

서울중앙지방법원 2024. 9. 26 선고 2024가합51934 판결 [선급금보증금 청구의 소]

전 문

원고주식회사 A

소송대리인 법무법인 광화문

담당변호사 신지정

피고B공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 안선영

변론 종결2024. 8. 29.

판결 선고2024. 9. 26.

주 문

1. 피고는 원고에게 1,191,372,927원 및 이에 대하여 2024. 3. 19.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)은 2020년경 광명시 D 외 12필지 지상에 오피스텔 및 근린생활시설(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하여 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 시행하면서, C을 위탁자, 주식회사 E을 채무자, 원고를 수탁자, F조합 외 7개 G조합을 1순위 우선수익자, 주식회사 H(이하 'H'이라 한다)을 시공사로 하는 관리형 토지신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 신탁계약 중 이 사건과 관련된 특약사항의 내용은 아래와 같다.

특약사항

위탁자 C, 채무자 주식회사 I (위탁자와 채무자를 '갑'이라 한다), 시공사 H(이하 '을'이라 한다), 피고 A(이하 '병'이라 한다), 1순위 우선수익자 F조합, J조합, K조합, L조합, M조합, N조합, O조합, P조합(이하 총칭하여 '정'이라 한다)은 경기 광명시 D외 12필지 Q 오피스텔 개발사업(이하 '본 사업'이라 함)과 관련하여 관리형토지신탁계약의 기본계약을 체결함에 있어 다음과 같이 특약사항을 정한다('기본계약'과 '특약사항'을 합쳐 '신탁계약'이라 한다).

제7조(업무분담 및 신의성실)

① "갑", "을", "병", "정"은 본 사업의 목적 달성을 위하여 다음 각항과 같이 업무를 분담하고 상호 협력한다. 단, 갑이 자신의 역할 및 의무 중 일부 또는 전부를 제3자에게 위임하고자 하는 경우 "을", "병", "정"의 사전 동의를 얻어야 하며, 이 특약사항에 따라 "병"이 수행하기로 한 업무를 제외하고, 본 사업 시행과 관련한 일체의 업무를 갑의 책임과 비용으로 수행하여야 한다.

② "갑"은 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 본 사업 사업부지(진입로, 기부채납용 부지를 포함)에 대한 소유권 확보, 사업부지상의 저당권, 지상권 등 제3자의 법적·사실적 일체의 제한 말소 및 기존 건물철거, 폐기물 반출 등 이주 및 명도의 책임
4. 사업부지내 기존 시설물의 철거공사(지하매설물, 폐기물, 지장물 등 처리 포함), 경계측량,

감정평가업무 등

6. 본 사업에 대한 시행과 관련한 모든 민원의 처리와 인허가 조건 사항의 이행 및 비용부담

③ "을"은 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 본 사업 건축물에 대한 책임 준공(사업계획승인 조건 포함)
3. "갑"의 업무에 대한 전반적 협조 및 관리대행 업무(자금관리 등 포함)
8. 신탁계약상 "갑"의 제반업무(의무)에 대하여 연대하여 이행할 책임
9. "병"의 귀책사유 없는 사유로 발생한 모든 비용 및 관련법상 사업주체로서 부담하게 되는 모든 법적 또는 경제적 책임(관련법령에 의한 하자보수책임, "병" 명의로 부과되는 각종 분/부담금, 신탁정산 후 사후에 발생하는 취득세 조정액 등을 포함한다)에 대하여 "갑"을 대신하여 이행할 의무
11. 기타 "을"과 "병"간의 공사도급(가)계약서에서 "을"의 업무로 정한 사항

제9조(공사기성 지급방법)

① "을"의 공사기성금은 "을"이 공사감리자가 작성·확인한 공정확인서를 참고(첨부)하여 매1개월 단위로 "갑"에게 청구하고, "갑"은 "병" 또는 "정"과 협약된 건축사사무소 또는 "정"으로부터 공사기성실사보고서를 받아 "병"에게 공사비 지급을 요청한다. 단, "갑"은 기성실사보고서를 받기 위해 "정"의 동의를 득한 후 별도 용역계약을 체결해야 하며, 기성실사보고서 용역 실비는 사업비(예비비 등)에서 지출하는 것으로 하되 특약 제13, 14조에 의거 집행한다.

제12조의 1(자금조달의무 불이행의 처리)

- ① 본 계약 및 대출약정계약에도 불구하고 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 "병"이 단독으로 고유계정으로부터 사업비를 조달(이하 '개발신탁'이라 한다)하여 신탁사업비로 집행할 수 있다. 이 경우 "갑", "을", "정"은 "병"에게 이의하거나 손해배상을 청구할 수 없다.
2. "을"이 책임준공 불이행하거나 부도, 파산, 회생절차, 채권금융기관 공동관리 등의 사유로 정상적인 사업진행이 불가능하다고 "병"이 판단하는 경우

제15조(공사도급계약 등)

① 공사도급계약은 "갑", "을"간에 기체결된 도급계약을 "병"이 승계하는 것을 원칙으로 하되, 기체결된 도급계약을 기초로 "병"의 양식으로 "병" 및 "을" 사이에 승계에 따른 별도의

공사도급계약을 체결하는 것으로 한다.

제22조(위탁자 의무이행에 대한 보증 등)

① "을"은 신탁계약 및 "갑", "을", "정" 간에 체결하는 약정서 등에 의하여 "갑"에게 발생하는 모든 업무사항, 의무사항(비용부담의무 및 손해배상의무 포함)에 대하여 "갑"과 연대하여 책임을 부담하며, "갑"의 공사비 미지급, "갑"의 분쟁 등 기타 어떠한 사유를 이유로 하여서도 "병"에게 대항할 수 없으며, 연대책임의 이행을 거부할 수 없다.

제26조(시공사 부도, 파산 등)

① 신탁계약 체결이후 "을"의 부도, 파산 또는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 보전처분 또는 이에 준하는 상황(법정관리, 워크아웃, 채권은행 공동관리 등을 포함한다)이 발생하거나 발생할 고도의 위험이 있어 "을"이 공사를 중단하거나 또는 원활히 공사진행을 하지 못할 경우를 대비하여 "을"은 다음 각 호의 서류를 "병" 및 "정"에게 공사도급계약 체결과 동시에 제출하기로 한다.

1. 공사포기 확약서
2. 공사현장명도확약서
3. 유치권포기확약서

② 제①항에 의한 "을"의 부도 등의 사유발생시 "병"은 신탁계약 및 공사도급계약을 해지해제하고 예정가격 및 계약조건을 제시하여 "병"의 내부규정에서 정하는 방법 및 절차에 따라 시공사를 재선정할 수 있다. 한편 "을"이 본 사업과 관련하여 갖는 모든 권한 내지 권리(우석수익권 포함)를 수탁자인 "병"이 단독으로 수행할 수 있으며 "을"은 신탁계약상의 권리 일체를 다른 당사자에게 주장할 수 없다.

제27조(공사준공 및 하자보수 책임)

① "을"은 "을"의 책임으로 대출약정서상의 대출금 최초인출일로부터 이십육(26)개월 내에 공사를 책임준공하여 사용승인을 득하여야 한다.

