

부산지방법원 2021. 9. 15 선고 2018가합45776 판결 [보증금 청구의 소]

재판경과

부산고등법원 2022. 6. 15 선고 2021나57394 판결

부산지방법원 2021. 9. 15 선고 2018가합45776 판결

전문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 정인

담당변호사 이영갑

피고B공제조합

소송대리인 법무법인 동남

담당변호사 허홍만, 윤창민, 이현정

변론 종결2021. 9. 1.

판결 선고2021. 9. 15.

주문

1. 피고는 원고에게 14,944,368원 및 이에 대하여 2021. 8. 31.부터 2021. 9. 15.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 9/10는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 132,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12% 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 주식회사 C의 하도급계약 체결

1) 원고는 부산광역시 건설본부가 발주한 'D공사[E](이하 '이 사건 원공사'라 한다)'를 도급받은 회사이다.

2) 원고는 이 사건 원공사 중 일부 구간의 토공사와 상하수도공사를 아래 표 기재와 같이 3차례에 걸쳐 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)에게 하도급주었다(위 각 하도급공사를 특정할 필요가 있을 경우 이하 '○차 공사'라 한다).

1차 공사	최초	2015. 12. 28.	430,727,000	2016. 5. 11.	최초	2015. 12. 28.	149,942,100	2016. 5. 11.
1차 변경	2016. 5. 4.	409,695,000	2016. 7. 23.	1차 변경	2016. 5. 4.	169,818,000	2016. 7. 23.	
2차 변경	2016. 7. 22.	391,000,000	-	2차 변경	2016. 7. 22.	149,900,000	-	
2차 공사	최초	2016. 5. 4.	162,481,000	2017. 4. 28.	최초	2016. 5. 4.	830,000,000	2017. 4. 28.
1차 변경	2017. 5. 26.	111,000,000	-	1차 변경	2017. 3. 20.	688,800,000	-	
-	-	-	-	2차 변경	2017. 5. 26.	656,300,000	-	
3차	-	-	-	-	최초	2017. 3. 20.	964,000,000	2018. 3.

1차 공사	최초	2015. 12. 28.	430,727,000	2016. 5. 11.	최초	2015. 12. 28.	149,942,100	2016. 5. 11.
공사								16.

나. 선급금보증계약 체결 등

1) 피고는 C의 보증위탁에 따라 2017. 11. 9. 원고에게 아래와 같은 내용의 선급금 보증서를 발급하였다(이하 '이 사건 보증계약이라 한다).

보증금액	132,000,000원
선급금 산정의 기준(계약)금액	746,358,000원
계약명	D공사[E] 3차공사 중 상하수도 공사
보증기간	2017. 3. 20. ~ 2018. 3. 16.
계약자	C
보증채권자	원고
특기사항	보증기간 종료 후의 보증사고에 대하여는 보증책임을 부담하지 아니하므로 계약이행기일이 연장되는 경우에는 반드시 보증기간 이내에 피고로부터 보증기간을 연장하는 보증서를 추가로 받으셔야 합니다. 2017. 11. 9. 이후 지급예정인 선급금을 담보함

2) 원고는 2017. 11. 14. C에 3차 공사계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)에 따른 선급금으로 132,000,000원을 지급하였다.

3) 이 사건 보증계약에 포함된 보증약관 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

① B공제조합(이하 조합이라 합니다)은 계약자(이하 채무자라 합니다)가 앞면 기재 계약(이하 주계약이라 합니다)과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방(이하 보증채권자라 합니다)에게 부담하는 미정산 선급금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증 내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증 채무를 부담합니다.

② 이 약관에서 보증사고라 함은 채무자에게 아래 각호의 선급금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우(앞면에 기재된 보증기간 내에 발생한 경우에 한함) 보증채권자의 미정산

선급금 반환 청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각호의 사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

2. 주채무자의 공사포기	공사포기 문서일자 기준
3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자 기준

③ 보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다. 다만, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 적용하여 체결된 공사계약인 때에는 제9조 제1항 제7호에도 불구하고 동 법령이 정하는 바에 따릅니다.

