

석사학위 청구논문  
2013학년도



# 미지급공사대금의 정산과 관련한 권리 우선순위에 대한 연구

A Study on a Priority of Rights Related to the  
Adjustment of Unpaid Construction Payment

광운대학교 건설법무대학원

건설법무학과

장 경 은



미지급공사대금의 정산과 관련한  
권리 우선순위에 대한 연구

A Study on a Priority of Rights Related to the  
Adjustment of Unpaid Construction Payment

지도교수 신 만 중

이 논문을 법학 석사학위논문으로 제출함

2014년 07월 일

광운대학교 건설법무대학원

건설법무학과

장 경 은



장경은의 법학 석사 학위논문을 인준함

심사위원장 \_\_\_\_\_인

심사위원 \_\_\_\_\_인

심사위원 \_\_\_\_\_인

광운대학교 건설법무대학원

2014년 7월

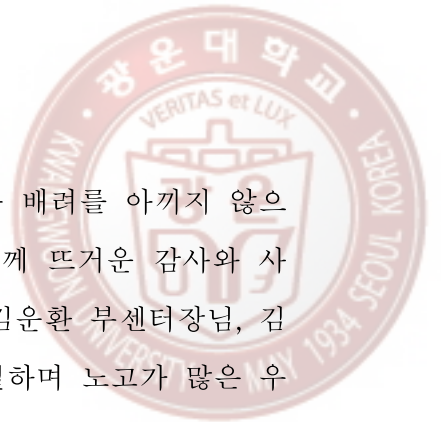


## 감사의 글

결실을 바라기 보다는 공부하는 과정을 즐기고자 하는 마음으로 광운대학교 건설법무대학원의 문을 두드렸습니다. 낮에는 일하고 밤에는 다시 학생으로 돌아가 공부하는 것이 생각보다 힘에 부쳤지만 같은 선택을 한 원우님들을 만나서 교류하는 것은 재미나고 소중한 경험이었습니다. ‘건설’이라는 공통의 화두를 중심으로 다양한 이력과 직업을 갖고 있는 사람들이 모여 자신의 경험과 지식을 나누고 서로 돕고 이해할 수 있는 ‘장’이 있다는 것은 참으로 반가운 일이 아닐 수 없었고, 이 가운데 고마운 분들이 정말 많습니다.

같은 시간, 같은 공간에서 수학하며 서로서로 선생이기도 하고 학생이기도 했던 원우님들, 제 부족한 지식과 경험에 많은 보탬을 주신 원장님 이하 교수님들, 그리고 여러 가지 편의를 봐주신 교직원 여러분께 감사드립니다. 특히, 우리 10기 동기분들의 무한한 애정과 격려의 말씀이 든든한 힘이 되었음에 각별한 감사를 드리며, 개인적인 사정으로 1년을 휴학하여 같이 수학하고 졸업하게 된 12기 동기분들의 특별한 배려에 고개숙여 고마움을 표합니다.

3년간 공부하며 얻은 지식을 한편의 논문에 담는 일이 만만치 않았으나 바쁘신 와중에도 성심성의껏 지도해주시고 조언해주시어 논문으로써 뿌듯하게 결실을 맺게 해주신 신만중 지도교수님과 기꺼이 심사위원을 맡아 논문의 오류와 흠결을 수정하여 더욱 완성도 있는 논문이 될 수 있도록 심사해 주신 유선봉 원장님, 박상열 건설분쟁연구소장님께 깊이 감사드립니다.



마음껏 일하고 공부할 수 있도록 전폭적인 지원과 배려를 아끼지 않으신 나의 사랑하는 건설공제조합 선·후배, 동료분들께 뜨거운 감사와 사랑을 전하며, 특히 강북보상센터 안현중 센터장님, 김운환 부센터장님, 김소영 부센터장님, 김태원 부센터장님 이하 열심히 일하며 노고가 많은 우리 센터직원들, 논문주제와 관련 자료를 찾는데 큰 도움을 주신 우리조합 윤인호, 구자춘, 황승현 차장님, 같은 대학원 선배이자 직장동기인 윤한철 차장에게 고맙다는 말씀을 전하며, 이 모든 분들께 행운과 축복이 함께하기를 기원합니다.

일하며 공부하는 딸을 내심 뿌듯하게 여기시는 우리 엄마, 아빠, 그리고, 주경야독의 핏계로 귀가와 취침이 늦어지는 언니를 대신해 살뜰히 아침 도시락을 챙겨 준 내 동생 경선에게 고맙고 많이많이 사랑한다는 말을 전합니다.



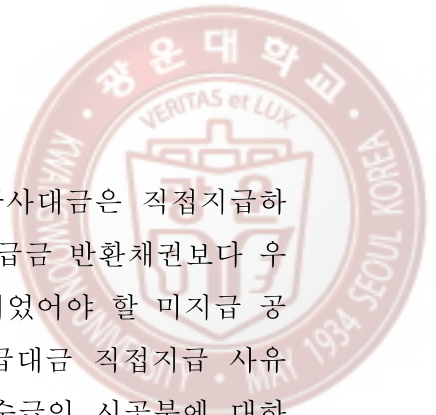
## 국문 요약

### 미지급공사대금의 정산과 관련한 권리 우선순위에 대한 연구

공사도급계약이 해제되어 공사중단이 있는 경우 타절기성검사를 실시하여 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 공사대금을 산정하게 된다. 이렇게 산정된 원수급인의 미지급 공사대금의 정산 및 분배와 관련하여 도급인은 선급금반환채권을, 하수급인은 하도급대금 직접지급청구권을, 원수급인의 압류채권자들은 각자 자신의 채권을 우선하여 만족시키고자 한다.

발주자가 선급금을 지급한 후 계약해제 등의 사유로 수급인이 선급금을 반환해야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 공사대금 미지급액은 선급금으로 당연 충당된다. 또한, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 건설산업기본법 및 국가계약법령(지방계약법령을 포함한다)등은 경제적 약자의 지위에 있는 하수급인을 보호하기 위하여 법령이 정한 일정한 사유가 발생하거나 합의가 있는 경우 하수급인에게 발주자에게 직접 하도급대금을 청구할 수 있는 권리, 즉, “하도급대금 직접지급 청구권”을 인정하고 있다. 한편, 원수급인의 일반채권자 또한 원수급인이 도급인으로부터 지급받을 공사대금채권을 (가)압류할 수 있고 공사대금채권이 (가)압류된 경우 제3채무자인 도급인은 수급인에게 변제하여서는 아니된다.

원칙적으로 미지급 공사대금에 대하여 선급금 성질에 의한 당연 상계를 인정하여야 하지만, 국가기관 등의 계약조건에는 “미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정”을 두고 하도급공사대금 직접지급액을 우선 공제하고 있다. 그러나, 이러한 경우에도 (가)압류 송달시점과 하도급대금 직접지급 사유발생시점 선후에 따라 하도급대금 직접지급 사유 발생 전에 (가)압류가 있는 경우에는 하수급인의 직접지급청구권이 그 사유발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없다는 대법원 판



례에 따라 (가)압류 청구금액에 해당하는 원도급 공사대금은 직접지급하지 않고, 아울러 (가)압류권자의 권리는 발주자의 선급금 반환채권보다 우선하여 인정될 수 없으므로 (가)압류권자에게 귀속되었어야 할 미지급 공사대금은 선급금으로 충당하게 된다. 그리고, 하도급대금 직접지급 사유 발생 후에 (가)압류가 있는 경우 (가)압류 이전 하수급인 시공분에 대하여는 하수급인에 대한 직접지급을, (가)압류 이후 하수급인 시공분에 대하여는 (가)압류권자의 권리를 인정하여 (가)압류권자의 청구분에 해당하는 금액은 직접지급을 인정하지 않고, 발주자의 선급금반환채권이 (가)압류권자의 권리에 우선하므로 해당 미지급 공사대금만큼을 선급금으로 충당하게 된다.

국기기관인 발주자 등이 하수급인 우선 보호를 위하여 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’을 무리하게 공사도급계약에 편입시킴으로써 자신의 권리실현도 제약받고 막대한 행정비용과 이중변제의 위험을 부담하며 당초 의도한 하수급인의 권리보호 목적도 실현하기 어려운 상황에 놓이게 된 것이다. 따라서, 현재 국가 등 공공기관의 도급계약에 편입된 공사계약일반조건 중 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’ 조항을 삭제하는 방향으로 개정하고, 하수급인의 권익을 보호하기 위하여 마련된 또 다른 제도인 하도대금지급보증제도를 확대하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

이를 통하여 미지급공사대금을 둘러싼 다양한 이해관계인간의 권리분쟁을 간이하고 명확하게 해결하여 종국에는 정당한 권리자의 권익실현 및 사회적 약자의 보호라는 두 가지 명제를 일거에 해결할 수 있을 것으로 기대된다.

.

핵심되는 말 : 선급금반환, 우선충당, 당연상계, 하도급대금 직접지급, 직접지급청구권, 압류, 예외적 정산약정, 하도급대금지급보증



## Abstract

# A Study on a Priority of Rights Related to the Adjustment of Unpaid Construction Payment

Chang, Kyung Eun

Dept. of Construction Legal Affairs

Graduate School of Construction Legal Affairs

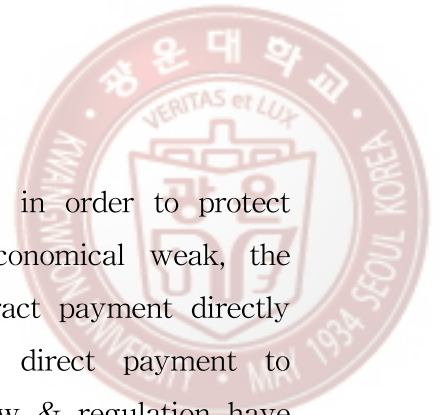
Kwangwoon University

When the construction contract has been terminated and the construction has been discontinued, the final payment payable to the contractor shall be estimated by the cause of failing to executing contract.

In the relation with the evaluation & the distribution of the final payment payable to the contractor, the employer shall seek the repayment of the advance payment, the subcontractor shall seek the claim for the right of direct payment to subcontractor, the execution creditor of contractor shall seek their credit respectively, and all of them want their claims to be the top of priority.

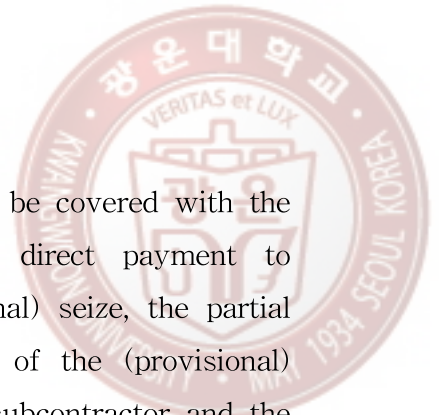
After the employer had paid the advance payment and when there is any reason for the contractor has to repay the advance payment back to the employer such as the termination of contract, the unpaid construction payment till that point of time shall be recouped from the advance payment without any separate expression of the offset. Furthermore, according to the Fair Transaction in Subcontracting Act, Framework on the Construction Industry & National Contract





Regulation(includes Regional Contract Regulation), in order to protect the subcontractor who is in position of the economical weak, the subcontractor shall be able to claim the subcontract payment directly to the employer("The claim for the right of direct payment to subcontractor") if certain reasons stated in the law & regulation have occurred or the agreement has been made. On the other hand, the general creditor of contractor shall be able to (provisional) seize the recoupable construction payment from the contractor, and in this case, the employer, the third debtor, shall not make the repayment to the contractor.

In the principle, the natural offset on the advance payment against the unpaid construction payment shall be allowed, but "the exceptional adjustment agreement of offset on the unsettled advance payment" has been made in the contract conditions of government institutions for the prior deduction of direct payment amount to subcontractor. In such cases, however, the Supreme court precedents stated that according to the time of the served order of (provisional) seize and the time of the occurrence of the cause to make the direct payment to subcontractor, there are no provisions of the claim for the right of direct payment to subcontractor to exclude the effectiveness of compulsory execution or preservative measure prior to the cause to make the direct payment to subcontractor if the order of (provisional) seize had been served prior to the cause to make the direct payment to subcontractor. Therefore, the construction payment of the contractor equivalent to the (provisional) seized amount shall not be paid directly and the right of (provisional) seisor shall not be able to allowed prior to the repayment of advance payment so that the unpaid construction payment, which

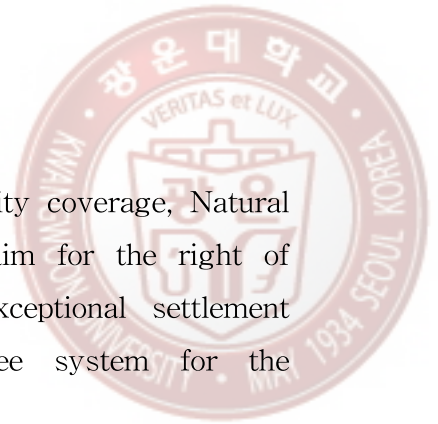


shall be belonged to the (provisional) seisor, shall be covered with the advance payment. If the cause to make the direct payment to subcontractor had occurred prior to the (provisional) seize, the partial construction work of subcontractor till the time of the (provisional) seize shall be allowed to be paid directly to the subcontractor and the partial construction work of subcontractor after the time of the (provisional) seize shall not be allowed to be paid directly with the recognition of the right of (provisional) seisor, and the relevant unpaid construction payment shall be covered with the advance payment as the repayment of employer has the priority over the right of (provisional) seisor.

As the employer, government institutions, has compulsorily included the provision of exceptional adjustment of offset on the unsettled advance payment at the construction contract, so that it does not just limit the realization of own rights and risk the high administrative expenses and dual repayments, but also hard to fulfill the primary purpose of protecting the right of subcontractors. Among general conditions in the construction contract, therefore, the provision of "the exceptional adjustment agreement of offset on the unsettled advance payment" shall be revised for the elimination, and the construction payment guarantee system for the subcontractor shall be enforced to protect the right of subcontractors.

Based on the above suggestion, it implies the dispute among interested parties around the unpaid construction payment, shall be solved easily & precisely in order to provide the ultimate solution for the protection of social weak and the realization of right.

Key word: repayment of Advance Payment, Priority coverage, Natural offset, Direct payment to subcontractor, The claim for the right of direct payment to subcontractor, Seize, The exceptional settlement agreement, The construction payment guarantee system for the subcontractor





# 차 례

감사의 글 ..... i

국문요약 ..... iii

ABSTRACT ..... v

**제1장. 서언 ..... 1**

    제1절. 연구배경 및 목적 ..... 1

    제2절. 연구범위와 논문의 구성 ..... 3

**제2장. 미지급공사대금에 관한 권리 ..... 5**

    제1절. 발주자의 선급금반환청구권 ..... 7

        1. 선급금의 의의 ..... 7

        2. 선급금의 정산과 반환 ..... 8

            1) 당연충당의 법리와 정산 ..... 8

            2) 선급금의 반환 ..... 10

        3. 외국의 입법례 ..... 10

    제2절. 하수급인의 하도급대금직접지급청구권 ..... 12

        1. 하도급계약의 의의 ..... 12

        2. 하수급인 보호제도 ..... 14

            1) 하도급대금지급보증 ..... 14

            2) 하도급대금직접지급제도 ..... 15



3. 하도급대금직접지급청구권 .....	15
1) 의의 .....	15
2) 법률규정 .....	16
3) 외국의 입법례 .....	18
4) 하도급법 제14조의 변천과정 .....	20
4. 하수급인간 우선순위 및 직접지급 범위 .....	29
1) 수인의 하수급인간 우선순위 .....	29
2) 발주자의 직접지급의무 범위 .....	32
3) 소결 .....	34
제3절. 일반채권자들의 보전처분 및 강제집행 .....	34
1. 공사대금채권의 가압류·압류 .....	34
2. 압류 및 추심명령 .....	35
3. 압류 및 전부명령 .....	36
4. 국세징수법상 압류처분 .....	38
5. 노임채권에 대한 압류금지 .....	38
<b>제3장. 미지급공사대금의 정산과 관련한 권리의 우선순위 .....</b>	<b>39</b>
제1절. 선금금반환청구권과 하도급대금직접지급청구권 .....	39
1. 문제의 소재 .....	39
2. 견해의 대립 .....	39
1) 선금금충당 우선설 .....	39
2) 하도급대금 직접지급 우선설 .....	40
3. 우선순위에 관한 규정 .....	41



1) 일반공사의 경우 .....	42
2) 예외적 정산약정이 있는 경우 .....	43
4. 소결 .....	45
제2절. 선급금반환청구권과 압류채권 .....	47
1. 문제의 소재 .....	47
2. 판례의 입장 .....	48
3. 소결 .....	51
제3절. 하도급대금직접지급청구권과 압류채권 .....	52
1. 문제의 소재 .....	52
2. (가)압류가 선행하는 경우 .....	54
1) (가)압류와 하도급대금직접지급 우선순위 .....	55
2) 학설 .....	56
3) 판례 .....	60
4) 소결 .....	61
3. (가)압류가 후행하는 경우 .....	62
1) 소멸되는 도급인의 수급인에 대한 공사대금채무 .....	63
2) 기성고 확정시점 .....	66
4. 양 청구권이 동시에 발생한 경우 .....	68
5. 소결 .....	68
제4절. 복수의 청구권 및 압류채권 .....	70
1. 문제의 소재 .....	70
2. 구체적인 사례 및 문제점 .....	71
1) 구체적인 사례 .....	71



2) 문제점 .....	81
<b>제4장. 미지급공사대금의 총당 순위 .....</b>	<b>83</b>
제1절. 선급금 우선 총당 .....	83
제2절. 하도급대금지급보증제도 확대 .....	87
<b>제5장. 결론 .....</b>	<b>88</b>
<b>참 고 문 헌 .....</b>	<b>98</b>



## 제1장. 서언

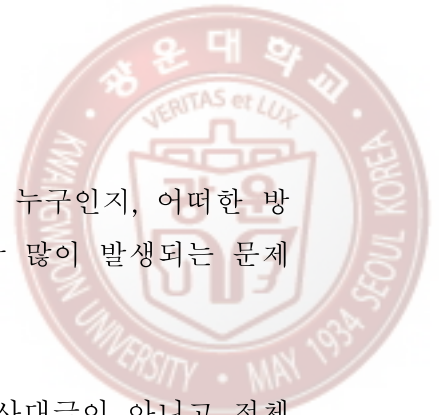
### 제1절. 연구배경 및 목적

건설공사도급계약은 수급인이 일을 완성할 것을 약정하고 발주자가 일의 결과에 대한 대가를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약(민법 제 664조)이다. 이러한 건설공사도급계약은 계약 규모의 대형화, 시공 기간의 장기화, 수급인의 자본 투자 등 다른 도급계약과는 다른 특성을 가지고 있는데, 어느 하나의 건설공사를 완성하기 위해서는 도급, 하도급, 재하도급으로 이루어지는 중층적인 도급관계, 이러한 각 도급계약에서 파생되는 근로자, 자재·장비업자, 연대보증인, 보증회사 등 다양한 이해관계들이 발생하게 되고, 최상위 발주자부터 최하위 근로자에 이르기까지 공사대금의 지급이 원활하게 이루어져야 순조로운 공사 진행이 가능하다.

그러나 수급인의 부득이한 사유로 공사도급계약이 해제되어 공사가 중단된 경우에 기성고를 확정하는 절차를 진행하고, 실무상 이러한 절차를 타절기성검사라고 하는데, 이를 통하여 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 공사대금을 산정하게 된다. 타절기성검사를 통한 기성고 산정 방법에 대하여도 다양한 견해와 판례가 존재하나 본 논문에서는 타절기성검사를 통하여 기성고가 확정된 이후에 미지급 공사대금 정산·분배와 관련하여 이해관계인들 사이에 발생하는 문제에 대하여 살펴보기로 한다.

미지급 공사대금의 분배와 관련하여 이해관계인의 다툼 중 대표적인 경우는 선급금반환채권과 하도급대금 직접지급청구권간에 우선 순위, 선급금반환채권과 원수급인의 일반 채권자들이 가지는 압류채권과의 우선 순위, 압류채권과 하도급대금 직접지급청구권이 경합하는 경우에 그 우선 순위 및 선급금반환채권, 하도급대금 직접지급청구권 및 압류채권이 모두



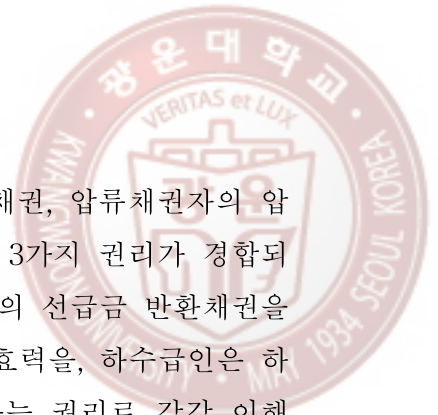


경합되는 경우 미지급 공사대금의 최종 귀속주체가 누구인지, 어떠한 방식으로 정산될 것인지가 공사가 중단되는 경우 가장 많이 발생하는 문제이다.

선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니고 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이므로, 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환해야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 당연 충당된다는 판례의 입장과 원수급인이 파산하거나 그 외의 사유로 하수급인에게 하도급대금을 지급하지 않거나 지급할 수 없는 사유가 생길 경우 도급인이 직접 하수급인에게 공사대금을 지급함으로써 약자의 지위에 있는 하수급인을 보호하고 공사수행에 대한 대가를 실질적으로 보장하기 위하여 하도급거래 공정화에 관한 법률, 건설산업기본법 및 공사계약일반조건 등 법률이 인정한 하도급대금 직접지급청구권과의 사이에 어떠한 권리를 우선할 것인지에 대하여 입장이 대립된다.

또한, 도급인이 수급인과의 사이에 공사도급계약을 해지하기 전에 수급인의 일반 채권자가 수급인의 공사대금채권의 전부 또는 일부를 압류하는 경우 압류채권자에 대하여 도급인은 선급금의 공사대금 우선 충당으로 대항할 수 있는지의 문제도 공사대금을 둘러싼 빈번한 다툼 중에 하나이다.

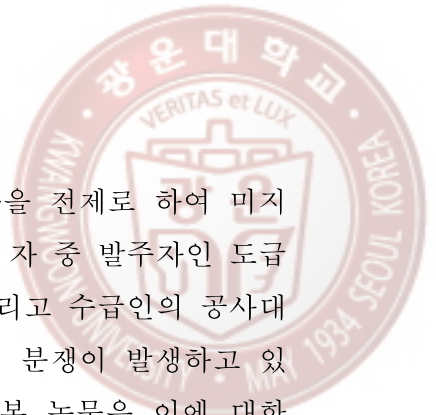
아울러 수급인의 공사대금에 대한 압류채권과 하도급대금 직접지급청구권과의 우선 순위 다툼은 실무상 가장 많이 발생하고 이로 인하여 도급인은 미지급 공사대금의 분배를 확정하지 못하여 결국 공탁하는 사례가 많다.



미지급 공사대금에 대하여 도급인의 선급금 반환채권, 압류채권자의 압류 등과 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권, 즉 3가지 권리가 경합되는 경우 미지급 공사대금을 둘러싸고 도급인은 자신의 선급금 반환채권을 최우선으로 정산하고자 하고, 압류채권자는 압류의 효력을, 하수급인은 하도급대금 직접지급청구권이 가장 우선 변제받아야하는 권리로 각각 이해 관계인들 사이에 우선순위에 관하여 대립 될 수밖에 없고 이로 인하여 실무상·법률상 수많은 분쟁이 야기 되고 있는바, 본 논문에서는 각각의 우선순위 다툼에 대하여 실무, 학설 및 판례의 입장을 살펴보고자 한다.

특히 도급인이 국가, 지방자치단체, 공사 등 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 적용 또는 준용하는 기관인 경우에 공사도급계약조건에 ‘미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정’을 포함하고 있는데, 미지급 공사대금에 대하여 자신의 선급금반환채권 당연 총당을 포기하고 하도급대금 직접지급을 먼저 인정하여 공제하는 특별한 약정이 있는 경우, 이러한 약정에도 불구하고 압류채권자의 압류에 대항하여 하수급인의 하도급대금채권을 우선적으로 만족시킬 수 있게 되는지, 다시 말하여 예외적 정산약정이 실질적으로 하수급인의 권리를 보호할 수 있는지, 오히려 예외적 정산약정으로 인하여 권리관계가 복잡해지고, 이에 따라 이중변제 등 잘못된 공사대금 정산위험에 노출된 도급인의 입장에서 손쉽게 미지급 공사대금의 공탁에 의존하게 되어 결국 하수급인 및 압류채권자들은 미지급공사대금의 정산을 통하여 자신의 권리를 만족시키기까지 장기간의 법적분쟁을 거쳐야 하는 결론에 이르는바, 과연 예외적 정산약정이 실효성 있는지를 고찰하고 이에 대한 해결책을 모색하고자 한다.

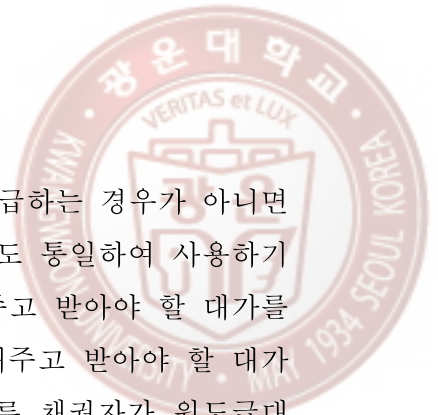
## 제2절. 연구범위와 논문의 구성



타절기성 검사절차를 통하여 기성고가 확정되었음을 전제로 하여 미지급 공사대금의 정산에 관하여 이해관계를 갖고 있는 자 중 발주자인 도급인, 하도급대금 직접지급청구권을 가진 하수급인, 그리고 수급인의 공사대금채권에 압류한 일반 채권자들 사이에 많은 법률적 분쟁이 발생하고 있고 이 문제에 대한 판례도 상당수에 이르고 있다. 본 논문은 이에 대한 판례, 학설 및 실무사례를 중심으로 검토하고자 한다. 또한 공공공사에 적용되는 법률 중 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률과 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 그 내용과 체계가 대동소이하므로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 동 법률에서 위임한 계약예규에 규정된 사항을 연구범위에 포함시키고, 하도급대금 직접지급청구제도에 관하여는 건설산업기본법 제35조가 하도급 거래 공정화에 관한 법률을 우선 적용하도록 규정하고 있는 점을 감안하여 하도급거래 공정화에 관한 법률에 규정된 내용을 중심으로 연구하고자 한다.

논문의 체계는 총5장으로 구성되어 있으며, 제2장에서 미지급 공사대금을 둘러싼 이해관계인들의 주요 채권의 발생에 대하여 기술하고, 제3장에서는 미지급 공사대금의 정산과 관련하여 각각의 권리들이 경합된 경우에 우선순위에 관한 학설, 판례, 구체적 사례 및 이에 따른 문제점을 검토하기로 한다. 제4장에서는 미지급 공사대금의 충당 순위를 정리하고 권리간 우선순위 다툼을 야기한 법령 개정의 필요성을 지적하며 이를 보완할 수 있는 제도의 확대를 제시하고자 한다. 제5장에서는 지금까지 논의한 미지급 공사대금의 정산 문제, 특히 공공공사계약에서의 예외적 정산약정의 문제점 및 법령개정 방향과 하도급대금지급보증제도 확대 등에 대한 필자의 의견을 제시하고자 한다.

아울러, 용어사용에 있어서 일반적으로 하도급 법률관계에서 당사자를 도급인 또는 발주자, 수급인 또는 원사업자, 하수급인 또는 수급사업자로



칭하고 있는데 본 논문에서는 법률규정을 그대로 언급하는 경우가 아니면 주로 발주자 또는 도급인, (원)수급인, 하수급인으로도 통일하여 사용하기로 한다. 그리고 원수급인이 도급인에게 공사를 해주고 받아야 할 대가를 원도급대금으로, 하수급인이 원수급인에게 공사를 해주고 받아야 할 대가를 하도급대금으로 칭한다. 또한, 수급인에 대한 다른 채권자가 원도급대금채권을 가압류, 압류한 경우(추심 및 전부명령을 포함한다) 등 그 다른 채권자를 통틀어 압류채권자로 칭하기로 한다.

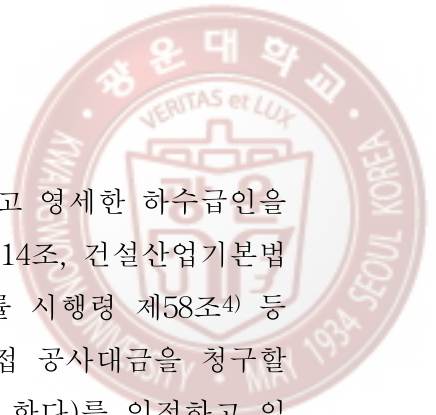
## 제2장. 미지급공사대금에 관한 권리

건설공사도급계약이 진행되던 중 수급인의 부도나 파산 등 부득이한 사유로 공사계약이 중도에 해제되어 공사가 중단된 경우 기성고<sup>1)</sup>의 확정을 통하여 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 공사비가 산정되게 되는데, 이 경우 미지급공사대금에 대한 귀속주체가 누구인지에 대하여 이해관계인들의 다툼이 빈번하게 일어나고, 이러한 다툼이 합리적으로 해결되지 않은 경우 결국 소송 등 법적판단을 받기 위하여 미지급공사대금의 정산이 장기간 지체되는 경우가 비일비재하다.

건설공사도급계약에 있어서 도급인은 수급인에게 일의 결과에 대한 보수로서 공사대금을 지급하여야 하는데, 반대로 도급인이 수급인에 대하여 가지는 채권이 있는 경우 이를 우선 상계·충당하는 것이 일반적이다.

또한, 건설공사도급계약은 일의 완성에 그 목적을 두는 것으로서 일 자체를 반드시 수급인 자신이 직접 하여야 하는 것은 아니므로, 위탁받은 일의 전부나 일부를 제3자에게 맡길 수 있는데, 이러한 경우 도급인으로부터 받은 원도급계약상의 일을 원수급인이 스스로 완성하지 아니하고, 제3자로 하여금 그 일을 완성하게 하는 원수급인과 하수급인 사이의 계약을 '하도급계약(Subcontract)'이라고 하고<sup>2)</sup>, 이러한 건설공사도급계약에서

1) 기성고라 함은 완성된 부분의 공사비를 의미한다.

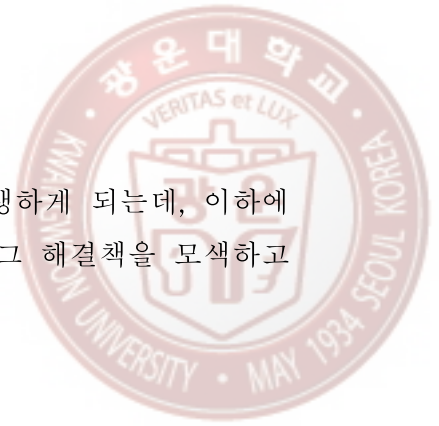


야기되는 하도급계약의 불공정한 거래관행을 시정하고 영세한 하수급인을 보호하기 위하여 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조, 건설산업기본법 제35조<sup>3)</sup> 및 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제58조<sup>4)</sup> 등에서는 일정한 요건하에 하수급인이 도급인에게 직접 공사대금을 청구할 수 있는 권리(이하 ‘하도급대금 직접지급청구권’이라 한다)를 인정하고 있다.

