KOTRA자료 ● 15-042

정부간 거래 선도기관의 소송사례 연구조사

- 캐나다상업공사(CCC)의 사례를 중심으로 -

고려대학교 산학협력단

제 출 문

대한무역투자진흥공사 사장 귀하

본 보고서를 “정부간 거래 선도기관의 소송사례 연구조사 - 캐나다상업공사(CCC)의 사례를 중심으로 -” 연구의 최종 보고서로 제출합니다.

2015. 10.

고려대학교 산학협력단장

책임연구원: 신창섭(고려대학교 교수)

연 구 원: 박찬동(고려대학교 강사)

연구보조원: 김훈범, 함은혜, 이홍진(박사과정)

보 조 원: 남기윤(석사과정)

< 목 차 >

I. 서론 ····· 1
1. 연구의 목적 ····· 1
2. 연구의 방법 및 범위 ····· 2

II. 캐나다상업공사의 연혁 및 정부간 거래 ····· 3
1. 캐나다상업공사의 연혁 ····· 3
2. 캐나다상업공사의 정부간 거래 ····· 3
(1) 캐나다상업공사의 사업의 종류 ····· 4
(2) 정부간 거래의 방식 ····· 5
(3) 캐나다상업공사와 정부간 거래의 특징 ····· 7

III. 캐나다상업공사 관련 소송사례의 유형별 분석 ····· 9
1. 캐나다에서의 국내소송 ····· 9
(1) 표시의무의 위반 ····· 9
1) 부실표시의 의의 ····· 9
(가) 부실표시의 연혁 ····· 10
(나) 부실표시의 요건 ····· 11
(다) 부실표시의 효과 ····· 15
2) Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 16
(가) 사실관계 ····· 16
(나) 판시사항 ····· 20
3) 시사점 ····· 26
(가) 요건의 엄격성 ····· 26
(나) 계약상의 면책조항 ····· 27
(다) 영미법 국가의 법원의 정책적 고려 ····· 27

(2) 신인의무의 위반 ····· 27
1) 신인관계 ····· 28
(가) 영미법상 신인관계 ····· 28
(나) 수임인의 종류 ····· 28
(다) 정리 ····· 32
2) Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 32
(가) 원심 ····· 32
(나) 항소심 ····· 33
3) 시사점 ····· 35
(3) 수수료 분쟁 ····· 36
1) 캐나다상업공사의 수수료 부과 ····· 36
2) Matrox Electronic Systems Ltd. v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 37
(가) 사실관계 ····· 37
(나) 쟁점 ····· 38
(다) 판시사항 ····· 39
3) 시사점 ····· 43
2. 외국 기관과의 국제소송 ····· 43
(1) 미국 「정보자유법」 개요 ····· 43
1) 정보공표의무제도 ····· 44
2) 정보공개청구제도 ····· 45
3) 「정보공개법」의 예외사유 ····· 45
(가) 비공개대상정보 개관 ····· 45
(나) 영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀 ····· 46
4) Canadian Commercial Corporation and Orenda Aerospace Corp. v. Department of the Air Force 사건 ····· 49
(가) 사실관계 ····· 49
(나) 판시사항 ····· 50
5) 시사점 ····· 53

(2) 미 정부조달계약의 구조 ····· 54
1) 정부조달계약의 형태 ····· 54
2) 정부조달계약의 계약자 선정방식 ····· 54
(가) 봉함입찰계약 ····· 55
(나) 협상에 의한 계약 ····· 55
3) 정부조달계약의 분쟁해결절차 ····· 56
4) 캐나다상업공사와 미 정부의 분쟁사례 ····· 56
(가) 행정적 구제로서의 낙찰자의 선정과 이의신청 ····· 56
(나) 사법적 구제로서의 계약의 이행과 관련된 분쟁해결절차 ····· 63
(다) 계약의 수정 및 변경 ····· 66
(라) 정부조달계약과 지적재산권에 관한 문제 ····· 70
5) 시사점 ····· 73

IV. 캐나다상업공사 소송사례의 시사점 ····· 75
1. 착오와 사기를 이유로 한 분쟁발생의 위험에 대한 대비 ····· 75
2. 선관주의의무의 법리의 차이에 의한 분쟁발생의 위험에 대한 대비 ····· 77
(1) 선관주의의무의 적용가능성 ····· 78
(2) 선관주의의무의 내용 ····· 78
1) 충실의무 ····· 79
2) 보고의무 ····· 79
3. 대한무역투자진흥공사의 정보제공의무의 제한 등 면책조항의 필요 ····· 80
(1) 정보제공의무의 법적 근거 ····· 80
(2) 대한무역투자진흥공사의 정보제공의무 ····· 81
4. 정부조달거래의 행정구제절차 및 사법구제절차의 준수 ····· 82

V. 결론 ····· 83

VI. 참고문헌 ····· 85

1. 국내문헌 ····· 85
(1) 단행본 ····· 85
(2) 논문 및 기타 자료 ····· 85
2. 외국문헌 ····· 87
(1) 단행본 ····· 87
(2) 논문 및 기타 자료 ····· 87

VII. 첨부 자료 ····· 89
1. 캐나다상업공사의 기타 소송사례 ····· 89
(1) Western Canada Steamship Company Ltd. v. Canadian Commercial Corp. and Others 사건 ····· 89
1) 사실관계 ····· 89
2) 판시사항 ····· 91
(2) CAE Aircraft Ltd. v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 95
1) 사실관계 ····· 95
2) 판시사항 ····· 95
(3) Professional Institute of the Public Service of Canada and Pushpa Prakash, v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 97
1) 사실관계 ····· 97
2) 판시사항 ····· 97
(4) GPEC International Ltd. v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 99
1) 사실관계 ····· 99
2) 판시사항 ····· 100
(5) Langlois v. Canadian Commercial Corp. 사건 ····· 101
1) 사실관계 ····· 101
2) 판시사항 ····· 101
2. 「캐나다상업공사법」 등 정부간 거래 관련 법령 ····· 103
(1) 「캐나다상업공사법」 ····· 103

(2) 「방위생산공유협정」 ····· 115

I. 서론

1. 연구의 목적

최근 중남미 국가를 중심으로 정부간 수출계약 시장이 중소기업의 유망 수출시장으로 부상하고 있다. 이에 대응해서 우리나라는 국내 제도적 기반을 마련하려는 노력의 일환으로 대한무역투자진흥공사가 정부간 수출계약 업무를 수행하도록 지정하였다.[1)]

「대외무역법」은 대한무역투자진흥공사가 정부간 수출계약에서 정부 및 국내기업을 대신하여 당사자 지위를 수행할 수 있는 근거 규정이다(이 법 제32조의3 제2항 제1호).[2)] 과거 「대한무역투자진흥공사법」은 방산물자에 대한 대한무역투자진흥공사의 역할만 규정하여 일반물자의 정부간 거래에 계약 당사자로 참여할 수 없었다. 그러나 개정 법률에 따라 대한무역투자진흥공사는 정부간 수출계약에서 정부 및 국내기업을 대신하여 방산물자 및 일반물자의 계약 당사자의 지위로 국제거래에 참여하게 된다.

그런데 이러한 정부간 거래에서 실질적인 계약의 이행은 민간기업이 부담하지만, 외국정부와 직접 계약을 체결하고 계약상 책임의 주체가 되는 것은 정부이다.[3)] 이와 같이 정부간 거래에서 대한무역투자진흥공사는 다양한 거래주체와 계약관계로 연결되어 있으므로 다양한 계약상 또는 불법행위법상의 위험에 노출되고, 따라서 이에 대한 제도적 준비를 할 것이 요구된다.[4)]

본 연구는 대한무역투자진흥공사가 정부간 거래에서 계약 당사자로 참여하는 경우에 발생하는 위험에 대한 제도적 준비를 돕기 위한 노력의 일환으로 정부간 거래의 선도기관인 캐나다상업공사(Canadian Commercial Corporation: 이하 '캐나다상업공사' 또는 'CCC')의 소송 사례를 연구하고, 이를 통하여 대한무역투자진흥공사가 위험 대응방안 수립을 위한 기초 자료로 활용할 수 있는 시사점을 도출하고자 한다.

---

1) 「대한무역투자진흥공사법」에서 대한무역투자진흥공사의 목적 및 사업범위를 개정하였다. 일부개정 2014.01.21 [법률 제12286호, 시행 2014.01.21.].
2) 「대외무역법」 [시행 2014.7.22.] [법률 제12285호, 2014.1.21., 일부개정].
3) 일반적으로 'G to G 거래' 또는 '정부간 거래'로 불린다.
4) 최근 연구 자료로 산업연구원의 「정부간 거래(G to G)의 부상과 우리 기업의 수출 지원방안 - 방위 및 공공보안산업을 중심으로-」, 정책자료 2014-233(2014. 11.)가 있다(이하 '산업연구원').

2. 연구의 방법 및 범위

본 연구에서 정부간 계약 체결 또는 이행 시 업무 수행에 참고가 되는 연구자료 수집하였으며, 주로 캐나다상업공사의 국내 및 국제소송 사례를 연구하여, 향후 발생할 수 있는 법적 분쟁유형을 파악하였다.

구체적으로 캐나다의 국내소송자료와 캐나다상업공사가 계약 당사자로 참여한 미 정부조달거래의 소송자료도 함께 함께 검토하였고, 정부간 거래의 선도기관인 「캐나다상업공사법」과 캐나다와 미국 간의 「방위생산공유협정」의 정부간 거래 관련 법률과 협정의 번역도 감수하였다.

II. 캐나다상업공사의 연혁 및 정부간 거래

1. 캐나다상업공사의 연혁

캐나다상업공사는 캐나다 '외교통상개발부'(Department of Foreign Affairs, Trade and Development) 산하의 100퍼센트 정부출자공사이다. 캐나다에서 공사(crown corporation)란 그 재정의 전부 또는 일부를 정부가 출자하거나 출연하여 운영하는 영리법인이나 비영리법인을 말한다.[5] 캐나다상업공사는 외교통상개발부 산하의 일반무역지원기관인 CTCS(Canadian Trade Commissioner Service)와 수출금융지원을 담당하는 EDC(Export Development Canada)와 협력하여 수출 지원업무도 함께 수행한다.[6]

이러한 캐나다상업공사는 유럽의 재건을 위한 원조 창구역할을 담당함과 동시에 캐나다와 외국 간의 통상의 발전을 도모하기 위하여 세계 2차 대전 이후 미국 마셜플랜에 대한 캐나다 정부의 대응으로 1946년 「캐나다상업공사법」(Canadian Commercial Corporation Act)으로 설립되었다.

정부간 거래에서 캐나다상업공사는 캐나다 정부를 대신하여 외국정부와 정부간 계약을 체결하며 이러한 캐나다상업공사의 서명은 캐나다 정부의 서명과 동일한 법적 효력을 가진다.[7] 1986년에는 캐나다 연방정부의 「조달부」(Department of Supply and Services)의 수출지원조직이 캐나다상업공사로 이전되었다.

2. 캐나다상업공사의 정부간 거래

캐나다상업공사의 사업 분야로는 방산물자의 정부간 거래, 일반물자의 정부간 거래 및 캐나다 정부조달이 있다. 이러한 사업에서 캐나다상업공사는 외국정부와 국제기구의 교역

---

5) 이러한 법인은 연방 정부가 운영할 수도 있고, 주정부가 운영할 수도 있는데, 어떤 수준의 정부가 운영의 주체인가와 관계없이 정부의 재정 출자나 출연으로 운영되는 법인을 말한다.
6) 산업연구원, 119면.
7) 산업연구원, 114면.

증진하기 위하여 국제계약의 체결 및 조달 지원을 담당한다.

(1) 캐나다상업공사의 사업의 종류

캐나다상업공사의 3 가지 주요 사업은 첫째, 미국과 1956년 체결한 「캐나다미국방위생산공유협정」(Canada-United States Defence Production Sharing Agreement: 이하 '방위생산공유협정')[8]에 따른 미 국방부(Department of Defense)에의 수출 사업이며[9], 둘째, '세계방위안전'(Global Defence and Security: 이하 'GDS') 수출 사업, 셋째, 국제상업(International Commercial Business: 이하 'ICB') 수출 사업이다.

첫째, 방위생산공유협정은 미 국방부에서 캐나다로부터의 방산구매가 일정금액을 초과하는 경우에는 캐나다상업공사를 통하도록 규정한다.[10] 이에 캐나다상업공사는 캐나다 정부의 후견인(custodian) 자격으로 거래에 참여하며 이에 따라 캐나다상업공사는 캐나다 정부를 대리하여 방위생산공유협정을 관리할 책임을 부담한다. 이러한 방위생산공유협정으로 체결된 계약은 2014년 기준 97건에 612백만 캐나다 달러였다.[11]

둘째, GDS 수출 사업이란 미국을 제외한 우방국에 대한 방산물자 판매 사업을 말하여 이 사업으로 체결된 계약은 2014년 기준 43건에 14,934백만 캐나다 달러였다.[12]

셋째, ICB 수출 사업은 방산물자를 제외한 일반물자를 외국정부에 수출하거나 신흥국과 개발도상국에 사회기반시설(infrastructure)을 건설하는 사업을 말하며 이에 따라 체결된 계약은 2014년 기준 43건에 200백만 캐나다 달러였다.[13]

캐나다상업공사는 미국을 제외한 우방국에 대한 방산 수출 및 신흥국과 개발도상국을

---

8) 북미방위산업 육성을 위하여 미국과 캐나다 간에 물자의 일정 부분을 캐나다 기업이 생산하도록 협력하는 협약이다.

9) 1960년 캐나다상업공사는 미국 '항공우주국'(National Aeronautics and Space Administration: 이하 'NASA')과 방위생산공유협정과 유사한 「생산공유협정」을 체결하였다. 여기서는 「방위생산공유협정」과 달리 캐나다상업공사가 계약 당사자로 반드시 참여해야 되는 규정이 없으나 약 90퍼센트 이상의 구매가 캐나다상업공사를 통한 계약으로 체결된다고 한다. 캐나다상업공사 2013-2104 결산보고서, 84면, <http://www.ccc.ca/en/ccc/about-ccc/corporate-reports>(이하 '캐나다상업공사 결산보고서').

10) 현재 기준은 150,000 미국 달러이다. 캐나다상업공사 결산보고서, 84면.

11) 상게자료, 20-24면.

12) 전통적으로 미국과의 계약이 83~88퍼센트로 거래의 대부분을 차지하였고, 「방위생산공유협정」 관련 계약금액이 캐나다상업공사 전체 계약금액의 70~75퍼센트를 차지하였다. 그런데 2014년에 사우디아라비아와의 '기갑여단프로그램'(Armoured Brigades Program)의 장갑차 수출계약으로 GDS 수출이 일시적으로 높은 비중을 차지하였다. 참고로 2013년 GDS 수출은 체결된 계약 기준으로 200백만 달러였다. 산업연구원, 116면; 캐나다상업공사 결산보고서, 20~24면 참조.

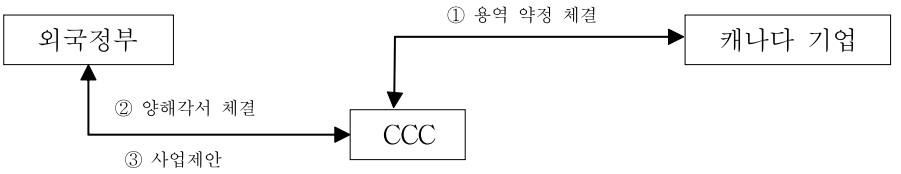
13) 캐나다상업공사 결산보고서, 20~24면 참조.

포함한 외국에 대한 수출 지원 수수료 수입 및 캐나다 연방의회에서 미 국방부 방산물자의 수출 협력을 위한 예산지원으로 운영된다.[14] 캐나다상업공사는 2014년 기준 183개의 캐나다 기업과 함께 57개국에서 활동 중이며, 이 중에서 64퍼센트는 중소기업이었다.[15]

(2) 정부간 거래의 방식

정부간 거래에서 캐나다상업공사가 계약 당사자로 참여하는 거래의 방식을 보면 통상적으로 다음과 같이 두 단계를 거친다. 먼저 첫 단계로 캐나다상업공사가 캐나다 수출기업과 외국정부간에 거래를 추진하기 위하여, 캐나다 수출기업과 용역약정을 체결하여 수출 세부 내용을 파악한 후, 구매국과 양해각서(Memorandum of Understanding)를 체결하거나 (‘Push형 마케팅’)[16], 외국정부와 양해각서를 체결한 뒤 캐나다 수출기업과 용역약정을 체결한다(‘Pull형 마케팅’).[17] 이 때 캐나다상업공사는 캐나다 수출기업과 외국정부의 중간에서 캐나다 수출기업의 사업제안 내용을 기초로 외국정부와 협상을 진행하게 된다.

[그림 1 캐나다상업공사와 외국정부간 거래 추진절차(Push형 마케팅)]



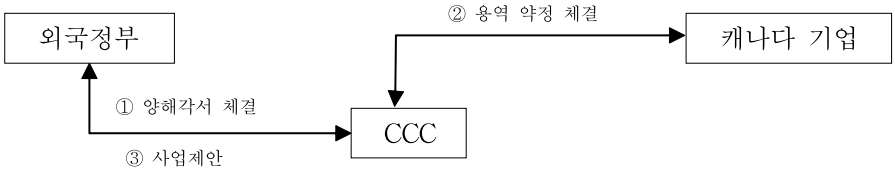
[그림 2 캐나다상업공사와 외국정부간 거래 추진절차(Pull형 마케팅)]

14) 상게자료, 2-3면; 현재 캐나다상업공사는 「방위생산공유협정」 관련 거래에 별도의 수수료를 징구하지 않는다. 2014년 기준 캐나다 의회에서 「방위생산공유협정」 협력의 명목으로 15.66백만 캐나다 달러의 예산지원을 받았다. 상게자료, 23면.

15) 상게자료, 2-3면.

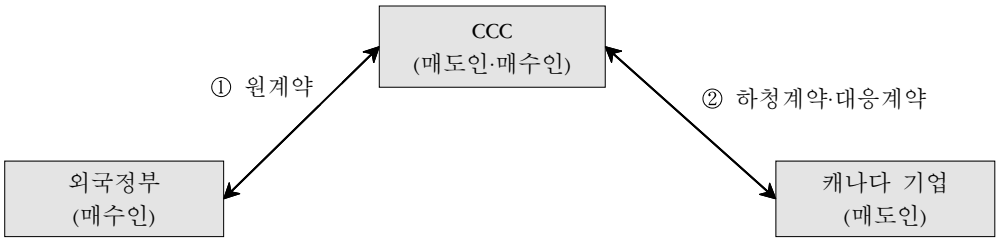
16) 이러한 마케팅은 캐나다 기업이 캐나다상업공사에 정부간 거래를 요청하는 방식으로 최근까지 캐나다상업공사에서 주로 ‘Push형 마케팅’이 이용되었다고 한다. 산업연구원, 125면.

17) 이러한 마케팅은 캐나다 무역부나 국방부가 해외 수요를 발굴하거나 캐나다상업공사가 직접 외국정부를 선정하여 마케팅 활동을 수행하는 방식을 말한다. 최근 남미나 아프리카 등의 국가에서 캐나다상업공사가 Pull형 마케팅을 이용했다고 한다. 상게자료.



다음 단계로 캐나다상업공사는 '원계약'(prime contract)의 당사자로서 외국정부와 계약을 체결한다. 외국정부와의 계약을 체결한 뒤 캐나다상업공사는 캐나다 기업과 '하청계약'(subcontract)을 체결하며 이 때 캐나다상업공사는 계약 당사자로서 계약의 이행책임을 직접 부담한다.

[그림 3 정부간 거래의 법적 관계]



예를 들면 캐나다 정부와 미 정부간에 체결된 방위생산공유협정에 따라 캐나다상업공사가 미 정부에 방산 입찰을 제출하고 미국의 입찰자와 경쟁하여 미 정부와 계약을 체결하게 된다. 즉 캐나다상업공사는 캐나다 기업을 대리하여 입찰하고 이 때 캐나다 기업은 캐나다상업공사의 하청계약자가 된다. 또한 캐나다상업공사는 캐나다 하청자의 입찰제안을 캐나다상업공사의 계약입찰로 승인(certifying)하고 추천(endorsing)하여 미 정부에 제출한다.

캐나다상업공사의 입찰을 미 정부가 채택하게 되면 캐나다상업공사는 미 정부와 방산물자공급(military work)의 이행을 위한 원계약을 체결하고, 캐나다상업공사는 캐나다 하청자와 원계약에서 기술된 100퍼센트의 방산물자공급의 하청계약을 체결한다. 이 때 캐나다상업공사는 미 정부의 서면 동의 없이 다른 하청자에게 계약을 이전할 수 없다.

이처럼 정부간 거래에서 캐나다상업공사는 캐나다 수출기업과 함께 거래의 전 과정에 참여하며 계약이 체결된 후에는 캐나다 수출기업의 계약 이행 내역을 감독한다. 또한 캐나다상업공사는 외국정부로부터 대금을 지급받으면, 이를 다시 캐나다 수출기업에 지급하는 역할을 담당한다.[18]

(3) 캐나다상업공사와 정부간 거래의 특징

캐나다상업공사의 정부간 거래의 대체적 모습은 매수인인 외국정부에게 매도인인 캐나다 기업이 물품과 용역을 제공하는 것이다. 이 때 캐나다상업공사는 외국정부와 체결한 정부간 거래에서 요구되는 물품과 용역을 캐나다 기업이 공급하는 내용의 계약을 계약 당사자로서 외국정부와 체결한다. 캐나다상업공사는 외국정부에 대하여 계약의 이행을 보장하고 외국정부의 위험을 감소시켜줌으로써 외국정부가 캐나다의 물품과 용역을 용이하게 조달받을 수 있도록 협력하는 역할을 담당한다.

이러한 거래 유형은 캐나다 정부의 입장에서는 정부가 직접 계약의 전면에 나섬으로써 관련 산업을 육성할 수 있는 장점이 있고, 외국정부의 입장에서는 계약이행과정에서 발생할 수 있는 위험을 감소시키고, 탐색비용을 절감할 수 있는 장점이 있다.[19] 그러나 계약과정에서 추가 시간이 소요되고 관계 법령 및 제도가 사전에 충분히 마련되어 있어야 한다는 단점도 존재한다.[20]

또한 캐나다상업공사는 캐나다 수출기업이 부담할 수 있는 거래상의 위험 또한 감소시켜준다. 캐나다상업공사는 캐나다 정부의 관련 조직으로서의 능력을 활용하여 계약의 이행과정을 감시하고 그 과정에서 발생할 수 있는 문제를 해결할 수 있도록 협력한다. 이러한 캐나다상업공사의 협력으로 캐나다 수출기업은 보다 낮은 대금회수 위험을 부담하고 영업개발비용을 절감할 수 있으며, 보다 더 나은 조건으로 계약을 체결할 수 있다.[21] 그러나 캐나다 수출기업에게는 캐나다 정부를 통하여 외국정부와 협상해야하는 어려움 또한 존재한다. 즉 거래 관련 중요한 정보를 외국정부로부터 중간에 캐나다상업공사를 통하여 받아

---

18) 통상적으로 미 국방부와의 거래를 제외하고 외국정부와 거래에서 캐나다상업공사가 직접 대금을 받고 이를 캐나다 기업에 지급하는 대금결제방식을 취한다. 상게자료, 121면 주)50.
19) 상게자료, 59면.
20) 상게자료.
21) 상게자료

야 하는데, 캐나다상업공사가 이러한 정보를 공개하지 않거나 잘못된 정보를 전달하는 경우에는 부실한 사업제안으로 이어져 손실을 입을 수 있기 때문이다. 이는 외국정부의 공공정보보안정책으로 인하여 캐나다 민간기업이 외국정부의 거래 관련 정보에 접근이 어려워, 캐나다 민간기업이 거래 관련 정보를 확인할 수 없기 때문이다. 이처럼 정부간 거래시장은 정보가 비대칭적이며 불완전한 시장구조를 보인다.[22]

이와 같이 정부간 거래에서 계약의 사실상 주체는 캐나다 기업이나, 법적으로는 캐나다상업공사가 계약의 당사자이다.[23] 따라서 외국정부와의 계약에서 채무불이행이 발생하는 경우에는 캐나다상업공사가 캐나다 기업을 대체할 수 있는 기업을 찾아 계약을 계속 이행하는 방법을 모색해야 하며, 정부간 거래에서 손해배상책임이 발생하는 경우에는 캐나다 민간기업이 이를 부담하는지 여부와 관계없이 캐나다상업공사가 자체 기금을 활용하여 이를 지급해야 한다.[24] 따라서 캐나다상업공사는 이러한 위험을 사전에 방지하기 위하여 국내 대상기업의 선발과정에서 재무조건, 기술조건 및 관련 경험 여부 등을 엄격히 평가하고 있다.[25]

---

22) 예를 들어 계약정보의 공개범위가 제한적이며, 계약기간도 일관적이지 못하고, 계약자격에도 민간기업이나 외국정부로 한정하기도 한다. 상게자료, 63면.
23) 상게자료, 124면.
24) 상게 자료.
25) 상게 자료, 123면.

III. 캐나다상업공사 관련 소송사례의 유형별 분석

정부간 거래에서 캐나다상업공사는 다음과 같이 두 종류의 계약을 체결한다. 우선 캐나다상업공사가 외국정부와 원계약을 체결한다. 다음으로 캐나다상업공사는 캐나다 회사와 하청계약을 체결한다.

그런데 여기서 원계약과 관련된 분쟁은 캐나다상업공사가 계약의 당사자로 참여한 경우로서 주로 국제소송으로 연결되며, 하청계약과 관련된 분쟁은 캐나다상업공사가 캐나다의 회사와 체결하는 경우로서 주로 국내소송으로 연결된다. 국내소송의 경우에는 법정지가 캐나다가 되며 준거법도 캐나다 국내법이 적용되나, 국제소송의 경우에는 많은 경우 법정지가 외국이 되며 외국법이 준거법이 된다. 이 연구에서 검토하는 국제소송은 미 정부조달거래에서 발생하는 분쟁으로서 법정지는 미국이고 준거법도 또한 미국 국내법이 적용된다. 따라서 국제소송의 사례는 관련 미국 국내법을 중심으로 검토한다.

아래에서는 소송의 유형을 국내소송과 국제소송으로 구별하여 영미법계에서 일반적으로 사용되는 법원칙을 중심으로 캐나다상업공사 관련 분쟁유형을 검토한 뒤 분쟁유형별로 시사점을 알아본다.

1. 캐나다에서의 국내소송

캐나다는 영미법계에 속하는 국가로서 판례가 중요한 법원(法源)이며 영국과 미국의 판례도 중요한 법원이 된다. 아래에서는 우선 영미법을 중심으로 분쟁이 관련된 법원칙을 알아본 뒤 구체적인 사례의 사실관계와 캐나다 법원의 판시사항을 알아본다. 이를 바탕으로 판례의 시사점도 함께 검토한다.

(1) 표시의무의 위반

1) 부실표시의 의의

영미법 국가에서 통상적으로 계약위반에 기한 소송은 계약법에 기초하여 이루어진다.[26]

그러나 계약과 관련하여 이루어진 부실표시는 불법행위법에 기해서도 제소할 수 있으며,[27] 이 때 부실표시는 거래당사자가 중요한 사실에 관한 허위진술을 하고, 그러한 진술을 전달받은 상대방이 진술을 신뢰하여 계약을 체결한 경우에 인정된다.[28]

(가) 부실표시의 연혁

영미법계 국가에서 '날인증서(deed under seal)' 없이 체결된 상호 약속에 관하여 계약법은 약속의 유효성을 인정하지 않았으나 불법행위법은 이러한 약속의 유효성을 인정하였다.[29] 그 후 계약법이 발전됨에 따라 영미법 국가의 법원은 쌍무약속에서의 약속에 관하여 규정하기 시작하였고, 이에 따라 상호약속에 관하여 불법행위법과 계약법에서 모두 규정한다.[30]

영국의 *Pasley v. Freeman* 사건[31]에서 법원은 처음으로 다른 사람의 일정한 행위를 유인하기 위한 목적으로, 허위임을 인식하고도 부실표시를 한 자에게 손해배상책임을 인정하기 시작했다.[32] 계약체결과정에서 각 당사자가 상대방이 계약을 체결하도록 유인하기 위하여 허위의 진술 또는 표시를 하지 않을 의무가 인정된다고 보았다. 따라서 계약 상대방이 이러한 표시가 허위라는 사실을 알면서도 계약을 체결한 경우가 아니라면 법원은 계약의 취소를 인정하는 것이 당사자의 형평에 부합한다고 보았다. 이는 표의자가 중요한 사실에 대하여 허위표시를 하여 상대방이 계약을 체결하도록 유인하고, 상대방이 이러한 허위표시를 신뢰하여 계약을 체결한 경우라면, 표의자의 의도와 목적과 관계없이 계약을 취소하기에 위법성이 충분했기 때문이었다.[33]

또한 불법행위법에 의하면 다양한 형태의 부실표시가 인정된다.[34] 19세기 영국 법원은

---

26) 부실표시에 관한 설명부분은 박찬동, "국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구-영미 판례법을 중심으로-", 「고려대학교 박사학위 논문」(2013.12.), 189-209면을 수정하여 정리하였다.

27) *Stevenson v. B.B. Kirkland Seed Co.,* 180 S.E. 197, 200 (S.C. 1935).

28) *Graves v. Tulleners,* 134 P.3d 990, 996 (Or. Ct. App. 2006).

29) *Macpherson & Kelly v. Kevin J. Prunty & Assocs.* (1983) 1 V.R. 573 (Austl.), available at 1982 VIC LEXIS 176, at 39.

30) *Id.*

31) 3 T. R. 51 (1789).

32) *Id.*

33) *Graves v. Tulleners,* 134 P.3d 990, 996 (Or. Ct. App. 2006).

34) 미국의 일부 주에서는 선의의 부실표시에 대해서도 손해배상책임을 인정한다. *Clements Auto Co. v. Service Bureau Corp.,* 444 F.2d 169, 181 (8th Cir.1971); Alfred Hill, *Damages for Innocent Misrepresentation,* 73 Colum. L. Rev. 680, 688-89 (1973)(일부 주는 선의의 부실표시에 대해서도 법적 구제를 인정한다.); 계약에서 당사자가 선의의 부실표시로 계약을 취소할 수 있는 경우는 진술이 중요한 경우이다.

‘사기소송’[35]의 경우에 표의자의 상대방이 부실표시에 대하여 표의자의 악의를 입증한 경우에 금전적인 손해배상을 인정하였다.[36] 또한 영미법 국가의 법원은 ‘무모함(recklessness)’[37]을 입증한다면 불법행위법에 기초한 손해배상청구의 요건을 충족한다고 판시했다.[38] 그 외에도 허위표시의 상대방이 표의자의 고의나 무모함을 입증하지 못하는 경우라도 ‘통상의 주의’를 다하지 않은 부실표시로 상대방이 손해를 입은 경우에 ‘과실의 부실표시’로 인한 손해배상청구권을 인정했다.[39]

(나) 부실표시의 요건

가) 표시의 존재

부실표시가 성립하기 위하여는 진술자의 ‘표시’가 있어야 한다. 이러한 표시는 서면에 의한 표시나 구두에 의한 표시를 불문한다. 따라서 고개를 끄덕이거나, 윙크를 하거나, 머리를 흔들거나 또는 미소를 짓는 행위라도 실제로 존재하지 않는 사실의 존재를 상대방이 믿도록 유인하기 위한 것이라면 표시로 취급된다.[40]

나) 허위표시

영미법 국가의 법원은 당사자간의 의사표시를 해석하기 위한 기준인 ‘객관적 기준’과 ‘주관적 기준’을 사용하여 표시된 의사표시가 허위인지 여부를 판단한다.

객관적 기준이란 표의자의 상대방의 행위가 사회평균인에게 요구되는 합리적인 행위인가를 판단하는 기준이다. 즉 구두 또는 행위에 의한 표시가 실제로 상대방이 허위사실을 신뢰하도록 유인하였는지와 상대방이 이러한 구두 또는 행위를 신뢰한 행위가 합리적이었는지를 검토한다.[41]

---

35) 과거의 영장제도에 기초한 ‘사기’(deceit)영장과 사기의 손해배상사건에서의 ‘사기’(deceit)는 오늘날 ‘사기’(fraud)와 같은 의미이다. Samuel Williston, *Liability for Honest Misrepresentation,* 24 Har. L. Rev. 415 (1911).

36) *Derry v. Peek,* [1889] 14 App. Cas. 337, 359 (H.L.) (U.K.).

37) 우리 상법은 선박소유자와 운송인의 책임한도와 관련하여 무모한 작위나 부작위를 규정한다. 동 법 제769조, 제797조, 제798조, 제899조, 제907조, 및 제910조.

38) *Derry v. Peek,* [1889] 14 App. Cas. 337, 359 (H.L.) (U.K.).

39) *Ultramares Corp. v. Touche,* 174 N.E. 441, 446-47 (N.Y. 1931); *Hedley Bryrne & C. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.,* [1964] A.C. 465 (H.L.) (U.K.).

40) *Walters v Morgan* (1861) 3 De G.F. & J. 718 at 724.

41) *Smith v Chadwick* 사건에서 법원은 상대방이 허위사실을 진실이라고 이해한 점이 정당화되고 실제로 그렇게 이해하였다면 진술자의 표시가 허위라고 판결하였다. (1884) 9 App. Cas. 187, HL, at 190.

이에 반해 주관적 기준이란 표의자의 주관적 의도를 기준으로 허위표시인가의 여부를 판단하는 것이다. 주관적 기준에 의하면, 허위표시의 상대방이 허위표시를 신뢰한 행위만을 검토하며, 이러한 반응이 합리적인가의 여부는 판단하지 않는다.[42] 주관적 기준에 의하면, 표의자의 주관적 의도만을 중시하므로 상대방이 이를 신뢰한 행위가 합리적인가는 허위표시를 판단하는데 고려되지 않으며, 다만 표의자의 허위표시를 상대방이 신뢰하였다면 족하다.

과실의 부실표시의 경우에는, 이러한 과실의 부실표시가 인정되는지 여부를 판단하는 문제는 실제로 표의자의 허위표시가 있는가의 문제로 귀결된다. 이 때 허위표시가 존재하는가는 표의자의 주관적 의사를 기준으로 판단하지 않고 객관적으로 판단한다.[43] 그러나 사기의 부실표시의 경우에는 표의자의 의도가 중요한 판단기준이 된다는 것이 영미 판례의 태도이다.[44]

부실표시로 성립하기 위해서는 사실에 관한 허위표시가 있어야 한다. 여기서 사실은 통상적으로 견해, 장래의 의도와 구별된다. 이는 부실표시의 성립은 표의자의 상대방이 신뢰할 수 있는 사실에 대한 허위표시로 계약을 체결한 경우로 한정되기 때문이다.[45]

i) 청약의 유인

계약의 협상 중에 이루어진 표시는 청약의 유인으로 취급한다. 예를 들어 구매권유는 외견상 사실의 주장이지만 실제로는 단순한 과장에 불과하여 상대방은 구매권유를 심각하게 받아들이지 않는다.[46] 따라서 영미법 국가의 법원은 계약의 협상 중에 이루어진 표시를 계약 협상의 과정을 전체적으로 고려하여 진위여부를 판단한다.

그런데 계약의 협상 과정에서 구매권유를 허위표시로 보는 경우도 있다. 예를 들어 *Henderson v. Lacon* 사건[47]에서 "주주와 주주의 지인들이 자본의 상당한 부분을 출자하

---

42) *Id.*, at 210.

43) *MCI WorldCom International Inc v Primus Telecommunications Inc*[2004] EWCA Civ 957; [2004] 2 All E.R. (Comm) 833, at [30].

44) *Id.*

45) John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*(London: Sweet & Maxwell, 2007), at 29.

46) 상품의 과대광고는 '*simplex commendatio*'(mere praise)라고 한다. 이 원칙은 로마법에서 계수된 것으로 사기가 아닌 경우에 매도인이 단순히 자신의 상품을 선전하는 행위는 약속으로 취급되지 않는다. *Id.*, at 30; *Mallan v Radloff*(1864) 17 C.B.(N.S.) 588 at 597.

47) (1867) L.R. 5 Eq. 249 at 257.

였다"고 진술하며 구매를 권유하였으나, 실제로 주주와 주주의 지인들이 자본의 극히 일부만을 출자하였음을 이유로 부실표시를 인정하였다. 이는 '상당한 부분'이 모호한 표현이지만 실제로 주주들이 출자한 금액이 소규모인 경우이므로 객관적으로 허위로 볼 수 있기 때문이다. 마찬가지로 *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* 사건[48]에서 법원은 금융자문업자가 재무설계를 자산증식의 "안전하고 현명한 방식"으로 표시한 행위에 대하여 부실표시로 인정하였는데, 이는 원고가 전문투자자가 아니었으므로, 이러한 허위의 자문을 제공한 금융자문업자의 과실을 인정하였기 때문이다.

ii) 견해의 표시

견해[49]의 표시는 표의자가 사실의 주장에 관한 확신 없이 관련 자료를 검토하여 내린 표시를 말한다. 그러나 단순하게 '내 견해로는' 등의 표현을 사용한 사실만으로는 견해에 해당한다고 보지 않는다. 예를 들어 '내 견해로는 갑이 을이다'는 표시를 한 진술자가 실제로는 갑을 을로 믿지 않은 경우에 진술자는 허위표시를 한 것이다.

그러나 여기서 주의할 점은 단순히 표의자가 진술할 당시에 갑이 을이 아니었다는 점 때문에 부실표시가 성립하지 않는다. 왜냐하면 '갑이 을이다'라는 표시와 '나는 갑을 을로 믿는다'는 표시는 엄연히 다르기 때문이다.[50]

또한 견해로 보이는 표시도 사실로 취급될 수 있으며 표시된 의사표시가 견해인가 아니면 사실에 관한 표시인가를 판단할 때에는 표의자의 상대방이 문제된 의사표시가 신뢰할 수 있는 사실의 표시에 해당한다고 보았는가가 기준이 된다.[51]

다) 신뢰

영미법에서 부실표시로 인정되기 위해서는 상대방이 표의자의 허위표시를 신뢰하였어야 하며, 과실에 의한 불법행위의 경우에도 상대방이 표시를 신뢰할 수 있는 것인지가 과실의

---

48) (No.2) [1999] Lloyd's Rep. P.N. 496. 금융자문업자는 재무계획이 "완벽히 안전"하며 "확실한 성공," "여생동안 재정적으로 안정된다."는 표시를 하였다.