제2조(선급금 정산)

① 선급금 정산은 주계약상의 정산방법을 따르되, 주계약(또는 하도급의 경우 상위공사)이 연차공사계약(장기계속공사 및 계속비공사계약 포함)인 경우 선급금 정산은 선급금 지급대상 계약금액(선급금 산정의 기준이 된 계약금액)을 기준으로 정산하여야 합니다.

제9조(면책조항)

① 조합은 다음 각호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

2. 보증채권자의 책임 있는 사유로 인한 보증사고

4. 보증서수령일 이전에 이미 계약해제 사유가 발생한 경우

6. 보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정 등으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소하지 못한 보증금

다. 원고의 이 사건 하도급계약 해지통보

원고는 2017. 12. 22. C에 공정 진행률 부진을 이유로 이 사건 하도급계약을 해지하고, 위와 같은 해지에 따라 원고로부터 수령한 선급금 전액을 반환하여 달라는 취지의 내용증명우편을 발송하였고, C은 그 무렵 이를 수령하였다.

라. 원고의 피고에 대한 보증금청구

1) 원고는 2018. 2. 21. 피고에게 'C의 공사불이행으로 2017. 12. 22. 이 사건 하도급계약을 해지하고 선급금반환 청구를 하였으나 선급금을 반환받지 못하고 있으므로, 선급금보증금 132,000,000원을 지급해 달라'는 내용의 공문을 보냈다.

2) 피고는 2018. 5. 30. 원고에게 아래와 같은 선급금 보상심사내역에 따라 산정된 22,238,875원을 지급하고자 하니, 수용 여부를 회신하여 달라는 공문을 보냈다.

선급금	132,000,000	
정산금액	8,322,623	17년 11~12월 기성분 선급금 정산 산식에 의거 정산
미지급기성금	72,600,000	미지급한 기성분
공제 금액	부가가치세	2,223,887
지연이자	2,867,997	원사업자의 선급금 지급의무 (하도급법)
ESC미지급금	23,746,618	하도급거래공정화에 관한 법률
소계	109,761,125	
조합지급액	22,238,875	

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제4, 5, 6, 7, 8호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고

이 사건 하도급계약은 C의 공사 지연에 따라 해지되었으나 C은 위 하도급계약에 기하여 원고로부터 수령한 선급금을 반환하지 않고 있다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금 132,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

1) 착오 또는 기망을 이유로 한 이 사건 보증계약의 취소 C은 원고로부터 2차 공사계약에 따른 공사대금을 모두 지급받았음에도 노무자 및 장비임대 업체들에 대금을 지급하지 못하는 등 상황에 있었다. 그럼에도 C은 이 사건 보증계약 체결 당시 위와 같은 사정을 피고에게 고지하지 않아, 피고는 이 사건 하도급계약에 따라 C에게 지급될 선급금이 본래의 목적대로 사용되지 아니하거나

보증사고가 발생할 가능성이 있다는 사실을 알지 못한 채 이 사건 보증계약을 체결하였다. 이에 따라 피고는 위와 같은 C의 기망 내지 착오를 이유로 이 사건 보증계약을 취소하였고, 나아가 원고 역시 위와 같은 C의 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었으므로 피고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금의 지급을 구할 수 없다.

2) 이 사건 보증계약에서 정한 면책사유의 발생 가) 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제2호, 제4호에 따른 면책

원고는 C이 2차 공사계약에 따라 부담하게 된 채무를 이행하지도 못하는 등 사정으로, 원고로부터 이 사건 하도급계약에 따른 선급금을 수령하더라도 이를 본래의 목적대로 사용하지 아니할 사실을 알고 있었고, 실제로도 원고는 C에 선급금을 지급한 후 불과 1개월여가 지난 후에 이 사건 하도급계약을 해지하였다.

따라서 이 사건 도급계약의 해지는 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제2호에서 정하고 있는 '보증채권자의 책임있는 사유로 인한 보증사고' 및 같은 항 제4호에서 정하고 있는 '보증서수령일 이전에 이미 계약해제 사유가 발생한 경우'에 해당하므로, 피고는 보증책임을 부담하지 않는다.

