

서울고등법원 2018. 5. 17 선고 2017나2074437 판결 [계약보증금 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2018. 5. 17 선고 2017나2074437 판결

서울중앙지방법원 2017. 11. 15 선고 2017가합511964 판결

전문

원고, 피항소인 겸 항소인용인시

피고, 항소인 겸 피항소인건설공제조합

변론 종결 2018. 4. 5.

판결 선고 2018. 5. 17.

제1심판결 서울중앙지방법원 2017. 11. 15. 선고 2017가합511964 판결

주문

1. 원고와 피고의 항소 및 피고의 가지급물반환신청을 모두 기각한다.
2. 항소비용(가지급물반환신청비용 포함)은 각자 부담한다.
3. 제1심판결의 주문 제1항의 "388,123,454원"을 "388,190,291원"으로 경정한다.

N

청구 취지

청구취지, 항소취지 및 가지급물반환신청취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 491,771,121원과 이에 대하여 2012. 12. 5.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결을 위 청구취지와 같이 변경한다.1) 나. 피고

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

3. 가지급물반환신청취지

가지급물 반환으로 원고는 피고에게 420,725,824원에 대하여 2017. 12. 5.부터 당심 판결선고일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 청구원인에 대한 판단

가. 인정사실

1) 원고는 2011. 5. 27. 상림종합건설 주식회사(변경 후 상호 '에이종합건설 주식회사', 이하 '상림건설'이라 한다)에 용인시 기흥구 A 주민센터(이하 '이 사건 주민센터'라 한다) 신축공사를 공사기간 2011. 6. 2.부터 2012. 7. 6.까지, 총 공사대금은 3,898,963,119원(단, 1차 공사분 공사기한 2012. 3. 27., 공사대금 2,944,385,975원)으로 정하여 도급을 주었다.

2) 상림건설은 별지 관련 규정(지방자치단체를 당사자로 하는 계약을 체결하는 경우 준수하여야 하는 법령과 도급계약의 내용으로 편입된 공사계약 일반조건 등이다)에 따라 공사대금의 15%에 해당하는

계약보증금을 원고에게 납부하여야 하는데, 이를 피고가 발행하는 보증서로 대체하기로 하고, 2011. 5. 26. 피고로부터 보증금액 584,844,467원, 보증기간 2011. 5. 27.부터 2012. 7. 6.까지로 하는 계약보증서를 발급받아 원고에게 제출하였다.

3) 원고와 상림건설은 2012. 9. 13. 총 공사대금을 3,952,541,144원으로 증액하고, 준공일을 2012. 12. 21.로 변경하며, 그 중 2차 공사분의 공사대금을 954,577,144원으로 정하는 내용의 변경 계약을 체결하였다(이하 당초 계약과 변경 계약을 통틀어 '이 사건 도급계약'이라 한다).

4) 상림건설은 위와 같은 변경 계약의 내용에 맞추어 2012. 9. 14. 피고로부터, 계약보증금액을 592,881,171원으로 증액하고, 보증기간도 2011. 5. 27.부터 2012. 12. 21.까지로 변경하는 내용의 변경 보증서를 발급받아 원고에게 제출하였다.

5) 원고는 2012. 12. 4. 별지 관련 규정을 근거로 상림건설에, ① 이 사건 도급계약과 관련하여 발생한 지연배상금이 계약금액의 10/100 이상에 달하는 경우로서, 계약상대자(상림건설)의 귀책사유로 인하여 계약을 이행할 가능성이 없음이 명백하다고 인정되는 경우, ② 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약이행을 하지 않거나 계약담당자의 이행촉구에 따르지 않는 경우, ③ 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 준공기한까지 공사를 완성하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정되는 경우 등에 해당한다는 이유로 상림건설과의 이 사건 도급계약을 해지한다고 통보하였다.

6) 원고는 2012. 12. 5. 피고에게 위와 같이 이 사건 도급계약이 상림건설의 귀책사유로 해지됨으로써 보증사고가 발생하였으므로 상림건설의 계약보증금 납입의무를 보증한 피고가 원고에게 계약보증금 592,881,171원을 지급하여 줄 것을 요청하였다.

