

서울중앙지방법원 2021. 8. 12 선고 2020가합578578 판결 [보증금 청구]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 자유라이프

담당변호사 유승호

소송복대리인 변호사 김준우

피고B 공제조합

소송대리인 법무법인 동서남북

담당변호사 장유식

변론 종결 2021. 6. 3.

판결 선고 2021. 8. 12.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 291,848,572원 및 이에 대하여 2018. 7. 1.부터 소장 송달일까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 주식회사 C의 하도급계약 체결

1) 원고는 2016. 11. 1. 주식회사 C(이하 'C'이라 한다)과, 원고가 한국전력공사로부터 도급받은 D변전소 토건공사 중 토공사에 관하여 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 하도급계약 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

4. 공사기간: 2016. 11. 1. ~ 2018. 11. 30.

5. 계약금액: 6,641,800,000원

6. 대금의 지급

가. 선금금

(1) 계약체결 후 15일 이내에 2,324,630,000원

제33조(선금금)

⑦ 선금금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 따라 산출한 금액을 정산한다.

선금금 정산액 = 선금금액 × (기성부분의 대가상당액 ÷ 계약금액)

제38조(계약 해제·해지)

① 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

3. 원사업자 또는 수급사업자가 어음·수표의 부도, 제3자의 강제집행(가압류 및 가처분 포함),

파산·회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정될 경우

② 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는

상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 서면으로 시정 또는 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이를 시정 또는 이행하지 아니한 때에는 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

1. 원사업자 또는 수급사업자가 이 계약의 중요한 내용을 위반한 경우

5. 수급사업자의 인원·장비 및 품질관리능력이 현저히 부족하여 이 계약을 원만히 이행할 수 없다고

인정되는 등 수급사업자의 귀책사유가 인정되는 경우

③ 제1항 및 제2항에 따라 계약이 해제·해지된 때에는 각 당사자의 상대방에 대한 일체의 채무는 기한의 이익을 상실하고, 당사자는 상대방에 대한 채무를 지체없이 변제한다.

나. 선급금보증계약 체결

1) 피고는 C의 보증위탁에 따라 2016. 11. 8. 및 2017. 3. 27. 원고에게 아래와 같은 내용의 각 선급금보증서를 각 발급하였다(이하 통틀어 '이 사건 보증계약'이라 한다).

보증금액	3억 원
선급금 산정의 기준(계약)금액	6,641,800,000원
계약명	D변전소 토건공사 중 토공사
보증기간	2016. 11. 8. ~ 2018. 11. 30.
계약자	C
보증채권자	원고(70%), E 주식회사(30%)
특기사항	조합의 보증책임은 상기의 선급금액에서 기성부분에 대한 대가를 지급할 때마다 "선급금액 × (기성부분의 대가상당액 ÷ 계약금액)"에 의하여 산출된 금액을 공제한 금액범위 이내로 합니다. 2016. 11. 8. 이후 지급 예정인 선급금을 담보함.

보증금액	2억 원
선급금 산정의 기준(계약)금액	6,641,800,000원
계약명	D변전소 토건공사 중 토공사
보증기간	2017. 3. 27. ~ 2018. 11. 30.
계약자	C
보증채권자	원고(70%), E 주식회사(30%)
특기사항	조합의 보증책임은 상기의 선급금액에서 기성부분에 대한 대가를 지급할 때마다 "선급금액 × (기성부분의 대가상당액 ÷ 계약금액)"에 의하여 산출된 금액을 공제한 금액범위 이내로 합니다. 2016. 11. 8. 발급한 보증서번호 F 보증분에 대한 증액으로 인한 추가보증임. 2017. 3. 27. 이후 지급 예정인 선급금을 담보함. 계약금액에서 직접 노무비를 제외한 금액을 기준으로 선급금을 산정하는 공사인 경우 직접노무비 및 해당 부가가치세는 선급금 정산기준에 포함되지 않습니다. (총 보증금액 488,670,000원)

2) 이 사건 보증계약에 포함된 선급금보증약관 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

제1조(보증책임)

① B공제조합(이하 조합이라 합니다)은 계약자(이하 채무자라 합니다)가 앞면 기재 계약(이하 주계약이라 합니다)과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방(이하 보증채권자라 합니다)에게 부담하는 미정산 선급금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증 내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증 채무를 부담합니다.

