

서 울 고 등 법 원

제 6 민 사 부

판 결

사 건	2020나2014350 보증금 청구의 소
원고, 피항소인	J (변경 전: A연구소)
	소송대리인 변호사 정영선, 조민희
피고, 항소인	B조합
	소송대리인 법무법인 (유한) 대륙아주
	담당변호사 조광현
피고보조참가인	C 주식회사
	소송대리인 법무법인 제이앤씨
	담당변호사 정성영
제 1 심 판 결	서울중앙지방법원 2015. 6. 3. 선고 2015가합515122 판결
환송전 판결	서울고등법원 2016. 4. 1. 선고 2015나2033166 판결
환 송 판 결	대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다218379 판결
변 론 종 결	2020. 9. 23.
판 결 선 고	2020. 10. 28.

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
피고는 원고에게 1,139,623,686원 및 그중 100,000,000원에 대하여는 2014. 8. 1.부터, 1,039,623,686원에 대하여는 2015. 1. 6.부터 2020. 10. 28.까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 가지급물반환신청에 따라, 원고는 피고에게 403,143,684원 및 이에 대하여 2015. 6. 11.부터 2020. 10. 28.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
4. 소송 총비용(가지급물반환신청 비용 포함) 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분의 20%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 보조참가로 인한 비용의 20%는 원고가, 나머지는 피고보조참가인이 각 부담한다.
5. 제3항은 가집행할 수 있다.

청구취지, 항소취지 및 가지급물반환 신청취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 1,442,061,928원 및 그 중 100,000,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터, 1,342,061,928원에 대하여는 이 사건 2014. 12. 31.자 청구취지 변경신청서 부분 송달 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

3. 가지급물반환 신청취지

주문 제3항과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 도급계약의 체결

원고의 전신인 D연구원은 2011. 8. 12. 피고보조참가인과 사이에 다음과 같이 피고 보조참가인에게 공사를 도급하는 내용의 공사계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다(이후 아래 제2항에서 보는 바와 같이 원고가 K법에 의하여 설립되면서 D연구원의 공사계약상 지위를 승계하였으므로, 이하 원고를 도급인으로 표시한다).

1) 공사명 : E 건설공사

2) 공사장소 : 제주시 F 전면 해상 1km 앞 수심 16m 지점

3) 공사기간 : 2011. 8. 18.부터 2012. 8. 17.까지(2013. 4. 18.까지로 변경)

4) 계약금액 : 7,222,224,250원

나. 선급금 정산규정

이 사건 도급계약은, 선급금의 지급을 관련법령 등에서 달리 규정하는 경우를 제외하고는 기획재정부 회계예규인 정부 입찰·계약 집행기준(2011. 5. 13. 기획재정부 계약예규 제2200.04-159-18호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 집행기준'이라 한다) 제9장에 따르도록 하고 있고(공사계약특수조건 제6조), 이 사건 집행기준 제36조(이하 '이 사건 정산규정'이라 한다)는 "선급금은 기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다 '선

급금정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가상당액 / 계약금액)'의 방식에 의하여 산출한 선급금정산액 이상을 정산하여야 한다"고 정하고 있다.

다. 원고의 선급금 지급 및 피고의 보증

1) 원고는 피고보조참가인에게 이 사건 도급계약에 의한 선급금으로 2011. 8. 말경 2,166,000,000원, 2012. 1.경 2,888,000,000원을 각 지급하였고, 그 무렵 피고보조참가인은 위 각 선급금에 관하여 피고로부터 보증금액 2,317,324,000원 및 3,203,301,000원으로 된 각 선급금보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 위 각 선급금보증서에 첨부된 약관 제3조에는 '보증금액을 한도로 주계약이 정하는 바에 따라 보증채권자에게 반환하여야 할 선급금 해당액(계약자가 이행한 공사에 관한 미지급 기성대금이 있는 경우 이를 공제한 금액)을 피고가 보증한다'고 기재되어 있다.

2) 또한 피고보조참가인은 피고로부터 공사이행보증서(보증금액 2,888,889,700원)를 발급받아 원고에게 교부하였다.

