

서울중앙지방법원 2014. 1. 24 선고 2012가합537695 판결 [계약보증금 청구]

재판경과

서울고등법원 2015. 1. 30 선고 2014나2011138 판결

서울중앙지방법원 2014. 1. 24 선고 2012가합537695 판결

전문

원고삼부토건 주식회사

피고전문건설공제조합

변론 종결 2014. 1. 10.

판결 선고 2014. 1. 24.

주문

1. 피고는 원고에게 451,980,014원 및 이에 대하여 2012. 11. 22.부터 2014. 1. 24.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 2/3는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 1,203,050,000원 및 이에 대하여 2012. 1. 12.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 백송건설 주식회사(이하 '백송건설'이라 한다)와 공동이행방식의 공동수급체(이하 '원고측 공동수급체'라 한다)를 구성하여 2009. 4. 20. 부산지방국토관리청이 발주한 소천-서면2 국도건설공사를 수급하였다.

나. 원고와 백송건설은 원고측 공동수급체의 대표자를 원고로 정하고, 당시 기획재정부 계약예규인 공동도급운용요령 상의 공동수급표준협정서의 내용이 그대로 적용되는 것으로 하였는데, 공동도급운용요령 제4조 제2항은 '공동수급체 대표자는 발주기간 및 제3자에 대하여 공동수급체를 대표한다'고 규정하고 있고, 공동수급표준협정서 제3조 제3항은 '공동수급체의 대표자는 공동수급체의 재산의 관리 및 대금청구 등의 권한을 가진다'는 취지로 규정하고 있다.

다. 원고측 공동수급체는 2010. 5. 10. 소외 대동개발 주식회사(이하 '대동개발'이라 한다)에게 위 공사 중 토공사와 철근콘크리트공사 부분(이하 '이 사건 공사'라 한다)을 공사기간 2010. 5. 10.부터 2014. 2. 22.까지, 공사대금 142억 7,800만 원으로 정하여 하도급하였다(이하 원고측 공동수급체와 대동개발이 체결한 하도급계약을 '이 사건 하도급계약'이라 한다).

라. 이 사건 하도급계약서의 표지에는 계약보증금 및 계약내용에 대해 아래와 같이 기재하고 있다.

8. 계약보증금 : 10% 일금 일십사억이천칠백팔십만 원정 (1,427,800,000원)

※ 단, 계약이행보증금은 위약벌로 하며 계약위반시 공정률과 관계없이 대동개발은 원고측 공동수급체에게 계약이행보증금을 전액 납부하여야 한다.

(중간 생략)

당사자는 위 내용과 별첨 공사하도급 계약조건, 설계도 및 시방서에 의하여 이 사건 하도급계약을 체결하고 계약서 2통을 작성하여 각각 1통씩 가진다.

마. 이 사건 하도급계약의 내용이 된 건설공사 표준하도급계약서(이하 '이 사건 계약조건'이라 한다) 중 이 사건과 관련한 내용은 아래와 같다.

제1조(기본원칙)

③ 이 계약의 내용과 배치되는 타 계약에 대해서는 이 계약에 의한 내용을 우선하여 적용한다. 다만, 제30조(특수조건)에 의거 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여 원고측 공동수급체와 대동개발이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정한 내용은 그러하지 아니한다.

제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)

① 원고측 공동수급체와 대동개발은 다음 각 호의 1의 방법으로 계약이행 및 공사대금의 지급을 상호 보증한다.

1. 대동개발이 원고측 공동수급체에게 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 계약이행보증을 하는 방법

③ 제1항의 규정에 의한 원고측 공동수급체와 대동개발 상호간의 보증은 현금의 납부 또는 다음 각 호의 1에 의한 보증서의 교부에 의한다.

1. 건설공제조합, 전문건설공제조합 또는 보증보험회사, 신용보증기금 등 이와 동등한 보증기관이 발행하는 보증서

⑥ 대동개발이 계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고측 공동수급체가 제25조 제1항의 규정에 의거 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지한 경우 같은 제3항 제1호의 보증금에 대해 계약의 해제 또는 해지에 따른 손실에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있다. 다만, 대동개발이 현금납부 또는 제3항 제2호 및 제3호의 증서를 교부한 경우에는 손실액에 상당하는 금액은 원고측 공동수급체에게 귀속된다.

⑦ 원고측 공사대금 미지급액 및 대동개발의 계약불이행 등에 의한 손실액이 제1항의 규정에 의한 보증금을 초과하는 경우에는 원고측 공동수급체와 대동개발은 그 초과액에 대하여 상대방에게

청구할 수 있다.

