

서울중앙지방법원 2023. 5. 12 선고 2020가합577445 판결 [이행보증금 청구의 소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 에이프로

담당변호사 박덕희

피고B공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 어영강, 이지현, 이종은

변론 종결2023. 3. 24.

판결 선고2023. 5. 12.

주 문

1. 피고는 원고에게 2,559,700,000원 및 이에 대하여 2020. 10. 15.부터 2023. 5. 12.까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 2,559,700,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는

날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)의 하도급계약 체결

1) 원고는 2014. 12. 4. D 주식회사 등과 공동수급체를 구성하여 E공단으로부터 'F공사'를 장기계속계약의 형태로 도급받았다(이하 위 공사를 '이 사건 원도급공사', 위 도급계약을 '이 사건 원도급계약'이라 한다).

2) 원고는 2015. 6. 11. C과, 이 사건 원도급공사 중 '2구간 토공 및 구조물공사'(이하 '이 사건 하도급공사'라 한다)를 C에게 계약금액 25,597,000,000원(부가가치세 포함, 이하 같다, 이하 '최초 계약금액'이라 한다), 공사기간 2015. 6. 11.부터 2018. 12. 3.까지, 계약보증금 2,559,700,000원에 하도급주는 내용의 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 위 하도급계약의 계약조건(이하 '이 사건 계약조건'이라 한다) 및 계약특수조건의 주요 내용은 아래 기재와 같다.

이 사건 계약조건

제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)

① 원고와 C은 다음 각호의 1의 방법으로 계약이행 및 공사대금의 지급을 상호 보증한다. (후략)

1. C이 원고에게 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 계약이행보증

② 제1항의 규정에 의한 원고와 C의 상호간의 보증은 현금의 납부 또는 다음 각호의 1에 의한 보증서의 교부에 의한다.

1. 피고 등 이와 동등한 보증기관이 발행하는 보증서

⑤ C이 계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고가 제25조 제1항의 규정에 의거 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지한 경우 원고는 제2항 제1호의 보증금에 대해 계약의 해제 또는 해지에 따른

손실에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있다. 다만 C이 현금납부를 한 경우에는 손실액에 상당하는 금액은 원고에게 귀속된다.

⑥ C의 계약불이행 등에 의한 손실액이 제1항의 규정에 의한 보증금을 초과하는 경우에는 원고는 그 초과액에 대하여 상대방에게 청구할 수 있다.

⑦ C이 납부한 보증금은 계약이 이행된 후 C에게 지체없이 반환한다.

제14조의 2(설계변경으로 인한 계약금액의 변경)

① 원고는 발주자의 요청 혹은 자신의 설계변경 등에 의하여 공사량의 증감이 발생한 경우에는 당해 계약금액을 조정하여야 한다.

⑤ 원고의 지시에 따라 공사량이 증감되는 경우 원고와 C은 공사시공 전에 증감되는 공사량에 대한 대금을 확정하여야 한다. 다만 긴급한 상황이나 사전에 대금을 정하기가 불가능할 경우에는 원고와 C은 서로 합의하여 시공완료 후 즉시 대금을 확정하여야 한다.

제25조(계약해제, 해지)

① 원고 또는 C은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 서약의 이행을 (일 또는 월)의 기간으로 정하여 최고한 후 동 기간 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 원고 또는 C이 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때
2. 부도·파산·기업회생절차 등 C의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때

⑤ 원고 또는 C은 제1항에 의한 계약의 해제 또는 해지로 손해가 발생한 때에는 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다.

제30조(특수조건)

이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 원고와 C이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정할 수 있다.

특수조건

5. (계약의 이행/변경/해지)

③ 원고는 C이 계약 후 정당한 이유 없이 착공 시일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니할 경우나 재하도급한 사실이 있거나 노임, 자재비, 중기비 등을 지급치 아니하여 발주처 또는 원고에게 소란행위 등으로 업무에 막대한 차질을 초래할 시에는 원고는 계약을 해제(해지)할 수 있다.

7. (C의 미지급금 발생시 처리)

③ 만약 C이 미불금내역 및 직접지급대상 채무내역을 미제출하거나, 원고가 직접지급하는 미불금을 제외한 잔여 채무에 대하여 원고가 정한 기일안에 이를 모두 변제하지 않을시 서면으로 이행 최고 후 계약해지할 수 있다.

나. C과 피고의 보증계약 체결

C과 피고는 2015. 6. 12. 이 사건 계약조건 제7조에서 정한 바에 따라 보증금액을 2,559,700,000원, 보증기간을 2015. 6. 11.부터 2019. 2. 1.까지로 정하여 C이 이 사건 하도급계약의 이행과 관련하여 그 책임 있는 사유로 원고에게 부담하는 의무 등을 피고가 보증하는 내용의 계약보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하였고, C은 피고로부터 계약보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 이 사건 보증계약에 적용되는 약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다)의 주요 내용은 아래 기재와 같다.

이 사건 보증약관

제1조(보증책임)

피고는 C이 이 사건 보증계약과 관련하여 그 책임있는 사유로 원고에게 부담하는 의무 또는 채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담합니다.

