

대 법 원

제 2 부

판 결

|          |   |
|----------|---|
| 사 건      | 2007다31211 공사대금                                       |
| 원고, 상고인  | 원고 1 주식회사 외 1인<br>원고들 소송대리인 법무법인 청풍<br>담당변호사 김영길 외 2인 |
| 피고, 피상고인 | 청주시<br>소송대리인 법무법인 청주로<br>담당변호사 유재풍 외 1인               |
| 피고보조참가인  | 건설공제조합<br>소송대리인 변호사 심봉석                               |
| 원 심 판 결  | 대전고등법원 2007. 4. 13. 선고 2006나8373 판결                   |
| 판 결 선 고  | 2010. 5. 13.  |

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 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 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다 55519 판결 등 참조), 이 때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 하도급계약 당사자의 약정에 따라야 할 것이다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2002다68362 판결, 대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결 참조).

한편, 하수급인(수급사업자)이 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7488호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법'이라 한다) 제14조 제1항에 의하여 도급인에게 하수급인이 시공한 분에 상당하는 하도급대금의 직접지급을 요청하면 도급인은 하수급인에게 이를 직접 지급할 의무를 부담하게 되고, 같은 조 제2항에 의하여 도급인의 도급대금채무와 수급인의 하도급대금채무는 그 범위 안에서 각 소멸하게 된다. 또한 구 하도급법 제14조 제4항은 "제1항의 규정에 의하여 발주자가 해당 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급함에 있어서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급대금은 이를 공제한다."고 규정하고, 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(2005.

6. 30. 대통령령 제18922호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법 시행령'이라 한다) 제4조 제3항은 "발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위 안에서 하도급 대금지급의무를 부담한다."고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 구 하도급법은 도급인에게 도급대금채무를 넘는 새로운 부담을 지우지 않는 범위 내에서 하수급인의 요청에 따라 그가 시공한 부분에 상당한 하도급대금채무에 대한 직접지급의무를 부담하게 함으로써 하수급인을 수급인 및 그 일반채권자에 우선하여 보호하고자 함을 알 수 있다.

나. 원심판결의 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 피고는 2002. 5. 28. 소외 1 주식회사를 대표사로 하고 소외 1 주식회사, 소외 2 합자회사, 소외 3 주식회사, 소외 4 주식회사로 구성된 공동수급체와 사이에 도로개설공사에 관한 공사도급계약(이하 '이 사건 공사계약'이라 한다)을 체결하였는데, 위 공동수급체 내부적 도급비율은 소외 1 주식회사가 50%, 나머지 3개 회사의 합계 비율이 50%인 사실, 소외 1 주식회사는 2004. 8. 9. 피고 보조참가인과 사이에 선급금보증계약을 체결하고 선급금 보증서를 받아 이를 피고에게 제출한 후, 2004. 8. 10. 피고로부터 선급금 748,000,000원을 지급받은 사실, 소외 1 주식회사는 2005. 2. 14. 부도가 발생하여 2005. 3. 8. 피고에게 이 사건 공사에 대한 포기원을 제출하고 잔여공사에서 탈퇴하였는데, 2005. 3. 14. 이루어진 타절기성검사 결과 소외 1 주식회사에 대한 미지급 기성공사대금은 264,550,000원이었고, 소외 1 주식회사가 피고에게 반환하여야 할 미정산 선급금은 415,250,000원인 사실, 원고들은 공동수급체를 대표한 소외 1 주식회사와 사이에 위 도로개설 공사 중 일부 공사에 관하여 각각 하도급계약을 체결하고 공사를 시공하였는데, 2005. 3. 14.자 타절기성검사 당시 원고 1 주식회사의 타절준공액은 99,000,000원, 원고 2 주식회사의 타절준공액은 154,000,000원인 사실, 원고들은 2005. 2. 16. 피고에게 구 하도급법 제14조에 근

거하여 위 각 타절준공액 중 소외 1 주식회사의 도급비율 50%에 해당하는 금액을 직접 지급하여 줄 것을 요청한 사실, 피고 보조참가인은 2005. 2. 17. 피고에게 소외 1 주식회사의 부도 당시까지의 미지급 기성공사대금과 미정산 선급금을 대등액에서 상계한다고 통지한 후, 2005. 5. 11. 피고에게 미정산 선급금에서 미지급 기성공사대금을 공제한 150,700,000원을 지급한 사실, 피고는 2005. 7. 20. 소외 1 주식회사에 대한 미지급 기성공사대금을 소외 1 주식회사가 반환할 미정산 선급금과 상계충당하여 더 이상 소외 1 주식회사에 지급할 기성공사대금이 없다는 이유로 원고들의 하도급대금 직접 지급 청구에 불응한 사실, 한편 피고와 소외 1 주식회사 사이의 공사도급계약에 편입된 공사계약일반조건 제43조 제1항은 “계약담당공무원은 계약상대자가 파산, 부도 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우 등에는 건설산업기본법 등 관련 법령의 규정에 의하여 체결한 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 제39조(기성대가의 지급) 및 제40조(준공대가의 지급)의 규정에 의한 대가지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 하수급인에게 직접 지급하여야 한다.”고 규정하고 있고, 제44조 제5항은 “제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약당사자는 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 경우 하도급대가의 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다.”고 규정하고 있는 사실을 알 수 있다.

