

서울중앙지방법원 2018. 7. 6 선고 2018가합501964 판결 [계약이행보증금 청구]

재판경과

서울고등법원 2019. 4. 12 선고 2018나2040592 판결

서울중앙지방법원 2018. 7. 6 선고 2018가합501964 판결

전문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 최병호, 최철민

피고B조합

소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주

담당변호사 김민성

변론 종결 2018. 6. 22.

판결 선고 2018. 7. 6.

주문

1. 피고는 원고에게 682,913,700원 및 그중 190,113,700원에 대하여 2017. 6. 21.부터, 492,800,000원에 대하여 2017. 4. 22.부터 각 2018. 7. 6.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용 중 1/10은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 749,540,000원 및 그중 256,740,000원에 대하여 2017. 6. 21.부터, 492,800,000원에 대하여 2017. 4. 22.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

원고는 토목공사업 등을 목적으로 하는 회사로서 한국철도시설공단이 발주한 C공구 노반 건설공사(이하 '이 사건 노반공사'라고 한다)의 시공사이고, 피고는 건설산업기본법 제54조에 의하여 설립된 공제조합이다.

나. 원고와 주식회사 D의 하도급계약

원고는 2015. 8. 19. 주식회사 D(이하 'D'이라 한다)과 이 사건 노반공사 중 구교구조물공사(이하 '이 사건 구조물공사'라고 한다)에 관하여 다음 표 기재와 같이 하도급하는 계약을 체결하였고, 이후 공사금액 및 공사기간을 변경하는 계약을 각 체결하였다(이하 원계약과 변경계약을 '제1하도급계약'이라 한다).

1-1(원계약)	2015. 08. 19.	2,486,000,000	2015. 08. 19. ~ 2016. 01. 31.
1-2(변경)	2016. 01. 31.	2,486,000,000	2015. 08. 19. ~ 2016. 04. 30.
1-3(변경)	2016. 02. 13.	2,567,400,000	2015. 08. 19. ~ 2016. 12. 31.

1-1(원계약)	2015. 08. 19.	2,486,000,000	2015. 08. 19. ~ 2016. 01. 31.
1-4(변경)	2016. 12. 31.	2,567,400,000	2015. 08. 19. ~ 2017. 06. 30.

다. 피고와 D의 계약이행보증계약

피고는 제1하도급계약의 이행을 보증하기 위하여 다음 표 기재와 같이 2015. 8. 20. 계약자를 D, 보증채권자를 원고로 하는 계약이행보증계약을 체결하였고, 제1하도급계약의 계약금액이 변경되고 공사기간이 연장됨에 따라 보증금액을 증액하거나 변경된 공사기간까지 보증기간을 연장하는 추가보증계약을 체결하였다(이하 원계약과 변경계약을 '제1보증계약'이라 하고 각 변경계약은 순번에 따라 '제1-○보증계약'이라 한다). D은 피고로부터 각 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

1-1(원계약)	2015. 08. 20.	248,600,000	2015. 08. 19. ~ 2016. 01. 31.
1-2(변경)	2016. 02. 25.	248,600,000	2016. 02. 01. ~ 2016. 04. 30.
1-3(변경)	2016. 04. 14.	248,600,000	2016. 05. 01. ~ 2016. 12. 31.
1-4(변경)	2016. 12. 27.	256,740,000	2017. 01. 01. ~ 2017. 06. 30.

라. D의 보증사고 발생

- 1) 제1하도급계약 제38조 제1항 제2호는 '원사업자 또는 수급사업자가 감독관청으로부터 공사업 등록 말소, 영업정지 등의 처분을 받아 이 계약을 이행할 수 없다고 인정될 경우 원사업자 또는 수급사업자는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다'고 규정하고 있다.
- 2) D은 제1하도급계약의 이행기간 중인 2017. 4. 12. 폐업하였고, 원고는 2017. 4. 20. D에 'D의 폐업으로 제1하도급계약 제38조에 기하여 제1하도급계약을 해지한다'는 내용의 공문을 발송하였으며, D은 그 무렵 위 공문을 송달받았다.
- 3) 원고는 2017. 4. 20. 피고에게 D의 채무불이행으로 인하여 제1하도급계약이 해지되었음을 이유로 제1보증계약에 따른 보증금을 지급하여 줄 것을 청구하는 내용의 통지를 하였고, 위 통지는 2017. 4. 21. 피고에게 도달하였다.

