

地方財政關聯 判例

1. 대법원 2001.12.11. 선고 2001다33604 판결 [지위보전가처분]

○ 계약담당공무원이 체결한 국가계약이 무효로 되기 위한 요건

【판결요지】

○ 단순히 계약담당공무원이 입찰절차에서 위 법령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다는 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

【채권자, 피상고인】 ○○건설 주식회사

【원심판결】 광주고등법원 2001. 5. 11. 선고 2001라10 판결

【채무자, 상고인】 ○○광역시

【채무자보조참가인】 ○○기업주식회사 외 1

【주 문】 원심판결을 파기하고, 사건을 광

주고등법원에 환송한다.

【이 유】

채무자 및 그 보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)들의 상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 함께 판단한다.

1. 원심판결의 요지

가. 원심은 그 증거에 의하여 다음과 같은 사실을 인정하고 있다.

(1) 채무자는 2000. 11. 4. 광주 제2농수산물도매시장 건립공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)에 관한 입찰공고를 하면서 ① 그 입찰에 참가할 자격을 ‘입찰공고일 현재 최근 10년 이내에 준공된 공사로서 건축법시행령 제3조의 4 관련 [별표1] 판매 및 영업시설 중 도매시장 및 소매시장에 해당하는 국내단일발주공사 건축연면적 40,686㎡ 이상 시공실적이 있는 업체’로 제한하고, ② 낙찰자 결정방법에 관하여 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 ‘국가계약법’이라 한다)시행령 제42조 및 지방자치단체시설공사적격심사세부기준(행정자치부예규 제49호 및 제60호, 이하 ‘세부기준’이라 한다)에 의하여 예정가격 이하로서 최저가로 입찰한 자 순으로 적격심사절차에서 당해 계약의 이행능력을 심사하여 종합평점이 90점 이상을 얻은 자로 정하였다.

(2) 채무자 경리관은 2000. 11. 13. 이 사건 공사의 입찰에 관한 현장설명에서 입찰참가자격에서 정한 ‘판매 및 영업시설’

시공실적의 인정범위에 관하여 ‘용도가 판매시설(복합시설은 판매시설만 해당), 건축법시행령 제3조의 4 관련 [별표1]의 “판매 및 영업시설” 중 도매시장, 소매시장(유통산업발전법에 의한 시장·대형점·대규모 소매점 기타 이와 유사한 것을 말한다)’라고 기재된 설명서를 배포하였다.

(3) 2000. 12. 18. 입찰을 실시한 결과 5개 공동수급체가 참여하여 참가인들로 구성된 공동수급체가 3위의 저가입찰자가 되고, 채권자를 대표로 한 공동수급체는 4위의 저가입찰자가 되었는데, 최저가입찰자 및 제2위의 저가입찰자는 적격심사서류를 제출하지 아니하여 적격심사대상자에서 제외됨에 따라 참가인들의 공동수급체가 적격심사대상자가 되었다.

(4) 세부기준에 의하면 수행능력평가 중 시공경험평가와 관련하여 공동수급체의 경우 당해 공사의 평가기준과 공동수급체 구성원 각각의 시공경험에 공사참여 지분율을 곱하여 산정한 후 이를 합산한 실적을 대비하여 평가하고, 공사실적 합계의 점수 배점에 관하여 당해 공사의 평가기준 규모 대비 100% 이상 20점, 70% 이상 18점, 40% 이상 14점, 20% 미만 12점을 부여하도록 되어 있다.

(5) 채무자는 참가인 ○○기업 주식회사가 제출한 서류에 의하여 그 적격을 심사하면서 시공경험평가 항목에서 연면적 41,268.65㎡의 ○○백화점 건물과 연면적 48,171㎡의 순천 ○○건물을 시공한 ○○기업의 이 사건 공사참여 지분율 55%에 따라 그 시공실적을 합계 49,191.8075㎡{=

41,268.65㎡ + 48,171㎡) × 0.55}로 보고 이 사건 공사의 평가기준 규모인 40,686㎡를 상회한 것으로 인정하여 만점인 20점을 배점함에 따라 종합점수가 90.18이 되어 위 적격심사기준에 의한 적격자로 판명하였다.

(6) 채무자는 이후 2000. 12. 30. 참가인들의 공동수급체를 낙찰자로 결정하고 2001. 1. 5. 이 사건 공사에 관한 도급계약을 체결하였고, 참가인들은 같은 달 12. 공사착공계를 제출한 후 토지를 정리하고 현장사무소를 설치하였다.

나. 그런데 원심은 다음과 같은 이유에서 참가인들의 공동수급체는 낙찰공고에서 정한 적격심사기준인 종합평점 90점을 얻지 못한 것이고, 따라서 참가인들의 공동수급체에 대한 낙찰자 결정은 무효라고 판단하였다.

