



# 건설관련 법률상담

곽동우 법무법인(유) 화우 변호사

## 계약보증금과 지체상금이 함께 약정된 경우

**Q** <사례> A사는 B사에게 공장건축 중 설비 부분을 하도급 주는 계약을 체결하였는데, 공사금액의 10%를 계약보증금으로 약정하여 B사가 자신의 의무를 위반하여 계약이 해지되는 경우 이 계약보증금을 A사가 몰취하기로 약정하였다. 이 계약에는 지체상금에 관한 약정도 있었는데 지체 1일 당 공사금액의 1.5%를 지체상금으로 지급하기로 약정하였다. 계약이행 과정에서 B사가 자금난 등이 생겨 도급받은 공사를 중단하였고, A사가 이를 이유로 계약을 해지하였는데, 이 경우 A사는 B사로부터 계약보증금을 몰취할 수 있는지, 그리고 더 나아가 약정된 지체상금도 배상받을 수 있는지?

**A** <해설> 본 사례는 계약보증금과 지체상금의 관계에 관한 사례이다. 우선 도급계약에서 자주 등장하는 계약보증금은 통상적으로 건설공사도급계약에서 수급인이 도급계약을 약정대로 이행하는 것을 보증하기 위하여 수급

인이 도급인에게 우선 지급하고, 만약 수급인이 도급계약을 불이행하여 계약이 해제, 해지되는 경우에는 당사자 간의 약정내용에 따라 그것으로 수급인의 도급인에 대한 손해배상을 담보하거나 손해배상의 예정 또는 위약벌이 된다.

여기서 계약보증금이 손해배상을 담보한다는 것은 도급인에게 실제 생긴 손해액만큼을 계약보증금에서 변제받을 수 있다는 의미이고, 따라서 도급인이 계약보증금을 현실로 미리 지급받아 있었다면 실제 손해액만큼을 공제하고 나머지를 수급인에게 돌려주면 되고, 계약보증금을 증권으로 받았다면 그 증권발행인에게 실제 생긴 손해액만큼의 계약보증금을 지급해달라고 청구할 수 있게 된다. 그리고 다음으로 손해배상의 예정이라는 것은 도급인의 손해액수에 대한 구체적인 입증의 필요 없이 계약보증금만큼 손해가 생겼다고 간주해서 그 계약보증금 전액을 지급받고 손해배상으로 같음하는 것을 말한다. 또한 위약벌이라는 것은 계약보증금은 수급인의 위약에 대한 벌금이나 제재수단으로 처리하여 그것을 그대로 몰취하고, 손해배상은 별도로 도급인이 청구하여 받을 수 있는 것을 말한다.

이와 같이 계약보증금의 구체적 성격은 당사자 간에 계약에서 약정한 내용에 따라 달라지므로 공사도급계약을 체결하는 당사자는 이 계약보증금의 성격을 어떻게 약정할지에 대하여 항상 관심을 가지고 주의 깊게 처리하여야 할 필요가 있다. 실제 사례에서 보면 당사자들이 생각하는 계약보증금의 성격과 실제 계약서에서 약정되어 있는 내용이 서로 달라서 원래 의도했던 대로 계약보증금의 처리가 되지 않고, 그에 따라 법적인 분쟁이 발생

하는 경우가 상당히 있는 것으로 보인다.

그런데 계약서에서 수급인의 계약불이행으로 도급인이 계약을 해지하는 경우 계약보증금을 도급인이 몰취한다는 조항을 두는 경우에는 그것은 위약벌 또는 손해배상의 예정 중 하나가 되는데, 둘 중 어디에 해당하느냐에 따라서 별도로 손해배상청구가 가능한지가 달라진다. 즉 계약보증금이 위약벌이라면, 이는 손해배상이 아니고 계약을 위반한데에 대한 벌이나 제재의 성격이므로 계약보증금을 몰취하는 것과는 별도로 손해배상을 청구할 수 있게 된다. 따라서 도급인은 계약보증금 몰취와는 별도로 지체상금 같은 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.

하지만 계약보증금이 위약벌이 아니라 손해배상의 예정이라면, 계약보증금을 몰취하는 것이 손해배상을 받는 것이므로, 지체상금약정에 따른 지체상금을 중복하여 청구할 수는 없게 되는 것이 원칙이다. 이 경우에 지체상금이 계약보증금보다 더 적은 경우에는 지체상금이 계약보증금에 포함되므로 별도로 지체상금을 청구할 수는 없다. 하지만 지체상금이 계약보증금 보다 더 많은 경우에는 어떻게 될까? 이런 경우에 계약보증금을 초과하는 손해에 대하여는 추가로 손해배상을 한다는 약정이 미리 있다면 그 초과하는 부분은 별도로 청구할 수 있다는 점에 이견이 없다. 만약 그런 약정이 없는 경우에는 초과하는 부분의 손해를 청구할 수 있는지에 대하여 견해가 갈라지는데, 지체상금 약정도 손해배상의 예정이므로 초과하는 부분은 추가로 청구할 수 있다고 해석하는 것이 더 타당하지 않을까 생각된다(대법원 2000다42632 참조).

어쨌든 계약보증금을 몰취한다는 조항이 있을 때 그 성격이 위약벌인지 손해배상의 예정인지에 따라서 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지가 달

라지는데, 보통 특별한 사정이 없으면 이를 우선 손해배상의 예정으로 보기 때문에, 그것이 아니라 위약벌이라고 주장하는 당사자가 그것이 왜 위약벌이라는 것인지에 대한 근거를 제시해야 할 책임을 부담하게 된다. 그런 근거로는 계약서에 그것을 위약벌로 약정했다든지, 그것과는 별도로 손해배상을 한다는 약정이 있다든지 하는 것을 들 수 있겠다. 따라서 그런 근거를 제대로 제시하지 못한다면 이는 위약벌이 아니라 손해배상 예정이라고 인정될 가능성이 높다. 한편 손해배상 예정인 경우에는 만약 그 금액이 실제 여러 사정에 비추어 부당히 과다하다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 적정하게 감액을 할 수 있다. 이에 반해 위약벌인 경우에는 원칙적으로 법원이 그러한 감액을 할 수 없다는 차이도 존재한다.

그리고 만약 계약보증금을 정해놓고도 계약해지 시에 이를 도급인이 몰취한다는 조항이 없다면 이런 경우에는 그것은 단순히 손해배상을 담보하는 기능만을 가지게 되고, 손해배상 예정으로도 취급되지 아니한다. 이런 경우에는 도급인은 실제로 자신에게 발생한 손해를 입증하여(지체상금도 포함됨) 그 금액을 계약보증금으로 충당하는데, 계약보증금이 남으면 이를 반환하고, 계약보증금이 모자라면(손해가 계약보증금을 초과하면) 그 넘는 부분을 추가로 손해배상 받을 수 있게 된다.

본 사례는 위에서 설명한 기준에 따라 처리하면 되겠는데, 우선 계약보증금을 몰취한다는 규정이 있으니 이는 손해배상의 예정이거나 위약벌 중 하나이겠고, 위약벌이라는 특별한 근거가 없다면 손해배상의 예정으로 취급될 것이다. 그리고 지체상금이 계약보증금보다 더 적은지, 크기에 따라 더 크다면 그 차액을 추가로 청구할 수 있을 가능성이 크다고 할 것이다. ●