

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건 2017나279 공사대금

원고, 피항소인 겸 부대항소인

주식회사 A

창원시

대표이사 C

소송대리인 법무법인(유) 율촌

담당변호사 김익현, 최윤아

피고, 항소인 겸 부대피항소인

주식회사 B

대구

대표이사 D

소송대리인 법무법인(유한) 한결

담당변호사 이유진

제 1 심 판 결 대구지방법원 2012. 11. 9. 선고 2011가합6704 판결

환송전판결 대구고등법원 2014. 5. 21. 선고 2012나6456 판결

환 송 판 결 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결

변 론 종 결 2017. 9. 6.

판 결 선 고 2017. 10. 18.

주 문

1. 제1심 판결의 주문 제1, 2항을 환송 전 당심에서 추가·변경된 주위적 청구에 따라 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고에게 494,928,000원 및 그 중 232,084,000원에 대하여는 2009. 10. 31.부터, 122,902,000원에 대하여는 2009. 11. 30.부터, 65,190,000원에 대하여는 2009. 12. 31.부터, 9,170,000원에 대하여는 2010. 3. 2.부터, 65,582,000원에 대하여는 2010. 5. 31.부터 각 2015. 6. 30.까지는 연 20%의, 각 그 다음 날부터 다투는 날까지는 연 15.5%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 원고의 나머지 주위적 청구 및 환송 전 당심에서 추가된 예비적 청구를 모두 기각한다.

2. 항소제기 이후의 소송 총비용은 피고가 부담한다.

3. 제1의 가항은 가집행할 수 있다.

청구취지, 항소취지 및 부대항소취지

1. 원고의 청구취지 및 부대항소취지

가. 주위적 청구취지 및 부대항소취지

제1심 판결을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고에게 494,928,000원 및 그 중 232,084,000원에 대하여는 2009. 10. 31.부터, 122,902,000원에 대하여는 2009. 11. 30.부터, 65,190,000원에 대하여는 2009. 12. 31.부터, 9,170,000원에 대하여는 2010. 3. 2.

부터, 65,582,000원에 대하여는 2010. 5. 31.부터 각 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 환송 전 당심에서 종전의 청구취지를 주위적 청구취지로 변경하고, 주위적 청구취지의 원금 부분은 감축하고 지연손해금 부분은 증액하였다).

나. 예비적 청구취지

피고는 원고에게 494,928,000원 및 이에 대하여 2012. 6. 8.부터 이 사건 2013. 9. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 환송 전 당심에서 예비적 청구로서 피고의 사용자책임에 따른 손해배상 청구를 추가하였다).

2. 피고의 항소취지

제1심 판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 관계

1) 피고는 주식회사 **B(이하 '**B'이라 한다)을 흡수합병하면서 **B이 시공한 경산시 일원의 경산B##아파트 신축공사(이하 '이 사건 아파트 신축공사'라 한다)와 관련된 **B의 채무를 모두 인수한 회사이고, 원고는 **B으로부터 이 사건 아파트 신축공사 중 석공사(이하 '이 사건 하도급공사'라 한다)를 하도급 받은 회사이다.

2) **B은 2006. 11. 7.부터 이 사건 아파트 신축공사를 시공하던 중 2009. 6. 11. 대구지방법원 2009회합29, 30호 회생사건으로 회생절차개시결정이 내려져 회생절차에

들어갔다가 2010. 12. 10.경 제3자 인수방식의 회생계획인가결정을 받고 2011. 4. 29. 회생절차종결결정이 내려짐으로써 회생절차를 마쳤다. 주식회사 E는 2011. 6. 29.경 **B을 흡수합병하고 피고로 상호를 변경하였다(아래에서는 **B과 피고를 특별히 구분할 필요가 없는 한 모두 피고로 통칭한다).

나. 이 사건 원도급계약 및 하도급계약의 체결

1) F 주식회사(이하 'F'이라 한다)는 2006. 11. 7. 피고에게 이 사건 아파트 신축공사를 계약금액 50,653,977,000원, 공사기간 2006. 11. 8.부터 2009. 7. 31.까지, 지체상금은 1일당 기지급 공사금액의 1/1,000(단, 합계액이 도급금액의 3/100을 초과할 수 없다)로 정하여 도급 주었다(이에 관한 도급계약을 이하 '이 사건 원도급계약'이라 한다).

2) 피고는 2008. 8. 25. 원고에게 이 사건 하도급공사를 계약금액 1,712,000,000원(기성금은 목적물 수령일로부터 60일 이내 현금으로 지급), 공사기간 2008. 8. 25.부터 2009. 7. 31.까지로 정하여 하도급 주었다(이에 관한 하도급계약을 이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다).

다. **B의 회생절차로 인한 직접지급 합의 및 사업약정서의 작성

1) **B이 2008년말경 자금난에 빠지자 원고를 포함한 이 사건 아파트 신축공사의 하수급인들은 **B의 자금사정을 이유로 공사를 중단하였다.

