

서울중앙지방법원 2018. 9. 5 선고 2017가합546038 판결 [선금 보증금 청구의 소]

전 문

원고한국농어촌공사

소송대리인 법무법인(유한) 동인

담당변호사 최석준

피고A조합

소송대리인 법무법인 명성

담당변호사 신정재

변론 종결2018. 8. 22.

판결 선고2018. 9. 5.

주 문

1. 피고는 원고에게 148,211,200원 및 이에 대하여 2016. 3. 17.부터 2017. 2. 17.까지는 연 3.5%의, 그 다음 날부터 2017. 7. 18.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 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 449,028,730원 및 이에 대하여 2016. 3. 17.부터 2017. 2. 17.까지는 연

3.5%의, 그 다음 날부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

원고는 B 주식회사(이하 'B'), C 주식회사(이하 'C'), D 주식회사(이하 'D')로 구성된 공동수급체(각 지분율 64%, 20%, 16%, 이하 '이 사건 공동수급체')에게 E공사(이하 '이 사건 공사')를 도급한 자이고, 피고는 B의 선급금 반환채무의 이행을 보증한 보증채무자이다.

나. 이 사건 도급계약의 체결

- 1) 원고는 2016. 2. 17. 이 사건 공동수급체와 사이에 이 사건 공사에 관하여 계약금액 14,456,000,000원, 공사기간 2016. 2. 17.부터 2016. 12. 31.까지로 정한 공사계약(이하 '이 사건 도급계약')을 체결하였다.
- 2) 이 사건 도급계약의 공사계약 일반조건과 특수조건(이하 '일반조건' 및 '특수조건')은 아래와 같다.

공사계약일반조건

제43조(하도급 대가의 직접 지급 등)

① 계약담당공무원은 계약상대자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 건설산업기본법 등 관련법령에 의하여 체결한 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 제39조 및 제40조에 의한 대가지급을 의뢰한 것으로 보아 해당 하수급인에게 직접 지급하여야 한다.

3. 하도급거래 공정화에 관한 법률이나 건설산업기본법에 정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출해야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우

제43조의2(하도급대금 등 지급 확인)

① 계약상대자는 제39조 및 제40조에 의한 대가를 지급받은 경우에 15일 이내에 하수급인 및 자재·장비업자가 시공·제작·대여한 분에 상당한 금액(이하 "하도급대금 등"이라 한다)을 하수급인 및 자재·장비업자에게 현금으로 지급하여야 하며, 하도급대금 등의 지급 내역(수령자, 지급액, 지급일 등)을 5일(공휴일 및 토요일은 제외한다) 이내에 발주기관 및 공사감독관에게 통보하여야 한다.

제44조(계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 계약의 해제 및 해지)

① 계약담당공무원은 계약상대자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

2. 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 준공기한까지 공사를 완공하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정될 경우

6. 제47조의3에 따른 시공계획서를 제출 또는 보완하지 않거나 정당한 이유 없이 계획서대로 이행하지 않을 경우

⑤ 제1항에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우에 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액[사유발생 시점의 금융기관 대출 평균금리(한국은행 통계월보상의 대출 평균금리를 말한다)에 의하여 산출한 금액을 가산하여 발주자에게 상환하여야 한다.

⑥ 제5항의 경우 계약담당자는 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, 건설산업기본법과 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법')에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있다.

공사계약특수조건

제6조(대가의 지급 등)

① 우리공사는 공기업·준정부기관 회계사무규칙 제8조에 의하여 선금을 지급할 수 있다. 다만, 우리공사의 자금사정 등 불가피한 사유에 의하여 선금 지급이 불가능한 경우 발주자는

계약상대자에게 그 사실을 통지하고 선금급하지 아니할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 선금급하고자 할 경우에 그 적용범위 및 조건을 계약예규 「정부 입찰·계약 집행기준」 제10장(선금의 지급 등)에서 정한 바에 의한다.

3) 계약예규 정부 입찰·계약 집행기준」(이하 '집행기준') 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

제37조(선금의 정산)

선금은 기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다 다음 방식에 의하여 산출한 선금정산액 이상을 정산하여야 한다.

