

所管業務의 移管에 따른 豫算의 移替 및 契約變更에 관한 研究

崔 哲 豪*

차 례

- I. 예산의 의의 및 형식
 - 1. 예산의 의의
 - 2. 예산의 형식
 - 3. 예산의 회계체계
- II. 예산의 신축적인 집행방법
 - 1. 예산의 이용과 예산의 전용
 - 2. 일본의 예산의 이체
 - 3. 우리나라의 예산이체
- III. 예산이체시의 협의절차
 - 1. 예산회계법의 규정
 - 2. 협의의 법적 성질
 - 3. 인허가 의제제도와 협의
- IV. 소관업무의 이관 등에 따른 계약의 변경
 - 1. 행정계약의 의의 및 내용
 - 2. 정부조달계약의 의의
 - 3. 소관업무의 이관에 따른 계약의 변경
- V. 결 론

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 예산의 의의 및 형식

1. 예산의 의의

예산은 일정기간에 있어서의 국가의 수입·지출의 예정적 계산으로서 단순한 재정설명서와는 달리 화폐표시를 수반하는 수지간의 균형을 고려하여 만들어 지는 것이다.

예산에 있어서의 일정기간이란 회계연도¹⁾를 말하는데 1회계 연도간의 수입을 세입이라고 하고 1회계 연도간의 지출을 세출이라고 하므로 예산은 1회계 연도에 있어서의 세입·세출의 예정적 계산이라고 할 수 있다. 이러한 예산은 국가의 조직의 업무를 효과적이고 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 자금을 조달하여 사용하고, 또한 한정된 자원을 배분하고자 하는 정책의사결정과정으로서 조직의 목표달성을 위한 계획을 화폐단위로 표시한 것이다.

예산의 개념을 실질적 의미의 예산과 형식적 의미의 예산으로 나누어서 설명하기도 하는데²⁾, 실질적 의미의 예산이란 1회계 연도의 국가의 재정행위를 종합한 것이라고 할 수 있는데 1회계 연도에서 정부가 필요로 하는 경비와 이를 지불하기 위한 재원을 대조해서 정부가 당해 연도에 실시하려고 하는 모든 시책을 금전적인 면에서 계통적으로 체계화하는 것이라고 할 수 있다. 이에 대해서 형식적 의미의 예산이란 법률의 형식으로 된 예산을 말하는 것으로 단순히 세입·세출의 견적뿐만 아니라 예산총칙³⁾, 세입세출예산⁴⁾, 계속비⁵⁾, 명시이월

1) 우리나라의 회계연도는 1월 1일부터 12월 31일까지이다. 예산은 회계연도를 기준으로 하여 연도별로 편성된다. 따라서 예산은 당해연도 개시 전과 연도 경과 후에는 이를 사용할 수 없는 것이 원칙이다. 이를 예산 단년도주의 또는 회계연도 독립의 원칙이라고 한다. 다만, 예산의 탄력적인 집행을 위해 다음 회계연도 이후까지 지출이 허용되는 계속비, 이월비 등은 그 예외를 인정하고 있다.

2) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005, 1182면 이하 참조.

3) 예산총칙은 총괄적 규정으로 범조문 형식을 취하며 당해 회계연도 내에서만 효력을 발생한다. 예산총칙은 예산 전반에 걸쳐 적용되는 것으로 각 회계별 세입세출예산 총액, 한국은행으로부터의 일시차입 한도액, 국채 또는 국가차입금의 한도액, 그리고 비목 상호간의 이용 허용 범위 등 회계연도 중의 예산집행에 관해 필요한 사

비6)와 국고채무부담행위7) 등 예산회계법 제19조에 따른 예산을 말한다.

넓은 의미의 정부재정은 중앙정부재정과 지방재정을 포함하게 되나 예산의 편성이나 예산정책자료의 분석 등 실제 업무수행면에서는 주로 중앙정부의 재정활동을 대상으로 하고 있다. 이러한 중앙정부재정 활동은 다시 예산과 기금으로 구분되지만 중앙정부예산이라고 할 때는 일반회계와 특별회계만을 의미하게 되며 기금은 중앙정부재정활동으로는 파악되나 예산에는 포함되지 않는다. 이 중 일반회계는 중앙정부예산의 중심회계로서 통상 예산이라고 할 때는 일반회계의 세입·세출예산만을 그 대상으로 하고 있다.

2. 예산의 형식

우리나라의 예산은 헌법 제54조에서 ‘국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다’라고 규정하고 있듯이 국회의 의결을 통하여 성립하게

항을 규정하고 있다.

- 4) 세입·세출예산은 예산 내용 중 가장 주축이 되는 부분으로서, 한 회계연도의 모든 수입과 지출 예정액이 구체적으로 표시된다. 국가의 주요 정책이나 사업 계획 및 경비 소요 내역 등이 모두 이 세입·세출예산에 계리되고 운용된다. 세입예산은 세목별, 그 수입과 지출을 관할하는 중앙관서별로 구분되며, 세출예산은 그 내용이 기능별, 성질별, 기관별로 구분된다. 예비비는 특정 목적에 한하여 사용할 수 있도록 예산총칙에서 제한하고 있는 목적 예비비와 일반적인 지출 소요에 충당하기 위한 일반 예비비로 구분된다. 한편 정부는 예비비를 사용한 후 그 총괄표를 다음연도에 국회에 제출하여 승인을 얻어야 한다.
- 5) 완성에 수년의 기간을 필요로 하는 대형 공하나 연구개발 등의 경우 수년간에 걸친 지출 계획을 작성하여 추진하는 것이 효율적이다. 계속비는 이러한 사업에 대하여 소요경비 총액과 매년의 규모를 미리 정하여 국회의 의결을 얻은 범위 안에서 수년에 걸쳐 지출할 수 있도록 하는 경비를 말한다.
수년에 걸친 경비총액에 대해 일괄하여 국회 의결을 받으면 당해 회계연도를 포함한 5년 이내에는 허용된 경비총액 범위 내에서 계속 지출할 수 있다.
- 6) 명시이월비는 세출예산 중 경비의 성격상 당해 회계연도 내에 지출하지 못할 것이 예측될 때, 그 취지를 세입·세출예산에 미리 명시하여 국회의 승인을 얻어 다음연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하는 경비를 말한다.
- 7) 국고채무부담행위는 국가의 재정 사업·공사 등에 대한 발주계약 체결은 당해연도에 할 필요가 있으나 지출은 다음연도 이후에 행해지는 경우에 활용된다. 국고채무부담행위액은 세입·세출예산액에는 포함되지 않고 그 상환액이 다음 연도 이후 세출예산에 포함되게 된다.

하여 예산법률주의를 취하지 않고 예산과 법률을 별개의 국가행위 형식으로 하고 있다.⁸⁾

일본의 경우 우리나라와 유사하게 예산이 국회의 의결 형식으로 성립하나 미국, 영국, 프랑스, 독일 등의 경우에는 예산이 법률로서 성립한다. 그러나 의결 형식이나 법률 형식 모두 국회의 심의·의결을 거친다는 점에서 실질적으로 큰 차이는 없다.

예산은 성립 형식에 따라 본예산, 수정예산⁹⁾, 추가경정예산¹⁰⁾, 준예산¹¹⁾으로 구분할 수 있다. 본예산은 당초에 국회의 의결을 얻어 확정·성립된 예산이며, 수정예산은 정부가 예산안을 국회에 제출한 후 국회의 심의·확정 전에 부득이한 사정으로 수정하여 제출하는 예산이다.

8) 예산의 법적성질에 관하여 예산을 단순한 세입과 세출의 예정견적서가 아니라 그 자체 행정청에 내리는 국가원수의 훈령의 성질을 가진 것으로 보는 견해(김철수, 전게서, 1182-1183면면, 성낙인, 헌법학, 2004, 733면.)와 예산이란 한 회계연도에 있어서 국가의 모든 재정활동의 준칙으로서 법률과 병립하는 국법의 한 형식으로서 법규범설로 보는 견해(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 888면 등), 그리고 예산의 법적성격을 전면 부인하고 예산은 정부의 행위에 대하여 국회가 사전승인을 해 줌으로써 정부의 지출책임을 면제해주는 수단으로서 예산안의 제출은 국회에 대한 정부의 의사표시로서의 행정행위 또는 특수한 국가작용의 한 형식에 불과하다는 입장(김철수, 전게서, 1182면, 권영성, 전게서, 888면 등)이 있다.

