

광주지방법원 2015. 10. 29 선고 2014가합50786 판결 [이행보증금지급청구]

재판경과

광주고등법원 2016. 11. 4 선고 2015나15251 판결

광주지방법원 2015. 10. 29 선고 2014가합50786 판결

전문

원고주식회사 문장건설

피고전문건설공제조합

변론종결 2015. 9. 17.

판결 선고 2015. 10. 29.

주문

1. 피고는 원고에게 168,218,322원 및 이에 대한 2013. 5. 25.부터 2015. 10. 29.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 7/10은 원고가, 나머지 3/10은 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 547,000,000원 및 이에 대한 2013. 3. 22.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원도급계약 및 이 사건 1차 하도급계약의 체결

1) 원고는 2012. 1. 12. 소외 주식회사 하나건설(이하 '하나건설'이라 한다)로부터 'A 신축공사 중 건축공사'(이하 '이 사건 원도급공사'라 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'이라 한다)에게 위 공사 중 철근콘크리트공사(1공구)(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 계약금액 5,470,000,000원, 공사기간 2012. 5. 11.부터 2013. 4. 30.까지로 정하여 하도급(이하 '이 사건 1차 하도급'이라 한다)하였다.

나. 이 사건 보증계약의 체결

피고는 2012. 5. 21. 원고와 이 사건 공사계약에 관하여 보증금액 547,000,000원, 보증채권자 원고, 보증기간 2012. 5. 11.부터 2013. 4. 30.까지로 정하여 B의 책임 있는 사유로 B이 원고에게 부담하는 채무를 불이행하여 이 사건 1차 하도급계약이 해제 또는 해지되었을 경우 피고가 보증금액 범위 내에서 주계약 또는 관계법령으로 정한 금액의 지급을 보증하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 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 아니하였다.

2) 원고는 2013. 2. 20. B에게 노임 미지급 및 공사 중단을 이유로 이 사건 1차 하도급계약의 해지를 통보하였고, 원고와 B은 2013. 2. 21. 정산(타절)금액을 3,497,000,000원, 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 B의 이 사건 공사포기 후 잔여공사에 관하여 후속업체 입찰을 실시하여 2013. 2. 26. 소외 주식회사 우룡건설(이하 '우룡건설'이라 한다)에게 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 계약금액 2,700,000,000원, 공사기간 2013. 3. 26.부터 2013. 7. 30.까지로 정하여 하도급(이하 '이 사건 2차 하도급'이라 한다)하였다.

2) 이후 원고와 우룡건설은 2013. 7. 1. 공사기간을 2013. 3. 26.부터 2013. 10. 31.까지로 변경하였고, 원고가 80.37%, 이 사건 원도급공사의 도급인인 하나건설이 19.63%의 비율로 우룡건설에게 이 사건 하도급공사를 공동도급하는 내용으로 이 사건 2차 하도급에 관한 변경계약을 체결하였다.

마. 원고의 피고에 대한 보증금지급 청구

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.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 6호증(가지 번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 보증책임의 발생 여부에 대한 판단

가. 청구원인에 대한 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 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 B이 이에 응하지 아니한 사실, 원고의 B에 대한 이 사건 1차 하도급계약의 해지 통보 및 B의 이 사건 공사 포기에 따라 이 사건 1차 하도급계약이 2013. 2. 21. 해지된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 공사에 관하여 이 사건 보증계약 약관 제1조 제2항에서 정한 보증사고가 발생하였다고 할 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에서 정한 바에 따라 보증금을 지급할 책임이 있다고 할 것이다.

나. 피고의 주장에 대한 판단

1) 이 사건 보증계약의 취소로 원고에게 대항할 수 있는지 여부 가) 피고의 주장

이 사건 1차 하도급계약의 계약자 및 시공자는 실제로는 B이 아닌 B로부터 명의를 대여받은 소외 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

