

서울고등법원

제 37 민사부

판 결

사 건 2017나2023255 보증금 청구의 소

원고, 피항소인 겸 항소인

한국자산신탁 주식회사

피고, 항소인 겸 피항소인

건설공제조합

피고보조참가인 채무자 타임건설 주식회사의 파산관재인 A

제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2017. 3. 30. 선고 2015가합575988 판결

변 론 종 결 2017. 12. 20.

판 결 선 고 2018. 1. 24.

주 문

1. 제1심판결 중 피고에 대하여 원고에게 296,410,410원 및 그 중 295,000,000원에 대하여 2015. 4. 15.부터 2018. 1. 24.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 원고의 항소와 피고의 나머지 항소를 모두 기각한다.

3. 가. 가지급물 반환신청에 따라, 원고는 피고에게 1,275,901,371원 및 이에 대하여 2017. 4. 13.부터 2018. 1. 24.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 나. 피고의 나머지 가지급물 반환신청을 기각한다.
- 다. 위 가.항은 가집행할 수 있다.
4. 가지급물 반환신청 비용을 포함하여 소송 총비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분의 90%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 보조참가로 인한 비용의 90%는 원고가, 나머지는 피고보조참가인이 각 부담한다.

청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 1,877,800,000원 및 이에 대하여 2015. 4. 9.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 청구취지 기재와 같이 변경한다.

나. 피고

제1심판결 중 피고에 대하여 원고에게 295,000,000원 및 이에 대하여 2015. 4. 23.부터 이 법원 판결 선고일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 취소하고, 그

취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

3. 가지급물 반환 신청취지

원고는 피고에게 1,277,748,219원 및 이에 대하여 2017. 4. 13.부터 이 법원 판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, ① 제1심 판결문 제3면 제3행 중 "하였다" 다음에 "(이하 위 분양형 토지신탁계약을 '이 사건 신탁계약'이라 하고, 위 신탁계약에 따른 승계계약을 '이 사건 승계계약'이라 한다)"를 추가하고, ② 제1심 판결문 제4면 제2행 중 "계약이행보증계약" 다음에 "(이하 '이 사건 계약이행보증계약'이라 한다)"를 추가하며, ③ 제1심 판결문 제4면 제7, 8행 중 "선급금반환보증계약" 다음에 "(이하 '이 사건 선급금반환보증계약'이라 한다)"를 추가하고, ④ 제1심 판결문 제4면 제12행 중 "제9조"를 삭제하며, ⑤ 제1심 판결문 제5면 제1행 중 "계약이행보증금과 선급금반환보증금"을 "계약이행보증금 1,430,000,000원(이하 '이 사건 계약이행보증금'이라 한다)과 선급금반환보증금 중 기성고에 따른 정산액을 공제한 잔액 447,800,000원"으로 고치는 것 외에는 제1심판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 청구원인에 대한 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 공사도급계약은 타임건설의 귀책사유로 2015. 3. 20.

경 적법하게 해지되었으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 계약이행보증계약 및 이 사건 선급금반환보증계약에 따라 합계 1,577,800,000원(= 계약이행보증금 1,430,000,000원 + 선급금반환보증금 447,800,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고 또는 피고보조참가인의 주장에 관한 판단

가. 피고 또는 피고보조참가인의 주장

1) 이 사건 공사도급계약 해지 당시 원고가 타임건설에 지급하지 않은 기성공사대금이 600,600,000원이었고, 또한 원고가 타임건설에 지급하지 않은 공사비 유보금이 982,200,000원에 이르렀는바, 당시의 선급금 잔액 477,800,000원에서 위와 같은 기성공사대금 및 공사비 유보금 합계 1,582,800,000원을 공제하면 타임건설이 반환할 선급금은 존재하지 않으므로, 피고는 원고에게 이 사건 선급금반환보증금을 지급할 의무가 없다(이하 '제1주장'이라 한다).

2) 원고가 타임건설의 공사 중단 직후 풍림산업 주식회사(이하 '풍림산업'이라 한다)와 공사계약을 체결하여 이 사건 건물을 완공하였는데, 풍림산업에 대한 공사대금을 타임건설에 대한 잔여공사대금보다 큰 금액으로 정할만한 사유가 없고, 건물의 준공도 입주예정일보다 9일밖에 지연되지 않았으며 그것도 풍림산업의 귀책사유에 의한 것인바, 타임건설의 공사 중단으로 인하여 원고가 입은 손해는 거의 없으므로, 피고가 부담하여야 할 이 사건 계약이행보증금은 감액되어야 한다(이하 '제2주장'이라 한다).

