

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2019다214408 계약보증금청구  
원고, 피상고인 대보건설 주식회사 외 2인  
소송대리인 법무법인 김장리  
담당변호사 김경철 외 1인  
피고, 상고인 전문건설공제조합  
소송대리인 법무법인 공유  
담당변호사 김성건 외 2인  
피고보조참가인 주식회사 삼평토건  
소송대리인 변호사 김경중  
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 1. 30. 선고 2018나2001481 판결  
판 결 선 고 2023. 5. 18.

주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(제출기간이 지난 각 보충상고이유서는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 원고들은 공동수급체를 구성하여 대한민국(소관청 국군재정관리단)으로부터 주한미군기지 이전 시설사업 중 전투지휘훈련소와 단기체류독신자숙소 신축공사를 도급받았다.

원고들은 피고 보조참가인과 위 신축공사 중, ① 2014. 1. 6. 토공사에 관한 하도급계약(이하 '이 사건 제1 하도급계약'이라 한다)을, ② 2014. 3. 12. 단기체류독신자숙소가설 및 철근콘크리트공사에 관한 하도급계약(이하 '이 사건 제2 하도급계약'이라 한다)을, ③ 2014. 3. 12. 전투지휘훈련소가설 및 철근콘크리트공사에 관한 하도급계약(이하 '이 사건 제3 하도급계약'이라 한다)을 각 체결하였다(이하 피고 보조참가인이 하도급 받은 공사를 '이 사건 각 공사'라 하고, 이 사건 제1, 2, 3 하도급계약을 통틀어 '이 사건 각 하도급계약'이라 한다).

나. 피고 보조참가인은 피고와 2014. 11. 3. 이 사건 제1 하도급계약에 관한 계약이행보증계약(이하 '이 사건 제1 보증계약'이라 한다)을, 2014. 4. 4. 이 사건 제2 하도급계약 및 이 사건 제3 하도급계약에 관한 각 계약이행보증계약(이하 '이 사건 제2 보증계약' 및 '이 사건 제3 보증계약'이라 한다)을 각 체결하고(이하 이 사건 제1, 2, 3 보증계약을 통틀어 '이 사건 각 보증계약'이라 한다), 피고로부터 보증서를 발급받아 원고들에게 교부하였다.

다. 원고들은 피고 보조참가인에게 이 사건 각 하도급계약에 따른 공사대금 지급

을 보증하지 아니하였다. 원고들은 공사대금 지급보증이 면제될 사유를 주장하지 아니하였고 원고들에게 지급보증 면제사유가 있었다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없다.

라. 피고 보조참가인은 2015. 4. 30. 무렵 이 사건 각 공사를 중단하였다. 원고들은 2015. 5. 6. 피고 보조참가인에게 이 사건 각 하도급계약을 해지한다는 의사를 표시한 다음 2015. 7. 28. 및 2015. 9. 7. 피고에게 이 사건 각 보증계약에 따른 계약이행보증금의 지급을 구하였다.

마. 피고는 원고들에게 이 사건 제1 보증계약에 따른 보증금액 91,300,000원과 이 사건 제2 보증계약에 따른 보증금액 187,000,000원 중 49,000,000원을 지급하였으나 이 사건 제3 보증계약에 따른 보증금액에 대해서는 원고들이 피고 보조참가인에게 공사대금 지급을 보증하지 아니하였다는 이유로 그 지급을 거절하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 이유로, 2014. 5. 28. 법률 제12709호로 개정된 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 '개정 하도급법'이라 한다) 제13조의2 제8항 본문이 이 사건 제3 하도급계약에 적용되지 아니하므로 피고는 원고들에게 이 사건 제3 보증계약에서 정한 보증금액을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

## 3. 대법원의 판단

가. 2014. 5. 28. 법률 제12709호로 개정되기 전의 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제13조의2 제1항은 "건설위탁의 경우 원사업자는 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증하고, 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."라고 규정하고 있었다. 개정 하도급법은 제13조의2 제1항에 "계약체결일부터 30일 이내"로 원사업자의 공사대금 지급보증 기한을 추가하는 한편, 제8항으로 "제1항에 따른 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항 또는 제2항에 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."라는 규정을 신설하였고, 개정 하도급법 부칙은 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다."라고 규정하였다.

나. 하도급법은 원사업자에 비해 상대적으로 열위에 있는 수급사업자가 하도급대금을 지급받지 못하는 위험 또는 그 불확실성에 노출되는 것을 해소하고자 하도급대금의 지급보증의무를 의무화하고 있다(대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다213644 판결 참조). 이와 같은 원사업자의 공사대금 지급보증의무를 규정한 취지, 관련 규정의 내용과 관계 등에 비추어 볼 때, 원고들은 개정 하도급법 시행일 이후인 2015. 5. 6. 이 사건 제3 하도급계약을 해지한 다음 2015. 7. 28. 및 2015. 9. 7. 이 사건 제3 보증계약에 따른 계약이행보증금을 청구하였으므로, 개정 하도급법 제13조의2 제8항 본문에 따라 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 계약이행 보증에 대한 청구권을 행사할 수 없다고 봄이 타당하다.

다. 그럼에도 원고들의 이 사건 제3 보증계약에 따른 계약이행 보증에 대한 청구권 행사에 개정 하도급법 제13조의2 제8항 본문이 적용되지 않는다고 본 원심의 판단에는 개정 하도급법 제13조의2 제8항 본문의 취지와 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            박정화

                      대법관            김선수

주    심            대법관            노태악

                      대법관            오경미