

입법학의 관점에서 본 공공조달법제 - Luc Wintgens의 'legisprudence' 이론을 중심으로 -

김 대 인*

〈국문초록〉

legisprudence 이론은 여러 가지 한계가 있지만 ① 입법작용을 헌법의 해석행위로 봄으로써 법철학적 논의를 끌어들이 수 있는 발판을 마련한 점, ② 헌법의 해석과 관련하여 해석학적 방법론을 도입하고 이를 통해 외부적 관점과 내부적 관점의 균형을 추구한 점, ③ 정당한 입법의 원리를 헌법적 논증을 통해 제시하고 있다는 점에서 그 가치가 크다고 할 수 있다.

이러한 legisprudence 이론의 관점에서 우리나라의 공공조달법제를 살펴보면 다음과 같다. 우선 헌법상의 경제조항, 제11조의 평등원칙, 제15조의 직업선택의 자유 등이 공공조달법제의 입법방향을 제시해주는 헌법규범으로 볼 수 있다. 이들 규정들은 공공조달의 다양한 원리들(투명성, 효율성)의 조화를 어떤 방향으로 추구할 것인가 하는 규범적인 의미를 제공하는 의미도 갖는다.

legisprudence 이론에서 제시하고 있는 입법의 원칙들도 공공조달법제에 주는 시사점이 크다. 우선 대안의 원칙 및 규범밀도의 원칙과 관련해서 주계약자 공동도급제도를 보면 직업행사의 자유를 제한하는 입법은 신중하게, 비례원칙을 준수하여 이루어져야 함을 알 수 있다.

한시성의 원칙과 관련하여 지역제한입찰제도를 보면 지역제한입찰의 상한선은 공공조달과 관련한 경제적 상황에 맞게 그 때 그 때 개정작업이 이루어져야 한다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 개정작업은 일단계의 일관성, 즉 규범을 지나치게 쉽게 변경해서는 안 된다는 원칙과 조화를 이루는 가운데 이루어져야 한다. 이단계의 일관성과 관련하여 보면 지역제한입찰제도의 개선과정에서는 경쟁법질서와의 조화를 추구해야 한다고 할 수 있다. 삼단계의 일관성과 관련하여 보면 공공조달법제의 입법과정에서는 이에 관한 사회과학분야의 이론적 성과를 충분히 반영하는 것이 필

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

요하다고 할 수 있다. ‘공공조달발전의 7단계이론’을 그러한 예로 볼 수 있다.

※ 주제어 : 입법학, legisprudence 이론, 공공조달법, 주계약자 공동도급제도, 지역 제한입찰제도

I. 서 론

II. legisprudence 이론의 내용과 평가

1. legisprudence 이론의 내용
2. legisprudence 이론에 대한 평가

III. legisprudence 이론과 공공조달법제

1. 우리나라 공공조달법제의 개요
2. 헌법의 해석과 공공조달법제
3. 입법의 기본원리와 공공조달법제

IV. 결 론

I. 서 론

공공조달법(public procurement law)은 국가나 지방자치단체와 같은 공공주체가 물품, 용역, 건설 등을 구매하는 과정을 규율하는 법을 가리킨다. 우리나라에서는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 국가계약법), ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 지방계약법) 등이 대표적이라고 할 수 있다.

이러한 공공조달법은 국가재정이나 지방재정이 지출되는 통로가 되는 법으로서 국가경제에 미치는 영향이 매우 크다는 점에서 그 중요성이 높아지고 있다.

이러한 이유로 각국에서는 공공조달법의 개혁을 위한 다양한 노력을 기울이고 있다.¹⁾

이 논문은 입법학의 관점에서 공공조달법제를 접근하는 것을 목표로 한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 공공조달은 규제(regulation)로서의 성격과 비(非)규제로서의 성격을 동시에 가지고 있고,²⁾ 이러한 점에서 규제의 관점에서만 일면적으로 접근하기 보다는 입법학의 관점에서 접근하는 것이 장점이 있기 때문이다.

공공조달은 근본적으로 국가나 지방자치단체의 재원을 계약을 통해 민간기업에게 부여하는 내용을 다루게 되므로 전통적인 행정의 3분류설³⁾에서는 ‘국고행정’의 일환으로 다루어지고 있다. 이러한 점에서는 공공조달의 비(非)규제로서의 성격이 강조되고 있다.

그러나 공공조달법은 동시에 많은 내용의 규제를 민간기업에게 가하고 있다. 일정한 요건을 갖춘 기업에 대해서만 입찰에 들어오도록 하는 제한입찰제도의 경우에는 민간기업의 경제적 자유를 제한하는 성격을 갖고 있으며, 계약체결 및 이행과정에서 법령을 위반한 민간기업에 대해서는 일정기간 동안 입찰참가자격을 제한하는 부정당업자 제재제도 역시 규제로서의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다.

이처럼 공공조달법은 규제법으로서의 성격과 비규제법으로서의 성격을 동시에 갖고 있기 때문에 이 두 가지 측면을 균형 있게 보는 것이 중요하다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 공공조달법을 규제개혁의 관점에서만 보지 않고 규제법과 비규제법을 포괄적으로 보는 입법학의 관점에서 보는 것이 필요하다고 할 수 있다.

둘째, 공공조달법제는 입법이론을 입법현실과 접목해 볼 수 있는 좋은 소재가

1) 예를 들어 각국의 공공조달법제의 개혁에 도움을 주기 위해 UNCITRAL(유엔상거래법위원회)에서는 공공조달과 관련한 모델법을 제정하였고 이를 개정하는 작업이 진행되고 있다.

2) 이러한 지적으로 McCrudden, Christopher, Corporate Social Responsibility and Public Procurement, in: Doreen McBarnet et al. ed., The New Corporate Accountability - Corporate Social Responsibility and Law, Cambridge University Press, 2007 참조.

3) 전통적으로 행정의 3분류설에서는 권력행정, 비권력행정, 국고행정으로 나누고 있다.

되기 때문이다. 우리나라에서도 최근 입법학에 대한 관심이 높아지면서 여러 가지 연구성과가 나오고 있다. 그런데 이러한 입법학에 대한 증대된 관심에도 불구하고 입법이론을 입법현실과 접목해보는 시도는 아직 충분히 이루어지지 못하고 있는 것으로 보인다.

최근 우리나라에도 소개되고 있는 *legisprudence* 이론의 경우에도 그 이론에 대한 소개에 그치고 이러한 이론이 갖는 입법현실과의 함의에 대해서는 충분한 연구가 이루어지지 못하고 있다. *legisprudence* 이론이 헌법과 입법학을 이어주는 이론적 장점이 있는데, 이러한 이론은 공공조달법제와 접목할 때 여러 가지 시사점을 제공할 수 있다.⁴⁾

공공조달법제의 개혁과 관련하여 필자는 기존에 선행연구를 실시한 바 있다.⁵⁾ 이 선행연구는 주로 EU법과의 비교하에 우리나라 공공조달법제의 개혁방안을 제시한 것이었고 입법이론적인 접근은 다루어지지 못한 아쉬움이 있었다. 이 연구는 이러한 연구공백을 메우는 것을 목표로 한다.

이하에서는 입법이론, 특히 *legisprudence* 이론에 대해서 검토해보고(II), 다음으로 입법이론을 토대로 우리나라 공공조달법제를 분석한다(III). 이상과 같은 검토를 토대로 결론을 도출한다(IV).

