

# 행정조달계약과 약관규제\*

權大祐\*\*

<目 次>

- |                    |                         |
|--------------------|-------------------------|
| I. 서               | III. 행정조달계약상의 조항에 대한 규제 |
| II. 행정조달계약의 성격과 내용 | IV. 결: 행정조달계약상 약관규제     |

## I. 서

우리 대법원은 2002. 1. 25. 선고 99다57126 판결에서 민간업자가 조달청과 체결한 물품제조, 납품계약에서 지하철 차량의 납품이 지연되어, 계약상의 지체상금 약정에 따라 납품대금의 38%에 해당되는 지체상금이 부과된 경우에 지체상금 약정이 구 예산회계법 제94조, 동 시행령 제129조, 구 계약사무처리규칙 제75조 제1호의 규정 등 관련 규정에 근거를 가지고 있으며, 당연히 위약벌로 보아야 한다는 정부측 주장에도 불구하고, 그 성격을 손해배상액의 예정으로 보아 민법 제398조 4항에 의거하여 납품대금의 15%로 감액한 원심의 판단을 승인하였다. 이 사건에서 원심인 서울고등법원<sup>1)</sup> 자동차 납품계약에 있어 원, 피고의 지위가 동등하다고 볼 수 없다는 점에 지적하여 계약체결상의 당사자 사이에서 계약의 내용에 대한 공정한

\* 이 원고는 2005년 3월 국가계약법학회에서 발표한 원고를 보완한 내용임.

\*\* 한양대학교 법과대학 교수

1) 서울고등법원 1999. 8. 24. 선고 98나28086 판결 참조.

협약이 이루어질 수 없음을 암시하였고, 이는 정부가 물품납품계약을 체결함에 있어 이 사건에 있어 정부가 적용한 1일 지체상금 비율 1.5/1000은 종전부터 예산회계법 시행령이나 물품구매계약 일반조건 또는 특수조건에 부동문자로 인쇄되어 별다른 고려 없이 일반적으로 적용되어 오던 것이라는 점에서도 분명하다고 볼 수 있다. 그러나 구체적인 사안을 살펴보면 민간회사인 납품업자(원고) 전동차의 제작에 최소 15개월부터 22개월 가량의 기간과 대규모의 투자 등이 요구되는 점에 비추어 정부측 지하철 공사가 입은 손실은 개통일 이후의 운행이익 상실에 불과하고, 당사자의 경제적인 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 경위, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 당시의 거래관행 등을 고려할 때, 납품대금의 38%를 공제한 것은 부당하게 과다하다는 판단을 하고 있으며, 이러한 원심의 판단에 대하여 위법하지 않다는 입장을 대법원은 표명하였다.

이 관례는 대법원이 국가에서 발주한 물품납품계약에 대하여 몇 가지 중요한 시사점을 제시하고 있다. 첫 번째 주목할 점은 국가계약에 응찰하는 민간업자들의 지위가 (비록 상당한 규모의 기업이라 할지라도) 국가기관과 동등하다고 볼 수 없다는 지위의 불균형성을 인정하고 있고, 계약조건에 대한 협상에 있어 납품업자인 민간업자는 협상력이 없거나 제한되어 있다는 것이다. 둘째는 국가가 당사자가 된 계약에 적용되는 여러 가지 법규정에도 불구하고, 법원은 지체상금 규정을 손해배상액의 예정으로 보아 구체적인 상황을 고려하여 감액할 수 있다는 점을 강조하였고, 이로써 계약의 내용이 부당할 경우에 차후에 법원이 계약의 공정성을 위해 개입할 수 있다는 점을 분명히 하였다. 이러한 법원의 결정은 정부가 체결하는 계약의 지침이 되는 규정의 내용에 대한 '사려깊은' 경고를 포함하고 있기도 하다.

이러한 관점에서 정부가 체결하는 물품조달계약 및 민간인과 체결하는 각종 계약의 내용에 대한 규제의 가능성에 대한 검토가 단계적으로 이루어질 필요가 있으며, 이하에서 정부가 민간인과 체결하는 각종 계약의 성격과 내용의 통제가능성 및 약관규제법의 적용여부에 대하여 검토해 보기로 하자.

## II. 행정조달계약의 성격과 내용

### 1. 공법상 계약

양 당사자 사이에서 합의를 통하여 성립되는 계약은 권리와 의무를 발생시키는 법률행위의

한 유형으로 정립되어 있다. 일반 민사법의 영역에서는 계약당사자의 지위가 국가 혹은 지방자치단체라고 하여 이를 특별히 구분하여 다룰 필요성을 가지고 있지 않다. 왜냐하면 당사자 사이에 사적인 권리 의무관계의 성립은 전통적인 계약이론에 따라, 사적자치의 대원칙에 따라 성립될 뿐, 특정한 공법적인 제한을 전제로 하지 않는 한, 계약자유의 원칙하에서 자유로이 창의적으로 형성되고, 그 효력으로써 권리의무를 발생시킬 따름이다.