제3조(보증사고)

① 보증사고란 C이 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 원고가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지한 것을 말합니다.

② 피고는 보증기간이 경과한 후에 해제 또는 해지된 계약에 대해서는 보증책임을 부담하지 않습니다.

제5조(장기계속공사의 보증책임)

① 원고와 발주자가 체결한 계약이 장기계속공사로 원고가 연차별 계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있는 경우 C이 이행·완료한 계약금액에 대한 계약보증금을 반환하여야 합니다.

② 피고는 제1항에 의거 원고가 C에게 반환하여야 할 계약보증금에 대해서는 보증책임을 부담하지 아니합니다.

제6조(보상범위)

① 피고가 지급하는 금액은 보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 원고가 입은 실제 손해액으로 합니다.

② 실제 손해액은 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 말합니다.

1. C이 이행하지 아니한 나머지 계약을 이행하는데 소요되는 합리적인 범위 내에서 증가된 금액
2. C이 이미 이행한 계약 중 계약내용 기타 지시서에 위배된 시공으로 발행한 하자를 보수하기 위하여 지출했거나 지출할 금액. 다만, 기성검사시 이미 발생한 하자는 보상하지 않습니다.

③ 보증채무 이행금액과 관련하여 당사자 사이에 합의가 성립하지 않는 경우에 전문기관에 평가를 의뢰하여 그 결과에 따를 수 있기로 합니다.

제7조(보증금의 지급기한)

① 피고는 원고의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 합니다. 다만, 원고의 심사자료 제출이 지연되거나 제출한 심사자료에 대해 정당한 이의가 있어 소명을 요청한 경우에는 그 지연일수 및 소명에 소요된 일수는 제외하기로 합니다.

제11조(면책조항)

① 피고는 다음 각호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

6. 원고와 C 사이의 지체상금 약정액 및 원고의 대지급금(C과 계약한 노무자에 대한 노임, 자재업자의 자재대금, 장비업자에 대한 장비대금 등) 반환 채무
7. 계약보증금 지급 이후 발생(발견)한 하자보수에 소요되는 비용

다. 원고의 이 사건 하도급계약 해지통보 및 타절 정산

1) C은 노임, 자재비, 중기비 등을 채권자들에게 지급하지 않았고, 이로 인하여 이 사건 하도급공사는 지연되거나 중단되었다. 원고는 2018. 11. 12.경 C에게 미지급 채무의 변제 및 이 사건 하도급계약의 이행을 최고하면서 불이행시 위 계약을 해지하고 계약보증금을 청구할 예정이라고 통보하였다. C은 위 사항을 이행하지 않았고, 원고는 2018. 12. 3. 이 사건 계약조건 제25조 제1항에 따라 위 계약을 해지한다는 내용의 내용증명우편을 발송함으로써 이 사건 하도급계약의 해지를 통보하였으며, 그 해지통지는 그 무렵 C에게 도달하였다.

2) 원고와 C은 2018. 12. 4. 이 사건 하도급계약에서 설계변경이 이루어진 부분을 포함하여 공사금액을 32,068,300,000원, C의 2018. 12. 3.까지 기시공 공사금액을 24,693,900,000원, 잔여공사금액을 7,374,400,000원으로 하는 내용으로 타절 정산을 하였다.

라. 원고의 보증금 청구 및 피고의 지급거절

원고는 2019. 10. 8. 피고에게 이 사건 하도급계약의 해지로 원고가 4,384,968,513원의 손해를 입었다는 이유로 이 사건 보증약관 제4, 6조에 따라 4,268,152,913원의 계약보증금의 지급을 청구하였으나, 2019. 11. 25. 피고가 보증금 심사에 필요하다고 요청한 자료가 방대하여 그 제출이 지연되고 있다는 이유로 위 보증금 청구를 취하하였다. 원고는 2020. 1. 21. 재차 피고에게 위 보증계약에 따른 보증금으로 4,268,152,913원의 지급을 구하였으나, 피고는 이에 응하지 아니하였다.

마. C이 기시공한 공사금액 및 잔여공사금액, 원고가 잔여공사 시공을 위하여 투입한 금액 등에 관한 감정결과

1) 최초 이 사건 하도급계약과 관련하여 C이 시공한 부분의 공사금액은 아래표 기재와 같다.

25,597,000,000	14,025,167,204	11,571,832,796	54.79%
----------------	----------------	----------------	--------

2) C이 미시공한 잔여공사에 관하여 원고가 후속 하도급계약을 체결하거나 직접 시공하여 지출한 공사금액은 아래 표 기재와 같고, 자세한 내역은 별지 목록. 집계표 기재와 같다.

