

政府契約의 序說的 考察

俞

焄*

〈目 次〉	
I. 序 說	3. 總額契約과 單價契約
II. 契約의 意義	4. 單年度契約과 長期繼續契約
1. 政府契約의 意義	5. 綜合契約・共同契約 및
2. 政府契約關係規定의 意義	會計年度開始前契約
III. 契約의 種類	IV. 契約機關
1. 一般契約・指名競爭契約 및	1. 契約事務管理機關
隨意契約	2. 契約事務實施機關
2. 確定契約과 概算契約	3. 調達廳의 契約事務

〈要 約〉

政府가 締結하는 各種契約은 지극히 중요한 政府機關의 行爲임에도 不拘하고 行政學에서는 政府契約에 關係서 거의 고찰하지 않았다.

우리는 이곳에서 政府契約의 概念을 살펴보고 政府契約과 관련이 있는 각종 규정의 어떤 意義를 지니는가를 고찰한 다음 政府契約을 여러가지 觀點에서 분류하여 검토한다. 끝으로 이러한 契約을 담당하는 機關으로서 어떤 것이 있으며 그들의 機能이 무엇인가를 살펴 보기로 한다.

I. 序 說

政府가 締結하는 各種 契約은 지극히 중요한 政府機關의 行爲이다. 政府가 지출하는 豫算의 많은 부분이 契約을 통하여 執行된다. 그럼에도 不拘하고 行政學에서는 政府契約에 關係서 거의 고찰하지 않고 있으며 財務行政論의 購買 行政에서 간단히 검토하는데 지나지 않는다.¹⁾

그러나 行政學에서 政府契約에 대하여 좀더 關心을 가져야 한다는 것이 筆者의 생각이다. 따라서 앞으로 機會있을때 마다 이에 關係서 좀 더 깊이 있는 고찰을 하려고 생각하고 있으나 이곳에서는 序說的인 고찰에 머물고자 한다.

* 서울大學校 行政大學院 教授

1) 俞 焄, 財務行政論[第三增補版] (서울: 法文社, 1989), p. 477; 朴英熙, 財務行政論[第 2 版] (서울: 茶山出版社, 1989), p. 540.

II. 契約의 意義

1. 政府契約의 意義

豫算會計法이나 豫算會計法施行令 등에서 말하는 契約이란 政府가 締結하는 私法上的 契約이다. 一般的으로 私法上的 契約이란 서로 對立하는 2개 이상의 意思表示의 合致(合意)에 의하여 成立하는 法律行爲로서 債權의 發生을 目的으로 하는 것이다. 따라서 使用許可 등과 같이 政府가 그 權力에 의거하여 행하는 公法上的 行政處分은 여기에 포함되지 않는다.

다시 말해서 政府가 締結하는 契約은 統治權의 主體로서 行使하는 權力의 行爲가 아니라 私人和 對等한 地位에서 締結하는 것이다. 따라서 政府가 締結하는 契約을 規律하는 根據法規도 私人的 경우와 같이 民法·商法 등과 같은 私法이고 契約의 效力 기타 契約의 要素는 모두 私法의 適用을 받으며 契約自由의 原則이 適用된다.

「契約은 相互對等한 立場에서 當事者의 合意에 따라 締結하여야 하며 當事者는 契約의 內容에 따라 信義와 誠實의 原則에 입각하여 이를 履行하여야 한다」는 豫算會計法 第73條의 規定이 이를 말해 주는 것이라 하겠다.

2. 政府契約關係規定의 意義

이와 같이 政府가 締結하는 契約이 私法에 의하여 規律되는 것이라면 豫算會計法, 豫算會計法施行令, 契約事務處理規則 등의 契約에 관한 規定은 어떤 의미를 지니느냐 하는 問題가 다음에 提起된다. 한마디로 말해서 豫算會計關係法令의 契約에 관한 規定은 대부분이 節次的인 規定이며 契約의 效力 등과 같은 그 實體와는 關係가 없는 것이 原則이다.

