

국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰(Ⅱ) - EU·독일 -

강 기 홍



재정법제 연구 11-15-③-2

**국가발주공사의 하도급질서 공정성
강화에 관한 비교법적 고찰 (Ⅱ)**
- EU·독일 -

강 기 홍

국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰 (Ⅱ)

– EU·독일 –

A Comparative Law Study on Strengthening
the Fairness of Subcontracting in
Government Procurement (Ⅱ)

– EU · Germany –

연구자 : 강기홍(경상대학교 법과대학 교수)
Kang, Kee-Hong

2011. 10. 31.

요약문

I. 배경 및 목적

□ 국가계약법의 기능적 한계

- 1995년 제정된 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 여러 차례 발전적인 개정이 이루어졌으나, 선진적인 법치민주적 국가 계약의 요청(공정성, 평등성, 투명성, 중소기업의 보호 등)을 수용하지는 못하고 있는 실정
- 현행 국가계약법은 건설공사, 물품조달, 건축설계 및 프로그래밍 제작 등 여러 다양한 공공계약 영역 중에서 건설공사 중심의 법규내용을 담고 있음
- 계약체결의 방식이 변화하는 환경에 대응하지 못하는 비탄력적인 요소를 담고 있으며
- 계약상 낙찰의 중요기준이 품질 내지 가치 중심보다는 저가격 중심으로 되어있어서 기대한 품질이나 가치를 보장받기에 어려움이 있음
- 건설계약의 경우 사전입찰자격심사가 형식적으로 이루어짐으로 생산품의 품질보장에 위협이 야기되고 있고
- 공공계약에 관한 원리 내지 원칙규정이 부재하며 공공건설공사와 관련된 법규와 관계에서 체계정합성과精緻함이 떨어짐

□ 한·EU FTA의 잠정 발효

- 2011. 7. 1 FTA가 잠정 발효됨에 따라 상품에 대한 관세의 철폐에서부터 정부조달, 경쟁법상의 불공정행위금지 등에 이르는 협정항목 사항을 준수할 의무가 발생하였으며, 이에 따라 상품, 서비스, 규범, 기타(분쟁해결, 제도 및 최종규정) 영역에 대한 우리나라의 법제 정비가 요청됨
- 동 협정문의 “규범” 영역에는 5가지, 즉 정부조달(제9장), 지적재산(제10장), 경쟁(제11장), 투명성 확보(제12장), 무역과 지속가능발전(제13장)이 규정되어 있음
- 국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화 문제는 동 협정문상의 정부조달, 경쟁, 투명성 확보와 관계가 있고, 이에 대한 이해를 위해서는 EU법과 그 회원국에서 공공건설공사 하도급질서 공정성 확보에 대한 법제 연구가 요구됨

□ 공공건설공사 하도급질서 공정성 강화를 위한 시사점 도출

- 국가계약법을 중심으로 하도급관련 법규의 선진화를 위해 하도급관련 EU와 독일의 법제를 비교 연구하여 그 시사점을 우리의 법제 발전에 참고하고자 함이 연구의 목적임
- 목적의 달성하기 위해, 연구의 범위를 ①공공건설공사, ②하도급질서 공정성에 두고, 연구의 방법으로는 ①문헌연구, ②비교법적 연구를 채택함
- EU의 회원국 중에서 특히 독일 법제를 연구대상으로 한 것은, 독일은 EU에서 영국, 프랑스 등과 함께 법제 선진국이고, 연구자의 언어상의 편리함을 고려한 것임

II. 주요 내용

□ EU법상 공공건설계약 하도급 공정화 법제

- EU조약(리스본조약) 제26조, 제101조 내지 제106조, 제173조에 규정된 공공계약에 관한 규정 내용의 분석 및 그 의미의 파악
 - 상기 언급한 조문에서는 명백히 “공공건설계약”에 관한 규정을 두고 있지는 않으나 공공계약에 관한 기본 이념 내지 방향을 간접적으로 인지할 수 있음
 - 즉, ① EU 내에서 상품, 인력, 서비스, 자본의 자유로운 유통이 허용되며(제26조 2항), ② EU 역내시장에서 공개경쟁의 원리, 공정하고 투명한 상거래 및 서비스 등의 유통을 방해하는 행위의 금지(제101조, 제102조), ③ 위의 금지행위 위반에 대한 제재 조치(제103조), ④ 금지행위 위반여부에 대한 판단에 있어 회원국법의 역할(제104조)이 그것임
- 이들 EU조약에 따라 제정된 공공분야의 계약지침을 살피고 분석함
 - 지침(Richtlinie 2004/18/EG)의 내용 파악과 공공계약 일반에 있어 하도급 규정, 공공건설계약에 있어 하도급에 관한 규정의 내용을 분석함
 - 공공건설계약과는 차이가 있으나 EU차원에서는 지침 Richtlinie 2004/18/EG와 짝을 이루는 공익산업에 관한 지침(Richtlinie 2004/17/EG)을 분석하고, 양자의 의의를 살핌

□ 독일법상 공공건설계약 하도급 공정화 법제

- EU법과의 관계에서 독일법상 공공계약의 실현 방식에 대한 분석 및 의의를 살핌
 - 회원국법은 EU법의 실현에 실질적인 역할을 하나, 양 법질서는 상호 긴밀한 연관관계에도 불구하고 각각 명확히 그들의 독립성이 보장됨
- 독일법제에서 공공건설계약법제에 관한 구조를 파악함
 - 이 구조는 연방행정절차법, 경쟁제한방지법, 관련 민법규정이 법률차원에서 근간을 이루고 있으며, 이에 기초하여 세부적으로 도급시행령, 영역별 발주규칙이 제정되어 있음
 - 영역별 발주규칙 중에서 건설공사 도급규칙에 해당되는 VOB는 중요한 의미를 지님
- 독일 연방행정절차법 제54조 내지 제62조는 공공계약법의 기초를 이루고 있으며, 공법상 계약에 관한 일반론(동법 제54조), 비교계약(제55조), 교환계약(제56조), 공법상 계약의 무효(제58조), 특별한 경우에 있어 조절과 해약(제60조) 등을 담고 있음
- 영역별 발주규칙에는 건설공사 발주규칙(VOB)과 물품조달 및 서비스규칙(VOL)으로 나뉘어지고, 본 연구와 관계가 깊은 것은 전자가 됨. 그리고 이들 규칙의 법적 성질은 일반영업조건으로 이해하고 있음
 - VOB는 세 가지로 나뉘어지는 바, 건설도급에 관한 일반규정(VOB/A), 건설공사의 시공을 위한 일반계약조건(VOB/B), 건설공사를 위한 일반기술계약조건(VOB/C)가 그것임

- 공공건설공사의 하도급과 관련 중요한 의미를 지는 것은 VOB/A 1편 제8조 제6항과 이를 구체화하는 VOB/B 제4조 제8항이 핵심에 해당함
- 전자는 계약을 체결하는 경우에는 계약조건을 비롯하여 하도급에 관한 사항을 명문으로 규정할 것을 요청하고 있고, 이에 따라 후자는 그 상세한 내용을 규정화하고 있음
- VOB/B 제4조 제8항에는 수급자는 해당 공사를 직접시공하여야 하며(제1문), 수급자가 해당 공사의 일부를 하도급하고자 할 때에는 VOB/B와 C에 기초하여 하도급을 체결하여야 하며(제2문), 수급자는 도급자가 요청할 시 하도급자에 관한 정보를 도급자에게 알려야 함(제3호)
- 연방경쟁제한방지법 제4장(공공발주)은 특히 공공발주공사의 공정화에 크게 기여하는 데, 동 규정으로부터 공공발주공사의 공정성 확보를 구조적인 장치를 통해 해결하고 있음을 알 수 있음
- 즉, 연방과 州 차원에서 발주심판소를 운영하고 있으며, 심판소의 구성원은 법관 자격을 가진 전문인을 둬으로써 사법심사적 수준의 검사를 거침으로 그 공정성과 투명성을 확보하고 있음 (동법 제104조 이하)

□ 우리 법제 발전을 위한 시사점 제시

○ 국가계약법 관련

- 현재 국가계약법은 다양한 분야의 공공계약을 세부적으로 분류함이 없이 망라적으로 규정하고 있고, 각 영역별 공통점을 원리 내지 원칙의 차원에서 규정해 놓은 원리규정도 부재한 실정임

- 공공계약의 종류에 따라 각 章을 설치할 필요가 있으며, 각 장에 설치되는 계약의 종류에 따라 그들의 절차, 방법, 특례 등을 정치하게 규정할 필요가 있음

○ 그 외 관계법과 관련

- 공공계약 및 공공건설공사와 관련하여 정비할 사항은 먼저, 국가계약법과의 연계고리 속에서 공공건설공사와 하도급계약관계에 포커스를 맞춘 가운데 하도급거래 공정화에 관한 법률과 건설산업기본법 간의 관계 통일성의 정비가 필요함
- 하도급공정화법과 건설산업기본법상 공통된 사항은 국가계약법에 총론 내지 일반원리규정으로 담아내고, 하도급공정화법상 공공건설과 관련된 사항은 건설산업기본법으로 보내어 정리하고, 반대로 건설산업기본법상 하도급 공정화와 관련된 사항은 하도급공정화법으로 보내, 3개 법률 간에 통일성과 체계성을 구축함이 필요함
- 공공건설공사에 있어서 하도급질서의 공정성을 강화하기 위해서는 직접시공의무를 현실화하고, 하도급의 전제조건을 현실화 및 세분화하는 한편, 하도급관련 입법을 법률차원으로 상향조정하여 그 민주적 정당성을 제고하고, 공사대금의 직접지급제도를 활성화 하며, 발주자가 직접 수급자와 하도급자 간의 불공정한 관계를 통제하는 방법, 하도급규정위반에 대한 제재제도를 정비하여 하도급질서를 전반적으로 정리할 필요가 있음

Ⅲ. 기대효과

- 국가계약법을 중심으로 한 공공건설계약관련 법제의 통일화, 체계화, 정치화에 기여

- 본 연구를 통해 국가발주공사와 관련이 있는 국가계약법, 하도급공정화에 관한 법률, 건설산업기본법 등의 통일화를 기할 수 있고, 이들 법제 간에 유기적인 관계를 적절히 함으로 이들 법제의 체계성을 강화함으로 공공건설계약 체결상의 편리함과 명료함을 제공할 것으로 사료됨
- 건설공사의 하도급계약에서 공정화 강화에 기여
 - 하도급공정화에 관한 법률, 건설산업기본법과의 관계를 정비하여 직접시공의무를 현실화하고, 하도급관련 규정위반에 대한 제재장치 등을 보완함으로써 국가가 발주하는 건설공사에 있어 하도급질서를 선진화하는 데 기여할 것으로 사료됨
- 우리 건설업체에 대한 EU 및 독일의 공공건설도급법제에 대한 정보제공
 - 한-EU FTA의 잠정 발효로, 우리 건설기업의 EU 진출이 증가할 것으로 전망되는 바, 현지의 관련 법제도를 사전에 숙지함으로 공사수주에서부터 공사로인한 분쟁의 해소에 이르기까지 기본적인 정보를 제공함으로 현지의 상황에 적절히 대응하게 하는 데 기여할 것으로 사료됨

▶ 주제어 : 국가발주공사, 공법상 계약, 하도급, 공정성, 건설공사 발주규칙, 수의계약, 직접시공, 직접지급, 국가계약법, 공정성 강화

Abstract

I . Background and Purpose of Research

Functional Limit of the State Contract Law

- Although the State Contract Law has been many times modified, but it has also still functional limit
 - To the functional limit belongs to that it regulate mostly construction services, its mode for conclusion of a contract is not flexible, so that for contracting parties it is difficult, to react the new circumstance, and the criteria for contractual bid support for not quality but a low price, in construction services its bidding screening is so formally and finally it has no principles regulations about public contracts and it falls short of systemicity and lacks substantiation

The Korea-EU FTA come officially into effect

- Through the coming into effect, the legal obligation has been arisen in the field of customs, government procurement etc., so that it is asked for preparing and realigning the relations law system, in particular, subcontract of public construction services

II . Current Legal System and Its Problems

Dispersion of the laws about the public construction services

- In connection with the contract of the public construction services there are three Acts, that are the State Contract Law, Law of Fairness for the Subcontract, Elementary Law for Construction Industry
- In mutual relation there are deficient its systemicity and concreteness
- From this reasons the three Acts can not guarantee the Fairness in subcontract of the public construction services

III. Lessons from Other Countries

- Principle of the Personal contribution
 - Because the german construction services contract is based on trust. At the construction services, a building contractor have to complete the construction personally minimum 30%
- Subcontract as exception in the public construction services
 - In Europe and Germany, it is not so a general tendency that contractor make a contract with a subcontractor
- Legal sanction system against the law violation
 - Although the Principle of the Personal contribution, if a contractor keep the Principle, he can cancel the construction services contract

Protection of a subcontractor by constituent

- The constituent can also direct control that whether the contractor pay the wage in lawful means and in the appointed time

IV. Legal Improvements

Strengthen the systemicity and concreteness

- For the Strengthen of fairness of subcontract in public construction services, it is demanded, in the relation of the State Contract Law, Law of Fairness for the Subcontract, Elementary Law for Construction Industry the systemicity and concreteness to tighten

And then in relation with Strengthen of fairness of subcontract the following details is required

- Actualization of the Personal contribution, Actualization and concreteness of the conditions of subcontract, upgrade adjustment of the administrative decrees which exists for subcontract, vitalization of the Direct Payment to Subcontractor and adjustment of the sanction system to those who violate the subcontract regulations

➤ **Key Words :** Public Works Ordering, Public service contract, Subcontract, Fairness, Odering regulations for the construction work, Direct Payment to Subcontractor, Personal contribution, The State Contract Law, Strengthen of the Fairness

목 차

요 약 문	3
Abstract	11
제 1 장 서 론	17
제 1 절 연구의 필요성 및 목적	17
제 2 절 연구의 범위 및 방법	19
1. 내용적 범위	19
2. 연구의 방법	22
제 2 장 EU법상 공공계약 하도급법제와 공정성 강화방안 ...	23
제 1 절 EU법상 공공계약관련 규정	23
제 2 절 공공계약 내 하도급법제의 체계 및 내용	27
1. 공공분야의 계약지침(Richtlinie 2004/18/EG)	27
2. 공익산업에 관한 지침(Richtlinie 2004/17/EG)	34
제 3 절 소 결	35
제 3 장 독일법상 국가계약 하도급법제와 공정성 강화방안	37
제 1 절 일반론: EU법과 회원국법의 관계	37
1. 회원국법을 통한 EU법의 실현	37
2. 하도급질서에 있어서의 의미	38
제 2 절 공공계약 및 하도급법제의 체계	39
1. 국가공공계약 일반론: 연방행정절차법(VwVfG)	40

2. 영역별 발주규칙	45
3. 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB)	54
4. 도급에 관한 시행령(Vergabeordnung: VgV)	57
제 3 절 VOB/B에 있어 하도급질서 공정성 강화방안	60
1. 관련규범 및 체계	60
2. 하도급질서 공정성 강화를 위한 제도(시스템)	62
제 4 장 결 론	65
제 1 절 국가계약법에 대한 시사점	65
1. 體系化	65
2. 精緻化	66
제 2 절 하도급질서 공정화에 대한 시사점	66
1. 관련 법률의 통일화 및 차별화	66
2. 직접시공의무의 현실화	68
3. 하도급의 전제조건 현실화 및 세분화 등	68
4. 하도급관련 행정입법의 상향조정	69
5. 직접지급제도의 활성화	69
6. 하도급규정위반에 대한 제재제도의 정비	70
제 3 절 연구의 한계	70
참 고 문 헌	73
【첨 부】	
독일의 경쟁제한방지법(GWB)	77

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 필요성 및 목적

1995. 1. 5 제정되고, 동년 7. 6 시행된 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다.)은 그 제정당시에 계약의 원칙, 계약과 관련된 각 중앙관청의 감독, 검사, 다양한 종류의 계약종류(장기계속계약 - 동법 제21조, 단가계약- 동법 제22조, 개산계약 - 동법 제23조, 종합계약 - 동법 제24조, 공동계약 - 동법 제25조), 계약 관련 이의신청(동법 제28조) 등을 담고 있었다.

동법은 2008. 2. 29을 마지막으로 총7차에 걸쳐 개정을 통한 발전을 지속해 왔으나, 이 같은 개정에도 불구하고 여전히 선진적인 국가계약에 있어서 법치민주적 요청(예를 들어, 공정성, 평등성, 투명성 확보, 중소기업의 보호 등)을 담보하기에는 기능적인 한계를 노정시키고 있다.

현행 국가계약법이 지닌 위와 같은 기능적 한계를 좀 더 구체적으로 언급하면 다음 다섯 가지 정도를 들 수 있다.

첫째, 현행 국가계약법은 건설공사 중심의 법규내용을 담고 있다는 것이다. 동법은 工事, 물품, 서비스 중에서 대체로 건설공사에 초점이 맞추어져 있어서 물품구매와 관련된 조달이나 건축설계, 프로그래밍 계약과 같은 서비스에 대한 내용들이 부재한 상태여서 조달, 용역, 서비스 등과 관련한 사항을 규율하기에는 한계가 있다는 것이다.

둘째, 계약방식에 있어 비탄력적인 요소가 많다는 점이다. 계약방식이 급변하는 다양한 계약형태에 부응하지 못함으로 효율성이 떨어진다는 지적이다.