제22조(선급금)

⑤ 선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 의하여 산출한 금액을 정산한다.

선급금 정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가 상당액 / 계약금액)

제25조(계약해제, 해지)

① 원고측 공동수급체 또는 대동개발은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 서면으로 상당한 기간을 정하여 계약의 이행을 최고한 후 동 기간 내에 계약이 이행되지 아니하는 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 혹은 해지할 수 있다.

1. 부도·파산 등 대동개발의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때

⑤ 원고측 공동수급체 또는 대동개발은 제1항에 의한 계약의 해제 또는 해지로 손해가 발생한 때에는 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다.

제30조(특수조건)

이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 원고측 공동수급체와 대동개발이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정할 수 있다.

바. 피고는 대동개발의 위탁을 받아 2010. 5. 12. 원고측 공동수급체에게 계약보증서를

발급하였는데, 계약보증서상의 보증한도 총액은 이 사건 하도급계약의 계약금액의 10%인

1,427,800,000원(= 14,278,000,000원 X 10%)이다(이하 위 계약보증서에 따른 보증계약을 '이 사건 계약보증'이라 한다). 이 사건 계약보증의 내용이 되는 보증약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다)의 주요한 내용은 다음과 같다.

제1조(보증책임)

① 피고는 대동개발이 이 사건 하도급계약과 관련하여 그 책임 있는 사유로 원고측 공동수급체에게 부담하는 의무 또는 채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 부담한다.

② 보증별 보증사고의 내용과 보증금 지급한도는 아래 표와 같다.

계약보증	보증기간 내의 계약불이행으로 인한 도급계약의 해제 또는 해지	보증금액 범위 내에서 주계약 또는 관계법령으로 정한 금액
------	-----------------------------------	---------------------------------

제3조(보증채무의 이행청구)

① 원고측 공동수급체는 보증사고가 생긴 경우 이를 바로 조합에 알리고, 보증금 청구시 보증금 청구문서와 함께 아래 서류를 제출하여야 한다.

1. 보증서 또는 보증서 사본
2. 보증사고 사유 및 그 사유를 증명할 수 있는 서류
3. 주계약의 내용을 확인할 수 있는 계약관계 서류
4. 손해액을 입증하는 서류 등 조합이 요청하는 서류

② 보증사고의 통지나 보증금 청구를 받은 경우 피고는 대동개발 또는 원고측 공동수급체에 대하여 보증사고와 관련된 필요한 심사를 할 수 있고 자료의 제출을 요청할 수 있다.

제4조(보증금의 지급)

① 피고는 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금액을 결정하고, 결정된 보증금액은 5일 이내에 이를 지급한다.

사. 대동개발은 이 사건 하도급계약에 따라 이 사건 공사를 수행하던 중 2011. 9. 16. 당좌거래가 정지되어 부도처리되었다. 이에 원고는 2011. 9. 20. 및 2011. 9. 29. 대동개발에게 '이 사건 계약조건 제25조 제1항 제2호에 따라 2주 내에 이 사건 공사가 정상화되지 않을 경우 이 사건 하도급계약이 해지됨을 통보한다'는 내용의 통지를 하였다. 그리고 원고는 2011. 10. 28. 대동개발에게 '위 2차례의 통지에도 불구하고 이 사건 공사를 중단한 상태로 아무런 회신이 없으므로 이 사건 하도급계약이 해지되었다'는 내용의 통지를 하였다.

아. 원고는 2011. 9. 20. 피고에게 대동개발이 위와 같이 부도처리되어 현실적으로 계약이행이 불가능하여 보증사고가 발생하였다는 통보를 하였고, 2012. 1. 11. 피고에게 이 사건 하도급계약이 해지되었으므로 계약보증금 1,427,800,000원의 지급을 청구하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전 항변에 대한 판단

피고는, 원고와 백송건설이 원고측 공동수급체를 구성하여 대동개발과 이 사건 하도급계약을

체결하였는바, 이 사건 하도급계약의 해지에 따른 계약보증금 청구권도 원고측 공동수급체의 구성원인 원고와 백송건설에게 합유적으로 귀속되므로, 원고와 백송건설이 공동하여 계약보증금의 지급을 구하는 소를 제기하여야 함에도 불구하고 원고가 단독으로 제기한 이 사건 소는 부적법하다고 주장한다.

