

광주지방법원 2017. 7. 13 선고 2015가합54310 판결 [계약보증금 청구의소]

전 문

원고회생회사 A 주식회사의 공동관리인 B, C

피고전문건설공제조합

변론 종결 2017. 6. 22.

판결 선고 2017. 7. 13.

주 문

1. 피고는 원고에게 472,310,000원 및 이에 대하여 2015. 4. 28.부터 2015. 9. 30.까지는 연 20%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 472,310,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 회생회사 A 주식회사(이하 'A'이라고만 한다)는 주식회사 엔에스쇼핑(이하 'NS쇼핑'이라 한다)으로부터 성남시 분당구 D 지상 복합건축물(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축공사를 도급받았다.

나. 주식회사 E(이하 'E'이라 한다)은 2013. 8. 1. A로부터 이 사건 건물 신축공사 중 철근콘크리트공사(이하 '이 사건 하도급공사'라 한다)를 '착공 2013. 7. 5., 준공 2014. 5. 31., 계약금액 4,723,100,000원, 계약보증금 472,310,000원, 계약일 2013. 7. 5.'로 정하여 하도급 받는 것으로 하는 하도급계약서(이하 위 계약을 '이 사건 하도급계약'이라 한다)에 전자서명을 하였다. 이 사건 하도급계약 중 주요내용은 다음과 같은데, 계약이행보증금액을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 별도의 조항은 없다.

[이 사건 하도급계약]

제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)

⑥ E이 계약상 의무를 이행하지 아니하여 A이 제25조 제1항의 규정에 의거 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지한 경우 A은 제3항 제1호의 보증금에 대해 계약의 해제 또는 해지에 따른 손실에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있다. (단서 생략)

제25조(계약해제, 해지)

① A 또는 E은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 상당한 기간을 정하여 계약의 이행을 최고한 후 동 기간 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 혹은 해지할 수 있다.

1. A 또는 E이 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때

[시설공사계약 특수조건]

제10조 공사는 E이 직접시공하여야 하며, E이 아닌 제3자에게 재하도급 시키지 못한다.

다. E은 2013. 8. 30. 피고로부터 이 사건 하도급공사에 관하여 '보증금액 472,310,000원, 계약금액 4,723,100,000원, 계약일 2013. 7. 5., 계약이행기일 2014. 5. 31., 보증기간 2013. 7. 5.부터 2014. 5. 31.까지'로 하는 계약보증서(이하 '이 사건 계약보증서'라 한다)를 발급받아 A에 제출하였다(이하 이 사건 하도급공사에 관하여 E과 피고 사이에 체결된 위 보증계약을 '이 사건

보증계약'이라 한다). 이 사건 계약보증의 약관 중 주요내용은 다음과 같다.

[계약보증약관]

제3조(보증사고) ① 보증사고란 채무자가 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 보증채권자가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지한 것을 말합니다.

제6조(보상범위) ① 조합이 지급하는 금액은 보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 보증채권자가 입은 실제손해액으로 합니다.

② 실제 손해액은 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 말합니다.

1. 채무자가 이행하지 아니한 나머지 계약을 이행하는데 소요되는 합리적인 범위 내에서 증가된 금액

제11조(면책조항) ① 조합은 다음 각 호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

6. 보증채권자와 채무자 사이의 지체상금 약정액 및 보증채권자의 대지급금(채무자와 계약한 노무자에 대한 노임, 자재업자의 자재대금, 장비업자에 대한 장비대금 등) 반환채무

라. A은 2013. 9. 17. 이 사건 하도급계약서에 전자서명을 하였다.

마. A은 2014. 3. 20. E과 이 사건 하도급공사에 관한 계약금액을 4,877,400,000원으로 154,300,000원(= 4,877,400,000원 - 4,723,100,000원) 증액하는 내용의 1차 변경계약(이하 '이 사건 1차 변경계약'이라 한다)을 체결하였다.

바. E은 2014. 4. 30. 피고로부터 증액된 계약금액 154,300,000원에 관하여 보증금액 15,430,000원, 보증기간 2014. 3. 20.부터 2014. 5. 31.까지로 하는 계약보증서(이하 '이 사건 추가보증서'라 한다)를 발급받아 이를 A에 제출하였다.