2) 이에 이 사건 아파트 신축공사의 시행사인 F, 시공사인 **B, 신축자금 대출은행인 H은행, 하수급인들의 대표인 주식회사 G(이하 'G'이라 한다)은 2009. 3.초경 이 사건 아파트 신축공사의 재개를 위한 약정(그 후 2009. 6. 22. '경산 B##아파트 신축사업관련 약정'이라는 내용으로 성문화되었다. 이하 '이 사건 사업약정'이라 한다)을 하였는데, 이 사건 사업약정 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

전문

2. 사업참여자들은 **B의 회생절차 진행에도 불구하고 사업을 2009. 9.말까지 준공할 수 있는 방법에 대하여 협의한바, 시공사 **B과 시행사 F과 그 부대공사업체인 하수급업체가 하도급대금 직접지급 합의를 작성하고 그에 해당하는 공사대금도 F이 하수급업체에 지급하기로 약정하였다.

제3조 하도급대금의 직접지급

제1항 하도급대금의 직접지급의 합의

F, **B 및 하수급업체는 별지3(갑 제10호증의 2)에 기재된 내용과 양식으로 하도급대금 직접지급 합의를 체결하였다.

제3항 하도급대금의 직접지급과 관련한 하수급업체의 준수사항

협력업체 대리인 G은 다음 각 호에 기재된 사항을 준수하고, 사업과 관련된 모든 하수급업체 등으로 하여금 아래 사항을 준수하도록 하여야 한다. 이를 확인하기 위하여 G은 사업과 관련된 모든 하수급업체 등으로부터 별지1(갑 제17호증의 1)에 기재된 내용과 양식의 약속서를 발급받아 추가대출약정서 체결일 이전까지 H은행에 제출하여야 한다.

(가) 각 하수급업체 등은 **B에 **B의 회생절차가 진행되는 경우와 상관없이 본건 사업을 2009. 9.말까지 책임준공할 것을 보증하여야 한다. 이를 위하여 각 하수급업체는 별지2에 기재된 내용과 양식으로 작성된 책임준공보증서를 H은행과 F에 제출하기로 한다. 각 하수급업체는 책임준공의무를 이행하지 못하는 경우 G이 제출한 책임준공보증서에 준하여 책임을 지고, 추가 대출 중 하도급 및 자재대금 지급분에 한하여 보증을 하며, 2009. 9.말까지 책임준공이 완료되면 보증의 효력은 해지되는 조건으로 보증서를 제출하기로 하되, 대기업 등 보증서 또는 보증에 따른 이사회 회의록 제출을 하지 못하는 업체에 대하여는 하수급업체들간에 협의하여 정한다. 또한 미지급 공사대금 또는 자재대금이 있는 경우에는 위의 손해배상과 상계하는 것에 대하여 동의한다.

(다) 각 하수급업체 등은 2009. 2.말을 기준으로 한 미지급공사비 및 자재대금 내역을 추가대출약정서 체결일 이전에 H은행과 F에 제출하여야 한다.

(라) 각 하수급업체 등은 하도급금액을 직접지급받을 사유가 발생하는 경우, H은행 또는 F의 요청에 따라 하도급대금의 직접지급을 요청하는 공문을 F에 송부하기로 한다. 어느 하수급업체 등이 위 공문의 발송을 적시에 하지 아니하여 하도급대금이 직접지급되지

아니한 경우 그로 인한 손해는 해당 하수급업체 등에 귀속된다.

제4조 하도급공사비 및 자재대금의 지급방법

제1항 지급시기

하수급업체 등에 대한 하도급공사비 및 자재대금은 각 하수급업체 등이 **B과 체결한 하도급계약 및 납품계약서에 정한 조건에 따라 지급하기로 한다.

제2항 재원

하수급업체 등에 대한 하도급공사비 및 자재대금은 본건사업과 관련하여 입주잔금 및 추가대출약정에 따른 대출금을 재원으로 한다.

제7조 기타 규정

제8항 기타 사항

본 사업의 준공일정 변경(2009. 7. → 2009. 9.)에 따른 공사지체상금은 F과 **B 간의 공사도급계약서 제26조에 준하여 **B이 지급하기로 한다.

3) 원고는 2009. 3.경 이 사건 사업약정의 효력이 원고에게도 미치게 됨을 인정하는 내용의 확약서(이 사건 사업약정의 별지1 양식, 갑 제17호증의 1)를 작성하여 F 및 H 은행에 제출하였고, 그 무렵 F 및 피고와 사이에 이 사건 하도급계약의 내용을 명시하고 다음과 같은 내용의 '하도급대금 직접지급 합의서'(이 사건 사업약정의 별지3 양식, 갑 제10호증의 2, 이하 '이 사건 합의서'라 한다)를 작성하였으며, 2009. 4. 17. 이 사건 합의서에 대한 확정일자를 받았다.

