

# 국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰 (I) - 미국 -

최 인 호

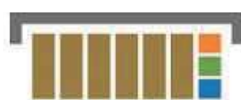


재정법제 연구 11-15-③-1

# 국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰 ( I )

- 미 국 -

최 인 호



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

# 국가발주공사의 하도급질서 공정성 강화에 관한 비교법적 고찰 [ I ]

- 미 국 -

A Comparative Law Study on Strengthening  
the Fairness of Subcontracting in  
Government Procurement [ I ]  
- The United States of America -

연구자 : 최인호(충남대학교 법학전문대학원 교수)  
Choi, In-Ho

2011. 10. 31.

# 요약문

## I. 배경 및 목적

- 정부발주공사에서 하도급계약의 불공정한 거래관행, 일괄하도급 관행 등으로 인한 중소기업의 경쟁력 약화, 국가의 예산 낭비 등 기존의 하도급질서의 공정화를 강화할 필요가 있음.
- 정부발주공사와 민간공사를 구별하지 않는 『하도급거래 공정화에 관한 법률』, 『건설산업기본법』 등의 규율만으로 불충분하여 하도급질서의 공정성 강화를 위한 기존 법제의 개선이 요청됨.
- 국내의 기존 법제개선을 위한 연구의 일환으로 정부발주공사에 있어서 하도급계약에 관한 상세한 규율을 하고 있는 미국의 사례를 검토하여 개선방향을 제시하고자 함.

## II. 주요 내용

- 공·사법이원론의 법체계 하에서 정부조달계약을 사법상 계약으로 규율하는 우리나라와 달리 미국은 공공성의 개념에 기초한 특수한 행정계약의 법리를 발전시킴.
- 표현대리와 금반언원칙의 적용 배제, 편의적 해약의 법리 등 사법상 계약의 법리를 대폭 수정하여 대륙법계 국가에서의 공법상 계약의 법리와 유사한 법리를 발전시킴.

- 관례에 의해 형성·발전한 특수한 행정계약의 법리는 연방조달규정(FAR)에 반영되어 공공성에 기초한 정부조달계약과 하도급계약의 공법적 규제를 정당화하는 근거가 됨.
- 연방조달규정(FAR)은 비용절감, 서비스의 질 제고뿐만 아니라 중소기업의 보호, 노동법의 준수 등 국가공공정책의 목표달성을 그 입법취지로 천명하고 있음.
  - 이에 따라 사회적 또는 경제적 취약계층에 주계약 및 하도급계약의 기회를 최대한 주기 위해 각종 할당제도를 운영하고 있는데, 중소기업청을 주무 행정기관으로 정하고 있음.
- 연방조달규정(FAR)은 주계약의 이행에 큰 영향을 주는 하도급계약에 관한 상세한 규정을 두고 있어 하도급계약의 방식과 내용형성에 관한 강도 높은 규제를 행하고 있음.
  - 하도급계약자의 계약이행능력에 대한 심사(적격심사) 병행함.
  - 일정한 범주의 하도급계약에 대해 정부의 동의를 요구함.
  - 하도급계약의 형태, 비용회계기준, 약정금액의 지급방법 등을 상세히 규제하고 있음.
  - 하도급계약을 포함해 정부조달계약 전반에 관해 상세한 규정을 둠과 동시에 계약상의 분쟁을 미연에 방지하거나 최소화하기 위해 표준계약조항의 삽입을 장려하거나 의무화하고 있음.
- 연방조달규정(FAR)은 주계약자의 선정과 소수자보호 프로그램(예: 중소기업 할당제도)의 목표를 연계함으로써 중소기업을 보호하고 사회적 또는 경제적 취약계층을 배려하고 있음.

- 연방조달규정(FAR)은 계약의 해지 시 하도급계약의 당사자 간의 분쟁해결절차에 관해 상세히 규정하고 있어 정부조달 계약 관련 이해당사자 간의 이해관계조정에 만전을 기하고 있음.
  
- 계약담당공무원(contracting officer), 계약해지담당관(TCO) 등 정부조달계약과 관련한 여러 전문공무원을 두어 관할사항에 대해 비교적 폭넓은 재량권을 부여하고 있음.
  - 이를 통해 책임의 소재를 명확히 하고 이들의 권한행사에 대해 절차규정(감사 포함)을 통한 일정한 제약을 가하고 있음.
  
- 연방조달규정(FAR)을 중심으로 한 미국의 조달법제의 가장 큰 특징은 공공성에 기초해 하도급을 포함해 정부조달과정 전반의 사전적 규제를 강화하고 이를 법규의 형태로 행한다는 것임.
  
- 미국의 사례를 통해 국내법제의 개선방향과 관련하여 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있음.
  - 정부발주공사에 적용되는 특별법의 제정을 고려할 필요가 있음.
  - 정부발주공사에 있어서 하도급거래의 ‘공정화’목표의 내용을 보다 구체화할 필요가 있음.
  - 정부발주공사에서 낙찰자결정을 함에 있어서 이행능력에 대한 평가 즉 적격심사를 강화하고 그 일환으로 하도급계약자에 대한 적격심사를 행할 필요가 있음.

- 계약담당공무원의 권한과 지위를 확대·강화할 정책적 필요성이 있고, 정부조달과정의 각 단계에서 발생할 수 있는 법적 분쟁을 해결할 수 있는 대안적 분쟁해결절차를 마련할 필요가 있음.

### Ⅲ. 기대효과

- 향후 정부에서 정부발주공사에 있어서 하도급질서의 공정성 강화를 위한 국내 법제의 개선방향과 그 내용을 설정함에 있어서 중요한 기초자료를 제공하고 있음.

▶ 주제어 : 정부발주공사, 정부조달계약의 공공성, 연방조달규정, 사회적·경제적 취약계층의 보호, 대안적 분쟁해결절차

# Abstract

## I . Background and Purpose of Research

- Strengthening the fairness of subcontracting in government procurement is needed in light of prevalent unfair trade practices between contractors and subcontractors.
- The Korean Legal System does not distinguish between government and civil procurement concerning subcontracting.
  - This aspect has certain limits on regulating subcontracting in government procurement in terms of its performance and fairness.
- This Study aims to propose future directions for improving the fairness of subcontracting in government procurement based on its analysis of the relevant U.S. legal system.

## II . Current Legal System and Its Problems

- Relevant statutes in the Republic of Korea do not differentiate between government contracts and civil contracts concerning subcontracting.
  - This equal treatment is based on the logic that government contracts are essentially civil contracts under the traditional public-private law dichotomy doctrine.



- This approach is not effective in regulating subcontracts in public procurement in terms of its performance and fairness because of its reliance on private law and ex post regulation.
- Relevant statutes in the Republic of Korea do not provide for alternative dispute resolution procedures. Thus, they are not enough to protect subcontractors and other third parties.
- Government authorities often regulate the choice of contractors and subcontracting in the form of internal rules rather than statutes and rules with legal force.
  - As a result, subcontractors and other third parties are in a disadvantageous position relative to contractors in lawsuits, because internal rules are not part of law.

### **III. Lessons from the United States**

- Government contracts receive legal treatment different from civil contracts. The federal courts have developed unique doctrinal theories based on the public character of government contracts.
  - The case law shows that the United States has created doctrines similar to the public-contract doctrine in continental law countries.
- This unique doctrinal treatment leads to, or justify, strong government regulation on subcontracting under the Federal Acquisition Regulation(FAR).

- The FAR contains provisions on review of qualifications of sub-contractors.
- Certain kinds of subcontracts are subject to the government consent requirement.
- Subcontracts are heavily regulated under the FAR in terms of contract types, cost accounting standards, payment methods, and etc.
- Certain contract clauses including termination for convenience are required to be inserted into subcontract forms.
- The FAR sets protection of minority-owned small businesses as part of its policy goals as well as enforcement of environmental and labor statutes.
- The goal of protection of minority-owned small businesses is achieved by means of implementing various kinds of quotas under the FAR.
- Prospective contractors are required to submit subcontracting plans, including their past performance in complying with subcontracting plan goals for minority-owned small businesses.
- The FAR provides for alternative dispute resolution procedures between contractors and subcontractors in the case of contract termination for convenience by government.

## IV. Legal Improvements

- Several legal improvements are recommended based on the analysis of the FAR and other relevant laws in the United States.
- A special statute targeting subcontracting in government procurement needs to be enacted.
  - Qualifications of subcontractors must be part of the bidding process in government procurement.
  - The status of contracting officers needs to be strengthened, and alternative dispute resolution procedures must be provided for in order to protect subcontractors.
- The meaning of the fairness of subcontracting in government procurement must be further clarified in order to improve pre-existing laws regulating subcontracts.

►► **Key Words :** government procurement, public character of government contracts, the Federal Acquisition Regulation (FAR), protection of minority-owned small businesses, alternative dispute resolution procedures

# 목 차

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7
제 1 장 서 론 .....	13
제 1 절 연구의 필요성과 목적 .....	13
제 2 절 연구의 내용 및 범위 .....	13
제 3 절 연구의 방법 .....	15
제 2 장 행정계약 일반에 관한 미국의 법리 분석 .....	17
제 1 절 우리나라에서의 행정계약에 관한 법리 .....	17
1. 공법상(公法上) 계약과 사법상(私法上) 계약의 二分法 .....	17
2. 정부조달계약의 법적 성격에 대한 이해와 문제점 .....	21
제 2 절 행정계약에 관한 미국 내 법리의 분석 .....	24
1. 공·사법이원론의 不在 .....	24
2. 미국법상 행정계약의 법리 .....	25
제 3 장 정부조달에 관한 미국의 법제 개요 .....	31
제 1 절 미국의 정부조달법제의 변천사 .....	31
제 2 절 미국의 정부조달계약법 시스템 개관 .....	32
1. 계약의 방법과 특징 .....	32
2. 정부조달계약의 기본원리와 각종 할당제도 .....	34
3. 계약상대방의 적격과 계약체결 방법 .....	36
4. 입찰담합 방지 및 규제 .....	38

5. 계약내용의 변경 또는 해지 .....	38
6. 중소기업 및 근로자의 보호 .....	39
7. 분쟁해결절차 .....	39
제4 장 하도급계약에 관한 연방조달규정(FAR)의 분석 및 검토 .....	43
제 1 절 개 관 .....	43
제 2 절 하도급에서의 계약상대방의 선택 .....	44
제 3 절 하도급관련 연방조달규정의 분석 및 검토 .....	44
1. 계약행위의 공고 .....	44
2. 조달계획의 내용 .....	46
3. 계약의 적격심사 .....	47
4. 입찰 등 조달의 참가자격의 제한 .....	50
5. 봉합입찰절차(Sealed Bidding) .....	51
6. 협상에 의한 계약절차(Contracting by Negotiation) .....	52
7. 계약의 방법 .....	54
8. 비용회계기준과 계약비용의 지급 관련 .....	55
9. 건설도급계약 관련 .....	57
10. 하도급계약 정책 및 절차 .....	58
11. 계약의 해지 .....	60
제 4 절 종 합 .....	62
제 5 장 종합정리 및 정책제안 .....	65
제 1 절 하도급 관련 미국의 법제 요약 .....	65
제 2 절 시사점 .....	67
참 고 문 헌 .....	71

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 필요성과 목적

국가, 지방자치단체 등 행정주체가 발주하는 이른바 관급(官給)공사 또는 국가발주공사에서 일반적인 하도급(下都給)관행이 낙찰자인 하도급인(下都給人)에게 일방적으로 유리한 경우가 많고 일괄하도급 관행 등 불공정하고 불합리한 하도급질서를 규제하는 법제도가 전반적으로 미약하여 공사의 부실(不實), 예산낭비 그리고 하수급인(下受給人)인 중소기업의 경쟁력 약화 등 국가적인 손실을 초래하고 있어 이를 사전에 예방하고 사후에 규제하기 위한 법제의 개선이 시급한 실정이다.

비록 우리나라는 『하도급거래 공정화에 관한 법률』, 『건설산업기본법』 등에서 하도급거래 전반을 법적으로 규율하고 있지만, 이는 국가발주공사에 한정하여 적용되는 것이 아니라는 점에서 일정한 한계를 가질 수 있기 때문에 공공성(公共性)이 강한 국가발주공사에 한정하여 적용될 수 있는 별도의 법제도를 마련할 필요성이 있다. 더구나 최근 정부 차원에서 이른바 하도급질서의 ‘공정화’방안을 주요정책과제로 설정하고 관련 법제도의 개선·정비를 적극 추진하고 있어, 이 연구에서는 미국의 사례를 분석하여 국가의 이러한 정책을 구체화하고 관련 법제의 개선을 위한 기초자료를 제공함과 동시에 큰 틀에서 개선의 방향을 제시하고자 한다.

### 제 2 절 연구의 내용 및 범위

첫째, 국가 등이 일방당사자가 되는 이른바 ‘행정계약’에 관한 미국 내 법리를 분석하고자 한다. 국가발주공사와 관련한 하도급질서를 국가차원에서 특별히 규제한다는 것은 국가와 도급인 간에 체결된 계약

의 공공성과 밀접한 연관성을 가지고 있다. 다시 말해서 행정계약이 갖는 공공성 또는 공법적(公法的) 성격이 규명되고 인정되어야 이에서 파생된 하도급거래에 대한 특수한 법적 규율을 정당화할 수 있고 규율의 밀도(密度) 내지 강도(強度) 역시 이에 상응하여 조절할 수 있기 때문이다. 따라서 미국의 경우 독일·우리나라와 달리 공·사법이원론의 법체계를 가지고 있지 않으므로, 우선적으로 사법상(私法上) 계약의 그것과 차별화될 수 있는 행정계약에 관한 특수한 법리가 정부조달계약에 있어서 형성·발전되어 있는가를 고찰해 필요성이 있는 것이다. 즉 행정계약의 개념, 체결과정 및 그 이후의 법적 규율, 하자의 유형과 그 효력, 분쟁해결수단 등 행정계약 일반론에 대한 법리적 검토가 선행되어야 하며, 특히 다른 사법상 계약과의 차별적 취급에 관해 검토해야 할 것으로 생각된다.

둘째, 하도급거래에 대한 법적 규율을 세밀히 검토하기에 앞서 정부조달계약에 관한 미국의 연방 법률과 행정입법에 관한 전반적인 체계와 내용을 분석하고자 한다. 즉 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR), 계약분쟁법(Contract Dispute Act), 연방조달간소화법(Federal Acquisition Streamlining Act: FASA) 등 정부조달계약에 관해 적용되는 주요 법령의 전반적인 체계와 내용을 분석하여 정부조달계약에 관한 법적 규율을 일반적으로 이해할 필요가 있으며, 이를 바탕으로 하도급질서의 공정화를 시도하는 미국의 법제도를 접근해야 한다.

셋째, 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR)의 규정을 중심으로 하도급질서를 규율하는 연방 법률 및 행정입법의 내용을 세밀히 분석·검토하고자 한다. 우리나라의 법규명령(위임명령)에 해당하는 연방조달규정은 하도급에 관하여 아주 상세한 규정을 두고 있어서 그 내용과 체계를 고찰하는 것은 큰 의미를 가질 것이며, 분석 및 검토에 있어서 이러한 규정을 두게 된 미국 특유의 역사적·사회적·문화적 맥락과 법체계를 이해할 필요가 있다.

마지막으로 정부조달계약과 하도급에 관한 미국의 법적 규율을 종합정리하고, 한국의 상황에 적용될 시사점과 교훈을 제시하고자 한다. 이 때 한국의 법체계와 내용을 염두에 두면서 한국의 실정에 맞는 실행 가능한 대안의 방향을 제시하고자 노력할 것이다.

### 제 3 절 연구의 방법

이 연구는 비교법적(比較法的) 연구의 방법론을 취하고 있기 때문에, 연구의 내용 및 범위 부분에서 언급한 쟁점과 관련하여 연방조달 규정(Federal Acquisition Regulation: FAR) 등 미국의 관련 법제, 문헌 및 판례를 중점적으로 분석·검토하고자 하며, 필요한 경우 우리나라의 법제, 문헌 또는 판례를 인용하고 분석·검토한다. 이 과정을 통해 미국의 사례에서 한국의 상황에 적용 가능한 교훈과 시사점을 얻고자 하며, 이를 바탕으로 정책대안의 개선방향을 제시하고자 한다.



