

서울중앙지방법원 2018. 10. 31 선고 2016가합565766 판결 [보증금 청구의 소]

전 문

원고 1. 주식회사 A

2. B 주식회사

3. C 주식회사

피고 D조합

변론 종결 2018. 10. 10.

판결 선고 2018. 10. 31.

주 문

1. 피고는 원고들에게 472,299,083원 및 이에 대하여 2016. 3. 11.부터 2018. 10. 31.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고들의 나머지 청구를 각 기각한다.
3. 소송비용 중 5%는 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고들에게 488,645,000원 및 이에 대하여 2016. 3. 11.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 하도급계약의 체결

1) 원고들은 경기도 건설본부(이하 '발주자'라 한다)가 발주한 E사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)의 공동수급인들(이하 '이 사건 공동수급체'라 한다)로서, 그 지분비율은 원고 주식회사 A(이하 '원고 A'이라 한다)이 51%, 원고 B 주식회사(이하 '원고 B'이라 한다)이 29%, 원고 C 주식회사(이하 '원고 C'이라 한다)이 20%이다.

2) 원고들은 2014. 3. 14.경 이 사건 사업 중 연약지반공사, 강관파일공사(매입말뚝공사)를 수행할 하수급인을 선정하기 위한 현장설명회를 개최하였다.

3) 주식회사 F(이하 'F'이라 한다)은 2014. 3. 21.경 이 사건 사업 중 강관파일공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 하도급받을 낙찰자로 선정되었고, 원고들과 이 사건 공사에 관하여 2014. 5. 13. 계약금액을 2,651,950,000원(부가가치세 포함, 이하 같다), 공사기간을 2014. 5. 14.부터 2015. 8. 15.까지로 하는 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

4) 이 사건 하도급계약 및 특별조건 중 이 사건과 관련한 주요 내용은 다음과 같다.

이 사건 하도급계약서

6. 대금의 지급

가. 선급금

(1) 계약체결 후 ()일 이내에 0원

(2) 발주자로부터 지급받은 날 또는 계약일로부터 15일 이내 그 내용과 비율에 따름

8. 계약보증금 : 265,195,000원

건설업 표준하도급계약서

제1조(기본원칙)

① 원사업자 원고 A, B, C(이하 '갑'이라 한다)과 수급사업자 F(이하 '을'이라 한다)은 대등한 입장에서 서로 협력하여 신의에 따라 성실히 계약을 이행한다.

제21조(하도급대금의 직접지급청구)

③ 발주자 및 갑과 을이 하도급대금 직접지급에 합의한 경우 을은 갑에게 하도급대금의 사용내역(자재·장비 대금 및 임금, 보험료 등 경비에 한함)을 하도급대금 수령일로부터 20일 이내에 통보하여야 한다.

제22조(선급금)

① 갑은 계약서에서 정한 바에 따라 선급금을 을에게 지급한다.

⑤ 선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 의하여 산출한 금액을 정산한다.

선급금 정산액 = 선급금액 × 기성부분의 대가 상당액

계약금액

제25조(계약해제, 해지)

① 갑 또는 을은 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. 갑 또는 을이 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때
3. 갑이 정당한 이유 없이 계약 내용을 이행하지 아니하고 그 위반으로 공사를 완성하는 것이 불가능한 때

나. F과 피고의 계약보증계약 체결

1) F은 2014. 5. 13. 피고와 이 사건 하도급계약에 관하여 '보증금액 : 265,195,000', '보증기간 : 2014. 5. 13.부터 2015. 8. 15.까지', '보증채권자 : 원고들'로 각 정한 계약보증계약(이하 '이 사건 계약보증계약'이라 한다)을 체결하고, 2014. 5. 16. 피고로부터 계약보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

2) 이 사건 계약보증계약에 적용되는 계약보증약관(이하 '이 사건 계약보증약관'이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(보증책임)

피고(이하 '조합'이라 합니다)는 계약자(이하 '채무자'라 합니다)가 앞면 기재 계약과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방(이하 '보증채권자'라 합니다)에게 부담하는 의무 또는 채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증 채무를 부담합니다.

제3조(보증사고)

① 보증사고란 채무자가 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여, 보증채권자가 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지한 것을 말합니다.

제6조(보상범위)

① 조합이 지급하는 금액은 보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 보증채권자가 입은 실제손해액으로 합니다.

② 실제 손해액은 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 말합니다.