셋째, 전형적인 가격중심의 낙찰제도를 취하고 있다는 것이다. 계약방식이 주로 저가 우선으로 낙찰됨으로써 ‘최고품질’ 혹은 ‘최고가치’가 중시되는 시대적 요청을 반영하지 못하고 있다는 것이다.

넷째, 국가가 발주하는 공사계약 등에 있어 사전입찰자격심사가 상당부분 형식적이라는 것을 지적할 수 있다. 공공조달과 관련하여 사전입찰자격심사가 엄격하게 지켜지지 않음으로 인해 조달능력이 사실상 부족한 기업 내지 업체가 낙찰을 받게됨으로 결국 그 생산물의 품질에 하자가 발생할 가능성이 높거나 하자담보의 문제가 부가적으로 발생된다는 점이다.

다섯째, 동법의 전반적인 체계의 문제를 들 수 있다. 현행 국가계약법은 WTO법상의 정부조달협정(GPA)을 WTO의 회원국인 한국에서 실현하기 위해 제정된 것으로, 1997. 1. 1부터 한국에서 발효되었다. 특히, 동법은 공공계약에 관한 원리 내지 원론적 규정내용이 부족할 뿐만 아니라, 건설, 서비스, 물품공급 등으로 분류되는 공공계약의 일반적인 영역에 대한 특수성을 고려한 구분없이 망라적으로 규정하고 있어 법규의 전반적인 체계와 정지(精緻)함이 떨어진다는 점이다.¹⁾

한편, 이러한 현행의 국가계약법이 여러 가지 기능상의 한계를 가지고 있는 가운데, 한-EU FTA가 잠정 발효(2011. 7. 1)되었고, 한-미 FTA에 관한 법률(한미 FTA 이행법안)이 美國 議會를 통과하였다(2011. 10. 13). EU와의 자유무역협정으로 인해 한국의 공공계약영역은 새로운 도전에 직면하게 되었는데, 건설, 서비스, 물품공급 등의 국가계약 영역이 EU의 27개 회원국들과 무한경쟁에 돌입하게 되었기 때문이다.

이러한 변화는 우리 국가계약법제의 선진화를 요청하는 것으로, 건설산업기본법과 하도급거래 공정화에 관한 법률이 적절히 규정되어 있음에도 불구하고 여전히 국가가 발주하는 건설하도급 영역에서의 불공정한 점들이 잔존해 있다. 그래서 궁극적으로는 도급의 목적물에 하자가 발생하거나, 재정상태가 연약한 중소기업이 건설하도급을 수행함으로써 근로자에게 임금과 보험을 적기에 지급하지 못함으로 근로

1) 김승열·강문수, 국가계약법 개선방안, 한국법제연구원(2010), 14면 이하 및 113면 이하 참조.

자의 생활을 위태롭게 할 뿐만 아니라, 하도급 후 대금의 지급방법에 있어서는 기성금이라는 명목으로 현금 결제가 아닌 어음으로 6개월 내지 10개월 등의 기간으로 결제를 함으로 하도급업자와 그 종사자를 힘들게 하는 문제가 발생하고 있는 것이다.

그리하여 본 연구에서는 한-EU FTA 체결에 따라 EU 건설관련도급법이 중요한 의미로 우리에게 다가오고 있고, EU 회원국 중에서 이 영역에서 법제도가 잘 정비되어 있는 독일을 대상으로 국가가 발주하는 공사의 하도급질서 공정화를 위한 법체계와 그 특징을 살펴보고자 한다.

이를 통해, 공공건설하도급과 관련하여 존재하는 불공정한 면들을 건설산업기본법, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등과의 유기적인 관계속에서 국가계약법의 발전방안을 모색하는 데 그 목적이 있다하겠다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

1. 내용적 범위

본 연구의 내용적 범위로는 유럽연합과 독일이 그 역내시장 및 자국내에서 발주하는 공공공사 중에서 그의 하도급질서 공정화에 관한 부분이 중심에 놓인다. 이것은 1차적으로 공공발주공사에 있어 EU는 어떠한 규정을 마련하고 있으며 그 원리와 내용은 어떤 것인지, 2차적으로는 EU의 구성원으로서 독일은 EU법과의 관계에 있어 공공발주공사를 위해 어떤 법적인 틀을 마련하고 있으며, 나아가 어떤 원리와 규정으로써 하도급관계에 공정성을 담보하고 있는지를 대상으로 한다.

또한, EU의 회원국들은 유럽법이 요청하는 법적 사항들을 국내에서 실현시켜야 할 의무가 있는 데, EU가 국가발주공사의 하도급과 관련

하여 특정의 법규를 제정해 놓은 경우, 이를 국내법에 우선하여 적용할 의무가 있는 것이다. 나아가 이러한 EU의 1차유럽법(EU 조약법)과 2차유럽법(지침, 명령 등)을 회원국에서 효율적이고 적정하게 적용하기 위해 자신의 회원국법 체제를 EU법에 적합하도록 맞추어야 하는 의무가 있다. 이러한 일련의 사항들을 일컬어 회원국법의 유럽화(Europäisierung des Mitgliedsstaatsrechts)라 하기도 한다.

그래서 여기서는 3가지 단계로 연구의 내용을 삼고자 하는 바, 첫째는 EU법상 공공계약의 하도급법제와 그 공정성 확보방안, 둘째, EU법 하에서 그 회원국들 중 하나인 특히 독일법 질서에서 국가계약의 하도급법제와 그 공정성 확보방안, 셋째로, 위의 두 법질서의 내용을 우리나라 국가계약법과 관련법을 염두에 두면서 하도급질서 공정화를 위한 관점에서 시사점을 발굴해 보고자 한다. 그런데 일반적으로 “공공계약”이라고 하면 여기에는 국가 및 지방자치단체, 이들의 산하기관 등이 발주하는 건설공사가 있을 것이고, 이들의 행정목적 달성에 이용할 목적으로 물품을 조달하는 조달계약도 있을 것이고, 정부 및 지방자치단체가 그들의 정책을 관리차원에서 용이하게 하기위해 전자화하는 과정에 특정 프로그램을 개발하는 경우에 있어 서비스 계약과 같은 경우와 정책의 논리를 개발하거나 여러 가지 법적 행정적 문제를 풀기위한 연구용역계약을 체결하는 등 공공계약의 형태는 매우 다양할 것이다. 이들 계약은 그 개개의 특징이 있고, 이를 규율하는 규정들도 많을뿐더러 공사법뿐만 아니라 형법 등의 영역을 넘나드는 것이어서 여기서 이들 영역을 망라하여 공정화 방안을 살피는 것은 한계가 있으므로, 연구자의 편의를 위해 公法상 체결하는 공적 建設工事의 하도급 공정화에 한정하여 연구하고자 한다. 그러나 이때에도 그 규정이 건설공사 및 그 공정성과 직접 관련성을 갖는 경우에는 민법상의 운영규칙과 같은 사법적 특성을 갖는 법규인 경우에는 포함하는 것으로 한다.

이상의 점들을 EU법 차원과 EU의 주용 회원국인, 독일법 차원에서 구체적으로 열거하여 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

EU는 2004년 이전까지 물품, 공사, 용역, 공익산업 분야에 걸쳐 각각 분리되어 있는 EU 지침을 그 효율성과 명확성 제고 차원에서 통합을 시도하였다. 그리하여 공공분야의 계약지침(Public Contracts Directive 2004/18/EC; Procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts)이라고 하는 데에는 물품, 공사, 용역에 관한 내용을 통일되게 통폐합하였다.

그리고 공익산업에 관한 지침(Utility Contracts Directive 2004/17/EC; Procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors)이라고 하는 데에는 해당 내용을 단독으로 분리설치하는 2원화를 시도하였다.

독일법상 살필 구체적인 내용은 다음의 점들이다. 즉 EU법은 그의 회원국에서 적용우위를 갖게됨에 따라, EU법과 회원국법이 특정 사안과 관련 그 규정해 놓은 내용에 차이가 있는 경우, 회원국법 보다 EU법을 우선하여 적용할 수가 있다. 즉 EU법은 그 체계에 있어 회원국의 법질서를 이용하여 실현되는, EU법 실현상의 불완전으로 인해 EU법은 회원국법과의 긴밀한 상호의존관계를 통해 그 내용이 집행된다. 이 같은 현상은 EU법의 국가계약의 조달방식에 있어서도 회원국법의 내용을 필요로 한다.

이 같은 사정에 따라, 국가가 발주하는 공공계약에 관한 EU의 2가지 지침(Public Contracts Directive 2004/18/EC, Utility Contracts Directive 2004/17/EC)은 연방법과 각 주의 주법을 통해 실현되는 데, 이에 관한 기본적인 법규가 연방과 주의 행정절차법(VwVfG)상에 규정된 공법상 계약에 관한 규정이다. 행정절차법과 동일하게 중요한 의미를 갖는 법률이 연방차원의 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB)이 된다. 동법 제4장의 공공계약의 체결 부분은 하도급

과 관련된 중요한 내용을 담고 있다. 한편, 공공계약에 관한 사항은 공법과 사법을 관통하는 사항들이 많이 있어, 공사법이 함께 적용됨에 따라 민법에 관한 규정도 부분적으로 연구의 대상이 아닐 수 없다.

이상의 법률차원의 대상 외에, 상기 법률들을 행정입법의 형태로 구체화하는 규정들이 있는 바, 건설공사 발주규칙(VOB), 물품구매 등 일반규칙(VOL), 자유업 용역발주규칙(VOF)이 그것이다. 특히, 국가가 발주하는 건설공사의 하도급 공정화와 관련된 법규로는 VOB가 중요한 의미를 지닌다.

VOB(Verdingungsordnung für Bauleistungen) : 건설공사 발주규칙 VOL(Verdingungsordnung für Leistungen) : 물품구매 등 일반규칙 VOF(Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen) : 자유업 용역발주규칙

2. 연구의 방법

본 연구의 수행방법으로는 먼저 문헌연구를 기본으로 한다. 기존 동주제와 유사한 선행연구를 종합적으로 분석하고 평가하며, 대체로 국내문헌을 대상으로 한다. 나아가 비교연구를 병행한다. EU가 제정한 여기서의 주제관련 법제와 독일법상 법제를 비교하여 살핀다. 문헌을 이용한 비교연구에 있어, 이해가 난해한 부분 등에 대해서는 EU의 해당 위원회나 독일 경쟁위원회에의 전자메일을 통한 질문 내지 자문방법을 병행하고자 한다.

제 2 장 EU법상 공공계약 하도급법제와 공정성 강화방안

제 1 절 EU법²⁾상 공공계약관련 규정

2009. 12. 1 발효된 리스본 조약은 EU조약(Vertrag über die Europäische Union: EUV³⁾)과 기존의 유럽공동체설립조약을 개정한 조약, 즉 EU 운영조약(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union: EUAV⁴⁾)이라고 하는 두 부분으로 구성되어 있다.

현행의 유럽연합조약에서는 “공공계약”에 관한 직접적인 명문규정을 두고 있지는 않다. 유럽연합조약에 포괄적이고 추상적으로 규정된 몇몇 규정들로부터 공공계약에 관한 제2차 유럽법을 제정해 두고 있는데, 아래에 소개되는 공공분야와 관련한 계약지침과 공익산업에 관한 지침들은 모두가 포괄적으로 표현된 유럽연합조약에 기초하고 있는 것이다.

국가가 발주하는 공사와 관련된 공공계약이나 이에서 유래하는 하도급과 관련되는 간접적인 EU운영조약으로는 제26조, 제101조 내지 제106조, 제173조 등을 들 수 있을 것이다. 특히 이들 조약에는 그 세부적인 사항들을 규칙이나 지침(Verordnungen oder Richtlinien)에 위임하고 있는 데, 이들은 제2차 유럽법(Sekundäres Europarecht)⁵⁾으로서 제

2) 본 연구에서는 명확한 구분을 필요로 하는 경우에는 별도로 표시하기로 하고, 그렇지 않은 경우에는 EU법, 유럽연합조약, 유럽연합법, 리스본 조약, 제1차 유럽법을 같은 의미로 사용하기로 한다.

3) 영어: TEU(Treaty on the European Union).

4) 영어: TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union). 어떤 유럽법 교재에는 “EU기능조약”으로 옮기고 있다(박덕영 외 14인 공저, EU법강의(2010), 13면 등).

5) EU운영조약 제288조는 제2차 유럽법으로 규칙(Verordnung, Regulation), 지침(Richtlinie, Directive), 결정(Beschluss, Decision), 권고와 의견(Empfehlung und Stellungnahme, Recommendation and Opinion)을 들고 있다. 각각에 대해서는 박덕영 외 14인 공저, EU법강의(2010), 68면 이하 참조.

1차 유럽법(Primäres Europarecht)인 이들 조약을 구체화한다. 이들 제1차 유럽법 규정들로부터 공통적으로 살필 수 있는 특징은 불공정거래의 금지 내지 공개경쟁을 통한 계약체결을 강조하고 있다는 점이다. 특히, 동 조약 제101조, 제102조는 EU 경쟁법의 핵심원리를 이루는 경쟁제한적 협정의 금지(제101조), 지배적 지위의 남용금지(제102조)⁶⁾ 원리에 해당되는 조항이다.

〈표 1〉 EU법상 공공계약관련 규정7)

제26조

1. 유럽연합은 본 조약의 관련 규정에 따라 역내시장을 구축하고, 그 운영을 확보하기 위한 조치를 취한다.
2. 역내시장은 내부적인 국경이 없는 지역으로 구성되며, 본 조약의 규정에 따라 상품, 사람, 서비스 및 자본의 자유로운 이동을 보장한다.
3. 이사회는 집행위원회의 제안에 의거하여 모든 해당 부문의 균형있는 발전을 확보하는 데 필요한 방침 및 조건을 정한다.

제101조

1. 회원국 상호간 무역에 영향을 미칠 수 있고, 역내시장 내의 경쟁을 방해, 규제, 왜곡시키는 것을 목적으로 하거나 이와 같은 효과를 낳고 있는 기업 상호간의 계약, 기업연합체가 내린 결정 및 합의된 관행은 역내시장에 위배되는 것으로 금지된다. 특히 아래와 같은 행위는 금지된다.
 - (a) 구매가격, 판매가격 및 기타 거래조건을 직간접적으로 정하는 행위
 - (b) 생산, 시장, 기술개발 또는 투자를 제한하거나 통제하는 행위
 - (c) 시장이나 공급원을 공유하는 행위

6) 이에 대해서는 박덕영 외 14인 공저, EU법강의(2010), 435면 이하 참조. 한편, 이와 관련하여 EU의 불공정한 상관행을 금지하는 지침에 대해서는 홍대식, in: 서울대학교 경쟁법센터, 공정거래법의 쟁점과 과제(2010), 292면 이하 참조.

7) 이들 조문은 채형복 교수가 번역한 리스본조약(2010)에 근거한 것이다. 이것의 원문은 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:DE:PDF>.

- (d) 다른 거래 상대방과 체결한 동일한 거래에 다른 조건을 적용함으로써 경쟁상 불이익한 상태에 놓이게 하는 행위
 - (e) 계약 상대방이 성격상 또는 상관행에 따라 계약의 목적과 관련이 없는 부수적인 의무를 수용하는 것을 조건으로 계약을 체결하는 행위
2. 본 조에 따라 금지되는 계약 또는 결정은 자동적으로 무효이다.
3. 그러나 아래의 경우에는 제1항이 적용되지 않는 것으로 선언할 수 있다.
- 기업 상호간에 체결한 계약
 - 기업 연합체가 내린 결정
 - 합의된 관행 등이
- 상품의 생산 또는 유통을 개선하거나 기술적 또는 경제적 발전을 촉진하는 동시에 결과적으로 발생하는 이익의 상당한 몫을 소비자에게 제공하면서
- (a) 이들 목표를 달성하는 데 필수적인 것이 아닌 규제사항을 해당 기업에 부과하지 않고,
 - (b) 해당 상품의 중요 부분과 관련하여 경쟁적 성격을 제거할 수 있는 가능성을 해당 기업들에 허용하지 않는 경우

제102조

하나 이상의 기업이 역내시장 내에서 또는 역내시장의 중요 부분에 있어 지배적인 지위를 남용하는 행위는 회원국 상호간 무역에 영향을 미칠 수 있는 경우 역내시장에 위배되는 것으로 금지된다.

상기의 남용행위는 특히 아래와 같은 형태를 취할 수 있다.

- (a) 부당한 구매가격이나 판매가격 또는 기타 부당한 거래조건을 직간접으로 부과하는 행위
- (b) 소비자에게 불이익이 되도록 생산, 시장 또는 기술개발을 제한하는 행위
- (c) 다른 거래 상대방과의 동일한 거래에 대하여 다른 조건을 적용함으로써 경쟁상 불이익한 상태에 놓이게 하는 행위
- (d) 계약 상대방이 성격상 또는 상관행에 따라 계약의 목적과 관련이 없는 부수적인 의무를 수행하는 것을 조건으로 계약을 체결하는 행위

제103조

1. 이사회는 위원회의 제안에 의거하여, 또한 유럽의회와 협의 후 제101조 및 제102조에 규정된 원칙의 실현을 위하여 적절한 규칙 또는 지침을 제정한다.
2. 제1항에 규정된 규칙 또는 지침은 특히 아래와 같은 목적을 가진다.
 - (a) 제101조 제1항 및 제102조에 규정된 금지사항을 준수하도록 벌금 및 주기적인 과태료 납부에 관한 규정을 둔다.
 - (b) 효과적으로 감독하면서도 관련 행정업무를 최대한도로 간소화해야 할 필요성을 고려하면서 제101조 제3항을 적용하기 위한 세칙을 제정한다.
 - (c) 생략
 - (d) 생략
 - (e) 회원국 국내법과 본 절 및 본 조에 따라 채택되는 규정과의 관계를 결정한다.

