

碩士學位請求論文
2013學年度



地域義務共同都給制度의 違憲性에 관한 研究

A Study on the Unconstitutionality of the
regional quota of the
Construction Joint Contract System

光云大學校 建設法務大學院

建設法務學科

黃 勝 鉉



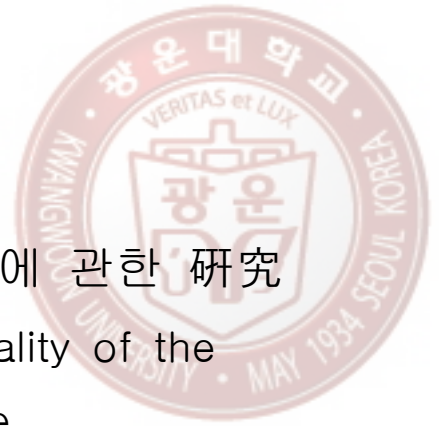
地域義務共同都給制度의 違憲性에 관한 研究

A Study on the Unconstitutionality of the
regional quota of the
Construction Joint Contract System

光云大學校 建設法務大學院

建設法務學科

黃 勝 鉉



地域義務共同都給制度의 違憲性에 관한 研究

A Study on the Unconstitutionality of the
regional quota of the
Construction Joint Contract System

指導教授 이 춘 원

이 論文을 法學 碩士學位論文으로 提出함

2013년 12월 일

光云大學校 建設法務大學院

建設法務學科

黃 勝 鉉



黃勝鉉의 法學 碩士 學位論文을 認准함

審査委員長 _____인

審査委員 _____인

審査委員 _____인

光云大學校 建設法務大學院

2013년 12월 일



지역의무공동도급제도의 위헌성에 관한 연구

지역의무공동도급제도나 지역건설업체를 포함한 공동수급체에 대한 가산점부여제도는 목적과 취지가 지역경제 및 중소기업에 대한 보호·육성에 있는바, 위 목적은 우리 헌법상 국가의 의무여서 정당하다고 할 것이다.

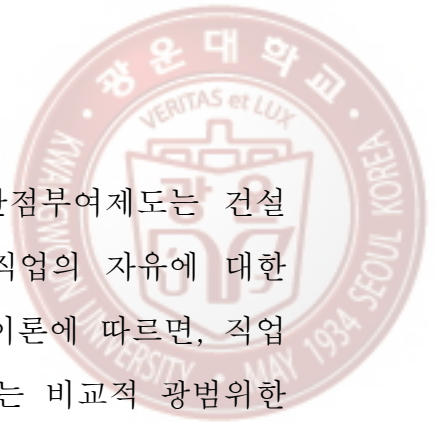
지역공동의무제도나 가산점부여제도는 국가나 지방자치단체가 사적 주체로서 민간과 공사도급계약을 체결할 때 적용되는 제도이므로, 일견 국가와 민간건설기업간의 사적인 계약체결의 문제로만 보여지지만, 국가나 지방자치단체 등이 민간건설기업과 건설공사도급계약을 체결하는 사적 계약이라고 하더라도 지역경제 및 중소기업에 대한 보호·육성이라는 헌법적 목적을 달성하기 위하여 건설회사에 대하여 사실상 지역건설업체와의 공동수급체를 구성하도록 유도하는 것은 민간건설기업의 직업중사의 자유를 침해하고, 지역건설업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체의 평등권을 침해하는 것이므로, 순수한 국고작용이라기 보다는 일종의 행정사법의 영역이라고 할 수 있다. 결국 국가나 지방자치단체 등은 행정상 또는 공공상 목적을 달성하기 위하여 순수한 사적계약을 체결하는 과정에서 공권력이라는 권력행사를 통하여 행정상 또는 공공상 목적을 달성하



고 있는바, 이는 실질적으로는 국가권력의 행사라고 할 수 있으므로, 국가의 개인에 대한 기본권제한의 범위 및 한계라는 헌법적 문제가 발생할 수 밖에 없다고 할 것이다.

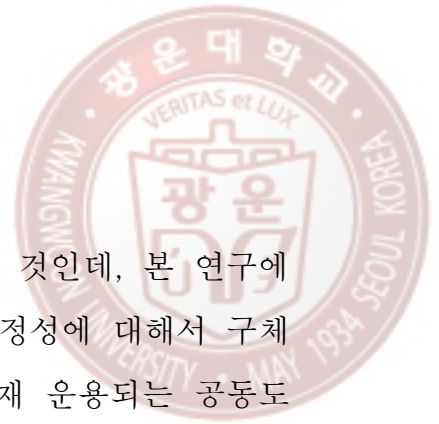
따라서 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도는 국가의 국민에 대한 기본권침해에 대한 위헌심사기준에 의하여 위헌성이 평가되어야만 하는 것이다. 먼저 형식적 기준인 법률에 의한 기본권제한 및 포괄위임금지원칙에 근거하여 위 제도들을 검토하여 보면, 지역의무공동도급제도는 국가계약법상 근거규정이 존재하지 않고 동법 시행령에 근거가 마련되어 있어서 법률에 의한 기본권제한의 원칙에 위반되어 위헌적 제도라고 할 것이다. 또한 지방계약법에는 지역의무공동도급제도가 규정되어 있지만 대부분의 구체적인 내용은 모두 동법 시행령에 위임되어 있어서 지방계약법만으로는 충분한 입법화가 이뤄지지 않았다고 보여지는바, 포괄위임금지원칙을 위반하여 지방계약법 자체도 위헌적이라고 할 것이다. 결론적으로 국가계약법 및 지방계약법에 지역의무공동도급제도에 대한 구체적 입법화로 위헌성문제를 해결하는 것이 필요하다고 보여진다. 또한 가산점부여제도는 법령상 근거가 존재하지 않고, 대국민적 구속력이 없는 행정규칙인 계약예규 등에 규정되어 있어서 위헌성문제가 지역의무공동도급제도보다 더 심각하다고 할 것이다. 따라서 신속한 입법화를 통해서 위헌문제를 해결해야 할 것으로 판단된다.

위헌성심사기준의 실질적 기준의 하나인 비례원칙에 의하여 위 제



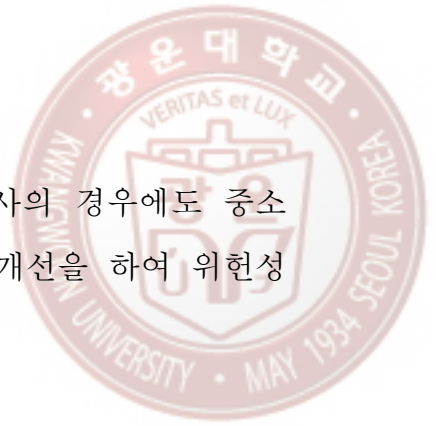
도들을 살펴보면, 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도는 건설업체의 직업행사의 자유를 제한하고 있는데, 직업의 자유에 대한 위헌성심사기준으로서 비례원칙의 하나인 단계이론에 따르면, 직업행사 또는 직업종사의 자유를 제한함에 있어서는 비교적 광범위한 입법적 재량이 인정되고 있는바, 위 기준에 따르면 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도의 직업종사의 자유의 침해 문제는 발생하지 않을 것으로 보여진다.

또한 위 두 제도는 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체의 평등권을 제한한다고 보여지는바, 평등권침해와 관련된 위헌성심사기준은 크게 자의금지원칙과 비례의 원칙이 적용되고 있는데, 헌법재판소는 가산점부여로 인한 평등권침해와 관련하여서는 비례의 원칙을 적용하고 있다. 비례의 원칙은 다시 4가지 기준으로 나눠 평가되는데, 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 형평성으로 나눠 볼 수 있다. 지역의무공동도급제도 및 가산점부여제도는 지역경제 및 중소기업의 보호·육성을 목적으로 하고, 위 목적은 헌법상 국가에 부여된 의무라고 할 것이므로 목적의 정당성은 인정된다. 또한 자유경쟁의 원리와 중소기업 및 지역경제의 보호 원리는 모두 헌법적 가치이자 이념이므로 양자간의 법익의 형평성은 인정된다고 할 수 있다. 또한 가산점제도는 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에 대해 입찰과정에서 전적으로 배제하는 것이 아니고, 구성지분율에 따라 가산점을 차등부여하는 등 법익침해의 최소성원칙을 지키고 있다고 할 수 있다.



문제는 나머지 기준인 수단의 적정성이라고 할 것인데, 본 연구에서는 비례의 원칙의 기준 중 하나인 수단의 적정성에 대해서 구체적으로 검토하려고 노력하였는데, 왜냐하면 현재 운용되는 공동도급제도는 그 취지와 달리 사실상 건설회사가 공동으로 수행하는 것이 아니라 사실상 한 개의 회사가 공사를 도맡아서 수행하고 있고, 주로 중소건설업체보다는 대규모의 건설회사에게 유리하게 운영되고 있으며, 지역업체 확정기준의 한계로 인하여 지역업체의 보호·육성에 있어서 많이 미흡한 것으로 비판받으면서 그 실효성에 대한 의구심이 상당하기 때문이다. 본 연구에서는 감사원의 감사결과보고서를 토대로 실증적으로 검토하였는데, 실제로 현실의 공동도급제도가 원래의 도입취지와 달리 목적달성에 필요적절한 수단인지에 대하여 객관적이고 실증적으로 접근하였다. 그리고 검토 결과, 공동도급제도의 현실상 운용이 상당히 미흡하여 수단의 적정성, 즉 적절한 정책수단으로서 인정하기에는 어느 정도 한계가 있다고 할 수 있어서 위헌성문제에서 자유롭지 못한 것으로 보여진다.

따라서 공동도급제도가 제대로 목적에 부합하게 운영되기 위해서는 공동수급체구성원들이 실제로 공동으로 공사에 참여할 수 있도록 관리감독을 강화하여야 하는데, 이를 위해서는 공동계약이행계획서 심사를 실질적으로 강화하고, 공동수급체가 이에 따라 공동으로 공사이행을 하는지 관리·감독하여 이를 지키지 못한 경우에는 입찰제한조치 등 필요적절한 제재조치를 시행하여야 하고, 엄격한



지역업체 확정기준을 도입하여야 하고, 대형공사의 경우에도 중소기업업체가 실질적으로 참여할 수 있도록 제도개선을 하여 위헌성 문제를 해결할 필요성이 있다고 보여진다.

핵심되는 말 : 공동도급제도, 공동수급체, 지역의무공동도급제도, 가산점부여제도, 공동계약운용요령, 조합, 합유

ABSTRACT



A Study on the Unconstitutionality of the
regional quota of the
Construction Joint Contract System

Hwang, Seung Hyun

Dept. of Construction Legal Affairs

Graduate School of Construction Legal

Affairs of Kwangwoon University

The construction joint contract system was introduced in the general public works to guarantee the security of the construction completion. Because the construction joint contractor is separated from the member of the construction joint contractor, the construction of completion is less affected by the factors driven from the members.

And the other reason of the constitution of the construction



joint contractor is the balanced development of the construction industry, the mutual cooperation maintenance of the constructors and the bid of the small scale constructors.

Although the construction joint contract system has so many merits and goodness, it restricts the business activity and the right of equivalence of the firm, the legal foundation of the construction joint contract system is not exist. It is very serious legal problem in the view of the constitutional law, because our constitutional law only permits the legalized restriction against the human rights. So to maintain the construction joint contract system, it is necessary to legalize the related laws.

The supreme court consistently defined the legal nature of the construction joint contractor as the partnership of the civil law. So the principal of law of the civil law as a matter of partnership must be always applied to the construction joint contractor. But so many legal confusions occur from the internal juridical relations of the construction joint contractor and the juridical relations with the client or the third party, for example, the creditor of the individual contractor. The reason of the confusions is the ambiguous attitude of the



supreme court.

Although the attitude of the supreme court for the legal nature of the construction joint contractor is the partnership of the civil law, the supreme court consent the claim right of the individual member of construction joint contractor to the client for construction price. So it is possible of the creditor of the individual member of construction joint contractor to distrain the construction price.

In my opinion, it is not desirable to permit the creditor of the individual member of construction joint contractor to distrain the construction price, because it is very harmful to the completion of the construction. According to the late attitude of supreme court, the collectiveness of the construction joint contractor is sacrificed for the creditor of the individual member of construction joint contractor and the security of the construction completion is too.

The security of the construction completion is the main purpose of the constitution of construction joint contractor. So, I think the attitude of supreme court must be changed in the direction of the prohibition of the claim right of the

individual member of construction joint contractor to the client for constructin price.

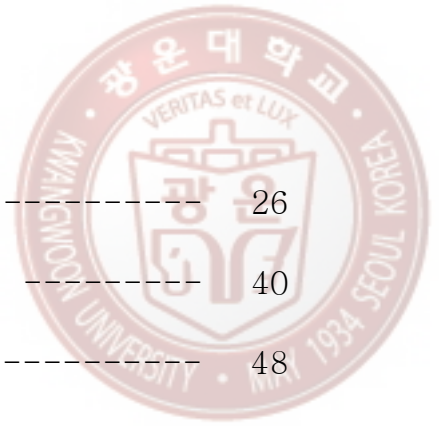


Key Words : construction joint contractor, joint contract system,

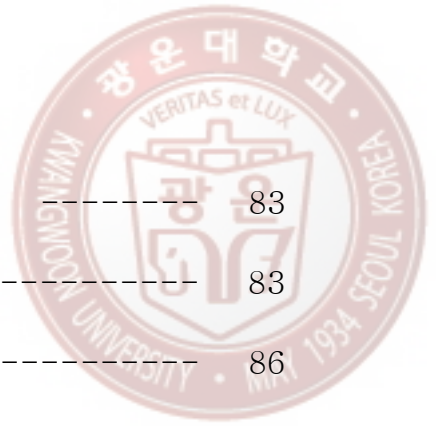


차 례

국문요약	-----	i
ABSTRACT	-----	vi
제1장 서론	-----	1
제1절 연구의 배경 및 목적	-----	1
제2절 연구의 범위 및 방법	-----	6
제3절 논문의 구성	-----	8
제2장 건설공사의 공동수급체와 지역공동도급제	-----	10
제1절 공동수급체	-----	10
I. 개념	-----	10
II. 공동수급체의 유형	-----	11
III. 공동수급체의 법적 성격	-----	13
1. 학설의 입장	-----	13
2. 판례의 입장	-----	17
3. 소결	-----	18
IV. 공동수급체의 법률관계	-----	26



1. 공사대금채권의 귀속	-----	26
2. 공사대금채권에 대한 제3자의 강제집행	-----	40
3. 선금금반환채무의 정산	-----	48
제2절 지역공동도급제도	-----	53
I. 의의 및 도입배경	-----	53
II. 지역공동도급제도의 목적	-----	55
III. 지역공동도급제도의 주요 내용	-----	56
제3절 외국의 공동건설계약제도	-----	60
I. 외국의 공공건설 계약제도	-----	61
II. 외국의 지역·중소건설업체 육성제도	-----	64
III. 소결	-----	70
제3장 지역의무공동도급제도의 위헌성	-----	72
제1절 기본권 침해	-----	72
I. 위헌성 여부의 검토 필요성	-----	72
II. 기본권의 침해의 성립여부효력	-----	75
III. 제한되는 기본권	-----	79



제2절 법률형식에 의한 기본권 제한 원칙위반	83
I. 지역의무공동도급제도의 근거 법령	83
II. 가산점부여 우대제도의 문제	86
III. 소결	91
제3절 비례원칙위반	92
I. 직업의 자유 침해 여부	92
II. 평등권 침해 여부	95
III. 소결	117
제4절 지역의무공동도급제도의 위헌성 해소	119
I. 지역의무공동도급제도의 입법안	119
II. 공동도급제도의 개선방안	121
제4장 결론	131
[참고문헌]	135
[표 차례]	138

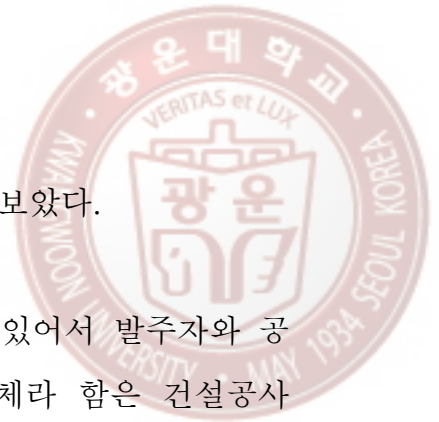


제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

연구자는 오랜 기간 건설분쟁 관련 업무를 해오면서 궁금증을 가져왔던 여러 법률적 문제들이 있었는데, 연구자는 여러 문제들 중에서도 특히 공동수급체에 대해서 관심이 있었다. 공동도급제도는 실무에서 아주 빈번하게 이용되는 제도이면서도, 한편으로는 그 현실적 운용의 문제점으로 많은 비판을 받고 있을 뿐만 아니라, 법률상으로도 판례나 학설들이 정리되지 않은 부분들이 있어서 많은 지적 호기심을 불러일으키고는 하였다. 그러던 중에 대법원이 2012. 5. 17. 그동안 공동수급체의 합유재산이어서 각 구성원이 개별적으로 행사할 수 없는 것으로 정리되어 있었던 공사대금채권의 분리행사불가능성이라는 입장을 변경하는 새로운 전원합의체판결을 내놓게 되었고, 연구자가 보기에 위 전원합의체판결은 공동수급체의 법적 성격과 관련된 많은 논쟁을 불러일으킬 수도 있다고 판단되어, 연구자는 위 전원합의체 판결을 계기로 공동수급체의 법적 문제를 연구대상으로 삼고 평소에 가졌던 문제의식들에 대해서 연구해 보기로 하였다.

이런 사정으로 본 논문의 주제인 지역의무공동도급제도의 위헌성 여부에 대한 검토 이전에, 새로운 전원합의체 판결을 토대로 그동안 연구되었던 공동수급체의 법적 성격 및 공동수급체를 둘러싼 법



를관계에 대해서 연구자 나름대로 다시 정리해 보았다.

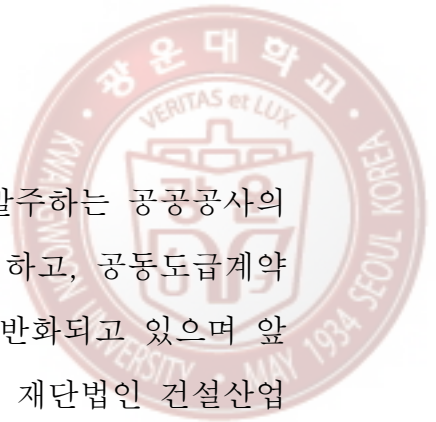
공동도급계약이라 함은 건설공사의 도급계약에 있어서 발주자와 공동수급체가 체결하는 계약을 말하고, 공동수급체라 함은 건설공사를 공동으로 이행하기 위해 2개 이상의 건설업체가 공동수급협정을 체결하여 결성한 조직을 말한다.¹⁾

건설공사와 관련된 공동도급제도는 1983년부터 도입되었는데, 도입 취지는 중소건설업체의 수주기회확대를 통한 중소기업육성 및 지역경제활성화, 건설업체들간 공사수행능력(시공경험, 기술능력, 경영상태, 신인도)의 상호보완, 시공기술이전을 통한 기술력향상 및 시공경험축적, 전문분야별 분담시공을 통한 우수한 품질의 시설물 완공 등을 들 수 있으나, 가장 중요한 도입목적은 중소기업육성 및 지역경제 활성화에 있다고 보여진다.²⁾

공동도급제도의 중요한 도입취지 중의 하나인 중소기업육성 및 지역경제활성화와 관련한 제도는 2가지 유형으로 구분되는데, 첫째는 입찰사업체의 소재지에 따라 입찰참가자격을 제한하는 유형으로 지역의무공동도급제도가 있고, 둘째는 낙찰자 선정과정에서 지역·중소업체에 가산점을 주는 유형으로 PQ(Pre_Qualification)심사 또는 적격심사시 가산점 등을 부여하는 제도가 있다.

1) 이균용, (2000), 공동수급체의 성질과 그 법률관계, 대법원판례해설 제35호, 12. 6-8면

2) 국토연구원, (2003), 공동도급계약제도의 개선에 관한 연구, 건설교통부, 15-16면



우리나라에서 국가, 지방자치단체, 공공기관이 발주하는 공공공사의 경우 2인 이상의 건설업자가 공동수급체를 구성하고, 공동도급계약을 통해 공동으로 건설공사를 시공하는 것이 일반화되고 있으며 앞으로도 증가하는 추세에 있다. 2011년 기준으로 재단법인 건설산업정보센터에 통보된 건설공사대장 분석결과에 따르면, 2011년 기준 전체 건설공사 중 공동도급이 차지하는 비중은 건수 기준으로 전체 공사 55,159건 중 3.31%인 1,824건, 금액기준으로는 전체물량 100조원 중 32.56%인 약 31조 6천억원에 달한다. 발주기관으로 보면 공공부문에서는 지역·중소업체 보호·육성이라는 정책 목표하에 공동도급제도가 활성화되어 있으나(건수 5.6%, 금액 52.12%), 민간부분의 경우 비효율성 등의 이유로 상대적으로 그 실적이 저조한 실정이다.(건수 0.73%, 금액 14.20%)³⁾

또한 최근의 입법경향을 보면⁴⁾, ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 ‘국가계약법’이라고 한다)상 공사계약의 경우에는 지역의무공동도급제가 적용되어 지역업체의 참여가 보장되고 있으나, 나머지 제조·구매·용역계약의 경우에는 지역의무공동도급제가 적용되지 아니하여 해당 지역업체와의 공동계약이 이루어지지 못하고 있는 실정을 감안하여, 공사계약뿐만 아니라 제조·구매·용역계약의 경우에도 해당 지역업체와 공동계약을 체결할 수 있도록 함으로써 지역경제를 활성화시키려는 입법노력도 보여지고 있는 실정이다. 따

3) 감사원, (2012), 감사결과보고서-공동도급제도 운용실태, 12면

4) 조원진 의원이 2013. 11. 22. 대표발의한 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 일부개정법률안” 참조

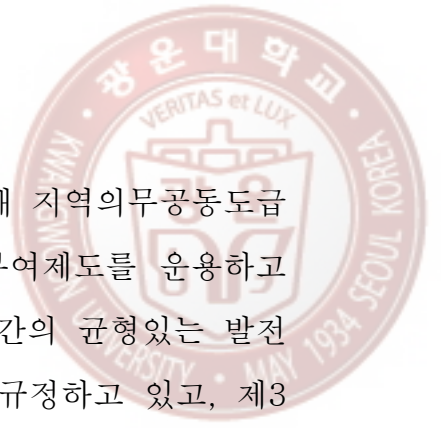


라서 공동도급계약 또는 공동수급체가 갖는 비중과 의미는 갈수록 증대할 것으로 보여진다.

그런데 지역의무공동도급제도나 지역·중소건설업체에 가산점을 주는 적격심사 및 PQ심사는 자유로운 경쟁을 제한하는 입찰제도로써 공공부문 공사에서 공식적으로 이뤄지고 있음에도 불구하고 법률상 근거가 없거나 미비하다는 문제 즉, 법률에 의한 기본권제한이라는 헌법상의 문제점이 있다. 또한 이러한 자유경쟁을 제한하는 입찰제도의 실효성에 대한 실증적 연구는 많이 이뤄지고 있지만 이러한 문제를 헌법적인 측면에서 즉, 자유제한적 입찰제도가 헌법상 보장되는 자유로운 시장경제질서 및 기업의 직업중사의 자유를 과도하게 침해하는 것은 아닌지, 중소기업체의 보호·육성 및 지역경제의 활성화에 이바지하는 실효성은 없으면서 불필요한 불형평성 논란만 야기하는 것은 아닌지에 대하여 충분히 논의되지 않고 있는 것으로 보여진다. 결국 지역의무공동도급제도나 가산점제도에 대하여 헌법적인 관점에서 접근하여 문제점을 검토할 필요가 있다고 보여진다.

이런 사정으로 본 연구를 통해 위에서 언급한 문제 즉, 지역의무공동도급제 등의 헌법상 문제, 즉 위헌성 여부에 대하여 법률적, 실증적 접근을 통해 문제점을 살펴보고 개선방안에 대하여 검토하고자 한다.

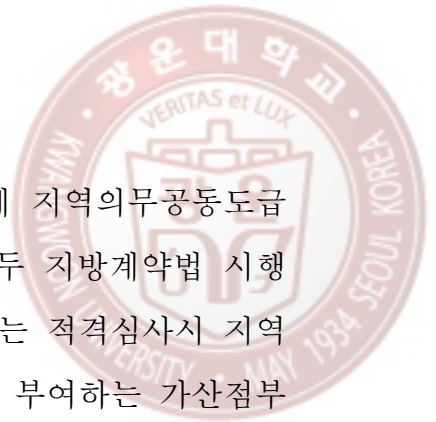
앞에서 언급하였듯이 공동도급제도의 가장 중요한 도입목적은 중소



기업육성 및 지역경제 활성화에 있고, 이를 위해 지역의무공동도급제도 및 적격심사 및 PQ심사를 통한 가산점부여제도를 운영하고 있다. 헌법 제123조 제2항에서는 “국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다”고 규정하고 있고, 제3항에서는 “국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다”고 규정하여, 국가의 지역경제 및 중소기업의 보호·육성의무를 규정하고 있는바, 중소기업육성 및 지역경제 활성화라는 목적은 헌법에 부합하는 것이라고 할 것이다.

그러나 위 제도들은 건설업체들로 하여금 공동수급체를 구성하도록 법적으로나 사실적으로 강요하고 있을 뿐만 아니라, 공동수급체의 상대방을 지역건설업체로 한정하고 있어서 결과적으로 건설업체의 자유로운 영업활동을 제한하고 더 나아가 가장 경쟁이 보장되어야 하는 영역인 입찰에서도 영업활동까지 제한하게 되는데, 이는 헌법 제15조에서 보장하고 있는 직업의 자유를 제한하고 있다. 또한 가산점 부여제도는 입찰에서 탈락한 다른 지역건설업체 또는 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체들의 평등권을 침해하는 것이라고 볼 소지도 있는 것이다.

그런데 지역의무공동도급제도의 경우, 국가계약법 시행령 제72조에 근거를 두고 있을 뿐 명시적으로 국가계약법에 규정되어 있지 않고, ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 ‘지방계약법’이라고 한다) 제29조에서는 지역의무공동도급제도에 대해서

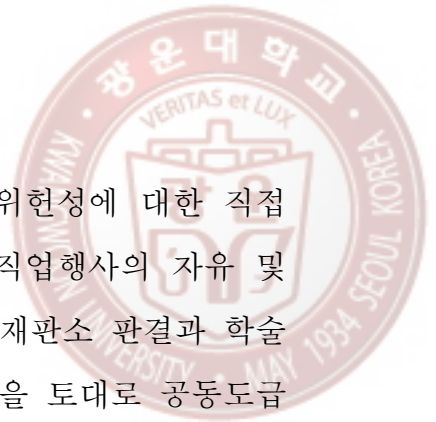


규정하여 근거만 마련하고 있을 뿐 어떤 경우에 지역의무공동도급 제도가 시행되는지에 대한 구체적인 내용은 모두 지방계약법 시행령 제88조에서 규정하고 있다. 또한 PQ심사 또는 적격심사시 지역 건설업체와 공동수급체를 구성할 경우 가산점을 부여하는 가산점부여제도는 회계예규 등에 근거를 두고 운영되고 있을 뿐 이에 대한 법령상 근거가 없다는 문제가 있다.

이러한 경쟁제한적인 공동도급제도가 과연 우리 헌법적 토대 위에서 인정될 수 있는 것인지에 대해서 검토할 필요가 있는바, 본 연구에서는 기본권제한과 관련하여 ① 형식적인 측면에서는 법률로써 기본권이 제한되고 있는지 그리고 위임입법의 한계를 일탈한 것은 아닌지, 포괄금지원칙을 위반한 것은 아닌지에 대하여 살펴보고, ② 실질적인 측면에서는 기본권침해의 심사원칙 중의 하나인 비례의 원칙이 지켜지고 있는지 그중에서도 특히 수단의 적합성이 지켜지고 있는지에 대해서 실증적인 기준에서 살펴보고, ③ 위헌성 시비를 탈피하기 위한 개선방안에 대해서도 살펴보고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

지역의무 공동도급제도 등의 위헌성여부라는 주제에 대해서 기존의 연구가 축적되어 있지 않아서 본 연구자가 위 주제에 대하여 접근하는데 자료적인 측면에서나 방법론적인 측면에서 많은 어려운 측



면이 있었다. 본 연구자는 공동도급제도 등의 위헌성에 대한 직접적인 판례나 문헌의 확보가 어려웠기 때문에, 직업행사의 자유 및 평등권 침해 문제에 대한 기존의 광범위한 헌법재판소 판결과 학술 문헌을 통해서 축적된 일반적인 위헌성심사기준을 토대로 공동도급제도의 위헌성 문제에 접근하였다.

지역의무공동도급제도 등의 위헌성 여부에 대한 검토는 두 가지의 위헌성 심사기준으로 나뉘서 접근하였는데, 첫 번째 기준은 위헌성 심사의 형식적 기준인 법률에 의한 기본권제한 및 포괄위임금지원칙 위배 여부이고, 두 번째 기준은 위헌성심사의 실질적 기준 중의 하나인 비례원칙 위배 여부이다. 헌법재판소와 일반적인 학설은 침해되는 기본권이 직업의 자유인 경우에는 비례원칙이 더 발전되고 특화된 단계이론으로 심사하게 되고, 평등권의 경우에는 자의금지원칙, 완화된 비례원칙, 일반적 비례원칙이 적용될 수 있는데, 이 사안은 평등권제한의 목적이 헌법에서 인정되고 있는 지역경제 및 중소기업의 보호·육성에 있기 때문에 엄격한 일반적 비례원칙이 아닌 완화된 비례원칙이 심사기준이 되었다. 그리고 위헌성심사에 앞서서 국가나 지방자치단체가 사적 계약의 주체로서 민간기업과 계약체결을 함에 있어서도 국가의 기본권제한의 심사를 받아야만 하는지에 대하여 검토하였는데, 이에 대해서 학설은 전면적 부정설, 전면적 긍정설, 유형별 구별설(행정사법설)이 있는데 본 연구에서는 유형별 구별설을 선택하였다.



제3절 논문의 구성

도입 부분인 제2장 제1절에서는 먼저 공동수급체의 개념 및 유형에 대해서 살펴본 다음, 공동수급체의 법적 성격 및 공동수급체를 둘러싼 법률 관계에 대해서 정리하였다. 그런데 대법원이 2012. 5. 17. 선고한 새로운 전원합의체 판결은 공동수급체의 법적 성격이 민법상 조합이라는 기존의 입장을 변경하지는 않았지만, 공공공사의 공동이행방식의 공동수급체의 경우, 각 구성원이 자신의 지분률에 따라서 공사대금채권을 개별적으로 행사할 수 있음을 인정하고 있고, 더 나아가 각 구성원의 채권자들의 공사대금채권에 대한 강제집행을 인정하고 있어서, 기존의 민법상 조합이라는 공동수급체의 법적 성격과 부합되지 않는 결론을 내놓고 있다. 위 판결내용은 기존의 공동수급체의 법적 성격 및 법률 관계에 대한 논의에 상당한 영향을 미칠 것으로 보여져, 위 새로운 전원합의체 판결의 내용을 토대로 기존의 연구성과들을 다시 정리해 보고, 새로운 전원합의체 판결의 법률상, 건설공사실무상 문제점들을 짚어보았다.

제2장 제2절에서는 지역의무공동도급제도에 대한 기존의 연구성과들 및 각종 문헌들에 대한 고찰을 통해서 먼저 공동도급제도의 기본적인 내용 즉, 도입배경과 연혁, 도입목적과 주된 내용 등을 정리하고, 제2장 제3절에서는 외국에서의 공동도급제도와 중소·지역건설업체에 대하여 개략적으로 살펴본다. 특히 외국의 제도를 살펴본 이유는 외국에서는 우리나라처럼 중소·지역업체에 대한 직접적인



지원제도 보다는 간접적인 지원제도가 활성화되어 있다는 점에서 이로부터 많은 시사점을 얻기를 바라기 때문이다.

제3장에서는 헌법학적인 접근을 통해서 공동도급제도의 위헌성문제를 살펴보는데, 먼저 국가가 사적인 계약주체로서 계약상대방인 민간건설회사와 건설공사도급계약을 체결함에 있어서 계약상대방에게 공동수급체를 구성하도록 직접적, 간접적으로 유도하는 것이 국가의 개인에 대한 기본권 침해의 범주 내에서 검토될 수 있는지를 살펴본 다음, 위헌성심사의 형식적 기준이라는 측면에서 법률에 의한 기본권제한이 지켜지고 있는지, 포괄위임금지원칙에 위배되는 것은 아닌지 여부를 살펴보고, 실질적 기준이라는 측면에서 직업행사의 자유 및 평등권 침해 여부에 대해서 살펴본다. 특히 실질적인 기준에서의 위헌성심사를 함에 있어서는 위헌심사기준 중의 하나인 비례원칙의 위배여부가 중요한 쟁점인데 이와 관련하여서는 공동도급제도의 현실적 운용에 대한 최근 감사원 감사결과를 토대로 위 제도가 지역경제 및 중소기업 보호·육성이라는 헌법적 명령을 충족시키는 필요적절한 정책수단인지 여부에 대해서 실증적으로 검토하였다. 마지막으로, 공동도급제도와 관련된 위헌성시비를 종식시키기 위한 실질적인 해결방법 등을 살펴본다.



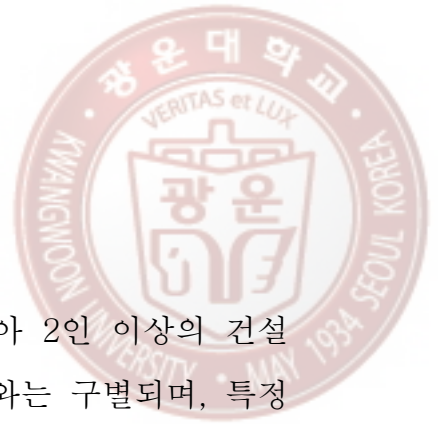
제2장 건설공사의 공동수급체와 지역공동도급체

제1절 공동수급체

I. 개념

국가계약법 제25조에서 공동계약이란 “공사, 제조 기타의 계약에 있어 계약상대자를 2인 이상으로 하는 계약”이라고 규정하고 있으며, 국가계약법 시행령 제72조의 규정에 의한 공동계약의 체결방법 등을 정한 공동계약운용요령 제2조 제2호에서는 공동수급체를 “구성원을 2인 이상으로 하여 수급인이 당해계약을 공동으로 수행하기 위하여 잠정적으로 결성한 실체”라고 정의하고 있다.

