

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건	2020나24022 선급금보증금 청구의 소
원고, 항소인	A 주식회사 소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 김태건
피고, 피항소인	B공제조합 소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주 담당변호사 조광현, 최경원, 정성태
제 1 심 판 결	대구지방법원 2020. 7. 23. 선고 2019가합207763 판결
변 론 종 결	2021. 3. 24.
판 결 선 고	2021. 4. 28.

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.
피고는 원고에게 500,000,000원 및 이에 대하여 2019. 2. 25.부터 2021. 4. 28.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송 총비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항 중 금전지급을 명하는 부분은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 500,000,000원 및 이에 대하여 2019. 2. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2017. 8. 29. 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)과 사이에, 원고가 C에게 'D 신축공사'(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 공사대금 4,528,178,000원, 공사기간 2017. 9. 5.부터 2018. 7. 2.까지로 정하여 도급 주는 계약을 체결하였는데, 위 도급계약을 3차례 변경하여 2018. 12. 18. 최종적으로 공사대금 4,736,732,000원, 공사기간 2017. 9. 5.부터 2019. 3. 25.까지로 변경되었다(갑 제1호증의 1 내지 4, 이하 변경 전후를 통틀어 '이 사건 공사계약'이라 한다)

나. C이 2018. 1. 25. 원고에 대하여 선급금 11억 원을 지급할 것을 요청하자(을 제1호증), 원고는 선급금의 지급으로 ① 2018. 2. 14. C에 6억 원을 지급하고, ② 2018. 2. 19. C으로부터 이 사건 공사 중 일부를 하도급받은 하수급인인 E 주식회사에 70,000,000원, 주식회사 F(현 주식회사 G)에 200,000,000원, 주식회사 H에 200,000,000

원, I 주식회사에 30,000,000원 합계 5억 원(= 70,000,000원 + 200,000,000원 + 200,000,000원 + 30,000,000원)을 지급하여, 위 합계 11억 원을 지급하였다.

다. C은 2018. 3. 29. 피고와 사이에, C이 원고에 대하여 부담하는 선급금 1,100,000,000원의 반환채무의 이행을 보증하기 위하여, 보증채권자 원고, 보증금액 1,122,302,000원, 보증기간 2018. 2. 13.부터 2019. 3. 13.까지로 하여 한 보증계약을 체결하고 피고에게 선급금보증서(갑 제4호증의 1)를 발급하고, 같은 날 보증금액을 21,633,000원 추가하는 선급금보증서(갑 제4호증의 2)를 발급하였다(이하 위 각 선급금 보증서에 의한 보증계약을 통틀어 '이 사건 보증계약'이라 한다).

라. 이 사건 보증계약에 적용되는 약관(이하 '이 사건 약관'이라 한다) 중 주요 내용은 다음과 같은데, C은 '계약자 또는 채무자'에 해당하고, 원고는 '상대방 또는 보증채권자'에 해당한다.

제1조(보증책임) B공제조합(이하 “조합”이라 한다)은 계약자(이하 “채무자”라 한다)가 보증서에 기재된 계약과 관련한 선급금채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니함으로써(이하 “보증사고”라 한다) 그 상대방(이하 “보증채권자”라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유) 조합은 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 않습니다.

6. 선금을 임의로 채무자가 아닌 제3자에게 지급한 때

제3조(보증채무의 이행한도) 조합이 이행할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 채무자가 계약이행기일 이내에 보증채권자에게 반환하여야 할 선금 해당액으로 합니다. 이 경우 채무자가 이행한 공사에 관한 미지급기성금이 있을 때에는 그 미지급기성금을 공제한 금액으로 합니다. (후략)

제8조(보증금 지급시기) 조합은 보증금 청구를 받은 후 보증채권자로부터 손해사정과 관련한 서류를 받아 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

마. 이 사건 공사기간 중 C의 채권자들이 C의 원고에 대한 이 사건 공사대금채권에 관한 압류·추심명령을 받아 그 명령이 원고에게 송달되었고, 원고가 C에게 이를 해결하여 줄 것을 요청하였음에도 C은 이를 해소하지 못하였으며, 2018. 8.경 이 사건 공사가 중단되었다.

바. 원고는 2019. 2. 13.경 C이 준공예정일까지 공사를 완성할 가능성이 없다는 등의 사유를 들어 이 사건 공사계약을 해지하였고, C은, 원고가 C 또는 C의 하수급인들에게 지급한 선급금을 원고에게 반환하지 아니하였다. 이에 원고는 2019. 2. 25. 피고에게 선급보증금 1,143,395,000원(= 당초 보증금액 1,122,302,000원 + 추가 보증금액 21,633,000원)을 지급할 것을 청구하였다.

