

서울중앙지방법원 2021. 11. 18 선고 2020가합505181 판결 [보증금 청구의 소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 이공

담당변호사 허진민

피고B조합

소송대리인 법무법인 해마루

담당변호사 박기범

변론 종결2021. 9. 30.

판결 선고2021. 11. 18.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 413,920,386원 및 이에 대하여 2019. 9. 7.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 도급계약의 체결

원고, C 주식회사, D 주식회사가 구성한 공동수급체[지분율 원고(대표) 50%, C 주식회사 30%, D 주식회사 20%, 이하 '이 사건 공동수급체'라 한다]는 평택시 상하수도사업소(이하 '발주처'라 한다)와 E 건설공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관하여 장기계속계약 방식의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하고, 아래 표 기재와 같이 차수별 도급계약을 체결하였다.

1차수	2017. 1. 6.	19,211,000,000원	2017. 1. 12. ~ 2019. 7. 11.
2차수	2018. 3. 15.	3,252,700,000원	2018. 3. 14. ~ 2019. 3. 8.
3차수	2019. 5. 13.	2,988,766,000원	2019. 5. 13. ~ 2020. 5. 11.

나. 하도급계약의 체결

1) 원고는 2017. 11. 2. 주식회사 F(이하 'F'이라 한다)과 이 사건 공사 중 처리장 토목공사(이하 '이 사건 하도급공사'라 한다)에 관하여, 계약금액 2,219,800,000원(부가가치세 포함), 계약기간 2017. 11. 2.부터 2020. 3. 6.까지로 정하여 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 원고는 2019. 6. 19. F과 위 하도급계약의 계약금액을 2,626,800,000원(부가가치세 포함)으로 변경하는 내용의 변경계약을 체결하였다.

3) 이 사건 하도급계약 및 그에 포함된 공사하도급 일반계약조건, 공사하도급 특별계약조건 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

공사하도급계약서

9. 계약사항

6. 선금금 : 발주처 지급조건과 동일

공사하도급 일반계약조건

제21조(선급금)

1. "하도급자"는 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 "하수급자"에게 지급한다.
2. "하수급자"가 선급금을 받고자 할 때에는 22조3항 각호1에 해당하는 증서를 "하도급자"에게 제출하며 그 증서의 금액은 지급받을 선급금액에 시중은행금리를 적용한 금액 이상으로 하며, 그 기간은 계약종료일 +60일 이상으로 한다.
3. 선급금은 계약 목적 외에 사용할 수 없으며 노임지급 및 자재확보에 우선 사용하도록 한다.
4. 선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 의하여 산출한 금액을 정산한다. 선급금
정산금액=선급금*기성부분 대가 상당액/계약금액
5. "하도급자"가 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 "하수급자"가 시공에 착수할 수 있도록 그가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급받은 날(제조 등의 위탁을 하기 전에 선급금을 받은 경우에는 제조 등의 위탁을 한 날)로부터 15일 이내에 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 "하수급자"에게 지급한다.
6. "하수급자"에게 선급금이 지급된 이후 귀책사유에 관계없이 계약해제, 해지 사유가 발생하거나 선급금지급조건을 위배한 경우 "하수급자"는 "하도급자"의 청구에 따라 지체 없이 선급금잔액(선금 미정산액)을 반환하여 한다.

제28조("하도급자", "하수급자"의 계약해제)

1. "하도급자"는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 계약의 전부 또는 일부를 해제, 해지할 수 있다.
 - 1) "하수급자"가 계약조건에 위반하여 그 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정될 때
 - 2) "하수급자"가 어음 및 수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함) 또는 파산 신청, 회사정리의 신청 등 경영상의 중대한 사유가 발생하여 계약이 이행될 수 없다 인정될 경우

공사하도급 특별계약조건

제14조 계약해지

1. "하수급자"에게 다음중 하나의 상황이 발생할 경우 "하도급자"는 임의로 계약을 해제, 해지할 수 있다.