7) 피고는 보증사고의 발생 및 상림건설이 납입하여야 할 계약보증금에 대한 피고의 보증채무의 성립은 인정하면서도, 그 지급범위에 관하여 다투며 2016. 8. 11. 원고에게 101,110,050원만을 지급하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 11, 13호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제4, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 미지급 계약보증금 지급 의무 발생

위 인정사실에 의하면, 이 사건 도급계약이 상림건설의 귀책사유로 해지됨에 따라 공사대금의 15%에 해당하는 계약보증금이 원고에게 귀속되어야 하는데도 상림건설이 이를 납입하지 아니하였으므로, 위 납입을 보증한 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 계약보증금 중 미지급금 491,771,121원(= 계약보증금 592,881,171원 - 원고가 지급받았음을 자인하는 101,110,050원)과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2. 피고의 상계 항변에 대한 판단

가. 기초사실

- 1) 상림건설은 2011. 5. 27. 원고에게 공사대금 중 17억 원을 선급금으로 지급하여 줄 것을 신청하면서, 그 중 12억 원의 반환채무에 대하여는 피고로부터, 나머지 5억 원의 반환채무에 대하여는 서울보증보험 주식회사(이하 '서울보증보험'이라 한다)로부터 각 보증서를 발급받아 제출하기로 하였다.
- 2) 피고는 2011. 5. 31. 상림건설이 원고로부터 지급 받을 17억 원의 선급금 중 12억 원과 그에 대한 지연손해금의 반환채무를 1,271,211,000원의 범위 내에서 보증하는 내용의 보증서를 상림건설에 발급하여 주었고, 상림건설은 원고에게 위 보증서를 제출하였다. 한편 서울보증보험은 위 선급금 중 나머지 5억 원과 그에 대한 지연손해금 반환채무를 보증하였다.
- 3) 원고는 2011. 6. 9. 상림건설에 이 사건 도급계약 중 1차 계약분에 대한 선급금 17억 원을 지급하였다.
- 4) 원고는 1차 계약분에 대한 기성검사를 실시하고 아래 표 기성금 총액 기재와 같이 기성금을 산출한 후, 상림건설에 위 기성금 총액 중 일부는 직접 지급하고, 나머지는 기지급한 선급금에서 충당하는 방식으로 상림건설과 기성금 정산을 마쳤는데, 각 기성검사일 당시 기성금에 충당되어 정산이 완료된 부분을 제외하고 남은 선급금액은 아래 표 각 '선급금 잔액'란 기재와 같다.

1회	900,623,900	실제 지급	380,593,900	1,179,970,000	832,921,000
선급금 총당	520,030,000				
2회	613,730,000	실제 지급	265,710,000	831,950,000	587,258,824
선급금 총당	524,778,000				

5) 원고는 상림건설에 2012. 12. 4.2) 이 사건 도급계약의 해지를 통보한 다음, 2012. 12. 10. 이 사건 주민센터 공사 현장을 조사하여 1차 계약분 범위에 속하는 타절기성금(조사 당시 기성고 부분에 대한 공사대금 중 위와 같이 1~2회차 지급 또는 그 지급에 갈음하여 선급금으로 충당한 금액을 제외한 나머지 기성금)을 524,778,000원으로 확정하여 통보하였는데, 상림건설은 계약 해지의 부당함만 다투었을 뿐 타절기성금 산정결과에 대하여는 별다른 이의를 제기하지 아니하였다.

6) 그 후 원고는 위와 같이 상림건설에 지급하여야 할 타절기성금 524,778,000원에서 상수도 요금 미납금 568,860원, 지역개발공채 미납금 110,940원, 상림건설이 기성부분에 대해 납입하여야 할 하자보수보증금 51,808,530원, 상림건설의 하수급 업체에 직불한 금액 215,578,700원, 공사대금에 대한 채권 압류 등으로 인하여 공탁한 금액 248,208,860원을 각 공제한 다음, 나머지 8,502,110원을 선급금 잔액으로 충당하는 방법으로 타절 정산을 마쳤다.

7) 원고는 위 계약 해지에 따라 상림건설로부터 반환받아야 할 선급금 잔액 831,950,000원 중 위와 같이 타절기성금의 지급에 갈음하는 것으로 처리한 8,502,110원을 제외한 나머지

823,447,890원을 반환받아야 하는데, 상림건설이 이를 반환하지 않아 보증사고가 발생하였다고 하면서 피고와 서울보증보험에 대하여 각 보증 부담 비율에 따른 선급금 반환 보증금을 청구하였다.

