

서울고등법원 2014. 8. 21 선고 2013나2024038 판결 [선금보증금반환청구]

재판경과

대법원 2016. 9. 30 선고 2014다223636 판결

서울고등법원 2014. 8. 21 선고 2013나2024038 판결

서울중앙지방법원 2013. 10. 2 선고 2012가합540202 판결

전문

원고, 피항소인 겸 항소인안산시

피고, 항소인 겸 피항소인건설공제조합

변론 종결2014. 6. 17.

판결 선고2014. 8. 21.

제1심판결서울중앙지방법원 2013. 10. 2. 선고 2012가합540202 판결

주문

1. 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소한다.
그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 원고의 항소를 기각한다.
3. 가지급물 반환신청에 기초하여 원고는 피고에게 467,835,759원 및 이에 대한 2013. 11. 9.부터
다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.
4. 소송총비용(가지급물 반환신청 비용 포함)은 원고가 부담한다.

5. 제3항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

청구취지, 항소취지 및 가지급물반환신청취지

청구취지

피고는 원고에게 595,620,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

항소취지

[원고]

제1심 판결 중 아래에서 지급을 구하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 153,580,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

[피고]

주문 제1항과 같다.

가지급물반환신청취지

주문 제3항과 같다.

이 유

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은, 원고가 화정천 생태하천조성 1단계 사업(토목) 공사(이하 '이 사건 총 공사'라 한다)와 관련하여 수급인인 주식회사 동호이엔씨(이하 '동호이엔씨'라 한다)의 원고에 대한 선급금 반환의무를 보증한 피고에 대하여 보증사고가 발생하였다고 주장하면서 선급금 보증금(595,620,000원)과 그 지연손해금의 지급을 구하는 사안이다.

제1심은 원고의 청구 중 일부(442,040,000원과 그 지연손해금)를 받아들이고 나머지를 기각하였으며, 원고와 피고 모두 그 패소 부분에 불복하여 항소를 제기하였다.

나. 전제된 사실관계

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 ① 제1심 판결문 4면 2행 다음에 '⑤ 제1항의 규정에 의하여 계약이 해제 또는 해지된 경우 계약상대자는 지급받은 선금에 대하여 미정잔액이 있는 경우에는 그 잔액에 대한 약정이자 상당액[사유 발생 시점의 금융기관 대출평균금리(한국은행 통계월보상의 대출평균금리를 말한다)에 의하여 산출한 금액]을 가산하여 발주기관에 상환하여야 한다. ⑥ 제5항의 경우 계약담당공무원은 선금 잔액과 기성 부분에 대한 미지급액을 상계하여야 한다. 다만, 「건설산업기본법」 및 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우로서 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후 기성부분에 대한 미지급액의 잔액이 있을 경우 선금 잔액과 상계할 수 있다.'를, ② 제1심 판결문 4면 15행 다음에 '제4조(장기계속계약의 잔여공사 계약) 장기계속계약의 경우 제2차 이후 공사계약은 부기한 총공사 부기금액에서 이미 계약된 금액을 공제한 잔여금액의 범위 안에서 계약을 체결하여야 한다.'를, ③ 제1심 판결문 6면 13행 다음에 '제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유) 조합은 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 아니합니다.(중략) 2. 보증채권자의 책임있는 사유로 인하여 보증사고가 발생한 때(이하 생략)'를 각 추가하는 외에는 제1심 판결문 중 '1. 기초사실' 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

2. 당사자의 주장

가. 원고

1) 동호이엔씨가 이 사건 총 공사 중 2, 3차 공사의 선급금 지급조건을 위반하고 정당한 사유 없이

선급금 수령일로부터 15일 이내에 하수급인들에게 선급금을 배분하지 않았으며, 파산 등으로 인하여 이 사건 총 공사를 수행하지 못하게 되어 이 사건 총 공사도급계약은 중도에 해지되었다. 이러한 사정은 동호이엔씨가 이 사건 2, 3차 공사의 각 선급금을 수령하면서 원고와 동호이엔씨 사이에 약정한 선급금 반환사유에 해당하므로, 동호이엔씨는 원고에게 이 사건 2, 3차 공사의 선급금 중 위 반환사유가 발생할 당시까지의 미정산 선급금 595,620,000원을 반환할 의무가 있다. 그럼에도 동호이엔씨는 위 미정산 선급금을 반환하지 아니하였고, 이는 이 사건 각 선급금 보증계약이 정한 보증사고라 할 것이므로, 보증채무자인 피고는 그 채권자인 원고에게 미정산 선급금 595,620,000원을 반환하고 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 3자간의 하도급대금 직접 지급 합의는 민법상 채권양도이고, 발주자인 원고가 그 내용을 확인하고 합의일자를 기입한 이상 각 하수급인들은 민법 제450조 제2항에 따른 '확정일자 있는 증서에 의한 승낙'이라는 대항요건을 구비하였으므로, 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의는 이 사건 가압류 등에 우선한다. 그러므로 원고가 직접 지급 합의에 따라 동호이엔씨의 하수급인들에게 하도급대금을 지급한 것은 유효하다.

3) 설령 가압류채권이 하도급대금 직접지급보다 우선한다고 하더라도, 이 사건 공사계약은 장기계속계약으로서 각 차수별로 독립된 계약인데 이를 구분하지 아니하고 압류한 이 사건 압류 등은 압류대상을 특정하지 아니한 것으로서 효력이 없고, 이 사건 압류 등이 대상채권이 특정되어 유효하다고 하더라도, 이는 공사대금 채권 전체에 대한 압류가 아니라 수액을 특정한 일부 압류에 불과하여 원고의 하도급대금 직접 지급은 적법하다.