(1) 입찰공고와 설명서는 전체적으로 하나의 입찰공고로 보아야 하고 설명서에 ‘용도가 판매시설(복합시설은 판매시설만 해당)’이라는 문구를 추가한 취지는 입찰참가자격을 보다 구체적으로 명백히 하기 위한 것이므로, 시공실적을 심사함에 있어서는 준공된 건물이 건축법시행령 제3조의 4 관련 [별표1]의 판매 및 영업시설 중 도매시장, 소매시장(유통산업발전법에 의한 시장·대형점·대규모소매점 기타 이와 유사한 것)에 해당하더라도 복합시설인 경우에는 그 중 판매시설의 시공실적만을 기준으로 삼아야 하고, 여기서의 판매시설에는 그 용도가 “판매시설”인 경우와 건축법시행령

제2조 제1항 제14호 소정의 “판매시설” 부속용도로 사용되는 시설만이 포함되고, 나머지는 제외되는 것으로 보아야 한다.

(2) ○○백화점 건물은 연면적이 41,268.65㎡이나 그 용도는 판매시설 합계 24,410.83㎡, 주차장 합계 10,614.36㎡, 기계, 전기실 842.03㎡, 일반음식점 1,260.80㎡, 관람집회시설 687㎡, 운동시설 3,378.76㎡, 공조실 74.87㎡ 등으로 구분되어 있는 복합시설이다. 따라서 그 중 판매시설 24,410.83㎡와 부속용도인 주차장 10,614.36㎡, 기계, 전기실 842.03㎡, 공조실 74.87㎡만이 입찰공고 및 설명서에서 규정한 시공실적으로 인정할 대상으로 보아야 하고, 이는 입찰참가자격상의 시공실적 평가규모인 40,686㎡에 미달하므로, 결국 위 송원백화점은 시공실적으로 합산, 평가될 수 없다.

(3) 가사 위 순천 ○○건물의 판매시설 48,171㎡가 시공실적에 포함된다 하더라도 공동수급체 중 금광기업의 공사참여지분율을 감안하면 위 평가기준인 40,686㎡ 대비 65.11%(48,171㎡ × 0.55 / 40,686㎡)가 되므로 참가인들에 대하여 배점될 시공경험 점수는 16점이 되고, 결국 총점은 86.18에 불과하여 적격심사 기준인 종합평점 90점을 얻지 못한다.

다. 나아가 원심은, 이를 전제로 채권자를 대표로 한 공동수급체는 참가인들보다 차순위 저가입찰자로서 적격심사대상자의 지위에 있게 되었고 그 공동수급체가 적격심사에서 90점 이상을 얻은 것으로 판명되면 낙찰자로서의 지위를 갖게 될 이 사건

에서 채권자는 채무자에게 이 사건 도급계약의 상대방인 참가인들로 하여금 이 사건 공사를 하지 못하게 할 것을 구할 권리도 있다 할 것이어서, 이 사건 피보전권리에 대한 소명이 이루어졌다고 판단한 다음, 이 사건 입찰에 있어 채권자를 포함한 공동입찰자들이 적격심사대상자의 지위에 있음을 임시로 정하고, 채무자는 이 사건 가처분에 대한 본안사건의 판결 확정시까지 참가인들로 하여금 이 사건 도급계약에 기한 공사를 이행하게 하여서는 아니된다는 가처분을 발령하였다.

2. 대법원의 판단

그러나 위와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 그대로 수용하기 어렵다.

지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다.

한편 국가계약법은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은

법시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 참조).

따라서 단순히 계약담당공무원이 입찰절차에서 위 법령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다는 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

이 사건에 관하여 보건대, 기록에 의하면 세부심사기준에서 시공경험평가요소로 정하고 있는 동일한 종류의 공사실적 인정범

위는 발주기관에서 현재 발주하고자 하는 공사와 공사내용이 실질적으로 동일하여 계약목적의 달성이 가능하다고 평가할 수 있는 준공이 완료된 1건의 단위구조물체로서 그 규모가 40,686㎡ 이상인 실적을 말하는 것인바, 가사 송원백화점 내의 일반음식점, 관람집회시설 및 운동시설이 원심 판시와 같이 건축법시행령의 해석상 용도구분 중 판매시설 자체에 해당하지 아니하고 따라서 이를 입찰공고 및 설명서에서 기재한 실적인정범위에 포함시킬 수 없다 하더라도, 기록에 비추어 살펴보면 이는 판매시설에 부속된 소비자편익시설로서 주된 용도인 판매시설과 일체를 이루어 1건의 단위구조물로서 유통산업발전법에 의한 대규모소매점의 일종인 백화점을 구성하고 있는 한편, 이 사건 공사의 내용은 채소동, 청과동, 수산물동, 관리서비스동, 경비실, 쓰레기처리동을 신축하는 것인데, 관리서비스동에는 대회의실, 금융기관, 식당, 다방 등 편의시설, 관리시설 등 이용자 편의시설이 포함되어 있을 뿐 아니라, 이 사건 공사 중 판매시설의 공사가 송원백화점 중 일반음식점, 관람집회시설 및 운동시설에 비하여 그 시행이 특히 어렵다고 단정할 자료

