

서울중앙지방법원 2021. 11. 10 선고 2019가합575405 판결 [보증금 청구의 소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 이경준

피고B공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주

담당변호사 조광현

변론 종결2021. 9. 8.

판결 선고2021. 11. 10.

주 문

1. 피고는 원고에게 135,201,000원 및 이에 대하여 2019. 7. 2.부터 2021. 11. 10.까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 237,611,000원 및 이에 대하여 2019. 7. 2.부터 2019. 11. 12.까지는 연 6%, 그

다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

가. 원도급계약 체결

원고는 발주처인 동해지방해양수산청과 강원 고성군 C에 있는 D 이용고도화산업 관련 공사에 관한 공사도급계약(이하 '이 사건 원도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 공사는 장기계속공사계약으로 차수별 계약으로 진행되었고, 그 중 5차수 계약은 2018. 2. 5. 해당 차수 공사기간을 2018. 2. 19.부터 2018. 12. 14.까지로 하여 체결되었다.

나. 하도급계약 체결

1) 원고는 2018. 7. 16. E 주식회사(변경전: F 주식회사, 이하 'E'이라 한다)와 사이에 위 공사 중 옥개시설 및 부대공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)에 관하여 하도급금액 2,343,000,000원(부가가치세 포함), 공사기간 2018. 7. 16.부터 2019. 2. 28.까지로 하는 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 하도급계약 표지에는 선급금과 계약이행보증에 관하여 아래와 같이 정하고 있다.

선급금

1) 계약체결 후 선급금보증서 제출일로부터 15일 이내 지급

2) 발주자로부터 지급받은 날로부터 15일 이내에 그 내용과 비율에 따름

계약이행보증

계약금액의 10.00%에 해당하는 증서 또는 현금 ₩234,300,000

3) 이 사건 하도급계약의 건설업종 표준하도급계약서 중 이 사건과 관련된 내용은 아래와 같다.

제34조(선급금)

① 원사업자와 수급사업자는 협의하여 정한 선급금을 표지에서 정한 시기에 지급한다.

② 선금금은 계약목적 외에 사용할 수 없으며, 노임지급 및 자재확보에 우선 사용하도록 한다.

제48조(계약이행 및 대금지급보증 등)

① 원사업자는 계약체결일부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 이 계약에서 정한 계약금액의 지급을 보증하며, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액으로 계약이행을 보증한다.

⑨ 수급사업자는 원사업자에게 이 계약 표지에서 정한 금액으로 계약이행을 보증하며, 계약이행보증금은 다음 각 호의 사항 등을 포함하여 계약불이행에 따른 손실에 해당하는 금액의 지급을 담보한다.

1. 수급사업자의 교체에 따라 증가된 공사금액. 다만, 그 금액이 과다한 경우에는 통상적인 금액으로 한다.
2. 이 계약의 해제·해지 이후 해당 공사를 완공하기 위해 후속 계약을 체결함에 있어서 소요되는 비용

제52조(계약의 해제 또는 해지)

① 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다. 다만, 기성부분에 대해서는 해지하지 아니한다.

3. 원사업자 또는 수급사업자가 감독관청으로부터 어음·수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함), 파산·회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 경우

② 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 서면으로 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 이 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 원사업자 또는 수급사업자가 이 계약상의 중요한 의무를 이행하지 않은 경우
8. 원사업자나 수급사업자가 제48조의 기간 내에 대금지급보증이나 계약이행보증을 하지 아니한 경우

⑤ 원사업자 및 수급사업자는 자신의 책임 있는 사유로 인하여 이 계약의 전부 또는 일부가 해제 또는 해지된 경우에 이로 인하여 발생한 상대방의 손해를 배상한다.

다. 하도급계약이행보증

피고는 2018. 7. 20. E과 이 사건 하도급계약의 하도급금액 2,343,000,000원과 관련하여 보증금액 234,300,000원, 보증기간 2018. 7. 11.부터 2019. 2. 28.까지로 하는 하도급계약보증계약(이하 '이 사건 계약이행보증'이라 한다)을 체결하고 하도급계약보증서를 발급하였고, 2018. 7. 30. 보증기간을 2019. 4. 29.까지로 변경하였다. 이 사건 계약이행보증약관 중 이 사건과 관련된 내용은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

① 피고는 계약자(이하 "채무자"라 한다)가 보증서에 기재된 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 "보증사고"라고 한다) 그 상대방(이하 "보증채권자"라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유)

피고는 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 않습니다.

