

서울중앙지방법원 2015. 12. 2 선고 2015가합545604 판결 [선급금 보증금 청구]

전 문

원고 1. 인본건설 주식회사

2. 주식회사 이테크건설

3. 주식회사 파라다이스 글로벌

4. 주식회사 승영기술공사

피고 전문건설공제조합

변론 종결 2015. 11. 11.

판결 선고 2015. 12. 2.

주 문

1. 피고는 원고 인본건설 주식회사에게 43,322,052원, 원고 주식회사 이테크건설에게 70,678,539원, 원고 주식회사 파라다이스 글로벌에게 47,119,026원, 원고 주식회사 승영기술공사에게 23,559,513원 및 위 각 금원에 대한 2012. 11. 1.부터 2015. 12. 2.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 7/10은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고 인본건설 주식회사에게 194,912,652원, 원고 주식회사 이테크건설에게

184,371,489원, 원고 주식회사 파라다이스 글로벌에게 122,914,326원, 원고 주식회사 승영기술공사에게 61,457,163원 및 위 각 금원에 대한 2012. 11. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 사안의 개요

이 사건은 원고들이 주식회사 우신엔지니어링(이하 '우신'이라 한다)의 선급금 반환 의무, 주식회사 시연건설(이하 '시연'이라 한다)의 선급금 반환의무 및 계약이행의무를 보증한 피고를 상대로 보증금의 지급을 구하는 사안이다.

2. 전제 사실

가. 공동수급체의 구성 및 공사계약의 체결

원고들은 공동수급체를 구성하여 광주시와 곤지암2 등 4개소 공공하수처리시설 신증설공사에 관한 공사도급계약을 체결하였다. 위 공동수급체의 지분비율은 원고 인 본건설 주식회사(이하 '원고 인본'이라 한다) 40%, 원고 주식회사 이테크건설(이하 '원 고 이테크'라 한다) 30%, 원고 주식회사 파라다이스 글로벌(이하 '원고 파라다이스'라 한다) 20%, 원고 주식회사 승영기술공사(이하 '원고 승영'이라 한다) 10%이다.

나. 우신과의 하도급계약

1) 하도급계약의 체결 및 보증 등 가) 우신은 2011. 10. 4. 원고들과 위 원도급공사 중 곤지암2 하수처리장 토 목공사(1차분)에 관하여 계약금액 2,733,170,000원, 공사기간 2011. 10. 4.부터 2012. 6. 13.까지로 한 하도급계약을 체결하였다.

나) 위 하도급계약에 관하여 피고는 원고들에게 2011. 10. 6. 보증금액 683,292,500원, 보증기간 2011. 10. 6.부터 2012. 6. 13.까지로 한 선급금보증서를 발급해주었고, 그 보증기간 만기가 다가오자 2012. 6. 5. 보증금액 381,095,500원, 보증기간 2012. 6. 14.부터 2012. 7. 3.까지로 한

연장 선급금보증서를 발급해주었다.

다) 원고들과 우신은 2012. 7. 10. 공사기간을 2012. 10. 1.까지로 연장하는 하도급변경계약을 체결하였다. 이에 피고는 2012. 9. 5. 원고들에게 보증금액 265,248,500원, 보증기간 2012. 7. 4.부터 2012. 10. 1.까지로 한 재연장 선급금보증서를 발급해주었다.

라) 이후 원고들과 우신 사이에 2012. 10. 23. 공사기간을 2012. 11. 30.까지 로 연장하는 하도급변경계약이 체결되었다.

2) 하도급계약의 해지 및 보증금 청구 가) 우신은 2012. 8.경 공사현장의 근로자들에 대한 임금을 체불하기 시작하였고, 2012. 8. 28.에는 원고 인본에게 추가 기성금의 지급이 없으면 누적되는 적자를 감당하기 어려워 미불금으로 인한 소요사태를 예방할 수 없고, 최악의 경우 더 이상 공사를 수행할 수 없는 실정이라는 취지의 현장상황 보고 공문을 보냈다.