## 제 2 장 행정계약 일반에 관한 미국의 법리 분석

### 제 1 절 우리나라에서의 행정계약에 관한 법리

#### 1. 공법상(公法上) 계약과 사법상(私法上) 계약의 二分法

##### (1) 도입

국가, 지방자치단체 등 행정주체가 일방 당사자가 되는 계약을 일반적으로 행정계약이라고 하며, 그 중에서도 물품이나 용역의 조달, 건축도급 등을 위한 계약을 특별히 정부조달계약 또는 조달행정이라고 한다. 그런데 행정계약이라는 용어는 사법상 계약과 대비하여 쓰이는 것이 아니라, 공법적 또는 사법적 성격과 무관하게 행정주체가 일방 당사자가 되는 모든 유형의 계약을 의미하고 있다.<sup>1)</sup> 독일에서의 공·사법이원론에 따라 행정계약은 다시 公法上 契約과 私法上 契約으로 다시 분류된다.

행정계약을 공법상 계약과 사법상 계약으로 구별하는 실익(實益)은 적용법규 및 재판관할의 차이 때문이다. 즉 공법상 계약은 행정법의 일반원칙을 비롯한 공법법규가 적용되고 그에 관한 법적 분쟁은 원칙적으로 행정소송(공법상 당사자소송)의 대상이 되는 반면, 사법상 계약은 민법 등 사법법규가 적용되고 분쟁해결절차는 민사소송이어야 한다는 것이다.<sup>2)</sup> 다시 말해서 독일 행정법의 도그마틱(Dogmatik)인 공·사법이원론이 행정계약의 영역에까지 확장하여 적용된 결과 공법상 계약/사법상 계약의 이분법과 이를 전제로 한 이른바 공법상 계약의 법리가 형성·발전되었던 것이며, 이러한 법리는 우리나라의 학설과 판례에까지 큰 영향을 주기에 이르렀다.<sup>3)</sup>

1) 김동희, 『행정법 I (제15판)』, 박영사, 2009, 217면; 박균성, 『행정법론(상)(제9판)』, 박영사, 2010, 451-452면; 홍정선, 『행정법원론(상)(제18판)』, 박영사, 2010, 467면.

2) 박균성, 上掲書, 450면.

3) 초기의 국내문헌으로는 진보성, 「公法上の 契約 — 행정법계약의 중요문제를 중심

## (2) 공법상 계약의 법리

공법상 계약은 공법상의 법률효과를 발생, 변경 또는 소멸시키는 행정주체를 적어도 일방당사자로 하는 복수당사자간의 반대방향의 의사 합의로 개념 정의되고 있다. 법적 개념을 담고 있기는 하지만, 법령상의 용어(즉 실정법상의 용어)도 행정실무상 사용되는 용어도 아니며 학자들에 의해 만들어진 순수한 학문적 용어(즉 강학상의 용어)이다. 공법상 계약은 행정영역에서 공익목적의 달성을 위해 사용되는 독자적인 행위형식(즉 행정작용의 유형)의 하나로, 당사자 사이의 합의(合意)를 본질로 하는 계약을 공권력 행사의 한 수단으로 사용한다는 점에서 협의(協議)에 의한 행정이 강조되는 현대행정에 있어 점차 중요성이 커지고 있다.

공법상 계약은 공·사법이원론의 또 다른 적용의 결과 탄생된 개념(공법상 계약 ↔ 사법상 계약)으로, 행정주체가 일방당사자가 되는 계약이라 하더라도 공권력 행사의 한 수단이 되는 한도 내에서 사법상 계약에 적용되는 민법 기타 사법상의 규정 및 법원리가 수정 또는 제한되고 공법적 규율(=공법법규)이 적용되며, 파생되는 법적 분쟁을 행정소송의 한 유형인 공법상 당사자소송 또는 국가배상청구소송을 제기해서 해결하여야 한다는 것이 공법상 계약의 법적 규율이 갖는 특수성의 핵심이다.<sup>4)</sup> 전자는 실체법적 규율의 특수성으로, 후자는 소송법적 규율의 특수성으로 세분화할 수 있으며, 이에 덧붙여 절차법적 규율의 특수성이 추가될 수 있다. 여기서 말하는 절차법적 특수성이란 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 또는 『지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 기타 개별법에서 규정하고 있는 형식상·절차상 요건을 준수해야 한다는 것을 의미한다.

으로 — ], 『行政法の 諸問題』, 교학연구사, 1992, 309-317면 참조.

4) 박균성, 前掲書, 457-461면.

그런데 공법상 계약과 사법상 계약을 구별하는 명백한 기준은 존재하지 않는다. 공법상 계약의 법리는 입법의 산물이 아니라 전적으로 학설과 판례의 산물이기 때문이다. 해당 계약이 추구하는 목적이나 대상이 공익실현 또는 공익보호와 밀접한 관련을 가질수록, 사법규정 및 법원리와 차별되는 특수한 법적 규율을 내용으로 하는 법령상의 규정이 적용되거나 계약에 이러한 내용이 포함된 조항이 존재하면 공법상 계약으로 판단될 가능성이 높아진다고 볼 수 있으나, 반드시 맞는 말은 아니라고 할 수 있다.<sup>5)</sup>

공법상 계약의 법리가 갖는 본질은 공익보호를 위해 국가 등에 의한 계약내용의 변경청구권이나 일방적인 계약의 해제권 또는 해지권 행사를 정당화하는데 있다. 공법상 계약을 공권력 행사의 한 수단(즉 협의에 의한 행정)으로 보기 때문인데, 결과적으로 공법상 계약의 법리는 행정주체와 사인 간에 체결되는 이른바 종속계약(또는 부대등계약)에 있어서 계약의 상대방인 국민을 법적으로 불리한 지위에 놓게 된다.

따라서 공법상 계약과 사법상 계약을 구별하는 것은 판례의 검토를 통해서 할 수밖에 없는데, 판례에 따르면 계약직 공무원의 채용,<sup>6)</sup> 행정사무의 위탁계약<sup>7)</sup> 등이 극소수의 행정계약만이 공법상 계약에 해당한다. 고로 공법상 계약의 법적 통제 또는 규율에 관한 법리는 아직 태동하는 단계에 불과하다고 할 수 있으며, 법제의 개선 또는 향후

---

5) 上掲書, 451면 참조.

6) 판례는 『국가공무원법』 또는 『지방공무원법』 상의 계약직 공무원(과거의 전문직 공무원)의 채용계약을 전형적인 공법상 계약으로 보면서 그 해지의 무효확인을 구하기 위해서는 『행정소송법』 상의 당사자소송을 제기하여야 한다고 일관되게 판시하고 있다. 판례에 의해 계약직 공무원으로 분류된 경우로는 국립 또는 시립 무용단원 또는 합창단원, 서울특별시 경찰국 산하 서울대공전술연구소 소장, 국방홍보원장 등이다. 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948 등 참조.

7) 판례는 또한 『항만법』 상의 항만공사 시행허가 이전에 실시하는 항만공사의 타당성조사를 위한 외부용역을 위한 계약을 공법상 계약으로 보고 있다. 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209.

판례의 형성에 의해 그 범주가 확장될 여지는 충분히 존재한다고 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

▶ 공법상 계약의 해지권 행사에 관한 판례 요지

1. 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948

이 사건 채용계약과 같은 계속적 계약관계에 있어서는, 당사자 상호간의 끊임없는 신뢰관계를 그 존립의 기초로 하고 있으므로, 당사자 사이에 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약관계를 그대로 유지하기 어려운 정도에 이르게 된 특별한 사정이 있는 경우에는 **비록 그것이 약정해지사유나 법정해지사유의 어느 하나에 해당하지 않는다고 하더라도 상대방은 그 계약관계를 곧바로 해지함으로써 그 효력을 장래에 향하여 소멸시킬 수 있다고 전제**한 다음, 국방일보는 군기관지로서 국민들의 안보의식 고취, 군민 안보 공감대 형성, 장병들의 국가관 내지 대(對)적관 확립, 사상무장, 정신교육을 주 임무로 하는 특수한 신문으로서 그 기사의 내용이 국방부나 정부의 공식적인 견해로 해석될 여지가 많은 신문이고, 원고는 국방일보를 발행하는 국방홍보원의 최고책임자로서 소속 직원을 지휘·감독하고, 국방일보의 제작·편집 등에 대한 중궁적이고 궁극적인 책임을 지는 자인데, 북한주민들에게 김일성의 주체사상을 교양하기 위하여 김일성이 창작하고 김정일이 각색한 가극으로 이후 모든 혁명가극의 모델이 된 ‘피바다’라는 제목의 혁명가극에 대한 기사를 국방일보에 게재하면서 “김주석 창작 지도한 혁명연극”, “주체사상 구현 완벽한 명작”이라는 문구의 부제를 붙임으로써 그 독자들 특히, 군 장병들에게 그 기사의 제목이나 내용이 우리 정부의 공식적인 견해인 것으로 받아들여질 우려가 심대하였고, 그에 따라 장병들의 안보의식을 혼란시켜 군 전체의 사기나 전력에 악영향을 끼쳤을 가능성 역시 적지 않았으리라고 볼 수밖에 없으므로, 피고 산하 국방부장관이 원고를 국방일보의 발행책임자인 국정홍보원장으로 채용한 계약의 기초가 되는 신뢰관계는 이미 파괴되었고, 따라서 피고는 원고와의 채용계약을 해지하여 그 효력을 장래에 향하여 소멸시킬 수 있으므로, 채용계약 해지의 의사표시는 정당하다.

2. 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209

계약당사자가 연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약에 위반하여 타당성 조사용역이 시행되기도 전에 사업시행자로 선정되었음을 전제로 입찰공고 등 일

8) 최인호, 『행정법총론』, 충남대학교 출판부, 2010, 458면.

련의 행위를 한 경우, 조사용역계약의 계속적 성격과 공익적 성격에 비추어 이는 계약당사자 사이의 신뢰관계를 파괴하고 그 공익성을 저해함으로써 계약관계의 계속을 현저히 곤란하게 한다는 이유로 위 조사용역계약이 지방해양수산청장의 해지통고로 적법하게 해지되었다.

위에서 인용한 두 개의 판례의 요지는 계약당사자 간의 특별한 신뢰관계를 전제로 하는 공법상 계약에 있어서 국가 등에 의한 해지권의 행사는 계약관계의 계속을 현저히 곤란하게 하는 신뢰관계의 파괴 또는 공익저해 등의 사유가 있으면 법정해지사유 또는 약정해지사유에 해당하지 않더라도 공익보호를 위해 정당화될 수 있다는 것이다. 다시 말해 계약에 관한 사법상의 규율과 다른 특수한 실체법적 규율이 적용될 수 있다는 것으로, 공법상 계약의 공익성(또는 공공성)이 그 이론적 근거가 된다고 볼 수 있다.

## 2. 정부조달계약의 법적 성격에 대한 이해와 문제점

### (1) 협의의 국고작용으로서의 정부조달계약

사법상 계약으로 분류되는 행정계약은 다시 행정사법(行政私法)계약과 협의의 국고작용으로 분류되는 조달계약과 일반재산(과거의 雜種財産)의 매각이나 임대 등 영리행정작용으로 다시 구별된다.<sup>9)</sup> 행정사법계약 또는 행정사법작용은 공공적 성격이 강한 영역에 있어서 이른바 사법(私法)으로의 도피(逃避)를 방지하기 위해 등장한 이론으로 학자들에 의해 독자성을 갖는 사법적 행위형식으로 분류되고는 있으나, 실무상 확립된 개념은 아니다. 그 주요골자는 행정사법계약은 사법상 계약이라 하더라도 공익보호를 위해 행정법의 일반원칙 등 공법법규의 제한적인 적용이 이루어진다는 것이다.<sup>10)</sup> 그런데 실무상 정부조달

9) 홍정선, 前掲書, 494-495면.

10) 上掲書, 495-498면 참조.

계약은 행정사법작용이 아닌 협의의 국고작용에 해당하는 조달행정작용으로 이해되고 있다.

## (2) 관례의 태도

국내에서 정부조달계약은 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 또는 『지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』에서 그 절차를 중심으로 특수하게 규율하고 있으므로 일반 사법상 계약과 차별화되는 절차적 규율이 가해진다고 볼 수 있는 반면, 대법원 관례는 일관되게 정부조달계약을 사법상 계약으로 이해하고 있기 때문에 실체법적 관점에서는 기본적으로 『민법』의 규율을 받는다고 할 수 있을 것이다.

### ▶ 정부조달계약에 관한 관례 요지

☞ 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604

지방재정법에 의하여 준용되는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다.

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다.



계약담당공무원이 입찰절차에서 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이 분명할 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

위에서 인용하는 대법원의 판례에 따르면, 심사기준을 위반하여 낙찰자를 결정하였다고 하더라도 심사기준은 내부규정에 해당하여 법규성을 결여하고 있으므로 이를 위반하더라도 낙찰자결정 및 당해 정부조달계약은 무효가 되는 것은 아니고, 정부조달계약의 사법상 계약의 성격에 비추어 볼 때 민법 기타 개별법상의 강행규정 위반이 있어야 무효가 된다는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 우리나라는 독일에서의 공·사법이원론의 강한 영향을 받아 정부조달계약은 그 강한 공공성에도 불구하고 공법상 계약에 관한 법리가 아닌 『민법』의 계약에 관한 법리가 기본적으로 적용된다고 볼 수 있다.

### (3) 정부조달계약의 법적 성격에 관한 판례의 태도가 갖는 문제점

대법원 판례가 의미하는 바는 낙찰자결정을 포함한 정부조달계약에 있어서 사법법규의 적용 결과 낙찰을 받지 못한 제3자의 보호에도 미흡하고 더 나아가 하도급계약의 체결, 내용 및 이행과정에서의 불공정 문제를 규율하기에는 적합하지 못한 것이 실정이다. 따라서 『민법』 제 103조의 공서양속 위반, 『민법』 제104조의 불공정계약에 해당하거나 아니면 개별법상의 강행규정 위반이 아닌 경우 하도급업자를 보호할 수 없는 문제가 발생한다. 결과적으로 불공정한 하도급계약을 예방하기에

는 한계가 있어 국가발주공사의 부실과 하도급업자인 중소기업의 경쟁력 약화가 초래될 수 있어 중대한 공익의 침해가 발생할 여지가 크다.

정부조달계약이 기본적으로 사법상 계약이라는 것은 국가, 지방자치단체 등에 의한 사전적 규제가 어렵고 고비용이 수반되는 민사소송의 제기에 의한 사후적 구제수단에 의존하는 결과가 발생한다. 민사법원의 판결은 구체적인 사안에 의존하는 결과 법적 불확실성을 내포하고 있기 때문에 정부조달계약의 공공성을 약화시킬 수 있다. 더 나아가 이에 기한 하도급계약 기타 거래 전반의 규제에 있어서 정부정책의 정당성을 약화시킬 수 있다.

결과적으로 하도급계약의 불공정성을 공법적 측면에서 규제하는 역할은 『약관의 규제에 관한 법률』, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』, 『하도급거래 공정화에 관한 법률』 등에 따라 공정거래위원회가 맡게 된다고 볼 수 있으나, 사후적 규제라는 한계와 공정거래위원회의 업무 부담을 고려한다면 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 또는 『지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』을 개정하거나 특별법을 제정하여 하도급계약에 관한 규정을 두어 하도급업자를 특별히 보호하는 강행규정을 두는 것이 가장 효과적이고 현실적인 대안으로 판단된다. 낙찰자결정 또는 정부조달계약의 법적 성격을 처분 또는 공법상 계약으로 취급하는 법리의 형성에는 많은 시간이 걸리고 필연적으로 규율의 구체적 내용과 관련한 법적 불확실성의 문제가 발생할 것이기 때문이다.

## 제 2 절 행정계약에 관한 미국 내 법리의 분석

### 1. 공·사법이원론의 不在

미국은 국가의 特權을 인정하지 않는 普通法(common law)의 전통을 가진 국가이므로 私法과 구별되는 公法이라는 관념이 형성될 여지가



없었고 따라서 공법상 계약의 법리가 형성·발전할 여지가 없었으며 재판관할도 일원적(一元的) 체계를 가지고 있다.<sup>11)</sup> 기본적으로 행정주체가 일방 당사자가 되는 계약은 사법상 계약으로 취급된다고 볼 수 있으며, 다만 정부조달계약과 같이 공공성(公共性)을 갖는 계약에 관해 다른 사법상 계약과 차별화되는 법리를 판례를 통해 발전시켜왔다고 볼 수 있다.

