

행사대행계약에서 사후정산의 여러 문제

이영욱(변호사, 법학박사)

1. 서론

최근 각광받는 ‘마이스 산업’[MICE. 기업회의(Meeting), 포상관광(Incentive trip), 컨벤션(Convention), 전시박람회와 이벤트(Exhibition&Event)의 영문 앞 글자를 딴 말]과 관련, 우리나라도 주요 행사 개최국 중 하나로 각광받으며 대형 행사들이 열리고 있다.

대형 행사 중 상당수는 큰 규모로 열려 국가, 지방자치단체 또는 공공기관이 주축인 조직위원회 등이 주체가 된다(이하 ‘발주처’라고 한다). 그리하여 행사를 대행하는 사업자(이하 ‘수급사’라고 한다)와 행사대행계약을 체결, 진행하는데, 대부분은 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 ‘국가계약법’이라 한다), ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 ‘지방계약법’이라 한다)이 직접 적용되거나 준용되고 있다.

그런데 이런 행사대행계약에서 정산, 특히 사후정산과 관련된 여러 문제가 발생하고, 이것이 법적인 문제로까지 비화하고 있으며, 심각한 경우에는 수사기관에서 조사를 받거나 사기죄로 처벌을 받거나 사례까지 나타나고 있다.

행사대행계약의 입찰공고시에는 계약시 총액이 결정되는 확정계약이라고 공고가 되지만, 계약시에는 ‘사후정산’ 문구가 계약서에 삽입되거나, 그러한 계약상 내용이 없음에도 발주처에서 여러 이유로 관련 증빙서류 등을 제출하라, 그렇지 않으면 기성대금을 줄 수 없다는 등의 양상으로 사후 정산을 요구하는 경우가 발생하기도 한다.

이때 수급사는 계약에서의 이른바 ‘을’로서의 지위 탓에, 또는 향후 관련 입찰에서 불이익을 받을까 두려운 탓에, 또는 발주처에서 해당 증빙을 제출하지 않으면 기성금 또는 잔금을 지급하지 않는다고 사실상 압박을 하는 탓에 이러한 요구를 거부하기 힘들다.

더군다나 경우에 따라서는 행사 기간 중에는 아무런 말을 하지 않다가 행사가 끝날 무렵 그간의 정산자료를 모두 제출하라고 무리한 요구를 하는 탓에, 자료를 제대로 제출하지 못하거나 사실관계에 부합하지 않는 자료를 제출하여 법적인 문제가 되기도 한다.

관련하여, 최근 환경부 산하 한국환경공단은 “그간 총액확정계약으로 추진된 계약을 내역을 정산하여 감액하던 기존의 계약방식을 개선하겠다.”고 밝히면서, “정산완료 후 감사결과 등 사유로 일부비용 환수는 국가계약법에 규정되지 않은 불공정행위에 해당”한다고 밝히기도 하였다.¹⁾

큰 규모의 행사대행계약의 경우 이러한 문제가 대규모로 발생하기 쉽고, 수급사의 열악한 지위 탓에 이러한 문제는 언제든 발생할 수 있을 것으로 보인다.

결국 이 문제가 합당하게 해결되지 않으면 발주처와 수급사 사이에 갈등 요소로 비화되기 쉽고, 행사대행계약의 왜곡된 이행까지 불러와, 성공적인 행사 진행에도 부정적인 영향을 미칠 수 있을 것이다.

이에 본 글에서는 아래와 같은 내용을 검토한다.

- 국가계약법상 계약의 종류 및 총액확정계약의 원칙
- 총액확정계약이 실비정산계약으로 변경될 수 있는지 여부
- 총액확정계약에서 정산을 요구할 수 있는지 여부

1) 환경부 보도해명자료, 2014. 5. 1. “환경공단, 불공정 거래 근절 위한 고강도 대책마련”, <http://mobile.me.go.kr/home/web/board/read.do?pagerOffset=1050&maxPageItems=10&maxIndexPages=10&searchKey=&searchValue=&menuId=286&orgCd=&boardMasterId=1&boardCategoryId=&boardId=347551&decorator=>

○ 관련 사례의 검토

2. 국가계약법상 계약의 종류 및 확정계약의 원칙

가. 계약금액의 확정 여부에 따른 국가계약의 종류

국가계약은 ‘계약금액의 확정 여부’에 따라 확정계약, 개산계약 및 사후원가검토조건부계약으로 구분된다.

관련하여 국가계약법 제23조, 동법 시행령 제70조에는 개산계약에 대해, 동법 시행령 73조에는 사후원가검토조건부 계약에 대해서 규정하고 있다(이하에서는 지방계약법에 다른 규정이 없으면 국가계약법을 기준으로 설명한다. 또한 국가계약법은 ‘법’이라고 한다).

나. 확정계약

확정계약은 계약체결에 앞서 발주처가 예정가격을 미리 작성·결정하고 이를 기초로 하여 입찰 또는 수의시담²⁾으로 낙찰자를 결정하고 계약체결 시 계약금액이 확정되는 계약을 말한다.³⁾

확정계약은 행정조달계약의 통상적인 형태로서 예외적인 경우를 제외하고 이를 원칙으로 한다.⁴⁾

즉, 국가계약은 발주기관이 계약체결 이전에 예정가격을 작성하여 입찰에 부치고 낙찰자를 결정한 후 낙찰금액으로 계약이 체결되는 것을 원칙으로 하고 있고, 이를 ‘계약금액 사전확정주의’라고 부르기도 한다.⁵⁾

총액확정계약의 예외로, 계약시 계약금액이 확정되지 않는 개산계약이나 사후

2) 수의시담이라 함은 수의계약사유에 해당하고 그 사유에 해당하는 자와 향후 계약체결을 위한 계약을 포함하여 여러 계약조건을 상호 대등한 지위에서 협의하는 상태를 말한다.

3) 이재권·이명희·이영욱, 알기 쉬운 국가계약해설서, 진원사(2013), 16면

4) 정 원, 공공조달계약법(상), 법률문화원(2009), 82면

5) 김성근, 정부계약법해설(I), 건설경제(2012), 12면

원가계산검토조건부 계약이 있다.

다. 개산계약

개산계약이란 개발시제품의 제조계약, 시험·조사·연구용역계약 등에 있어 미리 예정가격을 정할 수 없을 때 개산가격을 정하여 계약을 체결하는 것을 말한다. 즉, 대강의 계약금액을 정하고 사후에 정확히 산출한 가격을 계약금액으로 확정하는 계약이다.

법에서는 “개발시제품의 제조계약, 시험·조사·연구 용역계약, 공공기관과의 법령의 규정에 의한 위탁 또는 대행계약 등에 있어서 미리 예정가격을 정할 수 없을 때, 시간적 여유가 없는 긴급한 재해복구를 위한 계약”에는 개산계약을 체결할 수 있다고 규정한다(제23조 제1항).