8) 이에 피고는 2013. 3. 15. 원고에게 상림건설의 선급금 반환채무에 대한 보증금 원금 522,998,160원(위 823,447,890원 중 피고가 부담하여야 하는 578,757,890원3) 에서 2회 기성금 중 일부가 압류되었음을 이유로 한 유보금 55,759,730원을 제외한 금액)과 이에 대한 지연손해금 55,538,100원(선급금 지급일 2011. 6. 9.부터 보증금 지급일 2013. 3. 15.까지 646일분)의 합계 578,536,260원을 지급하였다.

9) 한편 상림건설이 원고를 상대로 제기한 공사도급계약 유효 확인 등 청구의 소(제1심 수원지방법원 2013가합2132 사건, 이하 '관련 소송'이라 한다)에서 이 사건 주민센터의 타절 당시의 기성고에 대한 감정이 이루어졌는데, 그 중 1차 계약분에 대한 기성고 산정액은 2,182,996,073원이었다.4) [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제6 내지 10, 12호증, 을 제1 내지 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 당사자의 주장

1) 피고 가) 피고는 위와 같이 원고에게 선급금 반환 보증금 578,536,260원을 지급하였는데, 아래

표 기재 각 항목에 해당하는 금액은 아래 표 '주장 요지'란 기재와 같은 이유에서 원고가 상림건설에서 반환받아야 할 선급금에서 공제하였어야 하거나(순번1), 원고가 상림건설에 지급하여야 할 타절기성금에서 선급금 잔액으로 충당할 부분보다 먼저 공제하여서는 아니 되므로(순번 2~5), 만약 원고가 아래 표 순번 1의 '금액'란 기재액을 원고가 반환받아야 할 선급금에서 추가로 공제하고, 아래 표 순번 2~5의 '금액'란 기재액을 '명목'란 기재 항목으로 공제하지 아니하고 선급금 잔액으로 우선 충당하였으면, 그 합계액 444,561,363원만큼 원고가 상림건설로부터 반환받아야 할 선급금 잔액이 줄어들었을 것이고, 그에 따라 피고가 부담하는 보증책임의 범위도 줄어들 것이다.

1	타절기성고 실감정 결과와의 차액	143,864,173	선급금 잔액 산정의 기준은 실제 기성고인데, 관련 소송에서 타절기성고에 대한 감정을 실시한 결과, 원고가 1차분 기성고 총액으로 산정하여 상림건설에 통보한 액수(2,039,131,900원)보다 143,864,173원이 추가로 인정되었다. 이는 선급금에 우선 충당되었어야 하는 금액이므로, 만일 기성고 산정이 제대로 되었더라면 피고는 그 부분만큼 보증책임을 면하게 되었을 것이므로, 결과적으로 원고가 이를 부당이득한 것이다. 설령 원고와 주채무자인 상림건설이 타절 기성 공사대금을 위와 같이 합의하였더라도 보증인인 피고의 책임을 가중시킬 수는 없다. 예비적으로 피고의 상림건설에 대한 구상금청구권 578,536,260원을 피보전채권으로 하여 상림건설의 원고에 대한 추가 기성금 143,864,173원의 지급 채권을 대위행사함으로써 상계한다.
2	직불금과 가압류 등의 기타채권이 경합함에 따라 원고가 공탁하였다는 이유로 우선 공제한 금액	248,208,860	원고는 당초 선급금 보증금 지급 청구 당시 이 부분을 선급금 잔액과의 공제보다 우선하는 하도급 직불금 대상 금액에 포함되는 것처럼 서류를 보냈으나, 실은 집행보전을 위하여 공탁하였다는 것을 알게 되었다. 판례에 의하면, 선급금 당연충당 요건이 충족된 이상 원고는 가압류 채권자들에게 대항할 수 있으므로, 공탁금 부분만큼을 선급금보다 우선적으로 공제한 결과 선급금 잔액이 줄어든 부분만큼은 피고에게 보증책임이 없다.
3	하자보수보증금	51,808,530	계약 해지 등으로 선급금 반환 사유가 생기는 경우 타절기성금에서 선급금 반환금은 당연충당되는 것이고, 피고가 선급금 반환 보증에 따라 지는 보증 범위는 선급금 잔액에 대한 것일 뿐, 하자보수보증금 등의 납입을 보증하는 것은 아니므로, 타절기성금에서 선급금 반환금보다 하자보수보증금 등을 우선 공제처리한 것은 잘못이고, 이로 인해 반환받지 못하게 된 부분만큼은 피고에게 보증책임이 없다.
4	상수도요금 미납금	568,860	위와 같음
5	지역개발공채 미납금	110,940	위와 같음
합계	444,561,363		