1. 채무자가 이행하지 아니한 나머지 계약을 이행하는데 소요되는 합리적인 범위 내에서 증가된 금액
2. 채무자가 이미 이행한 계약 중 계약내용 기타 지시서를 위배한 시공으로 발생한 하자를 보수하기 위하여 지출했거나 지출할 금액. 다만, 기성검사 시 이미 발생한 하자는 보상하지 않습니다.

③ 보증채무 이행금액과 관련하여 당사자 사이에 합의가 성립하지 않는 경우에 전문기관에 평가를 의뢰하여 그 결과에 따를 수 있기로 합니다.

④ 보증채권자는 조합이 요청한 자료와 소명을 요구한 사항에 대해서는 신속한 보상이 이루어질 수 있도록 적극 협조하기로 합니다.

제7조(보증금의 지급기한)

① 조합은 보증채권자의 보증금 청구문서 접수일로부터 60일 이내에 심사를 완료하고 보증금을 지급하기로 합니다. 다만, 보증채권자의 심사자료 제출이 지연되거나 제출한 심사자료에 대해 정당한 이의가 있어 소명을 요청한 경우에는 그 지연일수 및 소명에 소요된 일수는 제외하기로 합니다.

다. F과 피고의 선급금보증계약 체결

1) F은 2014. 5. 13. 피고와 이 사건 하도급계약에 관하여 '보증금액 : 275,000,000', '보증기간 :

2014. 6. 2.부터 2015. 8. 15.까지', '보증채권자 : 원고들'로 각 정한 선급금보증계약(이하 '이 사건 선급금보증계약'이라 한다, 이하 이 사건 계약보증계약 및 이 사건 선급금보증계약을 합하여 '이 사건 각 보증계약'이라 한다)을 체결하고, 2014. 6. 2. 피고로부터 선급금보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

2) 이 사건 선급금보증계약에 적용되는 선급금보증약관(이하 '이 사건 선급금보증약관'이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(보증책임)

① 피고(이하 '조합'이라 합니다)은 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 각호의 선급금반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우(앞면에 기재된 보증기간 내에 발생된 경우에 한함) 보증채권자의 미정산 선급금 반환 청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각호의 반환 사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자 기준
---------------	------------------

③ 보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다.

제5조 (보증금의 지급)

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

제7조(협조 및 통보사항)

② 주계약의 이행 중 아래의 사유가 발생한 경우 보증채권자 및 채무자는 바로 그 내용을 조합에

통보하여 주시기 바랍니다.

1. 보증채권자를 제3채무자로 한 (가)압류 결정문이 송달된 경우

③ 제2항의 사유가 발생한 경우 보증채권자는 손해가 확대되지 않도록 적극 협조하여야 합니다.

라. 선금금 지급 및 직불합의

1) 원고들은 아래 표기재와 같이 각 지분비율에 따라 F에게 선금금 합계 275,000,000원을 지급하였다.

2014. 6. 5.	원고 B	79,750,000
2014. 6. 9.	원고 A	140,250,000
2014. 6. 13.	원고 C	55,000,000
합계		275,000,000

2) 발주자와 수급인인 원고들, 하수급인인 F은 2014. 6. 2. 이 사건 공사에 따른 하도급대금을 발주자가 하수급인에게 직접 지급하기로 합의(이하 '이 사건 직불합의'라 한다)하였다.

마. 이 사건 공사의 중단 및 해지 통보

1) F은 2014. 7. 6. 이 사건 공사에 착수하여 2014. 8. 14.경까지 G 구간에서 이 사건 공사 중 일부를 수행하였는데, 교각 4번의 지장물 문제 발생으로 공사가 중단되고 작업이 지연될 것으로 예상되자 2014. 8. 16. 공사현장에서 장비를 철수하였다.

2) F은 2014. 8. 28. 공동수급체의 대표자인 원고 A에게 하도급기성금 144,520,000원 중 기성비율에 따른 선금금 공제액(14,980,000원)을 제외한 나머지 129,540,000원의 지급을 청구하였고, 원고 A은 2014. 9. 1.경 발주자에게 위 금액을 기성공사대금으로 청구하였다. 발주자는 2014. 9. 3. 이 사건 직불합의에 따라 하수급인인 F에게 직접 기성금 129,540,000원을 지급하였다.

