

서울중앙지방법원 2018. 8. 23 선고 2016가합511127 판결 [보증금 청구의 소]

전 문

원고대림산업 주식회사

피고전문건설공제조합

변론 종결2018. 7. 19.

판결 선고2018. 8. 23.

주 문

1. 피고는 원고에게 299,233,453원 및 그 중 252,553,453원에 대하여는 2014. 12. 17.부터, 20,500,000원에 대하여는 2015. 1. 13.부터, 26,180,000원에 대하여는 2015. 2. 23.부터 각 2018. 8. 23.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 60%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 674,500,000원 및 그 중 488,000,000원에 대하여는 2014. 10. 18.부터, 22,500,000원에 대하여는 2014. 11. 14.부터, 164,000,000원에 대하여는 2014. 12. 25.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로

계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 호남고속철도 차량기지 건설공사 중 PSC BOX교(FSM가설) 제작 및 설치 공사

1) 원고는 2012. 5. 21. 주식회사 벤트코리아(이하 '벤처코리아'라고만 한다)와 사이에, 원고가 한국철도시설공단으로부터 수급한 호남고속철도 차량기지 건설공사 중 'PSC BOX교(FSM가설) 제작 및 설치 공사(이하 '이 사건 제1공사'라고 한다)'를 공사기간 2012. 5. 21.부터 2014. 10. 27.까지, 공사대금 5,874,000,000원(부가가치세를 제외한 대금은 5,340,000,000원), 계약보증금은 공사대금의 10%로 정하여 하도급 하는 계약(이하 '이 사건 제1하도급계약'이라고 한다)을 체결하였다(갑 제1호증의 1). 원고와 벤트코리아는 위 계약체결 후 위 공사에 속하는 'A 상부공 공사'에 대하여 2014. 1.말경까지 시공하기로 약정하였다(갑 제18, 29, 30호증).

2) 이 사건 제1하도급계약에 포함된 건설공사 하도급계약조건에서 계약이행보증과 관련된 부분은 다음과 같다(아래 나.항 및 다.항의 이 사건 제2, 제3공사에도 같은 내용의 건설공사 하도급계약조건이 첨부되어 있다. 이하 '이 사건 하도급계약조건'이라 한다. 갑 제1, 6, 11호증의 각 3).

제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)

① 원고와 벤트코리아는 다음 각호의 1의 방법으로 계약이행 및 공사대금의 지급을 상호 보증한다.

1. 벤트코리아가 원고에게 계약서에 규정된 금액의 계약이행 보증을 하는 방법

(이하 생략)

③ 제1항의 규정에 의한 원고와 벤트코리아 상호간의 보증은 현금의 납부 또는 다음 각호의 1에 의한 보증서의 교부에 의하되, 보증계약을 변경하거나 해지한 경우 상대방에게 즉시 통보하여야 한다.

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

발행하는 보증서

(이하생략)

⑥ 벤트코리아가 계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고가 제25조 제1항의 규정에 의거 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지한 경우 원고는 제3항 제1호의 보증금에 대해 계약의 해제 또는 해지에 따른 손실에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있다. 다만 벤트코리아가 현금납부 또는 제3항 제2호 및 제3호의 보증서를 교부한 경우에는 손실액에 상당하는 금액은 원고에게 귀속한다.

⑨ 벤트코리아는 제1항 제1호에 따른 계약이행보증을 함에 있어 장기계속공사인 경우 제1차 계약시 총공사금액의 10%에 해당하는 금액의 계약이행보증을 하고, 원고는 연차별 계약이 완료된 때에는 당초의 계약보증금 중 이행이 완료된 부분의 계약이행보증 효력은 상실되는 것으로 하며 당해 계약보증금액을 벤트코리아에게 반환하여야 한다.

제25조(계약해제, 해지)

① 원고 또는 벤트코리아는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 계약의 이행을 14일 이내의 기간으로 정하여 최고한 후 동 기한 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 원고 또는 벤트코리아가 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때
2. 부도·파산 등 벤트코리아의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때
3. 원고가 정당한 이유 없이 계약내용을 이행하지 아니하고 그 위반으로 공사를 완성하는 것이 불가능한 때
4. 벤트코리아가 정당한 이유 없이 약정한 착공기한을 경과하고도 공사에 착공하지 아니한 때

(이하 생략)

⑤ 원고 또는 벤트코리아는 제1항의 계약의 해제 또는 해지로 손해가 발생한 때에는 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다.

3) 벤트코리아는 2012. 5. 31. 피고와 이 사건 하도급계약조건 제7조에서 정한 바에 따라 보증금액 587,400,000원, 보증기간 2012. 5. 21.부터 2014. 10. 27.까지, 보증채권자 원고, 보증사고를

'보증기간 내의 계약불이행으로 인한 도급계약의 해제 또는 해지'로 한 보증계약(이하 '이 사건 제1보증계약'이라 한다)을 체결하고, 원고에게 계약보증서를 교부하였다(갑 제2호증의 1, 2).

4) 이후 벤트코리아는 2013. 11.경부터 자금사정이 악화되어 원고에 대한 공사대금 채권이 가압류되는 등 이 사건 제1공사를 진행하기 어려운 사정이 발생하여 이 사건 제1공사의 공정을 지체하였다(갑 제19, 29, 30호증). 이에 원고는 벤트코리아에 2014. 1. 28. 미불금 처리계획 및 가압류 해지방안 제출 통보 공문을, 2014. 2. 6. 공정지연 관련 특별관리 요청 공문을 발송하고, 2014. 2. 7. 다시 위 공사현장과 관련된 채권가압류 및 미불금 처리계획, A 공정지연에 따른 정상화계획을 마련하여 2014. 2. 11.까지 원고에게 제출하라는 내용의 공문을 발송하였으며, 2014. 2. 14.과 2014. 2. 19.에도 같은 취지의 공문을 발송하였다(갑 제3호증의 1, 2, 3). 그런데 벤트코리아가 별다른 조치를 취하지 않자, 원고는 2014. 3. 5.경 벤트코리아에 이 사건 제1하도급계약을 해지하고 이 사건 제1공사의 타절 정산금액을 5,509,900,000원(부가가치세 포함)으로 한다는 내용을 문서로 통보하였다(갑 제4호증의 1, 2).

5) 벤트코리아는 2014. 8. 5.경 원고에게 아래와 같은 내용이 포함된 '하도급계약 중도포기 및 청산각서'와 '조정공사대금 포기각서'(이하 이를 통틀어 '이 사건 각서'라 한다)를 계약 해지일인 2014. 3. 5.자로 소급하여 작성하고 원고에게 교부하였다(갑 제20, 30호증).

하도급계약 중도포기 및 청산각서

■ 공사명 : 호남고속철도차량기지 건설공사 중 「PSC BOX교(FSM가설) 제작 및 설치공사」

1. 상기공사를 귀사와 하도급 계약수행 중 당사의 중대한 귀책사유 및 경영난으로 공사를 계속 이행할 수 없어 당초의 계약목적의 완성이 불가능하므로 중도포기하며 아래의 정산금액으로 하도급계약의 중도타절(해지)을 요청합니다.

2. 중도타절함에 있어 정산일자까지 시공현장에 반입한 자재비, 시공비 및 기타 경비들 일체의 기성분에 대한 공사대금은 아래의 중도타절 정산금액에 포함 청산되었으므로 공사현장에 반입된 자재, 장비, 공구류 등의 재산권은 귀사에 귀속됨을 확인하며, 차후 본 공사의 포기 및 청산과 관련하여 일체의 민사, 형사, 행정, 하도급법 등 제법규상 이의를 제기하지 않을 것을 각서합니다.

○ 중도타절(해지)정산금액

(단위: 원, VAT포함)

이 사건 제1공사	5,509,900,000	5,274,453,453	235,446,547	
-----------	---------------	---------------	-------------	--

조정 공사대금 포기각서

하기 각서인은 귀사와 상기공사의 하도급 계약을 체결하여 공사를 수행하던 중 은행과의 거래정지 및 가압류 등으로 말미암아 공사를 계속 수행할 수 없어 중도 타절 정산함에 있어서 상기 공사와 관련한 채권자들(장비업자등)의 귀사에 대한 피해배상 요구를 고려하여, 당사는 상기공사의 타절 정산일자(2014. 3. 5.) 이후에 설계변경 또는 물가변동으로 인한 계약금액의 증감조정이 있게 되는 경우에도 그에 따른 더 이상의 공사대금 청구 등 민, 형사상의 청구 또는 이의를 제기하지 않을 것을 약속하며 이 각서를 귀사에 제출합니다.

