

서울중앙지방법원 2024. 10. 11 선고 2023가단5401073 판결 [보증금 청구의 소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 21세기종합법률사무소

담당변호사 서일석, 이미지, 김문기

피고B공제조합

소송대리인 법무법인 태웅

담당변호사 최종민

변론 종결2024. 7. 5.

판결 선고2024. 10. 11.

주 문

- 원고의 청구를 기각한다.
- 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 263,000,000원 및 이에 대하여 2023. 8. 12.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1 내지 4, 11호증, 갑 제5, 6, 7호증의 각 1, 2, 갑 제8호증의 1 내지 24, 갑 제9호증의 1 내지 5, 갑 제10호증의 1 내지 12, 을 제1 내지 6, 8호증, 을 제9호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 당사자 관계

- 1) C 주식회사(이하 'C'이라 한다)는 D 공동주택 신축공사를 주식회사 E(이하 'E'이라 한다)으로부터 도급받았다.
- 2) 원고는 토목공사업 등을 목적으로 설립된 회사이고, D 공동주택 신축공사 중 토공 및 부대토목공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)를 C으로부터 하도급을 받아 시공하였다.
- 3) 피고는 C을 위하여 보증채권자를 원고로, 보증채무자를 피고로 하여 하도급대금 지급보증서를 발급하였다.

나. 이 사건 하도급계약의 체결

- 1) 원고는 2022. 1. 1. C과 사이에 이 사건 공사에 관하여 계약금액 4,478,000,000원, 공사기간 2022. 1. 1.부터 2024. 9. 30.까지, 기성금은 2개월 1회로 하는 조건으로 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 하도급계약의 내용

이 사건 관련 있는 이 사건 하도급계약의 내용은 아래와 같다.

건설공사하도급계약서

1. 발주자: C(주)

원도급공사명: F 공동주택 신축공사

2. 하도급공사명: D 공동주택 신축공사 중 토공 및 부대토목공사

○ 하도급공사 등록업종: 토공사업

3. 공사장소: 경북 경주시 G 일원

4. 공사기간: 착공 2022년 1월 1.일

준공 2024년 9월 30.일

5. 계약금액: 일금 사십사억칠천팔백만 원정(₩4,478,000,000)

공급가액: 일금 사십사억칠천육백삼십만오천이백삼십삼 원정(₩4,476,305,233)

노무비: 일금 사억칠천일백일십사만팔천오십 원정(₩471,148,050)

※ 건설산업기본법 시행령 제84조 규정에 의한 노무비

부가가치세: 일금 일백육십구만사천칠백육십칠 원정(₩1,694,767)

총공사부기금액: 일금 사십사억칠천팔백만 원정(₩4,478,000,000)

6. 대금의 지급:

가. 선급금:

(1) 계약체결후 0일 이내에 일금 영 원정(₩0)

나-1. 기성금:

(1) 2개월 1회

(2) 목적물 인수일로부터 60일 이내

(3) 지급방법: 현금 100.0%, 어음 0.0%, 어음대체결제수단: 0.0%

8. 계약이행보증금: 계약금의 10%, 일금 사억사천칠백팔십만 원정(₩447,800,000)

9. 하자보증기간 및 보증금율: 준공 후 공종별로 정산계약금에 해당하는 하자보증증권 제출 예정.

제1조(목적)

이 계약은 원사업자(C)가 수급사업자(원고)에게 위탁하는 건설공사에 관한 토공 및 부대토목공사에 관한 C와 원고간의 권리와 의무를 정하는 것을1) 제2조(정의)

이 계약에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. "발주자"라 함은 건설공사를 원사업자에게 도급하는 자를 말한다.

제11조(추가·변경공사에 대한 서면 확인 등)

① C은 원고와 협의하여 이 계약 외에 설계변경 또는 그 밖의 사유로 하도급계약의 산출내역에

포함되어 있지 아니한 공사(이하 "추가·변경공사"라 한다)에 관한 사항을 결정한다. 이 경우에는 C은

원고가 추가·변경공사를 착공하기 전까지 관련된 서면을2) ② 추가·변경공사와 관련된 서면에는 다음 각호의 사항등을 기재한다. 다만, 착공 전까지 확정이 곤란한 사항에 대해서는 확정이 곤란한 사유 및 확정에 대한 예정기일을 기재하여 원고에게 제공하고 해당 사항이 확정되는 때 지체 없이 새로운 사항을 포함한 서면을 발급한다.

