

서울고등법원 2016. 12. 15 선고 2016나2006987 판결 [지급보증금 청구]

재판경과

서울고등법원 2016. 12. 15 선고 2016나2006987 판결

서울중앙지방법원 2015. 12. 2 선고 2015가합513072 판결

전문

원고, 항소인 한국철도시설공단

피고, 피항소인 정보통신공제조합

변론 종결 2016. 11. 3.

판결 선고 2016. 12. 15.

제1심판결 서울중앙지방법원 2015. 12. 2. 선고 2015가합513072 판결

주문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 돈에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.
피고는 원고에게 2,003,958,956원과 그 중 1,985,302,552원에 대하여 2014. 6. 11.부터 2016. 12. 15.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항 중 돈 지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 2,019,569,419원과 이에 대하여 2014. 6. 10.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원도급계약의 체결

1) 원고는 2012. 11. 2. A 주식회사(대표사로서 지분율 80%, 이하 'A'이라 한다), 주식회사 영대정보통신(지분율 10%) 및 주식회사 엔와이인포텍(지분율 10%)이 공동이행방식으로 구성된 공동수급체(이하 '이 사건 공동수급체'라 한다)에게, B 신설공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 공사대금 9,078,368,000원, 공사기간 2012. 11. 5. ~ 2014. 12. 31.로 정하여 도급하는 내용의 공사도급계약(이하 '이 사건 원도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 원도급계약은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다)에 따른 계속비계약 방식으로 체결되었는데, 그 연도별 공사대금은 2012년에 2,500만 원, 2013년에 46억 원, 2014년에 4,453,368,000원이었다.

나. 하도급계약 체결 신청 및 승낙

A은 2013. 5. 25. 원고에게, A이 같은 날 C 주식회사(이하 'C'이라 한다)에게 이 사건 공사 중 건축부대 통신설비공사를 공사대금 2,541,943,000원으로 정하여 하도급하는 계약을 체결하였다면서 이에 대한 승인을 구하였고, 원고는 2013. 6. 25. 이를 승인하였다.

다. 공사의 진행 경과

1) 원고는 이 사건 공사 중 2012년도 공사분에 대하여는 선급금을 지급하지 않은 상태에서 공사를 진행하게 한 후, 2012. 12. 28. 이 사건 공동수급체에게 2012년도 공사분에 해당하는 공사대금

2,500만 원을 기성금으로 지급하였다.

2) 원고는 2013. 2. 8. 및 2013. 6. 27. 이 사건 공동수급체에게 이 사건 공사 중 2013년도 공사대금에 대한 선급금으로 합계 27억 6,000만 원을 지급하였으나, 선행 공정의 미완성 등을 이유로 이 사건 공사가 지연되었다. 이에 원고와 이 사건 공동수급체는 2013. 12. 12. 이 사건 공사에 관한 2013년도 공사대금을 1억 6,700만 원으로 감축하고, 그 감축된 금액만큼 2014년도 공사대금을 증액하는 내용으로 변경계약을 체결하였다.

3) 그 후 이 사건 공동수급체는 원고에게 위와 같이 감축된 2013년도 공사대금에 해당하는 선급금을 제외한 나머지 선급금을 반환하였는데, A은 2013. 12.경 원고에게 2013년도 공사대금에 대한 선급금 22억 800만 원 중 감축된 2013년도 공사대금에 해당하는 선금 5,344만 원을 제외한 나머지 21억 5,456만 원을 반환하였다.

라. 선급금반환 보증계약의 체결 등

1) 원고는 2014년 초경 이 사건 공동수급체에게 2014년도 공사분 선급금에 대한 보증서 제출을 요청하였다. A은 2014. 3. 10. 피고와 사이에, 이 사건 공사에 관하여 보증채권자 원고, 보증금액 2,136,932,000원, 보증기간 2014. 3. 10. ~ 2015. 3. 1.까지로 정하여 선급금반환을 보증하는 계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하고, 피고로부터 선급금보증서를 발급받아 이를 원고에게 제출하였다.

2) 이 사건 보증계약은 이 사건 원도급계약에 따라 A이 지급받아야 할 선급금 21억 3,120만 원 중 20억 원의 반환을 보증하는 것으로, 원고는 A으로부터 피고가 발급한 선급금보증서 외에 서울보증보험 주식회사가 나머지 선급금 1억 3,120만 원(= 2,131,200,000원 ~ 2,000,000,000원)에 대하여 발급한 선급금보증서도 제출받았다.

3) 원고는 그 무렵 A으로부터 위 각 선급금보증서를 수령한 후 2014. 3. 12. A에게 21억 3,120만 원을 선급금으로 지급하였다.

