

광주고등법원 2016. 11. 4 선고 2015나15251 판결 [이행보증금지급청구]

재판경과

광주고등법원 2016. 11. 4 선고 2015나15251 판결

광주지방법원 2015. 10. 29 선고 2014가합50786 판결

전문

원고, 항소인 겸 피항소인주식회사 문장건설

피고, 피항소인 겸 항소인전문건설공제조합

변론종결 2016. 9. 23.

판결 선고 2016. 11. 4.

제1심판결 광주지방법원 2015. 10. 29. 선고 2014가합50786 판결

주문

1. 제1심 판결 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소부분을 취소한다.
피고는 원고에게 128,146,442원 및 이에 대하여 2013. 5. 25.부터 2016. 11. 4.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 항소와 피고의 항소를 각 기각한다.
3. 소송총비용 중 40%는 원고가, 나머지 60%는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항의 금원지급부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 547,000,000원 및 이에 대하여 2013. 3. 22.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

항 소 취 지

원고 : 제1심 판결 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소부분을 취소한다.

피고는 원고에게 378,781,678원 및 이에 대하여 2013. 5. 25.부터 제1심 판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

피고 : 제1심 판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

가. 원도급계약 및 이 사건 1차 하도급계약의 체결

1) 원고는 2012. 1. 12. 소외 주식회사 하나건설(이하 '하나건설'이라고 한다)로부터 'A 신축공사 중 건축공사'(이하 '이 사건 원도급공사'라고 한다)를 계약금액 56,423,101,000원, 공사기간 2012. 1. 20.부터 2014. 1. 31.까지로 정하여 도급받았다.

2) 이후 원고는 2012. 5. 11. 소외 주식회사 B(이하 'B'이라고 한다)에게 위 공사 중 철근콘크리트공사(1공구)(이하 '이 사건 공사'라고 한다)를 계약금액 5,470,000,000원, 공사기간 2012. 5. 11.부터 2013. 4. 30.까지로 정하여 하도급 주었다(이하 '이 사건 1차 하도급계약'이라고 한다).

나. 이 사건 보증계약의 체결

피고는 2012. 5. 21. B과 이 사건 1차 하도급계약에 관하여 보증금액 547,000,000원, 보증채권자 원고, 보증기간 2012. 5. 11.부터 2013. 4. 30.까지로 정하여 B이 위 공사 계약채무를 불이행하여

계약이 해제 또는 해지되었을 경우 피고가 보증금액 범위 내에서 주계약 또는 관계 법령으로 정한 금액의 지급을 보증하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라고 한다)을 체결하였다.

다. B의 공사 중단 및 이 사건 1차 하도급계약의 해지

- 1) B은 이 사건 공사를 수행하던 중 2013. 2.경부터 공사현장의 근로자들에게 임금을 지급하지 아니하여 2013. 2. 7. 공사가 중단되었고, 원고가 2013. 2. 7., 2013. 2. 12., 2013. 2. 15. B에게 공사의 재개를 요구하였으나 B은 이에 응하지 않았다.
- 2) 이에 원고는 2013. 2. 20. B에게 노임 미지급 및 공사 중단을 이유로 이 사건 1차 하도급계약의 해지를 통보하였고, 원고와 B은 2013. 2. 21. 타절·정산금액을 3,497,000,000원, 나머지 공사 포기금액을 1,973,000,000원으로 정하여 이 사건 공사를 포기한다는 내용의 공사포기 및 정산합의 각서를 작성하였으며, 이에 따라 이 사건 1차 하도급계약은 2013. 2. 21. 해지되었다.