4) 원고는 2017. 9. 8. 주식회사 E(이하 'E'이라 한다)과 D이 중단한 이 사건 구조물공사의 잔여공사에 관하여 계약금액 1,491,600,000원(부가가치세 포함, 부가가치세를 제외한 공급가액은 1,356,000,000원), 공사기간 2017. 9. 8.부터 2017. 12. 5.로 정하여 후속 하도급계약(이하 '제1후속 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

5) D의 하수급인들은 D로부터 하도급대금을 지급받지 못하자 원고에게 하도급대금을 대신 지급하여 줄 것을 요청하였다. 이에 원고는 2017. 8.부터 2017. 9.까지 D의 하수급인들에게 미지급 하도급대금 합계 94,480,435원을 지급하였다.

마. 원고와 주식회사 F의 하도급계약

원고는 2016. 7. 18. 주식회사 F(이하 'F'라고 한다)와 이 사건 노반공사 중 G터널공사(이하 '이 사건 터널공사'라고 한다)를 계약금액 4,928,000,000원(부가가치세 포함), 공사기간 2016. 7. 18.부터 2017. 12. 5.까지로 정하여 하도급하는 계약(이하 '제2하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

바. 피고와 F의 계약이행보증계약

피고는 2016. 7. 18. 제2하도급계약의 이행을 보증하기 위하여 계약자를 F, 보증채권자를 원고, 보증금액을 492,800,000원, 보증기간을 2016. 7. 18.부터 2017. 12. 5.까지로 정한 계약이행보증계약(이하 '제2보증계약'이라 한다)을 체결하였다. F는 피고로부터 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

사. F의 보증사고

1) 제2하도급계약 제38조 제1항 제3호는 '원사업자 또는 수급사업자가 어음, 수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함), 파산, 회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정될 경우 원사업자 또는 수급사업자는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다'고 규정하고 있다.

2) F는 제2하도급계약의 이행기간 중인 2016. 12. 23. 수원지방법원에 회생절차개시신청을 하였고, 2017. 2. 3. 수원지방법원으로부터 회생절차개시결정을 받았다. 원고는 2017. 2. 16. F에 '제2하도급계약 제38조에 기하여 제2하도급계약을 해지한다'는 내용의 공문을 발송하였고, F는 그 무렵 위 공문을 송달받았다.

3) 원고는 2017. 2. 17. 피고에게 F의 채무불이행으로 인하여 제2하도급계약이 해지되었음을 이유로 제2보증계약에 따른 보증금을 지급하여 줄 것을 청구하는 내용의 통지를 하였고, 위 통지는 2017. 2. 20. 피고에게 도달하였다.

4) 원고는 2017. 4. 10. 주식회사 H(이하 'H'라고 한다)와 F가 중단한 이 사건 터널공사의 잔여공사에 관하여 계약금액 5,228,300,000원(부가가치세 포함, 부가가치세를 제외한 공급가액은 4,753,000,000원), 공사기간 2017. 4. 10.부터 2017. 12. 5.으로 정하여 후속 하도급계약(이하 '제2후속 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

아. 제1, 2보증계약의 내용

제1, 2보증계약의 약관 내용 중 이 사건과 관련한 부분은 다음과 같다.

계약보증약관(갑 제4호증의2, 갑 제6호증의 2)

제1조(보증책임)

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

제3조(보증사고)

① 보증사고란 채무자가 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 보증채권자가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지한 것을 말합니다.

제6조(보상범위)

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

제7조(보증금의 지급기한)

① 조합은 보증채권자의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 합니다.

제11조(면책조항)

① 조합은 다음 각 호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

4. 보증서수령일 이전에 이미 계약해제 사유가 발생한 경우

6. 보증채권자와 채무자 사이에 지체상금 약정액 및 보증채권자의 대지급금(채무자와 계약한 노무자에 대한 노임, 자재업자의 자재대금, 장비업자에 대한 장비대금 등) 반환 채무

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 48호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 원고는 D이 2017. 4. 12. 폐업하여 이 사건 구조물 공사를 더 이상 이행하지 못하게 되자, 보증기간 내인 2017. 4. 20. 제1하도급계약을 해지하였다. 이로 인하여 원고는 이 사건

