

서울고등법원 2020. 10. 22 선고 2019나2041738 판결 [보증금 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2020. 10. 22 선고 2019나2041738 판결

서울중앙지방법원 2019. 8. 16 선고 2018가합589094 판결

전문

원고, 피항소인 1. A 주식회사

2. B 주식회사

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 조영운

피고, 항소인 D조합

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 노만경, 이은숙, 현태주

변론 종결 2020. 9. 24.

판결 선고 2020. 10. 22.

제1심판결 서울중앙지방법원 2019. 8. 16. 선고 2018가합589094 판결

주문

1. 제1심판결의 피고에 대한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 기각한다.

피고는 제1심 공동피고 주식회사 C과 공동하여 원고들에게 119,375,753원과 이에 대하여 2018.

12. 1.부터 2020. 10. 22.까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용 중 원고들과 피고 사이에 생긴 부분의 50%는 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
- N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 제1심 공동피고 주식회사 C와 연대하여 원고들에게 226,822,630원과 이에 대하여 2018. 12. 1.부터 2018. 12. 24.까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부를 고쳐 쓰는 것 외에는 제1심판결 2쪽 아래에서 4행부터 8쪽 마지막 행까지의 "1. 기초사실" 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 2쪽 마지막 행의 "피고 주식회사 C(이하 주식회사 호칭은 생략한다)"를 "제1심 공동피고 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)"로 고쳐 쓰고, 그 뒤의 "피고 C"을 "C"로 모두 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 7쪽 표 아래 9행부터 8쪽 마지막 행까지를 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『라. 원고들의 직불처리 및 피고의 보증금 지급거절

1) 원고들은 C이 이 사건 하도급공사와 관련하여 현장근로자들에 대한 임금을 체불하고 자재비, 장비비 등을 미납하게 되자, 2016. 11. 15. C로부터 직불동의를 받아 2016. 12. 15. C의 2016. 11.분 기성금 중 합계 330,296,668원(= 토공사 145,631,795원 + 철근콘크리트공사 90,903,379원 + 포장공사 86,361,584원 + 상하수도공사 7,399,910원)을 C의 채권자들에게 직접 지급하였다(위 돈을 이하 '이 사건 직불금'이라 한다).

2) 원고들은 2017. 3. 8. 피고에게 이 사건 선급금 보증계약에 따른 보증금 지급을 청구하였는데, 피고는 2018. 11. 30. 피고의 잔존 보증책임은 142,944,402원을 초과하지 않는다는 이유로 위 금액만을 원고들에게 지급하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 17 내지 35호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지』

○ 제1심판결 8쪽 표 아래 7행의 "2017. 3. 8."을 "2017. 3. 13."로 고쳐 쓴다.

2. 당사자들의 주된 주장의 요지와 이 사건의 쟁점

가. 당사자들의 주된 주장의 요지

1) 원고들 주장의 요지 이 사건 하도급계약이 C의 귀책사유로 해지되었는데, C은 미정산 선급금 반환채무를 불이행하고 있으므로, 피고는 이 사건 선급금 보증계약에 따라 원고에게 아래와 같이 이 사건 하도급계약의 해지일인 2017. 1. 4.을 기준으로 산정한 C의 미정산 선급금 합계액 331,853,865원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 보증채무를 부담한다.

토공사	3,128,318	177,980,000	3,128,318
철근콘크리트공사	225,302,967	185,673,553	185,673,553
포장공사	192,856,155	130,772,977	130,772,977
상하수도공사	12,279,017	21,450,000	12,279,017
합계			331,853,865

그런데 피고는 원고들에게 142,944,402원만을 지급하였으므로, 이를 피고가 부담하는 보증채무액에서 민법에 따라 변제충당하게 되면, 잔존 선급금 보증금 원금은 226,822,630원이 되므로, 피고는 C와 연대하여 원고들에게 226,822,630원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고 주장의 요지 이 사건 선급금 보증약관은 선급금 반환사유로 C의 당좌거래정지를, 그 기준 일자는 당좌거래 정지일로 각 규정하고 있으므로, C이 반환하여야 할 미정산 선급금은 위 선급금 반환사유 발생일인 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.을 기준으로 산정하여야 한다. 피고는 이에 따라 산정한 잔존 선급금 142,944,402원을 원고들에게 지급하였으므로, 더 이상 원고들에게 선급금 보증금 채무를 부담하지 않는다.

