

서울중앙지방법원 2016. 12. 14 선고 2015가합535232 판결 [보증금 청구]

재판경과

서울고등법원 2017. 9. 29 선고 2017나2004520 판결

서울중앙지방법원 2016. 12. 14 선고 2015가합535232 판결

전 문

원고세안레저산업 주식회사

피고건설공제조합

피고보조참가인회생회사 회경건설 주식회사의 관리인 A의 소송수계인 회경건설 주식회사의
파산관재인 B

변론 종결2016. 10. 31.

판결 선고2016. 12. 14.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 모두 부담한다.

N

청구 취지

피고는 원고에게 2,102,710,000원 및 이에 대하여 2014. 4. 18.부터 이 사건 소장 부분

송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2013. 3. 28. 회경건설 주식회사(이하 '회경건설'이라 한다)와 사이에 강원 홍천군 서면 동막리 산 77 지상 샤인데일 골프앤리조트 건설 공사 중 클럽하우스 및 부속동(관리동, 숙소동, 정화조, 경비동, 그늘집) 신축 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관하여 공사대금은 18,700,000,000원, 공사기간은 2013. 4. 10.부터 2014. 3. 10.까지, 계약이행보증금은 계약금액의 10%, 선급금은 공사 착공시 계약금액의 5%로 정하여 아래 기재와 같은 내용을 포함하여 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이에 따라 원고는 2013. 6. 12. 회경건설에 선급금 935,000,000원을 지급하였다.

건설공사 도급계약 일반조건

제4조(계약보증금)

① 회경건설(이하 '을'이라 한다)은 계약상의 의무이행을 보증하기 위해 계약서에서 정한 계약보증금을 계약체결 전까지 원고(이하 '갑'이라 한다)에게 현금 등으로 납부하여야 한다. 다만, 갑과 을이 합의에 의하여 계약보증금을 납부하지 아니하기로 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 계약보증금은 다음 각 호의 기관이 발행한 보증서로 납부할 수 있다.

1. 건설산업기본법 제54조 제1항의 규정에 의한 각 공제조합 발행 보증서

제5조(계약보증금의 처리)

① 제4조 제1항 각 호의 사유로 계약이 해제 또는 해지된 경우 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금은 갑에게 귀속한다. 이 경우 계약의 해제 또는 해지에 따른 손해배상액이 계약보증금을 초과한 경우에는 그 초과분에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.

제11조(선금)

① 갑은 계약서에서 정한 바에 따라 을에게 선금을 지급하여야 하며, 갑이 선금 지급시 보증서 제출을 요구하는 경우 을은 제4조 제2항 각 호의 보증기관이 발행한 보증서를 제출하여야 한다.

⑤ 갑은 선금을 지급한 경우 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 당해 선금잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있다.

1. 계약을 해제 또는 해지하는 경우
2. 선지급조건을 위반한 경우

제34조(갑의 계약해제 등)

① 갑은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

1. 을이 정당한 이유 없이 약정한 착공기일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니한 경우
2. 을의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완공할 가능성이 없음이 명백한 경우
4. 기타 을의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

공사계약특약

8. 갑과 을은 샤인데일 골프&리조트 조성 건설공사 도급계약과 관련하여 갑과 을에게 다음과 같은 사유가 발생 시 갑과 을은 즉시 공사계약을 해지할 수 있으며, 갑과 을은 이에 대하여 민형사상 하등의 이의를 제기하지 않기로 한다.

- ① 을이 정당한 이유 없이 약정한 착공기일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니한 경우
- ③ 을의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우 및 공사가 예정공정표 대비 2개월 이상 늦어진 경우
- ④ 갑과 을이 부도 또는 파산, 회사정리, 화의 등의 신청이 있는 때, 은행관리 등 채권자단의 관리에 들어가는 경우 및 금융사고 등 본 공사의 수행에 영향을 미칠 중대한 사유가 발생한 경우
- ⑤ 을이 제세공과금 등을 미납하거나, 금융사고, 갑과 을에게 공사대금 가압류 등의 사유가 발생되어 정상적인 공사수행이 어렵다고 판단되어 갑과 을이 서면으로 상당한 기간을 정하여 그 사유의 해소를 최고하여도 동 기간 내에 그 이행을 하지 않는 경우

