

공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구*

- 공법상 계약 이론을 중심으로 -

정호경**·선지원***

차 례

- I. 머리말
- II. 공공조달계약의 법적 성질 및 범위
 - 1. 공공조달계약의 법적 성질
 - 2. 공공조달계약의 범위
- III. 공공조달계약에 대한 통제
 - 1. 통제의 유형 - 절차 통제와 내용 통제
 - 2. 계약 절차에 관한 통제
 - 3. 계약 내용에 대한 통제
- IV. 결 론

* 이 글은 한양대학교 교내연구비 지원에 의하여 작성된 글입니다.
** 한양대학교 법학전문대학원 부교수
*** 독일 Regensburg 대학 박사과정
접수일자 : 2014. 4. 30. / 심사일자 : 2014. 5. 26. / 게재확정일자 : 2014. 5. 30.

I. 머리말

행정법은 전통적으로 행정주체의 일방적 공권력 행사에 해당하는 행정 행위를 중심으로 논의되어 왔으나, 행정주체와 국민간의 계약 형식에 의한 공법관계 형성이 불가능한 것은 아니다. 계약의 형식에 의한 공법관계 형성이 가지는 장점은 행정주체와 그 상대방인 국민의 의사가 합치된 행정 작용이 가능하여, 별도의 강제 수단을 거치지 않는 자율적인 행정의 실효성 확보가 가능하다는 점이다. 공공조달 영역은 계약 형태로 행정작용이 이루어지는 대표적인 영역이라 할 수 있다.

그러나 계약형식의 행정은 처분에 의한 행정과는 다른 종류의 문제를 가지고 있다. 최근의 공공조달계약 사례들을 살펴보면, 공적인 통제가 제대로 이루어지지 않아 직간접적으로 공공의 이익을 침해하는 경우를 적지 않게 볼 수 있다. 특히 군수품 조달계약 등에서 비용을 과다계상하여 납품업자가 부당한 이익을 취득하는 사례가 종종 나타나고 있다. 물품원가 및 공사비용 등의 계약상 비용과 실제 비용의 괴리는 우연한 시장 사정 또는 계약담당 공무원의 무관심 등에 기인하는 경우가 많은데, 이러한 내용의 계약을 통해 사업시행자는 부당한 이익을 얻게 되고, 결국 납세자가 추가 비용을 부담하게 된다. 이밖에도 국가와 사인 사이의 계약을 준수하는 것이 제3자의 기본권을 침해하는 결과가 되는 등, 헌법상의 가치를 훼손하는 결과가 되는 사례 역시 생각해 볼 수 있다.¹⁾

계약형식의 행정작용은 당사자 간의 의사합치에 의한 법률효과의 형성이란 점에서 여러 가지 장점을 가진 것이 사실이지만, 공공조달계약과 같이 계약의 대상이 공익적 성격을 가진 경우에는 사법상 계약과는 다른 절차와 내용에 대한 통제가 필요하다. 왜냐하면 계약의 목적이나 대상이 갖는 공익적 성격 때문에 계약의 내용을 순수하게 계약당사자의 의사에 맡겨둘 수 없고, 오히려 계약당사자의 의사를 일정한 공익적 목적에 부합

1) Otto Mayer가 법치행정을 강조하면서 계약형식에 의한 행정을 부정한 것은 이러한 문제점에 기인한 것으로 생각된다. Otto Mayer는 공행정 영역에서의 공법상 계약의 가능성을 부정하였다. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot(Aufl. 3. Bd. 1.), 1924. 참조.

하도록 견인하고 통제할 필요가 있기 때문이다. 이 하에서는 공공조달계약에 대해 일정한 통제를 가하는 것이 가능한지, 가능하다면 어떤 방법을 통해서, 그리고 어느 정도의 범위에서 통제가 행해져야 할 것인지를 논하고자 한다.

Ⅱ. 공공조달계약의 법적 성질 및 범위

1. 공공조달계약의 법적 성질

(1) 판례와 학설

공공조달계약이 어떤 법원리에 의하여 어떤 정도로 제한을 받아야 하는지에 대해서 밝히는 것은 중요한 문제이면서도 매우 까다로운 문제이다. 행정주체가 당사자가 되어 공공의 역무를 조달한다는 측면에서는 공법 영역에 가까운 문제인 것처럼 보이나, 사인(私人)이 한 당사자가 되어 사법상 법률관계 변동을 일으키는 대표적인 행위형식인 계약을 통해 이루어진다는 측면에서는 사법상 문제인 것처럼도 보일 수 있기 때문이다. 2000년대 이후 대법원의 확립된 태도는 공공조달계약은 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 하는 입장이다.²⁾ 이를 근거로 판례가 대부분의 공공조달계약을 사법상 계약으로 취급한다고 평가되고 있다.³⁾⁴⁾

2) 이영동, "공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제: 공공계약의 공법적 특성을 중심으로", 사법논집 제44집, 2007, 111쪽.

3) 법원의 입장이 "기본적으로 행정계약의 개념 자체를 전제하면서 유형화에 따른 법적 성질을 결정하는 것이 아니라 개별적인 계약의 내용에 대하여 구체적 실질적으로 판단하여 공법상 계약인지 아니면 사법상 계약인지를 결정하고 있는 것"이라고 설명하는 견해도 있다. 홍성필 외, 『민간투자사업에 있어 국가계약법의 적용에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2008. 12, 49쪽.

4) 대법원의 주류 입장은 아니지만 "계약당사자가 연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약에 위반하여 타당성 조사용역이 시행되기도 전에 사업시행자로 선정되었음을 전제

공공조달계약을 사법상 계약으로 보는 판례의 주류적 입장에 대하여 다수의 행정법학자는 비판적 견해를 견지하고 있다. 공공조달계약은 재원이 대부분 세금으로 충당된다는 점, 그럼에도 조달계약의 담당공무원은 반드시 ‘최선의 계약 체결’이라는 동기를 갖지 못하기 때문에 엄격한 법적 규율이 필요하다는 점, 부패·비리의 위험성이 크다는 점, 계약상대방은 사인간의 계약의 경우와는 달리 대금의 수령에 관한 리스크를 부담하지 않는다는 점, 조달계약의 상대방 선정은 국가 전체의 경제와 사회에 결정적인 영향을 미치기 때문에 국가의 중요한 정책 수단이 된다는 점 등에서 사인간의 계약과 동일하다고 할 수 없는 중대한 특수성을 갖는 것임이 분명하고, 이러한 특수성을 범주적으로 표현한다면 그것은 바로 공법적 성격이라고 할 수 있다거나,⁵⁾ 공공조달계약은 계약체결과정이나 계약체결 이후에 사법상 계약과 다른 다양한 규정을 두고 있는 것이 일반적이기 때문에 이러한 점에서 순수한 사법상 계약으로 보는 것은 문제가 있으며, 특히 WTO 정부조달협정(Agreement on Government Procurement, GPA)에 가입하면서 국가계약법이 투명성을 대폭적으로 강화하는 내용으로 제정되었다는 점을 고려해야 한다는 견해가 그러하다.⁶⁾ 또한 이러한 논의들을 바탕으로 조달계약을 공법계약으로 보려는 입장이 유력시되고 있다는 평가가 존재한다.⁷⁾

로 입찰공고 등 일련의 행위를 한 경우, 조사용역계약의 계속적 성격과 공익적 성격에 비추어 이는 계약당사자 사이의 신뢰관계를 파괴하고 그 공익성을 저해함으로써 계약관계의 계속을 현저히 곤란하게 한다는 이유로 위 조사용역계약이 지방해양수산청장의 해지통고로 적법하게 해지되었다”고 판시하고 있는 판례(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결)도 있다. 이 판례가 첫째, ‘공익적 성격’을 판단의 근거로 삼고 있다는 점, 둘째, 소송 자체가 공법상 당사자소송이라는 점을 볼 때, 대법원이 적어도 이 사안에서는 공공조달계약을 공법상 계약으로 보고 있음이 추정된다. 그러나 이 판례를 통해 대법원이 공공조달계약에서의 국가계약법의 성격에 대한 기존의 견해를 변경한 것으로 보이지는 않으며, 다만 구체적 타당성을 기하여 공공성이 강한 법률관계에 대해서는 일정한 규율을 가할 수 있는 여지가 있다는 의도를 남겼다고 평가할 수 있다. 이에 관해 더 자세한 논의는 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰”, 강원법학 제28권, 2009. 6, 31쪽 및 32쪽.

5) 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 226쪽.

6) 김대인, 위의 글, 30쪽 및 31쪽.