개산계약을 체결하기 위해서는 미리 개산가격을 결정하여야 하고(법 시행령 제70조 제1항), 입찰 전에 계약목적물의 특성·계약수량 및 이행기간 등을 고려하여 원가검토에 필요한 기준 및 절차 등을 정하여야 하며, 이를 입찰에 참가하고자 하는 자가 열람할 수 있도록 하여야 한다(법 시행령 제70조 제2항).⁶⁾

즉, 개산계약을 체결하는 경우 사후정산의 절차·기준 등에 대하여 입찰공고 등을 통하여 입찰참가자에게 미리 알려주어야 한다(법 제23조 제3항).

라. 사후원가검토조건부계약

사후원가검토조건부 계약은 입찰 전에 미리 예정가격을 구성하는 일부 비목의 금액을 결정할 수 없는 경우 계약금액을 잠정적으로 정한 후 계약이행이 완료되면 법 시행령 제9조에 규정한 예정가격 결정기준에 따라 원가를 검토하여 계약금액을 조정할 수 있도록 사후원가검토를 조건으로 체결하는 계약을 의미한다.⁷⁾

이러한 사후원가계약검토조건부계약은 일부비목별 금액을 결정할 수 없는 경우

6) 정 원, 앞의 책, 82면

7) 정 원, 앞의 책, 83면

로서 계약목적물 전체에 대한 예정가격을 정할 수 없는 개산계약과 구별된다.

개산계약은 개발시제품의 제조계약이나 시제·조사·연구용역 등에 국한적으로 적용되고, 사후원가검토조건부계약은 주로 특수품 조달 시에 이용된다.⁸⁾

사후원가검토조건부계약도 개산계약과 마찬가지로 사후원가검토에 필요한 기준·절차 등을 입찰 전에 미리 정하여 입찰에 참가하고자 하는 자가 열람할 수 있도록 하여야 한다(법 시행령 제73조 제2항). 사후원가검토조건부계약 체결 시에는 사후원가검토기준, 계약금액 중 사후원가를 검토할 부분의 금액, 사후원가검토 대상 비목 또는 품목의 범위, 계약금액 지급유보비율 및 유보한다는 내용 등이 계약서에 명시되어야 할 것이다.⁹⁾

이렇게 개산계약 및 사후원가개산검토조건부 계약은 계약이행 완료 후 계약금액이 최종 결정된다는 점에서 확정계약과 구별된다.

또한 양 계약 모두 입찰 전에 필요한 기준 및 절차가 결정되어 입찰에 참여하는 자가 열람할 수 있도록 해야 한다는 점이 같다.

마. 확정계약의 원칙

조달청도 특별한 경우를 제외하고 국가계약은 확정계약이 원칙임을 밝히고 있다.

(1) 조달청 법무지원팀-817, 2005-09-01

질 의 :

입찰 당시 품질시험비가 P.S항목으로 되어 있는 바, 이 경우 P.S항목이라 하더라도 산출내역서에 명시된 단가로 기성금을 지급하는 것인지? 아니면 영수증 등 객관적 자료에 의하여 실적정산을 하여야 하는지?

8) 정 원, 앞의 책, 83면

9) 이재권·이명의·이영욱, 앞의 책, 20면

회 신 :

(중략) 참고로, 국가기관이 체결하는 계약은 확정계약이 원칙이나, 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제73조에 따라 입찰전에 예정가격을 구성하는 일부비목별 금액을 결정할 수 없는 경우에는 사후원가검토조건으로 계약을 체결할 수 있으며, 이 경우에는 입찰 전에 계약목적물의 특성·계약수량 및 이행기간 등을 고려하여 사후원가검토에 필요한 기준 및 절차 등을 정하여야 하며, 이를 입찰에 참가하고자 하는 자가 열람할 수 있도록 하여야 하는 것이고, 계약의 이행을 완료된 후에는 같은 법 시행령 제9조 및 제73조제2항에 따른 기준 등에 따라 원가를 검토하여 정산하여야 하는 바, 만약 입찰 전에 사후원가검토에 필요한 기준 및 절차 등을 정하지 않은 경우에는 계약이행기간 중에 계약당사자간에 합의하여 기준 및 절차를 마련하여 시행할 수 있을 것임.

이 경우 입찰공고 등에서 당해 비목에 대하여 사후 정산할 것을 명시한 경우라면 위와 같이 정산하여야 할 것이나 명시하지 않은 경우라면 정부계약은 확정계약이 원칙이므로 관련 법령 등에서 정산하도록 규정한 경우를 제외하고는 임의로 정산할 수는 없을 것이며, 구체적인 경우에는 공고조건, 당해 계약목적물의 성격, 규모 및 관계규정 등을 검토하여 계약담당공무원이 판단, 결정하여야 할 것임.

(2) 조달청 규제개혁법무담당관-1299, 2008-06-16

질 의 :

공사입찰공고('07.4.4), 입찰('07.5.17), 계약체결('07.6.8)한 경우로서 입찰공고서, 현장설명서에는 국민건강(연금포함)보험료의 사후정산 내용은 없었으며, 국민건강보험료는 직접노무비에 대한 일정률로 산정토록 표기하였으며 산출내역서에는 직접노무비에 대한 일정율로 반영하여 계약체결 하였음. 이 경우에도 사후정산을 해야

하는지?

회 신 :

국가기관이 체결한 공사계약에 있어 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」은 확정계약을 원칙으로 하고 있으며, 계약금액의 조정은 회계예규 「공사계약일반조건」 제19조에 의한 설계변경, 제22조에 의한 물가변동, 제23조에 의한 기타 계약 내용 변경으로만 가능한 것이며, 정산은 같은 법 시행령 제70조에 의한 개산계약 및 제73조의 규정에 의한 사후원가검토조건부 계약 등 관련법령에서 사후정산 하도록 규정되어 있거나 별도의 특약이 있는 경우에 한하여 정산할 수 있는 것입니다. 귀 질의의 경우 관련법령 및 입찰광고 등에서 보험료의 사후정산에 대한 규정 또는 사후정산 내용이 없는 경우에는 정산대상이 되지 아니할 것입니다.

바. 소결

이처럼 법에서는 확정계약을 원칙으로 하고, 개산계약, 사후원가검토조건부 계약 제도의 예외를 두면서, 이 경우 법에서 정한 요건에 해당하는 경우에 엄격한 절차에 따라 해당 계약이 체결되도록 하고 있다.

그렇다면 원칙적으로 해당 계약의 이행이 확인되면 확정계약에서 정한 금액을 그대로 지급해야 할 것이고, 설계변경, 물가변동 등 일정한 사유 발생 시에는 법에서 정한 계약내용의 변경 절차에 따라 계약을 변경하여 대가를 조정하는 것은 별론으로 하고(이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다), 관련 법령 또는 특약이 없는 경우 사후 정산을 요구하는 것은 위와 같은 국가계약법에서의 계약의 분류 체계와 취지에 반할 것이다.

