

**대 법 원**

**제 2 부**

**판 결**

사 건 2016다218379 보증금 청구의 소  
원고, 피상고인 한국해양과학기술원 (변경 전: 선박해양플랜트연구소)  
소송대리인 변호사 정영선 외 1인  
피고, 상고인 건설공제조합  
소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주  
담당변호사 최경원 외 2인  
피고보조참가인 일경산업개발 주식회사  
소송대리인 법무법인 제이앤씨  
담당변호사 구충서 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 4. 1. 선고 2015나2033166 판결  
판 결 선 고 2020. 5. 14.

**주 문**

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

**이 유**

상고이유를 판단한다.

## 1. 피고의 상고이유에 관한 판단

### 가. 상고이유 제1점에 관하여

1) 공사도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급하는 선급금의 반환에 관하여 수급인이 보증계약을 체결한 경우, 보증금 지급사유의 발생 및 범위는 당해 보증의 대상이 된 공사도급계약의 내용에 따라 판단하여야 한다. 따라서 선급금의 정산방식에 관한 공사도급계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 특히 공사도급계약의 종료에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로, 위와 같은 선급금의 정산방식에 관한 공사도급계약을 해석함에 있어 그들의 이해관계를 고려하여 신중을 기하여야 한다.

2) 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 이 사건 도급계약에서 계약금액의 70%를 선급금으로 지급한다고 정하고 있고, 위 도급계약 내용의 일부로 포함된 공사계약특수조건 제6조 및 이에 의하여 준용되는 정부 입찰·계약 집행기준(2011. 5. 13. 기획재정부 계약예규 제2200.04-159-18호로 개정되기 전의 것, 이하 '집행기준'이라 한다)에 의하면, 선급금은 기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다 '선급금정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가상당액 / 계약금액)'의 방식에 의하여 산출한 선급금정산액 이상을 정산하여야 한다(제36조)고 정하고 있다(이하 '이 사건 정산규정'이라 한다).

나) 원고는 피고 보조참가인에게 이 사건 도급계약에 의한 선급금으로 2011. 8. 말경 2,166,000,000원을, 2012. 1.경 2,888,000,000원을 각 지급하였다.

다) 그 무렵 피고 보조참가인은 위 각 선급금에 관하여 피고로부터 보증금액 2,317,324,000원 및 3,203,301,000원으로 된 각 선급금보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

라) 원고는 2012. 10. 26. 피고 보조참가인의 시공부분에 관하여 제1회 기성검사 후 기성검사액을 4,794,900,000원으로 확정하고 그 중 3,356,430,000원을 선급금에서 정산한 후 나머지 1,438,470,000원을 기성액으로 피고 보조참가인에게 지급하였다.

마) 피고 보조참가인은 2012. 10. 30. 피고로부터 보증금액을 1,785,750,801원으로 감액한 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 위 보증서의 선급금액란에는 1,697,570,000원이라고 기재되어 있는데, 위 금액은 2011. 8. 말경 및 2012. 1.경 교부된 각 선급금보증서의 선급금액란에 기재된 금액 합계 5,054,000,000원(2,166,000,000원 + 2,888,000,000원)에서 제1회 기성검사에서 정산된 선급금 3,356,430,000원을 공제한 액수이다.

바) 피고 보조참가인은 이 사건 도급계약에서 정한 공사기간인 2013. 4. 18.까지 공사를 완료하지 못하였다.

사) 피고 보조참가인은 2013. 6. 3. 피고로부터 보증금액을 1,803,052,801원으로 증액하고 보증기간을 2013. 6. 17.로 연장한 보증서를 발급받았고, 이와 함께 보증금액 42,137,000원으로 된 추가보증서도 발급받아, 위 각 보증서를 원고에게 교부하였다. 위 각 보증서에는 이 사건 도급계약금액이 모두 7,222,224,250원으로 기재되어 있다.

아) 한편 원고는 2013. 2.경 피고 보조참가인과 이 사건 도급계약금액을

7,935,000,000원으로 증액하였고, 2013. 6. 3. 피고 보조참가인의 시공부분에 관하여 제2회 기성검사 후 기성검사액을 876,000,000원으로 확정하는 한편, 가)항 기재 산식에서 '기성부분의 대가상당액'에 제2회 기성검사액과 제1회 기성검사액을 합한 금액을 적용하고 '계약금액'에 증액된 위 계약금액을 적용하여 선급금정산액을 계산한 후, 그 계산 결과에서 제1회 선급금정산액 3,356,430,000원을 공제한 나머지 255,508,072원을 선급금에서 정산하고, 제2회 기성검사액 876,000,000원에서 위 정산액 255,508,072원을 공제한 620,491,928원을 제2회 기성액으로 피고 보조참가인에게 지급하였다.

자) 피고가 발급한 위 각 선급금보증서에 적용되는 약관에 의하면, 보증채권자의 책임 있는 사유로 보증사고가 발생한 때에는 피고는 면책되고(제2조 제2호), 보증채권자가 변경되거나 주계약의 내용에 중대한 변경이 있는 때에는 그 때부터 보증서의 효력은 상실되는 것으로 규정되어 있다(제5조).