제104조

제103조에 따라 채택된 규정이 시행될 때까지는 회원국의 해당 당국이 계약, 결정 및 합의된 관행의 인정여부, 역내시장에서의 지배적 지위의 남용 여부 등을 해당 회원국의 국내법 및 제101조, 특히 동조 제3항과 제1012조에 따라 판정한다.

제105조

1. 위원회는 제104조의 규정을 침해하지 않는 범위 내에서 제101조 및 제102조의 원칙이 적용될 수 있도록 한다. 위원회는 그 자신의 발의 또는 회원국이 요청하는 경우, 소정의 지원을 제공해야 할 회원국의 해당 정부와 협력하여 이들 원칙을 침해한 혐의가 있는 사건을 조사한다. 침해를 했다고 판단되는 경우, 위원회는 침해행위를 중단시키기 위한 적절한 조치를 제안한다.
2. 침해행위가 중단되지 않은 경우, 위원회는 이유를 붙인 결정을 통해 원칙에 대한 침해사실을 확인한다. 위원회는 그 결정을 공표하고 회원국이 상황을 개선하는 데 필요한 조치를 취하도록 승인할 수 있으며, 이 경우 상기 조치의 조건 및 세부사항은 위원회가 정한다.

3. 위원회는 이사회가 제103조 제2단 (b)호에 따라 규칙 또는 지침을 채택한 대상인 일련의 협정과 관련한 규칙을 채택할 수 있다.

제106조

1. 공기업 및 회원국이 특수하거나 독점적인 권리를 부여한 기업의 경우, 회원국은 제 조약, 특히 제18조 및 제101조 내지 제109조에 위반하는 조치를 계속 시행하거나 새로 도입할 수 없다.
2. 일반적 영리창출 서비스의 운영이 위임되어 있는 기업 또는 독점적으로 세수를 창출하는 기업의 성격을 지니고 있는 기업에는 제 조약의 규정, 특히 경쟁에 관한 규칙이 적용된다. 다만, 이들 기업에 위임된 특정 직무의 수행을 법률상 또는 사실상 저해하지 않는 범위 내에서 적용된다. 유럽연합의 이익에 배치될 정도로 거래의 발전에 영향을 미쳐서는 아니 된다.
3. 위원회는 본 조의 규정이 적용될 수 있도록 보장해야 하며, 필요한 경우에는 회원국에게 적절한 지침 또는 결정을 시달한다.

제 2 절 공공계약 내 하도급법제의 체계 및 내용

1. 공공분야의 계약지침(Richtlinie 2004/18/EG)⁸⁾

EU법에 있어 공공계약의 범주에서 하도급과 관련된 유럽법, 특히 제2차 유럽법인 지침(Richtlinie)은 2가지이다. 공공분야의 계약지침(RL 2004/18/EG)과 공익산업에 관한 지침(RL 2004/17/EG)이 그것이다. 본 연구의 중심이 되는 하도급과 관련하여서는 전자가 중요한 의의를 갖는다.

8) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:En:HTML>.

(1) 지침의 체계 내용

본 지침은 총5개의 장, 84개의 조문과 12개의 별첨(Anhang)으로 구성 되어 있다.9) 제1장은 개념과 일반원칙을, 제2장에서는 공공계약을 위

9) 동 지침의 전체 조문목차를 실으면 다음과 같다.

EU 지침 2004/18/EG	
제 1 장 개념과 일반원리	
제 1 조 개념	
제 2 조 계약체결을 위한 기본원칙	
제 3 조 특수하거나 절대적인 권리의 인정: 차별금지의 원칙	
제 2 장 공공계약을 위한 규정	
제 1 절 일반규정	
제 4 조 경제참여자	
제 5 조 WTO의 틀 안에서 체결된 규정에서 나오는 조건들	
제 6 조 신뢰	
제 2 절 적용범위	
제 1 관 한계/경계(Schwellenwerte)	
제 7 조 공공계약을 위한 한계/경계	
제 8 조 공적 발주자가 직접 50% 이상 보조한 계약에의 적용	
제 9 조 공적 계약, 대강합의와 신속(다이나믹)조달시스템의 견적가격의 계산을 위한 방법	
제 2 관 특정상황	
제10조 방어계약	
제11조 공적 계약의 체결과 중앙조달구입처를 통한 대강합의의 체결	
제 3 관 지침의 지배를 받지않는 계약	
제12조 물, 에너지, 교통, 우편영역에서의 계약	
제13조 정보통신영역에 있어 특별한 예외	
제14조 비밀계약과 특정한 안전조치를 요구하는 계약	
제15조 국제적인 규정의 바탕위에 체결되어야 하는 계약	
제16조 특별한 예외	
제17조 서비스양해(Dienstleistungskonzessionen)	
제18조 독점적인 권한에 기해 체결되는 서비스계약	
제 4 관 특별규정	
제19조 유보된 계약	
제 3 절 공적 서비스계약을 위한 규정	

- 제20조 별첨 II Teil A에 따른 서비스에 관한 계약
- 제21조 별첨 II Teil B에 따른 서비스에 관한 계약
- 제22조 별첨 II Teil A와 별첨 II Teil B에 따른 서비스에 관한 혼합계약
- 제 4 절 계약체결서와 계약서에 관한 특별 조항
 - 제23조 기술적 명세서
 - 제24조 변형
 - 제25조 하도급계약(Unteraufträge)
 - 제26조 계약실행을 위한 조건
 - 제27조 세금, 환경보호, 근로보호규정과 근로조건과의 관계에 있어 의무
- 제 5 절 절차
 - 제28조 개방적이고 제한적인 절차, 협상절차와 경쟁적인 대화의 적용
 - 제29조 경쟁적인 대화(Wettbewerblicher Dialog)
 - 제30조 공지사항의 공개가 있는 협상절차를 정당화하는 경우
 - 제31조 공지사항의 공개가 없는 협상절차를 정당화하는 경우
 - 제32조 대강합의(Rahmenvereinbarungen)
 - 제33조 신속조달시스템(Dynamische Beschaffungssysteme)
 - 제34조 공공건축계약 : 사회복지용 주택건설을 위한 특별규정
- 제 6 절 공개와 투명화에 관한 규정
 - 제 1 관 공지사항의 공개
 - 제35조 공지사항
 - 제36조 공지사항의 공개를 위한 형식과 양식
 - 제37조 자율적인 공개
 - 제 2 관 기간
 - 제38조 참여요청과 제의에 대한 접수를 위한 기간
 - 제39조 공개 절차 : 계약체결서, 추가서류와 정보
 - 제 3 관 정보의 내용과 전달
 - 제40조 제안서제출, 대화에의 참여 혹은 협상을 위한 초청
 - 제41조 신청자와 제안자의 설명
 - 제 4 관 커뮤니케이션(Mitteilungen)
 - 제42조 커뮤니케이션에 관한 규정
 - 제 5 관 보고(Vergabevermerke)
 - 제43조 보고의 내용
- 제 7 절 절차의 경과
 - 제 1 관 일반규정
 - 제44조 적합성 심사, 참여자의 선발, 계약의 체결
 - 제 2 관 적합성의 기준
 - 제45조 신청자와 제안자의 개인적 상황
 - 제46조 직업수행을 위한 능력

- 제47조 경제적, 재정적 수행능력
- 제48조 기술적 그리고/혹은 직업적 수행능력
- 제49조 품질보증표준(Qualitätssicherungsnormen)
- 제50조 환경관리표준(Normen für Umweltmanagement)
- 제51조 추가서류와 정보
- 제52조 허가된 경제참여자의 공식 리스트와 공·사법적으로 설립된 자에 의한 증명
- 제 3 관 계약의 체결(Auftragsvergabe)
 - 제53조 낙찰의 기준(Zuschlagskriterien)
 - 제54조 전자경매의 이용(Durchführung von elektronischen Auktionen)
 - 제55조 비정상적인 낮은 제안서
- 제 3 장 공공건설허가 영역에 있어서의 규정
 - 제 1 절 공공건설허가를 위한 규정
 - 제56조 적용범위
 - 제57조 적용영역의 배제
 - 제58조 공공건설허가와 관련된 공지사항의 공개
 - 제59조 기간
 - 제60조 하도급계약(Unteraufträge)
 - 제61조 영업권자에 대한 추가적 노무를 위한 계약의 체결
 - 제 2 절 영업권자로서 공공계약발주자에 의해 발주된 계약에 관한 규정
 - 제62조 적용가능한 규정
 - 제 3 절 공공계약발주자가 아닌 영업권자가 발주하는 계약에 관한 규정
 - 제63조 공개에 관한 규정: 한계/경계와 예외
 - 제64조 공시내용의 공개
 - 제65조 참여신청의 접수와 제안의 접수를 위한 기간
- 제 4 장 서비스영역에서 경쟁에 관한 규정
 - 제66조 일반규정
 - 제67조 적용영역
 - 제68 조 적용영역의 배제
 - 제69조 공시내용
 - 제70조 경쟁에 관한 공시내용의 형식과 그 공개에 관한 방식
 - 제71조 커뮤니케이션의 수단
 - 제72조 경쟁참여자의 선발
 - 제73조 심사위원(회)의 구성
 - 제74조 심사위원(회)의 결정
- 제 5 장 통계상의 의무, 집행권한과 결론규정

한 규정들을, 제3장에서는 공공건설허가 영역에 있어서의 관련 규정을, 제4장에서는 서비스영역에서 경쟁에 관한 규정들을 담고 있으며, 제5장에서는 통계상의 의무, 집행권한과 결론규정 등을 규정해 두고 있다.

동 지침 제2장 제25조에서는 일반적인 공공계약영역에서 하도급에 관해 규정하고 있는 데, 동 규정은 건설공사상의 하도급, 조달계약상의 하도급, 서비스계약과 관련한 하도급에 적용되는 것으로 이해된다. 나아가 제3장 제60조에서도 하도급에 관한 규정을 두고 있으나, 이는 제25조의 그것과 달리 공공건설과 관련한 하도급 문제를 규정하고 있는 것이 차이점이다.

(2) 하도급과의 관계에 있어 지침의 의미

1) 공공계약 일반에 있어서 하도급

동 지침(RL 2004/18/EG) 제25조에는 국가 및 지방자치단체 등 공적인 계약제공자에게 하도급으로 인해 발생될 수 있는 생산물 혹은 용역 결과의 하자를 예방할 수 있는 장치를 마련해 주고 있다. 즉 만약 수급자가 낙찰된 공적 공사를 수행함에 있어 계약 사항의 일부를 이미 하도급하고자 생각할 때에는 계약제공자는 하도급자가 누구인지

제75조 통계상 의무
제76조 통계상 보고의 내용
제77조 자문위원회
제78조 한계/경계의 수정
제79조 변경
제80조 전환
제81조 통제체계
제82조 폐지
제83조 효력발생
제84조 대상자

별첨1 ANHANG I ~ 별첨 12 ANHANG XII

자신에게 알려줄 것을 요청할 수 있다는 것이다. 또한 만약 이미 하도급자가 계약제공사에게 제안이 되어 그가 알고 있는 경우에는 하도급자를 일반에 공개할 것을 요구할 수 있다는 것이다.

동 규정으로부터, EU법제정자는 공적 공사와 관련된 하도급에 있어 이미 계약제공사를 통해 하도급으로 인해 발생할 수 있는 부작용을 예방하거나, 하도급자를 일반에 공개함으로써 하도급에서 파생될 수 있는 제품의 질적 결함을 사전에 예방하고 있음을 볼 수 있다.

제25조 하도급¹⁰⁾

공적인 계약제공사¹¹⁾는 계약서상에 수급자에게 혹은 회원국에게 요구할 수 있는바, 수급자는 계약제공사가 제시하는 계약 안에서 경우에 따라 수급자가 제3자에게 하도급을 할 것이라는 것을 알려주거나, 이미 하도급자가 제시되었다면 그를 공적으로 공개할 것을 요구할 수 있다.

주된 책임이 있는 경제참여자의 책임은 이 알려주는 것으로부터 면제되지 않는다.

2) 공공건설영역과 관련한 하도급

본 지침(RL 2004/18/EG)에서 공공건설영역에서 하도급과 관련이 있는 것은 제60조 규정이 된다. 이는 건설하도급 계약에 있어 최소 분담 비율을 적시하고, 이를 도급자에게 알려야 한다는 것이다.

10) Artikel 25 Unteraufträge

In den Verdingungsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder er kann von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben.

Die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers bleibt von dieser Bekanntgabe unberührt.

11) 도급자에 해당.

건설계약상 도급자-수급자-하도급자의 관계에 있어 공사총액 대금의 어느 정도의 비율을 하도급하게 되며, 발주자가 발주한 건설공사의 최소 일정 비율의 공사는 반드시 수급자가 직접 수행하여야 함을 EU 입법자는 명확히 제시하고 있다.

이에 따라, EU의 회원국들이 국가가 발주하는 工事契約에 있어 공사총액 대비 일정 비율은 수급자가 스스로 공사를 시행해야하는 의무가 발생하게 되는 것이다.

이를 통해, 실제 건설공사를 수행할 수 있는 건설사가 공사를 수주할 수 있는 한편, 재하도급을 가능한 한 제한함으로써 생산물의 품질 수준을 제고하고자 하는 장치를 마련하고 있는 것으로 보인다.¹²⁾

제60조 하도급계약¹³⁾

공적 계약제공사¹⁴⁾는 다음 두 가지를 사전에 제시할 수 있다. 즉

- a) 수급자¹⁵⁾가 하도급자에게 주는 건설허가 대상이 되는 노무 총액의 최소 30%를 하도급하며, 이때 수급자¹⁶⁾는 이 범위를 상향조정할 수 있다; 건설허가계약에서 최소비율은 반드시 제시되어야 한다;
- b) 혹은 수급자는 그 가능성이 전제되는 한, 건설허가 대상이 되는 노무 총액의 어느 정도의 비율을 하도급자에게 하도급할지를 스스로 결정한다는 것을 제시할 수 있다.

12) EU 차원의 이와 관련된 취지는 독일의 건설하도급법규에서 유사한 내용으로 규정되어 나타나고 있다. 아래 독일 부분에서 상세히 설명한다.

13) Artikel 60 Unteraufträge

Der öffentliche Auftraggeber kann a) entweder vorschreiben, dass der Konzessionär einen Mindestsatz von 30 % des Gesamtwerts der Arbeiten, die Gegenstand der Baukonzession sind, an Dritte vergibt, wobei vorzusehen ist, dass die Bewerber diesen Prozentsatz erhöhen können; der Mindestsatz muss im Baukonzessionsvertrag angegeben werden;

b) oder die Konzessionsbewerber auffordern, in ihren Angeboten selbst anzugeben, welchen Prozentsatz - sofern ein solcher besteht - des Gesamtwertes der Arbeiten, die Gegenstand der Baukonzession sind, sie an Dritte vergeben wollen.

14) 도급자를 지칭하며, 국가, 지방자치단체 및 지방자치단체연합, 그리고 이들 소속의 사업소 등을 일컫는다.

15) 수급자를 지칭한다.

16) 영업권자, 즉 수급자를 지칭한다.

2. 공익산업에 관한 지침(Richtlinie 2004/17/EG)

RL 2004/18/EG와 짝을 이루는 지침으로 공익산업에 관한 지침이 있다.

(1) 지침의 체계 내용

동 지침은 총4장, 75개의 조문으로 구성된 물, 에너지, 교통, 우정사업 영역에서의 계약에 관한 지침이다.¹⁷⁾ 제1장에서는 계약과 경쟁에 관한 일반규정을, 제2장에서는 계약에 관한 세부규정을, 제3장에서는 우편사업과 같은 서비스 영역에 있어 경쟁에 관한 사항을, 마지막으로 제4장에서는 통계상의 의무, 집행권한 등에 대해 규정하고 있다.

(2) 하도급과 관련한 지침의 의미

본 지침은 그 제목에서 보는 바와 같이, 물, 에너지, 교통, 우편영역과 관련된 계약에 관한 사항이 내용의 중심이다.

동 지침은 RL 2004/18/EG가 담고 있는 건설공사와는 내용상의 차이를 보이지만, RL 2004/18/EG가 담고 있지 않은 물, 에너지 등에 대한

17) 동 지침의 장별 목차를 읊기면 다음과 같다.

EU 지침 2004/17/EG

2004. 3. 31 유럽의회와 참사원의 물, 에너지, 교통제공 및 우정사업 영역에서 계약발주자를 통한 낙찰(落札)의 조정을 위한 지침(**Richtlinie 2004/17/EG**)

목 차

- 제 1 장 계약과 경쟁을 위한 일반규정
- 제 2 장 계약을 위한 규정
- 제 3 장 서비스영역에 있어 경쟁에 관한 규정
- 제 4 장 통계상의 의무, 집행권한과 결론규정

내용을 규정함으로써 양자는 공공계약에 있어 상호 보완관계에 있다고 하겠다. 건설계약에 관한 지침 못지않게 중요한 의미를 지니는 지침이라 할 수 있다.

제 3 절 소 결

공공건설공사의 도급과 관련된 핵심 규정은 RL 2004/18/EG이 되는데, 이는 독일을 비롯한 EU 회원국이 발주하는 모든 공공건설공사계약의 중심에는 본 지침이 적용됨을 알 수 있다.

그러나 본 지침은 위로 (구)유럽공동체 설립을 위한 조약(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) 제47조 2항, 제55조, 제95조에 근거하여 제정된 이른바 2차유럽법(Sekundäres Gemeinschaftsrecht)에 해당된다.