사. A은 2014. 7. 14. 광주지방법원 2014회합13호로 회생절차개시결정이 내려져 원고가 그 공동관리인으로 선임되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제4, 5호증(가지번호가 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고 E은 주식회사 경원개발(이하 '경원개발'이라 한다)과 재하도급계약을 체결하여 이 사건

하도급계약을 위반하고, 이 사건 하도급공사의 시공을 지연하여 기간 내 완성할 수 없게 되었다. 이에 A은 E의 귀책사유를 이유로 2014. 5. 12.경 이 사건 하도급계약을 해지하였는데, 당시 E의 이 사건 하도급공사 중 미시공 부분의 가액은 744,537,000원(= 이 사건 1차 변경계약상 계약금액 4,877,400,000원 - E의 기성고 4,132,863,000원)이고, 원고는 그 무렵부터 미시공 부분을 직접 시공하여 1,620,120,249원의 공사대금이 소요되었는바, 이로 인하여 원고는 875,583,249원(= 1,620,120,249원 - 744,537,000원)의 증액된 공사대금을 지출하는 손해를 입게 되었다. 그러므로 E의 이 사건 하도급계약의 이행을 보증한 피고는 원고에게 원고가 입은 손해의 범위 내인 계약이행보증금 472,310,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 E은 이 사건 하도급공사를 재하도급한 사실이 없고, 이 사건 하도급공사는 A로 인하여 지연되었으므로, 이 사건 하도급계약에 관한 채무불이행의 귀책사유는 A에 있다. A은 서면으로 상당한 기간을 정하여 계약 이행을 최고한 후 계약을 해지하여야 한다는 절차적 요건도 지키지 않았다. 따라서 E의 귀책사유를 원인으로 한 A의 계약해지는 효력이 없다.

원고가 주장하는 손해는 A이 E의 재하수급인 등에 대한 공사대금채무를 대신하여 변제한 것으로 이 사건 하도급계약상의 채무불이행으로 인한 손해가 아니므로, 이 사건 보증계약에서 정한 보증의 범위에 해당하지 않는다.

나. 판단

1) E의 귀책사유에 따른 이 사건 하도급계약의 해지 여부 가) 앞서 든 각 증거, 갑 제6, 16, 17, 18, 35 내지 40호증, 을 제7호증의 각 기재, 이 법원의 서울특별시 종로구청장에 대한 사실조회결과, 증인 F, G의 각 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① E은 2013. 8.경 경원개발에 이 사건 하도급공사에 관하여 공사대금을 3,510,000,000원으로 하여 재하도급을 주었고, 경원개발은 2013. 8. 14. 다시 F에게 공사대금을 2,850,000,000원으로 하여 재하도급을 주었는데, F의 부탁으로 이 사건 하도급공사 현장에서 목수 총괄책임자로 근무한 G이 위 재하도급계약에 관하여 연대보증을 하였다.

② 경원개발은 2013. 8. 16. E에 현장 인부에 대한 노무비 지급 등과 관련하여 60,000,000원을 지급하였다.

