

서울고등법원 2019. 4. 12 선고 2018나2040592 판결 [계약이행보증금 청구]

재판경과

서울고등법원 2019. 4. 12 선고 2018나2040592 판결

서울중앙지방법원 2018. 7. 6 선고 2018가합501964 판결

전문

원고, 피항소인A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 최병호, 최철민

피고, 항소인B 조합

소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주

담당변호사 김민성

변론 종결 2019. 3. 20.

판결 선고 2019. 4. 12.

제1심판결 서울중앙지방법원 2018. 7. 6. 선고 2018가합501964 판결

주문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 749,540,000원 및 그 중 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.

2. 항소취지

제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실, 2. 원고의 주장

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

3. 제1보증계약에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

나. 피고의 주장에 대한 판단

1) 피고의 주장 가) 기망을 이유로 한 취소 주장

D은 제1-4보증계약을 체결한 2016. 12. 27. 이전에 원고로부터 미정산 선급금을 반환하여 달라는 요청을 받고도 이를 반환하지 못하여 제1하도급계약의 해제사유가 발생하였다. 또한 D은 2016. 12. 1.부터는 제1하도급계약에 따른 이 사건 구조물공사를 전혀 진행하지 않았고, 그 무렵 하위업체들에게 공사대금을 지급하지 못하고 있었다. 원고는 이와 같은 D의 채무불이행으로

현장운영에 차질이 우려되어 D이 청구한 2016년 10월, 11월 공사대금의 지급을 보류하였다. 이와 같은 사정들을 종합하여 보면 D의 재정은 그 무렵 매우 악화되었다 할 것인데, D은 제1-4보증계약을 체결할 때 피고에게 위와 같은 해제사유 발생사실이나 재정악화 사실을 고지하였어야 함에도 이를 고지하지 아니하여 피고를 기망하였다.

원고는 D의 위와 같은 기망사실을 알았거나 알 수 있었다. 피고는 위와 같은 기망을 이유로 제1-4보증계약을 취소한다.

나) 보증서 수령일 이전 해제 사유 발생(제11조 제1항 제4호)을 이유로 한 면책 주장

제1보증계약의 약관 제11조 제1항 제4호는 '피고는 보증서수령일 이전에 이미 계약해제사유가 발생한 경우 피고는 보증금을 지급하지 아니한다'고 규정하고 있다. 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 제8항에 따른 면책 주장

구 하도급법 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) 관련 법리

건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합이 조합원과 사이에 조합원이 도급받은 건설공사에 관한 도급계약과 관련하여 체결하는 계약보증계약에서 조합원이 조합에 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 2013. 6. 28. 선고 2013다5121 판결 참조). 다만 이 경우 조합이 발급한 보증서를 신뢰하고 새로운 이해관계를 가지게 된 보증채권자에 대하여는 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우가 아닌 한 그 취소의 효력을 주장할 수 없다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다65551 판결 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 2016년 10월분, 11월분의 공사대금의 지급을 보류한 사실은 인정할 수 있다.

(2) 그러나 갑 제1, 49, 51호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 의하면, D이 원고에게 미정산 선급금을 지급하지 않은 사실 등이 보증계약 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 피고가 그 사실을 안다면 보증계약을 체결하지 않을 사정에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 뿐만 아니라 보증채권자인 원고가 D의 그와 같은 불고지 사실을 알았거나 알 수 있었으리라 단정할 수도 없다. 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 제1하도급계약 일반조건(갑 제1호증의2) 제33조 제8항은 선급금의 부정사용에 따른 반환의무만을 규정하고 있을 뿐, 기성대금으로 소진되지 못한 선급금의 반환에 관한 규정은 존재하지 아니한다[피고는 D이 제1-4보증계약 체결 시인 2016. 12. 27. 이전인 2016. 12. 22. 원고에게 제출한 미불금액(184,267,375원) 현황에 의하면 D은 하위업체에 대한 공사대금 지급을 이행하지 않고 있었으므로 위 제33조 제8항에 따른 선급금의 부정사용에 따른 반환의무도 존재한다는 취지로도 주장하나, D이 하위업체에 대한 미불 공사대금이 있다는 사정만으로 D이 선급금을