한편, 건설공사도급계약이 체결되면 공사대금채권이 성립하는데, 수급인의 채권자는 공사 진행 중에 공사대금채권의 변제기에 도달하지 않았다 하더라도 이미 발생한 공사대금채권 및 장래의 채권을 가압류·압류할 수 있고, 공사대금채권의 가압류가 이루어지면 제3채무자(도급인)에 대하여 채무자(수급인)에게 채권에 관한 지급을 하여서는 아니 된다는 명령이 발하여지므로 도급인은 수급인에 대하여 채무를 변제하여서는 아니 된다. 따라서 가압류채무자는 추심·양도 등의 처분행위를 하여서는 아니 되며, 이와 같은 변제나 처분행위를 하였을 때에 변제나 처분행위로 가압류채권자에게 대항할 수 없으므로 가압류채무자는 이중변제의 책임을 지게 된다.<sup>5)</sup>

따라서, 기성고 확정에 따라 산출된 미지급공사대금에 대하여 도급인의 수급인에 대한 선급금 반환채권, 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권 및 수급인의 일반채권자들이 가지는 압류채권 간에 어느 채권이 우선 정

- 
- 2) 하도급거래공정화에관한법 제2조 제1항은 이를 “원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함한다. 이하 같다)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁(이하 “제조등의위탁”이라 한다)을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위라고 정의하고 있고, 건설산업기본법 제2조 제12호는 이를 “도급받은 건설공사의 전부 또는 일부를 다시 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약”이라고 정의하고 있으나 양자의 의미는 대동소이하다.
  - 3) 건설산업기본법 제35조도 발주자가 수급인에게 하도급대금을 직접 지급할 수 있는 규정을 두고 있으나, 하도급법 제34조에 의하면, 건설산업기본법이 하도급법과 저촉되는 경우에는 하도급법을 우선 적용하도록 규정하고 있으므로, 하도급법이 적용되는 하도급거래에서 건설산업기본법 제35조는 사실상 별다른 의미가 없다.
  - 4) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령에서 하부위임받아 제정된 계약예규인 공사계약일반조건(계약예규 제164호, ‘14.1.10) 제43조
  - 5) 이법상, 「건설관련소송」, 법률문화원, 2010, 196~197면



산되어야 하는가 라는 우선순위에 관한 분쟁이 발생하게 되는데, 이하에서는 이에 대한 실무례와 법률적 문제를 검토하여 그 해결책을 모색하고자 한다.

## 제1절. 발주자의 선급금반환청구권

### 1. 선급금 의의

선급금(advance payment)은 자금 사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재 확보, 노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 선급 공사대금으로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 선급 공사대금이다<sup>6)</sup>.

즉, 선급금은 “미리 행하여지는 일부변제”의 성질을 가진다. 따라서 선급금이 장래의 채무를 위한 변제로서 그 채무가 현실적으로 발생하면 당사자간에 약정한 선급정산방식에 따라 정산(충당)되는 반면, 채무의 불발생이 확정되면 기 발생한 채무의 변제에 충당되고 남은 부분은 부당이득 반환법리에 따라 반환되어야 한다<sup>7)</sup>.

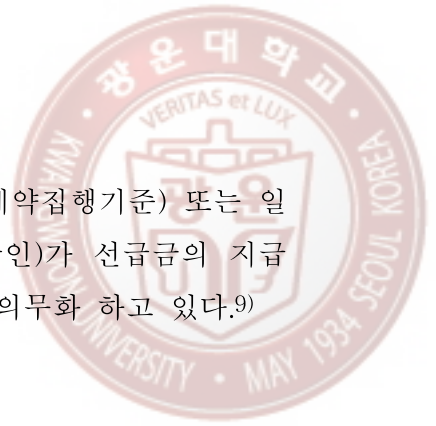
일반적으로 선급금은 공사대금에 대한 일정 비율로 정하여지고, 공사도급계약 체결 후 수급인이 도급인에게 선급금 사용계획서 등을 제출하고 선급금의 지급을 요청하면 도급인은 공사도급계약에서 정한 선급금을 지급하게 된다.

한편 수급인은 선급금을 수령할 경우 계약목적 달성을 위한 용도 이외의 다른 목적에 사용할 수 없으며, 노임지급 및 자재확보에 우선 사용하여야 한다<sup>8)</sup>.

6) 대법원 1999.12.7. 선고 99다55519 판결; 대법원 2002.9.4. 선고 2001다1386 판결; 대법원 2007.9.20. 2007다40109 판결

7) 지원림, 「보증보험 및 선급금의 법률관계」, 비교사법 제12권4호(통권제31호) 159~160면





국가를 당사자로 하는 법률 계약예규(정부입찰·계약집행기준) 또는 일반적인 건설공사계약에서 발주자는 계약상대자(수급인)가 선급금의 지급을 요청할 때에는 일정비율의 선급금을 지급하도록 의무화 하고 있다.<sup>9)</sup>

## 2. 선급금의 정산과 반환

### 1) 당연충당의 법리와 정산

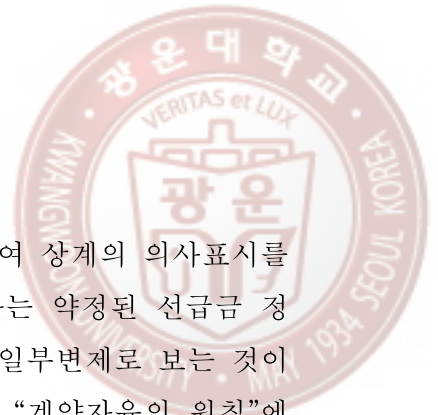
선급금의 정산을 특수한 성질을 가진 상계로 볼 것인지, 채무의 일부변제(충당)로 볼 것인지에 관하여 대법원의 입장과 학설의 입장이 대립하고 있다. 다수의 대법원 판례는 “선급금을 지급한 후 도급계약이 해지 또는 해제되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 선급금은 별도의 상계의사표시 없이도 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당된다”<sup>10)</sup> 고 판시한바, 이러한 판례의 입장은 기본적으로 선급금 정산을 상계의 성질을 가지고 있는 것으로 파악한 것이고, 다만 선급금이 공사대금의 일부를 선지급한 것이라는 특수성을 고려하여 상계의 의사표시를 필요로 하지는 않는다고 해석한다.

이에 대하여 선급금의 정산은 상계와는 다르다는 주장이 있는데, 선급금은 장래의 채무를 위한 변제에 해당하므로 도급인의 채무가 현실로 발생하면 약정된 선급금정산방식에 따라 당연히 그 채무에 충당되어 채무를 소멸시키는지 채무변제를 위하여 미리 지급된 선급금이 상계를 통하여 비로소 채무의 변제에 충당되는 것이 아니라고 한다. 따라서 선급금 충당과 관련하여 판례의 “상계” 표현은 “미리 지급하는 공사대금의 일부”

8) 정부입찰계약집행기준(계약예규 제156호, '14.1.10, 일부개정) 제36조

9) 정부입찰계약집행기준(계약예규 제156호, '14.1.10, 일부개정) 제34조

10) 대법원 2004.11.26. 선고 2002다68362 판결 ; 대법원 1999.12.7. 선고 99다55519 판결 ; 대법원 1997.12.12. 선고 97다5060 판결



라는 선급금의 성질과 서로 모순된다고 한다<sup>11)</sup>.

선급금 총당의 법적성질을 복잡한 법률 구성을 하여 상계의 의사표시를 필요로 하지 않는 “특수한 상계”라고 보는 견해보다는 약정된 선급금 정산방식에 따라 채무에 충당되어 채무를 소멸시키는 일부변제로 보는 것이 당사자의 의사표시를 존중하는 민법의 기본원칙, 즉 “계약자유의 원칙”에 보다 충실한 해석이라고 생각되고 필자도 학설의 입장에 동의한다.

도급인이 선급금을 지급한 경우 그 정산방법은 공사도급계약의 내용에 따라 정해지는데, 도급인은 기성고 확정 당시 선급금 전체금액에서 기성고의 비율에 해당하는 선급금을 공제함으로써 공사대금의 지급에 같음하고, 수급인에게 선급금 공제금액을 제외한 나머지 기성금만을 현실적으로 지급하는 것이 보통이다. 민간건설공사 표준도급계약서 일반조건 제10조(선금)제4항에서는 “선금은 기성부분에 대한 대가를 지급할 때마다 [선금액×기성부분의 대가/계약금액]의 방식으로 산출한 금액을 정산한다”, 고 규정하고 있고, 국가, 지방자치단체, 정부투자기관 등 공공공사계약을 체결하는 경우 적용되는 ‘계약예규’에서도 민간건설공사 표준도급계약서 일반조건과 같은 방식으로 선급금정산방법에 관하여 규정하고 있다<sup>12)</sup>.

다만 약정이 없는 때에는 공사가 모두 완공된 경우에 선급금 전액이 공사대금으로 지급된 것으로 보아야 할 것이다. 공사가 중도에 해제·해지되거나 선급금 용도를 위반하는 등의 사유로 중도에 선급금을 반환하게 되었다면 선급금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 하도급을 주었는지는 여부를 불문하고 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되고 그래도 공사대금이 남는다면 그 금액만을 지급하면 되는 것이고, 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선급금에 관하여도 도급인이 반환채권을 가지게 된다<sup>13)</sup>.

11) 지원림, 전제논문, 160면

12) 정부입찰계약집행기준(계약예규 제156호, '14.1.10, 일부개정) 제34조

13) 대법원 1997.12.12. 선고 97다5060 판결





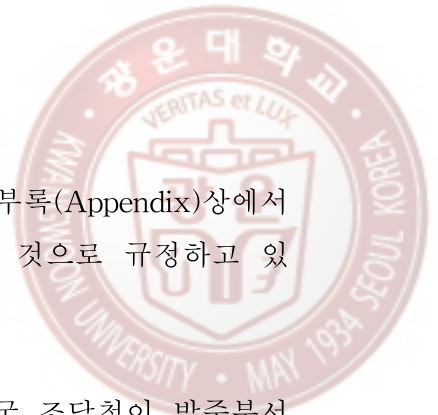
## 2) 선금금의 반환

민간건설공사 표준도급계약서 일반조건 제10조(선금)제5항에서는 “도급인은 계약을 해제·해지한 경우, 수급인이 선금지급조건을 위반한 경우에 선금잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있다”고 정하고 있고, 계약예규(정부입찰·계약 집행기준) 제38조제1항에서도 계약담당공무원은 계약을 해제·해지하거나 수급인이 선금지급조건을 위배한 경우 등 일정한 사유가 발생한 경우에 수급인에 대하여 해당 선금잔액을 지체없이 반환청구 하도록 규정하고 있다.

다만 공사계약일반조건 제44조제6항 및 계약예규(정부입찰·계약집행기준) 제38조제4항은 선금금 반환청구시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급액에 우선적으로 충당하여야 한다(공사계약일반조건은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다고 표현하고 있으나 동일 취지의 규정으로 해석된다)고 규정하고 있다. 그러나, 미지급 공사대금의 선금금 정산에 대한 일부 제한 조항을 두었는바, 단서로 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 계약예규 「공사계약일반조건」 제43조제1항에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있다고 규정하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 하수급인을 우선 보호하고 있다.

## 3. 외국의 입법례

선금금의 필요성에도 불구하고 이에 대한 지급규정은 일본, 프랑스, 사우디아라비아 계약조건에서만 나타나며 우리나라, 영국, 미국 등에서는 일반계약조건이 아니다. FIDIC의 경우에도 일반조건(General Condition)에



는 규정되지 않았고 특별조건이라고 할 수 있는 부록(Appendix)상에서 선급금을 필요로 할 경우에 관련 조항을 추가하는 것으로 규정하고 있다.<sup>14)</sup>

미국이나 영국은 선급금 조항이 없고, 더욱이 영국 조달청이 발주부서에 제시하고 있는 지침을 보면 선급금은 가능하면 지급하지 않는 것으로 하고 있는 반면<sup>15)</sup>, 일본의 경우 청부약관에 우리나라의 선급금에 해당하는 전불금을 규정하고 중앙정부는 40%, 지방정부는 30%의 전불금을 지불하도록 정하고 있고<sup>16)</sup>, 프랑스 또한 공공조달법(Code des marchés publics)에 선급금지급에 관한 조항을 두고 있으며, 사우디아라비아는 공사계약금액 10%의 범위 내에서 발주자의 재량에 따라 선급금을 지급한다<sup>17)</sup>. FIDIC 60조 선급금(Advance Payment)에서는 계약자는 발주자가 승인한 조건으로 된 감리원이 발급하는 중간증명서에 제시된 바에 따라 계약자가 환불받은 금액만큼 점차적으로 감액되도록 하고 있다. 공사의 전부에 대한 인수증명서가 발급되거나 계약해지 등의 사유가 발생하면 계약자는 즉시 잔액을 발주자에게 지불해야 한다<sup>18)</sup>.

선급금 지급여부를 법령 등에 규정하여야 하는지 여부는 해당 국가들의 법률·문화적 환경차이도 있겠지만 기본적으로는 입법정책적 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 우리나라의 경우 도급계약의 대금지급은 후급제(민법

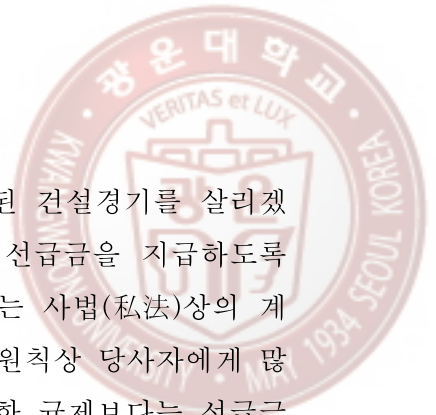
14) 박준기, 「건설클레임론」, 서울:대한건설협회일간건설사, 1999, 265~266면

15) 김갑진, 이의섭, 「건설보증론」, (주)건설교통저널, 2011, 78~81면

16) 조영준외 3명, 「건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구(II)」, 서울:한국건설기술연구원, 1995, 39면

17) 사우디아라비아 재무경제성 회람(Circular) 제17/7326호 “When on signing the contract, the Administrative Authority consider it to be enough to pay up to 10% in accordance with an express provision in the contract, the fact shall be evidence against and binding on him: but the Administrative Authority is free to increase said percentage to the maximum stipulated in the law...”(계약의 체결시 발주처가 계약상의 명문규정에 의거 10%를 지급함이 충분하다고 생각될 경우에는 그 규정에 따라야 할 것이지만, 발주처가 법에서 규정한 최대 한도까지 자유롭게 증가시킬수 있다.)

18) 조영준외 3명, 전제논문, 1995, 39면



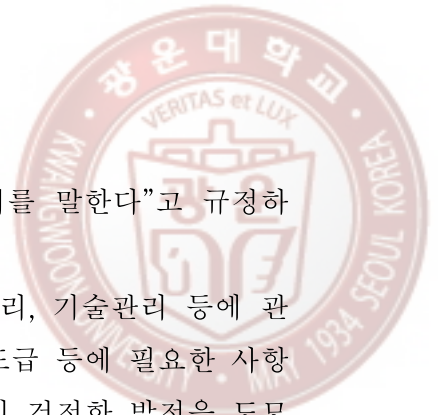
제665조)가 원칙임에도 불구하고 최근 수년간 침체된 건설경기를 살리겠다는 방편으로 국가기관에서 공사금액의 70%까지 선급금을 지급하도록 하였다. 그러나, 도급 또는 하도급 등도 기본적으로는 사법(私法)상의 계약에서 출발한 것이고 사법상의 계약은 계약자유 원칙상 당사자에게 많은 것을 위임하고 있다. 따라서, 법령, 약관 등에 의한 규제보다는 선급금을 필요로 할 경우에 관련 조항을 추가할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## 제2절. 하수급인의 하도급대금지급청구권

### 1. 하도급계약의 의의

도급은 수급인이 일을 완성하고 도급인은 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 계약이다(민법 664조). 당사자 간에 특약이 있거나, 법률에서 금지하고 있지 않는 한 그 일의 완성을 위하여 수급인은 제3자에게 일의 전부 또는 일부를 맡길 수 있다. 수급인이 도급인으로부터 맡은 일의 일부 또는 전부를 다시 제3자에게 맡겨 완성시키는 것을 ‘하도급’이라 한다. 여기서 일의 일부 또는 전부를 맡은 업자를 ‘하수급인’이라 한다.

공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 하도급거래 공정화에 관한 법률은 제2조제1항에 하도급에 대하여 “원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인

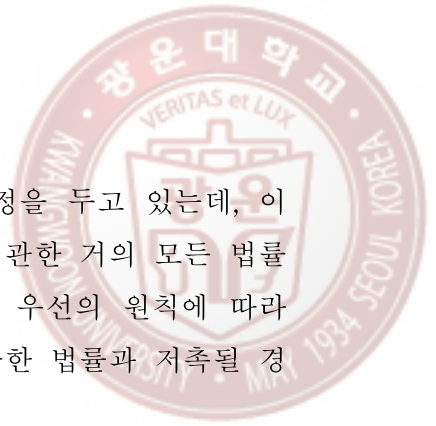


도 또는 제공하고 그 대가(하도급대금)를 받는 행위를 말한다”고 규정하고 있다.

또한, 건설공사의 조사, 설계, 시공, 감리, 유지관리, 기술관리 등에 관한 기본적인 사항과 건설업의 등록 및 건설공사의 도급 등에 필요한 사항을 정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 제정된 건설산업기본법 제2조제12호에 “하도급이라 함은 도급받은 건설공사의 전부 또는 일부를 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약을 말한다”고 규정하고 있다.

그런데, 도급인이나 수급인에 비하여 이들로부터 공사의 일부 또는 전부를 하도급하여 일을 수행하는 하수급인은 경제적 지위가 열악하고, 도급인과 하수급인의 관계는 지배종속 관계인 경우가 일반적이다. 특히, 건설산업은 수주산업인 동시에 주문생산 방식으로, 자금, 인력, 시설, 장비 등 생산요소 보유에 따른 고정비용의 부담이 커 고정비용의 최적화가 중요한 대표적 산업이고, 역할에 따른 분업과 특화가 유리하여 종합건설업자가 복합공사를 직접 시공할 수 있는 체제를 갖추는 것보다 전문공사 업종의 분야별 하도급이 더 효율적이어서 분업화된 생산체계가 확립되어 있다. 따라서 이와 같은 분업과 특화에 따라 하수급인의 역할은 원수급인인 종합건설업자의 이익규모를 좌우하는 중요한 요소가 되었고, 원수급인들은 이윤극대화를 추구하는 과정에서 기술개발, 공정관리 합리화, 하도급업체의 원가절감능력 향상 등 정상적인 원가절감을 통한 이윤 증대보다는 하수급인에 대한 불법적인 착취행위, 즉 부당하게 낮은 가격으로 계약을 체결하거나 장기어음 교부, 하도급대금의 부당감액 등 불법 불공정 하도급 행위를 통해 쉽게 이윤을 추구하는 것이 만연되어있는바, 열악한 하수급인을 보호하기 위한 입법장치가 절실하게 되었다.

이러한 하도급계약관계에서 원수급인의 우월적 지위를 이용한 불공정 거래에 대하여 약자인 하수급인을 보호하려는 목적으로 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「건설산업기본법」 및 「국가를 당사자로 하는 계약에



관한 법률」 등에 하수급인을 보호하는 취지의 규정을 두고 있는데, 이 중 하도급거래 공정화에 관한 법률은 하도급거래에 관한 거의 모든 법률에 대하여 특별법적 성격을 가진다. 따라서 특별법 우선의 원칙에 따라 하도급거래 공정화에 관한 법률은 다른 하도급에 관한 법률과 저촉될 경우에 가장 먼저 적용된다.

## 2. 하수급인 보호제도

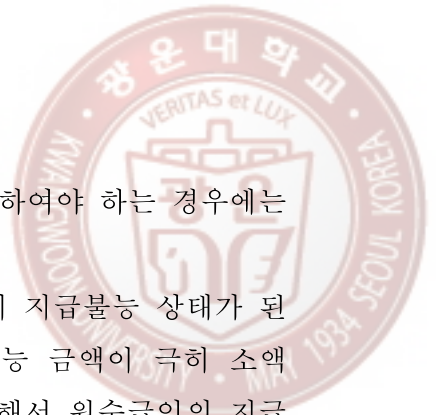
### 1) 하도급대금지급보증

영세한 하수급인의 권익을 보호하기 위하여 건설산업기본법과 하도급거래 공정화에 관한 법률<sup>19)</sup>은 원수급인의 하도급대금지급보증 교부 의무 규정을 두고 있다. 하도급대금지급보증제도는 원수급인의 부도 등 지급불능사태가 발생한 경우 하수급인을 보호하기 위하여 계약 시 하도급 계약 금액의 일정비율에 해당하는 지급보증서를 원수급인이 발급하여 하수급인에게 교부하는 제도이다.

하도급대금 지급보증서는 모든 하도급 공사에 대하여 의무적으로 발급하여야 하는 것은 아니고 i) 원수급인이 하수급인에게 건설위탁을 하는 경우로서 1건 공사의 공사금액이 1천만원 이하인 경우 ii) 원수급인이 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업인가를 받은 신용평가회사가 실시한 신용평가에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준 이상의 등급을 받은 경우(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업을 인가 받은 2개 이상의 기관이 발급한 ‘회사채 신용평가 등급 A0 이상’을 획득한 경우이고, 등급은 유효기간 이내의 것이어야함). iii) 하도급법 제14조제1항제2호(발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자·원수급인 및 하수급인 간에

---

19) 이하 ‘하도급법’이라 칭한다.



합의한 때)에 따라 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우에는 교부의무가 면제된다.

이는 하도급대금지급보증제도의 취지가 원수급인이 지급불능 상태가 된 경우에 하수급인을 보호하기 위한 것이므로, 지급불능 금액이 극히 소액이거나 대외 공신력 있는 신용평가기관의 평가에 의해서 원수급인의 지급자력이 충분하다고 판단되는 경우, 또는 도급인이 직접 하수급인에게 하도급대금을 지급하기로 약정한 경우에 원수급인이 지급불능 상태에 빠지더라도 하수급인에 대한 경제적 피해 가능성이 극히 낮은 경우는 보증서 교부의무가 면제되는 것이다.

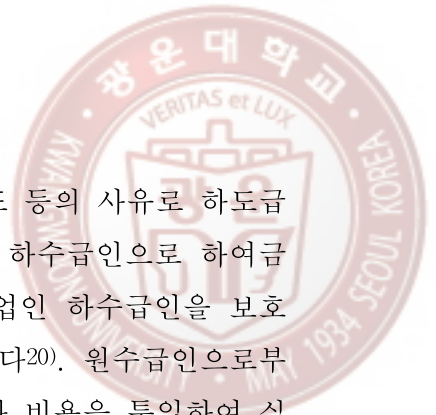
## 2) 하도급대금지급직접지급제도

하도급법은 하수급인에 대한 하도급대금의 지급을 보장하기 위하여 원수급인의 부도나 파산 등으로 하도급대금의 지급이 불가능해진 경우 원수급인의 의사와 관계없이 발주자가 직접 하수급인에게 대금을 지급하도록 규정하고 있고, 또한 발주자와 원수급인, 하수급인 3자의 합의가 있는 경우에도 발주자가 직접 하수급인에게 하도급대금을 지급할 의무를 지우고 있다(하도급법 제14조 제1항).

발주자의 하수급인에 대한 대금의 직접지급이 있는 경우 발주자의 원수급인에 대한 대금지급 채무와 원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 지급한 범위에서 소멸한 것으로 보고 있다(하도급법 제14조 제2항).

## 3. 하도급대금지급직접지급청구권

### 1) 의의



하도급대금 직접지급제도는 원수급인이 파산·부도 등의 사유로 하도급대금을 지급할 수 없는 사유가 발생한 경우 영세한 하수급인으로 하여금 하도급대금을 지급받을 수 있도록 함으로써 중소기업인 하수급인을 보호하여 국민경제의 균형있는 발전을 도모하려는 것이다<sup>20)</sup>. 원수급인으로부터 건설공사를 하도급받은 하수급인이 자신의 노력과 비용을 투입하여 실제 공사계약을 이행하였음에도 불구하고 원수급인의 파산, 부도 등으로 인하여 하도급대금을 받지 못하는 경우, 자금사정이 여의치 않은 하수급인 또한 임금 및 자재 대금을 지급하지 못하게 되어 연쇄도산의 위험에 처하게 된다. 이러한 때에 발주자로 하여금 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하도록 함으로써 영세한 하수급인을 보호할 수 있게 되는 것으로 하도급법 제14조에 강행규정으로 동 제도의 근거를 두고 있다. 그리고, 강행규정이므로 동 규정에 반한 당사자 사이의 약정은 무효로 보게된다.

여기서 하수급인의 직접청구권이라 함은 계약당사자가 아닌 제3자가 계약 당사자 일방에 대해 일정한 채권을 갖고 계약상의 권리를 직접 행사할 수 있는 별도의 권리를 의미한다<sup>21)</sup>. 이러한 직접청구권은 직접적으로 계약관계가 없는 자에 대한 권리로서 계약의 상대적 효력에 대한 예외에 해당한다. 따라서 이러한 청구권은 원칙적으로 법률이 어떠한 채권을 특별히 보호할 필요가 있어 명문규정으로 인정한 경우에만 허용되어야 한다<sup>22)</sup>.

## 2) 법률규정

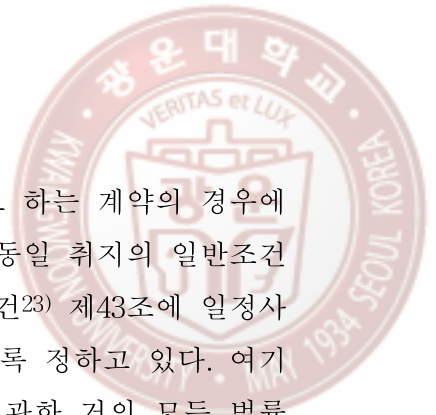
발주자에 의한 하도급대금 직접지급제도를 규정하고 있는 것은 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제14조, 같은 법 시행령 제9조와 건설산업기

20) 헌재 2003. 5. 15. 선고, 2001헌바98 결정

21) 양창수, 「2003년 민사판례 관련, 인권과 정의」, 제332호, 2003, 대한변호사협회, 72면

22) 양창수, (주 25), 75면; 김현석, 「하수급인의 공사대금 직접청구권과 채권가압류」, 민사판례연구 제27권, 박영사, 2005, 347~348면





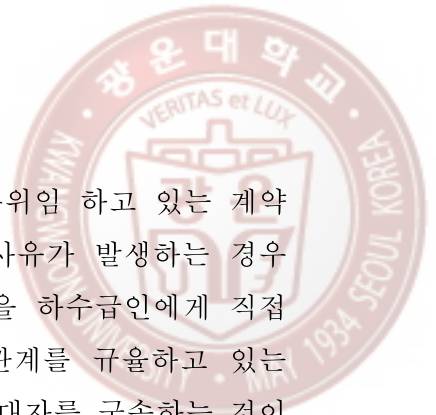
본법 35조에 자세히 규정되어 있고, 국가를 당사자로 하는 계약의 경우에도(지방자치단체를 당사자로 하는 계약의 경우에도 동일 취지의 일반조건이 존재한다) 기획재정부 계약예규 공사계약 일반조건<sup>23)</sup> 제43조에 일정사유 발생시 하수급인에게 하도급대금을 직접지급하도록 정하고 있다. 여기서 하도급거래 공정화에 관한 법률은 하도급거래에 관한 거의 모든 법률에 대하여 특별법적 성격을 갖고 있어 다른 하도급에 관한 법률과 저촉될 경우에 가장 먼저 적용된다.

하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제항 1호 내지 4호는 발주자가 일정한 사유가 발생한 때, 즉 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 직접 지급을 요청한 때, 2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때, 3. 원사업자가 제13조제1항 또는 제3항에 따라 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때, 4. 원사업자가 제13조의2제1항에 따른 하도급대금 지급보증 의무를 이행하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때에 하도급대금을 하수급인에게 직접지급 하도록 규정하고 있는바, 이를 예시규정으로 볼 것인지 열거규정으로 볼 것인지 문제될 수 있다. 동 법률규정을 단순히 문언적으로 해석하더라도 열거된 사유가 발생한 때에 직접지급하도록 규정하고 있고, 또한 동 하도급법의 입법취지가 예외적으로 원수급인이 부도 등의 사유로 지급불능 상태에 빠졌을 경우 하수급인을 보호하기 위한 것이므로 이를 예시규정으로 보기는 어렵고 열거규정으로 보아 열거된 사유 외에는 발주자에게 하수급인에 대한 직접지급의무는 없다고 보아야 할 것이다.

---

23) 계약예규 제164호, '14.1.10





국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에서 하부위임 하고 있는 계약예규 중 공사계약 일반조건 제43조에서도 일정한 사유가 발생하는 경우 계약담당공무원은 계약상대자에게 지급할 공사대금을 하수급인에게 직접 지급하도록 규정하고 있는데, 국가기관 등의 내부관계를 규율하고 있는 계약예규를 공사계약에 편입시키는 방법으로 계약상대자를 구속하는 것이 법률의 체계상 적절한지 의문스럽고 계약당사자로서 국가기관이 하수급인을 우선적으로 보호하고자 한다면 법률규정에 이러한 취지를 명시함이 타당한 것으로 생각된다.

### 3) 외국의 입법례

우리나라의 경우 하도급대금 직접지급제도를 특별법으로 규정하여 비교적 적극적으로 시행하고 있는 반면, 다른 나라들의 경우 명문의 규정에도 불구하고 실제 활용은 많이 이루어지지 않고 있고 모든 공사에 발주자가 하도급대금을 직접 지급하는 경우는 없는 것으로 보인다. 이는 외국의 경우 사인간의 계약을 법률규정을 통하여 강제하는 것을 극히 꺼려하는 사회·문화적 배경과 함께 각종 지급보증제도를 활용하고 있기 때문인 것으로 생각된다<sup>24)</sup>.

#### 가. 프랑스

프랑스에서는 1975. 12. 31. 「하도급에 관한 법률」이 제정되어 직접지급 청구권을 명문으로 규정하여 하수급인을 보호하고 있는데, 원수급인이 입찰시 하도급할 공사규모 및 금액을 미리 제시해야 하고 하도급에 대한 발주자의 승인이 필요하다.

하도급계약금액이 4,000프랑 이상인 공공공사에 대하여는 발주자가 직접 하수급인에게 하도급대금을 지급하고, 기타 민간공사 및 4,000프랑 이

24) 김갑진, 이의섭, 전계서, (주)건설교통저널, 2011, 61~94면



하의 하도급공사의 경우 원수급인이 하도급대금을 미지급할 경우 발주자에게 직접지급을 청구할 수 있다고 한다<sup>25)</sup>.

### 나. 독일

독일은 발주자가 직접 하도급 대금을 하수급인에게 지급할 수 있는 요건을 ‘건설공사 발주 및 계약 규정(Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)’(이하 VOB<sup>26)</sup>)에서 규정하고 있다. 발주자가 하도급대금을 직접 지급할 수 있는 조건은 발주자가 위탁한 공사를 하수급인이 수행하였고 원수급인이 공사대금을 지급하지 않아서 하수급인이 공사를 중지할 수 있는 권리를 갖고 있으며, 발주자가 하수급인에게 공사대금을 직접 지급함으로써 공사 속행을 보장할 수 있고 발주자가 원수급인에게 하도급대금 직접지급을 통지하였음에도 원수급인이 이에 대한 이의를 제기하지 않는 경우로 제한된다(VOB/V 제16조 제6항)<sup>27)</sup>. 다만 하도급대금 직접지급이 발주자의 의무사항은 아니며 하수급인에게 발주자로부터 지급받을 수 있는 권리를 부여한 것도 아니어서 실제 활용은 미흡하다고 한다<sup>28)</sup>.

