

서울중앙지방법원 2020. 10. 14 선고 2020가합509343 판결 [선급금 보증금 청구의 소]

전 문

원고 A기관

소송대리인 법무법인 이안

담당변호사 손지훈

피고 B공제조합

소송대리인 법무법인 평안

담당변호사 신동욱, 정한익

변론종결 2020. 9. 9.

판결선고 2020. 10. 14

주 문

1. 피고는 원고에게 74,429,464원 및 이에 대하여 2018. 7. 22.부터 2020. 10. 14.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 80%는 원고가, 나머지 20%는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 398,489,940원 및 이에 대하여 2018. 2. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자들의 지위

원고는 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)에게 D공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 도급하고 선급금을 지급한 법인이고, 피고는 C의 원고에 대한 선급금 반환채무의 이행을 보증한 보증인이다.

나. 이 사건 도급계약의 체결

- 1) 원고는 2017. 8. 7. C과 이 사건 공사에 관하여 계약금액 2,664,863,000원, 공사기간 2017. 8. 10.부터 2018. 4. 23.까지로 정하여 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다.
- 2) 이 사건 도급계약에 편입된 '지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준'(이하 '이 사건 집행기준'이라 한다) 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제6장 선금·대가 지급 요령 제2절 선금의 지급 2. 선금 지급대상 가. 대상 범위 2) 지급 범위 가) 계약금액의 100분의 70을 초과하지 아니하는 범위에서 계약금액 규모에 따라 선금의무지급률 이상으로 지급해야 한다. 다만 계약상대자가 선금의무지급률 이하로 신청하는 경우는 신청한 바에 따라 지급한다. 나) 공사근로자 노무비 구분관리 및 지급확인제에 따른 공사의 선금 의무지급률 산정시에는 계약금액에서 직접노무비를 제외한 금액을 기준으로 한다. 5. 선금의 사용과 정산 가. 선금사용방법 1) 계약담당자가 계약상대자에게 선금을 지급할 때에는 다음 사항을 준수하게 해야 한다. 가) 수령한 선금을 해당 계약의 노임(공사계약은 제외) 지급과 자재 확보 등 해당 계약목적 달성을 위한 용도로 사용 나. 반환 청구와 재지급 1) 선금을 지급한 후 다음 사항에 해당하는 경우에는 해당 선금 잔액에 대해서 계약상대자에게 지체 없이 그 반환을 청구해야 한다. 다만 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 반환하는 경우에는 해당 선금 잔액에 대한 이자상당액을 가산 하여 청구해야 한다. 가) 계약을 해제·해지하는 경우 나) 선금지급조건을 위배한 경우 다. 선금지급조건 2) 계약목적 달성을 위한 용도 이외의 다른 목적에 사용해서는 안 되고 노임지급과 자재 확보에 우선 사용해야 하며, 선금 전액을 사용한 후에는 사용내역서를 제출해야 한다. 제13장 공사계약 일반조건 제8절 계약이행의 지체와 계약의 해제해지 3. 계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 계약의 해제·해지 가. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 계약의 해제·해지 사유가 된다. 5) 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약담당자의 이행 촉구에 따르지 아니한 경우 7) 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 준공기한까지 공사를 완성하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정될 경우 바. "가"에 따라 계약이 해제·해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산 잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 발주기관에 상환해야 한다. 사. "바"의 경우 계약담당자는 선금 잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계한다. 다만 건설산업기본법과 하도급거래 공정화에 관한 법률에 따라 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제11절 "2-가"에 따라 하도급대가를 직접 지급해야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급의 잔액이 있을 경우 선금 잔액과 상계할 수 있다. 제9절 검사와 대가 지급 7. 공사계약에서 노무비의 구분관리 및 지급확인 가. 계약상대자는 발주기관과 협의하여 정한 노무비 지급기일에 맞추어 매월 모든 근로자(직접노무비 대상에 한하며, 하수급인이 고용한 근로자를 포함)의 노무비 청구내역(근로자 개인별 성명, 임금 및 연락처 등)을 제출해야 한다. 나. 계약담당자는 현장인 명부 등을 통해 "가"에 따른 노무비 청구내역을 확인하고 청구를 받은 날부터 5일 이내에 계약상대자의 노무비 전용계좌로 그 노무비를 지급해야 한다. 다. 계약상대자는 "나"에 따라 노무비를 지급받은 날부터 5일(공휴일 및 토요일은 제외한다) 이내에 노무비 전용계좌에서 이체하는 방식으로 근로자에게 노무비를 지급해야 하며, 동일한 방식으로 하수급인의 노무비 전용계좌로 노무비를 지급해야 한다. 라. 계약상대자는 "가"에 따라 노무비 지급을 청구할 때 전원 노무비 지급내역(계약상 대자 및 하수급인의 노무비 전용계좌 이체내역 등 증빙서류)을 제출해야 하며, 계약담당자는 동 지급내역과 계약상대자가 이미 제출한 같은 달의 청구내역을 비교하여 임금 미지급이 확인된 경우 당해 사실을 지방고용노동(지)청에 통보해야 한다. 마. "가"부터 "라"까지의 규정에도 불구하고 계약상대자는 근로자가 계좌를 개설할 수 없거나 다른 방식으로 지급을 원하는 경우, 근로자에게 노무비를 미리 지급하는 경우, 그밖의 사유로 동 제도를 적용할 수 없다고 인정되는 경우에는 발주기관의 승인을 받아 동 제도를 적용하지 아니할 수 있다. 제11절 하도급 2. 하도급대가의 직접 지급 등 가. 계약담당자는 계약상대자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 건설산업기본법 등 관련 법령에 따라 체결한 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 제9절 "4(기성대가의 지급)"와 "6(준공대가의 지급)"에 따른 대가지급을 의뢰한 것으로 보아 해당 하수급인에게 직접 지급해야 한다. 3) 하도급거래 공정화에 관한 법률이나 건설산업기본법에 정한 내용에 따라 계약상 대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출해야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우 3. 하도급대금 등 지급 확인 가. 계약상대자는 제9절 "4"와 "6"에 따른 대가를 지급받은 경우 15일 이내에 하수급인과 계약상대자와 직접 계약을 체결한 자재장비업자의 시공제작·대여분에 상당한 금액(이하 "하도급대금 등"이라 한다. 이하 "3"에서 같다)을 하수급인과 자재·장비업자에게 현금으로 지급해야 하며, 하도급대금 등의 지급내역(수령자, 지급액, 지급일 등)을 5일(공휴일과 토요일은 제외한다) 이내에 발주기관과 공사감독관에게 통보해야 한다.

