

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2013다200469 공사대금  
원고, 피상고인 건설공제조합  
소송대리인 법무법인 해마루 외 1인  
피고, 상고인 한국토지주택공사  
소송대리인 법무법인 오늘  
담당변호사 변오연 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2012나48116 판결  
판 결 선 고 2015. 10. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심이 제1심판결을 인용하여 확정된 사실관계는 다음과 같다.

가. 피고는 2007. 8. 27. 주식회사 대동이엔씨(이하 '대동이엔씨'라 한다)와 주식회사

화일종합건설(이하 '화일중건'이라 한다)로 구성된 공동수급체와 사이에 대구 율하 아파트 건설공사 5공구 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관하여 계약금액 33,740,000,000원, 준공기한 2009. 10. 31.(건축, 기계) 및 2009. 11. 20.(토목), 지체상금을 계약금액의 1000분의 1로 정하여 공사도급계약(이하 '이 사건 공사계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 같은 날 원고는 이 사건 공사에 관하여 대동이엔씨와 사이에 보증채권자 피고, 보증금액 16,870,000,000원, 보증기간 2007. 8. 27.부터 2009. 11. 30.까지로 하는 공사 이행보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하고 공사이행보증서를 발급하였다.

다. 이 사건 공사는 2009. 1. 23. 대동이엔씨가 회생절차를 신청함에 따라 중단되었고, 화일중건이 잔여 공사를 승계하여 시공하였으나 계속 지연되었으며, 피고는 2009. 8. 17. 최종적으로 원고에게 보증채무 이행을 청구하였는데, 당시 기성 공정률이 44.07%로 공정률에 대비하여 필요한 공사기간은 263일이었다.

라. 원고는 보증시공의향을 밝히거나 긴급입찰공고에 응하는 입찰참가업체가 없자, 부득이하게 2009. 10. 6. 기존 시공업체인 화일중건과 사이에 보증시공위탁계약을 체결하고 피고의 승인을 받아 이 사건 공사를 계속하였으며, 원고의 공사기간 연장신청에 대하여 피고는 30일만을 연기하여 주어 이 사건 공사의 준공기한은 2009. 11. 30.(건축, 기계) 및 2009. 12. 20.(토목)이 되었다.

마. 원고는 2010. 5. 7. 건축·기계공사, 2010. 5. 13. 토목공사를 각 완료하고, 피고에게 준공 기성금을 청구하였는데, 피고는 지체상금 5,660,271,016원과 중간공정 관리일 미준수로 인한 위약금 261,000,000원을 공제한 나머지만을 지급하였다.

2. 원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결의 이유에 의하면 원심은, 대동이엔씨와 화

일종건이 이 사건 공사의 예정 준공기한을 준수하지 못함으로 인하여 부담하였어야 하는 지체상금과 위약금은 원고의 보증범위에 포함되므로 원고 청구의 공사대금에서 공제되어야 한다는 피고의 주장에 대하여, 공사이행보증의 보증기관이 계약상의 의무를 이행할 것을 선택한 경우에는 시공연대보증인 제도의 법리가, 계약보증금을 납부할 것을 선택한 경우에는 계약보증금 제도의 법리가 각 적용되므로 원고가 공사를 완성하기로 하는 보증시공을 선택한 이상 이와 별도로 주계약상의 지체상금 약정액이나 위약금을 지급할 의무는 없고, 이 사건 보증계약에 첨부된 건설이행보증약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다) 제9조에 규정되어 있는 지체상금은 원고 자신의 귀책사유로 인한 공사 지연에 대하여 부담하여야 할 고유의 지체상금을 의미한다는 등의 그 판시와 같은 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

3. 그러나 다음과 같은 점에서 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

건설산업기본법 시행령(2007. 12. 28. 대통령령 제20488호로 개정되기 전의 것) 제56조 제2항 제3호는 '공사이행보증'의 내용을 '조합원이 도급받은 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하는 경우 조합원을 대신하여 계약이행의무를 이행하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 일정금액을 납부할 것을 보증하는 것'으로 규정하고, 이 사건 보증약관에 의하면 원고는 계약자가 도급계약상의 의무를 이행하지 아니할 경우 그 상대방에게 계약상의 의무를 대신 이행하거나 해당보증금의 지급(보증채무)을 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 이행하는데 다만 하자담보의무와 채무자가 보증채권자로부터 수령한 선금의 반환 채무는 보증채무에 포함되지 않으며(제1조), 채무자의 귀책사유로 보증사고가 발생하였을 경우 제3자(보증이행업체)를 지정하여 보증채무를 이행(보증시공)하게 하는 것을 원칙으로 하고, 보증시공을 할 수 없을 때에는 보증금액을 한도로 하여 주

계약 또는 관련법령이 정하는 바에 따라 해당 보증금의 지급으로 보증채무를 이행할 수 있다(제3조).

그렇다면 원고가 공사이행보증 중 보증시공을 선택한 경우에 원고가 대신 이행하여야 하는 채무자의 도급계약상의 의무는 '약정된 기간 내에 공사를 완성할 의무'인 점, 이 사건 보증약관에 의하면 원고는 보증채권자로부터 보증채무이행청구서가 접수된 날부터 30일 이내에 보증채무의 이행을 개시하여야 하고(제6조), 원고가 이와 같이 보증채무를 이행한 때에는 보증채권자는 보증채무이행청구서 접수일부부터 보증채무이행개시일까지의 기간에 해당하는 지체상금을 부과하여서는 아니 되며(제9조), 보증채권자는 공사의 전부 또는 일부가 중지되거나, 채무자가 계약체결 후 특별한 사유 없이 공사를 착공하지 않거나, 상당기간 공사가 지체되어 그 진행공정이 예정공정률의 100분의 80에 미달하는 경우 등에 해당하면 지체 없이 그 사실을 원고에게 서면으로 통지하여야 하고, 보증채권자가 정당한 사유 없이 위 통지를 게을리 함으로써 증가된 채무는 원고가 부담하지 않는다(제11조 제1항, 제3항)고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 채무자와 보증채권자 사이의 도급계약에서 공사완공의 지연에 대비하여 지체상금의 지급을 약정하고 있는 경우 원고가 보증시공을 선택하여 그 의무를 이행하였더라도 약정된 기간 내에 공사를 완공하지 못하였다면 그로 인한 지체상금 채무도 도급계약상의 의무로서 보증채무에 포함되고, 다만 원고는 이 사건 보증약관에 따라 보증채무 이행을 위한 개시기한 및 피고가 통지의무를 위반하여 보증이행이 지연된 기간 등 원고의 책임 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 기간을 그 지체일수에서 공제할 것을 주장할 수 있다고 할 것이다.

이 사건에서 원고가 보증시공 당시 피고로부터 승인받은 준공기한을 초과하여 공사

를 완료한 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로, 앞서 본 법리에 비추어 특별한 사정이 없는 한 원고는 이 사건 공사의 지체로 인한 지체상금 등의 채무를 부담할 의무가 있다. 따라서 원심이 원고가 보증시공을 선택한 이상 지체상금 약정액이나 위약금을 지급할 의무가 없다고 판단한 것에는 공사이행보증 범위의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이인복
	대법관	고영한
주 심	대법관	김소영
	대법관	이기택