나. 이 사건의 쟁점

위와 같은 당사자들의 주된 주장에 의하면, 이 사건의 쟁점은 보증채무자인 피고가 보증채권자인 원고들에게 지급하여야 할 선급금 보증금의 산정기준 시점이다. 그 시점을 원고들의 주장과 같이 이 사건 하도급계약의 해지일인 2017. 1. 4.로 볼 경우 이 사건 직불금은 기지급 공사대금으로서 원고들은 이 사건 직불금 상당액이 포함된 선급금 보증금을 청구할 수 있고, 반대로 피고의 주장과 같이 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.로 볼 경우 이 사건 직불금 상당액은 선급금으로 충당되므로 원고들은 이 사건 직불금 상당액이 공제된 선급금 보증금만을 청구할 수 있다.

3. 피고가 지급할 선급금 보증금 산정의 기준시점에 대한 판단

가. 사실관계

아래 각 사실은 위 기초사실에서 보았거나, 갑 제23, 31호증, 을 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

① 이 사건 하도급계약서에는 선급금과 관련하여, 원고들의 지급의무, 지급시기, C의 선급금 보증서 제출의무(일반조건 제22조 제3항), 선급금의 정산 기준에 대한 구체적인 규정이 있으나, C의 선급금 반환사유나 반환시기에 관해서는 '선급금은 계약 목적 외에 사용할 수 없고, 목적 외 사용시 이를 반환한다'는 규정이 있을 뿐이다(일반조건 제22조 제4항, 제6항).

② 반면, 이 사건 선급금 보증약관에서는 ⑦ 보증사고를 '채무자(C)에게 아래 각호의 선급금

반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우 보증채권자(원고들)의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않는 것'으로 정의하면서, ④ 선급금 반환사유로 '주채무자의 당좌거래 정지', '주채무자의 공사포기', '계약의 해제 또는 해지', '기타 주계약에 의한 반환사유의 발생'의 4가지를 규정하고 그중 '주채무자의 당좌거래 정지' 사유에 대한 기준일자를 '당좌거래 정지일자'로 정하고 있다(이 사건 선급금 보증약관 제1조 제2항, 이하 이를 '이 사건 약관조항'이라 한다).

③ C은 이 사건 하도급계약(일반조건 제22조 제3항)에 따라 피고로부터 이 사건 선급금 보증서를 발급받아 원고들에게 제출한 다음, 원고들로부터 선급금을 지급받았다.

④ C은 경영난에 빠지게 되어 2016. 12. 12. 회생절차를 신청하였고, 2016. 12. 14. 당좌거래가 정지되었으며, 원고들은 2017. 1. 4. 이 사건 하도급계약을 해지하였다. 한편 원고들은 2016. 12. 15. C의 채권자들에게 이 사건 직불금을 지급하였다.

나. 판단

아래에서 보는 바와 같은 이 사건 선급금 보증계약의 법적 성질, 이 사건 선급금 보증약관의 제정 경위, 이 사건 약관조항의 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 선급금 보증계약에 따라 피고가 원고들에게 지급하여야 하는 선급금 보증금의 산정 기준시점은 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.로 봄이 타당하다. 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 받아들이지 않는다.

1) 이 사건 선급금 보증계약의 법적 성질에 대하여 가) 관련 법리

(1) 보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로, 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 약관의 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이고, 그 성질에 반하지 않는 한 민법의 보증에 관한 규정이 보증보험계약에도 적용된다(대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다20265 판결, 건설공제조합에 관한 대법원 2008. 6.