미국은 母國인 영국과 마찬가지로 국가의 특권을 전제하는 공법과 사법의 구별을 부정하는 보통법(common law)의 전통을 갖고 있었으나, 1946년 연방행정절차법(Administrative Procedure Act: APA)을 제정함에 따라 공법적(公法的) 행정작용을 특수하게 규율하는 이른바 행정법(Administrative Law)이 형성되기 시작하였고, 정부조달계약을 포함한 행정계약도 연방행정절차법의 규율을 받게 되기에 이르렀다.<sup>12)</sup> 구체적인 의미는 적용법규의 차별화로 이해할 수 있는데, 이는 사법상의 법리가 행정의 영역에서 점차 수정(修正)되기 시작하였음을 의미한다.

## 2. 미국법상 행정계약의 법리

### (1) 계약체결과정의 법적 규율

연방정부가 일방 당사자가 되는 계약의 체결에 있어서 각종 권리를 위임하여 계약담당공무원(contracting officer)의 법적 지위를 확실하게 보장하는 동시에 권한의 적정한 위임이 없을 때는 당해 계약은 무효가 될 수 있다고 봄으로써<sup>13)</sup> 표현대리(表見代理)와 금반언(禁反言)의 법리를 제한적으로 적용하고 있으며, 이 때 계약의 상대방 또는 대리인

11) 박정훈, 「공법과 사법의 구별 — 행정조달계약의 법적 성격 —」, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2007, 215면.

12) 上掲書, 215-218면 참조.

13) W. NOEL KEYES, GOVERNMENT CONTRACT (3rd Ed.), 2000, pp.10-15.

의 선의(善意)는 항변사유가 될 수 없다고 한다.<sup>14)</sup> 다만 무권한(無權限)의 행위에 대해서는 권한이 있는 행정공무원에 의해 사후 승인될 수 있거나 법원에 의해 사실상 승인(즉 묵시적 승인)이 있었다고 판단될 수 있다.<sup>15)</sup>

이러한 실체법적 규율은 결국 사법상의 계약에 적용되는 법리의 수정이며 그 정당화사유는 정부조달계약의 공공성 또는 공익적 성격이라는 점에서, 미국법상 행정계약에 관한 독자적인 법리는 형성되어 있다고 평가할 수 있을 것이다.

▶ 관련 미국 연방대법원 판례

1. Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, 332 U.S. 380 (1947)

정부는 권한을 행사하는 방식이나 특정한 행위의 유형에 대한 권한의 범위에 따라 부분적으로는 공적이거나 사적인 존재가 아니다. 정부는 전통적인 행정기관을 통해 그 기능을 수행하거나 제한적인 목적을 위해 설립된 기업의 형태를 통하여 기능을 수행할 수 있다. 정부가 기능하는 구체적인 형태가 무엇이든 간에 정부와 계약관계를 형성한 사인은 자신이 정부의 권한 범위 내에서 행동해야 한다는 제약이 있다는 법적 위험을 감수해야 한다. 이러한 권한의 범위는 연방의회에 의하여 명시적으로 또는 행정기관이 제정한 위임입법에 의해 제한될 수 있다. 이러한 사실은 이 사건의 경우와 마찬가지로 심지어 대리인 자신이 정부의 권한에 대한 한계를 인식하지 못했을 경우에까지 그대로 적용된다.

2. Schweiker v. Hansen, 450 U.S. 785 (1981)

신청인이 사회보장청(Social Security Administration)의 현장 직원으로부터 어머니보험(mother's insurance)의 혜택을 받을 자격이 있는지에 관해 구두로 질문을 받고 해당 직원으로부터 그녀는 자격이 없다고 잘못 확인을 받았다고 하더라도 그 직원이 수혜자격여부에 관해 불확실성이 존재할 때 신청인에게 신청서류를 제출해보라고 조언하도록 권고하는 내부지침을 위반한 경우에는, 해당 직원의 실수는 내부지침의 중대한 위반이어서 사회보장청에 대하여 금반언의 법리를

14) See Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, 332 U.S. 380 (1947); Schweiker v. Hansen, 450 U.S. 785 (1981).

15) KEYES, GOVERNMENT CONTRACT (3rd Ed.), p.22.

적용할 수 없으며, 따라서 신청인은 그 직원과의 인터뷰 이전 12개월 동안 보험의 혜택을 소급적으로 받을 수 없으며 다만 서류제출 이전 12개월 동안의 혜택을 받는데 그친다.

그리고 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR) 등 관련 법령상의 강행규정은 계약의 내용으로 편입되지 않더라도 계약의 당사자를 구속하는 효력이 있다는 이른바 Christian Principle이 판례에 의해 확립되었다. 동 원칙은 정부조달계약이 여타 사법상 계약과 그 법적 성격 면에서 특수성을 갖고 있다는 점을 극명하게 보여 주는 사례이다.<sup>16)</sup>

▶ 관련 미국 연방대법원 판례

☞ G. L. Christian and Associates v. United States, 375 U.S. 954 (1963)  
국방부의 조달규정상의 해약조항은 군 요새의 연방건설프로젝트를 위한 계약에 자동적으로 포함될 수 있으며, 따라서 정부가 체결한 적법한 계약의 해지사유가 될 수 있다. 결과적으로 수급인과 하도급업자는 계약이 해지될 경우 기대수익 전부를 해약금으로 받을 수 없고 표준해약조항에서의 공식에 따라 기대수익 중 일부만을 보전 받을 수 있을 뿐이다.

(2) 계약내용의 변경이나 해제 또는 해지

계약의 체결 이후 중대한 사전변경이나 기타 사정을 이유로 한 편의적 해약(termination for convenience)의 법리가 형성되었다. 편의적 해약의 법리는 남북전쟁시대로부터 형성된 것으로 처음에는 무기조달계약(군수계약)에 한정하여 적용되었으나 현재에 와서는 모든 유형의 정부조달계약에도 적용되기에 이르렀다.<sup>17)</sup> 기본적으로 정부 등 행정주체

16) 박정훈, 前掲書, 217면 참조.  
17) 김대인, 『행정계약법의 이해』, 서울대학교 법학연구총서 제9권, 경인문화사, 2007, 180-181면 참조.

가 손해배상책임을 지지 않고 적법하게 계약의 내용을 변경하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다는 것을 의미한다. 편의적 해약의 상대방에게는 기대이익의 청구는 허용되지 않고 이미 지출된 비용이나 이윤 등 제한적 범위 내에서의 반환청구권 행사가 가능하다.<sup>18)</sup>

편의적 해약의 법리는 계약의 체결 당시 예상할 수 없었던 중대한 사정변경에 한정하지 않고 당초 예상한 비용의 급격한 증가, 기술혁신 등으로 인한 새로운 계약의 필요성을 이유로 한 적법한 계약내용의 변경 또는 계약의 해제 또는 해지를 인정한다. 따라서 편의적 해약의 법리는 공법상 계약의 법리와 매우 유사한 내용을 가지고 있다고 볼 수 있으며, 여기서 미국법상 정부조달계약이 여타 사법상 계약과 차별적으로 취급됨을 여실히 알 수 있다.

▶ 관련 미국 연방대법원 판례

☞ U.S. v. Corliss Steam Engine Company, 91 U.S. 321 (1875)

국방부 내의 해군성을 창설한 1798년의 법률에 의하여 해군장관의 의무는 대통령의 명령에 따라 무기의 조달 및 해군기지 건설 관련 제문제에 미친다. 그러한 경우에 있어서 대통령의 권한은 당연히 연방의회가 제정한 법률에 의한 제한된다. 근거법률에 의하여 위임된 대통령의 권한을 행사하는 해군장관은 국가와 군인을 위하여 무기조달과 해군기지 건설 등을 위한 수많은 계약을 체결하고 계약이 체결된 작업을 중단시킬 권한이 부여되며, 이러한 권한은 공익을 보호하기 위해 얼마든지 행사될 수 있다. 해군장관은 계약이 체결되고 완전 이행되었을 때 당초 약속된 전액의 변제에 대하여 승인할 수 있는 것처럼, 계약이 중단되었을 때 부분 이행에 대한 보상에 관하여 승인할 수 있는 권한을 가지고 있다. 전함의 무장과 장비를 위한 계약은 작업의 완성을 위해 수년이 요구될 경우 계약이행과 관련한 수많은 수정이 요구된다. 전함 건조, 무기제조 등에 있어서 기술혁신이 끊임없이 이루어짐에 따라 계약의 일부는 폐기되거나 변경될 수 있다. 만약 해군장관의 권한이 계약의 변경 또는 중단과 조달업자 간의 분쟁해결에 있어서 이러한 가능한 기술적 변화에 대처할 수 없다면 이는 오히려 공익의 중대한 침해가 될 수 있다.

18) 上掲書, 182면 참조.

그리고 이와 관련하여 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR)은 확정가(fixed price) 정부조달계약에 있어서 편의적 계약조항을 포함시킬 것은 의무화하도록 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

### (3) 계약의 하자(무효사유)

미국에서는 하자 있는 계약을 명백한 위법성(palpable illegality)이 존재하는 계약과 부적절한 계약(improper contract)으로 구별하는데, 전자의 경우에는 부존재한 것으로 무효로 보거나 취소의 대상이 되고, 부적절한 계약의 경우 편의적 계약의 문제로 보고 있다.<sup>20)</sup> 불법적인 계약의 대표적인 예로는 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR)이 금지하는 비용비례 인센티브(cost-plus-a-percentage-of-cost) 계약이 있다. 비용비례 인센티브 계약이란 계약의 이행과정에서 발생한 비용을 토대로 계약의 상대방에게 주어지는 보수가 정해지는 계약을 의미하는데, 비용비례 인센티브 계약은 독과점체제 하에서의 전력사업자(electric utilities)에 대한 그것처럼 법률이 명시적으로 인정하는 경우에 한정된다고 할 수 있다.

연방조달규정(FAR) 16.102(c)  
비용비례 인센티브 계약은 사용될 수 없다. 확정가계약이 아닌 주계약(서신 계약 포함)에 적절한 조항을 포함시켜 비용비례 인센티브 계약이 하도급계약의 체결에 있어서도 사용될 수 없도록 하여야 한다.

### (4) 종 합

이상에서 살펴보았듯이 공·사법이원론이 존재하는 미국에서도 정부조달계약은 실체법적으로 여타 사법상 계약과 다른 특수한 규율을 받

19) FAR 49.501-49.505.

20) 김대인, 前掲書, 211-212면; KEYES, GOVERNMENT CONTRACT (3rd Ed.), p.25 참조.

는 것을 알 수 있으며, 이는 마치 독일과 우리나라에서 발전한 공법상 계약의 법리와 유사하다고 볼 수 있다. 분명한 것은 자유계약사상이 발전한 미국에서조차 정부조달계약을 비롯한 행정계약에 대한 공익보호를 위한 공법적 규율이 이루어진다는 것으로, 이는 우리나라에 큰 시사점을 주고 있다. 다시 말해 행정계약은 그 강한 공공성(公共性)으로 말미암아 어떤 형태로든 규제 대상이 되거나 사법상 원리의 수정이 가해질 수 있다는 명제가 세계 각국의 보편적인 접근법임을 알 수 있다.

예를 들어, 프랑스는 독일식의 공법상 계약/사법상 계약의 전통적 이분법이 아닌 행정계약이라는 관점에서 행정주체가 일방당사자가 되는 일정한 유형의 계약에 적용되는 특유의 법리를 형성·발전시켜왔다. 유의할 것은 프랑스에서 말하는 행정계약은 우리나라에서 말하는 행정계약의 의미와 다르다는 점이다. 일반적으로 말해서 행정주체가 일방당사자가 되는 모든 계약이 아니라 公共性을 갖는 일정한 계약만이 행정계약인데, 독일과 우리나라에서 사법상 계약으로 분류하는 계약도 일부 포함된다.<sup>21)</sup>

정부조달계약의 법적 성격과 하도급계약의 규제는 상호 무관할 수 있다고도 볼 수 있으나, 양자는 아주 밀접한 관계에 있다고 보는 것이 보다 합리적이며 정부조달계약의 공법적 성격 내지 공공성을 인정하는 것은 하도급질서의 공정화에 대한 정부의 공법적 규제를 정당화하기 위한 이론적 전제라고 판단된다. 판례의 입장을 바꾸는 것이 어렵다고 하더라도 법률과 시행령 등에서 공법적 규제의 성격을 갖는 규정을 다수 신설한다면 동일한 목적을 달성하거나 판례의 태도 변화가 장래 유도될 수도 있을 것이다.

---

21) 김대인, 前掲書, 23-29면 참조; 박정훈, 前掲書, 200-202면 참조.



## 제 3 장 정부조달에 관한 미국의 법제 개요

### 제 1 절 미국의 정부조달법제의 변천사

남북전쟁시기에 처음으로 형성된 정부조달관련법제는 2차 세계대전 이후에 1947년의 국방조달법(Armed Services Procurement Act)과 1949년의 연방재산 및 행정서비스법(Federal Property and Administrative Services Act)이 제정됨으로써 그 체계를 갖추게 되었는데, 이때까지는 정부조달계약법 시스템이 국방조달과 일반 공공조달로 나뉘어서 규율되고 있었던 것이 가장 큰 특징이었다.<sup>22)</sup> 이들 법률을 근거로 행정입법도 제정되었는데, 국방부에서 제정한 국방조달규칙(Armed Services Procurement Regulations: ASPR)과 총무처(General Services Administration)에 의해서 제정된 연방조달규정(Federal Procurement Regulations: FPR)이 그것이다.

국방조달과 일반 공공조달로 이원화된 정부조달계약법 시스템에 대한 많은 비판이 있었고 이에 대한 개선의 노력 결과, 1984년 시행된 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation: FAR)에 의해 행정입법 차원에서 양자가 통합되었고, 1978년의 계약분쟁법(Contract Dispute Act)과 1994년의 연방조달간소화법(Federal Acquisition Streamlining Act: FASA)에 의해 법률차원에서도 실질적으로 통합이 이루어지게 되었다.<sup>23)</sup>

1994년의 연방조달간소화법(FASA)의 주요한 특징이라고 할 수 있는 것은 상업적인 물품의 조달계약을 다루면서 통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC)이 물품의 조달계약에 적용되지 않는다고 보았다는 점인데, 나중에는 시장가격(commercial price)으로 물품을 조달하는

---

22) 김대식, 「미국의 공공계약법제의 동향과 시사점」, 『공공분야의 계약법제의 동향과 과제』 워크숍, 한국법제연구원 2011. 5. 4, 67면.

23) 위의 발표자료, 67-68면.

것도 허용하게 되었고, 단순화된 조달절차(simplified purchase procedure)도 도입하는 등 점차 그 차이가 감소하였다.<sup>24)</sup>

## 제 2 절 미국의 정부조달계약법 시스템 개관

### 1. 계약의 방법과 특징

정부조달계약은 크게 보아 확정가계약(fixed-price contract)과 실비정산계약(cost-reimbursement contract)으로 분류될 수 있다.

#### 연방조달규정(FAR) 16.101(b)

계약의 형태는 크게 정액계약과 실비정산계약 두 가지 범주로 나눌 수 있다. 계약의 형태는 계약자가 이행비용과 수익에 대해 전적으로 책임을 지는 확정가계약에서부터 계약자가 이행비용과 정액으로 협상한 보수(수익)에 대해 최소한의 책임을 지는 비용-정액보수 가산계약까지 다양하다. 이용비용과 수익/보수 인센티브에 대해 계약자가 져야할 책임이, 계약이행 중의 여러 가지 불확실성에 맞춰져 있는 다양한 인센티브 계약들이 이 사이에 있다.

이상에서 인용하는 연방조달규정(FAR)에 따라 정액계약과 실비정산계약은 확정가(firm-fixed-price)계약과 비용-정액보수 가산(cost-plus-fixed-fee)계약의 형태를 가질 수 있으며, 더 나아가 이러한 계약 사이에 계약의 이행비용과 수익 또는 보수 인센티브에 대해 계약자가 부담한 책임이 계약의 이행과정에서 발생한 불확실성에 따라 다양화되는 형태에 따라 여러 종류의 계약방법이 존재한다고 볼 수 있다.

예를 들어, 추후 일정 기간의 경제적 변동 요소에 따라 일부 확정된 부분 외의 비용 등을 경제적 여건에 따라 반영시키는 ‘확정가격 및 경제적 요소 반영계약제도’(Fixed Price with Economic Price Adjustment

24) 위의 발표자료, 68면.