1. 원고가 C로부터 위탁받은 추가·변경공사의 내용
2. 공사목적물을 C에 인도하는 시기 및 장소
3. 공사의 검사의 방법 및 시기
4. 대금(선금금, 기성금 및 하도급대금을 조정한 경우에는 그 조정된 금액을 포함한다. 이하 같다)과 그 지급방법 및 지급기일
6. 공사를 위탁한 후 공사의 공급원가 변동에 따른 하도급대금 조정의 요건, 방법 및 절차
7. 기타 추가·변경공사와 관련된 사항

③ C의 지시에 따라 원고가 시공한 추가·변경공사에 대해 C은 발주자로부터 증액을 받지 못하였다 하더라도 원고에게 증액하여 지급한다.

제12조(추가·변경공사 추정)

① C이 추가·변경공사를 위탁하면서 서면을 발급하지 아니한 경우 원고는 C에 위탁사실에 대한 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 원고는 서면에 대한 각 호의 사항을 적고 서명(전자서명법에 제2조 제2호에 따른 전자서명을 포함한다) 또는 기명날인한 후에 해당하는 서면을 C에게 송부하는 방법으로 확인을 요청한다.

1. 원고가 C로부터 위탁받은 추가·변경공사의 내용
2. 하도급대금
3. C로부터 위탁받은 일시
5. 그 밖에 C이 위탁한 내용

제34조(설계변경 등에 따른 계약금액의 조정)

⑥ C의 지시에 따라 공사량이 증감되는 경우 C과 원고는 공사 시공 전에 증감되는 공사량에 대한 대금 및 공사기간을 확정한다. 다만, 긴급한 상황이나 사전에 하도급대금을 정하기가 불가능할 경우에는

C와 원고는 서로 합의하여 시공완료 후 즉시 하도급대금 및 적정공사기간을 확정한다.

제47조(계약의 변경)

② 당초의 계약내역에 없는 계약내용이 추가·변경되어 계약기간의 연장·대금의 증액이 필요한 경우

C은 원고와 협의하여 계약기간 연장·대금 증액에 관한 필요한 조치를 한다.

제52조(손해배상)

① C 또는 원고가 이 계약을 위반하여 상대방에게 손해를 입힌 경우 그 손해를 배상할 책임이 있다.

다만, 고의 또는 과실 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

다. 이 사건 보증계약의 체결

1) 피고는 2022. 1. 13. C과 사이에 보증채권자를 원고로, 보증채무자를 피고로 하여 하도급대금지급보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 보증계약의 내용

이 사건 관련 있는 이 사건 보증계약의 내용은 아래와 같다.

하도급대금지급보증서

계약자	C(주) H	보증채권자	A(주)
보증금액	₩ 543,336,000		
보증기간	2022년 1월 1.일부터 2024년 9월 30.일까지(1,004일간)		
보증내용	하도급 대금 지급 채무 보증		
특기사항	해당사항 없음		

[하도급계약내용]

계약명: D 공동주택 신축공사 중 토공 및 부대공사

계약금액: ₩ 4,478,000,000

계약기간: 2022년 1월 1.일부터 2024년 9월 30.일까지

우리조합은 하도급대금지급보증서 약관 및 이 증권에 기재된 내용에 따라 하도급대금지급보증

계약을 체결하였음이 확실하므로 그 증빙으로 이 증권을 발행합니다.

하도급대금지급보증약관

제1조(보증책임)

B공제조합(이하 '조합'이라 한다)은 계약자(이하 '채무자'라 한다)가 이 보증서 앞면에 기재된 하도급 계약에서 정한 하도급대금지급채무를 이행하지 아니함으로써(이하 '보증사고'라 한다) 그 상대방(이하 '보증채권자'라 한다)에게 부담하는 채무 중 본건 보증서의 본건 약관이 정한 채무를 본건 보증서에 기재된 사항과 본건 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제3조(보증채무의 이행한도)

조합이 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 보증기간 개시일부터 앞면 보증서에 기재된 보증기간 종료일까지 보증채권자의 실제 하도급업무 시행으로 발생한 하도급대금 중 미수령 채권액에서 제8조에 기준에 의해 인정되는 금액으로 합니다. 다만, 다음 각 호의 금액은 포함되지 아니합니다.