공동수급체란 용어는 주로 건설업계에서 조인트 벤처(Joint Venture)와 동일한 의미로 광범위하게 사용되고 있으나, 조인트 벤처는 복수의 기업이 공동·제휴하여 하나의 사업을 경영하는 경영방식의 형태로서 건설업계만의 고유한 용어는 아니다. 주로 서구 선진국에서 발달한 제도인 조인트 벤처라는 결합체는 구성원들이 기존의 기업과는 전혀 별개의 신조직을 구성한 것이어서 하나의 기업체로서의 성격을 가지며, 법인등기도 가능하여 법인격을 갖는다는 측면에서 공동수급체와는 다른 제도이다. 그러나 공동수급체는 복수의 건설업체가 상호출자를 하고 하나의 사업을 행할 것을 목적으로 하며 계약에 의하여 성립한 결합체라는 측면에서는 조인트 벤처



와 유사한 측면이 있다고 할 것이다.⁵⁾

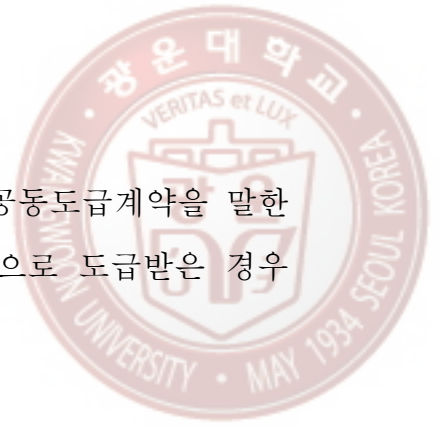
공동수급체는 법인격 취득을 예정하고 있지 않아 2인 이상의 건설업자가 출자하여 새로운 회사를 설립하는 경우와는 구별되며, 특정 건설공사의 시공을 위하여 결성되고 그 공사가 완성되면 공동수급체 관계가 해소된다는 점에서 구성원 상호간에 영속적인 협력관계를 목적으로 하는 협동조합과 구별된다. 또한 2인 이상의 건설업체가 협정을 체결하고 공동수급체가 발주자와 계약을 체결한다는 점에서 개별 건설업자가 상호 독립하여 발주자와 별도로 계약을 체결하는 경우와 구분된다고 할 것이다.⁶⁾

II. 공동수급체의 유형

공동수급체는 시공방식을 기준으로 공동이행방식, 분담이행방식, 주계약자관리방식으로 구분된다. 공동이행방식은 건설공사 계약이행에 필요한 자금과 인력 등을 공동수급체구성원이 공동으로 출자하거나 파견하여 건설공사를 수행하고 이에 따른 이익 또는 손실을 각 구성원의 출자비율에 따라 배당하거나 분담하는 공동도급계약을 말하며, 분담이행방식은 건설공사를 공동수급체구성원별로 분담하여 수행하는 공동도급계약을 말하며, 주계약자관리방식은 공동수급체구성원중 주계약자를 선정하고, 주계약자가 전체건설공사의 수행

5) 정경섭, 앞의 논문, 6면

6) 정진명, 앞의 논문. 203-231면



에 관하여 종합적인 계획·관리 및 조정을 하는 공동도급계약을 말한다. 다만, 일반건설업자와 전문건설업자가 공동으로 도급받은 경우에는 일반건설업자가 주계약자가 된다.⁷⁾

2011년 기준으로 재단법인 건설산업정보센터에 통보된 건설공사대장 분석결과에 따르면, 공동도급공사는 공동이행방식이 83.02%, 분담이행방식이 4.61%, 주계약자관리방식이 3.49%로 시행되고 있음을 확인할 수 있는바, 공동이행방식이 공동도급공사의 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.⁸⁾

목적이나 시기를 기준으로 건설공사공동수급체와 건설공동수급체로 구분된다. 건설공사공동수급체는 특정한 공사의 시공을 목적으로 각 공사별로 결성되고 공사가 완료됨으로써 해산되는 형태의 것을 말하며, 주로 대규모공사를 시공하기 위해 규모가 큰 건설회사 사시에 결성된다. 건설공동수급체는 특정 발주자의 공사를 수주하기 위하여 미리 공동수급체를 결성하여 발주자인 관청에 건설업자등록을 하여 놓는 경우를 말한다. 이는 일본에서 발전된 형태인데, 일본은 1955년경부터 중소기업 육성을 위하여 이 제도를 권장하였고, 특정 관청 발주공사에 대비하여 1년간의 기간을 정하되, 사실상 영구적인 성격을 갖는다고 한다. 이는 중소기업자에게 수주 기회를 주기 위하여 고안된 제도인데, 우리나라에서는 시행되지 않고

7) 김채영, (2010), 건설공동수급체의 법률관계, 광운대학교 건설법무대학원 석사학위논문, 17-22면.

8) 감사원, 앞의 보고서, 12면



있으며, 우리나라 건설공사에서는 건설공사공동수급체만 인정된다고 할 수 있다.⁹⁾

형식상으로는 공동이행방식의 도급계약을 체결하였으나, 실제로 일부 구성원만이 공사를 시행하고 나머지 구성원은 명의를 빌려주고 명의대여료로 일정액을 받는 형태인 가장공동수급체가 있다. 실무에서는 지역의무공동도급공사나 출자지분이 극히 적은 공동수급체 구성원이 많은 경우 이런 현상이 나타나고 있는 것으로 보인다.¹⁰⁾

III. 공동수급체의 법적 성격

1. 학설의 입장

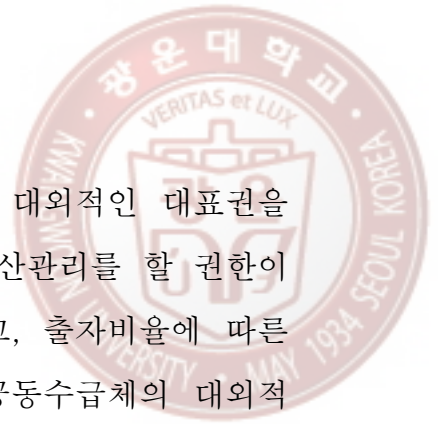
공동수급체의 법적 성격에 대하여 학설은 민법상 조합설이 통설이라고 보여진다. 이외에도 비법인사단설, 지분적 조합설, 이분설 등이 있다.

(1) 민법상 조합설

공동수급체는 공동수급표준협정서를 토대로 공동수급체가 구성되어 지는바, 공동이행방식의 공동수급협정서의 내용을 토대로 법적 성

9) 윤재운, 앞의 책, 296면

10) 김채영, 앞의 논문, 17-22면.



격을 판단하여 보면, ① 공동수급체 대표자가 대외적인 대표권을 갖고, 대금의 청구와 수령 및 공동수급체의 재산관리를 할 권한이 있고 ② 구성원별로 출자비율을 규정하고 있고, 출자비율에 따른 손익분배를 규정하고 있고, ③ 각 구성원은 공동수급체의 대외적 책임에 대해서 개인무한책임을 부담한다는 점을 근거로 공동수급체의 법적 성격을 민법상의 조합이라고 해석하는 입장이다¹¹⁾.

(2) 비법인사단설

구성원이 2인인 공동수급체에서는 1명이 파산하여 조합에서 당연히 탈퇴하여야 할 경우 조합원이 1명이 되면 당연해산 사유가 되는데, 통상 사용되고 있는 공동수급협정서에는 잔존 구성원이 공사를 시공·완성하여야 하는 것으로 정해져 있는 것을 본다면 구성원의 의사는 구성원이 1인이 되더라도 공동수급체는 계속 존속하는 것으로 보아야 하는데, 이는 조합의 본질에 반하는 것이므로 권리능력 없는 사단으로 해석하는 것이 공동수급협정서의 취지에 부합한다는 입장이다. 그리고 건설현장 단위로 공동수급체가 구성되는데 이는 구성원 개인과는 완전히 구별되는 별개의 단체로 보는 것이 현실에 맞다고 한다. 특히 공동수급체를 사단으로 보고 구성원이 이 사단에서 각각 하도급 받는 것으로 구성하면 도급인이나 제3자와의 법률구성이 간명해지므로 공동수급체의 법적 성격은 비법인사단으로 보는 것이 타당하다고 한다.¹²⁾

11) 이균용, 앞의 논문, 89면.

12) 정진명, 앞의 논문, 241-242면.



(3) 이분설

공동수급체의 법적성격을 시공방식에 따른 분류인 공동이행방식과 분담이행방식의 각 유형적 특성을 고려하여 판단하는 입장이다. 공동이행방식의 공동수급체는 통설과 같이 민법상 조합의 성격을 갖는 것으로 본다. 그러나 분담이행방식은 구성원 각자의 시공부분이 구분되어 있고, 계약이행책임 및 제3자에 대한 책임은 분담내용에 따라 구성원별로 각자 책임을 지고, 각 구성원은 자기 책임 하에 분담부분의 일부를 하도급 줄 수 있으며, 공사대금도 각자가 별도로 청구하고 손익분배는 분담공사별로 배분하도록 되어 있다. 반면에 공동수급체와의 관련성은 공동수급체의 대표자가 선정되어 있다는 점, 공동경비가 발생하였을 때 분담비율로 보담하는 점, 중도탈퇴가 제한되어 있고 탈퇴한 구성원의 연대보증인이 책임지지 않을 경우에 한하여 잔존 구성원이 2차적으로 책임을 지는 정도에 불과하다. 구성원 사이에서 공동수급을 위하여 계약을 함께 체결하였다는 점 이외에는 실질적으로 상호출자나 책임부담 등 별다른 관련성이 없다.

조합은 구성원이 공동출자를 하여 공동사업을 경영하는 점을 요소로 하는 것인데, 분담이행방식의 경우는 그 어느 요소도 갖추지 못하였으므로, 공동도급계약을 실질적으로 보아 분담부분에 관한 여러 개의 도급계약을 형식상 1개의 계약형태로 체결한 것으로 보아



야 한다는 입장이다¹³⁾.

탈퇴 구성원의 시공부분에 대하여 잔존 구성원이 2차적 책임을 지는 점이 조합성의 근거가 될 수 있지만, 이는 공동수급계약의 목적상 특별히 계약이행보증의 의미로 한 특약으로 본다면 모순되지 않는다고 한다¹⁴⁾.

(4) 지분적 조합설

민법상 조합은 재산을 합유하고 외부에 대하여 구성원 전원의 이름으로 활동하는 합수적 조합임에 반해, 공동수급체는 공동수급체를 결성할 때 조합원이 조합재산에 관하여 지분소유권을 보유하기로 합의하였다고 보아야 하므로, 민법상 조합보다는 지분적 조합이라고 보는 것이 타당하다는 입장이다.¹⁵⁾

이 견해는 건설공사 실무에 있어서 공동수급체 구성원 각자가 공동수급협정서에 선급금과 공사대금을 개별적으로 정산할 수 있도록 출자비율 또는 분담내용을 기재하도록 되어 있음을 근거로 들고 있다.¹⁶⁾

13) 이균용, 앞의 논문, 91면.

14) 윤재운, 앞의 책, 301-303면.

15) 이원수, (2006), “공동수급체의 법적 성격에 관한 판례 소고”, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원, 376-377면.

16) 정진명, 앞의 논문, 242면.



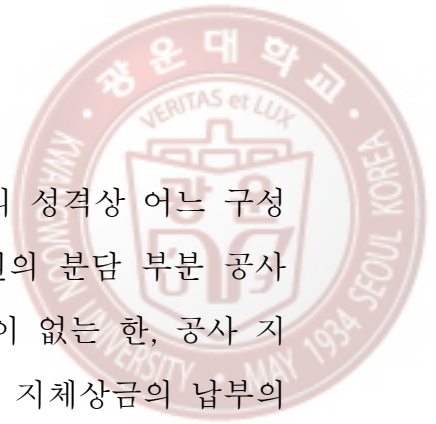
2. 판례의 입장

공동이행방식의 공동수급체에 대하여 대법원은 “공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성격을 가지는 것이므로 그 구성원의 일방이 공동수급체의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합에 있어서 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있었다고 할 것이다¹⁷⁾”라고 하거나, “건설공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성격을 가지는 것인데, 건설공동수급체의 구성원인 조합원이 그 출자의무를 불이행하였다도 그 조합원을 조합에서 제명하지 않는 한 건설공동수급체는 조합원에 대한 출자금채권과 그 연체이자채권, 그 밖의 손해배상채권으로 조합원의 이익분배청구권과 직접 상계할 수 있을 뿐이고, 조합계약에서 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약을 두지 않는 한 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수는 없다¹⁸⁾”라고 판시하여 공동수급체의 법적 성격을 민법상 조합으로 보고 있다.

분담이행방식의 공동수급체에 대하여 그 법적 성격을 분명하게 밝힌 대법원 판결은 아직까지 없는 것으로 보인다. 다만 대법원은 1998. 10. 2. 선고 98다33888 판결을 통해서, “공동수급인이 분담

17) 대법원 2000. 12. 12. 선고 99다 49620 판결

18) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 판결 ; 대법원 1997. 8. 26. 선고 97다4401 판결 ; 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결



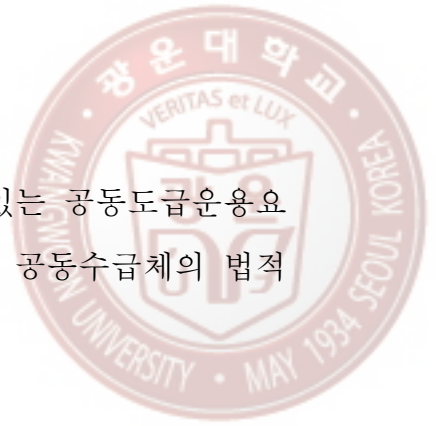
이행방식에 의한 계약을 체결한 경우에는 공사의 성격상 어느 구성원의 분담 부분 공사가 지체됨으로써 타 구성원의 분담 부분 공사도 지체될 수 밖에 없는 경우라도, 특별한 사정이 없는 한, 공사 지체를 직접 야기한 구성원만 분담 부분에 한하여 지체상금의 납부의무를 부담한다”라고 하여 공동이행방식의 공동수급체의 경우와는 달리 보고 있는 것으로 보여진다.

주계약자 관리방식의 공동수급체는 공사이행에 대하여는 분담이행 방식처럼 공동수급체의 각 구성원들이 자신의 분담 부분만을 시공하나, 주계약자가 전체 계약의 수행에 관하여 종합적인 계획·관리 및 조정을 하고 다른 구성원의 계약의무이행에 대하여 연대책임을 지는 것이므로 공동이행방식과 분담이행방식이 결합된 형태의 것으로 볼 수 있는데, 주계약자 관리방식에 의한 공동수급체의 법적 성격에 대한 판례는 아직까지 없는 것으로 보여진다.

3. 소결

특정한 사업을 공동으로 수행하기 위해 결성된 잠정적 단체인 공동수급체의 법적 성격을 파악하기 위해서는 공동수급체의 현실적 법률관계가 어떻게 구성되고 운용되는지를 기준으로 살펴봐야 할 것이라고 생각한다. 여기에서는 먼저 우리 민법이 조합을 어떻게 분류하고 규율하는지¹⁹⁾ 살펴보고, 민법상 조합의 법리와 공동수급체

19) 우리 민법은 조합과 비법인사단에 대한 규율이 서로 다르므로 공동수급체의 법적 성격을 규명하는데 있어서는 양자를 구별할 필요성이 있다.



와 관련하여 실무상 유일한 규정이라고 할 수 있는 공동도급운용요령이 어느정도 상호일치되는지 여부를 기준으로 공동수급체의 법적 성격을 검토해 보고자 한다.

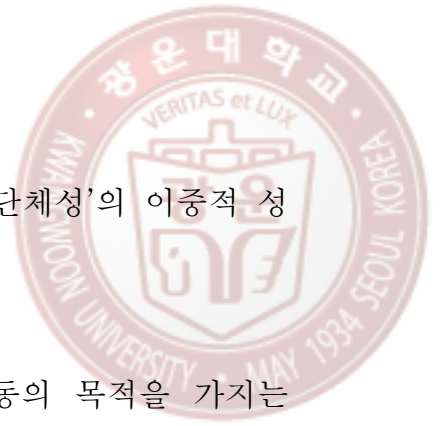
(1) 조합에 대한 우리 민법의 규율

민법 제703조 (조합의 의의)에서는 “조합은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다”고 하여 조합계약의 성립요건에 대하여 규정하고 있는바, 민법상 조합의 성립요건을 보면 ① 조합은 단체의 일종이므로 적어도 2인 이상의 당사자를 필요로 하고, ② 공동사업의 경영을 목적으로 하여야 하며²⁰⁾, ③ 사업은 공동으로 경영하는 것이어야 하기 때문에,²¹⁾ 조합원 전원이 조합의 목적인 사업수행에 어떤 형태로든 공동으로 관여하여야 하며, ④ 출자지분에 따라서 금전 기타 재산 또는 노무의 출자를 하여야 한다.

민법상 조합이란 2인 이상이 서로 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약이면서, 한편으로는 공동사업을 경영할 목적으로

20) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다54894 판결은 “3인이 부동산을 공동으로 매수함에 있어 그 중 1인이 부동산을 물색하여 다른 이들에게 매수 기회를 제공하였고, 3인의 합의에 따라 계약금은 그 중 2인이 부담하고, 나머지 매수대금은 그 부동산을 단기 전매하여 충당하고 그 차익은 먼저 전매한 자가 차지하기로 하였으며, 3인 사이의 공유지분은 정하여지지도 아니하였고 균등하다고 볼 수 없다고 한다면, 그 3인 사이의 법률관계는 공유관계로서의 단순한 공동매수인에 해당한다고 보기보다는 오히려 매수인들이 상호 출자하여 공동사업을 경영하여 이익을 분배할 것을 목적으로 하는 동업체 관계로 봄이 상당하다”고 하여 조합으로 판단하였다.

21) 대판 1955. 3. 31. 4287 민상 330은 민법상 조합은 당사자들이 상호 출자하여 그 공동사업을 경영하기로 하는 약정이 있으면 곧 조직되는 것이며 그 약정에 의한 출자가 있을 때에는 조직되는 것이 아니라고 판시하고 있다.



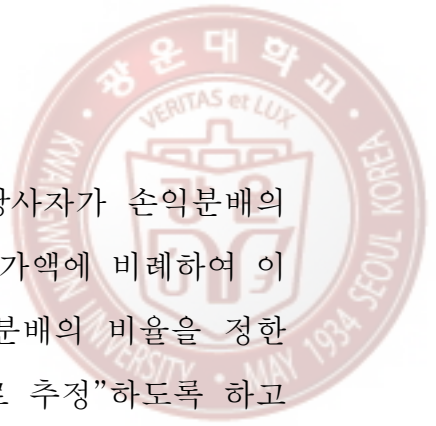
결합한 단체이기도 하므로, 조합은 ‘계약성’과 ‘단체성’의 이중적 성격을 가지고 있다²²⁾.

따라서 민법상 조합은 단체의 일종으로서, 공동의 목적을 가지는 단순한 다수자가 아니라, 그 자신이 사회적으로 활동하는 단위이며, 그러한 활동의 결과로서 조합 자신이 재산을 얻고 채무를 부담한다. 조합에 고유한 업무의 집행이 있는 것과 같이, 조합은 자신의 조합재산을 가진다. 우리 민법도 이러한 조합재산의 관념을 인정하고 있는데, 민법 제704조 (조합재산의 합유)에서는 “조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다”고 하여, 조합재산의 귀속 관계가 합유적인 것을 명백하게 규정하고 있다. 또한 제715조 (조합채무자의 상계의 금지)에서는 “조합의 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으로 상계하지 못한다”고 규정하고 있는데, 위 조항도 조합재산의 단체성에 대해서 규정하고 있는 것이다.²³⁾

이외에도 조합의 사무집행의 방법에 대해서 제706조 (사무집행의 방법)에서는 “조합의 업무집행은 조합원의 과반수로써 결정”하도록 원칙적으로 정하고, “조합의 통상사무는 전항의 규정에 불구하고 각 조합원 또는 각 업무집행자가 진행할 수 있다”고 규정하고 있으며, 조합의 업무집행조합원에 대해서는 “조합계약으로 업무집행자를 정하지 아니한 경우에는 조합원의 3분의 2이상의 찬성으로써 이를 선임”하도록 하고 있으며, 조합의 손익정산 등 계산과 관

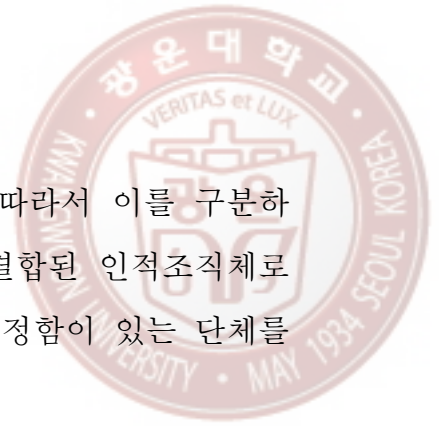
22) 김제형, (1999), 조합, 민법주해 채권(9), 박영사, 2-8면.

23) 최문기, (1989), 조합의 법적 지위에 관한 연구. 성균관대학교 박사학위 논문, 22-24면.



련하여서는 제711조 (손익분배의 비율)에서 “당사자가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 정하도록 하되, 이익 또는 손실에 대하여 분배의 비율을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 공통된 것으로 추정”하도록 하고 있다.

조합과 비법인사단과의 구별기준에 관하여 대법원은 “민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는 바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로(민법 제703조) 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여, 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데 민법상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행해지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계 없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가



진다고 할 것이다”라고 하여 단체성의 강약에 따라서 이를 구분하고 있으며²⁴⁾, 또한 관례는 일정한 목적 하에 결합된 인적조직체로서 의사결정 및 업무집행기관과 대표자에 관한 정함이 있는 단체를 비법인사단이라고 하고 있다.²⁵⁾²⁶⁾

(2) 공동계약운용요령과 민법상 조합 관련 규정과의 일치 여부

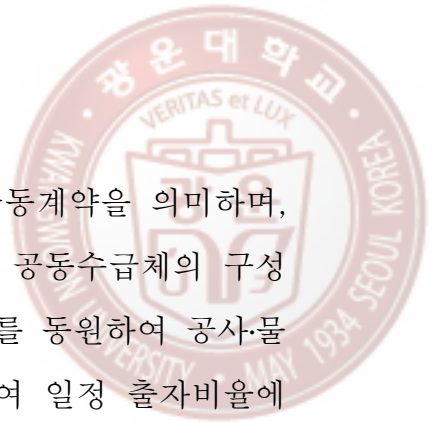
공동수급체의 구성과 운용에 대해서는 공동계약운용요령이 유일한 근거규범이 되고 있고, 위 공동계약운용요령이 부속되어 있고 발주자에게 제출하도록 되어 있는 공동수급협정서는 통상적으로 건설업체들이 공동수급체를 구성하면서 유일하게 체결하는 약정이므로, 공동수급체의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가의 문제는 우리 민법상 “조합”의 개념과 「공동계약운용요령」과의 일치성으로 판단하는 것이 필요하다고 보여진다.

공동계약운용요령 제2조(정의)에서는 “공동수급체”란 구성원을 2인 이상으로 하여 수급인이 당해계약을 공동으로 수행하기 위하여 잠정적으로 결성한 실체를 의미하고, 제2조의 2(공동계약의 유형)에서는 “공동이행방식”이라 함은 공동수급체 구성원이 일정 출자비율

24) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결, 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결

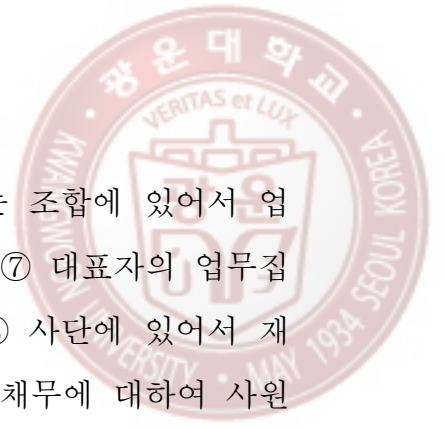
25) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다7750 판결

26) 이러한 관례의 입장에 대해 관례에 나타난 사안의 대부분은 민사소송법 제48조 소정의 당사자 능력의 유무에 관한 것으로서 사단과 조합의 구별 기준으로 적합하지 아니하다고 하면서, 비법인사단으로 보느냐 조합으로 보느냐에 따라 구성원의 책임 유무가 결정되는 경우라면 더욱 엄격한 검토가 필요할 것이라는 견해가 있다. 안영문, “민법상의 조합과 비법인사단의 구별표준 및 비법인사단의 채무의 귀속”, 대법원판례해설, 제 18호, 1993. 6. 140면.



에 따라 연대하여 공동으로 계약을 이행하는 공동계약을 의미하며, 공동수급협정서(공동이행방식)는 특정한 계약을 공동수급체의 구성원이 재정, 경영 및 기술능력과 인원 및 기자재를 동원하여 공사·물품 또는 용역에 대한 계획·입찰·시공 등을 위하여 일정 출자비율에 따라 공동 연대하여 계약을 이행할 것을 약속하는 협약을 정하는 것을 내용으로 하고, 대표자는 발주자 및 제3자에 대하여 공동수급체를 대표하며, 공동수급체의 재산의 관리 및 대금청구 등의 권한을 가지도록 하고 있다. 또한 공동수급체의 구성원은 발주기관에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 지며, 계약을 이행한 후 이익 또는 손실이 발생하였을 경우에는 각 구성원의 출자비율에 따라 배당하거나 분담한다.

이를 본다면 ① 공동수급체가 각 구성원간의 계약에 의하여 결성된다는 점, ② 사단은 단체의 명칭을 사용하지만, 발주관서와 공동수급체 간 체결하는 공동계약에는 공동수급체 구성원 전원이 기명·날인하는 등 별도의 명칭을 사용하지 않는 점, ③ 공동수급협정서 이외에 별도로 정관이 없다는 점, ④ 비록 공동수급체 구성원 사이에 대표에 관한 정함이 있지만 단체로서의 조직에 관한 규정이나 재산의 관리에 관한 규정이 없다는 점, ⑤ 대표자가 공동수급체의 재산의 관리 및 대금청구 등의 권한을 가지며, ⑥ 사단은 통일적인 조직과 기관을 가지고 있는데 반하여 조합은 조합원 각자 또는 구성원 전원으로부터 대리권이 주어진 자에 의하여 행동하고 별도의 명칭을 가지지 않는데, 공동수급체의 경우 공동수급체 구성원이 상호 협의하여 발주자 및 제3자에 대하여 공동수급체를 대표할 대표자를



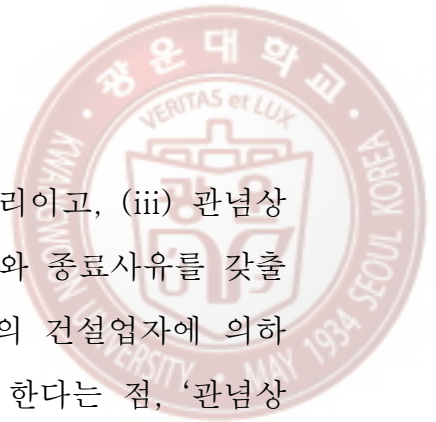
선임하며 공동수급체 대표자와 구성원 사이에는 조합에 있어서 업무집행자와 조합원의 관계로 볼 수 있다는 점, ⑦ 대표자의 업무집행 행위의 효과가 각 구성원에게 미치는 점, ⑧ 사단에 있어서 재산의 소유형태는 사단의 단독소유이며, 사단의 채무에 대하여 사원은 정관에 따라 출자의무를 부담할 뿐이므로 간접적인 유한책임을 부담하는데 반해 조합의 경우 재산의 소유형태가 합유이므로 조합의 채무에 대하여 조합원은 조합재산 이외에 각 개인의 재산을 가지고 그 책임을 부담하고, 공동수급체의 경우도 구성원이 무한책임을 진다는 점, ⑨ 사단은 그 구성원의 가입과 탈퇴가 자유로운데 비해 공동수급체는 그 구성원이 특별한 사유가 없는 한 입찰 및 당해 계약의 이행을 완료하는 날까지 탈퇴할 수 없으므로 조합의 특성을 가진다는 점 등을 본다면, 공동수급체는 민법상 조합으로 보는 것이 타당하다고 본다.²⁷⁾

참고로, 지분적 조합설은 이와 달리 보고 있는데, 지분적 조합설은 조합에 관한 민법의 규정은 임의규정이므로 구성원은 공동수급협정서를 체결할 때 공동수급체의 재산에 대하여 지분소유권을 보유할 것을 합의할 수 있는바, 실제로 조합원이 조합계약을 체결할 때 조합재산에 관하여 지분소유권을 보유할 것을 합의한 경우 지분적 조합이 성립한다고 보고 있다.²⁸⁾

지분적 공동체를 규정한 독일민법은 지분적 조합의 요건을 (i) 지분

27) 최문기, 앞의 논문, 55-59면.

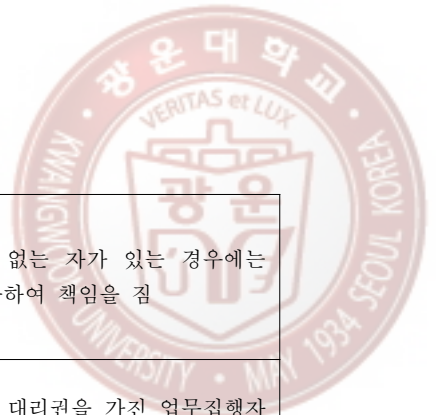
28) 이원수, 앞의 논문, 376-377면.



권자가 다수이며, (ii) 지분적 조합의 대상은 권리이고, (iii) 관념상의 지분에 대한 권리이며, (iv) 지분이 성립사유와 종료사유를 갖출 것을 요구하는데, 공동수급체의 경우 2인 이상의 건설업자에 의하여 구성되며, 선금 및 공사대금을 그 목적으로 한다는 점, ‘관념상의 지분에 대한 권리’라 함은 조합의 전제조건으로 이러한 요건이 성립되면 조합이 존재하게 되는데 공동수급체의 경우 당해 계약을 공동으로 수행하기 위하여 결성되며, 계약이 이행되면 해산한다는 점에서 지분적 조합의 요건을 갖추었다고 할 수 있고, 공동수급협정서에는 구성원의 출자비율 또는 부담내용을 정하도록 되어 있고 (공동수급표준협정서 제9조, 제10조), 선금금과 공사대금은 구성원 각자가 개별적으로 정산하도록 되어 있으므로 공동이행방식의 공동수급체는 지분적 소유권을 보유하기로 한 지분적 조합으로 보아야 한다는 견해도 있다.

[표 1] 공동수급체와 민법상의 조합 비교²⁹⁾

구분	공동수급체	민법상 조합
의의	구성원의 2인 이상으로 하여 수급인이 당해계약을 동등으로 수행하기 위하여 잠정적으로 결성한 단체	2인 이상이 서로 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 성립되는 단체
목적	수주한 공사를 공동으로 수행하고 이익 또는 손실에 대하여 출자비율에 따라 배당·분담	<ul style="list-style-type: none"> ● 목적에는 제한이 없으며, 영리사업에 한하지 않음 ● 다만 공동사업을 요하므로 이익은 전원에게 배분
출자 등	<ul style="list-style-type: none"> ● 금전적출자 뿐만 아니라 노무, 자재 등 전반적으로 이행에 참여하여야 함 ● 공사이행 중 구성원이 탈퇴하는 경우 탈퇴하는 자의 출자금은 계약이행완료 후 손실을 공제한 잔액으로 반환 	<ul style="list-style-type: none"> ● 출자는 금전, 기타재산 또는 노무로 할 수 있음. ● 조합의 재산은 조합원의 합유에 속함 ● 조합원은 조합관계가 존속하는 한 조합 재산의 분할을 청구할 수 없음 ● 조합원지분에 대한 압류는 그 조합원의 장래의 이익배당 및 지분의 반환을 받을 권리에 대해서만 효력이 있음



책임	<ul style="list-style-type: none"> ● 공동이행방식: 연대책임, 탈퇴하는 자가 있는 경우에는 잔여 구성원이 출자비율에 따라 분할하여 책임을 짐 ● 분담이행방식: 원칙적으로는 각자 책임 	조합원 중 능력이 없는 자가 있는 경우에는 다른 조합원이 균등하여 책임을 짐
대의 행위	수급체 대표자는 발주자 및 제3자에 대해 공동수급체를 대표하여, 공동수급체의 재산관리 및 대금청구권 등의 권한을 가짐	대표기관은 없으며 대리권을 가진 업무집행자가 외부에 대하여 법률행위를 함
탈퇴	당해 계약의 이행이 불가능한 구성원의 경우 절차를 거쳐 탈퇴 (임의 탈퇴 불가능)	부득이한 사유가 있는 경우 탈퇴 가능

IV. 공동수급체의 법률관계

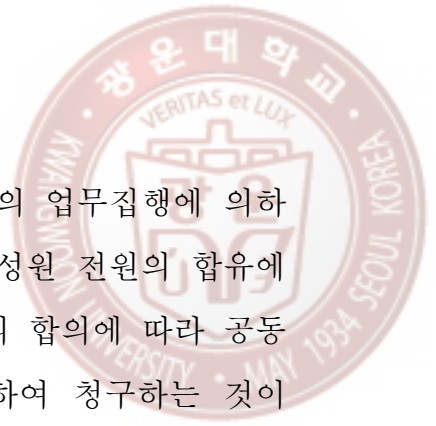
공동수급체의 법적 성격을 민법상 조합으로 보게 되면, 공동수급체와 관련된 법률관계, 즉 발주자와 공동수급체, 공동수급체와 제3자, 공동수급체 구성원간의 관계 등은 기본적으로 민법상 조합의 법리 범위 내에서 규율되어야 할 것이다. 이하에서는 이와 관련된 법률계들을 살펴본다.

1. 공사대금채권의 귀속

(1) 공동이행방식의 경우

도급인인 발주자는 공동수급체에 대하여 공동도급계약에 의하여 선금 또는 공사대금을 선금약정 또는 기성고에 따라 지급할 의무가

29) 국토연구원, 앞의 논문, 80면

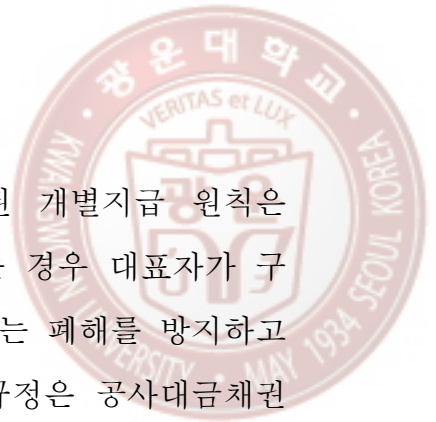


있다. 공동수급체의 공사대금채권은 공동수급체의 업무집행에 의하여 취득된 재산이므로 조합원인 공동수급체 구성원 전원의 합유에 속하므로 민법 제272조에 의하여 구성원 전원의 합의에 따라 공동으로 청구하거나 대표자가 공동수급체를 대표하여 청구하는 것이 민법의 원칙이다.

