

공동계약제도 해설 (II)

최 두 선 / 행정자치부 재정정책팀 행정사무원

지난호에서는 지역의무공동도급제도, 공동수급체 구성시기, 구성원수 대표자의 변경 등에 대하여 알아보았다. 이번호에서도 공동수급체 구성원 추가 또는 탈퇴 등에 대하여 알아보기로 하겠다.

I. 공동수급체 구성원 추가

공동도급계약운용요령 제12조제3항에 규정된 바와 같이 원칙적으로 공동수급체구성원은 추가할 수 없다. 다만, 계약내용의 변경이나 공동수급체구성원중 일부구성원의 파산, 해산, 부도 등의 사유로 인하여 잔존구성원(연대보증인 포함)만으로는 면허, 계약 이행 조건 등을 갖추지 못할 경우에는 발주기관의 승인을 얻어 예외적으로 구성원의 추가를 허용할 수 있도록 정하고 있다.

위 규정은 구성원의 추가를 자유롭게 하기 위한 것이 아니라 불가피한 경우에 한하여 제한된 범위내에서만 허용한다는 뜻을 분명히 하기 위한 것이다.

1. 일부구성원의 파산, 해산, 부도

공동수급체구성원 중 일부구성원의 파산, 해산, 부도 등의 사유로 인하여 잔존구성원 (연대보증인 포함)만으로는 면허, 계약이행 조건 등을 갖추지 못할 경우의 구성원 추가는 새로이 신설된 규정이 아니며 당초 공동수급 표준협정서(공동이행방식, 분담이행방식)에 규정되어 있는 사항이다.

(1) 공동이행방식

공동도급계약운용요령 [별첨1] 공동수급표준협정서(공동이행방식) 제12조제2항에 “구성원중 일부가 탈퇴한 경우에는 잔존구성원이 공동 연대하여 당해 계약을 이행한다. 다만, 잔존구성원만으로 면허, 시공능력 등 당해 계약을 이행하여야 하며, 연대보증인이 없거나 연대보증인이 계약을 이행하지 않는 경우에는 잔존구성원이 발주기관의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다.”라고 규정하고 있는 바, 동 규정 내용 중 후단에 “발주기관의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다”라는 규정이 새로운 구성원을 추가할 수 있다고 해석될 수 있는 것이다.

(2) 분담이행방식

분담이행방식에 의한 공동계약 또는 공동도급계약운용요령 [별첨2] 공동수급표준협정서(분담이행방식) 제13조제2항에 “구성원중 일부가 파산 또는 해산, 부도 등으로 계약을 이행할 수 없는 경우에는 연대보증인이 당해 구성원의 분담부분을 이행하여야 하며, 연대보증인이 없거나 연대보증인이 계약을 이행하지 않는 경우에는 잔존구성원이 이를 이행한다. 다만, 잔존구성원만으로는 면허, 도급한도액 등 당해 계약요건을 갖추지 못할 경우에는 발주자의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다.”라고 규정하고 있는바, 동 규정 내용 중 후단에 “발주자의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다”라는 규정이 공동이행방식과 마찬가지로 새로운 구성원을 추가할 수 있다는 내용이라 할 수 있다.

2. 당해 계약이행요건 구비여부 판단기준

(1) 면 허

공동도급계약운용요령상 잔존구성원의 당해 계약이행요건을 판단함에 있어 규정하고 있는 “면허”는 국가계약법시행령 제12조제2호에 따른 경쟁입찰참가자격중 “다른 법령의 규정에 의하여 허가·인가·면허·등록·신

고 등을 요하거나 자격요건을 갖추어야 할 경우에는 당해 허가·인가·면허·등록·신고 등을 받았거나 당해 자격요건에 적합할 것”이라는 규정과 관계가 있는 것으로 건설산업기본법 등 현행 관련법령상으로는 면허제도가 등록제도로 변경되어 있으므로 “면허”라는 표현보다는 “등록”이라는 용어를 사용하는 것이 타당할 것이다.

