

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021다256856 기타(금전)
원고, 상고인 주식회사 서희건설
소송대리인 법무법인 봄 담당변호사 김민우 외 2인
피고, 피상고인 건설공제조합
소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주 담당변호사 최경원 외 2인
원 심 판 결 서울고등법원 2021. 6. 23. 선고 2020나2027783 판결
판 결 선 고 2023. 6. 29.

주 문

원심판결 중 원고 패소 부분 및 가지급물반환 신청에 대한 재판 중 원고 패소 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음의 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2015. 8. 28. 주식회사 지림건설(이하 '지림건설'이라고 한다)과 공사기간을 2015. 8. 28.부터 2016. 4. 30.까지, 공사대금을 6,490,000,000원으로 하는 하도급계약(이하 '이 사건 하도급계약'이라고 한다)을 체결하고, 2015. 9. 11. 피고와 이 사건 하도급계약에 관하여 보증기간을 2015. 8. 6.부터 2016. 7. 29.까지로 하는 공사대금 지급보증계약(이하 '이 사건 제1 지급보증계약'이라고 한다)을 체결하였다.

나. 원고와 지림건설은 2016. 3. 18. 이 사건 하도급계약의 공사기간을 2015. 8. 28.부터 2016. 11. 30.까지로 연장하되, 공사대금은 5,885,000,000원으로 감액하는 변경계약(이하 '이 사건 변경 하도급계약'이라고 한다)을 체결하였다.

다. 지림건설은 2016. 3. 18. 피고와 이 사건 변경 하도급계약에 관하여 보증기간을 2015. 8. 5.부터 2016. 11. 30.까지로 하는 계약이행 보증계약(이하 '이 사건 이행보증계약'이라고 한다)을 체결하였고, 원고는 2016. 8. 3. 피고와 이 사건 변경 하도급계약에 관하여 보증기간을 2015. 8. 6.부터 2017. 2. 28.까지로 하는 공사대금 지급보증계약(이하 '이 사건 제2 지급보증계약'이라고 한다)을 체결하였다.

2. 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 이유로 다음과 같이 판단하였다.

원고는 2016. 3. 18. 지림건설과 이 사건 하도급계약의 공사기간을 연장하는 내용의 이 사건 변경 하도급계약을 체결하였는데도 그로부터 약 5개월이 지난 2016. 8. 3.에서야 피고와 이 사건 제2 지급보증계약을 체결하였다. 이는 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2016. 12. 20. 법률 제14456호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법'이라고 한다) 제13조의2 제1항 본문을 위반한 지급보증이므로 원고는 제8항 본문에 따라 피고에게 이 사건 이행보증계약에 따른 보증금을 청구할 수 없다.

3. 대법원의 판단

가. 구 하도급법 제13조의2 제1항 본문은 "건설위탁의 경우 원사업자는 계약체결일 부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증(지급수단이 어음인 경우에는 만기일까지를, 어음대체결제수단인 경우에는 하도급대금 상환기일까지를 보증기간으로 한다)하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다."라고 규정하고, 같은 조 제8항 본문은 "제1항에 따른 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항 또는 제2항에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다."라고 규정하고 있다.

구 하도급법에 의하면, 공정거래위원회는 법 제13조의2를 위반한 원사업자에 대하여 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있고(제25조 제1항), 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있으며(제25조의3 제1항 제3호), 대통령령으로 정하는 벌점을 부과할 수 있다(제26조 제2항). 법 제13조의2 제1항을 위반하여 공사대금 지급을 보증하지 아니한 원사업자는 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금형의 처벌을 받게 되고(제30조 제1항 제2호), 원사업자가 이를 위반함으로써 수급사업자가 손해를 입은 경우 원사업자는 그 손해를 배상할 책임이 있다(제35조 제1항 본문).

구 하도급법 제13조의2 제8항 본문, 제1항 본문의 규정 내용과 체계, 원사업자의 하도급대금 지급보증의무 제도의 취지 및 관련 규정에서 정한 위반에 대한 제재 등을 종합하여 보면, 원사업자가 구 하도급법 제13조의2 제1항 본문에서 정한 30일의 기간이 지날 때까지 공사대금 지급보증을 하지 않았을 경우 관련 규정에 따라 행정적, 형사적

제재를 받는 것은 별론으로 하더라도 그 기간을 지나서 공사대금 지급보증을 하였다든 사정만으로 같은 조 제8항 본문에서 정한 계약이행 보증청구 요건을 충족하지 못하게 된다고 볼 수는 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 원사업자는 구 하도급법 제13조의2 제1항 본문에서 정한 30일의 기간이 지나서도 공사대금 지급보증을 한 다음 수급 사업자의 계약이행 보증에 대한 청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

나. 앞서 본 사실관계를 바탕으로, 원심판결 이유를 이러한 법리에 비추어 살펴본다.

원고는 이 사건 변경 하도급계약 체결일인 2016. 3. 18.부터 30일이 지난 뒤이기는 하지만 계약이행보증 청구사유가 발생하기 전인 2016. 8. 3. 이 사건 제2 지급보증계약을 체결하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 구 하도급법 제13조의2 제8항 본문, 제1항 본문에 따라 계약이행 보증청구권을 행사할 수 있다.

그런데도 원심은 원고가 이 사건 변경 하도급계약 체결일부터 30일 이내에 지급보증을 하지 않았다는 이유로 이 사건 이행보증계약에 따른 보증금을 청구할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 구 하도급법 제13조의2 제8항 본문, 제1항 본문의 해석 등에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 한편 민사소송법 제215조 제2항에 따른 가집행의 원상회복신청은 소송 중의 소의 일종으로서 본안판결이 변경되지 아니하는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 위에서 본 바와 같은 이유로 본안에 관한 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하는 이상 원심의 위 신청에 대한 재판 중 원고 패소 부분도 그 당부를 판단할 필요 없이 당연히 파기를 면할 수 없다(대법원 1996. 5. 10. 선고 96다5001 판결 등 참조).

4. 결론

그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분과 가지급물반환 신청에 대한 재판 중 원고 패

소 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 오석준

 대법관 안철상

주 심 대법관 노정희

 대법관 이흥구