민법상 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하고, 조합 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행조합원은 조합재산에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있으므로(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결 참조), 원고측 공동수급체는 민법상 조합으로서 원칙적으로 원고측 공동수급체의 피고에 대한 계약보증금 채권은 조합원인 원고 및 백송건설에게 합유적으로 귀속하지만, 원고는 원고측 공동수급체의 대표자이자 업무집행조합원으로서 백송건설로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있다.

그런데 갑 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 백송건설은 2011. 9. 16. 원고에게 이 사건 하도급계약과 관련한 공사대금 정산, 계약의 해지, 계약보증금 수령에 관한 일체의 소송 및 소송외 법률행위에 관한 권한을 위임한 사실을 인정할 수 있는바, 원고는 백송건설로부터 계약보증금의 청구에 관한 소송신탁을 받아서 피고에게 이를 청구하고 있는 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건 소가 부적법하다고 할 수 없다. 따라서 피고의 본안전 항변은 이유 없다.

3. 보증사고 발생 여부

가. 당사자들의 주장

1) 원고의 주장 가) 원고는 대동개발이 '부도·파산 등 대동개발의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때'에 해당하거나, 대동개발이 묵시적으로 계약이행을 거절한 것에 해당하여 이 사건 하도급계약을 해지하였다.

나) 원고는 원고측 공동수급체의 대표자로서 백송건설의 위임을 받아 이 사건 하도급계약의 해지를 통지한 것이므로 민법 제547조 제1항의 해지·해제의 불가분 원칙에 반하지 않는다.

2) 피고의 주장 가) 원고가 이 사건 하도급계약을 해지할 당시 '부도·파산 등 대동개발의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완성할 수 없는 것이 명백히 인정될 때'라고 단정할 수 없으므로 적법한 계약 해지

사유가 발생하지 않았다.

나) 민법 제547조 제1항은 '당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다'고 규정하고 있고, 이 사건 하도급계약의 당사자인 도급인은 원고와 함께 원고측 공동수급체의 구성원인 백송건설도 포함되므로, 이 사건 하도급계약의 해지의 의사표시는 원고와 백송건설이 함께 해야 한다. 그러나 원고가 단독으로 이 사건 하도급계약의 해지의 의사표시를 하였으므로, 위 해지의 의사표시는 부적법하다.

나. 해지의 의사표시가 부적법한지 여부

이 사건 하도급계약이 원고측 공동수급체 전원과 대동개발 사이에 체결된 사실, 원고가 단독으로 대동개발에 대해 이 사건 하도급계약의 해지의 의사표시를 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그러나 원고와 백송건설은 이 사건 공사와 관련하여 원고측 공동수급체의 대표자를 원고로 정한 사실, 백송건설이 원고에게 이 사건 하도급계약과 관련한 공사대금 정산, 계약의 해지, 계약보증금 수령에 관한 일체의 소송 및 소송외 법률행위에 관한 권한을 위임한 사실 역시 앞서 본 바와 같은바, 위 인정사실에 의하면, 백송건설은 원고에게 이 사건 하도급계약에 관한 해지의 의사표시를 할 수 있는 권한을 원고에게 위임하였다고 봄이 상당하다.

또한 민법상의 조합의 성질을 가지는 원고측 공동수급체가 그 구성원의 일방이 공동수급체의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합에 있어서 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있었다고 할 것이고(대법원 2000. 12. 12. 선고 99다49620 판결 참조), 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정되므로(민법 제709조), 이 사건 하도급계약의 해지는 원고측 공동수급체의 업무에 관한 것으로서 업무집행조합원의 지위에 있는 원고에게 위 해지에 관한 대리권이 있는 것으로 추정되는 이상 위 해지의 의사표시가 부적법하다고 할 수 없다.

따라서 원고의 이 사건 하도급계약에 대한 해지의 의사표시는 적법하다.