공법 분야에서는 행정의 행위형식의 하나로써 공법상의 계약 개념을 가지고 있다. 일반적으로 공법상 계약이란 공법의 영역에서 이루어지는 것으로 공법상의 효과의 발생, 즉 공법상의 권리, 의무의 발생, 변경, 소멸을 목적으로 하는 것이다.<sup>2)</sup> 계약의 목적이 공법관계에 한정된다는 것은 대립적 관계에 놓인 급부의무가 공법의 영역에 속한 내용이라는 점을 의미하기도 한다. 넓은 의미의 공법상의 계약에는 국제법상 권리주체간의 계약, 헌법기관간의 계약, 그리고 행정법상의 계약이 포함되지만, 일반적으로 행정법상의 계약만을 공법상의 계약으로 부르며, 이를 좁은 의미의 공법상의 계약으로 부르고 있다.<sup>3)</sup>

공법상의 계약이 사법상의 일반 계약과 구분되어야 한다면 그 기준은 공법상의 효과를 목적(또는 내용)으로 하는 계약이라는 점이 될 것이다. 즉 전통적인 견해에 따르면, 공법상의 권리, 의무의 발생, 변경, 소멸을 목적으로 하는 계약이 공법상의 계약이며, 계약당사자가 반드시 국가 또는 지방자치단체일 것이 요구되는 것도 아니며, 수탁사인도 계약당사자가 될 수도 있다는 것이다.<sup>4)</sup> 그러나 일반적으로 공법상의 계약은 계약의 목적이 공법상의 권리 의무관계의 변동에 대한 내용일 뿐만 아니라, 원칙적으로 공법상의 행위의 주체가 계약의 일방 당사자가 되는 경우가 대부분일 것이다.

이에 반하여 계약의 목적이 사권의 발생, 변경 소멸에 대한 것이라면, 즉 해당되는 계약관계에서 문제가 되는 내용이 사법상의 법률관계일 경우에는 비록 계약당사자의 쌍방 혹은 일방이 행정주체일지라도 그 계약은 사법상의 계약으로 보는 것이 일반적이다.<sup>5)</sup> 계약당사자가 모두 행정주체일지라도 그 계약의 대상이 사법에 속하는 것이라면, 이는 사법상의 계약으로 파악되어야 한다.

## 2. 행정조달계약의 공법적 성격과 한계

국가가 필요로 하는 행정수요를 충족시키고자 일반사인과 체결하는 공사, 물품구매 및 기

2) 홍정선, 행정법원론(상), (2006), 418면; 김철용, 행정법 I (2006), 304면 참조.

3) 홍정선, 행정법원론(상) (2006), 419면 참조.

4) 홍정선, 행정법원론(상), (2006), 418면 참조.

5) 그러나 철차적인 면에서 다른 규제가 필요하다는 지적은 있다. 김철용, 행정법 I (2006) 307면 참조.

타 용역과 관련하여 체결되는 행정조달계약(혹은 정부조달계약)에 대하여 종래에는 사법상의 계약으로 파악하는 견해가 일반적이었다.<sup>6)</sup> 이에 대하여 이를 공법적인 성격도 가진 것으로 주장하는 견해가 있다.<sup>7)</sup>

전통적인 견해에 따르면, 행정활동 가운데 일방적으로 명령, 강제하는 권력행정과 이러한 권력성은 없으나 공익목적으로 직접적으로 실현하는 급부행정 등 비권력행정은 공법관계에 속하지만, 행정수요의 충족을 위해 물품과 용역을 조달하는 활동은 행정의 보조적인 활동에 불과한 것으로 권력성도 없고, 공익목적을 실현하는 것도 아니기 때문에 사법관계에 속한다. 국가 혹은 지방자치단체와 같은 행정주체가 공익실현의 특수한 지위에서 내려와 사인과 동일한 지위에서 계약을 체결하고, 사법적 권리관계를 맺는 것이다. 따라서 행정조달계약에 관하여 민법이 적용되고 이에 관한 국가계약법, 지방재정법, 예산회계법 등 특별규정은 민법의 특별법, 즉 특별사법에 불과한 것으로 간주되고, 이에 관한 분쟁은 민사소송에 의해 해결된다.

이에 대하여 전통적인 견해가 독일의 국고이론과 공사법의 구별에 관한 권력설을 기반으로 하고 있으나, 그러한 권력설 입장에서 구분하기 보다는 실질적인 이익, 기능의 요소를 중심으로 행정법을 파악하여야 한다는 입장에서, 또 조달계약에 대한 법규명령이 없이 주로 행정규칙에 의존하는 독일과는 달리 우리는 행정조달계약을 규율하는 법규가 마련되어 있다는 점에서, 교량관리와 축조공사를 굳이 공법관계와 사법관계로 구분할 필요가 있는냐는 입장에서, 또 행정조달계약에 대한 사법적 통제를 보다 적절하게 유지하기 위하여 행정소송에 의한 통제가 더 바람직 하다는 측면에서 조달계약을 공법적 계약으로 파악하려는 견해가 있다.<sup>8)</sup>

행정조달계약의 재원이 대부분 국민 세금으로 충당되며, 행정조달계약의 담당공무원에게는 최선의 계약 체결이라는 동기가 부여되어 있지 않고, 부패와 비리의 위험성이 있으므로, 엄격한 법적 규율이 필요하고, 계약 상대방은 대금수령에 관한 리스크가 없다는 점에서 특수성이 인정되어야 한다는 것이다.<sup>9)</sup> 그러나 이러한 특수성은 정도에 있어서 약간의 차이가 있을 수는 있으나, 대기업과 하청기업 사이의 관계에서는 일반적으로 제기될 수 있는 문제 상황의 하나이다.

