

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2016다267067 부당이득금
원고, 피상고인 대한민국
피고, 상고인 건설공제조합
소송대리인 법무법인 해마루 담당변호사 장홍록
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2016나2045197 판결
판 결 선 고 2021. 7. 8.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인이 자재 확보·노임 지급 등의 어려움 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 도급인이 수급인에게 장차 지급할 공사대금을 미리 지급하는 것으로서 구체적인 기성고에 대한 공사대금이 아니라 전체 공사에 대한 공사대금이다. 따라서 선급금이 지급된

후 계약의 해제 또는 해지 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이 선급금이 그때까지 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액에 충당된다. 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담한다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조). 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자 사이의 약정에 따른다. 도급계약 당사자가 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생할 경우 이에 해당하는 금원을 선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 하였다면, 도급인은 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다214437 판결 등 참조). 만약 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 도급계약의 해석을 둘러싸고 이견이 발생한다면 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기과 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석해야 한다. 다만 도급계약의 해지 또는 해제에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권과 기성공사대금채권에 대하여 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로 그들의 이해관계에 큰 영향을 미칠 수 있는 예외적 정산약정의 존재를 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다90051 판결 등 참조).

나. 선급금 반환에 관한 보증계약을 체결한 보증인의 책임 범위도 도급계약 당사자 사이의 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 약정에 따라 결정된다. 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 선급금 보증인의 책임 유무 및 범위는 선급

금보증계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로 판단하여야 하므로 선급금보증 계약이 체결된 후 도급인이 수급인의 하수급업자에 대한 하도급대금 등을 직접 지급하기로 합의하고 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 약정함으로써 선급금 보증인의 책임이 가중된다면 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다90051 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다201179 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 도급인으로서 2011. 6. 24. 수급인인 스카이종합건설 주식회사(이하 '스카이건설'이라고 한다)와 이 사건 전체공사에 관한 공사도급계약을 체결하면서 기획재정부 계약예규인 공사계약일반조건을 계약의 내용으로 포함시켰다.

나. 공사계약일반조건 제43조 제1항은 "하수급인이 계약상대자를 상대로 하여 받은 판결로서 그가 시공한 분에 대한 하도급대금 지급을 명하는 확정판결이 있는 경우(제1호), 계약상대자가 파산, 부도, 영업정지 및 면허취소 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우(제2호), 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 '하도급법'이라고 한다) 또는 건설산업기본법에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우(제3호) 계약담당공무원은 건설산업기본법 등 관련 법령의 규정에 의하여 체결한 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 제39조(기성대가의 지급) 및 제40조(준공대가의 지급)에 의한 대가 지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 하수급인에게 직접 지급하여야 한다."라고 정하고 있다. 또한 제44조 제6항은 "제5항의 경우(계약이 해제 또는 해지되었을 때 계약상대자

가 지급받은 선금에 미정산 잔액이 있는 경우) 계약담당공무원은 선금 잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, 건설산업기본법 및 하도급법에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금 잔액과 상계할 수 있다."라고 정하고 있다.

다. 원고는 2012. 2. 23. 스카이건설과 이 사건 2차 공사에 관한 도급계약(이하 '이 사건 2차 계약'이라고 한다)을 체결하였고, 스카이건설은 2012. 3. 8. 피고와 선급금보증계약을 체결하고 피고로부터 선급금보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 원고는 2012. 3. 12. 스카이건설에게 이 사건 2차 공사에 관한 선급금으로 6억 원을 지급하였다.

라. 스카이건설은 2011. 10. 31.부터 2012. 6. 4.까지 하수급인들과 각 하도급계약을 체결하였는데 각 하도급계약을 체결하면서 원고, 스카이건설과 하수급인들은 하도급법 제14조 제1항 제2호에 따라 원고가 하도급대금을 하수급인들에게 직접 지급하기로 합의하였다.

마. 스카이건설은 2012. 10. 18. 이 사건 2차 공사를 모두 중단하고 원고에게 공사포기각서를 제출하였으며 원고는 그 무렵 이 사건 2차 계약을 해지하였다.

3. 이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면 다음과 같이 판단할 수 있다.

가. 원고와 스카이건설은 공사계약일반조건 제44조 제6항 단서를 이 사건 2차 계약에 포함시킴으로써 선급금 충당에 대한 예외적 정산약정을 체결하였다. 공사계약일반조건 제44조 제6항 단서는 제43조 제1항에서 정한 사유를 토대로 예외적 정산약정에 해당하는 하도급대금 직접 지급의 사유를 정하고 있다. 그런데 공사계약일반조건

제43조 1항 각호는 하도급법 제14조 제1항 제2호에 따른 발주자, 수급인, 하수급인 사이의 합의에 의한 직접 지급(이하 '직불합의'라고 한다)을 직접 지급의 사유로 정하지 않았다.

