

대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 2018다248862 전원합의체 판결 [손해배상(기)위약벌]

판시사항

- [1] 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우, 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 판단하는 방법 및 위약금을 위약벌로 보아야 하는 경우
- [2] 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부(소극)

판결요지

[1] 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우 그 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는, 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적 등을 종합하여 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다.

[2] [다수의견] 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다. 위와 같은 현재의 판례는 타당하고 그 법리에 따라 거래계의 현실이 정착되었다고 할 수 있으므로 그대로 유지되어야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 민법 제398조 제4항은 “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라고 정하고 있다. 이는 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금의 약정이 존재함을 전제로 하는 것이

다. 그리고 같은 조 제2항은 “손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.”라고 정하고 있으므로, 민법은 위약금의 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고 있다고 보아야 한다.

(나) 손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서, 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결함과 함께 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 데에 그 기능이나 목적이 있는 반면, 위약벌은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상액의 예정과는 그 기능이 본질적으로 다르다. 위약벌은 손해배상과는 무관하므로 위약벌 약정에 해당한다면 위약벌과 별도로 채무불이행으로 인하여 실제 발생한 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

(다) 위약벌 약정은 손해배상과 관계없이 의무 위반에 대한 제재벌로서 위반자가 그 상대방에게 지급하기로 자율적으로 약정한 것이므로 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고, 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아니다.

(라) 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금 약정이 존재함을 전제로 하면서도 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고 있는바, 이는 입법자의 결단으로 볼 수 있으므로 위약벌에 대하여 같은 취지의 규정이 없다고 하여 법률의 흠결이 있다고 할 수 없다. 설사 이를 법률의 흠결로 보더라도 위약벌의 독자적 기능과 사적 자치의 원칙, 대법원이 위약벌로 정한 금액이 공정하지 않은 경우 계약의 전부 또는 일부 무효 법리에 따라 위약벌을 통제하는 법리를 확립하여 공평을 기하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위약벌 약정이 손해배상액의 예정과 일부 유사한 점이 있다고 하여 위약벌에 민법 제398조 제2항을 유추적용하지 않으면 과다한 위약벌에 대한 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없다거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없어, 유추적용이 정당하다고 평가하기 어렵다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 반대의견] 위약벌은 손해배상액의 예정과 함께 위약금의 일종으로서 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추하여 감액할 수 있다고 해석하여야 한다. 무엇보다도 손해배상액의 예정과 위약벌은 그 기능이 유사하다. 그런데도 약정의 형식이나 해석 결과에 따라 감액 여부를 달리 취

급하는 것은 납득하기 어렵다. 기존 판례는 위약벌의 감액을 부정하는 대신 일반조항인 민법 제103조(반사회질서의 법률행위)의 효력 통제를 통해 위약벌 감액을 인정하는 것과 유사한 결론에 이르려고 하고 있다. 이는 먼 길을 돌아가는 불필요한 우회로이다. 위약벌에 관해서도 손해배상액의 예정 규정을 유추적용하여 감액을 할 수 있다고 하는 것이 공평의 관념에 부합한다. 이것이 손해배상액의 예정과 위약벌을 애써 구별한 다음 다시 감액과 효력 통제라는 각기 다른 통로를 통과하여 유사한 결론에 이르는 불필요한 노고를 줄이는 효율적인 방법이다. 더군다나 위약벌을 민법 제103조를 통해 해결하려는 기존 판례는 극히 예외적으로 위약벌의 일부 무효를 인정하여 공평한 결론에 도달하지 못한다.

대 법 원 판 결

사건	2018다248855(본소) 손해배상(기)2018다248862(반소) 위약벌
원고(반소피고),상고인	주식회사 A(변경전 상호: 주식회사 B) <주소> 대표이사 송인선 소송대리인 법무법인(유한) D 담당변호사 E, F, G, H, I
피고(반소원고),피상고인	J 주식회사 <주소> 대표이사 K
피고(반소원고)보조참가인	주식회사 L <주소> 대표이사 M

소송대리인 변호사 임희찬

원심판결

서울고등법원 2018. 6. 22. 선고 2017나2073069(본소),
2073076

(반소) 판결

판결선고

2022. 7. 21.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고(반소피고)가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실 및 사정을 알 수 있다.

가. 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)와 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는, 원고가 <주소>을 무상으로 제공하면 피고가 그곳에 골프 연습시설물을 설치하여 10년 간 운영하되, 그 수익을 1/2씩 나누어 갖기로 하는 내용의 공동사업계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 원고는 이 사건 계약에 따른 공사 진행 중 피고에게 운영주체 및 운영기간 등에 관한 계약 내용의 변경을 요청하였고, 피고가 이를 거절하자 공사 진행을 방해하였다. 피고는 원고의 공사 방해 등 귀책사유를 이유로 이 사건 계약을 해지한다고 통지하였다.

다. 이 사건 계약 제10조는 "본 계약상의 의무를 이행하지 아니한 회사가 계약 해지를 당한 경우에는 손해액을 손해배상금으로 상대방 회사에 현금으로만 지급하여야 한다."라고 정하고, 제11조는 "손해배상금과는 별도로 의무사항에 대하여 불이행 시 별도의 1,000,000,000원을 의무 불이행한 쪽에서 지불하여야 한다."라고 정하고 있다(이하 '이 사건 위약금 약정'이라 한다).

라. 원심은 피고의 계약 해지는 적법하고, 이 사건 위약금 약정은 위약벌에 해당한다고 판단한 다음 이에 대한 원고의 감액 주장을 받아들이지 않았다.

2. 계약 해지의 적법 여부에 대하여

원심은 다음과 같은 이유로 피고의 계약 해지가 적법하다고 판단하였다. 원고는 골프 연습프로그램의 중앙 제어를 위하여 인터넷 설치가 필수적임에도 건물의 인터넷과 유선통신을 제한하는 등 공사를 방해하였고, 이는 이 사건 계약 불이행의 주된 귀책사유이다. 피고의 하수급업체가 유치권을 행사한 사정만으로 달리 볼 수 없다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 계약 해지에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

3. 위약금 약정의 법적 성격 및 위약벌을 감액할 수 있는지 여부에 대하여

가. 이 사건 위약금 약정의 법적 성격

당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우 그 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는, 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적 등을 종합하여 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴보면, 이 사건 계약에 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 약정 조항을 두고 있는 등 이 사건 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정이 있으므로, 이 사건 위약금 약정은 위약벌의 성격을 가진다고 보아야 한다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 이 사건 위약금 약정의 법적 성격에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 위약벌을 감액할 수 있는지 여부

1) 대법원은, 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다고 하였다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다14511 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조).

위와 같은 현재의 판례는 타당하고 그 법리에 따라 거래계의 현실이 정착되었다고 할 수 있으므로 그대로 유지되어야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 민법 제398조 제4항은 "위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다."라고 정하고 있다. 이는 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금의 약정이 존재함을 전제로 하는 것이다. 그리고 같은 조 제2항은 "손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다."라고 정하고 있으므로, 민법은 위약금의 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고 있다고 보아야 한다.

나) 손해배상액의 예정 외에 거래계에서 빈번하게 이용되고 있는 위약금 약정이 바로 위약벌이다. 위약금의 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 당사자의 의사해석의 문제로서, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭 과정, 위약금 약정의 주된 목적, 위약금을 통해 그 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다(위 2017다275270 판결 등 참조).