II. *legisprudence* 이론의 내용과 평가

1. *legisprudence* 이론의 내용

(1) 개 요

입법학과 관련해서는 다양한 연구방법론이 존재한다. 연구내용을 기준으로

4) 최근 *legisprudence* 이론을 연구한 학위논문이 출간되어 주목을 끌고 있다. 심우민, 입법 절차와 절차주의 : 순수절차주의에 대한 비판적 고찰과 그 대안, 연세대학교 법학박사학위 논문, 2011 참조.

5) 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰”, 강원법학 제28권, 2009. 6 참조.

분류해보면 입법분석론(입법이론), 입법방법론(입법정책론), 입법과정론, 입법기술론, 입법평가론으로 나누어 볼 수 있다. 그리고 관련 학문분야와의 관계에서 보면 법해석학과 입법학, 헌법학과 입법학, 법사회학과 입법학, 법철학과 입법학, 정치학과 입법학, 법정책학과 입법학 등으로 나누어 볼 수 있다.⁶⁾

본 논문에서 주로 살펴보고자 하는 Luc Wintgens의 ‘legisprudence 이론’⁷⁾은 위와 같은 분류기준에서 따져보면 입법분석론(입법이론)에 해당하고, 법철학과의 친화성이 높은 이론이라고 할 수 있다.⁸⁾ 본 논문에서 ‘legisprudence 이론’에 특히 주목하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 입법을 헌법의 해석과정으로 이해함으로써 입법학이 헌법과 이론적으로 접목될 수 있는 기회를 제공하고 있다. 우리나라 헌법재판소에서는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만, 그 기속의 의미는 적극적·형성적 활동을 하는 입법부 또는 행정부의 경우와 헌법재판에 의한 사법적 통제기능을 하는 헌법재판소에 있어서 동일하지 아니하다”(헌재 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정)라고 판시하고 있다. 이처럼 헌법재판소에서 헌법이 국회도 기속한다고 보고 있기 때문에 헌법과 입법을 접목할 수 있는 기반은 우리나라에서도 이미 마련되어 있는 것으로 볼 수 있다. ‘legisprudence 이론’은 입법을 헌법의 해석과정으로 이해함으로써 헌법과 입법의 보다 구체적인 접목을 가능하게 한다는 점에서 그 의미가 크다.

둘째, 입법의 기본원리를 법철학적 기반을 토대로 제시함으로써 바람직한 입법을 위한 방향성을 이론적으로 근거지우고 있다. 입법에 대한 기존의 이론적인 접근은 주로 정책학이나 경제학적인 접근을 통해 비용-편익분석, 이를 구체화한 입법영향평가 위주로 이루어져 온 측면이 있다. 그러나 입법과정에서는 정량화

6) 박영도, 입법학입문, 한국법제연구원, 2008, 22-34면 참조.

7) ‘legisprudence’는 ‘legislation’ (입법)과 ‘jurisprudence’ (법철학)의 합성어로서의 ‘입법에 대한 이론’ 정도로 번역이 가능하다. 이하에서는 ‘legisprudence 이론’으로 통칭하도록 한다.

8) 박영도 박사도 이 이론을 ‘법철학과 입법학’ 파트에서 소개하고 있다. 박영도, 입법학입문, 한국법제연구원, 2008, 27면 참조.

하기 힘든 다양한 가치충돌의 문제가 존재하며 이는 비용-편익분석의 방법으로만 해결할 수 없다. 이러한 문제의 해결은 결국 법철학적 접근을 통해 해결할 수밖에 없다. 이러한 맥락에서도 ‘legisprudence 이론’의 의미가 크다고 할 수 있다.

이하에서는 Luc Wintgens의 legisprudence 이론을 우선적으로 소개하도록 하고 이에 대해 평가를 해보도록 한다.

(2) 헌법의 해석과정으로서의 입법

Wintgens는 그동안의 법철학이 주로 법관의 법해석작용에 초점이 맞추어져 왔고 이러한 이유로 입법자의 법정립작용에는 영향을 미치기 힘들었다고 분석하고 있다. 그러나 입법자의 법정립작용도 일종의 헌법해석작용이라고 볼 수 있고 이러한 점에서는 기존의 법철학이론을 충분히 활용할 수 있는 가능성이 있다고 보고 있다.⁹⁾

그러면 어떤 헌법해석방법을 채택할 것인지가 그 다음으로 문제된다. 이와 관련하여 그는 ‘해석학적 관점’(hermeneutic point of view)을 채택할 것을 주장하고 있다. 그는 해석학적 관점이란 외부적 관점과 내부적 관점을 종합한 관점이라고 이해하고 있다. 즉 관찰가능한 규칙성(외부적 관점)을 다룸과 동시에 법률공동체 참여자의 의미 있는 행위(내부적 관점)를 동시에 다룬다. 입법을 함에 있어서는 헌법에 대한 해석이 필요한데, 이 때 헌법에 대해서 사회과학자의 시각에서 접근하는 외부적 관점과 법률가의 관점에서 접근하는 내부적 관점을 종합할 필요가 있다는 점을 강조하고 있다.¹⁰⁾

Wintgens는 이러한 해석학적 관점을 채택하면서 ‘약한 법률주의’(weak legalism)의 입장을 취하고 있다. ‘약한 법률주의’란 합법성이나 규칙의 형식적

9) 이러한 연구성과를 담고 있는 문헌으로 Wintgens, Luc ed., *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation* (European Academy of Legal Theory Series), Hart Publishing 2002 참조.

10) Wintgens, Luc ed., *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation* (European Academy of Legal Theory Series), Hart Publishing 2002, pp. 17-21 참조.

유효성은 법이 존재하기 위한 필요조건에 불과하고 충분조건은 아니라고 보는 입장이다. 이는 ‘강한 법률주의’(strong legalism)와 대립되는 입장이라고 할 수 있다. ‘강한 법률주의’는 합법성(legality)은 법의 존재 및 의미의 필요조건이자, 충분조건이 된다고 본다. 그러나 이러한 강한 법률주의는 설득력이 떨어진다고 본다. 왜냐하면 이 이론은 텍스트는 해석을 요하지 않는다는 단순의미이론(plain meaning theory)을 기초로 하고 있는데 이러한 단순의미이론은 유지될 수 없기 때문이다.¹¹⁾

(3) 입법의 기본원리

Luc Wintgens는 위와 같이 헌법의 해석과정으로서의 입법을 중요시함에 따라 입법의 정당화과정을 ‘자유’에 대한 도덕적, 정치적 한계를 고려하고 균형을 잡는 과정으로 이해하고 있다. 그는 자유의 개념을 크게 두 가지로 나누고 있다. ‘자유 개념’(conception of freedom)과 ‘자유에 대한 개념’(conception about freedom)이 그것이다. 자유가 실현되기 위해서는 패러독스하게도 자유의 제한이 필요하다. 이러한 자유의 제한에는 두 가지 종류가 있다. 주체 스스로가 자신에게 부과하는 ‘내적인 제한’(internal limitation)과 외부에 의해서 주어진 ‘외적인 제한’(external limitation)이 그것인데, Wintgens는 전자를 ‘자유 개념’이라고 부르고 후자를 ‘자유에 대한 개념’으로 부르고 있다.¹²⁾ 이러한 ‘자유’ 개념에 대한 분석을 토대로 그는 네 가지 입법의 기본원리를 제시하고 있다.