사. 피고는, 원고가 지급청구한 선급금 원금 1,100,000,000원 중 하수급업체에 지급된 500,000,000원은 주채무자가 아닌 제3자에게 임의로 지급된 것이어서 이 사건 약관 제2조에 따라 보증책임 금액에서 제외된다고 보고, 보증책임 인정금액을 아래와 같이 산출하여 원고에게 통지한 후, 2019. 5. 30. 원고를 피공탁자로 하여 선급금보증금 155,205,708원(= 원금 148,441,028원 + 약정이자 6,764,680원)을 변제공탁하였다.

* 선급금보증금액 인정금액 산출내역

(단위 : 원)

선급금액(A)	타절기성금액(B)	반환할 선급금(A-B) (보증책임 인정금액)	비고
600,000,000	451,558,972	148,441,028	약정이자 별도

주) 약정이자율: 연 3.68%(선급지급시 '한국은행 통계월보상 대출평균금리' 기준

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 선급금반환채무의 발생

가. 법리

선급금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재 확보, 노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여, 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 선급 공사대금으로, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 선급 공사대금이다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다40109 판결 등 참조).

선급금을 지급한 후 도급계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 선급금은 별도의 상계의 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당되고, 다만 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증하는 것이므로, 그 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2002다68362 판결).

선급금반환에 관한 보증계약에 있어서, 선급금에서 충당되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 하나, 원칙적으로 수급인의 이행보조자에 불과한 하수급인이 공사한 부분도 수급인의 기성고에 포함된다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다40109 판결, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다5060 판결 등

참조).

나. 판단

이 사건 보증계약은, 피고가 원고를 보증채권자로 하여, C이 원고에 대하여 부담하는 선급금반환채무를 보증하는 것인 사실, 원고가 C 및 C의 하수급인들에게 선급금을 지급하였다가 C의 귀책사유로 이 사건 공사계약을 해지한 사실, 피고는 원고에게 C이 원고에 대하여 부담하는 선급금반환채무의 원금의 변제로 148,441,028원을 변제공탁한 사실은 앞서 본 바와 같고, C과 C의 하수급인들이 위 해지 시까지 수행한 기성고금액이 451,558,972원인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

원고가 C 및 C의 하수급인들에게 지급한 선급금 11억 원은 C과 C의 하수급인들이 위 해지 시까지 수행한 기성고금액 451,558,972원 상당 공사대금채무의 변제에 당연히 충당된다.

따라서 C은 원고에게, 원고가 C 및 C의 하수급인들에게 지급한 선급금 11억 원으로부터 당면 변제충당액(기성금액)과 피고의 변제공탁액을 순차 공제하여 산출한 나머지 5억 원(= 선급금 1,100,000,000원 - 기성금액 451,558,972원 - 변제공탁액 148,441,028원) 및 이에 대한 이 사건 공사계약 해지일 이후의 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 피고는 이 사건 보증계약에 따라 특별한 사정이 없는 한 원고에 대하여 위 선급금반환채무를 이행할 의무가 있다.

3. 피고의 면책 여부 (부정)

가. 당사자의 주장

1) 피고의 주장

이 사건 약관 제2조 제6호에 의하면, 보증채권자가 '선급금을 임의로 채무자 아닌

제3자에게 지급한 때'에는, 피고는 보증책임을 면한다. 원고가 C의 하수급인들에게 직접 선급금 5억 원을 지급한 것은 위 조항에 해당하므로, 피고는 원고에게 위 5억 원을 지급할 의무가 없다.

2) 원고의 주장

원고는 C의 승낙을 얻어 C의 하수급인들에게 직접 선급금 5억 원을 지급하였으므로, 이는 이 사건 약관 제2조 제6호 소정의 '선급금을 임의로 채무자 아닌 제3자에게 지급한 때'에 해당하지 아니한다.

설령 피고 주장대로 원고가 C의 하수급인들에게 직접 선급금 5억 원을 지급한 것이 이 사건 약관 제2조 제6호의 '선급금을 임의로 채무자 아닌 제3자에게 지급한 때'에 해당한다고 한다면, 이 사건 공사 중 위 하수급인들이 시공한 기성금액 203,780,834원은 C의 기성금액으로 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 피고는 위 하수급인들이 시공한 기성금액 203,780,834원을 C의 기성금액으로 보아 원고에게 반환할 선급금채무액으로 부터 공제하여 C이 원고에게 반환할 선급금채무액을 203,780,834원 만큼 적게 인정하여 이를 제외하고 선급금반환채무액을 변제공탁하였으므로, 피고의 변제공탁 후에도 C은 203,780,834원 상당의 선급금을 원고에게 반환할 의무가 남아 있으니, 피고는 보증인으로서 위 203,780,834원 및 이에 대한 지연손해금을 원고에게 지급할 의무가 있다.