부정사용하였다고 단정할 수는 없다]. 또한 제1하도급계약 일반조건 제33조 제2항에서 '원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 원사업자가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급받은 날부터 15일 이내에 수급사업자에게 지급한다'라고 정하고 있으나, 그러한 규정만으로 원사업자가 발주자에게 선급금을 반환하여야 할 경우 당연히 수급사업자도 원사업자에게 선급금을 반환하여야 한다고 반대해석할 수는 없다.

② 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 D를 비롯한 하수급인들에게 이미 지급한 선급금의 반환을 요청하였다. 그러나 원고와 D 사이의 제1하도급계약에는 위와 같이 기성금으로 소진되지 못한 선급금의 반환에 관한 규정은 없다.

③ 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 (1)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 인정하기도 어렵다.

④ 원고가 D에 선급금 반환을 구하는 내용으로 보낸 2016. 4. 27.자 공문(을 제1호증의 1)에는 '2015년 선급금의 정산기간이 2016. 4. 30. 만료'된다는 취지로 기재되어 있으나, 위 '2016. 4. 30.'은 당시 유효하였던 피고 발행의 선급금보증서(갑 제51호증의 2)에 계약이행기일로 기재된 일자로 보일 뿐, 달리 을 제1호증의 1 등만으로 위 일자에 D에 선급금 반환의무가 발생한다고 단정하기는 어렵다[원고는 그 후 지급기일을 2016. 12. 23.로 다시 지정하거나(을 제1호증의 2), 2017. 1. 6.로 연기하기도 하였다(을 제1호증의 3)].

⑤ 피고가 제출한 증거들만으로는 D이 2016. 12. 1.경부터 재정적 악화로 공사를 중단하였다는 사실을 인정하기에 부족하고(을 제1호증의 3의 기재에 의하면 원고는 2016. 12. 30. D에 보낸

공문에서 D이 선급금을 반환하지 않고 있고, 재하수급업자들에게 공사대금을 지급하지 않는 점만을 공사대금 지급 보류 사유로 들고 있다), 피고 주장과 같은 공사중단 사실이 제1-4보증계약의 체결에 있어 D이 고지하여야 하는 중요사항에 해당한다고 단정하기도 어렵다.

⑥ 피고는 제1보증계약 약관 제9조 제2항 제1호에 의하면 "채무자가 노임·자재·장비대금 등을 지급하지 않아 보증채권자가 채무자에게 지급할 기성금으로 이 대금을 직접 지급할 경우" 원고는 이를 피고에게 통보하여야 하는데, 원고는 2016. 12. 22. D의 하위업체에 대한 미불금이 184,267,375원이라는 사실을 알고 있었고(을 제1호증의 3), 이를 지급하였으나 피고에게 이를 통보하지 않았다는 취지로도 주장하나, 갑 제17 내지 44호증의 각 기재에 의하면 원고가 D의 하위업체들에 미불금을 직접 지급한 시점은 제1하도급계약 해지 이후인 2017. 8.경인 사실을 인정할 수 있으므로 피고의 위 주장 역시 이유 없다.

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 않고 달리 D에 대하여 계약해제사유인 채무불이행이 있었다고 단정할 수도 없다. 따라서 제1보증계약 약관 제11조 제1항 제4호에 의해 면책된다는 피고의 주장은 이유 없다.

4) 구 하도급법 제13조의2 제8항 해당 여부에 관한 판단1) 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) 직불합의에 의한 하도급대금 보증채무의 면제

을 제3호증의 기재에 의하면 한국철도시설공단, 원고, D 사이에 2016. 2. 5.2) 하도급대금의 직불합의(이하 '이 사건 직불합의'라 한다)가 체결된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 구 하도급법 제13조의2 제8항 단서에 따라 피고에게 D이나 F[이하 4)항에서는 합하여 'D 등'이라 한다]에 대한 공사대금 보증 없이 계약이행보증금의 지급을 구할 수 있다.

