

서울고등법원 2021. 5. 26 선고 2020나2010907 판결 [계약보증금 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2021. 5. 26 선고 2020나2010907 판결

서울중앙지방법원 2020. 1. 9 선고 2016가합561351 판결

전 문

원고, 항소인 겸 부대피항소인A 주식회사의 소송수계인 회생채무자 A 주식회사의 관리인 B의

소송수계인 회생채무자 A 주식회사의 관리인 C의 소송수계인 A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 박철규, 이승섭

피고, 피항소인 겸 부대항소인E조합

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 이종순

변론 종결2021. 4. 14.

판결 선고2021. 5. 26.

제1심판결서울중앙지방법원 2020. 1. 9. 선고 2016가합561351 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.

피고는 제1심 공동피고 주식회사 D와 공동하여 원고에게 62,631,930원 및 이에 대하여 2013. 9.

16.부터 2021. 5. 26.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소, 피고의 부대항소 및 가집급물반환신청을 모두 기각한다.

3. 소송총비용 중 80%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 가집급물반환신청비용은 피고가 부담한다.

4. 제1항의 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

청구취지, 항소취지, 부대항소취지 및 가집급물반환신청취지

1. 청구취지

피고는 제1심 공동피고 주식회사 D와 공동하여 원고에게 1,406,040,000원 및 이에 대하여 2013.

9. 16.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 제1심

공동피고 주식회사 D와 공동하여 원고에게 361,561,930원 및 이에 대하여 2013. 9. 16.부터

2016. 11. 2.까지 연 6%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 부대항소취지

제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

4. 가집급물반환신청취지

원고는 피고에게 122,489,984원 및 이에 대하여 2020. 1. 23.부터 이 사건 판결 선고일까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

이 부분에 적을 판결 이유는 아래와 같이 고쳐 적는 것 외에는 제1심 판결 이유 중 '1. 기초 사실' 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

○ 제1심 판결문 10면 마지막 행부터 11면 2행까지를 다음과 같이 고쳐 적는다.

『F은 2013. 11. 14. 제1심 공동피고 주식회사 D에 흡수합병되어 해산하였고, 제1심 공동피고 주식회사 D는 F의 권리·의무를 포괄적으로 승계하였다(이하 F과 그의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 제1심 공동피고 주식회사 D를 통칭하여 'D'라 한다).』

2. 주장 및 판단

이 부분에 적을 판결 이유는 아래와 같이 추가하거나 고쳐 적는 것 외에는 제1심 판결 이유 중 해당 부분(제1심 판결문 11면 7행부터 28면 9행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

○ 제1심 판결문 중 이 부분에 적힌 "피고 회사"를 "D"로, "피고 조합"을 "피고"로, "증인"을 "제1심 증인"으로 고쳐 적는다.

○ 제1심 판결문 13면 19행부터 14면 4행까지를 다음과 같이 고쳐 적는다.

『다) 나아가 설령 피고의 보증금 지급책임이 인정된다 하더라도, 원고는 G 공사에 관한 공사대금 중 519,760,672원, 거제시 공사에 관한 공사대금 중 142,400,000원을 D에 지급하지 않았으므로, 피고는 민법 제434조에 따라 주채무자인 D의 원고에 대한 잔여 공사대금채권 662,160,672원(= 519,760,672원 + 142,400,000원)으로 원고의 D에 대한 손해배상채권과 상계한다.』

○ 제1심 판결문 23면 2행의 "볼 수 없다." 다음에 아래 내용을 추가한다.

『을 제28호증의 기재에 의하면, 원고는 애초 철근·콘크리트공사업 면허를 가진 D에 대하여 '지하차도 구조물공사'를 대금 1,673,100,000원에, 비계구조물해체공사업 면허를 가진 M에 대하여 '지하차도 가시설공사'를 대금 2,011,900,000원에 각 하도급한 사실을 인정할 수 있는바, 위 각 하도급공사의 규모에 비추어 보아도 D가 M을 승계하여 시공한 '지하차도 가시설공사'를 '지하차도 구조물공사'의 부대공사로 보기는 어렵다.』

○ 제1심 판결문 26면 11행부터 28면 9행까지를 다음과 같이 고쳐 적는다.

