

서울중앙지방법원

제 23 민사부

판 결

사 건 2018가합592700 보증금 청구의 소
원 고 1. 주식회사 A
2. 주식회사 B
원고들 소송대리인 법무법인(유한) 화우
담당변호사 박기년, 강철준
피 고 C공제조합
소송대리인 법무법인 공유
담당변호사 류관석
변 론 종 결 2019. 11. 27.
판 결 선 고 2020. 1. 10.

주 문

1. 피고는 원고들에게 163,473,750원 및 이에 대하여 2018. 7. 19.부터 2020. 1. 10.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고들의 각 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용 중 60%는 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행 할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고들에게 422,367,274원 및 이에 대하여 2018. 7. 19.부터 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. 원고들과 주식회사 D 사이의 하도급계약 체결 등

1) 원고 주식회사 A은 토목건축공사업, 포장공사업, 주택건설업 등을 주된 목적사업으로 영위하는 회사이고, 원고 주식회사 B은 토목건축공사업, 대지조성업 등을 주된 목적사업으로 하는 회사이며, 피고는 건설업을 영위하는 조합원의 공사수행에 필요한 각종 보증과 자금의 융자 및 공제사업 등을 목적으로 설립된 법인이다.

2) 원고들은 2017. 9. 14. 주식회사 D(이하 'D'이라고 한다)에게, 원고들이 주식회사 한국토지주택공사로부터 공동으로¹⁾ 도급받은 'E공사'(이하 '이 사건 공사'라고 한다) 중 철근콘크리트공사(이하 '이 사건 하도급공사'라고 한다)를 공사기간 2017. 9. 14.부터 2018. 9. 17.까지, 계약금액 3,086,600,000원(부가가치세 포함, 이하 같다)으로 정하여 하도급하였고, 2018. 1. 9. 계약금액을 101,200,000원 증액하여 3,187,800,000원으로 변경

1) 원고들은 대표자를 원고 주식회사 A로, 지분율을 원고 주식회사 A 51%, 원고 주식회사 B 49%로 정하여 공동이행방식의 공동수급체를 구성하였다.

하였다(이하 위 각 계약을 통칭하여 '이 사건 하도급계약'이라고 한다). 이 사건 하도급 계약의 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 별지1 기재와 같다.

3) 원고들과 D 및 한국토지주택공사는 이 사건 하도급계약이 체결된 2017. 9. 14. 이 사건 하도급계약의 당초 계약금액 3,086,600,000원에 관하여 한국토지주택공사가 하도급대금을 D 명의의 계좌로 직접 지급한다는 내용의 하도급대금 직접지급 합의(이하 '이 사건 직불합의'라고 한다)를 하였다.

4) 원고들은 2018. 1.경 D에게 이 사건 하도급공사의 선급금으로 275,000,000원을 지급하였다.

나. 피고의 선급금 반환 보증 및 계약이행 보증

1) 피고는 이 사건 하도급계약의 해지 등의 사유가 발생할 때 D이 원고들에 대하여 부담하는 선급금 반환채무를 보증하기 위하여 2018. 2. 5. '보증계약자 D, 보증채권자 원고 주식회사 A, 보증기간 2018. 2. 5.부터 2018. 9. 17.까지, 보증금액 275,000,000원'으로 하는 선급금 보증서를 발급하였다(이하 '이 사건 선급금보증'이라고 한다). 이 사건 선급금보증 약관 중 이 사건과 관련된 부분은 별지2 기재와 같다.