3) 원고가 2015. 4. 13. 타임건설에 대하여, 원고의 타임건설에 대한 이 사건 계약이행보증금채권과 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권 1,135,000,000원(= 2015. 2.분 기성공사대금 600,600,000원 + 공사비 유보금 982,200,000원 - 선급금 잔

액 447,800,000원, 이하 '미지급 공사대금채권'이라 한다)을 대등액에서 상계한다는 통지를 하였는바, 위와 같은 원고의 상계 의사표시로 타임건설의 원고에 대한 이 사건 계약이행보증금채무 중 위 미지급 공사대금채권에 해당하는 1,135,000,000원이 소멸한 이상, 위 1,135,000,000원의 범위 내에서 타임건설의 이 사건 계약이행보증금채무를 보증한 피고의 보증책임도 소멸하였다. 또한, 피고가 2015. 2. 24. 및 2015. 4. 3. 원고에 대하여 민법 제434조에 따라 주채무자인 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권과 원고의 피고에 대한 이 사건 계약이행보증금채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시를 하였으므로, 원고와 피고 사이에 상계에 대한 의사합치가 있었다고 볼 수도 있다(이하 '제3주장'이라 한다).

나. 제1주장에 관한 판단

1) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 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 것으로서, 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이라는 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 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되고, 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선급금에 관하여 도급인이 반환채권을 가지게 된다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결, 1997. 12. 12. 선고 97다5060 판결 등 참조).

2) 원고가 타임건설에게 지급한 선급금 중 기성공사대금에 충당되지 않고 남은 금액이 447,800,000원인 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제1호증, 을 제5, 8, 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 공사가 중단된 후 원고가 선정한 감리자가 2015. 2. 28. 이 사건 공사의 진행상황을 확인하여 계산한 공정률을 기초로 산정한 2015. 2.분 기성공사대금이 600,600,000원인 점, ② 원고는 이에 따라 2015. 4. 13. 피고의 2015. 2.분 기성공사대금채권이 600,600,000원 이라면서 이를 수동채권으로 하고, 자신의 타임건설에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하였던 점, ③ 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 제2항에 '공사기성금은 착공일로부터 매2개월 단위로 감리자가 작성·확인한 공정확인서를 기준으로 공정률의 범위 내에서 특약사항 제19조에 따라 지급한다'고 규정되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 타임건설의 원고에 대한 2015. 2.분 기성공사대금은 600,600,000원이라고 봄이 타당하다.

3) 따라서 위와 같이 기성공사대금에 충당되지 않고 남은 선급금 477,800,000원은 위 법리에 비추어 타임건설의 2015. 2.분 기성공사대금에 모두 충당되어 소멸하였다고 봄이 타당하고, 이에 따라 피고의 선급금반환 보증의무도 소멸하였다.

다. 제2주장에 관한 판단

1) 도급계약에서 수급인의 귀책사유로 계약이 해제 또는 해지될 경우 그로 인하여 도급인이 입은 손해 중 계약보증금 범위 내의 손해는 계약보증금의 몰취로써 그 배상에 갈음하고, 이를 초과하는 손해가 있으면 그에 대하여 수급인이 손해배상책임을 진다는 약정이 있는 경우, 계약보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지되, 다만 수급인이 배상할 손해액이 이를 초과하는 경우에는 단순한 손해담보로서의 성질을

찾는다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결 참조). 한편, 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 이를 적당히 감액할 수 있는데(민법 제398조 제2항, 제4항 참조), 여기에서 '부당히 과다한 경우'는 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회 관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다. 그리고 위 규정의 적용에 따라 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지 여부 내지 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단할 경우에는, 법원이 구체적으로 그 판단을 하는 때 즉, 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결 등 참조).

2) 원고가 승계한 이 사건 공사도급계약 일반조건 제5조 제1항 및 이 사건 승계계약 제4조에는 '타임건설의 책임 있는 사유로 인하여 계약이 해제 또는 해지되는 경우를 포함하여 타임건설이 공사도급계약 및 승계계약상 의무를 이행하지 않을 경우 계약이행보증금은 원고에게 귀속하며, 해제 또는 해지에 따른 손해배상액이 계약보증금을 초과하는 경우에는 그 초과분에 대한 손해배상을 청구할 수 있다'라고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제19 내지 25호증, 을 제3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 타임건설이 이 사건 공사를 중단함에 따라 미시공된 채 남아 있는 부분에 대한 당초의 공사금액은 4,925,800,000원 상당인 사실, 원고는 2015. 3. 20. 풍림산업과 이 사건 공사 중 위와 같은 미시공 부분 등에 관하여 공사대금은 실비정산 방식으로 하되 구체적인 조건은 추후 협의하고, 공사기간 역시 추후 협의하는 조

