

서울중앙지방법원 2023. 1. 31 선고 2021나69259 판결 [구상금 청구의 소]

재판경과

서울중앙지방법원 2023. 1. 31 선고 2021나69259 판결

서울중앙지방법원 2021. 10. 14 선고 2020가단22344 판결

전문

원고, 피항소인A 주식회사

소송대리인 법무법인 에스엠파트너스

담당변호사 조세형, 유태훈

원고보조참가인주식회사 B

소송대리인 변호사 강성련

피고, 항소인D

소송대리인 법무법인 정향

담당변호사 유진영

소송대리인 법무법인 차원

담당변호사 안소진

소송복대리인 O

변론 종결2022. 11. 15.

판결 선고2023. 1. 31.

제1심판결서울중앙지방법원 2021. 10. 14. 선고 2020가단22344 판결

주 문

1. 제1심판결 가운데 피고 패소 부분을 취소한다.
2. 원고의 피고에 대한 청구를 기각한다.
3. 소송총비용 가운데 보조참가로 인한 부분은 원고보조참가인이, 나머지 부분은 원고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 제1심 공동피고 주식회사 C와 연대하여 원고에게 140,388,931원 및 그중 139,700,000원에 대하여는 2019. 12. 30.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 9%의, 그다음 날부터 갚는 날까지는 연 12%로 각 셈한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 하도급계약의 체결

1) E 유한회사로부터 고양시 덕양구 F, G 소재 지하 3층, 지상 11층의 'H' 신축공사(이하, '이 사건 공사'라 한다)를 도급받은 원고보조참가인(이하, '참가인'이라고 한다)은 2017. 10. 17. 수급사업자인 제1심 공동피고 주식회사 C(이하, 'C'이라 한다)과 사이에 이 사건 공사 중 토공사 부분에 관하여 공사기간을 2017. 10. 17.부터 2019. 4. 23.까지, 계약금액을 1,397,000,000원,

계약보증금을 279,400,000원(계약금액의 20%)으로 정하여 하도급하는 내용의 계약(이하, '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하면서, 계약 표지에 기타 계약조건으로 '1) 계약보증금은 위약벌로 하며 계약 위반시 공정률과 관계 없이 수급사업자는 원사업자에게 계약보증금을 전액 납부하여야 한다'고 약정하였다(이하, '이 사건 특약'이라 한다).

2) 이 사건 하도급계약 중 이 사건과 관련된 부분은 다음과 같다.

제45조(계약의 변경)

- ① 합리적이고 객관적인 사유가 발생하여 부득이하게 계약변경이 필요하다고 인정되는 경우 원사업자와 수급사업자는 상호 합의하여 기본계약 등의 내용을 서면으로 변경할 수 있다.
- ② 당초 계약 내역에 없는 계약내용이 추가·변경되어 계약기간의 연장·대금의 증액이 필요한 경우 원사업자는 수급사업자와 협의하여 계약기간 연장·대금 증액에 관한 필요한 조치를 한다

제48조(계약이행 및 대금지급보증 등)

① 원사업자는 계약체결일로부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 이 계약에서 정한 계약금액의 지급을 보증하며, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액으로 계약이행을 보증한다. 다만, 하도급거래 공정화에 관한 법률 또는 건설기본법 등의 관련법령에서 공사대금의 지급보증이 필요하지 아니하거나 적합하지 않다고 규정한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑨ 수급사업자는 원사업자에게 이 계약 표지에서 정한 금액으로 계약이행을 보증하며, 계약이행보증금은 다음 각 호의 사항 등을 포함하여 계약불이행에 따른 손실에 해당하는 금액의 지급을 담보한다. 이 경우 계약이행보증금액이 하도급거래 공정화에 관한 법률 등 관련법령에서 정한 내용보다 수급사업자에게 불리한 때에는 하도급거래 공정화에 관한 법률 등에서 정한 바에 따른다.

1. 수급사업자의 교체에 따라 증가된 공사 금액. 다만, 그 금액이 과다한 경우에는 통상적인 금액으로 한다.
2. 이 계약의 해제·해지1) 이후 해당 공사를 완공하기 위해 후속 계약을 체결함에 있어서 소요되는 비용
3. 기존 수급사업자의 시공으로 인해 발생한 하자를 보수하기 위해 지출된 금액. 다만, 수급사업자가

제51조에 따라 하자보수보증금을 지급하거나 보증증권을 교부한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑩ 원사업자의 공사대금 미지급액 또는 수급사업자의 계약불이행 등에 의한 손실액이 보증금을 초과하는 경우에는 원사업자와 수급사업자는 그 초과액에 대하여 상대방에게 청구할 수 있다.