19. 선고 2005다37154 전원합의체 판결 등 참조).

(2) D조합이 건설산업기본법에 따라 하는 각종 보증에 있어서의 보증사고란 보증인인 D조합의 보증책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로, 선급금보증에서 보증사고가 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보증약관과 보증서 및 주계약인 공사하도급계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결 등 참조).

(3) 민법상 보증계약과 관련하여, 보증채무는 채권자와 보증인 간의 보증계약에 의하여 성립하고, 주채무와는 별개 독립의 채무이지만 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이라고 할 것이다. 그러나 채권자와 보증인은 보증채무의 내용, 이행의 시기, 방법 등에 관하여 특약을 할 수 있고, 그 특약에 따른 보증인의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중하지 않는 한 그러한 특약이 무효라고 할 수 없다(민법 제430조, 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000다9734 판결 등 참조).

(4) 보증채무는 주채무의 이행을 담보하는 것이기 때문에 그 성립과 내용에 있어서 주채무에 종속한다. 성립에 있어서 보증채무는 주채무의 존재를 전제로 한다. 보증은 장래의 채권에 대하여도 할 수 있으나(민법 제428조 제2항), 보증채무는 장래에 주채무가 발생하였을 때 비로소 생기게 된다. 또한 보증채무는 그 내용에 있어서도 주채무에 종속하므로 보증인의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중한 때에는 주채무의 한도로 감축된다(민법 제430조).

(5) 보증인은 주채무자가 이행하지 아니하는 채무를 이행할 의무가 있다(민법 제428조 제1항, 보증채무의 보충성). 주채무자가 우선적으로 이행의무를 부담하고, 그 이행이 없을 때 비로소 보증인이 이행책임을 지게 된다. 다만 채무자의 불이행 사실은 보증채무의 이행청구를 위한 적극적인 요건사실이 아니고, 이는 보증채무의 보충성을 정한 것에 불과하다. 즉 채권자가 보증계약의 존재와 주채무의 발생사실을 주장·입증하여 보증채무의 이행을 청구하면 보증인은 최고·검색의 항변권(민법 제437조)을 행사할 수 있다는 취지일 뿐이다.

나) 이 사건 선급금 보증계약의 법적 성질

앞서 본 사실과 법리를 기초로 이 사건 선급금 보증계약의 법적 성질에 관하여 본다.

(1) 이 사건 선급금 보증계약은 주채무자인 C과 피고 사이에, 보증채권자를 원고들, 주계약을 이 사건

하도급계약으로 정하여 체결된 선급금 보증계약이다. 이 사건 선급금 보증계약은 C이 이 사건 하도급계약에 따른 선급금 반환의무를 이행하지 아니함으로써 원고들이 입게 되는 손해를 이 사건 선급금 보증약관이 정하는 바에 따라 그 보증금액의 범위 내에서 보상하는 것이므로, 그 성질에 반하지 않는 이상 민법의 보증에 관한 규정이 적용된다[위 (1) 법리].

(2) 이 사건 선급금 보증계약은 이 사건 하도급계약을 전제로 한다. 이 사건 선급금 보증계약에 따른 피고의 선급금 보증금 지급채무는 C의 이 사건 하도급계약에 따른 선급금 반환의무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이다. 그러나 이 사건 선급금 보증계약과 이 사건 하도급계약은 계약의 당사자, 계약의 내용, 계약의 목적이 다른 별개의 독립된 계약이므로, 피고와 C은 채무의 내용, 이행의 시기, 방법 등에 관하여 주채무의 목적이나 형태보다 중하지 않은 범위에서 특약을 할 수 있고, 그 특약의 존재와 내용은 이 사건 선급금 보증약관에 의하여 결정된다[위 (3), (4) 법리].

