

서울고등법원 2015. 9. 9 선고 2014나2002486 판결 [보증금청구]

---

### 재판경과

대법원 2018. 11. 29 선고 2015다240201 판결

서울고등법원 2015. 9. 9 선고 2014나2002486 판결

서울중앙지방법원 2013. 12. 18 선고 2013가합515586 판결

### 전문

원고, 피항소인 겸 항소인

별지 원고들 목록 기재와 같다.

피고, 항소인 겸 피항소인

건△▽×조합

제1심판결 서울중앙지방법원 2013. 12. 18. 선고 2013가합515586 판결

변론종결 2015. 8. 19.

판결선고 2015. 9. 9.

### 주문

1. 원고들과 피고의 항소를 모두 기각한다.

## 2. 항소비용은 각자 부담한다.

### 청 구 취 지 및 항 소 취 지

#### 1. 청구취지

피고는 원고 A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, 이○○○설팅 주식회사에게 1,060,884,000원, 원고 O, P, Q, R, S, T, U, 한□▲설팅 주식회사에게 853,974,000원 및 위 각 금원에 대하여 각 2008. 4. 18.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

#### 2. 항소취지

##### 가. 원고들

제1심 판결을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고 A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, 이○○○설팅 주식회사에게 1,060,884,000원, 원고 O, P, Q, R, S, T, U, 한□▲설팅 주식회사에게 853,974,000원 및 위 각 금원에 대하여 각 2008. 4. 18.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라(원고들은 제1심에서 일부 기각된 지연손해금청구에 대하여 항소하였다).

##### 나. 피고

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

### 이 유

#### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심 판결문 이유 제1의 바.항을 아래와 같이 고쳐쓰고, 제1심 판결문 제15면 제13, 14행을 '【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8, 21, 22, 41, 42, 43, 46, 53, 54호증, 을 제1, 2, 4, 8, 9, 10, 16호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의

취지,로 고쳐 쓰는 외에는 제1심 판결의 이유 제1항(제1심 판결문 제4면 제19행부터 제15면 제14행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

【바. AH은 이 사건 공사를 수행하던 중 2007. 12. 5. 이 사건 각 공사를 중단하였고, 2008. 2. 25. 1차 부도 후 하나캐피탈로부터 추가 대출을 받기 어렵게 되자 2008. 4. 16. 최종 부도처리되었다. 그 이후인 2008. 5. 14. AH에 대하여 수원지방법원 2008회합10호로 회생절차가 개시되어 2011. 7. 20. 종료되었다.

한편 원고들을 대표한 원고 C은 2008. 4. 11. AH의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백함을 이유로 이 사건 각 도급계약 제31조 제1항 제2호에 따라 이 사건 각 도급계약을 해제한다는 내용증명우편을 발송하여 그 무렵 위 내용증명우편이 AH에 도달하였고, Y 역시 2008. 5. 8. 같은 사유를 들어 이 사건 각 도급계약을 해제한다는 내용증명우편을 발송하여 그 무렵 위 내용증명우편이 AH에 도달하였다.】

## 2. 청구원인에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심 판결문 이유 제3의 나.항 부분(제1심 판결문 제18면 제20행부터 제23면 제20행까지)을 아래와 같이 고쳐 쓰는 외에는 제1심 판결문 이유 제3항(제1심 판결문 제16면 제17행부터 제23면 제20행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 【나. 판단

(1) 이 사건 각 보증계약상 보증채무의 발생

(가) 보증사고의 발생 및 그에 대한 원고들의 책임 유무

1) 이 사건 각 보증계약 제1조, 제2조 제2항에 의하면 피고가 이 사건 각 보증계약에 따라 보증책임을 부담하는 보증사고는 AH이 이 사건 각 공사를 수행할 의무를 다하지 아니하는 것이고, 그에 관하여 원고들의 책임 있는 사유가 있는 경우에는 보증사고에도 불구하고 피고의 보증책임을 면제된다 할 것이다. AH이 2007. 12. 5.경 이후로 이 사건 각 공사를 중단하여 이 사건 각 공사를 수행하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 일응 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다 할

것이므로, AH이 이 사건 각 공사를 중단한 책임이 원고에게 있어 피고가 그 부담의 보증책임을 면하는지 여부에 관하여 보기로 한다.