그런데 문제는 공동도급계약운용요령 제11조는 공동수급체의 대표자는 담당공무원에게 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 신청서를 제출하여야 하고, 담당공무원은 위 신청서가 제출되면 신청된 금액을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하여야 한다고 규정하고 있어 민법상의 원칙과 부합하지 않는 측면이 있다. 따라서 민법상 조합의 성격을 갖는 공동수급체이지만 민법상 원칙에도 불구하고 공동도급계약운용요령에 근거하여 공동수급체의 개별 구성원이 도급인에게 공사대금을 출자비율에 따라 직접 지급해 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 있는지 여부가 문제된다.

1) 학설

공동수급체의 법적 성격을 민법상 조합으로 보는 우리나라의 통설은 조합재산은 조합원의 합유에 속하므로 공동수급체의 공사대금채권은 공동수급체 구성원 전원에게 합유적으로 귀속되고, 구성원의 지분은 구성원의 지위와 별도로 처분하지 못한다고 본다.



그리고 공동도급계약운용요령 제11조에 규정된 개별지급 원칙은 공동수급체 대표자를 통해 공사대금을 지급하는 경우 대표자가 구성원에게 공사대금의 지급을 지체하거나 유용하는 피해를 방지하고자 하는 목적에서 규정한 것이기 때문에, 위 규정은 공사대금채권의 합유적 귀속을 규정한 것이 아니라 단지 공사대금의 구체적 지급방법에 대하여 규정한 것이므로, 이 규정을 근거로 하여 공동수급체의 공사대금채권을 구성원의 개별채권이라고 인정하기는 어렵다고 보고 있다.³⁰⁾

이에 대해 지분적 조합설은 각 조합원이 조합재산을 지분 소유하기로 합의할 수 있으므로 공동수급체 구성원이 가지는 공사대금채권은 각 구성원이 합의한 지분적 권리라고 할 수 있으며, 특히 공동수급체 구성원은 각자가 공동수급협정서에 선급금과 공사대금을 개별적으로 정산할 수 있도록 출자비율 또는 분담내용을 기재하도록 되어 있으며, 공동수급협정서는 공동수급체 구성원 상호간의 권리와 의무에 관한 중요한 사항을 규정한 계약서이기 때문에 공동수급체의 공사대금채권을 구성원의 개별채권으로 인정하여야 한다고 한다. 즉 공동도급계약운용요령은 지분적 조합설과 일치하는 것으로 보고있다.³¹⁾

2) 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결 이전의 판

30) 서순성, (2013), 건설공사공동수급체의 법률관계에 관한 연구, 성균관대학교 법학과대학원 석사학위논문, 66-70면.

31) 이원수, 앞의 논문, 376-377면.



례

이에 대하여 관례는 “발주자가 공동계약운용요령에 따라 공사대금 채권을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하고, 공동수급체가 그와 같은 방식에 응하여 그 대금을 수령한 사정만으로 조합 구성원 사이에 조합에 관한 민법 규정의 배제를 적용하려는 의사가 표시되어 있다는 등 특별한 사정이 있다고 할 수는 없으므로 이 사건 공사대금채권은 조합원에게 합유적으로 귀속되는 조합채권으로서 조합원 1인이 임의로 조합의 채무자에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없다”라고 판시하여 공사대금에 대한 공동수급체 구성원의 개별적 청구를 부정한 것이 있다.³²⁾

그러나 한편에서는 “공동수급체가 기본적으로 민법상 조합의 성격을 가지는 것이라 하더라도 공동수급체가 공사도급계약과 관련하여 도급인에 대하여 갖게 되는 모든 채권이 반드시 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속되어야 하는 것은 아니고, 공사도급계약의 내용에 따라서는 공동수급체의 구성원 각자에게 지분비율에 따라 구분하여 귀속될 수도 있는바, 이 사건 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속되는 것이 아니라 구성원에게 각각 지분비율에 따라 구분하여 귀속된다고 할 것이다”고 판시하기도 하여 공동수급체 구성원의 개별적인 공사대금 청구가능성에 대하여 통일적인 판단을 내리지 않고 있다고 보여 진다.³³⁾

32) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다75332 판결 등 다수 판례

33) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다75332 판결.



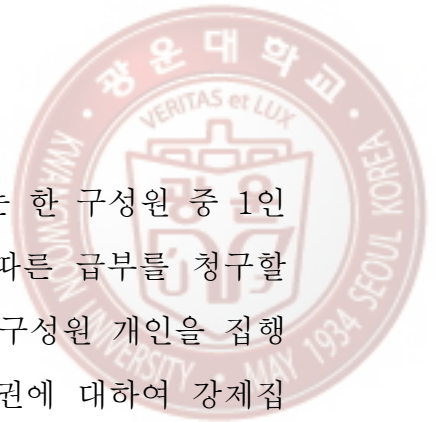
3) 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결

(가) 사실관계의 정리

- 고려개발주식회사 외 2개사(원고)와 비제이건설은 환경관리공단(피고)가 발주하는 공사를 공동수급하기 위하여 공동수급표준협정서에 의하여 공동수급체를 결성하고, 피고와 공사도급계약을 체결.
- 원고는 피고에게 기성금을 청구하였는데, 비제이건설의 채권자인 피고보조참가인 대한민국이 비제이건설의 국세체납을 이유로, 피고보조참가인 근로복지공단이 산재고용보험료 등의 체납을 이유로 이 사건 공사에 관한 공사대금채권을 압류하였고, 이에 따라 피고는 위 각 압류를 이유로 비제이건설의 기성공사대금의 일부를 지급보류.
- 원고는 피고보조참가인들의 압류는 무효이므로 피고는 지급보류한 기성공사대금을 지급할 의무가 있다며 공사비청구.

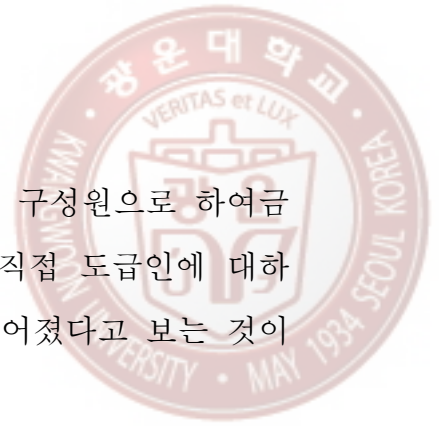
(나) 전원합의체 판결 내용

(가) 공동이행방식의 공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성격을 가지는 것이므로, 공동수급체가 공사를 시행함으로써 인하여 도급인에 대하여 가지는 채권은 원칙적으로 공동수급체 구성원에게 합



유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 구성원 중 1인이 임의로 도급인에 대하여 출자지분 비율에 따른 급부를 청구할 수 없고, 구성원 중 1인에 대한 채권으로써 그 구성원 개인을 집행채무자로 하여 공동수급체의 도급인에 대한 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없다. 그러나 공동이행방식의 공동수급체와 도급인이 공사도급계약에서 발생한 채권과 관련하여 공동수급체가 아닌 개별 구성원으로 하여금 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 약정을 하는 경우와 같이 공사도급계약의 내용에 따라서는 공사도급계약과 관련하여 도급인에 대하여 가지는 채권이 공동수급체 구성원 각자에게 지분비율에 따라 구분하여 귀속될 수도 있고, 위와 같은 약정은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다.

(나) 공동이행방식의 공동수급체 구성원들이 기성대가 또는 준공대가를 공동수급체 구성원별로 직접 지급받기로 하는 공동수급협정은 특별한 사정이 없는 한 도급인에 대한 관계에서 공사대금채권을 공동수급체 구성원 각자가 출자지분 비율에 따라 구분하여 취득하기로 하는 구성원 상호 간의 합의라고 보는 것이 타당하고, 나아가 공동수급체 대표자가 1996. 1. 8. 개정된 공동도급계약운용요령 제 11조에 따라 공동수급체 구성원 각자에게 공사대금채권을 지급할 것을 예정하고 있는 도급인에게 위와 같은 공사대금채권의 구분 귀속에 관한 공동수급체 구성원들의 합의가 담긴 공동수급협정서를 입찰참가 신청서류와 함께 제출하고 도급인이 별다른 이의를 유보하지 않은 채 이를 수령한 다음 공동도급계약을 체결하게 되면 공



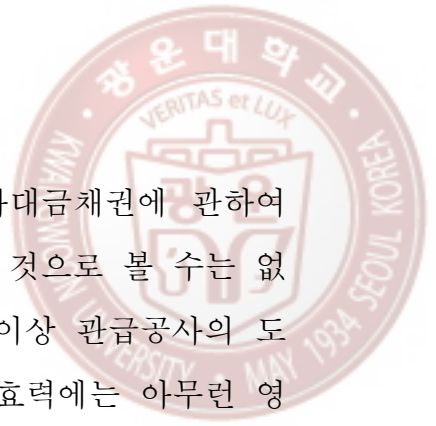
동수급체와 도급인 사이에서 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 출자지분 비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 목시적인 약정이 이루어졌다고 보는 것이 타당하다.

(다) 위 판결에 대한 별개의견의 내용³⁴⁾

(가) 공동이행방식의 공동수급체와 도급인이 개별 구성원으로 하여금 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 공사대금채권을 취득하게 하는 약정은 기성대가 또는 준공대가를 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하도록 규정하고 있는 1996. 1. 8. 개정 이후의 공동도급계약운용요령 제11조가 공동도급계약의 내용에 편입된 경우에만 그 존재를 인정하는 것이 타당하다.

(나) 공동도급계약운용요령 자체는 국가가 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리하기 위하여 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 정한 국가의 내부규정에 불과한 것이고 공동수급체나 그 구성원들의 권리·의무를 직접 규율하는 것이 아니다. 따라서 계약담당공무원이 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 기성대가 등을 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라 구분하여 직접 지급할 것을 예정하고 있다고 하더라도, 이는 어디까지나 계약담당공무원이 공동도급계약사무의 처리에 관한 국가의 내부규정을 준수하겠다는 의사를 지닌 것일 뿐, 거기서 더 나아

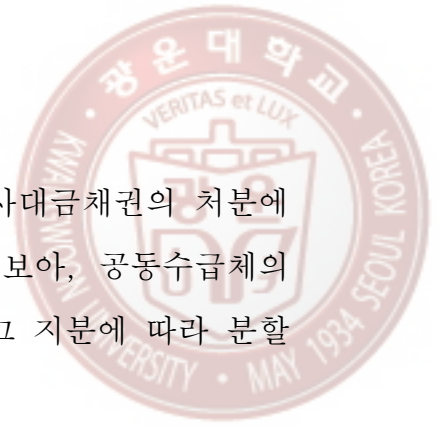
34) 대법관 김능환, 대법관 민일영, 대법관 이인복의 별개의견



가 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 직접 권리를 취득하게 하려는 의사까지 표시한 것으로 볼 수는 없으므로, 그것이 계약의 내용으로 되지 아니한 이상 관급공사의 도급인이 이를 따르지 않더라도 공동도급계약의 효력에는 아무런 영향이 없으며 도급인이 계약상대방에 대하여 어떤 책임을 지는 것도 아니다. 다만 관급공사를 발주하고 공동수급체의 구성원별로 기성대가 등을 직접 지급받기로 하는 공동수급협정서를 제출받은 도급인이 소극적으로 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 공사대금을 지급하는 것에 그치지 않고 더 나아가 위와 같은 공동도급계약운용요령 제11조를 공동도급계약의 내용에 포함되는 붙임문서의 조항 등을 통하여 적극적으로 계약의 내용에 편입시킨 경우에는 달리 보아야 한다. 이러한 경우에는 도급인이 단순히 공사대금채권의 지급사무에 관한 내부규정을 준수한다는 의사를 가지는 것을 넘어서 공동이행방식의 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하려는 의사를 외부에 명시적으로 표시한 것으로 보아야 하며, 바로 이러한 경우에 한하여 공동수급체의 개별 구성원에게 공사대금채권이 그 지분비율로 구분하여 귀속하는 것이다.

(라) 새로운 전원합의체 판결의 의미 및 이에 대한 검토

위 전원합의체 판결에 따르면, 구성원이 공사비를 각자 청구할 수 있게 되어 있는 공동계약운용요령 제11조에 따른 공동수급표준협

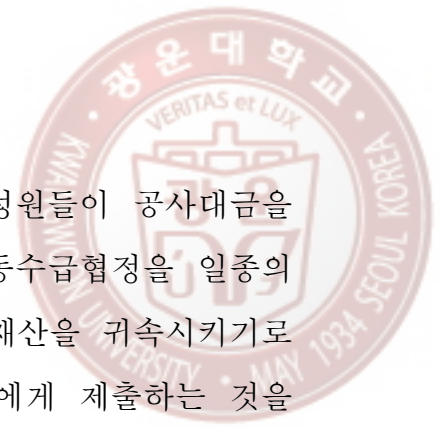


정서를 발주자에게 제출하는 것을 합유물인 공사대금채권의 처분에 관한 별도의 계약으로서 ‘특별한 사정’이라고 보아, 공동수급체의 발주처에 대한 공사비채권은 개별 조합원에게 그 지분에 따라 분할 귀속되는 것으로 판단한 것으로 보인다.

따라서 공공공사의 경우 공동수급체는 공동계약운용요령에 따라 공동수급표준협정서를 제출하도록 되어 있으므로 공공공사를 수행하는 공동수급체의 경우에는 일률적으로 공사대금채권은 각 구성원의 지분별로 귀속되는 것이고, 결과적으로 각 구성원은 지분별로 공사대금을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 각 구성원의 개별 채권자들의 위 지분별 공사대금에 대한 강제집행도 허용되는 것이다.

또한 전원합의체 판결로 인하여 공공공사를 수주하기 위하여 구성되는 공동수급체는 공동수급체의 법적 성격을 민법상 조합이라고 규정함에도 불구하고, 사실상 일종의 지분적 조합계약체가 되는 것으로 보여진다.

반면에 공공공사가 아닌 발주자가 민간인 민간공사의 경우, 또는 공공공사라고 하더라도 공동수급표준협정서가 제출되지 않은 예외적인 경우에도 새로운 전원합의체 판결이 적용될 것인지에 대하여 여전히 법적 혼란이 남아있다고 할 것이다. 즉, 위 경우에도 전원합의체 판결이 적용될 수 있을지는 의문이라고 하겠다.



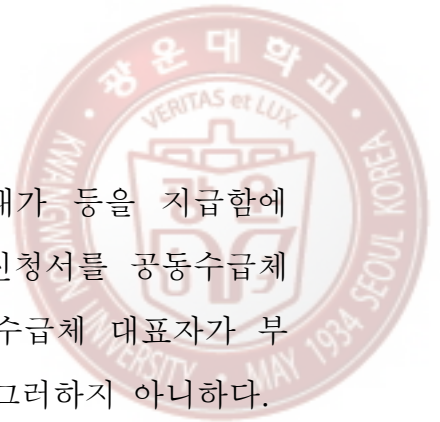
위 새로운 전원합의체 판결은 공동수급체 구성원들이 공사대금을 구성원 지분별로 직접 지급받기로 약정한 공동수급협정을 일종의 구성원 각자의 출자지분비율에 구분하여 조합재산을 귀속시키기로 하는 일종의 특별약정으로 보고, 이를 발주자에게 제출하는 것을 발주자와 공동수급체 당사자간의 묵시적 합의라고 보고 있다. 즉 위 전원합의체 판결에 있어서 가장 판단은 공동계약운용요령과 공동수급협정서의 작성 및 제출에 있다고 할 것이다.

원래 공동계약운용요령의 대가지급에 대한 규정은 당초 민법상 조합의 법리에 충실하게 공동수급체 대표자의 청구에 대하여 그 대표자에게 지급하는 것으로 정하고 있었으나, 대표자가 공사대금을 수령한 이후 다른 공동수급체 구성원에게는 어음으로 지급한다거나 부도 등으로 다른 구성원은 공사대금을 지급받지 못하는 사정이 생기는 등 여러 가지 문제를 야기하자 아래와 같이 순차적으로 개정되었다.

[회계예규 2200.04-136, 1995. 7. 10.]

제11조(대가지급) 계약담당공무원은 선금·대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 구성원별로 구분기재된 신청서를 공동수급체 대표자가 제출하도록 하여야 한다. 다만, 공동수급체 대표자가 부도, 파산 등의 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

[회계예규 2200.04-136-2, 1996. 1. 8.]



제11조(대가지급) ① 계약담당공무원은 선금·대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 구성원별로 구분기재된 신청서를 공동수급체 대표자가 제출하도록 하여야 한다. 다만, 공동수급체 대표자가 부도, 파산 등의 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

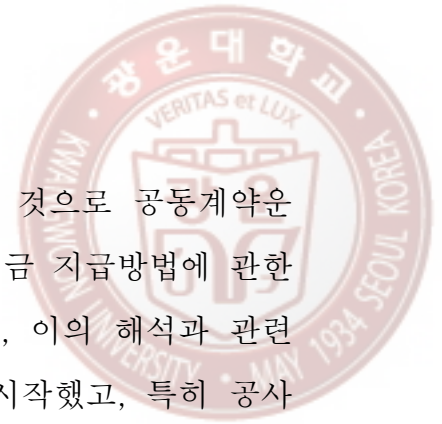
② 계약담당공무원은 제1항의 규정에 의한 신청이 있을 경우 신청된 금액을 공동수급체 대표자에게 지급하되, 기성대가 또는 준공대가의 경우는 공동수급체구성원 각자에게 지급하여야 한다.

[회계예규 2200.04-136-4, 1997. 1. 1.]

제11조(대가지급) ① 계약담당공무원은 선금·대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 구성원별로 구분기재된 신청서를 공동수급체 대표자가 제출하도록 하여야 한다. 다만, 공동수급체 대표자가 부도, 파산 등의 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 계약담당공무원은 제1항의 규정에 의한 신청이 있을 경우 신청된 금액을 공동수급체구성원 각자에게 지급하여야 한다. 다만, 선금은 공동이행방식에 의한 공동계약일 경우에는 공동수급체 대표자에게 지급하여야 한다.

공동계약운용요령의 대가지급과 관련된 규정은 제정 당시에는 민법상 조합의 법리에 충실하게 공동수급체 대표자의 청구에 대하여 그 대표자에게 지급하는 것을 정하고 있었으나, 대표사와 대표사가 아닌 다른 구성원 건설회사들 사이에 공사대금과 관련된 여러 분쟁이 야기되자 1997. 1. 1. 공동수급체 대표사가 공동수급체 구성원별로



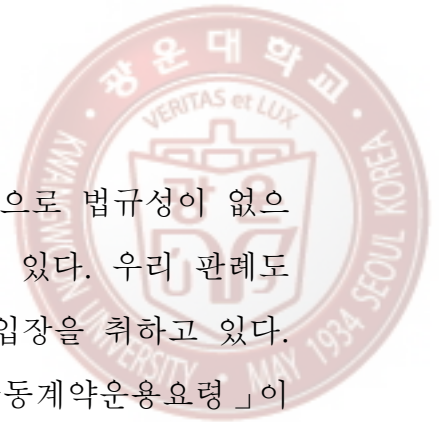
구분기재한 선금·대가 등의 신청서를 제출하는 것으로 공동계약운용요령 제11조가 개정된 것인데, 이러한 공사대금 지급방법에 관한 규정인 공동계약운용요령 제11조가 개정되면서, 이의 해석과 관련하여 대법원에서 다른 판례들이 각기 나오기 시작했고, 특히 공사수급체 구성원별로 구분기재한 선금·대가 등의 신청서를 제출하게 되어 있는 공동수급협정서 제출만으로 공사대금채권이 공동수급체 구성원별로 개별채권화하려는 목시적 의사로 보는 최근 대법원 전원합의체 판결에 이르게 된 것으로 보여진다.³⁵⁾

그런데 공동계약운용요령은 국가계약법령에서 공동계약에 관한 운용지침을 기획재정부장관에게 위임하여 만든 일종의 행정규칙이다. 즉, 국가계약법 제25조 및 시행령 제72조에서 공동수급체란 용어를 사용하여 공동계약의 근거를 마련하고 있고, 위 시행령 제72조 제1항에서 ‘공동계약의 체결방법 기타 필요한 사항은 기획재정부장관이 정한다’고 하여 세부사항을 하위 행정명령인 ‘회계예규’에 위임하고 있는데 그것이 공동계약운용요령인 것이다.

행정규칙이란 법률의 수권없이 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 행정부 내부에서 행정조직의 운영과 행정사무의 처리를 규율하기 위한 일반적·추상적 규범이라고 정의한다.³⁶⁾ 행정규칙의 개념에 대하여 학설은 대체적으로 법규성의 유무에 따라 법규명령과 행정규칙으로 구분하는데, 이 때의 법규성이란 국민에 대한 대외적

35) 서순성, 앞의 논문, 58-61면.

36) 김남진, 김연태, (2005), 「행정법총론(I)」, 제9판, 법문사, 157면.



효력을 말하는 바, 행정규칙의 경우에는 원칙적으로 법규성이 없으나 자기구속의 법리³⁷⁾가 적용되는 것으로 보고 있다. 우리 판례도 행정규칙의 법적 성격에 대해서는 비법규설의 입장을 취하고 있다. 이러한 학설과 판례의 입장에 비추어 보면 「공동계약운용요령」이라는 계약예규는 국가가 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리하기 위하여 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 정한 국가의 내부규정에 불과한 것이며,³⁸⁾ 다만, 법규로서는 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과한 것이다.³⁹⁾

결론적으로, 공동도급운용요령의 법적 성격 및 개정연혁을 통해 확인할 수 있는 것은 공동계약운용요령 제11조는 공사대금채권의 법적 귀속이라는 법률관계에 대한 규정이 아니라 절차적, 실무적 차원에서 공사대금지급을 규정한 것이라는 점이다. 즉, 채권채무의 귀속에 관한 법적 규정이 아니라, 공동수급체가 그 채권에 기해 신청한 금액의 지급방식에 관한 행정적 규정임을 알 수 있다.⁴⁰⁾

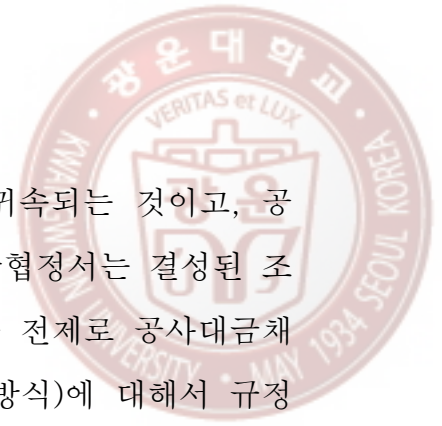
건설업체가 공동수급체를 구성하고 발주자와 공동도급계약을 체결하게 되면 위 공동도급계약을 토대로 공동수급체가 갖게 되는 공사

37) 자기구속의 법리란 재량행위에 있어서 그 재량권의 행사에 관한 일정한 관행이 형성되어 있는 경우에는 행정청은 동일한 사안에 대하여 이전에 제3자에게 한 처분과 동일한 처분을 상대방에게 하여야 한다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 헌법상 평등권에서 파생된 것으로서 행정법의 일반 원리이기도 하다.

38) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결

39) 대법원 1999. 5. 25. 선고 98다53134 판결

40) 서순성, 앞의 논문, 61-66면.



대금채권은 합유적으로 조합인 공동수급체에 귀속되는 것이고, 공동수급체를 구성하는 과정에서 체결한 공동수급협정서는 결성된 조합을 전제로 즉, 공사대금채권의 합유적 귀속을 전제로 공사대금채권의 구체적인 지급방식(또는 공사대금의 분배방식)에 대해서 규정한 것이므로, 공동수급협정서를 제출하였다는 사정만으로 발주자와 공동수급체가 공사대금채권의 합유적 귀속에 대한 예외적 약정을 하였다고 볼 사정은 없다고 보는 것이 타당하다고 보여진다.

또한 별개의견대로, 공사도급표준협정서를 발주자에게 제출하는 것은 별다른 의미가 있는 것이 아니라, 공동도급운용요령의 기준에 따라 아무런 법률적 의사가 포함되어 있지 않은 단순한 문서제출행위일 뿐임에도 불구하고, 이를 묵시적 약정으로 간주하는 것은 문제가 되는 구성원을 제외한 나머지 공동수급체 구성원 모두의 의사에도 반하는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면 대부분의 경우, 공동수급체 구성원들은 공동수급표준협정서를 제출한다고 하더라도 여전히 공사대금은 조합체에 귀속되는 것으로 판단하고 있기 때문에, 개별 구성원들이 이러한 공사대금채권을 개별적으로 처분·양도할 의사를 전혀 보유하지 않은 것이 대부분일 것이고, 또한 제3채권자들의 조합재산에 대한 강제집행도 법률상 무효라고 판단하고 있기 때문이다. 따라서 전원합의체 판결은 객관적 사실관계나 당사자의 구체적인 의사를 무시한 과도한 판단이라고 보여진다.⁴¹⁾

41) 서순성, 앞의 논문, 75-84면.



2. 분담이행방식의 경우

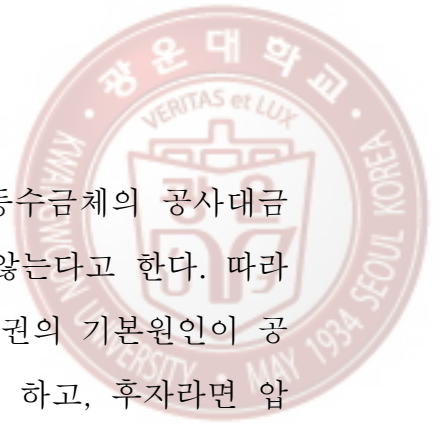
분담이행방식의 공동수급체의 경우 그 법적 성격은 독립된 도급계약의 집합체로 볼 수 있으므로 각 구성원은 발주자에게 공사대금을 직접청구 할 수 있다고 본다. 이 경우에는 공사대금채권이 분담시 공부분에 대하여 독립적으로 정해지고 개별적으로 청구됨이 원칙이다. 공동도급계약운용요령 제11조는 대가의 청구를 대표자가 구성원별로 신청금액을 기재하여 제출하도록 규정하고 있는데, 이는 사무처리상의 편의규정이라고 본다.

2. 공사대금채권에 대한 제3자의 강제집행

공동수급체 구성원 개인에 대한 채권을 가지고 있는 제3자가 공동수급체의 공사대금채권에 대하여 압류나 가압류를 신청하는 경우가 있는데, 이러한 압류 또는 가압류를 인정할 것인가가 문제되고 있다. 이는 공사대금채권이 누구에게 귀속하는가에 따라 결론이 달라질 수 있다.

(1) 학설

공동수급체의 법적 성격을 민법상 조합으로 보는 통설은 공사대금채권을 공동수급체의 구성원의 준합유에 속하므로 구성원 중 1인에



대한 채권자가 그 구성원을 채무자로 하여 공동수급체의 공사대금 채권에 대하여 신청하는 강제집행은 허용되지 않는다고 한다. 따라서 이 경우 실무상 압류나 가압류는 공사대금채권의 기본원인이 공동이행방식인지 분담이행방식인지를 검토하여야 하고, 후자라면 압류의 효력이 발생할 것이라고 한다.⁴²⁾

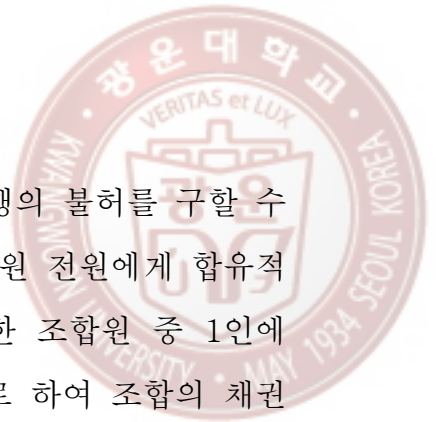
이에 대하여 지분적 조합설을 취하는 견해는 공동수급체 구성원 개인은 공사대금을 자신의 출자비율에 따라 도급인에게 직접 청구할 수 있으므로 공사대금채권에 대한 강제집행은 인용되어야 한다고 하며, 비법인사단설은 공동수급체를 사단으로 보고 구성원이 이 사단에서 각각 하청 받은 것으로 이론 구성하므로 공사대금채권에 대한 강제집행은 허용되지 않는다고 한다.⁴³⁾

(2) 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결 이전의 판례

판례는 “조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인이 조합의 채무자에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없는 것이므로, 조합원 중 1인의 채권자가 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행하는 경우, 다른 조합원으로서는 보존행

42) 윤재윤, (2002), 건설공동수급체의 법률관계 - 관급공사를 중심으로, 법조 제51권 2호, 157-162면.

43) 이균용, 앞의 논문, 93-95면.



위로서 제3자 이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 있다”⁴⁴⁾고 하거나, “민법상 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인에 대한 채권으로써 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없고, 조합업무를 집행할 권한을 수여 받은 업무집행 조합원은 조합재상에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있다. 수급인인 6개 회사가 공동협정서에 터잡아 상호 출자하여 신축공사 관련 사업을 공동으로 시행하기로 하는 내용을 약정한 경우 그들 사이에는 민법상 조합이 성립하므로, 세무서장이 조합의 구성원인 1개 회사의 부가가치세 체납을 이유로 6개 회사의 조합재산인 공사대금 채권에 대하여 압류처분을 한 것은 체납자가 아닌 제3자 소유의 재산을 대상으로 한 것으로서 당연무효이다”⁴⁵⁾라고 하여 강제집행을 불허하고 있다.

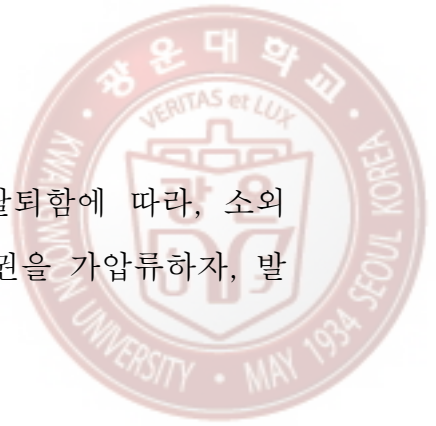
그러나 판례는 이런 입장과 상치되는 판시를 하기도 하고 있다.

[사실관계]

원고와 소외 을은 공동수급체를 구성하여 발주자와 도급계약을 체결하고, 소외 을이 공동수급체의 대표자가 되어 대표자로서 대금의 청구, 수령 및 공동수급체의 재산을 관리할 권한을 가지는 것으로 약정하였는데, 소외 을이 발주처로부터 기성공사대금을 수령한 후

44) 대법원 1997. 8. 26. 선고 97다4401 판결.

45) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결.



부도로 공사시공을 포기하고 공동수급체에서 탈퇴함에 따라, 소의
을의 채권자가 소의 을의 B에 대한 공사대금채권을 가압류하자, 발
주처인 B가 을에 대한 공사대금을 공탁한 사안

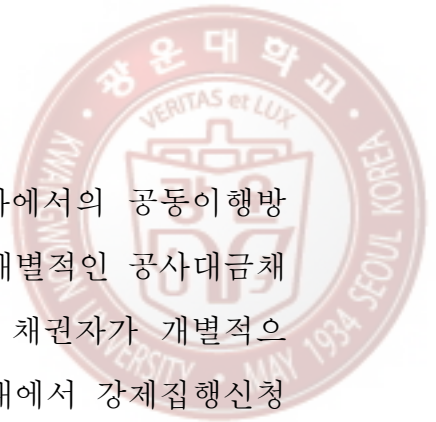
이 사안에서 판례는 “공동수급체가 기본적으로 민법상 조합의 성격
을 가지는 것이라 하더라도 공동수급체가 공사도급계약과 관련하여
도급인에 대하여 갖게 되는 모든 채권이 반드시 공동수급체의 구성
원에게 합유적으로 귀속되어야 하는 것은 아니고, 공사도급계약의
내용에 따라서는 공동수급체의 구성원 각자에게 지분비율에 따라
구분하여 귀속될 수도 있는바, 이 사전 공동수급체의 구성원에게
합유적으로 귀속되는 것이 아니라 구성원에게 각각 지분비율에 따
라 구분하여 귀속된다고 할 것이다”라고 판시하였는데,⁴⁶⁾ 이를 공
동수급체 구성원 개인에 대한 채권을 가지고 있는 제3자가 공동수
급체가 발주자에 대하여 가지는 공사대금채권에 대하여 강제집행을
인정한 판례로 보는 견해가 있다.⁴⁷⁾

결국 기존의 판례의 입장은 공사대금채권이 합유적으로 귀속되는
경우에는 강제집행을 불허하되, 지분별 귀속의 사정이 있는 경우에
는 강제집행을 허용하는 것으로 보여진다.

(3) 2009다105406 전원합의체 판결과 이에 따른 예상되는 문제점

46) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다15332 판결.

47) 정진명, 앞의 논문, 255면.

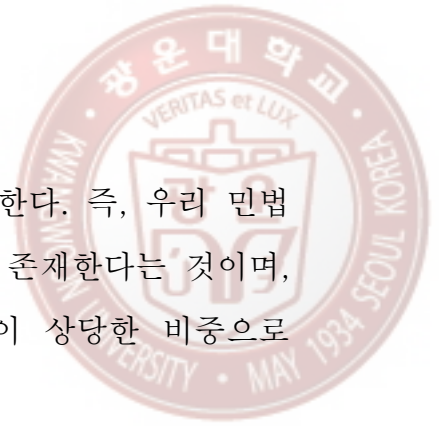


위 새로운 전원합의체 판결에 따르면, 공공공사에서의 공동이행방식의 공동수급체의 경우 공동수급체 구성원의 개별적인 공사대금채권행사가 가능하여지므로, 법원은 각 구성원의 채권자가 개별적으로 공사대금채권에 대해서 구성원의 지분범위 내에서 강제집행신청을 하는 경우 언제든지 예외없이 이를 인정할 것으로 예상되어진다. 즉, 새로운 전원합의체 판결에 의하면 공동수급체의 법적 성격에 대한 내용에는 변함이 없으나, 공동수급체와 관련된 법률관계에서는 중대한 변화가 발생하게 되는 것이다.