■ 기성현황

(단위: 원, VAT포함)

5,509,900,000	4,529,387,134	300,000,000	170,014,095	275,052,224	745,066,319	5,274,453,453	235,446,547
---------------	---------------	-------------	-------------	-------------	-------------	---------------	-------------

6) 원고는 벤트코리아가 마무리 짓지 못한 나머지 공사를 완성할 후속업체로 해창개발 주식회사(이하 '해창개발'이라 한다)를 선정하여 2014. 5. 30. 위 회사와 공사대금 900,900,000원(부가가치세 포함), 공사기간 2014. 5. 30.부터 2014. 10. 27.까지로 정한 하도급계약을 체결하였고, 그 후 해창개발이 위 나머지 공사를 완공하였다(갑 제5호증의 1, 2).

나. 포승-평택 철도건설 1공구 건설공사 중 사판교 및 상부구조물 공사

1) 원고는 2012. 11. 5. 벤트코리아와 사이에, 원고가 주식회사 한진중공업, 주식회사 태길종합건설, 신동아종합건설 주식회사와 공동수급체로서 한국철도시설공단으로부터 장기계속계약의 방식으로 수급한 포승-평택 철도건설 1공구 건설공사 중 '사판교 및 상부구조물 공사(이하 '이 사건 제2공사'라고 한다)'를 공사기간 2012. 11. 5.부터 2014. 3. 18.까지, 공사대금

6,330,500,000원(부가가치세를 제외한 대금은 5,755,000,000원), 계약보증금은 공사대금의 10%로 정하여 하도급 하는 계약(이하 '이 사건 제2하도급계약'이라고 한다)을 체결하였다(갑 제11호증의 1, 을 제5호증).

2) 벤트코리아는 2012. 11. 19. 피고와 보증금액 633,050,000원, 보증기간 2012. 11. 5.부터 2014. 3. 18.까지, 보증채권자 원고, 보증사고를 '채무자(벤트코리아)가 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 보증채권자가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지하는 것'으로 한 보증계약(이하 '이 사건 제2보증계약'이라 한다)을 체결하고, 원고에게 계약보증서를 교부하였다(갑 제12호증의 1, 2).

3) 벤트코리아가 자금사정 악화로 이 사건 제2공사의 공정을 지체하자, 원고는 2014. 3. 3. 벤트코리아에, 이 사건 제2공사현장에 노무비, 장비비, 자재비 등의 미지급으로 인한 민원이 발생하였으므로 2014. 3. 7.까지 그 해소방안을 원고에게 제출하라는 내용의 공문을 발송하고, 같은 달 7.에도 같은 취지의 공문을 발송하였다(갑 제13호증의 1, 2). 벤트코리아는 2014. 3. 11. 원고에게 경영상 어려움으로 공사를 수행할 수 없어 위 공사의 나머지 공사를 포기한다는 내용의 공문을 발송하였다(갑 제14호증).

4) 이에 원고는 2014. 3. 20. 벤트코리아에 2014. 3. 11.자로 이 사건 제2하도급계약을 해지한다는 공문을 발송하고, 그 무렵 벤트코리아와 사이에 이 사건 제2공사의 기성률에 따른 공사대금을 6,150,100,000원(부가가치세 포함)으로 정산하기로 합의하였다(갑 제15호증의 1, 2, 갑 제29, 30호증).

5) 원고는 벤트코리아에 이 사건 제2하도급계약의 공사대금 6,056,843,059원을 지급하였고, 벤트코리아가 지급해야 할 노무비 34,085,955원을 대신 지급하였으며, 이에 따라 이 사건 제2공사와 관련하여 원고가 벤트코리아에 지급할 공사대금은 59,170,986원(= 6,150,100,000원 - 6,056,843,059원 - 34,085,955원)이 남게 되었다(갑 제29, 30호증).

6) 원고는 벤트코리아가 마무리 짓지 못한 공사를 완성할 후속업체로 한영토건 주식회사(이하 '한영토건'이라 한다)를 선정하여 2014. 8. 22. 위 회사와 공사대금 360,800,000원(부가가치세 포함), 공사기간 2014. 8. 22.부터 2015. 6. 30.까지로 정한 공사도급계약을 체결하였고, 그 후

한영토건이 위 나머지 공사를 완공하였다(갑 제16호증의 1, 2).

다. 화양-나진간 국가지원지방도 확·포장공사

1) 원고는 2012. 12. 28. 벤트코리아와 사이에, 원고가 전라남도로부터 수급한 화양-나진간 국가지원지방도 확·포장공사 중 조립식 가설동بار리 설치공사(이하 '이 사건 제3공사'라고 한다)'를 공사기간 2013. 1. 1.부터 2016. 12. 30.까지, 공사대금 247,500,000원(부가가치세 포함), 계약보증금은 공사대금의 10%로 정하여 하도급 하는 계약(이하 '이 사건 제3하도급계약'이라고 한다)을 체결하였다(갑 제6호증의 1).

2) 벤트코리아는 2013. 1. 7. 피고와 보증금액 24,750,000원, 보증기간 2012. 12. 28.부터 2016. 12. 30.까지, 보증채권자 원고, 보증사고를 '채무자(벤트코리아)가 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 보증채권자가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지하는 것'으로 한 보증계약(이하 '이 사건 제3보증계약'이라 한다)을 체결하고, 원고에게 계약보증서를 교부하였다(갑 제7호증의 1, 2).

3) 벤트코리아가 자금사정 악화로 이 사건 제2공사의 공정을 지체하자, 2014. 3. 20. 벤트코리아에 시공예정인 구조물 공사에 대한 작업계획 및 자재장비 투입계획을 2014. 3. 27.까지 원고에게 제출하라는 내용의 공문을 발송하고, 같은 달 28.에도 같은 취지의 공문을 발송하였다(갑 제8호증의 1, 2). 그런데 벤트코리아가 별다른 조치를 취하지 않자, 원고는 2014. 4. 2. 벤트코리아에 위 공사계약을 해지하고, 타절정산금액을 107,250,000원(부가가치세 포함)으로 정한다는 내용을 문서로 통보하였다(갑 제9호증의 1, 2).

4) 원고는 벤트코리아가 마무리 짓지 못한 공사를 완성할 후속업체로 강산개발 주식회사(이하 '강산개발'이라 한다)를 선정하여 2014. 9. 6. 위 회사와 공사대금 116,050,000원(부가가치세 포함)으로 정한 공사도급계약을 체결하였고(다만 강산개발은 화양-나진간 국가지원지방도 확·포장공사현장에서 이미 다른 공사를 수행하고 있어 기존계약을 변경하는 형태로 위 계약을 체결하였다), 그 후 강산개발이 위 나머지 공사를 완공하였다(갑 제10호증의 1 내지 3).

라. 원고의 피고에 대한 계약보증금 청구

원고는 피고에게, 2014. 10. 17. 이 사건 제1보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였음을 이유로

488,000,000원, 2014. 12. 24. 이 사건 제2보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였음을 이유로 164,000,000원, 2014. 11. 13. 이 사건 제3보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였음을 이유로 24,750,000원의 각 계약보증금 지급을 청구하였다(갑 제17호증의 1 내지 3).

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 18, 20, 29, 30호증(가지번호가 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지.