나) 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에 따른 면책

원고는 C에게 이 사건 하도급계약에 따른 선급금 132,000,000원, 기성고에 따른 공사대금 228,646,000원, 미정산 노무비 94,574,920원을 지급하였다. 위와 같이 원고가 C에 지급한 돈 중 미정산 노무비 94,574,920원은 기성금을 C의 제3자에 대한 임금채무로 지급하겠다는 약정에 따라 지급한 것이다.

원고가 위와 같이 지급한 미정산 노무비 부분은 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에 따른 면책사유에 해당하므로, 원고는 위 금액에 대한 보증책임을 부담하지 않는다.

3) 보증책임의 범위 관련 가) 미지급 기성금 공제

원고가 C에 대하여 발송한 이 사건 하도급계약의 해지통보에 따르더라도 위 해지통보 당시 이 사건 하도급계약에 따라 미지급된 기성금은 72,600,000원이므로, 위 돈은 선급금 미정산금에서 공제되어야 한다.

나) 미지급 4대 보험료 공제

원고는 이 사건 하도급계약에 편입된 표준하도급계약서 제40조 제2항에 따라 C이 지급한 4대 보험료를 지급할 의무가 있다. 그런데 C은 원고로부터 현장 인부들의 4대 보험료로 지급한 돈 중 24,361,310원을 지급받지 못하고 있으므로, 이 역시 선급금 미정산금에서 공제되어야 한다.

다) 물가변동으로 인한 계약금액의 증감조정 미계상분 공제

원고는 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제16조에 따라 발주자로부터 물가변동으로 인하여 추가금액을 지급받은 경우 그 지급받은 추가금액의 내용과 비율에 따라 하도급대금을 증액하여 지급할 의무를 부담한다.

그러나 원고는 C에게 이 사건 하도급계약에 따른 물가변동 증가 부분에 해당하는 23,746,618원을 반영하여 주지 않았으므로, 위 돈 역시 미지급 공사대금에 해당하여 선급금 미정산금에서 공제되어야 한다.

라) 선급금 지연이자 공제

원고는 2017. 4. 4. 발주자로부터 도급금액의 33.9%에 해당하는 선급금 764,000,000원을 수령하였으므로, 하도급법 제6조 제1항에 따라 그로부터 15일 이내에 C에게 326,931,600원(= 이 사건 하도급계약에 따른 공사대금 964,400,000원 × 33.9%)를 지급하여야 하고, 위 기간을 초과할 경우 그 초과기간에 대하여 15.5%를 적용한 지연이자를 지급하여야 한다.

원고는 2017. 11. 13.에야 C에 위와 같이 지급의무를 부담하는 선급금 중 132,000,000원만을 선급금으로 지급하였으므로, 이에 따라 발생한 선급금 지연이자 합계 32,049,797원[= 선급금 지급기한 다음 날인 2017. 4. 20.부터 원고의 일부 선급금 지급 전날인 2017. 11. 12.까지의 지연이자 28,738,631원(= 미지급 선급금 326,931,600원 × 207일/365일 × 15.5%) + 2017. 11. 13.부터 이 사건 공사계약이 해지된 2017. 12. 22.까지의 지연이자 3,311,166원(= 미지급 선급금 194,931,600원1) × 40일/365일 × 15.5%)] 역시 선급금 미정산금에서 공제되어야 한다.

마) 정산선급금 공제

이 사건 하도급계약에 편입된 표준하도급계약서 제33조 제7항에 따르면 선급금은 기성부분의 대가를 지급할때마다 산식[선급금 정산액= 선급금액 × (기성부분의 대가상당액/계약금액)]에 따라 산출한 금액을 정산하도록 규정하고 있다.

원고는 C에게 선급금 지급 전 1~8회 기성금으로 합계 276,162,920원을 지급하였고, 선급금 지급 후인 2017. 11. 21. 27,863,000원을 9회 기성으로, 2017. 12. 12. 19,195,000원을 10회 기성으로 각 지급하였다.

따라서 원고가 C에게 지급한 9, 10회 기성금 중 선급금으로 정산되어야 할 금액은 9,025,460원[= 선급금 132,000,000원 × {기성금 47,058,000원(= 9회 기성금 27,863,000원 + 10회 기성금 19,195,000원) ÷ 선급금 정산의 기준이 된 계약금액 688,237,080원(= 전체 계약금액 964,400,000원 - 1~8회 기성누계액 276,162,920원)}]이므로, 위 돈 역시 선급금 미정산금에서 공제되어야 한다.