49) '견해'는 "어떤 것에 대해 어느 사람이 생각한 것이나 어떻게 생각하는지에 관한 것이나 완전한 논증에 관한 충분한 근거 없는 판단 또는 확신하거나 증명되지는 못하지만 어느 사람의 심정에 진실로 보이거나 진실일 것 같은 것에 대한 믿는 것"으로 정의된다. Michael Proffitt (ed.), *Oxford English Dictionary* (2d ed., Oxford Univ., 1989).

50) *Macdonald v Law Union Fire and Life Insurance Co* (1874) L.R. 9. Q.B. 328 at 331.

51) *Pawson v Watson* (1778) 2 Cowp. 785 at 788; 98 E.R. 1391 at 1362.

유무를 판단하는 기준이 된다.[52] 이 때 표시는 '중요성'의 요건을 충족해야 한다. 진술이 중요한 내용이여야 상대방이 진술을 신뢰하여 계약을 체결하거나 손해를 입는 행위를 유인하는데 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 그러나 중요한 내용에 대한 부실표시가 인정되더라도 이러한 부실표시와 상대방의 행위에 인과관계가 존재하는 가는 별개의 문제이다.[53]

이 때 신뢰에 관한 입증책임은 손해배상을 청구하는 피해자가 부담한다.[54] 영미법 국가의 법원은 통상적으로 허위표시가 피해자와 동일한 위치에 있는 사람의 주의의무를 기준으로 원고의 주장을 판단한다. 여기서 표시의 중요성은 신뢰를 증명하는데 중요한 증거가 된다. 물론 표시가 중요한 내용이더라도 반드시 신뢰를 증명하지는 못한다. 문제는 법원이 실제로 상대방이 표시를 신뢰하였다고 판단하는지 여부이다.

라) 신뢰와 손해의 관계

상대방은 표시와 상대방이 구제받고자 하는 결과 사이의 충분한 '연결관계'를 입증하여야 한다. 부실표시에 기한 손해배상청구 소송에서는 부실표시로 인하여 손해를 입었는지가 문제된다. 또한 계약취소청구 소송에서는 표시와 원고의 계약체결 사이에 인과관계가 문제된다. 결국 쟁점은 원고가 피고의 부실표시를 신뢰하고 계약을 체결하고 손해가 발생하였는지에 달려있다. 이는 허위표시가 기망으로 이루어진 것일지라도 상대방이 계약을 체결하는 행위에 영향을 주지 않았고 아무런 손해를 입지 않았다면 부실표시로 제소할 수 없기 때문이다.[55]

그런데 여기서 한 가지 주의할 점은 부실표시가 직접적으로 손해를 야기했다는 언급은 잘못된 표현이다. 왜냐하면 진술자의 부실표시로 상대방이 직접적인 손해를 입은 것은 아니기 때문이다.[56] 예를 들어 건물이 안전하게 건축되었다는 시공자의 진술을 듣고 건축주가 신축 중인 건물의 옥상에 올랐을 때 건물이 무너져 중상을 입었다면 시공자의 부실표

52) 여기서 주의할 점은 상대방이 표의자의 표시를 신뢰한 것은 인과관계의 문제이다. 상대방이 표의자의 기술과 능력을 신뢰하는 표의자의 주의의무는 표의자의 전문성에 관한 문제로서 서로 다른 종류의 신뢰이다.

53) *Pan Atlantic Insurance Co Ltd v Pine Top Insurance Co Ltd* [1995] 1 A.C. 501, HL, esp. at 549.

54) *Id*; *Drake Insurance Plc v Provident Insurance Plc* [2003] EWCA Civ 1834; [2004] Q.B. 601 at [64], [137](nondisclosure).

55) *Horsfall v Thomas* (1862) 1 H. & C. 90, 158 E.R. 813. 매도인이 총기의 하자를 고의로 숨겼음에도 불구하고 매도인이 아무런 진술을 하지 않아 매수인이 매도인의 진술을 알지 못하였다. 법원은 이 사안에서 매도인의 부실표시를 인정하지 않았다.

56) *Caparo Industries Plc v Dickman* [1990] 2 A.C. 605, HL, at 635-636; *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 A.C. 145, HL at 180; *White v Jones* [1995] 2 A.C. 207, HL, at 272.

시로 건축주가 직접적인 손해를 입은 것이 아니기 때문이다. 따라서 영미 판례는 '인과관계'라는 표현보다는 상대방의 표시에 대한 '신뢰'라는 표현을 자주 사용한다. 신뢰는 표시와 진술자의 상대방에 손해를 야기하는 자신의 행위와 사이에 연결관계가 되기 때문이다.[57]

마) 진술자의 고의

영미법 국가에서 당사자의 '유책성'은 계약법상의 책임을 묻는 경우에는 요구하지 않으나, 불법행위에 기한 책임을 묻는 경우에는 유책성이 중요한 요건이다.[58]

표의자에게 부실표시에 대한 책임을 묻기 위해서는 피고가 원고를 유인하였음을 원고가 입증해야 한다. 피고가 고의로 허위표시를 하였다면 원고는 사기의 불법행위로 제소할 수 있다.[59] 그러나 원고가 피고의 고의를 증명할 수 없거나 표시가 허위임을 사전에 알고 있었다면 원고는 정당하게 허위표시의 진실을 신뢰할 수 없었기 때문에 사기로 제소할 수 없다.

(다) 부실표시의 효과

부실표시는 장래가 아닌 현재의 사실에 관한 허위표시일 것을 요한다. 통상적으로 사실의 표시란 이로 인하여 상대방이 손해를 입도록 유인한 표시를 말한다. 이와 같이 부실표시가 인정되는 경우에 상대방은 표의자에 대하여 부실표시소송을 제기할 수 있다.

가) 계약취소

영미법 국가에서계약취소는 소급하여(*ab initio*) 계약을 소멸시키는 법률행위이다. 계약이 취소되면 계약이 체결되기 전으로 소급하여, 계약이 체결되기 전의 상태로 당사자를 되돌리는 효과가 있다. 이에 따라 계약이 취소되면 계약의 내용에 따라 이행된 급부는 반환하여야 한다. 이처럼 계약취소는 계약체결 전 부실표시에 대한 일반적인 구제수단이지만 일정한 제한이 있다. 계약취소로 인하여 선의의 제3자의 권리를 침해하는 경우에 취소는

57) Cartwright, *supra* note 45, at 62-63.

58) Charles J. Nagy, *86 C.J.S. Torts* § 2 (Westlaw) (2013).

59) *UBAF v European American Bank Group* 사건을 제외하고 영국에서 은행 관련 사기의 부실표시 판례는 매우 드물다. [1984] QB 7B. Agasha Mugasha, *The Law of Multi-Bank Financing: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market* (Oxford Univ., 2007), at 142.

인정되지 않으며 급부의 반환이 가능하지 않은 경우에도 취소는 인정되지 않는다.[60]

나) 손해배상

영미법 국가에서사기나 과실의 부실표시에 대한 손해배상의 목적은 '사기가 있기 전의 상태(*status quo ante*)'로 피해자를 회복시키는 것이다.[61] 따라서 불법행위소송은 통상적으로 계약위반의 손해배상산정기준인 거래이익기준의 손해배상을 인정하지 않는다.[62]

이러한 영미의 불법행위법상 손해배상 산정기준은 진술로 인하여 만들어진 기대를 충족시키는 것이 아니라 원고가 진술을 신뢰하여 입은 손실을 보상하기 위한 것이다. 원고가 부실표시로 인하여 계약을 체결하도록 유인된 경우에 손해배상은 표시가 없었더라면, 즉 원고가 계약을 체결하지 아니하였을 것이므로 손해배상은 원고가 계약을 체결하기 전의 상태로 돌려놓기 위한 손해배상이 된다.[63]

예를 들어 원고가 상대방이 합리적으로 예상할 수 없는 결과적 손해를 입었다면 사기의 불법행위는 피고의 모든 손해의 배상을 인정한다. 사기의 불법행위를 주장하는 원고는 부실표시를 신뢰하여 발생한 모든 손해를 배상받는다. 그러나 과실의 불법행위는 이러한 종류의 손해에 예측가능성의 기준을 적용한다.[64] 과실의 불법행위를 주장하는 원고는 피고가 부담하는 주의의무의 범위 내에서만 합리적으로 예상할 수 있는 손해만 배상받는다.[65] 또한 과실의 불법행위에서 피고는 원고에게 기여과실로 항변할 수 있다. 그러나 사기의 불법행위에서는 피고가 원고에게 이러한 기여과실로 항변할 수 없는 차이가 있다.[66]

2) *Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corp.* 사건[67]

(가) 사실관계

---

60) Cartwright, *supra* note 45, at 11-12.

61) 영국에서 불법행위법의 손해배상은 사기의 불법행위, 과실의 불법행위, 1967년 「부실표시법」 제2(1)조를 청구원인으로 하며 과실의 불법행위에서 피고는 원고에 대하여 기여과실로 항변할 있는데 반해 사기의 불법행위와 부실표시법에서는 이러한 기여과실로 원고의 청구에 대하여 피고가 방어할 수 없는 차이가 있다. 동 법 s.2(1).

62) *VMark Software, Inc. v. EMC Corp.*, 37 Mass. App. Ct. 610, 619 (1994); *De-Marco v. Granite Sav. Bank,* 1993 Mass. App. Div. 122, 122 (1993); *Zimmerman v. Kent,* 31 Mass. App. Ct.72 (1991).

63) Cartwright, *supra* note 45, at 14-15.

64) *Id.*

65) *Id.*

66) *Id.*, at 14-15.

67) 2005 CanLII 23220 (ON CA).

1984년 미 정부는 362대의 '군사전용상업설비'(Military Adapted Commercial Equipment, Military Adapted Commercial Item: 이하 'MACE') 또는 다목적 소방차(multi-purpose fire crash trucks)를 5년간 공급하는 입찰공고를 발표하였다. MACE 트럭은 경량으로 이동성이 좋으며 군용기에 적재될 수 있어야 했다. 또한 MACE 트럭은 ① 추락항공기의 화재, ② 군기지의 건물 화재, ③ 군기지 내부 또는 인근의 덤불 화재에 대응할 수 있어야 했다.

캐나다 회사인 KS는 캐나다상업공사와 미 정부조달계약에 입찰을 추진하였다.[68] 캐나다상업공사는 KS의 '기술입찰'(technical bid)을 추천하며 KS의 기술적인 능력과 이행 능력이 있다고 승인하고 추천하였다. 미 정부는 KS의 입찰제안과 함께 미국 민간회사 네 곳의 기술입찰을 채택하였다.

KS의 가격제안서는 설계기술자가 재료비와 노무비의 산정한 자료를 바탕으로 준비하였고 가격은 사장이 직접 결정하였다. 이처럼 준비된 362대의 MACE 트럭의 가격제안서가 캐나다상업공사에 제출되었다. 미 정부가 KS에서 362대를 모두 구매하기로 합의하면 가격은 총 45,286,452 미국 달러로서 대당 125,100 미국 달러였다. 1984년 8월 27일 캐나다상업공사는 KS의 가격제안서를 승인하고 미 정부에 캐나다상업공사 입찰제안서로 제출하였다. 같은 날 미국 회사 네 곳도 입찰제안서를 제출하였다.

KS의 입찰은 차상위 입찰보다 23퍼센트 낮은 가격이었으므로 미 정부는 즉시 캐나다상업공사에 '확인요청서'(verification request)를 송부하였다. 캐나다상업공사는 원계약에서 아무런 제재 없이 입찰을 철회하거나 확인할 수 있는 선택권이 인정되었다. 캐나다상업공사는 캐나다상업공사의 계약담당관 Ames를 KS의 공장에 보냈다. Ames는 7월에 시설을 점검하였는데, Ames는 KS가 MACE 트럭을 생산할 수 있으며 362대의 트럭에 대한 5년간 인도계획을 충족시킬 수 있다고 결론지었다. 또한 Ames의 2차 방문 전에 Ames는 KS의 76면의 가격제안서를 검토하였다. 1984년 8월 캐나다상업공사는 미 정부에 가격을 확인하였고 미 정부는 캐나다상업공사와 원계약을 체결하였다. 1984년 10월 5일 캐나다상업공사는 KS와 하청계약을 체결하며 모기업인 Walter의 보증도 받았다.

당시 KS는 이 계약과 무관한 이유로 심각한 재무적 위기에 처하였다. 12월 18일

68) 참고로 KS는 온타리오주 우드스탁에 소재하였으며 지방자치단체의 소방차를 설계하고 제작하였다. KS는 퀘벡주의 군용 소방차를 제작하는 Walter의 전액출자 자회사였다.

National Bank of Canada는 재산관리인(receiver)을 지정하였다. 이에 캐나다상업공사는 하청계약의 보증인인 Walter를 접촉하였다. 1985년 2월 11일 재산관리인은 KS의 설계기술자인 McNeilly에게 MACE 계약의 입찰가격을 분석하도록 지시하였다. 이러한 보고서의 목적은 KS의 입찰이 왜 다른 미국 회사의 입찰보다 낮은 가격인지 설명하기 위한 것이었다.

한편 1984년 후반에 BSL은 온타리오주 워털루에 소재한 소기업으로서 KS 문제를 알고 있었다. BSL은 MACE 하청계약을 인수할 수 있는 방법을 모색하기 시작했다. 1985년 2월 20일 BSL은 통상부장관(International Trade Minister), 조달부장관(Minister of Supply and Services),[69] 지역산업개발부장관(Minister of Regional Industrial Expansion)을 포함한 다수의 정치인에게 편지를 보냈다.

1985년 3월 1일 BSL은 과거 MACE 입찰업무을 담당한 KS의 영업사원을 채용하였다. 1주일 후에 BSL은 KS의 McNeilly를 설계기술자로 채용하였다. 1985년 3월 1일 BSL은 수상과 다수의 연방 장관에게 KS 계약의 인수를 요청하는 편지를 다시 보냈다.

3월 4일 미 정부는 캐나다상업공사와의 계약해제를 검토한다는 '사유통지서'(show cause notice)를 캐나다상업공사에 보냈다. 캐나다상업공사에게는 10일의 응답기간이 주어졌다. 이 기간에 준비된 정부문서는 계약이 해제되는 경우에 10~14백만 캐나다 달러의 해제비용(cancellation charges)을 부담할 수 있다고 표시하였다.

3월 22일 캐나다상업공사는 Water에 대당 4,000 미국 달러의 MACE 하청계약의 가격인상에 동의하였다. 이러한 결정의 효과로 미 정부와 캐나다상업공사 간의 원계약은 45,286,452 미국 달러였으나 캐나다상업공사와 Walter 간의 하청계약은 46,734,452 미국 달러로 증액되었다. 미 정부가 아닌 캐나다 정부가 이러한 차액을 부담해야 했다. 이와 동시에 캐나다상업공사는 Walter가 KS의 지위를 인수하여 하청계약을 이행할지 여부에 관하여 우려하였다. 캐나다상업공사는 BSL과 하청계약의 인수에 관심이 있는지를 논의하기 시작했다.

1985년 4월 3일 BSL은 캐나다상업공사에 362대의 MACE 트럭을 제작하는 50면의 공식 제안서를 제출하였다. 가격은 대당 132,029.34 미국달러로 총 47,794,623 미국달러였으며 이

69) 1969년부터 1996년까지 캐나다 내각의 부처였으나 1996년 7월 동 부처는 '공공사업용역부'(Department of Public Works and Government Services)로 통합되었다.

는 KS의 최초 입찰가격보다 약 7,000 미국 달러 높았으며 Walter가 계약을 이행하기로 한 가격보다 대당 3,000 미국 달러가 높았다. 4월 16일 캐나다상업공사는 Walter와 MACE 하청계약을 체결하였다. 4월과 5월 사이에 Walter도 심각한 재무적 어려움을 겪게 되었다.

5월 27일 캐나다상업공사는 MACE 하청계약을 논의하기 위하여 BSL의 대리인을 초청하였다. 회의는 5월 28일에 열렸다. 회의에서 조달부의 산업상품국(Industrial and Commercial Products Directorate)의 국장(director general)인 Comeau는 BSL의 대리인에게 "당신의 가격은 너무 높다."("your price is too high."), "이 계약에서 수익이 남는다."("The contract is profitable.")고 언급하였다. BSL의 사장은 즉시 가격을 대당 2,000 미국 달러씩 낮추었다. 왜냐하면 BSL의 종전 가격제안에서 BSL이 지급할 필요가 없게 된 판매수수료가 대당 2,000 미국 달러였기 때문이다. 며칠 후에 BSL은 공식적으로 입찰가격을 수정하여 대당 2,000 미국 달러씩 총 724,000 달러를 감액하였다.

7월 7일 미 정부는 캐나다상업공사에 두 번째 사유통지서를 송부하였다. 캐나다상업공사는 KS 및 Walter와의 하청계약을 해제하고 6월 17일 미 정부에 BSL이 캐나다 하청 계약자로 대체하는 내용에 동의를 구하였다. 미 정부는 8월 27일 이에 동의하였다.

늦은 8월에서 10월 초에 BSL과 변호사는 캐나다상업공사와 협상을 시작하였다. 그러한 결과로 10월 3일에 87면의 계약서가 체결되었다. 계약 가격은 대당 130,300 미국 달러였으며 총 47,181,413 미국 달러였다. 11월에 BSL은 회사명을 Amertek으로 변경하였다. 1986년 Amertek은 교통부(Department of Transport)와 68 대의 소방차 제작계약을 체결하였다. Amertek은 이 계약을 성공적으로 이행하였다.

1986년 11월에 미 육군은 첫 시제차량을 승인하였고 Amertek은 생산을 개시하였다. 1989년 말까지 Amertek은 320대의 MACE 트럭을 제작하고 미 육군에 인도하였다. 미 육군은 이를 인도받고 대금을 지불하였다. 1989년 11월 캐나다상업공사는 Amertek과 미 해군을 위한 118대의 소방차를 제작하는 하청계약을 체결하였다. Amertek은 이 계약도 성공적으로 이행하였다.

1986년에서 1989년 사이에 Amertek에는 MACE 하청 계약과 관련하여 어떠한 문제가 있다는 조짐도 없었다. Amertek은 일 년에 두 차례 물품재고조사를 하였다. 회계법인이 매년 회계감사보고서를 준비하였다. 1988년 감사보고서는 하청계약으로 9백만 캐나다 달러를 예상수익으로 기록하였다.

1990년 초에 Amertek은 MACE 계약에서 손실을 입고 있음을 발견하였는데, 이미 계약의 85퍼센트를 이행한 뒤였다. 362대 중에서 320대를 제작하여 인도하고 대금을 지급받았다. 1월 24일 Amertek은 계약에서 손실이 발생한다는 내용의 서한을 캐나다상업공사에 보냈다.

2월 1일 이러한 손실을 캐나다상업공사에 고지한 후에 Amertek은 캐나다상업공사에서 금융지원을 요청하였으나, 캐나다상업공사는 이를 거절하였고, Amertek은 제조라인을 중단하고 고용인 80명을 해고하였다. 2월 8일 Amertek은 사장을 해임하였다.

3월 Amertek은 캐나다상업공사에 대출보증을 요구하였다. 캐나다상업공사는 이를 거절하였고 Amertek은 채권단에 회생계획서를 보냈다. 이 회생계획서를 채권단이 승인하였고 Amertek은 회생하였다. MACE 트럭의 생산이 10월에 재개되고 나머지 42 대의 트럭이 인도되어 인수되고 대금을 지급받았다.

캐나다상업공사의 지원으로 Amertek은 위에서 언급한 미 해군의 118대 소방차계약과 이집트 공군의 충돌구조트럭(crash rescue trucks) 10대의 입찰에 성공했다. 이러한 계약은 1993년 7월까지 성공적으로 이행되었다.

1993년 6월 10일 회계법인인 Consulting and Audit Canada는 캐나다상업공사에 1985년 9월 1일부터 1991년 12월 31일 까지 기간 동안 MACE 계약의 감사보고서의 결과를 보고하였다. Amertek의 장부에서 계약의 비용은 54,542,663 미국 달러로 이는 계약금액을 6,911,648 미국 달러 초과한 수치였다.

미 육군에서 3,500건의 계약수정명령을 언급하며 Amertek은 MACE 계약에서 17,992,576.71 미국 달러의 '형평에 기한 계약변경'(equitable adjustment)을 청구하였다. 1993년 8월 6일 미 육군은 35,266.76 미국 달러를 인정하였다. 캐나다상업공사는 Amertek을 대리하여 항소하였고 종국적으로 375,000 미국달러로 소송을 합의로 마무리했다.

1996년 Amertek는 캐나다상업공사를 상대로 제소했다.

(나) 판시사항

가) 원심

원심은 캐나다상업공사가 Amertek에게 ① 사기의 불법행위, ② 신인의무의 위반, ③ 계약위반, ④ 부당이득을 이유로 손해배상액을 지급하도록 판결하였다.

손해배상액으로 원심은 캐나다상업공사가 만약 Amertek이 KS와 Walter의 지위를 인수하지 않고 MACE 계약을 이행하였다면 미 정부에 지급했어야 했던 재조달 위약금을 부당이득으로 반환(disgorgement)해야 한다고 판결하였다. 원심은 차상위 입찰자인 F.T.I가 1985년 6월까지 단지 2 명의 고용인만 남아 청산(liquidation)을 준비 중이었다고 판단했다. 또한 최하위 입찰자인 Grumman은 소방차 사업에서 1985년 이후에 철수했다고 판단했다. 따라서 원심은 미 정부가 네 번째로 높은 입찰자인 Kovatch와 계약을 체결했을 것이라는 결론을 내렸다. 최초 KS의 입찰가격과 Kovatch의 입찰 가격 간에 차액에 10퍼센트의 우발증액(contingency mark-up)을 더하여 원심은 캐나다상업공사가 Amertek에 26,507,000 미국 달러를 지급하도록 판결하였다.

원심은 캐나다상업공사가 BSL과 캐나다상업공사 간의 계약일인 1985년 10월 3일부터 판결 전 이자를 지급하도록 명령하였다. 또한 원심은 미국 달러를 캐나다 달러로의 환율 기준일을 판결일인 2003년 8월 7일로 선택하였다. 원심은 Amertek에게 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 500,000 캐나다 달러도 인정하였다.

비용으로 원심은 '실질적 보상기준'(substantial indemnity basis)에서 원고에게 3,284,508.50 캐나다 달러의 비용(costs)과 792,457.80 캐나다 달러의 기타 비용(disbursements)을 인정하였다. 또한 원심은 2백만 캐나다 달러의 비용증액(costs premium)을 인정하였다. 부수적인 이유로 원심은 원고인 Amertek이 이러한 비용의 70퍼센트를 받을 수 있다고 판결하였다.

캐나다상업공사는 원심의 판결에 대하여 책임, 구제수단, 징벌적 손해배상 및 비용증액을 포함한 거의 모든 판결내용에 대하여 항소하였다.

2) 항소심

항소인은 원심에서 조달부 국장인 Comeau의 진술은 단순한 견해였지 사실의 표시가 아니었으므로 제소의 대상이 아니라고 주장하였다. 또한 항소인은 원심이 Comeau의 진술이 허위이며 Comeau가 이러한 진술이 허위였음을 알고 있었고 Amertek은 캐나다상업공사와 계약을 체결하여 그러한 진술을 신뢰하였다고 내린 결론이 잘못된 판단이라고 주장하였다. 5월 28일 회의와 관련된 모든 증거와 원심의 판단을 고려한 뒤 항소심은 원심이 법적 문제와 사실 문제가 혼재된 사안의 결론을 내리는 과정에서 명백한 오류를 범하였다고 판단

했다.

Comeau의 진술이 처음 KS 입찰에서 수익성이나 Amertek의 입찰과 관련이 있는지 여부에 관한 증거에 일부 혼동이 있었다고 항소심은 판단했다. 왜냐하면 Comeau는 재판에서 증언하지 않았고 5월 28일 회의에서 아무도 Comeau에게 어떤 의미로 말했는지를 묻지 않았기 때문이다.

원심의 판단은 Comeau가 "MACE 계약에서 수익이 남았다"("the MACE contract was profitable")고 언급했다는 것이다. 이것으로 최초의 캐나다상업공사와 미 정부의 계약과 이를 반영하는 캐나다상업공사와 KS의 하청계약을 의미했다고 보았다. 그러나 항소심은 최초의 계약과 Amertek의 입찰 모두와 관련한 Comeau의 진술이라는 원심의 해석은 잘못된 해석이라고 보았다. 실제로 KS와 Amertek의 입찰 가격은 서로 매우 근접한 수치였다. Comeau는 이러한 두 가격을 모두 알고 있었고 그의 수익성에 관한 언급은 이러한 두 입찰과 관련한 포괄적인 언급이었을 수 있다.

여기서 중요한 문제는 계약의 수익성에 관한 Comeau의 진술이 1985년 5월 28일 진술된 날에 허위표시가 있었는지 여부이다. 그러나 항소심은 그렇지 않다고 판단하였다. 1984년부터 1985년 사이의 1년 동안 캐나다상업공사는 트럭조립사업에서 장기간의 경험이 있는 캐나다의 세 회사에서 세 개의 제안서를 처리하였고 각각의 회사는 수익을 예상하였다.

첫 번째 가격 제안서는 KS에서 받았다. 미 육군 계약의 입찰은 총 45,286,452 미국 달러로서 대당 125,100 미국 달러였다. 이러한 입찰은 11퍼센트의 예상수익을 포함하였다.
KS의 입찰이 낙찰되었을 때 미 정부는 가격의 확인요청서를 송부했는데, 왜냐하면 KS의 입찰은 차상위 입찰과 비교하여 23퍼센트 낮았기 때문이다. KS와 캐나다상업공사는 KS의 상세한 가격제안서를 검토하였고, 캐나다상업공사는 우드스툭에 있는 KS의 시설을 Ames가 방문한 후에 입찰을 승인하였다. 캐나다상업공사는 KS와 하청계약을 체결하였다.

KS가 재무적 곤란을 겪게 되었을 때 캐나다상업공사는 차선책을 모색해야 했다. 캐나다상업공사가 이러한 과정에서 원심이 판단한 바와 같이 캐나다상업공사는 KS의 가격이 저가입찰이라는 점을 이미 알았다는 점은 명백하다. 조달부 차관인 Hession은 이 기간 동안 부처 내부적으로 가격에 문제가 있었다고 믿고 있었음을 증언하였다. 또한 Comeau를 포함한 캐나다상업공사와 Walter의 1985년 3월 15일 회의의 협의결과보고서(aide memoire)는 "(1) MACE는 대당 최소한 7,000 미국 달러씩 너무 낮았다."고 언급하였다. 3일 이후에

준비된 캐나다상업공사의 내부문서(internal memorandum)는 “새로운 McNeilly 설계의 비용은 알려지지 않았으나 적어도 KS 입찰보다 10,000 달러가 높을 것인데 왜냐하면 Seagrave의 입찰은 1984년에 개발되었기 때문이다.”고 기술하였다.

Walter는 대당 7,000 미국 달러의 수치가 기록된 3월 15일 회의에 참석하였다. 그럼에도 7일 후에 1985년 3월 22일 캐나다상업공사의 이사회는 Walter에게 피항소인이 사실진술서(factum)에서 “상당한 경험이 있는 소방차 제작사”로 기술한 Walter에게 대당 4,000 미국 달러의 MACE 하청계약 가격을 인상하기로 합의하였다. 이로 인하여 하청계약의 가격은 46,734,452 미국 달러였다. 캐나다상업공사와 Walter 간의 계약은 4월 16일에 발효되었다. Walter가 이 계약의 인수를 수락한 것은 최초의 KS 입찰에서 11퍼센트의 예상수익이 이러한 신규 가격에서도 유지된다는 전제 하에서 수락한 것으로 볼 수 있었다.

이와 거의 동시에 Amertek은 KS의 잠재적인 대체대상으로 고려되도록 연방정부에 적극적인 로비를 하였다. Amertek은 McNeilly가 당시에 Amertek에서 근무하고 있었기 때문에 KS 입찰에 관한 상세한 세부내용을 알았고 KS의 입찰가가 차상위 입찰가보다 10백만 미국 달러 낮았음을 알고 있었다. Amertek은 362 대의 MACE 트럭을 제작하기 위한 50면의 공식제안서를 준비하였다. Amertek의 제안 가격은 KS와 Walter의 가격 보단 높았으며 이는 대당 132,029.34 미국 달러로 총 계약 가격은 47,794,623 미국 달러였다. Amertek 입찰의 대당 가격은 KS의 최초의 가격보다 6,929.34 미국 달러 높았으며 이는 캐나다상업공사의 협의결과보고서에서 KS 계약의 잠재적인 부족분(shortfall)으로 언급된 대당 7,000 미국 달러에 놀랍게 근사한 수치였다는 점이 중요한 부분이다. 또한 Amertek의 사장인 Thomas는 Amertek 입찰은 13퍼센트의 예상 수익에 기초하였다고 증언하였다.

항소심은 Comeau가 1985년 5월 28일 회의가 시작할 때 언급한 “이 계약에서 수익이 남는다.”는 언급에서 Comeau는 단지 KS, Walter, Amertek과 같은 경험 많은 회사가 모두 이미 생각하고 있던 것을 반복한 것이었다고 판단했다. 1984년 KS는 11퍼센트의 수익이 발생할 것이라고 생각하였고, 1985년 초에 Walter는 마찬가지로 생각했으며, 1985년 초에 Amertek은 수익을 13퍼센트로 생각했다. 또한 캐나다상업공사가 계약 가격이 너무 낮다는 우려는 Amertek의 입찰가가 KS의 입찰가보다 대당 6,929.34 미국 달러 높았다는 사실로 해소되었다.

그러나 Amertek이 종국적으로 계약에서 손실을 입었다는 점은 사실이다. 하지만 그러한

부분은 부실표시의 관점에서 캐나다상업공사에 유리하다고 항소심은 보았다. 회계사가 확인한 바와 같이 Amertek은 1989년 말까지 계약으로 상당한 수익이 창출될 것으로 생각하였다. Amertek이 그러한 사실을 4년 간 알지 못했다면, Amertek이 수년 동안 스스로 말하고 믿었던 것을 Comeau가 말했을 때, Amertek은 Comeau가 자신을 기망하였다고 주장할 수 없기 때문이다.

원심은 *Derry v. Peek* 사건[70]에서 확립된 사기의 불법행위에서 사기소송이 인정되기 위하여 최소한 기망의 입증이 있어야 한다는 요건을 언급하였다. 원심은 캐나다상업공사가 Amertek를 기망했다고 판단했다. 그러나 위에서 언급한 이유로 이러한 결론은 명백한 오류라고 항소심은 판단하였다.

또한 항소심은 사기의 불법행위에서 신뢰요건(reliance component)과 관련하여 Amertek이 5월 28일 회의에서 Comeau의 진술을 신뢰하지 않았다고 판단했다. 왜냐하면 5월 28일 회의 전에 Amertek은 미 정부의 계약을 적극적으로 추진하였기 때문이다. Amertek은 수상과 고위공직자를 포함한 연방정부의 정치인들에게 서한을 보내서 이를 검토하도록 요청하였다. 대담하게도 Amertek은 스스로 캐나다상업공사가 미 정부와의 원계약의 채무를 불이행하는 경우에 10백만 달러를 초과하는 상당한 위약금을 연방정부가 부담할 수 있다는 점을 알고 있다는 점을 Amertek이 스스로 확인하였다. Amertek은 실제로 KS 입찰의 모든 세부내용을 알고 있었고 자신의 입찰을 광범위에게 준비하였으며 1985년 4월 3일에 제출한 입찰은 상당히 상세하였고 무엇보다 중요한 것은 Amertek이 자신의 입찰가를 지키려고 했었다는 점이다.

1985년 5월 28일 회의에서 Amertek의 재무담당 부사장인 Schultz는 계약의 수익성에 관한 Comeau의 진술을 KS 계약과 Amertek의 입찰 간의 차액에 관한 협상전술로 간주했다고 증언하였다. 이러한 점에서 Comeau의 진술을 정확히 해석할 수 있었다. 결국 원계약과 관련하여 미 정부는 캐나다상업공사에게 45,286,452 미국 달러를 지급해야 했다. 캐나다상업공사가 캐나다 공급자와 더 높은 가격으로 하청계약을 협상하였다면 캐나다상업공사는 그러한 차액을 부담했어야 했다. 즉 캐나다상업공사와 캐나다의 납세자는 Amertek과 대체 하청계약에서 종국적인 가격에 직접적인 금전적 이익이 있었다. 따라서 Schulz가 인식한 바와 같이 캐나다상업공사는 Amertek과 입찰가격에 관하여 대등한 지위에서 협상했

70) p. 374 App. Cas.

다고 항소심은 보았다.

또한 회의에서 어느 누구도 Comeau에게 수익성에 관하여 무엇을 의미했는지를 묻지 않았다. Amertek이 대당 2,000 미국 달러로서 총 724,000 미국 달러를 입찰가에서 감액한다는 즉각적으로 제안한 Thomas의 응답은 이러한 금액이 Amertek이 지급했었어야 할 판매수수료라는 점을 알고 있었기 때문이다.

5월 28일 회의 후에 Amertek은 경험 많은 대형 법무법인의 도움을 받아 매우 상세한 계약을 캐나다상업공사와 협상하기 시작했다. Amertek은 제안된 계약에서 많은 조항을 집요하게 협상하였다. 이 계약에서 '수익성진술조항'(profitability representation clause)은 없었다.[71]

또한 Amertek은 1985년 4월 3일 입찰에 '90일의 가격보호조항'(90-day pricing protection clause)을 포함시켜 비용 상승에 대해 스스로를 보호하였다. 1985년 Amertek은 공급자와 다시 원자재가격을 확인하였다. Amertek은 1985년 8월과 9월에 캐나다상업공사와 원자재의 가격상승을 협의하였고 1985년 12월에 420 미국 달러의 가격인상에 합의하였다. 이러한 Amertek의 모든 조치는 '자기신뢰'(self-reliance)와 '자기보호'(self-protection)로 보이며 5월 28일 Comeau의 수익성 진술을 신뢰한 것으로 항소심은 보지 않았다.

위에서 언급한 이유로 항소심은 Amertek이 자체적인 수익성의 분석을 신뢰하였다고 결론 내렸다. Amertek은 1985년 4월 3일 제출한 입찰을 준비할 때도 그러하였고 최종적으로 1985년 10월 3일 서명한 최종 계약을 협의하는 기간 동안도 그러했다. 5월 28일 수익성에 관한 Comeau의 언급은 아무것도 바꾸지 못했다. Comeau의 언급의 결과로 대당 2,000 미국 달러의 가격감액이 있었으며 Thomas는 Amertek이 자신의 계산에서 포함시켰던 수수료에 포함되었으나 지급할 필요가 없었던 비용으로 알고 있었던 금액이었다.

정리하면 항소심은 원심이 사기의 불법행위에서 사기의 부실표시와 신뢰 요건에 관하여 잘못 판단하였다고 판단하였다. 원심에는 명백한 잘못이 있으며 이는 '명백한 오류'(palpable and overriding error)라고 항소심은 판단하였다

71) 통상적으로 인수합병계약에서 매각 대상기업에 관한 중요한 사실에 관하여 '진술 및 보장 조항'을 통하여 정보를 확인한다. 이러한 중요한 정보가 허위인 경우에 진술자는 통상적으로 계약상 손해배상책임을 부담한다.

3) 시사점

이 사건의 2003년 원심 판결이 확정되었다면 캐나다상업공사는 캐나다 민간기업에 이자를 제외하고도 약 42백만 캐나다 달러[72]의 손해배상금을 지불해야 했다. 이는 총 계약금액의 72퍼센트에 달하는 금액이었다. 이처럼 캐나다와 미국 등 영미법 국가에서 사기의 불법행위가 인정되는 경우에 상당한 손해배상금액이 법원에서 인정될 수 있다.

그러나 현실적으로 영미법 국가에서 원고가 계약과 관련한 불법행위법에 기초하여 제소하는 경우에 계약 당사자간에 신인관계와 같은 특수관계가 인정되지 않으면 승소 가능성은 매우 낮다. 그 이유는 다음과 같다.

(가) 요건의 엄격성

실무적으로 재판과정에서 부실표시를 입증하기 어렵다.[73] 모든 허위표시가 모두 부실표시로 인정되는 것은 아니며, 과거 또는 현재의 사실에 관한 허위표시만이 부실표시로 인정된다. 즉 단순한 청약의 유인이나 과대홍보 또는 진술자의 견해의 표시는 부실표시로 인정되지 않는다.

또한 중요한 부분에 대한 부실표시로 손해가 발생하였어야 하며, 이러한 부실표시와 손해 간에는 인과관계가 인정되어야 한다.[74] 즉 중요한 부분이 아닌 경우에는 그에 허위표시가 있더라도 상대방의 행위에 영향을 미쳐서 손해를 유발하였다고 보지 않는다.[75] 이때 표의자의 부실표시로 인하여 손해를 입었다는 것은 원고에게 입증책임이 있다. 이와 같이 영미법 국가의 법원은 요건을 좁게 해석하여 부실표시를 인정하고 있다.

---

72) 이 금액은 부당이득으로 26,507,000 미국 달러, 징벌적 손해배상으로 500,000 캐나다 달러, 총 비용으로 인정받은 6,076,966의 70퍼센트를 합산한 금액으로 환율은 2003년 평균 환율인 0.718459 USD/CND를 이용하였다.

73) Agasha Mugasha, *International Financial Law: Is the Law Really "International" and Is It "Law" Anyway?*, 26 BFLR-CAN 381, 412 (2011).

74) *Banque Bruxelles Lambert S.A. v. Eagle Star Insurance Co.* 사건에서 원고는 피고의 감정평가를 신뢰하여 소외 차주에게 부동산 담보대출을 실행하였으나 부동산 가치가 과대평가되어 손해를 입었다. 이에 원고는 감정평가사를 제소하였으나 법원은 감정평가사의 과대평가뿐 아니라 그 이후에 부동산시장의 폭락도 부동산 가치의 하락에 영향을 미쳤다고 판결하였다. [1995] Q.B. 375, [1995] 2 W.L.R. 607, [1995] 2 All E.R. 769 (Eng. C.A.) reversed (1996), (*sub nom. South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*) [1997] A.C. 191, [1996] 3 W.L.R. 87, [1996] 3 All E.R. 365 (U.K. H.L.).

75) *Horsfall v Thomas* (1862) 1 H. & C. 90, 158 E.R. 813.