나) 앞서 본 바와 같이 피고는 원고에게 상림건설의 선급금 반환채무에 대한 보증금으로

578,536,260원을 지급하였는데, 보증채무를 초과 변제한 경우 보증인은 채권자에게 부당이득반환을 청구할 수 있으므로 원고가 초과수령한 금액 중 피고의 보증비율에 상응하는 12/17은 부당이득이므로 원고는 피고에게 이를 반환할 의무가 있다.

마찬가지로 서울보증보험의 보증비율에 상응하는 5/17도 서울보증보험이 원고에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있었으나, 서울보증보험이 담보 환가를 통해 상림건설로부터 전액 구상을 받은 이상 상림건설이 원고에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다. 피고는 상림건설에 대한 구상금청구권을 피보전채권으로 하여 상림건설의 원고에 대한 부당이득반환청구권을 대위행사함으로써 원고의 보증금 채권과 상계한다.

다) 따라서 피고는 원고에 대하여 선급금 잔액에서 공제하였어야 하거나 타절기성금에서 선급금 잔액으로 충당할 부분보다 나중에 공제하였어야 할 위 444,561,363원과 선급금 지급일(2011. 6. 9.)로부터 보증금 지급일(2013. 3. 15.)까지의 지연손해금 47,208,762원을 합친 491,770,125원의 부당이득반환청구권을 가지고 있는데, 피고는 2016. 8. 11. 위 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 원고가 청구하는 계약보증금 지급청구액(592,881,171원)과 대등액 범위 내에서 상계한다는 의사표시를 하였으므로, 이를 대등액에서 상계하면 101,111,046원이 남고 여기서 피고가 이미 지급한 101,110,050원을 빼면 피고가 추가 지급의무를 지는 금액은 996원5) 에 불과하다6) .

2) 원고 가) 위 표의 순번 1과 관련하여, 원고가 계약 해지 이후 원고와 상림건설, 피고, 감리자가 현장을 확인하고 확정된 기성공사금에 기초하여 타절 정산 합의가 이루어진 이상 부당이득이 성립할 수 없고, 상림건설의 추가 기성금채권은 포기 또는 면제되었거나 소멸시효가 완성되었다. 예비적으로 원고가 상림건설에 대하여 부당이득반환채무를 진다면 상림건설의 하자보수보증금 채무, 미납상하수도 채무, 대납한 지역개발공채 채무와 그 대등액에서 상계한다.

나) 위 표의 순번 2와 관련하여, 원고는 2013. 5. 3. 피공탁자를 상림건설 또는 상림건설의 하수급회사로 기재하여 공탁하였는데, 이는 직불금의 변제공탁으로 선급금 반환금에 당연충당된다고 할 수 없다.

다) 위 표의 순번 3~5와 관련하여, 피고의 주장대로 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인이

하자보수보증금이나 각종 미납금까지 담보한다고 볼 수 없어 선급금 보증계약상의 보험금을 산정함에 있어서는 하자보수보증금을 공제하지 아니한 미지급 기성대금을 선급금에서 공제하여야 한다고 하더라도, 원고의 상계 의사표시에 대하여 피고는 선급금 보증금을 지급할 당시 아무런 이의를 유보하지 아니하였으므로, 원고가 부당이득을 취한 것이라고 할 수 없다.

라) 서울보증보험의 보증비율에 상응하는 부당이득 부분과 관련하여, 피고가 수인의 공동보증인으로서 보증비율을 초과하는 부담을 짐으로써 부당이득반환청구권을 가지게 되었다면 서울보증보험이 과다한 구상으로 이익을 얻은 것일 뿐 제3자인 원고에게 부당이득반환청구권을 주장할 수 없다.

다. 부당이득 성립 여부 등에 관한 판단

1) 타절기성고에 대한 감정 결과와의 차액(143,864,173원) 가) 살피건대 관련 소송에서의 기성금액 감정결과가 원고가 2012. 12. 10. 현장 조사 후 상림건설에 통보한 타절기성금의 결정 근거가 된 기성고 중 1차 계약분 공사 부분 산정액보다 143,864,173원(이하 '추가 기성금액'이라 한다)이 더 많은 사실은 앞서 본 바와 같고, 관련 민사소송의 확정판결에서 인정한 사실은 특별한 사정이 없는 한 다른 민사소송에서도 유력한 증거가 된다.

