[10~12] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

조달행정이란 국가가 물품이나 서비스를 구매하는 행정 행위를 가리킨다. 이는 주로 경제적 동기에 의해 이뤄지지만 특정한 정책적 목표를 달성하기 위해 전략적으로 활용될 수 있다. 우리나라의 경우 법률에 의거하여 경쟁원리와 함께 전략적 조달을 공공조달의 토대로 인정하고 있다. 공공조달계약은 일반적인 계약처럼 보이지만 국가가 주체라는 점에서 개인 간의 평등한 관계를 다루는 사법으로 환원시키기 어렵다는 지적이 있다. 독일을 보더라도 공공조달계약을 사법상 계약으로 간주하였으나 예산법에서 경쟁법으로 그 구조를 바꾼 이후 기본권이나 평등같은 공법적 요소를 더욱 헤아릴 수 있는 '공법적 함의'를 제공하고 있다.

국가의 법적 제약에 관한 논의는 공법과 사법을 구분하는 것으로부터 시작되었다. 공법과 달리 기본권의 직접적인 구속력은 사법에서는 그 힘을 발휘하지 못한다. 기본권 규정은 방사 효과를 통해 법 체계에 전반적으로 영향을 행사할 수 있지만 직접적 구속력은 제3자 효과와는 구별되는 개념이다. 사용자의 여성 근로자 차별에 대해서는 법원이 민법을 해석할 때 평등권의 가치를 반영하여 사법적 관계를 규율할 수 있다.

절대 왕정 시대에 국가는 통제 불가능한 권력의 전형이었다. 시민은 국가의 저항할 수 없었고, 다만 재산적 보장을 요구할 수 있었다. 한편 근대 독일에서는 공권력 행사자인 국가는 한편으로 사경제 주체로서 계약이나 거래에 참여하는 주체로도 활동할 수 있다는 생각이 자라났다. 공법은 권력 작용으로부터, 사법은 계약 당사자의 대등성과 사적 자치로부터 그 기본 골격이 갖춰지기 시작했기에 권력성이 배제되는 작용을 사법의 영역으로 귀속시켜 확대하고자 한 것이다. 이러한 필요성에서 국가는 국고로서 사법상 계약 당사자로 기능할 수 있다는 국고 이론이 확립되었다. 국가 자아의 한편에는 권력 주체로서 국가가 있으며, 다른 한편에는 재산권 주체인 국고가 존재한다는 것이다.

하지만 19세기 이후 국고의 의미는 변색되기 시작했다. 국가법인격의 단일성 이론과 법치주의 원칙이 자리를 잡으면서 국고 이론은 국가가 공법적 책임을 회피하는 도구가 되기도 하였다. 이른바 '사법으로의 도피' 가능성이 문제가 되자, 독일에서는 법이론적 논의를 통해 행정사법 개념이 등장하게 되었다. 행정사법 이론에 따르면 법적 성격은 사법이지만 공법적 지배를 받는 특유의 법 영역을 행정사법이라 지칭한다. 급부행정과 같이 직접적 목적이 공익 실현에 있다면 사법이 온전히 적용되는 국고행정의 영역에서 분리하자는 것이다. 조달행정의 경우 단순한 국고적 부조행위로 간주되어 행정사법에 포함되지 않는다는 의견이 주류였지만 독일 기본법 제1조 제3항에 근거하여 사법적 형식의 모든 국고행정을 행정사법에 포함해야 한다는 결론에 이르게 된다.

공공조달계약에 관하여 국가 행정은 마치 사인의 거래 관계와 유사하게 행정 내부 규칙으로 그 방침을 정하면 족하였다. 계약에 따른 분쟁도 민사법원의 관할에 속하게 되었는데, 특히 낙찰에 실패한 입찰자의 권리보호가 주요 쟁점으로 떠올랐다. 낙찰에 실패한 입찰자는 낙찰 전 계약체결에 대한 정보를 받을 수 없었다. 입찰은 청약을, 낙찰은 계약의 성립으로 이해되어 낙찰과 계약 체결이 동시에 이루어졌기 때문이다. 낙찰 실패자의 권리보호 부재로 인해 제삼자가 낙찰을 받지 못하게 하거나 계약 체결 전에 이의를 제기하여 낙찰을 중단시킬 수도 없었다. 입찰자가 할 수 있는 건 낙찰자가 된 것이 아님으로 인한 민사상 신뢰손해 배상 청구 뿐이었다. 이와 같은 상황이 심화되자, 동등대우와 투명성에 대한 실효성 그리고 당위성이 중요시되어 공공조달지침이 채택되었다. 이 지침은 효율적인 예산 활용과 조달경쟁의 촉진을 목표로 삼으면서도 열린 경쟁을 보장하여 가능한 한 많은 입찰자가 시장에 참여하도록 하려는 목적도 가지고 있었다. 이에 따라 낙찰에 실패한 입찰자는 고등법원에서 사후 권리구제 절차를 밟을 수 있었다. 공공조달이 행정 내부 규율인 예산법에 속해있던 시기에는 입찰 절차와 심사기준의 준수를 요구할 수 있는 입찰자의 권리가 존재할 수 없었기 때문이다.