3. 총액확정계약의 사후정산계약으로의 변경 가부

가. 국가계약법상 계약의 성질과 구속력

계약은 복수의 대등한 당사자의 합의에 따라 체결되는 것으로, 국가계약법 또는 지방계약법에 의해 국가 또는 지방자치단체가 당사자가 되는 계약은 국가가 사인의 지위에서 사인 상호간에 대립하는 2개 이상의 의사표시가 합치되어 성립하는 법률행위로서 사법상의 행위이며 쌍무계약이라고 할 수 있다.

우리 대법원도 같은 견해이다.

즉, 대법원은 “지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다”라고 판시하고 있다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다 33604 판결 참조).

이렇게 국가계약법에 의한 계약의 법적 성격은 국가 등이 사경제의 주체로 체결하는 사법상의 계약이므로, 계약 체결시 전체 계약금액이 확정되는 총액확정계약¹⁰⁾의 내용이 발주처 및 수급자 계약의 양 당사자를 구속하는 효력을 갖는 것은 계약의 일반 법리에 비추어 당연할 것이다.

나. 총액확정계약의 사후정산계약으로의 변경에 관하여

아래와 같은 이유로 총액확정계약을 사후정산계약으로 변경하는 것은 법규상으로는 현실적으로 매우 힘들 것으로 생각된다. 또한 변경되는 경우에도 관련 절차가 준수되어야 할 것이다.

10) ‘확정계약’은 계약금액의 확정여부에 따른 분류로서, ‘개산계약’, ‘사후원가검토조건부계약’과 구별되는 개념이다. ‘총액계약’은 당해 계약목적물 전체에 대해 총액으로 체결하는 계약을 말하여 일정기간 계속하여 제조, 수리, 가공, 매매, 공급, 사용 등의 계약을 체결할 필요가 있을 때 당해 연도 예산의 범위 안에서 단가에 대해 체결하는 계약인 ‘단가계약’과 구별되는 개념이다. ‘총액확정계약’은 강화상 개념은 아니지만, 양자의 성격을 함께 갖는, 계약목적물 전체에 대해 총액으로 계약금액이 확정되는 계약으로 통칭되는 듯 하다.

(1) 앞서 본 바와 같이 총액확정계약과 사후정산이 필요한 개산계약, 사후원가 검토조건부계약(이하 '사후정산계약'이라고 한다)은 관련 근거 규정과 절차가 완전히 다르다.

더구나 앞에서 본 바와 같이 개산계약, 사후원가검토조건부계약은 원가검토에 필요한 기준·절차 등을 입찰 전에 미리 사전적으로 정하여 입찰에 참가하고자 하는 자가 열람할 수 있도록 하여야 하므로, 이러한 사전적 절차 없이 총액확정계약으로 일단 계약이 체결된 다음에 이를 사후정산계약으로 변경하는 것은 중대한 절차 위반이 될 수 밖에 없을 것이다.

(2) 사후정산계약의 사유 내지 요건은 법규에서 규정되어 있다. 이렇게 예외적으로 사후정산을 할 수 있는 경우가 법정되어 있는 점에 비추어, 이에 해당하거나 그에 준하는 필요성이 없음에도 사후정산을 요구하는 것은 법규정의 취지에 반할 것이다.

예컨대 개산계약의 경우 “개발시제품의 제조계약, 시험·조사·연구 용역계약, 공공기관과의 관계 법령에 따른 위탁 또는 대행 계약, 시간적 여유가 없는 긴급한 재해복구를 위한 계약”의 경우로서 “미리 가격을 정할 수 없는 때”로 규정되어 있다(법 제23조).

사후원가검토조건부계약의 경우 “입찰전에 예정가격을 구성하는 일부비목별 금액을 결정할 수 없는 경우”로 규정되어 있다(법 시행령 제73조 제1항).

그렇다면 총액확정계약에서 사후정산을 요구하는 경우, 이러한 사유 또는 이에 준하는 필요성이 있는지 또한 검토해야 할 것이며, 예컨대 ‘미리 가격을 정할 수 없는 때’라고 해도 그러한 사유가 일부에 있다면, 전부에 대해 사후정산을 요구함은 부당할 것이다.

(3) 예외적으로 그러한 계약의 변경이 가능하다고 해도 법령에서 정한 관련 절

차를 거쳐야 할 것이다.

국가계약의 법적 성질이 사법상의 계약이라고 하더라도 국가계약의 본질상 공공성을 완전히 부정할 수 없어 국가계약법에서 정하고 있는 요건과 절차를 반드시 준수해야 할 것이다.

대법원 또한 “국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 국가계약법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설령 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었다고 하더라도 이러한 법령상 요건과 절차를 거치지 아니한 계약은 효력이 없다.”라고 판시하여 이행보증금 정산 약정이 국가계약법에서 정하고 있는 요건과 절차를 거치지 않았다는 이유로 사후 이행보증금의 정산청구를 부정하였다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다215133 판결).

관련하여 법에서는 계약의 작성 및 계약의 성립에 관하여, 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담 등 일정한 사항을 기재한 계약서를 작성하고 담당 공무원과 계약상대자가 계약서에 기명하고 날인하거나 서명하여야 계약이 확정된다고 규정한다(법 제11조).

또한 용역계약 일반조건 제6조(통지) 제1항에서는 “구두에 의한 통지·신청·청구·요구·회신·승인 또는 지시 등(이하 “통지 등”이라 한다)은 문서로 보완되어야 효력이 있다.”라고 규정한다.

따라서 총액확정계약을 체결한 다음, 이를 사후정산계약을 변경하고자 하는 경우에도, 해당 변경계약서를 작성하고 양 당사자가 기명날인하지 않는 이상 원래 계약이 적법하게 변경되었다고 보기 힘들 것이다.

또한 이러한 변경계약의 당사자가 원 계약의 당사자와 같은지도 검토해야 할 것이다.

다. 소결

국가계약법, 지방계약법이 적용되는 행사대행계약이 체결되면 발주처 및 수급자를 법적으로 구속하는 사법상 계약으로서의 효력을 가진다.

이렇게 체결된 총액확정계약이 사후정산계약으로 변경되려면 우선 사후정산계약(개산계약 등)에 필요한 사전적 절차를 거쳤어야 할 것이고, 법에서 규정된 사후정산계약의 사유 또는 이에 준하는 사유가 있어야 할 것인바, 실질적으로 그러한 계약변경은 매우 인정되기 힘들 것으로 보인다.

또한 계약의 변경을 인정한다고 해도 정당한 당사자에 의한 문서로 된 변경계약서 체결 등 관련 절차가 수반되어야 할 것이다.

4. 총액확정계약에서 발주처의 사후정산 요구 가부

가. 문제점

총액확정계약은 계약목적물 전체에 대해 사전에 총액으로 계약금액이 확정되는 계약으로서, 이에 대해 사후정산을 요구하여 계약금액을 조정한다는 것은 계약의 성질에 반하는 것으로 보인다.

