

대법원 2002. 4. 23 선고 2000다56976 판결 [보증채무금] [공2002.6.15.(156),1213]

판 시 사 항

- [1] 단순 최저가 낙찰제에 의한 낙찰자결정방식에 따른 시설공사 도급계약에 있어 예정가격의 100분의 85 미만에 낙찰받은 자는 예정가격과 낙찰금액의 차액을 차액보증금으로서 현금으로 납부하게 하고 채무불이행의 경우 차액보증금을 발주자에게 귀속시키기로 하는 약관조항이 약관의규제에관한법률 제6조 또는 제8조에 저촉되는지 여부(소극)
- [2] 국가를당사자로하는계약에관한법률의 시행으로 구 예산회계법령 등에서 규정하고 있던 차액보증금제도가 폐지됨으로써 기존의 차액보증금 약정이 실효되는지 여부(소극)
- [3] 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호,
불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위한 요건
- [4] 차액보증금 약정이 독점규제및공정거래에관한법률 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 한 사례
- [5] 구 예산회계법령 소정의 차액보증금제도의 취지 및 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부(소극)
- [6] 차액보증금 약정이 위약벌로서의 성질을 가진 것으로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없다고 한 사례

판 결 요 지

[1] 경쟁입찰에서 단순 최저가 낙찰제에 의한 낙찰자결정방식에 따른 시설공사 도급계약에 있어서는 현저한 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약의 이행을 담보할 필요성이 매우 강한 점에 비추어, 예정가격의 100분의 85 미만에 낙찰받은 자는 예정가격과 낙찰금액의 차액을 차액보증금으로서 현금으로 납부하게 하고 채무불이행의 경우 차액보증금을 발주자에게 귀속시키기로 하는 약관조항은 허용될 수 있으며 이러한 약관조항이 약관의규제에관한법률 제6조, 제8조에 저촉된다고 보기는 어렵다.

[2] 국가를당사자로하는계약에관한법률이 시행됨으로써 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조, 같은법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조 등에서 규정하고 있던 차액보증금제도가 폐지되었다고 하더라도, 국가가 수급자와 시설공사 도급계약을 체결하면서 차액보증금에 관하여 약정한 이상 그 약정이 당연히 실효된다고는 볼 수 없다.

[3] 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호, 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위해서는 사업자가 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여야 한다.

[4] 국가가 시설공사를 도급함에 있어 독과점적 수요자의 지위에 있지도 않았을 뿐 아니라 시설공사계약이 경쟁입찰의 방식으로 체결되었으며 그 계약체결과정에 국가가 계약의 상대방인 수급자의 자유의사를 부당하게 억압하였다고 볼 자료도 없는 사정 등에 비추어, 국가가 수급자에 대하여 거래상의 우월적 지위에 있어 이를 부당하게 이용하였다고 보기 어렵고, 따라서 국가와 수급자 사이의 차액보증금에 관한 약정이 독점규제및공정거래에관한법률 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

[5] 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조, 동시행령(1995. 7. 6.

대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조에 의한 차액보증금은 최저가낙찰제를 시행함에 있어 지나친 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약내용대로 계약을 이행할 것을 담보하기 위한 것이고, 또한 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없으며, 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 되는 것에 불과하다.

[6] 국가와 수급자 사이의 차액보증금에 관한 약정은 수급자가 공사계약을 위반할 경우에 그 차액보증금을 국가에 귀속시킴으로써 수급자에 대하여 제재를 가함과 동시에 수급자로 하여금 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하는 위약벌로서의 성질을 가진 것으로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없다고 한 사례.