3) 이 사건 도급계약의 공사계약 특수조건(이하 '이 사건 특수조건'이라 한다) 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

공사계약 특수조건 제23조의1(공사계약에서 노무비의 구분관리 및 지급확인) ① 계약상대자는 발주기관과 협의하여 정한 노무비 지급기일에 맞추어 매월 모든 근로자(직접노무비 대상에 한하며, 하수급인이 고용한 근로자를 포함)의 노무비 청구내역(근로자 개인별 성명, 임금 및 연락처 등)을 제출해야 한다. ② 원고는 현장인 명부 등을 통해 ①항에 따른 노무비 청구내역을 확인하고 청구를 받은 날부터 7일 이내에 계약상대자의 노무비 전용계좌로 그 노무비를 지급해야 한다. ③ 계약상대자는 ②항에 따라 노무비를 지급받은 날부터 5일(공휴일 및 토요일은 제외한다) 이내에 노무비 전용계좌에서 이체하는 방식으로 근로자에게 노무지를 지급해야 하며, 동일한 방식으로 하수급인의 노무비 전용계좌로 노무비를 지급해야 한다. 다만, 근로자가 계좌를 개설할 수 없거나 다른 방식으로 지급을 원하는 경우 또는 계약상대자(하수급인 포함)가 근로자에게 노무비를 미리 지급하는 경우에는 그에 대한 발주기관의 승인을 받아 그러하지 아니할 수 있다.

다. 이 사건 보증계약의 체결

- 1) C은 원고에 대한 선급금 반환채무의 이행을 보증하기 위하여 2017. 8. 22. 피고와 보증금액 720,473,000원, 보증기간 2017. 8. 22.부터 2018. 6. 22.까지로 정하여 선급금 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하고, 피고로부터 선급금 보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.
- 2) 이 사건 보증계약의 약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다) 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