9) 예산회계법 제32조(국회제출중인 수정안의 수정)

정부는 예산안을 국회에 제출한 후 부득이한 사유로 인하여 그 내용의 일부를 수정하고자 할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어 수정예산안을 국회에 제출할 수 있다.

10) 예산회계법 제33조 (추가경정예산안)

①정부는 예산성립후에 생긴 사유로 인하여 이미 성립된 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 추가경정예산안을 편성하여 국회에 제출할 수 있다.

②제32조 및 제1항의 규정에 의하여 수정예산안 또는 추가경정예산안을 제출하는 경우에는 제31조에 규정된 예산안첨부서류의 전부 또는 일부를 생략할 수 있다.

11) 헌법 제54조 제3항

새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산안이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 예산안이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다.

①헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운동을 위한 경비

② 법률상 지출의무의 이행

③ 이미 예산으로 승인된 사업의 계속을 위한 경비에 한하여 지출

추가경정예산은 예산이 국회에서 의결된 이후에 새로운 사정으로 인해 소요경비의 과부족이 생길 때 본예산에 추가 또는 변경을 가하는 예산이다. 추가경정예산은 국회의 예산 확정 이후에 생긴 사유로 예산 금액을 증감 또는 변경시킨다는 점에서 예산안을 국회에 제출한 후 국회의 심의·확정 전에 내용을 수정하는 수정예산과는 그 성격이 다르다.

준예산은 예산이 법정기한 내에 국회의 의결을 받지 못할 경우에 대비한 제도이다. 새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산이 성립되지 못할 경우 정부는 국회에서 예산안이 의결·확정될 때까지 헌법이나 법률에 의해 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영과 법률상 지출 의무의 이행, 그리고 이미 예산으로 승인된 사업을 계속하기 위한 경비를 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있도록 하고 있다.

예산의 성립 형식 비교

| 일 본 | 미 국 | 영 국 | 독 일 |
|--|---|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> · 의결 형식인 ‘예산’으로 성립 | <ul style="list-style-type: none"> · 세출예산은 소관별(13개) 개별법으로 성립 | <ul style="list-style-type: none"> · 법률로 성립 (세입도 법률형식) | <ul style="list-style-type: none"> · 법률로 성립 (예산법) |
| <ul style="list-style-type: none"> · 세출·세입 모두 의결 대상 | <ul style="list-style-type: none"> · 세입예산은 단순한 예측치의 제시에 불과 | <ul style="list-style-type: none"> · 통합 국고자금의 기정비(Standing Service)는 의회 의결 대상이 아님 | <ul style="list-style-type: none"> · 예산법안은 세입·세출액을 표시하며, 부록으로 총예산이 첨부됨 |

3. 예산의 회계체계¹²⁾

(1) 일반회계와 특별회계와의 관계

일반회계와 특별회계의 관계는 크게 일반회계와 특별회계가 상호 교섭을 가지는 경우와 그렇지 않는 경우의 2가지로 설명할 수 있다.¹³⁾

특별회계가 일반회계와 관계를 갖게 되는 경로는 다음의 2가지로 구분된다. 첫째는 특별회계가 경리하는 지방자치단체사업의 수입원의 하나로 일반회계로부터 전입금을 받는 경로를 통해서 일반회계와 관계를 갖게 되며, 둘째는 특별회계가 경리하는 사업의 수지가 흑자를 보여 잉여금이 발생할 경우 일반회계로 전입시킬 수 있는 경로를 통해 일반회계와 관계를 갖게 된다.

우리나라의 특별회계 중 기업특별회계들은 일반회계로부터 전입금을 받을 수 있고 발생한 잉여금을 일반회계로 전입시킬 수 있도록 되어 있기 때문에 일반회계와 밀접한 관계를 갖고 있다.

일반회계와 특별회계가 상호교섭을 갖는 경우 그 교섭의 방식은 전입관계, 임차관계 등이다. 일반회계로부터 특별회계에의 전출금이 있는 경우 일반회계의 지출은 특별회계의 수입이 되며 이 수입은 당해 특별회계에서 지출되므로 지출이 일반회계와 특별회계에 중복되어 나타난다. 다만 특별회계에 특정세입원이 없는 경우 전적으로 일반회계에 의존하게 되어 일반회계를 압박하게 된다.

12) 예산과 회계는 서로 밀접하게 관련을 가지고 있는데 예산은 집행되면서 대부분 회계기록을 남기는데 회계연도 초에 미래의 계획은 예산으로 존재하지만 회계연도가 종료하면 예산집행을 기록한 회계정보가 남는다.

윤성식, 예산론, 나남출판, 2003, 33면.

13) 신해룡, 예산의 범위와 체계-일반회계·특별회계·통합예산에 관하여-, 지방자치, 107면.

(2) 일반회계와 특별회계의 차이점¹⁴⁾

| | 일반회계 | 특별회계 |
|------------------|---|--|
| 1. 설치 사유 | ○ 국가 고유의 일반적 재정활동 | ○ 특정 사업 운영 ○ 특정 자금 운용 ○ 특정 세입으로 특정 세출 충당 |
| 2. 재원 조달 및 운용 형태 | ○ 공권력에 의한 조세수입과 무상 급부 원칙 | ○ 일반회계와 기금의 운용형태 혼재 |
| 3. 확정 절차 | ○ 부처의 예산요구 ○ 기획예산처가 정부예산안 편성 ○ 국회 심의·의결로 확정 | 좌 동 |
| 4. 집행 절차 | ○ 합법성에 입각하여 엄격히 통제 · 예산의 목적 외 사용금지원칙 | 좌 동 |
| 5. 수입과 지출의 연계 | ○ 특정한 수입과 지출의 연계 배제 | ○ 특정한 수입과 지출의 연계 |
| 6. 계획변경 | ○ 추경예산의 편성 | 좌 동 |
| 7. 결산 | ○ 국회의 결산심의회와 승인 | 좌 동 |

II. 예산의 신속적인 집행방법

1. 예산의 이용과 예산의 전용

예산집행의 일차적 목표는 예산통제이지만 예산편성이나 심의시에 예견하지 못했던 사정의 변화가 일어날 수 있기 때문에 예산집행의

14) 서울행정학회편, 일반회계·특별회계와 기금의 차이, 한국행정연구원, 2004, 22면.

신축성을 유지할 제도적 장치가 필요하다. 예산집행의 신축성을 유지한다는 것은 예산통제를 완화한다는 의미이다. 즉, 입법부에 의한 지나친 엄격한 예산심의와 구체적 항목까지 규정되는 예산의 확정이 가지는 단점을 해소하고 예산집행의 융통성을 발휘하는 것이다.

이러한 예산집행상의 신축성은 예산통제와 더불어 예산집행의 목표가 되는데¹⁵⁾, 사업 내용과 시행 방법상, 그리고 시기상의 신축성을 부여하기도 한다.

예산집행 과정에서의 신축성 유지 방안에는 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 예산의 이용(移用)

세출예산은 각 기관, 장(章)·관(款)·항(項)·세항(細項)·목(目) 등의 예산과목으로 분류되어 있다. 이 가운데 장·관·항은 입법과목이라 하며, 세항·목은 행정과목이라 한다.

예산의 이용은 각 기관간, 그리고 각 장·관·항 간에 상호 융통하는 것으로서 입법과목 사이의 상호 융통을 일컫는 이러한 예산의 이용은 입법과목에 대한 조치인 까닭에 원칙적으로 허용되지 않고 이를 변경하기 위해서는 의회의 의결을 거쳐야 한다.¹⁶⁾ 그러나 행정과목의 변경인 경우에는 의회의 의결이나 동의가 필요없다.