제27조의 1(책임준공의무 등)

① "을"은 대출약정서에 따른 대출의 최초인출일로부터 1개월 이내에 건축물의 공사에 착수하고, 건축물의 착공시 감리자에게 제출하는 예정공정율표(이하 "예정공정율표")에 기재된

예정공정율(이하 "예정공정율")에 따라 건축물의 공사를 진행하여야 하며, 대출약정서에 따른 대출의 최초인출일로부터 이십육(26)개월 이내(이하 본조에서 "준공기한")에 건축물을 책임준공 하여야 한다. "을"은 공사대금 지급의무를 포함한 공사도급계약상 의무가 지체됨을 이유로 준공기한 내에 건축물을 책임준공할 의무가 지연되거나 면제됨을 주장할 수 없으며, 자신의 책임으로 준공기한 내에 건축물을 준공하여야 한다. 본 항에서 "책임준공의무"란 천재지변, 내란, 전쟁 등 불가항력적인 경우를 제외하고는, 공사비 지급지연 또는 미지급, 설계변경 등 여하한 사유가 발생하여도 공사를 중단하거나 지연할 수 없고 준공기한 내에 건축물을 준공하여 사용승인(임시사용승인 제외)을 받는 것을 의미한다.

② "을"이 책임준공의무를 이행하지 못하는 경우, "을"은 대출약정서에서 정한 본건 사업현장에 대한 유치권 등을 모두 포기하며 새로운 시공사 선정과 수분양자에 대한 입주지연 지체상금 등을 포함하여 "병"에게 발생한 모든 손해를 배상하여야 한다.

③ 본 사업은 "갑"이 모든 책임과 의무를 부담하고, 본 사업 관련 업무를 실질적으로 진행하며, "병"은 사업시행자의 명의만을 보유한 채 책임을 지지 않는 방식의 관리형토지신탁사업이나, 만일 "을"이 착공 이후 상기 "책임준공의무"를 이행치 못할 경우, "병"은 제1항의 책임준공의무를 대출약정서에 따른 대출의 최초인출일로부터 삼십이(32)개월 이내에 책임준공하여야 한다. 다만, "병"은 대출약정에 따른 대출금 전액에 대한 대출이 실행될 것을 전제로 본 항의 책임준공의무를 부담하며, 그렇지 않을 경우 면책된다. 만일 "병"이 본항의 책임준공 의무를 이행하지 아니하는 경우, "병"은 본 항에 따른 책임준공의무 지체로 인해 "정"에게 발생한 지연손해금(이하 "지연손해금"이란 대출원리금 및 연체이자를 말한다)을 "정"에게 배상하여야 한다. "병"은 위 손해배상금을 "을" 및/또는 "책임준공연대보증인"에게 구상가능하며, "정"의 대출약정서에 따른 대출원리금 다음 순위로 신탁재산에서 회수한다. 본 계약상 어떠한 조항에도 불구하고, "병"의 본 항에 따른 의무 및 책임은 신탁재산 범위내로 제한되지 아니한다.

⑥ "병"의 책임준공의무는 "정"에게만 부담하는 것이며, "병"은 "갑" 및 "을"에게는 책임준공의무 및 책임준공의무 미이행으로 인한 손해배상책임을 부담하지 아니한다.

⑦ "정"은 "을"이 제1항의 책임준공의무를 미이행할 경우 "정"은 지체없이 "을"의 "갑"의 "정"에 대한

대출원리금 채무인수를 통해 대출원리금(연체이자 있는 경우 연체이자 포함)이 상환되도록 하여야 하고, "을"이 대출원리금 채무인수를 통해 대출원리금을 상환하는 경우 "병"의 본조 책임준공의무는 면책된다.

⑧ "병"은 본조 제3항에서 정한 책임준공의무 미이행으로 인해 "정"에게 발생한 손해(기준일자의 잔존 대출원리금)를 배상한 경우 등 손해배상금 상당액의 배상을 "갑" 및 "을"에게 청구할 수 있으며, "갑" 및 "을"은 일체의 이의없이 이를 연대하여 배상하여야 한다. "병"은 위 손해배상금을 제외하고 "병"에게 발생한 일체의 손해액(미회수 신탁계정 대여금 포함)의 배상을 위 손해배상금의 "정"에 대한 지급여부와 관계없이 "갑" 및 "을"에게 청구할 수 있으며, "갑" 및 "을"은 "병"에게 일체의 이의없이 연대하여 이를 배상하여야 한다. 단, 본항의 내용은 본조에 따른 "정"의 권리행사에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.

⑩ 본 조는 다른 조항 및 다른 약정에 우선하여 적용한다.

제35조(효력순위)

"신탁계약"의 내용이 대출약정서, 공사도급계약서, 기타 신탁계약의 당사자들 간에 체결되는 관련계약의 내용과 상충하는 경우에는 아래 각호의 순위에 따라 우선적용한다. 상충여부에 대한 판단과 관련하여 계약의 취지 및 목적, 전반적인 내용을 비교 검토하여 충돌여부를 판단하여야 한다.

1. "신탁계약"(특약사항과 기본계약 사이에 있어서는 특약사항이 우선)
2. 사업약정서 or 대출약정서
3. 공사도급계약서
4. "갑", "을", "병", "정"간에 각각 체결된 계약서 및 약정서(변경계약 및 약정 포함)

나. 원고는 2020. 12. 10. H에 이 사건 건물의 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 아래와 같이 도급하는 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하였고, 다음 날 선급금 1,296,000,000원을 지급하였다. 이 사건 공사도급계약의 주요 내용은 아래와 같다(아래에서 '도급인'은 원고, '수급인'은 H, '연대보증인'은 C을 각 말한다).

공사도급계약서

□ 공사명: R 근생 및 업무시설(오피스텔) 신축공사

□ 공사장소: 광명시 D외 12필지

□ 착공예정일: 2020년 12월 2.일

□ 준공예정일: 2023년 2월 1.일(공사기간 : 26개월)

□ 계약금액: 일금 일백이십구억육천이백팔십칠만오천이백원 정(₩12,962,875,200, 부가세 포함)

□ 계약보증금: 일금 일십이억구천육백이십팔만칠천오백이십원정(₩1,296,287,520)

계약금액의 10%

□ 선금: 일금 일십일억칠천팔백사십사만삼천이백원정(₩1,178,443,200)

(신청 후 15일 이내 부가세 별도 금액, 보증보험증서 발급 조건)

□ 기성부분금: 1월에 1회

공사도급계약 일반조건

제1조(총칙)

도급인(이하 "갑"이라 한다)과 수급인(이하 "을"이라 한다) 및 수급인의 연대보증인(이하 "병"이라 한다)은 대등한 입장에서 상호 신의와 성실의 원칙에 입각하여 이 계약을 이행하기로 한다.

제26조(공사비의 지급)

① "갑"은 공사비를 매 1개월마다 기성율에 따라 현금으로 지급하기로 한다.

② "을"은 매기성 신청시 공사감리원과 "CM"의 검토 및 확인을 거쳐 공사업무 매뉴얼에서 정한 절차와 형식에 따라 기성신청서류를 "갑"에게 제출하고, "갑"은 14일 이내에 기성검사를 실시하고, 기성검사 완료 후 7일 이내에 기성을 확정하여 지급하기로 한다.

제37조("갑"에 의한 계약해제 또는 해지)

① "갑"은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

2. "갑"의 귀책이 아닌 사유로 인하여 실행공정율이 예정공정율 보다 현저하게 미달하거나 준공기한 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우

② 제1항의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지는 "갑"이 "을"에게 서면으로 제1항 각호의 사유를 해소할 것을 이행기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 "을"에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

③ "갑"은 제1항의 규정에 의하여 계약을 해제 또는 해지한 경우에 기성검사를 필한 공사를 기성부분으로서 인수한 때에는 당해 부분에 상당한 대가를 "을"에게 지급한다. 단, 다음 각호의 비용을 공제하고 지급한다.