Contract)이나 원가 외에 소요되는 비용을 기본적인 비용공식을 정해두고, 계약 수행 후 일정한 한도 내에서 인센티브를 주어서 효율적인 계약 수행을 유지하는 ‘원가 외 인센티브 지급계약제도’(Cost Plus Incentive Fee Contract)가 존재한다.<sup>25)</sup>

연방조달규정(FAR)은 계약 방법의 선택에 있어서 가격 및 비용 요소 중요성을 강조하고 있는데, 계약 방법의 선택에 있어서 고려하여야 할 중요 요소로서 가격 분석, 가격 경쟁, 비용 분석 등의 적용 정도를 선택의 판단기준으로 제시하고 있다.<sup>26)</sup>

예를 들어, 확정가(firm-fixed-price)계약의 경우에는 가격의 불확실성에 대한 위험을 방지하기 위하여 적절한 경쟁, 합리적 가격 비교, 계약의 수행에 대한 불확실성에 대한 합리적 가격 비교 및 그 위험에 대한 원가 수용 등을 기준으로 삼도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 그리고 계약 기간 동안 시장의 상황이나 노동의 조건 등의 안정성을 고려하여 이러한 불확실한 경제적 변동 사항을 가격에 반영토록 하고 있어서 계약자를 보호하고 있다.<sup>28)</sup>

다른 한편 ‘원가 외 인센티브 지급계약제도’(Cost Plus Incentive Fee Contract)의 경우에는 목표원가(Target Cost), 목표비용(Target Fee), 최대 또는 최소 비용(Maximum, Minimum Fee) 등으로 비용 조정 공식(Fee Adjustment Formula)을 미리 산정하여 한도를 정하여 놓고, 한도 이하인 경우에는 가격을 인상하고 한도 이상인 경우에는 가격을 인하토록 하여 공급자로 하여금 그 한도 내에서 계약 수행에 효율적으로 활용케 하는 제도로서 공급자에서 인센티브를 주고 있다.<sup>29)</sup>

---

25) 위의 발표자료, 69면.

26) FAR 16.104.

27) FAR 16.202-2.

28) FAR 19.203-2.

29) FAR 16.405-1.

## 2. 정부조달계약의 기본원리와 각종 할당제도

연방조달규정(FAR)은 정부조달의 목적에 대하여, 공공의 신뢰를 유지하고 국가의 정책을 달성하면서 수요에 적합한 최적의 상품과 서비스를 적시에 제공하는 것이라고 규정하고 있으며, 구체적인 원리로, 공공수요의 비용·질·시기의 충족, 조달행정 비용의 절감, 공정성·투명성 보장을 규정하고 있으며, 특히 정부조달이 국가의 경제 및 공공정책을 실현하는 수단이라는 점을 명시하고 있어 정부조달계약의 公共性을 천명하고 있다.

### 연방조달규정(FAR) 1.102

#### 정부조달체계의 지도원칙 서술

- (a) 연방조달체계의 비전은 한편으로는 공공의 신뢰를 유지하고 공공정책의 목표를 충족함과 동시에 적기에 최고의 가치를 갖는 재화 또는 서비스를 고객에게 제공하는 것이다. 조달과정에 참여하는 모든 사람들은 하나의 팀으로 작업을 해야 하며 각자의 책임의 영역 내에서 결정하도록 권한이 부여되어야 한다.
- (b) 연방조달체계는 다음과 같은 지도원칙을 추구하여야 한다.
  - (1) 비용, 품질, 재화 또는 서비스의 제공시기의 적기의 관점에서 소비자를 만족시켜야 한다. 예를 들어,
    - (i) 상업적 재화와 서비스의 사용을 최대화함으로써;
    - (ii) 성공적으로 자신의 계약상 의무를 이행했던 전력을 가지고 있거나 현재의 시점에서 계약을 이행할 탁월한 능력을 입증한 계약자를 이용함으로써; 그리고
    - (iii) 경쟁을 촉진함으로써;
  - (2) 정부조달체계의 행정적 운영비용을 최소화하여야 한다.;
  - (3) 정직, 공정함, 개방성을 가지고 사업을 수행하여야 한다.;
  - (4) 공공정책의 목표들을 충족시켜야 한다.
- (c) 정부조달팀은 단순히 조달에 관련된 공무원이나 직원만을 포함하는 것이 아니라 이들이 봉사하는 고객과 실제로 재화와 서비스를 공급하는 계약자를 모두 포함한다.
- (d) 정부조달팀을 구성하는 각각의 구성원의 역할은 고객의 요구를 충족시키기 위하여 최고의 품질을 갖는 재화 또는 서비스를 제공함에 있어서 주도적으로 참여하여 건전한 사업적 판단에 기해 결정을 하는 것이다. 각각 자신의 역

할을 함에 있어서 정부조달팀에 속한 공무원이나 직원은 연방조달규정에서 규정하고 있지 않는 것이라 하더라도 그것이 법에 의해 금지되지 않는 한 특정한 전략, 관행, 정책 또는 절차가 정부의 최선의 이익에 부합하면 이러한 전략, 관행, 정책 또는 절차를 선택할 권한을 가진다고 가정할 수 있다.

이런 기본 원칙을 보장하기 위해서 미국의 입찰제도는 경쟁 입찰을 원칙으로 하여 당사자의 참여기회를 보장하고 있고, 계약상대방을 결정함에 있어 이행능력과 자격이 있는 자를 선정하는 적격심사를 요구하고 있으며, 직접적으로 중소기업과 사회적 소수자에 대한 보호를 할 수 있는 세부적인 규정을 마련하고 있는 것이 그 특징이다.

예를 들어, 미국은 연방의회 차원에서 매년 주계약과 하도급계약의 일정한 비율을 중소기업에게 할당하고 있는데, 각 정부기관에 의한 충족여부를 중소기업청(Small Business Administration: SBA)에서 검토하도록 요구하고 있으며 최종적으로 의회가 이를 심사한다. 중소기업청은 산업별로 근로자의 숫자, 연매출액, 자산규모 등을 바탕으로 규모기준(size standard)을 정해 중소기업을 분류하는데, 의회는 이를 중소기업의 소유자별로 다시 취약계층 중소기업, 여성 중소기업, 저개발 지역 중소기업, 퇴역군인 중소기업으로 분류하고 다시 비율을 재할당하고 있다.<sup>30)</sup> 과거 차별을 시정하기 위한 소수자 보호 목적의 일종의 ‘우대적 조치’(affirmative action)에 해당한다.

그리고 연방조달규정(FAR)의 관련 규정에 따라 3,000(또는 15,000) 미국달러에서 150,000(또는 300,000) 미국달러 사이의 모든 정부조달은 중소기업에 할당되는 이른바 중소기업 할당제도(Small Business Set-Aside)가 운영되고 있다. 이 제도는 간소조달절차, 봉합입찰, 협상에 의한 계약절차에 의해 활용되고 있는데, 이 경우에도 적어도 둘 이상이 경쟁해야 한다.<sup>31)</sup>

30) 한국조달연구원, 『미국연방조달규정해설』, 중소기업청, 2011. 2, 15-16면 참조.

31) FAR 19.502-1, 19.502-2.

중소기업에 대한 부분할당제도(Partial Set-Aside)도 있는데, 계약의 일부를 중소기업에게 할당하는 제도이다. 이 제도는 주로 특정한 분야의 제품이나 서비스를 조달하는 경우에 활용되고 있다. 할당부분을 제외한 나머지 부분에 대해서는 일반적인 계약절차에 따라서 낙찰자를 정하게 되며, 할당하지 않는 부분에 대한 계약절차가 종료된 후 계약담당공무원은 적격성이 있는 중소기업과 봉합입찰 또는 협상에 의한 계약절차를 활용해 계약체결의 상대방을 정하게 되는데, 이 경우에도 적어도 둘 이상이 경쟁해야 한다.<sup>32)</sup>

이 외에도 1994년의 연방조달간소화법(FASA)은 일반경쟁입찰에서 취약계층 중소기업(Small Disadvantaged Business)에게 입찰평가 시 우선권을 부여할 수 있도록 규정하고 있다(이른바 evaluation preference). 여기서 말하는 취약계층 중소기업이란 회사의 최소 51%가 사회적으로 그리고 경제적으로 취약한 계층 출신의 사람에게 소유된 기업을 말하는 것으로, 주로 소수인종(minorities)을 말한다. 이에 따르면, 취약계층 중소기업이 경쟁자에 비해 높은 가격을 제시하였다고 하더라도 입찰가격의 10% 범위 내에서 우선권을 부여하여 낙찰이 가능하도록 하는 것이다. 이 제도를 통해 매년 연방정부에서 발주하는 계약 총액의 5%에 해당하는 조달계약이 이들 기업에게 할당되도록 목표를 정해 놓고 있는데, 이 경우에도 적어도 둘 이상이 경쟁해야 한다.<sup>33)</sup>

### 3. 계약상대방의 적격과 계약체결 방법

#### (1) 계약상대방의 적격

정부조달에 있어서 낙찰자는 적합한 이행능력을 갖고 있는 자이어야 하기 때문에 연방조달규정(FAR)에서는 물품 구매나 정부조달계약

---

32) FAR 19.502-3.

33) 한국조달연구원, 『미국연방조달규정해설』, 21-22면 참조.

의 체결이 적합한 계약상대방에 의한 것이어야 한다고 규정하고 하고 있다.<sup>34)</sup> 따라서 어떠한 물품구매나 낙찰도 계약담당공무원의 적격결정이 없으면 이루어질 수 없다. 적격 상대방으로 판정받기 위해 갖추어야 할 요건을 연방조달규정(FAR)에서 규정하고 있으나, 적격결정에 대해서는 계약담당공무원의 재량이 인정되고 있기 때문에 적격결정에 대하여 이의를 제기하는 상대방은 계약담당공무원의 악의나 합리성의 결여를 입증하여야 하는 부담을 가진다.<sup>35)</sup>

미국의 자격심사제도의 특징이라고 할 수 있는 것이 보증보험증권제도이다. 공공공사의 경우 반드시 보증보험사의 이행보증(Performance Bond)과 지급보증(Payment Bond)을 반드시 받도록 하고 있는데, 이와 같은 보증보험증권을 발급받는 과정에서 보증회사는 계약자의 기본적인 자격을 평가하게 된다(사전자격심사). 보증회사는 과거의 심사기록 등 계약자의 신용을 평가할 수 있는 근거를 보유하고 있지 않은 상태이므로 사전자격심사를 매우 엄격하게 시행하게 된다. 이처럼 미국에서는 보증제도가 무자격 부실건설업체의 시장진입을 방지하며, 건설업체에 대한 1차적인 자격심사를 하는 메커니즘으로 평가되고 있다.<sup>36)</sup>

## (2) 계약체결의 방법(봉합입찰 또는 협상에 의한 계약)

미국은 연방조달규정(FAR)과 연방조달간소화법(FASA) 통해서 정부조달계약 방법을 규율하고 있는데, 그 기본 방법으로 봉합입찰(Sealed Bidding ⇨ FAR 14)과 협상에 의한 계약(Contracting by Negotiation ⇨ FAR 15)을 규정하고 있다. 봉합입찰이 선호되고 협상에 의한 계약방법은 가격 이외의 다른 요소에 의해 입찰을 평가해야 하는 경우에 사용할 수 있다. 협상에 의한 계약은 다양한 상황과 기준에 따라 세부적인 방식을 달리하여 운용할 수 있도록 상세하게 규정되어 있다.

34) See FAR 9.2 - Qualifications Requirements.

35) 김대식, 앞의 발표자료, 72면.

36) 위의 발표자료, 72면.

#### 4. 입찰담합 방지 및 규제

미국은 독과점금지법(antitrust law)에 해당하는 셔먼법(Sherman Act)과 공공부문의 입찰담합 적발을 위한 법무부 지침을 통해 입찰담합을 규제하고 있는데, 입찰담합을 방지하기 위해, 경쟁을 더욱 확대하고 보장하는 조달경쟁법(Competition in Contracting Act)에 따라서 자격요건을 만족하는 모든 사업자에 대하여 공공조달절차에 참가를 인정하는 ‘완전 공개경쟁’을 원칙으로 하는 계약자 선정방식을 의무화하고 있다.<sup>37)</sup> 그리고 공정한 경쟁이 이루어지고 있는지를 감시하기 위해 각 조달기관에 경쟁변호관(Competition Advocate)을 두는 것이 의무화되어 있고, 회계감사원(Government Accountability Office: GAO)이 조달기관과 계약자와의 계약에 관한 기록을 검사할 수 있다.<sup>38)</sup> 연방조달규정(FAR) Part 3에서도 부적절한 거래관행에 대하여 규정하고 이를 금지하고 있다.

#### 5. 계약내용의 변경 또는 해지

앞에서 설명한 바와 같으나, 특히 연방조달규정(FAR)은 물품과 공사 분야의 확정가계약(fixed-price contracts)에서의 변경권의 절차와 종류에 대해 규정하고 있으며, 변경권의 행사에 의하여 상대방이 입은 손실에 대해서는 ‘형평에 의한 조정’(equitable adjustment)을 하도록 규정하고 있다. 변경권의 한계와 관련하여서는 ‘통상적으로 허용되는 범위의 한계’에 관한 기준을 정립하고 있다.<sup>39)</sup> 그리고 연방조달규정(FAR)은 편의적 해약과 관련하여 계약담당공무원에게 광범위한 재량권을 인정하고 있다.<sup>40)</sup>

---

37) 위의 발표자료, 73면.

38) 위의 발표자료, 73면.

39) See FAR 16.2 – Fixed-Price Contracts.

40) FAR 49.5 – Contract Termination Clauses.



## 6. 중소기업 및 근로자의 보호

앞에서 설명한 바와 같이 연방조달규정(FAR)은 중소기업보호제도(☞FAR 19.1-19.14) 뿐만 아니라 계약상대방에게 연방의 노동관련 기준(안전·건강·환경, 최저노동시간, 고용평등, 미성년자 고용금지, 사회적 약자 고용 기준 등)을 준수하도록 촉구하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 이러한 규정들은 미국이 정부조달계약을 단순히 비용절감(효율성)이나 질 높은 공공서비스의 제공과 같은 목표의 달성 외에도 소수자의 보호나 환경법, 노동법 등의 준수와 같은 국가공공정책의 실현수단으로 적극적으로 활용하고 있다는 것을 잘 보여주고 있다.

## 7. 분쟁해결절차

### (1) 도입

미국의 정부조달분쟁은 계약자 선정단계의 분쟁(protest)과 계약과 관련된 분쟁(dispute)으로 구분되어 있으며, 적용되는 법령도 각각 조달경쟁법(Competition in Contracting Act), 계약분쟁법(Contract Dispute Act)으로 상이한데, 특히 전자에 대하여는 적법성 통제를 강조하는 구제수단을 구비하고 있다.

### (2) 계약자선정 관련 분쟁

연방조달규정(FAR)에 따르면 계약자선정 관련 분쟁이란 ① 입찰공고나 기타 요구, ② 입찰공고나 기타 요구의 취소, ③ 낙찰자결정 또는 낙찰자결정의 예정, ④ 낙찰의 취소 또는 해지 중 하나에 대해서 면으로 이의를 제기하는 것이다.<sup>42)</sup> 그리고 ‘이해관계인’에 대해서는 ‘낙

41) FAR 22.1-22.18.

42) FAR 33.101.

찰의 성립 또는 불성립으로 인해 직접적인 경제적 이익을 현재 침해 받거나 또는 잠재적으로 침해받을 수 있는, 현재 또는 미래의 입찰자' 라고 정의하고 있다.<sup>43)</sup>

연방조달규정(FAR) 33.101

“분쟁을 제기하는 목적에서 이해관계인”이란 낙찰의 성립 또는 불성립으로 인해 직접적인 경제적 이익을 현재 침해받거나 또는 잠재적으로 침해받을 수 있는, 현재 또는 미래의 입찰자를 의미한다.

“분쟁(Protest)”이란 이하의 경우 중 어느 하나에 해당하는 것에 대한 이해관계인에 의한 서면에 의한 이의제기를 의미한다.

- (1) 입찰공고나 기타 요구.
- (2) 입찰공고 또는 기타 요구의 취소.
- (3) 낙찰자결정 또는 낙찰자결정의 예정.
- (4) 만약 서면에 의한 이의제기의 주장이 전적으로 또는 부분적으로 낙찰자결정의 취소나 해지가 낙찰자결정과정에서의 불법(improprieties)에 근거한 경우, 낙찰자결정의 취소나 해지.