예산회계법도 제36조에서 “각 중앙관서의 장은 세출예산이 정한 목적 이외에 경비를 사용하거나 예산이 정한 각 기관간, 각 장·관·항 간에 상호 이용할 수 없다”고 규정하고 있다.

예산의 이용을 인정하지 않는 이유에 대해서는 예산과목 중 각 장·관·항까지는 사업의 구분에 의한 것이고, 세항·목은 주로 사업수행을 위한 수단과 지출의 대상으로 하고 있는 예산분류체계에 기인하고 있다. 왜냐하면 예산의 이용에 해당하는 장·관·항의 예산을 상호 융통하는 경우에는 예산을 융통해주는 쪽은 사업내용이나 규모

15) 김종희, 지방재정론, 법문사, 2006, 281면.

16) 윤성식, 전계서, 235면.

가 작아지고 예산을 융통받는 쪽은 사업의 내용이나 규모가 커지게 되기 때문에 이는 곧 입법과목, 즉 입법조치의 변경에 해당하고 이는 예산회계법 제36조의 “예산의 목적외 사용금지”에 해당하여 원칙적으로 허용되지 않는 것이다.

그러나 예산 집행상 필요에 의해 미리 예산으로서 국회의 의결을 얻었을 때에는 기획예산처장관의 승인을 얻어 이용할 수 있다. 일반적으로 이용의 범위는 인건비, 공공요금, 국공채 원리금 상환, 재해대책비 등에 국한되고 있다.¹⁷⁾

(2) 예산의 전용¹⁸⁾

예산의 전용은 행정과목인 세항과 목간에 상호 융통하는 것을 말한다. 각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 기획예산처장관의 승인을 얻어 전용을 할 수 있다(예산회계법 제37조 제1항)¹⁹⁾.

17) 일반적으로 이용가능한 것으로는, ①공무원 기본급 및 수당, 기타직 공무원의 보수 ②공공요금 및 제세, 급량비, 임차료, 복리후생비, 직급보조비 ③배상금, 국선변호료,법정보상금, 국공채 원리금 및 재정차관 원리금 상환금과 금리 변동으로 인한 이자지출 경비 ④국공채 원리금 및 재정차관 원리금 상환금과 금리 변동으로 인한 이자지출 경비 ⑤환율 변동으로 인한 원화 경비 부족액 ⑥기업회계의 조작비, 체신예금 지급 이자 ⑦재해대책비 ⑧반환금 ⑨선거관련경비.

18) 제37조(예산의 전용) ①각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 각 세항 또는 목의 금액을 기획예산처장관의 승인을 얻어 전용할 수 있다.

②각 중앙관서의 장은 제1항의 규정에 불구하고 회계연도마다 기획예산처장관이 정하는 범위 안에서 각 세항 또는 목의 금액을 전용할 수 있다.

③기획예산처장관은 제1항의 규정에 의하여 전용의 승인을 한 때에는 그 전용명세서를 당해 중앙관서의 장·재정경제부장관 및 감사원에 송부하여야 하며 각 중앙관서의 장은 제2항의 규정에 의하여 전용을 한 때에는 그 전용을 한 과목별 금액 및 이유를 명시한 명세서를 재정경제부장관·기획예산처장관 및 감사원에 송부하여야 한다.

④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 전용한 경비의 금액은 세입세출결산보고서에 이를 명백히 하고 그 이유를 기재하여야 한다.

19) 종전에는 비목 중에서 급여, 상여금, 공공요금, 차관상환금 및 차관이자는 다른 비목에 전용할 수 없다는 제한규정(예산회계법 시행령 제18조)이 있었으나 1994년에 이 규정이 폐지되어서 법제상으로 인건비, 시설비, 상환금 등을 전용할 수 있는 여지가 있으나 이론적으로는 여전히 전용할 수 없다고 하고 상환금은 전용대상 이 아니지만 원금과 이자는 상호전용가능하다는 견해도 있다. 김종희, 전계서, 282면.

예산의 전용은 원칙적으로 기획예산처장관의 승인을 얻어 할 수 있으나 매 회계연도마다 기획예산처장관이 정하는 범위 안에서는 기획예산처장관의 승인없이 각 중앙관서의 장이 각 세항 또는 목의 금액을 전용할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항).

제37조 제1항과 2항의 차이에 대해서는 제2항의 의미는 기획예산처장관이 미리 정한 범위 내에서 전용할 경우에는 기획예산처장관의 승인이 필요없지만 그렇지 않은 경우에는 반드시 기획예산처장관의 사전승인을 얻어야 한다는 의미이다.²⁰⁾

지방재정법은 전용한 경비의 금액은 세입세출결산서에 이를 명시하고 그 이유를 기재하도록 규정하고 있다(제49조).

이렇게 각 중앙관서의 장에게 예산 전용권을 인정하고 있는 것은 예산집행의 자율성을 확보해 주기 위해서이다.

2. 일본의 예산의 이체

(1) 일본 재정법에서의 예산이체

일본의 재정법은 예산의 이체에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않고 예산총칙에서 이체가능한 예산의 종류를 특별히 명기하는 방식으로 해결하고 있다. 예산의 이체란 예산성립 후에 행정조직에 관한 법령의 개폐 등에 의해 예기하지 않은 직무권한의 이동이 생긴 경우 또는 예산편성시에는 특정의 소관 내지 조직에 일괄계상해 두었던 종합적 경비를 예산집행시에 구체적으로 각소관 또는 조직에 배분하는 경우에 예산의 소관 또는 조직을 변경(이동)시키는 것을 말한다. 이 변경에는 소관자체를 변경하는 것과 그 소관 내의 조직을 변경하는 것이 있는데 소관 내의 조직간의 변경이동은 移用과 유사한 면이 있다.²¹⁾

20) 윤성식, 전거서, 236면.

21) 김배원, 예·결산 제도상 국회와 정부간의 권한 조정에 관한 연구, 한국법제연구원, 2004, 36면 이하에 일본의 재정법상의 예산이용, 예산유용 등을 포함한 일본의 예·결산제도의 상세한 설명이 있다.

그러나 예산의 이체는 예산의 목적을 변경하지 않고 국회의 의결을 거친 범위 내에서 예산성립 후에 일정한 사실에 기초해서 당연히 발생하는 성립예산에 대하여 형식적으로 예산을 이동하는 것이지만 이것은 조직 내에서의 예산의 책임소속을 변경하는데 지나지 않는 것이기 때문에 예산의 목적자체를 변경하는 것은 아니다. 이러한 점에서 예산의 이체와 이용은 본질적으로 다르다.

각 년도의 예산총칙에서 정하고 있는 예산의 이체에는 다음의 2종류가 있다.²²⁾

(2) 직무권한의 변경 등에 의한 예산의 이체

각성청의 장의 예산집행에 관한 직무권한의 범위는 각성청의 설치법 그 외의 법령에 기초해서 정해지는 권한의 범위이기 때문에 법령의 개폐 등에 의해 그 직무권한이 변경되면 그 예산집행의 권한도 변경되는 것으로 된다.

따라서 예산총칙에서는 행정조직에 관한 법령의 개폐 등에 의하여 그 직무권한에 변경이 생겨서 예산과 관련한 주관, 소관 및 조직의 구분에 의해 예산을 집행할 수 없는 경우에는 주관, 소관 혹은 조직의 설치, 폐지, 변경에 따라서 예산의 과목이나 금액의 변경을 하지 않고 집행할 수 있는 것으로 하고 있는 것이다. 이 경우 단순한 명칭 변경만 있으면 예산의 이체는 행해지지 않지만 주관, 소관 혹은 조직의 설치, 폐지가 행해지는 때에는 그것에 수반해서 예산의 책임소속의 변경을 하여 이체가 행해지게 된다.

(3) 특정경비의 예산의 이체

예산을 제출할 때에는 소관별 또는 조직별로 구분하지 않고 특정의 소관조직에 일괄계상하고 예산집행의 단계에서 확정된 다음에 그 예

22) 小村武, 豫算と財政法, 新日本法規, 2002, 298-301면 참조.