(3) 결국 피고는 유효한 선급금 보증약관을 통하여 보증사고가 무엇인지, 자신이 부담하는 보증채무의 내용, 범위 등을 결정할 수 있고 이는 보험계약이나 보증계약으로서의 본질에 반하지 않는 한 유효하다고 할 것이다. 다만 그 경우에도 민법상 보증에 관한 규정이 적용되므로, 피고가 부담하는 보증채무는 부종성, 보충성 등의 성질을 띠게 된다[위 각 법리].

2) 이 사건 선급금 보증약관의 제정 경위와 그 내용에 대하여 가) 피고의 보증계약에 관한 약관은 종래 계약보증, 차액보증, 손해배상보증, 선급금보증에 관하여 통합 약관으로 되어 있었다. 그 통합 약관에서는 선급금 보증계약의 보증사고에 관하여 '보증기간 내에 발생한 미정산 선급금의 반환채무불이행'이라고만 규정하면서, 보증금 지급한도를 '보증금액 범위 내에서 미정산 선급금 중 미지급 기성금을 차감한 금액'으로 규정하였을 뿐, 선급금의 반환사유 등 선급금의 정산 내지 반환의무가 언제, 어떤 요건 아래에서 발생하는지에 관하여 아무런 규정이 없었다.

피고는 2011. 4.경 선급금 보증 전용으로 이 사건 선급금 보증약관과 같은 내용의 보증약관을 새로이 제정하였는데, 그중 이 사건 약관조항에는 '주채무자의 당좌거래 정지' 등의 선급금 반환사유와 그 기준일자를 함께 규정하였다.

위와 같이 피고가 선급금 보증약관을 제정하면서 선급금 반환사유를 새로이 규정한 이유는 선급금 보증금 지급의무를 부담하게 되는 사유와 보증금 산정기준이 되는 시기를 특정함으로써 피고가

부담하는 선급금 보증금의 범위를 명확히 하기 위한 것으로 보인다.

나) 이 사건 약관조항에서는 보증사고를 '채무자(C)에게 당좌거래 정지 등의 선급금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우 보증채권자(원고들)의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않는 것'으로 구체적으로 정하였다. 한편 여기에서 '보증채권자의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않는 것'이라는 요건은 보증채무의 보충성을 규정한 것에 불과하다는 점은 앞서 본 바와 같다[위 1)가)의 (5) 법리].

반면 주계약인 이 사건 하도급계약에서는 선급금의 반환사유나 반환시기에 관해서는 '목적 외 사용시 이를 반환한다'는 규정 이외에 명시적인 정함이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 하도급계약에 따른 C의 원고들에 대한 선급금 반환의무는 이 사건 하도급계약이 해지 또는 해제됨으로써 발생하게 된다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결 등의 취지 참조).

다) 한편 위와 같은 선급금 반환사유를 규정한 취지와 그 내용에 비추어 보면, 피고가 이 사건 선급금 보증계약에서 선급금 반환사유 및 그 기준시기에 관하여 규정하였다고 하여 피고의 부담이 주채무의 목적이나 형태보다 중하게 되었다고 보기도 어렵고, 만약 그러한 경우 민법 제430조에 의하여 주채무의 한도로 감축되게 된다.

라) 위와 같은 이 사건 선급금 보증약관의 제정 경위, 종래의 통합 약관과 이 사건 선급금 보증약관의 차이, 이 사건 약관조항의 내용, 주계약인 이 사건 하도급계약의 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 선급금 보증계약에서의 보증사고는 이 사건 약관조항에 열거된 선급금 반환사유가 생긴 때에 발생한다고 할 것이고, 보증사고 발생시 피고가 부담하는 선급금 보증금의 산정은 각 선급금 반환사유의 기준일자를 기준으로 하여야 한다고 봄이 타당하다[위 1)가)의 (2) 법리].