선급금 보증약관 제1조(보증책임) B공제조합(이하 "조합"이라 한다)은 계약자(이하 "채무자"라 한다)가 보증서에 기재된 계약과 관련한 선급금채무(선급금의 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 선급금해당액으로 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. 제6조(보증사고의 통지 및 보증채무의 이행청구) ① 보증채권자는 보증사고가 생긴 경우 이를 지체없이 조합에 알리고 보증금 청구시에는 보증금 청구서와 함께 아래의 서류를 제출하여야 합니다. 1. 보증서(또는 그 사본) 및 계약서 사본 2. 공사포기각서나 보증시공조치 또는 계약해제(해지)문서 등 보증사고의 발생을 입증하는 서류 3. 무통장입금증·영수증 등 선급금과 기성금의 지급을 입증하는 서류 4. 공사 타절기성검사서 및 내역서 5. 그 밖에 보증사고심사에 필요하여 조합이 요청하는 서류 ② 보증채권자가 정당한 사유 없이 보증사고의 통지나 보증채무의 이행청구를 게을리함으로써 증가된 채무는 지급하지 아니합니다. 제7조(시공상황 및 보증채무의 확인조사) ① 조합은 건설산업기본법 제64조에 따라 이 보증서에 기재된 공사현장에 출입하여 시공상황을 조사할 수 있습니다. ② 조합은 시공상황조사를 위하여 필요한 때에는 보증채권자 또는 감리자에게 시공방법·공정·자재·대가지급 등에 관한 자료의 제공을 요청할 수 있습니다. ③ 조합은 보증사고의 통지나 보증금 청구를 받은 경우 채무자 또는 보증채권자에 대하여 손해의 조사에 필요한 협조를 요구할 수 있습니다. ④ 보증채권자가 정당한 사유 없이 제2항 또는 제3항의 조사에 협조하지 아니함으로써 증가된 채무는 지급하지 아니합니다. 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 선급금 지급

원고는 2017. 9. 7. C에 선급금 700,000,000원(이하 '이 사건 선급금'이라 한다)을 지급하였다.

마. 하도급계약의 체결 및 하도급대금의 미보증

- 1) C은 2017. 10. 16. E 주식회사(이하 'E'이라 한다)와 이 사건 공사 중 가설공사 및 철근콘크리트공사에 관하여 계약금액 474,932,000원으로 정하여 하도급계약을 체결하고,

건설산업기본법(2017. 8. 9. 법률 제14849호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제35조1), 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급거래법'이라 한다) 제14조 등에 따라 원고가 E에 하도급대금을 직접 지급하는 것에 합의한다는 내용의 하도급대금 직불합의서를 작성하여 원고에게 제출하였다.

2) C은 2017. 11. 28. F 주식회사(이하 'F'이라 한다)와 이 사건 공사 중 기계설비공사에 관하여 계약금액 338,653,000원으로 정하여 하도급계약을 체결하고, 원고가 F에 하도급대금을 직접 지급하는 데에 동의한다는 내용의 하도급대금 직불동의서를 작성하여 원고에게 제출하였다.

3) C은 2017. 12. 28. G 주식회사(이하 'G'라 한다)와 이 사건 공사 중 금속공사에 관하여 계약금액 149,940,000원으로 정하여 하도급계약을 체결하고, 건설산업기본법 제35조, 하도급거래법 제14조 등에 따라 원고가 G에 하도급대금을 직접 지급하는 것에 합의한다는 내용의 하도급대금 직불합의서를 작성하여 원고에게 제출하였다.

4) C은 E, F, G(이하 위 각 회사를 통틀어 지칭할 때 '이 사건 하수급업체들'이라 한다)에 대한 하도급대금을 지급보증하지 않았다.

바. 원고의 하도급대금, 노무비, 장비대금 등 지급

1) 하수급업체에 대한 이 사건 하도급대금 지급

가) 원고는 2017. 12. 5. C로부터 E의 근로자에 대한 노무비 지급청구를 받고, 2017. 12. 15. E에 노무비 161,802,000원을 지급하였다.

나) 원고는 2017. 12. 28. C로부터 E의 근로자에 대한 노무비 지급청구를 받고, 2018. 1. 12. E에 노무비 199,360,000원을 지급하였다.

다) 원고는 2018. 2.경 이 사건 하수급업체들로부터 하도급대금 지급청구를 받고, 2018. 2. 28. E에 76,967,000원, F에 58,938,000원, G에 15,992,000원 합계 151,897,000원의 하도급대금을 지급하였다(이하 위 가)항 기재 161,802,000원, 나)항 기재 199,360,000원, 다)항 기재 151,897,000원 합계 513,059,000원을 '이 사건 하도급대금'이라 한다).

2) C에 대한 이 사건 노무비 지급

가) 원고는 2017. 12. 28. C로부터 C의 근로자에 대한 노무비 지급청구를 받고, 2018. 1. 12. C에 노무비 147,994,000원을 지급하였다.