3. 보증사고 발생 후 보증채권자의 계속작업으로 발생한 작업금액

4. 채무자의 기성인정 여부에 불구하고 보증채권자가 시공(또는 업무)을 위하여 현장에 반입한 자재(또는 물품 등) 중 시공(또는 업무)에 사용되지 아니한 분량에 해당하는 금액

제5조(보증계약의 효력 상실)

이 보증서의 보증채권자가 변경되거나, 주계약의 내용에 중대한 변경이 있었을 때에는 그때부터 이 보증서의 효력은 상실됩니다. 다만, 서면으로 조합의 승인을 받은 경우에는 그러하지 아니합니다.

제6조(보증사고의 통지 및 보증채무의 이행청구)

① 보증채권자는 다음 각호의 사항이 발생한 때에는 이를 반드시 조합에 통지하여야 합니다.

1. 주계약에 따라 지급받아야 할 선급금 또는 하도급기성금을 그 기일에 수령하지 못한 때(어음을 수령한 경우 만기일에 결제되지 않은 때)에 그 기일로부터 15일 이내에 그 사실
2. 선급금 또는 기성금 수령여부에 관한 사항을 보증회사로부터 통지요청을 받은 때에는 그 요청을 받은 날로부터 10일 이내에 수령여부, 기성내역 및 대금수령내용(어음인 경우 어음 사본 첨부)

② 보증금 청구시에는 보증금 청구문서와 함께 아래의 서류를 제출하여야 합니다.

1. 보증서(또는 그 사본) 및 계약서 사본
2. 포기각서 또는 계약해제(해지)문서 등 보증사고의 발생을 입증하는 서류
3. 무통장입금증, 영수증 등 선금과 기성금의 지급을 입증하는 서류
4. 타절기성검사서 및 내역서
5. 기타 보증사고 심사에 필요하여 조합이 요청하는 서류

③ 조합은 보증채권자가 정당한 사유없이 보증사고의 통지 또는 보증채무의 이행청구를 게을리함으로써 증가된 채무는 지급하지 아니합니다.

제8조(보증사고 발생시 기성 인정 기준)

① 제3조의 실제 하도급업무 시행으로 발생한 기성인정 금액은 원도급의 발주자(자체사업의 경우 감리자)가 채무자의 기성고를 확정하기 위하여 행한 기성검사와 그에 대하여 조합이 인정한 기성을 기준으로 합니다.

라. 원고는 2022. 1.경부터 2023. 1.경까지 C으로부터 10회에 걸쳐 기성금 3,490,000,000원을 수령하였다.

마. C에 대한 회생절차 개시

C은 2023. 4. 7. 서울회생법원 2023회합100057호로 회생신청을 하였으며, 서울회생법원은 2023. 5. 15. 회생절차 개시결정을 하였다.

바. 이 사건 공사 타절 정산 경과

1) 원도급인이자 발주자인 E은 2023. 5. 15. C에 대하여 도급계약해지통지를 하였다. E은 2023. 6. 5. C에 대하여 '감리단으로부터 수령한 2023. 4. 30.자 공정확인서에 따른 실행 공정율 25.80%를 기준으로 채권채무 확정 검사 시행 결과를 통지함과 아울러 E과 C의 도급계약은 최종 타절되었다'는 통지를 하였는데, 위 통지에 첨부된 공정확인서에는 이 사건 공사 일부인 토목 공사의 공정률이 98.03%로 기재되어 있다. E의 공정확인서 내용은 별지와 같다.