마. A의 공동수급체 탈퇴 및 원도급계약의 해지

1) A은 2014. 4. 25. 원고에게 '경영상태 악화에 따른 자금난 등으로 인하여 정상적인 시공참여가 불가능하므로, 이 사건 공동수급체에서 탈퇴하게 조치할 것을 요청한다.'라는 내용의 공문을 보냈고,

피고 및 이 사건 공동수급체의 다른 구성원들에게 공동수급지위 탈퇴 및 시공권 등 포기각서 등을 송부하였다.

2) 원고는 A이 이 사건 원도급계약을 이행할 의사와 능력이 없다고 판단하여 그 무렵 A의 탈퇴에 동의하고, 이 사건 원도급계약 중 A에 관한 부분을 해지하였다[이 사건 원도급계약의 공사계약특수조건(II) 선금지급조건 제4조 제1항에는 '계약을 해제 또는 해지하는 경우'(제1호) 또는 '계약이행이 중지되거나 사고 이월 등으로 반환이 불가피하다고 인정하는 경우'(제3호)에 A의 선급금반환의무가 발생한다는 취지로 정해져 있다].

바. 선급금반환 요청 및 선급금보증채무 이행청구

1) 원고는 2014. 4. 29. 및 2014. 5. 26. A에게 선급금 21억 3,120만 원의 반환을 요청하였으나, A은 선급금을 반환하지 않고 있다.

2) 원고는 2014. 6. 10. 피고에게 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고 발생을 이유로 선급금보증금 20억 원과 이에 대한 약정이자의 지급을 청구하였다.

[인정 근거] 갑 제1 내지 8호증, 갑 제10호증, 갑 제16, 17, 18, 19호증, 갑 제21호증, 을 제2호증(가지번호 있는 경우 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 요지

가. 원고

A은 이 사건 공동수급체에서 탈퇴하고 이 사건 원도급계약이 해지되었음에도 불구하고, 원고에게 2014년도 공사분에 관한 선급금 21억 3,120만 원을 반환하지 않았으므로, 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다. 보증채무자인 피고는 보증채권자인 원고에게 이 사건 보증계약 약관과 이 사건 원도급계약의 공사계약특수조건(II) 선금지급조건에 따라 정산한 피고 보증 부분의 선급금 2,019,569,419원[= 선급금 정산액 2,152,053,172원(= 선급금 2,131,200,000원 - 미지급 기성금 15,661,600원 + 약정이자 36,514,772원) × (피고의 보증부분 2,000,000,000원 / 선급금 2,131,200,000원)]과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

1) 보증서 수령일 이전 계약 해제사유 발생으로 인한 면책 주장 이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호는

'보증서 수령일 이전 계약 해제사유가 발생한 때'를 면책사유로 규정한다. A은 관련 법령에서 정한 하도급 제한사유를 위반하여 이 사건 공사의 전부를 C에 일괄 하도급하였고, C은 주식회사 해진테크(이하 '해진테크'라 한다)에게 그 대부분을 재하도급하였다. 또한 A은 이 사건 보증계약 체결 이전 파산한 상태로 이 사건 공사를 수행할 능력과 의사가 없었다. 이처럼 A이 준공기한까지 공사를 완공하지 못하거나 완성할 가능성이 없는 것이 보증서 수령일 이전에 이미 명백하였으므로, 위 조항에 따라 피고의 보증책임은 면책되어야 한다.

2) 보증채권자의 책임 있는 사유로 인한 면책 주장 이 사건 보증계약 약관 제4조 제2호는 '보증채권자의 책임 있는 사유로 인한 보증사고'의 경우를 면책사유로 규정한다. 원고는 관련 규정에서 정한 감독의무를 위반하여 A의 불법하도급과 공사수행 능력·의사 결여를 간과하였다. 이 사건 보증계약에 따른 보증사고는 위와 같은 감독의무를 이행하지 않은 원고의 잘못으로 인한 것이므로, 위 조항에 따라 피고의 보증책임은 면책되어야 한다.

3) 보증사고 발생 통지의무 위반으로 인한 면책 주장 이 사건 보증계약 약관 제7조는 '보증채권자는 보증사고가 발생한 경우 이를 피고에게 지체 없이 알리고, 보증채권자가 정당한 사유 없이 보증사고의 통지 또는 보증채무의 이행청구를 게을리함으로써 증가된 채무는 지급하지 아니한다.'라고 규정한다. A이 2014. 4. 25. 이 사건 공동수급체에서 탈퇴하였음에도 원고는 약 2달 뒤인 2014. 6. 10.에 이르러서야 피고에게 보증사고 발생을 통지하였으므로, 위 조항에 따라 피고의 보증책임은 면책되어야 한다.

4) 예비적 공제 주장 설령 피고의 선급금보증금 지급채무가 인정되더라도, A이 이 사건 공사 현장에 투입한 인건비 합계 181,415,000원, 외주비 합계 889,520,000원, 자재 및 설치비 합계 65,934,991원에서 기지급 공사대금 153,600,000원을 공제한 983,269,991원은 보증채무액에서 공제되어야 한다.

