

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2015다217713 보증금

원고, 피상고인 겸 상고인

주식회사 건원건설

소송대리인 법무법인 선우

담당변호사 이수완

피고, 상고인 겸 피상고인

건설공제조합

소송대리인 법무법인(유한) 에이스

담당변호사 이현섭

원 심 판 결 대구고등법원 2015. 5. 13. 선고 2014나20333 판결

판 결 선 고 2016. 7. 14.

주 문

원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대구고등법원에 환송한다.

피고의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고의 상고이유에 대하여

가. 기망·착오로 인한 의사표시의 취소에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 평산종합건설 주식회사(이하 '평산중건'이라 한다)가 하수급인인 원고와 사이에 하도급대금을 약속어음으로 지급하기로 하는 별도 합의를 하였고 이를 피고에게 알리지 아니하였다는 사정만으로는 평산중건이 피고와 하도급대금지급보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결함에 있어 피고에 대하여 기망행위를 하였다거나 피고가 하도급대금 지급방법에 관하여 착오를 일으켰다고 볼 수 없으며, 피고가 이 사건 보증계약 체결 당시 평산중건과 원고 사이에 하도급대금 지급방법에 관하여 별도 합의가 체결된 사정을 알았더라도 이 사건 보증계약을 체결하였을 것이라고 봄이 타당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결 이유에 적절하지 아니한 부분이 있으나 피고의 이 사건 보증계약 취소 주장을 배척한 원심의 조치는 결론에 있어 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 기망이나 착오, 인과관계에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법은 없다.

나. 통지의무 해태로 인한 면책에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 제1 내지 제5번 약속어음 금액에 해당하는 하도급대금에 관하여 보증채권자인 원고가 이 사건 보증계약의 하도급대금지급보증약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다) 제7조 제1항의 통지의무를 위반하였음을 이유로

하는 같은 약관 제7조 제3항에 의한 피고의 면책주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결 이유에 적절하지 아니한 부분이 있으나 피고의 이 부분 면책주장을 배척한 원심의 조치는 결론에 있어 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 이 사건 보증약관 제7조 제3항의 보증채권자의 통지의무 위반으로 인한 보증인의 면책에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법은 없다.

다. 원심의 소송비용부담 재판에 관한 주장에 대하여

소송비용의 재판에 대한 불복은 본안의 재판에 대한 상고의 전부 또는 일부가 이유 있는 경우에 한하여 허용되고 본안의 상고가 이유 없는 경우에는 허용될 수 없다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98다22048 판결 등 참조).

피고의 본안에 대한 상고가 이유 없는 이상 원심판결의 소송비용의 재판에 위법이 있다는 주장 또한 받아들일 수 없다.

2. 원고의 상고이유에 대하여

가. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 제6 내지 제16번 약속어음 금액에 해당하는 하도급대금(이하 '쟁점 하도급대금'이라 한다)에 관한 피고의 보증채무는 '원고의 통지의무 위반으로 인하여 증가된 채무'에 해당한다고 판단하고 이 사건 보증약관 제7조 제3항에 의한 피고의 면책 주장을 받아들였다.

(1) 원고와 평산중건은 제2차 하도급계약에 관하여 '기성고에 따른 공사대금을 매월 1회, 목적물 수령일부터 25일 이내에 지급한다'는 내용의 하도급계약서를 작성하고, 평산중건이 이러한 내용의 하도급계약서를 피고에게 제출하고 이를 보증대상으로 하여 피고와 사이에 이 사건 보증계약을 체결하였다. 그럼에도 원고와 평산중건은 하도급대

금의 지급방법에 관하여 별도 합의를 체결하고 그에 따라 만기가 3개월 뒤로 정하여진 약속어음을 수수하였다.