산을 실시하는데 알맞은 각성청 소관 또는 조직에 이체해서 사용할 것을 예정하고 있다.

이 종류의 예산의 대다수는 당초 예산을 편성할 때에 경비구분을 확정할 수 없는 성질의 예산이 많기 때문에 項 속에서 目으로 구분하지 않고 이체할 때에 이것을 결정하는 것이 통상이다.²³⁾

2002년도 일반회계예산총칙에서의 예산이체의 규정

(예산의 이체 등)

제12조 1. 행정조직에 관한 법령의 개폐 등에 의한 직무권한의 변경 등에 수반하여 예산의 집행에 관하여 “甲号歳入歳出豫算”, “乙号繼續費”, “丙号繰越明細書²⁴⁾” 및 “丁号國庫債務負擔行爲”에서 주관, 소관 및 조직의 구분에 의할 수 없는 경우에는 주관, 소관 혹은 조직의 설치, 폐지 혹은 명칭을 변경하거나 주관, 소관 혹은 조직 사이에서 예산의 이체를 할 수 있다.

2. 행정조직에 관한 법령의 개폐 등에 수반하여 이 예산의 주관 또는 소관 혹은 항에 이용되고 있는 행정기관의 명칭이 실제의 행정기관의 명칭과 대응하지 않게 된 경우에 있어서도 그 주관 또는 소관, 조직 혹은 항과 관련있는 예산은 그 목적의 실질에 따라서 그대로 집행할 수 있다.

23) 과학기술진흥조성비를 예를 들면, 과학기술진흥조성비는 예산상으로는 目이 구분되어 있지 않은 경비로 계상되어 있다(이른바 目未定經費). 그런데 일본의 재정법에 의하면 예산은 사용용도에 맞춘 目으로 구분해야 하고 目이 구분되지 않은 목미정경비에 관해서도 예산집행 때까지는 재무성대신의 승인을 받아서 目を 구분해야 한다. 따라서 과학기술진흥조성비를 이체할 때에도 과학기술회의가 과제를 내정한 후에는 구체적인 연구과제 및 경비의 내용에 관하여 재무성에 설명하고 정식으로 과제가 결정된 후에는 目を 구분하여 각성청에 경비를 이체하는 방식을 취한다.

이처럼 예산사용의 목적을 기획하는 행위가 있기 때문에 예측불가능한 사태에 대비하여 설정하는 예비비와는 명확히 구별되고 있다.

24) 우리나라의 명시이월과 같은 개념이다.

(4) 예산이체의 절차

각년도의 각의결정으로 예산의 이용과 마찬가지로 각성청의 장은 이체요구서를 재무대신에게 송부하고 그 승인을 받아야 하고 또한 재무대신은 이체를 승인한 때는 그 취지를 각성청의 장 및 회계감사원에 통지해야 한다.

또한 예산의 이체는 각소관 사이 또는 조직 사이에서 예산을 변경하는 것이라는 점에서 예산의 이용과 유사하지만 이용이 예산의 목적을 변경하는 것인데 대하여 이체는 예산의 책임소속을 변경하는데 지나지 않아서 예산의 목적을 변경하는 것은 아니라는 점에서 기본적으로 다르다.

결산에 있어서도 이용의 경우는 예산집행 단계에서의 증감으로서 정리되는데 대하여 이체의 경우는 이체 후의 모습이 당초의 예산으로서 정리된다.

3. 우리나라의 예산이체

(1) 예산이체에 관한 법규정

예산회계법은 예산의 이체에 대해서 정부조직 등에 관한 법령의 제정, 개정 또는 폐지로 인하여 그 직무와 권한에 변동이 있을 때, 기획예산처장관은 당해 중앙관서의 장의 요구에 의하여 그 예산을 상호 이용 및 이체할 수 있다고 규정하고 있다(제36조 제2항, 제3항).²⁵⁾ 즉,

25) 제36조 (예산의 목적외 사용금지외 예산이체) ①각 중앙관서의 장은 세출예산이 정한 목적 이외에 경비를 사용하거나 예산이 정한 각 기관간, 각 장·관·항간에 상호 이용할 수 없다. 다만, 예산집행상 필요에 의하여 미리 예산으로써 국회의 의결을 얻었을 때에는 기획예산처장관의 승인을 얻어 이용할 수 있다.

②정부조직등에 관한 법령의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 그 직무와 권한에 변동이 있을 때에는 기획예산처장관은 당해 중앙관서의 장의 요구에 의하여 그 예산을 상호 이용 및 이체할 수 있다.

③기획예산처장관은 제1항 단서와 제2항의 규정에 의하여 예산을 이용 또는 이체한 때에는 당해 중앙관서의 장·재정경제부장관 및 감사원에 통지하여야 한다.

회계 연도 중에 갑자기 정부조직 등에 관한 법령이 제정되거나 개정 되는 경우가 생기면 예산의 소속도 변경되는 데에 따라 예산을 옮겨 쓰는 것이라고 한다.

원래 예산은 목적 외에 사용할 수 없지만 예산집행의 신축성을 확보하기 위해서 둔 제도적 중의 하나가 바로 예산의 이체이다.

예산의 편성과 심의는 회계 연도가 개시되기 전에 이루어지는 것이므로 회계 연도 내에 일어날 부서간의 직무와 권한의 변동사항까지도 미리 예산에 표시할 수 없기 때문에 예산집행기간 중에 일어나고 있는 소관업무의 변동에 대처하기 위하여 하는 예산상의 조치가 바로 예산이체인 것이다.²⁶⁾

예산의 이체를 하고자 할 때에는 이체 받을 중앙관서의 장이 이체 하여야 할 중앙관서의 장과 협의하여 이체의 대상이 되는 이체과목과 금액을 명백히 한 서류를 기획예산처장관에게 제출하여 그 승인을 얻어야 한다(예산회계법시행령 제17조 제2항).²⁷⁾

예산의 이체가 예산의 변경에 해당하는 것인데도 의회의 승인을 요하지 않는 것은 사업의 변경이 아니고 예산집행기관의 변경에 해당하기 때문이다.

(2) 예산이체시 중점검토사항²⁸⁾

- ① 직무와 권한변동의 사실성 여부를 법령이나 조례의 개정안 등을 참조하여 검토한다.

26) 신해룡, 지방예산결산심사론, 세명서관, 2001, 327면.

27) 제17조 (예산의 이용·전용 및 이체) ① 각 중앙관서의 장은 법 제36조제1항 단서 또는 법 제37조제1항의 규정에 의한 이용 또는 전용에 관하여 기획예산처장관의 승인을 얻고자 하거나 법 제36조제2항의 규정에 의한 이용요구를 할 때에는 이용 또는 전용을 필요로 하는 과목 및 금액과 그 이유를 명백히 한 서류를 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

② 법 제36조 제2항의 규정에 의하여 예산을 이체받고자 하는 중앙관서의 장은 이체하여야 할 중앙관서의장과 협의하여 이체의 대상이 되는 예산의 과목과 금액을 명백히 한 서류를 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

28) 신해룡, 전게서, 327-328면.

- ② 이체의 대상이 되는 예산의 과목과 금액을 명백히 한 관계서류를 확인한다.
- ③ 이체는 지출액을 기준으로 함이 원칙이나 지출원인행위액을 기준으로 하여 소관내 동일한 기준으로 이체가 가능하다.
- ④ 이체받는 소관주관으로 관련부서의 이체요구액을 근거로 과목구조의 신설이 가능하다(이체와 동시에 예산이용·예산전용과 같은 효과가 발생한 배정액²⁹⁾은 변동없음).
- ⑤ 이체시행은 예산현액³⁰⁾만 변동시키므로 기배정액은 변동하지 않는다.

위의 설명은 회계 연도 말에 작성하는 결산서를 기준으로 예산이체된 사항을 검토할 경우의 검토요령을 기술한 것인데 그 의미를 분석한다.