3) 주식회사 H(이하 'H'라 한다)는 2014. 9. 15.경 원고 A에게 이 사건 공사 현장에 공급한 153,690,000원 상당의 강관말뚝 자재대금을 F로부터 지급받지 못하였다고 주장하면서 F에 대한 하도급대금의 지급 중단을 요청하였고, 원고 A은 F에게 2014. 10. 6. 기성지급 보완 자료와

미불·체불 처리계획에 따른 조치, 선금의 목적외 사용이 없음을 확인할 수 있는 사용내역 및 통장잔고자료를 2014. 10. 8.까지 제출하여 이 사건 하도급계약을 이행할 것을 촉구하고, 불이행 시 이 사건 하도급계약을 해제 또는 해지할 것을 최고하는 내용의 통보서를, 2014. 10. 10. 위 최고에도 불구하고 연락도 되지 않으므로 더 이상의 공사 추진이 어렵다면서 이 사건 하도급계약을 해지하고, 2014. 10. 15. 10:00 현장상황실에서 이 사건 공사에 관한 정산을 실시하겠다는 내용의 통보서를 각 발송하였다.

4) 이에 F은 2014. 10. 20. 원고 A에게 '당사의 사정으로 사무실을 정상 가동하지 못하여 원고 A의 2014. 10. 6.자 및 2014. 10. 10.자 통보서를 제때에 수령하지 못하고 2014. 10. 15. 정산 등을 위한 회의에 대처하지 못하였으니 추후 귀사가 회의 일정을 통보하면 참여하여 귀사에 피해가 가지 않도록 최선을 다하겠다'는 내용의 답변서를 발송하였다.

5) 원고 A은 2014. 10. 20. F에게 이 사건 공사에 관한 정산결과, 준공잔액이 36,540,000원(= 정산금액 181,060,000원 - 기지급금액 144,520,000원)인데, 잔존 선급금 260,020,000원(= 선급금 275,000,000원 - 기공제액 14,980,000원)에서 이를 공제한 나머지 금액 223,480,000원(= 260,020,000원 - 36,540,000원)을 반환하라는 내용의 통보서를 발송하였다.

바. 후속 하도급계약의 체결

1) 원고 A은 주식회사 I (이하 'I'이라 한다)에게 2014. 10. 30. 이 사건 사업 중 강관말뚝 두부보강공사에 관하여 공사금액 16,924,600원, 공사기간 2014. 12. 31.까지로 정하여 하도급을 주는 내용의 하도급계약을 체결하였다.

2) 원고들은 주식회사 J(이하 'J'이라 한다)에게 2014. 12. 16. 이 사건 공사 중 잔여공사에 관하여 계약금액 2,856,700,000원, 공사기간 2014. 12. 16.부터 2015. 8. 15.까지로 정하여 하도급을 주는 내용의 하도급계약을 체결하였다.

사. 각 보증금 청구 통지

원고 A은 2014년경 피고에게 F의 채무불이행으로 인하여 이 사건 하도급계약이 해지되었음을 이유로 이 사건 각 보증계약에 따른 보증금을 지급하여 줄 것을 청구하는 내용의 통지를 하였고, 그 후 2016. 3. 10. 피고에게 보증금 지급을 구하는 내용의 통지를 재차 하였고, 위 각 통지는 각 그 무렵

피고에게 도달하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 18호증, 제20 내지 23호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고들의 주장

- 1) 이 사건 하도급계약은 F의 채무불이행으로 인하여 2014. 10. 20.경 해지되었는바, 이 사건 계약보증계약 및 이 사건 선급금보증계약에 각 규정된 보증사고가 발생하였다.
- 2) 이 사건 계약보증계약에 따른 보증금액은 265,195,000원이고, F이 이행하지 아니한 나머지 공사를 이행하기 위해 지출한 금액 상당으로서 원고들이 F의 위 채무불이행에 따라 입은 실제손해액은 402,734,600원(= 이 사건 하도급계약이 해지된 후 J, I과 각 체결한 잔여 공사에 대한 하도급계약상 공사대금2,873,624,600원 - 이 사건 하도급계약이 해지될 당시 F의 미이행 잔여공종 금액 2,470,890,000원)이므로, 피고는 원고들에게 위 실제손해액 중 보증금액의 범위 내에 있는 265,195,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다(단순 계약금액 차액이 아니라 후속업체가 시공한 수량과 F의 잔여 수량을 비교하여 최소 수량을 기준으로 한 공사비 차액 상당이 손해라는 피고의 주장에 의하더라도 원고들의 손해액은 이 사건 계약보증금을 초과한다).
- 3) 원고들은 F에게 275,000,000원의 선급금을 지급하였고, 위 선급금 중 정산되지 아니한 금액은 223,480,000원이므로, 피고는 원고들에게 이 사건 선급금보증계약에 따라 위 미정산 선급금 223,480,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