비록 그것이 2차 유럽법이라 하더라도 실제 계약현실에 있어서 회원국이 특별히 심도있는 보충적 법제정을 요하는 수준이 아닌 구체적인 내용으로 이루어져 있기 때문에 EU 공공건설공사계약의 핵심으로 이해되는 한편, EU의 공공건설계약과 이들 회원국들의 공공건설계약을 연결하는 가교역할을 하게 된다. 나아가 EU지침의 속성상 그 규정하고 있는 내용이 구체적일 때에는 회원국법으로의 전환을 위한 입법적 조치가 없이도 일정 기간만 지나면 회원국에서 국내법과 같은 직접적인 효력을 발하게 된다.

본 지침의 중요한 의의는 공공계약의 원리와 제도를 담고 있다는 것인데, 도급과 관련한 공공계약의 일반원리는 수급자가 하도급을 하고자 할 경우 하도급자를 발주자에게 알릴 의무가 있고, 발주자는 하도급자에 관한 사항을 수급자에게 요청할 수 있다는 점이다. 건설도급과 관련하여서는 수급자가 일정 부분 건설공사를 직접 시공할 의무가 있다는 것이다. 이와 관련하여 우리나라의 하도급법도 직접시공의무

를 명문화하고 있다(건설산업기본법 제28조의2 참조¹⁸⁾). 본 지침에 의할 경우 최소 30%의 공사를 수급자가 직접시공하도록 함으로 지속적인 하도급으로 발생할 수 있는 부작용을 방지하고 있다.

18) 생각건대, 직접시공의무에 관한 규정은 건설산업기본법에 규정하여 건설관련 영역에만 제한 할 것이 아니라 국가계약법에 하나의 원리로서 규정하는 방안도 고려해 볼 만 하다. 이와 관련하여, 뒤의 IV. 참조.

제 3 장 독일법상 국가계약 하도급법제와 공정성 강화방안

제 1 절 일반론: EU법과 회원국법의 관계¹⁹⁾

1. 회원국법을 통한 EU법의 실현

(1) 유럽법의 집행에 대한 공동협력

EU법은 그 역내 자체와 회원국에서 두 가지 방법의 행정적인 법집행 방법을 채택한다. 직접적인 법집행과 간접적인 법집행이다. 직접적인 법집행은 다른 말로 유럽공동체 고유의 법집행(*Gemeinschaftseigener Vollzug*)이라고도 한다. 여기에는 EU의 내외적 사무, 즉 인사와 재무행정이 있다. 이외에 EU 위원회가 직접 회원국 개인들에 대해 수행하는 경쟁법의 집행과 보조금법에 규정된 보조사업의 집행이 이에 해당된다.

EU법의 간접적인 집행은 다른 말로 회원국 집행(*Mitgliedstaatlicher Vollzug*)이라고도 하는데, 회원국의 기관을 통해 EU법이 실제 집행되기 때문이다. 이때 회원국의 기관이 제1차 유럽법을 실행하는 수단으로 상당한 경우 제2차 유럽법에 의존하게 된다.

이처럼 유럽법의 실현은 회원국의 법질서와 불가분의 관계속에서 이루어지는 데, 그럼에도 유럽법과 회원국의 법제는 기본적으로 각각 독립된 법질서임에도 이러한 EU의 통합목적을 달성하기 위해 상호 긴밀한 의존관계를 유지하고 있는 것이다. 이러한 의존관계는 법의 일반원리에서부터 개별법 영역(민사법영역, 형사법영역, 행정법영역 등)에까지 관계를 갖고 있는 것이다. 가령 예를 들면, 독일의 행정법 원리는 유

19) Kee-Hong Kang, Normenprüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung unter dem Grundgesetz, Europäischen Gemeinschafts- und südkoreanischen Verfassungsrecht, 2007, S 111 ff. 참조.

유럽행정법(Europäisches Verwaltungsrecht)에 영향을 미치고, 반대로 유럽행정법은 독일의 일반행정법과 행정소송법에 영향을 미쳐 변화를 요구하고 있는 것이다.

한편, EU의 지침(EU-Richtlinien)은 회원국의 입법자에게 동 지침을 국내법으로 구체화(=전환)할 것을 요구하고 있으며, 만약 회원국의 법원이 사건해결의 기준이 유럽법이 되고, 이 유럽법이 회원국법과 관계를 가지는 한, EU조약(특히, 리스본 조약의 EU운영조약) 제258조 내지 제259조에 따라 유럽재판소에 회원국법의 유럽법위반여부를 심사하게 하기위해 제출할 권한과 의무가 부여되어 있는 것이다.²⁰⁾

(2) 회원국법의 독자성(Selbständigkeit des nationalen Rechts)²¹⁾

비록 앞서 살핀 것과 같이, 공공계약과 관련하여 EU법과 회원국법이 상호 밀접한 의존관계 속에 있지만 그러나 양자의 법체계는 각각 독립적인 법질서임에는 의심이 없다. 그래서 상호 독립적이지만 그렇다고 양자가 상호 배제적이거나 개별 법질서가 고립적이지 않은 것은 물론이다. 양자가 상호 독립적이라는 것에 대한 근거를 유럽조약의 비준행위에서 찾고 있으며, 독일과 관련하여서는 독일 기본법 제23조 1항으로부터 근거한다고 보고 있다.

2. 하도급질서에 있어서의 의미

이처럼 유럽법과 회원국법은 상호 긴밀한 의존관계에 있으면서 상호 독립성이 인정되는 특징을 이루고 있음에 따라, 공공계약을 비롯한 하도급질서에 있어서도 이 특징은 그대로 나타난다고 볼 수 있는

20) 박덕영 외 14인 공저, EU법 강의, 2010, 143면 이하 참조.

21) Kee-Hong Kang, Normenprüfungs-und Verwerfungskompetenz der Verwaltung unter dem Grundgesetz, Europäischen Gemeinschafts- und südkoreanischen Verfassungsrecht, 2007, S 113 참조.

데, 독일법의 특징인 섬세하고 체계정합적인 규정들은 그 모두가 유럽법에 조화되도록 규정되거나 해석할 것이 요구된다.

하도급과 관련하여 유럽법이 정하고 있는 포괄적인 사항이나 원리들은 회원국법에 그대로 녹아들어 있기 때문에, 특히 유럽법의 영향을 크게 받는 경쟁법 영역에 있어서 하도급과 관련된 법집행자들은 국내법과 유럽법 양자를 정확히 잘 이해하고 있어야 하는 부담을 지는 것이 사실이다.

제 2 절 공공계약 및 하도급법제의 체계

독일 국내법질서에서 국가 및 지방자치단체 등이 발주하는 공공계약 및 하도급법제는 법률형식의 차원에서는 연방행정절차법, 경쟁제한방지법, 민법 등 3가지 법률들이 관계를 갖고 있다. 독일은 우리나라와 달리 공공계약에 관한 일반원리규정으로 연방행정절차법 속에 공공계약에 관한 규정을 두고 있는데, 동일한 내용들이 각 주의 행정절차법에도 입법되어 있다.

우리의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 해당하는 경쟁제한방지법이 있다. 동법 제4장(4. Teil)이 공공계약과 관련된 부분이다.

경쟁제한방지법에 근거를 두고 제정되어 있는 것으로 도급시행령과 각 영역별로 구분되어 규정되어 있는 발주규칙이 있다.

이상의 두 법률이 국가가 발주하는 공공계약과 밀접한 관련을 가지고 있고, 일부 민법 규정이 준용되고 있다.

〈표 2〉 국가발주공사 하도급 규범체계

• 정부조달협정(GPA)	국제법적 측면
• 유럽연합조약(EUV)	EU법적 측면

<ul style="list-style-type: none"> • 유럽공동체 지침(Richtlinie) <ul style="list-style-type: none"> - 건설·조달·서비스지침(Richtlinie 2004/18/EG) - 물·에너지·교통·우편지침 (Richtlinie 2004/17/EG) 	
<ul style="list-style-type: none"> • 연방행정절차법(VwVfG) • 경쟁제한방지법(GWB) 제4장 • 도급시행령(VgV) • 영역별 발주규칙 <ul style="list-style-type: none"> - 건설공사 도급규칙(VOB): A, B, C - 물품구매 등 일반규칙(VOL) - 자유업 용역발주규칙(VOF) • 기타: 민법규정 	독일 국내법적 측면

1. 국가공공계약 일반론: 연방행정절차법(VwVfG)

연방행정절차법 제54조~제62조는 공공계약에 관한 기본적인 규정으로 이해되어, 특별법이나 개별법이 별도로 없는 한, 동법은 국가가 발주하는 건설공사계약에도 적용된다.

1차 유럽법, 이에 근거한 2차 유럽법(Richtlinie 2004/18/EG), 그리고 이들을 적용하기 위해 규정된 연방행정절차법, 경쟁제한법, VOB A/B는 공공계약의 실체에 있어 중요한 의미를 갖게 된다.

특히, 연방행정절차법은 건설공사 뿐만 아니라 서비스 등의 영역에서 국가가 공공기관 및 사인을 대상으로 하여 공익목적으로 체결하는 법적 관계를 공법형식의 계약으로 체결할 것을 언급하고 있고, 다양한 형태의 계약 형태와 방법들을 규정하고 있다.

본 연방행정절차법은 독일 16개 주 행정절차법에도 동일하게 들어 있다.

〈표 3〉 독일 국가공공계약법의 기초 : 연방행정절차법 제54조~제62조²²⁾

제54조 공법상 계약의 허용²³⁾

상이한 법규가 존재하지 않는 한, 공법적 영역에서의 법률관계는 계약을 통해 체결, 변경, 해지될 수 있다(공법상의 계약). 특히, 관청은 행정행위를 발하는 대신, 행정행위의 객체가 되는 당사자와 공법상의 계약을 체결할 수 있다.

제55조 비교계약²⁴⁾

관청이 의무에 적절한 재량에 따라 불명확의 제거를 위해 비교의 체결을 합목적적이라 간주할 경우 계약을 통해 사안 혹은 법적 상태의 합리적인 평가를 함에 있어 존재하는 불확실함이 상호동의를 통해 제거될 경우, 제54조 2문의 의미에 있어서의 공법상 계약은 체결될 수 있다.

제56조 교환계약²⁵⁾

(1) 반대급부가 계약에 있는 특정 목적을 위해 일치하고, 관청의 공적인 과제 수행에 기여할 경우 관청의 계약파트너에게 반대급부를 할 의무가 있는 제54조 2문의 의미에 있어서의 공법상 계약은 체결될 수 있다. 반대급부는 전체 상황에 적합한 것이어야 하고, 관청의 계약상의 급부와 객관적인 연관성을 가져야 한다.

22) 동 연방규정은 독일 각주의 행정절차법이 그대로 수용하고 있는데, 노르트라인-베스트팔렌주의 행정절차법상 공법상 계약에 관한 규정은 그 한 예가 된다. 이에 대해, 강기홍, 지방계약연구 통권 제2권(2011. 2), 157면 이하 참조.

23) § 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages
Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

24) § 55 Vergleichsvertrag
Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.

25) § 56 Austauschvertrag

- (2) 관청의 급부를 요청할 수 있다면 행정행위를 발함에 있어 제36조에 따른 부관의 내용이 될 수 있는 그와 같은 반대급부는 적절할 수 있다.

제57조 문서형식²⁶⁾

법규를 통해 다른 형식을 규정하고 있지 않는 한 공법상 계약은 문서로 체결하여야 한다.

제58조 제3자와 관청의 동의²⁷⁾

- (1) 제3자의 권리를 침해하는 공법상 계약은 제3자가 서류로 동의할 때에 비로소 효력이 있다.
- (2) 법규에 따라 그의 발령 시 다른 관청의 승인, 동의, 협의를 요하는 행정행위를 대신하여 계약을 체결할 경우에는 타 관청이 규정된 형식에 따라 협력한 후에 동 계약은 효력을 발한다.

제59조 공법상 계약의 무효²⁸⁾

- (1) 공법상 계약은 그 무효원인이 민법전 규정의 일정한 적용에 기인할 경우에는 무효가 된다.

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

(2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.

26) § 57 Schriftform
Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.

27) § 58 Zustimmung von Dritten und Behörden
(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.
(2) Wird anstatt eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag geschlossen, so wird dieser erst wirksam, nachdem die andere Behörde in der vorgeschriebenen Form mitgewirkt hat.

28) § 59 Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

- (2) 제54조 2문의 의미에 있어서 계약은 다음 각 호의 경우에도 무효가 된다.
1. 일정한 내용을 담은 행정행위가 무효인 경우;
 2. 일정한 내용을 담은 행정행위가 제46조의 의미에 있어서 절차상 혹은 형식상의 하자가 있거나 이 하자가 이미 계약체결자에게 알려졌던 경우;
 3. 비교계약체결을 위한 전제조건이 존재하지 않고, 일정한 내용을 가진 행정행위가 제46조의 의미에 있어서 절차상 혹은 형식상 하자로 위법한 경우;
 4. 관청이 제56조에 따라 허용되지 않는 승인을 약속하게 한 경우.
- (3) 무효가 계약의 단지 소부분에 해당되는 경우 당 계약이 무효에 해당되는 부분없이 체결된 상태라는 것을 받아들이지 않았다면, 동 계약은 그 전체가 무효가 된다.

제60조 특별한 경우에 있어 조절과 해약²⁹⁾

- (1) 계약내용의 결정을 위해 결정적인 것이었던 관계들이 계약의 체결 시부터 본질적으로 변하여 계약의 당사자에게 원계약규정에 대한 확정을 기대할 수 없었다면, 계약당사자는 그 조정이 불가하고나 계약당사자에게 기대할 수 없는 한, 계약당사자는 변경된 관계에 따른 계약내용의 조절을 요구할 수 있거나 당 계약을 해약할 수 있다. 관청은 또한 공익을 위한 심각한 불이익을 방지하거나 혹은 제거하기 위하여 계약을 해약할 수 있다.

-
- (1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt.
- (2) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 ist ferner nichtig, wenn
1. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre;
 2. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens-oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war;
 3. die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens-oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre;
 4. sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.
- (3) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.
- 29) § 60 Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen
- (1) Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrages so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Ver-

- (2) 법규를 통해 다른 형식이 규정되어 있지 않는 한 계약은 문서의 형식을 요한다. 계약에는 그 이유를 설명하여야 한다.

제61조 즉시집행 하에서의 구속³⁰⁾

- (1) 모든 계약체결자는 제54조 2문의 의미에 있어서 공법상 계약에 의하여 즉시집행에 구속될 수 있다. 이때 관청은 판사직 자격이 있거나 독일판사법 제110조 1문의 전제조건을 충족시키는 관청대표, 대표자의 일반적인 대리자 혹은 소속 공무원에 의해 대변되어야 한다.
- (2) 연방행정집행법은 제1항 1문의 의미에 있어서의 계약에 적절히 적용되어야 한다. 자연인 혹은 사법상의 법인 혹은 권리능력이 없는 협회가 당 집행에 채권상의 이유로 추진하려면 행정법원법³¹⁾ 제170조 1항 내지 3항까지가 적절히 적용되어야 한다. 동 집행이 작위, 용인, 부작위의 강요 때문에 제1조의 의미에 있어서의 관청에게 책임이 있는 경우에는 행정법원법 제172조가 적절히 적용된다.

hältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

- (2) Die Kündigung bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. Sie soll begründet werden.

30) § 61 Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

- (1) Jeder Vertragsschließende kann sich der sofortigen Vollstreckung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 unterwerfen. Die Behörde muss hierbei von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat oder die Voraussetzungen des § 110 Satz 1 des Deutschen Richtergesetzes erfüllt, vertreten werden.
- (2) Auf öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist das Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen entsprechend anzuwenden. Will eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder eine nichtrechtsfähige Vereinigung die Vollstreckung wegen einer Geldforderung betreiben, so ist § 170 Abs. 1 bis 3 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden. Richtet sich die Vollstreckung wegen der Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen eine Behörde im Sinne des § 1, so ist § 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden.

- 31) 우리의 행정소송법에 해당한다.

제62조 규정의 보충적 적용³²⁾

제54조 내지 61조에서 다른 특별한 것이 도출되지 않는 한, 동 법률의 나머지 규정들이 적용된다. 보충적으로 민법전 규정이 적용된다.

2. 영역별 발주규칙

(1) VOB(Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) : 건설공사 발주규칙

1) VOB 일반론

동 규칙의 생성, 담당기관, 명칭 등에 대해 개관해 보면, 동 규칙은 최초 1926에 제정되었다. 1947년 이후로 「독일 도급과 계약위원회」에 의해 계속적으로 보완, 발전되었다. 동 위원회는 공공기관(연방행정부, 주행정부, 지방대표연합회)의 대표 및 구성원들과 건설경제를 이끌어가는 계약수급자 대표기관으로 법적 능력은 없는 단체(Verein)에 해당된다.

동 규칙은 1952년부터 2009년에 이르기까지 여러 차례 개정이 되었으며, 특히 2000년과 2002년의 개정이 중요한 의미를 지니는 데, 채권법의 현대화에 맞추기 위해 그 내용이 개정되었기 때문이다.

특히, 2006년의 개정은 2004년 유럽지침(2004/17/EG, 2004/18/EG)의 통폐합으로 이를 반영하고자 한 것이다. 2009년 개정된 규칙은 도급시행령(Vergabeverordnung)이 개정된 후인 2010. 6. 11부터 건설 등의 계약에 적용되고 있다.

그리고 동 규칙은 2002년부터 「독일도급과 계약위원회」의 명칭과 유사하게 기존 “건설공사를 위한 독일 조건”에서 “건설을 위한 도급과 계약규칙”으로 개정되었다.