제50조(지체상금)

① 수급사업자가 기한 내에 공사목적물을 인도하지 않거나 검사에 합격하지 못한 경우 원사업자는 지체일수에 표지에서 정한 지체상금요율을 곱하여 산정한 지체상금을 청구할 수 있다.

제52조(계약의 해제)

① 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제할 수 있다. 다만, 기성부분에 대해서는 해제하지 아니한다.

3. 원사업자 또는 수급사업자가 어음·수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함), 파산·회생절차의 신청 등 영업상의 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 경우

② 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 이 계약의 전부 또는 일부를 해제할 수 있다. 다만, 원사업자 또는 수급사업자가 이행을 거절하거나 준공기간 내에 이행하여야 이 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 최고 없이 해제할 수 있다.

8. 원사업자나 수급사업자가 제48조의 기간 내에 대금지급보증이나 계약이행보증을 하지 아니한 경우

3) 참가인과 C은, 변경하지 아니한 이 사건 하도급계약 조항은 그대로 효력을 가지는 것을 전제로, 2018. 11. 30. 공사기간을 2019. 11. 30.까지로 연장하면서 계약금액을 1,397,000,000원에서 1,705,000,000원으로, 계약보증금을 279,400,000원에서 341,000,000원으로 증액하는 1차 변경계약을, 다시 2019. 4. 1. 공사기간을 2020. 1. 12.까지로 연장하면서 계약금액을 1,705,000,000원에서 1,738,000,000원으로, 계약보증금을 341,000,000원에서 347,600,000원으로 증액하는 2차 변경계약(지체상금률은 1일에 계약금액의 0.1%로 정하였다)을 각 체결하였다.

나. 이 사건 보증보험계약의 체결 및 보증서 제출 등

1) 이 사건 하도급계약에 따라 C는 계약보증금 중 1/2인 139,700,000원(계약금액의 10%)에 관하여는 I공제조합으로부터 보증서를 발급받아 참가인에게 제출하였고, 나머지 139,700,000원(계약금액의 10%)에 관하여는 피고 D의 연대보증 하에 원고와 사이에, 위 금액을 보험가입금액으로, 피보험자를 참가인으로, 주계약을 이 사건 하도급계약으로, 보험기간을 2017. 10. 17.부터 2019. 4. 23.까지로 하는 이행(계약)보증보험계약(이하, '이 사건 보증보험계약'이라 한다)을 체결하고 이에 따른 보증서를 원고로부터 발급받아 참가인에게 제출하였다.

2) 이 사건 보증보험계약에 편입된 약관(이하, '이 사건 약관'이라 한다)에 의하면, '이 사건 보증보험계약의 보험사고는 C이 정당한 이유 없이 원고가 보증하는 주계약에서 정한 채무 또는 의무를 이행하지 아니한 때 발생한 것으로 하고(제3조 1호), 보험사고가 발생하여 원고가 보험금을 지급하기 위하여는 주계약이 해제되어야 하며, 이 경우 주계약의 해제는 보험기간 안에 있을 것을 요하지 아니하고(2호)', 'C이 원고가 보증하는 C의 채무 또는 의무를 이행하지 아니함으로써(이하, 보험사고라 합니다) 원고가 참가인에게 보험금을 지급할 때에는 C과 보증인은 지급보험금을 곧 상환하되, 지연될 경우에는 지급보험금에 대한 지연손해금을 가산하여 갚아야 하고(제4조 제1항), 제1항의 지연손해금은 지급보험금에 대하여 보험금 지급일 다음날부터 완제일까지 1년을 365일로 보고 1일 단위로 지체일수를 계산하여 원고가 공시하는 지연손해금 적용이율을 곱하여 산정한다(제2항)'고 정하고 있다.

다. 채권가압류 등과 추가 보증보험증권의 미제출 등

1) J은 C이 장비사용료를 지급하지 아니하자 채무자를 C로, 제3채무자를 참가인으로 하여 채권가압류결정(서울서부지방법원 2018카단1477)을 받는데 이어 C을 상대로 제기한 장비사용료 청구의 소에서 13,926,000원과 2019. 1. 18.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 금원을 지급하라는 내용의 이행권고결정(같은 법원 2018가소39447)이 확정되자 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 추심명령(같은 법원 2019타채1100)을 받은 다음 2019. 3. 25. 참가인을 상대로 추심금 청구의 소(서울중앙지방법원 2019가소120451)를 제기하였다.

