

2019 조달청
연구용역 과제보고서

불공정한 조달행위에 따른 위반 제재금(위약벌)제도 도입 방안 연구

2019. 07.

조달청

불공정한 조달행위에 따른 위반
제재금(위약벌)제도 도입 방안 연구

2019. 07.

연구책임자 : 김영두(충남대학교)

연구보조원 : 최윤석

김진아

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구배경	1
1. 부당이득 환수 업무 개요	1
2. 부당이득 환수 결정관련 최근 소송 추이	1
제2절 연구 필요성	2
제3절 연구의 내용	2
1. 현행 부당이득 환수 현황 검토	2
2. 현행 부당이득 환수 근거의 한계 및 문제점	2
3. 국내·외 각 기관의 위약벌 제도 분석	2
4. 위약금 및 위약벌 도입 방안	3
제4절 연구의 범위	3
제2장 위약금에 대한 비교법적 검토	4
제1절 일본민법	4
제2절 유럽계약법원칙	4
제3절 유럽의 공통참고기준초안	5
제4절 독일법	6
1. 계약법상의 손해배상 및 일괄손해배상	6
2. 독일민법상 위약벌 조항	7
3. 계약벌의 발동	9
4. 채권자의 다른 청구권들과의 관계	9
(1) 불이행이 발생한 사례	9
(2) 부적절한 이행이 이루어진 사례	0
5. 채무자보호를 위한 제한조치	10
(1) 일반	0
(2) 계약벌의 배제	1

(3) 법원의 위약금감액 1

제5절 프랑스법 12

- 1. 프랑스민법과 위약금 12
- 2. 프랑스민법상 위약금에 관한 조항 13

제6절 영미법 14

제3장 위약금에 대한 현행법제의 분석 15

제1절 손해배상예정, 위약금, 위약벌의 관계 15

- 1. 손해배상의 예정에 대한 현행법의 입장 15
- 2. 위약벌에 대한 현행법의 입장 15
- 3. 손해배상의 예정과 위약벌의 구분 16

제2절 현행법제에 대한 검토 16

- 1. 손해배상 예정과 위약벌의 구분의 어려움 17
- 2. 현행법의 문제점이 드러난 사례 17
 - (1) 위약금의 이중적 지위(손해배상 예정·위약벌) 인정 71
 - (2) 특수한 손해배상의 예정을 인정함 8

제4장 부당한 이득의 법적 성격 20

제1절 관련규정 및 판례 20

- 1. 물품다수공급자계약특수조건 20
- 2. 계약보증금에 관한 규정 20
- 3. 계약보증금에 관한 판례의 입장 21

제2절 특수조건 제20조 위반행위의 사례분석 23

- 1. 허위서류제출(제1호) 2
- 2. 직접생산의무위반(제2호) 4
- 3. 계약규격위반(제4호) 8
- 4. 우대가격유지의무위반(제5호) 8

제3절 부당한 이득의 법적 성격 32

- 1. 부당한 이득과 손해배상 32
- 2. 부당한 이득과 손해배상의 예정 35

3. 손해의 내용 36

제4절 부당한 이득과 위약벌 36

1. 판례의 입장 36
2. 감액의 어려움 37

제5장 제도개선방향 38

제1절 위약금 제도의 도입 38

1. 부당한 이득을 의무위반에 대한 손해배상으로 파악 38
2. 부당한 이득의 산정방법을 특수조건에 명시 38
3. 위약금이라는 용어의 도입 38
4. 위약벌제도의 도입 38

제2절 위약금의 액수와 산정기준 39

1. 위반행위의 유형별 위약금 기준 설정 39
2. 계약보증금과 부당한 이득의 관계 39
3. 위약금을 초과하는 손해의 배상 39

제3절 위약벌제도를 도입함 40

제6장 결론 : 제도개선방안 41

제1절 위약금제도의 도입 41

1. 【물품다수공급자계약 특수조건】 개정제안 41
2. 개정이유 42
3. 개정내용 42
 (1) 부당한 이득이라는 표현의 개정(제1항 및 제4항) 24
 (2) 위약금의 산정기준 명시(제1항) 34
 (3) 계약상대자의 이의제기절차(제2항) 34
 (4) 추가적인 손해배상을 허용(제3항) 44
4. 기대효과 44
 (1) 부당한 이득의 법적 성질을 위약금으로 명시함 4
 (2) 현행법제도에 대한 변화를 최소화하면서 문제해결 4
 (3) 계약보증금과 부당한 이득의 관계를 명확히 할 수 있음 4

제2절 위약금 산정기준 45

1. 위약금산정기준에 관한 [별표3]	44
2. 개정이유	47
3. 개정내용	47
(1) 산정기준의 기본방향	47
(2) 위약금 산정기준	47
① 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 행위	47
㉠ 용어의 의미	48
㉡ [제1방안] 산정예시	48
㉢ [제2방안] 산정예시	48
㉣ 검토결과([제2안]이 타당)	94
② 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위	49
㉠ 용어의 의미	49
㉡ 위약금 산정방법의 근거	50
㉢ 산정예시	50
③ 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위	51
④ 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위	52
㉠ 용어의 의미	53
㉡ 산정예시	53
⑤ 우대가격 유지의무를 위반하는 행위	54
㉠ 용어의 의미	54
㉡ 산정예시	54
⑥ 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위	55
⑦ 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위	56
(3) 위약금을 초과하는 손해의 발생	6
4. 기대효과	57

제3절 위약벌 제도의 도입 58

1. 위약벌에 관한 규정의 신설	58
2. 개정이유	59
3. 개정내용	60
(1) 자료제출의무	6
(2) 부정한 행위의 조사를 위한 자료제출의무 위반	6
(3) 위약금 산정을 위한 자료제출의무위반	6
(4) 정당한 사유	6

4. 관련규정 및 판례	61
(1) 방위사업법	6
(2) 물품 제조·구매 계약특수조건 표준(일반 및 방산)[방위사업청예규]	8
(3) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결	2... 6

제1장 서론

제1절 연구배경

1. 부당이득 환수 업무 개요

조달청의 조달가격조사과¹⁾는 조달계약의 이행 과정에서 규격미달, 허위서류, 직접생산 위반, 우대가격유지의무 위반 등 불공정조달행위가 있는 경우에 계약상대자의 부당이득을 조사하여 이를 환수하고 있다. 이러한 부당이득은 국가가 민법상 사경제의 주체로서 계약위반에 따른 손해배상을 청구하는 것이다. 계약상대자가 자발적으로 부당이득금을 조달청에 지급하지 않는 경우에 민사소송에 의해서 이를 환수하게 된다.

부당이득 환수는 조달청 부서의 부당이득 환수 요청에 따라서 조사하고 공정조달심의위원회 심의를 거쳐 환수에 관한 결정을 한 후에 이를 계약상대자에게 고지한다. 업무의 흐름은 다음과 같다.

부당이득 환수 요청(공정조달관리과, 계약부서) → 부당이득 조사 → 환수예정 통지 및 의견제출 → 공정조달심의위원회 심의 → 환수고지 → 수납(수요기관 환불) 또는 미납 시 소송

부당이득 환수의 대부분은 직접생산의무위반이나 우대가격 유지의무위반 사건이다.

2. 부당이득 환수 결정관련 최근 소송 추이

최근 직접생산의무위반으로 인한 부당이득 환수소송의 1심 판결에서 조달청은 패소하였다. 패소의 이유는 부당이득 환수권이 본질적으로 민법상 손해배상이기 때문에 손해를 전제로 하여야 하지만, 국가가 입은 손해를 입증할 증거가 부족하며, 부당이득금이 손해배상금이기 때문에 계약보증금이라는 손해배상의 예정액이 있는 경우에 그 예정액만을 청구할 수 있을 뿐이며, 별도로 손해배상을 청구할 수 없다는 점이 었다. 그리고 계약보증금을 국고로 귀속시킨 상태에서 다시 부당이득을 배상해야 하는 것은 이중배상에 해당한다는 점에 대한 언급도 있었다.

1) 다수공급자계약(MAS)의 품목 증가 등 계약규모의 증가로 인한 불공정한 조달행위의 근절에 보다 체계적인 대처를 위하여 계약심사협의회(불공정한 조달행위 여부 조사)와 조달가격조사과가 직제로 신설('17.2.28)

제2절 연구 필요성

조달계약의 이행과정에서 불공정한 조달행위를 한 경우에 조달계약 자체의 종료 여부를 떠나서 계약상대자가 그러한 조달계약으로부터 이익을 취할 수 없도록 할 필요가 있다. 부당이득 환수제도는 그러한 관점에서 필수적인 제도인데, 손해의 입증 이 곤란하며, 계약보증금과 부당이득금의 관계 등과 관련하여 개념상 혼란스러운 측면이 있다. 이러한 혼란스러움은 부당이득금 환수소송에서 조달청의 패소라는 결과로 연결되었다. 조달청은 2018년에 부당이득금 환수근거를 개정하였으나 조달청이 여전히 손해를 입증해야 하며, 부당이득금을 민법상 부당이득금과 혼동할 가능성이 높다. 따라서 기존의 부당이득 환수제도를 계약위반에 따른 손해배상액의 예정이나 위약벌제도로 변경할 필요가 있다. 이러한 변경을 통해서 손해입증의 곤란, 계약보증금과 부당이득의 관계, 이중배상의 문제 등이 발생하지 않도록 해야 한다.

제3절 연구의 내용

1. 현행 부당이득 환수 현황 검토

먼저 부당이득 환수의 정의와 법적 근거 및 계약상의 근거를 살펴본다. 그리고 부당이득 환수제도가 조달계약에 있어서 국가와 계약상대자에게 미치는 효과를 검토한다. 이를 바탕으로 조달청에서 부당이득을 환수한 사례를 분석하고 이러한 분석을 바탕으로 부당이득이 현실적으로 어떻게 산정되었는지 살펴본다.

2. 현행 부당이득 환수 근거의 한계 및 문제점

부당이득 환수와 관련된 조달청 특수조건의 내용과 그에 따른 조달계약의 내용을 분석한다. 이러한 분석을 바탕으로 현행 부당이득 환수제도가 갖고 있는 한계와 문제점을 분석한다. 특히 조달청이 부당이득 환수소송에서 패소하게 된 원인을 분석한다.

3. 국내·외 각 기관의 위약벌 제도 분석

부당이득 환수는 결국 조달계약상의 의무를 위반하여 불공정한 조달행위를 한 것에 대한 손해배상에 해당한다. 따라서 부당이득 환수제도는 손해배상액의 예정제도나 위약벌 제도로 구체화될 필요성이 있다. 이를 위해서 위약금과 위약벌에 관한 각국의 입법례를 살펴본다.

그리고 조달청과 마찬가지로 방위사업청에서도 조달을 함에 있어서 부당이득 환수 제도와 위약벌 제도를 마련하고 있는데, 이러한 제도의 현황 및 관련 법령을 분석한다.

4. 위약금 및 위약벌 도입 방안

부당이득제도를 위약금 및 위약벌로 전환하기 위한 방안을 검토한다. 먼저 불공정한 조달행위의 경우에 환수해야 하는 부당이득금을 위약금의 형태로 규정하기 위한 방안을 살펴본다. 특히 위약금을 산정하기 위한 기준을 명확히 하여 이를 특수조건에 포함시킬 수 있는지, 포함시킨다면 어떠한 내용으로 포함시켜야 하는지 살펴본다.

불공정한 조달행위에 따라 부당이득금을 환수하기 위해서는 위반행위를 조사하고 손해를 산정할 필요성이 있다. 그런데 조달청은 강제적으로 상대방으로부터 정보를 제공받을 수 없기 때문에 상대방의 자발적인 협조가 없다면 위반행위를 조사하고 부당이득금을 산정하기 어렵다. 이러한 점을 고려하여 상대방이 자료를 제출하지 않는 경우에 위약벌을 부과하는 제도를 도입할 수 있는지, 도입한다면 어떠한 내용으로 규정해야 하는지 살펴본다.

제4절 연구의 범위

연구의 범위는 다음과 같다.

첫째, 위약금의 연구와 관련하여 독일, 일본, 미국과 영국, 프랑스의 위약금 제도를 살펴본다.

둘째, 조달계약과 관련된 법제도를 살펴보기 위해서 조달사업법과 그에 관한 특수조건 및 방위사업법과 관련된 특수조건을 살펴본다.

셋째, 부당이득 환수제도를 위약금이나 위약벌 제도로 변경할 필요성이 인정된다면 그에 따라 특수조건을 어떻게 개정해야 하는지 구체적인 개정안의 내용을 제시한다.

제2장 위약금에 대한 비교법적 검토

제1절 일본민법

일본민법 제420조는 우리민법과 마찬가지로 손해배상의 예정에 대해서 규정하고 있다. 그런데 일본민법 제420조 제1항은 법원에 의한 예정액의 증감을 허용하고 있지 않다. 그러나 공서양속에 반하는 경우에는 손해배상의 예정이 무효로 될 수 있다. 2020년부터 시행되는 일본민법개정안에서는 제420조 제1항 후단을 삭제하였다. 즉 손해배상 예정액의 증감을 금지하는 단서를 삭제한 것이다. 개정 과정에서는 손해배상의 예정이 있더라도 채무자가 감액된 금액을 주장할 수 있도록 제3항에서 규정하였으나 이 부분은 개정에 반영되지 않았다.²⁾ 위약금의 약정이 있는 경우에 당사자들은 채무불이행이 있는 경우에 위약금만을 청구할 수 있다. 그러나 당사자 사이에 위약금과 별도로 손해배상을 인정하는 경우에는 그러한 특약도 유효하다.³⁾ 일본민법의 기초자들은 손해배상의 예정에 해당하는 위약금과 위약벌에 해당하는 위약금의 차이를 다음과 같이 파악하였다.⁴⁾ 첫째, 예정액은 손해의 산정을 법원에 맡기는 것이 적절하지 않거나 입증이 곤란한 경우에 이용되고, 위약벌은 이행을 확실하게 하기 위한 목적으로 이용된다. 둘째, 손해배상의 예정은 손해배상의 목적을 갖고 있지만 위약벌은 私的인 罰이다. 셋째, 손해배상의 예정은 당연히 허용되지만 위약벌은 불법적일 수 있다. 넷째, 손해배상의 예정이 있으면 예정액만을 청구할 수 있지만, 위약벌의 경우에는 손해배상청구도 가능하다.

제2절 유럽계약법원칙

유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law; 이하 “PECL”)은 유럽공동체 내에서 통용되기 위해서 유럽계약법위원회(Commission of European Contract Law)가 작성한 계약법에 관한 하나의 모범법(model law)이다. 계약당사자는 계약을 체결하면서 불이행이 있는 경우에 일정한 금액을 지급하기로 하는 합의를 하는 경우가 있다. 유럽계약법원칙 제9:509조는 이 경우를 다루고 있다. 이러한 합의금은 손해배상액에 대해서 미리 산정해 두는 것일 수도 있고, 계약위반에 대한 제재라는 의미에서 위약벌에 해당할 수도 있다. 유럽계약법원칙 제9:509조는 손해배상액에 대한 사전적 합의나 위약벌에 대한 합의가 모두 유효하다는 것을 전제로 한다.⁵⁾

2) 民法(債權關係)の改正に関する中間試案, 17頁

3) 강신웅, 위약금에 관한 비교연구, 민사법학(한국민사법학회, 1996), 28면.

4) 강신웅, 위의 논문, 21면.

5) Principles of European Contract Law, Part I and Part II, prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, (Netherland; Kluwer Law

불이행이 면책되는 경우에는 합의금의 지급을 청구할 수 없다.⁶⁾ 손해배상의 약정이 있다면 실제로 불이행이 발생하는 경우에 채권자는 이행청구를 할 수 없고 단지 약정된 손해배상만을 청구할 수 있는가? 당사자가 미리 손해배상에 대한 약정을 해두었다고 해서 이행청구권이 배제되는 것은 아니다. 따라서 채권자는 이행의 청구나 합의금의 청구를 선택적으로 할 수 있다.⁷⁾ 또한 채권자에게 실손해가 발생했는지 여부와 상관없이 합의금을 청구할 수 있다(Art. 9:509(1) PECL). 합의금을 넘는 손해가 발생한 경우에 당사자의 합의금이 손해배상에 대한 최소한의 기준만을 설정한 것이라면 합의금을 넘는 손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있다.⁸⁾

당사자의 합의금이 부당하게 과도한 경우에 법원은 합리적인 금액으로 감축할 수 있다(Art. 9:509(2) PECL). 당사자들이 합의할 당시에는 합리적이었지만 나중에 부당하게 된 경우에도 이 규정이 적용된다.⁹⁾ 법원은 합의금이 실제 발생한 손해를 상당히 넘어서는 경우에만 감액할 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 불이행을 방지하고자 하는 당사자의 의사를 고려해서 합의금을 감액해야 한다. 따라서 단순히 실손해와 합의금의 차이만을 고려해서는 안 되며 손해배상의 약정을 통하여 이행을 강제하고자 하는 당사자의 의사를 고려해야 한다.¹¹⁾

제3절 유럽의 공통참고기준초안

“공통참조기준초안”(Draft of a Common Frame of Reference; 이하 “DCFR”)은 유럽민법통합을 위해서 유럽집행위원회(European Commission)의 지원 하에 작성된 모범법(model law)이다. 그 자체가 법적인 효력은 없지만, 유럽연합 회원국의 사법(私法)의 공통적인 내용만을 추출한 하나의 모범법에 해당한다. DCFR에 따르면 당사자들은 손해의 발생을 입증하기 어려운 경우에 사전에 계약위반시에 일정한 금액을 지급하는 것을 약정할 수 있다. 그와 같은 약정은 채권자가 계약을 이행하도록 강제하는 기능도 수행한다. 즉 손해배상의 예정은 손해의 입증곤란을 덜어주며, 채무자에게 채무를 이행하도록 압력을 가하는 기능을 한다.

DCFR III. - 제3:712조(1)은 이러한 손해배상의 예정이 유효함을 규정하고 있으며, 당

International, 2000)(이하 “Lando/Beale”로 인용), Art. 9:509, Note 1, p. 455.

6) Lando/Beale, Art. 9:509, Note 1, p. 455. 우리 나라에서는 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에도 손해배상의 예정액을 청구할 수 있다는 견해(곽윤직, 채권총론(박영사, 2000), 162면; 김상용, 채권총론(법문사, 2004), 200면)와 귀책사유가 있는 경우에만 예정액을 청구할 수 있다는 견해(서민, “손해배상액의 예정”, 민사법학 제7호, (한국민사법연구회, 1988), 160-191면; 이창환, “손해배상의 예정에 관한 몇 가지 문제점”, 민사법연구 제3집, (대한민사법학회, 1994), 181면)가 나뉘고 있다.

7) Lando/Beale, Art. 9:509, Note 2, p. 456.

8) Lando/Beale, Art. 9:509, Comment A, p. 454.

9) Lando/Beale, Art. 9:509, Comment B, p. 454.

10) Lando/Beale, Art. 9:509, Comment B, p. 454.

11) Lando/Beale, Art. 9:509, Comment B, p. 454.