2. 보증채권자의 책임있는 사유로 인하여 보증사고가 발생한 때

제3조(보증채무의 이행한도)

① 피고가 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계 법령이 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.

라. 하도급선급금보증

피고는 2018. 7. 23. E과 이 사건 공사와 관련하여 보증금액 165,000,000원, 선급금액 165,000,000원, 보증기간 2018. 7. 23.부터 2019. 2. 28.까지로 하는 하도급선급금보증계약(이하 '이 사건 선급금보증'이라 한다)을 체결하고 하도급선급금보증서를 발행하였고, 2018. 9. 17. 보증기간을 2019. 4. 29.까지로 변경하였다. 이 사건 선급금보증계약약관 중 이 사건과 관련된 내용은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

① 피고는 계약자(이하 "채무자"라 한다)가 보증서에 기재된 계약과 관련한 선급금채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니함으로써(이하 "보증사고"라고 한다) 그 상대방(이하 "보증채권자"라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유)

피고는 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 아니합니다.

6. 선금을 임의로 채무자가 아닌 제3자에게 지급한 때

제8조(보증금 지급시기)

조합은 보증금 청구를 받은 경우 보증채권자로부터 손해사정과 관련된 서류를 받아 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

마. 원고의 선급금 지급

E은 2018. 7. 23. 인건비, 자재대 등 용도 외의 타 목적에 사용하지 않을 것 등을 각서하고 원고에게 선급금 165,000,000원을 신청하였고, 원고는 2018. 7. 31. E에 25,000,000원, 주식회사 G(이하 'G'이라 한다)에 110,000,000원, H(회사)(이하 '회사'라고 한다)에 30,000,000원을 선급금으로 이체하였다.

바. E에 대한 압류 및 추심명령

E의 원고에 대한 이 사건 공사대금 채권 중 4,000만 원에 대하여 2018. 12. 13. 의정부지방법원 2018타채19030호로 채권압류 및 추심명령(이하 '이 사건 추심명령'이라 한다)이 내려져 2018. 12. 19. 원고에 송달되었다.

사. 원고의 보증연장요청 및 해지 통보

1) 원고는 2019. 3. 15. 발주자와 이 사건 원도급계약의 준공일자를 2019. 3. 17.에서 2020. 1. 7.까지로 변경하기로 하고, 5차수 계약은 2018. 10. 31.자로 준공처리하였다.

2) 그 후 원고는 E과 이 사건 하도급계약의 계약이행기일도 2019. 12. 31.까지로 연장하기로 하고,

2019. 4. 2. E에게 이 사건 계약이행보증과 선급금보증의 각 보증기간을 2020. 2. 29.까지로 연장해 줄 것을 요청하였다.

3) 원고는 2019. 4. 10. E에게 "각 보증서의 기간 요청 및 이 사건 추심명령에 대한 해제 조치가 되지 않아 이 사건 하도급계약의 이행 및 유지에 어려움이 있으므로 신속히 조치 후 4. 18.까지 회신하고, 그때까지 해제 조치가 이루어지지 않을 경우 이 사건 하도급계약 제52조에 의거 하도급계약이 자동 해지된다."고 통보하였다.

아. 원고의 계약보증금 및 선급금보증금 청구

원고는 2019. 4. 25. 피고에게 공문을 발송하여 이 사건 하도급계약이 2019. 4. 19. 해지됨에 따른 이 사건 계약이행보증과 선급금보증에 따른 보증금을 청구하였다.

자. 이 사건 하도급계약의 타절정산

원고가 2019. 6. 19. E과의 이 사건 공사를 타절정산한 결과 남은 공사대금은 2,217,369,000원이었고, 2019. 6. 24. 피고에게 이메일로 피고가 요청한 타절기성검사 수량 관련 요청자료를 송부하였다.