그러나 현실적으로는 총액확정계약에서 입찰공고나 제안요청서에는 없지만 계약 체결시 계약서에 삽입된 사후정산 문구를 이유로 발주처측에서 사후정산을 요구하는 사례¹¹⁾, 더 나아가 입찰공고, 계약서 등 관련 문서에 아무런 근거가 없지만 발주처측에서 사후정산을 요구하는 사례가 있다.

이러한 발주처의 사후정산 요구가 허용될 수 있는지 살펴본다.

나. 입찰공고, 계약서 등의 근거 없는 사후정산을 요구하는 경우에 관하여

총액확정계약이고, 입찰공고, 계약서 등 관련 문서에 아무런 근거가 없음에도 발주처측에서 사후정산을 요구하는 경우가 있다. 이는 아래와 같은 이유로 부당할

11) 예컨대 '정산서류를 제출해야 하고, 정산결과 잔액이 있을 때 반납해야 한다.', '잔금은 사후원가검토 이후 최종지불금액이 결정된 후 지불한다.', '사후정산 및 검수결과에 따라 지급한다.' 등의 문구가 있다.

것이다.

(1) 총액확정계약은 해당 계약에서 정해진 내용을 모두 이행하는 경우 계약체결 당시 이미 정해진 계약금액을 지불해야 함을 내용으로 하는 계약이다.

즉, 총액확정계약은 입찰자가 입찰공고 및 관련 자료를 검토한 후 입찰금액을 결정하고 입찰서에 그 금액을 기재하여 투찰한 결과 낙찰자로 결정되어 계약을 체결하면 그 계약금액에 대해 계약을 이행할 의무를 부담하고, 발주처 또한 의무이행시 낙찰자에게 계약서상 명시된 계약금액을 지불해야 하는 계약이다. 낙찰자가 계약을 이행함에 있어 계약금액의 범위 안에서 낙찰자가 이익이 나든 손해가 나든 이는 낙찰자의 문제이지 발주처가 관여할 일은 아니다.

이러한 총액확정계약에서 사후정산 즉, 계약이행 완료 후 계약상대자의 실제 이행 부분을 사후적으로 산정하여 대가를 지급한다는 것은 계약 자체의 의미와 법적 성질에 반한다.

(2) 만일 총액확정계약에서 계약체결 이후 사후정산을 허용한다면, 입찰에 의해 낙찰자를 결정할 이유가 없다.

입찰은 입찰금액에 따라 낙찰자를 결정하고, 낙찰자가 당해 계약을 이행하면서 입찰금액 이상을 투입하더라도 발주기관에게 추가로 청구할 수 없고, 이익을 남기더라도 역시 발주기관에 반환할 필요가 없는 것이 핵심적 내용이다. 그런데 사후정산 절차를 둔다면 이러한 입찰금액을 핵심으로 하는 입찰 제도의 법리와 취지에 반한다.

즉, 총액확정계약에서 사후정산을 허용한다면 이는 경쟁입찰제도를 무의미하게 만들 여지가 있다.

(3) 또한 이는 국가계약법이 확정계약을 원칙으로 하고 예외적인 경우에 사후정산이 가능한 개산계약과 사후원가검토조건부계약을 두고 있는 취지에 반한다.

관련 내용은 앞에서 자세히 보았으나, 사후정산계약의 경우 예외적으로 법으로 정해진 사유가 있는 경우에, 사전적 절차를 포함한 엄격한 관련 절차를 거친 경우 가능함에 유의해야 할 것이다.

(4) 우리 국가계약법상은 사후에 계약금액이 조정되는 제도를 별도로 두고 있다.

즉, 국가계약법은 물가변동(법 제19조, 법 시행령 제64조), 설계변경(시행령 제65조), 기타 계약내용의 변경(시행령 제66조)의 사유가 발생시, 자세한 요건과 절차를 두어 계약금액을 조정하도록 규정하고 있다.

국가계약에서 계약금액을 조정하는 것은 극히 예외적인 경우인바, 일반적인 입찰을 거쳐서 계약을 체결하는 경우 발주기관 및 계약상대자는 입찰가, 즉 계약금액이 고정되어 있기 때문이다. 그럼에도 이러한 계약금액 조정 절차를 두고 있는 취지는 발주기관이 국가기관이라고 하더라도 계약당사자간 공평의 관점¹²⁾ 또는 신의칙(사정변경의 원칙)¹³⁾에서 두고 있는 것이다.

계약금액은 계약당사자들이 가장 관심을 갖는 것이므로, 이를 변경할 경우 국가계약법에서 요건과 절차, 효과를 명확하게 규정하고 있는 것이다.

이처럼 우리 국가계약법에서 계약금액의 조정사유를 명확히 두고 있는 취지에 비추어, 이러한 사유가 없다면 계약상대자가 계약이행을 완료한 바에 따라 계약체결 당시의 계약금액 그대로 지급해야 함이 원칙일 것이다.

조달청 훈령인 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령의 조달청 해석기준”에서도 “4-4 국가계약법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 되는 것으로서 영 제64조 내지 제66조의 규정에 해당되지 않는 사유를 근거로 계약금액을 감액토록 하는 특약을 정하여서는 아니 된다.”라고 규정한다.

12) 이재권·이명의·이영욱, 앞의 책, 178면
13) 김성근, 정부계약법해설(II), 건설경제(2012), 127면

(5) 국가계약법 제5조(계약의 원칙) 제1항에서는 “① 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.”라고 규정하고, 동법 시행령 제4조(계약의 원칙)에서는 “각 중앙관서의 장 또는 그 위임·위탁을 받은 공무원(이하 “계약담당공무원”이라 한다)은 계약을 체결함에 있어서 법, 이 영 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다.”라고 규정한다.

지방계약법 제6조(계약의 원칙) 1항에서는 “① 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 이 법 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다.”라고 규정한다.

관련하여 우리 대법원은 ““구 지방재정법시행령 제70조에 의하여 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 준용되는 구 예산회계법시행령 제64조에 따르면 지방자치단체의 장은 계약을 체결함에 있어서 구 예산회계법과 그 시행령 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 된다는 것이므로 피고가 주장하는 바와 같이 원고와 피고가 이 사건 계약을 체결함에 있어서 이 사건 차액보증금을 예금함으로써 생기는 이자를 피고 시에 귀속시키기로 하는 묵시적인 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 약정은 구 예산회계법과 그 시행령 및 관계 법령인 정부보관금취급규칙에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약으로서 효력을 가질 수 없다 할 것이다.”라고 판시하여(대법원 1998.04.28. 선고 97다51223 판결), 설령 묵시적 약정이 있었다고 해도 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약은 무효로 판단하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 사후정산은 대체로 수급사의 계약금액을 깎는데 이용되고 있는바, 이러한 정산이 최초 총액확정계약으로 체결된 계약에서 수급사의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 것으로 이용된다면, 설령 이것이 묵시적으로 약정되었다고 해도 무효로 보아야 할 것이다.