『② 거제시 공사에 관한 잔여 공사대금채권

㉞ D의 원고에 대한 잔여 공사대금채권 인정 여부

앞서 든 증거, 갑 제18호증, 을 제18호증의 각 기재에 의하면, ㉠ 원고가 거제시 공사의 각 하도급계약을 해지할 당시 D의 기성고에 따라 산정된 공사대금이 5,325,360,180원[= 지하차도 구조물공사(이하 '제1공사'라 한다) 1,864,760,180원 + 토공 및 구조물공사(이하 '제2공사'라 한다) 3,460,600,000원]인 사실, ㉡ D가 제1공사 및 제2공사에 관하여 원고 또는 거제시 공사의 발주자인 대한민국 산하 부산지방국토관리청으로부터 지급받은 공사대금이 합계 5,146,718,250원인 사실을 인정할 수 있다. 그리고 ㉢ 피고는 부산지방국토관리청이 2013. 6. 20. 거제시 공사의 잔여 공사대금 중 36,241,930원을 공탁한 사실을 자인하고 있다.

이러한 사실관계에 의하면, D는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 잔여 공사대금채권

142,400,000원(= 5,325,360,180원 ~ 5,146,718,250원 ~ 36,241,930원)을 가진다고 볼 수 있다(한편 D의 위 잔여 공사대금 142,400,000원 중 제1공사의 잔여 공사대금이 26,400,000원, 제2공사의 잔여 공사대금이 116,000,000원인 사실은 원고와 피고가 명백히 다투지 않거나, 을 제32호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의해 이를 인정할 수 있다).

㉣ 원고의 회생계획안 확정에 따른 D의 잔여 공사대금채권 소멸 여부

원고는 우선, D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권 142,400,000원이 원고의 회생계획안 확정에 따라 소멸하였다고 주장한다.

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제119조 제1항은 '쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는

관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다'고 규정하고, 제179조 제1항 제7호는 '제119조 제1항의 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권'을 공익채권으로 규정하고 있다. 위 규정이 적용되려면 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 않아야 한다. 미이행 쌍무계약에서 관리인이 채무이행을 하는 경우 상대방이 가진 청구권을 공익채권으로 규정한 것은 관리인이 상대방의 이행을 청구하려고 하는 경우에는 회사의 계약상 채무도 이를 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하도록 하는 데 그 뜻이 있다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다16305 판결 참조). 그런데 도급계약은 수급인의 일의 완성의무와 도급인의 대금지급의무가 상호 대가관계에 있는 계약으로서 채무자회생법 제119조 제1항에서 말하는 쌍무계약에 해당하고, 공사도급계약에서 기성고에 따라 대금을 지급받기로 하는 약정이 있다고 하더라도 수급인이 완성해야 하는 공사는 원칙적으로 불가분이므로(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결 참조), 공사도급계약에서 정한 공사가 일부 이루어졌고 그 기성공사 부분에 대하여 수급인에게 대금청구권이 발생한 경우에도, 전체 공사가 끝나지 않았다면 그 기성공사 부분을 따로 떼어내 그 부분에 대한 수급인의 채무가 이행 완료되었다고 할 수 없다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다3512, 3529 판결 참조).

또한, 채무자회생법 제119조 제1항에 의하면, 관리인은 쌍방미이행 쌍무계약에 대하여 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 계약을 해제 또는 해지할 수 없고, 관리인이 더 이상 계약을 해제 또는 해지할 수 없게 된 이상 이행의 선택을 한 것으로 보아야 하므로, 상대방이 갖는 청구권은 제179조 제1항 제7호에 의하여 공익채권에 해당하게 된다(대법원 2012. 10. 11.자 2010마122 결정 참조).

한편 공익채권을 단순히 회생채권으로 신고하여 회생채권자표 등에 기재된다고 하더라도 공익채권의 성질이 회생채권으로 변경된다고 볼 수 없고, 또한 공익채권자가 자신의 채권을 회생채권으로 신고한 것만 가지고 바로 공익채권자가 자신의 채권을 회생채권으로 취급하는 것에 대하여 명시적으로 동의를 하였다거나 공익채권자로서의 지위를 포기한 것으로 볼 수도 없다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다3512, 3529 판결 참조).

