

서울중앙지방법원 2021. 8. 26 선고 2019가합547097 판결 [계약보증금 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2022. 6. 10 선고 2021나2036876 판결

서울중앙지방법원 2021. 8. 26 선고 2019가합547097 판결

전문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인(유한) 광장 담당변호사 추강철, 장윤정

원고보조참가인 B 주식회사

소송대리인 법무법인 피엔케이 담당변호사 김권규, 김원진, 이동

준, 장영재, 정홍철, 한혜정

피 고 C공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 지평 담당변호사 마상미, 정원, 법무법

인 현재 담당변호사 정미진

변 론 종 결 2021. 5. 27.

판 결 선 고 2021. 8. 26.

주 문

1. 피고는 원고에게 6,862,310,160원 및 이에 대하여 2018. 12. 11.부터 2021. 8. 26.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 모두 피고가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 6,862,310,160원 및 이에 대하여 2018. 12. 6.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정 사실

가. 이 사건 공사계약의 체결 등

- 1) 원고, 주식회사 D(이하 'D'이라 한다), 원고보조참가인(변경 전 상호: E 주식회사)은 2016. 11. 18. 전남 해남군 F 일원에서 시행되는 전남 해남 공동주택 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다) 사업에 관하여 원고보조참가인을 위탁자 겸 수익자로, 원고를 수탁자로, D를 시공사로 하는 토지신탁사업약정을 체결하였다.
- 2) 원고는 2017. 2. 1. D에 이 사건 공사를 계약금액을 68,623,101,601원(부가가치세 포함), 공사기간을 착공계 제출일로부터 28개월, 계약보증금을 계약금액의 10/100인

6,862,310,160원으로 각 정하여 도급하기로 하는 내용의 공사계약(이하 ‘이 사건 공사계약’이라 한다)을 체결하였고, 그 무렵 이 사건 공사에 착수하였다. 이 사건 공사계약의 주된 내용은 아래와 같다.

제5조 (계약보증금)

① “을”(D)은 계약체결 전까지 계약서에서 정한 계약보증금을 현금으로 “갑”(원고)에게 납부하여야 한다. 다만, 현금 납부에 갈음하여 계약체결 후 14일까지 다음의 보증서 등(이하 ‘계약보증서’라 한다)으로 제출할 수 있다.

3. 건설산업기본법에 의한 C공제조합 ...(중략)... 이 발행한 지급보증서

제6조 (계약보증금의 처리)

① “을”이 계약상의 의무를 이행하지 아니하거나 제37조 제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지되는 때에는 계약보증금 또는 계약보증서는 “갑”에게 귀속한다. 또한 계약의 해제 또는 해지에 따른 손해배상액이 계약보증금액 또는 계약보증서의 보증범위를 초과한 경우에는 “갑”은 “을”에게 그 초과분에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.

제23조 (검사)

② 기성부분(괄호 안 생략)에 대하여 검사를 받고자 할 때에는 ‘기성부분검사원’을 공사감리원을 경유하여 “갑”에게 제출하고 검사를 받아야 한다.

③ “갑”은 제1항 또는 제2항의 서류를 제출받은 날로부터 14일 이내에 계약서, 설계도서, 시방서, 사용승인서 기타 관계서류에 의하여 “을”의 입회 하에 그 이행을 확인하기 위한 검사를 하여야 하며, 특별한 사유가 있는 경우에는 7일 범위 내에서 검사기간을 연장할 수 있다. (단서 생략)

제31조 (대가의 지급)

① “을”은 제23조의 규정에 의한 검사에 합격한 때에는 소정 절차에 따라 대가지급을 “갑”에게 청구할 수 있다. 이 경우 제23조 제2항의 규정에 의한 기성부분에 대하여는 착공제 제출일로부터 매 2개월마다 대가지급을 청구할 수 있으며, 준공검사에 합격한 경우에는 모든 공사시설, 잉여자재, 폐기물 및 가설물 등을 공사현장으로부터 즉시 철거반출하는 등 공사

현장을 정돈하고 공사대가의 지급을 청구할 수 있다.

② “갑”은 제1항의 청구를 받은 때에는 그 청구를 받은 날로부터 14일 이내에 그 대가를 지급하여야 한다.

④ “갑”은 제1항의 청구를 받은 후 그 청구 내용의 전부 또는 일부가 부당함을 발견한 때에는 그 사유를 명시하여 “을”에게 당해 청구서를 반송할 수 있다. 이 경우에 반송한 날로부터 재청구를 받은 날까지의 기간은 제2항 및 제3항의 지급기간에 이를 산입하지 아니한다.

⑥ 기성부분에 대한 매 대가지급 청구 시마다 “을”은 하도급업체에 대한 기성금 지급내역(전회차 기성금과 관련한 지급 내역 및 각 하도급업체별 누계 지급 내역) 및 이에 대한 증빙자료(하도급계약서, 하도급업체의 영수확인서, 인감증명서 등 포함)를 첨부한 문서로 기성금의 지급을 요청하여야 한다.

⑦ 원활한 공사진행을 위하여 그 필요성이 인정될 경우 “갑”은 사전에 해당 사유를 “을”에게 통보하고 하수급인에게 직접 공사대금을 지급할 수 있다. 이 경우 “갑”의 “을”에 대한 공사대금 지급채무는 “갑”이 하수급인에게 공사대금을 지급한 시점에 지급한 대등액에 대하여 소멸한 것으로 본다.