첫째, ‘대안의 원칙’(principle of alternativity)이다. 이는 사회적 소통의 실패에 대한 대안으로서 자유에 대하여 외부적 제한을 가하는 것(입법)을 인정해야 한다는 원칙이다. 이는 주체(subject)가 ‘자유 개념’에 따라 행동할 수 있는 능력이 있다는 것을 전제로 한다. 또한 이 원칙은 사회가 자율규제적인(self-regulating) 성격을 가지며, 주체들은 의미를 창출하는 소통에 참여하고 있다고

11) Ibid.

12) 이러한 구분은 우리나라 헌법 제37조 제2항에서 기본권의 내재적 한계와 법률적 한계를 구분하고 있는 것과 유사하다고 생각한다. Wintgens, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, p. 6 참조.

본다. 이러한 사회적 소통으로부터 나오는 의미(meaning)가 바로 사회적 관습(social practice)에 배태되어 있는 규칙(rule)이라고 할 수 있다. 거꾸로 말하면 이러한 규칙들은 사회적 관습들로 구성되어 있다고 할 수 있다.¹³⁾

둘째, ‘규범밀도의 원칙’(principle of normative density)이다. 이는 입법시 규범의 밀도에 따른 효과(충격)를 고려해야 함을 의미한다. 자유를 제한하는 다양한 수단은 각각 다른 밀도를 가지고 있다. 가장 적은 충격의 밀도를 가지는 수단을 채택해야 한다는 것이 이 원리의 핵심이다. 본질적으로 ‘자유’의 개념은 ‘자유에 대한 개념’에 우선해야 한다. 다시 말해 자유에 대한 ‘내적 제한’이 ‘외적 제한’보다 우선시되어야 한다. 따라서 입법은 ‘내적 제한’으로 충분치 않다고 생각할 때 이루어져야 한다. 그런데 ‘자유에 대한 개념’이 ‘자유’보다 우선시되어야 한다고 판단되는 경우, 다시 말해 외적 제한이 필요한 경우라고 하더라도 ‘제재’(sanction)가 수반되는 입법이 자동적으로 정당화되는 것은 아니다. 제재가 이를 통해 달성하려는 목표에 적절한 수단인지에 대한 판단이 추가적으로 이루어져야 한다.¹⁴⁾

셋째, ‘한시성의 원칙’(principle of temporality)이다. 입법은 다른 인간의 활동과 마찬가지로 역사적 조건 또는 상황과 연관되어 있고 따라서 한시성을 가질 수밖에 없다는 것이다. 입법이 바로 그 시점에 정당할 것을 요구하는 원칙이 한시성의 원칙이라고 할 수 있다. 이는 크게 두 가지의 내용을 담고 있다. 우선 입법을 통한 외적인 제한은 ‘적당한 시점’(right time)에 이루어져야 한다. 다음으로 특정시점에서 적절했던 입법이 시간의 흐름에 따라 적절하지 않은 것으로 평가될 수 있다.¹⁵⁾

넷째, ‘일관성의 원칙’(principle of coherence)이다. 이와 관련하여 크게 네

13) Wittgen, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, pp. 10-11 참조.

14) 이 부분은 우리나라 헌법해석상 인정되고 있는 비례원칙과 유사하다고 생각한다. Wittgen, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, pp. 11-13 참조.

15) Wittgen, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, pp. 13-15 참조.

단계의 일관성을 제시하고 있다. 기초단계의 일관성은 규칙 상호간의 내용이 서로 모순되어서는 안 된다는 기본적 원칙이다. 일단계의 일관성은 규범을 지나치게 쉽게 변경해서는 안 된다는 차원의 일관성을 의미한다. 이단계의 일관성은 규범이 전체 법체계와 일관성을 가질 것을 요구하는 원칙이다. 삼단계의 일관성은 법시스템이 현실과 부합할 것을 요구하는 것이다.¹⁶⁾

2. legisprudence 이론에 대한 평가

(1) legisprudence 이론의 한계

위와 같은 legisprudence 이론에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기된다. 첫째, 입법자의 법정립작용을 법관의 법해석작용과 유사하게 본 것이 타당하다고 볼 수 있는가 하는 점이다. 법관의 법해석작용을 순수한 인식적인 작용만으로 볼 수 없고, 입법자의 법정립작용을 순수한 의지적인 작용만으로 볼 수 없는 것은 사실이지만, 양자의 민주적 정당성의 차이나 주어지는 재량범위의 차이를 고려하면 양자를 유사하게 볼 수 있는가는 의문이라고 하지 않을 수 없다.

둘째, 입법원칙 중의 하나로 제시되고 있는 ‘대안의 원칙’에 대해서는 법의 기능을 지나치게 자유를 통제하는 측면에만 초점을 맞추고 있다는 비판이 가능하다. 위 이론에서는 자유의 존중을 위해서는 일단 사회내에서 자율적인 해결이 가능한가를 살펴보고 이것이 어렵다고 판단할 경우에만 법이 개입해야 한다고 보고 있는데, 이는 법이 자유를 제한하는 기능만을 하는 것이 아니고 자유를 촉진하는 기능도 담당한다는 점을 간과한 것으로 볼 수 있다. 자유를 촉진하는 법의 경우에는 오히려 적극적인 활용이 필요하다고 보아야 한다.

셋째, 입법원칙 중의 하나로 제시되고 있는 ‘한시성의 원칙’에 대해서는 이처럼 역사적 조건과 상황에 따라 지속적으로 변경될 수밖에 없는 범영역도 존재하지만 영속성을 유지해야 하는 범영역도 존재할 수 있다는 점을 간과했다는 비판

16) Wittgens, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, p. 15 이하 참조.

이 가능하다. 이 원칙이 지나치게 강조될 경우에는 법은 사회정책을 위한 도구나 수단으로만 전락할 수 있는 문제가 있다고 하겠다.

넷째, 입법원칙 중의 하나로 제시되고 있는 일관성의 원칙에 대해서는 이 안에서 소개되고 있는 네 단계의 일관성 원칙 상호간에 모순충돌이 있을 수 있다는 점을 충분히 고려하지 않았다는 비판이 가능하다. 예를 들어 규범을 지나치게 쉽게 변경해서는 안 된다는 차원의 일단계의 일관성은 법시스템이 현실과 부합할 것을 요구하는 삼단계의 일관성과 모순충돌이 발생할 수 있는데 *legisprudence* 이론은 이러한 경우 어떤 원칙에 의해서 문제를 해결해야 할지에 관한 기준을 제시하지 못하고 있다.

(2) *legisprudence* 이론의 가치

위와 같은 여러 가지 한계에도 불구하고 *legisprudence* 이론은 다음과 같은 점에서 이론적 가치가 크다고 볼 수 있다. 첫째, 무엇보다 입법작용을 헌법의 해석행위로 봄으로써 법철학적 논의를 끌어들이 수 있는 발판을 마련한 것은 의미가 크다고 할 수 있다. 이는 헌법이 입법의 한계로서 소극적인 의미만을 갖는 것이 아니고, 입법의 기본방향을 제시해주는 적극적인 의미를 가질 수 있다는 점을 보여주었다는 점에서도 그 의미가 크다.