4) 설령 이 사건 공사대금 채권에 대한 압류가 전체로 유효하다고 하더라도 이 사건 공사대금 가운데 건설근로자의 노무비 부분에 대한 압류는 효력이 없는데, 그 노무비를 합산하면 이 사건 압류금액을 초과한다.

5) 이 사건 공사도급계약에는 선급금 반환 또는 총당보다 하도급대금 직접지급이 우선한다는 예외적 정산약정이 존재하고, 비록 선급금 반환요건이 하도급대금 직접지급 요건보다 먼저 발생되었다 하더라도 예외적 정산약정제도의 목적이 사회적 약자인 하수급인의 보호임을 고려할 때 하도급대금 직접지급 요건이 충족되면 그 순간 하수급인의 직접지급 청구권이 우선한다고 해석하는 것이

당연하다. 이러한 예외적 정산약정은 원수급인 또는 원수급인의 지위를 승계하는 가압류채권자 등에게 유효하며, 따라서 가압류채권자 역시 예외적 정산약정에 따라야 하므로 원고의 하도급대금 직접지급은 적법하다. 그리고 원고는 수급인 동호이엔씨에게 항변할 수 있는 사유로써 수급인의 보증채무자인 피고에게도 당연히 대항할 수 있다.

6) 설령 이 사건 공사대금 채권에 대한 가압류 등의 효력이 인정된다 하더라도 일반적으로 선급금 총당과 가압류 채권자 사이에는 선급금 총당이 우선하나, 예외적 정산약정이 존재하는 경우 선급금과 하도급대금 직접 지급 사이에는 하도급대금 직접 지급이 우선하여 가압류가 존재한다 하더라도 이는 압류 또는 가압류채권자 등에게 대항하지 못한다는 상대적 효력을 가질 뿐이므로, 원고가 동호이엔씨의 하수급인들에게 하도급대금을 직접 지급한 이상 동호이엔씨의 원고에 대한 공사대금 채권은 당연히 소멸하고 단지 그 공사대금 채권에 가압류한 채권자들에 대하여 직접 지급으로 대항할 수 없을 뿐이며, 피고는 가압류 등의 채권자의 지위에 있지도 않다.

나. 피고

1) 원고가 하수급인들에게 하도급대금을 직접 지급하였다고 하더라도 그 직접 지급 사유가 발생하기 전에 동호이엔씨의 원고에 대한 공사대금 채권이 가압류 등으로 집행보전되어 원고의 동호이엔씨에 대한 공사대금 채무는 소멸하지 아니하였고, 원고가 동호이엔씨에 지급한 선급금은 이러한 공사대금 채무에 별도의 상계 의사표시 없이 당연히 총당되며, 원고는 위와 같은 총당 이후에도 동호이엔씨의 공사대금 잔액 채권 범위 내에서 하수급인들에게 직접 지급 의무를 부담할 뿐이므로 동호이엔씨의 선급금 반환채무는 모두 소멸하였고, 따라서 이를 보증한 피고 역시 보증책임을 부담하지 아니한다.

2) 이 사건 직접 지급 합의를 민법상 채권양도라고 해석하는 원고의 주장은 하수급인들의 실제 기성에 관계 없이 직접 지급 합의만으로 발주자의 지급의무가 발생한다는 의미이므로 이유 없다.

3) 이 사건 2, 3차 공사도급계약이 형식적으로는 별개의 계약으로 체결되었어도 공사현장과 발주자, 수급인을 같이 하고 총 공사계약금액이 특정되어 있는 '이 사건 공사'의 이행을 위하여 체결된 공사도급계약이므로, 이 사건 압류 등이 '화정천 조성 1단계 사업', '안산시 화정천 공사현장', '안산시 단원구 화정천 생태하천 조성공사' 등으로 이 사건 공사현장을 특정한 이상 그 압류대상인 공사대금 채권은 특정되었으므로 이 사건 가압류 등은 모두 유효하다.

4) 이 사건 공사대금 채권에 대한 압류 금액이 일부 압류에 대한 집행해제로 인하여 합계 820,881,661원이고, 이 사건 가압류 등 이후 원고가 하수급인들에게 직접 지급한 하도급대금 중 노무비 총액이 973,118,019원이라는 점은 다투지 아니한다. 그러나 이 사건 가압류 등 이후 원고가 하수급인들에게 직접 지급한 하도급대금은 위 노무비 총액 973,118,019원을 제외하더라도 2차분이 894,582,692원, 3차분이 1,350,314,482원으로서 이 사건 가압류 등 금액인 820,881,661원을 훨씬 초과한다. 따라서 이 사건 가압류 등 금액에 상당하는 금액에 한하여는 이 사건 가압류 등이 우선하여 직불의 효력이 부인되어야 하므로, 이 사건 가압류 등 총액 상당에 해당하는 동호이엔씨의 공사대금 채권은 소멸하지 않고 존재하게 되며, 공사대금에 가압류 등의 채권보전조치가 존재한다고 하더라도 공사대금은 그에도 불구하고 이 사건 선급금에 우선 총당된다.

