

계약보증의 이해



대한설비건설공제조합 관리이사 정태봉

건설관련계약은 일반적인 민사법상의 계약과 달리 다수 관련자의 참여, 발주자우위의 계약관행, 장기간 거래관계 유지, 빈번한 계약 외적 요인의 영향 등의 특성을 갖고 있다. 이에 따라 건전한 건설산업의 발전에 있어 보증기관의 역할도 계속 증대하고 있다.

대한설비건설공제조합의 보증업무는 건설공사의 원활한 수행을 담보하기 위하여 체결한 보증채권자(발주자)와 조합원사 및 보증기관 3자간의 채권·채무 및 구상채권·구상채무 관계입니다. 즉, 보증채권자(발주자)에 대한 주체무자(조합원)의 채무를 제3자인 보증인(설비조합)이 담보하는 것을 의미한다.

이번 호에서는 관련법 및 판례 분석 등을 통하여 계약보증의 이해에 대하여 설명하고자 한다.

계약보증과 이행

I. 도급

1. 서설

(1) 의의

당사자 일방(수급인)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다.

〈관계규정/민법〉

제567조(유상계약의 준용) 본 절(제3절 매매)의 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용. 그러나 계약의 성질상 허용하지 아니하는 경우는 제외

제664조(도급의 의의) 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하므로써 그 효력이 생긴다.

〈판례〉

① 건물건축공사의 미완성과 하자를 구별하는 기준은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만 공사가 당초 예정된 최후의 공정 까지 일용 종료하고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 않는다고 해석함이 상당하고, 개별 건축공사에 있어서 예정된 최후의 공정이 일단 종료하였는지 여부는 당해 건물건축 도급계약의 구체적 내용과 신의 성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없다(96. 2. 23).

94다42822)

② 지체상금 약정이 수급인이 약정한 기간 내에 공사를 완공하지 아니한 경우는 물론 수급인의 귀책사유로 인하여 도급계약이 해제되고 그에 따라 도급인이 수급인을 다시 선정하여 공사를 완성하느라 완공이 지체된 경우에도 적용된다(99. 1. 26. 96다6158)

③ 건축공사도급계약에 있어서는 공사 도중에 계약이 해제되어 미완성 부분이 있는 경우라도 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 때에는 도급계약은 미완성된 부분 대해서만 실효되어 수급인은 해제된 상태 그대로 기성고 등을 참작하여 인도 받은 건물에 대하여 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다(97. 2. 25. 96다43454)

(2) 성질 : 낙성, 쌍무, 유상, 불요식의 계약이다.

2. 수급인의 의무

(1) 일을 완성할 의무

반드시 수급인이 완성할 필요는 없고 하도급(하청)에 의하여 완성하여도 무방하다.

〈판례〉

① 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 채무 불이행시로부터 진행한다.(95. 6. 30, 대판49다54269)

② 도급계약에 있어 일의 완성에 관한 주장? 입증책임은 일의 결과에 대한 보수의 지급을 구하는 수급인에게 있으므로 도급인이 도급계약상의 공사 중 미시공 부분이 있다고 주장한 바가 없다고 하더라도 그 공사의 완성에 따른 보수금의 지급을 구하

는 수급인으로서는 공사의 완성에 관한 주장·입증을 하여야 한다.(94다26684)

(2) 목적물 인도의무

〈관계규정/민법〉

제536조(동시이행항변권) ①쌍무계약의 당사자 일방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 이행 채무이행을 거절할 수 있음. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니 하는 때에는 그러하지 아니 함. ②당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우 상대방에게 먼저 이행이 곤란할 현저한 사유가 있을 때에는 전조(제535조)본문과 같음.

제665조(보수의 지급시기) ① 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 한다. 그러나 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 그 일을 완성한 후 지체 없이 지급하여야 한다. ② 전항의 보수에 관하여는 제656조(보수액과 그 지급시기) 제2항(약정시기에 지급, 시기 약정이 없으면 관습에 의하고, 관습이 없으면 약정노무를 종료한 후 지체 없이 지급하여야 함)의 규정을 준용한다

제674조(도급인의 파산과 해제권) ① 도급인이 파산선고를 받은 때에는 수급인, 파산 관재인은 계약을 해제할 수 있음. 이 경우 수급인은 일의 완성 부분에 대한 보수, 보수에 미포함된 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있음. ② 전항의 경우에 각 당사자는 상대방에 대하여 계약해제로 인한 손해의 배상의 청구를 하지 못함

제720조(유치권의 내용) ① 타인의 물건, 유가증권을 점유한자는 그 물건, 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우는 변제 받을 때까지 이를 유치할 권리가 있음. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 않음.

제163조(3년 이하의 단기소멸시효)제3호 도급 반

은 자 등의 공사에 관한 채권

던 것과 같은 상태로 복귀시키는 것

〈판례〉

① 수급인이 공사를 완성하지 못한 채 공사도급 계약이 해제되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우 특별한 사정이 없는 한 그 공사비는 약정 총 공사비에서 막바로 미시공 부분에 실제로 소요되거나 소요될 공사비를 공제하여 산정할 것이 아니라, 기성부분과 미시공 부분에 실제로 소요되거나 소요될 공사비를 기초로 산출한 기성고 비율을 약정공사비에 적용하여 산정하여야 하고, 기성고 비율은 이미 완성된 부분에 소요된 공사비에다가 미시공 부분을 완성하는데 소요될 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 이미 완성된 부분에 소요된 비용이 차지하는 비율이다(95. 6. 9, 94다 29300)

② 도급계약의 보수는 특약이 없는 한 완성된 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 그 일을 완성한 때에, 그리고 완성된 목적물의 인도를 요하는 경우에는 그 인도와 동시에 지급함을 요한다 (68.5.21. 67다639)

Ⅱ. 계약의 해제 · 해지

1. 의의

(1) 계약해지

계속적 채권관계에 있어서 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸케 하는 일방적 행위

(2) 계약해제

유효하게 성립하고 있는 계약을 당사자 일방의 의사표시에 의하여 처음부터 그 계약이 있지 않았

〈3〉 양자의 같은 점과 차이점

① “같은 점”은 효과로서 손해배상청구권을 당사자간에 모두 인정하고 있다는 점이고, “차이점”은 해제는 소급효를 인정하고 있고, 해지는 소급효가 없다는 것이다.

② “해제”는 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률행위 효력을 소급적으로 소멸케 하는 점에서 “취소”와 같으며, “해지”는 장래를 향하여 법률행위의 효력을 소멸시키는 점에서 “철회”와 같다.