그러나 이러한 견해가 국가나 지방자치단체와 같은 행정주체가 민간인과 체결하는 계약에 대하여 일정한 공법적 관점에서의 접근이 필요하고, 일정한 요소는 행정소송절차를 통하여 규제하는 것이 필요하다는 점을 부각시키고 있지만, 이미 상대적으로 유리한 입장에서 국가기관에게 유리한 계약내용에 대한 사법적 효과와 그 내용규제에 대한 기존의 입장을 부인하고 있

6) 정원, 공공조달계약법 (2007), 65면 이하 참조. 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 참조.

7) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론 (2005), 224면 이하 참조.

8) 박정훈, 행정조달계약에 대한 사법적 규제, (제1회 군수조달 관계법 세미나 논문집) 30면 이하 참조.

9) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론 (2005), 226면 이하 참조.

는 것으로는 보이지 않는다.

### 3. 민사법 적용가능성

국가와 사인간의 계약을 그 내용에 따라서 사법적 영역에 속할 경우에는 사법상의 계약으로 구분하는 전통적인 견해에 따르면, 민사법의 관련조항이 적용되는 것은 당연한 논리가 될 것이지만, 행정주체와 사인간의 계약에 대하여도 이를 공행정 작용으로 보아 공법적 성격을 강조하는 견해에 따르면, 적용법규에 대한 검토가 필요할 것이다.

공법상의 계약은 기본적으로 공행정작용이므로 법률의 우위, 법률의 유보의 원칙하에 놓인다. 따라서 개별 경우에 강행법규에 위반하거나 법률의 유보의 원칙을 침해하게 되면 그러한 공법상의 계약은 위법한 것이 된다. 따라서 공법상의 계약은 당사자 사이의 의사의 합치에 비중을 두는 사적자치의 원칙에 따른다기 보다는 법규에서 정한 사항에 따라 계약사항 및 계약의 내용이 제한될 수 있다. 그러므로, 계약의 성립과정, 계약의 효력 뿐만 아니라 하자담보책임, 채무불이행의 효과 등과 관련해서도 공법상의 계약에 적용될 특별한 법규가 있을 경우에는 그 법규가 특별규정으로 우선 적용되고, 특별규정이 없을 경우에는 민법이 유추적용된다. 계약에서 다루어지는 권리의무 관계가 민사법적인 구조와 일치할 경우에는 민사법의 규정이 유추되어 적용된다는 것이다.

따라서 행정조달계약을 공법적 성격을 가진 것으로 파악한다 하더라도 민사법의 적용이 부인될 필요는 없는 것이다.<sup>10)</sup> 다만 행정주체가 준수해야 할 공법적인 규정이 계약에 어떤 효과를 미칠 것인가 하는 점에 차이가 있을 뿐이다. 예를 들면 국가를 당사자로 하는 법률에 위반된 내용의 계약이 체결되었을 때에 그 규정에 위반한 계약담당관이 인사상 불이익을 받을 것인지 혹은 계약 상대방도 구속되는 강행규정 위반으로 무효인 계약이 될 것인지 여부인데, 이는 국가계약법의 주된 수범자가 누구이나에 대한 의미와 경우에 따라 계약담당관이 어떤 재량권을 가질 수 있느냐 하는 점과도 무관하지 않으며, 앞에서 인용된 판례에서와 같이 법원의 판결에 의한 계약 내용의 수정이 허용될 수 있는가 하는 점도 무관하지 않을 것이다.

### 4. 국가계약법의 성격과 내용

국가를 당사자로 하는 법률 및 동 시행령과 시행규칙은 정부계약에 대한 기본법으로 국내 민간사업자들과의 계약 뿐만 아니라 국제입찰과정을 통한 계약업무도 모두 적용되는 법률이

10) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론 (2005), 227면 참조.

다.11) 이러한 법령들은 직접 국민의 권리의무를 기속한다기 보다는 회계기관 또는 계약담당 공무원의 계약업무시에 왜곡된 행위방지 및 엄정한 회계질서를 유지하기 위한 훈령적 성질을 갖는 절차와 내용을 규정하고 있다. 따라서 동법령에 위반된 계약이라 할지라도 중대한 하자가 있어 원인무효인 경우를 제외하고는 계약담당 공무원이 법규위반에 대한 내부적인 문책 변상 등의 책임을 질 뿐 대외적인 효력에는 영향을 미치지 않는 것으로 받아들이는 것이 일반적이다.

원칙적으로 국가를 당사자로 하는 법률 등과 같은 국가의 계약에 관한 법령들은 국가의 계약업무에 지침이 되는 성격을 가지고 있으며, 이 최소한 훈령적 성격을 지닌 국가계약법령을 준수해야 하는 계약담당 공무원은 그 법규에서 제시된 절차와 내용에 따라 국가계약을 체결하기 위해 노력할 것이고, 그 간접적 효력으로서 민간사업자와의 사이에 체결될 계약은 국가 계약법령에 합치될 수 있는 내용을 가지고 있을 것이며, 그 법령에서 요구되는 절차를 거치게 될 것이다. 그러므로, 국내에서 체결되는 계약의 경우에 강자의 지위를 가지고 있는 정부나 지방자치단체의 계약담당 공무원이 주도적인 입장을 취하게 되므로, 즉 강자의 지위를 갖고 있으므로, 법령의 기준이 계약의 내용으로 반영되는 것이 일반적이다.