바) 부가가치세 공제

원고가 C에게 지급한 선급금, 미지급 기성금, 물가변동으로 인한 계약금액의 증감조정 미계상분, 정산선급금에는 각 부가가치세가 포함되어 있고, 원고는 그 부가가치세 상당액을 매입세액으로 환급받았거나 받을 예정이므로, 피고가 반환하여야 할 선급보증금 및 정산금액은 부가가치세를 공제한 후의 공급가를 기준으로 계산하여야 한다.

3. 청구원인에 관한 판단

가. 인정사실

앞서 든 증거, 갑 제23호증, 을 제14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① C은 원고를 상대로 1~3차 공사에 따른 미지급 공사대금 등의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 원고는 C을 상대로 이 사건 하도급계약에 따라 추가지급한 공사대금 등의 반환을 구하는 반소를 제기하였다[부산지방법원 2019가합41566호(본소), 2019가합48949호(반소), 이하 이를 통틀어 '관련 사건'이라 한다].

② 관련 사건 중 C의 3차 공사 관련 손해배상 청구 부분에 관하여, 이 사건 하도급계약의 해지에 관한 귀책사유가 누구에게 있는지가 주된 쟁점이 되었다.

제1심 법원은 이 사건 하도급계약의 해지에 관한 책임이 원고에게 있다고 판단하였으나, 항소심 법원[부산고등법원 2020나54336(본소), 2020나54343(반소)]은 이 사건 하도급계약 해지의

책임이 원고에게 있다고 보기 어렵다고 판단하여 이를 전제로 한 C의 손해배상청구 부분을 배척하였다(C은 항소심 판결에 관하여 대법원 2021다247418호로 상고하였고, 현재 상고심 계속중이다).

나. 판단

위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 하도급계약이 원고의 귀책사유로 해지되었다고 보기는 어렵고, 피고가 제출한 증거들만으로는 이를 뒤집기에 부족하다. 나아가 C은 원고의 선급금 반환청구에 불응하였으므로 이는 이 사건 보증계약 제1조 제2항에서 규정하는 '보증사고'에 해당한다.

따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금 132,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 피고의 주장에 관한 판단

가. 착오 또는 기망을 이유로 한 이 사건 보증계약의 취소 주장에 관한 판단

1) 관련 법리 가) 건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합이 조합원과 사이에 조합원이 도급받은 건설공사에 관한 도급계약과 관련하여 체결하는 계약보증계약에서 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(대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다65551 판결 등 참조), 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 2003. 11. 13. 선고 2001다33000 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다5121 판결 등 참조).

나) 선급금보증계약의 경우 채무자가 보증계약을 체결함에 있어서 보증인을 기망하였고, 보증인은 그로 인하여 착오를 일으켜 보증계약을 체결하였다는 이유로 보증계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도 보증채권자가 보증계약이 체결되는 것을 전제로 채무자와 계약을 체결하거나 또는 보증인이 이미 보증서를 교부하여 보증채권자가 그 보증서를 수령한 후 이에 터 잡아 새로운

계약을 체결하거나 혹은 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 선급금보증계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 보증채권자의 신뢰를 보호할 필요가 있다 할 것이므로 보증채권자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었다는 등의 사정이 없는 한 보증인은 그 취소를 가지고 보증채권자에게 대항할 수 없다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다10376 판결, 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결 등 참조).

2) 판단 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 보증계약에는 취소사유가 없거나, 피고가 이 사건 보증계약의 취소로써 원고에게 대항할 수 없다고 봄이 상당하다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① C이 이 사건 하도급계약 체결 무렵 2차 공사에 따라 부담하게 된 노무비 등 채무를 일부 지급하지 못한 것으로 보이기는 한다. 그러나 도급인이 수급인으로부터 선급금보증서를 받는 이유가 수급인의 자력부족 등으로 인한 보증금반환채무 이행의 불확실성을 담보하기 위한 것인 점에 비추어 보면, 단순히 C이 노무비 등을 지급하지 못하는 사정이 있었고 이 사건 보증계약 당시 C이 이러한 사정을 피고에게 고지하지 아니하였다는 사정만으로는, 피고가 그러한 사정을 알았더라면 이 사건 보증계약을 체결하지 아니하였을 것이라거나 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였으리라고 보기는 어렵고, 달리 취소사유에 대한 구체적 주장, 입증이 없다.