하도급 계약사항 : 계약금액 1,712,000,000원, 공사기간 2008. 8. 25.부터 2009. 7. 31.까지

1. 위 하도급계약에 있어 하수급인이 시공한 분에 해당하는 하도급대금을 건설산업기본법 제35조 제2항의 규정에 따라 발주자가 하수급인에게 직접지급하기로 발주자(F), 수급인(피고) 및 하수급인(원고) 사이에 합의합니다.
2. 수급인은 기성검사 및 준공검사시 하수급인이 시공한 부분에 대한 내역을 검토 후 하도급대금을 청구하여야 하며, 발주자는 하도급대금을 하수급인의 계좌로 직접지급하기로 합니다.

라. 이 사건 하도급계약의 변경 및 공사대금 지급관계

1) 그 후 원고는 피고와 사이에, 2009. 3. 13.(1차 변경) 이 사건 하도급계약의 공사금액을 당초 '1,712,000,000원'보다 429,345,787원을 증액한 '2,141,345,787원'으로, 2009. 8. 17.(2차 변경) 이 사건 하도급계약의 공사기간을 '2009. 7. 31.까지'에서 '2009. 10. 31.까지'로, 2010. 3. 22.(3차 변경) 이 사건 하도급계약의 공사금액을 위 '2,141,345,787원'에서 65,582,213원을 증액한 '2,206,928,000원'으로 각 변경하고(다만, 실제로 원고는 2009. 10. 31.경 이 사건 하도급공사를 사실상 완공하였으나, 물가상승분 등을 반영하여 공사금액을 증액하는 과정에서 2010. 3. 22. 3차 변경계약을 체결한 것으로 보인다), 기성금은 '월 1회씩 목적물 수령일로부터 60일 이내에 현금으로 지급하기로' 정하는 내용의 하도급변경계약(이하 '이 사건 변경계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 원고는 2009. 10. 31.경 이 사건 하도급계약과 이 사건 변경계약의 공사를 모두 완료하였으나(이 사건 아파트 신축공사는 2009. 11. 7.경 준공되었다), F으로부터 이 사건 하도급계약의 당초 계약금액(1,712,000,000원) 중 일부(1,376,367,750원)만 지급받았다.

3) 원고는 2010. 8. 11. F에 대구지방법원 2010가합7977호 사건(이하 '전소'라 한다)의 소장부분 송달로써 이 사건 변경계약에서 증액된 금액 494,928,000원(이하 '이 사건 증액대금'이라 한다)을 포함한 이 사건 하도급공사대금 전액(2,206,928,000원) 중 미지급 부분의 지급을 청구하였다. 한편 위 소송에서 위 법원은 2012. 5. 18. 'F에 대하여 원고에게 이 사건 하도급계약의 당초 계약금액(1,712,000,000원) 중 미지급 금액(91,003,633원) 및 그에 대한 지연손해금의 지급'을 명하는 원고 일부승소 판결을 하였

고, 위 판결에 대하여 쌍방 모두 항소를 제기하지 않아 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

4) F은 원고에게, 위 소송이 계속 중이던 2011. 8. 31. 265,870,000원을, 위 판결이 확정된 이후인 2012. 7. 25. 69,762,250원을 각 변제하였다.

5) 피고는 원고로부터 기성부분에 대하여 아래 표 기재와 같이 목적물을 인수받았다.

| 목적물 인수일자 | 금액(단위: 원, 부가세 포함) |
|---------------|-------------------|
| 2009. 1. 31. | 118,796,000 |
| 2009. 2. 28. | 171,885,000 |
| 2009. 3. 31. | 250,020,000 |
| 2009. 6. 30. | 395,325,000 |
| 2009. 7. 31. | 551,058,000 |
| 2009. 8. 31. | 224,916,000 |
| 2009. 8. 31. | 232,084,000 |
| 2009. 9. 30. | 122,902,000 |
| 2009. 10. 31. | 65,190,000 |
| 2009. 12. 31. | 9,170,000 |
| 2010. 3. 31. | 65,582,000 |
| 합계 | 2,206,928,000 |

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 3, 5, 6, 7, 24호증의 각 기재(다만, 아래에서 믿지 아니하는 갑 제 8호증의 2의 일부 기재는 제외), 변론 전체의 취지

2. 이 사건에 적용되는 법령

이 사건 하도급공사 체결 당시에 시행되던 구 건설산업기본법(2008. 3. 21. 개정되어

같은 날부터 시행된 법률 제8971호. '건설산업기본법'이라 한다) 제4조 및 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2007. 7. 19. 개정되어 2007. 10. 20.부터 시행된 법률 제8539호. 이하 '하도급법'이라 한다) 제34조에 따라 이 사건 하도급공사에 관하여는 하도급법이 우선 적용되며, 관련 규정들은 다음과 같다.

○ 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2007. 7. 19. 개정되어 2007. 10. 20.부터 시행된 법률 제8539호)

제13조(하도급대금의 지급 등)

① 원사업자가 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우에는 목적물등의 수령일(건설위탁의 경우에는 인수일을, 용역위탁의 경우에는 수급사업자가 위탁받은 용역의 수행을 완료한 날을, 납품등이 빈번하여 원사업자와 수급사업자가 월 1회이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우에는 그 정한 날을 말한다. 이하 같다)부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 지급기일을 정한 것으로 인정되는 경우
2. 당해 업종의 특수성과 경제여건에 비추어 그 지급기일이 정당한 것으로 인정되는 경우

③ 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 경우로서 원사업자가 발주자로부터 제조·수리·시공 또는 용역수행행위의 완료에 따라 준공금 등을 받은 때에는 하도급대금을, 제조·수리·시공 또는 용역수행행위의 진척에 따라 기성금 등을 받은 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당한 금액을, 그 지급받은 날부터 15일(하도급대금의 지급기일이 그 전에 도래하는 경우에는 그 지급기일) 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다.