나) 원고 인본은 원고들을 대표하여 2012. 10. 15. 우신에게 2012. 10. 12. 일방적으로 중단한 공사를 2012. 10. 17.까지 재개하고 체불임금을 지급할 것을 요구하는 내용의 공문을 보내는 등 수차례에 걸쳐 공사의 재개를 촉구하였으나, 공사가 재개되지 않자 2012. 10. 26. 우신에게 계약해지를 통보하고, 2012. 11. 1. 피고에게 선급금보증금을 청구하였다.

다. 시연과의 하도급계약

1) 하도급계약의 체결 및 보증 등 가) 시연은 2011. 8. 10. 원고들과 위 원도급공사 중 오폐하수처리장 토목공사에 관한 계약금액 2,299,000,000원, 공사기간 2011. 8. 10.부터 2013. 4. 9.까지의 하도급계약(총괄계약) 및 그중 1차분 공사에 관한 계약금액 2,095,500,000원, 공사기간 2012. 6. 13.까지의 하도급계약을 체결하였다.

나) 피고는 원고들에게 2011. 8. 11. 총괄 하도급계약에 관하여 보증금액 229,900,000원, 보증기간 2011. 8. 10.부터 2013. 4. 9.까지로 한 계약보증서를, 2011. 8. 25. 1차분 하도급계약에 관하여 보증금액 628,650,000원, 보증기간 2011. 8. 25.부터 2012. 6. 13.까지로 한 선급금보증서를 발급해주었고, 그 무렵 원고들은 시연에게 1차분 하도급계약에 따른 선급금 합계 628,650,000원을 지급하였다. 이후 위 선급금보증기간의 만기가 다가오자 피고는 2012. 7. 11. 보증금액 444,260,000원, 보증기간 2012. 6. 14.부터 2012. 10. 1.까지로 한 연장 선급금보증서를

발급해주었다.

다) 원고들과 시연은 2012. 6. 5. 2차분 공사에 관하여 계약금액 634,700,000원, 공사기간 2013. 6. 4.까지로 한 하도급계약을 체결하였고, 이에 대하여 피고는 2012. 8. 22. 원고들에게 보증금액 140,000,000원, 보증기간 2012. 8. 22.부터 2013. 6. 4.까지로 한 선급금보증서를 발급해주었다. 이후 위 2차분 하도급계약에 따른 선급금으로 시연에게 원고 승영은 2012. 8. 28. 14,000,000원, 원고 파라다이스는 2012. 8. 31. 28,000,000원, 원고 이테크는 2012. 9. 5. 42,000,000원, 원고 인본은 2012. 9. 12. 5,084,000원(계약상 원고 인본이 시연에게 지급해야 할 선급금 56,000,000원 중 주식회사 대인의 수원지방법원 여주지원 2012카단1521 채권가압류 결정상 청구금액인 50,916,000원 제외한 금액)을 지급하였다.

2) 하도급계약의 해지 및 보증금 청구 가) 시연은 2012. 8.경 공사현장의 근로자들에 대한 임금을 체불하기 시작하였다. 이에 원고 인본은 시연에게 2012. 8. 1.부터 2012. 9. 28.까지 수차례에 걸쳐 미지급금의 지급 및 부진공정의 만회대책 등을 요구하는 공문을 보냈고, 2012. 10. 10.에는 시연에게 계약해지 통보에 따른 법적 조치를 취하겠다는 취지의 공문을 보내는 한편, 피고에게 시연이 2012. 8.부터 회사 내부적인 사유(자금부족)로 공사 진행이 부진하여 수차례 미지급 공사대금 지급 계획 및 공정부진에 따른 만회대책을 강력히 요청하였으나 답변이 없는 상태이며, 현재 실질적으로 공사를 중지한 상태라는 이유로 계약보증금 및 선급금보증금을 청구하였다.

