

서울중앙지방법원 2020. 1. 9 선고 2016가합561351 판결 [계약보증금 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2021. 5. 26 선고 2020나2010907 판결

서울중앙지방법원 2020. 1. 9 선고 2016가합561351 판결

전문

원고A 주식회사의 소송수계인 회생채무자 A 주식회사의 관리인 B의 소송수계인 회생채무자 A

주식회사의 관리인 C의 소송수계인 A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 박철규, 이승섭

피고1. 주식회사 D

2. E조합

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 이종순

변론 종결2019. 10. 24.

판결 선고2020. 1. 9.

주문

1. 원고에게,

가. 피고 주식회사 D는 1,406,040,000원 및 이에 대하여 2013. 9. 5.부터 2017. 1. 10.까지는 연

6%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하고,

나. 피고 E조합은 피고 주식회사 D와 공동하여 위 가.항 기재 금원 중 88,547,398원 및 이에 대하여 2013. 9. 16.부터 2020. 1. 9.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 원고의 피고들에 대한 나머지 청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용 중 원고와 피고 주식회사 D 사이에 생긴 부분은 피고 주식회사 D가, 원고와 피고 E조합 사이에 생긴 부분의 90%는 원고가, 나머지는 피고 E조합이 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고들은 공동하여 원고에게 1,406,040,000원 및 이에 대하여 피고 주식회사 D는 2013. 9. 5.부터, 피고 E조합은 2013. 9. 16.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 주식회사 F 사이의 하도급계약 및 변경계약의 체결

1) 원고는 대한민국으로부터 'G공사', 'H공사'를 도급받았다.

2) 원고는 'G공사 중 토공 및 구조물 잔여 공사'(이하 'G 공사'라 한다), 'H공사 중 지하철도

구조물공사, 토공 및 구조물공사'(이하 '거제시 공사'라 한다)를 각 주식회사 F(이하 'F'이라 하고

주식회사를 호칭할 경우에는 '주식회사' 기재를 생략한다)에 하도급하였다(이하 '이 사건 각 하도급계약'이라 한다). 이 사건 각 하도급계약 및 이에 관하여 체결된 변경계약의 내용과 하도급계약의 내용으로 편입된 건설공사 하도급 계약조건 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

G 공사	2008. 9. 29.	4,537,500,000	2008. 9. 29. ~ 2009. 12. 31.
2008. 12. 31.	상동	2008. 9. 29. ~ 2010. 12. 31.	
2010. 6. 28.	9,574,400,000	상동	
2010. 12. 31.	상동	2008. 9. 29. ~ 2011. 12. 31.	
2011. 12. 19.	13,911,700,000	2008. 9. 29. ~ 2012. 12. 31.	
2012. 12. 13.	상동	2008. 9. 29. ~ 2013. 12. 31.	
거제시 공사 중 지하차도 구조물공사	2009. 7. 27.	1,672,000,000	2009. 7. 27. ~ 2013. 12. 31.
2009. 12. 30.	1,673,100,000	상동	
2011. 7. 22.	2,208,800,000	2009. 7. 27. ~ 2015. 12. 31.	
2012. 1. 20.	2,657,600,000	상동	
2012. 4. 10.	4,486,900,000	상동	
거제시 공사 중 토공 및 구조물공사	2011. 3. 31.	4,050,200,000	2011. 3. 31. ~ 2015. 12. 31.
2012. 1. 20.	5,211,800,000	상동	

건설공사 하도급 계약조건

제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)

① 원고와 F은 다음 각 호의 1의 방법으로 계약이행 및 공사대금의 지급을 상호보증한다. 다만, 건설산업기본법 또는 하도급거래 공정화에 관한 법률에 의거 하도급대금 지급보증이 면제된 경우에는 상호간에 보증을 하지 아니할 수 있다.

1. F은 원고에게 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 계약이행보증

② 제1항의 규정에 의한 원고와 F의 상호간의 보증은 현금의 납부 또는 다음 각 호의 1에 의한

보증서의 교부에 의한다.

1. 건설공제조합, 전문건설공제조합 또는 보증보험회사, 신용보증기금 등 이와 동등한 보증기관이 발행하는 보증서

⑤ F이 계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고가 제25조 제1항의 규정에 의거 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지한 경우 제2항 계약보증금은 원고에게 귀속한다.

⑥ 원고의 공사대금 미지급액 및 피고의 계약불이행 등에 의한 손실액이 제1항의 규정에 의한 보증금을 초과하는 경우에는 원고와 F은 그 초과액에 대하여 상대방에게 청구할 수 있다.

⑦ 원고와 F이 납부한 보증금은 계약이 이행된 후 계약상대방에게 지체없이 반환한다. 이 경우 원고가 F에 공사대금을 어음으로 지급한 경우는 어음만기일을 공사대금 지급보증에 있어서의 계약이행완료일로 본다.

제25조(원고, F의 계약해제, 해지)

① 원고 또는 F은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 서약의 이행을(일 또는 월)의 기간으로 정하여 최고한 후 동 기간 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 원고 또는 F이 계약조건을 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때

2. 부도·파산 등 F의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때

⑥ F은 제1항에 의한 계약의 해제 또는 해지로 손해가 발생한 때에는 원고에게 손해배상을 청구할 수 있다.

나. F과 피고 조합의 보증계약의 체결

1) F은 이 사건 각 하도급계약 제7조에 따라 피고 E조합(이하 '피고 조합'이라 한다)과 사이에, 피고 조합이 보증채권자에 대하여 이 사건 각 하도급계약에 따른 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 이행을 보증한다는 내용의 이 사건 각 하도급계약에 관한 보증계약(이하 '이 사건 각 보증계약'이라 하고 개별 계약을 호칭할 경우에는 계약 또는 변경계약 체결 일자로 특정한다)을 체결하고 그에 따른 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 이 사건 각 보증계약 및 이에 관하여 체결된 변경계약의