② 이 약관에서 보증사고라 함은 채무자에게 아래 각호의 선급금 반환사유가 발생 또는 기타 채무불이행이 있는 경우(앞면에 기재된 보증기간 내에 발생한 경우에 한함) 보증채권자의 미정산 선급금 반환 청구에도 불구하고 채무자가 이를 이행하지 않은 것을 말하며, 아래 각호의 사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

2. 주채무자의 공사포기	공사포기 문서일자 기준
3. 계약해제 또는 해지	해제 또는 해지문서 일자 기준

③ 보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다.

제2조(선급금 정산) ① 선급금 정산은 주계약상의 정산방법을 따릅니다.

제9조(면책조항)

① 조합은 다음 각호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

6. 보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정 등으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소하지 못한 보증금

다. C의 공사대금 체불 해결을 위한 2017. 11. 17.자 회의

한국전력공사, 원고, C은 2017. 11. 17. C의 하수급인들(이하 '재하수급인들'이라 한다)을 대표하는 G, H과 함께 C의 공사대금 체불 해결을 위한 회의를 진행하였다.

라. C의 2017. 11. 24.자 직불요청

C은 2017. 11. 24. 원고에게 'D변전소 토건공사 중 토공사, 철근콘크리트공사1)와 관련하여, 2017. 8.부터 발생한 미불금 중 시급한 부분에 대하여 2017. 11. 발생한 기성금 317,680,000원으로 위 미불금에 대한 직불요청을 하니, 조치해 달라'는 내용의 공문을 보내면서, 재하수급인들의 명단과 직불해야 될 금액이 기재된 '직불요청금액 현황자료'를 첨부하였다.

마. 원고의 C에 대한 2017. 11. 27.자 공문 발송

원고는 2017. 11. 27. C에게 아래와 같은 내용의 공문을 내용증명우편으로 발송하여, 위 공문은 그 무렵 C에게 도달하였다.

3. 귀사의 공사대금 체불해소와 정상적인 공사수행을 2017년 11월 24.일까지 최종적으로 요청하였음에도 불구하고 이행되지 않아, 정상적인 공사진행 및 예정된 공기준수가 불가능한 상태이며, 이로 인해 당사는 막대한 손실을 입게 되었습니다.

4. 또한 귀사는 현재 법원 보전처분 및 포괄적 금지명령(2017. 11. 24.) 상태로 더 이상 공사수행이 불가능한 상태입니다.

5. 따라서, 귀사와 당사간 체결하였던 하도급계약 2건(토공사, 철근콘크리트공사)을 하도급계약서 제38조(계약해제, 해지)에 따라 모두 해지됨을 통보합니다.

6. 아울러 2017년 11월 30.일까지 계약해지에 따른 합의타절에 응하여 주시기 바라며, 불응 시에는 당사의 별도 추가 의사표시없이 부득이하게 일방타절됨을 알려드리니 양지하시기 바랍니다.

바. 원고의 재하수급인들에 대한 재하도급대금 직접 지급

원고는 C을 대신하여 재하수급인들에게 2017. 11. 30. 222,273,065원, 2017. 12. 1. 95,406,935원, 합계 317,680,000원의 재하도급대금을 직접 지급하였다.

사. 원고와 C의 2018. 1. 8.자 타절합의서 작성 등

원고와 C은 2018. 1. 8. 이 사건 하도급계약에 관한 타절합의서를 작성하였고, C은 위 같은 날 원고에게 토공사 포기각서를 작성하여 제출하였다.

