

공사계약 보증 및 공제조합 관련 제도의 개선방안

이 의 섭

1997. 8.

한 국 건 설 산 업 연 구 원

머 리 말

시장경제체제하에서 정부는 일차적으로 여타 경제활동 주체들에게 적용될 규칙을 제정하고 공정한 심판으로서의 기능을 수행하여야 합니다. 그러나 '시장의 실패'를 치유하기 위해 직접 경제활동에 참여하기도 합니다. 도로, 항만 등과 같은 공공재에 대해서는 정부가 공급 업무를 담당하고 있음이 대표적인 사례라고 할 수 있습니다. 이 경우에도 정부는 직접 사업을 추진하지 않고 민간과의 계약을 통해 공급하는 것이 일반적입니다.

이처럼 정부가 계약의 일방이 되는 경우, 자신에게 유리한 규칙을 만들어 적용하게 되면 공정하지 못할 뿐만 아니라 경제 전반에 비효율을 초래하게 됩니다. 우리나라에서는 정부와 민간기업 간의 경기 규칙이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(국가계약법)」에 규정되어 있습니다. 그러나 유감스럽게도 국가계약법에는 경제적 합리성이 결여되거나, 국가 또는 지방자치단체가 계약상대방인 민간기업에 대해서 우월적 지위를 누리는 규정이 많이 있습니다. 그중 하나가 공사계약에 있어 보증제도입니다.

공사보증제도는 계약상대방의 채무 불이행에 대한 안전장치를 마련해 줌으로써 사업의 원활한 수행을 도모하는 데 목적이 있습니다. 그런데, 현행 공사계약 보증제도에는 당초 시공회사가 공사를 수행하지 못할 경우 승계 시공을 어렵게 하고, 또한 건설업체의 연쇄부도를 야기하는 등 경제적 비효율성을 파생시키는 요소들이 포함되어 있는 것으로 평가되고 있습니다.

이러한 관점에서 국가계약법상에 나타난 공사계약 보증 제도의 문제점을 분석한 후 보다 효율적인 개선 방안을 모색하기 위해 본 연구를 수행하게 되었습니다. 아울러 건설 보증업무를 주로 담당하고 있는 건설관련 공제조합의 운영실태도 살펴보았습니다. 아무쪼록 연구 내용들이 건설 및 금융관련 전문가와 관계 당국자들이 건설보증제도를 검토함에 있어 유용한 자료로 활용될 수 있기를 바라마지 않습니다. 끝으로 이 연구는 당 연구원의 이의섭 박사가 수행하였음을 밝히면서 연구과정에서 지원을 아끼지 않으신 공제조합 관계자 여러분에게 감사를 드리는 바입니다.

1997년 8월

韓國建設産業研究院

院長 洪 性 雄

< 목 차 >

< 요 약 >	i
I. 서	1
1. 연구의 배경과 체계	1
2. 국가계약법상 건설보증제도의 개요	1
II. 공사계약 보증제도의 문제점과 개선방안	3
1. 보증제도 개선의 기본방향	3
2. 보증금 전액의 국고귀속	4
3. 현금 차액보증금 반환시 2배 보증	9
4. 장기계속공사에 대한 계약보증 기준	10
5. 보증수수료의 예정가격 미산입	11
III. 건설관련 공제조합 운영실태와 관련 제도 개선방안	13
1. 건설관련 공제조합 현황	13
2. 공제조합 운영상의 문제점	15
3. 대응방안	16
IV. 결 론	18
< 참고문헌 >	19
< 부 록 > 보증금에 대한 대법원 판례	20
< 부표 1 > 공제조합별 보증업무 손해상황	23
< 부표 2 > 공제조합별 영업실적	25
< Abstract >	27

< 표 목 차 >

<표 Ⅲ-1> 건설관련 공제조합 현황	13
<표 Ⅲ-2> 공제조합별 보증영업 손해율 및 보증납입금 잔액	14
<표 Ⅲ-3> 공제조합별 총영업실적(1996년)	14
<표 Ⅲ-4> 공제조합별 신용평가제도 운용현황	15

< 도 목 차 >

<도 I-1> 국가계약법상 건설보증제도 개요	2
--------------------------------	---

< 요약 >

I. 서 : 연구의 배경과 목적

- 주로 계약에 의해 산업 활동이 이루어지는 건설산업의 특성상 공사계약 제도의 합리적 운영은 건설업 발전에 있어 중요한 요소임.
- 특히, 전체 공사에서 공공공사의 비율이 높고, 공공공사 계약 제도가 민간공사의 계약 관행에도 상당한 영향을 미치므로 국가를 당사자로 하는 계약(이하 국가계약) 제도는 합리적으로 운영되어야 함.
- 그동안 우리나라 국가계약의 보증 제도가 합리적으로 운영되지 못하여 왔으나 이로 인한 피해는 건설업 면허의 제한으로 시공자의 계약 불이행 사태가 발생되지 않아 실제로 나타나지 않았다고 할 수 있음.
- 그러나, 최근들어 면허개방 및 경기침체 등으로 부도업체가 증가함에 따라 보증제도의 불합리성에 기인한 건설업체의 연쇄부도가 야기되고, 건설관련 공제조합의 부실화 현상이 초래되고 있음.

II. 공사계약 보증제도의 문제점과 개선방안

< 보증제도 개선의 기본 방향 >

- ① 국가와 계약상대방의 대등성 확보 : 국가(발주자)에게 확실한 보증을 하기 위해서 계약 상대방(건설업자)에게 불리한 보증제도가 되어서는 안되며 국가와 계약상대방의 상호대등성이 확보되어야 함.
- ② 실손보상의 원칙 : 계약상대방의 채무 불이행시 발주자에게 실제의 손해에 한해서 배상하는 제도로 개선되어야 함. 건설업자의 채무 불이행시 발주자가 실제의 손해를 초과하는 부당이득을 취할 수 있으면 발주자는 건설업자의 채무 불이행을 조장할 유인이 존재하여 상호 협력에 장애 요인이 됨.

- ③ 발주자 비용부담 원칙 : 보증수수료는 공사 수행에 필수적으로 소요되는 비용이고, 발주자를 위한 제도이므로 제반 비용은 발주자가 부담하여야 함.

1. 보증금 전액 국고귀속

(1) 현 황

- 국가계약법상 계약상대방이 채무 불이행시 보증금 전액을 국고에 귀속시키도록 규정되어 있음.

(2) 문제점

- 계약상대방의 채무 불이행시 발주자의 실손해액과 관련없이 보증금 전액을 국고에 귀속시킴으로써 보증기관과 보증기관에 연대 보증한 건설업체에게 과도한 부담을 주게 되어 건설업체의 연쇄도산의 원인으로 작용하게 됨.

< 이론적 측면 >

- 계약상대방의 채무 불이행시 국가가 입은 실손해분을 초과하여 보상하게 되면 결과적으로 국가가 부당이득을 취하게 됨.
- 계약 불이행시 발주자가 실제 손해를 초과한 부당이득을 취할 수 있는 제도 하에서는 발주자가 시공자에 대해 채무불이행을 조장할 수도 있음. 이는 발주자와 건설업체간 협력을 저해하는 요인이 됨.

< 법리적 문제 >

- 실제의 손해를 초과하여 보증금 전액을 발주자에게 배상하는 근거는 보증금의 성격을 채무불이행에 대한 제재로서 위약벌(違約罰)의 성격을 갖는 위약금(違約金)으로 해석하는 것에서 기인하는 것으로 판단됨.
- 보증금이 기본적으로는 계약자의 채무 불이행으로 입은 손해배상 성격이므로, 민법상의 손해배상액 예정의 성격을 가지는 위약금으로 보는 것이 타당함.

(3) 개선방안

- 계약상대방의 채무 불이행시 건설업자 또는 보증기관이 보증금 전액을 국고에 납부하는 현행 제도는, 발주자가 입은 실체의 손해만을 보증금 한도내에서 배상하는 제도로 개선하여야 함.
- 국가계약법 개정 이전까지는 경과조치로서 시행령에 예외규정을 설정하여 발주기관이 보증기관으로 하여금 공사를 완성하도록 허용하는 방안을 강구할 수 있음.

2. 현금 차액보증금 반환시 2배 보증

(1) 현 황

- 구예산회계법 시행령에는 계약금액이 예정가격의 70% 미만 공사의 경우 낙찰가격과 예정가격의 차이에 해당하는 차액보증금 중 예정가격의 85%와 낙찰가격의 차액만큼은 현금으로만 납부하도록 규정되어 있었음.
- 금년 초부터는 현금차액보증 대상공사중 기성이 50% 이상에 달하였고 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 공사의 경우, 기납부된 현금차액보증금중 일부(기성비율 해당액)를 반환받을 수 있도록 하였음. 그러나 반환액의 2배(1997. 8. 11.에 입법예고된 국가계약법 시행령 개정안에서는 반환액의 1배)에 해당하는 보증서를 제출하여야 함.