2) 앞서 본 바와 같은 인정사실 및 갑 제5, 6, 9 내지 11호증의 각 기재, 제1심 증인 AJ의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 점, 즉 ① 이 사건 각 도급계약에서 원고들 및 Y가 AH에게 공사 기성고대금을 2개월마다 지급하는 것으로 약정하기는 하였으나, 원고들 및 Y가 그 공사대금을 지급하지 아니하는 경우라도 그 미지급 공사대금에 대하여 지연이자를 가산하거나(제25조), AH이 이를 이유로 이 사건 각 공사를 일시 중지할 수 있도록만 되어 있고(제34조), 공사의 정지기간이 계약서상 공사기간의 100분의 50을 초과하거나 공사의 적정이행이 불가능하다고 명백히 인정되는 때라는 조건이 충족되어야만 AH이 이를 이유로 이 사건 각 도급계약을 해제할 수 있으며(제32조 제1항 제2, 3호), 원고들 및 Y와 AH은 이 사건 각 도급계약의 특약사항으로 기성금의 지급이 일정 비율(전체 공정률 대비 30%)에 미치지 못할 경우 이 사건 사업의 시행권을 AH에게 양도하고, 이 사건 사업과 관련한 권리청구를 포기하는 것으로만 정하고(특약사항 제2조 제4항), AH은 이 사건 사업에 필요한 자금을 대출받는 하나캐피탈과의 관계에서만 책임준공을 약속한 것이 아니라 원고들 및 Y에 대한 관계에서도 책임준공을 약속하였는데(특약사항 제2조 제9항), 이러한 이 사건 각 도급계약의 내용을 보더라도 원고들 및 Y의 공사대금 지급이 AH의 계약이행에 있어 필수적인 요건은 아니었던 것으로 보이는 점, ② 책임준공약의 통상적인 의미는 시공사가 그 공사대금을 지급받지 못하더라도 해당 공사를 끝까지 완공하겠다는 의미로 보아야 하고, 원고들과 AH 사이에 이 사건 각 도급계약의 일반조건에 앞서는 특약사항으로 이러한 약정을 한 이상 그 의미를 피고 주장과 같이 제한하여 해석할 것은 아닌 점, ③ 이 사건 각 도급계약을 체결하면서 AH과 Y는 이 사건 각 건물이 준공된 후 이 사건 각 건물의 건축주들이 분양받은 세대를 제외한 나머지 일반분양분의 분양수입금을 같은 비율로 분배하기로 약정하였고, 이 사건 대출약정을 체결하는 과정에서 AH은 하나캐피탈에게 Y로부터 이 사건 각 공사대금을 지급받지 못하더라도 이 사건 각 공사를 준공하겠다는 내용의 책임준공약정을 하였으며, Y의 대출자금 사용내역에 관하여 AH이 개별적으로 동의를 하여 왔던 사정들을 볼 때, AH은 이 사건 각 건물의 건축주인 원고들로부터 이 사건 각 공사대금을 지급받아 이 사건 각 공사를 수행하고자

