

# 行政調達契約法上 隨意契約制度

桂 承 均\*

## 차 례

### I. 서 언

### II. 수의계약의 의의

### III. 수의계약의 사유

1. 우리나라의 수의계약 사유
2. 미국의 수의계약 사유

### IV. 수의계약과 관련된 책임문제

1. 수의계약사유가 아님에도 불구하고 계약이 체결된 경우
2. 계약담당공무원의 손해배상책임
3. 형사책임과 징계책임

### V. 결 언

\* 陸軍本部 法務監室 軍法務官, 法學博士

\*\* 본고에서는 수의계약과 관련된 논의 중 중요한 논점인 단체수의계약제도에 대해서는 언급하지 않기로 한다. 그리고 국가재산을 관리, 처분하는 관재업무도 본 논문에서 제외시키고자 한다. 그 이유는 관재업무의 경우, 즉 국가재산을 매각하거나 처분하는 경우에도 원칙적으로 국가계약법을 적용하여 입찰을 통한 일반경쟁을 통하여 국가에 가장 유리한 가격이나 조건을 제시하도록 하고 있으나, 행정조달계약과는 성격이 다르고, 단체수의계약의 경우 중소기업보호 내지 육성이라고 하는 경제적 측면에서 다루는 것이 본질이라고 생각이 들기 때문에, 본고에서는 행정조달계약에 한정하여 수의계약을 논의하고자 한다.

## I. 서 언

재정주체와 경제주체로서의 정부 또는 지방자치단체 등이 계약을 체결할 경우 가장 요구되는 것 중의 하나가 공정성이라고 할 수 있다. 공정성을 담보하기 위하여 여러 정책을 반영한 규정들을 『국가를당사자로하는계약에관한법률』(2002. 12. 30. 개정 법률 제6836호, 이하 “국가계약법”이라 한다.)에 두고 있는데, 그 중 가장 대표적인 것이 일반경쟁계약제도이다. 일반경쟁계약제도는 문자 그대로 일반적으로 계약상대자들로 하여금 경쟁을 시켜 가장 유리한 가격이나 조건을 제시한 자와 계약을 체결하는 제도이다. 국가계약법 제7조에서 ‘계약의 방법’이라는 제목 하에 본문에서 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 계약을 체결하고자 하는 경우에는 일반경쟁에 부쳐야 한다고 하여 일반경쟁이 원칙임을 밝히고 있다. 『국가를당사자로하는계약에관한법률시행령』(2003. 12. 11. 개정 대통령령 제18155호, 이하 “시행령”이라 한다.) 제10조제1항에 의하면 일반경쟁계약제도는 입찰을 통하여 이루어지고 있다. 경쟁입찰에 관한 입법적 정의는 『특정조달을위한국가를당사자로하는계약에관한법률시행령특례규정』(2003. 8. 27. 개정 대통령령 제18094호, 이하 “특정조달특례규정”이라 한다.) 제2조제4호1)에서 “일반경쟁입찰이라고 하는 것은 (특정)조달계약에 있어서 입찰에 참가하고자 하는 모든 자격자가 입찰서를 제출할 수 있는 입찰을 말한다.”라고 규정하고 있다. 또한, 지방자치단체가 주체가 되어 계약을 체결할 때 적용되는 법률인 『지방재정법』(2001. 1. 29. 개정 법률 제6400호) 제61조에서도 계약의 방법으로서 일반경쟁계약이 원칙임을 밝히고 있다.<sup>2)3)</sup>

국가계약법 제7조 단서에서 “다만, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여

- 1) Special Enforcement Decree of “the Act on Contracts to which the state is A Party” concerning specific government procurement (Presidential Decree No. 15187, Dec. 31, 1996) Art. 2 【Definition】 4. “General Competitive Tender” refers to the specific government procurement contract which allows all the qualified participants wishing to take part in tender to turn in tender sheets.
- 2) 방위산업에관한특별조치법(2001. 1. 16. 개정 법률 제6353호) 제12조의 계약의 특례조항에 따라 체결하는 단기계약·장기계약·확정계약·개산계약과, 일반확정계약, 물가조정단가계약, 원가절감보상계약, 유인부확정계약, 중도확정계약, 특정비목불확정계약, 유인부원가정산계약, 원가정산이익확정계약, 일반개산계약 등은 원가산정과 회사의 이익을 등을 고려한 계약의 ‘내용 내지 범위’에 관한 것이지 계약‘방법’에 관한 것은 아니라고 생각된다.
- 3) 법제처 웹사이트 [www.moleg.go.kr](http://www.moleg.go.kr)에는 ‘지방자치단체를당사자로하는계약에관한법률(안)’이 입법예고 되어 있다.

필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있다.”라고 규정하여 계약의 목적, 성질, 규모 그리고 필요성 등을 종합적으로 판단하여 일반경쟁계약의 예외로서 제한경쟁계약, 지명경쟁계약, 수의계약을 인정하고 있다.

이렇게 일반경쟁계약이 원칙이며 수의계약등은 예외라는 점을 우리 판례<sup>4)</sup>도 인정하고 있다.<sup>5)</sup> 계약의 공정, 경제성의 도모, 참가의 기회균등을 도모하기 위하여 일반경쟁계약이 원칙이라고 하고 있다.<sup>6)</sup> 따라서 일반경쟁에 부쳐야 할 것을 지명·제한경쟁입찰계약이나 수의계약에 부친 경우에는 절차의 위법성이 문제될 수 있어도, 반대로 지명·제한경쟁 입찰계약이나 수의계약에 부칠 수 있는 것을 일반경쟁계약에 부친 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위법성이 문제가 생길 여지가 없다.<sup>7)</sup>

4) 대법원 2000.8.22. 선고, 99다35935 판결.

5) 유훈, “정부계약의 서설적 고찰”, 『행정논총』 제29권제1호, 서울대학교 행정대학원, 1991, 114면; “정부계약의 경쟁성 제고를 위한 회계통첩”, 2002. 7. 18. 회계 41301-965.

6) 김선관, 『정부계약실무해설』, 제일가제법령출판사, 1994, 175, 273면; 장훈기, 『정부계약제도해설』(전정판), 법신사, 1998, 273면.

7) 우리나라의 대표적인 조달기관인 국방부의 훈령인 계약업무처리지침[개정 2004. 1. 1.(계회41301-2879)]에 제12조에서도 가능하면 수의계약을 억제하고 경쟁계약을 확대하여 시행하려고 한다. 위 지침 제12조제1항에서 “시행령 제26조 각호의 규정에 의한 수의계약 대상인 경우라 하더라도 다음 각호와 같이 계약목적물에 대한 규격, 기타 조달요건 등의 변경을 수요기관과 협의하여 가능한 경쟁계약에 의한다.”라고 규정하고 있다. 각호는 다음과 같다.

1. 중소기업제품은 가급적 중소기업 내에서 경쟁계약으로 집행하고, 상용품목으로 일반 시중품과 비교하여 품질이 현저히 낮은 경우에는 경쟁계약에 의한다.
2. 성능 또는 효율 등이 유사한 물품은 경쟁계약에 의한다.
3. 공사, 용역, 물품의 제조 또는 구매시 시행령 제26조의 수의계약을 목적으로 분할하여 집행하는 일이 없도록 하여야 한다.
4. 특정규격의 품목을 지정하여 조달요구시 사업목적 달성이 가능한 유사 물품 유무를 판단하여 유사물품이 있는 경우에는 경쟁계약에 의한다.
5. 특허품, 실용신안등록품, 의장등록품도 품질, 성능이나 가격 등이 대등한 유사물품으로 사업목적 달성이 가능하다고 판단되는 경우에는 경쟁계약에 의한다.
6. 특별법으로 설립된 법인이 당해 법률에서 정한 사업 영위로 직접 생산하는 물품의 제조, 구매 또는 용역의 경우에는 상용품으로 일반 시중품과 비교하여 품질이 낮고 가격이 비싼 경우에는 개선될 때까지 경쟁계약에 의한다.
7. 긴급 수의계약은 천재지변, 작전상의 병력이동, 긴급행사, 비상재해, 기타 이에 준하는 경우로서 경쟁계약에 의하기 불가능한 경우를 말한다. 경쟁계약에 의하기 불가능한 경우라함은 사전예측이 불가능하거나 객관적으로 급박한 사유의 입증 가능한 경우로서 공고기간 등을 단축(5일까지 단축가능)하여도 경쟁계약에 의한 계약목적 달성이 불가능한 경우를 말하는 것으로서 가급적 사업을 조기에 확정 발주하여 경쟁계약에 의한다.