3. 선급금보증금 지급의무의 존재 여부에 대한 판단

가. 청구원인에 대한 판단

앞서 본 인정사실에 의하면, 이 사건 선급금은 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인인 원고가 수급인인 A에게 미리 지급하는 공사대금의 일부이므로, 공사가 완공되지 못하고

중도에 그친 이상 A은 원고에게 기성금으로 공제되지 않은 나머지 선급금이 있는 경우 이를 반환할 의무가 있다. 이는 이 사건 보증계약이 정하는 보증사고에 해당하므로, 이 사건 보증계약 약관이 정하는 면책사유가 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피고는 원고에게 그 선급금 상당의 보증채무금을 지급할 의무가 있다.

나. 보증서 수령일 이전 계약 해제사유 발생에 기한 면책 주장에 대한 판단(이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호)

1) 살피건대 갑 제10호증, 을 제1, 2, 10, 11호증의 각 기재와 제1심 증인 E, D의 각 일부 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있기는 하다.

① A과 C은 이 사건 원도급계약 체결 무렵인 2012. 11. 29. 이 사건 공사에 관하여, C은 A이 이 사건 공사를 계약기간 내에 완료할 수 있도록 이 사건 공사에 필요한 작업 인력을 C의 책임 하에 지원(투입)하여 이를 완성하고, A은 이에 대하여 약정된 대가를 C에게 지급하기로 하는 '작업인력지원 및 관련업무협력 계약'(을 제1호증 및 갑 제10호증 참조, 이하 '이 사건 협력 계약'이라 한다)을 체결하였다. 그 주요 내용은 별지 기재와 같은데, A이 원고와 정산한 도급공사비에서 각종 비용을 제외한 금액의 82.62%를 C에게 지급한다는 점을 골자로 하고 있다.

② A의 대표이사이던 G는 이 사건 보증계약 체결일 무렵인 2014. 3. 11. H에게 A의 경영권을 150억 원에 매각하였는데, G가 H에게 제공한 자료에 의하면 대표이사의 가지급금채무가 79억 원, A의 부채가 70억 원에 이르렀고, H은 이를 모두 인수하는 조건으로 G에게 매각대금으로 1억 원만을 지급하였다. 그 당시 세무서에 제출된 재무제표상 A의 당기순이익은 3억 원 정도였으나, 이는 분식회계에 따른 허위 서류였다[을 제11호증, 서울중앙지방법원 2014고합1266, 2015고합149(병합) 판결 참조].

③ A은 이 사건 보증계약 체결 수년 전부터 저가입찰로 공사를 수주하고, 그마저도 제때 수금하지 못하는 등으로 A의 손실이 누적되었으며, 부채를 줄이고자 사채를 동원하는 과정에서 부채규모가 확대되어 2011년 이후에는 A의 실질적 이익이 없었던 것으로 보인다(위 판결 참조). 나아가 A은 2012년경부터 자금난을 겪어 2014. 4. 부도 당시까지 직원들 급여 및 현장 노임의 지급을 수시로 지체하였다(A의 총무팀장이었던 제1심 증인 E의 증언 등 참조).

④ 이 사건 공사 현장에서 현장소장으로 일하던 제1심 증인 D는 이 사건 원도급계약 및 하도급계약이 체결된 무렵 주식회사 해진테크(이하 '해진테크'라 한다)1)의 직원이었으나, A의 직원으로 옮겨서 A 소속의 현장소장으로 근무하였다. D를 포함한 이 사건 공사의 현장 직원들은 원래 A의 직원이 아니었으나 A으로 임시로 소속을 옮겨 근무하였다(제1심 증인 D의 증언 등 참조).

2) 피고는 위 인정사실과 같은 사정들, 즉 A이 불법적으로 이 사건 공사 전부를 C 내지 해진테크에게 하도급 주었거나, A이 이미 극심한 자금난을 겪고 있었다는 사정 등을 내세워, 이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호가 정하는 '보증서 수령일 이전에 이미 계약 해제사유가 발생한 때'에 해당한다는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 본 인정사실과 갑 제1, 3, 10, 12, 14, 15, 19, 22, 35호증, 갑 제44 내지 62호증, 을 제17, 18호증의 각 기재 및 제1심 증인 I, E, D, F의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정·추론할 수 있는 아래 가) 내지 라)항 기재와 같은 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실 내지 그 밖의 피고 제출 증거들만으로는 이 사건 보증서 수령일 이전에 보증채권자인 원고가 A의 이 사건 공사 수행 능력·의사가 없었음을 알았거나, 이에 따라 원고가 A에게 선급금을 지급하는 대신 A과의 이 사건 원도급계약을 해제할 수 있었다고 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 면책 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호의 의미 이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호는 피고의 면책사유 중 하나로 '보증서 수령일 이전에 이미 계약 해제사유가 발생한 때'를 규정하고 있다. 그런데