2. 이 사건 제1보증계약에 따른 계약보증금 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고 벤트코리아는 2013. 12.말까지 이 사건 제1공사 중 'A 상부공' 공사를 완성하기로 하였는데, 자금사정의 악화로 2014. 1.말까지도 위 공사를 완성하지 못하였고, 2014. 2. 19.부터는 위 공사를 중단하기에 이르렀다. 이에 원고가 2014. 3. 5.경 계약 해지 통보를 함으로써 이 사건 제1하도급계약은 벤트코리아의 귀책사유로 적법하게 해지되었으므로, 벤트코리아는 원고에게 위 해지에 따른 손해를 배상할 의무가 있고, 이 사건 제1보증계약에서 정한 보증사고도 발생하였다. 그런데 원고는 벤트코리아가 미시공한 부분을 완성하기 위하여 해창개발로 하여금 나머지 공사를 시공하게 함으로써 이 사건 제1공사에 관하여 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 488,000,000원이 증가한 공사비를 부담하는 손해를 입었으므로, 피고는 이 사건 제1보증계약에 따라 원고에게 계약보증 한도액 범위 내에서 위 손해액 488,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 ① 이 사건 제1공사를 제대로 이행되지 못한 이유는 원고가 돌관작업에 따른 추가 공사대금 및 기성공사대금을 지급하지 않았기 때문이고 벤트코리아의 귀책사유로 인한 것이 아니다. 또한 원고가 이 사건 제1하도급계약 해지 통보를 한 2014. 3. 5.경 당시 기성률이 이미 93.8%에 이르렀고, 약정 공사기간 만료일(2014. 10. 27.)까지 8개월 이상 남아 있어 벤트코리아가 충분히 이 사건 제1공사를 완성할 수 있었다. 따라서 원고의 이 사건 제1하도급계약 해지 통보는 부적법하므로, 이 사건 제1보증계약에서 정한 보증사고가 발생하지 않았다.

② 원고가 이 사건 제1공사 중 벤트코리아가 미시공한 나머지 공사의 시공을 위하여 부담하였다는 공사비(819,000,000원)는 이 사건 제1하도급계약의 약정 공사대금 중 미시공 부분의

금액(331,000,000원)에 비해 지나치게 많아 합리적인 범위를 벗어나므로, 원고에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

③ 가사 피고에게 계약보증금 지급의무가 있다고 하더라도, 벤트코리아는 원고에 대하여 이 사건 제1하도급계약에 따른 미지급 기성공사대금채권 859,093,441원 또는 610,498,771원과 원고의 작업지시에 따라 이 사건 제1공사 중 'A 상부공 공사'의 공사기간 단축을 위한 돌관공사로 발생한 추가공사대금채권 743,775,000원을 가지고 있으므로, 피고는 민법 제434조에 따라 2015. 2. 9.경 원고에게 위 각 공사대금채권을 자동채권으로 하여 원고의 이 사건 제1공사에 관한 계약보증금채권을 상계한다는 의사표시를 하였다. 따라서 위 상계에 따라 원고의 피고에 대한 계약보증금채권은 모두 소멸하였다.3) 위 상계로도 원고의 피고에 대한 이 사건 제1공사에 관한 계약보증금채권이 소멸하지 않는다면, 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2하도급계약에 따른 미지급 공사대금채권 59,170,986원 중 이 사건 제2, 3 공사에 관한 계약보증금채권과 상계되고 남은 10,490,986원을 자동채권으로 하여 원고의 이 사건 제1공사에 관한 계약보증금채권을 상계한다.

나. 판단

1) 이 사건 제1보증계약의 성격 이 사건 제1보증계약 약관(갑 제2호증의 2) 제1조에 의하면, 피고는 '보증기간 내 벤트코리아의 계약불이행으로 인하여 하도급계약이 해제 또는 해지되는 보증사고가 발생한 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항4) 에서 정한 보증 내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담한다.'고 되어 있는데,5) 이 사건 제1하도급계약에는 계약보증금에 관한 '위약금 약정'이 존재하지 아니하고, 오히려 위 하도급계약에 편입된 이 사건 하도급조건 제25조 제6항은 벤트코리아가 채무를 불이행하여 계약이 해제 또는 해지되는 경우 원고가 계약보증금에 대하여 '계약의 해제 또는 해지에 따른 손실에 상당하는 금액'의 지급을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

따라서 이 사건 제1보증계약은 벤트코리아의 이 사건 제1하도급계약 위반으로 인한 벤트코리아의 원고에 대한 손해배상채무의 이행을 계약보증금의 한도에서 보증하는 것으로서(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다39511 판결 등 참조), 손해담보약정의 성질을 가지므로 원고가 피고에 대하여 계약보증금을 청구하기 위해서는 벤트코리아의 구체적인 손해배상채무의 존재(보증사고의 발생)와

그 채무액(보증사고로 인한 손해액)에 대한 증명이 필요하다.

2) 보증사고 발생 여부 제1의 가.항 기재 인정사실과 앞서 든 증거들 및 갑 제31, 34호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 제1공사는 벤트코리아의 귀책사유로 공정이 지연되어 2014. 2.경에는 벤트코리아가 약정된 공사기간 내에 공사를 완성하는 것이 불가능하게 되었다고 봄이 타당하고(이 사건 하도급계약조건 제25조 제1항 제1 내지 3호 참조), 을 제1 내지 4호증의 각 기재 및 피고가 주장하는 사정만으로는 이를 뒤집기에 부족하다. 따라서 이 사건 제1하도급계약은 벤트코리아의 채무불이행을 원인으로 한 원고의 해지 통보에 따라 2014. 3. 5.경 적법하게 해지되었으므로 벤트코리아는 원고에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있고, 이 사건 제1보증계약에서 정한 보증사고도 보증기간 내에 발생하였다고 할 것이다.

① 벤트코리아는 2013. 11.경부터 자금사정이 악화되어 원고에 대한 공사대금채권이 가압류되는 등 이 사건 제1공사를 진행하기 어려운 사정이 발생하여 이 사건 제1공사의 공정을 지체하였다(원고와 벤트코리아가 이 사건 제1공사 중 'A 상부공' 공사에 관하여 2014. 1.말경까지 시공하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 이에 대하여 피고는 보증채권자인 원고와 벤트코리아가 임의로 공사기간을 단축하는 합의를 하여 피고의 보증책임을 가중시켰다고 주장하나, 이 사건 제1공사의 전체 공사기간이 단축된 것은 아니었으므로, 이로 인하여 보증인인 피고의 책임이 가중되었다고 보기는 어렵다).

② 원고는 2014. 1.부터 2014. 2.까지 상당한 기간 동안 여러 차례에 걸쳐 벤트코리아에 가압류 및 체불임금 등의 해소 및 공정지연 정상화계획의 제출을 요구하였으나, 벤트코리아는 별다른 조치를 취하지 않았다(을 제3, 4호증의 각 기재에 의하면, 벤트코리아가 원고의 해지 통보 이후인 2014. 3. 20.경 이 사건 제1하도급계약의 변경을 요구하는 내용의 공문을, 2014. 4. 1.경 일시적 자금압박 해결을 위해 회생절차를 진행하게 된 것일 뿐 공사기간 내에 공사를 완성할 수 있으므로 해지 사유가 없다는 취지의 공문을 발송한 사실이 인정될 뿐이다). 이에 원고는 2014. 3. 5.경 벤트코리아에 벤트코리아의 귀책사유로 인한 계약불이행을 이유로 이 사건 제1하도급계약 제25조에 따라 위 하도급계약을 해지한다고 통보하였다.

③ 원고의 위 해지 통보 후 벤트코리아는 원고에게 벤트코리아의 중대한 귀책사유 및 경영난으로 공사를 계속 이행할 수 없었음을 시인하는 내용의 이 사건 각서(갑 제20호증)를 원고에게 작성·교부하기도 하였다.

④ 벤트코리아는 2015. 6. 3.경 원고를 상대로 대전지방법원 천안지원 2015가합101453호로, 이 사건 제1, 2공사의 각 미지급 기성공사대금과 이 사건 제1공사 관련 'A 상부공 공사'의 추가공사대금 등의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 위 소송에서 B측이 부도 발생으로 토목공사를 지연함에 따라 이 사건 제1공사의 공정에 차질이 발생한 것이라고 주장하면서 벤트코리아 측의 귀책사유로 공정이 지연된 것이 아니라고 다투었다(갑 제34호증 참조). 그러나 제1심 및 항소심(대전고등법원 2016나15783호)은 벤트코리아의 위 주장을 배척하고 위 ①, ②항 기재와 같이 벤트코리아의 자금사정이 악화로 이 사건 제1공사의 공정이 지체되어 이 사건 제1하도급계약이 해지된 사실을 인정하였고, 벤트코리아가 대법원 2017다287624호로 상고하였으나 2018. 3. 15. 심리불속행 기각되어 그 무렵 위 항소심 판결이 확정되었다(이하 '관련 공사대금 소송'이라 한다).

3) 보증사고로 인한 손해액 당초의 시공회사가 공사를 중단하여 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 시공회사의 공사도급계약위반으로 인한 손해에 해당한다(대법원 2001. 12. 14. 선고 99다58129 판결 등 참조).