도 없으므로, 채무자가 적격심사에 있어 송원백화점을 위 소비자 편의시설까지 포함하여 공사실적으로 인정한 것을 가리켜 이 사건 입찰절차의 공공성과 공정성을 현저히 침해할 정도로 중대한 하자라고 보기 어렵다 할 것이고, 달리 이 사건 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이라고 인정할 자료도 기록상 찾아볼 수 없다.

그럼에도 원심은 이와 달리 이 사건 낙찰자 결정 및 도급계약이 무효임을 전제로 이 사건 가처분 신청을 인용하고 말았으니, 원심판결에는 국가계약법 및 입찰공고의 효력 등에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로, 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

2. 대법원 2001.5.15. 선고 2001다14023 판결 [공사대금]

○ 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약 체결의 효력요건
【판결요지】

○ 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 지방재정법 등 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효력이 없다 할 것이다

【원고, 피상고인】 ○○○

【피고, 상고인】 서울특별시 ○○구청장

【원심판결】 서울고등법원 2001. 1. 18. 선고 2000나12893 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

1. 상고이유 제3점에 대하여

(생략)

2. 상고이유 제1, 2점에 대하여

가. 원심판결 이유의 요지

원심판결의 이유에 의하면, 원심은, 그 판시 증거에 의하여, 피고는 1996. 3. 25. 피고 구 관내의 1996년도 불량맨홀정비공사입찰에 참가한 원고와 사이에, 원고가 피고의 작업지시에 따라 그 때부터 1996. 12. 31.까지 피고 관내에 있는 각종 맨홀(상하수도, 통신, 도시가스, 전기맨홀 등) 중 파손 등으로 인하여 생긴 불량맨홀의 보수교체작업(이하 '일반 불량맨홀정비공사'라고 한다) 및 아스팔트 덧씌우기공사 등으로 인하여 지표면 밑에 매몰된 맨홀을 위 지표면과 일치되도록 높이는 작업(이하 '맨홀인상공사'라고 한다)을 각종 불량맨홀의 보수방법에 따라 미리 정한 각 계약단가에 따라 시행하고, 잠정적인 총 공사금액을 104,500,000원으로 정하되, 그 개별적인 공사대금은 피고가 준공검사를 한 후 지급하기로 하는 내용의 1996년도 불량맨홀정

비공사 연간단가계약(이 사건 연간공사계약이라고 한다)을 체결하면서, 개별적인 작업지시는 피고의 분임경리관을 대리하여 토목과장이 구청장 명의의 서면으로 하고, 다만 긴급을 요하는 사항에 대하여는 먼저 피고가 지정한 감독관의 구두지시에 의하여 시행한 후 나중에 피고로부터 작업지시서를 교부받기로 약정한 사실, 이에 따라 피고는, 토목과 도로정비계 소속 공무원으로서 맨홀을 담당하는 소외 ○○○를 원고의 위 맨홀정비공사의 감독관으로 정한 다음, 1996년 10월경까지 수 차례에 걸쳐 원고에게 피고 관내 일반 불량맨홀 340개를 정비할 것을 작업지시하였는데, 위 일반 불량맨홀정비공사의 경우, 맨홀의 불량 여부를 바로 파악할 수 있고 긴급을 요하는 경우가 그다지 많지 아니하였던 관계로, 위 ○○○는 불량맨홀을 수시로 파악하여 그에 따라 기안한 작업지시서를 피고의 토목과장인 소외 □□□의 결제를 받아 원고에게 교부하였고, 원고는 이에 따라 위 ○○○의 감독 하에 일반 불량맨홀 정비공사를 시행한 후, 같은 해 9월 24일 제1차 준공검사를 받고 피고로부터 그 공사대금 합계 267,619,730원(= 제1차 99,660,000원 + 제2차 167,959,730원)을 전액 지급받은 사실, 한편 피고는 1996년도 2차 추정사업으로 1996. 10. 26.부터 같은 해 11월 2일까지 사이에 원심 판시와 같이 ○○○3동 외 4개소 등 8개 구간에 아스팔트 콘크리트 덧씌우기공사(이 사건 덧씌우기공사라고 한다)를 착공하여 1997. 1. 11.까지 이를 시행함