- ③ 경원개발은 2014. 1. 21. F과 공사대금을 3,510,000,000원으로 증액하는 내용의 재재하도급변경계약을 체결하였다가, 2014. 2. 25. F에게 재하도급계약을 포기하고, 그에 따른 권리를 F에 이전하는 내용의 각서를 작성하여 주었다. 그런데 경원개발은 F에게 앞서 E에 지급한 60,000,000원의 보전을 요구하였고, F은 위와 같은 요구에 응하여 경원개발에 80,000,000원의 약속어음을 발행하여 주었다.
- ④ A은 2014. 4. 1. 이 사건 하도급공사 현장에서 재하도급이 이루어지고 있다는 소식을 듣고, E에 공사 현장에서 재하도급이 이루어지고 있으므로 이를 방지하여 달라는 내용의 공문을 발송하였다.
- ⑤ F은 2014. 4. 15. A에, E이 경원개발에 이 사건 하도급공사를 재하도급하고 경원개발이 다시 F에게 재재하도급하였는데, A로부터 기성금을 받고도 이를 F에게 지급하지 않아 더 이상 공사를 진행하기 어렵다는 내용의 내용증명우편을 발송하였다.
- ⑥ A은 2014. 4. 15. E에 F으로부터 재하도급에 관한 내용증명우편을 받았으므로 2014. 4. 1.자 공문에 의하여 처리할 예정이니 이를 확인 후 회신하여 달라는 공문을 발송하였는데, E은 아무런 조치를 취하지 아니하였다.
- ⑦ A은 2014. 5. 12. E에 재하도급을 하여 이 사건 하도급계약을 위반하였으므로 이를 해지한다고 통보하였다.
- ⑧ 서울특별시 종로구청장은 2013. 10. 8. E의 재하도급으로 인한 건설산업기본법 위반 혐의에 관하여 조사한 뒤, E과 경원개발 사이의 재하도급계약서에 날인된 사용인감(이하 '이 사건 사용인감'이라 한다)이, 종로구청장이 확보한 E의 법인인감(2개) 내지 사용인감(7개)과 일치하지 않는다는 이유를 들어 '처분 불가(혐의사실 불충분)' 결정을 하였다. 그런데 E은 이 사건 하도급공사와 관련하여 2013. 8.경 및 2014.경 A에 이 사건 사용인감을 제출하였을 뿐만 아니라, 2013. 9. 10. A에 발송한 공문, 2013. 9.경 및 2014. 2. 26. A에 제출한 하도급대금 직불동의서와 2013. 9.경 A과 작성한 합의서에도 이 사건 사용인감을 날인하는 등 이를 사용하여 왔다.
- 나) 위 인정사실에 의하면, E은 A과 이 사건 하도급공사에 관한 재하도급을 금지하는 내용의 이 사건 하도급계약을 체결하였음에도, 이에 위반하여 경원개발에 이 사건 하도급공사를 재하도급하였고, 경원개발은 다시 F에게 재재하도급하였으며, 이와 같은 사실을 알게 된 A이 2014. 4. 1.과 2014. 4.

15. E에 이 사건 하도급공사에 관한 재하도급 문제를 시정하도록 최고하였음에도 E은 아무런 조치를 취하지 아니하였고, E로부터 공사대금을 지급받지 못한 F은 이 사건 하도급공사를 중단하였는바, 이로써 이 사건 하도급계약은 E의 귀책사유로 인한 채무불이행이 발생하여 그 계약의 목적을 달성하는 것이 불가능하게 되었다. 따라서 이 사건 하도급계약은 제25조 제1항 제1호에 기한 A의 E에 대한 2015. 5. 12.자 해지 통보에 따라 적법하게 해지되었다고 할 것이다.

2) 손해배상의 범위 가) 계약보증은 건설공사도급계약의 수급인이 도급계약을 약정대로 이행하는 것을 보증하고, 만약 수급인의 귀책사유로 도급계약을 불이행하는 경우에는 그로 인한 수급인의 도급인에 대한 손해배상채무의 이행을 계약보증금의 한도에서 보증하는 것이다. 도급계약에 그 도급계약을 계약보증한 보증서의 보증금액을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 없는 경우, 수급인의 채무불이행으로 인하여 당초 도급계약이 해제되었다고 하여 도급인이 도급계약에 관하여 건설공제조합법이 정하는 계약보증을 한 건설공제조합에 대하여 곧바로 위 보증서의 보증금액 전액을 청구할 수는 없다 할지라도, 도급인은 건설공제조합에 대하여 당초 수급인의 구체적인 손해배상채무의 존재와 그 채무액을 입증하여 그 범위 안에서 위 보증서의 보증금액을 청구할 수 있다(대법원 1999. 10. 12. 선고 99다14846 판결 참조).

한편, 당초의 시공회사가 공사를 중단함으로 인하여 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면 증가된 공사비용 중 합리적인 범위 내의 비용은 시공 회사의 공사도급계약위반으로 인한 손해라고 할 것이다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다31885 판결 참조).