그러나 위 기초사실과 갑 제6호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고가 추가 기성금액 만큼을 선급금 잔액에서 공제하지 아니한 채로 피고에게 선급금 보증금을 지급 받았다고 하더라도 원고와 피고의 의사의 합치에 기초하여 정산한 것을 두고 원고가 법률상 원인 없이 이득을 얻고 피고가 동액 상당의 손실을 입었다고 보기는 어려우므로 피고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다(이 부분에 대한 피고의 부당이득청구권 발생을 인정하지 않으므로, 원고의 소멸시효의 완성과 상림건설에 대한 하자보수보증금 등 채무와의 예비적 상계 주장에 대하여는 나아가 판단하지 않는다).

① 원고가 2012. 12. 10.경 감리자인 B회사 C과 현장실사를 거쳐 상림건설에 통보한 타절기성금 산정 내역에 대해 피고의 직원 D도 입회인으로 직접 참여하여 타절내역 확인서(갑 제6호증)에 서명하였는데, 위 확인서에는 'A주민센터 신축공사 건축 1차분공사 타절금액을 상기와 같이 합의하였으며, 이후 타절 금액에 대하여 어떠한 이의도 제기하지 않을 것을 합의함'이라고 기재되어

있다.

② 피고는 원고가 산정한 위와 같은 타절 정산 내역에 대해 별다른 이의 없이 원고가 청구한대로 선급금 보증금을 지급하였고, 그 경위에 관하여 제1심 피고 소송대리인은 제1심 2017. 8. 11. 변론준비기일에서, '당시 상림건설에서 별다른 이의를 제기하지 않아 확인하지 않고 지급한 것으로 안다'고 진술하였다.

③ 피고의 선급금 보증범위가 논의되었던 2013. 3. 15.경에는 아직 관련 소송 감정보고서가 작성되기 전이다(관련 소송에서 감정보고서는 2014. 2. 5. 제출되었다).

④ 관련 소송은 원고가 상림건설에 지급하여야 할 타절 기성금의 범위가 쟁점이 된 것은 아니었고, 상림건설이 원고에게 지체상금을 지급하여야 할 책임이 있는지 여부와 그 지체상금 산정의 근거가 되는 공사지연일수를 산정하기 위한 전제하에 타절 당시의 기성고를 비율로 나타내기 위하여 감정을 실시한 것이어서 그대로 이 사건에 적용하여 위 1차분공사 타절금액과 비교하기 곤란한 사정도 있다.

나) 또한 추가 기성금액이 관련 소송에서 나올 것을 예측하는 것이 불가능한 상황에서 위와 같이 원고와 상림건설, 피고, 감리자 사이에 타절 기성금 산정이 이루어진 이상 상림건설이 원고와 새로운 법률행위를 하여 보증계약 당시보다 피고의 책임을 확장, 가중한 경우에도 해당한다고 보기도 어렵다.
다) 피고의 상림건설이 원고에 대하여 가지는 추가기성금 지급 채권 예비적 대위행사 주장에 관하여 보전대, 피보전채권이 금전채권인 경우 원칙적으로 채무자(피대위자)의 무자력을 요건으로 하는데 상림건설이 무자력이라는 점에 관하여 피고의 아무런 입증이 없으므로 위 대위행사 주장은 나머지 점에 관하여 살필 필요 없이 이를 받아들일 수 없다.

라) 한편 피고는 보증 분담사인 서울보증보험이 상림건설에 대한 구상권 행사 등으로 원고에게 지급한 보증금을 모두 회수하였으므로, 피고의 보증비율을 초과하여 전액에 관해 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다거나 상림건설의 부당이득반환청구권을 대위행사한다고도 주장하므로 살피건대, 제1심법원의 서울보증보험에 대한 사실조회 결과에 의하면, 서울보증보험이 2012. 11. 30. 상림건설의 원고에 대한 선급금 반환채무에 대한 보증금으로 원고에게 270,081,400원을 지급하였다가, 담보환가를 통하여 전액 구상한 사실은 인정되나, 위와 같이 관련 소송 타절기성고 실감정결과와 차액이 부당이득이 아닌 이상 서울보증보험의 원고에 대한

부당이득반환 청구권도 인정할 수 없는데다가, 피고가 상림건설에 대한 피보전채권을 금전채권이라 주장하면서 상림건설이 무자력인지에 관하여 아무런 입증도 하지 않았으므로 어느 모로 보더라도 피고의 대위행사를 인정할 수 없다(이하 다른 항목도 마찬가지이다7)).

