

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2002다1321 지분부당이체금반환
원고, 상고인	원고 공제조합
	소송대리인 변호사 김석수
피고, 피상고인	피고 공제조합
	소송대리인 변호사 김현채
환 송 판 결	대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결
원 심 판 결	서울고등법원 2001. 11. 21. 선고 2000나37090 판결
판 결 선 고	2006. 3. 10.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유

를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 상고이유 제2점에 대하여 본다.

민법 제108조 제1항에서 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 무효로 규정하고, 제2항에서 그 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는데, 여기에서 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003다50078,50085 판결, 1978. 12. 26. 선고 77다907 판결, 1970. 9. 29. 선고 70다466 판결 등 참조). 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 이와는 다른 견해에 서서 제3자가 자신의 선의에 대한 입증책임을 져야 한다는 상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 상고이유 제1점 중 민법 제108조 제2항에서 정한 제3자의 선의 및 무과실에 관한 법리오해 주장 부분에 대하여 본다.

민법 제108조 제2항에 규정된 통정허위표시에 있어서의 제3자는 그 선의 여부가 문제이지 이에 관한 과실유무를 따질 것이 아니므로(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 참조), 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 이와는 다른 견해에 서서 선의 이외에도 무과실을 필요로 한다는 상고이유는 받아들이지 아니한다.

3. 상고이유 제1점 중 피고의 악의에 관한 채증법칙 위반의 주장 부분에 대하여 본다.

원심에서 인정한 사실과 이 사건 기록에 의하면, 피고가 소외 1 주식회사에게 선급 금지급보증서(이하 '이 사건 보증서'라 한다)를 발급할 때나 그 후 A의료센타(대표자 : 소외 2)에게 보증금을 지급할 때에 서울A병원 별관 보수공사 및 기계설치공사의 도급

계약(이하 '이 사건 공사하도급계약'이라 한다) 및 소외 1 주식회사의 선급금반환채무 부담행위가 통정허위표시에 기한 것이라는 사정을 알지 못하였다고 본 원심의 사실인정은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

4. 상고이유 제1점 중 신의칙 위반에 관한 채증법칙 위반 및 법리오해의 주장 부분과 상고이유 제4점에 대하여 본다.

가. 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하며(민법 제2조), 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하여서는 아니 되고, 권리 행사가 정의 관념에 비추어 용인할 수 없는 상태에 이른 경우에는 신의성실의 원칙에 의하여 그 권리행사를 부정할 수 있고(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다13856 판결 참조), 보증인이 채권자에 대하여 보증채무를 부담하지 아니함을 주장할 수 있었는데도 그 주장을 하지 아니한 채 보증채무의 전부를 이행하였다면 그 주장을 할 수 있는 범위 내에서는 신의칙상 그 보증채무의 이행으로 인한 구상금 채권에 대한 연대보증인들에 대하여도 그 구상금을 청구할 수 없다고 할 것이다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다32820 판결, 1995. 6. 29. 선고 94다20174판결 등 참조).

나. 원심이 인정한 사실과 이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사정이 인정된다.

(1) 이 사건 공사하도급계약과 소외 2·3의 사기 범행

A의료센타는 서울A병원 건물의 신축 및 시설물을 관리하는 업체인데 대표자인 소외 2와 전무인 소외 3(소외 1 주식회사의 부사장을 겸직하고 있다)은 소외 1 주식회사의 대표이사 소외 4와 사이에 A의료센타가 소외 1 주식회사에 자금을 투자하기로 하면서 투자금 반환채권을 담보하기 위하여 사실은 A의료센타와 소외 1 주식회사 사

이에 이 사건 공사하도급계약이 체결되거나 이 사건 공사하도급계약에 따라 선급금이 지급된 바 없음에도, 마치 이 사건 공사하도급계약이 체결되고 선급금도 지급된 것처럼 가장하여 소외 1 주식회사가 조합원으로 가입되어 있는 피고로부터 선급금지급보증서를 교부받기로 공모하여, 1995. 5. 24. 피고 강남지부에 선급금지급보증신청서를 제출하면서 같은 달 21.자로 A의료센타가 소외 1 주식회사에게 서울A병원 별관 보수공사 및 기계설치공사를 ‘공사금액 : 13억 2,000만 원, 공사선급금 : 6억 6,000만 원, 공사기간 : 95. 5. 22. - 96. 5. 21.’에 하도급 주기로 한다는 내용의 건설공사하도급계약서(이하 ‘이 사건 공사하도급계약서’라 한다)를 첨부하였고, 같은 날 피고로부터 보증금액을 6억 6,000만 원으로 하는 이 사건 보증서를 교부받은 후 같은 해 6. 30.경 소외 1 주식회사가 부도에 이르자 소외 2 등은 같은 해 7. 5. 피고에게 선급금지급보증금을 지급하여 달라고 신청하여 같은 해 12. 12. 피고로부터 보증금 6억 6,000만 원을 지급 받아 이를 편취하였다.