② 설령 이 사건 보증계약에 피고가 주장하는 착오 또는 기망을 이유로 한 취소사유가 존재한다고 하더라도, 보증채권자인 원고가 그와 같은 취소 사유가 있었음을 알았거나 알 수 있었다는 등의 사정이 없는 한 보증인은 그 취소를 가지고 보증채권자에게 대항할 수 없다. 원고가 C의 일부 채무불이행 사실을 인식하였음에도 이를 피고에게 고지하지 않았다는 사정만으로, C이 피고를 기망하여 또는 피고가 착오로 인하여 이 사건 보증계약을 체결하였을 것이라는 점을 원고가 알았거나 알 수 있었을 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나. 면책 주장에 관한 판단

1) 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제2호, 제4호에 따른 면책사유 존재 여부 살피건대, 이 사건 도급계약의 해지에 원고의 귀책사유가 존재한다고 보기 어려운 점은 앞서 본 바와 같고, 나아가

피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 보증계약 체결 이전에 이 사건 도급계약의 해제 내지 해지사유가 발생하였다고 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에 따른 면책사유 존재 여부 가) 관련 법리

공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 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 것으로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조).

이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 할 것이고, 수급인이 선급금 반환에 관한 보증계약을 체결한 경우에도 도급계약 당사자 사이에 선급금의 충당대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 약정에 따라 선급금 반환에 관한 B공제조합의 보증책임의 범위가 결정되게 된다. 따라서 선급금의 충당대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 도급계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것이나, 다만 도급계약의 해지 또는 해제에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로 그들의 이해관계에 큰 영향을 미칠 가능성이 많은 예외적 정산 약정의 존재를 인정함에는 신중을 기하여야 할 것이다(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 참조).

또한 약관의 규정이나 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 B공제조합에 의한 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증책임의 유무 및 범위는 계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로

판단하여야 할 것이므로, 보증계약이 체결된 후 도급인이 수급인의 하수급업자에 대한 하도급대금 등을 직접 지급하기로 합의하고 이를 선급금 총당대상이 되는 기성공사대금에서 제외하기로 함으로써 B공제조합의 보증책임이 가중되는 결과가 초래된다면 적어도 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다90051 판결 등 참조).

나) 판단

이 사건 도급계약 체결 후 2017. 12. 22. 이 사건 도급계약의 해지를 통보할 무렵까지 원고가 미정산 노무비(이는 원고가 C의 재하도급업체 등에게 직접 지급한 노무비로 보인다) 명목으로 C에 94,574,920원을 지급한 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나 갑 제11, 12호증의 각 기재에 의하여 인정할 수 있다.

나아가 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 위와 같은 미정산 노무비는 원고와 C 사이의 별도 합의에 따라 선급금 정산 대상에서 제외하기로 한 것이므로, 피고는 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에 따라 이에 관한 보증책임을 면하게 된다고 봄이 상당하다. 따라서 이를 지적하는 피고의 주장은 이유 있다.

① 이 사건 보증계약 제1조 제3항에서는 '보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다'라고 정하고 있다.

② 한편 이 사건 하도급계약이나 이 사건 보증계약 체결 당시, 원고와 C 또는 원고와 피고 사이에 'C의 원고에 대한 선급금반환채무에 관한 예외적 정산약정', 즉 원고가 C의 재하도급업체에 대한 공사대금을 직접지급하는 경우 이에 해당하는 돈을 선급금 총당의 대상이 되는 미지급 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 약정을 체결한 것으로 보이지는 않는다(원고는 이 사건 하도급계약에 편입된 표준하도급계약서 제33조 제6항의 규정이 노임 등 직접 지급사유가 발생한 경우 이에 해당하는 돈을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 이른바 '예외적 정산약정'에 해당한다고 주장하나, 위 규정의 내용만으로 이를 예외적 정산약정에 해당한다고 보기 어렵다).