사자는 손해의 발생을 입증하지 않더라도 불이행이 있는 경우에 약정한 금액을 청구할 수 있다. 채권자는 손해배상의 예정이 단순히 최소손해에 해당한다는 점을 명시하였다면, 예정액보다 더 많은 손해가 발생하였음을 입증하여 예정액을 초과하는 손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있다.¹²⁾

만약 발생한 손해를 고려하거나, 그 밖의 사정을 고려할 때 예정액이 지나치게 과다하다고 판단되면 법원은 합리적인 액수로 감액할 수 있다(DCFR III. -제3:712조(2)). 예정액이 지나치게 과다하는 판단을 함에 있어서 예정액과 실제 손해의 관계를 살펴보아야 한다.

제4절 독일법

1. 계약법상의 손해배상 및 일괄손해배상

독일민법 제280조~제283조는 의무위반(Pflichtverletzung)으로 인한 손해배상의 내용을 규정하고 있다. 여기서 손해배상은 채무자의 의무위반에 대한 과책(Verschulden) 즉, 고의와 과실을 모두 포함하는 귀책사유(Vertretenmüssen)를 전제로 한다. 채무자가 책임이 있는 사유로 자신의 채무를 이행하지 않거나 혹은 적절하게 이행하지 않는 경우에 독일민법은 이에 관한 주된 법적 효과로서 이행청구권과 병행하는 손해배상청구권 혹은, 이행청구권에 갈음하는 손해배상청구권(填補賠償請求權)을 규정하고 있다. 그러나 이러한 손해배상을 통하여 손해가 항상 충분하고 만족스럽게 제거될 수는 없다. 특히 독일민법 제253조는 비재산적 손해에 대한 규정을 두고 있다. 이 조문에 의하면 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해로 인하여 손해가 발생하는 경우에 비재산적 손해임에도 불구하고 상당한 금전배상을 청구할 수 있지만, 이 비재산적 손해는 언제나 요구할 수 있는 손해가 아니라, 법률이 규정하고 있는 사례에서만 금전으로 배상을 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서 기대하였던 손해의 배상이 배제될 가능성도 있으므로, 손해배상청구권의 행사가 손해배상을 항상 만족시킬 수 있다고는 말할 수 없다. 예컨대 채권자가 직접 입주하려고 하는 집의 완공이 늦어지는 사례, 혹은 경쟁금지위반(Wettbewerbsverbot)으로 인하여 발생된 손실(Gewinnentgang)이 발생하는 경우에 채권자가 이에 대한 손해를 입증하기 어려운 사례들이 있다.¹³⁾

12) Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(Full Edition), Sellier European Law Publishers(October 20, 2009), p. 977.

13) Dieter Medicus/Stephan Lorenz: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München (Beck) 2015, S. 267.

독일에서는 이러한 어려움을 해결하기 위하여 당사자들이 배상하게 될 손해의 최고 한도를 정하여 일괄적으로 배상받을 수 있도록 총체적 합의를 하는 방법이 나타났다. 다음과 같은 경우에는 독일민법 제309조 5호에 따라 비사업자를 상대로 일괄손해배상의 합의가 가능하다. 즉 일반보통약관(AGB)을 통하여 합의할 경우, 일괄손해배상에 관하여 합의한 총액이 통상적으로 기대할 수 있는 손해의 범위를 넘지 않으면서, 손해가 실질적으로는 발생하지 않았든가, 혹은 손해가 합의된 총액보다는 상당히 낮다는 증명을 다른 계약상대방이 할 수 있도록 가능성을 열어 두는 경우가 바로 그것이다. 이러한 요건은 합의된 총액이 위약금(Vertragsstrafe)으로 성격이 바뀌게 되는 점을 저지하기 위함이다.¹⁴⁾

2. 독일민법상 위약벌 조항

제339조 계약벌의 발동

채무자가 자신의 채무를 이행하지 않거나 적절한 방식으로 이행하지 아니한 경우에 대하여 채권자에게 위약벌로서 금액지급을 약속한 경우, 만약 채무자가 지체에 빠지면 위약벌이 발동된다. 채무이행이 부작위로 존재하는 경우, 위배행위와 함께 발동된다.

제340조 불이행에 대한 계약벌

(1) 채무자가 자신의 채무를 이행하지 않을 때에 위약금을 약속한 경우, 채권자는 발동된 위약금을 이행에 갈음하여 요구할 수 있다. 채권자가 채무자에게 위약금을 요구한다고 의사표시하는 경우, 이행청구권은 배제된다.

(2) 채권자에게 불이행으로 인한 손해배상청구권이 부여되면, 채권자는 발동된 위약금을 손해의 최소한도의 금액으로 요구할 수 있다. 그 밖의 손해의 행사는 배제되지 않는다.

제341조 부적절한 이행시의 계약벌

(1) 채무자가 채무의 이행을 적절한 방식으로, 특히 정하여진 시점에, 이행을 하지 않는다면, 채권자는 발동된 위약벌을 이행청구와 병행하여 요구할 수 있다.

(2) 채권자에게 부적절한 이행으로 인한 손해배상청구권이 부여되면, 제340조 제2항의 규정을 적용한다.

(3) 채권자가 이행된 것을 수령하면, 채권자가 수령당시 위약금을 요구하는 경우에만 위약금을 요구할 수 있다.

제342조 위약금과 다른 벌

14) Medicus/Lorenz, S. 267.

금전지급과 다른 급부가 위약벌로서 합의된 경우, 독일민법 제339조에서 제341조까지의 규정이 적용된다; 채권자가 위약벌을 요구하는 경우, 손해배상청구권은 배제된다.

제343조 위약금의 감액

(1)발동된 위약금이 부적절하게 높다면, 위약금은 채무자의 신청으로 판결을 통하여 적절한 금액으로 감액될 수 있다. 적절함을 판단함에 있어서 단순히 재산적 이해관계만이 아니라 채권자의 모든 정당한 이해관계가 고려되어야만 한다. 위약금을 지급한 후에는 감액이 배제된다.

(2)누군가가 행위를 작위 혹은 부작위로 행하는 사례에 대하여 위약벌을 약정하는 경우에는 제339조와 제342조의 사례 외에도 [제343조 제1항이] 동일하게 적용한다.

제344조 무효인 위약벌합의

법률이 급부에 관한 합의를 무효라고 하는 경우, 비록 당사자가 약속한 것의 무효를 알았다고 하더라도, 약속한 것을 불이행하는 경우와 관련된 위약벌합의는 무효다.

제345조 입증책임

채무자가 자신의 채무를 이행하였음을 이유로 하여 위약벌의 발동에 관하여 다투는 경우, 채무의 이행이 부작위로 존재하지 않는 한에 있어서, 이행을 증명하여야만 한다.

독일민법은 이러한 일괄손해배상제도를 넘어서서 계약벌(Vertragsstrafe, 번역상 위약금 혹은 위약벌)에 관한 합의를 가능하도록 하는 제도를 제339조 이하에서 규정하고 있다. 독일민법은 우리¹⁵⁾와는 달리 손해배상의 예정에 관한 내용을 규정하고 있지는 않다. 독일의 계약벌제도는 장래에 발생할 것이라고 기대되는 손해를 배상하는 제도이기는 하지만, 궁극적인 목적은 가능한 한 계약상대방을 강제하여 계약상 의무를 이행하도록 압박하는 것을 주된 목적으로 삼고 있다.¹⁶⁾ 만약 계약 당사자가 장래의 손해액을 위약금으로 합의한 경우, 합의한 위약금액이 실제 발생한 손해배상액보다 낮거나 혹은 같다면 채무자를 심리적으로 압박할 수는 없을 것이다. 그러나 위약금액이 장래에 발생할 손해액을 분명하게 상회한다면 채무자를 압박할

15) 지원림, 민법강의, 16판, 2019년, 난외번호[4-230b]: 우리의 경우 위약금을 손해배상액의 예정으로 추정하는바, 위약금약정은 심리적 경고를 통한 이행확보기능과 손해의 발생 및/또는 손해액에 대한 증명곤란의 구제 및 분쟁의 예방이라는 손해전보기능을 갖고 있는 것으로 일반적으로 설명되고 있다. 이와 비교하여 위약벌은 심리적 경고만을 가지고 있다고 일반적으로 다루어진다.

16) BGHZ 49, 84, 89; 105, 25, 27.

수 있는 실효성은 그 만큼 충분하게 확보된다고 말할 수 있다. 이러한 이유 때문에 손해의 일괄배상총액과 위약금액 사이의 경계를 지어 주는 기준이 매우 중요한 의미를 갖게 되었다. 특히 독일민법 제343조에 따라서 위약금이 허용되지 않거나, 법원의 판결로 감액될 가능성이 있기 때문에 이러한 경계는 매우 중요하다. 위약금액으로 합의된 금액이 장래 발생할 손해액보다 더 확실하고 분명하게 높게 정하여진다면, 위약금제도를 더 받아들일 수 있는 가능성은 그 만큼 높아진다고 판단된다.¹⁷⁾

3. 계약벌의 발동

독일민법 제339조 1문은 채무자가 자신의 채무를 이행하지 않거나 적절한 방식으로 이행하지 아니한 경우에 대하여 채권자에게 위약벌로서 금액지급을 약속한 경우, 만약 채무자가 지체에 빠지면 위약벌이 발동된다고 규정하고 있다. 이 조문에 따르면 계약벌은 채무자의 이행지체가 발생되어야 비로소 발동되는 것이며, 채무의 목적이 되고 있는 급부의 이행기가 이미 도래하였음을 전제하고 있다. 이행기 전에 이루어진 진지하고 중독적인 이행거절이 독일민법 제280조 제1항, 제3항 및 제281조에 따라서 급부에 갈음하는 손해배상청구권(전보배상청구권)을 발생시키지 않는 것과 마찬가지로, 이러한 이행거절이 계약벌을 발동시키지는 않는다.¹⁸⁾ 그리고 독일민법 제339조 2문은 채무이행이 부작위로 존재하는 경우, 위배행위와 함께 발동되는 것으로 규정하고 있는바, 여기에 대하여 채무자의 귀책사유가 불필요하다는 주장도 일부 제기되고는 있으나, 통설은 귀책사유가 필요하다는 입장이다.¹⁹⁾

독일민법 제339조 1문은 임의규정이므로, 당사자는 과책(귀책사유)과 무관한 계약벌을 합의할 수도 있다. 그러나 일반거래약관을 통하여 귀책사유의 요건을 포기하는 한, 이 포기는 통상적으로 일반거래약관의 내용통제를 다루고 있는 독일민법 제307조 제2항 1호에 반하여 무효가 된다. 이 조문은 약관조항이 계약의 성질로부터 발생하는 본질적인 권리와 의무를 계약의 목적달성을 위태롭게 하도록 제한하는 경우라면, 의심스러운 경우에 이 조항이 부적절한 불리한 조항으로 여겨질 수 있다는 내용을 담고 있다.²⁰⁾

4. 채권자의 다른 청구권들과의 관계

(1) 불이행이 발생한 사례

17) Medicus/Lorenz, S. 267 f.

18) Medicus/Lorenz, S. 269.

19) Medicus/Lorenz, S. 269.

20) Medicus/Lorenz, S. 269.

채무자의 불이행 사례에서는 합의된 위약금을 독일민법 제340조 제1항에 따라 오직 이행에 갈음하여 요구할 수 있다. 따라서 위약금청구권을 이행청구권과도 병합할 수 없고, 이행에 갈음하는 전손배상청구권(全損賠償請求權)도 병합할 수 없다. 독일민법 제340조 제2항 2문이 그 밖의 손해배상을 배제하지 않으므로, 위약금 이외에 초과된 손해가 발생되면 이 조문을 근거로 배상받을 수 있다. 독일민법 제342조에 따르면, 금전지급과 다른 급부를 위약벌로서 합의하는 경우, 독일민법 제339조에서 제341조까지의 규정을 적용하게 되는데, 채권자가 위약벌을 요구하는 경우에는 손해배상청구권이 배제된다. 그 이유는 손해배상과 계산이 어렵기 때문이다. 청구권들 사이에 선택적 경합이 존재하는바, 독일민법 제340조 제1항 2문이 채권자가 채무자에게 계약벌을 요구한다고 의사표시하는 경우, 이행청구권을 배제하는 것으로 규정하고 있으므로, 채권자가 계약벌을 선택하면 종국적인 결정이 되어 버린다(전보배상 청구시 이행청구권의 배제에 관한 독일민법 제281조 제4항과 유사). 즉, 이행을 요구할 수는 없는 것이다. 그러나 만약 이행을 요구하는 경우라면, 후에 다시 계약벌을 요구할 수 있다.²¹⁾

(2) 부적절한 이행을 이루어진 사례

부적절한 이행(독일민법 제280조 제1항²²⁾, 제286조와 연계된 제280조 제2항²³⁾, 제437조 3호²⁴⁾, 제634조²⁵⁾)이 이루어진 사례에서, 독일민법 제341조 제1항에 따르면 채권자가 그 계약벌과 병행하여 이행청구권을 행사할 수 있지만, 채권자가 이행하는 것을 수령하는 경우에 계약벌을 유보하다는 내용을 규정하고 있는 독일민법 제341조 제3항은 채권자의 부담으로 엄격하게 적용된다. 예컨대 지체배상과 같이 부적절한 이행으로 인한 손해배상은 독일민법 제341조 제2항에 따라 위약금에 산입된다.²⁶⁾

5. 채무자보호를 위한 제한조치

(1) 일반

당사자가 합의하여 지급된 위약금의 액수는 통상적으로 손해배상액보다 높다. 채무자를 강제하기 위한 목적이 크기 때문에 그러하다. 그러나 채무자가 지급하여야 할

21) Medicus/Lorenz, S. 270.

22) 의무위반으로 인한 손해배상.

23) 채무자지체로 인한 손해배상.

24) 하자가 있는 경우 매수인의 권리.

25) 하자가 있는 경우 도급인의 권리.

26) Medicus/Lorenz, S. 270.

손해배상액이 1천만 원인데, 계약별로 1억 원을 지급하도록 합의하는 것이 채무자에게 매우 불리할 수 밖에 없다. 따라서 채무자보호를 위하여 위약벌을 배제하는 점과, 법원을 통한 위약금의 감액을 가능하도록 하는 내용을 독일민법이 규정하고 있다.²⁷⁾

(2) 계약벌의 배제

몇몇의 사례들에서 법률은 계약벌에 관한 합의를 무효로 보고 있다. 예컨대 독일민법 제555조는 임대인이 임차인으로부터 위약금을 받는 합의를 무효로 하고 있으며, 독일민법 제309조(비사업자에 대한 규정) 6호에 의하면 급부를 수취하지 않는 사례 혹은 급부수취를 지체하는 사례, 지급을 지체하는 사례 혹은 다른 계약 상대방이 계약으로부터 빠져나오려는 사례에서 약관사용자에게 위약금의 지급을 약속하도록 하는 약관조항이 무효로 규정되어 있다. 사업자의 경우에는 독일민법 제310조 제1항 2문에 따라 특히 지나치게 높은 위약금에 독일민법 제307조(일반규정)를 통하여 내용통제가 이루어지고 있다. 또한 소비자보호를 위한 철회권의 법적 효과를 규정하고 있는 독일민법 제361조 제2항은 강행규정으로서 소비자의 지위를 불리하게 하는 위약벌을 금지하고 있다.²⁸⁾

(3) 법원의 위약금감액

채무자가 위약금을 지급하지 않는 상황에서, 독일민법 제343조 제1항 1문에 따르면 발동된 위약금액이 부적절하게 높은 상황이라면, 위약금은 채무자의 신청으로 판결을 통하여 적절한 금액으로 감액될 수 있다. 그러나 독일상법 제348조에 따라 이러한 내용은 상인에게는 적용되지 않는다. 독일민법 제343조 제1항 2문은 적절함을 판단함에 있어서 단순히 재산적 이해관계(이익)만이 아니라 채권자의 모든 정당한 이해관계가 고려되어야만 한다고 규정하고 있다. 따라서 “적절성”에 대하여 채권자의 모든 이해관계, 특히 비재산적 이해관계도 고려할 것이라는 점을 규정하고 있다. 이러한 이해관계가 적절성을 판단하는 기준이 된다.²⁹⁾

여기서 위약금액의 적절성을 판단함에 있어서 위반자의 위반행위의 중대성과 범위 및 위반자의 과책(귀책사유)이 결정적이다.³⁰⁾ 그리고 이를 판단함에 있어서 개별 사례들의 모든 상황이 고려되어야 하며, 특히 강제수단 및 담보수단으로서 계약벌의 기능³¹⁾ 및 일괄손해배상으로서의 계약벌의 기능³²⁾, 행위방지에 대한 채권자의

27) Medicus/Lorenz, S. 269.

28) Medicus/Lorenz, S. 269.

29) Medicus/Lorenz, S. 268.

30) BGH NJW 94, 45; NJW-RR 02, 608.

31) BGH NJW 83, 942; OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 04, 375.

32) BGH NJW 94, 45.

이해관계³³⁾, 채무자의 위반의 유형, 과책의 정도 및 경제적 상황³⁴⁾을 고려하여야 한다. 특히 손해가 없다는 것만으로 감액을 요구할 수 없으며,³⁵⁾ 계약위반이 어떠한 손해를 야기할 수 있었는지가 결정적이다.³⁶⁾ 이와 함께 계약벌이 발생된 손해를 초과하지 않는다면, 계약벌은 통상적으로 감액될 수 없는 점³⁷⁾도 고려하여야 할 것이다. 독일에서는 약 0,04유로(4센트)의 운행요금이 미달되었으므로 말미암아 25유로의 위약금을 내도록 하는 것이 부적절할 수 있다는 판결³⁸⁾도 존재한다.³⁹⁾

그리고 채무자가 이미 법을 위반하려고 하는 경향이 보인다면, 법을 지키려고 하는 채무자보다 더 높은 위약벌을 주는 것이 적절할 것이다. 독일민법 제343조 제1항은 법적으로 유효한 계약들에 법관이 개입할 권리에 관한 아주 드문 사례들 중 하나를 규정하고 있을 뿐이다. 먼저 계약벌에 관한 합의가 공서양속위반에 관한 독일민법 제138조에 따라서 무효가 되는지가 검토가 되어야 한다. 위약벌의 금액이 높다는 것만을 근거로 공서양속위반을 인정하지는 않는다. 그러나 계약벌로 인하여 채무자를 속박하는 것이라면, 공서양속위반이 될 수도 있다.⁴⁰⁾

제5절 프랑스법

1. 프랑스민법과 위약금

프랑스법에서는 손해배상의 예정(프랑스민법 제1152조)과 위약벌의 약정(프랑스민법 제1226조~1233조)을 별도로 규정하고 있다. 손해배상을 예정의 약정이 있다면 계약위반이 있는 경우에 예정된 금액만을 청구할 수 있다. 그러나 법원은 예정액을 감액할 수 있다. 위약벌은 합의의 이행을 강제하기 위한 약정이다(프랑스민법 제1226조). 위약금약정도 손해전보의 성질을 갖는다(프랑스민법 제1229조 제1항). 위약금을 청구하는 경우에는 이행을 청구할 수 없다. 이행이 이미 이루어진 부분이 있다면 위약금이 감액될 수 있다(프랑스민법 제1231조). 프랑스민법은 손해배상의 예정과 위약금을 별도로 규정하고 있지만, 양자는 손해배상에 관련되어 있다는 점에서 공통점을 갖는 것으로 이해된다.⁴¹⁾

33) BGH NJW 84, 921.

34) Diller NJW 06, 3231/32.

35) RG 103, 99.

36) BGH LM § 339 Nr. 2.

37) Nürnberg MDR 68, 920.

38) AG Hannover NJW-RR 91, 883.

39) Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB-Kommentar), 78. Aufl., München 2019, § 343 Rz. 6.