다) 피고의 주장에 대한 판단

(1) 피고의 주장

(가) 구 하도급법 시행령 제8조 제1항 제3호, 구 하도급법 제14조 제1항 제2호의 '발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의함에 따라 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우'란 그와 같은 직불합의에 따라 실제로 발주자가 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급한 경우를 의미한다. 한국철도시설공단, 원고와 D 등은 이 사건 직불합의를 하였을 뿐, 실제 직접 지급을 한 사실이 없으므로 위 조항에서 규정한 하도급대금의 직불합의를 한 경우에 해당하지 않는다.

(나) 한국철도시설공단이 위 직불합의가 체결되기 이전에 이미 원고에게 지급하여야 하는 공사대금을 초과한 기성금을 지급하여 한국철도시설공단이 D 등에 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 않는다.

(다) 한국철도시설공단은 원고에게 기성금을 과다 지급하였다는 이유로 D 등에 하도급대금을 지급하지 않았는데, 한국철도시설공단이 이 사건 직불합의 이후인 2016. 3. 31. 원고에게 8,703,000,000원을 지급한 사정 등을 보면 한국철도시설공단이 원고에게 기성금을 과다지급한 상태였다고 볼 수는 없다. 그럼에도 철도시설공단이 공사대금을 D 등 하수급인들에게 직접 지급하지 아니하고 원고에게 지급하였고, 반면 원고는 이 사건 직불합의로 D 등에 대한 공사대금 채무를 면하였음에도 계속 D 등에 공사대금을 지급한 점에 비추어 보면 이 사건 직불합의는 한국철도시설공단, 원고, D 등 사이의 통정허위표시로 체결한 것이어서 무효이다.

(2) 판단

(가) 발주자가 하수급업자에게 실제 직접 지급을 하여야 하도급대금 지급보증 의무를 면할 수 있다는 주장에 대하여

구 하도급법 시행령 제8조 제1항 제3호는 "법 제14조 제1항 제2호에 따라 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우"라고만 규정하고 있을 뿐, 하도급대금이 실제로 지급되었을 것을 공사대금 지급보증의 면제의 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 발주자, 원사업자 및 수급사업자 사이에 하도급대금에 대한 직접지급 합의가 존재하는 이상 실제로 하도급대금이 직접 지급되었는지 여부와 관계없이 원사업자의 공사대금 지급보증의무가 면제된다고 봄이 타당하다. 피고의 위 주장은

이유 없다.

(나) 직불합의 당시 이행이 불능하여 무효라는 주장에 대하여

구 하도급법 제14조 제1항에 따른 발주자의 수급사업자에 대한 직접 지급의무의 범위는 특별한 사정이 없는 한 발주자의 원사업자에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 해당 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금에서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 기성공사대금 내역 중 해당 수급사업자의 하도급공사 부분의 금액을 공제한 금액이라고 보아야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다2029 판결 참조).

갑 제53호증의 1, 2, 갑 제54호증, 갑 제60호증의 1 내지 4, 갑 제66호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 한국철도시설공단은 2015. 1. 5., 같은 해 8. 3., 2016. 3. 25.과 같은 해 4. 11. 각 당해 연도 배정예산의 전액 조기 집행을 예정하고 있음을 통보한 점, ② 이에 원고가 실제 기성보다 공사대금을 초과하여 수령하는 과기성 상태가 발생한 점[구체적 사정은 뒤의 (다) ②에서 보는 바와 같다], ③ 발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위 안에서만 하도급대금 직불의무를 부담하므로, 한국철도시설공단은 위 직불합의에도 불구하고 원고에게 이미 지급한 공사대금의 범위에서는 D 등에 하도급대금을 직접 지급할 의무가 없었던 점, ④ 그러나 이 사건 직불합의 이후 D 등이 계속 공사를 진행하고 원고에 대한 과기성 상태가 해소될 경우에는 한국철도시설공단으로서는 이 사건 직불합의에 따라 D 등에 직접 하도급대금을 지급할 의무를 부담하게 되는 점 등에 비추어 보면, D 등에 대하여 실제로 하도급대금 직불이 이루어지지 않았다는 사정만으로 위 직불합의가 이행불능으로 무효라고 단정할 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

