

의견서

수신 서울특별시

발신 법무법인 이 후(利厚)

제목 대금지급확인시스템(대금E바로) 의무 사용을 위한 공사계약특수조건 개정 가능 여부

귀 시에서 질의하신 사항에 대하여 다음과 같이 당 법무법인의 의견을 개진합니다.

다 음

1. 질의의 배경 및 내용

귀 시에서는 귀 시가 발주한 30일 이상의 기간을 요하는 공사에 있어 ‘서울특별시 공정하도급 및 상생 협력에 관한 조례’에 의거하여 ‘공사 입찰공고문’에 공사대금 지급 시 ‘대금e바로’를 통해 지급하도록 규정하면서 ‘대금e바로’의 사용을 의무화하고 있습니다.

그런데 계약문서의 종류를 적시하고 있는 ‘지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준’ (행자부 예규 제40호)에서는 ‘입찰공고문’을 계약문서로 규정하고 있지 않아, 계약업체가 대금지급시스템을 이용하지 않을 경우, ‘지방자치단체를 당

사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙’ 별표2에 의거한 부정당업체의 입찰참가자격 제한 처분을 할 수가 없는 실정입니다.

이에 귀 시에서는 대금지급시스템인 ‘대금e바로’의 의무사용에 관한 사항을 ‘서울특별시 공사계약 특수조건’에 명기하여 쌍방 준수 의무를 부여함으로써, 공사대금 지급 투명화는 물론, 공정한 하도급 건설문화를 정착시켜 나가기 위한 제도적 기반을 마련하고자 합니다. 그리고 이러한 일환으로 서울특별시 공사계약특수조건에 다음과 같은 규정을 신설하고자 합니다.

서울특별시 공사계약특수조건 개정(안) 제20조의4(대금지급확인시스템) (신설) ① 서울특별시, 자치구 및 서울특별시 산하 공공기관(이하, 이 조에서 ‘서울시 등’이라 한다)이 발주한 공사 기간이 30일 이상인 모든 공사에 대하여 대금지급확인시스템(대금 e바로)을 적용하되, 그 구체적 적용범위와 그 밖에 운영에 관하여는 ‘서울특별시 대금e바로 운영지침’에 따른다. ② 제1항에 따라 대금지급확인시스템(대금e바로)이 적용되는 공사에서 서울시 등이 발주한 공사를 도급받은 자는 대금지급확인시스템(대금e바로)을 사용하여 원도급자, 하도급자, 노무자 및 장비·자재업자의 대금을 구분하여 지급하여야 한다.
--

이에 귀 시에서는 ① ‘서울특별시 공사계약특수조건’에 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상에 해당하는 모든 공사’에 대하여 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’의 의무 사용에 관한 내용을 추가하는 것으로 개정을 요청하고자 하는바, 이러한 내용의 개정이 관련 법령에 위배되는 것은 아닌지 여부, ② 만약 계약상 대방이 이러한 대금지급확인시스템 사용의무를 위반할 경우, 그에 대하여 입찰참가자격을 제한할 수 있는지 여부에 대하여 질의하였고, 이에 대하여 당 법무법인은 다음과 같이 의견을 드리는 바입니다.

2. 관련 법령의 내용

가. 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

제6조(계약의 원칙) ① 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결 되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다.

(후략)

제14조(계약서의 작성 및 계약의 성립) ① 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려는 경우에는 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담, 지연배상금(遲延賠償金), 그 밖에 필요한 사항을 명백히 적은 계약서를 작성하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 계약서의 작성을 생략할 수 있다. <개정 2013.8.6.>

② 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려는 경우에는 천재지변 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 행정안전부장관이 지정하는 정보처리장치를 이용하여 「전자서명법」 제2조 제1호에 따른 전자문서에 의한 계약서를 작성하여야 한다. <신설 2013.8.6., 2014.11.19., 2017.7.26.>

③ 제1항 본문에 따라 계약서를 작성하는 경우에는 그 지방자치단체의 장 또는 계약담당자와 계약상대자가 계약서에 기명·날인하거나 서명(「전자서명법」 제2조제2호에 따른 전자서명을 포함한다. 이하 같다)함으로써 계약이 확정된다. <개정 2013.8.6.>

[전문개정 2009.2.6.]

