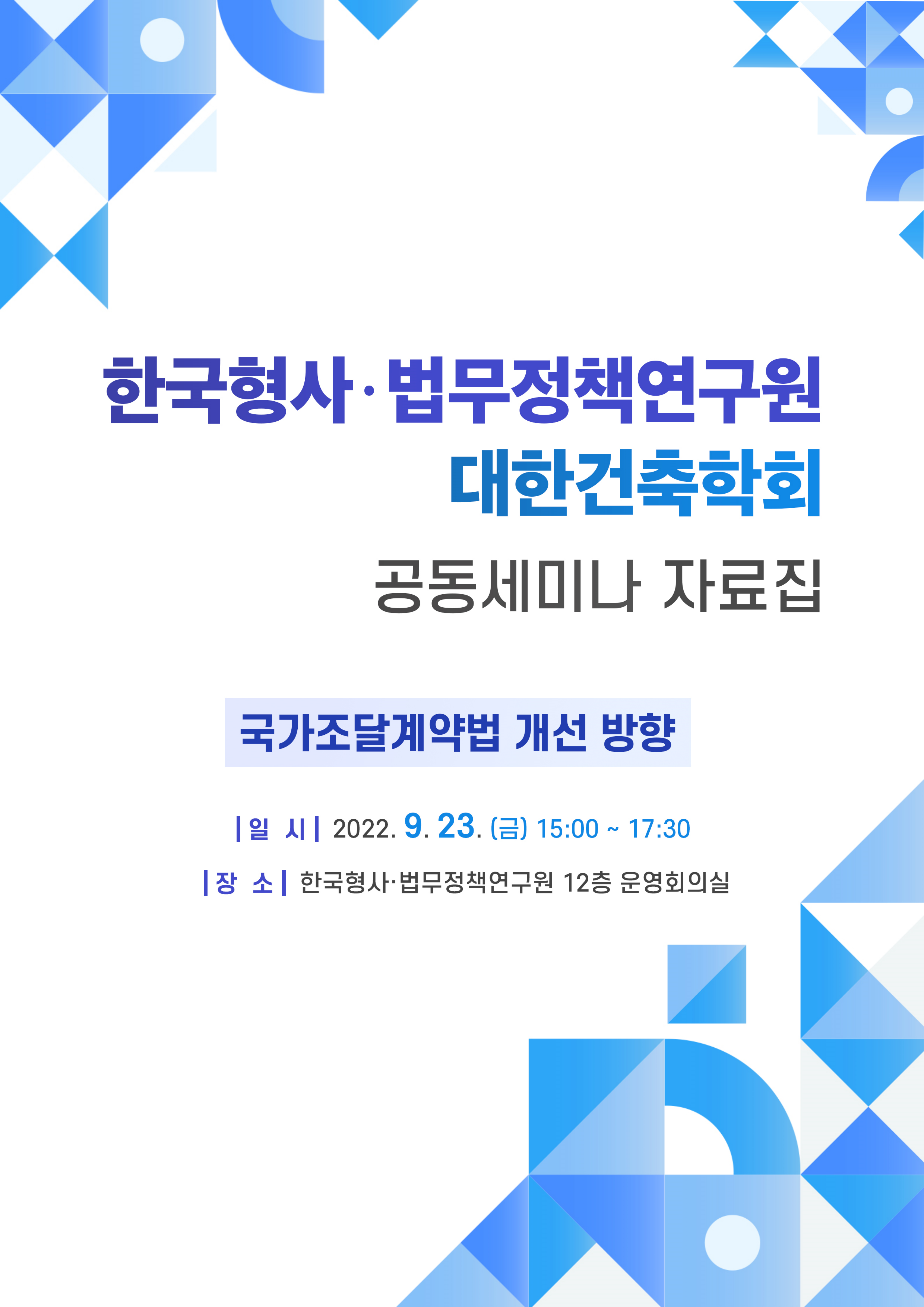




한국형사·법무정책연구원 대한건축학회

공동세미나 자료집

국가조달계약법 개선 방향

| 일 시 | 2022. 9. 23. (금) 15:00 ~ 17:30

| 장 소 | 한국형사·법무정책연구원 12층 운영회의실

축사

안녕하십니까?

한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

오늘 대한건축학회와 ‘국가조달계약법 개선 방향’에 대한 공동세미나를 개최하게 되어 대단히 기쁩니다. 공동세미나의 기회를 주신 대한건축학회 최창식 회장님과 오늘 참석하셔서 축사를 해주시는 김규용 부회장님께 감사드립니다. 바쁘신 중에도 매우 뜻깊은 논의의 장이 마련될 수 있도록 노력해 주신 대한건축학회 국가계약제도 선진화특별위원회에 감사의 인사를 올립니다.

오늘의 공동세미나는 여러 측면에서 매우 시의적절한 기획입니다. 형사정책 분야 유일의 국책 연구기관인 우리 연구원은 지난해에 한국형사·법무정책연구원으로 개칭하고, 연구범위를 형사정책 영역을 넘어서서 법무 정책 분야로 확대하였습니다. 이에 따라 이제 우리 연구원은 민·상사 법무, 국제 법무, 출입국법무, 인권 법무, 국가 송무 등 법무 정책 전반에 대한 정책 지원기능을 강화할 수 있게 되었습니다.

건설, 토목 분야에서의 부실 공사와 이로 인한 사고 그리고 안전 재해사고는 막대한 인적, 물적 피해를 발생케 합니다. 따라서 이러한 사고가 최대한 발생하지 않도록 하기 위해서는 사후적 권리구제를 개선·강화하는 것 외에 사전적으로 그러한 사고가 발생하지 않도록 예방하는 방안을 더욱 강화할 필요가 있습니다. 부실 공사와 그로 인한 사고 그리고 안전 재해 사고가 최대한 발생하지 않도록 건설·토목 분야 국가조달계약의 내용을 규제하는 문제는 법학적으로는 민사법, 공법(헌법 및 행정법), 형사법에 모두 관련되고, 건축/건설 업계 및 관련 학회와의 협업을 통해서 해결해야 할 과제입니다.

이러한 점에서 건축/건설업 관련 대표 학회인 건축학회의 관련 전문가와 민사법, 행정법, 형사법 전문가가 함께 모여 ‘국가조달계약법의 개선 방향’에 대하여 논의하는 이번 공동세미나는 법학/건축학, 형사/법무의 학제 간 융합적 성격의 공동세미나이기에 매우 뜻깊은 논의의 장이 될 것입니다. 오늘 이 자리는 여러 분야의 전문가들이 함께 모여 ‘국가조달계약법의 개선 방향’과 관련하여 논의함으로써 의미 있는 지향점을 발견할 수 있는 기회가 되기를 바랍니다. 향후 학술적 교류와 공동연구의 계기가 될 것으로 기대합니다.

이러한 뜻깊은 논의의 장에서 발표, 토론, 사회를 맡아주신 교수님과 박사님께 깊이 감사드립니다. 아울러 이번 행사가 개최될 수 있도록 수고해 주신 연구원의 여러 관계자께도 감사 인사를 드립니다.

여러분의 건강과 행운을 기원합니다.

감사합니다.

2022년 9월 23일

한국형사·법무정책연구원장 하 태 훈

인사말

안녕하십니까? 대한건축학회 김규용 부회장입니다.

오늘 형사법무정책연구원에서 우리나라 국가조달계약법 선진화 방향에 대해 토론을 하게 된 의미깊은 자리를 만들어주신 하태훈 한국형사·법무정책연구원장님을 비롯한 관계자 여러분들께 감사의 인사를 드립니다.

우리나라의 건설산업의 태동은 한국전쟁의 전후(戰後) 국가재건을 위한 국민의 노력과 국가정책사업으로 우리나라 산업과 생산기반을 제공하여 왔으며, 국가건설사업과정에서 급격한 성장을 이룩하였고, 사회간접자본시설과 국토개발 등의 과정에서 국민경제에 큰 영향을 주었으며, 다른 산업의 태동에 기반이 되었습니다.