나) 피고는 2013. 12. 30. 원고들의 보증금 청구에 대한 심사 결과 1차분 선급금보증금 중 미정산 선급금 316,916,870원은 인정하나 계약보증금 및 2차분 선급금보증금은 인정하지 아니한다고 통지하고, 위 316,916,870원을 원고들의 지분비율에 따라 나누어 지급하였다(원고 인본에게 126,766,748원, 원고 이테크에게 95,075,061원, 원고 파라다이스에게 63,383,374원, 원고 승영에게 31,691,687원).

라. 하도급계약 및 보증약관의 내용

이 사건 각 하도급계약 및 보증약관 중 이 사건과 관련된 부분은 다음과 같다.

건설공사 하도급계약서(본문)

제25조(계약해제, 해지)

① 원고들 또는 하수급사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 상당한 기간을 정하여 계약의 이행을 최고한 후 동 기간 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 혹은 해지할 수 있다.

1. 원고들 또는 하수급사업자가 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때
 2. 부도·파산 등 하수급사업자의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때
 4. 하수급사업자가 정당한 이유 없이 약정한 착공기간을 경과하고도 공사에 착공하지 아니한 때
- 제25조의2(공사의 중지)

① 원고들이 계약조건에 의한 선급금과 기성부분의 지급을 하지 않는 경우로서 하수급사업자가 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고, 원고들이 이를 지급하지 아니하면 하수급사업자는 공사중지 기간을 정하여 원고들에게 통보하고 공사의 전부 또는 일부를 일시 중지할 수 있다.

② 제1항의 공사중지에 따른 기간은 제24조의 지체상금 산정시 지체일수에서 제외한다.

현장특수조건

제7조(계약의 해지) 다음 각 항의 경우 원고들은 본 계약을 해지할 수 있는 권한을 갖는다.

- 3) 본 계약조건을 성실히 이행하지 않을 경우
- 5) 공사대금 체불에 따른 공사의 일부 및 전부의 후속공정에 지장을 초래할 경우

현장 특기 시방서

- 일반사항 -

13. 하수급사업자의 자금집행이 지연되어 공사의 원활한 진행에 지장이 있다고 판단될 시 원고들은 체불된 인건비, 장비비, 자재비에 대한 자금을 직접 당사자에게 지불할 수 있다.

- 기타 -

1. 계약보증은 계약금액의 전체 10%이며, 현금 또는 보증서가 가능하다.
(계약해지 사유 발생시 손실액이 아닌 계약보증금 전액을 원고들에게 귀속시킨다.)
2. 계약해지 사유

- 1) 원고들로부터 지급받은 기성금 및 선급금을 타 용도로 사용
- 2) 하수급사업자가 예정공정의 90% 이하로 공사가 진행되어 준공(차수준공 포함)이 어렵다고 원고들이 판단될 경우
- 3) 공사비(노무비, 자재비, 장비비 등) 미지급으로 인하여 공정이 부진하고 발주처 및 당사로부터 민원이 발생할 경우
- 4) 기타 사유로 인하여 원고들의 대외 이미지가 실추될 경우

선급금보증약관

제1조(보증책임)

① 피고는 계약자(이하 '채무자'라 합니다)가 앞면 기재 계약(이하 '주계약'이라 합니다)과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방(이하 '보증채권자'라 합니다)에게 부담하는 미정산 선급금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담합니다.

② 이 약관에서 보증사고라 함은 채무자에게 아래 각 호의 선급금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우(앞면에 기재된 보증기간 내에 발생한 경우에 한함) 보증채권자의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각 호의 반환사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

1. 주채무자의 당좌거래정지	당좌거래 정지일자 기준
2. 주채무자의 공사포기	공사포기 문서일자 기준다만, 보증기간 종료일로부터 직전 15일 이내의 경우에는 확정일자를 기준으로 함
3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자 기준
4. 기타 주계약에 의한 반환사유의 발생	반환요청 문서의 일자 기준

제5조(보증금의 지급)

① 피고는 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금액을 결정하고, 결정된 보증금액은 5일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

제9조(면책조항)

① 피고는 다음 각 호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

4. 보증서 수령일 이전에 이미 계약해제 사유가 발생한 경우

계약보증약관

제9조(면책조항)

② 이 보증계약에 관하여 아래와 같은 사유가 생긴 때에는 그때부터 보증계약의 효력이 상실됩니다.