나. 피고는 2013. 8. 29. 회경건설과 사이에 이 사건 도급계약과 관련하여 회경건설의

채무불이행으로 인한 18억 7,000만 원의 계약보증금 반환채무를 보증하기 위하여 보증기간 2013. 3. 28.부터 2014. 3. 10.까지로 정하여 아래 기재와 같은 내용을 포함하여 계약이행보증계약(이하 '이 사건 계약이행보증계약'이라 한다)을 체결하고 그 보증서를 발급하였다.

계약보증약관

제1조(보증책임)

① 피고 건설공제조합(이하 '조합'이라 한다)은 계약자인 회경건설(이하 '채무자'라 한다)이 앞면 기재 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 '보증사고'라 한다) 그 상대방인 원고(이하 '보증채권자'라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유) 조합은 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 아니합니다.

4. 제5조, 제7조 제2항 또는 제8조 제4항에 해당하는 사유가 있는 때

제3조(보증채무의 이행한도)

① 조합이 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계법령이 정하는 바에 따라 보증채권자가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 합니다. 다만, 주계약 등에 보증금의 몰수 또는 귀속조항이 없는 경우에는 보증금액을 한도로 하여 보증채권자가 청구하는 금액 중 실제 손해액으로 합니다.

제5조(주계약의 해지) 보증채권자는 보증금을 청구하기 전에 주계약을 해제 또는 해지하여야 하며, 이를 이행하지 아니한 때에는 조합은 보증금을 지급하지 아니합니다.

제7조(보증사고의 통지 및 보증채무의 이행청구)

① 보증채권자는 보증사고가 생긴 경우 이를 지체없이 조합에 알리고, 보증금청구시에는 보증금청구서와 함께 아래의 서류를 제출하여야 합니다.

2. 공사포기나 계약해제(해지) 등 보증사고의 발생을 입증하는 서류와 그 책임이 채무자에게 있음을 증명하는 서류

다. 그리고 피고는 2013. 10. 14. 회경건설과 사이에 이 사건 도급계약과 관련하여 회경건설의

채무불이행으로 인하여 발생하는 9억 3,500만 원의 선급금반환채무를 보증하기 위하여 보증기간 2013. 10. 14.부터 2014. 3. 10.까지로 정하여 아래 기재와 같은 내용을 포함하여 선급금반환보증계약(이하 '이 사건 선급금반환보증계약'이라 한다)을 체결하고 그 보증서를 발급하였다.

계약보증약관

제1조(보증책임) 피고 건설공제조합(이하 '조합'이라 한다)은 계약자인 회경건설(이하 '채무자'라 한다)이 앞면 기재 계약과 관련된 선급금채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니함으로써(이하 '보증사고'라 한다) 그 상대방인 원고(이하 '보증채권자'라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유) 조합은 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 않습니다.

4. 보증기간 개시 전에 선금을 지급(어음교부 포함)하였을 때

라. 그런데 회경건설의 채권자들이 아래 표 기재와 같이 회경건설의 채권을 가압류 또는 압류하였고 회경건설은 자금난을 겪다가 2014. 3. 24. 서울중앙지방법원 2014회합63호로 회생절차개시신청을 하였다. 2014. 5. 14. 회생절차가 개시되었고, 2015. 2. 17. 그 회생계획이 인가되었다가 2016. 6. 29. 위 회생절차가 폐지되고 회경건설은 2016. 7. 15. 파산하였다.