### 다. 영국

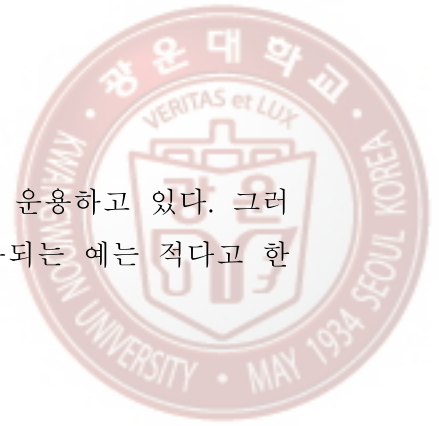
1996년에 ‘건설계약에 관한 법률’(The Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 Part II)이 제정되어 하도급관계를 규율하고 있는데, 원수급인이 발주자가 지명한 하수급인과 하도급계약을 체결한 경우에 하수급인이 원수급인으로부터 지급받지 못한 하도급대금에 대해서 발주자가 직접 하수급인에게 지급할 수 있으며 이를 원수급인으로부터 즉

25) 박수곤, 「프랑스에서의 하도급법에 대한 개관-건축하수급인의 공사대금채권 담보수단을 중심으로」, 민사법학 제25호, 한국민사법학회, 2004, 371~404면

26) VOB(Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)는 3부분(VOB/A, VOB/B, VOB/C)으로 구성되어 있는데, VOB/A는 건설공사 발주에 관한 일반규정이고, VOB/B는 건설공사에 관한 일반 계약조건, VOB/C는 건설공사에 관한 일반 기술 계약조건에 관한 규정이다.

27) 이의섭, 「하도급대금지급제도 전면 도입의 문제점과 정책 대안」, CERIK 건설이슈포커스, 2009. 5. 03. 16~19면

28) 김관보, 「건설공사 하도급대금지급관련제도 개선방안」, 건설산업연구원, 1997, 93면이하



시 회수할 수 있도록 하도급대금의 직접지급제도를 운용하고 있다. 그러나 발주자가 하수급인을 지명하는 경우가 적어 운용되는 예는 적다고 한다<sup>29)</sup>.

#### 라. 일본

일본은 1956년부터 ‘하도급대금지불지연등방지법’을 두고 있는데 이 법은 ‘제조 및 수리 하도급’의 경우만을 규정하고 있고, 건설하도급에 대해서는 ‘건설업법’으로 규율하고 있는데 하도급대금의 직접지급규정은 두고 있지 않다고 한다<sup>30)</sup>.

### 4) 하도급법 제14조의 변천과정

#### 가. 제정 하도급법 및 하도급법 시행령

##### (1) 규정

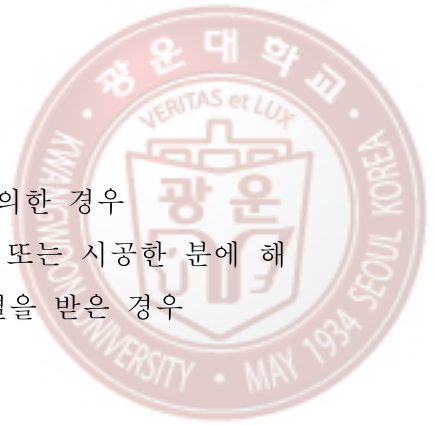
1984. 12. 31. 법률 제3779호로 제정된 하도급법 제14조 (하도급대금의 직접지급) 발주자는 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 해당되는 하도급대금을 대통령령이 정하는 바에 의하여 직접 수급사업자에게 지급할 수 있다. 이 경우 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금지급채무는 그 지급한 한도에서 소멸한 것으로 본다.

한편, 1985. 4. 1. 대통령령 제11676호로 제정된 하도급법 시행령 제4조 (하도급대금의 직접지급) 법 제14조의 규정에 의하여 발주자가 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급할 수 있는 경우는 다음과 같다.

1. 발주자와 원사업자간에 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급할 수

29) 김현석, 전게논문, 372면

30) 조용호, 「하도급거래공정화에 관한 법률에 있어서 해석상의 몇 가지 문제」, 인권과 정의 (1995.3.12), 119면



있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차를 명백히 하여 합의한 경우

2. 수급사업자가 원사업자를 상대로 하여 제조·수리 또는 시공한 분에 해당하는 하도급대금의 지급의 이행을 명하는 확정판결을 받은 경우

(2) 특징

“발주자는 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 있다.”라고 규정하고 있어 하도급대금의 직접지급은 발주자에게 주어진 권리라 볼 것이지 하수급인에게 직접지급청구권을 인정한 것으로 보기는 어려웠다. 즉 하도급대금의 직접지급 여부를 발주자의 임의적인 선택에 맡김으로써 하수급인의 직접지급청구권을 인정하지 아니한 것이다.

그리고 위 규정의 해석에 의하면 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 실제로 “지급한 때”에 원도급대금채권과 하도급대금채권이 동시에 정산, 소멸하였으므로 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무는 당사자들의 합의나 지급청구만으로 소멸되지 아니하고, 하도급대금을 직접지급 하여야 그 한도 내에서 소멸하였다.

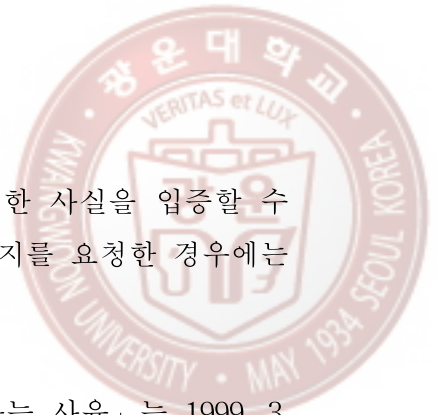
나. 구 개정 하도급법 및 하도급법 시행령

(1) 규정

1999. 2. 5. 법률 제5816호로 개정된 하도급법 제14조 (하도급대금의 직접지급) ① 발주자는 원사업자의 파산·부도등의 이유로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있는 경우등 대통령령에서 정하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 상당하는 하도급대금을 해당수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.

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

③ 발주자는 제1항의 규정에 불구하고 원사업자가 당해하도급계약과 관련



하여 수급사업자가 임금, 자재대금등의 지급을 지체한 사실을 입증할 수 있는 서류를 첨부하여 당해하도급대금의 직접지급증지를 요청한 경우에는 당해하도급대금을 직접지급하지 아니할 수 있다.

위 하도급법 제14조 제1항의 「대통령령에서 정하는 사유」는 1999. 3. 31. 대통령령 제16222호로 개정된 하도급법 시행령 제4조에 구체적으로 언급되어 있으며, 그 내용은 아래와 같다.

하도급법 시행령 제4조 (하도급대금의 직접지급) ① 법 제14조(하도급대금의 직접지급)제1항의 규정에 의하여 발주자가 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 때는 다음과 같다.

1. 원사업자의 파산·부도가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때

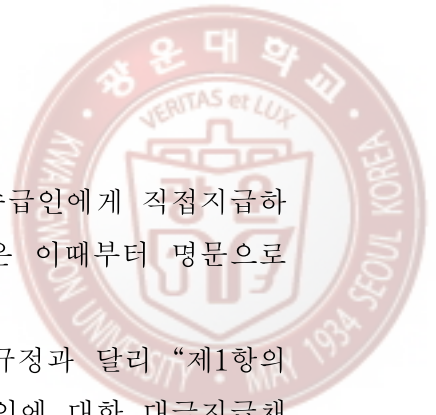
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급한다는 뜻과 그 지급 방법 및 절차에 관하여 발주자·원사업자 및 수급사업자가 합의한 때

3. 원사업자가 법 제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급보증)제1항의 규정에 의한 하도급대금 지급보증의무를 이행하지 아니하고 법 제13조(하도급대금의 지급등)제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 지급하여야 할 하도급대금의 2회분이상을 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때

② 법 제14조(하도급대금의 직접지급)제1항의 규정에 의하여 발주자가 해당수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급함에 있어서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급금액은 이를 제외한다.

## (2) 특징

하도급법 제14조 제1항이 발주자가 직접지급할 수 있다는 규정을 개정하여 대통령령에서 정하는 사유가 발생한 때에는 하수급인이 제조·수리



또는 시공한 분에 상당하는 하도급대금을 해당 하수급인에게 직접지급하여야 한다고 규정하여 하수급인의 직접지급청구권은 이때부터 명문으로 인정되었다.

1999년에 개정된 하도급법 제14조 제2항은 종전규정과 달리 “제1항의 규정에 의한 사유가 발생한 경우” 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무와 원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위 안에서 소멸한 것으로 보도록 규정하고 있는데, 이러한 하도급법 제14조 제2항에 기한 하도급대금 지급채무의 소멸시기와 관련하여 견해의 대립이 있다.

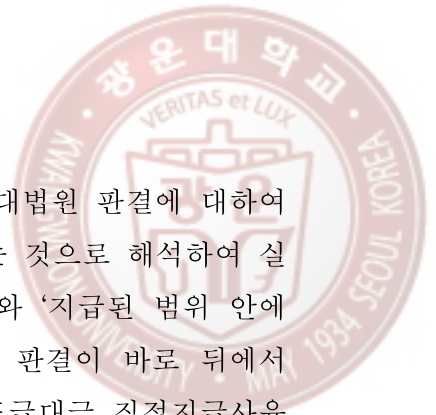
#### 가) 학설

도급인의 원수급인에 대한 원도급대금지급채무의 소멸시기는 ① 하도급법 개정 전과 같이 현실적으로 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 지급한 때로 보는 견해(실제지급시설)와 ② 하도급법 제14조 제1항 소정의 사유가 발생하여 하도급대금을 직접지급청구한 때에 하도급대금 지급채무가 청구한 범위 안에서 소멸한 것으로 보는 견해(직접지급청구시설)가 대립되고 있다. 개정 전 하도급대금의 직접지급은 발주자에게 선택된 권리였지만 개정 후에는 일정한 사유가 발생한 때에 하도급대금을 의무적으로 직접지급하도록 변경된 개정취지를 고려하여 후자의 견해가 법률규정의 개정 취지상 옳다고 보고 대다수 학설도 직접지급청구시설을 지지하고 있다<sup>31)</sup>.

#### 나) 판례의 태도

대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다64769 판결은 “원사업자의 부도로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없어 수급사업자가 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청하면 발주자는 수급사업자에게 하도급공사대금을 직접지급하여야 할 의무를 지는 한편 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급채무는 지급된 범위

31) 박중권, 「하도급대금의 직접 청구권과 채권가압류」, Jurist Plus 411호, 540; 김현석, 「하수급인의 공사대금 직접청구권과 채권가압류」, 민사판례연구 XXVⅡ(2005), 400; 구상모, 「건설 하도급대금의 보장에 관한 고찰」, 한양대 석사학위 논문(2001), 37면.



안에서 소멸하게 된다.”고 판시하고 있는데 이러한 대법원 판결에 대하여 ‘지급된 범위 안에서’ 소멸한다는 부분에 방점이 있는 것으로 해석하여 실제지급시설을 취한 듯이 보인다고 주장하는 견해<sup>32)</sup>와 ‘지급된 범위 안에서’ 소멸한다고 판시한 부분은 방론에 불과하고 위 판결이 바로 뒤에서 인용하는 실시 부분에서는 이들 채무의 소멸을 ‘하도급대금 직접지급사유가 발생하는 때’에 일어난다는 실시를 하고 있으므로 대법원판결은 직접지급청구시설을 택한 것으로 보아야 한다는 견해<sup>33)</sup>가 서로 대립하고 있는데, 법률개정의 취지 및 해석상 위 대법원 판결의 취지는 ‘소멸시기’가 아닌 발주자의 ‘하도급대금 지급채무의 범위’에 대한 것으로 보이므로 학설 및 판례 모두 직접지급청구시설을 취하는데 일치하고 있다고 보이고 필자도 동 견해에 찬성한다.

한편, 원수급인의 지급불능(시행령 제4조 제1항 제1호), 지급보증의무 불이행 및 지급지체(같은 항 제3호)의 경우에는 각 호에서 정하는 사정이 발생함과 아울러 하수급인이 직접지급을 ‘요청한 때’에 직접지급청구권이 발생하고 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무가 소멸하는 반면, 3자간 직접지급합의(같은 항 제2호)의 경우에는 ‘합의한 때’에 하수급인의 직접지급청구권이 발생하고 바로 채무가 소멸하는 것처럼 읽혀지나, 하수급인이 합의만 하고 아무런 시공을 하지 않은 경우에는 하도급대금이 존재하지 않아 소멸할 하도급대금채권이 없으므로, 시공이 선행된 경우라면 ‘합의한 때’에, 합의가 선행된 경우라면 ‘시공한 때’에 하도급대금의 직접지급사유의 발생 및 채무가 소멸되는 것이다<sup>34)</sup>.

## 다. 2004. 1. 20. 법률 제7107호로 개정된 하도급법

### (1) 규정

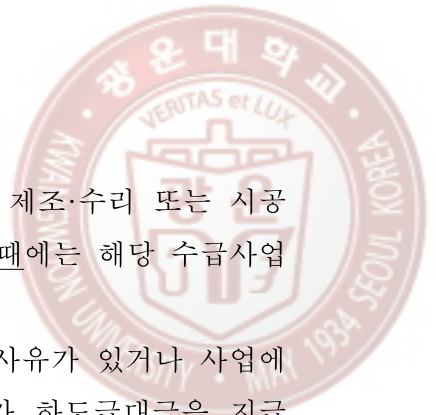
하도급법 제14조 (하도급대금의 직접지급) ① 발주자는 다음 각호의 1

32) 윤재윤, 「건설분쟁관계법(보정판)」, 박영사, 343면

33) 양창수, (주 21), 72면

34) 윤재윤, 「건설분쟁관계법」, 박영사, 2008, 343면





에 해당하는 사유가 발생한 경우로서 수급사업자가 제조·수리 또는 시공 한 분에 상당하는 하도급대금의 직접지급을 요청한 때에는 해당 수급사업자에게 직접 지급하여야 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 경우
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 합의한 경우
3. 원사업자가 제13조제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우
4. 원사업자가 제13조의2제1항의 규정에 의한 하도급대금 지급보증의무를 이행하지 아니한 경우

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

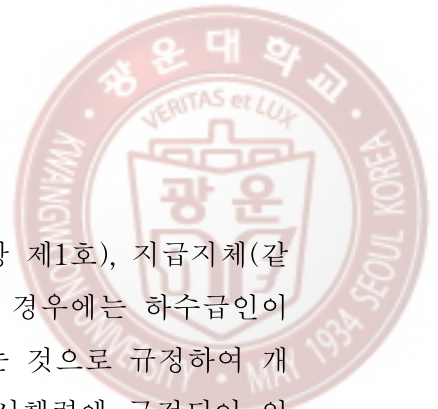
③발주자는 제1항의 규정에 불구하고 원사업자가 당해하도급계약과 관련하여 수급사업자가 임금, 자재대금등의 지급을 지체한 사실을 입증할 수 있는 서류를 첨부하여 당해하도급대금의 직접지급중지를 요청한 경우에는 당해하도급대금을 직접지급하지 아니할 수 있다.

④제1항의 규정에 의하여 발주자가 해당 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급함에 있어서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급금액은 이를 공제한다.

⑤제1항의 규정에 의하여 수급사업자가 발주자로부터 하도급 대금을 직접 지급받기 위하여 기성부분의 확인 등이 필요한 경우에 원사업자는 지체없이 이에 필요한 조치를 이행하여야 한다.

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

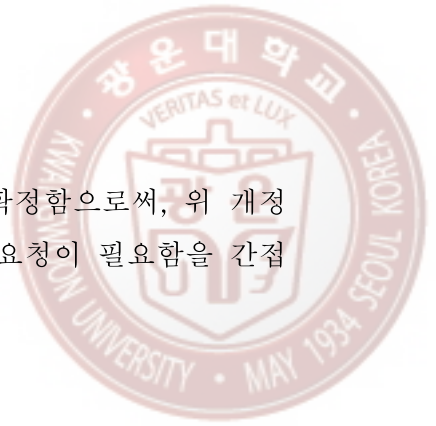




## (2) 특징

위 개정법은 원수급인의 지급불능(법 제14조 제1항 제1호), 지급지체(같은 항 제3호), 지급보증의무 불이행(같은항 제4호)의 경우에는 하수급인이 직접지급을 ‘요청한 때’에 직접지급청구권이 발생하는 것으로 규정하여 개정전 법과 같은 입장을 취하였고, 다만 개정전 법 시행령에 규정되어 있던 사유들을 법률본문에 옮겨 놓았다. 그렇지만 3자간 직접지급합의(같은 항 제2호)의 경우에는 개정 전에는 3자 간 ‘합의한 때’에 그 즉시 직접지급청구권이 발생하는 것으로 규정하였는데, 개정된 법은 직접지급합의와 별도로 하수급인이 직접지급을 ‘요청한 때’에 발생하는 것으로 변경하여, 하도급법 제14조 제1항 제호의 구체적인 하도급대금 직접지급청구권 발생 시기 및 채무소멸시기에 대하여 3자 간 합의한 경우에는 하도급대금 직접지급 합의 자체에 하도급대금 직접지급청구가 포함되어 있다고 주장하는 견해와 하도급대금 직접지급 합의가 있는 경우에도 별도의 하도급대금 직접지급청구가 있어야 하고, 그때에 하도급대금 지급채무가 소멸한다는 견해 간의 대립이 있었다.

이에 대하여 대법원 2006. 3. 23. 선고 2005다69199 판결은 위 개정 하도급법의 수급사업자의 발주자에 대한 하도급대금 직접청구의 요건으로서의 직불합의에 관한 명문상의 표현이 구 하도급법과는 다소 다르게 규정되어 있음을 밝히고 있을 뿐만 아니라, 이를 전제로 수급사업자와 원사업자 사이의 하도급계약이 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행 당시에 체결되었으나 하도급공사대금의 직불합의가 위 법률이 개정 이후에 성립된 경우, 특별한 규정이 없는 한 직불합의의 요건이 구비되었는지 여부에 대해서는 행위시의 법률인 신 하도급거래 공정화에 관한 법률이 적용되어야 한다고 판시한 다음, 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 경우에도 직접지급 요청이 있어야 공사대금 지급채무가 소멸함을 전제로 하수급자가 이 사건 공사대금에 관한 확인서를 발주자에게 제출한 것도 공사대금의 직접지급을 요청한 것으로 볼 수 있다고 한 원심판결인 고등법



원 2005. 10. 27. 선고 2004나78198 판결을 그대로 확정함으로써, 위 개정 하도급법 제14조 제1항 제2호의 경우에도 직접지급 요청이 필요함을 간접적으로 밝히고 있다.

### (3) 사건

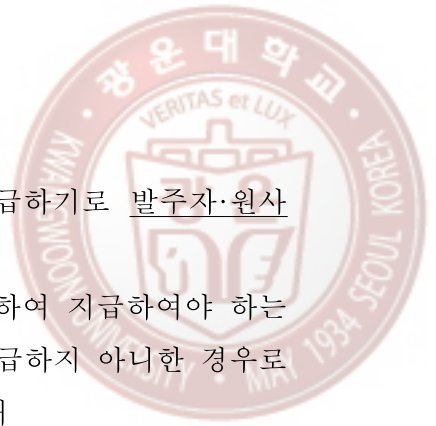
위 개정 하도급법령은 명시적으로 제14조 제1항 제2호의 경우에도 직접지급 요청이 있어야 발주자의 하도급대금지급의무가 발생한다고 해석할 수 밖에 없고, 이와 달리 합의한 때에 발주자의 직접지급의무가 발생한다고 해석하는 것은 법령 해석의 범위를 벗어나는 무리한 해석으로 보인다. 이러한 규정에 비추어 개정 하도급법이 개정 전 하도급에 비하여 하수급인의 보호에 있어 퇴보된 것으로 볼 수 있으나, 광주고등법원 전주부 2006. 11. 23. 선고 2006나1065 판시와 같이 하도급대금의 직접지급 합의 시에 나타나는 제반 사정들을 감안하여 합의 자체를 하도급대금 직접지급 요청으로 해석하는 방법으로 하수급인을 보호할 수 있을 것이고, 오히려 개정 하도급법령에 의하여 기왕에 3자 간의 합의라는 불명확한 시점에서 '직접지급을 요청한 때'로 직접지급청구권 발생시점을 일원화한 것이 분쟁의 여지를 해소한 것으로 평가될 수 있을 것이다.

## 라. 2007. 7. 19. 법률 제8359호로 개정된 하도급법

### (1) 규정

하도급법 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 직접 지급하여야 한다.

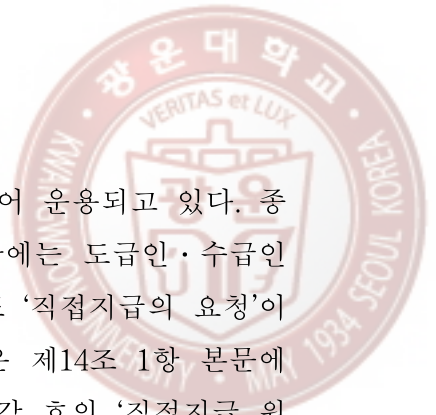
1. 원사업자의 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때



2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 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
  - ②제1항의 규정에 의한 사유가 발생한 경우 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위안에서 소멸한 것으로 본다.
  - ③발주자는 제1항의 규정에 불구하고 원사업자가 당해하도급계약과 관련하여 수급사업자가 임금, 자재대금등의 지급을 지체한 사실을 입증할 수 있는 서류를 첨부하여 당해하도급대금의 직접지급중지를 요청한 경우에는 당해하도급대금을 직접지급하지 아니할 수 있다.
  - ④제1항의 규정에 의하여 발주자가 해당 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급함에 있어서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급금액은 이를 공제한다.
  - ⑤제1항의 규정에 의하여 수급사업자가 발주자로부터 하도급 대금을 직접 지급받기 위하여 기성부분의 확인 등이 필요한 경우에 원사업자는 지체없이 이에 필요한 조치를 이행하여야 한다.
  - ⑥제1항의 규정에 의하여 하도급대금을 직접 지급하는 경우의 지급방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## (2) 특징

법률 제8359호로 개정된 하도급법은 다시 법률 제5816호로 개정된 하도급법과 유사한 규정으로 하수급인의 보호를 강화하였다. 특히 3자 간 직접지급합의의 경우에 직접지급을 합의한 때에 직접지급청구권이 발생하는



것으로 개정되었고, 현재까지 동 개정조항이 적용되어 운용되고 있다. 종전의 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항에는 도급인·수급인 및 하수급인 간에 직접지급 합의가 있었던 경우에도 ‘직접지급의 요청’이 필요하였으나 법률 제8359호로 개정된 하도급법령은 제14조 1항 본문에 ‘직접지급을 요청한 때’라는 규정이 삭제되는 대신 각 호의 ‘직접지급 원인 사실’ 중 지급정지·파산, 허가·인가·면허·등록 취소, 수급인의 하도급대금의 2회분 이상 미지급, 수급인의 지급보증의무 미이행 등의 경우에는 ‘직접지급을 요청한 때’가 각 호의 사유에 편입된 것과는 달리 도급인·수급인 및 하수급인 간에 직접지급의 합의가 있는 경우에는 ‘직접지급을 요청한 때’라는 요건이 없다. 따라서 도급인·수급인·하수급인 간에 직접지급 합의가 있는 경우는 다른 경우와는 달리 이미 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 지급하여야 한다는 사실을 알고 있으므로 별도로 직접지급을 요청할 필요가 없고, 합의가 이루어진 때에 도급인의 공사대금 지급채무와 수급인의 하도급대금 지급채무가 소멸하는 것으로 해석하여야 한다<sup>35)</sup>. 다만, 합의가 이루어진 때라함은 시공이 선행된 경우라면 합의한 때, 합의가 선행된 경우라면 시공한 때라고 볼 수 있다<sup>36)</sup>.

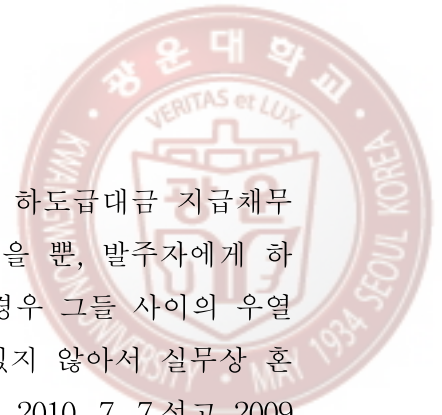
#### 4. 하수급인간 우선순위 및 직접지급 범위

##### 1) 수인의 하수급인간 우선순위

하도급법 제14조는 원수급인의 부도, 지급거절 등의 사유로 하수급인이 원수급인으로부터 하도급공사대금을 지급받기 어려운 경우 하수급인의 도급인에 대한 직접청구권을 인정하고 있다. 그런데 하도급법 제14조 제1항 제1호 및 제2항이 원수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 “하수급인이 하도급대금의 직접지급을 요청한 때” 원수급인에 대한 받주

35) 이법상, (주 5), 316면

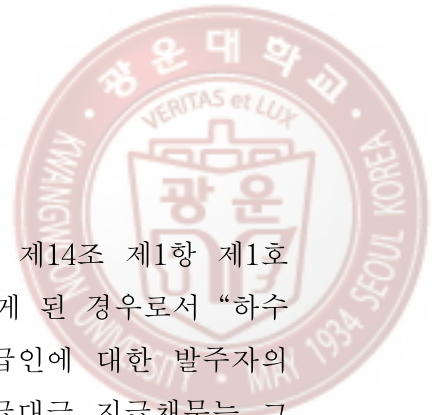
36) 윤재윤, (주 34), 343면



자의 대금 지급의무와 하수급인에 대한 원수급인의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다고 규정하고 있을 뿐, 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 하수급인이 여럿인 경우 그들 사이의 우열관계를 정하는 구체적이고 명시적인 규정을 두고 있지 않아서 실무상 혼란을 야기하고 있다. 이에 대하여 서울중앙지방법원 2010. 7. 7.선고 2009가합37669판결은 다음과 같이 판시하고 있다<sup>37)</sup>. 발주자에 대해 하도급대금의 직접 지급을 요청한 수급사업자가 수인인 경우 그들 사이의 우선 순위를 정하는 방법에 관하여는 그들 모두를 평등하게 취급해야 한다는 견해와 하도급대금의 직접 지급을 요청한 의사표시가 발주자에게 먼저 도달한 수급사업자를 선착순으로 우선 취급하여야 한다는 견해로 크게 나누어 볼 수 있을 것이다.

우선 전자의 견해는, 하도급법의 위 규정은 (가)압류 채권자 등 일반채권자들보다 공사도급계약 등의 하수급인을 우선적으로 보호하도록 하는 규정일 뿐 그 하수급인이 수인인 경우 그들 사이의 우열관계를 정하는 규정이 아니므로 채권자평등의 일반 원칙에 따라 그들을 동등하게 대우해야 하고, 하도급법 시행령 제4조 제2항이 ‘발주자는 하도급대금을 지급함에 있어 민사집행법 제248조 제1항 등의 공탁사유가 있는 경우, 당해 법령에 따라 공탁할 수 있다’라고 규정하고 있으므로 발주자가 위 규정에 따라 집행공탁을 한 시점을 민사집행법 제247조 제1항 제1호의 채권 등 집행에서의 배당요구 시기에 준하는 시점으로 보아 그 때까지 발주자에 대해 직불청구를 한 하수급인들에 대해 채권자평등의 일반 원칙에 따라 동등한 순위로 취급하여 각 하수급인들간의 공사대금채권액에 따라 안분배당하는 방법으로 그들을 동등하게 취급해야 한다는 것이다. 그러나 위와 같은 견해를 채택하게 되면 압류·가압류권자 등 일반채권자들과 각 하수급인들 사이의 법률관계를 불필요하게 복잡하게 하고, 발주자나 하수급인들의 법률상 지위를 불안하게 하며, 하도급법의 입법목적에도 반하게 되는 결과

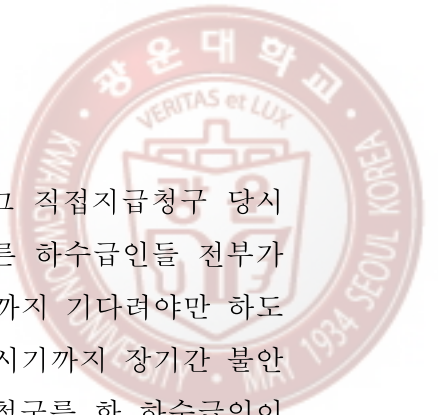
37) 현재까지 이러한 논란에 대한 상급심 판례는 존재하지 않는 것으로 보이며, 하급심 판결에서 나타난 견해의 대립 및 판결내용을 소개하고자 한다.



를 초래한다.

이와 반대로 후자의 견해에 의하면, ① 하도급법 제14조 제1항 제1호 및 제2항이 원수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 “하수급인이 하도급대금의 직접지급을 요청한 때” 원수급인에 대한 발주자의 대금지급의무와 하수급인에 대한 원수급인의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제4조 제1항이 하수급인의 직접지급 요청은 그 의사표시가 발주자에게 도달한 때부터 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로 그 문언상 하수급인들 사이의 우선순위도 공사대금의 직접지급을 요청하는 의사표시가 발주자에게 도달한 시점을 기준으로 하여 선착순으로 정하도록 하고 있음이 분명한 점, ② 하도급법시행령 제4조 제2항이 ‘발주자는 하도급대금을 지급함에 있어 민사집행법 제248조 제1항 등의 공탁사유가 있는 경우, 당해 법령에 따라 공탁할 수 있다’라고 규정하고 있으나, 같은 조문 제1항과 종합적으로 해석할 경우, 그 의미는 하도급대금의 직접 지급 요청을 한 하수급인이 수인일 경우 발주자가 그 하수급인들간의 우선순위나 공사대금 액수 등을 결정하기 어려울 때 대금지급의무를 면하는 방법으로 이를 공탁할 수 있음을 규정한 것에 지나지 않으므로 위 규정만으로 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 하수급인들을 평등하게 취급해야 한다고 보기까지는 어렵다는 점, ③ 직접청구권자들이 수인일 경우 그들사이의 우선순위 관계를 정하는 기준이 없이 그들을 모두 평등하게 취급해야 한다면, 발주자는 어느 하수급인에게 하도급대금을 지급해야 할지 모르는 불안정한 상태에 놓이게 되는 점(흔히 공사도급계약에 있어 발주자는 원수급인이나 하수급인의 공사 완공여부, 완공정도, 하자보수, 공사대금정산 등의 주장을 하며 공사대금액을 확정하지 않는 경우가 많아, 발주자가 원수급인이나 하수급인에게 지급할 공사대금액을 임의적으로 정하여 변제공탁이나 집행공탁을 하도록 강제하기도 어렵다), ④ 직접청구를 한 하수급인들 사이의 관계를 정하는 기준이 없이 채권자평등의 원칙에 따라 평등하게 배





당해야 한다면, 이미 직접청구를 한 하수급인들은 그 직접지급청구 당시 하도급채권의 존부 및 범위가 모두 분명치 않은 다른 하수급인들 전부가 직접청구할 때까지 또는 발주자가 집행공탁을 할 때까지 기다려야만 하도급대금을 지급받게 되어 그 지위가 기약할 수 없는 시기까지 장기간 불안정해지는 점, ⑤ 이러한 불안정한 상황에 이미 직접청구를 한 하수급인이 내몰리는 것은 ‘하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 때’에는 원수급인에 대한 발주자의 대금지급채무와 하수급인에 대한 원수급인의 하도급대금 지급채무를 그 범위 안에서 소멸한 것으로 간주하고, 발주자가 그 하도급대금을 그 하수급인에게 직접 지급하여야 할 의무를 부담하도록 한 하도급법 제14조 제1항, 제2항의 명문 규정에 반할 뿐만 아니라, 영세한 하수급인을 보호하고 공정한 하도급거래 질서를 확립하여 원수급인과 하수급인이 대등한 지위에서 상호보완하여 균형있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하려는 하도급법의 입법목적에 반하게 되는 점, ⑥ 공사대금의 직접 지급을 요청하는 의사표시가 발주자에게 도달한 시점을 기준으로 하여 선착순으로 하수급인들 사이의 우선순위를 정하면 하수급인들 사이 및 원수급인에 대한 일반채권자들 사이의 법률관계를 매우 간명하게 정할 수 있다고 한다.