아. 원고의 피고에 대한 보증금 청구

원고는 2018. 2. 23. 피고에게 'C의 귀책사유(노임, 장비, 자재 등 체불)로 이 사건 하도급계약

이행이 불가하여 위 하도급계약을 해지하였으므로, 귀사에서 선급금 보증한 보증금 500,000,000원 중 선급금 미정산금액 291,848,572원을 지급해 달라'는 내용의 공문을 보냈다.

자. 피고의 보증금 지급 거부

피고는 2018. 6. 22. 원고에게, 아래와 같은 내용의 공문을 보내어 보증금 지급을 거부하였다.

3. 귀사에서도 인지하고 있는 바와 같이 선급금 반환사유 발생시에는 별도의 상계의사 없이 그때까지의 기성부분에 대한 미지급금이 있는 경우에는 선급금잔액을 그 미지급 기성금액에 충당하고, 미정산한 선급금액이 있는 경우 반환의무가 발생합니다.

4. 선급금보증 보증약관 제1조 제3항, 제9조 제1항 제6호에 의거 미정산 선급금액(286,755,057원)보다 귀사가 채무자에게 지급하여야 할 미지급 기성금액(306,240,000원)이 많아 채무자가 반환하여야 할 미정산 선급금액이 없음을 첨부와 같이 통보합니다.

※ 미정산 선급금액 산출 근거

500,000,000	213,244,943	286,755,057	306,240,000	-19,484,943	19,484,943	미정산 선급금액 부존재, 미지급 기성금 존재
-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	------------	--------------------------------

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제3 내지 12, 32, 33호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

1) 주위적 주장 가) 이 사건 하도급계약은 2018. 1. 8. 합의해지되었다.
나) 이 사건 하도급계약 해지 이전인 2017. 11. 17. 한국전력공사(발주자), 원고(도급인), C(수급인), G, H(재하수급인들의 대표자)이 모여 회의할 당시, 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제14조 제1항 제2호에 따라, 원고가 재하수급인들에게 재하도급대금을 직접 지급하기로 하는 합의(이하 '이 사건 직불합의'라 한다)를 하였고, 원고는 위 직불합의에 따라 2017.

11. 30. 및 2017. 12. 1. 재하수급인들에게 합계 317,680,000원을 지급하였다.

다) 하도급법 제14조 제2항에서는 위 나)항과 같은 직불합의 등 위 법 제14조 제1항에 따른 사유가 발생한 경우 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다고 정하고 있으므로, 이 사건 직불합의 당일인 2017. 11. 17. 원고의 C에 대한 하도급대금 지급채무는 317,680,000원 범위에서 소멸하였다.

라) 그러므로 이 사건 하도급계약 해지 당시(2018. 1. 8.), 원고의 C에 대한 미지급 기성공사대금이 전혀 없었으므로, 피고는 원고에게, C의 미정산 선급금 291,848,572원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 예비적 주장 가) 설령 이 사건 하도급계약이 피고 주장처럼 2017. 11. 28. 해지되었다고 하더라도, 그 이전인 2017. 11. 17. 무렵 하도급법 제14조 제1항 제3호에서 정한 직접지급사유가 발생하였다.

나) 구체적으로, C이 일부 재하수급인들²⁾에게 재하도급대금의 2회분(2017년 8월 및 9월분) 이상을 지급하지 않아, 위 일부 재하수급인들은 2017. 11. 17. 이전부터 원고에게 재하도급대금의 직접 지급을 요청하였다. 이에 하도급법 제14조 제1항 제3호, 제14조 제2항에 따라 위 직접 지급 요청 당시인 2017. 11. 17. 무렵 원고의 C에 대한 하도급대금 지급채무가 230,923,625원³⁾ 범위에서 소멸하였다.