에 있어, 그 구간에 있는 맨홀 뚜껑이 덧씌운 아스팔트 밑으로 묻히게 됨에 따라 맨홀인상공사를 시행할 필요가 있었는데, 그 매몰된 맨홀들을 상당기간 아스팔트에 묻힌 채로 방치할 경우에는 그 동안 화재발생시의 소화전 사용, 도시가스 누출시의 응급조치, 상·하수도 동파·누수시의 보수, 전화 등 통신 불통시의 수리 등이 불가능하게 되고, 나중에 맨홀의 위치를 정확히 특정할 수 없어 단기간에 시행되는 이 사건 덧씌우기공사의 진행정도에 맞추어 각 구간의 공사완료 직후 최대한 빠른 시일 내에 그 인상작업을 시행해야 할 필요성이 있는 반면, 위와 같이 8개 도로구간에서 동시에 광범위하게 덧씌우기 공사가 진행됨에 따라, 매몰되는 맨홀의 수량과 위치, 그에 필요한 인상작업 내용과 비용 등을 사전에 정확히 파악하는 것이 사실상 어려운 관계로, 위 ○○○는 피고 토목과장인 위 □□□와의 협의 하에, 이 사건 덧씌우기공사구간에 대한 맨홀인상공사(이하 '이 사건 맨홀인상공사'라고 한다)를 시공할 원고에게, 이 사건 덧씌우기공사의 착공 전에 미리 맨홀의 위치와 종류를 표시한 각 공사구간의 지적도면을 교부하면서, 이 사건 덧씌우기공사로 인하여 매몰된 맨홀의 수량과 위치를 파악하여 각 공사구간의 덧씌우기공사가 끝나는 대로 매몰된 맨홀의 인상작업을 시행할 것을 구두로 지시한 사실, 이에 따라 원고는 1996년 10월말경부터 이 사건 덧씌우기공사의 진행과정에 맞추어 맨홀인상공사를 시행하여 왔는데, 위 ○○○는 1996. 12. 23.경에 이르러 당시 1996년도

굴착복구기금 잔여 예산이 114,043,740원밖에 남아 있지 아니하고 추가 예산배정이 불가능하여, 위 잔여 예산으로는 원고에게 이 사건 맨홀인상공사비 중 일부만을 지급할 수 있을 뿐인 사실을 뒤늦게 알고, 위 □□□ 등과 대책을 협의한 결과, 당초 구두지시한 대로 원고로 하여금 이 사건 덧씌우기 공사가 시행되는 8개 도로구간의 전체 맨홀에 대한 인상공사를 그대로 시행하게 하되, 그 공사비는 위 잔여예산 범위 내에서 일부만을 지급하고, 나머지 미지급된 맨홀인상공사는 서류상 1997년에 시행한 것으로 처리하여 1997년도 예산에서 그 공사비를 지급하기로 결정하였고, 위와 같은 사실을 원고에게 알리면서 이 사건 맨홀인상공사를 계속 시행하여 완성해 줄 것을 요청한 사실, 원고는 피고측의 위와 같은 제의를 승낙하여 그 후 1997. 2. 4.경까지 이 사건 덧씌우기 공사의 전구간에 설치되어 있던 총 504개의 맨홀에 대한 인상작업을 마쳤는데, 피고는 같은 해 1월말경 맨홀인상공사를 지시하는 내용의 작업지시서를 위 1996년도 잔여예산액에 맞추어, 같은 해 11월 26일자로 위 공사구간 중 ○○○동길 구간의 맨홀 19개에 대하여, 같은 해 12월 10일자로 ○○○3동 외 4개소의 맨홀 66개 및 시흥 4동의 맨홀 39개에 대하여 맨홀인상공사를 지시한 것으로 소급하여 작성한 후 이를 원고에게 교부한 사실, 피고는 1997. 1. 28. 일부 맨홀인상 작업분 109개분(당초 작업지시서가 작성된 맨홀은 위와 같이 합계 124개였으나, 그 후 이를 109개로 감축하는 것으로 변경통보하였다)