- 1) 이 사건 하도급계약은 원고들과 F 사이에 체결된 것으로 해지의 의사표시는 계약당사자인 원고들 전원이 하여야 하나 원고 A이 단독으로 해지 통보를 하였고, 해지에 앞선 적법한 이행 최고가 결여되었으므로 이 사건 하도급계약의 해지는 부적법하다.
- 2) 원고들은 이 사건 하도급계약을 체결함에 있어 당초 전체 공사에 관하여 견적을 받은 후 다시 항목별로 분리하여 최저가 업체와 계약함으로써 하도급법 제4조 제2항 제7호를 위반하여 하도급대금이 부당하게 결정되었고, 실제 하도급비율(53.6%)이 하도급 적정성 심사기준(82%)에

미달하여 부실시공이 우려되는 상황임에도 자재비를 하도급금액에 허위로 포함시키는 편법을 사용하였는바, 피고는 이 사건 하도급계약의 실태를 알지 못한 상태에서 이 사건 각 보증계약을 체결하였다. 위와 같은 사정은 피고에게 있어 수급인의 채무불이행이라는 보증사고 발생의 위험성과 그로 인한 책임부담의 개연성 측정 등을 통한 보증계약의 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위하여 검토하여야 할 중요한 사정에 해당한다. 그럼에도 F은 이 사건 각 보증계약 체결 당시 이러한 사정을 고지하지 않았는데 피고는 이와 같은 사정을 알았다면 F에게 이 사건 각 보증서를 발급하지 않았거나 적어도 동일한 조건으로 보증서를 발급해 주지 않았을 것이다.

그렇다면 F이 위 사유를 고지하지 않은 것은 민법 제110조 제1항의 기망행위에 해당하고, 원고들은 법령위반의 저가하도급을 준 당사자로서 이러한 사정을 잘 알고 있었거나 알 수 있었다. 또한 위와 같은 경위로 이 사건 하도급계약이 체결된 사실은 피고가 이 사건 각 보증계약의 체결과 보증서 발급 여부 및 그 조건을 결정함에 있어 매우 중요한 사항이므로, 피고가 이를 알지 못한 것은 민법 제109조 제1항의 중요부분의 착오에 해당한다. 따라서 피고는 기망 내지 착오를 이유로 이 사건 각 보증계약을 취소하는바, 원고들에게 이 사건 각 보증계약에 따른 각 보증금 지급의무를 부담하지 않는다.

3) 설령 피고가 이 사건 각 보증계약에 따른 보증금 지급의무를 부담한다 하더라도, F이 이행하지 아니한 나머지 공사를 이행하기 위해 지출한 금액은 F이 미이행한 잔여공사의 구체적 물량·단가를 후속공사에 실제 투입된 물량·단가와 비교하여 실질적인 추가 비용 발생 여부가 확인된 부분으로 한정되어야 하는데 피고의 보증대상 금액을 기준으로 매입말뚝공법은 단가 24,000원, 강관말뚝자재비는 단가 80,850원을 적용하여 후속공사비를 산정하면 원고들의 손해액은 55,265,292원에 불과하다.

또한 F이 반환하여야 할 선급금에서 F이 지급받았어야 할 선급금에 대한 지연이자 36,797,515원(= 520,585,000원 × 20% × 129일/365일), F이 관련 사건의 소송에서 이 사건 하도급계약과 관련하여 원고들에 대한 채권으로 인정받은 판결원리금 6,281,991원, F이 관련사건의 원고들이 환급받았거나 환급받을 수 있는 부가가치세액 16,375,917원은 각 공제되어야 한다.

3. 판단

가. 이 사건 하도급계약의 해지 여부

1) 이 사건 하도급계약의 해지로 인한 보증사고의 발생 위 인정사실에 의하면, F은 하도급받은 이 사건 공사를 진행하던 중 공사구간의 일부에서 사전에 예상하지 못하였던 매설 지장물이 발견되어 공사가 중단되고 작업이 지연될 것으로 예상되자 2014. 8. 16. 일방적으로 공사현장에서 장비를 철수하였고, 그때까지의 기성부분에 상당하는 공사대금을 2014. 9. 3. 수령하였음에도 공사 현장에 자재를 공급한 업체에게 자재대금을 지급하지 아니하여 분쟁이 생겼으며, 이에 원고 A은 F에게 2014. 10. 1. 및 2014. 10. 6. F이 기성 공사대금을 수령하였음에도 현장의 자재대금 등을 결제하지 아니하여 민원이 발생하였고, F의 현장대리인이나 본사 책임자와 연락이 단절되는 등으로 업무에 지장이 있으므로 공사 추진이 정상화될 수 있도록 계약을 이행할 것을 최고하면서 불이행 시 이 사건 하도급계약을 해지하겠다는 취지를 통보한 데 이어, 2014. 10. 10. 위 최고에도 불구하고 F 측과 연락이 되지 않아 더 이상의 공사 추진이 어렵다는 이유로 이 사건 하도급계약을 해지하겠다는 내용을 통보하였고, F은 2014. 10. 20. 원고 A에게 위 각 통보를 뒤늦게 수령하였다면서 추후 원고 A이 일정을 정하면 정산 등을 위한 회의에 참여하겠다는 의사를 밝혔음을 알 수 있는바, 이러한 사정들에 비추어 보면 이 사건 공동수급체에게 이 사건 하도급계약에 관한 해지권이 발생하였고, 이 사건 공동수급체의 대표자인 원고 A의 해지 의사표시에 의하여 이 사건 하도급계약은 2014. 10. 20. 무렵 적법하게 해지되었으므로, 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 할 것이다.