나) 원고는 2018. 1. 30. C로부터 C의 근로자에 대한 노무비 지급청구를 받고, 2018. 3. 9. C에 노무비 30,709,500원을 지급하였다(이하 위 가)항 기재 147,994,000원, 나)항 기재 30,709,500원 합계 178,703,500원을 '이 사건 노무비'라 한다).

3) 이 사건 장비대금 등 지급

원고는 아래 표 기재와 같이 C과 이 사건 공사에 관하여 건설기계 대여계약, 자재공급계약, 용역계약 등을 체결한 '업자명'란 기재 각 업자들에게 2018. 3. 9.부터 2019. 1. 10.까지 사이에 '금액'란 기재 각 금액 합계 140,611,000원의 장비대금, 자재대금, 용역대금(이하 이를 통틀어 '이 사건 장비대금 등'이라 한다)을 지급하였다.

업자명	계약내용	지급일	금액
H (I회사)	건설기계 대여 (타워크레인)	2018. 3. 9.	36,000,000원
J (K 회사)	철근 운송	2018. 3. 9.	563,000원
주식회사 L	철근 운송	2018. 3. 9.	582,000원
M (N 회사)	장비 대여(굴삭기 등) 및 물품공급	2018. 3. 28.	28,162,000원2)원고가 실제 지급한 금액은 30,978,200원이거나, 원고는 위 금액에서 부가가치세를 공제한 28,162,000원을 지급액으로 주장하고 있다.
주식회사 O	자재 제작, 납품	2018. 4. 12.	43,882,000원
주식회사 P	자재 제작, 납품(단열재 등)	2018. 4. 12.	5,995,000원
Q 주식회사	자재 제작, 납품(고압살수기 등)	2018. 4. 12.	4,819,000원
주식회사 R	컨테이너 제작, 납품	2018. 4. 12.	979,000원
S (T 회사)	건설기계 대여(레미콘 펌프카) 및 타설작업	2018. 4. 12.	18,294,000원3)원고가 실제 지급한 금액은 20,123,400원이거나, 원고는 위 금액에서 부가가치세를 공제한 18,294,000원을 지급액으로 주장하고 있다.
주식회사 U	재해예방 기술지도	2018. 6. 7	814,000원
주식회사 V	건설폐기물 처리용역	2019. 1. 10	521,000원
	합계 140,611,000원		

사. 공사 지연과 원고의 해지 통보

- 1) C이 공사를 제대로 진행하지 못하여 공사가 지연되자 원고는 C에 대책 수립 및 향후 공정 계획서, 선급금 사용내역서 등의 제출을 요구하였는데, C은 이에 응하지 아니하였다.
- 2) 원고는 2018. 2. 8. 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제30조의2 제1항 제5호 및 이 사건 집행기준 제13장 제8절 제3조 가.항 5)호 및 7)호에 따라 C에 이 사건 도급계약의 해지를 통보하였다.

아. 공사대금 타절 정산

원고와 C은 피고가 참여한 가운데 2018. 2. 12. 실시된 채권채무 확정검사절차에서 이 사건 공사의 기성공사대금을 1,139,719,580원(이하 '이 사건 정산금'이라 한다)으로 타절 정산하였다.

자. 원고의 선급금 지급 청구

- 1) 원고는 2018. 2. 28. C에 '이 사건 정산금 1,139,719,580원에서 이 사건 하도급 대금 513,059,000원, 이 사건 노무비 178,703,500원, 이 사건 장비대금 등 140,611,000원, 가압류채권 지급 유보액 101,500,000원 합계 933,873,500원을 뺀 205,846,080원을 이 사건 선급금 700,000,000원에서 공제하면 선급금이 494,153,920원 남게 되므로 이를 반환하라'고 통보하였다.
- 2) C이 선급금을 반환하지 않자, 원고는 2018. 3. 9. 다시 C에 선급금 반환을 청구하였다.
- 3) 원고는 2018. 6. 14. 피고에게 관련 자료를 제출하면서 선급금 494,153,920원에 관한 보증채무를 이행할 것을 청구하였다.
- 4) 피고가 선급금보증금을 지급하지 않자, 원고는 2019. 1. 7. 피고에게 '기존에 반환을 요청한 선급금 494,153,920원에서 가압류채권 지급 유보액 101,500,000원을 공제하고 약정이자 20,473,000원을 더한 413,126,920원을 지급하라'고 통보하였다.
- 5) 피고는 2019. 1. 25. 원고에게 '이 사건 정산금 1,139,719,580원에서 E에게 2017. 12. 15.