(2) 문제점

- 제도개선의 일환으로 폐지된 차액보증제도를 공사계약이 법 개정 이전에 체결되었다는 이유만으로 경과조치 없이 계속 적용하는 것은 입법상 미비점임.
- 그리고, 현금차액보증 대상 공사중 기성이 50%에 달한 경우 기성비율에 해당하는 차액보증금을 반환하더라도, 정부는 시공자의 채무 불이행시 시공연대보증인과 계약보증 및 현금차액보증 미반환금액을 통해 충분히 보상받을 수 있음.
- 현금 반환액의 2배에 해당하는 보증서 대체 납부는 기성비율이 높아질수록 공사 불이행 위험은 낮아지는 데도 불구하고, 보증금액이 오히려 증가하는 불합리한 조치임.

(3) 개선방안

- 기성비율이 50% 이상이고 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 경우, 기성부분에 해당하는 현금차액보증금은 보증서 대체없이 반환토록 함.

3. 장기계속공사의 계약보증금 기준

(1) 현 황

- 장기계속공사의 경우 계약보증금은 제1차 계약 체결시 부기한 총공사 금액의 10% 이상의 계약보증금을 납부하여야 함.

(2) 문제점

- 장기계속공사의 경우 시공자의 권리는 차수별 계약금액에 한하는 데 반해 보증의무는 총공사금액에 대해 지고 있으므로 전형적인 발주자 우위의 불평등 계약제도라고 할 수 있음.
- 모든 차수계약을 성공적으로 완성하고 마지막 차수 공사를 완성하지 못하는 경우에도 총계약에 대한 계약보증금 전액이 국고에 귀속됨.

(3) 개선방안

- 1차 계약시 공사총액에 대한 계약보증금(또는 계약보증서 등)을 납부하되, 다음 차수 계약시에는 완성된 공사비율에 해당하는 보증액을 반환토록 함.

4. 보증수수료의 예정가격 미산입

(1) 현 황

- 보증수수료가 예정가격에 포함되어 있지 않아 시공자가 이를 부담하고 있음.

(2) 문제점

- 보증수수료가 예정가격에 포함되어 있지 않아 비용의 발주자 부담 원칙에 위배됨.

(3) 개선방안

- 발주자의 예정가격 산출시 보증수수료를 예정가격에 포함시키도록 함.
- 발주기관은 하자보수 보증수수료를 제외한 나머지 보증수수료를 1차 기성고 지급시 계약상대방에게 환급하도록 하여야 함.

III. 건설관련 공제조합 현황과 관련제도 개선방안

1. 건설관련 공제조합 현황

- 건설관련 공제조합은 건설공제조합, 전문공제조합, 설비공제조합, 주택공제조합 등 4개 조합이 있고, 이들은 각각 조합원에 대한 보증 업무와 용자 업무를 수행하고 있음.
- 설비공제조합을 제외한 3개 공제조합의 경우 구상후 손해율이 100%를 초과하여 보증영업에서 보증수수료가 손해비용에 미치지 못하고 있음.
- 보증영업에서 손해를 보고 있는 공제조합은 대출이자 수입 등으로 보전하고 있음.

2. 공제조합의 운영상 문제점

- 보증납입금이 과다하고, 보증사고에 대비한 자금을 준비금이나 충당금으로 별도로 확보하지 않고 있어 공제조합의 지불능력문제가 발생할 가능성이 높음.
- 보증납입금 규모가 큰 이유는 조합원들의 요구에 따라 과도하게 대출보증 등을 시행한 데 기인함.
- 또한, 조합원에 대해 철저한 신용평가를 실시하지 않은 채 획일적으로 보증해 주고 있다는 점도 한 요인임.

3. 대응방안

(1) 지불능력확보 대책 강화

- 공제조합의 주업무가 보증업무이기 때문에 철저한 지불능력확보 대책이 강구되어야 함.

(2) 보증납입금의 세법상 비용처리 허용

- 법인세법 제12조에서 규정한 준비금의 손금산입 대상기관이나 법인세법 시행령상 구상채권상각충당금의 손금산입 대상기관으로 공제조합(주택공제조합 제외)이 인정되어 있지 않음.
- 법인세법 또는 동법 시행령의 개정을 통해 준비금 또는 구상채권상각충당금에 의한 손금산입 대상기관으로 인정하는 보완조치가 필요함.
- 공제조합들로 하여금 준비금 또는 구상채권상각충당금 설정을 촉진하게 하여 보증납입금의 손금 처리를 적기에 실시함으로써, 자본금의 과대계상을 막아 지불능력 확보에 기여하게 되는 기대효과가 있음.

I. 서

1. 연구의 배경과 체계

주로 계약에 의해 산업 활동이 이루어지는 건설산업의 특성상 공사계약 제도의 합리적 운영은 건설업 발전에 있어 중요한 요소이다. 특히, 전체 공사에서 공공공사의 비율이 높고, 공공공사 계약 제도가 민간공사의 계약 관행에도 상당한 영향을 미치므로 국가를 당사자로 하는 계약(이하 국가계약) 제도는 합리적으로 운영되어야 한다.¹⁾

그동안 우리나라 국가계약의 보증 제도는 합리적으로 운영되지 못하여 왔으나 이로 인한 피해는 건설업 면허의 제한으로 시공자의 계약 불이행 사태가 발생되지 않아 실제로 나타나지 않았다.²⁾ 그러나, 최근들어 면허개방 및 경기침체 등으로 부도업체가 증가함에 따라 보증제도의 불합리성으로 인하여 건설업체의 연쇄부도가 야기되고, 건설관련 공제조합의 부실화 현상이 초래되고 있다.

이러한 시점에서 본 연구는 국가계약의 보증 및 공제조합 관련 제도의 문제점을 분석한 후 개선방안을 도출해 봄으로써 정책 수립에 참고자료로 제공하고자 작성되었다. 본장 제2절에서는 국가계약법상의 보증 제도의 개요를 설명하고, II장에서는 국가계약법상의 보증제도의 문제점과 개선 방안을, III장에서는 건설관련 공제조합 관련 제도의 문제점과 개선 방안을 제시하였다. 그리고 IV장에서는 앞의 내용을 요약하고 결론을 제시하였고, 부록과 부표에서는 본문에서 논의된 자료를 첨부하였다.

2. 국가계약법상 건설보증제도의 개요

국가계약법상 건설업자는 입찰시 입찰보증, 계약체결시 계약보증 또는 공사이행보증서, 선금 지급시 선금급 보증, 준공검사 후 공사대금 지급 전까지 하자보수보증금을 납부하고

1) 국가, 즉 중앙정부와 민간 간의 계약에 관해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법이라고 칭함)에 규정되어 있음. 이 법률은 「지방재정법」 제63조에 의해서 지방자치단체에도 준용되고 있음. 또한, 정부투자기관 등 공공단체의 경우 이 법률의 적용이 의무화되어 있지는 않으나 대부분 이를 준용하고 있음.

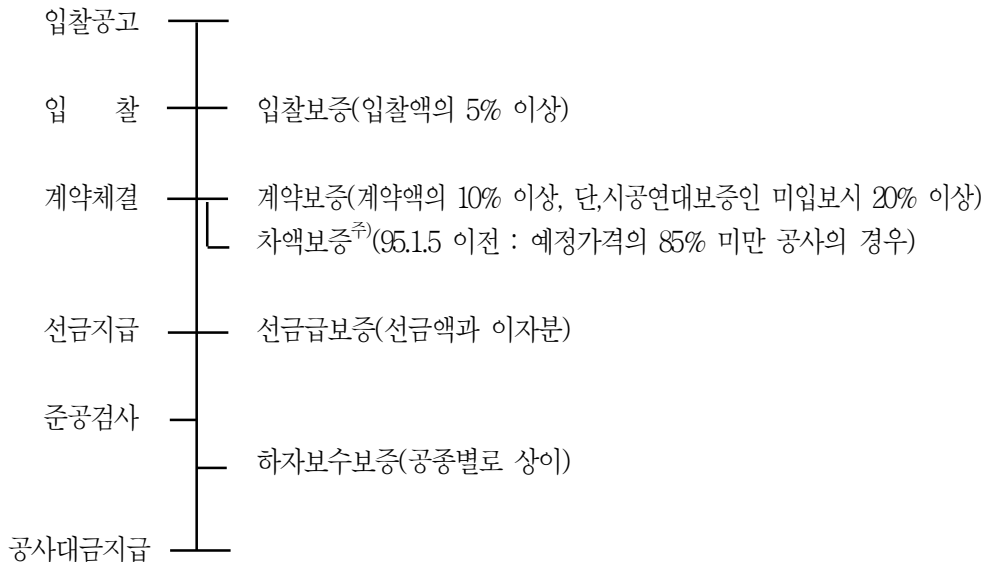
2) 조달청 계약 자료에 의하면 처음으로 건설업자의 계약불이행 사례가 발생한 것은 1993년임. 자세한 내용은 이의섭(1996), 「건설공사 연대보증인 제도 개선 방안: 이행보증증권 도입을 중심으로」, pp. 14-15 참조바람.