나. 이 사건 약관 제2조 제6호의 의미

이 사건 약관 제2조 제6호에 의하면 '선급금을 임의로 채무자 아닌 제3자에게 지급한 때' 피고는 그 선급금에 대하여는 보증책임을 면한다.

아래 ① 내지 ③의 점을 종합하면, 보증채권자가 채무자의 승낙을 얻은 후 채무자가 지정한 채무자의 하수급인에게 선급금을 지급한 때에는, 이 사건 약관 제2조 제6호

소정의 '선급금을 임의로 지급한 때'에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

① 선급금보증계약에 있어서, 선급금에서 충당되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 하나, 원칙적으로 수급인의 이행보조자에 불과한 하수급인이 공사한 부분도 수급인의 기성고에 포함된다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다40109 판결, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다5060 판결 등 참조).

따라서 보증채권자(도급인)가 채무자(수급인)에게 선급금을 지급하였다가 수급인의 귀책사유로 도급계약을 해지한 경우, 수급인은 선급금액으로부터 당연 변제충당액(수급인 및 하수급이 수행한 공사기성금액)을 공제한 나머지 부분을 도급인에게 반환할 의무가 있다.

② '보증채권자(도급인)가 채무자(수급인)의 승낙을 얻은 후, 채무자가 그 하수급인에게 지급할 선급금을 직접 하수급인에게 지급하는 경우'(㉡)와 '보증채권자가 채무자에게 선급금을 지급하고, 채무자가 다시 그 선급금을 하수급인에게 지급하는 경우'(㉢)를 상호 비교하면, ㉡는 ㉢의 급부과정을 단축한 것이므로, 채무자(수급인)은 ㉡의 경우에도 보증채권자(도급인) 직접 지급한 선급금액으로부터 당연 변제충당액(기성금액)을 공제한 나머지 부분을 반환할 의무가 있다.

③ 이 사건 약관에는, 피고는, 보증채권자(도급인)가 채무자(수급인)의 승낙을 얻은 후 채무자가 그 하수급인에게 지급할 선급금을 직접 하수급인에게 지급할 경우에 보증책임을 면한다고 명시되지 않았다.

다. 인정사실

앞서 든 증거들, 갑 제10 내지 13호증, 을 제7호증의 1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래의 사실 및 사정을 종합하면, 원고는 C의 '승낙을

얻은 후' C이 하수급인들에게 지급할 선급금을 C을 대신하여 직접 지급하였다고 인정되고, 반증이 없다.

① C은 2018. 1. 10. 이 사건 공사 중 일부를 주식회사 F(계약금액 979,000,000원), 주식회사 H(계약금액 2,139,500,000원), E 주식회사(계약금액 148,500,000원), J 주식회사(계약금액 269,896,000원)에 각 하도급주었다.

② 원고는 2018. 1. 24. C 및 위 하수급인들과 사이에, C이 위 하수급인들에게 지급할 하도급대금을 원고가 직접 지급하기로 하는 하도급대금 직불합의서(을 제7호증의 1 내지 4)를 작성하였고, 위 각 직불합의서에는 원고가 직접 지급할 하도급대금으로 '선금'이 명시되어 있다.

③ C은 2018. 1. 25. 원고에게 선급금 11억 원의 지급을 신청하는 '선급금신청의 건'(을 제1호증)을 제출하면서 '선금지급신청서', '선금사용(지급)계획서' 및 '선급금반환각서'를 첨부하였다. 위 '선금사용(지급)계획서'에는 각 공사부분에 대한 구체적인 선급금액이 기재되어 있다.

원고는 2018. 2. 14. C에게 선급금 6억 원을 지급하고, 2018. 2. 19. 하수급인들에게 선급금 합계 5억 원을 지급하였는데, 위 5억 원은 C이 원고에게 제출한 '선금사용(지급)계획서'에 기재된 구체적인 공사부분 중 위 하수급인들에게 하도급 공사부분의 선급금액이다.

④ C은 2018. 2. 12. 원고가 지급한 선급금과 관련하여, 원고 산하 K본부를 공급받는 자로 하여 아래 표 기재와 같은 세금계산서(갑 제10호증)를 발행하였는데, 여기에는 원고가 위 하수급인들에게 직접 지급한 선급금액도 포함되어 있다.