① 위 약관 제4조가 이와 함께 면책사유로서 '천재지변, 전쟁, 내란 기타 불가항력으로 인한 보증사고'(제1호), '보증채권자의 책임있는 사유로 인한 보증사고'(제2호), '보증서를 보증목적(주계약내용) 이외의 용도로 사용한 때'(제3호) 등을 열거하고 있으므로, 제4조 제4호 또한 제1 내지 3호에 준하는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 면책의 법률효과가 발생한다고 해석하여야 하는 점, ② 보증제도는 본질적으로 주채무자의 무자력으로 인한 채권자의 위험을 인수하는 것이므로 보증인이 주채무자의 자력에 대하여 조사한 후 보증계약을 체결할 것인지의 여부를 스스로 결정하여야 하는 점(대법원 2002. 7. 12. 선고 99다68652 판결 등 참조), ③ 이 사건 원도급계약 일반조건 제44조 제1항 본문은 '계약담당공무원은 계약상대자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.'라고 하면서 '계약상대자의 책임있는 사유로

인하여 준공기한까지 공사를 완공하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정될 경우'(제2호)라고 정함으로써, 계약상대자의 채무불이행으로 인한 공사도급계약의 목적 달성 불능이라는 객관적 사유 발생뿐만 아니라, 그 사유 발생에 대한 계약담당공무원(이 사건에서는 원고) 측의 주관적 인식을 전제하고 있거나 그 사유 발생 여부 및 해제권 행사에 대하여 어느 정도의 재량권을 인정하고 있는 점, ④ 주채무자 측의 공사 능력·의사가 없음이 보증서 수령일 이후에 비로소 사후적으로 판명된 경우에도 보증채권자 측의 주관적 인식 여부와 관계없이 이 사건 보증계약 약관 제4조 제4호가 적용된다고 해석한다면, 주채무자가 보증채권자(도급인)에 대하여 적극적으로 자신의 경제적 신용이나 공사수행능력을 기망·은폐한 경우까지도 보증채권자가 그 보증금을 지급받을 수 없는 부당한 결과를 초래할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 면책조항은 보증계약상 주채무자(수급인)의 채무불이행으로 인하여 주계약(도급계약)의 목적 달성이 불가능하였음이 객관적으로 명백할 뿐만 아니라, 보증서 수령 이전에 보증채권자(도급인)이 이러한 사정을 인식하였음에도 그 해제권을 행사하지 아니한 채 선급금반환 보증계약 체결에 이르렀거나, 중대한 과실로 이러한 사정을 알지 못한 채 선급금반환 보증계약이 체결된 경우 등에 한하여 적용되는 것으로 보아야 한다. 피고 주장과 같이 국가계약법 제13조가 국가 내지 공공기관 측의 공사감독의무를 규정하고 있거나, 피고의 정관·내규에서 이 사건 보증계약과 같은 경우 피고 측의 신용조사의무를 명시적으로 규정하고 있지 않다는 등의 사정은 위와 같은 해석에 영향을 미칠 수 없다.

나) A의 자금난에 대한 인식 여부 등 위와 같은 법리에 비추어 우선 원고 입장에서 과연 A의 극심한 자금난을 인식하였거나 이를 알 수 있었는지 살펴본다. ① A은 신용평가기관으로부터 평가일 2012. 6. 29., 유효기간 2013. 6. 28.까지, 신용평가등급 BB+2) 로 된 신용평가서(갑 제12호증)를 받아 이를 원고에게 제출하였고, 다른 신용평가기관은 평가일 2013. 4. 23., 유효기간 2014. 4. 22.까지(이 사건 보증계약상 보증기간이 일부 포함되어 있다), 신용평가등급 BBB-3) 로 된 A의 신용평가서(갑 제14호증)를 원고에게 제출하였다. ② 앞서 본 대로 A은 이 사건 보증계약 체결일로부터 불과 약 3개월 전이던 2013. 12.경 원고에게 이미 지급받았던 선급금 중 21억 5,456만 원을 반환하였다. ③ A은 2013. 3. 27. 직접 한일통신 주식회사와 사이에 이 사건 공사에 관한 광영상전송장치 등을 납품받는 계약을 체결하였는데(갑 제25호증) A이 그 장비대금 중 2억