에 대하여 준공검사를 마쳤고, 같은 해 1월 31일 원고에게 그 공사비로 81,594,740원을 지급하였는데, 공사비가 지급된 위 109개를 제외한 나머지 맨홀 395개에 대한 인상작업비를 이 사건 연간공사계약상의 단가를 기준으로 산출(단 물량산출은 1997년 건설공사 표준품셈을 기준으로 하고, 작업시간은 주간작업으로만 계상하되, 전체공사비에 당초 낙찰율 95.99%를 적용하여 산출)하면 269,060,000원이 되고, 한편 피고는 이 사건 맨홀인상공사가 완료된 이후에도 그 도로구간을 점유·관리하여 오고 있는 사실을 인정함 다음, 위 인정 사실에 의하면, 위 ○○○가 이 사건 덧씌우기 공사에 앞서 피고로부터 작업지시권을 위임받은 위 □□□와 협의하여, 원고에게 이 사건 덧씌우기 공사 구간의 맨홀 전체에 대한 인상작업을 구두로 지시하였고, 그 후 위 ○○○가 1996년도 잔여예산으로는 원고에게 이 사건 맨홀인상공사비 중 일부만을 지급할 수 있을 뿐인 사실을 뒤늦게 알게 된 이후에도, 위 ○○○를 통하여 원고와 사이에 1997년 예산으로 편법처리하기로 합의한 후, 원고에게 이 사건 맨홀인상공사 중 공사비 미지급부분까지 완성할 것을 다시 지시하였고, 원고가 이에 따라 이 사건 맨홀인상공사를 완성한 이상, 피고는 원고에게 나머지 맨홀인상공사비 269,060,000원을 지급할 의무가 있다고 판단하여, 공사비지급을 구하는 주위적 청구를 배척하고 부당이득반환을 구하는 예비적 청구를 일부 인용하였던 제1심판결을 취소한 다음, 원고의 주위적 청구를 일부 인용하였다(주위적 청

구를 인용하였으므로 예비적 청구에 대한 피고의 항소에 대하여는 별도로 판단하지 아니하였다).

나. 판 단

구 지방재정법(1997. 12. 31. 법률 제 5454호로 개정되기 전의 것) 제63조에 의하여 준용되는 국가를당사자로하는계약에 관한법률 제7조에 의하면, '지방자치단체의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 하는 경우에는 원칙적으로 일반경쟁에 부쳐야 하고 다만, 계약의 목적·성질·규모 등을 고려하여 필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있다'고 규정하고, 같은 법 제11조에 의하면, '지방자치단체의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 할 때에는 계약의 목적·계약금액·이행기간·계약보증금·위험부담·지체 상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여야 하며, 이 경우 그 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다'고 규정하고 있는바, 위 각 규정의 취지에 의하면 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효

력이 없다 할 것이다(대법원 1989. 4. 25. 선고 86다카2329 판결, 1993. 6. 8. 선고 92다49447 판결, 1993. 11. 9. 선고 93다 18990 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실에 의하면, 원·피고는 당초 이 사건 1996년도 연간공사계약을 체결하면서, 개별적인 작업지시는 피고의 분임경리관을 대리하여 토목과장이 구청장 명의로 서면으로 하되, 다만 긴급을 요하는 사항에 대하여는 먼저 피고가 지정한 감독관의 구두지시에 의하여 시행한 후 나중에 피고로부터 작업지시서를 교부받기로 약정하였는데, 피고의 토목과장 소외 □□□가 1996년도 예산에 맞추어 109개 맨홀에 대한 작업지시서만 작성하여 교부하였을 뿐, 이 사건 맨홀인상공사의 목적물인 나머지 395개 맨홀에 대하여는 결국 작업지시서를 교부하지 않았다는 것이고, 기록에 의하면 피고 토목과장인 위 □□□가 내부적으로는 이 사건 맨홀인상공사 부분에 대해서는 1997년도에 별도로 발주하여 시행하겠다고 보고하였으며, 이 부분 공사비에 대하여는 1996년도 예산으로 지급될 수 없다는 사실을 원고에게 통보하여 원고도 이를 알고 있었다는 것이므로, 위 395개 맨홀에 대한 공사는 1996년도 예산으로 집행되는 이 사건 연간공사계약에 따른 것이라고 볼 수 없으며, 이는 1997년도에 별도로 발주하여 경쟁입찰 등의 방법으로 정해지는 새로운 시공업자와 사이에 1997년도 연간공사계약을 체결하여 시행해야 할 부분에 해당한다고 보아야 할 것이다(기록에 의하면 피고의 토목과장인 위 □□□는 이 사건 맨홀

인상공사 부분도 원고로 하여금 시공하도록 편의를 봐주기 위해서 원심 판시와 같은 편법을 동원하여 처리하려고 했던 것으로 보인다).

그런데 원심이 인정한 바에 의하면, 원고는 피고의 토목과장인 위 □□□와 사이에, 1997년도에 집행되어야 할 이 사건 맨홀인상공사에 대해서도 원고가 시공하기로 하되 서류상으로는 1997년도에 시행한 것으로 처리하여 그 공사비를 1997년도에 편성될 예산중에서 지급하기로 구두 약정하였다는 것인바, 위와 같은 계약은 지방자치단체를 당사자로 하는 계약이므로 위 법령이 정하는 바에 따라 경쟁입찰 또는 수의계약에 의하여 계약상대자를 정한 다음, 계약의 목적·계약금액·이행기간·계약보증금·위험부담·지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여 그 담당 공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명하는 방식에 의하여야 할 것임에도 불구하고, 이러한 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 채 구두로 약정한 것만으로는 계약으로서의 효력이 없다고 할 것이다.

