

서울중앙지방법원 2019. 8. 16 선고 2018가합589094 판결 [보증금 등 청구의 소]

---

### 재판경과

서울고등법원 2020. 10. 22 선고 2019나2041738 판결

서울중앙지방법원 2019. 8. 16 선고 2018가합589094 판결

### 전문

**원고**1. A 주식회사

2. B 주식회사

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 박철규, 조영운, 이강민

**피고**1. 주식회사 C

2. D조합

소송대리인 법무법인 법여울

담당변호사 박영만, 김예지, 이종언

**변론 종결**2019. 6. 21.

**판결 선고**2019. 8. 16.

### 주문

1. 피고들은 연대하여 원고들에게 226,822,630원 및 이에 대하여 2018. 12. 1.부터 2018. 12. 24.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 2019. 6. 1.부터 다 갚는

날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 피고들이 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

## 청 구 취 지

2019. 6. 1.부터 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하는 것 외에 주문 제1항과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 원고들과 피고 주식회사 C의 하도급계약 체결

1) 원고들은 공동수급체(원고 A 주식회사 51%, 원고 B 주식회사 49%)를 구성하여 평택시 건설교통사업소로부터 'E 건설공사'를 도급받은 후 2013. 9. 4. 피고 주식회사 C(이하 주식회사 호칭은 생략한다)과 위 공사 중 토공사, 철근콘크리트공사, 포장공사, 상하수도공사, 비계구조물해체공사, 연약지반처리공사(이하 위 각 공사를 통칭하여 '이 사건 하도급공사'라고 한다)에 관하여 공사기간을 2013. 9. 4.부터 2017. 6. 3.까지로 정한 하도급계약을 체결하였다(이하 위 하도급공사에 관한 각 하도급계약을 통칭하여 '이 사건 하도급계약'이라고 한다).

2) 이 사건 하도급계약에 첨부되어 계약의 내용으로 편입된 공사계약 일반조건 및 특약사항의 주요 내용은 다음과 같다.

[건설공사 하도급계약 일반조건]

제22조(선금금)

① 갑(원고들)은 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 을(피고 C)에게 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
2. 부도·파산 등 을의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때

[하도급계약 특약사항]

#### 제7조(하도급대금 직불)

① 갑은 다음 각 호의 1에 해당될 경우 갑이 을에게 지급할 미지금 기성금을 본 공사와 관련된 을의 채권자(이하 "을의 채권자"라 한다)에게 직접지급할 수 있다. 다만, 제2호와 제3호의 경우에는 그로 인하여 이 계약상 갑의 권리가 상실될 우려가 있거나 또는 을이 갑의 직접지급에 동의한 경우에만 한다.

1. 갑, 을 및 "을의 채권자" 간에 갑이 "을의 채권자"에게 "을의 채무액"을 직접 지급하기로 합의한 때
2. 을의 지급정지, 파산, 그밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가, 인가, 면허, 등록 등이 취소되어 "을의 채무액"을 지급할 수 없게 된 경우
3. 을이 "을의 채무액"을 2개월 이상 지불하지 아니하고 그 지불능력을 회복하지 못할 때

② 제1항에 따라 갑이 "을의 채권자"에게 "을의 채무액"을 직불할 경우 갑은 을에게 직불사실 및 갑이 그로 인하여 취득하는 구상권으로 기성금에 대하여 상계한다는 의사를 즉시 통지하여야 한다.

③ 제1항에 의한 갑의 "을의 채무액"의 직불은 갑의 권리일 뿐 의무는 아니며, 상기 규정을 근거로 을의 채권자는 갑에게 직접 하도급대금을 청구하지 못한다.

#### 제9조(계약의 해제·해지)

하도급계약서 일반조건 제25조 제1항 제1호의 "을이 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의

목적달성할 수 없다고 인정될 때"라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 포함한다.

2. 을이 을의 채권자에게 임금, 자재비, 경비 등을 지급하지 아니하여 공사가 정상적으로 진행되지 아니할 때(갑이 을에게 지급하여야 할 공사대금에 대하여 을의 채권자가 법원의 가압류나 압류 등의 결정을 받아 공사대금을 을에게 직접 지급할 수 없는 경우도 포함한다)

### 제13조(갑의 계약해제 등)

① 갑은 을이 공사수행 중 다음 각 호의 1에 해당함으로써 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 경우에 계약을 해지 또는 해제할 수 있다.

