

지방재정관련 판례

1. 대법원 2002.4.23. 선고 2000다56976 판결 [보증채무금]

- 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)
- 국가를당사자로하는계약에관한법률의 시행으로 구 예산회계법령 등에서 규정하고 있던 차액보증금제도가 폐지됨으로써 기존의 차액보증금 약정이 실효되는지 여부(소극)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제4호, 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제90-7호) 제6조 제4호 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위한 요건
- 차액보증금 약정이 독점규제및공정거래에관한법률 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 한 사례

구 예산회계법령 소정의 차액보증금제도의 취지 및 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부(소극)

차액보증금 약정이 위약벌로서의 성질을 가진 것으로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없다고 한 사례

요지】

경쟁입찰에서 단순 최저가 낙찰제에 의한 낙찰자결정방식에 따른 시설공사 도급계약에 있는 현저한 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약의 이행을 담보요성이 매우 강한 점에 비추어, 예정가격의 100분의 85 미만으로 낙찰받은 자는 예정가격찰금액의 차액을 차액보증금으로서 현금으로 납부하게 하고 채무불이행의 경우 차액보증금발주자에게 귀속시키기로 하는 약관조항은 허용될 수 있으며 이러한 약관조항이 약관의 불관한법률 제6조, 제8조에 저촉된다고 보기는 어렵다.

국가를당사자로하는계약에관한법률이 시행됨으로써 구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제93호로 개정되기 전의 것) 제93조, 같은법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조 등에서 규정하고 있던 차액보증금제도가 폐지되었다고 하더라도, 국가가 수주 시설공사 도급계약을 체결하면서 차액보증금에 관하여 약정한 이상 그 약정이 당연히 유효하다고는 볼 수 없다.

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

국가가 시설공사를 도급함에 있어 독과점적 수요자의 지위에 있지도 않았을 뿐 아니라 공사계약이 경쟁입찰의 방식으로 체결되었으며 그 계약체결과정에 국가가 계약의 상대방급자의 자유의사를 부당하게 억압하였다고 볼 자료도 없는 사정 등에 비추어, 국가가 수주에 대하여 거래상의 우월적 지위에 있어 이를 부당하게 이용하였다고 보기 어렵고, 따라가와 수급자 사이의 차액보증금에 관한 약정이 독점규제및공정거래에관한법률 소정의 우월적 지위 남용에 의한 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

구 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제4868호로 개정되기 전의 것) 제93조, 동시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제14710호로 개정되기 전의 것) 제123조에 의한 차액보증금은 최저가낙찰제를 실시하여 지나친 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약내용대로 계약이행할 것을 담보하기 위한 것이고, 또한 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위해 해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없으며, 다만 그 의무의 강제에 의하여서는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 취소에 의하여 무효로 되는 것에 불과하다.

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

【원고, 상고인 겸 부대상고인】 대한민국
【피고, 피상고인 겸 부대상고인】

○○공제조합

【원심판결】 서울고법 2000. 9. 26. 선고
2000나15588 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 부대상고이유
를 함께 본다.

1. 원심이 적법하게 확정한 사실과 기
록에 의하면, 다음과 같은 사실을
인정할 수 있다.

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

나. 위 시설공사계약의 일반조건에 의하

면, 원고가 정한 예정가격의 100분의 85
미만인 낙찰자는 예정가격과 낙찰금액과의
차액을 현금으로 계약보증금과 함께 차액
보증금으로 납부하여야 하되, 차액보증금을
보증서 등으로 납부하고자 하는 경우에는
그 차액의 2배를 납부하여야 하고, 계약자
가 계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에
는 계약보증금과 차액보증금은 국고에 귀
속하도록 정하고 있다.

다. 이에 ○○건설은 위 시설공사의 예정
가격은 금 122억 9,490만 원이고, 낙찰가격
은 금 7,269,319,800원이므로, 예정가격과
낙찰가격의 차액인 금 5,025,580,200원의 2
배에 해당하는 금 10,051,160,400원을 보증
금액으로 하고, 보증기간을 1993. 7. 30.부
터 1996. 9. 14.까지로 하되, 보증기간에도
불구하고 위 공사의 실제준공일까지 유효
하기로 하는 차액보증서를 피고로부터 받
급받아 원고에게 교부하였다가 1998. 3. 5.
국가를당사자로하는계약에관한법률시행령
부칙(1996. 12. 31.) 제2조 제2항(원심의 "
구 예산회계법시행령 제23조 제1항"은 착
오기재로 보인다)에 따라 보증금액을 위
차액의 1배에 해당하는 금 5,025,580,200원
으로 변경하고, 보증기간을 당초의 차액보
증서와 동일한 내용의 차액보증서를 발급

받아 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. ○○건설은 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 미만에서 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 99다 53483 판결 참조).