록 되어 있다(<도 I-1> 참조).

보증종목별 보증금액을 보면 입찰보증은 입찰금액의 5% 이상, 계약보증은 계약금액의 10% 이상(시공연대보증인이 없는 경우 20%), 공사이행보증서의 경우 계약금액의 40% 이상(낙찰가격이 예정가격의 70% 미만인 경우는 60%)으로 되어 있다.³⁾ 선금급보증의 보증금액은 선금금액과 이자액을 합한 금액이고, 하자보수보증의 보증금액은 공종별로 계약금액의 일정한 비율로 규정되어 있다.

<도 I-1>

국가계약법상 건설보증제도 개요



주 : 차액보증금의 보증금액

- ① 계약금액이 예정가격의 70% 이상 85% 미만인 경우
 - 현금 납부시 : 예정가격과 계약금액의 차이
 - 보증서 등으로 납부시 : 예정가격과 계약금액의 차이의 2배
- ② 계약금액이 예정가격의 70% 미만인 경우
 - 전액 현금 납부시 : 예정가격과 낙찰가격의 차이
 - 현금과 보증서 등으로 납부시 : 예정가격 85% 금액과 낙찰가격의 차이의 현금과 낙찰가격과 예정가격 85% 차이의 2배에 해당하는 보증서

3) 1997. 8. 11.에 입법예고된 국가계약법 시행령 개정안에서는 시공연대보증인 없이 계약금액 20%의 계약보증금을 납부하는 제도를 없애고, 공사이행보증서의 보증금액을 계약금액의 30% 이상으로 하향 조정하였음. 따라서 공사이행을 보증하는 방안은 시공연대보증인을 입보하고 계약금액 10% 이상의 계약보증을 납부하는 방안과 시공연대보증인 입보없이 계약금액 30% 이상의 공사이행보증서를 제출하는 방안 중 시공자가 선택하게 되었음.

II. 공사계약 보증제도의 문제점과 개선방안

1. 보증제도 개선의 기본 방향

국가의 공사계약에 보증제도를 두는 경제적 이유는 계약상대방(건설업체)의 채무 불이행에 대한 불확실성을 제거하는 안전장치를 설정함으로써 사업의 원활한 수행을 도모하여 경제적 효율성을 높이는 데에 있다. 그런데, 현행 국가계약 보증제도는 국가(발주자)에게 확실한 보증을 한다는 측면만을 강조하여 오히려 건설업체의 연쇄부도를 야기하는 등 경제적 효율성을 저해하고 있다. 따라서, 현행 국가계약 보증 제도는 개선되어야 하고, 다음과 같은 원칙이 적용되어야 한다.⁴⁾

(1) 국가와 계약상대방의 대등성 확보

국가계약에 있어 보증제도는 계약상대방이 계약 이행을 하지 못하는 경우에 국가가 입은 손해를 배상받기 위한 것이므로 국가(발주자)에게 확실한 보증을 담보하여야 한다. 그러나, 국가에게 확실한 보증을 담보하기 위해서 계약상대방(건설업자)에게 불리한 보증제도가 되어서는 안되며 국가와 계약상대방의 상호대등성이 확보되어야 한다.

(2) 실손보상의 원칙

계약상대방의 채무 불이행시 발주자에게 실제의 손해에 한해서 배상하는 제도로 개선되어야 한다. 그 이유는 건설업체의 채무 불이행시 발주자가 실제의 손해를 초과하는 부당이익을 취할 수 있으면, 발주자는 건설업자의 채무 불이행을 조장할 유인이 존재하여 발주자와 건설업체 간의 상호 협력에 장애 요인이 되어, 공사 완성에 부정적인 영향을 미친다.

4) 공사이행 보증 제도가 갖추어야 할 요건은 보증의 확실성, 발주자와 계약상대방과의 대등성, 발주자 비용 부담원칙, 경제적 합리성 등을 들고 있음. 자세한 내용은 이의섭(1996), 「건설공사 연대보증인 제도 개선 방안: 이행보증증권 도입을 중심으로」, pp. 16-17 참조바람.

(3) 발주자 비용부담 원칙

보증수수료는 공사 수행에 필수적으로 소요되는 비용이고, 발주자를 위한 제도이므로 보증에 소요되는 제반 비용은 발주자가 부담하여야 한다.

이하에서는 위에서 논의된 원칙에 입각하여 현행 국가계약 보증 제도의 문제점을 사안별로 분석하여 개선 방안을 도출하고자 한다.

2. 보증금 전액 국고귀속

(1) 현 황

국가계약법상 계약상대방이 채무 불이행시 각종 보증금 전액을 국고에 귀속시키도록 규정되어 있고, 보증금을 보증서 등으로 대체한 경우에는 보증금에 상응하는 금액을 국고에 귀속시키게 되어 있다.⁵⁾

- 입찰보증 : 낙찰자가 계약 미체결시(국가계약법 제9조 제3항 및 동법 시행령 제38조)
- 계약보증 : 계약상대방(시공연대보증인이 있는 경우 시공연대보증인 포함)의 계약 불이행시(국가계약법 제12조 제3항 및 동법 시행령 제51조)
- 공사이행보증서 : 보증기관이 지정한 보증이행업체의 계약 불이행시(국가계약법 시행령 제51조, 공사계약일반조건 제48조 제3항 및 공사이행보증제도 운영요령 제7조 제4항)
- 하자보수보증 : 계약상대방(시공연대보증인 포함)이 하자보수의무 불이행시(국가계약법 제18조 제3항). 단, 하자보수를 위한 예산이 없거나 부족한 경우 발주기관은 하자보수보증금을 당해 하자보수에 직접 사용할 수 있음(국가계약법 제18조 제3항 단서).

4) 보증금을 대신할 수 있는 증서는 1) 금융기관의 지급보증서, 2) 유가증권, 3) 보증보험증권, 4) 건설공제조합, 전문건설공제조합, 전기공사공제조합, 신용보증기금, 기술신용보증기금, 전기통신공제조합 또는 엔지니어링공제조합 등의 보증서, 5) 정기예금 증서, 6) 신탁회사의 수익증권, 7) 증권투자신탁업법에 의하여 위탁회사가 발행하는 수익증권 등임.

- 차액보증 : 1995년에 폐지되었으나 그 이전 설정된 차액보증의 경우 계약상 의무 불이행시, 보증금 전액을 국고에 귀속시킴(구예산회계법 시행령 제123조 제3항).⁶⁾

(2) 문제점

계약상대방의 채무 불이행시 발주자의 실손해액과 관련없이 보증금 전액을 국고에 귀속시킴으로써 보증기관에 과도한 부담을 입혀 보증기관의 부실을 초래하고 있다. 예컨데, 건설공제조합의 경우 보증사고 발생률이 높아지면 현재 보증을 해준 차액보증만 전액 국고에 귀속되더라도 건설공제조합은 지불능력에 한계를 가져와 보증기관으로서의 기능을 상실할 것이다.

이러한 보증금 전액의 국고 귀속 문제는 보증기관에 연대보증한 건설업체에게도 과도한 피해를 주게 되어 건설업체의 연쇄도산의 원인이 되고 있다. 만약 이러한 문제로 일반 건설업체가 도산하면 하도급자 및 자재업자의 연쇄 도산을 가져와 이른바 기업 도산의 도미노 현상이 나타나게 된다.

또한, 국가계약법상 보증금 전액의 국고귀속은 민간기업과 민간기업 간의 계약인 하도급 계약의 보증 제도에도 원용되고 있다. 이는 일반건설업자인 보증채권자가 하도급업체인 전문건설업체가 계약 이행을 하지 않을 경우 보증금 전액을 몰수하는 계약을 체결함으로써 전문공제조합에게 과도한 피해를 입히고, 전문공제조합에 연대보증한 전문건설업체의 연쇄도산을 유발하게 된다.

이하에서는 보증금 전액의 국고 귀속 문제를 이론적인 측면과 법리적 측면에서 고찰하고자 한다.