지급한 노무비 161,802,000원, 이 사건 하수급업체들에게 2018. 2. 28. 지급한 하도급대금 합계 151,897,000원 이외의 나머지 비용을 공제하는 것은 부당하고, 이에 따라 계산하면 선급금이 더 이상 남아있지 않다'는 취지로 답변하면서 보증채무의 이행을 거부하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 29호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호를 포함한다), 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 이 사건 도급계약이 2018. 2. 8. 해지됨에 따라 원고가 C에게 선급금의 반환을 청구하였는데 C이 이에 응하지 아니하였으므로, 보증채무자인 피고는 원고에게 선급금 및 이에 대한 약정이자를 지급할 의무가 있다.

나. 원고와 C은 아래와 같이 하도급대금 및 노무비에 관하여 예외적 정산약정을 하였으므로, 원고가 이 사건 하수급업체들에게 지급한 이 사건 하도급대금, C에게 지급한 이 사건 노무비, C과 건설기계 대여계약 등을 체결한 업자들에게 지급한 이 사건 장비대금 등은 선급금의 총당 대상이 되는 기성공사대금에서 제외되어야 한다.

① 이 사건 하도급대금

원고와 C은 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서가 제출되어 있지 않은 경우 원고가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하고 그 하도급대금은 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 하였는데, C이 이 사건 하수급업체들에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하지 않아 원고가 이 사건 하수급업체들에게 직접 이 사건 하도급대금을 지급하였으므로, 이 사건 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금에서 제외하여야 한다.

② 이 사건 노무비

이 사건 공사에는 노무비 구분관리제가 적용되고, 이는 예외적 정산약정에 해당하므로, 원고가 C에게 지급한 이 사건 노무비는 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사 대금에서 제외되어야 한다.

③ 이 사건 장비대금 등

건설산업기본법 제32조 제4항은 건설기계 대여업자 및 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 제작납품업자에 대한 대금 지급에 관하여 같은 법 제35조에서 정한 조 하도급대금의 직접 지급 규정을 준용하도록 하고 있는바, 이러한 규정의 내용, 취지에 따라 발주자가 건설기계 대여업자, 제작납품업자에게 직접 지급한 건설기계 대여대금, 부품대금을 하도급업자에 대한 하도급대금에 준하여 보아야 하므로, 이 사건 장비대금 등을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금에서 제외하여야 한다.

다. 결국 이 사건 선급금 700,000,000원에서 공제되어야 할 기성공사대금은 이 사건 정산금 1,139,719,580원에서 이 사건 하도급대금 513,059,000원, 이 사건 노무비 178,703,500원, 이 사건 장비대금 등 140,611,000원을 제외한 나머지 307,346,080원이므로, 이에 따르면 선급금 잔액은 392,653,920원이다.

라. 선급금 잔액 392,653,920원에 대하여 선급금 지급일인 2017. 9. 7.부터 이 사건 도급계약이 해지된 2018. 2. 8.까지 연 3.5%의 비율로 계산한 약정이자는 5,836,020원이다.

마. 이에 피고에 대하여 선급금 잔액 392,653,920원과 약정이자 5,836,020원 합계 398,489,940원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

3. 판단

가. 보증책임의 발생

1) 피고와 C이 이 사건 보증계약을 체결하고 원고가 이에 관한 선급금 보증서를 교부받은 사실, 이

사건 보증약관 제1조에서 'C이 이 사건 도급계약과 관련한 선금금 채무(선금의 반환사유가 보증기간 내에 발생한 경우에 한함)를 이행하지 아니하는 것'을 보증사고로 정하고 있는 사실, C이 이 사건 공사를 지연하여 원고가 C에게 대책 수립 등 공사 이행을 촉구하였으나 C이 이에 응하지 아니한 사실, 이에 원고가 2018. 2. 8. 이 사건 집행기준 제13장 제8절 제3조 가.항 5)호 및 7)호와 관련 법령에 따라 C에게 이 사건 도급계약의 해지를 통보한 사실, C이 원고에게 선금금 잔액을 반환하지 않은 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

2) 이에 따르면 이 사건 도급계약은 C의 책임 있는 사유로 2018. 2. 8. 해지되었으므로, 이 사건 집행기준 제13장 제8절 제3항 바.호에 따라 C이 원고에게 선금금 잔액과 약정이자 상당액을 반환할 의무가 발생하였다. 그럼에도 C이 반환 의무를 이행하지 아니하였으므로, 이로써 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다.