그런데 공동수급체를 구성하여 공사를 수행하는 목적 중의 하나는 건설공사의 특성상 많은 위험요인을 갖고 있기 때문에 안정적인 공사완공을 위해서 이러한 위험을 회피하거나 분산하기 위한 목적으로 여러 건설업체들의 조합체를 구성하는 것이다. 즉 개별 건설업체와 별개의 단체인 조합체를 구성하여 대형건설공사를 수행하게 하여 구성원들의 외적인 사정에 의하여 공사를 완성하지 못하게 되는 위험부담을 덜기 위한 사정이 있는 것이다.⁴⁸⁾

이런 목적에 비추어 도급인으로부터 지급받는 공사대금은 그 지급받는 경위와 관계없이 조합자체의 채권으로 보아 당해 공사와 다른 원인으로 발생했을 가능성이 있는 개별 구성원의 채권자의 보호보다는 당해 공사와 관련이 있는 공동수급체의 구성원과 그 하수급업체 등을 우선적으로 보호하여 원활하게 공사를 마칠 수 있게 하는 것이 도급인의 기대와도 부합하고, 공동도급제도의 도입목적과도

48) 국토연구원, 앞의 책, 15면.

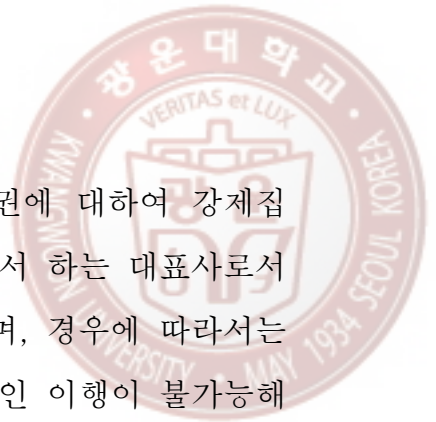


부합하는 것이며, 민법상 조합의 법리와도 부합한다. 즉, 우리 민법에서 조합의 단체성을 인정하는 특별한 사정이 존재한다는 것이며, 이런 이유로 건설공사 실무상 공동수급체구성이 상당한 비중으로 이뤄지는 것이다.

이런 사정을 고려하여 보면, 위 전원합의체 판결은 결론적으로 개별 공동수급체 구성원의 채권자를 보호하기 위한 취지에서 조합재산의 합유성 또는 조합의 단체성을 사실상 부인한 것으로 보여진다. 즉, 공동수급체의 공사대금채권의 귀속의 문제는 공동수급체 구성원의 채권자를 보호할 것인지 또는 공동수급체 자체 또는 공동수급체가 수행하는 공사를 보호할 것인지의 문제로 귀결될 수 있는데, 공동수급체 구성원의 채권자를 더 보호하는 것으로 대법원이 입장을 정한 것으로 보여진다.

위 전원합의체 판결이 공동도급제도의 도입목적과 부합하지 않는다는 측면도 있지만, 가장 큰 문제점은 공동수급체의 현실적 운용을 도외시하여 건설현장에 상당한 부정적 영향을 미칠 가능성이 높다는데 있다.

대부분의 공동수급체의 건설공사의 경우에는 대표사인 1개 건설업체가 사실상 공사를 맡아서 수행하고, 나머지 구성원들은 형식상으로만 공사에 참여할 뿐 실제로 공사에는 전혀 참여하지 않고 일종의 수수료 정도만 취득하고 있는 실정이다. 따라서 대표사가 아닌

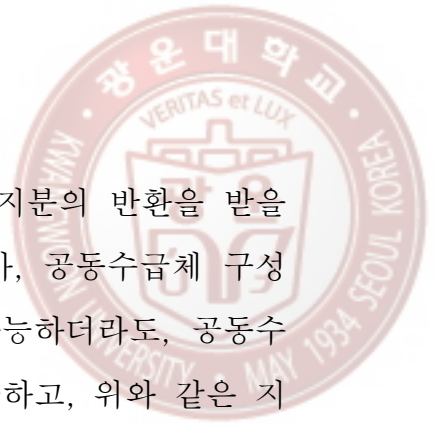


구성원의 일반채권자가 조합채권인 공사대금채권에 대하여 강제집행하는 것을 허용하게 되면 실제로 공사를 맡아서 하는 대표사로서는 심각한 금전적 손실을 입을 수밖에 없게 되며, 경우에 따라서는 수익성의 문제로 인하여 공사도급계약의 정상적인 이행이 불가능해지는 상태를 야기할 가능성이 매우 높다는 것이다. 즉, 공동수급체의 건설공사수행을 위한 존속성이나 안정성이 침해되는 것이고, 결과적으로는 발주자에게 간접적인 피해를 입힐 수 있게 되는 측면이 있는 것이다.

특히 피압류채권인 공사대금채권은 기성공사대금 뿐만 아니라 장래 공사대금까지 포함되어 있기 마련이고, 자본력이 약한 건설업체의 경우에는 공사대금수령을 통해서 계속 공사를 수행할 수 있는 지출비용을 마련할 수 있으므로, 즉 공동수급체 구성원의 공사대금채권은 공동사업을 위한 필수적 재원으로서의 성격을 갖고 있으므로 공사대금채권에 대한 압류의 인정이 갖는 의미는 매우 심대하다고 할 것이다.

또한 공사도중 구성원 일부가 탈퇴하더라도 잔존 구성원이 연대하여 당해 계약을 이행하여야 하고, 공동수급체가 해산한 이후에도 당해 공사의 하자에 대하여 연대하여 책임을 지게 되는 공동이행방식의 특성상 잔존 구성원들의 공사대금채권에 대한 권리는 구성원의 제3채권자의 권리보다 더 보호될 필요성이 인정되는 것이다.

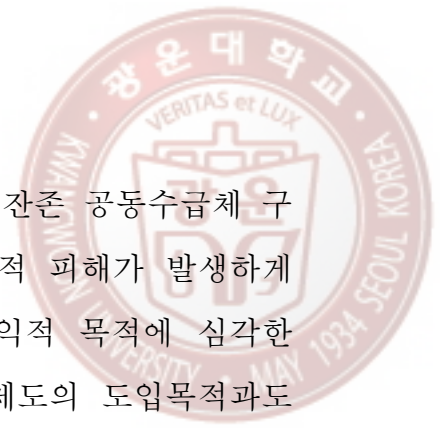
민법 제714조 (지분에 대한 압류의 효력)에서는 “조합원의 지분에



대한 압류는 그 조합원의 장래의 이익배당 및 지분의 반환을 받을 권리에 대하여 효력이 있다”고 규정하고 있는바, 공동수급체 구성원의 채권자들은 조합재산에 대한 압류는 불가능하더라도, 공동수급체에 대한 구성원의 지분에 대한 압류가 가능하고, 위와 같은 지분에 대한 압류는 구성원의 장래의 이익배당 및 지분을 반환받을 권리, 잔여재산분배청구권에 그 효력이 미치게 된다. 또한 지분권에 기하여 이익이 배당된 경우와 같이 현실화된 채권은 구성원의 재산이므로 이에 대한 개별적인 압류도 가능한 것이다. 따라서 채권자들의 보호는 이러한 민법적 범위내에서 인정되면 충분하다고 할 것이다.

그리고 공공조달계약에 있어서는 정책적인 측면에서 공동수급체의 단체성을 인정할 이유가 더 크다고 할 것이다. 공공공사의 경우 공동수급체에 대해서 위 전원합의체 판결에 따라서 공사대금채권이 개별구성원에게 지분별로 귀속되는 것으로 일률적으로 인정하게 되면, 성실하게 공사를 수행하고 있는 구성원에게 불측의 손실을 입게 만들고, 이로 인하여 정상적인 공사수행에 차질이 발생하여 공사가 중단되거나 또는 공사내용의 질이 하락하는 등 결과적으로 발주자까지 손실을 입게 되므로, 공공목적으로 추진된 공공조달계약이 위협에 빠질 가능성이 더 높아지는 것이다.

결론적으로 위 전원합의체 판결에 따라서 공동수급체의 공사대금채권의 개별적 귀속을 인정하고 이로 인하여 제3채권자의 개별 공사

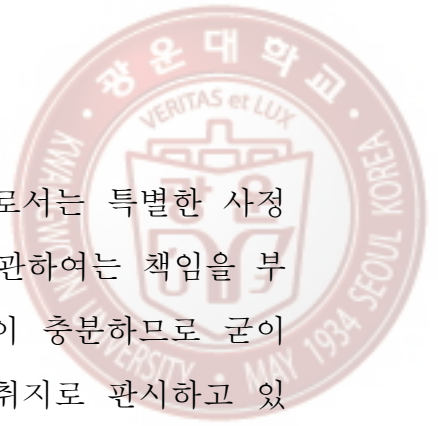


대금채권에 대하여 강제집행을 허용하게 되면, 잔존 공동수급체 구성원의 희생 뿐만 아니라 발주자에 대한 금전적 피해가 발생하게 되고, 공공조달계약을 통해 달성되어야 할 공익적 목적에 심각한 영향을 미칠 것으로 우려되며, 이는 공동도급제도의 도입목적과도 상치된다는 것이다. 위 전원합의체 판결에 대한 재고가 필요한 사정이 여기에 있다고 할 것이다.

3. 선급금반환채무의 정산

수급인이 선급금을 수령하였다가 공사가 중단된 경우 기성공사비에 충당되고 남은 금액은 도급인에게 반환하여야 한다. 그런데 이 경우 대법원은 공동이행방식의 공동수급체 구성원이 도급인에게 부담하는 연대책임의 범위에 선급금반환채무는 포함되지 않는다고 판시하고 있다.

즉, “공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보방법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건설공제조합의 지급보증서 등 그 담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면, 공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한

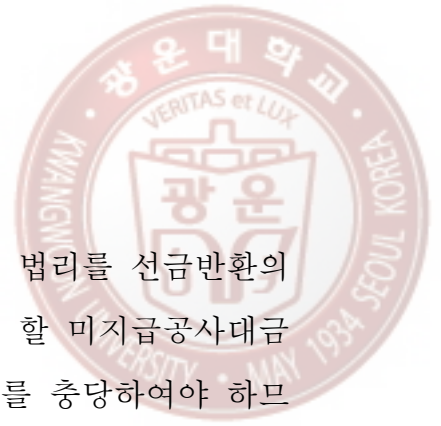


다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원로서는 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다”고 하여 선급금에 관한 담보력이 충분하므로 굳이 다른 구성원에게 책임을 지을 필요가 없다는 취지로 판시하고 있다.⁴⁹⁾

여기에 대법원 2002. 7. 13. 선고 99다68584 판결은 “정부나 지방자치단체의 공사도급계약에 있어서는 선급금과 공사대금은 각 구성원별로 따로 따로 정산되는 것으로 보이고, 이에 따라 공동수급체의 구성원은 다른 구성원이 반환하여야 할 선급금에 대하여 아무런 책임을 부담하지 아니하고, 다른 구성원의 지분비율에 해당하는 공사대금의 지급을 구할 아무런 권리가 없다 할 것이므로, 기성공사대금을 가지고 선급금을 반환하여야 할 구성원의 선급금을 총당함에 있어서는 그 공사대금 중 해당 구성원의 지분비율에 해당하는 금액에만 총당되는 것으로 볼 것이지 이와 달리 다른 구성원의 몫까지 포함한 총 공사대금에서 총당할 수 있는 것은 아니다”라고 하고 있다.

이는 지방자치단체를 포함한 정부계약에 있어서는 선급금반환이나 공사대금 지급에 일반적인 조합의 법리가 적용되지 않고, 각 구성원의 지분별로 공사대금과 선급금반환금과 정산하여야 하는 것으로 보는 것이다.

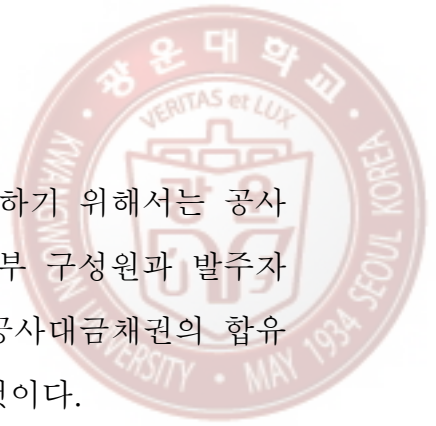
49) 대법원 2002. 1. 25. 선고, 2001다61623 판결 등 다수 판례.



판례가 이와 같이 판시한 이유는 민법상 조합의 법리를 선금반환의 경우에도 적용할 경우 공동수급체에 지급하여야 할 미지급공사대금 전체에서 문제가 발생한 구성원의 선금반환채무를 충당하여야 하므로, 이런 경우에는 나머지 구성원까지도 선금반환의무를 부담해야 하는 문제가 발생하므로, 사실상 대법원이 선금반환의무는 연대책임이 없다고 판시하더라도 사실상 모든 구성원이 공동으로 문제되는 구성원의 영향을 받게 되는 결과가 발생하게 되는데, 비록 발주자에게 불리한 측면이 있더라도 다른 구성원의 외부적, 금전적 형편으로부터 나머지 구성원들이 금전적 불이익을 받지 않고 공사를 원활하게 진행시킬 수 있게 하기 위해서, 즉 공사의 계속적 수행의 안전성을 담보하기 위하여 일반적인 조합의 법리와 다르게 처리하고 있는 것으로 보여진다. 즉, 대법원이 이런 판단을 내린 취지는 공사수행능력의 증대와 공동수급체 구성원간 공사위험의 분산을 도모하여 공사수행의 안전성을 높이고자 하는 공동도급제도의 가장 중요한 목적을 달성하기 위하여 불가피하게 공동수급체의 법적 성질을 제한적으로 변경한 것으로 보여진다.⁵⁰⁾

그러나 선금금반환채무와 공사대금채무를 구성원의 지분별로 정산한다는 판례의 입장은 간편한 이점이 있기는 하지만, 대법원이 일관하여 공사대금채권을 공동수급체의 합유적 채권으로 인정하는 입장과 법률상 양립하지 않는 것으로 보인다는 측면이 있다. 즉 일부

50) 변현철, 앞의 논문, 99면.



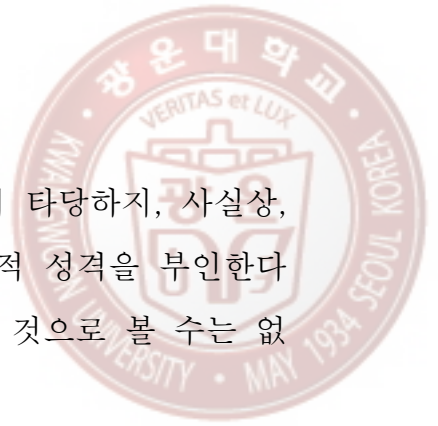
구성원의 채권자로부터 공동수급체 전체를 보호하기 위해서는 공사대금채권의 합유성을 강조할 수밖에 없비난, 일부 구성원과 발주자와의 선금반환채무 문제를 해결하기 위해서는 공사대금채권의 합유성을 유지할 수 없다는 법률상 문제점이 있는 것이다.

공동수급체의 법적성격을 지분적 조합으로 보는 견해는 공동수급체는 민법상 조합이고 공사대금 채권 등은 공동수급체에 합유적으로 귀속된다는 기존의 판례 입장이 공동도급계약운용요령의 개정으로 공사대금수령권자가 변경된 점을 고려하여 더 이상 공동수급체를 민법상 조합으로 보지 않고, 지분적 조합이라는 특수한 형태의 조합으로 파악하는 것으로 변경되었다고 보고 있다.⁵¹⁾

그러나 공동계약운용요령에서 선급금·공사대금을 공동수급체 구성원에게 직접 지급하도록 개정한 것은 공동수급체 대표자에게 일괄 지급할 경우 대표자가 구성원에게 지급하는 것을 지체하거나 어음으로 지급하는 것을 방지하고, 구성원 각자에게 공사대금이 현실적으로 지급되도록 확보하여 줌으로써 공사가 원활히 진행되도록 하는데 목적을 둔 정책적인 조치라는 점을 이해할 필요성이 있으며, 도급인인 발주처가 선급금·공사대금을 공동수급체 구성원에게 공사대금에 대한 지분적·개별적 채권이 있다고 보기에 는 무리가 있다고 보여진다. 또한 공동수급체의 법적 성격이 민법상 조합이라고 보는 경우에는 공동수급체의 재산인 공사대금채권도 법리상 당연히 합유

51) 정경섭, 앞의 논문, 75-78면.

적으로 공동수급체에 귀속한다고 판단하는 것이 타당하지, 사실상, 정책상 이유로 특정 부분에서 제한적으로 합유적 성격을 부인한다고 하여, 공사대금채권의 법적 성격이 달라지는 것으로 볼 수는 없다고 판단된다.





제2절 지역공동도급제도

I. 의의 및 도입배경

미국의 경우 건설공사에서 Joint Venture가 결성되기 시작한 유래는 1930년대 뉴딜정책에서 찾아지고 있다. 뉴딜정책의 시행으로 인하여 댐과 고속도로와 같은 대규모 건설공사를 수행하기 위해서 불가피하게 건설업체간의 기업결합이 발생하게 되었다. 일본의 경우에는 2차 세계대전 이후에 공동수급체라는 제도가 도입되어 주로 대규모 건설공사에 활용되다가 1950년대 이후에는 중소기업을 보호하기 위한 정책의 일환으로 관급공사에서 중소기업을 공동으로 참여시키고자 하는 방향으로 전환되었다.⁵²⁾

우리나라에서 공동도급계약제도는 중소건설업체와 지역건설업체의 보호·육성이라는 차원에서 도입되었다. 1971년 말의 국무총리 훈령 제100호에 따른 조달청 집중발주제도에 따라 1974년부터 적용된 한도비례공평지명제의지명 균 편성은 중소기업이 배제된 대기업 위주로 운영되었다. 특히, 1974년 건설부의 건설업계 정상화 10대 방안에 따라 1975년에 건설업 면허요건이 강화되고 신규면허가 동결됨으로써 중소건설업체는 대폭 정비되거나 당시의 건설업 불황으로 인한 도산사태 등으로 인해 위기상황에 직면하였다. 이에 중소건설업체의 위기를 해소하고자 중소건설업체의 공사물량확보를 위한 공

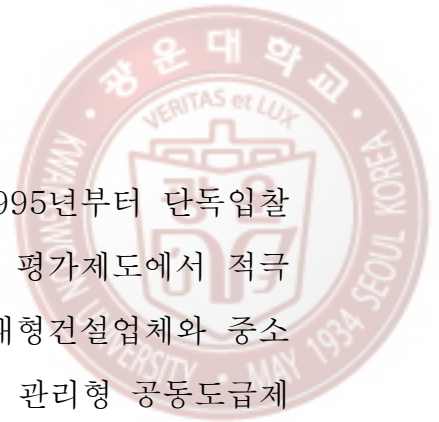
52) 윤재윤, (2008), 「건설분쟁관계법」, 박영사, 294면.



동도급제도를 제안하고 지방건설업자 보호를 위해 지방공사의 경우 공사현장이 소재한 지역건설업체의 우선적인 참여를 유도하게 되었다.⁵³⁾

1983년 3월 예산회계법 시행령에서는 도급한도액, 시공실적, 기술 보유, 면허 등에서 대기업에 비해 상대적으로 열위에 있는 중소건설업체의 수주기회확대 및 기술습득을 지원하기 위해 2인 이상이 공동으로 입찰에 참가하게 할 수 있는 공동도급계약제도를 도입하였고, 1989년 3월 31일 예산회계법 개정시에는 공동계약의 근거를 법문에 명시하였다. 1989년 12월에는 예산회계법 시행령을 공동계약이 부적절하다고 인정되는 경우를 제외하고는 가능한 공동계약에 의하여야 한다는 규정으로 개정하여 공동도급계약제도의 적극적인 활용을 유도하였다. 그 후 1993년에는 저가심사제에서 최저가낙찰제도의 전환시행 이후 저가투찰에 따른 부실공사 방지대책으로서 공동도급의 필요성이 제기되었으며, 1995년에는 신설된 국가계약법에 예산회계법의 공동도급내용이 흡수되었다. 1996년에는 건설산업기본법 제48조에 공동도급의 근거가 명시되었으며, 1997년 7월 같은 법 시행령 제40조에 공동도급의 유형과 운영에 관한 기준 등에 관한 근거규정이 명시되었다. 한편, 1994년 6월에는 건설업의 균형 발전을 위하여 지방경제를 활성화하고 지방중소건설업체를 보다 적극적으로 보호·육성한다는 차원에서 공사현장에 소재한 지역업체 중 1인 이상의 참여를 의무적으로 적용하는 지역의무공동도급제도

53) 김명수, (2005), 공동도급 계약제도 운영실태와 개선방안, 건설경제, 2005년 겨울호, 통권 46호, 57-58면.



를 도입하였고, 공동도급계약의 촉진을 위해 1995년부터 단독입찰 시에는 공동도급시 평점의 90%만 인정하는 등 평가제도에서 적극적으로 공동도급을 우대하기 시작했다. 또한, 대형건설업체와 중소건설업체의 상호협력을 우대하기 위해 주계약자 관리형 공동도급제도가 1998년 4월 7일 건설교통부 고시(1998-107)를 통하여 도입되었다.⁵⁴⁾

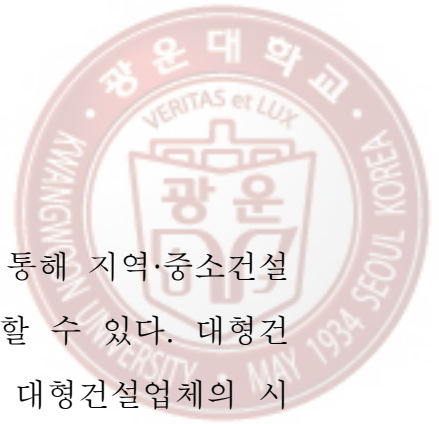
II. 지역공동도급제도의 목적

공동수급체의 구성을 위한 공동도급계약제도는 당초 건설업의 균형 있는 발전과 건설업자간의 상호협력관계유지라는 정책목적을 가지고 도입되었으며(건설교통부 고시 제2000-81호), 아래와 같은 목적을 가지고 있다.⁵⁵⁾

첫째, 공동수급체를 구성하여 공사를 수행하게 되면, 공사수행능력의 증대와 공동수급체 구성원간 공사위험의 분산을 도모할 수 있다. 건설공사는 예측할 수 없는 위험요소를 비교적 많이 내포하고 있으며, 위험사고 발생의 개연성을 최소화시키는 일은 건설업계의 주요과제이다. 공동수급체는 이와 같은 위험을 공동수급체 구성원에게 분산시킴으로써, 단독수주의 경우에 초래될 수 있는 큰 손실의 부담을 경감시킬 수 있는 방법으로 활용될 수 있다.

54) 국토연구원, 앞의 논문, 20면.

55) 국토연구원, 앞의 책, 15-16면



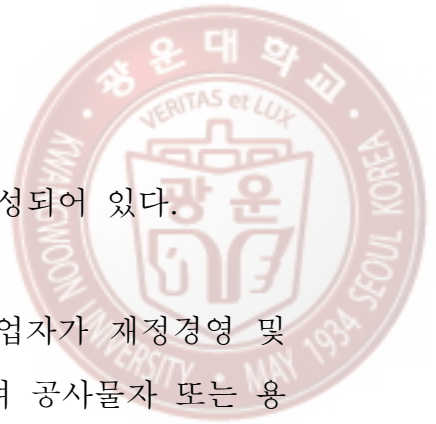
둘째, 지역·중소건설업체와의 공동수급체구성을 통해 지역·중소건설업체의 보호와 육성이라는 정책적 목표를 달성할 수 있다. 대형건설업체와 중소기업간의 공동도급을 통하여 대형건설업체의 시공기술이 중소기업에 이전될 수 있는 기회를 갖게 됨에 따라 중소기업의 시공능력향상에 도움을 줄 수 있다. 그리고 외부의 대형건설업체와 현지사정에 밝은 중소기업간의 공동도급으로 지역적 특수성을 효과적으로 활용하여 공사를 원활하게 수행할 수 있다.

셋째, 부족한 면허나 실적 등의 보완을 통해 공사를 수주할 수 있게 된다. 대규모공사 또는 특수한 기술이나 경험을 필요로 하는 공사를 도급받고자 하나 도급한도액, 특수기술, 실적 등의 부족으로 단독수주가 불가능한 건설업체는 자신의 미비점을 보완하여 줄 수 있는 업체와 결합함으로써 그 목적을 달성할 수 있다.

III. 지역공동도급제도의 주요 내용

1. 공동계약제도

현재 우리나라의 정부계약제도는 계약방법결정, 입찰공고, 현장설명, 입찰등록, 입찰 및 낙찰자 결정, 계약체결 및 이행, 준공 및 하



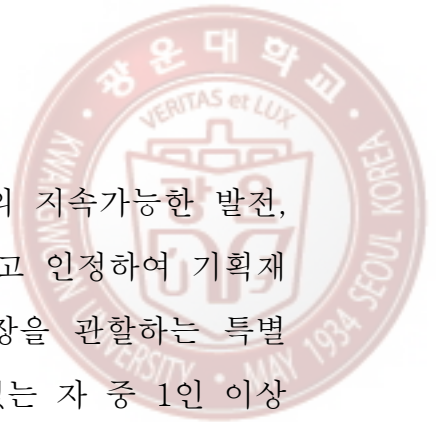
자보수의 흐름으로 건설사업이 이루어지도록 구성되어 있다.

공동도급계약이란 도급계약에서 2인 이상의 사업자가 재정경영 및 기술능력과 인원 및 기자재를 공동으로 동원하여 공사물자 또는 용역에 대한 계획입찰시공 등을 위하여 공동연대하여 사업을 영위하는 것을 의미한다.

공동도급에 의한 계약은 계약방법 결정단계에서 그 허용여부를 결정하는 것으로 국가계약법 제25조 제1항은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사, 제조 기타의 계약에 필요하다고 인정할 때에는 계약상대자를 2인 이상으로 하는 공동계약을 체결할 수 있다고 규정하여 공동도급계약의 근거를 마련하고 있다. 그리고 동법 시행령 제72조는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 경쟁에 의하여 계약을 체결하고자 할 경우에는 계약의 목적 및 성격상 공동계약에 의하는 것이 부적절하다고 인정되는 경우를 제외하고는 가능한 한 공동계약에 의하여야 한다고 규정하여 사실상 공동도급 계약을 의무화하며 장려하고 있다.

2. 지역의무공동도급제도

국가계약법 시행령 제72조 제3항은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공동계약을 체결할 때 추정가격이 고시금액 미만이고 건설업 등의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정되는 사업이거나



또는 저탄소·녹색성장의 효과적인 추진, 국토의 지속가능한 발전, 지역경제 활성화 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정하여 기획재정부장관이 고시하는 사업인 경우에는 공사현장을 관할하는 특별시·광역시·도 및 특별자치도에 주된 영업소가 있는 자 중 1인 이상을 공동수급체의 구성원으로 하도록 규정하여, 지방중소건설업체를 적극적으로 보호·육성한다는 정책적 차원에서 공사현장에 소재한 지역업체 중 1인 이상의 참여를 의무적으로 적용하는 지역의무공동도급제도를 두고 있다.

3. 지역업체와의 공동도급시 가산점을 부여하는 우대제도

공동도급계약의 촉진을 위하여 PQ심사 및 적격심사 관련 규정에서 건설공사에 공동도급으로 참여하는 건설업체를 우대하는 조항을 두고 있다. 이 제도는 주로 계약예규(회계예규)등을 통해서 시행되고 있는데, 조달청 PQ심사기준 제7조 및 제8조에 따르면 PQ심사시 지역제한 또는 지역의무공동도급 이외 공사는 지역업체가 참여하는 지분율의 총계에 따라 2점에서 8점의 가산점을, 최저가낙찰제 대상 공사의 경우에는 1점에서 5점까지 지역업체참여도점수를 평가하도록 되어 있고, 조달청 적격심사기준 제3조의 규정에 따르면 적격심사시 가산점을 부여하도록 되어 있다.

또한 행정안전부 PQ심사기준 제5절과 행정안전부 적격심사기준 제3절의 규정에 따르면 PQ심사 및 적격심사시 지역업체 지분율의 총

계에 따라 각 2%에서 16%까지 가산비율을 적용하여 평가하도록 되어 있다.





제3절 외국의 공동건설계약제도

외국의 건설계약제도는 상당히 다양하며, 각 나라의 경제 및 역사적 환경 등에 따라 독자적인 계약제도를 구축하고 있다. 미국과 캐나다는 건설보증제도를 기반으로 한 일반공개경쟁입찰을, 영국과 일본은 발주기관별 등록 장부에 의한 지명경쟁입찰을 주로 시행하고 있다. 한편, 프랑스와 이탈리아는 발주기관이 일방적으로 지명하는 것이 아니라, 계약내용의 일부 또는 전체에 대하여 제안을 받은 후 지명하는 수주자 의사타진형 지명경쟁 입찰방식을 이용하고 있다. 또한 미국과 유럽에서는 지역·중소건설업체 지원을 위한 직접적인 입찰참여규제는 제한된 범위내에서만 적용하고 시장경쟁체제에 입각한 간접지원방식을 채택하여, 지역·중소건설업체의 보호와 육성을 시장원리에 위배되지 않는 범위내에서 제한적으로 운영하고 있다. 또한 공동도급공사 수행시 공동수급체를 하나의 법인체(회사)로 인정하고 있는 점도 우리나라와 다른 점이다.⁵⁶⁾

미국과 유럽에서 시행되고 있는 건설계약제도는 우리나라의 사회, 경제, 역사적 배경의 차이로 인하여 우리의 건설계약제도와 다른 모습을 갖고 있는바, 이 논문에서는 우리와 비슷한 제도를 운용하고 있는 일본의 사례를 중심으로 외국의 공동도급 계약제도에 대해 살펴본 다음 미국, 일본, 유럽 등 외국의 지역·중소건설업체를 위한 지원제도를 간략하게 살펴보고 시사점을 얻고자 한다.

56) 국토연구원, 앞의 책, 91면.



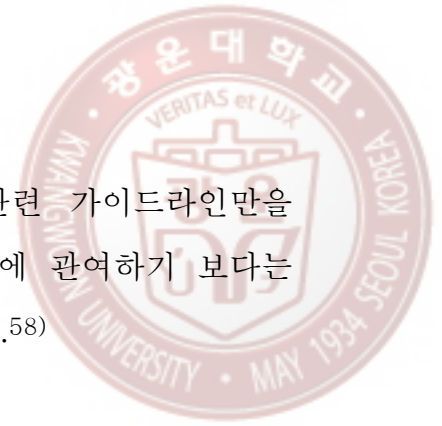
I. 외국의 공공건설 계약제도

1. 미국과 영국의 공공건설 계약제도

미국은 연방정부와 주정부에 따라 약간씩 차이가 있으나, 공공사업에 대한 입찰제도는 일반공개경쟁입찰을 원칙으로 하고 있다. 또한 입찰시 보증서제출을 의무화하여 발주처에서 실시하는 사전자격심사보다는 민간보증회사의 입찰보증제출이 사전자격심사기능을 대신하고 있다. 연방정부가 발주하는 공사계약이나 연방정부가 주정부에게 보조금을 직접 교부하여 시행하는 건설공사의 경우 대부분 연방조달규정(FAR : Federal Acquisition Regulation)에 준하여 집행된다. 연방조달규정은 기본적으로 일반공개입찰을 원칙으로 하고, 국가기밀의 보호 등이 요구되는 비상시에는 수의계약을 체결할 수 있는 예외규정을 두고 있다.⁵⁷⁾

반면, 영국은 불문법체계로 중앙정부차원에서의 건설조달에 관한 조달 관련법은 없다. 그러나 유럽연합의 정부조달협정상의 의무조항 이행을 위해 “공공건설계약규정(The Public Works Contracts Regulation)”을 제정하여 이를 반영하고 있다. 또한 정부의 조달과 관련한 업무를 처리하는 중앙정부차원의 기관은 없으며 각 지방자치단체는 필요 조달대상을 자체 조달한다. 다만, 중앙정부인 재정경

57) 국토연구원, 앞의 책, 91-95면.



제부(HM Treasury)에서는 예산지출과 조달관련 가이드라인만을 제시하며, 중앙조달청(C.U.P.)에서는 직접 조달에 관여하기 보다는 정부조달과 관련해 정책개발과 자문을 담당한다.⁵⁸⁾

2. 일본의 공동도급 계약제도

(1) 개요

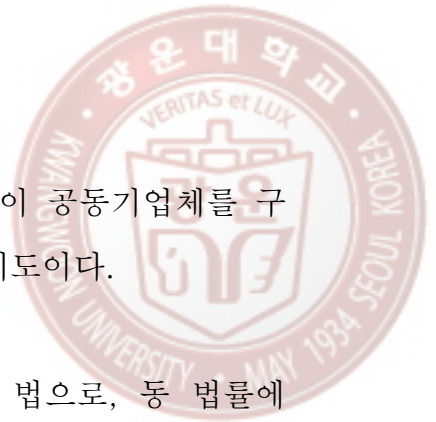
일본은 우리 나라와 가장 유사한 제도를 운영하고 있으며, 지역·중소기업·환경변화에 대한 대응력을 촉진시키기 위한 방안의 하나로 중소기업들의 집단화와 그에 따른 효율적인 사업전개를 장려하고 있다. 관련법으로는 「특정중소기업집단화의활성화에관한임시조치법」과 「공동기업체제도」 및 「관공수(官公需)에대한중소기업자의수주확보에관한법률(이하 관공수법)」 등 관련법에서 공동도급과 지역·중소업체를 위한 정책적 배려를 하고 있다.⁵⁹⁾

「특정중소기업집단화의활성화에관한임시조치법」은 중소건설업체들로 하여금 공동체를 형성하게 하여, 도급한도액, 기업경영능력, 기술능력 등을 상호 보완하고, 상위등급 공사의 수주기회 부여를 목적으로 하고 있다.

「공동기업체제도」란 우리 나라의 공동도급관련 제도와 매우 유사

58) 국토연구원, 앞의 책, 96-99면.

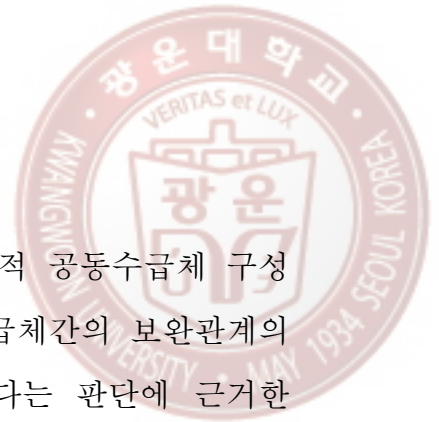
59) 정경섭, 앞의 논문, 13-16면.



한 제도로 공사물량 배분을 위하여 복수의 기업이 공동기업체를 구성하여 입찰에 참여하도록 발주자가 지정하는 제도이다.