우선 제1의 가.항에서 본 바에 의하면, 이 사건 제1하도급계약 해지일인 2014. 3. 5.경 당시 벤트코리아의 기성공사대금은 5,009,000,000원(부가가치세 제외, 이하 이 문단에서 같다) 상당에 이르러 약정 공사대금 중 벤트코리아가 시공하지 아니한 나머지 공사의 부분의 금액은 331,000,000원(= 약정 공사대금 5,340,000,000원 - 기성공사대금 5,009,000,000원) 상당이었던 사실, 이후 원고는 위 나머지 공사를 대금 819,000,000원으로 정하여 해창개발에 하도급 주어 이 사건 제1공사를 완성하게 하였고, 이로 인하여 원고가 이 사건 제1공사의 공사비로 당초 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 488,000,000원(= 819,000,000원 - 331,000,000원)이 더 많은 공사비를 부담하게 되는 손해를 입은 사실이 인정된다.

그리고 갑 제21호증, 제36호증의 1 내지 5의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 비록 위 나머지 공사의 하도급대금으로 원고와 해창건설이 약정한 금액이 당초 하수급업체인 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 2배 이상 증가하기는 하였으나, 나머지 공사를 시공하여야 할 하수급업체로서는 당초 시공업체와는 달리 현장개설 비용을 새로이 투입하여야 하고, 시공 준비기간의 단축, 공사규모의 축소 등으로 시공비용의 증가요인이 발생할 수밖에 없으며, 하도급업체로서도 새로운 하수급업체의 선정 및 하도급대금 결정에 불리한 입장에 놓이게 되는 점, ② 원고는 벤트코리아에 이 사건 제1도급계약의 해지를 통보할 즈음인 2014. 3. 5.과 같은 달 6.경 해창개발 외 4개 업체로부터 위 나머지 공사에 관한 견적서(갑 제36호증의 1 내지 5)를 제출받아 그 중 가장 적은 금액을 제시한 해창개발을 공사업체로 선정하였고, 위와 같은 하수급업체의 선정 및 하도급대금 결정과정에 별다른 문제가 있는 것으로 보이지 않는 점, ③ 원고와 해창개발 사이의 하도급계약에서 정한 공사범위에 이 사건 제1공사 중 벤트코리아가 미시공한 부분 이외의 공사가 포함되어 있다고 볼 만한 사정도 없는 점 등을 종합하면, 원고와 해창건설이 하도급대금으로 약정한 금액은 이 사건 제1공사 중 벤트코리아가 미시공한 나머지 공사의 시공을 위하여 필요한 합리적인 범위 내에 있다고 봄이 타당하다.

따라서 특별한 사정이 없는 한, 피고는 이 사건 제1보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 488,000,000원(보증금액 587,400,000원의 범위 내에 있다) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4) 피고의 상계 항변 등에 대하여 가) 민법 제434조에 근거한 상계권 행사

건설산업기본법에 따라 건설공제조합이 조합원으로부터 보증수수료를 받고 조합원이 다른 조합원 또는 제3자와 도급계약을 체결하여 부담하는 계약보증금 지급채무를 보증하는 보증계약은 그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사한 것이고(대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결 등 참조), 한편 이행보증보험은 보험계약자인 채무자의 주계약상 채무불이행으로 인하여 피보험자인 채권자가 입게 되는 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보험자와 채무자 사이에는 민법상의 보증에 관한 규정이 준용되므로,

이행보증보험의 보험자는 민법 제434조를 준용하여 보험계약자의 채권에 의한 상계로 피보험자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 피보험자의 보험계약자에 대한 채권이 소멸되는 만큼 보험자의 피보험자에 대한 보험금 지급채무도 소멸된다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다16251 판결). 따라서 피고는 보증계약자인 벤트코리아의 채권에 의한 상계로 보증채권자인 원고에게 대항할 수 있다.

나) 이 사건 제1공사의 기성공사대금채권을 자동채권으로 한 상계 항변 부분

(1) 위 제1의 가.항에서 본 바에 의하면, 이 사건 제1하도급계약 해지일인 2014. 3. 5.경 당시 원고가 벤트코리아에 지급할 미지급 기성공사대금은 이 사건 제1공사의 기성공사대금(타절정산금액) 5,509,900,000원에서 기지급금 5,274,453,453원(원고가 NH캐피탈에 지급한 3억 원 포함)을 뺀 나머지 235,446,547원인 사실이 인정된다(미지급 기성공사대금액이 위 금액을 초과한다는 피고의 주장은 받아들이지 아니한다).

한편, 이 사건 제1하도급계약과 관련한 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권 488,000,000원과 벤트코리아의 원고에 대한 위 공사대금채권 235,446,547원은 이 사건 제1하도급계약 해지일인 2014. 3. 5.경 이행기에 도달하여 상계적상에 있었다고 할 것인데, 을 제8호증의 기재에 의하면, 피고는 2015. 2. 9.경 벤트코리아의 보증인으로서 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제1공사에 관한 공사대금 채권으로써 원고의 손해배상채권을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시한 사실이 인정된다.

따라서 원고의 벤트코리아에 대한 위 손해배상채권은 상계적상일인 2014. 3. 5.경으로 소급하여 벤트코리아의 위 공사대금채권과 235,446,547원의 범위 내에서 상계되어 소멸하였다. 피고의 이 부분 상계항변은 위 금액 범위 내에서 이유 있다.

(2) 나아가 피고는, '원고가 NH캐피탈에 지급한 3억 원 중 이 사건 제1공사의 기성공사대금으로 지급된 금액은 2억 원뿐이고, 나머지 1억 원은 이 사건 제2공사의 기성공사대금이다. 원고와 벤트코리아가 임의로 정산합의를 하더라도 피고의 보증책임을 가중시키지 못하므로, 이 사건 제1공사의 기성공사대금 중 1억 원은 미지급된 채 남아있다고 보아야 한다. 따라서 피고는 위 1억 원의 기성공사대금채권을 자동채권으로 한 상계권을 추가로 행사할 수 있다.'고 주장한다.

살피건대, 앞서 인정한 사실 및 갑 제23호증의 2, 을 제9호증의 각 기재에 의하면, 벤트코리아가

2013. 11.경 원고에 대한 이 사건 제1공사의 공사대금채권 중 2억 원과 이 사건 제2공사의 공사대금채권 중 1억 원을 각 NH캐피탈에 양도하자, 원고가 위 채권양도를 승낙한 후 NH캐피탈에 합계 3억 원을 지급한 사실, 그런데 원고와 벤트코리아가 이 사건 제1하도급계약 해지일 무렵 위 3억 원을 이 사건 제1공사의 공사대금 중 기지급금으로 공제하기로 하는 정산합의를 한 사실이 인정된다. 그러나 위 정산합의가 그 자체로 피고의 이 사건 제1보증계약에 따른 보증책임을 가중시키는 합의라고 볼 수 없고, 민법 제434조가 보증인의 위 조항에 따른 상계권 행사 이전에 주채무자의 채권에 대한 처분권을 제한하는 것도 아니므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 위 정산합의를 무효로 볼 수도 없다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결의 취지 참조).6) 따라서 위 정산합의가 피고에 대한 관계에서 무효임을 전제로 한 피고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 한편 원고는, 관련 공사대금 소송의 항소심에서 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제1공사에 관한 공사대금채권 235,446,547원이 상계적상일인 2014. 3. 5.로 소급하여 원고가 벤트코리아에 대하여 가지는 '광양시 우회도로 공사' 현장에서 발생한 강재동바리 환매대금채권 658,365,873원과 대등액에서 상계되어 소멸하였다는 판결이 선고되어 그 판결이 확정되었으므로, 피고의 위 상계의 의사표시는 효력이 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무의 존부나 범위에 관하여 주채무자가 전부 또는 일부 승소하는 판결이 확정된 경우에도 그 판결의 기판력이 보증인에게에는 미치지 아니한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다228099 판결 참조).7) 한편 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로(대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결 등 참조), 일단 상계적상이 생겼다고 하여도 상계의 의사표시가 있기 전에 일방의 채권이 변제, 대물변제, 경개, 상계 등의 사유에 의해 이미 소멸한 경우에는 상계는 허용되지 않는다(민법 제495조는 그 예외규정이다).