그렇다면 원심으로서서는 마땅히 이 사건 맨홀인상공사에 대한 공사비의 지급을 구하는 원고의 주위적 청구를 배척한 다음, 피고가 그 공사비 상당의 부당이득을 얻었음을 이유로 부당이득의 반환을 구하는 원고의 예비적 청구에 대하여 판단하였어야 함에도 불구하고, 원고의 주위적 청구를 인용하고 말았으니, 원심판결에는 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있거나 지

방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 할 것이다.

건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사

[공기업 관련]

3. 대법원 2001.10.12. 선고 99도5294 판결 [뇌물수수·부동산실권리자명의등기에 관한법률위반]

- ① 서울시 지하철공사의 임직원의 직무가 형법 제132조의 알선수뢰죄에 있어 '공무원의 직무'에 해당하는지 여부(적극) 및 그 알선수뢰죄에 있어서 '공무원이 그 지위를 이용하여'의 의미
- ② 공무원이 제3자를 초대하여 함께 향응을 접대받은 경우, 뇌물수수액의 산정 방법

【판결요지】

[1] 지방공기업법 제83조는 지방공사의 임원 및 직원을 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 보도록 규정하고 있으며, 서울시 지하철공사는 위 규정이 적용되는 지방공사의 하나이므로, 피고인이 서울시 지하철공사의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수하였다면 이는 형법 제132조에 해당하는 것이며, 한편 알선수뢰죄는 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하는 것을 그 성립요건으로 하고 있고, 여기서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 이에 해당하고, 그 사이에 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계가 있음을 요하지 않는다.

[2] 피고인이 증뢰자와 함께 향응을 하고 증뢰자가 이에 소요되는 금원을 지출한 경우 이에 관한 피고인의 수뢰액을 인정함에 있어서는 먼저 피고인의 접대에 요한 비용과 증뢰자가 소비한 비용을 가려내어 전자의 수액을 가지고 피고인의 수뢰액으로 하여야 하고 만일 각자에 요한 비용액이 불명일 때에는 이를 평등하게 분할한 액을 가지고 피고인의 수뢰액으로 인정하여야 할 것이고, 피고인이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우에는, 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 접대에 요한 비용에 포함시켜 피고인의 수뢰액으로 보아야 한다.

【피고, 상고인】 ○○○외 1인

【원심판결】 서울고등법원 1999. 11. 16.
선고 99노1802 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 피고인 ○○○의 상고이유에 대하여

가. 원심은, ① 피고인 ○○○가 1995년 6월 일자불상경 서울시 지하철공사와의 장소 임대차계약에 기하여 음료수자판기 영업을 하고 있는 업체의 대표이사 ○○○로부터 서울시 조례가 제정되어 임대차계약 여건에 변화가 생기더라도 기존 자판기운 영업자들이 계속 영업을 할 수 있도록 공사 사장에게 청탁해달라는 부탁을 받고 이를 승낙한 후, 같은 달 18일부터 1996년 9월 하순경 사이에 그 청탁에 대한 사례로 제공되는 것이라는 점을 알면서 ○○○로부터 제1심 판시 별지1 범죄일람표 기재와 같이 합계 금 6,597,925원 상당의 금품 및 향응을 제공받아 공무원의 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수하고, ② 1997년 1월 초순경 ○○○에게 서울시의 중소기업육성자금을 지원해 주겠다고 제의하고, 같은 해 2월 20일경부터 1998. 6. 1.까지 사이에 중소기업육성자금 지원을 부탁할 때 편의를 봐달라는 뜻에서 제공되는 것이라는 점을 알면서 ○○○로부터 제1심 판시 별지2 범죄일람표 기재와 같이 합계 금 7,015,833원 상당의 금품 및 향응을 제공받