구조물공사의 잔여공사에 대하여 제1후속 하도급계약을 체결하면서 증가된 공사대금

209,125,070원(= 1,491,600,000원 - 1,282,474,930원), 원고가 D의 하수급인들에게 지급한 대위변제금 94,480,435원 합계 303,605,505원의 손해를 입었다. 따라서 피고는 제1보증계약에 의하여 원고에게 위 손해액 범위 내의 보증금액 256,740,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 원고는 F가 2017. 2. 3. 회생절차개시결정을 받아 이 사건 터널공사를 더 이상 이행하지 못하게 되자, 보증기간 내인 2017. 2. 16. 제2하도급계약을 해지하였다. 이로 인하여 원고는 이 사건

터널공사의 잔여공사에 대하여 제2후속 하도급계약을 체결하면서 증가된 공사대금

874,244,890원(= 5,228,300,000원 - 4,354,055,110원)의 손해를 입었다. 따라서 피고는 제2보증계약에 의하여 원고에게 위 손해액 범위 내의 보증금액 492,800,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 제1보증계약에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) B조합이 조합원인 공사수급인에게 발급하는 계약보증서는 결국 공사도급계약시 통상 수급인이 도급인에게 지급하는 계약보증금 또는 계약이행보증금을 대신하는 것으로서, 수급인이 약정한 공사기간 내에 공사를 완공하는 것을 내용으로 하는 공사도급계약의 이행을 보증하고, 만일 계약의 이행 과정에서 수급인이 그 귀책사유로 인하여 도급인에게 채무를 부담하게 될 경우 그 채무의 이행을

보증하는 것이다(대법원 2000. 6. 13. 선고 2000다13016 판결 참조). 또한 당초의 시공 회사가 공사를 중단함으로 인하여 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공 회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면 증가된 공사비용 중 합리적인 범위 내의 비용은 시공 회사의 공사도급계약위반으로 인한 손해라고 할 것이다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다31885 판결 참조).

2) 원고가 D의 폐업을 이유로 2017. 4. 20.경 제1하도급계약을 해지함으로써 제1보증계약이 정한 보증사고가 발생한 사실은 1. 라항에서 인정한 바와 같고, D의 보증사고는 제1보증계약 보증기간 내에 발생하였으므로 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 있다.

3) 갑 제45호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 D이 이 사건 구조물공사를 중단할 당시 잔여공사 부분의 공사대금은 1,165,886,300원(부가가치세 제외)인 사실이 인정되는바, 위 1. 라항에서 본 바와 같이 원고는 E과 위 잔여공사 부분에 관하여 공사대금을 1,356,000,000원(부가가치세 제외)으로 정하여 제1후속 하도급계약을 체결하였으므로, D의 공사중단으로 인하여 공사비가 190,113,700원(= 1,356,000,000원 - 1,165,886,300원) 증가된 사실은 계산상 명백하며, 갑 제45호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 위 증가된 공사비는 동일한 공사내용, 물량에 관한 것으로서 합리적인 범위 내에서 증가된 비용인 사실을 인정할 수 있다. 따라서 증가된 공사대금 190,113,700원은 D의 공사중단으로 원고가 입은 손해라고 할 것이다. 이에 대하여 원고는 부가가치세를 포함한 공사비 증가액 209,125,070원이 원고의 손해에 해당한다고 주장하나, 부가가치세법상 사업자인 원고는 D이나 E에 지급하는 하도급대금에 부가가치세가 포함되어 있어 이에 관한 세금계산서를 발행받은 후, 위 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제하거나 환급받을 수 있으므로 공제 또는 환급받을 수 있는 부가가치세 상당액은 원고의 손해액에 해당하지 않는다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 원고는, D의 하수급인들에게 지급한 하도급대금 94,480,435원이 D의 공사중단으로 발생한 손해에 해당하므로 피고는 원고에게 위 해당금액에 대한 보증금을 지급할 의무가 있다고 주장한다. 살피건대, 제1보증계약 약관(갑 제4호증의 2) 제11조 제1항 제6호는 '보증채권자의 대지급금(채무자와 계약한 노무자에 대한 노임, 자재업자의 자재대금, 장비업자에 대한 장비대금 등)

반환채무에 대하여 보증금을 지급하지 않는다'고 규정하여 원고가 대위지급한 하도급대금에 대한 피고의 보증금 지급의무를 면책하고 있으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