제14조(하도급대금의 직접지급)

① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금을 해당 수급사업자에게 직접지급하여야 한다.

1. 원사업자의 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가

하도급대금의 직접지급을 요청한 때

2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때

3. 원사업자가 제13조제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때

4. 원사업자가 제13조의2제1항의 규정에 의한 하도급대금 지급보증의무를 이행하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때

② 제1항의 규정에 의한 사유가 발생한 경우 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위 안에서 소멸한 것으로 본다.

⑥ 제1항의 규정에 의하여 하도급대금을 직접지급하는 경우의 지급방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(2007. 9. 27. 개정, 2007. 9. 28. 시행, 대통령령 제20290호)

제4조(하도급대금의 직접지급)

① 법 제14조(하도급대금의 직접지급) 제1항의 규정에 의한 수급사업자의 직접지급 요청은 그 의사표시가 발주자에게 도달한 때부터 효력이 발생하며, 그 의사표시가 도달되었다는 사실은 수급사업자가 증명하여야 한다.

③ 발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위 안에서 하도급대금 직접지급의무를 부담한다.

④ 하도급대금의 직접지급요건을 갖추고, 그 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 대한 하도급대금이 확정된 경우, 발주자는 도급계약의 내용에 따라 수급사업자에게 하도급대금을 지급하여야 한다.

3. 원고의 주위적 청구(공사대금 청구)에 대한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 원고의 공사대금채권이 공익채권인지 여부

쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차 개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제 119조 제1항), 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항의 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권은 공익채권으로 한다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제179조 제1항 제7호).

살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면 쌍무계약인 이 사건 하도급계약에 관하여 원고는 회생절차개시 시점인 2009. 6. 11. 하도급계약에서 정한 공사의 일부만 이행하여 그 이행을 완료하지 아니하였고, **B의 관리인 심명대는 이 사건 하도급계약을 해제 또는 해지하지 아니하고 원고로부터 공사이행을 제공받은 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 이 사건 증액대금을 포함한 공사대금채권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상의 공익채권에 해당한다.

2) 나아가 앞서 인정한 사실에 의하면, 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 아파트 신축공사와 관련된 채무를 모두 승계한 피고는 이 사건 하도급공사(변경계약 부분 포함)를 완료한 원고에게 공익채권인 이 사건 증액대금(미지급 공사대금) 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

한편 이 사건 증액대금에 대한 지연손해금에 관하여는, 하도급법 제13조 제8항은 '원사업자가 하도급대금을 목적물 등의 수령일부터 60일이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 40 이내에서 은행법에 따른 금융기관이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 비율에 따른 이자를 지급하여야 한다.'라고 규정하고 있고, 이에 따른 공정거래위원회의 '선급금 등

지연지급시의 지연이율 고시'의 이율은 연 20%이며(2009. 9. 15. 공정거래위원회 고시 제2009-60호, 2012. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2012-42호, 2013. 12. 31. 공정거래위원회 고시 제2013-6호), 이는 2015. 7. 1.부터 연 15.5%로 변경되었으므로(2015. 6. 30. 공정거래위원회 고시 제2015-4호), 위 기준에 따라 지연손해금을 적용한다.

따라서 피고는 원고에게, 이 사건 변경계약에서 정한 계약금액 2,206,928,000원에서 원고가 F으로부터 지급받은 합계 1,712,000,000원(=1,376,367,750원+265,870,000원+69,762,250원)을 공제한 494,928,000원 및 그 중 232,084,000원(2009. 8. 31.자 2회차 목적물 인수분)에 대하여는 2009. 10. 31.부터(목적물 인수일로부터 60일이 지난 날, 이하 같다), 122,902,000원(2009. 9. 30.자 목적물 인수분)에 대하여는 2009. 11. 30.부터, 65,190,000원(2009. 10. 31.자 목적물 인수분)에 대하여는 2009. 12. 31.부터, 9,170,000원(2009. 12. 31.자 목적물 인수분)에 대하여는 2010. 3. 2.부터, 65,582,000원(2010. 3. 31.자 목적물 인수분)에 대하여는 2010. 5. 31.부터 각 2015. 6. 30.까지는 연 20%의, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15.5%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장에 대한 판단

1) 피고 주장의 요지

가) 이 사건 사업약정에 따른 확약서와 이 사건 합의서의 작성에 따라 발주자인 F이 원고에게 이 사건 증액대금까지 직접지급하기로 상호 합의하였는데, 이는 하도급법 제14조 제1항 제2호의 사유에 해당하므로 발주자인 F이 하수급인인 원고에게 이 사건 증액대금을 직접지급할 의무가 있고, 피고의 원고에 대한 하도급대금 지급채무는 하도급법 제14조 제2항에 따라 소멸하였다(이하 '㉠ 주장'이라 한다).