라. 제1회 기성대금의 정산 및 보증금액의 조정 등

1) 원고는 2012. 10. 26. 피고보조참가인의 시공부분에 관하여 제1회 기성검사 후 기성검사액을 4,794,900,000원으로 확정 한 후, 그중 3,356,430,000원은 선급금정산액으로 충당하고, 나머지 1,438,470,000원은 피고보조참가인에게 지급하였다.

2) 피고보조참가인은 2012. 10. 30. 피고로부터 보증금액을 1,785,750,801원으로 감액한 선급금보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다. 위 선급금보증서의 선급금액 란에는 1,697,570,000원이라고 기재되어 있는데, 이는 2011. 8. 말경 및 2012. 1.경 교부된 각 선급금보증서의 선급금액 란에 기재된 금액 합계 5,054,000,000원(2,166,000,000원 + 2,888,000,000원)에서 위와 같이 제1회 기성대금에 충당된 선급금정산액 3,356,430,000원을 공제한 액수이다.

마. 추가 보증 등

1) 피고보조참가인은 이 사건 도급계약에서 정한 공사기간인 2013. 4. 18.까지 공사를 완료하지 못하였다.

2) 피고보조참가인은 2013. 6. 3. 피고로부터 보증금액을 1,803,052,801원으로 증액하고 보증기간을 2013. 6. 17.로 연장한 선급금보증서를 발급받았고, 이와 함께 보증금액 42,137,000원으로 된 추가보증서도 발급받아, 위 각 보증서를 원고에게 교부하였다. 위 각 보증서에는 이 사건 도급계약의 계약금액이 모두 7,222,224,250원으로 기재되어 있다.

바. 이 사건 도급계약의 계약금액 증액 등

1) 한편 원고는 2013. 2.경 피고보조참가인과 이 사건 도급계약의 계약금액을 7,935,000,000원으로 증액하였다.

2) 그리고 원고는 2013. 6. 3. 피고보조참가인의 시공부분에 관하여 제2회 기성검사 후 기성검사액을 876,000,000원으로 확정된 후, 위 나항 기재 산식에서 '기성부분의 대가상당액'에 제2회 기성검사액과 제1회 기성검사액을 합한 금액을 적용하고 '계약금액'에 증액된 위 계약금액을 적용하여 선급금정산액을 계산한 뒤, 그 계산결과에서 제1회 선급금정산액 3,356,430,000원을 공제한 나머지 255,508,072원을 제2회 선급금정산액으로 정하여, 제2회 기성검사액 876,000,000원에서 위 255,508,072원을 공제한 나머지 620,491,928원을 피고보조참가인에게 지급하였다.

사. 공사 타절

1) 피고보조참가인은 2013. 11. 6. 원고에게 기상악화를 이유로 공사 중단을 요청하였다. 원고는 감리단의 타당성 검토 결과 피고보조참가인이 이 사건 공사를 진행하는 것이 부적절하다고 판단하고 2013. 11. 19. 피고에게 공사이행보증을 청구하였다.

2) 원고는 공종별 시공물량을 기준으로 시공부분의 물량을 대비하여 정산하는 방식의 감리단의 타절정산을 거쳐 2014. 1. 28. 피고에게 '계약금액 7,222,224,250원, 공사금액 8,291,505,341원(물가상승분, 인허가조건 등에 의한 설계변경 등), 타절기성금액 6,864,109,650원, 선급금 5,054,000,000원, 1차 기성지급 1,438,470,000원, 2차 기성지급 620,491,928원, 금회 기성금액 1,193,209,650원'의 타절 내역 통보 공문(갑 제21호증의 2)을 보냈다.

3) 원고는 2014. 5. 12. 피고에게 미정산 선급금 1,442,061,928원(= 선급금 5,054,000,000원 - 선급금정산액 3,611,938,072원)에서 추가로 공제할 미지급 기성대금이 존재하지 아니하므로 위 미정산 선급금 1,442,061,928원 및 그 이자 168,336,037원을 선급금반환보증금으로 지급을 요구한다는 내용의 선급금반환보증금 청구의 공문을 보냈다. 이에 대하여 피고는 2014. 6. 2. 위 2014. 1. 28.자 타절 통보 당시 금회 기성금액으로 기재되어 있던 1,193,209,650원이 타절에 따른 미지급 기성대금에 해당하고, 이를 미정산 선급금 1,139,623,680원에서 공제하면 더 이상 반환할 선급금이 남아 있지 않다는 취지로 답변을 하였다.