1. 을의 채권자로부터 (가)압류, 파산의 신청을 받았을 때
2. 어음·수표 등의 부도처분을 받았을 때
3. 을의 임금체불로 인하여 소속 근로자의 진정 및 노사분규 등으로 공사수행이 불가능할 때
4. 갑의 사전 서면승인 없이 제3자에게 임의로 재하도급한 때

### 나. 피고 C과 피고 조합의 선급금 보증계약 체결

1) 피고 C은 피고 D조합(이하 '피고 조합'이라고 한다)과 피고 C의 원고들에 대한 선급금반환채무를 보증하는 내용의 선급금 보증계약(이하 '이 사건 선급금 보증계약'이라 한다)을 각 체결한 후 피고 조합으로부터 다음과 같은 내용의 선급금 보증서(이하 '이 사건 선급금 보증서'라 한다)를 발급받아 원고들에게 제출하였고, 원고들은 피고 C에 아래 표에 기재된 선급금을 지급하였다.

|          |     |               |               |                            |
|----------|-----|---------------|---------------|----------------------------|
| 토공사      | 1차분 | 1,377,714,000 | 1,377,714,000 | 2013. 9. 4. ~ 2016. 6. 10. |
|          | 2차분 | 177,980,000   | 177,980,000   | 2016. 2. 15. ~ 2017. 6. 3. |
| 철근콘크리트공사 | 1차분 | 916,971,000   | 916,971,000   | 2013. 9. 4. ~ 2017. 6. 3.  |
| 포장공사     | 1차분 | 536,890,000   | 536,890,000   | 2013. 9. 4. ~ 2017. 6. 3.  |
| 상하수도공사   | 1차분 | 72,920,000    | 72,920,000    | 2013. 9. 4. ~ 2016. 6. 10. |
|          | 2차분 | 21,450,000    | 21,450,000    | 2016. 2. 15. ~ 2017. 6. 3. |

2) 이 사건 선급금 보증서 및 이 사건 선급금 보증계약에 적용되는 선급금 보증약관(이하 '이 사건

선급금 보증약관'이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.

[선급금 보증서]

특기사항: 보증기간 종료후의 보증사고에 대하여는 보증책임을 부담하지 아니하므로 계약이행기일이 연장되는 경우에는 반드시 보증기간 이내에 우리조합으로부터 보증기간을 연장하는 보증서를 추가로 받으셔야 합니다.

[선급금 보증약관]

제1조(보증책임)

① 피고 조합(이하 '조합'이라 합니다)은 계약자(이하 '채무자'라 합니다)가 앞면 기재계약(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.

|                        |                                                            |
|------------------------|------------------------------------------------------------|
| 1. 주채무자의 당좌거래정지        | 당좌거래 정지일자 기준                                               |
| 2. 주채무자의 공사포기          | 공사포기 문서일자 기준. 다만, 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                                             |

③ 보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다. 다만 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 적용하여 체결된 공사계약인 때에는 제9조 제1항 제7호에도 불구하고 동 법령이 정하는 바에 따릅니다.

## 제2조(선급금 정산)

① 선급금 정산은 주계약상의 정산방법을 따르되, 주계약(또는 하도급의 경우 상위공사)이 연차공사계약(장기계속공사 및 계속비공사계약 포함)인 경우 선급금 정산은 선급금 지급대상 계약금액(선급금 산정의 기준이 된 계약금액)을 기준으로 정산하여야 합니다.

## 제9조(면책조항)

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

6. 보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정, 채무자의 기성금채권에 대한 보전처분, 강제집행 등 사유로 선급금 정산 대상에서 제외하기로 하는 약정 등으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소하지 못한 보증금

### 다. 피고 C의 공사 포기 및 이 사건 하도급계약의 해지

1) 피고 C은 이 사건 하도급공사와 관련하여 현장근로자들에 대한 임금을 체불하고 자재비, 장비비 등을 미납하게 되는 등 경영난에 빠지게 되자 2016. 12. 12. 서울회생법원 2016회합100287호로 회생절차를 신청하였고, 2016. 12. 14.에는 피고 C의 당좌거래가 정지되기도 하는 등 피고 C이 이 사건 하도급공사를 이행할 수 없게 되는 사정이 발생하였다.