1	2013. 12. 16.	채권가압류	C	원고 외 3개 회사	19,057,430원
2	2014. 1. 24.	채권압류 및 추심명령	D, E	원고	41,494,247원
3	2014. 2. 6.	채권가압류	F	원고	92,400,000원
4	2014. 3. 6.	채권압류 및 추심명령	F	원고	92,400,000원(본압류이전), 1,113,863원(압류)
5	2014. 1. 14.	채권가압류	G	원고	43,922,880원
6	2014. 4. 4.	채권가압류	H	원고	55,361,020원
7	2014. 4. 8.	채권가압류	I	원고 외 3개 회사	181,500,000원

마. 원고는 2014. 3. 28. 회경건설에 이 사건 도급계약의 해지의 의사표시가 담긴 내용증명우편을 발송하였고, 위 내용증명우편은 그 무렵 회경건설에 도달하였다.

바. 원고는 2014. 4. 18. 피고에 계약이행보증금 1,870,000,000원, 선급금반환보증금 232,710,000원 합계 2,102,710,000원의 지급을 청구하였으나, 피고는 그 지급을 거절하였다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3, 4, 5, 7, 8, 17, 18, 19, 20, 34호증, 갑 제10호증의 1 내지 7, 을 제1, 2호증의 각 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고 주장의 요지

가. 계약이행보증금 지급 청구

1) 이 사건 도급계약의 수급인인 회경건설은 2014. 3. 24. 회생절차개시신청을 하기 전부터 이미 자금난을 겪으면서 재정적 파탄상태에 있었고, 하도급업체에 대한 대금지급을 지연하는 바람에 공사의 중단이 자주 있었다. 따라서 회경건설의 이 사건 도급계약의 수급인으로서의 채무는 회생절차 개시 전에 이미 이행불능 상태에 이르렀는바 이는 이 사건 도급계약의 특약 제8조 제4항에서 정한 '이 사건 공사의 수행에 영향을 미칠 중대한 사유가 발생할 경우'에 해당한다.

2) 그리고 회경건설은 하도급업체에 대한 대금지급을 지연하였고 이로 인한 공사의 중단이 자주 발생하였다. 결국 이 사건 도급계약의 준공예정일을 한 달여 남겨둔 2014. 2. 10. 무렵 이 사건 공사의 공정률은 22.42%, 특히 이 사건 공사 중 클럽하우스 공사의 공정률은 14.38%에 불과하였는바 이는 준공예정일인 2014. 3. 10.이내에 공사를 완료할 가능성이 없음이 명백하여 이 사건 도급계약의 특약 제8조 제3항에서 정한 '공사가 예정공정표 대비 2개월 이상 늦어진 경우'에도 해당한다.

3) 그리고 이와 같이 이 사건 도급계약의 해지사유가 발생함에 따라 원고는 2014. 3. 28. 회경건설에 이 사건 도급계약의 해지를 통보하였다. 회경건설의 회생절차개시신청은 이 사건 공사계약특약 제8조 제4항에서 정한 '회사정리'에 해당하는데, 비록 회경건설이 보증기간을 14일 지난 후에 회생절차 개시신청을 하였지만, 신의칙상 원고는 회생절차개시신청을 사유로 하여 공사도급계약을 해지하고 피고에게 보증금을 청구할 수 있었다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 계약이행보증의 보증기간 중에 이미 이 사건 공사의 수행에 영향을 미칠 중대한 사유가 발생한 것으로 보아야 한다.

4) 그렇다면 피고는 원고에게 이 사건 계약보증이행계약에 따라 계약이행보증금 1,870,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 선급금반환보증금 지급 청구

원고는 회경건설에 이 사건 도급계약의 선급금으로 935,000,000원을 지급하였는데 앞서 본 바와 같이 이 사건 도급계약이 해지되었고, 이에 따라 원고는 회경건설에 이 사건 공사의 기성고 702,290,000원에 따른 선급금 잔액인 232,710,000원(위 935,000,000원 - 위 702,290,000원)의 반환을 청구할 수 있으므로, 회경건설과 사이에 이 사건 선급금반환보증계약을 체결한 피고는 원고에게 위 232,710,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 계약이행보증금 지급 청구에 관한 판단

가. 계약이행보증계약에 있어 보증사고의 의미

계약이행보증계약에 있어 보증사고란 계약이행보증계약에서 보증인의 계약이행보증금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 그 보증사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보증약관과 위 보증약관이 인용하고 있는 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 참조).