선금정산액 = 선금액 × [기성(또는 기납) 부분의 대가상당액/계약금액]

제38조(반환청구)

① 계약담당공무원은 선금을 지급한 후 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 해당 선금잔액에 대해서 계약상대자에게 지체없이 반환을 청구하여야 한다. 다만, 계약상대자의 귀책사유에 의하여 반환하는 경우에는 해당 선금잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 청구하여야 한다. 이 경우 약정이자율은 선금을 지급한 시점을 기준으로 한다.

1. 계약을 해제 또는 해지하는 경우

2. 선금지급조건을 위배한 경우

4. 정당한 사유 없이 선금 수령일로부터 15일 이내에 하수급인에게 선금을 배분하지 않은 경우

④ 제1항 및 제2항에 의한 반환청구시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급액에 우선적으로 충당하여야 한다. 다만, 건설산업기본법 및 하도급법에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 계약예규 「일반조건」 제43조 제1항에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있다.

다. 이 사건 보증계약의 체결

1) B은 2016. 2. 17. 원고에 대한 선금금 반환채무의 이행을 보증하기 위하여 피고와 사이에 보증금액 2,687,510,000원, 보증기간 2016. 3. 16.부터 2017. 3. 1.까지로 정한 선금금

보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하고, 피고로부터 선금금 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

2) 이 사건 보증계약의 내용으로 편입되는 약관(이하 '이 사건 보증약관') 중 이 사건과 관련되는 부분은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

A조합(이하 "조합"이라 한다)은 계약자(이하 "채무자"라 한다)가 앞면 기재계약과 관련한 선금금 채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니함으로써(이하 "보증사고"라 한다) 그 상대방(이하 "보증채권자"라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.

제3조(보증채무의 이행한도)

조합이 이행할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 채무자가 계약이행기일 이내에 보증채권자에게 반환하여야 할 선금해당액으로 합니다. 이 경우 채무자가 이행한 공사에 관한 미지급 기성금이 있을 때에는 그 미지급 기성금을 공제한 금액으로 합니다. 다만, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 적용 또는 준용하여 체결된 공사계약인 때에는 같은 법령이 정하는 바에 따릅니다.

제8조(보증금 지급시기)

조합은 보증금 청구를 받은 경우 보증채권자로부터 손해사정과 관련한 서류를 받아 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

라. 원고의 B에 대한 선금금 지급

1) 이후 B은 2016. 3. 4.경 원고에게 선금금 2,600,000,000원의 지급을 요청하였고, 이에 원고는 2016. 3. 17. 선금금으로 2,600,000,000원(이하 '이 사건 선금금')을 지급하였다.

2) 당시 B은 원고에게 선금사용 및 조건이행 각서(이하 '이 사건 각서')를 작성하여 교부하였는데, 그 중 이 사건과 관련되는 부분은 아래와 같다.

제4조(선금의 사용)

⑥ 계약상대자는 선금을 지급받은 경우에는 선금지급일로부터 15일 이내에 하수급인에게 선금을 배분하고 5일(공휴일 및 토요일은 제외한다)이내에 해당 계약 감독에서 추가로 지급하여야 한다.

제6조(반환청구)

① 선금을 지급한 후 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 해당 선금 잔액에 대해서 계약상대자는 지체없이 그 잔액을 반환하여야 한다. 다만, 계약상대자의 귀책사유에 의하여 반환하는 경우에는 계약상대자는 해당 선금잔액에 대한 약정이자상당액을 가산하여 반환하여야 한다.

1. 계약을 해제 또는 해지하는 경우

2. 선금지급조건을 위배한 경우

4. 정당한 사유 없이 선금 수령일로부터 15일 이내에 하수급인에게 선금을 배분하지 않은 경우

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 반환청구시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급액에 우선적으로 충당하여야 한다. 다만, 건설산업기본법 및 하도급법에 의하여 하도급대금지급보증에 되어 있지 않은 경우로서 회계예규「일반조건」제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다.