(1) 관련 법리

(가) 건설산업기본법 제21조가 금지하고 있는 "다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설공사를 시공하게 하는 행위"(이하 '명의대여'라 한다)란 타인이 자신의 상호나 이름을 사용하여 자격을 갖춘 건설업자로 행세하면서 건설공사를 시공하리라는 것을 알면서도 그와 같은 목적에 자신의 상호나 이름을 사용하도록 승낙 내지 양해한 경우를 의미한다고 해석함이 상당하다 할 것이므로, 어떤 건설업자의 명의로 하도급된 건설공사 전부 또는 대부분을 다른 사람이 맡아서 시공하였다 하더라도, 그 건설업자 자신이 그 건설공사에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고, 또 그 시공 과정에 실질적으로 관여하여 왔다면, 이를 명의대여로 볼 수는 없다 할 것이나, 건설업자가 건설공사의 시공에 실질적으로 관여하였는지 여부는, 건설공사의 수급·시공의 경위와 대가의 약속 및 수수 여부, 대가의 내용 및 수수 방법, 시공과 관련된 건설업자와 시공자 간의 약정 내용, 시공

과정에서 건설업자가 관여하였는지 여부, 관여하였다면 그 정도와 범위 등 드러난 사실관계에 비추어 객관적으로 판단하여야 할 것이고, 명의대여자와 실제 시공한 자 사이의 계약서 등 처분문서의 형식적 문구만을 가벼이 믿어 명의대여 사실을 부인하여서는 아니 된다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도5541 판결 등 참조). 한편, 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것은 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거 자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실은 인정할 수 없다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24276 판결 등 참조).

(나) 전문건설공제조합이 조합원과의 사이에 조합원이 도급받은 공사도급계약과 관련하여 체결하는 계약보증계약에서 조합원이 조합에게 고지하여야 할 중요사항에 관하여 부실고지하거나 불고지하는 것은 조합에 대한 기망행위에 해당하고, 그로 인하여 조합이 착오에 빠진 경우 조합은 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있는데(대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다65551 판결 등 참조), 이때 조합원이 고지하여야 할 중요사항은 보증사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연을 측정을 통한 보증계약 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서, 조합이 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않거나 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 볼만한 사항을 의미한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다99331 판결 등 참조), 보증계약의 경우 건설공제조합이 이미 보증서를 교부하여 도급인이 그 보증서를 수령한 후 이에 터잡아 새로운 계약을 체결하거나 혹은 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 보증서의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 도급인의 신뢰를 보호할 필요가 있다. 그러므로 주채무자에 해당하는 조합원이 보증계약 체결에 있어서 건설공제조합을 기망하였고, 건설공제조합은 그로 인하여 착오를 일으켜 보증계약을 체결하였다는 이유로 보증계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도, 도급인이 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우이거나, 혹은 도급인이 건설공제조합을 위하여 조합원이 제출하는 보증계약 체결 소요 서류들이 진정한 것인지 등을 심사할 책임을 지고 건설공제조합은 그와 같은 심사를 거친 서류만을 확인하고 보증계약을 체결하도록 미리 약정이 되어 있는데, 도급인이 그와 같은 서류심사에 있어서 필요한

주의의무를 다하지 아니한 과실이 있었던 탓으로 건설공제조합이 보증책임을 이행한 후 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 그 취소를 가지고 도급인에게 대항할 수 없다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다1173 판결 등 참조).

(2) B와 C 사이의 명의대여 여부

을 제1, 2호증의 각 기재, 증인 C의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① C는 2014. 4. 23. 부산지방법원에서 'B의 대표이사인 D로부터 B의 건설업등록증을 대여받아 B 명의로 이 사건 공사를 하도급받았다'는 취지의 공소사실에 관하여 건설산업기본법위반죄로 유죄판결을 선고받아 그 무렵 위 판결이 확정된 점, ② C는 D와 사이에 B 명의로 이 사건 1차 하도급계약을 체결하여 이 사건 공사를 시공하는 대가로 공사대금의 4% 상당을 지급하기로 약정한 것으로 보이고, 이에 따라 형식상 B의 현장소장 직함을 가진 C에 의하여 이 사건 공사가 시공되었을 뿐 B은 이 사건 공사의 시공에는 관여하지 않은 것으로 보이는 점, ③ 건설산업기본법은 건설업자의 명의대여를 금지하고 있고, 명의대여 행위를 건설업 등록말소 또는 영업정지 사유와 형사처벌의 대상으로 규정하고 있는데, 건설업 종사자라면 위와 같이 금지되는 명의대여 행위로 인한 행정처분, 형사처벌 등의 법적 제재를 회피하기 위하여 외관상 명의대여인지 여부가 드러나지 않도록 조치를 취하는 것이 통상적인 모습이라고 할 것이고, 이는 건설업자인 B와 C 또한 마찬가지일 것이므로, 이 사건 1차 하도급계약의 체결, 기성금의 수령 등 이 사건 공사와 관련하여 B이 명의자로 표시되었고 D이 원고의 직원과 면담하는 등 이 사건 1차 하도급계약 체결 과정에 관여하였다고 하더라도, 그러한 사정이 명의대여 사실을 부정할만한 특별한 사정에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, C가 B로부터 명의를 대여받아 B 명의로 이 사건 1차 하도급계약을 체결하고 이 사건 공사를 시공하였다고 봄이 타당하다.