1. 도급인의 잔여공사부분의 수행을 위한 새로운 입찰 또는 계약에 필요로 하는 비용
2. 새로운 공사계약금액과 해제 또는 해지시 공사도급금간에 차이가 있을 경우 그 차액
3. 제5항의 비용 및 손해배상금 등

제42조(타절 정산)

① 제37조, 제38조, 제41조에 의하여 "을"이 시공권을 상실하는 경우 "갑"은 1개월 이내에 "을"의 기시공내역에 대하여 검사를 실시한다.

② "갑"은 제1항의 검사완료 후 타절내역서를 작성하여 "을"에게 통보하기로 한다.

③ "을"은 정당한 사유가 없는 한 "갑"의 타절내역서에 대하여 이의를 제기할 수 없다.

공사도급계약 특수조건

제1조(적용의 원칙)

④ "신탁계약"에서 정한 위탁자 및 시공사의 업무 불이행, 계약조건 불충족으로 인해 "신탁계약"이 해지·해제 또는 무효화 될 경우 본 공사도급계약은 이와 동시에 효력을 상실하며, 이로 인해 발생하는 "을"에 대한 손해는 "신탁계약상의 위탁자 및 시공사에게 있음을 확인하며, 이와 관련하여 "을"은 "갑"에게 일체의 이의를 제기하지 않기로 한다.

⑥ 공사계약 일반조건에서 추가되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "책임준공"이라 함은 천재지변, 내란, 전쟁, 경제대란, 국가재난사태 등 불가항력적인 경우를 제외하고는 공사비의 미지급 또는 지급 지연, 민원, 사업부지의 확보여부, 인허가의 지연, 실시설계지연 등 여하한 이유로도 공사를 중단하거나 지연, 포기할 수 없고, "을"의 책임으로 공사도급계약에서 정한 공사기간 내에 사용승인 또는 준공인가를 득하여 수분양자의 입주에 법률적·사실적 장애가 없도록 함을 말한다.

제2조(도급공사의 범위)

① "을"의 도급범위는 다음 사항을 포함한다.

1. 이 계약서, 계약일반조건, 계약특약조건 및 설계서에 표현된 사항
 2. 공사에 필요한 조사, 검사, 진단, 시험 및 현황파악 업무(주변 인접대지 건축물의 안전진단 및 보강 등의 제반조치 사항을 포함)
 4. 공사성 민원의 처리 및 비용
 14. 공사수행에 필수인 지적측량(경계복원, 건축물 현황, 지적확장측량 및 측량결과 대관업무 일체)
- 제4조(공사의 책임준공)

- ① "을"은 공사기간 및 계약금액 내에 공사목적물을 책임준공 하여야 하며, 준공기한까지 공사를 완성하지 못하여 발생하는 수분양자(임차인 포함)에 대한 지연배상금, 미상환 차입채무, 원리금의 인수(지연이자 포함), 미상환 신탁 차입원리금(지연이자 포함) 등 손해배상을 전액 부담하기로 한다.
- ② "을"은 도급계약 일반조건 제24조에 의한 계약금액의 조정이 있는 경우에도 변경금액의 합의 지연 또는 이로 인한 공사대금 지급의 지연 등 어떠한 사유로도 공사를 중단하거나 지연, 포기할 수 없다.

제5조(민원사항 등의 처리)

- ① "을"은 이 공사의 수행과 관련하여 안전시공에 만전을 기하고 인근주민과의 마찰을 사전에 방지하여 제반 민원이 발생하지 않도록 하여야 한다.
 - ② "을"은 공사의 부실시공으로 인하여 "갑", 위탁자, 피분양자(임차인 포함), 기타 제3자 등에게 발생하는 제반 손해에 대하여 책임을 진다.
 - ③ "을"은 현장여건 및 설계서를 사전 검토하여 인지하고 동의하며, 당해 공사의 토공사(흙막이 가시설, 차수, 목공 및 굴토 등), 기초 및 지하 골조공사 수행과정에서 발생하는 구조·안전상의 문제, 변위 또는 인접대지 지장물 간섭 등으로 인한 제반 문제는 "을"의 책임과 비용으로 설계변경 등 필요한 조치를 취한 후 시공하여야 하며, 공사 관련 민원도 "을"의 책임과 비용으로 처리하기로 한다.
- 다. H은 2020. 12. 10. 피고와 보증금액을 1,296,000,000원, 보증기간을 2020. 12. 10.부터 2023. 2. 1.까지, 보증채권자를 원고로 정하여 이 사건 공사도급계약에 따른 H의 원고에 대한 선급금 반환의무의 이행을 보증하는 계약(이하 '이 사건 보증계약'이라고 한다)을 체결하고, 보증서를 발급받아 원고에게 제출하였다. 위 보증서 하단에는 '위 보증금은 이 보증서에 기재된 내용과 뒷면 약관에 따라 건설산업기본법에 의하여 피고가 이를 보증한다.'라고 기재되어 있는데, 보증서 뒷면에

첨부된 보증약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다) 중 이 사건과 관련된 내용은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

① 피고는 계약자(이하 '채무자'라 합니다)가 앞면 기재 계약(이하 '주계약'이라 합니다)과 관련하여 그 책임있는 사유로 상대방(이하 '보증채권자'라 합니다)에 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 선급금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우(앞면에 기재된 보증기간내에 발생한 경우에 한함) 보증채권자의 미정산 선급금 반환 청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각호의 반환사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

2. 주채무자의 공사포기	공사포기 문서일자 기준다만, 보증기간 종료일로부터 직전 15일 이내의 경우에는 확정일자를 기준으로 함
3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자기준

※확정일자: 공정증서, 내용증명우편, 확정판결 등 공증력 있는 일자

③ 보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산선급금 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 제6호에도 불구하고 법령이 정하는 바에 따릅니다.

제2조(선급금 정산)

① 선급금의 정산은 주계약상의 정산방법을 따릅니다.

② 제①항에도 불구하고 주계약상 따로 정산방법을 정하지 않았거나, 주계약 정산방법으로는 계약이행이 완료되더라도 미정산선급금이 존재하는 등 오류가 있는 경우에는 다음 정산식에 의하여 선급금을 정산합니다.

선급금정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가상당액/계약금액)

제9조(면책조항)

① 피고는 다음 각호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

2. 보증채권자의 책임있는 사유로 인한 보증사고

라. 원고는 H이 시공한 기성고에 따라 아래와 같이 3회에 걸쳐 H에 기성대금을 각 지급하였는데, 각 기성대금 중 '선급금×(당회 확정 기성금/계약금액)'으로 계산한 금원은 선급금에서 공제하고 나머지만 지급하는 방식으로 정산하였다.

1회	381,974,000	38,197,400	343,776,600	2021. 7. 2.	2021. 2. 26. ~2021. 6. 25.
2회	389,032,726	38,903,273	350,129,453	2021. 12. 20., 2022. 1. 18.	~2021. 8. 25.
3회	275,264,000	27,526,400	247,737,600	2022. 4. 4.	~2022. 2. 28.
합계	1,046,270,726	104,627,073	941,643,653	-	-

마. 2022. 2. 28.을 기준으로 H의 공정률은 계획공정률 44.95% 대비 실시공정률이 9.82%이고, 2022. 4. 30.을 기준으로 계획공정률 51.95% 대비 실시공정률이 10.38%이다.