(2) 시공능력공시액

건설산업기본법상으로는 “시공능력”으로 정의되어 있는데 국가계약법령상으로는 용어사용의 명확성을 위하여 당초 동일한 의미로 사용했던 도급한도액에 대한 비교개념으로 “시공능력공시액”이라는 표현을 사용하고 있다.

시공능력공시액은 건설교통부장관 또는 시·도지사가 발주기관이 적정한 건설업자를 선정할 수 있도록 하기 위하여 건설업자의 신청이 있는 경우 당해 건설업자의 건설공사실적, 자본금, 건설공사의 안전·환경 및 품질관리수준 등에 따라 시공능력공시액을 산정하여 공시하고 있는 제도이다.

공동계약에 있어 공동수급체 일부구성원의 탈퇴 등의 경우에 잔존구성원의 당해 계약이행요건 구비여부를 판단함에 있어 기준이 되는 “시공능력공시액”이라 함은 관급자재가 있는 공사의 경우에는 공사금액에 관급자재

를 포함하는 개념이며, 또한 시공능력공시액 요건은 당해 공사계약금액 총액을 기준으로 구비여부를 판단하며 기성부분을 제외한 잔액을 기준으로 하지는 않는다.

3. 추가 구성원의 자격

당해 계약이행요건을 충족시키기 위해 제3의 업체를 공동수급체 구성원으로 추가시키는 경우 추가되는 제3업체의 자격에 관하여 국가계약법령상 직접적인 규정은 없으나 국가계약법시행령 제52조의 규정에 의한 연대보증인 또는 공사이행보증제도에 따른 보증이행업체의 자격에 관한 사항을 준용하면 될 것으로 본다.

참고 연대보증인들의 자격

[공사계약일반조건 제9조]

- ① 시행령 제52조의 규정에 의한 연대보증인 및 보증이행업체는 다음 각호에 해당하는 자격을 갖추고 있어야 하며, 계약담당공무원은 연대보증인 및 보증이행업체의 적격여부를 심사하기 위하여 계약상대자에게 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.

1. 독점규제및공정거래에관한법률에 의한 계열회사가 아닌 자

2. 시행령 제76조의 규정에 의한 입찰참가자격 제한을 받고 그 제한기간중에 있지 아니한 자
 3. 시행령 제36조의 규정에 의한 입찰공고 등에서 정한 입찰참가자격과 동등이상의 자격을 갖춘 자
 4. 시행령 제13조의 규정에 의한 입찰의 경우에는 입찰참가자격 사전 심사기준에 따른 입찰 참가에 필요한 종합평점 이상이 되는 자
- ② 계약담당공무원은 제1항의 규정에 의하여 연대보증인 및 보증이행업체로 된자가 부적격하다고 인정되는 때에는 계약상대자에게 연대보증인 및 보증이행업체의 변경을 요구할 수 있다.

4. 구성원 추가시 추가구성원의 출자 비율 등

잔존구성원이 탈퇴한 구성원과 동일한 면허(등록)를 구비하였으나 시공능력공시액이 적은 경우로서 구성원을 공동수급체에 추가하고자 하는 경우에 추가되는 구성원이 탈퇴한 구성원의 출자비율 모두를 시공하여야 하는지 아니면 잔여구성원과 일정비율로 나누어 시공할 수 있는 것 인지의 여부가 문제가 될 수 있다.

이에 대하여는 직접적인 유권해석은 없으

나, 공동이행방식에 있어 잔여구성원의 시공능력공시액이 부족하여 연대보증인이 보증시공을 하는 경우 연대보증인의 출자비율을 연대보증인과 잔여구성원 상호간에 협의하여 결정할 사항이라고 보는 것이 타당하다고 본다.

5. 구성원 추가시 발주기관의 승인

잔존구성원만으로는 면허, 시공능력공시액 등 당해 계약이행요건을 갖추지 못할 경우에는 발주자의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하도록 규정하고 있는 바, 잔여구성원이 발주기관에 승인을 요청한 경우 이에 대하여 발주기관이 승인을 하지 않을 수 있는지의 여부 및 이에 따른 처리절차가 문제가 될 수 있다.