관련하여, 조달청은 아래와 같이 해석하고 있다.

(1) 조달청 법무지원팀-3028, 2007-07-26

: 기성청구시 계약금액 정산가능 여부

질 의 :

○○기관과 시설관리용역 계약(수의)체결시 당사는 산출내역서를 작성 제출하였고 계약이행을 한 후 기성대가 청구시 물가변동, 과업내용 변경 및 기타 계약내용의 변경이 없음에도 ○○기관의 판단에 의거 계약금액을 정산할 수 있는지?

회 신 :

국가가기관이 체결한 용역계약에 있어서 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」은 확정계약을 원칙으로 하고 있고, 정산은 같은 법 시행령 제70조에 의한 개산계약 및 제73조에 의한 사후원가검토조건부 계약 등 관련 법령에서 사후정산하도록 규정되어 있거나 별도의 특약이 있는 경우 등 예외적인 경우에만 할 수 있는 것이며, 계약금액의 조정은 같은 법 시행령 제64조 내지 제66조에 의한 물가변동, 설계변경 및 기타계약내용의 변경으로 인한 경우에 가능한 것으로 임의로 당해 계약금액을 조정할 수는 없는 것입니다.

(2) 조달청 법무지원팀-200, 2006-01-18

공사비(산재보험료)계상 및 지불에 관한 질의

질 의 :

○○유지관리 역무를 1년 단위로 공사계약 체결하여 수행 중 발주기관이 계약상 산재보험료와 실제 납부한 산재보험료 차이에 대하여 산재보험료가 과다 지급되었다고 하여 금년도부터 법정요율 한도금액 내에서 계약상대자가 실제 납부한 금액으로 실적 정산토록 계약조건을 변경을 추진하고 있는 경우 타당성 여부

회 신 :

국가가기관이 체결한 공사계약에 있어 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」은 확정계약을 원칙으로 하고 있고, 정산은 같은 법 시행령 제70조의 개산계약 또는 관련법령에서 정산하도록 규정하고 있는 경우 등 예외적인 경우에만 할 수 있는 것이며, 계약금액조정은 같은 법 시행령 제64조 내지 제66조에 따른 물가변동, 설계변경 및 기타계약내용의 변경으로 인한 경우에 가능한 것이므로 임의로 계약금액을 조정할 수는 없는 바, 법률에 따라 의무적으로 가입이 요구되는 법정비용으로서 관련 법령에서 실제 사용된 비용으로 정산하도록 규정된 항목(퇴직공제부금비, 산업안전보건관리비, 환경보건비 등)의 경우에는 그 이행을 계약상대자가 하며, 그 이행을 확실히 하기 위한 담보의 수단으로 관련 법규에서 정산토록 규정하고 있으므로 이 경우에는 관련법령의 규정에 따라 당해 항목의 계약금액의 범위 내에서 정산하여야 할 것이나, 귀 질의의 산재보험료 등과 같이 관련법령에서 정산토록 규정하지 않은 비목은 개산계약, 사후원가검토조건부계약, 계약금액 조정대상인 경우 등의 특별사정이 없는 한 정산할 수 없음

위의 조달청의 유권해석 외에도, 앞에서 본 유권해석에서도

“입찰공고 등에서 당해 비목에 대하여 사후 정산할 것을 명시한 경우라면 위와 같이 정산하여야 할 것이나 명시하지 않은 경우라면 정부계약은 확정계약이 원칙이므로 관련 법령 등에서 정산하도록 규정한 경우를 제외하고는 임의로 정산할

수는 없을 것”(조달청 법무지원팀-817, 2005-09-01),

“정산은 같은 법 시행령 제70조에 의한 개산계약 및 제73조의 규정에 의한 사후원가검토조건부 계약 등 관련법령에서 사후정산 하도록 규정되어 있거나 별도의 특약이 있는 경우에 한하여 정산할 수 있는 것입니다. 귀 질의의 경우 관련법령 및 입찰공고 등에서 보험료의 사후정산에 대한 규정 또는 사후정산 내용이 없는 경우에는 정산대상이 되지 아니할 것입니다.”(조달청 규제개혁법무담당관-1299, 2008-06-16.)의 질의 회신을 참고해야 할 것이다.

다. 입찰공고, 계약서 등의 근거를 이유로 사후정산을 요구하는 경우에 관하여

총액확정계약인 경우에도, 현실적으로 입찰공고 또는 계약서에서 발주처가 사후정산 규정을 두는 경우가 있다. 또한 위 유권해석에서 “별도의 특약이 있는 경우에 한하여 정산할 수 있는 것”(조달청 규제개혁법무담당관-1299, 2008-06-16)이라고 하여 확정계약에서도 정산 특약을 둘 수 있다는 취지로 보인다.

이 경우의 문제점에 대해서 살펴본다.

우선, 이러한 경우에도 위에서 본 (1)~(5)의 문제점은 동일할 것이다.

즉, (1) 총액확정계약에서 사후정산을 요구한다는 것은 계약 자체의 의미와 법적 성질에 반하고,

(2) 총액확정계약에서 사후정산을 허용한다면 입찰금액을 핵심으로 하는 경쟁입찰제도를 무의미하게 만들 수 있으며,

(3) 국가계약법상 총액확정계약과 개산계약 또는 사후원가계산검토조건부 계약의 규정을 따로이 두고 있는 취지에 반하고,

(4) 국가계약법에서 물가변동, 설계변경, 기타 계약내용의 변경 등 계약금액 조정 제도를 둔 취지에 반하며,

(5) 국가계약법, 지방계약법에서 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하

는 특약이나 조건을 정해서 안된다는 규정에도 반할 것이다.

이러한 (1)~(5)의 문제점은 설명 총액확정계약의 입찰공고 또는 계약서 등에서 사후정산 관련 규정을 둔다고 해도 여전하다. 예컨대 (2)사유의 경우를 보면, 총액확정계약에서 계약 당사자가 사후적으로 정산을 요구할 수 있다면 입찰금액에 따라 낙찰자를 결정하고, 계약금액을 확정하고 계약을 체결하는 입찰제도와 총액확정계약의 취지에 반할 수 있다.

(6) 이에 더하여, 총액확정계약에서 흔히 “정산결과 최초 계약금액보다 증액된 경우에도 계약금액을 상한가로 하여 대금을 지급한다.”라는 규정을 두는 경우가 있다.

앞에서 본 바와 같이 국가계약법 제5조 제1항, 동법 시행령 제4조, 지방계약법 제6조 등에서는 “계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며”, “관서의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결함에 있어 법 및 관련 법령에 규정된 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다.”라고 규정한다.

