

서울고등법원 2012. 12. 20 선고 2011나93584 판결 [계약보증금청구]

재판경과

서울고등법원 2012. 12. 20 선고 2011나93584 판결

서울중앙지방법원 2011. 10. 19 선고 2011가합28316 판결

전문

원고, 항소인 기독교대한감리회 불♡교회

피고, 피항소인 건설공제조합

제1심판결 서울중앙지방법원 2011. 10. 19. 선고 2011가합28316 판결

변론종결 2012. 12. 6.

판결선고 2012. 12. 20.

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

(1) 피고는 원고에게 999,702,000원 및 이에 대한 2010. 9. 23.부터 2012. 12. 20.까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 따른 금원을 지급하라.

(2) 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용은 피고가 부담한다.
3. 제1항의 (1)은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 999,702,000원 및 이에 대한 2010. 9. 15.부터 이 사건 소장부분이 송달된 날까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 따른 금원을 지급하라는 판결.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은 (주성▽아이종합건설(이하, '성△건설'이라 한다)과 교회 신축공사 도급계약을 체결한 원고가 성△건설의 도급계약에 따른 계약이행보증금채무의 이행을 보증한 피고에 대하여 성△건설의 공사포기로 보증사고가 발생하였다고 주장하면서 계약이행보증금(999,702,000원)과 그 지연손해금의 지급을 구하는 사안이다.

제1심판결은 원고의 청구를 기각하였고, 원고가 이에 불복하여 항소를 제기하였다.

나. 전제된 사실관계

【증거】갑1, 2, 갑3의 1, 2, 갑4, 5, 갑7의 1, 2, 3, 갑8의 1에서 15, 을12, 증인 A, B와 변론 전체의 취지

(1) 원고와 성△건설의 공사도급계약

원고는 2009. 7. 1. 성△건설과 사이에 성남시 판교택지개발지구 종교부지 5에 불♡교회 건물을 신축하는 공사에 관하여 공사대금 178억 2,000만 원(부가세 포함), 공사기간 2009. 7. 1.부터

2010. 9. 30.까지로 정하여 공사도급계약을 체결하면서 다음과 같이 약정하였다.

- 계약이행보증금 999,702,000원(공사대금의 5.61%)은 당사자의 협의에 따라 보증기관이 발행한 보증서(보증보험증권, 피고의 보증서 등)로 갈음할 수 있고, 성△건설이 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약이행보증금은 원고에게 귀속한다(계약일반조건 4조).
- 성△건설이 책임준공을 이행하지 않을 때에는 그에 따른 손해배상을 원고에게 지불하여야 한다(계약일반조건 29조).
- 원고는 성△건설의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없다고 인정되거나 성△건설의 부도 발생 또는 제3자의 기성 가압류 등 성△건설의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없음이 명백히 인정된 경우 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다(계약일반조건 32조 1항 3호, 6호).
- 원고는 계약을 해제 또는 해지하고자 할 때에는 서면으로 상당기간을 정하여 계약의 이행을 최고한 후 그 기간 내에 계약이 이행되지 않을 때 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다. 원고가 계약을 해제 또는 해지한 경우에 계약이행보증금은 원고에게 귀속한다(계약일반조건 32조 2항, 3항).
- 성△건설은 원고의 계약 해제 또는 해지로 원고에게 발생한 손해를 배상하여야 한다(계약일반조건 32조 7항).
- 성△건설이 공사를 시공하는 중에 성△건설의 채권자로부터 가압류, 압류, 파산의 신청을 받아 공사수행이 불가능할 때에는 원고는 사전고지를 하고 계약을 해제 또는 해지할 수 있다(계약특수조건 7조 1호).

(2) 원고와 피고의 계약이행보증계약

성△건설은 원고와 공사도급계약에서 정한 계약이행보증채무를 이행하기 위하여 2009. 7. 15. 피고와 보증위탁계약을 체결하고, 이에 기초하여 원고와 피고 사이에 성△건설이 피고로부터 계약이행 보증금액 999,702,000원, 보증기간 2009. 7. 1.부터 2010. 10. 1.까지로 한 계약이행보증서를 받아 원고에게 제공하는 방식으로 계약이행보증계약이 성립되었으며,

계약이행보증에 포섭된 보증약관의 주요 내용은 다음과 같다.

