTO 방식의 민간투자사업은 사업시행자가 사회기반시설을 준공한 후 정부나 지방자치단체에 소유권을 이전하면서 일정기간 동안 당해 시설을 무상으로 사용할 수 있는 관리운영권을 부여받는 방식을 말한다. 무상사용기간을 비롯한 구체적인 사업시행조건은 주무관청과 사업시행자 사이에 체결되는 실시협약에 따라 정해지는데, 사업시행자가 실시협약에서 정한 무상사용기간을 연장하고 싶다면 어떻게 해야 할까?

A회사는 2002년 B시와 골프연습장을 건설하기로 하는 실시협약을 체결하면서 무상사용기간을 사업개시 통보일로부터 9년간으로 하되, 제21조에서 협약당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 사업시행자인 A회사에 손실이 발생할 경우 상호협의를 통하여 처리하기로 하며, 이 경우 사용료 또는 무상사용기간의 조정방안을 병행하여 검토하기로 한다고 규정하였다.

A회사는 골프연습장 무상사용기간 중 인근에 C, D 골프연습장이 생겨나 운영수익이 크게 감소하자 그 손실을 보전하기 위하여 실시협약 제21조에 따라 B시에 무상사용기간의 연장을 요청하였다. B시는 이를 거절하면서 A회사에 무상사용기간 만료에 따른 골프연습장의 명도를 구하였고, 이에 A회사는 B시를 상대로 민사소송으로 무상사용기간 만료 후 최소한 7년 이상의 무상사용기간 연장이 필요하므로, A회사가 2018년까지 관리운영권자의 지위에 있다는 점에 관하여 확인을 구하는 소를 제기하였다.

이에 관하여 하급심 법원은 공유재산 및 물품관리법 제21조가 행정재산의 사용·수익허가 기간은 허가를 받은 날로부터 3년 이내로 하되 1회로 한정하여 2년의 범위에서 사용·수익허가를 갱신할 수 있도록 규정하면서도, 기부채납된 재산의 경우에는 재산의 가액을 연간 사용료로 나눈 기간 이내로 그 사용·수익허가 기간을 정하고, 재산가액을 고려하여 1회로 한정하여 10년의 범위에서 갱신할 수 있도록 규정하고 있는 취지 및 실시협약 제21조의 내용에 따르면, A회사는 B시장에게 무상사용기간의 연장을 신청할 법률상 내지 조리상(계약상) 권리를 가진다고 판단하였다.

요컨대 A회사는 B시장에게 무상사용기간 연장신청을 하고 B시장이 이를 거부할 경우 B시장을 상대로 거부처분에 대한 취소소송을 제기하는 방법으로 권리구제를 받아야 하고, 민사소송의 형태로 관리운영권자의 지위에 있다는 점에 관한 확인을 구할 수 없다는 것이다(수원지방법원 안산지원 2012. 4. 26. 선고 2010가합8829 판결).

위 판결에 대한 항소심이 진행 중이므로 이와 같은 결론을 일반화하기 어려운 면은 있으나, 사업시행자가 실시협약에서 정한 무상사용기간의 연장을 구하는 방법을 구체적으로 실시하였다는 점에서 위 판결의 의미를 찾을 수 있다. 상급법원에서도 이와 동일한 결론을 내릴 것인지 지켜보아야 할 것이다.

94. 민간기업에 의한 리조트 건설과 공공수용의 한계

A사는 '지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률(이하 지역균형개발법)'에 따라 B지자체로부터 골프장 및 리조트 건설을 목적으로 한 지역개발사업의 사업자로 지정받고, 위 개발사업을 추진하고자 개발사업에 편입된 토지와 건물을 취득하기 위한 보상협의를 진행하였다. 그러나 보상협의 과정에서 소유자 C와의 협의가 이루어지지 않아 지방토지수용위원회에 수용재결을 받아 수용재결의 취지에 따라 보상금을 공탁한 뒤 C를 상대로 부동산인도의 소를 제기하였다. 이에 C는 지역균형개발법 제18조 제1항, 제19조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 거쳐 헌법소원 심판을 청구하였다(2011헌바 129).