(나) 계약상의 면책조항

영미법에서는 계약의 면책조항에 따라 불법행위책임이 면책될 수 있다. 따라서 당사자간의 합의로 면책조항을 계약내용에 포함시키는 경우에 과실로 인한 불법행위책임이 면책될 수 있다.[76] 단 고의적인 사기로 인한 불법행위인 경우는 그렇지 않다.

(다) 영미법 국가의 법원의 정책적 고려

영미법 국가는 정책적 고려에 따라 상거래 관련 불법행위의 손해배상을 제한한다. 영미법 국가의 법원은 상인 사이에 신인관계와 같은 특수관계가 성립되지 않으면 불법행위를 통상적으로 인정하지 않는다. 영미법 국가의 법원은 일반적으로 소비자가 아닌 상인 사이의 계약에서 영업상 요구를 반영하여 당사자간의 위험 분배를 이미 합의하였다고 추정하기 때문이다.[77]

◇ 정부간 거래는 다양한 주체와 계약관계로 연관되어 있어 위험성이 산재되어 있음
◇ 대한무역투자진흥공사의 임직원이 정부간 거래에서 하청기업에 수익성을 보장하는 경우에 대한무역투자진흥공사가 손해배상책임을 부담할 수 있음
◇ 대한무역투자진흥공사가 영미법계 국가에서 상거래와 관련하여 제소되는 경우에 계약위반에 기한 소송뿐 아니라 불법행위에 기한 소송의 제기에 대한 대비도 필요함
◇ 대한무역투자진흥공사가 외국정부나 민간기업과 계약 체결 시 불법행위책임을 면책하거나 배제하는 면책조항을 적절히 이용할 필요가 있음

(2) 신인의무의 위반

위에서 언급한 바와 같이 영미법 국가의 법원은 상인 사이에 신인관계와 같은 특수관계가 성립되지 않으면 불법행위를 통상적으로 인정하지 않는다. *Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corp.* 사건의 원심도 마찬가지로 Amertek과 캐나다상업공사 간에 사기의 불법행위책임을 인정하면서 당사자간의 신인관계도 인정하였으며, 나아가 캐나다상업공사에게 수임인으로서의 Amertek에 대한 정보제공의무 또한 인정하였다. 아래에서는 이러한 영

76) Mugasha, *supra* note 73, at 412.

77) *JP Morgan Chase Bank v. Springwell Navigation Corporation,* [2008] EWHC 1186 (Comm) (U.K. QBD (Comm Ct) 2008) at 597-607.

미법상 신인관계에 관하여 알아본다.

1) 신인관계

(가) 영미법상 신인관계

아직까지 신인관계에 관하여 명확한 정의는 내려지고 있지 아니하며, 일부 학자와 판례에서 이에 관한 일반적인 성질을 언급하고 있다.[78]

일반적으로 신인의무는 '수임인'(fiduciary)가 오로지 상대방의 이익을 위하여 노력하고, 자신의 이익이나 제3자의 이익이 수임인의 행위에 영향을 주어서는 안 되는 법적 의무로 설명된다.[79] 여기서 수임인란 상대방을 위하여 행위 하거나 인수한 자를 말하며, 이 때 수임인과 신임인 간에는 신뢰관계가 요구된다.[80] 이는 신임인이 직접 수임인의 사무처리를 감시하는 것이 현실적으로 어려우므로, 법에서 신인의무를 부담시킴으로써 신인관계의 유지를 그 목적으로 하고 있다.[81]

그러나 사안의 다양성으로 인하여 영미법상 신인관계를 명확하게 정의하기 어려우므로, 대부분의 영미의 판례와 법률은 신인관계에 대하여 신인의무의 요건이나, 신인의무가 인정되는 경우만을 언급하고 있다.[82]

(나) 수임인의 종류

신인관계에서 신인의무를 부담하는 수임인은 다음의 두 종류로 분류할 수 있다.[83] 첫째 '지위에 기초한 수임인'(status based fiduciaries)이며, 둘째 '사실에 기초한 수임

---

78) 신인관계에 관한 설명은 박찬동, "국제대출거래에서 주간사의 신인의무에 관한 연구", 「국제거래법연구」 제23집 제2호(2014.12.), 140-150면을 수정하여 정리하였다.

79) *JP Morgan Chase Bank v. Springwell Navigation Corporation,* [2008] EWHC 1186 (Comm) (U.K. QBD (Comm Ct) 2008) at 597-607.

80) *Bristol and West Building Society v Mothew* [1996] EWCA Civ 553, [1998] Ch 1 (24 July 1996).

81) *Id.*

82) *Manassas Travel, Inc. v. Worldspan, L.P.*, No. 2:07-CV-701-TC, 2008 U.S. Dist. LEXIS 35217 (D. Utah Apr. 30, 2008); *First Sec. Bank of Utah v. Banberry Dev. Corp.*, 786 P.2d 1326, 1333 (Utah 1989); Tamar Frankel, *Fiduciary Law* (Oxford University Press, 2011), at 1; 미국의 「1940년 투자회사법」§ 80a-35(b)는 "등록 투자회사의 투자자문업자는 투자회사가 투자자문업자나 관련자에 대한 보상이나 지급에 관하여 수임인 의무가 있다"고 규정하며 「1974년 종업원퇴직연금보장법」(Employee Retirement Income Security Act of 1975) §1002(21)은 연금계획과 관련된 수임인의 정의를 내린다. 미국법률협회(American Law Institute)의 「제2차 대리법 리스테이트먼트」와 「제3차 신탁법 리스테이트먼트」는 수임인의 한 유형인 대리인과 수탁자를 정의하며, 미국통일주법위원회의 「통일신탁법」(Uniform Trust Code)은 수임인의 한 유형인 수탁자를 정의한다.

83) Charles Qu, *The Fiduciary Role of the Manager and the Agent in a Loan Syndicate*, 12 Bond Law Review 86, 87 (2000).

인'(fact-based fiduciaries)이다.

가) 지위에 기초한 수임인

지위에 기초한 수임인란 법적으로 신인의무를 부담하는 자를 말한다. 이에는 수익자의 수탁자, 회사의 이사, 의뢰인의 변호사, 본인의 대리인 등이 포함된다.[84]

나) 사실에 기초한 수임인

사실에 기초한 수임인란 일정한 요소를 충족하는 사실관계에서 인정되는 경우를 말한다. 즉 일반적으로 신인의무가 인정되지 않는 관계에서 신인의무가 인정되는 경우를 말한다. 그러나 이러한 사실에 기초한 신인관계의 요건으로 주로 언급되는 '신뢰와 신임'(trust and confidence), '인수'(undertaking), '취약성'(vulnerability)은 엄격하게 요구되는 요건이 아니므로,[85] 각 사안에 따라 구체적으로 판단되어야 할 것이다.

i) 신뢰와 신임

미국에서 신인의무는 18세기 후반에 '신뢰와 신임관계'(relation of trust and confidence)[86]에서 형평법원(court of chancery)이 처음으로 인정하였다.[87] 텍사스 주법원은 단순히 주관적인 신뢰만으로는 상거래와 같은 '대등한 지위의 거래'(arm's length dealing)에서 신뢰와 신임을 인정할 수 없으므로, 신인관계가 인정되기 위해서는 신뢰의 정도가 상당히 높아야 한다고 판시했다.[88] 이에 의하면 통상적으로 대등한 지위의 상거래는 신뢰와 신임의 관계가 부정되어 거래당사자간에 신인의무가 인정되지 않게 된다. 그러나 호주대법원

---

84) *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation* (1984) 156 CLR 41 at 68 per Gibbs CJ and 96 per Mason J.; *Hodgkinson v Simms* [1994] 3 SCR 377, (1994) 117 DLR (4th) 161, 176; *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14, 28, 61 per La Forest J.

85) Qu, *supra* note 83, at 86-90; *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd.* (1989) 61 DLR (4th) 14, 27, 63 (SCC).

86) 영국 법학자들은 과거 'confidence'와 'trust'를 신뢰의 의미로 사용하였으나, 'trust'가 신탁법 분야로 독자적으로 발전하였다고 한다. 따라서 'trust'라는 용어는 '재산의 신탁'을 의미하며 'trust and confidence'로 함께 사용된 경우에 신뢰를 의미한다고 설명한다. 이중기, "신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법, 금융법의 충실의무를 중심으로," 「홍익법학」 제12권 제1호(2011), 34-35면.

87) 신인의무에 관한 법원칙은 형평법에서 기원한다. 어떤 사람이 다른 사람을 신임하고 신뢰된 사람이 이러한 신뢰를 악용한 많은 경우에 보통법원이 해결방법을 제시하지 못하였으나 형평법원은 이를 형평법으로 구제하였다. 형평법이 발전됨에 따라 많은 사건에서 구체적인 법규가 광범위한 법원칙에 기초한 형평법원 판사의 재량 행사를 보완하였다. L. S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 1962 Cambridge L.J. 69, 71-72 (1962).

88) *Schlumberger Tech. Corp. v. Swanson,* 959 S.W.2d 171, 176-77 (Tex. 1997).

(Australian High Court)은 이러한 신뢰와 신임기준이 신인관계가 인정되기 위하여 반드시 요구되는 요건이 아니라고 판시하였다.[89] 따라서 대등한 지위에 있는 상거래의 경우에도 신인관계가 인정될 수 있다.

ii) 인수합의

호주 대법원 *Hospital Products* 판례[90]에서 Mason 판사는 수임인이 신임인의 이익에 영향을 미칠 수 있는 자신의 재량이나 권한을 신임인을 위하여 행사할 것을 합의하여야 한다는 '인수이론'(undertaking theory)을 주장하였다. 이러한 인수합의가 있었는가 하는 것은 신인관계가 성립하는 가를 판단하는 데 있어 중요한 요건이 될 수 있다. 이는 수임인이 사무를 인수함으로서 신임인은 수임인이 신인의무에 따라 사무처리를 할 것을 기대하게 되기 때문이며, 이때 수임인에게는 신임인이 자신을 신뢰하고 있다는 인식 또한 요구된다.[91]

그러나 인수합의가 없어도 신인관계가 인정된 사례가 있다. 이에 관한 미국 *Brophy v. Cities Service Co.* 사건[92]에서 문제된 회사의 이사의 비서가 내부정보를 이용하여 부당이득을 취한 경우 이에 신인관계가 인정되는가에 관한 사건이다. 이 사건 비서는 회사에서 주식시장의 가격을 높이기에 충분한 양의 주식을 공개시장에서 매수할 계획이라는 정보를 알게 되었고, 이러한 정보를 이용하여 부당이득을 취하였다. 이 경우 비서가 신인의무가 인정되는 수임인인가가 문제되었다. 통상적으로 비서와 같은 피용자는 수임인으로 취급되지 않는데, 이는 고용주가 업무처리와 관련하여 높은 수준의 재량권을 인정하고 있지 않기 때문이다. 그러나 이 사건 비서는 피용자라는 지위에도 불구하고 자신의 지위를 이용하여 정보를 취득하였으므로 명시적인 인수합의가 없었음에도 수임인으로 인정되었다.[93] 이는 업무 중 취득한 정보를 이용한 주식거래는 회사의 신뢰와 신임에 반하는 행위이기 때문이다.[94]

---

89) *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation* (1984) 156 CLR 41 at 31 per Gibbs CJ.
90) *Id.,* at 68 per Mason J.
91) Qu, *supra* note 83, at 88; Cheryl Goss Weiss, *A Review of the Historic Foundations of Broker-Dealer Liability for Breach of Fiduciary Duty,* 23 J. Corp. L. 65, 69-70 (1997).
92) 70 A.2d 5, 7 (Del. Ch. 1949).
93) Frankel, supra note 82, at 9.
94) *Id.*

iii) 취약성

수임인은 업무를 수행하기 위하여 신임인의 승인을 사전에 받아야 할 의무는 부담하지 않고 자신의 사무처리에 관하여 재량이 인정된다.[95] 이러한 재량권은 신임인에게 손해를 유발할 가능성과 수임인이 자신의 지위를 남용할 가능성을 유발할 수 있음을 부인할 수 없다.[96] 예를 들어 신인관계의 수임인은 위탁된 재산이나 권한을 남용할 수 있으며, 부주의하게 업무를 수행하거나, 신임인의 지시를 따르지 않을 수 있다.[97] 신임인의 지시가 구체적이지 않으면 않을수록, 수임인은 더 큰 재량을 가지고 업무를 수행하며, 신임인의 위험은 더욱 높아지게 된다.[98]

신인의무에 관한 캐나다 대법원의 선도적 판례인 *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* 사건[99]에서 신임인이 수임인에게 취약하다는 점을 확인시켜주었다. 또한 호주의 *Hospital Products* 사건[100]에서 Dawson 대법관도 "모든 신인의무의 사건이 기초하는 개념은 상대방을 의지하므로 상대방이 양심에 따라 행위 하도록 형평법상의 보호받아야 하는 일방 당사자의 불리한 위치 또는 취약성이 관계의 성질상 내재한다"고 언급하였다.

그러나 이러한 신임인의 보호의 필요성은 신임인의 사무에 관하여 전문적인 지식이 부족하다는 것 때문에 인정되는 것이 아니라, 단지 신임인은 수임인의 사무처리에 대하여 일방적으로 신뢰하는 관계에 있어 상대적으로 불리한 지위에 있기 때문에 인정되는 것이다.[101] 따라서 신임인에게 전문지식이 있거나 능통한 전문가라 할지라도 신임인의 보호필요성은 인정될 수 있다.

---

95) *Id.*
96) *Id.*, at 25-26.
97) *Id.*
98) *Id.*
99) (1989) 61 DLR (4th) 14 at 27 (per La Forest J and at 62-3 (per Sopinka J); *Frame v Smith* 사건에서 캐나다 대법원의 Wilson 판사가 처음으로 제시했다. (1987) 42 DLR (4th) 81 at 99.
100) (1984) 156 CLR 41 at 55 per Dawson J.
101) Qu, *supra* note 83, at 89; Frankel, *supra* note 82, at 10; *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14 at 39 per La Forest J.

(다) 정리

영미법 국가의 법원에서 신인의무가 인정되는 경우는 첫째 지위에 기초한 수임인인 경우, 둘째 사실에 기초한 수임인의 경우이다. 사실에 기초한 수임인의 경우 위에서 언급한 기준은 신인관계가 인정될 수 있는 하나의 요소일 뿐이지 신인관계의 인정에 엄격하게 요구되는 요건은 아니다.[102] 따라서 사실에 기초한 수임인의 경우에는 각 사안에 따라 구체적으로 신인관계가 인정되는지를 판단하게 되며, 이에 관한 요건은 아직 명확하게 규정하고 있지 않다.

이러한 신인관계는 상거래 당사자 사이에는 보통 인정되지 않는다. 이는 상거래 당사자 간은 대등한 지위로 보기 때문이며, 따라서 한 당사자가 다른 당사자를 신뢰하여 사무를 위탁한다는 신인관계의 성질에 부합하지 않기 때문이다. 그러나 이러한 대등한 지위 간에 신인관계가 인정되지 않는다는 것은 일응 '추정'에 불과하며, 반증에 의하여 언제든지 신인관계가 인정될 수 있다. 단 이 경우 영미법원은 신인관계가 있음을 주장하는 자에게 높은 수준의 입증책임을 부과하고 있다.[103]

2) Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corp. 사건[104]

(가) 원심

원심은 *Frame v. Smith* 사건[105]과 *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.* 사건[106]을 인용하며 신인관계의 표지(indicia)에 관하여 언급하였다. 신인의무가 인정되는 관계에서 세 가지 일반적인 특징을 제시하였다.

(1) 수임인은 일정한 재량이나 권한을 행사할 수 있는 범위가 있다.

(2) 수임인은 일방적으로 그러한 권한이나 재량을 행사하여 수익자의 법적 이익이나 실질적 이익에 영향을 줄 수 있다.

(3) 수익자는 재량이나 권한이 있는 수임인에게 특히 노출되거나 수임인에 의하여 좌우된다.

원심은 이 사안이 신인관계의 모든 요건을 충족한다고 판단했다. 캐나다상업공사가

---

102) Qu, *id*, at 89-90.
103) *Hospital Products Ltd v United State Surgical Corp* (1984) 58 ALJR 587 (HC).
104) 2005 CanLII 23220 (ON CA); [2005] OJ No 2789 (QL).
105) 1987 CanLII 74 (SCC), [1987] 2 S.C.R. 99, [1987] S.C.J. No. 49, at p. 136 S.C.R.
106) 1989 CanLII 34 (SCC), [1989] 2 S.C.R. 574, [1989] S.C.J. No. 83, at p. 599 S.C.R.

Amertek에게 신인의무를 위반했는지의 문제에 관하여 원심은 증거에서 볼 때 캐나다상업공사는 자신의 이익을 Amertek의 이익보다 우선하여 1985년 10월 3일 캐나다상업공사와 Amertek 간의 계약 전에 Amertek에게 중요한 정보를 공개하지 않았으므로 신인의무를 위반했다고 판단했다.

(나) 항소심

원심은 법적 분석의 취약성 요건과 관련해서 캐나다상업공사가 중요한 정보를 Amertek에게 제공하지 않았다는 점을 주목하고, 이로 인하여 Amertek이 위험에 노출되었다고 판단했다. 그러나 항소심은 신인관계가 성립한다는 원심의 논거에 명백한 법적 오류가 있다고 판결했다. 항소심은 원심이 신인의무를 분석할 때 신인의무의 위반을 규정하는 동일한 요건을 사용했다고 판단했다.

항소심은 *Hunt v. TD Securities Inc.* 사건[107]에서 "어떠한 자가 자신의 중개인의 승인받지 않은 행위로 인하여 손해를 입었다는 사실에서 과거로 거슬러 올라가서 이들이 노출되었다는 결론을 내릴 수 없다. 오히려 개인과 관계의 성질이 검토되어야 한다."고 판시한 부분을 인용하였다.

항소심은 모든 증거를 고려하여 캐나다상업공사와 Amertek 간에 신인관계가 있었는지 여부를 고려해야 한다고 판시하였다. 항소심은 신인관계의 요건에 관한 문제는 캐나다 대법원이 일부 판례에서 포괄적으로 검토하였다고 언급하였다.[108]

캐나다 대법원은 두 종류의 신인관계를 설명하였다.

첫 번째 종류는 수탁자와 수익자의 관계, 후견인과 피후견인의 관계를 말한다. 법원은 일방 당사자가 상대방의 최선의 이익을 위하여 행위 할 의무가 있는 '항변 가능한 추정'(rebuttable presumption)이 인정되는 고유한 취약성을 확인하였다.

두 번째 종류는 첫 번째 종류보다 개방적이며 수임인의 보호라는 우산 아래에서 있는 새로운 법적 관계나 비전통적인 법적 관계에서 신인관계가 성립될 수 있다고 판시하였다. 이러한 종류의 핵심은 *Hodgkinson v. Simms* 사건[109]에서 "기존의 종류 밖에서 필요한

107) 66 O.R. (3d) 481, [2003] O.J. No. 3245, 229 D.L.R. (4th) 609 (C.A.), at p. 492 O.R., p. 622 D.L.R..

108) *Frame v. Smith,* (1987) 42 DLR (4th) 81 at 99; *Lac Minerals, and Hodgkinson v. Simms,* 1994 CanLII 70 (SCC), [1994] 3 S.C.R. 377, [1994] S.C.J. No. 84.

109) 3 SCR 377, (1994) 117 DLR (4th) 161.

것은 일방 당사자가 자신의 사익을 포기하고 오로지 상대방을 위하여 행위 하기로 합의한 상호이해의 증거가 있어야 한다."고 판시하였다.

이러한 캐나다 대법원의 설시에 따라 항소심은 캐나다상업공사와 Amertek의 신인관계를 부인하였다. MACE 계약과 관련하여 1985년에 협상을 개시하기 전에 캐나다상업공사와 Amertek 간에 아무런 특수관계도 없었기 때문이다. Amertek은 계약을 추진하며 수상과 내각 장관 및 고위 공직자에게 서한도 보내며 적극적이었다. 당사자간에는 1985년 5월 28일에 단지 한 차례의 공식 회의만 있었다는 점에 주목하였다.

항소심은 캐나다상업공사와 Amertek 간의 관계의 핵심을 수백만 달러가 관련된 잠정적인 상사계약과 관련한 협상으로 보았다. 앞에서 언급한 사기의 불법행위에서 신뢰 문제에서 언급한 바와 같이 계약의 협상과정에서 Amertek은 자신의 이익을 보호하기 위한 적극적인 조치를 취하였고, 잠재적으로 계약으로 Amertek은 수백만 달러의 수익을 얻을 수 있었다고 보았다.

또한 계약의 주된 내용은 미 육군을 위한 소방차의 제작이었다. Amertek은 1945년 이후로 트럭 조립사업을 영위하였다. 캐나다상업공사는 연방공사로서 설립취지는 캐나다 회사가 회국 정부와의 상사계약을 체결하고 이행하도록 협력하는 것이었다. Amertek은 MACE 계약과 관련하여 50면의 제안서를 준비하였고 이러한 제안서는 상세히 설계, 제작, 가격, 인도에 관하여 검토하였다.

한편 항소심은 취약성의 문제와 관련하여, 오히려 캐나다상업공사가 1985년 봄에 취약한 지위에 있었다고 판단하였다. 캐나다상업공사는 KS와 이후에 Walter가 하청계약을 이행할 수 없는 경우에 원계약에서 10~14백만 캐나다 달러의 재조달 위약금을 물어내야 할 처지에 있었다. 중요한 점은 Amertek이 이러한 캐나다상업공사의 취약성을 알고 있었고 KS 하청계약의 대체가 검토되도록 만들려는 목적에서 수상에게 서한을 보내 관심을 유발하였다고 항소심은 판단했다.

또한 Amertek은 미 정부의 원계약이 고정되었다는 점을 알고 있었다고 판단했다. 캐나다상업공사와 Amertek 간의 하청계약이 캐나다상업공사와 KS 하청계약보다 높은 가격인 경우에 캐나다상업공사가 차액을 부담해야 한다는 것을 의미했다. Amertek의 재무담당 부사장인 Schultz는 계약의 수익성에 관한 Comeau의 진술이 이러한 가격의 차액과 관련하여 진술하였으며 캐나다상업공사가 미 정부와 캐나다 회사 간에 단순히 통로가 아니었다

는 점을 명백히 인식하고 있었음을 보여주었다. 오히려 캐나다상업공사는 Amertek과의 협상과정에서 계약상 금전적인 이익이 있었다고 판단했다.

이를 정리하면, 캐나다상업공사는 자신의 이익을 포기하지 않았으며 오로지 Amertek만의 이익을 위하여 행위 하도록 합의했다는 아무런 상호이해가 없었다고 항소심은 보았다. 이러한 상사계약에서 쌍방 당사자는 자신의 이익을 위하여 행위 하였으므로 원심은 근본적으로 상사관계를 신인관계로 법적 성질을 잘못 결정하였다고 항소심은 판단했다.

3) 시사점

영미법 국가에서 계약 관련 부실표시 주장에 대하여 계약 당사자간에 신인관계와 같은 특수관계가 인정되지 않는 경우에 통상적으로 부실표시 책임을 인정하지 않는다. 그런데 원심은 사기의 부실표시책임과 신인의무 위반책임을 함께 인정하였다. 이에 반해 항소심은 원심과 달리 부실표시책임이 인정되지 않는다는 점을 확인하였고, 계약 당사자간에 신인관계도 인정하지 않았다. 따라서 항소심은 신인관계에 수반되는 정보제공의무도 함께 인정하지 않았다.

그런데 영미의 국제금융계약에서 불법행위책임을 면책하거나 배제하는 조항을 포함시키는 것과 마찬가지로 신인관계를 부정하는 조항을 함께 포함하는 계약을 쉽게 볼 수 있다. 예를 들어 국제대출계약에서 차주와 대주 사이에서 국제대출거래를 주선하는 주간사는 계약에서 명시적으로 규정된 경우를 제외하고 차주나 대주에게 어떠한 법적 의무도 부담하지 아니한다고 규정한다.[110] 또한 국제대출계약에서 주간사가 어떠한 자의 수임인도 아님을 명백히 한다.[111] 즉 국제대출계약의 주간사는 차주나 대주와 신인관계에 있지 않음을 계약에서 명확히 한다. 이처럼 국제대출거래의 주간사는 이러한 조항을 통하여 신인의무를 제한하는데,[112] 이러한 내용을 계약에 포함시키는 경우에 신인의무의 요소인 상대방이 자신을 신뢰하고 신임하였다거나, 수임인이 상대방의 이익에 영향을 미칠 수 있는 재량이나 권한을 오로지 상대방을 위하여 행사하기로 약정하였다고 인수합의를 주장을 할 수 없기

110) 유럽, 중동, 아프리카에서 사용하는 표준 국제대출계약서를 제공하는 영국에 소재한 대출시장협회(Loan Market Association: 이하 'LMA,' LMA 홈페이지 <https://www.lma.eu. com>)가 있다. LMA Recommended Form, cl. 26.3.

111) LMA Recommended Form, cl. 26.4.

112) 이에 관한 자세한 내용은 박찬동, 전게논문(주 78), 148~150면.

때문이다.

또한 이와 같은 계약상 신인의무의 배제와 제한을 영미법 국가의 법원에서 통상적으로 인정되는 점도 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 영미법 국가의 법원은 서로 대등한 지위에서 거래하는 상거래 관계에서 통상적으로 인정되지 않는 신인의무를 거래당사자가 명시적으로 계약상 면책조항을 통하여 배제하는 경우에 사적자치의 원칙에 기초하여 이러한 합의의 유효성을 인정하기 때문이다.[113]

◇ 대한무역투자진흥공사가 외국정부나 민간기업과 계약 체결 시 신인관계에 있지 않음을 명확히 할 필요가 있음 ◇ 대한무역투자진흥공사는 계약상 신인의무를 면책하거나 배제하는 면책조항을 적절히 이용할 필요가 있음

(3) 수수료 분쟁

1) 캐나다상업공사의 수수료 부과

캐나다상업공사는 캐나다의 외교통상개발부 산하의 100퍼센트의 정부 출자 국영기업으로서 캐나다 정부와 외국정부간 무역을 지원하기 위해 설립되었다. 그런데 캐나다상업공사는 정부간 거래지원에 대하여 캐나다 민간기업에 수수료를 부과한다. 일반적으로 캐나다상업공사는 정부간 거래 지원에 대하여 1~3퍼센트의 수수료를 징구한다.[114] 캐나다상업공사는 이러한 재원을 활용하여 정부간 거래에서 방산물자와 일반물자의 단순 판매나 중개 행위뿐만 아니라 계약이행, 품질보증, 계약 이행 후 모니터링 등의 재원으로 활용한다. 이러한 수수료는 캐나다상업공사의 수수료의 '가격산정 정책'(Pricing Policy)에 따라 산정된다. 통상적으로 이러한 수수료는 거래의 기간, 위험도 모니터링을 위해 투입되는 인건비를 감안하여 책정된다.[115]

구체적으로 캐나다상업공사는 미 국방부와의 방위생산공유협정 관련 거래에서는 수수료를 징구하지 않으나,[116] GDS와 ICB 관련 거래에서 계약금에서 일정 비율을 수수료를 징

113) *IFE Fund SA v Goldman Sachs International [2006] EWHC 2887 (Comm).*
114) 산업연구원, 24면.
115) 상게자료, 122면.

구한다. 2014년 기준 GDS 수수료는 6.6백만 달러였으며 ICB 수수료는 3.46백만 달러였다.[117]

그런데 이러한 수수료를 부과하기 위해서는 근거 법령과 당사자간의 합의가 중요하다. 아래의 사례는 캐나다상업공사의 수수료의 부과와 관련된 분쟁사례이다.

2) *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Canadian Commercial Corp.* 사건[118]

(가) 사실관계

이 사건은 전자정보전달시스템(Electronic Information Delivery System: 이하 'EIDS')에 관하여 미 육군(Department of the Army of the United States Government)과 캐나다상업공사가 체결한 계약에서 하청계약을 체결한 Matrox Electronic Systems Ltd(이하 'Matrox')의 수익 중 용역 수수료명목으로 캐나다상업공사가 2퍼센트를 부과하는 것에 대한 유효성의 확인을 구하는 사건이었다.

Matrox는 정보수집 개발 그리고 제조를 주된 영업으로 하는 몬트리올에 소재하는 회사로서, 1983년에 미 육군을 위한 EIDS의 시제품(prototype)을 개발하는 작업에 참여하였다. 1986년에 미 육군은 EIDS의 공급업체를 선정하기 위한 입찰을 진행했으며, Matrox가 캐나다상업공사를 통해 참가하였다. 입찰에서 당초 입찰일은 1986년 4월 19일이었으나, 5월 2일로 연기되었고, 이 기간에 입찰에 참여하고자 하는 자는 '최종적인 최선의 제안(best and final offer)'을 할 것이 요구되었다. 결국 1986년 가을에 미 육군은 캐나다상업공사와 Matrox와 계약을 체결하기로 결정하였다.

이 사건 분쟁은 1986년 캐나다상업공사는 4월 1일에 1986년 6월 1일 이후에 체결된 계약에 대하여 용역 수수료를 부과하는 발표를 함에 따라 발생하였고, 캐나다상업공사의 발표는 재정적자의 감소와 캐나가 납세자의 부담완화를 위한 캐나다 정부의 목적에 부합하기 위함이었다.

이러한 수수료는 1988년 4월 1일에 2.5퍼센트까지 증액되었다. 그러나 1986년 12월 23일 통상부장관이 사용자부담금인 용역 수수료에 관하여 검토하기로 함으로써, 이 사건 용역

116) 캐나다상업공사 결산보고서, 26~27면.
117) 이와 함께 기타 용역에 대한 수수료는 3.59백만 달러였다. 상게자료.
118) 1990 CarswellQue 1795, J.E. 90-756, EYB 1990-79541.

수수료의 부과에 대하여 유예결정이 내려졌고, 1988년 1월 이러한 수수료부과에 대하여 영구적으로 부과중지결정이 내려짐과 동시에 법인에 대한 부과조치는 의회의 결정에 의해서만 이루어진다는 내용이 발표되었다.

그러나 Matrox와의 계약은 이러한 수익자 부담금 부과중지결정이 내려지기 전에 체결된 것이어서, 캐나다상업공사는 Matrox의 수익금에 대하여 수수료를 부과하였고, 이에 Matrox는 법원에 이와 같은 수수료 부과에 대한 유효성에 관한 판단을 요청하였다.

이 사건 계약의 총 계약금액은 2억 달러를 초과하였으며 캐나다상업공사가 지불해야할 금액의 상한선은 2퍼센트로 정해졌다. 이러한 수수료의 부과는 정부지침이 아니라 1970년 개정된 「캐나다상업공사법」에 근거하였으나, 캐나다상업공사는 이러한 사실을 Matrox에게 사전에 고지하지 않았다.

(나) 쟁점

우선 용역 수수료가 단순 수수료인가 아니면 세금의 일종인가의 문제와 공영기업이 법률에서 수권이 없이 사용자부담금을 부과할 수 있는가가 주된 쟁점이었다.

이에 관하여 캐나다상업공사는 Matrox가 이미 이러한 사용료가 부과될 것이라는 것에 대하여 인지하고 있었고, Matrox도 이에 합의하였다고 주장하였다. 또한 캐나다상업공사는 이러한 사용료의 부과가 「캐나다상업공사법」 제5조에서 규정되었다고 주장했다.[119]

「캐나다상업공사법」 제5조

(1) 공사는 제4조에 규정되어 있는 목적을 달성하기 위하여 필요한 행위를 할 수 있으며, 목적의 일반성을 명확히 하되 제한하지 않으며 공사는 다음과 같은 사업을 수행한다.

(a) 캐나다로 물품이나 상품을 수입

(b) 상기 목적을 달성하기 위하여 필요한 적정한 방식과 범위에서 본인이나 대리인자격으로 캐나다로부터 물품이나 상품의 수출

(2) 제4조의 규정을 제외하고 이 법의 어떠한 규정도 (1)의 일반성을 제한하지 않는다.

이에 Matrox는 수수료에 대하여 동의하지 않았다고 주장하였고, 나아가 이러한 수수료

119) 현행 「캐나다상업공사법」 제10조.

는 캐나다상업공사의 권한남용이라고 주장하였다. 이러한 수수료는 세금의 일종이므로 「캐나다상업공사법」 위반이며, 게다가 이러한 수수료의 부과는 의회승인이 요구되는 것으로서 이는 캐나다 헌법에 규정되어 있는 기본권의 위반이라고 주장했다.

(다) 판시사항

가) 캐나다상업공사의 역할

Matrox가 EIDS 계약을 입찰받기 위하여 캐나다상업공사와 적법하게 계약을 체결하였는가와 Matrox가 미 육군과 「연방조달규정」(Federal Acquisition Regulation)[120]에 따라 직접 계약을 체결할 수 있었는가에 관하여 논쟁이 있었으나, 법원은 외국정부에 의하여 제정된 법률은 판단하지 않고 캐나다상업공사로부터 구매하기 위한 개별적인 계약의 당사자인 캐나다상업공사와 계약을 체결해야 한다는 계약절차가 있음을 확인하는 것으로 족하다고 판단하였다. 「연방조달규정」에는 일정한 조건하에서 예외를 인정하는 규정도 많이 있으나, Matrox와의 계약에는 이러한 예외가 인정되지 않았다. 또한 「연방조달규정」은 캐나다상업공사가 원계약자가 되어야 한다는 규정이 있었고 Matrox는 미 육군과 직접계약을 체결할 수 없었다.

캐나다상업공사가 낙찰자로 선정되는 경우에 Matrox가 캐나다상업공사와 하청계약을 체결할 것임을 사전에 알고 있었다. 입찰이 진행되던 중에 캐나다상업공사는 수수료부과 방침을 발표를 하였다. 따라서 법원은 이러한 상황 하에서 Matrox가 캐나다상업공사와 수수료의 부과를 막기 위한 협상이나 조치를 취하도록 기대하는 것은 어렵다고 판단했다. 더욱이 캐나다상업공사의 관계자 중 아무도 Matrox에 대하여 이러한 수수료부과를 막기 위한 조치가 가능함하다고 연급하지 않았음을 확인하였다.

나) 수수료지급에 대한 Matrox의 동의 여부

Matrox가 참여한 최초 입찰은 1986년 4월 30일에 조달부에 의해 승인되었고, 1986년 5월 1일에 캐나다상업공사가 추천하였다. 이 때 Matrox가 수수료의 부과에 반대하였기 때

120) 국방조달과 일반조달은 각각 「방위조달규정」(Defense Acquisition Regulation)과 「연방조달규정」(Federal Procurement Regulation)으로 이원화 되어 규율하였던 것을 1984년 「연방조달규정」(Federal Acquisition Regulation)으로 양자가 통합되었다. 아래에서는 「연방조달규정」(Federal Procurement Regulation)과 「연방조달규정」(Federal Acquisition Regulation)을 「연방조달규정」으로 통일하여 사용한다.

문에 캐나다상업공사는 수수료에 대해 규정하지 않았다. Matrox는 계속하여 수수료에 대하여 반대하였으나, 1986년 8월 14일의 '최종적인 최선의 제안'에서는 다음과 같은 문구가 추가되었다. "금액에는 미국 연방 또는 미국 정부의 세금이나, 의무 또는 부담금(levies)이 포함되지 않으나, 캐나다상업공사에 대한 추가부담금(surcharge)은 포함된다."

이러한 문구는 1986년 9월 25일의 '최종적인 최선의 제안'에도 포함되어 있었으며, 이러한 제안은 조달부와 캐나다상업공사에 의해 승인되어 미 정부에 전달되었다.

캐나다상업공사는 이러한 문구에서 Matrox가 캐나다상업공사에게 용역 수수료를 제공하겠다고 동의한 것으로 볼 수 있다고 주장하였다. 그러나 Matrox는 이를 완강하게 부인하였으며 이는 미국 정부에게 제시된 금액이 확정적임을 명확하게 하도록 기재된 것에 불과하다고 주장하였다. 이에 캐나다상업공사와 조달부는 이러한 문구에 용역 수수료가 포함되는 것이라고 주장하였다.

그러나 공개된 기록에 의하면, Matrox는 캐나다상업공사에 대하여 사용료의 유효성에 대하여 계속 다투어왔으며, 또한 지속적으로 이를 반대해왔음을 알 수 있다. 게다가 캐나다상업공사측에는 Matrox가 이러한 용역료에 동의하였음을 증언할 수 있는 증인이 아무도 없음을 알 수 있었다.

이에 따라 법원은 Matrox가 수수료지급에 관하여 동의한 적이 없음을 인정하며, Matrox가 단지 조달부와 캐나다상업공사에 대하여 입장을 명확히 하며, 미 육군이 수수료 부과와 관련하여 추가지급을 요구할 것과 관련된 분쟁을 방지하며, 캐나다상업공사가 입찰을 보증하는 것을 거부할 것을 우려하여 포함시킨 것에 불과하다고 판단하였다. 즉 법원은 캐나다상업공사와 조달부의 승인을 받기 위하여 이와 같은 모호한 단어들이 사용되었다고 판단하였다.

결론적으로 법원은 Matrox가 용역 수수료에 대하여 동의를 한 적이 없고, 용역 수수료에 대하여 계속 다투어왔음을 인정함으로 충분하다고 판단하였다. Matrox는 실제로 캐나다상업공사와의 계약에 서명하는 것을 거절하였으며, 작업과 보수의 지급 또한 비공식적으로 이루어졌다. Matrox의 지위 또한 캐나다상업공사의 부사장(senior vice-president)인 Mathews가 1987년 8월 17일에 서명한 서면에 "캐나다상업공사에 의한 보수의 지급과 캐나다상업공사의 하청기업 고객의 보수에 대한 수락은 용역 수수료에 대한 문제에 있어서 하청기업에게 법적으로 영향을 주지 아니한다."고 언급되어 있었다.

다) 부과 중지의 효력

1986년 용역 수수료 부과에 대하여 잠정적인 유예결정이 내려지고 1988년 영구유예 결정이 내려진 것과 관련하여, 이러한 수수료 부과 중지에 관한 효력이 문제되었다. 1988년 1월 29일 캐나다상업공사 이사회는 "1988년 1월 통상부는 1986년 1월에 도입된 용역 수수료에 관하여 12월에 이러한 용역 수수료의 부과를 중지한다."는 결의를 채택하였다. 그러나 이는 1986년 가을에 체결된 Matrox의 계약에 적용되지 않았다.

