

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2024다219629 기타(금전)  
원고, 피상고인 주식회사 ○○건설  
소송대리인 법무법인 봄  
담당변호사 김민우 외 1인  
피고, 상고인 건설공제조합  
소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주  
담당변호사 남동환 외 2인  
제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2018가합553880 판결  
환 송 판 결 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다256856 판결  
원 심 판 결 서울고등법원 2024. 1. 19. 선고 2023나2027135 판결  
판 결 선 고 2024. 6. 27.

주 문

1. 원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 588,500,000원에 대한 2018. 8. 31.부터 2024. 1. 19.까지는 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의

각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 부분을 파기하여 그 부분 제1심판결을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

2. 원심판결 중 가지급물반환 신청 부분을 파기한다. 원고는 피고에게 가지급물의 반환으로 136,595,505원 및 이에 대하여 2020. 7. 24.부터 2024. 6. 27.까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고의 나머지 가지급물반환 신청을 기각한다.
3. 나머지 상고를 기각한다.
4. 소송총비용(가지급물반환 신청비용 포함)은 피고가 부담한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 제1, 2 상고이유에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고가 소외 회사의 공사이행 지체 등으로 가까운 장래에 계약이행 보증사고가 발생할 것이 객관적으로 예상되는 시기에 소외 회사에 대한 실질적인 지급보증의 의사도 없이 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금 청구를 주된 목적으로 뒤늦게 공사대금 지급보증을 하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같은 '원사업자가 공사대금 지급보증을 하였음에도 계약이행 보증청구를 허용하지 않는 예외적인 경우'에 관한 법리오해, 이유불비 및 채증법칙 위반의 잘못이 없다.

### 2. 제3 상고이유에 관한 판단

가. 「소송촉진 등에 관한 특례법」(이하 '소송촉진법'이라 한다) 제3조 제2항은 채무자가 그 이행의무의 존재를 선언하는 사실심판결이 선고되기까지 그 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때에는 그 상당한 범위 안에서 제1항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있고, 여기서 채무자가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때란 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁하는 채무자의 주장이 상당한 근거가 있는 것으로 인정되는 때를 가리키는 것으로 해석되는바, 원고의 청구를 인용한 제1심판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 환송 전 원심에서는 피고의 항소가 받아들여져 원고 패소판결이 선고되었는데, 이에 대하여 원고가 상고한 결과 환송 전 원심판결이 파기되어 그 환송 후 원심에서 제1심판결과 같이 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고된 경우에는, 피고의 주장이 환송 전 원심에 의하여 받아들여진 적이 있을 정도였으므로 적어도 그 판결이 파기되기 전까지는 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 근거가 있었다고 보아야 한다 (대법원 2016. 9. 8. 선고 2016다22844 판결 등 참조).

나. 기록에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 원고는 이 사건 소로써 피고에 대하여, ① ㉠ 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금 588,500,000원과 ㉡ 이 사건 제2공사에 관한 계약이행보증금 413,985,000원 및 위 각 돈에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하고, ② 이 사건 각 선급금보증계약에 따른 보증금 중 원고에게 반환되지 아니한 선급금에 해당하는 보증금 203,146,728원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 청구하였다.

2) 이에 대하여 제1심은, 위 ①항 청구 중 '계약이행보증금 합계 1,002,485,000원(= 588,500,000원 + 413,985,000원)' 및 '이에 대한 2018. 8. 31.(소장 부분 송달 다음 날) 부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금' 부분을 인용하고 나머지 청구(지연손해금 일부)를 기각하였고, 위 ②항 청구 중 '선급금보증금 203,146,728원' 및 '이에 대한 2018. 8. 31.부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금' 부분을 인용하고 나머지 청구(지연손해금 일부)를 기각하였다.

3) 제1심판결에 대하여 피고가 항소하였는데, 환송 전 원심은 위 ①의 ㉔항 청구에 관하여, 원고가 이 사건 제1공사에 관한 변경 하도급계약을 체결하고도 그로부터 30일이 지난 뒤에야 그 공사대금의 지급을 보증한 것은 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2016. 12. 20. 법률 제14456호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법'이라 한다) 제13조의2 제1항 본문을 위반한 지급보증이므로 원고는 같은 조 제8항 본문에 따라 피고에게 계약이행보증금을 청구할 수 없다는 이유로 원고의 이 부분 청구를 기각하고, 위 ①의 ㉔항 청구 중 '계약이행보증금 413,985,000원' 및 '이에 대한 2018. 8. 31.부터 2021. 6. 23.(환송 전 원심판결 선고일)까지는 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금' 부분을 인용하고 나머지 청구(지연손해금 일부)를 기각하고, 위 ②항 청구는 제1심판결과 동일한 범위에서 인용하고 나머지 청구(지연손해금 일부)를 기각하고, 제1심판결 중 위 인용금액을 초과하는 피고 패소 부분에 관한 피고의 항소 및 가지급물반환 신청을 인용하고, 피고의 나머지 항소 및 나머지 가지급물반환 신청은 기각하였다.