2014. 10. 30. 헌법재판소는 아래와 같은 내용의 결정을 내렸다.

'이 사건에서 문제된 지구개발사업의 하나인 '관광휴양지 조성사업' 중에는 고급 골프장, 고급 리조트 등의 사업과 같이 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라 대중의 이용·접근 가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다. 또한 고급 골프장 등 사업은 그 특성상 사업운영과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용당하는 주민들의 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다. 따라서, 이 사건 법률조항은 공익적 필요성이 인정되기 어려운 민간개발자의 지구개발사업을 위해서까지 공공수용이 허용될 수 있는 가능성을 열어두고 있어 헌법 제23조 제3항에 위반된다.'

다만 헌법재판소는 단순위헌 결정을 하게 될 경우 공공필요성이 있는 지구개발사업 시행을 위한 민간개발자의 공공수용까지 허용되지 않는 결과로 인한 법적 공백과 혼란을 우려해 이 사건 법률조항을 입법자가 개정할 때까지 효력을 유지하는 헌법불합치 결정을 하였다.

참고로 지역균형개발법 해당 조항은 2014. 6. 3. 자 '지역 개발 및 지원에 관한 법률(이하 지역개발법)' 제정(시행은 2015. 1. 1.)을 통해 지역개발법 제27조 등으로 자리를 옮겼다. 따라서 향후 위 헌법불합치 결정에 따른 개정대상 법률조항은 지역개발법 제27조 등이 될 것이다. 향후 해당 조항의 개정이 어떻게 이루어질지 주목할 필요가 있어 보인다.

95. 공사 도급계약에서 공사의 미완성과 하자의 구별

민법은 제668조에서 이의 목적물이 건물 기타 토지의 공작물인 경우 일이 완성된 후에는 일의 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에도 도급인은 계약을 해제할 수 없도록 규정하여 건설도급계약에 관하여는 일반적인 도급계약과는 다른 특별한 취급을 하고 있는 바, 민법상 도급계약의 일종인 건설도급계약과 관련한 건설관계소송에서 수급인이 공사대금을 청구함에 대하여 도급인이 공사의 미완성 내지 하자를 이유로 수급인의 청구와 관련해 다투는 경우가 많이 있다.

또한 건설도급계약과 관련하여 많이 이루어지는 계약이행보증보험과 관련해서도, 계약이행 보증보험계약상 보험금 지급사유인 보험사고는 통상적으로 도급계약에서 정한 의무 또는 채무를 이행하지 아니한 경우, 즉 도급계약의 채무불이행이므로 도급계약의 채무불이행에 해당하는지 아니면 공사의 이행 후 발생한 하자에 해당하는지의 구별이 문제되고 있다.

그렇다면 건설도급계약에 있어서 일의 완성 여부, 즉 공사의 미완성과 하자의 구별기준은 어떻게 될까?

공사 도급계약에서 공사의 미완성과 하자의 구별에 대하여 대법원은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일을 종료하고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 아니한다고 해석함이 상당하고, 예정된 최후의 공정을 종료하였는지 여부는 수급인의 주장이나 도급인이 실시하는 준공검사 여부에 구애됨이 없이 당해 공사 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없고(대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결 등 참조), 또한 공사가 여러 개의 부분 공사 또는 공정으로 구분되어 있고 도급인과 수급인 사이에서 부분 공사 또는 공정의 종료에 따라 그 공사비용의 적합 여부에 대한 검사를 하고 기성 공사금을 지급하는 것으로 되어 있는 경우에는 그 부분 공사 또는 공정의 종료와 검사의 완료로써 일단 해당 공사는 종료된 것으로 보고 그 후에 발견된 시공상의 흠결은 하자보수의 대상이 되는 하자로 봄이 상당하다고 보고 있다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다39511 판결).