내용과 이 사건 각 보증계약의 약관 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

G 공사	2008. 9. 26.	453,750,000	2008. 9. 29. ~ 2009. 12. 31.	
2009. 1. 21.	상동	2010. 1. 1. ~ 2010. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 기간연장으로 인한 추가보증	
2010. 6. 29.	503,690,000 (957,440,000)	2010. 6. 28. ~ 2010. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 증액으로 인한 추가보증	
2011. 3. 24.	957,440,000	2011. 1. 1. ~ 2011. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 기간연장으로 인한 추가보증	
2011. 12. 21.	상동	2012. 1. 1. ~ 2012. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 기간연장으로 인한 추가보증	
2011. 12. 21.	433,730,000원 (1,391,170,000)	2011. 12. 19. ~ 2012. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 증액으로 인한 추가보증	
2013. 3. 22.	436,170,000	2013. 1. 1. ~ 2013. 12. 31.	2008. 9. 26.자 보증계약 기간연장으로 인한 추가보증	
거제시 공사 중 지하차도 구조물공사	2009. 7. 27.	167,200,000	2009. 7. 27. ~ 2013. 12. 31.	
2011. 8. 12.	167,310,000	2014. 1. 1. ~ 2015. 12. 31.	2009. 7. 27.자 보증계약 기간연장으로 인한 추가보증	
2011. 8. 12.	53,570,000 (220,880,000)	2011. 7. 22. ~ 2015. 12. 31.	2009. 7. 27.자 보증계약 증액으로 인한 추가보증	
2012. 2. 7.	44,880,000 (265,760,000)	2012. 1. 20. ~ 2015. 12. 31.	2009. 7. 27.자 보증계약 증액으로 인한 추가보증	
2012. 5. 11.	182,930,000 (448,690,000)	2012. 4. 10. ~ 2015. 12. 31.	2009. 7. 27.자 보증계약 증액으로 인한 추가보증	
거제시 공사 중 토공 및 구조물공사	2011. 4. 6.	405,020,000	2011. 3. 31. ~ 2015. 12. 31.	2011. 4. 6.자 보증계약
2012. 2. 7.	116,160,000 (521,180,000)	2012. 1. 20. ~ 2015. 12. 31.	증액으로 인한 추가보증	

보증 약관

제1조(보증책임)

① 피고 조합은 계약자(이하 '채무자'라 한다)가 보증서 기재 계약과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방(이하 '보증채권자'라 한다)에게 부담하는 의무 또는 채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담합니다.

② 보증별 보증사고의 내용과 보증금 지급한도는 아래 표와 같습니다.

계약보증 차액보증	보증기간 내의 계약불이행으로 인한 도급계약의 해제 또는 해지	보증금액 범위 내에서 주계약 또는 관계법령으로 정한 금액
--------------	--------------------------------------	------------------------------------

제2조(보증계약의 성립시기)

- ① 조합의 보증계약은 보증채권자가 보증서를 수령한 때로부터 성립합니다.
- ② 보증채권자는 주계약의 내용과 보증서에 기재된 내용이 일치하지 않을 경우 바로 피고 조합에 알려야 합니다.

제4조(보증금의 지급)

- ① 조합은 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금액을 결정하고, 결정된 보증금액은 5일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

제8조(면책조항)

- ① 조합은 다음 각호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

2. 보증채권자의 책임있는 사유로 인한 보증사고

- ② 이 보증계약에 관하여 아래와 같은 사유가 생긴 때에는 그 때부터 보증계약의 효력이 상실됩니다.
다만, 서면으로 조합의 승인을 받은 경우에는 그러하지 아니합니다.

1. 보증채권자의 변경

2. 계약의 주된 내용이 변경되어 동일성이 인정되지 않는 경우

- 2) 한편 피고 조합의 보증약관 중 일부 내용이 개정되었는데, 이 사건 각 보증계약 중 2013. 3. 22.자 보증계약이 체결될 무렵의 피고 조합 보증약관(이하 '개정약관'이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.

보증 약관

제5조(장기계속공사의 보증책임)

- ① 보증채권자와 발주자가 체결한 계약이 장기계속공사로 보증채권자가 연차별 계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있는 경우 채무자가 이행·완료한 계약금액에

대한 계약보증금을 반환하여야 합니다.

② 조합은 제1항에 의거 보증채권자가 채무자에게 반환하여야 할 계약보증금에 대해서는 보증책임을 부담하지 아니합니다.

제6조(보상범위)

① 조합이 지급하는 금액은 보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 보증채권자가 입은 실제 손해액으로 합니다.

다. 이 사건 각 하도급계약의 해지 및 공사포기각서의 작성 등

1) F은 G 공사를 수행하던 I에게 공증인가 법무법인 J 작성 2013년 제518호로 1,200,000,000원에 대한 공정증서를 작성하여 주었고, I은 2013. 6. 14. 위 공정증서를 집행권원으로 하여 부산지방법원 동부지원 2013타채6110호로 F이 G 공사에 관하여 대한민국에 대하여 가지는 1,200,975,740원의 채권에 관한 압류 및 전부명령을 받았다.

2) 원고는 F에, 2013. 6. 14. '거제시 공사와 관련하여 계약이행이 원활히 이루어지지 않아 원고 및 발주처에 민원이 지속적으로 접수되고 있으며, F의 미불금 때문에 현장의 중장비 공사가 3개월 가량 중단되는 피해가 발생하고 있으므로 2013. 6. 21.까지 향후 공사 추진계획서 및 미불금 처리계획서 제출을 요구한다'는 내용증명을 발송하였고, 2013. 6. 24. 및 2013. 6. 28.에도 같은 취지의 내용증명을 각 발송하였으며, 2013. 7. 16.에는 '향후 공사 추진 계획서 및 미불금 처리계획서를 2013. 7. 19.까지 제출하라'는 취지의 내용증명을 발송하였다.

3) 또한 원고는 F에, 2013. 8. 7. 및 2013. 8. 13. 앞서 본 거제시 공사에 관한 내용증명과 같은 취지로 'G 공사와 관련하여 준공에 지장이 있을 것으로 판단되니 공정만회계획서 및 미불금 처리계획서를 제출하라'는 내용증명을 각 발송하였고, 2013. 8. 21.에는 'G 공사에 관한 공정 만회계획서 및 미불금 처리계획서를 2013. 8. 23.까지 제출하라'는 취지의 내용증명을 발송하였다.

4) 이후 F이 G 공사를 포기한다는 내용의 2013. 8. 28.자 공사포기각서(이하 '이 사건 공사포기각서'라 한다)가 작성되었고, 원고는 2013. 9. 5. F에 이 사건 각 하도급계약 제25조 제1항 및 제2항에 따라 이 사건 각 하도급계약을 해지한다는 내용증명을 발송하여 그 무렵 위 내용증명이

F에 도달하였다. 이 사건 공사포기각서 및 원고의 계약해지 내용증명의 주요 내용은 다음과 같다.