바. 원고는 2022. 6. 13. 및 같은 달 28일 H에 2차례에 걸쳐 공문을 보내 '이 사건 신탁계약상 우선수익자인 F조합로부터 2022. 5. 30. H이 책임준공기한 내 공사를 완료하는 것이 불가능하다는 것이 확인되어 시공권 상실을 통보하고 시공사를 재선정 해달라'는 요청을 받았다는 사실을 알리고 이 사건 신탁계약 및 공사도급계약에 따른 S의 책임을 상기시키면서 이행을 최고한 뒤, 2022. 7. 13. 이 사건 신탁계약상 특약사항 제27조의1(책임준공의무) 제7항, 제8항 등을 근거로 H과의 이 사건 신탁계약 및 공사도급계약을 해지한다는 취지의 통지를 보냈다. 위 해지통지는 그 무렵 H에 도달하였다.

사. H은 2022. 9. 6. C과 이 사건 공사를 타절(포기)하기로 합의하면서 다음과 같은 합의서(이하 '이 사건 공사포기 합의서'라 한다)를 작성하였다.

건축 공사(시공) 타절(포기) 합의서

C(이하 '갑'이라 한다), H(이하 '을'이라 한다)은 이 사건 공사와 관련하여 2020. 12. 2. 체결한 이 사건 공사도급계약서, 관리형 토지신탁계약서 및 대출약정서(이하 '본 공사 관련 제 계약')에 대하여 아래와 같이 본 공사 관련 건축공사(시공) 타절(포기) 합의서(이하 '본 합의서')를 작성한다.

아 래

1. '본 공사' 관련 정산 합의 금액 내역(부가세 포함)

- 1) 총공사 계약금액: 12,962,875,200원
- 2) 기지급 선급금액: 1,296,200,000원
- 3) 기지급 기성금액: 941,643,654원
- 4) 선급금 공제금액: 104,627,073원
- 5) 선급금 반환금액: 1,191,572,927원(= 기지급 선급금액 - 선급금 공제금액)

2. 본 공사 관련 정산합의 조건

- 1) '갑'은 상기 1항의 내역을 확인 및 승인(인정)하며, '을'은 이에 동의한다.
- 2) '을'은 상기 1항 4)호에서 정한 선급금 반환금액을 본 사업 계약상 최초 신탁사 책임준공기한인 2023. 8. 2.까지 '갑'의 지정 계좌로 상환한다. 단, 2023. 8. 2.까지 미반환시 선급금 반환금액에 대하여 2023. 8. 3.부터 완제시까지 연 7%의 지연손해금을 가산하여 지급하며, 이로 인해 발생하는 민·형사상 책임을 부담한다.
- 3) '을'은 상기 2조 2)항의 이행을 확약하기 위하여, '을'이 본 합의서 작성일 현재 진행 중인 공사 참여 리스트를 제공한다.
- 4) '을'은 본 공사와 관련하여 2022. 9. ().(대체 시공사 현장 투입일 전 또는 갑의 요청일)까지 본 공사와 관련한 부분을 제외한 '을'이 반입한 공사용 시설을 철거하고, 장비 및 자재 일체를 반출하여 현장의 현 상태를 유지함으로써 본 공사 현장에서 완전히 철수한다.
- 5) '을'은 '갑'의 본 공사 관련 대체 시공사 선정 절차 및 향후 공사진행 과정에서 필요한 제반사항에 대하여 '갑'의 요청에 적극적으로 협조한다.
- 6) '갑'은 본 합의서 날인과 동시에 '을'의 본 공사 관련 건축공사(시공) 타절(포기) 및 제반 보증서를 소멸하며, '을'의 '본 공사 관련 제계약' 상의 모든 책임은 면책된다. 단, '을'이 상기 2조 2항에서 정한

선급금 반환금액을 전액 상환할 때까지 본 사업 대출 약정에 대한 '을'의 연대보증 및 신탁사의 '을'에 대한 구상권은 유지하나, '을'이 상기 선급금 반환금액을 전액 상환할 경우 '갑'의 책임으로 '을'의 연대보증 해지(해제) 및 신탁사에 대한 구상책임을 면책한다.

10) '갑' 및 '을'은 본 합의서 내용을 확인하고, 상기 내용에 기반하여 본 사업의 관계사인 신탁사 및 대주단의 확인을 받아야 하며, 이는 별도 합의서 작성, 날인 및 공증의 절차를 거치기로 한다.

아. H은 2022. 9. 6. C과 위 사.항의 합의서를 작성하면서 동시에 아래와 같은 내용의 합의서(이하 '이 사건 보충 합의서'라 한다)를 작성하였다(아래에서 '첨부한 이 사건 타절 합의서'는 위 사.항의 이 사건 공사포기 합의서를 말한다).

합의서

C(이하 '갑'이라 한다)과 H(이하 '을'이라 한다)은 이 사건 건물 신축공사(이하 '이 사건 공사') 사업(이하 '이 사건 사업')과 관련하여 다음과 같이 합의하고 신의와 성실로 이행한다.

다 음

1. '갑'과 '을'은 첨부한 건축 공사 타절 합의서(이하 '이 사건 타절 합의서') 작성 및 날인에 동의하며, '이 사건 타절 합의서'에서 정하지 아니한 사항은 본 합의서로써 보충한다.
2. 갑은 '이 사건 공사'와 관련하여, 본 합의서 작성 시점 기준 '을'의 투입비가 1,900,000,000원(부가세 별도)임을 확인하며, '을'에 대한 미지급 공사비가 948,844,794원(= 투입금 1,900,000,000원 - 기수령 기성금 856,039,685원 - 선급금 공제액 95,115,521원, 각 부가세 별도)임을 확인하고, 이를 '갑'의 채무로 인정한다.
3. '갑'은 본 합의서 날인 및 '이 사건 타절 합의서'에 의한 타절 절차가 마무리됨과 동시에 '이 사건 공사' 신탁계약에 의한 '갑'의 수익권에 대하여 상기 2항의 금 948,844,794원에 대하여 질권 설정 계약을 체결하고, 질권 설정 및 공증(확정일자 부여 포함)한다(단, '을'의 '갑'에 대한 대여금은 상호 별도 협의하여 결정한다).
4. '갑'은 '이 사건 사업' 신탁계약을 종료하기 이전에, '을'에 대하여 상기 3항의 금원을 상환하여야 하며, '을'의 동의 없이 '이 사건 사업' 신탁계약을 종료, 해제 및 해지할 수 없다(단, '갑'과 '을'의 합의가 이뤄질 경우, '이 사건 사업' 신탁계약을 종료, 해제 및 해지할 수 있다).