아. 잔여 공사의 시행

1) 원고는 동절기 중의 안전사고 방지를 위하여 피고보조참가인이 중단한 이 사건 공사 중 케이슨 속 채움 및 사설항로표지 점검공사를 긴급히 시행할 필요가 있어 2013. 11. 29. 공사이행보증 청구에 따라 피고보조참가인의 의무를 이양받은 피고에게 협조를 요청하였다. 피고는 2013. 12. 6. 긴급공사 진행에 동의하였고, 이에 원고는 2013. 12. 17. G 주식회사와 케이슨 모래투입 긴급공사계약을 체결하고 2014. 4. 10.경 준공정산금 521,500,000원을 지급하였으며, 2014. 1. 20. H 주식회사와 계약금액

33,250,000원으로 한 사설항로표지 위탁관리 용역계약을 체결하였다.

2) 원고는 중도타절에 따른 잔여공사에 관한 입찰을 공고하고, 낙찰자가 된 I 주식회사와 2014. 4. 1. 공사기간 2014. 4. 15.부터 2014. 7. 15.까지, 계약금액 3,079,000,000원으로 하는 잔여공사계약을 체결하였다. 위 잔여공사는 기존 설계도서를 준용하여 이를 기초로 작성된 착공내역서에 따라 시공이 이루어졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 17, 21호증, 을 제1, 3호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 당사자표시정정 신청의 적법 여부

원고가 이 사건 소를 제기하면서 원고의 표시를 'A연구소'로 하였다가 환송 전 당심에서 이를 'J'으로 정정하였는바, 이러한 당사자표시정정신청이 당사자의 동일성을 해하는 것으로 허용되지 않는지 여부에 관하여 살펴본다.

당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실 등 소장 전체의 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하며, 소장에 표시된 원고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는 소장 전체의 취지를 합리적으로 해석한 결과 인정되는 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것은 허용된다(대법원 1999. 11. 26. 선고 98다19950 판결 등 참조).

그런데 앞서 본 제1항의 기초사실과 갑 제1, 2, 4, 6, 7 내지 14호증(가지번호 포함)의 각 기재 내지 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 전신인 D연구원이 도급인으로서 2011. 8. 12. 수급인인 피고보조참가인과 사이에 이 사건 도급계약을 체결한 사실, 그 후 K법(2011. 12. 31. 법률 L로 제정되어 2012. 7. 1.부터 시행된 것, 이하 같

다)에 의하여 법인격 있는 재단인 J이 설립되었고, 위와 같이 설립된 J이 위 법률 시행 당시 D연구원에 속하는 부설기관 등의 모든 재산과 권리·의무를 포괄 승계한 사실(위 법률 부칙 제5 내지 제8조 참조), 이후 J이 이 사건 도급계약의 도급인으로서 피고보조 참가인과 피고에게 공사 중지나 보증금 청구 등을 한 사실, M연구소는 해양플랜트 엔지니어링 기술 등을 연구하기 위하여 J의 분원 형태로 존재하다가 2013. 10. 28. J의 이사회 결의를 거쳐 2014. 1. 1. J의 부설연구소(소장 N)로 설립된 사실, 그 후 2014. 2. 5. J의 법인등기부에 '2013. 10. 28. 지배인을 N으로 하는 J의 분사무소[M연구소, 대전 유성구 O]가 설치되었다'는 내용의 법인등기가 마쳐진 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 원고의 부설연구소인 M연구소는 해양플랜트 엔지니어링 기술 등을 연구하기 위하여 법인격 있는 재단인 원고 내에 설치된 내부기관으로 보일 뿐, 원고와 별도로 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 원고로부터 독립하여 사회적 활동을 하는 조직체로서의 실체를 갖추었다고 보기 어렵다(M연구소가 원고의 분사무소로 설치되면서 인적·물적 조직 내지 회계에서 일부 독자성을 인정받았다고 하여 달리 볼 것은 아니다).