2) 피고의 주장에 관한 판단 가) 원고 A의 해지 의사표시가 부적법한지 여부

(1) 피고는, 이 사건 하도급계약의 당사자인 도급인에 원고 A과 함께 이 사건 공동수급체의 구성원인 원고 B, C도 포함되므로, 이 사건 하도급계약을 해지하는 의사표시는 원고들 전원이 하여야 할 것임에도 원고 A이 단독으로 이 사건 하도급계약의 해지의 의사표시를 하였으므로, 위 해지의 의사표시는 부적법하다고 주장한다.

(2) 이 사건 하도급계약이 이 사건 공동수급체 전원과 F 사이에 체결되었는데, 원고 A이 단독으로 F에 대하여 이 사건 하도급계약을 해지하는 의사표시를 한 사실은 앞에서 본 바와 같다.

그러나 원고들은 이 사건 사업과 관련하여 발주자와 제3자에 대한 공동수급체의 대표자를 원고 A으로 정한 사실 역시 앞서 본 바와 같은바, 위 인정사실에 의하면 원고 B, C은 공동수급협정 등에 의하여 이 사건 하도급계약에 대한 해지의 의사표시를 할 수 있는 권한을 원고 A에게 위임하였다고

봄이 상당하다.

나아가 이 사건 공동수급체는 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로 그 구성원의 일방이 공동수급체의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합에 있어서 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있었다고 할 것이고(대법원 2000. 12. 12. 선고 99다49620 판결 참조), 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정되므로(민법 제709조), 이 사건 하도급계약의 해지는 이 사건 공동수급체의 업무에 관한 것으로서 업무집행조합원의 지위에 있는 원고에게 위 해지에 관한 대리권이 있는 것으로 추정되는 이상 위 해지의 의사표시가 부적법하다고 할 수 없다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 적법한 이행 최고의 결여 여부

(1) 피고는, 원고들은 F에 서면으로 상당한 기간을 정하여 이 사건 하도급계약의 이행을 최고한 후 계약을 해지할 수 있음에도 원고 A은 이행최고를 결여하였거나 상당한 기간을 정한 이행최고를 하였다고 볼 수 없으므로 이 사건 하도급계약의 해지가 부적법하다고 주장한다.

(2) 원고 A은 F에게 2014. 10. 1. 및 2014. 10. 6. F이 기성 공사대금을 수령하였음에도 현장의 자재대금 등을 결제하지 아니하여 민원이 발생하였고, F의 현장대리인이나 본사 책임자와 연락이 단절되는 등으로 업무에 지장이 있으므로 공사 추진이 정상화될 수 있도록 계약을 이행할 것을 최고하면서 불이행 시 이 사건 하도급계약을 해지하겠다는 취지를 통보하였음은 앞서 본 바와 같은바, 원고 A은 상당한 기간을 정한 최고를 하였다 할 것이어서 결국 피고의 위 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 각 보증계약의 취소 여부

1) 관련법리 가) 건설산업기본법 제31조 제2항, 같은 법 시행령 제34조 제1항에 의하면, 한국수자원공사와 같은 공공기관이 발주자인 경우에는 하도급계약금액이 도급금액 중 하도급 부분에 상당하는 금액[하도급하려는 공사 부분에 대하여 수급인의 도급금액 산출내역서의 계약단가(직접·간접 노무비, 재료비 및 경비를 포함한다)를 기준으로 산출한 금액에 일반관리비, 이윤 및 부가가치세를 포함한 금액을 말하며, 수급인이 하수급인에게 직접 지급하는 자재의 비용과 건설산업기본법 제34조 제3항에 따른 하도급대금 지급보증서 발급에 드는 금액 등 관계 법령에 따라 수급인이 부담하는 금액은 제외한다]의 100분의 82에 미달하는 경우 하수급인의 시공능력,

하도급계약내용의 적정성 등을 심사하여야 한다고 정하고 있다.