32) § 62 Ergänzende Anwendung von Vorschriftenen

Soweit sich aus den §§ 54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend.

동 규칙의 法的 性格과 관련하여, 동 규칙은 법률이나 시행령이 아닌 민법상의 일반영업조건(Allgemeine Geschäftsbedingungen)에 해당된다.

독일연방민사법원(Bundesgerichtshof)은 계약의 당사자가 VOB/B의 핵심내용과 차이가 있는 계약사항을 체결할 때, VOB/B는 일반영업조건의 통제³³⁾에 관한 규정에 기해 그 심사가 고려될 수 있다고 판시하였다.³⁴⁾ 그래서 VOB/B의 핵심내용에 대한 침해가 의심되지 않는 경우, 동 규칙의 개별조항을 상대로 규범심사하는 것은, 허용되지 않는 바, 동 규칙은 그 자체로 하나의 종합규정이기 때문이라는 것이다.

그러나 동 연방민사법원은 지금까지의 이 같은 내용의 판결을 포기하여, VOB/B의 내용과 다른 모든 개별 계약사항은, VOB의 규정들을 일반영업조건통제로 이끌게 한다고 판시³⁵⁾한 것이다.

2) VOB의 構成

① VOB/A(건설도급에 관한 일반규정: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen)

(가) 정부조달협정(Government Procurement Agreement: GPA)³⁶⁾

동 협정은 한계가액(Schwellenwerte)³⁷⁾ 이하에서의 도급과 한계가액에 대한 구분과 관련을 갖는다. 동 협정은 EU와 WTO 13개국 회원

33) AGB(Allgemeine Geschäftsbedingungen)-Kontrolle.

34) BGHX 86, 135/141 ff.

35) VII ZR 419/02(<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7ec191cf3e0a9ee6cc93e9a0d28a4c7a&client=%5B%27%27%2C+%27%27%5D&client=%5B%27%27%2C+%27%27%5D&nr=28507&pos=27&anz=30&Blank=1.pdf>).

36) 독어로 Regierungsbeschaffungsvereinbarung이라 한다. WTO Government Procurement Agreement: GPA 참조.

37) 영어로는 thresholds이라 옮기고 있다. 도급의 종류, 가능여부 등을 결정짓는 공사금액의 경계기준을 지칭하는 데, 이 한계가액의 적용을 받는 도급이 사실상 대부분이다.

국³⁸⁾들이 공공계약을 체결함에 있어 차별금지, 투명성 준수, 법치국가적인 도급을 위한 협정(서)이다.

동 협약에는 동 규정이 적용되는 계약금액이 있는 바, 이를 이른바, 한계가액(Schwellenwerte) 또는 특별입찰권(Special Drawing Rights- SDR, Sonderziehungsrechten-SZR)이라 한다. 예를 들면, 공급조달인 경우는 200.000 SZR, 건설공사인 경우는 5.000.000 SZR이 확정되어 있다.

동 협정(서)에는 제안작업을 위한 기간, 입찰공개를 위한 방식과 양식(Modalitäten), 부패, 돈세탁 혹은 테러단체를 위한 지원을 차단한다는 의미에서 입찰자의 제한 등을 규정하고 있다.

동 협정서는 EU의 Richtlinie 2004/17/EG와 Richtlinie 2004/18/EG의 제정을 위한 기초가 된다. 동 협정에 의거 EU는 두 개의 지침을 제정하였던 바, EU 및 그 외 WTO GPA 회원국들은 도급계약에 참여가 가능하며 유로화, 파운더, 크론 등 유럽통화들은 매2년 마다 EU 위원회(Kommission)에 의해 특별입찰권(SZR)에 해당되는 환율(Schwankung)에 적합한 한계가액의 대상가치를 새로 계산하여야 한다.

최근의 조정은 EU 명령 Nr. 1177/2009(2009. 11. 30)에 의해 이루어졌으며 2010. 1. 1부터 모든 EU 회원국에 유효하게 적용되고 있다.

WTO 협정과 EU법 규정은 결국 그 회원국(여기서는 독일)에의 적용을 통해 실현된다. 독일에서 이 지침들은 건설공사의 경우, 공공계약자(국가 및 지방자치단체 등)들을 위하여 VOB/A의 제2편(Abschnitt 2) a 편에 제시되어 있다.

동시에 독일법체계상 법률이나 시행령을 요하는 규정들은 경쟁제한법 제4편(4. Teil des GWB)과 도급시행령(Vergabeverordnung: VgV)에 규정되어 독일에서 실행되고 있다. 한계가액 하에서의 입찰은 회원국법(독일법)만 적용되는 데, 즉 VOB/A의 기초규정(Basisparagrafen)들이 적용된다.

38) 캐나다, 홍콩-중국, 아일랜드, 이스라엘, 한국, 일본, 리히텐슈타인, 아루바, 노르웨이, 싱가포르, 스위스, 타이완, 미국.

(나) 도급의 종류

VOB/A 제3조와 제3a조에 그 종류가 3가지로 규정되어 있다.

㉠ 공개입찰(Öffentliche Ausschreibung, Offenes Verfahren)

급부의 특성이나 특별한 환경이 차별을 허용하지 않는 경우, 공개입찰을 하게 된다(제3조 제2항 참조). 일반적으로 공개입찰에 따른 도급을 실시하게 된다.

㉡ 제한입찰(Beschränkte Ausschreibung, Nichtoffenes Verfahren)

다음 두 경우에 공적인 제한경쟁에 의한 제한입찰이 가능하다.

㉠ 급부가 그 특성상 특정 기업의 범주 안에서 시공될 수 있거나, 특히 특별한 신뢰나 또는 급부능력이 요구되는 경우(예: 경험, 기술적 시설 또는 전문적인 기술인력)(제3조 제4항 제1문 참조)

㉡ 급부의 특성상 요청되는 용무가 상당히 높은 비용을 요구하는 경우(제3조 제4항 제2문 참조)

구체적으로 다음 세 경우에 제한입찰이 이루어 질 수 있다.

㉠ 판매세를 포함하지 않고 건설공사가 다음 가격에 해당될 때(제3조 제3항 제1문 참조)

a) (에너지기술, 건물기술이 필요없는) 증개축공사, 경관공사, 일반도로설비공사에 해당되는 50,000유로의 공사

b) 지하도, 차량전용로, 엔지니어건축(Ingenieurbau)에 해당되는 150,000유로의 공사

c) 그 외 모든 형태의 100,000유로에 해당되는 공사

㉡ 공개입찰의 해당자가 없는 경우(유찰된 경우)(제3조 제3항 제2문 참조)

㉢ 다른 이유로(예: 긴박함, 비밀유지) 공개입찰이 적합지 않은 경우(제3조 제3항 제3문 참조)

㉔ 수의계약(Freihändige Vergabe, Verhandlungsverfahren)

공개입찰이나 제한입찰이 적합지 않은 경우, 수의계약이 허용되는 바, 특히 다음 6가지의 경우에 가능하다(제3조 제5항 참조).

1. 특별한 이유(예: 특허권보호, 특별한 경험이나 기계)로 급부가 특정 기업에만 고려되는 경우
2. 급부가 긴급히 요구되는 경우
3. 충분히 급부의 비교가 기대될 수 있는 경우와 같이, 급부가 그의 도급 전에 그 종류와 범위와 관련 명확하지가 않은 경우
4. 공개입찰이나 제한입찰이 유찰된 후 새로운 입찰에 관련 기업이 없는 경우
5. 비밀의 유지와 관련하여 필요한 경우
6. 작은 급부를 도급되는 큰 급부와 아무런 어려움이나 장애없이 떼어낼 수 없는 경우

이상의 경우 외에도 판매세 없이 10,000유로까지의 공사비 도급은 수의계약이 가능하다.

㉕ VOB/B : 건설공사의 시공을 위한 일반계약조건(Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen)

(가) VOB/B 일반론

건설공사의 시공과 같이 건설계약을 위한 일반적인 계약조건을 살필 때, VOB/B는 중요한 의의를 가진다. VOB/B는 반드시 공적 발주자가 발하는 공사계약에 적용되어야 하며, 종종 사인이 발주하는 건설 계약에도 그 내용이 일치하기도 한다.

본 규칙의 민법과의 관계 및 적용범위와 관련하여, 건축계약을 위해 기본적으로 유용한 공사계약에 관한 민법상의 규정들은 건축법에서 발생하는 여러 많은 문제들을 위해 특별한 해결책을 제시하지 못하기 때문에, 자주 추가적인 규정이 필요하게 된다.

즉 민법상의 공사계약법은 통계적인 계약에서 출발하는 것이고, 실제 건축계약의 실무에 있어서는 거의 수시로 계약(내용)을 바뀐 상황이나 발주자의 희망사항에 맞추어야 하기 때문에, 이에 적합한 계약 규정이 요청되고, VOB/B는 이에 대응하기 위한 것이다.

(나) VOB/B 규정

VOB/B는 총18개 조문으로 구성되어 있다.³⁹⁾ 급부의 종류와 범위에서부터 건설계약 및 그 이행과 관련하여 발생하는 분쟁의 해결에 대해 규정하고 있다. 독일에서는 우리나라와 달리 하도급 공사가 일반적이지 않기 때문에 본 규정에는 하도급에 관한 내용은 담고 있지 않다.

39) 동 규정의 전체 조문 목차는 다음과 같다.

독일 VOB/B 규정	
제 1 조	급부의 종류와 범위
제 2 조	공사대금
제 3 조	시공서류
제 4 조	시공(Ausführung)
제 5 조	시공기간
제 6 조	시공의 장애와 중단
제 7 조	위험의 분할
제 8 조	발주자에 의한 해지
제 9 조	수주자에 의한 해지
제10조	계약당사자의 배상
제11조	계약상의 제재
제12조	인수
제13조	하자보수요청
제14조	결산
제15조	시급근로
제16조	대금의 지급
제17조	안전보장급부
제18조	분쟁

③ VOB/C : 건축공사를 위한 일반기술계약조건(Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen)

VCOB/C의 의의 및 특징을 살펴보면, VOB/C는 일반 기술적인 계약 조건(Allgemeine Technische Vertragsbedingungen: ATV)의 집합에 해당된다고 할 수 있다. 일반 기술적인 계약 조건(ATV)는 동시에 DIN-Normen(독일공업제품표준)으로도 주어지고 있다.

DIN 18299 표준에는 일반 표준으로서 “모든 종류의 건설공사를 위한 일반적인 규정”이 포함되어 있다. 독일연방통상법원은 판결에서 VOB/C의 규정은 건축계약의 내용을 위한 핵심적인 해석기준에 해당된다고 판시하고 있다.

3) VOB 各論

① VOB/A와 VOB/B의 충돌문제

(가) 낙찰의 지연

VOB/A 제11조에 따르면, 건설공사를 공고할 때에는 해당 건설공사의 내용뿐만 아니라 건축기간, 낙찰결정의 기간(동 제19조)까지 제시되어야 한다.

그리고 낙찰결정기간은 가능한 한 참여자(경쟁참여자)에게 불이익을 발생시키지 않기 위해 그 기간이 짧아야 하며, 계약과 관련 발주자와 참여자간의 相議(논의, 합의 등)는 금지된다(합의금지 Verhandlungsverbot: 동 제24조 참조).

발주자는 가장 경제적으로 제시된 입찰자를 낙찰하여야 하며(동 제25조), 특히 공개경쟁에 있어, 낙찰결정은 심사절차가 예정기간에 완료되지 않음으로 인해 종종 늦어지는 경우가 많다. 대부분 낙찰결정은 제안서에 제시된 공사기간이 시작된 이후에 결정되는 것이 일반적이는데,

그렇다고 제안서에 이미 제안된 공사기간을 변경하는 것은 합의금지 원칙에 따라 불가하다.

(나) 실제 건설공사에 있어 문제점

낙찰결정은 지연되었지만 공사기일을 맞추기 위해 시공자는 공사의 방법이나 절차를 기본적으로 변경할 필요가 생긴다. 이로 인해 VOB/A 와 VOB/B규정은 실제에 있어 충돌하는 경우가 발생하기도 한다.

낙찰자들은 낙찰지연으로 발생하는 문제점(공사기간, 추가적인 비용 등)들을 계약서에 반영할 것을 요청하고 있는 바, 연방통상법원은 낙찰 후 이 같은 점들은 VOB/B에 근거하여 변경되고 추가발생되는 비용 등은 계약에 반영되어야 한다고 판시⁴⁰⁾하고 있다.

② VOB/B의 한계 : 대규모 건설공사에 대한 적용 한계

VOB/B는 일반적으로 소규모 건설공사의 도급에 적용된다. 대단위 복합적인 공사, 그래서 건설회사와 종합건설사들이 공간계획능력과 타공사와의 조정의무도 책임지게 되는 공사, 대단위 종합건설과 특수공사(예: 특수지하공사, 차량이 통행중인 도로의 공사 등), 외국에서의 건설공사 등에 대해서는 상당 부분 개정과 보충이 필요하게 된다.

특히, 이미 건축물이 건축은 되었지만 그 토지관계에 문제가 있는 경우 등에 대해서 VOB/B는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

(2) 보론 : VOL(Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen) : 물품조달 및 서비스규칙

1) 의 의

VOL은 건설도급을 제외한 모든 종류의 조달(공급)과 서비스의 도급에 적용되는 규칙이다. 조달과 서비스도급이라고 하더라도, 도급시행령(VgV)에서 정하는 한계가액에 해당될 때에는 VOL 규정이 적용된다.

40) BGH VII ZR 11/08, Urteil vom 11. Mai 2009.

2) 구 성

- VOL/A : 물품조달 및 서비스도급을 위한 일반규정(Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen)
- VOL/B : 물품조달 및 서비스시행을 위한 일반계약조건(Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen)

VOL/A에는 다시 3가지의 계약형태가 있는 데, 공개경쟁, 제한경쟁, 수의계약이 있다.

(3) 보론 : VOF(Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen) : 자유업 용역발주규칙

1) 의 의

자유업 용역발주규칙은 국가 및 지방자치단체가 발주하는 건축설계, 엔지니어공급에 관한 용역발주에 대해 규정하는 규칙이다. 도급시행령(VgV)를 보충하는 역할을 하며, 건설도급, 조달 및 서비스도급과 함께 짝을 이루는 규칙이다.

건축설계나 엔지니어공급과 같은 서비스급부계약은 동 VOF에 따라 EU에서 예상 가격이 193.000유로(2009. 12. 31까지는 206.000유로)에 해당될 경우 반드시 공개입찰에 붙여야 한다.

2) 낙찰자결정

낙찰자의 결정은 협상절차나 계획경쟁(Verhandlungsverfahren oder in einem Planungswettbewerb)에서 결정된다. 이들 절차는 여러 단계로 구성되어 있는 데, 먼저는 제시된 기준에 적합한 제안을 한 신청자들을 선발하게 된다.

일반적으로 까다로운 건축설계나 엔지니어공급 도급은 계획경쟁(Planungswettbewerbe)이 진행되고, 이어 협상절차를 거치게 되는 데, 여기

서 일차 선발된 신청자들은 가격이나 구체적인 계약조건들을 가지고 협상을 하게 된다.

발주자는 최상의 생산품이 예상되는 신청자를 낙찰하게 되며, 한계가액 하에서는 자유업 용역발주는 독일연방의 건설과업수행을 위한 가이드라인(Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes: RBBau)에 따라 수의계약이 가능하다.

3. 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB)

(1) GWB와 국가발주공사와의 관계

경쟁제한방지법은 이미 언급하였듯, 독일에서 담합금지와 경쟁제한방지법의 중심법규에 해당된다. 동법은 상거래에 있어 경쟁의 촉진과 방해예방 및 제거에 대해 규정하므로 특별히 자립적인 시장고객의 경쟁활동의 제한, 조정, 시장구매력의 오용과 축적의 방지를 목적으로 하고 있다.

동법은 구체적으로 5가지 사항을 그 목적으로 삼고 있는 바, 첫째는 일정한 경쟁제한행위를 금지 및 통제하며, 둘째, 시장을 지배하는 당사자들의 지위 오남용을 예방 및 통제하며, 셋째, 기업의 담합을 통제하고, 넷째, 특히 연방담합감독청(Bundeskartellamt)의 조직과 행정절차에 관해 규정하고 있으며, 다섯째로 본 연구와 관련을 갖는, 적법하고 공정한 도급(都給)이 이루어지도록 건설 및 서비스시장의 경쟁을 조장하고 있다.

이처럼 국가발주공사 또한 동법이 지향하는 경쟁을 최대한 활용하므로 생산품의 품질과 투명한 건설공사의 발주를 담보할 수 있기 때문에 국가발주공사는 기본적으로 GWB와 밀접한 관련을 가진다.

(2) GWB와 국가발주공사의 하도급과의 관계

위에서 보았듯이 GWB는 5개 사항에 대한 적법하고 정의로운 시장 경쟁을 유보하고 있는 바, 국가가 발주하는 공사와 관련하여서는 본 규정의 제4장이 중요한 의미를 가진다.

〈표 4〉 GWB의 구성

제 1 장 경쟁제한
제 1 절 경쟁을 제한하는 협의, 결정과 동의적 행동
제 2 절 시장의 지배, 경쟁제한적 행동
제 3 절 유럽경쟁법의 적용
제 4 절 경쟁의 규칙
제 5 절 특정 경제영역에 대한 특별규정
제 6 절 카르텔관청 ⁴¹⁾ 의 권한과 제재
제 7 절 공동합의에 대한 통제
제 8 절 독점방지위원회
제 2 장 카르텔관청
제 1 절 일반규정
제 2 절 연방카르텔관청
제 3 장 절차
제 1 절 행정사항
제 2 절 과태료 부과절차
제 3 절 집행
제 4 절 민법상 법적 다툼
제 5 절 공동규정
제 4 장 공법상 계약에 의한 도급 ⁴²⁾
제 1 절 도급절차
제 2 절 심사절차

41) 담합을 예방 및 통제하는 행정청.