5) 예외적 정산약정이 존재한다 하더라도 가압류 등의 효력으로 인하여 원고의 직접 지급의 효력은 인정될 수 없어 결국 원칙으로 돌아가 가압류 등의 효력보다 우선하는 선급금의 정산 내지 총당이 우선되어야 한다. 또 예외적 정산약정의 요건도 충족되지 않았다.

6) 설령 예외적 정산약정의 효력이 인정된다 하더라도, 원고가 2011. 12. 1. 하수급인들에게 직접 지급한 하도급대금 합계 153,580,000원은 이 사건 선급금 반환사유가 발생하여 선급금이 미지급 공사대금에 총당된 이후에 직접 지급된 것이므로, 예외적 정산약정에도 불구하고 선급금의 총당에 우선할 수 없다.

3. 원고의 선급금 보증금 채권의 성립 여부

가. 이 사건 직접지급 합의의 성격

1) 갑 24, 25, 35호증의 각 1 내지 13의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 동호이엔씨 및 아래 표 '하수급인'란 기재 동호이엔씨의 하수급인들은 건설산업기본법 제35조 제2항의 규정에 따라 원고가 동호이엔씨의 하수급인들에게 아래 표 기재와 같이 하도급대금을 직접 지급하기로 합의한 사실(이하 '이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의'라 한다)을 인정할 수 있다.

1	일원토건	유지용수관로-1공사	2009. 3. 24.	693,000,000	2009.11.26.
2	에이콘	방수공사(수질정화시설)	2009.11.20.	327,800,000	"
3	에이에스	토공사(하천공)1차공사	"	1,482,360,000	"
출근콘크리트공사	"	1,124,552,000	"		

1	일원토건	유지용수관로-1공사	2009. 3. 24.	693,000,000	2009.11.26.
토공사-1	"	763,378,000	"		
4	인하조경건설	조경이식공사	"	19,250,000	"
조경공사	2009.10.22.	166,000,000	2009.11.11.		
조경식재공사	2010. 3.23.	898,700,000	2010.5.17.		
5	우신엔지니어링	(유지용수)관로공사	2009.11.20.	542,300,000	2009.11.26.
안산천 토공사	"	1,443,530,000	"		
안산천 철근콘크리트공사	"	28,270,000	"		
6	우성조경건설	조경시설물공사	"	4,107,840,000	"
7	영광기계설비	기계설비공사	2010. 3.23.	235,000,000	2010.5.17.
합계	11,831,980,000				

2) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의는 건설산업기본법(2009. 12. 29. 법률 제9875호로 개정되기 전의 것, 이하 '건산법'이라고만 한다) 제35조 제2항에 기초하여 이루어졌다[따라서 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의가 하도급거래 공정화에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9971호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라고만 한다) 제14조 제1항에 기초하였다거나 또는 이러한 합의가 '채권양도'의 일종으로서 원고의 확정일자 있는 승낙이 있었으므로 그 후에 이루어진 가압류, 압류 등에 우선한다는 취지의 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다).

다만 건산법 제35조 제2항 제1호에서는 '발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백히 하여 합의한 경우에는 하수급인이 시공한 분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 한다.'고 규정하여 하도급법 제14조 제1항 제1호와 사실상 그 요건을 같이 하고 있고, 채무소멸에 관하여도 건산법 제35조 제3항에서 '제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우 발주자의 수급인에 대한 대금지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금지급채무는 그 범위 안에서 소멸한 것으로 본다.'라고 하도급법과 동일하게 규정하고 있었으므로(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정된

건산법 제35조 제3항에서 비로소 하도급법과 달리 '제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다'고 규정함으로써 채무소멸의 요건에 하도급대금 지급을 추가하였다), 하도급대금 직접지급 합의의 요건과 효과는 특별한 사정이 없는 한 하도급법의 경우와 동일하게 해석해야 할 것이다.

나. 이 사건 가압류 등의 유효 여부

1) 관련 법리 가) 채권자인 갑 주식회사의 신청내용대로 가압류와 압류 및 추심할 채권을 '채무자인을 주식회사가 병 주식회사에 대하여 가지는 정 아파트, 무 아파트, 기 아파트 신축공사대금채권 중 집행채권액에 해당하는 금액'으로 표시한 가압류결정과 압류 및 추심명령이 있었는데, 가압류결정과 압류 및 추심명령이 병 회사에 송달될 당시 위 각 신축공사대금채권액의 합계가 집행채권액을 현저히 초과하고 있는 경우에는, 압류의 대상과 범위를 특정하지 않고 단지 그 여러 개의 채권 전부를 압류의 대상인 채권으로 나열하고 그 중 집행채권액과 동등액에 대한 압류를 구하는 등으로 금액만을 한정하여 압류 등 결정을 받게 되면, 채무자 및 제3채무자는 그 압류 등 결정에 의하여 지급이나 처분이 금지된 대상이 무엇인지를 명확하게 구분할 수가 없고, 그 결과 채무자가 압류 등의 대상이 아닌 부분에 대한 권리 행사를 하거나 제3채무자가 압류된 부분만을 구분하여 공탁을 하는 등으로 부담을 면하는 것이 불가능하기 때문에 채권자는 여러 개의 채권 중 어느 채권에 대해 어느 범위에서 압류 등을 신청하는지 신청취지 자체로 명확하게 인식할 수 있도록 특정하여야 한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다38394 판결).