나) A이 E과 계약금액을 4,723,100,000원으로 정하여 이 사건 하도급계약을 체결한 뒤 계약금액을 4,877,400,000원으로 증액하는 내용의 이 사건 1차 변경계약을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같다.

나아가 갑 제8 내지 12, 42, 45 내지 49, 52 내지 63, 66, 67, 68호증, 을 제2호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① A이 2014. 5. 12. E에 재하도급을 이유로 이 사건 하도급계약의 해지를 통보할 당시 E의 이 사건 하도급공사에 관한 기성고는

4,175,463,000원(12회차)이고, 이에 따라 E이 A에 같은 금액 상당의 세금계산서를 발행한 사실, ② 이 사건 하도급공사에 관한 예정공정표에 따르면 2014. 5. 12.경 8층으로 설계된 이 사건 건물 중

7층에 관하여 콘크리트공사가 마무리되어야 하나, E의 공사지연으로 인하여 실제로는 6층에 관한 콘크리트공사가 마무리되고 7층에 관하여는 작업이 진행 중에 있었던 사실, ③ 이에 A은 E에 대한 이 사건 하도급계약 해지 이후 이 사건 하도급공사를 직영으로 시공하여 별지1 기재와 같이 1,620,120,249원이 소요되었는데, 그 중 NS쇼핑이 A의 직영공사로 인한 관련 업체들에 별지2 기재와 같이 1,314,447,860원을 직불하였고, 224,394,309원은 관련 업체들이 A에 대하여 회생채권으로 보유하고 있으며, 나머지 81,278,080원은 관련 업체들에 향후 이를 지급할 예정인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 하도급공사는 E이 공사를 중단함으로 인하여 도급인인 A이 E의 이 사건 하도급공사 중 701,937,000원(= 4,877,400,000원 - 4,175,463,000원)의 미시공 부분에 대하여 1,620,120,249원의 비용을 들여 직영으로 공사를 시행할 수밖에 없었고, 한편 E의 공사지연으로 인하여 그 비용이 당초 E과 약정한 이 사건 하도급계약상 계약금액보다 918,183,249원(= 1,620,120,249원 - 701,937,000원) 증가되었으며, 위와 같이 증가한 비용은 A이회생법원의 인가를 받아 지출한 것으로 원사업자인 NS쇼핑도 이를 인정하고 직불하는 등 합리적인 범위 내의 비용으로서 E의 이 사건 하도급계약 위반으로 인한 손해라고 봄이 상당하다.

따라서 피고는 원고에게 특별한 사정이 없는 한 이 사건 하도급계약의 위반으로 인한 손해액 918,183,249원의 범위 내에 있는 이 사건 계약보증서상 보증금 472,310,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장부분이 피고에게 송달된 다음날인 2015. 4. 28.부터 2015. 9. 30.까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 20%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%(원고는 이와 관련하여 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하고 있으나, '소송촉진 등에 관한 특레법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정'이 개정되어 2015. 10. 1.부터 시행됨에 따라 위 특레법에 따른 법정이율이 연 20%에서 연 15%로 변경되었으므로, 원고의 이 부분 지연손해금청구 중 위 인정범위를 초과하는 부분은 이유 없다.)의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고의 항변 등에 관한 판단

가. 착오로 인한 이 사건 보증계약의 취소 여부

1) 피고의 주장 이 사건 하도급공사는 당초 연합개발 주식회사(이하 '연합개발'이라 한다)가 수행하던 중 중단되었고, 그 뒤 E이 이 사건 하도급계약으로 이 사건 하도급공사를 수행한 것임에도 불구하고 E은 피고에게 이러한 사실을 고지하지 아니한 채 이 사건 보증계약을 체결하였는바, 피고는 이 사건 하도급공사의 계약체결일, 공사기간 등에 관하여 착오를 일으켜 이 사건 보증계약을 체결한 것이므로 이를 취소한다고 주장한다.