마. 하도급계약의 체결 및 원고의 직불 합의

1) 이 사건 공동수급체는 이 사건 공사 중 일부를 2016. 2. 26.경 F 주식회사(기계설비공사)에게, 2016. 4.경 G 주식회사(방수공사), 주식회사 H(기계설비공사 중 보링그라우팅공사), I 주식회사(철골공사, 이하 각 주식회사 생략)등에게 각 하도급하였다.

2) 원고는 2016. 5.경 이 사건 공동수급체 및 위 하수급인들과 건설산업기본법 제35조, 동법 시행규칙 제29조, 하도급법 제14조 및 동법 시행령 제4조에 따라 하도급대금을 하수급인들에게 직접 지급하기로 합의하였다.

바. B의 이 사건 공동수급체 중도탈퇴

1) B에 대하여 2016. 7. 4. 회생절차개시결정이 내려졌고, C와 D(이하 'C 등')은 2016. 11. 23. 위

결정 등으로 인하여 이 사건 공사에 관한 공정지연 및 공사대금 체불 등이 발생하고 있다는 이유로 원고에게 B의 중도탈퇴에 동의해 줄 것을 요청하였다.

2) 이에 원고는 2016. 12. 13.경 B에게, 'B이 설계변경 및 설계변경 관련 실적보고 제출을 지연하였고, 건축 철근콘크리트 공사가 예정공정 대비 10% 이상 지연되고 현재 공사가 중단되어 후속 공사 진행이 불가능하며, 선급금지급조건에 위반하여 체불임금이 발생하였다. 이는 B의 포괄적 금지명령 공고 및 회생절차 개시에 따른 공정지연, 자금경색 등이 원인이며 원고의 귀책사유가 아니다. C 등으로부터 B에 대한 중도탈퇴 요청이 접수되어 후속조치를 위한 타절정산을 2016. 12. 15. 시행할 예정이니 입회하여 주길 바란다'는 취지의 통보를 하였다.

3) 원고는 2016. 12. 15. B와 이 사건 공사의 타절정산을 하였고, 이후 2016. 12. 27.경 B에게 B이 이 사건 공동수급체로부터 중도탈퇴되었다고 통보하였다.

4) 이에 따라 원고는 2016. 12. 30. 이 사건 공동수급체에서 B를 제외하기로 하는 공사변경계약(이하 '이 사건 변경계약')을 체결하였다.

사. 원고의 기성금 및 하도급 공사대금 지급 및 정산 내역

1) 원고는 B의 선급금 지급 요청 및 타절정산 결과에 따라 B에게, 아래 표와 같이 기성 공사대금('기성금 합계')에서 이 사건 선급금으로 정산된 돈('선급금 정산') 및 하수급인들에게 직접 지급한 하도급 공사대금('하도급 직불금')을 제외한 나머지 공사대금('지급 기성금')을 각 지급하였다(다만, '타절정산' 해당 각 돈은 지급하지 아니하였다).

1회 기성	2016. 5. 24.	479,424,000	143,300,000	-	336,124,000
2회 기성	2016. 8. 31.	1,116,656,640	333,700,000	221,504,000	561,452,640
3회 기성	2016. 9. 8.	565,347,200	169,000,000	95,754,560	300,592,640
4회 기성	2016. 12. 29.	469,363,840	140,300,000	94,723,200	234,340,640
5회 기성	2016. 12. 29.	277,833,530	83,100,000	173,104,640	21,628,890
타절정산	검사일 2016. 12. 15.	67,900,160	23,052,160	44,848,000	-
합계		2,976,525,370	892,452,160	629,934,400	1,454,138,810

2) 원고는 이 사건 직불합의에 따라 하수급인들에게 하도급 공사대금으로 아래 표의 각 '지급금액' 기재 돈을 아래와 같이 지급하였다(다만, '타절정산' 해당 각 돈은 지급하지 아니하였다).