총액확정계약에서 발주처가 정산을 요구할 수 있다면, 공평의 원칙상 반대로 수급사 역시 정산을 요구할 수 있어야 한다. 또한 발주처가 정산을 요구하여 얼마든지 감액할 수 있다면, 반대로 수급사 역시 얼마든지 증액을 요구할 수 있어야 한다. 예컨대 수급사가 계약을 이행하면서 이미 정한 계약금액보다 많은 금액을 지출한 경우, 그 증액을 요구할 수 있어야 할 것이며, 발주처도 실제 지출된 금액대로 지급을 해야 할 것이다.

그런데 위와 같은 규정은 계약의 양 당사자에게 정산을 요구할 권리를 보장하지 않고, 발주처에게만 감액의 정산을 요구할 권리를 보장하여, 수급사에게 증액을 요구할 권리는 박탈하면서 발주처에게만 감액을 요구할 권리를 보장하고 있는 바, 이는 명백한 불평등한 입장을 전제로 한 계약으로서 위 국가계약법 및 지방계

약법 규정에 반한다.

또한 이는 사후정산 규정이 총액확정계약의 원칙을 무너뜨리고 현실적으로 발주처를 위해 일방적으로 유리한 수단으로 악용되고 있음을 보여주는 사례이다.

이와 관련하여 위와 같은 약정이 약관에 해당할 경우, 당해 특약을 무효로 볼 수 있을 것이라는 견해가 있다.¹⁴⁾

즉, ‘약관의 규제에 관한 법률’상 지나치게 고객에게 부당하게 불리하거나(제6조 제2항 제1호), 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적인 권리를 제한하는 경우(제6조 제2항 제3호)와 같은 불공정성 판단을 통해, 예컨대 계약 당시 근거 없이 낮은 금액을 상한으로 정하여 정산 결과 정산가가 상한가를 훨씬 상회한 결과임이 확인된 경우는 무효로 볼 수 있을 것이라는 견해이다.

(6) 또한 입찰공고 또는 제안요청서에는 규정을 두지 않다가 계약체결 시에 비로소 계약서에 그러한 내용을 삽입하는 경우가 있다.

이는 입찰공고와 그 내용에 관한 자세한 규정을 두고 있는 국가계약법 규정 취지를 몰각시키고, 계약상대방에게 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하는 결과가 되어 절차상 문제가 있다.

라. 사후정산 요구로 인해 제출된 정산자료에 관하여

총액확정계약에서 정산자료를 요구할 근거가 없는 경우, 현실적으로 제출이 된 세금계산서 등의 정산자료가 어떠한 법적 의미를 갖고 있는지 문제된다. 특히 뒤에서 보는 판례에서와 같이, 사실과 다른 세금계산서 등 자료를 제출하여 용역대금을 받았을 때, 사기죄의 편취행위에 해당하는지 문제된다.

14) 정 원, 앞의 책, 83면

(1) 용역을 내용으로 하는 총액확정계약에서 수급사가 용역을 완료하였다면 수급사는 관련 절차에 따라 용역의 완료를 입증하여 발주처로부터 계약 체결시 확정된 계약금액을 지급받을 수 있을 것이다.

관련하여 용역계약일반조건에서는 용역을 완성하였을 때 계약상대방은 해당 사실을 계약담당자에게 통지하고 필요한 검사를 받아야 하고, 계약담당자는 통지를 받으면 검사를 해야 하며, 계약담당자는 검사를 완료하면 그 결과를 상대방에게 통지하며, 계약상대방은 검사에 합격한 때 소정의 절차에 따라 대가지급을 청구하고, 계약담당자는 청구를 받은 날로부터 14일 이내에 대가를 지급해야 하는 등의 절차를 규정한다(제20, 26, 27조 등).

계약상대자가 발주기관에게 기성금을 청구하기 위해 필요로 하는 자료들은 구체적인 용역의 내용 즉, 과업의 내용에 따라 다를 수 있고, 용역의 특성에 따라 기성을 판단하는 증거가 다를 수 있으므로 기성을 판단하는 증거를 일률적으로 말하기는 힘들다.

다만 통상적으로는 과업지시서상에 명시한 과업의 내용을 기준으로 하여 그 과업을 수행했다는 증거서류들을 제출하는데, 이를 위해 보통 계약상대자는 용역계약 착수시 과업지시서상에 명시한 각종 산출내역서, 용역예정공정표, 인력 및 장비투입계획서, 세부실행 계획서등을 작성, 제출한다.

또한 기성이 발생할 때마다 이러한 각 서류들을 제출하여 발주기관의 확인을 받고 기성금을 지급받는다.

(2) 행사대행계약의 용역계약에서 발주처의 요구로 하도급 업체와의 세금계산서를 제출한 경우를 살펴본다.

아래와 같은 이유로 하도급 업체와의 세금계산서를 계약이행 여부 또는 계약금액의 지급 기준으로 삼는 것은 부당하다고 생각된다.

우선 세금계산서는 용역을 공급받았다는 자료, 즉 수급사가 다른 업체로부터

용역을 공급받았다는 사실을 입증하는 자료일 뿐이다. 기성금은 산출내역서나 세부실행계획서상에 명시된 공정율에 따른 기성에 따라 확정되므로, 세금계산서로써 기성 또는 기성금을 판단하는 것은 부당할 것이다.

또한 용역계약일반조건에서는 용역수행에 필요한 서류로 과업내용서 및 산출내역서, 용역공정예정표, 인력 및 장비투입계획서 등을 규정하고 있을 뿐, 세금계산서에 대해 규정하고 있지 않다.

나아가 만일 하도급업체의 세금계산서로 기성금이 확정된다면, 하도급업체에게 실제 지급되는 모든 비용을 기성으로 청구할 수 있다는 의미인바, 이는 현실적으로 발주사가 용인하지 않는 내용이다. 다른 한편으로 원수급인과 하수급인이 동일한 대가를 받고 용역을 수행한다는 기이한 결론이 되기도 한다.

(3) 결국, 용역계약에서 구체적인 계약이행의 판단은 관련 법규, 계약서, 용역계약일반조건, 과업내용서 및 산출내역서 등에 따라 실제 용역수행의 결과물을 기준으로 판단해야 할 것이다.

세금계산서는 업체간 용역을 공급하였다는 사실을 입증하는 서류일 뿐이고, 실제 내용과 일치하지 않는 세금계산서가 제출되는 경우, 관련 법령에 따른 제재 또는 불이익은 별론으로, 세금계산서의 내용과 용역의 이행 여부는 별개일 것이다.

용역계약의 이행 여부는 관련 법규, 입찰공고, 제안요청서 등에서 정한 절차에 따라 실제 이행된 내용을 확인할 문제이지, 세금계산서의 실질적 진실성 여부가 용역 이행 여부와 직결된다고 보기 힘들기 때문이다.

결국 이렇게 제출된 세금계산서는 용역 이행을 확인하는 자료이거나 발주기관에 대한 보고용 자료는 될 수 있을지 몰라도, 이를 근거로 계약의 이행여부가 판단되거나 계약금액 지급의 기준이 될 수는 없을 것이다. 따라서 이를 근거로 용역대금의 부당 청구 여부를 문제삼거나, 사기죄 여부를 판단함은 부당하다고 생각된다.