손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서, 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결함과 함께 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 데에 그 기능이나 목적이 있는(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결 등 참조) 반면, 위약벌은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상액의 예정과는 그 기능이 본질적으로 다

르다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결 등 참조). 위약벌은 손해배상과는 무관하므로 위약벌 약정에 해당한다면 위약벌과 별도로 채무 불이행으로 인하여 실제 발생한 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

다) 이와 같이 위약벌 약정은 손해배상과 관계없이 의무위반에 대한 제재벌로서 위반자가 그 상대방에게 지급하기로 자율적으로 약정한 것이므로 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고, 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아니다. 위약벌에 대한 법원의 개입을 넓게 인정할수록 위약벌의 이행확보적 기능이 약화될 수밖에 없기 때문이다. 대법원은 이러한 위약벌의 독자적 기능을 인정하여, 위약벌은 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다고 하고, "다만 그 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다."라고 보면서도, "당사자가 약정한 위약벌의 액수가 과다하다는 이유로 법원이 계약의 구체적 내용에 개입하여 그 약정의 전부 또는 일부를 무효로 하는 것은 사적 자치의 원칙에 대한 중대한 제약이 될 수 있고, 스스로가 한 약정을 이행하지 않겠다며 계약의 구속력으로부터 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 될 수 있으므로 가급적 자제하여야 한다."라고 판시하여 왔다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결).

라) 민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추적용을 할 수 있다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 등 참조). 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것이다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하지만, 이것만으로 유추적용을 긍정할 수는 없다. 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우에 비로소 유추적용을 인정할 수 있다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조).

앞서 본 바와 같이 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금 약정이 존재함을 전제로 하면서도 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고

있는바, 이는 입법자의 결단으로 볼 수 있으므로 위약벌에 대하여 같은 취지의 규정이 없다고 하여 법률의 흠결이 있다고 할 수 없다.

설사 이를 법률의 흠결로 보더라도 위약벌의 독자적 기능과 사적 자치의 원칙, 대법원이 위약벌로 정한 금액이 공정하지 않은 경우 계약의 전부 또는 일부 무효 법리에 따라 위약벌을 통제하는 법리를 확립하여 공평을 기하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위약벌 약정이 손해배상액의 예정과 일부 유사한 점이 있다고 하여 위약벌에 민법 제398조 제2항을 유추적용하지 않으면 과다한 위약벌에 대한 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없다거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없어, 유추적용이 정당하다고 평가하기 어렵다.

2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴보면, 이 사건 위약금 약정이 위약벌에 해당하는 이상 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없다. 같은 취지의 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 위약금의 감액에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 하자로 인한 손해배상책임의 제한

손해배상청구 사건에서 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다266606, 266613 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어 하자보수비용의 60%로 손해배상책임을 제한하고, 그 금액 상당의 상계항변을 받아들였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 손해배상책임의 제한에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부에 관하여 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

6. 위약벌 감액 여부에 관한 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 반대의견

가. 다수의견은 손해배상액의 예정과 달리 위약벌을 감액할 수 없다는 기존 판례가 유지되어야 한다고 한다.

그러나 위약벌은 손해배상액의 예정과 함께 위약금의 일종으로서 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추하여 감액할 수 있다고 해석하여야 한다. 무엇보다도 손해배상액의 예정과 위약벌은 그 기능이 유사하다. 그런데도 약정의 형식이나 해석 결과에 따라 감액 여부를 달리 취급하는 것은 납득하기 어렵다. 기존 판례는 위약벌의 감액을 부정하는 대신 일반조항인 민법 제103조(반사회질서의 법률행위)의 효력통제를 통해 위약벌 감액을 인정하는 것과 유사한 결론에 이르려고 하고 있다. 이는 먼 길을 돌아가는 불필요한 우회로이다. 위약벌에 관해서도 손해배상액의 예정 규정을 유추적용하여 감액을 할 수 있다고 하는 것이 공평의 관념에 부합한다. 이것이 손해배상액의 예정과 위약벌을 애써 구별한 다음 다시 감액과 효력 통제라는 각기 다른 통로를 통과하여 유사한 결론에 이르는 불필요한 노고를 줄이는 효율적인 방법이다. 더군다나 위약벌을 민법 제103조를 통해 해결하려는 기존 판례는 극히 예외적으로 위약벌의 일부 무효를 인정하여 공평한 결론에 도달하지 못한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

1) 손해배상액의 예정과 위약벌의 기능적 유사성에 비추어 볼 때, 위약벌의 감액에 관하여 손해배상액의 예정 규정을 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직하다.

유추적용 또는 유추해석은 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것을 말한다. 유추는 법규범이 법의 공백을 메우기 위하여 그 문언의 가능한 의미를 벗어나 적용되는 것으로 법률의 흠결 보충이라고 할 수 있다. 이것은 해석을 통하여 문언의 가능한 의미를 찾아내는 법발견이 아니라, 법관이 있어야 한다고 판단하는 법을 다른 법규범을 매개로 만들어내는 법형성이다. 이러한 유추를 위해서는 먼저 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우에 비로소 유추적용을 인정할 수 있다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조).

민법은 "위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다."라고 하면서(제398조 제4항), "손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다."라고 정한다(제398조 제2항). 민법은 위약금 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서는 법원이 감액할 수 있다고 명문으로 정하

면서 손해배상액의 예정에 해당하지 않는 위약금, 즉 위약벌을 감액할 수 있는지에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 한편 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 '약관법'이라 한다) 제8조는 부당하게 과중한 손해배상액의 예정인 약관 조항을 무효라고 정하고, 아래에서 보듯이 판례는 약관법 제8조의 적용에서 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않고 있다. 이와 같은 손해배상액의 예정과 위약벌의 무효·감액을 정리하면 다음 표와 같다.

	공서양속 위반 무효	약관법 위반 무효	감액
손해배상액의 예정	○	○	○
위약벌	○	○	×

민법 제398조의 제목이 '배상액의 예정'으로서 입법자는 손해배상액의 예정에 관해서만 명문의 규정을 두고 위약벌에 관해서는 법률해석에 맡겨 두었다. 이와 같이 위약벌을 감액할 수 있는지는 민법에서 명확하게 정하지 않고 있으므로, 법률해석의 방법으로 그 감액 여부를 결정할 수 있다.

판례는 위약벌의 감액 대신 민법 제103조를 적용하여 위약벌 약정 중 일부를 무효로 할 수 있다고 한다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다27015 판결 등 참조). 이러한 일부 무효의 법리를 들어 위약벌의 감액에 관해서는 법률상 공백이 없다는 이유로 유추해석 또는 유추적용을 할 여지가 없게 되는지 문제된다.

