54~65경영포커스-12 1904.5.9 4:48 AM 페이지58

지자체 발주 공사의 도급인은 지자체여야 한다

- 국가가도급계약의당사자라는입장은‘ 지방자치권침해 ’-

지방자치단체, 예컨대 서울시가 시설 공사계약을체결할때「국가를당사자로하는계약에관한법률」시행령제13조의규정에의한입찰참가자격사전심사(PQ)의 대상공사와 동시행령 제79조의규정에 의한 대안입찰및일괄입찰, 실시설계 · 시공입찰의 대상인공사의경우에는그공사계약의체결을 조달청장에게 요청해야 한다(「조달사업에 관한 법률」 제8조, 동법 시행령 제15조). 여기에서는국가기관이조달청장에게계약체결을요청하는경우를논외로한다. 그리하여 조달청 시설공사 계약관이 공사계약의한쪽당사자로서기명날인을한다. 그리고 이러한 공사를 조달청 발주 공사라고한다.

도급인은누구인가

이러한공사계약의가장큰문제점은공사계약의도급인이누구인가, 즉수요기관이 도급인인가, 아니면 국가가 도급인인가 하는것이다. 누가당사자인가는기명날인을 누가하는가, 또한그 기명 날인을 본인으로서 하는지, 대리인으로서 하는지가 판단기준이된다.

수요기관은 도급인이아니다

수요 기관인 지방자치단체의 장은 계약서어디에도기명날인을하는일은없으므로 수요 기관인 지방자치단체는 도급인이 아니다. 이는계약형식이계약관이지방자치단체의 使者(심부름꾼)에 불과하고 계약의주체는지방자치단체라고볼수있는‘ 代行 방식 ’이 아니라는 의미이기도 하다. 또한, 계약관은대리의사를표시하지않으므로 지방자치단체를 대리하는 것도 아니고, 법률로규정한법정대리인도아니다.

국가가 도급인이다

기명날인을하는자를기준으로해야하고, 국가기관인조달청소속시설공사계약관이 기명 날인을 하므로(조달청 시설공사계약업무처리규정제16조제2항) 도급인은 국가로볼수밖에없다.

국가가도급 계약의 당사자라는 것이 대법원의입장이기도하다. 즉, 대법원은대한민국이 서울특별시를 위하여 H건설주식회사와의 사이에 난지도 쓰레기 처리장 건설공사계약을체결한이상그계약의당사자는 대한민국과 H건설주식회사이고 서울특별시는 위 계약상의 수익자라고 보았다(대법원1994. 8. 12. 선고92다41559 판결). 대법원은 난지도 쓰레기 처리 시설의 건설이 서울특별시의 사업으로서 그 기본 계획의 입안, 부지의선정및제공, 입찰안내서작성, 공사비지출, 관리비지출등계약체결을 제외한 모든 것이 실질적으로 서울특별시에 의하여 이루어졌을 뿐만 아니라 완성된 시설 또한 서울특별시에 귀속된다고 하여 서울특별시가 쓰레기 처리장 건설공사계약의 당사자가 되는 것은 아니라고 판단하였다.

공사계약특수조건과도급인의지위

조달청이정한공사계약특수조건제2조제2항은 ‘ 공사의 착공, 감독, 하도급 관리, 대가의 지급, 검사, 재해 방지 조치, 인수, 하자관리등공사현장에서계약이행과관련된 사항에 대해서는 달리 규정한 경우를 제외하고는수요기관의장(그위임을받은 공무원을포함)을계약담당공무원으로본다 ’고규정하여공사계약의이행과관련된 부분은수요기관인지방자치단체가도급인인것처럼미루어놓았다. 그리하여실제공사 계약의 이행과 관련된 사항은 지방자치단체의소관사항이기도하다.

그러나, 그런사정이있더라도위대법원 판결에서 보듯이 공사 계약의 도급인이 대한민국에서 지방자치단체로 바뀌는 것은 아니다. 즉, 계약의체결과관련된사항, 예컨대입찰무효의경우소송의당사자는대한민국이다. 뿐만 아니라 계약의 이행, 예컨대 대가의 지급과 관련된 사항인기성금 청구의 경우에도 소송의 당사자는 대한민국이다.

