

서울고등법원 2018. 10. 18 선고 2017나2074246 판결 [보증금 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2018. 10. 18 선고 2017나2074246 판결

서울중앙지방법원 2017. 11. 29 선고 2016가합574982 판결

전문

원고, 항소인 학교법인 A

피고, 피항소인 건설공제조합

피고보조참가인 주식회사 미조건설

변론 종결 2018. 7. 19.

판결 선고 2018. 10. 18.

제1심판결 서울중앙지방법원 2017. 11. 29. 선고 2016가합574982 판결

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청구 취지 및 항소 취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 645,700,000원과 이에 대하여 2016. 7. 28.부터 이 사건

소장 송달일까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부를 고쳐 쓰는 것 외에는 제1심판결 제1항 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.1) ○ 제1심판결 제3면 아래에서 제2행(행수는 인용기재 표 안의 행수를 포함하고 각주는 제외한다)의 "원고는"을 "참가인은"으로, 같은 면 아래에서 제1행의 "작합하지"를 "적합하지"로 각 고쳐 쓴다.

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고

1) 다음과 같이 원고는 참가인에게 토류판 공법으로 시공된 이 사건 남측 현장을 CIP 공법으로 시공하는 과정에서 발생한 추가공사대금을 지급할 의무가 없음에도 참가인은 위 추가공사대금을 지급하지 않는다는 이유로 일방적으로 공사를 중단하였다.

즉, ① 원고는 종전 시공사인 미래공영 및 오성토건에 이 사건 남측 현장의 흠막이 공사를 토류판 공법으로 변경시공하도록 승인한 사실이 없으므로, 참가인에게 토류판 공법으로 시공된 위 남측 현장을 다시 원래의 CIP 공법으로 시공하는 데 따른 추가공사대금을 지급할 의무가 없다.

② 수급인인 참가인의 공사이행의무가 선이행의무이고, 그에 따른 원고의 공사대금 지급의무는 후이행의무이다. 이 사건 도급계약상 참가인은 선이행의무인 공사 이행의무를 거절할 수 없고 참가인이 정당한 이유 없이 공사이행의무를 거절하는 경우 이는 채무불이행에 해당한다. 예외적으로 상대방인 원고의 공사대금 지급의무의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 등의 경우에는 공사이행의무를 거절할 수 있으나, 원고는 이 사건 공사 중단 전후에 걸쳐 참가인에게 선급금 645,700,000원과 기성금 567,248,541원 상당을 모두 제대로 지급하였고, 원고에게 신용불안이나

재산상태의 악화 등의 사정변경도 없을 뿐만 아니라, 원고가 참가인에 대하여 추가공사대금 지급의무를 부담하는 금액은 아무리 많아도 8,296,000원에 불과하므로, 위 금액이 지급되지 않았다는 이유로 참가인이 이 사건 공사를 종국적으로 중단하는 것이 정당화될 수는 없다.

③ 오성토건은 참가인의 하수급인으로서 이행보조자에 해당하므로 참가인이 오성토건의 추가공사대금 요구 등을 이유로 공사를 중단할 수도 없다.

2) 이에 원고는 참가인의 위와 같은 계약불이행에 따라 이 사건 도급계약을 해지하였고, 이 경우 이 사건 보증계약 제3조 제1항 및 이 사건 도급계약 제5조 제1항에 따라 계약이행보증금은 원고에게 귀속되므로, 피고는 원고에게 계약이행보증금 645,700,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고와 참가인의 주장

참가인은 당초 토류판 공법에 따라 시공되어 있던 이 사건 남측 현장을 CIP 공법으로 시공하는 과정에서 발생한 추가공사대금 중 상당 금액을 오성토건에 지급하였는데, 오성토건은 토목공사 부분에 관하여 사실상 원고의 하수급인이나 마찬가지로 원고는 참가인의 위 추가공사대금 지급 요청을 정당한 이유 없이 거절하였고, 이에 따라 참가인이 이 사건 공사를 중단하게 되었다. 따라서 참가인의 이 사건 공사 중단이 정당하지 않음을 전제로 하는 원고의 계약해지는 부적법하고, 위 해지에 따른 계약이행보증금청구 역시 이유 없다.

3. 판단

가. 참가인의 공사중단이 위법한지 여부

1) 인정 사실 갑 제5, 11, 13, 28, 29, 33, 34, 38, 41, 45, 53호증, 을 제1, 3 내지 5, 10, 11, 14 내지 16, 18, 22, 26호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음 각 사실들을 인정할 수 있다.