그러나 공서양속 위반을 이유로 위약벌 약정 자체를 무효로 하는 것은 위약벌 약정의 유효성을 전제로 그 감액을 인정하는 것과는 논의의 평면이 다르다. 위약벌의 일부 무효를 인정하여 감액하는 것과 같은 결과가 된다고 해서 감액을 인정할 필요가 없는 것은 아니다. 손해배상액의 예정에서도 위약벌과 마찬가지로 위약금 약정 자체가 무효인 경우가 있다. 이를테면 손해배상액의 예정인 위약금 약정이 사회질서에 위반될 때에는 민법 제103조에 따라 무효이다. 약관법 제8조도 부당하게 과중한 손해배상액의 예정인 약관 조항을 무효라고 정한다. 손해배상액의 예정에 대해서도 이론적으로는 공서양속 위반을 이유로 일부 무효를 인정하여 감액과 같은 결과에 이를 수도 있지만, 민법은 제398조 제2항에서 감액 규정을 따로 두고 있다. 손해배상의 예정액을 감액할 수 있는지는 이러한 약정 자체가 유효함을 전제로 한다. 민법 제103조와 제398조 제2항에서 정한 요건을 비교해 보더라도 민법 제103조는 민법 제398조 제2항에 비하여 훨씬 엄격하다. 민법 제103조는 선량한 풍속 기

타 사회질서에 반하는지 여부에 따라 법률행위를 무효로 하고 있는 반면, 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정이 부당히 과다한 경우에 감액을 인정할 뿐이다. 공서양속 위반에 관한 민법 제103조에 따라 위약벌 약정을 무효로 할 수 있고 신의성실의 원칙에 관한 민법 제2조 제1항에 따라 위약벌 약정 내용을 통제할 수 있다고 해서 손해배상액의 예정에 관한 조항을 유추해석 또는 유추적용을 하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다. 일반조항을 적용하기에 앞서 유추해석을 포함한 법해석방법을 모색해야 한다는 명제는 위약벌의 감액 문제에서도 타당하다.

위약벌 약정의 일부가 공서양속에 반하여 무효라고 보는 것을 적절한 해결 방법이라고 볼 수 없다. 위약벌 약정이 공서양속에 위반되어 무효라고 보는 근거는 개인의 자유를 심하게 제약한다는 데에서 찾을 수 있다. 그러나 개인의 자유에 대한 과도한 제한은 위약벌 약정 전부에 관한 것이지 일부에 한정되는 것은 아니다. 통상 금전지급 형태의 위약벌 약정에서 급부의 목적물이 가분일 뿐이지 위약벌 약정 자체는 불가분적인 하나의 법률행위이므로, 분할 가능한 법률행위를 전제로 하는 일부 무효의 법리를 적용하는 것은 바람직하지 않다. 무효사유가 법률행위의 일부에만 존재한다고 보기도 어렵고, 위약벌 약정에서 금액을 감액한다고 해서 그에 비례하여 개인의 자유에 대한 제한이 완화된다고 보기도 어렵다. 약관법 제8조 등에 따라 약관 조항이 무효인 경우 나머지 부분만으로 효력을 유지시킬 수 없다는 판례(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다30082 판결, 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결 등 참조)와의 균형상으로도 일부 무효를 인정하는 것은 바람직하지 않다. 일부 무효의 법리로 실질적으로 위약벌 감액과 같은 결과에 이르는 것은 위약벌과 손해배상액의 예정을 준별하는 것이 형식적인 명분에 지나지 않음을 보여준다.

위약벌과 손해배상액의 예정은 채무자가 채무를 이행하지 않거나 계약을 위반하는 경우를 대비하는 약정으로서 위약금이라는 큰 틀에서 이해하여야 한다. 대법원 판결에서도 둘 사이의 공통점 또는 유사점을 쉽게 찾아볼 수 있다. 위약벌 약정은 채무의 이행을 확보하기 위한 것이라고 한다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결 등 참조). 손해배상액의 예정은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 미리 방지하여 법률관계를 간편하게 해결하는 것 외에 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 것이라고 한다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결 등 참조). 대법원은 손해배상액의 예정에 관하여 손해전보 기능에 초점을 맞추면서도 이행강제 기능 역시 인정하고 있는데, 채무불이행에 대비하여 이행강제 기능을 한다는 점에서

는 위약벌과 손해배상액의 예정 사이에 차이가 없다.

민법은 손해배상액의 예정에 관해서는 감액할 수 있다고 하면서 위약벌에 관해서는 이에 관한 규정을 두지 않고 있다. 이러한 규율 상황에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 기능적 유사성에 비추어 볼 때 위약벌에 관해서도 손해배상액 예정의 감액 규정을 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직하다.

2) 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌의 경계를 완화해 왔다.

다수의견은 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것이 확립된 판례이고 그것이 타당하다고 한다. 그러나 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 위약금을 인정할 뿐만 아니라, 약관법이 적용되는 위약금 약정에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 경계를 허물고 있다. 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것이 쉽지 않은데다가, 이를 이분법적으로 구별하는 것은 구체적 타당성을 실현하는 결론에 이르지 못하기 때문이다.

대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결은 한국전력공사가 다수의 전기수용가와 체결하는 전기공급계약 약관과 이에 기초한 시행세칙 중 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다는 조항이 문제된 사안에서 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 하면서 감액을 인정하였다. 위약금의 법적 성질이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 엄밀하게 구별하여 판단한 종래의 판례와 달리 위약금의 법적 성질을 손해배상액의 예정이나 위약벌 중 어느 하나에 귀속시키지 않고 법적 판단을 하고 있다. 대법원은 이후에도 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결 등에서 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 판단하였다.

손해배상액의 예정과 위약벌의 구별이 불가피하다고 한다면, 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 위약금을 인정한 판례는 어떠한 의미를 가지고 종래 판례의 무슨 문제점을 어떻게 해소하였다는 것인지 의아하다. 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 위약금 약정을 인정한 판례는 위약금의 성질을 손해배상액의 예정과 위약벌 가운데 어느 하나로 결정하는 기존 법리와 조화롭게 설명하기 어렵다. 특히 위와 같은 경우 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다는 판단은 논리적으로 위약벌의 감액을 부정하는 기존 판례의 태도와 배치된다고 볼 수 있다.

판례는 약관법 제8조를 적용할 때 그 문언과는 달리 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않고

있다. 약관법 제8조는 '손해배상액의 예정'이라는 표제로 "고객에게 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관 조항은 무효로 한다."라고 정하고 있다. 이 규정은 그 문언상 손해배상액의 예정에 관하여 정한 것으로 위약벌에는 적용되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 대법원 2009. 8. 20 선고 2009다20475, 20482 판결은 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무나 위약벌 등을 부담시키는 약관 조항은 약관법에 따라 무효라고 하면서, '이 사건 위약금을 위약벌로 본다고 하더라도 약관법 제6조와 제8조의 적용 대상이 된다'고 판단하였다. 위약금 약정을 약관으로 둔 경우에는 그것이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 구분할 필요 없이 고객에게 부당하게 과중한 부담을 주는 때에는 약관법 위반을 이유로 무효라고 본 것이다. 약관의 불공정 위험은 손해배상액의 예정과 위약벌을 가리지 않고 위약금에 공통적으로 존재하는 것이기 때문이다.

약관법이 적용되는 경우에는 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 혼선이 있었던 판례가 더 이상 문제되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 약관법이 적용되더라도 위약금약정이 약관법상 무효라고 보기 어려운 경우에는 여전히 그 구별이 문제된다. 대법원은 위약금을 정한 약관이 약관법에 따라 무효가 아니라고 하더라도 손해배상액의 예정에 해당한다면 민법 제398조 제2항에 따라 감액할 수 있다고 한다(대법원 2000. 11. 28. 선고 99다48894 판결, 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다57928 판결 등 참조). 결국 약관법상 무효가 아니라고 한다면 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 다시 구별해야 하는 문제가 남는다. 무엇보다도 약관법이 적용되는 경우에 손해배상액의 예정과 위약벌을 동일하게 취급하는 것은 그 둘 사이의 공통성 또는 유사성이 인정되기 때문이다. 약관법이 적용되는 경우에는 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않으면서 민법을 적용하는 경우에는 그 둘이 엄격히 구별되어 유추적용될 여지가 없다는 태도는 일관성이 없다.