다) 그러므로 이 사건 하도급계약 해지 당시(2017. 11. 28.), 원고가 C에게 지급하여야 할 미지급 기성공사대금은 85,756,375원(= 317,680,000원 ~ 230,923,625원)에 불과한 바, 피고는 원고에게, C의 미정산 선급금 206,092,197원(= 원고가 2018. 2. 23. 피고에게 지급을 요청한 보증금 291,848,572원 - 원고의 미지급 기성공사대금 85,756,375원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 이 사건 하도급계약은 위 하도급계약 제38조 제1항 제3호에 따라, 원고의 2017. 11. 27.자 계약 해지 의사표시가 C에게 도달한 2017. 11. 28. 무렵 해지되었다.

2) 이 사건 하도급계약 해지 당시, 원고가 C에게 미지급한 기성공사대금 306,240,000원이 있었고,

원고가 청구하고 있는 미정산 선금금 291,848,572원은 위 미지급 기성공사대금보다 적으므로, 피고의 원고에 대한 보증금 지급의무는 인정되지 않는다.

3) 원고가 이 사건 하도급계약 해지 이후인 2017. 11. 30. 및 2017. 12. 1. 재하수급인들에게 지급한 돈은 피고의 보증금 지급의무와는 무관하다.

4) 설령 이 사건 하도급계약 해지 이전에 원고와 C, 재하수급인들 간에 이 사건 직불합의가 있었다고 하더라도, 실제 금원 지급일이 이 사건 하도급계약 해지 이후이므로, 이는 원고의 C에 대한 기성공사대금의 지급으로 볼 수 없다.

5) 원고는 하도급법 제14조 제2항에 따라 이 사건 직불합의 당시 또는 직접지급사유 발생 당시 원고의 C에 대한 하도급대금 지급채무도 소멸하였다고 주장하나, 원고가 재하수급인들이라고 주장하는 업체들은 장비대여업체, 자재납품업체에 불과한바, 위 하도급법 규정이 적용될 수 없다.

3. 판단

가. 이 사건 하도급계약의 해지

1) 이 사건 하도급계약의 해지 시점 가) 원고는 이 사건 하도급계약이 2018. 1. 8. 합의해지되었다고 주장함에 반하여, 피고는 이 사건 하도급계약이 2017. 11. 28. 무렵 해지되었다고 주장하므로 이에 관하여 먼저 본다.

나) 갑 제15, 16호증의 각 기재에 의하면, C이 2017. 11. 16. 청주지방법원 2017회합50019호로 회생 신청을 하여, 위 법원이 2017. 11. 24. 포괄적 금지명령을 한 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호에서는 '원고 또는 C에게 파산·회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정될 경우' 그 상대방은 그 시정 또는 이행을 최고하지 않고도 곧바로 이 사건 하도급계약을 해제 또는 해지할 수 있다고 정한 사실, 원고가 2017. 11. 27. C에게 '① 귀사의 공사대금 체불 해소와 정상적인 공사수행을 2017. 11. 24.까지 최종적으로 요청하였음에도 이행되지 않고 있고, 이로 인해 예정된 공기준수가 불가능하여, 당사는 막대한 손실을 입게 되었다. ② 또한 귀사는 현재 법원의 보전처분 및 포괄적 금지명령으로 인하여 더 이상 공사수행이 불가능한 상태이다. ③ 따라서 귀사와 체결한 하도급계약 2건(토공사, 철근콘크리트공사)은 하도급계약서 제38조에 따라 모두 해지됨을 통보한다'는 내용의 공문을

내용증명우편으로 보낸 사실을 인정할 수 있고, 위 공문은 2017. 11. 28. 무렵 C에게 도달한 것으로 보인다(피고가 위 일자 도달을 전제로 주장하고, 위 공문은 내용증명우편으로 발송되었으므로, 특별한 사정이 없는 한 위 일자 경에 공문이 도달한 것으로 볼 것이다).