3) 앞서 본 법리를 위 사실관계에 비추어 살펴보면, 이 사건 정산규정에서 정한 산식 중 '기성부분의 대가상당액' 및 '계약금액'은 모두 당해 기성부분 대가 지급시를 기준으로 한 금액만을 의미하고, 이전 기성부분의 대가상당액을 누적하여 합산할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 이 사건 정산약정의 모두에 위치한 '기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다'라는 문구는 위 약정 중 마지막의 '정산하여야 한다' 부분뿐만 아니라, 중간 부분의 해당 산식 부분도 수식하는 것으로 해석하는 것이 문언의 통상적인 의미와 구조에 부합한다.

나) 집행기준 제34조는 이 사건 정산약정과 같은 장 내에서 위 약정 앞에 위치하고 있는데, 제1항은 계약상대자로 하여금 선급금에 관하여 증권 또는 보증서를 제출하게

하여야 한다고 정하고 있고, 제3항은 위와 같이 채권확보조치를 하는 경우 이 사건 정산약정에 의하여 정산하였을 때에는 계약상대자의 요청에 의하여 당해 선급금잔액(선급금액에서 이 사건 정산약정에 의한 선급금정산액을 공제한 금액을 말한다)을 기준으로 채권확보조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 집행기준은 선급금정산 이후 도급계약금액이 변동되었을 경우 선급금잔액이나 채권확보조치의 변동에 관하여는 정하고 있지 않다. 따라서 선급금 정산금은 정산 당시의 도급계약금액을 기준으로 하고 이로써 당해 선급금 정산은 완료된다고 보아야 한다.

다) 도급인은 선급금 반환사유가 발생한 경우 선급금 보증을 통하여 선급금을 비교적 안정적으로 회수할 수 있는 반면, 선급금 보증인은 지급된 선급금에서 선급금 정산액을 공제한 액수에 관하여 반환채무를 보증하므로, 선급금 정산액수가 작아지면 보증책임의 범위가 늘어나게 된다. 이와 같이 이 사건 정산약정은 선급금 보증인의 이해관계에 큰 영향을 미친다고 볼 수 있고, 위 약정은 해당 산식에 의하여 산출한 선급금 정산액을 의무적 최소정산액으로 정하고 있다. 그런데 도급계약금액이 증액되는 경우 증액된 도급계약금액을 기준으로 이전 기성부분의 대가상당액을 누적 합산하여 재정산할 수 있다고 해석하게 되면, 정산완료 이후에 발생한 사정을 이유로 이 사건 정산약정에서 정한 최소정산액 이하로 소급정산하는 결과가 되므로 이전 기성부분에 대한 선급금 정산금에 관하여는 이 사건 정산약정이 실질적으로 무의미하게 되고, 선급금 보증인은 예상하지 못한 불이익을 입게 된다.

라) 이는 이전 선급금 정산 이후 당해 선급금잔액을 기준으로 보증금액 조정을 마친 경우 더욱 그러하다. 앞서 본 선급금보증약관의 규정이나 선급금보증의 일반 법리에 비추어, 건설공제조합에 의한 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증책임의 유무

및 범위는 계약 체결 당시의 도급계약을 기준으로 판단하여야 한다. 그러므로 보증금액이 조정된 후 도급인이 수급인과 선급금을 정산함에 있어 이미 정산이 완료된 선급금에 대하여까지 증액된 도급계약금액을 적용하기로 함으로써 건설공제조합의 보증책임이 가중되는 결과가 초래된다면 적어도 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다13447 판결 등 참조).

4) 그러므로 원고는 제2회 기성검사액만을 증액된 도급계약금액으로 나누어 선급금 정산액을 산정하였어야 하고, 이와 달리 제1회 기성검사액까지 모두 합산하여 증액된 도급계약금액을 적용한 선급금정산으로는 이 사건 정산약정에 반하여 피고에게 대항할 수 없으며, 이에 의하여 원고가 피고 보조참가인에게 지급한 제2회 기성액 중 과지급 부분은 피고의 보증책임 범위에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다.

5) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로, 계약금액이 증액된 경우 이 사건 정산약정의 '기성부분의 대가상당액'을 누적 기성액으로, '계약금액'을 증액된 계약금액으로 풀이하여 선급금정산액을 산정하는 것이 타당하다고 보아, 원고의 청구를 모두 인용하고 원고의 제2회 선급금정산으로 피고에게 대항할 수 없다는 피고의 항변을 배척하는 취지의 제1심의 판단을 그대로 유지하였다. 위와 같은 원심의 판단에는 법률행위의 해석 및 선급금의 정산 방법과 선급금보증채무에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유는 이유 있다.

나. 상고이유 제2점에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로, 원고가 2014. 1. 28. 피고에게 통보하였던 이 사건 타절금액이 확정적인 기성공사대금을 의미하는 것으로 인정하기 어렵다고 본 제1심의 판단을 그대로 유지하였다.

관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유와 같이 미지급 기성공사대금의 산정과 상계 등에 관한 법리를 오해하거나 피고의 지위를 간과하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

## 2. 피고 보조참가인의 상고이유에 관한 판단

피고 보조참가인의 상고이유 중 피고의 상고이유 제1점과 중복되는 주장은 1의 가.항에서 본 바와 같이 이유 있다. 위 주장을 제외한 나머지 주장들은 모두 상고심에서 하는 새로운 주장으로 적법한 상고이유가 되지 못하고, 나아가 기록에 비추어 살펴보더라도 피고 보조참가인의 위 주장들은 이유 없다.

## 3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            노정희

주    심            대법관            박상욱

                      대법관            안철상

                      대법관            김상환