3) 현재 판례의 태도에 따르면 위약금 약정이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지에 따라 심한 불균형과 평가모순이 발생한다.

최근 대법원은 위약벌 약정이 공서양속에 반하여 무효라고 판단하는 것에 매우 신중하여야 한다는 입장이다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조). 반면 실무에서 손해배상액의 예정에 관해서는 폭넓은 감액이 이루어지고 있고, 대법원에서도 감액 사유에 대한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속한다고 보아 사실심의 판단을 존중하고 있

다(대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다205779 판결 등 참조).

판례가 공서양속 위반을 이유로 위약벌 약정을 무효로 하는 데 신중을 기하라고 하는 것은 당사자가 정해 놓은 계약에 법원이 함부로 개입하지 말라는 취지이다. 계약당사자들의 자율적 결정을 존중하고 민법의 대원칙인 사적 자치의 원칙을 최대한 보장한다는 것은 충분히 공감할 수 있다. 그러나 사적 자치의 원칙을 보장하더라도 그 기능이나 법적 효과가 유사한 위약벌과 손해배상액의 예정을 약정의 형식이나 그 해석 결과에 따라 감액 여부를 달리 취급하는 것이 과연 일반 국민의 입장에서 쉽게 납득할 수 있을까? 위약벌인지 손해배상액의 예정인지에 따라 감액 여부가 사실상 결정되는 불균형이 발생하는데, 과연 이러한 불균형이 타당한가?

위약벌은 위약금의 일종으로 채무불이행에 대한 채권자의 대비수단으로서, 이행확보적 기능 또는 제재적 기능이 있을 수 있는 손해배상액의 예정과 기능상 유사한 측면이 있다. 계약당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거한다는 점에서 손해배상액의 예정인지 위약벌인지에 따라 감액을 인정할 필요성에 차이가 생긴다고 보기 어렵다. 또한 손해배상액 예정의 감액 제도는 국가가 계약당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위하여 계약의 내용에 간섭한다는 데에 그 취지가 있다. 배상적 기능을 갖는 손해배상액의 예정에 대해서 감액을 인정하면서 오히려 제재적 기능을 갖는 위약벌에 대해서 감액을 인정하지 않는 것은 헌법상 평등 원칙에 비추어 평가모순이다. 더욱이 손해배상액의 예정을 한 경우에는 원칙적으로 그 예정된 금액을 청구하는 것 외에는 추가적인 손해배상을 청구할 수 없지만 위약벌을 정한 경우에는 이와 별도로 손해배상을 청구할 수 있기 때문에, 위약벌의 경우에 감액을 인정할 필요성이 더욱 크다. 계약에서 사적 자치의 원칙은 가급적 존중되어야 하지만 그렇더라도 같은 것을 달리 취급하는 불평등은 시정되어야 한다. 이것이 진정한 사적 자치의 실현이라고 할 수 있다.

기존 판례를 유지하는 입장에서도 위약금 약정이 위약벌에 가깝지만 조금이나마 손해배상액 예정의 성격을 가지는 경우 또는 위약금 약정이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지 구별이 어렵고 애매한 경우에는 민법 제398조 제2항을 적용하는 방향으로 재판 실무를 운영할 수도 있다. 그러나 위약벌에 대해서도 감액을 정면으로 인정하여 불필요한 수고를 덜어내는 것이 더 나은 근본적인 해결책이다.

4) 위약벌에 대한 공서양속 규제는 이중의 우회로에 불과하다.

위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정된다. 대법원은 이를 근거로 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 하고, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 그 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단하여야 한다고 하였다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결 참조).

실무상 손해배상액의 예정과 위약벌의 불균형을 해소하기 위해서 위약벌보다는 손해배상액의 예정으로 인정하는 경향이 있다. 위에서 본 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 위약금을 인정한 판결(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결)도 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별하여 이분법적으로 해결하는 것이 당사자들의 의사나 거래의 실체를 제대로 반영하지 못하는 결과가 될 수 있음을 고려한 것이라고 볼 수 있다.

한편 판례는 위약벌 약정이 '그 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때'에 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다고 보고 있다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결 등 참조). 위약벌이 과도하게 무겁다고 해서 그 약정 전부 또는 일부가 공서양속에 반한다는 것은 공서양속에 관한 일반적인 판단기준에 비하여 너무 느슨할 뿐만 아니라, 이를 통하여 실질적으로 감액과 같은 결과를 인정하는 것이라면 우회적인 절차에 지나지 않는다. 유추해석의 방법이 있는데도 일반조항으로 해결하는 것은 방법론적으로도 '일반조항으로의 도피'에 해당하여 타당하지 않다. 쉬운 길을 놔두고 멀리 돌고 돌아갈 이유가 없다.

결국 위약금 약정이 위약벌에 해당하거나 위약벌의 성격이 매우 큰 경우에 감액을 인정하기 위해서 손해배상액의 예정으로 해석하거나 공서양속 위반으로 무효라고 보는 것은 이중의 우회로에 불과하다. 또한 이를 심리하는 법원으로서 위약벌과 손해배상액의 예정을 애써 구별해야 하는 심리 부담을 안게 되고, 적정한 감액을 하기 위해서 위약금 약정을 무리하게 손해배상액의 예정으로 인정

하려는 경향이 지속적으로 생길 수 있다.

5) 위약금 약정이 위약벌인 경우에도 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 있다고 해석하는 것은 일본 민법에 특유한 문제를 해결하고자 나온 법리를 해소하는 의미를 가진다.

위약벌 약정은 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다는 기존 판례는 일본민법학계의 통설, 판례와 같은 것이다.

2017년 개정 전 일본 민법(이하 '구 일본 민법'이라 한다) 제420조 제1항은 "당사자는 채무의 불이행에 있어 손해배상액의 예정을 할 수 있다. 이 경우 법원은 그 금액을 증감할 수 없다."라고 정하고 있었다. 손해배상액의 예정 자체에 대하여 감액을 인정하지 않는 구 일본 민법 해석상 공서양속에 위반되는 경우 무효라는 법리를 발전시킬 수 밖에 없었다.

그러나 대한민국 민법 제398조는 구 일본 민법 제420조, 제421조를 수용하면서도 일본과 달리 손해배상액의 예정에 대한 감액을 인정하였다(민법 제398조 제2항). 기존 판례는 이러한 차이를 무시한 채 일본의 통설이나 판례를 참고하여 위약벌에 대한 감액을 부정한 것으로 볼 수 있다.

위약벌에 대해서는 감액을 허용하지 않고 오로지 손해배상액의 예정에 대해서만 감액을 인정하는 것이 민법 제398조 제2항을 둔 입법자의 의도라고 보기도 어렵다. 민법 제정 당시의 입법자료를 살펴보면 입법자는 손해배상액 예정의 증감을 명문으로 부정하였던 구 일본 민법, 즉 의용민법 제420조 제1항 후문의 입법태도를 바꾸는 데에 관심이 있었던 것으로 보일 뿐 위약벌에 대한 논의는 발견하기 어렵다. 따라서 입법자의 의도가 감액의 대상을 손해배상액의 예정만으로 한정하고자 했던 것이라고 단정하기 어렵다.