원고는, 제1보증계약 약관 제11조 제1항 제6호가 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항으로서 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 하고, 이 사건과 관련된 조항은 별지 관련규정 기재와 같다) 제7조 제2호에 의하여 무효라고 주장하나, 원고의 하도급대금 대위지급으로 인한 손해는 D의 제1하도급계약상의 의무불이행으로 인한 손해로 볼 수 없어 제1보증계약의 보장범위가 아니라고 할 것이므로, 이를 보증금 지급대상에서 제외한 제1보증계약 약관 제11조 제1항 제6호가 약관규제법 제7조 제2호에 의하여 무효인 규정이라고 할 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

5) 따라서 피고는 원고에게 보증금액 내에서 D의 공사 중단으로 인하여 발생한 원고의 실제손해액 190,113,700원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장에 관한 판단

1) 피고의 주장 가) D은 제1-4보증계약을 체결한 2016. 12. 27. 이전에 원고로부터 미정산 선급금을 반환하여 달라는 요청을 받고도 이를 반환하지 못하여 제1하도급계약의 해제사유가 발생하였는데, D은 피고에게 제1-4보증계약을 체결할 때 위 사실을 고지하여야 하였음에도 이를 고지하지 아니하여 피고를 기망하였으므로, 피고는 민법 제110조 제1항에 기하여 제1-4보증계약을 취소한다. 따라서 D의 보증사고는 제1-3보증계약의 보증기간인 2016. 12. 31.을 경과한 2017. 4. 20.

발생하였으므로 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다.

나) 제1보증계약의 약관 제11조 제1항 제4호는 '피고는 보증서수령일 이전에 이미 계약해제사유가 발생한 경우 피고는 보증금을 지급하지 아니한다'고 규정하고 있는 사실은 1. 아항에서 인정한 바와 같고, 위 가)항에서 살펴본 바와 같이 원고가 제1-4보증계약의 보증서를 수령하기 전에 이미 제1하도급계약의 해제사유가 발생하였으므로, 피고는 제1보증계약의 약관 제11조 제1항 제4호에 의하여 면책되었다. 따라서 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다.

다) 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2016. 12. 20. 법률 제14456호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법'이라 한다) 제13조의2 제8항은 "제1항에 따른 수급사업자의 계약이행 보증에 대한

원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항 또는 제2항에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다."고 규정하고 있는데, 원고는 제1-4하도급계약 체결 시 공사대금 지급을 보증한 적이 없으므로 피고에게 보증금 청구를 할 수 없다.

2) 제1-4보증계약의 취소 여부에 관한 판단 가) 관련법리

건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합이 조합원과 사이에 조합원이 도급받은 건설공사에 관한 도급계약과 관련하여 체결하는 보증계약에서 조합원이 조합에게 고지하여야 할 중요사항에 관하여 불실고지하거나 불고지하는 것은 조합에 대한 기망행위에 해당하고, 그로 인하여 조합이 착오에 빠진 경우 조합은 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있으며, 이때 조합원이 고지하여야 할 중요사항은 보증사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율 측정을 통한 보증계약 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서, 조합이 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않거나 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 볼 만한 사항을 말한다(대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다5121 판결 등 참조).

나) 판단

(1)을 제1호증의 1 내지 3의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 원고는 2016. 4. 27. D에 '2015년도 선급금에 대하여 일부 정산이 되지 않았고 2016년도 선급금에 대하여도 정산 불가가 우려되므로 2015년, 2016년 선급금에 대한 정산계획을 요청한다'는 내용의 공문을 발송한 사실, ② 원고는 2016. 12. 6. D에 '2015년 및 2016년 미정산 선급금 395,060,621원을 2016. 12. 23.까지 반환할 것을 요청한다'는 내용의 공문을 발송한 사실, ③ D은 원고로부터 위와 같은 공문을 받은 뒤에 위 지급기일까지 미정산 선급금을 반환하지 못한 사실, ④ 이에 원고는 D이 청구한 2016. 10.분, 2016. 11.분의 공사대금의 지급을 보류한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 한편 갑 제1, 49, 51호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 의하면, D이 원고에게 미정산 선급금을 지급하지 않은 사실이 보증계약 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 피고가 그 사실을 안다면 보증계약을 체결하지 않을 사정에 해당한다거나 피고가 제1보증계약을 체결할 당시 D로부터 기망을 당하여 착오에 빠졌다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유

없다.