원을 2014. 3. 26. 그 대금액을 한일통신 주식회사에게 송금하기도 하였다(을 제7호증의 5). ④
당기순이익이 3억 원에 이른다는 회계보고서는 앞서 본 대로 일종의 분식회계였고, 이 사건 보증계약 체결일 무렵 G가 A의 경영권을 실제 가치 1억 원이라는 험값에 넘겼으나, 이러한 사정들은 이 사건 보증계약 체결 및 A의 이 사건 공사 포기 이후에 A 내지 G 등의 관련자들에 대한 면밀한 수사·재판과정에서 비로소 밝혀진 사정들이다. 이러한 사정들에 비추어 보면, 2014. 3. 이 사건 보증계약 체결 당시 원고로서는 주채무자(수급인)인 A의 자금 악화 또는 운영난에 대하여 쉽사리 인식하기 어려웠을 것으로 보인다. 그렇다면 원고가 주채무자 A의 자금난 악화를 인식, 이를 조사하여 2014. 3. 무렵에 이미 이 사건 원도급계약의 목적 달성이 불가능하다고 판단하고 A과의 이 사건 원도급계약을 해제하는 것은 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하였다고 봄이 타당하다. 이와 같은 상황에서는, 비록 A이 이 사건 공사에 투입된 직원들 급여 및 현장 노임 지급을 일부 지체하는 등의 사정이 있었더라도(제1심 증인 E의 증언 참조) 마찬가지로 보아야 한다.

다) 불법하도급 여부에 대한 원고의 인식 여부 등 다음으로 불법하도급 여부에 대한 원고의 인식 여부 등에 관하여 살펴본다.

1)항 기재 인정사실에서 보듯이, 이 사건 보증계약 체결일인 2014. 3. 11. 이전에 A은 실질적으로 C에게 구 정보통신공사업법(2014. 5. 28. 법률 제12680호로 일부개정되기 전의 것) 제31조 제1항4)

이

금지하는 하도급을 한 것으로 보이기는 한다. 그러나 이러한 하도급금지 규정을 위반하였다는 이유만으로는 그 하도급계약 내지는 이 사건 원도급계약이 사법적(私法的)으로 무효라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 원도급계약에서 위와 같은 불법하도급이 발견되는 경우 해제 사유가 된다는 취지의 명시적 규정을 찾아볼 수 없는 이 사건에서는 이러한 위반 사유만으로 곧바로 이 사건 원도급계약의 목적 달성이 불가능하여 원고가 이를 해제할 수 있었다고 단정하기도 힘들다.

나아가 피고는, 이 사건 공사의 감독권자 내지 감독의무자로서 원고 소속 감독관이나 감리인을 현장에 파견했던 원고가 이러한 불법하도급 사실을 알았거나 알 수 있었으므로 면책사유가 발생한 것이라는 취지로 주장한다. 그러나 제1심 증인 D, F, E의 각 증언이나 을 제14 내지 16호증의 각 기재만으로는 원고 측 직원 내지 감리원 등이 실제로 이러한 불법하도급 사실을 인식하였다고 인정하기에 부족하고

달리 이를 인정할 증거가 없다.5) 나아가 ① 앞서 본 바와 같이 A 측이 이 사건 보증계약 체결일로부터 불과 3개월 이전에 선급금을 모두 반납하였던 점, ② 원고가 불법하도급 위반사실에 대하여 정기적으로 점검하는 절차를 취하여 왔던 점(갑 제44 내지 56호증), ③ A의 채무상태가 대체로 양호하다는 신용평가서가 원고에게 제출되었던 점, ④ 위 증인들의 제1심 증언, C 대표이사인 I의 제1심 증언이나 을 제12호증(G의 사실확인서)의 기재 등에 비추어 보더라도, A 측은 C에 대한 불법하도급 사실이 원고 측에게 발각될 것을 우려하여, 원고에게 그들 사이의 실질적 합의가 담긴 이 사건 협력 계약서(을 제1호증) 대신 하도급금지 규정을 준수하는 취지의 2013. 5. 25.자 하도급계약서(갑 제10호증, 피고 스스로 이는 허위의 하도급계약서라는 취지로 주장한다)만을 제출함으로써 그 하도급을 승인받았을 뿐만 아니라, 이 사건 공사 현장에 투입된 직원들에게도 감리단에게(실제로는 해진테크의 직원들이라는) 말을 조심하라고 고지한 것으로 보이는 점 등의 사정들을 종합하여 보면, 적어도 원고가 중대한 과실에 기하여 이 사건 보증계약 당시 A의 불법 하도급 사실을 알지 못하였다고 볼 수는 없다.

라) 이 사건 공사의 진행 정도와 지연 사유 한편 이 사건 공사는 2013년도 말경에 이르러서도 제대로 진척되지 않은 채 공정률 2.11% 정도에 머물렀는데, 이는 이 사건 공사에 선행하는 철도 토목·건축공사 등이 제때 이루어지지 않았고, 감리단이 이 사건 공사 시공을 위한 장비 선정을 검토하는 등의 사유에 기인하였던 것으로 보인다(이에 따라 앞서 본 대로 2013년도 계약이행금액이나 공사 완료일 등에 대한 변경계약이 이루어졌다). 2014년도에 들어서도, A은 현장 CCTV의 폴 스탠드6) 기초공사, 제어함체 기초공사 등만을 수행하다가 이 사건 원도급계약이 해지되었다. 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 분명히 인식할 수 있었던 이 사건 공사의 진행 경과나 그 지연 경위를 보더라도, 원고가 A의 공사 수행 지연이나 그 수행 능력 등을 문제삼아 해제권을 행사할 수 있었을 상황도 아니었던 것으로 여겨진다.