그런데 갑 제59호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ㉠ 원고에 대한 회생절차가 2012. 5. 10.

개시된 후, 회생계획안이 2012. 9. 5. 확정된 사실, ⑥ D의 원고에 대한 잔여 공사대금채권 중 142,400,000원은 위 회생계획안 <별표3-12> '회생채권 상거래채무 시인된 총 채권액' 항목에 포함된 사실, ⑦ D의 위 잔여 공사대금채권 중 105,376,000원은 위 회생계획안 <별표3-13> '회생채권 상거래채무의 권리변경 및 변제할 채권액' 항목 중 '출자전환' 대상으로, 나머지 37,024,000원은 '권리변경 후 변제할 채권'으로 각 기재된 사실이 인정된다.

그러나 다른 한편 원고와 피고 사이에 다툼이 없거나, 앞서 든 증거, 갑 제18, 37, 39호증, 을 제18호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의해 인정·추론할 수 있는 다음 사실 및 사정, ㉠ 거제시 공사의 각 하도급계약은 계약의 내용, 급부의 성질 등에 비추어 쌍무계약인 도급계약의 성질을 가짐이 분명한 점, ㉡ D는 거제시 공사 관련 잔여 공사대금채권을 회생채권으로 신고한 적이 없는 점, ㉢ 아래에서 보는 것처럼 원고, D가 거제시 공사의 발주자인 대한민국과 체결한 하도급대금 직접지급 합의에 따라 대한민국 산하 부산지방국토관리청이 D의 계좌에 하도급대금을 직접지급하는 방법으로 기성금이 지급되었는데, 부산지방국토관리청은 원고에 대한 회생절차가 개시된 이후에도 2013. 6. 7.까지 D에 지속적으로 하도급대금을 지급하였고, 원고 역시 회생절차개시 이후 D에 공사대금을 지급한 사실을 인정하고 있는 점, ㉣ 원고는 회생계획안 심리를 위한 관리인집회가 2012. 9. 25. 열린 이후인 2013. 9. 5. 거제시 공사의 각 하도급계약을 해지한다는 내용증명을 발송한 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 회생절차에서 관리인은 거제시 공사의 각 하도급계약을 해제 또는 해지하지 않고 D의 채무이행을 청구하는 것을 선택한 것으로 봄이 상당하다.

그렇다면, D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권은 '채무자회생법 제119조 제1항 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권'으로서 제179조 제1항 제7호가 정한 공익채권에 해당한다고 보아야 한다. 그리고 원고에 대한 확정된 회생계획안에 D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권이 회생채권으로 기재되었다는 사실만으로 그 성질이 공익채권에서 회생채권으로 변경되었다고 볼 수 없다.

따라서 D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권 142,400,000원이 원고의 회생계획안 확정에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

㉤ 하도급대금 직접지급 합의에 따른 D의 잔여 공사대금채권 소멸 여부

원고는 또한, D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권 142,400,000원이 원고, 대한민국, D 사이에 체결된 거제시 공사의 각 하도급대금 직접지급 합의에 따라 소멸하였다고 주장한다.

구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2014. 5. 28. 법률 제12709호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라 한다)에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 발주자에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 수급사업자를 원사업자와 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 발주자는 도급대금채무의 범위에서 수급사업자에 대한 직접지급의무를 부담하고[하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '하도급법 시행령'이라 한다) 제9조 제3항], 이와 동시에 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금채권과 발주자의 원사업자에 대한 도급대금채무가 소멸한다(하도급법 제14조 제2항). 하도급법 제14조 제1항에 따르면, 같은 항 제2호('발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때')에 해당하는 경우에는 수급사업자가 직접지급을 요청하지 않아도 같은 조 제1항, 제4항, 하도급법 시행령 제9조 제3항이 정한 범위에서 직접지급청구권이 발생한다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결 참조). 그리고 위 각 규정의 내용을 종합하여 보면, 하도급법 제14조 제1항에 따른 발주자의 수급사업자에 대한 직접지급의무의 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).