< 이론적 측면 >

계약상대방의 채무 불이행시 국가가 입은 실손해분을 초과하여 보상하게 되면 국가는 결과적으로 부당이득을 취하게 된다. 계약상대방의 계약 불이행시 발주자가 실제 손해를 초과한 부당이득을 취할 수 있으면, 발주자는 시공자의 채무불이행을 조장하는 도덕적 해이(moral hazard) 현상이 발생될 가능성이 있다.⁷⁾ 이와 같은 발주자의 건설업체에 대한 채무

6) 1997년 5월 현재 건설공제조합의 차액보증잔액은 327건에 1조 8,000억원에 달하고 있음. 건당 금액은 55억원 ~ 1,099억원으로 공사금액의 60~100%에 해당하는 수준임.

불이행 조장 유인은 발주자와 건설업체간 협력을 저해하여 공사의 완성에 부정적으로 작용한다.

이와 같은 현상은 현실로 나타나고 있다. 예컨대, 2개 업체 공동이행방식의 장기계약공사로서 계약금액이 189억원이고, 보증금액 103억 6,000만원(차액보증 98억원, 계약보증 5억 6,000만원)인 ○○공사의 경우 기성 1% 미만에서 공동수급업체 1인의 부도로 공사가 중단되었다. 그러자 발주처는 ‘공동도급계약 운용요령’에 따라 제3의 업체와 잔존 수급업체를 공동수급체로 재구성하여 공사 속행을 추진하였다. 그런데 중 발주자가 일방적으로 계획을 변경하여 계약상대방의 계약 불이행을 이유로 보증기관인 건설공제조합에 보증금 103억 6,000만원을 청구하였다.⁸⁾

< 법리적 문제 >

실제의 손해를 초과하여 보증금 전액을 발주자에게 배상하는 근거는 보증금의 성격을 채무불이행에 대한 제재로 파악하여 위약벌(違約罰) 성격의 위약금(違約金)으로 해석하는 데 기인하는 것으로 판단된다.⁹⁾ 물론 보증금이 채무 불이행에 대한 제재로서의 성격을 가지고 있으나, 기본적으로는 채무 불이행으로 입은 손해의 배상이라는 성격을 갖는다. 그러므로, 보증금은 민법상의 손해배상액 예정의 성격을 가지는 위약금으로 보는 것이 보다 타당하다.¹⁰⁾

민간공사에 대해서 대법원은 보증금을 손해배상 예정의 성격인 위약금으로 간주하고 실 손해 부분에 한해서 배상하도록 판결한 바 있다[경남사회진흥연수원과 건설공제조합의 분

7) 도덕적 해이(moral hazard)란 자신의 행동이 거래 상대방에 의해서 정확하게 파악될 수 없는 정보의 비대칭적 상황(information asymmetry)에서 거래 상대방의 입장에서 볼 때 바람직하지 않은 행동을 취하는 것을 의미함. 공사계약은 거래 당사자인 발주자와 건설업체간 신의에 따라 성실하게 서로 협력할 의무가 있으나 발주자가 성실하게 건설업체에게 협력하고 있는가에 대한 정보(information)를 건설업자는 발주자보다 적게 가지고 있음. 즉, 정보의 비대칭적 상황에 처해 있음. 이 경우 발주자가 건설업자의 계약 불이행으로 인하여 부당이득을 취할 수 있으면 발주자는 건설업자의 채무 불이행을 조장하는 바람직하지 않은 행동을 할 유인이 존재함. 도덕적 해이에 대해서는 이준구(1994), 「미시경제학」, pp. 651-657 참조바람.

8) 현재 이 건에 대해서는 건설공제조합이 보증금 납입을 보류함으로써 발주처에 의해 소송이 제기된 상태에 있음.

9) 위약벌이란 민사상의 계약으로 형사상의 형벌의 효과를 기대하는 것을 의미함.

10) 손해배상액의 예정이란 채무 불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상의 금액을 당사자 사이의 계약으로 미리 정하여 두는 것을 말함(민법 제398조 제1항). 또한 민법은 손해배상액의 예정이 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다라고 규정하고 있음(민법 제398조 제2항).

쟁에 관한 대법원 판례(95다28526: 1995.12.12.).¹¹⁾ 이처럼 민간공사의 경우는 실손해 부분만 배상하도록 하는 반면 공공공사에 있어서는 보증금 전액을 귀속시킨다는 것은 형평성에 어긋나고 법리적 측면에서도 타당하지 않다.

< 외국의 사례 >

공사이행보증서(performance bond) 제도를 채택하고 있는 미국에서는 건설업자의 채무 불이행시 보증금액 범위 내에서 실손해분만 배상하도록 하고 있다. 건설업자가 채무불이행시 보증회사가 선택할 수 있는 방안 중 하나인 발주자에게 새로운 건설업자와 계약을 체결하게 하는 방안인 경우 발주자가 입은 실제의 손해만을 보증금액 한도내에서 부담한다.¹²⁾

일본에서도 계약보증금이 면제되는 이행보증보험 및 공사이행보증증권의 경우, 채무 불이행으로 발생한 손해를 평가한 후 그 금액을 보상하도록 규정하고 있다(일본의 공공공사 표준청부계약 약관 제1조와 제4조(A) 제1항 및 공공공사용 보증계약 기본약관 제7조).¹³⁾ 다만, 계약보증금을 현금으로 납부하거나 유가증권으로 대신하는 경우는 보증금 전액을 국고에 귀속시키고 있으나, 이 경우에도 계약서에 별도 방식을 정할 수 있다(일본회계법 제29조의 10).¹⁴⁾

(3) 개선방안

계약상대방의 채무 불이행시 건설업자 또는 보증기관이 보증금 전액을 국고에 납부하는 현행 제도는, 발주자가 입은 실제의 손해만을 보증금 한도내에서 배상하는 제도로 개선하여야 한다. 구체적인 방안을 열거하면 다음과 같다.

11) 판례는 부록 참조바람.

12) 미국 보증회사의 선택방안은 이의섭(1997), 「선진국의 건설보증제도 : 미국과 일본을 중심으로」, pp. 13-14 참조바람.

13) 이의섭(1997), 「선진국의 건설보증제도 : 미국과 일본을 중심으로」, 부록 6 및 부록 7 참조바람.

14) 우리나라 국가계약법에서는 계약 등 보증금을 현금 대신 보증서 또는 유가증권으로 납부할 수 있는 형태로 되어 있음. 그러나, 일본 회계법은 계약보증금을 면제하는 경우와 계약보증금을 대신하는 경우로 구분하고 있음. 이행보증보험이나 공사이행보증증권은 계약보증금을 면제하는 경우이고, 유가증권 등은 현금을 대신할 수 있는 방안임.

- 입찰보증 : 낙찰자가 계약 미체결시, 새로운 낙찰가격과 당초 낙찰가격과의 차액만을 입찰보증금액 한도내에서 원래의 낙찰자 또는 보증기관이 배상하도록 함(국가계약법 제9조 제3항 및 동법 시행령 제38조 개정).
- 계약보증(차액보증 포함) : 계약 불이행시, 재계약으로 인한 계약금액의 증가분과 재계약에 소요되는 사무비용을 계약보증금액 한도내에서 계약상대방 또는 보증기관이 배상토록 함(국가계약법 제12조 제3항 및 동법 시행령 제51조 개정).
- 공사이행보증서 : 보증기관의 보증채무 불이행시¹⁵⁾, 재계약으로 인한 계약금액의 증가분과 재계약에 소요되는 사무비용을 보증금액 한도내에서 보증기관이 배상하도록 함(국가계약법 시행령 제51조, 공사계약일반조건 제48조 제3항 및 공사이행보증제도 운영요령 제7조 제4항 개정).
- 하자보수보증 : 하자보수의무 불이행시, 하자보수에 소요되는 비용만을 보증금액 한도내에서 보증기관이 배상하도록 함(국가계약법 제18조 제3항 개정).

실제의 손해를 배상하는 제도를 개선하면 손해를 평가하는 객관적 기준을 설정하기 어렵다는 견해가 있으나 실상은 그렇지 않다. 예를 들어, 계약보증, 차액보증 및 공사이행보증서의 경우 원래의 계약상대방의 계약 불이행시 발주자의 손해액은 재계약으로 인한 계약금액의 증가분과 재계약에 따르는 사무비용으로 결정하면 된다.

보증금 전액의 국고귀속 문제를 개선하려면 국가계약법을 개정하여야 하므로 국가계약법 개정 이전에도 시행령에 예외 규정을 두어 발주기관은 보증기관으로 하여금 공사를 완성하도록하는 기회를 부여하는 방안이 있을 수 있다. 이 경우 연대보증한 약정연대보증인의 승계시공이 가능해지기 때문에 연쇄도산을 방지할 수 있다.¹⁶⁾

그리고, 정부 예산제도는 발주기관이 채무 불이행으로 계약상대방 또는 보증기관으로부터

15) 현행 국가계약법령에는 보증기관의 보증채무 불이행시에 대해서 오해의 소지가 있다. 즉, 「공사이행보증제도 운영요령」 제7조 제4항에 「...지정된 보증이행업체가 정당한 이유 없이 보증의무를 이행한 경우에는 보증기관으로 하여금 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하여야 한다」라고 규정하고 있어 보증기관에게 보증이행업체가 도산 등의 이유로 공사를 수행하지 못할 경우 새로운 보증이행업체를 선정할 기회를 주지 않는 것처럼 해석될 수 있다.