- 피고가 지급할 보증금은 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계법령이 정하는 바에 따라 원고가 물수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 한다(3조),
- 원고는 보증금을 청구하기 전에 주계약을 해제 또는 해지하여야 하며, 이를 이행하지 아니한 때에는 피고는 보증금을 지급하지 아니한다(5조).
- 원고는 보증사고가 생긴 경우 이를 지체없이 피고에게 알리고, 보증금을 청구할 때에는 보증금 청구서와 함께 다음 서류(보증서 및 계약서 사본, 공사포기나 계약해제(해지) 등 보증사고의 발생을 입증하는 서류와 그 책임이 채무자에게 있음을 증명하는 서류, 공사타절 기성검사서 및 내역서) 등을 제출하여야 한다(7조 1항).
- 피고는 보증금 청구를 받은 경우 보증채권자로부터 손해사정과 관련한 서류를 징구하여 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급한다(9조).

(3) 성△건설의 공사포기

(가) 성△건설은 원고 교회의 신축공사 외에도 다른 교회 건물들의 신축공사를 맡아 동시에 시공하고 있었는데, 성△건설의 채권자들이 성△건설을 채무자, 원고와 다른 교회들을 제3채무자로 하여 다음과 같이 성△건설의 원고 등에 대한 공사대금채권의 일부를 가압류하였고, 성△건설의 금융기관에 대한 예금채권도 가압류하였다.

순번	채권자	제3채무자	결정일자(채권가압류)	가압류된 성실건설의 원고에 대한 채권 금액
1	■ 씨엠(주)	원고	2009. 무렵	29,016,930원
2	(주) ■ 지앤엠	원고 외 2개 교회	2010. 5. 10.	58,775,503원
3	■ 이앤지(주)	원고 외 1개 교회	2010. 6. 11.	30,750,000원

4	■■■■ 건설(주)	원고	2010. 7. 19.	69,000,000원
---	------------	----	--------------	-------------

(나) 위와 같이 자금 사정이 악화되어 성△건설이 공사를 계속할 수 없게 되었고, 2010. 8. 무렵 원고에게 성△건설의 귀책사유로 공사도급계약을 이행할 수 없다는 이유로 교회 신축공사를 포기하기로 하는 내용의 교회 신축공사 포기각서를 제출하였다(공사 포기각서의 작성 일자는 2010. 7. 27.로 되어 있다).

(4) 원고와 성△건설 사이의 공사대금 정산합의

원고와 성△건설은 2010. 8. 24. 무렵에 성△건설이 시공한 교회 신축공사의 기성비율에 따른 공사대금과 관련하여 다음과 같이 정산하기로 약정하였다.

- 2010. 6. 30.을 기준으로 한 공사 기성비율이 51.73%, 기성비율에 따른 공사대금 10,352,587,192원으로 확인한다(추가공사, 설계변경시공 및 실내장식시공 포함).
- 2010. 7. 1. 이후 진행된 공사는 원고의 책임으로 공사를 관리하고 공사대금을 지급한다.
- 성△건설의 채무로 말미암아 원고에게 피해가 발생할 경우 이에 대한 모든 책임은 성△건설이 진다(제3채무자 채권가압류 등).
- 성△건설의 현장직원은 현장업무를 계속하는 것(원고 소속으로) 또는 업무를 인계하고 회사로 복귀하는 것에 관하여 원고의 결정에 따른다.
- 성△건설은 공사 포기 이후에도 공사를 완료하기 위한 원고의 노력과 요청에 적극적으로 협조하여 모든 행정업무를 지원한다(시공사 변경신고, 채권채무사실확인, 시공사로서 진행된 업무에 관한 사실 확인, 기타).