나) 채권압류에서 압류될 채권에 장래 채무자의 계좌에 입금될 예금채권이 포함되는지는 압류명령에서 정한 압류할 채권에 그 예금채권이 포함되었는지에 의해 결정되는 것이고 이는 곧 압류명령의 '압류할 채권의 표시'에 기재된 문언의 해석에 따라 결정되는 것이 원칙이다. 그런데 제3채무자는 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 법률분쟁에 편입되어 압류명령에서 정한 의무를 부담하는 것이므로 이러한 제3채무자는 압류된 채권이나 그 범위를 파악할 때 과도한 부담을 가지지 않도록 보호할 필요가 있다. 따라서 '압류할 채권의 표시'에 기재된 문언은 그 문언 자체의 내용에 따라 객관적으로 엄격하게 해석하여야 하고, 문언의 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은

압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하므로, 제3채무자가 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 그 문언을 이해할 때 포함 여부에 의문을 가질 수 있는 채권은 특별한 사정이 없는 한 압류의 대상에 포함되었다고 보아서는 아니 된다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결 등 참조).

2) 판단 가) 앞서 본 전제사실에 의하면, 별지 가압류 등 목록 기재 각 가압류 등 결정(이하 '이 사건 가압류 등'이라 한다)은 피압류채권이 동호이엔씨의 원고에 대한 이 사건 2, 3차 계약 중 어느 공사도급계약에 기초한 채권인지는 밝히지 않고 다만 동호이엔씨가 이 사건 총 공사와 관련하여 원고에 대하여 가지는 공사대금 채권으로 특정하여 이루어졌고, 이 사건 2, 3차 공사도급계약은 별개의 계약으로 체결되었다.

그러나 한편 앞서 본 전제사실에 의하면, 인천지방조달청은 장기계속공사에 해당하는 이 사건 총 공사에 관한 공사입찰을 거쳐 동호이엔씨 등을 낙찰자로 선정한 후 이 사건 1 내지 4차 공사도급계약을 체결하였고, 각 회차 공사도급계약을 체결하면서 총 공사금액과 총 공사기간을 도급계약서에 명시하였으며, 장기계속계약의 경우 제2차 이후 공사계약은 부기한 총공사 금액에서 이미 계약된 금액을 공제한 잔여금액의 범위 안에서 계약을 체결하도록 되어 있다. 또 이 사건 총 공사는 동일한 '화정천 생태하천 조성 1단계 사업(토목) 공사'이고, 이 사건 1 내지 4차 공사는 그 중 일부로서 도급인과 수급인 및 공사현장이 동일하다. 더욱이 원고 스스로도 이 사건 각 차수별 계약의 별도 해지를 주장하지 않고 이 사건 총 공사도급계약 및 2, 3차 공사도급계약이 연대보증인에게 보증시공을 요청한 2011. 8. 3. 무렵 모두 해지되었다는 취지로 주장하고 있다(소장 참조).

위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 가압류 등의 채무자인 동호이엔씨 및 제3채무자인 원고로서는 그 가압류 등 결정에 의하여 지급이나 처분이 금지된 대상이 바로 이 사건 총 공사의 일부임을 명확하게 구분할 수 있고, 그 결과 채무자인 동호이엔씨가 이 사건 가압류 등의 대상이 아닌 부분에 대한 권리 행사를 하거나 제3채무자인 원고가 압류된 부분만을 구분하여 공탁을 하는 등으로 부담을 면하는 것이 불가능하다고도 볼 수 없다. 따라서 이 사건 가압류 등은 그 가압류 등의 대상과 범위가 분명하므로 유효하다 할 것이다(그러므로 이 사건 가압류 등이 무효라는 원고의 주장은 받아들이지 아니한다).

나) 그런데 갑 12호증의 4 내지 12의 각 기재를 종합하면, 별지 가압류 등 목록 순번 6, 7, 12 및 14

기재 각 가압류 등은 그 피(가)압류채권을 동호이엔씨가 원고로부터 '지급할', '지급받게 될' 또는 '현재 및 장래의' 공사대금 채권으로 기재하고 있어 문언 자체로 보아 가압류 등 당시 동호이엔씨가 원고에 대하여 가지고 있는 공사대금 채권뿐만 아니라 가압류 등 이후 동호이엔씨가 공사를 시공하여 원고에 대하여 가지게 될 장래의 공사대금 채권까지 포함하는 의미임이 명백하다.

그러나 위 인용증거들을 종합하면, 같은 목록 4, 5, 8 내지 11 기재 각 가압류 등은 그 피가압류 등 채권을 동호이엔씨가 원고에 대하여 '가지고 있는', '가지는' 또는 '공사를 하여 주고 가지는(지급받는)' 공사대금 채권 중 위 청구금액에 이를 때까지의 금액이라고만 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다. 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 가압류 등에서 정한 피가압류 등 채권에는 그 문언 자체를 객관적으로 보아 이 사건 가압류 등이 송달될 당시 동호이엔씨가 원고에 대하여 가지고 있는 이 사건 총 공사와 관련된 공사대금 채권을 대상으로 하여 그 금액이 원고의 청구금액에 달할 때까지의 공사대금 채권이 포함됨은 분명하다. 그러나 나아가 위 문언의 기재로써 이 사건 가압류 등의 송달 이후에 동호이엔씨의 공사 시공으로 말미암아 새로 취득하는 즉 장래의 공사대금 채권까지 포함하여 가압류 등의 대상이 되었다고 보는 것은 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 할 때 의문을 품을 여지가 충분하다고 보이므로, 이러한 장래의 공사대금 채권까지 가압류 등의 대상이라고 해석할 수는 없다(별지 가압류 등 목록 중 순번 1, 2, 3 및 13 기재 각 가압류 등은 앞서 인정한 바와 같이 이미 집행이 해제되거나 취소되었으므로 따로 살피지 아니한다).

