

가계약금, 계약증거금 쟁점 - 사안의 구체적 사정에 따라 본계약 및 가계약의 성립 여부,  
본 계약체결 불발 시 반환 또는 포기의 대상, 범위 판단기준, 관련 판결 및 실무적 포인  
트



#### 1. 대구지방법원서부지원 2018. 12. 11. 선고 2018가소21928 판결 - 기본법리 정리

우리 사회의 일반적인 거래관행에 가계약 내지 가계약금의 지급이라는 형태의 법률행위  
가 광범위하게 형성되어 있지만, 그 법률상의 의미와 구속력의 정도에 관하여 정립된 법  
리가 없다. 가계약도 계약의 일종이고, 계약금에 비추어 소액이지만 가계약금의 수수까지  
이루어지는 만큼 뭔가 구속력이 있겠지만, 임시의 계약이다 보니 본계약보다는 약한 구  
속력을 가진, 약간은 불분명한 무엇일 수밖에 없다. 결국은 가계약에 관한 당사자들의 의  
사합치의 내용이 무엇인지에 관한 해석의 문제로서 당사자들이 가계약에 이른 경위에 따  
라 다양한 해석이 가능하다.

일반적으로 가계약의 체결은 본계약의 중요부분에 대하여 어느 정도 합의가 이루어진 이 후에 이루어지는데, 불행히도 대부분의 경우는 합의내용에 대한 별도의 서면을 작성하지 아니한 채 '빠른 시일 내에 본계약의 체결 여부를 결정하기로 하고, 본계약 체결 이전에 가계약을 체결하는데, 가계약금을 수수함으로써 본계약을 체결할 의무를 어느 정도 부담한다'는 정도의 인식을 공유하는 정도에 그친다.

위와 같은 가계약에 있어서 우리 사회에 일반적으로 용인되는 가계약금에 관한 인식은 당사자들 사이에 다른 특별한 약정이 없는 한 다음과 같은 정도로 정리될 수 있다. 매매 계약의 경우를 예를 들어 매매의 가계약을 체결하고 가계약금을 수수하는 것은 매수인에게 다른 사람에게 우선하여 본계약을 체결할 수 있는 우선적 선택권을 부여하고, 매도인은 이를 수인하는 데 본질적인 의미가 있으므로, 가계약제도는 매도인보다 매수인을 위한 장치이다. 본계약을 체결할지 여부를 결정할 기간은 비교적 단기간으로 정해지고, 매수인은 그 기간 내에 본계약의 체결을 요구할 권리를 가지는데, 매도인은 매수인의 본계약 체결요구에 구속되므로, 매도인은 매수인의 매매계약 체결요구를 거절할 수 없다.

매수인은 일방적인 매매계약 체결요구권을 가지는 대신 매수인이 매매계약의 체결을 포

기하는 경우 매수인은 가계약금의 반환 역시 포기하여야 하는데, 이는 매도인이 매수인에게 일방적인 계약체결 요구권을 부여함으로써 부담하는 법률적인 지위의 불안정성에 대한 보상의 의미를 가진다.

매도인이 매매계약의 체결을 거부하더라도 매수인은 매매계약 체결권을 일방적으로 행사할 수 있으므로, 결국 매수인의 의사에 따라 매매계약이 체결되고, 이때 정해진 계약금은 해약금의 성질을 가지므로, 매도인은 계약금의 배액을 상환하고 나서야 비로소 매매계약의 구속력에서 벗어날 수 있을 것이다. 위와 같은 내용은 우리 사회에 일반화된 공감을 정리한 것이고, 당사자들의 구체적인 의사에 따라 다양한 내용으로 확장될 수 있음은 물론이다.

## 2. 계약 불성립의 경우 - 가계약금, 증거금 그대로 반환 대상

본 계약을 체결하기 전에 가계약도 성립되지 않았다면, 가계약금, 계약증거금 명목으로 주고 받은 금액은 당사자 사이에 법적 구속력이 없습니다. 계약금이나 해약금과 같이 몰취 또는 배액배상의 대상이 아닙니다. 그 금액 그대로 주고 받아서 원상회복하면 될 것입니다. 실무상 핵심적 포인트는 가계약의 성립 여부입니다.

만약 가계약이 성립되었다면 [대구지방법원서부지원 2018. 12. 11. 선고 2018가소21928](#)

[판결](#)에 따라 해결해야 할 것입니다.