용역 수수료 부과에 대한 유예결정은 당시에 캐나다상업공사가 작성한 여러 문서에 기재되어 있다. 이러한 문서중 하나는 캐나다상업공사의 사장과 최고경영자인 Mullington이 서명하였고, 나머지 문서에는 "캐나다상업공사의 용역 수수료의 효력에 관하여, 이전에 체결된 계약에 용역 수수료 규정이 있는 경우에는 용역 수수료 규정은 여전히 효력이 인정된다. 또한 이미 부과한 용역 수수료는 반환하지 않는다."는 내용이 기재되어 있었으며, 이는 캐나다상업공사에 의해 공식적으로 발표되었다.

Matrox는 확고하게 '최종적인 최선의 제안'에 제시된 금액에는 캐나다상업공사에 대한 용역료가 포함되지 않는다고 주장하였다. 이에 조달부의 대리인인 Challinor는 1990년 3월 7일에 용역료는 최종금액에 포함된다고 진술하였으나, 그 후의 추가적인 검토에 의해 1990년 3월 15일 Challinor는 이 용역료는 최종금액에 포함되지 아니한다는 것을 확인하였다. 그러나 이러한 사실은 은폐되었다.

따라서 법원은 Matrox는 최종금액을 산정할 때 캐나다상업공사의 용역 수수료규정을 포함하지 않을 것을 의도하였던 점을 인정하고, 1986년 12월 24일에 Matrox가 체결한 계약은 위에서 언급된 '이전에 체결된 계약'에 해당하나 '용역 수수료 규정이 포함되어 있는 계약'에는 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉 캐나다상업공사의 수수료 부과유예 결정은 Matrox와의 계약에도 효력을 미친다고 보았다.

이에 따라 법원은 1986년 12월 24일에 체결된 Matrox의 계약은 수수료 규정이 포함되지 않은 것으로 판단하며 캐나다상업공사의 수수료 유예결정이 이 계약에 적용되어야 한다고 판결하였다. 따라서 캐나다상업공사는 1986년 12월 23일 이후에 Matrox에게 용역료를 청구할 권한이 없었다.

라) 수수료의 유효성

법원은 사용자부담금을 부과하는 것의 장점과 용역 수수료의 타당성에 대하여는 판단하지 않았다.

캐나다상업공사는 용역 수수료의 부과로 물품 및 상품의 수출입을 업무로 하는 캐나다 기업체들에게 많은 이익을 제공한다고 주장하였으나, 법원은 이러한 주장이 근거가 없다고 판단하였다. 또한 「캐나다상업공사법」 제12조 (1)항에 공사는 이사회의 결의로 결정한다고 규정되어 있으나, 이사회는 캐나다상업공사의 목적을 달성하기 위한 용역 수수료부과에 관한 결의를 채택한 적이 없다고 법원은 판단했다. 단지 이사회는 1986년부터 1991년간의 '공사계획'(Corporate Plan)을 1986년 1월 31일에 승인하고 채택한 사실만 인정하였다. 이때 「캐나다상업공사법」 제5조에 의해 캐나다상업공사에 수수료 부과를 결정할 권한이 부여되었는가는 이 법정이 판단할 사항이 아니라고 판시하였다. 왜냐하면 캐나다상업공사는 이사회가 용역 수수료에 관한 결의를 채택하였다는 것도 입증하기 못하였기 때문이다.

이사회가 채택한 결의는 단지 공사계획에 관한 승인이었고, 이 공사계획의 내용을 검토한 결과, 이사회는 용역 수수료가 캐나다상업공사의 목적을 달성하기 위하여 적절한가에 관한 문제는 언급조차 하지 않은 것으로 법원이 판단했다. 법원에 제출된 증거자료에 따르면 캐나다상업공사는 이러한 용역 수수료를 실행하려고 하였으나, 이를 실행하기에는 근거가 부족한 것으로 캐나다상업공사는 판단하였으며 이는 캐나다상업공사의 고위임원의 질의응답의 내용과 캐나다상업공사의 정책에 관하여 설명하고 있는 여러 문서들을 보아도 명백하다고 법원은 판단했다.

1986년 캐나다상업공사의 이사회와 고위임원들은 용역 수수료 정책에 관하여 이러한 용역 수수료의 정책의 집행이 정부지침과 양립한다고 믿고 있었고, 캐나다상업공사가 제출한 1985년에 작성된 내부문서들에도 용역 수수료에 관한 내용은 기재되어 있으나, 이러한 용역 수수료 정책이 이사회에 의하여 결정되었거나 승인되었음을 나타내는 문구는 없다고 법원은 판단했다.

따라서 법원은 1986년 4월 1일에 발표되고 그 후 시행된 이 사건 용역 수수료가 「캐나다상업공사법」에 의한 정당하고 적법한 정책이라는 점을 인정하지 않았다. 또한 캐나다상업공사가 1986년 4월에 제시한 용역 요금제도는 「캐나다상업공사법」에 근거한 것이 아니라고 판결했다. 결국 캐나다상업공사가 EIDS계약과 관련하여 Matrox의 수익금에서 2퍼

센트의 용역요금을 청구할 권리를 법원은 인정하지 않았다.

3) 시사점

이 사건 판결은 용역 수수료 부과에 관한 명시적인 근거 법령과 명시적인 계약상 합의가 없는 경우에 캐나다상업공사는 캐나다 민간기업에 용역 수수료를 부과할 수 없다는 판결이었다.

현재 캐나다상업공사는 「캐나다상업공사법」의 개정하여 공사가 적절하다고 판단하는 금액을 캐나다 민간기업에 부과할 수 있는 근거 규정을 명시적으로 마련하였다.[121] 따라서 캐나다상업공사는 민간기업, 정부 부처 또는 기관과 체결하는 거래와 관련하여 용역 수수료를 부과할 수 있다.

◇ 대한무역투자진흥공사가 정부간 거래와 관련하여 민간기업에 수수료를 부과할 때 명확한 근거 법령이 필요함 ◇ 대한무역투자진흥공사는 향후 수수료와 관련된 분쟁을 사전에 예방하기 위하여 민간기업과 수수료에 관한 합의 내용을 계약내용에 포함시킬 필요가 있음

2. 외국 기관과의 국제소송

(1) 미국 「정보자유법」 개요

미국에서 과거 행정기관이 보유하는 기록에 대해 직접적으로 접근할 수 있는 권리를 제도화한 법률이 없어 일반 국민은 행정기관이 보유한 기록에 접근할 수 없었다. 이에 미국 의회는 1946년 「연방행정절차법」(Administrative Procedure Act)을 제정하였다. 그러나 이 법 제3조에서 행정정보의 공개를 규정하고 있음에도 불구하고 행정기관이 보유하는 정보는 여전히 일반 국민이 접근할 수 없었다. 결국 1966년 미국 연방의회는 「정보자유법」(Freedom of Information Act: 이하 'FOIA')을 제정하여 미국에서 정보공개제도를 마련했다.[122]

121) 「캐나다상업공사법」 제11조 (4)항.
122) 경건, "미국 정보공개법제의 개관", 「서울법학」 제15권 제1호(2007), 115면-117면.

FOIA는 미 정부가 보유하고 관리하는 정보가 국민의 소유이며, 국민이 이러한 정보를 알 권리가 있으며, 이를 통제할 권리도 있다는 인식에서 제정되었다.[123] 또한 FOIA는 행정의 공개성을 촉진하고 정부로 하여금 행정의 국민에 대한 설명책임을 다하게 함으로써 행정의 감시와 행정에의 참가의 실효성을 확보하고자 하였다.[124]

FOIA는 정보공개청구권자에 대한 제한을 철폐하고, 모호한 법문을 삭제하며, 정보비공개에 대한 사법심사제도를 확립하여 정부 정보에 대하여 '국민의 알 권리'[125]를 법적으로 확립하였다는 점에서 큰 의의가 있다.[126]

FOIA는 원칙적으로 행정기관의 기록 공개 의무를 인정하여 기록에 대한 국민의 공개청구를 권리로 보장한다.[127] FOIA는 어떠한 '개인'(person)도 정보공개를 청구할 수 있으며, 이러한 개인은 자연인, 조합, 회사, 협회(association), 행정기관인 공공단체나 민간단체를 포함하고,[128] 또한 행정기관이외의 기관도 포함된다.[129] 따라서 정보공개 청구권자는 자연인뿐만 아니라 법인 및 법인격 없는 단체도 포함하고, 수형자 및 외국인도 포함한다.[130] FOIA는 '정보공표의무제도'와 '정보공개청구제도'를 함께 규정하고 있다.

1) 정보공표의무제도

정보공표의무제도는 사인의 공개청구권의 행사를 전제로 하지 아니하고 정보공개가 정부에 의무로 부과되는 제도를 말한다. 정보공표의무제도는 연방행정기관이 해당정보를 당연히 공표할 것을 정하고 있으며, 정보청구의 장소, 공무원, 방법, 신청절차, 서식의 비치장소, 행정규칙, 일반 시책 및 해설, 관련 수정·개정·폐지를 '연방관보'(Federal Register)에

---

123) 미래창조과학부, "미국 「Freedom of Information Act」와 우리나라 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 비교", 「과학기술 동향 심층 분석보고서」 제4호(2013. 12.), 3면(이하 '미래창조과학부').

124) FOIA의 기본적인 목적은 민주주의 사회의 운영에 관한 정보를 시민에세 제공하는 것을 보장함에 있고, 행정의 부패방지와 행정의 설명책임을 완수하려는데 있다. *NLRB v. Robbins Tire &Rubber Co.*, 437 U.S. 214 (1978); 경건, 전게논문(주 122), 124면.

125) 이러한 '국민의 알 권리' 개념은 1787년 필라델피아 헌법제정회의에서 처음 사용되었다. 미래창조과학부, 3면.

126) FOIA는 정보공개청구권자를 '누구나'(any person)라고 규정함으로서 원고적격을 보다 확대하였다. 최창호, "미국의 정보자유법에 관한 연구", 「법학논고」 제20권(2004), 92면.

127) 상게논문, 95면.

128) 5 U.S.C. §551(2).

129) FOIA가 제정되기 전에는 「연방행정절차법」 제3조에서 정보청구권을 인정하고 있었는데, 동 조에서는 '적절하고 직접적으로 관련된 자'(persons properly and directly concerned)만이 정보공개를 청구할 수 있다고 규정하였다.

130) 최창호, 전게논문(주 126), 95면; 이에 반해 우리나라 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 정보공개 청구권자를 모든 국민으로 규정하고 외국인에 대해서는 별도로 대통령령으로 정하고 있다. 동 법 제5조.

공표할 것을 규정하고 있다.[131]

2) 정보공개청구제도

정보공개청구제도는 사인의 공개청구권의 행사에 기하여 정보를 공개하는 제도이다.[132] 판결, 채택된 직책성명 및 해석, 개인에게 이해관계를 미치는 직무지침 및 훈령 등은 규정에 의하여 일반 국민에게 열람 및 복사가 허용된다.[133] 이 제도는 연방관보에 의한 공표까지는 요구하지 않으나 행정기관이 능동적으로 공중의 열람복사에 제공할 것을 의무화하고 있다.[134]

3) 「정보공개법」의 예외사유

(가) 비공개대상정보 개관

FOIA는 정보공개의 대상이 아닌 정보의 공개청구를 거부할 수 있다고 규정한다.[135] FOIA는 ① 국방이나 외교정책을 위하여 공개하지 아니할 것이 대통령령로 정한 기준과 절차에 따라 비밀지정이 된 정보, ② 공중에 실질적인 이해관계가 없는 행정기관 내부자료, ③ 각종 연방법과의 상호참조규정으로서 타 실정법에서 보호를 받는 정보, ④ 영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀, ⑤ 행정기관 내 내부자료로 심의중인 사항, ⑥ 개인에 관한 정보, ⑦ 법집행을 목적으로 수집된 기록이나 정보로서 ⓐ 집행절차의 방해, ⓑ 공정한 재판, 공평한 판결의 권리가 박탈되는 경우, ⓒ 부당한 프라이버시 침해, ⓓ 비밀의 정보원과 정보, ⓔ 취조기술, ⓕ 법집행직원의 안전, ⑧ 금융기관을 규제하거나 감독하는 기관이 작성한 검사, 운용 또는 상태보고서, ⑨ 유정(oil wells)에 관한 지도를 포함한 지질 정보 및 자료의 9 가지 정보공개의 예외사항을 규정한다.[136]

이러한 「정보공개법」의 예외사유인 비공개대상정보 중에서 정부간 거래와 관련해서 중요한 의미를 갖는 '영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀'에 관하여 알아본다.

---

131) 5 U.S.C. §552; 미래창조과학부, 4면.
132) 경건, 전게논문(주 122), 124면.
133) 5 U.S.C. §522; 미래창조과학부, 4면.
134) 경건, 전게논문(주 122), 125면.
135) 5 U.S.C. §522(a)(3).
136) 5 U.S.C. §522(b).

(나) 영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀

가) 의의

영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀은 영업비밀과 개인으로부터 취득된 특별히 면제되거나 비밀성을 지닌 상업적 또는 재무적 정보를 FOIA의 정보공개대상에서 제외시켜 영업비밀 등을 보호하려는 것이다.[137]

나) 내용

FOIA 예외조항 4는 '영업비밀 및 개인으로부터 취득하고 특별히 면제되거나 비밀성을 지니는 상업적 또는 재무적 정보'로 규정한다. 여기서 '영업비밀', '상업적 또는 재무적 정보', '개인으로부터 취득한 정보', '특별히 면제되거나 비밀성을 지닌' 정보의 의미에 관하 구체적으로 알아본다.

i) 영업비밀

「영업비밀보호법」, 「식품·약품 및 화장품법」[138] 등 영업비밀을 보호하는 대부분의 연방법과 마찬가지로 FOIA도 영업비밀에 대한 정의를 내리지 않는다.[139] 그런데 1939년「불법행위에 관한 리스테이트먼트」(Restatement(First) of Torts)는 '영업비밀'을 실질적으로 비교우위를 제공하는 모든 정보로 확장시키는 광의의 개념으로 정의한다.[140]

그러나 미국 워싱턴 D.C. 연방항소법원은 FOIA 예외조항 4는 「제1차 불법행위에 관한 리스테이트먼트」의 개념보다 좁게 해석해야 한다고 판시하였다. *Public Citizen Health Research Group v. FDA* 사건[141]에서 법원은 영업비밀을 "상품의 제작, 준비, 혼합이나 가공을 위해 사용되며, 혁신이나 실질적인 노력의 최종산물이라고 말할 수 있는 비밀, 상업성 있는 계획, 공식, 공정 또는 도안(device)"이라고 좁게 보았다.[142] 미국 제10연방항소

137) 이는 우리나라의 「공공기관 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제7호에서 규정하고 있는 정보비공개사유 중 '경영·영업상의비밀에 관한 사항'에 대응하는 규정이다. 김배원, "정보공개제도와 기업비밀-미국의 FOIA 예외조항 4의 판례를 중심으로",「공법학연구」 제5권 제2호(2012), 182면.

138) 21 U.S.C. §331(j).

139) 김배원, 전게논문(주 137) 187면.

140) Restatement (First) of Torts § 757 cmt. b (1939).

141) 704 F. 2d 1280, 1288 (D.C. Cir. 1983).

142) Department of Justice, *Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act*, at 264, available at <http://www.justice.gov/oip/doj-guide-freedom-information-act-0>(hereafter cited as 'Department of Justice Guide').

법원도 워싱턴 D.C. 항소법원과 마찬가지로 영업비밀 개념을 좁게 해석해야 한다고 판시하였다.[143]

ii) 상업적 또는 재무적 정보

FOIA 예외조항 4에서 영업비밀이 아니더라도 상업적 또는 재무적 정보인 경우에 보호받는다.[144] 상업적 정보라는 개념에 대하여 판례는 용어의 일반적인 의미로 접근하였다. 당해 정보가 사업이나 거래와 관련된 것이라면 상업적이라고 판단하였다.[145] 미국 워싱턴 D.C. 항소법원은 이를 일반적인 의미로 해석하여야 한다고 판시하며 상업적이라는 의미를 "기본적인 상업적 운영임을 보여주는"(reveal basic commercial operations) 기록에 한정되는 것은 아니라고 하였다.[146] 그 대신에 상업적이란 정보제공자가 상업적 이익을 보유하는 한, 상업적인 것에 해당한다고 판단하였다.[147] 미국 제2 연방항소법원도 상업적이라는 용어에 대하여 "상업에 관한 것이거나 상업과 관련된 또는 상업을 다루는" 경우를 의미한다고 판시하였다.[148] 또한 미국 워싱턴 D.C. 항소법원은 재무적 정보는 기업에 의해 생성된 경제 자료뿐 아니라 개인적인 재무 정보도 포함된다고 해석하였다.[149]

iii) 개인으로부터 취득한 정보

개인으로부터 취득한 정보에서 '개인'의 의미에 관하여 판례는 자연인뿐 아니라 회사, 은행, 주정부, 외국정부 등을 포함하는 광범위한 의미로 보았다.[150] 그러나 미 연방정부에서 작성한 정보는 개인으로부터 취득한 정보에 해당하지 아니하므로 FOIA 예외조항 4에 해당하지 아니한다.[151] 그러나 정부가 작성한 문서라도 정부 밖에서 제공된 정보를 요약하거나 정보를 재구성한 경우에도 FOIA 예외조항 4의 개인으로부터 취득한 정보에 해당한

---

143) *Anderson v. HHS*, 907 F. 2d 936, 944 (10th Cir. 1990).
144) Department of Justice Guide, at 266.
145) 김배원, 전게논문(주 137), 189면.
146) Public Citizen, 704 F.2d at 1290(citing *Wash. Post Co. v. HHS*, 690 F.2d 252, 266 (D.C. Cir. 1982), and *Bd. of Trade v. Commodity Futures Trading Comm'n*, 627 F.2d 392, 403 (D.C. Cir. 1980)).
147) Department of Justice Guide, at 266.
148) *Am Airlines, Inc. v. Nat' Kediation Bd.*, 588 F.2d 863, 870 (2d Cir. 1978); 김배원, 전게논문(주 137), 189면 주 41.
149) *Washington Post Co. v. HHS*, 690 F.2d 252, 266 (D.C. Cir. 1982); 김배원, 상게논문, 189면.
150) Department of Justice Guide, at 271.
151) 물론 FOIA 예외조항 5에 의하여 보호될 가능성이 있다. *Id.*, at 271-272,

다.[152]

iv) 특별히 면제되거나 비밀성을 지닌 정보

FOIA 예외조항 4의 요건 중 특별히 면제되거나[153] 또는 비밀성을 지닌 부분과 관련하여서 대부분의 판례는 주로 '비밀성을 지닌' 부분에 대하여 판단해왔다.[154] 비밀성에 관하여 초기의 판례는 정부가 정보제공자에게 비밀보장의 약속을 한 경우이거나 정보제공자에 의하여 관습적으로 일반인에게 공개되지 아니하는 유형의 정보인 경우를 비밀성을 지닌 것으로 보았다.[155]

이러한 초기의 기준은 1974년 *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton* 사건[156] 판결로 수정되었다.[157] 이 판결에서 법원은 상업적 또는 재정상의 '비밀성'이 란 개인의 이익뿐 아니라 정부의 이익까지도 보호하는 것이라고 언급하면서, ① 장래에 필요한 정보를 입수할 수 있는 정부의 능력을 해하거나, ② 정보를 제공한 개인의 경쟁적 지위에 실질적인 해악을 초래하는 경우에는 비밀성이 있다고 보았다.[158]

그 후인 1992년 *Critical Mass Energy Project v. NRC* 사건[159]에서 *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton* 사건에서 나타난 기준을 재확인하면서도 행정기관에 자발적으로 제공된 정보가 비밀성을 지닌 것인지 여부를 판단하는 새로운 기준을 정립하였다.[160] 즉 자발적으로 제공된 정보가 아닌 경우에는 그 정보가 비밀성을 지니는 가는 *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton* 사건에서의 기준으로 판단하나, 자발적으로 제공된 정보의 경우에는 정보제공자가 관습적으로 일반인에게 공개하는 것이 아니라면, 그 정보는 '비밀성'을 지니는 것으로 보았다.[161] 또한 법원은 이러한 기준은 객관적인 것이므로, 정보비공개를 주장하는 행정기관이 이러한 정보제공자의 관습을 입증하여야 한

---

152) *Id.,* 272,

153) 비밀특약정보란 그 정보를 제공한 사람에 의하여 관행적으로 공중에게 공개되지 않게 되는 요소가 있는 정보이다. 즉 전형적으로 공중에의 공개가 가능하게 되지 않는 유형으로서 분류되어지는 것이 상당할 때 인정될 수 있는 정보이다. 강경근, 「정보공개제도의 입법 및 사법적 실현」, 현안분석 2002-12 연구보고서, 한국법제연구원, 91면.

154) Department of Justice Guide, at 273.

155) *Id.*

156) 498 F.2d 765 (D.C. Cir. 1974)

157) Department of Justice Guide, at 274.

158) 김배원, 전게논문(주 137), 192면; Department of Justice Guide, at 273-274.

159) 975 F.2d 871 (D.C. Cir.1992)

160) Department of Justice Guide, at 274-276.

161) *Id.*

다고 판시하였다.[162]

다) 「영업비밀보호법」(Trade Secret Act)[163]과 FOIA 예외조항과의 관계

「영업비밀보호법」은 법에서 부여된 권한 없이 재임 중 알게 된 정보를 미합중국의 공무원, 피고인 또는 미합중국의 기관이 공개하거나 알려지게 하지 못하도록 하는 형사법이다. 미국 연방공무원들은 이에 위반하여 영업비밀을 누설하는 경우에는 형사 처벌된다.[164] 한편 *Parker v. Bureau of Land Management* 사건[165]에서 FOIA 예외조항인 영업상의 비밀과 기타 상업상의 비밀에 해당하는 정보는 「영업비밀보호법」에서도 공개가 금지된다고 판시했다. 즉 FOIA의 비공개대상정보는 「영업비밀보호법」에서도 보호되므로 이를 위반하여 미국 연방공무원이 영업비밀을 공개하는 경우에 형사 처벌된다.[166]

4) *Canadian Commercial Corporation and Orenda Aerospace Corp. v. Department of the Air Force* 사건[167]

(가) 사실관계

2002년 캐나다상업공사와 미 공군은 기간이 3년이지만 미 공군이 4년을 연장할 수 있는 갱신선택권이 포함되어, J85터보제트엔진을 수리하고, 점검·정비하는 내용의 계약을 체결하였다. 2003년에 Sabreliner는 입찰에서 실패하자 FOIA에 근거하여 그 계약의 사본을 요구하였으나, 캐나다상업공사는 원가정보와 시간당 임금은 영업비밀에 속한다는 이유로 이를 거부하였다. 미 공군이 캐나다상업공사의 주장을 거절하는 내용의 '결정문'(Decision Letter)을 발표하자, 이에 캐나다상업공사는 미국 연방지방법원에 제소하였고, 이에 법원은 미 공군이 원가정보가 영업비밀에 속하지 않는다고 결정한 것은 부당하므로, 미 공군이 이에 관한 정보를 공개하는 것을 금지하고, 다만 시간당 임금은 이에 해당하지 아니한다고 판결한 데 대해 미 공군이 항소한 사건이다.

---

162) *Id.*
163) 18 U.S.C. §1905.
164) 김배원, 전게논문(주 137), 184면.
165) 141 F. Supp. 2d 71 (D.C. 2001).
166) 김배원, 전게논문(주 137), 186면.
167) 사실관계는 422 F.Supp.2d 15, 17-27(2006) 참조.

(나) 판시사항

McDonnell Douglas Corp. v. Air Force 사건[168]에서의 판례에 비추어 보면, 미 공군이 발표한 결정문은 '자의적이고, 권리 남용인 경우 또는 현행법인 5 U.S.C. §706(2)(A) 에 저촉되는 경우'에는 무효로 보았다.

「정보공개법」의 예외조항 4는 "사안이 영업비밀 및 개인으로부터 취득된 상업적 또는 금융상의 정보가 비밀특약이 있거나 비밀성을 지니는 경우"에 적용된다고 규정한다.[169] 여기서 계약 상대방으로부터 취득된 상업적 또는 비용에 관한 정보는 그 공개가 차후에 필요한 정보를 수집하려는 정부의 이익을 해하거나, 정보를 제공한 개인의 경쟁적 지위를 심히 해할 우려가 있는 경우에는 예외규정의 '비밀성'에 해당하게 된다. 「영업비밀보호법」에 의하면, 공무원에게 법에 다른 규정이 없는 경우, 비밀정보에 관한 누설을 금지하고 있는 형법규정은 「정보공개법」 예외조항 4와 취지를 같이 한다고 판시하였다. 즉 다른 법령에서 정보공개를 허용하고 있는 경우가 아닌 한, 「정보공개법」 예외조항 4 하에서, 영업비밀 규정은 행정기관에게 정보를 공개하지 아니할 수 있음을 허용한다는 것이다. 또한 당사자의 정보가 「정보공개법」에 의하여 공개될 위험에 처해 있는 당사자는 공개를 막기 위해 역정보공개 소송으로 제소할 수 있으며 정부에게 그러한 정보를 공개하지 아니할 것을 요구할 수 있다는 것이다.[170]

그러나 항소법원은 원가정보는 FOIA 예외조항 4에 해당한다고 판단하며, *McDonnell Douglas v. Air Force* 사건[171]에서도 다음과 같이 판시하였던 점에 주목하였다. 또한 항소법원은 법률에 의해 항소인이 원가정보가 기밀로서 보호받을 수 있도록 요구할 권리를 가진다고 판단하였다. 따라서 항소법원은 정부계약에서 원가에 관한 정보는 그에 관한 공개가 차후에 정부가 정보를 필요한 정보를 수집하는 것을 방해하거나 정보를 제공한 개인의 경쟁적 지위의 이익을 해할 경우에는 「정보공개법」 예외조항 4에 해당한다고 판단하였다.

미 공군의 주된 주장은 미 의회가 입법할 때 예외조항 4가 정부계약에서 원가정보까지

168) 375 F.3d 1182 (2004).
169) 5 U.S.C. §552(b)(4).
170) 역정보공개 소송에 관한 최근의 판례를 살펴보면 다음과 같다. *McDonnell Douglas v. Air Force*(375 F.3d) 사건과 *McDonnell Douglas Corp. v. NASA*(180 F.3D 303, 307(D.C.Cir.1999)) 사건에서 미국 법원은 미 공군이 원가정보를 공개하는 것이 계약 상대방에게 상당한 손해를 야기하지 아니한다고 결정한 것은 매우 자의적이라고 판결하였다.
171) 375 F.3d 1182 (2004).

보장하는 것을 의도하지 아니하였다는 것이었는데, 그 근거를 「정보공개법」이 국민에게 정보에 접근할 수 있는 범위를 보다 넓게 보장하려는 데 그 의의가 있고, 미 공군은 이러한 「정보공개법」이 입법되기 전부터, 가격에 관한 정보를 공개해왔다는 사실에서 찾았다. 그러나 법원은 미 공군의 주장이 이유가 없다고 판단하였다.

법원은 비록 미 공군이 이러한 정보를 공개해왔던 사실을 입증하더라도, 이러한 사실이 「정보공개법」의 해석에 영향을 미친다고 할 수는 없다고 보았다. 「정보공개법」의 일반적인 목적은 정부의 활동에 관하여 일반 국민이 보다 용이하게 정보에 접근할 수 있도록 하는데 있으나, 이는 「정보공개법」의 예외사유가 필요한 경우의 특정 정보에 대중들이 접근하는 것을 제한하는 것까지 금지하려는 취지는 아니기 때문이라는 것이다.

캐나다상업공사는 이러한 가격정보의 공개가 계약기간이 경과한 후 갱신여부를 결정하기 위한 입찰에서 경쟁회사에게 보다 낮은 금액으로 입찰에 참여할 수 있는 가능성을 부여함으로서 캐나다상업공사에 상당한 손해를 야기한다고 주장하였다. 이에 미 공군은 그러한 정보공개는 상당한 손해를 야기하지 않는다고 주장하며, 여러 가지 이유를 제시하였으나, 미 연방지방법원은 이를 배척하였다.

항소심에서 미 공군은 갱신할 때에 계약 당사자를 변경하는 것은 상당한 비용이 소요되므로, 캐나다상업공사와 계약갱신을 할 가능성이 높다고 주장하였고, 게다가 계약 당사자를 변경하는 것은 상당히 번거롭기 때문에 비록 경쟁회사가 캐나다상업공사보다 낮은 금액으로 입찰한다고 하더라도 미 공군으로서는 캐나다상업공사와 계약갱신을 할 가능성이 매우 높고, 따라서 가격정보의 공개는 캐나다상업공사에게 상당한 손해를 야기하지 않는 것이 된다고 주장하였다. 또한 미 공군이 지적한 대로, *McDonnell Dougals v. Air Force* 사건[172]에서는 이와 관련하여 판단하지 않았다.

그러나 항소법원은 이 사안에서 현재 이러한 주장이 명백하게 제기된 만큼, 이에 관하여 판단할 수 있다고 한 후, 이어서 미 공군 의 주장은 이유가 없다고 판시하였다. 법원은 우선 미 공군은 만약 계약갱신을 캐나다상업공사와 할 가능성이 상당히 높으면 어떠한 이유로 그러한 계약갱신 규정을 두었는지에 관하여 아무런 설명을 제시하지 못하고 있는 바, 이러한 계약갱신을 규정한 것은 미 공군이 정해진 계약기간이 경과한 후에 다른 당사자로 교체할 수 있는 가능성을 예상하고 있음을 보여준다고 판단하였다.

172) 375 F.3d 1182 (2004).

또한 법원은 그동안의 관례가 기존의 당사자와 계약갱신을 하는 것이었음을 입증하는 미 공군의 주장은 충분한 입증이 되지 못하였다고 판시하였다. 즉 미 공군의 결정문에는 보통 기존의 당사자와 계약갱신을 하는 관례에 기초한다고 기재하였으나, 이러한 관례를 입증할 만한 근거가 제시되고 있지 않고 아니하며, 계약 당사자를 변경하는 경우에 소요되는 비용 또한 그것이 상당함을 미 공군이 입증하지 못하였다는 것이다.

또한 법원은 결정문에서 캐나다상업공사가 그동안 미 공군이 계약갱신의 경우 기존의 당사자와 갱신을 하지 아니하였음을 입증하지 못하였다고 판단하였으나, 명백히 미 공군은 그러한 관행이 존재하였는지에 관하여 입증을 할 수 있는 보다 유리한 지위에 있음은 물론이고, 입증책임은 그러한 주장을 하는 자가 진다는 점에서 미 공군의 주장은 이유가 없다고 판단했다.

다음으로 미 공군은 「연방조달규정」이 원가정보를 공개할 필요가 있다고 주장하면서, 계약단가가 공개되어야 한다는 규정,[173] 신청이 받아들여지지 아니한 경우, 그 당사자는 단가가 포함된 정보를 제공받을 수 있다는 규정,[174] 행정기관은 계약을 발표 또는 공개할 경우에 단가가 이에 포함되어야 한다는 규정[175]을 법적 근거로 제시하였다. 이에 의하면 이 사안의 정보공개는 법에서 허용되는 범위이며, 「영업비밀보호법」의 적용을 받지 않는다는 것이다. 그러나 연방지방법원은 「연방조달규정」은 「정보공개법」에서 허용되는 경우가 아닌 한 어떠한 정보도 공개를 금지하므로[176] 미 공군이 제시한 「연방조달규정」의 조항은 예외조항 4의 경우에는 적용되지 아니한다고 판단하였다. 이에 미 공군은 이러한 제한은 정보공개가 명백하게 요구되는 정보가 아닌 경우에 적용된다고 반박하였으나, 항소법원은 동 조항이 정보의 공개를 보호하려는 목적을 지니고 있으므로 이러한 주장이 이유가 없다고 판단하였다. 따라서 항소법원은 캐나다상업공사가 가격정보의 공개는 계약갱신의 경우에 캐나다상업공사에 상당한 손해를 야기함을 입증하였으므로, 차후에 상당한 손해를 야기할 것이라는 것에 대한 다른 입증은 요구되지 아니하며, 미 공군이 차후에 정보를 제공받는데 있어서 방해를 받을 것이라는 입증도 요구되지 않는다고 판결하였다.

---

173) 48 C.F.R.§15.503(B)(1)(iv).
174) §15.506(d)(2).
175) §5.503(b)(2).
176) §15.506(e)(1).

5) 시사점

일반적으로 정보공개제도는 국민의 알 권리를 실현하기 위하여 공공기관이 보유하고 있는 정보를 국민의 청구에 응해서 공개하는 제도를 말한다.[177] 정보화 사회에서의 국가는 행정정보뿐만 아니라 개인에 관한 제반정보를 보유 또는 관리하게 된다.[178] 국가가 보유·관리하는 정보에 대한 공개는 국민의 알 권리의 실현뿐만 아니라, 행정의 투명성·공공성을 확보하여 행정에 대한 민주적인 통제가 가능하게 되며, 이를 통하여 국민이 행정의사의 결정과정에 효과적으로 참여할 수 있게 되며, 아울러 행정용역의 효율성을 보다 제고하는 데에 기여하는 의미를 갖는다.[179]

그러나 과도한 정보공개는 오히려 국가기밀이나 개인정보에 대한 침해 가능성이 크며, 영업비밀 등에 대한 침해 등 부작용도 있을 수 있으므로, 정보공개는 국민의 알 권리를 실현하고 정보보호의 이익이 조화를 이룰 때 그 의의를 이룰 수 있는 것이며, 그 공개절차는 적정해야 할 것이다.

현대의 정보공개제도는 민주주의의 진전에 따라 1766년 스웨덴에서 출판자유법의 일부로서 「정보공개법」이 제정됨으로서 시작되었고, 우리나라는 아시아에서 최초로 「정보공개법」을 제정하였는데[180], 우리나라는 미국의 「정보자유법」(Freedom of Information)을 참조하여 입법하였다.[181]

이 사건은 미 공군과 캐나다상업공사 간의 계약에서 원가(line-up price)정보가 예외적으로 정보의 비공개를 할 수 있는 경우에 해당하는지 여부에 관한 판례이다. 이 사건은 FOIA 예외조항 4의 요건 중 '비밀성'에 대하여 판단하였는데, *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton* 사건[182]에서 나타난 '비밀성'의 판단요건과 마찬가지로, 이 사안에서도 계약 상대방으로부터 취득된 상업적 또는 재무적 정보는 그 공개가 차후에 정보를 수집하려는 정부의 이익을 침해하거나, 정보를 제공한 개인의 경쟁적 지위를 심히 침해할 우려가 있는 경우에는 비밀성 요건을 충족한다고 미국 연방항소법원은 판단했다.

---

177) 이철환, "정보공개소송에서의 쟁점",「법학논총」제28권 제1호(2008), 441면.
178) 상게논문.
179) 상게논문.
180) 최창호, 전게논문(주 126), 90면
181) 상게논문, 95면; 김배원, 전게논문(주 137), 181면.
182) 498 F.2d 765, 770 (D.C. Cir. 1974).

◇ 우리나라 「정보공개법」의 적용대상인 대한무역투자진흥공사가 계약 당사자로 참여하는 정부간 거래에서 경쟁기업이 하청기업과의 정보공개를 대한무역투자진흥공사에 청구하는 사례가 많을 것으로 예상됨 ◇ 대한무역투자진흥공사가 경쟁기업의 거래관련 정보공개청구를 사전에 대비하여 중요한 영업비밀이 공개되지 않도록 유의할 필요가 있음

(2) 미 정부조달계약의 구조

미국의 정부조달체계에서 정부조달계약과 사적 거래계약의 차이는 미 연방정부가 계약 당사자로서 시장에 진입했을 때 작동하는 법적 체계에 있다. 즉 정부조달계약의 경우 다양한 법령이 적용되는데, 그 이유는 정부조달계약의 특성상 정부가 계약 당사자로서의 지위를 갖는 동시에 국가로서의 지위도 함께 갖기 때문이다.

1) 정부조달계약의 형태

「연방조달규정」은 정부조달계약의 방법과 특징을 상세하게 규정하고 있는데, 그 계약의 형태은 크게 두 가지로 나뉜다. 첫 번째는 '확정가계약'(fixed-price contract)이고, 다른 하나는 '실비정산계약'(cost-reimbursement contract)이다. 「연방조달규정」 제16.101(b)조는 다음과 같이 규정한다. "계약의 형태는 크게 확정가계약과 실비정산계약 두 가지 범주로 나뉜다. 구체적인 계약의 형태는 계약자가 이행비용과 수반되는 손익에 대해 전적으로 책임을 지는 확정가(firm-fixed-price)방식에서부터 계약자가 이행비용에 대해 최소한의 책임을 지고 협상한 보수(수익)가 확정되는 비용합산정액보수(cost-plus-fixed-fee)방식까지 다양하다." 이 규정에 따라 정부조달계약은 다양한 형태로 존재한다.[183]

2) 정부조달계약의 계약자 선정방식

정부조달계약의 발주기관은 1994년 「연방조달간소화법」(the Federal Acquisition Streamlining Act)과 「연방조달규정」을 통해서 계약체결을 위한 계약 당사자를 선정한

183) 그 중간에 다양한 인센티브계약(incentive contracts)이 있는데, 계약자는 이행비용과 수익에 대해 부담하는 책임이나 수령하는 보수인센티브가 계약이행 중의 여러 가지 불확실성에 따라 조정된다. 동 규정 § 16.101(b).

다. 그 주된 방법은 '봉함입찰계약'(contract by sealed bidding)이고, 봉함입찰을 제외한 모든 입찰은 원칙적으로 '협상에 의한 계약'(contract by negotiation)이다.

(가) 봉함입찰계약

봉함입찰이 원칙적인 방법이고, 협상에 의한 계약방법은 가격 이외의 다른 요소가 조달에 있어서 중요한 평가요소가 되는 경우에 사용된다.[184] 협상에 의한 계약은 구체적인 상황과 기준에 따라 다양한 방식으로 운용될 수 있도록 세부적으로 규정되어 있다.