라. 이 사건 2차 하도급계약의 체결 및 계약 변경

- 1) 원고는 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 후속업체 입찰을 실시하였고, 2013. 3. 26. 주식회사 우룡건설(이하 '우룡건설'이라고 한다)에게 위 공사의 잔여부분을 계약금액 2,700,000,000원, 공사기간 2013. 3. 26.부터 2013. 7. 30.까지로 정하여 하도급 주었다.
- 2) 이후 원고, 하나건설, 우룡건설은 2013. 7. 1. 위 공사의 잔여부분을 원고가 80.37%, 하나건설이 19.63%의 각 비율로 우룡건설에게 하도급 주고, 공사기간을 2013. 3. 26.부터 2013. 10. 31.까지로 변경하였다.
- 3) 원고, 하나건설, 우룡건설은 다시 2014. 2. 26. 공동도급비율을 원고가 85.12%, 하나건설이 14.88%로 변경하였다[이하 위 1) 내지 3)항의 계약을 통틀어 '이 사건 2차 하도급계약'이라고 한다].
- 4) 원고, 하나건설, 우룡건설은 2014. 2. 26. 이 사건 2차 하도급계약의 계약금액을 2,700,000,000원에서 2,688,000,000원으로 감액하여 정산하기로 하였고, 우룡건설에게, 원고는 2013. 4. 30.부터 2014. 5. 22.까지 2,288,000,000원을, 하나건설은 2013. 8. 30.부터 2013. 11. 29.까지 400,000,000원을 각 지급하였다.

마. 원고의 피고에 대한 보증금 지급청구

원고는 2013. 5. 24. 피고에게 이 사건 1차 하도급계약에 관한 하도급계약서, 계약보증서, 공사포기 및 정산합의 각서 등의 자료를 첨부하여 727,000,000원(= 이 사건 2차 하도급 계약금액 2,700,000,000원 - B의 공사 포기금액 1,973,000,000원)이 원고의 손해액에 해당한다면서 이 사건 보증계약에 기한 보증금의 지급을 청구하였다.

바. C에 대한 형사판결 및 확정

한편 이 사건 공사를 실질적으로 시공한 C는 2014. 4. 23. 부산지방법원에서 "B 대표이사 D로부터 건설업등록증을 대여받아 B 명의로 이 사건 공사를 시공했다"는 범죄사실에 대해 건설산업기본법위반죄로 유죄판결(벌금 300만 원)을 선고받았고, 그 무렵 위 판결이 확정되었다. [인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 6, 16, 17, 32호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 보증책임의 발생

가. 청구원인에 관한 판단

갑 제2호증의 7의 기재에 의하면, 이 사건 보증계약의 약관 제1조 제2항은 "보증기간 내의 계약불이행으로 인한 도급계약의 해제 또는 해지"를 보증사고로 규정하고 있는데, B이 이 사건 공사를 수행하던 중 공사를 포기하여 원고가 이 사건 1차 하도급계약을 해지한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에서 정한 바에 따라 보증금을 지급할 책임이 있다.

나. 피고의 주장에 관한 판단

1) 이 사건 보증계약의 취소로 원고에게 대항할 수 있는지 여부 가) 피고의 주장 요지
이 사건 1차 하도급계약의 계약자 및 시공자는 실제로는 B이 아니고 B의 명의를 대여받은 C인데, 이 사건 보증계약을 체결함에 있어 마치 B이 원고와 이 사건 1차 하도급계약을 체결한 것처럼 원고를 속인 B의 행위는 고의로 이 사건 보증계약에 관한 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 허위로 고지한 기망행위에 해당하고, 원고는 B과 C 사이의 명의대여 관계를 알았거나 알 수 있었으므로, 기망 및 법률행위의 중요부분에 대한 착오를 이유로 이 사건 답변서의 송달로써 이 사건 보증계약을 취소한다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에서 정한 보증금을 지급할 의무가 없다.

나) 판단

C가 B의 명의를 대여받아 이 사건 공사를 수행한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편 갑 제1, 2, 5, 12, 19, 27 내지 31호증의 각 기재, 제1심 증인 C의 일부 증언, 제1심 증인 E, F의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 제1심 증인 C의 일부 증언만으로는 원고가 이 사건 1차 하도급계약 체결 당시 또는 이 사건 보증계약 체결 당시 위와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① C는 2012. 4. 초순경 친분이 있던 원고의 직원인 소외 F에게 자신이 B에서 일을 한다고 하면서 B를 이 사건 1차 하도급계약 업체 선정을 위한 현장설명에 참여시켜 달라는 부탁을 하였고, 이에 F은 C에게 B이 현장설명에 참여할 수 있도록 안내하여 주었을 뿐 B와 C 사이의 명의대여 관계를 알지 못하였던 것으로 보일 뿐만 아니라, F은 주로 공사현장을 돌아다니면서 원고의 현장소장으로 근무하고 있고 2012. 4. 초순경에는 원고의 익산시 아파트 신축 공사현장의 현장소장으로 근무하고 있어 이 사건 1차 하도급계약의 체결에 관여할 지위에 있지 않았다.