소외 2와 소외 3은 위와 같은 범죄사실로 1998. 11. 13. 서울중앙지방법원 (사건번호 생략) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 피고사건으로 각 징역 2년의 유죄판결을 선고받았다. 따라서, 이 사건 공사하도급계약의 내용은 허위이고 소외 1 주식회사의 선급금반환채무 부담행위 역시 통정허위표시로서 무효이다.

(2) 관련서류의 내용과 하자

(가) A의료센타는 서울A병원 본관건물 신축공사를 소외 5 주식회사에게 공사대금 11억 원으로 정하여 도급을 준 바 있는데, 피고에게 제출된 이 사건 공사하도급계약서에는 발주자가 A의료센타, 도급공사명이 A의료센타 별관 보수공사 및 기계설치공사, 하도급공사명이 설비 및 기계공사, 수급인이 A의료센타, 하수급인이 소외 1 주식회

사로 되어 있어, 본관건물 신축공사와 연계되는 이 사건 하도급 공사의 하도급인이 본관건물 신축공사의 수급인과 달라 이례적일 뿐 아니라, 이 사건 하도급 공사에 관한 도급계약의 발주자와 수급인(하도급인)이 동일하여 통상적인 하도급 공사계약이라고 보기 어렵다.

(나) 본관건물 신축공사의 공사대금이 11억 원인데도, 별관건물의 보수 및 기계설치공사 중 일부인 설비 및 기계공사라는 이 사건 하도급 공사의 공사대금이 13억 2,000만 원으로서 더 높은 가액이므로 정상적인 공사대금 약정이라고 볼 수 없다.

(다) 소외 1 주식회사는 설비 및 상하수도설비에 대한 전문건설면허만 보유하고 있는데, 이 사건 공사하도급계약의 공사 내용에는 소외 1 주식회사의 건설면허에 속하지 아니하는 엘리베이터 공사와 철거공사가 포함되어 있다.

(라) 이 사건 공사하도급계약의 공사금액은 13억 2,000만 원으로 되어 있으나, 이는 상세설계도면 등에 의하여 산출된 것이 아니며 개략적인 내용만으로 되어 있다.

(마) 이 사건 공사하도급계약서에는, A의료센타가 이 사건 공사하도급계약을 체결한 당일에 선급금 6억 6,000만 원을 지급하고 잔금은 공사완료 후 1개월 이내에 지급하기로 되어 있다. 그러나, 계약서에 첨부된 건설공사하도급계약조건 제23조 제2항에는 수급인이 선급금을 지급받기 위하여서는 지급보증서, 보증보험증권 등의 담보를 제출하기로 되어 있고, 국가 등이 아닌 민간이 발주하는 전문건설공사의 경우에는 도급인이 선급금을 지급하여야 할 법령상의 의무가 없고 실제로도 선급금을 지급하기로 약정하는 사례가 많지 아니할 뿐 아니라, 선급금을 지급하기로 하는 경우라도 그 금액은 계약금액의 10% 또는 20%를 넘지 아니한다. 따라서, 이 사건과 같이 공사에 착수하거나 상당한 담보도 제공받지 아니한 채 이 사건 공사하도급계약을 체결한 당일에 선급

금을 지급하고, 더욱이 공사대금의 50%에 이르는 거액의 선급금을 지급한다는 것은 이례에 속한다.

(3) 이 사건 보증서 발급과정에서의 관련 규정 내지 관행의 위반

피고가 이 사건 보증서를 발급하는 경우에는 신청인(조합원)으로부터 소정 양식에 의한 '약정연대보증인의 보증서발급동의서'를 받아야 하는 것으로 피고의 보증규정 시행세칙에 정하여져 있거나 그러한 업무관행이 있다. 그런데도, 피고가 이 사건 보증서를 발급함에 있어서, 피고가 구상채무의 연대보증인들인 소외 6 주식회사, 소외 7 주식회사, 소외 8 주식회사(이하 '주식회사' 표시를 생략하며, 위 3개 회사를 통틀어 '보증3사'라 한다)로부터 보증서발급동의서를 받았다는 자료가 제출되어 있지 않다.