가. 공사 하도급 일반 계약조건 제28조("하도급자", "하수급자"의 계약해제) 1항의 각 항목
나. 자금 운영상 문제(15일 이상 임금 체불 등) 또는 공사 진행상 문제(공정계획대비 15일 이상 지연, 장비투입 3일 이상 지연될 경우 등) 및 기타 제비용의 미지불 등으로 공사수행에 차질이 발생한 경우

다. 제1차 선급금보증계약의 체결 및 제1차 선급금 지급

1) F은 2017. 12. 5. 피고와 이 사건 하도급계약에 관하여 보증채권자 원고, 보증금액 250,000,000원, 보증기간 2017. 12. 5.부터 2019. 1. 6.까지로 하는 선급금보증계약(이하 '제1차 선급금보증계약'이라 한다)을 체결하고, 위 같은 날 피고가 발행한 선급금보증서(이하 '제1차 선급금보증서'라 한다)를 원고에게 제출하였다.

2) 제1차 선급금보증계약에 포함된 선급금보증약관(이하 '이 사건 약관'이라 한다) 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

선급금보증약관

제1조(보증책임)

① B조합(이하 조합이라 합니다)은 계약자(이하 채무자라 합니다)가 앞면기재 계약(이하 주계약이라 합니다)과 관련하여 그 책임있는 사유로 상대방(이하 보증채권자라 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 보증사고라고 함은 아래 각 호의 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.

3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자기준
---------------	-----------------

제2조(선급금 정산)

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)

3) 원고는 2018. 3. 23. F에게 제1차 선급금 250,000,000원을 지급하였다.

라. 제2차 선급금보증계약의 체결 및 제2차 선급금 지급

1) F은 2019. 6. 10. 피고와 이 사건 하도급계약에 관하여 보증채권자 원고, 보증금액 386,540,000원, 보증기간 2019. 6. 10.부터 2020. 5. 5.까지로 하는 선급금보증계약(이하 '제2차 선급금보증계약'이라 한다)을 체결하고, 위 같은 날 피고가 발행한 선급금보증서(이하 '제2차 선급금보증서'라 한다)를 원고에게 제출하였다.

2) 제2차 선급금보증계약에 포함된 선급금보증약관은 위 다. 2)항 이 사건 약관과 동일하다.

3) 원고는 2019. 6. 14. F에게 제2차 선급금 386,540,000원을 지급하였다.

마. 원고의 이 사건 하도급계약 해지 통보

원고는 2019. 8. 1. F에게 아래와 같이 이 사건 하도급계약이 2019. 8. 1.자로 해지되었음을 통보한다는 내용의 공문을 발송하였고, 위 공문은 그 무렵 F에게 도달하였다.

제목: 민원 발생, 공사중지, 계약미이행 사항에 따른 계약해지 통보

관련 공문과 같이 F의 대금미지급으로 인한 발주처 및 당사에 대한 가압류 및 민원 해결 촉구, 현장대리인 투입, 공정만회대책 제출, 후속공정 작업 재개 등 계약 미이행 사항 시정을 최종 요청하였고 2019년 7월 31.일까지 이행하지 않을 경우 2019년 8월 1.일자로 계약을 해지할 것을 예비통보하였습니다. 그러나 F은 상기의 모든 사항에 대하여 일절 무대응으로 계약을 이행하지 않음에 따라 공사하도급 일반계약조건 제28조 제1항 및 특별계약조건 제14조 제1항에 근거하여 2019. 8. 1.부로 계약이 해지되었음을 통보합니다.

바. 원고의 F에 대한 미정산 선급금 반환 요청

원고는 2019. 8. 29. F에게 미정산 선급금 총 합계 428,440,000원(= 제1차 선급금 미정산 금액

41,900,000원 + 제2차 선급금 미정산 금액 386,540,000원)을 2019. 9. 6.까지 반환하여 달라고 요청하였으나, F은 이를 반환하지 않았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

1) 제1차 선급금보증금 청구(= 9,873,280원) 1) 가) F의 원고에 대한 미정산 제1차 선급금은 26,832,183원(= 선급금 250,000,000원 - 선급금 정산액 223,167,817원)이고, 위 금원에서 부가가치세 환급액 2,439,289원을 공제하면 24,392,894원(= 26,832,183원 - 2,439,289원)이 남게 된다.