8,619,901,235	6,993,690,460
③ C이 미지급한 노무비, 장비비, 자재비, 경비를 원고가 직불한 금액	④ 터널 보수공사비

8,619,901,235	6,993,690,460
1,490,602,567	563,842,721
⑤ 원고가 직접 시공한 부분의 공사금액	
구분	원고 지출 금액
1. J 원고 직영시행	165,633,375
2. K 원고 직영시행	425,868,944
3. 추가공사 원고 직영시행	116,189,887
4. 자재계약-터널방수	554,537,000
5. 추가공사	-10,141,000
6. 슷크리트 폐기물 잔재 혼합토 반출 토사 성토	44,752,682
7. 임시전력수용공사	1,790,909
8. 폐수처리시설	50,906,769
일반관리비(하도급공과잡비)	869,000
부가가치세	58,484,091
합계	1,408,891,657

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑1 내지 6, 22 내지 28호증, 을1, 4 내지 6호증(각 가지 번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 감정인 L(이하 '감정인'이라 한다)의 감정결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

- 1) 원고는 C이 정당한 사유 없이 이 사건 하도급계약에 따른 의무를 이행하지 않음을 이유로 위 하도급계약을 해지하였는바, 이 사건 보증약관 제3조에서 정한 보증사고가 발생하였으므로 피고는 위 약관 제6조에 따라 보증금액 이내에서 원고가 입은 실제 손해액 상당을 지급하여야 한다.
- 2) 한편 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액은 25,597,000,000원인데, 이후 설계변경으로 인하여 일부 공사내역이 제외되거나 추가되어 위 계약금액은 총 6,471,300,000원이 증가된 32,068,300,000원으로 변경되었고(변경계약을 서면화하지는 않았다, 이하 '변경 계약금액'이라 한다), 원고는 C이 이 사건 하도급계약의 이행을 완료하지 못함에 따라 C이 시공을 완료한 부분을 제외한 잔여 공사분을 원고가 직접 시공하거나 후속업체인 M 주식회사(이하 'M'이라 한다)와 새로이

하도급계약을 체결하여 시공하였는바, 원고가 입은 실제 손해액은 아래 세 가지 경우 중 한 가지에 해당한다고 보아야 한다.

가) 2023. 3. 13.자 준비서면의 주장 잔여공사금액은 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액 25,597,000,000원에서 C이 기시공한 공사금액 14,025,167,204원과 설계변경으로 감액될 금액 6,753,425,470원을 제외하여 4,818,407,326원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,204원 - 6,753,425,470원)으로 산정한다. 원고가 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용은 ㉠ 원고가 M과 새로이 체결한 하도급계약 공사금액(이하 '후속업체 공사금액'이라 한다) 6,993,690,460원, ㉡ 원고가 직접 공사를 수행하면서 지출한 공사금액(이하 '원고 직영 공사금액'라 한다) 3,373,701,071원의 합계 10,367,391,531원이다. 따라서 원고의 실제 손해액은 5,548,984,152원(= 10,367,391,531원 - 4,818,407,326원)이다.

나) 2022. 9. 2.자 준비서면의 주장 잔여공사금액은 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액 25,597,000,000원에서 C이 기시공한 공사금액 14,025,167,204원과 설계변경으로 인하여 C이 시공하지 않기로 한 공사금액 4,197,432,796원을 제외하여 7,374,400,000원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,204원 - 4,197,432,796원)으로 산정한다. 원고가 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용은 설계변경으로 인하여 최종적으로 추가된 공사내역을 전제로 기시공 부분을 제외한 잔여 공사내역을 원고가 후속 하도급계약을 체결하거나 직접 시공하면서 지출한 공사비, 즉 ㉢ 후속업체 공사금액 8,619,901,235원, ㉣ 원고 직영 공사금액 1,408,891,657원, ㉤ C이 시공한 공사에서 발생한 측량오류 하자를 원고가 보수하는데 지출한 비용(이하 '측량오류 보수공사비'라 한다) 563,842,721원의 합계 10,592,635,613원이다. 따라서 원고의 실제 손해액은 3,218,235,613원(= 10,592,635,613원 - 7,374,400,000원)이다.

다) 2023. 3. 23.자 준비서면의 주장 잔여공사금액은 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액 25,597,000,000원에서 C이 기시공한 공사금액 14,025,167,204원과 설계변경으로 인하여 C이 시공하지 않기로 한 공사금액 4,197,432,796원을 제외하여 7,374,400,000원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,204원 - 4,197,432,796원)으로 산정한다. 원고가 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용은 설계변경에 따른 추가공사 부분을 포함한 ㉥ 후속업체 공사금액

8,619,901,235원, ① 원고 직영 공사금액 1,319,255,729원, ㉔ 측량오류 보수공사비 563,842,721원의 합계 10,502,999,685원(= 8,619,901,235원 + 1,319,255,729원 + 563,842,721원)으로 산정한다. 따라서 원고의 실제 손해액은 3,128,599,685원(= 10,502,999,685원 - 7,374,400,000원)이다.