(5) 원고의 피고에 대한 계약이행보증금 청구

원고는 2010. 9. 무렵 피고에게 계약이행보증금 999,702,000원을 2010. 9. 15.까지 지급하여

달라고 요청하였다.

2. 이 사건의 쟁점

가. 계약해제를 하지 않아도 계약이행보증금 채권이 원고에게 귀속하는지 여부

나. 원고가 계약이행보증금 채권을 포기하였는지 여부

다. 신의칙 위반 등에 의한 피고의 계약이행보증책임의 감면 여부

라. 계약이행보증금의 감액 여부

3. 이 법원의 판단

가. 계약해제를 하지 않아도 계약이행보증금 채권이 원고에게 귀속하는지 여부

[원고의 주장]

원고는 성△건설이 교회 신축공사를 포기한 것은 계약이행보증계약에 정해진 보증사고에 해당하고, 원고는 2010. 7. 12. 성△건설에 계약에 따른 의무이행을 성실히 할 것을 최고하였는데 성△건설이 공사를 포기함으로써 이행을 거절하였으며, 원고는 공사 도급계약을 해지하는 의미에서 성△건설과 서면으로 공사대금 정산합의를 하였다고 주장한다.

[피고의 주장]

피고는 보증계약에서 말하는 성△건설의 공사도급계약에 따른 의무불이행은 성△건설이 도급계약에 따라 의무를 이행할 수 없는 이행불능을 뜻하는데, 원고와 성△건설은 성△건설의 채권자들이 공사대금채권을 압류하는 등으로 공사 진행에 어려움이 예상되자 외관상 공사포기 및 타절정산이라는 형식을 취하였을 뿐, 실제로는 성△건설의 기존 현장직원들과 하수급인들이 공사를 계속 시공하였으므로 성△건설의 이행불능이라는 보증사고가 발생하지 않았고, 보증사고가 발생했다고 하더라도 피고의 보증기간인 2010. 10. 1. 이후 원고가 성△건설의 뒤를 이어 교회 신축공사를 시공할 시공사를 선정할 무렵에 발생한 것이며, 원고는 보증기간 내에 계약보증약관에 정해진 바와 같은 계약해지를 하지 않았다고 주장한다.

[판단]

(가) 증거[갑9, 10, 을2, 을5의 1에서 4, 을6의 1, 2, 을7의 1에서 42, 을8, 9, 10, 12, 증인 C(뒤에서 믿지 않는 부분 제외), A, B, 성남시장, (주)해♡건설에 대한 사실조회결과]에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 원고는 주거래 금융기관인 수협중앙회로부터 성△건설이 거래은행인 기업은행에서 1차 부도를 당할 가능성이 크고 다른 공사현장의 공사대금을 지급하지 못하고 있다는 내용의 이야기를 듣고, 성△건설의 다른 공사현장에서 시공하고 있는 하수급인들로부터 성△건설의 기성비율에 따른 공사대금 채권 액수를 확인하는 내용의 전화를 자주 받았으며, 교회 신축공사현장의 현장소장과 직원들로부터 3개월 동안의 급여를 받지 못하였다는 이야기를 듣고, 2010. 7. 12. 성△건설에 대하여 그 진위를 확인하면서 중단 없이 공사를 계속할 수 있도록 조치를 하고 가압류 문제를 책임진다는 확인서를 제출하라고 요구하는 한편, 기성비율에 따른 공사대금을 성△건설의 하수급인들에게 직접 지급할 예정이니 그에 대하여 동의하고 성△건설이 최종적으로 부도나서 공사시공이 불가능할 경우 즉시 공사를 포기하라고 요구하였다.
- ② 성△건설은 자금사정이 계속 어려워져 2010. 6. 말 무렵 회사 운영을 중단하였고, 2010. 10. 20. 최종적으로 당좌거래가 정지되었으며, 그 무렵 폐업하였다.
- ③ 원고는 2010. 7. 28. 성△건설에 6월분 공사대금 5억 9,400만 원을 지급하였고, 성△건설의 공사 포기 후 성△건설과 기성비율에 따른 공사대금을 정산하고 나서 2010. 8. 25. 성△건설에 갈음하여 성△건설의 하수급인들에게 7월분 공사대금 851,268,120원을 직접 지급하였으며, 성△건설의 공사 포기와 관계없이 교회 신축공사를 원활하게 진행하기 위하여 공사시공을 직영체제로 전환하였고, 2010. 8. 하순 무렵부터는 현장소장을 비롯한 성△건설의 현장 직원들을 잠정적으로 인수하여 그들에게 현장 관리업무를 계속 맡기는 한편 기존 하수급인들에게 직접 공사대금을 지급하여 공사가 중단되지 않도록 하였다.
- ④ 원고는 후속 시공자로 해♡건설(주)를 선정하여 2010. 10. 8. 해♡건설과 사이에 공사대금 2,363,137,700원으로 정하여 공사도급계약을 체결하였고, 이후에도 새로운 공정(외부단열공사, 쓰레기이송관로공사)에 추가된 2개 업체를 제외하고는 종전에 성△건설의 하수급인 대부분이 해♡건설과 다시 공사하도급계약을 맺고 공사를 계속 시공하였으며, 2011. 3. 23.에 이르러 교회