다) 위 인정사실에 따르면, 이 사건 하도급계약은 위 하도급계약 제38조 제1항 제3호에 따른 원고의 해지 의사표시가 담긴 2017. 11. 27.자 공문이 2017. 11. 28. 무렵 C에게 도달됨으로써 곧바로 적법하게 해지되었다 할 것이다(한편, 이에 대하여 원고는, 위 공문의 도달로써 곧바로 이 사건 하도급계약이 해지되었다고 볼 수 없고, 원고와 C이 이 사건 하도급계약에 관한 타절합의서를 작성하고, C이 공사포기각서를 작성하여 원고에게 제출한 2018. 1. 8. 비로소 이 사건 하도급계약이 해지된 것이라는 취지로 주장한다. 그러나 위 타절합의서와 공사포기각서는 2017. 11. 28. 무렵 이 사건 하도급계약이 해지된 이후 이 사건 하도급계약 해지에 따른 원고와 C 간의 법률관계를 정리하는 과정에서 작성된 것이라고 봄이 상당한바, 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다).

2) 원고의 주장에 관한 판단 가) 해지를 위하여 필요한 시정조치에 관한 기간준수를 하지 않았다는 주장에 관한 판단

(1) 원고는, 이 사건 하도급계약 제38조 제2항에 따르면, "상대방에게 1개월 이상의 기간을 정하여 서면으로 시정 또는 이행하지 아니한 때에는 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다"고 정하고 있는데, 원고의 C에 대한 2017. 11. 27.자 해지 통보는 시정조치에 관한 기간준수를 하지 않은 것으로서 유효한 해지 통보라고 볼 수 없고, 설령 유효한 해지 통보라 하더라도 통보시로부터 1개월이 지난 시점인 2017. 12. 10. 비로소 해지의 효력이 발생한다고 주장한다.

(2) 그러나 이 사건 하도급계약이 위 하도급계약 제38조 제1항에 따라 곧바로 해지된 것임은 앞서 살핀 바와 같은바, 그 해지 통보에 제38조 제2항에서 정한 시정조치에 관한 기간 준수가 필요하다는 취지의 위 원고 주장은 이유 없다.

나) 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호가 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항에 반하여 무효라는 주장에 관한 판단

(1) 원고는, 만약 이 사건 하도급계약이 피고 주장처럼 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호에 따라 2017. 11. 28. 해지된 것으로 본다면, 위 하도급계약 제38조 제1항 제3호는 채무자 회생 및

파산에 관한 법률 제119조 제1항에 반하는 '도산해지조항'으로서 무효이고, 위 조항에 기한 이 사건 하도급계약의 해지 역시 무효라는 취지로 주장한다.

(2) 계약의 당사자들 사이에 채무자인 회사의 재산상태가 장래 악화될 때에 대비하여 지급정지, 회사정리절차의 개시신청, 회사정리절차의 개시와 같이 도산에 이르는 과정상의 일정한 사실이 그 회사에 발생하는 것을 당해 계약의 해지권의 발생원인으로 정하거나 또는 계약의 당연 해지사유로 정하는 특약(이하 '도산해지조항'이라고만 한다)을 두는 경우가 있는데, 따라서 도산해지조항을 일반적으로 금지하는 법률이 존재하지 않는 상태에서 그와 같은 구체적인 사정을 도외시킨 채 도산해지조항은 어느 경우에도 회사정리절차의 목적과 취지에 반한다고 하여 일률적으로 무효로 보는 것은 계약자유 원칙을 심각하게 침해하는 결과를 낳을 수 있을 뿐만 아니라 상대방 당사자가 채권자의 입장에서 채무자의 도산으로 초래될 법적 불안정에 대비할 보호가치 있는 정당한 이익을 무시하는 것이 될 수 있다. 따라서 도산해지조항이 회사정리법에서 규정한 부인권의 대상이 되거나 공서양속에 위반된다는 등의 이유로 효력이 부정되어야 할 경우를 제외하고, 도산해지조항으로 인하여 정리절차개시 후 정리회사에 영향을 미칠 수 있다는 사정만으로는 그 조항이 무효라고 할 수는 없다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결 참조).