이와 같은 공사 도급계약에서 공사의 미완성과 하자의 구별 기준에 따라 대법원은 개별적인 경우마다 공사의 미완성인지 아니면 하자인지를 구체적으로 판단하고 있는데, 건물 신축공사(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결), 목욕탕 건물 증축 및 대수선 공사(대법원 1996. 2. 23. 선고 94다42822, 42839 판결), 대전엑스포 전시장 내 피코의 전기에너지관 내 15개 전시구역에 전시할 전시물의 제작, 설치 및 연출 등의 공사(대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결), 골프장 진입도로 공사(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다39511 판결), 아파트 공동주택과 근린생

활시설 건축공사(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다18932, 18949 판결) 등은 모두 공사가 완성되었다고 판단된 사례들이다.

위 다수의 사례들을 통해서 대법원이 공사의 완성 여부를 판단함에 있어서 고려 요소로 삼고 있는 점들을 정리하여 보면, ①전체 공사의 내용과 미시공된 공사의 내용, 미시공된 공사부분이 차지하는 정도 내지 비중 ②미시공된 부분으로 인하여 건물을 그 본래의 용도대로 사용할 수 없을 정도인지 여부 ③미시공에 이르게 된 경위와 귀책사유의 제공자 ④도급인에의 인도 내지 도급인의 사용 여부 ⑤건축물에 대한 사용승인 여부 ⑥공사가 완성된 것으로 처리하겠다는 당사자의 의사 표명이라고 할 것이다.

따라서 공사의 미완성과 목적물의 하자의 구별이 문제되는 경우에는 개별사안의 구체적 내용에 따라 위 고려요소들과 제반 사정을 종합하여 청구권의 주장 및 그에 대한 법원의 판단이 이루어지는 점을 유의하여야 할 것이다.

96. 자재 직접구매 제도, 턴키에도 적용될까?

중소기업제품 구매 촉진 및 판로 지원에 관한 법률(이하 ‘판로지원법’) 제12조 제3항은 공사용 자재의 직접구매 제도를 규정하고 있다. 다만 판로지원법 시행령 제11조 제3항은 직접구매를 이행할 수 없는 예외적인 사유가 있는 경우 공공기관의 장으로 하여금 입찰공고 시 그 사유를 공표하도록 하고 있는데, 그 사유는 중소기업청 고시 ‘중소기업제품 공공구매 제도 운영요령’ 제22조의 2에서 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 설계·시공 일괄입찰 방식으로 이루어지는 턴키공사의 경우에도 공사용 자재의 직접구매 제도가 적용되는지 문제된다. 즉 판로지원법령은 공사를 발주하는 공공기관의 장에게 판급자재를 설계에 반영하게 함으로써 직접구매 제도를 기능하게 하고 있는데, 설계·시공 일괄입찰 방식에 의한 도급계약의 경우에는 공사를 발주한 공공기관이 설계도서를 작성하는 것이 아니고 수급인이 설계도서를 작성하기 때문에, 위와 같은 직접구매 제도의 적용을 받지 않는 것 아니냐는 문제가 제기된다.

이에 대하여 법원은 “공사용 자재의 직접구매 제도는 중소기업이 대형 건설사 등의 하도급업체로 전락하는 것을 방지하고, 중소기업제품의 구매를 확대하여 중소기업의 경영안정을 지원하기 위한 목적을 가지고 있다. (중략) 만일 공공기관에서 발주하는 공사가 설계·시공 일괄입찰 방식에 의할 경우 직접구매 규정이 당연히 배제된다고 본다면, 중소기업제품 구매촉진법 제12조 제3항은 그 의미가 반감되고, 공공기관이 설계·시공 일괄입찰 방식에 의함으로써 중소기업제품 구매촉진법 제12조 제3항 본문의 직접구매 규정이 적용되는 것을 피하는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 공공기관에서 발주하는 공사가 설계·시공 일괄입찰 방식에 의할 경우 직접구매 규정을 일률적으로 배제하려면 이에 관한 명시적 규정이 있어야 할 것이다”고 판시하였다(청주지방법원 2010. 3. 9.자 2010카합44 결정).