3) 위 세 가지 경우의 실제 손해액은 모두 이 사건 보증계약에서 정한 보증금액 2,559,700,000원을 초과하므로, 피고는 원고에게 위 보증금액 2,559,700,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 보증금액 감액 주장 이 사건 원도급공사는 장기계속공사이고, 원고가 연차별 계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있는 경우 원고는 C에게 이 사건 하도급공사 중 C이 이행한 부분에 상당하는 계약보증금을 반환하여야 하므로, 피고는 이 사건 보증약관 제5조에 따라 원고가 C에 반환해야 하는 위 계약보증금에 대하여는 보증책임을 부담하지 않는다. 이 사건 원도급공사는 2017년도 4차수 공사가 준공되었고, 위 공사 중 C의 시공분은 17,305,200,000원이므로 위 금액의 10%에 해당하는 1,730,520,000원이 이 사건 보증계약상 보증금액에서 감액되어야 한다. 따라서 이 사건 보증계약에 따른 보증금액의 한도는 829,180,000원(= 2,559,700,000원 - 1,730,520,000원)이다.

2) 실제 손해액에 관한 주장 가) 2022. 8. 29.자 준비서면의 주장

잔여공사금액은 설계변경으로 인한 증액 및 감액된 부분 모두를 제외하고 산정해야 한다. 즉 잔여공사금액은 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액 25,597,000,000원에서 C의 기시공 공사금액 14,025,167,204원만 제외한 11,571,832,000원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,204원)이고, 원고가 당초 계약내용에 따른 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용은 후속업체 공사금액 8,619,901,235원, 원고 직영 공사금액 1,408,891,657원의 합계 10,028,792,892원이다. 한편 측량오류 보수공사비 563,842,721원은 이 사건 보증약관 제6조에서 정한 '기성검사시 이미 발생한 하자'에 해당하여 피고의 보증범위에서 면책되므로 실제 손해액에서 제외하여야 한다. 따라서 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용 10,028,792,892원은 이 사건

하도급계약상 잔여 공사금액 11,571,832,000원을 초과하지 않으므로, 원고는 이 사건 하도급계약의 해지로 인하여 입은 손해가 없다. 따라서 피고는 원고에게 어떠한 보증책임도 부담하지 않는다.

나) 2023. 3. 16.자 준비서면의 주장

잔여공사금액은 설계변경으로 인한 증액 및 감액된 부분을 모두 포함하여 산정해야 한다. 즉 잔여공사금액은 이 사건 하도급계약상 최초 계약금액 25,597,000,000원에서 C의 기시공 공사금 14,025,167,204원을 제외한 후 여기에서 추가로 설계변경에 따라 감액예정인 금액 6,753,425,479원을 제외하는 동시에 설계변경에 따라 증액예정인 금액 2,555,992,674원을 합산한 7,374,400,000원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,204원 - 6,753,425,479원 + 2,555,992,674원)이고, 원고가 잔여공사를 시공하기 위하여 투입한 비용은 후속업체 공사금액 6,993,690,460원과 원고 직영 공사금액 1,319,255,729원의 합계 8,312,946,189원이므로, 원고의 실제 손해액은 938,546,189원(= 8,312,946,189원 - 7,374,400,000원)이다. 그런데 위 실제 손해액은 이 사건 보증계약에서 정한 보증한도 829,180,000원을 초과하므로, 피고가 원고에게 지급해야할 보증금액은 829,180,000원이다.

3. 판단

가. 보증책임의 발생

위 인정사실에 의하면, C이 정당한 사유 없이 이 사건 하도급계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고가 이 사건 보증계약에서 정한 보증기간 내에 이 사건 하도급계약을 해지함으로써 위 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 할 것이므로, 피고는 원고에게 이 사건 보증약관 제6조에서 정한 바에 따라 '보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 보증채권자인 원고가 입은 실제 손해액' 상당 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 보증책임의 범위

1) 보증금액의 한도액 가) 피고의 보증금액 감액 주장에 대한 판단

(1) 관련 법령

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제12조에서는 각 중앙관서의

장 또는 계약담당공무원은 국가와 계약을 체결하려는 자에게 계약보증금을 내도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령(2015. 2. 23. 대통령령 제25751호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제50조에서는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 법 제12조의 규정에 의한 계약보증금을 계약금액의 100분의 10이상으로 납부하게 하여야 하고(제1항), 장기계속계약에 있어서는 제1차 계약체결시 부기한 총공사 또는 총제조등의 금액의 100분의 10이상을 계약보증금으로 납부하게 하여야 하는데, 이 경우 당해 계약보증금은 총공사 또는 총제조등의 계약보증금으로 보며, 연차별계약이 완료된 때에는 당초의 계약보증금 중 이행이 완료된 연차별계약금액에 해당하는 분을 반환하여야 하고(제3항), 위 계약보증금은 현금 또는 제37조 제2항 각 호에 규정한 건설산업기본법에 따른 공제조합 등이 발행한 채무액 등의 지급을 보증하는 보증서 등으로 납부하게 하여야 한다(제7항)고 규정하고 있다.