참 조 조 문

[1] 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조(현행 삭제), 구 예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조(현행 삭제), 약관의규제에관한법률 제6조, 제8조

[2] 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조(현행 삭제), 구 예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조(현행 삭제)

[3] 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호, 독점규제및공정거래에관한법률시행령 제36조 제1항[별표 1], 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호

[4] 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조(현행 삭제), 구

예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조(현행 삭제),
독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호, 독점규제및공정거래에관한법률시행령 제36조
제1항[별표 1], 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호
[5] 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조(현행 삭제), 구
예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조(현행 삭제), 민법
제398조 제2항
[6] 민법 제398조 제2항

재판경과

대법원 2002. 12. 27 선고 2002다54035 판결
서울고등법원 2002. 8. 23 선고 2002나22887 판결
대법원 2002. 4. 23 선고 2000다56976 판결
서울고등법원 2000. 9. 26 선고 2000나15588 판결
서울지방법원 2000. 2. 11 선고 99가합72038 판결

참조판례

[1]
[3] 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다53483 판결(1984,520)
[3] 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카3659 판결(1988,189), 대법원 1993. 7. 27. 선고
93누4984 판결(1992,1037)

[5] 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결(공1988, 168)

전 문

【원고,상고인겸부대피상고인】 대한민국

【피고,피상고인겸부대상고인】 건설공제조합

(소송대리인 변호사 전▲구)

【원심판결】 서울고법 2000. 9. 26. 선고 2000나 15588 판결

주 문

원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 그 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 피고의 부대상고를 기각한다. 부대상고비용은 피고의 부담으로 한다.

이 유

원고의 상고이유와 피고의 부대상고이유를 함께 본다.

1. 원심이 적법하게 확정된 사실과 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 주식회사 태화주택(변경 후 상호 태화건설 주식회사, 이하 '태화건설'이라고 한다)은 원고가 1993. 6. 2. 실시한 연무-논산간 도로확장 및 포장공사를 낙찰받은 다음 1993. 8. 4. 원고와 사이에 공사대금을 금 7,269,319,800원, 계약보증금 961,431,984원, 착공일을 1993. 8. 7.로 하는 내용의 시설공사 도급계약을 체결하였다.

나. 위 시설공사계약의 일반조건에 의하면, 원고가 정한 예정가격의 100분의 85 미만인 낙찰자는 예정가격과 낙찰금액과의 차액을 현금으로 계약보증금과 함께 차액보증금으로 납부하여야 하되,

차액보증금을 보증서 등으로 납부하고자 하는 경우에는 그 차액의 2배를 납부하여야 하고, 계약자가 계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에는 계약보증금과 차액보증금은 국고에 귀속하도록 정하고 있다.

다. 이에 태화건설은 위 시설공사의 예정가격은 금 122억 9,490만 원이고, 낙찰가격은 금 7,269,319,800원이므로, 예정가격과 낙찰가격의 차액인 금 5,025,580,200원의 2배에 해당하는 금 10,051,160,400원을 보증금액으로 하고, 보증기간을 1993. 7. 30.부터 1996. 9. 14.까지로 하되, 보증기간에도 불구하고 위 공사의 실제준공일까지 유효하기로 하는 차액보증서를 피고로부터 발급받아 원고에게 교부하였다가 1998. 3. 5. 국가를당사자로하는계약에관한법률시행령 부칙(1996. 12. 31.) 제2조 제2항(원심의 "구 예산회계법시행령 제23조 제1항"은 착오기재로 보인다)에 따라 보증금액을 위 차액의 1배에 해당하는 금 5,025,580,200원으로 변경하고, 보증기간을 당초의 차액보증서와 동일한 내용의 차액보증서를 발급받아 원고에게 당초의 차액보증서와 교체하여 제출하였는데, 위 차액보증서에 첨부된 약관에는, 피고는 태화건설이 위 시설공사계약상의 의무를 보증기간 내에 이행하지 아니함으로써 원고에게 부담하는 채무를 보증하되, 피고가 보증하는 금액은 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 원고가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 한다고 규정되어 있다.

라. 태화건설은 위 시설공사를 시행하던 중 1998. 7. 9. 부도가 나서 1998. 9. 30. 대전지방국토관리청에 공사포기각서를 제출하였으며, 이에 원고는 1998. 10. 28. 위 공사계약을 해지하였다.