둘째, 헌법의 해석과 관련하여 해석학적 방법론을 도입하고 이를 통해 외부적 관점과 내부적 관점의 균형을 추구한 점도 긍정적으로 평가할 수 있다고 할 것이다. 외부적 관점을 통해서는 법학 이외의 사회과학적 접근이 가능하도록 열린 헌법해석을 지향하면서도, 내부적 관점을 통해서 법률가의 헌법해석과 조화를 이루도록 함으로써 추상적인 규범으로서의 성격을 가진 헌법해석이 자의적으로 흘러가지 않도록 했다는 점은 의미가 크다.

셋째, 정당한 입법의 원리를 헌법적 논증을 통해 제시하려고 노력한 점도 긍정적으로 평가할 수 있다. 특히 네 단계의 일관성의 원칙을 제시함으로써 일관성의 개념을 보다 구체화해낸 점도 입법실무에 기여하는 바가 클 것으로 기대된다.

이러한 점들을 종합할 때 *legisprudence* 이론은 몇 가지 한계가 있지만 각 법분야를 입법학적 관점에서 검토할 때 매우 유용한 틀이 될 수 있다고 생각한다.

따라서 본 논문에서는 *legisprudence* 이론을 기본틀로 하여 우리나라 공공조달법제를 분석해보도록 하겠다.

III. *legisprudence* 이론과 공공조달법제

1. 우리나라 공공조달법제의 개요

우리나라의 공공조달법제와 관련한 대표적인 법률로는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’과 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’을 들 수 있다. 이 두 가지 법률들은 WTO 정부조달협정에 우리나라가 1995년에 가입하게 된 것이 법률제정의 배경이 되었다. 우선 국가가 체결하는 공공조달계약에 대해서 기존에는 예산회계법의 한 장에서 규율되었는데, 1995년에 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 국가계약법)이라는 단일의 독립된 법률에서 규율되기에 이른 것이다. 그리고 이의신청절차 등 투명성을 높이기 위한 각종의 규정이 들어가게 된다. 지방자치단체의 공공조달계약도 이전에 지방재정법에서 규율되던 것이 2005년에 ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 지방계약법)로 규율되기에 이르렀다.

이 외에도 방위사업에 관한 조달을 다루는 ‘방위사업법’, 조달청의 기본업무에 관한 내용을 다루는 ‘조달사업에 관한 법률’, 공공기관의 공공조달계약에 관한 규정을 담고 있는 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 등이 공공조달법제에 속하는 것으로 볼 수 있다. 이 외에도 개별산업분야와 관련하여 공공조달계약과 관련한 특별한 규정들을 두고 있는 ‘건설산업기본법’, ‘건설기술관리법’, ‘엔지니어링산업진흥법’ 등도 넓은 의미에서 공공조달법제에 속하는 것으로 볼 수 있다.

2. 헌법의 해석과 공공조달법제

(1) 헌법상의 경제조항과 공공조달법제

legisprudence 이론의 관점에서 보면 위와 같은 공공조달법제의 헌법적 기초

가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다. 헌법의 규정들 중 공공조달법제와 관련하여 우선적으로 의미가 있는 것은 헌법 제9장에서 규정하고 있는 경제조항들이라고 할 수 있다.

우선 헌법 제119조 제1항에서는 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하고 있다. 공공조달법제는 일단 공공주체가 시장에 고객으로 참여하는 것과 관련한 법제라고 할 수 있다. 따라서 공공조달법제는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 기본적으로 존중하는 바탕 하에서 구상되어야 한다고 할 수 있다. 이러한 점에서는 시장의 기본원리라고 할 수 있는 ‘경쟁’을 기본적으로 존중해야 한다.

다음으로 헌법 제119조 제2항에서는 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 공공조달법제는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배 등을 위한 정책적 수단으로 쓰이는 것도 가능하다고 할 수 있다.

다만 위 두 가지 규정은 서로 trade-off의 관계에 있기 때문에 양자를 조화롭게 해석하는 가운데 구체적인 공공조달법제를 정립해갈 필요가 있다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 자도(自道)소주 구입제도에 대한 헌법재판소 판례는 공공조달법제의 입법방향에 주는 시사점이 적지 않다고 할 수 있다.

“헌법 제119조 제2항은 독과점규제라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다. 그러나 주세법의 구입명령제도는 전국적으로 자유경쟁을 배제한 채 지역할거주의로 자리잡게 되고 그로써 지역 독과점현상의 고착화를 초래하므로, 독과점규제란 공익을 달성하기에 적정한 조치로 보기 어렵다.”(헌법재판소 전원재판부 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정)

다음으로 헌법 제123조 제2항에서는 “국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다”고 규정하고 있고, 동법 제3조는 “국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 헌법 제127조 제1항에서는 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이들 규정들은 공공조달법제를 통해 지역균형발전, 중소기업의 육성, 기술개발 등을 추구하는 헌법적 정당성을 부여하는 규정들이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 정책들을 위한 입법 역시 헌법 제119조 제1항과의 조화로운 해석 가운데 이루어져야 함은 물론이다.

헌법상 경제조항과 관련한 개정논의를 보면 국가의 경제개입을 정당화하고 있는 헌법 제119조 제2항에 대한 비판이 있다.¹⁷⁾ 이러한 주장의 배경에는 헌법상 경제조항이 자유주의적인 경제질서에 걸림돌이 된다는 생각이 자리잡고 있기도 하지만, 이에 못지않게 헌법상 경제조항이 위헌심사등과 관련하여 실질적인 기준규범으로서의 효력을 갖기 힘들다는 생각이 있기 때문으로 볼 수 있다.

그러나 이처럼 헌법을 위헌심사를 위한 소극적인 기준만으로 보지 않고, *legisprudence* 이론에서와 같이 입법을 위한 적극적인 원리나 방향성을 제시해주는 규범으로 이해하게 되면 헌법상 경제조항의 의미가 매우 큰 것으로 볼 수 있다.

(2) 헌법상의 기본권 조항들과 공공조달법제

헌법상의 기본권 조항들 중에서도 공공조달법제와 관련성이 큰 조항들을 발견할 수 있다. 우선 헌법 제11조의 평등원칙은 공공주체가 경쟁입찰시 낙찰자 선정과정에서 준수해야 할 원칙으로 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 또한 헌법 제15조의 직업선택의 자유도 공공조달법제를 정립할 때 주의해야 할 규정이라고 할 수 있다. 지역제한입찰제도와 같이 입찰참가자격을 제한하는 입법을 할 경우에는 직업선택의 자유를 지나치게 제한하지 않은 방향으로 구성할 필요가 있다

17) 민경국, “대한민국 경제헌법의 문제와 헌법개정 방향”, 국민과 함께 하는 개헌이야기, 국회미래한국헌법연구회, 2010 등 참조.

고 할 수 있다.

다음으로 헌법 제10조의 행복추구권을 들 수 있다. 우리나라에서는 독일의 학설, 판례의 영향으로 계약자유에 헌법적 근거를 독일기본법 제2조에 대응하는 헌법 제10조의 행복추구권에서 찾는 것이 일반적인 태도라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 공공조달법제를 사법상 계약으로 보는 통설, 판례에 의하면 계약자유에 원리는 공공조달법제에도 원칙적으로 적용되는 것으로 볼 수 있기 때문에 헌법 제10조가 바로 근거규정이 된다고 볼 가능성이 있다.¹⁹⁾

그러나 공공조달법제의 입법방향을 봄에 있어서 사인과 공공주체에 동일하게 계약자유에 원리가 적용된다고 해석하는 것은 타당하다고 보기 힘들다. 이는 공공주체에 사인과 동일한 의미에서 자유권적 기본권이 허용되기 힘든 점이 존재하기 때문에도 그러하고, 공공주체의 계약체결행위를 일종의 공권력행사의 관점에서 보게 되면 여기에 대해서는 다양한 법치국가적 제한이 들어갈 가능성이 열리기 때문에 그러하다. 물론 이러한 해석은 공공조달계약을 공법상 계약으로 이해할 경우에 보다 정합성이 높아진다고 할 수 있다.