나) 만일 위와 같은 직접지급 합의가 인정되지 않는다 하더라도, ① 2009. 6. 11. 원사업자인 **B의 회생절차가 개시되었고, 2010. 12.경까지 일반적·계속적으로 채무를 변제할 수 없는 지급불능 상태에 있었으므로, 이는 하도급법 제14조 제1항 제1호에서 정한 '원사업자의 지급정지·파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우'에 해당하고, ② 또한 **B은 2009. 8. 31.과 2009. 9. 30.의 각 기성금 지급을 2회 이상 지체하였는데, 이는 하도급법 제14조 제1항 제3호 사유, 즉 '원사업자가 제13조 제1항 또는 제3항에 따라 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우'에 해당하는데, 원고가 발주자인 F을 상대로 전소를 제기하여 이 사건 증액대금의 직접지급을 요청한 2010. 8.경에는, **B은 회생절차의 진행 중에 있어 하도급대금을 지급할 수 없었다. 그러므로 F은 하도급법 제14조 제1항 제1호(수급인의 지급정지 등의 경우), 제3호(하도급대금의 지급을 2회 이상 지체한 경우)에 따라 원고에게 이 사건 증액대금을 직접지급하여야 하고, 그와 같은 경우에 '원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무의 소멸'을 규정한 같은 조 제2항에 따라 피고의 원고에 대한 하도급대금(이 사건 증액대금) 지급채무는 소멸하였다(이하 '② 주장'이라 한다).

2) 이 사건 증액대금에 관한 직접지급 합의가 있었는지 여부(① 주장에 관하여)

가) 관련 법리

처분문서의 진정성립이 인정되면 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 원칙적으로 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 그 문언의 내

용, 그러한 약정이 이루어진 동기와 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 이 사건 사업약정에 따른 확약서와 이 사건 합의서의 작성에 따라 F이 원고에게 당초 하도급대금 외에 이 사건 증액대금까지 직접지급하기로 합의하였는지에 관하여 본다.

(2) 이 사건 사업약정은 피고(**B)의 자금난으로 공사가 중단되자 F이 공사 완공에 필요한 하도급대금을 하수급인들에게 직접지급함으로써 잔여 공사를 완공할 목적으로 체결된 사실, 이 사건 사업약정서 전문은 "사업참여자들은 **B의 회생절차 진행에도 불구하고 사업을 2009. 9.말까지 준공할 수 있는 방법에 대하여 협의한바, 시공사 **B과 시행사 F과 그 부대공사업체인 하수급업체가 하도급대금 직접지급 합의서를 작성하고 그에 해당하는 공사대금도 F이 하수급업체에 지급하기로 약정하였다."고, 제4조 제1항은 "하수급업체 등에 대한 하도급공사비 및 자재대금은 각 하수급업체 등이 **B과 체결한 하도급계약 및 납품계약서에 정한 조건에 따라 지급하기로 한다."고 각 정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거 및 을 제11 내지 21호증, 을 제23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 일부 하수급인들이 이 사건 사업약정에 따른 확약서와 이 사건 합의서가 작성된 후에 H은행에 변경계약에 따라 증액된 하도급금액을 기재한 보증서[이 사건 사업약정 제3조 제3의 (가)항에 기재된 '추가 대출 중 하도급 및 자재대금 지급분에 대한 보증서']를 제출한 사실, F도 일부 하수급인들에게 위와 같이 증액된 하도급대금을 직접지급한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 든 증거 및 인정사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고의 위 주장에 부합하는 듯한 갑 제8호증의 2, 제16호증의 2 내지 4, 을 제8호증의 각 일부 기재는 종전에 F에 대하여 직접지급을 요구하던 원고 측의 일방적인 주장을 기재한 것으로 이를 그대로 믿기 어렵고, 위 각 증거 및 을 제2, 9, 10호증, 을 제38호증의 1, 2의 각 기재만으로는 'F이 원고에게 이 사건 합의서에 기재된 공사대금 외에 그 후 증액된 공사대금(이 사건 증액대금)까지 직접지급하기로 합의하였다'는 점을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

㉓ 이 사건 사업약정서의 전문은 "시공사 **B과 시행사 F과 그 부대공사업체인 하수급업체가 하도급대금 직접지급 합의서를 작성하고 '그에 해당하는 공사대금'도 F이 하수급업체에 지급하기로 약정하였다."고, 제3조 제1항은 "F, **B 및 하수급업체는 별지3(갑 제10호증의 2)에 기재된 내용과 양식으로 하도급대금 직접지급 합의서를 체결하였다."고, 제3조 제3항은 "각 하수급업체 등은 추가 대출 중 하도급 및 자재대금 지급분에 한하여 보증을 하고, 2009. 2.말을 기준으로 한 미지급공사비 및 자재대금 내역을 추가대출약정서 체결일 이전에 H은행과 F에 제출하여야 하며, 하도급금액을 직접지급받을 사유가 발생하는 경우, H은행 또는 F의 요청에 따라 하도급대금의 직접지급을 요청하는 공문을 F에 송부하되, 위 공문의 발송을 적시에 하지 아니하여 하도급대금이 직접지급되지 아니한 경우 그로 인한 손해는 해당 하수급업체 등에 귀속된다."고 각 정하고 있다.