② 이 사건 1차 하도급계약 체결 과정에서 2012. 4. 17. B 명의로 견적서가 제출되었고, 원고의 계약체결 담당 직원인 소외 E은 B의 공사 수행능력을 파악하기 위하여 2012. 5. 4. 부산에 있는 B의 사무실을 직접 방문하여 B의 대표이사인 소외 D을 면담하였고, 2012. 5. 7.에는 원고의 사무실로 찾아온 D과 재차 면담하였으며, 이후 이 사건 1차 하도급계약은 2012. 5. 11. B 명의로 체결되었는데, C가 계약금액의 결정, 계약서 작성에 관하여 원고 측과 협상하는 등 이 사건 1차 하도급계약 체결에 직접적으로 관여하지 않았던 사정에 비추어, E 또한 C가 B로부터 명의를 대여받아 이 사건 공사를 시공한다는 사실을 알지 못하였던 것으로 보인다.

③ 이 사건 공사의 기성금을 C가 아니라 B 명의로 수령하였고, B이 2013. 1. 22. 원고에게 선급금 명목으로 200,000,000원을 추가로 청구함에 있어 D이 이를 연대보증하여 2013. 1. 31. 원고로부터 100,000,000원을 수령하였으며, 원고는 인부들에 대한 노임 미지급으로 인하여 2013. 2. 5.경부터 이 사건 공사가 중단되자 C가 아니라 B에게 노임지급 문제를 해결할 것을 수차례 요구하는 등 이 사건 1차 하도급계약이 해지되기 직전까지 C가 아닌 B 및 그 대표이사인 D이

공사대금의 지급이나 이 사건 공사에 관한 의사표시의 상대방이 되었던 사정에 비추어, 원고는 B이 이 사건 공사를 시공하고 있는 것으로 인식하였던 것으로 보인다.

④ 이 사건 공사에 관한 원고의 현장소장인 소외 G은 이 사건 1차 하도급계약 체결 후 약 3, 4개월 후에야 C가 실질적으로 이 사건 공사를 시공하는 것을 보고 C와 B 사이의 명의대여 관계를 알게 된 것일 뿐, 이 사건 1차 하도급계약 체결 당시부터 그 명의대여 관계를 알았던 것은 아니다.

2) 이 사건 보증계약의 효력 상실 여부 가) 피고의 주장 요지

이 사건 1차 하도급계약의 주된 내용인 하수급인이 B에서 C로 변경되어 이 사건 하도급계약은 실질적으로 그 동일성을 상실하였으므로, 이 사건 보증계약은 그 약관 제8조 제2항에 의하여 그 효력을 상실하였다.

나) 판단

갑 제2호증의 7의 기재에 의하면, 이 사건 보증계약의 약관 제8조 제2항 제2호는 계약의 주된 내용이 변경되어 동일성이 인정되지 않는 경우 보증계약의 효력이 상실된다고 규정하고 있는바, 하도급계약에 있어서 실제 하수급인이 누구인지는 계약의 주된 내용에 해당하고 하수급인이 변경되면 계약의 동일성이 인정되지 않는다고 할 것이나, 앞서 살펴 본 바와 같이 이 사건 1차 하도급계약은 처음부터 C가 B로부터 명의를 대여받아 B 명의로 체결된 것이지 계약 체결 후 하수급인의 지위에 변경이 발생한 것이 아니어서 하수급인이 중간에 변경됨으로써 그 동일성을 상실한 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 보증책임의 범위

가. 손해의 범위에 관한 판단

1) 증가된 공사비용 관련 손해 가) 당사자의 주장

(1) 원고의 주장 요지

B이 이 사건 공사를 포기하여 원고가 B과 이 사건 공사를 타절·정산하고 이 사건 1차 하도급계약을 해지하였는바, 원고는 B의 공사 포기금액 1,973,000,000원과 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 이 사건 2차 하도급계약의 계약금액 2,700,000,000원의 차액인 727,000,000원(= 2,700,000,000원 - 1,973,000,000원)의 손해를 입었으므로, 피고는 원고에게 이 사건