7) 김남진, “행정계약·공법상계약·행정법상 계약 - 주요 쟁점사항을 중심으로”, 고시계,

(2) 공공조달계약의 공법적 성격

공공조달계약이 공법적 성질을 갖고 있는지의 여부를 판단하기 위해서 공법상 계약의 정의에 대한 논의 및 관련 규정을 참고할 필요가 있다. 기존의 국내 문헌들은 공법상 계약의 의의에 대해 대체로 “공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수의 당사자 사이의 반대방향의 의사의 합치에 의하여 성립되는 공법행위”⁸⁾라고 이야기하고 있다. 또한, 행정주체가 적어도 계약의 한 쪽 당사자가 되는 경우만이 공법상 계약으로 인정될 수 있다는 견해⁹⁾가 있다. 공법상 계약에 대한 논의의 출발점이 행정주체와 사인 간의 관계를 어떻게 설정할 것인가라는 점을 고려하면, 공법상 계약의 개념 요소의 하나로 행정주체가 당사자가 될 것을 들 필요가 있다.

우리나라의 법령 중에서는 공법상 계약의 의의를 직접 언급하고 있는 규정을 찾기 어렵다. 공법상 계약의 개념과 관련하여 독일 연방행정절차법 제54조 제1문을 참조할 수 있는데, 동 조항은 “공법 영역에 있어서의 법률관계는 법규에 위반되지 아니하는 한 계약의 의해 발생, 변경 또는 취소될 수 있다.”고 규정한다. 이 규정으로부터 다음과 같은 공법상 계약의 요소를 추출할 수 있을 것이다. 첫째, 공법상 계약은 공법 영역에서 법률관계를 발생·변경·소멸시키는 작용이며, 둘째 외형적으로 계약이라는 형식을 가지고 있다는 점이다.¹⁰⁾ 이를 종합해 보면 공법상 계약의 개념요소는 적어도 한 당사자가 행정주체일 것¹¹⁾, 공법적 효과 발생, 당사자 사이의 의사의 합치 등으로 정리할 수 있을 것이다. 이와 같은 기준에 따른

2007. 7, 25쪽.

8) 김동희, 『행정법 I』 제18판, 박영사, 2012. 2, 222쪽; 김성수, 『일반행정법』 제5판, 홍문사, 2010, 387쪽; 김철용, 『행정법 I』 제13판, 박영사, 2010. 2, 319쪽; 류지태·박중수, 『행정법신론』 제14판, 박영사, 2010. 2, 323쪽; 홍정신, 『행정법원론(상)』 제20판, 박영사, 2012. 2, 479쪽.

9) 김남진·김연태, 『행정법 I』 제16판, 법문사, 2012. 1, 372쪽; 박균성, 『행정법론(상)』 제11판, 박영사, 2012. 1, 434쪽.

10) Ziekow/Siegel, "Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrags", VerwaltungsArchiv, 2003, S. 594.

11) 여기서 행정주체의 의미에 대해서는 물리적으로 사인과 구분되는 행정주체가 아니라, 순수한 사적 이해관계만을 가진 자와 구분되는 행정임무를 수행하는 자를 통칭하는 것으로 이해해야 할 것이다. 즉, 어떤 식으로든 행정 임무를 수행하는 자가 한 당사자인 경우의 계약만이 공법상 계약의 논의 속에 들어갈 수 있을 것이다.

다면 공공조달계약이 공법적 효과의 발생을 목적으로 하고 그러한 효과를 발생시키는 한 공법상 계약의 범주에 포섭될 수 있을 것이다.

그렇다면 문제는 공법적 효과를 무엇으로 볼 것인가가 하는 점이다. 공법적 효과의 판단을 위해서는 다음과 같은 기준을 생각해 볼 수 있다. 첫째, 조달의 목적물이 공적(公的)인 것인지 여부이다. 공공조달계약을 통해 조달되는 목적물은 모두 어느 정도의 공적 성격은 가지고 있다고 할 수 있다. 하지만 독일 학설의 주류적 경향에 따라 그 목적물이 간접적으로 공익 목적에 관련되는 경우, 즉, 그 목적물이 공무 수행을 위한 수단 에 불과한 경우는(예컨대 단순히 행정기관 내부에서 쓰이는 물품) 공적 성격에서 제외한다고 하더라도, 그 목적물을 직접 공중이 이용하는 것이거나 목적물의 형성이 직접 공익 실현 행위가 되는 것은 조달 목적물의 공적 성격을 인정해야 할 것이다. 예컨대 도로, 철도 등의 대규모 사회기반시설에 대한 계약이나 군수품 조달계약 등은 공적인 목적물을 대상으로 하는 계약이라고 볼 수 있을 것이다.

둘째, 해당 계약이 예산상으로 큰 영향을 끼치는 경우에도 공법적 효과를 생각할 수 있다. 계약을 통해 체결된 채권·채무 관계의 재원은 국민의 세금으로 조성된 재정이다. 재정 통제 측면을 고려한다면, 공공조달계약 중 예산에 큰 영향을 미치는 계약은 공법적 효과가 발생하므로 공법상 계약이라고 분류할 필요가 있다.¹²⁾

셋째, 해당 계약의 체결이 계약의 당사자뿐만 아니라 제3자 혹은 일반 시민에게도 영향을 미치는지 여부도 공법적 효과 발생의 한 판단 기준이 될 수 있다. 행정청의 단순한 사무용품 구입이나 청소용역 계약 등은 다른 국민의 권리의무에 그리 큰 영향을 끼치지 않지만, 사회기반시설의 조성과 같이 계약 금액이 큰 대규모 계약은 조달계약의 당사자로 선정되지 못한 입찰 참여자의 이해관계나 관련 시장질서에 크게 영향을 줄 뿐만 아니라, 대부분의 경우 기반시설의 설치자가 일정 기간 그 시설물을 이용

12) 예컨대 국가재정법은 제38조에서 일정한 대규모사업에 대한 예산을 편성하기 위해서는 “예비타당성조사”를 실시해야 한다고 규정하고, 동법 시행령 제13조 제1항에서 그 기준으로 “총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업”을 들고 있다.

하는 일반 시민으로부터 이용의 대가를 징수하는 경우가 많은바, 계약에서 정하는 내용이 궁극적으로 일반시민의 권익에도 영향을 미치게 된다.

다음으로 공공조달계약의 발주자가 행정주체에 해당하는지 여부가 문제된다. 국가계약법은 제2조에서 동법의 적용 범위를 ‘국가’를 당사자로 하는 계약이라고만 규정하고 있을 뿐,¹³⁾ 그 경우의 국가가 단순히 사경제 주체로서의 국가인지 또는 공권력 행사자 또는 공역무의 담당자로서 국가를 의미하는지, 혹은 그 둘 모두를 포함하는지 여부에 관해서는 명시적으로 규정하고 있지 않다.¹⁴⁾ 즉, 국가계약법 제2조는 그런 측면에서는 중립적인 규정이라 할 것이다. 따라서 위에서 말한 조달 목적물의 공적 성격에 관한 판단기준이 행정주체성의 판단에도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다. 즉 그 목적물을 직접 공중이 이용하는 것이거나 목적물의 형성이 직접 공익 실현 행위가 되는 것은 조달, 예컨대 도로, 철도 등의 대규모 사회기반시설이나 군수품을 조달하는 경우의 국가 또는 공공단체는 단순히 사경제 주체가 아니라 행정목적 수행하는 행정주체라고 해야 할 것이다. 참고로 공공조달계약에 관한 공적 통제를 규정하고 있는 유럽 연합조달지침(Richtlinie 2004/18/EG) 제2조 제9호¹⁵⁾는 공공발주자를 ‘국가, 지방자치단체, 공법상 영조물 및 하나 또는 다수의 지방자치단체 혹은 공법상 영조물의 기관’이라고 정의하고 있다. 나아가 공법상 영조물의 요건으로는 (a) 상업적 방식이 아닌 방식으로 공공의 이익과 관련된 과제를 수행하는 것을 목적으로 하는,¹⁶⁾ (b) 법인으로서 (c) 국가, 지방자치단체, 다른 공법상 영조물로부터 재정 조달을 받거나, 그들이 임명한 구성원이 과반수 이상인 위원회로부터 감독을 받을 것을 들고 있다. 이를 참조하여

13) 『지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 제2조는 지방자치단체를 계약의 한 당사자로 정하고 있다. 이하에서는 국가계약법 외에 동법은 따로 언급하지 않는다.

14) 단순히 ‘국가’라는 개념만으로는 도그마틱상 의미를 갖는 공법상 계약의 당사자로서의 ‘행정주체’의 정의를 제대로 판단할 수 없고, 공법상 효과를 갖는 공공조달계약의 발주자를 국가(혹은 지방자치단체)에만 한정할 수도 없다.