③ 오히려 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에서는 '보증채권자와 채무자 사이에 기성금을

채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정 등으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소하지 못한 보증금은 지급하지 않는다'고 정하여, 원고가 C의 재하도급업체에 재하도급대금을 직접 지급하는 경우에도 C의 선급금반환채무의 정산 방법, 즉 C의 선급금반환채무(C이 원고에게 반환하여야 할 선급금에서 원고가 C에게 지급하여야 할 기성공사대금을 공제한 금액) 및 위와 같은 정산시 선급금의 충당대상이 되는 기성공사대금의 내역은 달라지지 않음을 분명히 하고 있고, 원고가 C과 체결한 것으로 보이는 직불합의는 위 조항에서 정한 '약정'에 해당한다.

3) 소결 따라서 피고의 면책 관련 주장은 94,574,920원의 범위 내에서 이유 있다.

다. 공제 관련 주장에 관한 판단

1) 미지급 기성금 공제 주장에 관한 판단 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① C은 관련 사건에서 원고에 대하여 이 사건 하도급계약에 따른 미지급 기성금 72,600,000원이 존재한다고 주장하면서 위 미지급 기성금의 지급을 구하였다.

② 그러나 관련 사건의 제1심 및 항소심 법원은 모두 C이 선급금을 포함하면 기성고보다 많은 돈을 원고로부터 지급받은 것으로 보이고, 원고는 2018. 5. 4. C에게 기성고에 따른 공사대금을 재산정하기도 하였으며, 오히려 C이 원고로부터 공사대금을 초과수령하여 반환할 돈이 존재함을 근거로 원고가 C에게 이 사건 하도급계약에 따른 잔금을 지급할 의무를 부담하지 않는다고 판단하였다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 이 사건 하도급계약 해지 당시 C에 미지급 기성금채무를 부담하고 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 미지급 4대 보험료 공제 주장에 관한 판단 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① C은 관련 사건에서 1~3차 공사에 따라 자신이 납부한 근로자 14명에 대한 4대 보험료 합계 24,361,310원(= 1차 공사 6,927,940원 + 2차 공사 9,302,980원 + 3차 공사 8,130,390원)의

지급을 구하였고, 제1심 법원은 원고와 C 사이에 원고가 C이 고용한 근로자에 대한 4대 보험료를 지급하기로 약정한 사실이 있음을 이유로 C의 이 부분 청구를 인용하였다.

② 그러나 관련 사건의 항소심은, ㉠ 1, 2차 공사와 관련하여서는 원고와 C 사이에 4대 보험료를 포함한 공사금액 전부에 관한 정산이 이미 마쳐진 점, ㉡ 원고가 지급하는 노무비는 발주자인 부산광역시 건설본부도 관여하는데, C이 주장하는 근로자 14명은 이 사건 원공사에 관한 도급계약에 따른 노무비 지급대상도 아닌 점, ㉢ C이 원고의 계약해지통보에 대하여 회신한 문서에 첨부된 원가현황표에는 위 근로자 14명이 기재되어 있지 않은 점 등에 비추어 위 근로자 14명은 이 사건 하도급공사의 해당 공정에 실제로 투입된 인원이라고 볼 수 없다고 판단하여 C의 이 부분 청구를 배척하였다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 제출한 증거만으로는 C이 1~3차 공사와 관련하여 원고로부터 수령하지 못하였다고 주장하는 4대 보험료 합계 24,361,310원에 관하여 원고가 그 지급의무를 부담한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

3) 물가변동으로 인한 계약금액의 증감조정 미계상분 공제 주장에 관한 판단 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① C은 관련 사건에서 원고에 대하여 이 사건 하도급계약에 2017년도 물가변동으로 인한 공사대금이 23,200,000원 증액되어야 한다고 주장하면서 위 증액된 공사대금의 지급을 구하였다.