제31조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한) ① 지방자치단체의 장(지방자치단체의 장이 제7조 제1항에 따라 중앙행정기관의 장 또는 다른 지방자치단체의 장에게 계약사무를 위임하거나 위탁하여 처리하는 경우에는 그 위임 또는 위탁을 받은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장을 포함한다. 이하 제31조의2 제1항 및 제5항에서 같다)은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있는 자나 제6조의2에 따른 청렴서약서의 내용을 위반한 자, 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자(이하 "부정당업자"라 한다)에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년 이내의 범위에서 입찰 참가자격을 제한하여야 한다. <개정 2013.8.6.>

(중략)

③ 중앙행정기관의 장이 제1항에 따라 입찰 참가자격을 제한하는 경우에 필요한 절차는 대통령령으로 정한다. <신설 2013.8.6.>

나. 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령

제92조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한) ① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약상대자, 입찰자 또는 제30조 제2항 본문에 따라 지정정보처리장치를 이용한 견적서 제출자(계약상대자, 입찰자 또는 지정정보처리장치를 이용한 견적서 제출자의 대리인, 지배인, 그 밖의 사용인을 포함한다)에 대해서는 법 제31조에 따라 해당 사실(고용계약, 하도급계약 등을 체결한 자의 행위에 기인하는 경우에는 그의 위반행위를 방지하기 위한 의무 이행을 게을리한 것을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우는 제외한다)이 있을 후 지체 없이 법 제32조에 따른 계약심의위원회의 심의를 거쳐 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰 참가자격을 제한하여야 한다. 다만, 제2호, 제3호, 제6호 또는 제11호부터 제15호까지의 어느 하나에 해당하는 자의 경우에는 계약심의위원회의 심의를 거치지 아니하고 입찰 참가자격을 제한할 수 있다. <개정 2010.12.13., 2011.9.15., 2014.2.5., 2014.5.22., 2016.1.15.>

1. 계약을 이행할 때 부실하게 하거나 조잡하게 하거나 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자

(중략)

6. 정당한 이유 없이 낙찰된 후 계약을 체결하지 아니한 자 또는 계약을 체결한 이후 계약이행(제42조제2항에 따른 계약이행능력 심사 또는 제42조의3제2항에 따른 평가를 위하여 제출한 하도급관리계획, 「건설산업기본법」 제31조의2에 따른 하도급계획 및 외주근로자 근로조건 이행계획에 관한 사항과 제88조에 따른 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)을 하지 아니하거나 계약서에 정한 조건을 위반하여 이행한 자

(후략)

다. 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준

제13장 공사계약 일반조건

제1절 총칙

1. 계약의 기본원칙

계약담당자와 계약상대자는 공사도급표준계약서(이하 “계약서”라 한다)에 기재한 공사의 도급계약에 관하여 제2절 “2”에 따른 계약문서에서 정하는 바에 따라 신의와 성실의 원칙에 입각하여 이를 이행한다.

제2절 공사계약의 체결

1. 계약체결 시 유의사항

가. 입찰에 따른 계약은 계약상대자가 낙찰자 결정 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 계약을 체결해야 하며, 계약담당자는 낙찰자가 정당한 이유 없이 계약을 체결하지 아니한 때에는 입찰보증금을 해당 지방자치단체에 세입조치하고 시행령 제92조에 따라 입찰 참가자격을 제한한다.

나. 계약은 계약서 작성 후 계약당사자가 기명·날인함으로써 확정된다.

2. 계약문서

가. 계약문서의 효력

1) 계약문서는 상호보완의 효력을 가지며 이 조건에서 정하는 바에 따라 계약당사자 간에 행한 통지문서 등은 계약문서의 효력을 가진다.

2) 산출내역서는 이 조건에서 정하는 계약금액의 조정과 기성부분에 대한 대가지급 시 단가산정에 적용할 기준으로서 계약문서의 효력을 가진다.

