

서울중앙지방법원 2023. 4. 21 선고 2020가합577483 판결 [선급금보증금 청구의 소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 에이프로

담당변호사 박덕희

피고B 주식회사

소송대리인 법무법인 기풍

담당변호사 송명근

변론 종결 2023. 3. 24.

판결 선고 2023. 4. 21.

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 285,330,000원 및 이에 대하여 2019. 2. 7.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2015. 6. 11. 주식회사 C(이하 'C'이라 한다¹⁾)과 사이에, 원고가 C에게 D 공사 중 2구간 토공 및 구조물공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 도급금액 25,597,000,000원(부가가치세 포함, 이하 같다), 공사기간 2015. 6. 11.부터 2018. 12. 3.까지, 선급금 749,640,000원(이하 '이 사건 선급금'이라 한다)으로 정하여 도급하기로 하는 내용의 공사계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. C은, 피고와 사이에 C이 이 사건 도급계약에 따라 원고에 대하여 부담하는 선급금반환채무를 피고가 보험가입금액 749,640,000원의 범위 내에서 보증하기로 하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하였고, 2018. 7. 6. 원고에게 선급금 사용에 대한 각서(이하 '이 사건 선급금 사용에 대한 각서'라 한다)와 피고의 2018. 7. 4.자 이행(선급금)보증보험증권(이하 '이 사건 선급금 지급보증서'라 한다) 등을 제출하며 잔존 선급금을 청구하였으며, 원고는 2018. 7. 17. C에게 위 선급금을 지급하였다.

다. 이 사건 도급계약, 선급금 사용에 대한 각서 및 이 사건 선급금 지급보증서상 선급금 반환과 관련한 내용은 다음과 같다.

[이 사건 도급계약]

건설공사 하도급 계약조건 제22조(선급금)

① 원고는 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 C에게 지급한다.

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

선급금 정산액 = 선급금액 × 기성부분의 대가 상당액 / 계약금액

[이 사건 선급금 사용에 대한 각서]

4. 선급금의 반환청구 및 재지급

가. 계약을 해제 또는 해지하는 경우, 선급금²⁾ 지급 조건을 위배한 경우, 사고이월 등으로 반환이 불가피하다고 인정하는 경우, 정당한 사유없이 선급금 수령일로부터 15일 이내에 공동수급체 구성원

또는 하도급업자에게 선급금을 배분하지 않는 경우에는 원고가 반환을 청구한 경우 즉시 반환한다.
나. 반환청구시 기성부분에 대한 미지급 금액이 있는 경우에는 선급금 잔액을 그 미지급 금액에 우선적으로 충당하도록 하겠음

5. 선급금을 수령할 때에는 선급금지급보증서를 제출하겠으며 준공기한이 연장될 경우 원고의 결정에 따라 보증기간을 연장조치하겠음.

[이 사건 선급금 지급보증서]

보험계약자: C

피보험자: 원고

보험가입금액: 749,640,000원

보험기간: 2018. 7. 3.부터 2018. 12. 3.까지(154일간)

보증내용: 건설공사계약에 따른 선급금 지급보증

특기사항: 보험기간 개시 이후 지급예정인 선급금을 담보함

라. C은 2018. 11. 5. 35회(2018. 9.분) 기성금 509,300,000원 중 선급금 76,395,000원으로 충당하고 남은 432,905,000원의 공사대금채권을 C의 근로자대표 G에게 양도(이하 '이 사건 채권양도'라 한다)하는 내용의 채권양도양수계약을 체결하였고, 2018. 11. 6. 원고에게 위 채권양도사실을 내용증명 우편으로 통지하였다.