공사포기각서

공사명 : G 공사

계약금액 : 13,911,700,000원

정산금액 : 12,986,600,000원

원수급자 : 원고

하수급자 : F

F 대표이사 K은 원고와 2008. 9. 29. 체결하여 이행 중인 G 공사를 당사의 내부사정으로 인하여 지속적으로 추진하기에 여러 문제점이 있어 2013. 8. 28.부로 위 내용에 따라 정산금액의 합의 및 잔여공사를 포기하며, 향후 본 공사와 관련하여 잔여공사에 대한 채권압류 및 전부명령의 채권자에게 제반공사를 승계하여 이행하도록 협조하며, 승계 후 계약건에 대하여 어떠한 문제 제기를 하지 않을 것을 약속하며, 이에 공사 포기 각서를 제출합니다.

계약해지 내용증명

1. 귀사(피고)의 공사 지연 및 귀사와 계약된 장비업체, 자재업체, 노임 체불로 인하여 당 현장의 공사 품질 및 적기 준공에 차질이 우려됩니다.
2. 이에 당사(원고)는 귀사가 더 이상 계약내용을 수행할 수 없다고 판단하여 하도급계약조건 제25조 1항 및 2항에 의거 계약을 해지하는 바입니다.

5. 정산현황

지하차도	거제국도 토공 등	4,486,900,000	1,864,760,180	2,622,139,820	41.6%
5,211,800,000	3,460,600,000	1,751,200,000	66.4%		
G국도	토공 등	13,911,700,000	12,986,600,000	925,100,000	93.4%

라. 원고의 피고 조합에 대한 보증금 청구 등

1) 원고는 2013. 9. 10. 피고 조합에 대하여 'F의 계약 불이행 및 공정관리 불성실로 인하여 2013. 9. 5. 이 사건 각 하도급계약을 해지하였으므로, 이 사건 각 보증계약에 따라 계약보증금 1,406,040,000원의 지급을 청구한다'는 내용증명을 발송하여 그 무렵 위 내용증명이 피고 조합에 도달하였다.

2) 이후 원고는 2013. 10. 4. G 공사 중 잔여공사에 관한 입찰을 실시하였고, L이 위 공사를 낙찰받아 원고와 사이에 공사대금 1,422,300,000원, 공사기간 2013. 10. 14.부터 2013. 12. 31.까지로 하는 하도급계약을 체결하였다. 이후 원고와 L 사이에 2014. 12. 31. 위 하도급계약의 공사대금을 당초의 3,940,200,000원에서 3,380,300,000원으로 변경한다는 내용의 정산합의서가 작성되었다.

3) F은 2013. 11. 14. 피고 D에 흡수합병되어 해산되었고, 피고 D는 F의 권리·의무를 포괄승계하였다(이하 F과 그의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 피고 D를 포괄하여 '피고 회사'라 한다).

[인정근거] 일부 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 20, 24, 27 내지 30호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다. 이하 같다), 을 제2, 3, 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고 조합에 대한 청구

가. 당사자들의 주장

1) 원고의 주장 가) 피고 회사는 이 사건 각 하도급계약에 따라 피고 조합과 사이에 이 사건 각 보증계약을 체결하고 이에 따른 보증서를 원고에게 제출하였는데, 피고 회사의 귀책사유 있는 채무불이행으로 인해 이 사건 각 하도급계약이 해지되어 원고가 손해를 입게 되었으므로, 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다.

나) 따라서 피고 조합은 이 사건 각 보증계약의 보증채권자인 원고에게, 이 사건 각 보증계약에 따른 계약보증금 1,406,040,000원(= G 공사 보증금 436,170,000원 + 거제시 공사 중 지하철도 구조물 공사 보증금 448,690,000원 + 거제시 공사 중 토공 및 구조물 공사 보증금 521,180,000원) 및 이에 대하여 원고의 보증금 지급 청구일의 다음날부터 5일이 경과한 날인 2013. 9. 16.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한

특례법이 정한 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 조합의 주장 가) G 공사의 실제 시공자는 피고 회사가 아닌 I인데, 피고 회사 또는 I은 공사 지체 등 채무불이행 없이 위 공사를 수행하였고 이 사건 공사포기각서가 작성된 이후에도 I이 설립한 L이 위 공사를 낙찰받아 위 공사에 대한 준공을 마쳤다. 따라서 G 공사와 관련하여 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 할 수 없고, 이 사건 공사포기각서는 그 진정성립이 인정되지 않을 뿐 아니라 원고와 피고 회사 또는 I의 양해 하에 작성된 허위의 문서에 불과하다.

또한, ① 피고 조합은 피고 회사가 공사를 시공함을 전제로 피고 회사와 사이에 이 사건 각 보증계약을 체결하였는데 실제로 G 공사를 시공한 것은 피고 회사가 아니라 I이었으므로 G 공사에 관한 보증계약은 피고 회사의 기망에 의하여 체결된 계약에 해당하고, 원고 또한 위와 같은 명의대여 사실을 알고 있었으므로, 민법 제110조에 따라 G 공사에 관한 보증계약은 취소되어야 하고, ② 이처럼 공사의 시공자가 피고 회사에서 I으로 바뀐 것은 계약의 주요 내용에 변경이 있는 것이어서 이 사건 각 보증계약 제8조 제2항에 따라 피고 조합은 면책되며, ③ 피고 조합의 개정약관 제6조에 따르면 피고 조합은 보증채권자에게 이 사건 각 보증계약 체결의 원인이 된 계약으로 인하여 발생한 실제 손해액을 배상하여야 하는데 G 공사에 관하여 보증채권자인 원고가 실제로 입은 손해가 없고, ④ 위 공사는 피고 조합의 개정약관 제5조에서 정한 '장기계속공사'이므로 준공이 이루어진 부분에 대한 피고 조합의 보증책임은 소멸하였다.

나) 거제시 공사와 관련하여, 원고는 피고 회사로 하여금 원고의 다른 하도급업체인 M이 시공하던 '가시설공사'를 승계하도록 하고 이에 관한 공사대금을 어음으로 결제하였는데 원고가 기업회생신청을 함에 따라 위 어음이 결제되지 못하였고, 이에 따라 피고 회사가 자금난에 빠지면서 거제시 공사 시공이 지연되었다. 따라서 거제시 공사와 관련한 피고 회사의 채무불이행은 원고의 귀책사유 있는 공사대금 미지급 때문이므로, 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 볼 수 없다.