다. 보증채권자의 책임 있는 사유에 기한 면책 주장에 대한 판단(이 사건 보증계약 약관 제4조 제2호)

피고는 국가계약법 제13조7)가 원고의 이 사건 공사에 대한 감독의무를 규정한 것임을 전제로, 원고가 A의 극심한 자금난이나 불법하도급 사실을 인지하지 못한 것이 위와 같은 감독의무를 위반한 것이므로, 이 사건은 보증채권자인 원고의 책임 있는 사유로 발생한 보증사고에 해당하여 면책된다는

취지로 주장한다.

그러나 국가계약법 제13조는 계약담당공무원에게 '필요하다고 인정하면' 공사 등에 대한 감독을 하게 하여야 한다고 정할 뿐만 아니라, 그 방법 또한 '계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류'에 의한다는 취지이므로, 앞서 본 바와 같이 원고가 통상적인 서류 등으로는 이를 밝히기 불가능하거나 현저히 곤란했던 A의 극심한 자금난이나 불법하도급 사실을 인지하지 못하였다고 하여 위 조항을 위반한 것으로 보기 어렵다. 나아가 이 사건 보증계약 약관 제4조 제2호는 주로 보증 대상 공사 자체와 관련된 도급인인 보증채권자 측의 책임 있는 사유, 예컨대 도급인 측의 귀책사유에 기한 공사 지연이나 설계변경 등에 따른 추가공사대금의 지급 거절 등으로 인한 선급금 미반환과 같은 사유를 예정한 조항으로 보인다. 설령 선급금 미반환에 피고 주장과 같은 원고의 귀책사유가 있다고 가정하더라도, 그 주된 원인은 어디까지나 주채무자인 A이 이 사건 공사를 수행하지 못하여 그 공사를 포기한 데에 따른 것인 이상 위 면책 조항이 적용되는 경우라고 볼 수도 없다. 그러므로 피고의 이 부분 면책 주장도 받아들일 수 없다.

라. 보증사고 발생 통지의무 위반에 기한 면책 주장에 대한 판단(이 사건 보증계약 약관 제7조)

원고가 2014. 4. 25.경 A 측의 이 사건 공동수급체 탈퇴 공문을 받았고, 이로부터 약 1개월여가 지난 2014. 6. 10. 피고에게 통지 내지 그 보증금의 지급을 청구한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 ① 원고는 2014. 4. 29. 및 2014. 5. 26. 선급금반환의 주채무자인 A에게 먼저 2회에 걸쳐 선급금 반환을 요청하였던 점, ② 피고에 대한 선급금 반환청구를 위하여, 원고는 먼저 기투입 공사비 등을 확정하여 선급금에서 공제하는 등의 정산절차를 거쳐 2014. 5. 28.경 채권·채무에 관한 정산 합의를 한 것으로 보이는 점, ③ 설령 보증사고의 통지가 다소 지연되었더라도, 이 사건 보증계약 약관 제7조 제2항은 '보증채권자가 정당한 사유 없이 보증사고의 통지 또는 보증채무의 이행청구를 게을리 함으로써 증가된 채무는 지급하지 않는다.'라는 취지로 규정되어 있는데, 보증사고 통지로 인하여 A의 선급금반환채무액 자체가 증가되었다고 볼 만한 별다른 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 피고의 이 부분 면책 주장 역시 이유 없다(다만 보증사고 통지의 지연으로 인하여 증가된 약정이자금 상당액에 대해서는 4의 나.항에서 보는 바와 같이 그 청구 대상에서 제외한다).

마. 소결론

따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 선금금보증금을 지급할 의무가 있다. 이와 달리 이 사건 보증계약 약관에 따른 면책을 내세우는 피고의 항변은 받아들이지 않는다.

4. 선금금보증금 지급의무의 범위에 대한 판단

가. 관련 약관 등의 규정

1) 나아가 피고가 지급하여야 할 선금금보증금의 범위에 대하여 본다. 이 사건 보증계약 약관은 '선금 정산은 주계약상 정산방법을 따르되, 주계약이 연차공사계약인 경우 선금 지급 대상 계약금액(선금 산정의 기준이 된 계약금액)을 기준으로 정산한다.'(제2조 제1항), '보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 계약이행기일에 있어서의 미정산선금 중 미지급기성금을 뺀 금액으로 한다. 다만 국가계약법에 따라 체결된 공사계약인 때에는 법령에서 정하는 바에 따른다.'(제5조)라는 취지로 정하고 있다.