3) 기타 고려할 사정에 대하여 가) 이 사건 약관조항의 내용은 합리적이라고 보인다. 이 사건 약관조항에서 선급금 반환사유로 규정하고 있는 사유들 중 '주채무자의 공사포기', '계약의 해제 또는 해지'는 하도급계약에서 정한 채무의 불이행이 있음으로써 선급금 반환의무의 발생이 객관적으로 확실한 때에 해당한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결의 취지 참조).

나아가 이 사건의 경우, 갑 제1 내지 16호증, 을 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, C은 총계약금액 약 124억 원 중 약 25%에 이르는 약 31억 원을 선급금으로 지급받은 사실,

원고들은 2016. 2.경부터 2016. 12.경까지 여러 차례에 걸쳐 C에 대하여 미불금 등으로 인하여 공정진행이 지연되고 있으므로 계약을 해지할 수 있다는 취지를 통보한 사실을 인정할 수 있고, C이 2016. 12. 12. 회생절차를 신청하였고 2016. 12. 14. 당좌거래가 정지된 사실은 앞서 본 바와 같다. 사정이 이러하다면 이 사건 약관조항에서 정한 '당좌거래 정지' 사유 또한 선급금 반환의무의 발생이 객관적으로 확실한 때에 해당한다고 할 것이다.

이처럼 이 사건 약관조항에서 규정한 선급금 반환사유는 일반적으로 선급금 반환의무의 발생이 객관적으로 확실한 때에 해당한다고 볼 수 있는 사유를 한정적으로 규정함으로써 피고의 예측가능성을 높이면서도 보증채권자의 주계약상의 권리침해를 최소화한 것으로 보인다.

나) 또한 이 사건 약관조항으로 인하여 보증채권자에게 예상하지 못한 불이익을 줄 우려가 있다고 보기도 어렵다. 일반적으로 공사하도급계약에서 하도급인의 선급금 지급의무를 규정한 경우 선급금의 지급 이전에 선급금 보증서를 제출하도록 하고 있으므로 하도급인으로서 선급금 보증약관을 사전에 확인함으로써 선급금 반환사유의 존재를 알 수 있다. 이 사건에서도 원고들은 C에 선급금을 지급하기 전에 이 사건 선급금 보증서를 교부받았고, 원고들도 이 사건 약관조항의 존재를 알고 있었던 것으로 보인다.

다) 이 사건 약관조항은 사회적·경제적 필요성도 있어 보인다. 종래 하도급공사에 있어서 자금력이 약한 영세한 하수급업체를 보호하기 위하여 계약이행 보증, 선급금 보증 등의 기관보증이 발달하게 되었다. 그러나 한편으로는 하도급인이 그러한 보증제도를 믿고 하수급인이 계약을 이행할 수 없음이 비교적 명백한 상황에서도 신속히 하도급계약을 종료시키지 않은 경우가 있었음을 부인하기는 어렵다. 그 경우 공기 지연, 후속 공사업체 선정으로 인한 추가비용 부담 등의 사회적·경제적 손실이 발생하게 된다. 이 사건 약관조항은 하도급인으로 하여금 공정관리를 엄격히 하도록 유도함으로써 이러한 손실의 발생을 최소화할 수 있는 장점이 있다. 물론 당좌거래 정지에도 불구하고 공사를 계속하고자 하는 하수급인에게서는 가혹한 결과가 될 수는 있겠으나, 상당한 비율의 선급금을 지급받고도 당좌거래 정지에 이르렀다면 그 보호가치가 크다고 보기는 어렵다.

4) 피고가 지급할 선급금 보증금 산정의 기준시점 가) 앞서 본 바에 의하면, C이 2016. 12. 14.에 당좌거래 정지에 이르렀고, 이 사건 약관조항에는 당좌거래 정지를 선급금 반환사유로 규정하면서 그

기준일자를 당좌거래 정지일자로 정하고 있으므로, 피고가 지급할 선급금 보증금의 산정 기준시점은 2016. 12. 14.이 된다.