마. C이 경영난으로 노임, 자재비, 중기비 등을 채권자들에게 지급하지 않아 이 사건 공사가 제대로 진행되지 않자, 원고는 2018. 11. 12.경부터 C에게 미지급 채무의 변제 및 이 사건 도급계약의 이행을 최고하면서 불이행시 계약을 해지할 예정이라고 통보하였다. C은 위 사항을 이행하지 않았고, 원고는 2018. 11. 27. C에게 잔존 선급금 보증금 청구 등을 진행하겠다는 취지의, 2018. 12. 3. 계약 위반 등을 이유로 이 사건 도급계약 제25조 제1항에 따라 계약을 해지하겠다는 취지의 각 의사표시를 내용증명 우편으로 하였다.

바. 이 사건 도급계약 해지 당시 잔존 선급금은 285,330,000원(이하 '이 사건 잔존 선급금'이라 한다)이고, 원고가 C에 미지급한 공사대금은 원고가 이 사건 채권양도를 이유로 지급을 거부한 432,905,000원(이하 '이 사건 미지급 공사대금'이라 한다)이다.

사. 원고는 2018. 12. 6. 피고에게 이 사건 잔존 선급금에 대한 보증금 지급을 청구하였고, 피고는 2019. 2. 7. C의 원고에 대한 이 사건 미지급 공사대금채권으로 원고의 C에 대한 잔존 선급금 반환채권과 상계하면 남는 선급금이 없으므로 지급할 보증금도 없다는 취지로 회신하였다.

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

2. 당사자들의 주장 요지 및 이 사건의 쟁점

가. 원고의 주장 요지

원고가 C에게 이 사건 선급금을 지급한 이후 이 사건 도급계약이 중도에 해지되었으므로 C은 원고에게 위 계약 해지 당시의 잔존 선급금을 반환할 의무가 있고, 피고는 C의 선급금반환 채무를 보증하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 선급금 지급보증서 보험가입금액 범위 내에 있는 이 사건 잔존 선급금 285,330,000원을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장 요지

선급금은 미리 지급된 공사대금의 일부로서 성질상 선급금 반환사유가 발생한 경우 별도의 상계의사표시 없이 미지급 공사대금에서 당연충당되는 것인바, 이 사건 잔존 선급금 285,330,000원은 이 사건 도급계약 해지 시점에 별도의 상계 의사표시 없이 미지급 공사대금 432,905,000원에 우선적으로 충당되어 전부 소멸하였으므로, 피고는 원고에 대한 선급금 보증금 지급의무가 없다.

다. 피고의 주장에 대한 원고의 반론 요지

1) 원고가 C에 대해 보유하는 이 사건 도급계약 위반 등으로 인한 손해배상채권 4,708,838,180원³⁾과 피고의 원고에 대한 위 공사대금채권 432,905,000원은 공사대금채권의 발생일인 2018. 11. 5. 상계적상에 있었고, 원고의 피고에 대한 상계의 의사표시에 의하여 이 사건 미지급 공사대금채권은 위 상계적상일에 소급하여 전부 소멸하였다. 그리고 위 상계적상일은 이 사건 잔존 선급금 반환의무 발생일, 즉 이 사건 도급계약 해지일보다 앞선다. 따라서 이 사건 잔존 선급금에서 충당할 미지급 공사대금이 존재하지 않는다.

2) 이 사건 채권양도가 유효하다면⁴⁾ C의 원고에 대한 미지급 공사대금채권이 존재하지 않을 뿐만

아니라, 채권양도의 양수인이 이 사건 미지급 공사대금채권에 관하여 2019. 4. 15. 채권압류 및 추심명령(인천지방법원 2019타채508781호, 이하 '이 사건 채권압류 및 추심명령'이라 한다)을 받았고, 2019. 5. 21. C에게 그 결정이 송달되었으므로, 이 사건 잔존 선급금에서 위 미지급 공사대금을 공제할 수 없다.