나. 이 사건 계약이행보증계약의 경우

1) 이 사건 도급계약의 해제 또는 해지와 보증사고의 의미 ① 이 사건 도급계약의 일반조건 제34조 제1항 각 호는 계약해제 등 사유에 관하여, 이 사건 도급계약의 특약 제8조 각 항은 계약해지 등 사유에 관하여 각 규정하면서, '회경건설이 정당한 이유 없이 약정한 착공기일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니한 경우, 회경건설의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완공할 가능성이 없음이 명백한 경우, 공사가 예정공정표 대비 2개월 이상 늦어진 경우, 기타 회경건설의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우' 등을 열거하고 있다. 이 사건 도급계약의 일반조건 제5조 제1항은 계약이행보증금의 처리에 관하여 '제34조 제1항 각 호의 사유로 계약이 해제 또는 해지된 경우 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금은 원고에게 귀속한다'고 규정하고 있으므로, 이 사건 도급계약의 일반조건 제34조 제1항 각 호의 사유 또는 위 제8조 각 항의 사유로 이 사건 도급계약이 해제 또는 해지된 경우에 계약이행보증금이 원고에게 귀속한다고 보는

것이 합리적이다. 이러한 해석에 의하면, 이 사건 도급계약이 해제 또는 해지되어야 이 사건 계약이행보증금이 원고에게 귀속하는 것은 명백하다.

② 그러나, 이 사건 계약이행보증계약의 약관 제1조는 보증책임에 관하여 규정하면서 '계약자인 회경건설이 이 사건 도급계약에서 정한 계약의무를 이행하지 않는 것'을 '보증사고'로 정의하고 있을 뿐이고, 그 외 '보증사고'에 관하여 아무런 정의가 없다. 앞서 본 바와 같이, 이 사건 도급계약이 해제 또는 해지되어야 이 사건 계약이행보증금이 원고에게 귀속한다고 해석하더라도 계약사인 회경건설이 이 사건 도급계약에서 정한 계약의무를 이행하지 않는 것, 즉, 보증인인 피고의 계약이행보증책임을 구체화하는 불확정적 사고는 '이 사건 도급계약의 해제 또는 해지' 이전에 발생하는 것이 논리적으로 당연하므로 '이 사건 도급계약의 해제 또는 해지'가 있어야만 '보증사고'가 발생하였다고 보아야 하는 것은 아니다.

③ 한편, 이 사건 계약이행보증계약의 약관 제5조는 '보증채권자인 원고가 보증금을 청구하기 전에 주계약을 해제 또는 해지하여야 하며, 이를 이행하지 아니한 때에는 피고가 보증금을 지급하지 않는다'고 규정하고 있고, 제7조 제1항은 보증채권자인 원고에게 보증사고의 통지의무를 규정하면서 보증금청구를 할 때에는 보증금청구서와 함께 공사포기나 계약해제(해지) 등 보증사고의 발생을 입증하는 서류를 제출하도록 규정하고 있다. 위 규정내용에 의하면, '계약해제(해지)'를 보증사고의 예시로 볼 여지가 있다. 그러나, 보증채권자가 보증금을 '청구하기 전'에 주계약을 해제 또는 해지하여야 한다고 규정할 뿐이고 '보증기간' 내에 주계약을 해제 또는 해지하여야 한다고 규정하고 있는 것은 아니며, 더구나 위 규정은 계약이행보증금을 청구하기 위하여 이 사건 도급계약의 해제 또는 해지를 요건으로 하면서 그에 관한 입증서류를 제출하도록 하는 내용이므로, 이는 절차요건에 관한 것이라고 보아야 한다. 따라서, 이를 근거로 계약해제 또는 해지를 보증사고로 보아야 하는 것은 아니다.