차. 원고의 추가하도급계약 체결

원고는 2019. 7. 15. 이 사건 공사 중 남은 공사에 관하여 J 주식회사와 3,066,800,000원(부가가치세 포함)에 하도급계약을 체결하였으나, J 주식회사는 공사에 착수하지 아니한 채 공사를 포기하였고, 2019. 8. 26. K 주식회사(이하 'K'이라 한다)가 동일한 금액으로 하도급계약을 체결하여 남은 공사를 완료하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 9, 13, 14, 21 내지 23호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 동해지방해양수산청에 대한 사실조회결과, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 계약이행보증에 따른 보증금 청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장 E은 원고의 2차례에 걸친 독촉에도 불구하고 이 사건 추심명령에 따른 강제집행절차를 해제하지 못함으로써 이 사건 계약이행보증에 따른 보증서의 기간을 연장하지 못하여 계약기간 동안 계약이행보증을 유지할 의무를 위반하였다. 이에 따라 이 사건 하도급계약

제52조 제1항 제3호(영업상의 중대한 사유가 발생하여 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 경우) 및 제52조 제2항 제1호(계약상의 중요한 의무를 이행하지 않은 경우), 제8호(수급사업자가 제48조의 기간 내에 계약이행보증을 하지 아니한 경우)에 따른 원고의 정당한 계약 해지에 의하여 2019. 4.

19. 이 사건 하도급계약이 해지되었다. 결국 이 사건 하도급계약은 주채무자인 E의 계약의무 불이행으로 인하여 해지되어 이 사건 계약이행보증에 따른 보증기간 내에 '보증사고'가 발생하였으므로 피고는 보증금을 지급할 의무가 있다.

E이 수행하기로 하였으나 수행하지 못한 공사 중 K이 수행한 공사의 차액은 K이 수행한 공사가액 577,599,000원과 E이 수행하였어야 하는 공사가액 475,090,000원의 차액 102,410,000원이고, 이 금액은 보증한도 범위 내이므로 원고는 피고에게 102,410,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 피고의 주장 가) 원고는 E에 대하여 하도급대금 지급보증서를 교부하지 않았으므로, 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제13조의2에 따라 계약이행보증금을 청구할 수 없다.

나) 이 사건 하도급계약은 E의 귀책사유와 무관한 사유로 중단되었고, 원고의 이 사건 하도급계약 해지는 적법한 해지 사유 없이 일방적으로 한 것으로 부적법하므로 이에 따른 계약이행보증금 청구는 이유 없다.

나. 판단

1) 하도급대금 지급보증서 미교부로 인하여 이 사건 계약이행보증에 따른 보증금을 청구할 수 없는지 여부 가) 하도급법 제13조의2 제5항은 원사업자와 수급사업자 간의 보증은 현금의 지급 또는 권한기관이 발행하는 보증서의 '교부'에 의하여 한다고 규정하고 있기는 하다. 그러나 위 규정의 입법취지 등 다음과 같은 사정을 종합해 보면, 원사업자가 계약이행보증 청구권을 행사함에 있어서 수급사업자에 대한 도급대금 지급보증서가 실제로 교부되는 것이 선이행조건이라거나, 지급보증서가 교부되지 않으면 수급사업자에 대한 지급보증계약이 유효하게 성립하지 않는다고 해석할 수는 없다.

① 보증서의 교부에 관한 위 규정은 1996. 12. 30. 법률 제5324호로 신설된 후 현재까지 조문의 위치와 자구만 일부 수정되었을 뿐 큰 변동이 없었고, 하도급법에서 특별히 '발급'과 '교부'를 구별하고 있지도 않다.

② 최초 규정 신설시 개정이유는 '건설공사의 원사업자의 부도나 하도급대금 미지급에 따른 수급사업자의 연쇄부도 또는 자금난의 초래, 부실공사의 유발 등을 방지하기 위하여 건설공사를 위탁하는 경우에는 B공제조합이 발행하는 보증서 등을 수급사업자에게 교부하도록 함으로써 건설공사의 하도급대금의 지급이 보장되도록 함'이라고 밝히고 있어 '하도급대금에 대한 지급보증제도' 도입에 그 주된 취지가 있었다.

③ 원사업자가 자신의 우월적 지위를 악용하여 수급사업자에게 도급대금 지급보증서를 발급하더라도 필요에 따라 해지하기 위해 보증서 교부를 거절함으로써 수급사업자의 지위가 불안정해질 염려는 있어 보인다.1) 그러나 보증기관의 하도급대금 지급보증은 그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 이에 대하여는 보험의 법리가 적용되므로(대법원 2001. 7. 13. 선고 2000다2450 판결 등 참조), 수익자인 수급사업자는 수익의 의사표시 없이도 하도급대금 지급보증계약의 이익을 직접 받을 수 있다. 따라서 수급사업자에게 도급대금 지급보증서가 발급되어 유효한 지급보증계약이 성립한 이상, 그 보증서가 실제 교부되지 않더라도 수급사업자의 권리를 해칠 가능성은 그리 크지 않다.