15) 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 제98조 또한 같은 내용으로 공공발주자를 정의하고 있다.

16) 상업적 방식이 아닌 방식이라 함은 수익의 목적이 주가 되지 않는 방식으로 과제를 수행하는 것을 뜻한다. Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004, Kap. 2 Rn. 21.

공법상 효과를 발생하는 계약의 요건으로서 공공발주자의 개념요소를 열거하자면, 공공의 이익과 관련한 과제를 수행하는 법인일 것, 상업적 목적이 없을 것, 국가 등의 지배를 받을 것 등을 들 수 있을 것이다.¹⁷⁾

공공조달계약이 공공의 이익과 밀접한 연관을 맺고 있는 한 공법상 통제를 포기할 수는 없다. 적어도 위와 같은 기준에 부합하는 공공조달계약은 공법상 계약의 범주에 넣고 그 통제 수단에 대한 논의를 진행해야 할 것이다.

2. 공공조달계약의 범위

전통적으로 공공조달은 국가나 공공단체가 공행정의 수행을 위해 필요한 물자나 시설을 사인(私人)으로부터 이전받아 공익목적으로 사용하는 것을 의미하였으나, 최근에는 국가나 공공단체 등이 각종의 사회기반시설을 조달하기 위해 사인과의 협력 관계를 이루어 아예 사인을 사회기반시설의 구성에 끌어들이는 경우가 늘어나고 있다.¹⁸⁾ 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 ‘민간투자법’이라 한다)이 이를 규율하고 있는데, 동법이 규율하고 있는 이러한 민간투자방식이 공공조달의 일부로 포섭될 수 있는지, 또한 일반적인 공공조달계약과 같은 기준에 따라 공법상의 통제를 받을 수 있는지에 대해 검토할 필요가 있다.

민간투자법은 제2조 제6호에서 실시협약에 대하여 민간투자법에 의하여 “주무관청과 민간투자사업을 시행하고자 하는 자간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.”고 정의하고 있고, 국가계약법 제3조에 따라 국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 국가계약법이 적용되므로 실시협약 역시 기본적으로는 국가계약법의 적용을 받는다. 또한 유럽공공조달지침은 민간투자방식을 공공조달지침의 적용 범위에서 배제하지 않고 있으며, 유럽법원 역시 이른바 ‘Halle 판결’을 통하여 민관협력 형식의 폐기물처리용역

17) Koenig/Kühling/Hentschel, *op. cit.*, Rn. 13 ff.

18) 이런 현상은 사회기반시설을 빠른 시간 내에 확충해야 하는 개발도상국에서 더 두드러진다. 아시아개발은행에 따르면 1995년에서 2004년 사이 개발도상국의 PPP 투자금액은 64조 1천억 달러에 이른다. Public-Private Partnership Handbook, Asian Development Bank, 2009, 9쪽.

조달이 유럽 공공조달법의 적용 범위 안에 있음을 확인한 바 있다.¹⁹⁾

민간투자법의 대상시설은 주로 대규모 사회기반시설로서 사업의 공공성을 유지할 필요성은 더 크다고 할 수 있다.²⁰⁾ 민간투자법상의 실시협약은 일반적인 공공조달계약과 다른 법적인 의미를 가지고 있으며, 특별한 절차를 통해 체결되기 때문에 외형상 다른 공공조달계약과 구별될 수 있다. 그러나 공법상 통제를 가한다는 의미에서는 다른 공공조달계약과 분리할 필요가 없으며, 오히려 국가계약법에 없지만 민간투자법에는 규정되어 있는 특별한 규율들²¹⁾은 민간투자사업의 공공성을 확보하기 위한 더 명백한 공공성 통제 수단이라고 할 수 있을 것이다. 이런 규정 체계는 민간투자법상의 실시협약을 공공조달계약의 범주에서 제외시키기 위한 것이 아니라, 공공성을 더욱 부여하기 위한 장치라고 이해해야 할 것이다.

그 외에 공공조달계약에서 파생된 계약의 법적 성격이 문제될 수 있다. 예를 들어 공공조달계약의 한 당사자인 사인이 국가와 공공조달계약을 체결한 후 이 계약들을 이행하기 위해 다시 금융회사와 프로젝트 파이낸싱을 위해 맺은 금융약정이나 시공자와 맺은 공사도급계약 등의 법적 성격이 그러하다. 이러한 계약은 비록 공공조달계약으로부터 도출되었고, 넓게 보면 공공조달계약이 목적으로 하는 작용을 공통의 목표로 한다고 볼 수 있다. 그러나 연원이 되는 공공조달계약과는 별개의 계약이며, 계약의 당사자는 사인이고, 계약으로 인해 생겨난 법률관계는 사인간의 법률관계라는 점에서 특별한 사정이 없는 한 이러한 파생계약까지 공법상 계약의 범주로 보아 공법적 통제의 대상으로 보기는 어려울 것으로 생각한다.

19) 이 판결은 독일의 Halle市가 사기업(24.9%의 지분)과 민관합동법인을 설치하여 시 폐기물 처리 용역을 담당케 한 것이 공공조달지침의 적용 범위에서 배제되는 이른바 "In-House Geschäft"에 해당하지 않는다고 판시한 사안이다. Urteil des EuGH vom 11. 01. 2005, C-26/03.

20) 서울고등법원 및 광주지방법원의 판례들은 "사업시행자지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다"고 판시하고 있다. 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결; 광주지방법원 2008. 11. 13. 선고 2008구합1146 판결.

21) 이러한 특별 규정으로는 민간투자사업심의위원회의 설치 및 운영(제5조 및 제6조), 민간제안사업에 대한 적격성조사 제도(제9조), 각종 감독 규정(제45조 이하) 등을 들 수 있다.

Ⅲ. 공공조달계약에 대한 통제

1. 통제의 유형 - 절차 통제와 내용 통제

공공조달계약에 대한 법적 통제는 크게 계약체결 행위 및 그 체결 절차에 적용되는 법리에 의한 통제와 계약 내용 또는 계약을 통해 형성되는 법률관계에 적용되는 법리에 의한 통제로 구분할 수 있을 것이다. 유럽연합의 공공조달지침을 비롯하여, 독일의 연방행정절차법의 공법상 계약 관련 규정과 경쟁제한방지법의 공공조달 관련 규정, 미국의 연방조달 규정(the Federal Acquisition Regulation, FAR), 우리의 국가계약법 등이 전자에 해당한다. 이러한 법률이 정한 절차를 위반하여 체결된 법률이 허용하지 않는 계약은 법률이 정하는 바에 따라 효력을 잃을 것이다.

후자의 예로는 국가 재정에 부담을 주는 경우에는 예산법상의 통제를, 일정한 환경 문제를 야기하는 경우 환경 관련법의 통제를 받는 경우를 생각할 수 있을 것이다. 이 경우는 특히 이와 같은 계약 내용에 대한 통제가 당사자와의 합의로 이루어진 계약의 내용 준수보다 중요한 것인지가 문제된다. 또한 계약의 내용이 실정법률을 위반하는 경우는 드물지만 헌법과 조리상 도출되는 공동체적 가치에 배치되는 경우도 생각해 볼 수 있다. 이를 도식화하면 다음과 같다.

계약행위 자체와 관련된 통제	계약의 내용과 관련된 통제	
- 해당 법률이 정한 절차의 위반 - 해당 법률이 허용하지 않는 계약의 체결 등	- 환경상의 문제 - 예산법상의 문제 - 시민의 서비스 접근권에 따른 문제(이용자 보호) 등	
	↓ - 내용이 실정 법률을 위반하는 경우	↓ - 내용이 실정 법률을 직접 위반하지는 않는 경우

이와 같은 도식에 따라 이하에서는 공공조달계약에 관한 통제를 계약 체결 절차와 관련된 통제와 계약 내용에 관한 통제로 나누어 살펴본다.²²⁾

22) 특히 계약의 내용에 따른 통제의 방식으로는 소송을 통한 사법상의 통제와 행정주체

2. 계약 절차에 관한 통제

(1) 비교법적 검토

1) 유럽연합 공공조달지침

유럽연합 공공조달지침의 정식 명칭은 “공공건설, 물품공급, 서비스 조달을 위한 절차 규율에 관한 유럽 의회와 이사회 지침”(Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge)로서, 유럽연합 회원국 영역에서의 조달에 대한 원칙과 절차를 규정하고 있는 지침이다. 이 지침은 첫째로, “계획된 조달을 경제적으로 처리”²³⁾하고, 둘째로 사업자 선정에 있어 예산법과 경쟁법상의 고려를 관철²⁴⁾하려는 유럽 조달법의 원칙을 반영하고 있다.

