

서울고등법원 2019. 11. 20 선고 2018나2064390 판결 [계약보증금 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2019. 11. 20 선고 2018나2064390 판결

서울중앙지방법원 2018. 10. 10 선고 2018가합523568 판결

전문

원고, 항소인A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 송재우

피고, 피항소인B공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 노만경, 이은숙, 김대희

변론 종결2019. 7. 5.

판결 선고2019. 11. 20.

제1심판결서울중앙지방법원 2018. 10. 10. 선고 2018가합523568 판결

주문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.

피고는 원고에게 526,003,725원 및 이에 대하여 2018. 4. 26.부터 2019. 11. 20.까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송 총비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항의 금전 지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 526,003,725원 및 이에 대하여 2017. 8. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고는 2016. 8. 8. 주식회사 C(당시 상호는 'F 주식회사'였는데 이후 상호가 위와 같이 변경되었다. 이하 'C'라 한다)와, 원고가 수급받은 'D공사' 중 '토공 및 구조물(일반) 공사'(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 C에 하도급하기로 하는 내용의 계약을 체결하였다(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다).

나. 피고는 2016. 8. 11. C와, 피고가 C의 이 사건 하도급계약 이행을 보증하기로 하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 이행보증계약'이라 한다)을 체결하였다.

다. 원고와 C는 아래 <표1>기재와 같이 2017. 4. 26., 2017. 6. 15., 2017. 6. 29. 3차례에 걸쳐 이 사건 하도급계약상 공사대금을 증액하는 내용의 변경계약을 체결하였다.

1	2016. 8. 8.(최초 계약)	5,932,858,800	2016. 8. 9.~2018. 8. 9.
2	2017. 4. 26.(변경 1차)	6,025,039,900	변동 없음
3	2017. 6 15.(변경 2차)	6,231,022,600	변동 없음

1	2016. 8. 8.(최초 계약)	5,932,858,800	2016. 8. 9.~2018. 8. 9.
4	2017. 6. 29.(변경 3차)	7,221,735,400	변동 없음

또한 C는 아래 <표2> 기재와 같이 각 변경계약체결일 다음 날 피고와 변경된 이 사건 하도급계약에 관한 이행보증계약을 체결하였다.

1	2016. 8. 11.	593,285,880	2016. 8. 8.~2018. 8. 9.
2	2017. 4. 27.	9,218,110	2017. 4. 26.~2018. 8. 9.
3	2017. 6. 16.	20,598,270	2017. 6. 15.~2018. 8. 9.
4	2017. 6. 30.	99,071,280	2017. 6. 29.~2018. 8. 9.

라. 이후 C가 경영난으로 이 사건 하도급계약을 이행하지 못하게 되자, 원고는 2017. 7. 31. 이 사건 하도급계약을 해지하고 C에 공사대금을 정산하여 지급하였다.

마. 원고는 이 사건 공사의 잔여 공사에 관하여 주식회사 E과 새로 하도급계약을 체결하여 공사를 완료하였고, 이로 인하여 526,003,725원 상당의 손해를 입게 되었다.

바. 한편 원고의 회사채에 대한 신용평가 등급은 이 사건 하도급계약 및 이 사건 이행보증계약 각 체결 당시에는 A0 이상이었으나 2016. 12. 23. A-로 변경되었다.

사. 원고는 2017. 4. 11. B공제조합과, B공제조합이 원고의 이 사건 하도급계약에 따른 공사대금 지급을 보증하기로 하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 지급보증계약'이라 한다)을 체결하였다.

이후 이 사건 하도급계약이 변경됨에 따라 원고와 B공제조합은 아래 <표3> 기재와 같이 추가로 각 지급보증계약을 체결하였다.

1	2017. 4. 11.	436,815,460	2017. 4. 1.~2018. 11. 7.
2	2017. 5. 10.	22,301,880	2017. 4. 26.~2018. 11. 7.
3	2017. 6. 19.	49,834,520	2017. 6. 15.~2018. 11. 7.
4	2017. 7. 3.	239,688,580	2017. 6. 29.~2018. 11. 7.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 14호증, 을 제1호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 관련 법령

■ 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2016. 12. 20. 법률 제14456호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라 한다)

제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)

- ① 건설위탁의 경우 원사업자는 계약체결일부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증(지급수단이 어음인 경우에는 만기일까지를, 어음대체결제수단인 경우에는 하도급대금 상환기일까지를 보증기간으로 한다)하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다. 다만, 원사업자의 재무구조와 공사의 규모 등을 고려하여 보증이 필요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. (이하 생략)
- ② 원사업자는 제1항 각호 외의 부분 단서에 따른 공사대금 지급의 보증이 필요하지 아니하거나 적합하지 아니하다고 인정된 사유가 소멸한 경우에는 그 사유가 소멸한 날부터 30일 이내에 제1항에 따른 공사대금 지급보증을 하여야 한다. 다만, 계약의 잔여기간, 위탁사무의 기성률, 잔여대금의 금액 등을 고려하여 보증이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따른 원사업자와 수급사업자 간의 보증은 현금(채신관서 또는 「은행법」에 따른 은행이 발행한 자기앞수표를 포함한다)의 지급 또는 다음 각호의 어느 하나의 기관이 발행하는 보증서의 교부에 의하여 한다.