2) 또한 피고는 D이 이 사건 하도급계약과 관련하여 그 책임있는 사유로 채무를 불이행하는 경우 원고들에 대하여 부담하는 손해배상채무 등을 보증하기 위하여 2017. 9. 20. '보증계약자 D, 보증채권자 원고 주식회사 A, 보증기간 2017. 9. 14.부터 2018. 9. 17.까지, 보증금액 308,660,000원'으로 하는 계약보증서를 발급하였고, 앞서 본 바와 같이 2018. 1. 9. 이 사건 하도급계약의 계약금액을 증액하는 내용의 변경계약이 체결되자 피고는 같은 날 '보증계약자 D, 보증채권자 원고 주식회사 A, 보증기간 2018. 1. 9.부터 2018. 9. 17.까지, 보증금액 10,120,000원'으로 하는 계약보증서를 추가로 발급하

였다(이하 위 각 계약보증을 모두 합하여 '이 사건 계약보증'이라고 한다).

다. 원고들의 기성공사대금 지급

D은 원고들에게 2017. 10. 31.부터 2018. 6. 30.까지 기성고에 대한 공사대금을 청구하였고, 원고들은 아래와 같이 선급금 중 일부를 기성고 공사대금의 변제에 충당하고 나머지 공사대금을 D에게 지급하였다.

지급구분	기성금신청일 (또는 선급금 지급일)	선급금 지급액(원)	기성고 신청금액(원)	선급금 정산금액(원) ²⁾	실 지급금액(원) ³⁾
1회 기성	2017. 10. 31.	-	66,000,000	-	66,000,000
2회 기성	2017. 11. 30.	-	176,550,000	-	176,550,000
3회 기성	2017. 12. 31.	-	210,000,000	-	210,000,000
선급금	2018. 1.	275,000,000	-	-	-
4회 기성	2018. 1. 31.	-	250,000,000	16,940,000	233,060,000
5회 기성	2018. 2. 28.	-	231,616,000	19,580,000	212,036,000
6회 기성	2018. 3. 31.	-	319,000,000	33,000,000	286,000,000
7회 기성	2018. 4. 30.	-	308,834,000	30,580,000	276,254,000
8회 기성	2018. 5. 31.	-	318,600,000	33,000,000	285,600,000
9회 기성	2018. 6. 30.	-	151,400,000	-	-
합계				133,100,000	

라. D에 대한 파산선고 및 이 사건 하도급계약의 해지 등

1) 서울회생법원이 2018. 7. 11. D에 대하여 파산선고를 하자 원고들은 2018. 7. 12.

2) 이 사건 하도급계약이 해지되기 전에 정산이 이루어진 금액만을 기재하였다.

3) 이 사건 하도급계약이 해지되기 전에 실지급된 금액만을 기재하였다.

및 2018. 7. 17. 각 D에 대하여 이 사건 하도급계약을 해지한다는 내용의 내용증명우편을 발송하였고, 위 각 내용증명우편은 그 무렵 D에게 도달하였다.

2) 한편, 원고들과 D은 2018. 5. 29. 이 사건 하도급공사와 관련하여 추가공사 정산금액을 344,300,000원으로 정한 '정산합의각서'를 작성하였다.

마. 원고들의 보증금 지급청구 및 피고의 거절

원고들은 2018. 7. 18. 피고에게 이 사건 선급금보증 및 이 사건 계약보증에 따른 보증금의 지급을 청구하였으나, 피고는 ① 이 사건 선급금보증과 관련하여, 이 사건 하도급계약이 해지될 당시의 미정산 선급금은 잔여 기성공사대금에 당연 충당되어 모두 소멸하였다는 이유로 보증금 지급을 거절하였고, ② 이 사건 계약보증과 관련하여, 이 사건 하도급계약의 계약금액 중 2018. 1. 9.자 변경계약에 따라 증액된 101,200,000원에 관한 직불합의가 존재하지 않는다는 이유로 보증금 지급을 거절하였다.