봉함입찰계약은 필요한 재화나 용역에 관하여 '입찰요청'(invitation for bids)을 송부한다. 입찰요청을 수령한 기관 및 민간기업은 입찰서를 제출하고 이를 개찰하여 낙찰자를 선정하고, 낙찰자 및 비낙찰자에게 그 사실을 통지한다.[185]

(나) 협상에 의한 계약

협상에 의한 계약은 입찰요청을 공개하여 예상 입찰자들이 이 입찰요청서에서 공개된 당해 계약의 성질 및 요구사항 그리고 관련 법령 등을 확인하고 이를 준수하여 입찰에 참여한다. 계약담당관은 입찰자들의 최초 입찰제안서에 대한 가격 및 기술 평가 결과를 토대로, 협상의 효율성을 높이기 위하여 협상 대상자를 선정한다. 이와 같은 평가는 「연방조달규정」의 적격심사에 관한 규정에 따라 계약의 상대방을 선택하고, 그 이행능력을 심사한다.[186]

최초의 제안내용에 따라 계약자를 선정하는 경우를 제외하고는 계약담당관은 '경쟁적 범위'(competitive range)에 들어온 제안자들과 한 번 이상의 협상을 하고, '최종적으로 최선의 제안'(best and final offers)을 제출하도록 한다.[187] 미 연방정부는 이렇게 제출된 제안내용을 평가하여 어느 제안이 정부에 가장 적합한 제안인가를 결정한다. 입찰요청에서 협상 없이 계약 대상자를 선정한다고 명시한 경우에 협상 없이 계약자를 선정한다.

---

184) 김대식, "미국의 공공계약법제의 동향과 시사점", 공공분야의 계약법제의 동향과 과제 워크숍, 한국법제연구원(2011. 5.), 67면; 최인호, "미국의 사례를 중심으로 본 정부조달계약의 공공성과 하도급질서의 공정화를 위한 법적 규율", 「법학논총」 제31집 제3호(2011), 474면.

185) 조달청, 「미국연방정부계약 - 계약 절차 평가-」, 외국정부조달제도 조사·연구서(1)(2004), 6-7면 참조.

186) 최인호, 전게논문(주 184), 479면.

187) 조달청, 전게서(주 185), 8-9면 참조; Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, B-246311, 92-1 CPD P 233, 1992 WL 48480 (Comp.Gen.), February 26, 1992.

3) 정부조달계약의 분쟁해결절차

미국의 정부조달계약은 낙찰자 선정에 관한 절차 이외에도 분쟁해결을 위한 절차도 규정한다. 미 정부조달계약에 있어서 법적 구제절차는 첫째 '이의신청'(protest)과 둘째 「계약분쟁법」(Contract Disputes Act)에 의한 '청구'(claim)로 이원화 된다. 전자는 계약자선정단계에서의 입찰요청 및 낙찰자 선정에서의 위법이나 부당함 다투는 절차라면, 후자는 계약 수여 및 그 이행에 관한 분쟁을 해결하는 절차로 주로 계약의 이행과 관련된 구제절차이다. 그 근거 법령은 각각 「조달경쟁법」(Competition in Contracting Act)과 「계약분쟁법」(Contract Dispute Act)이다.

4) 캐나다상업공사와 미 정부의 분쟁사례

다음의 사안들은 캐나다상업공사와 미국의 정부조달사례에서 본 분쟁 유형으로, 구체적인 사례를 통해 행정적 구제 및 사법적 구제의 절차를 살펴보고자 한다.

(가) 행정적 구제로서의 낙찰자의 선정과 이의신청

가) 서설

미 정부조달계약에 있어서 그 구제절차 중 하나로 이의신청이 있는데, 이는 입찰요청이나 낙찰자 선정에서의 위법이나 부당함을 다투는 절차로 「연방조달규정」이 적용되고, 이의신청에 대한 심사의 기준은 「행정절차법」(Administrative Procedure Act)에 의한다. 이처럼 이의신청은 낙찰에서의 경쟁에 관한 분쟁을 해결하기 위한 절차이다.[188]

이의신청은 발주기관[189], '감사원'(Government Accountability Office)[190], '연방청구법원'(Court of Federal Claims)[191] 등에 제기한다.[192] 여기서 이의신청은 이의를 제기할 목적으로 이해관계인(interested party)이 작성한 '서면이의'(written objection)를 의미한다.[193] 이해관계인이란 '낙찰의 성공 또는 실패에 의하여 영향을 받게 되는 직접적인 경제

188) 전현철, "미 연방정부 조달계약에 관한 법적 고찰", 「미국헌법연구」 제23권, 제1호(2014), 280면.
189) 「연방조달규정」 § 33.103 발주기관에 대한 이의신청.
190) 「연방조달규정」 § 33.104 감사원에 대한 이의신청.
191) 「연방조달규정」 § 33.105 미국 연방청구법원에 대한 이의신청.
192) 이러한 기관에 이의신청을 할 수 있는데 분쟁의 대상이 되는 계약의 성질에 따라 이의신청기관을 달리 한다.
193) 「연방조달규정」 § 33.101; 이의신청을 제기하는 목적에서 이해관계인이란 낙찰의 성립 또는 불성립으로 인해 직접적인 경제적 이익을 현재 침해받거나 또는 잠재적으로 침해받을 수 있는, 현재 또는 미래의 입찰자를 의미한다. 이의신청이란 이하의 경우 중 어느 하나에 해당하는 것에 대한 이해관계인에 의한 서면에 의한 이의제기를 의미한

적 이해관계를 갖는 자로서 실제 입찰에 참가하였거나 또는 입찰참가가 예정된 자'를 말한다.[194]

대표적인 이의신청 사유로는 입찰요청이나 낙찰결정이 법령에 위반된 경우, 정부기관이 이의신청인을 부당하게 경쟁적 범위에서 제외한 경우, 정부기관이 다른 제안자와 부당하게 협의하거나 중요한 협의를 하지 않은 경우, 낙찰자 선정이 비합리적이거나 자의적인 경우 또는 입찰요청에 부합하지 않은 경우, 낙찰자가 계약이행자격에 부적격한 경우 또는 그의 제안이 입찰요청을 충족하지 않는 경우 등이다.[195]

나) *Canadian Commercial Corporation/Heroux, Inc.* 사건[196]

이 사건은 캐나다상업공사와 Heroux가 미 국방부를 상대로 감사원에 이의를 신청한 사례로 사실관계는 다음과 같다.

i) 사실관계

미 공군은 항공기의 착륙기어 및 관련 부속품의 수리와 정비를 위한 업체선정이 필요했고 이에 담당 계약담당관은[197] 입찰공고를 냈다. 입찰에 참여한 8개의 입찰자 중에서 캐나다상업공사와 Heroux, Inc.(이하 'Heroux')가 미 국방부 병기창(depots)과[198] 입찰에서 최종적으로 경합하였다.

이 때 낙찰자 선정의 평가항목은 그 중요도 순으로 합리적 가격, 관리능력, 기술력, 과거 이행실적 등이었다.[199] 특히 다른 조건이 동일하다면, '협상 없이'(without discussions)[200]

다. (1) 입찰공고나 기타 요구, (2) 입찰공고 또는 기타 요구의 취소, (3) 낙찰자결정 또는 낙찰자결정의 예정, (4) 서면의 이의제기에서 낙찰자 결정과정에서 일부나 전부가 규정을 위반하여 낙찰자결정이 취소되거나 해제되었다고 주장하는 경우이다.

194) 「연방조달규정」 § 33.101.

195) 전현철, 전게논문(주 188), 281면.

196) Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, 72 Comp. Gen. 312, B-253278, 93-2 CPD P 144, 1993 WL 359674 (Comp.Gen.), September 3, 1993.

197) 정부로부터 권한을 위임받은 자만이 정부조달계약의 대표로서 계약을 체결할 수 있고, 이를 계약담당관(contracting officer)이라 한다. 그리고 계약담당관은 당해 계약에 관한 낙찰자의 선정에 어느 정도의 재량(discretion)이 인정 된다. *U.S. v. Macdaniel* 32 U.S. 1(1833).

198) 사안은 미 국방부 병기창유지활동에 따라 내부기관이 입찰에 참여하는 것으로 미 공군(the Department of the Air Force), 오덴항공물류센터(Ogden Air Logistics Center) 그리고, '금융관리및설계부'(Financial Management Plans and Program Division)를 계약 상대방으로 하고 있는데 편의상 병기창의 입찰제안서라 한다.

199) 평가항목은 경쟁되는 입찰제안서들의 가치 판단에 사용되는 기준으로 그 중요도의 설정은 입찰공고를 분석함으로서 만들어진다. 따라서 계약의 낙찰에 영향을 미칠 모든 평가항목 및 주요세부항목과 그들의 상대적 중요도는 입찰공고에 분명히 기술되도록 「연방조달규정」에 명시되어 있다. 또한 입찰공고에 가격 및 비용과 여타 기술적 평가

낙찰자를 선정하게 되고, 이 때 가격경쟁력이 주요 기준이었다. 즉 '신뢰할 수 있는 입찰자'(responsible offeror)가 제안서를 제출하고, 입찰공고에 적합한 입찰 중에서 가격 또는 가격관련 요소만을 평가하여 국가에 가장 유리한 것으로 평가되는 자를 계약 대상자로 선정하는 것이었다.[201]

이 사건의 당사자인 Heroux는 15,237,394 미국 달러를 제시하였고, 미 국방부 병기창과 관련 금융기관인 '금융관리및설계부'(Financial Management Plans and Program Division : 이하 'FMP')가 14,139,712 미국 달러를 제시하였고, 가격 경쟁력이 우수한 미 국방부 병기창과 FMP가 낙찰자로 선정되었다. 이에 Heroux는 입찰자 선정과정에 문제가 있음을 주장하며 감사원에 이의신청을 제기하였다.

ii) 쟁점

「국방부 지출승인법」(Department of Defense Appropriations Act)[202] 제9095조에[203] 따라 '방위계약감사청'(Defense Contract Audit Agency: 이하 'DCAA')이 해당 입찰제안서를 감사하고 이를 승인(certification)할 것을 입찰공고의 요건으로 규정하였다. 그런데 감사 과정에서 DCAA가 FMP가 제시한 가격이 불합리하다는 평가를 내렸음에도 불구하고 미 공군이 FMP를 낙찰자로 선정하여 계약을 수여하였다. 이 사건은 이러한 결정이 입찰공고의 조건에 부합하는 것인지 여부와 그 과정에 계약담당관의 자의적인 결정이 있었는가를 쟁점으로 하였다.

iii) 결정사항

항목들의 중요도 관계를 표시하도록 규정하고 있다. 「연방조달규정」 §15. 304 평가항목과 주요세부항목 (d), (e).

200) 계약담당관은 낙찰자의 결정에 있어 입찰자에 대한 지침에서 정부는 협상 없이 낙찰자를 결정한다는 내용을 삽입할 수 있다. 「연방조달규정」 § 15.209 입찰공고 규정과 계약조항.

201) 조달청, 상게서(주 185), 7면.

202) 영미의 선진국들은 예산에 법률적 권한과 의무를 부과하기 위해서 '지출승인법률주의'에 따라 법률이 결정되는 과정과 동일한 방법으로 예산을 결정하며 「지출승인법」(Appropriation Act)을 제정한다. 예산(budget)은 그 자체로 법률이 되지 않고 예산을 뒷받침하는 지출승인법이 제정되어서 법률적 효력을 갖는다. 이에 반해 우리나라는 '예산비법률주의'를 따라 지출승인법이 제정되지 않고 통계표 형식의 예산만 존재한다. 옥동석, 「재정민주주의와 지출승인법」, 조세연구원 보고서(2004), 124-128면 참조.

203) PL 102 - 396, 1992 HR 5504 SEC. 9095; 현재 회계연도 동안, 다른 법 규정과 관계없이, 국방부 장관은 항공기, 차량, 선박뿐만 아니라 부품의 생산과 기타 방위 관련 물품의 개조, 병기창 관리 및 수리를 국방부 병기창의 유지업무와 민간기업 간의 경쟁을 통해 획득할 수 있다. 다만, 방위계약감사청은 성공적인 입찰이 모든 공공 및 민간 입찰에 대한 직·간접적인 비용의 비교견적을 포함함을 승인하여야 한다. 그러나 미국 '예산관리국'(Office of Management and Budget) Circular A-76의 활동은 동 조항에 따른 경쟁에 적용하지 아니한다.

우선 미 국방부가 경쟁입찰의 일방 당사자로서 국방부 소속 기관을 경쟁입찰에 참여시키기 위해서는 근거 법령이 필요했다.[204] 근거 법령인 1994년 「국방부 지출승인법」 및 1993년 「국방지출승인법」(National Defense Authorization Act)은 DCAA가 미 국방부 소속 기관이 항공기 부품의 정비에 관한 민간기업과의 경쟁입찰에 참여하여 경쟁하기 위해서는 모든 공공 및 민간 입찰에 대한 직·간접적인 비용의 비교견적을 포함하고 있는지를 승인하도록 규정하였다.

이 사안의 입찰요청은 '실비정산방식을 포함한 확정가계약'(fixed-price contract with certain cost reimbursable elements)으로, 기준년도와 향후 2년간 1년씩 2번의 갱신선택권이 포함되었다. 또한 당해 입찰에 대한 준비의 상세사항을 포함하여 기술과 비용 그리고 과거 이행실적도 제출하도록 요구하였다.

각 입찰제안서의 비용타당성 분석의 회계감사는 DCAA가 수행하였다. DCAA는 FMP의 입찰제안서 감사과정에서 해당 금액이 1,286,863 미국 달러만큼 저가산정 되었다는 것을 발견하였다. 이 금액은 FMP가 계약기간 동안 95퍼센트의 노동효율성을 근거로 제시한 것으로 DCAA의 감사에 따르면 FMP의 예상 노동효율성은 계약연도 87퍼센트, 첫 번째 선택권연도 91퍼센트, 두 번째 선택권연도 94퍼센트 정도로 제시된 95퍼센트의 노동효율성이 비현실적이라 판단하였고, 이는 1992년 회계연도에 FMP의 실제 노동효율성이 84퍼센트 수준이었음을 그 근거로 하였다. 따라서 DCAA는 FMP의 제안에서 모든 직·간접적인 추정비용을 15,426,575 미국 달러로 조정 되어야 한다고 결론지었다.

그럼에도 불구하고 DCAA는 감사보고서에 FMP의 입찰제안서를 평가에 적합하다고 판단하였다. 이에 따라 발주기관은 DCAA의 감사보고서를 근거로 FMP를 낙찰자로 선정하여 계약을 체결하였다.

이에 대하여 Heroux는 FMP의 특정 관계자가 입찰공고의 초안작업에 참여함으로써 FMP가 불공정한 경쟁우위를 차지할 수 있었다고 주장하였다. 또한 DCAA가 FMP의 입찰제안서를 제대로 평가하지 못하였고, 이는 입찰공고에서 기준으로 삼고 있는 근거 법령의 위반이라고 주장하며 이의를 제기하였다.

반면 미 공군은 FMP 제안 금액의 일정 부분이 저가 산정되었더라도, DCAA가 수치를

204) 경쟁입찰의 제정법상 근거는 1994년 「국방부 지출승인법」(Department of Defense Appropriations Act) 및 1993년 「국방지출승인법」(National Defense Authorization Act)이다.

공정하게 평가한 것이라고 주장하였다. 그 이유는 FMP의 입찰금액인 14,139,712 달러가 DCAA가 제시한 총 금액인 15,426,575 달러의 9퍼센트 범위 이내이므로 「지출승인법」 제9095조를 위반한 것이 아니라는 것이었다.

또한 DCAA는 FMP의 제안서가 평가에 적합하다고 확인한 것은 성공적인 입찰제안의 합리성에 관한 단순한 감사의견일 뿐, 입찰제안의 회계감사는 아니라고 주장하였다. 즉 DCAA는 정부기관의 입찰은 민간기업의 입찰과 단순히 수치에 기초하여 판단될 수 없으며, DCAA의 감사인은 입찰이 비교할 수 있는 비용을 포함하는 경우에 자신들의 전문적인 의견을 내릴 때 상당한 재량이 인정된다고 주장하였다.

이에 대하여 감사원은 DCAA의 역할은 비용타당성분석을 통해 입찰자가 입찰공고의 고려사항 및 그 기준을 준수하고 그 비용이 적합한지 여부를 감사하는 것이지, 적합한 입찰자를 권고하는 역할을 담당하는 것이 아니라고 결정하였다. 감사원은 이 사건에서 민간기업인 Heroux의 제안서는 확정가계약인 반면, FMP의 제안서는 오히려 실비정산계약에 가깝다고 판단하였다. 따라서 미 연방정부의 입장에서 정부계약 등 경비초과에 대하여 민간기업이 제시한 금액 이상의 비용증가에 대하여 어떠한 법적인 책임을 부담하지 않는데 반해 국방부 소속 기관의 경비초과에 대해서는 공공기금에서 그 비용을 부담하게 된다는 것이었다.

이 사안에서 입찰공고에 따른 「지출승인법」 제9095조는 모든 공공 및 민간 입찰에 대한 직·간접적인 추정 비용의 비교견적을 DCAA가 승인할 것을 규정하고 있다. 감사원은 DCAA가 FMP의 입찰견적인 14,139,712 미국 달러는 일정 부분 저가 산정되어있고, 그 견적이 15,426,575 미국 달러까지 상향조정되어야 한다고 판단하면서도 이를 보고서에 “평가적합”이라고 표시한 것은 모순된다고 결정하였다. 따라서 감사원은 FMP의 입찰제안이 DCAA에 의해 승인되려면 오직 직·간접적인 추정 비용을 포함하여 15,426,575 미국 달러까지 상향조정되는 경우에만 가능한 것으로 판단하였다. 그러므로 감사원은 DCAA가 동조에 따른 역할을 제대로 수행하지 못한 것으로 판단되므로 DCAA는 FMP의 입찰제안서를 합리적으로 평가하지 못하였다고 판단했다.

결과적으로 FMP 입찰제안서는 입찰공고조건을 충족하지 못한 것으로, 이는 Heroux가 주장하는 바와 같다고 보았다. 또한 DCAA가 평가한 15,426,575 미국 달러라는 금액은 Heroux가 제안한 확정가인 15,4237,394 달러보다 높은 금액이었다. 그러므로 Heroux의 입

찰제안서가 선정되어 계약이 체결되어야 하며, 감사원은 Heroux의 이의제기에 이유가 있다고 결정하였다.

다) *Canadian Commercial Corporation/CMC* 사건[205]

i) 사실관계

이 사안에서 발주기관인 '방위통신청'(Defense Communications Agency: 이하 'DCA')의 입찰공고는 확정가계약으로서 라디오 시스템과 그 장비를 공급하는 것으로 기본연도와 향후 2년 동안 매년 갱신을 그 선택권으로 규정하였다. 계약자는 라디오 시스템의 설치와 사용에 관한 모든 제품을 공급하고 특히 기술적인 부분의 조건을 충족할 것을 명시하였다. 이러한 입찰공고상의 의무사항과 기술적 요구조건을 충족하는 제품을 제공할 수 있고, 가장 낮은 가격을 제시한 입찰자를 낙찰할 것을 공고하였다.

이에 따라 32개의 입찰자 중 '기술평가팀'(Technical Evaluation Panel)의 최초 평가에서 CMC와 Loral TerraCom(이하 'Loral')가 경쟁적 범위에 있음을 판단하고, 서면 협상을 통해 이들에게 최종제안서의 제출을 요구하였다. 그 결과 CMC의 최종제안이 가장 낮고, 합리적이며, 기술적으로 부합한다는 근거에서 CMC가 입찰자로 선정되어 계약이 체결되었다.

이 후 낙찰에서 제외된 Loral는 DCA에 대한 이의제기로 CMC의 기술력이 입찰공고의 기술적 요건 중 5항목을 충족하지 못한다고 주장하였다. 이에 대해서 DCA는 계약담당관의 결정을 통해 CMC가 기술요건 4/5를 충족하고 있지만, 1/5을 충족하지 못한다는 판단에서 Loral의 주장에 이유가 있다고 판단하였다. 결국 DCA는 「연방조달규정」에 따라 CMC와 체결한 계약을 해제하고, 양측 당사자들과 함께 협상을 재개할 것임을 CMC에게 통지하였다.[206] DCA의 이러한 결정에 대해 CMC는 감사원에 이의신청을 제기를 하였다.

ii) 결정사항

감사원은 발주기관이 계약체결 이후 얼마 지나지 않은 시점에 비낙찰자가 발주기관에 제기한 이의신청에 관하여 입찰요청에서 요구하는 기술적인 조건을 따르지 못하였음을 근

205) Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, February 26, B-246311, 92-1 CPD P 233, 1992 WL 48480 (Comp.Gen.), February 26, 1992.

206) 「연방조달규정」 § 52.212-13.

거로 CMC의 입찰제안에 중대한 흠결이 있음을 발견하고, 당해 계약을 해제하고 경쟁적 범위 내의 당사자들에게 협상을 재개한다고 결정한 것은 타당했다고 판단하였다.

감사원은 부적절한 계약의 수여로 인한 구제수단으로서 협상을 재개할 필요가 있는 경우에 낙찰자의 입찰금액이 공개된 이후라고 하더라도 경쟁적 범위의 입찰자들을 대상으로 협상을 재개할 수 있다고 판단하였다. 감사원은 이러한 행위가 경매입찰기법들의 규제적 금지행위에 우선한다고 판단했고, 따라서 감사원은 낙찰된 계약을 해제하고, 경쟁적 범위의 입찰자들을 대상으로 협상을 재개한 DCA의 결정에서 어떠한 위법도 찾을 수 없다는 근거에서 CMC를 대리하여 이의신청을 제기한 캐나다상업공사의 청구를 기각하였다.

라) *Canadian Commercial Corporation/Rois Manufacturing Company, Inc.* 사건[207]

i) 사실관계

이 사안은 캐나다상업공사와 Rois Manufacturing Company, Inc.(이하 'Rois')가 미 정부의 입찰에서 이의를 제기한 사건이다. Rois를 대리하여 캐나다상업공사는 최종적으로 최선의 제안을 제출할 기회를 갖지 못한 채 '낙찰자 선정'(award)의 고려 대상에서 부적절하게 제외되었다고 주장하며 당해 조달계약의 입찰과정에서 부조리가 발생했다고 주장했다.

ii) 결정사항

감사원은 이러한 캐나다상업공사의 주장에 대하여 입찰요청의 조기마감이 부당하다고 주장하는 이의신청이 최초제안서 마감일 전에 제기되지 않은 경우에 해당 이의신청은 실기를 한 것으로 판단하고, 이어서 정부조달과정에서 발생되었다고 주장되는 다양한 정부조달의 부조리에 관한 이의신청은 그 이의신청사유를 이의신청자가 알았거나 알 수 있었던 때로부터 10 영업일 이 후에 제기된 것이라면 심사하지 않는다고 결정하였다. 또한 감사원은 발주기관이 이의신청자에게 탈락 사유를 설명[208]하지 않았거나, 그 낙찰자 선정의 통지가 늦어진 경우에 이에 대한 이의제기를 허용하지 않았는데, 그 이유는 이러한 절차적 문제는 낙찰자 선정의 유효성에 영향을 미치지 않는다고 판단했기 때문이다.

---

207) Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, B-222515, 86-2 CPD P 73, 1986 WL 63746 (Comp.Gen.), July 16, 1986.

208) 비낙찰자에 대한 탈락사유을 설명하는 것으로 탈락사유의 설명은 미 정부조달에서 입찰제안자에 대한 평가와 낙찰과정에서의 마지막 단계이다. 조달청, 전게서(주 185), 257-260면 참조.

(나) 사법적 구제로서의 계약의 이행과 관련된 분쟁해결절차

가) 서설

정부계약과 관련하여 야기된 법적 분쟁 및 분쟁의 해결은[209] 「계약분쟁법」에 따르고,[210] 이 법은 계약담당관에 '청구'(claim), 계약담당관의 결정에 대한 '미군계약소청심사위원회'(Armed Services Board of Contract Appeals: 이하 '미군계약소청심사위원회' 또는 'ASBCA') 또는 연방청구법원에의 불복 제기 등의 분쟁해결절차를 정하고 있다.[211] 이는 정부조달계약에 근거하여 발생되거나 계약과 관련된 대부분의 분쟁에 적용되는데, 계약의 상대방은 모든 청구를 서면으로 하여야 하고, 결정권한을 가진 계약담당관에게 제기해야 한다.[212] 따라서 해당 계약담당관에게 서면의 청구가 제출되지 않으면 계약담당관은 청구에 관한 최종 결정을 내릴 의무가 없고, 계약 상대방도 미군계약소청심사위원회나 연방청구법원에 그 불복을 다툴 수 없다.[213] 그러므로 계약담당관에 대한 이의제기에 앞서 계약소청심사위원회나 연방청구법원으로의 제소는 그 절차상의 흠결로 인해 해당 절차가 중단되거나 각하된다.[214]

나) *Canadian Commercial Corp./Labrador Aviation Services* 사건[215]

i) 사실관계

이 사안은 미 공군과 캐나다상업공사가 직접 계약을 체결하는 원계약의 당사자자 되고, 캐나다상업공사가 자국 내 기업과의 하청계약을 통해 공군에 용역을 제공하는 계약이었다.[216] Goose Bay 공군기지에서 분리된 미 공군기지에 격납고 관리인(hanger manager)을

---

209) 국방조달과 일반조달은 각각 「방위조달규정」(Defense Acquisition Regulation)과 「연방조달규정」(Federal Procurement Regulation)으로 이원화 되어 규율하였던 것을 1984년 「연방조달규정」(Federal Acquisition Regulation)으로 양자가 통합되었고, 이에 관련된 분쟁해결을 위해 1978년의 「계약분쟁법」(Contract Dispute Act)과 1994년의 「연방조달간소화법」(Federal Acquisition Streamlining Act)이 제정되었다. 전현철, 전게논문(주 188), 266면; 최인호, 전게논문(주 184), 475면.

210) 「계약분쟁법」에 따르면 10만 달러 이하의 청구에 대한 불복심사에 있어서 간이절차(accelerated procedure)를 규정하고 있고, 계약상대자가 당해 절차를 선택한 경우에 적용가능하다; 전현철, 상게논문, 290면; 이 사안은 5만 미국 달러이하 사건으로 항소인 캐나다상업공사가 간이절차를 선택하였고, 이에 따라 양 당사자인 미국과 캐나다상업공사의 심리가 면제되고, 당사자는 관련 '변론서'(briefs)를 제출하였다. 이어 미 공군의 변론서에 대하여 항소인이 답변서를 제출하였다.

211) 전현철, 전게논문(주 188), 287면.

212) 41 U.S.C § 605(a).

213) 전현철, 전게논문(주 188), 288면.

214) 상게논문, 288-289면 참조.

215) ASBCA, Appeal of Canadian Commercial Corporation Under Contract No. F28609-83-C-0060, 88-1 ASBCA P 20224, ASBCA No. 34257, 1987.

파견하는 원계약을 맺고, 하청계약자는 Labrador Aviation Services(이하 'LAS')였다. 계약금액은 378,000 캐나다 달러였고, 이행기간은 매년 10월 1일에서 이듬해 5월 15일로 하면서 그 시작은 1983년 10월 1일로 하였다.

또한 미 정부는 향후 2년간 계약의 갱신에 대한 선택권을 가졌다. 이 후 미 정부는 격납고 관리인이 파견된 첫 해에 용역제공기간을 연장하여 1년 내내 해당 계약의 용역이 제공될 것을 요청하면서, 추가된 계약 기간에 월 34,076.34 캐나다 달러를 지급할 것을 약정하였다. 그 이후 이와 관련하여 수차례 계약변경이 있었고, 격납고 관리인의 파견에 관한 추가기간에 대한 비용책정이 충분하지 않으므로 추가적 보상을 구한다는 신청인 측의 요청을 미 정부가 거부한 것에 대하여 '재심사'(review)를 신청하였다.

이 사건에서 계약 상대방인 LAS의 격납고 관리인 파견 개시일을 1983년 10월 1일로 하면서, 당초 7개월 15일 동안의 계약기간을 4개월 15일 연장하여 1년 내내 관리인이 파견되는 것으로 계약을 변경하였다. 1년 후인 1984년 10월 1일 계약을 갱신하면서 미 공군은 계약관련 부속약정 3(Addendum No. 3)을 체결하였고, 이는 계약서상 특정 단어의 삭제를 통해 1년 내내 해당 용역이 제공되도록 하는 것이었다(P00004).[217]

이듬해 1985년 갱신 시 두 번의 변경이 있었는데, 미 공군은 부속약정 3으로 존재하던 내용을 계약의 본문으로 편입시켰다(P00006).[218] 그 이후 계약 변경은 캐나다상업공사의 Bryan과 행정계약담당관인 White에 의해 1985년 8월 2일과 동 년 동 월 13일 양 일에 걸쳐 각각 이루어졌는데(P00008)[219], 그 변경 내용은 다음과 같다. 즉 "부속약정 3에 의해 변경된 사항의 형평에 기한 계약변경의 대가로써 여기의 변경에 합의하며,[220] 이로써 당해 계약 아래 앞서 언급된 부속약정에서부터 기인된 사실 또는 정황에서 발생된 추가적인 형

216) 계약명(Contract No.) F28609 - 83 - C - 0060으로 체결되었는데, 미군계약소청심사위원회에 불복이 제기된 사안은 그 판례원문에 신청인의 이름만 기재가 되므로, 본 보고서에서 미군계약소청심사위원회에 대한 신청사안은 모두 그 당사자가 캐나다상업공사이므로 계약명으로 구분하도록 한다.

217) 이 때 계약명을 P00004로 하고, 이는 1984년 10월 2일 체결되었다.

218) P00006 계약에서는 계약금액의 증가는 없었다.

219) P00008의 계약에 따라 계약 금액은 월 65,762.40 캐나다 달러로 44,736.32 미국 달러였다.

220) 미국연방정부조달계약에 있어 계약의 수정이란 계약 내용을 사정 변경 또는 계약조건에 따라 서면으로 변경하는 것으로 '일방적 수정'(unilateral modification)과 '쌍방합의에 의한 수정'(bilateral modification)이 있다. 일방 수정이란 계약담당관리조직의 변경, 선택권의 실행 등과 같이 계약자의 동의 없이 계약담당관이 일방적으로 수정할 수 있는 것을 말하고, 쌍방합의에 의한 수정이란 상황변화에 따라 계약담당관과 계약자간에 협상을 통한 합의에 의거 계약내용을 변경하는 것을 말한다. 또한 계약을 수정할 때에는 수정되는 계약내용과 형평에 맞게 계약가격, 계약 이행기간 등이 조정 되어야 한다. 계약자의 권리를 무시한 계약의 수정은 분쟁의 소지가 되므로, 계약을 수정할 때에는 계약자로부터 계약수정에 따라 타 계약 조건이 형평에 맞게 조정되었으며 더 이상의 조정을 요구하지 않겠다는 확인서를 받는다. 조달청, 전게서(주 185), 17면 참조.

평조정에 따른 일부 또는 전부의 책임으로부터 정부를 면책한다.”

그러나 P00008에 대한 양 당사자의 해석상 차이가 발생하였는데, 미 공군은 이를 변경된 사안에 대한 완전한 해결로 간주하였다. 그러나 신청인 측 LAS는 변경된 계약의 금액은 특정 인건비만이 논의되었을 뿐, 기타의 제반 비용이 고려되지 않았음을 주장하였고, P00008이 체결된 같은 날인 1985년 8월 13일 LAS는 캐나다상업공사에 항의서면을 제출하였고, 캐나다상업공사는 이를 그대로 계약담당관인 White에게 전송했다. 이 LAS의 주장에 대하여 1985년 12월 18일 계약담당관인 White는 “P00006계약에서 부속약정 3이 통합되어 1년을 기간으로 하는 이행기간의 추가가 이루어졌으며, P00008계약에서 그 추가적인 보상이 이루어 졌다고 판단한다. 그러므로 당해 계약에 관한 LAS의 추가적인 비용지급의 요청을 거절한다.”는 내용의 서면을 캐나다상업공사에 전달하였다.

계약담당관의 결정에 대하여 1986년 8월 14일 캐나다상업공사 위원회의 Jolicoeur는 McGuire 공군기지의 계약담당관인 White에게 앞선 계약담당관의 결정에 대하여 다시 한번 고려해주기를 바란다는 취지의 서면을 보냈고, 이에 동 년 12월 10일 White는 캐나다상업공사의 Jolicoeur에게 다음과 같은 서면을 보냈다.

“미 공군의 판단은 이전의 결론과 같으며, 따라서 해당 쟁점은 이미 논의가 끝난 것이다. 하지만 계약서의 분쟁해결조항에 따라 해당 쟁점에 관한 최종 결정을 구할 수 있다.”

이 후 캐나다상업공사는 미군계약소청심사위원회에 당해 계약의 당사자간의 분쟁의 해결과, 쟁점에 관한 형평에 맞는 변경을 구하는 취지의 서면을 발송하였고, 동 위원회의 규칙에 따라 사건은 심의 목록에 올랐다. 이와 관련해서 다른 계약담당관인 Gainer가 해당 사건을 심사하였지만, 동일한 결론에 이르면서 “분쟁해결조항에 따른 종국 결정이 가능하며, 이는 요건을 갖추어 서면신청서가 접수된 날로부터 60일 이내에 그 결정이 가능하다”고 권고했다.

ii) 결정사항

미군계약소청심사위원회의 판단은 사건의 당사자가 비록 미군계약소청심사위원회에 서면을 송부하였으나, 서면으로 작성된 ‘서면청구’(written claim)가 접수되지 않아 미군계약소청심사위원회는 해당 사건에 대한 관할을 갖지 않으며, 계약 상대방은 결정권한을 가진 계약담당관에게 서면으로 작성된 정식 청구를 해야 한다는 것이었다. 즉 미군계약소청심사

위원회는 해당 계약담당관에게 서면청구를 제출하지 않았다면 계약담당관은 청구에 관한 최종결정의 의무가 없는 바, “이 사안에서 주고받은 모든 서면을 종합해 볼 때 서면의 내용에 청구(claim)란 단어가 사용되지 않았으며, 해당 계약담당관이 송부된 서면을 청구로 인식되지 않았음이 분명하다. 왜냐하면 두 명의 다른 계약담당관이 신청인에게 정부의 결정에 불복하려면 분쟁해결조항에 따를 것을 두 번이나 권고하였기 때문이다.”라고 하며 신청을 절차상의 흠결을 이유로 각하했다.

(다) 계약의 수정 및 변경

가) 서설

일반적으로 미 정부는 정부조달계약을 체결한 후에 구매관련 부서 직원, 사업관련 부서 직원 및 계약업체 관련 직원이 합동회의를 개최한다. 이러한 회의를 통하여 미 정부는 계약에 대한 이해를 증진하고 예상되는 문제점을 발굴하고 예방하며 협조체제를 구축한다. 주요 협상계약의 경우 입찰공고에서 계약자가 성실한 계약이행 또는 품질보증을 위하여 어떻게 계약을 이행을 감독하고 관리할 것인지에 대하여 ‘품질관리감시계획’(Quality Assurance Surveillance Plan)을 제출한다.[221]

그러나 정부조달계약의 이행에는 때때로 예상치 못한 여러 변수가 작용한다. 미국의 정부조달계약에서는 계약체결 이후 중대한 사정변경이나 기타 변화된 사정을 이유로 한 ‘편의적 해약의 법리’(doctrine of termination for convenience)가 형성되었다.[222] 이는 대표적 강행규정으로 정부계약의 공익성이라는 특성에 따라 당사자가 명시적으로 계약의 내용에 강행규정을 포함시키지 않았더라도 계약에 자동적으로 편입된다.[223]

이러한 편의적 해약의 법리에 의하면 기본적으로 중대한 공익침해를 방지하기 위한 새로운 사정이 있다면 그것이 민사상 계약의 해제권 또는 해지권을 발생시킬 수 있는 중대한 사정변경에 해당되지 않더라도 정부 등 행정주체가 손해배상책임 또는 계약위반책임을 지지 않고 적법하게 계약의 내용을 변경하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다는 것이

---

221) 상게서, 16면.

222) 이를 ‘크리스틴 원칙’(Christian principle)이라고도 하는데, 이 사건에서 계약에 편의적 해약조항이 없었더라도, 편의적 해약조항은 조달규정에 따른 강행규정으로 계약에 편입된다고 판결하였다. 즉 강행규정은 누락된 경우에도 계약에 자동적으로 편입되어 계약과 일체를 이룬다는 것이다. 전현철, 전게논문(주 188), 279면; 최인호, 전게논문(주 184), 471면.

223) *G. L. Christian and Associates v. the U.S.*, 312 F.2d 418 Ct.Cl. (1963).

다.[224] 즉 계약담당관이 당해 계약의 해제 또는 해지가[225] 정부의 이익에 부합한다고 판단한 경우라면, 언제든지 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

또한 이 때 계약 상대방은 이미 발생한 비용, 기성부분에 대한 이윤, 계약청산비용의 반환을 구할 수 있을 뿐이다. 따라서 계약 상대방은 기대이익(anticipatory profit)의 반환을 청구할 수 없다.[226] 이처럼 편의적 해약의 법리는 계약의 체결 당시 예상할 수 없었던 중대한 사정변경에 한정하지 않고 당초 예상한 비용의 급격한 증가, 기술혁신 등으로 인한 새로운 계약의 필요성 등의 사유에 기해 적법한 계약내용의 변경 또는 계약의 해제 또는 해지를 인정함으로써 정부의 특권을 강하게 인정하고 있다.[227] 게다가 편의적 해약의 조항은 「연방조달규정」의 적용에 따라 확정가계약에 적용되고, 이 법에 따라 편의적 해약조항을 의무적으로 포함시킬 것을 규정하고 있다.[228]

반면 편의적 해약의 법리로 인하여 정부조달계약 상대방의 법적 지위는 매우 불안정한 상태가 된다. 이 경우 「연방조달규정」은 확정가계약에서의 계약의 변경에 관한 절차와 종류를 규정하고 있으며, 편의적 해약과 같은 변경권의 행사로 인한 계약 상대방의 경제적 손실에 대하여는 '형평에 기한 계약변경'(equitable adjustment)을 규정함으로써 정부조달계약에 있어 구속력의 한계를 설정한다.[229] 예를 들어 계약의 상대방이 계약담당공무원의 '악의'(bad faith) 또는 '명백한 재량남용'(a clear abuse of discretion)을 주장하여 입증하면 정부에 의한 해제권이나 해지권의 행사를 막을 수 있다.[230] 이와 같이 형평에 기한 계약변경을 통해 정부조달계약의 한계를 규정하고 있지만, 이는 대부분의 경우 형식적인 구제절차에 지나지 않는다.[231]

나) *Canadian Commercial Corp.*/Scepter 사건[232]

---

224) 최인호, 전게논문(주 184), 471면.