(1) 승인의 법적성격

잔존구성원만으로는 면허, 시공능력공시액 등 당해 계약이행요건을 갖추지 못한 경우 발주기관의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 하는 것이 공동도급계약운용요령 [별첨1] 공동수급표준협정서(공동이행방식) 제12조, [별첨2] 공동수급표준협정서(분담이행방식) 제13조에 각각 규정된 바와 같이 잔존구성원의 의무사항으로 규정하고 있다. 따라서 잔존구성원은 의무적으로 구성원을 추가하는 등 요건을 충족하고 이를 발주기관에 문서로 제

출하여 승인을 요청한 경우 발주기관이 이를 승인하지 않았다면 계약을 해제 또는 해지한다는 것을 의미하게 되며 동 잔존구성원에 대하여는 계약불이행 책임을 묻기가 곤란할 것이다.

또한 잔존구성원이 납부한 계약보증금에 대하여도 발주기관에 귀속을 한다는 잔존구성원의 입장에서는 이의가 있을 수 밖에 없을 것인데 국가계약법령상 계약보증금의 분할 귀속에 대하여는 규정된 바가 없으므로 문제가 발생되며, 공제조합, 보증보험 등 계약보증서를 발급한 기관에서의 보증금상당금액의 현금납부 요청에 대하여 “잔존구성원이 요건을 충족하여 승인요청”을 하였음에도 불구하고 발주기관이 이를 승인하지 않은 것이므로 계약불이행으로 볼 수 없다. 따라서 보증금을 납부할 수 없다는 주장을 할 가능성도 있으며, 일부 구성원의 부도 등으로 계약이 지연되고 있는 상황에서 계약을 해제 또는 해지하게 되면 지체상금은 발생되지 않게 되고 또한 하자보수보증금 등의 징수에 문제가 발생할 수 있어 제3자의 입장에서 본다면 잔존구성원 등에게 발생할 손실을 감해주는 것으로 판단할 가능성이 있을 수 있다.

(2) 발주기관의 승인

발주기관은 위 (1)에서 살펴본 바와 같이 잔

존구성원만으로는 면허, 시공능력공시액 등 당해 계약이행요건을 갖추지 못한 경우로서 잔존구성원이 의무적으로 요건을 충족하고 이를 발주기관에 문서로 제출하여 승인을 요청한 경우 추가되는 구성원의 자격심사 등에 관한 사항 이외에 요청자체에 대하여 이를 승인하지 않을 수 없다 할 것이나, 잔존구성원의 분담부분이 극히 적거나 또는 당해 계약목적물의 특성상 잔존구성원이 새로운 구성원을 선정하여 당해 공사를 수행하는 것이 곤란하다고 판단되는 경우에는 발주기관의 승인 여부 결정이 논란이 될 수가 있다.

이에 대하여 “국가가관이 분담이행방식으로 체결한 공동도급계약에 있어서 구성원중 일부가 파산 또는 해산, 부도 등으로 계약을 이행할 수 없는 경우에는 회계예규 “공동도급계약운용요령” [별첨2] 공동수급표준협정서(분담이행방식) 제13조에 의하여 연대보증인이 계약을 이행하지 않는 경우에는 잔존구성원이 이를 이행하여야 한다. 다만, 잔존구성원만으로는 면허, 도급한도액 등 당해 계약조건을 갖추지 못할 경우에는 발주자의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여 이를 이행하여야 하는 바, 이 경우 계약담당공무원은 잔존구성원의 분담부분이 극히 적거나 또는 당해 계약목적물의 특성상 잔존구성원이 새로운 구성원을 선정하여 당해 공사를 수행하는 것

이 곤란하다고 판단된 경우 당해 계약을 해제·해지할 수 있다(회제41301-299, 2002. 3.8)” 라고 유권해석을 하여 제한된 범위 내에서는 승인을 하지 않고 계약을 해제 또는 해지할 수 있음을 분명히 하였다.