가) 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약의 체결과 그 이행 등

(1) 오성토건은 2015. 11. 25. 원고에게 이 사건 공사의 새로운 시공사가 선정될 경우 이 사건 공사의 토목공사를 계약금액 1,160,000,000원에 수행하겠다는 취지의 확인서를 제출하였고, 원고는 위 확인서를 참가인에게 전달하였다. 이에 따라 참가인은 위 확인서를 전제로 토목공사 부분의

공사대금을 위 확인서상의 1,160,000,000원으로 하여 원고와 이 사건 도급계약을 체결하였다(다만 실제 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약 체결과정에서는 하도급계약금액이

1,165,000,000원으로 정해졌다). 한편 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약에는 "발주자의 추가지급 외 추가정산은 없으며 계약금액은 총액계약이다."라는 특약사항 제2항이 삽입되었다.

(2) 원고는 참가인이 이 사건 공사에 착공하기 전인 2015. 12. 30. 참가인에게 제1회 기성대금으로 220,000,000원을 지급하면서 위 대금 중 140,000,000원은 오성토건에 직접 지급하고 나머지 80,000,000원은 오성토건의 하수급인인 F(CIP 공법용 장비업체, 대표 G)에 지급하도록 지시하였고, 이에 따라 참가인은 오성토건으로부터 같은 내용의 확인서를 제출받은 후 위 지시대로 지급하였다. 오성토건에 대한 위와 같은 공사대금 지급은 원고가 오성토건에 미래공영으로부터 받지 못한 기성대금, 공사지연에 따른 대기료 등을 보전하는 차원에서 지급한 것이었다.

나) 이 사건 남측 현장에 토류판 공법에 의한 H-pile이 매립된 경위 등

(1) 이 사건 공사의 토목감리인 주식회사 씨이이엔씨(이하 '씨이이엔씨'라 한다) 소속 E는 2015. 8.경 이 사건 남측 현장을 토류판 공법으로 시공하도록 지시된 도면(을 제10호증)을 작성하여 미래공영에 교부하였고 위 도면에는 기술사 D의 날인이 되어 있다. 오성토건은 미래공영과 토목감리인 E의 지시 및 위와 같이 변경된 도면에 따라 위 남측 현장을 토류판 공법으로 시공하였다. 이 사건 공사의 상주감리인 H는 이 사건 공사의 설계사인 주식회사 세진예공건축사사무소(이하 '세진예공건축'이라 한다) 소속인데, 미래공영이 CIP 공법으로 시공하지 않고 H-pile을 토류판 방식으로 시공하는 것에 관하여 아무런 이의도 제기하지 않았다.

(2) CIP 공법은 지하에 천공을 하여 쇠통과 H-pile을 삽입한 후 콘크리트를 원통 안에 부어넣고 양생시켜 마치 동그란 콘크리트 기둥을 박는 듯한 시공방식임에 반하여, 토류판 공법은 H-pile만을 삽입한 후 콘크리트를 타설하지 않고 흙을 퍼내면서 H-pile 사이에 목재판을 넣어 방수벽을 만드는 방식으로 명확히 구별된다. CIP 공법은 시공 시 콘크리트 타설을 위한 레미콘 차량이 필수적으로 동원되나 토류판 공법은 레미콘 차량이 필요하지 않고, CIP 공법은 쇠통 설치 → H-pile 매립 → 콘크리트 타설 → 쇠통 제거의 과정이 연속적으로 이루어져야 한다.

다) 오성토건의 요구에 따른 참가인의 추가공사대금 지급과 원고의 지급거절 등

(1) 오성토건은 위 남측 현장에 CIP 공법에 따른 공사를 시공 후 참가인에게 H-pile 제거 및 CIP 공법에 따른 추가공사비로 104,000,000원의 지급을 요구하였고, 이에 따라 참가인은 2016. 4. 5. 오성토건에 추가공사비로 77,000,000원을 지급하였으나, 오성토건은 거듭 참가인에게 합계 104,000,000원이 소요되었다며 공사비 지급을 추가로 요구하였다. 위와 같이 오성토건이 원고에게 청구한 공사대금 104,000,000원에는 H-pile 제거비용과 천공기 등 철거 및 재반입비용 외에도 기존 설계도면에 따른 자재대, 철근 등 비용과 미래공영의 부도 후 수급인(참가인) 선정 지연으로 인한 장비, 자재, 인원의 대기비용도 포함되어 있었다.

(2) 참가인은 수차례에 걸쳐 원고에게 추가공사비를 인정하여 줄 것을 요청하고 중재 및 공사재개를 위해 노력하였으나 원고는 이를 거부하였다. 이에 참가인은 2016. 4. 26. 오성토건에, 원고가 추가공사비를 지급하지 않아 오성토건에도 공사비 지급이 불가능하다고 회신하였다. 그럼에도 오성토건이 공사 중단 후 재개하지 않자 참가인은 2016. 5. 24. 오성토건에 하도급계약 해지를 통보하였다.