라. 이 사건의 쟁점

이 사건 도급계약의 해지로 2018. 12. 3. C의 이 사건 잔존 선급금 반환의무가 발생하였고 원고가 2018. 12. 6. 피고에게 위와 같은 이유로 이 사건 잔존 선급금에 대한 보증금 지급을 청구한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 위 보증금을 지급할 의무가 있다. 따라서 이 사건의 쟁점은 ① 이 사건 잔존 선급금이 이 사건 미지급 공사대금에 충당되어 전부 소멸하였다는 피고의 항변이 이유 있는지, 이에 대한 원고의 반박으로, ② 위 미지급 공사대금채권이 원고의 손해배상채권과의 상계로 전부 소멸되어 이 사건 잔존 선급금으로 충당할 미지급 공사대금이 존재하지 않는다고 보아야 하는지, ③ 이 사건 미지급 공사대금채권에 대해 이 사건 채권양도, 채권압류 및 추심명령이 이루어진 이상 이 사건 잔존 선급금에서 위 공사대금을 공제할 수 없다고 보아야 하는지 여부이다. 이하 항을 나누어 위 쟁점들에 대해 차례대로 살펴보기로 한다.

3. 이 사건 쟁점에 대한 판단

가. 이 사건 잔존 선급금이 이 사건 미지급 공사대금에 충당되어 전부 소멸하였는지 여부

1) 관련 법리 공사도급계약시 수수되는 선급금은 선급 공사대금의 성질을 가지므로, 선급금을 지급한 후 도급계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하면, 특별한 사정이 없는 한 선급금은 별도로 상계의 의사표시를 하지 않아도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당된다. 다만 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증하는 것이므로 그 보증금 지급사유의 발생과 범위는 보증의 대상인 도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 하고, 따라서 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다. "선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 [선급금 정산액 = 선급금액 × 기성부분의 대가 상당액 / 계약금액]의 산식에 의하여 산출된 금액으로 정산한다."라고 규정한 도급계약조항은 하도급계약이

존속하는 동안 기성부분의 대가를 지급할 경우의 선급금 정산 방식을 규정한 것에 불과할 뿐 하도급계약 해제 시에 적용되는 선급금에 대한 예외적 정산약정으로 볼 수는 없으므로, 위 규정에도 불구하고 하도급계약 해제 시까지 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 충당된다(대법원 2017. 3. 9. 선고 2014다35730 판결 참조).

2) 판단 이 사건 도급계약에 의하면 '선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 [선급금 정산액 = 선급금액 × 기성부분의 대가 상당액 / 계약금액]의 산식에 의하여 산출된 금액으로 정산한다'라고 규정되어 있는 사실(건설공사 하도급 계약조건 제22조 제5항), 이 사건 선급금 사용에 대한 각서 제4항의 가. 및 나.에 의하면 C은 이 사건 도급계약 해지 시 잔존 선급금을 미지급 공사대금에 우선적으로 충당한 후 잔여금을 반환해야 하는 사실, 피고는 이러한 C의 선급금 반환채무를 보증한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 도급계약이 해지되는 등의 사유로 C이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생할 경우, 이 사건 선급금은 별도의 상계의 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당되는 것으로 해석된다. 따라서 이 사건 잔존 선급금 반환 사유가 발생한 시점, 즉 이 사건 도급계약의 해지일 2018. 12. 3.에 이 사건 잔존 선급금 285,330,000원은 이 사건 미지급 공사대금 432,905,000원에 우선적으로 충당되어 전부 소멸하였으므로, 피고는 원고에 대한 선급금 보증금 지급의무가 없고, 이를 지적하는 피고의 항변은 이유 있다.

나. 이 사건 미지급 공사대금채권이 상계로 전부 소멸되어 이 사건 잔존 선급금으로 충당할 미지급 공사대금이 존재하지 않는지 여부

1) 관련 법리 가) 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증할 뿐 하자보수보증금까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 선급금보증계약상의 보험금을 산정함에 있어서는 하자보수보증금을 공제하지 아니한 미지급 기성대금을 선급금에서 공제하여야 한다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다10376 판결 참조).

나) 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계할 수 있는 이른바 상계적상에 있다 하더라도 별도의 의사표시 없이 상계된 것으로 한다는 특약이 없는 한 그 자체만으로 상계로 인한 채무 소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무 소멸의 효력이 생긴다(대법원

2016. 5. 12. 선고 2015다212534 판결 참조).