또한, 우리나라의 건설시공기술은 국내·외 건설시장에서 초고층건축, 장대교량, 대공간 등 다양한 건축토목시설물의 시공실적으로 눈부신 성과를 이루어왔으며, 고성능 건축자재개발과 건축정밀시공기술, 고도화된 시공관리 운영 등으로 건설산업의 미래와 시대적 요구에 대응하여 왔습니다.

한편, 건설산업은 장기간에 걸쳐 방대한 량의 건설자재가 투입되고 복잡한 선행, 후속 공정의 과정에서 다양한 작업자가 참여하는 매우 복합적이고 고도의 기술적 관리를 기반으로 하는 특수성이 강한 생산방식입니다. 이러한 건설산업의 환경여건은 시공기술과 관리체계의 비약적인 발전이 이루어진 반면에 건설사업의 경제적 타당성 요구증가, 건설 투입자원 수급의 불확실성, 사업의 위험요소(Risk)관리 어려움 등 긍정적인 요인과 함께 부정적인 요인을 동시에 짊어지고 있는 것이 현실입니다.

이러한 상황에서 건설산업의 참여주체 간에 관행적, 퇴행적 계약방식의 협력관계가 개선되지 않고, 불공정행위에 따른 품질 및 안전이 위협받게 되는 상황이 근절되지 않고 존재하고 있어 오늘과 같이 법조계의 전문가 분들과 함께 한 토론회는 시의적절함과 함께 논의의 장이 마련된 것으로 의미가 매우 깊다고 생각합니다.

앞으로 건설산업의 참여주체가 상호보완적이고 신뢰를 기반으로 한 협력관계를 가질 수 있도록 지속가능하고 합리적인 제도로 개선해가는 노력에 많은 분들이 동참해주실 것으로 기대하며, 오늘의 토론회에 참석해주신 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

대한건축학회 부회장 김규용

국가조달계약 관련 개별법규 기능상실과 장애

- 국가계약법과 FAR 비교에 의한 건설산업 사례 중심으로 -



일시 : 2022 09. 23

장소 : 형사 법무정책연구원 12층 운영회의실

발표 : 손 영 진/공학박사

국가계약법제도 선진화 특별위원회

010 2595 1194

법 개혁 주요 검토 참고자료

1. 송동수, 행정계약의 현대적 재조명, 토지공법연구(2000)
2. 이동수, 국가계약법제에 관한 행정법상 문제점, 토지공법연구(2001)
3. 함요상, 신공공관리적 행정개혁의 실패원인에 관한 연구, 고려대행정학과(2003)
4. 남궁술, 현대계약론에 대한 새로운 접근, 재산법연구(2005)
5. 전 훈, 공법상 계약화 현상과 한국에서의 행정계약, 한국비교공법학회(2006.12)
6. 김대근, 권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계, 박사학위(2009)
7. 김해룡, **행정계약의 법리와 그 활용을 위한 법제 개선연구**, 토지공법학회(2010.02)
8. 최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리 민법의 시사점, 재산법연구(2010.06)
9. 김건우, 분석적 법리학의 의의와 한계, 성균관법학(2013. 03)
10. 정호경, 선지원, **공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한연구**, 법제연구 (2014.06)
11. 김재형, 계약의 공정성 확보 방안 연구, 법무무 연구용역 과제(2014)
12. 박준모외, 국내건설산업관리의 제도개선 및 산업진흥을 위한 방안, 건설관리학회(2015. 10)
13. 김관보, 선진국의 위수탁 계약에 관한 연구, 공정거래위원회연구용역보고서(2015)
14. 김대인, 미국의 주 및 지방정부 계약법제에 대한 연구 지방자치법연구(2018)
15. 권오승, 계약자유와 공정거래(2019),
16. 손영진, 공정경제 발목잡는 국가계약 관련법 개혁, 대한건축학회(2020.08)
17. 김병기, 행정절차법 개정을 통한 행정계약법 총론의 법제화, 한국행정법학회
18. 국방부, 주한미군기지이전사업의 종합사업관리 소개, 한국건설관리학회(2019. 06)
19. 국방부, 미군시설공사 제출물검토와 절차와 역할, 한국건설관리학회(2019. 06)
20. 국방부, YRP사업의 품질관리제도와 절차, 한국건설관리학회(2019. 06)
21. 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구(2020)
22. 정태호, **사법의 신뢰회복을 위한 개헌의 주요쟁점**, 법제연구(2021)
23. 남궁술, 국가와 건설산업, 대한건축학회(2021. 09)
24. 손영진, 국가계약법개정과 계약관련 법체계의 일원화 제안, 한국건축시공학회((2021.12)
25. 국가계약법 개정추진단, 국가계약법 개정의 필요성, 대한건축학회(2020. 10)
26. 대한건축학회, 중대재해처벌법의 건설산업 대응방안 세미나, 건설회관(2021. 5. 27).
27. 황문규 & 윤동호, 고소고발사건 남용을 위한 입법토론회(2021. 12. 8) 더불어민주당 & 형사법무정책연구원
28. 윤성철 건설감정인 윤리 사례연구, 허위감정죄 등 분쟁사례 중심, 한국건설감정사 강의(2022, 06)
29. 이선재, 민사조정제 성립률 제고를 위한 실무적 방법, 중재조정 법정책세미나(2022.06)

사법(司法)의 책무성(Accountability)

국민 법원 불신 : 81.2% <국민일보 2021.10.27>, 사법부 신뢰도 OECD 꼴지 <조선일보 2019.005.03>

사법 책무의 헌법적 근거로는

국민주권원리를 명시하고 있는 헌법 제1조 제2항,

공무원의 국민봉사자 지위를 명시하고 있는 헌법 제7조 제 1항을 들 수 있다.

사법 책무성(Accountability)이란

“국민으로 부터 사법권을 위임 받아 이행하는 사법권력의 주체가 그 책임이나 의무를 수행하고,
그 과정과 이유, 결과에 대하여 책무요구자인 국민에게 보고 · 설명 · 해명하는 의무” 로 정의.

<최유경 2015>

법적 책무성 구성은

법률 소비자로서의 당사자나 증인 등 사건관계자들과 일반시민들이 자신들의 이익 추구에 필요한
개방성과 응답성을 확보 요구하는 것.

<사법의 신뢰 회복을 위한 개헌의 주요 쟁점, 정태호(2021) >

국가계약관련 개별법규의 기능적 한계

특이 **건설 계약 관련법의 한계 (공법적 기능 외피)**

1. 국가가 공정한 질서유지에 대한 책임 없다!
2. 현대적 민법 법리인 **"공익과 계약공정"** 변별기능 없다!
3. 경제적 약자의 **국민기본권 침해**를 국가가 방임하고 있다!
4. { 중대재해 예방책임, 차별적 법규유지 및 재산 청구권 박탈
5. { 정보차단(**고권적 태도**) 및 공무원 무책임
6. 계약법규에 건설 **계약행정(Contract Administration)** 절차 규정 없다!
7. 피해자의 **이의제기 청구권리 상실**
8. 발주자의 **구제 책임 누락**
9. 공정거래위원회의 **존재 이유가 없다! 계약행정 개념조차 없음**
10. 행정청의 심의 절차에는 허위 조작하기 위해 **당사자 배제와 밀실결정**
11. 법규 미비로 인한 행정청의 계약행정의 논리나 절차적 이해 부족의 자질 문제

행정계약의 **흠결** : '당사자 간으로 한정된 계약법 규정'은 **계약행정 절차상** 권한, 책임 및 권리와 의무 한계의 부작용인 무제한 계약자유를 국가책임의 예방 법리인 **"공익과 계약공정의 원칙"**을 **건설산업의 사회적 영향특성으로 공법상 영역의 특수성으로** 감안해야 한다.