2) 주계약인 이 사건 원도급계약의 일부를 구성하는 공사계약특수조건(II) 선금지급조건 제4조는 '계약상대자는 선금을 받은 후 다음 각호의 1에 해당하는 사항이 발생하는 경우에는 당해 선금잔액을 지체없이 반환하여야 한다. 다만 계약상대자의 귀책사유에 의하여 반환하는 경우에는 당해 선금잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 반환하여야 한다.'(제1항), '제1항의 규정에 의한 이자상당액의 계산방법은 매일의 선금잔액에 대한 일변계산에 의하며, 계산기간은 선금잔액의 반환시까지로 한다. 다만 보증기관에 대하여 보증이행을 청구하는 경우에는 당해 기관에의 보증이행 청구시까지로 한다.'(제2항), '선금 반환시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급액에 우선 충당한다. 다만(중략) 일반조건 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다.'(제3항)라고 정한다. 한편 같은 조건 제5조는 '선금정산액'에 대하여 '선금은 기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다 다음 방식에 의하여 산출한 선금정산액 이상을 정산하여야 한다.'라고 하면서 아래 표와 같이 규정하고 있다.

선금정산액 = 선금액 × 기성부분 또는 기납부분의 대가 상당액 / 계약금액

나. 선금금보증금의 범위

위 규정 등에 의하면, A이 원고에게 반환하여야 할 선급금은, ① 원고가 A에게 지급하였던 선급금액에서, ② 선급금정산액 및 ③ 미지급 기성금(하도급대가 공제)을 공제한 금액(④ = ① - ② - ③, 이하 '선급금 원금'이라 한다)에, ⑤ 약정이자율에 따른 이자액을 더한 금액(⑥ = ④ + ⑤, 이하 '선급금 원리금'이라 한다)이 된다.

이에 따라 피고가 지급하여야 할 선급금보증금액은, 선급금 원리금에 대하여 피고가 보증한 비율에 따른 금액(⑦)이다. 앞서 본 사실과 갑 제9, 61호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 이에 따른 선급금보증금은 다음과 같이 2,003,958,956원이 된다.

① 선급금액 : 2,131,200,000원

② 선급금정산액 : 0원

원고는 2014. 3. 12. 위 선급금을 지급한 이후 A에 대한 도급계약 해지 당시까지 이 사건 원도급계약에 따른 기성금을 별도로 지급하지 않았다. 한편 위 선급금의 지급 이전에 A에게 지급되었던 선급금은 제1의 다.항에서 본 대로 2013년도 이전에 모두 정산, 반환되었다. 따라서 앞서 본 '기성부분 또는 기납부분의 대가 상당액'은 존재하지 않는다.

③ 미지급 기성금 : 15,661,600원{= (이 사건 공사 전체의 기성공사금 338,690,000원 - 이 사건 공사의 하도급대가 직접 지급금 319,113,000원) × 0.8(A의 지분율)}

④ 선급금 원금 : 2,115,538,400원(= 2,131,200,000원 - 0원 - 15,661,600원)

⑤ 약정 이자금 : 19,880,264원{= 2,115,538,400원 × 49일 / 365일 × 약정이자율 0.07, 원 미만 버림}

원고는 선급금 지급일인 2014. 3. 12.부터 보증이행 청구일인 2014. 6. 10.까지 91일간 약정이자율 연 7%의 비율에 따른 약정이자금의 지급을 구하고 있다. 우선 2014. 3. 12.부터 원고가 A의 이 사건 공동수급체 탈퇴에 동의함으로써 이 사건 원도급계약 중 A과의 계약을 해지한 2014. 4. 29.까지는, 위 선금지급조건 제4조 제1항에 의하여 그 약정이자금이 발생하였다고 보아야 한다. 그러나 2014. 4. 30.부터 2014. 6. 10.까지 기간에 해당하는 약정이자금 청구의 경우, 이 사건 보증계약 약관 제7조 제1항은 보증채권자에게 보증사고가 발생한 경우 이를 조합에 지체없이 알릴 의무를 규정하고, 제2항에서는 정당한 사유 없이 보증사고의 통지를 게을리함으로써 증가된 채무는 지급하지 않는다고

정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 선급금보증금 지급의무 자체가 위 약관에 의하여 면책되지는 않더라도, 원고가 계약 해지 당시에 지체없이 보증인인 피고에게 그 보증사고를 알리지 않은 이상 위 기간 동안에 발생한 약정이자금 상당액의 채무는 보증대상에서 제외된다고 봄이 타당하다. 따라서 약정이자금을 청구할 수 있는 기간은 2014. 3. 12.부터 2014. 4. 29.까지 49일이 된다.