미국의 경우에도 우리와 사정이 크게 다르지 않다. 가능하다면, 경쟁계약을 통해서 조달하는 것이 미국획득계획의 중요한 목표라고 할 수 있다. 미국의 경쟁계약법(CICA; The Competition in Contract Act of 1984)에서도 예외를 특히 규정해 놓은 경우를 제외하고는 입찰경쟁이나 협상에 의한 경쟁에서 정부기관은 완전하고도 공개된 경쟁(full and open competition)을 실시하여야 한다. 또한 경쟁절차를 통하거나, 조달환경에 가장 적합한 경쟁절차의 결합이 있어야 한다. 여기에서 경쟁절차<sup>8)</sup>라고 하는 것은 행정기관이 완전하고 공개적인 경쟁에 적합한 계약을 체결하기 위한 절차를 의미하고, 조달과 관련하여 사용될 때의 ‘완전하고 공개적인 경쟁’<sup>9)</sup>의 의미는 이행능력이 있는 모든 조달원이 조달의 입찰이나 제안서를 경쟁적으로 제출하는 것이 허용되는 것이다. 이전의 법인 the Armed Services Procurement Act<sup>10)</sup>에서도 조달하려고 하는 물품, 용역의 본질과 수요를 충족시킬 수 있는 최대한 많은 자격있는 조달원으로부터 제안서를 받을 것을 요구하고 있었다. 이러한 정신을 앞서 언급한 것과 같이 CICA법에 반영하여 완전하고도 공개된 경쟁을 요구하고 있다. 즉 미국도 경쟁을 통해서 조달하는 것을 원칙으로 삼고 수의계약이나 다른 형태의 계약은 예외로 인정한다.

그리고 현행 조달관련 법률규정과 현 실태를 가만히 살펴보면, 수의계약사유가 너무 많이 존재하고, 실무적으로도 오히려 수의계약이 원칙인 것처럼 착각이 들 정도로 많이 행해지고 있다. 이러한 수의계약의 현황과 형태는 계약담당

8. 보안을 요하는 공사로써 비밀리에 추진하여야 할 필요가 있는 사업은 가능한 지명경쟁계약으로 집행한다.

9. 신규품목의 제조 및 구매 또는 시설공사는 일반경쟁계약에 의함을 원칙으로 한다.

② 외자조달에 의한 경우라도 다음 각호에 한하여 수의계약으로 집행한다.

1. 국산대체 기술검토 결과 국산대체가 불가한 것으로 확인된 경우
2. 완성장비의 구매로서 단일생산제품의 증명이 있는 경우. 다만, 동제품과 유사한 제품을 생산하는 제작자 또는 공급자가 있는 경우에는 동인으로부터 이의 생산·공급 가능 여부를 확인 후 수의계약 체결할 수 있음
3. 기 도입장비의 부분품은 단일 생산제품이거나 공급이 단일한 경우로서 타제품으로는 호환성이 없는 경우

③ 중소기업협동조합과의 단체수의계약 대상품목의 경우에도 중소기업자간 지명경쟁요건이 성립되는 경우에는 가능한 한 지명경쟁으로 전환 집행한다.

④ 제1항 내지 제3항에서 정하는 경쟁계약 원칙 및 수의계약 집행기준을 준수하여 계약상대자 선정의 투명성과 공정성을 확보하고 예산 절감에 노력하여야 한다.

8) 41 U.S.C. § 403 (5).

9) 41 U.S.C. § 403 (6).

10) 10 U.S.C. § 2304 (g).

공무원의 업무편의성과 계약상대방의 이해관계가 맞아 떨어진다. 계약담당공무원으로서 복잡한 절차를 거쳐야 하고 시간도 많이 걸리는 입찰경쟁보다는 손쉬운 계약방법인 수의계약을 통해 체결할 수 있는 업무의 편리성을 놓치고 싶지 않을 것이다. 또한, 계약상대방의 입장에서 다른 경쟁자들보다 가격이나 조건을 유리하게 제시하여야 하는 입찰경쟁을 통해 어렵게 계약을 체결하기보다는 적당한 사유를 들어 수의계약을 체결하는 것이 시간, 노력, 비용에 있어서 간결하고 경제적이고 이익이 많이 창출될 것이라고 판단할 수 있다.

일반 사적계약인 경우에는 사적자치의 원칙에 따라 당사자의 의사의 일치기 있으면 가장 이상적인 계약이 되지만, 정부등이 당사자가 되는 계약에 있어서는 법률의 규정에 따라야만 계약이 성립한다.

그런데 법조문 해석과 관련하여서도 “예외는 좁게 해석하고 엄격하게 적용하여야 한다(eng zu interpretieren und restriktiv anzuwenden).”거나, “예외는 유추해석되어서는 안된다(Analogieverbot).”라고 하는 원칙<sup>11)</sup>이 있다. 이러한 해석원칙에 따라 예외에 해당하는 수의계약의 사유를 엄격하고 좁게 해석하고, 유추해석을 금지시키는 것이 실무상 의미가 있는 것이다.

이러한 생각들을 배경으로 하여, 이하에서는 수의계약의 의미, 수의계약의 사유를 우리나라와 미국의 경우를 대비하여 살펴보고, 그 후에 계약담당공무원이 수의계약을 임의로 체결하거나 위법하게 수의계약을 체결한 경우에 계약의 유효성 여부와, 계약담당공무원의 민사, 형사, 징계책임을 살펴보고 본고 작성자의 간단한 느낌을 밝히는 것을 결론으로 대신하고자 한다.

## II. 수의계약의 의의

수의계약은 경쟁에 부치지 않고 계약담당공무원이 선택한 특정 계약상대방과 계약을 체결하는 것을 말한다. 이에 관한 입법적 정의는 특정조달특례규정 제2조제6호<sup>12)</sup>에서 “수의계약이라 함은 (특정)조달계약에 있어서 발주기관이 경쟁입찰에 의하지 아니하고 계약상대자를 결정하는 계약을 말한다.”라고 정의하고 있다. 일반경쟁계약이 입찰절차를 통한 경쟁을 통하여 국가에 가장 유

11) BGH GRUR 1982, 37, 40-WK-Dokumentation.

12) Art. 2. 【Definition】 6. “Negotiated Contract” refers to the specific government procurement contract in which the executive authority determines contracting parties, not through competitive tender. 우리 법령을 영역으로 함에 있어서 수의계약을 “negotiated contract”라고 하는 것에 대해서 다소 의문이 있다.

리한 가격이나 조건을 제시한 자를 선정하여 계약을 체결하는 것임에 반하여, 수의계약은 이러한 절차를 거치지 아니하고 특정 계약상대방과 계약을 체결하는 것이다. 행정조달계약법상 수의계약을 인정하는 것은 경쟁제도를 통하여 계약상대방을 선정하는 것이 불편하다거나 불리한 경우, 특수한 목적을 가지고 계약을 해야 하는 경우 등에 있어서 조달행정의 간소화 내지 행정수요를 확실히 충족시키기 위해서다.

일반경쟁계약이 공정성, 참가의 기회균등, 원가절감이나 예산절약의 경제성 등이 보장되지만, 다른 한편으로는 절차가 복잡하고 번거로우며, 적시적(適時的)인 조달행정에는 비효율적인 면이 있다. 그러나 수의계약의 경우에는 절차가 간편하고 효율적인 반면에 계약담당공무원의 자의적인 예산집행, 계약상대방과의 결탁으로 인한 고가로 계약을 체결하는 등의 부정적인 면도 보인다.<sup>13)</sup> 따라서, 계약담당공무원이 사안에 따라 임의로 수의계약을 체결할 수 있는 것이 아니라, 국가계약법 제7조에 규정된 대로 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하고 필요성이 인정될 때에는 대통령령이 정하는 사유에 해당될 때에만 수의계약을 체결할 수 있다.