3) 이에 대하여 피고는, C이 이 사건 선금금을 이 사건 공사 이외의 용도로 사용하였다는 사실을 원고가 알게 된 2018. 1. 10.을 보증사고 발생일로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 집행기준 제6장 제2절 제5조 다.항 2)호에서 선금지급조건으로 '계약상대자는 선금금을 계약목적 달성을 위한 용도 이외의 다른 목적에 사용해서는 안 된다'고 규정하고 있는 사실, 이 사건 집행기준 제6절 제5조 나.항 1)호 나) 목에서 '계약상대자가 선금지급조건을 위배한 경우 계약담당자는 선금 잔액에 관하여 계약상대자에게 지체 없이 그 반환을 청구하여야 한다'고 규정하고 있는 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 을 제1호증의 2의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, C이 이 사건 선금금을 이 사건 공사가 아닌 다른 공사현장에 사용하였고 이러한 사실을 원고 등이 참석한 2018. 1. 10.자 대책회의에서 자인한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 집행기준 제6장 제2절 제5조 나.항 1)호 나)목에서 '선금지급조건을 위배한 경우'를 선금금 '반환' 사유가 아닌 선금금 반환 '청구' 사유로 정하고 있는 점, 선금금 반환 사유가 발생하였음에도 계약당사자들이 도급계약을 해제, 해지하지 않고 계약관계를 유지하기로 한 경우에도 수급인에게 무조건적인 선금금 반환 의무가 발생한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, C이 이 사건 선금금을 다른 용도로 사용한 사실을 원고가 알게 되었다는 사정만으로는 선금금 반환 의무의 발생이

객관적으로 확실하게 되었다고 보기 어렵다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 따라서 피고는 보증인으로서 원고에게 선급금 반환사유가 발생한 2018. 2. 8.을 기준으로 산정한 선급금 보증금을 지급할 의무가 있다.

나. 보증책임의 범위

1) 관련 법리

공사도급계약에서 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 공사 대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결 등 참조). 그러나 이 점에 관하여 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기과 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것인데, 다만 하도급계약의 해지 또는 해제에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로 그들의 이해관계에 큰 영향을 미칠 가능성이 많은 예외적 정산 약정의 존재를 인정함에는 신중을 기하여야 할 것이다(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 등 참조).

2) 판단

가) 예외적 정산약정의 인정 여부

이 사건 하도급대금, 이 사건 노무비, 이 사건 장비대금 등에 선급금 총당에 관한 예외적 정산약정이 인정되는지 여부, 즉 선급금에서 총당되는 기성공사대금에 이 사건 하도급대금, 이 사건 노무비, 이 사건 장비대금 등이 포함되는지 여부에 관하여 살펴본다.

(1) 이 사건 하도급대금

(가) 공사도급계약에 편입된 공사계약일반조건 제43조 제1항에서 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급해야 하는 경우를 규정하고, 제44조 제5항에서 계약이 해제 또는 해지된 경우 수급인은 미정산 선급금 등을 반환하여야 하고 도급인은 위 금액과 기성공사대금을 상계할 수 있다는 내용을 규정하면서, 그 단서에서 "다만, 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 경우 하도급대가의 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다"고 규정하고 있는 사안에서, 도급인이 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생한 경우에는 이에 해당하는 금원은 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 한 것으로 보아야 한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결 참조).

(나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건 하도급대금에 관하여 살피건대, 이 사건 집행기준 제13장 제11절 제2조 가.항 3호에서 '하도급거래법이나 건설산업기본법에 정한 내용에 따라 수급인이 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출해야 할 대상 중 지급보증서를 제출하지 아니한 경우 도급인은 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급해야 한다'고 규정하고 있고, 이 사건 집행기준 제13장 제8절 제3조 바.항 및 사.항에서 '계약이 해지된 경우 수급인은 미정산 선급금을 반환하여야 하고, 이때 도급인은 선급금 잔액과 기성공사대금을 상계하는데, 다만 하도급거래법이나 건설산업기본법에 따른 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 이 사건 집행기준 제13장 제11절 제2조 가.항에 따라 하도급대금을 직접 지급해야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성공사대금의 미지급 잔액이 있을 경우 선급금 잔액과 상계할 수 있다'고 규정하고 있는 사실, C은 하도급거래법 제13조의2 제1항, 건설산업기본법 제34조 제2항에 따라 이 사건 하수급업체들에게 하도급대금 지급보증을 하여야 함에도 이를 하지 않은 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

이에 따르면 원고와 C은 하도급대금 지급보증서가 제출되지 아니한 하수급인에게 원고가

하도급대금을 직접 지급하는 경우 그 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 하였다고 봄이 타당하다. 앞서 본 바와 같이 원고가 이 사건 집행기준 제13장 제11절 제2조 가.항에 따라 하도급대금 지급보증서가 제출되지 아니한 이 사건 하수급업체들에게 직접 이 사건 하도급대금을 지급하였으므로, 선급금 잔액을 산정함에 있어 이 사건 하도급대금을 기성공사대금에서 제외하여야 한다.