6) 위약벌에 대한 감액을 인정하지 않는 것은 비교법적 고립을 자처하는 셈이다.

대륙법계에서는 대체로 위약벌의 유효성을 인정하고 그 감액을 인정하고 있다. 독일민법은 계약벌 또는 위약벌에 관하여 이것이 과도하게 많은 경우에는 채무자의 청구에 따라 판결에 의하여 적절한 액으로 감액할 수 있다고 정하고 있다(제343조 제1항). 프랑스 민법은 법원이 위약벌을 직권으로 증감할 수 있다고 정하고 있다(제1231조의5). 기존 판례에 영향을 미친 일본조차도 2017년 민법을 개정하여 '법원은 손해배상의 예정액을 증감할 수 없다'는 제420조 제1항 후문 규정을 삭제하였다. 영국이나 미국 등 보통법계에서는 위약벌을 아예 무효로 보고 있다. 따라서 비교법적으로도 위

약벌의 감액을 인정하는 것이 균형 잡힌 해결책이라고 볼 수 있다.

7) 이 사건 쟁점에 직접 관련된 문제는 아니지만, 재판실무에서 손해배상 예정액을 너무 쉽게 감액하는 것은 아닌지 여부에 관해서 언급하고자 한다. 손해배상 예정액을 감액하기 위한 요건은 '부당성'이다. 이것은 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기와 경위, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래하는 경우에 인정된다. 이때 감액사유에 관한 사실을 인정하거나 감액비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2017다8876 판결 등 참조). 그러나 손해배상 예정액의 감액은 국가가 사인 사이의 계약에 개입하는 것을 허용하는 이례적인 규정이다. 법규정에서 '부당성'이라는 포괄적인 요건만으로 그 감액을 할 수 있다고 정하고 있다고 하더라도 그 감액을 너무 쉽게 인정하는 것은 바람직하지 않다. 손해배상 예정액의 감액을 쉽게 인정하는 것은 위약벌의 일부 무효를 극히 예외적인 경우에 한하여 인정하는 것과 형평에 맞지 않는다. 위약벌 약정에 손해배상액 예정의 감액에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액을 인정하되, 부당성이 존재하는지에 관하여 면밀하게 심사하여 감액을 하는 것이 바람직한 방향이다.

나. 이와 달리 위약벌은 감액할 수 없다는 취지의 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결을 비롯하여 이와 같은 취지의 판결 등은 모두 변경되어야 한다.

다. 이 사건에 관하여 본다.

이 사건 위약금 약정은 위약벌의 성격을 가지는데, 위약벌이라 하더라도 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 금액이 부당히 과다한 경우에는 감액할 수 있다. 이 사건 계약은 상당한 비용을 지출하여 공사를 한 뒤 10년간 골프연습장을 운영하면서 수익을 나누기로 하는 내용으로, 이 사건 위약금 약정은 장기간에 걸친 공동사업의 안정적 이행확보라는 목적에서 정한 것으로 볼 수 있다. 위약금액 10억 원은 이 사건 공사에 필요한 비용 988,282,979원을 초과하는 금액이다. 이와 같은 이 사건 계약의 목적과 내용, 위약금 약정의 동기, 이 사건 공사의 규모 등을 고려하면, 10억 원이라는

이 사건 위약금 약정상 액수는 부당하게 과다하다고 볼 여지가 있다.

그런데도 원심은 이 사건 위약금 약정이 위약벌로서 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없다는 전제에서 원고의 감액 주장을 받아들이지 않았다. 원심판결에는 민법 제398조 제2항, 제4항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없다.

7. 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태악의 다수의견에 대한 보충의견

다수의견은 위약벌 약정에 대해서는 민법 제398조 제2항이 유추적용되지 않는다는 법리적 논거를 밝혔다. 위약벌에 대한 법원의 규율은 민법 제398조 제2항의 적용 여부만이 아니라 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효라는 법리, 나아가 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 위약금을 인정한 판례의 법리를 종합하여 관찰할 때 보다 올바른 접근과 평가가 가능하다. 대법원의 위약벌에 대한 규율은 사적 자치의 원칙과 그 한계를 둘러싼 사법질서에 비추어 여전히 타당하고 그에 따른 거래실무가 정착되었다고 볼 수 있다. 현재 판례의 정립과정과 평가, 거래실무의 변화와 정착 등을 살펴보고, 반대의견이 제시하는 몇 가지 논점들에 대하여 필요한 범위에서 반박한다.

가. 판례의 전개와 평가

1) 대법원은 종래 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에서 정한 계약보증금의 성질이 다뤄진 사안에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별에 관한 객관적이고 명확한 기준을 제시하지 못한 채 위약금 약정의 해석을 두고 다소 혼선이 있었다.

먼저 대법원은 구 예산회계법(2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다)에서 낙찰자가 계약을 체결하지 아니한 때에 국고에 귀속하도록 정한 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의 무이행의 확보를 목적으로 그 불이행시에 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 손해배상액 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 판시하였다(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결 참조). 이후 택지·상업용지 또는 공장용지의 수분양자가 납부한 입찰보증금 내지 분양신청예약금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액 예정의 성질을 지닌다고 판시하고(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다18140 판결, 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다42393 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 95다48117 판결 등 참조), 지방자치단체로부터 공장용지를 분양받으면서 '입주계약 체결 후 원고의 사

정에의하여 입주를 포기할 경우 예정분양가액의 10%에 해당하는 금액을 위약금으로서 피고에게 귀속'하기로 약정한 사안 등에서 위약금의 납부 액수와 시기 및 효과에 비추어 위약금은 손해배상액의 예정이라고 하였다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다13306 판결, 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다4634 판결 등 참조).

한편 대법원은 지방자치단체와 택지매매계약을 체결하면서 '계약이 해제될 경우 매수인이 지급한 계약금 상당액(분양대금의 10%)이 매도인에게 귀속된다'는 계약조항을 둔 사안에서 계약금 몰취 외에도 계약해제로 인하여 매도인이 입은 손해에 대하여 배상할 의무를 부담함에 비추어 위약벌의 성격을 가지는 것이라고 하였다(대법원 1998. 12. 23. 선고 97다40131 판결, 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다33260 판결 등 참조). 도급계약에서 계약이행보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우에 특별한 사정이 없는 한 계약이행보증금은 위약벌의 성질을 가진다고 하고(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 등 참조), 구 예산회계법상 경쟁계약에서 예정가격에 비하여 현저하게 저가로 입찰한 낙찰자에게 납부하도록 한 차액보증금은 지나친 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약내용대로 계약을 이행할 것을 담보하기 위한 취지로 위약벌에 해당한다고 보았다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결 참조).

이러한 판례는 구체적 사건에서 위약금 약정의 내용이나 목적, 위약금 납부의 시기, 액수와 효과 등 개별적인 사정을 고려하여 합당한 결론을 도출한 것이었을지라도 예측 가능한 해석 기준을 제시한다는 측면에서는 불명확한 부분이 있었다고 할 수 있다.