② 그러나 관련 사건의 제1심 및 항소심 법원은 모두 C이 제출한 각 서류는 C이 임의로 작성하여 산정한 비율로 보이는 점, 이 사건 하도급계약이 진행된 기간은 9개월 정도여서 물가변동을 고려할 정도로 장기도 아닌 점 등의 사정을 들어 원고가 C에게 물가변동에 따른 공사대금 변동금을 지급할 의무가 있다고 인정하기 어렵다고 판단하였다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 제출한 증거만으로는 피고 주장과 같이 원고가 물가변동을 반영하여 이 사건 하도급계약에 따른 공사대금을 증액하여 줄 의무를 부담한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

4) 선금금 지연이자 관련 주장에 관한 판단 가) 관련 규정

하도급법 제6조는 '원사업자는 그가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 받은 날(제조등의 위탁을 하기 전에 선급금을 받은 경우에는 제조등의 위탁을 한 날)부터 15일 이내에 선급금을 수급사업자에게 지급하여야' 하고(제1항), '원사업자가 발주자로부터 받은 선급금을 제1항에 따른 기한이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 40 이내에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 이율2)에 따른 이자를 지급하여야 한다'(제2항)고 규정하고 있다.

나) 피고의 주장에 관한 판단

을 제18호증의 12, 14, 15호증의 각 기재에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 원고는 2017. 4. 4. 이 사건 원공사의 발주자인 부산광역시 건설본부로부터 3차 공사에 따른 공사대금 3,222,000,000원에 관한 선급금 명목으로 764,000,000원을 수령하고도 C에 하도급법에서 규정하는 기한 내 선급금을 지급하지 않았다.

② C은 2018. 2.경 원고의 불공정하도급거래행위를 공정거래위원회에 신고하였다.

공정거래위원회는 원고가 C에게 지급하여야 할 선급금이 별지 선급금 지연이자 내역 계산과 같이 224,967,000원이라고 산정한 후, 원고가 위 선급금에 관하여 13,455,252원[= 1,795,855원(원고가 2017. 4. 20.부터 2017. 11. 21.까지 C에 지급한 각 기성금 합계 304,025,920원 중 선급금의 지급으로 간주되는3) 92,967,000원에 대한 지연이자를 산출한 돈) + 11,659,397원(원고가 2017. 11. 13. C에 선급금 132,000,000원을 지급하기까지 발생한 지연이자)]의 지연이자를 지급하지 않았다고 판단한 다음, 2019. 7. 23. 아래와 같은 내용을 의결하였다.

1. 피심인(원고를 말한다. 이하 같다)은 수급사업자 C에게 D 공사를 건설위탁한 후 발주자로부터 선급금을 지급받은 날부터 15일 이내에 수급사업자에게 선급금을 지급하지 아니하거나 발주자로부터 선급금을 지급받은 날부터 15일이 지난 후에 수급사업자에게 선급금을 지급하면서 그 초과기간에 대한 지연이자를 지급하지 아니하는 것과 같은 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
2. 피심인은 C에게 D 공사를 건설위탁한 후 발주자로부터 선급금을 지급받고 수급사업자에게는 법정지급기일을 초과하여 선급금을 지급하면서 그 초과기간에 대하여 지급하지 아니한 지연이자

13,455,000원을 지체 없이 지급하여야 한다.

위 인정사실에 의하면 원고가 C에게 지급하여야 할 선급금에 관한 지연이자 합계 13,455,252원 역시 원고의 C에 대한 미정산 선급금에서 공제 내지 상계되어야 하므로, 피고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다(한편 위와 같은 선급금의 지연지급에 따른 지연이자의 계산 방식은 공정거래위원회가 하도급법에 근거를 두고 제정·시행 중인 '하도급거래공정화지침'에 규정된 방식에 따라 적법하게 산정된 것으로 보이고, C이 지급받아야 할 선급금 금액, 선급금의 기산일, 선급금 지연일수 등의 적용 및 산정이 잘못되었다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 위 인정범위를 초과하는 피고의 주장은 받아들이지 않는다).

다) 원고의 주장에 관한 판단

이에 관하여 원고는, 원고가 C에게 선급금 지급을 지체한 것은 C이 2차 공사에 따른 자신의 노무비 등 채무를 정산하지 못하였기 때문이므로 이에 관한 귀책사유가 없다고 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 그 주장사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

라) 소결

따라서 피고의 이 부분 주장은 13,455,252원의 범위 내에서 이유 있다.