다만, 서면으로 피고의 승인을 받은 경우에는 그러하지 아니합니다.

2. 계약의 주된 내용이 변경되어 동일성이 인정되지 않는 경우

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 17, 20, 23, 24, 27호증, 을 제1, 2호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 이 사건의 쟁점

가. 선급금보증금 청구

1) 보증사고의 의미(쟁점 1-1), 우신의 선급금, 시연의 1차분 선급금 관련

2) 우신에 대한 선급금보증책임 면책사유의 존부(쟁점 1-2)

3) 시연에 대한 1차분 선급금보증책임 보증사고의 발생 시기(쟁점 1-3)

4) 시연에 대한 2차분 선급금보증책임 가) 보증사고의 발생 시기 및 면책사유의 존부(쟁점 1-4-1)

나) 보증계약 취소 가부(쟁점 1-4-2)

다) 소멸시효 완성 여부(쟁점 1-4-3)

나. 계약보증금 청구, 시연의 계약보증금 관련

주계약의 동일성 인정 여부(쟁점 2)

4. 판단

가. 쟁점 1-1(보증사고의 의미)

1) 원고들의 주장 보증기간 내에 계약해제 또는 해지의 의사표시를 하지 않았더라도 하도급계약상 채무불이행사유가 존재한다면 선급금보증약관상의 보증사고에 해당한다.

2) 피고의 반론 원고들이 하도급계약을 해지한 때에 보증사고가 발생하므로, 2012. 10. 26.

하도급계약이 해지된 우신에 대한 선급금보증(보증기간 2012. 7. 4. ~ 2012. 10. 1.) 및 2012. 10. 10. 하도급계약이 해지된 시연에 대한 1차분 선급금보증(보증기간 2012. 6. 14. ~ 2012. 10. 1.)에 관한 보증사고는 보증기간이 지나서 발생하였다.

3) 판단 전문건설공제조합이 건설산업기본법에 따라 하는 각종 보증에 있어서의 보증사고라 함은 보증인인 전문건설공제조합의 보증책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로, 선급금보증에서 보증사고가 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보증약관과 보증서 및 주계약의 구체적 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결 등 참조).

이 사건 선급금보증약관 제1조 제2항은 보증사고에 관하여 주계약의 해제 또는 해지(제3호)를 포함한 각 호의 선급금 반환사유의 발생과는 별도로 '기타 채무불이행이 있는 경우'를 규정하고 있고, 위 약관조항상 선급금 반환사유 중 주채무자의 당좌거래정지(제1호), 주채무자의 공사포기(제2호)는 채무불이행의 태양으로서 주계약의 해제 내지 해지사유에 해당할 수 있는 것이다(그럼에도 계약해제 또는 해지일이 아니라 당좌거래 정지일, 공사포기일이 사고발생일이 된다). 여기에 해제·해지사유에 이르지 못함에도 주채무자에게 선급금 반환채무가 발생하는 기타 채무불이행의 경우를 상정하기 어려운 점, 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 하는 점(약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항 참조) 등의 사정까지 고려하면, 주계약 해제 내지 해지의 사유가 될 수 있는 채무불이행이 있는 경우 반드시 이를 사유로 한 해제 또는 해지가 이루어져야 비로소 보험사고가 발생하는 것으로 작성자인 피고에게 유리하게 보험사고에 관한 약관조항을 새기기는 곤란하고, 해제 내지 해지사유가 될 수 있는 채무불이행이 있어 선급금반환의무의 발생이 객관적으로 확실하게 된 때에 보증사고가 발생한 것으로 봄이 타당하다.