순번	품목	금액(합계)
1	D 신축공사(선급금)	600,000,000원
2	D 신축공사 중 팽이기초공사(선급금)	70,000,000원
3	D 신축공사 중 기계설비공사(선급금)	30,000,000원
4	D 신축공사 중 철근콘크리트공사(선급금)	200,000,000원
5	D 신축공사 중 조적공사 외(선급금)	200,000,000원

라. 판단

1) 앞서 본 바와 같이 ① 보증채권자가 채무자의 승낙을 얻은 후 채무자가 지정한 채무자의 하수급인에게 선급금을 지급한 때에는, 이 사건 약관 제2조 제6호 소정의 '선급금을 임의로 지급한 때'에 해당하지 않고, ② 원고는 C의 승낙을 얻은 후 C이 하수급인들에게 지급할 선급금을 C을 대신하여 직접 지급하였으므로, 이는 이 사건 약관 제2조 제6호 소정의 '선급금을 임의로 지급한 때'에 해당하지 아니한다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 없다.

2) 피고의 주장은, 원고가 C의 하수급인들에게 선급금을 직접 지급한 것은 원고의 '선급금지급 및 관리지침'에 위반되므로, 피고는 보증책임을 면한다는 것이다.

살피건대 원고의 '선급금지급 및 관리지침'(갑 제3호증, 이하 '원고의 선급금지침'이라 한다)의 내용은, 계약상대자가 선급금의 지급을 요청할 때 하수급인에 대한 선급금 지급계획을 제출하도록 하고(제2조 제2항), 계약상대자로 하여금 선급금을 지급받은 날로부터 5일 이내에 하수급인에게 선급금수령 사실을 서면으로 통지한다(제2조 제12항)는 것인데, 앞서 본 바와 같이 원고는 계약상대자(C)으로부터 선급금지급요청 및 선급금지급계획을 제출받은 후 하수급인들에게 선급금을 직접 지급하였으므로, 원고의 선급금지침을 위반한 것으로 볼 수 없다.

설령 원고가 원고의 선급금지침을 위반하였다고 하더라도 위 지침은 원고의 조직 내부에 적용되는 것일 뿐이므로 피고나 C이 이를 사유로 하여 선급금반환채무의 이행을 거절할 수 없다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 없다.

3) 피고의 주장은, 원고가 원고의 선급금지침을 위반하여 하수급인들이 C에게 선급금보증서를 제출하지 않도록 하였으므로, 피고는 보증책임을 면한다는 것이다.

살피건대, 원고 선급금지침의 내용은, 원고는 계약상대자가 정당한 사유 없이 선급금 수령일로부터 15일 이내에 하수급인에게 선급금을 배분하지 않은 경우 선급금을 반환받아 하수급인에게 선급금을 직접 지급할 수 있고(제6조 제1, 3항), 이 경우 계약상대자가 요구할 경우 해당 하수급인으로 하여금 계약상대자에게 보증서를 제출하도록 하여야 한다는 것인데(제3조 제5항), 앞서 본 바와 같이 원고는 C(계약상대자)으로부터 선급금을 반환받아 하수급인에게 직접 선급금을 지급한 것이 아니라 C의 승낙을 얻어 C의 하수급인들에게 직접 선급금을 지급하였으므로, 원고가 C의 하수급인으로 하여금 C에게 보증서를 제출하도록 하지 않았다고 하여 원고 선급금지침을 위반한 것으로 볼 수 없다.

설령 원고가 원고의 선급금지침을 위반하였다고 하더라도 위 지침은 원고의 조직 내부에 적용되는 것일 뿐이므로 피고나 C이 이를 사유로 하여 선급금반환채무의 이행을 거절할 수 없다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 없다.

4. 피고가 지급할 금액

C은, 원고가 C의 하수급인에게 직접 지급한 선급금 5억 원 및 이에 대하여 이 사건 공사계약 해지일 이후의 지연손해금을 지급할 채무가 있으므로, 위 채무를 보증한 피고는 5억 원 및 이 사건 공사계약 해지일 이후로서 원고가 구하는 2019. 2. 25.부터 피

고가 채무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일까지는 상법 소정의 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법' 소정의 연 12%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 원고의 지연손해금 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있고, 그 나머지는 이유 없다.

5. 결론

원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 그 나머지는 이유 없어 이를 기각할 것인데, 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리 하여 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결을 일부 취소하여 피고에 대하여 당심 인정금액의 지급을 명하고, 원고의 나머지 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 진성철

판사 권형관

판사 김규화