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 14호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 선급금보증에 근거한 보증금 청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

원고들이 이 사건 하도급계약의 선급금으로 D에게 275,000,000원을 지급한 사실, 피고가 이 사건 하도급계약의 해지 등의 사유가 발생할 때 D이 원고들에 대하여 부담하는 선급금 반환채무를 보증하기 위하여 선급금 보증서를 발급한 사실, 원고들이 D에게 기성공사대금을 지급하면서 선급금 중 일부를 기성공사대금의 변제에 충당하고 나머지만을 실제로 지급하였고 위와 같이 기성공사대금에 충당된 선급금이 합계 133,100,000원에 이르는 사실, 이 사건 선급금보증의 보증기간 내인 2018. 7. 12. 또는 2018. 7. 17.

경 이 사건 하도급계약이 적법하게 해지된 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 하도급 계약 해지 이후 D이 원고들에게 선급금을 반환하지 않은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 이 사건 선급금보증에 따라 원고들에 대하여 기성공사대금에 충당되고 남은 나머지 선급금 141,900,000원(= 275,000,000원 - 133,100,000원)의 반환에 관한 보증책임을 부담한다고 할 것이다.

나. 피고의 항변 등에 관한 판단

1) 피고의 주장

이 사건 하도급계약이 해지될 당시 ① 9회(2018년 6월분) 기성공사대금 156,771,000원이 남아 있었고, ② 원고들과 D이 작성한 2018. 5. 29.자 정산합의각서에 따르면 추가 공사 정산금 344,300,000원이 남아 있었으므로, 기성공사대금에 충당되고 남은 나머지 선급금은 위 미지급 기성공사대금에 충당되어 모두 소멸하였다.

2) 관련 법리

공사도급계약에서 수수되는 이른바 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 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 반환하게 되었다면 선급금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되고 공사대금이 남아 있으면 도급인은 그 금액에 한하여 지급의무가 있다. 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 수급인이 그

남은 선급금을 반환할 의무가 있다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 등 참조).

다만 선급금반환에 관한 보증계약의 경우 그 보증금 지급사유의 발생 및 범위에 관하여는 당해 보증의 대상으로 된 하도급계약의 내용을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 선급금의 충당대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 하도급계약 당사자의 약정에 따라야 할 것이나, 이 점에 관하여 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 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 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 참조).

3) 판단

가) 위 법리에 비추어 살펴건대, 앞서 본 사실관계에 따르면 이 사건 하도급계약이 해지될 당시를 기준으로 원고들은 D에 대하여 9회(2018년 6월분) 기성공사대금 156,771,000원을 지급할 채무가 있었으므로, 이 사건 하도급계약이 해지될 당시의 미정산 선급금 141,900,000원은 그 무렵 별도의 상계 의사표시 없이도 이를 초과하는 미정산 기성공사대금으로 전액 충당되어 소멸하였다 할 것이고, 위 선급금반환채무를 보증한 피고의 보증책임 또한 함께 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 피고의 위 항변은 이유 있다

(위와 같이 미정산 선급금이 9회 기성공사대금에 충당되어 모두 소멸한 이상, 미정산 선급금이 2018. 5. 29.자 정산합의에 따른 추가공사 정산금 344,300,000원에 충당되어 소멸하였는지 여부에 관하여는 더 나아가 판단하지 않는다).

나) 이에 대하여 원고들은, 이 사건 공사는 '노무비 구분관리 및 지급확인제'⁴⁾가 적용되므로, 당초 이 사건 하도급공사의 선급금 액수는 하도급 계약금액에서 노무비를 제외한 액수를 기준으로 산정되었고, 기성공사대금이 지급될 때에도 노무비를 제외하고 선급금 정산이 이루어졌으므로, 그 전액이 노무비에 해당하는 9회(2018년 6월분) 기성공사대금은 이 사건 하도급계약의 해지 시 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외되어야 한다고 주장한다.