이 사건에 관하여 보건대, 갑 제30호증의 기재에 의하면, 원고는 관련 공사대금 소송에서 2017. 8. 8.자 준비서면의 송달로써 비로소 위 강재동바리 환매대금채권을 자동채권으로 한 상계의 의사표시를 한 사실이 인정되는바, 피고가 2015. 2. 9.경 민법 제434조에 근거하여 벤트코리아의

원고에 대한 이 사건 제1공사에 관한 공사대금채권으로써 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권(계약보증금채권)을 상계함으로써 벤트코리아의 위 공사대금채권이 소멸한 만큼, 그 후에 이루어진 원고의 위 상계의 의사표시는 적어도 피고에 대한 관계에서는 아무런 효력이 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 돌관공사로 인한 추가공사대금채권을 자동채권으로 한 상계 항변 부분을 제1 내지 3호증의 각 기재만으로는 원고와 벤트코리아 사이에 이 사건 제1공사 중 'A 상부공사'의 공사기간 단축을 위한 돌관공사비용으로 743,775,000원 상당을 추가로 수수하기로 하는 추가공사 하도급계약이 체결되었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 갑 제29, 30호증의 각 기재에 의하면, 관련 공사대금 소송에서 벤트코리아가 원고에 대하여 위 돌관공사로 인한 추가공사대금 818,152,500원의 지급을 청구하였으나, 제1, 2심에서 위와 같은 추가공사 하도급계약 체결사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 벤트코리아의 이 부분 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정된 인정될 뿐이다. 따라서 피고의 이 부분 상계 항변은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다) 이 사건 제2공사의 공사대금채권을 자동채권으로 한 상계 항변 부분 아래 제3의 나. 4)항에서 보는 바와 같이 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2공사에 관한 미지급 공사대금채권 59,170,986원은 원고의 벤트코리아에 대한 이 사건 제2공사에 관한 손해배상채권 164,000,000원과 대등액에서 상계되어 소멸하였다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 상계 항변 역시 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다. 소결론

결국 피고는 이 사건 제1보증계약에 따라 원고에게 계약보증금으로 원고의 손해액 중 이 사건 제1공사의 기성공사대금과 상계되고 남은 252,553,453원(= 488,000,000원 - 235,446,547원)을 지급할 의무가 있다.

한편 갑 제2호증의 2의 기재에 의하면, 이 사건 제1보증계약 약관은 '피고는 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금액을 결정하고, 결정된 보증금액은 5일 이내에 이를 지급하며(제4조 제1항), 보증채권자의 청구 중 심사가 완료된 부분은 보증금을 미리

지급할 수 있다(제4조 제2항)'고 규정하고 있는 사실이 인정되고, 원고가 피고에게 2014. 10. 17. 이 사건 제1보증계약에 따른 계약보증금 청구를 한 사실은 제1의 라.항에서 본 바와 같다.

앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 종합하여 추인할 수 있는 보증사고와 관련된 조사기간, 보증금액 결정에 필요한 시간, 아래에서 보는 바와 같이 피고가 이 사건 제1보증계약 체결 이후 보증채권자의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하는 것으로 약관을 개정한 점 등을 고려하면, 피고가 보증금 지급청구와 서류를 제출받은 후 보증금액을 결정하고 지급하는데 필요한 상당한 기간은 60일로 봄이 타당하므로, 피고는 원고에게 위 계약보증금 252,553,453원에 대하여 그 청구일인 2014. 10. 17.로부터 60일이 경과한 다음날인 2014. 12. 17.부터 발생하는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 이 사건 제2보증계약에 따른 계약보증금 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고 이 사건 제2하도급계약이 벤트코리아의 채무불이행 및 공사포기로 인하여 2014. 3. 20.경 적법하게 해지됨으로써 이 사건 제3보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였고, 이로 인해 원고는 벤트코리아가 미시공한 부분을 한영토건에 하도급주어 이 사건 제3공사를 완성하게 함으로써 당초 벤트코리아와 공사대금보다 164,000,000원 증가한 공사비를 부담하는 손해를 입었다.

따라서 피고는 이 사건 제2보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 164,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 ① 원고가 이 사건 제2공사 중 벤트코리아가 미시공한 나머지 공사의 시공을 위하여 부담하였다는 공사비(328,000,000원)는 이 사건 제2하도급계약의 약정 공사대금 중 미시공 부분의 금액(164,000,000원)에 비해 지나치게 많아 합리적인 범위를 벗어나므로, 원고에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

② 이 사건 제2공사의 원도급공사는 한국철도시설공단이 발주한 장기계속공사이고, 원고는 그 4차분 계약을 2013. 12. 26. 이행 · 완료하였으므로, 이 사건 제2보증계약 약관 제5조에 따라 피고가 이행 · 완료한 부분에 해당하는 계약보증금 606,870,000원에 대하여는 피고가 보증책임을 부담하지 아니한다.

③ 예비적으로, 피고는 보증채무자로서 민법 제434조에 의해 이 사건 제2공사에 관한 벤트코리아의 원고에 대한 미지급 공사대금채권 59,170,986원을 자동채권으로 하여 원고의 보증금채권과 대등액에서 상계한다.

나. 판단

1) 보증사고 발생 여부 제1의 나.항에서 본 바와 같이, 벤트코리아는 자금사정의 악화로 이 사건 제2공사의 공정을 지체하다가 2014. 3. 11.경 원고에게 공사포기의사를 밝히고 공사를 중단함으로써 약정 공사기간 내에 이 사건 제2공사를 완성할 수 없게 되었다. 따라서 이 사건 제2하도급계약은 벤트코리아의 채무불이행을 원인으로 한 원고의 해지 통보에 따라 2014. 3. 20.경 적법하게 해지되었으므로, 벤트코리아는 원고에게 위 해지에 따른 손해를 배상할 의무가 있고, 이 사건 제2보증계약에서 정한 보증사고도 발생하였다고 봄이 타당하다.

2) 보증사고로 인한 손해의 범위 이 사건 제2하도급계약 해지일인 2014. 3. 20.경 당시 벤트코리아의 기성공사대금은 5,591,000,000원(부가가치세 제외, 이하 이 문단에서 같다)에 이르러 약정 공사대금 중 벤트코리아가 시공하지 아니한 나머지 공사 부분의 금액은 164,000,000원(= 약정 공사대금 5,755,000,000원 - 5,591,000,000원)이었던 사실, 이후 원고는 위 나머지 공사를 대금 328,000,000원에 한영토건에 하도급 주어 이 사건 제2공사를 완성하게 하였고, 이로 인하여 원고가 이 사건 제2공사의 공사비로 당초 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 164,000,000원(=328,000,000원 - 164,000,000원)이 더 많은 공사비를 부담하게 되는 손해를 입은 사실은 제1의 나.항에서 본 바와 같다.

그리고 갑 제27호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉

① 비록 위 나머지 공사의 하도급대금으로 원고와 한영토건이 약정한 금액이 당초 하수급업체인 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 2배 증가하기는 하였으나, 나머지 공사를 시공하여야 할 하수급업체로서는 당초 시공업체와는 달리 현장개설 비용을 새로이 투입하여야 하고, 시공 준비기간의 단축, 공사규모의 축소 등으로 시공비용의 증가요인이 발생할 수밖에 없으며, 하도급업체로서도 새로운 하수급업체의 선정 및 하도급대금 결정에 불리한 입장에 놓이게 되는 점, ② 원고는 벤트코리아에 이 사건 제2공사계약의 해지통보를 한 때로부터 얼마 지나지 않은 2014. 4.

9.경 한영토건을 포함한 4개 업체로부터 위 공사의 잔여공사에 관한 견적서(갑 제27호증)를 제출받아 그 중 가장 적은 금액으로 견적을 제시한 위 한영토건을 공사업체로 선정하였고, 위와 같은 하수급업체의 선정 및 하도급대금 결정과정에 별다른 문제가 있는 것으로 보이지 않는 점, ③ 원고와 한영토건 사이의 하도급계약에서 정한 공사범위에 이 사건 제2공사 중 벤트코리아가 미시공한 부분 이외의 공사가 포함되어 있다고 볼 만한 사정도 없는 점 등을 종합하면, 원고와 한영토건이 하도급대금으로 약정한 금액은 이 사건 제2공사 중 벤트코리아가 미시공한 나머지 공사의 시공을 위하여 필요한 합리적인 범위 내에 있다고 봄이 타당하다. 따라서 원고는 이 사건 제2하도급계약이 벤트코리아의 채무불이행으로 해지됨으로써 164,000,000원 상당의 손해를 입었다고 할 것이다.