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고가 종전의 원고 표시를 'M연구소'로 하였다가 당사자표시정정신청서 제출을 통하여 'J'으로 정정한 것은, 원고의 내부기관으로서 당사자능력이 없는 M연구소를 원고로 잘못 표시하였다가 법인격 있는 재단으로서 당사자능력이 있는 원고로 정정한 것으로 보아야 한다.

결국, 원고의 당초 표시와 정정된 표시는 당사자의 동일성이 인정되는 범위 내에 있으므로 위 표시의 정정은 허용된다고 보아야 한다.

3. 당사자들의 주장 및 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고의 주장 요지

가) 원고가 피고보조참가인에게 이 사건 도급계약에 따라 선급금 5,054,000,000 원을 지급하였는데, 이후 선급금 반환 사유가 발생하였다. 이 사건 도급계약 선급금반환채무를 보증한 피고는 피고보조참가인의 원고에 대한 미정산 선급금의 반환채무를 지급할 의무가 있다.

나) 구체적인 선급금반환채무의 범위는 다음과 같다. 이 사건 정산규정 중 '기성부분의 대가상당액'은 누적 기성액, '계약금액'은 변경된 계약금액으로 해석하여야 하므로, 선급금정산액은 3,611,938,072원[= 선급금 5,054,000,000원 $\times$ (제1, 2회 누적 기성액 5,670,900,000원 / 변경 계약금액 7,935,000,000원)]이 된다. 따라서 피고가 지급하여야 할 미정산 선급금은 1,442,061,928원(= 선급금 5,054,000,000원 - 선급금정산액 3,611,938,072원)이다.

다) 설령 이 사건 정산규정의 '기성부분의 대가상당액' 및 '계약금액'을 모두 당해 기성부분 대가 지급시를 기준으로 한 금액으로 해석하여야 한다고 보더라도, 제2회 선급금정산액 산정 시 이 사건 정산규정의 '선급금액'과 '계약금액'은 모두 정산 당시의 각 잔액으로 해석하여야 하므로 제2회 선급금정산액은 473,574,511원[= 제2회 정산 당시 선급금액 잔액 1,697,570,000원¹⁾ $\times$ (제2회 기성액 876,000,000원 / 제2회 정산 당시 계약금액 잔액 3,140,100,000원²⁾)]이 된다. 따라서 피고가 지급하여야 할 미정산 선급금은 적어도 1,223,995,489원[= 선급금 5,054,000,000원 - (제1회 선급금정산액

1) = 선급금 5,054,000,000원 - 1회 선급금정산액 3,356,430,000원

2) = 변경 공사금액 7,935,000,000원 - 1회 기성액 4,794,900,000원

3,356,430,000원 + 제2회 선급금정산액 473,574,511원)]이다.

라) 한편 원고가 타절 후 투입한 긴급공사비와 잔여공사비를 고려한 기성고 비율 65.39%를 적용하면 기성대금은 5,421,467,205원인데, 이는 원고가 직접 지급하거나 선급금정산액으로 충당된 금액 합계 5,670,900,000원³⁾ 또는 5,888,966,439원⁴⁾에 미치지 못하므로 미정산 선급금에서 공제될 미지급 기성대금은 존재하지 아니한다.

마) 따라서 피고는 원고에게 미정산 선급금 1,442,061,928원(적어도 1,223,995,489원)을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 주장 요지

가) 이 사건 정산규정 중 '기성부분의 대가상당액'을 원고 주장과 같이 누적 기성액으로 해석하여서는 아니 되고, 당해 기성액으로 해석하여야 하므로, 제2회 선급금정산액은 557,946,314원[= 선급금 5,054,000,000원 × (제2회 기성액 876,000,000원 / 변경 계약금액 7,935,000,000원)]이 된다.

따라서 선급금정산액은 원고와 피고보조참가인 사이에 이미 정산 완료된 제1회 선급금정산액 3,356,430,000원에 위와 같이 계산한 제2회 선급금정산액을 합한 3,914,376,314원 이므로, 미정산 선급금은 1,139,623,686원(= 선급금 5,054,000,000원 - 선급금정산액 3,914,376,314원)이다.