그런데 앞서 든 증거, 갑 제 58호증, 갑 제60호증의 2, 갑 제64호증의 7, 을 제18, 19, 32, 33호증의 각 기재에 의하면, ㉠ 거제시 공사의 발주자인 대한민국, 원사업자인 원고, 수급사업자인 D는 2011. 3.경과 2012. 2.경 그중 제2공사에 관하여, 같은 해 4.경 제1공사에 관하여 각각 D가 시공한 부분의 하도급대금을 대한민국이 직접지급하기로 하는 내용의 각 하도급대금 직접지급 합의를 한 사실, ㉡ 대한민국과 원고 사이의 원도급계약상 공사대금은 제1공사 해당 부분이 2,322,100,000원, 제2공사 해당 부분이 3,272,500,000원인 사실을 인정할 수 있다. 그리고 ㉢ D가 시공한 제1공사의 기성고 공사대금이 1,864,760,180원, 제2공사의 기성고 공사대금이 3,460,600,000원인 사실, ㉣ D의 위

잔여 공사대금 142,400,000원 중 제1공사의 잔여 공사대금이 26,400,000원, 제2공사의 잔여 공사대금이 116,000,000원인 사실은 앞서 인정하였다.

이러한 사실관계에 의하면, 거제시 공사 중 제1공사에 관하여 발주자인 대한민국은 그 하도급대금 직접지급 합의에 따라 D에 잔여 공사대금 26,400,000원을 지급해야 하고, 따라서 원고의 D에 대한 제1공사 관련 잔여 공사대금채무는 하도급법 제14조 제2항에 따라 소멸한 것으로 간주된다.

반면 제2공사에 관하여 발주자인 대한민국은 해당 부분의 원도급계약 공사대금인 3,272,500,000원의 범위 내에서 하도급대금의 직접지급의무를 부담하는데, D가 시공한 기성고 공사대금이 이 금액을 188,100,000원 초과하는 3,460,600,000원이고, D가 지급받지 못한 잔여 공사대금은 116,000,000원이므로, 결국 대한민국은 직접지급의 범위를 초과하는 D의 제2공사 관련 잔여 공사대금에 대하여는 지급의무를 부담하지 않으며, 그 잔여 공사대금은 원고가 D에 이를 지급할 의무를 부담한다고 보아야 한다.

이에 관해 원고는, 대한민국과 원고 사이의 제1공사와 제2공사 원도급계약상 공사대금 합계액 5,594,600,000원(= 2,322,100,000원 + 3,272,500,000원)이 D가 시공한 제1공사와 제2공사의 기성고 공사대금 합계액 5,325,360,180원(= 1,864,760,180원 + 3,460,600,000원)을 초과하므로, 대한민국은 D의 위 잔여 공사대금 142,400,000원 전액(또는 예비적으로 40,701,930원¹⁾)에 대해 직접지급의무가 있다고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거, 갑 제6, 7호증, 을 제19호증의 각 기재에 의하면, ㉠ 원고와 D는 제1공사 및 제2공사를 구분하여 각 하도급계약 및 변경계약을 체결한 사실(각 하도급계약의 계약일, 공사명, 공사기간, 계약금액, 대금 지급방법, 하자보수보증금률이 모두 다르다), ㉢ 각 하도급대금 직접지급 합의도 제1공사에 대한 것과 제2공사에 대한 것으로 구분하여 체결된 사실, ㉡ 원고가 부산지방국토관리청에 보낸 공문(을 제32호증)에도 D의 잔여 공사대금 내역이 제1공사와 제2공사별로 구분되어 있는 사실, ㉣ 부산지방국토관리청도 D에 보낸 공문(을 제19호증)을 통해 각 하도급대금 직접지급 합의의 내용에 관해 '발주자가 원사업자에게 지급할 당해 공종의 공사대금 범위 내에서 수급사업자가 시공한 부분에 대해 발주자가 직접 지급하도록 되어 있다'고 설명한 다음, '제2공사에 관한 원도급계약상 공사대금을 초과한 188,100,000원²⁾은 발주자의 직접지급 범위를