3) 계약보증의 일부 효력 상실 가) 이 사건 제2보증계약 약관 제5조에 따른 계약보증의 일부 효력 상실

(1) 갑 제7호증의 2, 을 제5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제2보증계약 약관 제5조(장기계속공사의 보증책임)는 '보증채권자(원고)와 발주자(한국철도시설공단)가 체결한 계약이 장기계속공사로 보증채권자가 연차별 계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있는 경우 채무자(벤트코리아)가 이행·완료한 계약금액에 대한 계약보증금을 반환하여야 하고(제1항), 조합(피고)은 제1항에 의거 보증채권자(원고)가 채무자(벤트코리아)에게 반환하여야 할 보증금에 대해서는 보증책임을 부담하지 아니한다(제2항)'고 규정하고 있는 사실, 그런데 원고를 대표사로 하는 공동수급체는 발주처인 한국철도시설공단과 사이에 포승-평택 철도건설 제1공구 건설공사를 '장기계속공사'로 총 공사부기금액을 269,827,000,000원으로 정하여 수급하였고, 그 연차별 계약 중 2013. 1. 22. 체결된 4차 계약을 2013. 12. 26. 이행하여 완료한 사실이 인정된다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 보증채권자인 원고는 이 사건 제2공사 중 원도급공사의 4차 계약 부분에 해당하는 벤트코리아의 이행·완료 부분에 대한 계약보증금을 벤트코리아에 반환하여야 하므로, 피고는 그 계약보증금에 대하여 보증책임을 부담하지 않는다고 할 것이다.

(2) 이에 대하여 원고는, 이 사건 2보증계약 약관 제5조는 그 뜻이 명확하지 않으므로 약관 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다) 제5조 제2항에 따라 원고에게 유리하게, 즉 원고와 한국철도시설공단 사이의 원도급계약 뿐 아니라, 원고와 벤트코리아 사이의 하도급계약도

장기계속공사인 경우에만 적용되는 조항으로 보아야 하는데, 원고와 벤트코리아 사이의 이 사건 2하도급계약은 장기계속공사가 아니므로 위 약관이 적용될 수 없고, 그렇지 않다면 위 약관은 약관규제법 제6조 제2항 제1호에서 규정하는 '고객에게 부당하게 불리한 조항'으로 공정성을 잃은 것이거나, 제7조 제2호에서 규정하는 '상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항' 등에 해당하여 무효라고 주장한다.

그러나 위 인정사실 및 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 2보증계약 약관 제5조의 뜻이 명확하지 않거나 보증채권자(원고)와 채무자(벤트코리아) 사이의 하도급계약도 장기계속공사인 경우에만 적용되는 조항이라고 할 수 없고, 위 조항이 약관규제법 제6조 제2항 제1호, 제7조 제2호에서 규정하는 조항에 해당하여 무효라고 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

① 이 사건 제2보증계약 약관 제5조의 문언상 그 적용범위를 보증채권자(원고)와 채무자(벤트코리아) 사이의 하도급계약도 장기계속공사인 경우로 제한하고 있지 않고, 이 사건 제2보증계약서나 보증약관에 위와 같이 적용범위를 제한하는 별도의 규정은 없다.

② 장기계속계약제도는 사업의 규모, 내용 등이 설계서 등에 의하여 확정되었으나 예산확보의 불확실 및 곤란 등의 이유 또는 계속비 제도나 국고채무부담행위에 의한 경우보다 사업을 조속히 추진할 필요성 등으로 인하여 국가계약관계법령에 도입된 제도로써, 국가나 지방자치단체가 계약의 일방 당사자가 되어 계약을 체결하는 경우 외에 사기업들 사이에서 당사자 간 합의에 따라 장기계속계약 형태의 계약이 체결되는 경우를 상정하기 어렵고, 그럼에도 이 사건 2보증약관 제5조는 보증채권자와 채무자 사이에 체결된 하도급계약이 장기계속계약인 경우에만 적용된다고 본다면 위 약관 규정은 사실상 무의미한 규정이 되고 만다. 뿐만 아니라 사기업들 사이에서 장기계속계약 형태의 계약이 체결되는 사례를 찾아보기 힘든 현실에서, 이 사건 제2보증계약 약관 제5조가 보증채권자와 채무자 사이에 체결된 하도급계약이 장기계속계약인 경우에만 적용된다고 보는 경우, 하도급계약의 체결 형태에 관하여 결정권을 가질 가능성이 높은 보증채권자의 의사에 위 약관 규정의 적용 여부를 맡겨 두는 결과가 될 수 있다.

③ 원고는, 이 사건 제2보증계약의 약관 제5조 제1항이 '채무자가 이행·완료'한 부분의 계약금액에

대한 계약보증금을 반환하도록 규정하고 있는데, 채무자의 이행·완료는 하도급계약이 장기계속계약인 경우에만 가능하므로, 이 사건 제2보증계약 제5조는 보증채권자(원고)와 발주자 사이의 원도급계약 뿐 아니라 보증채권자(원고)와 채무자(벤트코리아) 사이의 하도급계약도 장기계속공사인 경우에만 적용되는 조항으로 보아야 하는데, 원고와 벤트코리아 사이의 이 사건 제2하도급계약은 장기계속공사가 아니므로 위 약관이 적용될 수 없다는 취지로 주장하나, 하도급계약이 장기계속계약이 아닌 경우에도 원도급계약이 장기계속계약으로서 해당 연차별 계약이 이행·완료되면 그에 상응하는 하수급공사 부분 역시 이행·완료되었다고 볼 수 있고, 보증채권자가 원도급계약을 이행·완료하여 계약보증금을 반환받았거나 반환받을 수 있었을 경우에는 하도급계약의 채무자는 자신이 이행·완료한 부분에 상당하는 계약보증금을 반환받으면 된다 할 것이며, 달리 채무자의 이행·완료가 하도급계약이 장기계속공사인 경우에만 가능하다고 볼 근거가 없다.

④ 종래부터 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 장기계속계약의 경우에는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제12조 및 동법 시행령 제50조 제3항, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제15조 및 동법 시행령 제51조 제7항 등 그 관계 법령에서 계약상대방의 계약보증으로 인한 부담을 완화하기 위하여 연차별 계약이 완료되면 국가나 지방자치단체는 계약보증금 중 이행이 완료된 연차별 계약금액에 해당하는 부분 또는 그중 일부를 계약상대방에게 반환하도록 규정하고 있었다. 그러나 하도급계약의 경우에는 그러한 규정이 없어 하수급인의 계약보증금 부담이 공사계약기간 동안 그대로 지속되는 문제점이 계속 지적되어 왔다. 이에 공정거래위원회는 2012. 1. 5. 건설업종 표준하도급계약서를 개정하면서 하도급계약이 장기계속계약인 경우 그 이행이 완료된 부분에 대하여는 계약보증의 효력이 상실되고, 그 부분 계약보증금을 반환하도록 하는 의무조항을 신설하였다(제7조 제9항). 앞서 제1의 가. 2)항에서 본 바와 같이 이 사건 하도급계약조건 제7조 제9항도 위 표준하도급계약서와 같은 취지의 규정을 두고 있다. 이 사건 제2보증계약 약관 제5조가 앞서 본 바와 같은 계약보증금 반환 규정을 둔 것도 하수급인의 계약보증금 부담을 완화하기 위한 취지에서 마련된 것으로 보인다.

⑤ 위와 같은 이 사건 제2보증계약 약관 제5조의 문언내용, 도입취지 및 경위, 합리성, 타당성 등의

측면에서 볼 때 위 약관의 뜻이 명백하지 않다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 약관규제법 제6조 제2항 제1호, 제7조 제2호에 해당하여 무효라고 볼 수 없다.

나) 피고의 계약보증금 지급책임의 범위

벤트코리아의 기성고가 포함된 포승-평택 철도건설 제1공구 건설공사의 4차 공사가 2013. 12. 26. 준공완료 되었으므로, 원고는 발주자로부터 이에 관한 계약보증금을 반환받거나 반환받을 수 있었다고 할 것이다. 한편 갑 제13호증의 1, 갑 제15호증의 1, 을 제7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제2공사 중 2013. 12. 말경까지 벤트코리아가 이행·완료한 부분의 공사대금은 6,068,700,000원[= 이 사건 제2공사의 기성공사대금 6,150,100,000원(갑 제15호증의 1) - 2014. 1.분 기성공사대금 81,400,000원(을 제7호증)]인 사실을 추인할 수 있고, 달리 반증이 없다.