나) 한편 원고는 타절 시점에서 잔여 기성대금을 1,193,209,650원으로 확인한 바 있고, 관련소송에서 기성고 비율을 81.8%로 인정한 바 있다. 원고 주장과 같이 타절 후 투입한 긴급공사비와 잔여공사비를 고려하여 재산정한 기성고 비율 65.39%를 적용하여 잔여 기성대금을 다시 산정하여서는 아니 된다.

3) = 제1회 기성지급액 1,438,470,000원 + 제2회 기성지급액 620,491,928원 + 누적 선급금정산액 3,611,938,072원

4) = 제1회 기성지급액 1,438,470,000원 + 제2회 기성지급액 620,491,928원 + 제1회 선급금정산액 3,356,430,000원 및 제2회 선급금정산액 473,574,511원

다) 결국, 잔여 기성대금인 1,193,209,650원을 미정산 선급금에서 공제하면 피고가 원고에게 지급할 선급금이 더 이상 남지 않게 된다.

나. 판단

1) 선급금의 정산방식

가) 공사도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급하는 선급금의 반환에 관하여 수급인이 보증계약을 체결한 경우, 보증금 지급사유의 발생 및 범위는 당해 보증의 대상이 된 공사도급계약의 내용에 따라 판단하여야 한다. 따라서 선급금의 정산방식에 관한 공사도급계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 특히 공사도급계약의 종료에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선급금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로, 위와 같은 선급금의 정산방식에 관한 공사도급계약을 해석함에 있어 그들의 이해관계를 고려하여 신중을 기하여야 한다.

나) 위 법리를 앞서 본 기초사실에 비추어 보면, 다음과 같은 이유로 이 사건 정산규정에서 정한 산식 중 '기성부분의 대가상당액' 및 '계약금액'은 모두 당해 기성부분 대가 지급시를 기준으로 한 금액만을 의미하고, 이전 기성부분의 대가상당액을 누적하여 합산할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다. 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

① 이 사건 정산규정의 모두에 위치한 '기성부분 또는 기납부분의 대가 지급시마다'라는 문구는 위 규정 중 마지막의 '정산하여야 한다' 부분뿐만 아니라, 중간 부분의 해당

산식 부분도 수식하는 것으로 해석하는 것이 문언의 통상적인 의미와 구조에 부합한다.

② 이 사건 집행기준 제34조는 이 사건 정산규정과 같은 장 내에서 위 규정 앞에 위치하고 있는데, 제1항은 계약상대자로 하여금 선급금에 관하여 증권 또는 보증서를 제출하게 하여야 한다고 정하고 있고, 제3항은 위와 같이 채권확보조치를 하는 경우 이 사건 정산규정에 의하여 정산하였을 때에는 계약상대자의 요청에 의하여 당해 선급금 잔액(선급금액에서 이 사건 정산규정에 의한 선급금정산액을 공제한 금액을 말한다)을 기준으로 채권확보조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 사건 집행기준은 선급금 정산 이후 도급계약금액이 변동되었을 경우 선급금잔액이나 채권확보조치의 변동에 관하여는 정하고 있지 않다. 따라서 선급금정산금은 정산 당시의 도급계약금액을 기준으로 하고 이로써 당해 선급금 정산은 완료된다고 보아야 한다.

특히 원고와 피고보조참가인 사이에 제1회 선급금정산액을 3,356,430,000원으로 한 선급금 정산이 이미 완료되고 선급금잔액을 기준으로 보증금액 조정까지 마쳐졌음은 앞서 기초사실에서 본 바와 같기도 하다.

③ 도급인은 선급금 반환사유가 발생한 경우 선급금 보증을 통하여 선급금을 비교적 안정적으로 회수할 수 있는 반면, 선급금 보증인은 지급된 선급금에서 선급금정산액을 공제한 액수에 관하여 반환채무를 보증하므로, 선급금정산액수가 작아지면 보증책임의 범위가 늘어나게 된다. 이와 같이 이 사건 정산규정은 선급금 보증인의 이해관계에 큰 영향을 미친다고 볼 수 있고, 위 규정은 해당 산식에 의하여 산출한 선급금정산액을 의무적 최소정산액으로 정하고 있다. 그런데 도급계약금액이 증액되는 경우 증액된 도급계약금액을 기준으로 이전 기성부분의 대가상당액을 누적 합산하여 재정산할 수 있다고 해석하게 되면, 정산완료 이후에 발생한 사정을 이유로 이 사건 정산규정에서 정

한 최소정산액 이하로 소급정산하는 결과가 되므로 이전 기성부분에 대한 선급금정산금에 관하여는 이 사건 정산규정이 실질적으로 무의미하게 되고, 선급금 보증인은 예상하지 못한 불이익을 입게 된다.