### Ⅲ. 수의계약의 사유

#### 1. 우리나라의 수의계약 사유

앞서 언급한 대로 수의계약은 대통령령인 시행령이 정하는 사유에 의해서만 체결할 수 있고, 그 사유는 시행령 제26조 내지 제32조에서 상세하게 규정하고 있다. 수의계약의 사유와 수의계약 체결시 지켜야 할 절차와 주의하여야 할 사항에 관해서 규정하고 있다. 시행령에 열거된 수의계약 사유는 너무나도 상세하고 그 종류도 많이 존재한다. 수의계약사유를 대강(大綱)으로 분류하여 보면 다음과 같다고 판단된다.<sup>14)</sup>

##### (1) 긴급수의계약(시행령 제26조제1항, 제1호 내지 제3호)

이러한 경우는 국가적으로나 사회적으로 긴급한 상황 내지 국가안보와 관련된 경우를 말한다. 입법적으로는 국방부 훈령인 계약업무처리지침 제12조제7호

13) 장훈기, 앞의 책, 273면.

14) 수의계약의 구체적인 사유에 대한 해설은 장훈기, 앞의 책, 274~286면 참조.

에는 긴급 수의계약이라 함은 천재지변, 작전상의 병력이동, 긴급행사, 비상재해, 기타 이에 준하는 경우로서 경쟁계약에 의하기 불가능한 경우를 말한다. 경쟁계약에 의하기 불가능한 경우라 함은 사전예측이 불가능하거나 객관적으로 급박한 사유의 입증 가능한 경우로서 공고기간 등을 단축(5일까지 단축가능)하여도 경쟁계약에 의한 계약목적 달성이 불가능한 경우를 말하는 것이라고 규정하고 있다. 수의계약에 있어서 가장 현실성이 있는 조항이라고 말할 수 있다. 미국<sup>15)</sup>의 경우에도 “긴급성”의 일반적 의미는 행정기관이 경쟁을 통하여 조달함에 있어 행정기관의 중요한 수요를 충족시키기 위한 시간이 충분하지 않기 때문에 조달의 목적을 이루려는 것이 불가능한 경우라고 이해하고 있다.

#### (2) 특정인으로부터 조달을 해야 하는 경우(동항 제4호)

특허품, 실용신안품 등의 제품을 구매하거나, 특정인의 기술·용역 또는 특정한 위치·구조·품질·성능·효율 등으로 인하여 경쟁을 할 수 없는 경우를 말한다. 그런데 여기에서 저작권을 가지고 있는 공급자는 여기에 포함되지 않는다. 아마도 저작권은 국가에 등록하지 않고 창작하는 순간에 저작권을 취득하기 때문에 이를 공시하는 방법이 없기 때문에 저작권자가 누구인지 하는 것이 계약순간에 불분명하기 때문이라고 판단되기도 하지만 정확한 그 이유는 현재로서는 알 수가 없다. 입법의 미비일 가능성이 많다.

#### (3) 법률의 규정에 의하여 특정사업체로부터 조달하여야 하는 경우 (동항 제6호, 제7호)

이 경우는 대부분 정책적인 요소로서 중소기업제품의 조달(중소기업진흥및 제품구매촉진에관한법률)이라든지, 각종 법인들로부터의 조달을 말한다. 『방위산업에관한특별조치법』, 『국유재산법』상의 수의계약이 여기에 포함된다.

#### (4) 유찰수의계약

경쟁입찰을 실시하였으나 입찰자가 1인 뿐인 경우로서 입찰자나 재공고 입찰을 하더라도 입찰참가자격을 갖춘 자가 1인밖에 없음이 명백하다고 인정되는 경우에는 수의계약을 체결할 수 있다.<sup>16)</sup> 이 규정에 의한 수의계약을 체결

15) 뒤의 2의 (2) 참조.

16) 국방부 훈령 계약업무처리지침 제14조에서는 가능하면 재공고입찰등에 의한 수의계약

할 때에는 보증금과 기한을 제외하고는 최초의 입찰에 부칠 때의 정한 가격 및 기타 조건을 변경할 수 없다(시행령 제27조제1항, 제1호, 제2항 참조).

(5) 낙찰자가 계약을 체결하지 않은 경우

낙찰자가 계약을 체결하지 아니하거나, 낙찰자가 계약체결 후 소정의 기일 내에 계약의 이행에 착수하지 아니하거나, 계약이행에 착수한 후 계약상의 의무를 이행하지 아니하여 계약을 해제 또는 해지한 경우에, 낙찰금액보다 불리하지 아니한 금액의 범위 안에서 수의계약을 체결할 수 있다. 이 경우에도 위 유찰수의계약의 경우와 같이 최초 입찰시 제시된 가격 및 조건을 변경할 수 없다(시행령 제28조).

(6) 『조달사업에관한법률』상의 수의계약

조달청장은 각 수요기관에서 공통적으로 소요되는 물자 또는 비축물자를 구매·공급하기 위하여 필요한 경우에 대통령령이 정하는 계약방법에 의한 계약을 체결할 수 있고(조달사업에관한법률 제5조), 이를 받아서 조달사업에관한법률시행령에서 제9조 비축물자에 관한 계약방법의 특례를 다음과 같이 정하고 있다.

- ① 조달청장은 법 제5조의 규정에 의하여 비축물자를 구매·보관·조작 및 공급함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 다른 법령의 규정에 불구하고 수의계약에 의할 수 있다.
- 1. 경쟁이 성립되지 아니하는 물자를 소유 또는 제조하는 자와 구매 및 공급계약을 체결하는 경우
- 2. 지역별·품질별 가격의 차 또는 가격의 변동이 극심한 물자를 소유 또는 제조하는 자와 구매 및 공급계약을 체결하는 경우
- 3. 제1호 및 제2호의 경우에 구매 및 공급하는 업무를 위탁하는 계약을 체결하는 경우
- 4. 특별한 시설 또는 장비를 갖춘 자와 보관·조작 및 공급에 관한 계약을 체결하는 경우

이 조항에 따라 수의계약을 체결한 때에는 감사원에 통보하도록 하고 있다(조달사업에관한법률시행령 제9조제3항).

---

을 억제하려고 한다. 동조 제1항에서는 “시행령 제27조에 의한 수의계약은 사전에 다음 각호의 사항을 철저히 함으로써 이를 최대한 억제한다. 1. 조달원의 최대한 확보, 2. 규격의 개선, 3. 합리적인 예정가격 결정, 4. 업자간 담합방지, 5. 기타 수요기관과의 긴밀한 협조”라고 규정하여 수의계약을 가능하면 피하려고 하고 있고, 수의계약 전에 계약공무원이 노력하여야 할 사항에 관해서 규정하고 있다. 불가피하게 유효한 입찰자가 1인과 수의계약을 체결하더라도 국가에게 가격 등 가장 유리한 계약상대자를 선정하도록 하고 있다(동조 제2항).



### (7) 금액이 일정 한도 이하일 경우

추정가격이 1억원 이하인 공사(건설산업기본법에 의한 전문공사의 경우에는 7천만원, 전기공사업법에 의한 전기공사, 정보통신공사업법에 의한 정보통신공사 또는 소방법에 의한 소방공사의 경우에는 5천만원)나 추정가격이 3천만원 이하인 물품의 제조·구매·용역 기타 계약인 경우에는 수의계약에 의할 수 있다. 현실적으로 금액이 적은 경우에만 불필요하게 경쟁계약을 실시하여 행정력을 낭비하는 것을 방지하기 위한 정책적 규정으로 보인다.

### (8) 분할수의계약의 금지

그리고 한 가지 주의할 것은 분할수의계약은 원칙적으로 금지된다. 시행령 제29조에서 분할수의계약이라는 제목으로 제26조제1항제6호 다목(방위산업에 관한특별조치법에 의한 방산물자를 방위산업체로부터 제조·구매하는 경우), 제27조(유찰수의계약 조항) 및 제28조(낙찰자가 계약 체결을 하지 않은 경우)의 경우에 있어서는 예정가격 또는 낙찰금액을 분할하여 계산할 수 있는 경우에 한하여 그 가격 또는 금액보다 불리하지 아니한 금액의 범위안에서 수인에게 분할하여 계약을 할 수 있다. 그러나 일부 의견<sup>17)</sup>과 일부 재정부의 회신서<sup>18)</sup>에는 이를 다른 계약에도 각각의 사유에 따라 분할수의계약을 체결할 수 있다고 하는 것은 과도한 확장해석이라고 생각된다.