2) 참가인은 이 사건 하도급계약에서 정한 바에 따라 기성금을 매달 지급하였음에도 위와 같이 채권가압류 및 압류, 추심명령을 송달받자 2019. 3. 26. C로부터 '참가인으로부터 공사일정을 통보

받으면 지체 없이 토공사(가시설해체, 인발 포함)를 시행하며 추후 부대토목공사도 공사일정에 맞추어 완료하고, 이 사건 공사 현장에서 발생한 미불금(노무비, 장비비, 자재비, 기타비용 등 일체)은 C의 책임하에 지불하며 참가인에게 어떠한 추가비용도 청구하지 않는다'는 내용의 각서를 받았다.

3) 그런데 그 직후 위 추심금 사건의 소장이 참가인에게 송달되자 참가인은 C에게 'J에게 장비사용료를 4월 18일까지 지급한 후 추심금 소송을 취하하도록 할 것을 요청하고, 만약 기한 내에 조치가 없을 경우 위 채권압류 및 추심명령에 의하여 지급보류한 기성금에서 참가인이 직접 지급하여도 이의가 없는 것으로 간주하겠다'는 내용의 통보서를 보냈다.

4) 참가인은 위와 같이 1, 2차 변경계약에 의하여 계약보증금이 당초 279,400,000원에서 347,600,000원으로 증액됨에 따라 2019. 4. 15. C에게 증액분의 1/2에 해당하는 34,100,000원 $\{=(347,600,000\text{원} - 279,400,000\text{원}) \times 1/2\}$ 에 대하여(나머지 증액분에 대하여는 I공제조합이 발행한 계약보증서를 제출하였다) 원고 발행의 보증보험증권을 같은 달 19.까지 제출할 것을 재차 요청하는 통보서를 보냈으나 C은 이를 이행하지 아니하였다.

라. 이 사건 하도급계약의 해제 및 보험금 청구 등

1) 참가인은 2019. 4. 22. C이 위 다. 3), 4)항의 의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 C에게 이 사건 하도급계약 제52조 1항 3호, 2항 8호에 근거하여 계약해제 통보서를 발송하였고 그 무렵 C에게 도달되었다.

2) 참가인은 같은 날 원고에게 위와 같은 사유로 이 사건 하도급계약을 해제하여 보증사고가 발생하였음을 통보하면서 이 사건 특약에 근거하여 보험금 139,700,000원의 지급을 청구하였다.

3) 이에 원고는 2019. 11. 29. 참가인에게 이 사건 보증보험계약에 따라 보험금 139,700,000원을 지급하였다.

4) 이 사건 약관 제4조 제1항에 따라 원고가 공시하는 지연손해금 적용이율은 위 보험금 지급일 다음날(2019. 11. 30.)부터 30일이 되는 2019. 12. 29.까지는 연 6%로서 이에 따라 산정된 지연손해금은 688,931원 $(= 139,700,000\text{원} \times 0.06 \times 30/365)$ 이고, 그다음날부터 적용이율은 연 9%이다.

[인정근거: 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7호증, 14, 16, 18호증, 21, 28호증, 을 2, 4호증의 각 기재,

변론 전체의 취지]

2. 당사자들의 주장

가. 원고 및 참가인의 주장

- 1) 원고와 C은 참가인과 C 사이에 체결된 이 사건 하도급계약의 이행보증금에 관하여 이 사건 보증보험계약을 체결하였고, 피고는 C이 원고에 대하여 부담할 채무 전부에 대하여 연대보증을 하였다. C은 1, 2차 변경계약에 따른 계약이행보증 채무의 이행을 거절하였고, J에게 장비 사용료를 지급하지 않아 참가인을 상대로 압류·추심 명령이 발령되어 추심의 소가 제기되었다. 참가인은 2019. 4. 22. C이 이 사건 하도급계약 제48조의 기간 내에 계약이행보증을 하지 아니한 경우 및 제3자에 의한 강제집행으로 이 사건 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 경우에 해당함을 이유로 이 사건 하도급계약을 해제하였다. 이에 원고는 2019. 11. 29. 참가인의 청구에 따라 참가인에게 보험금 139,700,000원을 지급하였으므로, 피고는 원고에게 구상금 140,388,931원(= 보험금 139,700,000원 + 2019. 11. 30.부터 2019. 12. 29.까지 지연손해금 688,931원) 및 139,700,000원에 대하여 2019. 12. 30.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 약정에 따른 연 9%, 그다음 날부터 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%로 셈한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.
- 2) 참가인은 C에게 2차 변경계약 공사대금 전부에 대한 공사대금보증 의무를 이행하였다.