2) 판단 가) 공사도급계약과 관련하여 체결되는 계약보증보험계약이나 지급계약보증보험에 있어 그 보험사고에 해당하는 수급인의 채무불이행이 있는지 여부는 그 보험계약의 대상으로 약정된 도급공사의 공사금액, 공사내용 및 공사기간과 지급된 선급금 등을 기준으로 판정하여야 하므로, 이러한 보증보험계약에 있어 공사계약 체결일이나 실제 착공일, 공사기간도 공사대금 등과 함께 그 계약상 중요한 사항으로서 수급인측에서 이를 허위로 고지함으로 말미암아 보험자가 그 실제 공사의 진행상황을 알지 못한 채 보증보험계약을 체결한 경우에는 이는 법률행위의 중요한 부분에 관한 착오로 인한 것으로서 민법의 일반원칙에 따라 보험자가 그 보험계약을 취소할 수 있다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다36450 판결 참조). 이 경우 조합원이 고지하여야 할 중요사항은 보증사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율 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 볼 만한 사항을 말한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2001다33000 판결 등 참조).

나) 살피건대, 앞서 든 각 증거, 갑 제6, 25, 28, 31, 33, 34, 51, 69, 70호증, 을 제5, 6, 7, 9, 10호증의 각 기재 및 영상, 증인 F, G의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 아래와 같은 사실이 인정된다.

① A은 2013. 5. 21. 이 사건 하도급공사에 관하여 공사기간을 2013. 6.경부터 2014. 6.경까지로 정하여 1차 입찰공고를 하였고, 연합개발이 공사대금 4,722,000,000원으로 입찰하여 2013. 5. 29. 1순위 입찰자가 되었다. 그런데, A은 1차 입찰공고에 따른 공사대금이 과다하다고 판단하여, 2013. 6. 3. 이 사건 하도급공사에 관하여 2차 입찰공고를 하였는데, E이 4,891,622,846원으로 입찰하여 2013. 6. 7. 1순위 입찰자가 되었다.

A은 이처럼 2차 입찰공고에 따른 공사대금이 오히려 1차 입찰공고의 공사대금을 초과하자, 1차 입찰공고의 1순위 입찰자인 연합개발에 이 사건 하도급공사를 하도급주기로 결정하였다.

② 연합개발은 그 무렵 이 사건 하도급공사에 착수하였고 지하2층 매트에 콘크리트 타설 등을 완료하였으나, 그 뒤 이 사건 하도급공사를 중단하고 2013. 7. 19. A에 공사포기서를 제출하였다. 이에 A은 그 무렵 2차 입찰공고의 1순위 입찰자인 E과 이 사건 하도급계약 체결을 논의하였다.

③ E은 2013. 8. 1. '계약체결일 2013. 7. 5., 공사기간 2013. 7. 5.부터 2014. 5. 31.'로 기재된 이 사건 하도급계약서에 전자서명을 하였고, 2013. 8. 5. A에 착공계와 H(2013. 7. 21. 고용하였다)를 현장대리인으로 선임하는 현장대리인 선임계를 제출하였다.

④ G은 2013. 8. 16.부터 원고 주장의 이 사건 공사에 관한 재재하수급인 F의 부탁으로 이 사건 하도급공사 현장에서 목수, 철근 총괄책임자로 근무하였는데, 당시 I(E의 법인등기부에 2013. 6. 12.부터 2013. 8. 27.까지 사내이사로 등재되었다)가 이 사건 하도급공사의 책임자로 있었다. I는 F과 G이 이 사건 하도급공사에 관여할 무렵 이 사건 하도급공사에서 배제되었고, 그 무렵 A에 정산을 위하여 2013. 6. 14.부터 2013. 8. 15.까지 노임, 장비비 등을 357,193,788원으로 기재한 '팀 집계표'를 제시하였다.

⑤ 피고는 2013. 8. 30. E에 이 사건 하도급계약서에 기재된 공사기간 등을 토대로 계약보증서를 발급하여 주었으며, E이 이를 원고에 제출하였다.

⑥ E은 2013. 9. 2. A에 A이 연합개발과 계약하여 I를 통해 이 사건 하도급공사를 진행한 부분을 인수하는데 어려움이 있다는 취지의 공문을 발송하였다.