비록 하급심 판단이기는 하나, 판로지원법의 적용에 관한 법원의 기준을 알 수 있는 의미 있는 판결이다. 특히 입찰 안내서에는 공사용 자재의 직접구매제도가 적용되는 공사임을 명시하고 있으면서도, 그 구체적인 내용에 대해서는 수급인에게 숙지할 책임을 돌리고 있는 경우가 다수 있으므로, 입찰에 참가하기 전 시장가격 조사 등을 통하여 설계에 반영할 판급자재를 명확하게 검토할 필요가 있음에 유의하여야 한다.

97. 현장정리비용이 계약이행보증 범위에 포함될까?

건설도급계약에서 이루어지는 계약이행보증보험과 관련하여, 보증보험사가 보증하는 계약보증금은 수급인의 공사도급계약상 채무불이행으로 인하여 도급인이 입게 되는 모든 손해를 담보하는 것이 원칙이다. 그러나 도급인이 도급계약이 해제됨에 따라 수급인을 대신하여 하수급인에게 공사대금, 자재대금 및 임금 등을 변제함으로써 발생한 손해와 같은 현장정리비용도 보증인의 계약이행보증의 범위 내에 포함되는지, 그 결과 보증보험사가 현장정리비용에 상응하는 금액을 수급인에 대한 구상채권으로서 청구할 수 있는지가 문제되고 있다.

이에 대해서 명시적인 대법원 판결은 없지만, 하급심 판결에서는 수급인이 그의 하도급업체들에 부담하고 있는 공사대금, 자재대금 및 근로자들에게 부담하고 있는 임금 등의 채무를 도급인이 수급인을 대신하여 변제하였고 그것이 공사의 원만한 진행을 위한 것이라 하더라도 그로써 수급인이 도급인에 대하여 구상채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 그와 같은 대위변제로 인하여 입었다는 손해가 수급인의 도급계약상의 의무불이행으로 인한 손해는 아니라고 할 것이므로, 이는 계약보증의 범위 내에 포함되는 것이 아니라고 판시하고 있다(서울고등법원 2004. 3. 31. 선고 2003나23467 판결). 이러한 하급심 판결에 따를 경우, 원칙적으로 하도급업체의 채권 정리 등의 현장정리비용은 보증보험계약상 보증 범위 내에 포함되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 도급인은 보증보험사에 현장정리비용에 대한 보험금을 청구할 수 없을 뿐만 아니라 보증보험사도 보증보험계약에 따른 수급인에 대한 구상채권에 현장정리비용에 상응하는 금액을 포함하여 청구할 수는 없을 것이다.

다만, 하수급인에 대한 현장정리비용을 직접 부담한 도급인이 하수급인이 아닌 수급인에게 부당이득 반환청구권을 행사할 가능성이 있으므로, 수급인 등은 현장정리비용 관련 법률관계 처리에 유의할 필요가 있을 것이다.

98. 처분문서와 보고문서의 구분범은?

처분문서는 계약서, 합의서, 각서, 해약통지서 등 증명하고자 하는 법률적 행위가 그 문서 자체에 의해 이루어진 문서를 말한다. 반면 보고문서는 문서작성자가 보고 듣고 느끼고 판단한 내용을 기재한 문서로서 회의록, 상업장부, 일기 등이 그 예에 해당한다. 처분문서는 그 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 내용이 되는 법률행위의 존재가 인정되어 그 법률행위가 있었던 것이 증명된 것으로 되나(대법원 1997. 4. 11. 선고 96다50520 판결), 보고문서는 법원이 자유심증에 의해 문서 기재 사실이 진실한지 여부를 판단할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 즉 법원은 처분문서가 위·변조된 것이 아닌 이상 그 기재된 내용대로의 법률적 행위가 있었음을 인정하여야 하는 반면, 보고문서의 경우에는 여러 사정을 고려하여 자유심증으로 결정할 수 있다. 그러한 이유로 소송에서 법률행위의 존재나 내용이 쟁점인 사건에서 문서가 처분문서인지 아니면 보고문서인지가 결론에 직접적인 영향을 미칠 가능성이 높다.