한편 같은 법 시행령 제52조 제1항에 의하면 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약을 체결하고자 하는 경우 계약상대자로 하여금 계약보증금을 계약금액의 100분의 15 이상 납부하는 방법(제2호) 또는 제50조제1항 내지 제3항의 규정에 의한 계약보증금을 납부하지 아니하고 공사이행보증서[해당공사의 계약상의 의무를 이행할 것을 보증한 기관이 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 계약금액의 100분의 40 이상을 납부할 것을 보증하는 것이어야 한다]를 제출하는 방법 중 어느 하나에 해당하는 방법을 선택하여 계약이행의 보증을 하게 하여야 하는데, 제42조 제4항에 의하면 추정가격이 300억 원 이상인 공사의 경우에는 계약보증금을 납부하지 아니하고 공사이행보증서를 제출하는 방법에 의하여야 한다. 한편 위 시행령 제2조 제4호에 따르면 공사이행보증서는, 공사계약에 있어서 계약상대자가 계약상의 의무를 이행하지 못하는 경우 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행할 것을 보증하되, 이를 보증한 기관이 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 일정금액을 납부할 것을 보증하는 증서를 말한다.

국가계약법 시행령 제51조 제1항에서는 "각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 정당한 이유없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 제50조의 규정에 의한 계약보증금(제52조제1항제2호 및 제3호의 규정에 의한 보증금액을 포함한다)을 법 제12조제3항의 규정에 의하여 국고에 귀속시켜야 한다."고 규정하고 있고, 한편 국가계약법 시행규칙 제66조

제2항에서는 "각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 시행령 제52조의 규정에 의하여 공사이행보증서를 제출한 경우로서 계약상대자가 계약상의 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 지체없이 공사이행보증서 발급기관에 그 의무를 이행할 것을 청구하여야 한다."고 규정하고 있으며, '정부 입찰·계약 집행기준'(2015. 1. 1. 기획재정부계약예규 제212호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1항에서는 "계약담당공무원은 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우에는 보증기관으로 하여금 보증서에 기재된 사항에 따라 발주기관에 보증채무를 이행하게 하여야 한다."고 규정하고 있으며, 제46조에서는 "계약담당공무원은 계약상대자가 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우에는 지체없이 보증기관에 보증채무의무를 이행할 것을 청구하여야 한다(제1항). 계약담당공무원은 보증기관이 정당한 이유없이 계약상의 보증채무를 이행하지 아니한 경우에는 보증기관으로 하여금 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하게 하여야 한다(제4항)."고 규정하고 있다.

건설산업기본법 시행령 제56조 제2항 제2호 및 제3호에서는 계약보증은, 조합원이 도급받은 공사 등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금의 납부에 관한 의무이행을 보증하는 것을 말하고, 공사이행보증은, 조합원이 도급받은 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하는 경우 조합원을 대신하여 계약이행의무를 부담하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 일정금액을 납부할 것을 보증하는 것이라고 규정하고 있다.

(2) 판단

(가) 이 사건 보증약관 제5조에서 "원고와 E공단이 체결한 이 사건 원도급계약이 장기계속공사로 원고가 연차별 계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있는 경우 C이 이행·완료한 계약금액에 대한 계약보증금을 반환하여야 하고(제1항), 피고는 제1항에 의거 원고가 C에게 반환하여야 할 계약보증금에 대해서는 보증책임을 부담하지 아니한다(제2항)."고 정하고 있는 사실, 원고와 E공단 간의 이 사건 원도급계약이 장기계속계약인 사실은 앞에서 인정한 바와 같고, 을2호증의 기재에 의하면, 원고는 2017. 12. 26. 이 사건 원도급공사 중 4차수공사를 준공한 사실은 인정할 수 있다.

(나) 그러나 갑28, 29호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실과

그로부터 추론되는 사정에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 원고가 이 사건 원도급계약의 연차별 계약을 이행·완료하여 E공단으로부터 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있었고, 나아가 C이 이행·완료한 계약금액에 대한 계약보증금을 반환하여야 하는 경우에 해당한다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 보증약관 제5조 제1항은 이 사건에 적용된다고 볼 수 없고, 피고의 보증금액이 감액되어야 한다고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 원고는 2014. 12. 4. 이 사건 원도급공사에 관하여 보증금액 21,563,344,000원의 공사이행보증서(이하 '이 사건 공사이행보증서'라 한다)를 발급받아 E공단에 교부하였다. 위 공사이행보증서의 공사이행보증약관 제1조 제1항에서 "N공제조합은 원고가 보증서에 기재된 공사의 도급계약(이하 '주계약'이라 한다)상의 의무를 이행하지 아니할 경우(이하 '보증사고'라 한다) E공단에게 계약상의 의무를 대신 이행하거나 해당보증금의 지급(이하 '보증채무'라 한다)을 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 이행하여 드립니다."라고 정하고 있고, 제3조에서 "N공제조합은 원고의 귀책사유로 보증사고가 발생하였을 경우 제3자를 지정하여 보증채무를 이행(이하 '보증시공'이라 한다)하게 하는 것을 원칙으로 합니다(제1항). N공제조합이 제1항의 보증시공을 할 수 없는 때에는 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관련법령이 정하는 바에 따라 해당 보증금의 지급으로 보증채무를 이행합니다(제2항)."라고 정하고 있다.