마. 소결

위와 같이 총액확정계약에서 사후정산을 요구하는 것은, 입찰공고 또는 계약서에 근거가 없다면 허용될 수 없음은 물론, 입찰공고 또는 계약서에 규정을 두었다고 해도 적당하지 않거나 부당하다고 생각된다.

5. 관련 판례의 검토

위와 같은 총액확정계약에서 사후정산 관련 여러 쟁점이 문제가 되어 법적 판단을 받은 사례가 있다.

이 사건에서는 검사가 허위 세금계산서를 제출하여 부당하게 용역대금을 추가로 지급받았다는 이유로 수급사를 사기죄로 기소하였고, 1심에는 사기죄가 유죄로 판단되기도 하였다.

그러나 상당히 장기간의 법정 공방을 벌여 2심, 대법원에서는 무죄임이 확정되었는바, 본 글에서 다른 여러 쟁점들이 실제 계약의 이행 현장에서 나타난 매우 의미깊은 사례이다.

국가계약과 관련된 판결의 주된 내용은 2심에서 설치되었다(서울고등법원 2011. 12. 16. 선고 2011노1265 판결. 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도215 상고기각 판결로 확정).

가. 사실관계

검사는 다음과 같은 혐의로 피고인을 사기죄로 기소하였다.

피고인은 공공기관 행사기획 및 대행업 등을 영위하는 주식회사 A의 대표이사이다.

A회사는 2008년 피해자 재단법인 B와 행사장 운영대행 용역계약을 체결, 이행

을 하였다.

그런데 계약이행 과정에서 B의 담당직원이 A측에 위 계약이 실비정산계약이라는 취지로 통보하고, 사후 기성고에 따라 지급한 용역대금과 실제 지급한 비용을 세금계산서 등 증빙자료를 제출받아 대조한 후 정산하겠다는 취지로 통보하였다.

A회사의 관련자들은 사실은 6개의 하도급업체에 관련 인건비 등으로 32억원을 지급하였음에도 불구하고 이를 초과하여 38억원을 지급한 것처럼 부풀린 세금계산서 등을 조직위원회에 제출하였고, 이에 속은 담당직원이 A회사에 정산 확정금액을 추가로 지급하였다.

이로써 피고인은 피해자의 담당직원을 기망하여 A회사로 하여금 위 금액을 교부받게 하였다.

나. 1심 법원의 판단 내용

1심 법원은 다음과 같은 이유로 사기죄 공사사실을 유죄로 판단하였다.

피해자의 담당직원은 실비정산을 통해 계약금액을 지급하겠으니 증빙자료로 하도급업체의 세금계산서를 제출하라고 통보하였고, 피고인은 이런 사정을 알면서도 허위의 세금계산서를 제출하여 피해자의 담당직원을 기망하였다. 피해자의 담당직원은 허위의 세금계산서를 진실한 것으로 믿고 이를 중요한 판단근거로 삼아 정산금액을 확정하고 A회사에 위 금액을 지급하였다. 피고인은 피해자의 담당직원이 위와 같은 착오에 빠져 정산금액을 확정하고 지급한다는 사정을 잘 알면서도 교부받았다.

이 사건 계약이 총액 확정계약이라 하더라도, 피해자의 담당직원이 세금계산서를 계약이행 여부의 중요한 판단근거로 삼고자 하는 의사를 분명히 한 이상 쌍방 주장의 당부는 민사소송 등 적법한 절차를 통하여 해결될 수 있고 또 그렇게 해

결되어야 하는 것임에도 서둘러 금원을 교부받을 생각으로 거액의 허위 세금계산서를 증빙자료로 제출하여 피해자를 기망하고 착오에 빠진 피해자로부터 금원을 지급받은 행위는 사회통념상 정당하다고 보기 어렵다.

다. 2심 법원의 판단 내용

그러나 2심 법원은 위와 같은 1심 법원의 판단을 뒤집어 사기죄 공소사실에 대해 무죄를 선고하였다

(1) 우선 2심 법원은 이 사건 계약의 성격에 대해 다음과 같이 총액확정계약임을 판단하였다.

“이 사건 계약서의 문언, 조달청 전자입찰 공고 내용 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 계약은 계약에서 정한 대금을 당연히 청구할 수 있고, 정해진 단가와 수량을 기준으로 수행된 용역의 정도에 따라 대금이 조정될 수 있는 성격으로 보이고,

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 따른 법률, 같은 법 시행령 등 이 사건 계약을 규율하는 관련 법령은 투입비용에 따른 사후정산 방식으로 대금을 지급하기 위해서는 사전에 그러한 내용의 약정을 하고 정해진 절차를 거치도록 엄격히 정하고 있는바,

이 사건 계약서, 제안요청서, 과업지시서, 지방자치단체 용역계약 일반조건 등 그 어디에도 실제 비용에 따라 사후정산을 하기로 약정하였다고 볼 수 있는 내용이 없으므로, 이 사건 계약의 성격은 총액확정계약으로 봄이 상당하다.”,

“한편, 이에 대하여 H은 행사 진행 중에 피해자의 조직위원회 측과 A회사와의 합의 하에 실비정산계약을 사실상 변경되었다는 취지로도 진술한 바 있으나,

피해자의 공적인 지위나 관련 법령 등에 비추어 볼 때 이러한 중요 사항을 문

서로 통보하거나 근거를 남기지 않고 단순히 묵시적으로 변경하였다는 점은 경험칙상 납득할 수 없어 위 진술을 쉽사리 믿기 어렵고,

그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피해자의 조직위원회 측과 A회사 사이에서 이 사건 계약의 성격을 변경하기로 명시적으로나 묵시적으로나 합의하였다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.”

(3) 다음으로 2심 법원은 세금계산서를 제출한 이유에 대해서 판단했다.

2심 법원은 아래와 같은 이유로 “피고인이 실제 투입비용 세금계산서만을 제출할 경우 원래 계약금액을 모두 지급받지 못하게 되는 것을 방지하기 위한 의도에서 실제 투입된 비용을 부풀려 그에 대한 증빙자료로 허위 세금계산서를 제출한 것으로 보기 어렵다”고 판단하였다.

법원은 우선, 조직위원회 관련자의 진술이 모호하다는 점을 들었다.

관련하여 법원은 계약 초반에 관련자들 사이에서 이 사건 계약이 총액확정계약이라는 인식이 있었음을 지적하면서 “그러한 상황에서 이 사건 계약에 기한 행사가 진행되어 1차 기성금을 지급할 무렵에 와서, 이 사건 계약의 성격을 실비정산계약이라고 통보하는 것은 이 사건 계약의 본질적인 부분을 바꾸는 것으로 매우 중요한 사항이라 할 것인데, 이를 문서로 통보하는 절차 없이, 그것도 적극적으로 통보하는 형태가 아닌 A회사측의 문의에 대하여 소극적으로 답변해 주는 형식으로 알려주었다는 점은 상식적으로 납득하기 어려운 행위이며, 따라서 당시 A회사측으로는 이를 두고 계약의 성격이 바뀌었다고 이해하기는 쉽지 않았을 것으로 보인다.”라고 판시했다.