2) 원고는 2023. 6. 27. 피고에게 제11회 기성금에 관한 보증금 70,000,000원을 청구하였는데, 제11회 기성청구 시에는 제11회 기성청구서에 발주자(현장소장)의 확인을 받은 제11회 기성조서를 함께 제출하였고, 2023. 7.경 '피고에게 제출한 기성 및 하도급대금 수령 현황이 사실과 다른 바

없고, 후일 관련 법령 및 보증약관 또는 기타 사유로 보증금을 영수할 권리가 없음이 판명될 경우 및 본건 보증 관련하여 주채무자로부터 지급받는 금액(회생채권 구상 등)이 있을 경우에는 이에 해당하는 금액을 피고에게 즉시 반납하겠다'는 취지의 확인서를 작성하여 제출하였다.

3) 원고는 2023. 7. 31. C와 사이에 아래 내용과 같이 하도급계약 정산(타절) 합의를 하였다.

하도급계약 정산(타절) 합의서

1. 공사명: D 공동주택 신축공사
2. 공사위치: 경북 경주시 G 일원
3. 하도급공사명: D 공동주택 신축공사 중 토공 및 부대토목공사
4. 하수급자: A(주)
5. 변경내용

계약기간	2022. 1. 1.~2024. 9. 30.	2022. 1. 1.~2023..	
공급가액	4,476,305,233	공급가액	3,821,557,353
계약금액	VAT	1,694,767	VAT
합계	4,478,000,000	합계	3,823,000,000
합의사항	1. 상기 공사와 관련, "갑"과 "을"은 상호 합의 하에 상기 금액으로 정산 타절 한다.2. 정산(타절)사유공사포기에 의한 합의정산3. 본 합의서 체결 후 상기 계약과 관련된 "갑"과 "을" 사이의 모든 채권 및 채무 등은 완전히 종결되며, 향후 "갑"과 "을"은 상기 계약과 관련하여 어떠한 이유로도 상호 이익을 제기하지 않는다.4. 본 합의 내용을 증명하기 위하여 본 정산 합의서 2부를 작성하고, 쌍방 기명날인하여 각 1부씩 보관한다.		

4) 원고는 2023. 8. 4. 피고로부터 제11회 기성 70,000,000원을 지급받았다.

5) 원고는 2023. 8. 18. C와 사이에 공사기간을 2022. 1. 1.부터 2023. 8. 18.까지로, 총 공사금액을 타절정산합의서상의 금액인 3,823,000,000원으로 변경하는 내용의 변경하도급계약을 체결하였다. 한편 변경된 이 사건 하도급계약 내역서에 의하면 계약외 추가공사로 171,722,030원이 반영되어 있고, 계약외 추가공사 내역은 ① 당초 설계와 현저히 다른 부분 공종 및 공종특성상 계약외 공사가 필요하여 추가로 공사를 진행한 부분 37,833,020원, ② 원청사 C의 공정관리 실수로 당초

강제사용기간을 초과하여 사용됨에 따라 초과사용료 존재 부분 34,689,010원, ③ 원청사인 C 귀책사유로 공사타절됨에 따라 현장에서 강제 인발이 불가능하게 되어 원청사인 C에 강제를 매각함에 따라 증액되는 부분은 99,400,000원으로 기재되어 있다.

6) C은 2023. 8. 18. 원고에게 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조에 의거 정산해지 통보를 하였다.

사. 원고의 피고에 대한 제12회 기성금 청구 경과

1) 원고는 C과 위와 같이 타절정산을 마친 후인 2023. 8. 11. 아래와 같은 하도급공사 기성내역 및 대금수령 현황표를 첨부하여 피고에게 타절정산에 따른 미지급대금(즉 제12회 기성금)에 해당하는 보증채무금 지급 청구를 하였는데, 피고가 이를 지급하지 않자 2023. 10. 10. 지급을 독촉하였다.