건물에 대한 사용승인을 받았다.

⑤ 원고는 성△건설과 공사도급계약을 체결하기 전에 (주)조△건설과 공사도급계약을 체결하였고, 조△건설이 공사를 시공하던 2009. 6. 26. 원고와 조△건설은 공사도급계약을 합의해제하면서 기성비율에 따른 공사대금을 정산하였으며, 당시 공사 중간종료 정산합의서에는 합의해제라는 내용과 공사와 관련된 민·형사상의 모든 법적 책임을 서로 묻지 않기로 하는 내용을 명확히 기재하였다.

⑥ 성△건설은 원고 외의 다른 교회들로부터 도급받은 공사의 시공도 중단하였고, 그 기성비율에 따른 공사대금을 정산하면서 중간종료(타절)정산서에 교회 측이 계약이행보증금을 청구하지 않기로 하는 내용을 명시하였다.

(나) 그런데 계약의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 계약문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제가 되는 경우에 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정으로 달성하려는 목적(특히 거래업계에서는 언제나 기존의 법률구성을 가지고 새로운 목적을 달성하려고 하는 것이므로 실제 거래에서 이루어지는 거래제도의 목적을 정확하게 파악하여 현실의 생활관계를 분명하게 밝혀야 한다), 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 하고(대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결, 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다76603 판결 등 참조), 계약조항 중 서로 일치하지 아니하는 조항이 들어 있는 때에는 이를 통일적으로 해석하여야 하며, 당사자가 달성하려고 한 경제적, 사회적 목적에 적합하고, 가능한 유효하도록 해석하여야 한다.

앞서 본 전제사실과 위 인정사실에 의하면, 공사도급계약 4조 3호는 성△건설이 채무를 불이행하면 계약이행보증금이 원고에게 귀속함을 정하고, 한편으로 32조 2항은 원고가 공사도급계약을 해제(해지)할 수 있는 경우에 원고가 이를 해제(해지)하면 계약이행보증금이 원고에게 귀속한다고 정하고 있다. 이와 같은 공사도급계약 4조 3호와 32조 2항의 문언을 전체로서 보면 위 각 조항은 성△건설이 채무를 불이행한 경우에 특별한 사정이 없다면 원고가 그 채무불이행 사실만 입증하면 현실로 생긴 손해의 발생과 손해액을 입증하지 않아도 계약이행보증금과 같은 금액을 손해배상으로

청구할 수 있음을 규정함과 아울러 지연손해배상금의 손해배상액 예정인 경우에 해제에 의한 손해배상액에 관해서는 계약이행보증금이 기준으로 되지 않을 수도 있으므로 계약이행보증금이 계약관계를 청산하기 위한 손해배상액의 예정이라는 취지도 포함한다는 의미에서 32조 2항을 별도로 정한 것으로 해석하는 것이 사회통념에 비추어 합리적이고 당사자가 달성하려고 한 경제적, 사회적 목적에 적합하며, 계약당사자의 통상적인 의사에도 맞는다.