40) Medicus/Lorenz, S. 268 f.

41) 강신웅, 앞의 논문, 21면.

2. 프랑스민법상 위약금에 관한 조항

제1152조 ① 당사자가 채무이행을 하지 않는 자는 타방에게 손해배상의 명목으로 일정한 금액을 지급하기로 약정한 때에는 당해 금액을 초과하거나 이에 미달하는 금액을 지급할 수 없다. ② 그러나 전항의 금액이 명백하게 과도하거나 미약한 때에 법관은, 심지어는 직권으로, 약정금액을 감액하거나 증액할 수 있다. 이에 반하는 약정은 없는 것으로 본다.

제1226조 위약금약정(clause pénales)은 합의의 이행을 확보하기 위하여 불이행의 경우에 어떠한 것을 하기로 하는 약정이다.

제1227조 ① 주된 채무의 무효는 위약금약정을 무효로 한다. ② 위약금약정의 무효는 주된 채무를 무효로 하지 않는다.

제1228조 채권자는 이행지체에 빠진 채무자에 대하여 위약금을 청구하지 않고 주된 채무의 이행을 청구할 수도 있다.

제1229조 ① 위약금약정은 주된 채무의 불이행으로 인하여 채권자가 입은 손해 전보의 성질을 가진다. ② 채권자는, 위약금약정이 단순히 이행지체에 대비한 것인 경우가 아닌 한, 주된 채무의 이행청구와 위약금의 청구를 동시에 할 수는 없다.

제1230조 원채무에 이행기에 관한 내용이 포함되어 있는가의 여부와 관계없이 위약금 지급채무는 인도·수취·작위의무를 부담하는 자가 이행의 지체에 빠진 때에 발생한다.

제1231조 채무가 부분적으로 이행된 경우에, 제1152조의 적용과 별도로, 약정된 위약금은 당해 일부이행이 채권자에게 이익을 준 비율에 따라 심지어는 법관의 직권에 의하여 감축될 수 있다. 이에 반하는 내용의 약정은 없는 것으로 본다.

제1232조 위약금약정이 있는 원채무가 불가분적인 경우에 위약금은 채무자의 공동상속인 중의 1인만이 채무위반으로 발생하고, 채무를 위반한 상속인에 대하여는 위약금 전부를, 그 이외의 상속인에 대하여는 각각의 부담부분에 따라 그리고 저당채무인 경우에는 그 전부를 청구할 수 있으며, 공동상속인은 위약금을 발생하게 한 자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제1233조 ① 위약금약정이 있는 원채무가 가분적인 경우에 위약금채무는 채무를 위반한 채무자의 상속인만이 주된 채무 중 그의 부담부분에 대하여 이를 부담하며, 채무를 이행한 자에 대하여는 소권이 없다. ② 변제가 분할적으로 이루어지지 못하게 할 목적으로 삽입된 위약금약정의 경우에 상속인 중 1인이 채무의 전부이행을 방해한 경우에는 전항의 규정이 적용되지 않는다. 이 경우에 채무의 전부이행을 방해한 공동상속인에 대하여는 위약금 전액을, 다른 공동상속인에 대하여는 그 부담부분만을 청구할 수 있으며, 공동상속인은 위약금을 발생하게 한 상속인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제6절 영미법

영미법에서는 손해배상액에 대한 당사자의 합의(liquidated damages clause)는 유효하지만, 위약벌에 대한 합의(penalty clause)는 효력이 없다.⁴²⁾ 계약당사자사 사적인 제재를 가할 수는 없기 때문이다. 예정액약정이 있는 경우에 당사자는 발생한 손해액의 크기와 상관없이 약정액(stipulated sum)을 청구할 수 있다. 우리나라와 달리 법원은 약정액을 감액할 수 없다. 그러나 약정액이 과도하거나 비양심적이라면 약정액은 위약벌에 해당하여 무효이다. 손해를 정확히 산정하기 어려운 경우라면 약정액은 위약벌이 아닌 손해배상 예정액(liquidated damages)로 인정된다.

42) Lando/Beale, Art. 9:509, Note 4, p. 456; Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*(9th ed)(Sweet & Maxwell, 1995), 16-134.

제3장 위약금에 대한 현행법제의 분석

제1절 손해배상예정, 위약금, 위약벌의 관계

1. 손해배상의 예정에 대한 현행법의 입장

민법 규정에 따르면 위약금은 손해배상의 예정으로 추정된다. 당사자가 손해배상의 예정이 아니라는 점을 입증한다면 위약금은 위약벌로 인정될 수 있다.

【민법】제398조(배상액의 예정) ① 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다.

② 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.

③ 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.

④ 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.

손해의 발생과 상관없이 예정액을 청구할 수 있으며, 예정액을 초과하는 손해의 배상을 청구할 수 없다.

【대법원 1975.3.25. 선고 74다296 판결】

채무불이행에 인한 손해배상액의 예정이 있는 경우에는 채권자는 채무불이행사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정배상액을 청구할 수 있다 할 것이며

【대법원 1993.4.23. 선고 92다41719 판결】

계약 당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 원고의 채무불이행으로 인하여 피고가 입은 통상손해는 물론 그 특별손해까지도 위 예정액에 포함되고, 설사 피고의 손해가 위 예정액을 초과한다 하더라도 그 초과 부분을 따로 청구할 수 없는바

손해배상의 예정액이 부당하게 과다한 경우에 법원은 직권으로 적당히 감액할 수 있다(제398조 제2항).

2. 위약벌에 대한 현행법의 입장

위약벌은 감액할 수 없다.

【대법원 1993.3.23. 선고 92다46905 판결】

또한 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수는 없는 법리이고 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다

위약벌의 약정이 있다면 별도로 손해배상도 청구할 수 있다.

3. 손해배상의 예정과 위약벌의 구분

손해배상의 예정에 관한 조항이 있거나, 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있는 경우에 위약금은 위약벌로 보게 된다.

그러나 손해배상의 예정은 말 그대로 손해배상액을 예정한다는 점을 고려한다면 이 중의 손해배상 예정을 하는 것도 가능하고, 예정액 이외의 손해를 배상하기로 하는 합의를 하는 것도 가능하다고 보아야 한다. 따라서 손해배상의 예정이 있다는 점을 이유로 당연히 위약금을 위약벌로 보아야 하는 것은 아니다. 여기서 중요하게 고려되어야 할 점은 이중배상의 문제이다. 즉 손해배상의 예정에 관한 약정과 위약금에 관한 약정이 동시에 존재하는 경우에 이중배상의 문제가 발생한다면 위약금은 위약벌로 해석하게 된다.

【대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결】

당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 그 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다.

제2절 현행법제에 대한 검토

1. 손해배상 예정과 위약벌의 구분의 어려움

영미법의 경우에는 위약벌의 약정이 허용되지 않는다. 즉 손해배상의 예정만이 가능하다. 일본민법이나 우리민법에서도 위약벌에 대한 규정을 두고 있지 않다.

위약벌에 대한 규정을 두고 있는 경우에도 위약벌을 최소손해의 약정으로 본다거나(독일민법 제340조), 법원이 감액을 할 수 있도록 한다거나(독일민법 제343조, 프랑스민법 제1231조), 위약벌 약정이 공서양속에 위반되어 무효일 가능성이 늘 제기된다는 점과 위약벌이 인정된다면 손해의 이중배상이 문제될 수 있다는 점 등을 고려한다면 손해배상의 예정과 위약벌의 약정을 엄격하게 구분하고, 법적 효과를 달리 하는 현행법의 입장에 대해서 재검토가 필요하다.

우리나라에서도 손해배상의 예정과 위약벌을 구분하는 것에 대해서 비판이 있다.⁴³⁾ 이러한 비판을 고려하여 2013년 민법개정안은 민법 제398조의 표제를 배상액의 예정에서 위약금으로 수정하였다.⁴⁴⁾

2. 현행법의 문제점이 드러난 사례

(1) 위약금의 이중적 지위(손해배상 예정 · 위약벌) 인정

아래의 판결은 위약금을 손해배상의 예정의 성격과 동시에 위약벌의 성격을 갖는다는 판결이다. 손해배상의 예정으로 보게 되면 전기요금채무가 시효로 소멸하는 경우에 손해배상의 예정액을 청구할 수 없지만, 위약벌로 보면 전기요금채무의 소멸 시효 완성 여부와 상관없이 위약벌을 청구할 수 있다. 대법원은 원칙적으로 위약금이 손해배상의 예정에 해당하지만, 소멸시효 완성의 항변을 허용하지 않기 위해서 위약벌의 성격을 가진 것으로 파악하였다.

【대법원 2013.04.11. 선고 2011다112032 판결】

다수의 전기수용가와 사이에 체결되는 전기공급계약에 적용되는 약관 등에, 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 그로 인한 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다고 되어 있지만, 그와 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고 면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산하도록 되어 있는 등의 사정이 있는 경우, 위 약관에 의한 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 것으로 봄이 상당하다.

43) 이에 관해서는 김동훈, 민법상 위약벌 제도의 운용방향, 인권과 정의 제465호(대한변호사협회, 2017. 4), 100~104면 참조.

44) 개정경과에 대해서는 송덕수, 채무불이행에 관한 민법개정시안, 민사법학 제60호(한국민사법학회, 2012. 9), 182~184면 참조.

(2) 특수한 손해배상의 예정을 인정함

원칙적으로 손해배상의 예정이 있다면 이를 초과하는 손해가 발생하더라도 별도로 손해배상을 청구할 수 없다. 그러나 아래의 판결에서는 손해배상의 예정에 대한 약정이 있더라도 이를 초과하는 손해배상을 청구할 수 있다고 판단하였다. 아래의 판결의 결론이 오히려 더 타당하며, 손해배상의 예정의 경우에 초과손해의 배상을 허용하지 않는 현재의 판례와 통설이 오히려 부당한 측면이 있다. 비교법적으로 살펴보더라도 손해배상의 예정을 최소손해에 대한 약정으로 이해하는 것이 타당하며, 이를 초과하는 손해를 입증한 경우에는 그 초과분에 대한 배상청구를 허용하는 것이 타당하다.

손해배상의 예정에 대한 약정이 어떠한 손해의 배상을 약정했다는가에 따라서 그 손해에 대한 예정이라고 이해해야 한다는 관점을 고려할 때에도 아래의 판결의 결론은 타당하다.

【대법원 2002. 7. 12. 선고 2000다17810 판결】

그러나 공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이고(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001다14689 판결 참조), 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.

그런데 기록에 의하면, 이 사건 도급계약의 내용으로 되어 있는 공사계약일반조건에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 하자보수보증금이 도급인에게 귀속한다고만 규정되어 있을 뿐이고 이와 별도로 이 사건 하자보수보증금이 위약벌이라고 해석할 만한 특별한 사정이 없으므로, 이 사건 하자보수보증금은 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 그 보증금의 몰취로써 손해의 배상에 갈음하되 이를 초과하는 손해가 있으면 그에 대하여 수급인이 추가의 배상책임을 지는 특수한 손해배상액의 예정이라고 보아야 할 것이고, 그렇다면 하자보수보증금이 몰취된 경우에 그 보증금은 손해액의 배상에 충당됨이 당연하다 할 것인데, 한편 원고가 창조건설로부터 위 도급계약에 따른 하자보수보증금조로 건설공제조합이 발행하는 금 167,599,350원 상당의 하자보수보증서를 교부받았음은 원심이 인정한 바와 같으므로, 만약 원고가 건설공제조합으로부

터 위 하자보수보증서에 기하여 그 보증금액을 수령하였다면 이를 창조건설의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해액에서 공제하여야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 하자보수보증금이 위약벌 또는 제재금에 해당한다고 본 나머지 원고가 위 하자보수보증서에 기하여 그 보험금을 지급받았는지 여부에 관하여는 살펴보지도 아니한 채 이를 피고의 손해배상액에서 공제할 성질의 것이 아니라고 판단하였던바, 거기에는 당사자의 의사해석을 그르쳐 사실을 오인하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이므로, 이를 지적하는 상고이유는 그 이유가 있다.

제4장 부당한 이득의 법적 성격

제1절 관련규정 및 판례

1. 물품다수공급자계약특수조건

물품다수공급자계약 특수조건 제20조는 다음과 같이 규정하고 있다. 물품다수공급자계약 특수조건은 조달계약의 내용이 되며, 약관과 같은 기능을 하고 있다. 다만 모든 특수조건이 약관에 해당하는 것은 아니다. 계약당사자들이 별도로 협의하여 정한 사항이 있는 경우에 그러한 특수조건의 내용은 약관에 해당하지 않는다.⁴⁵⁾

제20조(환수) ① 계약상대자는 다수공급자계약의 입찰·계약체결·계약이행 등의 과정에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정한 행위로 이득을 얻은 경우에는 이를 조달청에 반환하여야 한다.

1. 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 행위
2. 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위
3. 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위
4. 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위
5. 우대가격 유지의무를 위반하는 행위
6. 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위
7. 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위

② 계약담당공무원 또는 조사담당공무원은 제1항에 따른 이득의 환수를 결정한 경우 계약상대자에게 그 사유를 통지하고 해당 계약상대자에게 지급될 다수공급자계약대금 또는 다른 계약대금에서 상계할 수 있으며, 다른 지급금액이 없는 경우 계약상대자는 현금으로 조달청에 납부하여야 한다.

③ 계약상대자는 제1항 및 제2항의 환수조치에 대하여 계약담당공무원 또는 조사담당공무원의 환수 통보를 받은 날로부터 7일 이내에 신뢰할 만한 증빙서류를 첨부하여 이의를 신청할 수 있다.

2. 계약보증금에 관한 규정

계약보증금에 관해서는 제3조에서 규정하고 있다. 계약위반이 있는 경우에 계약보

45) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009다81906 판결 참조.

증금의 국고귀속에 대해서는 국가계약법(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률) 제12조 제3항과 국가계약법시행령 제50조에서 규정하고 있다.

<국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 "국가계약법")>

제12조(계약보증금) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 국가와 계약을 체결하려는 자에게 계약보증금을 내도록 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 계약보증금의 전부 또는 일부의 납부를 면제할 수 있다.

② 제1항에 따른 계약보증금의 금액, 납부방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 계약상의 의무를 이행하지 아니하였을 때에는 해당 계약보증금을 국고에 귀속시켜야 한다. 이 경우 제1항 단서에 따라 계약보증금의 전부 또는 일부의 납부를 면제하였을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 계약보증금에 해당하는 금액을 국고에 귀속시켜야 한다.

<국가계약법시행령>

제51조(계약보증금의 국고귀속) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 정당한 이유없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 제50조의 규정에 의한 계약보증금(제52조제1항제2호 및 제3호의 규정에 의한 보증금액을 포함한다. 이하 같다)을 법 제12조제3항의 규정에 의하여 국고에 귀속시켜야 한다. 이 경우 제75조제1항의 규정을 준용한다.

② 제1항의 규정은 장기계속계약에 있어서 계약상대자가 제69조제2항 후단 및 동조제3항의 규정에 의한 2차이후의 공사 또는 제조등의 계약을 체결하지 아니한 경우에 이를 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약보증금을 국고에 귀속함에 있어서 그 계약보증금은 이를 기성부분에 대한 미지금액과 상계처리하여서는 아니된다. 다만, 계약보증금의 전부 또는 일부를 면제한 경우에는 국고에 귀속시켜야 하는 계약보증금은 기성부분에 대한 미지금액과 상계 처리할 수 있다.

④ 제38조제1항 및 제2항의 규정은 계약보증금의 국고귀속의 경우에 이를 준용한다.

⑤ 법 제22조에 따른 단가계약으로서 여러 차례로 분할하여 계약을 이행하는 경우에는 당초의 계약보증금 중 이행이 완료된 분에 해당하는 계약보증금은 국고에 귀속하지 아니한다.

3. 계약보증금에 관한 판례의 입장

판례는 계약보증금을 일반적으로 손해배상액의 예정으로 파악하고 있다.

<대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결>

도급계약서 및 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에는 계약보증금이 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 계약보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약별로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결 참조). . . . 계약보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지되, 다만 삼광훼미리가 배상할 손해액이 이를 초과하는 경우에는 단순한 손해담보로서의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 하도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 이 사건 계약보증금을 위약별로 보기는 어렵다고 할 것이다(대법원 1999. 4. 13. 선고 99다4450 판결, 1999. 8. 20. 선고 98다28886 판결, 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결 등 참조).

<대법원 1988. 9. 27. 선고 86다카2375(본소),2376(반소) 판결>

당사자사이의 채무불이행에 관하여 손해배상액을 예정한 경우에 채권자는 통상의 손해뿐만 아니라 특별한 사정으로 인한 손해에 관하여도 예정된 배상액만을 청구할 수 있고 특약이 없는 한 예정액을 초과한 배상액을 청구할 수는 없다.

<대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다13992 판결>

위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약별로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는데, 이 사건 도급계약 약관에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 이 사건 계약보증금을 위약별로 보기는 어렵다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다40579 판결 등 참조).

계약보증금을 위약별로 파악한 판결도 있다.

<대법원 1998. 12. 23. 선고 97다40131 판결>

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 위약금 약정은 일반적으로 손해배상액의 예정으로 추정되나, 이 사건에 있어서는 원·피고 사이의 이 사건 토지분양계약이 해제될 경우 원고가 피고에게 지급한 계약보증금이 피고에게 귀속될 뿐만 아니라 원고는 계약해제로 인하여 피고가 입은 손해에 대하여도 이를 배상하여야 할 의무를 부담하는 점 등에 비추어, 위 계약보증금 귀속에 관한 위약금 약정(이하 이 사건 위약금 조항이라 한다)은 손해배상액의 예정이 아니라 원고의 계약위반시

이를 피고에게 귀속시킴으로써 원고에게 제재를 가함과 동시에 원고의 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하는 이른바 위약벌의 성질을 가지는 것이라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 위약벌 내지 손해배상액의 예정 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

제2절 특수조건 제20조 위반행위의 사례분석

아래의 사안들은 2018년~2019년 공정조달심의위원회에서 논의되었던 부정한 행위의 유형과 그에 따른 부당이득금 산정기준을 정리한 표이다.