4) 환송 전 원심판결에 대하여 원고가 상고하였는데, 대법원은 특별한 사정이 없

는 한 원사업자는 구 하도급법 제13조의2 제1항 본문에서 정한 30일의 기간이 지나서도 공사대금 지급보증을 한 다음 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 청구를 할 수 있다는 이유로 환송 전 원심판결 중 원고 패소 부분(위 ①의 ㉔항 청구 부분) 및 가지급물반환 신청에 대한 재판 중 원고 패소 부분을 파기하고, 그 부분 사건을 원심법원으로 환송하였다.

5) 환송 후 원심은 환송판결의 취지에 따라 원고가 구 하도급법 제13조의2 제1항 본문에서 정한 30일의 기간이 지난 뒤에 공사대금 지급보증을 하였더라도 피고에게 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금을 청구할 수 있다고 판단한 다음, 피고의 '이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금의 경우 원사업자가 공사대금 지급보증을 하였음에도 계약이행 보증청구를 허용하지 않는 예외적인 경우에 해당한다.'는 주장도 판시와 같은 이유로 배척하여, 피고의 제1심판결에 대한 항소 및 가지급물반환 신청을 모두 기각하였다.

다. 위와 같은 이 사건 소송 진행상황 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 환송 후 원심판결이 선고되기까지는 피고가 위 ①의 ㉔항 청구 부분, 즉 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금 지급의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 근거가 있었다고 봄이 타당하다. 그럼에도 불구하고 원심은 피고가 제1심판결 선고일까지만 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 보아 피고의 항소를 기각하는 한편, 제1심판결의 피고 패소 부분 중 취소되는 부분이 없다고 보아 피고의 가지급물반환 신청을 기각하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 소송촉진법 제3조 제2항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

가. 따라서 원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 아래 인용범위를 초과하여 지급을 명한 부분을 파기하되, 이 부분 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 의하여 자판하기로 한다.

피고는 원고에게 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금 588,500,000원에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2018. 8. 31.부터 피고가 그 지급의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 근거가 있었다고 인정되는 원심판결 선고일인 2024. 1. 19.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 원고의 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금에 대한 지연손해금 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 제1심판결의 지연손해금에 관한 부분 중 위 인용범위를 넘는 부분은 부당하므로 이를 취소하며, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

나. 아울러 민사소송법 제215조 제1항에 따른 가집행의 원상회복신청은 소송 중의 소의 일종으로서 본안판결이 변경되지 아니하는 것을 해제조건으로 하는 예비적 반소의 성질을 띠므로, 앞서 본 바와 같은 이유로 본안에 관한 원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 일부를 파기하는 이상 원심판결 중 가지급물반환 신청 부분도 파기를 면할 수 없으므로 이를 파기하되, 이 부분 사건도 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 의하여 자판하기로 한다.

기록에 의하면, 피고가 제1심판결의 가집행선고에 기한 가지급물로서 2020. 7. 23. 원고에게 1,507,072,691원을 지급한 사실을 알 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1공사에 관한 계약이행보증금 588,500,000원에 대한 지연손해금 부분에 관한

제1심판결을 위와 같이 변경함에 따라 제1심판결 중 피고 패소 부분이 일부 취소됨으로써, 그 부분에 대한 제1심판결의 가집행선고도 이 판결의 선고로 인하여 실효된다.

따라서 제1심법원에서부터 이 법원에 이르기까지 인용된 금액을 기초로 위 지급일인 2020. 7. 23. 원고가 피고로부터 받아야 할 원리금을 산정하면, 원금 1,205,631,728원(= 588,500,000원 + 413,985,000원 + 203,146,728원) 및 그중 588,500,000원에 대하여 2018. 8. 31.부터 2020. 7. 23.까지 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금 66,953,934원[= 588,500,000원 × 6% × (1 + 328/366), 원 미만 버림, 이하 같다]과 413,985,000원에 대하여 2018. 8. 31.부터 2020. 7. 23.까지 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금 47,099,277원[= 413,985,000원 × 6% × (1 + 328/366)]과 203,146,728원에 대하여 2018. 8. 31.부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그다음 날부터 2020. 7. 23.까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금 50,792,247원[= {203,146,728원 × 15% × 274/365} + {203,146,728원 × 12% × (1 + 53/365)}]을 합한 1,370,477,186원(= 1,205,631,728원 + 66,953,934원 + 47,099,277원 + 50,792,247원)이 되고, 원고가 가지급물로서 수령한 위 1,507,072,691원을 위 원리금의 변제에 충당하면 136,595,505원(= 1,507,072,691원 - 1,370,477,186원)이 남게 되어, 원고는 위 돈을 초과 지급받은 셈이 되므로 그에 해당하는 부분을 피고에게 반환할 의무가 있다.

따라서 원고는 피고에게 가지급물의 반환으로 136,595,505원 및 이에 대하여 가지급물 수령일 다음 날인 2020. 7. 24.부터 원고가 위 가지급물 반환의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2024. 6. 27.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 피고의 가지급물반환 신청은 위 인정범

위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

다. 피고의 나머지 상고를 기각하고, 소송총비용(가지급물반환 신청비용 포함)은 피고가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김상환

                  대법관      이동원

                  대법관      권영준

주    심      대법관      신숙희