이러한 논란에 대하여 아직까지 상급심 판례는 존재하지 않는 것으로 보이나 서울중앙지방법원 2010. 7. 7. 선고 2009가합37669 판결은 위 후자의 견해를 따라 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 하수급인들이 여러 명인 경우 그들 사이의 우열관계는 채권자평등이라는 일반원칙에 의하기보다 직접지급 요청 도달일시의 선후에 따라 우열관계를 정하고, 그 도달일시가 같은 하수급들에 한해서만 채권액에 따라 안분배당함이 상당하다고 판시하고 있다.

이에 대하여 필자의 견해를 추가하면 하도급법 제14조는 공사도급계약 등의 하수급인을 우선적으로 보호하기 위한 민법상의 채권자 평등원칙에 대한 예외규정인바, 전자의 견해에 의하면 민법상의 채권자 평등원칙의



예외를 인정한 후 다시 하수급인들 간에는 민법상의 채권자 평등원칙으로 돌아가야 한다는 것인데, 이는 모순된 순환논리로써 수용하기 힘든 점이 있다.

## 2) 발주자의 직접지급의무 범위

발주자는 여러 명의 하수급인들의 직접지급 청구에 대하여 직접지급 요청 도달일시의 선후에 따라 하도급대금을 지급하고 이에 따라 원수급인에 대한 원도급대금 지급채무를 면하게 될지라도 하수급인의 직접지급요청에 무조건 응할 것이 아니라 하수급인에 대한 직불에 앞서 자신의 원수급인에 대한 공사대금지급채무가 남아 있는지 여부를 따져보아야 한다. 즉, 하도급법 제14조 제1항은 “발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.”고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 “제1항에 따라 발주자가 해당 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급할 때에 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급금액은 빼고 지급한다.”고 규정하고 있다. 또한 법 시행령 제4조(하도급대금의 직접지급) 제3항은 “발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위에서 하도급대금 직접지급의무를 부담한다.”고 규정하였다. 이러한 관계 법령의 규정내용을 종합하여 보면, 법 제14조 제1항에 따른 발주자의 하수급인에 대한 직접 지급의무의 범위는 특별한 사정이 없는 한 발주자의 원수급인에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 해당 하수급인이 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금에서 발주자가 원수급인에게 이미 지급한 기성공사대금 내역 중 해당 하수급인의 하도급공사 부분의 금액을 공제한 금액이라고 보아야 한다<sup>38)</sup>.

38) 대법원 2011.4.28.선고 2011다2029 판결.





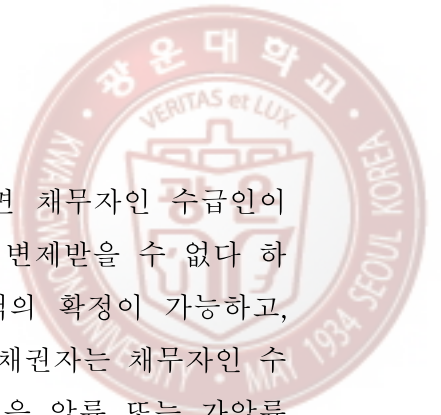
### 3) 소결

발주자는 여러 명의 하수급인들로부터 하도급대금 직접지급을 요청받을 경우 우선 발주자의 원수급인에 대한 공사대금지급 내역 중 개별 하수급인들이 시공 또는 용역수행한 부분에 대한 대가지급이 완료되었는지 여부를 먼저 살펴보아야 한다. 즉, 어느 하수급인이 가장 먼저 하도급대금의 직접지급을 요청하여 발주자에게 가장 우선하여 도달되었다 하더라도 자기의 시공분에 해당하는 발주자의 원수급인에 대한 공사대금지급이 완료되었다면 발주자는 해당 하수급인에 대하여 하도급대금의 직접지급의무를 면하게 되는 것이다. 그러나, 실무상 앞서 언급하였다시피 흔히 공사도급계약에 있어 발주자는 원수급인이나 하수급인의 공사 완공여부, 완공정도, 하자보수, 공사대금정산 등의 주장을 하며 공사대금액을 확정하지 않는 경우가 많고, 확정된 경우에도 후술하겠지만 일반채권자들의 압류·가압류 등에 따른 우선순위 다툼 등이 혼재되어 결국 집행공탁에 의존할 수밖에 없게 되어 위 서울중앙지방법원 2010. 7. 7.선고 2009가합37669 판결이 직접지급 요청 도달일시의 선후에 따라 하수급인에 대한 직불에 응하도록 판시한 논지와 같이 발주자 및 하수급인의 불안정한 법률관계를 간명하게 정리하기에 상당히 난해할 수 있다

## 제3절. 일반채권자들의 보전처분 및 강제집행

### 1. 공사대금채권의 가압류·압류

채권은 일반적으로 계약과 동시에 성립한다. 그러나, 채무를 변제하여야 할 시기는 채권이 성립한 때가 아닌 경우가 많다. 채무를 변제하여야 할 시기를 변제기 또는 이행기라고 한다. 즉, 채권의 성립시기와 변제기는 별개이다. 공사도급계약에 있어서 공사대금채권은 공사도급계약을 체결함과



동시에 성립하는데, 공사도급계약을 체결한 이후라면 채무자인 수급인이 아직 건물을 완공하지 못하여 공사대금채권을 즉시 변제받을 수 없다 하더라도 수급인이 완공 후 지급받을 수 있는 채권액의 확정이 가능하고, 멀지 않은 장래에 공사가 완공될 수 있을 것이므로 채권자는 채무자인 수급인이 도급인으로부터 장래 지급받을 공사대금채권을 압류 또는 가압류할 수 있다<sup>39)</sup>.

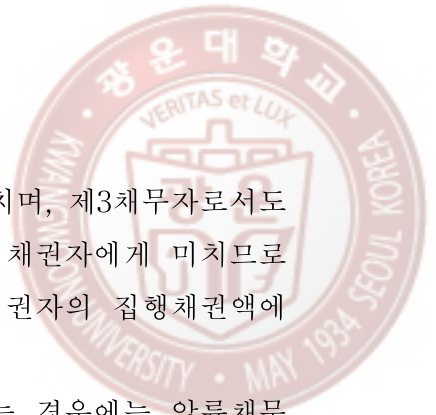
공사대금채권이 가압류된 경우, 가압류채무자인 수급인은 공사대금채권을 처분(면제, 상계 등) 또는 영수(변제의 수령)할 수 없고, 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급금지를 명하는 효력이 있으므로 도급인은 수급인에게 변제하는 등 채무를 소멸 또는 감소시키는 등의 행위 등은 할 수 없다.

## 2. 압류 및 추심명령

금전채권을 압류한 것만으로는 압류채권자가 피압류채권을 추심하여 만족을 얻을 수 없으므로 압류채권자는 자기채권의 만족을 얻기 위해서는 압류한 금전채권을 현금화할 필요가 있다. 민사집행법에는 금전채권의 현금화방법으로 추심명령과 전부명령을 규정하고 있다(민사집행법 제229조).

추심명령은 압류된 채권의 채권자의 지위에 변동은 가져오는 것이 아니고 채무자가 여전히 압류된 채권의 채권자로 남아있기는 하지만 압류채권자가 채무자 대신 압류된 채권은 추심권능을 취득하게 된다(민사집행법 제229조 제2항). 또한 같은 채권에 관하여 추심명령이 여러 번 발부되더라도 그 사이에는 순위의 우열이 없고, 추심명령을 받아 채권을 추심하는 채권자는 자기채권의 만족을 위하여서 뿐만 아니라 압류가 경합되거나 배당요구가 있는 경우에는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 압류나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 추심을 하

39) 대법원 1982.10.26.선고 82다카508 판결.



는 것이므로 그 추심권능은 압류된 채권 전액에 미치며, 제3채무자로서도 정당한 추심권자에게 변제하면 그 효력은 위 모든 채권자에게 미치므로 압류된 채권을 경합된 압류채권자 및 또 다른 추심권자의 집행채권액에 안분하여 변제하여야 하는 것은 아니다<sup>40)</sup>.

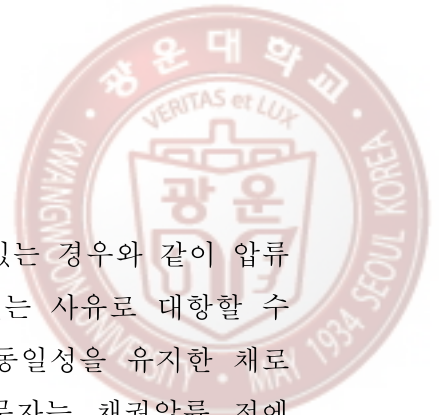
따라서, 공사대금채권이 압류되고 추심명령이 있는 경우에는 압류채무자(수급인)에게 공사대금채무를 변제하여서는 아니 되고 압류채권자에게 변제하여야 한다. 그런데 도급인이 압류 및 추심명령이 있기 전에 상계할 수 있는 채권이 있는 등 수급인에게 대항할 수 있는 사유가 있었는데, 압류 및 추심명령이 있는 후에는 그러한 사유를 주장할 수 없게 된다면 도급인에게 불리하게 된다. 대법원은 “금전채권에 대한 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령이 있는 때에는 제3채무자는 채권이 가압류되기 전에 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있으므로, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 그 가압류명령이 제3채무자에게 송달되어 가압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 그 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다. 이 경우에 자동채권 발생의 기초가 되는 원인은 수동채권이 가압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었으므로, 그 자동채권은 민법 제498조 소정의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 아니한다”고 판시하였다<sup>41)</sup>.

### 3. 압류 및 전부명령

전부명령이 확정되면 피압류채권은 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생된다. 따라서, 도급인은 전부채권자에게 공사대금

40) 대법원 2001.3.27.선고 2000다43819 판결.

41) 대법원 2001.3.27.선고 2000다43819 판결.



채무를 변제하여야 한다.

이 경우에도 공사대금채권에 대하여 추심명령이 있는 경우와 같이 압류 및 전부명령 이전에 수급인에 대하여 항변할 수 있는 사유로 대항할 수 있다. 대법원은 “전부명령에 의하여 피전부채권은 동일성을 유지한 채로 집행채무자로부터 집행채권자에게 이전되고 제3채무자는 채권압류 전에 피전부채권자에 대하여 가지고 있었던 항변사유로서 전부채권자에게 대항할 수 있다 할 것이므로, 도급인과 수급인 사이에 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 공사대금을 수급인의 근로자들에게 임금지급조로 직접 지급하기로 약정하였다면, 도급인은 수급인의 근로자들에 대한 임금 상당의 공사대금에 대하여는 수급인에게 그 지급을 거부할 수 있고, 따라서 전부채권자에 대해서도 위와 같은 항변사유를 가지고 대항할 수 있다”고 판시하였다<sup>42)</sup>.

전부명령이 제3채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관하여 다른 채권자가 압류·가압류 또는 배당요구를 한 경우에는 전부명령은 효력을 가지지 아니한다(민사집행법 제229조 제5항). 이 경우 압류 등의 경합으로 인하여 전부명령이 무효가 되는지의 여부는 나중에 확정된 피압류채권을 기준으로 판단할 것이 아니라, 전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상의 피압류채권을 기준으로 판단하여야 할 것이다<sup>43)</sup>.

장래의 불확정채권에 대하여 수개의 전부명령이 존재하고 그 후 확정된 피압류채권액이 각 전부금액의 합계액에 미달하는 경우에도 각 전부명령이 그 송달 당시 압류의 경합이 없어 유효한 이상 각 전부채권자는 확정된 피압류채권액의 범위 안에서 자신의 전부금액 전액의 지급을 제3채무자에 대하여 구할 수 있고, 제3채무자로서는 전부채권자 중 누구에게라도 그 채무를 변제하면 다른 채권자에 대한 관계에서도 유효하게 면책된다<sup>44)</sup>.

42) 대법원 2000.5.30.선고 2000다2443 판결.

43) 대법원 1998.8.21.선고 98다15439 판결.

44) 앞의 98다15439 판결.



#### 4. 국세징수법상 압류처분

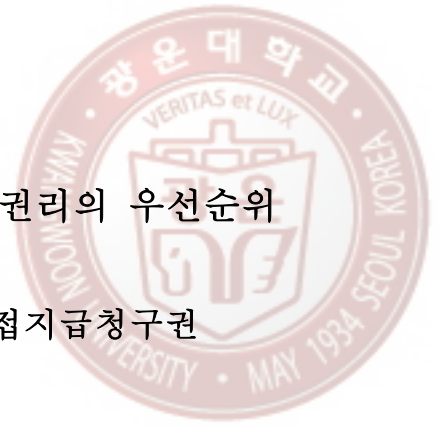
국세징수법에 의한 체납처분절차에 따라 세무서장이 공사대금채권을 압류한 경우에는 피압류채권의 채무자(도급인)는 채권자(수급인)에게 그 채무를 변제할 수 없고, 세무서장이 피압류채권의 채무자에게 그 압류통지를 한 때에는 국세, 가산금, 체납처분비를 한도로 하여 채권자에게 대위하게 되어(국세징수법 제41조 제2항), 세무서장은 그 채권의 추심권을 취득하며, 피압류채권의 채무자로서는 대위채권자인 세무서장에게 이를 이행할 의무를 지게된다<sup>45)</sup>.

국세 이외에도 고용보험, 산재보험의 보험료 등도 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 제28조에 의하여 국세체납처분의 예에 따라 이를 강제징수할 수 있으므로 동일하게 처리해야 한다.

#### 5. 노임채권에 대한 압류금지

채권자가 수급인인 채무자가 도급인으로부터 받을 공사대금채권을 압류 또는 가압류할 수 있다 하더라도, 근로자와 하수급인의 권익을 보호하기 위하여 압류 또는 가압류가 금지되는 공사대금채권이 있다. 건설산업기본법 제88조는 건설업자가 도급받은 건설공사의 도급금액 중 당해 공사의 근로자에게 지급하여야 할 노임에 상당하는 금액은 압류할 수 없도록 규정하고 있는데, 위 노임의 구체적인 범위는 건설산업기본법 시행령 제84조 제1항, 제2항에 따라 건설공사의 도급금액 중 산출내역서에 기재된 노임을 합산한 것으로서 위 건설공사의 발주자(하도급의 경우에는 수급인을 포함)가 그 산정된 노임을 도급계약서 또는 하도급계약서에 명시한 금액이어야 한다.

45) 대법원 1999.5.14. 선고 99다3686 판결.



### 제3장. 미지급공사대금의 정산과 관련한 권리의 우선순위

#### 제1절. 선급금반환청구권과 하도급대금지급청구권

##### 1. 문제의 소재

공사도급계약 이후 그 즈음에 선급금이 지급된 후 수급인의 부도·파산 등의 사유로 계약이 해지되어 선급금을 반환하게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계의 의사표시 없이도 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급금액은 당연히 선급금으로 충당되고 남은 선급금이 있으면 수급인은 발주자에게 이를 반환하여야 한다.

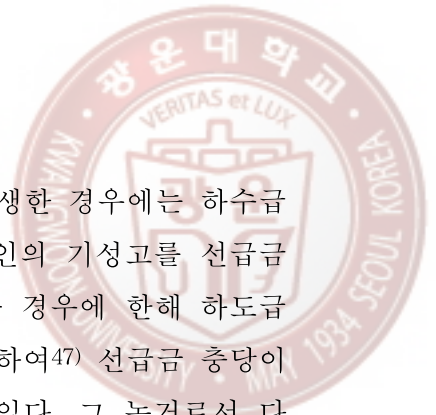
한편, 원수급인의 부도·파산 등으로 공사대금 지급불능 사유가 발생하는 경우 하수급인은 도급인에 대하여 하도급대금의 직접지급을 요청할 수 있으므로 결국 잔여 공사대금에 대하여 선급금으로 우선 충당할 것인지 여부와 하도급대금의 직접지급을 먼저 하여야 하는지에 대하여 입장이 대립하게 된다.

##### 2. 견해의 대립

###### 1) 선급금충당 우선설

선급금은 일부 선 변제한 공사대금이라는 선급금 고유의 성질에 따라 미지급 공사대금은 무조건 선급금에 우선 충당되어야 한다는 입장이다. 정상적인 기성검사 시에는 계약서상의 선급금 정산 조항에 따라 기성율에 따라 선급금을 정산하고, 타절기성 시에는 미지급 기성금 전액을 선급금에 우선 충당하고 남은 잔액이 있을 경우 하도급대금을 직접지급 하여야 한다는 주장이다<sup>46)</sup>.

46) 윤재윤, (주 34), 422면



대법원도 “계약의 해제 또는 해지 등의 사유가 발생한 경우에는 하수급인의 기성공사부분에 대한 공사대금도 포함한 수급인의 기성고를 선급금에서 공제하여야 하고 그래도 남은 공사대금이 있는 경우에 한해 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 한다”고 판시하여<sup>47)</sup> 선급금 총당이 하도급대금 직접지급에 우선한다는 입장을 취하고 있다. 그 논거로서 다음 세 가지를 들고 있는데, ① 선급금은 공사대금의 일부로 지급된 것이므로 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 당연 충당되고, 그래도 공사대금이 남는다면 그 금액만을 지급하면 되는 것이고 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선급금에 관하여 도급인이 반환채권을 가지게 된다고 보는 것이 선급금의 성질에 비추어 타당하다는 점, ② 하수급인의 직불청구권을 규정한 건설법 제35조 제1항, 하도급법 제14조 제1항은 도급인과 하수급인과의 직접적인 도급계약관계의 설정을 전제로 한 것은 아니므로 하수급인이 시공한 부분은 수급인의 기성고로 보아야 한다는 점, ③ 하수급인은 수급인의 이행보조자에 불과하므로 수급인의 기성공사금액에는 그 이행보조자인 하수급인의 기성공사부분이 당연히 포함된다는 점이다.

## 2) 하도급대금 직접지급 우선설

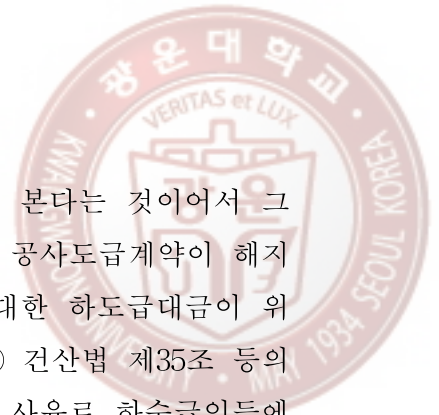
하도급대금 직접지급 규정은 하수급인을 보호하고자 하는 사회정책적 견지에서 하도급법령 등에서 강행법규로 도입한 것이므로 타절기성시 미지급공사대금은 하도급대금 직접지급사유가 발생한 이상 우선 직접지급하고 나머지가 있는 경우 선급금에 충당하여야 한다는 주장이다<sup>48)</sup>.

하급심에서도 “① 선급금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상 선급금과 미지급 공사대금과 상계처리 등에 따른 정산이 예정되어 있다고는 할 것이나, 선급금과 공사대금 사이의 상계처리의 경우 미리 지급한 선급

47) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다40109 판결.

48) 이종광, 김용수 「하도급대금 직접지급과 관련한 발주자의 계약관리방안에 관한 연구-판례연구 및 법리분석을 중심으로」, 대한건축학회논문집 구조계 제21권 제1호, 대한건축학회, 2005. 1.





금에서 공제한 액수만큼 공사대금을 지급한 것으로 본다는 것이어서 그 부분만큼은 현실로 대금을 지급하지는 않게 되므로 공사도급계약이 해지되는 경우 전체 공사대금에 포함된 하수급인들에 대한 하도급대금이 위정산된 선급금에서 지급된다고 볼 수는 없는 점, ② 건설법 제35조 등의 하도급대금 직불규정은 수급인이 파산하거나 그 외 사유로 하수급인들에게 하도급대금을 지급하지 않거나 지급할 수 없는 사유가 생길 경우 약자의 지위에 있는 하수급인들을 보호하고 공사 수행에 대한 대가를 실질적으로 보장하기 위한다는 데 그 취지와 목적이 있는 점, ③ 정부 공사계약 일반조건은 하수급인들에 대한 보호를 강화하기 위하여 1997. 1. 1. 제44조 제5항<sup>49)</sup>을 신설하여 공사대금과 선금의 상계로 인한 정산에 앞서 하도급대금을 직접 지급하도록 명시하여 하도급대금 직접지급과 공사대금과 선금의 상계로 인한 정산과 사이의 우선순위에 관한 해석을 통일하는 한편, 실질적으로 하도급대금의 지급을 보장한 점 등을 종합적으로 고려하여 계약이 해지된 경우 공사대금과 선급금과의 상계로 인한 정산보다 하도급대금의 직접지급이 우선한다”고 판결하였다<sup>50)</sup>.

### 3. 우선순위에 관한 규정

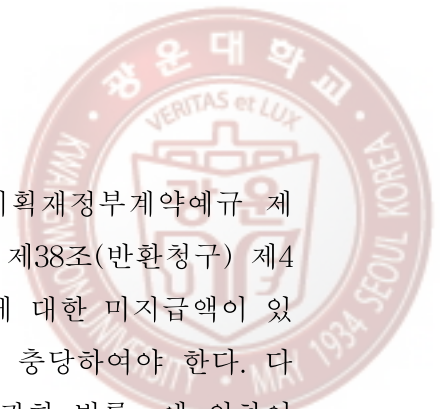
민간건설 공사계약의 경우에 하도급대금 직접지급규정을 두고 있다 하더라도 하도급대금 직접지급과 선급금정산과의 우선순위에 관하여는 별도로 규정하고 있지 아니하다.

이에 반하여 관급공사계약에서는 계약예규 “공사계약일반조건” 및 “정부입찰·계약집행기준”에 하도급대금 직접지급 규정과 아울러 선급금 정

49) 구 공사계약일반조건 제44조 제5항 “제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산 잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다. 이 경우 계약담당공무원은 상환할 금액과 기성부분의 대가를 상계할 수 있다. 다만, 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 경우 하도급대가 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다”

50) 서울중앙지방법원 2003.9.9.선고 2002가합85997 판결.





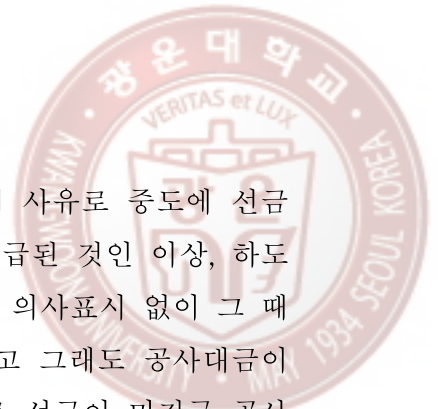
산과의 우선순위에 관하여 별도의 규정이 있다. 기획재정부계약예규 제 156호(2014.1.10, 일부개정) 정부입찰·계약집행기준 제38조(반환청구) 제4항은 “제1항 및 제2항에 의한 반환청구시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급액에 우선적으로 충당하여야 한다. 다만, 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 계약예규 「공사계약일반조건」 제43조제1항에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 기획재정부계약예규 제164호(2014.1.10, 일부개정) 공사계약일반조건 제44조(계약상대자의 책임있는 사유로 인한 계약의 해제 및 해지) 제6항은 “제5항의 경우에 계약담당공무원은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조제1항<sup>51)</sup>에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 위와 같이 계약해지로 인한 미지급 공사대금 정산시 선금금과 충당이 될 대상에서 하도급대금 직접지급 사유가 발생한 금원을 제외하는 특별한 약정을 ‘예외적 정산약정’이라 하는데, 통상의 공공공사 계약의 경우 위 공사계약일반조건을 공사계약에 편입시키고 있다.

### 1) 일반공사의 경우

대법원 1997.12.12.선고 97다5060 판결은 “선금금을 지급한 후 계약이

---

51) 공사계약 일반조건 제43조 제1항의 하도급대금의 직접지급 사유는 1. 하수급인이 계약상대자를 상대로 하여 받은 판결로서 그가 시공한 분에 대한 하도급대금지급을 명하는 확정판결이 있는 경우 2. 계약상대자가 파산, 부도, 영업정지 및 면허취소 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우 3. 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「건설산업기본법」에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우이다.



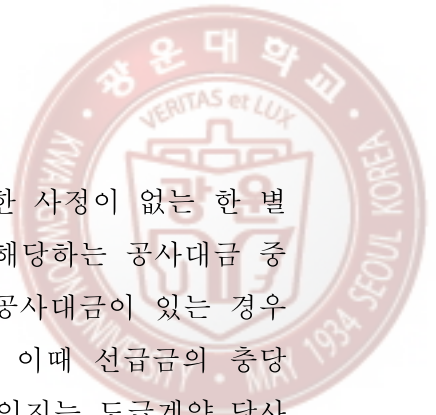
해제 또는 해지되거나 선급금 조건을 위반하는 등의 사유로 중도에 선급금을 반환하게 되었다면 선급금이 공사대금의 일부로 지급된 것인 이상, 하도급을 주었는지 여부를 불문하고 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되고 그래도 공사대금이 남는다면 그 금액만을 지급하면 되는 것이고, 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선급금에 관하여 도급인이 반환채권을 가지게 된다고 보는 것이 선급금의 성질에 비추어 타당하고, 하도급대금 직불에 관한 조항이 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여 계약자가 하수급인에게 대가 지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 수급인에게 직접지급하여야 한다고 규정하고 있는 것은 선급금으로써 기성고에 대한 공사대금에 충당하고 남은 공사대금이 있을 경우에 그 중 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 함을 규정한 것으로 봄이 타당하다.”고 판시하고 있어 미정산 선급금 충당에 관하여 별다른 약정을 두고 있지 않는 일반공사의 경우 ‘선급금의 기성공사대금 당연충당의 원칙이 하도급대금 직접지급조항에 우선한다’는 입장을 명확히 하고 있다.

## 2) 예외적 정산약정이 있는 경우

‘선급금의 기성공사대금 당연충당의 원칙이 하도급대금 직접지급조항에 우선한다’는 법리는 적용의 예외가 인정되지 않는 선형적인 법리는 아니다. 원래 ‘공제<sup>52)</sup>의 법리’에서 공제 여부, 공제의 시기, 공제 대상의 범위는 당사자 사이의 약정에 의하여 정하여질 수 있으므로 도급계약에서 충당 여부와 그 시기, 내역에 관한 별도의 약정이 있는 경우 위와 같은 당연충당의 법리 역시 달리 적용되어야 한다.

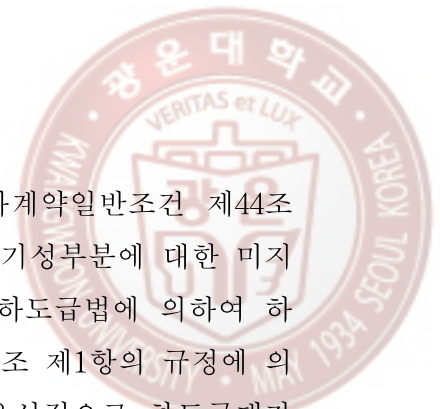
이에 대하여 대법원 2004. 11. 26. 선고 2002다68362 판결 또한 “선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에

52) 공제는 하나의 계약관계에서 발생한 채권·채무관계를 상호 가감하여 정산하는 것으로서, 별개의 계약관계에서 발생한 채권·채무관계를 소멸시키기 위한 상계와 구별된다. 공제의 전형적인 예로 임차인의 임차보증금반환채권과 임대인의 연체차임지급채권 및 손해배상금채권이 있다.



선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되지만, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다”고 판시하고 있고, 또 다른 대법원 판결 2010. 5. 13.선고 2007다31211 역시 “공사도급계약에 편입된 공사계약일반조건 제43조 제1항에서 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급해야 하는 경우를 규정하고, 제44조 제5항에서 계약이 해제 또는 해지된 경우 수급인은 미정산 선급금 등을 반환하여야 하고 도급인은 위 금액과 기성공사대금을 상계할 수 있다는 내용을 규정하면서, 그 단서에서 ‘다만, 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가 직접 지급하는 경우 하도급대가 지급 후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다’고 규정하고 있는 관급공사계약의 경우, 도급인이 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생한 경우에는 이에 해당하는 금원은 선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 한 것으로 보아야 하고, 위 공사계약 일반조건 제44조 제5항 단서에 의하여 설정된 미정산 선급금의 충당에 대한 예외적 정산약정은 하도급법 제14조에 의하여 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급할 사유가 인정되는 범위 안에서는, 도급인으로 하여금 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없다” 판시하여 선급금충당에 관한 특약조항이 있는 경우 일반적인 선급금 공제의 법리와 다르게 적용할 수 있다고 하였다.

그러나, 이러한 ‘예외적 정산약정’이 있는 경우라도 도급인이 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생하기 전에 선급금이 기성공사대금에 충당되어 원도급대금채무가 모두 소멸한 때에도 도급인이 하수급인에 대한 하도급대금 지급의무를 부담하게 되는지에 대하여 최근 대법원 2014.1.23.선

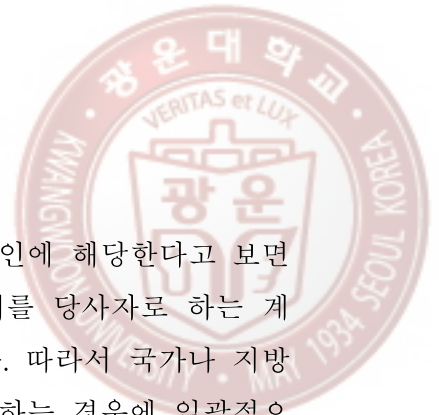


고 2013다214437 판결은 「공사계약에 편입한 공사계약일반조건 제44조 제6항은 "5항의 경우 계약담당공무원은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만 건설산업기본법 및 하도급법에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다."고 규정하고 있는데, 동 조항은 하도급대금 직접지급 사유가 발생한 경우 이에 해당하는 금원을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정에 해당한다고 보아야 할 것이나, 하수급인이 도급인에게 하도급대금을 직접 지급하여 줄 것을 요청하기 전에 공사계약이 해지됨에 따라 선급금이 미지급 기성공사대금에 당연 총당되어 모두 소멸한 이상 하수급인의 도급인에 대한 하도급대금 직접 지급의무가 인정될 수 없다」고 판시하였다.