건으로 공사계약을 체결하였다가, 2015. 5. 12.경 공사대금을 6,193,000,000원으로 정하
되 실제 공사대금은 소요되는 공사비에 의해 가감하여 최종 정산하고, 이윤은 공사비
가감 여부와 관계없이 500,000,000원으로 하며, 공사기간을 2015. 6. 30.까지로 하는
변경계약을 체결하였고, 그 후 2015. 7. 9.경 이 사건 건물에 대한 준공이 이루어진 사
실, 원고와 풍림산업은 2015. 12.경 위 공사에 따른 공사대금을 6,796,900,000원으로
정산한 사실, 이 사건 건물 공급계약서 제5조 제4항은 '원고가 이 계약서 전문에서 정
한 입주예정 기일(2015. 6.)에 입주를 시키지 못할 경우에는 이미 납부한 대금에서 연
체료율(연 15%)에 의거 분양자에게 지체보상금을 지급하거나 잔여대금에서 공제한다'
고 규정하고 있고, 이에 따라 일부 수분양자들이 원고에게 입주지연에 따른 지체보상
금을 공제하고 난 나머지 잔여대금만을 지급한 사실이 각 인정된다.

3) 위 인정사실에다가 앞서 거시한 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인
정되거나 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 공사도급계약은 타임건설의 귀
책사유로 인하여 해지되었고, 일반적으로 공사계약에 있어서 공사금액의 10% 정도를
계약금으로 정하고 이를 손해배상의 예정액으로 약정함이 거래관행인 점, ② 수급인의
귀책사유로 공사를 시행하지 못하게 되는 경우 원고로서는 새로운 수급인의 선정, 공
사 현장의 수습 등으로 상당한 시간과 노력을 투입하게 되는 점, ③ 그 밖에 원고와
타임건설의 지위, 손해배상액을 예정한 동기, 이 사건 공사도급계약이 해지되게 된 경
위 등을 보태어 보면, 이 사건 계약이행보증금이 부당히 과다하다고 볼 수 없으므로(을
제1호증, 을 제2호증의 1, 2, 을 제6호증의 각 기재를 비롯하여 피고가 제출한 증거들
만으로는 원고가 풍림산업에 위와 같이 당초의 잔여공사 부분에 대한 공사금액보다 큰
금액을 지급한 것이 타임건설의 책임이 아닌 원고나 풍림산업의 책임에 기인한 것이라

고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다), 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

라. 제3주장에 관한 판단

1) 이 사건 계약이행보증계약의 법적 성질

건설산업기본법에 따라 건설공제조합이 조합원으로부터 보증수수료를 받고 조합원이 다른 조합원 또는 제3자와 도급계약을 체결하여 부담하는 계약보증금 지급채무를 보증하는 보증계약은 그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사한 것이고(대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결 등 참조), 보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로, 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 약관의 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이고, 그 성질에 반하지 않는 한 민법의 보증에 관한 규정이 보증보험계약에도 적용된다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2005다37154 전원합의체 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다113667 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건을 살펴보면, 이 사건 계약이행보증계약도 그 성질에 반하지 않는 한 보증채무의 부종성 등 민법의 보증에 관한 규정이 적용된다고 봄이 타당하다.

2) 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지의 효력

갑 제28호증, 을 제5, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 2015. 4. 13. 타임건설에 미지급기성 구상금채권, 대체시공사 추가공사비채권, 입주지연 배상금채권, 신탁계정 대여금채권, 하자보수보증금채권, 선급금반환금채권 및 이 사건 계약이행보증금채권을 자동채권으로 지정하여, 위 순서에 따라¹⁾ 타임건설의 원고에 대한 공사비 유보금, 2015. 2.분 기성 공사대금과 대등액의 범위에서 상계하겠다는 통지를 하였고(이하 '원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지'라고 한다), 2015. 4. 14. 위 통지가 타임건설에 도달한 사실이 인정되는바, 먼저 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지에 의해 타임건설의 원고에 대한 이 사건 계약이행보증금채무가 소멸되었는지 여부에 관하여 본다.