성△건설은 2010. 8. 무렵 원고에 대하여 교회 신축공사를 포기하였으며, 원고는 피고의 보증기간 내인 2010. 9. 초순 무렵 피고에게 계약이행보증금의 지급을 청구하였다. 성△건설의 원고에 대한 공사포기는 정당한 이유 없이 공사도급계약에서 정해진 계약상의 채무를 이행하지 않은 때에 해당하므로 원고의 공사도급계약 해제 여부를 묻지 않고 성△건설과 원고 사이에서 계약이행보증금이 원고에게 귀속하고(공사도급계약 4조 3호), 이는 피고가 원고에게 계약이행보증금을 지급하여야 하는 보증사고(보증계약 7조 1항 2호)에 해당한다. 그리고 원고는 성△건설로부터 공사포기서를 받은 후 성△건설과 공사대금 정산합의를 함으로써 공사도급계약을 해제하기로 성△건설과 합의한 것이라고 보아야 하므로 원고는 피고에 대하여 계약이행보증금을 청구할 수 있다. 원고의 주장은 이유 있다.

나. 원고가 계약이행보증금 채권을 포기하였는지 여부

[피고의 주장]

피고는, 원고가 성△건설의 귀책사유로 공사도급계약을 해지한 것이 아니라 성△건설과 공사도급계약을 해제하기로 합의하면서 성△건설에 대한 손해배상채권을 별도로 유보하지 않고 성△건설에 대한 손해배상채권을 포기하였으며, 피고에 대하여 계약이행보증금을 청구하지 않기로 합의하였거나, 성△건설의 원고에 대한 손해배상채무가 소멸되어 피고의 계약이행보증금 지급의무도 그 부종성에 따라 소멸하였다고 주장한다.

[원고의 반론]

원고는 성△건설의 채무불이행으로 말미암아 교회 신축공사의 공기가 연장되어 추가감리비, 직원 급여 등을 지출하였고, 현장 유지를 위한 현장관리비, 전기요금, 현장 정리비 등 각종 비용이

추가되었으며, 성△건설의 채권자들이 성△건설의 원고에 대한 공사대금 채권을 가압류한
상황이었으므로 원고로서는 성△건설에 대한 손해배상채권 또는 피고에 대한 계약이행보증금 채권을
포기할 이유가 없었고, 실제로 포기한 적도 없다고 다룬다.

[판단]

앞서 본 전제사실과 위 인정사실에 의하면, 성△건설의 채권자들이 성△건설의 원고에 대한 공사대금
채권 등을 채권가압류한 상태에서 성△건설이 2010. 8. 무렵 교회 신축공사를 포기하였고, 그에 따라
원고가 2010. 8. 24. 성△건설과 공사대금 정산합의를 한 후 2010. 8. 25. 성△건설의
하수급인들에게 2010. 7월분 공사대금을 직접 지급하여 공사가 중단되지 않도록 하였다. 또 원고는
종전에 교회 신축공사의 수급인인 조△건설과 공사도급계약을 합의해제하면서는 공사와 관련된 모든
법적 책임을 묻지 않기로 약정한 반면 성△건설과 공사대금 정산합의를 하면서는 성△건설의 채무로
말미암아 원고에게 피해가 발생할 경우 그 책임을 성△건설이 지기로 약정하였고, 성△건설은 원고
외의 다른 교회와 공사대금을 정산할 때에는 교회 측이 계약이행보증금을 청구하지 않기로 명확히
약정하였다. 그리고 성△건설의 공사시공 지연 등으로 말미암아 교회 건물은 원고와 성△건설이
약정한 공사기간인 2010. 9. 30.보다 6개월 가까이 경과한 2011. 3. 23.에야 사용승인을 받았다.
이러한 사정에 비추어, 원고는 성△건설에 대한 손해배상 채권을 포기하지 않고 유보한 채
공사도급계약을 합의로 해제한 것으로 보는 것이 사회통념에 비추어 합리적이고 당사자의 통상적인
의사에 맞는다. 그러므로 피고의 주장에 부합하는 증인 C의 일부 증언은 믿을 수 없고, 피고가 제출한
증거들만으로는 위 주장을 인정하기에 부족하다. 피고의 주장은 이유 없다.