2) 사인(私人) 간 거래에서도 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별이 분명하지 않은 문제가 있었다. 즉 다수의 계약에서 단순히 '위약 시 일정액을 지급한다(또는 몰취한다)'는 위약금 약정을 두었고, 그 위약금 약정이 채무불이행의 경우에 손해배상액을 미리 정해둠으로써 법률관계를 쉽게 해결하기 위한 목적과 심리적 경고를 함으로써 채무의 이행을 확보하려는 목적 모두를 가지고 있는 경우가 많아, 위약금 약정이 문제되는 소송에서 그 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 구별에 대한 주장과 증명에 심리가 집중되고, 정작 핵심 쟁점인 '채무자에게 얼마를 지급하게 하는 것이 가장 합당한 가'를 판단하기 위한 사정에 대해서는 상대적으로 심리가 소홀할 수밖에 없었다.

위와 같은 비판은 수긍할 만한 부분이 많았다.

나. 최근의 경향

1) 현재 판례가 발전적으로 정립되면서 종래 위와 같은 문제점이 많은 부분 해소되었고, 거래실무 또한 판례에 맞추어 변화되어 왔다.

2) 판례는 약관법을 적극적으로 적용하였다. 위약금 약정이 포함된 계약은 약관에 해당하는 경우가 많고 특히 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 계약은 대부분 그러하다. 대법원은 이러한 위약금 약정에 약관법을 적용하여, 토지분양 당첨자에게 계약의 체결을 강제하기 위한 수단으로 분양용지 공급가액의 약 10%에 상당하는 분양신청예약금을 일방적으로 귀속시키는 약관 조항은 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항에 해당하여 무효이고 약관 조항이 무효인 이상 그것이 유효함을 전제로 민법 제398조 제2항을 적용하여 적당한 한도로 손해배상 예정액을 감액하거나 과중한 손해배상의무를 부담시키는 부분을 감액한 나머지 부분만으로 그 효력을 유지시킬 수는 없다고 하였다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다 30082 판결, 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결 등 참조). 위약금에 관한 약관 조항이 위약별로 해석되는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475, 20482 판결 참조).

동일한 약관 조항에 관한 다수의 소송에서 당사자들의 소송수행 차이로 인한 주장·증명 정도에 따라 법원이 사안마다 위약별인지 손해배상액의 예정인지 판단을 달리한다거나, 이를 감액하거나 무효로 보는 범위를 사건별로 달리하는 것은 객관적·확일적으로 해석하여야 할 약관의 성격에 맞지 않고, 같은 약관 조항을 두고 사건별 미세한 사실관계의 차이로 인하여 각각 다른 결과가 발생하는 것도 적절하지 아니하다. 따라서 위약금 약정이 약관법의 규율대상이 되고 그 약관 조항이 무효인 이상 민법 제398조 제2항에 따른 감액은 적용될 여지가 없다. 이러한 판례는 위약금에 관한 약관 조항의 효력을 일률적으로 평가하여 당사자에게 예측 가능한 기준을 제시하기 위한 노력으로 볼 수 있다.

한편 반대의견은, 판례가 약관법 제8조를 적용할 때 그 문언과 달리 손해배상액의 예정과 위약별을 구별하지 않고 있다고 전제하고, 이와 같이 약관법이 적용되는 경우에는 손해배상액의 예정과 위약별을 구별하지 않으면서 민법을 적용하는 경우에는 그 둘이 엄격히 구별되어 유추적용될 여지가 없다고 하는 태도는 일관성이 없다고 한다. 그러나 이는 그 전제가 되는 판례의 취지를 잘못 이해한 것으로 보이고, 약관의 성질 및 그 적용대상을 달리하는 약관법과 민법의 차이를 경시하는 것으로

서 쉽게 수증하기 어렵다.

약관법은 제6조 제1항에서 "신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다."라고 규정하고, 제2항에서 "약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다."라고 규정하면서 제1호에 "고객에게 부당하게 불리한 조항"을 들고 있다. 그리고 제8조에서는 "고객에게 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관 조항은 무효로 한다."라고 규정하고 있다. 대법원은 위 2009다20475, 20482 판결 등에서 이러한 약관법 제6조 및 제8조 등의 규정내용과 취지에 따라 '고객에 대하여 부당하게 과중한 손해배상의무나 위약벌 등을 부담시키는 약관 조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 것으로 추정되고 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 무효'라고 판시한 것이다. 따라서 이를 들어 판례가 약관법 제8조를 적용할 때 그 문언과 달리 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않고 있다고 볼 수는 없다.

약관은 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이다(약관법 제2조 제1호). 위약금 약정이 약관 조항에 기재된 경우 개별적·자율적인 교섭을 거친 경우에 비하여 불공정하게 될 위험이 크고, 이는 위약금 약정이 손해배상액의 예정이나 위약벌 어느 것으로 해석되든 마찬가지이다. 약관법을 적용한 판례는 이러한 약관의 성질과 불공정한 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고자 하는 약관법의 입법취지를 적극 고려한 것이라고 할 수 있고, 이로 인하여 약관법의 적용을 받는 위약금 약정과 민법의 적용을 받게 되는 위약금 약정이 일부 달리 취급된다 하여 그러한 결과만을 단순 비교하여 판례의 태도에 일관성이 없다고 할 것은 아니다.

3) 대법원은 다수의 전기수용가와 체결되는 전기공급계약에 적용되는 약관 등에 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 그로 인한 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다고 되어 있지만, 그와 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고 면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산 하도록 되어 있는 사안 등에서, 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가질 수 있고, 그러한 경우 위약금은 특별한 사정이 없는 한 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다고 하였다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결 등 참조). 이는 분리될 수 없는 하나의 위약금 약정이

손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지고 있다면 이러한 당사자의 의사나 거래의 실체를 그대로 인정하되, 위약벌적 성격을 갖는 손해배상액의 예정으로 보아 그 전액을 기준으로 한 감액을 긍정하였다고 볼 수 있다.

그리고 이러한 판례는 위약금 약정을 그 법률행위의 실체와 무관하게 형식적·이분법적으로 손해배상액의 예정이나 위약벌로 구분하는 데 따르는 부작용을 줄이고 당사자의 의사와 거래의 실체를 보다 정확히 반영할 수 있게 하였다는 점에서 종래 판례의 문제점을 상당히 해소하였다.

4) 위약금 약정에 대한 거래실무도 변화하고 있다. 과거에는 위약금 약정을 '위약 시 일정액을 지급한다(또는 몰취한다)'고 단순하게 정하는 경우가 많았으나, 최근 거래실무는 손해배상액의 예정에 관한 약정과 별도로 명시적인 표현으로 구분되는 위약벌 조항을 둬으로써 당사자들이 거래 시부터 계약이행의 확보와 추가적인 금전지급이라는 심리적 강제를 통하여 분쟁을 막고자 하는 자신의 효과의사를 분명히 하고 있다.