다. 하도급대금 직접지급 합의와 이 사건 가압류 등의 우열

1) 관련 법리 가) 하도급법 제14조 제2항의 규정 취지는 같은 조 제1항의 규정 내용에 비추어 보면, '발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 합의한 경우'에, 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 상당하다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다54108 판결). 수급사업자가 하도급공사를 시행하기도 전에 발주자·원사업자 및 수급사업자의 3자 간 직접 지불

합의가 먼저 이루어진 경우 그 합의 속에 아직 시공하지도 않은 부분에 상당하는 하도급대금의 직접 지급요청 의사표시가 미리 포함되어 있다고 볼 수 없다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다50717 판결 참조). 이는 건산법 제35조 제2항에 기초한 직접지급 합의의 경우에도 동일하다.

나) 하도급법 제14조와 하도급법 시행령 제4조 제1항 제1호의 규정상, 원사업자의 부도로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없어 수급사업자가 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청하면 발주자는 수급사업자에게 하도급공사대금을 직접 지급하여야 할 의무를 지는 한편 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 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 직접 지급사유가 발생하기 전에 원사업자의 제3채권자가 원사업자의 발주자에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접 지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다64769 판결 참조). 이는 건산법 제35조에 따라 하도급대금을 직접 지급하는 경우에도 마찬가지이다.

다) 공사도급계약에서 수수되는 이른바 선급금은 자금 사정이 좋지 않은 수급인에게 자재 확보·노임 지급 등에 어려움이 없이 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 장차 지급할 공사대금을 수급인에게 미리 지급하여 주는 것으로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결 등 참조), 공사도급계약에서 수수되는 이른바 선급금의 성질과 채권 압류 및 전부명령의 효력에 비추어 볼 때, 발주자와 수급인 사이의 도급계약이 해지되어 선급금의 당연충당을 위한 요건이 충족된 이상 채권 압류 및 전부명령에도 불구하고 제3채무자인 발주자는 그 충당으로써 전부채권자에게 대항할 수 있으므로, 채권 압류 및 전부명령에 의한 피전부채권은 선급금으로 모두 충당되어 소멸하였다(대법원

2011. 12. 22. 선고 2011다85543 판결 참조).

라) 건산법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되기 전의 것) 제88조, 건설산업기본법 시행령 제84조 제1항에 의하여 압류가 금지되는 노임채권의 범위는 건설공사의 도급금액 중 산출내역서에 기재된 노임의 합산액으로서 도급계약서나 하도급계약서에 명시된 금액이다. 따라서 건설공사계약이 중도에 해지되어 공사대금의 정산합의가 이루어지는 경우 정산된 공사대금 중 압류가 금지되는 노임채권액은, 특별한 사정이 없는 한 (하)도급금액 산출내역서에 기재된 노임채권 중 정산합의 시까지 발생한 노임채권액을 합산하는 방식으로 산정하여야 하고, 정산 시까지 기성금으로 수령한 공사대금이 있는 경우 잔여 공사대금 중 압류가 금지되는 노임채권액은 정산합의된 공사대금 중 (하)도급금액 산출내역서에 기하여 산출한 노임채권액에서 기지급된 공사대금 중 (하)도급금액 산출내역서에 기하여 산출한 노임채권액을 공제하는 방식으로 산정하여야 한다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73441 판결 참조).

2) 인정사실 원고와 동호이엔씨 및 하수급인들이 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의를 하였음은 앞서 3의 가항에서 인정한 바와 같다.

그리고 갑 26, 27, 28, 34호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 이 사건 각 하도급계약서에는 아래 표 기재와 같이 건산법 시행령 제84조에 따라 압류가 금지되는 노무비 액수가 명시되어 있고, 그 금액이 합계 4,129,739,385원이다.

1	일원토건	2009. 3. 24.	693,000,000	341,110,260
2	에이콘	2009.11.20.	327,800,000	75,724,800
3	에이에스	"	1,482,360,000	563,296,800
"	1,124,552,000	427,329,760		
"	763,378,000	290,083,640		
4	인하조경건설	"	19,250,000	10,025,000
2009.10.22.	166,000,000	43,281,500		
2010. 3.23.	898,700,000	-		
5	우신엔지니어링	2009.11.20.	542,300,000	189,990,225
"	1,443,530,000	577,412,000		
"	28,270,000	11,308,000		

1	일원토건	2009. 3. 24.	693,000,000	341,110,260
6	우성조경건설	"	4,107,840,000	1,560,979,200
7	영광기계설비	2010. 3. 23.	235,000,000	39,198,200
합계	11,831,980,000	4,129,739,385		

나) 원고가 이 사건 가압류 등(집행해제된 가압류 등을 제외함)을 송달받은 이후 2011. 8. 3. 무렵까지 이 사건 2, 3차 공사의 하수급인들에게 지급한 하도급대금 중 노무비와 노무비를 제외한 나머지 액수는 아래 표 기재와 같다.