하였다기 보다는 금융기관으로부터 대출을 받아 공사비를 충당하거나 자신의 책임하에 이 사건 각 공사를 수행한 후 이 사건 각 건물이 완공되면 그 분양수입금으로 자신의 공사대금을 회수하려 했던 것으로 보이는 점, ④ Y의 부사장으로 재직하였던 AJ는, Y가 이 사건 대출약정을 통해 하나캐피탈로부터 대출받은 85억원이 부지매입대금 및 이주비계약금 등으로 사용됨에 따라 AH의 자금이 부족하게 되었고, 이에 Y가 2007. 6.경 하나은행으로부터 30억원을 대출받아 이를 AH에게 지급하였으며, 2007. 11.경 하나캐피탈에서 20억원을 다시 대출받아 이를 AH에게 지급하려 하였으나, 이 사건 각 공사의 기성률이 낮고, AH의 신용도가 낮아져서 추가대출이 안되었고, 2007. 11.경 AH의 다른 건설현장 도급인인 인●□시아 주식회사의 부도로 AH이 공사대금을 지급받지 못하여 AH의 자금사정이 악화되었으며, 그로 인하여 AH이 이 사건 각 공사를 제대로 진행하지 못하였다는 취지로 증언하고 있는 점, ⑤ AH에 대한 수원지방법원 2008회합10 회생절차개시결정에 따르면 AH이 자금난을 겪게 된 경위는, 무리하게 다수의 프로젝트를 동시에 진행하여 금융비용과 소요 운영경비가 급격하게 증가하면서 자금운영에 어려움을 겪게 되었고, 2005년경 인●□시아 주식회사로부터 AK의 신축공사를 공사금액 208억원에 도급받았는데, 2007. 12.경 발생한 인●□시아 주식회사의 부도로 그 공사대금 중 150억원을 지급받지 못하고, 인●□시아 주식회사의 금융기관 등에 대한 약속어음금 채무 130억원을 대위변제하게 되었기 때문이라는 것인바, 이에 의하면 AH은 단순한 도급공사를 수급하는 이외에도 특정 사업의 시행자로 직접 참여하여 자신의 책임 하에 일부 사업을 추진하여 왔던 것으로 보이고, AH이 부도나고 회생절차가 개시된 직접적인 원인은 원고들 및 Y의 공사대금 미지급이 아니라 위 인●□시아 주식회사의 부도로 봄이 상당한 점, ⑥ AH이 이 사건 각 공사를 중단한 것이 이 사건 각 도급계약 제34조에 의하여 일시적으로는 정당화된다고 하더라도 그 사실만으로 이 사건 각 도급계약 제32조에서 정한 계약해제사유가 발생하였다고 보기는 어렵고, 오히려 AH이 2008. 2. 25. 1차 부도를 내어 하나캐피탈로부터 추가 대출을 받기 어렵게 된 때에 이 사건 각 도급계약 제31조에서 정한 계약해제사유가 먼저 발생하였다고 봄이 상당한 점(한편 AH이 원고들 및 Y의 기성금 미지급을 이유로 이 사건 각 도급계약 일반조건 제32조 제3호에 따라 이 사건 각 도급계약에 대한 해제의 의사표시를 하였음을 인정할 증거도 없다) 등을 종합하여 보면, AH은 원고들 및 Y로부터 이 사건 각 공사대금을 지급받지

못하였다 하더라도 이 사건 각 공사를 수행할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하고 2007. 12. 5.부터 이 사건 공사를 중단하였고, 그 후 2008. 2. 25. 1차 부도를 내어 이 사건 사업을 위한 자금조달이 어렵게 된 때 이후로는 AH 자신의 책임 있는 사유로 이 사건 각 공사를 이행하지 아니한 것이라고 하겠다. 따라서 AH이 이 사건 각 공사를 수행할 의무를 다하지 아니한 데에 원고들의 귀책사유가 있다고 할 수는 없다.

#### (나) 보증채무 발생시기

1) 이 사건 각 도급계약 제4조에 따르면 AH은 계약상의 의무이행을 보증하기 위해 계약보증금을 현금으로 납부하되 건설산업기본법에 의한 공제조합 발행 보증서로 납부할 수 있고, 제5조 제1항은 '제31조 제1항 각 호의 사유로 계약이 해제 또는 해지된 경우 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금은 원고들 및 Y에 귀속한다'고, 제2항은 '원고들 및 Y는 제32조 제1항 각 호의 사유로 계약이 해제 또는 해지되거나 계약의 이행이 완료된 때에는 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금을 지체 없이 AH에게 반환하여야 한다'고 각 규정하고 있으며, 이 사건 각 보증계약 제1조 제1항은 '피고는 계약자가 앞면 기재 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써 그 상대방에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다', 제3조 제1항은 '피고가 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계 법령이 정하는 바에 따라 보증채권자가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 합니다. 다만, 주계약 등에 보증금의 몰수 또는 귀속조항이 없는 경우에는 보증금액을 한도로 하여 보증채권자가 청구하는 금액 중 실제 손해액으로 합니다', 제2항은 '제1항에 규정한 실제 손해액에는 지체상금 약정액은 포함되지 아니합니다'라고 각 규정하고 있으므로, 이 사건 각 도급계약 제31조 제1항 각호의 사유로 이 사건 각 도급계약이 해제 또는 해지된 때에 도급인인 원고들 및 Y에 대한 수급인인 AH의 계약보증금 채무가 발생하고, 이에 따라 주채무자인 AH의 계약보증금 채무에 대한 피고의 보증채무 역시 발생한다 할 것이다.