나) 이에 대한 원고들의 주장에 관하여 본다.

① 원고들은 'C의 원고들에 대한 선급금 반환의무가 이 사건 하도급계약의 해지일인 2017. 1. 4.에 발생하므로 피고의 선급금 보증금 지급의무 또한 그때 발생한다. 만약 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.에 피고의 선급금 보증금 지급의무가 발생한다면 이는 주채무자인 C에는 선급금 반환을 청구할 권리가 발생하지 않았음에도 보증채무자인 피고에게는 선급금 보증금을 청구할 수 있게 되어 보증채무의 부종성에 반하는 결과가 된다'는 취지로 주장한다.

살피건대, C의 원고들에 대한 선급금 반환의무가 이 사건 하도급계약의 해지일에 발생한다는 것은 원고들의 주장과 같다. 다만 이 사건 선급금 보증계약에 따른 보증사고가 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.에 발생하였더라도, 보증채무의 부종성으로 인하여 피고의 선급금 보증금 지급의무는 주채무자인 C의 선급금 반환의무가 발생한 때에 생기게 된다. 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다(한편 원고들이 그 주장의 근거로 들고 있는 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다94278 판결 등은 사안이 달라 이 사건에 원용하기 적절하지 아니하다).

② 원고들은, 약관 해석에서의 작성자 불이익의 원칙에 따라 이 사건 약관조항에서의 보증사고가 발생한 것으로 인정되기 위해서는 이 사건 약관조항에서 정한 선급금 반환사유 중 주계약에서 정한 선급금 반환사유가 발생하고 채무자의 미정산 선급금 반환채무불이행이라는 사유까지 발생하는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다.

원고들의 위 주장은 주계약에 이 사건 약관조항에서 정한 선급금 반환사유가 규정되어 있어야 함을 전제로 한다. 그러나 이 사건 약관조항에는 선급금 반환사유로 '주채무자의 당좌거래 정지', '주채무자의 공사포기', '계약해제 또는 해지'와 더불어 '기타 주계약에 의한 반환사유의 발생'이 병렬적으로 규정되어 있어 위 각 선급금 반환사유가 주계약에 규정되어 있음을 전제로 한다고 해석되지 아니한다. 나아가 채무자의 미정산 선급금 반환채무 불이행이라는 사유는 보증사고의 발생요건이 아니라 보증채무의 부종성을 규정한 것에 지나지 않는다는 점은 앞서 본 바와 같다. 원고들의 위 주장도 이유 없다.

4. 피고가 지급하여야 할 선급금 보증금의 범위에 대한 판단

가. 피고의 선급금 보증금 지급채무의 범위

1) 관련 법리 공사도급계약에 있어서 선급금을 지급한 후 도급계약이 해제 또는 해지되거나 선급금 지급조건을 위반하는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계의 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조). 이러한 법리는 공사하도급계약에서도 마찬가지이다.

또한 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).

2) 위와 같은 법리를 기초로 이 사건에 관하여 본다. 앞서 본 바와 같이 C은 이 사건 하도급계약의 해지일인 2017. 1. 4.을 기준으로 위 법리에 따라 산정한 선급금을 원고들에게 반환할 의무를 부담하는 반면, 피고는 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14.을 기준으로 위 법리에 따라 산정한 선급금 보증금을 지급할 의무가 있다. 결과적으로 이 사건 약관조항에 의하여 피고의 선급금 보증금 지급채무의 내용이 C의 선급금 반환채무의 내용보다 그 범위가 줄어들게 된다.

결국 2016. 12. 14.까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 충당되므로 피고는 그 나머지 선급금을 그 보증금액의 한도 내에서 지급할 의무가 있다.

3) 이에 따라 피고가 부담하는 선급금 보증채무액을 산정하면 다음 표 기재와 같이 235,423,793원과 이에 대한 지연손해금이 된다(인정 근거: 다툼 없는 사실, 갑 제41 내지 44호증, 을 제6호증의 각 기재).