「관공수법」이란 중소기업보호를 위해 제정된 법으로, 동 법률에 따르면 매년 중소기업을 위한 수주물량을 전체공사물량의 일정수준으로 배당하여 운영하고 있다. 관공수법에서는 공사의 특성 등을 고려하여 각 지방 건설업자, 전문공사업자 등 중소건설업자의 활용을 통해 원활하고 효율적인 시행을 기대할 수 있는 공사에 대해서는 적극 분할 발주할 것과 중소건설업자의 시공능력향상을 도모하기 위해 공동도급제도 활용을 지도하고 그 시공능력에 맞는 규모의 공사에 대해서 수주기회를 주도록 배려할 것을 강조하고 있다. 또한, 중소건설업자가 아닌 자와의 공동도급에 대해서도 상호기술, 노동력제공 등을 통해 공사의 원활한 시공이 기대되는 경우에는 적극 이를 활용하도록 규정하고 있다.

일본의 공동도급제도의 특징은 크게 다음과 같이 요약할 수 있다. 먼저, 공동수급체의 구성을 구성원간 기업규모가 유사한 것으로 제한하고 있다. 특정건설공사 공동기업체의 경우 구성원의 기업규모를 최상위 등급 또는 차상위 등급에 속하는 자로 한정하였고, 경상건설 공동기업체의 경우에는 동일등급 또는 가장 가까운 등급에 속하는 업체끼리의 편성으로 제한하였다. 또한 중소기업 육성·보호를 위한 공동도급은 중소건설업자끼리 공동수급체를 결성할 수 있게 하고 또한 이를 등록하게 하여 이들로 하여금 지속적인 협업관계를



유지하도록 하고 있다.⁶⁰⁾

일본은 우리나라와 같은 개별공사를 위한 일시적 공동수급체 구성은 대규모 복합공사에 한하고 있는데, 이는 수급체간의 보완관계의 가능성이 대규모 복합공사의 경우만이 가능하다는 판단에 근거한 것으로 보인다. 그리고 중소기업 보호를 위해서는 개별공사에 대하여 공동도급을 하게 하지 않고 소수의 중소 건설업체 단체를 법적으로 인정하여 이를 등록하게 하고 이들이 공사를 수주하게 하는 형식을 취하고 있다. 한편 공동수급체 조직은 운영위원회와 대표사를 중심으로 운영하되 새로운 법인은 구성하지 않고 있다. 일본 건설성은 ‘공동도급운영지침’을 두고 ‘경리규칙’에서 단일회계를 선택할 경우 원활한 운영과 공정성을 위한 방법을 명시하고 있다⁶¹⁾.

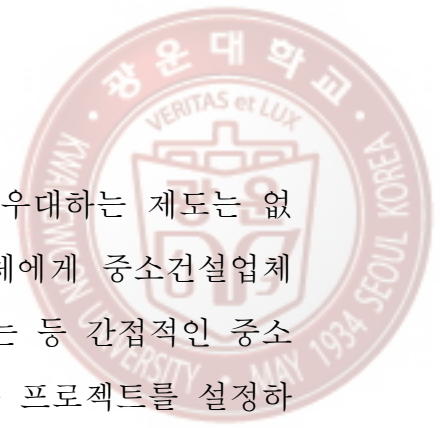
II. 외국의 지역·중소건설업체 육성제도

1. 미국

미국에서 중소·지역업체 보호를 위하여 명시적으로 입찰참가자를 제한하는 제도를 두고 있지 않다. 다만, 연방정부 및 각 주가 자발적으로 시행하고 있는 약자기업 또는 지역업체 보호를 위한 제도가 다수 있으나, 그 규모나 효과는 크지 않은 편이다.

60) 국토연구원, 앞의 책, 100-103면.

61) 이석목, (2001), “공동도급 운영의 효율화 방안”, 한국건설연구원, 157면.



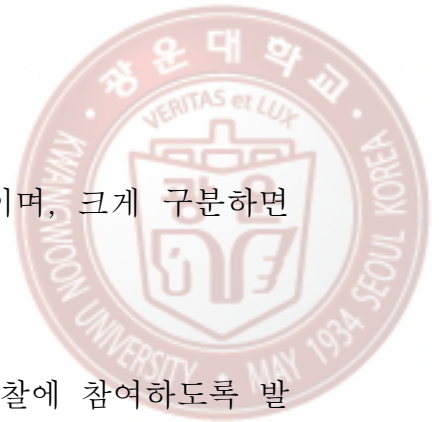
연방정부의 경우, 직접적으로 중소·지역업체를 우대하는 제도는 없으며, 다만, 대규모 공사의 경우 대형 일반업체에게 중소건설업체 활용계획서를 제출케 하여 이를 심사에 반영하는 등 간접적인 중소건설업 보호 정책을 시행하고 있다. 중소기업용 프로젝트를 설정하는 경우도 있으나 건설공사에는 적용되지 않고 있다. 각 주의 사례를 보면, 워싱턴 D.C.에서는 1992년부터 중소 및 약자기업의 보호를 위해 '마이너리티(minority) 계약 제도'를 운영하고 있다. 낙찰자 선정시 지역업체인 경우 5%, 개발지역기업인 경우 2%의 낙찰가격에 대한 프리미엄을 주며, 프리미엄을 전부 인정받을 경우 최고 12%까지 가격경쟁에서 우대받을 수 있다. 메릴랜드주에서는 경쟁업체와의 낙찰 가격 차이가 5% 이내일 경우 지역중소업체가 우선적으로 낙찰받을 수 있도록 하는 제도를 운영하고 있다. 뉴욕시는 동일한 가격으로 입찰한 경우에는 우선적으로 지역중소업체를 낙찰자로 선정하는 “Bid Match System” 제도를 시행하고 있다.⁶²⁾

정리하자면, 연방정부 및 주정부가 시행하는 지원제도에는 입찰제한이라는 직접적인 지원제도가 아닌 일종의 가산점부여 또는 이와 유사한 우대조치 등의 간접적인 지원제도만 있다고 할 것이다.

2. 일본

일본은 다른 선진국에 비해서 상대적으로 지역 및 중소건설업체 보

62) 국토연구원, 앞의 책, 104면.



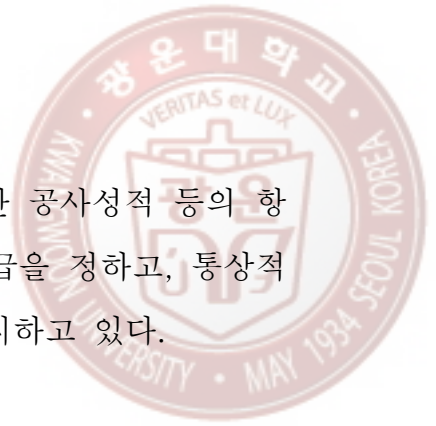
호를 위한 정책적 배려를 많이 하고 있는 편이며, 크게 구분하면 다섯 가지의 관련 제도가 있다.⁶³⁾

첫째, 복수의 기업이 공동기업체를 형성하여 입찰에 참여하도록 발주자가 지정하는 공동기업체제도가 있다. 지역자치단체가 지역의 중소기업체에게 공사수주물량을 배분하기 위하여 예비지명방식을 활용하여 사전에 대기업그룹과 그 지역의 중소건설업체가 공동으로 수주에 참여하도록 유도하는 제도이다.

둘째, 1966년부터 중소기업을 보호하기 위해 「관공수법」이 제정되어 시행되고 있다. 이 법령에 따라 매년 중소기업을 위한 수주물량을 전체공사 물량의 일정수준으로 배당하고 있으며, 지방자치단체가 중앙정부보다 그 비중이 높은 편이다. 동법에는 국가 등이 계약을 체결할 때 예산의 적정한 사용에 유의하면서 가능한 한 중소기업자의 수주기회 증대를 도모하도록 힘써야 한다고 되어 있다. 또한 발주시에는 수량, 공정 등을 고려해 분할해서 발주할 수 있는지 여부를 충분히 검토하고 가능한 한 분할발주를 하도록 권하고 있으며, 지방지분부국 등을 통해 중소기업자 수주기회 증대에 노력하도록 하고 있다.

셋째, 건설업체의 규모와 기술력에 따라 등급을 정하여 수주할 수 있는 공사 금액을 지정하는 등급제도가 있다. 경영사항 심사의 평

63) 국토연구원, 앞의 책, 105면.



점(객관적 사항)에 각 발주자의 판단으로 평가한 공사성적 등의 항목(주관적 사항)을 추가해서 A ~ E 까지의 등급을 정하고, 통상적으로 2등급을 뛰어넘는 공사에 대한 참여를 금지하고 있다.

넷째, 등급제도와 연계하여 중소기업에게 공사 물량을 더 많이 배분하기 위하여 공사규모를 더 작게 분할하는 분리·분할발주제도가 시행되고 있다.

다섯째, 대부분의 지방자치단체의 지명경쟁입찰방식의 경우 지명대상을 각 지역의 구역내에 영업소를 설치하고 있는 기업에 한정하는 방법으로 지역업체를 보호하고 있다. 일본에서는 일반경쟁입찰방식보다 지명경쟁입찰방식의 비중이 더 높다.

3. 기타 유럽 국가

캐나다는 미국과 마찬가지로 중소·지역업체를 위해 운용하고 있는 명시적인 제도는 없다. 다만, 연방정부 차원에서 소규모 공사(5,000달러 이하)의 경우 ACCRD(Administration and Control of Contracts Regional Data)라는 데이터를 활용하여 5~8개의 중소업체를 운번제로 선출하여 지명하는 제도를 시행하고 있다. 온타리오주는 25,000달러 미만의 지급공사의 경우 해당 지역 건설업체로부터 전화 견적을 받아 최저가격 입찰자를 낙찰자로 선정하는 제도를 시행하고 있다.⁶⁴⁾



영국은 EU규칙(EU rule) 및 납세자 규칙(Taxpayer rule)에 의해 중소기업 또는 지역업체를 우대하는 정책 및 제도를 시행하고 있지는 않다. 그러나, 지방 공공기관의 경우 발주시 그 지방 노동자의 고용이나 지역기업에 대한 배려를 하고 있다. 스코틀랜드 주에서는 일정금액 이하의 공사에 대해 지역업체가 수행하는 것이 경제적인 경우 지역업체 중에서 공사업체를 선정하는 제도를 운영하고 있다.⁶⁵⁾

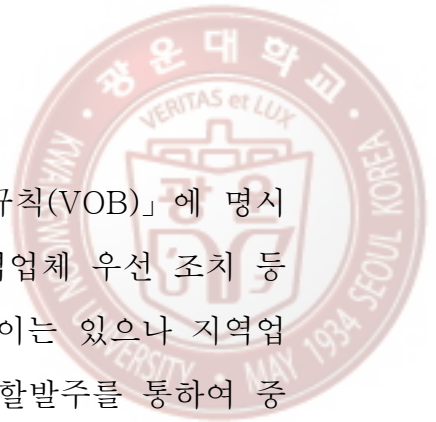
이탈리아는 중소기업에 대한 기본 방침을 시장개입을 최소화하는 방향에서 설정하고 있으며 따라서 직접적인 중소·지역업체 보호제도는 없다. 지역업체 우대 지원, 지역업체간 자율적 컨소시엄 구성 유도, 중소기업에 대한 컨설턴트서비스의 간접적인 지원 제도 등을 주로 시행하고 있다.⁶⁶⁾

다른 나라와 달리 프랑스와 독일은 지역업체나 중소기업에 대한 지원을 금지하는 법규를 가지고 있다. 프랑스는 공공계약법에 지역업체 우대 금지가 명시적으로 규정되어 있다는 특징이 있다. 연방정부는 물론 지방자치단체에도 적용되며 따라서 명시적인 중소·지역업체 우대제도는 없다. 그러나, 지방자치단체 건설공사의 경우에는 분할발주 등을 통하여 소규모 건설업자의 공사수주 물량 확보를 용

64) 국토연구원, 앞의 책, 105면.

65) 국토연구원, 앞의 책, 105면.

66) 국토연구원, 앞의 책, 106면.



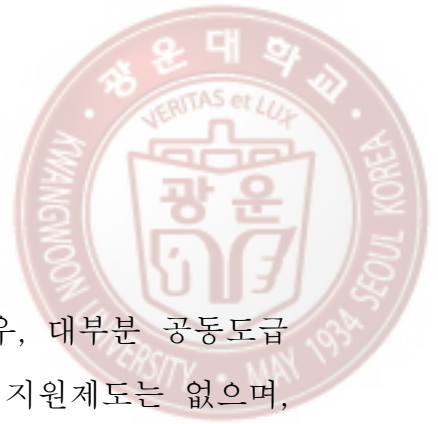
이하에 하고 있다. 독일은 「건설공사첨부계약규칙(VOB)」에 명시적으로 대중소 규모별 업체에 대한 차별과 지역업체 우선 조치 등의 금지를 규정하고 있다. 하지만, 지역별로 차이는 있으나 지역업체에게 우선적으로 발주하는 사례가 있으며, 분할발주를 통하여 중소기업업체를 지원하고 있다. 구동독지역의 경우 지역의 경제적 효과를 고려하여 지역업체에 우선 발주하는 경우가 있다.⁶⁷⁾

[표 2] 한국, 일본 및 서구 선진국의 지역·중소건설업체 보호 관련 제도⁶⁸⁾

구분	한국	일본	북미 및 유럽 국가
유형	<ul style="list-style-type: none"> ■ 입찰참여 규제 <ul style="list-style-type: none"> -지역제한 입찰제도 -지역의무공동도급제도 ■ 낙찰자선정시 가산점 부여 <ul style="list-style-type: none"> - 지역중소기업체와 공동도급시 ■ 지역중소업체에 유리한 적격심사기준 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 입찰참여 규제 <ul style="list-style-type: none"> -공동기업체제도 -등급제도 -지명경쟁입찰시 지역요건 부여 ■ 간접지원 <ul style="list-style-type: none"> - 분리·분할발주 - 관공수법 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 입찰참여 규제 <ul style="list-style-type: none"> -지역소규모공사에 대한 지역영세·약자기업 우선입찰유도 ■ 낙찰자선정시 인센티브 <ul style="list-style-type: none"> -지역업체에 대한 낙찰율 우대조치 ■ 간접지원 <ul style="list-style-type: none"> -분리·분할 발주 -프로젝트별 지역·중소건설업 활용도 심사 평가
특징	<ul style="list-style-type: none"> ■ 직접적이고 명시적인 입찰참여규제방식 중심 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 지역·중소업체를 위한 입찰참여규제를 관행화된 형태의 제도로 운영 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 직접적 입찰참여규제는 제한된 범위 내에서 적용하고, 시장경쟁체제에 영향이 적은 간접지원방식 중심

67) 국토연구원, 앞의 책, 107면.

68) 국토연구원, 앞의 책, 108면.



III. 소결

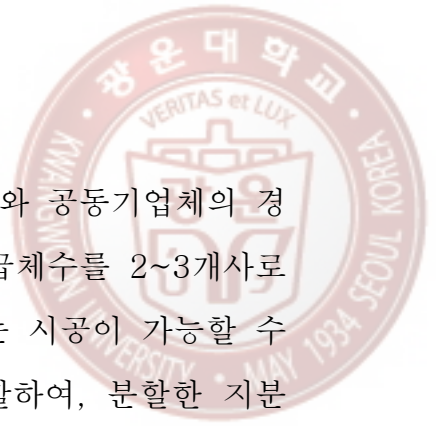
일본을 제외한 북미 및 유럽의 선진국가의 경우, 대부분 공동도급이나 중소·지역건설업체 보호를 위한 직접적인 지원제도는 없으며, 심지어 법령상으로 이를 금지하고 있는 것으로 나타났다. 다만 지방자치단체의 경우 간접적 지원과 관련된 제도가 시장원리에 위배되지 않는 범위내에서 자율적이고 제한적으로 운영되고 있는 실정이다.⁶⁹⁾

중소·지역건설업체 보호를 위한 북미 및 유럽 선진국가의 사례의 시사점으로는 첫째, 소규모 공사에 한정적으로 지역내 중소기업가 우선 입찰될 수 있도록 유도하는 제도를 운영하고 있다는 점을 들 수 있다는 점, 둘째, 프로젝트별로 지역중소기업 및 지역경제에 대한 기여도를 낙찰자 선정에 반영하는 방식이 활용되고 있다는 점, 셋째, 대부분의 국가에서 중소기업을 위한 배려로서 분리·분할발주 방식을 활용하고 있다는 점, 넷째, 미국의 일부 주의 경우 지역내 중소기업에게 낙찰자 선정시 낙찰가격 우대조치를 시행하고 있다는 점이다.⁷⁰⁾

일본의 공동기업체제도는 우리나라의 공동도급 계약제도와 매우 유사하게 운영되고 있지만, 최근에는 단독발주 원칙을 강화하고, 특정 건설공사인 경우 공동도급으로 시공하기로 한 공사라도 단독으로

69) 정경섭, 앞의 논문, 18면.

70) 국토연구원, 앞의 책, 107면.



시공할 수 있는 업자가 있는 경우에는 단독업체와 공동기업체의 경쟁을 허용하고 있다. 특히 일본의 경우 공동수급체수를 2~3개사로 제한하는 경우가 많았으며, 출자지분에 관해서는 시공이 가능할 수 있도록 전체지분을 참여업체수로 균등하게 분할하여, 분할한 지분의 60%이상을 출자하도록 규정하고 있다⁷¹⁾.

71) 예를 들자면, 10억 공사를 3개사가 참여시 3개사의 균등 분할 지분은 33.3%이므로, 33.3%의 60%인 19.98%(1억 9,980만원)이상이 최소 참여지분율이 된다.



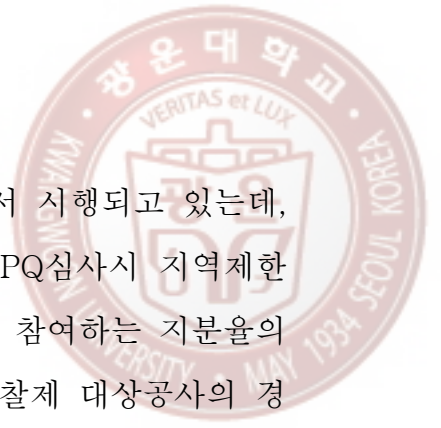
제3장 지역의무공동도급제도 등의 위헌성 및 실효성 문제

제1절 기본권 침해

I. 위헌성 여부의 검토 필요성

공동도급제도의 주요 목적 중의 하나는 중소·지역건설업체의 지원·육성으로서 지역업체의 수주기회확대 등을 위해 공사금액이 일정금액 미만인 공사의 경우 공사의 전부 또는 일부에 대해 지역업체와의 공동수급체에게만 입찰참가자격을 부여하는 지역의무공동도급제도와 지역업체와 공동수급체를 구성하여 입찰한 경우 가산점을 부여하는 등 각종 지역업체 우대제도를 시행하고 있다.

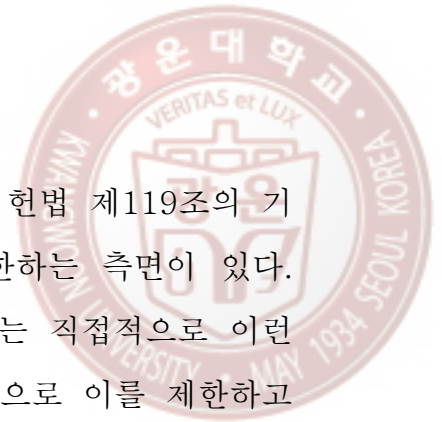
지역의무공동도급제도는 국가계약법 시행령 제72조, 지방계약법 제29조, 동법 시행령 제88조 등의 규정을 근거로 하고 있는데, 이에 따르면 추정가격이 95억원(국가), 100억원(지방자치단체) 미만인 공사의 경우 지역업체로 입찰참가자의 자격을 제한할 수 있고, 추정가격 95억원(국가), 284억원 미만(광역시자체) 공사의 경우 공사금액의 30%, 또는 40% 이상을 지역업체와 의무적으로 공동도급하도록 되어있다.



가산점부여제도는 계약예규(회계예규)등을 통해서 시행되고 있는데, 조달청 PQ심사기준 제7조 및 제8조에 따르면 PQ심사시 지역제한 또는 지역의무공동도급 이외 공사는 지역업체가 참여하는 지분율의 총계에 따라 2점에서 8점의 가산점을, 최저가낙찰제 대상공사의 경우에는 1점에서 5점까지 지역업체참여도점수를 평가하도록 되어 있고, 조달청 적격심사기준 제3조의 규정에 따르면 적격심사시 가산점을 부여하도록 되어 있다. 또한 행정안전부 PQ심사기준 제5절과 행정안전부 적격심사기준 제3절의 규정에 따르면 PQ심사 및 적격심사시 지역업체 지분율의 총계에 따라 각 2%에서 16%까지 가산비율을 적용하여 평가하도록 되어 있다.

헌법 제123조 제2항에서는 “국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다”고 규정하고 있고, 제3항에서는 “국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다”고 규정하여, 국가의 지역경제 및 중소기업의 보호·육성의무를 인정하고 있는바, 중소기업 및 지역경제의 보호·육성을 위해 시행되는 위 두 제도의 목적은 헌법에 부합하는 것이라고 할 것이다.

그러나 위 제도들은 건설업체들로 하여금 일정 공사의 입찰을 위해서는 공동수급체를 구성하도록 법적으로나 사실적으로 강요하고 있을 뿐만 아니라, 공동수급체의 상대방을 지역건설업체로 제한하고 있다. 즉, 건설업체의 자유로운 판단하에서 조합체 구성여부를 결정하고 동업 상대방을 선택할 수 있는 영업활동상의 자유를 제한하고

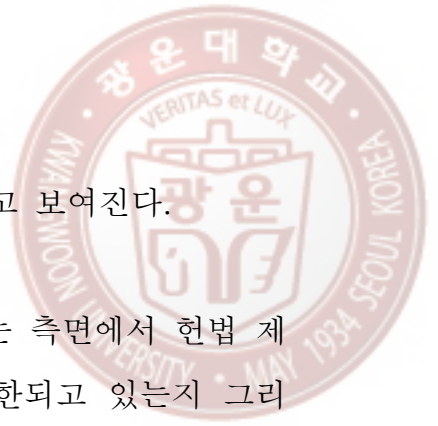


있는 바, 이는 헌법 제15조의 직업의 자유 및 헌법 제119조의 기업의 영업의 자유라는 헌법상의 기본권을 제한하는 측면이 있다. 지역의무공동도급제도와 달리 가산점 부여제도는 직접적으로 이런 자유를 제한하는 것은 아니지만 간접적인 방식으로 이를 제한하고 있다고 할 것이다.

더 나아가 가산점부여제도는 지역건설업체와 공동수급체를 구성하는 경우, 그 참여율에 따라서 가산점을 부여하는 것인만큼 결과적으로는 다른 지역 건설업체와 공동수급체를 구성하거나 또는 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에게 수주상의 불이익을 주는 것이어서 이들의 평등권을 침해하는 문제까지 갖고 있다.

이토록 위 두 제도는 민간건설업체의 헌법상의 기본권을 제한하는 의미를 갖고 있음에도 불구하고, 지역의무공동도급제도의 경우, 국가계약법 시행령 제72조 근거를 두고 있을 뿐이고, 지방계약법 제29조는 지역의무공동도급제도에 대한 근거를 마련하고 있지만 그 구체적인 내용의 대부분을 동법 시행령 제88조에 위임하고 있다는 문제가 있으며, PQ심사 또는 적격심사시 가산점부여제도는 회계예규 등에 근거를 두고 운영되고 있을 뿐 이에 대한 직접적인 법률적 근거가 취약하다는 법률상 중대한 문제가 있는 것으로 보여진다.

따라서 이러한 자유경쟁을 제한하고 공동도급제도를 유도하는 현재의 제도들이 과연 우리 헌법적 토대 위에서 인정될 수 있는 것인



지, 즉 그 위헌성에 대해서 검토할 필요가 있다고 보여진다.

이를 위해 먼저 기본권제한의 형식적인 한계라는 측면에서 헌법 제 37조 제2항에 의거하여 법률로써 기본권이 제한되고 있는지 그리고 헌법 제75조에서 규정하고 있는 위임입법의 한계를 일탈한 것은 아닌지, 즉 포괄위임금지원칙에 위배되는 것은 아닌지에 대하여 살펴보고, 기본권제한의 실질적, 내용적 한계를 심사하는 기준의 하나인 비례의 원칙에 위배되는 것은 아닌지에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 기본권 침해의 성립여부

지역의무공동도급제도나 지역업체 가산점부여제도의 위헌성 여부를 판단함에 있어서, 국가 또는 지방자치단체가 민간 건설회사와 공사도급계약을 체결하는 경우에도 기본권제한의 문제가 적용될 수 있는지 논의될 필요가 있다. 즉, 국가 등이 권력작용의 주체가 아닌 단순한 사적 주체로서 공사도급계약을 체결하는 것이므로 양 당사자가 상호간에 평등한 계약주체로서 계약을 체결하는 것이기 때문에 기본권제한의 문제가 발생하지 않는다고 볼 여지가 있기 때문이다. 위와 관련하여 국고작용에 있어서의 기본권의 효력이 미치는지 여부의 주제로 여러 견해가 존재하는 바, 이에 대하여 간략하게 검토한다.



1. 국고작용의 의미

국가작용에는 행정주체가 공권력의 주체라는 우월적인 지위에서 국민에 대하여 일방적으로 명령·강제하는 권력작용과 그 외의 비권력 작용으로 나눌 수 있고, 비권력작용은 공물·공기업 등을 관리·경영하는 관리작용, 행정주체가 사경제주체로서 사인과 법률관계를 형성하는 국고작용으로 구분될 수 있다.⁷²⁾

국가계약법이나 지방계약법은 국가 또는 지방자치단체가 계약의 당사자로서 일반 사인과 법률관계를 형성함에 있어서 기본적인 사항을 정하기 위하여 제정된 법이므로, 이 법률들은 국가나 지방자치단체의 국고작용에 대하여 규율하는 법이라고 할 것이다.

2. 국고작용에 기본권의 효력이 미치는지 여부

국가작용 중에서 공권력의 발동인 권력작용에 대해서는 기본권의 효력이 미치는 점에 이론의 여지가 없으며, 관리작용의 경우에도 성질상 사인의 행위와 유사한 측면이 있지만 공적 행정작용으로서 공공복리의 실현과 밀접한 관련이 있기 때문에 이에 대해서도 기본권의 효력이 미치는 것으로 학설은 보고 있다.⁷³⁾

72) 권영성, (2010), 헌법학원론, 법문사, 215면.

73) 김문현, (2000), “국고작용에 있어서의 기본권의 효력”, 사례연구 헌법, 법원사, 153면.



그러나 국고작용에 대해서는 기본권의 효력이 미치는지에 대하여 견해가 대립하고 있다.

(1) 학설

부정설은 국고관계는 사법관계이므로 이에 대해서는 사법만이 적용되어야 하는 것으로 보거나, 기본권은 대국가적 효력만이 인정될 뿐이고 대사인적 효력은 인정되지 않는다는 입장으로서 국고작용에 대한 기본권의 효력을 부정한다.⁷⁴⁾

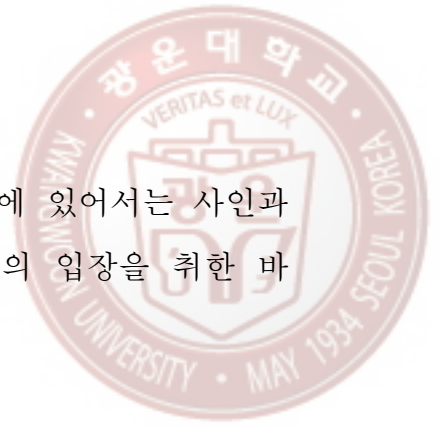
반면에 전면적 긍정설은 기본권의 대사인적 효력이 인정된다는 입장에서 모든 국고작용에 기본권의 효력이 당연히 미친다고 보고 있으며, 유형구별설은 순수한 국고작용에는 기본권의 효력이 미치지 아니하지만 국가가 사법의 형식으로 행정목적을 직접 수행하는 행정사법의 경우에는 기본권에 구속된다고 보고 있다.⁷⁵⁾

(2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 민사소송에서 사인이 피고인 경우에는 가집행선고를 붙일 수 있도록 하면서 국가가 피고인 경우에는 가집행선고를 붙일 수 없도록 하는 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항의 위헌여부를 판단하면서, “비록 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌 민사소

74) 김선택, (2001), 국고작용에 대한 기본권의 효력, 『헌법사례연습』, 105면.

75) 김선택, 앞의 논문, 105면.



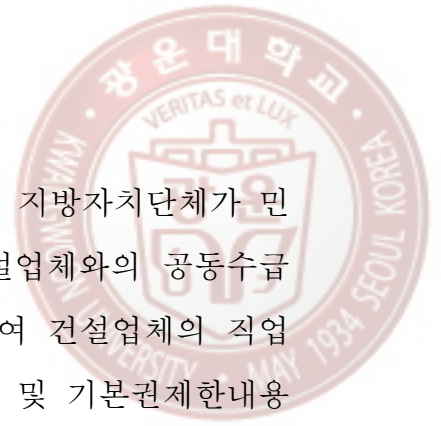
송의 대상이 되는 국고작용으로 인한 법률관계에 있어서는 사인과 동등하게 다루어져야 한다”고 판시하여 부정설의 입장을 취한 바 있다. (1989. 1. 25. 88헌가7)

3. 소결

국고작용은 기본적으로 국가 또는 지방자치단체가 일반 사인과 사법상의 계약관계를 체결하는 것이므로 국가 또는 지방자치단체도 사인과 동등하게 취급해야 하므로, 국고작용으로 인한 법률관계는 원칙적으로 사법적 법률관계 내에서 판단하는 것이 바람직하고, 법률적 분쟁이 발생하더라도 사법분쟁절차를 통해서 해결하는 것이 타당하다고 보여진다.

그러나 국고작용이 순수한 사법상의 계약을 체결하는 것에 국한되지 않고 행정상의 목적을 달성하기 위하여 사법관계의 형식을 통하여 이를 수행하고자 하는 행정사법의 경우에는 이는 실질적으로는 권력작용의 경우에 준하여 취급하여야 할 것이므로 기본권에 구속된다고 보는 것이 타당하다고 할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 유형구별설에 따라서 국고작용에 기본권의 효력이 미치지는지 여부를 검토한다.

지역의무공동도급제도나 가산점부여제도는 지방경제 및 중소기업을 보호·육성하고자 하는 헌법상의 목적을 위하여 시행되는 제도이고,



이런 헌법상의 목적을 달성하기 위하여 국가 및 지방자치단체가 민간과 체결하는 공사도급계약을 통해서 지역건설업체와의 공동수급체 구성을 직접적으로 또는 간접적으로 강제하여 건설업체의 직업의 자유를 제한하는 것인만큼, 국고작용의 목적 및 기본권제한내용으로 볼 때 이에 대해서는 기본권의 효력이 미친다고 보고, 기본권 제한의 위헌성 여부를 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

III. 제한되는 기본권

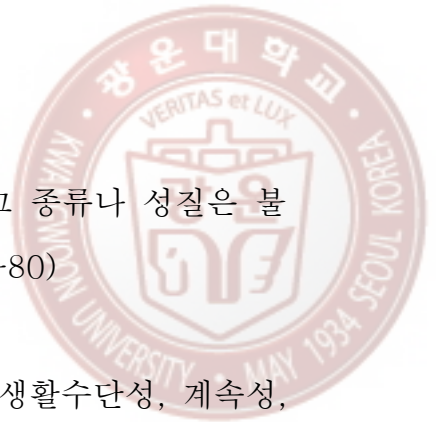
1. 직업의 자유

우리 헌법 제15조에서는 모든 국민의 직업선택의 자유를 보장하고 있다. 문언상으로는 직업선택의 자유로 규정하고 있지만, 직업의 선택에 국한되어 있는 것이 아니라 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유를 의미하고 있으므로, 현행 헌법상의 직업선택의 자유는 직업의 자유를 의미한다.⁷⁶⁾

(1) 직업의 개념

직업의 개념에 관해 우리 헌법재판소는 “생활의 기본적 수요를 충

76) 방승주, (1998), 「직업선택의 자유」, 『헌법논총』 제9집, 202면.



족시키기 위한 지속적인 소득활동을 의미하여 그 종류나 성질은 불문한다”고 판시하고 있다. (1992. 5. 13. 92헌마80)

이에 대하여 학설에서는 직업개념의 3요소로서 생활수단성, 계속성, 공공무해성을 들고 있다.⁷⁷⁾ 공공무해성이란 법공동체의 가치관념에 따라 보통 공동체에 해롭지 않은 것으로 간주되는 활동을 말한다.

(2) 직업의 자유의 내용

1) 직업결정의 자유(=직업선택의 자유)

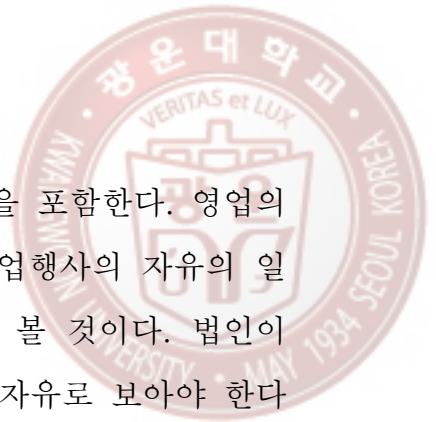
직업의 자유에는 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택할 수 있는 직업결정의 자유가 포함된다. 그리고 직업교육장을 선택하는 것은 직업교육후의 직업선택과 불가분의 관계에 있기 때문에 직업교육장선택의 자유도 넓은 의미의 직업결정의 자유에 포함된다고 한다.⁷⁸⁾

2) 직업행사의 자유(=직업수행의 자유, 직업종사의 자유)

직업행사의 자유란 선택한 직업을 영위하면서 사회적, 경제적 생활관계를 형성해 나가는 자유를 말한다. 이 자유는 직업활동의 장소,

77) 방승주, 앞의 논문, 203면.

78) 김문현, (1999), 「공직자윤리와 직업선택의 자유의 제한」, <<고시연구>>(1999년 5월호), 95면.