6. 계약내용의 변경

공동계약에 있어서 계약내용의 변경이 발생되었을 때에 변경된 내용에 대하여 공동수급체 구성원(연대보증인 포함)만으로는 면허, 계약이행 조건 등을 갖추지 못할 경우로서 공동수급체구성원 연명으로 구성원의 추가를 요청한 경우에는 예외적으로 구성원의 추가를 허용할 수 있을 것이다.

계약내용의 변경이란 설계변경으로 인하여 새로운 공종이 추가되는 경우가 그 대표적인 예가 될 것이다. 이 경우 추가되는 공종의 이행에 필요한 면허, 허가, 등록 등 계약이행요건을 구성원이 갖추지 못하고 있을 수 있기 때문이다.

예를들어 건축공사 시공 중에 당해 공사와 관련하여 불가피하게 다른 법령에 의한 공사를 일부 시공하여야 하는 경우가 발생되었을 때에 이를 분리하여 별도로 발주하면 문제가 없을 것이나, 당해 건축공사 시공과정에서 시행하여야 하고 두 공종간에 하자불분명 문제

가 발생되어 분리 발주가 어려워 현재 공사를 시공중인 공동수급체가 이를 이행하여야 하나 동 수급체 구성원 중에는 당해 공사이행에 필요한 면허를 보유하고 있는 업체가 없다면 새로운 구성원을 추가하는 것이 가능하다 할 것이다.

II. 공동수급체 구성원의 탈퇴

국가계약법령상 공동수급체의 구성원은 회계예규 “공동도급계약운용요령”에 규정하고 있는 바와 같이 발주자 및 구성원 전원의 동의가 있거나 파산, 해산, 부도, 기타 정당한 이유 없이 당해 계약을 이행하지 아니하여 해당구성원 외의 공동수급체 구성원이 발주자의 이행을 완료하는 날까지 탈퇴할 수 없다.

다만, 공동수급체 구성원 중 파산, 해산, 부도 기타 정당한 이유 없이 당해 계약을 이행하지 아니하여 시행령 제76조제1항제6호의 규정에 의거 입찰참가자격제한조치를 받은 구성원에 대하여는 다른 구성원이 탈퇴조치를 하도록 정하고 있다.

1. 강제적인 공동수급체 탈퇴

공동수급체 구성원 중 파산, 해산, 부도 기타 정당한 이유 없이 당해 계약을 이행하지 아니하고 구성원이 있는 경우에는 발주기관이 속하는 자치단체의 장이 우선적으로 부정당업자 제재조치를 하여야 하며 부정당업자 제재조치가 이루어지면 잔여구성원이 반드시 탈퇴조치를 하여야 한다.

2. 탈퇴 절차

국가계약법령상 잔여구성원의 탈퇴조치에 대한 구체적인 규정은 없으나 관련규정 등을 종합하여 살펴보면 다음과 같은 절차로 이루어지는 것이 타당하다고 볼 수 있을 것이다.

- ① 공동수급체 구성원중 실제 계약이행에 참여하지 아니하고 구성원이 있는 경우 나머지 구성원은 시공에 참여하지 않는 구성원에게 “정해진 기간내에 시공에 참여하지 않으면 발주기관에 부정당업자 제재조치토록 요청하고 동 결과에 따라 공동수급체에서도 탈퇴조치 하겠다”는 내용의 문서를 통보한다.
- ② 위와 같이 문서로 시공참여를 촉구하였으나 정해진 기간내에 시공에 참여를 하지 않는 경우 이를 상세히 문서로 작성

하여 발주기관에 동 구성원에 대한 시공참여를 촉구하고 이에 불응하는 경우 부정당업자제재조치를 하도록 요청한다.

- ③ 발주기관은 기간을 정하여 시공참여를 촉구하고 이에 불응하는 경우 부정당업자제재조치를 하여야 한다.
- ④ 발주기관의 부정당업자제재조치가 이루어지면 잔여구성원은 동 구성원을 탈퇴조치하고 공동수급협정서상 탈퇴자의 출자비율을 잔존구성원의 출자비율에 따라 분할하고 이를 잔존구성원의 비율에 가산하여 새로이 공동수급협정서를 작성하여 발주기관에 제출하여 승인을 받는다.
- ⑤ 발주기관은 새로이 제출된 공동수급협정서를 승인하고 이에 따라 계약서 상에 탈퇴한 구성원에 대한 사항을 명기한다.
- ⑥ 잔여 구성원은 탈퇴하는 구성원에게 기 제출한 출자금에 대하여 계약이행 완료 후 손실을 공제한 잔액을 반환한다는 내용의 문서를 통보한다.