먼저 ①에 대해서는 일반적으로 행정기관의 소관직무 및 그에 따른 권한은 업무로 연결되고 업무는 예산과 직결되므로 이체된 예산을 검토하기 위해서는 이체에 관한 직무(소관업무) 및 권한변동에 관련된 법령이나 조례의 내용을 검토하는 것이 예산심의 요령이라고 할 수 있다.

두 번째로 ③에서 기술하고 있는 ‘지출액’이 ‘집행잔액’ 혹은 ‘예산잔액’이라고 해석될 소지가 있다. 왜냐하면 지출액이라고 하면, 어떠한 업무를 법령 등에 의해 다른 기관의 소관업무로 변경시키기 이전에 그 업무를 처리하면서 이미 사용한 예산이라는 의미인데 그렇다면 이미 집행된 예산을 이체한다는 것은 오해의 소지가 있고 오히려 이 경우에는 이체에 관련된 사업의 예산 중 이미 집행된 예산을 제외한 남은 예산을 이체한다고 하는 것이 타당한 면도 있다.

29) 예산배정은 확정된 예산을 계획대로 집행할 수 있도록 예산집행기관에게 허용하는 일종의 승인이며 회계 연도를 일정한 단위로 구분하여 시기마다 적절한 액수를 승인하여 배정한다. 예산집행은 예산의 배정으로부터 시작하는데 사업의 성과여하에 따라 예산배정을 통해 편성된 예산을 증액, 삭감할 수 있다.

신해룡, 전거서, 316면.

30) 예산현액 = 세출예산액 + 전년도이월액 + 예비비사용액 + 전용증감액 + 이용·이체액 + 수입대체경비초과지출액.

또한 일반적으로 예산을 지출하게 하는 원인이 되는 행위(사업, 즉 소관업무)를 지출원인행위³¹⁾라고 하고 이에 드는 비용을 지출원인행위액이라고 하면 지출원인행위액은 엄밀히 말한다면 아직 집행된 것이 아니므로 이체가 가능하다고 볼 수 있다. 따라서 예산의 이체에 있어서 소관업무의 변경에 따라서 예산을 이체하는 경우 그 소관업무가 지출원인행위가 되기 때문에 소관업무가 이체됨에 따라 이체되는 예산도 지출원인행위액을 원칙으로 하여야 하지만 예산의 이체는 이러한 지출원인행위액이 아니라 소관업무를 처리하면서 실제로 지출한 금액을 이체하는 것으로 된다.

그러나 지출원인행위 후 상당기간 감독이 필요하거나, 실제 예산집행이 늦어지는 대규모 공사 같은 경우라면 지출원인행위액을 이체하는 것이 오히려 집행관리가 용이할 수도 있을 것이다.

그리고 예산을 이체받은 기관의 입장에서 모든 예산이 집행된 결산 시점에서 본다면 예산의 범위 내에서 업무를 처리하면서 지출한 지출액을 업무의 인수와 함께 그대로 받아들이는 것이 되는 것이기 때문에 ‘지출액’을 이체받는 것이 된다.

세 번째로 ④의 경우 예산의 이체는 소관이 변동되는 일종의 예산의 이용 또는 전용이므로 사유가 명확하다면 새로운 비목을 신설하여 이체된 예산을 투입할 수도 있다는 의미로 해석된다.

(3) 예산이체와 관련한 사례

1) 정부조직의 신설의 경우의 예산이체

2006년에 신설된 방위사업청의 예산을 편성하는 데 있어서 기획예산처는 2006년도 국방부 일반회계 예산 22조5129억원중 방위사업청

31) 지출원인행위란 지출의 원인이 되는 계약 및 법령에 의해 발생된 지출의무를 이행하기 위하여 세출예산에서 지출하기로 결정된 행위를 말한다. 공무원의 임명이나 출장명령도 급여나 여비의 지출원인이 되므로 지출원인행위가 된다. 사업비예산은 대부분 계약에 의하여 지출되므로 계약은 지출원인행위의 핵심을 이룬다.

소관으로 이체되는 예산규모를 5조7629억원으로 최종 확정했다고 한다. 이같은 방위사업청의 예산규모는 국방부 전체예산의 25.6% 수준에 이른다.

방위사업청으로 이체되는 예산은 주로 전력투자부문 예산으로, 그동안 전력투자비에 편성되어 온 방위비 분담금과 미군기지 이전사업비는 국방부 소관 예산으로 계속 남게 된다.

한편 방위사업청에서 근무하는 현역군인 인건비는 종전처럼 국방부 소관으로 각 군에서 편성 집행하게 되지만, 일반공무원으로 신분전환을 추진중인 방위사업청 소속 공무원 인건비는 신분 전환이 완료된 이후 추가로 이체될 예정이라고 한다.³²⁾

2) 예산이체가 인정되지 않은 사례(기관간 이체)

감사원은 국정홍보처 예산으로 국무총리실 전용 브리핑실을 설치하는 것은 위법이라고 한다.

왜냐하면 정부청사의 브리핑실 설치에 국무총리실에서 사용하는 경우 국무총리실 예산으로 편성해야 하고 기타 부처가 공통으로 사용하는 경우 공동부담으로 설치해야 함에도 불구하고 국정홍보처가 전액 부담한 것은 부처내의 예산전용이 아니라 예산회계법 제36조(예산의 목적외 사용금지)와 예산이체) 및 제37조(예산의 전용)를 위반한 기관간 이체로 예산회계법을 위반하였다는 것이다.

Ⅲ. 예산이체시의 협의절차

1. 예산회계법의 규정

예산회계법시행령 제17조의 제2항은 법 제36조 제2항의 규정에 의하여 예산을 이체받고자 하는 중앙관서의 장은 이체하여야 할 중앙관

32) 이데일리 2006년 1월 19일자 신문보도 인용.

서의 장과 협의하여 이체의 대상이 되는 예산의 과목과 금액을 명백히 한 서류를 기획예산처장관에게 제출하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 소관업무 등을 이관받은 행정기관이 업무의 처리에 드는 비용(예산)을 이체받기 위해서는 먼저 소관업무를 넘겨준 행정기관과 협의를 하여야 한다.

양 기관이 성실하게 협의를 하여 소관업무의 범위와 예산이 제때에 이체가 되면 문제가 없지만 만약에 이체를 하여야 하는 기관에서 협의에 불성실하게 임하게 되면 여러 가지 문제가 생길 수 있다. 예를 들어 소관업무의 관할이 법령 등의 개정에 의하여 다른 기관의 권한사항으로 변경이 되었을 경우, 그 소관업무에 대한 권한은 이관이 되었지만 이에 따른 예산의 이체에 대한 협의가 충분하지 않을 경우를 상정할 수 있을 것이다.

그렇게 되면 업무는 받아 놓았지만 업무처리에 필요한 예산은 없는 꼴이 되어서 업무를 처리할 수 없는 상황도 생길 수 있다. 이런 경우를 상정하여 예산이체시의 협의와 같은 행정기관 상호간의 협의제도를 살펴 볼 필요가 있다.

2. 협의의 법적 성질

협이는 대등한 권한관계에 있는 행정기관 사이에 의사통일을 도모하는 방법이다. 특정한 업무가 둘 이상의 대등한 행정기관의 권한과 관련될 때에는 관계 행정기관 사이에 협의에 의해서 처리하게 된다.

하나의 행정기관이 주된 지위에 있고 다른 행정기관이 부차적인 지위에 있는 경우에 주된 지위에 있는 행정기관이 주무행정기관이 되고 부차적인 지위에 있는 행정기관이 관계 행정청이 된다. 이 경우에 주무행정기관이 업무처리에 관한 결정권을 갖고 되고 관계 행정기관은 협의권을 갖게 되는 것이다.

(1) 협의의견의 구속력

관계기관의 협의의견은 원칙상 주무행정기관을 구속하지 않는다. 단, 둘 이상의 행정기관이 공동주무행정기관으로서 협의하는 경우에는 공동명의로 외부에 표시하며 협의를 통한 합의가 당해 조치의 유효요건이 된다.