판례에 나타난 구체적 사안에서도 이러한 경향을 확인할 수 있다. 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결의 사안에서 계약당사자들은 점포의 임차권을 양도·양수하되 잔대금 지급기일까지는 전대차계약이 체결된 것으로 보아 차임을 지급하고 계약상의 권리·의무를 제3자에게 양도하거나 전대할 수 없다고 정하면서 상호 간의 위약벌 약정을 하였다. 임차권 양도 또는 전대차 과정에서 그 이행의 확보를 주된 목적으로 한 것으로서 이를 위약벌에 해당한다고 본 것은 타당하다. 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결의 사안에서도 건설업자와 토지 소유자는 토지 지상에 상가를 개발하는 사업시행계약을 체결하면서 계약의 해제 또는 해지 시 위약벌로 5억 원을 지급하기로 약정하였는바, 동등한 조건과 내용으로 쌍방의 위약벌을 정하고 있고 사업이 성공하면 상당한 수익이 예상되는 점 등에 비추어 위약벌 약정은 공동 개발사업 과정에서 그 이행의 확보를 주된 목적으로 한 것이라고 볼 수 있다. 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다231598 판결은, 주식을 매매하면서 매도인의 의무 위반행위에 대하여 매수인이 잔여주식의 귀속을 요구할 수 있다는 위약벌의 제재나 계약의 해제를 정한 사안에서 위약벌 등 조항의 내용 및 그 조항을 둔 경위 등을 고려하면 위약벌의 제재와 계약의 해제 중 하나를 선택하여 행사할 수 있을 뿐 양자를 중복하여 행사할 수는 없다고 봄이 타당하다고 판단하였다. 위약벌로 정한 것임이 분명함에도 손해배상액의 예정과 마찬가지로 감액을 인정한다면 위약벌을 정한 약정 자체는 물론 위 사건과 같이 위약벌과 결합되어 있

는 다른 특약들에까지 영향을 미치게 되고, 이는 올바른 당사자의 의사해석을 그르치게 될 가능성이 많다.

위와 같은 사례는 위약금 약정을 손해배상액의 예정과 위약별로 구분하고 그 법적 취급을 달리하는 대법원 판례에 따라 거래실무가 정착되었음을 보여준다. 이 사건에서 계약불이행 시 손해배상을 지급하도록 하면서(제10조) 손해배상금과 별도로 불이행 시 10억 원을 지급하도록 계약 내용을 정한 것도(제11조) 마찬가지로 볼 수 있다.

약관법 제19조의3에 따르면 사업자 및 사업자단체는 일정한 거래 분야에서 표준이 될 약관의 제정·개정안을 마련하여 공정거래위원회에 심사를 청구할 수 있고, 공정거래위원회는 심사한 표준약관을 공시하고 사업자 등에 표준약관을 사용할 것을 권장할 수 있는바, 약관법에 따라 공시된 표준약관에서도 위와 같은 거래실무를 확인할 수 있다. 즉 '계약을 위반하는 경우 상대방은 계약을 해제 또는 해지하고 손해배상을 청구할 수 있다'고 정하면서 '상대방이 의무를 충실히 이행하고 있음에도 계약을 일방적으로 파기할 목적으로 계약상의 내용을 위반한 경우에는 손해배상과는 별도로 위약별을 지급한다'는 등으로 정함으로써 계약이행의 확보만을 목적으로 한 위약별 조항을 손해배상 조항과 별도로 둔 약관례와 손해배상액 예정 성격의 위약금 조항만을 둔 약관례가 구분되어 있다.

어느 한쪽 계약당사자의 지위가 우월한 데서 오는 것이 아니라, 계약의 목적과 내용에 비추어 계약당사자의 '실제 이행'이 아주 중요하고 그 실제 이행이 이루어져야만 투자한 자본의 회수가 가능하다는 등의 사정으로 위약별을 정하는 경우가 많다. 법상 이러한 당사자의 이익과 기대를 담보할 장치가 충분하지 아니한 상황에서 위약별 약정으로 이를 담보하거나 보완하고자 하는 것이다. 이 사건 위약금 약정 역시 양 당사자의 지위 차이보다는 장기간에 걸친 공동사업의 안정적 이행확보라는 목적에서 정한 것으로 볼 수 있다.

다. 일반조항을 통한 효력 통제가 불필요한 우회로인가

반대의견은 손해배상액의 예정과 위약별의 기능적 유사성에 비추어 그 감액 여부에 관한 평가모순을 해소할 필요가 있고, 위약별에 대한 공서양속 규제는 불필요한 우회로라는 것을 주된 근거로 위약별도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추하여 감액할 수 있다고 한다. 그러나 다음과 같은 이유로 이를 수긍할 수 없다.

1) 위약별에 민법 제398조 제2항을 유추적용하는 것은 사적 자치의 원칙과 그 제한에 관한 규율체

계에 비추어 타당하다고 볼 수 없다.

사적 자치의 원칙은 소유권 절대의 원칙 및 과실책임의 원칙과 더불어 근대사법의 기초를 이루지만, 사적 자치의 무제한적 허용은 경제적 약자의 지위에 있는 계약당사자를 부당하게 압박하여 가혹한 결과를 초래할 수 있다. 이에 민법은 신의성실의 원칙(제2조), 공서양속에 위반하거나 불공정한 법률행위를 무효로 하는 일반규정(제103조, 제104조) 등을 두어 이러한 부작용을 완화하거나 방지한다. 사용자의 위약금 약정을 금지하는 근로기준법 제20조나 앞에서 살펴본 약관법 제6조, 제8조 등도 일정한 계약유형에서 이러한 입법 목적을 실현하고자 한다.

민법 제398조 제2항에 의한 손해배상 예정액의 감액도 국가가 당사자 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정성을 보장하기 위하여 계약의 체결 또는 그 내용에 간섭하는 사적 자치의 원칙에 대한 제한의 한 가지 형태이다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결 참조). 다만 민법 제398조 제2항은 법원에 당사자 사이의 유효한 계약에 개입하여 재량으로 그 내용을 수정하는 권한을 부여한다는 점에서 이례적이라고 할 수 있고, 이러한 예외적 조항은 그 문언에 따라 신중하게 해석되어야 한다. 즉 민법 제398조 제2항이 손해배상 예정액의 감액만을 규정하고 이와 달리 위약벌의 감액에 대 하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니한 이상, 민법의 일반조항이나 약관법 등을 적용하여 위약벌 약정의 효력을 판단하는 것은 별론으로 하고, 곧바로 민법 제398조 제2항을 유추하여 문제를 해결하려는 것은 바람직하지 아니하다.

2) 손해배상액의 예정에 대해서만 직권감액을 규정한 것은 입법자의 결단으로 볼 수 있다.

민법 제398조는 의용민법 제420조, 제421조를 참조하여 제정된 것인데, 의용민법 하에서도 손해배상액의 예정과 구별되는 위약벌의 존재가 인정되었다. 그럼에도 입법자는 손해배상액의 예정을 증감할 수 없다는 의용민법 제420조 제1항 후문의 내용을 삭제하는 대신 '손해배상의 예정액에 대해서 감액할 수 있다'고만 규정하였다(민법 제398조 제2항). 민법은 손해배상액의 예정과 위약벌의 차이를 전제로 손해배상액의 예정에 대해서만 법원의 직권감액을 인정하고 있고, 민법 제398조 제2항을 규정한 입법자의 의사는 손해배상액의 예정이 아닌 위약벌 약정에 대해서는 법원의 직권감액을 허용하지 않는 것이라고 볼 수 있다.

3) 위약금 약정의 구별 필요성 내지 불가피성, 법적 효과에서의 차이점 등을 전제로 한다면, 손해배상액의 예정과 위약벌의 일부 기능적 유사성만으로 위약벌에 민법 제 398조 제2항을 유추적용하는

것이 정당하다고 평가하기 어렵고, 일반조항을 통한 효력통제를 불필요한 우회로라고 볼 수도 없다.

손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것은 감액 여부에 대한 판단에 선행되어야 한다. 그리고 위약금 약정이 위약벌로 해석되는 경우에는 위약금 이외에 채무불이행으로 인한 손해배상을 별도로 청구할 수 있다는 점에서도 손해배상액의 예정과 다르므로 이를 구별하는 것은 불가피하다.