[현황표]

1	2022-01	35,000,000	22. 1. 31	35,000,000	22. 3. 31	35,000,000		
2	2022-02	570,000,000	22. 2. 28	570,000,000	22. 4. 29	570,000,000		
3	2022-03	900,000,000	22. 3. 31	900,000,000	22. 5. 30	900,000,000		
4	2022-04	750,000,000	22. 4. 30	750,000,000	22. 6. 29	750,000,000		
5	2022-05	500,000,000	22. 5. 31	500,000,000	22. 7. 29	500,000,000		
6	2022-06	440,000,000	22. 6. 30	440,000,000	22. 8. 29	440,000,000		
7	2022-07	100,000,000	22. 7. 31	100,000,000	22. 9. 29	100,000,000		
8	2022-08	105,000,000	22. 8. 31	105,000,000	22. 10. 28	105,000,000		
9	2022-09	60,000,000	22. 9. 30	60,000,000	22. 11. 29	60,000,000		
10	2022-10	30,000,000	22. 10. 31	30,000,000	22. 12. 30	30,000,000		

1	2022-01	35,000,000	22. 1. 31	35,000,000	22. 3. 31	35,000,000		
11	2023-01	70,000,000	23. 1. 31	70,000,000	23. 8. 4	70,000,000		
12	2023-07	263,000,000	23. 7. 31	263,000,000			263,000,000	263,000,000
계		3,823,000,000		3,823,000,000		3,560,000,000	263,000,000	263,000,000

2) 한편 원고가 작성한 각 기성청구서의 기성내역은 아래 [표]와 같고, 제12회 기성청구서의
금회기성 5.9%에 해당하는 금액이 263,000,000원으로 기재되어 있다.

[표]

1	0.0%	0.8%	0.8%	99.2%
2	0.8%	12.7%	13.5%	86.5%
3	13.5%	20.1%	33.6%	66.4%
4	33.6%	16.7%	50.4%	49.6%
5	50.4%	11.2%	61.5%	38.5%
6	61.5%	9.8%	71.3%	28.7%
7	71.3%	2.2%	73.6%	26.4%
8	73.6%	2.3%	75.9%	24.1%
9	75.9%	1.3%	77.3%	22.7%
10	77.3%	0.7%	77.9%	22.1%
11	77.9%	1.6%	79.5%	20.5%
12	79.5%	5.9%	85.4%	14.6%

3) 2023. 1. 31. 작성된 원고의 제11회 기성청구서에 기재된 내역은 아래와 같다. 직접공사비
누적기성 3,127,620,100원에 건강보험료, 연금보험료, 장기요양보험료, 퇴직공제부금,
산업안전보건관리비, 환경보전비, 건설기계대여금지급보증서, 공과잡비, 민원처리비,
매입부가가치세, 부가가치세 등을 합산하여 제11회까지의 누적 기성금은 3,560,000,000원이고,

3,560,000,000원은 C 및 피고로부터 지급받은 금액과 일치한다.

토목공사 및 부대공사

1. 토목공사: 금회기성 52,416,000원, 누적기성 3,127,620,100원 / 95%

가. 토공: 금회 기성 없음, 누적기성 98%

나. H-PILE 공사: 금회기성 없음, 누적 대금 429,329,950원

다. 가시설 공사: 금회기성 5,716,000원, 누적 기성 98%

라. 어스앵커 공사: 금회기성 19,700,000원, 누적 기성 98%

마. SGR 공사: 금회기성 없음, 누적 기성 100%

바. 부대공사: 금회기성 27,000,000원, 누적 기성 70%

2. 부대토목공사: 0%

4) 2023. 6. 작성된 원고의 제12회 기성청구서에 기재된 내역은 아래와 같고, 제1 내지 11회 기성청구서와 다르게 결재란이 없다. 금회기성 직접공사비 62,677,969원, 계약외 추가공사 171,722,030원, 공과잡비, 매입부가가치세, 부가가치세 등을 합산하여 제12회의 금회기성은 타절정산금과 동일한 263,000,000원이고, 제12회까지의 누적 기성금은 변경된 계약금액인 3,823,000,000원으로 기재하고 있다.

토목공사 및 부대공사

1. 토목공사: 금회기성 62,677,969원, 누적기성 3,190,298,070원 / 97%

가. 토공: 금회 기성 13,409,620원, 누적기성 99%

나. H-PILE 공사: 금회기성 34,989,100원 포함하여 누적 대금은 464,310,050원

다. 가시설 공사: 금회기성 11,508,749원, 누적기성 107%

라. 어스앵커 공사: 금회기성 43,570,500원, 누적기성 110%

마. SGR 공사: 금회기성 없음, 100%

바. 부대공사: 금회기성 (-40,800,000원), 누적기성 50%

2. 부대토목공사: 0%

5) 피고는 2023. 8. 17. 및 2023. 9. 8. 원고에게 '원고의 타절정산금액에는 추가공사비가 포함되어

있는데, 원고가 이에 대해 피고에게 통지하지 않았으며, 이는 주계약의 공사범위가 확장·가중된 내용이므로 피고의 보증책임 의무가 없다'는 취지로 회신하였다.