나. 쟁점 1-2(우신에 대한 선급금보증책임 - 면책사유의 존부)

1) 원고들의 주장 우신이 보증기간 내인 2012. 8.경 하도급대금을 제때 노무비 등으로 지급하지 아니하여 공정이 지체됨에 따라 채무불이행(보증사고)이 발생하였으므로, 피고는 우신에 대한 선급금보증책임으로서 원고들에게 선급금 683,292,500원에서 하도급계약 해지 당시 기성금에 총당된 534,216,000원을 공제한 나머지 149,076,500원을 원고들의 지분비율에 따라 지급할

의무가 있다(원고 인본에게 59,630,600원, 원고 이테크에게 44,722,950원, 원고 파라다이스에게 29,815,300원, 원고 승영에게 14,907,650원).

2) 피고의 주장 원고들이 2012. 9. 5. 재연장 선급금보증서를 발급받기 전에 이미 계약해제 사유가 발생하였으므로, 선급금보증약관상 피고의 면책사유가 존재한다.

3) 판단 가) 앞서 본 사실관계에 의하면, 원고들이 2012. 9. 5. 피고로부터 재연장 선급금보증서를 발급받기 전인 2012. 8.경 우신이 노무비 등을 체불하여 공사 진행이 지체됨에 따라 주계약인 하도급계약에서 정한 계약해지 사유(하도급계약 현장특수조건 제7조 제3항, 제5항, 현장 특기 시방서 '기타' 항목의 제2조 제3항)가 발생하였다. 이는 선급금보증약관 제9조 제1항 제4호에서 정한 면책사유에 해당하므로, 우신의 선급금반환채무에 대하여 피고의 보증책임이 인정되지 않는다.

나) 원고들은 피고가 약 2달 간 우신에 대한 보증심사를 심도 있게 진행하여 우신의 채무불이행 사실을 알았거나 알 수 있었던 상태에서 재연장 선급금보증서를 발급하였으므로 면책사유를 스스로 포기한 것이고, 위 보증서의 효력을 신뢰한 원고들에게 면책사유를 이유로 보증책임을 부인하는 것은 신의칙에 반한다고 주장한다. 그러나 위 주장과 달리 2012. 9. 5. 우신이 피고에게 보증기간 연장으로 인한 추가보증의 선급금보증 신청서를 제출하고 같은 날 재연장 선급금보증서가 발급되었으며(을 제4호증의 1의 기재), 당시 피고가 우신의 채무불이행 사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 증거가 없다. 오히려 원고들은 2012. 8. 28. 우신으로부터 현장상황 보고를 받아 채무불이행 상태를 알고 있었고(갑 제17호증의 기재), 위 선급금보증 신청 당시 기존의 선급금보증서에 관한 보증이행완료 확인원을 작성·제출하기도 하였던 점(을 제4호증의 4의 기재)에 비추어, 원고들이 피고의 면책사유가 존재하지 아니한다고 신뢰하였거나 그 신뢰에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다. 원고들의 위 주장은 이유 없다.

다. 쟁점 1-3(시연에 대한 1차분 선급금보증책임 - 보증사고의 발생 시기)

1) 원고들의 주장 시연이 보증기간 내인 2012. 8.경 하도급대금을 제때 노무비 등으로 지급하지 아니하여 공사가 제대로 진행되지 아니하고 노무자 등의 민원이 제기됨에 따라 채무불이행(보증사고)이 발생하였으므로, 피고는 시연의 1차분 공사에 대한 선급금보증책임으로서 원고들에게 선급금 628,650,000원에서 하도급계약 해제 당시 기성금에 충당된 216,138,000원을

제외한 나머지 412,512,000원 중 피고가 보증금의 지급을 거절한 95,595,130원을 원고들의 지분비율에 따라 지급할 의무가 있다(원고 인본에게 38,238,052원, 원고 이테크에게 28,678,539원, 원고 파라다이스에게 19,119,026원, 원고 승영에게 9,559,513원).