나. 피고의 주장

- 1) C은 참가인이 계약 해제를 통보한 시점까지 공정 순서상 피고가 진행할 수 있는 공사를 전부 이행하였다.
- 2) 참가인은 C과 J에 대한 장비사용료는 참가인이 지급 보류하고 있던 기성금에서 직접 지급하기로 합의하였고, 이와 같은 합의가 인정되지 않더라도 장비사용료에 대한 강제집행만으로 C이 이 사건 하도급계약을 이행할 수 없다고 인정할 수 없으므로, 이 사건 하도급계약은 해제되지 않았다.
- 3) C이 부담하는 계약이행보증 의무는 참가인의 공사대금보증 의무와 동시이행관계에 있는데, 참가인이 공사대금 보증을 하였다는 점을 인정할 증거가 없다.
- 4) C은 이 사건 하도급계약 제48조 제9항에 따라 공사대금의 10%에 대한 계약이행보증 의무를

부담할 뿐이고, 그렇지 아니하더라도 참가인이 C에게 공사대금의 20%를 계약이행보증금으로 요구한 것은 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제3조의4에 위반한 부당한 특약이므로 법에서 정한 10%를 초과한 약정은 무효인바, C은 계약이행보증의무를 전부 이행하였으므로, 이 사건 하도급계약은 해제되지 않았다.

5) C이 공사대금의 20%를 계약이행보증을 하여야 한다고 하더라도 변경계약에 대한 계약이행보증은 부수적 채무에 불과하므로 민법 제544조에 의한 해제가 불가능하며, C은 계약이행보증을 이행거절한 바 없으므로 참가인은 이 사건 하도급계약을 적법하게 해제하지 아니하였다.

3. 판단

가. 이 사건 보증보험계약의 보험사고

1) 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 계약이행보증보험에 있어서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 등 참조).

2) 앞서 본 기초사실, 앞서 인용한 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 보증보험계약 제3조 제1호는 이 사건 보증보험계약의 보험사고는 C이 정당한 이유 없이 주계약에서 정한 채무 또는 의무를 이행하지 아니한 때 발생한다고 정하면서, 제2호는 보험사고가 발생하여 원고가 보험금을 지급하기 위하여는 주계약이 해제될 것을 요하되, 그 해제는 보험기간 안에 있을 것을 요하지 않는다고 정하고 있는 점, ② 달리 주계약인 이 사건 하도급계약에서 보증보험의 보험기간 내에 해제되어야지 계약이행보증금 지급 의무가 발생한다고 정한 바 없는 점, ③ 이 사건 보증보험계약은 문언상 보험사고는 이 사건 하도급계약이 정한 채무 또는 의무를 이행하지 아니하여 계약의 이행이 불가능한 때에 발생한다는 점이 명백한 점에 비추어, 이 사건 보증보험계약의 보험사고는 C이 이 사건 하도급계약의 채무를 이행하지 아니한 때 발생한다고 볼 것이고, 계약의 해제까지 요한다고 볼 수는 없다.

나. 이 사건 하도급계약에 따른 계약이행보증금 지급 의무 발생

앞서 본 기초사실, 앞서 인용한 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 하도급계약에서 계약이행보증금은 위 하도급계약의 해제에 따라 그 지급 의무가 발생한다고 보아야 한다.

○ 계약이행보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이다.

○ 이 사건 특약은 '계약보증금은 위약벌로 하며 계약 위반시 공정률과 관계 없이 C은 참가인에게 계약보증금을 전액 납부하여야 한다'고 정하고 있으나, 계약이행보증금은 통상적으로 계약의 이행을 담보하기 위한 것이므로, '계약 위반시 이를 몰취한다'고 정하였더라도 이행지체와 같이 그 계약의 종국적 이행이 가능한 계약 위반이 있는 경우에도 계약이행보증금을 위약벌로써 몰취한다는 의미인지는 불분명하다.