보증계약에서 정한 보증금액의 한도인 547,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장 요지

① 원고는 스스로 잔여부분 예상 공사금액을 1,995,146,000원으로 책정하였는바, 이는 이 사건 1차 하도급계약의 당초 잔여공사비 1,973,000,000원 대비 22,146,000원이 증가된 것에 불과하고, 원고는 우룡건설에게 이 사건 공사의 잔여공사 도급금액 2,700,000,000원 중 2,170,000,000원(원고의 지분 80.37% 근사치) 상당의 공사를 하도급한 것이므로 원고의 손해액은 197,000,000원(= 2,170,000,000원 - 1,973,000,000원)에 불과하다.

② 원고는 이 사건 1차 하도급계약 해지 후 2개월이 경과된 2013. 4. 22. 설계변경에 따라 이 사건 원도급공사의 도급인인 하나건설과 이 사건 원도급공사의 계약금액을 56,423,101,000원에서 69,447,795,000원으로 약 23% 증액(13,024,694,000원 증액)하였으므로, 이 사건 공사의 잔여부분 공사에 대해서도 동일한 비율로 설계변경이 반영되어야 한다. 따라서 B이 포기한 이 사건 공사의 잔여부분 공사비는 2,426,790,000원(= 1,973,000,000원 × 1.23)이라고 볼 것인데, 원고는 스스로 잔여부분 공사비를 이보다 적은 1,995,146,000원으로 책정하였고, 그렇지 않다고 하더라도 원고가 우룡건설에게 지급할 의무가 있는 원고의 지분비율에 해당하는 금액 2,160,345,600원(= 2,688,000,000원 × 0.8037)도 위 2,426,790,000원보다 적어 원고는 손해가 없다.

③ 이 사건 공사의 잔여부분 공사에 관하여 신규물량의 증가로 인하여 공사대금이 149,413,088원 증가되었는데, 이는 수급인의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어려우므로, 원고가 이 사건 1차 하도급계약의 해지로 인하여 입은 손해액에서 위 금액이 공제되어야 한다.

나) 판단

(1) 증가된 공사비에 관하여

(가) 도급계약에 그 도급계약을 이행보증한 보증서의 보증금액을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 없는 경우, 수급인의 채무불이행으로 인하여 도급계약이 해제되었다고 하여 곧 보증서의 계약보증금을 위약벌이나 손해배상예정액으로 보아 계약보증을 한

건설공제조합에 대하여 곧바로 그 보증금액의 전액을 청구할 수는 없고, 도급인은 수급인의 구체적인 손해배상채무의 존재와 그 채무액을 입증하여 그 범위 안에서 위 보증서의 보증금액을 청구할 수 있을 뿐이다(대법원 2000. 10. 27. 선고 99다17357 판결 등 참조).

(나) 이 사건에 관하여 보건대, 원고가 이 사건 공사의 잔여부분을 완성하기 위해 우룡건설과 이 사건 2차 하도급계약을 체결하고, 우룡건설에게 공사대금 2,288,000,000원(감액된 대금 2,688,000,000원 중 원고의 지분비율 85.12%¹⁾에서 십만원 미만 절사한 금액)을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 공사의 잔여부분을 완성하기 위해 증가된 공사비용으로 인한 원고의 손해는 일응 위 2,288,000,000원에서 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 잔여 공사부분에 대한 공사비 1,973,000,000원의 차액인 315,000,000원(= 2,288,000,000원 - 1,973,000,000원)이다.