이 사건 공사에 '노무비 구분관리 및 지급확인제'가 적용되는 사실, 원고들이 D에게 지급한 선급금 액수가 이 사건 하도급계약에서 정한 계약금액에서 노무비를 제외한 액수를 기준으로 산정된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그러나 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거들 및 갑 제8호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실과 원고들이 제출한 증거들만으로는 이 사건 하도급계약의 해지 시에 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금에서 노무비를 제외하기로 하는 예외적 정산약정이 존재한다거나 그와 같은 약정의 효력이 피고에게 미친다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 이 사건 공사에 '노무비 구분관리 및 지급확인제'가 적용되는 결과 선급금 액수가 이 사건 하도급계약에서 정한 계약금액에서 노무비를 제외한 액수를 기준으로 산정되

4) 수급인 및 하수급인이 노무비를 노무비 이외의 대가와 구분하여 발주기관이 수급인에게 또는 수급인이 하수급인에게 노무비를 매월 지급하고 근로자에게 대금이 지급되었는지 여부를 확인하는 제도를 말한다.

었다고 하더라도, 이는 '원고들은 발주자인 한국토지주택공사로부터 지급받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급한다'는 이 사건 하도급계약의 내용에 따른 결과로 보이고, 선급금 액수가 위와 같이 산정되었다는 점만을 근거로 원고들과 D이 선급금 정산시 노무비를 제외하기로 약정하였다거나 이 사건 하도급계약의 해지 시 선급금 총액의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 노무비를 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 하였다고 인정하기는 어렵다.

② 이 사건 하도급계약서 제35조 제4항은 선급금 정산방법에 관하여 '선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 [선급금 정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가 상당액 ÷ 계약금액)]의 산식에 의하여 산출된 금액을 정산한다'라고 규정하고 있다. 즉, 원고들과 D은 이 사건 하도급계약 체결 당시 선급금의 정산방법에 관하여 이 사건 하도급공사에 '노무비 구분관리 및 지급확인제'가 적용됨을 전제로 한 특별한 정산방법을 별도로 약정하지 않은 것으로 보인다.

③ 원고들은 실제 기성공사대금 지급시에는 이 사건 하도급계약서 제35조 제4항이 정하는 바와 달리 [선급금 정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가 상당액 - 기성노무비) ÷ (계약금액 - 계약상 직접노무비)]의 산식에 따라 선급금 정산을 하였다는 취지로 주장하나, 위 산식에 따라서 선급금 정산이 이루어졌음을 인정할 아무런 객관적 자료가 없고, 오히려 원고들이 주장하는 위 산식에 따른 선급금 정산액 산출내역과 실제 원고들과 D이 확정된 선급금 공제내역이 일치하지도 않는다.

④ 이 사건 하도급계약서 제35조 제4항에도 불구하고 원고들과 D이 선급금 정산방식에 관하여 구두로 또는 묵시적으로 다른 내용의 약정을 체결하였다고 가정하더라도, 그러한 약정이 계약서 등에 명시되어 있지 아니한 이상 피고로서는 이 사건 선급금보

증서를 발급할 당시 위와 같은 약정의 존재를 인지하여 위험를 산정요소로 삼기는 어려웠을 것으로 보이므로, 위와 같은 약정은 원고들과 D 사이에서만 효력이 있을 뿐 그로써 피고에게 대항할 수 있다고 보기는 어렵다. 나아가 위와 같은 약정은 이 사건 하도급계약이 존속하는 동안 기성부분의 대가를 지급할 경우의 선급금 정산 방식을 규정한 것에 불과할 뿐이어서 이를 이 사건 하도급계약의 해지 시에 적용되는 선급금에 관한 예외적 정산약정으로 볼 수도 없다.

⑤ 이 사건 하도급계약서 제38조 제1항 및 제2항은 'D이 근로자에게 임금을 지급하지 않아 근로자가 원고들에게 임금의 지급을 요청하는 경우 원고들은 D에 지급해야 할 차기 기성금 또는 준공금에서 근로자에게 임금을 직접 지급할 수 있다'라고 규정하고 있으나, 위 노임 직접지급의 규정도 그 기재 내용의 해석상 공사대금의 지급에 관한 규정일 뿐 선급금 반환시의 정산에 관한 규정이라고 볼 수 없다.