다. 이 사건 하도급계약의 해지사유가 발생하였는지 여부

대동개발이 2011. 9. 16. 당좌거래가 정지되어 부도처리된 사실, 원고는 2011. 9. 20. 및 2011. 9. 29. 대동개발에게 '이 사건 계약조건 제25조 제1항 제2호에 따라 2주 내에 이 사건 공사가

정상화되지 않을 경우 이 사건 하도급계약이 해지됨을 통보한다'는 내용의 통지를 한 사실, 원고는 2011. 10. 28. 대동개발에게 '위 2차례의 통지에도 불구하고 이 사건 공사를 중단한 상태로 아무런 회신이 없으므로 이 사건 하도급계약이 해지되었다'는 내용의 통지를 한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제1, 11, 12, 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 계약조건 제6조 제1항은 '이 사건 하도급계약으로부터 발생하는 권리 또는 의무를 제3자에게 양도하거나 승계하게 할 수 없다'고 규정한 사실, 그러나 대동개발은 2011. 9. 15. 원고에게 가지는 공사대금 채권 중 224,750,000원을 주식회사 석현개발(이하 '석현개발'이라 한다)에게 양도하고, 같은 날 위 공사대금 채권 중 350,000,000원을 주식회사 용상건설(이하 '용상건설'이라 한다)에게 양도하였으며, 2011. 9. 16. 위 공사대금 채권 중 300,000,000원을 A에게 양도하고, 그 무렵 각 채권양도의 통지를 한 사실을 인정할 수 있다.

나아가 위 인정사실, 위 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정 즉, ① 대동개발은 2011. 9. 14. 1차 부도가 난 직후인 2011. 9. 15. 및 2011. 9. 16. 이 사건 계약조건에 따라 공사대금 채권의 양도가 금지되어 있음에도 불구하고 석현개발, 용상건설, A에게 공사대금 채권을 양도한 점, ② 특히 A은 대동개발의 근로자 대표인데 당시 대동개발 근로자 46명은 임금 71,051,999원, 퇴직금 601,804,527원의 채권이 있었고 대동개발은 위 임금 및 퇴직금의 지급을 위해 채권양도를 한 점, ③ 원고는 2011. 9. 20. 및 2011. 9. 29. 2차례에 걸쳐 대동개발에게 이 사건 공사를 정상화할 것을 요청하였으나 대동개발은 공사를 정상화하지 못하였고, 결국 2011. 10. 28. 원고가 해지의 의사표시를 한 점, ④ 원고가 대동개발에게 공사를 정상화할 것을 요청한 이후 약 1개월 동안 대동개발은 공사를 재개하지 못하였는바, 위 1개월의 기간은 대동개발이 더 이상 이 사건 공사를 재개할 의사나 능력이 없는 것으로 보기에 충분한 기간인 점 등을 종합하면, 이 사건 하도급계약은 부도·파산 등 대동개발의 귀책사유로 공기 내에 공사를 완공할 수 없는 것이 명백히 인정될 때에 해당하는 해지사유가 있었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 하도급계약은 원고의 해지의 의사표시에 의해 적법하게 해지되었다.

4. 계약보증금의 법적 성격

가. 당사자들의 주장

원고는 이 사건 하도급계약의 계약보증금은 대동개발이 계약을 위반할 경우 공정률과 상관없이 원고에게 전액을 납부하기로 한 위약벌이므로, 원고에게 실제로 발생한 손해액수와 무관하게 피고는 원고에게 그 계약보증금 전액을 지급해야 할 의무가 있다고 주장하고, 이에 대해 피고는 계약보증금을 한도로 하여 이 사건 하도급계약의 해지에 따라 원고에게 실제로 발생한 손해의 범위에서 원고에게 이 사건 계약보증에 따른 보증채무를 이행할 의무가 있다고 주장한다.

나. 판단

이 사건 하도급계약서의 표지에는 '계약보증금을 1,427,800,000원으로 정하고, 이는 위약벌로 하며 계약위반시 공정률과 관계없이 대동개발은 원고측 공동수급체에게 계약이행보증금을 전액 납부하여야 한다'고 기재되어 있는 사실, 이 사건 계약조건에는 위와 달리 '대동개발이 계약상 의무를 이행하지 아니하여 원고측 공동수급체가 이 사건 하도급계약을 해지한 경우 계약보증금에 대해 해지에 따른 손실에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있다'고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같다.