기간, 형태, 수단 및 그 범위와 내용의 확정 등을 포함한다. 영업의 자유에 관해서는 헌법에 명문규정이 없으나, 직업행사의 자유의 일환으로서 직업의 자유 중에 당연히 포함된다고 볼 것이다. 법인이 주체인 경우에는 직업의 자유가 아니라 영업의 자유로 보아야 한다는 견해가 있으나, 영업의 주체가 개인이나, 법인이나에 관계없이 영업의 자유는 직업의 자유에 포함된다고 보는 견해가 다수로 보여진다. 법인의 행위와 자연인의 행위를 구별할 실익이 없기 때문이다.⁷⁹⁾

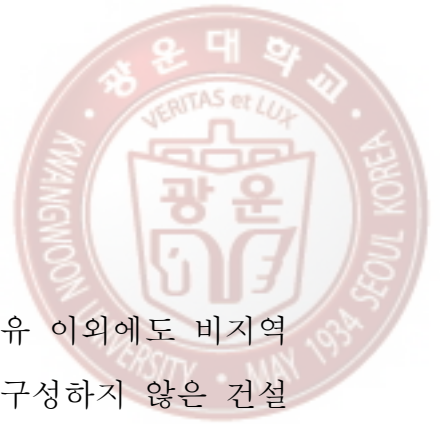
3) 직업이탈의 자유 (=전직의 자유)

직업의 자유는 자신이 수행하고 있거나 종사하고 있는 직업을 언제든지 자유로이 포기하거나 그 직업에서 이탈하여 다른 직업을 선택할 자유를 포함한다.

(3) 소결

건설업체로 하여금 공동수급체를 구성하게 하고, 상대방 구성원을 해당 지역업체로 할 것을 의무화시키는 지역의무공동도급제도는 건설업체의 직업행사의 자유, 즉 직업종사의 자유를 제한하는 것이라고 보여진다.

79) 방승주, 앞의 논문, 205면.



2. 평등권

지역업체가산점제도는 위에서 살펴본 직업의 자유 이외에도 비지역업체와 공동수급체를 구성하거나 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에 비해서 지역업체와 공동수급체를 구성한 건설업체에게 가산점을 부여하여 결과적으로 양자를 차별취급하는 것이므로 평등권침해의 문제가 있다고 할 것이다.



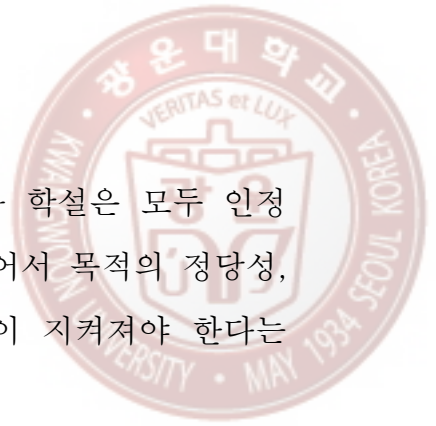
제2절 법률형식에 의한 기본권 제한 원칙위반

I. 지역의무공동도급제도의 근거 법령

본 연구에서 검토하고자 하는 공동도급제도 등의 위헌성 여부와 관련하여, 침해가 되는 기본권과 관련하여 살펴보면, 우리 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하고 있고, 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 국민의 직업의 자유 및 평등권을 헌법으로 보장하고 있다.

우리 헌법에서는 기본권제한에 있어서의 한계에 대하여도 명시하고 있는데 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여, 헌법상 보장된 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 목적상 한계로 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서만 가능하고, 형식상 법률에 의해서만 하여야 하며, 내용상으로는 국민의 기본권의 본질적 내용의 침해를 하여서는 안된다고 명시하고 있다.

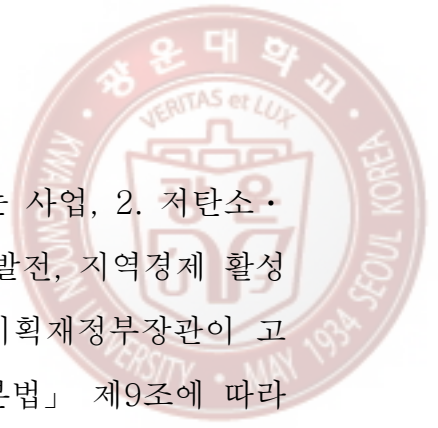
헌법 제37조 제2항에서 명시하고 있지는 않지만, 기본권 제한의 내



용상 한계로써 비례원칙의 준수를 헌법재판소나 학설은 모두 인정하고 있는데, 비례의 원칙이란 기본권제한에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 형평성이 지켜져야 한다는 원칙이다.

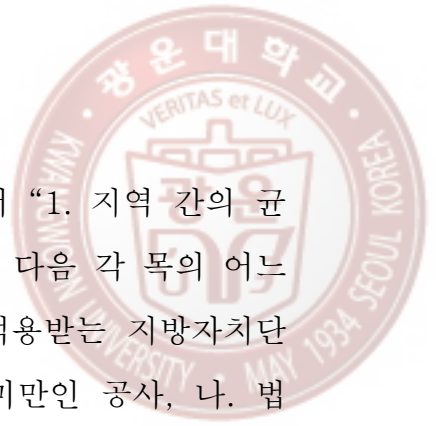
또한 헌법 제75조에서는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 하여 법률로써 기본권제한을 함에 있어서도 포괄위임금지원칙이 준수되어야 함을 명시하고 있다.

지역의무공동도급제도와 관련하여 국가계약법 제25조(공동계약) 제1항에서는 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약·제조계약 또는 그 밖의 계약에서 필요하다고 인정하면 계약상대자들 이상으로 하는 공동계약을 체결할 수 있다.”고 하여 공동계약에 대하여 규정하고 있으나, 지역의무공동도급제도에 대한 근거규정은 마련되어 있지 않다. 다만, 국가계약법 시행령 제72조(공동계약) 제3항에서는 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제2항에 따른 공동계약을 체결할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업인 경우에는 공사현장을 관할하는 특별시·광역시·도 및 특별자치도에 주된 영업소가 있는 자 중 1인이상을 공동수급체의 구성원으로 하여야 한다. 다만, 해당 지역에 공사의 이행에 필요한 자격을 갖춘 자가 10인 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는데, 각 호의 내용을 보면, “1. 추정가격이 고시금액 미만이고 건설



업 등의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정되는 사업, 2. 저탄소·녹색성장의 효과적인 추진, 국토의 지속가능한 발전, 지역경제 활성화 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정하여 기획재정부장관이 고시하는 사업. 다만, 외국건설업자(「건설산업기본법」 제9조에 따라 건설업의 등록을 한 외국인 또는 외국법인을 말한다)가 계약상대자에 포함된 경우는 제외한다.”로 규정하고 있다.

지역의무공동도급제도와 관련하여 지방계약법 제29조(공동계약) 제2항에서는 “지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 제1항에 따른 공동계약의 경우 입찰 참가자격으로 지역을 제한하지 아니하는 입찰로서 건설업 등의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공사현장을 관할하는 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도에 주된 영업소가 있는 자 중 1인 이상을 공동수급체의 구성원으로 하여야 한다. 다만, 제5조에 따라 국제입찰에 의하는 경우로서 외국건설업자(「건설산업기본법」 제9조에 따라 건설업의 등록을 한 외국인 또는 외국법인을 말한다)가 계약상대자에 포함된 경우는 제외한다.”고 규정하여 지역의무공동도급제도에 대해서 법적 근거를 마련하고 있다. 그리고 동법 시행령 제88조(공동계약) 제3항에서는 “지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 법 제29조제2항에 따른 공동계약이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공사현장을 관할하는 시·도에 주된 영업소가 있는 자 중에서 1인 이상을 공동수급체의 구성원으로 하여야 한다. 다만, 해당 지역에 공사의 이행에 필요한 자격을 갖춘 자가 10인 미만인 경우에는 그러하지 아니



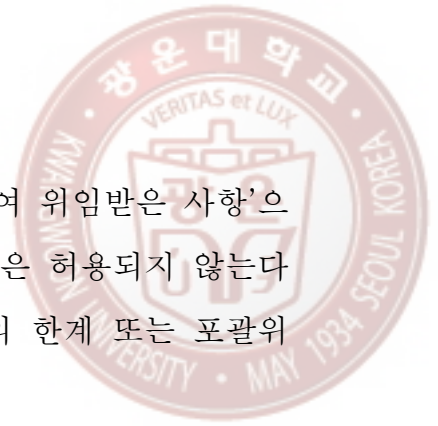
하다.”고 규정하고 있고, 각 호의 내용에 대해서 “1. 지역 간의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정되는 공사로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공사, 가. 법 제5조제1항을 적용받는 지방자치단체가 발주하는 공사 중 추정가격이 고시금액 미만인 공사, 나. 법 제5조제1항을 적용받지 아니하는 지방자치단체가 발주하는 공사, 2. 지역경제 활성화 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정하여 안전 행정부 장관이 고시하는 사업. 다만, 외국건설업자(「건설산업기본법」 제9조에 따라 건설업의 등록을 한 외국인 또는 외국법인을 말한다)가 계약상대자에 포함된 경우는 제외한다.”로 규정하고 있다.

II. 가산점부여 우대제도의 문제

1. 법률에 의한 기본권 제한 및 포괄위임금지원칙

헌법 제37조는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하여 기본권제한이 필요한 경우에는 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률로써 하도록 명시하고 있다.

또한 헌법 제75조는 “대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 대통령령으로 입법할 수



있는 사항을 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’으로 한정함으로써 일반적이고 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 밝히고 있는바, 이를 위임입법의 한계 또는 포괄위임금지원칙이라고 한다.

헌법재판소의 판시에 따르면 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위에 관한 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다”는 것이다.⁸⁰⁾

2. 지역의무공동도급제도의 경우

국가계약법의 경우, 제25조에서 공동도급계약에 대해서만 규정하고 있을 뿐, 지역의무공동도급제도에 대해서는 전혀 규정되어 있지 않고, 다만 동법 시행령 제72조에서 지역의무공동제도에 대해서 규정하면서 그 구체적인 해당요건을 규정하고 있을 뿐이다. 즉, 동법 시행령에서 지역의무공동도급제도를 규정할 법률상 근거가 전혀 존재하지 않으면서도 건설업체의 직업의 종사의 자유를 제한하고 있는

80) 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 91헌바1 등 다수 판례



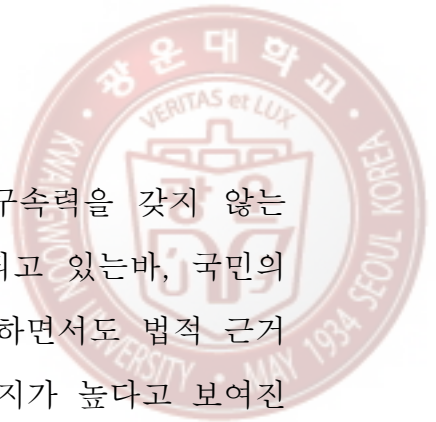
실정이다.

지방계약법의 경우는 국가계약법과 달리 동법 제29조에서 지역의 무공동도급제도의 근거를 규정하고 있어서 국가계약법과는 명문상의 차이가 존재하는 것은 사실이다. 그러나 구체적인 요건에 대해서는 규정하지 않은 상태에서 단지 건설업 등의 균형발전이라는 추상적 요건만 규정하고 나머지 내용을 동법 시행령에 모두 위임하고 있는 상황이다. 따라서 지방계약법 제29조만 보면 어떤 경우에 지역의 무공동도급제도가 적용되는지에 대해서 전혀 예상할 수 없는 상태인 것이다. 따라서 지방계약법의 경우에는 포괄위임금지원칙에 위배된다고 보여진다.

결론적으로 지역의 무공동도급제도를 규정하고 있는 현행 방식은 기본권의 제한은 법률에 의해서만 가능하다는 형식적 한계를 일탈하였거나 또는 포괄위임금지원칙을 위반한 것이어서 위헌적인 방식으로 건설업체의 직업 종사의 자유를 제한하고 있다고 할 것이다.

3. 가산점부여 우대제도의 경우

가산점부여 우대제도 또한 지역공동도급의무제도와 유사하게 기업의 영업활동의 자유를 침해할 뿐만 아니라, 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않는 타 지역 건설업체로 하여금 입찰과정에서의 불이익을 입게 되므로 평등권침해의 소지가 매우 높다고 할 것이다.



그럼에도 불구하고 가산점부여제도는 대외적 구속력을 갖지 않는 비법규적 행정규칙인 회계예규에 의하여 운영되고 있는바, 국민의 헌법상 기본권인 평등권과 영업의 자유를 제한하면서도 법적 근거가 없다는 점에서 위의 경우와 같이 위헌성 소지가 높다고 보여진다.

특히 일반적으로 가산점제도를 시행하는 경우에는 대부분 법령에 구체적인 근거와 기준을 마련하고 있는 사정을 감안할 때 중소·지역업체에 대한 가산점부여제도의 법적 근거마련이 매우 시급하다고 할 것이다.

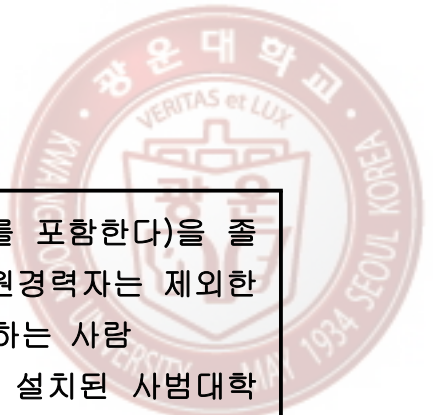
(1) 법률에 가산점제도를 규정하는 경우

교육공무원법 제11조(교사의 신규채용 등) 제1항에서는 “교사의 신규채용은 공개전형으로 한다. 이 경우 임용권자는 별표 2에 해당하는 사람에게 제1차 시험성적 만점의 100분의 10 이내의 범위에서 가산점을 줄 수 있다.”고 규정하여 가산점제도를 법률에 규정하고 있다.

[별표 2] <개정 2011.9.30>

가산점의 종류(제11조제1항 관련)

- | |
|-------------------------------------|
| 1. 「고등교육법」 제41조 및 제43조에 따라 설치된 교육대학 |
|-------------------------------------|



- (종합교원양성대학 및 사범대학 초등교육과를 포함한다)을 졸업한 사람(졸업예정자를 포함한다. 다만, 교원경력자는 제외한다)으로서 임용권자가 정하는 지역에서 응시하는 사람
2. 「고등교육법」 제41조 및 제43조에 따라 설치된 사범대학(대학의 교육과를 포함한다) 및 종합교원양성대학(유아교육과 및 초등교육과는 제외한다)을 졸업한 사람(졸업예정자를 포함한다. 다만, 교원경력자는 제외한다)으로서 임용권자가 정하는 지역에서 응시하는 사람
 3. 두 개 이상의 전공을 이수하여 전공 과목과 부전공 과목이 함께 표시된 교원자격을 취득한 사람
 4. 두 개 이상의 전공을 이수하여 복수의 교원 자격을 취득한 사람
 5. 어학·정보처리·체육·기술 분야에서 교원으로서의 직무 수행에 필요하다고 인정되는 능력·자격 또는 수상실적을 지닌 사람
 6. 「도서·벽지 교육진흥법」 제2조에 따른 도서·벽지 중 임용권자가 정하는 지역에서 일정 기간 근무할 것을 조건으로 응시하는 사람

(2) 대통령령에 가산점제도를 규정하는 경우

환경기술 및 환경산업 지원법 시행령 제19조의3(신기술의 우선 활용) 제3항에서는 “동법 제7조의2제3항에 따른 기관이나 사업자가 환경시설공사나 설계용역을 발주할 때에는 환경부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 신기술에 입찰 가산점을 부여하는 등의 우대 조치를 할 수 있다.”고 규정하여 가산점제도의 법적 근거를 시행령에



서 규정하고 있다.

(3) 총리령/부령에 가산점제도를 규정하는 경우

방위사업법 시행규칙 제25조(품질경영)에서는 “동 규칙 제1항에 따라 품질인증을 받은 방산업체 또는 전문연구기관에 대하여는 군수품의 조달 또는 용역계약의 체결에 있어 가산점을 부여하는 등의 인센티브를 부여할 수 있다.”고 규정하고, “품질인증의 기준·인증방법 및 절차, 인센티브의 대상·방법 그 밖에 인센티브를 부여함에 있어 필요한 사항은 방위사업청장이 정하여 고시한다.”고 규정하여 가산점제도의 근거를 시행규칙에 두고 있다.

III. 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 지역의무공동도급제도나 지역업체 가산점 부여제도는 모두 법률에 의한 기본권제한의 원칙 및 포괄위임금지 원칙을 위배하여 위헌적인 제도라고 할 것이므로, 위헌성 문제를 불식시키기 위해서 신속한 입법화를 통한 법률상 근거마련이 필요하다고 할 것이다.



제3절 비례원칙위반

위에서 살펴본 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도의 기본권제한의 형식적 한계의 위반문제와 관련된 문제와 별개로 위 제도들이 위의 형식적 문제를 해결한다고 하더라도 즉, 입법적으로 법률상 근거를 마련한다고 하더라도, 실질적이고 내용적인 측면에서 위헌적인 소지가 없는지를 살펴볼 필요가 있다. 즉 위 제도들로 인하여 민간건설업체의 직업중사의 자유 또는 평등권이 실질적으로 침해되는 것은 아닌지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

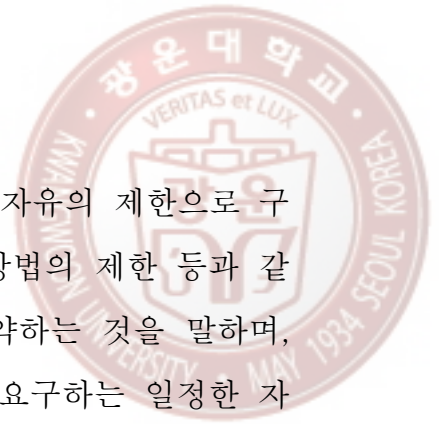
I. 직업의 자유 침해 여부

1. 직업의 자유의 제한에 대한 심사기준 (단계이론)

직업의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있다. 그리고 직업의 자유에 대한 침해여부를 심사하는 기준은 과잉금지의 원칙을 구체화한 단계이론이 특수한 심사기준으로 활용되고 있다.⁸¹⁾

단계이론은 직업의 자유의 제한을 3단계로 구별하고 있는데, 첫째 직업의 자유의 제한을 제한의 정도에 따라 1단계인 직업행사의 자유의 제한에서부터 2단계인 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의

81) 전광석, (1997), 「직업선택의 자유에 대한 제한 및 제한의 문제」, 《고시연구》, (1997년 11월호), 201면.

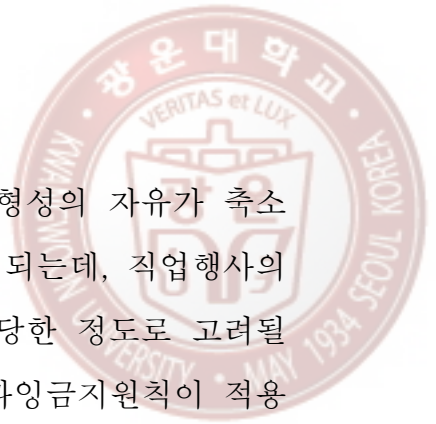


제한, 3단계인 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한으로 구별한다. 1단계의 제한은 영업시간의 제한·영업방법의 제한 등과 같이 직업선택은 허용하되 그 행사의 일부를 제약하는 것을 말하며, 2단계의 제한은 직업결정의 자유를 그 직업이 요구하는 일정한 자격과 결부시켜 제한하는 경우를 말하며(직업의 성질상 그 직업수행이 일정한 전문성, 기술성 등을 요하는 경우 직업선택을 일정한 교육과정 이수 또는 시험합격 등과 같이 기본권주체 스스로가 충족시킬 수 있는 일정한 주관적 사유와 결부시켜서 제한하는 경우), 3단계의 제한은 기본권주체와는 무관한 어떤 객관적 사유 때문에 직업결정의 자유를 제한하는 것이다.⁸²⁾

단계이론은 과잉금지원칙 중에서 특히 침해의 최소성을 구체화한 것인데, 즉 직업의 자유를 제한하는 경우 가장 적은 침해를 가져오는 단계에서 제한하여야 하며 입법자가 달성하려는 목적을 경미한 단계의 제한으로 달성할 수 없는 경우에는 비로소 다음 단계의 제한을 할 수 있음을 의미한다. 즉, 우선적으로 직업행사의 자유의 제한을 통해서 입법목적은 수행하도록 하고, 목적달성이 불가능하거나 곤란한 경우에는 직업결정의 자유를 제한하되 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유를 제한하고 그에 의해서도 목적달성이 어려운 경우에는 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유를 제한하여야 한다는 이론이다.⁸³⁾

82) 방승주, 앞의 논문, 205면.

83) 전광석, 앞의 논문, 201-203면.



단계이론에 따르면 제한의 정도가 클수록 입법형성의 자유가 축소되어 위헌성 판단에서의 엄격한 심사를 요하게 되는데, 직업행사의 자유의 제한에 있어서는 합목적성의 관점이 상당한 정도로 고려될 수 있고, 직업결정의 자유의 제한에 있어서는 과잉금지원칙이 적용되어야 하고, 특히 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한의 경우에는 훨씬 엄격한 과잉금지원칙이 적용되어야 하는 것으로 보고 있다.⁸⁴⁾

헌법재판소도 “직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다”(1993. 5. 13. 92헌마80)고 판시하거나, “당사자의 능력이나 자격과도 상관없는 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한은 직업의 자유에 대한 제한 중에서도 가장 심각한 제약이 아닐 수 없다. 따라서 이러한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있다”(2002. 4. 25. 2001헌마614)고 판시하여 직업의 자유에 대한 제한을 심사함에 있어서 단계이론을 받아들이고 있음을 알 수 있다.

2. 위헌성 여부 검토

앞에서도 살펴본 바와 같이 지역의무공동도급제도나 지역업체가산

84) 전광석, 앞의 논문, 201-203면.



점제도는 건설업체의 직업의 자유 중 직업행사의 자유 또는 직업종사의 자유를 제한하는 것이다.

단계이론에 따르면 직업행사의 자유의 제한에는 상대적으로 더욱 넓은 입법자의 재량이 인정된다는 점, 위 제도들의 목적인 헌법적 가치인 지역 및 중소기업의 보호·육성에 있다는 점 등을 감안하면, 지역업체와의 공동수급체를 구성하는 방식으로 직업종사의 자유를 제한하는 제도는 합헌적이라고 판단될 수 있다고 보여진다.

II. 평등권 침해 여부

제2항에서는 지역건설업체와 공동수급체를 구성할 경우 가산점을 부과하여 결과적으로 지역건설업체와 공동수급체를 구성하지 않은 타지역업체와 차별적 대우를 하고 결과적으로 일정부분 공공공사입찰을 사실상 제한하는 가산점부여제도의 평등권침해위반 문제에 대하여 살펴본다.

1. 평등권 위반 여부 심사 기준

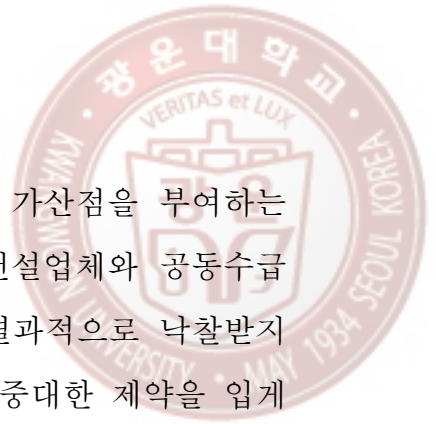
헌법재판소는 평등권침해 여부를 판단함에 있어서는 두 가지 기준, 즉 완화된 기준으로서 자의금지원칙과 엄격한 기준으로서 비례의 원칙을 이용하여 심사하고 있는바, 헌법에서 특별히 평등을 요구하



고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 원칙적으로 비례심사를 하는 것이 헌법재판소의 기본 원칙이라고 할 수 있다.

“평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바, 가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 “근로” 내지 “고용”의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다.” (헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 제대군인지원에관한법률(1997. 12. 31. 법률 제5482호로 제정된 것) 제8조 제1항, 제3항 등)

비례의 원칙이라 함은 기본권을 법률로써 제한함에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성이 지켜지고 있는지 여부를 기준으로 위헌여부를 판단하는 원칙인데, 헌법재판소는 가산점제도와 관련된 법령의 위헌성여부를 심사함에 있어서는 비례의 원칙을 이용하고 있는 것이 여러 판결을 통해서 확인되고 있다.⁸⁵⁾



지역중소건설업체가 포함된 공동수급체에 대해 가산점을 부여하는 제도의 경우, 가산점부여 결과에 따라서 지역건설업체와 공동수급체를 결성하지 못하여 가산점을 받지 못하고 결과적으로 낙찰받지 못한 기업의 경우에는 직업중사의 자유에 대한 중대한 제약을 입게 되는 것이므로, 이와 관련하여서는 비례의 원칙을 기준으로 살펴볼 필요가 있다.

다만, 헌법재판소는 구체적인 비례심사의 과정이라고 할지라도 기본권제한의 목적이 헌법상 규정에 부합하는 경우 보다 완화된 기준을 적용하고 있는바, 중소·지역건설업체에 대한 가산점부여의 목적이 헌법 제123조 제2항, 제3항에서 지역경제 및 중소기업의 보호를 국가의 의무로 규정하고 있는 것과 부합한다는 점을 고려하면, 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.⁸⁶⁾

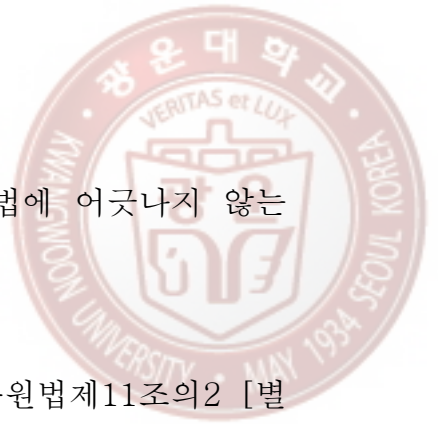
2. 가산점제도와 관련된 헌법재판소의 입장

(1) 합헌판단을 한 사례들

지역가산점제도를 포함하여 가산점제도는 우리나라에서 여러 방면에서 운용되고 있는 제도인데, 이에 대하여 상당한 수의 헌법소송이 제기되어 있으며, 헌법재판소는 여러 판결을 통해서 대체적으로

85) 정연주, (2000), 「가산점제도의 헌법적 문제점」, 『헌법판례연구[2]』, 박영사. 107면.

86) 헌법재판소, 2001. 2. 22. 자 2000헌마25 결정. 국가유공자등예우및지원에관한법률제34조 제1항 위헌확인 사건.

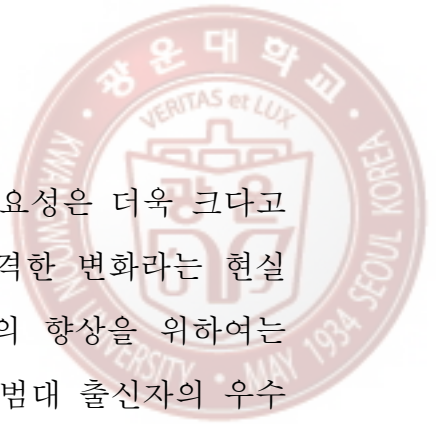


가산점제도, 지역가산점 제도가 원칙적으로 헌법에 어긋나지 않는 것으로 보고 있다.

[2007. 12. 27. 자 2005헌가11 결정, 교육공무원법제11조의2 [별표2] 제2호 위헌제청 사건]

[1] 이 사건 법률조항이 기본적으로 교사자격자의 공무담임권과 관련된 것이지만, 다른 한편 특정 지역에서 교육을 담당할 교원의 수급과도 관련된 문제로서 피교육자의 교육받을 권리는 물론 지방의 교육자치와도 일정한 관계가 있다. 헌법 제31조의 취지를 고려하면, 국가는 국민의 교육받을 권리를 보장하기 위하여 교육시설이나 교육인력이 특정지역에 편중되거나 큰 질적 차이 없이 전국적으로 적정하게 분포되도록 하고 동시에 지역실정에 맞는 교육체계를 구축할 의무를 지고 있다고 볼 수 있으므로 이러한 측면들도 함께 고려하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 살펴볼 필요가 있다.

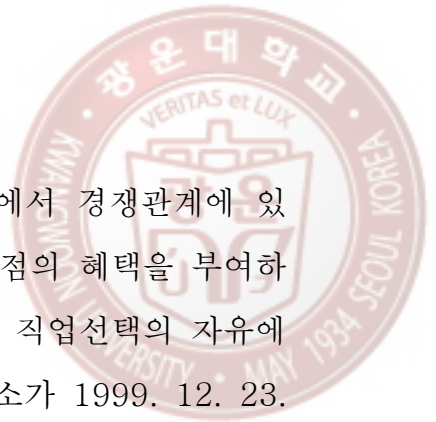
[2] 이 사건 법률조항은 기본적으로 우수한 인재를 그 지역의 사범대학으로 유치하여 지역 사범대의 질적 수준을 유지·향상시킴으로써 지역교육의 균등한 발전과 지역실정에 맞는 교육정책의 실현을 기하고, 이를 통해 국민의 교육받을 권리를 보장하는 것을 궁극적인 목적으로 하고 있는 점, 교육시설과 교육인적자원의 수도권 및 대도시 집중이 매우 심하고 지방사범대학의 존립이 위협받고 있음은 물론 지방의 교육사정이 열악해지고 있는 우리의 현실에서 지방



혹은 발전이 더딘 지역의 교육기반을 강화할 필요성은 더욱 크다고 할 것이고, 열악한 예산 사정과 교육환경의 급격한 변화라는 현실적인 사정을 고려할 때 지역교육의 질적 수준의 향상을 위하여는 우수 고교졸업생을 지역에 유치하고 그 지역 사범대 출신자의 우수 역량을 다시 지역으로 환원하는 것도 합리적인 방법인 점, 이 사건 지역가산점은 자신의 선택에 따라 이익이 될 수도 불이익이 될 수도 있으므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 타 지역 사범대 출신 응시자들이 받는 피해는 입법 기타 공권력행사로 인하여 자신의 의사와 관계없이 받아야 하는 기본권의 침해와는 달리 보아야 할 여지가 있고, 이 사건 법률조항은 한시적으로만 적용되는 점을 고려해 보면 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 반하여 제청신청인의 공무담임권이나 평등권을 침해한다고 보기 어려우므로 헌법에 위반되지 아니한다.

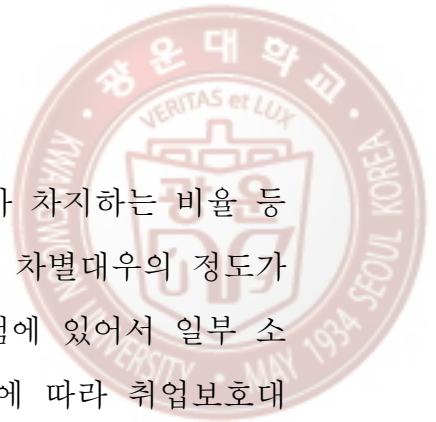
[2001. 2. 22. 자 2000헌마25 결정. 국가유공자등예우및지원에관한법률제34조 제1항 위헌확인 사건]

[1] 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있는데, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항 중 같은 법률 제30조 제1항 소정의 "국가기관"에 관한 부분의 규정에 따라 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가점을 주도록 하고 있는



이 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되므로, 헌법재판소가 1999. 12. 23. 선고한 98헌마363 사건의 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우의 하나로 들고 있는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법 제32조 제6항 이 근로의 기회에 있어서 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.

[2] (1) 이 사건 가산점제도의 입법목적은 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 헌법 제32조 제6항 이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 가산점제도는 위와 같은 입법 목적을 달성함에 있어 정책수단으로서의 적합성을 가지고 있으며, 헌법 제32조 제6항 에서 국가유공자 등의 근로의 기회를 우선적으로 보호한다고 규정함으로써 그 이외의 자의 근로의 기회는 그러한 범위내에서 제한될 것이 헌법적으로 예정되어 있는 이상 차별대우의 필요성의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니므로, 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었다고 할 것이다. (2) 공무원 채



용시험에 있어 전체 합격자 중 취업보호대상자가 차지하는 비율 등에 비추어 볼 때 전체적으로 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있다고 할 것이므로, 개별적 시험에 있어서 일부 소수직렬의 경우 채용인원이나 시험의 난이도 등에 따라 취업보호대상자 이외의 자가 합격하기 매우 어렵게 되거나 합격 자체가 불가능하게 되는 일이 발생할 수 있다고 하여 이러한 점만으로 그 균형이 깨졌다고 볼 것은 못된다. 무엇보다도 헌법재판소가 위헌으로 선언한 제대군인가산점제도는 헌법이 특히 금지하고 있는 여성차별적인 성격을 띠고 있는데 반하여, 이 사건 가산점제도는 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 것을 규정하고 있는 헌법 제32조 제6항에 근거를 두고 있는 제도라는 점을 고려하면, 위와 같은 일부 문제점에도 불구하고 이 사건 가산점제도가 법익균형성을 상실한 제도라고는 볼 수 없다. (3) 따라서 이 사건 가산점제도는 국가유공자와 그 유족 등에 비하여 그 이외의 자를 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것으로는 볼 수 없으므로, 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

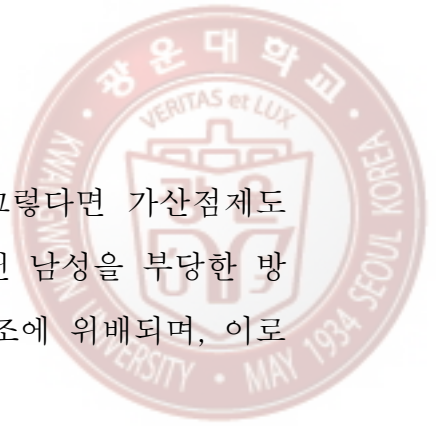
(2) 위헌판단을 한 사례들

그러나 위와 달리 헌법재판소는 제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항등에 대한 판결에서 제대군인가산점제도가 평등권과 공무담임권을 침해하여 위헌이라고 판시한 바도 있다. (헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 제대군인지원에 관한 법률(1997. 12. 31. 법률 제5482



호로 제정된 것) 제8조 제1항, 제3항 등)

“제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 아니되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려는 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이다. 가산점제도는 수많은 여성들의 공직진출에의 희망에 걸림돌이 되고 있으며, 공무원채용시험의 경쟁률이 매우 치열하고 합격선도 평균 80점을 훨씬 상회하고 있으며 그 결과 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산함으로써 합격여부에 결정적 영향을 미쳐 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하고 있고, 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런 제한없이 부여함으로써 한 사람의 제대군인을 위하여 몇 사람의 비(非) 제대군인의 기회가 박탈당할 수 있게 하는 등 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 가산점



제도는 차별취급의 비례성을 상실하고 있다. 그렇다면 가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위배되며, 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해된다.”