회원국들은 이 지침을 내국법에 반영하여 조달행정에 적용할 의무를 진다. 예컨대 독일에서는 조달의 내용과 규모에 따라 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB), 조달법(Vergabeverordnung; VgV), 급부조달 및 계약법(Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen; VOL/A), 건설급부조달 및 계약법(Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen; VOB/A) 등에 유럽 조달지침의 내용을 반영하고 있다.

스스로가 행할 수 있는 행정상의 통제를 생각할 수 있다. 전자는 위와 같은 사회적 가치에 따라 제3자의 소 제기를 통하여 법원이 공공조달계약의 내용을 통제하는 방안이다. 예컨대, 계약에 과다 계상된 비용으로 인해 높은 사용료를 부담하게 된 시민이 계약을 통해 이루어진 작용에 대하여 소송을 제기하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 제3자에 의한 소제기는 공공조달계약을 통해 달성되는 행정 작용의 처분성에 주목했을 때 생각할 수 있으며, 행정소송법상 중요한 의미를 갖는 논의로 발전이 가능할 것이다. 이 글에서는 행정소송과 관련된 기술적인 논의보다는 주로 통제의 기준과 내용에 대하여 다루고자 한다.

23) Jürgen Kühling, "Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise - das aus für den Wettbewerb um kleinere staatliche Aufträge?", *Blick in die Wissenschaft* 21/2009, *Forschungsmagazin der Universität Regensburg*, 55 (55).

24) Jürgen Kühling, *op. cit.*, S. 56.

2) 독일 연방행정절차법

독일 연방행정절차법은 제54조 내지 제62조에 일반적인 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있다. 공공조달계약이 이미 언급한 기준에 따라 공법상 계약으로 분류되는 한, 연방행정절차법의 이러한 규율을 적용할 수 있을 것이다. 동법은 제59조에서 공법상 계약의 무효에 대해 규정하고 있다. 즉, 동조 제1항에서 “민법전 규정을 적용할 때 무효가 되는” 경우에는 공법상 계약이 무효라고 하고 있으며, 제54조 2문의 공법상 계약, 즉, 행정행위를 대신하여 체결된 계약에 대해서는 상응하는 내용의 행정행위의 효력에 따른 무효 사유를 몇 가지 규정하고 있다. 그러나 제59조 외에는 위법한 계약의 처리에 대한 규정이 존재하지 않는다. 그런데 이와 같은 규정 방식에 대해서는 연방행정절차법의 초안 당시부터 비판적인 견해가 있었다. 즉, 연방행정절차법 초안 제50조 제2항(지금의 제54조 제2문)에 따라 행정행위를 대체하는 공법상 계약이 인정되고, 그러한 공법상 계약에 대하여 제55조(지금의 제59조)의 규정 외에는 그 위법성을 다룰 방법이 없게 된다는 것이다. 따라서 이러한 공법상 계약과 행정행위는 동일한 결과를 가져오게 됨에도 불구하고, 행정청의 직권 취소와 철회, 시민의 항고소송 등을 통하여 취소될 수 있는 행정행위와 달리 공법상 계약을 통해 행정작용을 할 때에는 그 법 위반을 수정할 더 이상의 보호책이 존재하지 않는다는 것이다.²⁵⁾ 이는 연방기본법 제19조 제4항²⁶⁾과 관련된 것으로, 이를 해결하기 위한 방안으로는 공법상 계약의 계약적 측면에 주목하여 위법한 행정법상의 계약은 원칙적으로 무효라고 보거나, 공법적 성격에 주목하여 행정행위의 흠에 관한 규정(현행 연방행정절차법 제44조 내지 제48조)을 공법상 계약에도 그대로 준용하는 것을 생각할 수 있다.²⁷⁾²⁸⁾

25) Volkmar Götz, "Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag", Die Öffentliche Verwaltung, 1973, S. 300.

26) 제19조 4항은 “공권력에 의해 그 권리를 침해당한 자에게는 소송의 길이 열려 있다.”고 규정한다.

27) Volkmar Götz, *op. cit.*, S. 302.

28) 이러한 독일연방행정절차법 규정 체계에 대한 Götz 교수의 비판을 포함한 여러 비판

행정주체와 개별 사인의 합의를 통하여 시민의 대표인 의회가 제정한 법률의 의미를 훼손할 수는 없다. 따라서 연방행정절차법 제59조가 공법상 계약의 무효 사유를 제시하고 있는 것과는 별개로 법률적합성의 원칙은 준수되어야 하며, 행정절차법의 규정이 없더라도 법률에 위반한 내용의 계약은 위법한 계약으로 판단되어야 할 것이다. 공법상 계약이 실제적으로 적법한 계약으로 인정받기 위해서는 이미 공법상 계약의 정의 규정에 언급되어 있는 계약 형식의 법률상 허용성과 기타 형식·절차적인 요건들 외에도 법률적합성 원칙과의 관계에서 다음과 같은 요건의 충족이 필요하다. 행정이 법률에 기속된 경우에는 계약이 허용되지 않는다. 즉, 계약을 통해 이루려는 행정작용이 기속행위를 통해 이루어져야 하는 행정작용이어서는 안 된다. 예컨대 조세는 법률의 규정에 따라 징수되어야 하므로 법률 규정을 위반하는 조세 납부 계약은 위법하다.²⁹⁾³⁰⁾

3) 미국 연방조달규정

연방조달규정(FAR)³¹⁾은 기본적으로 미국의 모든 공공조달계약에 적용

적인 견해를 소개하고 있는 국내 문헌으로는 정하중, “법치행정의 원리와 공법상 계약 - 독일 행정절차법의 내용을 중심으로 -”, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 191쪽 및 192쪽이 있다.

29) Hartmut Maurer, *op. cit.*, §14, Rn. 31.

30) 위법한 계약의 법적 효과와 관련하여 독일의 다수의 학자들은 행정계약의 적법성과 유효성은 구별되어야 하며 따라서 하자 있는 행정계약의 유형도 무효사유와 단순 위법사유로 나누어서 후자의 경우에는 당연 무효가 아니라고 하고 있다. 이에 관해 더 자세히는 김병기, “독일 행정법상 위법한 행정계약과 그 법적 효력”, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998. 10, 148쪽 이하 참조. 한편 연방행정절차법은 행정계약의 무효 사유는 규정하고 있으나, 무효인 행정계약의 구체적인 법적 효과에 대해서는 규정하고 있지 않다.

31) 미국 연방조달개혁은 궁극적으로 미국의 모든 조달절차에 관한 규정을 통합하여 규정된 “연방조달규정”(Federal Acquisition Regulation)으로 집약되는데, 이 규정은 연방법전 제405조에 두고 있다. 미국연방법전 제405조는 연방계약규정과 관련한 연방행정기관의 협의의무와 협이가 이루어지지 아니할 경우의 연방조달정책청장의 연방통일적 계약규정 제정권한에 관하여 규정한다. 이에 따라 1984년 4월 1일 발효된 연방조달규정(FAR)은 모든 행정기관의 조달에 통용되는 통일적인 정책과 절차를 규정화하고 성문화하기 위해 제정되었다. 그 체계는 연방조달규정("제1 문서"라 불림)과 연방조달규정을 이행하거나 보충하는 행정기관의 조달규정들로 구성되어 있다. W. Noel Keyes, 『Government Contracts』, West, a Thomson business, 2004, p. 3.

되는 연방규정으로, 미국의 공공조달 영역의 가장 중심적인 통제수단으로 평가할 수 있다. 명백하게 배제되는 경우를 제외하고 연방조달규정은 모든 "조달"에 적용된다. 구체적으로는 "구매나 임대를 통한 연방정부의 사용을 위한 그리고 사용에 의한 재화와 용역(건설 포함)의 승인된 기금을 재원으로 한 계약에 의한 조달"을 의미한다.³²⁾ G.L Christian & Associates v. United States³³⁾ 사례에서 연방항소법원은 규정에 의해 요구된 조항 - 이 사례에서는 표준적인 일방 해지에 대한 조항 - 이 없는 계약에 대해 계약 담당 공무원이 법으로서의 효력과 효과를 가지는 규정에 상응하지 않고서는 계약을 맺을 권한이 없다고 판시했다. 이 판결을 통해 형성된 원칙이 정부 계약의 문언을 통해 규정되지 않는 내용은 법률에 따라야 한다는 이른바 Christian 원칙이다.