국가계약관련 개별법규의 기능적 한계

믿고 싶지 않은 공공연한 현실(법리적 부문)

1. 행정법이론을 공법과 私법계약으로 구분하고 있고, 국가는 권위적 권한을 주장하면서
비굴하게 私法的 계약당사자에게 마치 권한 위임한 양으로 책임전가하고 있다!
 2. 건설 산업은 공·사법상 행정계약의 개별법규를 건설 계약행정 절차로 규정하지 않을 경우,
반드시 부정/부패가 발생할 수밖에 없는 산업이다.
 3. 특히 원도급자를 수급사업자로 하는 다수의 간접당사자인 서로 다른 공종 참여자들의 권리를
국가가 보장하지 않는 한 불법/불공정행위는 반드시 발생된다.
 4. **건설조달계약**은 제3자의 경제/사회에 결정적 영향을 미치는 국가 중요정책 수단이 되므로
일반적인 私人간의 계약과 동일시 할 수 없는 公法的 성격이 있다.
 5. 공공조달계약은 체결 소임에 그칠 것이 아니라, 과정에서 발생할 반사회적 질서나 불공정한
법률행위 발생 근절을 위한 **발주자의 감시(Quantity Surveillance) 책임이 동반되어야 한다.**
- 이 같은 흠결은 법의 권위를 스스로 떨어드린 결과로 행정계약과 민간 경제사회의 질서를
민법 제2조, 103조, 104조 및 제750조의 국가적 변별이 불가능한 현상을 초래하여
억울한 피해자조차 구제할 수가 없는 **공염불 개별법규**다!

국가계약법과 미국 연방조달법 비교

국민 생명과 평등권 및 재산권보호 책무 및 국가 집행 방법의 차이

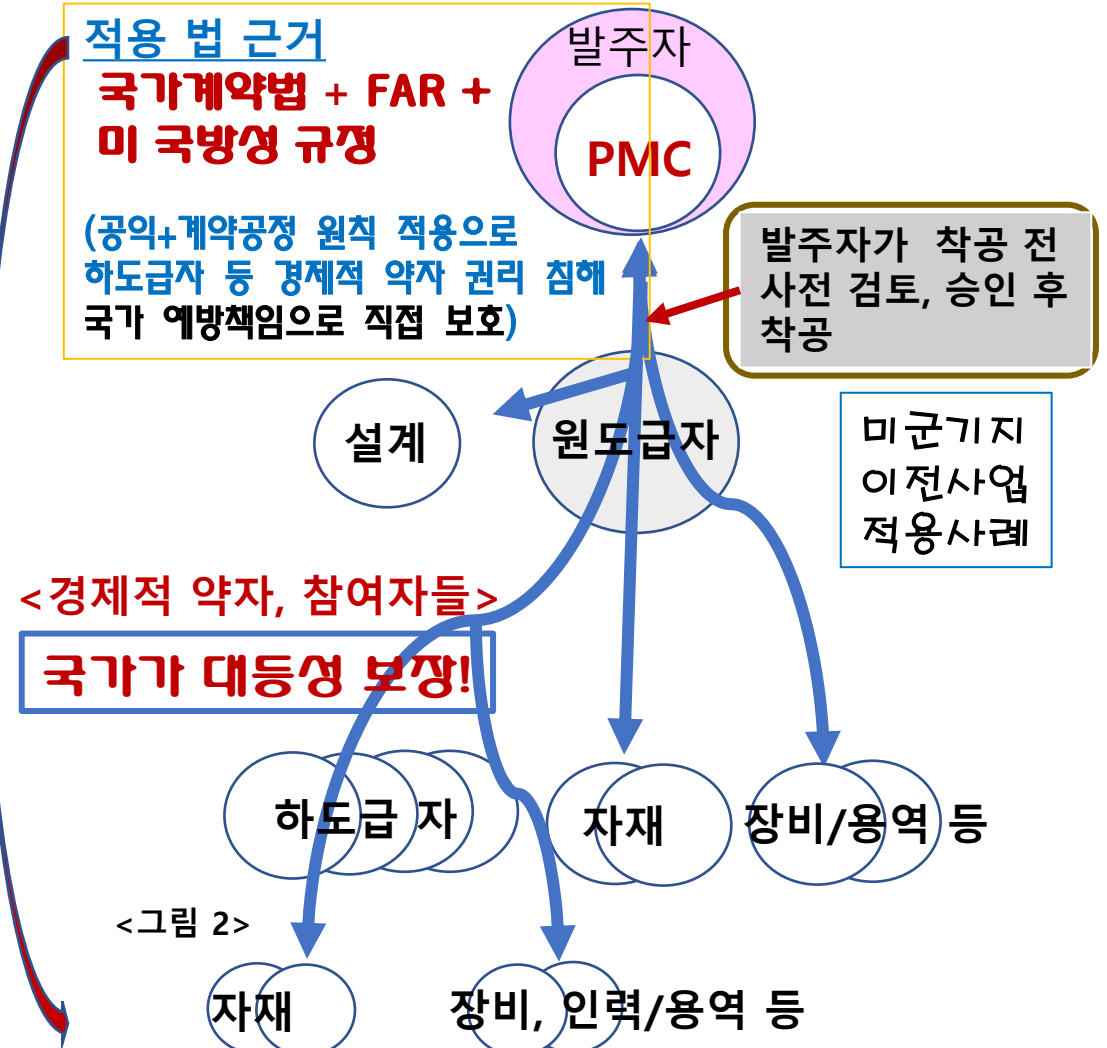
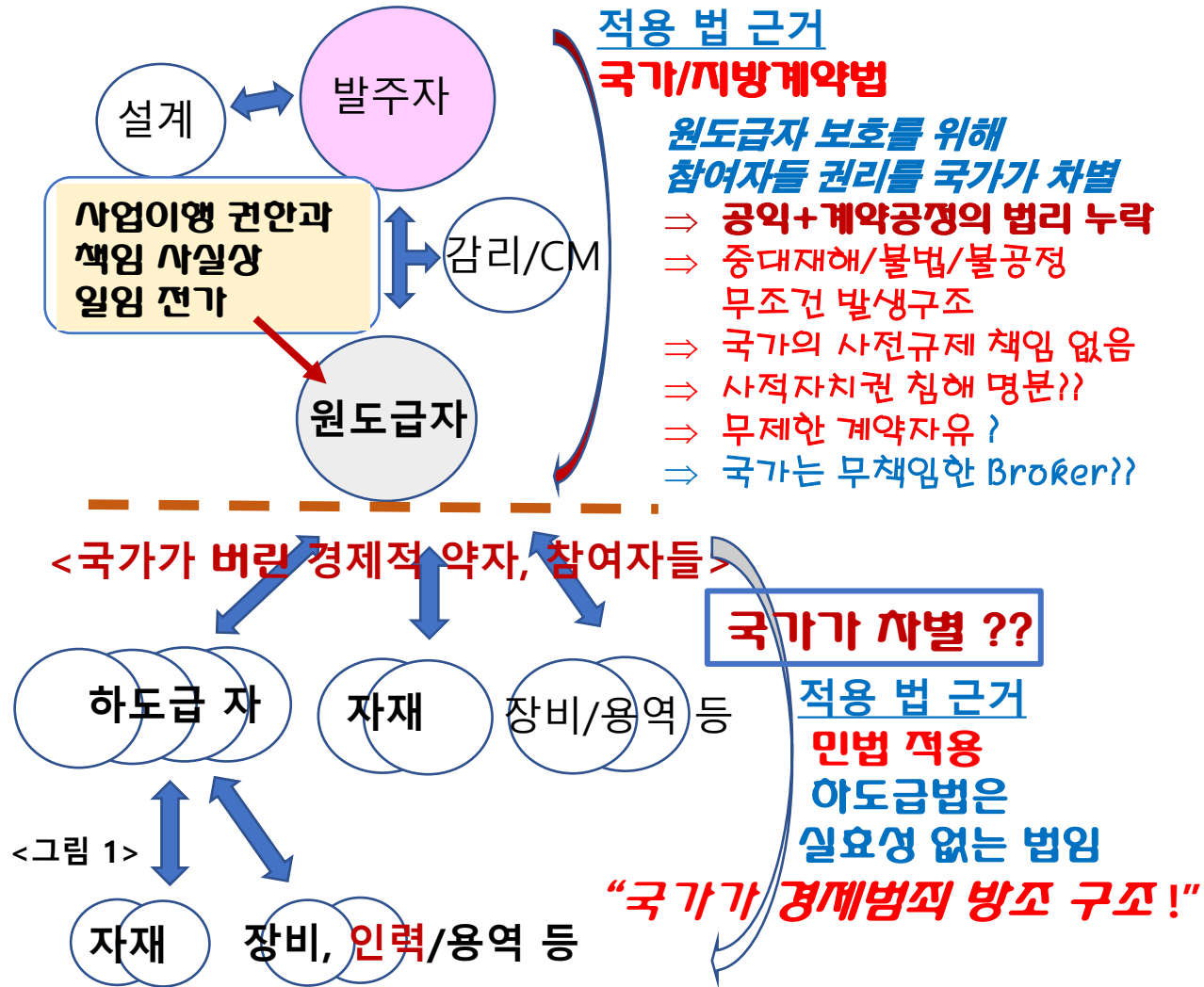
구 분	한국 국가계약법	미국 연방조달법 (FAR)
개정 년대	1995년	1984년
公法·私法 해석	대법원이 사법해석으로 국가책임 無	公·私法 구분없이 Code법으로 국가책임 有
국가책임 대상	원도급자only , (하도급자 등 모두제외)	모든 참여 이해관계인 포함
민법 법리	계약자유, 사적자치	계약자유+공익추구+계약공정
사업관리 책임	원도급자에 일임 , 사후결과보고	발주자가 직접 사업과정 관리책임
발주자 관리형식	감리 또는 CM 등 외주(위탁)관리 (국가 책임 없음)	종합사업관리(Program Management Consultants) - 철저한 국가 책임관리
원도급자의 불법/불공정 행위	계약공정 무개념 으로 방임 / 협조, 부정/부패 발생요소 내재 발주자 사전규제/예방(Q/S) 무책임 하도급자 책임으로 선 부담하나 발생현장에서 피해 보상 불가능	철저한 '계약공정 개념 적용'으로 절차적 과정 관리로 사전예방 발주자 사전 검토, 승인 후 착공 및 지속 감시(Q/S) 하도급자에 이의신청권 인정 과 발주자의 즉시 시정조치 책임
법제도 형식	업무 경계 모호 (해석에 따라 좌우)	절차기준의 책임의무를 세부규정으로 명시
공무원 책임	사후관리로 책임없고 권한만 보유 시정책임 역시 없음.(법개정 안된이유)	사전예방관리의 PMC결정에 따른 책임 동반 시정책임