피고는 이 사건 하도급계약에서 정한 계약보증금 중 원고에게 실제로 발생한 손해의 범위에서 책임이 있는지 또는 원고에게 실제로 발생한 손해의 액수와 무관하게 그 전액에 대한 책임이 있는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정사실, 위 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정, ① 이 사건 계약조건 제1조 제3항에는 이 사건 계약조건の内容과 배치되는 타 계약에 대해서는 이 계약에 의한 내용을 우선한다고 적용하고 있으나, 이 사건 하도급계약서의 표지에서 정한 사항을 타 계약에서 정한 사항으로 볼 수는 없는 점, ② 원고측 공동수급체와 대동개발이 이 사건 하도급계약을 체결한 경위를 고려해 보면 계약당사자 사이에 중요사항 및 개별적으로 합의한 사항에 대해서는 이 사건 하도급계약서의 표지에 기재를 하고(이 사건 하도급계약서의 표지에는 공사기간, 계약금액, 계약보증금, 하자보수보증금률, 지체상금률 등의 사항을 기재하고 있다), 그 외의 사항은 이 사건 하도급계약서에 첨부된 이 사건 계약조건, 설계도 및 시방서에 의하여 이 사건 하도급계약의 내용이 보충되는 것으로 보아야 하는 점, ③ 이 사건 계약조건은 미리 일정한 형식으로 마련되어 있는 것이지만 이 사건 하도급계약서 표지의 내용은 당사자들이 별도로 개별적인 약정을 한 것이므로 당사자들의 의사 또한 이 사건 하도급계약서 표지의 내용이 우선하는 것으로 보아야 점 등을

종합하면, 이 사건 계약조건보다 이 사건 하도급계약서의 표지에서 정한 사항이 우선하여 적용되고, 따라서 이 사건 하도급계약에서는 계약보증금 1,427,800,000원이 대동개발의 이 사건 하도급계약 위반시 그 전액을 원고측 공동수급체에게 납부하는 것으로 약정하였다고 봄이 상당하다.

5. 피고의 보증책임의 범위

가. 청구원인에 대한 판단

1) 위 인정사실에 의하면, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 계약보증의 주계약인 이 사건 하도급계약에서 계약보증금에 대해 정한 바와 같이 계약보증금 전액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 한편 원고는 계약보증금 1,427,800,000원에서 석현개발이 대동개발로부터 양수받은 공사대금채권 중 224,750,000원이 상계되어 대등액에서 소멸하였다고 자인하면서 나머지 1,203,050,000원(= 1,427,800,000원 - 224,750,000원) 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하고 있고, 이에 대해 피고도 위와 같이 상계로 소멸한 금액에 대해서는 원고가 피고에게 보증책임을 물을 수 없다고 주장한다.

그런데 갑 제4호증의 2의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 석현개발이 원고를 상대로 양수금의 지급을 청구하는 소송에서는 위 양수금 224,750,000원 및 이에 대한 지연손해금(채권양도 통지일인 2011. 9. 16.부터 상계적상일인 2011. 10. 28.까지 연 6% 비율로 계산한 금액)과 원고의 계약보증금 채권이 대등액에서 소멸한 사실을 인정할 수 있으므로, 224,750,000원에 대한 2011. 9. 16.부터 2011. 10. 28.까지 연 6%의 비율에 의한 지연손해금 액수인 1,584,303원(= 224,750,000원 X 6% X 43/366)도 추가로 위 계약보증금에서 차감되어야 한다.

따라서 특별한 사정이 없는 한, 피고는 원고에게 위 지연손해금을 추가로 차감하고 남은 계약보증금 1,201,465,697원(= 1,203,050,000원 - 1,584,303원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 상계 주장에 대한 판단

1) 피고의 주장 요지 대동개발은 원고에 대해 미지급 기성금 채권 1,265,115,360원이 있으므로, 대동개발의 원고에 대한 계약보증금 지급채무의 보증인인 피고는 민법 제434조에 따라 원고의 위

계약보증금 채권과 대동개발의 위 미지급 기성금 채권을 대등액에서 상계한다.

2) 상계가 가능한 미지급 기성금 채권의 범위 가) 대동개발이 원고에 대해 2011. 7. 및 2011. 8. 발생한 기성금 채권 1,265,115,360원이 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제20호증, 제21호증의 1, 2, 을 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

나) 이에 대해 원고는, ① 140,360,000원은 원고가 대동개발에게 지급한 선급금 중 정산되지 않은 금액이므로 위 미지급 기성금 채권에서 당연히 충당되고, ② 대동개발이 2011. 9. 15. 용상건설에게 위 미지급 기성금 채권 중 350,000,000원, 같은 날 석현개발에게 위 미지급 기성금 채권 중 224,750,000원의 채권을 각 양도하고 채권양도 통지를 하였으므로, 위 채권양도금액 합계 574,750,000원(= 350,000,000원 + 224,750,000원)은 위 미지급 기성금 채권에서 제외되어야 하며, ③ 대동개발의 요청에 따라 원고는 대동개발의 하수급업체에게 하도급대금 1,246,315,667원을 직접지급하였고, 그 외에도 대동개발의 체불금을 대위변제하여 합계 1,695,836,700원을 대위변제하였는바, 결국 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권은 모두 소멸하였으므로 상계의 자동채권이 될 수 없다고 주장한다.