2회 기성	2016. 9. 30.	F	58,784,000	221,504,000
H	162,720,000			
3회 기성	2016. 9. 30.	F	42,028,800	95,754,560
I	36,960,000			
G	16,765,760			
4회 기성	2016. 11. 18.	F	83,846,400	94,723,200
H	10,876,800			
5회 기성	2016. 12. 6.	F	139,251,200	173,104,640
G	8,960,000			
I	24,893,440			
타절 정산	검사일 2016. 12. 15.	G	20,800,000	44,848,000
H	12,080,000			
주식회사 J2) 이하 주식회사 생략	11,968,000			
합계	629,934,400			

아. 원고의 선급금 지급 요청 및 피고의 선급금보증금 지급

1) 원고는 2017. 1. 2. B에게 '이 사건 선급금에서 선급금 정산액 892,452,160원을 공제한 나머지 1,707,547,840원(= 2,600,000,000원 - 892,452,160원) 및 이에 대한 선급금 지급일인 2016. 3. 16.부터 반환일까지의 약정이자 상당액을 2017. 1. 6.까지 반환하라'고 통보하였다. B이 이에 불응하자, 원고는 2017. 1. 9. 피고에게 이 사건 보증계약에 기하여 위 1,707,547,840원 및 이에 대한 약정이자 상당액의 지급을 청구하였다.

2) 이에 피고는 2017. 2. 17. 원고에게 아래와 같이 계산한 1,299,188,240원을 지급하였다.

보증금 대급액 : 1,299,188,240원 [(1) + (2)]

(1) 미반환 선급금 : 1,258,519,110원 [① - ② - ③ - ④]

① 선급금 : 2,600,000,000원

② 선급금 정산금 : 786,300,000원

③ 부인금액(보증사고 이후 기성금 지급액) : 487,280,730원

- 4회 지급유보금액 : 234,340,640원

- 5회 지급유보금액 : 21,628,890원

- 5회 선금정산금액 : 83,100,000원

- 5회 하도급 직불금액 : 148,211,200원(= 173,104,640원 - 하도급대금지급보증서 미발급된 I 직불금액 24,893,440원)

④ 타절정산 기성금액 : 67,900,160원

※ 하도급 직불금액은 하도급대금지급보증서가 전부 발급되어 직불대상 없음

(2) 약정이자 : 40,669,130원(10원 미만 절사)

※ 미반환 선급금 1,258,519,110원 × 연 3.5% × 337일(2016. 3. 18.부터 2017. 2. 17.까지)/365일

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 7, 8, 10 내지 15호증, 을 제1 내지 4, 7, 9, 10호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 판단

가. 선급금보증금 지급채무의 발생

이 사건 보증약관 제1조에서 'B이 이 사건 공사계약과 관련한 선급금채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니하는 것'을 보증사고로 정하고 있는 사실, 2016. 7. 4. B에 대한 회생절차개시결정이 내려졌고, 이에 이 사건 공사 현장이 정상적으로 운영되지 않자 C 등이 원고에게 B의 중도탈퇴를 요청한 사실, 원고는 2016. 12. 13.경 B에게 이 사건 공사의 지연 및 중단, 선급금 지급조건 위반 등을 지적하며 B의 중도탈퇴를 위한 타절정산을 시행할 예정이라고 통보한 사실, 원고는 2016. 12. 15. 타절정산을 마치고 2016. 12. 27.경 B에게 이 사건 공동수급체로부터의 중도탈퇴를 통지하였고, 2016. 12. 30. B를 공동수급체에서 제외하는 이 사건 변경계약을 체결한 사실, 이후 원고는 2017. 1. 2. B에게 이 사건 선급금 잔액 1,707,547,840원을 2017. 1. 6.까지 반환해 줄 것을 요청하였으나 B이 이를 이행하지 않았고, 이에 원고는 피고에게

보증금 지급을 청구한 사실은 앞서 본 바와 같다.