(3) B의 기망 및 피고의 착오 여부

앞서 인정한 사실, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 건설공사에 대한 계약보증, 공사이행보증 등의 사업을 영위하는 피고로서는 통상 수급인으로서 보증계약 체결을 신청하는 조합원이 실제로 해당 공사를 수행하거나 해당 공사 중 일부 공사를 전문건설업체에게 하도급하는 등 자신의 책임 하에 공사를 시공할 것을 기대하고 보증계약을

체결하는 점, ② 명의대여 행위는 건설산업기본법 제21조 제1항에 따라 금지되는 행위인데, 피고는 건설산업기본법 등 관련 법령에서 정한 금지사항을 위반한 공사에 대하여는 보증을 거부하고 있어 피고로서는 건설산업기본법을 위반한 B와 C 사이의 명의대여 사실을 알았다면 특별한 사정이 없는 한 보증계약을 체결하지 아니하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, B은 피고와 이 사건 보증계약을 체결함에 있어 피고에 대하여 B의 명의를 C에게 대여한 사실을 고지할 신의칙상 의무가 있다 할 것이고, 이러한 사정을 피고에게 알리지 아니한 행위는 보증인인 피고에게 보증계약상의 중요한 사항에 대하여 고지의무를 이행하지 아니한 기망행위에 해당한다고 할 것이며, 피고는 위와 같은 B의 기망행위로 착오에 빠져 이 사건 보증계약을 체결하였다고 봄이 타당하다.

(4) B의 기망행위에 관한 원고의 선의·무과실 여부

살피건대, 갑 제1, 2, 5, 12, 19, 27 내지 29호증, 갑 제30호증의 3, 갑 제31호증의 각 기재, 증인 C의 일부 증언, 증인 E, F의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① C는 2012. 4. 초순경 친분이 있던 원고의 직원인 소외 F에게 자신이 B에서 일을 한다고 하면서 B을 이 사건 1차 하도급계약 업체 선정을 위한 현장설명에 참여시켜 달라는 부탁을 하였고, 이에 F은 C에게 B이 현장설명에 참여할 수 있도록 안내하여 주고 원고의 본사 측에 B을 현장설명 참여 대상 업체로 추천하였을 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 않았던 점, 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, D은 계약서 작성 과정에서 C에게 계약금액을 5,470,000,000원으로 정하여도 되는지 의견을 구하기는 하였으나, C가 계약금액의 결정, 계약서 작성에 관하여 원고 측과 협상하는 등 이 사건 1차 하도급계약 체결에 직접적으로 관여하지 않았던 사정에 비추어 볼 때 E또한 C가 B로부터 명의를 대여받아 이 사건 공사를 시공한다는 사실을 알지 못하였던 것으로 보이는 점, 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 볼 때 원고는 B이 이 사건 공사를 시공하고 있는 것으로 인식하였던 것으로 보이는 점, ④ 이 사건 공사에 관한 원고의 현장소장인 소외 G은 이 사건 1차 하도급계약 체결 후 약 3, 4개월 후에서야 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 아닌 점 등을 종합하여 보면, 실제로는 C가 B로부터 명의를 대여받아 이 사건 공사를 시공함에도 B이 이 사건 보증계약을 체결하면서 이를 피고에게 고지하지 아니한 사실을 원고가 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵고, 증인 C의 일부 증언만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(5) 소결

따라서 피고는 B의 기망행위를 이유로 한 이 사건 보증계약의 취소로 원고에게 대항할 수 없다고 할 것이다.

2) 이 사건 보증계약의 효력 상실 여부 가) 피고의 주장

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 변경되어 이 사건 1차 하도급계약의 동일성을 상실한 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로, C와 B 사이의 명의대여는 이 사건 보증계약의 약관 제8조 제2항 제2호에서 정한 보증계약의 효력 상실 사유에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 1차 하도급계약의 하수급인이 변경되어 이 사건 보증계약의 효력이 상실되었다는 피고의 주장은 이유 없다.