제33조 (하도급의 제한 등)

① “을”이 도급받은 공사의 일부를 제3자에게 하도급하고자 할 때에는 건설산업기본법 및 하도급거래 공정화에 관한 법률에서 정한 바에 따라 하도급하여야 하며, 하수급인의 선정, 하도급계약의 체결 및 이행, 하도급대가의 지급에 있어 관계 법령의 제규정을 준수하여야 한다. 다만, “갑”이 사전에 “갑”의 승인을 얻도록 요구한 주요 공사에 대해서는 “을”은 하도급 전에 “갑”의 승인을 얻어야 한다.

제37조 (“갑”에 의한 계약의 해제 또는 해지 등)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우 “갑”은 이 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 이 경우 계약의 해제 또는 해지는 “갑”이 “을”에게 서면으로 계약의 이행기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 “을”에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

3. “을”이 제33조 또는 제35조의 규정을 위반하여 공사결과에 중대한 영향을 초래할 우려가 있거나 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

9. “을”이 부도처리되거나 파산한 경우

11. 기타 “을”이 계약조건을 위반하고 그 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 경우

③ “갑”은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약을 해제 또는 해지한 경우에 기성검사를 필한 공사를 기성부분으로서 인수한 때에는 당해 부분에 상당한 대가를 “을”에게 지급한다.

⑥ 제1항 및 제2항에 의한 계약의 해제 또는 해지로 인하여 손해가 발생한 때에는 상대방에게 그에 대한 배상을 청구할 수 있다.

제38조 (“을”에 의한 계약의 해제 또는 해지 등)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우 “을”은 이 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

2. “갑”이 정당한 사유 없이 이 계약 내용을 위반하여 공사의 적정이행이 불가능하다고 인정될 경우

3) D은 2017. 3. 3. 피고와 보증채권자를 원고로, 주계약을 이 사건 공사계약으로, 보증금액을 6,862,310,160원으로, 보증기간을 2017. 2. 1.부터 2019. 6. 19.까지로 하는 계약보증계약(이하 ‘이 사건 보증계약’이라 한다)을 체결하였고, 피고로부터 계약보증서를 발급받아 원고에게 제출하였다. 이 사건 보증계약에 첨부된 계약보증약관의 주요 내용은 아래와 같다.

제1조 (보증책임)

① 피고는 D(이하 ‘채무자’)가 보증서에 기재된 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 ‘보증사고’) 그 상대방(이하 ‘보증채권자’)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제3조 (보증채무의 이행한도)

① 피고가 지급할 보증금은 이 보증서에서 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계 법령이 정하는 바에 따라 보증채권자가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 합니다. 다

만, 주계약 등에 몰수 또는 귀속조항이 없는 경우에는 보증금액을 한도로 하여 보증채권자가 청구하는 금액 중 실제 손해액으로 합니다.

나. 원고의 D에 대한 기성금 지급

1) 아래 표와 같이 원고는 D의 기성검사 신청에 대하여 기성검사를 수행하여 기성금을 확정 한 후, 기성금 지급 청구에 대하여 그 청구일 무렵 위와 같이 확정된 1 내지 8회차 기성금을 지급하였다(각 금액은 부가가치세 포함 금액이다).

차수	기성검사 신청일	기성금 청구일	청구금액(원)	확정금액(원)
1	2017. 4. 30.	2017. 5. 19.	1,000,000,000	943,000,000
2	2017. 6. 30.	2017. 7. 5.	1,200,000,000	1,156,000,000
3	2017. 9. 20.	2017. 9. 22.	3,033,000,000	2,780,000,000
4	2017. 11. 30.	2017. 12. 8.	4,150,000,000	4,150,000,000
5	2018. 1. 31.	2018. 2. 7.	6,380,000,000	6,267,000,000
6	2018. 3. 31.	2018. 4. 12.	4,341,000,000	4,341,000,000
7	2018. 5. 31.	2018. 6. 11.	4,163,000,000	3,955,000,000
8	2018. 7. 25.	2018. 8. 3.	4,135,000,000	4,135,000,000

차수	기성검사 신청일	기성금 청구일	청구금액(원)	확정금액(원)
합계			28,402,000,000	27,727,000,000

- 2) D은 2018. 9. 7. 원고에 대하여 9회차 기성고에 관한 기성검사를 신청하면서 9회차 기성금으로 5,586,000,000원을 청구하였고, 원고는 9회차 기성금을 5,209,392,125원으로 확정 한 뒤, 2018. 9. 20. 그중 3,000,000,000원을, 2018. 10. 5. 나머지 2,209,392,125원을 각 D에 지급하였다.
- 3) D은 2018. 10. 25. 원고에 대하여 10회차 기성고에 관한 기성검사를 신청하면서 10회차

기성금으로 5,570,000,000원을 청구하였다.

다. D의 부도 및 이 사건 도급계약 해제 통보 등

1) D은 2018. 11. 13. 당좌거래가 지급정지되어 부도가 발생하였다.

2) 원고는 D에, 2018. 11. 13. ‘D의 당좌거래정지 사실이 확인된바, 이는 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호의 해지사유에 해당하고, 2018. 11. 27.까지 해당 사유가 해소되지 아니하는 경우 이 사건 공사계약을 해지하겠다’고 통보하였고, 2018. 11. 26. 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호, 제11호 및 민법 제544조에 따라 이 사건 공사계약을 해제한다고 통보한 후, 2018. 12. 10. 위 조항들에다가 예비적으로 민법 제673조에 따른 해제권 행사를 추가하여 재차 이 사건 공사계약의 해제를 통보하였다.