○ 오히려 이 사건 하도급계약은 지체상금에 관하여 규정하면서도 계약이행보증금이 담보하는 손해에 지체상금이 포함된다는 규정을 마련하고 있지 아니한 점에 비추어, 위 계약이행보증금의 지급 의무가 발생하는 계약불이행 사유에 지체상금의 사유가 되는 이행지체가 포함되지 않는다고 보는 것이 합리적이다(또한, 이와 같이 담보하는 손해의 내용이 상이하므로, 계약이행보증금이 지체상금과 중첩적으로 손해를 배상하도록 정한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 하도급계약에 지체상금 규정이 존재한다는 사정만으로 계약이행보증금이 위약벌로서 성격을 지닌다고 볼 수도 없다).

○ 약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 해석하여야 하고, 고객보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한 해석하여야 한다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2009다79644 판결 등 참조).

○ 이 사건 하도급계약은 개별약정 사항이 기재된 표지 부분과 약관 형식의 본문 부분으로 구성되어 있다. 위 본문 부분의 제48조 제9항은 수급사업자는 원사업자에게 이 계약 표지에서 정한 금액으로 계약이행을 보증하며, 계약이행보증금은 다음 각호의 사항 등을 포함하여 계약불이행에 따른 손실에 해당하는 금액의 지급을 담보한다고 정하면서, 1호에서 '수급사업자의 교체에 따라 증가된 공사금액'을, 2호에서 '이 사건 하도급계약의 해제 이후 해당 공사를 완공하기 위해 후속 계약을

체결함에 있어서 소요되는 비용'을, 3호에서 '기존 수급사업자의 시공으로 인해 발생한 하자를 보수하기 위해 지출된 금액'을 들고 있는데(다만, 3호의 경우 하자보증금을 지급하거나 보증증권을 교부한 경우에는 그러하지 아니한다고 정한다), 위 각 호에서 말하는 계약불이행에 따른 손실 금액은 전부 이 사건 하도급계약의 계약관계가 해소될 것을 전제로 하고 있다. 따라서 이 사건 하도급계약이 해제되어야 계약이행보증금이 담보하는 손실 금액을 확정할 수 있으므로, 평균적으로 수급사업자로서는 위 조항에서 정한 계약이행보증금이 원사업자에게 지급되기 위하여는 이 사건 하도급계약이 해제될 것을 요한다고 이해된다. 또한, 참가인은 원고에게 이 사건 하도급계약의 해제가 적법하다고 주장하며 보험금을 청구하였고, 이 사건 소에서도 계속하여 해제가 적법하다고 주장하고 있으며, 피고 역시 해제의 부적법을 다투며 계약이행보증금 지급 의무가 없다고 주장하고 있는 점에 비추어 이 사건 하도급계약의 당사자들 역시 계약이행보증금의 지급 의무가 발생하여 보험금을 지급하기 위하여는 이 사건 하도급계약이 해제되어야 한다고 이해한 것으로 보인다.

○ 한편, 이와 달리 이 사건 하도급계약이 해제되지 아니하더라도 채무불이행만으로 계약이행보증금이 참가인에게 지급된다고 볼 경우에는, 이 사건 하도급계약에서 달리 계약이행보증금의 지급 의무 발생 사유가 되는 채무불이행을 정하고 있지 아니하여 계약이행보증금의 지급 의무 발생 사유가 지나치게 넓어져 수급사업자인 C에게 부당하게 불리하여 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관법'이라 한다) 제6조 제1항에 따라 효력이 없다.

○ 이 사건 하도급계약은 이 사건 특약 및 위 제48조 제9항 외에는 계약이행보증금의 지급 의무 발생에 관하여 아무런 규정을 마련하고 있지 않으나, 제44조 제1항에서 당사자의 합의가 없는 경우 관련 법령 또는 상관습에 의한다고 정하고 있다.

○ 이 사건 보증보험계약뿐만 아니라 일반적으로 보증보험계약 약관에서 주계약의 해제를 이행보증금의 보험사고 내지 지급요건으로 널리 규정하고 있는 것으로 보이는 점, 앞서 본 바와 같이 당사자들도 이 사건 하도급계약이 해제될 것을 전제로 하여 이행보증금 지급 의무 발생 여부에 관하여 다투었던 점, 이행보증금의 법적 성질은 구체적인 약정에 따라 정해지지만 일반적으로 계약불이행에 따른 손해를 담보하는 기능을 주안점으로 하는 제도인 점, 일반적으로 하도급계약에서 계약불이행에 따른 손해를 산정하기 위해서 주계약의 해제를 계약이행보증금 물취 조건으로 삼는 경우가 다수로

보이는 점에 비추어 주계약이 해제되는 경우에 계약이행보증금 지급의무가 발생하는 것이 건설하도급계약의 일반적 거래관행으로 보인다.