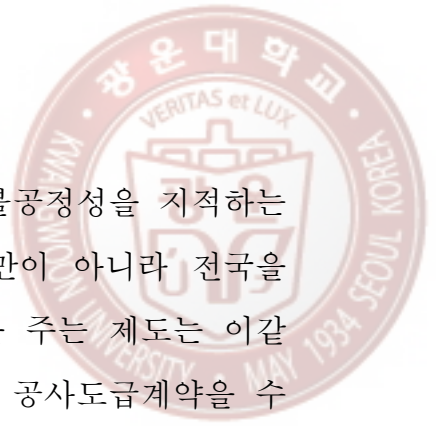
3. 평등권침해 여부 검토

(1) 목적의 정당성, 침해의 최소성, 법익의 형평성

1988년 건설업면허개방 이후 지방중소건설업체의 수가 급증하면서 수주경쟁이 격화되자 지역경제활성화를 위하여 지방중소건설업체의 보호육성이 필요하다는 주장이 힘을 받기 시작하였고, 1994년 지방자치제 실시로 지방경제의 중요성에 대한 국민적 합의가 성숙됨을 계기로 지역업체 제한제도가 받아들여졌다고 한다.⁸⁷⁾

지역업체를 포함시킨 공동수급체에 대한 가산점을 부여하는 제도에 대한 찬반논의는 ① 헌법상 이념으로는 정부조달시장의 개방에 따른 건설제도의 세계화에 따른 자유경쟁시장의 논리와 지역경제활성화 및 중소기업육성을 위한 지방화논리의 대립, ② 이해당사자 사이에서는 대형건설업체와 중소기업체, 서울지역업체와 지방업체들간의 이해관계대립 등을 내포하고 있다.

87) 이상호, (1998), 지역제한제도와 지역의무공동도급제도의 존재논란, 지방자치 (1998년 3월호), 87면



지역업체 우대 가산점 제도의 평등권침해 및 불공정성을 지적하는 입장의 근거는 첫째, 건설업 면허는 특정지역만이 아니라 전국을 영업범위로 하는 것이므로 지역업체에 가산점을 주는 제도는 이같은 건설업면허제도와 배치된다는 것이며, 둘째, 공사도급계약을 수행함에 있어서 지역업체가 비지역업체에 대하여 본질적으로 차이가 없다는 점, 셋째, WTO 체제 출범 이후 전세계적으로 국가간 장벽이 무너진 마당에 국내건설시장을 인위적으로 여러 행정구역으로 분할하는 것은 시대적 흐름에 역행하는 조치이며, 마지막으로 지역공동도급제도의 운용실태에서 드러나는 문제점, 예컨대 지역업체가 포함된 공동수급체의 공사수행은 사실상 지역업체가 아닌 대표사단독으로 이뤄지는 경우가 대부분이고, 지역업체는 사실상 일종의 수수료만 받는 등 지역의무공동도급제도는 공사부조리만 유발시킬 뿐 실효성이 전혀 없다는 점을 들고 있다.⁸⁸⁾

지역업체 가산점 제도가 평등권침해를 하지 않는다고 보는 입장, 첫째 지역경제육성 및 중소기업의 보호는 헌법상 국가의 의무이므로, 상대적인 제한의 헌법적 근거가 분명하고, 둘째, 지역중소건설업체 스스로 기술개발 등의 노력을 통한 경쟁력강화가 중요하지만, 지방중소건설업체로서는 공사수주가 이루어지지 않는 상황에서 기술개발 등의 경쟁력 강화를 운운할 수 없기 때문에 제도적으로 수주기회를 확보해 주어야 한다는 것이고, 셋째, 건설산업의 특성상 시공과정에는 수많은 현지업체의 참여가 불가피하다는 건설산업은

88) 이상호, 앞의 논문, 87-91면.



강한 ‘지역밀착성’ 및 전후방 연관효과가 있기 때문에 지역업체가 공동수급체에 참여함으로써 경제적 파급효과가 상당하다는 것이다.⁸⁹⁾

찬반주장이 내세우는 논리는 모두 헌법적으로나 사회·경제적으로 중요한 주장이므로 서로 우열을 가리기 어려운 측면이 있다고 할 것이므로, 목적의 정당성이나 법익의 형평성이라는 기준으로 위헌성 여부를 판단하기 어렵다고 보여진다.

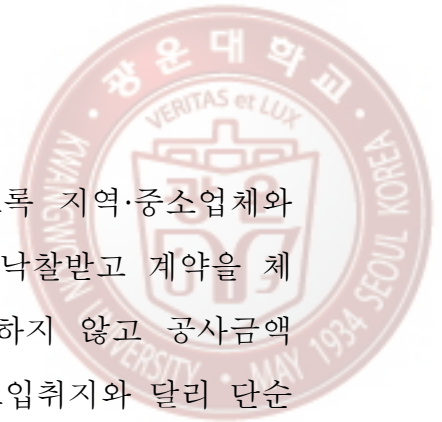
또한 가산점부여제도는 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에게 입찰의 기회 자체를 박탈하는 제도는 아니고 지역업체와 공동수급체를 구성하는 경우에도 그 지분율에 따라서 차등하여 가산점을 부여하는 것이므로 침해의 최소성문제도 심각하다고 할 수는 없다고 보여진다.

(2) 수단의 적정성(실효성) 논란 - 실증적 접근

지역업체와의 공동수급체를 구성하도록 유도하는 제도들의 위헌성 여부는 결국 위 제도가 목적수행에 적합한 수단인지 여부 즉, 수단의 적정성에 의해서 판단해야 한다고 보여진다.

위 지역·중소건설업체지원제도에 대한 반대논거에는 대형건설업체

89) 이상호, 앞의 논문, 87-91면.



들이 PQ심사 또는 적격심사 통과에 유리하도록 지역·중소업체와 공동수급체를 구성하는 것을 악용하여 공사를 낙찰받고 계약을 체결한 후 지역·중소업체가 실제 시공에는 참여하지 않고 공사금액 중 일정부분을 커미션으로 챙기는 등 제도의 도입취지와 달리 단순히 공사수주만을 위한 제도로 운영되면서 공동도급제도의 실효성이 없다는 강한 의구심이 존재하고 있는 것이다.⁹⁰⁾

따라서 이 논문에서는 가산점 부여제도의 평등권 침해문제를 결국 위 제도가 얼마나 현실에서 제 기능을 담당하고 있는지 여부, 즉, 중소·지역건설업체 지원제도가 현실에서 제대로 기능을 하고 있는 필요적절한 정책수단인지 여부가 위 제도의 평등권침해 문제를 판단함에 있어서 중요한 기준으로 삼고자 한다는 것이다.

1) 공동도급제도의 실제 운용현황

감사원이 2012년경 2006년 이후 발주된 7,415건 공사(8,530업체)를 대상으로 G2B, 건설산업정보시스템자료, 각 협회자료, 각 발주기관 계약자료 등을 활용하여 공동계약의 부실이행이 의심되는 1,482건 공사(2,653업체)를 선별하여 유형을 분석해 본 결과, 전체 점검현장의 55.3%인 791건 공사(1,466업체)에서 공사에 참여하지 않거나 형식적으로 참여하는 등 공동도급제도의 취지와 다르게 공동계약이 이행되고 있음이 확인되었고, 이를 유형별로 구분하면 3

90) 박석균, (2010), 지역업체 공동도급운영의 효율화 개선방안에 관한 고찰, 경희대학교 석사학위논문, 55면.



가지 유형이다.

(유형 1) 단순 사무직 등을 착공일 이후에 일시 채용하여 배치하는 등의 “형식적인 참여” (881개 업체, 60.1%, 이 중 37개 업체는 대표사 직원을 채용)

(유형 2) 지분을 불법전매하거나 공사참여·자본금 선투입 없이 이익금만 챙기면서 실적만 쌓는 “브로커형 참여” (30개 업체, 20.7%)

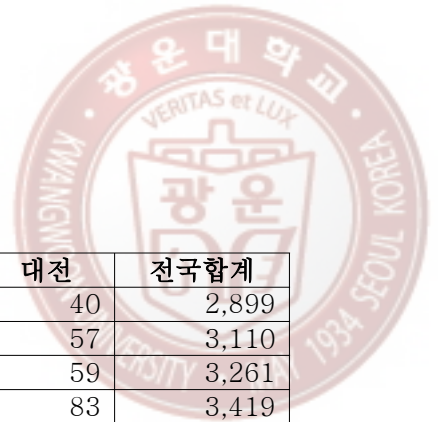
(유형 3) 자본만 선투입한 채 소속 기술자를 현장에 배치하지 않는 등의 “단순 자본참여” (282개 업체, 19.2%)⁹¹⁾

공동수급체가 구성되었음에도 불구하고 사실상 공사에 참여하지 않고 일부 건설업체가 공사를 사실상 수행하는 것으로 확인된 경우가 전체 발주건수 대비 10%가 넘고, 조사대상 공사건수 대비 55%가 넘는다는 것은 공동도급제도의 현실적 운용은 원래의 취지를 제대로 충족시키지 못한다는 것을 입증한다고 보여진다.

2) 지역업체 판단기준 운용의 비합리성

종합건설업체의 지역별 진입업체 현황을 연도별로 살펴보면 [표 3]와 같이 2006년 2,899개에서 2011년 3,469개로 계속 증가하는 추세를 보이고 있다.

91) 감사원, 앞의 책, 78-85면.



[표 3] 지역별 전입업체 현황(종합건설업체 기준)⁹²⁾

구분	부산	대구	인천	광주	대전	전국합계
2006년	68	44	98	58	40	2,899
2007년	83	50	127	50	57	3,110
2008년	100	67	120	58	59	3,261
2009년	101	71	148	57	83	3,419
2010년	104	75	160	74	74	3,463
2011년	111	76	158	84	84	3,469

자료 : 재단법인 건설산업정보센터

또한 2012. 2. 28. 조달청에서 2011년말 기준 등록된 건설업체 73,010개를 대상으로 2009년부터 2011년까지의 연도별 지역이동 업체현황을 분석한 자료에 따르면, 본점 소재지 변경등록의 절차가 단순용이하고 그에 따른 비용부담도 적어 소재지변경이 용이한 결과 [표 4]와 같이 최근 3년간(2009~2011) 지역이동을 한 업체는 전체 조달청에 등록된 건설업체의 9.2%인 6,683개(8,075회)에 이르고 있다.⁹³⁾

[표 4] 최근 3년간 연도별 지역이동 업체 현황⁹⁴⁾

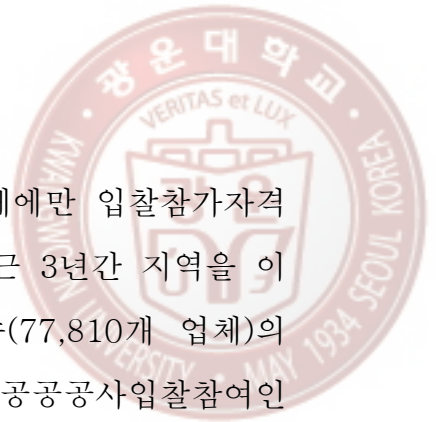
구분	1회	2회	3회	4회	5회	합계
2009년	2,571 (2,571)	149 (298)	20 (60)	3 (12)	1 (5)	2,744 (2,946)
2010년	2,111 (2,111)	139 (278)	17 (51)	4 (16)	-	2,271 (2,456)
2011년	2,334 (2,334)	145 (290)	11 (33)	4 (16)	-	2,494 (2,673)
합계	7,016 (7,016)	433 (866)	48 (144)	11 (44)	1 (5)	7,509 (8,075)

자료 : 조달청

92) 감사원, 앞의 책, 48면.

93) 감사원, 앞의 책, 49면

94) 7,509개 업체 중 중복되는 업체를 제외한 지역이동업체수는 6,683개, ()안의 숫자는 이동한 회수임



이중 공사현장이 있는 지역에 소재지를 둔 업체에만 입찰참가자격이 주어지는 지역제한입찰에 참여하기 위해 최근 3년간 지역을 이동한 업체수는 총 5,455개로 전체 참여업체수(77,810개 업체)의 7.0%에 달하는 등 소재지이전의 주요목적이 공공공사입찰참여인 것으로 추정된다.⁹⁵⁾

[표 5] 최근 3년간 지역이동업체의 지역제한 대상공사 입찰 참여 현황⁹⁶⁾

구분	전체	미이동	이동회수						
			1회	2회	3회	4회	5회	6회	소계
업체 수	77,810	72,355	4,522	804	107	16	3	3	5,455
비율	100	93	5.8	1.0	0.2	0.0	0.0	0.0	7.0

자료 : 조달청

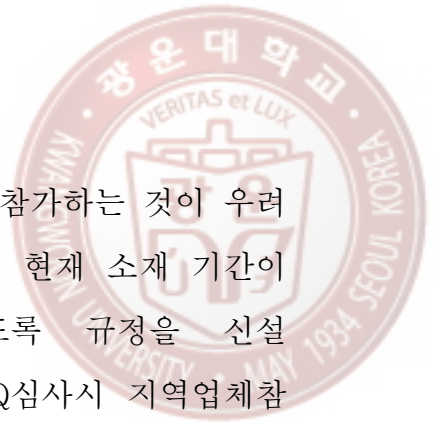
위와 같이 건설업체가 형식적으로 본점 소재지를 이전하여 공사에 입찰참가하여 낙찰받는 사례와 관련하여 각 언론사에서는 “짜통 지역업체”들이 지역업체의 일감을 가로채 민원이 야기되고 있다는 기사를 지속적으로 보도하고 있는 실정이다.⁹⁷⁾

그러나 현재 공공부문에서의 지역업체 인정기준을 살펴보면, 입찰참가자격사전심사요령 등 계약예규에 지역업체자격요건을 규정하면서 혁신도시이전 및 4대강 사업은 미리 사업계획이 발표되어 지역

95) 감사원, 앞의 책, 49면.

96) 감사원, 앞의 책, 49면.

97) 2012. 4. 17. mbc 뉴스에서는 “부산시, 짜통 부산기업에 일감 몰아주기 논란” 기사에서 타 지역업체들이 서류상의본사만 부산에 두고 지역일감을 가로채는 사례가 잇따르고 있다고 보도하였고, 2010. 4. 15. 매일경제신문에서는 “무늬만 지역업체를 골라내라” 기사에서 인천으로 옮겨 온 건설업체들 대다수가 방 1~2개짜리 사무실만 임대해 본사소재지 이전등록을 했을 뿐 실제 대부분의 인력·부서 등은 서울, 경기 등 기존의 본사에 그대로 두고 있다고 보도하는 등 유사한 내용의 기사들이 지속적으로 보도되고 있는 상황이다.



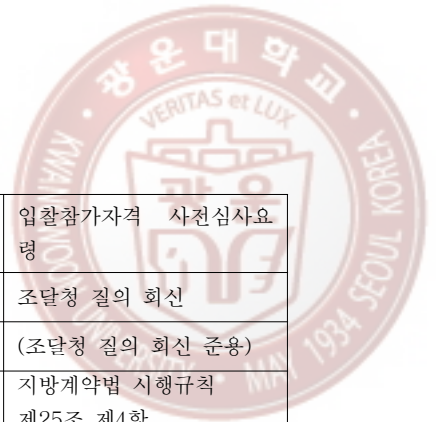
업체가 형식적으로 소재지를 이전한 후 입찰에 참가하는 것이 우려된다는 이유로 아무런 근거도 없이 입찰공고일 현재 소재 기간이 90일 이상 경과해야 지역업체로 인정하도록 규정을 신설(2009.6.29. 공동계약운용요령 개정)하였고, PQ심사시 지역업체참여도를 평가하면서도 특별한 이유없이 입찰공고일 현재 소재기간이 90일 이상이 되어야 지역업체로 인정(2010. 9. 8. 입찰참가자격사전심사요령 개정)하도록 하고 있다. 한편 혁신도시이전 및 4대강사업 이외 지역제한공사 등 나머지 공사의 경우에도 사전에 발주계획이 공고되는 등 지역별 공사발주량이 예측가능한데도 아무런 근거없이 입찰공고일 전일 기준으로 지역업체 여부를 판단하고 있는 실정이다.

더 나아가서 지역의무공동도급공사의 경우 입찰공고일 이후인 입찰참가등록마감일(입찰서 제출마감일 전일)을 기준으로 지역업체 자격요건을 판단하도록 하고 있어 입찰공고 후 당해 공사현장이 있는 지역으로 본점 소재지를 이전하여 입찰에 참가하여도 참가자격이 인정되고 있다

[표 6] 지역업체 판단기준⁹⁸⁾

구 분		지역업체판단기준	근거	
국가 사업	지역제한	입찰공고일 전일	공사입찰유의서 제3조의 2	
	지역의무 공동도급	고시금액 이하	입찰참가등록마감일	공사입찰유의서 제3조의 2
		혁신도시이전사업	입찰공고일 현재 주된 영 업소 소재 기간 90일 이상	공사입찰유의서 제3조의 2

98) 감사원, 앞의 책, 51면.

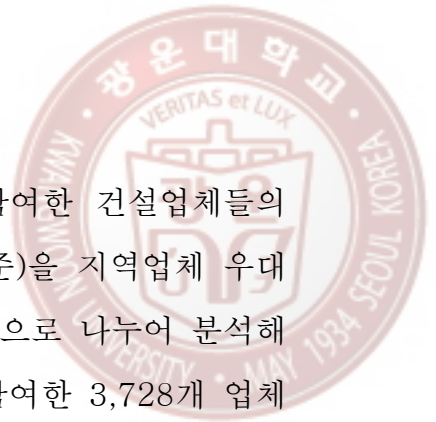


	사전심사	지역업체 참여도	입찰공고일 현재 주된 영업소 소재 기간 90일 이상	입찰참가자격 사전심사요령
		지역업체 가산점	입찰공고일 전일	조달청 질의 회신
	적격심사	지역업체 가산점	입찰공고일 전일	(조달청 질의 회신 준용)
지자체사업	지역제한		입찰공고일 전일	지방계약법 시행규칙 제25조 제4항
	지역의무공동도급		입찰공고일 전일	공사입찰유의서 제3조의 2
	사전심사 가산비율		입찰공고일 전일	(입찰유의서 준용)
	적격심사 가산비율		입찰공고일 전일	(입찰유의서 준용)

그런데 기획재정부에서는 국가 및 공공기관에서 발주하는 공사의 규모, 시기 등을 미리 알림으로써 건설업체와 국민이 이를 사전에 준비할 수 있도록 조달청 등 각 발주기관으로 하여금 국가계약법 시행령 제92조의 2 등의 규정에 따라 매년 1~2월경에 분기별 발주계획을 지정정보처리장치 또는 각 중앙관서의 장이 지정고시하는 정보처리장치(국가기관 및 지자체는 G2B, 공공기관은 각 홈페이지)에 공개하도록 하고 있고, 각 발주기관에서는 위 계획에 따라 공사를 발주하고 있다.

따라서 입찰공고일 또는 입찰마감일 기준으로 지역업체를 인정하는 현재의 제도하에서는 건설업체들이 이미 1년간 공사수주계획에 대해서 사전에 미리 인지하고 이에 따라 지역업체선정을 위해 진출입을 하더라도 전혀 규제를 받지 않게 되는 것이므로, ‘짜퉁 지역업체’를 입찰과정에서 숨여내지지 못하고 있는 실정인 것이다.

감사원 감사(감사기관 2012. 4. 30. ~ 5. 25.)에 따르면, 2006년부



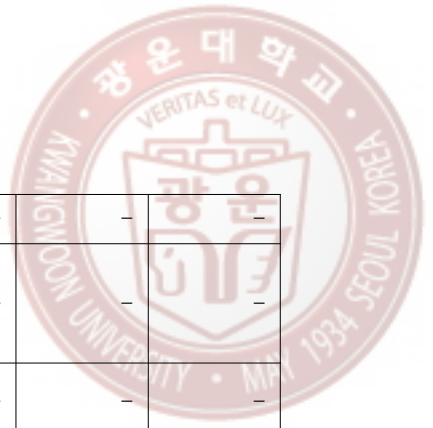
터 2011년까지 G2B를 통해 발주한 공사에 참여한 건설업체들의 입찰공고일 기준 소재지 변경현황(G2B 등록기준)을 지역업체 우대제도의 지역업체 판단기준일에 따라 5가지 구간으로 나누어 분석해 본 결과 [표 7]과 같이 총 2,510건의 공사에 참여한 3,728개 업체(입찰기준 541,082개 업체) 중 입찰공고일 3년 이전부터 1년 이전 사이에 소재지를 변경하여 낙찰받은 업체가 191개(입찰 기준 29,916개)로 일평균 이동횟수가 0.26회에 불과한 반면, 입찰공고일 1년 이전부터 입찰공고일 1년 이전부터 입찰공고일 90일 이전 및 입찰공고일 90일 이전부터 입찰공고일 전일 사이에 소재지를 변경하여 낙찰받은 업체는 각각 94개(입찰기준 12,065개 업체)와 34개(입찰기준 3,451개 업체)로 일평균 이동횟수가 각각 0.34회 및 0.38회에 달하여 입찰공고일 3년 이전부터 1년 이전 구간 대비 일평균이동횟수가 각각 1.3배, 1.5배에 달하는 것으로 나타났다.⁹⁹⁾

[표 7] 지역업체 우대제도 유형별/기간별 이동 현황¹⁰⁰⁾

구분	낙찰기준(입찰기준)					이동없음	계
	입찰공고일 3년 이전 ~ 입찰공고일 1년 이전	입찰공고일 1년 이전 ~ 입찰공고일 90일 이전	입찰공고일 90일 ~ 입찰공고일 전일	입찰공고일 ~ 입찰참가등 특마감일			
계	191 (29,916)	94 (12,065)	34 (3,451)	- (90)	3,409 (495,560)	3,728 (541,082)	
비율	5.1% (5.5%)	2.5% (2.2%)	0.9% (0.7%)	-	91.5% (91.6%)	100.0% (100.0%)	

99) 감사원, 앞의 책, 51-52면.

100) 감사원, 앞의 책, 52면. 2006년부터 2011년까지 조달청 G2B를 통해 입찰공고된 시설공사에 참여한 540,957개 업체(전체 입찰업체 768,472개 중 입찰공고시 업체소재지와 공사현장이 다른 227,515개 제외)를 대상으로 우대제도 6가지 유형별로 중복집계하였고, 건설산업정보센터에 등록되어 있는 소재지 변경일을 기준으로 해당 공사지역으로 전입한 내역만 추출



기간일수	730	275	90	-	-	-
낙찰기준 일평균이동 회수 ¹⁰¹⁾	0.26	0.34	0.38	-	-	-
구간대비 배수	-	1.3배	1.5배	-	-	-

자료 : 조달청 및 재단법인 건설산업정보센터 자료 재구성

특히 전체 입찰업체 541,082개 업체 중 지역의무 공동도급공사에 입찰한 203,309개(37.5%)를 대상으로 입찰참여업체의 소재지 변경 현황을 분석해 본 결과 [표 8]과 같이 지역의무 공동도급공사 입찰에 참여하기 위해 입찰공고일로부터 입찰공고일 1년 전 사이에 해당 공사현장으로 소재지를 변경한 업체가 최소 1.5%(서울특별시)에서 최대 9.3%(대전광역시)에 달하고, 특히 최근 행복도시 등 주요 국책사업이 집중된 대전광역시·충청남도의 경우에는 전입업체의 입찰참여비중이 각각 9.3%, 6.5%로 다른 지역보다 월등히 높은 것으로 나타나는 등 지역별 공사발주량이 많은 곳으로 소재지를 이전하는 업체가 많은 것으로 나타났다.¹⁰²⁾

[표 8] 지역별 이동현황(지역의무공동도급공사)¹⁰³⁾

구분	입찰기준				낙찰기준			
	지역	변경건수	전체건수	변경비율	지역	변경건수	전체건수	변경비율
상위 1	대전	277	2,968	9.3	울산	5	54	9.3
상위 2	광주	144	2,116	6.8	충남	9	102	8.8
상위 3	충남	772	11,917	6.5	대전	4	52	7.7

101) 낙찰기준 일평균 이동회수 = 계 / 기간일수

102) 감사원, 앞의 책, 52면

103) 변경건수는 입찰공고일 1년 이전부터 입찰참가등록 마감일까지 소재지 변경 건수의 합



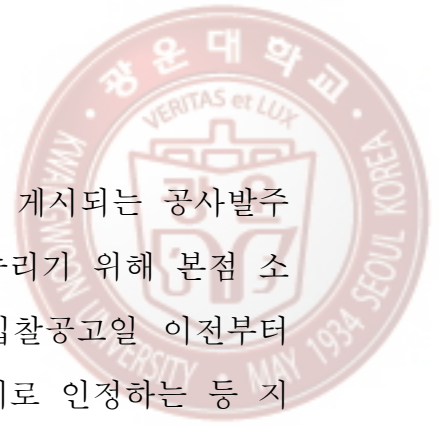
상위 4	인천	260	4,169	6.2	경북	10	132	7.6
상위 5	강원	582	11,421	5.1	광주	3	41	7.3
상위 5개 지역 소계	-	2,035	32,591	6.2	-	31	381	8.1
기타 11개 지역 소계	-	5,816	170,718	3.4	-	31	1,261	2.5
계	-	7,851	203,309	3.9	-	62	1,642	3.8

자료 : 재단법인 건설산업정보센터 및 조달청 자료 재구성

더욱이 지역업체 자격요건이 입찰공고일 이후인 입찰참가등록마감일로 되어있어 지역업체 우대제도 악용이 우려되는 지역의무공동도급공사에서의 공사현장 소재지별(광역지자체)로 입찰참여업체의 소재지 변경현황을 분석해 본 결과 행안부의 지역의무공동도급공사 기준인 ‘입찰공고일 전일’을 적용하였더라면 입찰참가자격을 부여받지 못했을 72개 업체가 지역업체참가자격을 부여받아 입찰에 참가하는 등 동일한 제도를 운용하면서 기관별로 상이한 기준을 적용하고 있어 실질적인 지역업체로 보기 어려운 업체들이 지역업체 혜택을 누리고 있었다.¹⁰⁴⁾

그 결과 수년간 해당 지역에서 건설업을 영위한 건설한 지역업체들이 지역업체 우대제도의 혜택을 받지 못한 반면, 발주물량에 따라 소재지를 빈번하게 변경하는 형식적 지역업체들이 수주혜택을 받는 사례가 발생하는 등 지역업체 우대제도가 당초 취지와 다르게 운용되고 있어 이에 따른 지역업체들의 민원이 지속적으로 야기되고 있는 실정이다.

104) 감사원, 앞의 책, 53면



따라서 공사에 참여하고자 하는 업체가 사전에 게시되는 공사발주 계획을 인지하고 지역업체우대제도의 혜택을 누리기 위해 본점 소재지를 옮겨다니는 사례가 발생하지 않도록 입찰공고일 이전부터 본점소재지가 지역에 위치한 업체만을 지역업체로 인정하는 등 지역업체에 대한 자격요건을 엄격하게 적용하는 것이 공동도급제도의 목적에 부합하는 합리적 해결책이 될 것이지만, 그렇다면 과연 어느 정도의 기준에 부합하여야 진정한 지역업체라고 할 수 있는지에 대한 기준이 사실상 매우 모호하기 때문에, 합리적이면서 현실적인 지역업체 인정기준을 마련하는 것은 매우 어려운 일이라고 할 것이다.

3) 수주양극화의 심화 - 대형공사에서 상위 50개업체간 공동도급 성행

감사원 감사결과에 따르면, 2011년 기준으로 시공능력평가액¹⁰⁵⁾ 상위 50개 업체가 전체 공공공사 중 공동도급공사 발주물량의 40~60%를 수주하는 등 업체규모별 수주물량의 양극화가 심화되고 있는 것으로 나타나고 있다. 구체적으로 살펴보면 국가기관의 경우 건수는 63건(17.3%), 금액은 1조 6,612억원(54.5%), 공기업의 경우 건수는 280건(24.7%), 금액은 7조 4,578억원(59.4%), 지방자치단체의 경우 건수는 98건(5.5%), 금액은 1조 6,486억원(38.9%)으로 확인되고 있다.¹⁰⁶⁾ 따라서 공동도급제도는 실제적으로는 중소건

105) 건설산업기본법 시행규칙 제23조에 따라 산출한 건설업체가 시공할 수 있는 1건 공사의 공사 예정금액



설업체의 보호·육성의 효과보다는 대형건설업체의 수주에 더 유리하게 운용되고 있다는 추정도 가능한 상태이다.

특히 공사규모가 클수록 중소기업의 기술력향상이라는 공동도급취지와 맞지 않게 대형업체간 공동도급이 성행하는 등 실질적인 경쟁을 저해하는 부작용이 발생하고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면, 1,000억원 이상 대형공사의 경우 시공능력평가액 기준 상위 10개 업체간 50개 업체간 공동도급으로 낙찰받은 건수가 전체 건수 대비 각각 3.9%, 19.1%에 달하고 있다.¹⁰⁷⁾

[표 9] 공동수급체 구성 경향¹⁰⁸⁾

구성 형태	지역제한 미만	지역제한 금액 이상 ~ 지역의무 금액 미만	지역의무 금액 이상 ~ 1,000억원 미만	1000억원 이상
상위 10개 업체 간	3 (0.05%)	4 (0.08%)	18 (0.73%)	18 (3.90%)
상위 59개 업체 간	54 (0.94%)	33 (0.63%)	134 (5.40%)	88 (19.09%)

자료 : 재단법인 건설산업정보센터 자료 재구성

대형업체간¹⁰⁹⁾ 공동수급체를 구성하여 공사를 수주하면서 대표사가 아닌 구성사로 참여한 대형업체의 수주물량은 최근 9년간(2003년 ~ 2011년) 공동도급공사 물량의 15.3%를 차지하는 등 중소기업뿐만 아니라 대형업체도 공동도급공사에 구성사로 참여하여 수주물량을 확보하고 있다.

106) 감사원, 앞의 책, 15면.

107) 감사원, 앞의 책, 56-57면

108) ()안은 구성형태별 낙찰건수가 당해 구간에서 차지하는 비율임

109) 대형업체라 함은 매년도의 토목건축공사업 시평액 상위 59위 이내 업체로 정함



[표 10] 공동수급체 구성형태 및 공사규모별 수주현황¹¹⁰⁾

구성 형태		계		지역제한 미만		지역제한금액 이상 ~ 지역외무금액 미만		지역외무 금액이상 ~ 1,000억원 미만		1,000억원 이상		
		금액	비율	금액	비율	금액	비율	금액	비율	금액	비율	
계		2,128,964	100.0	128,828	100.0	386,675	100.0	854,978	100.0	758,482	100.0	
대형 업체 간 구성	소계	896,759	42.1	3,107	2.4	36,967	9.5	218,892	25.6	637,791	84.1	
	대형 업체	대표사	442,649	20.8	1,492	1.2	17,785	4.6	110,814	13.0	312,558	41.2
		구성사	326,190	15.3	1,086	0.8	11,717	3.0	76,497	8.9	236,890	31.2
	중소업체(구성사)		127,920	6.0	530	0.4	7,485	1.9	31,581	3.7	88,343	11.7
1개 대형+중소업체 구성		620,657	29.2	14,973	11.5	122,866	31.8	368,815	43.1	114,184	15.0	
중소업체간 구성		611,548	28.7	110,927	86.1	226,642	58.7	267,271	31.3	6,507	0.9	

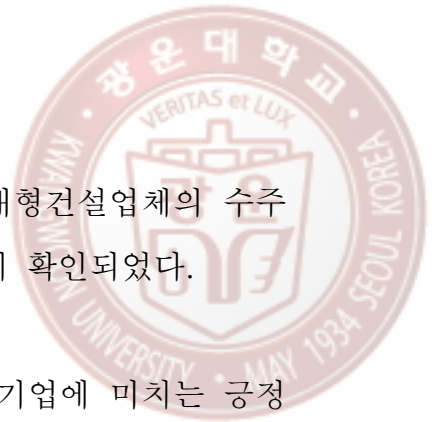
자료 : 재단법인 건설산업정보센터 자료 재구성

대형공사에서 입찰의 경쟁성을 높이고 중소기업체 보호라는 공동도급 제도의 취지를 달성하면, 제한에 따른 혼란을 최소화하기 위해서는 공동수급체 구성을 제한하고자 하는 대형업체의 범위를 합리적으로 설정한 후 구체적인 제한기준 등을 법령 등에 명시하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

III. 소결

정리하면, 공동수급체임에도 불구하고 실제로 건설공사는 공동수급체의 대표사 또는 구성원 중 1개 회사가 전담하여 공사를 수행하고 있는 것이 상당하고, 지역건설업체에 대한 명확한 기준이나 이를 통제하는 제도가 미비하여 지역입찰을 위하여 본사를 이전하는 건

110) 2003~2011년 공공기관에서 발주하여 계약된 건설산업기본법상 종합공사



설업체의 수가 상당하고, 중소건설업체보다는 대형건설업체의 수주에 더 유리하게 공동도급제도가 운용되고 있음이 확인되었다.

즉, 공동수급제도가 일정정도 지역경제 및 중소기업에 미치는 긍정적인 영향이 크다는 점을 무시할 수는 없지만, 감사원의 결사결과를 보면 원래의 공동도급제도의 취지에 부합하지 않는 부정적인 측면도 상당하다고 할 것인바, 위 제도들의 평등권침해 문제는 상존할 수 밖에 없다고 할 것이다.

실증적인 접근을 통해서 살펴본 공동도급제도의 수단의 적정성은 긍정적인 평가를 내리기에는 부족하기 때문에 위 제도가 현재처럼 계속 운영된다면 그 목적의 정당성에도 불구하고 위헌성시비가 계속해서 증가될 수 밖에 없을 것으로 보이고, 결국 수단의 적정성이나 실효성을 이후로 폐지될 가능성도 매우 높다고 할 것이다.

결국 위 제도들이 위헌성시비를 벗어날 수 있는 방법은 원래의 제도의 목적을 달성할 수 있도록 실효성있고 적정하게 현실에서 운용되는 것 뿐이라고 보여지는바, 아래에서는 위 제도의 실효성 및 적정성을 개선할 수 있는 방안에 대해서 검토하여 보고자 한다.



제4절 지역의무공동도급제도의 위헌성 해소

I. 지역의무공동도급제도의 입법안

(1) 국가계약법 및 지방계약법의 개정 필요성

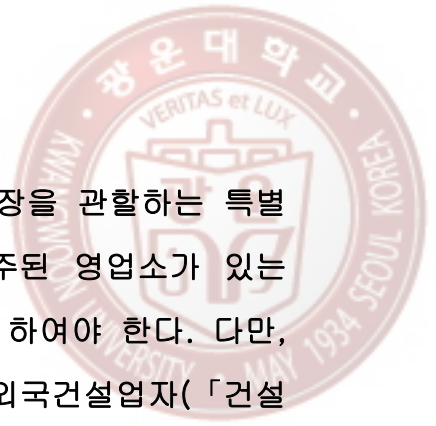
앞에서 언급하였듯이 국가계약법과 지방계약법에 지역의무공동도급제도가 규정되어 있지 않으므로, 하루빨리 입법을 통해서 위 문제를 해결할 필요가 있다고 할 것이다.