(3) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 원고는 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호가 도산해지조항에 해당하여 무효라고만 주장하고 있을 뿐, 위 조항이 회사정리법에서 규정한 부인권의 대상이 된다고, 공서양속에 위반된다는 등의 주장을 하고 있지는 않고, 도산해지조항을 일반적으로 금지하는 법률이 존재하지 않는 상태에서, 원고와 C이 자유로운 의사에 기하여 약정한 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호를 무효로 볼 만한 특별한 사정을 인정할 증거 또한 전혀 없는바, 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

다) 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호가 약관의 규제에 관한 법률에 반하여 무효라는 주장에 관한 판단

(1) 또한 원고는, 이 사건 하도급계약 제38조 제1항 제3호는 약관의 규제에 관한 법률 제9조 제1호(법률에 따른 고객의 해제권 또는 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 조항), 제2호(사업자에게 법률에서 규정하고 있지 아니하는 해제권 또는 해지권을 부여하여 고객에게

부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항)에 위반되어 무효라는 취지로도 주장한다.

(2) 그러나 위 하도급계약 제38조 제1항 제3호가 그 규정의 형식과 내용에 비추어 볼 때 '법률에 따른 고객, 즉 C의 해제권 또는 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 조항'이라거나 '사업자에게 법률에서 규정하고 있지 아니하는 해제권 또는 해지권을 부여하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항'이라고 볼 수는 없으며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 따라서 원고의 위 주장 또한 이유 없다.

나. 보증사고의 발생 및 보증책임

위와 같이 이 사건 하도급계약이 2017. 11. 28. 무렵 해지되었음에도 C은 선급금 반환채무를 이행하지 않았으므로, 2017. 11. 28. 무렵 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 할 것인바, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 위 하도급계약 해지시까지 정산되지 않은 선급금 중 피고가 부담해야 할 보증금 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 미정산 선급금과 미지급 기성공사대금의 당연충당관계

1) 공사도급계약에 있어서 수수되는 선급금이 선급 공사대금의 성질을 갖는 점에 비추어 선급금을 지급한 후 도급계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 선급금은 별도의 상계의 의사표시 없이도 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당되는 것으로 보아야 한다(대법원 2003. 9. 23. 선고 2001다49495 판결 참조).

2) 갑 제11호증의 3의 기재에 의하면, 이 사건 하도급계약 해지 당시(2017. 11. 28. 무렵) 원고가 C에게 미지급한 기성공사대금은 306,240,000원, C이 원고에게 미정산해 준 선급금은 286,755,057원이었던 사실을 인정할 수 있는바, 위 선급금 충당의 일반 법리에 따라 이 사건 하도급계약 해지 당시 미정산 선급금 286,755,057원은 그 무렵 별도의 상계 의사표시 없이도 이를 초과하는 미지급 기성공사대금 306,240,000원에 전액 충당되어 소멸하였다고 할 것이고, 위 선급금 반환채무를 보증한 피고의 보증책임 또한 함께 소멸하였다 할 것이다(한편, 원고는 이 사건 하도급계약 해지 당시 C의 미정산 선급금이 291,848,572원이라고 주장하나, 원고 주장대로 하더라도 위 선급금을 초과하는 미지급 기성공사대금 306,240,000원에 전액 충당되어

소멸하였음은 마찬가지이다).

라. 이 사건 하도급계약 해지 당시 미지급 기성공사대금에 관한 원고의 주장에 관한 판단

1) 원고의 주장 요지 가) 원고는, 2017. 11. 17.자 이 사건 직불합의에 따라 또는 2017. 11. 17. 무렵 하도급법 제14조 제1항 제3호에서 정한 직접지급사유(C이 하도급대금의 2회분 이상을 재하수급인들에게 지급하지 아니하여 재하수급인들이 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때)가 발생함에 따라, 원고가 C에게 지급하여야 할 기성공사대금 합계 317,680,000원을 2017. 11. 30. 및 2017. 12. 1. C의 재하수급인들에게 직접 지급하였다.