3) D은 2018. 11. 20. 대구지방법원 2018회합149호로 회생절차 개시신청을 하였고, 위 사건에서 2018. 11. 23. 보전처분결정 및 포괄적 금지명령이, 2018. 12. 19. 회생절차 개시결정이, 2019. 6. 17. 회생계획 인가결정이 각 내려졌다.

라. 원고의 피고에 대한 계약보증금 청구

원고는 2018. 12. 5. 피고에게, 이 사건 공사계약이 해제되어 보증사고가 발생하였음을 이유로 이 사건 보증계약에 따른 계약보증금 6,862,310,160원의 지급을 청구하였다.

마. 관련 민사소송의 진행 경과

1) 한편, 원고는 2018. 10. 18. D에 강원도 영월군 G 일원에서 시행되는 영월 H 공동주택 신축공사(이하 ‘영월 공사’라 한다)를 계약금액을 37,060,414,000원(부가가치세 포함), 공사기간을 착공계 제출일로부터 26개월로 각 정하여 도급하는 내용의 공사계약(이하 ‘영월 공사계약’이라 한다)을 체결하였고, 피고가 위 공사계약에 관하여도 이 사건 보증계약과 전반적으로 같은 내용의 계약보증계약(이하 ‘영월 보증계약’이라 한다)을 체결하였는데, 위 영월 공사계약이 D의 부도 등을 이유로 위 공사계약 제37조 제1항 제3, 7, 9, 11호(위 조항은 이 사건 공사계약의 해당 조항과 같다)

및 민법 제544조에 따라 해제되었음을 이유로 영월 보증계약에 기초하여 피고를 상대로 영월 공사계약에 따라 원고에게 귀속되는 계약보증금 3,706,041,400원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다(이 법원 2019가합547042호). 위 사건에서 법원은 2021. 1. 29., ‘영월 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호에 따라 원고가 D에 위 공사계약의 해제를 통보함으로써 위 공사계약이 해제되었으므로, 피고는 원고에게 계약보증금 3,706,041,400원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다’고 하여 원고의 청구를 전부 인용하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 2021. 2. 20. 확정되었다.

2) 회생채무자 D의 관리인은 ‘원고의 방해행위가 아니었다면 D이 영월 공사계약을 이행할 수 있었음에도 원고의 방해행위로 영월 공사를 진행하지 못하게 되었으므로, 원고의 계약해제통보로 영월 공사계약이 해제되었다고 볼 수 없다’고 하며 원고를 상대로 미지급 공사대금 지급과 원고의 계약위반으로 인한 손해배상을 구하는 소를 제기하였다(이 법원 2020가합503307). 위 사건에서 법원은 2021. 1. 22., ‘영월 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호에 따라 원고가 D에 위 공사계약의 해제를 통보함으로써 위 공사계약이 해제되었고, D의 하수급인에 대한 원고의 하도급대금 직접 지급에 따라 원고의 미지급 공사대금채무는 남아 있지 아니하며, 원고의 계약 위반을 인정할만한 아무런 증거가 없다’는 이유로 D의 청구를 전부 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 D이 항소하여 현재 서울고등법원 2021나2007847호로 항소심 계속 중이다.

3) 회생채무자 D의 관리인은 ‘원고의 D에 대한 이 사건 공사계약의 해제 통보 당시 D은 이 사건 공사계약을 이행할 수 있는 상황이었고, 이 사건 공사계약은 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하여 원고의 위 공사계약 해제 통보는 부당하다’고 하며 원고를 상대로 부당한 해제 통보에 따른 손해배상을 구하는 소를 제기하여(이 법원 2019가합512657호, 이하 ‘이 사건 관련 민사소송’이라 한다), 현재 제1심 계속 중이다.

【인정 근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 19 내지 21, 45, 46, 51호증(가지번호 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

원고는 D이 이 사건 공사계약을 위반함에 따라 위 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호, 제11호 및

민법 제544조에 기초하여 위 공사계약을 적법하게 해제하였으므로, 이 사건 보증계약에 정한 계약보증금 6,862,310,160원의 지급 사유가 발생하였다. 그리고 원고는 2018. 12. 5. 피고에게 위 계약보증금의 지급을 청구하였다. 따라서 피고는 위 보증계약의 보증채권자인 원고에게 위 계약보증금 6,862,310,160원 및 이에 대한 2018. 12. 6.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 판단

가. 피고의 계약보증금 지급의무 성립 여부

1) 원고의 이 사건 공사계약 해제 인정 여부

가) 해제 사유 인정 여부

(1) 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호 해제사유 존재 여부

(가) 앞서 살핀 대로, 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호는 ‘제33조의 규정을 위반하여 공사결과에 중대한 영향을 초래할 우려가 있거나 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우’를 해제사유로 정하고 있고, 제33조 제1항은 ‘D이 도급받은 공사의 일부를 제3자에게 하도급하고자 할 때에는 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다)에서 정한 바에 따라 하도급하여야 하고, 하도급 대가의 지급에 있어 관계법령의 제규정을 준수하여야 한다’고 정하고 있다.

그리고 하도급법 제13조 제3항은 ‘원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 경우 원사업자가 발주자로부터 시공의 진척에 따라 기성금 등을 받았을 때에는 수급사업자가 시공한 부분에 상당하는 금액을 기성금 등을 지급받은 날부터 15일(하도급대금의 지급기일이 그 전에 도래하는 경우에는 그 지급기일) 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다’고 정하고 있고, 하도급거래공정화지침 III. 11.