토공사	3,128,318	158,818,000	69,488,324	
철근콘크리트공사	319,916,688	186,648,000	185,673,553	133,268,688
포장공사	200,594,855	101,640,000	130,772,977	98,954,855
상하수도공사	13,710,524	9,394,000	17,449,736	3,200,2501) 원고들이 이 사건 하도급공사 중 상하수도공사와 관련하여 부가가치세

토공사	3,128,318	158,818,000	69,488,324	
				1,116,274원을 매입세액으로 공제받은 사실에 관하여는 다툼이 없으므로, 상하수도공사 관련 미정산 선급금 13,710,524원(①금액)에서 미지급 기성금 9,394,000원(②금액)을 차감한 금액에서 위 1,116,274원을 공제한 금액이다(나머지 공사에 관하여는 원고들이 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제받았거나 환급받았다는 사실을 인정할 증거가 없다).
합계	537,350,385	456,500,000	403,384,590	235,423,793

4) 원고들과 피고의 주장에 대한 판단 가) 원고들은, C의 당좌거래 정지일을 기준으로 피고가 지급할 선급금 보증금을 산정하더라도 원고들이 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조(하도급대금 지불)에 따라 C의 채권자들에게 지급한 이 사건 직불금 상당액은 기지급된 기성금으로서 선급금 총당 대상이 아니라고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 2016. 12. 14.까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 총당되므로, 원고들이 그 이후인 2015. 12. 15. 지급한 이 사건 직불금은 선급금으로 총당되어 이미 소멸한 공사대금을 지급한 것에 불과하다. 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다(원고들은 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조의 규정이 이 사건 직불금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 약정, 즉 예외적 정산약정이라는 취지로도 주장하나, 위 규정의 내용만으로는 이를 예외적 정산약정에 해당한다고 보기 어렵다).

나) 피고는 '원고들이 보증이행확인원을 제출하여 C과의 합의 아래 피고의 보증책임을 소멸시키기로 하였으므로 그에 따른 잔여 보증금액을 미정산 선급금으로 보아야 한다. 따라서 피고가 부담하는 보증채무액은 위 ① 2016. 12. 14. 기준 미정산 선급금과 ③보증금액 중 적은 금액에서 ②2016. 11.분 기성금을 공제한 금액으로 산정하여야 한다'는 취지로 주장한다.

살피건대, 을 제6호증의 기재에 의하면 원고들이 보증이행확인원을 제출하였고, 그에 따라 잔여 보증금액이 위 ③ 보증금액 기재와 같이 감축된 사실은 인정되나, 그러한 사정만으로는 위 ③보증금액이 피고가 부담할 수 있는 선급금 보증금의 상한액을 의미하는 것이 아니라 미정산 선급금을 의미하는 것이라고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 이 사건 선급금 보증약관 제1조 제3항은 "보증금 지급한도는 보증금액 범위 내에서 채무자(C)가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자(원고)가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 한다"라고 규정하고 있으므로, 피고는 이 사건 선급금 보증계약에서 정한 보증금액 범위 내에서 주계약인 이 사건 하도급계약에서 정한 바에 따라 미정산 선급금에서 미지급 기성금을 공제한 금액을 지급할 의무를 부담한다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

나. 변제충당

피고가 2018. 11. 30. 원고들에게 보증채무 이행으로 142,944,402원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같은데, 위 돈으로 피고의 보증채무 전부를 소멸시키기에는 부족하므로 변제충당의 문제가 발생한다.