나) 그런데 피고는 원고에게 제1차 선급금보증금으로 14,519,614원만을 지급해 주었다.

다) 따라서 피고는 원고에게, 제1차 선급금보증계약에 따른 나머지 제1차 선급금보증금 9,873,280원(= 24,392,894원 - 14,519,614원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 제2차 선급금보증금 청구(= 386,540,000원) F의 원고에 대한 미정산 제2차 선급금은 386,540,000원인바, 피고는 원고에게, 제2차 선급금보증계약에 따른 제2차 선급금보증금 386,540,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 제1차 선급금보증금 청구에 관하여 가) 원고는 F으로부터 2017. 12. 5. 제1차 선급금보증서를 제출받았음에도, F에게 2018. 3. 23. 제1차 선급금을 지급하였는바, 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제6조에 따라 원고가 F에게 지급하여야 할 선급금 지연지급에 따른 지연이자 9,873,280원[= 250,000,000원 × 연 15.5% × 93일(2017. 12. 5.부터 15일이 지난 시점인 2017. 12. 21.부터 2018. 3. 23.까지)/365일]은 미정산 제1차 선급금에서 공제되어야 한다.

나) 따라서 피고가 원고에게 지급해야 할 제1차 선급금보증금은 14,519,614원(= 원고가 주장하는 24,392,894원 - 위 지연이자 9,873,280원)이 되는데, 피고는 원고에게 이미 제1차

선급금보증금으로 14,519,614원을 지급하였는바, 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

2) 제2차 선급금보증금 청구에 관하여 가) F은 원고로부터 지급받을 제2차 선급금을 향후 진행될 3차수 공사를 위한 용도가 아니라 기존에 발생한 G 등 각 재하도급업체에 대한 체불금 변제를 위한 용도로 사용할 예정이었음에도, 그와 같은 선급금 사용용도를 피고에게 고지하지 않고 제2차 선급금보증계약을 체결하였다.

나) 구체적으로 F은 2019. 4. 3. 원고 및 G와 'F이 원고로부터 지급받을 제2차 선급금을 G에 대한 체불금 변제를 위하여 유용'하기로 하는 내용의 기성금 지급 확약서(을 제4호증)를 작성하였고, F은 2019. 6. 14. 원고로부터 제2차 선급금을 지급받아 위 금원 중 대부분을 위 G를 비롯한 각 재하도급업체에 대한 체불금 변제에 사용하였다.

다) 이처럼 제2차 선급금보증계약은 피고의 선급금 사용용도에 대한 착오 내지 F의 선급금 사용용도에 대한 기망에 의하여 체결된 것이므로, 피고는 주위적으로 민법 제109조, 예비적으로 민법 제110조에 근거하여 위 계약을 취소한다.

3. 판단

가. 제1차 선급금보증금 청구에 관한 판단

1) 선급금보증금 지급의무의 발생 이 사건 약관 제1조 제1, 2항에서는 '계약 해지라는 선급금 반환사유가 발생한 경우 원고의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 F이 이를 이행하지 않으면 피고가 보증채무를 부담한다'고 정한 사실, 이 사건 하도급계약이 2019. 8. 1. 해지된 사실, 원고가 F에게 미정산 제1차 선급금의 반환을 청구하였음에도 F은 이를 이행하지 않은 사실은 앞서 기초사실에서 살핀 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 제1차 선급금보증금 9,873,280원을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 지연이자 공제 항변에 관한 판단 가) 피고의 항변 요지

원고는 하도급법 제6조 제1항에서 정한 법정지급기일보다 93일을 지연하여 2018. 3. 23. 비로소 F에게 제1차 선급금을 지급하였으므로, 하도급법 제6조 제2항 등에 따라 제1차 선급금 지연지급에 따른 93일의 지연이자 9,873,280원을 F에게 지급하여야 하고, 위 지연이자 미정산 제1차 선급금에서 공제되어야 한다.