미국의 계약자선정 관련 분쟁해결의 관할 기관은 조달수요기관, 회계감사원(Government Accountability Office: GAO), 연방청구법원(U.S. Court of Federal Claims Court)으로 세 가지가 있는데, 신청자가 세 가지 중 하나를 선택하여 이의를 제기할 수 있다.<sup>44)</sup> 회계감사원은 1984년에 제정된 조달경쟁법에 의해 정식의 행정절차로서 대심적(對審的) 청문(evidentiary hearing)을 개최할 수 있는 권한을 부여받았으며,<sup>45)</sup> 연방청구법원은 당초 손해배상사건만을 심사할 수 있었으나 1992년 제정된 연방법원관리법(Federal Courts Administration Act)에 의해 낙찰에 대한 사법심사권한까지 보유하게 되었다.<sup>46)</sup> 연방청구법원은 연방지방

43) *Id.*

44) 김대식, 앞의 발표자료, 77면.

45) 박정훈, 前掲書, 218면.

46) 上掲書, 219-220면.



법원과 함께 정부조달계약과 관련한 법적 분쟁의 재판관할을 갖는다고 볼 수 있다.<sup>47)</sup>

[표] 계약자 선정 관련 분쟁해결절차<sup>48)</sup>

관할기관	조달수요기관	회계감사원	연방청구법원
청구권자	이해관계자(interested parties)		
근거법령	FAR 33.103	31 U.S.C. 3551	28 U.S.C. 1449조(a)(1), (b)(2)
청구시기	계약자 선정 전후		
결정기한	제한 없음	100일	제한 없음
절 차	행정규칙/ 비공식절차	서면/ 청문가능	증거개시제도를 포함한 증거재판
거증책임	정당성 추정		위법의 명확한 입증
심사기준	법령 위반		합리성 결여 또는 법령 위반
잠정조치	계약자선정 중단		임시명령
구제방법	적당한 조치	재입찰 시행, 계약해지 등	이행 또는 확인판결
항 소	GAO, 연방청구법원	연방청구법원	연방고등법원 (Federal Court of Appeals)

1970년 이전에는 제3자는 손해배상만을 구할 수 있고 낙찰결정의 위법성을 다툴 수 없었으나, 1970년 판례의 변경으로 인해 낙찰결정은 연방행정절차법(APA)에 의한 사법심사의 대상이 됨으로써 제3자가 그 위법성을 다툴 수 있는 기회가 주어지게 되었다.<sup>49)</sup> 낙찰결정이 연방행

47) 上掲書, 220면.

48) 이상호, “정부조달계약에 관한 공법적 조명”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2008.12, 250면 참조.

49) 박정훈, 前掲書, 218-219면 참조.

정절차법(APA)상의 행정기관의 행위(agency action)의 범주에 속하고 제3자 역시 행정기관의 행위에 의해 법적 불이익을 받은 자이기 때문에, 같은 법상의 위법성심사를 제한적인 범위 내에서 받을 수 있게 되었다.<sup>50)</sup>

### (3) 계약이행 관련 분쟁

계약분쟁법(Contract Dispute Act)에 의해 이해관계인은 계약의 이행이나 그 이후의 단계에서 발생하는 분쟁과 관련하여 조달수요기관 내에 설치된 계약분쟁심사위원회(Board of Contract Appeal)에 대한 이의신청 또는 연방청구법원(U.S. Court of Federal Claims Court)에 대한 소제기를 할 수 있는 권리가 주어지고 있다.<sup>51)</sup> 이 외에도 대안적 분쟁해결절차를 활용할 수도 있다.<sup>52)</sup> 이 때 계약분쟁심사위원회(Board of Contract Appeal)는 사건을 심리함에 있어 계약담당공무원의 사실 확정 및 법적 판단에 구속되지 않고 전면적인 심사(de novo review)를 행할 수 있는 권한을 부여받고 있다.<sup>53)</sup>

---

50) See 5 U.S.C. §§701-706 (Judicial Review).

51) 김대식, 앞의 발표자료, 78면; 김대인, 前掲書, 256면 참조.

52) See FAR 33.214.

53) See KEYES, GOVERNMENT CONTRACT (3rd Ed.), p.365.

## 제 4 장 하도급계약에 관한 연방조달규정(FAR)의 분석 및 검토

### 제 1 절 개 관

연방조달규정(FAR)은 연방정부가 낙찰자 등과 직접 체결하는 계약을 주계약(prime contract)라고 하고 주계약자와 제3자가 체결하는 계약을 하도급계약(subcontract)라고 하면서 양자에 관한 다수의 규정을 두고 있는 것이 특징이다. 중소기업청은 550,000(건설공사의 경우 1,000,000) 미국달러 이상의 계약을 체결하려는 대기업에 대해서는 하도급을 중소기업에 하는 것에 대하여 계획과 목표를 세우도록 요청하고 있는데, 이러한 하도급계획에는 하도급을 할 전체 액수, 중소기업에게 몇 %를 하도급할 것인지, 어떤 물품과 용역에 대하여 하도급할 것인지 등에 대한 계획이 포함되어야 한다.<sup>54)</sup>

주계약자가 중소기업에 대한 하도급계약을 제시하지 않거나 이와 관련하여 중소기업과 협상을 하는 데에 실패하는 경우에는 주계약의 입찰에 참가할 자격을 상실하게 되는데, 계약담당공무원은 중소기업에 대한 하도급을 보다 활성화시키기 위하여 주계약자에 대하여 성공보수 등 인센티브를 지급할 수 있다.<sup>55)</sup>

이를 통해 중소기업을 보호하고 육성하고자 하는 정부공공정책의 목표를 실현하고 있는 것을 알 수 있다. 앞서 언급한 각종의 할당제도(Set-Aside)와 함께 이러한 제도들은 黑白간 인종차별(racial discrimination), 性差別(gender discrimination) 등 각종 사회적·경제적 불평 등의 문제에 대해 우대적 조치(affirmative action)라는 적극적인 是正策(remedial action)의 시행을 통해 대처해 온 미국사회 특유의 역사적·사회적·문화적 맥락을 정확하게 이해할 때 그 제도적 취지를 제대로

54) 한국조달연구원, 『미국연방조달규정해설』, 26면.

55) 上掲書, 26면.

파악할 수 있으며, 정부조달계약이 갖는 강한 공공적 성격을 미국인들이 충분히 인식하고 있음을 보여준다고 하겠다.

## 제 2 절 하도급에서의 계약상대방의 선택

주계약자들은 하도급계약의 상대방을 선택함에 있어서 다음과 같은 점을 고려하게 되는데, 이하의 고려사항은 연방조달규정(FAR)에서 하도급계약과 관련해서 정하는 조건으로 이를 통해 하도급업자들은 간접적으로 연방조달규정(FAR)의 여러 규정의 적용을 받게 되는 점이 특징이다.

- 사업자의 물품과 용역이 계약조건을 충족하는 정도
- 상호간에 이해관계가 충족되는 정도
- 사업자의 규모와 사회경제적 지위
- 사업자의 물품과 용역이 기술적인 우위에 있는지 여부<sup>56)</sup>

하도급계약의 상대방은 연방정부와 직접 계약을 체결하는 자가 아니므로 계약의 직접 상대방이 아니며, 따라서 하도급계약과 관련하여 법적 분쟁이 발생할 경우 연방정부를 상대로 소송이나 이의신청을 제기할 수 없다.

## 제 3 절 하도급관련 연방조달규정의 분석 및 검토

### 1. 계약행위의 공고

▶ 연방조달규정(FAR) Part 5. 계약행위의 공고(Publicizing Contract Actions)

□ FAR 5.002 Policy

계약담당공무원은 이하의 정책적 목표를 달성하기 위해 계약행위를 공고하여야 한다.

56) 上掲書, 27면.

- (a) 경쟁의 촉진
- (b) 정부에 요구하는 사항을 충족시키기 위한 산업계의 참여 확대
- (c) 중소기업, 중소기업의 퇴역군인 기업, 중소기업의 상이용사 기업, 역사적 저개발사업지역 내의 중소기업의 기업, 중소기업의 사회적 또는 경제적 약자 기업 그리고 중소기업의 여성 기업들이 주계약 및 하도급의 기회를 얻는 것을 지원하는 것

□ FAR 5.201 일반

(a) 계약담당공무원은 중소기업법(Small Business Act)과 연방조달정책실법(Office of Federal Procurement Policy Act)에서 규정하는 바와 같이 아래의 경우에 예정된 계약행위에 대한 정보를 공개하여야 한다.

- (1) 25,000 미국달러 초과할 것으로 예상되는 예정 계약행위는 요약하여 범정부공고처(GPE: Government-wide Point of Entry)에 공고한다.

(c) 공고를 하는 주요 목적은 중소기업들이 조달정보에 쉽게 접근할 수 있도록 하며, 그들이 주계약 및 하도급 기회를 확인함으로써 경쟁을 강화하도록 하는 것이다.

□ FAR 5.206 하도급계약 체결 기회의 공고

(a) 다음의 공급자들은 하도급계약에 대한 경쟁을 추구하고, 자격이 있는 역사적 저개발지역 내의 중소기업, 중소기업, 중소기업의 사회적 또는 경제적 약자 기업, 중소기업의 여성 기업, 중소기업의 퇴역군인 기업, 중소기업의 상이용사 기업들의 하도급계약 참여를 증진하고, 정해진 하도급계약 계획목적(subcontracting plan goals)을 달성하기 위하여 GPE에 공고를 게시할 수 있다.

- (1) 15만 미국달러 초과하는 계약을 낙찰 받은 주계약자로서, 하도급 계약 체결의 가능성이 있는 자
- (2) 15만 미국달러를 초과하는 계약에 따르는 각각의 단계에서 1만 5천 미국달러를 초과하는 하도급계약의 기회를 가지는 하도급계약자 또는 공급자

(b) 공고에는 다음의 사항을 표시하여야 한다.

- (1) 사업 기회
- (2) 사전 자격심사 요건
- (3) 요건에 대응하는데 필요한 기술적 자료를 얻을 수 있는 곳

□ FAR 5.405 조달정보의 교환

(b) 계약시행기관이 주요 조달대상을 상당한 양으로 조달하거나, 주요 조달대상을 상당한 양으로 조달하는 것이 바람직하다고 여기는 경우에, 해당 계약

시행기관은 조달하고자 하는 대상과 동일한 대상을 조달했던 다른 기관이나 다른 계약시행기관으로부터 적절한 정보(최종 물품 및 하도급 계약한 부품들에 대한 정보)를 요청해야 한다. 이러한 요청을 받은 각각의 기관들이나 계약시행기관들은 해당 정보를 제공해야 한다.

계약담당공무원은 계약의 협상 초기 또는 하도급계약을 검토할 때 주계약자에게 조달하고자 하는 물품과 동일하거나 유사한 최종 물품 및 중요부품과 관련해 이전에 정부와 맺었던 계약이나 하도급계약에 관한 정보를 제공할 것을 요청하여야 한다.

이상에서 인용한 연방조달규정은 입찰이나 기타 방법에 의한 계약의 체결에 관한 공고를 규율하고 있는데, 주계약에 해당하는 정부조달계약 뿐만 아니라 하도급계약의 기회를 각종 사회적·경제적 약자 그룹에 부여하기 위해 25,000 미국달러 이상의 계약에 대해서 범정부 공고처(GPE)에 공고할 것을 의무화하면서, 특별히 15만 미국달러를 초과하는 계약을 낙찰 받거나 이러한 계약에서 15,000 미국달러를 초과하는 하도급계약 체결의 기회를 가지는 자로 하여금 하도급계약 계획 목적을 달성하기 위해 공고할 수 있는 기회를 부여하고 있다.

## 2. 조달계획의 내용

### ▶ 연방조달규정(FAR) Part 7. 조달계획의 확정(Acquisition Planning)

#### □ FAR 7.105 서면조달계획의 내용

(b) 실천계획은 다음의 사항을 포함해야 한다.

(2) 경쟁

(iv) **효과적인 하도급경쟁**이 가능하고 바람직할 때 어떻게 이러한 하도급 경쟁이 조달과정 전체에서 촉진되고 유지될 수 있는지. 하도급경쟁을 증진함에 있어서 알려진 모든 **장애요인**을 확인하고 이를 극복하기 위한 방법에 관해 검토할 것.

#### □ FAR 7.107 Bundling 관련 조달에 적용되는 추가적인 요건

(e) 상당한(substantial) bundling이란 국방부 조달의 경우 미화 8백만 달러 이상, NASA · 총무처 · 에너지성의 경우 6백만 미국달러 이상, 기타 기관의 경우

250만 미국달러 이상의 계약 또는 주문을 가져오는 bundling을 말한다.  
제안된 조달전략이 이러한 bundling을 포함하는 경우에는 조달전략은 반드시 다음의 사항을 검토해야 한다.  
(4) 낙찰 받기 위한 요건을 충족하기 위해 계약 또는 주문의 각각의 단계에서 중소기업들에게 하도급계약의 기회를 부여하는 것을 최대화하기 위해 취해지는 조치들을 특정해야 한다.

위 규정들은 각 조달기관 내에서 입찰 등 정부조달계약을 체결하기 전에 사전에 연방조달규정 내의 정책목표를 효과적으로 달성하기 위한 조달계획의 작성을 요구하고 있는데, 하도급계약의 경쟁촉진과 액수가 큰 계약의 이행에 있어서 여러 기업이나 재화 또는 서비스 등이 결합되는 이른바 bundling<sup>57)</sup>이 이루어진 주계약에서 중소기업 등 사회적·경제적 약자들에게 하도급계약의 기회가 최대한 돌아갈 수 있는 조치들을 포함시켜야 한다는 것이다.

### 3. 계약의 적격심사

▶ 연방조달규정(FAR) Part 9. 적격심사(Contractor Qualifications)  
□ FAR 9.103 정책  
(a) 구매는 이행능력이 있는 잠재적 계약자(responsible prospective contractors)로부터만 이루어지고, 이러한 계약자에게 낙찰되어야 한다.

57) “Bundling” means –

- (1) Consolidating two or more requirements for supplies or services, previously provided or performed under separate smaller contracts, into a solicitation for a single contract that is likely to be unsuitable for award to a small business concern due to –
- ( i ) The diversity, size, or specialized nature of the elements of the performance specified;
  - ( ii ) The aggregate dollar value of the anticipated award;
  - ( iii ) The geographical dispersion of the contract performance sites; or
  - ( iv ) Any combination of the factors described in paragraphs (1)( i ), ( ii ), and ( iii ) of this definition.

See FAR 2.101 — Definitions.



(b) 계약담당공무원은 계약의 이행능력에 대해서 긍정적인 결정을 내리지 않는다면 어떠한 구매나 낙찰도 이루어질 수 없다. 잠재적 계약자가 이행능력이 있음을 명확하게 나타내는 정보가 없는 경우에는 계약담당공무원은 계약의 이행능력이 없다는 결정을 내려야 한다. 잠재적 계약자가 중소기업이라면 중소기업에 대해 적용되는 능력 증명 및 이행능력 결정 규정에 따라 판단해야 한다.

(c) 최저가만을 기준으로 하여 이루어진 낙찰이 사후에 불이행, 납품 지연 또는 기타 만족스럽지 못한 이행으로 인해서 추가적인 계약비용 또는 행정비용을 초래한다면 이는 잘못된 비용절감일 수 있다. 최저가로 정부 구매를 하는 것이 중요하다고 하더라도 공급자가 최저가 입찰서를 제출하였다는 이유만으로 해당 공급자에게 계약이 낙찰될 필요는 없다. 잠재적 계약자는 그 자신의 계약이행능력(필요하다면 **하도급업자의 이행능력도 포함**)을 확실하게 증명하여야 한다.

FAR 9.104-1 일반기준

계약의 이행능력이 있다고 판단되기 위해서는, 잠재적 계약자는 이하의 능력을 갖추어야 한다.