#### 1. 대법원 2006. 11. 24. 선고 2005다39594 판결

(1) 계약이 성립하기 위하여는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니나 그 **본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치**가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 한다.

(2) 부동산 매매에 관한 **가계약서 작성 당시 매매목적물과 매매대금 등이 특정되고 중도금 지급방법에 관한 합의가 있었다면 그 ★가계약서에 잔금 지급시기가 기재되지 않았고 후에 정식계약서가 작성되지 않았다 하더라도 매매계약은 성립하였다**고 본 사

#### 2. 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다40765 판결

(1) 가계약에서 “매수인은 가계약일로부터 10일 이내에 본계약을 체결하기로 하고 만약 불이행시는 본계약을 무효로 하고, 매수인은 어떤 이의도 민·형사상의 문제를 제기할 수 없다”고 약정한 경우, 이 약정내용만으로는 매수인의 계약 불이행시 이미 지급한 가계약금의 반환청구를 포기하기로 하는 위약금 약정이 있었던 것으로 볼 수 없다.

## 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다40765 판결

매매에 의한 약정서 중 계약조건 제1조의 “원고는 가계약일로부터 10일 이내에 본 계약을 체결기로 하고 만약 불이행시는 본계약을 무효로 하고, 원고는 어떤 이의도 민·형사상의 문제를 제기할 수 없다”는 규정은 다음의 사정, 즉 위 내용 중 ‘불이행’이란 원고가 10일 이내에 4억 원을 지급하기로 한 채무를 이행하지 않는 것을 말하는 것이고, ‘원고의 어떤 이의’는 앞뒤의 문맥으로 볼 때, 원고가 가계약금으로 이미 지급한 1억 원의 반환청구에 대한 것 이외에 다른 의미가 포함될 여지가 없는 점, 이 사건 가계약의 계약조건 제2조는 “피고 상륙개발은 어떤 경우라도 타인에게 매매양도할 수 없으며 위반시는 계약금액의 2배와 원고가 청구하는 손해배상을 지급한다”고 규정함으로써 피고 상륙개발의 채무불이행에 대한 엄격한 규제를 정하고 있는데, 위 계약조건 제1조는 위 계약조건 제2조와의 형평상 매도인인 피고 상륙개발의 계약위반에 대한 규제와 균형을 이루는 매수인인 원고의 계약위반에 대한 규제를 정하고 있는 것이라고 보아야 하는 점, 피고 상륙개발로서는 원고의 계약금이 시급히 필요한 상황이었기 때문에 원고의 이행을 확실하게 확보하려는 수단으로 위 계약조건 제1조를 규정한 것으로 보이는 점, 위 계약조건 제1조에는 “단, 특별한 경우가 발생할 경우 원고와 피고 상륙개발은 별도로 협의한다”는 단서조항이 규정되어 있음에도 불구하고 원고는 ‘특별한 경우’의 발생에 관하여 아무런 주장, 입증을 하지 못하고 있는 점, 기타 원고와 피고 상륙개발이 이 사건 가계약의 체결에 이르게 된 경위 및 가계약금의 지급 경위 등에 비추어, 원고가 피고 상륙개발에 가계약금

으로 지급한 1억 원에 대한 부제소합의를 한 것으로 보아야 하고, 이 사건 소는 위 부제소합의에 반하여 제기한 것으로서 부적법하다고 판단하였다.

그러나 원심의 이러한 판단은 위의 법리에 비추어 수긍하기 어렵다. 즉 원고와 피고 상록개발이 가계약금으로 지급된 1억 원에 대하여 위약금 약정을 하였다고 인정하기 위하여는, 앞서 본 약정내용, 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등에 비추어 원고와 피고 상록개발 사이에 원고가 계약을 위반한 경우에 위 1억 원을 포기하기로 하였음이 명백하게 인정되어야 한다.

그런데 원고가 어떤 이의도 제기하지 않겠다고 하는 약정내용만으로는 원고와 피고 상록개발 사이에 원고의 계약 불이행시 위 1억 원의 반환청구를 포기하기로 하는 내용의 위약금 약정이 있었음이 명백하다고 볼 수 없다.