[피고는 한국철도시설공단, 원고, D 등 사이의 이 사건 직불합의는 원고의 한국철도시설공단에 대한 기성대금 청구권이 발생하면 한국철도시설공단이 D 등에 그 기성금을 직접 지급하는 일종의 정지조건부 법률행위인데, 위 직불합의 무렵 한국철도시설공단이 원고에게 기성금을 과도하게 지급한 상태이어서 원고가 공사를 진행하여도 D 등에 직불할 대금이 발생하지 않으므로, 위 직불합의는 그 조건의 성취가 불가능하여 무효라는 취지로도 주장하나, 이 사건 직불합의는 하수급인이 위 각 하도급계약에 기하여 실제로 공사를 시행 내지 완료한 범위 내에서는 도급인은

하수급인에게 그 공사대금을 직접 지급하기로 하고 원수급인에게 그 공사대금을 지급하지 않기로 하는 합의로서(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다54108 판결 참조) 그 성립과 동시에 효력이 발생한다고 할 것이고, 다만 한국철도시설공단의 D 등에 대한 직접 지급의무의 범위가 한국철도시설공단의 원고에 대한 대금지급의무를 한도로 할 뿐이므로 이 사건 직불합의 자체가 원고의 한국철도시설공단에 대한 기성대금 청구권의 발생을 정지조건으로 하는 법률행위라고 할 수는 없으므로 피고의 위 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(앞서 본 사정들에 비추어 보면 피고 주장과 같은 조건이 성취불능이라고 할 수도 없다)].

(다) 직불합의가 통정허위표시에 해당한다는 주장에 대하여

갑 제53호증의 1, 2, 갑 제60호증의 1 내지 4, 갑 제54, 67, 70호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면 피고 주장의 사정이나 피고 제출의 증거만으로는 한국철도시설공단, 원고, D 등 사이에 체결된 직불합의가 통정허위표시라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 처분문서의 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수궁할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재 내용대로 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하는바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다67602 판결 등 참조), 피고는 이 사건 직불합의서의 진정성립 자체에 대해서는 다투고 있지 않다.

② 한국철도시설공단은 2015. 1. 5., 같은 해 8. 3., 2016. 3. 25.과 같은 해 4. 11. 각 당해 연도 배정예산의 전액 조기 집행을 예정하고 있음을 통보하였다. 위와 같은 사정과 함께, ⑦ 원고의 2016. 9. 9.자 기성검사신청서에 금회청구액이 (-)35,579,000,000원으로 기재되어 있고, 이 사건 공사의 감리단이 2016. 10. 13. 원고에게, 기성정정에 대한 차액발생을 이유로 과기성대금의 반납을 지시하였던 점[갑 제67호증. 위 지시서에는 원고에 대하여 '기성정정에 대한 차액발생분'의 반납을 청구한다고 기재되어 있는데, 원고와 함께 공동수급체의 구성원이었던 주식회사 J과 K 주식회사도 그 무렵 각 위와 같은 차액을 '과기성분 반납'으로 처리하고 있는 사정(갑 제70, 71호증)에 비추어 보면 원고에 대한 위 '기성정정에 대한 차액' 역시 '과기성분'을 의미함이 명백하다], ④ 이에 따라 원고는 2016. 10. 28. 한국철도시설공단에 34,859,628,800원을 반납하고 위 금액만큼 공급가액을