가항은 하도급법 제13조에서 정한 하도급대금의 지급과 관련하여 ‘하도급대금을 어음으로 지급하였으나 지급받은 어음이 부도처리 된 경우에는 하도급대금을 지급하지 아니한 것으로 본다’고 정하고 있다.

(나) 우선 D이 하도급법을 위반하였는지에 관하여 살피건대, D이 2018. 10. 5.까지 원고로부터 1 내지 9회차 기성금 합계 32,936,392,125원(= 1 내지 8회차 기성금 합계 27,727,000,000원 + 9회차 기성금 5,209,392,125원)을 지급받은 사실 및 2018. 11. 13. 당좌거래가 정지되어 부도가

발생한 사실은 앞서 살핀 바와 같다. 그리고 앞서 든 증거들, 갑 제5, 7, 8호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 따르면, D이 2018. 9. 13. 원고에게 하도급계약 및 기성금 지급내역을 제출하면서 공사 착공 이후 2018. 5.까지의 1 내지 7회차 하도급 기성금의 99%, 8회차 하도급 기성금의 85%, 9회차 하도급 기성금의 91%를 각 현금으로 지급한 것으로 통지한 사실, 2018. 11.경 D의 당좌거래가 정지될 무렵부터 하수급인들이 원고에게 D로부터 하도급대금을 대부분 어음으로 지급받았다고 하며 하도급대금을 직접 지급해줄 것을 요청해온 사실, 원고와 원고보조참가인이 직접 하도급대금 지급 현황을 확인해본 결과 9회차 기성금을 기준으로 주식회사 I에 60,000,000원이 현금 지급된 것 이외에 나머지 하도급대금은 전부 어음(또는 외상매출채권)으로 지급된 것으로 확인된 사실, 이후 하도급업체들이 현금 대신 지급받은 어음이 최종 부도처리됨에 따라 하도급업체들이 공사를 중단한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정 사실에 따르면, D은 원고로부터 1 내지 9회차 각 기성금을 현금으로 지급받고도 하수급 업체들에 하도급대금의 상당 부분을 현금 대신 어음으로 지급하였고, 해당 어음들이 부도처리됨으로써, 결국 D은 원고로부터 기성금을 지급받은 때로부터 15일 이내에 하도급대금을 지급하지 아니한 경우에 해당한다고 할 것이다. 따라서 D은 하도급법 제13조 제3항을 위반하였다고 봄이 타당하다.

(다) 다음으로 D의 하도급법 위반행위로 공사결과에 중대한 영향을 초래할 우려가 있거나 계약의 목적을 달성할 수 없게 되었는지에 관하여 살피건대, 아래 (2)항에서 살펴보는 바와 같은 사정들을 종합하면, D의 하도급법 위반행위 등으로 공사결과에 중대한 영향이 초래되어 이 사건 공사계약의 목적이 달성될 수 없게 되었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호에서 정한 해제사유가 발생하였다고 인정할 수 있다.

(2) 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호 해제사유 존재 여부

(가) 계약의 일방 당사자가 계약기간 중에 부도가 발생하였다는 사실만으로 해당 계약의 이행이 그의 귀책사유로 불가능하게 되었다고 단정할 수는 없고, 그 부도 발생 전후의 계약의 이행정도, 부도에 이르게 된 원인, 부도 발생 후의 영업의 계속 혹은 재개 여부, 해당 계약을 이행할 자금사정 기타 여건 등 제반 사정을 종합하여 계약의 이행불능 여부를 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 참조).

(나) 위 인정 사실에 앞서 든 증거들, 갑 제10, 13, 15 내지 17, 22 내지 24호증, 을 제10호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음 사정들에 비추어 보면, D은 부도의 발생 등으로 원고의 2018. 12. 10. 이 사건 공사계약 해제 통보 당시 위 공사계약을 약정된 내용대로 이행할 수 없었다고 인정할 수 있으므로, 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호의 해제사유가 존재한다고 봄이 옳다.

① 원고는 이 사건 공사와 관련하여 D에 9회차 기성금까지 모두 지급하였음에도 앞서 살핀 바와 같이 D은 하도급업체들에 기성 하도급대금의 거의 대부분을 어음으로 지급하였고, 이후 하도급업체들이 현금 대신 지급받은 어음이 최종 부도처리됨에 따라 하도급업체들이 공사를 중단하였다. 이에 따라 원고는 이 사건 공사계약 해제 통보 후 이 사건 공사를 재개하기 위하여 J 주식회사를 대체 시공사로 선정하여 새로이 공사도급계약을 체결하였고, 이 사건 공사는 2019. 2. 21.경부터 비로소 재개될 수 있었다. 또한 이 사건 공사에 관한 D의 하수급인들이 D의 원고에 대한 관련 공사대금채권 중 3,550,486,700원에 대한 채권가압류 신청을 하여, 2018. 5.경부터 2018. 11.경까지 같은 액수 상당의 채권에 대한 가압류결정이 이루어졌는바, 원고로서는 D 내지 그 하수급인들에게 기성 공사대금을 추가로 지급하여 공사를 진행하는 것도 사실상 곤란한 상태였다고 봄이 타당하다.

② 피고는 원고가 이 사건 공사에 관하여 D에 10회차 기성금을 포함하여 총 8,868,750,144원의 기성금을 미지급하였기 때문에 D이 부도상태에 빠졌다고 주장한다.