다) 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결 참조). 이러한 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한, 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있는 것이다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다고 할 것이다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결 참조).

2) 판단 가) 갑 제16호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, C 파산관재인이 원고를 상대로 제기한 공사대금청구소송(이하 '관련소송'이라 한다)에서 원고가 C에 대한 손해배상채권을 자동채권으로 한 상계의 의사표시를 담은 준비서면을 제출하였고, 위 준비서면이 2022. 11. 16. 무렵 C 파산관재인에게 도달한 사실이 인정된다. 그러나 앞서 본 사실, 갑 제1, 6, 11호증의 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실과 그로부터 추론되는 사정에 비추어 보면, 이 사건 미지급 공사대금채권은 원고의 상계의 의사표시가 있을 때까지 존재하였다고 할 수 없고, 이 사건 잔존 선급금으로 충당되어 전부 소멸하였으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 도급계약, 보증계약, 선급금 사용에 대한 각서, 선급금 지급보증서상 원고의 C에 대한 손해배상채권을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 하였다고 볼 아무런 근거가 없다.

② 이 사건 도급계약 당시 C은 원고에게 이 사건 도급계약 및 하자보수의무의 이행을 담보하기 위해 이 사건 선급금 지급보증서와 별개로 계약이행보증서 및 하자보수보증서를 각 교부하기로 약정하였고 위와 같은 약정에 따라 H공제조합으로부터 계약이행보증서를 발행받아 원고에게 이를 교부하였으며, 원고는 2020. 9. 1. 이 사건 도급계약의 해제에 따른 손해에 대하여 H공제조합을 상대로 위 계약이행보증서에 기한 이행보증금 청구의 소(서울중앙지방법원 2020가합577445호)를 제기하였다. 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증할 뿐 계약이행보증금이나 하자보수보증금까지 담보한다고 볼 수 없고, 실제로 위와 같이 원고, C 및 피고를 포함한 보증사업자들이 이 사건 선급금 지급보증서, 계약이행보증서, 하자보수보증서를 각 발급, 교부함으로써 담보하기로 한 위험을 구분하였는바, 만약 선급금으로 총당되는 기성공사대금의 내역에서 손해배상채권을 제외하게 되면 결과적으로 선급금보증사업자인 피고로 하여금 선급금에 대한 보증책임을 인수하는 외에 C의 계약이행 및 하자보수이행에 대한 보증책임까지 인수하게 하는 것과 유사한 결과에 이르게 되고, 위와 같은 결과는 이 사건 보증계약의 취지에 비추어 용인될 수 없다.

③ 수급인의 선급금 반환채무와 도급인의 기성공사대금채무는 상호 고도의 견련관계를 가진 것으로서 미정산 선급금에 관하여 당초부터 예정되어 있던 피고의 당연총당의 항변권을 보호할 필요가 있다. 만약 선급금 총당에 관한 법률관계를 원고가 주장하는 대로 정하고자 하였다면, 원고로서는 C과 이 사건 도급계약 체결 시 원고의 C에 대한 손해배상채권이 미정산 선급금의 당연총당보다 우선하도록 예외적 정산약정을 체결할 수 있었다고 보이고, 피고로서도 그와 같은 예외적 정산약정이 있는 경우라면 해당 선급금 지급보증서가 사실상 계약이행보증 또는 하자보수보증의 위험도 수반하게 되는 점을 고려하여 보증수수료를 달리하여 보증계약을 체결할 수 있었을 것인바, 이와 같이 원고가 위험을 회피할 수 있는 수단이 있었던 이상 원고의 C에 대한 손해배상채권을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하지 않는다고 보아도

특별히 원고에게 부당하다고 보이지 않는다.