⑦ E은 2014. 1. 성진가설산업 주식회사(이하 '성진가설산업'이라 한다)와 임대차기간은 2013. 6. 28.부터 2014. 5. 15.까지, 계약금액 663,300,000원(부가가치세 포함)으로 하되, 연합개발에 관한 부가가치세 1,700,000원은 본 계약과 관련 없으며 A이 이를 구정 기성금으로 별도 지급하기로 하는 내용의 가설자재임대변경계약을 체결하고, 2014. 1. 8. A에 연합개발과 관련된 임대료 17,000,000원은 위 계약에 따른 계약금액과 별도로 지급하여야 한다는 취지의 공문을 발송하였다.

⑧ 원고 주장의 이 사건 하도급공사에 관한 재하수급인 경원개발과 재재하수급인 F은 2014. 1. 21. 재재하도급변경계약을 체결하였는데, 특약사항 제8항에서 '지하층 지하매트, 지하비트 등 기시공된

부분은 도면기준 적산하여 추가정산(전 시공사 연합건설 관련)'하기로 약정하였다.

⑨ A과 E은 2014. 3. 20. 이 사건 하도급계약에 관하여 공사대금을 154,300,000원 증액하는 내용의 하도급변경계약을 체결하였는데, 위 하도급변경계약서에 '연합건설 관련 사전 집행된 금액을 금회 변경계약시 지급하였음을 확인합니다'라는 내용의 합의서를 첨부하였다.

⑩ 성진가설산업은 E에 2014. 5. 23. 연합개발과 관련한 임대료 17,000,000원이 미지급되었다는 내용증명우편을 발송하였고, 2014. 6. 13. 위 임대료가 포함된 미수금의 지급을 요청하는 내용의 공문을 발송하였다.

⑪ A은 E을 상대로 제기한 손해배상청구 사건(광주지방법원 2015가합54327호)에서 연합개발과 2013. 7. 1. 이 사건 하도급계약을 체결하였으나 연합개발이 계약보증서를 발급받지 못하여 이를 해지하였다고 주장하였다.

다) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 하도급공사에 관한 1순위 입찰자로 선정된 연합개발은 2013. 6. 14.경부터 공사책임자 I를 통하여 이 사건 하도급공사를 시작하여 같은 달 28.경 성진가설산업으로부터 장비를 임차하는 등으로 시공하다가, 2013. 7. 19.경 이 사건 하도급공사를 중단하고 공사포기서를 제출하였고, E은 그 무렵 연합개발의 성진가설산업에 대한 임대료채무를 승계하는 등 연합개발이 기지출한 임대료, 장비사용료, 노임 등을 인수하기로 하고 A과 이 사건 하도급계약을 체결하면서 피고로부터 이 사건 하도급공사의 공사기간을 2013. 7. 5.로 하여 이 사건 계약보증서를 발급받은 것으로 봄이 상당하다.

이처럼 이 사건 하도급공사는 연합개발에 의해 2013. 6. 14.경 최초 시작되었다가 2013. 7. 19. 연합개발이 공사를 포기한 후 곧바로 E이 공사를 승계하여 진행되었는바, 연합개발의 공사를 진행한 기간 및 그동안 진행된 공사내용에 비추어 연합개발이 실제 진행한 공정이 미미한 것으로 보이는 이 사건의 경우에 있어서, 비록 연합개발의 시공내역을 승계한 E이 실제와 달리 2013. 7. 5. 이 사건 하도급공사를 시작한 것으로 이 사건 하도급계약서를 작성하고, 이에 기초하여 피고가 이 사건 보증계약을 체결하였지만, 피고가 이 사건 보증계약 체결 전에 E로부터 그러한 사정을 고지받았다고 하더라도 E과 이 사건 하도급공사에 관하여 이 사건 보증계약을 체결하지 않거나 계약보증금률을 통상의 경우보다 높게 설정하는 등 이 사건 보증계약과 동일한 조건으로 보증계약을 체결하지 않았을

것이라고 보이지 않는다.

그러므로 위 인정사실만으로는 피고가 이 사건 하도급공사에 관하여 중요부분에 대해 착오를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 사건 보증계약에 관한 착오취소 주장은 이유 없다.