(2) 원고가 이와 같이 평산증권과의 별도 합의에 따라 하도급기성대금을 예정된 기한 내에 지급받지 아니하고 그 대신 만기가 3개월 뒤인 약속어음으로 교부받은 것은 보증인인 피고에 대하여 하도급대금 수령의 효력이 없을 뿐만 아니라 원고 임의로 각 하도급기성대금의 지급기일을 약속어음의 만기까지 연기하여 주는 것과 같다. 따라서 원고가 평산증권으로부터 매월 기성고에 따른 하도급대금을 예정된 기한 내에 지급받지 못한 때에 이 사건 보증약관 제7조 제1항에 정하여진 '주계약에 따라 지급받아야 할 하도급기성금을 그 기일에 수령하지 못한 때'(제1호)의 사유가 발생하였거나 또는 이 사건 제1 내지 제16번 약속어음을 각 교부받은 때에 '하도급대금 지급채무의 지급기일을 연장하는 때'(제4호)의 사유가 발생하였다고 할 것이므로, 원고로서는 이 사건 보증약관 제7조 제1항에 따라 각 사유 발생일부터 15일 또는 3일 이내에 하도급기성금 미수령사실 및 지급기한 연장사실을 피고에게 통지할 의무가 있었다.

(3) 그럼에도 원고는 평산증권과의 별도 합의를 이유로 2012. 9. 5. 피고에게 보증사고 발생사실을 통지할 때까지 정당한 사유 없이 통지의무를 이행하지 아니하였으므로, 피고는 이 사건 보증약관 제7조 제3항에 의하여 원고의 통지의무 위반으로 인하여 증가된 채무에 대하여는 보증책임을 지지 아니한다고 보아야 한다.

(4) 그런데 원고는 2012년 5월분 하도급대금이 미지급 또는 연기되었음에도 이를 피고에게 통지하지 아니한 채 평산증권으로부터 이 사건 제6 내지 제16번 약속어음을 교부받고 2012. 6. 4.부터 2012년 8월 말경까지 제2차 하도급공사를 계속 진행함으로써 생점 하도급대금채무를 추가로 발생시켰다.

(5) 여기에 다음과 같은 사정을 더하여 보면, 쟁점 하도급대금에 관한 피고의 보증채무는 원고의 통지의무 위반으로 인하여 증가된 채무라고 봄이 타당하다.

(가) 평산중건과 대구광역시(소관 : 건설관리본부) 사이의 공사도급계약에 편입된 '지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준[당시에 시행되던 행정안전부예규 제344호(2010. 12. 30.)]를 말한다. 이하 '지자체 계약 집행기준'이라 한다]은, 발주자는 검사완료 후 7일 이내에 대가(또는 기성대가)를 지급하되, 대가지급 시에는 '공사 하도급대금을 지급하였다는 입증서류'를 구비하도록 규정하고 있고, 또한 계약상대자로 하여금 대가를 지급받은 15일 이내에 하도급대금을 현금으로 지급하고 그 하도급대금의 지급내역을 5일 이내에 발주기관 및 공사감독관에게 통보하도록 규정하면서, 만일 하도급대금이 15일 이내에 지급되지 아니하였거나 일부만 지급된 경우 또는 현금을 지급하지 아니한 경우에는 계약담당자가 즉시 시정하도록 요구하고, 요구한 날부터 7일 이내에 시정조치가 이행되지 아니하는 경우 특별한 사유가 없으면 대가지급 시에 이를 공제하고 지급하여야 하며, 이와 같이 계약상대자가 하도급대금을 지급하지 아니하여 미지급금을 공제한 경우 계약담당자는 건설산업기본법 제35조에 따라 하수급인에게 대금을 직접 지급한다고 규정하는 등으로 하도급대금의 지급을 보장하고 있다.

(나) 제2차 하도급계약은 대구광역시가 발주하는 공사였으므로, 원고가 관련 규정을 준수하고 그에 따라 하도급대금 직접 지급을 요청하는 경우 하도급공사를 시행하고도 그 대금을 지급받지 못하여 손해를 입게 될 가능성은 매우 희박하다.

(다) 만일 원고가 2012년 5월분 하도급대금이 그 지급예정일인 2012. 6. 3.까지 지급되지 아니한 사실이나 하도급대금의 지급기한을 약속어음 만기일까지 연장하여 준 사실을 지체 없이 피고에게 통지하였다면, 피고로서는 보증사고의 발생을 이유로 이 사

건 보증계약을 해지함으로써 쟁점 하도급대금에 관한 보증채무의 발생을 차단하거나 적어도 발주자인 대구광역시에 이러한 사정을 통지함으로써 대구광역시의 시정지시나 하도급대금 직접 지급 등을 통하여 보증채무의 발생을 충분히 억제할 수 있었다.