(1) 미정산된 선급금 140,360,000원에 관하여 살펴본다.

갑 제14, 20 내지 23호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 대동개발에게 선급금으로 2010. 5. 25. 1,012,968,000원, 2011. 3. 2. 693,880,000원을 각 지급한 사실, 위 선급금을 이 사건 계약조건 제22조 제5항에서 정한 정산 방식에 따라 기성부분의 대가를 지급하면서 정산한 결과 원고가 지급한 선급금 중 140,360,000원은 정산되지 않고 남아 있는 사실을 인정할 수 있다.

공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결 등 참조).

따라서 위 미정산 선금금 140,360,000원은 별도의 의사표시 없이 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권에 충당되어야 하므로, 위 미지급 기성금에서 140,360,000원이 차감되어야 한다.

(2) 대동개발이 2011. 9. 15. 석현개발에게 양도한 224,750,000원에 관하여 살펴본다.

대동개발이 석현개발에게 미지급 기성금 채권 중 224,750,000원을 양도하고 채권양도통지를 한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제4호증의 2의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 석현개발이 원고를 상대로 대구지방법원 2012가합758호로 위 양수금의 지급을 청구하는 소송(이하 '석현개발 양수금 소송'이라 한다)을 제기하였는데, 위 사건의 항소심(대구고등법원 2012나20759호)에서 원고는 대동개발에 대한 계약보증금 채권을 자동채권으로 하고 위 미지급 기성금 채권을 수동채권으로 하여 상계 주장이 인용되어 위 양수금 224,750,000원 및 이에 대한 지연손해금(채권양도 통지일인 2011. 9. 16.부터 상계적상일인 2011. 10. 28.경까지 연 6% 비율로 계산한 금액)과 원고의 계약보증금 채권이 대등액에서 소멸하였다고 판단하면서 석현개발의 청구를 기각한 사실, 위 석현개발 양수금 소송의 항소심에 대해 석현개발은 상고하였으나 상고이유서 부제출로 기각되어 위 소송이 2013. 8. 23. 확정된 사실을 인정할 수 있다.

따라서 위 미지급 기성금 채권 중 224,750,000원은 석현개발 양수금 소송의 결과에 따라 원고의 계약보증금 채권과 상계로 인하여 소멸하였다고 보아야 하므로, 위 미지급 기성금에서 224,750,000원이 차감되어야 한다.

(3) 대동개발이 2011. 9. 15. 용상건설에게 양도한 350,000,000원에 관하여 살펴본다.

이 사건 하도급계약 제6조 제1항은 이 사건 하도급계약으로부터 발생하는 권리 또는 의무를 제3자에게 양도하거나 승계하게 할 수 없다고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권은 위 채권양도금지 특약에 따라 제3자에게 양도가 금지된다.

그리고 채권양도금지 특약에 의하여 양도가 금지된 채권의 경우에는 채권자의 양도의 권능이 제한되는 데 그치는 것이 아니라 채권 자체의 양도성이 상실되므로 양도가 금지된 채권을 양도하는 것은 원칙적으로 무효라고 보아야 하며, 다만 그 특약의 존재를 알지 못한 선의의 제3자에 대해서는 그 무효로 대항할 수 없다.

따라서 대동개발이 용상건설에게 350,000,000원의 미지급 기성금 채권을 양도한 것은 무효이고, 대동개발은 원고에 대해 350,000,000원의 미지급 기성금 채권을 여전히 보유하고 있는 것으로 보아야 한다.

(4) 원고가 대동개발의 하수급인에게 직접지급 또는 대위변제함으로써 미지급 기성금 채권이 소멸한 범위에 관하여 살펴본다.

(가) 원고는, 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다)에 따라 원고, 대동개발 및 대동개발의 협력업체 사이에 하도급대금의 직접지급에 관한 합의가 있었거나 대동개발의 협력업체의 하도급대금 직접지급 요청이 있었으므로, 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권이 소멸하였다는 취지의 주장을 하나, 하도급법의 적용대상이 되기 위해서는 대동개발과 그 협력업체 사이에 하도급법 제2조 제1항에서 정하는 하도급거래¹⁾가 있어야 하는데, 대동개발과 그 협력업체 사이에 하도급거래가 있었다는 점을 인정할 증거가 없으므로(갑 제24호증의 체불금 지급 현황을 보면, 원고가 직접지급한 대금은 인건비, 유류비, 장비비, 자재대, 기타 경비에 관한 사항에 불과하다), 하도급법이 적용됨을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없다.