그러므로 契約擔當公務員이 豫算會計關係法令의 節次에 違反되는 契約을 締結하여도 契約의 效力에는 아무런 영향을 미치지 않는 것이 原則이다. 예를 들면 一般競爭契約에 의할 것을 隨意契約을 締結한다든지, 契約保證金の 납부가 필요함에도 불구하고 이를 納付시키지 않는 것은 契約節次에 관한 法令의 規定違反에 지나지 않으며 契約自體는 有效하게 成立하는 것이다. 이와 같이 豫算會計關係法令의 契約에 관한 規定은 契約擔當公務員에 대한 일종의 訓令이므로 이를 違反한 경우에는 關係公務員의 辨償責任이나 懲戒責任이 發生할 뿐이라고 해석되는 것이다.

Ⅲ. 契約의 種類

1. 一般競爭契約・指名競爭契約 및 隨意契約

豫算會計法上的 契約은 그 方法에 따라서 一般競爭契約, 指名競爭契約, 隨意契約으로 나눌 수 있다. 여기서 契約方法이란 國家의 契約에 관해서 그 相對者를 選定하는 方法을 말한다. 이것은 私法上的의 概念이 아니고 國家가 어떤 手段에 의하여 最適의 契約의 相對者를 選定하느냐는 豫算會計法上的의 概念이다. 契約方法에 의한 契約의 種類에 관해서는 뒤에서 詳述할 것이므로 이곳에서는 간단히 考察하기로 한다.

(1) 一般競爭契約

公告에 의하여 希望者를 募集하여 政府에 가장 유리한 相對者를 選定하여 契約을 締結하는 方法을 말한다. 豫算會計法은 一般競爭契約을 原則으로 하고 例外的인 경우에 한하여 指名競爭契約이나 隨意契約을 인정하고 있다. 一般競爭契約은 契約節次가 公開되어 있으므로 부정의 여지가 적으며 國家에 有利한 契約을 締結할 수 있고 公正과 經濟性的의 確保라는 점에서도 장점이 있다. 그러나 다른 한편 이 契約方法은 不誠實한 자의 參加를 허용하는 결과를 초래할 수 있으며 그로 인하여 公正한 競爭을 沮害할 우려가 있다. 뿐만 아니라 다른 契約方法에 비하여 公告費 기타의 經費가 所要되며 不特定多數의 參加者에 대한 說明 등 번잡한 절차를 수반하게 된다.

(2) 指名競爭契約

적당하다고 인정되는 數人의 入札者를 選定하여 이 指名된 자에게만 競爭入札을 시켜서 相對者를 決定하는 契約方法이다. 指名競爭契約은 一般競爭契約과 隨意契約의 長點을 띤 것이나 동시에 그 短點도 지니고 있다고 하겠다. 限定된 業者를 指名하므로 談合의 危險이 높다고 하겠다.

(3) 隨意契約

入札 등의 競爭의 方法에 의하지 않고 契約機關이 임의로 적당하다고 認定하는 相對者와 契約하는 方法이다. 隨意契約은 競爭에 관한 절차를 省略하고 契約締結에 所要되는 經費도 節約하며 資產信用이 있고 경험이 풍부한 相對者를 選定할 수 있다는 長點이 있으나 자칫하면 不利한 價格으로 契約을 締結할 우려가 있으며 不正의 소지도 배제할 수 없다.

2. 確定契約과 概算契約

豫算會計法이 規定하고 있는 契約의 種類로서 確定契約과 概算契約을 들 수 있다. 이것은 契約金額의 確定與否에 따른 分類方法이라 할 수 있다.

(1) 確定契約

契約의 目的內容이 確定되어 있는 契約을 確定契約이라 한다. 契約의 內容에는 契約金額, 履行期限 기타 여러가지 事項이 있는데 이러한 契約內容의 모든 要素가 다 確定되어있는 것이 確定契約이다. 그러나 우리가 여기서 말하는 確定契約은 概算契約과 대비되는 概念이며 契約金額이 確定되어있는 契約을 말한다. 豫算會計法은 確定契約이라는 用語를 使用하지 않고 있으며 概算契約에 관해서 특별한 規定을 두고 있으나 豫算會計法이 確定契約을 原則으로 하고 있다는 것은 긴 說明을 요하지 않을 줄 안다.

(2) 概算契約

契約金額을 確定하기가 곤란한 경우 契約終了時까지 契約金額을 確定하는 것을 條件으로 概算金額을 가지고 締結하는 契約을 말한다. 概算契約은 契約金額의 未確定을 기화로 支出이 방종해 지고 豫算의 浪費를 초래할 우려가 있으므로 豫算會計法과 豫算會計法 施行令은 概算契約에 관해서 몇가지 制限을 가하고 있다.