연방조달규정상의 강행규정이 계약에의 편입 여부를 불문하고 구속력을 갖는다는 것은 바로 정부조달계약이 사인간의 일반 계약과는 다른 특수성이 있음을 의미하는 것이라고 평가된다.³⁴⁾

미국의 조달계약에서 계약에 대한 제한은 권한 없이 이루어진 계약의 이행에 대한 규율과 계약 내용에 대한 규율로 나눌 수 있다. 미국의 조달 계약은 FAR 규정의 적용 외에는 사인 사이의 일반적인 계약과 크게 다르지 않아, 계약 위반에 대한 구제수단은 Common Law상의 금전적 손해 배상 또는 형평법상의 강제이행 등으로 일반 계약과 동일하다.³⁵⁾ 연방조달규정에 위반한 위법한 계약은 법률이나 규정이 요구하고 있는 요건을 결여한 경우 또는 법률에서 금지하는 사항을 내용으로 하는 계약을 말한다.³⁶⁾ 위법한 계약의 효력에 관해서는 “명백한 불법의 원칙”(Palpable

32) 따라서 승인되지 않은 자금을 통한 조달에는 적용되지 않는다. 또한 법률로써 특별히 부과되지 않는 한 연방조달규정에서 계약자 또는 제안자에 대하여 새로운 자격 요건을 포함하는 것은 금지된다(1996년 개정에서 추가). W. Noel Keyes, *op. cit.*, p. 7.

33) 375 U.S. 954(1963).

34) 박정훈, 앞의 글, 217쪽 참조.

35) 명순구, 『미국계약법입문』 제2판, 법문사, 2008, 171쪽.

36) 위법한 계약의 예로 비용백분율기준계약(cost plus percentage of cost, CPPC)을 들 수 있다. 이런 유형의 계약은 계약자가 취하는 이윤을 그가 계약을 수행함에 있어 지는 비용에 기초하게 하는 계약이다. 대법원은 CPPC 계약을 금지하는 목적은 “정부가 계약을 맺고 계약이 행해질 당시에 결정되고 장래에 소요되어 장래 비용의 비율에

illegality doctrine)이 적용될 수 있다. 부적절한 계약의 수여는 경우에 따라 철회(terminate)될 수도 있고, 취소(cancel)될 수도 있는데, 계약자의 행위나 의사표현 때문에 법규의 요건에 반하여 행해진 경우 또는 계약자가 따른 절차가 요건을 위반한다는 직접적인 언명이 있는 경우, 즉, “명백한 불법”이 있는 경우에는 계약이 취소(cancel)되어야 한다.³⁷⁾

(2) 국가계약법 및 그 밖의 관련 규정들

국가계약법은 공공조달계약을 포함하여 국가를 당사자로 하는 계약에 대해 기본적인 사항을 정함으로써 계약업무의 원활한 수행을 도모함을 목적으로 하는 법률이다. 동법은 계약의 원칙, 유형, 절차, 문제해결 방법을 규정하고 있고, 국가를 당사자로 하는 계약에 대해 다른 법률의 특별한 규정이 없는 한 적용되는 기본법이다(제3조).

먼저 국가계약법이 공공조달 영역에서 통제수단으로서의 의미를 가지는 규율인지에 대해 논의할 필요가 있다. 대법원은 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 같은 법 시행령의 적격심사제 관련 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과”하다고 판시하고 있다.³⁸⁾ 그러나 대법원 판

기초한 금액을 더하여 지불하기로 한 비용백분율기준계약에 의해 매우 쉽게 달성될 수 있는 일련의 부당한 이득으로부터 정부를 보호하기 위한 것”이라고 언급했다. W. Noel Keyes, *op. cit.*, p.30 - p.32.

37) Yosemite Park and Curry Co.(YPC)는 연방 세금을 포함한 YPC의 비용을 상환하고 운송 설비 중 YPC 총 투자액의 12.5%를 이윤으로 지급하기로 합의한 National Park Service 계약에 참여하였다. 공무원을 보증한 내무부는 YPC에게 연방 세금을 상환하고 비용계약의 10% 이상을 이윤으로 허락한 조건은 연방 조달법규에 위반되며, 계약은 위법으로 무효이고, 지급이 이루어질 수 없다고 통지했다. YPC는 제공된 서비스에 대한 계약 금액 지급을 구하며 청구법원에 소를 제기했다. 법원은 계약이 위법하며 무효라는 정부의 견해에는 동의했지만 그럼에도 불구하고 YPC의 비용 10%를 초과하지 않는 합리적인 가격의 회수를 허가했다. 물론 대법원은 계약의 발효가 법률의 목적을 훼손하는 경우 계약은 효력을 가질 수 없다고 판시하고 있다. W. Noel Keyes, *op. cit.*, p.36 - p.37.

38) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다50129 판결; 대법원 2006. 6. 19. 2006마117 결정.

례들은 계약 내용에 대한 규율이 아닌 계약 체결 절차에 대한 규율로서의 국가계약법의 성질에 대해 다루고 있다는 점, 대법원 판례의 대상이 된 국가와 사인 간의 계약이 앞에서 논의한 공법상 계약의 개념요소를 포함하고 있는지에 대한 판단이 결여되었다는 점에서 위 판례들이 행정주체와 국민 사이의 계약이 위법한 경우에도 계약 자유가 무한정 인정되어야 한다는 논거를 제시하는 것으로는 평가하기 힘들다. 특히 공공조달계약이 공법의 범주에 들어오는 한, 국가계약법의 관련 규정에 대해서도 법률적합성의 원칙이 적용되어야 할 것이다.

국가계약법 외에도 공공기관의 운영에 관한 법률 및 동법시행령, 동법시행규칙(특정조달을 위한 국가계약법시행령 특례규정 및 동법률시행특례규칙), 각종 고시 및 회계예규³⁹⁾가 조달계약과 관련한 내용 및 절차를 규정하고 있다. 민간투자방식의 조달에 대해서는 민간투자법 및 동법시행령과 ‘민간투자사업기본계획’이 기본적인 내용과 절차를 규정하고 있다.

3. 계약 내용에 대한 통제

공공조달계약이 공법의 영역에 들어와 공법의 규율을 받는 한, 사법계약과는 달리 사적자치에서 파생된 계약 자유의 원칙보다 법률적합성의 원칙을 비롯한 행정법의 일반 원칙들이 먼저 준수되어야 한다. 그런데 제3자가 자신의 법률상 이익을 침해하는 행정청의 행위에 대해 다툴 수 있는 행정행위와는 달리 행정법 원칙에 어긋나거나 여러 가지 공적인 가치를 침해하는 내용의 계약에 대해서 제3자가 다투기가 어렵다. 그렇다면 위법한 내용의 계약뿐만 아니라 행정법의 일반 원칙에 어긋나거나 공익을 해하는 내용의 계약과 관련하여, 그러한 내용의 계약을 체결하는 것을 방지할 수 있는 제도적 장치를 두고, 그러한 내용의 계약이 체결되었을

39) 정부입찰·계약집행기준, 예정가격작성기준, 입찰참가자격사전심사요령, 적격심사기준, 최저가낙찰제의 입찰금액적정성 심사기준, 협상에 의한 계약체결기준, 일괄입찰 등에 의한 낙찰자결정기준, 공동도급계약운용요령, 공사계약일반조건, 동 입찰유의서, 물품구매(제조)계약일반조건, 동 입찰유의서, 용역계약일반조건, 동 입찰유의서, 종합계약집행요령, 국제계약분쟁조정위원회에 대한 조정청구절차 등의 회계예규가 있다.

때 이를 바로잡을 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

이 문제를 해결하기 위해서는 먼저 어떠한 가치에 대하여 내용에 대한 통제가 이루어져야 하는지 검토해야 한다. 즉, “계약은 지켜져야 한다.”는 명제보다 더 우월한 가치를 가진다고 말할 수 있는 가치가 무엇이 있는지에 대한 논의가 먼저 이루어져야 할 것이다. 물론 이러한 공적인 가치가 실정법에 반영되어 있는지 여부에 따라 통제의 양상이 달라질 수 있을 것이다. 또한 공적 가치에 위배되는 내용임에도 불구하고 실정법을 위반하지는 않는 계약의 내용이 어떻게 통제되어야 할 것인지도 생각해 볼 문제이다.

(1) 통제 기준으로서의 공적 가치

공공조달계약이 애초의 의도에 부합하지 않거나, 계약이 준수될 경우 사회공동체의 다른 가치를 침범할 때에는 어떤 방식으로든 그에 대한 제한이 이루어져야 할 것이다.