이 외에도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계에 관한 규정도 공공조달법제를 구상함에 있어서 중요한 규정이라고 할 수 있다. 입찰참가자격제한 등 시장에 영향을 미칠 수 있는 제도를 정립함에 있어서는 기본권제한성이 가장 적은 수단을 선택할 필요성이 크다고 볼 수 있다.

(3) 공공조달법제의 원리상호간의 조화와 헌법해석

이처럼 헌법해석의 관점에서 공공조달법제를 바라보게 되면 추가적으로 다음과 같은 장점이 있다. 공공조달법제의 기본원리 또는 목표로 여러 가지가 소개되고 있다. 투명성(transparency), 효율성(efficiency), 책임성(accountability), 사회경제정책 고려(socio-economic policy consideration), 경쟁(competition), 평등(equality) 등이 그것이다. 문제는 이들 원리나 목표들 상호간의 균형을 이루

18) 헌법재판소도 마찬가지이다. 헌재 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정 참조.

19) 이에 관한 상세한 소개로 김대인, 행정계약법의 이해, 경인출판사, 2007, 96면 이하 참조.

는 것이 매우 어려운 과제이고 바로 이 점 때문에 어느 나라의 공공조달법제나 만족스럽지 못하다는 평가를 받고 있다는 점이다.

그런데 이러한 원리들의 헌법적인 근거를 찾아내고 이러한 헌법의 규범조화적 해석의 문제로 들어가게 되면, 이들 원리들의 조화문제를 ‘규범적으로’ 파고 들어갈 수 있다는 장점이 있다. 물론 헌법해석의 문제로 이를 바라본다고 해서 이들 원리상호간의 조화문제가 자동적으로 해결되는 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 헌법의 해석과 관련하여 풍부한 판례와 이론이 발전되어 있다는 점을 고려하면 헌법과 무관하게 이들 원리들을 바라보는 것보다는 훨씬 구체적인 해결의 실마리를 찾을 수 있다고 하겠다.

3. 입법의 기본원리와 공공조달법제

앞서 *legisprudence* 이론에서 제시한 네 가지 입법의 기본원리의 관점에서 우리나라 공공조달법제를 분석해보면 다음과 같다.

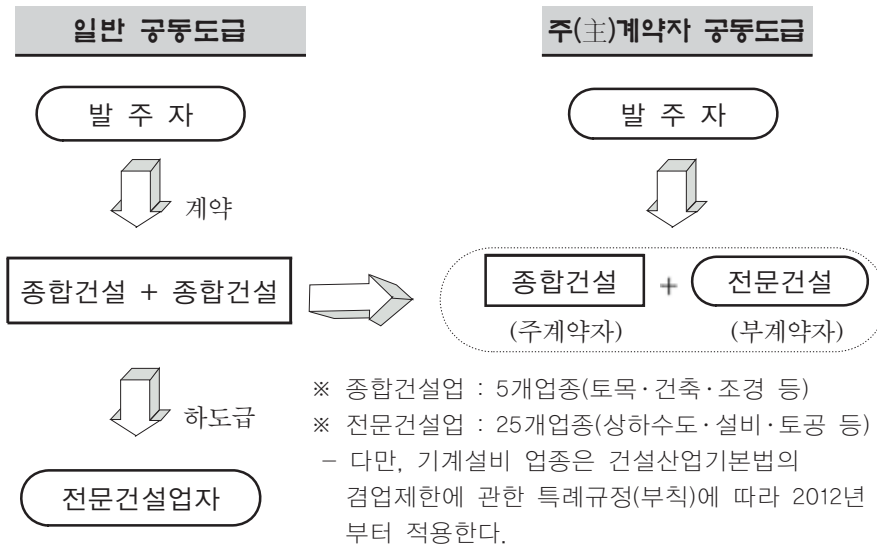
(1) 대안의 원칙(principle of alternativity)

대안의 원칙은 사회적 소통의 실패에 대한 대안으로 자유에 대한 외부적 제한을 가하는 것을 의미한다. 앞서 필자는 이 원칙은 법을 자유제한의 수단으로만 이해한다는 측면에서 문제가 있다고 지적한 바 있다. 그러나 이 원칙을 ‘자유제한의 수단으로서의 성격을 갖는 법의 제정은 신중하게 이루어져야 한다’고 이해할 경우에는 수용이 가능한 원칙이라고 할 수 있다.

이러한 대안의 원칙과 관련하여 살펴볼 만한 제도로 ‘주계약자 공동도급제도’를 들 수 있다. 이 제도는 발주자가 종합건설업자와 전문건설업자간의 공동수급체와 계약을 체결하여 공사를 시공하는 방식을 말한다. 여기서 종합건설업자는 주계약자의 지위에 서고, 전문건설업자는 부계약자의 지위에 서게 된다. 이 제도는 다단계 하도급으로 인한 폐해를 시정하고자 도입된 것으로, 1999년 건설산업기본법의 개정으로 제도적 근거가 마련되었고, 공공공사와 관련해서는 2005년 12월에 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 지방계약

법)이 제정되면서 근거가 마련되었다.²⁰⁾ 기존 공동도급제도와와의 차이점을 표로 나타내면 다음과 같다.

[표 1] 일반공동도급과 주계약자 공동도급의 비교



이 제도는 기존에 원수급인인 종합건설업자가 하수급인인 전문건설업자에게 제대로 된 대가를 지급하지 않는 저가하도급으로 인해 여러 가지 문제가 발생함에 따라 아예 종합건설업자와 전문건설업자가 공동수급체를 만들어 입찰에 들어오도록 하고 대금지급도 원칙적으로 발주자가 전문건설업자에게 직접적으로 하게 함으로써 기존의 문제점을 해결하도록 한 제도이다.

그런데 이 제도에 대해서는 종합건설업자들은 전문건설업체의 수가 적은 상태에서 공동수급체를 만들어야 하는 의무를 지게 됨에 따라 종합건설업체의 입찰 참여가 상대적으로 제한되게 되고 결과적으로 경쟁이 저해되는 문제가 있다는 지적을 하고 있다. 이러한 문제지적을 legisprudence의 관점에서 보면 종합

20) 이 제도에 관해 자세히는 김대인, “주계약자 공동도급제도의 발전방안”, 지방계약연구 창간호, 2010. 7. 참조.

건설업자와 전문건설업자간에 하도급과 관련된 문제해결을 자율적으로 할 수 있는 가능성을 충분히 검토하지 않고 강제적으로 공동수급체를 만들도록 한 것은 문제가 있다는 지적으로 재해석해볼 수 있다.