또한, ① 피고 회사가 원고로부터 거제시 공사에 관한 보증서 원본을 돌려받음으로써 원고와 피고 회사 사이에 원고가 거제시 공사에 관한 계약보증금 청구를 포기한다는 묵시적 합의가 이루어졌으므로 원고는 거제시 공사에 대한 보증금 청구를 할 수 없고, ② 거제시 공사 중 지하차도

구조물공사의 계약금액이 4,486,900,000원에서 4,433,000,000원으로, 토공 및 구조물공사의 계약금액이 5,211,800,000원에서 3,696,000,000원으로 각 감축되었으므로 이 사건 각 보증계약상 보증금액도 거제시 공사 중 지하차도 구조물공사에 대한 부분 443,300,000원(= 4,433,000,000원 × 10%), 거제시 공사 중 토공 및 구조물공사 부분 369,600,000원(= 3,696,000,000원 × 10%)으로 각 감축되었으며, ③ 피고 회사는 M로부터 '가시설공사' 부분을 승계하여 시공하면서 2012. 5. 11. 피고 조합과 사이에 위 공사에 관한 보증계약을 체결하였는데, 당시 피고 회사는 위 공사가 기존 '지하차도 구조물공사'의 추가 부분이라고 허위로 고지하였던 바, 이 사건 각 보증계약 중 2012. 5. 11.자 보증계약(추가 보증금액 182,930,000원)은 피고 회사의 기망에 의하여 체결된 것이고, 원고 또한 피고 회사의 위와 같은 기망 사실을 알고 있었으므로 위 2012. 5. 11.자 보증계약은 민법 제109조 또는 제110조에 따라 취소되어야 한다.

다) 나아가 설령 피고 조합의 보증금 지급책임이 인정된다 하더라도 원고는 G 공사에 관한 공사대금 중 519,760,672원, 거제시 공사에 관한 공사대금 중 178,631,930원을 피고 회사에 지급하지 아니하였으므로, 피고 조합은 민법 제434조에 따라 주채무자인 피고 회사의 원고에 대한 미지급공사대금 채권 698,392,602원(= 519,760,672원 + 178,631,930원)으로 원고의 피고 회사에 대한 손해배상채권과 상계하고, 위와 같은 상계를 거치고 나면 피고 조합의 원고에 대한 보증금 지급책임은 인정될 여지가 없다.

나. 판단

1) G 공사에 관한 피고 조합의 계약보증금 지급의무의 성부 가) 이 사건 공사포기각서의 진정성립 여부

(1) 서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것임이 밝혀져야 하고, 이러한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용한지에 관한 실질적 증명력을 판단하여야 한다(대법원 1997. 4. 11. 선고 96다50520 판결 등 참조). 그리고 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이

추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 그와 같은 추정은 그 날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어졌음이 밝혀지거나 작성 명의인의 의사에 반하여 혹은 작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어졌음이 밝혀진 경우에는 깨어진다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결 등 참조).

(2) 'F이 G 공사를 포기한다'는 내용의 이 사건 공사포기각서가 작성된 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 공사포기각서 하단의 '주식회사 F, 대표이사 K' 옆에 날인된 인장이 F의 인장과 동일한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그러나 을 제6, 27호증의 각 기재, 증인 I, N의 각 증언에 의하면, 이 사건 공사포기각서가 작성될 당시 F의 대표자인 K이 아닌 I이 위 인장을 날인한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 공사포기각서의 진정성립 추정은 깨어졌다.

(3) 이에 관하여 원고는 I 또는 I에게 법인인감을 제공한 F 소속 O 과장에게 인장을 날인할 권한이 있었다고 주장하나, 갑 제18호증, 을 제6호증의 각 기재, 증인 I, N의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 공사포기각서 작성 당시 F의 대표이사였던 K이 I 또는 O 과장에게 법인인감 날인 권한을 위임하였다는 취지의 위임장 등이 존재하지 않고, 오히려 '이 사건 공사포기각서에 날인한 사실이 없고 당시 법인인감을 본인이 소지하고 있었다'는 취지의 K 명의의 사실확인서(을 제6호증)가 이 법원에 제출된 점, I이 O 과장에게 법인인감 날인 권한을 위임한 사람으로 지목한 N은 당시 F의 대표자가 아니었을 뿐 아니라 N은 법인인감 날인 권한을 위임한 사실이 없다고 증언하였던 점 등에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로 I 또는 O에게 F의 인장을 날인할 권한이 있었다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 사건 공사포기각서는 성립의 진정이 인정되지 아니하므로 이를 증거로 쓸 수 없다.

나) 보증사고의 발생 여부

(1) 원고가 2013. 8. 7.부터 2013. 8. 21.까지 3회에 걸쳐 피고 회사에 '공사 지연 등이 발생하고 있으니 향후 공사 추진 계획서 및 미불금 처리계획서를 제출해달라'는 내용증명을 발송한 사실과 원고가 2013. 9. 5. 피고 회사에 이 사건 각 하도급계약 제25조 제1, 2항에 따라 이 사건 각 하도급계약을 해지한다는 내용증명을 발송한 사실은 앞서 본 바와 같다.

(2) 그러나 이 사건 각 보증계약의 보증약관 제1조는 '계약자의 책임 있는 사유로 상대방에게

부담하는 의무 또는 채무를 불이행하여 계약이 해제 또는 해지되는 경우 피고 조합이 보증금을 지급한다'는 취지로 규정하여 보증계약의 계약자인 피고 회사의 귀책사유 있는 채무불이행을 보증금 지급 요건으로 정하고 있는데, 앞서 인정한 사실, 증인 I, N의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 위 인정사실 및 원고가 제출한 증거만으로 피고 회사가 그 책임 있는 사유로 G 공사에 관한 채무를 불이행하여 위 공사에 관한 하도급계약이 해지되었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(가) 원고가 피고 회사에 발송한 계약 해지 내용증명(갑 제18호증)에는 G 공사의 공정률이 93.4%라고 기재되어 있는데, G 공사의 전체 공사기간(2008. 9. 29.부터 2013. 12. 31.까지의 1,920일)과 계약 해지 당시의 잔여 공사기간[2013. 9. 5.부터 2013. 12. 31.까지의 118일. 잔여 공사기간이 전체 공사기간 중 6.14%(= 118일/1,920일 × 100%. 소수점 셋째 자리 미만은 버린다)에 해당한다]에 비추어 보면 원고의 계약 해지 통보 당시 G 공사가 지연되고 있었다거나 공기 준수가 불가능해졌다고 보이지 않고, 오히려 하도급계약이 해제될 당시 공기를 준수한 시공이 이루어지고 있었다고 보인다.