감소시킨 수정세금계산서를 발급한 점(갑 제68, 69호증), 을 제10호증의 기재에 의하면 건설산업정보종합조회시스템상 한국철도시설공단이 2013. 1. 30.부터 2018. 6. 21.까지 원고에게 지급한 공사대금은 선급금 합계 61,897,000,000원만이 기재되어 있고, 그 중 2013. 1. 30.부터 2016. 9. 9.까지 지급된 금액이 합계 26,205,000,000원으로 기재되어 있는데, 그 무렵까지 지급된 총공사대금 합계는 그를 훨씬 초과하는 89,367,286,000원(= 35,579,000,000원 + 53,788,286,000원) (갑 제54호증)이므로 위 서면에 기재된 바와 달리 상당한 금액이 기성공사대금으로 지급된 것으로 보이는 점 등을 종합하면 원고는 이 사건 직불합의일인 2016. 2. 5.3)

당시에도 과기성 상태에 있었다고 봄이 타당하다(한국철도시설공단은 이 사건 직불합의 이후인 2016. 3. 31. 원고에게 공사대금으로 8,703,000,000원을 지급한 바 있으나, 피고가 제출한 을 제10호증에 의하더라도 해당 금원은 선급금이지 기성금이 아닐 뿐만 아니라 과기성 상태에서도 추가로 기성대금을 지급하여 과기성 상태가 심화되는 경우도 있을 수 있으므로 위와 같은 사정만으로 이 사건 직불합의 당시 원고가 과기성 상태가 아니었다고 할 수는 없다).

③ 발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위 안에서만 하도급대금 직불의무를 부담하므로, 한국철도시설공단은 위 직불합의에도 불구하고 원고에게 이미 지급한 공사대금의 범위에서는 D 등에 하도급대금을 직접 지급할 의무가 없음을 이유로 D 등에 하도급대금을 직불하지 않았다.

④ 한국철도시설공단과 원고는 D 등뿐만 아니라 다른 하수급업자와 사이에서도 이 사건 직불합의와 유사한 내용으로 직불합의를 하였는데, 이들 하수급업자들에 대하여도 과기성 상태가 지속되었던 2016년도에는 하도급대금을 직불하지 않았으나, 과기성 상태가 해소된 2017년경에 이르러서는 발주자가 이들 업체들이 청구하는 하도급대금을 직접 지급하였다(갑 제55, 56호증).

⑤ 피고는, 원고가 2016. 10. 28. 한국철도시설공단에 과기성금을 반납하여 과기성금 상태가 해소된 이후에도 원고가 2016. 11. 29. D에 선급금을 공제한 기성금 41,690,000원을 지급하는 등 한국철도시설공단은 D에 하도급대금을 지급한 적이 없고, 이 사건 직불합의에 의하면 원수급인(원고)은 기성(준공)검사원 제출시 하수급인의 시공내역을 구분하여 하수급인의 확인을 받아 제출하도록 규정되어 있음에도 원고가 2017. 1. 17.자 공사기성부분 검사신청 당시 첨부한