또한 공정한 시장 경쟁 질서 보호를 위한 독일의 경쟁제한방지법도 주목을 끌었다. 이는 본래 민간 기업 간의 경쟁을 규율하던 법이지만 공공조달지침을 독일에 적용하기 위해 기존의 예산법적 규율에서 경쟁법적 해결로 그 구조가 전환된 것이다. 이 법은 조달 주체에 의해 학립된 적합성 기준, 낙찰 기준, 이행 조건 등이 차별적 요소를 포함하여 사업자의 시장 장벽을 높이는 것이 동등대우 원리에 위배된다는 것을 지적하고 있다. 경쟁제한방지법은 단순히 경제적 효율성만을 외치는 것이 아니라 경쟁제한을 최소화하기 위해 수단과 목적 간의 적절한 비례관계가 성립해야 한다는 비례의 원칙 준수도 명시적으로 규정하고 있다. 이 맥락에서 투명성과 동등대우는 그 자체로 규범적 힘을 갖는다. 이러한 가치들은 궁극적으로 평등의 원리에 의해 구현되기 때문이다.

10. 윗글에 관한 이해로 적절한 것은?

① 공익적 목표가 있는 행정 행위는 조달행정에 해당한다.

② 공법의 영역에서는 제3자 효과가 발생하지 않는다.

③ 방사 효과는 기본권 규정이 개인 간 관계에 간접적으로 영향을 미치는 것을 말한다.

④ 법치주의 원칙이 확립되면서 공공조달계약은 사법의 영역에서 배제되었다.

⑤ 19세기 이후 국고 이론의 의미가 퇴색되어 재산권 주체가 사법적 책임을 회피하려 하는 문제가 일어났다.

11. 윗글을 바탕으로 <보기>에 관해 추론한 것으로 가장 적절한 것은?.

<보 기>

갑 회사는 열심히 입찰을 준비했지만 낙찰되지 않았다. 그런데 나중에 알고 보니 낙찰자로 선정된 경쟁사는 심사기준을 충족하지 않았다. 하지만 이미 계약은 체결되었고, 갑 회사는 심각한 손해만 입게 되었다.

① 공공조달지침 채택 전에, 갑회사는 경쟁사로부터 낙찰자의 성명과 청약에 실패한 이유를 제공받지 못했겠군.

② 갑 회사가 낙찰 결과 발표 이후, 누가 낙찰되었는지 알 수 없었다면 그 이유는 입찰과 낙찰이 동시에 체결되었기 때문이겠군.

③ 공공조달지침 채택 전에, 갑 회사는 제삼자인 경쟁사를 상대로 민사법원에 어떠한 소송도 제기할 수 없었겠군.

④ 공공조달계약을 예산법으로 이해하는 시기에는 갑 회사가 그 이전과 달리 민사소송 중심의 투명성과 동등대우의 원칙을 보장받을 수 있었겠군.

⑤ 낙찰예정자 통보 단계를 도입하여 갑 회사가 낙찰되지 못한 이유와 낙찰자 정보를 받았다면 공정한 경쟁질서 보장이라는 공법적 기능이 강화된 사례로 볼 수 있겠군.

13. 윗글을 바탕으로 '공법적 함의'가 갖는 의의를 추론한 것으로 적절하지 <u>않은</u> 것은?

① 가능한 한 불필요한 경쟁을 최소화하여 행정의 실천적 원칙으로서 조달행위에 공법적 기속을 부여한다.

② 입찰자도 기본권적 보호를 받는 주체로 설정하여 입찰에 관심이 있는 모든 이들에게 투명한 자료를 제공한다.

③ 외형은 민사 계약이지만 공법의 제약을 받는 계약에 관해서는 법치행정의 절차적 정당성을 강조하여 평등과 공정 그리고 투명성의 실현을 지향한다.

④ 경쟁은 기본권적 평등과 연결된 질서이며, 조달경쟁의 공정성은 공법의 주요 과제임을 환기한다.

⑤ 적절한 권리구제 절차를 마련하여 조달 주체의 자의적 행태를 견제하는 공법적 통제장치의 필요성을 강조한다.