#### 4. 소결

선급금이 미리지급한 공사대금의 일부로서 장래의 채무에 대한 변제의 성질을 가지고 있어, 선급금 반환시에는 당연히 기성공사 대금에 총당되는 것임은 위에 실시한 바와 같이 대법원 판례들에서 반복적으로 확인되는 원칙이다. 따라서, 공사계약 일반조건을 적용 받는 관급공사계약이 아닌 민간건설공사계약의 경우에는 계약내용에 하도급대금 직접지급 조항이 있다 하더라도 하도급대금 직접지급이 선급금 정산보다 우선한다는 특별한 약정이 없는 한 이를 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

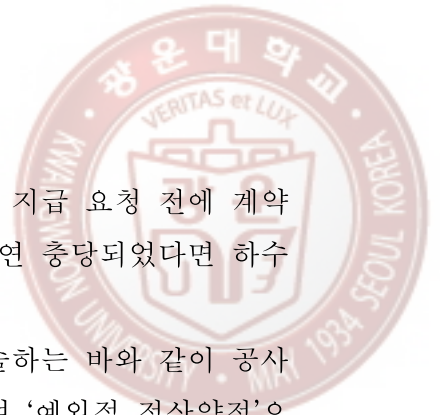
그러나, 관급공사계약의 경우 대부분의 경우 공사계약 일반조건을 계약의 일부로 편입하고 있어(실무상 거의 모든 공사계약에 포함되는 것으로 보인다) 미지급 공사대금에 대하여 선급금 총당에 앞서 하도급대금 직접지급을 우선하는 '예외적 정산약정'이 거의 예외 없이 적용되고 있다는 데



에 논쟁의 여지가 있다.

우선 국가나 지방자치단체 등도 계약당사자 중 일인에 해당한다고 보면 넓게 보아 ‘사적자치의 원칙’이 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 있어서도 적용되어야 함은 마땅하다 할 것이다. 따라서 국가나 지방자치단체가 도급인으로서 계약상대자와 계약을 체결하는 경우에 일괄적으로 공사계약일반조건을 편입시키는 방법으로 전술한 ‘예외적 정산약정’에 따라 자신에게 있는 선금금반환채권을 포기하고(즉, 미지급 공사대금을 보유하고 있어 자신이 반환받아야 할 선금금반환채권과 당연 상계하는 방법을 통하여 간이하게 자신의 채권을 만족시킬 수 있음에도 불구하고 이러한 자신의 권리행사를 강제적인 약정을 적용하여 포기하고), 하수급인에게 우선적인 권리만족을 부여함이 타당한 것인지에 대하여 의문스러울 수 밖에 없다. 백번 양보하여 국가기관인 도급인이 사회적 약자를 보호한다는 공익적인 목적<sup>53)</sup>에서 자신에게 속한 권리를 포기하는 것을 인정하더라도 이것은 형식적인 포기로 밖에 볼 수 없다. 통상 예외적 정산조항을 적용받는 발주자의 경우 선금금 지급시 수급인으로부터 선금금 보증서를 제출받아 징구하고 있으므로 결국 자신이 포기한 채권을 보증기관으로부터 보전 받을 수 있고, 결국 보증기관은 실질적으로 선금금반환 보증책임이 아닌 하수급인의 하도급대금채무를 지급보증하는 것과 마찬가지로 결론에 이르게 된다.

53) 이와 관련하여 헌법재판소는 “입법자는 원사업자의 이행불능의 경우와 같은 예외적인 경우에 한하여 발주자로 하여금 하도급대금을 직접 지급하도록 함으로써 수급사업자를 보호하는 방법을 선택한 것이고, 이는 위탁물의 완성에 궁극적으로 이익을 얻는 발주자의 사적 자치권을 제한함으로써 주관적 최소성을 충족하였다고 할 것이다. 나아가 원사업자가 하도급대금을 지급 할 수 없는 경우에 발주자에게 하도급대금을 직접 지급하도록 함으로써 발주자 및 원사업자가 침해받는 계약의 자유보다는 수급사업자가 하도급대금을 지급받음으로써 얻는 사회적 이익이 더 크다 할 것이며, 이 사건 하도급대금지급지급체가 발주자 및 원사업자의 사적 자치권의 본질적 내용을 침해할 정도까지 이르는 것으로 보이지 않는다”고 보았고, 재산권침해와 관련해서는 “발주자에게는 하도급대금지급의무를 지우는 대신 원사업자에 대한 대금지급채무를 소멸시켜주고, 원사업자의 도급대금채권을 소멸시키는 대신 수급사업자에 대한 하도급대금지급채무도 소멸시켜 줌으로써 실질적으로는 채권·채무의 법률상 이전과 같은 효과를 가져 오는데 불과할 뿐 기존의 채무를 초과하는 채권, 채무의 법률상 이전과 같은 효과를 가져 오는데 불과할 뿐 기존의 채무를 초과하는 새로운 의무를 지우는 것은 아니다”고 판단하였다, 헌법재판소 2003 5. 15.자 2001헌 바 98 결정.



또한 최근 대법원 판결<sup>54)</sup>과 같이 하수급인의 직접 지급 요청 전에 계약 해제되어 이미 미정산 선급금이 미지급 기성금에 당연 충당되었다면 하수급인의 직접 지급 요청은 무용한 것이 되고 만다.

아울러 유효한 직접지급요청이 있다 하더라도 후술하는 바와 같이 공사대금에 대한 압류채권자와의 우선순위 다툼에 의하여 ‘예외적 정산약정’으로 경제적 약자인 하수급인을 보호하겠다는 의미는 퇴색되고, 오히려 발주자는 자신이 갖고 있는 선급금 반환채권과 하수급인의 직접지급청구권 간에 우선순위, 하수급인과 압류채권자들 간의 우선순위 및 다시 선급금 반환채권과 압류채권자와의 우선순위 다툼이 혼재됨으로써 미지급 공사대금의 정산·분배에 있어 혼란만 가중되는 결과에 이르게 된바, 이로 인한 문제점에 대하여는 제4절에서 후술하기로 한다.

## 제2절. 선급금반환청구권과 압류채권

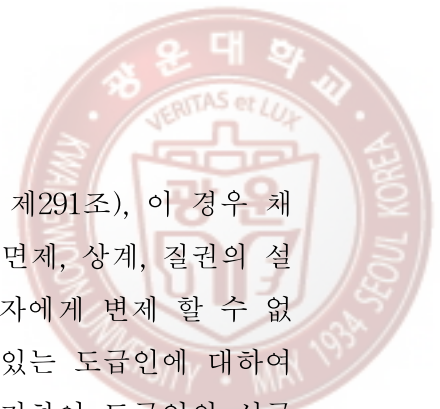
### 1. 문제의 소재

수급인의 부도나 파산 등의 사유로 공사도급계약이 해지 또는 해제되는 경우 발주자는 수급인, 하수급인, 보증기관 등 이해관계인의 참석 하에 타절기성검사를 실시하고 이를 통하여 기성고 및 미지급 공사대금을 확정하게 된다. 이 때 발주자는 선급금을 지급한 이후 공사가 중도에 해제된 경우에는 정산되지 않고 남은 선급금을 미지급 공사대금에 충당하고자 하는데, 이미 그 이전에 원수급인의 공사대금채권에 대하여 다른 채권자가 가압류나 압류를 한 경우<sup>55)</sup> 발주자는 압류채권자에게 선급금 우선 충당을 이유로 대항할 수 있는지, 금전채권을 가압류 또는 압류할 경우 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처

54) 대법원 2014.1.23. 선고 2013다214439 판결.

55) 본 논문에서는 원수급인의 공사대금채권에 대하여 가압류, 압류, 압류 및 추심명령결정, 압류 및 전부명령결정을 받은 일반 채권자들을 통틀어 압류채권자라 칭하기로 한다.



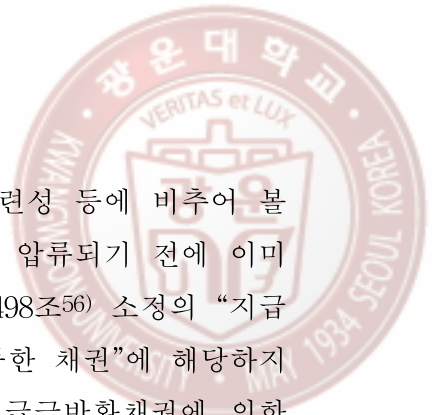


분과 영수를 금지하는데(민사집행법 제227조 제1항, 제291조), 이 경우 채무자는 채권의 추심뿐만 아니라 채권의 양도, 포기, 면제, 상계, 질권의 설정 등 일체의 처분을 할 수 없고, 제3채무자도 채무자에게 변제 할 수 없게 되는 바, 이러한 효력이 선금금반환채권을 갖고 있는 도급인에 대하여도 유효한 것인지, 즉 압류채권자는 자신의 압류에 기하여 도급인의 선금금반환채권에 우선하여 압류의 효력을 주장함과 아울러 나아가 민사집행법에 의한 집행이 가능할 것인가가 문제 될 것이다.

## 2. 판례의 입장

도급계약에 있어서 도급인이 수급인에게 선금금을 지급하면서 장차 이를 공사대금과 정산하기로 한 경우, 선금금이라 함은 자금사정이 좋지 않은 수급인으로 하여금 자재확보, 노임지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급한 것으로서, 그 성질상 원칙적으로 공사대금에 당연히 충당되어야 할 것이고, 선금금을 지급한 후 도급계약이 해지되는 등의 사유로 중도에 선금금을 반환하게 되었다면, 선금금반환채무와 공사대금채무는 동일한 도급계약에서 발생한 것으로서 상호 그 이행에 있어서 고도의 견련성이 있으므로, 선금금은 별도의 상계의 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연히 충당되고, 그 후 미지급 공사대금에 충당되고도 남은 선금금이 있다면 그 남은 선금금에 대하여 도급인이 반환채권을 가진다고 보는 것이 선금금의 성질에 비추어 타당하다 할 것이다.

이에 대하여 서울고등법원 1999. 12. 22. 선고 99나47213 판결은 “도급계약해지 당시 공사대금채권이 그때까지 정산처리 되고 남은 선금금을 초과함에도 불구하고 도급인이 일단 수급인에 대하여 선금금반환채권을 취득하고, 도급인이 선금금반환채권을 취득한 것이 공사대금채권이 압류된 후



라 하더라도, 선급금의 성격과 그 공사대금과의 관련성 등에 비추어 볼 때, 그 발생의 기초가 되는 원인은 공사대금채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것으로서, 이는 민법 제498조<sup>56)</sup> 소정의 “지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권”에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 도급인은 선급금반환채권에 의한 상계로 공사대금채권에 대한 압류채권자에게 대항할 수 있다”고 판시하여 선급금 우선충당을 인정하였다.

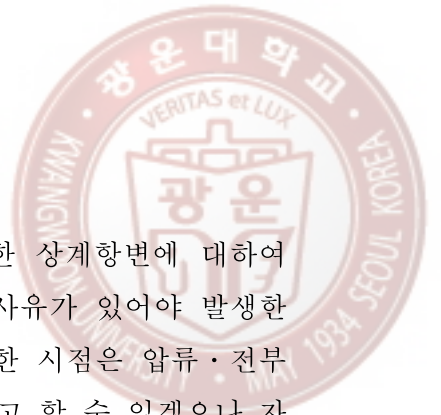
아울러, 서울고등법원 2010. 11. 30. 선고 2010나61368 판결<sup>57)</sup>도 전술한 바와 같은 선급금의 성질을 인정하고, 압류·전부명령의 효력에 대하여 압류의 효력은 제3채무자의 항변권이나 반대채권의 존재 등에 의한 구속을 그대로 지닌 채권을 압류하는 것에 불과하고, 전부명령이 확정된 경우 피전부채권 또한 집행채무자가 가지는 지위 이상의 것이 될 수 없어서 제3채무자는 집행채무자에 대하여 가지고 있던 종전의 법률상의 지위를 그대로 가지고, 본래의 채권에 부착된 항변이나 제한으로 전부채권자에게 대항할 수 있다고 전제한 뒤, 선급금의 성격과 압류·전부명령의 효력에 비추어 볼 때, 피전부채권인 수급인의 공사대금채권은 도급계약 해지 등의 사유발생시 미정산 선급금에 의한 당연충당이 예정되어 있는 일종의 제한부 권리라 할 것인바<sup>58)</sup>, 전부채권자는 수급인으로부터 이러한 제한부 권리를 그대로 이전받은 것에 불과하고, 도급인은 피전부채권에 부착된 제한을 가지고 전부채권자에게 대항할 수 있는 지위에 있다고 하면서, 압류·전부명령이 있는 뒤 실제로 도급계약이 해지되어 선급금의 당연충당을 위한 요건이 충족되면 전부명령의 제3채무자인 도급인은 그 충당으로

56) 민법 제498조(지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지) 지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다.

57) 전부채권자가 원고로서 도급인에 대하여 전부금 청구의 소를 제기하였고, 제1심에서 전부 승소하였다가, 항소심에서 패소하여 상고하였으나 대법원은 2011. 3. 24. 심리불속행기각결정하였다(2010다108340 판결)

58) 당연충당이라는 제한은 장애에 발생할 것이 확실히 예정된 것으로서, 불확정기한에 유사한 성질을 갖는다고 한다.





써 전부채권자에게 대항할 수 있다고 판시하였다.

또한, 도급인의 선급금반환채권을 자동채권으로 한 상계항변에 대하여 선급금반환채권은 본래 도급계약이 해지되는 등의 사유가 있어야 발생한다는 점에서 도급인이 상계항변의 자동채권을 취득한 시점은 압류·전부권자에 의하여 공사대금채권이 압류·전부된 이후라고 할 수 있겠으나 자동채권의 변제기가 수동채권과 동시이거나 먼저 도래하는 경우에 상계적상 이전에 수동채권의 전부를 받은 채권자에게 대항할 수 있다는 기존 판례의 취지는 제3채무자의 반대채권에 터잡은 장래의 상계에 대한 기대가 보호되어야 한다는 관점에서 비롯된 것으로서, 그러한 기대는 반대채권이 현실적으로 발생한 경우나 그 기초가 되는 원인이 현존하는 경우나 다를바 없다고 할 것이고, 상계의 허부에 있어서 변제기 도래의 선후는 객관적 기준의 하나에 불과할 뿐, 양 채권의 이행상 견련성 및 상계의 담보적 기능에 따른 합리적 기대의 보호라는 차원에서 접근하는 것이 타당하다고 판시하면서(이른바 ‘합리적 기대이익설<sup>59)</sup>의 입장이라고 한다), 자동채권 발생의 기초가 되는 원인은 선급금의 지급이 이루어짐으로써 공사대금채권이 압류·전부되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것으로 평가할 수 있고, 나아가 선급금반환채권과 공사대금채권은 동일한 도급계약에서 발생한 것으로서 그 이행상 고도의 견련성 내지 상호의존성이 있을 뿐만 아니라 양 채권 사이에 강한 담보적 기대관계, 즉 상계에 의한 채권회수에의 기대 혹은 이익이 존재한다며(선급금을 지급한 도급인으로서 상계적상 이전이라도 장래에 수급인의 공사대금채권과 상계되어 자신의 공사대금채무를 면할 수 있다는 합리적 기대를 가짐이 명백하고, 이러한 기대권은 보호할 가치가 있다고 한다), 공사대금채권의 이행기가 언제 도래하여는지 여부와 관계 없이, 도급인의 선급금반환채권은 그 성질상 민법 제 498조 소정의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이므로 도급인은 선급금반환

59) 이영수, 「피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계」 사법논집 제4집, 1973년, 215~216면

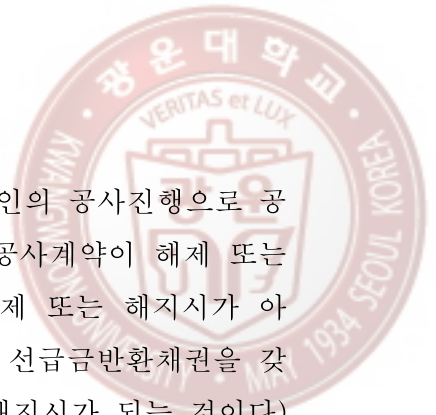


채권에 의한 상계로써 압류·전부권자에게 대항할 수 있다고 판시하였다.

### 3. 소결

공사가 중도에 해제 되어 정산되지 않고 남은 선급금이 있고 미지급 공사대금이 있을 때, 이에 더하여 수급인의 일반 채권자가 계약해제 전에 수급인이 도급인에 대하여 가지고 있는 공사대금채권을 압류 또는 가압류 하였다면 미정산 선급금을 미지급공사대금에 우선 충당할 수 있는지, 아니면 압류채권자의 채권을 우선 만족시켜야만 하는지에 대하여 미지급공사대금을 갖고 있는 도급인에게 많은 민원을 야기하며 분쟁이 되었던 사안이다. 그러나, 이러한 분쟁에 대하여 i) 선급금의 성질상 당연 충당이 인정되는 점, ii) 수급인의 공사대금채권은 도급계약 해지 등의 사유발생 시 미정산 선급금에 의한 당연충당이 예정되어 있는 일종의 제한부 권리로 보아야 하는 점, iii) 민법 제498조 소정의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는 것으로 보이는 점, 즉 지급금지채권으로 상계가 불가능한 채권이 아닌 점, iv) 선급금을 지급한 도급인은 장래 공사대채권과 상계될 것이라는 합리적기대이익이 있고 이는 보호받아 마땅하다는 점을 근거로 도급인은 미정산 선급금을 미지급공사대금에 우선 충당할 수 있고, 이로써 압류채권자에게 대항할 수 있다는 것이 앞서 양 판례의 입장이다.

필자 또한 이러한 판례의 입장을 지지하며 첨언하면, 선급금은 지급과 동시에 도급인은 반환채권을 갖고 수급인은 선급금 반환채무를 부담하게 되고, 반대로 수급인은 공사진행에 따라 공사대금채권을 갖고 도급인은 공사대금지급채무를 부담하게 된다. 이 때 선급금 반환채무가 소멸되는 시점은 공사계약이행 완료일이고, 이와 달리 선급금 반환채무가 확정되는 시점은 공사도급계약해제일 또는 해지일이 될 것이다. 발주자의 선급금반환채권과 수급인의 공사대금채권은 당연 상계된다고 전술하였던바, 공사



도급계약의 특성상 도급인의 선급금 지급 이후 수급인의 공사진행으로 공사대금반환채권이 동시에 발생하게 되므로 중도에 공사계약이 해제 또는 해지되는 경우 양 채권의 상계적상<sup>60)</sup>시점은 계약해제 또는 해지시가 아닌 도급인이 선급금을 지급한 때(즉, 지급과 동시에 선급금반환채권을 갖게 되나 반환채권의 확정만 도급계약의 해제 또는 해지시가 되는 것이다)로 보아야 할 것이다. 통상 도급인의 선급금 지급일은 압류권자의 압류일자보다 앞설 것이므로<sup>61)</sup> 상계의 법리에 의하더라도 미지급공사대금에 대하여 선급금반환채권이 압류채권에 우선함이 마땅하다고 할 것이다<sup>62)</sup>.

### 제3절. 하도급대금직접지급청구권과 압류채권

#### 1. 문제의 소재

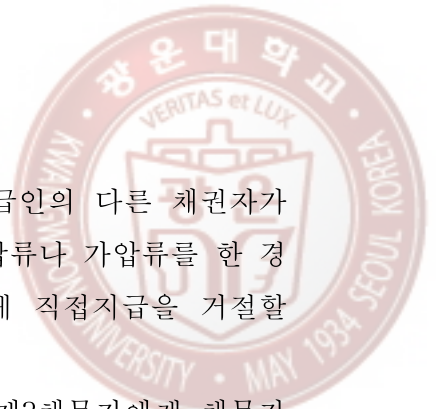
하수급인이 하도급대금 직접지급청구권을 행사하는 경우에 하도급대금 직접지급청구권의 행사로 인하여 하도급대금 지급채무가 소멸하는데 그러한 소멸하는 하도급대금 지급채무에 대하여 기존에 이루어진 압류, 가압류 또한 하도급대금 지급채무와 같이 소멸하느냐 아니면 하도급대금 지급채무의 소멸에도 불구하고 계속하여 하도급대금 지급채무에 대한 압류, 가압류는 존속하느냐에 대하여 견해의 대립이 있고, 또한 압류, 가압류가 하도급대금 직접지급청구권 발생 이전에 있었느냐, 이후에 있었느냐 등에 따라서 여러 가지 견해의 대립이 있다.

우선 수급인에게 지급불능 사유가 발생하여 하수급인이 발주자에 대한

60) 당사자 쌍방이 지고 있는 채무가 서로 상계될 수 있는 상태에 있는 것을 말한다.

61) 선급금 지급에 앞서 압류가 있는 경우라면 도급인은 선급금 지급을 거부할 것이다.

62) 국가 및 지방자치단체 등 강제집행권한 있는 자들의 (가)압류가 있는 경우, 이러한 국가기관 등의 처분을 '체납처분'이라 하는데, 통상 국가기관 등이 선급금 지급을 하는 경우 시·국세완납증명서를 제출 받고 있어 선급금반환채권 발생 전에 체납처분권자들의 권리가 우선하는 경우는 거의 없을 것으로 보인다. 다만, 이러한 경우에도 '체납처분유예'가 있던 경우라면 선급금 지급일보다 국세 또는 지방세의 법정납부기한이 앞설 수 있는데, 체납처분대상인 국세 등의 법정기일이 선급금 지급일보다 앞선 경우는 국세 등이 우선하게 되는 경우도 있을 것이다.



여 직접지급을 청구하였으나, 이미 그 이전에 원수급인의 다른 채권자가 원수급인의 발주자에 대한 공사대금채권에 대하여 압류나 가압류를 한 경우, 발주자는 압류나 가압류를 이유로 하수급인에게 직접지급을 거절할 수 있는가가 문제될 것이다.

이는 금전채권을 압류 또는 가압류할 때 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하는데 (민사집행법 제227조 제1항, 제291조), 이 경우 채무자는 채권의 추심뿐만 아니라 채권의 양도, 포기, 면제, 상계, 질권의 설정 등 일체의 처분을 할 수 없고, 제3채무자도 채무자에게 변제 할 수 없게 된다. 이러한 처분금지의 효력은 절대적인 것은 아니고, 압류채권자 및 채무자의 처분행위 이전에 집행절차에 참가한 배당요구 채권자에게 대항하지 못한다는 상대적 효력을 가진다<sup>63)</sup>.

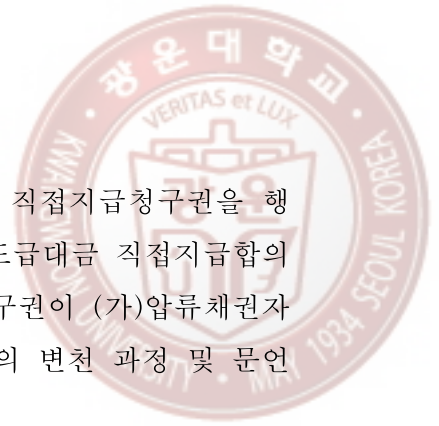
한편, 채권이 (가)압류되더라도 피압류채권은 시효완성, 해제조건의 성취, 취소권의 행사, 계약의 해제 등으로 소멸할 수 있고, 제3채무자는 (가)압류의 효력 발생 당시에 양 채권이 상계적상에 있거나 반대채권이 그 가압류 효력발생 당시에 변제기에 달하여 있지 않은 경우에는 그것이 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그 보다 먼저 변제기에 도달하는 경우 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 (가)압류채권자에게 대항할 수도 있다<sup>64)</sup>.

(가)압류의 위와 같은 효력에 비추어, 원도급대금채권이 (가)압류된 후에 하수급인의 직접지급청구권의 발생을 인정할 것인지, 그리고 직접지급청구권의 발생을 인정한다면 피압류채권의 소멸여부와 상호간의 관계는 어떠한지에 관하여 견해의 대립이 있다.

하도급대금 직접지급청구 사유 발생 이후에 압류, 가압류가 있는 경우 원칙적으로 제3채권자의 (가)압류는 이미 소멸한 원수급인의 발주자에 대한 공사대금채권에 대한 것으로서 아무런 효력이 없고, 하도급법 제14조

63) 손계준, 「하도급대금 직접청구권에 관한 고찰」, 서울대학교대학원(석사), 2010, 48면

64) 대법원 1998. 2. 23. 선고 87다카472판결, 대법원 1989. 9. 12. 88다카25120 판결의 다수



에 따라 하수급인만이 발주자에 대하여 하도급대금 직접지급청구권을 행사할 수 있게 된다. 다만, 직접지급청구 사유 중 하도급대금 직접지급합의가 있는 경우 무조건 하수급인의 하도급대금지급청구권이 (가)압류채권자의 권리보다 우선 할 것인지에 대하여 하도급 법령의 변천 과정 및 문언 해석에 따라 달라지게 된다.

실무상으로도 도급인은 압류의 경합이 있고 하수급인의 하도급법에 기한 하도급대금 직접지급청구가 있는 경우 공사대금 수령권자가 하수급인인지 원수급인인지 알 수 없고, 압류가 경합되었다는 이유로 법원에 공탁하는 사례가 증가하고 있는 실정으로 아래에서 이에 대하여 살펴보고자 한다.

## 2. (가)압류가 선행하는 경우

원수급인의 발주자에 대한 원도급대금채권에 대하여 원수급인의 다른 채권자가 (가)압류 등 강제집행을 한 이후에 하도급법 제14조에 따른 하도급대금직접지급사유가 발생한 경우 해당 (가)압류 등 강제집행에도 불구하고 하수급인이 시공한 부분에 대하여 하수급인의 직접지급 청구권이 발생하는가, 다시 말하면 하도급법은 하수급인에게 하도급대금 직접지급 청구권이 발생하면 그와 동시에 원수급인의 원도급인에 대한 공사대금채권이 소멸한다고 규정하고 있는데, 이 때문에 원수급인의 일반 채권자들이 그 공사대금을 (가)압류하더라도 직접지급청구권이 발생하면 그와 동시에 피압류채권이 소멸하므로, (가)압류는 그 효력을 잃고 결과적으로 직접지급청구권을 취득한 하수급인이 (가)압류채권자에 비하여 원도급인으로부터 우선 변제받는 효과가 발생하는지 아니면 하도급대금 지급채무의 소멸에도 불구하고 계속하여 하도급대금 지급채무에 대한 (가)압류의 효력이 존속하는지에 대하여 견해의 대립이 있다.



## 1) (가)압류와 하도급대금지급직접지급 우선순위

### 가. 1999년 개정 전 하도급법

1999년 개정 전 구 하도급법 제14조<sup>65)</sup>가 적용될 당시에는 하수급인에게 직접지급청구권을 인정하지 않고 하수급인의 직접지급청구가 있더라도 그러한 하도급대금을 지급할지 여부는 발주자의 임의적인 권리였다. 따라서 구 하도급법하에서는 실사 하수급인의 하도급대금 직접지급청구가 있다 하더라도 그 이전에 있었던 (가)압류가 소멸되지 않고, 공사계약일반조건이나 직접지급 합의 등에 의하여 직접지급의무가 인정되는 경우에도 공사계약일반조건이나 직접지급 합의의 취지는 하수급인의 직접지급청구권의 행사에 의하여 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 지급함으로써 원수급인의 원도급인에 대한 공사대금채권과 하수급인의 원수급인에 대한 하도급대금채권이 동시에 정산·소멸되는 효과를 가져 온다는 것이지, 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권 자체가 하수급인에게 이전되거나 이로 인하여 소멸되는 것은 아니라는 이유로, 하수급인에게 공사계약 일반조건이나 직접지급 합의 등에 의하여 하도급대금에 대한 직접지급청구권이 있다고 하더라도 그 하도급대금에 상당하는 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권에 대하여 제3자의 압류 등 강제집행이 제한되지 않았다<sup>66)</sup>.

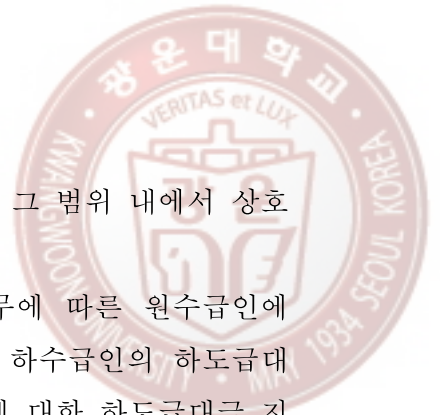
### 나. 1999년 개정 후 하도급법 및 현행 하도급법

1999년 개정 하도급법에서부터는 하수급인의 하도급대금채권확보를 강력하게 보장하여 주기 위하여 하도급대금 직접지급의무가 제도화되면서 직접지급사유가 발생한 경우 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무와

65) 구 하도급법(제정 1984.12.31. 법률 제3779호) 제14조(하도급대금의 직접지급) 발주자는 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 해당되는 하도급대금을 대통령령이 정하는 바에 의하여 직접 수급사업자에게 지급할 수 있다.

66) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다20083 판결; 대법원 2003. 4. 22. 선고 2001다20363 판결





원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위 내에서 상호 소멸하는 것으로 규정하였다.

그런데 이러한 발주자의 하도급대금 직접지급의무에 따른 원수급인에 대한 하도급대금 지급채무의 소멸 규정으로 인하여 하수급인의 하도급대금 직접지급청구가 있을 경우에 발주자의 원수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 소멸하게 되는데, 이때 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 이전에 원수급인의 공사대금채권에 대하여 이미 (가)압류 등이 선행되어 있는 경우에 발주자는 (가)압류 등에도 불구하고 하도급대금을 하수급인에게 직접지급할 수 있는지 여부, 다시 말하면 발주자의 하수급인에 대한 하도급대금 직접지급의무가 성립하기 이전에 (가)압류된 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무가 하도급대금직접지급의무의 성립으로 인하여 소멸하는지 여부를 두고 여러 가지 견해의 대립이 있어왔다.

## 2) 학설

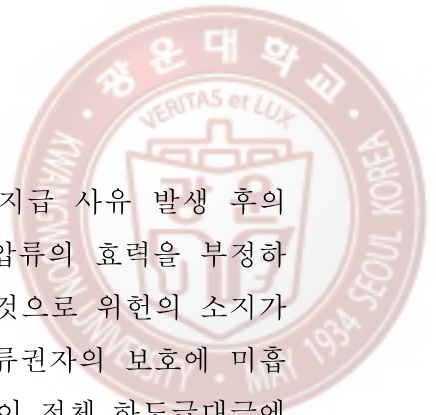
### 가. 피압류채권 존속설(압류채권자 우선설)

금전채권에 대하여 (가)압류가 있게 되면 민사집행법 제227조 제1항에 따라 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하여야 하고 피압류채권의 처분권은 국가로 이전되므로, 그 이후에 하도급대금 직접청구권이 발생하였다 하더라도 피압류채권은 존속하므로, 발주자는 하수급인에게 하도급대금을 직접지급할 수 없다는 견해이다<sup>67)</sup>.