한·미 양국의 계약법령과 기술규정 및 기준 비교

**한국 국가계약법은 : (국가 무책임 영)
일반공공 공사**

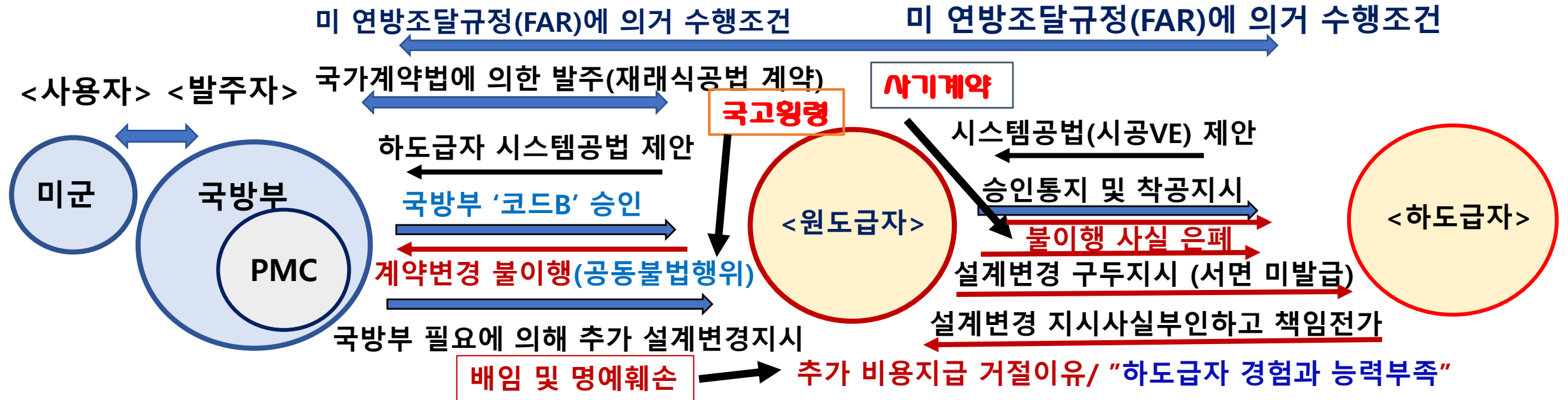
**구미 선진국은 : (국가 책임 영)
주안미군기지 이전사업**

예외선진기법 :
**중립사업관리(PMC:
Program Management
Consultants)**



국가의 불법/불공정 행위 변별 기능 누락 사례

미군기지이전사업(한미협정 미국규정실시) 통신센타 계약관계



미 국방성 규정(국가책임의 예방절차)의 **착공 전 사전승인(Submittal Procedure)조건에 의거**, 신기술/신공법인 시스템공법으로 원가절감(40%) 공기단축 (60%, 12개월 단축)을 제안하여 체결한 조건부하도급계약,

원도급자는 국가계약법 행정규칙 절차 위반하여 **자기이익(국고유행령)을 위해 고의로 계약변경(재래식공법 => 시스템공법으로 변경) 부작위로 하도급자의 국방부에 대한 계약적 권리를 박탈하여 계약 무효시킨 사건을**

현행 **사법부는** 흠결있는 **국가계약법으로** '국방부와 원도급자가 대금지급 이유 없다고 판결'한 사건 발생

국가계약법과 미국 연방조달법 비교

양국법령의 법체계 비교

구분	국가계약 관련법	미국 규정	
발주	국가계약법, 시행령, 시행규칙	미국 연방조달규정 (FAR : Federal Acquisition Regulation) (00-000-00) 약2천페이지 통 합 시 설 물 안 내 시 방 서 (UFGS: Unified Facilities Guide Specification) (00-00-00) 국방성 건설기술 규정(육·해·공·우주) 약2,500 ~ 3,000 페이지 기술 기준(ASTM 등 – 약5,000페이지) 민간표준계약서(AIA) : 134종	
	기획재정부 계약예규		
	조달청공고		
	지방계약법, 시행령, 시행규칙		
	건설기술진흥법, 시행령, 시행규칙 및 고시 훈령		
	건설산업기본법, 시행령, 시행규칙 및 고시		
	하도급법, 시행령, 고시 및 지침		
	시설물의 안전관리 특별법, 시행령, 시행규칙 및 지침		
	산업안전보건법, 시행령, 시행규칙 및 기준, 지침		사회기반시설에 대한 민간투자법령
	건설기계관리법, 시행령, 시행규칙		
	중대재해 처벌법, 시행령		
국가 책임 유무	사전 예방 책임 감시·감독 조항 (외주) 국가 책임 없음 – 기업에 전가	사업 착수이전부터 진행과정 및 완료후 까지 국가책임 감시·감독 (PMC)	

국가계약법과 미국 연방조달법 비교

미국 연방조달 규정(FAR) 1984 <= 국방조달규정(ASPR) + 연방조달규정(FPR)

◎ 미 연방조달 규정의 원칙 성명 : (FAR 1.102)

(a) 모든 참여자들은(계약당사자만이 아닌 하도급 자 등 포함) 공익적 신뢰와 정책의 충실한 이행으로 최적 가치의 상품 및 용역을 발주자에게 제공한다.

특히 이 조달제도에 종사하는 모든 참여자들은 각자의 책임 범위 내에서, 이 사업의 전체구성원 일원으로 결정할 책임이 있다.

(b) 이 조달 규정은 다음과 같은 발주자 요구를 만족을 시켜야 한다.

1) 상품 및 용역을 안전하게 최적의 비용, 품질, 납품 일정에 맞게 제공하며

(1) 최적의 상업적 물품과 용역제공에 최선을 다하고,

(2) 과거 성공사례의 경험을 보유하고 있거나, 사업수행을 위해 발전적 기술 경쟁력을 제시하는 도급 자들을 선발할 것이며

(3) 미래 가치를 촉진시킬 수 있는 경쟁방법을 채택할 것이다.

2) 최저가의 사업관리 비용을 제시하는 자.