2. 해지(해제)권의 발생(채무의 불이행)

(1) 민법상 해제(해지)

1) 해제(해지)권의 발생

- 가. 약정해제 : 당사자 사이의 특약으로 해제권이 유보된 경우
나. 법정해제 : 법률의 규정에 의하여 당연히 발생하는 경우

〈관계규정/민법〉

제543조(해지, 해제권) ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다. ② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다

〈판례〉

① 계약이 합의 해제되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 그 요건으로 하는 것이지만 계약의 합의 해제는 명

시적인 경우뿐만 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이므로, 계약 후 당사자 쌍방의 계약 실현 의사의 결여 또는 포기가 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용에 의하여 객관적으로 일치하는 경우에는 그 계약은 계약을 실현하지 아니할 당사자 쌍방의 의사가 일치됨으로써 묵시적으로 해제되었다고 해석함이 상당하다(98. 1. 20. 97다 43449)

② 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사는 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수 있다(99. 6. 17. 98다 40459)

2) 해제(해지)사유

가. 이행지체

이행이 가능함에도 불구하고 이행기가 지났는데 아직 이행하지 않고 있는 것이다.

〈관계규정/민법〉

제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 않는다.

나. 이행불능(제546조) : 채무(채권)의 성립 후에 이행할 수 없게 된 것

〈관계규정/민법〉

제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약

을 해제할 수 있다.

다. 불완전이행

채무의 이행으로서 어떤 급부를 하긴 하였으나 그것이 흠이 있는 불완전한 경우이다.

(2) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 해제(해지)

1) 근거

① 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제12조 제3항

② 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령 제75조

③ 공사계약일반조건 제44조 내지 제46조

2) 해제(해지)사유

가. 계약상대자(채무자)의 책임 있는 사유(공사계약일반조건 제44조)

① 정당한 사유 없이 착공시일을 경과하여도 공사에 착수하지 아니할 경우

② 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 준공기한까지 공사를 완료하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정될 경우

③ 지체상금이 당해 계약의 계약보증금상당액에 달할 경우로서 계약기간을 연장하여도 공사를 완성할 가능성이 없다고 판단되는 경우(의무적 해지사항임)

④ 장기계속공사의 계약에 있어서 제2차 공사 이후의 계약을 체결하지 아니하는 경우

⑤ 계약의 수행 중 뇌물수수 또는 정상적인 계약 관리를 방해하는 불법·부정행위가 있는 경우

⑥ 기 타계약조건을 위반하고 그 위반으로 인하

- 여 계약목적을 달성할 수 없다고 인정될 경우
- 나. 사정변경에 의한 계약의 해제 또는 해지(공사 계약일반조건 제45조)
- ① 발주기관의 객관적으로 명백한 불가피한 사정이 발생한 때
 - ② 계약해지(해제)로 다음의 각호의 해당금액이 있는 경우는 동조 제44조제3항의 각호를 수행한 날로부터 14일 이내 계약상대자에게 지급하고 계약보증금은 반환하여야 함
 - ㉠ 시공부분의 대가를 지급하지 아니한 금액
 - ㉡ 전체공사의 완성을 위하여 계약해제(해지) 일 이전에 투입된 계약상대자의 인력·자재 및 장비의 철수비용
 - ③ 계약상대자는 선금 미정산 잔액이 있는 경우 이를 발주기관에 상환하여야 한다. 이 경우는 미정산잔액에 대한 이자는 가산하지 아니함
- 다. 계약상대자에 의한 계약의 해제(해지)(공사 계약일반조건 제46조)
- ① 공사내용을 변경함으로써 계약금액이 100분의 40이상 감소되었을 때
 - ② 공사정지기간이 공기의 100분의 50을 초과하였을 때
- ### 3. 해제권의 행사와 효과
- (1) 해제(해지)권의 행사 : 상대방에 대한 일방적인 의사표시로 함(민법 제543조)
- 〈관계규정/민법〉
- 제550조(해지의 효과) 당사자 일방이 계약을 해지한 때에는 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃는다.
- 제543조(해제·해지권) ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다. ② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다.
- 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.
- 제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.
- 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

〈판례〉

- ① 이행불능이 계약해제의 요건이 되려면 다만 이행불능하게 된 것만으로는 안되고 이행이 불능하게 된 것이 채무자의 책임으로 돌릴 수 있는 사유에서 나온 것이라야 한다.(69. 2. 25. 67다1338)
- ② 최고를 하더라도 채무자가 그것에 따라 이행할 의사가 없음이 명백한 경우에는 채권자는 이행 기 도과 후 상당한 기간이 지나면 최고할 필요 없이 계약을 해제할 수 있다.(63. 3. 7. 62다684)

- (2) 해제의 소급효 : 처음부터 계약이 없었던 상태로 복구함
- 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대

방에 대하여 원상회복의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다. ②전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.

〈판례〉

계약해제의 효과로서의 원상회복의무를 규정한 민법 제548조 제1항의 본문은 부당이득에 관한 특별규정의 성격을 가진 것이라 할 것이어서, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부라고 할 것이다.(98. 12. 23. 대판98다43175)

※해제의 소급효 제한 : 건물 기타 토지의 공작물이 완성되기 전에는 채무불이행의 일반원칙에 따라 해제할 수 있는데 판례는 이 경우 해제의 소급효를 제한하고 있다.

〈판례〉

건축공사도급계약에 있어서는 공사 도중에 계약이 해제되어 미완성부분이 있는 경우라도 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 때에는 도급계약은 미완성 부분에 대해서만 실효되어 수급인은 해제된 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 건물의 기성고 등을 참작하여 인도 받은 건물에 대하여 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다 (97. 2. 25. 96다43454)

(3) 청산의 의무 : 당사자 사이에 채권관계가 일정한 범위 안에서 존속한다.

(4) 손해배상의 청구(제551조)

〈관계규정/민법〉

① 제390조(채무이행불능과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 죽은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행을 할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다. ②제551조(해지, 해제와 손해배상)계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

III. 계약보증 책임과 그 이행절차

1. 보증책임(보증서일반약관 제1조)

(1) 공제조합은 그가 보증한 사항에 관하여 법령 기타 계약서 등이 정하는 바에 따라 보증금을 지급 할 사유가 발생한 때에는 그 보증금을 보증채권자에게 지급하여야 한다(건설산업기본법 제67조제1항).