(나) 다음으로 건설산업기본법에 따른 하도급대금의 직접지급 대상에 해당하는지 여부에 관하여 살펴건대, 건설산업기본법 제32조 제4항은 건설기계 대여업자 및 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자에 대한 대금지급에 관하여는 하도급대금의 직접지급에 관해 규율하고 있는 건설산업기본법 제35조를 준용하도록 규정하고 있다.

갑 제24, 25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 대동개발의 협력업체에게 직접지급하였다고 주장하는 항목 중 장비비에 해당하는 금액은 대동개발이 건설기계 대여업자로부터 추레라, 백호 등의 건설기계를 대여받음으로써 발생한 이용대금인 사실을 인정할 수 있으므로 위 장비비 항목에 대해서는 건설산업기본법 제35조가 적용된다고 봄이 상당하다.

나아가 위 체불금 지급 현황 중 인건비 부분에 관하여는 건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례를 규정한 근로기준법 제44조의3의 규정이 적용된다.²⁾ (다) 한편, 건설산업기본법 및 근로기준법에서 규정하는 하도급대금의 직접지급사유가 발생하였는지 여부에 관하여 살펴건대, 갑 제16, 36호증, 34호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 대동개발이 부도처리되자

대동개발의 하수급인들이 이 사건 공사현장을 점거하고 시위를 한 사실, 대동개발은 2011. 9. 19. 원고에게 이 사건 공사로 인하여 발생한 2011. 7. 및 2011. 8.분 기성금을 대동개발의 협력업체에게 직접지급해 줄 것을 요청한 사실, 원고와 대동개발의 협력업체는 2011. 11. 8. 대동건설이 그 협력업체에게 지급해야 할 대금을 원고가 직접지급하기로 합의한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 수급인의 지급정지, 파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 건설업 등록 등이 취소되어 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 경우(건설산업기본법 제35조 제2항 제4호) 및 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상수급인에게 알려주고, 직상수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우(근로기준법 제44조의3 제1항 제3호)에 해당한다고 할 것이므로, 원고는 대동건설이 지급해야 할 인건비 및 장비비를 대동건설의 협력업체에게 직접지급할 의무가 발생하였다.

(라) 원고가 직접지급한 인건비 및 장비비 중 미지급 기성금에서 공제되어야 할 금액의 범위에 관하여 살펴본다.

건설산업기본법 제35조 제3항 및 근로기준법 제44조의3 제3항에 의하면, 인건비 및 장비비를 직접지급해야 하는 사유가 발생하면 즉시 그 범위에서 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권이 소멸하는 것이 아니라, 원고가 인건비 및 장비비를 직접지급하였을 때 그 지급한 범위에서 원고의 대동개발에 대한 채무가 소멸하는 것으로 보아야 한다. 나아가 을 제5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2012. 1. 16. 원고에게 '대동개발이 원고에게 받을 채권이 있는 경우 민법 제434조에 따라 계약보증금 채권과 상계한다'는 내용의 통지를 한 사실을 인정할 수 있는 바, 피고의 위 상계의사표시에 의해 계약보증금 채권과 미지급 기성금 채권이 대등액에서 소멸하였다고 할 수 있으므로, 위 상계의사표시 이후에 원고가 대동개발의 하수급인들에게 인건비 및 장비비를 직접지급하더라도 그 범위에서 대동개발의 미지급 기성금 채권이 소멸하는 것으로 볼 수는 없다. 따라서 원고가 2012. 1. 16. 이전에 직접지급한 금액의 범위에서 미지급 기성금 채권이 공제되어야 한다.

그리고 대동개발의 미지급 기성금 채권은 2011. 7. 및 2011. 8.분 기성금이므로, 위 인건비 및

장비비도 2011. 7. 및 2011. 8.에 발생하여 원고가 이를 직접지급한 금액의 범위에서 공제되어야 한다.

결국 원고가 주장하는 대동개발 체불금 지급 현황(갑 제24호증)에서 미지급 기성금 채권에 공제되어야 하는 금액은 ① 2012. 1. 16. 이전에 지급되었으며, ② 2011. 7. 및 2011. 8.에 발생한,3)

③ 인건비 및 장비비로 보아야 하고, 그 금액을 산정하면 별지 기재와 같이 150,519,677원이 된다.