이 견해는<sup>68)</sup> i) 하도급법상 직접지급 사유가 발생하기 이전에 이미 (가)압류의 효력에 의하여 원수급인의 공사대금채권이 제3채권자의 강제집행을 위하여 보전되었으므로, 하수급인의 직접청구권을 인정하는 것은 일반 민·상법, 민사소송법이나 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 등 다

67) 구상모, 전계논문, 39~40면; 양창수, (주 21), 75면

68) 구상모, 전계논문, 39~40면; 양창수, (주 21), 75면

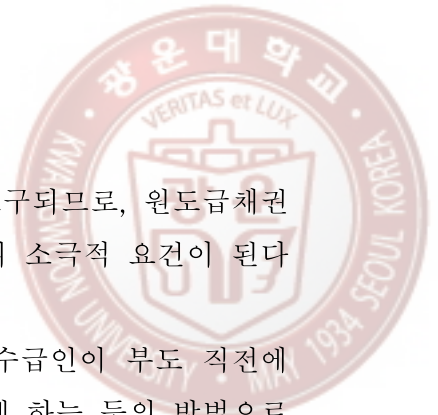


른 법률과 조화로운 해석이 아니라는 점, ii) 직접지급 사유 발생 후의 (가)압류 등은 효력이 없으나 사유 발생 전의 (가)압류의 효력을 부정하는 것은 다른 채권자의 권리를 과도하게 침해하는 것으로 위헌의 소지가 있는 점, iii) 만약 피압류채권이 소멸된다면 (가)압류권자의 보호에 미흡할 뿐만 아니라 하수급인이 여러 명이고 원도급대금이 전체 하도급대금에 미치지 못할 경우 먼저 직접청구권을 행사하여 변제받는 하수급인과 그렇지 못한 하수급인 사이에 불평등한 결과가 초래될 수 있다는 점<sup>69)</sup>, iv) 수급인의 공사대금채권에 대하여 (가)압류 된 경우 수급인은 이를 피하기 위하여 하도급 함으로써 (가)압류의 효력을 얼마든지 공동화시킬 가능성이 있다는 점 등을 근거로 하도급법 제14조의 직접지급 사유가 발생하기 전에 발주자에게 채권(가)압류가 송달된 경우 (가)압류채권의 범위 내에서는 (가)압류권자에 의해 이미 그 집행이 보전되었으므로 그 금액의 범위 내에서는 하도급법상 직접지급 의무는 발생하지 아니한다고 해석하고 있다. 이러한 입장을 동조하는 또 다른 견해는<sup>70)</sup> 공정거래위원회가 하도급법 제14조의 개정 당시 오로지 하수급인의 발주자에 대한 직접청구권을 확실하게 보장하여 주겠다는 점만 고려하였을 뿐, 그로 인하여 파생될 수 있는 제3자(원수급인의 채권자 등)의 법률관계에 관하여 전혀 고려한 바 없었기 때문에, 하도급법 제14조의 직접지급사유가 발생하기 전에 발주자에 대한 채권(가)압류가 송달된 경우 (가)압류채권의 범위 내에서는 (가)압류채권자에 의해 이미 그 집행이 보전되었으므로 그 금액의 범위 내에서는 하도급법상의 직접지급의무는 발생하지 아니한다고 주장하며 하도급법보다 민사소송법상 채권보전 절차가 우선하는 것으로 해석하여야 한다고 한다. 정리하자면, 하수급인의 직접지급청구권이 발생하기 위해서는

69) 하수급인 사이에 불평등의 문제는 선행 (가)압류가 없고 하도급대금 직접지급청구권이 인정되는 경우 현행 하도급법의 해석 및 판례들이 도달선착주의를 택하고 있는 것으로 보여짐에 비추어 도달선착주의의 문제점으로 지적할 수 있는 것이지 피압류채권 소멸설의 부당성을 뒷받침하는 논거로 볼 수는 없을 것으로 보인다.

70) 이영동, 「개정된 하도급거래공정화에 관한 법률 제14조의 규정이 그 개정전 체결된 하도급계약의 하도급거래에 관하여도 적용되는지 여부; 대법원 2002. 11. 22. 선고 2001다35785 판결」, 판례연구 제15집, 부산판례연구회(2004.2), 58면





원도급채권에 대하여 (가)압류가 되지 않을 것이 요구되므로, 원도급채권에 대한 (가)압류의 부존재가 직접지급청구권 발생의 소극적 요건이 된다 할 것이다<sup>71)</sup>.

하지만, 이러한 견해들에 의할 경우 악의적인 원수급인이 부도 직전에 허위 채권을 만들어 자신의 공사대금채권을 압류하게 하는 등의 방법으로 하수급인의 하도급대금지급청구권의 행사를 방해할 우려가 있다는 문제점이 지적되고 있다<sup>72)</sup>.

### 나. 피압류채권 소멸설(하수급인 우선설)

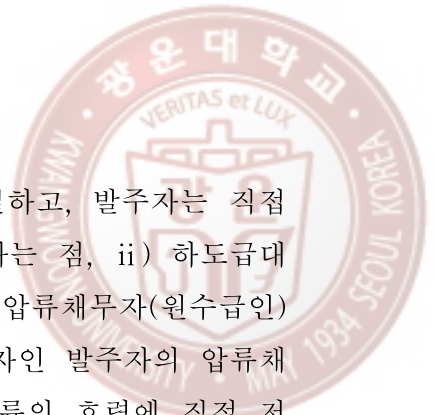
이 견해는 직접지급 사유가 발생하면 하도급대금의 범위에서 원수급인의 원도급대금 채권도 소멸하는 것이므로 하수급인의 보호라는 하도급법의 취지에 비추어 압류 등과 상관없이 위 사유의 발생으로 피압류채권이 소멸한다는 입장이다.<sup>73)</sup>

이 견해는 i) 하도급법 제14조의 문언은 원수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있는 경우 등 대통령령에서 정하는 사유가 발생한 때에는 발주자로서는 하수급인이 제조·수리 또는 시공한 분에 상당하는 하도급대금을 해당 하수급인에게 직접지급하여야 하고, 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무와 원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금지급채무는 그 범위 안에서 소멸한 것으로 본다고 규정하고 있으므로, 그 문언의 내용으로 보아 직접지급사유 발생시 발주자의 대금지급채무 중 원수급인이 시공한 분에 대한 하도급대금 상당은 당연히 소멸한 것으로 간주되도록 하고 있으므로, 원수급인의 제3채권자가 원수급인의 발주자에 대한 공사대금채권을 (가)압류하였는지 여부와 관계없이 하도급법의 규정

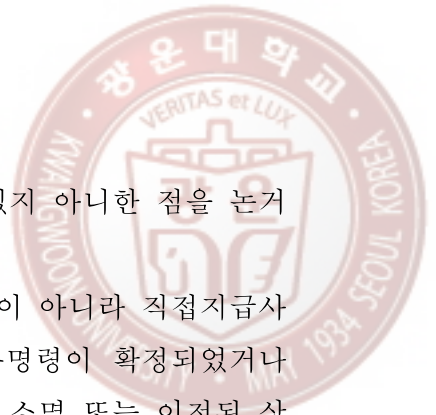
71) 이상현, 「하도급거래공정화에관한법률 제14조의 직접지급청구권에 관한 고찰」, 서울대학교대학원(석사), 2008, 10면

72) 박영호, 「공탁 및 공탁사유신고와 관련한 실무상 문제점」 사법논집(제45집), 2007년, 345~347면

73) 구상모, 전계논문 39면; 손계준, 전계논문 131면; 권오승, 공정거래법강의II, 법문사, 553면(이동규, 공정거래위원회 독점국장 집필; 김진홍, 「하도급법상 대금지급보증제도에 관한 고찰」, 저스티스 제34권 제1호, 151면; 김현석, 전계논문, 401~403면



에 의하여 직접지급사유 발생시 피압류채권은 소멸하고, 발주자는 직접 하수급인에게 하도급대금 지급채무를 부담하게 된다는 점, ii) 하도급대금 직접지급의무에 기한 대금 지급은 발주자가 (가)압류채무자(원수급인)이 아닌 하수급인에게 지급하는 것이므로, 제3채무자인 발주자의 압류채무자(원수급인)에 대한 대금지급을 금지하는 (가)압류의 효력에 직접 저촉되는 것이 아니고, (가)압류명령을 받은 원수급인의 처분이 아니라 하수급인을 보호하기 위한 하도급법이라는 특별법의 규정에 의한 채권의 이전이므로 (가)압류채무자(원수급인)로 하여금 채권의 임의처분을 금지하도록 하고 있는 (가)압류명령에 반하는 것도 아니라는 점, iii) 하수급인을 보호하는 제도가 미흡하고, 이를 보완하기 위하여 하수급인에게 직접청구권을 인정하는 방향으로 하도급법이 개정되었던 점, iv) 공사대금 중에서 하도급대금 부분은 하수급인의 자재와 노력이 투입되어 실질적 견련성이 있어 법률이 정하는 바대로 우선권을 인정하더라도 실질적으로 불평등한 취급이 아니라고 보이는 점, v) 직접청구사유 중에는 파산과 같이 압류의 효력과 동일한 사유가 포함되어 있으므로 파산의 경우와 마찬가지로 직접청구권이 (가)압류에 우선해야 한다는 점, vi) 지급불능의 경우 대부분 원수급인의 채권이 압류되어 있으므로 압류 이후의 직접청구권행사를 금지하면 직접청구권을 인정하는 법 취지에 충실하지 못한 점, vii) 하도급계약과 동시에 하는 직접지급 합의는 처음부터 공사대금을 직접 하수급인에게 귀속시키기로 하는 합의로서 피압류채권인 원도급채권이 처음부터 존재하지 않았거나 (가)압류 이전에 소멸하였다고 볼 여지가 있는 점, viii) 직접지급제도의 활용율이 현저히 낮아 직접지급제도의 실효성을 증진시킬 현실적 필요성이 있는 점, ix) 복수당사자의 채무관계에서 부진정 연대채무나 연대채무 중 일부에 대한 압류의 효력이 다른 채권·채무에 직접적으로 영향을 미치지 아니하는 점, x) 하도급법에는 직접지급의 요청으로 인하여 비로소 원도급인이나 원수급인의 권리가 제한된다는 명문의 규정이 없고 오히려 직접지급사유가 발생하면 원도급대금이 소멸한다



고 규정하면서도 이에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점을 논거로 제시한다.

다만, 이 견해에 의하더라도 (가)압류가 송달된 것이 아니라 직접지급사유 발생 전에 원수급인의 채권에 대하여 이미 전부명령이 확정되었거나 원수급인의 채권이 양도된 경우라면 그 채권이 이미 소멸 또는 이전된 상태이므로 직접지급을 할 수 없음은 자명하다고 한다<sup>74)</sup>.

#### 다. 절충설

이 견해는 기본적으로는 피압류채권 소멸설을 취하는 것이 맞지만, 하도급법 법률관계가 발생하기 전에 원수급인의 공사대금채권에 대하여 (가)압류한 제3채권자는 예외적으로 보호되어야 하므로 하도급계약이 체결된 이후에 (가)압류된 채권 부분만 소멸한다는 입장이다<sup>75)</sup>.

하도급이 있는 후에 원수급인의 채권을 가압류한 일반 채권자는 하도급법에 의하여 원수급인의 채권이 소멸될 가능성을 인식하고 있다고 보아야 하지만, 하도급이 있기 전에 원수급인의 채권을 가압류한 일반 채권자는 하도급에 의하여 원수급인의 채권이 소멸할 가능성을 인식하지 못하였기 때문에 이러한 채권자까지 우선하여 하수급인을 보호할 수는 없다는 점을 근거로 한다.<sup>76)</sup>

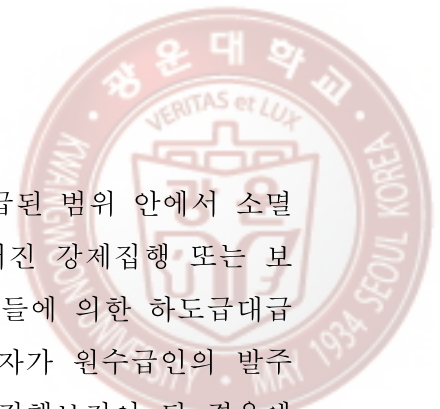
### 3) 판례

대법원 2000. 9. 5. 선고 2001다64769 판결은 “하도급법 제14조와 같은 법 시행령 제4조 제1항 제1호의 규정상, 원수급인의 부도로 원수급인이 하도급대금을 지급할 수 없어 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청하면 발주자는 하수급인에게 하도급공사대금을 직접지급하여야 할 의무를 지는 한편 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무와 원수

74) 박영호, (주 72), 345면

75) 이상현, 전계논문 60면; 김현석, 전계논문 382면; 박영호, 전계논문 347면

76) 양창수, 전계논문, 382면 ; 윤재운, 전계서 344면

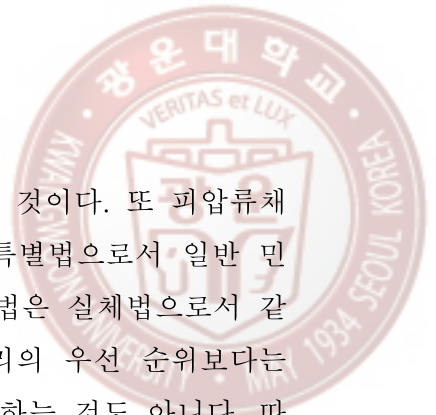


급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 지급된 범위 안에서 소멸하게 되나, 그렇다고 하여 그 사유발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없으므로 그 규정들에 의한 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 원수급인의 제3채권자가 원수급인의 발주자에 대한 채권에 대하여 (가)압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다”고 판시하여 피압류채권 존속설의 입장을 명시적으로 채택하였고, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다49969 판결 또한 “하수급인에게 하도급대금에 대한 직접지급청구권이 있다는 이유만으로 그 하도급대금에 상당하는 원수급인의 도급인에 대한 공사대금채권에 관한 채권양도가 있다고 보거나 그 공사대금채권에 대한 제3자의 압류 등 강제집행이 제한된다고 할 수 없다.”고 판시하여 피압류채권 존속설의 입장을 견지하고 있다.

#### 4) 소결

학설은 대립되고 있으나 대법원 판례의 입장을 종합하여보면, (가)압류 후에 하수급인이 직접지급청구권을 취득하더라도 (가)압류의 효력이 유지되므로, 발주자는 하수급인에게 하도급대금을 직접지급하여서는 아니된다. 만약 발주자가 하수급인에게 직접지급하였다면, 이는 채권의 지급을 금지하는 (가)압류의 효력에 저촉되므로 추심 또는 전부명령을 받은 압류채권자에게 피압류채권(원도급대금채권)을 다시 지급하여야 한다. 즉, 발주자가 하수급인에게 직접 지급하는 하도급대금은 발주자의 수급인에 대한 대금지급의무의 범위 안에서만 인정되므로 당해 공사대금이 이미 정산되어 소멸하였다면 하수급인이 이를 더 이상 구할 수 없다고 하겠다.

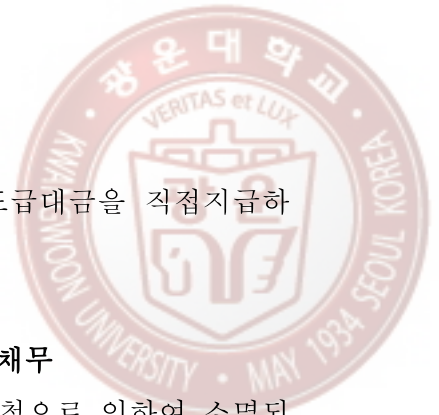
하수급인에게 하도급대금에 대한 직접지급 청구권을 인정하는 것은 원수급인의 부도 등 예외적인 경우에 하수급인을 최소한도로 보호하기 위한 입법적 조치이지, 타 채권자의 권리를 침해하거나 거래의 안전을 저해하



면서까지 하수급인을 보호하기 위한 것은 아니라 할 것이다. 또 피압류채권 소멸설(하수급 우선설)이 주장하듯 하도급법은 특별법으로서 일반 민사소송법에 우선한다는 것이 아니며, 오히려 하도급법은 실체법으로서 같은 실체법인 민법 등 사법에 대한 특별법이며, 권리의 우선 순위보다는 채권보전절차를 규정한 절차법인 민사소송법에 우선하는 것도 아니다. 따라서 (가)압류 이후에 하도급대금 직접청구권이 발생하였다 하더라도 피압류채권은 존속하는 것으로 보는 피압류채권 존속설(압류채권자 우선설) 및 판례의 입장이 타당하다고 본다.

### 3. (가)압류가 후행하는 경우

현행 하도급법상 수급인이 하도급법 제14조 제1항 각 호의 사정이 발생한 상태에서 하도급대금의 직접지급을 요청하여 하도급법 제14조 제1항의 규정에 의한 사유가 발생한 경우에는 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무와 원수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위 안에서 소멸한 것으로 보기 때문에, 결국 하도급법 제14조 제1항 제1 내지 4호의 사정이 발생한 상태에서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 경우에는 원수급인의 제3채권자가 원수급인의 발주자에 대한 공사대금채권에 대하여 (가)압류 등을 하였다 하더라도, 이러한 (가)압류의 통지가 제3채무자인 발주자에게 하수급인이 하도급대금의 직접지급을 요청한 이후에 송달되었다면 하도급대금의 직접지급 요청이 이루어진 청구금액 범위 내에서는 이전에 다른 압류·가압류가 전혀 없는 한 하수급인이 원수급인에 대하여 하도급대금 직접청구권을 취득하고, 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무는 소멸하기 때문에, 결국 제3채권자의 압류 또는 가압류는 이미 소멸한 원수급인의 발주자에 대한 공사대금채권에 대한 것으로서 아무런 효력이 없고, 하도급법 제14조에 따라 하수급인만이 발주자에 대하여 하도급대금 직접지급청구권을 행사할 수 있고<sup>77)</sup>, 발



주자는 직접지급청구권을 취득한 하수급인에게 하도급대금을 직접지급하여야 한다.

### 1) 소멸되는 도급인의 수급인에 대한 공사대금채무

하수급인이 도급인에게 하도급대금의 직접지급 요청으로 인하여 소멸되는 도급인의 공사대금채권과 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금의 범위가 그 때까지 하수급인이 공사를 수행한 기성고에 해당하는 하도급대금만인지, 아니면 하수급인이 하도급계약을 체결한 공사대금 전부에 해당하는지 문제가 되고, 이는 수급인의 채권자들이 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권을 압류·가압류하였을 경우 그 효력이 미치는 범위와 관련되어 매우 중요하다.

즉, 하도급대금의 직접지급청구로 소멸되는 수급인의 공사대금채권이 하도급계약으로 성립한 하도급대금 채권 전부에 상당하는 것으로 보아야 할지, 아니면 이행기에 도달한 기성 하도급대금에 상당하는 금액만으로 보아야 할지는 하도급법상 명문의 규정이 없으므로 원칙적으로 법률 해석의 문제이다.

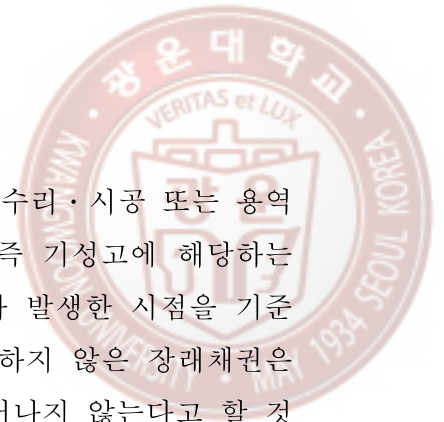
하도급법 제14조 제1항은 직접지급 사유가 있는 때에는 “발주자는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 이행한 부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다”고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 도급인의 수급인에 대한 대금지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 “그 범위 안”에서 소멸한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 즉, 발주자는 하수급인이 이행한 부분에 상당하는 하도급대금을 직접지급하여야 하며, 하도급대금지급채무는 “그 범위 안”에서 소멸한다고 명시하고 있다.

따라서, 하도급법의 해석상 하수급인에게 직접지급청구권이 발생하고 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무가 소멸하는 것은 하도급대금 전

---

77) 권오승, (주 73), 532면; 구상모, (주 31), 38면; 윤재윤, (주 34), 344면





액이 아니라 직접지급 사유가 발생한 시점의 제조·수리·시공 또는 용역 수행을 이행한 기성 부분에 상당하는 하도급대금, 즉 기성고에 해당하는 금액 만큼이라고 볼 수 밖에 없다. 직접지급 사유가 발생한 시점을 기준으로 아직 제조·수리·시공 또는 용역수행을 이행하지 않은 장래채권은 직접 지급의 대상이 아니고, 채무이전의 효과도 일어나지 않는다고 할 것이다.

그런데, 하도급대금의 직접지급 청구로 소멸되는 수급인의 공사대금채권의 범위가 하도급계약상의 하도급공사대금 채권 전부로 보아야 할지, 아니면 이행기에 도달한 기성 하도급공사대금 채권만으로 보아야 할지를 법률 해석의 문제만이 아니라 당사자의 의사 해석의 문제도 포함되어 있다고 보는 견해도 있다<sup>78)</sup>.

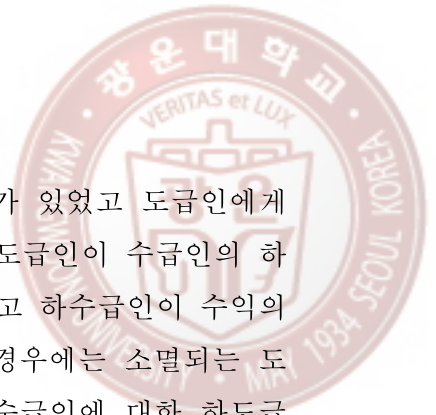
이 견해에 따르면 도급인·수급인·하수급인 사이에 직접지급의 합의가 있는 경우에 무조건 기성공사대금에 상당하는 수급인에 대한 공사대금채무만 소멸되는 것으로 볼 수는 없다는 것이다.

건축공사가 수급인의 부도로 중단된 경우 도급인, 수급인 및 하수급인 사이의 하도급대금 직접지급의 합의에 대하여 대법원은 “도급인, 수급인 및 하수급인 3자 사이에 하수급인이 시공한 부분의 공사대금채권에 대하여 도급인이 이를 하수급인에게 직접 지급하기로 하고 이에 대하여 수급인이 아무런 이의를 제기하지 않기로 합의한 경우, 그 실질은 수급인이 도급인에 대한 공사대금채권을 하수급인에게 양도하고 그 채무자인 도급인이 이를 승낙한 것이라고 봄이 상당하다”고 판시하였는데, 도급인·수급인·하수급인 간의 하도급대금 직접지급 합의에는 기성하도급 공사대금 뿐만 아니라 향후 하수급인이 수행할 하도급 부분에 대한 하도급공사대금 전액을 도급인이 하수급인에게 지불하겠다는 의사가 있었다고 보아야 하는 경우도 있을 수 있는데, 이러한 내용의 합의가 있었을 경우에는 수급인과 하수급인 사이에 하도급 공사대금 전액에 상응하는 도급인에 대

---

78) 이범상, (주 5), 318~320면





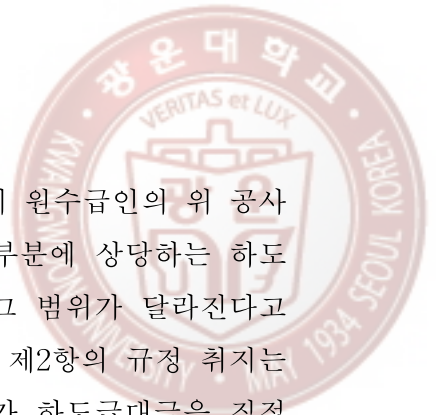
한 공사대금 채권을 양도하기로 하는 채권양도합의가 있었고 도급인에게 그 채권양도 통지가 있었던 것으로 보아야 하거나, 도급인이 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금채무를 면책적으로 인수하고 하수급인이 수익의 의사표시를 한 것으로 볼 수 있을 것이고, 이러한 경우에는 소멸되는 도급인의 수급인에 대한 공사대금채무는 하수급인의 수급인에 대한 하도급 공사대금 전부라고 보아야 한다는 것이다. 따라서, 도급인·수급인·하수급인 사이의 직접지급의 합의가 향후 시공될 하도급공사대금 전액에 대하여 양도한 것으로 볼만한 합의가 있었을 때에는 이는 실질적으로 원수급인이 도급인에 대한 공사대금채권을 하수급인에게 양도하고 그 채무자인 도급인이 이를 승낙한 것이라고 보아야 하고, 이러한 경우 민법 제450조 제2항에 따라 위와 같은 채권양도에 대한 도급인의 승낙이 확정일자 있는 증서에 의하여 이루어져야 제3자에게 대항할 수 있다고 한다<sup>79)</sup>.

도급인·수급인·하수급인 사이의 직접지급의 합의에 관한 문서에 확정 일자를 받지 않거나 도급인의 승낙의 의사표시가 있는 문서를 확정일자 있는 증서에 의하지 않으면, 채권양도에 준하는 직접지급의 합의가 있었다 하더라도 도급인은 위와 같은 채권양도와 그에 기한 채무의 변제를 들어서 원수급인의 공사대금채권에 대한 압류채권자에게 대항할 수 없다는 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다54108 판결을 반대로 해석하면 동 대법원 판결은 직접지급의 합의를 채권양도로 해석할 수 있는 가능성을 열어두고, 직접지급의 합의로 제3자에게 대항할 수 있는 요건을 명확히 한 의미 있는 판결이라 언급하고 있다<sup>80)</sup>.

그러나, 위 대법원 판결은 도급인·수급인·하수급인들의 의사가 하수급인이 하도급계약에 기하여 실제로 공사를 시행 내지 완료한 범위 내에서는 도급인은 하수급인에게 그 공사대금을 직접 지급하기로 하고 원수급인에게 그 공사대금을 지급하지 않기로 하는 취지라면, 압류명령의 통지가 도급인에게 도달하기 전에 하수급인이 공사를 실제로 시행 내지 완료

79) 대판 2000. 6. 23. 선고 98다34812

80) 이법상, (주 5), 318~320면



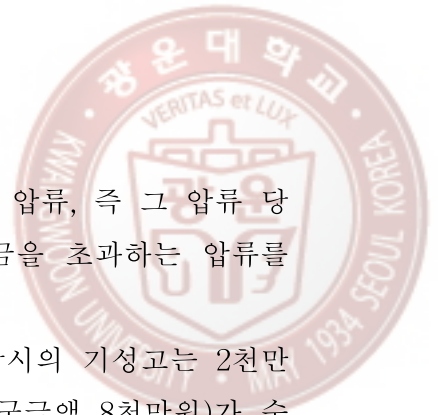
하였는지 여부나 그 기성고 정도 등에 따라 도급인이 원수급인의 위 공사대금채권에 대한 압류채권자에게 하수급인의 시공 부분에 상당하는 하도급대금의 범위 내에서 대항할 수 있는지 여부 및 그 범위가 달라진다고 판시하면서, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제2항의 규정 취지는 같은 조 제1항의 규정 내용에 비추어 보면, 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 합의한 경우에 발주자는 바로 그 하도급대금 전액을 해당 수급사업자에게 직접 지급할 의무가 발생하는 것이 아니라, 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금을 해당 수급사업자에게 직접 지급할 의무가 발생하는 것이고 그 범위 내에서 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무가 소멸한다고 해석함이 상당하다고 판시하여, 하수급인이 도급인에게 하도급대금의 직접지급 요청으로 인하여 소멸되는 도급인의 공사대금채권과 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금의 범위가 그 때까지 하수급인이 공사를 수행한 기성고에 해당하는 하도급대금만으로 제한하여 해석하고 있다.

즉, 대법원의 입장은 도급인, 수급인, 하수급인 3자간의 합의 당시의 당사자의 의사표시를 중시하기보다는 해당 규정의 문리해석을 우선시하여 위 하도급법 제14조 제1,2항의 규정을 예외적이고 제한적인 규정으로 보고 있는 것이며, 제3자 보호와 거래안전의 관점에서 대법원의 입장에 찬성한다.

## 2) 기성고 확정시점

직접지급합의 당시 기성고 확정시점에 관한 특별한 약정이 없는 경우에는 원칙적으로 압류 당시, 즉 압류명령이 발주자에게 송달된 때를 기성고 확정시점으로 정하여 이때까지 발생한 기성고에 대해서는 직접지급청구권을 보장해 주어야 할 것이다<sup>81)</sup>. 다만 이때의 압류는 모든 압류를 의미하

81) 임창현, 「하도급대금에 관한 직접지급청구권과 압류의 경합-사인 간의 법률행위로 성립한 직접지급청구권을 중심으로」, 사법논집(제55집), 2012, 474~476면

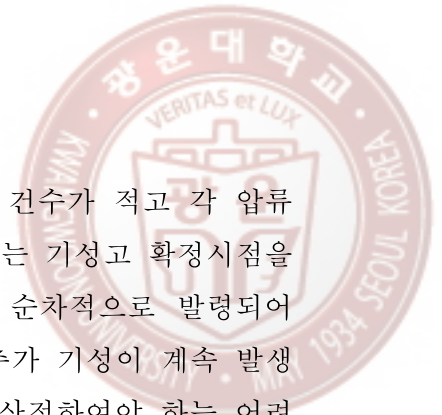


는 것이 아니라 총 채권의 만족에 부족을 초래하는 압류, 즉 그 압류 당시까지의 기성고와 압류채권액의 합계가 원도급대금을 초과하는 압류를 의미한다고 한다<sup>82)</sup>.

예컨대, 원도급대금이 1억 원이고, 직접지급합의 당시의 기성고는 2천만 원, 그 후 제1압류(청구금액 2천만원)와 제2압류(청구금액 8천만원)가 순차로 발령되었고 제1압류까지 추가된 기성고는 2천만원, 다시 제2압류까지 추가된 기성고가 2천만원인 사례를 살펴보면,

제1압류까지는 원도급대금 1억 원으로 기성고 4천만원(기성고 2천만원 + 추가기성고 2천만원)과 제1압류채권액 2천만원을 모두 변제할 수 있으므로 제1압류 이후 발생하는 추가기성고를 인정하더라도 제1압류채권자를 해하지 아니하므로 제1압류를 기준으로 기성고를 확정할 필요가 없다. 반면 제2압류에 이르면 기성고 6천만원, 제1압류채권액 2천만원, 제2압류채권액 8천만원 등 총 채권액이 1억 6천만원이 되어 원도급대금 1억 원으로 총 채권을 만족시키지 못하므로 제2압류 시점을 기준으로 기성고를 확정하여야 한다. 이 때 하수급인과 압류채권자 사이의 배당을 생각해보면, 제1압류까지의 기성고 4천만원에 대하여 직접청구권이 인정되므로 우선 직접지급청구권자에게 4천만원을 배당하고, 남은 6천만원을 제1압류채권자와 제2압류채권자에게 채권액의 비율로 안분배당하여 제1압류채권자에게 12백만원(6천만원 × 2천만원/1억원), 제2압류채권자에게 48백만원(6천만원 × 8천만원/1억원)을 배당하되, 제2압류채권자는 그 전에 발생한 추가기성고 2천만원에 관하여 하수급인에게 대항할 수 없으므로 제2압류채권자에 대한 배당액 48백만원 중 2천만원을 하수급인에게 흡수배당한다. 따라서 최종적으로 하수급인은 6천만원, 제1압류채권자는 12백만원, 제2압류채권자는 28백만원을 배당받는다. 위 사례에서 보듯이 최종적인 기성고를 확정하고 채권자별로 배당받을 채권액을 정하기 위해서는 각각의 압류 시점을 기준으로 기성고를 산정하여야 하는 문제가 있다. 최초의 압류에서 이

82) 임창현, 전제논문, 474~476면



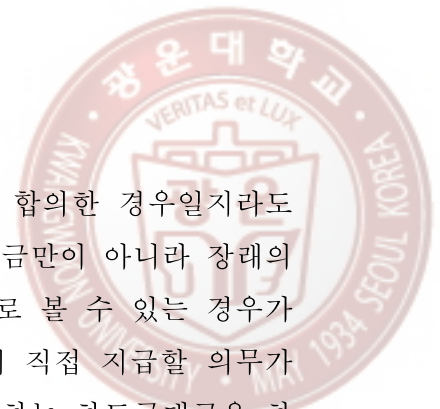
미 총 채권 만족에 부족이 생기는 경우 또는 압류 건수가 적고 각 압류 사이에 추가 기성고가 거의 발생하지 아니한 경우에는 기성고 확정시점을 정하는 것이 비교적 용이하겠지만, 다수의 압류가 순차적으로 발령되어 총 채권 만족에 부족을 초래하고 각 압류 사이에 추가 기성이 계속 발생하는 경우에는 압류 시점마다 위와 같이 기성고를 산정하여야 하는 어려운 문제가 발생한다고 한다.