(e) 계약의 이행에 필요한 조직, 경험, 회계 및 운영관리·기술을 보유하고 있거나 이들을 획득할 수 있는 능력(필요하다면, **잠재적 계약자 및 하도급계약자가** 생산할 재료나 이행할 서비스에 필요한 생산관리 절차, 물품관리시스템, 품질보증조치 및 안전 프로그램과 같은 요소들을 포함)

FAR 9.104-3 적격심사 기준의 적용

(b) 만족스러운 이행실적, 계약을 이행함에 있어서 현재 심각한 결함이 있거나 최근에 심각한 결함을 있었던 잠재적 계약자는 계약관이 해당 상황이 계약자의 통제범위 밖이었다거나 계약자가 적절한 시정조치를 취하였다고 결정하지 않는 한 계약의 이행능력이 없는 것으로 간주되어야 한다. 수용 가능하도록 이행하기 위해서 충분한 끈기와 인내를 기울이지 못한 것은 이행능력이 없음을 보여주는 강력한 증거가 된다. 계약의 품질요건을 충족시키지 못한 것은 만족스러운 이행을 판단하는데 있어서 고려해야 할 중요한 요소이다. 계약담당공무원은 이러한 결정을 내릴 때 관련된 계약의 수, 그리고 각각의 계약 이행에 있어서 불충분한 정도를 고려하여야 한다. **해당 계약이 중소기업 하도급계약 프로그램에 따라 하도급계약을 계획하고 있는 경우에는 계약담당공무원은 잠재적 계약자의 최근 계약에서의 하도급계약 계획의 준수 여부를 검토하여야 한다.**



- (d)(1) **중소기업 관련.** 중소기업과 관련하여 계약의 이행능력이 없음을 결정하는 때에는 계약담당공무원은 중소기업청에 해당 사안을 이첩하여야 하며, **중소기업청이 계약의 이행능력 증명서 발급여부를 판단한다.**
- (2) 하도급계약에 관한 제한사항을 준수하지 못하는 중소기업은 이행능력이 없는 것으로 간주될 수 있다.

□ FAR 9.104-4 하도급계약자의 이행능력

- (a) 일반적으로 잠재적인 주계약자가 그의 잠재적인 하도급계약자들의 이행능력을 결정하는 데 책임이 있다. 잠재적인 하도급계약자의 이행능력에 대한 결정사항은 잠재적인 주계약자의 이행능력에 대한 정부의 결정에 영향을 미칠 수 있다. 잠재적 계약자는 잠재적 하도급계약자의 이행능력에 대한 서면의 증거제출을 요청받을 수 있다.
- (b) 하도급계약자의 이행능력을 직접 결정하는 것이 정부에 이익이 되는 경우에 계약담당공무원은 **하도급계약자의 이행능력을 직접 결정할 수 있다**(예를 들면, 주계약이 의료품의 공급이나 긴급수요를 충족시키는 것으로 내용으로 하거나 상당한 규모의 하도급계약을 포함하는 경우를 말함). 이러한 경우 정부는 하도급계약자의 이행능력을 결정함에 있어서 주계약자의 이행능력 판단에 사용한 기준을 동일하게 적용하여야 한다.

주계약자의 계약 이행능력을 심사함에 있어서 하도급계약자의 이행능력도 함께 심사되며, 경우에 따라 계약담당공무원이 직접 심사·결정을 행할 수 있다. 주계약자의 이행능력 심사에 있어서 고려되어야 할 요소에는 과거의 이행실적이 큰 비중을 차지하는데, 이 때 하도급계약 계획목표의 준수여부나 정도가 포함되고 있다. 또한 중소기업에 대한 이행능력 심사는 별도의 기준에 의거하여 조달기관이 아닌 중소기업청에서 실시하도록 규정하고 있다.

연방조달규정의 적격심사에 관한 규정은 아주 엄격하게 집행되는데, 잠재적인 하도급계약자의 적격심사를 포함시킴으로써 부실공사를 방지하는 중요한 기능을 수행하고 있다고 평가된다. 하도급계약자의 이행능력을 증명하는 제1차적인 책임을 주계약자에게 부과함으로써 하도급계약자를 선정하는데 있어 신중을 기하도록 유도하는 있는 것이다.

다른 한편 중소기업의 적격심사는 중소기업청에서 정한 별도의 기준에 의거하여 중소기업청에서 전담하도록 하고 있으며, 주계약자의 적격심사에 있어서 하도급계약 계획목표의 준수실적을 검토하도록 규정함으로써 중소기업을 배려하는 특별한 규정을 마련하고 있다. 사회적·경제적 약자들에게 하도급계약의 기회가 최대한 돌아가도록 적극적으로 배려하고 있는 것이다.

#### 4. 입찰 등 조달의 참가자격의 제한

▶ 연방조달규정(FAR) Subpart 9.4(입찰 등 조달참가자격의 제한)

□ FAR 9.402 정책

(a) 기관들은 이행능력이 있는 계약자에게만 입찰 또는 제안을 요청하고, 이행능력이 있는 계약자에게만 계약을 낙찰하고, **이행능력이 있는 계약자와 체결한 하도급계약에 대해서만 동의하여야 한다.** 조달참가자격의 제한은 재량 행위이며 연방조달규정상의 여러 정책적 목표를 달성하기 위한 적절한 수단에 해당한다.

□ FAR 9.405-2 하도급계약의 제한

(a) 정부의 동의를 받아야 하는 하도급계약에서 자격제한, 자격정지 또는 자격제한 예정인 계약자가 하도급계약자로 예정되어 있는 경우 계약담당공무원은 해당 하도급계약에 동의해서는 안 된다.

(b) 정부는 정부의 이익을 보호하기 위하여 계약자의 자격을 제한하거나 정지시킨다. 계약자에게 부득이한 사유가 존재하지 않는 한 자격제한, 자격정지 또는 자격제한 예정자 계약자와 30,000 미국달러를 초과하는 하도급계약을 체결할 수 없다.

연방조달규정은 우리나라의 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』 하에서의 그것과 유사하게 입찰참가자격의 박탈 및 정지 등 입찰참가자격의 제한조치에 관해 규정하고 있다. 위에서 인용하지 않았지만, 그 사유는 상당히 광범위하다. 계약채무의 불이행이나 불완전이행, 3,000 미국달러를 초과하는 연방세의 체납, 직장 내에서의 마약사범 형

사처벌, 연방조달규정이 정의하는 불공정거래 행위, 사기, 뇌물수수 등 범죄행위, 기타 부정행위 등이 이에 해당한다.<sup>58)</sup>

연방조달규정은 별도로 입찰 등 조달의 참가자격을 제한시키는 결정을 행하는 별도의 공무원을 두고 있다(debarring official, suspending official). 담당공무원은 조사대상 계약자로부터 제공받은 진술 및 관련 정보를 취합하여 증거조사를 종료한 후 최종 결정을 내리게 된다.<sup>59)</sup> 자격의 정지는 일시적이고 잠정적인 것으로 법적 절차의 개시 없이는 18개월을 초과할 수 없도록 규정되어 있는데, 자격정지 담당관은 12개월이 지나기 최소 30일전에 법무부에 자격정지기간이 종료되었음을 통지하여야 하는데 이 때 법무부는 다시 6개월의 기간 연장을 요청할 수 있다.<sup>60)</sup> 자격제한 즉 참가자격의 박탈은 그 사유의 중대성에 따라 그 기간이 달라지는데 예외가 있기는 하지만 최장 3년을 초과할 수 없도록 규정하고 있다.<sup>61)</sup>

위에서 살펴본 바와 같이 참가자격이 박탈 또는 정지되거나 박탈 예정인 자는 정부의 동의를 요하는 하도급계약이나 30,000 미국달러 이상의 하도급계약을 체결할 수 있는 기회를 갖지 못하는 법적 불이익을 받게 된다.

### 5. 봉합입찰절차(Sealed Bidding)

▶ 연방조달규정(FAR) Part 14. 봉합입찰절차  
□ FAR 14.202-1 입찰기간(Bidding Time)  
(b) 고려해야 할 요소. 경쟁을 부당하게 제한하지 않고 필요 이상의 비용을 지불하지 않도록 하기 위하여 합리적인 입찰기간을 설정함에 있어서 다음과 같은 요소를 고려하여야 한다.

58) See FAR 9.406-2, 9.407-2.  
59) See FAR 9.406-3, 9.407-3.  
60) FAR 9.407-4.  
61) FAR 9.406-4.

- (1) 긴급한 정도
- (2) 요건의 복잡성
- (3) 하도급계약의 예상범위
- (4) 입찰요청 전의 통지 활용 여부
- (5) 입찰자의 지리적 분포
- (6) 입찰권유서와 입찰서 양자를 전달하는데 소요되는 시간
- FAR 14.503-2 봉합입찰의 2단계
- (b) 잠재적인 하도급계약자들을 위하여 1단계에서 수락될 수 있는 제안서를 제출했던 기업들의 명단리스트를 GPE에 게시할 것이다.

원칙적인 조달절차인 봉합입찰절차에서 잠재적인 하도급계약자들에게 하도급계약의 기회를 최대한 부여하기 위한 취지에서 위와 같은 규정을 두고 있다.

## 6. 협상에 의한 계약절차(Contracting by Negotiation)

- ▶ 연방조달규정(FAR) Part 15. 협상에 의한 계약절차
- FAR 15.304 평가요소와 주요 하위 평가요소
- (c) 조달에 적용될 평가요소와 주요 하위 평가요소, 그리고 요소들 간의 상대적인 중요도는 기관의 조달 담당자의 광범위한 재량사항으로 다음의 요건에 따른다.
  - (3)(ii) 하도급계약을 체결할 수 있는 중요한(significant) 기회를 제공하는 bundling이 관련된 조달의 경우 계약담당공무원은 제안자가 하도급계약 체결 계획이 있었던 계약에서 중소기업이 참여한 정도를 보여주는 과거 이행실적을 평가하기 위한 요소를 포함시켜야 한다.
  - (5) 하도급계약을 체결할 수 있는 중요한 기회를 제공하는 bundling이 관련된 조달의 경우 중소기업이 하도급계약의 체결에 참여하기로 예정되어 있는 것도 평가요소에 포함되어야 한다.
- FAR 15.305 제안서 평가
- (a)(2) 과거 이행실적 평가
  - (iii) 과거 이행실적 정보가 즉시 조달과 관련되어 있는 때에는 평가 시에 이전 회사들, 관련된 경험을 가진 핵심인력이나 요건의 중요한 부분을

이행할 하도급계약자에 관하여 과거 이행실적 정보를 검토하여야 한다.

(v) 중소규모의 사회적 또는 경제적 약자 기업과의 하도급계약체결 목적, 이들 기업들의 참여를 염두에 둔 금전적 목표, 19.1202-4(b)에 따라 제출된 통지에 부합한 제안자의 과거 이행실적을 평가에 포함시켜야 한다.

(5) **중소기업과의 하도급계약 체결 평가.** 중소기업이 제출한 제안서는 15.304 (c)(3)(ii)와 (c)(5)의 평가요소에서 가장 높은 평가를 받을 수 있도록 입찰요청서를 구성하여야 할 것이다.

□ 15.404-3 하도급계약의 가격책정 검토

(a) 계약담당공무원은 하도급 계약비용을 포함해 주계약 가격의 타당성을 결정한다. 계약담당공무원은 주계약 가격의 타당성을 판단할 때 주계약자나 하도급계약자가 승인된 구매시스템을 갖고 있는지, 주계약자가 하도급계약자가 제안한 가격을 비용분석하거나 가격분석을 하였는지, 주계약자가 주계약을 협상하기 전에 하도급계약의 가격을 협상하였는지를 검토하여야 한다. 그러나 이러한 검토가 있었다고 하여 계약담당공무원은 주계약자가 제출한 자료와 하도급계약자의 비용/가격책정자료를 분석할 책임이 면제되는 것은 아니다.

(b) 주계약자나 하도급 계약자는 다음을 하여야 한다.

(1) 제안된 하도급계약 가격의 타당성을 확인하기 위하여 적절한 비용분석이나 가격분석을 한다.

(2) 가격제안서에 이러한 분석결과들을 포함한다.

(c) 비용/가격책정 자료를 제출하여야 하는 주계약자나 하도급계약자는 예외가 적용되지 않는다면 하도급계약을 낙찰하기 전에, 구매 주문을 하기 전에, 비용/가격책정 자료를 제출해야 하는 기준금액을 초과하는 계약변경을 하기 전에, 비용/가격 책정자료를 받아서 분석하여야 한다.

(1) 주계약자는 하도급계약의 금액이 다음의 두 금액 중 하나보다 낮을 경우 하도급계약의 비용/가격 책정자료를 정부에 제출하거나 해당 하도급계약자에게 제출하도록 한다.

(i) 1천2백오십만 미국달러 이상의 금액

(ii) 비용/가격책정 자료의 기준 금액 이상이고, 주계약자가 제안한 가격의 10%를 초과하는 금액. 계약담당공무원이 비용/가격책정 자료를 제출할 필요가 없다고 생각한다면 이에 해당하지 않는다.

(2) 계약담당공무원은 주계약의 가격을 적정하게 책정하기 위해 필요하다고 본인이 생각하는 기준금액(위의 (c)(1)에서 규정하는 금액) 이하인 하도급 계약자의 비용/가격책정 자료를 주계약자에게 제출하라고(또는 제출하게 하라고) 요구할 수 있다.

위의 규정에서 볼 수 있듯이 협상에 의한 계약절차에 있어서 중요한 평가요소의 하나로써 중소기업에게 하도급계약체결의 기회를 부여한 과거 실적이나 중소기업이 하도급계약자로 참여할 계획이 열거되고 있다. 특히 중소기업을 평가에서 우대하는 조항을 함께 두고 있다. 중소기업을 조달과정에서 보호·육성함으로써 사회적·경제적 약자를 적극 배려하고자 하는 정부공공정책의 목표가 위의 규정에서도 극명하게 나타난다.

또한 하도급계약의 비용 또는 가격책정의 타당성을 검토하는 절차를 마련함으로써 그 합리성여부를 심사하고 있다. 특히 연방조달규정에서 정하는 금액 이하인 경우에 별도로 관련 자료의 제출을 받아서 이를 심사할 것을 의무화함으로써 부실공사를 미연에 방지하고 결과적으로 하도급계약자를 보호하는 제도적 취지를 가지고 있다고 평가할 수 있다. 낙찰결정을 함에 있어서 제안된 가격만을 고려하지 않고 계약자의 이행능력을 포함해 조달의 대상이 되는 재화나 서비스의 질을 중시하는 정책적 입장이 반영되고 있다.<sup>62)</sup>

## 7. 계약의 방법

### ▶ 연방조달규정(FAR) Part 16. 계약의 형태(Types of Contracts)

#### □ FAR 16.102 정책

비용비례 인센티브 계약은 사용될 수 없다. 확정가계약이 아닌 주계약(서신계약 포함)에 적절한 조항을 포함시켜 비용비례 인센티브 계약이 하도급계약의 체결에 있어서도 사용될 수 없도록 하여야 한다.

62) See FAR 9.103(c).



- FAR 16.104 계약의 형태를 선택할 때 고려할 요소
- (k) **하도급계약체결의 범위와 성질**. 주계약자가 넓은 범위에 걸친 하도급계약을 제안한 경우에는 주계약자에게 실제 위험부담을 지우는 계약형태를 선택하여야 한다.
- FAR 16.402-3 인센티브계약에 있어서의 납품 인센티브
- (b) 납품에 관한 인센티브 조정안에는 납품이 계약자나 **하도급계약자의** 과실이나 부주의 없이 정부가 원인을 제공하여 지연되거나 불가항력에 의해 지연되는 경우 보상-벌칙(reward-penalty)구조를 적용한다고 명시하여야 한다.

연방조달규정은 제16장과 제17장에서 여러 가지 다양한 형태의 계약체결방법에 관해 규정하고 있는데 위와 같은 하도급계약 관련 규정을 포함하고 있다. 하도급계약이 주계약인 정부조달계약과 달리 낙찰자와 제3자 간의 순수한 사법상 계약임에도 불구하고 연방조달규정은 정부조달계약의 공공적 성격을 감안해 하도급계약을 규제하는 여러 조항을 두고 있는 것이다.

## 8. 비용회계기준과 계약비용의 지급 관련

- ▶ 연방조달규정(FAR) Part 31. 비용회계기준 관리
- FAR 31.102 확정가계약
- 제31장의 규정들은 비용분석이 수행되거나 확정가계약조항이 비용의 결정이나 협상을 요구하는 경우 확정가계약, **확정가하도급계약** 또는 이러한 계약들이 수정되는 경우 가격의 책정에 있어서 적용되어야 한다.
- ▶ 연방조달규정(FAR) Part 32. 계약비용의 지급
- FAR 32.102 계약비용 지급방법
- (a) 선지급(advance payments)이란 하나 또는 복수의 계약에 있어서 주계약자에 의한 완전이행 이전에 이를 기대하고 정부에 의해 미리 계약된 금액이 변제되는 것을 말한다. 선지급은 **하도급계약자에 대한 선지급의 목적으로** 주계약자에게 이루어질 수 있다.