양자의 구별은 대체로 용이하나, 반드시 그러하지는 않다. 문서의 내용이 법률행위에 관한 것이더라도 경우에 따라서는 처분문서가 아니라 보고문서에 해당하기도 한다. 즉 대법원은 문서의 내용이 작성자 자신의 법률행위에 관한 것이라 할지라도 그 법률행위를 외부적 사실로서 보고·기술하고 있거나 그에 관한 의견이나 감상을 기재하고 있는 경우에는 처분문서가 아니라 보고문서라는 입장을 취하고 있다(대법원 1987. 6. 23. 선고 87다카400 판결 등 참조).

이와 관련하여 최근 의미 있는 대법원 판결이 하나 선고되었다. 원도급업체가 공기 지연을 이유로 하도급업체와 체결한 하도급계약을 해지한 다음 정산수량에 관하여 협의를 진행하였는데, 하도급업체가 협의 과정에서 협의수량을 기재한 회의자료를 근거로 정산합의가 있었다면서 기재된 수량대로 하도급대금을 지급할 것을 청구하였다. 그러나 1심 및 항소심은 하도급업체의 정산합의 주장을 받아들이지 않았고, 하도급업체는 원심이 처분문서에 나타난 당사자의 의사표시를 잘못 해석하였다면서 상고를 제기하였다. 그런데 대법원은 앞서의 법리를 전제로 위 회의자료가 보고문서에 해당한다고 보았고, 그에 따라 하도급업체의 상고가 이유없다고 판단하였다.

이와 같이 작성된 문서가 처분문서와 보고문서 중 어느 것에 해당하는지는 법적 책임의 인정 여부와 밀접한 관련이 있는 중요한 사항이므로, 양자의 구별 기준에 관하여 명확히 인지하여야 할 것이다. 또한 문서의 내용이 법률행위에 관한 것이더라도 무조건적으로 처분문서가 되는 것이 아니라 경우에 따라서는 보고문서일 수도 있다는 점을 유의하여야 할 것이다.

99. 구 지방계약법상 '계약사무'에 입찰제한처분 포함될까?

최근 위탁조달계약에서 수요기관이 지방자치단체인 경우 대법원 판례는 2009. 2. 6. 법률 제9423호로 개정된 이후 2013. 8. 6. 법률 제12000호로 개정되기 전의 지방계약법에 대하여 “지방자치단체의 장이 조달청장에게 수요물자 구매에 관한 계약 체결을 요청한 경우 그 계약사무의 처리에 관하여는 지자체계약법이 적용되고 그 계약의 이행 등과 관련한 입찰참가자격 제한에 관한 권한은 지자체계약법 제31조 제1항에 따라 지방자치단체의 장에게 있다고 할 것이다.” 라고 판결하였다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011두31635 판결). 그리고 현행 지방계약법 제31조 제1항에서는 2013년 개정을 통하여 제재부과 주체에 “위임 또는 위탁을 받은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장을 포함한다” 라고 규정하여 지방자치단체의 계약사무를 위탁 받은 중앙행정기관의 장도 비로소 입찰참가자격 제한의 권한을 행사할 수 있게 되었다.

그런데 2009. 2. 6. 법률 제9423호로 개정되기 이전의 지방계약법이 적용되는 계약에 대하여는 여전히 중앙행정기관의 장도 입찰참가자격 제한의 권한을 행사할 수 있다는 반론이 있다. 하지만 지방계약법 제7조의 ‘계약사무’라 함은 지방자치단체의 장 소관인 계약의 체결, 계약의 이행, 계약상 채무의 불이행에 대한 손해배상, 계약의 해제 또는 해지 등 지방자치단체의 장 소관인 계약에서 발생한 사법상 권리·의무와 직접 관련되는 사무를 의미하는 것인 반면, 입찰참가자격 제한처분은 공법상의 제재처분으로서 계약의 체결이나 이행과는 별개의 공법상 행위에 해당하여 여기의 ‘계약사무’에 포함될 수 없다 할 것이다.