(나) 이에 관하여 G 공사를 실질적으로 수행하였던 I은 '당시 G 공사 진행에는 아무런 문제가 없었는데 다른 공사와 함께 타절당하였다'는 취지로 진술하였고, 피고 회사의 사내이사였던 N도 'G 공사에는 문제가 없었다'는 취지로 진술하였다.

(다) 또한 원고는 2013. 8. 7.부터 2013. 8. 21.까지의 약 2주 동안 G 공사에 관한 피고 회사의 채무불이행 책임을 묻는 취지의 내용증명을 집중적으로 발송하고 그로부터 한 달이 경과하기도 전에 이 사건 각 하도급계약을 해지하였던 바, 계약 해지 경위에 비추어 보더라도 위 공사에 관한 공사 지연 등이 있었다고 보기 어렵다. 오히려 원고의 계약 해지 통보 이후 G 공사를 실질적으로 수행하였던 I이 설립한 L이 위 공사를 낙찰받아 정상적으로 준공에 이르렀던 점에 비추어 보면(I은 L 설립 경위에 관하여 G 공사를 계속하여 시공하여 주길 바라는 원고의 요구에 따라 자신이 급히 L을 설립하여 후속공사를 진행하게 되었다고 진술하고 있고, 이 사건 공사포기각서에도 G 공사를 채권압류 및 전부명령의 채권자가 승계한다고 기재되어 있다), 원고가 발송한 내용증명이나 이 사건 공사포기각서만으로는 원고의 이 부분 주장을 인정하기 어렵고, 원고와 피고 회사, I 사이의 합의 또는

상호 양해 하에 G 공사에 관한 하도급계약이 해지되었을 뿐인 가능성을 배제하기 어렵다.

다) 소결론

결국, G 공사에 관하여 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 원고의 피고 조합에 대한 이 부분 청구는 받아들일 수 없다.

2) 거제시 공사에 관하여 가) 피고 조합의 계약보증금 지급의무의 성부

(1) 원고가 2013. 6. 14.부터 2013. 7. 16.까지 피고 회사에 공사 추진 계획서 및 미불금 처리계획서를 제출하라는 취지의 내용증명을 발송하고 2013. 9. 5. 이 사건 각 하도급계약을 해지한 사실, 이 사건 각 하도급계약 해지 내용증명에 거제시 공사 중 지하철도 공사 공정률이 41.6%, 토공 및 구조물 공사 공정률이 66.4%라고 기재되어 있었던 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실에 I, N의 증언 및 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고 회사가 자금난에 빠져 거제시 공사가 지연되고 있었고 나아가 거제시 공사에 대한 시공능력을 상실한 것으로 보인다. 따라서 피고의 귀책사유로 거제시 공사가 지연되어 위 공사에 관한 하도급계약이 해지되었으므로, 거제시 공사에 관하여 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 봄이 타당하다.

(2) 이에 관하여 피고 조합은 원고의 어음 부도 등으로 인하여 피고 회사가 채무를 이행할 수 없게 되었으므로 그 채무불이행에 피고 회사의 귀책사유가 없다거나 원고의 청구가 신의칙에 반한다고 주장하나, 피고 조합의 주장에 일부 부합하는 듯한 을 제24 내지 26호증의 각 기재 및 증인 N의 일부 증언만으로는 피고 조합의 위 주장 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 결국, 특별한 사정이 없는 한 피고 조합은 거제시 공사에 관한 보증계약에 따라 원고에게 보증금으로 969,870,000원(= 448,690,000원 + 521,180,000원)을 지급할 의무를 부담한다.

나) 피고 조합의 주장에 대한 판단

(1) 보증서 회수에 따른 보증책임 면제 주장

피고 조합은, 피고 회사가 거제시 공사에 관한 보증서 원본을 반환받음으로써 원고와 피고 회사 사이에 원고가 거제시 공사에 관한 보증금을 청구하지 않기로 하는 묵시적인 합의가 성립되었다고 주장한다. 을 제21호증의 각 영상에 의하면 피고 회사가 거제시 공사에 관한 보증서 원본 일부를 소지하고 있는 사실을 인정할 수 있으나, 설령 피고 회사가 보증서 원본을 반환받았다 하더라도

그러한 사실만으로 원고와 피고 회사 사이에 향후 원고가 보증금을 청구하지 않기로 하는 묵시적인 합의가 성립되었다고 보기는 어려우므로(피고 회사는 거제시 공사에 관한 보증서 원본 전부가 아닌 일부만을 소지하고 있는 것으로 보이고, 원고가 향후 피고 조합에 보증금을 청구하지 않는다는 취지의 문서 등이 작성되지도 않았다), 피고 조합의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 변경계약에 따른 보증범위 감축 주장

을 제12, 13호증의 각 기재에 의하면 거제시 공사 중 토공 및 구조물공사의 계약금액을 5,211,800,000원에서 3,696,000,000원으로, 거제시 공사 중 지하차도 구조물공사의 계약금액을 4,486,900,000원에서 4,433,000,000원으로 각 변경한다는 내용의 하도급변경계약서가 존재하는 사실, 위 계약서 하단에 '본 계약서는 원고와 피고 회사 사이에 체결한 계약에 대하여 P에서 공인인증한 전자계약서입니다'라는 문구가 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 갑 제18, 44, 45호증의 각 기재, 이 법원의 Q, P에 대한 각 사실조회 회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 인정사실과 피고 주장에 일부 부합하는 듯한 증인 N의 일부 증언만으로 거제시 공사에 관하여 계약금액을 감축하기로 하는 내용의 변경계약이 체결된 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고 조합의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

(가) 거제시 공사에 관한 각 변경계약서에는 원고와 피고 회사의 서명 또는 날인이 존재하지 않는다. 이 법원의 사실조회에 대하여 Q은 위 각 변경계약서에 전자서명이 이루어지지 아니하였다고 회신하였던바, 위 각 변경계약서에 전자서명법에 따른 전자서명¹⁾이 이루어지지 아니하였다고 보인다.

