

판시사항

- [1] 공동수급체의 각 구성원이 발주자에게 부담하는 연대책임의 범위에선급금 반환채무가 포함되지 아니하는 경우
- [2] 동일한 선급금 반환채무에 관하여 보증계약 외에 별도로 다른보증보험계약이 체결된 경우, 그것만으로 보증인의 보증채권자에 대한 보증금지급책임이 다른 보험자의 보험계약상의 보험금지급의무에 의하여 제한되는지여부(소극)
- [3] 공사도급계약의 해제 또는 해지 등으로 수급인이 도중에 선급금을반환하여야 할 경우, 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 기성공사대금에당연히 충당되는지 여부(적극) 및 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의내역을 산정하는 기준

판결요지

- [1] 공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보 방법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건◆◆◇조합의 지급보증서 등 그

담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면, 공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원으로서 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다.

[2] 도급인과 사이에 도급계약을 체결하면서 선급금을 수령한 수급인이 어느 보증인과 사이에 그 선급금 반환채무의 보증에 관한 보증계약을 체결하고 이와 별도로 다른 보험자와 사이에 그 선급금 반환채무에 관한 보증보험계약을 체결하였다고 하여 특별한 약정이 없는 한 그러한 사정만으로 보증인이 보증채권자에게 지급하여야 할 보증금이 다른 보험자의 보험계약상의 보험금 지급의무에 의하여 제한되는 것은 아니다.

[3] 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 충당되고, 다만 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증하는 것이므로 그 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 할 것이므로 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다.

참 조 조 문

[1] 민법 제105조, 제413조

[2] 민법 제428조, 제429조

[3] 민법 제105조, 제492조, 제664조

재판경과

서울고등법원 2005. 5. 6 선고 2004나88201 판결

대법원 2004. 11. 26 선고 2002다68362, 판결

서울고등법원 2002. 10. 30 선고 2001나6857 판결

서울중앙지방법원 2000. 11. 21 선고 2000가합17747 판결

참조판례

[1] 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다61623 판결(1984,520)대법원 2002. 8. 23. 선고

2001다14337 판결대법원 2004. 7. 8. 선고2004다12561 판결

[3] 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결(1988,189)대법원 2003. 9. 23. 선고

2001다49395 판결대법원 2004. 6. 10. 선고2003다69713 판결

따름판례

대법원 2014. 1. 23 선고 2013다214437 판결, 대법원 2010. 7. 8 선고 2010다9597 판결,

대법원 2010. 5. 13 선고 2007다31211 판결

전문

【원고, 상고인 겸 피상고인】충■남도

(소송대리인 변호사 한@희)

【피고, 피상고인 겸 상고인】 건◆◆◇조합

(소송대리인 변호사 임▼철)

【피고보조참가인】 창덕이앤씨

【원심판결】 서울고법 2002. 10. 30. 선고 2001나6857 판결

주 문

원심판결 중 원고 패소 부분 및 지연손해금에 관한 피고 패소 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고의 나머지 상고를 기각한다.

이 유

1. 피고 및 피고보조참가인의 상고이유를 판단한다.

가. 상고이유 제1점 및 제3점, 제4점에 대하여 공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보 방법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건◆◆◇조합의 지급보증서 등 그 담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면,