피고는 위 금액이 합리적 범위 내의 손해라고 볼 수 없다는 취지로 주장하나, 원고가 2013. 2. 12. 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 예상 공사금액을 1,995,146,000원으로 산정한 것은 이 사건 2차 하도급계약을 체결하기 전에 잔여부분의 공사비를 대략적으로 계산한 추정치에 불과한 점(을 제4호증), 원고가 입찰을 통하여 우룡건설과 이 사건 2차 하도급계약을 체결한 점, 원고는 당초 공사포기금액 대비 15.96%{= (2,288,000,000원 - 1,973,000,000원) / 1,973,000,000원} 증액된 공사비를 추가로 지출하였는데 이는 이 사건 공사규모와 공사기간 등에 비추어 과도한 것으로 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 이 사건 원도급공사의 설계변경 관련 주장에 관하여

갑 제17호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 이 사건 원도급공사의 계약금액이 이 사건 1차 하도급계약의 해지 이후인 2013. 4. 22. 당초 56,423,101,000원에서 69,447,795,000원으로 변경되어 계약금액이 약 23% 증액된 사실이 인정되기는 하나, 이 사건 원도급공사의 계약금액이 증액되었다는 사정만으로 원도급공사의 여러 공종 중 철근콘크리트공사 부분에 한정된 이 사건 공사에 관하여도 설계변경이 발생하여 위 23%의 비율만큼 공사비가 증가하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 공사에 관하여 23%의 비율만큼의 설계변경이 발생하였음을 전제로 한 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 신규물량 증가액 공제에 관하여

(가) 도급인이 미시공 부분에 대하여 다른 수급인과 공사계약을 체결하면서 종전 공사도급계약의 내용과는 다르게 물량 증가 등의 설계변경이 이루어짐으로써 발생하는 공사비 순증가액은 종전 수급인의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.

(나) 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제13, 15호증의 각 기재에 의하면, 아래 표 기재와 같이 우룡건설이 이 사건 공사의 잔여부분을 시공하면서 이 사건 공사의 일부 품목에 관한 물량이 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 남아있던 것보다 증가되었고, 증가된 수량에 이 사건 2차 하도급계약에서 정한 각 품목별 단가를 곱하여 합산한 금액이 21,892,900원인 사실이 인정되는바, 그 중 원고의 지분비율에 해당하는 18,635,236원(= 21,892,900원 × 0.8512, 원 미만 버림)은 B의 계약 불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.

(아파트)
철근가공조립
(부대시설)
유로폼
합판거푸집
강동바리설치해체
문양거푸집설치
레미콘타설
(안전시설물설치)
수직보호망설치
합계

한편, 피고는 위 표 기재의 품목들 외에 별지 표 기재 품목들에 대하여도 물량 증가에 따라 공사비가 증액되었다고 주장하나, 그 품목들은 수량의 변동 없이 재료비 내지 노무비 단가의 변화로 인하여 전반적으로 공사비가 증액된 것으로 보이는바, 그 증가액은 합계 30,017,200원(= 213,751,300원 - 183,734,100원)으로 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 정한 이 사건 공사의 잔여부분에 관한

공사비 1,973,000,000원의 약 1.52% 정도에 불과하여 큰 비중을 차지하지는 않는 점에 비추어, B이 공사를 마무리했다면 이를 반영하여 공사금액을 증액하였을 것으로 보이지는 않으므로, 이 부분 피고의 주장은 이유 없다.

(4) 소결

결국 이 부분과 관련된 원고의 손해는 이 사건 보증계약의 보증범위 내인 296,364,764원(= 315,000,000원 - 18,635,236원) 및 이에 대한 지연손해금이다.

2) 대위변제로 인한 손해 여부 가) 원고의 주장 요지

원고는 B이 부담하여야 할 자재비 등을 대납하여 578,000,000원의 손해를 입었으므로, 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에서 정한 보증금액의 한도인 547,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 판단

살피건대, 갑 제11호증의 기재에 의하면 원고가 이 사건 공사에 관하여 B이 부담하여야 할 가설재, 낙하물방지망, 컨테이너 임대, 지게차 임대, 펌프카 임대, 유로폼에 관한 비용 합계 288,722,600원과 노무비 619,344,420원을 합한 908,067,020원을 공사업자 등에게 지급한 사실이 인정되기는 하나, 원고가 이 사건 공사의 원활한 진행을 위하여 B을 대신하여 위 자재비 및 노무비 등의 채무를 변제하였다고 하더라도, 그로써 B이 원고에 대하여 구상채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 그와 같은 대위변제로 인하여 원고가 입었다는 손해가 B의 이 사건 1차 하도급계약상의 의무불이행으로 인한 손해는 아니라고 할 것이므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피고의 상계항변에 관한 판단

