



건설관련 법률상담

곽동우 법무법인(유) 화우 변호사

선급금정산과 하도급대금직불의 선후관계

Q 〈사례〉 지방자치단체인 A사는 건물 건축공사를 B사에게 도급주고 선급금을 지급하였고, B사는 그 공사 중 일부를 C사에게 하도급주었다. 공사 도중에 수급인 B사가 부도 나서 도급인 A사가 이 도급계약을 해제하였고, 그에 따라 그때까지의 미지급 공사대금과 선급금을 정산하게 되었다. 한편 C사는 수급인 B사의 부도로 인하여 하도급대금을 지급받지 못하게 되자 도급인 A사에게 하도급대금을 직접 지급해달라고 청구하였다. 이런 경우 C사의 하도급대금 직접청구권이 우선 보호되는지, 아니면 B사의 미지급공사대금을 선급금으로 상계하는 것이 우선 적용되는지?

A 〈해설〉 이런 사례는 도급계약에서 선급금이 지급되었고, 도중에 수급인의 부도나 파산으로 공사계약이 해제되었는데, 하수급인이 하도급대금의 직불을 요청

한 경우에 하도급대금의 직접 지급을 우선 보호할 것인지, 아니면 도급인의 선급금 정산을 우선 보호할 것인지에 관한 문제이다.

위의 사례에서 ①하도급대금 직접청구권이 우선 보호된다면, 하수급인이 하도급대금을 도급인으로부터 먼저 직접 지급받게 되고, 공사대금 잔액은 그 만큼 줄어들게 되며, 따라서 선급금에서 공제되는 공사대금 잔액이 줄어들어 수급인(또는 선급금반환채무의 보증인)이 반환하여야 하는 선급금 잔액이 그만큼 커지게 되고 ②미지급공사대금을 선급금으로 상계하는 것이 우선 적용되면, 그 선급금 상계액만큼 선급금 및 미지급공사대금이 줄어들고, 하수급인이 직접 지급받을 하도급대금은 상계 후 남는 공사대금을 한도로 하게 되어 직불받을 수 있는 한도가 그 만큼 줄어들게 되는 차이가 생긴다.

공사도급계약에서 수수되는 선급금은 자금사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재확보, 노임지급 등에 어려움 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 것이다. 그리고 선급금이 지급된 후 계약이 중도에 해제 또는 해지되어 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고, 도급인은 공사대금 잔액이 있는 경우 그 잔액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(거꾸로 충당 후 선급금이 남으면 수급인이

남는 선급금을 반환하면 된다).

이러한 원칙적인 입장을 따르면 본 사례에서 도 수급인 B사의 부도로 공사가 중단되어 도급계약이 해제되면, 그때까지 남아있는 선급금은 우선적으로 미지급 공사대금에 충당되고, 그 충당 후 남는 미지급 공사대금만 A사가 부담하게 되므로, 하수급인 C사가 하도급대금 직불을 청구한다고 해도 A사는 위와 같이 선급금 우선 정산 후 부담하는 잔여 공사대금 범위 내에서만 직불의무를 부담하게 된다. 이는 위 ②의 입장에 해당하게 된다.

그러나 발주자와 수급인 사이의 도급계약에서 위와 같은 선급금 정산에 관하여 예외적으로 하도급대금의 직접 지급을 우선 적용하기로 약정을 둔 경우에는 달리 처리될 수 있다. 즉 발주자가 국가나 지방자치단체인 경우에는 미리 회계예규로 정해진 공사계약일반조건이 도급계약에 편입되는데, 국가계약에 적용되는 공사계약일반조건을 보면, 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 약정이자를 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다”라고, 제44조 제6항은 “제5항의 경우 계

약담당공무원은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, ‘건설산업기본법’ 및 ‘하도급 거래 공정화에 관한 법률’에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다”고 규정하고 있다. 지방자치단체의 도급계약에 적용되는 공사계약일반조건에도 이와 같은 조항이 삽입되어 있다.

이와 같이 공사계약일반조건 제44조 제6항에 우선적으로 하도급대가를 직접 지급한 후에 공사대금 잔액과 선급금 잔액을 상계하도록 규정되어 있고, 그것이 도급계약의 내용이 되었으므로, 이런 경우에는 앞에서 본 원칙적인 경우(공사대금 잔액과 선급금 잔액을 우선 상계하는 것)와는 달리 하도급대금을 우선적으로 직불하고, 그후에 남은 공사대금 잔액과 선급금 잔액을 상계하여야 한다는 것이 법원의 판단이다(대법원 2010. 5. 13. 2007다31211 참조). 이와 같이 처리하는 것이 하수급인을 보호하고자 하는 관련법령과 위 공사계약일반조건에 취지에도 부합하고, 재정경제부의 유권해석도 같은 입장이기 때문이다.

따라서 관급공사인 경우에는 위의 공사계약일반조건에 의하여 위 ①의 입장에 따라 하도급대금 직접청구권이 우선 적용되게 된다. 이와 같이 본 사례의 경우는 도급계약이 관급공사인지 아닌지에 따라 적용되는 계약조항이 달라져서 처리결과가 달라질 수 있다는 점을 유의하여야 한다. ◉