나) 건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합이 조합원과 사이에 조합원이 도급받은 건설공사에 관한 도급계약과 관련하여 체결하는 계약보증계약, 선급금보증계약에서 조합원이 조합에게 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, 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 등 참조).

2) 판단 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 증거, 갑 제24, 25호증, 을 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들은 2014. 3. 14.경 이 사건 사업 중 연약지반공사, 강관파일공사(매입말뚝공사)를 수행할 하수급인을 선정하기 위한 현장설명회를 개최한 사실, F을 비롯한 업체들은 위 각 공사 총 입찰금액을 기재하여 견적서를 제출하였는데 강관파일 자재비는 견적에 포함되지 않은 사실, F은 이 사건 공사, 즉 이 사건 사업 중 강관파일공사를 하도급받을 낙찰자로 선정되었고, H로부터 강관말뚝에 관한 견적을 받아 이를 기초로 강관파일 자재비를 산정한 뒤 위 자재비를 포함한 금액으로 2014. 5. 13. 원고들과 이 사건 하도급계약을 체결한 사실, J은 이 사건 사업 중 연약지반공사를 하도급받을 낙찰자로 선정되어 원고들과 위 공사에 관한 하도급계약을 체결한 사실, 피고는 F과 사이에 2014. 5. 13. 이 사건 각 보증계약을 체결하였고, 이 사건 각 보증계약은 F과 원고들 사이에 체결된 위 하도급계약을 기초로 체결된 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, F은 당초 강관파일자재에 관한 금액을 포함하지 않은 견적서를 원고들에게 제출하였다가 H로부터 강관파일자재에 관한 견적을 받아 이를 기초로 강관파일자재에 관한 금액을 포함하여 이 사건 하도급계약을 체결하였을 뿐, 을 제5, 6, 9호증의 각 기재만으로는 피고의 주장과 같이 원고들과 F이 이 사건 하도급계약을 체결하면서 건설산업기본법상 하도급 적정성심사를 회피할 의도로 실제로는 하도급율이 53.6%에 불과함에도 하수급인인 F이 강관파일자재를 직접 구매하여 공사하는 것으로 하여 이 사건 하도급금액을 정하여 하도급율이 하도급 적정성심사 제외대상에

해당하는 99.7%인 외관을 만들었다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없고, 이 사건 사업 중 연약지반공사 및 강관파일공사를 나누어서 각 하도급계약을 체결하였다는 사정만으로는 피고가 F와 사이에 이 사건 각 보증계약을 체결할 당시 보증의 대상이 되는 공사계약의 내용(공사내역), 선급금의 용도 등에 대하여 어떠한 착오나 기망이 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 취소 주장은 이유 없다.

다. 계약보증금 지급 청구에 관한 판단

- 1) 계약보증금 지급의무의 발생여부 이 사건 하도급계약은 F의 채무불이행으로 인하여 적법하게 해지되었음은 앞서 본 바와 같은바, 보증사고가 발생하였고, 특별한 사정이 없는 한 피고는 이 사건 계약보증계약에 따른 계약보증금을 지급할 의무가 있다.
 - 2) 보증책임의 범위 가) 당초의 시공 회사가 공사를 중단함으로 인하여 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면 증가된 공사비용 중 합리적인 범위 내의 비용은 시공 회사의 공사도급계약 위반으로 인한 손해라고 할 것이다. 다만 당초의 도급계약에서 물가변동 등으로 인한 공사대금의 증액이 예정되어 있어 어차피 당초 약정된 공사대금을 증액 지급할 것을 회피할 수 없었던 경우라면, 그러한 공사대금의 증액으로 인하여 도급인에게 추가적인 경제적 부담이 초래되었다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 가리켜 수급인의 귀책사유와 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다31885 판결 참조). 나아가 도급인이 미시공 부분에 대하여 다른 수급인과 공사도급계약을 체결하면서 종전 공사도급계약의 내용과는 다르게 물량 증가 등의 설계변경이 이루어짐으로써 발생하는 공사비 순증가액은 종전 수급인의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.
- 원고들은 이 사건 하도급계약이 해지된 후 J, I과 사이에 이 사건 잔여공사에 관한 후속 하도급계약을 각 체결하였음은 앞서 본 바와 같은바, F의 공사중단으로 원고들이 입은 손해는 F의 잔여 공사 미시공 물량을 초과하지 않는 범위 내에서 J, I이 각 시공한 물량의 합을 기준으로 이 사건 하도급계약의 단가를 적용한 잔여 공사대금과 후속 하도급계약의 단가를 적용한 잔여 공사대금의 차액 중 합리적인 범위 내라고 인정되는 부분이라고 할 것이다.