㉔ 이에 따라 원고가 2009. 3.경 피고 및 F과 작성한 이 사건 합의서는 "하도급 계약사항 : 계약금액 1,712,000,000원, 위 하도급계약에 있어 하수급인이 시공한분에 해당하는 하도급대금을 건설산업기본법 제35조 제2항의 규정에 따라 발주자가 하

수급인에게 직접지급하기로 발주자, 수급인 및 하수급인 사이에 합의합니다."고 정하여, 당사자 사이에 직접지급 합의의 대상이 되는 공사금액을 명시적으로 특정하고 있다.

㉔ 일부 하수급인들이 H은행에 증액된 하도급금액을 기재한 보증서를 제출하거나, F이 일부 하수급인들에게 위와 같이 증액된 하도급대금을 직접지급한 경우가 있으나, 이는 해당 하수급인들이나 피고가 사전에 그에 관한 변경계약서를 F에 제출하여 F의 동의를 받았기 때문인 것으로 보인다(즉 그에 관한 추가적인 별도 합의가 있었던 것으로 보인다).

㉕ 그런데 갑 제5호증의 9, 제15호증의 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고나 피고는 이 사건 변경계약을 체결한 뒤에도 F에 이를 통지하거나 그 동의를 받지 않았고, 원고는 2009. 10. 31.경 이 사건 변경계약에 따른 공사를 완료한 후에도 피고에게 이 사건 증액대금의 지급을 청구하다가 2010. 8.경에 이르러서야 F에 직접지급을 요청하였다.

㉖ 하도급계약은 원도급 계약금액으로 도급공사를 완공할 의무가 있는 원수급인이 '자신의 계산으로 자신이 선택한 하수급인과 사이에' 체결하는 것이므로 하도급 계약금액이 원도급 계약금액보다 커질 수도 있는데, 발주자가 사전에 증액된 하도급대금에 관하여 미리 통지받거나 동의하는 절차도 없이 그 직접지급 의무를 부담하기로 합의한다는 것은 이례적인 일에 속한다.

(3) 따라서 이 사건 사업약정에 따른 확약서와 이 사건 합의서의 작성에 따라 F이 원고에게 직접지급하기로 합의한 하도급대금은 처분문서인 이 사건 합의서에 명시적으로 기재된 '당초 계약금액 1,712,000,000원'에 한정된다고 할 것이므로, 이를 초과

하는 이 사건 증액대금에 관하여도 직접지급 합의가 성립하였다는 취지의 피고의 ① 주장은 받아들일 수 없다.

3) 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호, 제2항 해당 여부(② 주장에 관하여)

가) 법리

하도급법에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(수급사업자)을 수급인(원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 도급인은 도급대금채무의 범위에서 하수급인에 대한 직접지급의무를 부담하고[하도급법 시행령 제9조 제3항], 이와 동시에 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금채권과 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무가 소멸한다(하도급법 제14조 제2항).

하도급법 제14조 제1항에 따르면, 같은 항 제2호('발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때')에 해당하는 경우에는 하수급인이 직접지급을 요청하지 않아도 같은 조 제1항, 제4항, 하도급법 시행령 제9조 제3항이 정한 범위에서 직접지급청구권이 발생하나, 나머지 제1, 3, 4호에 해당하는 경우에는 수급사업자가 직접지급을 요청한 때에 비로소 위와 같은 직접지급청구권이 발생한다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다24176 판결 등 참조). 이 때 하수급인이 하도급법 제14조 제1항에서 말하는 하도급대금의 직접지급을 요청하였는지 여부는 하수급인의 도급인에 대한 요청 내용과 방식, 하수급인이 달성하려고 하는 목적, 문제되는 직접지급사유와 하도급대금의 내역, 하도급대금의 증액 여부와 그 시기, 직접지급제도의 취지, 도급인·수급인·하수급인의 이해관계, 직접지급의 요청에 따르는 법적 효과와 이에 대한 예견가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

나) 앞서 든 증거 및 인정사실에 의하면, 원고가 F을 상대로 제기한 전소와 관련 하여 아래와 같은 사실이 인정된다.

(1) 원고는 2010. 8. 대구지방법원 2010가합7977호로 F과 H은행을 공동피고로 하여 하도급대금의 지급을 청구하는 전소를 제기하였는데, 그 소장에 청구원인으로 2009. 3.경 이 사건 사업약정과 이에 따른 이 사건 합의서에 의하여 도급인인 F과 대출은행인 H은행이 원고에게 증액대금을 포함한 하도급대금을 지급할 의무가 있다고 기재되어 있다. 그러나 하도급법 제14조 제1항 제1호('원사업자의 지급정지·파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때') 또는 제3호('원사업자가 제13조 제1항 또는 제3항에 따라 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때')에 해당하는 직접지급사유는 소장에 아무런 언급이 없었다.