② 위 관련 법령에 따르면, 국가와 계약을 체결하려는 자는 계약금액의 100분의 10 이상을 계약보증금으로 납부하여야 하고, 공사계약을 체결하고자 하는 경우에는 계약이행의 보증을 하여야 한다. 계약이행보증은 계약금액의 100분의 15 이상을 계약보증금으로 납부하거나, 계약보증금을 납부하지 않고 공사이행보증서를 제출하는 방법으로 할 수 있는데, 공사이행보증서 제출의 경우에는 보증기관이 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행하지 않는 내용의 보증인 경우 계약금액의 100분의 40 이상을 납부할 것을 보증하는 내용이어야 한다. 그리고 계약상대자가 계약상 의무를 이행하지 않은 경우, 계약보증금을 납부한 때에는 그 계약보증금은 국가에 귀속되고, 공사이행보증서를 제출한 때에는 보증기관이 보증이행업체를 통해 시공을 하여 보증채무를 이행하거나 보증금을 지급함으로써 보증채무를 이행하여야 한다. 이와 같이 국가계약의 의무이행을

보증하기 위한 계약보증금과 공사이행보증서는, 보증의 내용, 계약 미이행시의 의무이행 확보 방안 등에서 차이점이 있고, 건설산업기본법 시행령은 계약보증과 공사이행보증을 구별하고 있다.

③ 국가계약법 시행령 제50조 제3항에서 장기계속계약에서 연차별계약이 완료된 때 계약보증금 중 이행이 완료된 연차별계약금액에 해당하는 분을 반환하여야 한다고 규정하고 있으나, 장기계속계약의 이행을 위하여 공사이행보증서를 제출한 경우에는 연차별계약이 완료된 때 그 부분에 해당하는 만큼 보증서상의 보증금액을 감액하여야 한다는 내용은 규정하고 있지 않은 바, 위 시행령 제50조 제3항은 장기계속계약에 있어서 계약상대자의 채무불이행으로 인하여 발생한 손해를 담보하기 위하여 총괄공사계약 금액의 100분의 10 이상의 계약보증금을 납부한 경우에 적용되는 것으로 보아야 하고, 위 시행령 제52조 제1항 제3호에 따라 계약보증금이 아닌 공사이행보증서를 제출한 경우에도 위 시행령 제50조 제3항이 유추적용된다고 해석할 수는 없다. 한편 국가계약법 시행령 제50조 제7항에서 계약보증금은 현금 또는 보증서로 납부하게 하여야 한다고 규정하고 있는데, 여기에서의 보증서는 '계약보증금의 지급을 보증하는 보증서'를 의미하는 것으로서 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항 제1호에 기재된 계약보증에 따른 보증서가 이에 해당하고, 위 시행령 제56조 제2항 제1호에 기재된 공사이행의무를 보증하는 공사이행보증서와는 구별되므로, 공사이행보증서로 제출하는 경우에도 위 시행령 제50조 제3항이 적용됨을 당연한 전제로 한다고 해석할 수도 없다.

④ 이 사건 원도급공사의 최초 총 공사금액은 67,385,450,000원이고, 위 공사금액 중 공동수급체인 원고의 지분율 80%에 해당하는 공사금액은 53,908,360,000원으로서 원고는 위 공사금액 53,908,360,000원의 40%에 해당하는 21,563,344,000원을 보증금액으로 하는 내용의 이 사건 공사이행보증서를 발급받아 E공단에 제출하였다. 따라서 계약보증금을 납부하지 않은 원고가 장기계속공사인 이 사건 원도급계약의 연차별계약을 이행·완료하였다고 하여 E공단으로부터 그에 해당하는 계약보증금을 반환받을 수 있다고 볼 수는 없다. 이 사건 공사이행보증서 및 그에 첨부된 공사이행보증약관에서 연차별계약이 완료된 경우 총 공사금액에서 완료된 계약금액의 일정비율에 해당하는 금액을 보증금에서 감액된 것으로 한다는 내용을 정한 바 없고, E공단이 원고 또는 N공제조합에 대하여 원고가 연차별계약을 이행·완료하여 일부 보증책임이 소멸하였다는 사유로

보증금액을 감액해주었다는 사정도 엿보이지 아니한다.

⑤ C 역시 최초 계약금액의 10%에 해당하는 2,559,700,000원을 계약이행보증금으로 정하고 피고로부터 발급받은 이 사건 계약보증서를 원고에게 교부함으로써 계약이행을 보증하였을 뿐 계약이행보증금을 현금으로 납부한 바 없고, 이 사건 하도급계약 당시 원고는 C의 계약불이행으로 인한 손해가 보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여 C에게 지급을 청구할 수 있는 것으로 정하기까지 하였다. 따라서 설령 장기계속공사인 원도급계약의 이행을 보증하기 위하여 공사이행보증서를 제출하고 그 연차별계약을 이행·완료함으로써 기성부분에 대한 공사이행의무가 소멸하여 보증금액을 일부 감액할 필요가 있다고 하더라도 이 사건 보증계약이 보증금액을 한도로 하여 실제 손해를 담보하는 목적을 가지는 이상 이러한 경우에게까지 이 사건 보증약관 제5조에서 정한 계약보증금을 반환하여야 하는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

나) 구체적인 보증금액의 한도액

따라서 피고의 보증금액의 한도는 이 사건 보증계약에서 정한 2,559,700,000원이다.