(나) 원고의 전자계약 시스템에 등록된 내용을 보더라도, 계약체결이 완료된 G 공사에 관한 하도급계약의 조회 화면에는 '계약상태'가 '계약체결(변경)'로 표시되어 있고, 개별 계약 조회화면 상단에는 '[외주] 계약서조회'라고, 하단에는 '계약체결이 완료되었으며 변경계약서가 작성되었습니다'라고 각 표시되는 반면, 거제시 공사에 관한 변경계약서 조회 화면에는 '계약상태'가 '보증증권등록'으로 표시되어 있고 개별 계약 조회화면 상단에는 '[외주] 계약서검토'라고, 하단에는 '업체에서 보증증권등록 대기 상태입니다'라고 표시되어 있는 바, 양자가 차이를 보이고 있다.

(다) 또한 거제시 공사에 관한 변경계약서가 작성된 일자는 2013. 6. 5.인데, 앞서 본 바와 같이 원고는 2013. 6. 14. 피고 회사에 대하여 '거제시 공사가 3개월 가량 중단되고 있으므로 이에 대한 향후 공사 추진 계획서와 미불금 처리계획서 제출을 요구한다'는 내용증명을 발송하였던바, 이미 공사가 지연되고 있었던 거제시 공사에 관하여 변경계약이 체결될 만한 이유가 없었다고 보이고, 달리 변경계약이 체결된 이유를 설명할 수 있는 증거가 제출되지도 아니하였다.

(라) 나아가 원고는 피고 회사에 대하여 이 사건 각 하도급계약 해지를 통보할 당시 '4. 계약현황. 5. 정산현황' 항목에 각 거제시 공사 중 지하차도 구조물공사 계약금액을 4,486,900,000원으로, 거제시 공사 중 토공 및 구조물공사 계약금액을 5,211,800,000원으로 기재하여 거제시 공사에 관한 변경계약이 체결되지 아니함을 전제로 한 내용증명을 발송하기도 하였다.

(3) 착오 또는 기만에 따른 보증계약 취소

(가) E조합이 조합원이 하도급받은 공사하도급계약과 관련하여 체결하는 계약보증계약에 있어서 조합원이 E조합에 고지하여야 할 중요한 사항에 관하여 부실고지하거나 불고지하는 것은 E조합에 대한 기망행위에 해당하고, 그로 인하여 E조합이 착오에 빠진 경우 E조합은 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다65551 판결, 대법원 2003. 11. 13. 선고 2001다33000 판결 등 참조).

(나) 거제시 공사 중 지하차도 구조물공사의 계약금액이 증액되었음을 이유로 하여 피고 회사와 피고 조합 사이에 2012. 5. 11. 위 공사에 관한 보증금액을 182,930,000원만큼 증액하는 내용의 변경계약(이하 '이 사건 변경계약'이라 한다)이 체결된 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제9호증의 기재 및 증인 N의 증언에 의하면, ① 피고 회사가 2012년경 M이 시공하던 'H공사 중 지하차도 가시설공사'를 승계하여 이를 거제시 공사와 함께 시공하게 된 사실, ② 피고 회사가 위와 같이 M로부터 승계한 '가시설공사'에 관한 채무이행을 보증받기 위하여 실제로는 거제시 공사에 관한 계약금액이 증액되지 않았음에도 피고 조합에 거제시 공사에 관한 계약금액이 증액되었다는 취지로 고지하여 이 사건 변경계약을 체결한 사실, 피고 회사가 비계·구조물 해체공사업을 수행할 수 있는 면허를 보유하고 있지 아니한 사실(따라서 피고 회사는 피고 조합에 공사 범위를 실제와 다르게 고지하는 방법으로 보증계약을 체결할 수밖에 없었던 것으로 보인다), 원고는 M에 하도급하였던

'가시설공사' 부분을 피고 회사에 승계시키고 위 공사에 관하여 피고 회사로부터 책임시공각서를, 피고 조합으로부터 보증서를 각 교부받은 사실을 각 인정할 수 있다.

(다) 위 인정사실에 의하면, 피고 조합은 피고 회사의 기망 내지 불성실한 고지에 의하여 보증의 대상이 되는 공사의 범위에 착오를 일으켜 이 사건 변경계약을 체결하였고, 원고는 이와 같은 피고 회사의 기망 및 피고 조합의 착오를 인식하고 있었다고 봄이 타당하다. 나아가 피고 조합은 전문건설면허를 가진 조합원이 도급받은 전문건설면허업종에 한하여 보증을 할 수 있을 뿐이므로, 피고 조합이 착오를 일으킨 보증의 대상이 되는 공사의 범위는 보증의사표시의 중요부분에 해당한다. 한편 이에 관하여 원고는 M이 시공하던 '가시설공사'가 거제시 공사 시방서상 '구조물공사'의 일종으로 분류되어 있는데, 위 공사시방서는 '가시설공사'를 '구조물 기초나 지하구조물에 대한 터파기를 안전하게 시공하기 위하여 설치하는 흙막이공법 중 H형강과 목재 토류판을 사용한 흙막이 공사'라고 정의하고 있으므로 비계·구조물 해체공사업을 시공하기 위한 면허가 필요한 공사에 해당하지 않아 피고 회사가 공사의 범위를 기망하지 않았다는 취지로 주장한다. 그러나 구 건설산업기본법(2012. 6. 1. 법률 제11466호로 개정되기 전의 것) 제8조, 구 건설산업기본법 시행령(2012. 6. 21. 대통령령 제23869호로 개정되기 전의 것) 제7조 별표1 기재에 비추어 보면, 건축물 등을 건축하기 위하여 비계를 설치하거나 높은 장소에서 중량물을 거치하는 공사(비계공사), 항타에 의하여 파일을 박거나 샌드파일 등을 설치하는 공사(파일공사)는 모두 비계·구조물 해체공사업에 해당하므로 H형강과 토류판을 사용하여 시공하는 '가시설공사'는 시공 방법에 따라 비계 관련 면허가 필요한 공사에 해당할 수 있다고 보이고, 갑 제36호증의 일부 기재만으로 이를 달리 볼 수 없다. 나아가 피고 조합은 공사 범위에 따라 보증계약 체결 여부를 판단하여야 하므로 공사 범위는 그 자체로서 계약 체결에 관한 중요내용이라고 봄이 타당한바, 위 '가시설공사' 시공에 비계면허가 필요한지와 관계없이 공사 범위는 계약의 중요내용이라고 보이고, 위와 같은 피고 조합의 착오는 계약당사자인 피고 회사에 의하여 유발된 착오이므로, 피고 조합이 검토의무를 성실히 이행하지 아니하였더라도 중대한 과실이 있다고 볼 수 없다.