42) 본 장의 제1절, 제2절 번역문은 뒤의 [첨부] 참조.

제 3 절 특별규정
제 5 장 법률의 적용범위
제 6 장 경과규정 및 결론규정

상기 **GWB** 제4장은 공법상 계약에 의한 도급의 처음부터 이의제기까지를 규정하고 있지만, 국가발주공사의 하도급에 대해 언급하는 규정은 별도로 없다.

(3) **GWB**와 연방행정절차법과의 관계

GWB는 국가행정기관 및 지방자치단체 등 공공기관이 발주하는 모든 형태의 도급이 적법하고 적정한 방법과 절차를 통해 이뤄질 것을 요청하고 있는 바, 그 적용의 범위는 공경제행정영역이라 할 수 있다.

공공계약의 발주자가 국가 등 행정주체이므로, 자신의 경제행정사무의 처리도 기본적으로 행정절차법의 지배를 받게 된다. 다만, 연방행정절차법은 도급 등에 있어 일반행정법적 규정이 적용되는 데 한계가 있으므로, 이 같은 특별영역에 대해서는 **GWB**가 적용되는 바, **GWB**는 국가발주공공공사와 관련하여 특별법의 지위를 갖되, 연방행정절차법의 지원을 기본적으로 요한다.

(4) **GWB**에 있어 도급의 일반원리

동법 제97조는 공공도급계약(건설공사뿐만 아니라 물품조달, 서비스 공급 등 포함)의 일반원리를 제시하고 있다.

- 첫째, 경쟁에 의한 도급
- 둘째, 투명성의 원리
- 셋째, 차별금지
- 넷째, 중간관계자⁴³⁾의 이익배려

43) 중소기업자.

- 다섯째, 전문성, 급부능력, 신뢰성이 있는 기업에게로의 도급
- 여섯째, 최고로 경제성이 높은 제안자 채택의 원칙
- 일곱째, 입찰에 참가하는 자에 대한 주관적인 권리의 보장(도급절차에 관한 규정준수 요청) 등.

4. 도급에 관한 시행령(Vergabeordnung: VgV)

(1) 의 의

본 시행령은 공공계약에 의한 도급에 있어 그 절차와 도급의 판정 심사(즉, 낙찰자 결정)에 대해 규정하고 있는 일종의 법규명령이다. 본 시행령의 제정 근거는 경쟁제한방지법(GWB) 제97조 제6항과 동법 제127조에 근거한다.

〈표 5〉 GWB 제97조 제6항, 동법 제127조

제97조 일반원칙

제6항 연방정부에게는 권한이 부여되는 바, 연방참사원의 동의를 요하는 법규명령을 통해 도급 시 지켜야 하는 절차에 관한 상세한 규정을 정할 수 있다. 특히 도급의 경과와 종류, 기업과 응찰자의 선발과 심사, 계약의 체결, 도급절차의 기타 문제를 규정한다.

제127조 수권

연방정부는 연방참사원의 동의를 얻어 법규명령을 통해 다음 규정을 제정한다

1. EU 지침에 규정된 도급법상 한계가액의 국내법으로의 전환⁴⁴⁾
2. 식수 혹은 에너지공급 혹은 교통영역에서 활동하는 계약발주자를 통한 도급의 경우 준수하여야 하는 절차, 입찰에 있어 기업과 참가자의 선발과 심사에 관하여, 계약의 체결과 도급절차의 기타 규정
3. ~ 5. (삭제)

44) EU회원국은 EU 의회와 위원회가 지침을 제정하게 되면, 이를 지침에서 정하고 있는 기간 안에 국내법으로 전환해야 하는 의무가 있다(Art. 249 EGV 참조). 여기서 전환이란 EU 지침을 회원국에서 실현할 수 있는 적합한 국내법을 제정하거나 기존 법규를 개정하는 것을 의미한다. 상세한 것은 Kee-Hong Kang, Normenprüfungs-und

6. 공법상 계약발주자가 독립적인 심사자⁴⁵⁾를 통해 발주자의 도급행동이 이 경쟁제한법의 규정과 이 법률에 근거하여 제정되는 규정에 일치한다는 증명을 발급받을 수 있는 절차
7. 1992. 2. 25 유럽공동체 참사원의 지침 92/13/EWG 제4절에 따른 유럽위원회의 자율적인 분쟁조정절차
8. 유럽공동체 참사원의 지침에서 나오는 의무를 완수하기 위해, 계약발주자에 의해 연방기술과학부에 전달해야 하는 정보
9. 식수 혹은 에너지공급 혹은 교통영역에서 종사하는 계약발주자 및 연방광산법에 따라 본 규정부분의 적용을 면제받을 수 있는 계약발주자에 관한 전제조건 및 이때 연방담합감독청이 필요로 하는 조사권을 포함한 적용하여야 하는 절차에 관한 사항

동 시행령은 공공계약에 위한 도급의 경우 지켜야 하는 구체적인 규정들을 언급하고 있는 데, 동령 제1조 제1항에는 그 적용대상을 “판매세를 포함하지 않고 일정한 한계가액에 도달하거나 이를 넘어서는 가격의 도급에 대해 적용된다.”고 규정하고 있다(시행령의 적용범위).

2007. 12. 4 유럽공동체 명령⁴⁶⁾(Verordnung der Europäischen Gemeinschaft)⁴⁷⁾에 따라 2008. 1. 1부터 새로운 한계가액이 적용되고 있다.

Verwerfungskompetenz der Verwaltung unter dem Grundgesetz, Europäischen Gemeinschafts- und südkoreanischen Verfassungsrecht(2007), S. 139 f.; Matthias Herdegen, Europarecht, 9. Aufl.(2007), § 9 Rn. 34; Hans-Uwe Erichsen(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl.(1998), § 3 Rn. 27.

45) 계약의 낙찰여부를 결정하기 위해 심사하는 자.

46) EG 명령은 지침(Richtlinie)과는 달리 EU회원국의 기관들을 직접 구속하는 효과를 가진다. 즉 지침은 일정기간 회원국법으로의 전환이 있는 후, 지침 자체와 회원국법은 국내에서 직접적인 법률관계에서 그 효력을 발생하는 데 반해, 명령은 전환이라는 절차가 필요없이 그것이 발해짐과 동시에 회원국의 기관들을 구속하게 된다. 그런 의미에서 EG 명령은 법률(Gesetz)라 할 수 있다. Matthias Herdegen, Europarecht, 9. Aufl.(2007), § 9 Rn. 35 ff.

47) Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:317:0034:0035:DE:PDF>).

(2) 국가발주 하도급과의 관계

동 시행령이 국가발주공사와 관련하여 의미를 지니는 것은 동 시행령 제2조 제3항에 건설공사에 대한 한계가액을 규정하고 있기 때문이다.

각 도급의 종류에 따라 이 한계가액은 차이가 있는바, 건설공사계약과 관련하여서는 4 845 000유로⁴⁸⁾ 이상일 경우에는 동 시행령의 적용을 받게 된다.

〈표 6〉 VgV 제2조

제 2 조 한계가액(Schwellwerte)

한계가액은 다음과 같다

1. 최상급 혹은 상급 연방행정청 및 이와 유사한 연방기관의 조달과 서비스계약인 경우 125 000유로; 이 한계가액은 국방조달영역에 있어서는 단지 2004. 3. 31 유럽의회와 참사원의 공적 건설계약, 공급계약과 서비스계약 체결절차의 조정에 관한 지침의 별첨 V에 있으며 최종적으로 2009. 11. 30 유럽공동체 위원회의 명령을 통해 개정되고 시행된 물품에 한정된다. 이 한계가액은 다음의 경우에는 적용되지 않는다.
 - a) 2004/18/EG 지침의 별첨 II 파트A 카테고리 5의 서비스 및 별첨 II 파트 A 카테고리 8
 - b) 2004/18/EG 지침의 별첨 II 파트B의 서비스; 동 서비스에 대해서는 아래 한계가액 2가 적용
2. 그 외 모든 조달과 서비스계약은 193 000유로
3. 건축계약에 대해서는 4 845 000유로
4. 서비스계약을 체결해야하는 보증금납입절차와 그 한계가액
5. 서비스계약에 적용되는 가격의 그 외 보증금납입절차
6. 위의 제3항에 따른 건축계약의 추첨: 100만 유로 혹은 100만 유로 이하의 추첨인 경우에는 여기에 부과되는 가격 20퍼센트부터의 모든 추첨
7. 위의 제1항 또는 제2항에 따른 서비스계약의 추첨: 80 000유로 또는 80 000 유로 이하인 경우에는 여기에 부과되는 가격 20퍼센트부터의 모든 추첨

48) 4 845 000유로×1.550원=7.509.750.000원

본 시행령은 그러나 건설공사의 하도급과 관련하여서는 특별한 언급이 없고, 국가가 발주하는 모든 종류의 도급에 전반적으로 적용되는 사항을 규정하고 있다.

제 3 절 VOB/B에 있어 하도급질서 공정성 강화방안

1. 관련규범 및 체계

(1) 건설공사 하도급을 규율하는 법규

위에서 살펴본 바처럼, 유럽법규에서부터 독일 국내법 그리고 시행령에 이르기까지 국가가 발주하는 하도급을 직접적으로 규정하는 것은 VOB/A와 VOB/B가 된다는 것은 이미 언급하였다.

VOB/A 1편(Abschnitt 1) 제8조(§ 8 Abschnitt 1 VOB/A)는 도급서류(Vergabeunterlagen)에 대해 규정하고 있는 바, 그의 제6항 1문 c)호에서 “하위기업에 대한 계속적인 도급”에 대해 규정하고 있다.

그런데 여기 c)호는 B를 소개하는 데 그치고 실질적으로는 VOB/B 제4조 제8항에 하도급에 대해 직접적으로 규정하고 있다. 따라서 유럽법과의 관련성 하에서 독일법상 하도급에 관해 규정하는 것은 VOB/B 제4조 제8항이 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

〈표 7〉 독일법상 하도급 근거규정

- VOB/A 1편(Abschnitt 1) 제8조(§ 8 Abschnitt 1 VOB/A) 도급서류(Vergabeunterlagen)

제 6 항 제1문: 계약을 위해 필요한 경우, 다음 사항들이 추가적인 계약조건 혹은 특별한 계약조건에 규정되어야 한다:

- a) 서류(제8조 제9항; 제3조 제5, 6항 VOB/B)

<p>b) 시설과 근로장소, 차량진입로, 연계철도, 물과 에너지이용연결(제4조 제4항 VOB/B)</p> <p>c) 하위기업에 대한 하도급(제4조 제8항 VOB/B)</p> <p>d) 시공기간(제9조 제1항 내지 4항; 제5조 VOB/B)</p> <p>e) 손해배상(제10조 제2항 VOB/B)</p> <p>f) 계약제재와 특별사례금(의 지급)(제9조 제5항; 제11조 VOB/B)</p> <p>g) 인수(제12조 VOB/B)</p> <p>h) 계약종류(제4조), 결산(제14조 VOB/B)</p> <p>i) 시간근로(제15조 VOB/B)</p> <p>j) 지급, 선불(제16조 VOB/B)</p> <p>k) 안전능력(제9조 제7항, 제8항 VOB/B)</p> <p>l) 법원관할(제18조 제1항 VOB/B)</p> <p>m) 수입과 월급비용</p> <p>n) 계약가격의 변경(제9조 제9항)</p> <p>• VOB/B 제4조 제8항(§ 4 Absatz 8 VOB/B)</p> <p>제 1 호 제1문 수급자(Auftragnehmer)는 자신의 기업이 스스로 조업하여(im eigenen Betrieb) 공사를 시공하여야 한다. 제2문 수급자는 도급자가 발행하는 서류상의 동의를 가지고 시공을 하도급자에게 위탁하여도 된다. 제3문 이 동의는 수급자가 자신의 조업으로 해당 공사를 할 수 없을 때에는 필요하지 않다.⁴⁹⁾ 제4문 수급자가 직접 시공할 수 있음에도 불구하고 수급자가 도급자의 동의없이 직접 시공을 하지 아니하면 도급자는 수급자가 적절한 기간 내에 직접 시공을 하도록 할 수 있고, 이를 지키지 않을 경우 정해진 기간이 경과한 후에 계약을 취소한다고 설명할 수 있다(제8조 제3항).</p> <p>제 2 호 수급자는 하위기업에 대한 건설공사의 하도급을 할 경우 건설공사를 위한 도급과 계약규칙 B파트와 C파트(VOB/B, C)를 기반으로 삼아야 한다.</p> <p>제 3 호 수급자는 도급자가 요청할 시 하도급자를 도급자에게 알리도록 하여야 한다.⁵⁰⁾</p>
--

49) 수급자가 수급된 공사를 시공하기 위해 필요한 여건이 갖추어지지 않은 경우에는 도급자의 동의없이 하도급을 의뢰할 수 있다는 의미.

50) 하도급을 하게되는 경우 수급자는 하도급자가 누구인지 도급자에게 이를 알려야 한다.

2. 하도급질서 공정성 강화를 위한 제도(시스템)

(1) 직접시공의 원칙(제4조 8항 1호 1문)

1) 의 의

하도급에 있어 기본적으로 금지되는 것은, 도급자와 수급자 사이의 건설계약 당사자가 아닌 제3의 기업을 통한 시공이 허용되지 않는다.

건설공사는 특별히 도급자와 수급자 사이의 긴밀한 신뢰관계를 요구하기 때문에, 독일에서는 이 같은 신뢰관계가 개인적인 연결(*persönliche Bindung*)이 전제되어야만 어느 정도 가능하다고 보고 있다.

직접시공의무(*Eigenleistungsverpflichtung*)를 침해한 수급자는 계약을 지키지 않은 것이고, 실제 계약을 위반한 것이 되므로 손해배상의무가 발생하게 된다.

2) 수급자의 직접시공의무(*Eigenleistungsverpflichtung des Auftragnehmers*)

동 규칙 제4조 제8항 제1호 제1문에 규정된, 직접시공의무는 수급자에게 그의 기업에 종사하는 사람들이 완공하여야 할 공사에 투입되는 것을 금지하는 것은 아니다.

수급자의 직접시공의무란 수급자가 손수 시공을 해야하는 의무를 말하는 것이 아니라 수급자의 기업에 속하는 인력으로 공사를 수행하는 것을 의미한다.⁵¹⁾

“자신의 기업이 스스로 조업(*im eigenen Betrieb*)”한다 라는 의미는 수급자 자신의 기업 내지 그 소재지에서 시공하여야 함을 뜻하는 것은 아니기 때문에 조업의 장소는 어디든 상관없고, 다만 결정적으로 중요한 것은 해당 시공에 적합한 전문적인 적합성(*fachliche Eignung*)이 된다.

51) Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, VOB Teil A und B, 10. Aufl.(1984), B § 4, 8, Rn. 160.

(2) 직접시공의 예외: 하도급(제4조 8항 1호 2문, 3문)

1) 하도급의 전제조건(제2문)

동 규칙 제4조 제8항 제1호 제2문에 규정된 직접시공의 예외로 하도급이 허용되려면 도급자의 동의를 문서로써 받도록하고 있다. 수급자가 하도급자에게 시공을 “위탁한다(übertragen)”라 함은, 하도급자가 수급자의 계약파트너(Vertragspartner des Auftragnehmers)가 되어 독일 민법 제278조의 의미에 있어서의 이행보조자(Erfüllungsgehilfe)가 된다는 뜻이다.⁵²⁾

2) 동의없이 하도급이 가능한 경우(제3문)

동 규칙 제4조 제8항 제1호 제3문에는, 수급자는 도급자의 동의없이도 하도급이 가능하다고 규정하고 있는바, 그 전제조건으로 수급자가 자신의 생산능력과 시설들을 고려할 때 해당 공사를 수행할 수 없는 경우이어야 한다.

그러나 이 경우의 생산능력이나 시설의 부족부분이란 전체공사의 핵심적인 부분 이외에 해당될 때를 의미하는 바, 수급자가 전체공사에서 핵심적인 부분을 이행할 수 없을 때에는 아예 원천적으로 수급자로 낙찰될 수가 없었을 것이기 때문이다.⁵³⁾

(3) 위반시 경고 및 계약의 해지(제4조 8항 1호 4문)

수급자가 스스로 공사를 직접 시공할 수 있음에도 불구하고, 수급자가 도급자의 동의도 없이 직접 시공을 하지 아니하여, 해당 시공을

52) Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, VOB Teil A und B, 10. Aufl.(1984), B § 4, 8, Rn. 162.

53) Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, VOB Teil A und B, 10. Aufl.(1984), B § 4, 8, Rn. 163.

도급하면, 도급자는 수급자에게 일정한 기간을 주어 시공을 직접 하도록 할 수 있다.

이 기간과 경고에도 불구하고 수급자가 이를 지키지 않을 경우 정해진 기간이 경과한 후, 도급자는 계약을 취소할 수가 있다(동 규칙 제8조 제3항 참조).

(4) 도급자에게 하도급자를 알릴 의무(제4조 8항 3호)

1) 다단계 하도급으로부터 도급자의 보호

제3호에는 도급자가 요청할 시 수급자는 하도급자를 도급자에게 알려야 하는 바, 이는 도급자를 보호하기 위한 규정으로 이해된다.