나) 그런데 하도급법 제14조 제2항에서는 '직불합의가 있을 때 또는 직접지급사유가 발생한 경우, 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다'고 정하고 있으므로, 이 사건 직불합의 당일 또는 이 사건 직접지급사유 발생일인 2017. 11. 17. 원고의 C에 대한 하도급대금 지급채무가 317,680,000원(주위적 주장) 또는 230,923,625원(예비적 주장) 범위에서 소멸하였다.

다) 그러므로 이 사건 하도급계약 해지 당시(2017. 11. 28.), 원고의 C에 대한 미지급 기성공사대금은 없거나, 85,756,375원(= 317,680,000원 ~ 230,923,625원)에 불과하다.

라) 따라서 피고는 원고에게, 이 사건 보증계약에 따른 보증금으로, 미정산 선급금 상당액 291,848,572원 또는 206,092,197원(= 291,848,572원 ~ 85,756,375원)을 지급하여야 한다.

2) 관련 법리 가) 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 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조). 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약

당사자의 약정에 따라야 할 것이고(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 등 참조), 수급인이 선급금 반환에 관한 보증계약을 체결한 경우에도 도급계약 당사자 사이에 선급금의 총당대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 약정에 따라 선급금 반환에 관한 W공제조합의 보증책임의 범위가 결정되게 된다.

나) 따라서 선급금의 총당대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 도급계약의 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 할 것이나, 다만 도급계약의 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 참조).

다) 또한 약관의 규정이나 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 W공제조합에 의한 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증책임의 유무 및 범위는 계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 보증계약이 체결된 후 도급인이 수급인의 하수급업자에 대한 하도급대금 등을 직접 지급하기로 합의하고 이를 선급금 총당대상이 되는 기성공사대금에서 제외하기로 함으로써 W공제조합의 보증책임이 가중되는 결과가 초래된다면 적어도 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다90051 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다201179 판결 등 참조).

3) 판단 가) 앞서 채택한 각 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실들을 인정할 수 있다.

① 이 사건 보증계약 제1조 제3항에서는 "보증금 지급한도는 앞면에 기재된 보증금액 범위 내에서 채무자가 반환해야 할 미정산 선급금 중 보증채권자가 미지급한 기성금을 차감한 잔액으로 합니다"라고 정하고 있다.

② 한편 이 사건 하도급계약이나 이 사건 보증계약 체결 당시, 원고와 C 또는 원고와 피고 사이에,

"C의 원고에 대한 선급금반환채무에 관한 예외적 정산약정", 즉 '하도급법 제14조에 따른 직불합의가 있거나, 직접지급사유가 발생하는 경우, 이에 해당하는 금원을 선급금 총당의 대상이 되는 미지급 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 약정'은 체결된 바 없다.

③ 오히려 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호에서는 '보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정 등으로 미정산 선급금에 총당되지 못해 감소하지 못한 보증금은 지급하지 않는다'고 정하여, 원고가 C의 재하수급인들에게 재하도급대금을 직접 지급하는 경우에도 선급금 반환 사유 발생 이후 C의 선급금반환채무의 정산 방법, 즉 "C의 선급금반환채무 = C이 원고에게 반환하여야 할 선급금 - 원고가 C에게 지급하여야 할 기성공사대금" 및 위와 같은 정산시 선급금의 총당대상이 되는 기성공사대금의 내역은 달라지지 않음을 분명히 하고 있고, 이 사건 직불합의는 위 조항에서 정한 '약정'에 해당한다.