□ FAR 32.112-1 하도급계약자에 의한 계약비용 미지급 주장

(a) 주계약자의 하도급계약자나 공급자는 하도급계약, 주문 또는 주계약자와 체결한 계약 하에서 약속된 금액을 주계약자로부터 지급받지 못했다고 주장하는 경우에 계약담당공무원은 다음을 결정하여야 한다.

(1) 건설도급계약에 있어서는 주계약자가 다음의 금액을 지급하였는지의 여부

(i) 미국연방법전 Title 31 Chapter 39(Prompt Payment Act)에 따른 하도급 계약자 또는 공급자에 대한 분할지급 또는

(ii) 하도급계약, 주문 또는 주계약자와 체결한 계약의 조건에 따른 하도급계약자 또는 공급자에 대한 최종 지급

(2) 건설도급계약이 아닌 다른 유형의 계약에 있어서는 하도급계약, 주문 또는 주계약자와 체결한 계약의 조건에 따라 분할지급, 최종 지급 또는 기타 지급을 하였는지 또는

(3) 어떤 계약이든 간에 정부에 대한 약정금액의 지급요청에 부수하여 하도급계약자 또는 공급자에게 약정금액을 지급하였는지의 여부에 대한 주계약자의 확인이 정확한 것이었는지

(b) 만약 위의 (a)(1)와 (a)(2)에 대한 결정을 함에 있어서 주계약자가 하도급계약을 불이행하고 있다고 확인한 경우에는, 계약담당공무원은 다음과 같은 조치를 취할 수 있다.

(1) 주계약자로 하여금 하도급계약자 또는 공급자에게 적기의 금액지급을 하도록 독려하는 것 또는

(2) 주계약상의 약정금액 지급조항에 의해 허용되는 경우에는 주계약자에 대한 분할 지급되는 금액을 감소하거나 그 지급을 중단하는 것

(c) 만약 위의 (a)(3)에서 언급된 주계약자의 확인이 중요한 측면에서 부정확하다고 판단한 경우 계약담당공무원은 행정적 조치 내지 기타 시정조치를 취하여야 한다.

□ FAR 32.112-2 하도급계약자에 의한 약정금액 지급에 관한 정보요청

(a) 비상용물품(non-commercial item)의 조달계약과 관련하여 그 하도급계약자 또는 공급자의 요청에 따라 계약담당공무원은 다음의 정보를 즉각적으로 제공해야 한다.

(1) 주계약자가 주계약 하에서 정부에 대하여 약정금액의 지급을 요청하였는지의 여부

(2) 주계약 하에서 약정금액의 최종 지급이 주계약자에게 이루어졌는지의 여부



위의 규정들에서 알 수 있듯이 연방조달규정은 주계약 뿐만 아니라 하도급계약에 있어서도 동일한 비용회계기준이 적용되도록 규정하고 있으며, 약정된 금액의 지급과 관련하여 하도급계약자를 보호하는 규정을 두고 있다. 후자와 관련하여 하도급계약에서 약정한 금액이 미지급되었다고 하도급계약자가 주장하는 경우 계약담당공무원은 이를 조사하고 시정할 수 있는 권한을 갖고 있다. 시정조치에는 주계약상의 조항에 따라 주계약자에 대한 약정금액의 지급중단 또는 감액조치도 포함되고 있음은 특기할 만하다.

## 9. 건설도급계약 관련

- ▶ 연방조달규정(FAR) Part 36. 건설도급계약 기타 설계시공계약
- FAR 36.212 건설공사 이전 안내
- (a) 계약담당공무원은 성공적인 제안자에게 다음의 사항을 포함한 중대한 관심사에 관하여 고지하여야 할 것이다.
- (1) 노동기준과 같은 법률적 문제 그리고 **하도급계약체결 계획요건**
- (b) 적절하다고 판단하는 경우 계약담당공무원은 설명서를 배포하거나 건설공사 개시 전에 회의를 개최할 수 있다.
- (c) 회의가 개최될 경우 계약담당공무원은 다음의 사항을 행해야 한다.
- (3) 성공적인 제안자에게 제한된 의제와 **하도급계약자의 참석 필요성**에 대한 고지
- FAR 36.501 주계약자에 의한 채무의 이행
- (a) 대규모 프로젝트와 관련한 모든 작업에 대한 적절한 관심과 감독을 보장하기 위하여 **주계약자는 자신의 인력을 가지고 계약상의 채무의 중요한 부분을 직접 수행하도록 요구되어야 한다.** 이 요건은 주계약자가 직접 이행할 작업의 최소한도를 설정한 비율로 계약서에서 표현되어야 한다. 이러한 비율은 전문지식이나 기술이 요구되는 작업에 대한 하도급계약체결과 작업 전반의 복잡성과 규모를 감안하여 계약담당공무원에 의하여 최대한 높게 설정될 수 있는데 법에 의하여 그 이상이 요구되지 않는 한 통상적으로 적어도 12% 이상이어야 한다. 배관, 난방, 전기공사 등과 같이 전문적인 지식이나 기술이 요구되는 작업은 일반적으로 하도급의 대상이 될 수 있으며 주계약자에 의하여 직접 수행되어야 할 작업의 양을 설정함에 있어서 통상적으로 고려되어서는 안 된다.

정부조달계약에서 큰 비중을 갖고 있는 건설공사에 있어서 일괄하도급의 관행을 근절하고 부실공사를 방지하기 위해 연방조달규정은 주계약자에 의해 직접 수행되어야 할 최소비용을 계약서에서 정하도록 의무화하고 있다. 다시 말해 주계약자(주계약에 있어서 수급인)의 직접 시공의무를 규정하고 있는 것이다. 무엇보다 작업의 성격을 고려한 계약담당공무원의 결정에 의해 수량화될 수 있도록 함으로써 의무의 이행을 효과적으로 강제하고 위반여부를 쉽게 판단할 수 있는 장점을 가진다고 평가할 수 있다.

## 10. 하도급계약 정책 및 절차

### ▶ 연방조달규정(FAR) Part 44. 하도급계약 정책 및 절차

#### □ FAR 44.201-1 동의요건

(a) 만약 주계약자가 승인된 구매시스템을 갖고 있는 경우 계약담당공무원에 의해 특별히 하도급계약과 관련한 조항의 포함이 필요하다고 확인된 주계약에 있어서는 하도급계약에 대한 동의가 요구된다. 계약담당공무원은 만약 그가 판단하기를 하도급계약의 유형, 복잡성 또는 가치, 아니면 해당 하도급계약이 특별한 감독이 필요하기 때문에 그 동의가 정부의 이익을 적절하게 보호하기 위해 요구된다고 볼 경우 하도급계약에 대한 동의를 요구할 수 있다. 동의가 요구되는 하도급계약에는 중요한 시스템, 하부시스템, 부분 또는 서비스에 관한 계약이 포함될 수 있다. 하도급계약은 숫자나 품목의 종류에 의하여 확인될 수 있다(예를 들어, 비행기체의 제조를 위한 주계약에 있어서 엔진의 제조를 위한 하도급계약).

(b) 주계약자가 승인된 구매시스템을 갖고 있지 못한 경우에는 하도급계약에 대한 동의는 실비정산계약, 시간-재료계약, 노동시간계약 또는 서신계약, 또는 간소화된 조달절차의 대상이 될 수 있는 가액을 초과하는 확정가계약에서 가격이 매겨질 수 없는 부분에 대하여 필요하다. 구체적으로 다음의 계약에 있어서 동의가 요구된다.

(i) 실비정산계약, 시간-재료계약 또는 노동시간계약; 그리고

(ii) 다음의 가액을 초과하는 확정가하도급계약

- (1) 국방부, 해안경비대, NASA의 경우에 있어서 간소화된 조달절차의 대상이 될 수 있는 가액 또는 계약의 총 견적비용의 5% 중 큰 금액을 초과하는 경우
- (2) 다른 기관의 경우에 있어서 간소화된 조달절차의 대상이 될 수 있는 가액 또는 계약의 총 견적비용의 5%를 초과하는 경우

□ FAR 44.202-1 책임

- (a) **관할 행정계약담당공무원(cognizant administrative contracting officer: ACO)**은 일정한 예외를 제외하고는 동의에 있어서 주된 책임을 진다.
- (b) 동의권한을 갖는 계약담당공무원은 제안되는 하도급계약이 관련 위험에 비추어 적절하고 현재의 정부정책과 건전한 사업적 판단에 부합되도록 보장하기 위하여 주계약자의 통지내용과 입증자료를 심사하여야 한다.

□ FAR 44.202-2 고려사항

- (a) 동의권한을 갖는 계약담당공무원은 최소한 다음의 사항을 고려하고 심사하여야 한다.
  - (4) 주계약자는 주계약요건을 준수하고 있는지의 여부
    - (i) **중소기업 등 사회적·경제적 약자 그룹에 대한 하도급계약체결 계획을 포함한 하도급계약의 체결기회의 부여**
  - (7) 특정의 하도급계약자를 선택함에 있어서 주계약자가 합리적인 근거를 가지고 있는지의 여부
  - (9) 제안되는 하도급계약의 형태가 관련 위험에 비추어 적절하고 현재의 정부정책과 건전한 사업적 판단에 부합되는지의 여부
  - (11) 주계약자가 주계약상의 요건을 적정하고 합리적으로 하도급계약상의 요건으로 전환하였는지의 여부
  - (12) 주계약자가 하도급계약을 낙찰함에 있어서 적용되는 비용회계기준을 준수하였는지의 여부
  - (13) 제안된 하도급계약자가 입찰참가자격이 제한되는 자에 해당하는가의 여부
- (b) 다음의 경우에 특별히 세밀하고 철저한 고려가 필요하다.
  - (1) 주계약자의 구매시스템이나 이행이 적정하지 못한 경우
  - (2) 주계약자와 하도급계약자 간의 밀접한 업무관계나 소유관계로 인해 **자유경쟁이 배제**되거나 높은 약정금액으로 귀결될 수 있는 경우

- (3) 하도급계약이 불합리한 것으로 보이는 가격 또는 유사한 상황에서 정부에 의해 제안되는 가격보다 높은 가격에서 **경쟁이 배제되는** 상황에서 제안되는 경우 또는
- (4) 하도급계약이 **실비정산계약, 시간-재료계약 또는 노동시간계약의** 형태로 제안되는 경우

연방조달규정은 일정한 범주에 속하는 하도급계약에 대한 동의절차에 관해 규정하고 있으며, 대체로 보아 가격 또는 비용이 객관적으로 평가될 수 있는 경우와 그렇지 못한 특수한 형태의 계약의 경우로 대별하여, 전자의 경우 하도급계약상의 작업이 특수하거나 높은 가치를 갖는 경우에, 후자의 경우에는 일정 가액 이상인 경우에 관할 행정계약담당공무원(ACO)에 의한 동의절차를 거치도록 의무화하고 있다.

연방조달규정에서 규정하는 고려사항을 살펴보면 주계약의 완전이행과 결과적으로 정부에 제공되는 재화나 서비스의 높은 질을 담보하기 위해 하도급계약의 체결여부나 그 내용을 규율하려는 것으로 파악된다. 경쟁의 촉진, 사회적·경제적 약자의 배려, 조달비용의 최소화 등 조달정책상의 목표가 하도급계약의 체결에 있어서도 반영될 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있는 것이다. 위에서 인용하지는 않았지만, 이와 함께 일정한 유형의 계약에 있어서 특정한 계약조항의 삽입을 강제하고 있으며,<sup>63)</sup> 주계약자의 과거 이행실적이나 하도급계약의 수량·복잡성·가액 등에 근거하여 주계약자의 구매시스템(contractor purchasing system review: CPSR)에 대한 특별심사를 규정하고 있다.<sup>64)</sup>

## 11. 계약의 해지

연방조달규정은 제49장에서 계약의 해지에 관한 특별규정을 두고 있다. 계약의 해지와 관련한 계약해지담당관(termination contracting officer:

63) See FAR 44.302, FAR 44.303.

64) See FAR 44.204.

TCO)을 각 조달기관 내에 설치하여 해지결정 및 분쟁해결(settlement)에 관한 비교적 광범위한 재량권을 부여하고 있다. 구체적인 내용을 살펴보면, 확정가계약, 실비정산계약 등 각각의 계약의 형태별로 해지사유에 관해 규정하고 있는데, 크게 보면 편의적 해약과 채무불이행으로 인한 것으로 대별할 수 있다. 이 중 편의적 해약(termination for convenience)은 행정계약에 관하여 판례법상 발전된 법리를 실정법상 수용한 것으로 평가할 수 있는데, 연방조달규정은 편의적 해약조항을 계약서에 의무적으로 포함시킬 것을 강제하고 있다.<sup>65)</sup>

연방조달규정은 Subpart 49.6에서 해지와 관련한 표준계약조항의 문구를 규정하고 있다. 이에는 해지조항 뿐만 아니라 해지 이후의 약정 금액 지급, 협상에 의한 분쟁해결조항 등 상당히 광범위하게 여러 다양한 문구와 조항을 포함하고 있다. 그리고 Subpart 49.1에서 해지와 관련한 분쟁해결을 위한 상세한 절차를 규정하고 있는데, 이에는 계약해지담당관의 결정에 대한 제3자의 기관에 의한 심사까지 포함하고 있어 계약해지담당관의 재량권 행사에 대해 일정한 법적 한계를 설정하는 기능을 갖고 있다고 평가할 수 있다.

특기할만한 것은 계약해지담당관은 주계약의 해지로 인해 발생하는 주계약자와 하도급계약자 간의 분쟁을 해결할 수 있는 권한을 갖는다는 것이다.<sup>66)</sup> 따라서 하도급계약자는 이러한 규정들에 의해 민사소송 외의 대안적 분쟁해결절차(Alternative Dispute Resolution: ADR)를 이용할 수 기회를 부여받게 됨으로써 일정한 법적 보호를 받게 된다. 또한 일정한 경우 주계약이 해지된 이후 주계약상의 권리와 의무는 정부에 양도될 수 있다.<sup>67)</sup> 예를 들어, 하도급계약자가 이용 가능한 유일한 공급원이고 주계약자와 하도급계약자 간의 분쟁해결이 지연되거나 하도

65) See FAR 49.5.

66) See FAR 49.108-3.

67) FAR 49.108-8.

급계약자에 대한 약정금액 지급을 지연하는 것이 하도급계약자의 재정 상태를 위태롭게 하는 경우가 이에 해당하는 것으로 규정하고 있다.<sup>68)</sup>

## 제 4 절 중 합

이상을 통해 살펴본 바와 같이 하도급 관련 연방조달규정(FAR)의 특징은 다음과 같다.

첫째, 하도급에 관한 상세한 규정을 마련하고 있으며, 특히 주계약자의 선정에 있어서 상세한 하도급계획을 수립할 것을 요구하고 있고 이 과정에서 하도급계약자의 계약 이행능력의 심사(적격심사)를 병행함으로써 하도급계약의 이행의 질(결과적으로 정부조달계약의 완전이행)을 담보하는 효과를 의도하고 있다. 또한 계약의 형태, 비용회계기준, 약정금액의 지급방법, 일정한 범주의 하도급계약에 대한 동의요건 등에 관해 비교적 상세하게 규정하여 주계약의 이행에 중대한 영향을 주는 하도급계약의 방식과 내용형성에 관한 강도 높은 규제를 가하고 있다. 하도급계약이 주계약자와 하도급계약자 간의 사법상 계약임에도 불구하고 公共性이 강한 주계약과의 밀접한 연관성으로 인해 하도급계약에 대해서 상세한 실체법적·절차법적 규율을 가하고 있는 것이 연방조달규정의 가장 두드러진 특징이라 하겠다. 사실상 하도급계약자는 정부조달과정의 적극적 참여자로 취급되고 있는 것이다.

둘째, 주계약자의 선정과 소수자보호 프로그램(예: 중소기업 할당제도)의 목표를 연계함으로써 중소기업을 보호하고 사회적 또는 경제적 취약계층을 배려하고 있다. 즉 앞에서도 언급한 바와 같이 정부조달 계약시스템을 운영함에 있어서 정부조달계약을 단순히 비용절감(효율성)이나 질 높은 공공서비스의 제공과 같은 목표의 달성 외에도 소수자의 보호나 환경법, 노동법 등의 준수와 같은 국가공공정책의 실현수

---

68) FAR 49.108-8(b).