3) 통합적이고 공정하고 원활한 소통이 가능한 개방적인 자

4) 공동체적인 공공의 목적을 충실히 이행할 수 있는 자

(c) 연방 조달 규정의 팀이란 기술, 자재, 장비, 설계 및 기타 용역 등 모든 참여자들 뿐만 아니라 상품과 용역을 제공하는 원도급자를 포함하여 이 국가조달사업에 참여하는 모든 이해관계인으로 구성한다.

이상한 사법 판결사례

대법원 2018. 3. 29. 선고 2017다53999 손해배상(기)등
서울고등법원 2017. 10. 19. 선고 2015나8881 판결
대법원 2015. 2. 26 선고 2012다89320 손해배상(기)등 환송판결
서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2010나35666 판결
서울지방법원 2009.12.23. 선고 2007가합57478 판결

발주자의 발주착오로 일어난 추가비용의
국가책임 부담을 서로 전가하기 위해
약12년여 기간 발생한 소모적 소송 전쟁
(아무도 책임지는 자가 없는 재판)

서울고등법원 2022나2026678 2022. 8. 10 항소이유서 제출
서울남부지방법원 2022. 6. 10 선고 2018가합107177 채무부존재 확인 판결
대법원 2021. 4.15 선고 2020다296895 손해배상청구 판결
서울고등법원 2020. 11. 13. 선고2020나2012286 손해배상청구 판결
서울중앙지방법원 2020. 2. 12. 선고 2018가합594164 손해배상청구 판결

국고횡령 목적으로 국방부가 연루된
조건부하도급계약무효의 공동불법
사기계약을 은폐하고, 하도급자에게
공사시켜 발생한 피해를 법리오해와
심리없이 채무부존재로 심판대상을
임의 변경하여 확인 판결

서울중앙지방법원 2015. 7. 9. 선고 2014가합540435 공사대금 판결(돌관작업)
대구지방법원 1999.6.2 선고 99노3000 판결 허위감정
제주지방법원 2006.7.13선고 2005노64판결 허위감정
수원고등법원
평택지방법원

국회법 위증 검찰고발사건 - 검찰 피해자(3개업체)조사 한번없이 "증거불충분으로 기각 가해자 무혐의처리,
국회고발 남용??

국가계약법 개혁의 장애요인(국가의 공익 무책임)

1. 행정계약에 대한 권위적 고권적 인식과 선언적 구호일 뿐, 법 구현 규정부재의 책임회피 태도
2. 위임입법(Delegated Legislation) 핑계 및 (권리, 권한, 책임 및 의무가 명료하지 않음)
3. 위임입법의 한계와 부정당업자에 대한 제제(입찰제한) 처분만 규정
 - ※ 국내: 1) 물품 공사 및 용역의 범위 2) 발주자의 재정보증 3) 계약참가자의 자격 차등제한 등
 - 4) 입찰공고 및 보증 5) 낙찰자 결정 6) 발주자의 사업관리 이행책임과 시정조치 책임누락
 - ※ 미국: 1) 계약조직(모든 계약참여자의 권리와 책임) 2) 계약방식 3) 계약에 대한 감독 4) 낙찰 기준
 - 5) 분쟁해결절차 6) 사회경제 공법정책적 수단 7) 발주자 책임 사업관리(PMC) 8) 시정책임.
4. 발주자인 국가의 책임 한계 명시 누락 – 특히 건설산업은 국민생활에 직접 영향을 미치고 있으므로
“국민 기본권침해(생명, 인권 및 재산권)”를 사전 절차로 예방책무가 동반되어야 함
5. 발주자의 산업프로세스 전반에 걸친 실시간 책임감시 기능(Q/S : Quality Surveillance) 누락
6. 특히 원도급자를 수급사업자로 하는 하도급 등의 간접상대자 권리 보호 제외
7. 국가책임제인 종합사업관리(PMC)의 선진기법 도입회피 (국가계약법 개혁 기피)

건설 산업에 미친 영향(Barrier)

퇴행적이고 자조적 무책임 건설시장의 갈등 패러다임!

- 계약자유는 무제한 자유이므로 행정청, 원도급자의 밀실 결정도 절대 복종해야 할 신이다?
- 사후제재법인 공정위의 하도급법은 공법적 법기능의 한계성(2015)이 있는 법으로 사전규제 관념이 없다!
- **비판적 지적이 용납되지 않는 고 비용 · 저 효율적 건설산업!**
- **현재 국가예방책임 없는 법철학으로는 중대재해 처벌법? 현장사고는 계속 일어난다!**
- 우리 건설특수성을 모르는 소리한다! 저런 자를 누가 불렀냐? 사상에 문제가 있다! (현 상태로 만족)
- 새로운 건설기술? 너가 뭐 잘 낳다고? 괜히 정 맞는다! 누군가 먼저 하고 나면 베껴라! (현 상태로 만족)
- 건설산업 교육은 시대착오적인 계급적 지배구조(Hierarchy)로 가르친다! (현 상태로 만족)
- **건설은 아직도 Seller's Market 기준으로 교육하고 있다!** (현 상태로 만족)
- 건설 기술기준(책상머리, 계획)과 실제 사업관리(일머리, 시공)가 별개로 논다! (현 상태로 만족)
- 책임이나 위험부담은 계약으로 아래로 넘겨라! (갈등 요소)
- 건설 공정계획은 계약과 사업관리 기준과 무관하다! (갈등 요소)
- 신기술·신공법(시공VE)의 국가 규정 적용여부는 발주자 마음대로 결정한다? (기술 경쟁력 저하)
- 건설산업에는 소통과 수평적 협업에 의한 기술 융·복합적 사유가 없다! (기술 경쟁력 저하)
- 건설산업에는 생산성이란 단어가 사라졌다! (기술 경쟁력 저하)
- **건설 계약관련 법 개정은 누구에게 이익이 되는가?** (산업 구조개혁 의지상실)
- **건설산업에는 정의나 공정성이 없다!** (산업 구조개혁 의지상실)

지난 40여년동안 후진적 건설산업구조개혁 요구에도 불구하고, 기재부의 국가계약법 개혁 기피로 국민부담만 가중시키는 강자 일방의 착취와 갈등 산업으로 전략!

- 국민에게 건설은 고비용 저효율의 위험산업으로 인식되어 기술경쟁력 상실!
- 정치인에게 사익취득의 기회산업으로 전략!

결론

건설산업은 종합응용산업으로써 Schedule Management를 Activity sheet의 산출과 추론으로 반도체 산업과 같이 **인공지능 알고리즘 구현에 적합**하므로, Neuro-morphic Program Management Consultants산업으로 전환해야 한다. **4차산업혁명의 새로운 시대에는 새로운 법 질서가 필요하다!**

건설산업 관련 계약규정은 비록 공공발주 뿐만 아니라 민간발주라고 하더라도 건설로 일어나는 반사회질서 행위 발생은 행정청 사전 규율의 **공법적인 행정계약 책임으로 예방해야 할 성격이 내포된 계약**이다.

그럼에도 국가계약법마저 '사적자치권 침해'라는 20세기초 법리에 아직도 함몰되어 있다!

정치 경제 사회 전반에 걸친 권력/지위남용에 의한 착취와 갈등요소를 야기하는 낡은 법제도 부작용이다!

- ⇒ 행정청이 허용해온 무제한 계약자유는 **공법적(公法的) 규정으로** 미리 예방 제어되어야 한다!
- ⇒ **국민기본권(생명권, 인권 및 재산권) 침해 예방의 선진기법인 종합사업관리제(PMC)를 도입**해야 한다!
- ⇒ **예방 절차는 계약행정(Contract Administration)의 실시간 검토·승인·감시·허가·감독 등의 법규절차로 규율!**
- ⇒ 산재되어 있는 **계약관련 법들을 통합하여 단일법으로 전면 개혁 필요!**

총리실 산하 『**민·관·정 합동 국가계약법 개혁 연구추진단**』을 구성하여 사회 갈등의 진원지인
건설계약 관련법규들을 미국의 연방코드 법과 같이 **통합단일화 규정으로 개혁**하라!