(다) 이에 대하여 피고는, 원고와 C, 이 사건 하수급업체들 사이에 원고가 하도급대금을 직접 지급하기로 하는 합의가 있었는바, 원고는 이에 따라 이 사건 하수급업체들에게 이 사건 하도급대금을 지급하였던 것이고, 위와 같은 직접 지급 합의가 있었으므로 C에게 하도급대금에 관한 지급보증의무가 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 하도급대금에 관하여 예외적 정산약정이 인정될 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 하도급거래법 제13조의2 제1항 단서와 같은 법 시행령(2017. 9. 29. 대통령령 제283353호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제3호, 건설산업기본법 제34조 제2항 단서 및 같은 법 시행규칙(2017. 9. 20. 규칙 제447호로 개정되기 전의 것) 제28조 제2항 제5호에 따르면 발주자, 원사업자, 수급사업자 간에 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 하는 합의가 있는 경우 원사업자는 공사대금 지급을 보증할 의무가 면제된다.

그런데 C이 '원고가 이 사건 하수급업체들에게 하도급대금을 직접 지급하는 것에 합의, 동의한다'는 내용의 하도급대금 직불합의서, 하도급대금 직불동의서를 작성하여 원고에게 제출한 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 이는 C과 이 사건 하수급 업체들 사이에서 작성한 합의서를 원고에게 제출한 것일 뿐이므로 이러한 사실만으로 원고와 C, 이 사건 하수급업체들 사이에 하도급대금의 직접 지급에 관한 합의가 성립되었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 노무비

(가) 이 사건 집행기준 제13장 제9절 제7조, 이 사건 특수조건 제23조의1에서 '노무비 구분관리 및 지급확인제'에 관하여 규정하고 있고, 이 사건 집행기준 제6장 제2절 제2조 가.항 2)호 나)목에서 '노무비 구분관리 및 지급확인제에 따른 공사의 선금 의무지급률 산정시에는 계약금액에서

직접노무비를 제외한 금액을 기준으로 한다고 규정하고 있는 사실, 이에 따라 원고가 C에 기성공사대금에서 노무비를 구분하여 별도로 지급한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 갑 제2호증의 5의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 원고와 C이 선급금을 산출하면서 노무비 구분관리 및 지급확인제에 근거하여 직접노무비를 제외한 나머지 공사대금의 67.5%에 해당하는 금액을 선급금으로 정한 사실을 인정할 수 있다. 이에 따르면 원고와 C은 이 사건 도급계약을 체결하면서 '노무비 구분관리 및 지급확인제'를 적용하기로 합의하였다고 봄이 타당하다.

(나) 그러나 이는 원고와 C이 근로자들을 보호하기 위한 목적으로 '노무비 구분관리 및 지급확인제'를 실시하고 그와 관련하여 노무비를 제외한 금액을 기준으로 선급금 의무지급률을 산정한다는 것일 뿐 선급금을 정산할 때 선급금에서 총당되는 기성공사대금에서 노무비를 공제하기로 하는 예외적 정산약정에 해당한다고 볼 수 없다.

(다) 위와 같이 발주기관인 원고와 계약상대자인 C이 '노무비 구분관리 및 지급확인제'에 따라 선급금에서 노무비를 제외하기로 한 합의를 선급금 정산의 범위에 관한 예외적 정산 약정으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 그러한 합의의 취지는 선급금 비율 산정을 산정할 때에 '노무비 구분관리 및 지급확인제'에 따라 다른 계약대금과 별도로 지급하기로 한 노무비 상당액을 산정의 기준이 되는 계약금액에서 제외하여야 한다는 데 있다고 보이므로(대법원 2020. 8. 27. 선고 2019다215593 판결 참조), 노무비에 관한 예외적 정산약정이 존재함을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 이 사건 장비대금 등

(가) 건설산업기본법 제32조 제4항은 건설기계 대여업자, 공사용 부품 제작 납품업자에 대한 대금 지급에 관하여 발주자의 하수급인에 대한 하도급대금의 직접 지급을 규정한 건설산업기본법 제35조 규정을 준용하도록 하고 있다.