5. '갑'과 '을'은 본 합의서 및 첨부한 '이 사건 타절 합의서'에서 정한 내용을 제외하고는, 본 합의서 체결 이후 '이 사건 사업'과 관련하여 상호 간에 민·형사적인 어떠한 청구나 이의를 제기하지 않는다. 자. 원고는 2023. 7. 28. H에 이 사건 공사포기 합의서에 따른 선급금 1,191,572,927원의 반환의무를 위 합의서상 기한인 2023. 8. 2.까지 상환하지 않을 경우 피고에게 이 사건 보증계약에 따라 보험금 청구를 진행할 예정이라는 내용의 공문을 보냈고, S이 선급금을 반환하지 않자 2023. 8. 25.부터 2024. 1. 26.까지 4차례에 걸쳐 피고에게 이 사건 공사도급계약 해지 통지서 등을 첨부하면서 이 사건 보증계약에 따른 선급금 보증금 지급을 요청하는 공문을 보냈다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13, 을 제13호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

이 사건 보증계약은 이 사건 공사도급계약이 해지되거나, H의 공사포기 사유가 발생하는 경우, 원고의 미정산 선급금 반환 청구에도 불구하고 H이 이를 이행하지 않는 경우를 보증사고로 보아, 원고가 피고에게 보증사고 발생사실을 알리고 관련 증빙서류와 함께 청구하면 피고는 원고에게 보증금을 지급하도록 되어 있다. H은 이 사건 공사도급계약에서 정한 착공기일을 도과한 2021. 2. 26.에야 비로소 착공하였고, 이후에도 사업부지 외 타필지를 침범한 흙막이 공사 오시공 등 H의 귀책사유로 인하여 이 사건 공사의 중단과 재개가 반복되는 등 더 이상 공사를 진행하지 못하는 상황에 이르게 되자, 원고는 2022. 7. 13. H에 이 사건 공사도급계약을 해지한다는 의사를 통보하였는바, 위 공사도급계약은 H의 채무불이행으로 인해 적법하게 해지되었다. 또한 H은 2022. 9. 6. C과 이 사건 공사를 포기하고 기지급 선급금에서 기성금에 충당되어 공제된 선급금 공제 금액을 뺀 나머지 선급금을 반환하겠다는 합의를 하였는바, 이는 H이 공사를 포기하거나 묵시적으로 공사도급계약을 해지한 것이다. H은 이 사건 보증계약에 따른 선급금 반환사유가 발생하였음에도 원고의 요청을 거부하고 선급금 반환채무를 이행하고 있지 않아 보증사고가 발생하였으므로, 피고는 H이 원고에게 반환해야 할 선급금 보증금 1,191,372,927원(= 기지급 선급금 1,296,000,000원1) - 기성금에 충당되어 공제된 선급금 104,627,073원)을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

1) 이 사건 보증약관 제1조 제1항은 주계약자의 책임있는 사유로 상대방에게 부담하는 미정산 선금금 반환채무 불이행에 대해 보증채무를 부담한다고 규정하고 있고, 같은 약관 제9조 제2호는 보증채권자의 책임있는 사유로 인한 보증사고는 면책된다고 정하고 있어, 피고는 보증사고가 보증채권자인 원고의 책임있는 사유로 인한 것이라면 보증채무를 부담하지 않는다. 그런데 ① 이 사건 공사도급계약은 사업시행자인 C이 사업부지 일부인 국유지에 대한 용도폐지 절차를 밟기 위해 그 무단 점유자를 상대로 토지인도소송을 진행하느라 착공이 늦어졌을 뿐만 아니라, C이 경계측량을 잘못하고 설계도면상 토지면적을 확보하지 못하여(사업부지 면적은 823㎡였으나 실제 면적은 810㎡) 흙막이 가시설이 사업부지에 인접한 T 건물 부지를 침범하게 되었고, T의 민원제기로 광명시가 공사중지 명령을 내려 공사가 중단되었다. 즉 이 사건 공사는 H의 오시공으로 공사가 중단된 것이 아니라 C이 자신의 업무를 제대로 수행하지 못하여 중단되고 지연된 것이므로, 공사 중단은 시행자인 원고 측에 책임있는 사유로 인한 것이다. 그럼에도 불구하고 원고는 2022. 7. 13. H에 H의 채무불이행으로 인해 공사를 진행하지 못하였으므로 계약을 해지한다는 통지를 하였는바, 위와 같은 해지통지는 위법, 부당하다. ② 또한 원고가 이 사건 공사도급계약을 적법하게 해지하려면 H에 서면으로 채무불이행 사유를 해소할 것을 이행기간을 정하여 통보한 후 기한 내 이행하지 않는 경우여야 하는데, 원고가 H에 해지통지를 하기 전 두 차례 이행 최고를 할 당시 C이 공사 현장의 출입구를 봉쇄하여 공사 진행을 방해하고 있었던 한편, H은 인근 건물의 노후화로 인한 정밀안전진단 절차를 진행하느라 공사를 중단하고 있었는데, 시행자인 원고로서는 위 사실을 잘 알고 있는 상황에서 H이 공사를 재개할 수 있도록 C이 봉쇄한 출입구를 개방하게 하는 등 아무런 조치를 취하지 않으면서 H에 의무이행을 최고한 것은 적법한 최고로서의 요건을 갖추지도 못한 것이다.

2) 나아가 H이 위와 같은 원고의 일방적인 계약 해지 의사표시의 위법성을 다투자, C이 찾아와 '새로운 시공자를 선정하여 공사를 재개할 수 있게 협조해 달라. 그러면 H이 투입한 비용에서 기지급 기성금을 제외한 나머지를 미지급 기성금으로 인정해 주고, 이 사건 공사도급계약이나 신탁계약상 모든 책임을 면제해 주겠다.'라고 하였고, H로서는 위 제안을 거절할 경우 추후 C이 더욱 비협조적으로 나올 것이 예상되어 어쩔 수 없이 C과 이 사건 공사를 포기하는 합의서를 작성하면서 합의서 날인과 동시에 H의 미지급 공사비가 948,844,794원임을 확인하고, H의 제반 보증서는

소멸되며, 모든 책임도 면책된다는 내용으로 합의하였다. 위 합의서는 C와 사이에 작성된 것이므로 원고에게는 효력이 없고, 원고가 먼저 위법·부당하게 이 사건 공사도급계약을 해지한 후 사실상 H이 공사를 재개할 가능성이 없는 상황에서 작성된 것이므로 원고가 주장하는 보증사고는 원칙적으로 원고의 책임있는 사유로 발생한 것이다.

3) 설사 H에 선금금 반환 책임이 있다고 하더라도 H은 이 사건 공사포기 합의서와 별도로 C와 사이에 'C이 미지급 공사금 948,844,794원을 인정하는 내용'의 합의서를 작성하였고, 미지급 공사대금은 선금금에 당연 충당되어야 하므로, 원고에게 반환할 선금금에서 948,844,794원이 공제되어야 한다.

3. 판단

가. 보증사고의 발생

1) 선금금보증에서 보증사고가 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약 내용에 편입된 보증약관과 보증서 및 주계약인 공사하도급계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정해야 한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결 참조).

2) 이 사건 보증약관 제1조 제1항은 '피고는 채무자 H이 이 사건 공사도급계약과 관련하여 그 책임있는 사유로 원고에게 부담하는 미정산 선금금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담합니다.'라고 기재하고 있고, 동조 제2항은 '이 약관에서 보증사고라 함은 H에 아래 각호의 선금금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우 원고의 미정산 선금금 반환 청구에도 불구하고 H이 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각호의 반환사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.'라고 하면서 동항 제2호, 제3호에서 반환사유로 '주채무자의 공사포기', '계약해제 또는 해지'를 들고 있으며, 이 사건 공사도급계약 제37조 제1항은 '원고는 원고의 귀책이 아닌 사유로 인하여 실행공정률이 예정공정률보다 현저하게 미달하거나 준공기한 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.'라고 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

살피건대, 앞서 든 증거들, 갑 14 내지 28호증의 각 기재, 을 제1 내지 12, 14, 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 사실 내지 사정들을 종합하면, 이 사건 공사도급계약은

원고의 귀책이 아닌 사유로 인하여 실행공정률이 예정공정률보다 현저하게 미달하거나 준공기한 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우에 해당하여 원고의 해지통보에 따라 해지되었거나, H이 이 사건 공사를 포기한 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로 이 사건 공사도급계약에서 정한 선급금 반환사유가 발생하였다고 할 것이다. 나아가 H이 원고의 선급금 반환청구에 응하지 아니함으로써 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 선급금을 지급할 의무가 있다.