원심이 피고가 원고에 대하여 보증한 주

채무인 원고와 ○○건설 사이에 시설공사 도급계약상의 차액보증금에 관한 약정이 약관규제법에 위반되어 무효라는 피고의 주장에 대하여 차액보증금제도는 입찰업체가 공사의 가능 여부를 불문하고 우선 최저가 낙찰받아 계약을 체결하여 놓고 그 계약이행을 제대로 하지 않는 것을 방지하고 계약의 이행을 확보하기 위한 것이므로 원고와 ○○건설 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 ○○건설 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 ○○건설과 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 ○○건설 사이에 보증약정이 체결된 이후 건설공제조합법, 동법

시행령과 피고 조합의 정관 및 제규정이 변경될 경우 이에 따라 기본약정이 자동적으로 변경되는 것으로 특약하였는데(을 제 4호증 한도거래용 보증채무약정서 제17조 제2항), 차액보증금제도를 규정한 구 예산회계법시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제 14710호로 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 ○○건설의 자유의사를 부당하게 억압하였다고 볼 자료도 없는 사정 등에 비추어 보면, 원고가 ○○건설에 대하여 거래상의 우월적 지위에 있어 이를 부당하게 이용하였다고 보기 어렵고, 따라서 원고와 ○○건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 위 법조 소정의 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다. 이와 결론을 같이한 원심의 판단은 옳고, 거기에 위 법조의 해석 적용을 그르친 위법은 없다. 이 점에 관한 피고의 주장도 받아들이지 아니한다.

5. 원고의 상고이유 제1점에 대하여

가. 원심은, 앞서 본 사실관계를 기초로 하여 원고와 ○○건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 손해배상액의 예정임을 전제로, 원고가 ○○건설과 사이에 차액보증금과 별도로 금 961,431,984원에 달하는 계약보증금에 관한 약정을 하였고, 이에 따라 원고가 ○○건설의 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 감액함

이 상당하다고 판단하였다.

나. 그러나 원고와 ○○건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 손해배상액의 예정이라는 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 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 ○○건설은 원고와 사이에 이 사건 시설공사계약을 체결하면서 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 계약보증금과 별도로 차액보증금을 미리 원고에게 납부하도록 하였고, ○○건설이 도급계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에는 손해의 발생 여부와 그 손해액의 정도를 불문하고 이를 원고에게 귀속시

키도록 약정하고 있으며, 차액보증금의 액수가 현금으로 납부할 때와 그렇지 아니하고 피고 등이 발행한 보증서로 납부할 때에 2배의 차이를 두고 있는 것으로 보아 차액보증금의 액수를 수급자인 ○○건설의 계약불이행으로 인한 예상 손해액과 맞추려고 하였던 것도 아니고, 이 사건 시설공사계약일반조건 제15조에 의하면, ○○건설이 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 ○○건설 사이의 이 사건 차액보증금에 관한 약정은 수급자인 ○○건설이 시설공사계약을 위반할 경우에 그 차액보증금을 원고에게 귀속 시킴으로써 ○○건설에 대하여 제재를 가함과 동시에 ○○건설로 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 ○○건설 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 없

이 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.

2. 대법원 2002. 7. 12. 선고 2000다17810 판결 [손해배상(기)]

○ 공사도급계약에서 하자보수보증금 조항의 성질

【판결요지】

○ 공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임기간중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액 예정으로 볼 것이고(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001다14689 판결 참조), 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.

【원고, 피상고인】 ○○시

【피고, 상고인】 ○○종합건설주식회사

【원심판결】 부산고등법원 2000. 2. 18. 선고 98나11963 판결

【주 문】

원심판결의 피고 패소 부분 중 하자보수보증금 공제와 관련된 부분(금

167,599,350원 및 이에 대한 지연손해금 부분)을 파기하고 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

피고의 나머지 상고를 기각한다.