다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리와 구 하도급법 및 동법 시행령의 규정에 비추어 살펴보면, 원심이 위 인정사실을 토대로 피고가 소외 1 주식회사에 지급한 선급금

중 미정산 잔액 415,250,000원에 대한 반환사유가 발생하여 피고의 소외 1 주식회사에 대한 미지급공사대금에 충당되게 되었다고 판단한 데에는 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으나, 도급인인 피고가 공사계약일반조건 제43조 제1항에 규정된 바와 같이 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생한 경우에는 이에 해당하는 금원은 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 한 것으로 보아야 할 것이고, 한편 하도급대금의 실질적인 지급 보장이라는 공사계약일반조건 제44조 제5항의 도입 취지, 선급금 총당의 법리와 하도급대금 직접지급의무 규정을 둘러싼 이해관계의 합리적 조정, 구 하도급법상 직접지급의무 발생요건이 충족된 경우 도급인이 선급금의 총당에 우선하여 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급해 온 거래계의 관행, 위 조항이 갖는 사회적 기능 등 제반 사정을 종합하면, 공사계약일반조건 제44조 제5항 단서에 의해서 설정된 미정산 선급금의 총당에 대한 예외적 정산약정은, 구 하도급법에 의하여 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급할 사유가 인정되는 범위 안에서는, 도급인으로 하여금 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없도록 하는 약정에 해당되고, 도급인에 대하여 직접청구권을 갖는 하수급인으로서 위 예외적 정산약정에 관한 주장을 할 수 있다고 봄이 상당하다.

한편 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 소외 1 주식회사는 부도 이후 2005. 3. 8. 피고에게 잔여공사에 대한 공사포기의사를 제출함으로써 잔여공사에 대한 소외 1 주식회사의 출자지분이 '0'으로 변경되고 그 대신 소외 4가 46.54%의 지분으로 소외 1 주식회사 몫의 잔여공사를 전부 수행하는 내용의 지분조정이 있었고 이를 피고가 승인한 사실을 알 수 있고, 그에 따라 피고와 새로운 공동수급체 구성원 사이에 변경계약

이 체결되고 소외 4가 잔여공사를 수행하여 잔여 공사대금을 수령한 것으로 보이는 점을 고려하면, 비록 공사계약일반조건 제44조 제5항 단서가 계약의 해제 또는 해지에 관한 조항 속에 위치하고 있기는 하지만 그 조항의 도입 취지와 하도급대금의 직접 지급을 규정한 공사계약일반조건 제43조의 해석과 연관지어 볼 때, 위 제44조 제5항 단서는 그 조항의 위치에 불구하고 계약의 해제 또는 해지에 관한 명시적인 의사표시가 있는 경우뿐만 아니라 이 사건과 같이 출자비율 조정을 통하여 형식적으로 계약관계에서 남아 있을 뿐 공사포기원을 제출하여 계약관계가 사실상 종료됨으로써 미지급 정산금의 반환사유가 발생된 경우에도 적용되는 것으로 해석하는 것이 상당하다.

그렇다면 피고는, 미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정을 규정한 공사계약일반조건 제44조 제5항 단서의 규정 및 구 하도급법 제14조에 따라 원고들에 대한 하도급대금의 직접지급 의무를 면할 수 없다고 보아야 함에도, 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 공사계약일반조건 제44조 제5항이 선급금 총당에 대한 예외적 정산약정에 해당되지 아니하여 선급금과의 총당에 의하여 지급의무를 면한다거나, 선급금 총당에 대한 예외적 정산약정이라 하더라도 피고와 소외 1 주식회사 사이의 이 사건 공사계약이 해제 또는 해지되지 않아 공사계약일반조건 제44조 제5항이 적용될 여지가 없다는 이유로 원고들의 청구를 배척하고 말았는바, 이러한 원심판결에는 이 사건 공사계약일반조건 제44조 제5항의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      양승태      \_\_\_\_\_

                  대법관      김지형      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      전수안      \_\_\_\_\_

                  대법관      양창수      \_\_\_\_\_