2) 압류·가압류 등이 경합하는 것을 이유로 공탁한 금액 (248,208,860원) 가) 관련 법리

공사도급계약에서 수수되는 이른바 선급금은 수급인으로 하여금 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 하기 위하여 도급인이 수급인에게 미리 지급하는 공사대금의 일부로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급하는 것이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급하는 것이지만 선급 공사대금의 성질을 갖는다는 점에 비추어 선급금을 지급한 후 도급계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계의 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 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 이러한 선급금의 성질과 수급인의 공사대금채권에 대한 압류의 효력에 비추어 볼 때, 도급인과 수급인 사이의 도급계약이 해지되어 선급금의 당연충당을 위한 요건이 충족된 이상 공사대금채권에 대한 압류에도 불구하고 제3채무자인 도급인은 그 충당으로써 압류채권자에게 대항할 수 있으므로, 피압류채권은 선급금으로 충당된다(대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다234473 판결 등 참조).

나) 판단

이 사건을 보건대 앞서 본 바와 같이 원고는 상림건설의 채권자들에 의한 채권 압류·가압류 등이 잇따르자, 채권자 불확지를 이유로 248,208,860원을 공탁한 다음(갑 제10호증의 기재에 의하면, 이 공탁은 그 근거로 한 법령조항에 변제공탁8)과 집행공탁의 근거법령이 모두 있는 점, 공탁원인사실에 채권양도사실뿐 아니라 채권가압류와 압류 및 추심명령을 송달받은 사실도 함께 기재하고 있는 점에서 혼합공탁에 해당함이 명백하다고 할 것인데, 혼합공탁은 그 집행공탁의 측면에서 보면 공탁자가 피공탁자들에 대하여는 물론이고 가압류채권자를 포함하여 그 집행채권자에 대하여도 채무로부터의 해방을 인정받고자 공탁하는 것이다), 위 법리와는 배치되게 상림건설에 지급하여야 할 타절기성금으로 잠정 산정된 금액(524,778,000원)에서 위 공탁금액을 선급금 잔액보다 먼저

공제하였다.

그 결과 원고의 계약 해지시 선급금 잔액으로 당연히 충당되어야 할 기성금 부분이 그만큼 줄어들어 결과적으로 피고와 서울보증보험에 청구한 선급금 보증금이 과다 계산되었으므로, 이처럼 과다 계산된 248,208,860원 부분 중 피고의 보증비율(12/17)에 상응하는 부분은 설령 피고가 위와 같은 점을 간과하여 원고에게 보증금으로 지급하였더라도 이는 법률상 원인 없는 부당이득으로서 원고에게 반환을 구할 수 있다고 할 것이다.

3) 하자보수보증금 등 상림건설의 각종 미납금(총 52,488,330원) 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증할 뿐 하자보수보증금 등 주채무자가 발주처에 지는 여타의 채무들까지 모두 담보한다고는 볼 수 없으므로, 선급금 보증금을 산정함에 있어서는 선급금 보증 범위에 들지 않는 하자보수보증금 등을 공제하지 아니한 미지급 기성대금을 선급금에서 공제하여야 한다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다74110 판결 등 참조).

위 기초사실에서 본 바와 같이 원고가 위 법리와는 다르게 상림건설에 지급하여야 할 타절기성금에서 상림건설로부터 원고가 징수하여야 할 하자보수보증금(51,808,530원), 수도요금 미납금(568,860원), 지역개발공채 미납금(110,940원) 등 합계 52,488,330원을 선급금 잔액보다 먼저 공제한 결과, 선급금 잔액에서 당연히 충당되어야 할 부분이 그만큼 줄어들어 결과적으로 피고가 원고에게 지급한 선급금 보증금액은 늘어나게 되었으므로, 이처럼 과다 계산된 52,488,330원 중 피고의 보증 비율(12/17)에 따른 금액은 설령 피고가 위와 같은 점을 간과하여 별다른 이의를 제기하지 아니한 채 원고에게 지급하였더라도 이는 부당이득으로서 원고에게 그 반환을 청구할 수 있다.