(3) 원고는 참가인이 오성토건과의 하도급계약을 해지한 후인 2016. 6. 28.에도 추가공사대금 지급 등의 문제는 참가인과 오성토건 사이의 문제일 뿐이고 원고는 아무런 관련이 없다는 의사를 밝히고 추가공사대금 등의 지급을 거부하였다.

2) 판단 위 인정 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 각 사정들을 종합하면, 원고는 이 사건 남측 현장에 관하여 미래공영과 오성토건이 토류판 공법으로 시공하도록 승인한 바 있고, 이 사건 도급계약 체결과정에서 이 사건 공사 중 토목공사 부분에 관하여는 사실상 하수급인 오성토건과 계약금액을 직접 결정하여 참가인으로 하여금 토목공사 부분에 관하여는 오성토건으로부터 추가공사대금 지급 요구를 받지 않을 것을 신뢰하도록 하였다. 그럼에도 위 남측 현장이 토류판 공법에 따라 시공되어 있음을 뒤늦게 발견한 참가인이 오성토건으로부터 추가공사대금 지급요구를 받고 원고에게 위 금액의 지급을 요청하자, 원고는 위와 같은 승인 사실을 부인하고 토류판 공법으로 H-pile이 매립된 책임 등을 인정하지 않은 채 일체의 추가공사대금 지급을 거부하였다. 위와 같은 원고의 추가공사대금 지급거부는 단순한 대금지급의 지체를 넘어 이행거절에 해당한다고 할 것이므로, 참가인이 이를 이유로 사실상 계약 해지의 의사로 공사를 중단한 것이 부당하다고 할 수는 없다고 봄이 타당하다.

즉, ① 앞서 본 바와 같이 원고는 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약 체결을 주도하였을 뿐만 아니라, 사실상 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약금액도 정하였고(사실상 이 사건 하도급계약의 토목공사 부분 금액 1,160,000,000원과 동일하다) 오성토건이 미래공영과 계약 당시 이미 시공한 부분에 대한 미지급대금 정산 등도 주도하였다. 참가인이 오성토건과 하도급계약을 체결함에 있어 원고가 수행한 위와 같은 역할 등에 비추어 보면, 원고에 대한 관계에서 오성토건이 단순히 참가인의 이행보조자의 지위에 있다고 볼 수는 없다. 더군다나 위와 같은 하도급계약의 체결과정 등에 비추어 보면 참가인으로서 토목공사에 관하여는 사실상 참가인이 원고로부터 지급받은 금액을 그대로 오성토건에 지급할 것을 신뢰하고 있었다고 봄이 타당하다[한편 원고는, 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제6조의2 제1호 나목에서 '원사업자가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용이나 책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정'을 부당특약으로 보아 금지하고 있으므로, 참가인과 오성토건 사이의 하도급계약상 "발주자의 추가지급 외 추가정산은 없으며 계약금액은 총액계약이다."라는 특약은 위법하여 이를 둘러싼 하도급계약관계의 분쟁을 빌미로 이 사건 공사를 중단할 수는 없다는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 참가인은 오성토건이 요구한 추가공사대금 중 상당 금액을 지급하였을 뿐만 아니라, 참가인이 원고로부터 추가공사대금을 지급받지 못하여 참가인 역시 오성토건에 공사대금을 지급하지 못함에 따라 참가인과 오성토건 사이에 추가공사대금을 둘러싼 분쟁이 발생하게 되었고, 그 과정에서 그 하도급계약이 해지되었을 뿐이며(참가인이 오성토건의 계약불이행을 이유로 계약이행보증금청구를 하였다는 등의 자료도 없다), 참가인의 공사중단은 원고의 추가공사대금 지급 거절을 이유로 하는 것이므로 위 특약의 무효 여부는 참가인의 이 사건 공사 중단의 정당성을 판단하는 데 아무런 영향을 미치지 않는다. 원고의 위 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다].

② 씨이이엔씨 소속 E는 이 사건 공사의 토목감리인으로서 단순히 참고용으로 토류판 공법을 적용한 도면(을 제10호증)을 작성할 이유가 없고 더군다나 E는 토목감리인으로서 오성토건이 변경된 도면에 따라 토류판 공법으로 시공한 것을 잘 알고 있었다. 이 사건 공사의 상주감리인 H는 이 사건 공사의 설계사인 세진예공건축 소속으로서 역시 앞서 본 토류판 공법과 CIP 공법의 시공상 차이 등에 비추어 남측 현장이 토류판 공법으로 시공되고 있음을 몰랐다고 보기 어렵다. 위와 같은 변경도면의 작성

경위, 토류판 공법에 따른 시공과정, 감리인의 역할 등에 비추어 보면 피고는 위와 같이 토류판 공법에 따른 시공을 승인하였다고 봄이 타당하다.