공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원로서는 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다고 할 것이다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다61623 판결, 2002. 8. 23. 선고 2001다14337 판결 등 참조). 원심은, 그 채택 증거에 의하여 원고가 소외 삼지종합건설 주식회사(이하 '삼지종건'이라 한다)와 유한회사 명지종합건설(이하 '명지종건'이라 한다) 및 주식회사 대진종합건설(이하 '대진종건'이라 한다)로 구성된 공동수급체에게 3차례에 걸쳐 ○○고등학교 교사 이전공사를 도급주었고, 위 각 도급계약은 '공동이행방식'의 공동도급계약으로서 그 대표자로 삼지종건이 선정된 사실, 삼지종건은 원고에게 선급금의 지급을 요청한 반면 명지종건과 대진종건은 선급금을 수령하지 않겠다고 하였으며, 이러한 요청에 따라 원고는 삼지종건에 대해서만 선급금을 지급한 사실, 삼지종건은 선급금에 대한 담보방법으로 피고 및 대한보증보험 주식회사와 선급금보증보험계약을 체결하고 그들 발행의 선급금보증서를 원고에게 제출한 사실, 그런데 공동수급체 중 대진종건이 부도로 탈퇴한 데 이어 삼지종건마저 부도를 내고 원고에게 공사포기원을 제출하자, 원고는 1998. 9. 23. 공동수급체와의 계약을 사실상 해지하고, 새로이 명지종건에게 위 공사를 도급을 주었고, 이에 따라 원 · 피고 및 삼지종건, 명지종건, 대한보증보험 주식회사 등은 같은 달 25. 위 공사에 관한 타절기성검사를 마친 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 기초하여 삼지종건이 원고에 대하여 선급금 반환채무를 부담한다고 판단하는 한편, 선급금과 공사대금은 공동수급체의 각 구성원별로 따로 정산되어야 할 것이므로 명지종건과 대진종건은 특별한 사정이 없는 한 삼지종건의 선급금 반환채무에 관하여 책임을 부담하지 않는다고 판단하여 피고 및 피고보조참가인의 주장, 즉 공동수급체 구성원은 연대하여 원고에 대하여 선급금 반환채무를 부담한다 할 것이므로 공동수급체의 선급금 반환채무는 공동수급체의 구성원 전원이 수행한 공사에 따른 기성대금채권과 정산되어야 할 것이어서 명지종건과 대진종건의 기성공사대금채권으로도 삼지종건의 선급금 반환채무에 정산하여야 한다는 취지의 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 심리미진, 선급금지급의 효력에 관한 법리오해, 신의칙 등에 대한 석명권을 행사하지 아니하였다는 등의 위법이

있다고 할 수 없다.

나. 상고이유 제2점에 대하여 도급인과 사이에 도급계약을 체결하면서 선급금을 수령한 수급인이 어느 보증인과 사이에 그 선급금 반환채무의 보증에 관한 보증계약을 체결하고 이와 별도로 다른 보험자와 사이에 그 선급금 반환채무에 관한 보증보험계약을 체결하였다고 하여 특별한 약정이 없는 한 그러한 사정만으로 보증인이 보증채권자에게 지급하여야 할 보증금이 다른 보험자의 보험계약상의 보험금 지급의무에 의하여 제한되는 것은 아니라고 할 것이다.

기록에 의하면, 피고는 삼지종건과 선급금 보증계약을 체결하면서 그 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 삼지종건이 보증채권자인 원고에게 반환하여야 할 선금해당액을 보증하기로 약정하였을 뿐, 위 보증계약상의 보증금과 삼지종건이 대한보증보험 주식회사와 사이에 체결된 보증보험계약상의 보험가입금액과의 비율에 따라 책임을 분담하기로 약정한 것으로는 인정되지 않으므로, 원심이 위 법리에 따라 삼지종건의 보증인인 피고는 원고에 대하여 그 보증금액을 넘지 않는 범위 내에서 삼지종건과 동일한 선급금 반환의무를 진다고 전제한 다음, 삼지종건이 원고에게 반환하여야 할 선급금을 산정한 후 이 금액에서 피고 및 대한보증보험 주식회사가 원고에게 이미 지급한 보증금 및 보증보험금을 공제한 나머지 선급금의 반환채무가 피고에게 있다고 한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 선급금 반환채무의 법리를 오해하여 선급금 반환범위의 산정을 잘못하였거나 심리를 미진한 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

지연손해금 부분에 대한 직권 판단 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 비율' 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 원심이 인용한 금원에 대하여 이 사건 도급계약 해지일인 1998. 9. 23.부터 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 약정이율인

연 11.5%의, 그 다음날부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 원심은 위 개정 전의 법률을 적용하여 원심판결 선고일 이후 연 25%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하고 있으므로, 이러한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

2. 원고의 상고이유를 판단한다.