다) 따라서 대동개발의 미지급 기성금 채권에서 원고의 직접지급으로 소멸한 금액은 미정산 선급금 140,360,000원, 석현개발에게 양도하였다가 상계로 소멸한 공사대금 224,750,000원, 원고가 대동개발의 협력업체에게 직접지급한 대금 150,519,677원 합계 515,629,677원(= 140,360,000원 + 224,750,000원 + 150,519,677원)이 되고, 나머지 미지급 기성금 749,485,683원(= 1,265,115,360원 - 515,629,677원)의 범위에서 피고는 상계를 주장할 수 있다.

라) 한편 원고는, 피고가 주장하는 미지급 기성금 채권은 대동개발이 원고에게 1,137,515,360원을 대동개발의 협력업체에게 직접지급할 것을 요청하여 원고가 하수급인에게 이를 직접지급하는 것에 동의하였으므로, 원고는 대동개발의 협력업체에게 해당 대금을 직접지급하여야 하고 대동개발에 대해서는 미지급 기성금 채권의 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있으므로, 위 미지급 기성금 채권을 자동채권으로 하는 피고의 상계는 허용될 수 없다고 주장하나, 대동개발이 원고에게 대동개발의 하수급인에게 미지급 기성금과 관련한 대금에 대한 직접지급을 요청하였고 원고가 이에 동의하였다는 사정만으로 미지급 기성금 채권에 항변권이 부착되었다고 인정하기 부족하고,4) 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 피고의 상계통지 및 상계적상 원고의 대동개발에 대한 계약보증금 채권과 대동개발의 원고에 대한 미지급 기성금 채권은 원고가 이 사건 하도급계약을 해지한 2011. 10. 28. 모두 변제기에 도달하여 같은 날 상계적상에 있었다고 할 것이고, 보증인인 피고가 2011. 1. 16. 원고에게 민법 제434조에 따라 위 채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시를 한 사실은 앞서 본 바와 같으므로 원고의 계약보증금 채권은 위 상계적상일인 2011. 10. 28.에 소급하여 나머지 미지급 기성금 채권인

749,485,683원의 범위에서 소멸하였는바, 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권은 451,980,014원(= 1,201,465,697원 - 749,485,683원)이 남게 된다.

다. 소결론

따라서 피고는 원고에게 나머지 계약보증금 채권 451,980,014원 및 이에 대하여 이 사건 소장부분이 피고에게 송달된 다음날인 2012. 11. 22.부터 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2014. 1. 24.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(이 사건 보증약관 제3조 제1항, 제2항 및 제4조 제1항의 규정 취지를 종합하면, '원고측 공동수급체는 보증사고가 생긴 경우 피고에게 보증사고 사유 및 그 사유를 증명할 수 있는 서류 등을 첨부하여 보증금을 청구하여야 하고, 피고는 보증금 지급에 필요한 서류를 제출받고 심사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금액을 결정하며, 결정 후 5일 이내에 이를 지급한다'는 취지로 규정하고 있는바, 갑 제7호증, 을 제5호증의 각 기재에 의하면, 원고가 2012. 1. 11. 피고에게 계약보증금의 지급을 청구하고 이에 대해 피고는 원고에게 계약보증금 심사에 필요한 자료의 송부를 요청한 사실은 인정되나, 이후 원고가 피고에게 보증금 결정에 필요한 서류를 모두 제출하였다고 볼 수 있는 증거가 없으므로, 지연손해금의 기산점은 위와 같이 판단하기로 한다).

6. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장판사강인철

판사손태원

판사김소망

별지

1) 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가

다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위를 말한다.

2) 나머지 유류비, 자재비, 경비 항목은 건설산업기본법이나 근로기준법의 적용대상이 된다고 보기 어렵다.

3) 다만, 위 체불금 지급 현황에서 2011. 7. 이전에 발생한 금액과 2011. 7. 및 2011. 8.에 발생한 금액을 합쳐서 지급한 경우에는 2011. 7. 이전에 발생한 금액을 먼저 변제한 것으로 판단한다.

4) 피고가 관련 논거로 제시하는 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002다25242 판결의 사실관계와 같이 이 사건 하도급계약에서 대동개발이 지체한 노임은 원고가 그 금액을 공제하고 기성금을 지급할 수 있다는 취지의 약정이 있는 것도 아니다.