따라서 피고는 이 사건 제2공사에 관한 계약보증금 633,050,000원 중 606,870,000원(= 6,068,700,000원 × 계약보증금 비율 10%)에 대하여는 보증책임을 부담하지 아니하므로, 결국 피고가 이 사건 제2보증계약에 따라 원고에게 지급할 계약보증금은 그 차액인 26,180,000원(= 633,050,000원 - 606,870,000원, 원고의 손해액 164,000,000원의 범위 내에 있다)이 된다.

4) 피고의 상계 항변에 대하여 가) 이 사건 제2하도급계약 해지일인 2014. 3. 20.경 당시 원고가 벤트코리아에게 미지급한 이 사건 제2공사의 공사대금이 59,170,986원인 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 제2하도급계약 해지에 따른 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권 164,000,000원과 벤트코리아의 원고에 대한 위 공사대금채권은 2014. 3. 20.경 모두 이행기가 도래하여 상계적상에 있었다고 할 것이다.

그런데 을 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 피고는 2015. 2. 11.경 원고에 대하여 벤트코리아의 위 공사대금채권으로 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권과 상계한다는 의사를 표시한 사실이 인정되므로, 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권 164,000,000원은 상계적상일인 2014. 3. 20.경 59,170,986원의 범위 내에서 벤트코리아의 원고에 대한 위 공사대금채권과 대등액에서 상계되어 소멸하였다고 할 것이다.

나) 나아가 상계충당에 관하여 보건대, 위에서 본 바와 같이 피고의 원고에 대한 이 사건

제2보증계약에 따른 계약보증금 지급책임이 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2하도급계약 해지에 따른 손해배상채무 164,000,000원 중 26,180,000원에 한정되므로, 일부보증에 적용되는 총당에 관한 법리에 따라 벤트코리아의 원고에 대한 위 공사대금채권 59,170,986원은 피고의 계약보증금 지급책임에 의하여 담보되지 아니하는 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권에 먼저 총당된다고 보아야 한다(일부보증에서 주채무자가 일부 변제에 사안에 관한 대법원 1985. 3. 12. 선고 84다카1261 판결, 채무액이 다른 연대채무에서 다액채무자가 일부 변제한 사안에 관한 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결 등 참조).

그런데 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권은 벤트코리아의 원고에 대한 위 기성공사대금채권과 상계된 이후에도 104,829,014원(= 164,000,000원 - 59,170,986원)이 남게 되어 피고의 원고에 대한 계약보증금 지급채무 26,180,000원을 초과함이 명백하므로, 위 상계에도 불구하고 피고는 원고에게 이 사건 제2보증계약에 따른 계약보증금 26,180,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(따라서 피고의 계약보증금 지급책임에 의하여 담보되는 손해배상채무에 먼저 총당됨을 전제로, 위 상계에 따라 피고의 계약보증금 지급채무 26,180,000원이 모두 소멸하고, 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2공사에 관한 공사대금채권 32,990,986원이 남게 된다는 피고의 주장은 이유 없다).

다) 한편 원고는 벤트코리아의 이 사건 제2공사에 관한 공사대금채권 59,170,986원에 대하여, 2016. 3. 25.경 이 사건 제2공사의 하자보수비채권 24,420,000원을 자동채권으로 하여 위 공사대금채권을 상계한다는 의사표시를 하였고, 관련 공사대금 사건에서 '광양시 우회도로 공사' 현장에서 발생한 강재동바리 환매대금채권 658,365,873원 상당 및 이 사건 제2공사에 관한 하자보수보증금채권 307,505,000원을 각 자동채권으로 하여 위 공사대금채권을 상계한다는 의사표시를 함으로써 위 공사대금채권이 소멸하였으므로, 위 공사대금채권을 자동채권으로 한 피고의 위 2015. 2. 11.자 상계는 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러나 우선 원고의 주장에 의하더라도 위 하자보수비채권 24,420,000원을 자동채권으로 한 상계의 의사표시는 피고의 위 2015. 2. 11.자 상계에 의하여 위 공사대금채권이 소멸된 후에 이루어진 것이고(갑 제28호증 참조), 갑 제30호증의 기재에 의하면, 위 강재동바리 환매대금채권을

자동채권으로 한 상계의 의사표시도 피고의 위 2015. 2. 11.자 상계의 효력이 발생한 후인 관련 공사대금 소송의 2017. 8. 8.자 준비서면의 송달로써 이루어진 사실이 인정되므로, 원고의 위 각 상계의 의사표시는 효력이 없다(채무자와 주채무자 사이에서 확정된 판결의 기판력이 보증인에게 미치지 아니함은 제2의 나. 4)항에서 본 바와 같다).

나아가 갑 제29호증의 기재에 의하면, 하자보수보증금채권 307,505,000원을 자동채권으로 한 상계의 의사표시 역시 피고의 위 2015. 2. 11.자 상계의 효력이 발생한 후인 2015. 6. 3.경 소가 제기된 관련 공사대금 소송에서 소송상 상계 주장으로 이루어진 것으로 보일 뿐만 아니라, 채무자가 현금의 지급뿐 아니라 보증서 등의 제출로도 이행할 수 있는 항변권이 붙어 있는

하자보수보증금채권을 자동채권으로 한 상계는 부적법하여 허용될 수 없으므로(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다59051 판결 등 참조), 이 점에서도 부적법하다. 원고의 위 각 상계 주장은 모두 이유 없다.

다. 소결론

결국 피고는 이 사건 제2보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 26,180,000원을 지급할 의무가 있고, 이 사건 제2보증계약 약관 제7조 제1항 본문은 '피고는 보증채권자의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 한다.'고 규정하고 있으므로(갑 제7호증의 2), 이에 대하여 위 계약보증금 청구일인 2014. 11. 24.(제1의 라.항)로부터 60일이 경과한 다음날인 2015. 2. 23.부터 발생하는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 이 사건 제3보증계약에 따른 계약보증금 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고 이 사건 제3하도급계약이 벤트코리아의 채무불이행으로 인하여 2014. 4. 2.경 적법하게 해지됨으로써 이 사건 제3보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였고, 이로 인해 원고는 벤트코리아가 미시공한 부분을 강산개발에 대금 107,500,000원으로 정하여 하도급주어 이 사건 제3공사를 완성하게 함으로써 당초 벤트코리아와 공사대금보다 22,500,000원이 증가한 공사비를 부담하는 손해를 입었다.

따라서 피고는 이 사건 제3보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 22,500,000원 및 이에 대한

자연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 ① 원고가 강산개발과 약정한 나머지 공사의 하도급대금 107,500,000원은 이 사건 제3하도급계약의 공사대금 중 벤트코리아가 미시공한 부분에 해당하는 136,000,000원보다 적으므로, 원고에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다.

② 예비적으로, 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2공사에 관한 미지급 공사대금채권 중 위에서 상계하고 남은 32,990,986원을 자동채권으로 하여 원고가 주장하는 계약보증금채권을 상계한다.

나. 판단

1) 보증사고 발생 여부 제1의 다.항에서 본 바와 같이, 벤트코리아는 자금사정의 악화로 이 사건 제3공사의 공정을 지체하였고, 2014. 3.경 원고로부터 공사 이행을 촉구 받고도 이를 이행하지 아니하여 약정 공사기간 내에 이 사건 제3공사를 완공할 수 없게 되었다. 따라서 이 사건 제3도급계약은 벤트코리아의 채무불이행을 원인으로 한 원고의 해지 통보에 따라 2014. 4. 2.경 적법하게 해지되었으므로, 벤트코리아는 원고에게 위 해지에 따른 원고의 손해를 배상할 의무가 있고, 이 사건 제3보증계약에 따른 보증사고도 발생하였다고 봄이 타당하다.