【이 유】

상고이유(상고이유보충서는 이를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 원심 인정의 사실관계

원심은 다툼이 없거나 내세운 증거들을 종합하여, (1) 원고는 ○○시 ○○읍 ○○리 502의 3 대지 17,841㎡ 지상에 철근콘크리트 벽식 구조의 18평형 6층 아파트 5개 동 총 300세대의 근로자복지아파트(이하 ‘이 사건 아파트’라 한다)를 건축하여 관내에 거주하는 근로자들에게 분양하기로 하고, 1990. 12. 27. 제1심 공동피고 ○○종합건설 주식회사(이하 ‘○○건설’이라고만 한다)와 사이에 이 사건 아파트 단지의 건축, 토목, 설비공사에 관하여 공사대금 2,382,000,000원으로 하는 도급계약을 체결한 것을 비롯하여 1992. 5. 30.까지 모두 4회에 걸쳐 총 공사대금 5,602,683,000원의 도급계약을 체결하였고, 한편 피고는 원고에게 위 도급계약에 있어 ○○건설과 연대하여 계약상의 의무를 이행할 것을 보증한 사실, (2) 원고는 위 도급계약시 이 사건 아파트 분양사업의 시행자로서 설계서(공사시방서, 설계도면 및 현장설명서를 포함) 및 공사자재를 ○○건설에 제공하고, 현장감독관을 파견하여 공사의 시공이 설계서대로 이행되는가의 여부를 확인하는 등 공사를 감리·감독하며, 공사 완공시 준공검사를 실시하기로 ○○건설과 약정한 사실, (3) ○○건설은 위 도급계약에 따라 1990. 12. 28. 이 사건 아파트의 건축공사에 착수하여 1992. 8. 30. 공사를 마친 다음, 그 무렵 원고로부터 준공검사를 받고 원고에게 이를 인도한 사실, (4) 그런데 원고가 위

아파트를 근로자들에게 분양한지 약 7개월 후인 1993. 3.경부터 기초지반의 침하로 인하여 각 동의 건물에 수직 기울기 1/500에서 1/170까지의 경사변위가 발생하였고(건물 완공 이후 약 5년 이후부터 변론종결일까지는 지반이 고정되어 더 이상의 변위는 멈춘 것으로 보인다), 전체 건물의 외벽에 0.2mm 내지 10mm의 균열이 생겼으며, 아파트 각 세대의 벽체, 베란다 및 방바닥에 균열과 문틀처짐·비틀림 현상이 나타났고, 지붕 슬라브의 균열로 천장에 누수가 발생하는 등 하자가 발생한 사실, (5) 이 사건 아파트에 위와 같은 하자가 발생한 데는 그 판시의 설계 및 시공상 잘못이 복합적으로 작용한 사실, (6) 한편 ○○건설은 위 각 도급계약에 첨부된 시설공사계약 특수조건에서 정한 바에 따라 하자보수보증금 조로, 1992. 2. 29. 보증기간을 1994. 4. 27.까지, 보증금액을 금 71,460,000원으로 한 하자보수보증서와, 1992. 9. 7. 보증기간을 1995. 10. 28.까지, 보증금액을 금 96,139,350원으로 한 하자보수보증서를 건설공제조합으로부터 발급받아 원고에게 교부한 사실, (7) ○○건설은 이 사건 아파트에 하자가 발생한 이후 원고 및 아파트 입주자들과 그 보수 문제를 두고 협의하던 중 1994. 6. 29.경 부도를 내고 도산한 사실을 인정하였다.

2. 상고이유 제1점에 관하여

원심은 위와 같은 사실관계에 기하여, 피고는 ○○건설의 계약상 의무에 대한 연대

보증인으로서 ○○건설의 부실시공으로 인해 보증기간 중 발생한 위 하자들에 대하여 그 보수 또는 이에 갈음하는 손해배상 책임을 부담한다고 판단한 다음, 피고가 연대보증한 ‘계약상의 의무이행’은 시공자가 미수행한 공사의 완성이라고 하는 역무적 보증에 한하고 ○○건설의 하자보수의무까지 보증한 것은 아니므로, ○○건설이 준공 검사를 마치고 이 사건 아파트를 인도한 이상 피고의 계약상 의무이행은 모두 완료되어 위 하자에 대하여는 아무런 책임이 없다는 피고의 주장에 대하여, 피고는 이 사건 도급계약상 ○○건설의 의무를 연대보증한 자로서 ○○건설과 동일한 계약상 의무를 지는 만큼 그 계약상 ○○건설의 의무인 하자보수에 대하여서도 동일한 책임을 진다는 이유로 피고의 위 주장을 배척하였다.