④ 만일 주계약인 이 사건 도급계약을 해제 또는 해지한 경우에 비로소 보증사고가 발생하는 것으로 본다면, 회경건설의 귀책사유로 인하여 이 사건 도급계약에서 정한 공사기간 내에 공사를 완공하지 못할 것임이 그 공사기간이 만료되기 상당기간 전에 분명하게 드러나는 등의 특별한 사정이 있는 때에 한하여 비로소 보증채권자인 원고가 보증기간의 종기 이전에 이 사건 도급계약을 해제 또는 해지하여

보증사고가 발생하는 것이 가능하게 되고, 그러한 특별한 사정이 없는 경우에는 보증기간 내에 보증사고가 발생하는 것이 거의 불가능하게 되어 원천적으로 이 사건 계약이행보증에 의하여 담보되는 위험이 거의 없게 되는 불합리가 발생하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 계약이행보증에 있어서는 주계약인 이 사건 도급계약이 해제 또는 해지된 때가 아니라 '계약자인 회경건설이 이 사건 도급계약에서 정한 계약의무를 이행하지 않음'으로써 이 사건 계약이행보증금의 지급책임이 구체화된 때에 보증사고가 발생한 것으로 봄이 상당하다.

2) 이 사건 보증기간 내 보증사고의 발생 여부 '계약자인 회경건설이 이 사건 도급계약에서 정한 계약의무를 이행하지 않음'으로써 이 사건 계약이행보증금의 지급책임이 구체화되었는지, 그러한 보증사고가 보증기간 내에 발생하였는지에 관하여 살펴보건대, 아래의 사정을 종합하면, 이 사건 보증기간 내에 계약이행보증금의 지급책임이 구체화되었다거나, 그 외 원고가 주장하는 보증사고가 보증기간 내에 발생하였다고 보기 어렵다.

① 갑 제8호증의 기재에 의하면, 회경건설에 대한 회생계획안에는 자산현황이

27,880,839,000원으로 제시되었으나, 관리인이 조사 후 수정한 금액은 16,231,010,000원에 불과한 사실, 조사기간(2014. 6. 11. ~ 2014. 6. 23.)에 시인된 부채액은 회생담보권과 회생채권, 조세채무를 합하여 44,748,362,000원인 사실이 각 인정된다. 그러나, 회생절차에서 조사된 부채액이 회경건설의 자산현황을 초과한다는 사정만으로 이 사건 보증기간 내에 이 사건 도급계약 제34조 제1항 각 호에서 열거하고 있는 사유 또는 이 사건 도급계약의 특약 제8조 각 항에서 열거하고 있는 사유에 명백하게 해당한다고 보기 어렵다.

② 회경건설의 채권자들이 회경건설의 회생절차개시신청 전인 2013. 12. 6.부터 회생절차개시신청 후인 2014. 4. 8.까지 압류 또는 가압류를 한 사실은 앞서 본 바와 같은데, 그 피보전채권의 액수는 합계 434,849,440원(= 회생절차개시신청 전 197,988,420원 + 회생절차개시신청 후 236,861,020원)에 이른다. 그러한 사정에 비추어 보면, 회경건설이 이 사건 공사를 진행하면서 어느 정도 자금난을 겪고 있었고 일부 하도급업체에 대한 대금지급을 지연하고 있었던 것으로 보이지만, 그 압류 또는 가압류의 피보전채권 합계액은 434,849,440원으로서 이 사건 도급계약의 공사대금 18,700,000,000원의 약 2.3%에 불과하고, 더구나 회생절차개시신청 전 합계액은

197,988,420원으로서 약 1.05%에 불과하므로 미미한 수준이다. 회경건설이 이 사건 공사와 관련하여 철근콘크리트 공사의 하도급을 준 주식회사 필로스종합건설(이하 '필로스종합건설'이라 한다) 또는 필로스종합건설로부터 하도급을 넘겨 받은 주식회사 남도건영이 압류나 가압류를 한 사정은 보이지 아니한다. 따라서, 위 압류 또는 가압류가 있다는 사정만으로 이 사건 도급계약 제34조 제1항 각 호에서 열거하는 사유 또는 이 사건 도급계약의 특약 제8조 각 항에서 열거하고 있는 사유에 명백하게 해당한다고 보기 어렵다.