다. 신의칙 위반 등에 의한 피고 계약이행보증책임의 감면 여부

[피고의 주장]

피고는, 원고가 성△건설에 대한 계약이행보증금채권과 성△건설의 원고에 대한 공사 잔대금채권을
상계함으로써 원고의 손해 발생이나 확대를 방지할 수 있었음에도 고의 또는 중대한 과실로
기성비율에 따른 공사대금을 성△건설 측에 지급함으로써 원고의 손해가 확대되었고, 이로 말미암아
보증인인 피고도 민법 434조에 따라 주채무자인 성△건설의 원고에 대한 공사 잔대금채권으로

원고의 피고에 대한 계약이행보증금채권과 상계할 기회를 상실하였으며, 이는 보증인인 피고에게 부당하게 손해를 전가하는 것이다. 그런데 원고와 성△건설이 공사대금에 대하여 정산을 한 기준일인 2010. 6. 30. 이후 원고가 지급한 공사대금이 2,138,668,120원에 이르고, 원고는 보증사고 발생사실을 지체 없이 피고에게 통지하지 않았으며, 현장을 보전하지 않은 채 임의로 공사를 진행하여 피고의 객관적인 현장 조사를 어렵게 하는 등 손해방지 및 경감의무 또는 신의칙에 위반하는 행위를 하였으므로 피고의 보증금 지급의무는 감경 또는 면제되어야 한다고 주장한다.

[원고의 반론]

원고는 성△건설과 피고 사이의 계약보증계약에 따른 손해방지 및 경감의무는 보증사고 발생에 따라 손해액이 결정된 이후 추가로 발생하는 손해를 방지하고 불가피하게 발생할 수밖에 없는 손해는 이를 경감하기 위해 노력하라는 의미일 뿐, 이미 발생한 손해를 방지하거나 경감시키라는 취지가 아니고, 피고는 원고에게 보증금을 지급하기 전에는 성△건설에 대해 어떠한 채권도 가지지 않으므로 상계할 권리가 없으며, 원고는 신의칙에 위반한 행위를 한 적이 없다고 다룬다.

[판단]

증거(을1)에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 원고의 계약이행보증금청구에 대하여 2010. 9. 9. 민법 434조에 따라 성△건설의 공사 잔대금채권과 원고의 계약이행보증금채권을 상계한다고 통지한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 하도급거래 공정화에 관한 법률 14조 1항 1호, 14조 2항에서는 원사업자의 지급정지·파산 그밖에 이와 유사한 사유가 있어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때 발주자는 수급사업자의 시공부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 하고, 이 경우 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다고 규정하고 있다. 그리고 공사도급계약을 해지하면서 그동안의 기성비율에 따른 공사대금을 수급인이 모두 받은 것으로 하고, 그 대신 도급인이 수급인의 하수급인들에 대한 채무를 직접 지급하기로 정산합의를 함으로써 수급인의 도급인에 대한 공사 잔대금채권이 소멸하여 수급인의 보증인이 민법 434조에 따라 주채무자의 채권에 기초한 상계권을 행사하지 못하게 된 경우에 비록 상계가 담보적 기능을 하고

있다고 하더라도 그것만으로 위와 같은 결과를 신의칙에 위반하는 것으로 볼 수는 없다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결 참조).