다. 소결론

따라서 이 사건 하도급계약이 해지될 당시의 미정산 선급금은 이를 초과하는 미정산 기성공사대금으로 전액 충당되어 소멸하였다 할 것이므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

3. 이 사건 계약보증에 근거한 보증금 청구에 관한 판단

가. 보증책임의 발생

1) 청구원인에 관한 판단

피고가 D이 이 사건 하도급계약과 관련하여 그 책임있는 사유로 채무를 불이행하는 경우 원고들에 대하여 부담하는 손해배상채무 등을 보증하기 위하여 계약보증서를 발급한 사실, D의 파산으로 이 사건 계약보증의 보증기간 내인 2018. 7. 12. 또는 2018.

7. 17.경 이 사건 하도급계약이 적법하게 해지된 사실은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 계약보증 약관에서 'D이 정당한 사유 없이 계약을 이행하지 아니하여 원고들이 보증기간 내에 계약을 해제 또는 해지한 것'을 보증사고로 정하고 있는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 이 사건 계약보증에 따라 원고들에게 보증책임을 부담한다.

2) 피고의 항변에 관한 판단

피고는, 2017. 9. 14. 한국토지주택공사, 원고들, D 사이에 이 사건 직불합의가 이루어졌으나, 그 후 변경계약 체결로 증액된 계약금액에 관하여는 하도급대금 지급보증이나 직불합의가 이루어진 바 없고, 이와 같이 계약금액의 일부에 관하여만 직불합의가 이루어진 것은 하도급대금 지급보증 면제사유에 해당하지 아니하므로, 원고들은 피고에게 이 사건 계약보증에 근거한 보증금의 지급을 구할 수 없다고 주장한다.

위 주장과 관련된 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라고 한다) 및 같은 법 시행령의 규정은 별지3 기재와 같은데, 위 관련 규정들에 따르면 수급사업자의 계약이행보증에 대한 원사업자의 청구권은 원칙적으로 원사업자가 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없고(하도급법 제13조의2 제1항, 제10항), 다만 원사업자, 발주자, 수급사업자 간에 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 합의한 경우(하도급법 제13조의2 제1항 단서, 하도급법 시행령 제8조 제1항 제3호, 하도급법 제14조 제1항 제2호) 또는 하도급대금의 지급을 전자적으로 관리하기 위하여 운영되고 있는 시스템(이하 '하도급대금지급관리시스템'이라고 한다)을 활용하여 발주자가 원사업자 명의의 계좌를 거치지 아니하고 수급사업자에게 하도급대금을 지급하는 경우(하도급법 제13조의2 제1항 단서, 하도급법 시행령 제8조 제1항 제4호)에는 원사

업자가 공사대금의 지급을 보증하지 아니하여도 계약이행보증 청구권을 행사할 수 있다.

원고들이 이 사건 하도급계약에 따른 하도급대금의 지급을 보증하지 아니한 사실, 한국토지주택공사, 원고들, D이 당초의 계약금액 3,086,600,000원에 관하여만 이 사건 직불합의를 하고 변경계약에 따라 증액된 계약금액 101,200,000원에 관하여는 직불합의를 하지 아니한 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으나, 한편 갑 제7, 17호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, D은 이 사건 하도급계약에 따른 하도급대금을 하도급대금지급관리시스템인 조달청의 하도급지킴이시스템을 통하여 한국토지주택공사로부터 D 명의의 계좌로 직접 지급받아 온 사실을 인정할 수 있다.