④ 원고의 C에 대한 손해배상채권과 C의 원고에 대한 이 사건 미지급 공사대금채권이 C이 이 사건 도급계약상의 채무를 불이행한 2018. 11. 12.경에는 모두 이행기에 이르러 상계적상에 있었다고 할지라도 원고의 상계의 의사표시가 있기 전인 2018. 12. 3. 이 사건 미지급 공사대금은 이 사건 잔존 선급금으로 충당되어 대등액에서 이미 소멸하였는바, 원고가 당시 미지급 공사대금채권과 상계할 수 있는 반대채권을 가지고 있었더라도 그전에 상계의 의사표시를 하였다거나 별도의 의사표시가 없더라도 상계하기로 하는 특약을 체결하였다고 볼 아무런 증거가 없는 이상, 이미 소멸한 미지급 공사대금채권을 수동채권으로 하여 다시 상계할 수는 없다고 할 것이다.

나) 원고는 2023. 1. 31. 관련소송에서 '원고의 C에 대한 미지급 공사대금채권이 432,905,000원, C의 원고에 대한 하자보수비용 채권이 563,842,721원이고, 위 각 채권을 대등액에서 상계하면 원고의 C에 대한 공사대금 채권은 존재하지 않음을 확인한다'는 내용의 화해권고결정을 내려졌고, 당사자들이 이의를 제기하지 않아 위 결정이 2023. 2. 16. 확정되었으므로, 선급금에 충당될 공사대금채권이 상계로 소멸되어 부존재한다고 주장한다. 그러나 위에서 본 것처럼, 이 사건 잔존 선급금은 2018. 12. 3. 이 사건 미지급 공사대금에 충당되어 전부 소멸하였고, 그에 따라 선급금 반환의무를 보증대상으로 한 피고의 보증금반환채무도 부종성에 따라 소멸하였다고 할 것인바, 비록 그 이후에 C이 관련소송에서 이 사건 잔존 선급금이 이 사건 미지급 공사대금에 충당되지 아니한 것으로 취급하여 여전히 이 사건 미지급 공사대금채권이 존재하는 것을 전제로 위와 같이 원고의 손해배상채권과 상계하는 것으로 처리하였다고 하더라도 이미 소멸한 채권 부분에 대한 상계의 효과가 소급해서 생길 수는 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다) 한편, 원고는 원고의 손해배상채권과 C의 미지급 공사대금채권은 서로 동시이행관계에 있었는바, 공사대금채권에 붙은 동시이행항변권을 상실시키는 당연충당의 법리를 인정할 수 없다는 취지의 주장도 한다. 도급계약에서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고(민법 제667조 제1항), 하자의 보수를 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있으며(같은 조 제2항) 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이나(대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결, 대법원

1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결 등 참조), 앞에서 본 바와 같이 공사도급계약에서 수수되는 선급금은 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 것으로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고 따라서 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. 따라서 도급인의 공사대금지급의무는, 도급계약이 해제 또는 해지되는 경우에 선급금으로 해제시까지 생긴 공사대금에 충당한 나머지 금액에 관하여서만 수급인의 손해배상의무와 서로 동시이행의 관계에 있다고 봄이 타당하고, 원고가 구하는 이 사건 잔존 선급금에 대하여 이 사건 미지급 공사대금으로 먼저 충당되고 남은 금액에 한하여 인용되어야 한다는 취지의 피고의 위 주장이 허용될 수 없다고 볼 것은 아니다. 따라서 이 부분 원고의 주장도 받아들이지 아니한다.

다. 이 사건 채권양도, 채권압류 및 추심명령으로 인해 이 사건 잔존 선급금에서 이 사건 미지급 공사대금을 공제할 수 없다고 보아야 하는지 여부

1) 관련 법리 가) 약관의 규정이나 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 건설공제조합에 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 충당대상이 되는 기성공사대금에서 제외하기로 함으로써 건설공제조합의 보증책임이 가중되는 결과가 초래된다면 적어도 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다201179 판결 참조).