(4) 보증금 지급과정에서의 과실

(가) 1995. 6. 30. 소외 1 주식회사에게 부도가 발생하자 A의료센타는 1995. 7. 5. 피고에게 이 사건 보증서에 관한 보증금의 지급청구를 하였는바, 피고의 직원은 1995. 7. 25. 조사를 하고 나서 "A의료센타 본관을 신축 중에 있었으나 규모가 협소하여 인근 (빌딩 명칭 생략)빌딩을 구입 내부구조를 변경하여 별관으로 사용할 예정으로 별관공사 계약 후 공사 미착수 상태에서 소외 1 주식회사가 부도발생. 현장에 반입된 자재는 없는 상태임"이라는 내용의 출장복명서를 작성·제출하였으므로, 피고는 소외 1 주식회사가 이 사건 공사에 착수한 사실이 없다는 사정을 명백히 알았다. 또한, A의료센타가 (빌딩 명칭 생략)빌딩을 매수하지도 아니하였다는 사정은 이를 알았거나 최소한 어렵지 않게 확인할 수 있었던 것으로 보이는데도 제대로 더 확인을 하지 아니하였다. 뿐만 아니라, 이 사건 보증서의 발급일인 1995. 5. 24.과 소외 1 주식회사의 부도일 사이에는 간격이 짧으므로, 과연 이 사건 공사하도급계약 내지는 선급금반환채무가

진정한 것인지 의심을 할 여지가 많았다.

(나) 보증업무사후관리세칙 제3조 제1항 제2호에서 연대보증인이 이의를 제기하는 경우에, 피고는 그 정당성 여부를 조사·확인하여 보증금지급여부를 결정하도록 되어 있고, 또한 연대보증인이 이의를 하는 경우에는 보증금 채권자로 하여금 소송을 제기하도록 하여 법원의 판결에 따라 피고가 보증금지급여부를 결정하는 경우도 적지 아니하였다.

그런데, 보증 3사 중 소외 6은, A의료센타가 보증금의 지급을 청구한 1995. 7. 5. 직후인 같은 달 19.에 '이 사건 공사하도급계약은 원도급계약임에도 하도급계약이라는 형식을 사용하여 무효이다. 내역서를 참조한바 내역이 없는 가계약이지 원계약이 아니다. 선급금 50% 지급은 납득할 수 없으므로 소외 2와 결탁이 있는 것으로 사료된다. 소외 6이 보증약정을 하였으나 신의성실과 상식범위 내의 사항만 보증할 것을 약정한 것이지 흠결이 있는 사항까지 보증 약정한 것이 아니다. 소외 2가 실제 50%의 선급금을 지급하였는지 조사하여 보아야 할 것이다'는 이유를 들어 피고에 대하여 보증금을 지급하지 말 것을 요청하였다. 또한 소외 6은 같은 해 11. 10.에는 '내역 및 설비 시공도면 없이 계약하였고, 소외 1 주식회사는 본관건물 신축공사에 관한 하수급인인데 별관공사인 이 사건 공사하도급계약에서는 수급인인 점 및 공사보증인이 없으므로 이 사건 공사하도급계약은 무효이다. 소외 2가 소외 1 주식회사에 사채를 주고 있다(채권단에 신고한 채권액 : 3억 9,500만 원). 이 사건 공사하도급계약은 채권확보책으로 허위계약서를 작성한 것으로 사료된다(계약일과 부도일이 같은 시기임). 공사계약 당시 A의료센타의 전무 소외 3은 소외 1 주식회사의 부사장으로 겸직하고 있었다. 선급금이 50%이고 착공 전에 잔금 6억 4,000만 원을 지급하였다고 주장하고 있으나 관례상 있을

수 없는 일이고 현금으로 지급하였다고 함은 납득할 수 없다'는 이유를 들어 피고에 대하여 보증금을 지급하지 말도록 거듭 요청하였다. 그 후 위와 같은 소외 6의 이의 내용은 위 (1)항에서 본 바와 같이 결국 모두 진실인 것으로 밝혀졌다.