앞서 본 기초사실과 위 인정사실에 의하면, 이 사건 직불합의에는 장래 발생할 하도급대금의 '지급방식'을 정하는 합의가 포함되어 있고, 다른 특별한 사정이 없는 한 위와 같이 합의된 하도급대금 지급방식은 이 사건 하도급계약의 계약금액이 증액되는 경우 그 증액된 계약금액에 관하여도 동일하게 적용한다는 것이 한국토지주택공사, 원고들, D의 진정한 의사에 부합한다고 할 것이므로, 하도급법 제13조의2 제1항 단서 및 하도급법 시행령 제8조 제1항 제4호에 의하여 원고들은 증액된 하도급대금에 관한 지급보증 없이도 피고에게 이 사건 계약보증에 따른 보증금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 보증책임의 범위

1) 원고들의 주장

원고들은, ① 이 사건 하도급계약이 해지된 후 공사가 중단되는 것을 방지하기 위하여 약 1개월간 직영으로 이 사건 하도급공사를 수행함으로써 합계 419,796,275원의 공사

비를 지출하였고, ② 원고들이 잔여공사의 이행을 위하여 2018. 7. 27. F 주식회사와 계약금액을 871,200,000원으로 정한 하도급계약을 체결하였으므로, 원고들은 이 사건 하도급계약의 해지로 인하여 합계 280,467,275원(= 직영공사비 419,796,275원 + 잔여공사 이행을 위해 체결된 추가 하도급계약의 계약금액 871,200,000원 - 이 사건 하도급계약 해지 당시 잔여공사에 상응하는 계약금액 1,010,529,000원)의 손해를 입게 되었는데, 피고는 이 사건 계약보증에 따라 보증한도 내에서 원고들에게 위 손해에 상당한 보증금을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

2) 판단

가) 이 사건 계약보증 약관에서 '보증금액 이내에서 보증사고로 인하여 보증채권자가 입은 실제손해액'을 피고의 보증책임 범위로 정하고 있고, 여기서의 '실제손해액'은 '채무자의 교체에 따라 증가된 공사금액(다만 그 금액이 과도한 경우에는 통상적인 금액), 계약의 해제 및 해지 이후 해당 공사를 완공하기 위하여 후속 계약을 체결함에 있어서 소요되는 비용, 하자를 보수하기 위하여 지출했거나 지출할 금액'을 의미한다고 정하고 있는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다.

한편 ① 원고들이 잔여공사의 이행을 위하여 2018. 7. 27. F 주식회사와 계약금액을 871,200,000원으로 정한 하도급계약을 체결한 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없고, ② 갑 제6호증의9, 갑 제16, 19호증의 각 기재, 한국토지주택공사에 대한 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들이 약 1개월 동안(2018년 7월) 이 사건 하도급공사를 직영하면서 합계 399,805,065원의 공사비를 지출한 사실[원고가 주장하는 직영공사비 419,796,275원 중 갑 제19호증의1에 기재된 '2018년 7월 직영처리분 집계표'의 순번25 'D 6월분 직영(형틀공 외)' 10,593,210원, 순번29 'G 7월 직영식대' 844,000원,

순번30 'H 7월 직영식대' 8,554,000원의 경우 원고들이 실제로 그와 같은 비용을 지출하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 위 각 항목의 비용 합계액 19,991,210원은 직영공사비에서 제외한다], 이 사건 하도급계약 해지 당시 잔여공사 계약금액이 1,091,183,940원[= 계약금액 3,187,800,000원 $\times$ (1 - 0.65775)]인 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고들이 이 사건 도급계약의 해지로 인하여 추가로 지출한 공사금액은 179,821,125원(= 잔여공사 이행을 위해 체결된 추가 하도급계약의 계약금액 871,200,000원 + 직영공사비 399,805,065원 - 이 사건 하도급계약 해지 당시 잔여공사에 상응하는 계약금액 1,091,183,940원)이다.

나) 한편 도급인이 부가가치세 과세사업자로서 부가가치세를 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있는 때 그 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담으로 돌아가지 않게 되므로, 수급인이 도급인에게 손해배상책임을 부담하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 도급인은 수급인에게 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서 원고들의 실제손해액은 원고들이 추가로 지출한 공사금액 179,821,125원에서 부가가치세를 공제한 163,473,750원(= 179,821,125원 $\div$ 1.1)이다.