### (9) 경쟁계약원리 준용

그리고 한 가지 중요한 것은 수의계약이라고 해서 문자 그대로 수의로 체결하는 것이 아니라 경쟁계약상의 일반경쟁의 원리가 그대로 적용된다. 즉 국가에 가장 유리한 조건이나 가격을 제시한 자와 계약을 체결하여야 한다. 이를 관철시키기 위하여 시행령 제30조에서 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 수의계약을 체결하고자 할 때에는 2인 이상으로부터 견적서를 받도록 하고 있다. 다만, 시행령 제26조제1항제4호, 제6호 가목·나목, 제27조 및 제28조의 규정에 의한 계약의 경우 또는 계약금액이 2천만원이하인 경우에는 1인으로부터 받은 견적서에 의할 수 있다. 제출받은 견적서에 기재된 견적가격이 예정

17) 장훈기, 앞의 책, 286면.

18) 회계 45101-583, 1996. 3. 26; 장훈기, 앞의 책.

가격의 범위 안에 들지 아니하는 경우에는 다시 견적서를 제출받아 계약금액을 결정하여야 한다. 그러나 재정경제부령이 정하는 경우인 전기·가스·수도 등의 공급계약과 추정가격이 10만원미만인 물품의 제조·구매·임차 및 용역 계약 견적서 제출을 생략하게 할 수 있다.

그리고 시행령 제32조에서 수의계약시에도 시행령 제12조의 경쟁계약시의 입찰참가자격이 있는 자만이 수의계약의 당사자가 되도록 하고 있다. 이는 수의계약을 평계로 계약상대방을 함부로 선정하지 못하도록 하는 장치라고 판단된다.

## 2. 미국의 수의계약 사유

미국의 조달관련법률<sup>19)</sup>에 따르면 행정집행기관은 경쟁절차 이외의 절차를 다음의 경우에만(only when) 이용할 수 있다.

- (1) 행정기관이 필요로 하는 물품이나 용역이 하나의 특정 조달원만이 이행능력이 있고 다른 유형의 물품이나 용역이 행정기관의 수요를 충족시키지 못할 경우
- (2) 행정기관이 필요로 하는 물품이나 용역의 수요가 비정상적이고 아주 급박한 경우로써 행정기관이 입찰에 응할 조달원과 제안서를 제출할 조달원의 숫자를 제한하지 않는다면 정부가 심각하게 피해를 입을 수 있는 경우
- (3) (A) 국가위급상황 또는 산업동원을 시켜야 할 경우에 물품 또는 용역을 공급하기 위해서 시설, 생산자, 제조자 혹은 다른 공급자가 이용 가능하도록 하기 위해서 다음 각호의 경우는 특정 조달원 혹은 조달원과 계약을 체결하는 것은 필수적이다.  
(B) 교육기관, 비영리단체, 연방정부가 재정을 출자한 연구개발센터가 제공한 중요한 기술, 연구 혹은 개발능력을 확립시키거나 유지하기 위하여,
- (C) 연방정부가 포함된 소송, 분쟁(소송이나 분쟁이 상당히 예상 가능한 경우도 포함한다), 심리, 청문회, 법원, 행정법원, 행정기관의 변론에서 전문가의 용역을 이용하거나, 또는, 대안분쟁해결, 규칙제정협상과정에서 전문가의 용역을 이용하여야 할 경우,
- (4) 미합중국정부와 외국정부, 미합중국과 국제기구간에 체결한 국제협정 또는 조약의 규정, 또는 외국정부에 대한 용역비용 또는 물품의 조달비용을 정부기관에 상환하라는 외국정부의 서면명령의 경우에는 경쟁절차가 아닌 비경쟁절차이용을 요구하는 효과를 가진다.
- (5) 이 section의 subsection (b)와 관련하여, 행정기관, 특정 조달원, 행정기관의 필요에 의한 조달은 상표가 있는 상업품목에 대해서 재판매 할 권한을 법률이 명백하게 수여하거나 요구한다.
- (6) 행정기관이 입찰에 응하거나 제안서를 제출할 숫자를 제한하는 것을 허용하지 않는다면, 행정집행기관의 수요노출이 국가안전을 위태롭게 하는 경우
- (7) 행정집행기관의 장은  
(A) 특정조달에서 경쟁절차 이외의 절차를 사용하는 것이 공익상 필수적이라는 것을 결정한다.  
(B) 계약체결 전 30일 전 이내에 이러한 결정은 서면으로 의회에 통보되어야 한다.

19) 41 U.S.C. § 253.

여기서 (C)(1)의 경우를 제외한 다른 사유로 비경쟁절차를 이용할 때에는 조달원이 1개인 경우에 행하는 계약을 반드시 허용하는 것은 아니다. 실행 가능한 많은 잠재적인 조달원으로부터 경쟁이 요구된다. 미국법 41 U.S.C. §253(c)와 10 U.S.C. §2304(e)에서는 다음과 같이 규정하고 있다. “(C)(2) 또는 (C)(6)를 적용하여 물품이나 용역을 조달하려고 비경쟁절차를 이용하려고 하는 행정기관의 장은 실행가능하다면 잠재적인 많은 조달원으로부터 청약을 받아야 한다”.

실제 미 감사원(The Comptroller General)의 결정례<sup>20)</sup>를 보면 비록 급박한 상황으로 인해 완전하고 공개적인 경쟁 없이 조달하였다고 하더라도, 행정기관이 1개의 조달원과 계약을 체결한 것은 성문법을 위반한 것으로 보고 있다. 또 경쟁자가 전체적으로 경쟁할 시간을 가질 수 없을 만큼 비효율적으로 조달이 이루어졌다면 이는 행정기관이 성문법을 위반했다<sup>21)</sup>고 하고, 특히 회사전화번호가 파일에 누락되어 있어 접촉을 하지 않고 세 개의 가격을 긴급상황에서 “good enough”라고 의견을 제시한 경우에도 항의를 인정<sup>22)</sup>하고 있다.

이하에서는 주로 미 감사원의 결정에 나타난 사례들을 중심으로 수의계약사유를 살펴보고자 한다.

#### (1) 조달원이 하나인 경우(only one source available)

이 경우는 경쟁계약에 대한 미국 조달법상 가장 광범위하고 현실성 있는 예외이다. 그런데 이 규정은 조달원이 하나라고 해서 무조건 허용하는 것은 아니고, 성실하게 보증될 때(only when truly warranted)에만 허용되는 것이다. 이것이 입법자<sup>23)</sup>의 의도이다. 이 조항과 관련하여 행정기관의 재량판단이 필요하다. 행정기관의 수요를 충족시키는 유일한 조달원인지 여부에 대한 결정은, 행정기관이 자신의 수요에 대한 적합성이 있고 조달원 결정에 상당한 근거가 있다면 원칙적으로 정당한 것이다.

##### 1) 특허를 받은 품목

미국의 경우에는 특허권을 부여받았다고 하는 단순한 사실만 가지고는 1개

20) Data Basel Decisions Inc., Comp. Gen.Dec. B-232663, 89-1 CPD ¶ 87.

21) Arrow Gear Co., 68 Comp. Gen. 612 (B-235081), 89-2 CPD ¶ 135.

22) Kahn Indus. Inc., Comp. Gen. Dec. B-251777, 93-1 CPD ¶ 356.

23) John Cibinic, Jr./Ralph C. Nash, Jr., Formation of Government Contracts, 3rd Ed., The George Washington University, 1998, p. 293.

의 조달원만 존재한다고 하여 조달을 정당화시키지 않는다. 특허가 있는 물건을 구매하는 것에 대한 근거법률은 28 U.S.C. § 1498(a)인데, 이 규정은 특허권자에게 자신의 발명이 허락 없이 미국정부에 의해서, 미국정부를 위하여 사용되어질 때에는 상당한 보상을 받을 권리를 수여한다. 그러나 이러한 상황에서 특허권자가 특허사용을 금지시키는 것을 허용되지 않는다.