나) 관련 규정

하도급법 제6조 제1항에서는 "수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 경우에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 시작할 수 있도록 그가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 받은 날(제조등의 위탁을 하기 전에 선급금을 받은 경우에는 제조등의 위탁을 한 날)부터 15일 이내에 선급금을 수급사업자에게 지급하여야 한다"고 정하고 있고, 동조 제2항에서는 "원사업자가 발주자로부터 받은 선급금을 제1항에 따른 기한이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 40 이내에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 비율에 따른 이자를 지급하여야 한다"고 정하고 있으며, 이 사건 하도급계약 체결 당시 선급금 등 지연지급 시의 지연이율 고시(공정거래위원회 고시 제2015-4호, 이하 '이 사건 고시'라 한다)에 따르면, 선급금 지연지급 시 적용되는 지연이율은 연 15.5%이다.

다) 판단

(1) 이 사건에 관하여 살피건대, 원고가 F으로부터 제1차 선급금보증서를 제출받은 2017. 12. 5. 무렵 발주자로부터 선급금을 지급받은 사실에 대하여는 원고가 명백히 다투지 않고 있고, 원고가 2018. 3. 23. F에게 제1차 선급금보증금을 지급한 사실은 앞서 기초사실에서 살핀 바와 같다.

(2) 이처럼 하도급법 제6조 제1항의 법정지급기일을 도과하여 제1차 선급금을 지급한 원고로서는 F에게 하도급법 제6조 제2항 및 이 사건 고시에 따라 선급금 지연지급에 따른 지연이자를 지급할 의무가 있고, 위 지연이자의 액수는 9,873,280원[= 250,000,000원 × 연 15.5% × 93일(2017. 12. 5.부터 15일이 지난 시점인 2017. 12. 21.부터 2018. 3. 23.까지)/365일, 십원 미만 버림]이며, 위 지연이자는 F의 미정산 제1차 선급금에서 공제되어야 할 것인바, 피고의 공제 항변은 이유 있다.

(3) 한편 이에 대하여 원고는, 인근 주민들의 민원으로 2017. 12.경 이 사건 하도급공사의 착수가 불가능했기 때문에 원고와 F 사이에 제1차 선급금 지급을 보류하기로 하는 묵시적 합의가 있었고, 이러한 경우에는 하도급법 제6조가 적용되지 않는다는 취지로 주장한다. 그러나 갑 제7, 8호증의 각 기재만으로는 원고와 F 사이에 제1차 선급금 지급을 보류하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고

인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 소결론 따라서 원고의 제1차 선급금보증금 청구는 이유 없다.

나. 제2차 선급금보증금 청구에 관한 판단

1) 선급금보증금 지급의무의 발생 이 사건 약관 제1조 제1, 2항에서는 '계약 해지라는 선급금 반환사유가 발생한 경우 원고의 미정산 선급금 반환청구에도 불구하고 F이 이를 이행하지 않으면 피고가 보증채무를 부담한다'고 정한 사실, 이 사건 하도급계약이 2019. 8. 1. 해지된 사실, 원고가 F에게 미정산 제2차 선급금 반환을 청구하였음에도 F이 이를 불이행하고 있는 사실은 앞서 기초사실에서 살핀 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 제2차 선급금보증금 386,540,000원을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 제2차 선급금보증계약 취소 항변에 관한 판단 가) 관련 법리

건설산업기본법에 의하여 설립된 공제조합이 그 조합원과의 보증위탁계약에 따라 조합원이 도급받은 공사 등과 관련하여 수령하는 선급금의 반환채무를 보증하기 위하여 선급금보증서를 발급하는 방법으로 그 도급인과 보증계약을 체결하는 경우, 보증사고에 해당하는 수급인의 채무불이행이 있는지 여부는 보증계약의 대상인 도급공사의 내용과 공사금액·공사기간 및 지급된 선급금 등을 기준으로 판정하여야 하고, 특히 이러한 보증계약에서 선급금의 액수·지급시기·지급방법은 선급금이 정하여진 용도로 실제 사용될 것인지의 여부 및 이로 인한 장차 선급금 반환채무의 이행가능성과 관련하여 H조합에 있어서 보증사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율 측정을 통한 보증계약 체결 여부나 보증계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항에 해당하여 보증계약 체결 시 고지하여야 할 중요한 사항이라 할 것이므로, 조합원 등이 이를 불실고지하거나 불고지하는 것은 H조합에 대한 기망행위에 해당할 수 있고, 그 기망행위로 인하여 H조합이 착오에 빠진 경우 H조합은 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다34727 판결, 대법원 2003. 11. 13. 선고 2001다33000 판결 등 참조).