1) 미지급 공사대금으로 인한 상계주장에 관하여 가) 피고는, B의 실제 기성금액이 4,371,250,000원²⁾ 또는 3,774,000,000원인데 그 중 3,165,000,000원만을 지급받았으므로 그 차액인 1,206,250,000원 또는 609,000,000원의 공사대금채권으로 원고의 피고에 대한 계약보증금채권과 대등액에서 상계한다고 주장하고, 그렇지 않다고 하더라도 타절·정산금 3,497,000,000원에서 지급금 3,165,000,000원을 공제한 332,000,000원의 공사대금채권으로

대등액에서 상계한다고 주장한다.

나) 살피건대, 원고와 B은 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 B이 시공한 부분에 대한 공사비를 3,497,000,000원으로 정하여 타절·정산한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이를 초과하는 기성금액에 대한 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

한편, 근로기준법 제44조의 3 제1항 제3호, 제3항은 "하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상수급인에게 알려주고, 직상수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우 직상수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 하고, 이에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다"고 규정하고 있는데, 갑 제2, 11, 19, 21, 26호증의 각 기재, 제1심 증인 C, F의 각 증언에 의하면, 원고는 B이 2012. 12.부터 이 사건 공사에 관하여 인부들에 대한 노임을 지급하지 아니하여 인부들로부터 노임지급을 요구받았고, 원고는 B에게 노임지급 문제를 해결할 것을 수차례 요청하면서 B의 대표이사인 D에게 연락을 시도하였으나 D은 원고로부터 기성금으로 지급받은 600,000,000원을 횡령한 채 잠적하여 노임이 지급되지 아니하였으며, 이에 따라 2013. 2. 5.경부터 인부들이 작업을 거부하여 이 사건 공사가 중단된 사실, 원고와 B은 2013. 2. 21. 이 사건 1차 하도급계약을 해지하고 타절·정산하였고, 원고는 2012. 7. 27.부터 2013. 1. 31.까지 타절·정산합의에 따라 B에게 지급하여야 할 공사대금 3,497,000,000원 중 3,165,000,000원을 기성금 및 선급금으로 지급한 사실, 원고는 이 사건 1차 하도급계약 해지 이후인 2013. 2. 13.부터 2013. 3. 6.까지 원고가 B에게 기지급한 3,165,000,000원의 공사대금 외에 이 사건 공사에 관하여 B이 지급하여야 할 노임 합계 407,822,052원(= 2013. 2. 13. 20,545,000원 + 2013. 2. 21. 14,962,000원 + 2013. 2. 28. 229,910,000원 + 2013. 3. 6. 142,405,052원)을 인부들에게 직접 지급한 사실, 피고는 2013. 3. 5. 원고에게 B의 원고에 대한 기성금채권으로 원고의 피고에 대한 보증금채권을 상계한다는 취지의 상계통보를 발송하였으나, 위 상계통보는 원고가 인부들에게 노임으로 합계 407,822,052원을

지급한 후인 2013. 3. 7. 원고에게 도달한 사실이 인정되는바, 위와 같이 이 사건 공사가 중단된 경위에 비추어 보면, D이 상당한 금액인 600,000,000원의 기성금을 횡령하여 잠적함에 따라 B은 실질적으로 노임지급 문제를 해결하기 불가능한 상황이었던 것으로 보이고, 이로 인하여 이 사건 공사가 중단된 지 약 2주 만에 이 사건 1차 하도급계약이 해지된 것으로 보이므로, B이 인부들에 대하여 노임을 지급하지 못하게 된 사정은 근로기준법 제44조의 3 제1항 제3호에서 정한 "직상수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우"에 해당하는 것으로 봄이 타당하다.

다) 결국 원고가 이 사건 1차 하도급계약 해지 시인 2013. 2. 21.까지 B에게 미지급한 332,000,000원(= 3,497,000,000원 - 3,165,000,000원)의 공사대금채무는 원고가 피고로부터 위 상계통보를 받은 날인 2013. 3. 7. 이전에 인부들에게 노임으로 합계 407,822,052원을 직접 지급함으로써 소멸되었다고 할 것이므로, 원고가 B에게 이 사건 공사에 관하여 미지급한 공사대금은 존재하지 않는다.