1. 허위서류제출(제1호)

부정한 행위의 유형	환수금 평가기준
‘도로조명설비’(MAS계약) 계약과정에서 계약관련 서류(KS 인증서)를 허위(위조)로 제출	(1안) 손익계산서상의 매출이익률을 적용하여 부당이득 산정 - [환수금액] = 납품금액 × 매출이익률* * 2016년: 32.51%, 2017년: 40.23% (2안) 손익계산서상의 영업이익률을 적용하여 부당이득 산정 - [환수금액] = 납품금액 × 영업이익률* * 2016년: 1.89%, 2017년: 14.69%
‘토목용보강재’(MAS계약) 계약과정에서 허위 가격자료를 제출, 고가로 계약을 체결하고 납품	실제 거래단가에 대한 세부내역은 없어, 既 환수된 8개사의 유사규격 실거래가격 평균단가*를 실제 거래단가로 추정하여 납품금액과 실거래금액의 차액을 환수금액으로 산정
중소기업확인서 허위제출	[산식] = 납품금액 × 입찰참가년도 영업이익률 (2017년 7.28%)
‘콩탈곡기’ MAS 계약과	[산식] = 납품금액 × 납품년도 해당업체 영업이익

정에서 계약관련 서류를 허위로 제출	익율(2017년 5.63%)
---------------------	-----------------

2. 직접생산의무위반(제2호)

부정한 행위의 유형	환수금 평가기준
방송장비를 직접 생산하지 않고 수입품을 납품	[산식] = 납품금액 - 수입금액 - 제반비용*(15%) - 설치비
‘가드레일’을 직접생산하지 않고 전체 하청생산·납품	[산식] = 납품요구금액 - 매입금액 - 일반관리비*
‘보행매트’(MAS 계약)를 직접생산하지 않고 수입품을 구매·납품	산식 = 계약금액- 매입금액-제반비용(15%)*
‘보행매트’(MAS 계약)를 직접생산하지 않고 하청생산·납품	산식 = 계약금액-(매입금액 + 일반관리비**) ** 일반관리비 : 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3)에 해당하는 일반관리비율 11%를 적용 / 업체 손익계산서상 일반관리비율 (66.6%)
‘영상정보디스플레이장치’를 계약 조건과 달리 직접 생산하지 않고 하청생산 납품	[산식] = 계약금액 - (매입금액 + 기타경비+ 일반관리비)
‘기타열교환기’를 계약조건과 달리 직접 생산하지 않고 하청생산 납품	[산식] = 계약금액 - (매입금액 + 일반관리비)
‘잔디청소기’를 중국산 완제품으로 수입 후 납품하여 직접생산의무를 위반	[산식] = 납품금액(계약금액) - (매입금액 + 제반비용*)
‘세라믹타일’을 총액 계	(산식) = 납품금액 - 직접생산금액 - (매입금액

약하였으나, 하청생산 납품으로 직접생산확인 취소	+ 일반관리비)
‘주방기구소독기’에 대하여 다수 공급자 계약 체결 후, 타사제품 납품으로	(산 식) = 계약금액 - 직접생산금액 - (매입금액 + 일반관리비)
‘작업용의자’를 직접 직접생산 하지 않고 전체 하청생산	[산식] = 납품요구금액 - 매입금액 - 기타비용* - 일반관리비** * 운반비, 설치조립비 등 ** 해당 업체가 제출한 손익계산서상 일반관리비율과 「예정가격작성기준」의 일반관리비율 중 낮은 8% 적용(심플라이인가구는 5.5% 적용)
‘섬유류’(총액 및 MAS 계약) 납품과정에서 완제품을 구매·납품하여 직접생산 의무를 위반	[산식] = 계약금액 - (매입금액 + 일반관리비*) - 기타비용** * 일반관리비율은 「예정가격작성기준」의 섬유류(8%), 기타물품(11%) 적용 ** 기타비용에 대한 소명자료 미 제출
‘충격완충장치’를 직접 생산하지 않고 하청생산 납품	[산식] = 납품금액 - (매입금액 + 일반관리비) - 설치비
‘합성수지제창’을 직접 생산하지 않고 타사제품을 납품	[산식] = 납품금액 - 직접생산금액 - (매입금액 + 일반관리비)
‘점토벽돌’(MAS계약) 납품과정에서 일부를 타사제품으로 납품하여 직접생산 의무	[산식] = 계약금액 - (매입금액 + 일반관리비*) * 일반관리비율은 「예정가격 작성기준」의 ‘기타물품의 제조구매’의 11%와 (주)영풍세라믹 손익계산서상 일반관리비율 18.7% 중 낮은 11%적용
‘동보장치’(총액 계약) 납품과정에서 완제품을 구	[산식] = 계약금액 - (매입금액 + 일반관리비*)

매·납품하여 직접생산 의무를 위반	* 일반관리비율은 「예정가격작성기준」의 기타물품의 제조구매 11% 적용
15개사는 ‘작업용의자’를 직접 직접생산 하지 않고 전체 하청 생산	산식 = 납품요구금액 - (매입금액 + 일반관리비* + 기타비용**) * 해당 업체가 제출한 손익계산서상 일반관리비율과 「예정가격작성기준」의 일반관리비율 중 낮은 8% 적용(심플라이인가구는 5.5% 적용) ** 운반비, 설치조립비 등
‘이동식화장실’을 직접 생산하지 않고 완제품을 구입 후 납품	[산식] = 납품금액 - 직접생산금액 - (매입금액 + 일반관리비)
‘문서세단기’(MAS계약) 납품과정에서 타사제품으로 납품하여 직접생산 의무를 위반	[환수금액] = (납품금액)-(매입금액 + 일반관리비*) * 일반관리비율 : 기계장비의 제조구매(7%)
‘낙석방지책’을 직접 생산하지 않고 완제품을 구입 후 납품	[산식] = 납품금액 - (매입금액 + 일반관리비) - 설치비
‘액세스플로어’를 직접 생산하지 않고 완제품을 구입 후 납품	[산식] = 납품금액 - 직접생산금액 - (매입금액 + 일반관리비)
중기간경쟁제품의 직접생산 의무를 위반	연락두절, 자료 미제출 등으로 사실상 부당이득금 산정이 곤란
‘엘리베이터’를 직접생산 하지 않고 직접생산 확인 기준을 위반하여 수요기관에 납품	[산식] = 납품금액 - (매입금액 + 일반관리비*) * 해당 업체가 제출한 손익계산서상 일반관리비율과 「예정가격작성기준」의 일반관리비율 중 낮은 7% 적용 (새한엘리베이터 5% 적용)
‘의류’를 직접 생산하지 않고 하청생산 납품	[산식] = 계약금액 - 직접생산금액 - (매입금액 + 일반관리비)
‘넥타이’(MAS계약) 납품	[환수금액] = 납품금액 - (매입금액 + 일반관리비)

<p>과정에서 중국산 제품을 국내 수입업체인 키세라로부터 구매·납품하여 직접생산 의무를 위반</p>	<p>*) * 일반관리비율 : 섬유류 제조구매(8%)</p>
<p>‘LED실내조명등’을 직접 생산하지 않고 완제품을 구입 후 납품</p>	<p>[산식] = 계약금액-직접생산금액-(매입금액 + 일반관리비)</p>
<p>‘금속제울타리’를 계약조건과 달리 직접생산 하지 않고 하청생산품을 납품</p>	<p>[산식] = 납품금액 - (하청생산품 매입금액 + 일반관리비* + 기타비용**) * 일반관리비⁴⁶⁾ : 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3)에 해당하는 ‘조립금속제품·기계·장비의 제조·구매’에 해당하는 일반관리비율 7%를 적용 / 업체의 손익계산서의 재무제표 일반관리비율 10% ** 기타비용 : 설치비, 운반비 등 경비</p>
<p>‘차선분리대’를 MAS 계약조건과 달리 직접생산을 하지 않고 하청생산품을 납품</p>	<p>[산식] = 납품금액 - (하청생산품 매입금액 + 일반관리비* + 기타비용**) * 일반관리비⁴⁷⁾ : 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3) ‘화학·석유·석탄·고무 및 플라스틱 제품의 제조·구매’에 해당하는 일반관리비율 8%를 적용 ** 기타비용 : 설치비(2,312,500원), 수수료(3,570,000원), 영업비 등 경비</p>
<p>‘쓰레기통’을 계약 조건과 달리 직접 생산하지 않고 하청생산 납품</p>	<p>[산식] = 납품금액 - (하청생산품 매입금액 + 일반관리비* + 기타비용**) * 일반관리비⁴⁸⁾ : 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3) ‘조립금속제품·기계·장비의 제조·구매’에 해당하는 일반관리비율 7%를 적용 ** 기타비용 : 설치비, 운반비 등 경비</p>
<p>‘보행매트’를 직접생산하지 않고 타사의 완제품을</p>	<p>산식 = 납품금액(a) - 매입금액(b) - 제반비용(c) - 일반관리비(d)</p>

구입한 후 납품	
‘식생매트’를 직접생산하지 않고 타사의 완제품을 구입한 후 납품	산식 = 납품금액(a) - 매입금액(b) - 제반비용(c) - 일반관리비(d)
‘합성수지제창’을 직접생산 확인기준을 위반하여 수요기관에 납품	산식 = 납품금액 - (직접생산금액* + 외주가공비 + 일반관리비**) * 직접생산금액 : 재료비, 노무비, 설치비, 운반비 및 기타경비 ** 일반관리비 : 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3) ‘조립금속제품, 기계 및 장비의 제조·구매’에 해당하는 일반관리비율 7%를 적용

3. 계약규격위반(제4호)

부정한 행위의 유형	환수금 평가기준
재생아스콘을 일반아스콘으로 납품한 사건	재상아스콘의 가격과 일반아스콘의 가격 차이
‘그림타일’을 부정납품(규격미달)	$(\text{산식}) = \text{계약단가}(11\text{mm}) - \{ \text{계약단가}(7\text{mm}) + \text{비율단가}(4\text{mm}) * \} \times \text{위반 납품수량}$ $(\text{산식}) = [\text{계약단가}(11\text{mm}) - \text{대체규격단가}(9\text{mm})] \times \text{위반 납품수량}$
이산화티타늄(TiO ₂ , 이하 ‘티타늄’)을 기준치 이하로	$[\text{산식}] = (\text{티타늄 계약단가}* - \text{티타늄 실사용단가}**) \times \text{납품수량}$

- 46) 일반관리비는 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3)에 해당하는 일반관리 비율을 초과하여 계상할 수 없으므로 해당업체의 해당년도 손익계산서의 일반관리 비율(접대비, 광고선전비, 대손상각비를 제외하고 계산한 비율)과 기획재정부 계약예규의 업종별 일반관리비율 중 낮은 것을 적용함.
- 47) 일반관리비는 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3)에 해당하는 일반관리 비율을 초과하여 계상할 수 없으므로 해당업체의 해당년도 손익계산서의 일반관리 비율(접대비, 광고선전비, 대손상각비를 제외하고 계산한 비율)과 기획재정부 계약예규 제조원가 업종별 일반관리비율 중 낮은 것을 적용함.
- 48) 일반관리비는 기획재정부 예정가격작성기준의 제조원가(별표3)에 해당하는 일반관리 비율을 초과하여 계상할 수 없으므로, 해당업체의 해당년도 손익계산서의 일반관리 비율(접대비, 광고선전비, 대손상각비를 제외하고 계산한 비율)과 기획재정부 계약예규 제조원가 업종별 일반관리비율 중 낮은 것을 적용함.

<p>사용한 규격미달 제품을 납품</p>	<p>* (티타늄 계약단가) 우수조달물품 계약당시 제출한 원가계산서 상의 단가 ** (티타늄 실사용단가) 계약단가 × 티타늄 실사용 비율(0.275%)</p>
<p>이산화티타늄(TiO₂, 이하 '티타늄')을 기준치 이하로 사용한 규격미달 제품을 납품</p>	<p>[제1안] 당초 계약서류 상의 티타늄 소요량 적용, [부당이득 16억원] [환수금액] = (티타늄 계약단가* - 티타늄 실사용 추정단가**) × 납품수량 * (티타늄 계약단가) 우수조달물품 계약당시 제출한 원가계산서 상의 단가 ** (티타늄 실사용 추정단가) 계약단가 × 티타늄 실사용 추정비율(0.275%)</p> <p>[제2안] 계약부서의 재산정 티타늄 수량 적용, [부당이득 4.3억원] [환수금액] = (티타늄 재산정 단가* - 티타늄 실사용 추정단가**) × 납품수량 * (재산정 단가) 우수제품구매과에서 재산정한 티타늄 소요량의 평균(0.04kg)을 적용한 단가 ** (티타늄 실사용 추정단가) 계약단가 × 티타늄 실사용 추정비율(1.016%)</p> <p>[제3안] 허위서류 제출에 따른 이익률 적용 (3-1안) 허위서류 제출로 계약을 체결하여 발생한 매출이익률⁴⁹⁾ 적용 - [환수금액] = 납품금액 × 매출이익률 (3-2안) 허위서류 제출로 계약을 체결하여 발생한 영업이익률⁵⁰⁾ 적용 - [환수금액] = 납품금액 × 영업이익률</p>
<p>'조립식구조물'에 대하여 총액(특허수의)계약 체결 후 주요자재 중 측면벽체 내부보강, 측면벽체 구조틀, 바닥지</p>	<p>[산식] = (원가계산단가 × 낙찰률*) × 설치누락수량 * 낙찰률 : 계약금액/예산액 (42,000,000/48,400,000) = 85.0%</p>

지' 설치 누락	
'데스크톱컴퓨터의 주기억장치와 보조기억장치인SSD'를 계약규격(삼성전자)과 다른 부품으로 일부 수요기관에 납품	(계약부품단가(a) - 위반부품단가(b)) × 종결수량(d) ※ 계약부품단가 및 위반부품단가는 '연 가중평균단가'를 적용
'안전유도블록' 납품과정에서 핵심원자재인 이산화티타늄(TiO2, 이하 '티타늄')을 기준치 이하로 사용한 규격미달 제품을 납품	환수금액 = (티타늄 재산정 단가 - 티타늄 실사용 추정단가) × 납품수량
우수제품 계약규격과 다른 '체육시설탄성포장재'를 납품	[환수금액] = (코코볼 단가(a)* - 페타이어 단가(b)**) × 매입(납품)수량 * (a, 코코볼 단가) 우수제품 계약 시 제출한 원가계산서로 산출(낙찰율 적용) ** (b, 페타이어 단가) 매입세금계산서의 구입 단가 반영

4. 우대가격유지의무위반(제5호)

부정한 행위의 유형	환수금 평가기준
우대가격 유지의무를 위반	[산식] = 계약금액(납품금액) - 거래금액(시중)
'작업용의자'를 계약가격보다 시중에 낮게 판매하여 다수공급자계약(MAS) 우대가격유지의무를 위반	[산식] = 납품요구금액 - 시중거래금액
다수공급자계약의 우대가격	[산식] = (다수공급자 계약단가-수요기관 공급가)

49) 매출이익률 = (매출액) - (제조원가) / 매출액

50) 영업이익률 = (매출이익) - (판매비와 관리비)* / 매출액

* 급여, 복리후생비, 접대비, 세금과 공과금, 경상연구개발비, 수수료비용, 보험료 등

유지의무를 위반	× 종결수량
13개사는 ‘작업용의자’를 계약가격 보다 시중에 낮게 판매	산식 = 납품요구금액 - 시중거래금액
‘강관파일’을 계약가격보다 낮은 가격으로 시장에 공급	[산식] = 납품금액 - 시중거래금액 - 산식 = (계약단가 × 납품수량) - (시중거래단가 × 납품수량) * 물가상승에 의한 수정계약으로 계약단가가 인상된 경우, 시중거래단가도 계약단가인상률만큼 인상하여 산정 (2018.7.5. 3차 공정조달심의회에서 결정)
‘폴리에틸렌제관이음’(MAS계약) 제품을 시장에 공급 시 다수공급자계약 가격보다 낮게 공급하여 우대가격유지의무를 위반	[환수금액] = 계약금액(납품금액) - 거래금액(시중)
‘가드레일’을 계약단가보다 시중에 낮게 판매	[산식] = (계약단가 - 시중단가) × 종결수량
‘강관파일’을 계약가격보다 낮은 가격으로 시장에 공급	(1설) 위반 시점 이후 모든 납품 건, ②~④에 대하여 납품단가와 위반 시중공급가격의 차액을 환수(95,000천원) (2설) MAS 납품 건 중 2단계 경쟁 등 우대가격유지의무 대상에서 제외되는 건은 환수 대상에서도 제외 (3설) MAS 납품 건 중 2단계 경쟁에도 불구하고 납품단가가 계약단가와 동일한 건만 환수대상에 포함
‘콘크리트호안 및 옹벽블록’을 계약가격보다 낮은 가격으로 시장에 공급	산식 = (계약단가(a) - 거래단가(b)) × 종결수량(d)

제3절 부당한 이득의 법적 성격

1. 부당한 이득과 손해배상

부당한 이득은 계약 당사자가 합의한 행위(작위 또는 부작위)에 대한 의무의 위반이 있는 경우에 지급하기로 하는 금액의 성격을 갖는다. 부당한 이득은 계약당사자가 약정한 의무의 위반에 대한 손해배상의 성격을 갖는다(아래의 판결 참조).

【대법원 1997. 6. 27. 선고 95다19959 판결】

이 사건 구매계약의 특수조건 제7조(또는 제8조) 제1항은 계약 체결 후라 할지라도 계약금액 결정에 하자 또는 착오가 있어 동 계약금액을 감액하여야 할 사유가 발생하였을 경우와 이미 체결된 계약상의 물품 구매가격이 타관서의 동종 물품 구매가격에 비하여 현저히 고가인 경우에는 계약 담당공무원이 정하는 금액을 감액 또는 환수 조치할 수 있다고 규정하고, 제2항은 계약자는 하시라도 가격 증빙자료의 제시 또는 열람 요구에 응하여야 하며 가격 증빙자료의 위조, 변조 또는 정당한 이유 없이 증빙자료 제시에 불응하거나 기타 사실과 상이한 가격자료의 제출 사실이 발견된 경우 계약 담당공무원은 이에 따라 계약금액을 일방적으로 감액, 수정 또는 환수 조치할 수 있다고 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이는 원고가 계약자에게 정당한 가격을 제시할 의무를 부과하고 그 의무불이행시 그로 인한 손해배상청구권을 취득한다는 취지라고 할 것이므로, 원고의 피고들에 대한 이 사건 계약금액 환수청구권은 일종의 채무불이행으로 인한 손해배상채권으로서 과실상계의 대상이 된다 할 것이다.

【대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결】

기록에 의하면, 이 사건 계약특수조건 제26조 제1항은 계약 체결 후 원가계산자료 및 계산의 착오로 인한 예정가격 또는 계약금액의 부당한 결정으로 원고가 부당이득을 취한 사실이 발견되거나 기타 공무원의 착오로 국고에 손실을 끼친 사실이 확인될 경우에는 원고는 지체 없이 부당이득금을 피고에게 반환하여야 한다고 규정하고, 제2항은 원고는 피고의 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람요구에 응하여야 하며, 원고가 정당한 이유 없이 이에 불응하거나 허위 증빙자료를 제출할 때에는 피고는 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있다고 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이는 이 사건 물품납품계약에 있어서 피고가 원고에게 정당한 가격을 제시할 의무를 부과하고 그 의무불이행시 그로 인한 손해배상청구권을 취득한다는 취지라고 할 것이므로, 이 사건 계약특수조건 제26조 제1항에서 규정한 피고의 원고에 대한 계약금액 환수

청구권(이하 '이 사건 환수청구권'이라 한다)은 일종의 채무불이행으로 인한 손해 배상채권으로서 과실상계의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1997. 6. 27. 선고 95다19959 판결 등 참조).

【대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결】

가. 방위사업법 제58조는 방위사업청장은 방위산업체 등이 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 부당이득금과 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 방위사업청이 일반물자나 방산물자 등의 구매계약에 편입하기 위하여 계약의 형태별로 정해둔 계약특수조건 중 「물품제조·구매 표준계약 특수조건(일반)」(2008. 2. 18. 방위사업청 지침 제2008-5호로 개정되기 전의 것)과 「물품제조·구매 표준계약 특수조건(방산)」(2008. 2. 18.자 위 지침으로 개정되기 전의 것)의 제26조는 공통적으로 제1항에서 “이 계약 체결 후 원가계산자료 및 계산의 착오로 인한 예정가격 또는 계약금액의 부당한 결정으로 계약상대자가 부당이득을 취한 사실이 발견되거나 기타 공무원의 착오로 국고에 손실을 끼친 사실이 확인될 경우에는 계약상대자는 지체 없이 부당이득금을 방위사업청에게 반환해야 한다. 다만 계약상대자가 허위 기타 부정한 자료를 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 방위사업청은 부당이득금의 환수와 동시에 이에 더하여 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항에서 “계약상대자는 방위사업청의 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람요구에 응하여야 하며, 계약상대자가 정당한 이유 없이 이에 불응하거나 허위 증빙자료를 제출할 때에는 방위사업청은 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 또한 「물품제조·구매 표준계약 특수조건(일반 및 방산)」(2008. 2. 18.자 위 지침으로 개정되고 2012. 6. 25. 방위사업청 지침 제2012-23호로 개정되기 전의 것)의 제30조 제1항, 제2항도 위와 동일한 내용을 일부 문구만 수정한 채 그대로 규정하고 있다(이하에서는 위와 같은 계약특수조건을 '이 사건 계약특수조건'이라고 한다).