더구나 회경건설이 하도급업체에 대금 중 일부를 지급하지 않았고, 회경건설의 채권자들이 압류 또는 가압류를 하였다고 하더라도, 이 사건 도급계약의 특약 제8조 제5항은 '공사대금의 가압류 등의 사유가 발생되어 정상적인 공사수행이 어렵다고 판단되어 원고가 서면으로 상당한 기간을 정하여 그 사유의 해소를 최고하여도 그 기간 내에 그 이행을 하지 않는 경우'를 해지사유로 규정하고 있으므로, 원고가 압류 또는 가압류를 해지사유로 주장하기 위해서는 상당한 기간을 정하여 회경건설에 그 사유의 해소를 최고하고 회경건설이 이를 이행하지 않았어야 할 것인데, 원고가 회경건설에 대하여 '압류 또는 가압류'의 해소를 최고하였고, 회경건설이 이를 이행하지 않았다는 점을 인정할 증거가 없다.

③ 원고는 이 사건 공사의 준공예정일인 2014. 3. 10.을 한 달 남겨둔 2014. 2. 10. 무렵 이 사건 건축공사의 공정률은 전체적으로 22.42%에 불과하였고, 특히 주된 건물인 클럽하우스의 공정률은 14.38%에 불과하였다고 주장한다(갑 제14, 15호증의 각 기재, 증인 J의 일부 증언 등). 만약 원고가 주장하는 바와 같이 공정률이 매우 낮았다는 점을 그대로 인정할 수 있고, 이 사건 공사의 공정률이 예정공정표에 비하여 매우 낮은 것에 대하여 오로지 회경건설이 책임져야 할 사정이 있다면, 이 사건 도급계약 제34조 제1항 각 호에서 열거하는 사유 또는 이 사건 도급계약의 특약 제8조 각 항에서 열거하고 있는 사유에 명백하게 해당한다고 볼 여지가 있다.

그러나, 을 제1, 2, 4호증의 각 1, 2, 을 제3, 8, 9, 10, 11, 17호증, 을 제7호증의 1, 내지 19의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 건축공사 중 클럽하우스, 직원숙소, 관리동에 대한 각 건축허가가 지연되는 바람에 클럽하우스의 경우 약 5개월, 직원숙소의 경우 약 2개월, 관리동의 경우 약 1개월 정도 각 착공이 지연된 사실, 이 사건 공사에 대한 실시계획인가 기간이 만료됨에 따라

재인가를 받기까지 공사가 26일 정도 중지된 사실, 설계도면 변경이나 토목업체의 유치권 행사로 인하여 공사가 2~3개월 정도 중지 또는 중단된 사실이 각 인정된다. 이와 같이, 원고가 책임져야 할 사유로 인하여 이 사건 공사가 상당기간 동안 중지 또는 중단된 사정이 있고 이 사건 공사의 전체 공사기간이 약 1년 정도인 사정을 고려하면, 이 사건 공사의 준공예정일을 한 달 남겨둔 상태에서 이 사건 건축공사의 공정률이 낮다고 하더라도 곧바로 이 사건 도급계약 제34조 제1항 각 호에서 열거하고 있는 사유 또는 이 사건 도급계약의 특약 제8조 각 항에서 열거하고 있는 사유에 명백하게 해당한다고 보기는 어렵다.

한편, 을 제4호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 회경건설이 2014. 3. 10. 원고에게 이 사건 공사의 정상적인 추진을 위하여 기성금액을 반영해달라고 요청하자, 원고는 2014. 3. 20. 회경건설에 기성금 청구를 받아들일 수 없다는 의견을 밝히면서 사업장 출입에 아무런 문제가 없으니 즉시 건축공사를 재개하라고 요청한 사실이 인정된다. 원고가 위와 같이 회경건설에 공사재개를 요청한 시점은 이 사건 공사의 준공예정일인 2014. 3. 10.이 이미 지난 때이므로, 원고가 이 사건 공사기간의 연장에 대하여 묵시적으로 승낙하였다고 보아야 한다. 더구나, 원고는 이 사건 계약이행보증의 보증기간을 추가로 연장하지 아니한 채 위와 같이 공사재개를 요청하였으므로, 보증기간이 지난 이후의 보증사고에 대해서는 피고의 책임을 묻기 어렵다.