④ 원사업자가 수급사업자의 공사대금 지급보증을 하여 취소 해지 없이 그 효력이 유지되고 있음에도 수급사업자에게 도급대금 지급보증서 및 보험증권이 실제로 교부되지 않았다는 이유만으로 원사업자의 계약이행보증 청구권 행사를 제한하는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 하도급법 제13조의2 제10항도 '원사업자가 제1항부터 제3항까지'의 규정에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 계약이행보증에 대한 청구권을 행사할 수 없다고 하여 보증서의 교부에 관한 제5항을 그 선행조건에 해당하는 규정으로 직접 명시하지는 않았다.

나) 갑 제15호증의 기재에 의하면 원고의 E에 대한 각 하도급대금 지급보증이 유효하게 성립한 사실이 인정되므로, 피고의 주장대로 하도급대금 지급보증서가 실제로 E에 교부되지 않았다고 하더라도, 원고의 이 사건 계약이행보증에 따른 보증금 청구에는 아무런 영향이 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 계약이행보증에 따른 '보증사고'가 발생하였는지 여부 가) 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 계약이행보증보험에서

보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다. 이 사건 계약이행보증의 약관에서는 '계약자인 E이 보증서에 기재된 공사 등의 계약의무를 이행하지 않는 것'을 보증사고로 규정하면서 이로 인하여 E이 원고에게 부담하는 채무를 약관에 따라 지급하되, 지급할 보증금은 이 사건 하도급계약이 정하는 바에 따라 원고가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 한다고 명시하고 있고, 이 사건 하도급계약에서는 자신의 책임 있는 사유로 인하여 해제·해지된 경우에 이로 인하여 발생한 상대방의 손해를 배상하도록 하면서(제52조 제5항), 수급사업자의 계약이행보증금은 수급사업자의 교체에 따라 증가된 공사금액 등을 포함하여 계약불이행에 따른 손실을 담보하도록 정하고 있다(제48조 제9항). 이를 종합하면, E이 자신의 책임 있는 사유로 인하여 이 사건 하도급계약을 불이행함으로써 계약이 해제·해지되는 것이 이 사건 계약이행보증상의 보험사고라고 봄이 타당하다.

나) 그런데 앞서 든 증거와 갑 제14호증, 을 제3, 5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하면, 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 계약이행보증에 따른 보험사고가 발생하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 원도급계약인 5차수 계약은 '현장여건 변동에 따른 시공계획 변경, 시공계획 변경에 따른 관급자재 및 폐기물 수량 조정'을 이유로 2018. 8. 17. 1차 변경계약이 체결된 것을 비롯하여 2019. 3. 15.까지 3차례 변경계약이 체결되었는데, 그 주된 사유는 '공정계획 변경, 동절기 공사중지 기간 반영 및 차수 공사 휴지기간 반영 등'으로 E의 귀책사유와는 무관한 것이었다. 더욱이 물양장 잔여구간 개축을 위한 작업공간 확보를 위해서는 어선이동이 필요하였으나 이 사건 공사장 부근의 어민들은 통합옥개시설을 신설하여야 어선이동이 가능하다고 요구하여 그 건축협의로 2019. 6. 25.경 비로소 6차수 공사에 착수할 수 있었으므로, 5차수 공사가 준공 처리된 2018. 10. 31.부터 2019. 6.경까지는 사실상 공사 자체가 중단된 상태였다. 따라서 원고가 계약해지 시점이라고 주장하는 2019. 4. 19.경에는 E의 귀책사유로 인한 하도급공사의 불이행 사유가 존재한다고 보기 어렵다.

② 원고가 해지를 주장하는 이 사건 하도급계약 제52조 제1항 제3호, 제2항 제1호 및 제8호는 E의

채무불이행 여부와 상관없이 일정한 사유가 발생하면 즉시 또는 1개월 이상의 최고를 거쳐 계약을 해지할 수 있도록 하는 약정해지권을 유보한 규정이다. 따라서 E에게 위 각 해당 조항의 사유가 존재한다고 하더라도 이는 약정해지사유가 발생한 것에 불과할 뿐 앞서 본 이 사건 계약이행보증상의 '보험사고'가 발생하였다고 단정할 수 없다.