(2) 조합은 채무자가 보증서에 기재된 공사 등과 관련한 계약의무를 이행하지 아니 함(보증사고)으로서 보증채권자에게 부담하는 채무를 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급

2. 보증금 지급한도(보증별특별약관)

주계약 또는 관계법령에 정한 금액. 다만, 주계약에 귀속조항이 없는 경우 실제손해액

3. 보증채무를 이행하지 아니하는 사유(보증서일반약관 제2조)

보증사고가 아래와 같은 사유로 인하여 발생한 때에는 보증금을 지급하지 아니한다.

① 천재지변, 전쟁, 내란 기타 이와 비슷한 변란

으로 인한 때

- ② 보증채권자의 책임 있는 사유로 인한 때
- ③ 보증서를 보증목적(계약목적) 이외의 용도로 사용한 때
- ④ 보증서발급일 이전에 이미 보증사고가 발생한 경우
- ⑤ 보증서 발급일 이전에 선급금을 지급(어음포함)하였을 때
- ⑥ 선급금을 약속어음 또는 당좌수표로 지급한 경우 결제가 보증기간 내에 이루어지지 않았을 때

4. 계약의 해지(보증서일반약관 제5조)

- (1) 보증채권자가 계약을 해지 또는 해제하지 않을 수 없는 불가피한 사유가 있는 경우에는 그 사유를 미리 조합에 통지하고 조합에 보증채무의 이행을 청구하기 전에 계약을 해지 또는 해제하여야 한다.
- (2) 보증채권자가 계약의 해지 또는 해제를 하지 아니한 때에는 보증금을 지급하지 아니한다.

5. 보증채무의 이행청구(보증서일반약관 제3조)

- (1) 보증채권자는 보증사고가 생긴 경우 이를 자체 없이 조합에 통지하고 보증금 청구시는 아래 서류를 함께 제출하여야 한다.
 - ① 보증사고 사유 및 그 사유를 증명할 수 있는 서류
 - ② 보증사고로 인한 실제손해액을 입증하는 서류 (보증사고 발생당시의 공정·기성금지급 및 노임 등 공사비정산 내용을 확인 할 수 있는 관계서류 포함)
 - ③ 공사타결기성검사조서 및 내역서
 - ④ 기타 조합이 요구하는 서류

- (2) 보증채권자가 정당한 사유 없이 보증사고의 통지나 보증채무의 이행청구를 게을리 함으로서 중 가된 손해는 지급하지 아니함

6. 손해의 방지 및 경감의무(보증서일반약관 제4조)

- (1) 보증채권자는 보증기간 중에 보증사고의 방지에 힘써야 하며, 보증사고가 발생할 우려가 있을 때에는 기성금 또는 준공금의 지급유예조치·기성부분의 훼손 예방 등 손해의 방지와 경감에 힘써야 한다.
- (2) 보증채권자가 손해의 방지 또는 경감을 위하여 조합의 동의를 얻어 지출한 필요하고도 유익한 비용은 보증금액을 초과하지 아니하는 범위 내에서 보상한다.

7. 보증계약의 효력상실(보증서일반약관 제6조)

- (1) 다음의 사유가 발생한 경우는 보증효력이 상실됨. 단, 서면으로 통지한 후 조합의 승인을 받은 경우는 제외
 - ① 보증채권자가 변경되었을 때
 - ② 계약의 내용에 중대한 변경이 있었을 때

8. 시공상황조사 및 보증채무확인 조사(보증서일반약관 제7조)

- (1) 건설산업기본법제64조의 규정에 의거 조합이 보증한 공사현장에 출입하여 시공상황을 직접조사 또는 지정한 자로 하여금 대행하게 할 수 있다.
- (2) 보증채권자·채무자 및 감리자에게 계약변경 내용·시공방법·착공 및 공정계획·공사 진척상황·기성금지급·자재 및 노임 등에 관한 자료요구를 할 수 있다.

(3) 보증사고 통지나 보증금 청구를 받은 경우 채무자 또는 보증채권자에게 보증사고와 관련한 손해의 조사 등 필요한 조사를 할 수 있다.

(4) 보증채권자가 정당한 사유 없이 조사에 협조하지 아니 하므로서 발생한 손해는 지급하지 아니 한다.

9. 보증금의 지급시기(보증일반약관 제8조)

(1) 시공상황조사 등을 마치는 대로 지체 없이 지급할 보증금을 결정하여 즉시 지급

급 한도”는 보증별 특별약관에 의거 “주계약 또는 관계법령이 정한 금액. 다만, 주계약에 귀속조항이 없는 경우 실제 손해액”으로 하도록 되어 있다.

2) 민법상의 계약보증금

가. 주채무자의 귀책사유에 의한 계약의 해제(해지)라는 사실만 입증하면 계약보증금은 관계법령 또는 주계약 등이 정한 바에 따라 귀속 등을 하도록 되어 있음에 따라

① “국가계약법”을 적용 또는 준용을 받는 경우는 계약보증금 전액을 국고 등에 귀속시켜야 하므로서 위약벌의 성격이 있다고 판단되고

② 주계약서에서 “주채무자의 귀책사유에 의한 채무불이행으로 계약이 해제(해지)된 경우 계약보증금 전액을 보증채권자에게 귀속하도록 약정”되어 있는 경우 이러한 “약정을 위약금의 약정으로 볼 것인지 아니면 손해배상의 예정액”으로 볼 것인지에 대하여는 판례가 일치되는 견해를 가지고 있지 아니 하며

③ 주계약에서 “실손해액”을 지급토록 되어 있는 경우는 실손해액에 관한 개념과 그 내용의 정립이 없어 지급범위를 정함에 관계증빙 확보와 귀책사유의 정도와 그 금액 등의 확정은 매우 어렵다.

나. 계약보증금의 성질

① 위약금 : 손해배상 예정액으로 추정(제398조 제4항)

〈관계규정 : 민법〉

제398조(배상액의 예정) ① 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다.

② 손해배상액의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.

③ 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.

IV. 계약보증의 이행(지급)

1. 개요

(1) 관계법과 계약보증금

1) 건설산업기본법 및 약관

가. 건설산업기본법 제56조제1항 및 동법시행령 제56조 제2항 제2호의 규정에서 “계약보증”이란 “조합원이 도급 받은 공사 등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금 납부에 관한 의무이행을 보증하는 것”으로서 그 지급은 동법 제67조의 규정에 의거 법령 기타 계약서 등이 정하는 바에 따라 보증금을 지급할 사유가 발생한 때에는 그 보증금을 지급하도록 되어 있고

나. 보증서일반약관 제1조의 규정에 의한 “보증 책임”은 “조합은 계약자가 이 보증서에 기재된 공사 등과 관련한 계약 등의 의무를 보증기간 내에 이행하지 아니함으로써(보증사고) 보증채권자에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 보증금액 범위 내에서 지급”하되 “보증금 지

④ 위약금의 예정은 손해배상액의 예정으로 추정 한다.