첫째, 이용자(소비자)인 시민 보호 목적이다. 예컨대 민간투자법에 따르면 공공조달의 경우에 그 실시협약의 내용은 민간의 수익 창출이 아닌 사회 기반시설 이용자인 국민에게 최대한 유리한 조건으로 제공하는 것을 목적으로 해야 한다. 이러한 목적에 부합하지 않는 사례로 실시협약에 비용을 과다계상하여 실제 투자비와의 차액이 사업시행자의 수익으로 돌아가고 동시에 시설 이용자인 시민의 이용료 부담이 증대되는 경우를 생각해 볼 수 있다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 사업시행자는 적법한 절차에 따라 체결된 공법상 계약에 따른 권리를 주장할 수 있으나, 그러한 권리를 실현하는 것이 공공복리에 반한다고 볼 수 있기 때문이다.

둘째, 환경 및 보건의 가치에 따른 통제이다. 대규모 인프라스트럭처를

40) 실제로 금융약정이 이루어진 40여개 사업의 실시협약상 이자율과 실제 이자율을 비교하여 본 결과, 민간투자사업의 총사업비 중 실시협약 차입이자율의 평균이 실제 사업시행자와 대주단 간의 금융약정의 차입이자율 평균보다 약 2.3~2.4%p 정도 높은 것으로 나타났다.

41) 영국과 호주는 경쟁적 대화방식을 통해 금융을 포함한 사업조건의 많은 부분을 최종 입찰 전에 결정함으로써 이와 같은 괴리를 방지하고 있다. 박경애 외, 『민간투자사업의 금융약정에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2010. 9, 106쪽 및 138쪽.

조달할 때 계약한 내용대로 급부가 이루어질 경우, 대형 공사로 인해 중요한 환경 가치를 침해하거나 인근 주민의 생활과 관련한 가치를 침해하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

셋째, 재정 및 예산상의 문제이다. 공공조달계약은 이를 통해 국가나 지방자치단체가 채무를 부담하는 행위이고 그 채무를 이행하는 데 소요되는 금원은 결국 재정을 통해 해결될 것이므로, 재정 및 예산상의 통제는 빠질 수 없는 문제이다. 예컨대 독일의 민관협력 사업에서는 각각의 계약 모델에 따라 지방재정법(Gemeindehaushaltsverordnung)상 채무(보수)가 지급되는 예산을 구분하고 있는데, 건설비용이 지불되는 경우는 재정자산(Vermögenshaushalt)에서, 그밖에 유지비용, 자금조달비용, 영업비용이 관계되는 때에는 행정예산(Verwaltungshaushalt)에서 재원이 조달된다.⁴²⁾ 이에 따라 공법상 계약인 민관협력계약의 결과로 발생하는 채무의 이행 과정에서 재정법상의 통제가 이루어지게 되는 것이다. 관계되는 지방재정과 국가재정 관련법들의 절차와 내용들이 각각의 공공조달사업의 실행 과정에서 적용되는 것이다.⁴³⁾

넷째, 경제성장이나 경제조정을 위한 계약통제가 가능한지의 문제이다. 예컨대 경기의 침체 혹은 금융위기 역시 공법상 계약의 내용에 대한 통제 사유가 될 수 있는가의 문제이다. 금융위기 혹은 경기 불황을 이유로 공법상 계약을 통해 합의된 급부의 제공을 미루거나, 경기 진작을 위해 계약상의 의무보다 과도한 의무를 계약 상대방에게 요구하는 일을 생각할 수 있다.⁴⁴⁾ 즉 이 문제는 경기 진작을 위한 노력이 계약의 내용을 통제할 정도의 공공복리의 범주에 들어가는가의 문제라고 할 수 있다. 이에 관해 유럽법원은 네덜란드에 소재지가 있는 기업이 배당을 한 경우에 배당에 대한 소득세를 배제하는 네덜란드법상의 규정에 대하여, “순수한 경제적인 목표는 공공복리의 근거가 될 수 없다.”고 판시하고 있다.⁴⁵⁾ 요컨

42) Alfen/Fischer, "Der PPP-Beschaffungsprozess", 『Public Private Partnership』, Verlag C. H. Beck, München, 2006, S. 75.

43) Alfen/Fischer, *op. cit.*, S. 71ff.

44) 최근의 세계적인 금융위기의 여파로 인하여, 우리나라의 조달시장에서는 이러한 금융위기를 계약상의 ‘불가항력 사유’로 간주하여 조달계약의 내용을 수정하고자 하는 요청이 지속적으로 이어져 왔다.

대 경기 진작과 조달의 관계에 대해 직접 언급한 판결은 아니지만, 경제적인 문제를 토대로 공공복리를 들어 공적 영역에서 국가 작용을 수정할 수 없다는 점을 밝히고 있는 것이다.⁴⁶⁾ 이러한 유럽법원의 태도를 공공조달계약의 통제 영역에 적용하자면, 경제 위기 하에서의 경기 진작이 공공조달계약 내용의 통제 사유가 되는 것은 매우 어렵거나, 아주 예외적인 상황에서만 인정될 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

(2) 관련 법령에 위반되는 경우

공공조달계약이 그 체결 절차를 규정한 법률에는 위반되지 않으나, 계약 내용상 관련되는 실정법에 반한다면 그에 대해 통제가 이루어져야 할 필요가 있을 것이다. 예를 들어 계약의 체결로 발생한 국가나 지방자치단체의 채무 부담이 국가재정법 혹은 지방재정법의 규정에 위반한 경우, 공공조달계약 또는 민간투자법상의 실시협약을 통해 건설되고 운영된 도시철도의 운영의 세부적인 사항에서 도시철도법의 규정을 위반한 경우, 계약을 통해 발생한 법률관계의 실행 과정이 환경영향평가법 등 다른 절차 관련 규정을 위반한 경우 등이다.

유럽연합회원국의 경우 유럽법에 위반하는 내용의 계약이 이에 해당할 것이다.⁴⁸⁾ 예컨대 유럽법에서 회원국 국내에 보조금 지급을 금지하고 있다면, 이에 위반한 계약으로 지급된 보조금 급부는 청산되어야 할 것이며, 그러한 공법상 계약은 무효이다.⁴⁹⁾

45) EuGH, Slg. 2000, I-4071; Kühling/Huerkamp, "Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten - Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht(NVwZ) 28, 2009, S. 561에서 재인용.

46) 또한 경기 진작을 이유로 조달 영역에서의 투명성 규정을 완화하여 독일 기업과 외국 기업의 간접 차별을 불러 오는 독일연방정부의 정책 변화에 대해서도 비판이 가해지고 있다. Kühling/Huerkamp, *op. cit.*, S. 557, S. 561.

47) 그밖에도 공공조달계약 및 여러 분야의 공법상 계약에서 계약 체결시의 행정청의 태만이나 추후의 사정변경으로 계약의 내용이 당초에 행정주체가 의도했던 행정 작용과 상당히 달라지는 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다.

48) Hartmut Maurer, *op. cit.*, §14, Rn. 43a.

49) Barbara Remmert, "Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoße gegen das EG-Beihilferecht", *Europarecht(EuR)*, 2000, S. 480.

행정주체가 실현하고자 하는 내용이 공법의 영역에 놓여 있는 한, 그 실현을 계약을 통해서 관철하는 작용도 역시 공법의 영역에 있다고 함이 타당할 것이며, 그러한 의미에서 공법상 계약의 행위뿐만 아니라 그 내용 역시 법률적합성 원칙의 지배를 받는다고 할 수 있다. 국가 또는 지방자치단체와 계약을 맺은 사인인 당사자 역시 단순한 행정보조자가 아니라 국가 작용 실현의 한 파트너로서 공법상 원리를 이행할 의무가 있으며, 그 사인의 행위 역시 계약 이행의 범주 내에서는 공법의 지배를 받는다고 해야 할 것이다. 따라서 법률에 어긋나는 내용의 공공조달계약은 위법한 내용의 행정행위와 동일한 잣대로 판단되는 것이 타당할 것이다.