③ 나아가 이 사건 하도급계약 제52조 제1항 제3호의 해지사유가 발생하였는지 보더라도, 위 약정에서 말하는 '영업상 중대한 사유'는 부도·강제집행·파산·회생절차 신청 등으로 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 정도에 이를 것을 요하는데 이 사건 추심명령의 압류금액은 4,000만 원으로 총 하도급대금의 약 1.7%에 불과한 점, ④ 압류나 가압류는 구체적인 사정에 따라서 하수급인이 상당한 기간 내에 해소하거나 그 사유와 무관하게 공기 내에 공사계약을 이행하는 것이 가능한 경우도 있을 수 있어 그러한 사유가 발생하였다는 것만으로 공사를 진행할 수 없다거나 공기 내에 공사계약을 이행하는 것이 불가능하게 되었다고 단정할 수 없는 점, ④ 원고가 E이 계약을 이행할 수 없는 신용상태였다고 주장하는 사유들은 대부분 이 사건 공사가 중단된 2018. 10. 31. 이후의 사정으로 이 사건 공사가 약 5% 정도 진행 후 중단되었고, 앞서 본 총 하도급대금과 압류, 체납한 금액 등에 비추어 볼 때 공사가 정상 진행되었다면 E이 이를 해결하지 못하였을 것으로 보이지 않는 점 등을 종합하면, E에게 영업상 중대한 사유로 계약을 이행할 수 없는 사정이 있었다고 보기 어렵다.

④ 원고와 E이 이 사건 하도급계약의 이행기를 2019. 12. 31.까지로 연장하기로 하면서 이 사건 계약이행보증의 보증기간 연장을 요구하였으나 E이 이를 이행하지 못한 사실은 인정된다. 그러나 ㉠ E이 이 사건 하도급계약에서 정한 채무를 이행하지 않았더라도 그 채무불이행이 이 사건 계약이행보증에서 정한 보증기간 이후에 비로소 발생한 것이라면 보증기간 내에 보험사고가 발생하였다고 볼 수 없는데 이행기를 2019. 2. 28.로 하는 이 사건 하도급계약에 대한 계약이행보증은 그 보증기간인 2019. 4. 29.까지 유효하게 존재하였으므로 결국 원고의 주장은 보증기간 이후의 사정에 불과한 점, ④ 이 사건 하도급계약의 주된 계약상 의무는 공사를 완공하는 것이고, 계약이행보증을 유지하는 것은 부수적인 의무로서 '계약상의 중요한 의무를 이행하지 않는 경우'에 해당한다고 보기 어려운 점, ④ 이 사건 하도급계약에서는 제52조 제2항의 해지사유가 발생한 경우 상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 이행을 최고한 후 계약을 해지할 수 있도록

정하고 있는데 원고의 계약해지 통지는 위 기간을 준수하지 않았던 점 등을 종합하면, 이 사건 하도급계약 제52조 제2항에 의해 이 사건 하도급계약이 적법하게 해지되었다고 볼 수도 없다. 다) 따라서 원고의 이 사건 계약이행보증에 따른 보증금 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3. 이 사건 선급금보증에 따른 보증금 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고의 주장 이 사건 하도급계약이 해지됨으로써 E은 기성공사대금에 충당되고 남은 선급금을 반환할 의무가 존재함에도 불구하고 이를 반환하지 않아 이 사건 선급금보증에 따른 '보증사고'가 발생하였으므로 피고는 보증금을 지급할 의무가 있다.

E이 원고에게 반환하여야 하는 선급금 138,820,000원에서 타절기성검사에서 확정되었으나 지급되지 않은 기성금액 3,619,000원을 빼면 135,201,000원이고, 이 금액은 보증한도 범위 내이므로, 원고는 피고에게 135,201,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 피고의 주장 가) 이 사건 선급금보증은 선급금이 E에게 전액 지급되는 것을 전제로 체결되었는데, E과 원고 사이에서는 선급금의 상당부분을 제3자에게 지급하였다. 이는 E이 원고로부터 선급금을 전액 지급받을 의사가 없음에도 마치 전액 지급받을 것처럼 피고를 기망하고, 계약 체결의 중요한 사항인 선급금의 지급방법 등에 대하여 피고를 기망한 것이다. 피고는 위와 같은 사기 내지 착오를 이유로 E에 대하여 이 사건 선급금보증계약을 취소하였고, 원고로서는 이러한 사정을 충분히 알 수 있었으므로 원고에게 보증금을 지급할 의무가 없다.

나) 예비적으로 이 사건 선급금보증 계약의 취소가 인정되지 않는다고 하더라도, 원고가 제3자에게 지급한 선급금 140,000,000원 부분은 피고의 보증범위에 포함되지 않으므로, 피고는 이 부분의 지급의무가 없다.