(2) 협의절차의 하자

주무행정기관이 법령에 명시적으로 규정된 협의절차를 이행하지 않고 행정행위를 한 경우에 주무행정기관의 행위가 무효라고 하는 견해³³⁾도 있지만 협의의 중요성에 따라 무효 또는 취소할 수 있는 행위로 보아야 한다는 견해³⁴⁾도 있다.³⁵⁾

주무행정기관이 협의절차를 이행하기는 하였지만 형식에 그치고 실질적인 협의를 하지 않고 한 행위는 취소할 수 있는 위법의 하자가 있다고 한다.³⁶⁾

다른 행정기관의 권한과 관련된 사항에 대하여 내부규율로 당해 행정기관과 협의하도록 규정하고 있는 경우에는 그것은 행정조직 내부의 문제에 그치는 것으로서 이러한 협의없이 행한 행정기관의 행위도 국민과의 관계에서는 유효하다고 한다.³⁷⁾

33) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2003, 30면.

34) 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2006, 44면.

35) 대판 1995. 11. 7. 95누9730. 자동차운송사업계획변경(기점연장)인가처분과 자동차운송사업계획변경(노선 및 운행시간)인가처분은 그 내용이 2이상의 시·도에 걸치는 노선업종에 있어서의 노선신설이나 변경 또는 오손과 관련되는 사업계획변경의 인가 등에 관한 사항이므로 미리 관계도지사와의 협의하여야 함에도 불구하고 이를 하지 아니한 하자가 있으나 그와 같은 사정만으로는 자동차운송사업계획변경(기점연장)인가처분과 자동차운송사업계획변경(노선 및 운행시간)인가처분이 모두 당연무효의 처분이라고 할 수 없다.

36) 박균성, 상계.

37) 박윤훈, 최신행정법(하), 박영사, 2000.

대판 1992. 3. 31. 91누4928. 자동차운수사업법 시행규칙 중 협의에 관한 규정들

3. 인허가 의제제도와 협의

(1) 의 의

하나의 사업을 하기 위하여 여러 행정청의 인허가를 받아야 하는 경우가 있다. 예컨대 주택건설사업을 하고자 하는 경우 사업주체는 주택건설촉진법에 의한 사업계획승인을 얻어야 하는데 주택의 건설이 건축에 해당하므로 당연히 건축법에 의한 허가를 받아야 한다. 이 주택건설이 행해지는 지역이 기반시설을 설치하는 지역이라면 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의한 도시계획시설결정절차를 거친 후 동법에 의한 시행자 지정을 받아 도시계획사업실시계획인가를 받아야 한다. 또 동시에 산림을 벌채하는 경우라면 산림법에 의한 산림훼손 허가를 받아야 하며 주택단지의 진입로를 설치하기 위하여는 도로법에 의한 도로공사허가를 받아야 한다. 그리고 이 주택건설이 택지개발예정지구 내에서 이루어지면 택지개발촉진법에 의한 행위허가를 받아야 하고 그 외 사업내용에 따라 지하수법에 의한 지하수개발·이용의 허가를 받아야 한다.

이와 같이 하나의 사업을 수행하기 위하여 여러 법률에 규정된 인허가를 받아야 하는 경우에 이를 종합적인 관점에서 검토함으로써 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 하는 방안을 모색할 필요가 있는데 이의 대처방안으로 채택하고 있는 입법방식이 인허가 의제방법이다.

이는 주된 행위를 규율하는 법률에서 하나의 인허가를 받으면 다른 관련법률에 의한 인허가를 함께 받은 것으로 간주하는 방법이다.³⁸⁾

은....경북도지사가 대구광역시장의 1990. 1. 4자 협의요청과 같은 해 1. 25자 재협의 요청에 대하여 각기 회신을 하면서 그 회신에 덧붙여 이 사건 개선명령의 의견을 물은 것은 시행규칙 소정의 협의요청으로도 볼 여지가 없지 아니하지만 그 절차상에 다소간의 흠이 있다고 하여도 그 사유만으로 이 사건 개선명령의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 판단된다.

38) 인허가 의제제도를 독일의 (행정)계획확정절차에서 인정되는 집중효와 관련하여 설명하는 견해도 있지만(오준근, 행정절차법, 삼지원, 1998, 272면, 류해웅, 토지공

이 때 주된 인허가 관청이 자의적으로 인허가를 내어 주는 것이 아니라 자기가 내어 주고자 하는 행위가 관련법률의 인허가의 요건에 적합한지의 여부를 관련법률의 인허가권한을 가진 행정청과의 협의를 통하여 판단하게 되는 것이다.

(2) 협의 기간

의제 대상 인허가 행정청과의 협의가 지연되어 주된 인허가를 제때에 하지 못하는 사례가 있을 수 있는 바 이를 막기 위하여 다음과 같이 법령으로 일정기간 내에 협의에 응하도록 하는 규정을 두기도 한다.³⁹⁾

협의기간을 15일 이내로 정하고 있는 경우로는 건축법 제8조 등, 30일 이내로 정하고 있는 경우로는 사회간접자본시설에 대한 민간투자법 제17조, 제21조 등, 60일 이내로 정하고 있는 경우로는 폐기물처리시설설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제12조 등이다.

이에 대해 협의기간을 대통령령에 위임하고 있는 경우로 고속철도건설촉진법 제8조 등이 있다.

(3) 협의성립의 강제

위에서 언급한 협의기간을 지키지 아니하는 사례를 막기 위하여 아예 협의기간이 경과되면 이견이 없는 것으로 보는 규정을 두어 협의성립을 강제하기도 한다. 이러한 규정을 사회간접자본시설에 대한 민간투자법 제17조⁴⁰⁾ 등에서 볼 수 있는데 그러나 협의성립을 강제하는

법론, 삼영사, 2006, 439면), 집중효의 전제가 되는 계획확정절차가 우리나라에는 인정되지 않고 또한 인허가 의제제도는 집중효와 달리 인허가의제를 인정하는 경우가 제한되어 있지 않아서 건축허가와 같이 행정계획이 아닌 단순한 인허가를 하는 경우에도 인정하고 있다는 점에서 인허가의제제도를 집중효와 같은 것으로 볼 수는 없을 것이다(김남진, 행정법 I, 법문사, 2006, 219면).

39) 그러나 협의기간에 관한 규정은 훈시규정에 불과하기 때문에 협의기간에 관한 규정이 있다고 하더라도 협의의 지연이 방지되는 것은 아니라는 한계도 있다.

40) 사회간접자본시설에 대한 민간투자법

제17조(다른 법률에 의한 인허가 등의 의제) ③제2항의 규정에 의하여 협의요청을

경우 의제대상인 인허가의 실체적 요건에 대한 심사를 하지 못하게 되는 결과가 되므로 주된 인허가를 단기간에 확정하여야 할 필요가 있는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 그 인정을 제한할 필요가 있다.

(4) 협의기준

의제대상 인허가 행정청이 의제대상 인허가 요건을 자의적으로 해석적용하여 법정요건에 적합함에도 불구하고 협의를 거부함으로써 주된 인허가의 목적달성에 지장을 초래할 우려가 있는 경우를 대비하여 법정기준에 적합한 경우에는 협의를 거부할 수 없도록 하는 규정을 둔 법령도 있다.⁴¹⁾

IV. 소관업무의 이관 등에 따른 계약의 변경

1. 행정계약의 의의 및 내용

(1) 행정계약의 개념

우리나라에서는 실정법상 행정계약 내지 공법상 계약이라는 용어가 명문으로 규정되어 있지 않고 행정절차법의 제정과정에서도 많은 논의가 있었으나 결국 행정계약을 입법화하지는 못하였다.

그러나 다수 학설은 행정의 행위형식의 하나로 행정계약의 관념을 인정하여 행정계약은 학문상으로는 확립된 개념으로 받아들여지고 있다. 이러한 학설의 견해에 따르면 행정계약이란 “행정주체 상호간

받은 관계 행정기관의 장은 그 협의요청을 받은 날로부터 30일 이내에 구체적인 사유와 근거를 명시하여 서면으로 의견을 제시하여야 하며 그 기간 내에 의견이 제시되지 않으면 협의를 이루어진 것을 본다.