2. 주장 및 판단

가. 당사자의 주장 요지

1) 원고 원고는 C와 사이에 이 사건 공사에 관하여 타절정산을 하면서 원고가 시공한 내역과 당초 내역서의 증감 여부를 확인한 후 최종 공사비를 산출하였다. 그 과정에서 설계가 변경되거나 항목이 새로 추가된 것은 없으며 기존 항목의 수량 등만 증감하였을 뿐이다. 따라서 이는 주채무의 목적이나 형태가 변경되거나 또는 주채무의 부담내용이 확장·가중된 것에 해당하지 않아 추가적으로 보증을 받는 것은 불필요하며, 피고가 원고에게 청구하는 보증금은 보증범위 내의 금액이므로, 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금으로 원고가 C으로부터 지급받지 못한 나머지 263,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 원고가 이 사건에서 구하는 금원은 원고와 C 사이의 합의해지에 따른 기성금 정산금이고, 이에 따른 계약금액 증액 부분은 설계변경 등의 사유로 추가공사에 따른 공사금액 증액 부분인데, 원고는 이 사건 하도급계약에 관하여 제대로 된 변경계약을 체결하지도 않고 계약금액을 임의로 증액하였을 뿐만 아니라 추가보증을 받지도 않았는바, 이는 보증계약이 성립된 후에 보증인이 알지 못하는 사이에 주채무의 부담내용이 확장·가중된 경우에 해당하므로, 보증인인 피고에게 그 책임을 지울 수 없다.

나. 판단

1) 관련 법리 이 사건 보증계약의 약관에 따라 피고가 원고에게 보증책임을 부담하는 금액의 범위는 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 보증기간 동안 원고가 수행한 이 사건 공사로 발생한 공사대금 중 이 사건 보증계약 약관 제8조의 기준에 의해 인정되는 금액을 기준으로 함은 앞서 본 바와 같다. 한편 피고는 건설산업기본법에 따라 조합원으로부터 보증수수료를 받고 조합원이 다른 조합원 또는 제3자와 하도급계약을 체결하는 경우 부담하는 하도급대금 지급채무를 보증하는 것이므로 그 성질은 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사하고, 피고는 보증서에 기재된 보증기간 내에 발생한 보증사고에 대하여 보증금액의 한도 안에서

보증책임을 부담한다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다68244 판결 참조).

이 사건 보증계약 약관 제8조가 보증금 산정을 위한 '실제 하도급업무 시행으로 발생한 기성인정 금액'을 '원도급의 발주자(자체사업의 경우 감리자)가 채무자의 기성고를 확정하기 위하여 행한 기성검사'를 기준으로 산정하도록 규정한 이상 이 사건 하도급대금을 기초로 발주자인 E이 원고의 기성고를 최종적으로 검사한 기성검사조서에 따라 산정하는 것이 원칙이다. 다만 그와 같은 발주자의 기성검사가 없는 경우에는 이에 준하여 보증사고 발생일까지의 실제 하도급공사의 기성금액을 객관적으로 적정하게 평가할 수 있는 자료가 있다면 피고로서는 이를 기준으로 보증금을 산정하여 지급할 의무가 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2008다21303 판결 참조).

2) 구체적 판단 갑 제5호증의 1, 2, 갑 제7호증의 1, 2, 갑 제10호증의 12, 갑 제12호증의 1 내지 4, 을 제5호증의 각 기재만으로는 아래에서 인정되는 사정에 비추어 원고 주장과 같이 이 사건 하도급계약 타절정산에 따른 제12회 기성청구와 같은 기성금이 존재한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 주장은 이유 없다.

오히려 위 인정사실과 거시증거를 종합하면 다음과 같은 사정만을 알 수 있을 뿐이다.

