

서울고등법원 2022. 12. 14 선고 2019나2058521 판결 [보증금청구의 소]

전 문

원고, 피항소인 주식회사 A

소송대리인 법무법인(유한) 로고스

담당변호사 전용희, 정혜진

피고, 항소인 B공제조합

피고보조참가인 주식회사 C

피고 및 피고보조참가인의 소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 김지희, 신은령, 이창민

변 론 종 결 2022. 10. 26.

판 결 선 고 2022. 12. 14.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2019. 11. 22. 선고 2018가합581113 판결

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 1,210,000,000원 및 이에 대하여 2018. 2. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원의 판결 이유는 제1심판결을 아래 제2항과 같이 고쳐 쓰는 것 외에는 제1심판결 이유 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

2. 고쳐 쓰는 부분

○ 2면 아래에서 6행의 “주식회사 C(이하 ‘C’이라고 한다)”를 “피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)”로 고쳐 쓰고, 이하 “C”을 모두 “참가인”으로 고쳐 쓴다.

○ 2면 아래에서 5행의 “A 서비스센터” 다음에 “(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)”를, 4면 7행의 “보증금액 1,210,000,000원” 다음에 “(이하 ‘이 사건 보증금’이라 한다)”를, 5면 아래에서 3~4행의 “이 사건 계약보증의 보증기간” 다음에 “(이하 ‘이 사건 보증기간’이라 한다)”를, 7면 5행 마지막 부분에 “이 사건 해제통지는 내용증명우편으로 이루어졌는데, 위 통지는 2018. 1. 31. 참가인에게 도달하였다.”를, 7면 10행의 [인정근거]에 ”을 제25호증의 기재”를 각 추가한다.

○ 8면 2행 다음에 아래와 같이 추가한다.

『또한, 이 사건 건물에 대하여 보증기간 내에 관할구청의 사용승인이 이루어졌으므로 보증사고가 발생하였다고 볼 수도 없고, 이 사건 공사계약 해제가 이 사건 보증기간 내에 적법하게 이루어져야 보증사고가 발생하였다고 볼 수 있는데, 이 사건 해제통지가 참가인에게 도달한 날이 보증기간 만료 이후이므로, 어느 모로 보나 이 사건 계약보증의 보증사고는 보증기간 내에 발생하지 않았다.』

○ 9면 13행의 증거 기재 부분에 “갑 제10 내지 14호증의 각 기재”를 추가하고, 11면 1행의

“하였다”를 “하였으며, 2018. 1. 31. 위 해제통지가 참가인에게 도달하였다”로 고쳐 쓰며, 11면 1행 다음에 아래와 같이 추가한다.

『바) 한편, 원고는 2018. 1. 29. 이 사건 건물에 관하여 사용승인을 받기는 하였으나, 이후 공사가 완료되지 않았음에도 건축물 사용승인을 거짓으로 신청하였다고 하여 성동구청장으로부터 건축물 사용중지명령을 받았고, 감리업무를 수행한 건축사는 위와 같은 사유로 업무정지 1개월의 징계 등을 받았다.』

○ 11면 12행 다음에 아래와 같이 추가한다.

『또한, 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 계약이행보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 하는 것이므로, 주계약상의 이행기간 만료일이 보험기간 만료일보다 먼저 도래하는 것으로 약정되어 있어 주계약상의 이행기간 경과 후 보험기간 경과시까지 주계약을 해제 또는 해지할 시간적 여유가 있다는 사유만으로 주계약상의 채무불이행뿐만 아니라 주계약의 해제 또는 해지까지 이루어져야만 보험사고를 구성하는 것이라고 단정해서는 안 된다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다41366 판결 등 참조).』

○ 12면 7행의 “보증기간 내에”를 삭제하고, 7행 다음에 아래와 같이 추가한다.

『그리고 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음 사정을 종합하여 보면, 이 사건 계약보증에서 정한 보증사고의 발생은 참가인의 채무불이행만으로 족하고, 이 사건 공사계약을 해제하는 것은 피고에게 보증금을 청구할 수 있는 행사요건이라고 봄이 타당하므로, 이 사건 계약보증의 보증기간 내에 이 사건 공사계약이 해제되어야만 보험사고가 발생한다고 볼 수 없다.