나) 인정사실

앞서 채택한 각 증거들, 갑 제11호증, 을 제2 내지 7호증의 각 기재, 증인 I, J의 각 증언, 변론 전체의 취지를 종합하면, 아래와 같은 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 원고는 이 사건 하도급계약에 따라 F에게 기성대금을 지속적으로 지급하였음에도, F은 각 재하도급업체(주식회사 K, L 주식회사, 주식회사 M, N 등)에게 재하도급대금 또는 장비대금 등을 제대로 지급하지 못하였고, 이에 따라 각 재하도급업체는 2019년 초경부터 원고 및 발주처에게 체불금에 관한 각종 민원을 제기하여 이 사건 하도급공사 진행에 상당한 차질이 발생하였다. 이에 원고는 F에게 각 재하도급업체에 대한 체불금 문제를 속히 해결할 것을 지속적으로 촉구하였다.
- ② 특히 F의 재하도급업체 중 하나인 주식회사 G(이하 'G'이라 한다)은 이 사건 하도급공사 중 '하도그앵커공사 및 부력방지앵커공사 외 지반그라우팅 보강공사' 등을 재하도급대금 456,830,000원(부가가치세 포함)에 재하도급 받아 2018. 11. 21.부터 위 공사 등을 실시하여 모두 완료하였음에도 F으로부터 위 재하도급대금 415,300,000원(부가가치세 별도) 중 396,830,000원을 지급받지 못하였다. 이에 G은 원고에게 F의 체불금 문제 해결을 강력하게 요구하였다.
- ③ 원고와 F, G은 2019. 4. 3. 아래와 같은 내용의 기성금 지급 약속서(이하 '이 사건 약속서'라 한다)를 작성하였다.
- 기성금 지급 약속서(을 제4호증)
1. 4월 15일까지 기수령금 60,000,000원 제외한 잔여금액 396,830,000원을 지급한다.
 2. 4월 15일까지 지급하지 못할 경우 F 계약분에 대한 선급금 중 300,000,000원에 대한 F 통장을 별도 개설(G 주거은행에서)하여 G의 공사대금으로 유용한다.
 3. 그 외 잔여기성금액에 대하여는 원고에서 직불처리한다.
- ④ F 대표이사 I는 '위 약속서 작성 무렵 원고(현장대리인 O)로부터 3차수 공사분 선급금이 나온다는 이야기를 들었다'는 취지로 증언하였다.
- ⑤ 원고는 2019. 5. 13. 발주처와 이 사건 공사에 관한 3차수 도급계약을 체결하였고, 위 무렵 발주처로부터 선급금을 지급받았다.
- ⑥ 원고는 2019. 5. 24. F에게 '체불금 문제를 해결하지 않으면, 더 이상 정상적인 공사 진행이 어려운 것으로 판단되어 부득이 강제 계약해지 등을 추진할 수밖에 없다. 체불금 문제 해소방안을 적극 모색해 달라'는 취지의 공문을 발송하였다.

⑦ 원고는 2019. 6. 4. F에게 '3차수 공사 선금금 386,540,000원의 지급을 통보한다'는 내용의 공문(을 제2호증)을 발송하였는데, 위 공문에는 이 사건 하도급공사 중 F이 장차 수행하여야 할 공사에 관한 내역서인 "이 사건 하도급공사 계약내역서(3차분)"이 첨부되어 있었다.