이것을 규정한 다른 목적은 이 시스템을 통해 VOB 규정들이 하도급자에게서도 잘 지켜지고 있는지를 명확히 하고자 하는 것이다. 이 규정은 또한 도급자는 하도급자로서 어느 기업이 자신의 건설공사에 참여하는 지, VOB/A 제2조 제1항에서 규정하는 전제조건은 충족하는지를 사전에 알 권리가 있는 것이다.

2) 수급자로부터 하도급자의 보호

동 규칙 제3호를 통해 기대하는 바는 수급자는 하도급자의 이름, 주소지, 나아가 도급자가 공급해 하는 정보를 제공해야할 의무도 포함하고 있다.

특히, 도급자는 이 규정에 근거하여 수급자가 하도급자에게 도급에 따른 공사대금을 적절한 시기 및 방법으로 지불하고 있는지를 알려줄 것을 요청할 수 있다(VOB/B 제16조 제6항 참조).⁵⁴⁾

54) Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, VOB Teil A und B, 10. Aufl.(1984), B § 4, 8, Rn. 165.

제 4 장 결 론

제 1 절 국가계약법에 대한 시사점

1. 體系化

(1) 章의 설치

현행 국가계약법은 장의 설치없이 총34개의 조문과 부칙으로 구성되어 있는 바, 장을 설치하여 체계를 가다듬을 필요가 있다. 예를 들어, 제1장에는 총론규정으로서 국가공공계약의 중요원리, WTO법, 행정절차법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 건설산업기본법, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 행정소송법, 민법 등과의 관계를 규정하는 것이다. 이를 위해서는 행정절차법, 건설산업기본법, 하도급거래 공정화에 관한 법률에 산발적으로 흩어진 국가가 발주하는 공공계약에 관한 유사사항들을 통일적으로 국가계약법으로 가져오는 작업이 동시에 이루어져야 할 것이다. 반면, 각 법이 고유하게 담고있어야 할 부분은 국가계약법을 기본으로 하여 상호 유기적인 연결을 규정해 두어야 한다.

제2장에는 건설과 관련한 공공계약을, 제3장에는 국가 및 관련 기관이 사용하는 물품의 조달과 관련한 규정을, 제4장에는 서비스와 관련된 계약, 즉 연구용역, 컴퓨터프로그램 개발, 설계 등, 제5장에는 이들 계약과 관련하여 발생하는 권리분쟁 및 권한구제의 절차 및 방법, 담당 행정기관의 권한 및 의무 등, 제6장에는 동법 위반에 따른 처벌 규정 등.

(2) 영역의 분류

현행 국가계약법은 급변하고 다양한 현대의 공적 활동에서 실질적인 효율을 발생하도록 적용하기에는 상당한 한계를 가지고 있는 바,

예를 들어, 동법 제2조를 보면, 그 적용범위를 “국제입찰에 의한 정부 조달계약”과 “국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약(세입의 원인이 되는 계약을 포함한다)”하고 있는 바, 이를 국제수준에 맞게 EU의 공공계약관련 지침이나 독일의 관련 법제 수준으로 세분화할 필요가 있다. EU 법제가 시사하는 것처럼, 건설공사, 물품구매, 서비스 영역으로 크게 3분하는 것을 고려할 수 있다.

2. 精緻化

위의 요청들을 전제로 국가계약법의 내용들은 좀 더 촘촘히 정교하게 정치화되어야 할 것이다. 가령 예를 들어, 동법 제6조 계약사무의 위임·위탁과 관련하여 그 범위를 좀 더 세부적으로 정하거나, 제7조 계약의 방법 규정에서도 개별 계약의 내용, 절차, 방법, 특례 등을 시행령에 위임하여 의존하는 것도 좋겠으나 법률 차원에서 정교하게 규정할 필요가 있다.

제 2 절 하도급질서 공정화에 대한 시사점

1. 관련 법률의 통일화 및 차별화

하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 하도급거래법이라 한다.)이 1984. 12. 31 제정되어 1985. 4. 1부터 시행되고 있다. 앞서 본바와 같이 EU나 독일법제에서 하도급거래의 공정화만을 목적으로 제정된 법률은 없다. 우리나라에 하도급거래법이 별도로 제정되어 있는 것은 국가가 발주하는 하도급과 관련된 폐단이 우리 사회에 만연되어 있다는 반증이기도 할 것이다.

EU나 독일의 경우 하도급에 관한 기본원칙이나 중요한 전제조건 몇 개만을 1-2개 조문으로 규정해 놓고, 나머지는 대부분 건설관련 도급

계약에서 일상 지켜지는 신뢰관계라는 메카니즘에 의해 이루어지고 있음을 볼 때, 국가발주공사의 하도급 불공정 문제는 유독 한국의 건설 현장에 다분히 존재하는 현상이라 할 수도 있을 것이다.

하도급거래법이 오래 전부터 규정되어 있음에도 여전히 건설계약과 관련된 하도급 불공정 문제가 언급되는 것은 법제의 문제 내지 법규정의 부재 내지 법이론상의 문제라기 보다는 존재하는 법의 준수문제 혹은 준수가 가능할 수 있는 전반적인 법시스템의 문제라고도 할 수 있을 것이다.

한편, 이러한 상황을 지적하면서 하도급공정법과 건설산업법상에 중복적인 규정내용들을 지적하지 않을 수 없다. 하도급공정법은 그 적용의 범위를 건설, 물품조달, 제조, 서비스제공 등에 전반적으로 적용한다고 하고 있다(동법 제2조)⁵⁵⁾ 그래서 국가가 발주하는 건설공사에 적용됨은 당연하다.

이에 대해 건설산업기본법은 동법 제3장 도급계약 및 하도급계약⁵⁶⁾에서도 유사한 내용이 반복적으로 나타나고 있는 바, 가령 예를 들면, 하도급공정법률 제13조(하도급대금의 지급 등)과 건설산업기본법 제34조(하도급대금의 지급 등), 양 법률의 각각 제14조와 제35조(하도급대금의 직접 지급) 등이 중복적으로 규정되어 있는 것이다.⁵⁷⁾

생각건대, 이는 양 법률을 관장하는 주무기관이 상이하므로 인해 부처간의 협조미비로 발생하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 하도급거래 공정화에 관한 법률은 공정거래위원회(하도급정책과), 기획재정부 소관이고, 다른 중복되는 법률은 국토해양부(건설경제과) 소관인 것이다.

55) 동법은 대부분의 다른 법률에 규정되어 있는 적용범위가 부재한 상태다.

56) 현행 우리나라의 하도급방식에 관해서는 손창백·이덕찬·안태선, 국내 건설공사의 하도급 실태 및 발전방향에 관한 연구, 대한건설학회논문집 구조계 20권 6호(2004. 6), 116면 이하 참고.

57) 또한, 김소영, 건설업 하도급관계의 법적 쟁점과 개선방안, 노동법학 제19호(2004), 305면 이하 참조.

이들 양자를 국가계약법과의 관계에서 생각할 때, 국가계약법에는 국가가 발주하는 공공계약에 관한 총론을 규정하면서 하도급거래 공정화에 관한 법률과 건설산업기본법과의 유기적인 연결고리를 규정해 두는 것이 필요해 보인다.

하도급거래 공정화에 관한 법률에는 하도급에 관한 기본법의 성격으로 자리매김토록 하여 건설산업기본법에서 하도급에 관한 장을 하도급거래법으로 옮겨 정리하고, 건설산업기본법에는 순수 건설산업과 관련된 사항만을 하도급거래 공정화에 관한 법률 및 국가계약법과의 중복없이 규정함이 필요하다.

2. 직접시공의무의 현실화

EU법과 독일법에서 건설공사하도급과 관련하여 원칙으로 규정하고 있는 건설업자의 직접시공의무를 현실화할 필요가 있다. 건설산업기본법 제28조의2에 이에 관한 동일 규정을 두고 있는 바, 문제는 이것을 위반했을 때 이에 대한 현실화 방안이 매우 미약함을 알 수 있다.

동법 제3항에 그 위반사실에 대해 “건설공사의 도급계약을 해지할 수 있다.”고 하고 있는 바, 이것이 제대로 여전히 오랜 기간동안 지켜지지 못하기 있음을 지적하지 않을 수 없다. 그래서 처벌규정을 강화하거나 다른 특단의 방법이 강구되어야 할 것으로 본다. 예를 들어, 제3자에 의한 직접시공 위반에 대한 정보제공을 보호하여 그 현실화를 꾀하는 방법을 생각해 볼 수 있겠다.

3. 하도급의 전제조건 현실화 및 세분화 등

건설산업기본법 제29조에는 건설공사에 있어 하도급을 제한하는 규정을 두고 있는 바, 이는 EU와 독일법상에 규정된 내용을 거의 동일하게 벤치마킹하고 있는 사항으로 보여진다.

동 규정의 문제로 지적할 수 있는 것은, 많은 단서 규정을 두고 있다는 것이다. 단서 규정은 엄격한 요건하에서 하도급이 불가한 방향으로 규정되어야 할 것이지 하도급이 가능한 방향으로 규정되어서는 하도급의 폐단을 근원적으로 해결하기에는 한계의 씨앗을 계속적으로 살려두는 꼴이 될 것이다. 앞의 2.와 같이 여기에서도 동 규정 위반에 대한 강화된 제재가 수반되어야 할 것이다.

4. 하도급관련 행정입법의 상향조정

건설산업기본법 제23조, 제28조의2, 제29조 등 많은 규정에서 하도급과 관련하여 상당히 중요한 부분까지 행정입법에 위탁하고 있는 바, 가능한 한 이들을 법률차원으로 상향조정하여 규정함으로써 해당 사항의 중요함을 인식하게 하고, 의회유보원리를 하도급법제에서 실현하는 것이 필요하다.

EU와 독일의 경우 이 정도의 사항은 법률 차원에서 규정하고 있음을 이미 앞에서 살펴보았다.

5. 직접지급제도의 활성화

현재 실효성을 거두지 못하고 있는 발주자에 의한 하도급대금 직접지급제도⁵⁸⁾를 독일의 경우를 참조하여 활성화하고 이를 점진적으로 강화해 나갈 필요가 있다.

현재 독일에서는 공공공사에 있어 원사업자가 하도급대금을 지급하지 못하는 경우, 원사업자의 동의를 받아 예외적으로 시행하고 있다. 이러한 제도 우리나라에서 실효성을 거두지 못하는 이유 중 하나는, 직접지급이 발주자에게 의무 사항이 아니며 반대로 수급자가 대금을 지

58) 이에 대해서는 김홍석·구상모, 하도급법(2010), 238면. 제도 일반에 대해서는 176면 이하 참조.

급받지 못한 경우 그에게 발주자에 대하여 대금을 직접 지급받을 수 있다고 하는 권한을 부여한 것이 아니기 때문이다.⁵⁹⁾

6. 하도급규정위반에 대한 제재제도의 정비

앞에서 언급되었지만, 하도급질서에서 공정화를 강화하고 건설하도급을 선진화하기 위해서는 규정위반에 대한 제재장치를 보다 세밀하게 현실화하고, 이들 위반에 대한 의심이 있는 경우 해당 건설공사가 진행되는 주소지의 주민들로 하여금 주민감사 내지 주민소송 등도 가능하도록 하는 지방자치법과의 관계에서 주민참여의 강화를 통해 제재방법의 다양화 및 실질화를 달성하여 하도급의 병폐를 근원적으로 해결하는 것이 요청된다 하겠다.

생각건대, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) 위반에 대해 동법 제30조 1항 1호에는 “...하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.”고 정하고 있으나, 동 규정이 실질적으로 집행되고 있는 지는 국가가 발주하는 하도급관련 폐단이 공사액수의 대소를 막론하고 여전히 하도급 건설공사 현장에 만연해 있음을 바라볼 때 의문이 아닐 수 없는 것이다.

제 3 절 연구의 한계

본 연구의 원제는 “국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰” 중 유럽연합 및 독일에 관한 부분이다.

연구의 주된 목적은 국가계약법상 하도급에 관한 규정들을 정비함으로써 하도급질서의 공정성을 강화하는 데 맞추어져 있었다. 즉 국가계약법에 포커스를 맞추고 하도급 문제를 해결해 보자는 것이었다.

59) 하도급대금의 지급과 관련한 판례의 경향에 대해서는 주진열, 불공정 하도급거래 규제의 법적 쟁점에 대한 고찰, 경북대 법학연구소 법학논고 제30집(2009. 6), 49면 이하 참조.

그런데 현행 우리의 하도급과 관련된 법제는 국가계약법의 개정만으로는 실제 문제들을 해결하기에는 한계가 있는 법질서를 구축하고 있다. 다시 말해, 하도급과 관련된 불공정 문제의 해결은 근본적으로 “하도급공정화에 관한 법률”과 나아가 “건설산업기본법”과의 유기적인 관계속에서만 가능하기 때문이다.

현실적으로 법률을 관할하는 소관부처가 상이한 것도 현실적인 연구의 한계라 지적하지 않을 수 없다.

본 연구에서는 이 같은 문제점을 인식하였음에도 불구하고, 위의 사항을 다 바로잡기에는 시간적이고 내용에 대한 이해의 능력에 한계가 있었다. 차제에 ‘건설영역에 있어 하도급 공정화’라는 목표를 향해 국가계약법 - 하도급공정화에 관한 법률 - 건설산업기본법 - 지방계약법 등을 종합적인 시각으로 재정비하는 노력이 있어야 할 것이고, 역으로 이는 본 연구의 한계라 할 수도 있을 것이다. 이때 본 연구에는 살피지 못한 하도급 및 건설산업 관련 많은 예규 등도 살펴 관련 법률이나 시행령에 이를 상향 반영하는 작업이 빠져있는 것도 연구의 한계가 아닐 수 없다.

참 고 문 헌

- 강기홍, 독일 지방계약법의 기본내용, 지방계약연구 통권 제2권(2011. 2)
- 김기우·김규완, 하도급거래에 관한 법적 고찰, 한국노총 중앙연구원
(2010)
- 김대인, 행정계약법의 이해(2007)
- 김소영, 건설업 하도급관계의 법적 쟁점과 개선방안, 노동법학 제19
호(2004)
- 김홍석·구상모, 하도급법(2010)
- 김승열·강문수, 국가계약법 개선방안, 한국법제연구원(2010)
- 롤프 슈토버 저/최송화·이원우 공역, 독일경제행정법, 제9판(1996)
- 박덕영 외 14인 공저, EU법강의(2010)
- 심규범, 건설현장의 다단계 하도급구조 개선방안, 한국건설산업연구원
(2006)
- 서울대학교 경쟁법센터, 공정거래법의 쟁점과 과제(2010)
- 손창백·이덕찬·안태선, 국내 건설공사의 하도급 실태 및 발전방향
에 관한 연구, 대한건축학회논문집 구조계 20권 6호(2004. 6)
- 주진열, 불공정 하도급거래 규제의 법적 쟁점에 대한 고찰, 경북대
법학연구소 법학논고 제30집(2009)
- Hans-Uwe Erichsen(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl.(1998)
- Matthias Herdegen, Europarecht, 9. Aufl.(2007)
- Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, VOB Teil A und B, 10. Aufl.(1984)

참 고 문 헌

Kee-Hong Kang, Normenprüfungs-und Verwerfungskompetenz der Verwaltung unter dem Grundgesetz, Europäischen Gemeinschafts- und südkoreanischen Verfassungsrecht(2007)

Reiner Schulze · Manfred Zuleeg(Hrsg.), Europarecht, 1. Aufl.(2006)

Paul Stelkens · Heinz Joachim Bonk · Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl.(1993)

Carl Hermann Ule · Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl.(1995)

<http://www.fdblawyers.com/PDF/newsletter05.pdf>

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eg-vergaberecht-klassische-richtlinie,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eg-vergaberecht-sektorenrichtlinie,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

<http://www.bmvbs.de/cae/servlet/contentblob/44396/publicationFile/1198/vorb-teil-a-und-b-ausgabe-2009-mit-berichtigung-vom-19-februar-2010.pdf>

첨 부

[참 부]

독일의 경쟁제한방지법(GWB)¹⁾

제 4 장 공공발주

제 1 절 발주절차

- 제97조 (일반원칙) ① 공공계약의 발주자는 경쟁과 투명한 체결절차에 대한 이하의 규정상 조치에 따라 물품, 공사, 용역을 조달한다.
- ② 발주절차의 참여자는 동등하게 대우하여야 하며, 그렇지 않을 경우 이 법에 근거한 불이익이 주어진다.
- ③ 중립적 이해관계가 공공계약의 발주에 있어 특히 고려되어야 한다. 급부는 대량적으로 분류되고 종류와 영역에 따라 나뉘어져서 발주되어야 한다. 다양한 부분 또는 영역구분없이 함께 발주하는 것은 경제적 또는 기술적으로 요구될 때 허용된다. 공적 발주자가 아닌 기업이 공적 사무의 집행 또는 수행을 위탁받는 경우 발주자는 기업에게 제3자에게 하도급을 하는 경우 제1문에서 제3문의 절차에 따를 의무를 부과한다.
- ④ 계약은 전문적이고 직무수행능력이 있으며 적법하고 신뢰할 수 있는 기업에 낙찰된다. 계약의 수행을 위하여 입찰자가 계약대상과 사항적인 관련성이 있고 직무상 관련성이 있다면 부가적인 요구가 입찰자, 특히 사회적이고 환경 관련된 또는 혁신적인 관점과 관련된 입찰자에게 제시될 수 있다. 다른 또는 계속적인 요구사항은 연방법률 또는 주법률이 규정하고 있는 경우에만 입찰자에게 제시될 수 있다. 발주자는 기업의 적합성을 증명할 수 있는 품질시스템을 설치하거나 허가할 수 있다.