《국가계약법의 문제점과 선진화 방향》

- 건설 관련 계약을 중심으로 -

남궁 술(경상국립대학교 법과대학 교수)

I. 현 국가계약법의 개요

1. 목표와 연혁

(1) 목표 : 국가를 당사자로 하는 계약 업무의 원활한 수행

제1조(목적) 이 법은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 계약업무를 원활하게 수행할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

(2) 연혁

- 1994 정부조달협정 및 국제규범 반영
- 공정하고 효율적인 정부계약에 관한 제도 마련

2. 적용 범위 : 국가를 당사자로 하는 모든 계약(법 제2조)

(1) 물품공급이나 용역제공 등에 관한 계약 : 핵심사항 및 필요규범

- 공급 물품이나 제공 용역이 기대되는 품질을 가지고 있는가? (계약자유 & 신의성실)
- 가격은 급부와 균형을 이루는가? (계약공정)

(2) 토목·건설 등의 공사에 관한 계약 : 특성, 핵심사항 및 필요규범

- 사람의 생명·신체의 안전과 밀접한 급부 (공익)
- 공사 과정에서 작업자의 안전 유지 (공익)
- 부실공사의 방지 : 해당 시설을 사용하는 다수 사람의 생명·신체의 안전에 직결 (공익)

3. 현 국가계약법에 명시된 법원칙

(1) 계약자유와 신의성실 : 법 제5조 제1항

- ① 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.

(2) 계약공정 : 법 제5조 제3항, 제4항

- ③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상 대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건(이하 "부당한 특약등"이라 한다)을 정해서는 아니 된다. <신설 2019.11.26.>
- ④ 제3항에 따른 부당한 특약 등은 무효로 한다. <신설 2019.11.26.>

※ 국가계약법이 '공익 보호'를 명시할 필요가 있는가?

II. 건설산업과 국가계약법

1. 우리나라 건설산업의 실태

(1) 빈번한 대형 안전사고의 발생

- 2022 광주 아파트 신축공사 붕괴 사고
- 2021 광주 철거공사 중 건물 붕괴
- 2019 서울 강남 건물 붕괴
- 1995 서울 삼풍백화점 붕괴
- 1994 서울 성수대교 붕괴 등

(2) 불법 (재)하도급의 만연

- 도급→하도급→재하도급의 과정에서 공사대금의 연쇄적 감액화
- 부실공사와 많은 인명사고의 주된 원인

2. 건설산업 문제점에 대한 국가계약법상의 조치

○ 토목·건설 등의 공사는 국가계약법의 주요 대상임에도 불구하고

- 현 국가계약법에는 이 분야의 문제점을 직접 규제하는 규정은 없음

○ 다만

- 법 제27조에 '부정당업자'의 입찰 참가자격 제한을 규정하고 있음

제27조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등) ① 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 "부정당업자"라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하여야 한다. <개정 2012.12.18., 2016.3.2., 2017.7.26., 2020.6.9., 2020.10.20.>

3. 「건설산업기본법」, 「전기공사업법」, 「정보통신공사업법」, 「소프트웨어 진흥법」 및 그 밖의 다른 법률에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반(하도급통지의무위반의 경우는 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인¹⁾ 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자

- 법제13조와 제14조에 감독 및 감사의무를 부과하고 있음

제13조(감독) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사, 제조, 용역 등의 계약을 체결한 경우에 그 계약을 적절하게 이행하도록 하기 위하여 필요하다고 인정하면 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 직접 감독하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 감독을 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 감독을 하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 감독하는 자는 감독조서(감독조서)를 작성하여야 한다.

제14조(감사) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 계약의 전부 또는 일부를 이행하면 이를 확인하기 위하여 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 검사하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 검사를 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 검사를 하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 검사하는 자는 검사조서(검사조서)를 작성하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 검사조서의 작성을 생략할 수 있다.

③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제1항에도 불구하고 다른 법령에 따른 품질인증을 받은 물품 또는 품질관리능력을 인증받은 자가 제조한 물품 등 대통령령으로 정하는 물품에 대하여는 같은 항에 따른 검사를 하지 아니할 수 있다.

④ 물품구매계약 또는 물품제조계약의 경우 물품의 특성상 필요한 시험 등의 검사에 드는 비용과 검사로 인하여 생기는 변형, 파손 등의 손상은 계약상대자가 부담한다.

○ 결국 하도급·(불법)재하도급 등의 실질적인 규제는 '건설산업기본법', '하도급거래공정화에 관한 법률' 등의 건설관련 실정법에 의존하고 있음

1) 건설기술진흥법 제35조 제4항 후술.

3. 건설산업 문제점에 대한 실정법적 대응

(1) 하도급의 제한(건설산업기본법)

가. 제한 내용

○ 직접 시공 의무(제28조의2 제1항) : 100억원 이하의 공사금액

- ① 건설사업자는 1건 공사의 금액이 100억원 이하로서 대통령령으로 정하는 금액 미만인 건설 공사를 도급받은 경우에는 그 건설공사의 도급금액 산출내역서에 기재된 총 노무비 중 대통령령으로 정하는 비율에 따른 노무비 이상에 해당하는 공사를 직접 시공하여야 한다. 다만, 그 건설공사를 직접 시공하기 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 직접 시공하지 아니할 수 있다. <개정 2018. 12. 31., 2019. 4. 30.>

○ 일괄하도급 금지 원칙(제29조 제1항)

- ① 건설사업자는 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 건설사업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도급하는 경우에는 예외로 한다. <개정 2019. 4. 30.>

○ 전문공사 하도급 금지 원칙(제29조 제2항)

- ② 수급인은 그가 도급받은 전문공사를 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 경우에는 건설공사의 일부를 하도급할 수 있다. <개정 2018. 12. 31., 2019. 4. 30.>
1. 발주자의 서면 승낙을 받을 것
 2. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당할 것(종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 전문공사를 도급받은 경우에 한정한다)

○ 재하도급 금지의 원칙(제29조 제3항) ※

- ③ 하수급인은 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하도급할 수 있다. <개정 2013. 3. 23., 2018. 12. 31., 2019. 4. 30.>
1. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 그가 하도급받은 건설공사 중 전문공사에 해당하는 건설공사를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우(발주자가 공사품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정하여 서면으로 승낙한 경우에 한정한다)
 2. 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 충족하여 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한

건설사업자에게 다시 하도급하는 경우

- 가. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것
- 나. 수급인의 서면 승낙을 받을 것

나. 위반에 대한 제재

- 6개월 이내의 영업정지 또는 1억원 이하의 과징금 (법 제82조 제1항, 제2항 3호)
- 2년 이내의 범위 내 공공기관(국가, 지자체 등) 발주 건설공사 하도급 참여 제한(법 제29조의3 제1항 1호)

(2) 하도급의 관리 및 심사(건설산업기본법)

○ 수급인의 하도급 관리의무(제29조의2) : 재하도급 금지 관리

- ① 수급인은 도급받은 건설공사를 하도급하는 경우에는 하수급인이 제29조제3항을 준수하도록 관리하여야 한다.
- ② 수급인은 하수급인이 제29조제3항을 위반하여 도급계약을 체결하는 경우에는 그 사유를 분명하게 밝혀 그 도급계약 내용의 변경이나 해지를 요구할 수 있다.
- ③ 수급인은 하수급인이 정당한 사유 없이 제2항에 따른 요구에 따르지 아니하는 경우에는 해당 건설공사에 관한 하수급인과의 계약을 해지할 수 있다.