1. 「건설산업기본법」에 따른 각 공제조합(이하 생략)

- ⑧ 제1항에 따른 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항 또는 제2항에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다. 다만 제1항 각호 외의 부분 단서 또는 제2항 단서에 따라 공사대금 지급을 보증하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

■ 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(2016. 12. 27. 대통령령 제27702호로 개정되기 전의

것, 이하 '하도급법 시행령'이라 한다)

제8조(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)

① 법 제13조의2 제1항 각호 외의 부분 단서에서 "대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우로서 1건 공사의 공사금액이 1천만원 이하인 경우
2. 원사업자가 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업인가를 받은 신용평가회사가 실시한 신용평가에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준 이상의 등급을 받은 경우(이하 생략)

■ 건설하도급대금 지급보증 면제대상[공정거래위원회 고시 제2016-18호]

1. 건설하도급대금 지급보증 면제대상

하도급법 시행령 제8조(건설하도급 계약이행 및 대금지급보증) 제1항 제2호에서 규정하고 있는 "공정거래위원회가 고시하는 기준 이상의 등급"이란 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업을 인가받은 2개 이상의 기관이 발급한 다음 각 목의 등급 중 어느 하나를 획득한 경우이다. 단, 동 등급은 유효기간 이내의 것이어야 한다.

가. 회사채에 대한 신용평가 등급 A0 이상(이하 생략)

3. 당사자들 주장의 요지

가. 원고

1) C가 이 사건 하도급계약에 따른 이 사건 공사의무를 불이행함으로써 이 사건 하도급계약이 해지되었고, 이로 인하여 원고는 526,003,725원 상당의 손해를 입었다.

따라서 피고는 다음과 같은 이유로 원고에게 이 사건 이행보증계약에 따른 이행보증금 526,003,725원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

가) 원고는 2016. 12. 23. 회사채등급이 A0에서 A-로 변경된 후, 2017. 4. 11. B 공제조합과 이 사건 지급보증계약을 체결함으로써 하도급법 제13조의2에서 정한 지급보증 의무를 모두

이행하였다.

나) 원고에게는 이 사건 하도급계약 체결 당시 공사대금 지급보증 면제사유가 유효하게 존재하였는데, 이 경우 '면제사유가 소멸한 날부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 하여야 한다'는 하도급법 제13조의2 제2항 본문은 적용되지 않는다.

또한 하도급법 제13조의2 제8항 본문은 원사업자가 공사대금 지급보증을 하지 아니하면 수급사업자에게 계약이행보증서 교부를 요구할 수 없다는 의미일 뿐 원고의 피고에 대한 계약이행보증금 청구를 제한하는 규정이 아니다.

다) 설령 하도급법 제13조의2 제2항 본문이 적용된다 하더라도, 위 조항 본문 중 '30일' 부분은 임의규정 내지 훈시규정에 해당한다. 따라서 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 2017. 4. 11. 이 사건 지급보증계약에 따라 공사대금 지급보증을 한 이상 피고는 원고에게 위 금액을 지급할 의무가 있다.

(1) 원고는 회사채등급이 변경되었을 당시 수천 건의 하도급계약 관계를 유지하고 있었는데, 30일 이내에 모든 하도급계약에 관한 하도급대금 지급보증계약을 체결하는 것은 물리적으로 불가능하였다.

(2) 또한 원고는 이 사건 하도급계약의 변경계약에 관한 공사대금 지급보증을 위하여 보증기관을 물색하였으나 C의 사정으로 공사대금 지급보증을 하지 못하였다.

라) 나아가 원고는 C에 공사대금을 모두 지급하였는데, 이는 공사대금 지급보증 계약 체결과 동일한 효과가 있다.