첫째로, 豫算會計法은 概算契約을 締結할 수 있는 경우를 엄격히 制限하고 있다. 概算契約은 ① 開發試製品の 製造契約, ② 試驗・調査・研究用役契約, ③ 法令의 規定에 의한 政府投資機關과의 委託 또는 代行契約을 締結할 때로 限定하고 있을 뿐만 아니라 이러한 경우에도 미리 豫定價格을 정할 수 없을 때에 한하여 概算契約을 締結할 수 있도록 하고 있다.²⁾

둘째로, 概算契約을 締結하고자 할 때에는 미리 概算價格을 決定하여야 한다. 다시 말해서 契約金額을 완전히 開放하는 것이 아니라 概算價格을 미리 決定해 두도록 함으로써 不當한 支出을 豫防하자는 것이다.³⁾

셋째로 概算契約을 締結할 때에는 이를 監査院에 通知하여야 한다. 이렇게 함으로써 概算契約의 締結을 불가피한 경우로 限定하자는 것이다.

넷째로 概算契約을 締結한 때에는 契約의 締結이 完了된 후 豫定價格決定基準에 따라 精算하여야 한다.⁴⁾

2) 豫算會計法 第89條.

3) 豫算會計法施行令 第72條 第1項.

4) 豫算會計法施行令 第72條 第2項.

3. 總額契約과 單價契約

豫算會計法上の契約은 總額의 決定與否에 따라 總額契約과 單價契約으로 나눌 수도 있다.

(1) 總額契約

一般的으로 契約內容의 要素를 이루는 것으로서 單價와 數量을 생각할 수 있는데 이러한 것들이 確定되어야 契約의 總額을 算定할 수 있다. 이 總額을 契約金額으로 하여 締結하는 契約이 總額契約이다. 豫算會計法이 總額契約이라는 用語를 明文으로 使用하고 있지는 않으나 國家의 契約은 總額契約을 原則으로 한다는 것은 긴 說明을 요하지 않을 줄 안다.

契約의 締結에 있어서 豫算會計法上の 各種의 節次 중 契約金額의 確定이 가장 重要한 것 중의 하나라고 할 수 있겠다. 특히 支出의 原因이 되는 契約에 있어서는 豫算統制라는 觀點에서도 契約의 總額의 確定이 重要한 意義를 지닌다고 하겠다.

(2) 單價契約

기술한 바와 같이 國家의 契約은 總額契約이 原則이나 契約의 內容 또는 性質上 數量을 確定할 수 없기 때문에 總額을 確定할 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우에는 契約의 目的인 物品 또는 서비스의 給付에 관해서 그 單位當 價格을 정하고 數量은 그 給付의 實績에 따라서 算定하는 것을 內容으로 하는 契約을 締結하는 것도 불가피하다. 이와 같이 單價를 주된 目的으로 하고 數量을 副次的인 것으로 하는 契約을 單價契約이라 한다.

豫算會計法 第88條는 製造·修理·加工·賣買·供給·使用 등의 契約을 締結할 필요가 있을 때에는 單價契約을 締結할 수 있다고 規定하고 있다.

4. 單年度契約과 長期繼續契約

豫算會計法上の 契約은 契約期間에 따라 單年度契約과 長期繼續契約으로 나누어서 고찰할 수 있다.

(1) 單年度契約

國家의 豫算은 한 會計年度를 單位로 하여 필요한 財政活動을 행하는 單年度主義가 原則이며⁵⁾ 豫算會計法上の 契約도 한 會計年度를 契約期間으로 하는 單年度契約을 原則으로 한다.

5) 俞 烈, 前掲書, p.171.

(2) 長期繼續契約

豫算會計法 第24條는 「法律에 의한 것과 歲出豫算金額 또는 繼續費의 總額의 範圍內的 것 이외에 國家가 債務를 부담하는 行爲를 할 때에는 미리 豫算으로서 國會의 議決을 얻어야 한다.」고 規定하고 있으며 國家가 債務를 부담할 때에는 法律 또는 豫算에 의하여야 한다고 하고 있다. 前述한 바와 같이 國家의 豫算은 單年度主義를 原則으로 하며 그 例外로서 繼續費, 國庫債務負擔行爲 등이 있다.