⑤ 당사자가 금전이 아닌 것으로써 손해배상액에 충당할 것을 예정한 경우에도 전4항의 규정을 준용 한다.

② 배상액의 예정으로서의 계약금

⑦ 해약추정금 : 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 해재권을 보류하기 위해 수수된 것임 (제565조, 제567조)

⑧ 손해배상예정액의 예정 내지 위약금 : 계약 금 수수시 “위약시는 교부자는 그것을 몰수 당하고 교부받은 자는 그 배액을 상환한다”는 특약시는 해약금성질을 갖고 있으나, 다른 한편으로는 손해배상액의 예정의 성질을 갖고 있음(대법원 71.5.24, 71다473)

⑨ 손해배상청구권과 불법행위의 경합 : 견해는 대립되고 있으나 판례는 다음과 같음

〈판례〉

계약 당시 당사자 사이에 손해배상액을 예정하는 내용의 약정이 있는 경우에는 그것은 계약상의 채무불이행으로 인한 손해액에 관한 것이고 이를 그 계약과 관련된 불법행위상의 손해까지 예정한 것이라고는 볼 수 없다(대판 99. 1. 15, 98다48033)

⑩ 계약보증금을 위약금으로 보느냐 아니면 손해배상액의 예정으로 보느냐의 실익은

⑪ 위약금으로 보는 경우는 그 금액이 실제 손해 발생액보다 과하다 하더라도 이를 이유로 감액을 청구할 수 없으나

⑫ 손해배상액의 예정으로 보는 경우는 일정요건 하에 법원에 감액을 청구할 수 있다는 데 있다.

⑬ 귀책사유 및 손해 미발생의 증명과 배상 예정액의 관계

⑯ 다수설은 채무자는 채무불이행이 그에게 책임이 없는 사유로 발생한 사실, 손해가 전혀 없다는 사실 또는 실제의 손해액이 예정액 보다도 적다는 것 등을 입증하더라도 책임을 면하거나, 감액을 청구하지 못하고

⑰ 채권자도 실제 손해액이 예정액보다 크다는 것을 입증하여도 증액을 청구하지 못함. 다만, 당사자가 불가항력, 무손해의 항변권, 특별손해의 배상 등에 관하여 특약을 한 때에는 그 예 의한다.

〈예정배상액의 증감〉

ⓐ 과다한 경우 : 법원은 적당히 감액 할 수 있음 (제398조 제2항)

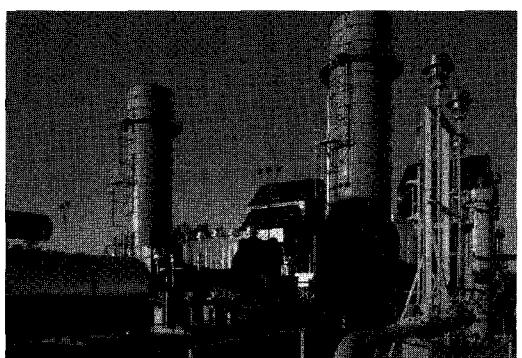
ⓑ 과소한 경우 : 증액하지 못함

⑯ 과실상계

판례는 과실상계를 할 수 없다고 하나(대법원 72.3.3.1, 27다108), 통설은 채권자가 자기책임을 채무자에게 전가할 수 없고 예정액의 감액을 인정하는 취지에 비추어 이를 긍정함

2. 주요판례

(1) 민법 제398조 제2항의 “부당히 과다한 경우”의 의미와 “손해배상예정액의 과다여부 판단에 실



제손해액을 심리할 필요”가 있는 지의 여부(대법원 87.5.12. 86다카2070호)

1) 민법 제398조 제2항 소정의 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우라 함은 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예정손해액의 크기, 그 당시의 거래 관행 등 모든 사정을 참작하여 볼 때 일반사회관념에 비추어 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우를 가리킨다.

• 손해배상의 예정액이 부당히 과다한지의 여부를 판단함에 있어서는 실제의 손해액을 구체적으로 심리할 필요는 없다.

2) 민법 제398조 손해배상예정액의 규정취지와 손해배상의 예정액이 부당히 과다한지의 판단기준 및 계약당시 손해배상액을 예정하였으나 예정액을 초과하는 손해를 청구할 수 있는지의 여부(서울고등법원 92.7.29 91나 55713호)

가. 민법 제398조에서 손해배상액의 예정에 관하여 규정한 목적은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증의 곤란을 덜고 분쟁의 발생을 미리 방지하여 법률관계를 쉽게 해결할 뿐만 아니라 채무자에게 심리적 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 것이고, 제2항에 규정된 손해배상 예정액의 감액제도는 국가가 계약 당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위하여 계약의 내용에 간섭한다는데 그 취지가 있다.

나. 법원이 손해배상의 예정액을 부당히 과다하여 감액하려면 채권자와 채무자의 경제적 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 경위(동기), 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 당시의 거래관행과 경제상태 등을 참작한 결과 손해배상 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우라야 할 것이다.

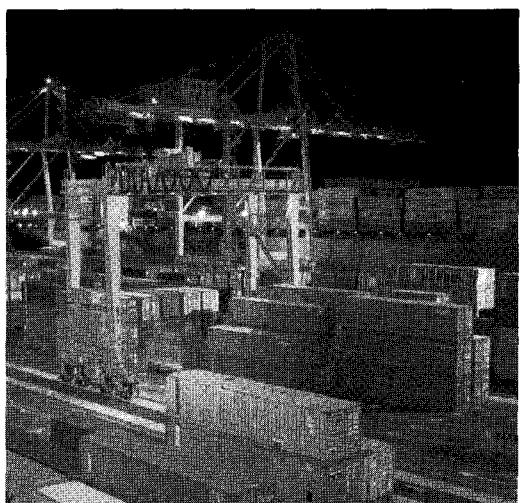
다. 계약당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상의 손해는 물론 특별손해까지도 예정액에 포함되고 채권자의 손해가 예정액을 초과한다 하더라도 초과부분을 따로 청구할 수 없다.