「조달 사업에관한법률」과도급인

왜 이런 문제가 생겼을까? 이는국가 기관이 조달청에 계약 체결을 요청하여 공사계약을체결하는방식을지방자치단체가조달청에 계약 체결을 요청한 경우에도 그대로적용하기때문이다. 국가기관이계약체결을 요청할 때에는 현행 방식으로 계약관이기명날인하더라도도급인이대한민국이므로문제가되지않는다. 계약체결을요청하는국가기관과조달청은모두국가기관이어서 그 행위의 효력은 국가에 귀속되므

54~65경영포커스-12 1904.5.9 4:48 AM 페이지59

로 소관청은 다르지만 국가가 도급인이 되는사실에는변함이없다.

그러나, 지방자치단체가 계약 체결을 요청할경우에도국가기관이계약체결을요청한 경우와 동일한 방식으로 계약을 체결하게 되면 시설공사 계약의 도급인이 대한민국이 되고, 지방자치단체는 공사 계약의 당사자가아니라 수익자로서제3자에불과하게되는것이다.

지방자치권을침해한다

위 대법원 판결에서 대법원은 서울특별시가 쓰레기 처리장 건설공사 계약의 당사자가아니라면서울특별시는계약의해제권이나해제를원인으로한원상회복청구권이있다고볼수없다고하였다.

따라서, 서울특별시는공사 계약의 이행과관련된모든사항(기성금과같은대가지급 포함)을 실질적으로 처리하면서도 계약상대자가 공사 계약을 제대로 이행하지 않을경우공사계약을해제할권한이없으므로공사계약을해제하지못한다. 공사계약을 해제하려면 국가에 그 해제를 요청하는 수밖에없다.

헌법 제117조 제1항은 ‘ 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을관리하며, 법령의범위안에서자치에관한규정을제정할수있다 ’고규정하여지방자치제도의 보장과 지방자치단체의자치권을 규정하고 있다. 다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의범위안에서자치에관한규정을제정할수있다고하였고, 제118조제2항에서지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1).

헌법 제117조 및 제118조가 보장하고 있는본질적인내용은자치단체의보장, 자치기능의보장및자치사무의보장이다(헌재

2001. 6. 28. 2000헌마735).

조달청이 시설공사 계약의 도급인을 국가로 하는 것은 헌법상 보장된 지방자치권을침해한다고볼수있다. 즉, 공사계약의 체결권은「조달사업에관한법률」에의하여 조달청이 갖는다 하더라도 공사 계약의 명의자는 지방자치단체가 되어야 하고, 공사계약의 명의자가 되지 못하여 공사 계약의 해제권을갖지못하는것은자치사무(고유사무)인공사계약을스스로처리할수없는 결과를 초래하므로지방자치권을 무의미하게하는것이다.

따라서, 지방자치단체가 발주하는 공사는 PQ 대상 공사일지라도 지방자치단체의 자치 사무에 속하므로 당연히 도급인의 지위도 지방자치단체가 가져야 한다. 이것이 헌법상보장된지방자치의정신이다.

도급인지위를지자체가가져야

국가 기관인 조달청은「조달사업에관한법률」에의하여일정한경우시설공사계약의체결권을가진다. 그렇다하더라도동법시행령제15조는일정한공사의경우그공사 계약의 체결을 조달청장에게 요청해야

조달청이시설공사계약의도급인을국가로하는것은헌법상의지방자치권을침해한다고볼수있다. 따라서, 지방자치단체가발주하는공사는조달청이계약체결의업무를수행하더라도 지방자치단체가 법적 주체로서 도급인이 되어야할것이다.

한다고만규정되어있지, 일정한공사의경우 공사 계약의 명의를 조달청으로 하도록 규정되어있지는않다.

효율적인조달 사업의수행과 지방 자치를 조화시키기 위해서는 시설공사 계약의 명의를 수요 기관인 지방자치단체로 하면 지방자치권의 침해 문제는 해결된다. 지방자치단체가 발주하는 공사는 조달청이 계약 체결의 업무를 수행하더라도 지방자치단체가 법적 주체로서 도급인이 되어야 할 것이다.한편, 국가가지방자치단체에재정을 지원하는 문제는 국가와 지방자치단체간의내부적문제일뿐이다.

따라서, 국민에대하여대외적효력을갖는공사계약의명의자와는차원이다른문제이므로지방재정교부금등의문제가공사 계약 명의의 문제에 영향을 미쳐서는 안 될 것이다.

권원현
기술신용보증기금사내변호사