아 직무와 관련하여 뇌물을 수수하였다는 공소사실에 대하여, ① 그 내세운 증거들에 의하여, 위 피고인이 ○○○로부터 자판기 운영업자들이 계속 영업을 할 수 있도록 서울시 지하철공사 사장에게 청탁해달라는 부탁을 받고 이를 승낙한 후 금품 및 향응을 제공받은 사실을 인정한 다음, 기록에 의하면, 위 피고인이 1970년경부터 서울시 소속 공무원으로 재직하면서 서울시 소속 각 과장 및 국장, 1988년경부터는 서울시 각 구의 부구청장, 1995년 6월경부터 서울 중구청장, 서울시 산하 세종문화회관장, 1997. 1. 1.부터 1998. 6. 30.까지 서울시 지역경제국장으로 재직하면서 서울시나 그 산하 단체의 업무에도 깊숙이 관여해 온 사실을 알 수 있으니, 위 피고인은 자신의 직무와 직접 또는 간접적으로 관련되는 서울시 지하철공사 소속 관계 공무원들이나 사장에게 부탁하는 등의 방법으로 그 직무에 관하여 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었다고 인정하기에 충분하다고 하고, ② 또한 증거들에 의하여, 위 피고인이 ○○○에게 서울시의 중소기업육성자금을 지원해 주겠다고 제의하고 그로부터 위 자금지원을 부탁할 때 편의를 봐달라는 뜻에서 제공되는 것이라는 점을 알면서 금품과 향응을 제공받은 사실을 인정한 다음, 금품 및 향응의 제공이 장래 중소기업육성자금을 부탁할 때 편의를 봐 주겠다는 뜻에서 이루어진 이상 그 제공 당시에는 자금지원의 요건에 해당하지 않는다고 하더라도 대가성이 없다거나 범죄에 대한 인식이 없었다고 볼 수 없다고 하여, 위

공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

나. 지방공기업법 제83조는 지방공사의 임원 및 직원을 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 보도록 규정하고 있으며, 서울시 지하철공사는 위 규정이 적용되는 지방공사의 하나이므로, 피고인이 서울시 지하철공사의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수하였다면 이는 형법 제132조에 해당하는 것이며, 한편 알선수뢰죄는 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하는 것을 그 성립요건으로 하고 있고, 여기서 '공무원이 그 지위를 이용하여'라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없으나, 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우에는 이에 해당하고, 그 사이에 상하관계, 협동관계, 감독권한 등의 특수한 관계가 있음을 요하지 않는다고 할 것이다(대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1900 판결 등 참조).

이러한 법리에서 관련 증거들을 기록과 대조하여 보면, 원심의 증거취사와 사실 인정은 정당하고, 나아가 위 피고인이 서울시 지하철공사 소속 관계 공무원들이나 사장의 직무에 관하여 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었으며, 중소기업육성자금 지원과 관련하여 받은 금품 및 향응은 직무와의 대가성이 있고, 또 위 피고인

에게 각 범행의 뇌물성에 대한 인식도 있었다고 한 원심의 판단은 모두 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 알선수뢰죄의 구성요건이나 뇌물성에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙에 위배하고 심리를 다하지 아니하여 사실 인정을 그르친 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 원심은 증거들에 의하여, 이 사건 알선수뢰 및 뇌물수수의 각 범행 당시 위 피고인이 골프예약을 행하고 □□□에게 연락하면 □□□는 위 피고인이 골프회동에 데려온 일행들을 위하여 골프회동에 소요된 비용을 지출한 사실을 인정한 다음, 위 피고인과 참석자들과의 관계 등을 고려할 때 위 피고인의 뇌물수수액은 □□□와 그 일행 △△△에게 소요된 부분을 제외한 금액 전액이 된다고 판단하였다.

피고인이 증뢰자와 함께 향응을 하고 증뢰자가 이에 소요되는 금원을 지출한 경우 이에 관한 피고인의 수뢰액을 인정함에 있어서는 먼저 피고인의 접대에 요한 비용과 증뢰자가 소비한 비용을 가려내어 전자의 수액을 가지고 피고인의 수뢰액으로 하여야 하고 만일 각자에 요한 비용액이 불명일 때에는 이를 평등하게 분할한 액을 가지고 피고인의 수뢰액으로 인정하여야 할 것이고(대법원 1977. 3. 8. 선고 76도1982 판결 등 참조), 피고인이 향응을 제공받는 자리에 피고인 스스로 제3자를 초대하여 함께 접대를 받은 경우에는, 그 제3자가 피고인과는 별도의 지위에서 접대를 받는 공

무원이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 제3자의 접대에 요한 비용도 피고인의 접대에 요한 비용에 포함시켜 피고인의 수퇴액으로 보아야 할 것이다.

같은 취지에서 이 사건 각 항응비용 중 □□□와 그의 일행 △△△에게 소요된 부분을 제외한 금액 전액을 피고인 ○○○의 뇌물수수액이라고 한 원심의 판단도 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 수퇴액 산정에 관한 법리를 오해하거나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고인 ♡♡♡의 상고이유에 대하여

원심은, 위 피고인이 피고인 ○○○와 사이에 그가 취득하는 토지의 소유권을 형식적으로 피고인 ♡♡♡ 앞으로 경료하기로 명의신탁 약정을 한 다음, 1996. 3. 29. 서울 ○○구 ○○동 60의 4 대 218㎡ 중 1/4 지분에 관하여 피고인 ♡♡♡ 명의의 소유권이전등기를 경료하였다는 부동산실 권리