2) 설령 하도급법 제13조의2 제2항 본문 중 '30일' 부분이 강행규정에 해당한다고 하더라도, 이 사건 지급보증계약 중 2017. 4. 11.자를 제외한 나머지 지급보증계약은 모두 하도급계약 체결일부터 30일 이내에 체결되었으므로, 피고는 원고에게 적어도 이 사건 이행보증계약 중 변경 1 내지 3차 하도급계약에 대한 보증금액 합계액 128,887,660원(= 9,218,110원 + 20,598,270원 + 99,071,280원)의 범위에서 원고가 입은 실제 손해액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

원고는 2016. 12. 23. 회사채등급이 A0에서 A-로 변경되어 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸되었음에도 그로부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 하지 않았다. 이는 강행규정인 하도급법 제13조의2 제2항 본문 위반에 해당하므로, 원고는 같은 조 제8항 본문에 따라 피고에 대하여 계약이행보증금의 지급을 청구할 수 없다.

4. 판단

가. 하도급법 제13조의2 제2항 본문의 성격 및 원고가 위 조항의 공사대금 지급보증 기한규정을 위반하였는지 여부

1) 아래와 같은 사정들을 종합하면, 하도급법 제13조의2 제2항 본문은 원고에게 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸된 날로부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 할 의무를 부과하는 조항에 해당한다.

가) 하도급법 제13조의2 제1항 본문은 원사업자보다 상대적으로 열위적 지위에 있는 수급사업자가 하도급대금을 지급받지 못하는 위험 내지 그 불확실성에 노출되는 것을 해소하고자 하도급대금의 지급보증을 의무화하고 있는데, 이를 통하여 입법자는 하도급대금의 지급기일이 도과하여 원사업자가 이행지체에 빠지는 경우 등과 같은 전형적인 사유의 발생 시 보증기관으로 하여금 지급보증책임을 이행하게 함으로써 수급사업자가 하도급대금 상당액을 안정적으로 지급받을 수 있게 한 것이다(대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다213644 판결 참조).

나) 한편 하도급법은 2014. 5. 28. 법률 제12709호로 개정되었는데(시행 2014. 11. 29.), 당시 제13조의2 제2항과 제8항이 신설되었다. 위 개정법률은 그 개정이유로 '건설위탁에 있어서 원사업자가 부도 등으로 수급사업자에게 공사대금의 지급이 어려운 경우를 대비하여 하도급대금의 지급보증을 하도록 하고 있으나 그 기간을 명시하지 않아 일부 원사업자는 우월한 지위를 악용하여 하도급대금 지급보증을 하지 않는 문제가 나타나고 있어, 공사대금 지급보증 기한을 계약체결일로부터 30일 이내로 명시하도록 하고 공사대금 지급보증 예외사유가 소멸한 경우 일정한 기간 내에 공사대금 지급보증을 하도록 하는 등 하도급대금 지급보증에 대한 입법 미비를 보완하려는 것'이라고 밝히고 있다.

다) 하도급법 제13조의2 제2항 본문은 앞서 본 바와 같이 "원사업자는 제1항 각호 외의 부분 단서에 따른 공사대금 지급의 보증이 필요하지 아니하거나 적합하지 아니하다고 인정된 사유가 소멸한

경우에는 그 사유가 소멸한 날부터 30일 이내에 제1항에 따른 공사대금 지급보증을 하여야 한다"라고 규정하고 있어, 그 법문 자체로 원고에게 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸된 날로부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 할 의무를 부과하고 있다.

라) 원사업자가 하도급법 제13조의2 제2항 본문을 위반하여 공사대금 지급보증 면제사유가 발생한 날로부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 하지 않는 경우, 공정거래위원회는 원사업자에게 시정조치를 명하거나 그러한 시정조치를 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있고(하도급법 제25조 제1항, 제3항), 과징금을 부과할 수 있으며(하도급법 제25조의3 제1항 제3호), 그 위반 및 피해의 정도를 고려하여 벌점을 부과하고, 그 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우에는 관계 행정기관의 장에게 입찰참가자격의 제한, 영업정지, 그 밖에 하도급거래의 공정화를 위하여 필요한 조치를 취할 것을 요청하여야 한다(하도급법 제26조 제2항). 또한 이 경우 원사업자를 벌금형에 처하도록 하고 있다(하도급법 제30조 제1항 제2호).

2) 그런데 원고의 회사채에 대한 신용평가 등급이 이 사건 하도급계약 체결 당시 AO 이상이었으나 2016. 12. 23. A-로 변경된 사실은 앞서 본 바와 같다.

위 인정 사실에 의하면, 이 사건 하도급계약 당시 원고에게는 공사대금 지급보증 면제사유가 있었으나 2016. 12. 23. 위 면제사유가 소멸하였으므로, 원고는 그때부터 30일 내에 C에 대한 공사대금 지급보증을 할 의무가 있다고 할 것이다. 그런데 원고는 위 2016. 12. 23.로부터 30일이 경과하였음이 분명한 2017. 4. 17.에 이르러서야 B공제조합과 C에 대한 공사대금 지급보증계약을 체결하였다.