④ 이는 이전 선급금 정산 이후 당해 선급금잔액을 기준으로 보증금액 조정을 마친 경우 더욱 그러하다. 앞서 본 선급금보증약관의 규정이나 선급금 보증의 일반 법리에 비추어, B조합에 의한 선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증책임의 유무 및 범위는 계약 체결 당시의 도급계약을 기준으로 판단하여야 한다. 그러므로 보증금액이 조정된 후 도급인이 수급인과 선급금을 정산함에 있어 이미 정산이 완료된 선급금에 대하여까지 증액된 도급계약금액을 적용하기로 함으로써 B조합의 보증책임이 가중되는 결과가 초래된다면 적어도 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다13447 판결 등 참조).

다) 원고는, 이 사건 정산규정에서 정한 산식 중 '기성부분의 대가상당액' 및 '계약금액'을 모두 당해 기성부분 대가 지급시를 기준으로 한 금액만을 의미하는 것으로 해석한다고 하더라도, '선급금액' 및 '계약금액'은 모두 정산 당시의 각 잔액으로 해석하여야 한다고 주장하나, 다음과 같은 이유로 원고의 위 주장 역시 받아들이기 어렵다.

① 이 사건 정산규정상 '선급금액' 및 '계약금액'을 각 지급된 '선급금액' 및 계약된 '계약금액' 자체로 해석하는 것이 자연스러울 뿐만 아니라 문언에도 충실한 것으로 타당하다. 위 '선급금액', '계약금액'이라는 문언의 객관적인 의미가 명확하지 아니하다거나 불분명하다고 보기 어렵고, 오히려 이 사건 정산규정의 문언과 달리 '선급금액 잔액' 및 '계약금액 잔액'이라고 해석하는 것은 문언의 통상적인 의미를 지나치게 벗어난 확장 해석으로 보일 뿐이다.

② 또한 상고심으로부터 사건을 환송 받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고 법원이 파기 이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여 환송 후의 심리과정에서 새로운 주장이나 증거가 제출되어 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하는 한 이에 기속을 받는다고 할 것인데(대법원 1997. 2. 28. 선고 95다49233 판결), 이 사건 환송판결은 선급금의 정산방식에 관하여 '제2회 기성검사액만을 증액된 도급계약금액으로 나누어 선급금정산액을 산정하였어야 한다'고 판단하였는바, 환송 후 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않은 이 사건에서, 환송 후 당심으로서 이 사건 환송판결의 위와 같은 판단과 배치되게 판단할 수 없다('증액된 도급계약금액'을 기준으로 선급금정산액을 산정하여야 한다는 이 사건 환송판결의 판단이 '선급금액 잔액' 및 '증액된 도급계약금액의 잔액'을 전제로 한 것이라고 보기 어렵다).

③ 원고는, 선급금이 그 성격상 전체 공사와 관련하여 기성부분의 대가 지급시마다 안분 정산되어야 하는데, 이 사건 정산규정의 '선급금액' 및 '계약금액'을 각 정산 당시의 각 잔액으로 해석하지 아니하면 이 사건 도급계약과 같이 계약금액이 변경된 경우 선급금이 전체 공사기간에 걸쳐 고르게 정산되지 아니하는 결과가 초래될 수 있어 부당하다는 취지이다. 그러나 원고가 위 주장의 근거로서 들고 있는 가상 사례는 변경 계약금액 대비 당해 기성대금의 비율이 50% 이상인 극히 드문 경우인바 이 사건 정산 규정의 '선급금액' 및 '계약금액'을 각 정산 당시의 각 잔액으로 해석하여야 할 합리적인 사유로 들 수 없다. 더욱이 당초 지급된 선급금은 변경 계약금액이 아니라 당초 계약금액을 전제로 지급되었던 것이므로, 원고가 상정하는 가상 사례에서 이 사건 정산 규정의 '선급금액' 및 '계약금액'을 정산 당시의 각 잔액이 아닌 전액으로 하여 선급금

정산액을 산정한 결과 선급금이 당초 계약금액에만 충당된다고 하더라도 이를 부당하다고 볼 수도 없다.