3) 이행보증보험계약을 체결한 경우 보증사고발생여부의 판단 기준과 공사도급계약에 대한 이행보증보험계약 체결시의 고지의무의 대상(서울고등법원 85.12.17. 85나1471호)

가. 계약이행보증보험계약을 체결한 경우에 그 보험금지급의 원인이 되는 보험사고의 발생 즉 수급인에게 도급계약상의 의무불이행이 있는 지의 여부는 당해 계약이행보증보험계약의 당사자인 수급인과 보험자 사이에 이행보증의 대상으로约定된 도급공사의 공사금액, 공사기간, 공사내용 등을 기준으로 판정해야 한다.

나. 공사도급계약에 대한 이행보증보험계약을 체결하는 경우에 공사금액과 공사기간은 일반적으로 그 이행보증의 대상이 되는 도급공사의 내용을 특정하고 보험사고의 발생여부를 판정하는 기준으로서 고지의무 대상이 되는 주요사항에 해당한다.

4) 수급인의 당좌거래정지처분사실만으로 곧바



로 공사계약의 해지권을 행사할 수 있는지의 여부
(서울민사지방법원 96가합49525호)

당좌거래 정지처분을 받은 사실만으로 곧바로 계약해지권이 발생한다고 보기는 어렵고 그러한 처분을 받음으로 인하여 계약의 정상적인 이행을 기대할 수 없게 되는 등 공사계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 공사 계약해지권을 행사할 수 있다

5) 시공연대보증인의 경개계약형식에 의한 공사 완공의 경우 조합의 보증책임 유무(대구고법 83.3.25: 82나708호)

공사계약에 있어서 시공보증인이 경개계약에 의하여 당해 공사가 완공된 경우 조합의 계약보증책임은 없다

6) 계약보증서에 기재된 실제 준공일까지 유효함의 의미(대법원 97.8.26, 97다13153호)

“본 보증서의 효력은 위 보증기간에도 불구하고 본 공사 실제 준공일까지 유효함”이라는 특약의 취지는 보증기간을 경과한 이후까지 공사가 지연되다가 하수급인의 귀책사유로 하도급계약을 이행하지 못하는 때에도 보증기간과 관계없이 보증채권자에게 보증금을 지급하겠다는 취지에 불과함

7) 채권자와 채무자 사이에 채무불이행을 원인으로 한 손해배상액을 예정한 경우에는 손해발생 및 손해액에 대한 입증은 필요하지 아니하고, 예정액이 과다하여 감액될 사정이 없는 한 채무불이행의 사실만으로 채권자는 채무자에 대하여 손해배상 예정액을 지급할 것을 청구 할 수 있다(대법원 판례 91.1.11. 90다8053).

8) 계약 당시 손해배상액을 예정한 경우에는 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 인하여 입은 통상손해는 물론 특별손해까지도 예정액에 포함되고 채권자의 손해가 예정액을 초과한다 하더라도 초과 부분을 따로 청구 할 수 없다(대법원 판례 93.4.23,

92다41719).

3. 주요 질의회신

(1) 계약해제시 계약보증금 국고귀속(회계 45101 - 1039, 95.7.4)

<질의요지>

- 총계약금액 1,905,278천원에 대한 계약보증금을 건설공제조합 보증서에 의거 560,733천원을 납부하고 이행 중 건설업면허 취소 등 행정조치로 더 이상 공사수행 능력이 없어 관련공사의 해지를 통지한 경우
- 계약특수조건 제12조 및 예산회계법시행령 제121조 제2항에 의거 위약금액 100분의 10이상에 해당하는 금액을 청구하여야 하는 지의 여부와 연대보증인이 없는 경우 100분의 20에 해당하는 금액을 청구하여야 하는 지의 여부

<회신요지>

- 국가기관이 체결한 공사계약은 계약상대자의 책임 있는 사유에 의하여 계약을 해지(해제)하는 경우 예산회계법시행령 제122조(현행 국가계약법시행령 제50조)의 규정에 의거 당해 계약보증금을 국고에 귀속시켜야 하는바, 이 경우 동시행령 제124조(현행 제52조)의 규정에 따라 계약보증금의 2배를 납부하고 연대보증인을 세우지 않은 경우에는 그 전액(2배)을 국고에 귀속시키는 것이다.

(2) 계약취소에 따른 계약보증금의 국고귀속 여부(회계45107 - 509, 95.4.14.)

<질의요지>

- 입찰자격이 없는 업체가 행한 입찰이라는 이유

로 계약취소라는 행정처분을 한 후 계약불이행 사항으로 간주 계약보증금을 불입하라는 행정 처분이 가능한지의 여부

〈회신요지〉

- 입찰참가 자격이 없는 자를 낙찰자로 선정하여 계약을 체결한 후에 동 계약자가 입찰자격이 없다는 이유로 계약을 취소하였다면 계약보증 금의 귀속사유는 해당되지 않을 것이며, 다만, 예산회계법시행령 제130조(국가계약법시행령 제76조)의 규정에 의거 부정당업자 제재사유에 해당되는 지의 여부를 판단해야 할 것이다.

(3) 공동도급계약보증금의 대체납부(회계125 - 1416, 85.5.30)

〈질의요지〉

- 공동도급계약운용요령에 의해 수급인 갑과 을 간의 50:50출자지분비율에 따라 계약보증금 및 차액보증금을 납부하고 1건 공사를 시공중, 을의 사정에 의거 기 납부한 50:50비율의 계약 및 차액보증서를 쌍방이 협의하여 대표자(갑)회사로 대체 납부코자 하는 경우 가능한 지의 여부

〈회신요지〉

- 계약담당공무원은 일괄납부의 필요성 여부를 검토하여 대체 납부하게 할 수 있다.

(4) 보증시공시에도 계약보증금이 국고에 귀속되는 지의 여부

〈질의요지〉

- 수급자가 부도발생, 도산 등으로 계속공사가 불가능한 상태에 있을 때 발주처의 연대보증시 공명령을 받고 잔여공사를 시공하여 완공할 경우 원수급자가 납부한 계약보증금 및 차액보증

금이 환불되는지 여부와 하자보수보증금의 납 부의무가 원수급자에게 있는지 아니면 연대보 증인에게 있는지의 여부

〈회신요지〉

- 시설공사계약일반조건 제28조(현행 공사계약 일반조건 제35조)의 규정에 따라 연대보증인이 보증의무를 이행(잔여계약이행의 완료)하였을 경우에는 계약사무처리규칙 제49조제2항(현행 국가계약법시행규칙 제64조)의 규정에 의거 계 약보증금 및 차액보증금은 국고에 귀속처리 되지 아니하며
- 동 보증금은 동규칙 제48조(현행 국가계약법시 행규칙 제63조) 및 시설공사계약일반조건(현행 공사계약일반조건)제4조제2항의 규정에 의거 계약자의 청구에 의하여 즉시 반환되는 것이며
- 하자보수보증금은 예산회계법 제70조(현행 국 가계약법 제18조) 및 동조건 제18조(현행 제22 조)의 규정에 의거 계약자가 납부하는 것이나 연대보증인도 시설공사계약도급표준계약서(현 행 공사도급표준계약서)의 내용에 의거 계약자 와 연대하여 납부의무가 있다.