문제는 법령의 기준대로 작성된 계약서의 문안이 다른 사정에 의하여 사후에 혹은 사전에 수정될 수는 없는가 하는 점이다. 사후 수정의 가능성은 계약 내용이 신의성실의 원칙에 어긋나 약관의 규제 측면에서 수정받을 수도 있을 것이며, 또 앞에서 제시된 판례의 입장처럼 손해배상액의 예정으로 감액될 수 있을 것인가 하는 것이며, 사전 수정 가능성을 계약담당 공무원이 구체적인 경우에는 어떠한 절차를 거쳐 법령의 기준과는 다른 합의를 할 수 있을 것인가 하는 관점이다.

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제5조에 따르면 “계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다.” 이는 계약 체결에 있어서 국가 및 지방자치단체 등 공행정주체는 계약 상대방에 대하여 우월적 지위를 남용하여서는 안된다는 것을 의미하며, 계약의 이행에 있어서도 신의칙에 따라 성실하게 임하여야 한다는 것을 선언한 것이다.

계약의 방법은 일반경쟁이 원칙이나, 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하여 필요하다고 인정될 경우에는 제한경쟁체결 혹은 수의계약도 가능한 것으로 되어 있으며(동법 제7조), 계약서를 작성함에 있어 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담, 지체상금 기타 필요한 사항에 대하여 분명한 합의를 도출한 다음 예외적으로 서면이 필요하지 않는 경우를 제외하고는(동 시행령 제49조 참조), 원칙적으로 이를 서면에 기재하여야 한다.(동법 제11조

11) 이상운, 국방획득조달관계법령의 제 문제점 및 개선방향, (제1회 세미나 자료), 101면 이하 참조.

참조) 공사계약의 경우에 민법 제 671조의 기간<sup>12)</sup> 내에서 담보책임의 존속기간을 정하여야 하고(동법 제17조), 지체상금은 시행령 제74조 및 동 시행규칙 제75조에 기하여 1/1000 내지 5/1000로 정해져 있다.

### III. 행정조달계약상의 조항에 대한 규제

#### 1. 약관규제법의 의미와 기능

근대 시민법의 이념을 이루었던 계약자유 원칙이 산업혁명 이후에 생산수단이 집중되고 상품이 대량생산되자, 당사자 사이에서의 계약내용에 대한 자유로운 합의가 가능했던 상황에서 계약의 내용이 점차 정형화되었고, 독과점 기업과 같은 사회적 강자에 의하여 계약자유 본질적인 부분인 자유로운 합의가 배제되었을 뿐만 아니라, 강자에 의하여 체결이 사실상 강요되는 현실이 나타남에 따라, 점차 당사자 사이의 힘의 불균형으로 인한 내용의 불공정성을 사법체계를 통하여 통제할 수 있는 장치를 필요로 하게 되었고, 신의성실의 원칙 하에서 판결을 통하여 구체적인 사례에서 계약조항의 불공정성을 규제하고, 계약 내용에서의 정의를 구현하기 시작하였고, 이러한 내용을 바탕으로 독일에서 1976년에 약관의 규제에 관한 법률이 제정된 이래, 각국에서 계약조항의 불공정성을 통제하는 기구를 정립하기 시작하였다.

우리나라에서도 1980년대에 들어서 계약용의 공정성에 대한 통제의 필요성을 절감하여 약관규제를 위한 입법작업에 힘을 쏟아 1986년 말 약관규제에 관한 법률이 국회를 통과하였고, 법원에 의한 구체적 사법적 규제 가능성 외에도 행정부에 의한 추상적 통제가 가능한 이중적 규제방식을 채택 실시하였다. 행정부에 의한 약관심사는 초기에는 경제기획원 물가정책국에서 담당하다가, 1992년부터는 공정거래위원회에서 담당하고 있다.

약관규제법은 기본적으로 소비자보호법의 하나로서 입법이 추진되었다. 그러나 약관법은 단순히 소비자나 사업자 사이에만 적용되는 제한적인 특별법이 아니라, 사업자와 고객 사이에 사용되는 부당약관을 규제하기 위한 일반법이다.<sup>13)</sup> 행정부처에서 각종 행정법규에 근거하여 관청인가 약관을 심사하고, 인가하며, 이에 대한 변경을 명하는 등 각종 행정적인 약관규제에

12) 5년(토지, 건물 기타 공작물) 내지 10년(석조, 석회조, 연화조, 금속조)

13) 이상정/ 권대우, 약관의 규제에 관한 법률 해설, 1987, 19면 참조.

개입하지는 않으나, 행정관청이 직접 혹은 특정한 거래분야에 대하여 설치된 심사기구를 통하여 약관을 심사할 경우에는 약관규제법 제6조 이하의 규정이 그 심사의 기준이 된다고 보아야 한다.(약관규제법 제31조 참조)