### 2) 저작권이 있는 저작물 28 U.S.C. § 1498(b)

저작권이 있다는 것은 1개 조달원을 통한 획득에 대한 상당한 이유가 된다. 미감사원<sup>24)</sup>도 저작권이 있는 소프트웨어의 1개 조달원을 통한 조달을 승인했다. 그 이유는 행정기관은 자신의 수요를 충족시킬 수 있는 동일한 소프트웨어를 필요로 하기 때문이다.

### 3) 후속계약(Follow-on contract)

후속계약이라고 하는 것은 이전에 체결된 디자인 또는 제조계약이 된 동일한 물건에 관해서 계약을 체결하거나, 이전에 조달된 용역의 이행에 대해서 계속하여 계약자와 계약을 체결하는 것을 말한다. 미국의 CICA에서도 이 문제에 대해서 두 가지 규정을 두고 있다. 즉 41 U.S.C. §253 (d)(1)(B)에서는 다음과 규정하고 있다.

“지속적으로 개발되거나, 주요시스템 또는 고도로 특수화된 장비의 제조에 대한 후속 계약을 체결하는 경우, 원조달원과 다른 조달원과 계약을 체결하는 것이 (i) 경쟁을 통하여 보충될 수 있을 것이라고 기대되지 않고 정부에게는 비용을 2배 이상이 되게 하거나, (ii) 이러한 재화를 오로지 원조달원으로부터 이용할 수 있는 것처럼 보여지고 경쟁절차 이외의 절차를 통하여 조달하는 것이 행정기관의 수요를 만족시킴에 있어 받아들일 수 없는 지체가 발생하는 경우”

이 문제에 대해서 미감사원<sup>25)</sup>은 단순히 이전에 계약을 했다는 경험은 수의 계약으로 1개 조달원 조달을 정당화시킬 수 있는 충분한 근거가 되지 않는다고 결정하고 있다. 또한 특정 계약자와 과거에 오랫동안 관계를 가져왔다는 것을 근거로 해서 조달원이 1개뿐이라고 하여 조달하는 것은 정당화하지 않는다고 결정<sup>26)</sup>하고 있다.

24) ALK Assocs., Comp. Gen. Dec. B-237019, 90-1 CPD ¶ 113.

25) Electronic Syso, U.S.A., Inc., Comp. Gen. Dec. B-200947, 81-1 CPD ¶ 309.

26) Metropolitan Radiology Assocs., Comp. Gen. Dec. B-195559, 80-1 CPD ¶ 265.

## (2) 특수하고 피할 수 없는 긴급상황

미국의 문헌<sup>27)</sup>에 따르면 이 예외는 좁게 해석되어진다고 한다. 그 이유는 획득계획과정은 가장 피할 수 없는 긴급상황을 극복하는 것을 의도하기 때문이다. 여기서 말하는 “긴급성”의 일반적 의미는 행정기관이 경쟁을 통하여 조달함에 있어 행정기관의 중요한 수요를 충족시키기 위한 시간이 충분하지 않기 때문에 조달의 목적을 이루려는 것이 불가능한 경우이다. 긴급상황에 관한 예는 주로 국가 안보 내지 국방과 관련된 예가 많다. 국가안보에 중요한 무기시험을 계속할 필요성<sup>28)</sup>이라든지, 기존의 화학전 보호의복은 산림지역에 적합한 것이기 때문에 사막의 방패작전에서 사용할 화학보호복장은 기존의 것과는 무게와 색깔에 있어서 부적절하므로 이라크의 생화학 공격에 대비하여 즉시 이를 공급할 수 있다고 판단한 회사와 계약을 체결한 미해병대의 결정<sup>29)</sup>과 같은 것이다.

그러나 행정기관이 조달을 집행함에 있어 지체한 경우는 특수하고 피할 수 없는 긴급상황이 아니다. 예를 들면, T-38 비행기의 날개를 공급하는 Honeycomb사가 자신을 배제하고, Bonded Technology사와 Northrop사만으로 경쟁을 제한한 것은 부적절한 것이라고 이의신청한 것에 대해서 특수하고 긴급한 상황 때문에 미 공군이 초기품목시험을 포기할 수 있는 조달원에 한정된 것은 정당한 것이고, 이러한 긴급상황은 행정기관의 공무원이 사전계획을 세우지 않았기 때문에 발생한 것은 아니라고 판단했다.<sup>30)</sup> 미감사원은 행정기관이 선행계획을 세우지 않았다는 것과 선행계획이 성공하지 않았다는 것이 다르다고 보지만, 행정기관이 조달을 함에 있어 선행계획을 세우지 않은 것이 특수하고 피할 수 없는 상황이라고 보지 않고 있다.<sup>31)</sup>

## (3) 산업동원과 주요 조치능력 유지

경쟁계약에 대한 예외는 산업동원과 교육기관, 비영리기관, 연방정부가 출자한 연구개발센터가 제공하는 주요한 기계, 연구, 개발능력을 건설하거나 유지시키기 위한 경우에는 비경쟁계약이 가능하다. 산업동원과의 관련성을 설명할 수

27) Cibinic/Nash, op. cit.

28) Support Sys. Assocs., comp. Gen. Dec. B-232473, 89-1 CPD ¶ 11.

29) Greenbier, Indus., Inc., Comp. Gen. Dec. B-241304, 91-1 CPD ¶ 92.

30) Honeycomb Co. of Am., Comp. Gen. Dec. B-227070, 87-2 CPD ¶ 209.

31) New Breed Leasing Corp., Comp. Gen. Dec. B-274201, 96-2 CPD ¶ 202.

만 있다면 행정기관의 결정은 문제될 것이 없다. 예를 들면, 동원의 필요성 때문에 탄약시설에 대한 작전과 유지를 하기 위해서 하나의 조달원과 계약을 체결<sup>32)</sup>하거나, 미 해군이 국가의 위급상황 내지 산업동원을 시켜야 할 경우, 중요한 공급품의 준비상태를 유지함에 있어, 동원될 사람의 모자는 제복에 있어서 필수적인 부분이라고 판단하였고, 산업동원으로 계획된 물건을 중요하다<sup>33)</sup>고 판단하여 조달원을 배제하거나 사전 계획된 조달원을 제한하는 경우이다.<sup>34)</sup>

#### (4) 공공의 이익

이 예외는 특이하게도 행정기관의 장에게 특정조달에 있어서 경쟁조달 이외의 절차를 이용하는 것이 공공의 이익에 필수적이라고 결정한 경우에는 하나의 조달원과 계약을 체결할 권한을 수여한다. 미 감사원<sup>35)</sup>이 미 해군성이 10 U.S.C. §2304(c)(7)에 따라 외국회사는 필리핀에 있는 미 해군기지를 위태롭게 할 수 있다고 판단하여 제한을 가한 것이 공공의 이익과 부합한다는 결정을 지지하고 있다. 원고가 미국 농업부(the United States Department of Agriculture : USPA) 산하 산림청(the National Forest Service)이 경쟁을 거치지 않고 국립공원과 여타 휴양지에 대한 전자 예약서비스를 제공하는 수정계약을 경쟁계약자와 체결하였으므로 연방조달법률 및 규정을 위반했다고 주장한 사건에 대해서 미국연방청구법원<sup>36)</sup>은 다음과 같이 판단하고 있다.

“경쟁계약자가 유일한 조달원이라 하여 계약을 체결하는 것이 공익상 필요하다고 농업부 장관의 결정은 연방획득규정이 요구하는 것이며, 이는 명백하고 설득력 있는 것으로서 적법한 것이다. … 행정기관의 행위에 대해서는 사법심사가 배제되지만, 사법심사를 배제하기 위해서는 법원은 입법자가 의도한 대로 명백하고 확신있는 증거를 찾아야 한다. 행정기관은 일반적으로 자신의 규정을 따르도록 요구받고 있으며, 행정기관이 법률의 규정에 의해서 행해진 재량행위는 사법심사의 대상이 되지 않는다. 이러한 재량은 성문법의 명확한 용어 속에서 발견되거나, 법률의 규정이 있더라도 법원이 행정기관의 재량행

32) Kilgore Corp., Comp. Gen. Dec. B-253672, 93-2 CPD ¶ 220.

33) Propper Int'l, Inc., Comp., Gen. Dec. B-229888, 88-1 CPD ¶ 296.

34) Ibid. 미감사원은 같은 결정문에서 이러한 판단은 군 당국의 재량으로 보고 있으며, 경쟁을 극대화시켜야 한다는 관점은 산업동원의 필요성과 비교하여 보면 부차적이라고 보고 있다.