2. 피고의 부대상고이유 제1점에 대하여

경쟁입찰에서 단순 최저가 낙찰제에 의한 낙찰자결정방식에 따른 시설공사 도급계약에 있어서는 현저한 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약의 이행을 담보할 필요성이 매우 강한 점에 비추어, 예정가격의 100분의 85 미만에 낙찰받은 자는 예정가격과 낙찰금액의 차액을 차액보증금으로서 현금으로 납부하게 하고 채무불이행의 경우 차액보증금을 발주자에게 귀속시키기로 하는 약관조항은 허용될 수 있으며 이러한 약관조항이 약관의규제에관한법률(이하

'약관규제법'이라고 한다) 제6조, 제8조에 저촉된다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99다53483 판결 참조).

원심이 피고가 원고에 대하여 보증한 주채무인 원고와 태화건설 사이에 시설공사 도급계약상의 차액보증금에 관한 약정이 약관규제법에 위반되어 무효라는 피고의 주장에 대하여 차액보증금제도는 입찰업체가 공사의 가능 여부를 불문하고 우선 최저가로 낙찰받아 계약을 체결하여 놓고 그 계약이행을 제대로 하지 않는 것을 방지하고 계약의 이행을 확보하기 위한 것이므로 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 약관규제법에 위반되어 무효라고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고의 부대상고이유의 주장과 같은 약관규제법 제6조의 해석적용을 그르친 법리오해 등의 위법은 없다. 이에 관한 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 피고의 부대상고이유 제2점에 대하여

우선, 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정은 구 예산회계법, 같은법시행령 등에 따른 것이고, 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 '국가계약법'이라고 한다)이 시행됨으로 위 예산회계법령 등에서 규정하고 있던 차액보증금제도가 폐지되었다고 하더라도, 원고가 태화건설과 시설공사 도급계약을 체결하면서 차액보증금에 관하여 약정한 이상 그 약정이 당연히 실효된다고는 볼 수 없으므로, 원심이 국가계약법의 시행으로 인하여 위 차액보증금에 관한 약정이 소급적으로 소멸된다는 피고의 주장을 배척한 것은 옳다.

피고는, 또 피고와 태화건설 사이에 보증약정이 체결된 이후 건설공제조합법, 동법시행령과 피고 조합의 정관 및 제규정이 변경될 경우 이에 따라 기본약정이 자동적으로 변경되는 것으로 특약하였는데(을 제4호증 한도거래용 보증채무약정서 제17조 제2항), 차액보증금제도를 규정한 구 예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조가 폐지되었으므로 원고의 권리도 당연히 변경되어 소멸되는 것이므로 피고로서는 민법 제542조에 따라서 항변권을 행사한다고 주장하나, 예산회계법시행령의 개정으로 기본약정이 변경된다는 특약이 없음은 위 주장 자체로 명백하고, 또 기록에 의하면 1996. 8. 26. 피고의 보증규정 중 차액보증이 삭제되었으나, 기존의 차액보증계약은 종전 규정에 의하도록 하는 경과규정이 있음을 알 수 있으므로,

같은 취지로 피고의 주장을 배척한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 심리미진이나 판단유탈 등의 위법은 없다. 이에 관한 피고의 주장도 받아들이지 아니한다.

4. 피고의 부대상고이유 제3점에 대하여

독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호, 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위해서는 사업자가 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여야 한다(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카3659 판결, 1993. 7. 27. 선고 93누4984 판결 등 참조).

기록에 의하여 원고가 이 사건 시설공사를 도급함에 있어 독과점적 수요자의 지위에 있지도 않았을 뿐 아니라 이 사건 시설공사계약이 경쟁입찰의 방식으로 체결되었으며 그 계약체결 과정에 원고가 계약의 상대방인 태화건설의 자유의사를 부당하게 억압하였다고 볼 자료도 없는 사정 등에 비추어 보면, 원고가 태화건설에 대하여 거래상의 우월적 지위에 있어 이를 부당하게 이용하였다고 보기 어렵고, 따라서 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 위 법조 소정의 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다. 이와 결론을 같이한 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 법조의 해석적용을 그르친 위법은 없다. 이 점에 관한 피고의 주장도 받아들이지 아니한다.