2) 보증사고로 인하여 원고가 입은 실제 손해액 가) 실제 손해액의 산정 기준

(1) 당초의 시공 회사가 공사를 중단함으로 인하여, 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공 회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면, 증가된 공사비용 중 합리적인 범위 내의 비용은 시공 회사의 공사도급계약 위반으로 인한 손해에 해당한다. 다만 당초의 도급계약에서 물가변동 등으로 인한 공사대금의 증액이 예정되어 있어 어차피 당초 약정된 공사대금을 증액 지급할 것을 회피할 수 없었던 경우, 도급인이 중단된 공사를 재개하면서 기존의 공법을 변경하거나 마감재를 변경하는 등으로 공사대금이 증액된 경우라면, 그러한 공사대금의 증액으로 인하여 도급인에게 추가적인 경제적 부담이 초래되었다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가리켜 수급인의 귀책사유와 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다31885 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다94322 판결 등 참조). 그리고 도급인이 미시공 부분에 대하여 다른 수급인과 공사도급계약을 체결하면서 종전 공사도급계약의 내용과는 다르게 물량 증가 등의 설계변경이 이루어짐으로써 발생하는 공사비 순증가액은, 종전 수급인의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 할 수 없다.

(2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 하도급계약에서 설계변경으로 추가·신설된 공종에 대하여는 이 사건 보증계약의 대상으로 볼 수 없음은 앞에서 살펴본 바와 같으므로, C의 계약불이행과 관련하여 상당인과관계 있는 손해의 범위는, ① 설계변경 등으로 추가·신설된 공종을 반영하지 않은 최초 이 사건 하도급계약에 따른 공사내역에서 원고와 C 사이에 설계변경 등으로 시공하지 않기로 한 공사내역을 제외한 공사내역 중 이 사건 하도급계약의 해지 당시 C이 시공하지 않은 물량에 이 사건 하도급계약에서 정한 단가를 곱하여 산출한 금액을 '잔여 공사금액'으로 하고, ② C이 위 미시공한 물량에 M과의 후속 하도급계약에서 정한 단가를 곱하여 산출한 금액을 '후속업체 공사금액'으로 산정하고, 위 미시공한 물량 중 원고가 직접 시공한 공사금액을 '원고 직영 공사금액'으로 하여, ③ 후속업체 공사금액과 원고 직영 공사금액의 합계에서 잔여 공사금액을 공제한 금액 중 합리적인 범위 내라고 인정되는 부분이라고 봄이 타당하다.

나) 구체적인 손해액의 산정

(1) 잔여 공사금액

감정인의 감정결과 및 보완감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 하도급계약에 따른 공사금액은 25,597,000,000원, C이 기시공한 공사금액은 14,025,167,205원, 원고와 C 사이에 설계변경으로 시공하지 않기로 한 부분의 공사금액은 6,753,425,470원이므로, 잔여 공사금액은 4,818,407,325원(= 25,597,000,000원 - 14,025,167,205원 - 6,753,425,470원)이다.

(2) 후속업체 공사금액

감정인의 감정결과 및 보완감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 잔여 공사내역의 물량에 M과의 후속 하도급계약에서 정한 단가를 곱하여 산출한 금액은 6,993,690,460원이다.

(3) 원고 직영 공사금액

원고는, 이 사건 하도급계약 해지 후 M과 후속 하도급계약을 체결하기 전에 직접공사비 합계 1,011,868,275원[= 직접공사비 합계 3,032,281,925원에서 미불금 지급비 1,490,602,567원과 측량오류 보수공사비 478,734,292원을 공제한 금액. 2023. 2. 8.자 감정보완회보서 2권(감정내역서) 14쪽 참조] 상당의 공사를 직접 시공하였으므로, 위 공사금액도 실제 손해액에 포함되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 감정인의 감정결과 및 보완감정결과[2023. 2. 8.자 감정보완회보서 2권(감정내역서) 14쪽, 31, 32, 36, 37, 내지 56 내지 62쪽]에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 직접 시행한 공사내역 중 ① 'J 원고 직영시행' 공사금액 165,115,375원2), ② 'K 구간 원고 직영시행' 공사금액 425,861,444원3), ③ '자재계약-터널방수' 공사금액 268,469,000원4) 합계 859,445,819원은 잔여 공사내역의 물량을 기준으로 이를 시공하는데 드는 비용으로서 원고의 실제 손해액에 포함되나, 나머지 공사들은 잔여 공사내역에 포함되지 않은 부분으로 종전 공사도급계약의 내용과는 다르게 시공하여 발생한 공사비이므로, C의 계약불이행으로 인하여 원고가 입은 손해액이라고 보기 어렵고, 일반관리비(하도급공과잡비) 869,000원 또한 위 실제 손해액으로 인정되는 원고 직영 공사에 관하여 지출한 비용인지를 확인할 아무런 자료가 없으므로 실제 손해액에서 제외한다. 따라서 원고의 실제 손해액으로 인정되는 원고 직영 공사금액은 부가가치세를 포함한 금액 945,390,401원(= 859,445,819원 + 85,944,581원)이다.