① 원고와 C 사이에 체결된 변경된 이 사건 하도급계약의 내역서에 의하면 이 사건 공사 중 토공사와 관련하여 '설계토질과 시공토질이 달라 달리 시공되었다' 및 '계약외 추가공사비 171,722,030원'이 존재함을 전제로 이 사건 하도급계약을 변경하였다고 하므로, 이 사건 하도급계약 제11조, 제12조, 제47조에 따라 이 사건 하도급계약의 변경과 하도급대금의 증액이 수반되어야 할 사정인데도, 이 사건 하도급계약이 정한 바에 따른 변경이 있었다고 인정할 증거가 없다.

② 원고 작성의 이 사건 공사 제12회 기성은 이 사건 보증계약 약관 제8조에 따른 발주자의 기성검사가 이루어지지 않은 것으로 보이고, 단지 원고와 C 사이에 추가로 지출하였다는 공사비의 존재를 전제로 계약금액을 증액하는 타절정산 합의에 기초한 것으로 보이므로, 원고 작성의 내역서, 거래내역서, 전자세금계산서 등의 자료를 기초로 기성금액을 적정하게 평가할 수밖에 없다. 그러나 아래에서 살펴보는 사정을 종합하면 원고가 2023. 2.부터 2023. 5.까지 시행하였던 실제 하도급공사의 기성금액을 객관적으로 적정하게 평가할 수 있는 자료가 존재한다고 할 수 없다.

① 원고 작성의 제11회 기성청구서에 의하면, 부대공사는 누적 기성으로 70%를 산정하고 있으나,

원고 작성의 제12회 기성청구서에 의하면, 부대공사는 기존의 기성에서 40,800,000원을 제하고 누적 기성을 50%로 산정하고 있어 제11회까지의 부대공사를 일부 부인하고 있다. 이 사건 공사 중 토공사의 공정률이 98.3%로 기재된 E의 공정확인서 내용과 토공사의 누적기성이 98%라는 제11회 기성청구서는 사실상 일치하고 있고, 원고의 제11회까지의 기성청구 및 기성금 수령은 발주자의 확인을 거쳐 원고의 기성청구대로의 기성금이 모두 지급된 사실에 비추어 보면 매우 이례적이다. 즉 원고의 제11회까지의 기성청구 중 부대공사 부분은 위와 같은 기성금 지급 방식에 비추어 오류라고 보기 어렵고, 원고의 제12회 기성청구는 타절정산 합의서 금액에 부합하도록 기성청구서를 작성하였을 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

② 변경된 하도급계약서 및 원고 작성의 제12회 기성청구 내역에 의하면 계약외 추가공사로 171,722,030원이 반영되어 있고, 그 내역은 (i) 당초 설계와 현저히 다른 부분 공종 및 공종특성상 계약외 공사가 필요하여 추가로 공사를 진행한 부분 37,833,020원, (ii) C의 공정관리 실수로 당초 강재사용기간을 초과하여 사용됨에 따라 초과사용료 존재 부분 34,689,010원, (iii) C의 귀책사유로 공신타절됨에 따라 현장에서 강재 인발이 불가능하게 되어 C에 강재를 매각함에 따라 증액되는 부분은 99,400,000원으로 되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 위와 같은 내역이 객관적으로 존재한다고 볼 증거가 전혀 없다. 설령 그 내역을 인정할 객관적인 자료가 존재한다 하더라도 설계 변경에 따른 추가공사 부분은 이 사건 하도급계약을 변경하여야 할 사정임은 앞서 본 바와 같으므로, 최초 체결된 이 사건 하도급계약을 담보하는 이 사건 보증계약의 보증범위에 속한다고 단정하기도 어렵다. 그리고 C에 강재를 매각하였다는 부분은 원고가 강재를 이 사건 공사 현장에서 반출하여 다른 현장에서 사용할 수도 있으므로 이 사건 하도급계약과 직접적인 연관이 있다고 보기 어렵다. 이 사건 하도급계약 제52조에 따른 C의 귀책사유로 인한 손해는 강재를 이 사건 공사 현장 아닌 다른 현장으로 반출하거나 강재 판매처에 환매하여 차액 등이 발생하면 그 차액 상당 손해이나 그 손해에 대한 입증이 없음은 앞서 본 바와 같다. 원고는 그러한 차액 상당의 손해를 주장하는 것이 아닌 강재를 매각하였다는 것에 불과하고, 이는 원고와 C 사이의 새로운 매매계약이므로 이 사건 보증계약의 보증범위에 속한다고 보기도 어렵다. 강재가 이 사건 공사 시공 부위에 부합되어 분리가 불가능하였다면 이 사건 공사의 기성고에 이미 반영되어 있었을 것이므로 제11회까지의 기성에 이미

포함되어 있다고 봄이 타당하다.