그러나 이 사건 공사계약 제31조에 따르면, 위 계약 제23조 제2항의 규정에 의한 기성부분에 대하여는 착공계 제출일로부터 매 2개월마다 대가지급을 청구할 수 있고(제1항), 원고는 위 제1항에서 정한 기성대가 지급의 청구를 받은 때에는 그 청구를 받은 날로부터 14일 이내에 그 대가를 지급하여야 하며(제2항), 원고가 제1항의 청구를 받은 후 그 청구 내용의 전부 또는 일부가 부당함을 발견한 때에는 그 사유를 명시하여 D에 당해 청구서를 반송할 수 있고, 이 경우 반송한 날로부터 재청구를 받은 날까지의 기간은 위 지급기간에 산입되지 아니한다고 정하고 있다(제4항). D은 2018. 10. 25. 원고에 대하여 10회차 기성고에 관한 기성검사를 신청하였는데, 위 일자는 9회차 기성검사 신청일 및 기성금 지급일로부터 각 2개월이 경과하기 전인데다가, 원고는 이 사건 공사 관련 사업의 위탁자인 원고보조참가인으로부터 D이 기성금을 현금으로 받았음에도 하도급대금

대부분을 어음으로 지급하는 등 문제가 있음을 이유로 기성금 지급을 보류하라는 통보를 받았고, 이에 D에 대한 기성금 지급을 보류하자 D은 2018. 11. 1. 원고에게 재차 기성금을 지급해달라는 청구를 하였으며, 그로부터 14일이 지나지 않은 2018. 11. 13.에 부도가 발생한 것인바, 원고가 10회차 기성금을 부당하게 미지급하였다고 보기 어렵다.

그리고 을 제10호증의 기재에 따르면, 이 사건 관련 민사소송에서 감정절차를 진행한 결과 이 사건 공사 중단 시점까지 이 사건 건물의 전체 기성고율은 60.92%이고, 이를 기초로 산정한 원고의 D에 대한 미지급 공사대금은 총 8,868,750,144원이라는 감정의견이 제시된 사실을 인정할 수 있기는 하나, 위 금액에는 원고가 미지급한 10회차 기성금 5,570,000,000원이 포함되어 있는데 해당 부분은 위와 같이 원고가 이를 부당하게 미지급하였다고 보기 어렵다. 그리고 나머지

3,298,750,144원 부분도, 애당초 D이 원고에게 기성대금으로 청구한 금액이 총 33,988,000,000원(= 1 내지 8회차 기성금 관련 28,402,000,000원 + 9회차 기성금 5,586,000,000원)이었고 원고는 기성검사를 통해 그중 32,936,392,125원을 지급하였는바, D의 기성대금 청구금액 중 원고의 기성검사에 따라 감액된 금액은 1,051,607,875원(= 33,988,000,000원 - 32,936,392,125원)에 불과하다는 점에 비추어볼 때, 원고가 D의 청구에도 불구하고 해당 부분을 부당하게 미지급한 것이 아니라, 애당초 D이 이를 대부분 청구하지 않았기 때문에 원고가 이를 지급하지 아니한 것이라고 봄이 타당하다. 그리고 D이 영월 공사를 포함하여 하수급업체에 현금 대신 어음으로 지급한 하도급대금의 규모 및 가압류 등이 이루어진 D의 공사대금채권의 액수 등을 종합할 때, 원고가 D의 기성대금 청구금액 중 1,051,607,875원을 감액하여 지급한 것이 D의 부도 원인이 되었다고 보기도 어렵다. 결국 원고의 부당한 기성금 미지급으로 부도가 발생하였다고 보기 어렵다.

③ 또한 D은 2018. 10. 23. 영월 공사에 관한 착공계를 원고에게 제출한 후 영월 공사를 시작하였으며, 2018. 11. 1. 원고로부터 위 공사에 관한 제1차 기성금을 지급받았는데, 위 공사에 관한 하도급업체인 K에도 하도급대금을 현금이 아니라 어음으로 지급하였고, 어음이 부도처리되었음에도 하도급대금을 지급하지 않았다. 그리고 D의 현장소장으로서 이 사건 공사업무를 수행한 L 또한 'D은 이 사건 공사에 착공하기 전부터 이미 현금 흐름이 좋지 않아서 매출 대비 많은

어음이 발행된 상태였다’는 내용의 진술서를 작성하기도 하였다. 이러한 사정들 또한 D이 원고와는 상관없는 사유, 즉 스스로의 자금 상황 악화로 부도처리되기에 이르렀음을 뒷받침한다.

④ 원고의 이 사건 공사계약 해제 무렵 D이 진행하고 있던 공사들 중 일부는 D의 부도에 따른 공사 중단을 이유로 관련 계약이 합의해제되었고, 그 외에는 대부분 그 공정이 약정된 준공예정일보다 상당히 지연되었다. 한편, D은 부도 발생 이후에도 새롭게 공사도급계약을 체결하여 공사를 시공하기도 하였으나, 이는 부도 발생 및 회생절차 개시결정 이후 수개월이 경과한 시점에서 이루어진 것으로, 그러한 사정만으로 D이 부도 발생 및 원고의 이 사건 공사계약 해제 당시 이 사건 공사를 예정된 공정대로 진행할 능력이 있었다고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 관련 민사소송에서의 감정결과에 따르면 D의 실제 기성고가 60.92%로서, 공사 중단 당시 기준 공정계획인 62.12% 대비 약 98%의 공사가 진행되어 있었던 상황이라고 볼 수 있기는 하나, 그렇다 하더라도 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 공사가 결국 D의 부도 발생 및 하도급대금 미지급 등을 이유로 중단되었다고 볼 수 있는 이상, 위 사정만으로는 앞서와 같은 판단을 뒤집기 부족하다.