(나) 그러나 예외적 정산약정을 규정하고 있는 이 사건 집행기준 제13장 제 8절 제3조 사.항 단서는 건설산업기본법과 하도급거래법에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출해야 할 대상 중 지급보증서를 제출하지 않은 경우로서 원고가 하도급대가를 직접 지급해야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급의 잔액이 있을 경우 선금 잔액과

상계할 수 있다고 규정하고 있어 예외적 정산약정의 대상을 '하수급인'에 대한 '하도급대가'로 특정하고 있고, 이 사건 집행기준은 하수급인을 계약상대자와 직접 계약을 체결한 자재업자, 장비업자와 구분하여 규정하고 있다(이 사건 집행기준 제13장 제11절 제3조 가.항).

(다) 예외적 정산약정의 존재를 인정함에는 신중을 기하여야 하는바, 위와 같은 사정을 종합하여 볼 때 앞서 본 건설산업기본법의 규정만으로는 건설기계 대여업자, 공사용 부품 제작납품업자에 대한 건설기계 대여대금, 건설공사용 부품대금을 하수급인에 대한 하도급대금에 준하여 보아 이에 관한 예외적 정산약정이 존재한다고 보기 어렵다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 선급금 보증금의 계산

(1) 선급금 잔액

- 이 사건 선급금(A) : 700,000,000원
- 이 사건 정산금(B) : 1,139,719,580원
- 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금에서 제외되는 이 사건 하도급대금(C) : 513,059,000원
- 계산 A-(B-C)

: 700,000,000원 - (1,139,719,580원 - 513,059,000원) = 73,339,420원

(2) 약정이자

갑 제2조의 3의 기재에 따르면, 이 사건 보증계약에서 정한 약정이자율이 연 3.5%인 사실을 인정할 수 있으므로, 이에 따라 선급금 잔액 73,339,420원에 대하여 이 사건 선급금 지급일인 2017. 9. 7.부터 이 사건 도급계약 해지일인 2018. 2. 8.까지 연 3.5%의 비율로 계산하면 약정이자는 1,090,044원(73,339,420원 × 155일/365일 × 3.5%)이다.

(3) 합계

: 선급금 잔액 73,339,420원 + 약정이자 1,090,044원 = 74,429,464원

다) 지연손해금의 기산일

1) 이 사건 보증약관 제7조, 제8조에서 피고가 보증금 청구를 받은 경우 보증사고와 관련한 조사를 할 수 있고 조사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금을 결정하여 7일 이내에 이를 지급하도록 정한 사실, 원고가 2018. 6. 14. 피고에게 관련 자료를 제출하면서 선급금 보증금의 지급을 청구한 사실은 앞서

인정한 바와 같다. 이에 따르면 피고는 보증금 지급 청구를 받은 이후 보증사고와 관련한 조사에 필요한 상당한 기간이 경과한 날부터 7일이 경과한 이후에야 지체책임을 진다고 보는 것이 상당하다.

2) 이 사건 도급계약의 내용, 규모, 보증사고가 발생한 경위 등에 비추어 볼 때 피고로서는 보증사고의 발생 여부 및 잔여 선금금의 범위 등을 판단하기 위한 조사가 필요하였을 것으로 보이고, 위 쟁점에 관한 판단의 난이도, 피고의 전문성 등에 비추어 볼 때 조사에 필요한 상당한 기간을 30일로 봄이 타당하다. 따라서 피고는 원고가 보증금을 청구한 2018. 6. 14.로부터 30일이 경과한 2018. 7. 14.에서 7일이 경과한 이후인 2018. 7. 22.부터 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) 소결론

피고는 원고에게 선금금 보증금 74,429,464원 및 이에 대하여 2018. 7. 22.부터 피고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 10. 14.까지는 상법에서 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 기각한다.

재판장 판사 이석재 판사 권소영 판사 김경준

별지

1)이하 이 판결에서 인용한 법령은 별지 기재와 같다.

2)원고가 실제 지급한 금액은 30,978,200원이나, 원고는 위 금액에서 부가가치세를 공제한 28,162,000원을 지급액으로 주장하고 있다.

3)원고가 실제 지급한 금액은 20,123,400원이나, 원고는 위 금액에서 부가가치세를 공제한

18,294,000원을 지급액으로 주장하고 있다.