나. 그러나 쟁점 하도급대금에 관한 피고의 보증채무를 원고의 통지의무 해태로 인하여 증가된 채무에 해당한다고 본 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 이 사건 보증약관이 보증채권자로 하여금 피고에게 약관 제7조 제1항 각 호에 정한 통지의무를 부담하게 하는 취지는, 보증채권자의 통지의무 발생 원인이 되는 사정으로 인하여 피고가 당초 예상하지 못하였던 보증책임을 추가로 부담하게 되거나 보증책임을 부당히 확대되어 불이익을 입게 되는 것을 방지하고, 또 피고 스스로 그와 같은 사정으로 인하여 불측의 손해가 발생하는 것을 방지하기 위한 조치를 취할 수 있도록 하기 위한 것으로서, 보증채권자가 피고에게 그와 같은 사정을 통지하지 아니함으로써 추가로 발생한 손해에 관하여 보증책임을 면책될 수 있음은 별론으로 하고, 그와 같은 사정에 의하여 곧바로 '보증의 범위가 하도급공사계약과 보증계약에 의하여 정해진 보증책임'까지도 면책된다고 할 수 없다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다11560 판결 참조).

이러한 점에서 이 사건 보증약관 제7조 제3항이 '보증채권자가 정당한 사유 없이 제1항의 통지의무를 게을리 함으로써 증가된 채무는 지급하지 아니합니다.'라고 정한 것은 보증채권자가 통지의무를 지체 없이 이행하지 아니함으로 인하여 피고가 보증채무의 발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 못함에 따라 보증채무를 부담하게 되는 등으로 보증채무가 증가된 경우에 그 증가된 채무를 보상하지 아니한다는 취지로 볼 것이

고, 보증채권자가 통지의무를 지체 없이 이행하지 아니하였다고 하여 곧바로 피고가 보증채권자의 통지의무 발생일 이후 발생한 보증채무를 면한다는 취지로 볼 수는 없다. 또한 피고가 보증채권자의 통지의무 해태로 인하여 실질적으로 어떤 손해를 입었는지에 관하여 구체적인 주장·증명을 하지 못하면 같은 약관 제7조 제3항에 의한 면책 주장은 받아들일 수 없다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다62831 판결 참조).

(2) 기록에 의하면 다음 사정을 알 수 있다.

(가) 원고와 평산중건이 작성한 제2차 하도급계약서에는 '기성고에 따른 공사대금을 매월 1회, 목적물 수령일부터 25일 이내에 지급한다'는 내용과 함께 '기성금의 지급방법은 기성률에 따른다'고 기재되어 있을 뿐이고, 하도급대금의 지급방법, 즉 이를 현금으로 지급할 것인지 어음으로 지급할 것인지에 관하여는 별다른 기재가 없다.

(나) 피고가 원고에게 발급하여 준 하도급대금지급보증서와 이 사건 보증약관에도 하도급대금의 지급방법이 현금 지급으로 정하여져 있는 것은 아니고, 오히려 이 사건 보증약관에는 하도급대금을 어음으로 지급받는 경우를 예정하는 내용이 포함되어 있다.

(다) 지자체 계약 집행기준에 의하면 하수급인이 대구광역시와 도급계약을 체결한 하도급인으로부터 하도급대금을 현금으로 지급받는 것이 어느 정도 보장될 것으로 보이는 하나, 피고가 평산중건과 이 사건 보증계약을 체결함에 있어 평산중건이 지자체 계약 집행기준을 피고에게 제출하였다거나 피고가 이러한 지자체 계약 집행기준이 정한 하도급대금 지급방법을 전제로 이 사건 보증계약을 체결하였다고 볼 자료는 없다. 또한 피고가 이 사건 보증계약 체결 과정에서 평산중건에게 원고에 대한 하도급대금 지급방법을 확인하였다는 사정도 나타나지 아니할 뿐만 아니라, 피고는 하도급대금

지급보증계약을 체결하면서 계약자가 하도급대금을 현금으로 지급하는 경우와 어음으로 지급하는 경우에 보증수수료의 차이를 두지는 아니하였던 것으로 보인다.