4) 원고의 부당이득반환 범위 피고가 원고에게 2013. 3. 15. 선급금 보증금으로 578,536,260원을 지급하였고, 위와 같이 선급금 지급 시 피고가 과다 지급하거나 원고가 부당 공제한 부분과의 차액을 계산하면, 위 압류·가압류 등이 경합하는 것을 이유로 한 공탁금(248,208,860원)과 상림건설의 하자보수보증금 등 미납금(52,488,330원)의 합계액 300,697,190원 중 피고의 보증비율(12/17)에 상응하는 금액 212,256,840원(= 300,697,190원 × 12/17)이 원금이 된다. 나아가 지연손해금의 경우 피고가 선급금 보증금 지급 액수를 결정한 방식 그대로 계산하면, 상림건설에 대한 선급금

지급일인 2011. 6. 9.부터 피고의 선급금 보증금 지급일인 2013. 3. 15.까지 상법에 정한 연 6%로 계산한 이자는 22,505,040원9) 이 되어, 원리금 합계는 234,761,880원(= 212,256,840 + 22,505,040원)이 된다.

따라서 피고의 상계 항변은 위 금액 범위 내에서 이유 있고, 이를 초과하는 부분은 받아들일 수 없다.

라. 상계의 의사표시와 변제충당

상계의 의사표시가 있는 경우, 채무는 상계적상 시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계충당은 상계적상의 시점을 기준으로 하게 된다. 한편 채무자가 채권자에 대하여 수 개의 수동채권을 부담하는데 그 전부를 소멸시키기에 부족한 자동채권을 가지고 상계를 하는 경우, 민법 제499조에 의하여 민법 제476조 내지 제479조에 규정된 변제충당의 법리가 준용된다. 따라서 양 당사자가 모두 상계의 대상이 되는 채권을 지정하지 아니한 때에는 법정변제충당의 방법으로 상계충당이 이루어지게 된다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결, 2014. 12. 11. 선고 2011다77290 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 피고는 원고로부터 계약보증금 이행 청구를 받고나서 2016. 8. 11. 위와 같은 원고에 대한 부당이득반환청구권을 가지고 대등액에 대해 상계하겠다는 의사표시를 하고10) 피고가 상계하고 남은 금액인 101,110,050원을 원고에게 지급한 사실은 앞서 본 바와 같다. 변제기의 정함이 없는 채권은 채권의 성립 이후 언제든지 청구가 가능하여 채권의 성립과 동시에 이행기에 있다고 보아야 하므로, 원고와 피고의 쌍방의 채권은 상계의 사표시를 한 날인 2016. 8. 11.에는 모두 이행기에 도달하여 상계적상에 있었다고 할 수 있고, 그 날을 기준으로 상계와 변제충당을 하기 위하여 우선 수동채권으로서 원고의 계약보증금 채권액을 계산해 보면, 원금 592,881,171원과 이에 대하여 원고의 적법한 계약 해지 통보가 상림건설에 도달한 날(2012. 12. 4.)의 다음날인 2012. 12. 5.부터 위 상계와 변제충당일(2016. 8. 11.)까지 연 6%로 계산한 지연손해금 131,181,050원11)2을 더한 724,062,221원이 된다.

다음으로 당사자들 사이에 지정 또는 합의 충당에 관한 아무런 주장·입증이 없으므로 법정변제충당의 방법으로 상계충당이 이루어져야 한다. 피고가 상계한 자동채권 금액 234,761,880원(이 역시 변제기한의 정함이 없는 채무인데 피고가 상계권을 행사하기 이전까지 이행청구를 한 자료가

없으므로 지연손해금이 발생하지 아니한다)과 피고가 같은 날 현실 지급한 금액 101,110,050원을 법정변제충당 순서에 따라 계약보증금의 이자(131,181,050원 전액 소거), 원금(592,881,171원의 일부인 204,690,880원13소거) 순으로 충당하면, 결국 원고의 계약보증금 청구권은 원금 388,190,291원만이 남게 된다.