다. 소결론

따라서 피고는 원고들에게 계약이행보증금 163,473,750원 및 이에 대하여 원고들이 피고에게 계약이행보증금의 지급을 구한 날의 다음 날인 2018. 7. 19.부터 피고가 그 이행의무의 존재여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 1. 10.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소

5) D의 9회(2018년 6월분) 기성청구서(갑 제16호증의9)에 기재된 기성고 비율인 65.77%

송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 각 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 강병훈

판사 이동호

판사 박기범

[별지1]

【건설업종 표준하도급계약서(변경)】

6. 대금의 지급

가. 선급금

※ 발주자로부터 선급금을 지급받은 날 또는 계약일로부터 15일 이내 그 내용과 비율에 따름

【건설업 표준하도급계약서(본문)】

원고들(이하 '원사업자'라 한다)과 D(이하 '수급사업자'라 한다)는 건설 공사의 위탁에 관한 계약을 다음과 같이 체결한다.

제34조(선급금)

① 원사업자와 수급사업자는 협의하여 정한 선급금을 표지에서 정한 시기에 지급한다.

제35조(발주자의 선급금)

① 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받은 경우 그 선급금의 내용과 비율에 따라 이를 받은 날(공사를 위탁하기 전에 선급금을 받은 경우에는 공사를 위탁한 날)부터 15일 이내에 선급금을 수급사업자에게 지급한다.

④ 선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 따라 산출한 금액을 정산한다.

선급금 정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가상당액 ÷ 계약금액)

제38조(미지급 임금 등의 지급 요구)

① 수급사업자가 기성금을 받았음에도 당해 공사현장과 관련된 근로자 등에게 임금 등을 지급하지 않은 경우에 원사업자는 1회당 15일의 기간을 정하여 2회 이상 서면으로 그 지급을 요구할 수 있다. 이 경우 수급사업자는 원사업자의 요구사항에 대해 지체없이 응한다.

② 수급사업자가 원사업자의 제1항에 따른 요구에 응하지 아니하여 근로자 등이 원사업자에게 임금 등의 지급을 요청하는 경우 원사업자는 수급사업자에게 지급해야 할 차기 기성금 또는 준공금에서 근로자 등에게 임금 등을 직접 지급할 수 있다.

제48조(계약이행 및 대금지급보증 등)

- ① 원사업자는 계약체결일로부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 이 계약에서 정한 계약금액의 지급을 보증(지급수단이 어음인 경우에는 만기일까지를, 어음대체결제수단인 경우에는 하도급대금 상환기일까지를 보증기간으로 한다)하며, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액으로 계약이행을 보증한다. 다만, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「건설산업기본법」 등의 관련법령에서 공사대금의 지급보증이 필요하지 아니하거나 적합하지 않다고 규정한 경우에는 그러하지 아니한다.
- ⑦ 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 원사업자가 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다. 다만, 원사업자가 제1항 단서, 제2항 단서에 따라 공사대금 지급을 보증하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑨ 수급사업자는 원사업자에게 이 계약 표지에서 정한 금액으로 계약이행을 보증하며, 계약이행보증금은 다음 각 호의 사항 등을 포함하여 계약불이행에 따른 손실에 해당하는 금액의 지급을 담보한다.
1. 수급사업자의 교체에 따라 증가된 공사 금액. 다만, 그 금액이 과다한 경우에는 통상적인 금액으로 한다.
 2. 이 계약의 해제 해지 이후 해당 공사를 완공하기 위해 후속 계약을 체결함에 있어서 소요되는 비용
 3. 기존 수급사업자의 시공으로 인해 발생한 하자를 보수하기 위해 지출된 금액. 다만, 수급사업자가 제51조에 따라 하자보수보증금을 지급하거나 보증증권을 교부한 경우에는 그러하지 아니하다.