수급인의 관리책임 위반 시, 1년 이내의 영업정지 또는 도급금액의 30% 과징금(법 제82조 제2항 6호)

○ 하도급계약의 적정성 등 심사(법 제31조)

- ① 발주자는 하수급인이 건설공사를 시공하기에 현저하게 부적당하다고 인정되거나 하도급계약 금액이 대통령령으로 정하는 비율에 따른 금액에 미달하는 경우에는 하수급인의 시공능력, 하도급계약내용의 적정성 등을 심사할 수 있다.
- ② 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주자인 경우에는 하수급인이 건설공사를 시공하기에 현저하게 부적당하다고 인정되거나 하도급계약금액이 대통령령으로 정하는 비율에 따른 금액에 미달하는 경우에는 하수급인의 시공능력, 하도급계약내용의 적정성 등을 심사하여야 한다.
- ③ 발주자는 제1항 및 제2항에 따라 심사한 결과 하수급인의 시공능력 또는 하도급계약내용이 적정하지 아니한 경우에는 그 사유를 분명하게 밝혀 수급인에게 하수급인 또는 하도급계약내

용의 변경을 요구할 수 있다. 이 경우 제2항에 따라 심사한 때에는 하수급인 또는 하도급계약내용의 변경을 요구하여야 하고, 변경 요구를 받은 수급인은 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 이행하여야 한다. <개정 2017. 12. 26.>

- ④ 발주자는 수급인이 정당한 사유 없이 제3항에 따른 요구에 따르지 아니하여 공사 결과에 중대한 영향을 끼칠 우려가 있는 경우에는 해당 건설공사의 도급계약을 해지할 수 있다.
- ⑤ 제2항에 따른 발주자는 하수급인의 시공능력, 하도급계약내용의 적정성 등을 심사하기 위하여 하도급계약심사위원회를 두어야 한다.
- ⑥ 제1항부터 제3항까지에 따른 하도급계약의 적정성 심사기준, 하수급인 또는 하도급계약내용의 변경 요구 및 그 이행 절차, 그 밖에 필요한 사항 및 제5항에 따른 하도급계약심사위원회의 설치·구성, 심사방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2017. 12. 26.>

발주자는 하수급인이 건설공사를 시공하기에 현저하게 부적당하다고 인정되거나 하도급계약금액이 대통령령으로 정하는 비율에 따른 금액에 미달 여부를 어떻게 파악하는가?

발주자가 공공기관인 경우에 심사는 의무사항인데, 비 공공기관인 경우에 심사는 의무사항이 아님.

○ 하도급계획의 제출(법 제31조의2)

- ① 건설사업자는 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주하는 공사로서 대통령령으로 정하는 건설공사를 도급받으려는 경우, 하도급 관계의 공정성 확보와 건설공사의 효율적인 수행을 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 하도급할 공사의 주요 공종 및 물량, 하수급인 선정방식 등 하도급계획을 발주자에게 제출하여야 한다. 이 경우 발주자는 제출받은 하도급계획의 적정성을 검토하여야 하고, 그 이행 여부를 감독하여야 한다. <개정 2016. 2. 3., 2019. 4. 30.>
- ② 제1항을 적용받지 아니하는 건설공사의 경우에도 발주자가 하도급관계의 공정성과 건설공사의 효율성을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하여 하도급계획서를 제출할 것을 요구하면 건설사업자는 이에 따라야 한다. <개정 2019. 4. 30.>

대통령령으로 정하는 건설공사 : (시행령 제34조의2 제2항)

- ② 법 제31조의2제1항 전단에서 “대통령령으로 정하는 건설공사”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공사를 말한다. <개정 2011. 11. 1., 2013. 3. 23., 2014. 11. 19., 2017. 7. 26.>
 - 1. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제42조제4항(「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조제3항에 따라 정한 기획재정부령에서 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 낙찰자를 결정하는 공사
 - 2. 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제42조제1항제1호[「지방공기업법」 제64조의2제5항(같은 법 제76조제2항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 정한 행정안전부령에서 준용되는 경우를 포함한다]에 따라 낙찰자를 결정하는 공사

위 기준에 따른 건설공사만을 하도급계획 제출의무 대상으로 하는 것으로 하도급 관리에 충분한가?

(3) 건설엔지니어링사업자의 하도급의 승인(건설기술진흥법 제35조 제4항)

제35조(발주청이 시행하는 건설엔지니어링사업)

④ 건설엔지니어링사업자는 제2항에 따라 발주청이 발주하는 건설엔지니어링을 도급받은 경우 발주청의 승인을 받아 그 일부를 다른 건설엔지니어링사업자에게 하도급할 수 있다. <개정 2019. 4. 30., 2021. 3. 16.>

⑤ 제4항에 따른 승인 절차 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다.
[제목개정 2021. 3. 16.]

(4) 하도급계약의 공정성 확보(하도급거래 공정화에 관한 법률)

○ 부당 특약 금지(제3조의4)

① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 “부당한 특약”이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.

○ 부당 하도급대금 결정 금지(제4조)

① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 “부당한 하도급대금의 결정”이라 한다)하거나 하도급 받도록 강요하여서는 아니 된다. <개정 2013. 5. 28.>

○ 기타

- 물품 등의 구매강제 금지(제5조)
- 선금금의 지급의무(제6조)
- 하도급대금 지급에 관한 규정 등

3. 건설산업 문제점에 대한 국가계약법 등 관련법의 효율성 검토

(1) 건설산업과 국가계약

○ 건설산업 관련 계약은 국가계약의 주요 대상임

○ 토목·건설 등 공사의 특성

- 사람의 생명·신체의 안전과 밀접한 급부
- 공사 과정에서 작업자의 안전 유지
- 부실공사의 방지 : 해당 시설을 사용하는 다수 사람들의 생명·신체의 안전에 직결

○ 부실공사의 주된 원인

- 하도급·재하도급
- 불법하도급

○ 현 국가계약법은 하도급·재하도급 및 불법하도급에 대한 제재를 기타 건설관련 법률에 위임

○ 건설산업법이나 하도급계약법률 등에 의한 (재)하도급 및 불법하도급을 규제하는 것으로 충분한가?

- 규제내용 : 직접시공의무, 일괄하도급 금지, 전문공사 하도급 금지, 재하도급 금지, 하도급계약의 적정성 심사, (국가 등 공공기관 발주)하도급계획의 제출 등이 규정되어 있음

- 위와 같은 실정법적 규제에도 불구하고 불법 하도급·재하도급 등을 원인으로 하는 대형 건설사고가 빈번히 발생하여 많은 인명피해를 내고 있음
→ 실정법적 규제의 효율성에 많은 의문을 제기하게 함

(2) 불법 하도급·재하도급에 대한 법적 규제들의 실질적 한계

○ 직접 시공 의무(건설산업기본법 제28조의2 제1항)

- 1건 공사의 금액이 100억원 이하의 공사에 한함
- 오늘날 상당수의 주요 공사는 그 대금이 100억원을 상회하고 있음

○ 재하도급 금지 등(건설산업기본법 제29조 제3항)

- 관리·감독의 부실 : 실질적 관리·감독을 원청업체(수급인)에 일임(법 제29조의 2)

○ 하도급계약의 적정성 등에 대한 발주자의 심사(법 제31조)

- 일반 발주의 경우 심사는 임의사항

- 공공기관 발주인 경우에는 의무 : 그러나 하도급금액의 기준 미달이나 하도급업체의 부적성 등을 심사조건으로 함. → 이러한 위법성을 인지하여야 발주기관의 심사의 무 발생 → 이는 결국 위법성을 알고 있는 제3자나 하도급업체의 신고가 있어야 함

○ 불공정 하도급계약의 금지((하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의4, 제4조 등)

- 불공정성을 알고 있는 제3자나 하도급업체의 신고가 있어야 실제 제재가 가능

(3) 제재조치의 미약

○ 6개월 이내의 영업정지 또는 1억원 이하의 과징금 (건설산업기본법 제82조 제1항, 제2항 3호) 등

○ 2년 이내의 범위 내 공공기관(국가, 지자체 등) 발주 건설공사 하도급 참여 제한(국가계약법 제29조의3 제1항 1호)

○ 최근 대형 안전사고로 인한 정부의 '건설공사 불법하도급 차단 대책'(2021.08)

- 민간 주택·건축 공사에도 공공공사와 같이 감리자에게 하도급 관리의무의 부과
- 불법하도급에 가담한 모든 업체에 대하여 최장 2년까지의 공공공사 참여 제한 및 처벌
- 사망사고 발생 시에는 무기징역까지 가능
- 징벌적 손해배상제도의 도입 등

현재 실정법에 도입되었는지는 미확인

※ 위의 조치가 실정법에 도입될지라도, 이는 불법 내지 위법사항을 인지한 자의 신고가 있어야 실제 처벌이 가능함

- 신고를 해야 할 사실상의 당사자는 바로 수급업체라는데 문제 :
- 즉 하청이나 (재)하도급을 통해 사업을 수주하는 수급업체는 주로 중소건설업체
- 이들이 과연 원사업자(또는 하수급인)의 불법행위를 거리낌 없이 신고할 수 있는 처지에 있는가? (사업을 접을 각오 아니면 이를 신고할 용기가 있는가?)