(3) 공동체적 가치에 위반되는 경우

실정법에 대한 위반이 없더라도 공동체적 가치에 위배될 여지가 있는 공공조달계약에 대해서 내용상 통제가 가능한지, 가능하다면 어떻게 통제가 이루어져야 할 것인지 문제된다. 예컨대 사회기반시설 조달을 목적으로 하는 계약에서 사업시행자에게 지나치게 높은 수익률을 보장하여, 결과적으로 해당 시설의 사용자인 시민이 지나치게 높은 사용료를 부담해야 하게 되었다면, 공동체 생활에 필수적인 급부를 조달할 임무가 국가에게 있다는 점에서 그러한 계약은 사회공동체의 복리에 반하는 내용이라고 평가할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

통제의 방법으로는 행정청이 일정한 요건에 따라 해지권 내지 계약의 변경권을 갖는 방안과 제3자의 소제기 방안 등을 생각해 볼 수 있을 것이다. 독일 연방행정절차법⁵¹⁾과 미국의 연방조달규정(FAR)⁵²⁾은 일정한

50) 그러나 이러한 경우에 통제를 가한다면 공공복리라는 매우 불확정적인 개념을 토대로 계약을 통해 발생된 당사자의 권리와 의무를 변경하게 되는 것이므로, 계약 내용의 통제에는 매우 신중을 기해야 할 것이며 또한 명확한 기준 설정이 필요할 것이다. 즉, 계약과 일정한 사회적 가치와의 충돌이 일어나더라도 가치의 충돌이 법규에 위반되지 않는 한, 통제에는 신중을 기해야 할 필요가 있을 것이다.

51) 동법 제60조 제1항은 “계약내용의 결정에 기준이 된 관계가 계약체결 후 너무 본질적으로 변경되어, 일방 계약당사자에 대하여 원래 계약상의 규정을 이행하여 줄 것을 요구할 수 없게 된 경우, 이 계약당사자는 변경된 관계에 맞추어 계약 내용을 조정하여 줄 것을 요구하거나, 조정이 불가능한 때 또는 다른 계약당사자에게 그 조정을 요구할 수 없는 때, 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 공공복리에 대한 중대한

경우 행정청에게 일방적인 계약 해지권을 부여하고 있다. 민간투자법 제 47조 제1항에서 “사회기반시설의 상황변경, 사회기반시설의 효율적 운영을 위해 필요한 경우, 공공의 이익을 위하여 필요한 경우”에는 사업시행자의 지정 등을 취소할 수 있다고 규정(이른바 ‘공익을 위한 처분’)하여, 일정한 요건 하에 독일 연방행정절차법과 미국 연방조달규정상의 행정청의 해지권과 유사한 규정을 두고 있다. 『공유수면 관리 및 매립을 위한 법률』 제20조에서도 역시 이와 같은 공익을 위한 처분에 대한 규정을 두고 있으며, 『방위사업법』 제48조 역시 방산업체 및 방산물자에 대한 행정청의 지정 취소권을 부여하고 있다. 다만, 공익을 위한 처분과 관련한 규정은 행정청에게 해지권만을 부여하고 있어, 공법상 계약 내용의 수정을 통해 계약 내용을 본래의 행정작용의 목적에 맞게 변경함으로써 다시 의도했던 행정 작용을 탄력적으로 실현시킬 수 있는 방법은 계약에서 직접 이를 유보하는 것 외에는 찾기 힘든 실정이다.⁵³⁾

공적 가치의 침해가 커서 헌법 위반에 이르는 경우에는 헌법소원 등의 방법으로 통제가 가능할 것이다. 위헌적인 기초를 바탕으로 하여 맺어진 계약에 대해서도 마찬가지로 일 것이다. 다만 계약이 체결된 이후에 관련되는 법률의 내용이 위헌으로 선언된 경우에는 추가의 고려가 필요하다. 즉, 시민에게 계약의 향유를 통한 이익이 남아 있고, 계약금부의 반환이 한 당사자에게만 부담이 되는 경우에는 시민이 신의성실의 항변을 할 수 있지만, 양 당사자의 급부가 모두 반환이 가능하다면 헌법재판소의 무효선언의 소급효에 대한 항변이 불가할 것이다.⁵⁴⁾ 그밖에도 지방자치단체가

불이익을 방지하거나 제거하기 위하여도 계약을 해지할 수 있다”고 규정하고 있다.

52) 연방조달규정은 가격확정계약(fixed price contract)에 대해 연방정부가 편의적 해약(Termination for Convenience)을 할 권리를 가진다고 규정하고 있다.(FAR 31). W. Noel Keyes, *op. cit.*, p. 529.

53) 행정청에 일방적인 계약의 해지나 변경 권한을 주는 것에 대해 이러한 권한은 남용 가능성이 매우 크다는 점, 계약체결에 따른 계약상대방의 신뢰를 깨뜨리는 측면이 있다는 점을 고려하면 이를 당연한 헌법상의 행정주체의 권한으로까지 이해하기는 힘들고, 공익적 사유로 인한 계약의 변경이나 해지는 법령상의 근거를 반드시 요한다고 보는 것이 타당하다는 견해도 있다. 김대인, 앞의 책, 190쪽.

54) Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, 『Verwaltungsgerichtsordnung』 22. Ergänzungslieferung, 2011, §183, Rn. 62.

당사자가 되는 공법상 계약의 경우에는 일정한 요건에 따라 지방자치법 제17조의 주민소송을 실행함으로써 주민에 의한 예산상 혹은 재정상의 통제를 생각할 수 있을 것이다.

한편 이러한 경우에 행정청에 의한 계약 내용의 통제를 인정하더라도, 행정청이 공공조달계약의 내용에 대해 사후 제한을 가하기 위해서는 행정법의 일반 원리의 관점에서 몇 가지 요건이 충족되어야 할 것이며, 규율은 이러한 한계 내에서 이루어져야 할 것이다. 통제가 정당화되기 위해서는 첫째, 계약 체결 후의 사정 변경 등으로 인하여 계약의 내용이 행정 작용을 통해 이루고자 하는 본래의 목적을 이루지 못하는 경우여야 할 것이며,⁵⁵⁾ 둘째, 이러한 내용의 계약이 제3자에게 해가 되는 등 공공에 해로운 영향을 끼치는 경우여야 할 것이다. 행정청에게 단순한 행정 부담을 안겨주는 등 행정청에게 불리한 내용을 구성하지만 공익을 해한다고 평가할 수 없는 경우는 이러한 요건에 해당한다고 하기 어렵다.

IV. 결 론

공공조달 영역에서 계약을 통해 목적을 달성하는 행위는 일정한 요건을 충족하면 공법의 범주에 들어갈 수 있다. 국가 작용의 목적이 공익의 실현이라는 점을 고려하면, 이러한 계약 역시 공익 실현의 목적을 가진 작용이라고 할 수 있고, 공법상의 각종 제한을 받아들여야 할 필요가 있다.

일반적으로 사법상 계약이 사적 자치의 원칙에서 파생된 계약 자유의 원칙을 따르게 되는 반면, 공법상 계약은 법률적합성 원칙을 가장 먼저 준수해야 하는 것이다. 나아가 본래 의도했던 행정 작용의 목적을 제대로 수행하지 못하게 되는 때에는 계약에 대한 각종 규율이 이루어져야 할 것이다. 가장 바람직한 것은 공공조달계약을 체결하는 과정에서 충분한 심사가 이루어져 계약의 내용이 적법하고 공동체적 가치에 이바지하는

55) 행정주체가 공공조달계약을 통하여 사회기반시설을 시민에게 제공하고자 했으나, 계약의 내용이 사업시행자에게 부당한 이익을 안겨주면서 이용자인 시민의 사용료 부담이 커지는 경우를 생각해 볼 수 있다.

내용으로 구성되도록 하는 것이나, 사전 절차가 미비했거나 사전 절차가 충실히 이행되었더라도 사전에 예상할 수 없었던 사정 때문에 계약의 내용에 문제가 생긴 때에는 사후 통제가 필요하다. 이 때, “계약은 지켜져야 한다.”는 명제보다 우월한 가치가 존재할 때 제한이 정당화될 수 있다. 그러한 가치로는 이용자인 시민의 보호, 환경·보건상의 가치, 재정·예산상의 문제, 경기 진작을 위한 목적 등을 생각해 볼 수 있으나, 그 요건과 정도 등은 신중하게 검토되어야 할 것이다.

통제의 방법으로 먼저 행정청 스스로가 공법상 계약의 내용을 사후에 통제할 방안을 모색해 볼 수 있다. 그러한 통제는 각종의 법률에 산재해 있는 행정상의 통제 규정을 통해 구체화된다. 한편으로 이와 같은 사회적 가치에 근거하여 제3자가 소를 제기하고, 이를 통하여 법원이 계약의 내용을 통제하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한 공적 가치의 침해가 중대하여 헌법 위반의 결과가 발생하는 때에도 해당 절차에 따라 사법상·행정상의 구제가 가능할 것이다. 그러나 계약의 당사자가 아닌 제3자가 어떻게 행정소송을 제기할 수 있을 것인지에 대해서는 행정소송의 요건으로서의 처분성에 대한 고찰과 함께 더욱 심도 깊은 고려가 필요할 것이다.