④ 원고는 이 사건 보증계약 제9조 제1항 제6호가 하도급법 제14조 또는 약관의 규제에 관한 법률 제7조 제2호, 제11조 제3호, 제6조 제2항 제1, 2호에 반하여 고객에게 부당하게 불리하거나, 계약의 본질적 권리를 제한하는 규정으로 무효라는 취지로도 주장하나, 위 규정을 앞서 본 법리를 통해 알 수 있는 선급금반환채무에 관한 원칙적인 정산 방법 및 보증·보험의 일반 법리를 확인하는 규정으로 해석할 수 있는 이상, 위 규정이 하도급법 또는 약관의 규제에 관한 법률에 위반되는 규정이라고 볼 수는 없다.

나) 한편 이 사건 보증계약에 기한 보증책임의 유무와 범위는 이 사건 보증계약 체결일 당시를 기준으로 하여야 할 것인데, 이 사건 보증계약 체결일이 2016. 11. 8. 및 2017. 3. 27.인 사실은 앞서 보았다.

다) 앞서 본 각 법리와 이 사건 보증계약(제1조 제3항, 제9조 제1항 제6호)의 내용 등 위 인정사실을 종합할 때, 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 직불합의 또는 직접지급사유 발생 무렵(2017. 11. 17.)에 그 공사대금 상당이 지급된 것으로 본다고 하더라도, 이 사건 직불합의 또는 직접지급사유의 발생은 이 사건 보증계약 체결 이후에 비로소 이루어졌고 위 합의에서 원고가 미지급 기성공사대금을 C의 재하수급인들에게 직접 지급하기로 하는 공사대금 지급에 관한 사항만을 정하고 있을 뿐 C의

선급금 반환에 관하여는 이를 따로 언급하고 있지 않다는 점에서 원고가 직불한 공사대금을 선급금의 총당대상이 되는 기성공사대금에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 선급금반환채무에 관한 예외적 정산약정이 있었음을 인정할 증거도 없다. 뿐만 아니라 이 사건 직불합의 또는 직접지급사유의 발생은 이 사건 보증계약 체결 이후 미정산 선급금으로 당연히 총당되는 미지급 기성공사대금을 소멸시켜 피고의 보증책임을 가중시키게 되므로, 위 직불합의 또는 직접지급사유의 발생으로 원고가 피고에게 대항할 수는 없다. 따라서 원고로서는 보증인인 피고에게, 위 직불합의 또는 직접지급사유 관련 지급 공사대금 317,680,000원이 C의 선급금반환채무 정산시, 선급금의 총당대상이 되는 기성공사대금의 내역에 포함되지 않는다고 주장할 수 없다.

라) 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

4. 결론

그러므로 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이오영

판사서효성

판사이지희

1) 원고는 C에게 토공사(이 사건 하도급계약상 공사) 이외에도, 철근콘크리트공사 또한 하도급 주었다.

2) 위 "일부 재하수급인들"이란, C이 2017. 11. 24. 직불요청을 하면서 첨부한 '직불요청금액 현황자료(갑 제6호증의 3=갑 제32호증)에서, 8월 및 9월분 하도급대금 중 1회분만이 지급되지 않은 것으로 기재되어 있는 재하수급인들, 즉 "I(57,000,000원), J(4,331,250원), K(946,000원), L(473,000원), M(1,100,000원), N(9,630,500원), O(1,980,000원), P(3,300,000원), Q(407,000원), K(1,271,875원), R(457,875원), S조합(1,678,875원), K(407,000원), T(2,838,000원), U(165,000원), V(770,000원)"은 제외한 나머지 재하수급인들을 말한다.

3) 원고는 위 금액을 231,123,625원이라고 주장하나(2021. 6. 1.자 준비서면 11쪽), 317,680,000원에서 위 I외 15개 재하수급인들에게 지급된 금원 합계 86,756,375원을 제하면,

230,923,625원(= 317,680,000원 - 86,756,375원)인바, 계산상 착오에서 비롯된 것으로 보이는
원고의 '예비적 주장'을 위와 같이 정리한다.