(2) 이 사건 사업약정은 F(도급인), **B(수급인), H은행(대출은행), G(하수급업체 및 납품업체 대표) 4자 간에 **B의 워크아웃 신청으로 중단되었던 공사를 재개하기 위하여 체결한 것으로, H은행의 신규대출금을 1차적인 재원으로 삼아 F이 하수급업체 등에게 하도급대금 등을 직접 지급하기로 하는 내용이다.

(3) 이 사건 사업약정에 따라 원고와 **B, F이 작성한 이 사건 합의서에는 최초의 하도급대금인 1,712,000,000원만이 기재되어 있었는데, 전소에서 원고는 **B과 변경계약한 이 사건 증액대금 494,928,000원도 이 사건 사업약정의 내용이나 별도의 지급약속 등을 이유로 함께 지급할 것을 청구하였고, 이에 대해 F은 이 사건 증액대금이

직접지급 합의와 상관없다고 다투었다. 위 법원은 2012. 5. 18. 원고의 F에 대한 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였는데, F이 이 사건 합의서에 따른 1,712,000,000원만을 지급할 의무가 있음을 전제로 그 잔액인 91,003,633원과 지연손해금의 지급을 명하고, 이 사건 증액대금의 지급약정 등에 관한 원고의 주장은 모두 배척하였다.

(4) 전소에서, F은 원고의 청구가 하도급법 제14조 제1항 제2호에 정해진 직접지급 합의에 기한 것임을 전제로 'F이 **B에 대하여 부담하던 채무가 모두 소멸하였다'고 주장하며 채무의 범위를 다투었다. 전소의 법원은 이 사건 사업약정의 내용 등에 따르면 하도급법이 적용되는 경우와 달리 F은 **B에 대한 채무의 범위와 관계없이 합의서상의 대금을 전액 지급할 의무가 있다고 판단하였고, **B에 대한 채무의 범위에 관해서는 아무런 판단을 하지 않았다. 위 판결은 원고 등이 불복하지 않아 그대로 확정되었다.

(5) 한편 원고는 위 소송이 계속 중이던 2011. 6. 'F이 최초의 공사대금만을 인정하고 이 사건 증액대금을 인정하지 않고 있다'면서 피고를 상대로 이 사건 증액대금의 지급을 구하는 이 사건 소를 같은 법원에 제기하였다.

다) 앞서 인정한 사실에 의하면, F은 **B에 대한 도급대금 지급의무의 범위와 관계없이 원고에게 일정한 금액의 하도급대금을 직접 지급하기로 약정하였고, 전소에서 원고는 위 약정을 1차적인 근거로 삼아 당초 약정한 하도급대금과 함께 이 사건 증액대금의 지급을 청구하였다. 원고의 F에 대한 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호에 따른 직접지급청구권의 존부나 범위에 관해서는 전소에서 심리·판단이 이루어지지 않았는데, 원고가 그 소장부분의 송달로써 하도급법상 이 사건 증액대금의 직접지급을 요청하였다고 볼 경우 원고로서는 증액대금에 관한 권리행사나 대금회수가 사실상 곤란해

지는 결과가 된다. 이러한 사정을 기초로 전소 소장에 기재된 문언의 내용, 이 사건 사업약정과 직접지급 합의의 경위와 내용, 증액대금에 관한 변경계약의 경위, 전소에서 증액대금과 관련하여 당사자들이 했던 주장과 이에 관하여 법원이 심리·판단한 내용과 범위, 이 사건 소제기의 경위, 전소판결에 관한 당사자들의 불복 여부, 원고의 진정한 의사와 F이 인식한 내용 등을 종합적으로 고찰해 보면, 원고는 전소에서 이 사건 사업약정과 이 사건 합의서에 기하여 F이 원고에게 지급하기로 한 하도급대금을 청구한 것에 불과하고, 그것이 동시에 이 사건 증액대금에 관한 하도급법상 직접지급청구권의 발생요건인 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호에 따른 직접지급의 요청에 해당한다고 보기는 어렵다.

라) 나아가 피고는, ① 원고는 전소와는 별도로 F에 대하여 직접 지급요청을 하였을 뿐만 아니라, ② 이 사건 사업약정의 당사자들은 하도급대금 직접지급 합의를 하면서, 하도급대금 직접지급 방법 및 절차로, 하도급업체가 **B에게 시공부분에 대한 세금계산서를 발행하면, **B이 F에게 하도급대금을 청구하고, F이 하도급업체에게 대금을 지급하는 방식으로 직접 지급요청 절차를 진행하기로 합의하였는바, 원고가 **B에게 세금계산서(갑 제5호증)를 발행한 것은 위 합의에 따른 것이었으므로, 결국 이는 원고가 F에 대하여 공사대금의 직접지급을 청구한 것으로 보아야 하고, ③ 또한 원고는 2011. 1. 6. F이 이 사건 증액대금을 포함하여 직접지급의무를 위반하였다는 이유로 공정거래위원회에 신고를 한 바 있는데, 이로써 원고가 F을 상대로 직접지급요청을 하였다는 취지로도 주장한다.