3. 보증책임의 범위

가. 이 사건 보증계약의 보증대상이 되는 손해에 대한 판단

1) 이 사건 공사의 잔여부분을 완성하기 위하여 증가된 공사비용 관련 손해 가) 당사자의 주장

(1) 원고의 주장

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

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

② 원고는 이 사건 공사계약 해지 후 2개월이 경과된 2013. 4. 22. 설계변경에 따라 이 사건 원도급공사의 도급인인 하나건설과 사이에 이 사건 원도급공사의 계약금액을 56,423,101,000원에서 69,447,795,000원으로 23% 증액(13,024,694,000원 증액)하였으므로,

이 사건 1차 하도급계약의 당초 잔여공사비 1,973,000,000원에 위 증액비율 23%를 적용한 453,790,000원의 공사비 증액이 발생하였는바, 원고는 우룡건설과 계약금액을 2,170,000,000원으로 정하여 이 사건 2차 하도급계약을 체결한 것이어서 2,170,000,000원에서 위 453,790,000원을 공제하면 우룡건설에게 1,973,000,000원의 잔여공사를 1,716,210,000원(= 2,170,000,000원 - 453,790,000원)에 하도급한 것이므로 원고가 이 사건 1차 하도급계약의 해지로 인하여 입은 손해가 없거나, 우룡건설에게 원고의 도급비율 80.37%에 해당하는 1,585,700,100원(= 당초 잔여공사비 1,973,000,000원 × 80.37%)의 잔여공사를 1,716,210,000원에 하도급한 것이므로 원고가 이 사건 1차 하도급계약의 해지로 인하여 입은 손해는 130,509,900원(= 1,716,210,000원 - 1,585,700,100원)에 불과하다.

③ 이 사건 공사의 잔여부분 공사에 관하여 신규 물량의 증가로 인하여 공사대금이 149,413,088원 증가되었는데, 이는 수급인의 귀책사유와 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어려우므로, 원고가 이 사건 공사계약의 해지로 인하여 입은 손해액에서 149,413,088원이 공제되어야 한다.

나) 판단

(1) 이 사건 1차 하도급계약의 해지 이후 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 2013. 2. 26. 우룡건설과 사이에 B이 포기한 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 계약금액을 2,700,000,000원으로 정하여 이 사건 2차 하도급계약을 체결한 사실, 이후 도급인으로 원고 이외에 하나건설이 추가됨에 따라 이 사건 2차 하도급계약은 2013. 7. 1. 원고가 80.37%, 하나건설이 19.63%의 비율로 공동도급하는 내용으로 변경된 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제16호증의 1 내지 24의 각 기재에 의하면, 원고와 우룡건설은 이 사건 공사의

잔여부분에 관한 공사비를 당초 계약금액인 2,700,000,000원에서 12,000,000원을 감축한 2,688,000,000원으로 정산한 사실, 이에 따라 원고는 우룡건설에게 2,280,000,000원을 지급하였고, 나머지 400,000,000원은 하나건설이 우룡건설에게 지급한 사실을 인정할 수 있다.

을 제4호증의 기재에 의하면 원고가 2013. 2. 12. 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 예상 공사금액을 1,995,146,000원으로 산정한 적이 있기는 하나, 위 1,995,146,000원은 단지 원고가 이 사건 2차 하도급계약을 체결하기 전 이 사건 공사의 잔여부분에 소요될 공사비를 대략적으로 계산한 추정치에 불과하고, 이 사건 2차 하도급계약에서 정한 계약금액도 아니므로, 이를 기준으로 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 증가된 공사비를 산정하여야 한다고 볼 수는 없고, 실제로 우룡건설에게 지급된 공사비를 기준으로 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 증가된 공사비를 산정하여야 할 것인바, 당초 이 사건 2차 하도급계약 체결 당시 계약금액을 2,700,000,000원으로 정하기는 하였으나 정산을 거쳐 실제로 우룡건설에게 지급된 공사비는 2,688,000,000원이므로 이를 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 증가된 공사비를 산정하는 기준으로 삼아야 할 것인데, 이 사건 2차 하도급계약은 원고와 하나건설이 80.37% : 19.63%의 비율로 공동도급하는 내용으로 변경되었으므로, 원고가 우룡건설에게 지급하여야 할 공사대금은 위 2,688,000,000원 중 원고의 도급비율에 해당하는 금액인 2,160,345,600원($= 2,688,000,000\text{원} \times 80.37\%$)이 된다.