나. 위와 같은 이 사건 계약특수조건 제26조 등의 규정 방식과 내용 구성 등을 종합해 보면, 그 제1항은 정부와 방산물자 등에 관한 납품계약을 체결하는 계약상대자에게 계약 체결 과정에서 가격산정 요소에 관하여 허위 기타 부정한 자료를 제출하지 아니할 의무가 있음을 전제로, 계약 체결 이후에 원가계산자료 및 계산의 착오로 예정가격 또는 계약금액이 부당하게 결정되어 계약상대자가 부당한 이득을 취한 사실이 발견된 때에는 정당한 금액과의 차액에 해당하는 손해를 배상하도록 하고(제1항 본문), 나아가 당초의 원가계산자료가 '허위 기타 부정한 자료'임이 밝혀진 경우에는 그 '부당이득금'에 상당하는 가산금을 추가로 청구할 수 있도록 한 것이라고 해석된다(제1항 단서).

따라서 이 사건 계약특수조건 제1항에서 정한 '부당이득'의 반환을 청구할 수 있

는 권리는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 해당한다 할 것이므로(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결 등 참조), 그러한 '부당이득금'의 발생 및 범위에 관한 증명책임은 대한민국이 부담하는 것이 원칙이다.

그런데 방산물자 등에 관한 원가산정의 기준이 되는 자료는 통상적으로 계약상 대자가 보유·관리하고 있다는 등의 특수성이 있으므로, 대한민국이 정당한 원가를 파악하기 위하여 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람을 요구하면 계약상대자는 이에 응하여야 하고, 만약 그 요구에 불응하여 정당한 원가계산자료 등을 제출하지 않거나 허위의 증빙자료를 제출한 경우에는 대한민국은 나름의 기준과 방법에 의한 원가검증을 통하여 적정하다고 판단한 부당이득금의 환수를 청구할 수 있고, 나아가 그에 상당하는 가산금을 추가하여 청구할 수 있도록 한 것이 이 사건 계약특수조건 제2항의 취지이다. **따라서 위 제2항에 의하여 청구하는 '부당이득금' 역시 그 법적 성질은 손해배상청구에 해당한다고 할 것이다.**

다만 위 제2항에 의하여 부당이득금(손해액)을 산정하는 경우라고 하더라도 그 산정 방식 등이 자의적이거나 현저히 불합리하면 적정한 손해액으로 인정될 수 없다고 할 것이나, 그 산정 방식 등이 현저히 불합리하다는 점에 관한 증명책임은 계약상대자가 부담한다고 보아야 한다.

한편 이 사건 계약특수조건 제2항이 그 적용 대상이 되는 계약의 유형을 한정하고 있지 않고, 달리 이를 한정하여야 할 합리적인 근거도 없으므로, 위 조항이 개산(개산)계약에서의 '부당이득금'과 가산금 산정에만 한정적으로 적용된다고 볼 수는 없다.

.....

나. 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 계약특수조건 제1항과 제2항의 가산금은 손해배상액의 예정이 아니라 위약벌의 성격을 가지는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

우선 이 사건 계약특수조건의 근거가 되는 방위사업법 제58조의 내용은 1998. 12. 31. 신설된 구 「방위산업에 관한 특별조치법」(2006. 1. 2. 법률 제7845호로 폐지된 것) 제22조의2 제1항에서 그대로 이어져 온 것인데, 1998. 12. 31. 위 규정을 신설한 법률개정안의 입법 취지가 '부당이득금과 이자 이외에 범칙금적 성격의 가산금을 환수할 수 있도록 근거규정을 두려는' 것이라고 명시되어 있다. 이는 방산물자를 적정한 가격에 계약함으로써 국방예산을 효율적으로 집행하고 방위산업체의 허위의 자료 제출을 예방하기 위하여 허위의 원가계산자료를 제출한 방위산업체를 상대로 부당이득금과 이에 대한 이자 또는 지연손해금뿐만 아니라 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 하는 것으로서, 이러한 입법 취지는 방위사업청 지침의 형태로 규정된 이 사건 계약특수조건에도 그대로 반영된 것이다.

또한 이 사건 계약특수조건 제1항과 제2항의 '부당이득금'은 그 자체로 계약상대

자가 배상할 손해배상액을 의미하는 것인데 그와 병행하여 같은 금액의 가산금을 추가로 청구할 수 있도록 되어 있고, 계약상대자인 방위산업체가 허위 기타 부정한 자료를 제출한 경우(이 사건 계약특수조건 제1항 단서) 또는 가격 증빙자료 제출 또는 열람 요구에 정당한 이유 없이 불응하거나 허위의 증빙자료를 제출한 경우(제2항)라도 그것만으로 대한민국에 발생한 손해 자체의 내용과 범위가 제1항 본문이나 제2항의 ‘부당이득금’과 크게 달라진다고는 할 수 없음에도, 제1항 단서와 제2항의 경우에는 ‘부당이득금’에 더하여 그에 상당하는 가산금도 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 위 가산금을 손해배상예정액으로 보게 되면 순수 손해액인 부당이득금에다 가산금까지 이중의 배상을 하는 결과가 된다.

위와 같은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 계약특수조건 제1항 단서와 제2항에 규정된 가산금은 이 사건 계약특수조건에 규정된 부당이득금의 환수로도 전보되지 않는 어떤 다른 손해의 발생을 염두에 두고 그 배상관계를 간편하게 처리하려는 손해배상액 예정으로서의 성격을 가지는 것이 아니라, 방위산업체가 이 사건 계약특수조건 제1항 단서와 제2항에 규정된 귀책사유가 있는 행위를 한 경우 대한민국이 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 함으로써 방위산업체로 하여금 정당한 원가계산자료를 제출하도록 강제하는 위약벌의 성격을 가진다고 보아야 한다.

※ 위 판결에서 문제가 된 물품구매계약특수조건

<물품구매 계약특수조건 제26조>

① 이 계약 체결 후 원가계산자료 및 계산의 착오로 인한 예정가격 또는 계약금액의 부당한 결정으로 “을(원고)”이 부당이득을 취한 사실이 발견되거나 기타 공무원의 착오로 국고에 손실을 끼친 사실이 확인될 경우 “을”은 지체 없이 부당이득금을 “갑(피고)”에게 반환하여야 한다. 다만, “을”이 허위 기타 부정한 자료를 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 “갑”은 부당이득금의 환수와 동시에 이에 더하여 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수할 수 있다.

② “을”은 “갑”의 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람요구에 응하여야 하며, “을”이 정당한 이유 없이 이에 불응하거나 허위 증빙자료를 제출할 때에는 “갑”은 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있다.

2. 부당한 이득과 손해배상의 예정

부당한 이득의 환수가 손해배상에 해당하지만 그 자체가 손해배상의 예정에 해당하지는 않는다. 손해배상의 예정이 되기 위해서는 손해배상의 예정액에 대한 합의나 예정액을 산정하기 위한 기준에 대한 합의가 있어야 하기 때문이다. 그런데 특수조

건에서는 부당한 이득을 환수할 수 있다는 규정만 두고 있고 부당한 이득의 금액이나 산정기준에 대해서는 규정이 없다. 따라서 부당한 이득의 환수를 예정된 손해배상액을 청구하는 것으로 볼 수 없다. 그러나 만약 부당한 이득을 특수조건에서 금액이나 산정기준을 명시한다면 손해배상의 예정의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

3. 손해의 내용

부당한 이득은 계약위반으로 인한 이행이익의 손해배상에 해당할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.

먼저 납품한 물품에 하자가 있거나 규격을 위반한 경우에 환수하는 부당한 이득은 하자로 인한 손해배상의 성격이 있으며, 이는 이행이익의 손해배상에 해당한다. 특히 급부에 갈음하는 손해배상의 성격을 갖는다.

그러나 허위서류 제출의 경우에 그 손해는 적절한 계약내용을 정하지 못함으로 인한 손해라고 할 수 있다. 예를 들어 원가계산자료를 허위로 제출하여 정상적인 납품대금을 10% 정도 높게 부당하게 책정한 경우에 그러한 부당한 물품대금이 손해에 해당한다. 이러한 손해는 상대방의 기망행위와 관련되어 있는 손해이므로 불법행위에 따른 손해라고 할 수 있다.

우대가격유지의무의 경우에도 그 손해는 시장가격보다 더 높은 가격에 조달물품을 납품한 경우에 그 차액에 해당한다. 이러한 손해는 통상적인 손해는 아니다. 그러나 조달계약을 통하여 시장에서 얻을 수 있는 이익보다 더 많은 이익을 얻는 것을 방지하고 공정한 조달질서의 유지라는 관점에서 시장가격과 납품가액의 차액을 손해로 파악할 수 있다.

손해배상의 예정은 급부와 관련된 의무 위반 자체에 대해서 약정할 수도 있지만, 급부와 독립된 계약상 의무위반에 대해서도 약정할 수 있으므로 부당한 이득의 환수제도를 손해배상의 예정제도로 수정하는 것이 가능하다.

제4절 부당한 이득과 위약벌

다음과 같은 이유에서 부당한 이득을 위약벌로 파악하기는 어렵다.

1. 판례의 입장

판례에서는 부당한 이득을 손해배상으로 보고 있는데 이를 위약벌로 본다면 기존의 판례에 반하는 결과를 가져온다. 아래와 같이 대법원은 부당한 이득을 채무불이행에 대한 책임으로 이해하고 있기 때문에 부당한 이득에 관한 특수조건을 유효한 것으로 파악하고 있다. 그러나 부당한 이득을 위약벌로 규정한다면 감액이 불가능하

기 때문에 부당한 이득의 환수에 관한 약정을 무효로 볼 여지가 있다.

【대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결】

이 사건 계약특수조건 제1, 2항이 계약상대자의 귀책사유를 전제하지 않고 '부당 이득금'과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있도록 한 규정이라고는 볼 수 없는 점, 방산물자는 일반적인 시장가격이 형성될 수 없고 원가산정의 기준이 되는 요소들 역시 계약상대자가 자체적으로 관리하므로, 대한민국으로서는 계약상대자가 제시한 원가계산자료에 대한 검토절차를 거친다고 하더라도 정보의 비대칭성으로 말미암아 그 부당성을 시정하는 데에 한계가 있을 수밖에 없는 점, 이 사건 계약특수조건에 따른 손해배상책임도 일반적인 손해배상책임과 마찬가지로 구체적 사실관계를 고려하여 제한할 수 있는 점 등을 감안해 보면, 이 사건 계약특수조건 제2항이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2, 제23조 등이 규정하는 불공정거래행위 중 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'에 해당하거나 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제4조, 「물품구매계약 일반조건」제3조 제3항에 반하여 무효라고 볼 수 없다. 이 점에 관한 원고의 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

2. 감액의 어려움

만약 부당한 이득을 위약벌로 본다면 부당한 이득의 환수사유가 발생한 경우에 이를 감액할 수 없게 된다. 그런데 만약 부당한 이득의 산정기준을 특수조건에서 명확히 하는 경우에 상황에 따라서 법원의 감액을 허용할 필요성도 있다. 그러나 부당한 이득을 위약금으로 보게 된다면 이를 감액할 수 없으며, 부당한 이득의 환수가 계약상대자에게 가혹하게 되는 결과가 발생할 수 있다.

제5장 제도개선방향

제1절 위약금 제도의 도입

1. 부당한 이득을 의무위반에 대한 손해배상으로 파악

물품다수공급자계약 특수조건 제20조의 사유가 발생한 경우에 환수하는 부당한 이득을 손해배상으로 파악하는 것이 타당하다. 따라서 특수조건 제20조는 일정한 행위의무의 위반이 있는 경우에 손해를 배상해야 한다는 약정으로 이해할 수 있다. 다만 현행 특수조건은 부당한 이득을 환수한다고 규정하고 있으며 금액에 관해서는 언급하고 있지 않기 때문에 손해배상을 할 수 있다는 의미로 부당이득 환수에 관한 규정을 이해할 수밖에 없으며, 이를 위약금이나 손해배상의 예정으로 이해할 수는 없다. 손해배상의 예정이나 위약금 약정이 되기 위해서는 금액이 확정되거나 최소한 확정될 수 있는 기준에 대한 합의라도 있어야 하기 때문이다.

2. 부당한 이득의 산정방법을 특수조건에 명시

부당한 이득의 금액이나 산정방식을 특수조건에 명시할 필요가 있다. 만약 산정방식을 명시한다면 특수조건 제20조는 일정한 행위의무의 위반하는 경우에 위약금(손해배상의 예정)을 지급하기로 하는 규정으로 이해할 수 있다.

3. 위약금이라는 용어의 도입

부당한 이득에 대한 약정이 위약금에 대한 약정이라는 점을 분명히 하기 위해서 부당한 이득이라는 표현 대신에 위약금이라는 용어를 도입하였다.

4. 위약벌제도의 도입

부정한 행위에 대한 판정이나 부당한 이익을 산정하기 위해서는 계약상대자가 시장 가격이나 영업이익률 등에 관한 자료를 제출해야 한다. 그러나 계약상대자는 부정한 행위가 있었음에도 불구하고 부정한 행위 여부를 판단하기 위한 자료나 부당한 이득을 산정하기 위한 자료를 제출하지 않는 경우가 있으며, 이러한 경우에는 부당한 이득을 환수하는 것이 사실상 어렵게 된다. 따라서 부정한 행위와 부당한 이득을 판단하기 위해서 계약상대자가 자료를 제출해야 하는 의무를 부담하도록 할 필

요가 있으며, 이러한 의무를 위반한 경우에 위약벌을 부과하도록 하는 제도를 도입할 필요가 있다.

제2절 위약금의 액수와 산정기준

1. 위반행위의 유형별 위약금 기준 설정

위반행위의 유형에 따라서 위약금 산정기준을 설정할 필요가 있다. 허위서류 제출 등에 관한 제1호, 직접생산기준 위반에 관한 제2호, 원산지 허위표시에 관한 제3호, 규격위반에 관한 제4호, 그 밖의 법령위반행위 등에 관한 제7호는 이행이 완료된 분에 대한 물품대금을 기준으로 위약금을 산정하는 것이 타당하다. 다만 당사자들이 손해액이 위약금보다 적다는 점을 입증한다면 그만큼을 감액할 수 있도록 규정하였다. 우대가격유지의무에 관한 제5호, 가격유지의무에 관한 제6호는 납품가격과 시장가격의 차액을 기준으로 위약금을 산정하는 것이 타당하다.

2. 계약보증금과 부당한 이득의 관계

계약위반이 있는 경우에 계약보증금은 이행이 완료되지 않은 분에 대해서만 국고에 귀속된다. 그리고 부당한 이득은 이행이 완료된 분에 대해서만 환수할 수 있다. 이 점을 고려하여 위약금은 이행이 완료된 분에 대해서만 청구할 수 있음을 명시적으로 규정하였다. 따라서 계약보증금과 위약금(부당한 이득)을 동시에 청구하는 것이 하나의 손해에 대한 이중배상의 문제를 야기하지는 않는다.

3. 위약금을 초과하는 손해의 배상

위약금을 일정액으로 정하는 경우에 이를 초과하는 손해가 발생할 수 있다. 그 초과하는 손해를 입증한 경우에는 그러한 초과손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 다만 대법원이 손해배상의 예정을 한 경우에는 초과손해에 대한 배상을 청구할 수 없다는 입장을 취하고 있다.

하지만 당사자의 약정이 있는 경우에는 그러한 초과손해에 대한 배상도 청구할 수 있다. 즉 초과손해의 배상약정이 있는 경우에 손해배상의 예정은 최소손해에 대한 약정으로 이해할 수 있다. 손해배상의 예정에 관한 다른 입법례가 위약금의 약정을 최소손해에 대한 보장이라고 본다는 점을 고려한다면 대법원 판례의 타당성을 떠나서 특수조건에 초과손해에 대한 배상청구를 허용하는 규정을 둘 필요가 있다.

제3절 위약벌제도를 도입함

위반행위 여부를 판단하거나 부당한 이득을 산정하기 위해서는 사업자로부터 자료를 제출받아야 한다. 그러나 사업자가 위반행위를 감추기 위해서 또는 손해배상액이 더 많음에도 불구하고 위약금만을 지급할 목적으로 자료를 제출하지 않는 경우가 있다. 따라서 계약상대자에게 자료제출의무를 부과하고 이러한 의무를 위반하는 경우에 위약벌을 지급하도록 규정을 신설할 필요가 있다.

제6장 결론 : 제도개선방안

제1절 위약금제도의 도입

1. 【물품다수공급자계약 특수조건】 개정제안

현행규정	개정제안
<p>제20조(환수) ① 계약상대자는 다수공급자계약의 입찰·계약체결·계약이행 등의 과정에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정행위로 이득을 얻은 경우에는 이를 조달청에 반환하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정행위 방법으로 서류를 제출하는 행위 2. 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위 3. 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위 4. 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위 5. 우대가격 유지의무를 위반하는 행위 6. 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위 7. 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위 <p><신설></p>	<p>제20조(위약금) ① 계약상대자는 다수공급자계약의 입찰·계약체결·계약이행 등의 과정에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정행위를 한 경우에는 [별표 3]의 기준에 따른 금액을 위약금으로 조달청에 지급해야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정행위 방법으로 서류를 제출하는 행위 2. 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위 3. 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위 4. 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위 5. 우대가격 유지의무를 위반하는 행위 6. 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위 7. 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위 <p>② 계약담당공무원은 제1항의 [별표 3]에 따라 위약금을 산정함에 있어서</p>

<p>② 계약담당공무원 또는 조사담당공무원은 <u>제1항에 따른 이득의 환수를 결정</u>한 경우 계약상대자에게 그 <u>사유</u>를 통지하고 해당 계약상대자에게 지급될 다수공급자계약대금 또는 다른 계약대금에서 상계할 수 있으며, 다른 지급금액이 없는 경우 계약상대자는 현금으로 조달청에 납부하여야 한다.</p> <p>③ 계약상대자는 제1항 및 제2항의 <u>환수조치</u>에 대하여 계약담당공무원 또는 조사담당공무원의 환수 통보를 받은 날로부터 7일 이내에 신뢰할 만한 증빙서류를 첨부하여 이의를 신청할 수 있다.</p>	<p><u>계약상대자가 위약금의 액수와 산정방법에 대해서 이의가 있는 경우에 그 사유를 소명할 수 있는 기회를 주어야 한다.</u></p> <p>③ 계약상 의무 위반으로 인하여 제1항의 위약금을 초과하는 손해가 발생하였을 경우에 제1항에 따른 위약금을 이를 초과하는 부분에 대한 손해배상 청구권에 영향을 미치지 않는다.</p> <p>④ 계약담당공무원 또는 조사담당공무원은 <u>제1항에 따른 위약금을 산정</u>한 경우 계약상대자에게 그 <u>사유와 액수</u>를 통지하고 해당 계약상대자에게 지급될 다수공급자계약대금 또는 다른 계약대금에서 상계할 수 있으며, 다른 지급금액이 없는 경우 계약상대자는 현금으로 조달청에 납부하여야 한다.</p> <p>④ 계약상대자는 제1항 및 제2항의 <u>위약금</u>에 대하여 계약담당공무원 또는 조사담당공무원의 <u>위약금</u> 통보를 받은 날로부터 7일 이내에 신뢰할 만한 증빙서류를 첨부하여 이의를 신청할 수 있다.</p>
---	--

2. 개정이유

부당한 이득은 계약위반으로 인해서 납품자가 얻은 이득을 반환하는 것이므로 계약위반이 있는 경우에 지급하기로 하는 위약금으로 규정할 필요성이 있으며, 환수되어야 할 위약금의 산정방식을 특수조건에서 명확히 할 필요가 있다(제1항). 특수조건 개정안 제1항은 위약금은 계약보증금과 마찬가지로 손해배상의 예정에 해당하지만 이를 초과하는 손해의 배상이 가능하도록 규정하였다(제2항).