10.06.21	260,436,507	134,894,624	395,331,131	277,545,459	137,154,541	414,700,000
10.08.19	158,990,207	190,809,793	349,800,000	196,072,669	137,227,331	333,300,000
10.09.16	70,447,614	60,545,118	130,992,732	191,070,999	88,329,001	279,400,000
10.12.15	212,686,040	43,613,960	256,300,000	204,707,615	133,587,385	338,295,000
11.01.28	324,854,173	38,145,827	363,000,000	19,879,900	157,310,609	177,190,509
11.03.30	80,669,538	10,330,462	91,000,000	508,240,076	396,459,924	904,700,000
11.06.14	81,125,033	144,874,967	226,000,000	131,754,309	300,245,691	432,000,000

3) 판단 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의만으로 바로 원고가 해당 하도급대금 전액을 해당 하수급인에게 직접 지급할 의무가 발생하는 것이 아니라, '하수급인들이 시공한 분에 상당하는' 하도급대금의 직접 지급 의무가 발생할 따름이다. 그리고 하수급인들의 시공분에 상당하는 하도급대금 액수는 하도급대금 직접 지급사유 발생일인 합의 및 하수급인들의 시공분 발생을 기준으로 하여야 할 것인데, 원고 스스로 직불 요청일을 기준으로 산정하고 있고, 직불 요청일 이전에 시공분이 있었음을 인정할 증거도 없으므로, 이 사건에 있어서는 하수급인들의 직불 요청일을 기준으로 산정하기로 한다.

하도급대금 중 노무비 부분은 압류가 금지되므로 이 사건 가압류 등의 효력이 미치지 아니한다. 그렇지만 하도급대금 중 노무비 제외 부분은 직불요청일과 이 사건 가압류 등의 송달일과의 선후 및 이 사건 가압류 등의 피가압류 등 채권이 당시의 공사대금 채권에 국한되는지 아니면 장래의 공사대금

채권도 포함하는지 여부에 따라 우선순위를 정하여야 하며, 이 사건 가압류 등이 우선하는 경우 이는 하도급대금 직접 지급사유가 발생하기 전에 수급인인 동호이엔씨의 다른 채권자들이 동호이엔씨의 원고에 대한 공사대금 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권을 집행보전한 경우에 해당하므로, 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접 지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다.

이러한 방식으로 원고가 이 사건 2, 3차 공사와 관련하여 하수급인들에게 직접 지급한 하도급대금 중 노무비 제외 부분과 이 사건 가압류 등의 우선순위를 따져 원고가 하수급인들에게 직접 지급하지 않고 집행보전하였어야 할 공사대금 액수를 계산하면, 아래 표 기재와 같이 합계 805,739,976원이다.

10-08-19	683,100,000	355,062,876	328,037,124	343,178,809	현재	10-08-05	328,037,124
10-09-16	410,392,732	261,518,613	148,874,119				
10-12-15	594,595,000	417,393,655	177,201,345	120,200,000	현재+장래	10-11-24	120,200,000
11-01-28	540,190,509	344,734,073	195,456,436	13,911,770	현재	10-12-08	13,911,770
				80,936,816	현재	11-01-20	80,936,816
11-03-30	995,700,000	588,909,614	406,790,386	112,696,560	현재	11-02-07	112,696,560
				63,260,010	현재+장래	11-03-30	63,260,010
11-06-14	658,000,000	212,879,342	445,120,658	86,697,696	현재+장래	11-04-29	86,697,696
합계	805,739,976						

* 직불금, 노무비 및 노무비 외 합계는 이 사건 2, 3차 공사 관련 비용을 합산한 액수이다.

** 가압류 등 금액은 각 직불요청일을 기준으로 직불요청일 이전에 원고에게 송달된 가압류 등 결정의 청구금액 합계액이고, '피압류채권'란의 '현재' 또는 '현재+장래'는 압류된 공사대금 채권이 압류 당시의 공사대금 채권만을 의미하는지 또는 압류 이후의 장래 공사대금 채권도 포함하는지에 따라 나누어진다.

*** 송달일(최종)란에는 각 직불요청일 이전에 송달된 가압류 등 결정이 2개 이상일 경우 최종 송달일만을 기재하였다.

**** 집행보전액은 직불요청일 이전에 송달된 '가압류 등 금액'란 기재 금액과 '노무비 외 합계'란

기재 금액 중 적은 액수이다.

***** 2011. 3. 30. 송달된 별지 가압류 등 목록 순번 12 기재 가압류 금액(63,260,010원)과 2011. 2. 7. 송달된 같은 목록 순번 11 기재 가압류 금액(112,696,560원)의 합계가 2011. 3. 30.자 직불금 중 노무비 제외 부분(406,790,386원)에 미치지 못하고, 위 순번 12 기재 가압류 금액(63,260,010원)과 위 순번 14 기재 압류 금액(86,697,696원)의 합계가 2011. 6. 14.자 직불금 중 노무비 제외 부분(445,120,658원)에 미치지 못함은 계산상 명백하다. 따라서 위 순번 12 기재 가압류가 2011. 3. 30. 직불요청한 하수급인들의 원고에 대한 하도급대금 채권보다 선순위이든 후순위이든 그 가압류 등 채권액수 전액이 집행보전되어야 한다.

라. 보증사고 해당 여부

1) 관련 법리 건설공제조합이 건설산업기본법에 따라 하는 각종 보증에 있어서의 보증사고라 함은 보증인인 건설공제조합의 보증책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로, 이 사건과 같은 선급금보증에서 보증사고가 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약 내용에 편입된 보증약관과 보증서 및 주계약인 공사도급계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다55199 판결, 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다82134 판결 등 참조).