앞서 본 전제사실과 위 인정사실에 비추어, 원고는 2010. 8. 24. 성△건설과 공사대금 정산합의를 하면서 원고가 성△건설의 하수급인들에 대한 채무를 인수하거나 이행을 인수하는 대가로 성△건설이 공사 잔대금채권을 포기한 것이라고 보인다. 그러므로 피고가 상계 의사표시를 한 2010. 9. 9.에는 이미 성△건설의 원고에 대한 공사 잔대금 채권은 소멸하였고, 따라서 피고가 이를 자동채권으로 하여 원고의 계약이행보증금채권과 상계를 할 수 없다. 또 원고와 성△건설의 위와 같은 정산합의는 성△건설에 대한 하수급인들의 채권을 보호하는 것으로서 사회상규에 반한다고 할 수 없고, 오히려 하도급거래 공정화에 관한 법률 14조의 취지에 비추어 볼 때 위와 같은 정산합의에 사회적인 상당성이 있다. 피고의 주장은 이유 없다.

라. 계약이행보증금의 감액 여부

[피고의 주장]

피고는 설령 원고에게 계약이행보증금이 귀속된다고 하더라도 교회 신축공사가 중단되지 않았고, 성△건설의 현장소장과 직원 및 장비가 그대로 투입되어 공사가 진행되었으며, 원고가 성△건설의 공사포기로 말미암아 입은 손해 액수에 대한 자료를 제출하지 않았고, 교회 신축공사의 완공이 지연된 것이 성△건설의 잘못인지 원고 측의 잘못인지 구분할 수 없는 사정 등을 고려할 때 손해배상액의 예정에 해당하는 계약이행보증금의 액수가 부당하게 과다하므로 이를 감액하여야 한다는 취지로 주장한다.

[판단]

민법 398조에 정해진 손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 약정하는 것으로서 이는 손해의 발생사실과 손해액에 관한 입증의 어려움을 제거하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 쉽게 해결할 뿐만 아니라 채무자에게 심리적으로 경고를 줌으로써 채무이행을 확보하기 위한 것이다. 그러므로 채무자가 실제로 손해발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 입증하더라도 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을

청구하지 못한다. 따라서 민법 398조 2항에 의하여 법원이 예정액을 감액할 수 있는 부당히 과다한 경우라 함은, 손해의 발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것만으로는 부족하고, 계약자의 경제적 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액 예정의 경위, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 그 당시의 거래 관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회 관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 가져온다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46960 판결 참조). 한편 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지와 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단함에 있어서는 법원이 구체적으로 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 앞서 본 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다54536 판결 참조).

앞서 본 전제사실에 의하면, 성△건설이 원고와 공사도급계약에 따라 피고와 계약이행보증위탁계약을 체결하고 이에 기초하여 원고에게 계약이행보증서를 제출한 것은 성△건설이 원고와 공사도급계약에 따른 교회 신축공사 시공의무의 이행을 담보하기 위한 것이고, 그 비율은 약정 공사대금의 5.61%에 불과하여 일반적인 거래관행과 달리 부당하게 거액으로 약정되었다거나 공사도급계약을 체결할 당시에 성△건설이 원고와 비교하여 경제적인 약자의 지위에 있었다고 볼 만한 자료도 없다. 더욱이 공사도급계약에서 공사기간을 2009. 7. 1.부터 2010. 9. 30.까지로 약정하였으나 공사완공 약정일을 3개월 남겨둔 2010. 6. 30.을 기준으로 한 성△건설의 공사 기성비율은 51.73%로서 절반 수준에 불과하므로 증거(갑21의 1에서 6) 및 원고가 주장하는 사정만으로 손해배상의 예정에 해당하는 위와 같은 의미의 계약이행보증금이 부당하게 과다하다고 볼 수 없다. 피고의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고는 원고에게 계약보증금 999,702,000원 및 이에 대하여 원고가 보증금을 청구하여 피고가 보증금 지급 여부에 관한 조사를 마치고 지급할 보증금의 액수를 결정하는데 상당한 2010. 9. 15.로부터 7일이 지난 2010. 9. 23.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 법원 판결선고일인 2012. 12. 20.까지 민법에 정해진 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는

날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 의한 연 20%의 비율에 따른 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

따라서 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있고, 나머지 청구는 이유 없다. 이와 결론을 달리한 제1심판결은 부당하므로 이를 주문 1항과 같이 변경한다.

재판장 판사 이균용 판사 신숙희 판사 박선준