① 이 사건 공사계약 일반조건 제5조 제1항은 ‘제31조 제1항의 각호의 사유로 계약이 해제 또는 해지된 경우 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금은 원고에게 귀속한다’고 정하고 있기는 하다. 그러나 이 사건 계약보증 제1조 제1항은 ‘피고는 참가인이 보증서에 기재된 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 “보증사고”라 한다) 원고에게 부담하는 채무를 위 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다’라고 정하여 참가인의 이 사건 공사계약상 채무불이행을

보험사고로 규정하고 있고, 달리 원고의 이 사건 공사계약의 해제 또는 해지가 보험기간 내에 있어야 한다는 취지의 명시적인 규정이 없다. 이 사건 계약보증 제5조가 ‘원고는 보증금을 청구하기 전에 주계약을 해제 또는 해지하여야 하며, 이를 이행하지 아니한 때에는 피고는 보증금을 지급하지 아니합니다’라고 정하고 있는데, 이는 문언상으로도 원고가 피고에게 보증금을 청구할 수 있는 행사요건으로 해석될 뿐 아니라, 그와 같이 해석하는 것이 이 사건 계약보증약관의 제반 규정에 비추어 합리적이다. 이러한 이 사건 계약보증약관의 해석이 앞서 본 바와 같은 이 사건 공사계약 규정과 배치된다고 볼 수도 없다.

② 당초 이 사건 공사계약의 공사기간과 이 사건 계약보증의 보증기간의 각 만료일

은 2017. 11. 30.로 동일하였다. 이 사건 공사계약에서 정한 공사기간이 지날 때까지 참가인이 이 사건 공사를 마치지 못함으로써 비로소 채무불이행에 의한 해제 또는 해지 사유가 발생하는 경우 피고 주장과 같이 이 사건 공사계약이 해제되어야만 보증사고가 발생하는 것으로 본다면 참가인의 채무불이행에도 불구하고 보증기간 종료일까지 이 사건 공사계약을 해제할 수 없어 보증사고의 발생이 원천적으로 불가능한 불합리한 결과가 발생한다.

이 사건 변경계약의 체결로 인하여 이 사건 공사계약은 공사기간의 종료일이 2017. 11. 30.에서 2017. 12. 30.로, 이 사건 계약보증은 보증기간의 만료일이 2017. 11. 30.에서 2018. 1. 30.로 각 변경되기는 하였다. 그러나 이 사건 변경계약이 체결되면서 보증기간의 만료일이 공사계약 종료일보다 1개월 더 미루어졌다는 사정만으로 동일성을 가지고 연장된 이 사건 계약보증에서 이 사건 공사계약의 해제가 있어야 비로소 보험사고가 발생한 것으로 이 사건 계약보증 내용이 변경되었다거나 그러한 당사자 사이의 의사합치가 있었다고 보기는 어렵다.

③ 피고가 관련 법령에 따라 참가인에게 발급하는 계약보증서는 공사도급계약 시 통상 수급인이 도급인에게 지급하는 계약보증금 또는 계약이행보증금을 대신하는 것으로서, 수급인이 약정한 공사기간 내에 공사를 완공하는 것을 내용으로 하는 공사도급계약의 이행을 보증하고, 만일 계약이행 과정에서 수급인이 그 귀책사유로 인하여 도급인에게 채무를 부담하게 될 경우 그 채무의 이행을 보증하는 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 주계약의 해제 또는 해지가 보증기간 내에 있어야 한다고 볼 명백한 규정 등의 근거 없이 보증기간 내에 원고가 이 사건 공사계약을 해제 또는 해지하여야만

한다고 해석하는 것은 원고에게 부당하게 불리하다.

공사도급인으로서 수급인의 채무불이행으로 인한 손해가 생길 경우 이를 용이하게 보장받기 위한 방편으로 계약보증서의 발급 및 제출을 요구하는 것이라는 점 등 건설관계 당사자들 사이에 계약보증금이 가지는 의미와 역할, 이 사건 계약보증약관에 명시된 내용, 당사자들이 위 계약보증으로 달성하려고 하였던 목적 등을 고려하면 명시적인 약정이 없음에도 보증기간 내에 원고가 이 사건 공사계약을 해제 또는 해지하여야 한다고 보는 것은 부당하게 원고의 도급인으로서의 보증채권 행사를 방해하는 결과가 된다.』

○ 13면 아래에서 5행의 “2018. 3. 27.경”을 “2017. 3. 27.경”으로, 14면 3행의 “이 사건 계약”을 “이 사건 공사계약”으로, 14면 9행의 ”2016. 7.경“을 ”2017. 7.경“으로, 15면 아래에서 4행의 ”이 사건 공사도급계약“을 ”이 사건 공사계약“으로, 16면 아래에서 3행의 ”이 사건 계약보증금“을 ”이 사건 보증금“으로 각 고쳐 쓴다.