3. 탈퇴에 따른 공동수급내용 변경

(1) 공동이행방식

구성원중 일부가 탈퇴한 경우에는 잔존구성원이 공동 연대하여 당해 계약을 이행한다.

다만, 잔존구성원만으로 면허, 시공능력 등 당해 계약이행 요건을 갖추지 못할 경우에는 연대보증인과 연대하여 당해 계약을 이행하여야 하며, 연대보증인이 없거나 연대보증인이 계약을 이행하지 않는 경우에는 잔존구성원이 발주기관의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다. 이 경우 출자비율은 다음과 같이 변경한다.

① 잔여 구성원이 연대하여 시공하는 경우

공동수급체 잔여구성원이 연대하여 시공하는 경우에는 탈퇴자의 출자비율을 잔존구성원의 출자비율에 따라 분할하여 당초 잔존구성원의 출자비율에 가산한다.

② 잔존구성원만으로 면허, 시공능력 등 당해 계약이행 요건을 갖추지 못할 경우

공동이행방식에 있어 일부구성원이 탈퇴하는 경우로서 잔존구성원의 시공능력공시액 등이 부족하여 연대보증인이 연대보증이행을 하여야 하는 경우 연대보증인이 탈퇴한 구성원의 출자지분 모두를 보증시공하여야 하는지의 여부가 문제가 될 수 있는데 이 경우 하는 것이 합리적이라고 본다.

(2) 분담이행방식

연대보증인이 당해 구성원의 분담비율을 이행하여야 하며, 연대보증인이 없거나 연대

보증인이 계약을 이행하지 않는 경우에는 잔존구성원이 이를 이행한다. 다만, 잔존구성원만으로는 면허, 도급한도액 등 당해 계약요건을 갖추지 못할 경우에는 발주자의 승인을 얻어 당해 요건을 충족하여야 한다.

4. 임의적인 공동수급체 탈퇴

회계예규 공동도급계약운용요령에 “공동수급체 구성원은 발주자 및 구성원 전원의 동의가 없으면 입찰 및 당해 이행을 완료하는 날 까지 탈퇴할 수 없다.”라고 정하고 있다. 동규정을 바꿔 해석하면 공동수급체 구성원은 발주자 및 구성원 전원의 동의가 있으면 입찰 및 당해 계약의 이행을 완료하는 날 까지 탈퇴할 수 있는 것으로 해석된다.

다만, 부도·파산 등으로 인하여 계약을 이행할 수 없는 경우로서 부정당업자로 제재를 받는 경우에는 반드시 탈퇴를 시키도록 하고 있다.

따라서 국가계약법령상 임의적인 탈퇴가 가능한지의 여부가 문제될 수 있을 것인데 이에 대하여는 국가계약법령상 직접적인 규정이나 유권해석이 없다. 우선 국가계약법령상 공동수급체와 유사한 성격을 가진 민법상 조합의 탈퇴에 대하여 알아보는 민법 제716조의 규정에 “조합의 존속기간을 정한 경우에

는 부득이한 사유가 있는 경우에만 탈퇴할 수 있다.”라고 정하고 있다.

공동수급체는 “당해 계약을 공동으로 수행하기 위하여 잠정적으로 결정한 실체”라고 정의한 바와 같이 공동수급표준협정서에 존속기간을 정하고 있다. 따라서 민법상 조합에 견주어 본다면 부득이한 사유가 있는 경우에만 탈퇴할 수 있다 할 것이다.