위 사실에 의하면 원고가 2016. 12. 27.경 B에 대하여 이 사건 공동수급체로 탈퇴 통지를 함으로써 원고와 B 간의 도급계약이 해지되었고, 이에 따라 그 무렵 선급금 반환사유가 발생하였다고 판단된다. 나아가 B이 원고의 선급금 반환 청구 기한인 2017. 1. 6.까지 위 청구에 응하지 아니함으로써 그 무렵 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다. 따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에 대하여 B의 선급금 반환채무를 보증한 보증인으로서 그 보증금액의 범위 내에서 B과 동일한 선급금 반환의무를 부담한다.

나. 선급금보증금의 반환 범위

1) 반환의 기준시점(선급금 반환사유의 발생시점) 가) 위 가.항에서 살펴본 바와 같이, 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에서 정한 선급금 반환사유가 발생한 2016. 12. 27.경을 기준으로 산정한 선급금을 지급할 의무가 있다.

나) 이에 대하여 피고는, 주위적으로 B이 하수급인에게 선급금을 배분하지 아니함으로써 선급금 지급조건을 위반한 사실을 원고가 인지한 시점인 2016. 11. 28., 예비적으로 이 사건 공동수급체 구성원인 C 등이 원고에게 B의 탈퇴를 요청한 2016. 11. 23. 또는 원고가 B에 대하여 타절정산 입회 통보를 한 2016. 12. 13. 선급금 반환 사유가 발생하였으므로, 위 시점을 기준으로 선급금 반환 금액을 산정하여야 한다고 주장한다.

그러나 앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 계약의 내용에 포함되는 집행기준에서 '선금지급조건 위배' 또는 '선금 수령일로부터 15일 이내에 하수급인에 대한 선금 미분배 사정'을 선급금 '반환' 사유가 아닌 원고의 선급금 반환 '청구' 사유로 정하고 있는 점, ② 선급금 지급조건을 정한 이 사건 각서 제6조 제1항이 위와 같은 사정이 있는 경우 B이 '선급금 잔액을 반환하여야 한다'고 규정하고 있기는 하나 동시에 제6조 제4항에서 선급금 반환 '청구'를 전제로 선급금 반환 범위에 관하여 정하고 있는 점, ③ 선급금 반환 사유가 발생하였음에도 계약 당사자들이 도급계약을 해제 또는 해지하지 않고 계약관계를 유지하기로 한 경우에도 수급인에게 무조건적인 선급금 반환 의무가 발생한다고 보기 어려운 점, ④ C 등이 원고에게 B의 탈퇴를 요청하였다거나 원고가 B에게 공동수급체로부터의 탈퇴를 위한 타절정산 일자를 통보하면서 위 정산에 참여할 것을

요청하였다는 사정만으로 원고와 B 간의 도급계약이 확정적으로 해지되었다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, B이 선급금 지급조건을 위반하거나 B의 공동수급체로부터의 탈퇴 및 이에 따른 타절정산이 예정되어 있었다고 하더라도 원고와 B 간의 도급계약관계가 확정적으로 종료되었다거나 원고가 도급계약의 해지를 전제로 선급금 잔액의 반환을 청구하였다고 볼 사정이 없는 이상 이로써 B의 선급금 반환사유가 현실적, 구체적으로 발생하였다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

2) 반환범위 가) 관련법리

공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 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, 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 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조), 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 하도급계약 당사자의 약정에 따라야 할 것이다(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2002다68362 판결 참조).

나) 판단

(1) 이 사건 도급계약의 내용에 편입된 일반조건 제44조 제5, 6항에 따르면 도급계약이 해제 또는 해지된 경우 수급인은 미정산 선급금 등을 반환하여야 하고, 도급인은 위 금액과 기성공사대금을 상계할 수 있는 사실, 이 사건 선급금 2,600,000,000원 중 이 사건 공사의 선급금 정산액은 합계 892,452,160원인 사실, 선급금 반환사유가 발생한 2016. 12. 27.경 당시 B에 대한 미지급 기성금은 255,969,530원(= 4회 234,340,640원 + 5회 21,628,890원), 하수급인에 대한 미지급 공사대금(타절정산)은 44,848,000원(= G 20,800,000원 + H 12,080,000원 + J

11,968,000원)인 사실은 앞서 본 바와 같다.