대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌 모두 채무의 이행을 확보하기 위한 목적임을 인정하면서도 위약벌은 손해배상의 간이화라는 목적을 가지지 않는다는 점에서 그 구별을 인정해 왔다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결, 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결 등 참조). 손해배상액의 예정에도 손해 발생사실이나 손해액에 대한 증명 곤란을 배제하기 위한 기능과 아울러 이행확보적 기능이 있을 수 있다. 하지만 손해배상액 예정의 주된 목적은 손해배상의 간이화에 있고, 민법 제398조 제2항에서 손해배상의 예정액에 대해서 명문으로 그 감액을 인정하는 것은 손해의 공평분담이라는 손해배상제도의 근본취지를 관철하기 위한 것이라고 이해할 수도 있다. 한편 채무자가 계약을 이행하지 않을 때 손해배상과 별도로 몰수하기로 한 위약금, 즉 일종의 제재나 벌(罰)로서의 위약금은 이행확보적 기능을 본질로 한다. 따라서 손해의 공평분담 차원에서의 조정이 필요하지 아니하고, 다만 민법의 공서양속에 관한 일반규정이나 약관법 등으로 규율하는 것이 그 취지에 보다 부합하는 것이다.

라. 위약금 약정의 형식이나 약정을 하게 된 경위와 그 교섭 과정, 약정의 주된 목적, 위약금을 통해 이행을 담보하려는 의무의 성격, 위약금액의 규모나 예상되는 손해 액의 크기 등을 종합적으로 고려하여, 구체적인 사안별로 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하고 감액 여부나 정도를 달리 취급하는 것은 '의사해석 원칙'에 따른 당연하고도 자연스러운 귀결이다. 손해배상액의 예정과 달리 위약벌을 감액하지 않는 것은 위약금 약정을 한 당사자들의 의사를 고려하여 합리적인 근거에 따라 '다른 것을 다르게' 취급하는 것이다. 개별 사건에서 위약금 약정의 해석에 관한 사실심의 전권에 따라 결론을 달리하게 된 것을 두고 불균형이라고 할 수는 없다. 위약금 약정의 법적 성질을 합리적으로 판단하여 손해배상액의 예정과 위약벌의 법적 취급을 달리하는 것은 당사자의 의사해석에 관한 법원의 책무이고 사실심 재판의 과정이다. 오히려 위약벌 약정을 한 당사자의 의사를 외면한 채 위약벌을 감액할 수 있다고 보는 반대의견은 당사자의 의사를 일률적으로 의제함으로써 합리적

의사해석을 포기하는 것이다.

마. 다수의견에서 살펴본 바와 같이 대법원은 약정에 의한 제재나 벌(罰)이 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다고 일관되게 판시하여 왔다. 대법원이 일정한 요건 하에 위약벌 약정의 일부 무효를 인정하는 것은, 계약의 무효가 계약의 일부분에 관련되어 있고 그 계약 내용이 가분적이며, 거래의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 당사자 쌍방이 계약의 일부가 무효임을 알았다면 이에 대비하여 의욕하였을 가정적 의사를 확정하여 나머지 부분의 구속력을 긍정하는 것으로서 민법 제137조에 따른 일부 무효의 법리에 부합한다. 반대의견은, 통상 금전지급 형태의 위약벌 약정에서 급부의 목적물이 가분일 뿐이지 법률행위로서 위약벌 약정 자체가 가분적인 것은 아니므로 분할 가능한 법률행위를 전제로 하는 일부 무효의 법리를 적용하는 것은 바람직하지 않다고 비판한다. 반대의견의 취지가 분명하지 않지만, 민법상 일부 무효의 법리가 분할가능한 법률행위만을 전제로 적용될 수 있다는 의미라면 계약 내용의 양적 분할 가능성을 전제로 일부 무효를 긍정하는 확립된 선례, 예컨대 연대보증계약에서 취소범위를 보증한도액의 일부로 제한한 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결 등의 태도에 비추어 선뜻 이해할 수 없다.

한편 대법원은, 손해배상 예정액의 감액 제도는 국가가 계약당사자 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위하여 계약의 내용에 간섭한다는 데에 그 취지가 있으므로, 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정될 때에 손해배상 예정액을 감액할 수 있다고 보아, 감액이 만연히 인정되는 것이 아님을 밝히고 있다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결, 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다38637 판결 등 참조). 단지 예정액 자체가 크다든가 계약 체결 시부터 계약 해제 시까지의 시간적 간격이 짧다든가 하는 사유만으로는 감액을 인정하기에 부족하다고 하고(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결, 대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719 판결 등 참조), 기록상 실제의 손해액 또는 예상 손해액을 알 수 있는 경우에는 그 예정액과 대비하여 볼 필요가 있다고 한 판례 역시 같은 취지로 볼 수 있다(대법원 1995. 11. 10. 선고 95다33658 판결 참조). 따라서 손해배상 예정액의 감액 역시 일정한 기준에 따라 이루어져야 하고 그 감액을 너무 쉽게 인정하는 것이 바람직하지 않다는 반대의견의 문제의식에는 동의하지만, 위와 같은 손해배상 예정액의 감액

에 관한 판단기준은 앞서 살펴본 공서양속을 위반한 위약벌 약정의 일부 또는 전부 무효의 판단기준과는 그 내용이나 정도에서 다를 수밖에 없으므로, 위약벌 약정의 독자적인 기능이나 위와 같은 차이점을 도외시킨 채 위약벌에 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액하는 것이 바람직한 방향이라는 반대의견에는 쉽게 동의하기 어렵다.

바. 의용민법을 폐지하고 우리 민법이 제정되어 시행된 지 이미 60여년이 지나 수많은 재판례가 축적되고 판례법리가 정립된 현재 '일본 법학의 해소'라는 반대의견의 접근방식은 불필요한 이념적 틀이고 바람직하지도 않다. 또한 각국의 손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 규율은 그 체계나 내용이 서로 달라 비교법적으로 동일 평면에서 논의할 수 없다. 당사자의 진정한 의사를 탐구하고 그에 따라 거래와 약정의 실체를 밝히려는 현재 판례의 입장이 일부 외국의 규율태도와 다소 다르다고 하여 '비교법적 고립을 자처'한다는 반대의견의 견해도 더욱 수긍하기 어렵다.

사. 종래 비판의 여지가 있는 판결들이 선고되기도 하였지만, 대법원은 오랫동안 위 약벌 법리를 큰 틀에서 유지하면서 '공서양속 일부 무효' 법리를 추가하여 구체적인 사실관계에 따라 합리적인 해석을 통해 공평을 기하여 왔다. 나아가 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 위약금'의 존재를 인정하면서 당사자의 의사나 거래의 실체를 반영하는 등 꾸준히 위약벌 법리의 단점을 보완하였다.

이러한 판례를 그대로 이어나가면서 다양한 법률관계에서 '계약의 이행확보'를 강조하는 위약벌에 관한 판례를 신뢰하고 '위약벌' 약정을 함으로써 계약의 목적을 달성하고자 하는 당사자의 의사를 존중하고 그 실현을 돕는 것이야말로 법원의 올바른 태도이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

대법원장 김명수(재판장) 대법관 김재형(주심) 조재연 박정화 안철상 민유숙 김선수 이동원 노정희

노태악 이흥구 천대엽 오경미