- 물론 법은 원사업자의 보복조치를 금지하고 있으나, 이러한 금지가 과연 실효성이 있는가?

※ 위의 조치가 실정법에 도입될지라도, 이 모두가 사후적 조치에 불과

- 비록 처벌이 강화될지라도 불법하도급이 드러나거나 사고가 발생해야 적용됨
- 인적 사고 방지는 사후적 처벌의 강화만으로는 부족하고, 실효성 있고 체계적인 사전적 감독을 전제로 한 예방조치가 필요함

IV. 제안

1. 국가계약법 차원의 제안

(1) 공익 보호 명문화

가. 현 국가계약법에 명시된 법원칙

○ 계약자유와 신의성실 : 법 제5조 제1항

- ① 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.

○ 계약공정 : 법 제5조 제3항, 제4항

- ③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상 대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건(이하 "부당한 특약등"이라 한다)을 정해서는 아니 된다. <신설 2019.11.26.>
- ④ 제3항에 따른 부당한 특약 등은 무효로 한다. <신설 2019.11.26.>

○ 계약자유 & 신의성실 & 계약공정의 적용원리

- 계약자유 & 신의성실 & 계약공정 : 당사자들 사이의 관계에 적용되는 원칙
- 계약자유와 신의성실 : 당사자들 상호간의 신뢰를 바탕으로 한 의사 존중 원칙
- 계약공정 : 당사자들 상호간의 이익균형을 추구하는 원칙

○ <계약자유 & 신의성실 & 계약공정> 은 국가계약법에서 (재)하도급계약의 규제를 위한 근거 원칙으로 적합한가?

- 계약자유 & 신의성실 & 계약공정 : 당사자들 사이의 관계에 적용되는 원칙
- 그러나 (재)하도급계약은 (원)도급계약 당사자 사이의 계약이 아님 → 당사자 일방인 원청업체와 하수급인 간의 계약임

- 따라서 <계약자유 & 신의성실 & 계약공정>은 (재)하도급계약의 규제에 한계가 있음

나. 국가계약법은 왜 공익을 요하는가?

○ 국가계약법의 주요 대상인 건설 공사계약의 특성

- 공사 전후로 빈번한 안전사고의 발생
- 국민의 생명·신체의 안전과 밀접한 관련
- 건설 분야 안전사고 발생의 주된 원인은 불법·불공정의 하도급계약에 있음

○ 국가계약법과 하도급계약

- 국가계약의 당사자는 국가와 계약상대자(원사업자)임
- 하도급계약의 당사자는 원사업자와 수급사업자(제3자)임
- 따라서 계약법적 관점에서는 하도급계약은 국가계약법의 직접적 적용대상이 아님
- 다만 수급사업자가 국가계약 내용상 급부의 실질적 이행업체라는 점에서(연쇄계약에 의해 국가와 연결됨) 국가계약의 간접당사자이고 이해관계인으로 볼 수 있으나, 엄격하게는 국가계약(원 계약)의 직접당사자는 아님

○ 국가계약법에서 하도급계약을 규제할 필요성

- 국가계약법의 주요 대상인 토목·건축 등의 공사는 국민의 생명·신체의 안전에 밀접한 관련
- 국민의 생명·신체의 안전 보호는 국가의 의무
- 따라서 국가계약의 체결과 이행 과정에서 하도급계약을 규제해야 국민의 생명·신체의 안전 보장이 실질적으로 구현됨

○ 국가계약법의 목적에 공익보호 명문화

- 계약법적 관점에서 하도급계약은 국가계약법의 직접적 적용대상이 아니므로, 당사자 사이에만 효력이 있는 계약법원칙이 아닌, 대세적 효력을 가진 상위규범이 필요함
- 국민의 생명·신체의 안전 보호는 헌법상 공익임
- 이러한 공익 규범을 통해 국가가 국가계약과 연계된 하도급계약을 보다 적극적으로 규제할 수 있음

(2) 건설 관련 발주 사업에 대한 종합적 관리·감독 제도 도입

가. 현행법상 규정

제13조(감독) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사, 제조, 용역 등의 계약을 체결한 경우에 그 계약을 적절하게 이행하도록 하기 위하여 필요하다고 인정하면 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 직접 감독하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 감독을 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 감독을 하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 감독하는 자는 감독조서(감독조서)를 작성하여야 한다.

제14조(검사) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 계약의 전부 또는 일부를 이행하면 이를 확인하기 위하여 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 검사하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 검사를 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 검사를 하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 검사하는 자는 검사조서(검사조서)를 작성하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 검사조서의 작성을 생략할 수 있다.

③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제1항에도 불구하고 다른 법령에 따른 품질인증을 받은 물품 또는 품질관리능력을 인증받은 자가 제조한 물품 등 대통령령으로 정하는 물품에 대하여는 같은 항에 따른 검사를 하지 아니할 수 있다.

④ 물품구매계약 또는 물품제조계약의 경우 물품의 특성상 필요한 시험 등의 검사에 드는 비용과 검사로 인하여 생기는 변형, 파손 등의 손상은 계약상대자가 부담한다.

○ 현 규정의 한계

- 감독은 필수가 아님 : 필요한 경우에 한함(계약을 적절한 이행 목적)

- 감독 범위의 모호 : 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 대한 직접 감독 → 수급인(원청업체)에 한하여 감독이 행해질 가능성이 높음 → 하도급 또는 재하도급에 대한 감독은?

- 계약의 이행 여부 확인 : 이를 확인하기 위하여 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 검사

- 계약의 적절한 이행만을 목적으로 할 뿐임 : 하도급·재하도급의 불법성 내지 불공정성에 대한 감독은 명시되지 않음

나. 종합적 관리·감독 제도의 도입 필요성

○ 수급인(원청업체)이 하도급업체의 계약 이행에 대한 감독을 하는 것은 업체 상호간의 이해관계 때문에 그 책임성과 실효성이 떨어짐

○ 하도급계약의 위법성·불공정성, 불법 재하도급에 대한 처벌은 불법 내지 위법사항

을 국가가 인지하거나 인지한 자의 신고(사실상 관련 업체 내 하수급업체)가 있어야 함 → 국가가 종합적인 감독권을 행사하여야 위법 내지 불법한 (재)하도급을 효율적으로 발견 및 처벌할 수 있음

다. 국가의 종합적 관리·감독 제도란?

- 발주 사업에 관련된 계약과 이행에 관한 모든 사항을 모두 국가가 감독하는 것을 말함
 - 수급인(원청업체)의 자격 사항 및 계약 이행
 - 하도급계약의 경우 그 적법성, 공정성 심사
 - 수급인은 물론 하수급인에 의한 된 모든 계약이행 사항을 감독

라. 국가의 종합적 관리·감독 제도의 해외 입법 사례

○ 미국 연방조달법(FAR)의 PMC(Project Manager Consultants) 제도

- 프랑스 공공발주법전(Code de la commande publique)의 공적공사관리(MOP : Maîtrise de l'ouvrage publique)제도
 - 계약공고, 사업자선정, 사업수행에 이르는 프로젝트의 전 과정을 전문공공기관이 관리하는 제도

2. 건설관련법률의 통합 : 단일법전화 제안

○ 현재 건설산업 관련 법률들

- 건설산업기본법, 시행령, 시행규칙
- 건설기술진흥법, 시행령
- 하도급거래 공정화에 관한 법률, 시행령 등
- 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 시행령, 시행규칙
- 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 시행령, 시행규칙 등

○ 문제점

- 건설 관련 계약의 하도급에 관한 규제는 이들 법률에 산재하여 개별적으로 규정되어 있음
- 관련 규제 조치들의 체계적·종합적 이해 및 적용이 어려움

○ 건설관련법률들의 단일화 필요성

- 단일법전화(예 : 건설산업기본법을 기준)를 통해, 건설산업계약에 관한 모든 사항을 체계적으로 정리.
- 규제 및 제재 사항을 일목요연하게 제시
- 국민의 생명·신체의 안전에 관련된 계약의 체결과 이행에 관한 감독을 담당하는 국가기관 설치(유사기관 예시 : 공정거래위원회, 한국소비자보호원 등)