이러한 것들은 豫算의 形式으로 다음 年度 以後에 걸쳐 債務를 부담할 것을 認定한 경우인데 豫算會計法은 「法律에 의한 것」으로서 賃借·運送·保管·電氣·가스·水道의 供給 기타 性質上 數年間 繼續하여 存續할 필요가 있거나 履行에 數年을 요하는 契約에 있어서 長期繼續契約을 締結할 수 있다고 規定하고 있다.⁶⁾

日本은 우리보다 會計年度獨立의 原則 또는 豫算單年主義의 原則을 엄격히 適用하여 長期繼續契約을 締結할 수 있는 경우를 電氣의 供給, 가스의 供給, 水道의 供給, 公衆電氣通信役務의 提供에 한정하고 있으나⁷⁾ 우리나라 豫算會計法은 長期繼續契約의 對象을 擴充하여 電氣·가스·水道의 供給뿐만 아니라 賃借·運送·保管 기타 數年間 계속하여 存續할 필요가 있거나 履行에 數年을 요하는 契約까지 포함시키고 있다. 豫算會計法施行令은 이를 具體化하여 長期繼續契約을 締結할 수 있는 경우로서 ① 運送·保管·試驗·調査·研究·測量·施設管理 등의 用役契約 또는 賃借契約 ② 電氣·가스·水道 등의 供給契約을 들고 있다.

이밖에도 ③ 그 이행에 수년을 요하며 設計書등에 의하여 全體의 事業內容이 確定된 長期繼續工事を 위한 契約과 ④ 그 이행에 수년을 요하며 設計書 또는 規格書 등에 의하여 당해 目的物의 內容이 確定된 長期物品製造등을 위한 契約의 경우에도 長期繼續契約이 허용된다.

그러나 이러한 경우에는 전술한 ① 이나 ②의 경우와 같이 單價에 대한 契約이 허용되는 것이 아니라 總工事(製造)金額을 부기하고 당해년도의 豫算의 範圍 안에서 第1次 工事(또는 製造)를 이행하도록 契約을 체결하여야 한다.

5. 綜合契約·共同契約 및 會計年度 開始前契約

이밖에도 豫算會計法이나 同施行令이 규정하고 있는 특수한 契約으로서 綜合

6) 豫算會計法 第87條.

契約・共同契約・會計年度開始前契約을 들 수 있다.

(1) 綜合契約

1989年の豫算會計法 全文改正時に 신설된 制度로서 綜合契約制度가 있다. 綜合契約이란 同一한 場所에서 다른 官署・地方自治團體 또는 政府投資機關이 관련되는 工事등에 대하여 關聯機關과 共同으로 체결하는 契約이다.

과거에는 여러 機關이 관련되는 工事등의 경우 個別的으로 契約을 체결했으나 綜合契約制度의 新設로 하나의 契約으로 대신할 수 있게 되었다.

(2) 共同契約

豫算會計法이나 同施行令은 契約의 相對者를 1인으로 想定하고 있으나 例外的으로 共同契約을 인정하고 있다. 豫算會計法 第91條는 「各 中央官署의 長 또는 그 委任을 받은 公務員은 工事・製造 기타의 契約에 있어 필요하다고 인정할 때에는 契約當事者를 2人 이상으로 하는 共同契約을 체결할 수 있다」고 규정하고 있다. 과거에는 豫算會計法 施行令에서 규정했던 사항인데 新豫算會計法에서는 法律로서 규정하고 있다.

(3) 會計年度開始前의 契約

契約은 豫算會計法 第58條의 規定에 의하여 配定된 豫算 金額의 範圍內에서 하여야한다. 다시 말해서 契約은 會計年度가 시작되고 豫算의 配定이 이루어진 후에 配定된 豫算의 範圍內에서 締結되어야 한다.