## 2. 약관규제법의 규제대상

### (1) 인적인 적용범위

약관심사, 내지는 약관규제의 대상이 되는 약관은 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고, 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 사업의 내용이 되는 것을 말하고, 약관을 사용하는 능동적 당사자로서 '사업자'는 계약의 일방 당사자로서 타방 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 말하며, 보호대상으로서 '고객'은 계약의 일방 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 제안받는 자를 말한다. 이러한 입법적 정의의 조향을 다른 소비자보호법령과 비교해 보면, 약관규제법상의 보호대상자는 단순히 소비생활을 위하여 사업자와 거래하는 자연인으로 한정되어 있지 않다는 점을 확인할 수 있으며, 고전적 의미로서 소비자가 아니다. 예를 들면 상인도 어떤 거래에 있어서 계약내용의 결정에 관하여 수동적 당사자라면 약관법에서 말하는 고객에 해당된다.<sup>14)</sup> 이와 대비하여 약관규제법상 사업자의 의미는 소비자에게 상품을 판매하는 당사자로 한정될 필요가 없으며, 약관을 작성한 자인 경우도 있고, 이미 작성되어 있는 약관을 사용하는 경우도 있다. 또한 일반 기업의 경우처럼 법인일 수도 있고, 개인일 수도 있다.<sup>15)</sup> 따라서 국가기관도 약관을 사용할 경우에는 약관법상 사업자의 개념에 포섭될 수 있고, 국가와 거래를 하는 기업도 약관법상 고객 개념에 포함될 수 있다.

### (2) 물적인 적용범위

약관규제법의 규제 대상이 되는 것은 그 형태나 명칭을 문제 삼지는 않지만, 몇 가지 특성을 갖추어야 한다. 첫째는 계약의 내용이 되는 것이어야 한다. 따라서 계약 당사자의 권리, 의무와 관련된 사항이면 되고, 계약의 주된 급부에 의한 것이 아니라, 부수적 의무에 관한 것도 무관하며, 거래계에서 자생된 법으로서 규범성을 가지고 있는 것인지 혹은 계약의 핵심적 내용에 대한 것인지 등이 문제되지 않는다. 일반적인 원칙을 약관으로 받아들여려면, 이를 계약의 내용으로 받아들인다는 조향이 필요하고, 그 경우에는 그러한 원칙들이 일괄적으로 약관의

14) 이은영, 약관규제법 (1994), 111면 참조

15) 이은영, 위의 책, 111면 참조.

일부분을 구성하게 된다.

둘째, 약관은 일방당사자에 의하여 사전에 준비된 것이어야 한다. 즉 일방성과 사전성을 가져야 한다. 일방성은 쌍방 당사자가 계약체결에 임하여 서로 협의하여 결정한 내용이 아니라, 일방 당사자가 계약체결 이전에 자신의 이해관계에 충실한 내용을 일방적으로 작성한 것이라는 관점이며, 사전성을 계약체결시에 의논하여 만든 것이 아니라, 미리 사전에 준비한 내용이라는 특징을 말한다.

셋째, 약관은 다수의 거래를 위하여 작성된 것이어야 한다. 다수라는 개념은 불특정 다수를 암시하는 것은 아니며, 반드시 다수에게 사용되었어야 할 필요도 없다. 다만 다수의 거래 당사자를 위해서 사용하기 위하여 만든 경우에 해당된다. 어떤 계약이 다수성을 인정받기 위해서는 실제로 동일한 계약서를 여러 계약 당사자를 위하여 작성하고, 그 동일한 계약서를 실제로 계약 상대방 중 다수에게 사용하였거나 사용할 것이라고 추측될 수 있어야 한다. 그러나 일방 당사자가 하나의 구체적인 계약체결을 위하여 치밀하게 사전에 준비한 계약조건을 사후에 우연히 동종의 계약을 위하여 사용한 경우에 다수성을 부인한 외국의 사례도 있다.<sup>16)</sup>

기본서식에서 제시된 내용으로 국가계약에서 반복되어 사용되는 조항은 원칙적으로 약관의 개념에 포함되는 것을 보아야 한다.

### 3. 약관규제법의 적용 가능성

#### (1) 국가계약법령과의 관계

국가계약에 약관규제법이 적용될 수 있을 것인가에 대하여는 몇 가지 검토가 선행되어야 한다. 맨 먼저 검토되어야 할 것이 국가계약에 적용되는 각종 법규들과 약관규제법과의 관계에 대한 것이다. 이는 조달계약의 법적 성격에 대한 논의와는 별개의 것으로 보인다. 이는 전통적 견해에 따라 사법상의 계약으로 파악된다면 사법질서 중 계약내용에 대한 통제 기능을 하는 민사특별법으로서 약관규제법의 적용여부가 문제될 것이고, 새로운 견해에 따라 조달계약을 공법상의 계약으로 파악할 경우에도 내용에 따라 공법적인 관련 규정이 없는 경우에 보충적으로 유추적용되는 민사법규의 하나로서 내용통제 기준이 되는 규범으로서 약관규제법의 적용여부가 문제될 수 있을 것이다.

국가기관 등이 작성하여 계약 상대방에게 제안하는 계약서의 내용은 기본적으로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 동 시행령, 동 시행규칙 등 국가계약 관련법령의 내용을 기준으로 하여 작성된다. 따라서 국가계약 관련 법령이 국가계약에 대한 특별법으로 우선될 것이

16) 독일의 판례로 BGH WM 1974, 33 ff. 참조

다. 특히 국가계약법령이 매우 구체적으로 규정하여 놓은 것은 예를 들면, 지체상금의 규정(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙 제75조)에 기하여 공사의 경우에 1/1000, 물품의 제조·구매의 경우 1000분의 1.5, 물품의 수리·가공·대여, 용역 및 기타의 경우에는 1000분의 2.5, 군용 음식료품 제조·구매의 경우에는 1000분의 3, 운송·보관 및 양곡가공: 1000분의 5로 규정하도록 하고 있으므로 계약담당 공무원은 이에 구속될 수 밖에 없다. 이 조항들은 행정주체 내부적인 규범으로 계약담당 공무원을 구속하는 효력이 있을 뿐, 다른 내용으로 성립될 경우에는, 의사표시에 하자가 있거나 착오로 인한 경우가 아닐 경우에는 취소되지 않고, 계약 상대방을 구속하지 않는다고 보아야 한다.