나. 계약문서의 종류

1) 품의서·계획서

2) 계약서 (계약당사자간 상호 날인·간인)

- 계약금액 5천만 원 이하, 국가기관·지방자치단체 간 계약은 계약서 작성 생략 가능 (시행령 제50조)

3) 입찰유의서, 계약일반조건, 계약특수조건 (필요시)

4) 설계서 (설계설명서, 설계도면, 현장설명서), 규격서 (물품)

5) 물량내역서 (입찰·수의계약안내공고의 경우)

6) 과업내용서·과업지시서 (용역·물품 등)

7) 착공·준공신고서, 공정예정표, 산출내역서 등

8) 감독관, 검사·검수공무원이 지정하는 서류, 감독조서, 검사·검수조서 등

9) 입찰·계약·하자·선금 보증서 (계약기간·보증기간·보증금액 등 확인)

- 면제자는 보증금 지급확약서

10) 정부수입인지 (인지세법)

11) 지역개발공채 매입필증 등 (지역개발기금설치조례 등)

12) 하도급계약서 사본 (하도급계약 통지의 경우)

13) 하도급대금 직불합의서 (하도급대금 직불의 경우)

14) 공동계약이행계획서 (공동계약의 경우)

15) 그 밖의 계약이행에 필요한 서류

다. 계약담당자는 지방계약법령, 공사 관계법령 및 이 조건에 정한 계약 일반사항 외에 해당 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 경우 공사계약 특수조건을 정하여 계약을 체결할 수 있다.

라. 계약담당자는 “다”에 따라 정한 공사계약 특수조건에 「지방계약법령」, 공사 관계법령 및 이 조건에 정한 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 내용이 있는 경우 법 제6조에 따라 그 내용은 효력이 인정되지 아니한다.

라. 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률

제9조(전자계약서의 작성 및 계약의 성립) ① 수요기관의 장 또는 계약담당자는 전자조달시스템을 이용하여 계약상대자와 계약을 체결하려는 경우에는 계약의 목적, 계

약금액, 이행기간, 계약보증금이나 지연배상금(遲延賠償金)에 관한 사항, 그 밖에 필요한 사항이 입력된 전자적 형태의 계약서(이하 "전자계약서"라 한다)를 전자조달시스템을 통하여 작성하여야 한다.

(후략)

제9조의2(하도급 관리의 전자적 처리) ① 수요기관의 장 또는 계약담당자는 계약 상대방과 체결하는 계약에 있어 하도급에 관한 사항을 전자적으로 처리하려는 경우에는 전자조달시스템 또는 수요기관의 장이 전자적으로 하도급 관리를 위하여 운영하는 시스템을 이용하여야 한다.

② 제1항에 따른 하도급 관리의 전자적 처리에 관한 내용과 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2015.12.29.]

마. 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률 시행령

제7조(하도급 관리의 전자적 처리) ① 전자조달이용자는 상호 간에 하도급계약을 할 때에는 전자조달시스템 또는 법 제9조의2 제1항에 따라 수요기관의 장이 전자적으로 하도급 관리를 위하여 운영하는 시스템(이하 "전자조달시스템등"이라 한다)을 이용하여 전자적 형태의 하도급계약을 작성할 수 있다.

② 전자조달시스템등은 다음 각 호의 기능을 포함하여야 한다.

1. 다음 각 목에 따른 금액의 청구·승인 및 지급에 관한 기능

가. 수요기관의 장 또는 계약담당자와 계약을 체결한 자(이하 "계약체결자"라 한다)가 하수급인, 노무자, 자재·장비업자에게 지급하여야 할 금액

나. 하수급인이 노무자, 자재·장비업자에게 지급하여야 할 금액

2. 제1호에 따른 청구·승인 및 지급에 대하여 수요기관의 장 또는 계약담당자가 실시간 확인할 수 있는 기능

(중략)

5. 그 밖에 조달청장과 수요기관의 장이 하도급 관리의 전자적 처리를 위하여 필요하다고 인정하는 기능

③ 계약체결자 및 하수급인은 제2항 제1호 각 목에 따른 금액의 지급을 위한 전용계좌를 개설하여 전자조달시스템등에 등록하여야 한다.