그러나 이러한 하도급의 문제는 자율적인 해결이 어렵다는 점이 인정되었기 때문에 하도급거래공정화에 관한 법률 등에서 이를 해결하기 위한 다양한 입법적 노력을 기울인 것으로 볼 수 있다. 따라서 사회적 소통(자율적 해결)이 가능한지 여부에 대한 충분히 검토가 없는 상태에서 주계약자공동도급제도가 도입되었다는 비판은 타당한 것으로 보기 힘들다. 또한 기존의 하도급문제 해결책이 충분치 않는 상황이라는 점이 인정된 상태에서 이 제도가 도입되었기 때문에 일단 대안의 원칙을 위배한 것으로 보기는 힘들다고 할 수 있다.

다만 주계약자 공동도급제도의 내용이 종합건설업자의 직업행사의 자유 등을 지나치게 제한하지 않는 방향으로 이루어졌는가 하는 점은 논의의 여지가 있다고 할 수 있다. 이는 규범밀도의 문제라고 할 수 있다. 이에 관해서 이어서 살펴 보도록 한다.

(2) 규범밀도의 원칙(principle of normative density)

규범밀도의 원칙은 입법시에는 권리침해의 정도가 가장 낮은 수단을 채택해야 한다는 원칙을 의미한다. 이는 비례원칙을 입법원리로 도입한 것으로 이해하는 것이 바람직하다.²¹⁾ 앞서 본 주계약자 공동도급제도가 이러한 규범밀도의 원칙을 준수한 것으로 볼 수 있는지를 보기 위해서는 다음과 같은 점을 검토해볼 필요가 있다.

첫째, 주계약자 공동도급제도를 만약 지방자치단체가 체결하는 모든 계약에 대해서 필수적으로 적용되도록 한다면 종합건설업자의 직업행사의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 현재 이 제도는 지방계약법 시행령

21) Perju, Vlad, A Comment on “Legisprudence”, Boston University Law Review, Vol. 89:427, 2009, pp. 431-432에서는 legisprudence 이론이 비례원칙과 결합하여 입법의 합리성을 획득할 수 있도록 한다는 점에서 의미가 있다는 지적을 하고 있다.

제42조의 규정에 의한 적격심사 방식만 적용하며, 최적가치 낙찰제, 협상에 의한 계약방식은 적용하지 아니한다(주계약자 공동도급운용요령 “II. 주요내용” 중 “1. 낙찰자 결정방식”). 이처럼 동 제도의 적용범위를 제한하고 있기 때문에 이 제도가 지나치게 권리를 제한하는 것으로 보기는 힘들다.

둘째, 행정안전부의 운용요령에서 공동수급체 구성원 상호간의 관계에서 대해서 상세하게 규율함으로써 공동수급체 구성원들간의 자율적인 계약체결을 할 수 있는 권리를 지나치게 제한하고 있는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있으나 이 역시 타당한 문제제기로 보기는 힘들다.

현재 구성원 자신이 시공한 부분에 대하여 각각 하자책임을 지며, 구성원간 하자구분이 곤란한 경우 관련 구성원이 연대하여 하자보수의 책임을 진다. 계약 담당자는 구성원이 하자보수를 이행하지 않은 경우 연대보증인 또는 보증기관에 하자보수를 요구해야 한다. (위 요령 “II. 주요내용” 중 “4. 계약과정”) 또한 대가지급과 관련해서는 “선금, 기성금, 준공금은 구성원 각각의 청구를 받아 구성원별로 지급한다”고 규정하고 있다. 다만, 선금의 경우 구성원 각각에게 지급하지 못할 불가피한 사유가 있는 경우에는 주계약자에게 일괄지급할 수 있으며, 이 경우 주계약자는 부계약자에게 수령일로부터 7일 이내에 지급해야 한다. (위 요령 “II. 주요내용” 중 “4. 계약과정”)

이처럼 행정안전부 운용요령에서 하자책임이나 대가지급에 관해서 자세하게 규정한 것은 공동수급체 구성원 상호간의 분쟁의 소지를 최소화하기 위한 것으로 계약자유의 원칙을 지나치게 침해한 것으로 이해하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 더구나 기존의 공동도급에서 종합건설업자와 전문건설업자의 관계는 수급인과 하수급인의 관계로서 좀 더 사법적인 성격이 강하지만, 주계약자 공동도급에서는 종합건설업자와 전문건설업자는 공동수급체를 만들어 함께 계약의 주체가 됨으로써 공법적인 성격이 보다 강한 것으로 보아야 한다. 이러한 점에서 법을 통해 계약관계에 개입할 여지가 더 큰 것으로 보아야 한다.

이러한 주계약자 공동도급 제도이외에도 지역업체 활성화를 위한 지역의무공동도급제도 등도 현재 도입되어 확대되고 있는 추세이다. 이들 제도들은 결국 비례원칙에 위배되지 않는 범위 내에서 제도가 정립되는 것이 필요하다고 할 수

있다.

주계약자 공동도급제도를 보면 *legisprudence* 이론에서 제시하고 있는 ‘규범 밀도의 원리’의 한계도 명확하게 드러난다. 주계약자 공동도급제도는 저가하도급의 문제를 해결하기 위해 도입된 측면이 강하다. 저가하도급의 문제를 해결하기 위해서는 다양한 법적 수단이 존재한다. 그런데 *legisprudence* 이론에서는 주로 ‘자유’제한의 정도의 측면에서만 접근하기 때문에 이러한 다양한 법적 수단들을 복합적으로 어떻게 사용하는 것이 바람직한가에 대해서는 구체적인 지침을 제공하지 못하는 한계가 있다. ‘*legisprudence* 이론’의 자유중심주의적 경향이 갖는 한계를 어떻게 극복할 것인가 하는 점이 앞으로의 과제라고 할 수 있다.

(3) 한시성의 원칙(principle of temporality)

공공조달법제는 경제적 상황의 변화 등에 민감하게 적응해나가야 할 필요가 있는 영역이 많고 이러한 점에서 한시성의 원칙의 적용이 이루어지기가 용이한 법제라고 할 수 있다. 이와 관련하여 지역제한입찰에 관해서 살펴볼 필요가 있다.

지방계약법은 제5조에서 국제입찰에 의한 지방자치단체 계약의 범위에 대하여 지방자치단체가 체결하는 공사·물품·용역의 계약 중에서 대한민국이 당사자인 정부조달에 관한 조약·협약·협정 등이나 그 밖의 국제규범에 따라 행정안전부장관이 그 적용 대상인 지방자치단체, 대상 금액, 공사·물품·용역의 범위를 정하여 고시하도록 규정하고 있다. 그리고 제9조에서는 주된 영업소의 소재지 등으로 입찰 참가자격을 제한하여 입찰에 부칠 수 있다고 규정하고 있다.

지방계약법 시행령 제20조 제1항 제6호는 국가계약법과 마찬가지로 추정가격이 ‘행정안전부령으로 정하는 금액’ 미만인 계약의 경우에는 그 주된 영업소의 소재지에 근거하여 제한입찰을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 동법 시행규칙 제25조는 주된 영업소가 해당 공사의 현장, 납품지 등이 있는 특별시·광역시·도·특별자치도의 관할구역 안에 있는 자로 제한하여야 한다. 이 경우 입찰자는 입찰공고일 전날부터 입찰일까지 주된 영업소가 그 시·도의 관할구역 안에

있어야 하고, 낙찰자는 계약체결일까지 주된 영업소가 그 시·도의 관할구역 안에 있어야 한다고 규정하고 있다.