⑧ F은 피고에게 이 사건 하도급계약서(갑 제2호증의 1) 및 그 변경계약서(갑 제2호증의 2), 원고가 F에게 발송한 위 2019. 6. 4.자 공문(을 제2호증)을 제출하고, 2019. 6. 10. 피고와 제2차 선금금보증계약을 체결하였다.

⑨ F은 이 사건 확약서 작성 이후 위 확약서 제2항에서 정한 바와 같이 G의 주거래은행인 P은행에 F 명의의 계좌를 개설하였고, 그 통장 실물은 G에게 제공하여 위 회사가 보관하도록 하였다. 이에 관하여 G 대표이사 J은 'F이 선금금을 지급받으면 돈이 또 빠져나가 버릴까봐 통장을 G에서 관리하였다'는 취지로 증언하였다.

⑩ 원고는 2019. 6. 14. 제2차 선금금 386,540,000원을 위 F 명의의 P은행 계좌에 이체하였다. 위 같은 날 위 제2차 선금금 중 100,000,000원은 G에게 이체되었는데, F 대표이사 I는 '위 100,000,000원은 이 사건 확약서에서 변제를 약속한 체불금 중 일부를 지급한 것'이라고 증언하였다.

⑪ 위 같은 날 나머지 제2차 선금금 대부분(잔액 52,365원 제외)도 각 재하도급업체에 대한 각 체불금 변제를 위하여 이체되었다. 이에 관하여 위 I는 '제2차 선금금 중 일부를 어떤 업체에 얼마씩 보낼지에 관하여는 원고가 모두 결정하였다'고 증언하였다.

⑫ 원고는 제2차 선금금보증계약체결일(2019. 6. 10.) 및 제2차 선금금 지급일(2019. 6. 14.)로부터 불과 두 달도 지나지 않은 2019. 8. 1. 이 사건 하도급계약을 해지하였는데, 위 해지 통보 당시 원고가 F에게 지정한 해지 사유 중에는 'F의 각 재하도급업체에 대한 체불금 미해결 문제'도 포함되어 있었다.

다) 판단

(1) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선금금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재 확보·노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 것으로서(대법원 2016. 7. 14. 선고

2014다201179 판결 등 참조), 계약이 중도에 해지되는 경우 기성공사대금과의 정산 후 반환이 예정되어 있는 금원이고, 피고는 제2차 선급금보증계약을 통해 위와 같은 정산 후 F이 원고에 대하여 부담하게 되는 제2차 선급금 반환채무를 보증한 것이다.

(2) 한편 앞서 가)항에서 살펴본 법리에 비추어 볼 때, 수급인이 선급금보증계약을 체결하기 이전부터 자금난을 겪고 있어 향후 하도급계약 해지가 예견되고, 도급인으로부터 선급금을 지급받아 그중 상당부분을 장치 이행할 공사 부분에 관하여 필요한 자재를 확보하거나 노임을 지급하기 위하여 사용하지 아니하고 기존 채무 변제에 사용할 예정인 경우, 계약의 해지로 장치 선급금반환채무가 발생했을 때 수급인이 반환해야 하는 선급금은 이미 대부분 기존 채무 변제에 사용된 상태라 위 선급금반환채무를 이행할 가능성이 현저히 낮을 것이라는 점이 보증계약 체결 시부터 예상된다. 따라서 수급인이 도급인으로부터 지급받을 선급금 중 상당부분을 체불금 변제에 사용할 것이라는 사정은 피고와 같은 선급금보증인에게 있어 보증사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율 측정을 통한 보증계약 체결 여부나 그 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서, 피고가 이를 사전에 알았다면 보증계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일한 조건으로는 그 계약을 체결하지 않았을 것으로 보이는 사항, 즉 선급금보증계약의 체결에 앞서 수급인이 피고에게 고지하여야 할 중요사항에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(3) 그런데 위 확약서의 작성 시기, 기재 내용, 확약서의 작성을 전후한 선급금 이체의 내용과 경위, 원고의 F에 대한 각 공문 내용 등 위 인정사실에 의하면, F은 원고로부터 지급받을 제2차 선급금 중 상당부분을 각 재하도급업체에 대한 각 체불금 변제에 사용할 예정이었음에도 제2차 선급금보증계약 체결 당시 피고에게 그와 같은 사정을 고지하지 않았는바, 이는 보증계약상 중요한 사항을 고지하지 아니한 기망행위에 해당하고, 위와 같은 사정을 고지 받지 못한 피고로서는 F의 선급금 사용용도에 관한 착오에 빠져 제2차 선급금보증계약을 체결하였다고 봄이 상당하다.