16) 보증기관에 보증금을 요청하는 것보다 보증기관의 약정연대보증인으로 하여금 공사 완성을 희망하는 발주처도 재정경제원 유권 해석[재정원 유권해석(회계45107-521: 1995.4.14.)] 등의 규정을 이유로 굳이 보증금 납입을 요구하는 경향도 있음.

터 받은 손해배상액은 국고에 귀속시키지 말고, 발주기관이 당해 공사에 사용할 수 있게 개선하여야 한다.

3. 현금 차액보증금 반환시 2배 보증

(1) 현 황

구예산회계법 시행령에는 계약금액이 예정가격의 70% 미만 공사의 경우 낙찰가격과 예정가격의 차이에 해당하는 차액보증금 중 예정가격의 85%와 낙찰가격의 차액만큼은 현금으로만 납부하도록 규정되어 있었다(구예산회계법 시행령 제123조 제1항의 단서). 1996년 제2차 국가계약법 시행령 개정시 이러한 현금차액보증 대상공사중 기성이 50% 이상에 달하였고 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 공사의 경우, 기납부된 차액보증금중 일부(기성비율 해당액)를 반환받을 수 있도록 하였다. 그러나 반환액의 2배에 해당하는 보증서를 제출하도록 하였다(국가계약법 시행령 부칙 제2조 제1항).¹⁷⁾

$$\begin{aligned} \text{현금반환금액} &= \text{현금차액보증금총액} \times \frac{\text{기성금액}}{\text{계약금액}} \\ \text{추가보증금액} &= \text{현금차액보증금총액} \times \frac{\text{기성금액}}{\text{계약금액}} \times 2 \end{aligned}$$

(2) 문제점

제도개선의 일환으로 폐지된 차액보증제도를 공사계약이 법 개정 이전에 체결되었다는 이유만으로 경과조치 없이 계속 종전과 같이 적용한다는 것은 입법상 미비점이다. 그리고, 현금차액보증 대상 공사 중 기성이 50%에 달한 경우 기성 비율에 해당하는 차액보증금을 반환하더라도, 정부는 시공자의 채무 불이행시 시공연대보증인과 계약보증 및 현금차액보

17) 1997. 8. 11.에 입법예고된 국가계약법 시행령 개정안에서는 반환액의 1배에 해당하는 보증서를 제출하도록 되어 있음(국가계약법 시행령 개정안 부칙 제2조 제1항).

증 미반환금액을 통해 충분히 보상받을 수 있어 국가의 추가적인 재정 부담은 없다.

발주자가 차액보증금을 계속 보유하고 있으면 시공자의 채무 불이행시 발주자는 계약보증금과 차액보증금을 모두 회수하여 실제손해 이상의 부당이득을 취할 수 있어, 시공자의 채무 불이행을 조장할 유인이 존재하여 발주자와 시공자의 협력관계에 장애 요인으로 작용한다. 더욱이 발주자가 현금으로 보유하고 있는 차액보증금을 2배의 보증서로 대체할 경우에는 발주자가 취할 수 있는 부당이득은 더욱 증가하여 발주자의 도덕적 해이의 행동 가능성은 그만큼 커지게 된다.

또한 현금 반환액의 2배에 해당하는 보증서 대체 납부는 기성비율이 높아질수록 공사 불이행 위험은 낮아지는데도 불구하고, 오히려 보증금액이 증가하는 불합리한 조치이다.

(3) 개선방안

기성비율이 50% 이상이고 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 경우, 기성부분에 해당하는 현금차액보증금은 보증서 대체없이 반환되어야 한다(국가계약법 시행령 부칙 개정).

보증서로 제출된 차액보증서도 기성비율이 50% 이상이고 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 경우, 기성부분에 해당하는 차액보증서의 보증금액에 대해서는 보증책임을 면하게 하는 조치가 바람직하다.¹⁸⁾

4. 장기계속공사의 계약보증금 기준

(1) 현 황

장기계속공사의 경우 계약보증금은 제1차 계약 체결시 부기한 총공사 금액의 10% 이상의 계약보증금을 납부하게 되어 있다(국가계약법 시행령 제50조 제3항).

18) 장기계속공사인 경우에는 예정가격의 3%(연대보증인 없는 경우 6%)인 계약보증금이 계약상대방의 채무불이행시 손해를 배상할 수 있는 액수에 못미친다고 판단할 수 있으나 이것은 차수계약에 대한 예정가격이 아니라 총액에 대한 예정가격이므로 정부의 재정손실을 배상하기에 충분함.

(2) 문제점

장기계속공사의 경우 시공자의 권리는 차수별 계약금액에 한하는데 반해 보증의무는 총 공사금액에 대해 지고 있으므로 전형적인 발주자 우위의 불평등 계약제도이다. 계약상대방이 모든 차수 계약을 성공적으로 완성하고 마지막 차수 공사를 완성하지 못하는 경우에도 총계약에 대한 계약보증금 전액이 국고에 귀속되는 문제점이 있다.

(3) 개선방안

1차 계약시 공사총액에 대한 계약보증금(또는 계약보증서 등)을 납부하되, 다음 차수 계약시에는 완성된 공사비율에 해당하는 보증액을 반환토록 하여야 한다(국가계약법 시행령 제50조 제3항 개정).

5. 보증수수료의 예정가격 미산입

(1) 현 황

보증수수료가 예정가격에 포함되어 있지 않아 시공자가 이를 부담하고 있다(국가계약법 시행령 제9조 제1항 제2호, 동 시행규칙 제6조, 원가계산에 의한 예정가격 작성준칙). 즉, 공사원가를 재료비, 노무비, 경비, 일반관리비 및 이윤으로 구분하고, 경비의 세비목에 전력비, 수도광열비, 운반비, 연구개발비 및 보험료 등이 명시적으로 규정되어 있으나 보증수수료는 여기에 포함되어 있지 않다.

(2) 문제점

보증수수료가 예정가격에 포함되어 있지 않아 비용의 발주자 부담 원칙에 위배된다. 보증수수료는 공시수행에 드는 필수적인 비용이고, 보증제도의 수혜자는 발주자이므로 발주자가 보증수수료를 부담하여야 하는 것은 당연하다. 보증수수료가 예정가격에 포함되면 발주자는 필수불가결한 보증만을 계약상대방에게 요구하는 등 신중하게 보증을 요구하는 유인을 제공하게 된다.

우리 나라의 낙찰 방법은 예정가격과 연계되어 있어 보증수수료의 예정가격 포함 여부가 공사 계약금액에 영향을 미쳐서 계약상대방에게 손해를 미친다. 예정가격과 연계되어 있지 않은 최저가 낙찰제도를 채용하는 경우는 보증수수료의 예정가격 포함 여부가 계약금액에 영향을 미치지 않는다.

미국의 경우 보증수수료는 보증행위의 혜택을 받는 자가 지불한다는 것이 상식이다. 물론 보증수수료는 건설회사가 보증회사에 지불하지만 건설회사는 보증수수료를 고려하여 응찰 가격을 결정하므로 결국은 발주자가 부담하는 것이다. 미국 대부분의 공사계약서에는 1차 기성고 지불시 보증수수료, 보험료를 환급한다는 내용이 포함되는 것이 통례로 되어 있다.

예를 들어, 미국 비용·보수합산계약(cost plus fee contract) 형태의 표준양식인 미국건축가협회의 표준계약양식(AIA Document A111)에는 계약상대방이 지불하고 발주자로부터 환급받을 수 있는 항목과 환급받을 수 없는 항목을 규정하고 있는데, 보증수수료는 환급받을 수 있는 항목으로 규정되어 있다.

(3) 개선방안

발주자의 예정가격 산출시 보증수수료를 예정가격에 포함시켜야 한다(원가계산에 의한 예정가격 작성준칙 개정). 또한, 발주기관은 하자보수보증을 제외한 보증수수료를 1차 기성고 지급시 계약자 대상에게 환급하도록 하여야 한다(공사계약일반조건에 내용 삽입).

Ⅲ. 건설관련 공제조합 현황과 관련제도 개선방안

1. 건설관련 공제조합 현황

(1) 개 요

건설관련 공제조합은 건설공제조합, 전문공제조합, 설비공제조합, 주택공제조합 등 4개 조합이 있고, 이들은 각각 조합원에 대한 보증 업무와 융자 업무를 수행하고 있다(<표 Ⅲ-1 참조>).