더구나, 원고가 주장하는 공정률은 총괄집계표(갑 제14, 21호증, 갑 제25, 27, 29, 31호증의 각 1, 2), 기성금액 현황(갑 제15호증), 기성지급 및 선급금 사항(갑 제20호증), 예정공정표(갑 제21호증), 일일작업일보(갑 제22, 32호증의 각 1, 2), 기성신청서(갑 제23, 24, 26, 28, 30, 33호증) 등의 각 기재를 근거로 하고 있는데, 피고가 제출한 기성신청서(을 제5호증의 2), 세금계산서(을 제6호증의 1, 2), 총괄집계표(을 제13호증의 1 내지 11), 작업일보(을 제14호증의 1 내지 4) 등의 각 기재와 일부 차이가 있고, 위 증거들 사이의 증거가치의 우열을 알 수 없으므로, 원고가 주장하는 공정률을 모두 그대로 믿기도 어렵다.

④ 이 사건 도급계약의 특약 제8조 제4항에 '회사 정리'가 해지 사유로 규정되어 있고, 회경건설이 2014. 3. 24. 회생절차개시신청을 한 사정은 앞서 본 바와 같으나, 회생절차의 개시신청이 이 사건 계약이행보증의 보증기간인 2014. 3. 10.이 이미 지난 후에 있었음은 명백하므로, 회경건설이

회생절차개시신청을 하였다고 하더라도 보증기간 내에 보증사고가 발생하였다고 보기 어렵다. 달리 이 사건 보증기간 내에 회경건설의 '회생절차개시' 사유가 명백히 발생하여 이 사건 계약이행보증금의 지급책임이 구체화되었다는 점을 인정할 증거는 없다.

한편, 회경건설은 보증기간을 불과 14일 지난 후에 회생절차개시신청을 하였는데, 회경건설이 보증기간을 넘기기 위하여 일부러 회생절차개시신청을 늦추었다거나 피고가 그러한 사정을 알고 있었다는 등의 사정이 기록상 전혀 나타나지 않으므로, 신의칙상 보증기간 내에 회생절차개시신청이 있었던 것으로 보아야 하는 것도 아니다.

⑤ 앞서 본 사정, 즉 회경건설이 회생절차개시신청을 하기 전의 자산 및 부채현황, 압류 및 가압류 현황, 원고가 주장하는 공정률, 회생절차개시신청의 시기 등을 종합적으로 고려하더라도, 이 사건 보증기간 내에 회경건설이 이 사건 도급계약에서 정한 계약의무를 이행하지 않음으로써 이 사건 계약이행보증금의 지급책임이 구체화되었다거나, 그 외 보증사고가 보증기간 내에 발생하였다는 점을 인정하기는 어렵다.

다. 판단

결국 회경건설이 2014. 3. 24. 회생절차개시신청을 함으로써 비로소 이 사건 계약이행보증금의 지급책임이 구체화된 보증사고가 발생하였다고 보아야 하고, 이 사건 계약이행보증의 보증기간인 2014. 3. 10.이 이미 지나고 난 이후에 위 보증사고가 발생하였음은 명백하다.

따라서 이 사건 계약이행보증계약에 정해진 보증기간 내에 보증사고가 발생하였다고 보기 어려우므로, 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

4. 선급금반환보증금 지급 청구에 관한 판단

가. 원고가 2013. 6. 12. 회경건설에 이 사건 도급계약에 정해진 선급금 9억 3,500만원을 지급하였는데 이 사건 도급계약이 해제 또는 해지된 경우 원고는 회경건설에 대하여 선급금 잔액의 반환을 청구할 수 있다고 정한 사실, 원고가 2014. 3. 28. 회경건설에 대하여 이 사건 도급계약의 해지의 의사표시를 하여 그 무렵 도달한 사실, 피고는 이 사건 도급계약에 따른 회경건설의 선급금반환채무에 관하여 이 사건 선급금반환보증계약을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그러나 한편, 이 사건 선급금반환보증계약의 약관 제2조 제4호는 이 사건 선급금반환보증계약의

'보증기간 개시 전에 선금을 지급한 경우'에는 보증금을 지급하지 아니한다고 규정하고 있는 사실(이하 '이 사건 면책조항'이라 한다), 이 사건 선급금반환보증계약의 보증기간은 2013. 10. 14.부터 2014. 3. 10.까지인 사실은 앞서 본 바와 같다.