다. 이 사건 보증보험계약에 따른 보험청구권의 발생 조건 및 대위할 권리의 범위

1) 보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로 형식으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 보험약관의 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이다(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카25912 판결 등 참조).

2) 앞서 본 기초사실, 앞서 인용한 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 즉, ① 이 사건 보증보험계약의 상품설명서의 '약관 및 약정서 등 중요내용' 2. 다. 항은 보상하는 손해로 '보험계약자가 보험계약을 체결하여 보증받은 계약상 채무 또는 법령상 의무를 이행하지 아니하여 피보험자가 입은 손해'를 보상한다고 정하는 점, ② 달리 이 사건 보증보험계약에서 이 사건 하도급계약에 따른 손해액 외에 주계약에서의 계약이행보증금의 지급 의무 발생과 관계없이 계약이행보증금 전액을 참가인에게 지급하기로 약정한 바 없는 점, ③ 보증보험계약에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 민법의 규정이 준용되므로(상법 제726조의7), 보증보험자는 주채무자를 면책시킨 한도 내에서 그에 대한 권리를 대위할 수 있다고 할 것인 점에 비추어 이 사건 하도급계약이 해제되지 아니한 경우에 채무불이행에 따라 보험금이 지급된 경우 원고가 참가인을 대위할 수 있는 범위는 계약이행보증금 전액이 아닌 C의 의무 위반으로 참가인에게 발생한 실제 손해액으로 한정된다고 할 것이다.

라. 이 사건 계약에 의한 해제권의 법적 성질

1) 계약에 특별히 해제권 관련 조항을 둔 경우 이는 법정해제권을 주의적으로 규정한 것이거나 약정해제권을 유보한 것 등 다양한 의미가 있을 수 있다. 약정해제권을 유보한 경우에도 계약 목적 등을 고려하여 특별한 해제사유를 정해 두고자 하는 경우가 있고, 해제절차에 관하여 상당한 기간을

정한 최고 없이 해제할 수 있도록 한 경우 등도 있다. 당사자가 어떤 의사로 해제권 조항을 둔 것인지는 결국 의사해석의 문제로서, 계약체결의 목적, 해제권 조항을 둔 경위, 조항 자체의 문언 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험법칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결 등 참조).

2) 이 사건 하도급계약의 제52조의 내용은 표준하도급계약서와 동일하여 이에 대하여 당사자들이 별도의 협상을 통하여 계약 고유의 특수한 해제권을 규정하였다고 볼 수 없는 점, 위와 같은 제52조의 규정 내용은 법정해제 사유인 이행불능, 이행지체, 불완전이행의 내용을 표준적인 하도급계약의 내용에 따라 구체화한 것으로 보이고, 제52조 제5항에서 해제에 따른 손해배상을 규정하고 있어 그 법률효과도 법정해제의 경우와 다르지 않은 점 등에 비추어 이 사건 하도급계약 제52조는 법정해제권을 주의적으로 규정하면서 민법의 임의 규정에서 정한 바와 달리 그 행사방법을 정한 것에 불과하다고 할 것이다.

마. 이 사건 하도급계약 제52조 제1항 제2호 사유에 의한 계약 해제 적법 여부

1) 관련 법리 공사도급계약과 관련하여 체결되는 계약이행보증보험계약에서 보험사고에 해당하는 수급인의 계약상 채무불이행이 있는지 여부는 보험계약의 대상으로 약정된 도급공사의 공사금액, 공사기간, 공사내용 등을 기준으로 판정해야 한다(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카216 판결 참조). 수급인에 대하여 계약기간 중에 제3자에 의하여 가압류·가처분을 포함한 강제집행이 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 당해 계약의 이행이 그의 귀책사유로 불가능하게 되었다고 단정할 수는 없고, 강제집행 전후의 계약 이행 정도, 강제집행에 이르게 된 원인, 강제집행 절차 후의 영업의 계속 혹은 재개 여부, 당해 계약을 이행할 자금사정 기타 여건 등 제반 사정을 종합하여 계약의 이행불능 여부를 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 등 참조).