⑤ 한편, 피고는 원고가 D의 부도 발생 직후 이 사건 공사 현장의 출입을 봉쇄하고 D로 하여금 공사 진행을 할 수 없도록 방해하여 이 사건 공사가 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 이 사건 공사에 관한 감리원이 작성한 업무일지에 따르면 2018. 11. 12. D의 부도로 공사가 중지된 것으로 보이고, 달리 원고가 D 소속 인부들의 출입이나 공사 진행을 방해하였다고 볼만한 증거가 없다[피고는 영월 공사에 관하여도 마찬가지로의 주장을 하였으나, D의 부도로 하수급업체들이 장비를 반출하는 등 공사를 중단하였던 것으로 보인다는 이유로 위 인정 사실 마. 1)항 기재 민사사건에서 해당 주장이 배척되었다]. 나아가 D은 원고로부터 부도 등으로 인한 해제사유 발생 및 계약내용의 이행을 통보받았음에도 원고에게 하도급업체 자재 및 인력 동원, 하도급대금 등 공사비 조달 등에 관한 계획안이나 구체적인 자료를 제출한 바도 없다.

(3) 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제11호 해제사유 존재 여부

이 사건 공사계약 제31조 제6항에서 ‘기성부분에 대한 매 대가지급 청구 시마다 “을”은 하도급업체에 대한 기성금 지급내역 및 이에 대한 증빙자료를 첨부한 문서로 기성금의 지급을 요청하여야 한다’고 정하고 있는 사실, D이 원고에게 기성 공사대금을 청구하면서 하도급 업체들에 대한 기성금

지급내역을 제출하였는데 여기에는 대부분의 하도급대금이 현금으로 지급된 것으로 기재되어 있으나, 실제로는 상당 부분이 어음으로 지급된 것으로 확인된 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, D이 하도급업체에 대한 기성금 지급내역을 허위로 작성하여 원고에게 제출한 것은 이 사건 공사계약 제31조 제6항을 위반한 것이라고 인정할 수 있다.

그리고 앞서 (1), (2)항에서 살피본 사정들을 종합할 때, D이 하도급법을 위반하여 하수급인들에게 지급한 어음이 부도 처리됨에 따라 하도급대금을 지급받지 못한 하수급인들이 공사를 중단함으로써 이 사건 공사계약의 목적 달성이 불가능하게 되었다고 인정할 수 있는바, D의 계약조건 위반으로 이 사건 공사계약의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제11호에서 정한 해제사유가 발생하였다고 인정할 수 있다.

나) 해제 의사표시의 적법 여부

(1) 원고가 D에, 2018. 11. 13. ‘D의 당좌거래정지 사실이 확인된바, 이는 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호의 해지사유에 해당하고, 2018. 11. 27.까지 해당 사유가 해소되지 아니하는 경우 이 사건 공사계약을 해지하겠다’고 통보하였고, 2018. 11. 26. 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호, 제11호 및 민법 제544조에 따라 이 사건 공사계약을 해제한다고 통보한 후, 2018. 12. 10. 위 조항들을 이유로 재차 이 사건 공사계약의 해제를 통보한 사실은 앞서 인정 사실에서 살핀 바와 같다. 그리고 갑 제4호증의 2의 기재에 따르면, 위 2018. 11. 26.자 해제 통보 당시 원고는 D의 채권자들의 신청에 따른 공사대금채권 (가)압류 및 추심명령이 원고에게 송달된 사실, 하도급대금을 대부분 현금으로 지급하였다는 D의 보고와 달리 하도급대금이 실제로는 상당 부분 어음으로 지급되었고, 어음 부도로 위 하도급대금이 최종 미지급되어 하도급업체들이 공사를 중단한 사실 등을 적시하였던 사실을 인정할 수 있다.

(2) 살피건대, 원고가 2018. 11. 13.자 해제 통보 당시 D의 당좌거래정지 사실과 함께 ‘이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호’를 명시적으로 적시하면서 해당 사유 해소 기한을 2018. 11. 27.까지로 명시하였는바, 비록 계약의 일방 당사자가 계약기간 중에 부도가 발생하였다는 사실만으로 해당 계약의 이행이 그의 귀책사유로 불가능하게 되었다고 단정할 수는 없고(위 대법원 2004다16976 판결 참조), 원고가 위 해제 통보 당시 ‘당좌거래정지 사실’만을 적시하였을 뿐 ‘이로써

이 사건 공사계약의 이행이 불가능하게 된 사실'까지 적시하지는 아니하였다 하더라도, 원고가 해제 통보의 근거 조항을 명시한 이상, '부도 발생에 따라 이 사건 공사계약의 이행이 불가능하게 되었는지 여부'는 법률적 판단 사항으로서 원고가 이 부분까지 적시하지 아니하더라도 실제로 D의 부도 발생에 따라 이 사건 공사계약의 이행이 불가능하게 되었다고 판단되면 충분하다고 봄이 옳다.