225) 다수의 논문에서 'Termination for Convenience'을 편의적 해약으로 번역하고 있다. 이를 규정한 「연방조달규정」 § 52.249-2의 본문의 내용상 정부의 일방적 의사표시에 의한 계약의 해소를 규정하고 있으므로 본 보고서에는 'termination'을 '해제 또는 해지'로 번역한다.

226) 「연방조달규정」 § 52.249-2.

227) 최인호, 전게논문(주 184), 471-472면 참조.

228) 「연방조달규정」 § 52.249-2 및 § 49.501-505.

229) 「연방조달규정」 Subpart 16.2 확정가계약.

230) Joseph J. Perillo & William E. Conner, *From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power*, 7 *Federal Bar Journal* 342 (1997); 최인호, 전게논문(주 184), 472면.

231) 전통적으로 국가면제(sovereign immunity)에 근거하여 정부행위에 대한 강한 적법성의 추정을 인정하는 미국법상의 특성으로 인해 거의 불가능에 가깝다고 한다. 최인호, 상게논문, 472면 참조.

i) 사실관계

이 사안은 70,000개의 군용 플라스틱 수통의 공급에 관한 것으로 발주기관인 미 정부는 1973년 3월 입찰공고를 통해 신청인인 캐나다상업공사를 낙찰자로 선정하였고, 공급자는 하청계약자인 Scepter Manufacturing Co., Limited, of Toronto, Ontario, Canada(이하 'Scepter')였다.

수통공급계약의 체결에 따른 계약 규정에 따르면, 수통 1개의 제조가격은 3.59 미국 달러로 총액 251,300 미국 달러이며 제조공정에서 5 파운드의 폴리에틸렌 수지(polyethylene resin)가 포함될 것을 규정하고 있었다. 이 후 동 년 7월 항소인은 미 정부에게 규정상의 폴리에틸렌 수지의 획득의 어려움과 하청계약에 관한 어려움을 통지해서, 폴리에틸렌 수지의 공급 부족으로 인해 수통 제조에 폴리에틸렌 수지를 사용하기 어려워 대체물인 듀폰 수지(Dupont resin)의 사용하도록 허가해 줄 것을 요청하였다. 동 년 9월 미 정부는 계약에서 약정된 수지의 사용을 선호한다는 단서를 붙여 대체재인 듀폰 수지의 사용을 허가하였다.

그러나 미 정부의 승인이 있던 시점에 듀폰수지의 사용 또한 어려워지자 미 정부는 '방위우선조달시스템'(Defense Priority System)에 따라 Scepter에게 규정된 수지의 소요량인 400,000 파운드의 수지를 공급해 주었고, 이에 따라 수통의 생산이 시작되었다. 그 이행이 완료되었으며, 동 년 12월 대금도 결제되었다.

이 과정에서 항소인 캐나다상업공사와 Scepter는 수통제조에서 추가적 비용이 발생되었다고 주장하였고, 그 차액의 보전을 청구하면서 계약상의 이행조건이 상업적으로 실현가능하지 않고, 이행된 작업들이 계약의 범위를 훨씬 넘는 것이었다는 근거에서 형평에 맞는 계약변경을 청구한 사안이다.

ii) 쟁점

사안의 쟁점은 신청인 캐나다상업공사가 형평에 맞는 계약 변경을 주장할 수 있는 자격이 있는지의 여부와 입찰제안가와 실제 발생된 금액 간의 차액의 보상을 청구할 수 있는지 여부였다.

---

232) ASBCA, Appeal of Canadian Commercial Corporation, Under Contract No. DSA 400-73-C-9287, 77-2 ASBCA P 12696, No. 21003, 1977.

캐나다상업공사는 그 입찰제안서의 개당 단가는 3.59 달러이며, 1파운드의 폴리에틸렌 수지를 대략 0.1525 달러로 계산하여 제조공정에 0.1525 * 5 파운드 = 0.7625 달러가 실제 입찰 당시 수지의 가격이며, 환율 등의 기타 비용을 포함한다면 0.8425 달러까지 증가된 것이라 주장하였다. 또한 캐나다상업공사는 폴리에틸렌 수지는 입찰제안서가 제출되던 당시에는 사용이 가능했지만, 실제 계약이 수여된 후, 곧 사용이 불가능해지거나 혹은 합리적인 가격에 이용할 수 없어졌다고 주장했다. 이 후 수통제조 당시 실제로 투입된 비용은 폴리에틸렌 수지의 파운드당 단가는 0.23 달러였으며, 수통 1개당 제조 단가는 3.9556 달러였다.

iii) 미군계약소청심사위원회의 결정사항

첫째, 미군계약소청심사위원회는 특정 수지의 파운드 당 단가를 0.1525 달러로 추정한 신청인의 주장을 인용하였지만, 입찰제안서의 단가보다 가격상승의 가능성을 신청인이 예측하지 못했을 것이라는 점은 발견할 수 없었다고 판단하였다. 또한 미군계약소청심사위원회는 신청인이 입찰가 3.59 달러에서 개당 폴리에틸렌 수지 단가 0.8425 달러를 전제로, 2.7475 달러를 기타 모든 제반 비용 및 이익으로 할당하였고, 실제 생산비용인 3.9556 달러는 특정 수지의 조달에서 비롯된 것이 아니라 오히려 관련 제반비용(환율 등)의 변동에 따른 것이라고 판단하면서 신청인이 실제로 폴리에틸렌 수지의 매입에 지불한 가격이 그 입찰과정에서 예상되었던 가격을 초과했다고 볼 수 없다고 결정하였다.

또한 미군계약소청심사위원회는 계약 당사자간에 계약 수여 당시 폴리에틸렌 수지의 부족에 대한 합의가 있었지만, 처음 부족현상이 발생했을 때 얼마나 오래 지속될 것인지 또는 그 부족현상의 존재에 관한 실질적인 지식을 가진 사람이 누구인지 등에 관한 합의가 없었음을 적시하였다. 미군계약소청심사위원회는 폴리에틸렌 수지의 부족이 시작된 날짜에 관한 기록에 신뢰할 만한 증거가 없으며, 더욱이 신청인은 이 수지의 사용가능성에 관한 피신청인의 질의서에 응답하라는 미군계약소청심사위원회의 명령에 불응한 정당한 사유 또한 찾을 수 없다고 판단하면서, 따라서 신청인의 입찰제안서가 제출되던 때부터 실제 계약이 수여된 때 그리고 그 이후까지 특정 수지를 사용할 수 있는 가능성은 여전히 남아있다는 추정이 가능하다고 판단하였다.

둘째, 미군계약소청심사위원회는 폴리에틸렌 수지의 대체물로서 선호되었던 듀폰 수지

역시 그 사용허가를 요청하던 때에는 이용이 가능했지만, 정부의 사용승인 당시 듀폰 수지를 이용할 수 없었다는 신청인의 주장과 정부의 승인에 적시성이 결여되었다고 판단하였다. 미군계약소청심사위원회는 특정 폴리에틸렌 수지의 경우와 마찬가지로 대체 수지의 사용가능성에 관한 피신청인의 질의서의 응답의무 역시 신청인이 이행하지 못하였음을 근거로 신청인이 대체 수지의 사용을 요청하던 때부터 정부의 승인이 나기까지 대체 수지를 사용할 수 있는 가능성 또한 여전히 남아있다는 추정이 가능하다고 판단하였다. 미군계약소청심사위원회는 동일한 기간 동안 대체 수지의 가격변동에 관한 증거를 찾을 수 없고, 따라서 대체 수지의 가격과 이용가능성에 관한 어떠한 변동도 찾을 수 없었다고 결정하였고, 정부의 승인의 적시성에 관한 주장은 판단하지 않았다.

셋째, 신청인은 수통의 제조기간인 1973년 11월과 12월에 폴리에틸렌 수지를 얻기 위한 가능한 모든 노력을 다했다는 주장에 관하여 미군계약소청심사위원회는 방위우선조달시스템에 따른 조치 및 세부사항의 준수를 통한 원재료조달의 청원이 가능했음에도, 이에 응하지 않음으로써 1973년 12월 이전 폴리에틸렌 수지 획득에 과실이 있었다고 판단하였다.

넷째, 신청인은 미 정부가 1973년 6월 계약의 수여 이전에 폴리에틸렌 수지가 부족할 것이라는 점을 알았거나 알고 있었어야 한다고 주장하면서, 미 정부의 월등한 정보력을 근거로 삼았다. 이에 대하여 미군계약소청심사위원회는 신청인의 주장이 어떤 것이든 이와 관련된 아무런 증거가 없다고 판단하였다. 따라서 미군계약소청심사위원회는 신청인의 다양한 주장에 대하여 증명책임은 이를 주장하는 자에게 있고 이를 증명하지 못하였으므로 신청인의 신청을 기각한다고 결정하였다.

(라) 정부조달계약과 지적재산권에 관한 문제

가) 서설

정부조달계약의 계약과 관련된 분쟁의 구제수단으로 연방청구법원에 대한 소제기가 있다. 계약 당사자는 계약담당관으로부터 최종 결정을 통보받은 후 12개월 이내에 연방청구법원에 소를 제기할 수 있다.[233] 연방청구법원은 「계약분쟁법」 청구에 대한 전면적인 재심사(*de novo* review)를 하도록 규정한다.[234] 그리고 「계약분쟁법」에 의한 재판에 있어

233) 41 U.S.C.A § 7104(b)(3).
234) 41 U.S.C.A § 7104(b)(4).

서 행정청의 결정에 대한 다른 재판에서와 달리, 계약담당관의 결정이 존중되지 않으며, 계약담당관의 결정은 다른 증거자료와 동등하게 취급되고 당사자는 백지상태에서 출발할 수 있다.[235] 따라서 정부와 계약 상대방은 해당 분쟁에 관하여 새롭게 다툴 수 있는 기회를 가진다.

나) *Canadian Commercial Corp. v. U.S.* 사건[236]

i) 사실관계

이 사안에서 캐나다상업공사는 미 국방부와 원계약을 체결하였다. 1957년 원고인 캐나다상업공사는 피고인 미 국방부와 군사용 통신장비의 제조 및 공급의 입찰요청을 받았고, 이에 캐나다상업공사는 실질적 공급자로서 Radio Engineering Products, Ltd.(이하 'REP')[237]를 선정하여 원계약과 동일한 조건의 하청계약을 체결하였다.[238] 1958년 12월 피고는 원고에게 REP로부터 REP 1의 설계도를 포함하여 REP 2 연결장치 전선과 독점적 자료(proprietary data)의 견적요청서를 제출하도록 요청하였다. 여기서 독점적 자료는 외형적으로 공개되지 않은 REP의 영업비밀과 제작공정의 상세한 내용에 관한 정보였는데, 이러한 생산설계도(production drawings)를 이용하면 동일한 설비를 다른 업체에서 제조할 수 있었다.[239]

생산설계도는 미국이 향후 당해 물품의 정부조달에서 해당 정보의 사용권이 인정되는 '사용허가'(permissive use)의 인장을 찍도록 요구하는 미군 규정의 적용을 받았다.[240] 이에 대하여 REP는 관련자가 참석한 회의에서 생산설계도의 개방은 모든 등록된 정보의 공개를 의미하는 것이므로 입찰제안서에서 이러한 내용을 배제해야 한다고 주장하였다. 그러나 피고는 미군 규정의 사용허가조항을 지적하며 계약을 체결하려면 이러한 규정을 준수

235) *Wilner v. United States.*, 24 F.3d 1397 (Fed. Cir. 1994); 전현철, 전게논문(주 188), 290면.
236) 202 Ct.Cl. 65, 1973 WL 21344 (Ct.Cl.).
237) 캐나다 기업으로 통신장비의 특수전기연결장치인 REP 1을 개발해 왔다.
238) 이 사안은 별도의 명시적 표현이 있는 경우가 아니라면, 원고는 명목상의 원고인 캐나다상업공사와 실질적 공급자인 REP를 함께 원고로 보았다.
239) REP는 미 육군에 통신장비의 부품공급자로서 풍부한 경험을 가진 캐나다 기업으로, 자체적으로 개발한 자웅동체의 통신 연결장치를 발전시킨 REP 1을 개발하였고, 이를 미국에 특허출원(patent application)하고 그 인가를 받았다. 그 뒤 REP 1 의 설계도가 특허출원하였으며, 독점기술로서 보호됨을 피고에게 통지하였다. 그러나 이후 REP 1의 특허기술은 신기술(novel features)이 아닌 '예상 가능한 선행 기술'(anticipatory prior art)일 뿐이라는 이유로 취소되었다. 그 뒤 REP는 이전 모델인 REP 1을 발전시킨 REP 2를 개발하였다.
240) U.S. military specification MIL-D-12646(SigC).

해야 한다고 주장하였다.

이 후 원고는 전보를 통해 제품의 디자인과 생산설계도에 관하여 당 기업의 독점적 권리를 보장하도록 수정된 입찰제안서를 송부하였으나, 이후 1959년 4월 체결한 정식계약서(19143 계약)는 전보를 통한 입찰제안서의 수정된 내용을 반영하지 않았다. 이 후 19143 계약으로 인하여 REP는 REP 3와 REP 4를 선보이며 통신 연결장치를 개조하였지만, REP 4의 설계도를 제외하고 REP 1, 2 그리고 3 은 미 군수품규격에 따른 설계요건을 충족시키지 못했다. 1960년 피고는 Specialty Engineering & Electronics Company(이하 Specialty)와 통신 연결장치를 생산하기로 하는 '페니계약'(penny contract)을 체결하였고 Specialty는 Signal Corps에게 연결장치의 생산설계도의 수정을 의뢰하였다. 이에 원고는 피고가 페니계약에서 사용한 생산설계도는 19143 계약의 REP 2 설계도를 복제한 것으로 이는 계약위반에 해당한다고 주장하며 소를 제기하였다.

ii) 판시사항

'전문심리위원'(trial commissioner)은 원고의 등록된 소유권을 주장하는 REP 2의 설계도가 피고에 의해 복제되었음을 원고가 증명하지 못하였다고 판단하였다. Signal Corps 에 의해 수정된 생산 설계도는 일정 부분 선행 연구(앞서 개발된 연결장치인 REP 1, 2, 3, 4를 의미)를 따르고는 있으나, 이는 REP 2의 설계보다는 REP 4의 설계를 따르고 있다고 판단된다는 것이 그 이유였다. 이 후 원고는 Specialty의 설계도가 원고의 등록 소유권을 침해하고 있음을 보여주는 특정 증거를 심리해 줄 것을 요청하였으나, 법원은 이를 인용하지 않고 전보의 내용은 여타의 생산자들이 당해 설계도면 자체의 사용을 금지하는 것이 아니라, 재산적 권리(proprietary right)에 대한 무단사용을 금지하다는 것으로 판단하였다.

또한 법원은 원고의 다른 항변사항의 고려나 판단 없이는 원고의 계약이 REP 2(또는 기타)의 설계도의 기밀을 유지하기 위한 어떠한 권리도 보장하지 않는다고 보았다. 따라서 피고인 미 국방부는 계약위반을 하지 않았고, 비록 피고가 당해 설계도를 복제하였다 하더라도, 이는 피고가 정부조달의 목적에서 해당 설계도에 관한 무제한적인 사용권을 갖기 때문이라고 판단하였고, 원고의 손해배상청구를 기각하였다.

5) 시사점

낙찰자의 선정과 이의신청의 *Canadian Commercial Corporation/Heroux, Inc.* 사건을 통해서 행정기관의 자의적인 선정 및 재량의 남용 그리고 입찰요청 및 공고된 조건에 부합하지 않는 경우에 이의신청인이 당해 행정기관의 과실을 증명하면 정부조달계약에서 구제를 받을 수 있음을 볼 수 있다. 감사원은 이 사안에서 낙찰자가 입찰공고의 조건에 부합하지 인정하였다. 마찬가지로 *Canadian Commercial Corporation/CMC* 사건[241]에서 감사원은 발주기관이 캐나다상업공사와 CMC가 낙찰자로 선정하였더라도 다른 입찰자가 이의신청을 제기하여 충분한 이유가 있는 경우에 발주기관은 계약을 해제하고 경쟁관계에 있던 입찰자들과 재협상을 통해 계약을 다시 체결할 수 있다고 보았다.

계약의 이행과 관련된 분쟁해결절차와 관련하여 계약담당관에 대한 이의신청에 앞서 계약소청심사위원회나 연방청구법원으로의 제소는 그 절차상의 하자로 인해 해당 절차가 각하되거나 기각되는 사례가 많이 보인다. 예를 들어 입찰제안서가 입찰요청에 부합하지 않음을 근거로 제시된 이의신청이 인정된 경우 뿐 만 아니라, 이의신청의 기간을 실기함으로써 그 이의제기가 기각되는 경우도 있다.[242] 따라서 외국의 정부조달계약에서 분쟁해결과 이의제기에 관해 사전에 절차를 숙지할 필요가 있다.

일반적으로 입찰과 관련하여 감사원에 대한 이의신청을 제기하는 경우에 발주기관에 대한 이의신청에 있어서와 마찬가지로 기간제한이 있으므로 이의신청자는 이를 숙지하고 준수해야할 의무가 있다. 즉 입찰요청이 부당하다고 주장하는 이의신청은 개찰 또는 제안서 접수마감일 전에 제기하여야 하고, 그 밖의 경우에는 이의신청사유를 알게 된 날 또는 알 수 있었던 날 중 먼저 도래한 날로부터 10일 이내에 제기하여야 한다.[243]

또한 이의신청이 접수된 후, '감사원장'(Comptroller General)은 1일 이내에 발주기관에 이의신청이 제기된 사실을 통지하여야 하며,[244] 감사원장은 이의신청이 제기된 후 100일 이내에 사안에 대한 결정을 내려야 한다.[245] 감사원의 결정은 권고사항으로 발주기관이 이

241) Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, B-246311, 92-1 CPD P 233, 1992 WL 48480 (Comp.Gen.), February 26, 1992.
242) Comptroller General, Canadian Commercial Corporation, B-222515, 86-2 CPD P 73, 1986 WL 63746 (Comp.Gen.), July 16, 1986.
243) 4 C.F.R § 21.2(a)(1).
244) 4 C.F.R § 21.3(a).
245) 4 C.F.R § 21.9(a).

에 구속될 필요는 없으나,[246] 감사원의 결정과 다른 판단을 내릴 경우 발주기관은 그 사유에 관한 보고서를 의회에 제출하여야 한다.[247] 따라서 미국에서 입찰과 관련하여 발주기관이나 감사원에 이의신청을 제기하는 경우에 이러한 행정절차를 숙지할 필요가 있다.

◇ 정부간 거래와 관련하여 외국 행정기관이나 법원에 이의를 제기하는 경우에 기간제한이 있으므로 이의신청자는 이를 숙지하고 준수해야할 의무가 있음 ◇ 외국에서 절차상의 하자로 인해 해당 절차가 각하되거나 기각되는 사례가 많이 보이므로 대한무역투자진흥공사는 사전에 행정구제절차 및 사법구제절차를 숙지할 필요가 있음

246) *Ameron, Inc. v. U.S. Army Corps of Eng'rs*, 809 F.2d 979, 995 (3d Cir. 1986); 전현철, 전게논문(주 188), 285면.
247) 전현철, 상게논문, 285면.

IV. 캐나다상업공사 소송사례의 시사점

대한무역투자진흥공사가 외국정부와 원계약을 체결하고 우리나라 민간기업과 하청계약을 체결하는 경우에 캐나다 캐나다상업공사의 소송사례를 통한 시사점을 알아보고자 한다.

1. 착오와 사기를 이유로 한 분쟁발생의 위험에 대한 대비

영미법의 부실표시의 우리나라법상 적용가능성을 알아보면, 영미법에서 계약 당사자가 허위표시를 하고 이러한 허위표시가 중대하여 상대방이 이러한 표시를 신뢰하여 계약을 체결한 경우에 상대방은 계약취소를 주장할 수 있으며 손해배상책임도 인정한다. 그러나 대륙법계는 통상적으로 영미법의 부실표시에 대하여 사기와 착오의 법리를 이용한다.[248] 이는 대륙법계에서 계약의 목적물에 관한 착오를 계약의 효력을 부인하기 위한 시작점으로 취급하기 때문이다. 따라서 착오가 타방당사자의 사기에 의하여 유인된 경우라면 계약의 효력이 부인될 가능성은 그만큼 높아진다.[249] 민법에서 착오나 사기의 요건을 충족한 경우에 계약상 부실표시에 대한 계약취소나 손해배상청구가 가능하다.

그런데 우리 민법에서 착오취소로 인한 손해배상의 경우에 원칙적으로 손해배상은 인정되지 않는다. 그러나 착오가 상대방에 의해서 유발된 경우에 취소권에 더하여 불법행위에 따른 손해배상청구권도 인정한다.[250] 판례도 중요부분에 관하여 상대방이 착오를 유발한 경우에 중요한 부분에 관한 착오를 인정한다. 따라서 타인의 기망행위로 인하여 동기착오가 생긴 경우와 동기가 상대방에 의하여 제공되었거나 유발된 경우에 동기의 표시 여부와 무관하게 취소가 인정되어야 하는 점에 의문의 여지가 없다.[251]

또한 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있다고 보일 정도로 중대한 경우에 착오의

248) 상게논문.
249) 상게논문.
250) 김용담 (편집대표), 「민법(주석) 총칙(2)]」(제4판, 한국사법행정학회, 2010), 664면(이하 '민법(주석) 총칙(2)').
251) 상게서, 678면; 한편 안법영 교수는 민법 개정안에 대하여 상대방이 표의자의 착오를 유발한 경우에 취소할 수 있다는 규정을 포함할 것을 제안하였다. 안법영, "2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고- 총칙편과 채권편을 중심으로", 「고려법학」제38호(고려대학교 법학연구원, 2002), 180면.

취소사유로 인정이 가능하다(민법 제109조). 기망행위로 인하여 계약이 체결된 경우에 계약취소사유로 인정하며(민법 제110조) 손해배상도 가능하다고 생각한다. 사기나 과실에 의한 부실기재의 불법행위 성립요건이 입증된 경우에도 손해배상(민법 제750조)도 가능하다고 생각한다.

생각건대 영미의 부실표시에 대해서 우리 민법의 착오나 사기의 법리가 적용될 수 있을 것이다. 원고는 착오나 사기가 상대방에 의하여 유발되었다는 입증을 하여야 되는데, 이는 영미법에서 상대방이 허위표시를 하고 이를 상대방이 계약을 체결하도록 영향을 미쳤는지에 관하여 원고에게 신뢰의 입증책임을 부담시키는 것과 유사하다.

따라서 대한무역투자진흥공사가 외국정부와 원계약을 체결하고 국내 민간기업과 하청계약을 체결한 경우에 영미의 부실표시와 마찬가지로 우리 민법의 착오나 사기의 법리에 의해 우리나라 민간기업이 대한무역투자진흥공사에 책임을 추궁할 가능성이 있다. 경우에 따라서는 대한무역투자진흥공사가 이 법리에 의해 계약의 취소나 손해배상책임을 부담해야 할 수도 있을 것이다.

그러나 영미법에서 이러한 불법행위책임에 관하여 계약적 면책조항을 적절히 이용하는 경우에 계약 당사자는 부실표시책임의 배제와 제한이 가능하다. 왜냐하면 캐나다나 미국 등 영미법 국가의 법원은 당사자간에 합의한 계약상 면책조항에 대하여 계약 당사자가 상인인 경우에 계약 당사자의 필요에 의한 위험분배의 자유를 폭넓게 인정하면서, 상인이 계약 당사자인 상사계약에서 면책조항은 당사자가 기대하는 확정성을 높여준다고 보고 있기 때문이다.[252]

우리나라 법원도 영미법 국가의 법원의 경우와 유사하게 착오취소의 요건을 갖추었더라도 계약 당사자들이 착오를 이유로 한 취소권을 배제할 것을 계약에서 합의한 경우에 통상적으로 이러한 합의의 효력을 인정한다.[253] 이는 담보책임에 관한 특약이 신의칙에 반하지 아니하는 한도 내에서 당사자 사이의 특약으로 민법의 매도인의 담보책임을 배제하거나 경감하거나 가중할 수 있기 때문이다.[254] 따라서 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민

252) 법원은 1977년 「불공정계약조항법」(Unfair Contract Terms Act 1977)과 같은 소비자보호법이 상인간의 상사계약에 적용되지 아니한다고 판결하였다. *JP Morgan Chase Bank v. Springwell Navigation Corporation,* [2008] EWHC 1186 (Comm)(U.K. QBD (Comm Ct) 2008); appeal dismissed at [2009] EWHC 282 (Comm), Gloster J (U.K. QBD (Comm Ct) 2009), at 597-607; Mugasha, *supra* note 73, at 419.

253) 민법(주석) 총칙(2), 732-733면.

254) 곽윤직, 「채권각론[민법강의IV]」(제6판, 박영사, 2003), 154면.

간기업과 하청계약을 체결하거나 용역계약을 체결할 때 이러한 계약상 면책조항을 적절히 이용함으로써 관련 책임을 면책하거나 제한할 수 있을 것이다.

◇ 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업과 하청계약이나 용역계약을 체결할 때 계약상 면책조항을 적절히 이용하여 착오를 이유로 한 취소권이나 손해배상을 제한할 필요가 있음

2. 선관주의의무의 법리의 차이에 의한 분쟁발생의 위험에 대한 대비

대륙법계에 속한 우리나라 법체계에서 국제대출거래의 주간사에 영미법의 신인의무를 인정할 직접적인 법적 근거는 찾기 어렵다.[255] 그러나 대한무역투자진흥공사가 하청계약자인 우리나라 민간기업을 대리하여 외국정부와 계약을 체결하는 경우에 우리나라 민간기업은 대한무역투자진흥공사와 우리나라 민간기업 간에 위임관계가 성립되었다고 주장할 가능성이 있다.

우리 「민법」상 위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙하는 계약이다(이 법 제680조). 이러한 위임의 목적은 사무처리의 위탁에 있으며 수임인은 일정한 재량에 의하여 사무를 처리한다.[256] 따라서 위임인과 수임인 사이에 일종의 신임관계가 성립한다. 「민법」상 위임의 보수는 무상이 원칙이나 상법상 위임에는 보수청구권이 인정된다(이 법 제61조). 또한 위임은 사무처리와 관련하여 제3자와의 관계에서 대리권의 수여를 수반한다고 해석된다.[257]

---

255) 그러나 영미법의 신인의무는 우리나라 금융관련법이나 회사법에 반영되었다고 평가된다. 예를 들어 우리나라 투자자보호제도는 영미법의 신인의무를 근거로 한다고 알려졌다. 이채진, "금융투자업자의 신인의무에 대한 소고 - 미국에서의 논의를 중심으로-,"「상사판례연구」제23집 제4권(2010), 44면; 또한 「상법」 제382조의3에서 이사의 충실의무는 영미법계의 신인의무 개념이 반영되었다는 견해가 있다. 장근영, "영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위," 「비교사법」제15권 1호(통권 40호)(2008), 269면, 김병연, "이사의 충실의무와 영미법상 신뢰의무," 「상사법연구」제24권 제3호(2005), 76면; 이에 반해 충실의무와 관련한 「상법」 제382조의3이 선관의무를 구체적으로 부연한 설명에 불과하다는 견해도 있다. 임중호, "이사의 충실의무론," 「비교사법」제6권 제2호(1999.12.), 595면.

256) 박준서(편집대표), 「주석민법 채권각칙(4)」(정현수 집필)(한국사법행정학회, 1999), 367면(이하 '주석민법').

257) 한편 위임은 수임인이 위임인의 사무를 처리하는 것을 내용으로 하는 계약인데 반해 대리권의 수여는 대리인이

이러한 수임인은 어느 정도의 자유재량의 권한을 가지며 위임인의 지시에만 의지하지 아니하고 사무를 그 목적에 좇아서 가장 합리적으로 처리하여야 한다.[258] 위임에 있어서 위임인과 수임인간에 신뢰관계는 이러한 사정에서 발생한다. 따라서 위임인이나 수임인이 상대방을 신뢰할 수 없을 때에는 위임계약을 언제든지 해지할 수 있다(「민법」 제689조). 이러한 당사자간의 신뢰관계의 절대성에서 위임인은 수임인에게 위임사무를 신중히 처리할 것을 요구하며 수임인의 선관주의의무가 인정된다.[259]

(1) 선관주의의무의 적용가능성

「민법」에서 위임은 당사자간의 의사의 합치만으로 성립하며 어떠한 방식도 요하지 아니하는 낙성·불요식의 계약이다. 이러한 위임계약은 명시 또는 묵시의 의사표시로 성립한다. 이처럼 「민법」상 위임계약이 성립하기 위하여 위임자와 수임인의 위임계약의 체결에 관한 명시적이거나 묵시적인 의사표시를 요구한다.

그런데 명시적인 의사표시에 의한 위임계약의 성립 여부는 의사표시의 해석을 통하여 쉽게 확인된다. 그러나 묵시의 의사표시에 의한 위임계약의 성립 여부가 문제된다.[260] 그런데 정부간 거래에서 캐나다상업공사가 캐나다 민간기업과 용역계약을 체결하고 수수료를 받는 경우와 마찬가지로 우리나라 민간기업과 용역계약을 체결하고 수수료를 수령하는 경우에 민법상 사무의 처리를 위한 위임계약으로 볼 가능성이 있고, 이러한 경우에 대한무역투자진흥공사에 대해 외국정부와의 계약체결의 성사에 관하여 선관주의의무가 인정될 가능성이 있다.

(2) 선관주의의무의 내용

「민법」상 수임인의 선량한 관리자의 주의의무는 신뢰관계에서 특히 기대되는 성실한 수임인이 갖는 주의의무를 말한다. 이는 수임인의 기본적인 의무이다.[261] 그러나 위임사무

본인에게 직접 효과를 발생시키는 권한을 수여하는 본인의 단독행위라고 한다. 김준호, 「채권법」(제5판, 법문사, 2014), 709면.

258) 주석민법, 371면.

259) 상게서, 371-372면.

260) 묵시적인 의사표시에 의한 위임계약의 성립을 긍정한 판례로는 대판 1970. 10. 30. 70다1177, 대판 1982. 9. 28. 82다카177, 대판 1991. 5. 24. 90다14415이고 부정한 판례로는 대판 1994. 2. 22. 93다4472가 있다.

261) 곽윤직, 전게서(주 254), 275-277면.

의 각 분야에서 고도의 직업적 분화나 각종 학문이나 연구의 진보에 따라 주의의무의 전문적 고도화로 선관주의의무를 확정적으로 정의하기 어렵다.[262]

1) 충실의무

위임관계에서 위임인의 신뢰를 바탕으로 하므로 수임인인 대한무역투자진흥공사는 위임사무의 구체적 처리에 관하여 충실의무를 부담한다.[263] 위임사무의 처리 중에 수임인이 알게 된 사실에 대하여 수임인은 비밀을 유지할 의무가 인정된다. 또한 이러한 충실의무의 위반으로 위임인에게 손해를 유발한 경우에 수임인이 손해배상책임을 부담한다.[264]

2) 보고의무

수임인은 선관주의의무에서 보고의무가 인정된다.[265] 위임인의 청구가 있는 경우에 사무의 처리현황을 보고하고 위임이 종료한 경우에 보고하여야한다(「민법」 제683조). 통상적으로 위임인은 수임인이 선관주의를 다하여 사무처리가 잘 되고 있는지 여부를 확인하고자 한다. 이러한 보고를 통하여 사무처리 중에 위임인은 수임인에게 청구하여 보고받은 사무처리의 현황을 파악하여 적절한 조치를 취할 수 있다. 또한 위임사무의 처리종료 후에도 보고를 받을 권리가 인정된다. 별도의 위임인의 청구가 없더라도 위임인의 이익을 위하여 필요하다면 수임인은 위임인의 청구를 기다리지 아니하고 보고하여야 한다.[266]

이와 같이 우리나라 민간기업과 대한무역투자진흥공사 간의 관계를 위임관계로 이해되는 경우에 대한무역투자진흥공사에는 보고의무에서 정보제공의무가 인정되고, 따라서 대한무역투자진흥공사로부터 수령한 정보에 허위가 있으면 계약상 손해배상책임이 인정될 가능성이 있다.

◇ 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업과 하청계약이나 용역계약을 체결할 때 「민법」상 위임에 기한 선관주의의무를 계약에서 면책하거나 제한하는 면책조항을 적절히 이용할 필요가 있음

262) 주석민법, 388면.
263) 상게서, 390면.
264) 상게서.
265) 상게서, 410면.
266) 상게서, 411면.

3. 대한무역투자진흥공사의 정보제공의무의 제한 등 면책조항의 필요

위임관계에서 인정되는 정보제공의무와 별개로 대한무역투자진흥공사와 우리나라 민간기업 간에 정보제공의무를 인정할 수 있는지를 검토한다. 왜냐하면 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업에 하청기업으로 참여를 권유할 때 외국정부와의 거래에 관해 제공한 정보에 허위나 사실이 아닌 정보가 포함된 경우에 책임을 부담할 수 있기 때문이다. 아무런 계약 관계없이도 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업에 추가 정보나 당초에 제공한 정보의 정정 정보를 제공할 의무를 인정할 수 있는지를 검토한다.

(1) 정보제공의무의 법적 근거

일반적으로 「민법」에서 인정되는 정보제공의무는 계약체결과정에서 신의칙상 의무로 인정된다. 예를 들어 계약의 일방 당사자가 소비자이거나 계약 당사자 사이에 정보비대칭이 존재하는 일부 부동산거래에서 인정한다.[267]

비교적 최근에 은행의 부실표시책임에 관하여 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다20405 판결에서 은행인 금융기관이 고객의 요구에 따라 회계법인이 조회한 은행조회서에 대하여 회신하는 경우에 해당 내용에 관하여 정확하고도 충분한 신용정보를 제공할 의무를 인정하였다. 고객이 아닌 제3자인 회계법인과 은행 사이에 정확하고 충분한 신용정보를 제공할 주의의무를 인정하여 과실에 의한 불법행위에 따른 손해배상책임을 인정하였다.

또한 은행에 대하여 사기에 의한 부실표시책임을 인정한 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다38355에서 고의나 과실로 금융거래확인서의 내용을 허위로 기재한 경우에 그 자체로 위법한 행위로 판단하였다. 이러한 금융거래확인서의 발급으로 제삼자에게 손해가 발생할 수 있음이 예견 가능하므로 금융기관의 손해배상책임을 인정하였다.

따라서 이러한 판례를 통하여 최근 우리나라 법원은 은행이 고의나 과실로 은행조회서의 내용을 허위로 기재하거나 중요사항의 기재를 누락한 경우에 위법한 행위로 인정하여 일반불법행위에 기한 손해배상책임을 인정함을 알 수 있다.[268]

---

267) 大西邦弘, シンジケートローンにおけるアレンジャーの參加金融機關に對する情報「提供」義務（取引法研究會レポート）, 法律時報85卷11号（通卷1065号）(2013年 10月), 101－102頁; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결.

(2) 대한무역투자진흥공사의 정보제공의무

정부간 거래에서 대한무역투자진흥공사에 정보제공의무를 인정할지 여부가 문제된다. 그 중에서 중심적인 논점은 우리나라 민간기업에 대한 대한무역투자진흥공사의 책임을 어떻게 보느냐는 것이다. 특히 원계약의 체결 전에 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업과 용역계약을 체결하고 다시 원계약에 대응하는 하청계약을 체결하는 경우에 이러한 두 계약의 법적 성격을 어떻게 해석하는지에 따라 법적 책임을 달리한다.

우리나라 민간기업과 대한무역투자진흥공사 간에 위임관계가 성립하면 대한무역투자진흥공사는 선량한 관리자의 주의의무로서 정보제공의무가 인정됨은 앞에서 보았다. 그런데 우리나라 민간기업과 대한무역투자진흥공사 간의 상거래 관계를 제외한 아무런 특수관계가 인정되지 않는 경우에도 정보제공자인 대한무역투자진흥공사와 정보수령자인 민간기업 사이에 정보제공자의 일반불법행위책임의 법리가 적용될 가능성을 생각해 볼 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 대한무역투자진흥공사는 민간기업에 제공하는 정보의 진위 및 제공한 정보에 관하여 신중한 입장에서 업무를 담당해야할 것으로 보인다.

그런데 캐나다나 미국 등 영미법계 국가의 부실표시 책임의 계약상 면책과 제한과 마찬가지로 우리나라에서도 정보제공의무에 관한 책임에 관하여 계약에서 명시적으로 면책조항을 포함시키는 경우에 고의 또는 중과실로 정보제공의무를 다하지 아니하는 경우를 제외하고는 면책조항의 효력이 인정하는 것으로 보인다.[269] 따라서 정부간 거래에서 대한무역투자진흥공사가 다른 민간기업과 계약을 체결하는 경우에 적절한 면책조항을 계약에 포함시킴으로써 정보제공의무와 관련된 위험을 줄일 수 있을 것이다.

◇ 대한무역투자진흥공사가 우리나라 민간기업과 하청계약이나 용역계약을 체결할 때 계약체결과정에서 신의칙상 의무로 인정되는 정보제공의무를 계약에서 면책하거나 배제하는 면책조항을 적절히 이용할 필요가 있음

268) 김용재, “은행의 과실에 의한 부실기재책임에 관한 연구 - 미국의 Restatement of Torts와 판례법을 기초로 -”, 「안암법학」 통권 제34호(2011. 1.), 698면.

269) 한민, “신디케이티드 대출에 관한 법적 검토,” 「이화여자대학교 법학논집」 제16권 제4호 (2012. 6.), 219면 참조.

4. 정부조달거래의 행정구제절차 및 사법구제절차의 준수

일반적으로 미국에서 정부조달계약의 경우에 계약에서 발생된 문제를 해결함에 있어 행정적 구제절차를 먼저 경유한 후에 소를 제기해야 한다.[270] 따라서 정부를 상대로 하는 계약 당사자는 이의가 있는 경우 이의절차의 엄격한 요건에 따라 행정구제절차 및 사법구제절차를 준수해야 한다.

그런데 *Canadian Commercial Corp./Labrador Aviation Services* 사건[271]에서 계약이 수차례 변경되면서 당사자인 캐나다상업공사와 LAS는 행정구제절차에 대한 이해부족으로 말미암아 계약담당관이 이의제기의 정도에 이르지 않는다고 판단하는 결과를 낳았고, 이는 다시 사법구제절차를 받을 수 있는 요건을 충족하지 못하는 결과를 낳았다. 또한 당사자는 분쟁해결조항을 준수하라는 권고에도 불구하고 계약상 절차를 준수하지 않음으로써 미군 계약소청심사위원회로의 불복 신청 또한 그 요건상의 하자에 의해 각하되었다.