물품공급계약을 주계약으로 하는 선급금 이행보증보험계약의 보험약관상 "보험자는 피보험자의 책임 있는 사유로 생긴 손해는 보상하지 아니한다."라고 규정되어 있는 경우, 그 보험계약에 있어서 공급 금액, 공급 내용 및 공급 기간과 지급된 선급금액뿐만 아니라 그 밖에 기성금의 지급 방법 및 선급금의 물품대금에의 상계충당 방법에 관한 내용도 보험계약상 중요한 사항으로서 보험자는 이에 관한 주계약상의 약정을 기초로 보험을 인수하는 것이므로, 피보험자가 기성금의 지급 방법에 관한 주계약상의 약정에 따라 기성금을 지급하였더라면 보험사고 발생시에 잔존하는 선급금을 미정산금액과 상계하여 선급금반환채권이 존재하지 않았을 것임에도 주계약상의 약정에 어긋나게 기성금을 과다 지급함으로써 선급금과 상계할 미정산금액이 존재하지 않게 됨으로써 선급금을 반환받지 못하게 되었다면 피보험자가 선급금을 반환받지 못하게 된 손해는 위 선급금 이행보증보험약관 소정의 보험자의 면책사유인 '피보험자의 책임 있는 사유로 생긴 손해'에

해당한다고 보아야 한다(대법원 1999. 6. 22. 선고 99다3693 판결 참조). 이는 공사도급계약을 주계약으로 하는 선급금 보증에 있어서도 마찬가지이다.

2) 판단 앞서 본 전제사실에 의하면, 피고와 동호이엔씨는 이 사건 선급금 보증계약을 체결하면서 보증채권자 즉 원고의 책임 있는 사유로 보증사고가 발생한 때에는 보증금을 지급하지 않기로 약정하였고, 이는 보증채권자인 원고에게도 효력이 미친다. 그리고 이 사건 보증사고의 발생일은 인천지방조달청이 동호이엔씨의 연대보증인 벽산엔지니어링에 대하여 공사계약 보증이행을 요청한 2011. 8. 3. 무렵이고, 위 일자를 전후하여 이 사건 2, 3차 공사도급계약도 묵시적으로 합의 해지되었다.

그런데 원고가 주장하는 선급금 반환금 액수는 595,620,000원으로서 앞서 본 집행보전되었어야 할 기성공사대금 채권 액수인 805,739,976원에 미치지 못한다. 따라서 이 사건 총 공사 도급계약 및 그에 따른 이 사건 2, 3차 공사도급계약이 2011. 8. 3. 무렵 해지되어 선급금의 당연충당을 위한 요건이 충족된 이상 이 사건 가압류 등으로 일부 공사대금 채권이 집행보전되었다 하더라도 제3채무자인 원고는 그 충당으로써 가압류 등 채권자에게 대항할 수 있으므로, 이 사건 가압류 등에 의한 피압류채권은 이미 2011. 8. 3. 무렵 선급금으로 모두 충당되어 소멸하였다.

그럼에도 불구하고 원고는 위와 같이 집행보전된 이 사건 가압류 등 결정에 따른 가압류 등 금액을 따로 집행보전하지 아니한 채 그 이후 비로소 하도급대금 직접지급 사유가 발생한 동호이엔씨의 하수급인들에게 모두 지급함으로써 선급금과 상계할 미정산 기성공사대금이 존재하지 않게 되었고, 그 결과 선급금을 반환받지 못하게 되었다. 따라서 원고가 선급금을 반환받지 못하게 된 손해는 선급금 보증약관에 정해진 보증인의 면책사유인 '보증채권자의 책임 있는 사유로 인하여 보증사고가 발생한 때'에 해당한다. 따라서 피고로서는 원고에 대하여 보증책임을 부담하지 아니하므로, 이를 지적하는 피고의 항변은 이유 있다.

마. 이 사건 직접지급 합의가 선급금 당연충당에 대한 예외적 정산 약정에 해당하는지 여부(이 사건 보증사고 이후 원고의 하도급대금 직접 지급이 선급금 당연충당의 예외에 해당하는지 여부)

1) 관련 법리 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 하고(대법원 2004. 6. 10. 선고 2003다69713 판결, 대법원 2004. 11.

26. 선고 2002다68362 판결 등 참조), 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생한 경우에 이에 해당하는 금원을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 예외적 정산약정을 한 때에는 도급인은 미정산 선급금이 기성공사대금에 총당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결 등 참조). 그러나 이러한 정산약정 역시 특별한 사정이 없는 한 도급인에게 도급대금채무를 넘는 새로운 부담을 지우지 않는 범위 내에서 하수급인을 수급인에 우선하여 보호하려는 약정이라고 보아야 하므로, 도급인이 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생하기 전에 선급금이 기성공사대금에 총당되어 도급대금채무가 모두 소멸한 경우에는 도급인은 더 이상 하수급인에 대한 하도급대금 지급의무를 부담하지 않게 된다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다214437 판결 등 참조).

하도급법 제14조(하도급대금의 직접 지급) 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 하도급법 시행령(2010. 7. 21. 대통령령 제22297호로 전부 개정되기 전의 것) 제4조(하도급대금의 직접 지급) 제3항은 "발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위에서 하도급대금 직접 지급의무를 부담한다."라고 규정하였다. 이러한 관계 법령의 규정 내용을 종합하여 보면, 하도급법 제14조 제1항에 따른 발주자의 수급사업자에 대한 직접 지급의무의 범위는 특별한 사정이 없는 한 발주자의 원사업자에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 해당 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금에서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 기성공사대금 내역 중 해당 수급사업자의 하도급공사 부분의 금액을 공제한 금액이라고 보아야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다2029 판결 참조). 이는 건산법 제35조 제2항에 따른 하도급대금 직접 지급의 경우에도 동일하다고 봄이 타당하다.