나. 원고가 해지를 철회하였는지 여부

1) 피고의 주장 피고는 A이 E에 대하여 이 사건 하도급계약에 관한 해지를 통보한 이후에도 계속하여 E로 하여금 이 사건 하도급공사를 시공하도록 하였으므로, 해지권을 포기한 것이라고 주장한다.

2) 판단 살피건대, 갑 제43, 44호증, 을 제1호증의 각 기재에 의하면, A이 E에 대하여 이 사건 하도급계약에 관한 해지를 통보한 이후에도 2014. 5. 13.부터 2014. 5. 31.까지 E이 작성한 공사일보 양식을 사용한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, A은 E에 이 사건 하도급공사에 관한 해지를 통보한 이후 E이 작성한 작업일보 양식을 이용하여 현장업체 등을 관리하는 등으로 이 사건 하도급공사를 직영으로 시공한 사실이 인정되는바, 앞서 인정한 사실만으로 A이 해지를 철회하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

다. 상계항변에 관하여

1) 피고의 주장 피고는 E의 A에 대한 이 사건 하도급공사에 관한 미지급 공사대금 600,000,000원을 자동채권으로 하여 상계하는바, 이로 인하여 원고의 E에 대한 같은 금액 상당 손해배상채권이 소멸하였고, 이로써 위 손해배상채무를 보증하기 위한 피고의 원고에 대한 이 사건 보증계약에 따른 보험금채무도 소멸하였다고 주장한다.

2) 판단 가) 이행보증보험은 보험계약자인 채무자의 주계약상 채무불이행으로 인하여 피보험자인 채권자가 입게 되는 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보험자와 채무자 사이에는 민법상의 보증에 관한 규정이 준용되므로, 이행보증보험의 보험자는 민법 제434조를 준용하여 보험계약자의 채권에 의한 상계로 피보험자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 피보험자의 보험계약자에 대한 채권이 소멸되는 만큼 보험자의 피보험자에 대한 보험금 지급채무도

소멸된다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다16251 판결 참조).

한편, 공사도급계약을 해지하면서 그 동안의 기성고액을 수급인이 모두 수령한 것으로 하고, 그 대신 도급인이 수급인의 하수급인들에 대한 채무를 직접 지급하기로 정산합의를 함으로써 수급인의 도급인에 대한 기성금청구채권이 소멸하여 수급인의 보증인이 민법 제434조에 따른 주채무자의 채권에 기한 상계권을 행사하지 못하게 된 경우, 비록 상계가 담보적 기능을 가지고 있다 할지라도 그것만으로 위와 같은 결과를 신의칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결 참조).

나) 살피건대, 갑 제66, 67, 68호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, A은 이 사건 하도급공사와 관련하여 E에 2014. 5. 12.자 해지로 인한 기성금 4,175,463,000원 중 3,575,463,000원만을 지급한 사실이 인정되므로, E은 그 무렵 A에 대하여 600,000,000원(= 4,175,463,000원 - 3,575,463,000원)의 공사대금채권을 보유하고 있었다고 봄이 타당하다. 그런데 갑 제13, 14, 37 내지 40호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, E은 2013. 9.경 A에 대하여 E의 협력업체 내지 인부 등에 대한 노임, 자재, 경비에 관한 직불동의서를 작성하여 주었고, 2014. 2. 26. NS쇼핑, A과 하도급대금 직불합의서를 작성한 사실, 이에 따라 NS쇼핑은 E의 인부들에게 노무비로 2014. 6. 11. 552,403,670원, 2014. 8. 11. 55,800,000원 합계 608,203,670원을 각 직불한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, NS쇼핑이 E과의 직불합의에 따라 2차례에 걸쳐 E의 노무비 608,203,670원을 직불함으로써, E의 A에 대한 600,000,000원의 공사대금채권이 소멸하였는바, E의 보증인인 피고로서는 이를 자동채권으로 하여 상계권을 행사할 수 없게 되었고, 이러한 결과가 신의칙에 반하는 것으로 볼 수도 없으므로, 이를 지적하는 원고의 재항변은 이유 있고, 결국 피고의 위 상계항변도 이유 없다.

4. 결론

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

재판장판사신신호

판사박주영

판사김덕수

별지