(가) 제1하도급계약 일반조건(갑 제1호증의2) 제33조 제8항은 선급금의 부정사용에 따른 반환의무만을 규정하고 있을 뿐, 기성금으로 소진되지 못한 선급금의 반환에 관한 규정은 존재하지 아니한다.

(나) 한국철도시설공단과 원고 사이에 체결된 이 사건 노반공사에 관한 공사도급계약의 특수조건(갑 제49호증) 제4조 제1항 제3호는 '계약이행이 중지되거나 사고이월 등으로 반환이 불가피하다고 인정하는 경우 원고는 당해 선금잔액을 지체 없이 반환하여야 한다'고 규정한다. 한국철도시설공단은 원고에게 위 조항을 근거로 당해 연도에 공사기성금으로 소진되지 못한 선급금의 반환을 요청하였고, 원고는 위와 같은 한국철도시설공단의 요청에 따라 D을 비롯한 하수급인들에게 이미 지급한 선급금의 반환을 요청하였다.

(다) 도급인이 수급인에게 지급하는 선급금은 장치 기성금에 충당되므로, 계약이 중도해지되어 계약당사자의 법률관계를 청산해야 되는 예외적인 사정이 존재하지 않는 이상 수급인이 도급인에게 이를 반환할 의무가 없다. 따라서 D이 원고로부터 위 (나)항과 같은 요청을 받은 후 선급금을 반환하지 않았다는 사정은 제1하도급계약을 위반하는 채무불이행 사유로 볼 수 없고, 선급금을 즉시 반환하지 않았다는 사정만으로 하수급인인 D의 재무사정이 악화되었음을 인정할 수 없다.

(라) 원고는 D에 2015년 선급금 450,000,000원을 지급하였고, D은 선급금 반환채무의 보증을 위하여 피고와 2015. 9. 2. 보증금액 450,000,000원, 보증기간 2015. 9. 2.부터 2016. 2. 29.까지로 정하여 선급금보증계약을 체결하였다. 그런데 D은 위 보증기간이 경과할 때까지 선급금을 기성금으로 모두 소진하지 못하여 2016. 3. 10. 피고와 선급금 잔액 179,386,800원을 보증금액으로, 보증기간을 2016. 3. 1.부터 2016. 6. 30.까지로 정하여 선급금보증계약을 다시 체결하였다. 그리고 D은 피고와 2016. 5. 25. 위 보증금액에 대하여 보증기간을 2016. 7. 1.부터 2016. 8. 29.까지로 연장하는 추가 선급금보증계약을, 2016. 8. 23. 보증기간을 2016. 8. 30.부터 2017. 3. 1.까지로 연장하는 추가 선급금보증계약을 각 체결하였다. 따라서 피고는 제1-4보증계약이 체결된 2016. 12. 27. D이 2015년 선급금으로 지급받은 금원 중 일부를 기성금으로 소진하지 못한 채 원고에게 반환하지 않았다는 사정을 알고 있었다.

3) 제1보증계약 약관 제11조 제1항 제4호에 의한 면책 여부에 관한 판단 위 2)항에서 본 바와 같이 D이 제1-4보증계약의 보증서 수령일 이전에 선급금을 반환하지 못한 사정은 제1하도급계약의 채무불이행 사유에 해당하지 않으므로, 피고의 주장과 같이 제1하도급계약의 해제사유가 발생하였다고 할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 제1보증계약 약관 제11조 제1항 제4호에 의해 면책된다는 피고의 주장은 이유 없다.

4) 구 하도급법 제13조의2 제8항 해당 여부에 관한 판단 가) 관련규정

이 사건과 관련된 구 하도급법 및 구 하도급법 시행령(2016. 12. 27. 대통령령 제27702호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법 시행령'이라 한다)의 주요 내용은 별지 관련규정 기재와 같다.

나) 판단

(1)을 제3호증의 기재에 의하면 한국철도시설공단, 원고, D 사이에 2016. 2. 5. 하도급대금의 직불합의가 체결된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 구 하도급법 제13조의2 제8항 단서에 따라 피고에게 D에 대한 공사대금 보증 없이 계약이행보증금의 지급을 구할 수 있다.