제52조(계약의 해제 또는 해지)

- ① 원사업자 또는 수급사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 서면으로 이 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.
3. 원사업자 또는 수급사업자가 어음수표의 부도, 제3자에 의한 강제집행(가압류 및 가처분 포함), 파산, 회생절차의 신청 등 영업상의 중대한 사유가 발생하여 이 계약을 이행할 수 없다고 인정되는 경우

【이 사건 선급금보증 약관】

제1조(보증책임)

- ① 피고는 계약자⁶⁾(이하 '채무자'라 합니다)가 앞면기재 계약(이하 '주계약'이라 합니다)과 관련하여 그 책임 있는 사유로 상대방⁷⁾(이하 '보증채권자'라 합니다)에게 부담하는 미정산 선급금 반환채무를 불이행하는 경우 건설산업기본법 시행령 제56조 제2항에서 정한 보증내용과 보증서에 기재된 사항 및 약관에 따라 보증채무를 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 각 호의 반환 사유가 중복될 경우 먼저 발생한 사유를 기준으로 합니다.

3. 계약해제 또는 해지(해제 또는 해지문서 일자 기준)

제2조(선급금 정산)

- ① 선급금 정산은 주계약상의 정산방법을 따릅니다.
- ② 제1항에도 불구하고 주계약상 따로 정산방법을 정하지 않았거나, 주계약상 정산방법으로는 계약이행이 완료되더라도 미정산선급금이 존재하는 등 오류가 있는 경우에는 다음 방식에 의하여 선급금을 정산합니다.

$$\text{선급금정산액} = \text{선급금액} \times (\text{기성부분의 대가상당액} / \text{계약금액})$$

- ④ 선급금 보증서를 발급받은 후 계약금액이 증액된 경우 선급금 지급시의 계약금액으로 선급금을 정산합니다.
- ⑤ 『노무비 구분관리 및 지급확인제』가 적용되는 공사인 경우, 다음 정산식에 의하여 선급금을 정산합니다.

6) D을 말한다.

7) 원고들을 말한다.

$$\text{선급금정산액} = \text{선급금액} \times \frac{(\text{기성부분의 대가상당액} - \text{기성노무비})}{(\text{계약금액} - \text{계약상 직접노무비})}$$

제9조(면책조항)

① 조합은 다음 각 호의 1에 의한 경우에는 보증금을 지급하지 않습니다.

6. 보증채권자와 채무자 사이에 기성금을 채무자의 제3자에 대한 임금채무, 자재대금채무 등 일체의 채무로 지급하겠다는 약정, 채무자의 기성금 채권에 대한 보전처분·강제집행 등 사유로 선급금 정산 대상에서 제외하기로 하는 약정 등으로 미정산 선급금에 충당되지 못해 감소되지 못한 보증금

【하도급법】

제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)

- ① 건설위탁의 경우 원사업자는 계약체결일부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증(지급수단이 어음인 경우에는 만기일까지를, 어음대체결제수단인 경우에는 하도급대금 상환기일까지를 보증기간으로 한다)하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다. 다만, 원사업자의 재무구조와 공사의 규모 등을 고려하여 보증이 필요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑩ 제1항 또는 제3항에 따른 수급사업자의 계약이행보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다. 다만, 제1항 각 호 외의 부분 단서 또는 제2항 단서에 따라 공사대금 지급을 보증하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제14조(하도급대금의 직접 지급)

- ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때

【하도급법 시행령】

제8조(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)

- ① 법 제13조의2 제1항 각 호 외의 부분 단서에서 "대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
3. 법 제14조 제1항 제2호에 따라 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우
4. 하도급대금의 지급을 전자적으로 관리하기 위하여 운영되고 있는 시스템(이하 "하도급대금지급관

리시스템"이라 한다)을 활용하여 발주자가 원사업자 명의의 계좌를 거치지 아니하고 수급사업자에게 하도급대금을 지급하는 경우