2) 이에 원고들은 2017. 1. 3. 피고 C에 이 사건 하도급계약의 해지를 통지하였고, 다음날인 2017. 1. 4. 위 해지통보가 피고 C에 도달하였다.

### 라. 원고들의 직불처리 및 피고 조합의 선급금 보증금 지급

1) 이 사건 하도급계약이 해지된 2017. 1. 4. 기준 미정산 선급금 및 피고 조합의 보증금액은 아래 표 기재와 같다(철근콘크리트공사 및 포장공사의 보증금액의 경우 피고 조합의 보증책임이 일부 소멸함에 따라 당초 금액에서 아래 표 기재 금액과 같이 감소하였다).

|          |             |               |             |             |
|----------|-------------|---------------|-------------|-------------|
| 토공사      | 1차분         | 1,377,714,000 | -           | -           |
| 2차분      | 177,980,000 | 3,128,318     | 177,980,000 |             |
| 철근콘크리트공사 | 1차분         | 916,971,000   | 225,302,967 | 185,673,553 |
| 포장공사     | 1차분         | 536,890,000   | 192,856,155 | 130,772,977 |
| 상하수도공사   | 1차분         | 72,920,000    | -           | -           |
| 2차분      | 21,450,000  | 12,279,017    | 21,450,000  |             |

|     |             |               |   |   |
|-----|-------------|---------------|---|---|
| 토공사 | 1차분         | 1,377,714,000 | - | - |
| 합계  | 433,566,457 |               |   |   |

2) 한편, 원고들은 피고 C이 이 사건 하도급공사와 관련하여 현장근로자들에 대한 임금을 체불하고 자재비, 장비비 등을 미납하게 되자, 2016. 11. 15. 피고 C로부터 직불동의를 받아 2016. 12. 15. 피고 C의 미불금 채무 합계 330,296,668원(= 토공사 145,631,795원 + 철근콘크리트공사 90,903,379원 + 포장공사 86,361,584원 + 상하수도공사 7,399,910원)을 피고 C의 채권자들에게 직접 지급하였다.

3) 원고들이 2017. 3. 8. 피고 조합에 이 사건 선급금 보증책임의 이행을 구하자, 피고 조합은 2018. 11. 30. 피고 조합의 보증책임은 142,944,402원을 초과하지 않는다는 이유로 위 금액만을 원고들에게 지급하였다.

#### 【인정 근거】

○ 피고 C: 자백간주(민사소송법 제150조 제3항, 제1항)

○ 피고 조합: 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지4, 17 내지 35호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 피고 C에 대한 청구

가. 청구의 표시: 별지 청구원인 기재와 같다.

### 나. 자백간주에 의한 판결(민사소송법 제208조 제3항 제2호)

다. 일부기각: 2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정된 「소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정」 부칙 제2조에 따라 2019. 6. 1. 이후 연 12%를 초과하는 지연손해금 청구 부분은 기각한다.

## 3. 피고 조합에 대한 청구

### 가. 원고들 주장의 요지

피고 조합은 이 사건 선급금 보증계약에 따라 피고 C이 원고들에게 부담하는 미정산 선급금

반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 이 사건

보증보험계약의 보증서에 기재된 사항 및 약관(이하 '이 사건 보증약관'이라고 합니다)에 따라 보증채무를 부담한다.