(5) 계약보증금 귀속과 미지급대가와의 상계(회 계1210 - 412, 78.3.3)

- 예산회계법시행령 제79조제2항(현행 국가계약 법시행령 제52조)의 규정에 의하여 계약보증금 을 국고 귀속시킬 경우에는 국가가 보유중인 기성고 지급 대금과 보증보험금은 상계 처리할 수 없다.

(6) 계약이행기간 연장에 따른 계약보증금 납부 (회계125-546, 86.3.5)

- 당초 보증기간에 연장하는 기간을 가산한 기간 을 보증기간으로 하고 계약보증금은 전체 계약

금액으로 하여야 한다.

(7) 계약금액변경(감액)시 보증금 산정(회계125 - 1717, 85.6.25)

- 물가변동, 설계변경 등으로 인하여 계약금액이 감액된 때에는 당해 감액분에 대한 보증금은 계약상대자의 요청에 의하여 반환 할 수 있는 것이다.

(8) 계약보증서(선금보증서) 약정연대보증인의 연대보증시공 가능 여부(회계45107 - 1079, 96.5.17)

〈질의요지〉

- 기존 시공연대보증사로부터 양해(보증시공포기 또는 양도)를 얻은 다음 보증서약정연대보증인이 시공연대보증인으로 추가(또는 교체)를 발주자에게 요청하는 경우 보증시공이 가능한지의 여부

〈회신요지〉

- 국가기관이 체결한 공사계약에 있어 원계약상대자가 부도로 인하여 공사를 이행할 수 없는 경우 계약서상에 명시된 연대보증인은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행규칙 제66조의 규정에 의거 보증시공을 이행하여야 하는 것이다.

- 이 경우, 동 연대보증인이 보증의무를 수행하지 아니하고 계약보증서나 선급금보증서상의 약정 연대보증인이 시공연대보증인과 교체하여 보증시공을 할 수는 없는 것이다.

(9) 연대보증인 2인이 있는 경우 연대보증인 선정(회계 45107-1244, 95.8.2)

〈질의요지〉

- 장기계속 관급공사의 경우 계약자가 부도로 인

하여 계약연대보증사의 2개 사 중 1개 사가 보증시공을 하던 중, 추가 및 연차계약을 체결할 시 나머지 1개 사의 계약연대보증사를 변경할 수 있는지의 여부

〈회신요지〉

- 국가기관이 체결한 장기계속 공사계약에 있어 계약체결시 정한 연대보증인은 동 공사에 대하여 입보 책임이 있는 것으로 연차별 계약이 준공되었다 하여 연대보증의무가 소멸되는 것은 아님. 따라서 원계약 상대자의 부도로 인하여 2인의 연대보증인중 1인이 보증시공을 하는 경우 나머지 연대보증인의 보증의무는 지속되는 것이다.

(10) 연대보증인 추가 입보 가능여부(회계 45107-751, 95.5.22)

〈질의요지〉

- B사는 A사의 건설공제조합의 한도거래보증채무약정 연대보증사로서 당초 계약시 시공연대보증은 하지 아니하였으나 부도로 인하여 공사를 계속 수행할 수 없게 된 경우
- A사의 보증채무 약정회사로써의 책임을 다하기 위하여 A사의 공사시공포기각서를 첨부하여 시공연대보증 추가 입보를 할 수 있는지의 여부

〈회신요지〉

- 예산회계법시행령 제124조제1항 단서(현행 국가계약법시행령 제50조제1항)의 규정에 의거 연대보증인을 세우지 아니한 계약에 있어 계약이행 중에 연대보증인을 세울 것 인지의 여부는 발주처와 계약상대자간의 합의에 의하여 결정될 수 있을 것이나, 계약상대자의 부도로 인하여 계약의 해지(해제)사유가 발생된 상황에

서 연대보증인의 입보는 곤란한 것이다.

(11) 지체상금을 미지급 기성금에서 공제가 가능한 지의 여부(회계125-3671, 86.9.29)

당해 계약자에게 지급하여야 할 공사비 또는 기타 예치금에서 공제할 수 있다.

(12) 연대보증시공시 지체상금산정(회계45107-2279, 95.11.23)

계약상대자가 부도 등이 확정된 날로부터 보증시공을 지시한 날까지의 기간은 지체일수에 산입하지 아니한다.

(13) 계약해제(해지)시 지체상금의 징수 여부(회계45101-922, 95.6.22)

계약보증금은 국고에 귀속시켜야 하고 지체상금은 부과할 수 없는 것이다.

V. 보증금청구와 해소

1. 민법상 보증채무 해소 수단

(1) 변제(민법 제460조 내지 제486조)

• 채무내용에 따른 일정한 급부를 이행하는 채무자 또는 제3자의 행위로 이를 금전채무의 이행내지 지급이라 한다.

(2) 공탁(민법 제487조 내지 제491조)

1) 금전·유가증권 기타의 물건을 공탁소에 임차하는 것으로 채권자가 수령지체에 빠진 경우 채무자가 채권의 구속에서 벗어나도록 하기 위한 제도

2) 공탁원인

① 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없

을 때

- ② 변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없을 때
- ③ 공탁장소 : 채무이행지의 공탁소
- ④ 내용 : 채무내용에 좋은 것이어야 함. 일부공탁은 무효임

(3) 상계(민법 제492조 내지 제499조)

1) 의의 : 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권·채무를 가지는 경우에 그 채권과 채무를 대등액에 있어서 소멸케 하는 일방적 의사표시를 하는 행위로서 당사자는 특약을 할 수는 있으나 상계금지의 의사표시는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

2) 기능 : 간이결재기능, 공평유지적기능, 상호담보작용

3) 성질 : 독립한 채권소멸원인으로 단독행위로서 일종의 형성권임

4) 요건

가. 상계적상(제492조)