원고가 이 사건 선급금반환보증계약의 보증기간 개시 전에 회경건설에 선급금을 지급하였음은 명백하므로, 특별한 사정이 없는 한 피고의 원고에 대한 선급금반환보증금 지급의무는 이 사건 면책조항에 따라 인정되지 아니한다고 봄이 타당하다.

나. 이에 대하여 원고는, 이 사건 면책조항은 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다)에 의하여 설명의무의 대상이 되는 약관임에도 불구하고 피고는 이를 원고 및 회경건설에 설명하지 아니하였으므로, 피고는 이 사건 면책조항을 이 사건 선급금반환보증계약의 내용으로 주장할 수 없다고 주장한다.

약관규제법 제3조 제3항은 "사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 여기서 설명의무의 대상이 되는 '중요한 내용'이라 함은 사회통념에 비추어 고객이 계약 체결의 여부 또는 대가를 결정하거나 계약 체결 후 어떤 행동을 취할지에 관하여 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하고, 약관조항 중에서 무엇이 중요한 내용에 해당하는지에 관하여는 일률적으로 말할 수 없으며, 구체적인 사건에서 개별적 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 그러나 고객이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 그 약관이 바로 계약내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 갖는다고 할 것이므로, 사업자로서는 고객에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다고 보는 것이 상당하고, 이는 약관의 내용이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 고객에게 별도의 설명을 하지 아니하여도 충분히 예상할 수 있는 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이 하는 것에 불과한 경우에도 마찬가지이며, 위와 같이 사업자가 고객에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없는 특별한 사정이 있다는 점은 이를 주장하는 사업자가 입증하여야 한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다19990 판결 등 참조). 그리고 약관규제법 제3조 제2항, 제3항의 약관 명시·설명 의무는 사업자가 고객과 사이에 약관에 의한 계약을 체결할 때 적용되는 것이고, 같은 법 제2조 제3호는 '고객'이란 계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을

제안받는 자를 말한다고 규정하고 있는바, 이 사건 선급금반환보증계약의 당사자는 희경건설과 피고인 사실은 앞서 본 바와 같고, 따라서 계약당사자가 아닌 원고는 약관규제법 제2조 제3호에서 정한 '고객'에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고의 설명의무의 대상은 희경건설이라고 보아야 한다. 갑 제8호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 희경건설은 1994. 9. 30. 토목건축 공사업 등 건설공사를 목적으로 설립·운영되어온 건설전문업체인 사실을 인정할 수 있고, 이에 더하여 희경건설은 피고와 사이에 이미 다수의 보증계약을 체결하여왔는데 이 사건 면책조항은 1997년부터 선급금반환보증계약의 약관에 포함되어 있었던 사실, 이 사건 면책조항은 이 사건 선급금반환보증계약서의 이면에 명시되어 있고 그 문언 자체로서 내용이 분명하여 별도의 설명이 필요하다고 보이지 아니하는 점, 이 사건 선급금반환보증계약 약관은 10개 조항에 불과한 점, 이러한 보증서가 직접 희경건설에 교부된 점 등에 비추어 보면, 희경건설은 이 사건 선급금반환보증계약 체결 당시 별도의 설명이 없어도 이 사건 면책조항의 내용을 알았거나 충분히 예상할 수 있었다고 봄이 타당하다.

따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

다. 따라서 피고의 원고에 대한 선급금반환보증금 지급의무는 없으므로, 원고의 이 부분 청구도 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이정민

판사진영현

판사여인지