(3) 그리고 원고가 2018. 11. 13.자 해제 통보 당시 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제11호를 적시하지 아니하였다 하더라도, 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제조건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니며, 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생하는바(대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35930 판결 참조). 원고가 2018. 11. 26. 곧바로 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제11호를 근거로 위 공사계약을 해제할 수는 없다 하더라도, 위 2018. 11. 26.자 해제 통보 당시 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호, 제11호의 해제 사유를 구성하는 사실들을 적시하면서 위 조항들에 따라 이 사건 공사계약을 해제한다고 통보한 것은, 비록 일정 기간을 명시하지 아니하였다 하더라도 해당 사유의 해소를 최고한 것에 해당한다고 봄이 타당하다. 그리고 기존의 2018. 11. 13.자 해제 통보 당시 원고가 비록 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제9호만을 적시하기는 하였지만, 해당 사유 해소 기한을 2018. 11. 27.까지로 적시하였고, 여기에 해당 사유와 같은 항 제3호, 제11호의 해제사유가 모두 밀접하게 연관되어 있다고 볼 수 있음을 고려할 때, 2018. 12. 10.은 2018. 11. 26.자 해제 통보로부터 '상당한 기간'이 경과한 후라고 봄이 옳다.

(4) 따라서 이 사건 공사계약 제37조 제1항 제3호, 제9호, 제11호를 근거로 한 원고의 2018. 12. 10.자 해제 통보는 적법하므로, 위 해제 통보에 따라 이 사건 공사계약은 2018. 12. 10. 해제되었다고 인정할 수 있다(위 제9호에 관하여는 2018. 11. 13.자 해제 통보 당시 해제 사유로 적시되기는 하였으나, 위 해제 통보에서 해당 사유 해소 기한을 2018. 11. 27.까지로 명시하였으므로, 위 기한 도과 전인 2018. 11. 26. 이루어진 해제 통보는 해제 통보로서의 효력이 없다고 봄이 타당하므로, 위 날 이 사건 공사계약이 해제되었다고 볼 수는 없다).

2) 피고의 계약보증금 지급의무 및 지연손해금의 기산점

이 사건 공사계약이 D의 채무불이행을 이유로 해제되었으므로, 피고는 이 사건 보증계약에 따라

원고에게 이 사건 공사계약에 따라 원고에게 귀속되는 계약보증금 6,862,310,160원을 지급할 의무가 있다. 그리고 원고가 이 사건 공사계약 해제사유가 발생한 후이자 위 공사계약이 해제되기 직전인 2018. 12. 5. 피고에 대하여 위 계약보증금의 지급을 청구한 사실은 앞서 살핀 바와 같으므로, 2018. 12. 10. 이 사건 공사계약이 해제됨과 동시에 원고의 피고에 대한 위 보증금채권이 성립하였고 같은 날 위 보증금채권의 이행기가 도래하였다고 봄이 타당하다. 따라서 피고는 원고에게 위 계약보증금 6,862,310,160원 및 이에 대하여 2018. 12. 11.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고는 2018. 12. 6.부터의 지연손해금의 지급을 구하나, 이 사건 공사계약이 2018. 11. 26.이 아니라 2018. 12. 10. 해제되었다고 인정됨은 앞서 살핀 바와 같으므로, 위 계약이 2018. 12. 5. 이전에 해제되었음을 전제로 하는 원고의 위 주장은 이유 없다).

3) 피고의 이 사건 보증계약 취소 및 면책 주장에 관한 판단

가) 착오 내지 사기를 이유로 한 보증계약 취소 주장에 관한 판단

(1) 주장의 요지

이 사건 공사대금은 68,623,101,601원으로 정해져 있고, 이에 피고는 공사대금의 10%인 6,862,310,160원을 보증금액으로 하는 보증서를 발급하였는데, D은 원고보조참가인과 도급계약금액의 10%를 원고보조참가인이 부담하는 PF 대출금 대납에 사용하도록 하는 약정을 체결하였음에도 이를 이 사건 보증계약 체결 당시 피고에게 고지하지 아니하였다. 이는 D이 이 사건 보증계약의 핵심이 되는 공사대금의 액수에 관하여 사실과 다르게 고지함으로써 피고를 기망한 것이고, 그렇지 않더라도 피고는 중요부분에 관한 착오에 빠져 이 사건 보증계약을 체결한 것이므로, 민법 제109조 내지 제110조에 따라 이 사건 보증계약을 취소한다.

(2) 판단

살피건대, 피고가 주장하는 약정은 D과 원고보조참가인 사이에 체결된 약정으로서, D이 원고로부터 이 사건 공사계약에 따른 공사대금을 수령한 이후 그중 일부를 위 약정에 따라 사용하도록 하는 내용의 것인바, 위 약정은 이 사건 공사계약과 별개로 이루어진 것이라고 봄이 타당하다. 그렇다면 위 약정에도 불구하고 이 사건 공사계약의 계약금액은 여전히 68,623,101,601원이라고 보아야 하므로, D이 이 사건 공사계약의 계약금액을 사실과 다르게 고지하였다거나, 계약금액에 관하여

피고가 착오하였다고 볼 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 면책 주장에 관한 판단

피고는, 이 사건 보증계약 약관 제2조 제3항에 따르면 ‘보증채권자의 책임 있는 사유로 인하여 보증사고가 발생한 때’에는 피고의 보증책임이 면책된다고 규정되어 있고, 원고가 D에 기성금을 미지급함으로써 부도에 이르렀고, D의 공사 수행을 방해함에 따라 위 공사가 진행될 수 없었던 것이므로 결국 원고의 책임 있는 사유로 이 사건 공사계약이 해제된 것이어서 피고의 보증책임이 면책된다고 주장한다. 그러나 앞서 1)항에서 살핀 바와 같이, 이 사건 공사계약은 D의 책임 있는 사유로 해제되었으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