나. 채권이 대립하고 있을 것

다. 양 채권이 동종의 목적을 가질 것

라. 양 채권이 변제기에 있을 것

마. 채권의 성질이 상계를 허용되는 것일 것

바. 상계가 금지되어 있지 않은 것일 것

사. 상계적상의 현존 : 원칙적으로 상계의 의사표

시가 행하여지는 당시 현존하여야 함

5) 법률에 의한 상계금지

가. 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권(민법 제496조)

나. 압류금지의 채권(민법 제497조) : 민사집행법 제246조, 공무원연금법 제32조, 근로기준법 제89조, 형사보상법 제22조, 건설산업기본법 제88조(노임에 대한 압류의 금지)

다. 지급금지채권(민법 제498조)

라. 질권이 설정된 채권

마. 특별법에 의한 상계금지

6) 방법 : 단독행위로 상대방에 대한 의사표시를 하여야 함(제493조)

7) 효과(제493조 제2항)

가. 채권의 소멸 : 대등액에 관하여 소멸

나. 상계의 소급

〈판례〉

1. 상계는 단독행위로서 상계를 하는지 여부는 채권자의 의사에 따르는 것이고 상계적상에 있는 자동채권이 있다하여 반드시 상계를 하여야 할 것은 아니므로 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계처리하지 아니하였다 하여 이를 이유로 보증 채무자가 신용보증한 채무의 이행을 거절할 수 없으며 나아가 보증채무자의 책임이 면제되는 것은 아니다.(87. 5. 12, 86다카1340)

2. 상계의 효과는 대립할 수 있는 채권이 상계 할 수 있는 때에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보아야 하는 것이다(68. 9. 30, 68다759-760)

3. 이행보증보험의 법적성질 및 이행보증보험에 있어 보험자가 민법 제434조를 준용하여 보험계약자의 채권에 의한 상계로 피보험자에게 대항할 수 있는 지의 여부(적극)

이행보증보험은 보험계약자인 채무자의 주계약 상 채무불이행으로 인하여 피보험자인 채권자가 입게 되는 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보험자와 채무자 사이에는 민법상의 보증에 관한 규정이 준용되므로, 이행보증보험의 보험자는 민법 제434조를 준용하여 보험계약자의 채권에 의한 상계로 피보험자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 피보험자의 보험계약자에 대한 채권이

소멸되는 만큼 보험자의 피보험자에 대한 보험금 지급채무도 소멸된다. (대법원 2000.10.25, 2000다16251), (민법 제434조, 상법 제638조)

4. 가. 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계의 허용 여부(소극)

나. 항변권이 부착된 채권이어서 이를 자동채권으로 한 상계가 허용되지 아니한다고 한 사례

가. 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 성질상 허용할 수 없다.

나. 도급인이 수급인과의 사이에 수급인이 그가 고용한 근로자들에 대한 노임지급을 지체한 경우 도급인이 수급인에 대한 기성공사대금에서 노임 상당액을 공제하여 근로자들에게 직접 지불할 수 있다고 약정하였다며, 수급인이 근로자들에게 노임지급을 지체한 상태에서 도급인에게 기성공사금대금의 지불을 구할 경우 도급인으로서는 위 약정에 따라 적어도 수급인이 근로자들에게 노임을 지급할 때까지는 기성공사대금 중 수급인이 지체한 노임 상당액의 지급을 거절할 수 있다 할 것이므로, 수급인의 도급인에 대한 위 기성공사대금채권은 도급인이 위와 같이 일정한 경우 그 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있는 채권이라고 할 수 있을 것이고, 따라서 위 채권은 자동채권으로 한 상계는 허용될 수 없다고 한 사례(대법원 2002.8.23. 2002다25242)

5. 정부나 지방자치단체의 공사도급계약에 있어서는 선급금과 공사대금은 각 구성원별로 따로따로 정산되는 것으로 보이고, 이에 따라 공동수급체의 구성원은 다른 구성원이 반환하여야 할 선급금에 대하여 아무런 책임을 부담하지 아니하고, 다른 구성원의 지분비분비율에 해당하는 공사대금의 지급

을 구할 아무런 권리가 없다고 할 것이므로, 기성공사대금을 가지고 선급금을 반환하여야 할 구성원의 선급금을 충당함에 있어서는 그 공사대금 중 해당 구성원의 지분비율에 해당하는 금액에만 충당되는 것으로 볼 것이지 이와 달리 다른 구성원의 뜻까지 포함한 총 공사대금에서 충당할 수 있는 것은 아니다(2001.7.13. 99다68584)

6. 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도, 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약이 없는 한 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생긴다(2000.9.8. 99다6524)

7. 민법 제496조가 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권에 대한 상계를 금지하는 입법취지는 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권에 대하여 상계를 허용한다면 고의로 불법행위를 한 자가 상계권 행사로 현실적으로 손해배상을 지급할 필요가 없게 됨으로써 보복적 불법행위를 유발하게 될 우려가 있고 고의의 불법행위로 인한 피해자가 가해자의 상계권 행사로 인하여 현실의 변제를 받을 수 받을 수 없는 결과가 됨은 사회적 정의관념에 맞지 아니하므로 고의에 의한 불법행위의 발생을 방지함과 아울러 고의의 불법행위로 인한 피해자에게 현실의 변제를 받게 하려는 데 있는 바, 이와 같은 입법취지나 적용결과에 비추어 볼 때 고의의 불법행위에 인한 손해배상채권에 까지 유추 또는 확장 적용하여야 할 필요성이 있다고 할 수 없다(94.8.12. 93다52808)

(4) 경개(민법 제500조 내지 제505조)

- 채무의 요소, 즉 채무의 중요한 부분을 변경함으로써 신채무를 성립시키는 동시에 구채무를 소멸시키는 것

〈판례〉

1. 경개계약은 신채권을 성립시키고 구채권을 소멸시키는 처분행위로써 신채권이 설립되면 그 효과는 완성되고 경개계약자체의 이행문제는 발생여지가 없으므로 경개에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경개계약을 해제할 수 없다(80.11.11, 80다2050)

2. 피고가 소외인의 원고에 대한 일체의 채무 등의 담보를 위하여 연대보증을 한 이상 그 후 채무자 변경으로 인한 경개계약에 있어서 위 소외인의 원고에 대한 채무가 소멸되면 모르되 잔존채무가 있으면 이는 그대로 피고의 보증채무로 잔존한다.(75.4.22, 74다2015)

(5) 면제(민법 제506조)

- 처분행위로서 채무자에 대한 채권자의 일방적 의사표시에 의하여 채권을 무상으로 소멸시키는 것

(6) 혼동(민법 제507조)

- 채권과 채무가 동일인에게 귀속하는 사실에 의거 채권이 소멸하는 것

4. 승계시공과 보증책임 해소

(1) 현행제도

1) 민법(채권편)

가. 민법 제453조의 규정에 의거 채권자와의 계약에 의한 채무인수
제453조(채권자와의 계약에 의한 채무인수) ①
제3자는 채권자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 아니한 때에는 그러하지

아니하다. ② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다.