35) Zublin Del., Inc., Comp. Gen. Dec. B-2270032, 87-2 CPD ¶ 149.

36) Spherix Inc., v. U.S. No. 03-2371C. U.S. Court of Federal Claims 2003.

위를 판단함에 있어, 이에 대항하는 의미있는 기준을 설정할 수 없을 때에는 사법심사를 받지 않는다”.

#### (5) 채무불이행을 이유로 해제를 한 이후의 재조달

FAR 49.402-6에는 채무불이행으로 인한 계약해제 후에, 이행되어야 할 잔여작업의 양이 같은 재조달은 성문법상의 경쟁요건에 복종하지 않지만, 잔여작업의 양이 넘어서는 경우에는 재조달은 “새로운 획득”으로 다루어져야 한다고 규정하고 있다. 그리고 연방획득관리규정은 실행가능하다면 경쟁계약을 요구하고 있다. 하지만 Aerosonic사가 채무불이행 후에 실행가능하다면 최대한 경쟁을 통하여 획득하라는 재조달규정에서 요구하는 대로 하지 않고, 조달원은 하나라고 판단하여 계약을 체결하는 것을 항의하는 것에 대해서 미감사원<sup>37)</sup>은 채무불이행 후의 재조달의 경우에 법률과 규정은 엄격하게 적용할 것은 아니라고 판단하고 있다.<sup>38)</sup>

## IV. 수의계약과 관련된 책임문제

### 1. 수의계약사유가 아님에도 불구하고 계약이 체결된 경우

계약담당공무원이 시행령을 위반하여 수의계약 해당 사유가 아님에도 불구하고 수의계약을 체결하였을 경우, 계약의 유효성 여부가 문제될 수 있다. 시행령에 위반하여 계약을 체결하였다 하더라도 계약은 유효하다는 것이 판례의 태도인 듯하다. 우리 대법원<sup>39)</sup>은 “계약담당공무원이 입찰절차에서 국가계약법을 당사자로서 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 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를 당사자

37) Aerosonic Corp., 68 Comp., Gen. 179 (B-232730), 89-1 CPD ¶ 45.

38) 참고 TSCO, Inc., Comp. Gen. 347 (1986), 86-1 CPD ¶ 198.

39) 대법원 2001.12.11. 선고 2001다33604 판결.

로하는계약에 관한 법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.”라고 하여 법령에 설령 위반이 있다고 하여도 계약은 유효하다고 보고 있다. 위 사안은 국가계약법의 원칙인 일반경쟁입찰에 관한 사안이라, 엄격하고 좁게 해석하여야 할 예외인 수익계약에도 그대로 적용될지는 의문이지만, 위 판례의 취지는 국가계약법의 취지를 무시하거나 몰각시키는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 계약을 무효로 보는 것으로 이해된다.

그렇다면 국가 공무원이 법률에 위반하여 계약을 체결한 것이 명백하면 이러한 국가공무원의 행위는 법치행정에 위반되는 것이지만, 이러한 계약담당공무원의 계약체결이 국가계약법의 정신을 형해화시키거나, 몰각시키는 것이 아니면 위법한 것이 아니라는 결론에 도달한다. 이러한 결론을 뒷받침하는 이론<sup>40)</sup>은 국가계약관련 법령을 우선 재정관련법으로 이해하고 이를 소위 내부법으로 보면서 사인과는 직접적 연관이 없는 행정의 합리성, 효율성을 보장하기 위한 것으로 파악하고 있다. 이러한 재정법을 위반한 경우라 하더라도 헌법과 법률이 무효라고 하지 않는 이상 그 효력에는 영향이 없다고 본다. 그리고 국가나 지방자치단체가 계약당사자가 되는 소위 정부계약에서도 정부등은 사경제의 주체로서 체결하는 사법상의 계약<sup>41)</sup>이라고 파악하고, 또한 이를 관장하는 국가계약관련 법령이나 예규 등을 국가와 사인간의 계약관계에 있어서 계약공무원이 지켜야 할 내부준칙으로 이해한다.<sup>42)</sup> 그러나 이러한 태도는 공법과 사법을 뚜렷이 구별하고 있는 현행 법논리가 반영된 것이라고 보인다. 이는 전통적일 국고이론에 따라 행정이 사법으로의 도피를 한 것이라고 할 수 있다.<sup>43)</sup>

그러나 국가계약법에는 사법적(私法的)인 규정과 공법적인 규정들이 혼재하고 있다. 국가계약법 제5조에서 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다고 하면서 계약의 원칙을 제시하고 있는데, 당사자 대등의 원칙이라든지 계약이행에 있어서 신의성실의 원칙을 천명한 것은 사법상의

40) 선재성, “공공계약에서 낙찰자결정과 계약이 무효가 되는 사유”, 『대법원판례해설』 제 38호, 2001, 52~55면.

41) 대법원 1996.12.10. 선고 96누14780 판결; 1993.6.8. 선고 92다49447 판결.

42) 대법원 1996.12.10. 선고 96누14780 판결 참고; 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 민사판례연구회편, 『민사판례연구[XXV]』, 박영사, 2003, 567면 이하.

43) 박정훈, 앞의 논문, 571면.



대표적인 원리를 채용한 것이라고 할 수 있다. 또한 제7조에서 계약의 방법을 규정하면서 일반경쟁계약을 원칙으로 하면서 입찰제도를 채택하고 있다. 이는 국가계약법의 대표적인 계약방법으로써 사법상의 경쟁원리가 적용되는 제도이다. 다른 한편으로는 국가계약법 제27조의 부정당업자제조항을 보면 이는 공법상의 제재라고 할 수 있다. 그러나 전체적인 느낌은 사법상의 측면이 강조되고 있다는 느낌이 들고 그 운용도 그러하다는 것이다.

그런데 수의계약제도는 이러한 사법적인 측면보다는 행정청의 일방적으로 결정한다는 점이다. 이러한 점은 경쟁을 통하여 선정된 자와 계약을 체결하는 것과는 달리 보이는 점이다. 국가계약법령에 수의계약사유를 정한 것이라든지, 계약담당공무원이 계약당사자를 선정한다든지 하는 것은 일반 사법상의 계약과는 다른 점이라고 할 수 있다.<sup>44)</sup> 따라서 수의계약도 일반경쟁계약과는 계약이라는 점에서는 같다고 할 수 있지만 그 과정은 계약담당공무원이 법령의 규정에 따라 계약사유에 해당될 때에만 선정된 당사자와 계약을 체결한다는 점이다. 즉 앞서 언급한 대로 수의계약은 국가계약방법의 예외이고, 법조문의 해석상 예외는 좁고 제한적으로 해석되어야 하고, 유추해석이 금지되는 점을 감안한다면 더욱 그렇다는 생각이 든다. 비록 동일한 조달작용이기는 하지만, 행정조달계약에 있어서 가장 중요한 덕목이라고 할 수 있는 공정성<sup>45)</sup>을 정면으로 한 순간에 무너뜨릴 수 있다.

그렇다고 해서 계약방법이 다르다고 해서 일반경쟁계약과 수의계약을 달리 취급하여 동일한 조달작용에 대하여 그 법적 성격을 다르게 보기에도 힘든 면이 있다. 특히 우리의 경우 공·사법을 구별하고 있고 이에 따라서 구제방법도 달라지기 때문에 국가계약법에 있어서도 어느 한쪽의 선택을 강요받고 있는지도 모른다.

44) 참고 판례 대법원 1996.10.11. 선고, 95다12071 판결. 대법원은 국가가 건설회사와 자원 회수시설에 대한 공사도급계약을 수의계약에 따라 체결할 것을 약정할 당시에는 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 개정되기 전의 것), 같은 법 시행령(1989. 12. 29. 대통령령 제12866호로 개정되기 전의 것), 지방재정법(1988. 4. 6. 법률 제4006호로 개정되기 전의 것) 및 같은 법 시행령(1990. 11. 6. 대통령령 제13156호로 개정되기 전의 것)상으로 수의계약의 체결이 가능하였는데, 그 후 그 법령의 개정으로 수의계약이 불가능하게 된 경우, 국가의 수의계약의무는 이행불능으로 되었고 따라서 그 계약의 불이행이 국가의 귀책사유에 의한 채무불이행이라 하여 손해배상을 구할 수 있음은 별론으로 하고, 국가를 상대로 법령상 허용되지 아니하는 수의계약체결의무의 확인을 구하는 것은 현존하는 법적인 불안, 위험을 해소할 수 있는 유효적절한 방법이라고는 볼 수 없으므로 확인의 이익이 없다고 판단하고 있다.