단으로 적극적으로 활용하고 있다는 것을 잘 보여주고 있는 것이다.

셋째, 정부에 의한 계약의 해지 시 주계약자와 하도급계약의 상대방 간의 분쟁해결절차에 관해 상세히 규정하고 있어 정부조달계약 관련 이해당사자 간의 이해관계조정에 만전을 기하고 있다. 다시 말해 민사소송 외에 조달기관 내에서의 대안적 분쟁해결절차를 마련하여 소송을 둘러싼 각종 거래비용과 시간을 감소시키고 상대적 약자인 하도급업자를 보호하고 있다고 평가할 수 있다. 이외에도 주계약자에 의해 약정금액이 미지급될 경우 하도급계약자를 보호하기 위해 계약담당공무원에게 해당 사안을 조사하고 일정한 계약상 불이익조치 또는 행정적 제재조치를 취할 권한을 부여하여 주계약자의 횡포를 억제하는 기능을 갖도록 설계하고 있다.

넷째, 정부조달과정을 투명하고 공정하게 운영하고 폭넓은 참여의 기회를 보장하기 위해 범정부공고처(GPE)를 설치·운영하고 입찰참가 자격이 제한되는 자들의 목록(Excluded Parties List System: EPLS)을 인터넷상에서 운영하는 등 하도급 관련 정보관리시스템이 비교적 잘 정비되어 성공적으로 운영되고 있다고 평가할 수 있다. 이 밖에도 조달기관에 따라서 하도급관련 정보를 인터넷에서 게시하여 정보접근권을 실질적으로 보장하고 있다.

다섯째, 하도급계약을 포함해 정부조달계약 전반에 관해 상세한 규정을 둠과 동시에 계약상의 분쟁을 미연에 방지하거나 최소화하기 위해 표준계약조항의 삽입을 장려하거나 의무화하고 있다는 것이다. 이러한 모든 규율이 갖는 구체성과 복잡함은 별론으로 하더라도, 우리나라의 경우와 차별화되는 것은 이 모든 규정이 내부지침의 형태가 아닌 法規的 效力을 갖는 행정입법의 형식을 가짐으로써, 한편으로는 규제의 기능을 가지면서도 다른 한편으로는 주계약자와 하도급계약자 기타 조달과정 참여자를 법적으로 보호하는 부수적 기능도 가진다는 것이다.

마지막으로 계약담당공무원(contracting officer), 관할 행정계약담당공무원(ACO), 계약해지담당관(TCO) 등 정부조달계약과 관련한 여러 전문공무원을 두어 관할사항에 대해 비교적 폭넓은 재량권을 부여함과 동시에 책임의 소재를 명확히 하고 이들의 권한행사에 대해 절차규정(감사 포함)을 통한 일정한 제약을 가하고 있다는 것이다. 전문성을 확보하고 책임의 소재를 명확히 한다는 측면에서 우리나라에도 도입할만한 가치가 있다고 판단된다.



## 제 5 장 종합정리 및 정책제안

### 제 1 절 하도급 관련 미국의 법제 요약

연방조달규정(FAR)을 중심으로 한 하도급 관련 미국 법제의 가장 두드러진 특징은 정부조달계약뿐만 아니라 하도급계약관계에 대해 조달기관의 내부지침이 아닌 法規의 형태로 상세한 실체법적·절차법적 규율을 가하고 사후제재보다는 사전규제 중심으로 하도급을 포함한 정부조달 계약시스템 전반을 운영하고 있다는 것이다. 국가의 특권을 부인하고 私的 自治의 原則을 강조하는 普通法(common law)의 전통을 가지고 있으면서도 하도급계약의 체결에 있어서 契約의 自由를 그 방식과 내용형성의 측면에서 상당부분 제한하는 내용의 규제를 가하고 있다. 오히려 규율의 밀도나 강도의 측면에서 대륙법계 국가의 그것보다는 侵益性이 강하다고 평가할 수 있다.

이러한 특징을 보여주는 대표적인 예로는 하도급계약자의 적격심사(계약 이행능력의 평가), 입찰참가자격의 제한조치가 내려진 자의 하도급계약체결의 기회 제한, 일부 하도급계약에 대한 동의요건 부과, 하도급계약의 경제적 타당성 평가, 하도급계약의 형태나 내용에 대한 규제, 건설공사에 있어서 낙찰자인 주계약자의 직접시공의무의 최소 비율 부과, 약정금액의 미지급에 대한 하도급계약자의 진정제도 등이 다. 주로 주계약인 정부조달계약의 완전이행이나 비용절감을 달성하기 위한 제도적 수단에 해당한다.

그리고 이러한 제도적 수단을 효과적으로 시행하기 위해 계약담당 공무원(contracting officer), 관할 행정계약담당공무원(ACO), 계약해지담당관(TCO) 등 정부조달계약과 관련한 여러 직책을 두어 관할사항에 대해 비교적 폭넓은 재량권을 부여하고 있는데, 이는 앞에서도 언급한 바와 같이 전문성을 확보하고 책임의 소재를 명확히 하기 위함이다.

반면 권한의 남용을 견제하고 관련 이해관계인을 보호하기 위한 여러 절차적 장치를 마련하고 있는데, 適法節次(Procedural Due Process of Law)를 강조하는 미국법의 전통이 여실히 반영되고 있다.

미국 법제의 또 다른 특징은 하도급을 포함한 정부조달 계약시스템을 흑인이나 여성 등 소수자(minorities), 사회적·경제적 취약계층이나 지역, 중소기업 등을 보호하고 환경법, 노동법 등의 준수 등 국가공공정책의 실현수단으로 적극 활용하고 있다는 것이다. 각종의 할당제도(Set-Aside)를 운영한다든지 주계약자의 선정에 있어서 하도급계약체결 계획목표와 이와 관련한 과거 이행실적을 중요한 고려요소로 규정하는 것이 그 예이다. 인종차별 등 미국 특유의 역사적 경험에 기인한 우대적 조치(affirmative action)의 시행을 정부조달정책의 중요한 목표로 설정하고 정부조달 계약시스템의 핵심적 구성요소로 설계하여 운영하고 있다. 단순히 역사적으로 차별의 대상이 되어 왔던 흑인이나 여성이 소유하는 중소기업뿐만 아니라 중소기업, 역사적 저개발지역, 퇴역군인 또는 상이용사 등이 소유하는 중소기업 등 할당제도의 충족여부나 하도급계약체결의 목표 산정에 있어서 기준이 되는 사회적·경제적 취약계층의 범주를 폭넓게 설정하여 헌법상의 평등권과 인간답게 살 권리를 실질적으로 구현하는 사회복지프로그램의 일환으로 활용하고 있는 것이다. 다시 말해 정부조달정책의 목표를 경제적 효율성이나 질 높은 재화나 서비스의 공급 등 소비자적 관점에서만 접근하지 않고 정부를 公共財(public goods)의 공급자로 보고 정부조달 계약시스템의 운영을 公共善을 실현하는 직·간접의 수단으로 설계하고 있다.

이 외에도 하도급 관련 미국 법제의 특징은 낙찰자결정, 계약의 이행, 계약의 해지 등 정부조달과정의 각 단계에서 발생할 수 있는 여러 법적 분쟁을 해결할 수 있는 대안적 분쟁해결절차(ADR)를 규정하고, 계약상의 분쟁을 미연에 방지하기 위한 표준계약조항의 삽입을 장려하거나 강제하고 있다는 것이다. 이러한 규정들은 기본적으로 정

부의 이익 즉 공익을 보호하기 위한 입법목적은 갖지만, 다른 한편으로는 하도급계약자를 포함한 관련 이해관계인의 보호라는 부수적 기능도 갖고 있다고 평가할 수 있다.

그런데 이러한 모든 특징들은 정부조달계약의 公共性에서 출발한다. 사법상 계약과 차별화되는 특수한 법적 규율을 가하기 위한 이론적 근거가 되고 있다는 것이다. 앞에서 검토한 바와 같이 공·사법이원론이 부재한 법적 전통 하에서도 미국은 행정계약에 관한 특수한 법리를 형성·발전시켰고 이러한 법리가 연방조달규정 등 조달 관련 법제의 근간을 이루게 되었다. 이 과정에서 사법상 계약의 법리를 단순히 수정·보완하는데 그치지 않고, 소수자 보호나 중소기업 보호와 같은 공공선의 실현을 정부조달 계약시스템의 운영원리의 하나로써 설정하게 되었으며 대륙법계 국가들보다 하도급계약과 관련하여 강도 높은 규제를 시행하게 되었다.

## 제 2 절 시사점

우리나라는 정부발주공사와 민간발주공사를 구별함이 없이 『하도급거래 공정화에 관한 법률』, 『건설산업기본법』 등에서 하도급계약관계를 규율하는 상세한 규정을 두고 있는 것이 특징이다. 하도급계약자의 권리를 보호하기 위한 다수 규정을 포함하고 있다는 점에서 내용적으로는 큰 문제가 없는 것으로 보인다. 게다가 내부지침인 例規의 형태로 추가적인 사항을 규정하고 있다. 『하도급거래 공정화에 관한 법률』에서 표준하도급계약서의 작성 및 사용 권장, 부당한 하도급대금의 결정 금지, 하도급대금의 부당한 감액금지, 물품구매대금 등의 부당결제 청구 금지, 하도급대금의 지급시기 규제, 하도급대금의 직접 지급 등에 관해 규정하고 있고, 『건설산업기본법』에서 수급인(하수급인 포함)의 자격 제한, 수급인의 직접시공의무, 건설공사의 하도급 제

한, 하도급계약의 적정성 심사, 하도급대금의 직접 지급, 수급인의 불공정행위 금지 등에 관해 규정하고 있다.

그러나 정부발주공사와 민간발주공사를 구별하지 않고 있으며, 하도급인과 하수급인 간의 관계를 규율한다는 기본 관점에서 출발하고 있고 이러한 규정들의 실효성확보수단으로 사전규제보다는 사후제재에 주안점이 맞춰져 있다는 문제점을 가지고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 이러한 접근에는 건설도급계약 등 정부조달계약을 협의의 국고작용으로 이해하여 사법의 영역에 속하는 것으로 보는 법리적 관점이 반영되어 있고, 정부조달 계약시스템의 건전성이나 공공성의 확보보다는 하도급인과 하수급인 간의 거래관계에 있어서 경제적 약자인 하수급인을 보호한다는, 사법상 사적 자치의 원칙의 수정이라는 관점에서 접근하고 있기 때문이다. 따라서 법적 규율을 내용보다는 기본적인 접근법이나 체계 면에서 개선을 요한다고 할 것이다. 개선을 요하는 사항에 관해 그 기본방향을 분설하면 다음과 같다.

첫째, 정부발주공사에 적용되는 특별법을 제정할 필요가 있다. 그러나 이에선 정부발주공사가 민간발주공사와 차별화되는 공공성을 가지고 있다는 인식을 전제해야 한다. 특별법을 제정한다는 것은 기존의 법률과는 내용과 강도의 측면에서 별도의 실체법적·절차법적 규율을 한다는 것을 의미하고, 이는 결국 사적 자치의 원칙을 대폭적으로 수정하거나 공법의 영역을 확장한다는 것이기 때문에 법률을 제정함에 있어서 광범위한 여론수렴 및 사전조사가 필요하다. 법률을 제정한 연후에 시행령과 시행규칙까지 제정해야 한다는 점을 고려하면 상당한 시간을 요하는 일일 것이다. 이 때 정부발주공사가 갖는 특수성과 정부조달정책의 목표를 명확히 하고 구체화해야 하는 과제가 있다.

둘째, 정부발주공사에 있어서 하도급거래의 ‘공정화’목표의 내용을 보다 구체화할 필요가 있다. 단순히 하도급계약관계에서 경제적 약자인 하도급계약자를 보호한다는 것인지, 아니면 부실한 하도급계약의

체결이나 이행능력이 부족한 하도급계약자에 의한 공사로 인한 공사의 부실화화 국가예산낭비의 초래를 예방하기 위함인지, 더 나아가 미국의 사례에서 볼 수 있듯이 중소기업의 진흥이나 사회적·경제적 약자의 보호, 환경법과 노동법의 준수 등 국가공공정책의 적극적 실현이라든지 구체적인 정책목표를 설정해야 할 것이다. 정책목표와 방향이 제대로 설정되어야 이에 기초하여 정부조달 계약시스템 전반을 세부적으로 설계할 수 있기 때문이다.

셋째, 정부발주공사에서 낙찰자결정을 함에 있어서 이행능력에 대한 평가 즉 적격심사를 강화하고 그 일환으로 하도급계약자에 대한 적격심사를 행할 필요가 있다. 이 과정에서 하도급계약자에 대한 적격심사뿐만 아니라 정부조달계약의 완전이행과 중대한 연관성을 가질 수 있는 하도급계약의 방식과 내용을 규율할 필요가 있으며, 입찰과정의 점수 산정에 있어서 중소기업의 진흥이나 사회적·경제적 약자의 보호와 같은 잠재적인 정책목표의 달성을 중요한 고려요소로 평가할 수 있을 것이다. 다시 말해 정부조달정책의 목표를 달성하기 위해 낙찰자결정을 위한 심사과정 전반을 체계화하고 하도급계약에 대한 심사를 그 중요한 일부로 편입할 수 있다는 것이다. 이러한 접근법이 갖는 장점은 사후규제가 아닌 사전규제에 중점을 둔다는 점과 내부지침이 아닌 법규에 근거하여 각종 결정을 행함으로써 관련 이해관계인의 권리구제 기회를 확대하고 법적 안정성을 제고한다는 것이다.

넷째, 정부발주공사에 대해서 특별한 법적 규율이 가해진다는 것은 조달기관의 재량권이 대폭 강화된다는 것을 의미하기 때문에 계약담당공무원의 전문성을 강화하고 책임의 소재를 명확히 하기 위해 계약담당공무원의 권한과 지위를 확대·강화할 정책적 필요성이 있다. 다른 한편으로는 낙찰자결정, 계약의 이행, 계약의 해지 등 정부조달 계약시스템의 각 단계에서 발생할 수 있는 법적 분쟁을 해결할 수 있는 대안적 분쟁해결절차를 마련할 필요가 있으며, 분쟁을 미연에 방지하

기 위해 표준하도급계약서나 조항의 작성이나 삽입을 경우에 따라 의무화할 수 있는 제도적 장치가 있어야 한다.

결론적으로 하도급거래 공정화에 대한 미국의 법제가 주는 교훈과 시사점은 정부조달 계약시스템의 공공성 강화이며 이를 위해 공법적 성격의 규제를 신설·강화해야 한다는 것이다. 이러한 토대 위에서 기존의 법적 규율을 재구성하고 추가한다면 현 정부가 추구하는 ‘공정사회’의 실현을 위한 중대한 진일보를 내딛게 되는 것이고, 이는 결과적으로 공익실현에 크게 기여하는 것이다.

## 참 고 문 헌

- 김동희, 『행정법 I (제15판)』, 박영사, 2009.
- 박균성, 『행정법론(상)(제9판)』, 박영사, 2010.
- 최인호, 『행정법총론』, 충남대학교출판부, 2010. 8.
- 홍정선, 『행정법원론(상)(제18판)』, 박영사, 2010.
- 김대식, 「미국의 공공계약법제의 동향과 시사점」, 『공공분야의 계약 법제의 동향과 과제』 워크숍, 한국법제연구원 2011. 5. 4.
- 김대인, 『행정계약법의 이해』, 서울대학교 법학연구총서 제9권, 경인 문화사, 2007. 3.
- 박정훈, 「행정조달계약의 법적 성격」, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 163-241면.
- 이상호, “정부조달계약에 관한 공법적 조명”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 12.
- 진보성, 「公法上の 契約 - 행정법계약의 중요문제를 중심으로 -」, 『行政法の 諸問題』, 교학연구사, 1992, 309-317면.
- 한국조달연구원, 『미국연방조달규정해설』, 중소기업청, 2011. 2.
- 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611.
- 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604.
- 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두5948.
- 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209.
- W. NOEL KEYES, GOVERNMENT CONTRACT (3rd Ed.), West Publishing Co., St. Paul, Minn. 2000.

참 고 문 헌

U.S. Federal Acquisition Regulation(FAR) Parts. 1—53

Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, 332 U.S. 380 (1947).

Schweiker v. Hansen, 450 U.S. 785 (1981).

G. L. Christian and Associates v. United States, 375 U.S. 954 (1963).

U.S. v. Corliss Steam Engine Company, 91 U.S. 321 (1875).