1) 현대호(한국법제연구원 연구위원) 박사가 제공한 자료에 기초한 것이다.

- ⑤ 가장 경제적인 입찰가에 낙찰된다.
- ⑥ 연방정부는 연방상원의 동의를 얻은 법규명령을 통해서 발주절차에 관한 자세한 내용, 특히 공고, 기간, 발주의 유형, 기업과 입찰 내용의 선택과 평가, 계약의 체결과 기타 절차에 관한 내용을 규정할 수 있다.
- ⑦ 입찰기업은 발주자가 발주절차에 관한 규정을 준수할 것을 요구할 수 있는 청구권을 갖는다.

제98조 (발주자) 이 장의 공공발주자는 다음 각 호의 자를 말한다.

1. 지역단체(법인)와 그의 특별재산(특별재단)
2. 특별한 목적을 위해 설립된 공·사법상의 법인으로 그 주된 이해관계가 비영리적인 업무의 수행에 있으며, 공공단체에 의해 지배되는 법인
3. 그 구성원이 제1호나 제2호에 해당하는 조합
4. 식수 또는 에너지 공급 및 교통분야의 사법상 자연인 또는 법인으로 그 업무가 관할 행정청이 보장하는 특별한 또는 배타적인 권리에 근거하여 행해지는 경우이거나 제1호에서 제3호에 해당하는 발주자가 이러한 자연인이나 법인에게 개별적 또는 종합적으로 지배적인 영향을 행사할 수 있는 경우
5. 사법에 근거한 기업으로서 그 일반적인 행위가 제1호나 제3호에 근거하여 50% 이상의 자금조달이 이루어지는 경우
6. 제1호에서 제3호에 해당하는 지위에 있는 사법상 자연인 또는 법인으로서 제3자에 대한 위임의 측면에서 건축면허에 관한 계약을 체결한 경우

제99조 (공공발주) ① 공공발주는 물품, 운송, 공사 또는 용역을 대상으로 하는 기업과의 유상계약과 공사위탁, 용역위탁을 목적으로 현

상광고절차를 의미한다.

- ② 물품조달은 물건의 공급을 목적으로 하는 계약으로 이에 해당하는 것은 구매 또는 할부구매와 리스 임대나 구매를 전제로 하거나 그렇지 않은 질권설정을 말한다. 계약에는 부관이 부가될 수 있다.
- ③ 공사발주는 공적 발주자를 위한 건축계획의 시공 또는 설계를 말하며, 이러한 공사의 결과는 경제적 기능을 수행하거나 발주자에게 직접적으로 경제적 이익을 가져올 수 있는 발주자의 요구에 따른 제3자에 의한 것이어야 한다.
- ④ 용역발주는 제2항과 제3항에 해당하지 않는 용역에 대한 계약을 말한다.
- ⑤ 이 장의 현상광고는 어떠한 계획에 대한 가액의 분포를 통해 또는 통하지 않고 비교평가에 근거하여 발주자에게 도움을 주는 경우를 말한다.
- ⑥ 공사특허는 유상의 반대급부 대신 정해진 기한 동안 공사시설의 이용을 반대급부로 하며 경우에 따라서는 금전지급도 포함되는 공사발주의 수행을 위한 계약이다.
- ⑦ 공공발주는 물품의 구매와 용역의 제공을 대상으로 하는 공공발주는 그 용역의 가액이 물품구매가액을 넘어서는 경우 용역발주로 본다. 이 때 용역발주가 공사를 포함하는 경우에 공사가 부가작업일 경우 용역발주로 본다.
- ⑧ 발주내용에 다양한 행위가 포함되는 경우 그 행위는 주된 대상으로 표시된다.

제100조 (적용범위) ① 이 장은 한계가액이 제127조에 따른 범규명령에서 정한 한계가액에 달하거나 넘어서는 경우에만 적용된다.

② 이 장의 규정은 근로계약에 적용되지 않으며, 다음 각 호의 경우에도 적용되지 아니한다.

- a. 군인의 파견과 관련된 국제적 협정에 근거하고 특별한 절차가 적용되는 경우
- b. 독일연방공화국과 하나 또는 다수의 국가간에 체결한 국제협정에 근거한 것으로서, 다른 협정당사국이 유럽 경제구조 내에 있지 않고 협정이 협정당사국 간에 공동으로 하나의 과제를 수행하기 위한 것으로 이를 통해 또 다른 절차규정이 적용되는 경우
- c. 어떠한 국제기구의 특별한 절차에 근거를 둔 경우
- d. 독일연방공화국의 법과 행정규정에 합치하여 기밀로 선언되었거나 그 시행이 이러한 규정에 따라 특별한 보안조치가 필요하거나 또는 그것이 국가보안의 중대한 관심사의 보호에 기여하는 경우
- e. 계약이 유럽공동체설립조약 제296조 제1항 b의 적용범위에 해당하는 경우
- f. 식수나 에너지 공급 또는 교통이나 통신분야를 업무로 수행하는 발주자가 스스로 종사하고 있는 영역에 대하여 발주하는 경우
- g. 특정한 사인에게 발주되는 경우, 즉 발주자가 제98조 제1호에서 제3호에 해당하는 경우와 법령에 근거하여 발주의 배타적 권리는 가진 자인 경우
- h. 토지나 건물 또는 기타 부동산에 대한 소유나 임대관계 또는 그에 대한 권리의 경우
- i. 전문적 업무로써 다른 목적에 기능하는 제98조 제4호의 발주자의 경우
- j. 프로그램의 구매, 개발, 제조의 경우와 라디오 또는 티비를 통한 프로그램 송신의 경우
- k. 발주자가 공공 통신망의 제공 또는 운영을 주된 목적으로 하거나 공공을 위한 하나 또는 다수의 통신역무의 제공을 주된 목적으로 하는 경우
- l. 중재재판업무나 화해재판업무의 경우

- m. 유가증권의 제출, 판매, 구매 또는 이전과 관련되거나 중앙은행의 업무같은 금융기관과 관련된 자금업무의 경우
- n. 연구와 개발용역의 경우

제101조 (발주유형) ① 운송, 공사. 용역의 공공발주는 교섭절차 또는 경쟁절차에서 공개된 또는 공개되지 않은 절차에 따른다.

② 공개절차는 참여기업의 수에 제한을 두지 않는 절차이다.

③ 비공개절차는 참여기업의 수에 제한을 두는 절차이다.

④ 경쟁절차는 특별히 복잡한 발주에 대하여 발주자가 식수 도는 에너지 공급, 교통분야에 종사하는 것이 아닌 경우에 제98조 제1항에서 제3항에 따라 행하는 절차이다.

⑤ 교섭절차는 발주자가 선택된 기업과 하나 또는 다수의 발주조건의 협상을 하기 위해 행하는 절차이다.

제101a조 (정보제공 및 대기의무) ① 발주자는 그의 제시내용이 고려될 수 없는 해당 입찰자에게 기업의 이름과 불고려의 근거 및 계약 체결시점을 문서형식으로 알려주어야 한다.

② 이러한 정보제공의무는 교섭절차에서 특별한 긴급성으로 인해 사전통지의 생략이 정당화될 수 있을 때 생략된다.

제101b조 (무효) ① 발주는 발주자가 다음 각 호에 해당하는 경우 소급하여 무효이다.

1. 제101a조에 위반한 경우

2. 공공발주가 법률에 근거없이 다른 기업이 발주절차에 참여하지 않고 이러한 법률위반이 제2항에 규정되지 않았음에도 불구하고 직접적으로 특정 기업에 행해진 경우

첨 부

② 제1항의 무효는 위반사실을 인식한 후 30일 이내에 심사절차를 통해 확정될 수 있다. 그러나 계약체결 후 6개월이 경과한 후에는 이 규정은 적용되지 않는다.

제 2 절 심사절차

I. 심사기관

제102조 (원칙) 감독기관의 심사 가능성과 관계없이 공공발주는 발주 심판소의 심사에 따른다.

제103조 (삭제)

제104조 (발주심판소) ① 공공발주의 심사는 연방에 소속된 조달의 경우 연방 발주심판소가 주에 소속된 경우 주 발주심판소가 행한다.

② 발주절차에 있어서의 작위나 부작위에 관한 발주자에 대한 제97조 제7항의 권리와 그 외 청구권은 발주심판소와 항고법원에서만 효력을 발생할 수 있다.

③ 손해배상청구권에 대한 통상법원의 관할권과 제19조와 제20조 위반에 대한 카르텔청의 권한은 인정된다.

제105조 (구성, 독립성) ① 발주심판소는 법률의 범위 안에서 독립적이며 자신의 책임하에 업무를 수행한다.

② 발주심판소는 1인의 주심과 2인의 배석에 의해 구성된다. 주심과 상임배석은 행정업무 또는 그와 비교될 수 있는 전문직의 능력을 가진 종신직이다. 주심 또는 상임배석은 법관의 자격을 가져야 하며, 일반적으로 주심이 법관의 자격을 갖는다. 배석은 발주에 관한 기본지식을 갖추어야 한다.

제106조 (기구, 기관) ① 연방은 발주심판소를 연방카르텔청에 설치한다. 발주심판소의 기구와 구성 및 사무분장은 연방카르텔청장이 정한다. 명예직 배석과 그의 대리인은 공법상 심판기관(öffentlichrechtlichen Kammer)의 추천에 의해 연방카르텔청장이 임명한다. 연방카르텔청장은 연방경제기술부의 허가에 따라 사무규정을 발령하고 고시한다.

② 이 절의 의미에서의 주의 심사기관의 기구, 기관과 구성은 주법에 따른 관할기관에서 정하며, 주정부에서 그러한 규정이 없는 경우 권한은 위임될 수 있다. 주는 공동의 심사기관을 설치할 수 있다.

제106a조 (발주심판소의 관할범위) ① 연방 발주심판소는 다음 각 호의 발주절차에 대해 심사한다.

1. 연방의 발주절차

2. 제98조 제2호의 발주자에 의한 발주절차

3. 제98조 제4호의 발주자에 의한 발주절차

4. 제98조 제5호의 발주자에 의한 발주절차

5. 제98조 제6호의 발주자에 의한 발주절차

6. 연방의 기관위임사무를 수행하기 위한 발주절차

② 발주절차가 행정위임의 범위 내에서 연방을 위해 주에 의해 수행되는 경우, 이 주의 발주심판소가 관할권을 갖는다.

③ 그 외의 경우에 있어 발주심판소의 관할권은 발주자의 소재지에 따라 정해진다.

II. 발주심판소의 절차

제107조 (진행, 신청) ① 발주심판소는 심사절차를 신청에 의해서만 행한다.

첨 부

② 신청인적격은 당해 공공조달에 이해관계를 갖고 발주에 관한 규정의 위반으로 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 모든 기업에게 인정된다.

제108조 (형식) ① 신청은 발주심판소에 서면으로 이루어져야 한다. 신청은 특정한 청원을 내용으로 하여야 한다.

② 피신청인의 적시, 사실관계를 초합하는주요 권리침해와 처분가능한 증명수단을 포함하여 신청의 이유가 제시되어야 한다.

제109조 (절차참여자, 제3자 참여) 절차참여자는 결정을 통하여 중대한 영향을 받고 이로 인해 발주심판소에 의해 소환된 신청자, 발주자와 기업, 이해관계인이다. 소환결정은 취소될 수 없다.

제110조 (심사원칙) ① 발주심판소는 사실관계를 심사한다. 발주심판소는 참여자가 제기하거나 그 외 알려진 사항에 국한하여 심사할 수 있다. 광범위한 적법성의 심사의무는 발주심판소에 주어지지 않는다. 발주심판소는 자신의 전체 업무수행에 있어서 발주절차의 경과를 적절히 고려할 수 있다.

② 발주심판소는 신청이 명백하게 허용되지 않거나 이유가 없는지 심사한다. 신청이 명백하게 허용되지 않거나 이유가 없는 것이 아니라면 발주심판소는 발주자에게 신청의 복사본을 교부하고 발주절차를 기록한 서류를 요구할 수 있다. 발주자는 발주서류를 심판소에 즉시 제출하여야 한다.

제111조 (서류열람) ① 참여자는 발주심판소의 서류를 열람하고 자신의 비용으로 정본, 복사본의 교부신청을 할 수 있다.

② 발주심판소는 특히 비밀보호 또는 영업비밀의 보장 등의 중대한 근거를 이유로 서류의 열람을 거부할 수 있다.

제112조 (구술심리) ① 발주심판소는 구술심리 후 결정기한을 제한하여야 한다. 모든 참여자는 변론기회를 갖는다. 참여자의 동의에 의하여 신청이 허용되지 않거나 또는 명백히 이유가 없는 경우에 서류심사만으로 결정할 수 있다.

② 참여자가 구술변론기한에 출석하지 않거나 적법하게 대리되지 않은 경우 사안을 심리하고 결정할 수 있다.

제113조 (절차의 속행) 발주심판소는 신청 후 5주의 기간 이내에 문서로 결정을 하여야 한다. 특별히 사실상 법률상 어려움이 있는 경우에 주심은 참여자에게 공지하고 예외적으로 기한을 연장할 수 있다. 이 때 2주 이상 연장되어서는 안된다. 이러한 결정은 문서로 이루어져야 한다.

제114조 (발주심판소의 결정) ① 발주심판소는 신청인이 자신의 권리를 침해당했는지 여부와 권리침해를 제거하고 관련 이익의 손해를 방지할 수 있는 적절한 조치에 대해서 결정한다.

② 이미 이루어진 낙찰은 취소될 수 없으며 단지 신청자의 신청에 따라 권리침해여부를 확인하는데 그친다.

제115조 (발주절차의 정지) 발주심판소에 심판을 신청하여 그 신청서가 발주자에 송달되면 입찰절차가 자동정지되어 낙찰이 봉쇄된다.

제115a조 (주법률의 배제) 이 장의 행정절차에 대한 규정을 주법률을 통하여 위반하여서는 안된다.

III. 즉시항고

제116조 (허용, 관할) 발주심판소의 결정에 불복이 있으면 2주 이내에 고등법원의 발주재판부에 즉시항고를 할 수 있는데, 이 경우는 발

첨 부

주심판소의 심판절차에 관여했던 신청인, 발주주체, 참여인만이 항고인적격이 있다.

① 발주심판소의 결정에 대하여 즉시항고가 허용된다. 즉시항고는 발주심판소의 절차참여자에게 인정된다.

② 즉시항고는 또한 발주심판소가 제113조 제1항의 기한 내에 신청에 대한 결정을 하지 않은 경우에 허용된다. 이 경우에 신청은 기각된 것으로 본다.

③ 즉시항고는 발주심판소가 소재지의 관할 주고등법원이 행한다. 주고등법원에는 발주부를 둔다.

제117조 (기간, 형식) ① 즉시항고는 2주간의 기한 내에 행하여져야 하며, 제116조 제2항의 경우 기한의 경과는 서면이 항고법원에 도달한 때 시작된다.

② 즉시항고는 그 이유를 제시하여 행해져야 한다. 항고이유에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 발주심판소의 결정이 어느 정도까지 취소되고 어느 정도로 그와 다른 결정이 신청되었는지에 대한 설명
2. 항고이유의 근거가 될 수 있는 사실과 증명수단의 보고

제118조 (효력) 즉시항고는 발주심판소 결정의 집행을 정지하는 효력을 갖는다. 집행정지의 효력은 2주의 기간이 경과하는 소멸한다. 발주심판소가 신청의 심사를 거부한 경우 항고법원은 신청에 대한 집행정지의 효력을 항고법원의 결정시까지 연장할 수 있다.

제119조 (항고절차의 참여자) 항고법원의 절차에는 발주심판소 절차의 참여자가 참여한다.

제120조 (절차규정) ① 항고법원에 대하여 참여자는 변호사를 통하여 권한을 대리 행사하여야 한다. 공법상 법인은 공무원에 의하여 대리될 수 있다.

② 민사소송규정 제69조, 제70조 제1항에서 제3항, 제71조 제1항과 제6항, 제71a조, 제72조, 제73조, 제78조, 제111조, 제113조는 준용된다.

제121조 (낙찰에 대한 사전결정) 발주자의 신청 또는 기업의 신청에 낙찰이 포함되어야 하는 경우 법원은 모든 가능한 이해관계를 고려하여 항고결정까지 절차를 중지함으로써 나타나는 부정적인 결과가 긍정적인 결과보다 훨씬 우월한 경우 발주절차의 계속과 낙찰을 허가할 수 있다.

제122조 (법원의 결정에 따른 조달절차의 종료) 제121조의 신청을 한 발주자가 항고법원에 한 경우 발주절차는 결정 후 10일의 경과 후에 종료된다.

제123조 (항고결정) 법원이 항고이유를 인용하는 경우 발주심판소의 결정은 파기된다. 신청에 대해서는 심사를 신청한 기업이 발주자를 통하여 자신의 권리를 침해당했는지 여부가 결정되어야 한다. 제114조 제2항은 준용된다.

제124조 (구속력과 제출의무) ① 발주규칙의 위반을 이유로 손해배상이 청구되었고 발주심판소의 절차가 행해졌다면, 통상법원은 발주심판소의 결정과 주고등법원의 결정 및 제2항에 따른 연방통상법원의 결정에 구속된다.

② 주고등법원은 다른 주고등법원의 결정 또는 연방통상법원의 결정과 다른 결정을 하려는 경우 연방통상법원에 사안을 제출하여야 한다. 연방통상법원은 주고등법원을 대신하여 결정한다.