① 인수계약의 주요태양

㉠ 당사자인 채권자, 채무자, 인수자사이의 3면 계약

㉡ 채권자와 인수인의 계약(민법 제453조제1항에 의한 전형적 형태)

㉢ 채무자와 인수인 사이의 계약(채권자 승인 필요)

② 채무인수 효과

㉠ 채무의 이전 : 동일성을 잃지 않고 채무자로부터 인수인에게 이전(채무자는 채무를 면하고 인수인이 채무자가 됨)

㉡ 효력발생시기 : 원칙적으로 인수계약성립 시에 효력 발생

㉢ 종된 채무의 이전 : 이자채무, 위약금 채무 등도 원칙적으로 이전

㉣ 담보권에 미치는 영향

제453조(채권자와의 계약에 의한 채무인수)① 제3자는 채권자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다

② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다

• 법정담보권 : 그대로 존속

• 제3자가 제공한 담보 : 소멸하는 것이 원칙이지만 보증인 또는 물상보증인이 채무인수에 동의한 경우는 존속

• 채무자가 설정한 담보 : 원칙적으로 소멸. 단, 채권자와 채무자, 인수인간의 3면 계약 또는 채무자와 인수인간의 계약에 의한 채무인수의 경우는 존속

③ 채무인수와 유사한 제도

㉠ 병존적 채무인수 : 제3자(인수인)가 채무관계에 가입해서 채무자가 되고 종래의 채무자와 더불어 새로이 동일내용의 채무를 부담하는 것

㉡ 이행인수 : 채무자와 인수인간의 계약에 의거 채무를 이행하는 것으로 변제의무만 부담하고 직접 채권자에게 의무를 지지 아니하는 것

㉢ 계약인수 : 계약당사자의 지위의 승계를 목적하는 계약으로 계약상이미 발생한 채권, 채무 및 향후 발생할 채권, 채무와 계약 취소권 등도 포함이전 함

〈주요판례〉

• 계약 당사자로서의 지위승계를 목적으로 하는 계약인수는 계약으로부터 발생하는 채권채무의 이전 외에 그 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포함적인 권리의무의 양도를 포함하는 것이므로 그 계약은 양도인, 양수인 및 잔류 당사자의 동시적인 합의에 의한 3면 계약으로 이루어지는 것이 통상적이나, 관계당사자 중 2인의 합의와 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하는 방법도 가능하다(96.2.27. 95다21662)

• 위와 같은 계약인수가 적법하게 이루어지면 양도인은 계약관계에서 탈퇴하게 되고 계약인수 후에는 특별한 사정이 없는 한 잔류 당사자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 않게 되며 그에 따른 채권채무관계도 소멸한다(85다카 733, 734)

나. 경개(更改)

〈관계규정 : 민법〉

제500조(경개의 요건 및 효과) 당사자가 채무의

중요한 부분을 변경하는 계약을 한 때에는 구채무는 소멸한다.

제501조(채무자변경으로 인한 경개) 채무자변경으로 인한 경개는 채권자와 신채무자간의 계약으로 이를 할 수 있다. 그러나 구채무자의 의사에 반하여 이를 하지 못한다.

제505조(신채무에의 담보이전) 경개의 당사자는 구채무의 담보를 그 목적의 한도에서 신채무의 담보로 할 수 있다. 그러나 제3자가 제공한 담보는 그 승인을 얻어야 한다.

〈판례〉

- 시공연대보증인의 경개계약형식에 의하여 당해 공사가 완공된 경우 조합의 계약보증책임 유무

- 공사계약에 있어서 시공연대보증인이 경개 계약에 의하여 당해 공사가 완공된 경우 조합의 보증책임은 없다(83. 3. 25. 82나708)

① 의의 : 채무의 중요한 부분을 변경함으로서 신채무를 성립시키는 동시에 구채무를 소멸하는 것
※ 경개는 신·구채무 사이에 동일성이 없다는 점에서 채권 또는 채무가 동일성을 유지하는 “내용변경계약”, “채권양도”, 채무인수“와 다르다. 따라서 채권의 내용, 채권자, 채무자의 변경이 있는 경우에 그것이 경개가 되기 위하여 구채무를 소멸시키고 신채무를 성립시키려고 하는 당사자의 의사 즉 “경개의사”가 있어야 한다.

② 요건

- ① 소멸할 채권의 존재
- ② 신채무의 성립
- ③ 채무의 요소의 변경 : 채무의 “중요한 부분의 변경”이 있어야 하고 경개의사를 요함

③ 계약의 당사자

⑦ 채권자변경에 의한 경개(제503조)

⑧ 채무자의 변경에 의한 경개(제501조)

⑨ 목적변경에 의한 경개 : 채권자와 채무자 사이에 계약으로 할 수 있음

④ 효과

⑩ 구채권의 소멸

⑪ 신채무의 성립

2) 국가계약법

국가계약법시행령제52조제1항 및 공사이행보증제도 운용요령(회계예규2200. 04-152-1. 99.9.9 참조)의 규정에 의거 시공연대보증인을 세운 경우

〈주요질의 회신〉

• 연대보증인 추가 입보 여부

- 국가계약법시행령 제50조 제1항의 규정에 의거 연대보증인을 세우지 아니한 계약에 있어 계약이행 중 연대보증인을 세울 것인지의 여부는 발주처와 계약상대자간의 합의에 의하여 결정될 수 있을 것이나, 계약상대자의 부도로 인하여 계약의 해지(해제)사유가 발생된 상황에서 연대보증인의 입보는 곤란한 것이다.(회계45107-751, 95. 5. 22)

• 시공연대보증인을 대신하여 계약보증서(선금보증서)상 약정연대보증인의 연대보증시공 가능 여부

- 계약보증서(선금보증서)상의 약정연대보증인이 시공연대보증인과 교체하여 보증시공을 할 수 없다.(회계45107-1079, 96. 5. 17)