2) 앞서 본 사실관계에 의하면, 도급인인 원고들과 Y는 2008. 2. 25.경 이 사건 각 도급계약 일반조건 제31조 제2호에 규정된 'AH의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 때'에 해당함을 이유로 이 사건 각 도급계약을 해제할 수 있게 되었다 할 것이고, 원고들을 대표한 원고 C이 2008. 4. 11. 이 사건 각 도급계약 제31조 제1항 제2호에 기하여

이 사건 각 도급계약을 해제한다는 내용증명우편을 발송하여 그 무렵 위 내용증명우편이 AH에 도달하였고, Y 역시 2008. 5. 8. 이 사건 각 도급계약 제31조 제1항 제2호에 기하여 이 사건 각 도급계약을 해제한다는 내용증명우편을 발송하여 그 무렵 위 내용증명우편이 AH에 도달하였다. 그런데 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 하며, 일부의 자만에 의한 또는 일부의 자에 대한 해제의 의사표시만으로는 계약해제의 효력이 발생하지 아니한다(민법 제547조). 다만 이 경우에 있어서도 해지·해제의 의사표시는 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하면 되고, 반드시 공동적으로 동시에 하여야 하는 것은 아니므로 그 의사표시가 개별적으로 때를 달리하여 행하여진 경우에는, 최종적인 의사표시의 도달로 해지·해제의 효력이 생긴다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 각 도급계약의 도급인 중 1인인 Y의 계약해제 의사표시가 담긴 내용증명우편이 AH에 도달한 2008. 5. 8.경 이 사건 각 도급계약은 해제되었다 할 것이다.

3) 결국 원고들이 이 사건 각 보증계약에 따라 피고에게 가지는 계약보증금 채권은 2008. 5. 8.경 발생하였다.

## (2) 보증채무의 범위

(가) 이 사건 각 도급계약 제5조 제1항은 '제31조 제1항 각 호의 사유로 계약이 해제 또는 해지된 경우 제4조의 규정에 의하여 납부된 계약보증금은 원고들 및 Y에 귀속한다'고 규정하고 있고, 이 사건 각 보증계약 제3조 제1항은 '피고가 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계 법령이 정하는 바에 따라 보증채권자가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 합니다. 다만, 주계약 등에 보증금의 몰수 또는 귀속조항이 없는 경우에는 보증금액을 한도로 하여 보증채권자가 청구하는 금액 중 실제 손해액으로 합니다'라고 각 규정하고 있으므로, 이 사건 각 보증계약에 정해진 계약보증금 전액은 원고들에게 귀속되고, 피고는 이 사건 각 보증계약에 따라 계약보증금 전액을 원고들에게 지급할 의무가 있다.

(나) 다만, 원고들이 피고에 대하여 구하는 지연손해금 부분에 관하여 살피건대, 원고들은 피고에게 이 사건 각 보증계약에 따른 보증금에 대하여 2008. 4. 18.부터의 지연손해금을 구하나 이 사건 각 보증계약에 첨부된 보증약관 제7조 제1항은 '보증채권자는 보증사고가 생긴 경우 이를 지체 없이

피고에게 알리고, 보증금 청구 시 보증금청구서와 함께 관련 서류를 제출하여야 한다'는 취지로 규정하고 있고, 제9조는 '피고는 보증금 청구를 받은 경우 보증채권자로부터 손해사정과 관련한 서류를 징구하여 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체 없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급하여 준다'는 취지로 규정하고 있는바, 피고가 보증금 지급에 필요한 결정을 할 수 있는 상당한 기간은 2주(14일)라고 판단되고, 이 사건 각 도급계약이 해제된 2008. 5. 8.경 이후 이 사건 소 제기 전에 원고들이 피고에 대하여 위 보증약관 제7조 제1항의 요건을 갖추어 그 보증금의 지급을 구하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고에게 이 사건 소장 부분 송달일로부터 21일이 되는 날까지의 지연손해금을 구하는 원고들의 주장은 이유 없다.