2) 이 사건의 경우 앞서 본 기초사실에 의하면, C이 J에 대한 장비사용료를 지급하지 아니하여 제3채무자를 참가인으로 하여 채권가압류 결정을 받은 후 가압류가 본압류로 이전되어 2019. 3. 25. 참가인을 상대로 추심의 소가 제기된 사실, 이에 참가인이 C에게 2019. 4. 18.까지 J에 대한 채무를 변제할 것을 요구하였던 사실이 각 인정된다. 그러나 갑 제10, 12, 13, 19, 28호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 원고가 제출한 갑 제10, 12,

19호증만으로는 C이 이 사건 하도급계약을 해제하기 전에 제3자의 강제집행으로 인하여 이 사건 하도급계약을 이행할 수 없는 상태에 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

○ 위 J의 채권은 그 채권압류 및 추심명령의 청구금액이 14,085,244원에 불과하였고, 그 외에 이 사건 하도급계약 해제 전에 다른 가압류 등 강제집행이 있었다는 점을 인정할 아무런 자료가 없다[제3채무자를 참가인으로 하여 발령된 채권자 K의 채권가압류명령(인천지방법원 부천지원 2019카단1048), 주식회사 N의 채권압류 및 추심명령(의정부지방법원 고양지원 2019타채37065)은 모두 이 사건 하도급계약의 해제 통보 이후에 발령되었다].

○ 원고와 참가인은 C이 장비업자, 노무자들과 분쟁으로 인하여 사실상 공사를 진행하지 못하였고, C의 노무자들과 장비업자들이 참가인의 공사현장에 찾아와 난동을 피웠다고 주장하나, 참가인이 C에게 발송한 2019. 4. 26.자 공문(갑 제12호증)에 의하면 이 사건 하도급계약 해제 다음 날인 2019. 4. 23. 가시설해체공 노무비 지급을 구하는 노무자들이 참가인의 공사현장에 방문한 사실만 인정될 뿐이고, 그 이전에 노무자들이 현장에서 난동을 피워 공사 진행에 방해로 준 사정을 인정할 아무런 자료가 없으며, 갑 제10호증만으로 원고 및 참가인의 주장과 같이 C이 공사를 사실상 진행할 수 없었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

바. 이 사건 하도급계약 제52조 제2항 제8호 사유에 의한 계약 해제 적법 여부

1) C의 계약이행보증 의무의 범위 가) 이 사건 하도급계약의 해석

약관법 제4조는 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 합의 사항은 약관보다 우선한다고 정한다. 이 사건 하도급계약은

표준하도급계약서의 약관 부분과 표지 또는 별지의 개별약정 부분으로 구성되어 있는데, 이 사건 하도급계약은 별지에서 변경계약 1차, 2차의 계약보증금을 공사대금의 20%에 해당하는 금액으로

정하고 있고, 약관인 제48조 제9항 단서는 계약이행보증금액이 하도급법 등 관련법령에서 정한

내용보다 수급사업자에게 불리한 때에는 하도급법 등에서 정한 바에 따른다고 정하는바, 위

관련법리에 비추어 개별약정이 우선하므로 이 사건 하도급계약에 따른 계약이행보증금은 공사대금의 20%로 봄이 타당하다.

나) 하도급법 제3조의4의 해석

○ 구 하도급법(2019. 4. 30. 법률 제16415호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조의4 제1항은 그 규정에 위반된 약정의 효력에 관하여 아무런 규정을 두지 않는 반면 그 규정을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 규정 위반행위 중 일정한 경우만을 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이므로, 위 규정은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자 간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결 등 참조).

○ 이 사건 하도급계약의 약정이 구 하도급법 제3조의4에서 말하는 부당한 특약에 해당한다고 하더라도, 앞서 본 법리에 비추어 구 하도급 제3조의4가 강행규정으로써 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 수 없으므로 10%를 초과하는 부분의 약정이 무효라는 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

다) 소결론

C은 참가인에 대하여 공사대금의 20%에 해당하는 계약이행보증을 이행할 의무를 진다.

2) 해제의 적법 여부 가) 앞서 본 기초사실, 앞서 인용한 증거들, 갑 제23, 27호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정에 의하면 이 사건 하도급계약의 해제는 부적법하다.