③ 앞서 본 바와 같이 참가인이 남측 현장 흙막이벽을 포함한 토목공사를 함에 있어 오성토건으로부터 추가공사대금의 지급을 요구받지 않을 것으로 신뢰한 상황에서 참가인은 오성토건으로부터 남측 현장에 토류판 공법에 따라 매립되어 있던 H-pile을 제거하는 비용 등의 지급을 요구받게 되었다. 원고로서는 이전의 수급인이었던 미래공영과 오성토건의 위와 같은 H-pile 시공사실을 승인하였고 참가인에게 위와 같은 사정을 알리지 않았으므로 참가인에게 위 H-pile 제거 등에 따른 추가공사대금을 지급함이 마땅함에도 이를 거부하였다.

④ 원고가 부담하여야 할 최종적인 추가공사대금 액수가 확정되지 않은 상태에서 사실상 원고에 의하여 하수급인으로 지정된 오성토건의 공사대금 요구를 그대로 청구한 참가인에 대하여, 원고가 공사비 액수의 다과를 다투는 것이 아니라 일체의 책임을 부인한 이상, 이 사건 소송이나 관련 소송2) 과정에서 확정된 추가공사대금이 많지 않다는 이유로 원고의 이행거절이 정당화된다고 할 수도 없다[한편 원고는 추가공사와 관련하여, 참가인이 이 사건 남측 현장을 인계받을 당시 토류판 공법과 CIP 공법에서 공통된 과정인 H-pile 매립까지만 되어 있었으므로 그 상태에서 특별한 추가공사나 비용발생 없이 CIP 공법으로 시공할 수 있었다고도 주장하나, 쇠통이 철거되고 H-pile이 이미 매립되어 있는 상태에서는 콘크리트 타설을 할 수 없어 H-pile을 제거한 후 쇠통 설치 → H-pile 매립 → 콘크리트 타설의 과정을 거쳐야 하므로, 원고의 주장은 받아들이지 않는다].

⑤ 선급금은 당초의 계약금액에 관하여 미리 지급되고, 공사진행 과정에서 공정에 따라 안분되어 총당되는 금전일 뿐이고, 위 선급금에 추가공사대금을 위한 부분은 포함되어 있다고 볼 수 없다(설령 선급금으로 추가공사대금을 총당한다고 할지라도 최종적인 공사대금 정산 과정에서 원고는 추가공사대금 상당액의 지급을 거절할 것임이 명백하다). 또 원고가 추가공사대금 지급을 명백히 거절한 이상 기성고에 따라 공사대금을 지급해 왔다는 사정만으로 참가인의 공사 중단이 부적법하다고 할 수도 없다.

⑥ 참가인은 위와 같은 추가공사대금 지급을 둘러싼 다툼 과정에서 2016. 4. 26. 원고에게 오성토건이 공사를 진행하지 않는 경우 다른 하수급업체를 통하여 이 사건 공사를 재개하겠다는

의사를 밝힌 바도 있으나(갑 제43호증의 13)), 이는 원고와 추가공사대금 지급을 둘러싼 다툼 과정에서 분쟁을 원만하게 해결하기 위한 차원으로 보일 뿐이다.

나. 보증금 지급의무 발생 여부

이 사건 공사가 참가인의 귀책사유로 중단되었다고 볼 수 없는 이상 이를 이유로 한 원고의 이 사건 도급계약 해지 통보는 부적법하다. 따라서 참가인의 귀책사유에 의하여 이 사건 도급계약이 적법하게 해지되었음을 전제로 피고에게 이 사건 보증계약에 따른 계약이행보증금의 지급을 구하는 원고의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이범균

판사진현민

판사김대현

- 1) 제1심판결 제1항에서 설정한 약칭들도 그대로 사용한다.
- 2) 참가인은 원고를 상대로 위 추가공사대금 104,000,000원의 지급을 구하는 본소를 제기하고 이에 원고도 손해배상 및 부당이득반환을 구하는 반소를 제기하였는데, 제1심법원[서울중앙지방법원 2016가합579994(본소), 2016가합580000(반소)]은 참가인의 위 본소 청구 중 H-pile 제거 공사에 소요되는 비용 8,296,000원만을 인용하고 그밖에 '원고가 참가인에게 이 사건 남측 현장을 토류판 공법으로 계속 시공할 것을 지시하거나 그로 인한 추가공사대금 정산을 합의하고 장비 철수를 승인하였음'을 전제로 한 장비 철수 및 재반입으로 인한 나머지 추가비용 청구 부분은 배척하였으며, 이러한 결론이 항소심[서울고등법원 2017나2074222(본소), 2017나2074239(반소)]에서도 그대로 유지된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다(다만 위 사건은 현재 원고의 상고로 상고심 계속 중이다). 이 사건에서도 당사자들의 주장 및 제출된 증거들을 종합해 볼 때, 위 부분 결론을 달리하여야 할 이유는 없어 보인다.
- 3) 을 제1호증의 7도 같다.