2) 보증사고로 인한 손해의 범위 갑 제6, 9, 10, 24, 25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제3공사는 '안포교', '원포교'를 포함한 6개 교량의 가설동바리를 시공하는 공사인 사실(갑 제6호증), 그런데 이 사건 제3하도급계약 해지 후인 2014. 5.경 설계변경으로 인해 위 '안포교'에 대한 시공 부분과 '원포교'에 대한 일부 시공 부분이 원도급계약의 공사범위에서 제외되었고, 이 사건 제3하도급계약의 공사대금 225,000,000원(부가가치세 제외, 이하 이 문단에서 같다) 중 원도급계약의 공사범위에서 제외된 부분의 금액은 51,500,000원 상당에 이르는 사실, 이후 원고는 이 사건 제3공사 중 벤트코리아가 미시공한 나머지 공사(위와 같이 원도급계약의 공사범위에서 빠진 부분 제외, 이하 같다)를 대금 105,500,000원(각주 1 참조)으로 정하여 강산개발에 하도급 주어 이 사건 제3공사를 완공하게 한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 원고는 벤트코리아의 이 사건 제3하도급계약 위반으로 인하여 20,500,000원[= 105,500,000원 - 85,000,000원(당초 약정 공사대금 225,000,000원 - 설계변경으로 감액된 금액 51,500,000원 - 기성공사금액 88,500,000원)]이 더 많은 공사비를

부담하게 되는 손해를 입은 사실이 인정된다(피고는 벤트코리아가 미시공한 부분의 공사비를 계산함에 있어 원도급계약의 공사범위에서 빠진 부분에 해당하는 공사비를 공제하여서는 안 된다고 주장하나, 원도급계약의 공사범위에서 제외된 부분은 이 사건 제3하도급계약이 해지되지 않았더라도 벤트코리아가 시공할 필요가 없고 공사대금 감액의 대상이 된다고 봄이 타당하므로, 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 비록 위 나머지 공사의 하도급대금으로 원고와 강산개발이 약정한 금액이 당초 하수급업체인 벤트코리아와 약정한 공사대금보다 다소 증가하기는 하였으나, 나머지 공사를 시공하여야 할 하수급업체로서는 당초 시공업체와는 달리 현장개설 비용을 새로이 투입하여야 하는 등 시공비용의 증가요인이 발생할 수밖에 없으며, 하도급업체로서도 새로운 하수급업체의 선정 및 하도급대금 결정에 불리한 입장에 놓이게 되는 점, 원고가 강산개발에 대금을 105,500,000원으로 정하여 새로이 하도급한 부분에 이 사건 제3공사 중 벤트코리아가 미시공한 부분 이외의 공사가 포함되어 있다고 볼 만한 사정도 없는 점 등에 비추어 보면, 원고와 강산개발이 위 나머지 공사의 하도급대금으로 약정한 금액은 그 공사의 시공을 위하여 필요한 합리적인 범위 내에 있다고 봄이 타당하다.

3) 피고의 상계 항변에 대하여 벤트코리아의 원고에 대한 이 사건 제2공사에 관한 미지급 공사대금채권 59,170,986원이 원고의 벤트코리아에 대한 이 사건 제2하도급계약 해지에 따른 손해배상채권 164,000,000원과 대등액에서 상계되어 모두 소멸한 사실은 앞서 제3의 나. 4)항에서 본 바와 같다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 상계 항변은 이유 없다.

다. 소결론

결국 피고는 이 사건 제3보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 20,500,000원을 지급할 의무가 있고, 이 사건 제3보증계약 약관 제7조 제1항 본문은 '피고는 보증채권자의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 한다.'고 규정하고 있으므로(갑 제12호증의 2), 이에 대하여 위 계약보증금 청구일인 2014. 11. 13.(제1의 라.항)로부터 60일이 경과한 다음날인 2015. 1. 13.부터 발생하는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

피고는 이 사건 각 보증계약에 따라 원고에게 계약보증금 합계 299,233,453원(= 이 사건 제1보증계약 252,553,453원 + 이 사건 제2보증계약 26,180,000원 + 이 사건 제3보증계약 20,500,000원) 및 그 중 252,553,453원에 대하여는 2014. 12. 17.부터, 20,500,000원에 대하여는 2015. 1. 13.부터, 26,180,000원에 대하여는 2015. 2. 23.부터 피고가 각 이행의무의 존부 내지 범위에 관하여 다툼이 타당한 이 판결 선고일인 2018. 8. 23.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

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

재판장판사김순한

판사김현준

판사전희숙

- 1) 엔에이치농협캐피탈 주식회사, 이하 'NH캐피탈'이라 한다.
- 2) 원고는 강산개발과 사이에 나머지 공사에 관한 하도급 공사대금을 부가가치세를 포함하여 118,250,000원(= 공급가액 107,500,000원 × 1.1)으로 정하였다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없고, 갑 제10호증의 3의 기재에 의하면 116,050,000원(= 공급가액 105,500,000원 × 1.1)인 사실이 인정된다.
- 3) 민법 제434조에 따른 상계에서, 자동채권은 주채무자가 채권자에 대하여 가지는 채권이고, 수동채권은 채권자가 주채무자에 대하여 가지는 채권일 뿐 채권자가 보증인에 대하여 가지는 채권이 수동채권으로 되는 것은 아니다. 피고의 주장 취지가 다소 불분명하나, 위 법리와 을 제8호증(보증금청구에 대한 회신 및 상계 통지)의 기재 등에 비추어, 피고가 벤트코리아의 보증인으로서 민법 제434조에 따라 벤트코리아의 원고에 대한 공사대금채권을 자동채권으로, 원고가 벤트코리아에 대하여 가지는 채무불이행에 따른 손해배상채권을 수동채권으로 하여 위 각 채권을 대등액에서 상계함으로써, 주채무인 벤트코리아의 원고에 대한 손해배상채무가 모두

소멸하였고, 이에 따라 피고의 원고에 대한 보증채무(계약보증금채무)도 소멸하였다는 취지로 선행한다. 피고의 민법 제434조에 근거한 나머지 상계 항변도 이와 같이 선행한다.

4) 건설산업기본법 시행령 제56조(공제조합의 보증대상 및 내용)

② 법 제56조제1항제1호의 규정에 의한 각 보증의 내용은 다음 각호와 같다.

2. 계약보증 : 조합원이 도급받은 공사등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금의 납부에 관한 의무이행을 보증하는 것

5) 이 사건 제2, 3보증계약 약관(갑 제7호증의 2, 갑 제12호증의 2) 제1조, 제3조의 규정도 문구에 다소 차이가 있으나 실질적인 규정내용은 이 사건 제1보증계약 약관 제1조와 같은 것으로 보이고, 이 사건 제2, 3 하도급계약서에도 위약금 규정은 없으므로 보증계약의 손해담보약정으로서의 성격에 관한 아래의 내용은 이 사건 제2, 3 보증계약에도 그대로 적용된다.

6) 만일 원고가 NH캐피탈에 지급한 3억 원 중 1억 원을 이 사건 제2공사의 기성공사대금에서 기지급금으로 공제하고도, 다시 위 정산합의를 통해 이 사건 제1공사의 기성공사대금에서 기지급금으로 공제하여 이중으로 공제하였다면, 민법 제434조에 따른 상계권을 잃게 되는 피고에 대한 관계에서 위 정산합의의 신의칙 위반 여부가 문제될 수 있을 것이나, 위와 같은 이중공제 사실을 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 관련 공사대금 소송에서 벤트코리아가 위 1억 원에 대한 이중공제 주장을 한 바 없는 것으로 보이는 점, 제1의 나. 5)항에서 본 이 사건 제2공사에 관한 미지급 공사대금액의 산정내역 등에 비추어 보면, 원고와 벤트코리아는 위 1억 원을 이 사건 제2공사의 기성공사대금에서 기지급금으로 공제하지 않는 대신, 이 사건 제1공사의 기성공사대금에서 기지급금으로 공제한 것으로 보인다.

7) 갑 제29, 30호증의 각 기재에 의하면, 원고는 관련 공사대금 소송 제1심에서부터 피고가 벤트코리아의 위 공사대금채권 235,446,547원을 자동채권으로 하여 원고의 벤트코리아에 대한 손해배상채권(계약보증금채권)과 상계함으로써 벤트코리아의 위 공사대금채권이 소멸하였다고 주장하였고, 항소심에서 위 강재동바리 환매대금채권을 자동채권으로 한 상계 주장을 추가하면서 피고의 위 상계권 행사에 따른 공사대금채권 소멸 주장을 예비적 주장으로 변경한 사실이 인정되는바, 원고의 위와 같은 주장 변경이 피고의 위 상계권 행사에 따른 실체법적 효력에 어떠한 영향을 미칠

수도 없다.