41) 건축법 제8조 제7항 “...협의를 요청받은 관계행정기관의 장은 제9항의 규정에 의한 처리기준이 아닌 사유를 이유로 협의를 거부할 수 없다.”

접경지역지원법 제9조 제3항 “사전협의를 요청받은 관계 행정기관의 장은 사업내용이 관계법령에 부적합하거나 공익을 현저히 저해할 만한 상당한 사유가 없는 한 협의에 응하여야 한다.”

또는 행정주체와 사인간에 공법적 효과의 발생을 내용으로 하는 계약”으로 정의되고 있다.⁴²⁾

그런데 우리나라에서는 공법적 효과를 발생시키는 계약을 행정계약이라고 하기 보다는 공법상 계약이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다. 나아가서 이러한 행정계약과 공법상 계약을 다른 것으로 이해하는 견해도 있다.⁴³⁾ 이는 행정계약을 행정청이 행하는 공법상의 법적효과를 발생시키는 계약(공법상 계약)과 사법상의 법적효과를 발생시키는 계약(사법상 계약)을 포함하는 넓은 의미로 해석하는 견해와 행정계약 또는 행정법상의 계약과 공법상 계약을 같은 개념으로 보는 독일의 이론에 동조하는 견해의 차이에서 오는 결과이기도 하다.⁴⁴⁾

그러나 본 논문에서는 행정계약을 공법상의 계약으로 이해하고 서술하기로 한다.

(2) 공법적 효과의 발생

공법적 효과란 공법상의 권리와 의무의 발생·변경·소멸을 가져오는 법률적 효과를 말하며 이 점에서 사법상의 법률적 효과를 가져오는 사법상의 계약과 구별된다.

그런데 여기에서의 “공법상”이란 그 용어사용에도 불구하고 오직 “행정법상”을 의미하고 기타의 다른 공법영역은 제외하고 있다. 따라서 일반적으로 사용하고 있는 공법상 계약이라는 용어사용은 개념이 부당히 확장되거나 또는 축소되는 점에서 정당하지 않고 따라서 공법상 계약이라는 용어보다는 행정법상 계약 내지 행정계약이라는 용어를 사용하는 것이 적절하다는 지적도 있다.⁴⁵⁾

42) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2005, 211면 이하. 송동수, “행정계약의 현대적 재조명”, 「토지공법연구 제10집」, 토지공법학회, 2000. 8., 272면.

43) 김남진, 전거서, 334면.

44) 공사법 이원적 법률체계를 인정하는 견해는 행정주체가 행정목적의 달성을 위하여 체결하는 모든 계약을 행정계약이라고 주장하는 견해를 인정하기 어려울 것이다.

45) 서원우, “행정계약의 관념”, 「전환기의 행정법이론」, 1997, 704면.

(3) 행정주체가 계약의 한 당사자

행정계약은 “계약의 일방당사자가 행정주체”인 계약을 말한다. 행정계약은 행정주체 상호간이나 행정주체와 사인사이에만 체결될 수 있고 사인 상호간에는 체결될 수 없다.

행정주체는 행정권의 담당자로서 실제로 행정권을 행사하는 자를 말하는 것으로서, 이에 는 국가, 지방자치단체, 공공단체 및 공무원탁사인 등이 해당한다.

(4) 계약의 의의

공법과 사법을 구별하고 행정행위를 중심으로 하는 전통적 행정법학의 이론체계에서는 공권력주체로서의 행정이 계약상대방인 시민과 대등한 입장에 선다는 것은 있을 수 없는 일로 생각되었고 그 결과 규제적 사항에 대해서는 행정행위론으로, 비규제적 사항에 대해서는 민사적 계약방식을 채택하여 왔기 때문에 행정계약이라는 관념은 배제되어 왔으나 오늘날 행정계약에 대한 수요는 점차 증대되어 현대 행정법규나 행정실무에서 행정의 규제적 조치를 계약에 의하여 대체하고 있는 경우가 적지 않다. 예컨대 물품매매계약과 같은 비규제적 내용의 계약은 종래 행정이 계약당사자가 되는 경우에도 민사계약으로 이해되어 행정법학의 고찰대상에서 제외되어 왔으나 행정주체가 예산으로 물품을 조달하는 경우에는 사인끼리 물건을 거래하는 것을 규율하는 사법을 적용하는 것이 타당하지 않을 경우가 있다.

예를 든다면 일정금액 이상의 정부조달물품은 경쟁입찰방식을 취하여야 하고, 계약내용의 공개, 체결에 있어서 제3의 기관을 관여시키고, 지방자치단체의 경우는 지역의 사업자와 우선적으로 계약을 체결하여야 하는 경우 등이 있을 수 있다.⁴⁶⁾

46) 조태제, “공공조달행정에서의 공정성확보를 위한 사법심사제도의 도입방안”, 『토

(5) 행정계약의 방식

원칙적으로 사법상의 계약은 그 체결에 특정한 형식을 요하지 않아서 구두계약도 가능하다. 그러나 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행정계약의 경우 계약의 명확성과 투명성을 제고하기 위하여 서면으로 할 것이 요구된다.⁴⁷⁾

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조도 대통령령⁴⁸⁾이 정하는 예외적인 경우를 제외하고는 계약은 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 확정된다고 규정하고 있어서 공법상의 계약을 서면으로 할 것을 규정하고 있다.⁴⁹⁾

2. 정부조달계약의 의의

정부조달계약의 기본적인 원칙은 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률”에 나타나 있는데, 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며 당사자는 계약의 내용을 신의성실에 따라 이를 이행하여야 하고(동법률 제5조), 이 경우 공공위탁발주자는 동법률이 정하는 기준에 따라서 경쟁에 의하여 그리고 투명한 절차에

지공법」 제13집, 토지공법학회, 2001. 11. 53-54면.

47) 김대인, “행정계약에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2006. 2. 173면. 송동수, 전계논문, 282면 참조.

48) 제49조 (계약서작성의 생략) 법 제11조제1항 단서의 규정에 의하여 계약서의 작성을 생략할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

1. 계약금액이 3천만원이하인 계약을 체결하는 경우
2. 경매에 붙이는 경우
3. 물품매각의 경우에 있어서 매수인이 즉시 대금을 납부하고 그 물품을 인수하는 경우
4. 각 국가기관 및 지방자치단체 상호간에 계약을 체결하는 경우
5. 전기·가스·수도의 공급계약등 성질상 계약서의 작성이 필요하지 아니한 경우

49) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다14812 판결. “지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성해야 하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고...”라고 판결하고 있는 것은 행정계약에 있어서의 서면주의를 강조하고 있는 것이다.

의하여 물품급부, 건설급부 및 용역급부를 조달하여야 한다고 규정하고 있다(동법률 제7조, 제8조 참조). 따라서 정부조달물자발주과정에서 각 참가인은 법률에 근거하여 불이익한 취급이 명시되어 있거나 허용되어 있지 아니한 평등하게 취급되어야 한다⁵⁰⁾

이러한 정부조달계약의 성격은 행정을 일방당사자로 하여 체결하는 행정계약으로서의 법적 성격을 가진다.

우리나라에서 행정계약의 일반법으로서의 지위를 가지는 법률은 존재하지 않고 다만 개별법으로서 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률”과 지방자치단체를 주체로 하는 “지방재정법”을 들 수 있다.

위 법률들은 국가 또는 지방자치단체가 예산을 수반하는 매매, 임대차, 도급 등의 계약을 체결하는 경우에 공법상의 계약과 사법상의 계약을 구별하지 않고 적용되는데 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률의 적용대상이 되는 대부분의 계약은 사법적 효과발생을 목적으로 하는 사법상 계약이며 따라서 이를 둘러싼 분쟁은 민사소송절차에 의하고 있다고 한다.⁵¹⁾

3. 소관업무의 이관에 따른 계약의 변경

(1) 정부조달업무에 관한 계약의 당사자

정부조달계약에 있어서 일방 당사자는 법인격을 갖는 행정주체가 된다. 따라서 국가, 지방자치단체 등과 같이 법인격이 인정되는 행정주체의 경우에만 원칙적으로 계약체결이 가능하다고 보아야 할 것이다.⁵²⁾ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제6조 제1항은 각 중

50) 따라서 공공위탁발주와 직접적인 관련이 없는 환경배려, 여성의 취로촉진 등의 사정은 별도로 법률이 정하고 있는 경우에만 고려할 수 있다고 한다.