<표 Ⅲ-1>

건설관련 공제조합 현황

	건설공제조합	전문공제조합	설비공제조합	주택공제조합
설립근거	건설공제조합법	전문공제조합법	전문공제조합법	주택건설촉진법
설립일자	63. 10. 21.	88. 4. 25.	96. 5. 18.	93. 4. 24.
조합원수 (개사)	3,434	19,368	3,221	1,613
자본총계 (10억원)	2,651	1,409	175	3,053
임직원수 (명)	467	491	116	362
지점 및 출장소수 (개)	30	36	18	10

(2) 조합별 보증업무 영업실적

조합별로 보증 업무의 손해 상황을 살펴보면 설비공제조합을 제외한 3개 공제조합의 경우 구상후 손해율이 100%를 초과하여 보증영업에서 보증수수료가 손해비용에 미치지 못하고 있다(<표 Ⅲ-2> 참조).

<표 III-2>

공제조합별 보증영업 손해율 및 보증납입금 잔액

	건설공제조합	전문공제조합	설비공제조합	주택공제조합
구상전손해율(%) ¹⁾	498.6	454.9	24.4	495.4
구상후손해율(%) ¹⁾	319.1	375.7	-3.2 ²⁾	437.9
보증금납입잔액 (억원)	2,720 (97.4.1. 현재)	959 (97.6.4. 현재)	2.6 (96.12.31. 현재)	9,000 (필자 추정치)

주 : 1) 건설공제조합은 96년도, 설비공제조합은 96년도 하반기, 전문공제조합과 주택공제조합은 95년도 수치임.

2) 구상후손해율이 음수(-)인 것은 보증수수료, 보증납입금 및 구상금액을 실현된 연도를 기준으로 작성하였기 때문임.

(3) 조합별 전체 영업실적

설비공제조합을 제외한 건설관련 공제조합들은 보증영업에서 손해율이 100%를 상회하고 있다. 보증영업에서 손해를 보고 있는 공제조합은 대출이자 수입 등에서 보전하고 있는데 조합별 1996년도 총영업 실적은 <표 III-3>과 같다.

<표 III-3>

공제조합별 총영업실적(1996년)

단위 : 천원

	건설공제조합	전문공제조합	설비공제조합	주택공제조합
영 업 이 익	89,240,498	16,571,658	△941,794	29,613,216
경 상 이 익	87,805,489	29,880,360	855,896	35,738,663
법인세차감전순이익	87,794,665	30,130,062	855,896	35,738,187
법 인 세	30,658,595	12,492,866	0	0
당기순이익	57,136,069	17,637,196	855,986	35,738,187

(4) 신용평가제도 운용실태

각 공제조합은 신용평가제도를 시행 또는 시행을 계획하고 있는 데, 운용실태는 <표 III-4>와 같다.

<표 III-4>

공제조합별 신용평가제도 운용현황

	건설공제조합	전문공제조합	설비공제조합	주택공제조합
시행여부	시행중	시행 계획	시행 계획	시행중
의무화 여 부	<ul style="list-style-type: none"> - 현재 희망조합원 에 한해 실시 - 1997.7.1.부터 전조 합원에게 의무화 	<ul style="list-style-type: none"> - 1998년부터 자격 있는 희망조합원 에 한해 실시 계 획 - 2000년부터 전조 합원에게 의무화 	<ul style="list-style-type: none"> - 1998년부터 자격 있는 희망조합원 에 한해 실시 계 획 	<ul style="list-style-type: none"> - 전조합원에게 의 무적으로 실시
차등화 내 용	<ul style="list-style-type: none"> - 현재는 보증한도 를 등급에 따라 차등화 - 1997.7.1.부터 보증 한도, 보증요율 및 융자한도를 차등 화 - 약정연대보증인 입보의무화를 임 의화 	<ul style="list-style-type: none"> - 1998년부터 보증 한도와 융자한도 를 등급에 따라 차등화 - 신용평가를 받는 업체에 대해서 약 정연대보증인 입 보의무 면제 	<ul style="list-style-type: none"> - 1998년부터 보증 한도와 융자한도 를 등급에 따라 차등화 - 신용평가를 받는 업체에 대해서 약정연대보증인 입보의무 면제 	<ul style="list-style-type: none"> - 약정방법 차등화 ·A,B,C 등급은 한 도거래약정 ·D,E 등급은 개별 거래약정 - 분양보증의 경우 D,E 등급은 약정 연대보증인 1인 추가, 사업부지 근 저당 설정 또는 다른 담보 제공 - A,B 등급은 시공 지도를 받지 않으 나, C,D,E는 시공 지도를 받음.

2. 공제조합의 운영상 문제점

건설관련 공제조합은 보증납입금이 과다하고, 보증사고에 대비한 자금을 별도로 확보하지 않고 있어 지불능력문제(solvency problem)가 발생할 가능성이 높다. 예컨대, 주택공제조합의 경우 지불능력 확보를 위해 국민주택기금에서 3,000억원 규모의 특별지원을 요청한 바 있다.

공제조합들의 보증납입금이 과다한 이유는 조합원들의 요구에 따라 과도하게 대출보증 등을 시행한 데 기인한다. 건설공제조합의 1996년중 대출보증 구상후 손해율은 3,062.3%에 달하였으며 주택공제조합의 경우도 712.5%(1995년)이다.

또한, 조합원에 대해 신용평가를 실시하지 않은 채 획일적으로 보증해 주고 있다는 점도 부실화 초래의 한 요인이다.

3. 대응방안

(1) 지불능력확보 대책 강화

공제조합의 주업무가 보증업무이기 때문에 철저한 지불능력확보 대책이 강구되어야 한다. 입법예고된 건설산업기본법 시행령에서는 공제조합에 대해 자본금과 준비금 합계액의 5% 이상을 현금 또는 요구불예금으로 보유토록 하는 등(시행령안 제62조) 보증금지급 대비 자금 확보를 의무화하고 있다. 그러나 주택공제조합은 동조항의 적용에서 제외되어 있으므로 별도의 조치가 필요하다.

(2) 법인세법상 보증납입금의 비용처리 허용

법인세법 제12조에서 규정한 준비금의 손금산입 대상기관이나 법인세법 시행령상 구상채권상각충당금의 손금산입 대상기관으로 공제조합(주택공제조합 제외)이 인정되어 있지 않다.¹⁹⁾ 공제조합들이 자체적으로 준비금이나 충당금을 설정하여 운용하더라도 세법상 손금으로 인정되지 않기 때문에 준비금 또는 구상채권충당금 계정을 설정하지 않거나 운용규모가 미미한 실정이다.

이와 관련하여 건설산업기본법 시행령(안)에서는 보증종류별(공사이행보증 제외)로 보증잔액의 2% 범위 내에서 책임준비금을, 공사이행보증의 경우 보증금 잔액의 2% 범위 내에서 비상위험준비금의 설정을 허용하고, 이 금액을 구상채권상각충당금으로 계상하도록 하고 있다.

19) 준비금 및 구상채권상각충당금 제도의 의의 및 기대효과에 대해서는 이의섭 외 3인(1996), 「건설업 보증 및 융자제도 발전 방향 연구」 참조바람.

따라서, 법인세법 또는 동법 시행령의 개정을 통해 준비금 또는 구상채권상각충당금에 의한 손금산입 대상기관으로 공제조합을 인정하는 보완조치가 필요하다(법인세법 제12조 개정 또는 동법 시행령 제21조의 2 개정).

이렇게 하면 공제조합들로 하여금 준비금 또는 구상채권상각충당금 설정을 촉진하게 하여 보증납입금의 손금 처리를 적기에 실시함으로써, 자본금의 과대계상을 막아 지불능력 확보에 기여하게 되는 기대효과가 있다.

IV. 결 론

지금까지 국가계약법상 보증 제도의 개선 방안과 건설관련 공제조합의 실태 및 관련 제도의 개선방안을 살펴 보았다. 국가계약법상의 보증 제도는 보증금 전액의 국고 귀속이 아니라 발주기관이 입은 손해에 한해서 배상하는 제도로 개선하고, 구예산회계법의 적용을 받아 납부된 현금 차액보증금은 기성비율이 50%이상이고, 정상적으로 시공되고 있음이 확인된 경우에는 보증기관의 보증서 대체없이 기성비율에 따라 반환되어야 한다. 장기계속공사의 계약보증금 기준은 1차 계약 체결시에는 총공사금액을 기준으로 하고, 다음 차수 계약시에는 완성된 공사 비율에 해당되는 보증금액을 반환토록 하여야 한다. 또한 각종 보증수수료는 공사 수행에 드는 필수적인 비용이므로 예정가격에 포함시키고, 하자보수 보증을 제외한 보증수수료를 1차 기성고 지불시 건설업자에게 환불하도록 하여야 한다.