나. 피고의 기타 주장들에 관한 판단

1) 계약보증금 감액 주장에 관한 판단

가) 주장의 요지

이 사건 공사계약의 계약보증금 귀속조항은 손해배상액의 예정이므로 부당하게 과다한 경우 민법 제398조 제2항에 따라 감액되어야 할 것인데, 이 사건 공사계약이 해제된 데 원고의 책임도 상당 부분 존재하는 점, 이 사건 공사계약의 해제로 원고가 입은 실제 손해가 크지 않고, 이 사건 공사계약 해제 후 후속 공사계약 체결에 따라 결과적으로 공사가 지연된 기간이 길지 않게 된 점 등에 비추어 보면, 위 계약보증금이 부당하게 과다하므로 감액되어야 한다.

나) 판단

(1) 도급계약에서 수급인의 귀책사유로 계약이 해제 또는 해지될 경우 그로 인하여 도급인이 입은 손해 중 계약보증금 범위 내의 손해는 계약보증금의 물취로서 그 배상에 갈음하고 이를 초과하는 손해가 있으면 그에 대하여 수급인이 손해배상책임을 진다는 약정이 있는 경우, 계약보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지되, 다만 수급인이 배상할 손해액이 이를 초과하는 경우에는 손해담보로서의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결 참조).

한편, 민법 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히

감액할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 '부당히 과다한 경우'란 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회 관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 한다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다275402 판결 참조).

(2) 이 사건에 관하여 살피건대, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 따라 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 일반적으로 공사도급계약에 있어서 도급공사금액의 10% 정도를 계약금으로 정하고 이를 손해배상의 예정액으로 약정함이 거래관행인데, 이 사건 공사계약에서 정한 계약보증금은 이를 초과하지 아니하여 그 예정액이 통상적인 범위 내에 있는 것으로 보이는 점, ② 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 공사계약의 해제에 원고의 책임이 있다고 보기 어렵고, 나아가 원고가 이 사건 공사계약의 해제로 아무런 손해를 입지 아니하였음을 인정할 자료도 찾기 어려운 점, ③ 오히려 원고는 이 사건 공사계약 해제 후 후속 공사계약을 체결하여 이 사건 공사를 속행하였는데 그 과정에서 약 3개월 가량 공정이 지연되었고 추가 비용도 상당히 부담하게 된 것으로 보이는 점을 종합하면, 이 사건 공사계약에서 정한 계약보증금이 부당하게 과다하다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 상계 주장에 관한 판단

가) 주장의 요지

보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있는바(민법 제434조), 이 사건 보증계약의 보증채무자인 피고는 주채무자인 D이 보증채권자인 원고에 대하여 가지는 미지급 기성금 채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권과 상계할 수 있다. 피고는 2018. 12. 19. 원고에 대하여 D의 미지급 기성금 채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권과 상계한다는 의사표시를 하였고, 그 무렵 위 의사표시가 원고에게 도달하였으므로, 원고의 계약보증금 채권은 D의 미지급 기성금채권과 대등액의 범위에서 상계로 소멸하였다.

나) 판단

(1) 주채무자에 대하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다)에 따른

회생절차가 개시된 이후에는 보증인은 민법 제434조에 기초하여 주채무자가 채권자에 대하여 가지는 채권으로 자신의 채권자에 대한 채무와 상계할 수 없고(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다209347 판결 참조), 이는 채무자회생법에 따른 보전처분이 발령된 경우에도 마찬가지로 볼 수 있으며(서울고등법원 2017. 4. 20. 선고 2016나2040918 판결 참조), 변제나 상계 등의 행위를 금지하지 않을 경우 회생채무자의 적극재산이 감소되어 회생채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모할 수 없고, 일부 회생채권자에게만 회생계획에 의하지 않고 우선 변제 등의 행위를 하는 것은 회생채권자들 사이의 공평을 깨뜨릴 염려가 있다는 점은 주채무자에 대하여 회생계획 인가결정이 내려진 이후라 하더라도 마찬가지이다. 따라서 주채무자에 대하여 회생계획 인가결정이 내려진 이후라 하더라도 회생절차가 종결되지 아니한 한 여전히 보증인은 민법 제434조에 기초하여 주채무자가 채권자에 대하여 가지는 채권으로 자신의 채권자에 대한 채무와 상계할 수 없다고 봄이 타당하다.

(2) D의 회생절차 개시신청에 대하여 2018. 11. 23. 보전처분결정 및 포괄적 금지명령이, 2018. 12. 19. 회생절차 개시결정이, 2019. 6. 17. 회생계획 인가결정이 각 내려진 사실은 앞서 1. 다. 3)항에서 살핀 바와 같다. 피고는 D에 대하여 보전처분결정 및 포괄적 금지명령이 내려진 이후인 2018. 12. 19. 원고에 대하여 D의 미지급 기성금 채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권과 상계한다는 의사표시를 하였으므로, 위 법리에 따를 때 위와 같은 상계는 허용되지 아니한다. 따라서 피고의 상계 주장은 미지급 기성금채권의 액수에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다. 소결론

따라서 피고는 원고에게 계약보증금 6,862,310,160원 및 이에 대하여 2018. 12. 11.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 8. 26.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 윤도근, 판사 이승연, 판사 김동호