조태제, 전계논문, 52면.

51) 송동수, 전계논문, 271면.

52) 개별법령에서 국가 등 법주체가 아니라 행정청이 직접 계약을 체결할 수 있는 것과 같이 규정되어 있는 점을 지적하고 이 경우에도 계약의 당사자는 일단 국가나 지방자치단체가 되고 행정청은 국가나 지방자치단체를 대표하여 계약을 체결하

양관서의 장은 그 소관에 속하는 계약사무를 처리하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 그 소속공무원중에서 계약에 관한 사무를 담당하는 공무원(이하 “계약관”이라 한다)을 임명하여 그 사무를 위임할 수 있으며 그 소속공무원에게 계약관의 사무를 대리하게 하거나 그 사무의 일부를 분장하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

(2) 동일한 법주체 내부의 기관상호간의 계약

공법에서는 권리보다는 권한이 중요한 개념이 되면 단일한 주체 내에서도 권한이 서로 다른 기관이 존재할 수 있는 이상 이들 상호간에도 계약체결이 가능하다고 하면서 현행 법제상 이러한 내부계약의 성립여부가 문제되는 예로는 각종의 인허가의제제도에서 관계기관의 장과 협의를 거치는 과정에서 이루어지는 협의를 예를 들고 있는 견해가 있다.⁵³⁾

(3) 소 결

국가기관이나 지방자치단체가 체결한 공사계약의 경우 정부조직개편 등에 따른 예산이체 등으로 당해 공사계약관련 예산 주무관서가 변경된 경우에도 이미 체결되어 이행중인 계약에 대해서는 첫째, 위의 (1)에서 살펴본 것처럼 소관업무가 행정부처를 달리해서 옮겨졌다 하더라도 그것은 국가라고 하는 계약의 당사자가 변경된 것은 아니고 단지 국가라고 하는 법주체를 대표하는 기관의 변경에 불과하기 때문에 당사자의 변경이라고는 할 수 없다. 따라서 기존의 국가와의 계약의 상대방인 사인에게 있어서는 계약의 존속성이 인정된다 할 것이다. 또한 (2)에서 논한 것처럼 동일한 법주체 내부의 기관상호간의 계약으로 보더라도 이는 이미 예산회계법에서 소관업무가 변경되어 예

는 것으로 보아야 한다고 한다. 김대인, 전제논문, 171면.
53) 김대인, 상계논문 171면.

산의 이체가 필요할 때는 협의를 하도록 규정하고 있다. 이 예산회계법상의 “협의”를 내부계약으로서 볼 수 있을 것이다. 이에 관해서는 이미 전장에서 설명한 바 있다.

결론적으로 다만, 관련 법령 등의 규정에 따라 정부측 계약자 명의를 변경하여 당초 계약상대자와 변경계약을 체결할 수 있다.⁵⁴⁾

V. 결 론

이상에서 살펴보았듯이 예산회계법상의 예산이체에 관한 규정은 사항은 예산의 이체를 요구받은 기획예산처장관은 그 예산을 상호 이용 및 이체할 수 있다고 규정하고 있어서 법문상으로는 소관업무의 변경으로 인하여 업무를 인수받은 부처가 기존 예산을 이체받을 권리를 부여하고 있는 것이 아니라 기획예산처장관이 예산을 이체할지의 여부를 결정하는 재량규정으로 하고 있다. 따라서 차년도 예산이 배정되기 전에 정부조직이 변경되는 법률상 변경사항이 발생하거나 또는 차년도 예산이 배정되었더라도 예산이 집행되기 이전에 법률상의 조직변경이 먼저 이루어진다면 예산을 이체받아서 사용하는 것에는 지장이 생길 가능성은 상당히 낮다.

그러나 회계연도가 시작되고 회계연도 중에 조직의 변경⁵⁵⁾이나 소관업무가 변경된 것에 지나지 않은 경우에는 현행의 예산회계법상의 예산이체규정은 문제가 발생할 소지가 있다. 왜냐하면 일반적으로 예산의 이체를 수반하는 조직의 변경이나 업무의 소관변경에 대해서는 예산보다 먼저 조직을 변경하거나 업무를 처리하는 소관부서를 먼저 변경시켜 놓고 난 뒤에 비로소 산의 이체에 관한 협의가 이루어지는 것이 보통이기 때문이다. 이러한 절차로 미루어 볼 때 예산이체에 관한 명확한 협의가 이루어지지 않을 상태에서 먼저 소관업무만 이관받

54) 재정경제부의 홈페이지 <http://nafis.mofe.go.kr/> 참조.

55) 정부조직법등의 법률상 조직변경이 아닌 경우를 말한다.

은 부서는 일시적이거나 예산이 공백상태에 빠지게 되고 이를 위한 이관부서와 이관받은 부서와의 협의 또한 현행 법률에서는 의무규정으로 해 놓고 있지 않은데다가 이 또한 기획예산처장관의 재량으로 예산을 이체할 수 있다고 해 놓고 있어서 문제가 되는 것이다.

이에 대응하기 위해서는 위에서 살펴본 협의의 법적성질을 원용해서 예산이체에 관한 예산회계법 규정을 다음과 같이 개정하는 개선방안을 제시하고자 한다.

즉, 예산회계법 제36조 (예산의 목적의 사용금지와 예산이체) ① 생략.
② 정부조직등에 관한 법령의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 그 직무와 권한에 변동이 있을 때에는 기획예산처장관은 당해 중앙관서의 장의 요구에 의하여 그 예산을 상호 이용 및 이체하여야 한다.

그리고 동법 시행령 제17조 (예산의 이용·전용 및 이체) ① 생략.
② 법 제36조 제2항의 규정에 의하여 예산을 이체받고자 하는 중앙관서의 장은 이체하여야 할 중앙관서의 장과 협의하여 이체의 대상이 되는 예산의 과목과 금액을 명백히 한 서류를 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

③ ②항의 협의를 요구받은 중앙관서의 장은 정당한 지체없이 협의에 하여야 하고 상당한 시일이 경과하여도 협의가 성립하지 않을 경우에는 협의가 성립한 것으로 한다. (조문 신설)

주제어 예산의 전용, 예산이월, 예산이체, 소관업무, 업무의 이관, 협의

Study on the change of contract according to jurisdiction's change

Chol, Chol - Ho*

Budget & Accounting Act provides that, if there is any change in duties and power pertinent to the transfer of budget due to the enactment, revision or annulment of the laws and ordinances about government organization, the Minister of Planning & Budget Ministry is authorized to make a mutual use of and transfer the budget, at the request of the head of central government agency concerned (The Clause 2, Clause 3 of the Article 36); That is, in case that the laws and ordinances related to government organization are enacted or revised in the middle of fiscal year, the budget allocated in each department is mutually transferable.

In principle, the use of budget except for its original purpose is prohibited, but transfer of budget is allowed to accomplish the execution of budget in a flexible and effective manner. Since the arrangement and deliberation of budgeting are made prior to the commencement of fiscal year, it is impossible to indicate any alteration of interdepartmental duties and power that may occur during fiscal year. So, a budgetary measure is necessitated to cope with the alteration of duties in charge that may occur during the period of budget execution, which is referred to as Budget Transfer.

For the purpose of budget transfer, an official document that specifies the items and amount of money for transfer shall be made out, as agreed by respective heads of central government agencies concerned, and submitted to the Minister of the Planning & Budget Minister for his or her approval. (The Clause 2, Article 17 of the Enforcement Decree of the Budget &

* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D in law

Accounting Act). The transfer of budget does not necessitate the approval of the National Assembly notwithstanding that it is the alteration of budget, which is because it is not alteration of business but is change of the budget execution organ.

KEY WORDS transfer of budget, the use of budget, the execution of budget