그러나 직불합의는 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급함으로써 발주자의 수급인에 대한 공사대금의 지급을 갈음하는 취지의 합의이다. 발주자와 수급인 사이에 공사계약일반조건 제44조 제6항 단서와 같은 예외적 정산약정이 이루어진 상황에서 직불합의가 이루어졌다면 다른 특별한 약정이 없는 한 이러한 직불합의에는 직불합의의 대상인 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정도 포함되었다고 봄이 타당하다. 도급계약을 체결할 때에는 계약에서 정한 직접 지급사유가 발생한 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하여 그 지급을 보장하겠다는 의사표시를 한 발주자와 수급인이 그 후 마찬가지로 하도급대금의 직접 지급사유인 직불합의를 하면서는 이와 달리 선급금을 하도급대금에 충당하겠다는 의사로 합의하였다고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 이 사건에서도 원고, 스카이건설과 하수급인들 사이에 체결한 하도급대금 직불합의로써 그 하도급대금에 대하여 선급금 총당에 대한 예외적 정산약정이 체결되었다고 볼 수 있다. 이로써 발주자인 원고는 직불합의한 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급할 의무가 발생하고, 계약의 해제나 해지 등으로 선급금을 충당해야 하는 상황에서는 선급금이 직접 지급할 하도급대금에 충당되었다는 주장을 할 수 없게 된다.

나. 이와 같이 직불합의로써 예외적 정산약정이 체결되었다고 볼 수 있는 경우에는 직불합의로 직접 지급의 사유가 발생한 하도급대금이 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외되므로 수급인이 발주자에게 반환할 선급금의 반환범위

는 증가한다. 그러나 이러한 선급금 반환범위의 증가는 당초 도급계약에서 정한 공사 계약일반조건 제44조 제6항, 제43조 제1항이 곧바로 적용된 것이 아니라 도급계약 체결 이후 직불합의라는 별개의 법률행위에 따른 법률효과에 의하여 생긴 결과이다. 특히 직불합의에 따른 예외적 정산약정은 선급금 보증인을 제외한 발주자, 수급인, 하수급인 3자간의 합의만으로 선급금의 반환범위와 그에 따른 선급금 보증인의 책임범위를 증가시키는 것으로 선급금 보증인의 이해관계에 중대한 영향을 줄 수 있다. 또한 도급 계약 체결 당시 직불합의로 발생하는 하도급대금까지 예외적 정산약정을 적용하기로 합의하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 선급금 보증인은 직불합의로 선급금 반환범위가 증가되는 것을 예측하기 어려우므로 이 부분에 대해서까지 선급금 보증계약의 내용으로 받아들였다고 보기는 어렵다. 따라서 도급계약이나 선급금 보증계약 체결 당시 선급금 보증계약 이후에 체결되는 직불합의에 따라 선급금의 반환범위나 선급금 보증인의 책임범위가 증가될 수 있다는 등의 특별한 약정이 없는 한, 선급금 보증계약 체결 이후 이루어진 '발주자, 수급인, 하수급인 사이의 직불합의'에 따른 예외적 정산약정은 그들 사이에서만 효력이 미칠 뿐, 선급금 보증인에게는 효력이 미치지 아니하므로 그에 따라 보증인의 선급금 반환에 관한 보증범위가 증가될 수 없다. 이 사건에서도 피고가 선급금보증계약을 체결한 2012. 3. 8. 이후 체결된 직불합의로 직접 지급의 사유가 발생한 하도급대금에 대해서 원고는 피고에게 예외적 정산약정으로 인하여 선급금으로 충당되지 않는다는 주장을 하지 못하고, 피고는 이러한 하도급대금을 기성공사대금의 내역에 포함하여 선급금으로 충당하고 남은 선급금에 한해서 보증책임을 진다고 할 것이다.

다. 그런데도 원심은 피고의 선급금보증계약 체결 후 원고와 스카이건설 및 하수

급인이 직불합의를 한 하도급대금에 대한 예외적 정산약정이 피고에게도 적용된다고 전제하고 이를 선급금으로 충당되는 기성공사대금의 내역에서 제외하고 정산한 금액을 기준으로 피고가 부담할 선급금 반환 금액을 산정하였다. 이러한 원심의 판단은 선급금 보증인의 책임 범위와 예외적 정산약정의 적용 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 조재연

 대법관 민유숙

주 심 대법관 이동원

 대법관 천대엽