(라) 원심은 만일 원고가 2012년 5월분 하도급대금이 그 지급예정일인 2012. 6. 3.까지 지급되지 아니한 사실이나 하도급대금의 지급기한을 약속어음 만기일까지 연장하여 준 사실을 지체 없이 피고에게 통지하였다면, 피고로서는 보증사고의 발생을 이유로 이 사건 보증계약을 해지함으로써 쟁점 하도급대금에 관한 보증채무의 발생을 차단하거나 적어도 발주자인 대구광역시에 이러한 사정을 통지함으로써 대구광역시의 시정지시나 하도급대금 직접 지급 등을 통하여 보증채무의 발생을 충분히 억제할 수 있었다고 판단하였다.

그러나 이 사건 보증약관 제1조는 '계약자가 당좌거래정지 또는 파산, 회생절차개시 결정, 종합공사 시공건설업의 전부 등록말소, 사업자의 폐업 또는 이에 준하는 지급불능 사유로 인하여 하도급대금지급채무를 이행하지 못하게 된 경우'를 '보증사고'로 정하고 있다. 그런데 평산중건이 원고에게 하도급대금의 지급을 위하여 교부한 약속어음들 중 만기가 2012. 7. 31.까지인 것들은 정상적으로 결제되어 오다가 만기가 2012. 8. 31.인 것들부터 결제되지 아니하였으므로, 평산중건이 부도에 앞서 최종적으로 약속어음을 발행한 2012. 8. 16.까지(이 사건 제6 내지 제16번 약속어음의 발행일은 2012. 5. 15.부터 2012. 8. 16.까지이다) 원고에게 하도급대금을 약속어음으로 지급하였다는 사실만으로는 이 사건 보증계약이 정한 '보증사고'가 발생하였다고 할 수 없다. 따라서 원고가 피고에게 하도급대금을 약속어음으로 지급받았다는 사실을 즉시 통지하였더라도 원심의 판단과 같이 피고가 보증사고의 발생을 이유로 이 사건 보증계약을 해지할 수 있었다고 볼 수는 없다.

또한 피고가 평산중건이 하도급대금을 약속어음으로 지급한 사실을 대구광역시에 알렸더라도, 원고는 평산중건과의 별도 합의에 따라 하도급대금을 약속어음으로 지급받아 온 것으로서, 원고가 이를 번복하고 대구광역시에 하도급대금의 직접 지급을 요청하지 아니하는 이상(지자체 계약 집행기준이 하도급대금 직접 지급과 관련하여 준용한 건설산업기본법 제35조는 원칙적으로 하수급인의 직접 지급 요청을 발주자의 하도급대금 직접 지급 의무의 전제로 규정하고 있다), 대구광역시가 평산중건에게 원고의 하도급대금 부분에 해당하는 공사대금 지급을 보류하는 것은 별론으로 하고, 원고로 하여금 하도급대금의 현금 수령을 강제하는 것은 어려워 보인다.

(3) 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 쟁점 하도급대금에 관한 피고의 보증채무는 보증의 범위가 하도급계약과 보증계약에 의하여 정해진 원래의 보증책임에 해당할 뿐이고, 원심이 들고 있는 사정만으로는 이것이 원고의 통지의무 해태로 인하여 피고가 보증채무의 발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 못함에 따라 부담하게 된 채무로서 이 사건 보증약관 제7조 제3항에 정한 '증가된 채무'에 해당한다고 보기 어렵다.

(4) 그럼에도 원심이 쟁점 하도급대금에 관한 피고의 보증채무를 원고의 통지의무 해태로 인하여 '증가된 채무'에 해당한다고 판단하고 피고의 면책 주장을 받아들인 것에는 이 사건 보증약관 제7조 제3항의 '증가된 채무'의 의미와 그 범위에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원고 패소

부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 피고의 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	조희대
-----	-----	-----

주 심	대법관	이상훈
-----	-----	-----

	대법관	김창석
--	-----	-----

	대법관	박상욱
--	-----	-----