2) 판단 가) 앞서 본 사실관계에 의하면, 시연의 1차분 공사에 대한 연장 선급금보증서상 보증기간(2012. 6. 14. ~ 2012. 10. 1.) 내인 2012. 8.경 시연이 노무비 등을 체불하여 공사가 지체됨에 따라 채무불이행(하도급계약 현장특수조건 제7조 제3항, 제5항, 현장 특기 시방서 '기타' 항목의 제2조 제3항)의 보증사고가 발생하였다. 여기에 피고 스스로도 1차분 선급금보증책임을 인정하여 원고들의 청구금액 중 316,916,870원을 지급하였던 점을 더하여 보면, 피고는 보증금액의 범위 내에 있는 시연의 선급금 반환채무액 412,512,000원(= 선급금 628,650,000원 - 기성금 216,138,000원)에 대하여 보증책임을 진다. 따라서 피고는 위 금액에서 기지급 316,916,870원을 공제한 나머지 선급금보증금 95,595,130원을 원고들의 지분비율에 따라 원고 인본에게 38,238,052원(= 95,595,130원 × 40%), 원고 이테크에게 28,678,539원(= 95,595,130원 × 30%), 원고 파라다이스에게 19,119,026원(= 95,595,130원 × 20%), 원고 승영에게 9,559,513원(= 95,595,130원 × 10%)을 지급할 의무가 있다.

나) 피고는 미정산 선급금에서 물가변동으로 인한 계약금액 조정금 6,051,757원, 기성유보금 9,410,909원, 도급 기성대금 20,376,000원, 임시도로비용 3,045,369원을 공제하면 더 이상 지급할 금액이 남아있지 않다고 주장하나, 이를 인정할 증거가 없다.

라. 시연에 대한 2차분 선급금보증책임

1) 쟁점 1-4-1(보증사고의 발생 시기 및 면책사유의 존부) 가) 원고들의 주장

시연은 2012. 8. 22. 2차분 선급금보증서가 발급된 이후, 즉 2차분 공사의 착공의무가 발생한 이후 그 공사이행의무를 제대로 이행하지 않아 보증사고가 발생하였다. 따라서 피고는 보증기간 내에 발생한 위 보증사고에 대하여 원고들이 시연에게 지급한 선급금 상당액(원고 인본은 5,084,000원, 원고 이테크는 42,000,000원, 원고 파라다이스는 28,000,000원, 원고 승영은 14,000,000원)의 선급금보증금을 지급할 의무가 있다.

나) 피고의 반론

원고들이 2차분 선급금보증서를 발급받기 전인 2012. 8.경에 이미 계약해제 사유가 발생하였으므로, 피고의 면책사유가 존재한다.

다) 판단

하나의 총괄계약에 따른 각 차수별 공사에 관한 하도급계약은 별개의 독립된 계약이며, 시연이 원고들로부터 2차분 하도급계약에 따른 선급금을 지급받은 2012. 9. 12.까지는 2차분 공사의 착공을 거절할 수 있는 점(건설공사 하도급계약서 본문 제25조의2) 등을 종합하면, 2012. 8.경 1차분 공사가 지체되고 있었다는 사정만으로는 당시 2차분 공사에 대하여도 시연의 채무불이행, 즉 계약해제 내지 해지사유가 발생한 것으로 볼 수 없다. 시연은 2012. 9. 12. 이후 2차분 공사에 착공할 의무를 불이행(하도급계약서 본문 제25조 제1항 제4호)하였으므로, 2차분 선급금보증서 발급 이후 그 보증기간(2012. 8. 22. ~ 2013. 6. 4.) 내에 보증사고가 발생하였다.

2) 쟁점 1-4-2(보증계약 취소 가부) 가) 피고의 주장

원고들은 피고로부터 2차분 선급금보증서를 발급받을 당시 주채무자인 시연이 공사 중단 상태에 있었음을 잘 알면서도 신의성실의 원칙상 고지의무를 위반하여 피고를 기망하였으므로, 피고는 2015. 9. 21. 준비서면의 송달로써 위 선급금보증계약을 취소한다.