○ 이 사건 하도급계약 제52조 제2항 제8호는 원사업자나 수급업자가 제48조의 기간 내에 대금지급보증이나 계약이행보증을 하지 아니한 경우를 해제 사유로 규정하면서, 제2항 본문에서는 상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 서면으로 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 이 사건 하도급 계약의 전부 또는 일부를 해제할 수 있다고 정하고, 단서에서는 이행거절의 경우, 기한 내에 채무를 이행하여야만 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 최고 없이 해제할 수 있다고 정하고 있다.

○ 이 사건 하도급계약 제48조 제1항은 원사업자는 계약체결일로부터 30일 이내에 수급사업자에게 계약금액의 지급을 보증하며, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액으로 계약이행을 보증한다고 정하고, 같은 조 제6항은 원사업자가 공사대금 지급보증을 하지 아니하는 경우에는 수급사업자는 계약이행을 보증하지 아니한다고 정하며, 제7항은 수급사업자의

계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 원사업자가 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 행사할 수 없다고 정하므로, 원사업자인 참가인의 공사대금 지급보증 의무와 수급사업자인 C의 계약이행보증 의무는 동시이행관계에 있다고 할 것이다.

○ 참가인은 2019. 4. 12. P공제조합과 최초 공사대금 지급보증에 대한 추가보증계약을 체결하여 2차 변경계약에 관한 공사대금 지급보증을 하였다. 참가인은 2019. 4. 15. C에게 2019. 4. 19.까지 2차 변경계약에 대한 계약이행증권을 제출할 것을 최고하였고, C은 2019. 4. 18. 참가인에게 '자금사정압박으로 인한 회사의 신용도하락 및 변경된 대표이사의 담보물 부재로 인해 계약이행증권을 발행하지 못하고 있으며, 자금사정이 해소되는 즉시 증권을 발행하도록 하겠다'고 답변하였으며, 이에 참가인은 2019. 4. 22. C에 이 사건 하도급계약 제52조 제2항 제8호에 따라 이 사건 하도급계약을 해제한다는 뜻이 담긴 통보서를 발송하였고 같은 날 위 통보서는 C에 도달하였다.

○ 이 사건 하도급계약의 규정에 비추어 C의 제2차 변경계약에 따른 계약이행보증 의무는 특별한 사정이 없는 한 이 사건 하도급계약의 주된 의무로서 해제사유를 구성한다고 보아야 할 것이고, 참가인이 2019. 4. 12. 공사대금 지급보증을 이행함으로써 그 이행기가 도래하였다고 할 것이다.

○ 그러나 이 사건 하도급계약 제52조 제2항에 의하면, 계약이행보증 미이행을 이유로 이 사건 하도급계약을 해제하기 위해서는 1개월 이상의 기간을 정하여 그 이행을 최고하여야 하는데, 참가인은 2019. 4. 15. 그 이행을 최고한 뒤 그로부터 1주일 후인 2019. 4. 22. 이 사건 하도급계약의 해제를 통보하였으므로, 이 사건 하도급계약이 정한 상당한 기간을 정하여 최고하였다고 볼 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 하도급계약의 해제 역시 부적법하다.

나) 채무불이행에 의한 계약해제에 있어 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우로서 이른바 '이행거절'로 인한 계약해제의 경우에는 상대방의 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다9463 판결 참조) 이행지체 시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있는바, 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시나 그 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위하여는 그 거절의사가 정황상 분명하게 인정되어야 한다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다22971 판결 등 참조). 원고가 제출한 갑 제27호증만으로는 C이 계약이행보증 의무의 이행을 거절하였다는 점을

인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고 및 참가인의 위 주장은 이유가 없다.

사. 소결론

앞서 본 바와 같이 이 사건 하도급계약의 계약이행보증금은 위약벌이라고 볼 수 없고, 위 하도급계약이 해제되지 아니한 이상 C의 참가인에 대한 계약이행보증금 지급 의무가 발생하였다고 볼 수 없다. 따라서 원고가 이 사건 보증보험계약에 따라 참가인에게 보험금을 지급하였다고 하더라도 피고를 상대로 계약이행보증금 전액을 구상할 수 없으며 C의 계약 위반에 따라 실제 참가인에게 발생한 손해액을 주장·증명하여야 할 것인데, 그 실제 손해액을 인정할 아무런 증거가 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사노태현

판사김창현

판사강영훈

1) 이하 '해제'라고만 한다.