5. 원고의 상고이유 제1점에 대하여

가. 원심은, 앞서 본 사실관계를 기초로 하여 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 손해배상액의 예정임을 전제로, 원고가 태화건설과 사이에 차액보증금과 별도로 금 961,431,984원에 달하는 계약보증금에 관한 약정을 하였고, 이에 따라 원고가 태화건설의 위 채무들을 보증한 피고로부터 이미 계약보증금으로 금 961,431,984원을 수령하였으며, 1998. 11. 28. 현재 이 사건 시설공사의 완성도가 약 96%에 이르는 사정에 비추어 보면, 손해배상의 예정액 금 5,025,580,200원은 부당하게 과다하다고 인정되므로, 민법 제398조 제2항에 따라 이를 금 5억 원으로 감액함이 상당하다고 판단하였다.

나. 그러나 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 손해배상액의 예정이라는 원심의

판단은 다음과 같은 이유로 수급하기 어렵다.

구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 국가계약법의 제정으로 개정되기 전의 것) 제93조, 동시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 국가계약법시행령의 제정으로 개정되기 전의 것) 제123조에 의한 차액보증금은 최저가낙찰제를 시행함에 있어 지나친 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약내용대로 계약을 이행할 것을 담보하기 위한 것이고, 또한 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없으며, 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 되는 것에 불과하다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결 참조).

기록에 의하면, 수급자인 태화건설은 원고와 사이에 이 사건 시설공사계약을 체결하면서 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 계약보증금과 별도로 차액보증금을 미리 원고에게 납부하도록 하였고, 태화건설이 도급계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에는 손해의 발생 여부와 그 손해액의 정도를 불문하고 이를 원고에게 귀속시키도록 약정하고 있으며, 차액보증금의 액수가 현금으로 납부할 때와 그렇지 아니하고 피고 등이 발행한 보증서로 납부할 때에 2배의 차이를 두고 있는 것으로 보아 차액보증금의 액수를 수급자인 태화건설의 계약불이행으로 인한 예상 손해액과 맞추려고 하였던 것도 아니고, 이 사건 시설공사계약일반조건 제15조에 의하면, 태화건설이 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 이행지체에 대한 지체상금 약정이 별도로 있는 사실을 알 수 있다.

이러한 사정들과 아울러 국가를 당사자로 하는 계약에 있어서 차액보증금제도를 둔 취지에 비추어 보면, 원고와 태화건설 사이의 이 사건 차액보증금에 관한 약정은 수급자인 태화건설이 시설공사계약을 위반할 경우에 그 차액보증금을 원고에게 귀속시킴으로써 태화건설에 대하여 제재를 가함과 동시에 태화건설로 하여금 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하는 위약벌로서의 성질을 가진 것으로 봄이 상당하고, 위 차액보증금에 관한 약정이 위약벌의 성질을 가진다고 본다면 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 원고와 태화건설 사이의 위 차액보증금 약정이 민법 제398조의 손해배상액의 예정이라는 전제에서 그 액수가 부당하게 과다하다는 이유로 판시와 같이 감액한 것은, 구 예산회계법에 터잡은 차액보증금에 관한 당사자 간의 약정의 해석을 그르쳐 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이다. 이 점을 지적하는 원고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

6. 원고의 상고이유 제2점과 피고의 부대상고이유 제4점에 대하여

원고와 피고의 이 부분 상고이유 및 부대상고이유의 주장은 모두 이 사건 차액보증금 약정이 손해배상액의 예정임을 전제로 하는 것이므로 더 나아가 볼 필요도 없이 받아들일 수 없다.

7. 결 론

그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 그 부분 사건을 원심법원에 환송하며, 피고의 부대상고를 기각하고, 부대상고비용은 피고의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장) 이용우 배기원(주심) 박재윤