③ 원고는 제11회 기성조서 작성 이후 2023. 2. 1.부터 2023. 5. 31.까지 계속 작업을 하여 제11회 기성조서 당시 누계기성율 79.5%에서 2023. 5. 31. 기성율 누계가 80.95%로 1.45% 증가하였다'는 취지로 주장하면서 그 근거로 원고가 내부적으로 작성한 2023. 2월부터 5월까지의 각 월정산보고서(갑 제12호증의 1 내지 4)를 제출하고 있다. 월정산보고서의 내용은 (i) 2023. 2월 월정산보고서의 공정율은 79.50%, 실행율 누계는 80.76%, (ii) 2023. 3월 월정산보고서의 공정율은 80.06%, 실행율 누계는 80.32%, (iii) 2023. 4월 월정산보고서의 공정율은 79.50%, 실행율 누계는 80.32%, (iv) 2023. 5월 월정산보고서의 공정율은 79.50%, 실행율 누계는 80.95%로 각 기재되어 있다. 그러나 공정율 또는 실행율 누계 등의 수치가 증가하였다가 다시 감소하고 있어 매우 이례적이고, 이러한 자료에 기초한 원고의 제12회 기성청구가 실제 공사내역을 반영하였다고 인정하기 어렵다. 원고 작성의 제12회 기성청구서(갑 제10호증의 12)에는 금회기성이 5.9%, 누계기성이 85.4%로 작성되어 있기도 하다. 실행률은 공사원가가 전체 공사대금에서 차지하는 비율(= 공사원가/전체공사대금)이므로 기성고와 다를 수 있다 하더라도 위와 같은 차이를 객관적으로 설명하는 자료도 찾아 볼 수 없으므로, 기성금액이 객관적으로 평가되었다고 보기 어렵다.

④ 원고가 작성한 각 월정산보고서의 작업 내용 및 투입비 등의 노무비, 장비비 등의 기재에 의하면 원고가 실질적으로 노무 및 장비 등을 투입한 일수는 한 달에 하루 내지 이틀에 불과하고, 2월에서 5월까지의 투입비는 총 24,897,776원으로 기재되어 있다. 그러나 (i) C이 2023. 4. 7. 서울회생법원에 회생신청을 한 사실, (ii) 원고가 2023. 1. 31. 이미 세금계산서를 발행하여 C에게 제11회 기성금을 청구하였음에도 이를 지급받지 못하다가 2023. 8. 4. 피고로부터 기성금 70,000,000원을 수령하였던 사실에 비추어 보면 원고로서도 2023. 2. 이후 C의 사정이 어려워져 정상적으로 이 사건 공사를 진행할 수 없게 된 사실을 알고 사실상 공사의 진행을 멈추었던 것으로 보이므로, 각 월정산보고서의 내역이 이 사건 공사 시공 내역에 부합하도록 작성되었다고 보기 어렵다. 또한 각 월정산보고서의 내역은 원고 작성의 제12회 기성청구서와 같이 토목공사에 관한 금회기성이 62,677,969원이라는 것과도 차이가 나므로, 각 월정산보고서의 내역이나 원고 작성의 제12회 기성청구서 모두 제11회 기성청구 이후의 이 사건 공사 시공 내역을 반영하고 있다고 볼 수

없다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 하므로, 주문과 같이 판결한다.

판사조우연

별지

1) 이 사건 하도급계약서(갑 제11호증)에는 '~ 것을' 이하 부분이 기재되어 있지 않다.

2) 이 사건 하도급계약서(갑 제11호증)에는 '~ 서면을' 이하 부분이 기재되어 있지 않다.