나. 판단

1) 선급금보증금 지급사유의 발생 E에게 선급금 반환사유가 발생하였음에도 이를 이행하지 않는 보험사고가 발생하였고, 그 금액이 138,820,000원임에 관하여 피고가 특별히 다투고 있지 아니하므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 보증인으로서 이 사건 선급금보증의 보증범위 내에 있는

위 돈을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 사기 또는 착오를 이유로 하는 취소 주장 가) 선급금보증계약의 경우 채무자가 보증계약을 체결함에 있어서 보증인을 기망하였고, 보증인은 그로 인하여 착오를 일으켜 보증계약을 체결하였다는 이유로 보증계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도 보증채권자가 보증계약이 체결되는 것을 전제로 채무자와 계약을 체결하거나 또는 보증인이 이미 보증서를 교부하여 보증채권자가 그 보증서를 수령한 후 이에 더 잡아 새로운 계약을 체결하거나 혹은 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 선급금보증계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 보증채권자의 신뢰를 보호할 필요가 있다 할 것이므로 보증채권자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었다는 등의 사정이 없는 한 보증인은 그 취소를 가지고 보증채권자에게 대항할 수 없다(대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결 등 참조).

나) 원고가 E의 요청으로 G과 I회사에 선급금 165,000,000원 중 140,000,000원을 송금한 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제8, 9호증의 각 기재에 의하면, 원고가 E에게 2회 기성금으로 지급한 자재 장비대금 65,990,140원의 지급내역에 위와 같이 선급금을 지급받은 G과 I회사가 포함되지 않은 사실은 인정된다. 그러나 선급금은 전체 기성에 대하여 지급되는 것으로 1, 2회 기성에 선급금이 사용되지 않았다고 하여 이 사건 공사에 사용되지 않은 것이라고 단정할 수 없는 점, 이 사건 공사는 5% 정도 진행되다가 중단되었으므로 G이나 I회사가 향후 자재를 납품할 가능성도 배제할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 E이 선급금의 지급방법이나 용도에 대하여 피고를 기망하는 등 이 사건 선급금보증 계약에 취소사유가 존재한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

설령 E의 기망행위가 있었다고 하더라도, 원고는 E로부터 선급금을 용도 외로 사용하지 않겠다는 각서를 징구하였던 점, G과 I회사 모두 건설업체로 건설공사에 필요한 자재를 사전에 조달하기 위해 선급금을 받는 것이 이례적이라고 보기 어려운 점 등 변론에 나타난 모든 사정을 종합하면, 원고가 E의 기망행위를 알았거나 알 수 있었다고 볼 수는 없으므로, 피고는 이 사건 선급금보증 계약의 취소로 원고에게 대항할 수 없다. 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 피고의 면책 주장 이 사건 선급금보증 약관에서 선급금이 '임의로 채무자가 아닌 제3자에게 지급된 경우'를 면책사유로 정하고 있음을 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 약관의 면책사유는 그 문언의 객관적 의미상 원고가 E의 지시나 동의 없이 임의로 제3자에게 선급금을 지급한 경우로 제한하여 해석함이 상당하고, 원고가 E의 지시에 따라 제3자에게 지급한 경우까지를 포함한다고 볼 수는 없다.

앞서 든 증거에 의하면, 원고가 E의 요청에 따라 G와 I회사에 선급금을 송금하고 E이 전액에 대한 세금계산서를 발행한 사실이 인정되므로, 이 사건의 경우 위 약관에 따른 면책사유에 해당하지 않는다. 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다. 소결

따라서 피고는 원고에게 E이 지급하여야 하는 선급금 138,820,000원에서 원고가 스스로 기성공사대금에 충당되어야 한다고 자인하고 있는 3,619,000원을 공제한 135,201,000원 및 이에 대하여 이 사건 선급금보증 약관 제8조에 따라 피고에게 지체책임이 발생하는 2019. 7.

2.부터(보증채권자인 원고로부터 손해사정과 관련된 서류를 받아 보증금 지급에 필요한 조사를 마쳤다고 볼 수 있는 2019. 6. 24.부터 7일이 경과한 날이다) 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 11. 10.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사황순현

판사정은영

판사김민수

1) 2013. 5. 22. 의안번호 L로 M의원이 대표발의한 하도급법 개정법률안 제안이유 참조