가) 원고의 자동채권

갑 제28호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 타임건설이 원고를 상대로 제기한 공사대금 청구소송(서울고등법원 2016나2086198, 이하 '관련 소송'이라 한다)에서, 원고는 타임건설에 대하여 2015. 3. 14. 이 사건 공사와 관련하여 원고가 타임건설에 대하여 가지는 ① 미지급기성 구상금채권 2,802,245,280원, ② 대체시공사 추가공사비채권 2,351,900,000원, ③ 입주지연 배상금채권 354,003,300원, ④ 신탁계정 대여금채권 4,871,069,100원, ⑤ 하자보수보증금채권 471,900,000원을 자동채권으로, 타임건설의 원고에 대한 공사비 유보금 및 2015. 2.분 기성 공사대금 채권과 대등액의 범위에서 상계하였다는 취지로 주장하였으나, 원고 주장의 위 각 채권이 존재하지 아

1) 상계의 경우에도 민법 제499조에 의하여 민법 제476조, 제477조에 규정된 변제충당의 법리가 준용되어, 여러 개의 자동채권이 있고 수동채권의 원리금이 자동채권의 원리금 합계에 미치지 못하는 경우 우선 자동채권의 채권자가 상계의 대상이 되는 자동채권을 지정할 수 있고, 다음으로 자동채권의 채무자가 이를 지정할 수 있다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다94155 판결 참조).

니한다는 이유로(그 중 대체시공사 추가공사비채권에 관하여는 원고 주장의 추가비용이 이 사건 공사를 마무리하는데 필요한 합리적인 범위 내의 비용이라고 볼 수 없다는 이유로, 입주지연 배상금 채권에 관하여는 타임건설의 공사중단으로 이 사건 공사가 지연되었다고 보기 어렵다는 이유로 위 각 채권의 존재를 인정하지 않았다) 위 상계항변을 배척하는 판결이 선고되었고, 위 판결은 그 무렵 확정된 사실을 인정할 수 있다.

민사재판에 있어서 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 된다고 할 것이므로 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없는바(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다92312 판결), 위 판결에서 위와 같이 인정된 사실을 배척할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없고, 갑 제2, 19 내지 27호증의 각 기재를 비롯하여 원고가 제출한 증거들만으로는 원고 주장의 대체시공사 추가공사비채권 1,871,100,000원, 입주지연 배상금채권 41,463,070원 등이 존재한다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

한편, 앞서 본 바와 같이 선급금 잔액 477,800,000원은 2015. 2.분 미지급 기성공사대금에 모두 충당되어 소멸하였으므로, 결국 원고 주장의 자동채권 중 이 사건 계약이행보증금채권만이 남게 된다.

나) 수동채권

위 인정사실에 의하면, 타임건설의 2015. 2.분 미지급 기성공사대금 600,600,000원 중 선급금 잔액에 충당되고 남은 미지급 공사대금은 122,800,000원이고, 타임건설의 원고에 대한 공사비 유보금 982,200,000원이 남아 있음은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권은 합계 1,135,000,000

원이 남아 있다. 한편, 갑 제28호증의 기재에 의하면, 관련 소송에서 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권의 변제기 도래 여부에 관하여 이 사건 신탁계약에 따라 정산절차가 이루어질 때까지 그 변제기가 유예되고, 정산절차의 실시는 이 사건 신탁계약의 종료를 전제로 하는데, 아직 신탁계약이 종료되지 않았다는 이유로 아직 그 변제기가 도래하지 않았다는 취지의 판결이 선고되었고, 위 판결에서 위와 같이 인정된 사실을 배척할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없으므로 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권은 아직 변제기가 도래하지 않았다고 봄이 타당하나, 수동채권의 변제기가 도래하지 아니하더라도 기한의 이익을 포기하고 상계의 의사표시를 할 수 있으므로(민법 제153조), 타임건설의 원고에 대한 위 미지급 공사대금채권은 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지의 수동채권이 될 수 있다.

다) 상계로 소멸되는 범위

원고의 타임건설에 대한 이 사건 계약이행보증금채권 1,430,000,000원은 원고의 상계 의사표시가 타임건설에 도달한 2015. 4. 14.에 타임건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권 1,135,000,000원과 대등액의 범위에서 소멸하여 원금 295,000,000원 (= 1,430,000,000원 - 1,135,000,000원) 및 아래에서 보는 바와 같이 일부 지연손해금이 남게 된다(원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지에 표시된 원고의 의사에 따라 자동채권의 원금 먼저 소멸한다고 봄이 타당하다).

라) 원고의 주장에 대한 판단

원고는, 자동채권으로 될 수 있는 채권은 상계 의사표시를 하는 자가 상대방에게 가지는 채권이어야 하는데, 타임건설은 원고에게 피고로부터 받은 보증서를 제출하는 방식으로 계약이행보증금을 납부하였는바, 이 사건 계약이행보증금채권의 채

무자는 타임건설이 아닌 피고여서 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지는 상계권 행사의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 계약이행보증계약에는 그 성질에 반하지 않는 한 민법의 보증에 관한 규정이 적용되는데, 원고의 위 주장은 보증의 성격을 갖는 이 사건 계약이행보증계약의 법적 성질에 반하는 주장으로서 이를 받아들일 수 없다.