먼저 국가계약법의 경우에는, 아래의 예와 같이 국가계약법 제25조에 지역의무공동도급제도에 대한 근거를 명시적으로 부여하면서, 이와 함께 동법 시행령에 위임할 구체적인 내용을 마련해야만 할 것이다.

예)

국가계약법 제25조 (공동계약)

- ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약·제조계약 또는 그 밖의 계약에서 필요하다고 인정하면 계약상대자를 둘 이상으로 하는 공동계약을 체결할 수 있다.
- ② 각 중앙관서의 장 또는 계약담당자는 제1항에 따른 공동계약의 경우 입찰 참가자격으로 지역을 제한하지 아니하는 입찰로서 건설업 등의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 다음



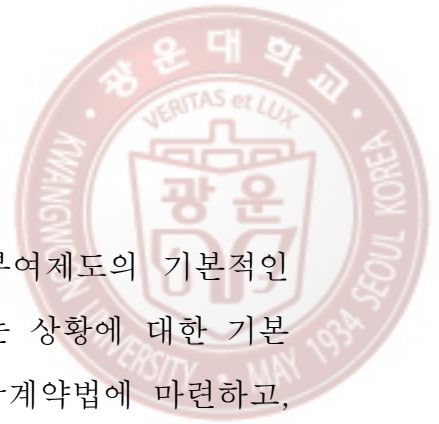
각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 공사현장을 관할하는 특별 시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도에 주된 영업소가 있는 자 중 1인 이상을 공동수급체의 구성원으로 하여야 한다. 다만, 제5조에 따라 국제입찰에 의하는 경우로서 외국건설업자(「건설산업기본법」 제9조에 따라 건설업의 등록을 한 외국인 또는 외국법인을 말한다)가 계약상대자에 포함된 경우는 제외한다.

1. 지역 간의 균형발전을 위하여 필요하다고 인정되는 공사로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공사, 가. 법 제5조제1항을 적용받는 국가가 발주하는 공사 중 추정가격이 고시금액 미만인 공사, 나. 법 제4조 제1항을 적용받지 아니하는 국가가 발주하는 공사,
2. 지역경제 활성화 등을 위하여 특별히 필요하다고 인정하여 안전 행정부 장관이 고시하는 사업.

지방계약법의 경우, 제29조에 지역의무공동도급제도에 대한 규정이 존재하기는 하지만, 위임이 포괄적인 문제가 있으므로, 위 예시안과 유사한 입법화가 필요하다고 할 것이다.

(2) 지역가산점 부여제도의 법률상 근거 마련

PQ심사나 적격심사시의 지역가산점 부과제도는 법률상 근거가 미비하므로, 신속한 입법을 통해서 구체적이고 명확한 법적 근거를 마련하여 위 문제를 해결할 필요가 있다고 할 것이다.



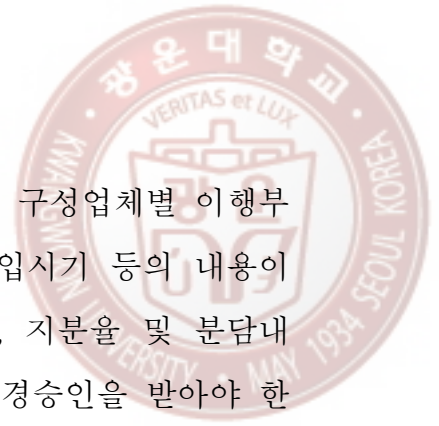
이를 위해서 현재 계약예규에 규정된 가산점부여제도의 기본적인 내용, 즉 가산점부여의 목적, 가산점을 부여하는 상황에 대한 기본적인 요건 등을 담은 규정을 국가계약법과 지방계약법에 마련하고, 그 가산점 부여방법 등 구체적인 내용은 시행령과 시행규칙을 통해서 집행하도록 하여야 할 것이다.

II. 공동도급제도의 개선방안

지역의무공동도급제도가 현실에서 운용되는 상황은 원래 제도의 취지의 충족과는 어느 정도 거리가 있어 보이므로, 위 제도의 존속필요성이나 위헌성시비는 계속될 수 밖에 없는 상황이다. 따라서 현재 운용하고 있는 위 제도들을 보다 취지에 맞도록 활성화시키서 현실적인 기능을 담당할 수 있도록 하여 위헌성이나 평등권침해 시비에서 벗어날 필요가 있다고 보여진다. 아래에서는 공동수급제도의 도입취지가 현실화 될 수 있는 개선방안에 대하여 살펴보려고 한다.

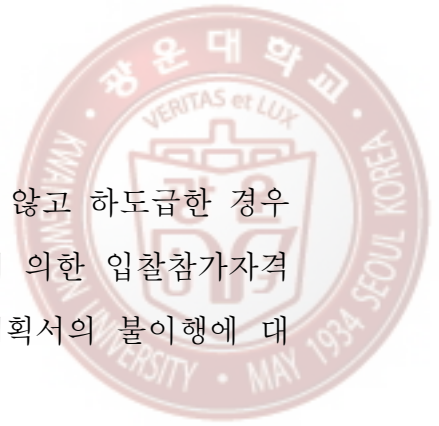
1. 공동계약이행계획서의 심사강화 및 지속적인 관리감독, 공동계약 이행계획의 미이행에 대한 현실적인 제재조치 강화

공동계약운용요령 제13조에 따르면 공동수급체는 공사착공시 공동



수급구성업체별 출자비율 또는 분담내용에 따른 구성업체별 이행부분 및 내역서, 투입인원·장비 등의 목록 및 투입시기 등의 내용이 포함된 공동계약이행계획서를 제출하여야 하고, 지분을 및 분담내용이 변경되는 경우에도 공동계약이행계획서 변경승인을 받아야 한다.

공동계약운용요령 제13조(공동수급체 구성원의 제재) 제1항에서는 “계약담당공무원은 공사 착공시까지 공동수급체 구성원별 출자비율 또는 분담내용에 따른 다음 각 호의 내용이 포함된 공동계약이행계획서(이하 "계약이행계획서"라 한다)를 제출하게 하여 승인을 받도록 하여야 한다”고 규정하면서, 구체적인 내용으로는, “1. 구성원별 이행부분 및 내역서(이행부분을 구분하지 아니하는 경우에는 제외), 2. 구성원별 투입 인원·장비 등 목록 및 투입시기, 3. 그 밖의 발주기관이 요구하는 사항”으로 규정하고 있다. 또한 제2항에서는 “계약담당공무원은 공동수급체구성원이 연명으로 출자비율 또는 분담내용을 준수하는 범위내에서 제1항의 규정에 의한 계약이행계획서의 변경에 대한 승인을 요청하는 때에는 공사의 적정한 이행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 이를 승인할 수 있다”고 규정하여 공동계약이행계획서의 변경에 대하여 규정하고 있다. 마지막으로, 제5항에서는 “각 중앙관서의 장은 공동수급체 구성원 중 정당한 이유없이 계약이행계획서에 따라 실제 계약이행에 참여하지 아니하는 구성원(단순히 자본참여만을 한 경우 등을 포함) 또는 출자비율 또는 분담내용과 다르게 시공하는 구성원 또는 주계약자관리방식에서 주계약자이외의 구성원

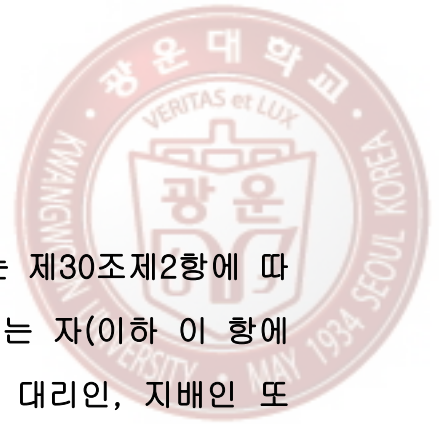


이 발주기관의 사전서면 승인없이 직접 시공하지 않고 하도급한 경우 시행령 제76조제1항 제6호 또는 제2호의 규정에 의한 입찰참가자격 제한조치를 하여야 한다”고 하여 공동계약이행계획서의 불이행에 대한 제재조치를 규정하고 있다.

그런데 기획재정부의 공동계약운용요령 제13조 제1항 및 행정안전부의 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준 제7장 공동계약운용요령 제4절 1. 나.의 규정에 따르면 계약담당공무원은 공동도급공사 수행시 공동수급구성업체로 하여금 구성업체별 이행부분 및 내역서, 투입인원·장비목록 및 투입시기 등의 내용이 포함된 공동계약이행계획서를 공사착공시까지 제출하게 하여 승인을 받도록 규정하고 있을 뿐, 공사규모 및 지분율에 따른 적정투입인원수와 범위 및 자본참여의 구체적인 형태 등 공동도급 참여방법 및 범위가 제시되지 않고 있어 공동수급구성업체의 사업참여 등 계약이행에 필요한 기준이 미비한 실정이다.

그리고 계약담당공무원은 공동수급구성업체 중 정당한 이유없이 공동계약이행계획서에 따라 실제 계약이행에 참여하지 않는 구성업체 또는 지분율이나 분담내용과 다르게 시공하는 구성업체에 대해서는 국가계약법 시행령 제76조 제1항 제2호, 제6호의 규정에 의한 입찰참가자격제한조치를 하도록 되어 있다.

[국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령]



제76조 (부정당업자의 입찰참가자격 제한)

① 각 중앙관서의 장은 계약상대자, 입찰자 또는 제30조제2항에 따라 전자조달시스템을 이용하여 견적서를 제출하는 자(이하 이 항에서 "계약상대자등"이라 한다)나 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제27조제1항에 따른 부정당업자(이하 "부정당업자"라 한다)인 해당 계약상대자등에게 제27조제1항에 따라 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 계약상대자등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격의 제한 사유가 발생한 경우로서 계약상대자등이 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

6. 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행(제19조에 따른 부대입찰에 관한 사항, 제42조제5항에 따른 계약이행능력심사를 위하여 제출한 하도급관리계획, 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항과 제72조 및 제72조의2에 따른 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자

국가계약법 이외에도 기획재정부의 공동계약운용요령 제13조 제5항 및 행정안전부의 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제7장 공동계약 운용요령 제4절 2. 가.의 규정에 따르면 “정당한 이유없이” 공동계약이행계획서에 따라 “실제 계약이행에 참여하지 아니하는 구성업체”는 국가계약법 시행령 제76조 제1항 제2호 또는 제6호

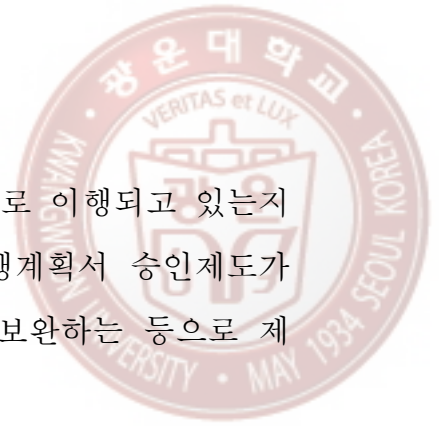


및 지방계약법 시행령 제92조 제1항 제6호 등의 규정에 따라 입찰 참가자격제한조치를 하도록 규정되어 있다.

그러나 문제는 “정당한 이유” 또는 “실제 계약이행에 참여”하는 것에 대한 구체적인 내용이 제시되지 않아 사실상 계약이행에 참여하지 않은 구성업체에 대한 제재 등 관리가 어려운 실정이다.

결과적으로 공동도급제도가 당초의 도입취지와 달리 업체간 “물량 나눠 먹기식”으로 운용되고 있을 뿐만 아니라, 형식적인 공동도급으로 공사관리능력과 기술력도 확보하지 못한 공사이행능력이 없는 업체가 공동계약에 참여한 지분만큼의 실적을 인정받아 다른 공공공사에 참여하게 됨에 따라 공공공사의 품질저하가 우려되는 현실임에도 불구하고, 현재의 제도상으로는 공동계약이행계획서에 대한 엄격한 관리 및 미이행업체에 대한 제재조치 등 현실적인 관리감독이 부실하여 이러한 현실을 개선하지 못하는 실정이다.

발주기관이 공사착수시까지 공동계약이행계획서를 제출받아 이를 승인하도록 공동계약운용요령을 개정한 것은 공동수급구성업체가 공동계약을 부실하게 이행하는 문제점을 개선하기 위해 발주기관에서 공동계약이행실태를 관리·감독하도록 하는데 그 취지가 있다. 따라서 기획재정부 및 행정안전부에서는 공사착공전 공동수급체로부터 공동계약이행계획서를 제출받아 구성업체별 참여내용이 지분을 대로 적정하게 계약이행에 참여하는 내용인지를 확인하고, 승인한



공동계약이행계획서 내용대로 실제 계약이 제대로 이행되고 있는지를 관리·감독하기 위해 도입된 위 공동계약이행계획서 승인제도가 제대로 운용되고 있는지를 파악하여 미비점을 보완하는 등으로 제도의 실효성을 확보하여야 한다.

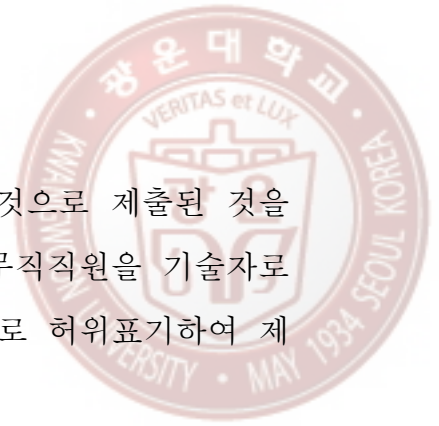
그런데 감사원의 자료를 살펴보면, 2007년 이후 국토해양부 등 11개 발주기관에서 계약한 공동도급공사 1,482건의 공동계약이행계획서 관리실태를 확인한 결과 공동계약이행계획서를 제출받지 않아 적정한 계약이행여부를 확인할 수 없는 공사가 총 864건(58.4%)에 달하는 것으로 나타났다.¹¹¹⁾

또한 계약이행계획서를 제출한 618건의 공사(1,277개 업체) 중 한국기술인협회에 신고된 기술자경력자료와 비교하여 기술자가 배치되지 않은 것으로 추정되는 150건의 공사(248개 업체)에 대해 계약이행계획서 내용 및 그 준수여부를 점검한 결과, 승인받은 계약이행계획서대로 직원을 배치하지 않는 등 계약이행계획서를 제출받고도 이를 제대로 이행하지 않는 것을 시정조치 없이 그대로 두고 있는 공사가 94건(165개 업체)으로 확인되었다.¹¹²⁾

더욱이 기술자가 배치되지 않은 위 150건(248개 업체) 중 적정 내용의 계약이행계획서를 제출받은 94건(165개 업체)을 제외한 56건(83개 업체)의 계약이행계획서 중에는 기술자를 아예 투입하지 않

111) 감사원, 앞의 책, 81-86면

112) 감사원, 앞의 책, 81-86면



거나 기술자가 아닌 직원(사무직)을 투입하는 것으로 제출된 것을 그대로 승인한 공사가 49건이나 있었으며, 사무직직원을 기술자로 표기하거나 다른 업체 직원을 구성사의 직원으로 허위표기하여 제출한 공사도 7건(7개 업체)으로 확인되었다.¹¹³⁾

그 결과 공동도급공사를 특정업체가 일괄시공·관리하면서 나머지 구성업체는 기술자를 배치하지 않고 자기자본도 투입하지 않는 등 공동계약에 형식적으로 참여하고 있는데도 해당 발주기관 및 기획재정부 등에서는 이에 대한 관리·감독을 소홀히 하고 있어 공동계약을 부실하게 이행하는 문제점을 개선하기 위해 도입된 위 공동계약이행계획서 승인제도가 유명무실하게 운용되고 있다.

결론적으로, 기획재정부장관 및 행정안전부장관은 공동계약운용요령을 개정하여 ① 공동도급제도가 도입취지에 맞게 운용될 수 있도록 공동수급구성업체의 지분율에 따른 인력·장비투입 등 참여형태에 대한 구체적인 기준을 마련하여야 하고, ② 공동계약이행계획서를 제출하지 않은 공동수급체에 대한 제재조항을 마련하는 등 실질적인 공동계약이행을 담보하기 위해 도입된 계약이행계획서승인제도에 대한 합리적인 개선방안을 마련하여야 한다. 또한 ③ 발주기관에서는 공동수급체가 공동계약이행계획서에 따라서 성실하게 공사수행하고 있는지를 엄격하게 관리·감독하여야 하고, 이와 달리 이행하는 공동수급체 또는 그 구성원에 대하여는 분명한 입찰참가자

113) 감사원, 앞의 책, 81-86면



격제한 등 제재조치를 시행할 수 있도록 구체적인 방안을 마련하여야 한다.

2. 지역건설업체 기준의 명확성 확보

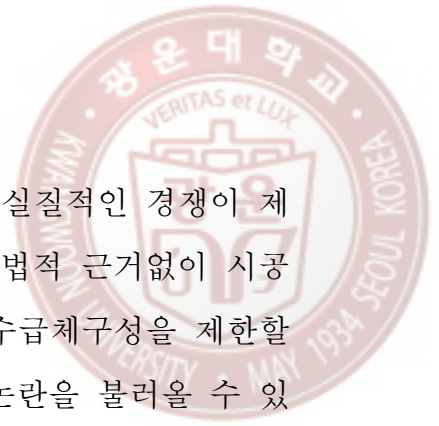
현재 지역건설업체 인정기준은 대략적으로 발주공고일 기준으로 90일 정도로 하고 있으나, 앞에서 살펴보았듯이 1년간 수주계획을 건설업체들이 미리 알고 수주를 위하여 본사를 이전할 수 있는 상황이기에 때문에 위 90일 기준은 현저히 짧다고 할 것이다.

따라서 현재의 수주제도를 전제로 할 때에는 지역업체 인정기준을 발주공고일 기준 최소 1년 이전부터 해당 지역에서 영업을 하고 있을 것을 기준으로 삼아야 실효성이 있다고 할 것이다.

또한 단기간 본사이전회수가 많은 건설업체에 대해서는 공고일 기준 최소 1년 이상 영업하였다고 하더라도 지역업체에 선정되지 못하도록 하는 수단도 강구할 필요가 있다고 보여진다.

3. 대형건설업체간의 공동수급체 구성 제한의 필요성

건설공사실무상 공사금액이 큰 대형공사의 경우에는 입찰에 소요되는 경비 자체도 많고, 공사수행에 있어서 고도의 기술능력, 충분한 자본력, 풍부한 경험 등을 요구한다는 점에서 현실적으로 입찰참가



가 가능한 업체가 소수의 대형업체로 제한되어 실질적인 경쟁이 제한적일 수밖에 없는 사정이 있다. 또한 명확한 법적 근거없이 시공능력평가액 기준 상위 특정 대형업체간의 공동수급체구성을 제한할 경우 제한대상이 아닌 차상위업체와의 역차별 논란을 불러올 수 있다는 점 등 여러 가지 현실적인 문제들이 있다.¹¹⁴⁾

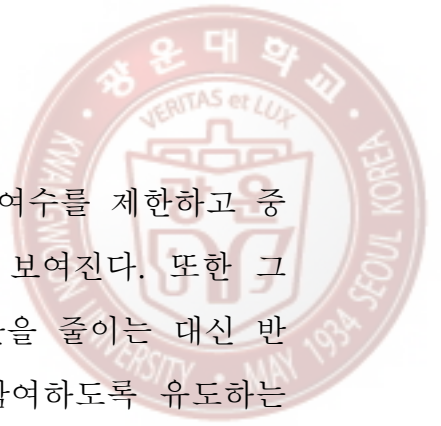
그러나 대형공사에서도 중소기업체의 입찰의 경쟁성을 높이고 중소기업체 보호라는 공동도급제도의 취지를 달성하며, 제한에 따른 혼란을 최소화하기 위해서는 공동수급체구성을 제한하고자 하는 대형업체의 범위를 합리적으로 설정한 후 구체적인 제한기준 등을 관련 법령 등에 명시하는 것이 필요하다고 보여진다.¹¹⁵⁾

왜냐하면 이러한 제도적 보완이 없다면 결국 대형공사는 시장경제의 논리와 경쟁성·효율성 논리에 의하여 대형건설업체 위주로 구성된 공동수급체가 수주를 독차지할 수밖에 없기 때문에, 공동도급제도의 중요한 목적 중의 하나인 중소기업체의 지원·육성과는 무관하고 오히려 그 반대로 작동할 수 밖에 없는 불평등한 제도가 될 것으로 판단되어진다.

이를 위해서는 공사의 규모, 기술의 난이도, 인력의 희소성 등을 감안하여 공사별로 대형건설업체의 참여수를 제한할 필요가 있다고 보여진다. 즉, 공사규모가 작을수록 또는 기술의 난이도가 낮을수

114) 이상호, 앞의 논문, 91-92면.

115) 이석목, 공동도급운영의 효율화 방안, 한국건설산업연구원, 2001, 202면.



록, 인력의 수급이 쉬울수록 대형건설업체의 참여수를 제한하고 중소기업의 참여비중을 높일 필요가 있다고 보여진다. 또한 그 반대의 경우에는 대형건설업체들의 참여의 제한을 줄이는 대신 반드시 중소기업들이 최소 1개 업체 이상 참여하도록 유도하는 방안도 함께 강화될 필요가 있다고 할 것이다.¹¹⁶⁾

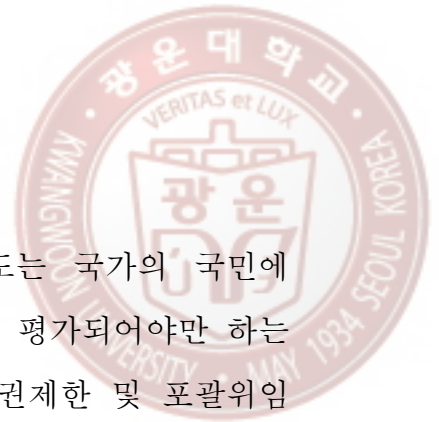
116) 이석목, 앞의 책, 202면.



제4장 결론

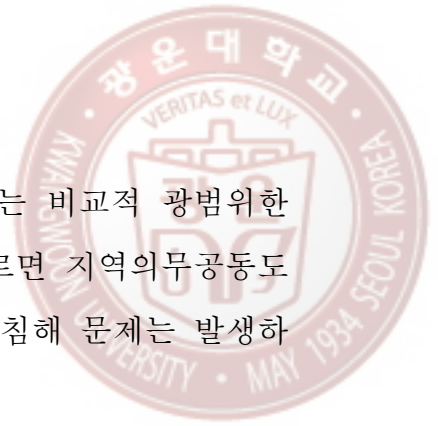
지역의무공동도급제도나 지역건설업체를 포함한 공동수급체에 대한 가산점부여제도는 그 제도의 목적과 취지가 지역경제 및 중소기업에 대한 보호·육성에 있는바, 위 목적은 우리 헌법이 국가에 명령한 헌법상 국가의 의무여서 정당하다고 할 것이다.

지역공동의무제도나 가산점부여제도는 국가나 지방자치단체가 사적 주체로서 민간과 공사도급계약을 체결할 때 적용되는 제도이므로, 일견 국가와 민간건설기업간의 사적인 계약체결의 문제로만 보여지지만, 국가나 지방자치단체 등이 민간건설기업과 건설공사도급계약을 체결하는 사적 계약이라고 하더라도 지역경제 및 중소기업에 대한 보호·육성이라는 헌법적 목적을 달성하기 위하여 건설회사에 대하여 사실상 지역건설업체와의 공동수급체를 구성하도록 유도하는 것은 민간건설기업의 직업종사의 자유를 침해하고, 지역건설업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에 대하여 평등권을 침해하는 것이므로, 순수한 국고작용이라기 보다는 일종의 행정사법의 영역이라고 할 수 있다. 결국 국가나 지방자치단체 등은 행정상 또는 공공상 목적을 달성하기 위하여 순수한 사적계약을 체결하는 과정에서 공권력이라는 권력행사를 통하여 행정상 또는 공공상 목적을 달성하고 있는바, 이는 실질적으로는 국가권력의 행사라고 할 수 있으므로, 국가의 개인에 대한 기본권제한의 범위 및 한계라는 헌법적 문제가 발생할 수 밖에 없다고 할 것이다.



따라서 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도는 국가의 국민에 대한 기본권침해에 대한 위헌심사기준에 의하여 평가되어야만 하는 것이다. 먼저 형식적 기준인 법률에 의한 기본권제한 및 포괄위임 금지원칙에 근거하여 위 제도들을 검토하여 보면, 지역의무공동도급제도는 국가계약법상 근거규정이 존재하지 않고 동법 시행령에 근거가 마련되어 있어서 법률에 의한 기본권제한의 원칙에 위반되어 위헌적 제도라고 할 것이다. 또한 지방계약법에는 지역의무공동도급제도가 규정되어 있지만 대부분의 구체적인 내용은 모두 동법 시행령에 위임되어 있어서 지방계약법만으로는 충분한 입법화가 이뤄지지 않았다고 보여지는바, 포괄위임금지원칙을 위반하여 지방계약법 자체도 위헌적이라고 할 것이다. 결국 국가계약법 및 지방계약법에 지역의무공동도급제도에 대한 구체적 입법화로 위헌성문제를 해결할 수 있을 것으로 보인다. 또한 가산점부여제도는 법령상 근거가 존재하지 않고, 행정규칙인 계약예규 등에 규정되어 있어서 위헌성문제가 지역의무공동도급제도보다 더 심각하다고 할 것이다. 따라서 신속한 입법화를 통해서 위헌문제를 해결해야 할 것으로 판단된다.

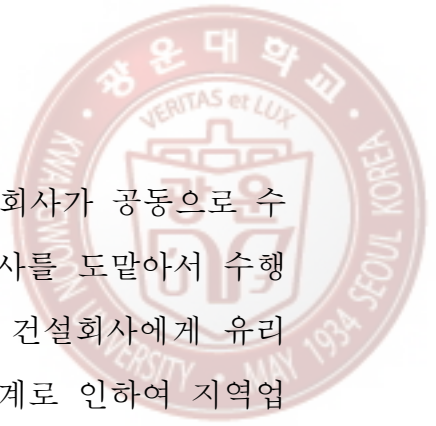
위헌성심사기준의 실질적 기준의 하나인 비례원칙에 의하여 위 제도들을 살펴보면, 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도는 건설업체의 직업행사의 자유를 제한하고 있는데, 직업의 자유에 대한 위헌성심사기준으로서 비례원칙의 하나인 단계이론에 따르면, 직업



행사 또는 직업중사의 자유를 제한함에 있어서는 비교적 광범위한 입법적 재량이 인정되고 있는바, 위 기준에 따르면 지역의무공동도급제도나 가산점부여제도의 직업중사의 자유의 침해 문제는 발생하지 않을 것으로 보여진다.

또한 위 두 제도는 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체의 평등권을 제한한다고 보여지는바, 평등권침해와 관련된 위헌성심사기준은 크게 자의금지원칙과 비례의 원칙이 적용되고 있는데, 헌법재판소는 가산점부여로 인한 평등권침해와 관련하여서는 비례의 원칙을 적용하고 있다. 비례의 원칙은 다시 4가지 기준으로 나눠 평가되는데, 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 형평성으로 나눠 볼 수 있다. 지역의무공동도급제도 및 가산점부여제도는 지역경제 및 중소기업의 보호·육성을 목적으로 하고, 위 목적은 헌법상 국가에 부여된 의무라고 할 것이므로 목적의 정당성은 인정된다. 또한 자유경쟁의 원리와 중소기업 및 지역경제의 보호 원리는 모두 헌법적 가치이자 이념이므로 양자간의 법익의 형평성은 인정된다고 할 수 있다. 또한 가산점제도는 지역업체와 공동수급체를 구성하지 않은 건설업체에 대해 입찰과정에서 전적으로 배제하는 것이 아니고, 구성지분율에 따라 가산점을 차등부여하는 등 법익침해의 최소성원칙을 지키고 있다고 할 수 있다.

본 연구에서는 비례의 원칙 중 나머지 기준인 수단의 적정성에 대해서 구체적으로 검토하려고 노력하였는데, 왜냐하면 현재 운용되



는 공동도급제도는 그 취지와 달리 사실상 건설회사가 공동으로 수행하는 것이 아니라 사실상 한 개의 회사가 공사를 도맡아서 수행하고 있고, 주로 중소건설업체보다는 대규모의 건설회사에게 유리하게 운영되고 있으며, 지역업체 확정기준의 한계로 인하여 지역업체의 보호·육성에 있어서 많이 미흡한 것으로 비판받으면서 그 실효성에 대한 의구심이 상당하기 때문이다. 본 연구에서는 감사원의 감사결과보고서를 토대로 실증적으로 검토하였는데, 실제로 현실의 공동도급제도가 원래의 도입취지와 달리 목적달성에 필요적절한 수단인지에 대하여 객관적이고 실증적으로 접근하였다. 그리고 검토 결과, 공동도급제도의 현실적 운용이 상당히 미흡하여 수단의 적정성, 즉 적절한 정책수단으로서 인정하기에는 어느 정도 한계가 있다고 할 수 있어서 위헌성문제에서 자유롭지 못한 것으로 보여진다.

따라서 공동도급제도가 제대로 목적에 부합하게 운영되기 위해서는
공동수급체구성원들이 실제적으로 공동으로 공사에 참여할 수
있도록 관리감독을 강화하여야 하는데, 이를 위해서는
공동계약이행계획서 심사를 실질적으로 강화하고, 공동수급체가
이에 따라 공동으로 공사이행을 하는지 관리·감독하여 이를 지키지
못한 경우에는 입찰제한조치 등 필요적절한 제재조치를 시행하여야
하고, 엄격한 지역업체 확정기준을 도입하여야 하고, 대형공사의
경우에도 중소건설업체가 실질적으로 참여할 수 있도록 제도개선을
하여 위헌성문제를 해결할 필요성이 있다고 보여진다.



참 고 문 헌

1. 단행본

- 서울중앙지방법원, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원, 2006.
- 감사원, 감사결과보고서-공동도급제도 운용실태, 감사원, 2012.
- 국토연구원, 공동도급계약제도의 개선에 관한 연구, 건설교통부, 2003.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 길기관, 「알기쉬운 건설분쟁사례 해설(개정판)」, 건설경제, 2010.
- 김남진, 김연태, 「행정법총론(I)」, 제9판, 법문사, 2005.
- 김문현, 「사례헌법연구」, 법원사, 2000.
- 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2007, 640면.
- 윤재윤, 「건설분쟁관계법」, 박영사, 2008.
- 이범상, 「건설관련소송」, 법률문화사, 2010.
- 이석목, 공동도급운영의 효율화 방안, 건설산업연구원, 2001.
- 이철송, 「회사법 강의」, 박영사, 2006.
- 정원, 「공공조달계약법(상,하)」, 법률문화원, 2009.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2013.

2. 논문

- 김명수, 공동도급 계약제도 운영 실태와 개선방안, 건설경제, 2005



겨울호.

김선택, 국고작용에 대한 기본권의 효력, 헌법사례연습, 2001.

김재형, 조합, 민법주해 채권(9), 박영사, 1999.

박석균, 지역업체 공동도급 운영의 효율화 개선방안에 관한 고찰,
경희대학교 행정대학원 석사학위논문, 2010.

방승주, 직업선택의 자유, 헌법논총 제9집(1998)

변현철, 공동수급한 관급계약에서의 구성원 사이의 선급금과 기성
대금과의 관계, 대법원판례해설 제38호, 2002. 6.

서순성, 건설공사공동수급체의 법률관계에 관한 연구, 성균관대학교
법학과대학원 석사학위논문, 2013.

윤재윤, 건설공동수급체의 법률관계-관급공사를 중심으로, 법조 제
51권 2호, 2002.

이균용, 공동수급체의 성질과 그 법률관계, 대법원판례해설 제35호,
2000.하반기.

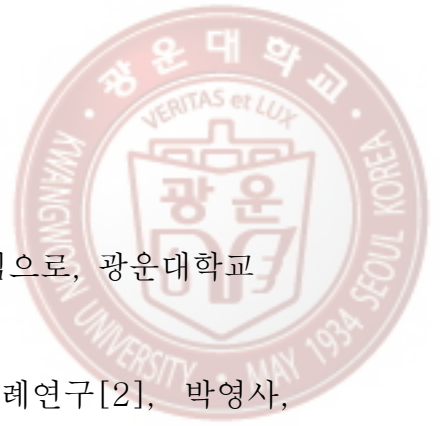
이상호, 지역제한제도와 지역의무공동도급제도의존폐논란, 지방자
치, 1998. 3.

이상호, 공동도급계약의 실태 및 개선방안,
건설경제통권48권(여름호), 국토연구원, 2006.

이완수, 공동수급체의 법적 성격에 관한 판례 소고, 건설재판실무논단, 서
울중앙지방법원, 2006.

이중환, 공동도급과 회계처리의 개선방안에 관한 연구, 한양대학교
산업경영 대학원 석사학위논문, 2004.

전광석, 직업선택의 자유에 대한 제한 및 제한의 문제, 《고시연구》,



(1997. 11.).

정경섭, 건설공동수급체에 관한 연구:판례를 중심으로, 광운대학교
건설법무대학원 석사학위논문, 2010.

정연주, 가산점제도의 헌법적 문제점, 헌법판례연구[2], 박영사,
2000.

정진명, 건설공사공동수급체의 공사대금채권, 민사법학 vol.33,
민사법학회, 2006.

최문기, 조합의 법적 지위에 관한 연구. 성균관대학교 박사학위 논문,
1989.



표 목차

- [표 1] 공동수급체와 민법상의 조합 비교
- [표 2] 한국, 일본 및 서구 선진국의 지역·중소건설업체 보호 관련 제도
- [표 3] 지역별 전입업체 현황(종합건설업체 기준)
- [표 4] 최근 3년간 연도별 지역이동 업체 현황
- [표 5] 최근 3년간 지역이동업체의 지역제한 대상공사 입찰 참여 현황
- [표 6] 지역업체 판단기준
- [표 7] 지역업체 우대제도 유형별/기간별 이동 현황
- [표 8] 지역별 이동현황(지역의무공동도급공사)
- [표 9] 공동수급체 구성 경향
- [표 10] 공동수급체 구성형태 및 공사규모별 수주현황