따라서 이 사건 공사의 잔여부분을 완성하기 위하여 증가된 공사비용과 관련한 손해는 위 2,160,345,600원과 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 남은 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 공사비 1,973,000,000원의 차액인 187,345,600원($= 2,160,345,600\text{원} - 1,973,000,000\text{원}$)의 범위 내로 한정된다고 봄이 타당하고, 이를 초과하는 금액은 원고가 이 사건 2차 하도급계약에 따라 우룡건설에게 지급할 의무가 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 1차 하도급계약의 해지로 인한 원고의 손해와 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.

(2) 이 사건 원도급공사 계약금액 증액에 따른 설계변경 여부에 관하여

갑 제17호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 원고와 하나건설 사이의 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(뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 공사계약 해지 이후 이 사건 공사의 일부 품목에 관하여 공사물량이 증가하였는데, 그 증가된 물량비용은 23,799,028원에 불과하고, 위 23,799,028원은 원고가 이 사건 2차 하도급계약의 계약금액으로 주장하는 2,170,000,000원의 약 1.1% 정도에 불과하다).

(3) 신규물량 증가액 공제 여부에 관하여

(가) 당초의 시공 회사가 공사를 중단함으로 인하여 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공 회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면 증가된 공사비용 중 합리적인 범위 내의 비용은 시공 회사의 공사도급계약위반으로 인한 손해라고 할 것이나, 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 어렵다고 할 것이다.

(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 23,799,028원인 사실이 인정되는바, 통상 공사를 함에 있어 물량 증가 등의 사유로 공사 진행 중 계약금액을 변경하거나 완공 후 최종 정산을 통하여 계약금액이 증감되는 경우가 많고, 이 사건 공사의 경우에도 B이 계속하여 공사를 진행하였다면 물량 증가를 고려하여 공사대금을 조정하였을 여지가 있으며, 실제로 원고는 우룡건설과 사이에서 우룡건설이 시공한 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 공사대금을 정산함에 있어 물량이 증가된 품목에 대한 공사비를 증가된 물량에 비례하여 증액한 점에 비추어 볼 때, 물량 증가로 인하여 추가된 공사비 23,799,028원은 B의 계약 불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.

(아파트)					
철근가공조립	10.66	298,480	2,238,600	1,989,848	4,526,928

(아파트)					
(부대시설)					
유로폼	81	688,500	850,500		1,539,000
합판거푸집	68	646,000	850,000		1,496,000
강동바리설치해체	68	204,000	136,000		340,000
문양거푸집설치	51	178,500	433,500		612,000
레미콘타설	1,447	0	8,682,000	5,064,500	13,746,500
(안전시설물설치)					
수직보호망설치	314	1,161,800	376,800		1,538,600
합계	23,799,028				

따라서 위 23,799,028원 중 원고의 도급비율에 해당하는 금액인 19,127,278원(= 23,799,028원 × 80.37%, 원 미만 버림)은 피고가 원고에게 지급하여야 할 보증금액에서 제외되어야 함이 타당하다[피고는 아래 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 아니하고, 일반적으로 공사가 중단된 후 나머지 부분에 관하여 체결하는 공사계약의 경우 처음부터 공사를 시작하는 경우와 달리 어려움이 있어 단가가 증가되는 경우가 많은 점 등을 고려하여 보면, 위 30,017,200원은 이 사건 공사의 잔여부분을 완성하는데 소요되는 합리적인 범위 내의 공사비로서 이 사건 1차 하도급계약의 해지로 인하여 원고가 입은 손해에 포함된다고 할 것이다].

(4) 소결

결국 이 부분과 관련된 원고의 손해는 이 사건 공사의 잔여부분에 관하여 우룡건설에게 지급된 공사비 중 원고의 도급비율에 해당하는 금액 2,160,345,600원과 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 남은 이 사건 공사의 잔여부분에 관한 공사비 1,973,000,000원의 차액인 187,345,600원에서 물량 증가로 인하여 추가된 공사비 중 원고의 도급비율에 해당하는 금액인 19,127,278원을 공제한

168,218,322원(= 187,345,600원 - 19,127,278원)이 되고, 이는 이 사건 보증계약의 보증범위에 포함된다.