(2) 피고는, 한국철도시설공단이 D에 하도급대금을 직접 지급한 사실이 없으므로 위 직불합의는 하도급대금지급보증서 발급을 회피하기 위한 합의로서 무효라고 주장한다. 그러나 위 직불합의가 하도급대금지급보증서 발급을 회피하기 위해 체결된 사실을 인정할 증거가 없으므로 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고는, 한국철도시설공단이 위 직불합의가 체결되기 이전에 이미 원고에게 지급하여야 하는 공사대금을 초과한 기성금을 지급하여 한국철도시설공단이 D에게 직접 지급할 기성금이 존재하지 않았으므로 위 직불합의는 체결 당시 이행이 불가능한 상태였고, 따라서 구 하도급법 시행령 제8조 제1항 제3호가 규정한 '발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우'에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 갑 제53호증의 1, 2, 갑 제60호증의 1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 한국철도시설공단은 2015. 1. 5.과 2015. 8. 3. 원고가 아직 수행하지 않은 공사 부분의 기성금을 미리 받아갈 것을 요청하였던 점, ② 이에 원고가 기성금을 지급받음에 따라 기성고보다 수취한 기성금이 더 많은 과기성 상태가 발생한 점, ③ 발주자는

원사업자에 대한 대금지급의무의 범위 안에서만 하도급대금 직불의무를 부담하므로, 한국철도시설공단은 위 직불합의에도 불구하고 원고에게 이미 지급한 공사대금의 범위에서는 D에게 하도급대금을 직접 지급할 의무가 없었던 점, ④ D이 청구한 하도급대금은 원고가 2015년, 2016년 D에 지급한 선금금 잔액에서 공제하는 방식으로 지급하였던 점 등에 비추어 보면, D에 대하여 하도급대금 직불이 이루어지지 않았다는 사정만으로 위 직불합의가 무효라고 인정할 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 제2보증계약에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 보증사고 발생 여부 가) 피고는, 제2하도급계약 제38조 제1항 제3호가 '원사업자 또는 수급사업자가 어음, 수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함), 파산, 회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정될 경우 원사업자 또는 수급사업자는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다'고 규정하였는데, 위 조항이 정한 사유에 해당하는 경우 원사업자 또는 수급사업자가 이행의 최고 없이 계약을 해지할 수 있도록 한 것은 약관규제법 제9조 제2호, 제3호, 제6조에 의하여 무효이고, 원고는 F에 대하여 제2하도급계약의 이행의 최고 없이 해지통보를 하였으므로 계약 해지의 효력이 발생하지 않았으며, 따라서 F의 보증사고가 발생하지 않았으므로 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다고 주장한다.

나) 갑 제9, 10, 57, 59호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 ① 이 사건 제2하도급계약은 수급사업자의 회생절차개시신청을 약정해지사유로 규정한 사실, ② F는 2016. 12. 23. 수원지방법원에 회생절차개시신청을 하였고, 수원지방법원은 2017. 2. 3. 회생절차개시결정을 한 사실, ③ 원고는 2017. 2. 16. F에 제2하도급계약을 해지한다는 통보(이하 '제1차 해지통보'라고 한다)를, 2017. 3. 9. F에 제2하도급계약을 해지한다는 통보(이하 '제2차 해지통보'라고 한다)를 각 한 사실을 인정할 수 있다.

다) 위 인정사실에 의하면 약정해지사유가 발생한 2016. 12. 23. 이후 이루어진 제1차 해지통보는 이행최고의 효력이 있고, 원고가 그로부터 22일이 경과한 2017. 3. 9. F에 제2차 해지통보를

함으로써 제2하도급계약을 적법하게 해지하였다고 할 것이므로, 원고가 적법한 이행의 최고를 하지 않았음을 전제로 한 피고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다. 따라서 F의 보증사고는 제2보증계약 보증기간 내인 2017. 3. 9. 발생하였으므로 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 있다.