3. 개정내용

(1) 부당한 이득이라는 표현의 개정(제1항 및 제4항)

부당한 이득의 환수는 채무불이행으로 인한 손해배상에 해당한다. 그러나 부당한 이득을 환수할 수 있다는 규정만으로는 손해배상의 예정이라고 볼 수는 없다. 손해배상의 예정이 되기 위해서는 배상액에 대한 합의나 최소한 배상액을 산정하기 위한 기준에 대한 합의가 있어야 하기 때문이다. 만약 손해배상액이나 산정하기 위한 기준을 특수조건에 명시한다면 부당한 이득은 손해배상의 예정에 해당한다. 위약금은 손해배상의 예정으로 추정되므로 부당한 이득이라는 표현 대신에 위약금이라는 표현을 사용하였다.

부당한 이득이라는 표현 대신에 위약금이라는 표현을 사용한 경우에 법원이 위약금을 위약별로 판단할 가능성은 높지 않다. 기존의 판례가 부당한 이득을 손해배상으로 보고 과실상계를 하였다는 점, 위약금은 손해배상의 예정으로 추정된다는 점 등을 고려한다면 위약금을 위약별로 해석할 가능성은 크지 않다. 따라서 법원은 환수해야 하는 부당한 이득이 높다면 이를 적절하게 감액하게 될 것이다. 이러한 법원의 감액은 분쟁이 발생할 가능성을 높이지만 계약 당사자의 이해관계를 조절한다는 점에서 바람직하다.

(2) 위약금의 산정기준 명시(제1항)

위약금의 산정기준을 명시할 필요가 있다. 산정기준을 명시한다면 당사자가 위약금에 동의한 것이 되기 때문에 그 산정기준이 무효로 되지 않는다면 산정기준에 따라 위약금을 산정하면 되고 부당한 이득의 입증에 관한 문제가 발생하지 않는다.

산정기준을 명시하지 않는다면 부당한 이득을 환수한다는 특수조건 제20조의 내용은 단순히 손해배상을 청구할 수 있다는 선언적인 규정에 불과하며 손해배상의 예정으로 인정될 수 없다. 손해배상의 예정으로 인정되기 위해서는 금액에 대한 합의가 있거나 금액이 확정되지 않더라도 최소한 금액을 산정할 수 있는 기준이 제시되어야 하기 때문이다.

특수조건 제20조 제1항 각호의 사유에 따른 산정기준의 원칙을 기존의 부당한 이득 산정방식을 참고하여 정할 필요가 있다.

(3) 계약상대자의 이의제기절차(제2항)

부정한 행위가 인정되는 경우에, 위약금은 계약담당공무원이 일방적으로 정하게 되며, 계약상대방은 계약담당공무원이 정한 위약금이 실제 납부해야 하는 위약금의 액수를 초과한다는 점을 스스로 입증해야 한다. 만약 이러한 입증에 성공하지 못한다면 실제 납부해야 하는 위약금과 상관없이 계약담당공무원이 정한 위약금을 납부해야 할 의무를 일방적으로 부담하게 된다. 이로 인한 불이익이 발생하는 것을 예방하기 위해서 계약상대방에게 이의가 있는 경우에 이를 소명할 수 있는 기회를 주어야 한다.

(4) 추가적인 손해배상을 허용(제3항)

계약위반을 이유로 부당한 이득을 위약금으로 환수하더라도 손해가 남아 있는 경우를 생각해 볼 수 있다.

예를 들어 직접생산의무 위반의 경우에 원칙적으로 이행이 완료된 물품에 대한 물품대금의 30%를 위약금으로 납부해야 한다(제2절 위약금 산정기준 - 3. 개정내용 - (2) 위약금 산정기준 - ② 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위 참조). 그런데 직접생산의무를 위반하여 납품함으로써 물품대금의 30% 이상의 이익이 발생한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우에 물품대금의 30%만을 위약금으로 지급하게 되면 의무위반행위를 통해서 계약상대자가 위약금을 지급하더라도 이익을 얻게 된다. 이러한 상황이 발생하지 않도록 추가적인 손해가 발생한다면 그러한 손해의 배상을 허용하도록 계약내용에서 정할 필요가 있다.

또 다른 예를 들면, 납품한 물건에 하자가 있는 경우에 그로 인해서 확대손해가 발생할 수 있고, 그 확대손해가 계약보증금이나 위약금에 해당하는 부당한 이득을 넘어서는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우에 계약보증금이나 부당한 이득에 해당하는 위약금의 약정이 손해배상의 예정이라는 이유로 이를 초과하는 손해배상청구권이 배제되어서는 안 된다. 이 점을 분명히 하기 위해서 계약보증금이나 위약금(부당한 이득)을 초과하는 손해가 발생한 경우에는 손해배상의 예정이 있었음에도 불구하고 계약보증금이나 위약금(부당한 이득)을 넘는 손해에 대한 배상청구권은 영향을 받지 않는다는 점을 규정하였다. 물론 그러한 초과손해에 대한 배상을 청구하기 위해서는 손해에 대한 입증이 필요하다.

4. 기대효과

(1) 부당한 이득의 법적 성질을 위약금으로 명시함

부당한 이득의 환수는 특수조건 제20조 제1항의 사유가 발생한 경우, 즉 납품자가 일정한 의무를 위반한 경우에 그로 인해서 얻은 이익을 손해배상의 형태로 환수하는 제도이다.

따라서 부당한 이득의 환수는 손해배상에 관한 규정인데, 결국 특수조건 제20조 제1항은 손해배상의 액수나 산정기준에 대한 내용에 대해서는 언급이 없이 손해배상을 청구할 수 있다는 규정만을 두고 있는 결과로 된다.

그런데 부당한 이득을 산정하기 위한 기준을 설정하고, 부당한 이득이라는 용어 대신에 위약금이라는 용어를 사용한다면 부당한 이득의 환수에 관한 규정이 손해배상의 예정에 관한 규정임을 명확히 하게 되어 법적 성질을 둘러싼 분쟁을 예방할 수

있다.

(2) 현행법제도에 대한 변화를 최소화하면서 문제해결

개정제안은 현행 법제도의 변화를 최소화하면서 부당한 이득의 환수의 법적 성질을 분명히 하고, 합의를 기초로 계약보증금이라는 손해배상의 예정과 별도로 부당한 이득의 환수라는 손해배상의 예정을 규정함으로써 현행 법제의 문제를 해소할 수 있다.

특히 부당한 이득의 환수를 위약금으로 대체하면서, 위약금을 산정할 때에 국고에 귀속되었거나 귀속되어야 할 계약보증금을 위약금에서 공제하도록 함으로써 이중배상의 문제가 발생하지 않도록 하였다.

(3) 계약보증금과 부당한 이득의 관계를 명확히 할 수 있음

계약보증금과 부당한 이득을 동시에 청구하는 경우에 이중배상이라는 오해를 불러 일으킬 수 있는데, 개정제안과 같이 특수조건을 개정한다면 양자가 양립가능할 수 있으며, 이중배상의 문제가 발생하지 않는다는 점을 분명히 할 수 있다.

제2절 위약금 산정기준

1. 위약금산정기준에 관한 [별표3]

부정한 행위의 유형	산정기준
1. 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 행위	<p>【제1방안】 계약단가에 계약수량을 곱한 금액 또는 계약금액에 100분의 10을 곱한 금액(계약보증금이 국고에 귀속된 경우에는 그 금액을 공제한다) 또는 이행이 완료된 납품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액</p> <p>【제2방안】 이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액 또는 이행이 완료된 물품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액</p> <p>* 영업이익율 : 납품을 개시한 년도부터 다수공급자계약이 종료한 년도까지 평균영업이익율</p>

<p>2. 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위</p>	<p>직접생산기준을 위반하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액. 단, 계약상대자가 그 물품대금에서 직접생산기준을 위반하여 납품한 물품을 위한 비용(이윤을 제외한다)을 공제한 금액이 그 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액보다 적음을 입증한 경우에는 그 금액을 위약금으로 한다.</p>
<p>3. 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위</p>	<p>원산지를 거짓으로 표시하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액. 단, 계약상대자가 그 물품대금에서 원산지를 거짓으로 표시하여 납품한 물품을 위한 비용(이윤을 제외한다)을 공제한 금액이 그 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액보다 적음을 입증한 경우에는 그 금액을 위약금으로 한다.</p>
<p>4. 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위</p>	<p>계약규격과 상이한 제품에 대한 물품대금. 단, 계약상대자가 계약의 목적달성에 영향이 없고 계약에 위반하여 납품한 물품의 공급비용(이윤을 포함한다)을 입증한 경우에는 이를 위약금에서 공제한다.</p>
<p>5. 우대가격 유지의무를 위반하는 행위</p>	<p>계약단가에서 시장공급 물품단가를 공제한 금액에 이행이 완료된 수량을 곱한 금액. 단, 우대가격 유지의무를 위반하기 이전에 이행이 완료된 수량과 제13조의2제5항에 따라 계약단가를 인하한 이후에 이행이 완료된 수량은 위약금 산정에서 제외한다.</p>
<p>6. 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위</p>	<p>계약단가에서 시장공급 물품단가를 공제한 금액에 이행이 완료된 수량을 곱한 금액. 단, 가격 유지의무를 위반하기 이전에 이행이 완료된 수량과 제13조의2제5항에 따라 계약단가를 인하한 이후에 이행이 완료된 수량은 위약금 산정에서 제외한다.</p>
<p>7. 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위</p>	<p>[제1방안] 계약단가에 계약수량을 곱한 금액 또는 계약금액에 100분의 10을 곱한 금액(계약보증금이 국고에 귀속된 경우에는 그 금액을 공제한다) 또는 이행이 완료된 납품대금에 영업이익*을 곱한 금액 중 더 높은 금액 [제2방안]</p>

	<p>이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액 또는 이행이 완료된 물품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액</p> <p>* 영업이익율 : 납품을 개시한 년도부터 다수공급자계약이 종료한 년도까지 평균영업이익율</p>
--	---

2. 개정이유

특수조건에 위약금의 산정기준을 포함시킴으로써 계약상대자가 지급해야 하는 위약금은 계약 당사자의 약정에 따른 손해배상의 예정액에 해당하게 된다.

3. 개정내용

(1) 산정기준의 기본방향

위약금을 정액으로 산정하도록 하고 당사자의 입증에 있는 경우에는 이를 위약금에서 공제하는 방식으로 산정기준을 정하여, 당사자들이 스스로 위약금을 산정하기 위한 절차에 적극적으로 협조하도록 함

(2) 위약금 산정기준

- ① 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 행위

산정기준
<p>[제1방안] 계약단가에 계약수량을 곱한 금액 또는 계약금액에 100분의 10을 곱한 금액(계약보증금이 국고에 귀속된 경우에는 그 금액을 공제한다) 또는 이행이 완료된 납품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액</p> <p>[제2방안] 이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액 또는 이행이 완료된 물품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액</p>

* 영업이익율 : 납품을 개시한 년도부터 다수공급자계약이 종료한 년도까지 평균 영업이익율

㉠ 용어의 의미

[제1방안]에서 계약단가에 계약수량을 곱한 금액은 계약단가에 총공급할 수 있는 수량을 곱한 금액이다. 단가계약이 아닌 경우에는 전체계약대금을 말한다.

㉡ [제1방안] 산정예시

[사례1] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 500만 원의 납품금액이 지급된 후에 허위로 서류가 제출되었다는 점이 밝혀졌다.

이 경우에 계약보증금은 10만 원이다. 그리고 위약금은 계약금액의 10%이므로 100만 원이 된다. 허위서류 제출을 이유로 다수공급자계약이 해지되면 아직 이행이 완료되지 않은 부분의 비율에 해당하는 금액인 5만 원의 계약보증금이 국고로 귀속된다. 계약금액을 기준으로 위약금을 산정하는 경우에는 국고귀속된 보증금이 공제되어야 한다. 따라서 조달청은 甲에게 95만 원의 위약금을 청구할 수 있다.

$$95\text{만 원(위약금)} = 100\text{만 원(계약금액 } 10\%) - 5\text{만 원(국고 귀속되는 계약보증금)}$$

㉢ [제2방안] 산정예시

[사례1]의 경우에 [제2방안]에 따라서 다음과 같이 위약금을 산정할 수 있다. 위약금은 이미 이행이 완료된 부분에 대해서 부과된다. 이미 이행된 부분이 500만 원이므로 500만 원의 10%인 50만 원이 위약금이 된다. 이 경우에 허위서류의 제출을 이유로 다수공급자계약이 해지된다면 아직 이행이 완료되지 않은 부분의 비율에 해당하는 계약보증금 중 5만 원이 국고에 귀속된다. 따라서 같은 허위서류 제출로 인해서 다수공급자계약이 해지되는 경우에 위약금 50만 원을 지급해야 하고, 계약보증금 5만 원이 국고로 귀속하게 된다. 결국 같은 55만 원의 손해배상금을 지급하는 결과로 된다.

55만 원(국고 귀속 금액) = 50만 원(위약금) + 5만 원(국고 귀속되는 계약보증금)

㉞ 검토결과([제2안]이 타당)

허위 서류 등을 제출하여 다수당사자계약을 체결하였다면 이행이 완료된 물품대금의 10%에 해당하는 금액을 위약금으로 지급하도록 하는 [제2안]이 바람직하다. 다른 위반행위의 경우에도 이행이 완료된 분을 기준으로 위약금을 산정하도록 하고 있으며, 특수조건 제20조 개정제안에서도 이행이 완료된 분을 기준으로 위약금을 산정한다는 점을 분명히 하고 있기 때문이다.

② 직접생산기준을 위반하여 납품하는 행위

산정기준

직접생산기준을 위반하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액. 단, 계약상대자가 그 물품대금에서 직접생산기준을 위반하여 납품한 물품을 위한 비용(이윤을 제외한다)을 공제한 금액이 그 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액보다 적음을 입증한 경우에는 그 금액을 위약금으로 한다.

㉟ 용어의 의미

“직접생산기준을 위반하여 납품한 수량”은 직접생산기준을 위반하여 납품한 물품을 의미한다. 예를 들어 총 5회에 걸쳐 각 100개 씩 총 500개의 물품이 납품되었는데, 그 중에서 직접생산의무를 위반한 물품이 200개인 경우에 이 200개가 직접생산기준을 위반한 수량에 해당하며, 여기에 물품단가를 곱한 금액이 위약금 산정기준이 된다.

“납품을 위해서 소요된 비용”은 단가계약의 경우에는 납품원가에 납품수량을 곱한 금액을 말한다. 결과적으로 이행이 완료된 물품대금에서 납품을 위해서 소요된 비용을 공제한 금액은 “(계약단가 - 납품원가) * 이행이 완료된 수량”에 해당하는 금액이다. 납품원가는 제조원가와 달리 이윤이 포함되지 않는다. 직접생산기준을 위반한 경우에 이윤까지 환수하는 것이 타당하기 때문에 제조원가가 아닌 납품원가를 공제하도록 하였다. 하지만 이윤이 공제된다는 점을 명확히 하기 위해서 “(이윤을 제외한다)”는 표현을 추가하였다.

㉔ 위약금 산정방법의 근거

원칙적으로 직접생산기준을 위반하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금의 30%를 위약금으로 설정하였다. 이 기준을 근거로 한 계약이행률에 따른 평균위약금은 전체계약금액의 15%에 해당하는 금액이다.

예를 들어 직접생산의무위반이 문제되는 경우가 있다. 계약금액이 1,000만 원이고 이미 납품이 이루어진 금액이 100만 원이라면(계약이행률 10%) 위약금은 30만 원(100×30%)이 된다. 이 금액은 전체 계약대금의 3%에 해당한다. 이미 납품이 이루어진 금액이 900만 원이라면(계약이행률 90%) 위약금은 270만 원(900×30%)이 된다. 이 금액은 전체 계약대금의 27%에 해당한다. 이런 방식으로 계약이행률에 따른 위약금을 평균하면 전체 계약대금의 15%가 된다.

통상적으로 위약금은 계약관행상 계약금액의 10%에 해당하는 경우가 일반적이라는 점을 고려한다면 계약금액을 기준으로 볼 때 이행이 완료된 부분의 30%에 해당하는 평균위약금은 계약금액의 15%에 해당하기 때문에 적절하다.

물론 위약금의 비율을 20%로 한다면 계약이행률에 따른 평균위약금이 전체 계약대금의 10%가 된다. 대부분의 기업의 영업이익률이 10% 이하라는 점을 고려한다면 위약금의 비율을 30%로 하기보다는 20%로 하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 그러나 예외적이기는 하지만 기업에 따라서 영업이익률이 20~30%에 이르는 경우도 있다. 이런 점들을 고려하여 위약금의 비율을 30%로 정하였다.

위약금의 비율을 20%나 10%로 낮추는 경우에는 영업이익률이 이를 초과하는 경우, 즉 납품을 위한 비용을 공제한 이익이 이를 초과하는 경우에는 그 초과부분을 조달청이 입증하여 특수조건 개정제안 제20조 제3항에 따라 별도로 손해배상을 청구할 수 있다.

위약금의 비율을 30%로 할 것인지 아니면 그 이상 또는 그 이하로 할 것인가 하는 점은 조달청에서 계약상대자의 이익의 입증책임을 어느 정도 부담할 것인가 하는 문제와 연관되어 있다. 그런데 위약금의 비율을 30% 이상으로 하는 것은 과도한 측면이 있다. 그 이하로 낮출 수도 있지만 이익이 그 이상인 경우에는 이를 초과하는 이익을 입증하여 별도로 손해배상을 청구해야 한다.

㉕ 산정예시

[사례2] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 甲은 5회에 걸쳐 각 100만 원 금액 상당의 물품을 납품하였다. 납품금액 100만 원의 6회 납품이 이루어지는 과정에서 甲이 5회에 납품한 물품이 직접생산의무를 위반하였음이 밝혀졌다. 직접생산의무위반을 이유로 다수공급자계약이 해지되었다.