가) 원고의 H에 대한 이 사건 공사도급계약 해지 통지 전까지 이 사건 공사가 진행된 과정은 다음과 같다.

(1) 이 사건 공사도급계약상 착공예정일은 2020. 12. 2.이었으나 이 사건 사업부지 중 광명시 U(이하 주소에서 시는 생략한다)의 용도폐지 절차를 진행하는 과정에서 착공신고 수리가 지연되어 2021. 2. 26.경 착공이 이루어졌고, 그 과정에서 이 사건 사업부지가 인접지인 V(T 건물부지)의 경계를 침범한 것이 확인되어 또다시 착공이 지연되었다. C은 2021. 3. 19.경 H에 위와 같은 사실을 알리면서 착공 가능한 부분에 대해서는 조속히 착공하되, 이 사건 공사도급계약상 준공기한인 2023. 2. 1.에 맞춘 만회공정표를 작성해서 제출하고, 다만 착공 지연으로 소모된 공기는 H이 요청시 공정률 60% 달성하는 시점 이후에 다시 논의하여 원고, 대주단과의 협의를 통해 연장해 주겠다는 취지로 공문을 보냈다(을 제1, 2호증).

(2) H은 2021. 4. 19.경 C에 '지하 흙막이가시설 공사(CIP) 착공시점부터 V(T 건물) 도달시까지 소요기간이 40~50일가량 추정되므로, CIP 착공시점부터 50일 내에는 위 건물의 철거 협의가 완료되어 철거일정이 구체적으로 수립되어야 한다.'는 취지의 공문을 보냈다(을 제3호증). H은 2021. 5. 하순경부터 지하 흙막이가시설 공사를 시작하면서 이 사건 공사에 착공했고(갑 제19호증의4, 제21호증), 광명시장은 위 공사가 진행되던 중인 2021. 8. 18. 원고에게 '이 사건 공사 지하 흙막이가시설 3개공이 W, X로 0.1~0.3m 침범한 것이 확인되어 건축법 제79조에 따라 공사 중지를 명한다.'는 공사중지명령(이하 '이 사건 공사중지명령'이라 한다)을 내렸다. 이에 원고는 2021. 9. 7. 광명시에 침범한 부분을 철거하여 원상복구하기 위해서는 토공사(지하 터파기) 진행이 필요하다는 이유로 공사를 재개할 수 있도록 요청했고(갑 제20호증의2), 광명시장은 2021. 10. 18.

'원고의 요청대로 2021. 11. 16.까지는 천공작업 완료 및 천공장비 반출에 대해 공사중지를 해제하되, 이후 공사진행은 흙막이 및 토목공사, 건축 및 구조도서 등 변경사항에 대해 행정절차(허가사항변경 등)를 모두 이행한 후 전체 공사중지가 해제된다.'라고 공문을 보냈다(을 제5호증). H은 위 W, X 등 인접부지를 침범한 흙막이가시설을 철거하는 공사를 실시하였고 2021. 11. 16. 무렵부터 C과 H 사이에 추가비용 정산 문제 등으로 공사가 중단되었다.

(3) 이 사건 신탁계약상 대주단인 F조합은 2021. 12. 21.경 원고에게 'H에 공사재개 및 원고에 대한 계약이행보증서 제출을 당부했으나 이를 이행하지 않고 있으므로 H에 시공권 상실을 통지하고, 대체 시공사를 선정해달라.'는 취지의 공문을 보냈고, 원고는 같은 달 27일 H에 위 공문을 수령한 사실을 알리면서 '2021. 12. 29.까지 시공권 상실사유 해소를 요청하고, 시공권 상실사유 미해소시 이 사건 신탁계약 특약사항 제26조(시공사 부도, 파산 등), 제27조(공사준공 및 하자보수책임), 제27조의1(책임준공의무 등) 등에 따라 시공권이 상실될 수 있음을 알린다'는 취지의 공문을 보냈다.

(4) H은 2021. 12. 29.경 원고에게 '이 사건 공사와 관련하여 인허가권자인 광명시장이 공사중지를 해제하지 않았는데, 위 공사중지 해제에 맞춰 공사를 진행하기 위해 준비 중이다. 최종 확정된 설계도서 전체를 수령한 후 공사를 진행하여 기존과 같은 일들이 벌어지지 않도록 철저히 준비하고자 한다.'는 취지의 공문을 보냈고, 2022. 1. 4.경 C, 원고, F조합에 '이 사건 공사가 지연된 데 대하여 안타깝게 생각하며, 향후 동일한 문제가 발생하지 않게 할 것임을 약속한다. 당사는 본 공사를 최초 공사도급계약에서 정한 바와 같이 평당 480만 원에 이행할 것이며, 책임준공기한을 반영한 만회공정표를 작성하여 제출할 것이다. 당사는 주어진 여건 하에서 조속히 공사를 재개함으로써 책임준공의무를 다하고자 하오니, 모두의 적극적인 협조를 요청한다.'라는 취지의 공문을 보냈다. 이에 F조합은 2022. 1. 11.경 원고에게 대주단이 H에 대한 시공권 상실 통지를 철회했음을 알리며 H이 기존 계약대로 시공하여 책임준공기한 내에 사업이 완료될 수 있도록 해달라는 취지의 공문을 보냈다.

(5) 광명시장은 2021. 1. 11. 이 사건 공사중지명령을 해제하는 명령을 내렸고(을 제7호증), H은 2022. 1. 18.경부터 공사를 재개하였으나, 2022. 4. 말경 C에 인접건물인 X 건물에 관한 민원으로 위 건물의 정밀안전진단을 실시한 후 공사를 진행하는 것이 필요하다고 요청하면서 같은 해 5월

초순경 공사를 중단하였다.

(6) C은 2022. 5. 23.경 원고에게 "H이 2022. 3. 3. 제출한 공사 공정표에 의하면 2021. 12. 20.부터 2022. 2. 28.까지 약 2개월간 지하 흠막이가시설 공사를 완료하도록 되어 있고, 2022. 3. 1.부터 2022. 6. 30.까지 약 4개월간 지하 터파기공사를 완료하도록 되어있다. 지하 터파기공사 완료시까지 총 약 6개월 소요되는데, 2022. 1. 중순경 공사를 재개한 후 5월 중순까지 약 4개월 간 민원이 있어도 이를 해결하면서 공사를 진행해야 함에도 민원 관계로 지하 터파기 공사를 시작도 못하고 있는 것은 H의 시공에 문제가 있는 것이다. H은 사업부지 확보와 관련하여 V(T 건물) 침범 부분에 대해 사전부터 알고 있었고, 철거시 발생하는 비용은 당사와 함께 협의하여 처리하기로 약속서를 작성하는 등 지하 터파기 및 지하층(골조) 공사까지는 지장이 없음을 여러 차례 통보받았다. 당사는 분양신고 전까지 사업부지를 확보할 것이고, H은 사업부지 내 공사로 인해 주변에 피해가 있을시 공사도급계약 및 신탁계약에 따라 해결해야 하며, 그 외는 당사와 협의하여 해결할 사항이다."라는 취지의 공문을 보냈다(갑 제19호증의1). 한편 H은 2022. 6. 7.경 C에 "사업부지 확보(T 등) 및 모든 민원 처리는 전혀 조치된 바 없다. 주무관청인 광명시청은 상기 사항들이 해결되지 않는 한 분양승인은 절대 불가라고 거듭 밝히고 있으므로 이는 오롯이 C의 책임이다."라는 취지의 공문을 보냈다.