결국 중요한 것은 통제를 정당화시킬 수 있는 공적 가치를 체계화·가시화하고, 각각의 기준에 적합한 통제 방법을 마련하는 일이다. 사회의 발전·변화에 따라 새로운 가치가 등장하고, 기존의 공적 가치의 중요성이 바뀌어 갈 수 있으므로, 공공조달의 영역에서도 이에 상응하는 깊이 있는 연구가 경주되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

(1) 단행본

- 김남진·김연태, 「행정법 I」 제16판, 법문사, 2012. 1.
김대인, 『행정계약법의 이해』, 경인문화사, 2007.
김동희, 「행정법 I」 제18판, 박영사, 2012. 2.
김성수, 「일반행정법」 제5판, 홍문사, 2010.
김철용, 「행정법 I」 제13판, 박영사, 2010. 2.
류지태·박중수, 「행정법신론」 제14판, 박영사, 2010. 2.
명순구, 『미국계약법입문』 제2판, 법문사, 2008.
박경애 외, 『민간투자사업의 금융약정에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2010. 9.
박균성, 「행정법론(상)」 제11판, 박영사, 2012. 1.
홍성필 외, 「민간투자사업에 있어 국가계약법의 적용에 관한 연구」, 한국개발연구원, 2008. 12.
홍정선, 「행정법원론(상)」 제20판, 박영사, 2012. 2.

(2) 논문

- 김남진, “행정계약·공법상계약·행정법상 계약 - 주요 쟁점사항을 중심으로”, 고시계, 2007. 7.
김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰”, 강원법학 제28권, 2009. 6.
김병기, “독일 행정법상 위법한 행정계약과 그 법적 효력”, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998. 10.
박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
이영동, “공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제: 공공계약의 공법적 특성을 중심으로”, 사법논집 제44집, 2007.
정하중, “법치행정의 원리와 공법상 계약 - 독일 행정절차법의 내용을 중심으로 -”, 서강법학 제11권 제1호, 2009.

2. 외국 문헌

(1) 단행본

- Alfen/Fischer, “Der PPP-Beschaffungsprozess”, 『Public Private Partnership』, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Hartmut Maurer, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, Verlag C. H. Beck, 2006.
- Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004.
- Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot, 1924.
- Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, 『Verwaltungsgerichtsordnung』 22. Ergänzungslieferung, 2011.
- W. Noel Keyes, 『Government Contracts』, West, a Thomson business, 2004.

(2) 논문

- Barbara Remmert, “Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoße gegen das EG-Beihilferecht”, Europarecht(EuR), 2000.
- Jürgen Kühling, “Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise - das aus für den Wettbewerb um kleinere staatliche Aufträge?”, Blick in die Wissenschaft 21/2009, Forschungsmagazin der Universität Regensburg.
- Kühling/Huerkamp, “Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten - Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise”, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht(NVwZ) 28, 2009.
- Volkmar Götz, “Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag”, Die Öffentliche Verwaltung, 1973.
- Ziekow/Siegel, “Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrags”, VerwaltungsArchiv, 2003.

(3) 기타

- Public-Private Partnership Handbook, Asian Development Bank, 2009.

<국문초록>

조달 영역은 가장 빈번하게 공공부문과 사인의 계약이 나타나는 분야이다. 그러한 계약이 공법상 계약의 정의에 부합한다면, 이는 공법으로 취급되어야 할 것이다. 즉, 조달의 목적물이 공적인 것이거나, 예산상의 영향이 클 경우 및 계약의 체결이 일반 시민에게도 영향을 끼치는 때에는 공법적 효과가 발생한다고 볼 수 있고, 이런 효과가 발생하는 조달의 발주자가 행정주체일 때, 공공조달계약을 공법상 계약의 범주에 넣을 수 있을 것이다. 공공조달계약의 성격을 공법상 계약으로 취급하는 한, 공법상의 통제가 필수적이다.

공공조달에 대한 통제는 계약행위 자체에 대한 통제와 계약의 내용에 따른 통제로 나누어 볼 수 있다. 계약행위 자체에 대한 통제는 계약 절차 등을 직접 규정하는 법규들에 의해 이루어진다. 유럽연합 공공조달지침과 이를 반영한 회원국의 법규들, 독일 연방행정절차법의 공법상 계약 관련 규정, 미국 연방조달규정, 우리나라의 국가계약법과 지방계약법 등이 이러한 법규에 해당한다. 계약의 내용에 따른 통제는 계약의 내용이 위법하거나 공익을 해할 경우 이루어지는 통제이다. 이는 통제의 목적이 „계약은 지켜져야 한다“는 명제보다 우월한 가치일 때 정당화될 수 있다. 통제의 기준으로서의 공적 가치로는 시민 보호의 목적, 환경 및 보건, 재정 및 예산상 문제, 금융·경제상의 문제를 생각할 수 있으며, 기준의 충족 여부에 대해 행정법상 원리의 관점에서 신중하게 검토해야 할 것이다.

통제는 먼저 각종 법률에 산재해 있는 행정상의 통제 규정을 통해 구체화된다. 또한 사회적 가치에 근거해 제3자가 소를 제기하고, 이를 통해 법원이 계약의 내용을 통제하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 제3자가 행정소송을 통해 계약을 효력을 다투는 방법에 대해서는 행정소송의 요건으로서의 처분성에 대한 고찰과 함께 더 깊은 고려가 필요하며, 제도적 규율을 통해 통제의 기준이 되는 공적 가치를 체계화·가시화하는 노력이 필요하다.

주제어 : 공공조달계약, 공법상계약, 행정계약, 국가계약, 공법적 통제

Eine Studie zur die Kontrolle über den Vergabevertrag
- Konzentrierte auf die Theorie des öffentlich-rechtliche Vertrag

Jung, Ho-Kyoung* · Sun, Ji-Won**

Im Beschaffungswesen wird am häufigsten der Vertrag zwischen öffentlicher und privater Hand geschlossen. Der Vertrag ist dann in das öffentliche Recht einzuordnen, wenn er mit der Definition des öffentlichen Vertrages korrespondiert. Falls die Vergabe mit dem öffentlichen Objekt einhergeht, eine enorme Last i. S. des Haushalts trägt oder sich auf allgemeine Bürger auswirkt, verbleibt die öffentlich-rechtliche Wirkung bezüglich des Vertrages. Und wenn der Auftraggeber, der eine Partei eines solchen Vertrages ist, zum öffentlichen Sektor gehört, kann der Vergabevertrag dem öffentlichen Recht unterfallen. Soweit der Vergabevertrag als öffentlich-rechtlich betrachtet wird, ist die öffentlich-rechtliche Kontrolle nötig.

Die Kontrolle ist nicht nur über den Abschluss des Vertrages an sich, sondern über seinen Inhalt durchzuführen. Die erstere wird nach den Regelungen, die z. B. das Verfahren des Vertrages umschreibend definiert. Dazu gehört die Vergaberichtlinie der EU und sie umsetzende Regelungen der Mitgliederstaaten, die Teil des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes ist, die Bundesvergaberegulierung(FAR) der USA und koreanische Gesetze über den Vertrag, dessen Partei der Staat oder die Gemeinde ist. Die letztere stellt die Kontrolle über den Inhalt des Vertrages dar, der rechtswidrig sowie schädlich für das öffentliche Interesse ist. Sie ist dann gerechtfertigt, wenn ihres Zweck über dem Satz „pacta sunt servanda“ steht. Der mögliche öffentliche Wert als der Maßstab der Kontrolle stellt den Schutz der Bürger, die Umweltfrage, das Finanz- und Haushaltsproblem sowie die wirtschaftliche Umlage dar. Es ist angemessen überprüft im Hinblick auf die Grundsätze des Verwaltungsrechts, ob die Kontrolle die Maßstäben entspricht.

Die Kontrolle wird zuerst durch die angemessene gesetzliche Maßnahme konkretisiert. Darüber hinaus kann man sich durch die aufgrund der sozialen Wert

* Professor in the Law School at Hanyang University

** Doktorand at Regensburg University

angestrongte Klagen des Bürgers der Auswirkung des Vertrages wehren. Es bedarf dazu einer weiteren Berücksichtigung, ob und wie der Dritte auf den Vertrag eine öffentlich-rechtliche Klage erheben kann, und insbesondere einer Betrachtung über die Zulässigkeit und Voraussetzung des Rechtsweges. Schließlich ist der öffentliche Wert mit der institutionellen Regelung zu ordnen und sichtbar zu machen.

Stichwort : Vergabevertrag, öffentlich-rechtliche Vertrag,
Verwaltungs-Vertrag, Staats-Vertrag,
öffentlich-rechtliche Kontrolle