[사례2]에서 甲은 이행이 직접생산기준을 위반하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금은 100만 원이다. 이 물품대금의 30%에 해당하는 30만 원이 위약금에 해당한다. 그리고 이행이 완료되지 않은 물품대금의 비율에 해당하는 5만 원의 계약보증금은 국고에 귀속된다. 따라서 갑은 직접생산의무위반을 이유로 결과적으로 35만 원의 손해배상금을 부담하게 된다.

$$35\text{만 원(국고 귀속 금액)} = 30\text{만 원(위약금)} + 5\text{만 원(국고 귀속되는 계약보증금)}$$

甲이 직접생산의무 위반 물품을 납품하기 위한 비용을 입증한 경우(이윤을 공제한 납품원가 등)에는 물품대금에서 그 비용을 공제한 금액이 정액위약금인 30만 원보다 적은 경우에는 그 금액이 위약금이 된다.

위 사례에서 제5회 물품을 납품하기 위한 비용이 80만 원임을 입증하였다. 그렇다면 위약금은 납품대금의 30%인 정액위약금 30만 원이 아니라 물품대금 100만 원에서 80만 원을 공제한 20만 원이 된다.

물품대금을 기준으로 하는 정액위약금이 아닌 실제 납품을 위한 비용을 공제한 금액을 위약금으로 주장하기 위해서 甲은 납품된 물품을 납품하기 위해서 지출한 비용을 객관적으로 입증해야 한다. 그렇지 않으면 물품대금의 30%를 위약금으로 지급해야 한다.

$$25\text{만 원(국고 귀속 금액)} = 20\text{만 원(위약금)} + 5\text{만 원(국고 귀속되는 계약보증금)}$$

$$20\text{만 원(위약금)} = 100\text{만 원(납품대금)} - 80\text{만 원(직접생산의무위반 제품 생산원가)}$$

③ 원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위

산정기준
원산지를 거짓으로 표시하여 납품한 수량에 상응하는 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액. 단, 계약상대자가 그 물품대금에서 원산지를 거짓으로 표시하여 납품한 물품을 위한 비용(이윤을 제외한다)을 공제한 금액이 그 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액보다 적음을 입증한 경우에는 그 금액을 위약금으로 한다.

[사례3] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 갑은 5회에 걸쳐 각 100만 원 금액 상당의 물품

을 납품하였다. 납품금액 100만 원의 5회에 납품한 물품의 원산지가 거짓으로 표시되었다는 점이 밝혀졌다. 원산지 허위표시를 이유로 다수공급자계약이 해지되었다.

[사례3]에서 甲은 원산지를 거짓으로 표시하여 납품한 물품에 상응하는 대금 100만 원의 30%에 해당하는 30만 원을 위약금으로 지급하여야 한다. 그리고 이행이 완료되지 않은 물품대금의 비율에 해당하는 5만 원의 계약보증금은 국고에 귀속된다. 따라서 갑은 원산지허위표시를 이유로 35만 원의 손해배상금을 부담하게 된다.

$35\text{만 원(국고 귀속 금액)} = 30\text{만 원(위약금)} + 5\text{만 원(국고 귀속되는 계약보증금)}$

甲이 원산지 허위표시의 물품을 납품하기 위한 비용을 입증한 경우에는 물품대금에서 그 비용을 공제한 금액이 정액위약금인 30만 원보다 적은 경우에 그 금액이 위약금이 된다.

위 사례에서 제5회의 납품제품에 대해서 원산지허위표시가 인정되었고, 甲은 원산지 허위표시된 물품을 납품하는데 소요된 비용이 85만 원이었음을 입증하였다. 그렇다면 위약금은 납품대금인 100만 원의 30%인 30만 원이 아니라, 납품대금 100만 원에서 납품을 위한 비용인 85만 원을 공제한 15만 원이 된다. 물품대금의 30%가 아닌 물품대금에서 실제 납품을 위한 비용을 공제한 금액을 위약금으로 지급하기 위해서 甲은 납품된 물품을 납품하기 위해서 지출한 비용(이윤을 제외한다)을 객관적으로 입증해야 한다. 그렇지 않으면 정액위약금인 30만 원을 위약금으로 지급해야 한다.

$20\text{만 원(국고 귀속 금액)} = 15\text{만 원(위약금)} + 5\text{만 원(국고 귀속되는 계약보증금)}$ $15\text{만 원(위약금)} = 100\text{만 원(납품대금)} - 85\text{만 원(원산지 허위표시 제품 납품가)}$

④ 계약규격과 상이한 제품을 납품하는 행위

산정기준
<p>계약규격과 상이한 제품에 대한 물품대금. 단, 계약상대자가 계약규격의 위반으로 인해서 계약의 목적달성에 영향이 없고 그 납품한 물품이 수요기관에게 이익이 된다는 점을 입증한다면 그 범위에서 납품한 물품의 공급비용(이윤을 포함한다)을 위약금에서 공제한다.</p>

㉠ 용어의 의미

“계약규격과 상이한 제품에 대한 물품대금”은 계약규격과 상이한 물품의 단가에 수량을 곱한 금액이다. 그 금액 자체를 원칙적으로 위약금으로 산정한 이유는 하자가 있는 제품을 납품한 경우에 납품한 제품이 하자로 인해서 가치가 없는 경우도 있기 때문이다. 즉 납품한 제품의 가치가 0인 경우도 생각할 수 있기 때문에 이행이 완료된 납품대금(하자가 있는 제품의 납품대금) 자체를 위약금으로 정하였다.

“계약의 목적 달성”이 가능한지 여부는 불완전하게 계약을 이행한 경우에 계약을 해제할 수 있는지 여부를 결정하는 중요한 기준이다. 만약 제품에 하자가 있더라도 계약목적은 달성할 수 있는 경우라면 이행 자체가 가치가 없는 것은 아니다. 그러나 하자로 인해서 계약의 목적을 달성할 수 없다면 계약을 해제할 수도 있는 상황이므로 물품대금을 지급할 필요가 없게 된다.

다만 하자가 있는 제품이더라도 수요기관에게 일정한 이익을 줄 수 있다. 즉 계약목적 달성에 지장이 없는 경우도 있다. 이 경우에는 그 범위에서 제품의 공급비용을 물품대금에서 공제하여 위약금을 산정하도록 하였다.

물품대금에서 제품의 공급비용을 공제하기 위해서는 납품한 물품이 수요기관에게 이익이 된다는 점을 계약상대자가 입증해야 한다. 예를 들어 일반아스콘을 납품하기로 하였는데 재생아스콘을 납품한 경우에 비록 규격에 미달하였지만 계약목적의 달성에 문제가 없고 재생아스콘을 납품한 것이 수요기관에게 이익이 된 경우가 있다. 이 경우에는 물품대금에서 재생아스콘을 납품하기 위한 비용을 공제한 금액이 위약금이 된다.

“공급비용”을 물품대금에서 공제하기 위해서는 비록 계약규격과 상이한 물품을 납품하였더라도 그 물품이 수요기관에게 이익이 된다는 점을 입증해야 한다. 따라서 그 범위 내에서는 비록 계약위반이 있더라도 이행을 한 것으로 취급할 수 있기 때문에 “공급비용”에는 이윤이 포함되는 것이 타당하다. 공급비용에는 통상적으로 이윤이 포함되지만, 제2호와 제3호의 납품비용에서 이윤이 제외된다는 점을 명확히 하였듯이, 이윤이 포함된다는 점을 분명히 하였다.

㉡ 산정예시

[사례4] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 갑은 5회에 걸쳐 각 100만 원 금액 상당의 물품을 납품하였다. 갑이 1회~4회에 걸쳐 납품한 물품은 문제가 없었지만 5회에 납품한 물품대금 100만 원 상당의 제품이 계약규격에 맞지 않았다. 계약규격미달이 계약목적의 달성에 영향을 주지는 않았지만, 계약규격에 미달하는 제품은 계약규격에 따른 제품과 비교하면 제조원가가 계약단가의 80%에 해당하였다.

[사례4]에서 5회의 물품대금인 100만 원이 위약금이 된다. 그러나 납품한 물건이 계약의 목적달성에 영향을 주지 않는 경우에 甲이 규격미달의 제품의 제조원가(이윤 포함)가 80만 원이라는 점을 객관적으로 입증하였다면 위약금은 20만 원이 된다.

$$20\text{만원(위약금)} = 100\text{만 원(납품금액)} - 80\text{만 원(규격미달 제품 제조원가)}$$

만약 납품한 제품에 하자가 있어서 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 물품대금 100만 원이 전부 위약금에 해당한다. 이러한 결과는 계약을 해제하고 원상회복을 청구하는 결과와 동일하다.

⑤ 우대가격 유지의무를 위반하는 행위

산정기준

계약단가에서 시장공급 물품단가를 공제한 금액에 이행이 완료된 수량을 곱한 금액. 단, 우대가격 유지의무를 위반하기 이전에 이행이 완료된 수량과 제13조의 2제5항에 따라 계약단가를 인하한 이후에 이행이 완료된 수량은 위약금 산정에서 제외한다.

㉠ 용어의 의미

“우대가격 유지의무를 위반하기 이전에 이행이 완료된 수량”은 우대가격 유지의무 위반행위가 있기 이전에 납품요구가 있었고, 그 납품요구에 따라 이행이 완료되어 납품대금이 지급된 경우를 말한다.

“제13조의2제5항에 따라 계약단가를 인하한 이후에 이행이 완료된 수량”은 우대가격 유지의무 위반을 이유로 계약단가가 인하된 이후에 이행이 완료된 수량을 의미하며, 이 수량은 위약금 산정의 대상에서 제외된다.

㉡ 산정예시

[사례5] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 甲은 5회에 걸쳐 각 100만 원 금액 상당의 물품을 납품하였다. 갑이 2회 납품 도중에 우대가격유지의무를 위반하였음이 밝혀졌다. 제품 1개의 단가는 1만 원이었는데, 시중에 납품한 물품단가는 8천 원이었다. 우대가격 유지의무 위반을 이유로 6회부터 납품한 물량의 계약단가가 1만 원에

서 8천 원으로 인하되었다.

[사례5]에서 우대가격유지의무 위반으로 인한 위약금은 원칙적으로 1만 원에서 시장 공급 물품단가인 8천 원을 공제한 금액인 2천 원에 이행이 완료된 수량인 2회에서 5회에 납품한 400개이다. 따라서 납품단가와 시장공급 물품단가의 차액인 2천 원에 위반기간 납품수량 400개를 곱한 80만 원이 위약금이 된다. 6회부터는 우대가격 유지의무 위반을 이유로 계약단가가 인하되었으므로 그 수량은 위약금 산정에서 제외된다.

$$80\text{만 원(위약금)} = [1\text{만 원(계약단가)} - 8\text{천 원(시장공급 물품단가)}] \times 400\text{개(우대가격유지의무 위반 물품수량)}$$

⑥ 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하는 행위

산정기준

계약단가에서 시장공급 물품단가를 공제한 금액에 이행이 완료된 수량을 곱한 금액. 단, 가격 유지의무를 위반하기 이전에 이행이 완료된 수량과 제13조의2제5항에 따라 계약단가를 인하한 이후에 이행이 완료된 수량은 위약금 산정에서 제외한다.

[사례6] 甲은 다수공급자계약을 체결하였다. 계약금액은 1,000만 원이었고, 1회 최대납품금액은 100만 원이다. 갑은 5회에 걸쳐 각 100만 원 금액 상당의 물품을 납품하였다. 갑이 2회 납품 도중에 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급하였다는 점이 밝혀졌다. 제품 1개의 단가는 1만 원이었는데, 시중에 납품한 물품단가는 8천 원이었다. 가격 유지의무 위반을 이유로 6회부터 납품한 물량의 계약단가가 1만 원에서 8천 원으로 인하되었다.

[사례6]에서 계약규격과 성능·사양이 동등 이상인 제품을 시장에 다수공급자계약 단가보다 낮은 가격으로 공급한 행위(가격유지의무위반행위)로 인한 위약금은 원칙적으로 1만 원에서 시장공급 물품단가인 8천 원을 공제한 금액인 2천 원에 이행이 완료된 수량인 2회에서 5회에 납품한 400개이다. 따라서 납품단가와 시장공급 물품단가의 차액인 2천 원에 위반기간 납품수량 400개를 곱한 80만 원이 위약금이 된다. 6회부터는 가격 유지의무 위반을 이유로 계약단가가 인하되었으므로 그 수량은 위

약금 산정에서 제외된다.

$$80\text{만 원(위약금)} = [1\text{만 원(계약단가)} - 8\text{천 원(시장공급 물품단가)}] * 400\text{개(가격유지의무 위반 물품수량)}$$

⑦ 기타 관련 법령, 계약규정 또는 계약조건 위반 등으로 인해 공정한 조달질서를 훼손한 행위

산정기준
[제1방안] 계약단가에 계약수량을 곱한 금액 또는 계약금액에 100분의 10을 곱한 금액(계약보증금이 국고에 귀속된 경우에는 그 금액을 공제한다) 또는 이행이 완료된 납품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액
[제2방안] 이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액 또는 이행이 완료된 물품대금에 영업이익율*을 곱한 금액 중 더 높은 금액
* 영업이익율 : 납품을 개시한 년도부터 다수공급자계약이 종료한 년도까지 평균영업이익율

제1호에 대한 해설과 동일하다.

(3) 위약금을 초과하는 손해의 발생

경우에 따라서는 위약금을 초과하는 손해가 발생하는 경우도 있다. 이 경우에는 손해를 입증하여 그에 따른 손해배상을 청구하면 된다. 특수조건 제20조에 제3항을 신설하여 이러한 추가적인 손해배상의 청구가 가능하도록 위약금의 약정이 추가적인 손해배상의 청구에 영향을 주지 않음을 규정하였다.

예를 들어 직접생산의무 위반의 경우에 이행이 완료된 물품대금의 30%를 위약금으로 정하였지만, 실제로 계약단가에서 납품원가를 공제한 금액에 납품수량을 곱한 금액이 이행이 완료된 물품대금의 30%를 초과하는 경우도 있다.

구체적으로 이행이 완료된 물품 100개(계약단가 1만 원)에 대해서 직접생산의무 위반이 있었다. 이 경우에 위약금은 물품대금 100만 원의 30%에 해당하는 30만 원이 된다. 그런데 물품 1개당 납품원가가 5천 원인 경우(또는 물품을 조달하기 위한 비

용이 50만 원인 경우)에 계약상대자는 원칙적으로 50만 원의 손해배상을 해야 한다. 따라서 이러한 손해를 입증한 경우에는 30만 원의 위약금 이외에도 이를 초과하는 20만 원의 손해배상도 청구할 수 있다.

입증책임을 완화하기 위해서는 10%의 기준을 좀 더 올리는 방안을 생각해 볼 수 있다.

4. 기대효과

산정기준을 별표의 형태로 특수조건에 포함시킴으로써 위약금은 손해배상의 예정액에 해당하게 된다.

원칙적으로 이행이 완료된 분의 물품대금의 일정비율을 위약금을 정하였으므로 위반행위가 입증되면 그 금액을 위약금으로 청구할 수 있다. 다만 계약상대자가 그보다 적은 손해가 발생하였음을 입증하였다면 그 범위로 위약금이 감액되기 때문에 위반행위를 한 계약상대자가 위약금의 액수를 줄이기 위해서는 구체적인 손해액에 대해서 스스로 입증해야 한다. 따라서 계약상대자가 비협조이거나 손해의 입증곤란한 경우에도 조달청은 위약금을 청구할 수 있으며, 손해산정을 위한 계약상대자의 자료제출의무의 성실한 이행을 유도할 수 있다.

제3절 위약벌 제도의 도입

1. 위약벌에 관한 규정의 신설

【물품다수공급자계약 특수조건】 개정제안

<신설> 제20조의2(위약벌) ① 계약상대자는 계약담당공무원이 제20조 제1항 각 호에 해당하는 부정한 행위를 조사하거나 그러한 부정한 행위에 따른 위약금을 산정하기 위하여 상당한 기간을 정하여 원가자료 및 관련자료의 제출 또는 열람을 요구할 경우 이에 응하여야 하며, 위 원가자료 및 관련자료에는 협력업체의 자료도 포함된다.

② 계약상대자가 다음 각호의 정당한 사유없이 제1항에 따른 요구에 대해 기간 내에 자료를 제출하지 않거나 자료의 제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출하는 경우에는 상당한 기간이 경과한 시점에 이행이 완료된 물품대금의 100분의 30의 범위 내에서 [별표4]에 따른 위약벌을 계약담당공무원에게 지급하여야 한다.

1. 부정한 행위의 조사와 관련하여 계약 상대자가 부정한 행위가 없었다는 점을 소명한 경우
2. 위약금의 산정과 관련하여 계약 상대자가 위약금의 액수를 소명한 경우
3. 계약담당공무원이 정한 자료제출기간이 자료의 제출을 준비하기 위해서 상당하지 않음을 계약상대자가 소명한 경우
4. 그밖에 계약상대자가 자료제출의 지연이나 거부에 합리적인 사유가 있음을 소명한 경우

[별표4]

위약벌부과사유		위약벌액수
1. 부정한 행위의 조사를 위한 자료제출의 지체	1차 기간경과*	이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액
	2차 기간경과	이행이 완료된 물품대금에 100분의 20을 곱한 금액
	3차 기간경과	이행이 완료된 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액
2. 부정한 행위의 조사를 방해할 목적으로		이행이 완료된 물품대금에 100분의 30을 곱한 금액. 다만 자료제출의 지체로 인한

합리적인 사유없이 고의적으로 자료제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출한 경우		위약벌은 부과하지 않는다.
3. 위약금 산정에 관련된 자료제출의 지체		이행이 완료된 물품대금에 상당한 기간이 경과한 이후의 미제출일수마다 1,000분의 0.5를 곱한 금액**, 단 이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액을 초과할 수 없다
4. 위약금 산정을 방해할 목적으로 합리적 사유없이 고의적으로 자료제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출한 경우		이행이 완료된 물품대금에 100분의 10을 곱한 금액. 다만 자료제출의 지체로 인한 위약벌은 부과하지 않는다.

* 기간경과 회수는 해당 위반행위의 여부를 조사하기 위해서 상당한 기간을 정하여 자료의 제출을 요청하였지만 이에 응하지 않은 회수를 의미한다.

** 1,000분의 0.5는 1년 기준으로 약 18%의 이율에 해당함

2. 개정이유

위반행위를 조사하거나 위약금을 산정하기 위해서는 계약상대자로부터 자료를 제공받아야 하지만 상대방이 자료를 제공하지 않는 경우에는 위반행위 여부의 판단 및 위약금 산정이 어려워진다.

계약상대자가 실제로 위약금을 초과하는 손해배상을 해야 하지만 위약금의 지급을 회피하기 위해서 자료제출을 거부하는 경우에 자료제출의무의 지체에 대한 위약벌을 규정할 필요가 있다. 따라서 위약금 산정을 위한 자료제출을 거부하는 경우에는 물품대금의 100분의10의 범위 내에서 [별표4]에서 정하는 가산금을 지급하도록 할 필요가 있다.

방위사업법령에서는 가산금이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 이 용어를 사용할 수도 있지만, 방사법에서는 가산금은 부당한 이득에 추가하여 납부하는 금액이라는 의미로 사용되고 있으며, 개정제안에 따른 금액은 부당이득과 상관없이 부과되는 위약벌이므로 가산금이라는 용어가 부적절한 측면이 있다. 따라서 가산금이라는 용어 대신에 위약벌이라는 용어를 사용하였다.