라) 이에 대하여 피고는, 원고가 인부들에게 노임을 직접 지급한 부분은 "B의 하도급계약상의 채무불이행으로 인한 원고의 손해"에 포함되지 않아 이 사건 보증계약의 보증범위에 포함되지 않으므로 이로써 피고에게 대항할 수 없다고 주장하나, 원고는 피고를 상대로 위 직접지급 노임을 손해배상으로 구하는 것이 아니라 피고가 자동채권으로 주장하는 B의 공사대금채무의 소멸사유로 주장하고 있을 뿐이므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 유로폼 사용료로 인한 상계주장에 관하여 피고는, B이 소외 주식회사 태정(이하 '태정'이라고 한다)에게 유로폼(거푸집) 매매대금으로 517,000,000원 중 380,000,000원을 지급하고 태정으로부터 유로폼을 구매하여 위 유로폼 중 380,000,000원에 해당하는 부분에 대한 소유권이 있으므로 이에 대한 정산이 필요한데, 원고는 우룡건설로 하여금 위 유로폼을 사용하게 하였으므로 B에게 이에 대한 사용료를 지급할 의무가 있는바, 원고의 피고에 대한 계약보증금채권과 B의 원고에 대한 위 380,000,000원의 사용료 채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제9호증의 기재에 의하면 B은 2012. 7. 18. 태정과 유로폼을 517,000,000원에 매수하는 내용의 물품매매계약을 체결하였는데, 그 물품매매계약서에 물품대금 전부의 지급이

완료될 때까지 물품에 대한 소유권이 태정에게 있다는 취지의 소유권 유보 조항(제6조)이 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, B이 태정에게 유로폼 매매대금으로 380,000,000원을 지급하였다고 하더라도, B이 517,000,000원의 매매대금 전부를 지급하지 아니한 이상 유로폼 중 위 380,000,000원에 해당하는 부분도 여전히 태정의 소유라고 할 것이다. 또한 갑 제10호증의 기재에 의하면 원고는 2013. 5. 30. 태정과 원고가 위 유로폼의 미지급대금 합의금액으로 태정에게 110,000,000원을 지급하고, 소유자인 태정이 위 유로폼의 사용을 허락하는 취지의 합의를 한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 원고가 유로폼의 소유자인 태정으로부터 사용허락을 받은 이상 원고가 B과의 관계에서 피고가 주장하는 유로폼에 관한 사용료를 지급할 의무가 있다고 보기 어려우므로, 원고가 B에게 유로폼 사용료를 지급할 의무가 있음을 전제로 한 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

다. 소결

따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금액 547,000,000원의 범위 내인 296,364,764원 및 이에 대하여 보증금 청구일 다음날인 2013. 5. 25.부터 제1심 인용금액인 168,218,322원에 대해서는 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 제1심 판결 선고일인 2015. 10. 29.까지, 당심에서 추가로 지급을 명하는 128,146,442원(= 296,364,764원 - 168,218,322원)에 대해서는 당심 판결 선고일인 2016. 11. 4.까지는 각 민법이 규정한 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 규정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결의 원고 패소부분 중 이와 결론을 일부 달리한 부분은 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고, 피고에게 당심에서 추가로 인정한 위 금액의 지급을 명하며, 제1심 판결 중 나머지 부분은 정당하므로 원고의 나머지 항소와 피고의 항소는 각 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박병철

판사임형태

판사최현정

별지

1) 피고는 원고의 지분비율이 80.37%라고 주장하나, 원고가 당심에서 갑 제32호증을 제출하였고, 이에 의하면 원고의 지분비율은 85.12%이다.

2) 이 사건 공사에 관한 현장설명서(갑 제18호증) 9쪽에 의하면, 특기사항으로 "공사타절금액은 실시물량의 80%로 한다'는 취지로 규정하였으므로, 이 사건 공사의 타절금액이 3,497,000,000원이라면 실제 B의 실시물량은 위 비율에 따라 4,371,250,000원(= 3,497,000,000원 ÷ 80%)이다.