그러나 만약 그 내용이 추상적이어서 국가계약법령에 위반되지 않은 범위 내에서 계약담당 공무원이 민사계약법의 정신을 고려하여 신의칙에 맞게 작성할 수 있는 것이라면, 내용의 공정성 판단은 작성된 내용에 대한 약관규제법의 기준이 적용될 수 있을 것이다.

## (2) 약관법의 행정조달계약에의 적용 필요성

약관법이 적용되기 위해서는 국가기관에서 사용하는 계약서가 약관법상 약관에 해당되는 것이어야 하며, 약관법을 배제하는 약관규제법 제15조 및 제30조에 저촉되지 않아야 한다. 약관법 제15조와 제30조는 각각 수출보험등 국제적으로 통용되는 약관의 경우와 수출보험에 대한 약관과 상법, 근로기준법 등 이와 무관한 내용의 것이므로, 국가 지방자치단체가 민간사업자 등과의 거래에서 사용하는 정형계약서가 약관법 제2조에서 정의하고 있는 약관 개념과 사업자, 고객의 개념에 포섭될 수 있을 것인가에 대한 검토가 필요하다.

약관법상 사업자 개념은 기본적으로 약관을 사용하는 능동적 당사자를, 그리고 고객은 수동적 당사자를 의미하므로, 행정주체 및 이와 거래하는 민간업체를 이에 준하는 것으로 받아들일 수도 있을 것이다. 주목되어야 할 요점은 약관이 되기 위해서는 사용되는 계약서가 미리 사전에 일방적으로 준비되었을 뿐만 아니라 다수 당사자를 위해서 사용할 목적으로 작성되었느냐 하는 것이다. 만약 그 때마다 계약의 내용을 새로이 구성하는 경우에는 미리 사전에 일방적으로 준비하였다 하더라도 약관규제법 제2조의 의미에서 약관으로 인정될 수 없고, 따라서 약관규제법의 적용대상이 될 수 없을 것이지만, 계약담당 공무원이 그 부서에서 동일한 거래에서 사용하는 정형계약서를 파일 형태로 보관하고 있다가 이를 인쇄하여 사용하는 경우에는 ‘정형 계약서’에 해당되고 다수성을 인정할 수 있을 것이다.

## IV. 결: 행정조달계약상 약관규제

### 1. 공법 규정과 약관규제

#### (1) 계약내용의 법질서에의 합치

법률행위의 하나로서 계약이 유효하기 위하여는 계약을 통하여 당사자가 추구하는 목적이 적법하여야 한다.<sup>17)</sup> 즉, 계약에 기하여 지체상금 청구권 등 특정한 권리가 발생하려면 법률행위의 목적이나 내용이 법에서 허용되는 경우여야 하는데,<sup>18)</sup> 계약의 내용이 저촉되는 법규의 종류의 의미에 따라 그 효과가 차이가 있다.

첫째, 사적자치의 원칙상 강행법규가 아닌 임의법규와 다른 내용에 대한 합의는 문제가 없으므로, 행정조달계약의 내용이 임의법규와 다른 내용일 경우에 효력은 유지된다.

둘째, 강행법규와 구분되는 개념으로 특히 행정적인 목적에 의하여 제정된 단속법규를 인정하는 견해에 따를 경우, 계약의 내용이 단속법규에 위반됨에도 불구하고 유효한 경우가 있다. 법규의 제정목적이 당사자 사이의 합의에 효력을 부인하려는 것이 아니라, 일정한 행정적인 목적(예를 들면 불량식품 판매금지, 혹은 질서위반행위의 금지 등)을 달성하기 위한 내용일 경우에 행위 자체는 처벌 대상일지라도, 당사자 사이의 합의의 효력을 부인할 필요는 없다는 이유에서 법적인 효과, 즉 권리의 발생은 인정할 수 있을 것이다. 따라서 계약의 내용이 법에 저촉될 경우에 저촉규범의 취지에 따라 해당되는 법률행위의 효력이 좌우될 수 있다.

#### (2) 공법 규정에 위반된 행정조달계약

일반적으로 국가(혹은 지방자치단체)가 체결하는 계약의 내용이나 절차가 국가계약법 혹은 타 법령에 위반될 경우에는 위법한 계약으로 효력이 없다. 그러나 위반된 내용에 따라 다르게 판단해야 할 점이 있다. 특히 국가계약법과 관련된 내용은 그 법규의 제정목적에 비추어 볼 때, 수범자가 국가기관이므로, 국가기관으로서의 그 법규내용에 따라 계약을 체결하였다 하더라도, 그 보다 더 기본적인 법규나 정책에 불합치될 경우에 위반될 경우에도 국가계약법의 원칙이 강요되어야 하는가 하는 점을 생각해 볼 필요가 있다. 행정조달계약에 대하여 적용될 수 있는 법규로서 국가계약법령은 국가의 국고행정에 대한 투명성 내지는 공정성에 대한 기능적

17) 광윤직, 민법총칙, 295면; 이영준, 한국민법론(총칙편), (2007) 207면 참조.