45) 즐고, “행정조달계약법상 공정외무”, 『저스티스』 통권 제82호, 2004. 12, 154면 이하 참조.

## 2. 계약담당공무원의 손해배상책임

우리나라에서는 공무원이 순전히 직무수행 중에 국가 또는 지방자치단체가 재산상의 손해를 입은 경우라도 그 공무원은 민법상의 불법행위에 기한 손해배상책임을 지지 않으며, 회계관계직원이 그 직무상의 행위로 인하여 변상책임을 지는 경우에는 감사원의 변상판정에 의하도록 하고 있다.<sup>46)</sup> 이에 따라 계약담당공무원이 수의계약을 임의로 체결하거나 혹은 고가로 계약을 체결하여 국가나 지방자치단체 등에 손해를 끼쳤을 경우에는 『회계관계직원등의책임에관한법률』(2001. 4. 7. 개정 법률 제6461호)에 따라 변상책임<sup>47)</sup>을 져야 한다. 같은 법률 제2조에 의하면 계약담당공무원은 ‘회계관계직원’에 해당되며, 같은 법률 제4조에서는 회계관계직원이 고의 또는 중대한 과실로 법령 그 밖의 관계규정과 예산에 정하여진 바에 위반하여 국가·지방자치단체 그 밖에 감사원의 감사를 받는 단체 등의 재산에 대하여 손해를 끼친 때에는 변상 책임을 부과하고 있다. 변상책임 판정은 감사원 판정 전이더라도 중앙기관의 장, 지방자치단체의 장, 감독기관의 장, 당해 기관의 장도 변상책임을 부과할 수 있다. 문제는 변상책임의 성립요건과 변상의 범위라고 할 수 있다.

회계관계직원의 변상책임 성립요건<sup>48)</sup>은 ① 회계관계직원이 직무를 수행함에 있어, ② 고의 또는 중대한 과실로 법령등에 정하여진 바를 위반하여, ③ 지방자치단체등에 손해를 끼친 결과가 있으며, ④ 이러한 행위와 결과발생간에 상당한 인과관계의 존재 등이다. 여기서 ‘중대한 과실’이라고 하는 것은 일반적으로 보통인이 조금만 주의하였다면 능히 그러한 결과발생을 예견할 수 있고 따라서, 그 결과 발생을 충분히 방지할 수 있었음에도 불구하고 이러한 정도의 주의조치 태만히 한 정도의 주의의무 위반이 있는 경우이다.<sup>49)</sup> 그리고

46) 대법원 1980.2.26. 선고 79다2241 판결.

47) 우리 대법원은 감사원의 변상판정은 추상적인 변상 의무의 유무 및 그 범위를 확정할 뿐이고, 구체적인 변상금 납부의무는 소속장관이 변상명령처분을 통해서 내리는 것이므로, 소속장관의 변상명령 자체에 위법사유가 존재할 수 있고, 변상명령을 단순한 표시행위로 볼 수 없으므로 이를 독립된 행정행위로 보아 행정소송의 대상으로 보고 있다. 대법원 1994.12.2. 선고 93누623판결 참조.

48) 감사원 2001.12.11. 판정, 2001년 감재판 제8호; 감사원 1999.12.28. 판정, 1999년 감재판 제9호.

49) 최재건, “변상책임의 발생요건에 관한 일 고찰”, 『감사논집』 제3호, 감사원, 1998, 372면 이하 참조.

구체적으로 중대한 과실을 범한 경우에 해당되는지 여부에 대한 판단은 회계관계직원등의책임에관한법률 제1조의 목적조항과 제3조의 회계관계직원의 성실의무, 제4조에서 변상책임에서 경과실을 제외하고 있는 취지 등의 법률규정을 고려하고, 회계관계직원이 그 업무를 수행함에 있어 법령 기타 관계규정 및 예산에 정하여진 바에 따르지 않음으로써 성실의무에 위배한 정도가 회계관계직원으로서 갖추어야 할 지식과 능력, 그 업무내용에 비추어 중대한 것으로 평가될 수 있는지 여부에 의하여 결정되어야 한다.

그리고 회계관계직원등의책임에관한법률 제4조의 “손해를 끼쳤다”는 의미에 대해서는 현금과 물품의 횡령, 망실, 훼손 등 외관상으로 단체가 손해를 입은 것이 명백한 경우는 물론, 그 외에도 단체의 자산과 자본 등이 감소되거나 부채의 증가를 가져와 단체의 재산에 손해를 끼친 경우를 말한다.

변상판정범위와 관련된 손해액<sup>50)</sup>에 대해서는 의무위반행위와 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 손해발생시에 확정된 금액이라고 할 수 있다. 따라서 지방자치단체가 전세권자로서 전세권을 설정하였는데 전세금이 회수불능이 되었을 경우에는 그 손해액은 전세금에서 실제 회수된 금액을 공제한 금액이라고 보아야 할 것이다.<sup>51)</sup>

우리 판례<sup>52)</sup>도 회계관계공무원에 대한 변상책임을 부과하기 위한 요건인 ‘중대한 과실’에 해당되는지 여부는 같은 법 제1조의 법률의 목적, 제3조의 성실의무 등을 종합하여 회계관계직원이 그 업무를 수행함에 있어 따라야 할 법령 기타 관계규정 및 예산에 정해진 바에 따르지 않음으로써 성실의무에 위배한 정도가 그 업무내용에 비추어 중대한 것으로 평가될 수 있는지의 여부에 의해 결정되어야 한다고 판시하고 있다. 따라서 업무내용을 단순하게 구분하여 고도의 기능적·관리직 성격을 가지느냐 아니면 기계적·사실적 성격을 가지느냐에 의해서 결정될 것은 아니라고 하고 있다.<sup>53)</sup>

또한 손해의 범위<sup>54)</sup>에 관해서는 “이사회의 집행부 임원들이 건축공사의 도급계약에 관하여 견적가격에 대주주의 내정가격과 맞지 아니하는 경우에는 공

50) 감사원 1999.12.28. 판정, 1999년 감사판 제9호.

51) 이러한 태도에 대한 비판적 견해 강인욱, “회계관계공무원의 변상책임에 관한 연구”, 『감사논집』 제3호, 감사원, 1998, 310면 이하 참조.

52) 대법원 2003.6.27. 선고, 2001두9660판결; 대법원 2001.2.23. 선고, 99두5498판결; 대법원 1994.12.13. 선고, 93누98판결.

53) 대법원 1994.12.13. 선고, 93누98판결.

54) 대법원 1977.5.24. 선고, 76다3031판결.

개경쟁입찰에 의하고 수의계약 체결시에도 제약을 가하고 있는 취지의 대주주 회의의 위임 및 이사회 결의에 반하여 특정회사와 적정가격보다 과다한 가격으로 수의계약을 체결하고 공사를 하였다면 위 수의계약이 공개경쟁입찰에 부치는 것보다 유리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 위 수의계약의 가격과 적정가격과의 차액에 대하여 이를 배상할 책임이 있다.”라고 판시하여 임의적인 수의계약을 함으로써 손해가 발생한 경우에 손해배상책임을 인정하고 공개경쟁을 통한 가격이나 적정가격의 차이를 손해액으로 보고 있다.