○ 14면 아래에서 2행의 ”또한“부터 15면 9행까지 부분을 아래와 같이 고쳐 쓴다. 『또한, 이 사건 공사 지연의 주된 이유는 토목공사의 지연과 그에 따른 골조공사의 착공 및 완공 지연 등으로 인한 것이고, 이 사건 변경계약 체결 이후로도 하도급공사대금의 지급이 원활히 이루어지지 아니하여 원고가 하도급대금을 직불하기도 하였던 사실은 앞서 본 바와 같다.

피고는, 11회 기성금이 지급되지 않다가 뒤늦게 원고가 하도급업체들에 직불하였고, 12, 13회 기성금은 지급되지 않았다고 주장하나, 하도급업체들에 대한 공사대금 지급이 원활히 이루어지지 않아 원고가 11회 기성금을 하도급업체들에 직불하면서 지급 처리한 것으로 보이고, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 건물의 기성고보다 원고가 참가인에게 지급한 공사대금이 더 많으므로 12, 13회 기성금 청구가 정당한 청구라고 보기 어렵다.

이러한 사정을 고려하면, 이 사건 공사의 지연이 기성부분에 관한 대금지급의 지연으로 인한 것이라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라) 직접발주공사 및 의사결정에 대한 주장에 관하여

이 사건 변경계약에 의하면, 원고의 직접발주로 인한 부분에 대하여 참가인이 관리, 감독책임을 지기로 하였음은 앞서 본 바와 같으므로(피고는, 위 변경계약 조항은 건설공사 도급계약의 내용이

당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우 또는 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 가중하여 정하는 것에 해당하므로 건설산업기본법 제22조 제5항에 따라 효력이 없다고 주장하나, 이 사건 변경계약이 체결된 경위 및 위 조항의 내용에 비추어 무효라고 보기 어렵다), 원고 직접발주 부분에 지연이 있다고 하더라도 이를 원고의 책임으로 볼 수 없고, 나아가 피고가 제출한 증거들만으로는 원고 직접발주 부분에 원고의 잘못으로 지연이 발생하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거도 없다.

또한, 마감자재 등 건축주가 결정해야 하는 제반 사항에 대한 결정 번복 등으로 인하여 이 사건 공사의 완성이 지체되었다고 인정할 증거도 없다.』

○ 15면 11행 다음에 아래와 같이 추가하고, 15면 12행의 ”마.“를 ”사.“로, 16면 마지막 행의 ”사.“를 ”아.“로 각 고쳐 쓴다.

『마. 원고 직접발주 부분 보증책임 제외 주장에 관하여

1) 피고의 주장

설령 피고가 원고에 대하여 보증책임을 부담한다 하더라도, 이 사건 변경계약 제6조에 따라 원고가 이 사건 공사 중 직접발주하는 부분에 관하여는 피고의 보증책임을 인정되지 않는다고 보아야 한다. 원고 직접발주 부분 1,980,000,000원(부가가치세 포함)에 해당하는 공사대금을 이 사건 공사계약에서 정한 총 공사대금에서 제외하면 10,120,000,000원(= 12,100,000,000원 - 1,980,000,000원)이 실질적인 총 공사대금이 되므로, 그중 10%에 해당하는 1,012,000,000원을 초과하여 피고의 책임이 인정될 수는 없다.

2) 판단

앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 이 사건 변경계약에 따라 이 사건 보증기간을 2018. 1. 30.로 연장하면서 보증금액을 1,210,000,000원으로 기재하고 해당 계약보증서에 이 사건 변경계약서를 첨부한 사실, 이 사건 변경계약 제6조에서 참가인의 요청에 따라 원고가 이 사건 공사 중 총액 1,800,000,000원(부가가치세 제외) 부분은 직접발주하고 해당 발주처에 공사비를 직접 지급하기로 정하였지만, 제7조에서는 제6조에도 불구하고 참가인은 원고가 직접발주한 공사에

대하여 공사업체 업무수행에 따른 주요 공정의 적합성을 확인하고 관리·감독 책임을 지고, 직접발주업체와 진행되는 주요사항을 주 1회 이상 원고에게 보고하며, 직접발주한 공사의 공정에 대하여 참가인이 도급받은 공사에 준하여 관리하고 위 공사로 인한 공사 지연이 발생하지 않도록 관리·감독 책임을 지며, 원고의 직접발주로 인해 발생할 수 있는 공사이행책임, 지체상금, 손해배상, 돌발관리비, 추가공사비용, 직·간접비의 발생, 민형사상의 법적 책임 등 모든 문제에 대해 참가인은 직접발주업체와 연대책임을 지기로 정한 사실을 각 인정할 수 있다.