### (3) 소결

따라서 피고는 이 사건 1 건물의 건축주인 원고 A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, 이○○○설팅 주식회사에게 그 보증금액 1,060,884,000원, 이 사건 2 건물의 건축주인 원고 O, P, Q, R, S, T, U, 한□▲설팅 주식회사에게 그 보증금액인 853,974,000원 및 위 각 금원에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일로부터 21일이 지난 2013. 5. 22. 부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 제1심 판결 선고일인 2013. 12. 18.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송 촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.】

## 3. 피고의 주장에 관한 판단

가. 이 사건 합의 및 이 사건 화해권고결정에 따른 손해배상포기 및 소멸 주장

(1) 피고는, 원고들이 AH과의 이 사건 합의를 통하여 관련 소송에서 분쟁을 해결하기로 하였고, 관련 소송은 원고들이 AH에게 65억원을 지급하는 내용의 이 사건 화해권고결정으로 확정되었으며, 이 사건 화해권고결정은 원고들의 AH에 대한 지체상금 및 손해배상금, AH의 원고들에 대한 공사대금 및 지연이자 등 이 사건 각 공사에서 정산되어야 할 요소들이 모두 고려된 것이므로, 이 사건

화해권고결정 이후로 AH의 책임준공의무는 더 이상 존재하지 아니하고, 부종성의 원칙상 피고의 보증채무 또한 존재하지 아니한다고 주장한다.

그러나 제1항에서 인정한 바와 같이 원고들은 관련 소송에서 AH를 상대로 이 사건 각 보증계약의 보증사고에서 제외된 지체상금의 지급을 구하였을 뿐이므로, 원고들이 이 사건 합의 및 화해권고결정을 통해 AH과의 사이에서 정산함으로써 포기하거나 소멸한 권리는 위 지체상금채권에 한정되고, 관련 소송에서 소송물이 되지 아니한 지체상금채권 이외의 손해배상채권은 여전히 남아있다고 할 것이다. 따라서 피고가 원고들에게 이 사건 1, 2보증계약에 따라 부담하는 보증금지급채무가 소멸하였음을 전제로 하는 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이에 대하여 피고는, 가사 이 사건 합의 및 화해권고결정을 통해 AH과의 사이에서 정산함으로써 포기하거나 소멸하는 권리가 지체상금채권에 한정된다 하더라도, 원고들이 이 사건 각 도급계약 제5조 제1항에 따라 계약보증금을 귀속시키기 위하여는 지체상금채권 이외에 AH의 귀책사유로 이 사건 각 도급계약이 해제됨으로써 원고들이 입은 별도의 손해가 인정되어야 할 것인데 이 사건 각 공사의 지체로 인한 손해 외에 원고들이 어떠한 손해를 입었다고 할 수 없다. 따라서 원고들은 이 사건 각 도급계약 제5조 제1항에 따라 계약보증금을 귀속시킬 수 없다는 취지로 주장한다.

그러나 도급계약서에 수급인의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에는 계약보증금이 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 계약보증금은 위약벌이거나 적어도 손해배상액의 예정이라 할 것이고, 손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서 그 목적은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결하는 것 외에 채무자에게 심리적으로 경고를 줌으로써 채무이행을 확보하려는 데에 있으므로, 채무자가 실제로 손해발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 입증하더라도 채무자는 그 예정액의 지급을 면할 수 없다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46906 판결 등 참조). 이러한 법리에 더하여 갑 제1, 2, 45호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 각 도급계약 제27조에는 또다른 손해배상액의 예정인 지체상금약정이 규정되어 있는 사실, AH이 설계도면과 달리 이 사건 각 건물

신축공사를 함으로써 원고들이 재시공비용 등 상당한 손해를 입은 사실을 인정할 수 있다. 따라서 피고의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

#### 나. 손해배상예정액의 감액 주장

피고는, 이 사건 각 도급계약 제5조 제1항에 따라 원고들에게 귀속되는 계약보증금은 손해배상액의 예정인바, 원고들에게 이미 포기된 지체상금 상당액의 손해 외에 다른 일반적인 손해가 발생하였다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보증금액은 적정한 범위 내로 감액되어야 한다고 주장한다. 그러나 AH의 귀책사유로 이 사건 각 도급계약이 해제됨으로써 원고들이 지체상금 상당액의 손해 외에 다른 일반적인 손해를 입었음은 앞서 본 바와 같을 뿐만 아니라, 법원이 손해배상의 예정액이 부당히 과다하다 하여 감액하려면 채권자와 채무자의 경제적 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 당시의 거래 관행과 경제상태 등을 참작한 결과 손해배상예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃은 결과를 초래한다고 인정되는 경우라야 할 것인바(대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719), 제1항에서 인정한 바와 같은 이 사건 각 도급계약 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 계약보증금의 액수, 당시의 거래 관행이나 경제상태 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 도급계약에서 정해진 계약보증금액이 부당히 과하다고 할 수는 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### 다. AH의 공사대금채권에 의한 상계 주장