동법 시행규칙 제24조는 시행령 제20조 제1항 제6호에서 말하는 ‘행정안전부령으로 정하는 금액’에 관하여 「건설기술관리법」에 따른 건설기술용역은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제4조에 따라 기획재정부장관이 고시한 금액(다만, 「시설물의 안전관리에 관한 특별법」에 따른 안전점검 및 정밀안전진단 용역은 1억 5천만 원), 건설기술용역 외의 용역 또는 물품의 제조·구매 등은 법 제5조 제1항을 적용받는 지방자치단체의 경우에는 행정안전부장관이 고시한 금액, 법 제5조 제1항을 적용받지 아니하는 지방자치단체의 경우에는 5억원이라고 규정하고 있다. 그 결과 국가계약법과는 달리 물품 및 용역에 관한 입찰과 건설기술용역에 관한 제한 경쟁입찰의 상한선을 달리하고 있다.

그리고 행정안전부장관은 그에 근거하여 물품 및 용역에 관하여는 시·도에 발주하는 경우에 추정가격 3.8억 원 미만, 시·군구에서 발주하는 경우에 추정가격 5억원 미만, 그리고 건설기술용역의 경우에는 추정가격 2.5억 원 미만으로

[표 2] 지역입찰의 범위와 구분

제한의 종류	계약 목적물	제한 요건	비고
④지역 제한	공사	<ul style="list-style-type: none"> ■ 종합공사 : 추정가격 100억원 미만 ■ 전문공사 : 추정가격 7억원 미만(다만, 혁신도시를 건설하기 위한 전문공사는 10억원 미만) ■ 전기·정보통신·소방·문화재·기타 : 추정가격 5억원 미만 	공사현장을 관할하는 시·도내에 주된 영업률 둔 업체로 제한
	물품·용역	<ul style="list-style-type: none"> ■ 시·도에 발주하는 경우 : 추정가격 3.8억원 미만 ■ 시·군구에서 발주하는 경우 : 추정가격 5억원 미만 ■ 건설기술용역 : 추정가격 2.5억원 미만 ■ 안전진단용역 : 추정가격 1.5억원 미만 	물품·용역의 납품현장을 관할하는 시·도내에 주된 영업소를 둔 업체로 제한

고시하고 있다.²²⁾ 따라서 지방계약의 입찰(시도)에 있어서 물품 및 용역의 경우에는 추정가격 3.8억 원이 상한선이지만, 건설기술 용역의 경우에는 2.5억 원이 상한선으로 되어 있다.

여기서 유의할 점은 지역제한입찰의 기준은 WTO 정부조달협정(Government Procurement Agreement: GPA)에 의해 무차별원칙이 적용되는 하한선 이하에서 설정되고 있다는 점이다. 그런데 지방계약에서 건설기술용역의 경우에는 WTO 기준에 의하더라도 3.8억원 이하까지 설정할 수 있음에도 불구하고 2.5억 원 이하로 설정되어 있다. 이는 건설기술용역과 관련해서는 지방업체의 기술력이나 경쟁력이 아직 낮다고 보아 2.5억 원 이하로 설정한 것이다. 2008년 2억 원으로 설정된지 상당한 기간이 흐른 이후에 2010년 12월 30일에 비로소 2.5억 원으로 인상²³⁾되었다. 그러나 지방업체의 기술력이나 경쟁력이 어느 정도 성장했는지에 대한 충분한 검토없이 상한선이 물품이나 기타 용역에 비해 현저하게 낮게 유지되고 있는 것은 한시성의 원칙에 입각해서 볼 때 문제의 소지가 있다.

그러나 이 문제는 한시성의 원칙에서만 볼 수는 없고 일관성의 원칙과의 관계에서도 보아야 한다. 왜냐하면 건설기술용역과 관련하여 지역제한입찰의 상한선을 3.8억 원으로 올리는 것은 그 만큼 경쟁제한적인 성격을 갖게 되기 때문에 일관성의 원칙상 허용될 수 있는지에 대한 추가적인 검토가 필요하기 때문이다.

(4) 일관성의 원칙(principle of coherence)

일관성의 원칙에서는 네 단계의 일관성이 있다. 우선 기초단계의 일관성은 규칙 상호간의 내용이 서로 모순되어서는 안 된다는 기본적인 원칙을 의미한다. 국가계약법이나 지방계약법의 각각 법률 자체 내에서는 이러한 기초단계의 일관성을 결여한 예는 찾아보기 힘들다.

다음으로 일단계의 일관성은 규범을 지나치게 쉽게 변경해서는 안 된다는 차

22) 행정안전부 2010.12.30. 예규 제344호, 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준.

23) 2006년도부터 행정자치부의 제한경쟁운용요령이 적용되기 시작했고 이 당시에 건설기술 용역의 상한선은 1.9억 원으로 정해져 있었다.

원의 일관성을 의미한다. 이는 신뢰보호의 원칙을 구체화한 것으로 이해할 수 있다. 일단계의 일관성은 앞서 본 한시성의 원칙과 조화를 이루어야 한다고 볼 수 있다. 따라서 시대상황에 맞추어서 규범이 변경되어야 할 영역과 지나치게 쉽게 변경되어서는 안 되는 영역을 구분하기 위한 노력이 필요하다. 지역제한입찰의 상한선의 설정은 한시성의 원칙이 보다 강하게 작동하는 영역이라고 할 수 있으나 기본적인 신뢰보호가 이루어지는 가운데 개정이 이루어져야 할 것이다.

이단계의 일관성은 규범이 전체 법체계와 일관성을 가질 것을 요구하는 원칙이다. 특히 지역제한입찰의 상한선을 올리는 것은 경쟁제한성을 갖기 때문에 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’과 같은 경쟁법질서에 어긋나지 않는 방향으로 정립할 필요성이 크다고 할 수 있다. 이를 위해서는 만약 건설기술용역에 대한 지역제한입찰 상한선을 2.5억 원에서 3.8억 원으로 올릴 경우 시장점유율에 몇 % 정도 영향을 미치는지 등에 대한 경험적인 분석이 필요하다고 할 것이다. 그리고 이처럼 상한선을 올림으로써 오히려 중소기업의 경쟁력을 향상시켜 이들 기업의 ‘자유’를 신장시키는 헌법적 의미가 있는 것은 아닌지에 대한 검토도 필요하다.

삼단계의 일관성은 규범이 현실과 부합할 것을 요구하는 원칙이다. 이를 위해서는 현실을 다루는 사회과학분야의 이론적 성과를 충분히 활용하여 입법을 해야 한다는 해석학적 접근방법이 이와 관련하여 강조되고 있다. 주계약자 공동도급제도나 지역제한입찰의 입법방향을 모색함에 있어서도 우리나라의 현실, 그리고 이에 관한 사회과학적 연구성과를 충분히 활용할 필요가 있다고 하겠다.