또한 우리 판례<sup>55)</sup>는 “구 회계관계직원등의책임에관한법률(2001. 4. 7. 법률 제 6461호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 공무원의 변상책임은 회계사무를 집행하는 회계관계직원에 대하여는 다른 공무원과는 달리 그 책임을 엄중히 하기 위한 것으로서 국가배상법에 의한 공무원의 구상책임과는 그 성립의 기초를 달리하므로 그 제한에 관한 원리를 유추적용하여 변상금액을 감액할 수는 없고, 구 회계관계직원등의책임에관한법률 자체에 정상에 관한 사유를 참작하여 변상금을 감액하도록 하는 규정이 존재하지 않는 이상 변상금액 자체를 감액할 수는 없다.”라고 판시하여 공무원의 변상책임을 엄격하게 적용하고 있다. 또한 변상책임은 특별권력관계에 기한 법률적 책임으로서 민법상의 과실상계 이론이 적용될 수 없다고 한다.<sup>56)</sup>

### 3. 형사책임과 징계책임

계약담당공무원이 국가계약의 집행과 관련하여 특히, 수의계약 집행과 관련하여 업무에 위배한 경우에는 공무원으로서 징계책임<sup>57)</sup>과 형사책임을 부담하여야 한다. 이에 관한 사례들을 살펴보면 다음과 같다. 우선, 징계와 관련하여서는 구 청장이 부하직원으로부터 음식비, 양복비 등을 수수하고 청사수리공사를 실시함에 있어, 위법적인 수의계약을 하였음에도 경쟁입찰에 의하여 낙찰된 허위문서를 작성하여 재정법을 위반한 경우에는 공무원의 성실의무위반과 직무를 태만히 하여 공무원의 체면과 위신을 손상케 한 경우에 파면의 징계처분은 정당하다고 하고 있다.<sup>58)</sup> 마찬가지로 우리 대법원은 수의계약업무를 담당하고 있는 자가 업자들로부터 편의상 관계 서류에 첨부할 인지값으로 현금을 받고 이를 횡령하였다

55) 대법원 2002.10.11. 선고 2001두3297판결.

56) 서울고법 1968.1.19. 선고 66나3639판결.

57) 국가공무원법, 제10장, 군인사법, 제10장, 제9장 등 참조.

58) 대법원 1963.1.17. 선고, 62누199 판결.

면 업무상 횡령에 해당<sup>59)</sup>한다고 판시하고, 또한 연초제조창창장이 물건구매의 책임이 있는 자들과 상호 협력하여 불요불급한 부속공구를 납품업자와 시가보다 고가로 수의계약을 구입하고 대금을 지급한 경우에, 국가공무원으로서 물품계약 예산의 집행에 있어서 업무수행시 절실히 필요한 최저 가격으로 물품을 구매하기 위하여 노력하여야 하는 임무에 위배한 행위로서 이로 인하여 국가에 손해를 가하였으므로 업무상 배임에 해당한다고 판시<sup>60)</sup>하고 있다. 그리고 일반경쟁입찰에 의하여 매각할 국유재산을 수의계약으로 매각한 경우 국가가 받은 손해범위, 배임의 범위에 대해서는 총체적으로 보아야 한다고 판단하고 있다. 일반경쟁입찰에 의하여 매각할 은닉 신고된 국유부동산을 수의계약으로 매각하였다고 하여 바로 국가가 그 부동산 자체를 상실하는 손해를 입었다고 볼 수는 없고, 수의계약에 의한 매각대금이 정당한 객관적 시가가 못되고, 일반경쟁입찰의 방식으로 매각할 경우의 예상대금보다 저렴한 금액인 경우에만 국가에 손해가 발생한 것이라고 판단하고 있다.<sup>61)</sup> 동일한 법리를 다른 판결에서도 발견할 수 있다. 국·공유 재산관리업무를 담당하는 군청의 경리계원이 국·공유재산의 적법한 매수 대상자가 아닌 자에게 업무상의 임무에 위배하여 감정가격보다 현저히 헐값에 수의계약하여 매도함으로써 그 차액상당의 이익을 주고 국가에 같은 액의 손해를 가하였다면 업무상 배임죄가 성립한다고 판시하고 있다.<sup>62)</sup>

## V. 결 언

흔히 생각할 수 있는 것과 마찬가지로 일반경쟁계약이 예산절감이라는 눈에 띄는 장점이 있음에도 불구하고 항상 정당하고 옳은 것은 아니다. 오히려 비효율적이고 비경제적일 수도 있다. 또한 수요기관이 필요할 때 적시적으로 공급할 수 없는 단점도 있다. 우리 국가계약법이 기준으로 삼고 있는 최저가격제도라는 틀에 빠져서 질이 떨어진 물건을 구매하거나, 부실공사를 하여 최종사용자들로 부터 불만이 제기되는 경우도 있다. 또한 사후에 물가조정제도를 이용하여 오히려 가격이 상승하여 더 비싼 물건을 구매하게 되는 경우도 왕왕 있다. 시간적으로도 지체되어 적시적인 조달이 안 되는 때도 있다. 이런 점에서 수의계약제도는 그 유용성이 돋보이는 점도 있다. 효율적이고 시간적으로도 경제적이다.

59) 대법원 1967.2.28. 선고, 67도33 판결.

60) 대법원 1970.1.30. 선고, 70도1263 판결.

61) 대법원 1981.6.23. 선고, 80도2934 판결.

62) 대법원 1986.9.23. 선고, 86도618 판결.

필요약으로서의 수의계약제도는 현실적 필요성이 있다. 행정조달계약 내지 국가계약업무를 간편하게 하는 편의성, 빠른 예산집행, 효율성을 필요성의 예로 들 수 있다. 무엇보다도 환경에 빨리 적응시켜 문제를 해결하는 탄력성이 수의 계약사유에 기본적인 이유이기도 하다. 특히 사회적 약자를 위한 재정운영을 하기 위해서 수의계약제도가 이용되기도 한다. 그러나 미국이나 우리나라나 수의계약은 예외라고 보고 있으며, 법조문의 해석에 있어서 예외는 좁게, 그리고 유추해석을 허용하지 않는 점을 감안한다면 법적용에 있어서도 신중을 기하는 것이 원칙일 것이다. 더구나 수의계약 사유를 보면 1:1 대응규정의 형태를 띠고 있다. 계약을 담당하는 공무원의 수의계약여부에 대한 판단을 봉쇄하고자 하는 것이 그 의도일 것으로 보인다. 따라서 계약담당공무원에게 수의계약의 적정성을 유지하고 수의계약의 장점을 살리기 위해서 재량을 부여하는 것도 생각해볼 필요도 있다. 현실은 빠르게 변화하고 법률이 예상하지 못한 현상들이 속속 등장하고 있는데, 법조문이 이에 적응하여 빨리 개정되지 못함으로써 법조문이 현실적응력이 떨어질 수 있는데, 수의계약사유에 이를 적절하게 반영시킬 장치를 마련하지 않고 있다. 즉 공무원에게 급박하고 현실성 있는 경우 탄력성 있게 계약을 체결할 수 있는 권한을 수여하지 않고 있다. 예를 들면 대한민국 국군의 해외 파병시 군수조달이나 수송계약을 위한 계약체결이다.

수의계약사유를 자세히 들여다보면 효율성이 강조되는 경우도 있고, 현실에 빨리 적응시키고자 하는 사유도 있다. 또한 사회적 약자를 경제적으로 부양하기 위한 정책적인 규정들도 있고, 국가나 사회의 긴급한 현안을 해결하기 위한 사유도 있다. 모든 것은 정부나 지방자치단체, 공공기관 등이 계약을 체결하는 것이기 때문에 그 근거는 보조적이기는 하지만 간접적으로는 공익과도 관련성 있다고 말할 수 있다.

**주제어** 행정조달계약, 수의계약, 국가를당사자로하는계약에관한법률

## A Study on the Non-Competitive Contracts in Korean Government Contract Law

Kye, Seung-Kyoon\*

According to the Korean Supreme Court, the non-competitive contracts are construed as the exception in procurement, which have to be read restrictively and must not be interpreted by analogy. The non-competitive contracts have a good point in the view of efficiency and rapidity in comparison with the bidding system. On the other hand, they have been regarded as the hotbed of the official corruption.

The Korean Government Contract Law defines precisely non-competitive contracts situations. The executive agency may use procedures other than competitive procedures under the contract law by awarding contractor without competition. Even though the head of agency violates the government contract law, according to the decisions of Korean Supreme Court, the government contract is awarded effectively and fully, because it has considered the government contracts as the civil contracts constantly.

The Korean head of agency does not have the authority to decide the use of noncompetitive contract awards in the public interest under the Korean government contract law.

**KEY WORDS** government contract, non-competition contract, other than competitive procedure

---

\* Military Judge Advocate, R. O. K. Army Headquarters, Ph. D. in law