벗어난다'는 의사를 표시한 사실을 인정할 수 있는바, 여기에 이 사안을 원고가 제1공사 및 제2공사를 각각 별개의 수급사업자에게 하도급한 경우와 달리 보아야 할 별다른 근거를 찾을 수 없는 점을 더하여 보면, 대한민국의 하도급대금 직접지급의무는 제1공사와 제2공사 해당 각 원도급계약상 공사대금의 범위 내에서 인정하는 것이 타당하다. 원고의 이 부분 주장을 받아들일 수 없다.

한편 피고는, 제1공사 관련 하도급대금 직접지급 합의에 따라 원고의 D에 대한 잔여 공사대금채무가 소멸하는 26,400,000원에 관하여, 그 하도급대금 직접지급 합의는 건설산업기본법 제35조 제2항에 따라 이루어진 것이므로, D가 대한민국으로부터 위 하도급대금을 직접 지급받은 경우에 한하여만 원고의 D에 대한 위 잔여 공사대금채무가 소멸한다고 다룬다.

앞서 든 증거에 의하면, 제1공사 관련 하도급대금 직접지급 합의서에 건설산업기본법 제35조 제2항이 근거규정으로 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있기는 하다. 그러나 하도급법 제34조는 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」, 「전기공사업법」, 「건설산업기본법」, 「정보통신공사업법」이 이 법에 어긋나는 경우에는 이 법에 따른다'고 규정하고 있으므로, 건설산업기본법상 하도급 관련 규정은 하도급법이 적용되지 않는 경우에만 적용할 수 있다. 그런데 원고와 D가 하도급법이 정한 원사업자와 수급사업자 관계에 있음은 원고와 피고 사이에 다툼이 없는바, 비록 위 하도급대금 직접지급 합의서에 '건설산업기본법 제35조 제2항'이 표시되어 있기는 하지만, ① 해당 부분에는 '건설산업기본법 제35조 제2항에 따라 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접지급하기로 합의한다'는 문구가 기재되어 있을 뿐, '건설산업기본법 제35조 제3항에 따라 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접지급한 경우 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무가 소멸한다'는 내용까지 기재되어 있지는 않은 점, ② 대한민국, 원고, D가 2011. 3.경 작성한 제2공사 관련 하도급대금 직접지급 합의서에는 그 근거규정으로 건설산업기본법 제35조와 하도급법 제14조가 함께 기재되어 있는 점 등의 사정에 비추어, 대한민국, 원고, D가 제1공사 관련 하도급대금 직접지급 합의를 하면서 원고의 D에 대한 하도급대금 지급채무의 소멸 요건에 관해 하도급법 제14조 제2항의 적용을 배제하고 건설산업기본법 제35조 제3항에 따라 D가 대한민국으로부터 하도급대금을 직접지급받은 경우에 한하여만 원고의 D에 대한 하도급대금 지급채무가 소멸하는 것으로 약정하였다고 보기는 어려우므로, 원고의 D에 대한 위 잔여 공사대금채무의 소멸은 하도급법

제34조, 제14조 제2항에 따라 그 하도급대금 직접지급 합의가 이루어진 때 그 효력이 발생한다고 봄이 타당하다. 피고의 이 부분 주장을 받아들일 수 없다.

피고는 또한, 대한민국이 D에 직접지급해야 할 하도급대금(142,400,000원으로 주장하나, 앞서 원고의 D에 대한 잔여 공사대금채무가 소멸하는 것으로 본 26,400,000원에 한하여 살펴본다)을 원고가 회생절차를 빌미로 대한민국으로부터 수령하였으므로, D는 원고에 대해 그 금액 상당의 부당이득 반환채권을 가진다고 주장한다.

그러나 설령 피고의 주장처럼 D가 대한민국으로부터 직접지급받아야 하는 하도급대금을 원고가 대한민국으로부터 수령하였다고 하더라도, 달리 D의 대한민국에 대한 하도급대금 직접지급 청구권이 소멸한다고 인정할 만한 사정을 찾을 수 없어, D는 여전히 대한민국에 하도급대금의 직접지급을 청구할 수 있는 지위에 있다고 보아야 하므로, 위와 같은 사정을 들어 D가 원고에 대해 위와 같은 부당이득 반환채권을 가진다고 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장을 받아들일 수 없다.