나) 위 가)항에서 본 바와 같이 이 사건 공사가 중단되자, 이 사건 신탁계약상 우선수익자인 F조합는 2022. 5. 30. 원고에게 "F조합는 H에 시공권 상실을 통지했다가 이를 철회하고 공사를 재개시켰으나, H은 현재 이웃건물의 정밀안전진단, 흠막이 가시설 침범 등 민원처리, T 건물 사업부지 침범 등의 사유로 공사를 중단하고 있는바, 대주단은 본 사업이 책임준공기한 내 완료가 불가능함을 확인하였으므로 H의 시공권 상실을 통보하며, 원고는 대체 시공사를 선정하고, 하루 빨리 공사가 재개되고 정상화 될 수 있도록 노력해 달라."는 취지의 공문을 보냈다. 원고는 2022. 6. 13. H에 공문을 보내 "우선수익자인 F조합로부터 접수한 위 2022. 5. 30.자 공문과 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조의1(자금조달의무 불이행의 처리) 제1항 제2호, 제26조 제2항(시공사 부도, 파산 등)에 준하고, 제27조의1(책임준공의무 등) 제2항, 제3항, 제8항에 해당하는 사유가 발생하였으므로, 당사는 10일 간격으로 2회 이상 이행 최고 후 즉시 신탁계약 및 공사도급계약을

해지·해제하고 사업관계자와 협의하여 시공사를 재선정할 예정이다."라는 취지임을 알렸고, 같은 달 28일 재차 공문을 보내 "H은 이 사건 공사도급계약 특수조건 제1조(적용의 원칙) 제4항, 제4조(공사의 책임준공) 제1항, 제5조(민원사항 등의 처리) 내용을 통해 귀사의 책임을 확인하기 바란다. 더불어 귀사는 이 사건 신탁계약 특약사항 제7조(업무분담 및 신의성실) 제3항 제8목, 제22조(위탁자 의무이행에 대한 보증 등) 제1항에 따라 시행사에 발생하는 모든 업무사항 및 의무사항에 대해 시행사인 C와 연대하여 책임을 부담하고, 연대책임의 이행을 거부할 수 없으며, 이에 대해 어떠한 사유를 이유로 해서 당사에게 대항할 수 없다. 다시 한 번 F조합로부터 2022. 5. 30. 접수한 위 공문과 이 사건 신탁계약 특약사항 제27조의1(책임준공의무 등) 등에 따라 2회에 걸친 이행 최고 후 신탁계약 및 공사도급계약을 해지·해제하고 시공사를 재선정할 예정이다."라는 취지의 공문을 보냈다. 원고는 2022. 7. 13. 피고에게 "2022. 4. 30. 기준 계획 공정률 51.95% 대비 10.38%인 상황에서 귀사가 책임준공기한을 준수하기 어려울 것으로 생각되어 두 차례에 걸쳐 공문을 보냈다. 당사는 이 사건 공사도급계약, 신탁계약 특약사항 제27조의 1(책임준공의무) 제7항, 제8항 등을 근거로 신탁계약 및 공사도급계약을 해지한다."라는 취지의 공문을 보냈고, 위 공문은 그 무렵 H에 도달하였다. 위와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 H에 위와 같이 이 사건 공사도급계약의 해지통지를 할 무렵에는 원고의 귀책이 아닌 사유로 인하여 실행공정률이 예정공정률 보다 현저하게 미달하거나 H이 준공기한 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우에 해당하여 이 사건 공사도급계약상 해지 요건을 갖추었다고 봄이 타당하다.

다) 이에 대해 피고는 이 사건 공사가 중단되고 지연된 것은 원고 측인 C의 잘못으로 인한 것이므로 H의 채무불이행을 이유로 한 원고의 해지통보는 위법·부당하다는 취지로 주장한다. 살피건대, 이 사건 신탁계약상 사업부지에 대한 소유권 확보, 사업부지상 일체의 제한 말소, 경계측량, 사업 시행 관련 모든 민원의 처리와 인허가 조건사항의 이행 등은 C의 업무(제7조 제2항)이고, 앞서 본 것처럼 이 사건 사업이 지연된 데에는 C의 업무 범위에 있는 사업부지 확보 및 경계측량, 민원 등으로 인한 문제가 적지 않은 것으로 보이기는 한다. 그러나 이 사건 신탁계약은 H의 업무로 '신탁계약상 C의 제반업무(의무)에 대하여 연대하여 이행할 책임'과 '이 사건 공사도급계약서에서 H의 업무로 정한 사항' 등을 규정하고 있고(제7조 제3항), H로 하여금 이 사건 신탁계약에 의해 C에 발생하는 모든

업무사항, 의무사항을 C와 연대하여 책임을 부담하도록 규정하고 있다(제22조). 또한 이 사건 공사도급계약 특수조건은 H의 도급공사 범위를 '공사에 필요한 조사, 검사, 진단, 시험 및 현황파악업무(주변 인접대지 건축물의 안전진단 및 보강 등의 제반조치 사항을 포함), 공사성 민원의 처리 및 비용, 공사 수행에 필수인 지적측량(경계복원, 건축물 현황, 지적확장측량 및 측량결과 대관업무 일체)'라고 규정하고 있을 뿐만 아니라(제2조 제1항), 'H은 현장여건 및 설계서를 사전 검토하여 인지하고 동의하며, 당해 공사의 토공사(흙막이 가시설, 차수, 목공 및 굴토 등), 기초 및 지하 골조공사 수행과정에서 발생하는 구조·안전상의 문제, 변위 또는 인접대지 지장물 간섭 등으로 인한 제반 문제는 H의 책임과 비용으로 설계변경 등 필요한 조치를 취한 후 시공하여야 하며, 공사 관련 민원도 H의 책임과 비용으로 처리하기로 한다.'라는 규정을 두고 있다(제5조 제3항). 이 사건 신탁계약 및 공사도급계약에 위와 같은 규정들을 둔 취지에 비추어 보면, 이 사건 공사가 지연된 데에 H의 책임이 없다고 보기는 어렵다.

더욱이 피고는 C의 책임있는 사유가 원고의 책임있는 사유와 동일하다는 전제에서 이 사건 공사의 중단 및 지연이 원고의 책임있는 사유라고 주장하나, 이 사건 신탁계약은 H이 책임준공의무를 이행하지 못할 경우 원고가 대주단에 대하여 책임준공의무를 다하도록 규정하면서, 위 의무와 책임은 관리형토지신탁계약의 특성에도 불구하고 신탁재산 범위내로 제한되지 않는다고 규정하고 있는바(제27조의1 제3항), 비록 원고가 시행사인 C로부터 이 사건 사업을 수탁받은 수탁자 지위에 불과하다고 하더라도 위와 같이 H을 대신하여 대주단에 대해 책임준공의무를 지고 있는 점, 앞서 본 것처럼 이 사건 공사도급계약은 공사에 필요한 각종 현황파악(주변 인접대지 건축물의 안전진단 및 보강 등의 제반조치 사항을 포함)과 경계측량, 공사 수행과정에서 발생하는 인접대지 지장물 간섭 등으로 인한 제반 문제, 공사 관련 민원 등을 H의 책임으로 규정하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, C의 책임있는 사유가 곧바로 원고의 책임있는 사유가 된다고 보기 어렵다.