⑥ 선급금 원리금 : 2,135,418,664원(= 2,115,538,400원 + 19,880,264원)

⑦ 피고가 지급할 선급금보증금(이자금 포함): 2,003,958,956원{= 2,135,418,664원 × (2,000,000,000원8) / 2,131,200,000원, 원 미만 버림}}

다. 피고의 주장에 대한 판단

이에 대하여 피고는, A이 이 사건 공사현장에 실제로 투입한 공사비(인건비, 외주비, 자재·설치비용)가 위 선급금보증금에서 공제되어야 한다는 취지로 주장하나, 공사도급계약에서 수수되는 선급금은 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 것으로서, 피고 주장과 같이 실제로 지출하였다는 공사비는 공제 대상이 될 수 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다. 나아가 피고는, 원고가 이 사건 보증사고를 야기·확대시킨 잘못이 있다면서 위 선급금보증액이 감면 내지 과실상계되어야 한다는 취지로도 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고가 보증사고의 통지를 게을리함으로써 증가된 약정이자금에 해당하는 채무액은 보증금액에서 이미 제외되었다. 나아가 공사가 중단된 경우 수급인은 도급인에게 기성금으로 공제되지 않은 나머지 선급금을 반환할 의무를 부담함에 그치고, 도급인의 귀책사유에 따라 그 반환의 범위가 정해지는 것으로 볼 수도 없다. 피고의 위 주장 역시 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 피고는 원고에게 선급금보증금(약정이자금 포함) 2,003,958,956원과 그 중 선급금 원금에 해당하는 1,985,302,552원9)에 대하여 보증금지급 청구일 다음날인 2014. 6. 11.부터 피고가 이행의무의 존재 여부 내지 범위에 대하여 항쟁함이 타당한 당심 판결 선고일인 2016. 12. 15.까지는 상법이 정하는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정하는 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없어

기각하여야 한다. 제1심판결 중 위와 같은 돈에 해당하는 원고 패소 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 피고에게 위 돈의 지급을 명하며, 원고의 나머지 항소는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사한창훈

판사진현민

판사김승주

별지

1) C은 2015. 8. 5. 피고에게 이 사건 공사와 관련된 계약보증금의 지급을 청구하는 공문을 보냈는데, 위 공문에는 C과 해진테크 간의 공사시행 계약서 및 피고가 발급한 계약보증서가 첨부되어 있었다. 위 공사시행 계약서에는, C이 2012. 11. 21. 해진테크에 이 사건 공사를 공사대금 6,160,000,000원에 도급한다는 내용이 기재되어 있고, 위 계약보증서에는 피고가 2012. 11. 29. 해진테크의 이 사건 공사 이행을 보증하기 위하여 보증금액을 616,000,000원, 보증채권자를 C으로 하는 보증서를 발급한다는 내용이 기재되어 있다(을 제10호증).

2) '채무이행 능력은 인정되나, 장래 경기침체 및 시장환경 변화에 따라 그 안정성 면에서는 다소 불안한 요소가 내포되어 있음'을 의미한다.

3) '채무이행 능력이 양호하나, 장래 경기침체 및 환경변화에 따라 채무이행 능력이 저하될 가능성을 내포하고 있음'을 의미한다. 따라서 갑 제12호증의 신용평가등급 BB+보다 개선된 등급이다.

4) 공사업자는 도급받은 공사의 100분의 50을 초과하여 다른 공사업자에게 하도급을 하여서는 아니 된다.

5) 피고의 이 부분 주장은, 이 사건 공사 현장에 있던 감리원들이 위장근무사실(실제로는 해진테크 직원들이 A 소속임을 내세워 이 사건 공사 현장에서 근무한 사실)을 몰랐을 리가 없다는 취지이나, 이는 결국 일반적·추상적인 추측에 가까운 것으로서 위 증거들만으로 원고가 불법하도급 사실을 인식하였다고 곧바로 추인하기에는 부족하다.

6) CCTV를 설치하는 거치대 역할을 하는 봉과 같은 장치

7)국가계약법 제13조(감독)

① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사, 제조, 용역 등의 계약을 체결한 경우에 그 계약을 적절하게 이행하도록 하기 위하여 필요하다고 인정하면 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 직접 감독하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 감독을 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 감독을 하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 감독하는 자는 감독조서를 작성하여야 한다.

8) 선급금보증서(갑3)에 의할 때 선금액으로 명시된 금액이다.

9) = {④ 기재 선급금 원금 2,115,538,400원 × 보증비율인 (2,000,000,000원 / 2,131,200,000원)}. 원고는 약정이자금 19,880,264원에 대하여도 다시 그 지연손해금을 청구하는 취지이나, 이와 같은 복리 약정을 인정할 증거가 없으므로 이 부분 청구는 받아들이지 않는다.