#### 4. 양 청구권이 동시에 발생한 경우

이러한 경우 공사대금액이 직접지급요청액과 가압류나 압류액을 초과할 경우에는 아무런 문제가 없지만 그렇지 않을 경우에 발주자로서는 공사대금의 직접지급을 요청한 하수급인과 (가)압류권자 중 누구에게 지급하여야 할 것인지 불분명하고, 양자 사이의 우열 관계도 없다고 할 것이다. 대법원 2004. 10. 29. 선고 대법원 2004다34363 판결에 의하여 심리불속행 확정된 광주고법 제주부 2004. 5. 28. 선고 2003나 1498 판결에 따르면 가압류와 하도급대금청구가 같은 날 이루어진 경우에는 채권양도통지와 압류명령결정 정보가 동시 도달한 경우에 준하여 양자 사이에 우선순위가 없다고 보아 채권액에 비례하여 안분하여야 한다고 판시하였다.

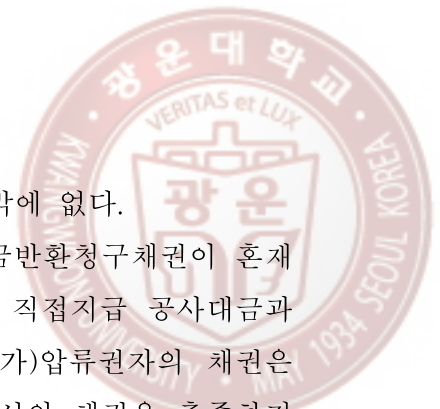
#### 5. 소결

전술한 학설, 판례와 실무례를 종합하여보면, 하도급법은 발주자의 하도급대금 직접지급의무를 규정하고 있을 뿐 직접지급 사유 발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정이 없으므로 하도급대금 직접지급 사유 발생 전에 이미 (가)압류가 있었던 경우에는 발주자로서는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 할 의무가 없다. 그러나, 하도급대금 직접지급 사유 발생 후에 (가)압류가 있는 경우는 발주



자·수급인·하수급인 간에 하도급대금 직접지급을 합의한 경우일지라도 동 합의가 확정일자 있는 문서에 의하여 기성공사대금만이 아니라 장래의 공사대금채권을 양도하는 내용의 합의가 있는 것으로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 발주자는 하도급대금 전액을 하수급인에게 직접 지급할 의무가 발생하는 것이 아니라 하수급인이 시공한 분에 상당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 의무가 발생하고, 그 범위 내에서 발주자의 수급인에 대한 대금지급채무가 소멸하게 되는 것으로 보는 것이 문리해석상 타당하다고 본다. 이 때 하수급인이 시공한 부분이란 (가)압류결정이 발주자에게 송달된 때를 기성고 확정시점으로 정하여 이때까지 발생한 기성고에 대하여 하수급인의 직접지급청구권을 보장해 주어야 하는 것이고, 이때의 (가)압류는 모든 (가)압류를 의미하는 것이 아니라 총 채권의 만족에 부족을 초래하는 (가)압류, 즉 그 (가)압류 당시까지의 기성고와 (가)압류채권액의 합계가 원도급대금을 초과하는 (가)압류를 의미하는 것으로 정리된다.

그러나, 하도급대금 직접지급 사유 발생 후 (가)압류가 있는 경우 (가)압류 송달시점을 기준으로 하수급인의 시공부분, 즉 기성고를 산정하는 것은 기술적으로 어려운데 현실이다. 원칙적으로 하도급계약서에 대금지급주기를 명시하여야 하겠으나 건설현장 관행상 하도급계약서에 대금지급주기가 명시되지 않는 경우가 많을 뿐 아니라, 명시되었다 하더라도 계약내용대로 대금지급이 이루어지지 않는 경우가 다반사다. 따라서, 실제 공사가 중단되어 하수급인이 하도급대금을 직접지급 받아야 할 사유가 발생한 경우, 그 이전 이후로 원수급인에 대하여 다른 제3채권자들로부터 여러 건의 (가)압류결정문이 송달되는 경우가 많은데, 이 때 (가)압류결정문 송달시점을 기준으로 하수급인의 기성고를 확정한다는 것은, 그 (가)압류결정문 송달시점 전후로 이미 기성청구가 있었다거나 기성고를 확인할 수 있는 자료 등이 없는 경우(실무에서는 작업일보 등을 기준으로 일수계산을 하기도 한다)에는 그 확정된 기성고를 신뢰하기 어렵고, (가)압류채



권자와 하수급인 모두에게 분쟁의 여지가 있을 수 밖에 없다.

이에 더하여 후술하는 바와 같이 발주자의 선급금반환청구채권이 혼재되는 경우에는 위와 같이 어렵게 하수급인에 대한 직접지급 공사대금과 (가)압류권자의 배당금액을 산정하였음에도 결국 (가)압류권자의 채권은 발주자의 선급금반환청구채권에 대항할 수 없어 자신의 채권을 충족하지도 못하는 결론에 이르게 된다. 이에 대하여는 이하의 새로운 절에서 상세히 논하도록 한다.

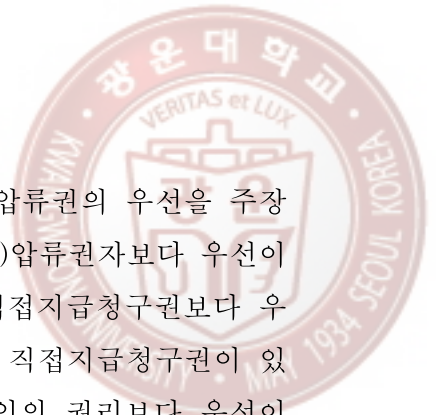
## 제4절. 복수의 청구권 및 압류채권

### 1. 문제의 소재

미지급 공사대금에 대하여 도급인의 선급금 반환채권, 압류채권자의 압류와 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권, 즉 3가지 권리가 경합되는 경우 미지급 공사대금을 둘러싸고 도급인은 자신의 선급금 반환채권을 최우선으로 정산하고자 하고, 압류채권자는 압류의 효력을, 하수급인은 하도급대금 직접지급청구권이 가장 우선 변제받아야하는 권리로 각각 이해관계인들 사이에 우선순위에 관하여 대립 될 수밖에 없다.

특히 앞서 설명한바와 같이 미지급 공사대금에 대하여 도급인의 선급금 반환채권은 (가)압류채권자의 압류보다 우선이고, 미정산 선급금의 충당에 대한 예외적 정산약정이 있는 경우, 즉 미지급 공사대금의 선급금 우선충당에 앞서 하도급대금지급보증이 없는 경우 하도급대금 직접지급이 선공제되어야 함을 정하고 있는 약정이 있는 경우에는 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권은 도급인의 선급금 반환채권보다 우선이며, 이러한 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권도 하도급대금 직접지급 사유 발생 전에 원도급 공사대금에 대한 (가)압류권자에 대하여까지 그 지급의 우선을 주장할 수 없게 되며, 다시 원도급 공사대금에 대한 (가)압류권자는 원





도급인의 선급금반환채권보다 우선하여 자신의 (가)압류권의 우선을 주장할 수 없는바, 결국 도급인의 선급금 반환채권은 (가)압류권자보다 우선이고, (가)압류권자는 그 이후에 발생한 하도급대금 직접지급청구권보다 우선이며, 예외적 정산약정이 있는 경우에 하도급대금 직접지급청구권이 있는 하수급인은 선급금반환채권을 갖고 있는 원도급인의 권리보다 우선이 되는 서로간의 권리가 순환하며 우선 순위를 주장할 수 있는 상황에 놓여 있다.

공사가 중단되어 타절되는 경우 이러한 권리간의 순환·경합이 실무상 비일비재하게 발생하고 미지급 공사대금을 보유하고 있는 도급인으로서 자신의 권리를 비롯하여 자신의 권리 외에 타 채권자들, 즉 (가)압류권자 등과 하도급대금 직접지급청구권을 갖고 있는 하수급인들의 권리 간에 어떠한 권리를 우선하여 보전해 줄 것인지, 어떠한 방식으로 이러한 권리들을 정리하여 미지급 공사대금을 정산할 것인지에 상당한 혼란을 겪게 되고, 결국 이러한 권리분쟁을 정리하지 못하여 최종적으로 법원에 공탁하는 방법을 도모하게 된다.

위와 같이 크게 세 가지 권리가 경합되어 분쟁이 있는 경우의 대법원 판례는 아직까지 보이지 않으나, 각각의 권리들이 서로 경합되었을 경우의 대법원 판례와 그 하급심 판례에서 나타나는 구체적인 사례를 검토하고 이러한 사례를 통하여 나타나는 문제점과 각각의 권리간의 경합을 어떻게 해결할 수 있을 것인지 살펴보고자 한다.

## 2. 구체적인 사례 및 문제점

### 1) 구체적인 사례

#### 가. 사례1

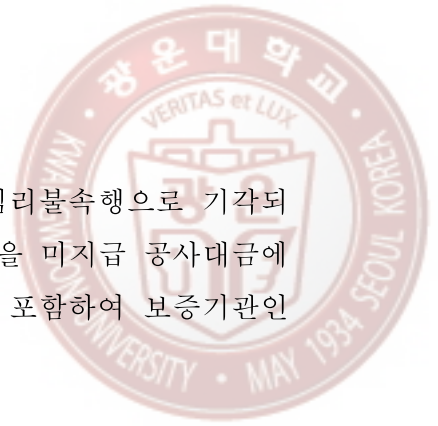
- 2009. 6. 공사도급계약체결  
- 발주자 甲, 수급인 乙, 계약금액 1,209,968,000원
- 2009. 6. 25. 선급금지급 363,000,000원, 보증기관 丙이 선급금보증





- 2009. 9. 25. 1회 기성금 지급 및 선급금 정산
  - 수급인 乙의 기성청구금액 215,000,000원
  - \* 선급금정산 64,500,000원, 기성금지급 150,500,000원
- 2009. 11. 10. 압류 및 전부 100,490,000원
  - 압류 및 전부권자 丁
- 2009. 11. 12. 수급인 당좌거래정지
- 2009. 11. 19. 공사계약해지
- 2009. 11. 25. 타절기성검사
  - 타절기성금액 160,596,300원
  - \* 수급인 乙에 대한 미지급 공사대금액 160,596,300원
  - \* 미정산선급금잔액 298,500,000원
- 2009. 12. 14. 보증기관 丙이 보증금지급

사례1의 경우 압류 및 전부권자인 丁이 이 사건 공사계약해지 전에 압류 및 전부명령이 있었음을 이유로 발주자 甲에 대하여 자신이 압류 및 전부한 부분의 공사대금채권의 지급을 요구하였으나 발주자 甲은 공사도급계약이 해지됨으로써 발주자 甲이 기 지급한 선급금이 수급인 乙의 발주자 甲에 대한 공사대금지급채권에 우선 충당되는데 기 지급한 선급금 반환채권이 공사대금지급채권을 초과하므로 피전부채권이 부존재한다고 주장하며 압류 및 전부권자인 丁의 청구를 거절하였다. 이에 대하여 압류 및 전부권자인 丁이 발주자 甲을 피고로 전부금 청구소송을 제기하였던 바, 항소심 재판부는 선급금의 성질상 당연 충당이 인정되고, 수급인의 공사대금채권은 도급계약해지 등의 사유발생시 미정산 선급금에 의한 당연 충당이 예정되어 있는 일종의 제한부 권리로 보아야 하며, 민법 제498조 소정의 지급금지채권으로 상계가 불가능한 채권이 아니라는 점 등을 사유로 발주자 甲이 미정산 선급금을 미지급 공사대금에 우선 충당할 수 있고, 이로써 압류 및 전부권자 丁에게 대항 할 수 있다고 판결하였고, 이에



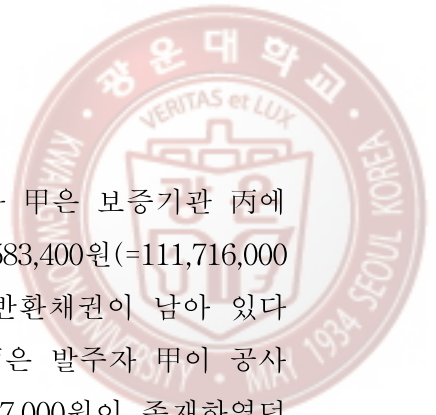
압류 및 전부권자 丁이 상고하였으나 대법원에서 심리불속행으로 기각되었다. 결국 이 사건에서 발주자 甲은 미정산 선급금을 미지급 공사대금에 충당하고도 반환받지 못한 선급금잔액을 그 이자를 포함하여 보증기관인 丙으로부터 지급받았다<sup>83)</sup>.

## 나. 사례2

- 1997. 7. 12. 공사도급계약 체결
  - 발주자 甲, 수급인 乙 계약금액 1,615,797,000원
- 1998. 2. 12. 선급금지급 286,200,000원, 보증기관 丙이 선급금보증
- 1998. 4. 20. 기성금 지급 및 선급금 일부 정산
  - 수급인 乙의 기성청구금액 398,003,000원
    - \* 선급금정산 111,716,000원, 기성금 286,287,000원(지급보류)
- 1998. 4. 24. 압류 667,800,000원
  - 압류권자 丁
- 1998. 5. 6. 수급인 부도
- 1998. 5. 22. 공사계약해지
- 1998. 5. 22. 타절기성검사
  - 타절기성금액 63,867,000원
    - \* 수급인 乙에 대한 미지급 공사대금액 63,867,000원
    - \* 미정산선급금잔액 174,484,000원
- 1998. 6. 11. 압류권자 丁 추심명령
- 1998. 6. 발주자 甲 추심금 지급

사례2의 경우 발주자 甲은 수급인 乙과 도급계약 해지 후 미정산선급금잔액을 타절기성금액으로 우선충당 하였으나 압류권자 丁의 압류로 인하여 지급을 보류하고 있던 기성금액 286,287,000원은 압류 및 추심권자 丁

83) 대법원 2011.3.24.선고 2010다108340호 판결



의 지급요청에 응하여 일부 지급하였다. 이후 발주자 甲은 보증기관 丙에게 자신이 지급한 선급금 중 이미 정산처리된 175,583,400원(=111,716,000원+63,867,000원)을 제외한 나머지 110,616,600원의 반환채권이 남아 있다며 이를 지급하여 달라고 청구하였으나 보증기관 丙은 발주자 甲이 공사계약해지 당시 지급을 보류하고 있던 기성금 286,287,000원이 존재하였던바, 그 금액이 선급금반환채권과 당연 상계되어 미반환선급금은 전부 소멸되었음을 이유로 보증금 지급을 거절하였다. 이에 발주자 甲이 보증기관 丙을 피고로 선급금보증금청구소송을 제기하였던바, 제1심 및 항소심 재판부는 선급금은 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급한 것으로서, 성질상 공사대금에 당연 충당되어야 할 것이고, 공사계약해지로 중도에 선급금을 반환하게 되었다면 선급금반환채무와 공사대금채무는 동일한 도급계약에서 발생한 것으로서 상호 그 이행에 고도의 관련성이 있으므로, 선급금은 별도의 상계의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당된다고 하고, 설사 발주자 甲이 선급금반환채권을 취득한 것이 공사대금채권이 압류된 후라 하더라도, 그 발생의 기초가 되는 원인은 공사대금채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었으므로, 이는 민법 제498조 소정의 “지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권”에 해당하지 않아 발주자 갑은 선급금반환채권에 의한 상계로 공사대금채권에 대한 압류권자 丁에게 대항할 수 있는 것이어서, 결국 발주자 甲의 선급금반환채권은 공사대금채권과 상계로 인하여 전부 소멸하였다고 하며 발주자 甲의 청구를 기각하였다<sup>84)</sup>.

### 다. 사례3

- 2010. 6. 11. 공사도급계약체결
  - 발주자 甲, 원수급인 乙, 계약금액 186,154,760원
- 2010. 6. 15. 선급금지급 130,300,000원, 보증기관 丙이 선급금보증

84) 서울고등법원 1999.12.22.선고 99나47213호 판결



- 2010. 6. 11. 하도급계약체결 및 통보(하수급인 A)
- 2010. 6. 18. 압류 및 전부 19,531,695원
- 2010. 7. 14. 압류 및 추심 26,917,459원
- 2010. 7. 19. 가압류 50,000,000원
- 2011. 1. 24. 원도급계약해지
- 2011. 1. 26. 하수급인(A) 직접지급 청구
- 2011. 1. 27. 타절기성검사
  - 타절기성금액 72,536,000원
    - \* 하수급인(A사) 직접지급 청구액 72,536,000원
    - \* 원수급인 乙에 대한 미지급 공사대금액 72,536,000원
  - 미정산선급금잔액 130,300,000원

사례3의 경우 공사중단 및 계약이 해지되자 하수급인 A가 발주자 甲에게 타절기성금액분 모두를 자신이 시공하였다며 하도급대금 직접지급을 청구하였으나 발주자 甲은 하도급대금 직불동의를 한 바 없고, 하도급대금 직접지급사유가 발생하였다 하더라도 그 시기는 하수급인 A가 직불청구한 2011. 1. 26.경으로, 이미 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 원수급인 乙의 제3채권자들이 원수급인 乙의 발주자 甲에 대한 공사대금 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 집행보전조치 하였으므로 발주자 甲은 하수급인 A의 직접지급 청구에 응할 의무가 없다며 거절하였다. 그리고 발주자 甲은 자신의 미정산선급금과 원수급인 乙의 미지급공사대금 채권을 상계처리한 후 잔여 미정산선급금을 보증기관 丙에게 청구하여 보증금을 지급받았다. 이에 대하여 하수급인 A는 발주자 甲을 상대로 공사대금청구소송을 제기하였으나 제1심 및 항소심에서 연이어 전부패소 후 대법원에 상고하였으나 심리불속행기각 되었다<sup>85)</sup>.

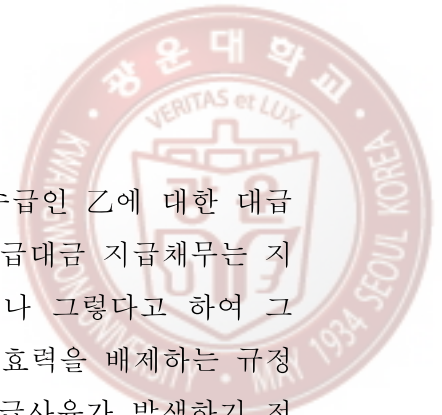
85) 대법원 2013.2.15.선고 2012다100470호 판결



#### 라. 사례4

- 2000. 6. 5. 공사도급계약체결
  - 발주자 甲, 원수급인 乙, 계약금액 159,096,000원
- 2000. 6. 16. 선급금 68,000,000원 지급
- 2000. 7. 18. 가압류 20,000,000원(지연손해금 별도)
- 2000. 8. 2. 하도급계약체결 및 통보(하수급인 A)
- 2000. 11. 9. 공사완공
- 2000. 11. 13. 원수급인 부도
- 2000. 11. 15. 압류 33,572,610원, 압류 28,447,310원
- 2000. 11. 16. 하도급대금 직접지급청구
  - 하수급인 A 직접지급 청구액 90,420,000원
- 2000. 11. 16. 가압류 30,000,000원
- 2000. 11. 18. 압류 256,288,810원
- 2000. 11. 23. 가압류 21,185,705원
- 2000. 11. 27. 가압류 1,106,962원
- 2001. 1. 5. 공탁 86,323,120원
  - 86,323,120원(= 총공사대금159,096,000원 - 선급금 68,000,000원 - 하자보수보증금 4,772,880원)

사례4의 경우 하수급인 A가 발주자 甲에게 하도급대금 직접지급을 청구하였으나 발주자 甲이 하수급인 A의 하도급대금 직접지급청구 받은 날을 전후로 원수급인 乙의 공사대금채권에 대하여 여러 건의 압류 및 가압류가 송달되었음을 이유로 원수급인 乙을 피공탁자로 하여 변제공탁 하였다. 이에 대하여 하수급인 A가 발주자 甲을 상대로 공사대금 청구소송을 제기하였는데, 이에 대하여 대법원은 원수급인 乙의 부도로 원수급인 乙이 하도급대금을 지급할 수 없어 하수급인 A가 발주자 甲에게 하도급대금의 직접지급을 요청하면 발주자 甲은 하수급인 A에게 하도급공사대금



을 직접 지급할 의무를 지는 한편 발주자 甲의 원수급인 乙에 대한 대급 지급채무와 원수급인 乙의 하수급인 A에 대한 하도급대금 지급채무는 지급된 범위 안에서 소멸하게 된다고 판시하고, 그러나 그렇다고 하여 그 사유발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없으므로 그 규정들에 의한 하도급대금 직접 지급사유가 발생하기 전에 원수급인 乙의 제3채권자가 원수급인 乙의 발주자 甲에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접 지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다고 하였다. 이에 따라서 파기환송심 재판부는 하도급공사대금의 직접지급청구가 있었던 2000. 11. 16. 이전에 이미 원수급인 乙의 발주자 甲에 대한 공사대금채권에 대하여 송달된 가압류 및 압류 통보가 있어 집행보전된 채권액 85,389,783원에 대하여는 하수급인 A가 직접지급 요청으로서 대항할 수 없다고 하였고, 직접지급 요청과 동시에 가압류결정이 송달된 가압류채권자와의 사이에는 하수급인 A의 직접지급 요청액과 가압류채권자의 청구금액을 합한 금액에 대한 하수급인 A의 채권액의 비율의 범위 내에서만 직접지급요청의 효력이 생긴다고 하였다(이러한 방식으로 계산된 가압류채권자에 대한 배분액은 232,520원이다). 따라서 발주자 甲의 변제공탁은 위 기 집행보전된 채권액 85,622,303원 (=85,389,783원+232,520원)에 대하여만 유효하므로, 원수급인 乙의 공사잔 대금채권액 86,323,120원에서 제3채권자들에 의하여 집행보전된 85,622,303원을 제외한 나머지 700,817원은 하수급인 A에게 직접지급 되어야 한다고 판결하였다<sup>86)</sup>.

#### 마. 사례5

- 2004. 12. 24. 공사도급계약체결
  - 발주자 甲, 원수급인 乙, 계약금액 2,129,912,500원

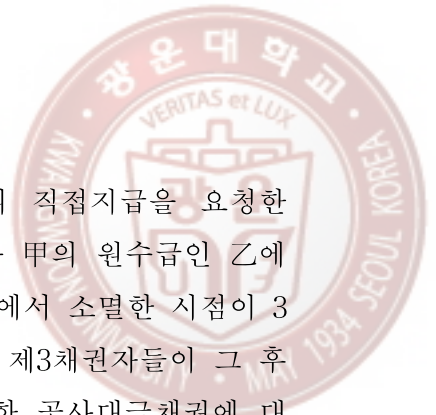
86) 대법원 2003.9.5.선고 2001다64769판결



- 2005. 9. 30. 압류 및 추심 41,248,893원
- 2005. 10. 1. 하도급계약 체결(하수급인 A)
- 2005. 10. 21. 하도급대금 직불합의서 제출
- 2005. 10.~2006. 1. 18. 여러 건의 가압류·압류·추심
- 2006. 1. 18. 하도급대금 직접지급청구
- 2006. 2. 13. 집행공탁 422,740,720원

사례4의 경우 하수급인 A가 발주자 甲에게 하도급대금 직접지급을 청구하였으나 발주자 甲은 다른 채권자의 채권압류 및 추심명령이 그 이전에 송달되어 경합되었다는 이유로 하수급인 A의 직접지급요청을 거절하고 원수급인 乙의 공사대금을 집행공탁하였다. 이에 대하여 하수급인 A가 발주자 甲을 상대로 공사대금 청구소송을 제기하였는데, 이에 대하여 대법원은 발주자·원수급인 및 하수급인 3자 간에 하도급대금의 직접 지불이 합의된 경우라도 하수급인이 하도급계약에 따른 공사를 시행하고 발주자에게 그 시공한 분에 상당하는 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때에 비로소 하수급인의 발주자에 대한 직접지급청구권이 발생함과 아울러 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무가 하도급대금의 범위 안에서 소멸하는 것으로 해석하여야 할 것이므로, 하수급인의 하도급공사 시행 및 발주자에 대한 시공한 분에 상당한 하도급대금의 직접 지급요청이 있기도 전에 3자간 직불합의만으로 즉시 발주자의 원수급인에 대한 대금지급채무가 소멸한다고 볼 수는 없고, 또한 하수급인이 하도급공사를 시행하기도 전에 3자 간 직불합의가 먼저 이루어진 경우 그 직불합의 속에 아직 시공하지도 않은 부분에 상당하는 하도급대금의 직접 지급요청의 의사표시가 미리 포함되어 있다고 볼 수 없다고 판시하면서, 이 사건에서 하수급인 A의 발주자 甲에 대한 하도급대금 직접지급청구권이 발생함과 아울러 발주자 甲의 원수급인 乙에 대한 공사대금 지급채무가 위 하도급대금의 범위 안에서 소멸한 시점은 그 후 하수급인 A가 하도급공사를 완성하고 발주





자 甲에게 그 시공한 분에 상당하는 하도급대금의 직접지급을 요청한 2006. 1. 18.이라고 하였다. 따라서 이와 달리 발주자 甲의 원수급인 乙에 대한 공사대금 지급채무가 위 하도급대금의 범위 안에서 소멸한 시점이 3자간 직불합의 시점인 2005. 10. 21.이라고 판단하여 제3채권자들이 그 후 2006. 1. 18.전에 한 원수급인 乙의 발주자 甲에 대한 공사대금채권에 대한 압류 및 가압류의 효력이 대상 채권 중 이미 소멸한 위 하도급대금 해당 부분에는 미치지 아니한다고 판단한 원심판결을 파기환송 하였다<sup>87)</sup>.

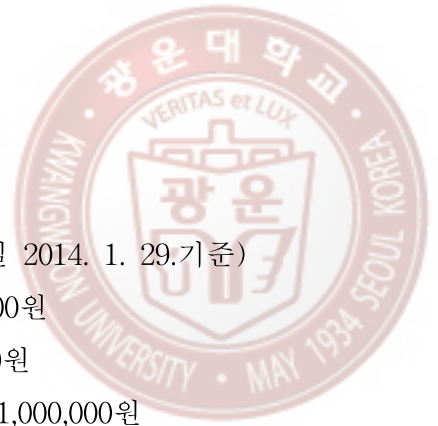
#### 마. 미지급공사대금 정산방식

앞서 언급한 바와 같이 선급금반환채권, 하도급대금 직접지급청구권 및 일반채권자들의 압류채권, 세 가지 권리가 경합되어 분쟁이 있는 경우의 대법원 판례는 아직까지 보이지 않으나 위 구체적 사례들에서 도출된 미지급 공사대금의 정산방식을 예시를 통하여 정리하여 보면 다음과 같다.

#### [예시]

- 2012. 12. 26. 공사도급계약체결
  - 발주자(국가기관) 甲, 원수급인 乙, 계약금액 1,141,000,000원
- 2013. 2. 7. 선급금지급 500,000,000원, 보증기관 丙이 선급금보증
- 2013. 9. 12. 하도급대금 직접지급 합의(하수급인 A사)
- 2013. 9. 24. 1회 기성금 지급 및 선급금 정산
- 2013. 12. 10. 하도급대금 직접지급 합의(하수급인 B사)
- 2013. 12. 20. 2회 기성금 지급 및 선급금 정산
  - A사, B사 하도급 기성고에 따른 하도급 공사대금 직접지급 완료
- 2014. 1. 21. 가압류 695,000,000원
- 2014. 1. 30. 공사중단
- 2014. 2. 5. 가압류 14,000,000원

87) 대법원 2007.11.29.선고 2007다50717호 판결.



○ 2014. 2. 26. 타절기성검사

- 타절기성금액 241,000,000원(공사중지 직전일 2014. 1. 29.기준)
  - \* 하수급인 A사 직접지급 청구액 100,000,000원
  - \* 하수급인 B사 직접지급 청구액 80,000,000원
  - \* 원수급인 乙에 대한 미지급 공사대금액 61,000,000원
- 미정산선급금잔액 264,000,000원

○ 2014. 3. 13. 압류 및 추심명령 150,000,000원

우선 발주자 甲은 미지급 기성금액을 정산함에 있어 하수급인 A사 및 B사가 하도급대금 직접지급 청구한 금액이 최초 가압류가 있던 2014. 1. 21.이전 시공분에 대한 청구인지 여부를 따져보아야 한다. 즉 가압류 이전 시공분에 대한 하도급대금은 하수급인들의 직접지급청구액을 인정할 수 있을 것이고, 가압류 이후 시공분에 대하여는 최초 가압류권자의 청구금액이 원수급인인 乙의 원도급공사대금 241,000,000원을 훨씬 초과한 695,000,000에 이르는바, 하수급인의 직접지급청구권에 앞서 가압류권자의 보전집행의 효력이 인정됨에 따라 하수급인들의 하도급대금 직접지급청구를 인정할 수 없게 된다. 이견 공사의 경우 최초 가압류가 있던 2014. 1. 21. 이후에도 공사가 계속되어 2014. 1. 30.에야 공사 중단이 있었던바, 하수급인들의 직접지급 청구액 중에는 가압류결정문 송달 이후 시공분이 포함되어 있을 것으로 보여 발주자 甲은 가압류결정문 송달 전 하수급인 기성고를 확정할 수 있는 절차를 밟아야 할 것이다<sup>88)</sup>. 이에 따라 최초 가압류결정문 송달 전에 시공한 하수급인들의 기성고에 따른 하도급대금을 미지급기성금에서 선 공제하고, 가압류에 따라 집행보전된 잔여 미지급 공사대금은 가압류권에 앞서 발주자 甲의 선급금반환채권이 인정됨에 따라 미정산선급금에 모두 충당될 것이고, 이를 통하여 반환받지 못한 선급금채

88) 그러나, 실무적으로 발주자는 이를 확정하기 어렵다는 이유로 보증기관에 미정산 선급금 전액을 청구하고, 보증기관이 보상심사과정 중 하수급인의 작업일보 등을 통하여 시공물량을 추정하거나 일수 계산하는 방법으로 하수급인의 기성고를 확정하고 있는 실정이다.

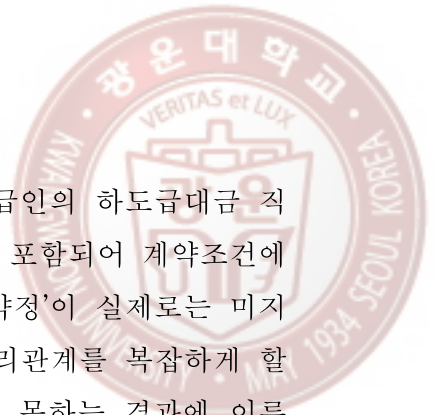


권은 보증기관 丙에게 청구하여 지급받게 될 것이다.

## 2) 문제점

‘미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정’을 계약조건으로 포함하고 있는 국가, 지방자치단체 및 공공기관 발주자들은, 앞서 판례들에서 나타난 구체적 사례에서 언급하였다시피 타절기성금액을 포함한 미지급기성금액에 대하여 자신의 선급금반환채권, 하수급인의 하도급대금직접지급청구권, 그리고 타 채권자들의 압류, 가압류, 추심명령 및 전부명령 등 강제집행 또는 보전집행이 혼재되는 경우 미지급기성금액의 정산·배분에 대하여 법적으로 누구의 권리가 우선하는지에 대하여 혼란을 겪고 있고, 전술한 판례를 인지하고 있는 경우도 많지 않을뿐더러 실제 앞서 언급한 권리들 간의 우선순위를 알고 있다하더라도 이를 실무에서 어떠한 방식으로 적용할 수 있는지에 대하여 어려움을 겪고 있다. 위 구체적 사례2 에서와 같이 일부 발주자의 경우 지급보류 중인 (가)압류 청구금액에 해당하는 미지급기성금을 자신의 선급금반환채권에 우선 충당해야할 미지급기성금에서 제하고 있는데, 이는 공사대금의 일부로 지급된 선급금의 성격에 위배하여 아무런 근거 없이 자신의 권리행사를 포기하는 것으로, 만약 보증기관의 선급금반환채권에 대한 보증이 없거나 보증기관이 그러한 권리포기행위를 사전에 승인한 경우가 아니라면, 이는 당초 계약조건 또는 법령이 정한 권리를 스스로 포기하는 것으로 부당하다 할 것이다.