(라) 따라서 피고 조합의 원고에 대한 보증의 의사표시는 착오를 이유로 이를 취소한다는 피고 조합의 2017. 4. 10.자 준비서면이 같은 날 원고에게 송달됨으로써 적법하게 취소되었으므로, 피고 조합은

이 사건 변경계약에 따라 증액된 182,930,000원에 대하여는 보증금 지급의무를 부담하지 않는다.
따라서 피고 조합의 원고에 대한 보증금 지급채무는 786,940,000원(= 969,870,000원 - 182,930,000원)이 남게 된다.

(4) 상계 항변

(가) 자동채권의 성부

① G 공사에 관한 대금채권

감정인의 감정결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결 등 참조).

원고가 피고에게 하도급계약 해지로 인한 G공사에 관한 정산금이 12,986,600,000원이라고 통보한 사실은 앞서 본 바와 같고, 감정인 R의 감정결과 및 이 법원의 감정인에 대한 각 감정보완촉탁결과(이하 '이 사건 감정결과'라 한다)에 의하면, 감정인은 G 공사에 관하여 기성고에 따른 공사대금을 산정할 경우 위 12,986,600,000원 이외에 추가로 519,760,672원(= 발파암 깎기 및 토공사대금 등 합계액 463,556,500원 + 태풍 산바로 인한 수해복구비 56,204,172원)이 피고 회사에 지급되어야 한다는 의견을 밝힌 사실을 인정할 수 있다.

한편 이 사건 감정결과에 관하여 원고는, ① 감정의 기초자료가 피고 회사가 임의로 작성한 자료여서 신빙성이 없고, ② G 공사에 관한 변경계약이 체결될 당시 추가된 신규 공종은 각 변경계약 체결 시점을 기준으로 물가변동 요소까지 고려하여 새롭게 단가가 산정되었으므로 신규 공종 항목(갑 제48호증 기재 항목)은 물가변동비 산정에서 제외되어야 하며, ③ 계약체결일인 2008. 9. 29.부터 물가변동비 산출시점인 2008. 10. 30.까지 기성이 완료된 78,000,000원은 물가변동비 산출 대상에서 제외되어야 하고, ④ 감정인은 발파암 깎기에 관한 기성고 산정에 있어 화약사용량을 기준으로 피고 회사 후속업체인 L의 실제 작업량을 추정한 뒤 그 작업량과 설계수량의 차이를 비교하여 L이 실제 작업량을 초과하여 대금을 지급받은 부분을 피고 회사가 추가 시공한 부분이라고 보았는데, L은 발파암 깎기 공사를 시공할 당시 화약 뿐 아니라 브레이커 장비를 사용하기도 하였으므로 감정인의 작업물량 산출에 오류가 있으며, ⑤ 태풍 무이파 관련 수해복구비 부분은 원고와 피고 회사 사이에 수해복구비 중 일부 금액을 감액하기로 하는 합의가 이루어졌고 합의가 이루어진

나머지 금액은 다른 대금 항목에 조금씩 나누어 반영하는 방법으로 이미 지급이 이루어졌으며, ⑥ 태풍 산바 관련 수해복구비는 그 산정이 사실과 다른 자료에 기초하여 이루어졌으므로 이 사건 감정결과가 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 갑 제48 내지 57호증의 각 기재, 이 사건 감정결과에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 감정인은 원고와 피고 조합 양측으로부터 자료를 제출받은 뒤 각 자료에 관한 당사자 쌍방의 의견을 청취하여 감정의 기초자료를 선정하였으므로 감정이 일방 당사자에게만 유리하거나 신빙성 없는 자료에 기초하여 이루어졌다고 단정하기 어려운 점, ② 감정인은 1) G공사와 같은 장기계속공사는 총공사금액으로 물가변동금액을 재산출하는 방법이 일반적일 뿐만 아니라, 원고가 발주자로부터 도급받은 내용과 각 공정이 차지하는 비율 등에 비추어 볼 때 계약금액을 조정함에 있어 발파암 깎기 공사와 관련된 신규 공정 항목이 물가변동 대상물량에서 제외되어야 할 이유가 없고, 2) 조달청에서 발간한 물가변동 검토실무와 질의응답집에 의거할 때 물가변동비 산출시점인 2008. 10. 30. 이후에 지급된 기성이 물가변동 적용대가에서 공제될 수 없으며, 3) 공사현장 대부분이 화약을 사용하였다고 보이므로 전체준공물량에서 2013. 10. 이후 진행된 발파암 깎기 물량을 제외하는 방식으로 피고 회사가 시공한 물량을 산정하여도 특별한 무리가 없다고 보이고, 원고의 주장과 같은 설계변경이 이루어졌는지 여부를 확인할 수 없으며, 4) 원고가 태풍 산바와 관련된 비용을 피고 회사에 지급하였다고 볼 만한 근거 자료가 부족하다는 의견을 밝히고 있는데, 그와 같은 감정인의 의견에 특별히 오류가 있다고 보이지 않는 점, ③ 원고가 제출한 증거에 의하더라도 공종 추가 또는 변경으로 인한 설계변경이 있었다고 단정하기 어렵고, 발파암 깎기가 화약이 아닌 브레이커 장비를 사용하여 이루어졌다는 사실과 수해복구비 금액 감액의 합의가 있었다는 사실을 인정하기 부족한 점, ④ 태풍 산바로 인한 수해복구비와 관련해서도 태풍 산바의 발생시기(2012. 9.경)에 비추어 볼 때 2012. 10.경 사용된 비용이 태풍 산바와 관련 없는 비용이라고 단정하기 어렵고, 원고가 제출한 실정보고(갑 제57호증)에도 2012. 9. 18.경부터 응급복구가 실시되었다고 기재되어 있으므로 그 무렵부터 수해복구가 진행되고 있었다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 감정인의 의견이 현저히 불합리하다고 단정하기 어렵다.