따라서 2016. 12. 27.경을 기준으로 피고가 원고에게 반환하여야 할 선급금의 액수는, 이 사건 선급금 2,600,000,000원에서 ① 기성 공사대금으로 정산된 선급금 892,452,160원, ② 미지급 기성금 255,969,530원, ③ 미지급 하도급 공사대금 44,848,000원을 각 충당한 나머지 1,406,730,310원(= 2,600,000,000원 - 892,452,160원 - 255,969,530원 - 44,848,000원)이다. 또한 이 사건 선급금 반환의무는 B 측 사정으로 인한 이 사건 공동수급체로부터의 탈퇴 및 도급계약 해지로 발생하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 도급계약 일반조건 제44조 제5항, 집행기준 제38조 제1항 단서 및 이 사건 각서 제6조 제1항 단서에 따라 위 선급금 잔액에 약정이율(선급금 반환 사유 발생 시점의 금융기관 대출 평균금리 3.5%)로 계산한 이자를 가산하여 반환할 의무가 있다.

(2) 원고는, B은 건설산업기본법 제45조 제5항에 따라 하도급 공사대금 지급보증서를 발급한 경우 이를 즉시 발주자인 원고에게 통보하여야 할 의무가 있음에도 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서 발급 사실을 통지하지 않았고, 하도급대금 직불 합의를 한 경우 하도급대금 지급보증서를 발급하지 않아도 되기 때문에 원고는 하도급대금 지급보증 사실을 알지 못하였으므로, G, H 및 J(이하 'G 등')에 대한 미지급 하도급 공사대금 44,848,000원은 이 사건 선급금의 총당 대상에 포함되지 않는다고 주장한다.

그러나 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정은 이 사건 도급계약의 내용에 편입된 일반조건 제44조 제6항 단서, 제43조 제1항 제3호에 따라 '하도급거래 공정화에 관한 법률 또는 건설산업기본법에 규정한 내용에 따라 수급인이 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니하여 도급인이 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때'에 인정되는데(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결 등 참조), 피고가 G 등에 대하여 하도급대금 지급보증을 하고 건설산업기본법 제22조 제6항, 동법 시행령 제26조에 따라 건설산업지식정보시스템(www.kiscon.net)에 위 지급보증서 발급 내용을 각 등록한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정된다. 한편, 원고가 주장하는 바와 같이 B이 원고에게 하도급대금 지급보증서 발급 사실을

통지하지 않거나 원고가 지급보증서 발급 사실을 알지 못한 경우에도 예외적 정산약정이 인정된다고 볼 사정이 없다.

따라서 이와 전제를 달리하는 원고의 위 주장은 이유 없다.

다. 소결

피고가 원고에게 지급하여야 하는 선급금보증금은 이 사건 선급금 중 미지급 기성공사대금에 충당 후 남은 선급금 1,406,730,310원 및 이에 대한 약정이자이고, 앞서 본 바와 같이 피고는 2017. 2. 17. 원고에게 위 돈 중 선급금 1,258,519,110원 및 이에 대한 2016. 3. 18.부터 2017. 2. 17.까지의 약정이자 40,669,130원, 합계 1,299,188,240원만을 지급하였다. 따라서 피고는 원고에게 나머지 선급금 148,211,200원(= 1,406,730,310원 - 1,258,519,110원) 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 원고가 B에게 이 사건 선급금을 지급한 날인 2016. 3. 17.부터 피고가 원고에게 선급금보증금 중 일부를 지급한 2017. 2. 17.까지는 약정이율(선급금 반환 사유 발생 시점의 금융기관 대출평균금리) 연 3.5%의, 그 다음 날부터 이 사건 소장 부분 송달일인 2017. 7. 18.까지는 상법에서 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 결론

그러므로 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사배성중

판사장재원

판사강수민

1) 기성금 합계 = 선급금 정산 + 하도급 직불금 + 지급 기성금

2) 이하 주식회사 생략