피고 조합이 2018. 11. 30. 원고들에게 지급한 142,944,402원을 피고 조합이 부담하는 보증채무액에서 민법에 따라 변제 총당하게 되면, 잔존 선급금 보증금 원금은 226,822,630원이 되므로, 피고 조합은 피고 C과 연대하여 원고들에게 226,822,630원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 나. 판단

- 1) 선급금보증금 지급의무의 발생 앞서 본 기초사실에 의하면, 피고 C의 귀책사유로 이 사건 하도급계약이 해지되었고, 피고 C은 원고들에게 미정산 선급금 반환채무를 이행하고 있지 아니하므로, 이 사건 선급금 보증계약에 따라 피고 C의 선급금 반환의무를 보증한 보증인인 피고 조합은 특별한 사정이 없는 한 원고들에게 보증금액의 범위 내에서 선급금 반환의무를 부담한다.
- 2) 보증금액의 범위 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 중도에 선급금을 반환하게 되었다면 선급금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되는 것으로 보아야 하며, 다만 선급금반환에 관한 보증계약의 경우 그 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 하도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 할 것이다(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 참조).

이 사건에서 피고 조합은 보증금액의 범위 내에서 피고 C의 선급금 반환의무를 보증하게 되는데, 주계약인 이 사건 하도급계약에서 선급금 반환사유에 대해 달리 정함이 없는 이상 이 사건 하도급계약이 해지된 때인 2017. 1. 4. 비로소 피고 C이 원고들에게 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다고 봄이 타당하고, 위 해지 시점을 기준으로 각 공사별 그때까지의 기성고에 해당하는 미지급 공사대금을 선급금에 충당하고 남은 각 공사별 미정산 선급금 및 각 공사별 보증금액은 아래 표 기재와 같으므로, 피고 조합이 부담하는 보증금액은 미정산 선급금과 보증금액 중 작은 금액의 합계 331,853,865원 및 이에 대한 지연손해금이 된다.

|     |           |             |           |   |
|-----|-----------|-------------|-----------|---|
| 토공사 | 1차분       | -           | -         | - |
| 2차분 | 3,128,318 | 177,980,000 | 3,128,318 |   |

|          |             |             |             |             |
|----------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| 토공사      | 1차분         | -           | -           | -           |
| 철근콘크리트공사 | 1차분         | 225,302,967 | 185,673,553 | 185,673,553 |
| 포장공사     | 1차분         | 192,856,155 | 130,772,977 | 130,772,977 |
| 상하수도공사   | 1차분         | -           | -           | -           |
| 2차분      | 12,279,017  | 21,450,000  | 12,279,017  |             |
| 합계       | 331,853,865 |             |             |             |

3) 피고 조합의 주장에 대한 판단 가) 당좌거래 정지일 기준으로 미정산 선급금을 산정하여야 한다는 주장

피고 조합은, 피고 C의 당좌거래 정지일인 2016. 12. 14. 보증사고가 발생하였고, 이는 이 사건 선급금보증약관에서 정한 선급금 반환사유에 해당하므로 위 시점을 기준으로 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액이 선급금에 충당되어야 한다는 전제 아래 원고들이 위 당좌거래일 이후인 2016. 12. 15.자로 직불처리한 금액은 미지급 기성금으로서 선급금에 당연충당되는 금액이라고 주장한다.

그러나 ① 이 사건 선급금 보증약관 제1조 제1항에 따르면 '피고 조합은 피고 C이 이 사건 하도급계약과 관련하여 그 책임 있는 사유로 원고들에게 부담하는 미정산 선급금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담한'다고 규정하고 있어, 피고 C의 선급금 반환의무가 발생하고 이를 불이행하여야 비로소 보증채무를 부담하게 되는 것인 점, ② 이 사건 선급금 보증약관에서 당좌거래 정지를 선급금 반환사유로 정해두었다 하더라도, 선급금반환에 관한 보증계약에 있어서 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 하도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 할 것이어서, 이 사건 하도급계약상 피고 C의 당좌거래 정지를 선급금 반환사유로 규정하고 있지 않은 이상, 피고 C의 당좌거래가 정지를 이유로 곧바로 피고 C이 원고들에게 선급금 반환의무를 부담한다고 볼 수 없는 점, ③ 피고 조합의 주장에 의할 경우 원고들은 주채무자인 피고 C에 대하여 선급금반환을 구할 권리가 발생하지 않은 상태에서, 보증채무자인 피고 조합에게 선급금반환을 구할 수 있게 된다는 결론에 이르게 되는 것인데 이는 보증채무의 부종성에 반하고,