자명의등기에관한법률위반의 공소사실에 대하여, 그 내세운 증거들에 의하여, 피고인 ○○○와 그의 형 ○○○가 공동으로 위 토지의 1/2 지분을 매수하였음에도 불구하고 명의수탁자인 피고인 ♡♡♡ 명의로 소유권이전등기를 경료함으로써 위 법률을 위반하였다고 인정한 다음, 가사 그 토지를 관리하던 피고인 ♡♡♡가 일부 공과금 등을 부담한 바 있다고 하더라도 그러한 명의신탁관계에 영향을 미치는 것은 아니라고 판단하였는바, 관련 증거들을 기록과 대조하여 보면 원심의 사실 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하여 사실 인정을 그르친 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[공유재산 관련]

4. 대법원 2001.3.27. 선고 2001다64472 판결 [부당이득금반환]

○ 지방자치단체나 국가가 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우, 자주점유의 추정이 깨어지는지 여부

【판결요지】

○ 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임

이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 하므로, 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어지고, 또한 지방자치단체나 국가가 자신의 부담이나 기부채납 등 지방재정법 또는 국유재산법 등에 정한 공공용 재산의 취득절차를 밟거나 그 소유자들의 사용승낙을 받는 등 토지를 점유할 수 있는 일정한 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우에도 자주점유의 추정은 깨어진다고 보아야 할 것이다.

【원고, 상고인】 ○○○

【피고, 피상고인】 ○○광역시

【원심판결】 부산고등법원 2000. 10. 18.
선고 2000나5152 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

【이 유】 상고이유를 본다.

1. 원심은, ○○광역시 ○구 ○○동 954-2번지 도로 238㎡와 같은 동 955-2번지 도로 688㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다.)는 원래 ○○○의 소유였는데, 원고와 그 형제자매들이 ○○○, ○○○, ○○○를 순차로 거쳐 이를 공동으로 상속하여 1999. 7. 2. 재산상속분할협약에 의하여 원고의 단독소유가 된 사실, 이 사건 토지는 1919. 10. 14. 그 지목이 도로로 변경되고, 그 무렵 당시 경상남도 부산부와 함경남도 원산부를 연결하는 도로부지로 편입되었으며, 조선총독은 1938. 12. 1. 고시 제956호로 당시 시행되던 조선도로령 제13조에 따라 위 도로를 국도(7호선)로 인정한 사실, 피고가 국가의 점유를 승계하여 1962. 6. 1. 부터 이 사건 토지를 점유하여 관리하고 있는 사실을 인정한 다음, 이러한 인정 사

실들을 기초로 하여 국가는 1938. 12. 1. 부터 이 사건 토지를 자주점유한 것으로 추정되고, 조선총독부나 국가가 이 사건 토지에 관하여 적법한 보상절차를 거친 자료가 없고, 토지대장에 원고의 외증조부인 ○○○이 소유권자로 계속 등재되어 있었다는 점 외에는 달리 이 사건 토지에 대한 국가의 점유가 권원의 성질상 자주점유였거나 자주점유의 추정이 반복되었다고 인정할 만한 자료가 없으므로 1958. 12. 1. 에 이르러 이 사건 토지에 대한 국가의 점유 취득시효가 완성되었다고 판단하였다.

2. 그러나 피고가 그 점유를 승계한 국가나 조선총독부의 이 사건 토지에 대한 점유가 자주점유라는 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 하므로, 이로써 소유의 의사가 있는

점유라는 추정은 깨어지고(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결 참조), 또한 지방자치단체나 국가가 자신의 부담이나 기부의 채납 등 지방재정법 또는 국유재산법 등에 정한 공공용 재산의 취득 절차를 밟거나 그 소유자들의 사용승낙을 받는 등 토지를 점유할 수 있는 일정한 권원 없이 사유토지를 도로부지에 편입시킨 경우에도 자주점유의 추정은 깨어진다고 보아야 할 것이다(대법원 1998. 5. 29. 선고 97다30349 판결 참조).

그렇다면 원심으로서는 조선총독부가 이 사건 토지를 도로부지로 편입하면서 매입이나 기부 등 당시의 국유재산법{국유재산법을 조선에 시행하는 건(1936. 8. 14. 칙령 제266호)에 의하여 1937. 4. 1.부터 우리나라에서 시행된 일본의 구 국유재산법(1921년 법률 제413호)} 등에 정한 공공용 재산의 취득절차를 밟거나 그 소유자의 사

용승낙을 받았는지 등 도로로 사용하게 된 경위와 보상을 하였는지 여부에 대하여 심리하였어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 위와 같은 사정에 관하여 심리하지 아니하고 피고가 그 점유를 승계한 국가나 조선총독부의 점유를 자주점유로 추정하여 취득시효가 완성되었다고 판단한 것은 부동산점유취득시효에 있어서 자주점유의 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다. 