2) 손해배상액에 관한 판단 가) 갑 제46호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 F가 이 사건 터널공사를 중단할 당시 잔여공사 부분의 공사대금은 3,958,231,918원(부가가치세 제외)인 사실이 인정되는바, 위 1. 사항에서 본 바와 같이 원고는 H와 위 잔여공사 부분에 관하여 공사대금을 4,953,000,000원(부가가치세 제외)으로 정하여 제2후속 하도급계약을 체결하였으므로, F의 공사중단으로 인하여 공사비가 794,768,082원(= 4,753,000,000원 - 3,958,231,918원) 증가된 사실은 계산상 명백하며, 갑 제12호증의2, 갑 제46호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 위 증가된 공사비는 동일한 공사내용, 물량에 관한 것으로서 합리적인 범위 내에서 증가된 비용인 사실을 인정할 수 있다. 따라서 증가된 공사비 794,768,082원은 F의 공사 중단으로 원고가 입은 손해라고 할 것이다

나) 이에 대하여 원고는 부가가치세를 포함한 공사비 증가액 874,244,890원이 손해에 해당한다고 주장하나, 부가가치세법상 사업자인 원고는 F나 H에 지급하는 하도급대금에 부가가치세가 포함되어 있어 이에 관한 세금계산서를 발행받은 후, 위 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제하거나 환급받을 수 있으므로 공제 또는 환급받을 수 있는 부가가치세 상당액은 원고의 손해액에 해당하지 않는다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 소결 피고는 원고에게 F의 공사 중단으로 인하여 발생한 원고의 실제손해액 794,768,082원보다 적은 보증금액 492,800,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장에 관한 판단

1) 피고의 주장 가) 원고는 이 사건 제2하도급계약 체결 시 하도급대금 지급보증서를 발급받아 제2하도급계약의 공사대금 지급을 보증한 적이 없으므로, 구 하도급법 제13조의2 제8항에 의하여 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다.

나) 이 사건 터널공사는 I의 민원 보상 지연에 따른 선행공정이 지연되는 바람에 중단되었으므로,

제2하도급계약이 해지된 데에는 F의 귀책사유가 없다. 따라서 F는 원고에 대하여 손해배상책임이 없으므로 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다.

2) 판단 가) 구 하도급법 제13조의2 제8항 해당 여부에 관한 판단

(1)을 제4호증의 기재에 의하면 한국철도시설공단, 원고, F 사이에 2016. 7. 20. 하도급대금의 직불합의가 체결된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 구 하도급법 제13조의2 제8항 단서에 따라 D에 대한 공사대금 보증 없이 계약이행보증금의 지급을 구할 수 있다.

(2) 피고는, 한국철도시설공단이 이 사건 제2하도급계약 체결 당시 원고에게 기성금을 초과 지급하여 F에 하도급대금을 직불할 수 없는 상황이었음에도 불구하고 구 하도급법에 따른 하도급대금 지급보증의무를 면제받기 위해 형식적으로 직불합의를 하였으므로, 위 직불합의는 구 하도급법 제13조의2 제8항 단서가 규정하는 직불합의에 해당하지 않는다고 주장한다. 살피건대, 위 3. 나.

4)항에서 본 바와 같이 위 직불합의 당시 한국철도시설공단이 F에 하도급대금을 직접 지급할 수 없었다는 사정만으로 위 직불합의가 무효라거나 구 하도급법 제13조의2 제8항 단서의 직불합의에 해당하지 않는다고 할 수 없다. 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) F의 귀책사유 유무에 관한 판단

갑 제57, 58, 61호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉

① F는 수원지방법원에 2016. 12. 23. 회생절차개시신청을 하였던 점, ② 이 사건 노반공사와 관련하여 작성된 주간 작업계획에 2017. 1. 3.경부터 이 사건 터널공사와 관련한 업무가 진행되지 않은 것으로 기재되어 있고, 공사 중단 상태가 제2후속 하도급계약을 체결하기 직전인 2017. 3.경까지 이어진 점, ③ F가 하수급인들에게 하도급대금을 지급하지 않아 한국철도시설공단에 하수급인들의 민원이 제기되었던 점 등에 비추어 보면 이 사건 터널공사는 F의 자금난으로 중단되었다고 할 것이고, 을 제5호증의 1 내지 3, 을 제6호증의 각 기재만으로 위 인정사실을 뒤집기에 부족하다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 결론

피고는 원고에게 682,913,700원(= 제1보증계약에 따른 보증금 190,113,700원 + 제2보증계약에 따른 보증금 492,800,000원) 및 그 중 190,113,700원에 대하여 보증금 청구일인 2017. 4.

21.부터 60일이 경과한 날인 2017. 6. 21.부터, 492,800,000원에 대하여 보증금 청구일인 2017. 2. 20.부터 60일이 경과한 날인 2017. 4. 22.부터 각 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2018. 7. 6.까지 상법에서 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

따라서 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사임정엽

판사이진영

판사황민웅

별지