건설공사도급계약에 있어서 수급인의 계약상 채무이행을 보증한 연대보증인은 특별한 사정이 없는 한 주채무자인 수급인과 동일한 채무를 부담하는 것이고, 한편 기록에 의하면, 이 사건 공사도급계약일반조건은 “계약을 체결하고자 하는 자는 계약상의 의무이행을 보증하는 1인 이상의 연대보증인을 세워야 한다”(제5조의2 제1항), “계약자 또는 연대보증인이 하자담보책임기간 중 계약담당공무원으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우에는 하자보수보증금을 국고에 귀속한다”(제18조 제4항), “계약담당공무원이 하자보수보증금을 계약자에게 반환할 때에 위 제28조 제1항에 의한 청구를 받고 연대보증인이 하자보

수의무를 이행하였을 경우에는 동 이행부분에 상당하는 금액을 정부에 대하여 직접 청구할 수 있는 권리를 가진다”(제28조 제4항)고 규정하여 공사도급계약상 연대보증인의 보증채무 범위에 수급인의 하자보수의무가 당연히 포함되어 있음을 전제로 하고 있음을 알 수가 있는바, 위에서 본 법리와 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 도급계약상 피고의 연대보증 범위에는 공사완공 후의 하자보수의무가 포함되어 있음이 명백하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 도급계약상의 연대보증의 범위를 잘못 판단하여 판결의 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 판례들은 이 사건과 사안을 달리하는 것으로 적절한 선평이 될 수 없다.

3. 상고이유 제2점에 관하여

원심은 그 내세운 증거들에 의하여, 피고가 배상하여야 할 손해액수는 그 판시와 같은 하자보수금액이라고 판단한 다음, 이 사건 도급계약상 ○○건설이 공사금액의 3%에 해당하는 하자보수보증금을 납부한다는 규정에 의하여 그 보증금을 납부하였으므로 연대보증인의 책임도 그 하자보수보증금의 범위로 제한되어야 한다거나, 또는 이 사건 도급계약상 ○○건설이 총 공사금액의 100분의 6 이상을 계약이행보증금으로 납부함으로써 연대보증인을 세우지 않을 수 있다는 규정이 있으므로 연대보증

인의 책임도 위 공사금의 100분의 6에 해당하는 금원으로 제한되어야 한다는 피고의 주장에 대하여, ○○건설이 하자보수보증금을 납부하였다고 하여 연대보증인의 하자보수의무가 그 납입금액의 한도로 제한된다고 할 수 없고, 일정 금액의 계약이행보증금 납부를 함으로써 연대보증인을 세울 의무를 면제할 수 있다는 사정만으로 일단 세워진 연대보증인의 하자보수의무가 그 금액으로 제한된다고 볼 수 없다는 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

위에서 본 연대보증인의 하자보수책임의 성질과 더불어 관련 법령 및 계약조건의 규정들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 피고의 위 주장은 독자적인 견해에 불과하므로, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 연대보증책임의 범위에 관하여 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 상고이유 제3점에 관하여

채무불이행으로 인한 손해배상책임의 범위를 정함에 있어서의 과실상계 사유의 유무와 정도는 개별 사례에서 문제된 계약의 체결 및 이행 경위와 당사자 쌍방의 잘못을 비교하여 종합적으로 판단하여야 하며, 이 때에 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이라고 할 수 있다(대법원 2000. 6. 13. 선고 98다35389 판결, 1999. 5. 25. 선고 98다56416 판결 등 참

조).

기록에 의하여 원심판결을 살펴보면, 원심의 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율 판단이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 볼 수 없으므로, 이 점에 관한 상고이유는 받아들이지 않는다.

그 밖에 피고가 이 사건 아파트의 하자는 도급인인 원고가 제공한 재료의 성질 또는 원고의 지시(설계)에 기인한 것이어서 수급인인 ○○건설은 민법 제669조에 의하여 하자담보책임을 지지 않고 따라서 피고의 연대보증책임을 발생할 여지가 없다는 취지의 주장은, 원심에서 내세운 바 없는 새로운 주장일 뿐 아니라, 상고이유서 제출 기간 경과 후의 새로운 주장이므로, 적법한 상고이유가 될 수 없는 것이다. 이에 관한 상고이유도 그 이유가 없다.