이와 관련하여 살펴볼 필요가 있는 것은 ‘공공조달발전의 7단계이론’이다. Harland 등은 각국의 공공조달제도가 다음과 같은 7단계로 발전한다는 견해를 제시하고 있다. ① 물품과 서비스를 적시에, 적절한 가격에 공급하는 것에 초점이 맞추어지는 단계(sourcing and delivering goods and services), ② 부패를 방지하기 위한 규제에 초점이 맞추어지는 단계(compliance with legislation/ regulation), ③ 제한된 재정을 가장 효율적으로 사용하는 데에 초점이 맞추어지는 단계 (efficient use of public funds), ④ 책임성의 원리에 입각하여 조달행정을 국민에게 제대로 설명하는 데에 초점이 맞추어지는 단계(accountability), ⑤ 조달되는

물품의 가격보다는 품질에 초점이 맞추어지는 단계(value for money), ⑥ 중소기업보호 등 정부의 개별적 정책목표를 추구하는 단계(supporter of broader government policy objectives), ⑦ 경제활성화 등 정부의 거시적 정책목표를 추구하는 단계(deliverer of broader government objectives)가 그것이다.²⁴⁾

대부분의 국가에서는 위 7가지가 복합적으로 나타나기 때문에 이를 단선적인 발전의 역사로 설명하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 그러나 이러한 공공조달발전의 7단계이론은 공공조달제도가 발전하는 과정에서 점차로 어디에 초점을 맞추는가를 보여준다는 점에서는 장점이 있다고 할 수 있다. 결국 위 7가지는 투명성(②, ④), 효율성(①, ③, ⑤), 사회·경제정책적 목표달성(⑥, ⑦)이라는 세 가지로 유형화해볼 수 있다.

주계약자 공동도급제도나 지역제한입찰제도는 위의 기준에 의해서 보면 ‘사회·경제정책적 목표달성’이라고 하는 ⑥, ⑦과 관련된 것으로 볼 수 있다. 그런데 위의 발전단계로 보면 투명성과 효율성이 어느 정도 확보된 전제하에서 ‘사회·경제정책적 목표달성’을 추구해야 한다는 점을 알 수 있다. 이러한 사회과학적인 연구성과를 충분히 활용하여 입법을 할 필요가 있다고 하겠다.

IV. 결 론

legisprudence 이론은 여러 가지 한계가 있지만 ① 입법작용을 헌법의 해석행위로 봄으로써 법철학적 논의를 끌어들이 수 있는 발판을 마련한 점, ② 헌법의 해석과 관련하여 해석학적 방법론을 도입하고 이를 통해 외부적 관점과 내부적 관점의 균형을 추구한 점, ③ 정당한 입법의 원리를 헌법적 논증을 통해 제시하고 있다는 점에서 그 가치가 크다고 할 수 있다.

이러한 legisprudence 이론의 관점에서 우리나라의 공공조달법제를 살펴보면

24) Harland, Christine, Public Procurement in perspective, in Louise Knight et al. ed., *Public Procurement-International Cases and Commentary*, Routledge, 2007, pp. 21-22 참조.

다음과 같다. 우선 헌법상의 경제조항, 제11조의 평등원칙, 제15조의 직업선택의 자유 등이 공공조달법제의 입법방향을 제시해주는 헌법규범으로 볼 수 있다. 이들 규정들은 공공조달의 다양한 원리들(투명성, 효율성)의 조화를 어떤 방향으로 추구할 것인가 하는 규범적인 의미를 제공하는 의미도 갖는다.

legisprudence 이론에서 제시하고 있는 입법의 원칙들도 공공조달법제에 주는 시사점이 크다. 우선 대안의 원칙 및 규범밀도의 원칙과 관련해서 주계약자 공동도급제도를 보면 직업행사의 자유를 제한하는 입법은 신중하게, 비례원칙을 준수하여 이루어져야 함을 알 수 있다.

한시성의 원칙과 관련하여 지역제한입찰제도를 보면 지역제한입찰의 상한선은 공공조달과 관련한 경제적 상황에 맞게 그 때 그 때 개정작업이 이루어져야 한다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 개정작업은 일단계의 일관성, 즉 규범을 지나치게 쉽게 변경해서는 안 된다는 원칙과 조화를 이루는 가운데 이루어져야 한다. 이단계의 일관성과 관련하여 보면 지역제한입찰제도의 개선과정에서는 경쟁법질서와의 조화를 추구해야 한다고 할 수 있다. 삼단계의 일관성과 관련하여 보면 공공조달법제의 입법과정에서는 이에 관한 사회과학분야의 이론적 성과를 충분히 반영하는 것이 필요하다고 할 수 있다. ‘공공조달발전의 7단계이론’을 그러한 예로 볼 수 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰”, 강원법학 제28권, 2009. 6.
_____, “주계약자 공동도급제도의 발전방안”, 지방계약연구 창간호, 2010. 7.
김성수, “헌법상 경제조항에 대한 개정론”, 국민과 함께 하는 개헌이야기(하),
국회미래한국헌법연구회, 2010.
민경국, “대한민국 경제헌법의 문제와 헌법개정 방향”, 국민과 함께 하는 개헌
이야기(하), 국회미래한국헌법연구회, 2010.
박영도, 입법학입문, 한국법제연구원, 2008.
심우민, 입법절차와 절차주의 : 순수절차주의에 대한 비판적 고찰과 그 대안, 연
세대학교 법학박사학위논문, 2011.
최대권, 입법의 원칙, 서울대 법학 제25권 제4호(통권 제60호), 1984. 12.

2. 외국문헌

- Knight, Louise et al. ed., Public Procurement-International Cases and Commen-
tary, Routledge, 2007.
McCrudden, Christopher, Corporate Social Responsibility and Public Procure-
ment, in: Doreen McBarnet et al. ed., The New Corporate Accountability
- Corporate Social Responsibility and Law, Cambridge University Press,
2007.
Perju, Vlad, A Comment on “Legisprudence”, Boston University Law Review,
Vol. 89:427, 2009.
Wintgens, Luc ed., Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation
European Academy of Legal Theory Series, Hart Publishing 2002.
Wintgens, Luc, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence,
Ratio Juris, Vol. 19 No. 1 March 2006 (1-25).

〈Abstract〉

**Public Procurement Law in ‘Legislation Theory’ Context
- Focusing on Luc Wintgens ‘legisprudence’-**

Kim, Dae-In

(Professor, Ewha Womans University Law School)

Despite some limitations, ‘legisprudence’ theory has many merits. First, it opened the way to philosophical discussions on legislation, since it considers legislative act as an act of constitutional interpretation. Second, it adopted hermeneutic point of view in constitutional interpretation and balanced the internal & external point of view. Third, it suggests ‘principles of legislation’ based on constitutional argumentation.

From legisprudence perspective, economy clause (Article 119, 123, 127), principle of equality (Article 11) and freedom of occupation (Article 15) are closely related with public procurement law. These clauses provide normative ground of harmonizing various principles of public procurement law such as transparency, efficiency, competition and socio-economic considerations.

‘Principles of legislation’ which are suggested in legisprudence gives many lessons to public procurement law. When “Contracting with a Team Consisting of General Contractor & Specialty Contractor” is examined with regard to principle of alternativity and normative density, we can see that legislations which restricts freedom of occupation should be developed prudently and adaptive to the principle of proportionality.

When “Contracting with local company” is examined with regard to principle of temporality, the threshold of this system should be revised according to each economic situation in public procurement. However, this revision should be conducted in due attention to ‘first stage coherence’. With regard to ‘second stage coherence’, ‘Contracting with local company’ should be harmonized with competition law. In the ‘third stage coherence’, legislation of public procurement should carefully consider social scientists’ observations. In this

context, '7 stage of public procurement development' should be employed.

※ **Keywords** : legislation, legisprudence, public procurement law, “Contracting with a Team Consisting of General Contractor & Specialty Contractor”, “Contracting with local company”