피고가 2018. 11. 30. 원고들에게 142,944,402원을 일부 변제할 당시 피고가 부담하는 보증채무는 235,423,793원과 이에 대하여 이 사건 하도급계약의 해지일로서 C의 선급금 반환의무 발생일인 2017. 1. 4.의 다음 날인 2017. 1. 5.부터 2018. 11. 30.까지 상법이 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금 26,896,362원²⁾ 이다.³⁾ 피고가 일부 변제한 위 142,944,402원을 민법에 따라 지연손해금, 원본의 순서로 변제 충당하면 142,944,402원 중 26,896,362원은 위 선급금 보증금채무의 지연손해금에 먼저 충당되고, 나머지 116,048,040원(= 142,944,402원 - 26,896,362원)은 원본에 충당되어 위 금액 범위 내에서 소멸되므로, 잔존 선급금 보증금은 119,375,753원(= 235,423,793원 - 116,048,040원)이 된다.

다. 소결론

따라서 피고는 C와 공동하여 원고들에게 119,375,753원과 이에 대하여 위 변제충당 다음 날인 2018. 12. 1.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 10. 22.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고들의 피고에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하였으므로, 피고의 항소를 일부 받아들여

제1심판결 중 위에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 기각한다.

재판장판사기우중

판사김영훈

판사주선아

1) 원고들이 이 사건 하도급공사 중 상하수도공사와 관련하여 부가가치세 1,116,274원을 매입세액으로 공제받은 사실에 관하여는 다툼이 없으므로, 상하수도공사 관련 미정산 선급금 13,710,524원(①금액)에서 미지급 기성금 9,394,000원(②금액)을 차감한 금액에서 위 1,116,274원을 공제한 금액이다(나머지 공사에 관하여는 원고들이 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제받았거나 환급받았다는 사실을 인정할 증거가 없다).

2) = $235,423,793\text{원} \times (1 + 330/365) \times 0.06$

3) 원고들이 피고의 선급금 보증금 지급채무 이행지체로 인한 지연손해금을 청구하는 취지인지, C의 주채무에 종속한 채무로서의 지연손해금을 청구하는 취지인지 분명하지 아니하다. 다만, 이 사건의 경우 아래와 같은 사정을 종합하여 보면, 그 결과에 차이가 없으므로 위와 같이 인정한다.

① 보증채무의 범위에는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무가 포함되고(민법 제429조), 주채무인 C의 선급금 반환의무는 이 사건 하도급계약 해지일인 2017. 1. 4. 발생한다. C의 선급금 반환의무의 이행기에 대하여 이 사건 하도급계약에는 아무런 정함이 없으므로 C은 그 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다고 볼 것이다(민법 제387조 제2항). 다만 원고들은 이 사건 하도급계약이 해지된 다음 날인 2017. 1. 5.부터 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 주장하고 있고, 피고 또한 이에 대하여 명백히 다투지 아니하므로, 그 지연손해금 기산일을 2017. 1. 5.로 본다.

② 원고들이 2017. 3. 13. 피고에게 선급금 보증금의 지급을 청구한 사실, 피고가 2018. 11. 30. 원고들에게 선급금 보증금으로 142,944,402원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같다. 한편 이 사건 선급금 보증약관 제5조에 의하면 피고는 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후

지체없이 보증금액을 결정하고 결정된 보증금은 5일 이내에 지급하도록 규정하고 있는바, 피고의 선급금 보증금 지급의무 지체책임은 원고들로부터 보증금 지급청구를 받은 때부터 이 사건 선급금 보증계약에 따른 보증사고의 발생 여부, 잔여 선급금의 범위 등을 판단하기 위해 필요한 상당한 기간에 5일을 더한 기간이 종료된 다음 날부터 발생한다고 볼 것이다.

③ 결국 피고는 C의 선급금 반환채무에 대한 지연손해금의 기산일인 2017. 1. 5.부터 위 ②에서 본 상당한 기간에 5일을 더한 기간까지는 C의 주채무에 종속한 채무로서의 지연손해금(연 6%, 이를 고려하더라도 여전히 보증금액 범위 내이다)을, 그 기간 다음 날부터는 자신의 선급금 보증금 지급채무에 대한 지연손해금(연 6%)을 지급할 의무가 있다.