살피건대, 갑 제5호증, 갑 제15호증의 2, 을 제3호증, 을 제22호증의 1 내지 3, 을 제36호증의 1의 각 기재만으로는 피고의 위 주장사실을 인정하기에 부족하고, 달리

이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라 위 각 증거들에 의하더라도, ① 갑 제15호증의 2(공사비 지급요청에 대한 답변)는 원고가 이 사건 사업약정 및 합의서에 기하여 F를 상대로 하도급대금을 청구한 것이고, 을 제22호증의 1 내지 3(면담결과보고서 등)은 F과 하수급인들 대표였던 G 사이의 면담결과에 불과하여 이로써 원고가 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호에 따른 직접지급을 요청하였다고 보기 어려우며, ② 원고가 이 사건 소를 통하여 구하는 것은 이 사건 증액대금인데, 이는 앞서 본 바와 같이 이 사건 사업약정 및 합의서에 따른 F의 책임범위에 포함되지 않으므로, 위 사업약정 및 합의서에 따른 세금계산서의 발행이 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호에 따른 직접지급의 요청에 해당한다고 보기 어려우며, ③ 을 제3호증(공정거래위원회 의결내용통지)에도 하도급법 제14조 제1항 제1, 3호에 따른 직접지급에 관하여는 아무런 심리·판단이 이루어지지 않았던 사정이 인정될 뿐이다.

마) 결국 피고의 ② 주장도 이유 없다.

4. 원고의 예비적 청구(손해배상 청구)에 대한 판단

원고의 주위적 청구 중 지연손해금 부분이 일부 기각되었으므로, 사용자책임을 이유로 손해배상을 구하는 원고의 예비적 청구에 관하여도 아래와 같이 판단한다.

가. 원고의 주장

원고는, 이 사건 사업약정서 및 이 사건 합의서의 효력이 이 사건 증액대금에는 미치지 않아 원고가 F으로부터 이 사건 증액대금을 지급받지 못하게 되고, 피고는 이 사건 증액대금에 대한 지급의무를 면하게 된다면, 이는 이 사건 사업약정서 및 이 사건 합의서 작성에 관여한 피고의 직원 최필기가 이 사건 합의서에 이 사건 하도급공사의 당초 계약금액만 기재하고 이 사건 증액대금을 이 사건 합의서에 포함시키지 않았고,

또한 그 후 원고와 피고 사이에 체결된 이 사건 변경계약 내용을 F이나 H은행에 제출하지 않은 중대한 과실로 인한 것이므로, 피고는 위와 같은 불법행위를 한 최필기의 사용자로서 원고가 F으로부터 지급받지 못하게 된 이 사건 증액대금 상당의 손해를 배상하여야 한다고 주장한다.

나. 판단

살피건대, 최필기가 원고 주장과 같은 과실로 이 사건 합의서 작성을 제대로 하지 못하였거나 이 사건 변경계약 내용을 제출하지 않은 불법행위를 저질렀다거나 그로 인하여 원고가 이 사건 증액대금을 지급받지 못하는 손해를 입었다는 취지의 원고의 주장에 부합하는 듯한 갑 제16호증의 2 내지 4의 각 기재는 원고측의 일방적 진술에 불과하여 믿기 어렵고, 갑 제10호증의 2, 제16호증의 1, 제17호증, 을 제8, 9, 10호증의 각 기재만으로는 '최필기가 이 사건 합의서 작성 당시 그 내용에 이 사건 증액대금을 F이 지급하는 것으로 기재할 의무 내지 이 사건 변경계약 내용을 F이나 H은행에 제출할 의무가 있었는데 과실로 그와 같은 의무를 제대로 이행하지 않음으로써 원고가 이 사건 증액대금을 F으로부터 지급받지 못하는 손해를 입었다'는 점을 인정하기에 부족하며[오히려 앞서 본 바에 의하면 이 사건 합의서는 2009. 3.경 작성된 반면, 이 사건 변경계약은 2009. 3. 13.(1차 변경)부터 2010. 3. 22.(3차 변경) 사이에 이루어진 것으로서, 이 사건 합의서 작성 당시에는 이 사건 변경계약 내지 그에 따른 이 사건 증액대금은 구체적으로 확정되지 않아 이를 이 사건 합의서에 반영할 수 없었을 것으로 보인다], 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 최필기의 불법행위가 인정되지 않아 최필기의 사용자인 피고의 사용자책임 역시 인정할 수 없으므로, 원고의 이 부분 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없

다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 주위적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 예비적 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하여야 한다. 주위적 청구에 관한 피고의 항소는 이유 없으므로, 원고의 부대항소를 일부 받아들여 제1심 판결의 주문 제1, 2항을 위와 같이 변경하고, 환송 전 당심에서 추가된 예비적 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 임상기

 판사 이영진

 판사 남기정