18) 이영준, 한국민법론(총칙편), 2007, 208면 이하 참조.

인 보장을 위한 것이므로, 이러한 목적과 관련하여서는 강행규정으로서의 의미를 가지는 것으로 해석될 수 있고, 국가가 체결하는 계약의 내용이 국가계약법의 이러한 목적에 위반될 경우에는 계약의 효력을 부인될 수 있을 것이다.

그러나 국가계약법령의 내용 중 일부는 우월한 지위에 있는 국가(내지 지방자치단체)의 지위를 지나치게 남용하여 상대방에게 부당한 사항을 계약의 내용으로 강요할 경우에도 강행법규로서 의미를 가질 수는 없다. 뿐만 아니라 오히려 국가기관이 다른 일반 개인보다 더 국가정책에 합치된 행동을 취하여야 함에도 불구하고, 국가의 기본정책인 공정한 거래질서의 확립에 배치되는 행동을 할 경우에는 상호 모순되는 결과를 낳게 되는 측면이 있으므로, 비록 국가계약법에 따라 행정조달계약서를 작성하였다 할지라도 계약규제에 대한 기본법에 저촉될 경우에는 그 효력에 대한 규제가 필요하다고 보아야 한다.

## 2. 공정한 거래질서의 확립을 위한 규제

### (1) 규제가능성 일반

약관규제법은 공정한 거래질서의 확립을 위하여 미리 마련된 강요된 조항에 의한 거래상대방의 피해를 방지하기 위하여 제정한 계약의 실질적인 자유를 보장하기 위한 법률이다.<sup>19)</sup> 경제적으로 약한 당사자가 상대방이 미리 마련한 부합계약의 내용을 전면적으로 받아들일 수밖에 없다면, 계약자유 원칙이 실질적으로는 약자에 대한 힘에 의한 지배수단이 되어버리게 되므로, 이러한 경제적 약자를 보호하기 위한 특별한 정책적 기초에서 제정된 것이 약관규제법이다.

따라서 국가기관간의 계약 등과 같이 공법적인 효력을 가진 계약이 아니라, 일정한 급부의 이행 및 채무불이행의 효과를 그 내용으로 하는 사법적 효력을 가진 사법상의 계약은 그 체결 당사자의 일방이 국가기관이라고 할지라도 사법상의 거래질서를 규율하는 약관규제법이 적용되어야 할 것이다.<sup>20)</sup>

약관규제법에서는 내용에 대한 3가지 통제 방식을 가지고 있다. 첫째로, 편입통제방식으로 약관이 계약상대방에게 계약의 내용으로 구속력을 가지기 위해서는, 즉 계약의 내용으로 편입되기 위해서는 명시적으로 제시되어야 하며, 중요한 사항에 대하여는 설명을 하여야 한다는 점이다(약관법 제3조 참조). 둘째로 해석통제로써 약관의 내용은 먼저 신의칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며, 또한 고객에 따라 다르게 해석되어서는 안되고, 내용이 불분명한 경우에

19) 박윤직, 채권각론(2000), 20면 이하 참조.

20) 이은영, 약관규제법(1994), 53면 이하 참조.

는 작성자에게 불이익하도록 해석되어야 한다는 것이다(약관법 제5조 참조). 셋째로 내용통제로 약관규제법 제6조 이하의 규정에 의거하여 신의성실에 어긋나는 부당한 조항은 무효가 된다는 것이다.

### (2) 편입통제 및 해석통제

국가 및 지방자치단체가 체결하게 되는 계약은 편입통제의 부분은 쉽게 극복될 수 있을 것이다. 왜냐하면 국가계약은 기본적으로 서면으로 작성되고, 관례상 계약 내용이 계약 상대방에게 충분히 알려진 후에 이루어지는 것이 일반적이기 때문이다. 둘째로 해석통제는 경우에 따라 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 계약 대상이 되는 공사 혹은 물품과 그 대가 혹은 보증금, 선납금 등 계약의 기초가 되는 사항에 대하여는 분명하게 고지되고 있지만, 그 밖의 계약 문안에 대하여는 당사자 사이에서 협의가 이루어지기 보다는 일방적으로 계약담당 공무원에 의하여 작성된 다음, 계약 상대방에게 서명만 요구하는 경우가 대부분이기 때문에, 지체상금이 위약벌로 해석되어야 할 것인지 혹은 손해배상액의 예정으로 해석되어야 할 것인지에 대하여 명확하게 합의된 바가 없다는 것이고, 만약 그렇다면 법원은 상대방에게 유리하게 금액이 가능한 손해배상액의 예정으로 해석하여야 한다는 것이다.

### (3) 내용통제

행정조달계약에 대한 규제의 내용으로 가장 문제가 되는 것은 내용통제에 대한 부분일 것이다. 각 개별조항의 내용이 약관규제법 제6조 이하의 규정에 따라 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 경우에는 해당되는 조항이 무효가 될 수 있다.