5. 상고이유 제4점에 관하여

원심은, 원고가 ○○건설로부터 지급받은 하자보수보증금은 이 사건 하자보수의무 불이행으로 인한 손해배상액에서 공제되어야 한다는 피고의 주장에 대하여, 건설회사가 지방자치단체와 체결한 공사도급계약상 약정한 하자보수보증금은 위약벌 내지 제재금에 해당하므로, ○○건설의 하자보수의무 불이행으로 인하여 위 하자보수보증금은 원고에게 위약벌 내지 제재금으로 귀속되어 이를 하자보수의무 불이행으로 인한 손해액에서 공제할 수 없다는 이유로 피고의 위 주장을 배척하였다.

그러나 공사도급계약서 또는 그 계약내

용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간 중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이고(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001다14689 판결 참조), 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.

그런데 기록에 의하면, 이 사건 도급계약의 내용으로 되어 있는 공사계약일반조건에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 하자보수보증금이 도급인에게 귀속한다고만 규정되어 있을 뿐이고 이와 별도로 이 사건 하자보수보증금이 위약벌이라고 해석할 만한 특별한 사정이 없으므로, 이 사건 하자보수보증금은 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 그 보증금의 몰취로써 손해의 배상에 갈음하되 이를 초과하는 손해가 있으면 그에 대하여 수급인이 추가의 배상책임을 지는 특수한 손해배상액의 예정이라고 보아야 할 것이고, 그렇다면 하자보수보증금이 몰취된 경우에 그 보증금은 손해액의 배상에 충당됨이 당연하다 할 것인데, 한편 원고가 ○○건설로부터 위 도급계약에 따른 하자보

수보증금조로 건설공제조합이 발행하는 금 167,599,350원 상당의 하자보수보증서를 교부받았음은 원심이 인정한 바와 같으므로, 만약 원고가 건설공제조합으로부터 위 하자보수보증서에 기하여 그 보증금액을 수령하였다면 이를 ○○건설의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해액에서 공제하여야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 하자보수보증금이 위약벌 또는 제재금에 해당한다고 본 나머지 원고가 위 하자보수보증서에 기하여 그 보험금을 지급받았는지 여부에 관하여는 살펴보지도 아니한 채 이를 피고의 손해배상액에서 공제할 성질의 것이 아니라고 판단하였던바, 거기에는 당사자의 의사해석을 그르쳐 사실을 오인하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이므로, 이를 지적하는 상고이유는 그 이유가 있다.

6. 그러므로 원심판결의 피고 패소 부분 중 위 하자보수보증금의 공제와 관련된 부분(금 167,599,350원 및 이에 대한 지연손해금 청구부분)을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법원 2002. 5. 31. 선고 2002다15788 판결 [토지인도및손해배상]

국가 또는 지방자치단체가 사유지를 도로로 점유하고 있는 경우 그 반환할 부당이득액의 산정방법 및 기대이율 결정

요지】

국가 또는 지방자치단체가 권원 없이 사유지를 도로로 점유하고 있는 경우 그 반환할 부당이득액은 일반적으로 개발이익을 공제한 임료 상당액으로서 이는 당해 토지의 기초가격에 이율을 곱하는 방법에 의하여 산정할 수 있고, 그 임료를 산정하기 위한 기대이율은 국공채, 은행의 장기대출금리, 일반 시중의 금리, 정상적인 부동산거래 이윤율, 국유재산법과 재정법이 정하는 대부료율 등을 고려하여 결정하면 된다.

【원고, 상고인】 진○○외 21명

【피고, 피상고인】 ○○시

【원심판결】 광주고등법원 2002. 2. 1. 선고 2001나3565 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

국가 또는 지방자치단체가 권원 없이 사유지를 도로로 점유하고 있는 경우 그 반환할 부당이득액은 일반적으로 개발이익을 공제한 임료 상당액으로서 이는 당해 토지의 기초가격에 기대이율을 곱하는 방법에 의하여 산정할 수 있고, 그 임료를 산정하기 위한 기대이율은 국공채이율, 은행의 장기대출금리, 일반 시중의 금리, 정상적인

부동산거래 이윤율, 국유재산법과 지방재정법이 정하는 대부료율 등을 고려하여 결정하면 되는 것인바(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다62515 판결, 1996. 5. 28. 선고 96다6479 판결 등 참조), 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 토지가 도로로 편입될 당시의 현황에 따라 감정평가한 기초가격에 기대이율을 3%로 보아 산출한 액수로 부당이득액을 산정하였음은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 임료상당액 산정에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자인 원고들의 부담으로 하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다. 