최근 하급심에서는 같은 취지로 중앙행정기관의 장으로부터 입찰참가자격 제한처분을 부과받은 업체들이 제기한 취소소송에서 중앙행정기관의 장에게는 처분권한이 없다는 이유로 처분을 취소하였다(서울행정법원 2015. 6. 26. 선고 2014구합57072 판결).

행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임 관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결, 대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결 등 참조). 이러한 법리는 행정권한의 위탁의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 그런데 입찰참가자격 제한처분을 하는 권한도 법령에 따라 부여된 공법상 권한이므로 법률이 허용하는 경우에만 권한의 위임이 인정되어야 할 것이다. 향후 항소심 등 법원의 판단을 유의하여 지켜볼 필요가 있다.

100. 민자사업기본계획만으로 실시협약자에게 구속력을 주장할 수 있나?

사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’)에서 규정하는 행정계획으로는 민간투자사업기본계획과 민간투자시설사업기본계획이 있다. 이 중에서 기획재정부장관이 수립하여 고시하는 민간투자사업기본계획은 민간투자사업과 관련한 정책 방향을 제시하는 계획으로서의 성격을 갖는다.

그렇다면 A회사가 ○○교육청 B교육장과 학교 임대형 민자사업(BTL·Build-Transfer-Lease)에 관한 실시협약을 체결하였고, 기획재정부장관이 위 실시협약 체결일 전에 기획재정부 공고로 ○○○○호로 민간투자사업기본계획 중 건축 BTL사업의 물가변동분 반영방식과 관련하여 물가변동분에 대한 사전 예측이 어려운 점을 감안하여 사후정산 방식으로 전환한다는 내용을 공고한 상태에서, A회사는 위 민간투자사업기본계획을 근거로 B교육장에게 위 민간투자사업기본계획의 내용에 따라 물가변동분을 사후정산하는 방식으로 실시협약을 체결할 의무가 있음에도 불구하고 3%의 물가변동분을 상회하는 부분에 대하여만 A회사와 주무관청이 50:50으로 분담하는 방식으로 실시협약을 체결하였다는 이유로 위 학교시설의 소유자인 C지방자치단체에 사후정산한 물가변동분을 반영한 금액의 지급(주위적 주장) 또는 불법행위로 인한 손해배상금의 지급(예비적 주장)을 구할 수 있을까?

결론부터 말하자면 A회사는 위와 같은 금원의 지급을 구할 수 없다. 민간투자사업기본계획의 구속력 유무가 쟁점이 된 사안에서 하급심 법원은 기획재정부가 수립하는 민간투자사업기본계획은 민간투자사업의 추진방향을 명확히 하여 장기적인 정책방향을 제시하고, 민간투자사업의 사업시행 방식 등에 대한 지침을 제공하여 주무관청이 민간투자시설사업기본계획을 입안할 수 있도록 하는 종합적인 계획으로 보이는 점, 민간투자사업기본계획의 실제 목차 및 그 내용에서도 지침으로 규정하고 있는 점, A회사와 B교육장이 체결한 실시협약이 별도로 총민간투자비의 변경에 관한 규정을 두고 있는 점 등을 근거로, 민간투자사업기본계획은 장기적·종합적인 기본계획으로서 그 성격상 비구속적 행정계획에 해당한다고 판시하면서, 민간투자사업기본계획이 구속적 행정계획에 해당하여 C지방자치단체에 이 사건 실시협약과 관련한 사후정산 의무가 새로이 발생하였음을 전제로 하는 원고의 주위적, 예비적 주장 모두 이유 없다고 판단하였기 때문이다(수원지방법원 2013. 6. 5. 선고 2011구합16033 판결, 양 당사자 모두 항소하지 않아 확정됨).

요컨대, 민간투자사업기본계획은 비구속적 행정계획에 불과하여 구속력을 갖지 못하므로, 민간투자사업기본계획만을 근거로 실시협약의 당사자에게 특정한 권리의무가 발생하는 것은 아니라는 점을 유념할 필요가 있다.