2) 미정산 선급금

원고와 피고보조참가인 사이에 제1회 선급금정산액을 3,356,430,000원으로 한 선급금 정산이 이미 완료되었음은 기초사실에서 본 바와 같다. 또한 앞서 본 선급금의 정산방식에 의하면 제2회 선급금정산액은 557,946,314원[= 선급금액 5,054,000,000원 × (제2회 기성액 876,000,000원 / 변경 계약금액 7,935,000,000원)]이다. 그러므로 선급금정산액은 3,914,376,314원(= 제1회 3,356,430,000원 + 제2회 557,946,314원)으로, 미정산 선급금은 1,139,623,686원(= 선급금 5,054,000,000원 - 선급금정산액 3,914,376,314원)]이다.

3) 미지급 기성대금의 공제 여부

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 다음과 같이 일부 고쳐 쓰는 외에는 제1심판결 이유 해당 부분(제5면 아래에서 7행부터 제7면 아래에서 5행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

[고쳐 쓰는 부분]

○ 제1심 판결문 제7면 7~10행 "원고가 지급한 공사대금 ... 미지급 기성대금은 존재하지 아니한다"를 "원고가 직접 지급하거나 선급금정산액으로 충당된 금액 합계 5,973,338,242원(= 제1회 기성지급액 1,438,470,000원 + 제2회 기성지급액 620,491,928원 + 선급금정산액 3,914,376,314원)에 미치지 못하므로 미정산 선급금에서 공제될 미지급 기성대금은 존재하지 아니한다"로 고쳐 쓴다.

○ 제1심 판결문 제7면 11~17행[4. 나. 3)의 나)항]을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『나) ① 원고가 2014. 1. 28. 타절 내역 통보 시 금회 기성금액으로 1,193,209,650원 이라고 기재한 것은 미시공 부분의 완성에 소요될 공사비를 고려하여야 하는 기성고 비율에 의한 기성대금 산정의 법리를 적용하지 않고 단순히 계약물량 대비 시공물량 기준으로 산정한 완성 부분 공사비에서 기지급 공사대금을 공제하여 나온 금액을 적은 것에 불과하다고 보이고, 감리단이 공정률을 81.8%로 파악한 것도 같은 이유가 작용하였다고 여겨지는 점, ② 원고가 피고의 타절 요청에 따라 2014. 1. 28. 피고에게 '계약 금액 7,222,224,250원, 공사금액 8,291,505,341원(물가상승분, 인허가조건 등에 의한 설계변경 등), 타절 기성금액 6,864,109,650원, 선급금 5,054,000,000원, 1차 기성지급 1,438,470,000원, 2차 기성지급 620,491,928원, 금회 기성금액 1,193,209,650원'으로 한 타절 내역을 통보하였을 당시 원고와 시공사인 피고보조참가인 사이에 기성고, 지체상금, 선급금 정산 등에 관한 합의가 성립되지 아니하였고, 이에 따라 원고가 2014. 2. 14. 피고에게 '현재 타절에 따른 기성금, 지체상금, 선급금 등 정산방안을 수급인인 피고보조참가인과 논의 중인 상황으로 선급금 보증 관련 사항은 계약당사자간의 협의 및 정산처리 결과에 따라 보증청구 여부가 결정될 예정'이라고 통보(갑 제24호증)하여 원고와 시공사인 피고보조참가인 사이에 기성고 즉 미지급 기성대금 등에 관한 합의가 이루어지지 못한 상태에 있고 그 합의 결과에 따라 피고에게 선급금 보증을 청구할 수 있음을 통보한 점, ③ 피고가 타절 협의 과정에 있던 2014. 3. 6. 원고에게 공사이행보증금 2,888,889,700원을 지급한 사실은 있으나, 이는 공사이행보증책임의 이행을 위한 것으로서(하자담보의무, 선급금반환채무는 보증의 대상이 아니다. 갑 제10호증의 2, 공사이행보증약관 제1조 제2항 제2호 참조) 선급금반환채무와는 관련이 없는 점 등에 비추어 보면, 제출된 증거들만으로는 원고가 피고에게 타절 내역 통보 시 금회 기성금액