다음으로 조직위원회 관련자 진술, A회사 직원의 당시 사정을 들었다.

법원은 “당시 H이 감사를 대비하기 위하여 서류를 갖춰놓으려 한다는 취지로 이야기를 한 바 있는데, 이러한 점과 관련하여 A회사측에서는 감사무마용으로 형

식적으로 제출하라는 의미로 받아들였을 개연성이 커보인다. 즉 세금계산서만 보완하여 다시 기성금을 청구하라고 하였으므로 A회사측에서는 청구서류상의 기성 이행률 증빙에 맞추어 세금계산서 금액을 정하여 그에 맞는 기성청구용 세금계산서를 제출하라는 의미로 자연스럽게 이해할 수밖에 없었던 것으로 보인다.”라고 판시하였다.

(4) 결국 2심 법원은 검사가 제출한 관련 증거만으로는 피고인이 허위세금계산서 제출로 피해자의 담당직원을 기망하려 한 의사나 사기죄에서 말하는 기망행위가 있었다는 점이 입증되었다고 보기 어렵다는 이유로 무죄 판단을 하였다.

다. 판례의 시사점

(1) 우리 판례는 사기죄는 재산상 피해가 없어도 성립하고, 설령 사법상 권리를 가진 자라고 해도 그 권리행사가 기망행위를 수단으로 하는 것은 허용될 수 없다는 입장이다. 그리고 위 사건은 사실과 다른 세금계산서 제출이 형사상 사기죄가 성립되는지 여부에 관한 판례이다.

따라서 세금계산서 제출행위로 인해 조직위원회가 실제로 손해를 입었는지, 세금계산서와 계약이행 대가의 지급과의 관계가 세부적으로 실시되지 못한 점은 아쉬운 점이다.

또한 해당 사건이 특정한 사실관계에 한정된 형사사건인 점에서도 행사대행계약 및 사후정산 관련 제반 사항에 대해 판시하고 있다고 보기는 한계가 있다.

(2) 그러나 위 판례에서 총액확정계약인지 여부를 판단함에 있어, 계약서의 문언, 입찰 공고의 내용, 국가계약법상 관련 법령에서 사후정산 방식으로 대금을 지급하는 계약에 관한 엄격한 내용과 절차상 규정을 둔 점, 실제 계약서, 제안요청서, 과업지시서 등의 내용에 비추어 총액확정계약 여부를 판단한 점은 주목할 만

하다.

(3) 또한 총액확정계약이 실비정산계약으로 바뀌었다고 볼 수 있는지에 대해서도 엄격히 판단하고 있는바, 이를 “계약의 본질적인 부분을 바꾸는 것으로서 매우 중요한 사항”이라고 판시하고 있다.

(4) 결국 위 사건은 발주자측 담당자가 근거 없이 정산자료를 갖고 오라고 요구하여 제출된 세금계산서로 인하여 사건이 시작되어 수년간 누차에 걸친 검찰조사, 영장청구, 3번의 재판 등 지난한 과정을 거쳐 간신히 무죄로 확정되었다.

행사대행계약에서의 사후정산과 관련된 여러 문제점들이 보다 명료하게 판단되지 않으면 이러한 일은 언제든지 재발될 수 있을 것으로 보인다.

6. 결론

이상에서 국가계약법, 지방계약법이 적용 또는 준용되는 행사대행계약에서 총액확정계약임에도 사후정산이 이루어지는 경우와 관련된 여러 문제점에 대해 살펴보고자 한다.

우선 국가계약법상 확정계약이 원칙이고, 사후정산이 가능한 개산계약이나 사후원가검토조건부계약은 별도의 요건과 절차가 필요한바, 총액확정계약에서 사후정산을 요구하는 것은 위와 같은 계약의 분류체계와 취지에 반하는 것으로 보인다.

최초 총액확정계약으로 체결한 계약이 사후정산계약으로 변경되는 것은 관련 국가계약법 규정, 특히 개산계약과 사후원가검토조건부계약의 요건과 절차에 비추어 인정되기 힘들 것으로 보이고, 변경이 된다 해도 정당한 당사자의 문서에 의한

변경계약이 체결되는 등 관련 절차가 수반되어야 할 것이다.

총액확정계약에서 입찰공고나 계약상 근거 없이 사후정산을 요구하는 것이 부당함은 물론이고, 설사 입찰공고 또는 계약상 근거가 있다고 해도 총액확정계약의 의미와 법적 성질, 경쟁입찰제도의 취지, 총액확정계약과 사후정산계약의 법규상 구분, 계약금액 조정 제도의 취지, 국가계약법상 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 결과가 되는 점 등에 비추어 적절하지 않다고 보인다. 더구나, 최초 계약금액보다 증액된 금액을 인정하지 않는 정산규정, 입찰공고 또는 제안요청서에 없는 정산규정을 계약서에 비로소 삽입함은 명백히 부당하다고 생각된다.

위와 같은 쟁점들이 다루어진 최근 판례에서도 총액확정계약의 원칙, 사후정산계약으로의 변경 가능성 여부, 근거 없이 사후정산을 요구하는 관행이 위법함이 판단되었다.

현행 국가계약법상 개산계약이나 사후원가검토조건부계약상 관련 규정이 미비하여 구체적인 판단에 있어 발주처의 자의가 개입될 여지가 크다고 보이는바, 행사대행계약에서 사후정산이 예외적으로 인정되는 경우 역시 마찬가지로 문제점이 있다고 보인다.

장기적으로는 총액확정계약에서 사후정산 관행이 근절되어야 할 것이다. 그러나 부득이하게 사후정산이 필요한 경우에도 우리 국가계약법상 개산계약이나 사후원가검토조건부계약에 준하여, 그것이 허용되는 요건과 범위를 명시하고, 관련 정산절차 등 규정을 세밀하고 투명하게 두어야 할 것이다.

그러한 전제가 성립될 때 담당자의 자의를 차단하고 법적 안정성을 높일 수 있을 것이다.

이로써 대규모 국가행사의 행사대행계약을 체결하는 수급자들이 부당하게 피해를 보는 일을 막을 수 있을 것이고, 그것이 장기적으로는 성공적인 대형행사 개최로 이어져 국위선양과 창조경제 발전에까지 이어지리라 생각한다.

참고문헌

- 강성용 외 5인, 국가계약의 주요쟁점, 세창출판사, 2011
김성근, 정부계약법해설(I)(II), 건설경제, 2012
이재권·이명의·이영욱, 알기 쉬운 국가계약해설서, 진원사, 2013
정 원, 공공조달계약법(상), 법률문화원, 2009
최재건, 국가계약법, 청림출판, 2006