(4) 측량오류 보수공사비

원고는, 이 사건 하도급계약 해지 이후 후속업체 선정을 위한 확인측량시에 C의 측량오류를 발견하였고 C의 시공부분에 대한 기성검사시에는 위 하자를 전혀 발견할 수 없었으므로, 원고가 위 측량오류 하자를 보수하기 위하여 지출한 563,842,721원도 원고의 실제 손해액에 포함되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 보증약관 제6조 제2항 제2호 단서에서 기성검사시 이미 발생된 하자를 보수하기 위하여 원고가 지출했거나 지출할 금액은 피고가 보상하지 않는다고 정하고 있는 사실은 앞에서 본 바와 같고, 위 인정사실 및 갑7호증, 을5호증의 각 기재, 감정인의 감정결과 및 보완감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 추론되는 사정, 즉 C의 측량오류로 인하여 C이 시공한 터널 좌측에 30cm 미굴이 발생한 사실, 위 하자는 C이 터널 시공과정에서부터 발생한 것으로서 위 공사에 대한 기성검사시 이미 발생된 하자라고 보이는 점, 위 보증약관 제11조 제1항 제7호에서는 "피고는 계약보증금 지급 이후 발생(발견)한 하자보수에 소요되는 비용에 대하여는 보증금을 지급하지 않습니다."고 규정하면서 '발생한 하자'와 '발견한 하자'를 구분하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고는 위 보증약관 제6조에 따라 기성검사시 하자를 발견하였는지

여부와는 관계없이 기성검사 전에 발생한 하자에 대하여는 보증책임을 부담하지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 위 측량오류 하자보수비용 563,842,721원은 원고의 실제 손해액에서 제외한다.

(4) 구체적인 실제 손해액

이 사건 하도급계약 해지로 인하여 원고가 입은 실제 손해액은, 7,939,080,861원(= 후속업체 공사금액 6,993,690,460원 + 원고 직영 공사금액 945,390,401원)과 잔여 공사금액 4,818,407,325원의 차액인 3,120,673,536원(= 7,939,080,861원 - 4,818,407,325원)이다.

3) 인정되는 보증책임의 범위 원고의 실제 손해액 3,120,673,536원이 이 사건 보증계약에 따른 보증금액 한도액 2,559,700,000원을 초과함이 계산상 명백하므로, 피고는 원고에게 이 사건 보증약관 제6조에 따라 위 보증금액 2,559,700,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 소결

따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따라 보증한도액인 2,559,700,000원 및 이에 대하여 원고가 피고에게 보증금을 청구하고 보증금 청구문서를 제출한 2020. 3. 4.로부터 60일이 경과한 후로서5) 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분 송달 다음 날인 2020. 10. 15.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 인용한다.

재판장판사손승온

판사이강민

판사오정훈

별지

1) C은 2019. 1. 15. 인천지방법원 2018회합30 회생절차개시결정으로 회생절차가 개시된 후

기존 대표이사 G이 관리인으로 간주되었고, 2019. 7. 6. 인천지방법원 2018회합30 회생절차폐지결정으로 위 절차가 폐지되었으며, 2019. 8. 20. 인천지방법원 2019하합103 파산선고를 받고 H가 파산관재인으로 선임되었다. 이하 C, 회생채무자 C의 관리인 G, 파산채무자 C의 파산관재인 H를 총칭하여 'C'이라 한다.

2) 위 공사 중 '2) 배수시설, 부직포설치' 공종의 공사금액은 잔여 공사내역의 물량을 시공하는 금액 136,000원이다[2023. 2. 8.자 감정보완회보서 2권(감정내역서) 31, 57쪽 참조].

3) 위 공사 중 '4-1-2-7 시공및신축이음 1) 시공이음, 지수판설치' 공종의 공사금액은 잔여 공사내역의 물량을 시공하는 금액 337,500원이다[2023. 2. 8.자 감정보완회보서 2권(감정내역서) 37, 58쪽 참조].

4) 2023. 2. 8.자 감정보완회보서 2권(감정내역서) 37, 38, 59쪽 참조.

5) 이 사건 보증약관 제7조 제1항에서는 "피고는 원고의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 합니다."고 정하고 있고, 갑 26, 27호증의 각 기재에 의하면, 원고는 2020. 1. 21. 피고에게 계약보증금 지급 청구를 한 후 피고의 보증책임 심사에 필요한 자료제출 요청에 따라 2020. 3. 4. 보상심사 자료를 제출한 사실을 인정할 수 있다.