이러한 原則에 대한 例外가 會計年度開始前의 契約締結이다. 賃借・運送・保管 기타 性質上 中斷할 수 없는 契約의 경우 會計年度 開始前에 당해 年度의 策定된 豫算의 範圍 안에서 미리 契約을 締結할 수 있는 것이다.⁸⁾

이 경우에 두가지 制限이 있다. 첫째로 契約官 등이 會計年度開始前의 契約締結을 하고자 할 때에는 中央官署의 長의 承認을 얻어야 한다.⁹⁾ 둘째로 이 契約의 締結은 會計年度 開始前에 가능하나 이 契約의 效力은 當該 會計年度 開始日 이후에 發生하게 하여야 한다.¹⁰⁾

7) 日本會計法 第29條의 12.

8) 豫算會計法 第86條.

9) 豫算會計法施行令 第69條 第1項.

10) 同條 第2項.

IV. 契約機關

1. 契約事務管理機關

契約事務의 管理機關이란 契約에 관한 事務를 管理하는 機關으로서 中央官署의 長이 여기에 해당된다.

豫算會計法 第75條는 각 中央官署의 長이 그 所管에 속하는 契約事務를 처리하기 위하여 필요하다고 인정한 때에는 契約官을 任命하여 「그 事務를 委任할 수 있다」고 함으로써 中央官署의 長이 契約管理機關임을 間接적으로 規定하고 있다.

支出原因行爲인 契約은 豫算會計法 第56條의 規定에 의하여 中央官署의 長이 管理하게 되므로 豫算會計法 第75條는 支出原因行爲가 아닌 契約에 適用되는 것이라 해석된다. 支出原因行爲가 아닌 契約이란 ① 不用物品이 賣却에 관한 契約과 같은 收入의 原因이 되는 契約 ② 前渡資金의 金額의 範圍內에서 締結하는 契約 ③ 歲入歲出外 現金의 受納 또는 支給의 原因이 되는 契約 등이라 하겠다.

2. 契約事務實施機關

契約事務實施機關이란 契約의 締結에 관한 意思를 決定하고 契約을 締結하며 그 履行에 관한 行爲를 하는 機關으로서 契約事務處理規則 第2條가 말하는 「契約擔當 公務員」이다. 契約擔當 公務員을 契約官, 財務官 및 기타 契約擔當 公務員으로 나누어서 고찰하기로 한다.

(1) 契約官

契約官이란 中央官署의 長으로부터 契約에 관한 事務를 委任받은 公務員을 말한다.¹¹⁾

前述한 바와 같이 中央官署의 長은 그 所管에 속하는 契約事務를 管理할 權限을 지니므로 이 權限에 의하여 직접 契約事務를 행할 수 있으나 실제에 있어서 中央官署의 長이 직접 契約事務를 담당하기는 어려우므로 契約官을 任命하여 契約事務를 委任하는 것이다.

支出原因行爲인 契約은 後述하는 바와 같이 財務官의 所管이므로 契約官이 담당하는 契約은 支出原因行爲가 아닌 契約에 限定되는 것이라고 해석된다.

11) 豫算會計法 第75條 第1項.

1961年 豫算會計法 制定時에는 契約官이라는 制度가 없었으나 1975年 12月の 豫算會計法 改正時에 契約에 관한 상세한 條文들을 新設하면서 契約官制度도 新設하게 되었다. 1989년에 全文改正된 豫算會計法도 이를 繼承하고 있다.

中央官署의 長이 契約事務를 委任하는 경우 개개의 公務員을 特定하여 그 事務를 委任하는 個別委任이 있으나 特定한 官職을 指定함으로써 그 官職에 就任하는 公務員에게 자동적으로 委任이 이루어 지는 官職委任도 가능하다.

契約事務는 그 所屬 公務員에게 委任하는 것이 原則이나 필요할 때에는 歲入徵收官, 財務官 등의 경우와 같이 契約官의 事務도 다른 中央官署所屬의 公務員에게도 委任할 수 있다.¹²⁾

歲入徵收官, 財務官의 경우와 같이 契約官의 경우에도 代理契約官, 分任契約官, 代理分任契約官을 임명할 수 있다.¹³⁾

(2) 財務官

財務官이란 支出原因行爲를 擔當하는 公務員이다. 따라서 契約擔當 公務員(契約事務實施機關) 중에서 가장 核心的인 자리를 차지하고 있는 사람이 財務官이라 할 수 있다. 대부분의 契約은 支出原因行爲이며 支出原因行爲가 아닌 契約이란 量的으로나 質的인 면에 있어서 중요하지 않은 까닭이다. 그러나 財務官이나 그가 擔當하는 支出原因行爲에 관해서는 이곳에서 생략하기로 한다.