아울러, 공공기관 발주자의 경우 미지급공사대금의 지급이 잘못되었을 경우 이중지급의 위험, 업무상 과오에 따른 일신상의 문책, 잘못된 배분으로 이익을 가진 자들로부터 피소되는 등 여러 문제들이 야기될 수 있다는 사유로 가장 간이한 방법으로 법원에 대한 공탁에 의존하거나 또는 보증기관의 보상절차에 따른 심사결과에 기대어 발주자가 판단하여야 할 부분을 보류·회피하고 있는 실정이다.

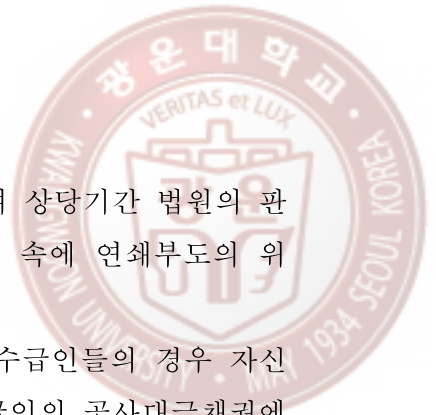


사회적 약자를 배려한다는 측면에서 인정된 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권 인정과 국가계약법령 등에 일괄적으로 포함되어 계약조건에 편입되고 있는 ‘미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정’이 실제로는 미지급 공사대금을 둘러싼 여러 이해 당사자들 간의 권리관계를 복잡하게 할 뿐만 아니라, 중국에는 하수급인의 권리도 보호하지 못하는 결과에 이른 것이다.

하수급인의 직접지급청구권은 (가)압류권자의 집행보전의 효력을 배제할 수 없다는 법률적 판단에 따라 실상 원수급인으로부터 지급받지 못한 하도급공사대금을 원발주자에게 청구하더라도 (가)압류결정과의 선후 및 (가)압류결정 전후의 기성고에 따라 일부 지급받거나 지급받지 못하는 경우가 발생하게 된다.

또한, 원도급공사대금 채권에 대한 (가)압류결정문 송달 이전과 이후의 하수급인의 공사 시공분을 확정하는 과정이 실무적으로나 기술적으로 쉽지 않다는 데에 그 문제가 있다. 공사현장에서 (가)압류결정문 송달 시점마다 하수급인의 기성고를 확정하는 절차를 밟고 있지도 않을뿐더러, 원수급인과 하수급인간의 계약은 사인간의 계약으로 제대로 된 계약내역서나 기성금지급청구서 및 내역서를 갖추고 있지 않는 경우가 많아 하도급 기성금액을 확정하기가 쉽지 않다는 것이다.

더욱이 공사 중단이 있는 경우 한 건의 압류만 있는 것이 아니라 수 건의 압류가 존재하는 사례가 비일비재한바, 최초의 압류에서 이미 총 채권 만족에 부족이 생기는 경우 또는 압류 건수가 적고 각 압류 사이에 추가 기성고가 거의 발생하지 아니한 경우에는 기성고 확정 시점을 정하는 것이 비교적 용이하겠지만, 다수의 압류가 순차적으로 발령되어 총 채권 만족에 부족을 초래하고 각 압류 사이에 추가 기성이 계속 발생하는 경우에는 압류 시점마다 기성고를 산정하여야 하는 문제가 발생하게 되는데, 결국 이를 확정하기 어렵고 확정하더라도 이해 당사자들의 이의제기 여지가 있게 되어 법원의 판단에 의존할 수 밖에 없어, 이러한 지난한 과정으로



인하여 하수급인들은 자신의 채권을 만족받기 위하여 상당기간 법원의 판결을 기다릴 처지에 놓이게 되어, 결국 이러한 과정 속에 연쇄부도의 위험에 놓이게 되는 경우도 많은 것으로 보인다.

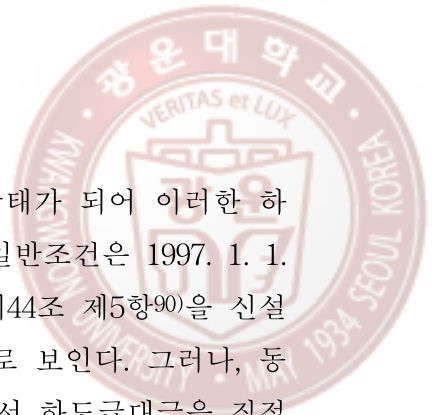
한편, 하도급대금 직접지급청구권을 가진 일부 하수급인들의 경우 자신의 권리를 더 두텁게 보호받기 위한 방편으로 원수급인의 공사대금채권에 대하여 하도급대금 직접지급청구와 별도로 동일한 채권을 원인으로 공사대금채권을 가압류하는 경우가 있다. 이러한 경우 발주자는 미지급 기성금액의 정산에 있어 하수급인의 직접지급청구권 보다 우선하는 가압류가 있는 경우 그 집행보전된 채권은 소멸되지 않는다는 법원의 판결에 따라 하수급인에 대한 직접지급을 인정하지 아니하고 가압류 청구금액에 해당하는 미지급 공사대금을 공탁하거나 또는 자신의 선급금반환채권에 충당하고 있어, 오히려 하수급인이 가압류하지 아니하였더라면 직접지급 받을 수 있었던 권리가 직접지급청구권자와 가압류채권자가 동일한 자 임에도 불구하고 자신의 권리행사(보전처분)를 충실히 하였다는 이유로 권리행사(보전처분)을 하지 않은 경우보다 불이익을 입게 되는 황당한 결론에 이르게 된다. 실제 일부 하급심의 경우 위와 같은 사유로 하도급대금을 직접지급하지 않고 공탁한 발주자의 처리를 유효한 것으로 인정하고 있다<sup>89)</sup>.

## 제4장. 미지급공사대금의 총당 순위

### 제1절. 선급금 우선 총당

공사도급계약에 있어 선급금이 지급되고 그 후 계약이 해지된 경우 보통 수급인이 부도 등으로 실체가 없어지거나 하도급 관계를 정산, 처리할 여건이 되지 못하게 되므로 하수급인들은 실제로 수급인을 위하여 공사

89) 현재 해당사건의 경우 하수급인의 항소로 항소심 계류 중이다.



수행을 하고도 공사대금을 받을 길이 막막해지는 상태가 되어 이러한 하수급인들에 대한 보호를 강화하기 위하여 공사계약일반조건은 1997. 1. 1. 개정된 재정경제부 회계예규(2200. 04. 104-3)에서 제44조 제5항<sup>90)</sup>을 신설하여 하도급대금의 지급을 보장하려고 하였던 것으로 보인다. 그러나, 동 조항이 공사대금과 선급금의 상계로 인한 정산에 앞서 하도급대금을 직접 지급하도록 명시한 것으로 보긴 어렵다는 것이 대법원의 입장이었다<sup>91)</sup>. 동 대법원 판결의 하급심이었던 2007. 5. 25. 선고 서울고등법원 2006나 105629호 판결이유에 따르면, 위 공사계약일반조건 제44조 제5항을 공사대금과 선급금의 상계로 인한 정산에 앞서 하도급대금을 직접지급하도록 명시한 것이라고 본다면 도급인으로서 수급인의 기성공사금액이 선급금에 미달하는 경우에도 하수급인에게 하도급대금 직접지급의무를 부담하고, 수급인으로부터 동액 상당의 선급금을 반환받지 못할 위험을 추가로 부담하게 됨으로써 수급인에게 공사대금을 지급하는 것보다 불리한 입장에 놓이게 되는 점 등은 부당한 것으로 언급하였고, 또 다른 대법원 판결 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결에서는 도급계약의 해지 또는 해제에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로 그들의 이해관계에 큰 영향을 미칠 가능성이 많은 예외적 정산 약정의 존재를 인정함에는 신중을 기하여야 한다는 의견을 개진한바 있다.

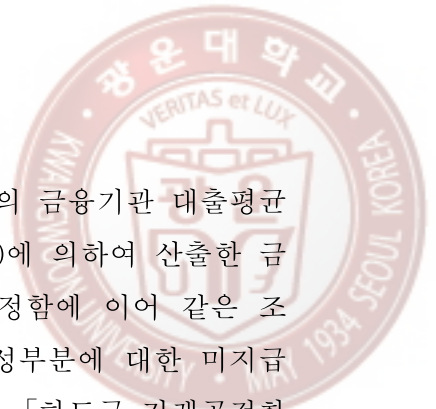
이러한 판결이 계속되자 정부는 재차 하수급인 보호를 도모한다는 취지로 공사계약일반조건을 다시 개정하여 2006. 5. 25. 회계예규(2200. 04-104-14) 제44조 제5항에 “제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산잔액이 있는 경우

---

90) 1997. 1. 1.자 공사계약일반조건 제44조 제5항 “제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정산잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자상당액을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다. 이 경우 계약담당공무원은 상환할 금액과 기성부분의 대가를 상계할 수 있다. 다만, 제43조제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하는 경우에는 하도급대가 지급후 잔액이 있을 때에는 이와 상계할 수 있다”

91) 대법원 2007. 9. 20. 2007다40109판결





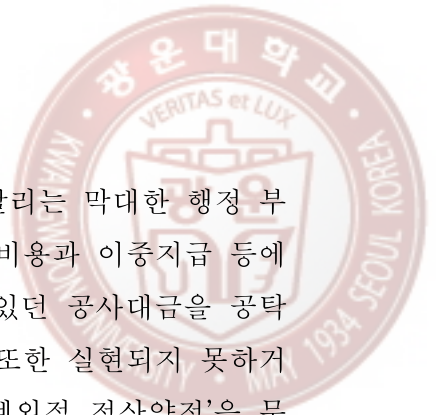
에는 그 잔액에 대한 약정이자상당액[사유발생 시점의 금융기관 대출평균 금리(한국은행 통계월보상의 대출평균금리를 말한다)에 의하여 산출한 금액]을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다”고 규정함에 이어 같은 조 제6항에 “제5항의 계약담당공무원은 선금잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 ‘우선적으로’ 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금잔액과 상계할 수 있다”고 규정<sup>92)</sup>하여 공사대금과 선금의 상계로 인한 정산에 앞서 하도급대금을 직접 지급하도록 명시하였는데, 동 조항에 대하여 대법원<sup>93)</sup>은 이를 ‘미정산 선금금 총당의 예외적 정산약정’으로 보아 당연총당의 범리에 대한 예외를 인정하였다.

그러나, 사회적 약자인 하수급인의 보호라는 대의명분에 따라 공사계약 일반조건 등에 ‘미정산 선금금 총당의 예외적 정산약정’이란 조항을 둔다 하더라도 부도 등 이에 준하는 부실화 위험에 놓인 원수급인은 하수급인들로부터 하도급대금 지급청구 뿐만이 아니라 기타 여러 채권자들로부터 중첩적으로 지급청구를 당하는 처지에 있으므로 하도급대금 지급사유 발생의 전후로 여러 건의 (가)압류청구가 존재하는 경우가 대부분이다. 따라서 국기기관인 발주자 등의 하수급인 우선 보호 노력에도 불구하고, 즉 선금금반환채권보다 하도급대금 직접지급청구채권이 우선임을 인정하여 자신의 선금금반환채권을 포기하고 이를 먼저 공제하고자 하더라도 미지급공사대금채권을 둘러싼 또 다른 이해관계인인 (가)압류권자들의 권리와 경합되는 경우에는 하수급인의 우선 보호를 위한 ‘미정산 선금금 총당의 예외적 정산약정’을 둔 당초 의도가 무색하게 발주자가 유보한 공사대금을 적절하게 배분하지 못하게 되고, 발주자 자신 또한 선금금반환채권을 가지고 있는 채로 (가)압류권자와 하수급인들로부터 추심, 전부명령과 공

92) 계약예규 정부입찰계약집행기준 제38조 제4항 단서도 같은 내용을 규정하고 있다.

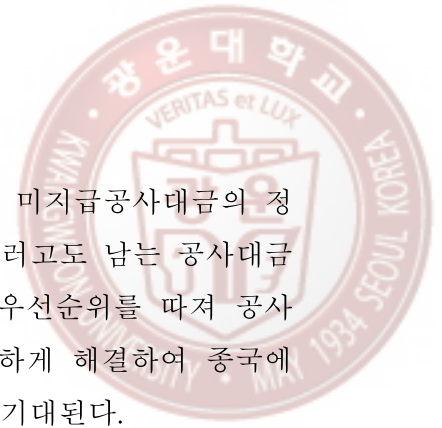
93) 대법원 2010. 5. 13.선고 2007다31211 판결





사비 미지급 문제 해결을 요구하는 민원에 직접 시달리는 막대한 행정 부담을 피할 수 없게 된다. 이에 따라 발생하는 행정 비용과 이중지급 등에 따른 법적 위험을 피하기 위한 방편으로 유보하고 있던 공사대금을 공탁하게 되는데, 결국 하수급인의 권리 보호라는 목적 또한 실현되지 못하거나 장기화 될 수밖에 없어 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’을 무리하게 공사도급계약에 덧붙여 자신의 권리실현도 제약받고, 당초 의도한 하수급인의 권리보호 목적도 실현하기 어려운 상황에 놓이게 되었다고 할 것이다.

모든 제도의 도입에 있어 어느 일방 당사자만을 보호하는 쪽으로 치우칠 경우 예상치 못한 역효과가 발생함은 필연적이고, 어느 일방 당사자의 권리를 빼앗거나 포기시키는 방법으로 다른 당사자의 권리를 보호하는 식의 제도 도입은 결국 부작용을 초래하고 만다. 국가, 지방자치단체 등이 당사자가 되는 이른바 공공계약도 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 할 것이다. 그런데 현재 국가 등 공공기관의 도급계약에 거의 대부분 편입되어 공사도급계약을 구성하는 공사계약일반조건 및 계약예규(정부·입찰집행기준)에 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’이 포함되어 있는바, 동 조항은 결국 일정한 경우 하수급인 보호를 위하여 미지급공사대금의 정산에 있어 제일 먼저 하도급대금 직접지급액을 공제하고, 그리고 남은 금액을 선급금반환채권에 충당함을 규정하고 있는데, 동 조항을 “계약담당공무원은 선급잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 우선적으로 상계하여야 한다. 다만, 상계 후 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증에 되어 있지 않은 경우로서 제43조제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 하도급대가를 지급할



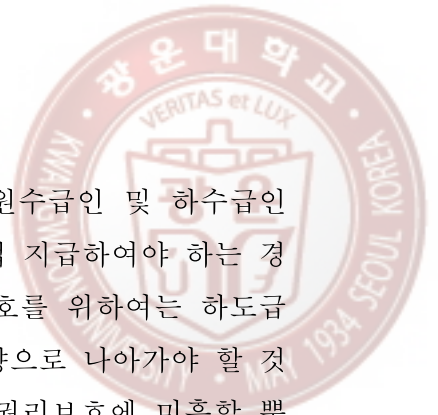
수 있다”로 개정함이 바람직할 것으로 생각된다. 즉, 미지급공사대금의 정산에 있어 가장 먼저 선급금반환채권을 충당하고 그리고도 남는 공사대금이 있다면 하도급대금 직접지급액과 압류채권과의 우선순위를 따져 공사대금을 배분함이 복잡한 권리분쟁을 간이하고 명확하게 해결하여 중국에는 정당한 권리자의 권익을 보호할 수 있을 것으로 기대된다.

## 제2절. 하도급대금지급보증제도 확대

영세한 하수급인의 권익을 보호하기 위하여 국가기관 등의 공사도급계약에 편입된 공사계약 일반조건 및 정부입찰·집행기준에 포함된 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’의 개정과 함께 건설산업기본법과 하도급법에 하도급대금 직접지급제도 이외에 하도급대금지급보증제도를 마련하고 있다.

따라서, ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’의 개정으로 하수급인의 권익보호가 약화될 것이 우려된다면 기존에 마련된 하도급대금지급보증제도를 활용하는 방안이 있을 것이다. 다만, 현재 하도급대금 지급보증서는 모든 하도급 공사에 대하여 의무적으로 발급하여야 하는 것은 아니고 법이 정한 일정한 경우에는 보증서 교부를 면제 할 수 있다<sup>94)</sup>. 여기서 ‘법이 정한 일정한 경우’라 함은 i) 원수급인이 하수급인에게 건설위탁을 하는 경우로서 1건 공사의 공사금액이 1천만원 이하인 경우 ii) 원수급인이 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업 인가를 받은 신용평가회사가 실시한 신용평가에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준 이상의 등급을 받은 경우(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의3에 따라 신용평가업을 인가 받은 2개 이상의 기관이 발급한 ‘회사채 신용평가 등급 A0 이상’을 획득한 경우이고, 등급은 유효기간 이내의 것이어야함) iii) 하도급법 제14조제1항제2호(발주자가 하

94) 공정거래위원회가 ‘건설하도급대금 지급보증 면제대상’을 고시하고 있다.



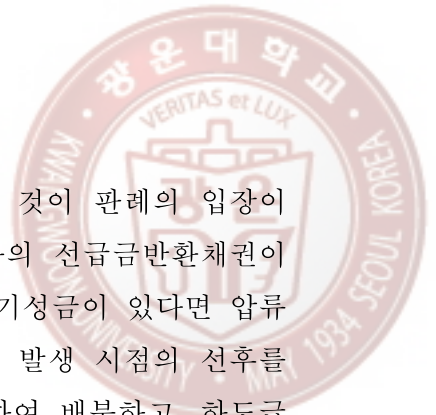
도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자·원수급인 및 하수급인 간에 합의한 때)에 따라 발주자가 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 경우를 말한다. 따라서, 실질적인 하수급인의 권익 보호를 위하여는 하도급대금 지급보증 면제대상을 최소화하여 축소하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이는 하도급대금 직접지급제도가 하수급인의 권리보호에 미흡할 뿐만 아니라 발주기관에도 부담을 지울 수밖에 없는 현실임에 비하여 하도급대금 지급보증제도는 하수급인의 권리실현이 비교적 신속하고 용이할 뿐만 아니라<sup>95)</sup>, 발주기관으로서도 우선적으로 자신의 권리를 충족하고 하수급인에 대한 공사대금 지급책임을 보증기관에 전이시킴으로써 하수급인들로부터의 민원, 직접 지급할 하도급대금을 산정하기 위한 기술적·법률적인 어려움 및 이중지급의 부담을 해소할 수 있을 것으로 기대되기 때문이다.

## 제5장. 결론

공사계약 진행 중 수급인의 부득이한 사유로 공사도급계약이 해제되어 공사가 중단된 경우, 타절기성검사를 통하여 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 공사대금을 산정하게 된다. 이렇게 산정된 미지급 공사대금의 분배와 관련하여 발주자는 선급금반환채권을, 하수급인은 하도급대금 직접지급청구권을, 원수급인의 일반 채권자들은 (가)압류채권의 우선적 권리를 주장하고 이들 간에 우선순위에 관한 권리다툼이 비일비재하게 발생한다.

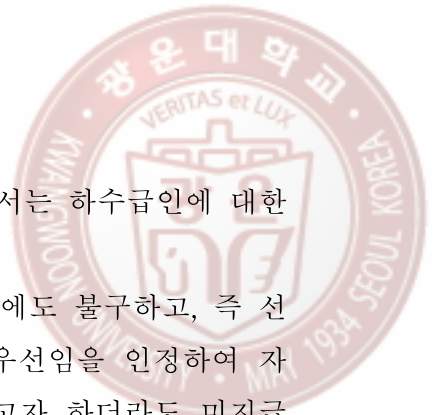
일반적인 민간발주 공사계약의 경우 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니고 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이므로, 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환해야 할 사유가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공

95) 건설공제조합의 보증금 지급시기는 보증금 지급심사 결정 후 7일 이내에 지급하도록 되어있는 바, 실제 심사결정에 시간이 소요된다 하더라도 발주자의 법원공탁이 있는 경우보다는 그 지급시기가 단축될 수 밖에 없다.



사대금 중 미지급액은 선급금으로 당연 충당된다는 것이 판례의 입장이다. 따라서 수급인의 미지급기성금에 대하여 발주자의 선급금반환채권이 가장 우선 충당될 것이고, 충당 후에도 남은 미지급기성금이 있다면 압류채권자의 (가)압류와 하수급인의 직접지급 청구사유 발생 시점의 선후를 따져 (가)압류가 선행한 경우라면 압류채권자에 대하여 배분하고, 하도급대금 직접지급사유 발생 후에 집행보전이 있는 경우에는 집행보전 조치 송달 이전 하수급인 시공분은 하수급인의 직접지급청구권이 우선 될 것이고, 집행보전 조치 송달 이후 하수급인 시공분은 다시 (가)압류권자의 권리가 우선하게 된다.

이에 대하여 국가기관 등 공공기관 공사계약의 경우 공사계약일반조건을 계약내용에 편입시키고 있는데, 원칙적으로 미지급 공사대금에 대하여 선급금 성질에 의한 당연 상계를 인정하여야 하지만, ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’이 있는 경우 우선 하도급공사대금 직접지급액 만큼을 공제하되, 이러한 경우에도 (가)압류 송달시점과 하도급대금 직접지급사유발생시점 선후에 따라 하도급대금 직접지급 사유 발생 전에 (가)압류결정이 있는 경우에는 하수급인에 대한 직접지급 의무는 없게 되므로 (가)압류 청구금액에 해당하는 원도급 공사대금은 직접지급하지 않고, 아울러 (가)압류권자의 권리는 발주자의 선급금 반환채권보다 우선하여 인정될 수 없으므로 (가)압류권자에게 귀속되었어야 할 미지급 공사대금은 선급금에 충당할 수 있게 된다. 그리고, 하도급대금 직접지급 사유 발생 후에 (가)압류결정문이 송달 된 경우 (가)압류 결정문 송달 이전 하수급인 시공분에 대하여는 하수급인에 대한 직접지급을 인정하고, (가)압류 결정문 송달 이후 하수급인 시공분에 대하여는 (가)압류권자의 권리를 인정하여, (가)압류권자의 청구분에 해당하는 금액은 직접지급을 인정하지 않고, 발주자의 선급금반환채권이 (가)압류권자의 권리에 우선하므로 해당 미지급 공사대금만큼을 선급금에 충당한다. 다만, 이러한 경우에도 (가)압류 결정문 송달이후 하수급인 시공분 중 건설산업기본법 제88조 및 동법

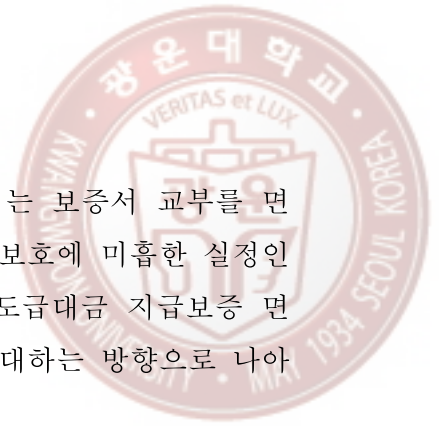


시행령 제84조에 의거 압류가 금지되는 노임에 대해서는 하수급인에 대한 직접지급을 인정하여야 할 것이다.

국기기관인 발주자 등의 하수급인 우선 보호 노력에도 불구하고, 즉 선급금반환채권보다 하도급대금 직접지급청구채권이 우선임을 인정하여 자신의 선급금반환채권을 포기하고 이를 먼저 공제하고자 하더라도 미지급 공사대금채권을 둘러싼 또 다른 이해관계인인 (가)압류권자들의 권리와 경합되는 경우에는 하수급인의 우선 보호를 위한 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’을 둔 당초 의도와 달리 발주자가 유보한 공사대금을 일방적으로 하수급인에게 지급할 수 없게 된다. 이로 인한 권리자들의 민원과 이중지급 등에 따른 법적 위험을 회피하기 위한 수단으로 손쉽게 법원의 공탁에 의존하게 되고, 이는 결국 하수급인의 권리 보호라는 목적 또한 달성하기 어렵게 되는바, ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’을 무리하게 공사도급계약에 편입시킴으로써 자신의 권리실현도 제약받고, 당초 의도한 하수급인의 권리보호 목적도 실현하기 어려운 상황에 놓이게 된 것이다.

따라서, 이러한 복잡한 권리분쟁 및 우선순위에 대한 다툼을 해결하기 위하여 현재 국가 등 공공기관의 도급계약에 편입된 공사계약일반조건 제 44조 제6항에서 정한 ‘미정산 선급금 충당의 예외적 정산약정’을 삭제하고, “제5항의 계약담당공무원은 선급잔액과 기성부분에 대한 미지급액을 우선적으로 상계하여야 한다. 다만, 상계 후 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우 「건설산업기본법」 및 「하도급 거래공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 하도급대가를 지급할 수 있다”로 미지급공사대금에 대하여 선급금 우선 충당을 명확히 하는 방향으로 개정하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

한편, 영세한 하수급인의 권익을 보호하기 위하여 이미 건설산업기본법과 하도급법에 하도급대금 직접지급제도 이외에 하도급대금지급보증제도



를 마련하고 있으나 다만, 법이 정한 일정한 경우에는 보증서 교부를 면제할 수 있도록 규정하고 있어 전면적인 하수급인 보호에 미흡한 실정인바, 실질적인 하수급인의 권익 보호를 위하여는 하도급대금 지급보증 면제대상을 최소화하여 하도급대금 지급보증제도를 확대하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

본 논문에서는 국가 등 공공기관계약에 있어서 무조건적으로 계약조건에 편입되어 적용되는 ‘미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정’이 야기하는 여러 가지 문제점을 구체적 사례 등을 통하여 검토하였고, 이에 대한 해결방안으로 공사계약일반조건 중 ‘미정산 선급금 총당의 예외적 정산약정’을 삭제하고 미지급공사대금을 미정산 선급금으로 우선 총당하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하고 이와 함께 하도급대금 지급보증제도 면제대상을 축소 또는 폐지하여 하도급대금지급보증제도를 확대하는 방안을 제시하였다. 이를 통하여 미지급공사대금을 둘러싼 다양한 이해관계인간의 권리분쟁, 발주자의 선급금반환채권, 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권 및 (가)압류권자의 권리 간에 우선순위 다툼을 간이하고 명확하게 해결할 수 있고, 중국에는 미지급공사대금이 정당한 권리자에게 귀속되는 동시에 사회적 약자인 하수급인의 실질적인 권리보호에 일조할 수 있을 것으로 기대된다.

아울러 본 논문에서는 상세히 다루지 못하였으나 건설산업기본법 제88조는 노임채권에 대한 압류를 금지하고 있는데, 동 조항 또한 근로자와 하수급인의 권익보호를 목적으로 하여 도입 되었으나 전술한바와 같이 다양한 이해관계인의 채권이 얽힘에 따라 하수급인의 하도급대금 직접지급청구권과 같이 실질적인 권익보호가 곤란한 경우가 발생하고 있는바, 법령에 정하여 압류금지채권을 정하는 방법보다는 별도의 임금지급보증제도를 도입하는 것이 실질적인 권익보호에 더 도움이 되는 방안으로 생각된다<sup>96)</sup>.

96) 고용노동부는 “건설근로자 임금지급보증제도” 도입의 연구용역을 마쳤고, 국회 환경노동위원회 또한 임금지급보증제도에 대하여 “건설근로자의 고용 개선 등에 관한 법률 일부개정법률안(정부 및 이완영 새누리당 의원 발의)”을 심의하였으나 제도도입의 필요성의 취지에 대해서는 공감하



---

지만, 보증기관 및 구상권 행사부분의 문제로 부결되었음. 2014. 2. 21.자 머니투데이(기사발췌)





## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, “민법총칙”, 박영사, 2005.
- 권오승, “공정거래법강의Ⅱ”, 법문사, 2000.
- 길기관, “하도급분쟁의 쟁점” 진원사, 2011.
- 김관보, “건설공사 하도급대금지급관련제도 개선방안”, 건설산업연구원, 1997.
- 김갑진, 이의섭, “건설보증론”, (주)건설교통저널, 2011.
- 김현석, “하수급인의 공사대금 직접청구권과 채권가압류”, 민사판례연구 제 27권, 박영사, 2005.
- 박준기, “건설클레임론”, 서울;대한건설협회일간건설사, 1999.
- 박수곤, “프랑스에서의 하도급법에 대한 개관-건축하수급인의 공사대금채권 담보수단을 중심으로”, 민사법학 제25호, 한국민사법학회, 2004.
- 법원행정처, “민사집행법 해설”, 2002.
- 법원행정처, “공탁실무편람”, 2006.
- 양창수, “2003년 민사판례 관련, 인권과 정의”, 제332호, 2003.
- 이범상, “건설관련소송”, 법률문화원, 2010.
- 이의섭, “하도급대금지급제도 전면 도입의 문제점과 정책 대안”, CERIK 건설이슈포커스, 2009. 5. 03.
- 이영동, “개정된 하도급거래공정화에 관한 법률 제14조의 규정이 그 개정전 체결된 하도급계약의 하도급거래에 관하여도 적용되는지 여부; 대법원200211.22.선고 2001다35785 판결, 판례연구 제15집, 부산판례연구회, 2004.02.
- 윤재윤, “건설분쟁관계법”, 박영사, 2008.
- 지원림, “보증보험 및 선급금의 법률관계”, 비교사법 제12권4호(통권제31호)
- 조영준외 3명, “건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구(Ⅱ)”, 서울:한국건설기술연구원, 1995.



조용호, “하도급거래공정화에관한법률에 있어서 해석상의 몇 가지 문제”,  
인권과 정의, 1995.3.12

## 2. 논문

구상모, “건설하도급대금의 보장에 관한 고찰”, 한양대 석사학위 논문, 2001.

김진홍, “하도급법상 대금지급보증제도에 관한 고찰”, 저스티스 제34권 제1호.

박영호, “공탁 및 공탁사유신고와 관련한 실무상 문제점” 사법논집(제45집),  
2007년.

박중권, “하도급대금의 직접 청구권과 채권가압류”, Jurist Plus 411호.

손계준, “하도급대금 직접청구권에 관한 고찰”, 서울대 석사학위 논문, 2010.

이영수, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계” 사법논집 제4집,  
1973.

이상현, “하도급거래공정화에관한법률 제14조의 직접지급청구권에 관한 고찰”,  
서울대학교 대학원, 2008.

이종광,김용수, “하도급대금 직접지급과 관련한 발주자의 계약관리방안에 관한  
연구-판례연구 및 법리분석을 중심으로”, 대한건축학회논문집  
구조계 제21권 제1호, 대한건축학회, 2005. 1.

임창현, “하도급대금에 관한 직접지급청구권과 압류의 경합”-사인간의 법률  
행위로 성립한 직접지급청구권을 중심으로, 사법논집(제55집), 2012.

조용호, “하도급거래공정화에관한법률에 있어서 해석상의 몇 가지 문제”, 인권과  
정의 1995.3.12.

차문호, “하도급의 법률관계”, 판례연구, 전주지방법원, 1999.

최충단, “하도급대금의 직접지급에 관한 고찰”, 고려대학교, 2009.