(다) A의료센타가 1995. 11. 2. 선급금을 지급한 증빙서류라고 피고에게 제출한 영수증 등의 관련서류(기록 458쪽 이하)에는 이 사건 보증서가 발급된 1995. 5. 24. A의료센타가 선급금 중 2억 6,000만 원은 현금으로, 나머지 4억 원은 지급기일이 10일 후인 약속어음으로 각 지급한 것으로 되어 있는바, 이는 이 사건 공사하도급계약에서 선급금을 계약당일 지급하기로 약정한 것과 일치되지 아니한다. 뿐만 아니라, 위와 같이 이 사건 공사하도급계약 및 선급금 지급의 진정성에 관하여 이의가 제기되고 있었으므로, 피고로서는 그 관련서류에 기재된 바와 같이 실제로 현금이 교부되고 약속어음이 발행·결제된 사실이 있는지를 확인하기 위하여 구체적인 자금의 출처 및 흐름에 관한 증빙자료를 제출받고 관련 금융기관에 문의하는 등의 절차를 통하여 조사함이 상당한데, 이와 같은 적극적인 조사를 하지 아니하였다.

(라) 소외 6과 소외 7은 1995. 8.경 서울지방검찰청에 소외 2 등이 허위계약서에 기초하여 피고로부터 이 사건 보증서를 받아 부당이득을 하였으니 처벌하여 달라는 내용의 진정을 하였으나, 1995. 10. 25. 내사결과 증거가 없다는 이유로 무혐의 처리되었다. 이에 소외 2는 피고에게 보증금의 조속한 지급을 요청하는 한편 건설교통부에 진정을 하자, 1995. 12. 11. 건설교통부장관은 피고에게 연대보증사에 대한 차후의 구상문제를 이유로 보증금을 지급하지 아니하는 것은 피고조합의 직무유기이며 그로 인해 민원이 발생하였다는 이유로 경고를 하고, 특별한 사유가 없는 한 조속한 시일 내에 보증금을 지급하라는 통보를 하자, 피고는 1995. 12. 12. 소외 2에게 보증금 6억 6,000만

원을 지급하였다.

(마) 그러나, 1996. 1. 22. 및 같은 달 23. 감사원에서 피고에 대한 감사를 실시한 후 1996. 9. 30. 피고에게 감사결과 처분요구서를 송부하였는데, 그 내용은 소외 6이 위와 같이 2차례에 걸쳐 이의한 사유와 피고의 직원이 조사한 내용 등을 근거로 삼아 이 사건에서는 정상적인 공사수행을 위한 선급금이 지급되지 아니하였음이 명백한데 부당하게 이 사건 보증서를 발급하고 보증금을 지급하였음을 지적하면서 소외 2에 대하여 고발 등의 처리를 하고 아울러 보증서 발급업무에 철저를 기하도록 지시하는 것이었는바, 이에 피고가 소외 2와 소외 3을 고소한 결과 위 (1)항에서 본 바와 같이 유죄판결이 이루어졌다.

(5) 소외 6의 보증채무 부존재확인청구 소송에서의 피고 패소

이 사건 소송이 제기되기 전에, 소외 6은 피고를 상대로 서울중앙지방법원 (사건번호 생략)호로 '이 사건 보증서에 관한 선급금지급보증과 관련하여 소외 6의 피고에 대한 구상금채무가 존재하지 아니한다'는 채무부존재확인 청구 소송을 제기하였고 원고는 소외 6의 보조참가인으로 참가하였는바, 1998. 5. 29. 피고 패소 판결이 선고되어 그대로 확정되었다.

다. 위에서 인정된 사정을 종합하면, ① 이 사건 공사하도급계약은 허위이고 그 계약에 관한 선급금반환채무가 발생하지 아니하였으므로 피고가 위 사실을 주장하였다면 A의료센타의 보증금 지급 청구를 거절할 수 있었고 따라서 보증 3사의 소외 1 주식회사의 구상채무에 관한 보증채무도 발생하지 아니하였다 할 것이며, ② 피고는 건설공사업을 하는 조합원들로 구성되어 조합원들이 도급 받은 공사에 대하여 부담하는 계약보증금, 선급금지급보증금 등의 납부의무에 대한 이행보증을 그 사업목적으로 하여 설