따라서 원고는 하도급법 제13조의2 제2항 본문의 공사대금 지급보증 기한규정을 위반하였다고 할 것이다.

나. 원고가 하도급법 제13조의2 제2항 본문의 공사대금 지급보증 기한규정을 위반함으로써 같은 조 제8항 본문에 따라 피고에 대하여 계약이행보증금의 지급을 청구할 수 없는지 여부

1) 아래와 같은 사정들을 종합하면, 원고가 C에 대한 공사대금 지급보증계약을 체결한 이상 하도급법 제13조의2 제2항 본문에서 정한 공사대금 지급보증 기한규정에 위반되었다 하여 곧바로 이 사건 지급보증계약을 무효라고 볼 수는 없다.

가) 앞서 본 바와 같이 하도급법 제13조의2 제2항 본문은 원고에게 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸된 날로부터 30일 이내에 공사대금 지급보증을 할 의무를 부과하고 있으나, 하도급법은 위 조항 본문에 위반된 지급보증계약의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면 위 조항 본문을 위반한 원사업자에 대하여 공정거래위원회가 시정조치 명령이나 과징금 부과 처분 등을 할 수 있도록 하거나 원사업자를 벌금형에 처하도록 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 하도급법 제13조의2 제2항 본문이 공사대금 지급보증 기한규정을 위반하여 원사업자와 공사대금 지급보증기관 사이에 체결된 지급보증계약의 사법상 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다.

따라서 원고가 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸한 날로부터 30일이 지난 후에 이 사건 지급보증계약을 체결하였다고 하여 이 사건 하도급계약의 원사업자인 원고가 공정거래위원회로부터 시정조치 명령 등을 받거나 벌금형의 처벌을 받을 수 있음은 별론으로 하더라도, 위와 같은 사정만으로 이 사건 지급보증계약이 무효라고 볼 수는 없다.

나) 나아가 원사업자가 공사대금 지급보증 면제사유가 소멸한 날로부터 30일이 지난 후에라도 수급사업자에 대하여 공사대금 지급보증을 하였다면, 이러한 지급보증이 하도급법 제13조의2 제2항 본문에 위반된다는 이유로 그 효력을 부인하기보다는 오히려 지급보증의 효력을 인정하는 것이 수급사업자 보호에도 합치될 뿐만 아니라, 하도급대금 지급보증을 통하여 수급사업자를 보호하고자 한 하도급법 제13조의2 제1항 및 제2항 본문, 제8항 본문의 취지 및 공정한 하도급 거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 하려는 하도급법의 입법 취지에도 부합한다.

2) 따라서 원고가 이 사건 지급보증계약을 체결함으로써 C에 대한 공사대금 지급을 유효하게 보증한 이상 원고는 하도급법 제13조의2 제8항 본문에서 정한 원사업자의 공사대금 지급보증 의무를 이행하였다고 할 것이므로, 원고는 피고에 대하여 이 사건 이행보증계약에 따른 이행보증금의 지급을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

다. 소결론

따라서 피고는 원고에게 이 사건 이행보증계약에 따라 그 보증금액의 한도 내에서 원고가 C의 이 사건 하도급계약 불이행으로 인해 입은 손해액 상당의 보증금을 지급할 의무가 있다.

그런데 원고가 C의 이 사건 하도급계약 불이행으로 인해 526,003,725원 상당의 손해를 입었음은 당사자 사이에 다툼이 없고, 위 금액은 이 사건 이행보증계약의 보증금액 한도 내이므로, 피고는 원고에게 위 526,003,725원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2018. 4. 26.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2019. 11. 20.까지 원고가 구하는 바에 따라 민법에서 정한 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고가 이 사건 지급보증계약에 따라 공사대금 지급보증을 하였으므로 피고는 원고에게 이 사건 이행보증계약에 따른 이행보증금을 지급할 의무가 있다는 원고의 주장을 받아들이는 이상, 원고의 나머지 주장에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다).

[원고는 이 사건 하도급계약 해지일 다음 날인 2017. 8. 1.부터의 지연손해금 지급을 구하나, 피고는 원고로부터 이행보증금 지급 채무의 이행을 최고받은 다음 날부터 비로소 이행지체 책임을 진다고 봄이 상당한데, 원고의 2017. 12. 21.자 보증금 청구 공문(갑 제13호증)이 피고에게 도달하였는지 여부 및 그 도달 시기를 확인할 수 있는 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터의 지연손해금만 인정한다.]

5. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다.

제1심 판결은 이와 결론이 일부 달라 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결 중위 인정 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 피고에게 위 금액의 지급을 명하며, 원고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김중호

판사김봉원

판사강주헌