##### (1) 피고의 주장 요지

피고는 AH의 원고들에 대한 계약보증금채무를 보증한 보증인의 지위에서 주채무자인 AH의 원고들에 대한 공사대금채권을 자동채권으로 하고 원고들의 AH에 대한 계약보증금채권을 수동채권으로 하여 민법 제434조에 따라 상계할 수 있다. 이에 피고는 2008. 4. 18. 원고들에 대하여 AH의 원고들에 대한 공사대금채권을 자동채권으로 하여 원고들의 AH에 대한 계약보증금채권과 상계하였다. 이러한 상계의사표시에 따라 주채무자인 AH의 원고들에 대한 계약보증금채무가 소멸한

이상 보증채무의 부종성에 따라 이 사건 각 보증계약에 의하여 피고가 원고들에 대하여 부담하는 계약보증금 보증채무 역시 소멸하였다.

## (2) 판단

(가) 을 제15호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 피고가 2008. 4. 18. 원고들에게 AH의 보증인으로서 AH의 원고들에 대한 공사대금채권과 원고들의 AH에 대한 계약보증금채권을 대등액에서 상계한다는 취지의 내용증명우편을 발송하여 그 무렵 원고들에게 위 내용증명우편이 도달한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 상계는 상계적상에 있는 양채권의 당사자 일방이 상대방에 대하여 하는 상계의 의사표시에 의하여 비로소 효력이 발생하는 것이고, 상계적상에 있다고 하기 위해서는 적어도 상계자가 피상계자에 대하여 가지는 채권(자동채권)과 피상계자가 상계자에 대하여 가지는 채권(수동채권)이 대립하여 있어야 할 것인바, 원고들이 AH에 대하여 가지는 계약보증금채권이 이 사건 각 도급계약이 해제된 2008. 5. 8.경 발생하였음은 앞서 본 바와 같아서, 피고가 상계의사를 표시한 2008. 4. 18.에는 AH의 원고들에 대한 공사대금채권과 원고들의 AH에 대한 계약보증금채권이 상계적상에 있지 않았다 할 것이다. 따라서 피고가 2008. 4. 18. 위 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 상계의 의사표시로서 효력을 가질 수 없다 할 것이다.

(나) 이에 대하여 피고는, ① Y는 이 사건 각 재건축조합의 조합원지위를 가지고 있고, 원고 C이 이 사건 각 재건축조합의 조합원들을 대표하여 한 2008. 4. 11.자 이 사건 각 도급계약 해제통보에는 Y의 계약해제통보까지 포함된 것으로 보아야 하고, ② 그렇지 않다 하더라도 AH의 공사중단은 이미 위 2008. 4. 11.자 계약해제통보 이전인 2007. 12.경부터 지속되었던 것으로, 원고들의 이 사건 각 도급계약 해제 및 계약보증금채권의 발생에 관한 기초가 이미 성립되어 있는 상태였으므로, 이 사건 각 도급계약의 도급인 중 1인인 Y의 계약해제통보가 아직 있기 전이라 하더라도 그 상태에서 이루어진 피고의 2008. 4. 18.자 상계통보는 Y의 계약해제 통보일인 2008. 5. 8.부터 또는 소급적으로 상계통보일부터 효력을 가진다고 봄이 상당하며, ③ 설사 피고의 2008. 4. 18.자 상계의사표시가 Y의 이 사건 각 도급계약 해제통보 이전이어서 그 효력을 인정할 수 없다 하더라도,