나) 원고들의 반론

선급금보증계약의 당사자가 아니라 보증채권자에 불과한 원고들에게는 고지의무가 존재하지 아니하며, 원고들은 선급금보증서 발급 당시 시연의 채무불이행 사실을 알지 못한 선의의 제3자이므로 피고는 보증계약의 취소로서 원고들에게 대항할 수 없다.

다) 판단

건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합과 조합원이 체결하는 보증계약에서 조합원이 고지하여야 할 중요한 사항을 불실고지하거나 불고지하는 것은 조합에 대한 기망행위에 해당하고, 그로 인하여 조합이 착오에 빠진 경우 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있으며, 보증채권자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 그 취소를 가지고 보증채권자에게 대항할 수 있다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2001다33000 판결 참조).

그러나 이 사건 선급금보증계약의 구조는 피고 조합의 조합원인 시연이 피고와 보증계약을 체결하여

피고로부터 보증서를 받아 원고들에게 제출하고 원고들이 피고에 대한 보증채권자가 되는 형태로서, 보증제도는 주채무자의 무자력으로 인한 보증채권자의 위험을 인수하는 것이므로 보증인이 주채무자의 자력에 대하여 조사한 후 보증계약을 체결할 것인지의 여부를 스스로 결정하여야 하는 점을 고려하면, 보증채권자인 원고들로서는 보증인인 피고에게 주채무자인 시연의 신용상태를 고지할 신의칙상의 의무가 존재하거나 그러한 위치에 있다고 보기 어렵다(대법원 1998. 7. 24. 선고 97다35276 판결 참조). 원고들에게 고지의무가 인정됨을 전제로 한 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 쟁점 1-4-3(소멸시효 완성 여부) 가) 피고의 주장

보증기간 만료일인 2013. 6. 4.로부터 건설산업기본법상 소멸시효 기간인 2년이 도과한 2015. 7. 17.에야 원고들이 이 사건 소송을 제기하였으므로 원고들의 보증금채권이 시효로 소멸하였다.

나) 판단

건설산업기본법 제67조 제4항에 따라 보증채권자가 피고에게 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일로부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸하는데, 앞서 본 바와 같이 원고들은 2차분 선급금보증의 보증기간이 만료되기 전인 2012. 10. 10. 이미 피고에게 보증금을 청구하여 그 권리를 행사하였고, 피고는 이를 심사하여 2013. 12. 30. 그 결과를 통지하였으므로 위 주장은 이유 없다.

4) 소결 결국 피고는 원고들에게 시연의 부담하는 선급금 반환채무액(2차분 공사가 착공되지 아니하여 기성금이 없으므로 선급금 전액을 반환하여야 한다)을 보증금액의 한도 내에서 지급할 의무가 있으므로, 원고 인본에게 5,084,000원, 원고 이테크에게 42,000,000원, 원고 파라다이스에게 28,000,000원, 원고 승영에게 14,000,000원을 지급하여야 한다.

마. 쟁점 2(주계약의 동일성 인정 여부)

1) 원고들의 주장 원고들은 시연의 채무불이행으로 인하여 시연이 체불한 노무비, 장비비, 자재비 등 합계 346,250,843원을 당사자에게 직접 지급하는 손해를 입었으므로, 피고는 시연에 대한 계약보증책임으로서 원고들에게 위 손해액 범위 내에 있는 보증금액 229,900,000원을 원고들의 지분비율에 따라 지급할 의무가 있다(원고 인본에게 91,960,000원, 원고 이테크에게 68,970,000원, 원고 파라다이스에게 45,980,000원, 원고 승영에게 22,990,000원).