3) 이 사건 계약이행보증금채권에 관한 피고의 보증책임 소멸

따라서 원고의 타임건설에 대한 이 사건 계약이행보증금채권은 위와 같이 타임건설의 미지급 공사대금채권과 대등액의 범위에서 소멸하였고, 보증채무의 부종성에 따라 피고의 보증책임도 위 범위에서 소멸하였다(피고의 위 주장이 받아들여진 이상, 피고의 나머지 상계 주장에 관하여는 따로 판단하지 않는다).

마. 소결론

그렇다면 피고는 원고에게 이 사건 계약이행보증금 1,430,000,000원에 대하여 원고가 피고에게 계약이행보증금의 지급을 구한 날인 2015. 4. 1.로부터 7일이 경과한 날인 2015. 4. 9.부터 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지가 타임건설에 도달한 2015. 4. 14.까지 상법이 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금 1,410,410원[= 1,430,000,000원 $\times$ 0.06 $\times$ 6(2015. 4. 9.부터 2015. 4. 14.일까지)/365, 계산의 편의상 원미만 버림, 이하 같다]과 원고의 2015. 4. 13.자 상계 통지에 의해 일부 소멸되고 남은 나머지 계약이행보증금 원금 295,000,000원(= 1,430,000,000원 - 1,135,000,000원)의 합계 296,410,410원 및 그 중 원금 295,000,000원에 대하여 위와 같은 상계 다음 날인 2015. 4. 15.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2018. 1. 24.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음

날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(피고는 이 사건 계약이행보증금의 지급을 위해 필요한 조사를 하는데 통상 2주 이상의 시간이 소요되고, 원고가 이 사건 계약이행보증금 등을 청구할 당시인 2015. 4. 1.경에는 계약해지의 적법 여부에 대해 판단하기 곤란한 상황이었으므로 이 사건 계약이행보증금채권의 변제기는 2015. 4. 23.으로 보아야 한다고 주장하나, 피고 주장과 같이 이 사건 계약이행보증금의 지급을 위해 필요한 조사를 하는데 통상 2주 이상의 시간이 소요된다고 볼만한 증거가 없고, 원고와 타임건설 사이에 이 사건 공사도급계약이 적법하게 해지되었는지 여부에 관하여 다툼이 있다고 하더라도, 그것이 이 사건 계약이행보증계약상 보증채무의 이행거절사유가 아닌 이상 그러한 다툼이 있다는 사정만으로 피고의 이 사건 계약이행보증금채무의 이행기가 도래하지 않았다고 볼 수 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다).

4. 가지급물 반환신청에 관한 판단

앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 제1심판결은 이 법원의 판결 선고로써 일부 취소되어야 하므로 제1심판결의 가집행선고도 이 법원 판결의 선고로 인하여 일부 실효된다.

을 제10호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 이 사건 제1심판결 선고 이후 그 가집행 선고에 따라 2017. 4. 13. 원고에게 판결원금 1,430,000,000원 및 이에 대한 지연손해금 177,711,781원 합계 1,607,711,781원을 지급한 사실을 인정할 수 있는데, 원고가 가지급물로서 수령한 1,607,711,781원은 이 법원의 인용금액을 기초로 가지급금의 지급일인 2017. 4. 13.까지의 원리금을 합산한 331,810,410원[= 295,000,000원 + 1,410,410원(= 1,430,000,000원 $\times$ 0.06 $\times$ 6(2015. 4. 9.부터 2015. 4.

14.일까지)/365, 계산의 편의상 원미만 버림} + 35,400,000원(= 295,000,000원 × 0.06 × 730(2015. 4. 15.부터 2017. 4. 13.까지)/365)]을 공제하고도 그 잔액이 1,275,901,371원(= 1,607,711,781원 - 331,810,410원)이 남게 되므로, 원고는 피고에게 1,275,901,371원 및 이에 대하여 위 가지급물 수령일인 2017. 4. 13.부터 원고가 가지급물 반환의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2018. 1. 24.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리 하여 부당하므로, 제1심판결 중 위 인정 범위를 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 원고의 항소와 피고의 나머지 항소는 모두 이유 없으므로 이를 각 기각한다. 또한, 피고의 이 사건 가지급물 반환신청은 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 신청은 이유 없어 이를 기각하기로 한다.

재판장

판사

김종호

판사 한소영

판사 정경근