라) 또한 피고는 원고가 이행 최고를 할 당시 C이 공사 현장 출입구를 봉쇄하여 공사 진행을 방해하고 있었던 한편, H은 인근 건물의 노후화로 인한 정밀안전진단 절차를 진행하느라 공사를 중단하고 있었는데, 시행자인 원고는 위 사실을 잘 알고 있음에도 아무런 조치를 취하지 않은 채 이행을 최고하였으므로 이는 적법한 최고가 아니라고도 주장한다. 그러나 앞서 본 것처럼 인접건물의

안전진단은 이 사건 공사도급계약상 피고가 수행해야 할 업무 영역에 있는 것이므로 그로 인한 공사 중단 및 지연에 정당한 이유가 있다고 볼 수 없고, C이 2022. 6. 16. 무렵부터 이 사건 공사 현장 출입구를 봉쇄한 것으로 보이기는 하나, 원고가 이행 최고를 할 위 무렵에는 이미 실행공정률이 예정공정률보다 현저하게 미달하여 사실상 이행 기간 내 예정공정률을 달성하기 어려운 상황에 있었다는 사정을 고려하면 C의 위와 같은 행위로 인해 원고의 이행 최고가 부적법하게 된다고 보기 어렵다.

마) 나아가 피고는 원고의 해지통지 이후인 2022. 9. 6. C과 이 사건 공사를 포기하기로 하는 이 사건 공사포기 합의서를 작성하였고, 피고가 반환해야 할 선급금이 1,191,572,927원임을 확인하였다. 이에 대해 피고는 C의 제안을 거절할 경우 더욱 비협조적으로 나올 것이 우려되어 투입한 비용이라도 회수하고자 어쩔 수 없이 작성한 합의서이고, 원고에 대해서는 아무런 효력이 없다고 주장하나, 위 사정 자체가 이 사건 합의서를 무효라고 인정할 만한 공박한 사정이 된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, Y과의 사이에서 작성한 합의서라 하더라도 H은 위 합의서 작성 이후 실제로 이 사건 공사를 중단하였으므로 이는 이 사건 보증계약 제1조 제2항 제2호에 해당하는 '주채무자의 공사포기'에 해당한다고 볼 수 있다.

나. 보증금 지급청구권의 범위

1) 공사도급계약에서 수수되는 이른바 선급금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인이 자재 확보·노임 지급 등의 어려움 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 도급인이 수급인에게 장차 지급할 공사대금을 미리 지급하는 것으로 구체적인 기성고에 대한 공사대금이 아니라 전체 공사에 대한 공사대금이다. 따라서 선급금이 지급된 후 계약의 해제 또는 해지 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이 선급금이 그때까지 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액에 충당되는데, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자 사이의 약정에 따른다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2016다267067 판결 등 참조).

2) 이 사건 보증계약 제1조 제3항은 '보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 한다'고

정하고 있는바, 원고가 3회에 걸쳐 H에 기성금을 지급하면서 기성금에서 104,627,073원을 차감한 사실은 앞서 본 것과 같으므로, H이 반환해야 할 미정산 선급금은 1,191,372,927원(= 기지급 선급금 1,296,000,000원 - 선급금 공제액 104,627,073원)이다. 따라서 위 미정산 선급금에서 차감할 미지급 기성금이 있는지에 관해 본다.

이에 대해 피고는 이 사건 보충합의서에서 C이 미지급 공사비로 인정한 948,844,794원이 원고에게 반환할 선급금에서 공제되어야 한다고 주장하나, 앞서 든 증거들, 갑 제29호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 따라 인정할 수 있는 다음의 사실 내지 사정들을 종합하면, 이 사건 보충합의서에 따른 948,844,794원을 H의 기성금으로 인정할 수 없으므로, 위 금액을 선급금에서 공제해야 한다는 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

가) 이 사건 공사도급계약 제37조 제3항은 원고가 위 공사도급계약을 해지한 경우에 기성검사를 필한 공사를 기성부분으로서 인수한 때에는 당해 부분에 상당한 대가를 H에 일부 비용을 공제한 후 지급하도록 되어 있는데, 3회차 기성금 정산이 이루어진 2022. 3. 25. 이후부터 H이 이 사건 공사를 중단한 2022. 5. 초순경까지 H이 추가로 수행한 공사 부분에 대한 상당한 대가가 948,844,794원에 이른다고 볼 만한 별다른 자료가 없다.

나) 이 사건 보충 합의서는 H의 투입비가 19억 원임을 인정하고, 이를 기준으로 한 미지급 금액을 C이 H에 지급하겠다는 취지의 합의로, 합의서의 내용이 사실이라 하더라도 이는 H의 투입비가 19억 원이라는 것을 확인해줄 뿐이다. 그러나 이 사건 공사도급계약 제26조에 의하면, 원고가 1개월마다 기성률에 따라 공사비를 지급하도록 되어 있고, 기성률을 확정하기 위해서는 공사감리원과 CM의 검토 및 확인을 거쳐야 하므로, H의 투입비를 기성금으로 인정하여 공사비를 지급할 수는 없고, 일반적으로 계약금액이 정해져있는 공사도급계약에서 수급인이 투입한 비용이 기성대금으로 인정되는 것도 아니다.

다) 이 사건 공사도급계약상 총 계약금액이 12,962,875,200원이고, 2022. 4. 30. 기준 실시공정률은 10.38%인데, 원고가 투입했다고 주장하는 19억 원은 총 계약금액의 14.65%에 달하는 금원으로 실시공정률과도 큰 차이가 있어 이를 그대로 신뢰하기도 어렵다.

라) 이 사건 신탁계약 제35조는 각 계약의 내용이 상충하는 경우 신탁계약과 도급계약이 당사자

사이의 개별 약정보다 우선한다고 정하고 있다. 이 사건 신탁계약 제9조에 의하면, 공사기성금을 지급하기 위해서는 기성실사보고서가 제출되어야 하고, H은 신탁계약 제27조의1과 공사도급계약 특수조건 제4조에 따른 책임준공의무(천재지변, 내란, 전쟁 등 불가항력적인 경우를 제외하고는, 공사비 지급지연 또는 미지급, 설계변경 등 여하한 사유가 발생하여도 공사를 중단하거나 지연할 수 없고 준공기한 내에 건축물을 준공하여 사용승인을 받는 것을 의미한다)를 부담하고, 책임준공의무를 이행하지 못하는 경우 손해배상책임을 진다. 따라서 신탁계약 당사자인 원고나 대주단의 동의 없는 C과 H 사이의 일방적 합의로 원고에게 대항할 수 없으며, C은 원고의 동의 없이 이 사건 공사도급계약 해지에 따른 손해배상채무를 면책해 줄 권한도 없다.

다. 소결

따라서 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따라 H이 미지급한 선금금 1,191,372,927원 및 이에 대하여 이행청구일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 소장 부분 송달일 다음 날인 2024. 3. 19.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법상 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사신용무

판사홍자경

판사김아름

1) 이 사건 도급계약상 선금은 1,296,287,520원[= 1,178,443,200원 × 1.1(부가가치세 포함)]으로 기재되어 있고, 이 사건 공사포기 합의서상 기지급 선금금액은 1,296,200,000원으로 기재되어 있는데, 원고가 실제로 지급한 선금은 1,296,000,000원이다(갑 제4, 5호증).