공제조합 관련 제도의 개선점을 살펴보면 공제조합은 보증업무를 수행하는 금융기관이므로 지불능력 확보 대책을 강화하여야 한다. 또한 세법상 준비금의 손금산입 대상기관이나 구상채권상각 충당금의 손금 산입 대상 기관으로 인정하여야 한다. 이렇게 함으로써 공제조합으로 하여금 보증납입금의 손금처리를 적기에 실시케하여 자본금의 과대계상을 막을 수 있다.

위에서 열거한 국가계약 보증제도의 문제점과 공제조합 관련 제도 개선 방안은 시급히 개선되어야 한다. 특히, 계약상대방의 채무 불이행시 건설업체 또는 보증기관이 보증금 전액을 국고에 납부하는 제도는 발주자가 실제로 입은 손해만을 보증금 한도내에서 배상하는 제도로 시급히 개선하여 공사 목적물을 원활히 공급하고 건설업체의 연쇄도산을 막아야 한다. 이러한 제도 개선은 불황기에 건설업체의 도산을 방지하기 위한 어떤 지원책보다도 최우선적으로 시행되어야 할 방안이고 또한 가장 손쉬운 방안이기도 하다.

< 참 고 문 헌 >

- 곽윤직, 「채권각론(민법강의 IV)」, 박영사, 1986. 8.
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1997. 2.
- 이의섭, 「건설공사 연대보증인제도 개선방안: 이행보증증권 도입을 중심으로」, 한국건설산업연구원, 연구보고서 제19호, 1996. 11.
- 이의섭, 「선진국의 건설보증제도: 미국과 일본을 중심으로」, 한국건설산업연구원, 연구자료 제7호, 1997. 1.
- 이의섭 외 3인, 「건설업 보증 및 용자제도 발전 방향 연구」, 한국건설산업연구원, 연구보고서 제15호, 1996. 6.
- 이준구, 「미시경제학」, 제2판, 법문사, 1994. 1.
- Associated General Contractors of America and National Association of Surety Bond Producers, *The Basic Bond Books*, 1993.
- Clough and Sears, *Construction Contracting*, 4th ed., 1994.
- National Association of Surety Bond Producers, *Bonds on Public Works*, 1996.
- Remnen, Albert, *The Contract Bond Book*, 1977.
- Welch, John W. et al, *Contract Surety(Vol. I&II)*, Insurance Institute of America, Malvern, PA, 1992.

< 부 록 >

보증금에 대한 대법원 판례

원심판결 부산고등법원 1995. 5. 25. 선고, 94나5991 판결

주 문 상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

이 유 1. 원심판결의 요지

원심은, 원고는 1992. 12. 28. 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)과 사이에 공사대금을 금 5,924,050,000원으로 한 청사신축공사 도급계약을 체결함에 있어서, 공사대금 중 금 1,500,000,000원은 원고 소유의 창원시 대방동 산 85의 2 임야 7,285평으로 대물변제하고, 잔금 중 일부인 금 3,024,500,000원은 준공검사를 필한 후 20일 이내에 지불하기로 하되 그 사이에 원고에게 정부지원금이 나오면 그 지원금이 나오는 대로 전액 이를 나머지 잔금의 일부로 참가인에게 우선 지급하기로 약정한 사실, 참가인은 약정기일이 지나도록 공사에 착수하지 않다가 1993. 2. 6. 원고로부터 착공의 촉구 및 계약이행의사를 확인하는 내용의 통보를 받게 되자, 같은 해 2. 10. 대물변제하기로 약정한 위 토지의 감정가액이 금 240,000,000원에 불과하다는 사실이 밝혀졌다는 이유로 감정가와와의 차액 금 1,260,000,000원을 공사대금으로 추가지급하여 주든지, 아니면 대물변제약정을 없었던 것으로 하고, 그에 해당하는 공사대금 1,500,000,000원을 현금으로 지급하는 것으로 계약내용을 변경할 것과, 정부가 지급할 가능성이 없는 것으로 확인되었으니 금 2,000,000,000원의 공사대금에 대한 대책을 제시할 것 등을 요구하는 서면을 원고에게 발송한 사실, 원고는 같은 해 2. 15. 참가인에게 참가인의 위 요구를 거절하는 내용의 회신을 하였음에도 불구하고 참가인이 계속하여 공사에 착수하지 아니하자, 같은 해 2. 23. 참가인에게 위 도급계약을 해제한다는 통고를 한 사실, 한편 참가인은 위 도급계약체결 당시 자신의 공사이행의무를 보증하기 위하여 도급금액의 10%에 해당하는 금액을 공사이행보증금으로 원고에게 납부하기로 하되, 참가인의 귀책사유로 인하여 계약이 해제될 때에는 위 공사이행보증금은 원고에게 귀속되기로 하는 공사이행보증금에 관한 약정을 한 후, 건설공제조합법에 의하여 설립되어 조합원의 공사이행보증금지급채무의 보증등을 목적사업으로 하는 피고로부터, 1992. 12. 26. 도급금액을 금 6,145,700,000원, 보증금액을 금 614,570,000원으로 한 계약보증서를 발급받아 위 공사이행보증금의 지급에 갈음하여 원고에게 제고한 사실 등을 각 인정한 후,

위 인정사실에 의하면 위 도급계약은 참가인의 채무불이행으로 인하여 적법하게 해제되었다고 할 것이고, 한편 위 공사이행보증금은 참가인의 귀책사유로 인하여 적법하게 해제되었다고 할 것이고, 한편 위 공사이행보증금은 참가인의 귀책사유로 공사가 완공되지 못하고 착공 전 또는 중도에 해제되는 경우를 예상하여 위 공사이행보증금의 수수로써 도급관계를 청산하기 위하여 교부된 금원으로서, 위약벌의 성격을 갖는 것이 아니라 해제 등 계약관계의 청산에 대비한 손해배상액의 예정이라고 보아야 할 것인데, 위 도급계약의 내용이 6,000,000,000원에 이르는 건축공사이고, 계약금이 수수된바 없으며, 계약일과 해제일 사이의 기간이 2개월이 되지 아니하고, 기타 계약체결 경위나 해제의 경위 등의 제반사정을 참작하면, 위 공사이행보증금은 부당하게 과다하다고 인정되므로, 이를 금 400,000,000원으로 감액함이 상당하다고 판단한후, 위 공사이행보증금의 지급을 보증한 피고에게 그 보증채무의 이행을 구하는 원고의 사건 청구 중 위 금 400,000,000원을 초과하는 부분을 이유 없는 것으로 기각하였다.

2. 변호사 이효종의 상고이유 제1점을 본다.

도급인인 원고와 수급인인 참가인 사이의 도급계약서에 의하면, 수급인의 귀책사유로 계약이 해제 또는 해지된 때에는 공사이행보증금은 도급인에게 속한다고 규정되어 있을 뿐, 위 이행보증금과는 별도로 실제 발생한 손해 전부에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다거나 또는 실제 발생한 손해와 이행보증금의 차액에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다는 내용의 약정이 없고, 수급인의 채무불이행으로 인하여 발생한 지체상금이 계약보증금 상당액에 달할 때에는 도급인은 특별한 사유가 없는 한 당해 계약을 해제하고 계약보증금을 도급인에게 귀속시키기로 약정하고 있음을 알 수 있으므로, 원고와 참가인이 위와 같은 내용의 공사이행보증금에 관한 약정을 한 목적에는 수급인에게 심리적인 압박을 가하여 채무이행을 강제한다는 목적 외에 수급인의 계약불이행으로 인하여 도급계약관계를 청산하게 될 때를 대비하여 수급인이 도급인에게 배상하여야 할 손해액을 위 공사이행보증금으로 예정함과 동시에 그 지급을 확보하기 위하여 계약체결시에 공사이행보증금을 미리 도급인에게 교부하게 한데 있다고 할 것이므로, 원심이 위 이행보증금의 성질을 민법 제398조 소정의 손해배상액의 예정으로 본 것은 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같이 공사의 이행보증이나 건설공제조합법에 의한 계약보증의 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

3. 변호사 김영구의 상고이유와 변호사 이효종의 상고이유 제2점을 본다.