피고는 Y의 이 사건 각 도급계약 해제통보일인 2008. 5. 8. 이후 원고들에게 여러 차례에 걸쳐 위 2008. 4. 18.자 상계의사표시를 재확인하는 통보를 하였으므로 그와 같은 통보로 위 2008. 4. 18.자 상계의사표시는 다시 효력을 가지게 된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, ① 피고의 주장과 같이 Y가 이 사건 각 재건축조합의 조합원지위를 가지고 있었다 하더라도 Y는 그와 별개로 이 사건 각 도급계약상 도급인의 지위를 가지고 있었음이 분명한 이상 원고 C이 이 사건 각 도급계약의 도급인 중 1인인 이 사건 각 재건축조합의 조합원들을 대표하여 한 2008. 4. 11.자 이 사건 각 도급계약 해제의 의사표시에 또 다른 별개의 도급인인 Y의 이 사건 각 도급계약 해제의 의사표시가 포함되어 있다고 할 수 없고, ② 앞서 본 바와 같이 피고가 상계의사를 표시한 2008. 4. 18. AH의 원고들에 대한 공사대금채권과 원고들의 AH에 대한 계약보증금채권이 상계적상에 있지 아니하여 상계의 의사표시로서 효력을 가질 수 없는 이상, 피고 주장과 같이 2008. 4. 11.자 계약해제통보 이전인 2007. 12.경부터 원고들의 이 사건 각 도급계약 해제 및 계약보증금채권의 발생에 관한 기초가 성립되어 있었다는 사정만으로 피고에 의한 위 2008. 4. 18.자 상계 의사표시가 Y의 계약해제 통보일인 2008. 5. 8.부터 또는 소급적으로 상계통보일부터 효력을 가진다고 할 수는 없으며, ③ 을 제17, 18, 20, 21호증의 각 기재에 의하면, 피고가 Y의 이 사건 각 도급계약 해제통보일인 2008. 5. 8. 이후 원고들로부터 여러차례에 걸쳐 보증채무의 이행을 요청받고 그 때마다 이미 2008. 4. 18. 상계의사를 표시하였음을 이유로 보증채무의 이행을 거절한 사실을 인정할 수 있으나, 이러한 사실만으로 피고에 의한 2008. 4. 18.자 상계의사 표시가 다시 효력을 가지게 된다고 할 수는 없다.

(다) 피고의 위 주장은 이유 없다.

라. 채권보전의무 불이행에 따른 채무소멸 주장

#### (1) 피고의 주장 요지

원고들이 AH에 대한 수원지방법원 2008회합 10호 회생신청사건에서 AH에 대한 계약보증금채권을 회생 채권으로 신고하였다면 위 회생신청사건의 채권신고 · 기간의 말일인 2008. 7. 2.까지 AH에

대한 계약보증금채권과 AH의 원고들에 대한 공사대금채권을 상계할 수 있었다. 원고들은 위 회생절차에 참여하여 상계권을 행사함으로써 보증인인 피고와의 관계에서 계약보증금채무의 발생이나 확대를 방지하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니하였고, 이로 인하여 소멸할 수 있었던 계약보증금채무가 잔존하게 된 것이다. 따라서 원고들은 피고에게 이 사건 각 보증계약에 기한 보증금액의 지급을 청구할 수 없다.

## (2) 판단

살피건대, 피고의 주장은 이 사건 각 도급계약의 도급인인 원고들에게 AH이 이 사건 각 도급계약상 부담하는 계약보증금채무가 발생하거나 확대되는 것을 방지할 신의칙상 의무가 있음을 전제로 하는 것인바(대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결 참조), 앞서 본 바와 같이 AH의 계약보증금채무 발생에 원고들에게 어떤 귀책사유가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 각 도급계약 제5조 제1항에 따르면 AH의 귀책사유로 이 사건 각 도급계약이 해제되는 경우 계약보증금은 원고들에게 귀속되는 것일 뿐이어서 계약보증금채무가 확대될 수는 없는 점, 피고는 이 사건 각 보증계약을 체결할 당시 AH의 귀책사유로 이 사건 각 도급계약이 해제되는 경우 계약보증금 상당의 손실을 입게됨을 당연히 감수하고 이 사건 각 보증계약을 체결한 점, AH에 대하여 지체상금채권, 계약보증금채권 등 여러 채권을 가진 원고들이 이를 자동채권으로 하여 AH이 원고들에게 가지는 공사대금채권과 상계할 것인지, 나아가 어떤 채권을 자동채권으로 하여 상계할 것인지는 채권자인 원고들의 의사에 맡겨진 것인 점 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 피고 주장과 같이 원고들이 피고에 대한 관계에서 위 회생절차에 참여하여 상계권을 행사할 의무를 부담한다고 할 수는 없다. 따라서 이 부분 피고의 주장 역시 이유 없다.

## 4. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것이다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고들과 피고의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 유남석 판사 이석재 판사 권기만

**원고들 목록**

1. A
2. B
3. C
4. D
5. E
6. F
7. G
8. H
9. I
10. J
11. K
12. L
13. M
14. N
15. 이●●●설텡 주식회사
16. O
17. P
18. Q
19. R
20. S
21. T
22. U

23. 한□▲설텡 주식회사

끝.