④ 법 제14조 제2항에 따른 수요기관의 장은 법 제9조의2 제1항에 따라 전자적으로 하도급 관리를 위하여 운영하는 시스템을 구축하려는 경우에는 미리 기획재정부장관과 협의하여야 한다.

[전문개정 2016.9.27.]

3. 질의에 대한 답변

가. ‘서울특별시 공사계약특수조건’에 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’의 의무 사용에 관한 규정을 추가하는 내용의 개정안이 관련 법령을 위배하는 것인지 여부

귀 시에서는 ‘서울특별시 공사계약 특수조건’에 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상에 해당하는 모든 공사’에 대하여 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화하도록 명시하는 것이 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제6조 제1항 단서에 어긋나는 것은 아닌지 여부에 대하여 질의하였습니다.

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제6조 제1항에서는 ‘계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 등은 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니된다.’고 규정하고 있습니다.

이와 관련하여 대법원에서는 “지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”라고 실시하면서 다음과 같이 판시한 바 있습니다(출처 : 대법원 2018.02.13. 선고 2014두11328 판결 생활폐기물수집운반및가로청소대행용역비반납처분취소 [공2018상,568]).

“지방자치단체가 계약의 적정한 이행을 위하여 계약상대방과의 계약에 근거하여 계약당사자 사이에 효력이 있는 계약특수조건 등을 부가하는 것이 금

지되거나 제한된다고 할 이유는 없고, 사적 자치와 계약자유 원칙상 관련 법령에 이를 금지하거나 제한하는 내용이 없는데도 그러한 계약내용이나 조치의 효력을 함부로 부인할 것은 아니다.

다만 구 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제12000호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항에 따라 공공계약에서 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약은 효력이 없으나, 이에 해당하기 위해서는 그 특약이 계약상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고 지방자치단체 등이 계약상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 특약을 정함으로써 계약상대방에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약인지는 그 특약에 의하여 계약상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 불이익 발생의 가능성, 전체 계약에 미치는 영향, 당사자들 사이의 계약체결과정, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”

이상과 같이, 귀 시에서 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준 등에 기하여 공사계약 특수조건으로 ‘대금지급시스템(대금e바로)’을 의무화하는 것이 계약상대방에게 불이익하다고 인정되기 위해서는 ‘계약상대방에게 추가적인 의무를 부담지운다는 사정’ 이외에, 이로 인하여 ‘계약상대방의 정당한 이익과 합리적 기대에 반하여 형평에 어긋난다’는 점이 인정되어야 합니다.

그런데 본 사안의 경우, ① 귀 시가 도입하고자 하는 대금지급시스템(대금 e바로)는 전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률 제9조의2 제1항 및 동법 시행령 제7조 제1항 및 제2항 등에 그 근거를 두고 있는 것으로서, 애초 법령에 의하여 그 도입 및 사용이 장려되고 있다는 점, ② 귀 시는 이미 그 동안 입찰공고문을

통하여 ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 사용을 명시하고 있었기에 계약상대방의 입장에서는 이에 대한 사용 의무화를 예상할 수 있다는 점(계약상대방에게 해당 내용에 대한 예견가능성이 있다는 점), ③ ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화함으로써 계약상대방에게 예상되는 불이익은 대금지급시 귀 시에서 관리하고 있는 전자조달시스템을 사용하여야 한다는 것이나, 계약체결 등, 대금 지급 이외의 다른 부분에서는 이미 전자조달시스템을 통하여 대부분의 업무가 처리되고 있다는 점에서 계약상대방에게 예상되는 불이익이 극히 적다는 점, ④ 귀 시는 ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화함으로써 ‘공사대금 지급의 투명화’ 및 ‘공정한 하도급 문화를 정착시켜 나갈 수 있다는 점’, ⑤ ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 의무사용 대상이 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상인 모든 공사’라 할지라도, 이러한 규정의 도입으로 인한 공익성이 계약상대방이 입는 불이익을 훨씬 상회하는 것으로 보인다는 점 등을 고려할 때, 귀 시가 공사계약 특수조건으로 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상인 모든 공사’에 대하여 ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화하는 내용을 삽입한다 할지라도, 이를 두고 계약상대방의 정당한 이익과 합리적 기대에 반하여 형평에 어긋난다고 인정될 정도로 계약상대방에게 계약을 가하는 특수조건에 해당한다고 보기는 어려운 것으로 사료됩니다.