2) 판단 가) 앞서 본 전제사실에 의하면, 이 사건 총 공사와 관련한 공사계약일반조건 제44조 제6항은

본문에서 선금금의 당연충당에 대하여 규정하면서 그 단서에서 건산법 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 선금 잔액과 상계할 수 있다는 내용의 선금금 당연충당의 원칙과 예외적 정산약정에 대하여 규정하고 있으므로, 예외적 정산약정의 요건은 '① 건산법 및 하도급법에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우 및 ② 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때'의 두 가지라 할 것이다.

이 중 두 번째 요건인 이 사건 공사계약일반조건 제43조 제1항의 규정에 의하여 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 때란 '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. 하도급법 또는 건산법에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우'여야 한다.

그런데 1호 사유인 동호이엔씨의 하수급인들이 동호이엔씨에 대하여 하도급대금 지급을 명하는 확정판결을 받았다는 점에 관하여는 원고의 주장·입증이 전혀 없고, 2호 사유인 동호이엔씨의 파산 등은 원고의 하도급대금 직접지급 이후인 2012. 6. 무렵의 일이다. 그러므로 3호 사유인 하도급법 또는 건산법에 규정한 내용에 따라 동호이엔씨가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우에 해당하는지에 관하여 본다.

건산법 제34조 제2항에서는 '수급인은 하도급계약시 하수급인에게 하도급대금의 지급을 보증하는 보증서를 교부하여야 하고, 대통령령이 정하는 기간 이내에 발주자에게 하도급대금지급보증서 부분을 제출하여야 한다. 다만, 국토해양부령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.'고 규정하고 있다. 또 구 건산법 시행규칙(2011. 11. 3. 국토해양부령 제397호로 개정되기 전의 것) 제28조 제2항에서는 '법 제34조 제2항 단서에서 "국토해양부령이 정하는 경우"라 함은 발주자가 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급한다는 뜻과 그 지급의 방법·절차에 관하여 발주자·수급인 및 하수급인이 합의하는 등 수급인 및 하수급인이 서로 보증을 하지 아니하기로 합의한 경우를

말한다.'고 규정하고 있다. 그러므로 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의를 함으로써 수급인인 동호이엔씨는 하수급인들에 대한 하도급대금 지급보증서 교부의무 및 발주자에 대한 위 지급보증서 부분 제출의무를 면하게 되고, 따라서 3호에 정한 '하도급법 또는 건산법에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우'에도 해당하지 아니하게 되며, 달리 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의가 위 요건을 충족한다고 볼 만한 증거가 없다.

나) 설령 이 사건 각 하도급대금 직접지급 합의가 예외적 정산약정의 요건을 충족한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이 원고가 하수급인들에게 하도급대금을 직접 지급하는 사유가 발생하기 전에 선급금이 기성공사대금에 충당되어 원고의 동호이엔씨에 대한 공사대금 채무가 모두 소멸하였으므로, 원고는 더 이상 하수급인에 대한 하도급대금 지급의무를 부담하지 않게 된다(그러므로 예외적 정산약정이 존재하는 경우 하도급대금 직접지급 요건이 충족되면 선급금 당연충당보다 하수급인의 직접지급 청구권이 우선한다는 취지의 원고의 주장은 이유 없다). 그럼에도 불구하고 원고가 그 이후인 2011. 12. 1. 동호이엔씨의 하수급인들에게 합계 153,580,000원을 지급하였다 하더라도 이로써 동호이엔씨의 선급금 반환의무의 보증인인 피고에게 대항할 수는 없다.

다) 따라서 원고의 주장은 어느 모로 보아도 이유 없다.

4. 가지급물 반환

가. 피고의 주장

피고는 이 사건 가집행선고부 제1심판결에 따라 2013. 11. 8. 원고에게 제1심판결의 원리금 합계 467,835,759원을 지급하였으므로, 원고는 피고에게 가지급금 중 정당하게 인정되는 채무액을 초과한 나머지를 반환하여야 한다는 취지로 주장한다.

나. 판단

피고가 제1심법원의 가집행선고부 판결에 기초하여 2013. 11. 8. 원고에게 원리금 합계 467,835,759원을 지급한 사실은 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있다.

그리고 뒤에서 보는 바와 같이 제1심판결이 이 법원에서 피고 패소 부분을 취소하는 내용의 취소판결 선고로 변경되므로 제1심판결에 붙은 가집행선고도 그 효력을 잃게 된다.

따라서 원고가 피고에게 반환하여야 할 가지급물의 범위는 제1심판결에 기초한 피고의 지급금 합계 467,835,759원 전액이 된다.

그렇다면 원고는 피고에게 가지급물의 반환으로 467,835,759원 및 이에 대하여 피고가 구하는 가지급물 수령 다음날인 2013. 11. 9.부터 다 갚는 날까지 민법에 정해진 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없다. 이와 일부 결론을 달리한 제1심 판결은 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하고, 피고의 가지급물 반환신청은 이유 있으므로 이를 받아들인다.

재판장판사허부열

판사신숙희

판사정준화

별지