나) 수급인의 공사대금채권 중 일부에 관하여 압류 및 추심명령이 있었으나, 이는 추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 부여한 것일 뿐, 그것만으로는 도급인이 수급인에게 지급하여야 하는 미지급 기성금 채무가 소멸하는 것이 아니므로, 위와 같은 사정은 보증범위에 영향을 미칠 수 없고, 압류금액을 선급금의 공제대상인 미지급 기성금에서 제외하여선

아니 된다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다74110 판결의 취지 참조).

2) 판단 앞서 본 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실과 그로부터 추론되는 사정, 즉 ① 이 사건 보증계약의 보증책임의 유무 및 범위는 계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로 판단하여야 하는데, 보증계약이 체결된 후 수급인이 제3자에게 도급인에 대한 공사대금채권을 양도함으로써 선급금 총당대상이 되는 기성공사대금에서 제외할 경우 피고의 보증책임이 가중되는 결과가 초래되므로, 이 사건 미지급 공사대금은 이 사건 채권양도에도 불구하고 이 사건 잔존 선급금으로 총당된다고 보아야 하는 점, ② 이 사건 도급계약상 공사대금채권의 양도가 원칙적으로 금지되어 있는 점(건설공사 하도급 계약조건 제6조 제1항)까지 고려하면 피고는 이 사건 보증계약 체결 당시 C의 공사대금채권이 양도되어 선급금 총당대상이 되는 기성공사대금에서 제외될 가능성을 고려하지 않았을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 채권압류 및 추심명령은 단지 이 사건 채권양도의 양수인에게 이 사건 미지급 공사대금채권을 추심할 권능을 부여한 것일 뿐이므로 압류된 채권액을 선급금의 공제대상인 미지급 기성금에서 제외하여선 아니 되는 점, ④ 나아가 이 사건 채권압류 및 추심명령이 내려진 2019. 4. 15. 이전인 2018. 12. 3.에 이미 이 사건 잔존 선급금이 이 사건 미지급 공사대금에 총당되어 전부 소멸된 점 등을 종합하면, 이 사건 채권양도, 채권압류 및 추심명령으로 인해 이 사건 잔존 선급금에서 이 사건 미지급 공사대금을 공제할 수 없다는 원고의 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서 이 사건 잔존 선급금 285,330,000원은 이 사건 도급계약 해지 시점에 별도의 상계 의사표시 없이 미지급 공사대금 432,905,000원에 우선적으로 총당되어 전부 소멸하였으므로, 원고에 대한 선급금 보증금 지급의무가 없다는 피고의 항변은 이유 있고, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 사건 청구는 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장판사손승온

판사이강민

판사오정훈

- 1) C은 2019. 1. 15. 인천지방법원 2018회합30 회생절차개시결정으로 회생절차가 개시된 후 기존 대표이사 E이 관리인으로 간주되었고, 2019. 7. 6. 인천지방법원 2018회합30 회생절차폐지결정으로 위 절차가 폐지되었으며, 2019. 8. 20. 인천지방법원 2019하합103 파산선고를 받고 F가 파산관재인으로 선임되었다. 이하 C, 회생채무자 주식회사 C의 관리인 E, 파산채무자 주식회사 C의 파산관재인 F를 총칭하여 'C'이라 한다.
- 2) 위 각서에는 "선금"이라고 기재되어 있으나 "선급금"과 동일한 의미로 사용되고 있다.
- 3) 원고는 2023. 4. 7.자 참고서면에서 위 손해배상채권액이 5,548,984,152원이라고 주장하는데, 주장하는 금액 모두 미지급 공사대금채권을 초과하므로 결론에 영향이 없다.
- 4) 원고는 이 사건 채권양도가 이 사건 도급계약상 양도금지특약에 반하여 무효라며, 이 사건 미지급 공사대금채권이 여전히 원고의 C에 대한 손해배상채권과 동시이행관계에 있었고, 원고의 위 손해배상채권을 자동채권으로 한 상계의 의사표시에 의해 이 사건 미지급 공사대금채권이 상계적상일에 소급하여 전액 소멸하였다고 주장한다. 이는 사실상 위 2의 다. 1) 주장과 동일하므로 추가로 살피지 않는다.