이 사건은 대한무역투자진흥공사가 정부간 거래에 참여하는 경우에 계약 상대방 국가의 정부간 거래에 관한 관련 법규상의 이의절차를 충분히 숙지할 필요가 있음을 잘 보여준다고 할 것이다.

◇ 대한무역투자진흥공사는 정부간 거래에서 관련 법규상의 이의절차 및 계약상 이의제기 절차를 사전에 충분히 숙지할 필요가 있음

270) *Rock Island, Ark. & La. R.R. v. United States.* 사건은 정부와의 거래에 있어, 행정적 절차의 우선 경유 후 법적 구제절차를 구해야 함을 판시하였다. 254 U.S. 141, 143 (1920).

271) ASBCA, Appeal of Canadian Commercial Corporation Under Contract No. F28609-83-C-0060, 88-1 BCA P 20224, ASBCA No. 34257, 1987.

V. 결론

본 연구는 최근 관심이 높아지는 정부간 거래의 선도기관인 캐나다상업공사의 소송 사례를 연구하여 위험 대응방안의 수립을 위한 기초자료의 활용목적으로 연구되었다. 앞에서 언급한 바와 같이 정부간 거래는 다양한 주체와 계약관계로 연결되어 있으며 이에 수반하여 여러 위험이 산재한다.

우선 캐나다상업공사가 정부간 거래에 참여하는 방식은 직접 계약 당사자로서 캐나다 민간기업을 대리하여 외국정부와 원계약을 체결하고, 이러한 계약에 대응하는 하청계약을 캐나다 민간기업과 체결한다. 그런데 여기서 참여하는 국내 민간기업과 캐나다상업공사와의 관계를 법적으로 어떻게 보는지에 따라 인정되는 법적 의무가 달라질 수 있다는 점을 앞에서 보았다. 이러한 관계를 단순히 대등한 지위의 상거래로 보는 경우에 통상적인 상거래 관계에서 발생하는 위험을 대비하면 된다. 그러나 이러한 관계를 영미의 신인관계나 우리 민법의 위임관계로 보는 경우에 대한무역투자진흥공사는 이러한 특수관계에서 수반되는 다양한 법적 의무를 부담할 수 있다. 따라서 사전에 대한무역투자진흥공사가 국내 민간기업과 용역계약이나 하청계약을 체결하는 경우에 계약에 명시적으로 이러한 특수관계의 설정을 부인하고 이에 수반되는 책임을 면책하거나 제한하는 내용을 포함하면 위험을 줄일 수 있다고 생각한다.

과거 미국의 「정보자유법」 시행 초기에 언론기관보다는 산업스파이 등이 공공기관에 정보의 공개를 청구하는 사례가 많았다.[272] 그런데 「정보공개법」의 적용대상인 대한무역투자진흥공사가 계약 당사자로 참여하는 정부간 거래에서 경쟁기업이 하청기업과의 정보의 공개를 청구하는 사례가 많을 것으로 예상된다. 따라서 대한무역투자진흥공사가 이러한 정보공개청구에 대하여 사전에 대비하여 중요한 영업비밀이 공개되지 않도록 유의해야 한다.

또한 정부간 계약과 관련하여 분쟁이 있는 경우 정부조달의 계약 상대방에 대한 구제절차로써 계약담당관에 대한 문제제기, 계약소청심사위원회에 대한 항소신청 및 법원에 제소

272) 미래창조과학부, 1면.

등 여러 가지 구제수단을 이용할 수 있다. 그런데 대한무역투자진흥공사가 향후 정부조달거래의 당사자로 참여한 경우에 외국 조달법령의 구제철차를 사전에 숙지 못하여, 절차적인 이유로 정당한 청구에 대해 구제받지 못하는 경우가 있어서는 안 될 것이므로, 대한무역투자진흥공사가 외국정부의 조달거래에 참여하는 경우에 통상적으로 외국의 관련 국내법상 분쟁해결절차를 숙지하고 있을 것이 요구된다.

최근 캐나다는 캐나다상업공사를 이용하여 정부간 거래에서 방산물자 및 일반물자의 수출을 크게 활성화 시키고 있으며 그 규모도 급증하는 추세이다.[273] 우리나라도 이에 맞추어 향후 대한무역투자진흥공사를 통한 정부간 거래 촉진을 위한 지속적인 노력이 필요하다고 생각한다.

273) 캐나다의 2013년 정부간 거래 계약규모는 22~23 억 달러였으며 과거 3년의 15~18 억 달러를 크게 상회한다. 산업연구원, 223면.

VI. 참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

곽윤직, 「채권각론[민법강의IV]」 제6판(박영사, 2003년).

김용담 (편집대표), 「민법(주석) 총칙(2)]」(제4판, 한국사법행정학회, 2010).

김준호, 「채권법」(제5판, 법문사, 2014).

목영준, 「상사중재법」(박영사, 2011).

박준서(편집대표), 「주석민법 채권각칙(4)」(정현수 집필)(한국사법행정학회, 1999).

옥동석, 「권력구조와 예산제도」(21세기북스, 2015).

정동윤·유병현,「민사소송법」(제4판, 법문사, 2014).

(2) 논문 및 기타 자료

강경근, 「정보공개제도의 입법 및 사법적 실현」, 현안분석 2002-12 연구보고서, 한국법제연구원.

경건, “미국 정보공개법제의 개관”, 「서울법학」 제15권 제1호(2007).

김대식, “미국의 공공계약법제의 동향과 시사점”, 공공분야의 계약법제의 동향과 과제 워크숍, 한국법제연구원(2011. 5.).

김배원, “정보공개제도와 기업비밀-미국의 FOIA 예외조항 4의 판례를 중심으로”,「공법학연구」 제5권 제2호(2012).

김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신뢰의무,” 「상사법연구」제24권 제3호(2005).

김봉철, “정보공개법상 공개대상 정보로서 ‘공공기관이 보유・관리하는 정보’에 관한 연 - 보유·관리되고 있는 정보의 의미와 공공기관의 정보생성·복원·가공의무를 중심으로-”, 「법조」 제693권(2014. 6.).

김용재, “은행의 과실에 의한 부실기재책임에 관한 연구 - 미국의 Restatement of Torts와 판례법을 기초로 -”, 「안암법학」 통권 제34호(2011. 1.).

미래창조과학부, “미국 「Freedom of Information Act」와 우리나라 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 비교”, 「과학기술 동향 심층 분석보고서」 제4호(2013. 12.).

박찬동, “국제대출거래에서 주간사의 신인의무에 관한 연구”, 「국제거래법」 제23집 제22호(2014. 12.).

_____, “국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구-영미 판례법을 중심으로-”, 「고려대학교 박사학위 논문」(2013.12.).

산업연구원, 「정부간 거래(G to G)의 부상과 우리 기업의 수출 지원방안 - 방위 및 공공보안산업을 중심으로-」, 정책자료 2014-233(2014. 11.).

안법영, “2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고- 총칙편과 채권편을 중심으로,” 「고려법학」제38호(고려대학교 법학연구원, 2002).

안전행정부, 「2012년도 정보공개연차보고서」(2013. 9.).

옥동석, 「재정민주주의와 지출승인법」, 조세연구원 보고서(2004).

이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법, 금융법의 충실의무를 중심으로,” 「홍익법학」제12권 제1호(2011).

이채진, “금융투자업자의 신인의무에 대한 소고 - 미국에서의 논의를 중심으로-,”「상사판례연구」제23집 제4권(2010).

이철환, “정보공개소송에서의 쟁점”,「법학논총」제28권 제1호(2008).

임중호, “이사의 충실의무론,” 「비교사법」제6권 제2호(1999.12.).

장근영, “영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위,” 「비교사법」제15권 1호(통권 40호)(2008).

전현철, “미 연방정부 조달계약에 관한 법적 고찰”, 「미국헌법연구」 제23권, 제1호(2014).

조달청, 「미국연방정부계약 - 계약 절차 평가-」, 외국정부조달제도 조사·연구서(1)(2004).

주시카고총영사관, “캐나다 공무원의 후생복지 제도”.

최인호, “미국의 사례를 중심으로 본 정부조달계약의 공공성과 하도급질서의 공정화를 위한 법적규율”, 「법학논총」 제31집 제3호(2011).

최창호, “미국의 정보자유법에 관한 연구”,「법학논고」 제20권(2004).

표성수, “정보공개법 소정의 예외사유(비공개정보)에 관한 연구”, 「법조」 제57권 제7호

(2008).

한민, “신디케이티드 대출에 관한 법적 검토,” 「이화여자대학교 법학논집」 제16권 제4호 (2012. 6.).

2. 외국문헌

(1) 단행본

Cartwright, John, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*(Sweet & Maxwell, 2007).

Frankel, Tamar, *Fiduciary Law* (Oxford University Press, 2011).

Mugasha, Agasha, *The Law of Multi-Bank Financing: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market*(Oxford Univ., 2007).

Proffitt, Michael (ed.), *Oxford English Dictionary* (2d ed., Oxford Univ., 1989).

(2) 논문 및 기타 자료

Canadian Commercial Corporation, *CCC Annual Report 2013-2014*.

Department of Justice, *Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act*.

Hill, Alfred, *Damages for Innocent Misrepresentation*, 73 Colum. L. Rev. 680 (1973).

Mugasha, Agasha, *International Financial Law: Is the Law Really “International” and Is It “Law” Anyway?,* 26 BFLR-CAN 381 (2011).

Nagy, Charles J., 86 *C.J.S. Torts* § 2 (Westlaw) (2013).

Perillo, Joseph J. & William E. Conner, *From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government’s Termination for Convenience Power*, 7 Federal Bar Journal 342 (1997).

Qu, Charles, *The Fiduciary Role of the Manager and the Agent in a Loan Syndicate*, 12 Bond Law Review 86 (2000).

Sealy, L. S., *Fiduciary Relationships*, 1962 Cambridge L.J. 69 (1962).

Weiss, Cheryl Goss, *A Review of the Historic Foundations of Broker-Dealer Liability for Breach of Fiduciary Duty*, 23 J. Corp. L. 65 (1997).

Williston, Samuel, *Liability for Honest Misrepresentation*, 24 Har. L. Rev. 415 (1911).

大西邦弘, シンジケートローンにおけるアレンジャーの參加金融機關に對する情報「提供」義務（取引法研究會レポート）, 法律時報85卷11号（通卷1065号）(2013年 10月).

VII. 첨부 자료

1. 캐나다상업공사의 기타 소송사례

(1) *Western Canada Steamship Company Ltd. v. Canadian Commercial Corp. and Others* 사건[1)]

1) 사실관계

원고인 해상운송인이 원고의 선박인 Lake Chilco의 공동해손분담금을 화주에게 청구한 사건이다. 해당 선박은 '평온한 해상의 기상상태'(calm weather)의 해상에서 프로펠러축이 고장 났다. 이후에 이러한 파자가 중심 추진장치(propulsion machinery)의 설계에 하자가 발견되었다.

화물에 대한 39개의 선하증권이 발행되었으며 화물은 Mombasa, 콜롬보, 싱가포르에서 로스앤젤레스와 밴쿠버로 운송되는 화물이었다. 해상운송계약은 모두 명시적으로 1936년 「해상물품운송법」(Water Carriage of Goods Act)의 적용을 받으며 1877년 「요크와 앤트워프 규칙」(York and Antwerp Rules 1877)의 적용을 받는다고 규정하였다. 개별 선하증권은 다음의 조항을 포함하였다:

> 10. 공동해손은 1924년 「요크규칙」에 따라 조정되며 그러한 규칙에서 정하지 않는 사안은 캐나다 Dominion의 법과 관습에 따르며 공동해손은 운송인이 선택한 공동해손산정인(average adjusters)이 준비하며 해당 산정인은 통상적인 수수료의 적용을 받고 공동해손의 확정(settlement)과 추심(collection)에 참여한다.
>
> 사고, 위험, 손해 또는 재해가 발생하는 경우에 원인이나, 출항의 개시 전후에 과실의 발생여부 및 운송인이 법률, 계약 또는 기타 사유로 책임을 부담하는 원인과 관계없이 송하인, 수하인 또는 화주는 공동해손으로 운송인과 분담하는데, 이는 공동해손 성격의 희생, 손실, 또는 비용이며 물품과 관련하여 발생하는 구조료와 특별비용으로 발생하거나 부담하거나 지급되어야 할 공동해손성질의 희생, 손실 또는 비용이다. 해난구조선박이 운송인이 소유하거나 운영하는 경우에 해난구조비는 이러한 해난구조선박이 타인에게

1) Canadian Supreme Court, [1960] S.C.R. 632.

속하는 경우와 마찬가지로 완전히 지급된다.

이러한 예치금은 운송인이나 운송인의 대리인이 이에 관한 물품의 예상분담금과 구조료의 예상분담금을 충당하기 위하여 충분하다고 인정할 수 있으며 이에 관한 특별비용이 필요한 경우에 화물, 송하인, 수하인 또는 화주가 인도전에 운송인에게 지급되어야 한다.

이 사건에서 선박의 설계상 문제로 인한 프로펠러축(tail shaft)의 결함으로 인한 문제가 발생하였다. 그러나 이러한 결함은 손해가 발생한 시점에 알 수 없었다. 이로 인한 운항불능상태가 발생하였고 주의의무에 관한 입증책임을 누가 부담해야 하는지의 문제도 발생하였다. 1952년 「해상물품운송법」[2)]이 직접 적용되었다.

원고인 해상운송인은 원고의 선박인 'Lake Chilco'는 화물의 운송 중에 해상에서 프로펠러축의 고장이 발생하였다고 주장하였으나 이후에 중심 추진장치의 하자가 발견되었다. 원고인 해상운송인은 피고들에 대하여 운송된 화물에 대한 공동해손분담금을 청구하였다. 새로운 프로펠러축이 폭격기에서 개조된 항공화물기를 이용하여 웨일즈에서 싱가포르로 운송되었다. 새로운 프로펠러축을 항공운송으로 인하여 발생한 비용과 해상운송으로 인하여 발생한 비용과의 차액을 청구하였다.

피고는 선박이 처음부터 감항능력이 없었다는 이유로 이러한 책임을 부인하였다. 피고는 1877년 「요크와 앤트워프 규칙」의 규칙 F에서 통상비용(general expense)으로 인정받는 다른 장소에서 발생한 "추가비용"(extra expense)이 아니라고 주장하였다.

그런데 해당 선박은 출항 전에 방충재(fender log)와 충돌이 발생했으나 검사에서 아무런 손상이 발견되지 않았다. 선주는 해당 선급의 선박에서 프로펠러축의 높은 고장 사례가 발생하고 있다는 경고를 받았으나 이 사건의 고장 원인은 손해가 발생했을 당시에 알 수 없었다. 프로펠러축은 출항하기 전에 정밀한 검사를 하였으나 해당 선급에서 이러한 검사는 요구되지 않은 것이었다.

제1심 법원의 판사는 선박이 감항능력이 없었다고 판결하였으나 해상운송인은 감항을 위한 주의의무를 다하였다고 판단하였다. 이러한 판결은 항소법원에서 파기되었고 해상운송인은 캐나다 대법원에 상고하였다.

참고로 불내항성(unseaworthiness)이 손해의 원인으로 입증된 경우에 「해상물품운송

2) R.S.C. 1952, c. 291.

법」[3]에서 입증책임은 해상운송인이 부담한다. 이러한 입증책임은 출항 전과 출항 당시에 선박이 감항능력이 있도록 주의의무를 다하였는지 여부로 제한된다. 이러한 입증책임은 해상운송인이 손해의 원인이나 불내항성의 원인을 입증하도록 요구하지 않으며 명확하지 않은 상황을 설명하는 모든 정황을 입증하도록 확장되지 않는다.

이 사안에서 운송인이 출항 전과 출항 당시에 선박이 감항능력이 있도록 주의의무를 다하였는지는 증거로 확인되었다. 프로펠러축의 하자는 이 사안에서 숨은 하자였다. 운송인이 비틀림측정기((torsiograph equipment)를 설치하고 결함의 원인이 결정되기 까지 다수의 측정을 하도록 요구하지 않았다. 증거는 웨일즈에서 싱가포르로 8 톤의 프로펠러축을 운송하기 위한 목적에서 전세기를 이용하는 것이 통상적이라는 점을 보여주지 못하였다. 이는 해상으로 운송하는 방식을 이용하지 않아서 발생한 추가 비용이었다.

2) 판시사항

1947년 4월 Lake Chilco호가 출항하기 전에 운송인은 해상운송과 해상보험업계에서 상당한 숫자의 Liberty and Victory 선급의 선박이 프로펠러축에서 원인불상의 노후화로 발전되는 경향이 있음을 알고 있었다. 실제로 원고가 그러한 20척의 선박을 운영하였으며 같은 해 1월에 Lake Sicamous호의 프로펠러축이 항해 중에 파손되었다.

1947년 5월 9일 Lake Chilco호가 화물의 선적을 위하여 빅토리아의 부두에 접근하며 프로펠러가 방충재에 충돌하였고 방충재에 18 인치의 홈을 만들었다. 다음 날에 선장은 해상손해사정인과 기술사와 함께 선장이 검사하였고 해상손해사정인은 프로펠러의 날에 손상이 보이지 않으며 항해에 적합하다는 판정을 내렸다.

5월 11일 해당 선박은 콜롬보에서 선적을 마친 뒤 싱가포르로 출항하였다. 9월 16일과 17일에 선적을 마친 뒤 18일에 로스앤젤레스로 출항하였다. 9월 20일 새벽에 갑작스런 진동이 발생하였고 프로펠러축이 파손되었고 프로펠러가 떨어져 나갔다. Lake Chilco호는 싱가포르로 견인되었으나 프로펠러축을 교체할 수 없었다. 영국 웨일즈에서 프로펠러축을 취득하여 폭격기를 개조한 화물운송기를 이용하여 프로펠러축을 운송하였다. 항공운송료는 22,018 달러였다. 해상운송으로 부품을 운송하였을 경우에 운송비는 246.75 달러였다. 운송

3) Art. IV, Rule 1 of the Schedule.

인은 공동해손비용으로 차액인 21,771.25 달러를 청구하였다. 청구이유로 원고는 항공운송으로 절감한 시간으로 피난항에서의 비용이 24,606 달러였으며 항공운송료는 1877년 「요크와 앤트워프 규칙」의 F 규칙에서 "공동해손으로 인정될 수 있던 다른 비용을 대신하여 발생한 추가 비용"이 F 규칙 범위 내에 속하다고 주장하였다.

피고가 분담금의 책임을 부담하는지 여부를 결정하는 경우에 쟁점이 되는 사항은 10,182 달러가 원고가 추가 비용이라기보다 통상적인 비용이라고 주장하는 해상운송료를 초과하는 항공운송료로 주장하는 금액이다. 따라서 공동해손 비용으로 인정될 수 있는 비용은 아니다.

그러나 피고는 이 사안에서 어떠한 경우에도 분담금에 책임을 부담하지 않는다고 주장할 수 있다. 손실이 Lake Chilco호의 불내항성에 기인하였다고 주장하는 경우에 그러하다. 여유 프로펠러축의 부품을 준비하지 아니한 점에 관한 과실의 주장은 증거로써 입증되지 못하였다.

이 사건에서 불내항성이 원인으로 입증되는 경우에 캐나다 해상운송법 제IV절의 입증책임은 "출항 전과 출항 당시에 선박이 감항능력이 있도록 주의의무를 다하였음"을 입증하는 것으로 제한된다. 이러한 문구는 손실의 원인이나 불내항성의 원인을 입증하는 책임을 운송인에게 전환시키지 않으며 "불분명한 상황을 설명하는 모든 정황을 운송인에게 입증하도록" 확장시키는 것으로 취급되지 않는다.[4)]

이 사건에서 제출된 증거는 프로펠러의 손실의 원인으로서 선박의 추진체계의 비틀림 진동으로 이어졌으며 이러한 효과가 강력하여 방충재 사건이 손실의 원인으로 취급할 수 있는 연관 가능성을 배제시킨다. 그러나 충돌 당시에 운송인은 프로펠러축이 방충재와의 접촉으로 내구성이 약화되지 않았음을 확인할 수 있는 방법이 전혀 없었으며 이로 인하여 프로펠러와 프로펠러축의 사고의 가능성이 있는 결과를 무시하는 것은 부주의했을 것이다. 그러나 이와 관련하여 5월에 수행된 조사와 검사 및 이후의 선박 기술자가 행한 주의는 부속서 제IV절의 의미 내에서 주의의무를 다하였다고 판단한다.

이 사건에서의 난제는 사실 두 종류의 별개의 불내항성의 문제로써 원고에게 두 가지의 별개의 입증책임이 부과되는 것으로 취급하는 점에서 발생한다. 방충재 사고와 관련된 입증책임과 선박의 프로펠러축의 내구성에 관한 원고가 인식하고 있던 상태에 관한 입증책

4) *Dominion Tankers Limited Shell Petroleum Company of Canada Limited*, per Maclean J.

임이다. 실제로 단 한 가지 쟁점만이 있으며 이는 원고가 선박의 출항 전과 출항 당시에 감항능력이 있도록 확인할 주의의무를 다하였는지에 관한 문제이다.

Liberty 선급의 추진체계의 비틀림 성격은 1947년 여름에 '미국 해상국'(American Bureau of Shipping)에서 조사 중이었으며 이러한 조사의 결과가 프로펠러축의 내구성 약화의 원인이었다는 점은 1948년 1월까지 알려지지 않았다. 1947년 8월의 원고가 인식하고 있었는지 여부를 판단할 때 미국해상국의 5월 21일 서한은 가장 중요한 부분이다. 이 서한의 내용에서 해상운송분야에서 상당한 영향력이 있는 기구의 견해를 보여주는데, 이는 당시에 Liberty 선급의 선박에서 프로펠러축의 고장에 권고될 수 있는 최선의 해결방안이었다. 선주는 이러한 권위 있는 권고를 이러한 선박에서 프로펠러축의 파손 위험을 제한하거나 피할 수 있는 최선의 방안으로 평가할 수 있다.

해상국 규칙은 정기해상운송인의 프로펠러축이 매 3년마다 빼내도록 요구하였다. 또한 Liberty 선급의 선박은 2년을 넘지 않도록 강력히 권고하였다. Lake Chilco는 비교적 신규 선박으로서 널리 승인된 기준에 따라 제작되었다. 따라서 8월 25일 몸바사에서 선적을 개시할 당시에 감항능력이 있는 선박이었으며, 단지 선박의 추진체계에 불상의 원인으로 잠재적인 내구성문제가 있었으며, 이는 프로펠러축을 매3년이 아닌 2년마다 빼내어 검사하도록 만든 것이었다. 이러한 정황과 프로펠러축이 4개월 먼저 빼내었다는 점을 고려할 때, 운송인이 화물을 선적하는 것이 비합리적이었다고 생각하지 않으며, 이러한 점에서 운송인이 해상모험에 수반되는 통상의 위험이 아닌 다른 위험을 알고 있었어야 하거나 운송인을 이러한 위험을 노출시킨다고 생각하지 않는다. 하자는 1947년 4월에 캐나다 서부연안에서 당시 적용된 통상적이고 승인된 검사방식으로 발견될 수 있는 것이 아니었다.

피고는 공동해손의 분담금에 대한 책임이 있는데, 이는 선박의 프로펠러의 손실로 인한 비용과 '공동해손사정평가서'(Average Adjustment Statement)에서 결정된 금액이다. 피고는 프로펠러축이 영국에서 해상으로 운송되었다면 지급되었어야 할 비용과 항공운송으로 실제로 지급된 비용의 차액에 대한 책임이 없다고 주장한다. 이러한 주장은 선박의 여분의 부품이 통상적으로 싱가포르로 항공으로 운송되며 프로펠러축의 항공운송비용은 통상의 비용이었으며 요크 규칙의 F 규칙에서 규정하는 추가비용이 아니라는 이유에 기초한다.

증거를 고려할 때 8 톤의 프로펠러축을 웨일즈로부터 싱가포르로 운송하기 위한 목적에서 항공운송은 통상적이라고 볼 수 없다. 이러한 비용은 추가비용으로서 선박이 프로펠러

축이 해상으로 운송되는 동안 싱가포르에 정박해야 하는 경우에 관련되는 비용 대신에 발생한 추가 비용이다.

(2) *CAE Aircraft Ltd. v. Canadian Commercial Corp.* 사건

1) 사실관계

캐나다상업공사와 미국 정부와의 계약에서 캐나다상업공사와 하청계약을 맺은 CAE는 캐나다상업공사의 계약위반을 이유로 캐나다상업공사를 제소하였다. CAE는 캐나다상업공사와의 계약협상을 위한 '형평에 기한 계약변경제안서(Proposal for Equitable Adjustment)'를 작성하였고, CAE는 이러한 제안서에 따라 캐나다상업공사가 대금정산방법에 동의하였다고 주장하였다. 그러나 캐나다상업공사는 CAE가 계약을 이행하지 아니하였다고 주장하였고 이러한 캐나다상업공사의 주장이 위 제안서에 따른 합의에 반하여 금반언원칙에 의하여 금지되는지가 문제되었다. 이에 법원은 피고의 주장이 금반언에 의하여 금지되는가를 판단하기 위한 심리를 허용하였고, 이 과정에서 법원은 캐나다상업공사에게 CAE의 대표자가 캐나다상업공사가 공식적으로 위 제안서를 수락하지 아니하였음을 알고 있었다는 것을 증명하기 위한 반대심문(cross-examine)을 허용하였고, CAE는 자신의 주장을 입증할만한 증거를 제시하지 못하였다.

이에 CAE는 당해 사건의 판사에 대하여 이의를 제기하였고, 주심(Chief Justice)은 부심(Associate Chief Justice)에게 이 사건에서 이의를 제기 받은 판사가 사건을 담당하는 것이 적절한가에 관하여 결정하고, 또한 원고가 주장한 당해 판사가 편파적인가에 관한 근거가 합리적이고 충분한지를 판단하였다. 이에 캐나다상업공사는 당해 판사가 계속하여 당해 사건을 담당할 것을 주장하였으나, 부심은 CAE 주장이 타당하다고 보이므로, 당해 판사가 계속 사건을 담당하는 것은 부적절하다고 판단하였고, 당해 판사는 기피되었다.[5] 이에 캐나다상업공사가 항소한 사건이다.

2) 판시사항

주심의 임무는 법률규정과 관습으로 정해진다. 보통 소송경제의 관점에서 특정판사의 임

5) 법관의 제척·기피·회피는 구체적 사건과 밀접한 관계에 있는 법관을 그 사건의 직무집행으로부터 배제시키는 제도이다. 이는 재판의 공정과 재판에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위함이며, 공정한 재판을 보장하기 위하여 우리나라는 헌법과 법률로 법관의 임용자격과 임용방법을 엄격히 정하고 법관의 독립을 보장하고 있지만, 이러한 일반적인 배려만으로는 충분하지 않으므로 더 나아가 구체적 사건에서 특수한 관계로 공정한 재판을 객관적으로 기대할 수 없는 경우를 고려하여 이러한 제도를 두고 있는 것이다. 제척이란 법률상 규정한 사유가 있으면 법관이 법률상 당연히 직무집행을 할 수 없는 것이고 기피란 제척사유 이와에 재판의 공정을 의심할 만한 사유가 있는 경우에는 당사자의 신청에 따른 재판에 의하여 직무집행으로부터 배제되는 것이고, 회피란 법관이 스스로 직무집행을 피하는 것이다. 정동윤·유병현, 「민사소송법」(제4판, 법문사, 2014), 96면.

무에 관한 분쟁은 정식으로 소송을 통하여 해결되는 것이 아니라, 비공식적으로 이에 관하여 다루게 된다. 단 법관이 법률을 잘못 적용하였거나, 명백한 법의 무시가 있는 경우는 예외적으로 사법심사의 대상이 된다. 기피신청이 된 당해 판사는 단지 사건을 진행함에 있어서 전체적으로 판단하지 않고 일부에 대하여만 판단하였으므로, 쟁점이 된 모든 사항들을 다시 검토할 것이 요구되나, 여기에는 어떠한 법의 위반이나 명백한 법의 무시가 없었다고 판단된다.

다음으로, 판사를 기피할 만한 합리적인 우려로 즉 재판의 공정을 해할 우려가 존재하는가에 관하여 살펴본다. CAE는 당해 판사가 캐나다상업공사가 CAE의 계약의 불이행을 주장함에 있어서 금반언원칙에 위반되는 가에 대하여 판단오류를 범하였다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 CAE가 이에 관하여 어떠한 증거도 제시하지 못하였으므로 이유 없다고 판단된다. 따라서 당해 판사가 재판을 계속 진행하지 못할 이유가 없으므로, CAE에게 합리적인 우려가 존재하였다고 판단한 것은 잘못된 판단으로 보인다.

(3) *Professional Institute of the Public Service of Canada and Pushpa Prakash, v. Canadian Commercial Corp.* 사건[6]

1) 사실관계

공동 원고인 Pushpa Prakash는 피고의 여성 고용인으로서 1986년 피고 회사에 입사하기 전에 연방공무원이었다. 원고는 공동 원고인 '전문직공무원노조'(Professional Institute of Public Service: 이하 'PIPS')[7]의 노조원이다. PIPS는 캐나다 노동법에 따른 캐나다 공무원노조로서 피고의 모든 고용원을 대리하는 교섭대리인이다.

이 사건은 피고의 종업원이 「임금평등법」(Pay Equity Act)[8]에 따라 소급하여 차별받은 임금을 지급받고 임금을 조정 받을 수 있는 권리를 확인하는 소였다. 또한 원고는 피고가 불법적으로 임금평등법에 기한 임금을 지급하지 않았으며 임금을 조정 하지도 않았으며 피고는 이러한 임금의 지급을 거절할 권리가 없다는 확인도 함께 청구하였다.

이에 반해 피고는 이러한 청구원인이 합리적인 근거가 없다는 이유로 소를 기각하는 명령을 청구하였다.

2) 판시사항

법원은 「임금평등법」에 기한 임금의 소급 지급과 임금의 조정을 캐나다 「인권법」(Human Rights Act)에서 차별의 금지를 인정하는 효과로 인정한다. 또한 법원은 이 법에서 차별에 대한 보상금이 캐나다공사 설치법인 「캐나다상업공사법」 제14조 (2)항에서 정한 급여(benefit)에 속한다.

참고로 이 법 제14조 (2)항은 "이 법에서 고용된 자로서 이러한 고용 직전에 공직에 있었거나 「공무원임용법」(Public Service Employment Act)에서 정한 공무원(employee)이었던 자는 모든 급여(benefits)를 계속 받으며 받을 권리가 있는데, 단 그러한 자가 계속

---

6) 2000 WL 1446082, 2000 CarswellOnt 5149, Ont. S.C.J., Dec 08, 2000.

7) 캐나다 공무원 노조는 전문직공무원 노조와 일반직 공무원노조로 나뉜다. 전문직 공무원노조는 약 100여개의 직능별 공무원들이 소속되어 있다. 각 직능별로도 노조가 있는데 직능별 노조의 대표들로 '전문직공무원노조'(Professional Institute of Public Service)가 구성된다. 주시카고총영사관, "캐나다 공무원의 후생복지 제도" <http://usa-chicago.mofa.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=15&boardid=11439&seqno=802831&c=&t=&pagenum=1&tableName=TYPE_LEGATION&pc=&dc=&wc=&lu=&vu=&iu=&du=>.

8) R.S.O. 1990, c.P.7. 2. 이 법에서 임금 평등이란 가치가 동등한 근로에 대하여 동등한 임금이 지급되는 것을 의미한다. 회사 내에서 여성 직종의 가치가 남성 직종과 동등하거나 대등할 경우에 여성 직종에 대하여 남성 직종과 동등한 임금을 지급하도록 요구한다. 온타리오주, "임금평등 확립 및 유지 요청 통지서", <http://www.payequity.gov.on.ca/other/korean/notice_requirement.pdf>.

공무원이었다면 수령할 수 있었던 봉급(salary)은 제외한다.”고 규정한다.

(4) *GPEC International Ltd. v. Canadian Commercial Corp.* 사건

1) 사실관계

이 사안은 St. Lucia Solid Waste Management Authority가 쓰레기 매립장을 건설하기 위한 '설계와 건축계약(이하 '프로젝트 계약' (Project Contract))'에 관한 사건이다. 이 사건 프로젝트 계약은 본래 2000년 5월에는 GPEC과 St. Lucia에 소재하고 있는 GPEC의 파트너가 함께 하는 합작투자형식이었으나, 2000년 6월에 GPEC가 캐나다상업공사를 대신하여 이 사건 프로젝트와 관련된 작업을 수행하는 조건으로 계약자의 지위가 캐나다상업공사로 변경되었다. 즉 캐나다상업공사와 GPEC 사이에 내부적으로 계약관계가 존재한다.

이러한 캐나다상업공사와 GPEC간의 계약에는 「상사중재법」(Commercial Arbitration Act: 이하 'CAA')에 따라 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 다음과 같은 조항이 포함되어 있었다. "캐나다상업공사와 발주회사간의 분쟁이 발생한 경우, 경개계약(Novated Agreement)의 규정에 따라 규율되는 반면, 공급업자와 캐나다상업공사 간의 계약에 관하여 분쟁이 생긴 경우에는 우호적으로 분쟁을 해결한다. 분쟁이 우호적으로 해결되지 아니한 경우에는 이와 같은 분쟁은 중재로 해결하며 준거법은 CAA가 된다. 이 경우 중재결정은 양 당사자에게 최종적이고 구속력을 가진다."

캐나다상업공사와 GPEC 간의 계약과 관련하여 여러 분쟁이 발생하였고, 이에 중재판정부가 설립되고, 중재인이 선정되었고 GPEC의 요청에 따라, 2번의 심리가 진행되기로 결정되었고, 첫 번째 심리는 2006년 6월에 개시되었다.

첫 번째 중재심리 중, 2006년 6월 29일에 캐나다상업공사는 캐나다상업공사와 GPEC 간의 계약을 해지하였다. 그 후 2007년 4월 4일 캐나다상업공사는 이사건 프로젝트 계약과 관련하여 발주회사와 화해계약을 체결하였고, 2007년 4월 19일에 이를 GPEC에 통보하였다.

2007년 10월 24일 중재판정부는 다음과 같이 첫 번째 심리에 관한 임시판정으로 중간판정을 내렸다.

1. CAA 제18조와 제34조와 「연방법원법」(Federal Courts Act) 제18.1조에 따라 중간판정을 내리며
2. 캐나다상업공사의 계약해지 결정과 화해계약을 체결함에 따라 캐나다상업공사와

GPEC간의 계약의 중재조항은 더 이상 효력이 없다.

이에 GPEC는 이러한 중재판정이 명백한 사실판단과 법적용의 오류이며 명백하게 정의의 원칙과 정의의 개념에 배치되는 것으로서 공서에 위배된다고 주장하며, 법원에 제소하였다.[9)]

2) 판시사항

GPEC의 임시판정을 취소해달라는 주장에 관하여 살펴보면, 이 사건 임시판정은 「연방법원법」에 의하여 이루어진 것이므로 이에 관하여는 재판권이 존재하지 아니하여 부적법하다. 즉 중재판정부는 「연방법원법」에서 규정하지 아니므로 어떠한 연방 법률에도 이러한 판정을 취소할 권한을 법원에 부여하지 않는다. CAA는 당사자가 CAA에 따라 자유롭게 분쟁을 중재에 회부할 수 있도록 보장하고 있고, 중재인의 권한의 범위나 그 행사방법 등을 규정하고 있으므로, 중재인의 권한은 이에 따라 결정된다.

「연방법원법」 제6조와 제34조는 법원은 일정한 경우에 중재판정을 취소할 권한을 가진다고 규정되어 있고, 여기서 일정한 경우란 이 법에 규정되어 있는 경우로 한정되거나 또는 법원의 해석에 의하여 한정되어 제한적으로 해석되어야 한다.

이 사건에서 GPEC의 신청에 관하여, 중재인의 관할권을 결정하는 문제는 중재판정부에게 다시 회부하며, 중재판정부가 이를 검토 후 이의주장이 타당하다고 판단하는 경우에 중지된 심리를 다시 개시하고 종국적인 중재판정을 내려야 한다고 판단된다.[10)]

---

9) 중재조항은 주된 계약상 분쟁이 발생하였을 때 이를 해결하여 주는 방법이며, 중재조항의 독립성이란 주된 계약에 무효 또는 취소사유가 있다하더라도 이는 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니하는 것을 의미한다. 즉 중재조항이란 그 본질상 주된 계약의 무효·취소 등 하자를 이유로 분쟁이 발생할 수 있음을 전제로 존재하는 것이므로 일방 당사자가 주된 계약에 무효·취소사유가 있다고 주장하더라도 중재합의 자체는 유효하며, 그에 기하여 중재절차가 진행될 수 있다. 목영준, 「상사중재법」(박영사, 2011), 103면.

10) 직소금지의 효력이란 중재합의가 소송절차의 집행을 방해하고 법원으로 하여금 분쟁을 중재절차에 회부하도록 하는 효력을 말한다. 중재합의는 분쟁을 소송절차에 의하여 해결하지 아니하고 중재에 의하여 해결하자는 당사자들의 계약적 약속이다. 그러나 중재합의의 어느 당사자가 소송절차를 개시하여 분쟁을 해결하고자 하는 경우에 법원에서 당사자간에 중재합의가 있으므로 소송절차를 진행시키지 아니하고 분쟁을 중재에 의하여 해결하도록 하는 것을 말한다. UNCITRAL 「국제상사중재모범법」 제8조 제1항은 중재합의가 무효, 효력 상실 또는 이행불능이 아닌 한, 중재판정부는 당사자들을 중재에 회부(refer)하여야 한다고 규정하고 있고, 우리나라 「중재법」 제9조 제1항은 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 하며, 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다; 상게서, 73-76면.

(5) *Langlois v. Canadian Commercial Corp.* 사건[11)]

1) 사실관계

국가가 이자를 지급할 책임이 있는지 여부에 관한 사건이다. 피고가 공사인 경우에 계약 위반에 기한 손해배상 판결이 내려지면 손해배상에 대한 이자도 함께 인정된다. 「캐나다상업공사법」 제10조에 따르면 캐나다 정부를 위하여 캐나다상업공사가 부담한 채무는 회사 스스로 부담하는 것으로 간주될 수 있다. 따라서 다른 민간 회사와 마찬가지로 취급된다.