또한 국가계약법령상 공동계약은 공동수급체 구성원 모두가 계약서에 서명날인 함으로써 성립하는 현명공동도급방식을 채택하고 있으므로 공동수급체 구성원은 발주자 및 구성원 전원의 동의가 없으면 탈퇴할 수 없도록 정하고 있다. 따라서 공동수급체구성원의 임의탈퇴는 부득이한 사유가 있는 경우로서 발주자 및 구성원 전원의 동의가 있어야만 가능하다는 결론을 도출할 수 있을 것이다.

그러나 실제적으로는 공동수급체에서 임의탈퇴를 허용한 경우는 없는 것으로 파악되고 있다. 공동수급체 구성원간에는 일부 구성원의 탈퇴시 실익을 따져 동의를 할 수 있을 것이나 발주기관의 입장에서는 국가계약법령상 공동수급체구성원은 발주기관에 대하여 시공에 참여하여야 할 의무를 가지고 있으며 정당한 이유 없이 시공에 불참하는 경우에는 부정당업자제재조치를 받도록 정하고 있는 바, 발주기관이 부득이한 사유를 재량적으로 인정

하여 임의적인 탈퇴에 동의한다면 이를 면제하는 효과가 발생될 수 있기 때문이다.

참고 민법상 조합탈퇴

국가계약법령상 공동수급체와 유사한 민법상 조합의 경우 조합탈퇴는 임의탈퇴와 비임의탈퇴가 있다.

(1) 임의탈퇴

민법 제716조의 규정에 의하면 조합계약으로 조합의 존속기간을 정하지 아니하거나 조합원의 종신까지 존속할 것을 정할 때에는 각 조합원은 언제든지 탈퇴할 수 있도록 하되 다만, 조합의 불리한 시기에는 부득이한 사유 없이는 탈퇴할 수 없도록 정하고 있다.

또한 조합의 존속기간을 정한 경우에는 부득이한 사유가 있는 경우에만 탈퇴할 수 있도록 정하고 있다.

(2) 비임의탈퇴

민법 제717조의 규정에 의하면 조합원은 사망, 파산, 금치산, 제명의 경우에 조합에서 탈퇴된다고 정하고 있다.

5. 일부 구성원 탈퇴시 계약보증금 귀속여부

공동수급체 일부구성원의 탈퇴조치는 당해 계약의 해제 또는 해지를 뜻하는 것은 아니며 부도, 파산 등의 사유로 계약의 이행이 곤란한 구성원은 탈퇴시킴으로 해서 일면 잔존구성원들이 더욱 원활하게 공사를 이행할 수 있도록 하는 성격을 가지고 있다.

따라서 일부 구성원원의 탈퇴하는 경우 잔존구성원이 연대하여 당해 계약을 이행하는 것이므로 국가계약법령상 계약상대자(시공연대보증인 포함)가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 않는 경우에는 해당되지 않기 때문에 탈퇴한 구성원이 납부한 계약보증금 또는 공동수급체 전체의 계약보증금에 대한 귀속사유는 발생하지 않는다. ☹️

재정 토막상식

리엔지니어링(Reengineering)

기업들간의 생존경쟁이 치열해지면서 미국 유럽 등지의 기업들 사이에서 나타난 새로운 경영 전략의 하나. 우리말로 '조직 재충전'으로 해석할 수 있는데, 그 핵심은 개선 차원이 아니라 원점에서 출발, 완전히 재창조하자는 것이다. 따라서 리엔지니어링은 사업과정을 혁신적으로 재설계(redesign)하고 그것을 고유기능이 무시된 혼성팀이 수행하도록 하는 것을 골자로 한다. 리엔지니어링은 산업혁명 이후 기업경영에서 진리로 받아 들여져 온 분업의 이익, 규모의 경제, 위계질서 등에 의한 통제 등 전통적인 패러다임을 거부한다. 대신 유기적이고 신속하며 효율성 있는 업무의 조직화로 급변하고 있는 경영환경에 능동적으로 대처하는 새로운 모델을 추구한다. 1990년 이후 급속히 확산돼 미국의 IBM, 포드, 코닥 등이 이 개념을 도입, 적극적으로 경영에 활용하고 있다.