하도급직불집계표(갑 제56호증의 1)에 D 등이 포함되어 있지 않는 등 직불합의가 통정허위표시에 해당한다고 주장한다. 을 제11호증의 기재에 의하면 원고가 2016. 11. 29. D에 선급금을 공제한 기성금 41,690,000원을 지급한 사실은 인정할 수 있다. 그러나 갑 제1호증의 1, 갑 제72, 73호증의 각 1 내지 3, 을 제3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 원고가 2016. 11. 29. D에 지급한 기성대금은 D이 2016. 9. 30. 원고에게 기성청구한 부분에 대한 대금인 사실, ④ 그런데 원고는 D의 위 기성청구 이후 위 대금지급시까지 한국철도시설공단에 기성청구를 한 바 없었고 이에 따라 D로서는 한국철도시설공단으로부터 직접 공사대금을 지급받을 수 없었던 사실, ⑤ 이에 따라 원고는 구 하도급법을 준수하기 위하여 불가피하게 D에 공사대금을 직접 지급한 사실 등을 종합하면 위와 같은 사정만으로 통정허위표시라고 할 수는 없다.4) ⑥ 설령 한국철도시설공단의 원고에 대한 과기성 상태가 D 등이 공사한 부분이 아니라 다른 하수급업자들이 공사한 부분에 관한 기성대금의 과다지급으로 인한 것이어서 원고의 전체적인 과기성 상태에도 불구하고 D 등이 한국철도시설공단에 대하여 자신이 공사한 부분에 관하여 직접 하도급대금의 지급을 청구할 수 있었고, 그럼에도 한국철도시설공단이 D 등에 지급할 하도급대금을 원고에게 지급하였다고 할지라도 앞서 본 사정들에 비추어 보면 그러한 점만으로 이 사건 직불합의가 당초부터 통정허위표시에 해당하였다고 단정할 수도 없다(한국철도시설공단으로부터 기성금을 미리 받은 원고는 만약 한국철도시설공단이 하도급대금을 직불할 경우 한국철도시설공단에 기성금을 반환하여야 할 수 있으므로, D 등 하수급인들에게 기성고를 바로 지급하여 위와 같은 과정을 간소화할 수 있었다).

(3) 소결 결국 피고의 주장은 모두 이유 없다.

4. 제2보증계약에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제15면 밑에서 제2행부터 제16면 제12행까지 부분을 다음과 같이 고친다.

『나) 갑 제9, 10, 57, 59, 61호증의 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 한편 F는 2016. 12. 말경부터 위 제2하도급계약에 따른 이 사건 노반공사를 전혀 이행하지 않은 사실, ④ 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 F에 대하여 약정해지사유가 발생하고, 공사이행을 중단한 이후 이루어진 제1차 해지통보는 이행최고의 효력이 있고(피고 스스로의 주장에 의하더라도 F는 회생절차개시결정 이후에도 원고에게 지속적으로 제2하도급계약의 이행의사를 표시한 바 있으므로5) F는 채무자회생법 제119조 제1항에 따라 계약이행을 선택하였다), 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.』

○ 제18면 제5행 "D"을 "F"로 고친다.

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 법원 판결 선고일인 2019. 4. 12.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 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김상우

판사박영주

판사정석종

별지

- 1) 이 부분 판단에 관하여는 필요한 범위에서 뒤에서 보는 F에 대한 관련 주장 판단도 함께 한다.
- 2) F에 관하여는 2016. 7. 20.이다(을 제4호증).
- 3) F에 관하여는 2016. 7. 20.이다(을 제4호증).
- 4) 원고는 뒤에서 보는 F에 대하여도, 원고가 F에 선급금을 공제한 기성금으로 2016. 10. 28. 133,570,203원, 2016. 11. 29. 10,358,099원, 2016. 12. 30. 12,206,591원을, 2017. 1. 26. 기성금으로 20,810,000원을 각 지급하였다고 주장하며 직불합의가 통정허위표시라고 다룬다. 을 제15호증의 기재에 의하면 원고가 F에 2016. 10. 28. 133,570,203원, 2016. 11. 29. 10,358,099원, 2016. 12. 30. 12,206,591원을 각 지급한 사실은 인정할 수 있다[2017. 1. 26.자 기성금 20,810,000원은 F의 요청에 따라 공사의 원만한 진행을 위하여 불가피하게 근로자들에게 노무비를 직접 지급한 금원으로 보인다(갑 제75호증, 을 제15호증)]. 그러나 위 금원들 역시 F가 2016년 8월부터 11월 사이에 기성청구한 부분에 대한 대금으로 위에서 본 바와 같은 이유로(다만 갑 제1호증의 1, 을 제3호증 대신 갑 제1호증의 3, 을 제4호증이 인정근거가 된다) 통정허위표시의 근거로 삼을 수 없다.
- 5) 피고 2018. 9. 16.자 항소이유서