이를 종합하여 보면, 이 사건 변경계약에서 정한 원고 직접발주 부분은 참가인의 하도급업체에 대한 하도급대금 지급 지연 등에 따라 참가인의 요청에 의하여 원고가 직접발주를 진행하면서 공사비를 하도급업체에 직접 지급하는 의무를 부담하기로 하였을 뿐, 원고의 전적인 책임 하에 위 부분을 시공하기로 하였다고 보이지 않는 데다가, 피고 역시 이 사건 변경계약의 내용에도 불구하고 여전히 1,210,000,000원의 보증금 지급책임을 부담하기로 정하였다고 보이므로 원고 직접발주 부분은 보증책임을 범위에서 제외하여야 한다는 취지의 피고 주장은 받아들일 수 없다.

바. 피고의 상계 항변에 관하여

1) 피고의 주장

피고는 원고에게 민법 제434조에 따른 보증인의 상계권을 행사하였고 그 의사표시가 원고에게 도달하였다.

구체적으로, 참가인이 이 사건 공사를 중단한 2021. 2. 9.경 이 사건 공사계약의 기성고 비율 90.13%에 따른 기성금은 9,121,156,000원임에도, 원고는 참가인에게 기성금 7,251,856,700원, 선급금 1,210,000,000원만을 지급하였다. 따라서 자동채권으로 기성금채권은 659,299,300원(= 9,121,156,000원 - 7,251,856,700원 - 1,210,000,000원)이 존재한다. 또한 이 사건 공사계약 특약사항 제7조의 나. 3)은 지하 토질(폐기물, 뿔충, 호박돌 등) 및 지하수위가 조사서와 상이하여 발생하는 비용을 이 사건 공사에서 제외하는 공사로 정하고 있는데, 이 사건 공사 중 굴토 과정에서 폐기물과 자갈 등이 발견되어 220,374,000원의 추가공사비가 소요되었고, 이는 원고가 기성금과 별도로 참가인에게 지급하여야 하는 금액이다. 따라서 참가인이 원고에 대하여 가지는 자동채권은 총

879,673,300원(= 659,299,300원 + 220,374,000원) 상당이다.

2) 판단

가) 앞서 든 증거, 이 법원 감정인 J(이하 ‘감정인’이라 한다)의 감정결과, 이 법원의 감정인에 대한 각 감정보완결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 참가인 사이에 이 사건 공사계약이 2018. 1. 31.경 해제되었고, 참가인이 2018. 2. 9. 이 사건 공사를 중단하고 원고에게 그 현장을 인도한 사실, 2018. 2. 9.을 기준으로 이 사건 공사계약 중 원고 직접발주 부분(1,980,000,000원, 부가가치세 포함, 이하 같다)을 제외한 부분에 대한 전체 소요되는 공사비는 11,495,931,181원이고, 그중 기시공 금액은 9,037,570,805원이며, 이에 따라 위 공사 중단 당시 원고 직접발주 부분을 제외한 부분의 기성고 비율은 78.6%인 사실을 인정할 수 있다.

피고는 참가인이 K단체에 의뢰한 감정결과(을 제34호증의 1, 2)를 들어 감정인의 위 감정결과를 믿을 수 없다는 취지로 주장하나, 감정인의 감정방법 등에 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 있다는 사정을 찾을 수 없고, 달리 피고가 제출한 증거들만으로는 피고 주장과 같이 기성고 비율이 90.13%에 달한다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 이 부분 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

나) 따라서 원고가 참가인에게 지급하여야 하는 공사대금은 7,954,320,000원[= 10,120,000,000원(이 사건 공사계약 공사대금 12,100,000,000원 - 원고 직접발주 부분 1,980,000,000원) × 78.6%]이라 할 것인데, 원고가 참가인에게 지급한 공사대금은 8,461,856,700원(= 기성금 7,251,856,700원 + 선급금 1,210,000,000원)이어서 위 기성금을 초과한다.

한편, 피고는 앞서 본 바와 같은 220,374,000원의 추가공사비를 주장하나, 이 사건 변경계약 제8조에서 ‘모든 설계변경으로 인한 직 · 간접적인 공사비용의 추가, 공사기간의 연장은 없는 것으로 합의한다’고 정하였음은 앞서 본 바와 같고, 원고와 참가인 사이에 추가공사 합의가 있었음을 인정할 증거도 없으며, 위 추가공사비를 더하더라도 원고가 참가인에게 지급한 공사대금이 마찬가지로 이를 초과한다.

따라서 원고가 참가인에게 이 사건 공사계약에 따른 공사대금을 추가로 지급하여야 함을 전제로 한

피고의 이 부분 상계 항변은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.』

3. 결론

제1심판결은 정당하다. 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 홍지영, 판사 박선영, 판사 김용하