해당되는 조항이 무효가 되기 위한 기준의 일반원칙으로 약관법 제6조는 신의성실의 원칙을 대전제로 하고, 그 세부지침으로 고객에게 부당하게 불리한 조항, 고객이 예상하기 어려운 조항, 고객의 본질적인 권리를 제한하는 조항을 들고 있다. 구체적인 사항으로 제7조에서 면책금지와 관련된 부분, 제8조에서 손해배상액의 예정, 제9조에서 해제, 해지, 제10조에서 채무의 이행, 제11조에서 고객의 권익보호, 제12조에서 의사표시의 의제, 제13조에서 대리인의 책임가중에 대하여, 제14조에서는 소제기금지 등에 대하여 무효의 기준을 제시하고 있다.

그러나 내용통제에 있어서 해당 조항의 부당성을 판단함에 있어 행정조달계약이 가진 특수성은 충분히 고려되어야 할 것이다. 행정조달계약이 공익을 위하여 체결된다는 점과 재원이 국민의 세금으로 충당된다는 것, 그리고 체결과정의 투명성과 공정성을 위하여 보다 엄격한 절차적인 요건을 갖추기 위하여 불가피한 요소가 있다는 점, 계약의 이행과정에서 부패와 비리의 방지를 위하여 엄격한 기준을 필요로 한다는 점 등이 충분히 고려되어야 한다.

### 3. 계약내용의 공정성에 대한 일반적 요청

국가계약에서 공익의 대변자로서 국가 및 지방자치단체가 능동적 계약당사자로 역할을 하고 있으며, 그 업무수행을 위하여 내부적 업무지침의 성격으로 출발하여 계약 상대방에게도 영향을 미칠 수 있는 기준으로 역할을 할 수 있는 법규정으로서 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률과 관련 규정들이 있으나, 계약을 통하여 국가(혹은 지방자치단체)가 체결해야 할 다양한 내용들이 모두 이 규정들에 의하여 포섭될 수는 없을 것이며, 국가계약법도 그러한 모든 사항을 규율하기 위하여 제정된 것도 아니라고 보아야 한다.

국가계약에서 국가 및 지방자치단체 등 행정주체는 일반 계약법 질서에서 우월적 지위를 가진 능동적 당사자로서 미리 마련된 계약서를 가지고 계약의 내용을 일방적으로 강요하는 경우가 많다. 사적인 거래질서에서 계약의 내용에서 공정성을 보장하기 위하여 국가가 약관규제에 관한 법률을 제정하여 시행하고 있으며, 특히 거래에서의 공정화를 구현하기 위하여 공정거래위원회에 약관의 규제를 위한 조직을 운용하고 있는 점을 볼 때, 자기모순금지의 원칙의 입장에서 보더라도 국가(혹은 지방자치단체 등)도 약관규제법의 정신을 받아들여 계약내용이 공정하게 이루어지도록 배려하여야 할 책무가 있다. 따라서 국가계약에 대한 규정을 마련함에 있어 내용상의 공정성을 뒷받침할 수 있는 충분한 근거를 마련하여야 하고, 판례나 학설에 의하여 지적된 불공정성은 신속하게 반영하여 규정을 개정하여야 할 것이다.

( 논문게재 확정일자 : 2007. 07. 25 )

주제어: 국가계약, 국가계약법, 행정조달계약(정부조달계약), 약관규제

< 참고 문헌 >

- 곽윤직, 민법총칙, 1998  
곽윤직, 채권각론, 2000  
이영준, 한국민법론(총칙편), 2007  
이은영, 약관규제법, 1994  
이상정/권대우, 약관의 규제에 관한 법률 해설, 1987  
박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005  
정원, 공공조달계약법, 2007  
홍정선, 행정법원론(상), 2006.  
김철용, 행정법 I, 2006.  
박정훈, 행정조달계약에 대한 사법적 규제 (제1회 군수조달 관계법 세미나 논문집), 2001.  
이상운, 국방획득조달관계법령의 제문제점 및 개선방향 (제1회 군수조달 관계법 세미나 논문집) 2001.

<Zusammenfassung>

## Vertrag zur Öffentliche Beschaffung und Regulierung der AGB

Kwon, Daewoo (Prof. Dr. an der Uni Hanyang, Seoul)

Verträge zu den öffentlichen Beschaffungsaufträge sind allgemein in koeranischen Literatur als privatrechtlicher Vertrag akzeptiert, obwohl eine Vertragspartei der Staat oder die Kommunale Verwaltung ist. Der Hauptbegründung liegt darin, dass durch diese Verträge keine öffentliche Rechtsfolge, sondern privatrechtliche Rechtsfolge eintreten.

Ob das koreanische Gesetz zur Regulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Verträge zu den öffentlichen Beschaffungsaufträge anwendung findet, ist zu bejahen. Das koreanische Gesetz über Beschaffungsauftrag, in dem der Staat als Vertragepartei gehandelt wird, findet auf Verträge zu den öffentlichen Beschaffungsaufträge anwendung, aber dieses Gesetz hat anderes Ziel als inhaltliche Kontroll gegen Unlauterkeit in vertraglicher Verkehr. Das soll Betrug und Parteilichkeit bei der Vertragsverhandlung verhindern. In der Anwendung des koreanischen AGB-Gesetzes sollen auch die Besonderheiten des staatlichen Beschaffungsvertrages berücksichtigt.

*Keyword(German): Allgemeine Geschäftsbedingungen, Öffentlicher Beschaffungsauftrag, Regulierung der Vertragsbedingungen in den öffentlichen Aufträge*