나) 감정인 K의 감정결과 및 감정보완결과에 변론 전체의 취지를 더하면, F의 미시공 물량과 J, I의 각 시공 물량의 합 중 적은 물량을 기준으로 이 사건 하도급계약의 단가를 적용한 잔여 공사대금과 후속 하도급계약의 단가를 적용한 잔여 공사대금의 차액은 391,686,755원인 사실을 인정할 수 있다.

위 감정결과는 이 사건 하도급계약에 포함되어 있지 않았던 신규항목과 계약 외 공사, 물량 증가분을 제외하고, 당초 설계보다 물량이 감소된 경우는 반영하여 F의 귀책사유와 관계없이 설계변경 등으로 공사대금이 증가한 부분이 포함되지 않도록 산정한 점, 기존항목의 단가만 변경되었으나 계산의 편의상 기존항목을 삭제하고 신규항목을 개설한 경우는 원칙적으로 신규항목에 해당하지 않으나 시공 형태의 변경이 있는 경우와 단가만 변경된 경우를 명확히 구별할 수 없으므로 모두 신규항목으로 제외한 점, 원고들은 입찰을 거쳐 최저 입찰가격을 제출한 J, I과 후속 하도급계약을 체결하였고, J, I과의 계약단가 등이 합리적인 범위를 벗어난 것이라고 볼 만한 사정이 없는 점 등에 비추어 보면, 위 금원은 특별한 사정이 없는 한 합리적인 범위 내에서 증가된 공사비용으로 F의 채무불이행으로 인하여 원고들이 입은 손해라고 할 것이다.

다) 피고는, 매입말뚝공법(SDA)의 단가는 입찰단가인 24,000원으로, 공종번호 8-1 '방음벽 중 d-1' 및 8-2 '방음벽 중 c-1'의 강관파일자재비 단가는 각 80,850원으로 적용하여 후속 공사대금을 산정하여야 한다고 주장한다.

그러나 후속 공사대금은 입찰단가가 아닌 실제 계약단가로 산정하여야 하는데 매입말뚝공법의 계약단가는 26,000원임은 감정결과에 의하여 인정되고, 감정결과, 감정보완결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 위 공종의 강관파일자재비의 단가는 102,900원인 사실이 인정되는바, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

3) 소결 결국 F의 채무불이행으로 인하여 이 사건 하도급계약이 해지됨에 따라 원고들에 발생한 손해는 391,686,755원이고 그 중 이 사건 계약보증계약이 담보하는 손해는 보증금액인 265,195,000원 및 이에 대하여 피고가 보증금 지급에 관한 심사 및 보증금액 결정을 하는데 필요한 기간 이후로서 원고가 구하는 2016. 3. 11.부터의 지연손해금이다.

라. 선금금보증금 지급 청구에 관한 판단

1) 선금금보증금 지급의무의 발생여부 앞에서 본 바와 같이 이 사건 하도급계약이 적법하게

해지되었으므로 원고들은 F에 대하여 이미 지급한 선급금을 정산하여 반환받을 권리가 있다.

앞서 든 증거에 의하면, 원고들이 F에게 지급한 선급금 275,000,000원에서 이 사건 하도급계약에 의하여 F의 하도급기성금 144,520,000원 중 14,980,000원이 선급금에서 공제된 사실이 인정되고, 원고들은 미사용자재에 대한 정산금 36,540,000원이 선급금에서 당연 충당되어 공제되었음을 자인하고 있는바, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고들에게 이 사건 선급금보증계약에 따라 보증금액의 범위 내에서 F이 반환해야 할 미정산 선급금 223,480,000원(= 275,000,000원 - 14,980,000원 - 36,540,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 주장에 관한 판단 가) 선급금 미지급 지연이자 공제 주장에 관한 판단

(1) 피고의 주장

피고는, 원고가 발주자로부터 2014년도 기준 30%를 선급금으로 지급받았으므로 F에게 이 사건 하도급계약금액 2,651,950,000원의 30%에 상당하는 795,585,000원을 지급하였어야 함에도 불구하고 275,000,000원만을 지급하였으므로 그 차액에 대한 지연이자 36,797,515원은 선급금 보증금에서 공제하여야 한다고 주장한다.