으로 기재한 1,193,209,650원을 확정적인 기성 공사대금을 의미하는 것으로 인정하기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.』

다. 소결론

따라서 피고는 선급금보증계약의 이행으로 원고에게 미정산 선급금 1,139,623,686원 및 그중 이 사건 소장에서 청구한 100,000,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달 다음날인 2014. 8. 1.부터, 이 사건 2014. 12. 31.자 청구취지 변경신청서를 통하여 확장 청구금액인 1,039,623,686원에 대하여는 위 청구취지 변경신청서 부분 송달 다음날인 2015. 1. 6.부터 이 판결 선고일인 2020. 10. 28.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 피고의 가지급금반환 신청에 관한 판단

가. 제1심판결 중 피고에 대하여 위 인정한 돈을 초과하여 지급을 명한 부분은 부당하므로 취소되어야 하고, 그 부분에 대한 제1심의 가집행선고도 이 판결의 선고로 인하여 실효된다. 그리고 가집행선고에 기하여 이미 지급된 것은 가집행선고가 실효됨에 따라 반환되어야 한다.

을 제6호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 가집행선고부 제1심판결에 기하여 2015. 6. 11. 원고에게 1,574,776,288원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

따라서 이 법원이 인용하는 금액을 기초로 가지급금 지급일인 위 2015. 6. 11. 당시 원고가 지급받아야 할 원리금을 계산하면 원금 1,139,623,686원과 지연손해금 32,008,918원(= 100,000,000원 $\times$ 315⁵⁾ / 365 $\times$ 6% + 1,039,623,686원 $\times$ 157⁶⁾ / 365

× 6%)을 합한 1,171,632,604원이고, 피고가 원고에게 지급한 가지급금 1,574,776,288원에서 위 1,171,632,604원을 공제하면 그 차액은 403,143,684원이 된다. 따라서 원고는 가지급물의 반환으로 피고에게 403,143,684원 및 이에 대하여 가지급물 수령일인 2015. 6. 11.부터 원고가 가지급물반환의무의 존재나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 10. 28.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 이에 대하여 원고는 이 사건의 상고심에서 환송판결이 선고된 때 비로소 가집행 선고부 제1심판결에 기하여 피고로부터 수령한 돈이 그 법률상 원인 없음을 알게 된 것이므로 그때부터 악의의 수익자로서 이익반환의 책임을 부담한다고 주장한다.

그러나 가집행선고부 판결에 기한 집행의 효력은 확정적인 것이 아니고 후일 상소심에서 본안판결 또는 가집행선고가 취소·변경될 것을 해제조건으로 하는 것이므로, 가집행선고에 의하여 집행을 하였다고 하더라도 후일 본안판결의 일부 또는 전부가 실효되면 이전의 가집행선고부 판결에 기하여는 집행을 할 수 없는 것으로 확정되고, 추후 상소심에서 본안판결이 바뀌게 되면 가집행채권자는 가집행의 선고에 따라 지급받은 물건을 돌려줄 것과 가집행으로 말미암은 손해 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해를 배상할 의무를 부담하게 된다. 그런데 이 원상회복 및 손해배상의무는 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 나온 것으로서 그 가집행으로 인하여 지급된 것이 금전이라면 특단의 사정이 없는 한 가집행채권자는 그 지급된 금원과 그 지급된 금원에 대하여 지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손

5) 2014. 8. 1. ~ 2015. 6. 11.

6) 2015. 1. 6. ~ 2015. 6. 11.

해금을 지급하여야 한다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104130 판결, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다52073,52080 판결, 대법원 2017. 12. 28. 선고 2015다19896 판결 등 참조). 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 이와 달리 제1심판결 중 위 인정 금액을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분은 부당하므로 이를 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 항소는 이유 없으므로 이를 기각하고, 피고의 가지급물반환신청은 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김종기

 판사 방응환

 판사 이양희