(4) 따라서 피고의 제2차 선급금보증계약 체결은 민법 제109조에서 정한 착오에 의한 의사표시 또는 민법 제110조에서 정한 기망에 의한 의사표시에 해당하고, 피고의 위 보증계약 취소 의사표시가 담긴 2020. 3. 23.자 답변서가 2020. 3. 24. 원고에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 제2차 선급금보증계약은 그 무렵 적법하게 취소되었다[B조합법에 의해 설립된 조합의 보증관계는 조합과

조합원 사이에 체결되는 보증위탁계약의 제3자에 대한 효력으로 성립하는 것이 아니라, 조합원의 신청에 따라 보증채권자를 위하여 보증서를 발급하는 형식으로 조합이 보증채권자에 대하여 직접 보증의 의사표시를 함으로써 성립하는 것이므로, 그 보증관계의 해소를 위한 보증 취소의 의사표시 역시 보증 의사표시의 상대방인 보증채권자에 대하여 하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99다36617 판결 등 참조)].

(5) 원고의 선의 제3자 재항변에 관한 판단

(가) 이에 대하여 원고는, 설령 F이 피고를 기망하여 제2차 선급금보증계약을 체결하였다고 하더라도, 원고는 선의의 제3자이므로, 피고가 제2차 선급금보증계약의 취소로 원고에게 대항할 수 없다고 주장한다.

(나) 그러므로 이에 관하여 살피건대, 수급인이 선급금보증계약을 체결함에 있어서 보증인을 기망하였고, 보증인은 그로 인하여 착오를 일으켜 보증계약을 체결하였다는 이유로 보증계약 체결의 의사표시를 취소하는 경우에도, 보증채권자가 선급금보증계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 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).

(다) 그러나 갑 제9 내지 12호증의 각 기재만으로는 원고가 선의라는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 앞서 살핀 바와 같이 원고는 제2차 선급금보증계약 체결 이전부터 F의 각 재하도급업체(G 포함)로부터 체불금 문제 해결을 지속적으로 요구받고 있었던 점, 그러한 상황에서 원고는 F, G과의 사이에 '원고가 F에게 지급할 제2차 선급금 중 일부를 G에 대한 체불금 변제를 위하여 사용'하기로 하는 내용의 이 사건 확약서를 작성하기도 하였던 점, 원고는 F에게 제2차 선급금을 지급한 뒤 이를 F의 각 재하도급업체에게 분배해 주는 과정에도 적극적으로 개입한 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고는 제2차 선급금보증계약 체결 당시 F이 제2차 선급금의 상당부분을 체불금 변제에 사용할 예정임에도 이를 피고에게 고지하지 않은 것임을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다.

(라) 그렇다면 피고가 피고의 착오 또는 F의 기망을 이유로 제2차 선급금보증계약을 취소한 행위의

효력은 보증채권자인 원고에게도 미친다 할 것이다.

라) 소결론

피고의 착오 또는 F의 기망을 이유로 체결된 제2차 선급금보증계약은 피고의 취소 의사표시에 의하여 적법하게 취소되었고, 피고는 F의 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 원고에 대하여도 이를 대항할 수 있으므로, 피고의 제2차 선급금보증계약 취소 항변은 이유 있고, 위 계약의 유효함을 전제로 하는 원고의 제2차 선급금보증금 청구는 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이오영

판사서효성

판사이지희

1) 원고는 이 사건 변론 과정에서 제1차 선급금보증금 청구에 관한 주장을 이 부분과 같이 정리하였음에도(소장 6쪽, 2020. 6. 23.자 준비서면 1, 2쪽) 청구취지를 감축하지는 않았다.