2) 피고의 반론 피고가 시연으로부터 보증신청을 받고 보증한 하도급계약은 원고들이 시연건설과

체결한 하도급계약과 계약의 중요한 부분을 달리하여 동일성이 없는 별개의 계약이므로 피고는 원고들이 주장하는 하도급계약에 대한 계약이행보증계약을 체결한 사실이 없으며, 주계약의 주된 내용이 변경되어 동일성이 인정되지 않는 경우에 해당하여 피고가 면책된다.

3) 판단 가) 이 사건 계약보증약관 제9조 제2항 제2호는 주계약의 주된 내용이 변경되어 동일성이 인정되지 않는 때에는 그때부터 보증계약의 효력이 상실된다고 규정하고 있다. 여기서 '주계약의 동일성이 인정되지 않는 경우'라 함은 규정의 취지 및 효과 등에 비추어 계약의 변경으로 말미암아 보증사고 발생의 위험이 높아져 보증채무자의 책임을 가중하는 결과를 초래하고, 그와 같이 변경 또는 증가된 위험이 보증계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보증채무자가 보증계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일한 내용으로는 주계약의 이행을 담보하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 것을 의미한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 참조).

나) 을 제3호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 시연이 피고에게 제출한 계약보증 신청서류 중 하도급계약서에 첨부된 현장 특기 시방서에는 원고들과 시연 사이에 실제로 체결된 하도급계약서의 현장 특기 시방서와 달리 '기타' 항목이 누락된 사실이 인정된다. 위 '기타' 항목 제1조는 계약해지 사유만 발생하면 손해의 발생 및 그 액수를 증명하지 아니하고도 계약금액의 10%에 해당하는 계약보증금 전액을 원고들에게 귀속시킬 수 있도록 한 손해배상액의 예정 규정이며, 제2조는 시연이 기성금 및 선급금을 타 용도로 사용하거나(제1항) 원고들의 대외 이미지가 실추되는 경우(제4항)를 계약해지 사유로 추가하고, 공사비 미지급으로 인하여 공정이 부진하거나 민원이 발생(제3항)하기만 하면 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정되거나(건설공사 하도급계약서 본문 제25조 제1항 제2호) 공사의 일부 및 전부의 후속 공정에 지장을 초래할 경우(현장특수조건 제7조 제5항)에까지 이르지 아니하여도 계약을 해지할 수 있도록 계약해지 사유를 완화하는 규정이다.

이처럼 주계약인 하도급계약의 내용에 위 '기타' 항목이 추가되는 경우 보증사고의 발생 위험이 커지고 피고의 책임이 가중되는 결과를 초래하므로, 피고가 계약보증계약 체결 당시 위 '기타' 항목이 추가될 것임을 알았더라면 보증계약을 체결하지 않았거나 또는 같은 조건으로는 보증계약을 체결하지 않았을 것으로 보인다. 따라서 이 사건 계약보증계약은 그 체결 무렵 주계약의 주된 내용이

변경되어 동일성을 상실함에 따라 실효되었고, 그 후인 2012. 10. 10. 주계약이 해지되어 보증사고가 발생하였으므로, 위 보증계약에 따른 피고의 보증책임이 인정되지 아니한다.

바. 소결

피고는 시연에 대한 1차분 및 2차분 선급금보증금으로서 원고 인본에게 43,322,052원(= 1차분 38,238,052원 + 2차분 5,084,000원), 원고 이테크에게 70,678,539원(= 1차분 28,678,539원 + 2차분 42,000,000원), 원고 파라다이스에게 47,119,026원(= 1차분 19,119,026원 + 2차분 28,000,000원), 원고 승영에게 23,559,513원(= 1차분 9,559,513원 + 2차분 14,000,000원) 및 위 각 금원에 대하여 보증금 지급기한(원고들이 피고에게 선급금보증금을 청구한 2012. 10. 10.로부터 이 사건 선급금보증약관 제5조 제1항에 규정된 5일이 경과한 날) 후로서 원고들이 구하는 2012. 11. 1.부터 피고들이 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 2015. 12. 2.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2015. 9. 25. 대통령령 제6553호로 개정된 것)이 정한 연 15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사조규현

판사김시원

판사장민하