2) 판시사항

피고인 캐나다상업공사(과거 '캐나다수출위원회'(Canadian Export Board))는 캐나다 정부의 대리인으로서 원고와 교섭을 통하여 계약을 체결하였다. 국가는 특별법규나 합의 없이 원금에 이자를 청구하지 못한다. 피고는 국가와 동일한 지위에 있으므로 이자를 지급할 수 없다고 주장하였다. 「캐나다수출위원회의 설립에 관한 법」(by a Statute of Canada of 1946, 10 Geo. VI, c. 40, ss. 3(5), 9, 10 and 15(2))에 따르면

> 제3조 (5)항 공사는 여왕의 대리인이며 공사의 권한은 여왕의 대리인으로서만 행사될 수 있다.
>
> 제9조 공사는 여왕을 대리하여 여왕에 대한 구체적인 언급 없이 공사명(corporate name)으로 계약을 체결할 수 있다.
>
> 제10조 공사는 여왕을 대리하여 자발적으로 부담하거나 부담시킨 권리나 의무와 관련하여 제소하거나 제소될 수 있으며 이러한 권리나 의무는 자신의 이익을 위하여 부담하거나 부담시킨 것으로 볼 수 있다.
>
> 제15조 (2)항 이 법률이 발효된 날로부터 캐나다수출위원회가 취득하거나 부담한 모든 권리와 의무는 소송을 위한 목적에서 여왕을 대리하여 공사가 취득하거나 부담한 것으로 취급한다.

이러한 규정을 해석하면 피고는 국가를 대리하여 권한을 행사할 수 있다. 왜냐하면 공사는 물품 및 상품을 매매하는 상거래에 종사하지 않기 때문이며, 이 법의 다른 조항에서 규

---

11) Canadian Supreme Court, [1956] SCR 954.

정된 제한적인 목적만 인정되기 때문이다. 공사가 부여된 권한 내에서만 행위 하는 경우에 여왕에 대한 구체적인 언급이 없이도 공사명의로 계약할 수 있으며, 여기서 중요한 규정인 제10조에 따라 공사는 여왕을 위하여 공사가 취득하거나 부담한 권리나 의무와 관련하여 제소하거나 제소될 수 있다. 또한 *the Judicial Committee in International Railway Company v. Niagara Parks Commission* 판례가 적용되어 대리인이 계약을 체결하지 못하도록 막지 못하는데, 이는 원고뿐 아니라 대리인이 스스로 이행할 책임이 있으며, 국가를 위하고 동시에 자신의 이익을 위하여 계약을 체결한 위원회는 명시적으로 이행책임을 부담한다는 명시적인 조건을 포함시킬 수 있다. 이 법 제10조의 후단에서 쟁점이 되는 채무는 자신의 이익을 위하여 스스로 부담한 것으로 볼 수 있다. 따라서 국가를 위한 대리인이 아닌 것과 마찬가지인 입장이며 공사는 퀘벡주법의 적용을 받는다.

「캐나다상업공사법」 제3조 (5)항은 회사는 모든 목적에서 여왕의 대리인이며 회사의 권한은 여왕의 대리인으로서만 행사될 수 있다. 공사는 국가가 부담하는 책임보다 큰 책임을 부담할 수 없으며 이자를 구할 수 없다. 또한 「재무법원법」(the Exchequer Court Act)[12] 제47조 (6)항에서 국가가 재무법원에서 제소된 경우에 이자의 지급이 금지되었다. 그런데 여기서 계약이 서면계약이라는 점에 주목해야 한다.

제10조 공사는 국가를 위하여 부담한 채무와 관련하여 제소될 수 있으며 이러한 채무는 자신의 이익을 위하여 부과한 것과 마찬가지로 취급한다. 이 조항은 제소된 계약은 법령의 적용범위에 속하는 경우에 공사에 대한 소송은 공사 채무의 강제집행을 구하는 채무가 자신의 이익을 위하여 부담한 것과 마찬가지로 취급하여 주법원에서 제소된 것으로 취급되어야 한다. 이러한 경우에 「민법」 제1067조와 1077조가 적용되고 공사는 이자에 대한 책임을 부담한다.

12) R.S.C. 1952, c. 98.

2. 「캐나다상업공사법」 등 정부간 거래 관련 법령

(1) 「캐나다상업공사법」

Consolidation	통합된 법
Canadian Commercial Corporation Act	「캐나다상업공사법」
Current to May 11, 2015	2015년 5월 11일 기준 현행법
Last amended on December 12, 2006	2006년 12월 12일 최종 수정
OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS	통합된 법의 공식 지위
Subsections 31(1) and (2) of the Legislation Revision and Consolidation Act, in force on June 1, 2009, provide as follows:	「법률 개정과 통합법」 제31조 (1)과 (2)는 다음과 같이 규정하며 2009년 6월 1일부터 시행한다:
31.(1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.	31.(1) 이 법에 따라 장관이 서면이나 전자형태로 공표한 통합된 법률이나 규정의 각 사본은 그러한 법률이나 규정과 그 내용의 증거이며, 장관이 공표하려는 각 사본은 이와 다른 점이 입증되지 않는 한, 이와 같이 공표된 것으로 간주한다.
(2) In the event of an inconsistency between a consolidated statute	(2) 이 법에 따라 장관이 공표한 통합된 법률과 「법률공표법」에 따라 의회의 사

published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the Publication of Statutes Act, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

무처장이 서명한 최초의 법률이나 이 후의 개정 간에 불일치가 있는 경우에 최초의 법률이나 개정이 불일치와 관련하여 우선한다.

NOTE

This consolidation is current to May 11, 2015. The last amendments came into force on December 12, 2006. Any amendments that were not in force as of May 11, 2015 are set out at the end of this document under the heading "Amendments Not in Force".

유의사항

이 통합된 법은 2015년 5월 11일 기준 현행법이다. 최종 개정은 2006년 12월 12일부터 시행되었다. 2015년 5월 11일 기준 시행하지 않은 개정은 "미 시행 개정"의 제목으로 이 문서의 마지막에 포함된다.

An Act to establish the Canadian Commercial Corporation

캐나다상업공사 설립에 관한 법

SHORT TITLE

1. This act may be cited as the Canadian Commercial Corporation Act.

법명

제1조 이 법은「캐나다상업공사법」이라 한다.

INTERPRETATION

2. In this Act,

"Board" means the Chairperson, the President and the other directors of the

해석

제2조 이 법에서,

"이사회"는 의장, 사장과 공사의 기타 임원을 의미한다;

Corporation;

"by-law" means a by-law made under section 6;

"Corporation" means the Canadian Commercial Corporation established by section 3;

"Minister" means such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act.

"President" [Repealed, 2002]

"정관"은 제6조에 따라 작성된 정관을 의미한다;

"공사"는 제3조에 따라 설립된 캐나다상업공사를 의미한다;

"장관"은 캐나다에서 여왕의 추밀원 구성원으로서, 이 법의 목적에서 추밀원의 총독이 장관으로 임명하는 자를 의미한다.

"사장" [2002년 삭제]

ESTABLISHMENT AND ORGANIZATION OF THE CORPORATION

공사의 설립 및 조직

3. There is hereby established a corporation to be known as the Canadian Commercial Corporation consisting of a Chairperson, a President and not more than nine or less than five other directors.

제3조 캐나다상업공사로 알려 진 공사를 설립하며 의장, 사장 및 9인 이하 5인 이상의 이사로 구성한다.

3.1 (1) The Chairperson and the President shall be appointed by the Governor in Council to hold office during pleasure for any term that the Governor in Council considers appropriate.

제3.1조 (1) 의장과 회장은 추밀원 총독이 임명하여 총독이 적합하다로 인정하기 기간 동안 재임한다.

(2) The remuneration of the Chairperson and the President, if they are not members of the federal public administration, shall be fixed by the Governor in Council and paid by the Corporation.

(2) 의장과 사장의 보수는 연방 행정부의 구성원이 아닌 경우에 추밀원 총독이 정하며 공사에서 지급한다.

(3) Each director of the Corporation, other than the Chairperson and the President, shall be appointed by the Minister, with the approval of the Governor in Council, to hold office during pleasure for a term not exceeding four years that will ensure, as far as possible, the expiry in any one year of the terms of office of not more than one half of the directors.

(3) 의장과 사장이 아닌 공사의 각 이사는 장관이 임명하고 추밀원 총독의 승인을 받아 4년을 초과하지 않는 기간 동안 재임하며 가능하다면 과반수의 이사 임기가 1년 내에 종료하지 않도록 한다.

3.2 (1) The Chairperson shall preside at all meetings of the Board and shall perform any other duties that are assigned by the by-laws or by resolution of the Board.

제3.2조 (1) 의장은 모든 이사회의 회의를 주재하며 정관이나 이사회 결의로 부여된 의무도 수행한다.

(2) If the Chairperson is absent from a meeting, the directors that are present at the meeting shall choose a director to preside at it. For that purpose, the director has all the powers and duties of

(2) 의장이 회의에 참석하지 않을 경우에 회의에 참석한 이사들이 회의를 주재할 이사를 선정한다. 이러한 목적에서 그러한 이사는 의장의 모든 권한과 의무를 갖는다.

the Chairperson.

(3) The President is the chief executive officer of the Corporation and has on behalf of the Board the direction and management of the business of the Corporation. The President shall perform any other duties that are assigned by the by-laws or by resolution of the Board

(3) 사장은 공사의 최고경영자이며 이사회를 대리하여 공사의 사업을 관리하고 경영한다. 사장은 정관이나 이사회 결의로 부여된 의무도 수행한다.

(4) If the President is absent or unable to act or the office of President is vacant, the Board may appoint a director or an officer of the Corporation to act as President and shall fix the remuneration and terms and conditions of the appointment. No person may be appointed for a term of more than 90 days without the approval of the Governor in Council.

(4) 사장이 부재중이거나, 업무를 수행할 수 없거나 사장직이 공석인 경우에 이사회는 공사의 이사나 임원이 사장으로 업무하도록 선임할 수 있으며 보수와 선임 조건을 결정한다. 어떠한 자도 추밀원의 총독의 승인 없이 90일 이상 선임될 수 없다.

4. The Corporation is for all its purposes an agent of Her Majesty in right of Canada.

제4조 공사는 캐나다의 권리가 있는 여왕의 대리인으로서 모든 목적을 수행할 수 있다.

5. (1) The head office of the Corporation shall be in Ottawa and the Corporation may establish such branch offices, either inside or outside Canada, as it deems necessary to carry out this Act.

제5조 (1) 공사의 본점은 오타와에 두며 공사가 이 법을 준수하기 위해 필요한 경우에 캐나다의 국내 또는 해외에 지점을 설치할 수 있다.

(2) The Corporation may provide office

(2) 공사는 이 법에서 고용된 자와 이사회

accommodation, supplies and equipment for the Board and persons employed under this Act.

를 위한 사무 공간, 비품 및 장비를 제공한다.

6. The Corporation may make such by-laws as it may deem necessary to carry out this Act.

제6조 공사는 이 법을 준수하기 위하여 필요한 정관을 만든다.

7. (1) The Corporation shall act by resolution of the Board.

제7조 (1) 공사는 이사회의 결의를 준수한다.

(2) The Board shall meet as required by by-law, or on reasonable notice given by the President or any two directors of the Corporation at such convenient place as may be specified in the notice.

(2) 이사회는 통지에서 정해지는 편리한 장소에서 정관에서 정해지거나 사장이나 공사의 2인의 이사의 합리적인 통지로 소집된다.

(3) [Repealed, 2002]

(3) [2002년 삭제]

(4) Three members of the Board constitute a quorum.

(4) 이사회는 3인이 정족수이다.

8. (1) The Corporation may employ such officers or employees as it deems necessary to carry out this Act and may determine their conditions of employment and their remuneration.

제8조 (1) 공사가 이 법을 준수하기 위해 필요하다고 인정하는 경우에 임원이나 직원을 고용하며 근로조건과 보수를 결정한다.

(2) The remuneration determined under subsection (1) shall be paid by the Corporation.

(2) (1)에서 결정되는 보수는 공사에서 지급한다.

(3) The Corporation has, under the Minister, the control and supervision of

(3) 공사는 이 법에 따라 고용된 임원과 직원을 장관 아래에서 통제하고 감독한다.

the officers and employees employed under this Act.

PURPOSES AND POWERS OF THE CORPORATION

9. (1) The Corporation is established for the following purposes:

(a) to assist in the development of trade between Canada and other nations;

(b) to assist persons in Canada

(i) to obtain goods and commodities from outside Canada, and

(ii) to dispose of goods and commodities that are available for export from Canada;

(c) to exercise or perform, on behalf and under the direction of the Minister, any powers or functions vested in the Minister by any other Act that authorizes the Minister to employ the Corporation to exercise or perform them; and

(d) to exercise or perform any other powers or functions conferred on it by any other Act or for the exercise or performance of which it may be employed under any other Act.

(2) The Corporation shall comply with

공사의 목적과 권한

제9조 (1) 공사는 다음의 목적을 위해 설립된다:

(a) 캐나다와 다른 국가 간의 통상의 발전을 지원하고;

(b) 캐나다 국민이 다음을 하도록 지원하고

(i) 캐나다 국외에서 물품과 상품을 취득하고

(ii) 캐나다에서 수출할 수 있는 물품 및 상품을 처분하고;

(c) 장관이 공사를 이용하여 권한이나 역할을 수행하도록 허용하는 다른 법에서 장관에게 부여된 권한이나 역할을 장관의 지시로 장관을 대리하여 공사가 수행하거나;

(d) 다른 법에서 공사에 위임된 권한이나 역할을 수행하거나 또는 다른 법에서 공사를 이용하여 권한이나 역할을 수행하도록 공사에 위임된 권한이나 역할을 수행하는 것이다.

(2) 공사는 목적을 달성하기 위하여 장관이

any general or special direction given by the Minister with reference to carrying out its purposes.

내린 일반 지시나 특별 지시를 준수한다.

(3) Subsections 89(2) to (6) and section 153 of the Financial Administration Act apply, with such modifications as the circumstances require, to a direction given under subsection (2) as though it were a directive referred to in those provisions.

(3) 「재무행정법」 제89조 (2)에서 (6)과 153조가 상황에 따라 일부 수정되어 이 규정에서 언급되는 명령인 경우에도 (2)에서 내린 지시에 적용된다.

10. (1) The Corporation may do such things as it deems expedient for, or conducive to, the attainment of the purposes set out in section 9, and, for greater certainty, but not so as to restrict the generality of the foregoing, the Corporation may carry on the business of

제10조 (1) 공사는 제9조에 규정되어 있는 목적을 달성하기 위하여 필요한 행위를 할 수 있으며, 목적의 일반성을 명확히 하되 제한하지 않으며 공사는 다음과 같은 사업을 수행한다.

(a) importing goods or commodities into Canada; and

(a) 캐나다로 물품이나 상품을 수입

(b) exporting goods or commodities from Canada, either as principal or as agent, in such manner and to such extent as it deems advisable to achieve those purposes.

(b) 상기 목적을 달성하기 위하여 필요한 적정한 방식과 범위에서 본인이나 대리인 자격으로 캐나다로부터 물품이나 상품의 수출

(2) The generality of subsection (1) is not restricted by any provision of this Act other than section 9.

(2) 제9조의 규정을 제외하고 이 법의 어떠한 규정도 (1)의 일반성을 제한하지 않는다.

FINANCIAL PROVISIONS

재무 규정

11. (1) The Minister of Finance shall, on the request of the Minister, from time to time deposit to the credit of the Corporation in the Bank of Canada or in a bank designated by the Minister

제11조. (1) 재무부 장관은 장관의 요청이 있으면 장관이 지정하는 은행이나 캐나다 은행의 공사의 계좌에 수차에 걸쳐 입금한다.

(a) an amount or amounts not exceeding in the aggregate ten million dollars to be paid out of unappropriated moneys in the Consolidated Revenue Fund at any time while this Act is in force; and

(a) 이 법이 시행되는 기간에 통합세입기금의 미승인 자금에서 지급되어 총액이 10백만 달러를 초과하지 않는 금액과;

(b) any other advances or grants to the Corporation that are otherwise authorized to be made by Parliament from the Consolidated Revenue Fund.

(b) 의회에서 이와 달리 통합세입기금의 지출을 승인받은 공사에 대한 기타 선급금이나 보조금

(1.1) The Corporation may borrow moneys from the Consolidated Revenue Fund or any other source for any purpose for which the Corporation was established, but the total amount outstanding on all of those loans at any time shall not exceed $90 million or any greater amount that may be specified in an appropriation Act.

(1.1) 공사는 설립된 목적을 위하여 통합세입기금이나 다른 원천에서 차입할 수 있으나 그러한 대출금의 잔액은 「지출승인법」에서 규정되는 90백만 달러를 초과할 수 없다.

(2) The Minister of Finance may lend moneys from the Consolidated Revenue Fund to the Corporation on any terms and conditions that the Minister of

(2) 재무부 장관은 통합세입기금에서 공사에 재무부 장관이 결정하는 조건으로 차입할 수 있다.

Finance may determine.

(3) Subject to repayment of the loans made under subsection (2), the Corporation shall retain, for the purposes of this Act, all moneys received by it in the course of its business.

(3) (2)에 따라 발생한 대출금의 상환하는 경우에 공사는 이 법의 목적에서 사업 과정에서 공사가 수령하는 모든 자금을 공사에 유보한다.

(4) The Corporation may charge any amount that it considers appropriate for providing services to a person, department or agency, including an amount to cover the risk of any loss that the Corporation may incur as a result of a default or failure by that person, department or agency in respect of a transaction entered into with any of them.

(4) 공사는 적절하다고 판단하는 금액을 개인, 정부 부처 또는 기관에 부과할 수 있는데, 공사가 그러한 개인, 정부 부처 또는 기관과 체결하는 거래와 관련하여 채무불이행이나 파산의 결과로 발생할 수 있는 손실의 위험을 부담하기 위한 금액을 포함한다.

(5) All moneys that are placed to its credit under this section and all moneys received by it in the course of its business shall be administered by the Corporation exclusively in furtherance of the purposes for which it is constituted.

(5) 이 조항에 따라 계좌에 입금되는 모든 금액과 사업의 과정에서 수취하는 모든 금액은 공사가 설립된 목적을 달성하기 위해 독점적으로 공사가 관리한다.

12. (1) Notwithstanding section 11, the Corporation shall, if the Minister so directs, pay to the Receiver General any part of the moneys administered by it that the Minister considers to be in excess of the amount required for the purposes of this Act.

제12조. (1) 제11조에도 불구하고 공사는 장관이 지시하는 경우에 장관이 이 법의 목적에서 요구되는 금액을 초과한다고 판단하는 금액으로 공사가 관리하는 자금의 일부를 캐나다 정부(Receiver General)에게 지급한다.

(2) The Minister of Finance shall, on the request of the Minister, from time to time deposit to the credit of the Corporation in the Bank of Canada or in a bank designated by the Minister, out of the Consolidated Revenue Fund, all or any part of the moneys paid to the Receiver General under subsection (1), if in the opinion of the Minister such moneys are again required for the purposes of this Act.

(2) 재무부 장관은 장관의 요청이 있으면 장관이 지정하는 은행이나 캐나다은행의 공사의 계좌에 통합세입기금에서 수차에 걸쳐 입금하는데, 이러한 자금은 장관의 견해로 그러한 자금이 이 법의 목적에서 다시 필요하다는 견해를 갖는 경우에 (1)에 따라 캐나다정부(Receiver General)에 지급된 금액의 전부이거나 일부다.

13. The Auditor General of Canada is the auditor of the Corporation.

제13조. 캐나다 감사청장이 공사의 감사인이다.

GENERAL

일반 규정

14. (1) Where a person who was an employee in the public service immediately before that person's employment under this Act is retired from employment under this Act, that person may, in accordance with the Public Service Employment Act, be assigned to a position in the public service of the class from which that person was so retired or for which that person is qualified.

제14조. (1) 이 법에서 고용되기 직전에 공무원이었던 자가 이 법에 따라 공직에서 퇴직하는 경우에, 그러한 자는 「공무원임용법」에 따라 그러한 자가 퇴직하였거나 자격을 갖춘 등급의 공직의 직위로 배정된다.

(2) A person employed under this Act,

(2) 이 법에서 고용된 자로서 이러한 고용

who immediately prior to that employment held a position in the public service or was an employee within the meaning of the Public Service Employment Act, continues to retain and is eligible for all the benefits, except salary as an employee in the public service, that that person would have been eligible to receive had that person remained an employee in the public service.

직전에 공직에 있었거나 「공무원임용법」에서 정한 공무원이었던 자는 모든 급여를 계속 받으며 받을 권리가 있는데, 단 그러한 자가 계속 공무원이었다면 수령할 수 있었던 봉급은 제외한다.

(2) 「방위생산공유협정」

DEFENSE PRODUCTION SHARING AGREEMENT BETWEEN CANADA AND THE UNITED STATES OF AMERICA	캐나다와 미국 간의 「방위생산공유협정」
AMENDMENT TO CANADIAN LETTER OF AGREEMENT	캐나다 협정서의 개정
Dated 27 July 1956	1956년 7월 27일자
Deputy Minister of Defense Production Canada	캐나다 방위생산부 차관
Text of Agreement dated 27 July 1956, as amended 17 December 1956, 31 May 1957, 6 January 1961, and 15 October 1962, between the Department of Defense Production (Canada) and the U.S. Department of the Army, the Navy, the Air Force, and the Defense Supply Agency, sets forth policies and provides procedures with respect to all contracts for supplies and services placed with the Canadian Commercial Corporation on or after 1 October 1956.	1956년 7월 27일 협정문은 1956년 12월 17일, 1957년 5월 31일, 1961년 1월 6일, 1962년 10월 15일 방위 생산부(캐나다)와 미 육군, 해군, 공군 및 방위조달청 간에 개정되었으며, 1956년 10월 1일 이후 캐나다상업공사와 모든 조달 및 용역 계약에 대한 절차를 규정한다.
Letter of Agreement 1. This agreement applies to all contracts placed, on or after October 1, 1956, by any of the Military Departments with the Corporation. It shall remain in force	협정서 1. 이 협정은 1956년 10월 1일 이후 체결된 각 군과 공사의 모든 계약에 적용된다. 이 협정은 상호합의로 종료될 때까지 유효하다; 그러나 각 당사자의 6개월의 서면종료

from year to year until terminated by mutual consent; however, it can be terminated on 31st day of December or the 30th day of June in any year by either party provided that six months' notice of termination has been given in writing. In addition, this agreement provides for certain reciprocal arrangements facilitating procurement by each of the parties in the country of the other.

통지를 받으면 12월 31일이나 6월 30일에 종료될 수 있다. 또한 본 협정은 다른 국가에서 각 당사자에 의해 조달을 위한 일부 상호 약정에 적용된다.

2. (a) The Corporation agrees that it will cause all first-tier subcontracts under contracts covered by this agreement to be placed in accordance with the practices, policies and procedures of the Government of Canada covering procurement for defense purposes; and agrees that if the aggregate profit realized under such subcontracts by any first-tier subcontractor exceeds that which is allowed by the Government of Canada under the above-mentioned practices, policies, and procedures, the amount of such excess will be refunded by the Corporation to the Military Departments. There shall also be refunded profits on any subcontract in

2. (a) 공사는 방위 목적의 조달을 담당하는 캐나다 정부의 실무, 정책, 절차에 따라 체결되어 이 협정이 적용되는 계약에서 제1차 하청계약을 체결할 수 있음에 합의하고; 제1차 하청계약자가 이러한 하청계약에서 취득하는 총수익이 상기(上記)된 실무, 정책, 절차에서 캐나다 정부가 허용하는 금액을 초과하는 경우에 이러한 초과금액은 공사가 각 군에 환급하기로 합의한다. 또한 상기된 실무, 정책, 및 절차를 집행하는 방위생산부 장관(캐나다)이 공정하고 상당하다고 인정하는 금액을 초과하는 수익도 환급하는데, 이는 「방위생산법」 제21조에 따라 모든 단계의 각 하청업자로부터 회수한 금전이다. 상기된 캐나다 정부의 실무, 정책, 및 절차는 다양한 수익률을 허용하지만, 실비정산형 계약의 경우에 예상 비용에

excess of amount which the Minister of Defense Production (Canada) in the exercise of said practices, policies and procedures considers to be fair and reasonable, recovered by the Minister pursuant to Section 21 of the Defense Production Act (Canada) from any individual subcontractor of any tier. It is recognized that the practices, policies and procedures of the Government of Canada referred to above permit varying rates of profit not exceeding in the case of cost reimbursement type contracts 7 1/2 percent of estimated cost plus, in certain cases, a bonus where cost savings have been demonstrated, and not exceeding in the case of negotiated fixed price contracts 10 percent of estimated cost. For the purpose of this paragraph, the Corporation will cause to be conducted such audits (in accordance with the Costing Memorandum DDP-31 of the Department of Defense Production (Canada)) and such verifications of cost as are in accordance with the said practices, policies and procedures. The Corporation will render to the Military

더해 일부 사안에서 비용절감이 입증된 경우의 상여금을 포함하여 7 1/2퍼센트를 초과하지 않으며, 협상된 확정가계약의 경우에 예상비용의 10퍼센트를 초과하지 않는다. 동 항의 목적에서 공사는 (방위생산부(캐나다)의 비용양해각서 DDP-31에 따른) 감사와 비용의 확인이 상기된 실무, 정책 및 절차를 준수하도록 한다. 공사는 각 군에 동 항의 규정이 준수되었다는 증명서를 제공한다.

Departments its certificate that the provisions of this paragraph have been observed.

(b) Contracts for communication and transportation services, and the supply of power, water, gas and other utilities shall be excepted from the provisions of sub-paragraph (a) above, provided the rates of charges for such services and utilities are fixed by public regulatory bodies; and provided further the Military Departments are accorded any special rates that may be available to the Canadian Government with respect to such Contracts.

(b) 통신 및 운송 용역 계약과 전기, 수도, 가스 및 기타 공공용역의 공급 계약은 위 (a)항의 규정이 적용되지 않는데, 단 용역과 공공용역에 관한 요율은 공공 규제기관이 정하며 각 군은 계약과 관련하여 캐나다 정부에 부과되는 특별 요금도 적용받는다.

(c) The Canadian Government, its Departments and Agencies, including but not limited to the Corporation, and Canadian Arsenals Limited, a Crown Company wholly owned by the Canadian Government, shall not be entitled to any profit on any contract or contracts covered by this agreement. Any profits which may be realized shall be returned to the Military Departments except as hereinafter provided:

(c) 캐나다 정부 및 정부가 전액 출자한 공영기업인 공사와 캐나다군수공사(Canadian Arsenals Limited) 등을 포함한 정부 부처 및 기관은 이 협정이 적용되는 계약에서 수익을 얻을 수 없다. 발생하는 수익은 아래 조항에 규정된 바를 제외하고는 각 군에 환급하는데, 단:

Before refunding profits realized from the following sources:

환급 전에 다음과 같은 원천에서 실현된 수익:

i) net profits of the Canadian Government, b Departments and Agencies as defined above, with respect to contracts and subcontracts covered by this agreement;

i) 이 협정이 적용되는 계약 및 하청계약과 관련된 캐나다 정부 및 위에서 정의된 부처와 기관의 순수익:

ii) excess profits referred to in paragraph (a) above; and

ii) 상기 (a)항에서 언급된 초과수익과

iii) renegotiation recoveries from subcontracts of any tier under contracts covered by this agreement, which recoveries the Military Departments would otherwise be entitled to receive in accordance with the provisions of subparagraph (a) above;

iii) 이 협정이 적용되는 계약에서 모든 단계의 하청계약에서 재협상 반환금으로서 각 군이 상기의 (a)항의 규정에 따라 수령할 권리가 있었을 금전:

the Corporation shall be entitled to deduct any losses it may sustain with respect to contracts covered by this agreement.

공사는 이 협정이 적용되는 계약과 관련하여 입은 손실을 차감할 수 있다.

(d) Interim adjustments and refunds under this paragraph 2 shall be made at such time or times as may be mutually agreed upon but at least once a year as of June 30th. Such interim adjustments shall apply only to completed contracts. The final adjustment and refund shall be made as soon as practicable after the expiration of this agreement.

(d) 제2조의 중간조정금과 환급금은 상호합의가 된 시간에 지급되지만 적어도 1년에 한번씩 6월 30일에 지급한다. 이러한 중간조정금은 완결된 계약에만 적용된다. 최종조정금과 환급금은 이 협정이 종료된 후에 가능한 신속히 지급한다.

(e) The profit and loss provisions of

(e) 제 2조에서 손익 규정은 (입찰요청으로

this paragraph 2 shall not apply to contracts awarded to the Corporation as the result of formal competitive bidding (initiated by Invitation for Bids)

개시된) 공식적인 경쟁 입찰의 결과로 공사와 체결한 계약에는 적용되지 않는다.

All contracts placed by the Military Departments with the Corporation, except those placed as the result of formal competitive bidding, shall provide for prices or cost reimbursement, as the case may be, in terms of Canadian currency, and for payment to be made in such currency. Therefore, quotations and invoices shall be submitted by the Corporation to the Military Departments in terms of Canadian currency, and such cost data, vouchers, etc., as the contracts require shall also be submitted in terms of Canadian currency. However, the Corporation may elect in respect of any such contracts to quote, submit the said cost data, vouchers, etc., and receive payment in United States currency, in which event such contracts shall provide for payment in United States currency and shall not be subject to adjustment for losses or gains resulting from fluctuations in exchange rates.

공식적인 경쟁 입찰의 결과로 체결된 계약을 제외하고, 각 군이 공사와 체결한 모든 계약은 경우에 따라 확정가나 실비정산으로서 캐나다 통화를 기준으로 캐나다 통화로 지급되도록 규정한다. 따라서 견적 및 송장은 공사가 각 군에 캐나다 통화를 기준으로 제출하며 그러한 비용자료, 영수증 등은 계약에서 요청되는 바와 같이 캐나다 통화를 기준으로 제출된다. 그러나 공사는 이러한 계약에서 미국 통화로 견적을 제출하고, 상기의 비용자료, 영수증 등을 제출하고 대금을 수령하도록 선택할 수 있으며, 그러한 경우에 이러한 계약은 미국 통화로 지급되도록 규정하며 환율변동으로 인한 손익에 대한 조정을 받을 수 없다.

(b) All formal competitive bids shall be

(b) 모든 공식적인 경쟁 입찰은 미국 통화

submitted by the Corporation in terms of United States currency and contracts placed as a result of such formal competitive bidding shall not be subject to adjustment for losses or gains resulting from fluctuation in exchange rates.

를 기준으로 제출되며 경쟁 입찰로 체결된 계약은 환율변동으로 인한 손익에 대한 조정의 대상이 아니다.

4. The Military Departments and the Corporation shall avoid, to the extent consistent with the declared policies of the Military Departments and the Canadian Government, the making of any surcharges covering administration costs with respect to contracts placed with the Corporation by any of the Military Departments and contracts placed by the Military Departments in the United States for the Canadian Government.

4. 각 군과 공사는 각 군과 캐나다 정부의 공개된 정책을 준수하는 범위에서, 캐나다 정부를 위하여 미국의 각 군이 체결한 계약과 개별 군이 공사와 체결한 계약과 관련한 행정비용의 초과수수료를 부과하지 않는다.

5. To the extent that contracts placed with the Corporation by the Military Departments provide for the audit of costs and profits, such audit YAII be made without charge to the Military Departments by the Cost Inspection and Audit Division of the Treasury of Canada in accordance with Costing Memorandum Form DDP-31 of the Department of Defence Production (Canada).

5. 각 군이 공사와 체결한 계약은 방위생산부(캐나다)의 비용양해각서 양식 DDP-31에 따라 캐나다 재무부의 비용조사회계국이 손익을 감사하며, 이러한 YAII 감사에 대한 비용을 각 군에 청구하지 않는다.

6. The Canadian Government shall arrange for inspection personnel of the Department of National Defence (Canada) to -act on behalf of the Military Departments with respect to contracts placed by the Military Departments with the Corporation and with respect to subcontracts placed in Canada by United States contractors which are performing contracts for the Military Departments and for the use of inspection facilities of the Departments of National Defence (Canada) for such purposes, such personnel and facilities to be provided without cost to the Military Departments. The Military Departments shall provide and make no charge for inspection services and inspection facilities in connection with contracts placed in the United States by the Military Departments for the Canadian Government and with respect to subcontracts placed in the United States by Canadian contractors which are performing contracts for the Department of Defence Production (Canada). The Department of National Defence (Canada)

6. 캐나다 정부는 국방부(캐나다)의 감독관을 준비하여 공사와 각 군이 체결한 계약과 각 군을 위해 계약을 이행하는 미국 계약자가 캐나다에서 체결한 하청계약과 관련하여 각 군을 대리하며, 이러한 목적에서 국방부(캐나다) 조사시설을 이용하도록 조치하는데, 이러한 인원과 시설은 각 군에 비용을 청구하지 않고 제공한다. 각 군은 국방부(캐나다)를 위한 계약을 이행하는 캐나다 계약자가 미국에서 체결한 하청계약과 관련하여 조사 용역과 조사시설에 대해 비용을 지급하지 않는다. 국방부(캐나다)나 각 군은 상대방의 조사인원에게 이와 관련한 연락처를 제공한다. 국방부(캐나다) 또는 각 군은 필요한 경우에 상대방 국가에서 조사기관이 조사할 수 있도록 조치한다.

or any Military Department may provide liaison with the other's inspection personnel in connection with the foregoing. It is understood that either the Department of National Defence (Canada) or any Military Department may in appropriate cases arrange for inspection by its own inspection organization in the other's country.

7. Because of the varying arrangements made by the Canadian Government and the Military Departments in furnishing Government-owned facilities (including buildings and machine tools) to contractors, it is recognized that the matter of inclusion in contract prices of charges, through amortization or otherwise, for use of such facilities will be determined in the negotiation of individual contracts. However, there shall be avoided, to the extent consistent with the policies of the Canadian Government and Military Departments, any such charges for use of Government-furnished facilities.

7. 캐나다 정부와 각 군이 (건물과 기계를 포함하여) 정부 소유 시설을 계약자에게 제공하는 이와 다른 약정으로 인하여, 이러한 시설의 사용에 대한 감가상각이나 기타 항목으로 비용을 계약 금액에 포함시키는 문제는 개별 계약의 협상에서 결정된다. 그러나 캐나다 정부와 각 군의 정책을 준수하는 범위에서 정부가 제공한 시설의 사용에 대한 어떠한 비용도 인정되지 않는다.

8. (a) The Corporation agrees that the prices set out in fixed-price type contracts covered by this agreement will

8. (a) 공사는 이 협정이 적용되는 확정가 방식의 계약에서 정해진 계약금액이

not include any taxes with respect to first-tier subcontracts; nor shall prices include customs duties to the extent refundable in accordance with Canadian law, paid upon the import of any materials, parts, or components incorporated or to be incorporated in the supplies, with respect to first-tier subcontracts.

제1차 하청계약과 관련한 조세를 포함하지 않음에 합의하며; 계약금액은 캐나다 법에 따라 환급되는 범위에서 관세를 포함하지 않는데, 이는 제1차 하청계약의 재료, 부품, 또는 조달에 포함되거나 포함될 구성품의 수입에서 지급되는 관세이다.

(b) The Corporation agrees that under cost-reimbursement type contracts the Corporation shall, to the extent practicable with respect to first-tier subcontracts, exclude from its claims all taxes and to the extent refundable in accordance with Canadian law, customs duties, paid upon the import of any materials, parts of components, incorporated or to be incorporated in the supplies and that any amounts included in such claims representing such taxes and duties shall be refunded or credited to the Military Departments.

(b) 공사는 실비정산방식 계약에서 제1차 하청계약과 관련하여 적용되는 범위에서 모든 조세를 청구할 수 없으며, 캐나다 법에 따라 환급될 수 있는 범위에서 제1차 하청계약의 재료, 부품, 또는 조달에 포함되거나 포함될 구성품의 수입에서 지급되는 관세를 청구할 수 없고, 이러한 조사와 관세의 청구에서 포함되는 금전을 각 군에 환급하거나 채무로 기록함에 합의한다.

(c)The Corporation agrees that, to the extent that such taxes and duties can be reasonably and economically identified, it will use best endeavors to cause such taxes and duties to be excluded from all

(c) 공사는 조세와 관세가 합리적이고 경제적으로 확인될 수 있는 범위에서 이러한 조세와 관세가 제1차 하청 아래의 모든 하청계약에 적용되지 않도록 최선의 노력을 다하며 포함된 것이 확인된 경우에 각 군

subcontracts below the first-tier and, if found to be included, to be recovered and credited to the Military Departments.

에 반환하거나 채무로 기록함에 합의한다.

9. The Corporation recognizes that existing law of the United States prohibits the use of the cost-plus-a percentage-of-cost system of contracting.

9. 공사는 미국의 현행법에서 원가비율수수료가산원가계약방식의 사용을 금지하고 있음을 확인한다.

10. Each contract covered by this agreement shall be deemed to include the provisions required by (i) Public Law 245, 82nd Congress of the United States (65 Stat. 700; 41 USC 153(c) and (ii) Section 719 of Public Law 458, 83rd Congress of the United States (68 Stat. 353) or similar provisions that may be required by subsequent legislation.

10. 이 협정이 적용되는 각 계약은 (i) 「공법 245」, 제82회 미국 의회(65 Stat. 700; 41 USC 153(c)) 및 (ii) 「공법 458」 제719조, 제83회 미국 의회(68 Stat. 353) 또는 후속 법령의 유사한 규정에서 요구되는 규정을 포함한다고 간주한다.

작성자

고려대학교 교 수 신 창 섭

고려대학교 강 사 박 찬 동

(KOTRA자료 15-042)

정부간 거래 선도기관의 소송사례 연구조사

- 캐나다상업공사(CCC)의 사례를 중심으로 -

발 행 인 | 김 재 홍

발 행 처 | KOTRA

발 행 일 | 2015년 10월

주 소 | 서울시 서초구 헌릉로 13

전 화 | 1600-7119(대표)

홈페이지 | www.kotra.or.kr

ISBN : 978-89-94348-94-0 (93320)

본 자료에 포함된 내용은 연구자 개인의 의견으로 대한무역투자진흥공사의 공식적인 견해가 아님을 알려드립니다. 본 자료의 저작권은 작성자에게 있으며 대한무역투자진흥공사는 연구결과의 공사 홈페이지 게재 등 저작물 이용에 관한 동의를 받았습니다. 본 자료는 저작권법에 의해 한국 내에서 보호를 받는 저작물이므로 무단전재와 무단복제를 금합니다.