그렇다면, D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권 중 26,400,000원은 제1공사 하도급대금 직접지급 합의에 의해 소멸했다고 보아야 한다. 원고의 재항변은 위 인정 범위에서 이유 있고, 결국 피고의 이 부분 상계항변은 원고에게 지급의무가 남아 있는 D의 잔여 공사대금 116,000,000원 범위 내에서 이유 있다.

(나) 상계의 계산

D가 이 사건 각 하도급계약에 관하여 원고에게 잔여 공사대금 합계 635,760,672원(= G 공사에 관한 잔여 공사대금 519,760,672원 + 거제시 공사에 관한 잔여 공사대금 116,000,000원)의 채권을 가지고 있음은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 각 보증계약에 따라 주채무자인 D의 채무를 보증한 피고는 민법 제434조에 의해 D가 원고에 대하여 가지는 위 잔여 공사대금채권에 기한 상계로 원고에게 대항할 수 있다.

D의 원고에 대한 위 잔여 공사대금채권을 자동채권으로 하여 원고의 손해배상채권과 상계한다는 의사표시가 담긴 피고의 2017. 4. 10.자 준비서면이 같은 날 원고에게 송달되었으므로, 위 각 채권은 상계적상일인 2013. 9. 5. 소급하여 대등액에서 소멸하였다. 이 사건 각 보증계약에 따른 원고의 D에 대한 손해배상채권은 151,179,328원(= 786,940,000원 ~ 635,760,672원)이 남게 된다.

3) 소결론

피고는 D와 공동하여 원고에게 이 사건 각 보증계약에 따른 보증금 151,179,328원 및 그중 제1심에서 인용된 88,547,398원3)에 대하여 이 사건 각 보증계약 제4조 제1항에 따라 원고의 보증금 지급청구일 다음날부터 5일이 경과한 다음날인 2013. 9. 16.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2020. 1. 9.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%, 이 법원에서 추가로 인용된 62,631,930원에 대하여 위 2013. 9. 16.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2021. 5. 26.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.』

3. 가지급물반환신청에 관한 판단

피고의 가지급물반환신청은 제1심 판결 중 피고 패소 부분의 취소를 전제로 하는데, 앞서 본 바와 같이 이 법원은 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하지 않아, 제1심 판결의 가집행 선고도 취소되지 않으므로, 피고의 가지급물반환신청은 나머지 점에 관해 더 나아가 살필 것 없이 받아들일 수 없다.

4. 결론

원고의 피고에 대한 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인정하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각해야 한다. 제1심 판결은 이와 결론이 일부 달라 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고, 피고에 대해 이 법원에서 추가로 인용한 돈의 지급을 명한다. 제1심 판결의 나머지 부분은 정당하고, 원고의 나머지 항소와 피고의 부대항소, 가지급물반환신청은 이유 없으므로 이를 모두 기각한다.

재판장판사정경근

판사최은정

판사최항석

1) = 제1공사 원도급계약상 공사대금의 범위 내에 있는 D의 기성 공사대금 1,864,760,180원 +

제2공사 원도급계약상 공사대금 3,272,500,000원 - D가 부산지방국토관리청으로부터
직접지급받은 제1공사 및 제2공사 공사대금 합계 5,096,558,250원(을 제18호증)

2) 앞서 인정한 D의 제2공사 기성고 공사대금 3,460,600,000원과 제2공사 원도급계약상 공사대금
3,272,500,000원의 차액을 지칭하는 것으로 보인다.

3) D의 거제시 공사 잔여 공사대금의 액수가 178,641,930원(= 1,864,760,180원 +
3,460,600,000원 ~ 5,146,718,250원)이었음에도 피고가 178,631,930원으로 잘못 계산하여
상계항변을 한 결과, 제1심에서 88,537,398원이 아닌 88,547,398원이 인용되었다.