또한 매수인의 귀책사유로 인하여 매매계약이 해제되는 경우에는 위약금 약정을 두지 않고, 매도인의 귀책사유로 인하여 매매계약이 해제된 경우에 대해서만 위약금 약정을 두었다 하더라도 그 위약금 약정이 무효로 되는지 여부는 별론으로 하고, 매도인에 대한

위약금 규정이 있다고 하여 공평의 원칙상 매수인의 귀책사유로 매매계약이 해제되는 경우에도 매도인의 귀책사유로 인한 해제의 경우와 마찬가지로 매수인에게 위약금 지급의 무가 인정되는 것은 아니므로(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다49095 판결 등 참조), 위 계약조건 제2조에 매도인인 피고 상록개발의 채무불이행으로 인한 위약금에 관한 규정을 두었다 하여 당연히 위 계약조건 제1조를 매수인인 원고의 채무불이행으로 인한 위약금에 관하여 규정한 것이라고 해석할 수는 없다. 그리고 원심이 들고 있는 나머지 사정만으로는 위약금 약정이 있었다고 인정하기에는 부족하고, 달리 기록상 그러한 약정이 있었음을 인정할 만한 자료도 찾아볼 수 없다.

### 3. 본 계약의 세부사항을 결정한 후 본 계약 체결 전 가계약금만 주고 받았으나 본 계약

#### 체결 불발 시 반환대상 기준은 수수한 가계약금이 아니라 본 계약금액

매수인은 본 계약금을 포기하고 계약을 해제할 수 있고, 매도인은 계약금의 배액을 물어 주고 계약을 해제할 수 있습니다. 약정된 계약금 중 일부만 받았더라도 전체 계약금을 기준으로 정해야 합니다.

대법원 2015. 04. 23 선고 2014다231378 판결

실제 교부받은 계약금의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제 할 수 있다면 이는 당사자가 일정한 금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금원이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하기 때문에, 계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도 해약금의 기준이 되는 금원은 실제 교부 받은 계약금'이 아니라 약정 계약금이라고 봄이 타당하므로, 매도인이 계약금의 일부로 지급받은 금원의 배액을 상환하는 것으로는 매매계약을 해제할 수 없다.

#### 4. 본 계약의 세부사항을 결정하지 않은 경우 계약 성립 불인정 사례 - 체결 전 가계약금만 주고 받았으나 본 계약체결 불발 시 반환대상 기준은 수수한 가계약금이 아니라 본 계약금액

무릇 계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고, 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 상황에 관하여 있어야 하는 것이 아니라 그 본질적 사항이나 중요사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 하며, 한편 당사자 의사 합의가 이루어져야 한다고 표시한 사항에 대하여 합의가 이루어지지 아니한



경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 상당하다.

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 원고의 피고 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매계약이 체결되었음을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 위 증거를 종합하면, ① 원고는 2015. ○○. ○○. 본 계약을 체결하기로 하였다고 자인하면서 가계약의 성립만 주장하고 있는 점, ② 원고와 사이에 작성한 계약서는 피고가 서명 또는 날인한 적이 없어서 계약 사실을 증명하는 계약서로 볼 수 없는 점(원고와 A가 일방적으로 작성한 문서에 불과하다 "③ 피고가 2016. ○. ○. 원고에게 보낸 내용증명에서도 계약한다고 구두로 약속해 놓고라고 기재하여 계약 체결 사실을 부인하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고가 중개인을 통하여 피고에게 송금한 이 사건 계약금은 이른바 '가계약금'에 불과하고, 피고가 원고로부터 이 사건 계약금을 지급받을 당시부터 2015. ○○. ○○.까지 원고와 피고 사이에서 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 체결되지 않았다고 봄이 상당하다.

원고의 주장에 위약금의 지급을 구하는 의사가 포함되어 있다고 하더라도, 위약금 또한

해약금과 마찬가지로 계약이 체결되었음을 전제로 하여 인정될 수 있을 뿐만 아니라, 유

상계약을 체결함에 있어서 계약금이 수수된 경우 계약금은 해약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약 불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니라 할 것인데(대법원 1996.6.14. 선고 95다 54693 판결 등 참조), 당사자 사이에 위약금의 특약이 있었음을 인정할 증거 또한 없다.

## 5. 실무적 포인트

가계약금 분쟁은 일률적이거나 단순하지 않고 사안의 구체적 사정에 따라 당사자의 법적 책임에 관한 결론이 달리질 수 있습니다. 구체적 사실관계를 정리하여 법률전문가의 신중한 검토와 조언을 받는 것이 바람직합니다.

상가임대차보호법, 독점권, 권리금, 매출조작, 계약분쟁, 손해배상, 영업금지, 민사소송

---

T. 02-591-0657 E. [kkh@kasanlaw.com](mailto:kkh@kasanlaw.com) H. [www.kasanlaw.com](http://www.kasanlaw.com)