원심은, 선급금을 기성고의 일부에 충당하기에 앞서 원고가 하도급 공사대금으로 하수급업자들에게 직불하여야 할 139,609,600원을 제2차 공사에 대한 타절기성고 447,524,000원에서 먼저 공제한 후 남은 기성금액과 선급금을 정산하여야 한다는 원고의 주장에 대하여, 원래 선급금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자금 확보, 노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여, 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 선급 공사대금이며, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 선급 공사대금이라는 점에 비추어, 선금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되거나 선급금 조건을 위반하는 등의 사유로 중도에 선금을 반환하게 되었다면 선금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 하도급을 주었는지 여부를 불문하고 선금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당되고 그래도 공사대금이 남는다면, 그 금액만을 지급하면 되는 것이고, 거꾸로 선금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선금에 관하여 도급인이 반환채권을 가지게 된다고 보는 것이 선급금의 성질에 비추어 타당하다 할 것이라는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

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 것은 원심이 판단한 바와 같다.

다만, 선금금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선금금 반환채무의 이행을 보증하는 것이므로 그 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 할 것이므로 선금금의 총당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 할 것이다.

이 사건의 경우 기록에 의하면, 원고와 삼지중건 사이의 이 사건 제2차 공사에 관한 도급계약 중 공사계약일반조건 제43조 제1항은 "계약담당공무원은 계약상대자가 파산, 부도 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우 등에는 제42조 제1항의 규정에 의하여 승인 또는 통보받은 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 대가지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 하수급인에게 직접 지급하여야 한다."고 규정하고 있고, 제44조 제5항은 "제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산 잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다.

이 경우 계약담당공무원은 상환할 금액과 기성 부분의 대가를 상계할 수 있다.

다만, 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 경우에는 하도급대가의 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다."고 규정하고 있는바, 위 약정에 의하면, 원고가 공사계약일반조건 제43조 제1항에 따라 하수급인에게 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 하도급대금을 직접 지급하는 경우에는 그 대금을 지급한 후 기성고에 해당하는 공사대금의 잔액이 있으면 미정산 선금금과 이를 상계할 수 있다고 보아야 할 것이고, 한편 공사계약특수조건 제6조가 원용한 선금지급요령 제6조 제3항이 "제1항 및 제2항의 규정에 의한 반환청구시 기성 부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금 잔액을 그 미지급액에 우선적으로 총당하여야 한다."고 규정하고 있기는 하나, 이는 선금금이 그 성질상 기본적으로 기성공사대금에 총당되어야 함을 확인한 일반적 규정에 불과할 뿐, 위 공사계약일반조건 제44조 제5항의 규정을 배제하려는 의도하에 선금금에 의하여 총당되는 기성공사대금의 내역에 예외 없이 하도급대금이 포함되는 것으로 규정한 것으로는 보이지 않는다.

또한, 삼지중건과 피고 사이의 보증계약 중 선금금보증약관 제3조는 "이 경우 채무자가 이행한

공사에 관한 미지급 기성금이 있을 때에는 그 미지급 기성금을 공제한 금액으로 합니다.

다만, 국가를당사자로하는계약에관한법률에 의거하여 체결된 공사계약인 때에는 관련 법령이 정하는 바에 따릅니다."고 규정되어 있어, 보증인인 피고도 이 사건 도급계약 중 공사계약일반조건 제44조 제5항의 규정에 따라 선급금이 정산되는 것을 전제로 그 미정산 선급금의 반환채무를 보증한 것으로 보인다{갑 제10호증의 2(피고가 원고에게 보낸 공문)의 기재에 의하면, 원 · 피고 사이에 선급금 정산 방법에 관한 극심한 의견 대립이 있는 과정에서도 하도급대금의 직불과 관련하여서는 피고도 원고의 주장을 인정하였던 것으로 보인다}. 그렇다면 원심으로서, 제2차 공사에 대한 타절기성고 중 원고 주장의 하도급 공사대금이 과연 위 공사계약일반조건 제43조 제1항의 규정에 따라 원고가 하수급업자들에게 직접 지급하여야 하는 금원인지 여부를 심리하고, 이를 토대로 앞서 본 선급금 정산 방법에 관한 이 사건 도급계약에 따라 삼지종건이 원고에게 반환하여야 할 선급금의 범위를 산정하였어야 함에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 삼지종건의 미정산 선급금에 의하여 총당되는 기성공사대금에서 원고가 하수급업자들에게 직불하는 공사대금이 공제되어야 한다는 원고의 주장을 배척하였는바, 이러한 원심판결에는 선급금의 정산 방법에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론 그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분 및 지연손해금에 관한 피고 패소 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장) 변재승 강신욱(주심) 박재윤