주채무자와 보증채무자의 지위가 역전되는 결과를 초래하게 되는 점, ④ '보증사고'의 의미는 당해 보증사고가 보증기간 내에 발생하여야 보증책임을 진다는 의미이지(즉, 보증기간 종료 후에 발생한 보증사고에 대해서 피고 조합이 보증책임을 지지 않겠다는 의미, 이 사건 선급금 보증서 특기사항 참조), 약관에서 정한 보증사고가 발생하면 곧바로 그 일시를 기준으로 미정산 선급금을 산정하게 된다고 볼 수는 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 하도급계약이 해지된 2017. 1. 4.을 기준으로 미정산 선급금을 정산하여야 함이 타당하므로 이와 다른 전제에 선 피고 조합의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나) 직불금에 대해 상계 통지 없는 한 미지급 기성금에 대하여 선급금에 충당되어야 한다는 주장 피고 조합은, 원고들이 2016. 12. 15. 피고 C의 채권자들에게 직불처리한 것은 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조 제1항에 근거한 것인데(이 사건 하도급계약 특약사항 제7조 제1항은 원고들이 피고 C에 지급할 기성금을 피고 C의 채권자들에게 직접 지급할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다), 같은 조 제2항에서는 제1항에 따라 원고들이 피고 C의 채권자에게 직불할 경우 원고들은 피고 C에게 직불사실 및 원고들이 그로 인하여 취득하는 구상권으로 기성금에 대하여 상계한다는 의사를 즉시 통지하여야 한다고 규정하고 있는바, 이 사건에서 원고들이 피고 C에 상계의 의사표시를 한 사실이 없는 한 위 직불금은 이 사건 하도급계약의 해지시까지 미지급 기성금으로 남아있는 것이고, 따라서 위 직불금은 미정산 선급금에 충당되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조 제1항에 따른 직불처리는 동 규정에서 정한 3가지 사유 중 어느 하나에 해당될 경우에 가능한데<sup>1)</sup>, 피고 C이 원고들의 직접 지급에 동의 내지 합의하거나 또는 2호 및 3호 사유의 경우에는 그로 인하여 계약상 원고들의 권리가 상실될 우려가 있을 때에만 지급할 수 있게 되어 있다. 한편 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조 제2항은 원고들이 직불처리를 함에 따라 피고 C에 대하여 취득하는 구상권으로 기성금에 대하여 상계한다는 의사표시를 피고 C에 즉시 통지하여야 한다는 규정을 두고 있는데, 앞서 본 제7조 제1항의 직접 지급 요건 규정과의 체제, 규정 형식 등을 종합해보면, 위 특약사항 제7조 제2항은 원고들(하도급인)이 피고 C(하수급인)의 직불동의(합의 포함)를 얻지 않고 자신의 권리가 상실될 우려가 있음을 이유로 일방적으로 직불처리한 경우 이를 알지 못하는 피고 C(하수급인)이 상실당할 수 있거나 대항할 수

있는 권리를 보호하고 중복지급의 위험 등을 방지하려는 취지의 규정으로 봄이 상당하다(하수급인이 이미 직불동의를 한 경우에만 위 규정에 따른 상계 통지를 재차 하여야 한다는 규정으로 보기는 어렵다).

따라서 이 사건 원고들이 2016. 12. 15. 피고 C의 채권자들에게 직불처리를 한 것은 피고 C의 2016. 11. 15.자 직불동의에 따라 이루어진 것임은 앞서 본 바이므로, 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조 제2항에 따른 상계 의사표시 통지가 없더라도 원고들이 피고 C의 채권자들에게 지급한 위 직불금은 원고들과 피고 C과의 관계에서는 피고 C에 지급이 완료된 기성금에 해당하여, 선급금의 충당대상이 될 수 없다. 따라서 피고 조합의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

#### 다) 면책 주장

피고 조합은, 이 사건 보증약관 제9조 제1항 제6호에 따르면 보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소하지 못한 보증금에 대해서는 피고 조합이 면책되는바, 피고 조합은 원고들이 직불한 대금 상당의 보증금을 지급할 책임이 없다고 주장한다.

앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 보증약관 제2조 제1항은 선급금 정산은 주계약을 따르도록 규정하고 있는데 주계약인 이 사건 하도급계약 특약사항에서는 하수급인에게 지급할 미지급 기성금을 하수급인의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등으로 직접 지급할 수 있도록 규정하고 있는 점, ② 피고 조합이 선급금 보증서를 발급하기 전에 보증금 지급사유의 발생 및 범위를 정한 하도급계약서와 그 부속서류인 이 사건 하도급계약 일반조건 및 특약사항을 모두 제출받았던 것으로 추인되고, 따라서 피고 조합으로서는 위 특약사항의 존재를 알았거나 알 수 있었을 것이고 이를 보증서 발급시 고려하였을 것으로 보이는 점, ③ 위 특약사항은 피고 C이 사용한 근로자의 임금, 하수급인의 장비비 등을 직접 지급할 수 있게 함으로써 하도급대금을 실질적으로 보장하는 취지에서 규정된 것이고 그 사회적 필요성도 큰 점 등을 종합하면, 이 사건 하도급계약 특약사항 제7조에서 정하고 있는 직불규정은 이 사건 보증약관 제9조 제1항 제6호에서 정하고 있는 지급약정에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 피고 조합의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

## 라) 부가가치세 공제 주장

피고 조합은, 원고들이 피고 C에 선급금을 지급할 당시 발생한 부가가치세는 이미 세무서로부터 환급받았거나 원고들이 납부해야 할 부가가치세와 정산하였을 것이므로, 피고 조합이 원고들에게 지급할 선급금보증금에서 부가가치세가 공제되어야 한다고 주장한다.

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).

그런데, 앞서 든 증거 및 갑 제5 내지 16호증의 각 기재에 의하면, 원고들이 피고 C에 지급한 선급금에는 부가가치세가 포함되어 있고, 원고들은 피고 C로부터 부가가치세가 포함된 세금계산서를 발행받은 사실이 인정되나, 원고들이 위 부가가치세 상당액을 매입세액으로 공제받거나 환급받았다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 조합의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

## 다. 변제충당

한편, 피고 조합이 2018. 11. 30. 원고들에게 보증금채무 이행으로 142,944,402원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같은데, 위 돈으로 피고 조합의 보증채무 전부를 소멸시키기에는 부족하므로 변제충당의 문제가 발생한다.

피고 조합이 2018. 11. 30. 원고들에게 142,944,402원을 일부 변제할 당시 피고 조합이 부담하는 보증금채무는 331,853,865원 및 이에 대해 계약해지일 다음날인 2017. 1. 5.부터 2018. 11. 30.까지의 지연손해금 37,913,167원<sup>2)</sup> 이므로, 피고 조합이 일부 변제한 위 142,944,402원을 민법에 따라 지연손해금, 원본의 순서로 변제 충당하면 142,944,402원 중 37,913,167원은 위 선급금 보증금채무의 지연손해금에 먼저 충당되고, 나머지 105,031,235원(= 142,944,402원 - 37,913,167원)은 원본에 충당되어 위 금액 범위 내에서 소멸되므로, 잔존 선급금 보증금은

226,822,630원(= 331,853,865원 - 105,031,235원)이 된다.

## 라. 소결

따라서 피고 조합은 피고 C와 연대하여 원고들에게 226,822,630원 및 이에 대하여 위 변제충당 다음 날인 2018. 12. 1.부터 이 사건 소장부분 송달일인 2018. 12. 24.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문, 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되기 전의 것)에서 정한 연 15%의, 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 4. 결론

원고들의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박성인

판사이종훈

판사정승호

별지

1) 원고들, 피고 C, 피고 C의 채권자간에 원고들이 피고 C의 채권자에게 피고 C의 채무액을 직접 지급하기로 합의한 때(1호), 피고 C의 지급정지, 파산, 그밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가, 인가, 면허, 등록 등이 취소되어 피고 C의 채무액을 지급할 수 없게 된 경우(2호), ㉔ 피고 C이 피고 C의 채무액을 2개월 이상 지불하지 아니하고 그 지불능력을 회복하지 못할 때(3호)

2)  $331,853,865\text{원} \times 695\text{일}(2017. 1. 5. \sim 2018. 11. 30.) / 365\text{일} \times 6\%$  (원 미만 버림)