립된 특별법인이기 때문에 보증계약의 체결 내지 보증금의 지급과 관련된 업무에 관한 전문가라 할 수 있는데, 피고가 이 사건 보증서를 발급하기에 앞서 제출된 서류 등을 면밀히 검토하였다면 이 사건 공사하도급계약의 내용 및 선급금지급의 진정성에 관하여 상당한 정도로 의심을 가질 수 있었다고 보이고, 뿐만 아니라 A의료센타로부터 선급금지급보증 이행 청구를 받은 후 직원의 조사를 통하여 이 사건 공사의 진척도와 실제 이행 가능성 등을 파악하고 있었으며, 더욱이 보증 3사 중 소외 6이 2차례에 걸쳐 구체적인 사실을 적시하여 피고에게 이의를 제기하였으므로, 보증금을 지급하기에 앞서 신중을 기하여 충분한 사실조사를 하였어야 함에도 이를 소홀히 한 잘못이 있고, ③ 피고 스스로도 위와 같은 사정으로 인하여 이 사건 공사하도급계약 및 선급금반환 채무의 진정성에 관하여 의문을 가지고 있는 상태여서 보증 3사에 대한 구상권을 행사할 수 없는 결과에 이를 수 있다는 점을 인식하고 보증금의 지급을 미루어 왔는바, 비록 소외 6과 대명섭유가 제기한 진정이 조사 결과 무혐의 처리되었고 또한 피고가 건설교통부장관으로부터 경고를 받고 나서 보증금을 지급하였지만, 위 경고에서도 연대보증사에 대한 차후의 구상문제에 관한 위협은 피고가 이를 감수하여야 한다는 내용이 포함되어 있을 뿐 아니라, 위 진정이 처리되고 건설교통부장관의 위 경고가 이루어지기 전에 앞서 1995. 11. 10. 소외 6이 구체적인 사유를 들어 이의한 바 있고 피고가 보증금을 지급한 후 약 1달 뒤에 이루어진 감사원의 감사결과에서는 위 이의 사유를 대부분 받아들여 위 보증금의 지급이 부당하다고 판단한 점에 비추어 보면, 위 진정 처리 결과나 건설교통부장관의 경고와 같은 사정만으로는 피고의 보증금 지급과정을 정당화할 사유로 삼기에는 부족하다고 보이므로, 결국 피고가 A의료센타의 청구를 받아들여 이 사건 보증서에 관한 보증금을 지급한 데에는 중대한 과실이 있다고 보인다.

또한, 비록 이 사건 보증서에 관한 선급금지급보증약관(기록 297 쪽) 제8조 제1항 전단은 “조합이 보증금을 지급한 때에는 채무자에 대하여 구상권을 가지며”라고 정하고 있지만 민법 제441조 제1항에 의하면 변제한 수탁보증인에게 구상권이 발생하기 위해서는 과실 없이 변제하여야 하는 것이 원칙이라는 점과 아울러, 특히 앞서 본 바와 같이 피고가 지급보증계약의 체결 내지 보증금의 지급과 관련된 업무에 관하여 전문가로서 보증 3사에 비하여 이 사건 보증서에 관한 보증금 지급의무의 존부에 관하여 훨씬 더 정확히 판단할 수 있는 지위에 있을 뿐 아니라 이 사건 보증서 발급 과정에서 보증 3사로부터 보증서발급동의서를 받지도 아니하고 나아가 보증 3사 중 소외 6이나 소외 7이 보증금 지급의무를 다투어 검찰청에 진정을 제기하고 2차례에 걸쳐 구체적인 사실을 적시하여 피고에게 이의를 제기하기까지 한 사정에 비추어 보면, 통정허위표시에 의하여 이루어진 이 사건 공사하도급계약 및 선급금반환채무에 기초한 이 사건 보증서의 발급 내지 보증금 지급 과정에 중대한 과실이 있는 피고를 민법 제108조 제2항에 의한 선의의 제3자에 해당한다고 보호하여 보증 3사에 대하여 구상권을 행사할 수 있도록 허용하는 것은 형평에 어긋난다.

따라서 지급보증인인 피고가 채권자인 A의료센타에 대하여 지급보증채무 전부를 부담하지 아니함을 주장할 수 있었는데도 중과실로 그 주장을 하지 아니한 채 지급보증채무를 이행한 이 사건에 있어서 그 주장을 할 수 있었던 범위 내에서는 신의칙상 그 지급보증금 지급으로 인한 구상금 채권에 대하여 연대보증인들인 보증 3사에게 구상금을 청구할 수 없고 그 구상금 청구채권이 존재한다고 원고에게 주장할 수 없다 할 것이다.

라. 그렇다면, 이와 달리 피고가 이 사건 공사하도급계약이 진정하게 성립되지

아니한 사정을 알지 못한 데에 과실이 있다고 하더라도 보증 3사에 대하여 구상권을 행사하는 것이 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 한 원심의 판단에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 신의칙에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

5. 결론

그러므로, 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김영란 _____

주심 대법관 이규홍 _____

 대법관 박재윤 _____

 대법관 김황식 _____