2) 대위변제로 인한 손해 가) 원고의 주장

원고는 B이 부담하여야 할 자재비를 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 288,722,600원 및 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 것이고, 원고의 대위변제 여부나 대위변제 금액 등에 관하여 피고가 이를 사전에 예측하는 것이 곤란하며, 원고의 의사결정에 따라 피고의 보증채무액이 변동한다고 보는 것도 부당한 점 등을 고려하면, 위 908,067,020원의 대위변제로 인한 원고의 손해는 이 사건 보증계약의 보증대상이 되는 손해라고 할 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피고의 상계항변에 대한 판단

1) 피고는, B이 이 사건 하도급계약이 해지될 무렵까지 원고로부터 기성금으로 3,774,000,000원을 인정받고 그 중 3,165,000,000원만을 지급받았으므로 원고는 B에게 나머지 609,000,000원(= 3,774,000,000원 - 3,165,000,000원)을 지급할 의무가 있거나, 타절·정산금 3,497,000,000원에서 지급금 3,165,000,000원을 공제한 332,000,000원(= 3,497,000,000원 ~ 3,165,000,000원)을 지급할 의무가 있는바, 원고의 피고에 대한 계약보증금채권과 B의 원고에 대한 위 609,000,000원 또는 332,000,000원의 미지급 공사대금 채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다.

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 같은데, 원고와 B 사이의 타절·정산합의가 무효라거나 취소되었다고 볼 자료가 없는 이상 원고는 B에 대하여 위 3,497,000,000원의 공사대금채무만을 부담한다고 할 것이므로 B이 원고에 대하여 가지는 공사대금채권액이 3,774,000,000원이라고 보기 어렵다.

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 직상 수급인은 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, 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 사이에 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 사이에 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.

결국 원고가 이 사건 1차 하도급계약 해지시인 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.까지 사이에 인부들에게 노임으로 합계 407,822,052원을 직접 지급함으로써 소멸되었다고 할 것이므로, 원고가 B에게 이 사건 공사에 관하여 미지급한 공사대금은 존재하지 아니한다.

따라서 원고가 B에게 이 사건 공사에 관하여 미지급한 공사대금이 존재함을 전제로 한 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피고는, 원고가 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 B의 실제 기성 공사대금인 4,371,250,000원의 80% 상당인 3,497,000,000원으로 타절·정산하여 B에게 그 중 3,165,000,000원만을 지급하였으므로, 원고는 B에게 나머지 공사대금 1,206,250,000원(= 4,371,250,000원 ~ 3,165,000,000원)을 지급할 의무가 있는바, 원고의 피고에 대한 계약보증금채권과 B의 원고에 대한 위 1,206,250,000원의 미지급 공사대금 채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제18호증의 기재에 의하면 원고가 작성한 'A 신축공사 철근콘크리트공사 현장설명서' 제9쪽에 특기사항으로 이 사건 공사에 관한 타절·정산시 실시공량의 80%로 정산한다는 취지로 기재되어 있는 사실이 인정되기는 하나, 설령 피고의 주장대로 B의 실제 기성 공사대금이 4,371,250,000원 상당이더라도, 앞서 살펴 본 바와 같이 원고와 B이 이 사건 1차 하도급계약 해지 당시 B의 시공부분에 대한 공사비를 3,497,000,000원으로 정하여 타절·정산한 이상, B이 원고에게

위 정산금액을 초과한 공사대금의 지급을 구할 수는 없으므로, 피고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

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

살피건대, 갑 제9호증의 기재에 의하면 B은 2012. 7. 18. 태정과 사이에 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 사이에 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 손료(사용료)를 지급할 의무가 있다고 보기 어려우므로, 원고가 B에게 유로폼 손료(사용료)를 지급할 의무가 있음을 전제로 한 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

4. 결론

따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금액 547,000,000원의 범위 내인 168,218,322원(= 추가된 공사비용 187,345,600원 - 증가된 물량비용 19,127,278원) 및 이에 대한 보증금 청구일 다음날인 2013. 5. 25.부터 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2015. 10. 29.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가

있다.

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사마은혁

판사오수빈

판사허준기

별지