(2) 판단

(가) 이 사건 하도급계약에서는 원고가 발주자로부터 지급받은 선급금의 내용과 비율에 따라 F에게 선급금을 지급하도록 되어 있음(제22조 제2항)은 앞서 본 바와 같으며, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제6조에 의하면 원사업자는 발주자로부터 선급금을 받은 경우 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 받은 날부터 15일 이내에 선급금을 수급사업자에게 지급하여야 하고, 원사업자가 발주자로부터 받은 선급금을 기한이 지난 후에 지급하는 경우 그 초과기간에 대하여 이자를 지급하여야 한다.

(나) 앞서 든 증거, 갑 제26, 27호증, 을 제7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ①

원고들은 2014. 2. 19. 발주자와 이 사건 사업에 관한 도급계약을 체결하였고 2014. 8. 27.

변경계약을 체결하였으며, 발주자로부터 2014년도 연부액 8,500,000,000원 중 30%에 해당하는

선급금 2,550,000,000원을 지급받은 사실, ② 위 선급금과 관련된 공사에는 이 사건 공사가

포함되는데 이 사건 공사에는 '8. 시흥 L' 공중(이하 '이 사건 공중'이라 한다)이 있고, 위 공중은 '8-1

방음벽, 8-2 방음벽'으로 구성되어 있는데 설계사는 2014. 6.경 발주자(감리단)에게 위 공중에 대하여 '구간별 심도에 따른 전면 재검토를 수행할 예정'이라는 검토결과를 제출하였고, 발주자는 2015. 6.경 이 사건 공중에 대한 설계변경을 완료하였으며, 원고들은 2015. 6. 25. 발주자와 사이에 위 설계변경 내용이 반영된 변경계약을 체결한 사실이 인정되는바, 원고들이 발주자로부터 지급받은 선급금 2,550,000,000원이 이 사건 하도급계약 중 위 공중에 대한 부분과 관련이 있다고 보기 어렵고, 이 사건 하도급계약 중 이 사건 공종을 제외한 부분에 대한 공사대금은 451,000,000원이고 이를 기준으로 한 선급금은 135,300,000원(= 451,000,000원 × 30%)으로 원고들이 F에게 지급한 선급금은 이를 초과하는 이상 원고들이 발주자로부터 지급받은 선급금이 선급금 지급비율(30%)에 따라 F에게도 선급금이 지급되어야 한다고 볼 수 없다. 결국 이를 전제로 한 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 판결원리금 공제 주장에 관한 판단

(1) 피고는, F이 관련 소송[대전지방법원 서산지원 2015가합167(본소), 2015가합50254(반소), 대전고등법원 2016나11637(본소), 2016나11644(반소)]에서 이 사건 하도급계약과 관련하여 원고들에 대한 채권으로 인정받은 판결원리금 6,281,991원이 선급금에서 공제되어야 한다고 주장한다.

(2) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되는바(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결 등 참조), 위 관련 소송에서 원고들이 F에게 지급할 의무가 있다고 인정된 금액은 원고들의 F에 대한 채무불이행을 원인으로 한 손해배상금이므로, 선급금에서 공제될 성질의 것이 아니다. 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 부가가치세의 공제 주장에 관한 판단

공급계약에 따라 수수된 선급금에 부가가치세가 포함되어 있어 이에 관한 세금계산서를 발행 받아 위 부가가치세 상당액을 매입세액으로 환급 받은 경우, 이 환급세액은 그 실질에 있어서 위 선급금 중 부가가치세 상당액의 반환에 해당하므로 위 공급계약의 해제에 기한 원상회복으로 반환하여야 할 금액에서 이를 공제함이 상당하다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 참조).

앞서 든 증거에 의하면 원고들이 F에게 지급한 선급금에는 부가가치세 16,375,917원이 포함되어 있었던 사실이 인정된다. 따라서 원고가 이미 환급받았거나 환급 받을 수 있는 위 부가가치세 상당액 16,375,917원은 F이 원고들에게 반환해야 할 미정산선급금에서 공제한다. 피고의 이 부분 주장은 이유 있다.

3) 소결론 결국 피고는 원고들에게 이 사건 선급금보증계약에 따라 207,104,083원(= 223,480,000원 - 16,375,917원) 및 이에 대하여 원고들이 피고에 대하여 선급금보증금을 청구한 날로부터 5일이 경과한 날 이후로서 원고들이 구하는 2016. 3. 11.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

마. 소결론

그렇다면 피고는 원고들에게 472,299,083원(= 265,195,000원 + 207,104,083원) 및 이에 대하여 2016. 3. 11.부터 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2018. 10. 31.까지는 상법상 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법상 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사설민수

판사이유영

판사전유상