손해배상액의 예정액이 부당히 과다한지의 여부는 계약 당사자의 각 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 예정액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반사정을 참작하여 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘는지의 여부에 따라 결정하여야 할 것인바(당원 1991. 3. 27. 선고, 90다14478 판결, 1993. 4. 23. 선고, 92다41719 판결, 1995. 3. 24. 선고, 94다10061 판결 등 참조), 참가인이 이 사건 도급계약을 체결하게 된 경위, 도급금액이 금 6,000,000,000원에 이르는 점, 원고가 실제 입었으리라고 추정되는 손해의 내용 등 제반사정을 참작하여 보면, 위 공사이행보증금은 부당하게 과다하다고 인정되므로, 이를 금 400,000,000원으로 감액한 원심의 조치는 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지도 이유가 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

< 부표 1 >

공제조합별 보증업무 손해상황

< 건설공제조합의 보증업무 손해상황(1996년) >

단위 : 천원, %

	보증수수료(A)	보증납입금(B)	구상금액(C)	구상전 손해율 (D=B/A)	구상후 손해율 (E=(B-C)/A)
입찰보증	1,701,075	0	0	0	0
계약보증	15,457,608	17,666,247	7,611,443	114.3	65.1
차액보증	792,540	2,820,005	20,000	355.8	355.3
하자보증	5,834,556	11,960,338	6,231,526	205.0	98.2
손해배상보증	0	0	0	-	-
선금급보증	16,436,796	35,973,411	8,175,317	218.9	169.1
유보기성보증	10,640	-	-	0	0
인허가보증	105,808	-	-	0	0
부지매입보증	46,071	16,312,313	5,402,880	35,406.9	23,679.6
임시전력 수용예납보증	140,946	62,186	48,174	44.1	9.9
자재보증	458,511	7,519,639	1,614,544	1,640.0	1,287.9
대출보증	2,465,084	123,923,810	48,435,966	5,027.2	3,062.3
리스보증	79,349	821,107	577,148	1,034.8	307.5
하도급대금보증	6,834	0	0	0	0
합계	43,535,819	217,059,056	78,116,998	498.6	319.1

주 : 개별 보증 및 합계의 보증수수료는 하도급 보증을 포함한 수치임.

< 전문공제조합의 보증업무 손해상황(1995년) >

단위 : 천원, %

보증종류	보증수수료 (A)	보증납입금 (B)	구상금액 (C)	구상률 (D=C/B)	구상전손해율 (E=B/A)	구상후손해율 (F=(B-C)/A)
입찰보증	867,109	262,000	101,000	38.55	30.22	18.57
계약보증	988,825	21,147,000	3,283,000	15.52	2,138.60	1,806.59
하자보증	812,968	1,040,000	593,000	57.02	127.93	54.98
선금급 및 기타 보증	4,792,423	11,495,000	1,935,000	16.83	239.86	199.48
합계	7,461,324	33,944,000	5,912,000	17.42	454.93	375.70

〈 설비공제조합의 보증업무 손해상황(1996년 하반기) 〉

단위 : 천원, %

보 증 종 류	보증수수료 (A)	보증납입금 (B)	구상금액 (C)	구상률 (D=C/B)	구상전손해율 (E=B/A)	구상후손해율 (F=(B-C)/A)
입찰보증	55,340	0	13,000	-	0.00	-23.49
계약보증	459,976	129,000	160,000	124.03	28.04	-6.74
하자보증	341,182	23,000	21,000	91.30	6.74	0.59
선금급 및 기타 보증	220,481	111,000	103,000	92.79	50.34	3.63
합 계	1,076,979	263,000	297,000	112.93	24.42	-3.16

〈 주택공제조합의 보증업무 손해상황(1995년) 〉

단위 : 천원, %

보 증 종 류	보증수수료 (A)	보증납입금 (B)	구상금액 (C)	구상률 (D=C/B)	구상전손해율 (E=B/A)	구상후손해율 (F=(B-C)/A)
주택분양보증	7,121,427	1,307,000	0	0.00	18.35	18.35
주택임대보증	410,601	0	0	-	0.00	0.00
주택착공보증	5,494,434	3,689,000	100,000	2.71	67.14	65.32
시공보증	496,165	0	0	-	0.00	0.00
대출보증	21,442,564	173,611,000	20,840,000	12.00	809.66	712.47
자재구입보증	99,749	432,000	225,000	52.08	433.09	207.52
부지매입보증	557,618	3,490,000	0	0.00	625.88	625.88
인허가 보증	19,399	0	0	-	0.00	0.00
하차보수보증	681,588	974,000	153,000	15.71	142.90	120.45
감리비 보증	710,758	17,000	8,000	47.06	2.39	1.27
임시전력보증	9,088	2,000	2,000	100.00	22.01	0.00
합 계	37,043,391	183,522,000	21,328,000	11.62	495.42	437.85

< 부표 2 >

공제조합별 영업실적

< 건설공제조합의 영업실적(1996년) >

단위 : 천원

과 목	금 액	과 목	금 액
영업수익	129,492,310	영업비용	40,251,813
보 증 수 수 료	34,677,315	인 건 비	12,175,002
대 출 금 이 자	82,497,699	경 비	11,413,077
과 태 료	4,678,329	충 당 금	16,663,734
임대사업수익	7,511,222		
전산사업수익	127,744		
		영업이익	89,240,498
영업외수익	12,492,360	영업외비용	13,927,369
		경상이익	87,805,489
특별이익	1,869	특별손실	12,693
		법인세차감전순이익	87,794,665
		법인세	30,658,595
		당기순이익	57,136,069

< 전문공제조합의 영업실적(1996년) >

단위 : 천원

과 목	금 액	과 목	금 액
영업수익	42,405,108	영업비용	25,833,450
보 증 수 수 료	8,134,784	인 건 비	12,209,242
대 출 금 이 자	34,215,820	경 비	11,935,540
과 태 료	29,748	충 당 금	1,688,669
임대사업수익	24,756		
		영업이익	16,571,658
영업외수익	22,211,012	영업외비용	8,920,311
		경상이익	29,880,360
특별이익	313,733	특별손실	64,031
		법인세차감전순이익	30,130,062
		법인세	12,492,866
		당기순이익	17,637,196

〈 설비공제조합의 영업실적(1996년 하반기) 〉

단위 : 천원

과 목	금 액	과 목	금 액
영업수익	3,150,078	영업비용	4,091,871
보 증 수 수 료	1,094,846	인 건 비	1,668,871
대 출 금 이 자	2,054,729	경 비	1,149,471
과 태 료	502	충 당 금	1,273,530
		영업이익	△941,794
영업외수익	2,260,850	영업외비용	463,160
		경상이익	855,896
특별이익	-	특별손실	-
		법인세차감전순이익	855,896
		법인세	-
		당기순이익	855,896

〈 주택공제조합의 영업실적(1996년) 〉

단위 : 천원

과 목	금 액	과 목	금 액
영업수익	184,261,273	영업비용	154,648,057
보 증 수 수 료	59,368,343	인 건 비	8,313,369
대 출 금 이 자	113,494,275	경 비	7,745,533
과 태 료	10,639,387	충 당 금	135,387,785
임대사업수익	759,269	기금차입이자	3,201,370
		영업이익	29,613,216
영업외수익	23,302,440	영업외비용	17,176,994
		경상이익	35,738,663
특별이익	-	특별손실	476
		법인세차감전순이익	35,738,187
		법인세	-
		당기순이익	35,738,187

< Abstract >

A Study on the Guarantee System of Public Construction Contract and the Construction-related Financial Cooperatives : Current Problems and Proposals for their Solutions in Korea

The Korean guarantee system of public contract has economic irrationality. The negative effects of such irrationality on construction industry was not realized because the number of construction firms was limited and then there was no contractor's default. However, as the number of construction firms increases, the negative effects has been realized recently: the number of bankrupt firms has increased and construction-related financial cooperatives, which are bonding institutes, has become financially weak and even insolvent.

This study investigates the problems and suggests their solutions in guarantee system of public construction contract. Also, the study investigates the current state and operating problems of construction financial cooperatives and suggests improvement methods that government can provide with.

The solutions to the problems with the guarantee system of the public contract are suggested using three criteria. First, the guarantee system should ensure the equal footing between project owner(i.e., government) and the contractor. Second, the contractor or the bonding institute should reimburse the owner only for the loss suffered from the contractor's default, not the total bond amount. Third, the cost of guarantee system should be ultimately borne by the project owner because the project owner benefits from the guarantee system.

With respect to criteria stated above, the solutions to the current problems with the guarantee system are as follows.

First, the bonding institute should reimburse the owner only for the losses from the contractor's default for each guarantee scheme, because the goal of

guarantee system is compensatory in nature upon the contractor's default.

Second, the government should return the cash deposit as a Difference Guarantee to the contractor if the project is more than half in progress as well as Difference Guarantee Bond is submitted by the contractor.

Third, the contract bond amount of long-term contract, which is composed of several one-year contracts, should be based upon total contract price. However, when each one-year contract is completed, the owner should reduce the bond amount by the proportion of the price of one-year contract completed to total contract price.

Fourth, the bond premium should be included in the cost estimated by the owner and the owner reimburse the contractor the premium when the owner makes the first progress payment.

The supervising authority of the financial cooperatives should make a measure to help them be financially strong. Also, the construction-related financial cooperatives should be listed as a organizations which can include indemnity allowance and/or reserve accounts as costs for tax purpose.