5) 정산선급금 공제 주장에 관한 판단 앞서 든 증거에 의하면 이 사건 하도급계약에 편입된 표준하도급계약서 제33조 제7항에 따르면 선급금은 기성부분의 대가를 지급할때마다 산식[선급금 정산액= 선급금액 × (기성부분의 대가상당액/계약금액)]에 따라 산출한 금액을 정산하도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 을 제8호증의 기재에 의하면 원고는 이 사건 하도급계약 체결 후인 2017. 4. 20.부터 2017. 12. 12.까지 C에 10회에 걸쳐 기성금 합계 323,220,920원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

2017. 4. 20.	3	54,919,150	2017. 8. 21.	2	3,500,200
2017. 4. 24.	4	132,500,000	2017. 9. 14.	7	27,258,000
2017. 5. 23.	5	30,019,000	2017. 10. 25.	8	9,592,000
2017. 6. 21.	6	17,577,070	2017. 11. 21.	9	27,863,000
2017. 7. 24.	1	797,500	2017. 12. 12.	10	19,195,000
합계: 323,220,920원					

위 인정사실에 의하면 원고가 C에 선급금을 지급한 이후에 지급한 9, 10회차 기성금에 따른 선급금 정산액 9,025,460원[= 선급금 132,000,000원 × {기성금 47,058,000원(= 9회 기성금 27,863,000원 + 10회 기성금 19,195,000원) ÷ 선급금 정산의 기준이 된 계약금액 688,237,080원(= 전체 계약금액 964,400,000원 - 1~8회 기성누계액 276,162,920원)}]은 원고가 지급한 선급금에서 당연히 공제되어야 한다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 있다.

이에 관하여 원고는, 위 9, 10회 기성금은 C의 재하도급업체에 대한 직불노무비로 지급된 것이므로 선급금 정산의 대상이 되지 않는다고 주장하므로 살피건대, 원고가 위와 같은 C과의 별도 합의를 이유로 피고에게 대항할 수 없음은 앞서 본 바와 같은 바, 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 이유 없다.

6) 부가가치세 부분 주장에 관한 판단 공사계약에 따라 수수된 선급금에 부가가치세가 포함되어 있어 이에 관한 세금계산서를 발행받아 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제받거나 환급받은 경우, 공제 또는 환급세액은 실질에 있어서 선급금 중 부가가치세 상당액의 반환에 해당하므로, 달리 공제 또는 환급세액 상당을 반환하게 되었다는 등의 구체적 사정이 발생하지 아니한 이상 공사계약의 해지에 따라 반환하여야 할 선급금에서 부가가치세 상당액을 공제함이 타당하다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결, 대법원 2016. 4. 28. 선고 2015다7411 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 C에 지급한 선급금에는 부가가치세가 포함되어 있고, 원고가 C로부터 부가가치세가 포함된 세금계산서를 발행받은 사실은 인정할 수 있으나, 나아가 원고가 위 선급금 등 지급에 따라 지출한 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제받거나 환급받았다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

7) 소결 따라서 피고의 공제 관련 주장은 22,480,712원(= 선급금 지연이자 13,455,252원 + 정산선급금 9,025,460원)의 범위 내에서 이유 있다.

라. 소결론

결국, 이 사건 보증계약에 따라 피고가 원고에게 지급의무를 부담하는 보증금은 14,944,368원(= 132,000,000원 - 94,574,920원 - 22,480,712원)이 되므로, 피고는 원고에게 위 14,944,368원

및 이에 대하여 피고의 보증금 지급의무 발생일 이후로서 원고가 구하는 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날인 2021. 8. 31.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 9. 15.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

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

재판장판사임주혁

판사박병주

판사주재오

별지

1) 원고가 지급의무를 부담하는 선급금 합계 326,931,600원에서 기지급한 선급금 132,000,000원을 공제한 돈이다.

2) 이 사건 하도급계약 체결 당시 적용되는 이율은 연 15.5%이다(공정거래위원회 고시 제2015-4호).

3) 공정거래위원회는 하도급거래 공정화지침 III. 6. 가. (2)에 따라 선급금을 지급하지 않은 상태에서 기성금을 지급하는 경우 선급금 일부가 당해 기성금에 포함된 것으로 간주하여 지급기일을 초과한 날로부터 당해 기성금 지급일까지의 기간에 대한 지연이자를 산출하였다.