마. 소결

위와 같이 피고의 상계 항변을 일부 받아들인 금액과 원고가 변제 받았음을 자인하는 금액을 원고의 청구원인 채권액과 상계와 변제 충당한 결과, 피고는 원고에게 상계와 변제 충당하고 남은 388,190,291원과 이에 대하여 위 상계와 변제 충당일(2016. 8. 11.) 다음날인 2016. 8. 12.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

비록 제1심판결의 이자액 계산에 명백한 착오가 있어 이 법원에서 원고의 청구를 인용하는 금액은 제1심의 388,123,454원보다 66,837원 더 많은 388,190,291원이 되지만, 원고와 피고 모두 항소하면서 제1심판결에서의 이자계산 방법이 잘못되었다는 주장이 없었음에 비추어 항소에 이른 당사자들의 의사는 위와 같은 소액의 계산착오를 이유로 제1심판결을 취소하여 달라는 취지는 아니라고 보이므로, 제1심판결을 취소하여 인용금액을 다시 정하지 아니하고 원고와 피고의 항소를 모두 기각하면서 위 계산착오에 대하여 주문을 경정하기로 한다.

따라서 쌍방의 항소를 기각하는 이상 주문의 금액을 경정하더라도 그 지연손해금에 대하여는 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 범위를 여전히 제1심판결 선고일인 2017. 11. 15.까지라고 보아 이 날까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송 촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 인정하기로 한다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 받아들이고, 원고의 나머지 청구는 기각하여야 한다. 제1심판결은 위와 같이 계산착오를 바로잡는 이외에는 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고와 피고의 항소를 모두 기각하기로 하고, 피고의 가지급물반환신청은 이유 없어 기각하되, 제1심판결의 주문 제1항의 "388,123,454원"은 "388,190,291원"의 오키임이 명백하므로 이를 경정한다.

재판장판사이범균

판사진현민

판사김대현

별지

1) 원고는 제1심판결 중 원고 패소부분의 취소를 구하면서 동시에 제1심 청구취지 기재와 같은 판결을 구하고 있으므로, 항소취지를 위와 같이 선택한다.

2) 해지통보 도달일이다.

3) $823,447,890\text{원} \times 12/17 = 581,257,334\text{원}$ (원 미만 버림, 이하 같다)이나 피고 계산에 따른다.

4) 이는 원고가 인정한 기성고 2,039,131,900원(= 1회차 기성금 900,623,000원 + 2회차 기성금 613,730,000원 + 타절기성금 524,778,000원)보다 143,864,173원 더 많은 금액이다.

5) = $101,111,046\text{원} (= 592,881,171\text{원} - 491,770,125\text{원}) - 101,110,050\text{원}$

6) 서울보증보험의 상림건설에 대한 구상으로 인해 상림건설이 원고에 대하여 가지는 부당이득반환청구권 대위행사에 대한 부분은 제외하고 계산한 주장이다.

7) 아래에서 보는 바와 같이 원고가 압류 경합을 이유로 한 공탁금, 하자보수보증금 등 상림건설의 각종 미납금에 대하여는 피고의 부당이득반환채권의 성립이 인정되지만, 이는 피고의 보증비율인 12/17에 해당하는 금액에 한하고, 이를 넘어서서 서울보증보험의 보증비율인 5/17에 해당하는 부분(서울보증보험의 구상으로 인해 상림건설이 원고에 대하여 가지는 부당이득반환청구권) 대위행사 주장에 대하여는 대위행사의 요건을 충족하지 않아 피고의 주장을 받아들일 수 없다.

8) 갑 제10호증(공탁서) 중 공탁원인 법령 조항은 민법 제478조 후단의 오기로 보인다.

9) = 원금 $212,256,840\text{원} \times (1\text{년} + 280\text{일}/365\text{일}) \times 0.06$

10) 피고가 부당이득반환청구권의 범위로 생각하여 주장한 금액(491,771,121원)과 실제 인정되는 액수(234,761,880원)가 다른 앞서 본 바와 같으므로, 인정되는 금액 범위 내에서 상계의 의사표시를 한 것으로 본다.

11) = 원금 $592,881,171\text{원} \times (3\text{년} + 251\text{일}/365\text{일}) \times 0.06$

12) 제1심판결에서는 지연손해금을 이보다 66,837원 적은 131,114,213원으로 계산하였고 그

계산근거는 명확하지 않으나, 이는 명백한 계산착오로 보인다.

$$13) = (234,761,880\text{원} + 101,110,050\text{원}) - 131,181,050\text{원}$$