3. 개정내용

(1) 자료제출의무

특수조건에 대한 개정제안 제20조의2는 부정한 행위의 조사나 위약금 산정을 위한 자료제출의무를 이행하지 않은 경우에 [별표4]에 따라 위약벌을 지급하도록 규정하고 있다.

(2) 부정한 행위의 조사를 위한 자료제출의무 위반

[별표4]의 제1호와 제2호는 부정한 행위의 조사를 위한 자료제출의무를 위반한 경우에 적용된다. 자료제출의무를 지체한 경우에는 위반회수에 따라 최대 이행이 완료된 물품대금의 100분의 30까지 위약벌로 지급하도록 규정하였다. 이 금액은 특수조건에 대한 개정제안 [별표3]에 따른 위약금과 어느 정도 형평을 맞춘 금액이다. 따라서 당사자가 부정한 행위의 인정을 회피하기 위해서 자료제출 의무를 위반하는 경우에 [별표3]에 따른 위약금 정도의 금액을 위약벌로 지급하도록 규정하였다.

다만 부정한 행위의 조사를 방해하거나 고의적으로 자료의 제출을 거부한 경우에는 곧바로 이행이 완료된 물품대금의 100분의 30을 위약벌로 지급하도록 규정하였다. 이러한 경우에도 당사자에게 자료의 제출기회를 부여하는 것은 의미가 없기 때문이다. 다만 이행이 완료된 물품대금의 100분의 30을 위약벌로 지급하는 경우에 제1호의 자료제출 지체에 따른 위약벌은 별도로 부과하지 않도록 규정하였다. 따라서 자료제출의무를 1회 위반하였고, 그 후에 고의적으로 허위의 자료를 제출하였다면 이행이 완료된 물품대금의 100분의 30을 위약벌로 청구할 수 있지만, 이 경우에 1회 자료제출 의무 위반으로 인한 제1호의 위약벌은 별도로 청구하지 않도록 규정하였다.

(3) 위약금 산정을 위한 자료제출의무위반

위반행위가 인정되었지만, 위약금 산정을 위한 자료제출의무를 위반한 경우에 [별표4] 제3호에서는 자료제출 지연일수에 1,000분의 0.5를 곱한 금액을 위약벌로 지급하도록 규정하였다. 이 규정은 일단 위반행위가 인정된 경우에만 적용된다.

위약금 산정을 방해하거나 고의적으로 자료제출을 거부하는 경우에는 이행이 완료된 물품대금의 100분의 10에 해당하는 금액을 위약벌로 지급하도록 규정하였다. 제1호나 제2호와 비교할 때 위약벌의 액수가 낮다. 일단 위반행위가 인정된다면 개정제안 [별표3]에 따른 위약금을 청구할 수 있기 때문이다. 위약금보다 더 많은 금액

에 대한 손해의 산정을 위해서 자료제출을 요청하였지만 그러한 자료제출 의무를 위반하지 않은 경우에 [별표4]의 제3호와 제4호에 따른 위약벌을 청구할 수 있다.

(4) **정당한 사유**

자료제출의 지연과 자료제출의 거부에 **정당한 이유가 있는 경우에도 위약벌을 부과하는 것은 타당하지 않다.** 따라서 제1호에서 제4호의 경우에는 자료제출의 지연이나 거부에 **상당한 이유가 있다고 볼 수 있으며, 위약벌을 부과할 수 없다.**

4. **관련규정 및 판례**

(1) **방위사업법**

[방위사업법]

제58조(부당이득의 환수 등) ① 방위사업청장은 방산업체·일반업체, 방위산업과 관련없는 일반업체, 전문연구기관 또는 일반연구기관이 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 환수하여야 한다. <개정 2016. 1. 19., 2016. 12. 20.>

② 제1항에 따른 가산금의 산정 기준 및 방법은 부정한 행위의 정도와 자진신고 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

[방위사업법 시행령]

제69조(부당이득금등의 환수) ① 방위사업청장은 법 제58조제1항에 따라 부당이득금 및 가산금(이하 "부당이득금등"이라 한다)을 환수하고자 하는 때에는 부당이득사실, 부당이득금등의 금액, 납부기한 및 이의신청방법·기간 등을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 한다. <개정 2017. 6. 20.>

② 제1항의 규정에 의하여 통지를 받은 자는 통지가 있는 날부터 30일 이내에 부당이득금등을 방위사업청장이 지정하는 기관에 납부하여야 한다.

③ 법 제58조에 따른 가산금의 산정 기준 및 방법은 별표 1과 같다.

■ 방위사업법 시행령 [별표 1] <신설 2017. 6. 20.>

가산금의 산정 기준 및 방법(제69조제3항 관련)

1. 일반기준

가. 가산금은 제2호에 따라 산정한 금액을 기준으로 제3호에 따른 가중 및 제4호에 따른 감경을 하여 산정한다.

나. 가목에 따라 산정한 가산금이 부당이득금의 2배를 넘는 경우에는 가산금은 부당이득금의 2배로 한다.

다. 2개 이상의 계약에서 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 행위(이하 "부당이득행위"라 한다)를 한 경우에는 계약별로 가산금을 산정한다.

2. 부당이득금 규모 및 비율에 따른 산정

가산금은 부당이득금 규모와 부당이득금이 계약금액에서 차지하는 비율에 따라 다음 각 목과 같이 산정한다.

가. 부당이득금이 5억원 이상이거나 부당이득금이 계약금액에서 차지하는 비율이 20% 이상인 경우: 부당이득금의 2배

나. 가목에 해당하는 경우를 제외하고 부당이득금이 1억원 이상 5억원 미만이거나 부당이득금이 계약금액에서 차지하는 비율이 10% 이상 20% 미만인 경우: 부당이득금의 1.5배

다. 그 밖의 경우: 부당이득금의 1배

3. 가산금의 가중

다음 각 목에 따라 가산금을 가중한다. 이 경우 가목 및 나목에 모두 해당하면 각각의 가중비율을 합산하여 적용하며, 나목에 따른 기간의 계산은 부당이득행위에 대하여 가산금을 통보한 날과 다시 부당이득행위를 적발한 날을 기준으로 한다.

가. 하도급자와 공모한 경우: 50% 가중

나. 최근 5년 이내 부당이득행위가 반복하여 적발된 경우

1) 적발 횟수가 3회 이상인 경우: 50% 가중

2) 적발 횟수가 2회인 경우: 30% 가중

4. 가산금의 감경

다음 각 목에 따라 가산금을 감경한다. 이 경우 나목은 적발된 부당이득행위 및 자진하여 신고한 다른 부당이득행위 각각에 대하여 모두 적용한다.

가. 부당이득행위가 적발되기 전에 자진하여 신고한 경우: 50% 감경

나. 부당이득행위가 적발된 후 다른 부당이득행위를 자진하여 신고한 경우: 30% 감경

(2) 물품 제조·구매 계약특수조건 표준(일반 및 방산)[방위사업청예규]

제43조(계약금액의 착오 등과 부당이득금등의 환수 등) ① 이 계약체결 후 계약

상대자의 원가계산자료 및 계산의 착오로 인한 예정가격 또는 계약금액의 부당한 결정으로 계약상대자가 부당이득을 취한 사실이 발견되거나 계약담당공무원의 착오로 국고에 손실을 끼친 사실이 확인될 경우에는 계약상대자는 지체 없이 부당이득금을 계약담당공무원에게 반환하여야 한다. 특히, 계약상대자가 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료(협력업체 원가자료를 포함한다)를 제출하여 예정가격 또는 계약금액이 부당하게 결정되고 그 결과 계약상대자가 부당이득을 얻은 경우에, 계약상대자는 부당 이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 계약담당공무원에게 지급하여야 한다.

② 제3자가 「국가계약법 시행규칙」 제10조제3호에 따른 견적가격을 허위 그 밖에 부정한 내용으로 제출하여 예정가격 또는 계약금액이 부당하게 결정되고 그 결과 계약상대자가 부당이득을 얻은 경우에, 계약상대자는 부당이득금을 계약담당공무원에게 지급하여야 한다.

③ 계약상대자가 위조 또는 변조된 시험성적서(협력업체 또는 판매자의 자료를 포함한다.)를 제출한 경우에 위조 또는 변조된 시험성적서로 검사한 물품(위·변조된 시험품목) 대금의 100분의 30에 해당하는 금액을 계약담당공무원에게 지급하여야 한다. 이때 시험품목이란 시험대상이 되는 군수품조달관리규정 등에 근거한 부분품(한 개의 품목이 그 이상 분해될 수 없거나 또는 그 품목을 더 이상 분해하는 것이 실질적으로 불가능한 최소단위 품목)을 말한다. 다만 위 100분의 30에 해당하는 금액의 위약벌에도 불구하고 손해가 발생한 경우에 계약상대자는 계약담당공무원에게 손해를 배상하여야 한다.

④ 계약상대자는 계약담당공무원이 제1항에 따른 부당이득금을 산정하기 위하여 원가자료 및 관련자료의 제출 또는 열람을 요구할 경우 응하여야 하며, 위 원가자료 및 관련자료에는 협력업체의 자료도 포함된다.

⑤ 계약담당공무원은 계약상대자가 정당한 이유 없이 제4항에 따른 요구에 대해 지연제출 또는 불응하는 경우 계약담당공무원이 판단한 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금(착오의 경우 가산금은 제외)을 환수할 수 있다. 이때 부당이득금 산정을 완료할 때까지 계약금액의 10% 이내 금액을 유보액으로 남겨두고 지급할 수 있다.

(3) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결

방위사업법 제58조는 방위사업청장은 방위산업체 등이 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 부당이득금과 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 방위사업청이 일반물자나 방산물자 등의 구매계약에 편입하기 위하여 계약의 형태별로 정해둔 계약특수조건 중 「물품제조·구매 표준계약특수조건(일반)」(2008. 2. 18. 방위사업청 지침 제2008-5호로 개정되기 전의 것)

과 「물품제조·구매 표준계약 특수조건(방산)」(2008. 2. 18.자 위 지침으로 개정되기 전의 것)의 제26조는 공통적으로 제1항에서 “이 계약 체결 후 원가계산자료 및 계산의 착오로 인한 예정가격 또는 계약금액의 부당한 결정으로 계약상대자가 부당이득을 취한 사실이 발견되거나 기타 공무원의 착오로 국고에 손실을 끼친 사실이 확인될 경우에는 계약상대자는 지체 없이 부당이득금을 방위사업청에게 반환해야 한다. 다만 계약상대자가 허위 기타 부정한 자료를 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 방위사업청은 부당이득금의 환수와 동시에 이에 더하여 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항에서 “계약상대자는 방위사업청의 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람요구에 응하여야 하며, 계약상대자가 정당한 이유 없이 이에 불응하거나 허위 증빙자료를 제출할 때에는 방위사업청은 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 또한 「물품제조·구매 표준계약 특수조건(일반 및 방산)」(2008. 2. 18.자 위 지침으로 개정되고 2012. 6. 25. 방위사업청 지침 제2012-23호로 개정되기 전의 것)의 제30조 제1항, 제2항도 위와 동일한 내용을 일부 문구만 수정한 채 그대로 규정하고 있다(이하에서는 위와 같은 계약특수조건을 ‘이 사건 계약특수조건’이라고 한다).

나. 위와 같은 이 사건 계약특수조건 제26조 등의 규정 방식과 내용 구성 등을 종합해 보면, 그 제1항은 정부와 방산물자 등에 관한 납품계약을 체결하는 계약상대자에게 계약 체결 과정에서 가격산정 요소에 관하여 허위 기타 부정한 자료를 제출하지 아니할 의무가 있음을 전제로, 계약 체결 이후에 원가계산자료 및 계산의 착오로 예정가격 또는 계약금액이 부당하게 결정되어 계약상대자가 부당한 이득을 취한 사실이 발견된 때에는 정당한 금액과의 차액에 해당하는 손해를 배상하도록 하고(제1항 본문), 나아가 당초의 원가계산자료가 ‘허위 기타 부정한 자료’임이 밝혀진 경우에는 그 ‘부당이득금’에 상당하는 가산금을 추가로 청구할 수 있도록 한 것이라고 해석된다(제1항 단서).

따라서 이 사건 계약특수조건 제1항에서 정한 ‘부당이득’의 반환을 청구할 수 있는 권리는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 해당한다 할 것이므로(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결 등 참조), 그러한 ‘부당이득금’의 발생 및 범위에 관한 증명책임은 대한민국이 부담하는 것이 원칙이다.

그런데 방산물자 등에 관한 원가산정의 기준이 되는 자료는 통상적으로 계약상대자가 보유·관리하고 있다는 등의 특수성이 있으므로, 대한민국이 정당한 원가를 파악하기 위하여 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 또는 열람을 요구하면 계약상대자는 이에 응하여야 하고, 만약 그 요구에 불응하여 정당한 원가계산자료 등을 제출하지 않거나 허위의 증빙자료를 제출한 경우에는 대한민국은 나름의 기준과 방법에 의한 원가검증을 통하여 적정하다고 판단한 부당이득금의 환수를 청구할 수 있고, 나아가 그에 상당하는 가산금을 추가하여 청구할 수 있도록 한 것이 이 사건 계약특수조건 제2항의 취지이다. 따라서 위 제2항에 의하

여 청구하는 '부당이득금' 역시 그 법적 성질은 손해배상청구에 해당한다고 할 것이다.

다만 위 제2항에 의하여 부당이득금(손해액)을 산정하는 경우라고 하더라도 그 산정 방식 등이 자의적이거나 현저히 불합리하면 적정한 손해액으로 인정될 수 없다고 할 것이나, 그 산정 방식 등이 현저히 불합리하다는 점에 관한 증명책임은 계약상대자가 부담한다고 보아야 한다.

한편 이 사건 계약특수조건 제2항이 그 적용 대상이 되는 계약의 유형을 한정하고 있지 않고, 달리 이를 한정하여야 할 합리적인 근거도 없으므로, 위 조항이 개산(개산)계약에서의 '부당이득금'과 가산금 산정에만 한정적으로 적용된다고 볼 수는 없다.

.....

한편 이 사건 계약특수조건 제1, 2항이 계약상대자의 귀책사유를 전제하지 않고 '부당이득금'과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있도록 한 규정이라고는 볼 수 없는 점, 방산물자는 일반적인 시장가격이 형성될 수 없고 원가산정의 기준이 되는 요소들 역시 계약상대자가 자체적으로 관리하므로, 대한민국으로서는 계약상대자가 제시한 원가계산자료에 대한 검토절차를 거친다고 하더라도 정보의 비대칭성으로 말미암아 그 부당성을 시정하는 데에 한계가 있을 수밖에 없는 점, 이 사건 계약특수조건에 따른 손해배상책임도 일반적인 손해배상책임과 마찬가지로 구체적 사실관계를 고려하여 제한할 수 있는 점 등을 감안해 보면, 이 사건 계약특수조건 제2항이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2, 제23조 등이 규정하는 불공정거래행위 중 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'에 해당하거나 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제4조, 「물품구매계약 일반조건」제3조 제3항에 반하여 무효라고 볼 수 없다. 이 점에 관한 원고의 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

.....

당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 그 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다가 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다.

나. 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 계약특수조건 제1항과 제2항의 가산금은 손해배상액의 예정이 아니라 위약벌의 성격을 가지는 것으로 보아야 한다. 그

이유는 다음과 같다.

우선 이 사건 계약특수조건의 근거가 되는 방위사업법 제58조의 내용은 1998. 12. 31. 신설된 구 「방위산업에 관한 특별조치법」(2006. 1. 2. 법률 제7845호로 폐지된 것) 제22조의2 제1항에서 그대로 이어져 온 것인데, 1998. 12. 31. 위 규정을 신설한 법률개정안의 입법 취지가 '부당이득금과 이자 이외에 범칙금적 성격의 가산금을 환수할 수 있도록 근거규정을 두려는' 것이라고 명시되어 있다. 이는 방산물자를 적정한 가격에 계약함으로써 국방예산을 효율적으로 집행하고 방위산업체의 허위의 자료 제출을 예방하기 위하여 허위의 원가계산자료를 제출한 방위산업체를 상대로 부당이득금과 이에 대한 이자 또는 지연손해금뿐만 아니라 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 하는 것으로서, 이러한 입법 취지는 방위사업청 지침의 형태로 규정된 이 사건 계약특수조건에도 그대로 반영된 것이다.

또한 이 사건 계약특수조건 제1항과 제2항의 '부당이득금'은 그 자체로 계약상대자가 배상할 손해배상액을 의미하는 것인데 그와 병행하여 같은 금액의 가산금을 추가로 청구할 수 있도록 되어 있고, 계약상대자인 방위산업체가 허위 기타 부정한 자료를 제출한 경우(이 사건 계약특수조건 제1항 단서) 또는 가격 증빙자료 제출 또는 열람 요구에 정당한 이유 없이 불응하거나 허위의 증빙자료를 제출한 경우(제2항)라도 그것만으로 대한민국에 발생한 손해 자체의 내용과 범위가 제1항 본문이나 제2항의 '부당이득금'과 크게 달라진다고는 할 수 없음에도, 제1항 단서와 제2항의 경우에는 '부당이득금'에 더하여 그에 상당하는 가산금도 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 위 가산금을 손해배상예정액으로 보게 되면 순수 손해액인 부당이득금에다 가산금까지 이중의 배상을 하는 결과가 된다.

위와 같은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 계약특수조건 제1항 단서와 제2항에 규정된 가산금은 이 사건 계약특수조건에 규정된 부당이득금의 환수로도 전보되지 않는 어떤 다른 손해의 발생을 염두에 두고 그 배상관계를 간편하게 처리하려는 손해배상액 예정으로서의 성격을 가지는 것이 아니라, 방위산업체가 이 사건 계약특수조건 제1항 단서와 제2항에 규정된 귀책사유가 있는 행위를 한 경우 대한민국이 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 함으로써 방위산업체로 하여금 정당한 원가계산자료를 제출하도록 강제하는 위약벌의 성격을 가진다고 보아야 한다.

다. 원심은, 이 사건 계약특수조건의 가산금이 위약벌이라는 피고의 주장을 배척하고 이를 손해배상액의 예정으로 보아, 피고의 부당이득금 청구와 가산금 청구가 모두 손해배상청구에 해당한다는 전제 아래, 그 판시와 같은 이유로 원고의 손해배상책임을 피고가 자체적으로 산정하여 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 합한 금액의 50%로 제한하였다.

그러나 위에서 본 바와 같이 이 사건 계약특수조건의 가산금은 위약벌의 성격을

가진다고 할 것이므로, 위 가산금이 손해배상액의 예정으로서의 성격을 가진다고 보고 피고의 가산금 청구에 관하여 판단한 원심은 이 사건 계약특수조건상 가산금의 성질에 관한 법리를 오해한 것이고, 한편 위약벌 약정에 의한 책임을 제한하는 법리와 손해배상예정액의 감액에 관한 법리는 그 판단 방법이 전혀 다르므로, 원심의 위와 같은 잘못은 피고의 가산금 청구에 관한 판단 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

나아가 원심은 가산금의 성격을 위와 같이 봄으로써 피고의 부당이득금 청구뿐만 아니라 가산금 청구도 손해배상청구에 해당하고 원고는 그 청구 전부에 대하여 손해배상책임을 진다는 잘못된 전제 아래 원고의 손해배상책임을 부당이득금과 가산금을 합한 금액의 50%로 제한하였으니, 원심의 위와 같은 법리오해의 잘못은 피고의 부당이득금 청구에 관하여 원고의 책임비율을 산정한 부분에도 영향을 미쳤다고 할 것이다.