(3) 기타 契約擔當 公務員

契約官이나 財務官 외에도 契約擔當公務員이 많이 있는데 이들은 ① 歲入의 原因이 되는 契約에 관한 事務를 中央官署의 長으로부터 委任받은 公務員 ② 豫算會計法 第65條의 規定에 의하여 支出官으로부터 日常經費를 받아 支出原因行爲를 할 수 있는 日常經費 出納公務員 ③ 法令에 의하여 歲入歲出 외의 資金 또는 基金의 出納의 原因이 되는 契約을 擔當하는 公務員을 말한다.

3. 調達廳의 契約事務

(1) 調達廳의 設置와 그 機能

韓國政府의 購買制度는 1961年 10月 2日에 公布된 政府組織法 이전에 있어서는 多元的인 分散購買를 特徵으로 하고 있으며 따라서 物品購買를 위한 契約도 각 部處가 擔當했다. 그러나 이 당시에도 外資만은 外資廳을 통하여 集中購買하고 있었다.

12) 豫算會計法 第114條 第1項.

13) 豫算會計法 第113條 第1項.

그러다가 1961年 10月の 政府組織法 改正에 의하여 調達廳이 新設됨으로써 종전에 外資에만 적용되던 集中購買制度를 內資에까지 擴大하도록 하였던 것이나 이와 같이 設立된 調達廳은 1963年 12月の 政府組織法 改正에 의하여 經濟企劃院에서 財務部로 이관되었다가 다시 經濟企劃院으로 환원되었으며, 그 業務와 機構는 많은 변천을 거듭했다.¹⁴⁾

(2) 調達廳의 物資調達

政府組織法 第23條 5項의 規定과 調達基金法에 의하여 調達廳은 政府機關의 需要物資와 備蓄物資를 購買하도록 되어 있다. 따라서 物資購買를 위한 契約事務도 대부분 調達廳이 담당하고 있다.

과거에는 政府投資機關의 需要物資 購買도 調達廳이 담당했으나 1983年 12월에 公布되어 1984年 3月 1日부터 發效하게 된 政府投資機關管理基本法 第27條의 規定에 의하여 政府投資機關의 物品購買는 政府投資機關에 일임하게 되었다.¹⁵⁾

(3) 工事契約의 締結

調達廳은 需要物資의 購買뿐만 아니라 大規模 工事契約도 각 部處 등을 대신하여 締結하고 있다. 調達基金法施行令 第14條의 規定에 의하여 ① 天災·地變이나 緊急한 行事 기타 이에 準하는 경우 ② 災害 및 事故의 緊急復舊工事を 하는 경우 ③ 國防目的수행과 관련있는 工事を 하는 경우 ④ 施工·監督·하자 보수 등에 관한 技術的인 特殊性을 고려하여 需要機關에서 직접 工事契約를 締結함이 적합하다고 인정되는 特殊工事로서 調達廳長과 미리 協議한 경우를 除外하고는 ① 國家機關은 工事豫定金額 2億원(電氣工事 및 電氣通信工事의 경우에는 1億원) 이상의 工事와 ② 서울特別市와 直轄市는 工事豫定金額 5億원(電氣工事 및 電氣通信工事は 1億원) 이상의 工事は 調達廳이 契約를 締結하도록 되어 있다.

이 契約事務의 調達廳 委任에 관한 根據가 豫算會計法에도 있다. 豫算會計法 第120條 第1項은 「각 中央官署의 長은 大統領令이 정하는 바에 의하여 그 所管에 속하는 契約 및 支出에 관한 事務를 다른 官署에 委任할 수 있다」고 規定하고 있다. 과거에는 政府投資機關의 工事契約도 國家機關 등의 경우와 같이 調達廳이 담당했으나 전술한 政府投資機關管理基本法 第27條의 規定에 의하여 政府投資機關의 工事契約 締結은 政府投資機關으로 還元되었다.

14) 俞 焄, 前掲書, p. 470.

15) 俞 焄, 公企業論[第三訂版] (서울: 法文社, 1985), p. 84 참조.