따라서 귀 시가 ‘서울특별시 공사계약 특수조건’에 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화하도록 명시한다 하여도, 이로 인하여 관련 법령을 위반하게 될 가능성은 희박할 것으로 판단됩니다.

나. 대금지급확인시스템 사용의무를 위반한 계약상대방에 대하여 입찰참가자격을 제한할 수 있는지 여부

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제14조 제1항에서는 ‘지방자치단체의 장 등은 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담, 지연배상금, 그 밖에 필요한 사항을 명백히 적은 계약서를 작성하여야 한다.’ 라고 규정하고 있고, 동 법 제31조 제1항에서는 ‘지방자치단체의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있는 자, 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자 등에 대하여 입찰참가자격을 제한하여야 한다.’ 고 규정하면서, 동조 제2항에서 ‘입찰참가자격을 제한하는 경우에 필요한 절차는 대통령령으로 정한다.’ 고 규정하고 있습니다.

이에 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제92조 제1항 제6호에서는 ‘계약서에 정한 조건을 위반하여 이행한 자’ 를 부정당업자로 보아 ‘2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다.’ 고 규정하고 있고, 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준 ‘제13장 공사계약 일반조건’ 에서는 ‘2. 계약문서’ 에서 계약문서의 종류로, ‘계약특수조건’ 을 포함한 계약서, 입찰유의서, 계약일반조건 등을 계약문서로 규정하고 있습니다.

이상을 종합하여 볼 때, 귀 시에서 계약특수조건으로 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상인 모든 공사’ 에 대하여 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’ 의 의무사용을 명시하였음에도 불구하고, 계약상대방이 이를 이행하지 않는다면, 귀 시는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조, 동 시행령 제92조 및 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준 제13장 공사계약일반조건 등에 의하여, ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’ 을 사용하지 않은 계약상대방을 부정당업자로 보아 관련 법령의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한할 수 있는 것으로 판단됩니다.

4. 결 론

가. 귀 시가 공사계약 특수조건으로 ‘발주한 공사 기간이 30일 이상에 해당하는 모든 공사’에 대하여 ‘대금지급시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화하는 내용을 삽입한다 할지라도, 이를 두고 계약상대방의 정당한 이익과 합리적 기대에 반하여 형평에 어긋난다고 인정될 정도로 계약상대방에게 제약을 가하는 특수조건에 해당한다고 보기 어렵고, 따라서 귀 시가 ‘서울특별시 공사계약 특수조건’에 ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’의 사용을 의무화하도록 명시한다 하여도, 이로 인하여 관련 법령을 위반하게 될 가능성은 희박할 것으로 판단됩니다.

나. 귀 시는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조, 동 시행령 제92조 및 지방자치단체 입찰 및 계약집행기준 제13장 공사계약일반조건 등에 의하여, ‘대금지급확인시스템(대금e바로)’을 사용하지 않은 계약상대방을 부정당업자로 보아 관련 법령의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한할 수 있는 것으로 판단됩니다.

귀 시가 추진하는 업무의 성공적 수행을 기원합니다. 본 의견서는 귀 시의 업무 처리에 도움을 드리고자 위 사안에 국한하여 제공된 것이므로 다른 용도로 또는 귀 시가 아닌 제3자가 사용할 수 없으며 이 의견서 또는 사본을 제3자에게 제공하고자 할 때에는 사전에 저희 법무법인의 동의를 받으시기 바랍니다.

2018. 6. .

법무법인 이 후(利)



담당변호사 최 환 석

조 선 희

송 영 훈