나아가 원고는, 이 사건 공사포기각서 기재와 같이 원고와 피고 회사 사이에 피고 회사가 G 공사에

관하여 당사자 합의로 산정된 정산금 12,986,600,000원을 초과하는 공사대금을 포기하기로 하는 내용의 합의가 이루어졌다고 주장하나, 이 사건 공사포기각서를 증거로 사용할 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 달리 원고 주장 사실을 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 위 인정사실에 의하면 피고 회사는 원고에 대하여 G 공사에 관한 잔여 공사대금채권 519,760,672원을 가지고 있다고 봄이 타당하므로, 이는 상계에 있어 자동채권이 된다.

② 거제시 공사에 관한 대금채권

갑 제18호증, 을 제18호증의 각 기재에 의하면 원고가 거제시 공사에 관한 하도급계약을 해지할 당시 기성고에 따라 산정된 공사대금이 5,325,360,180원(= 지하차도 구조물공사 1,864,760,180원 + 토공 및 구조물공사 3,460,600,000원)인 사실, 피고 회사가 원고 또는 거제시 공사의 발주자인 대한민국 산하 부산지방국토관리청장으로부터 합계 5,146,718,250원을 지급받은 사실을 각 인정할 수 있다2). 따라서 피고 회사는 원고에 대하여 거제시 공사에 관한 잔여 공사대금채권 178,631,930원(= 5,325,360,180원 - 5,146,718,250원)을 가지고 있으므로, 이는 상계에 있어 자동채권이 된다.

한편 이에 관하여 원고는 거제시 공사의 발주자로부터 정상적으로 공사대금 직불이 모두 이루어졌다고 주장하고 이에 일부 부합하는 듯한 증거로는 을 제19호증, 갑 제37 내지 39호증의 각 기재가 있으나, 거제시 공사의 발주자인 대한민국 산하 부산지방국토관리청장이 발송한 내용증명에는 '거제시 공사에 관하여 발주자인 부산지방국토관리청장은 공사대금을 모두 지급하였고, 거제시 공사 중 토공 및 구조물공사에 관하여 당청이 원고에게 하도급한 부분의 공사대금인 3,272,500,000원을 초과한 188,100,000원 부분은 발주자가 수급인에게 지급할 범위를 초과한다'고 기재되어 있어 발주자가 피고 회사에 거제시 관련 공사대금을 모두 지급하였다고 단정하기 어렵고, 최종 외주기성확인서(갑 제37호증의 18, 갑 제39호증의 10) 하단에 기재된 '5. 금회 지불액(공급가액), 누계 기성고' 항목에 기재된 합계액도 4,841,236,527원(= 지하차도 구조물공사 1,695,236,527원 + 토공 및 구조물공사 3,146,000,000원)에 불과하여 앞서 인정한 거제시 공사대금 지급금액을 초과하는 금액이 지급되었음을 인정하기 부족하다.

(나) 상계의 계산

피고 회사가 이 사건 각 하도급계약과 관련하여 합계 698,392,602원(= G 공사 관련 잔존 공사대금 519,760,672원 + 거제시 공사 관련 잔존 공사대금 178,631,930원)의 원고에 대한 채권을 가지고 있음은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 각 보증계약에 따라 주채무자인 피고 회사의 채무를 보증한 피고 조합은 민법 제434조에 근거하여 피고 회사가 원고에 대하여 가지는 위 채권에 기한 상계로 원고에게 대항할 수 있다.

따라서 피고 회사의 원고에 대한 위 채권을 자동채권으로 하여 원고의 채권과 상계한다는 의사표시가 담긴 피고 조합의 2017. 4. 10.자 준비서면이 같은 날 원고에게 송달됨에 따라 위 각 채권은 상계적상일인 2013. 9. 5.로 소급하여 대등액에서 소멸하였으므로, 이 사건 각 보증계약에 따른 원고의 피고 조합에 대한 채권은 88,547,398원(= 786,940,000원 - 698,392,602원)이 남게 된다.

3) 소결론

결국, 피고 조합은 원고에게 이 사건 각 보증계약에 따른 보증금으로 88,547,398원 및 이에 대하여 이 사건 각 보증계약 제4조 제1항에 따라 원고의 보증금 지급 청구일 다음날로부터 5일이 경과한 다음날인 2013. 9. 16.부터 피고 조합이 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 1. 9.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고 회사에 대한 청구

가. 청구의 표시

피고 회사의 채무불이행으로 인해 이 사건 각 하도급계약이 해지되어 원고에게 1,406,040,000원(= G 공사 보증금 436,170,000원 + 거제시 공사 중 지하차도 구조물 공사 보증금 448,690,000원 + 거제시 공사 중 토공 및 구조물 공사 보증금 521,180,000원)의 손해가 발생하였다.

따라서 피고 회사는 원고에게 1,406,040,000원 및 이에 대하여 이 사건 각 하도급계약 해지일인 2013. 9. 5.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 법령의 적용

자백간주 판결(민사소송법 제208조 제3항 제2호)

다. 기각하는 부분

소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정이 2019. 5. 21. 개정 공포되어 2019. 6. 1.부터 시행됨에 따라 2019. 6. 1.부터는 소송촉진 등에 관한 특례법상의 법정이율이 연 12%가 되었으므로, 피고 회사는 원고에게 1,406,040,000원 및 이에 대하여 2013. 9. 5.부터 이 사건 소장 부분 송달일인 2017. 1. 10.까지는 연 6%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 따라서 위 인정범위를 초과하는 원고의 피고 회사에 대한 지연손해금 청구는 이를 기각한다.

4. 결론

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

재판장판사오권철

판사구준모

판사남요섭

1) 제2조(정의)

2. "전자서명"이라 함은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말한다.

제3조(전자서명의 효력 등)

- ① 다른 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인전자서명이 있는 때에는 이를 충족한 것으로 본다.
- ② 공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정한다.
- ③ 공인전자서명외의 전자서명은 당사자간의 약정에 따른 서명, 서명날인 또는 기명날인으로서의

효력을 가진다.

2) 원고는 피고 회사가 발주자인 대한민국 산하 부산지방국토관리청장으로부터 하도급대금을 모두 지급받았다는 취지로 주장하였을 뿐, 을 제18호증에 기재된 지급내역에 대하여 명시적으로 다투지 아니하였다.