

서울중앙지방법원 2013. 10. 18 선고 2013가합500287 판결 [계약보증금 청구의 소]

재판경과

대법원 2018. 9. 13 선고 2015다209347 판결

서울고등법원 2015. 2. 17 선고 2013나2026171 판결

서울중앙지방법원 2013. 10. 18 선고 2013가합500287 판결

전문

원고 농업협동조합중앙회

피고 건설공제조합

변론종결 2013. 9. 13.

판결선고 2013. 10. 18.

주문

1. 피고는 원고에게 523,260,000원 및 이에 대하여 2011. 1. 14.부터 2013. 10. 18.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 3/5은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 1,230,340,000원 및 이에 대하여 2011. 1. 14.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 도급계약의 체결

1) 원고는 2009. 5. 27. 광주 ○○구 ○○동 0000 지상에 농협 광주 농산물 종합유통센터 신축공사(이하 '이 사건 신축공사'라 한다)에 관하여, 건축공사 부분에 관하여는 소외 주식회사 □□건설(이하 '□□건설'이라 한다)과 소방공사 부분에 관하여는 진성산업 주식회사와 총 계약금액 24,900,000,000원(그 중 건축공사 부분 계약금액은 23,245,600,000원, 소방공사 부분 계약금액은 1,654,400,000원), 착공일 2009. 6. 1., 준공예정일 2010. 11. 30., 계약보증금 2,655,440,000원으로 정하여 건설공사 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 도급계약의 내용에 포함된 공사계약 일반조건 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 아래와 같다.

제6조 (계약보증금) ① □□건설은 계약체결일까지 계약금액의 100분의 10이상에 해당하는 금액의 계약보증금을 현금(당해지역 결제 가능한 자기앞수표 포함) 또는 원고를 피보험자로 하고 계약보증금 이상의 정액보상의 특약이 있는 계약이행보증증권 등으로 납부하여야 한다. 제7조 (계약보증금의 처리) ① □□건설이 정당한 이유없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약보증금을 원고에 귀속한다. 제26조 (하자보수) ① □□건설은 제21조의 규정에 의한 검사를 완료한 날부터 계약서에서 정한 기간(이하 '하자담보책임기간'이라 한다) 동안 공사목적물의 하자에 대한 보수책임이 있다. ② □□건설은 하자보수통지를 받은 때에는 즉시 보수작업을 하여야 하며, 당해 하자의 발생원인 및 기타 조치사항을 명시하여 원고에 제출하여야 한다. 제27조 (하자보수보증금) ① □□건설은 공사의 하자보수를 보증하기 위하여 계약서에서 정한 하자보수보증금률을 계약금액(당초 계약금액이 조정된 경우에는 조정된 계약금액을 말한다)에 곱하여 산출한 금액(이하 '하자보수보증금'이라 한다)을 준공검사후 그 공사의 대가를 지급할 때까지 현금 또는 보증서 등으로 납부 또는 제출하여야 한다. 다만, 하자보수보증금을 납부하지 아니하게 할 수 있는 공사는 그러하지 아니하다.

나. 이 사건 보증계약의 체결

- 1) □□건설은 이 사건 도급계약에 따른 계약보증금의 납부의무를 이행하기 위하여, 2009. 5. 28. 피고와 사이에, 보증채권자를 원고로, 보증금액을 2,324,500,000원으로, 보증기간을 2009. 5. 27.부터 2011. 1. 30.까지로 정하여 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라 한다)을 체결하였고, 피고는 원고에게 위와 같은 내용의 계약보증서를 발급하였다.
- 2) 이 사건 보증계약에 관한 보증약관 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

제1조 (보증책임) ① 피고는 □□건설이 이 사건 신축공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 '보증사고'라 한다) 원고에게 부담하는 채무를 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다. 제4조 (손해의 방지 및 경감의무) ① 원고는 보증기간 중 보증사고의 방지에 힘써야 하며, 보증사고가 발생한 때에는 손해의 방지와 경감에 힘써야 합니다. 제9조 (보증금의 지급시기) ① 피고는 보증금 청구를 받은 경우 원고로부터 손해사정과 관련한 서류를 징구하여 보증금 지급에 필요한 조사를 마친 후 지체없이 지급할 보증금을 결정하고, 보증금이 결정되면 7일 이내에 이를 지급하여 드립니다.

다. □□건설의 부도 및 회생절차개시

- 1) □□건설은 2010. 10. 21. 이 사건 신축공사를 완료하지 못한 상태에서 부도처리 되었고, 2010. 11. 8. 전주지방법원에 회생절차개시신청을 하여 2010. 12. 10. 회생절차개시결정을 받았다(전주지방법원 2010회합16호).
- 2) 원고는 □□건설의 부도 처리 이후 □□건설에 대해 공사추진계획서 및 공사속행촉구 등을 하였고, □□건설과 대책회의 등을 하였으나, 결국 2010. 11. 25. 이 사건 도급계약의 해제를 통보하였다.

라. 원고의 채권채무확정검사 및 피고에 대한 통보

원고는 2010. 12. 7. '□□건설의 위와 같은 부도에 따른 채무불이행으로 인해 이 사건 도급계약의 해제(공사타절) 및 채권채무확정검사를 완료하였고, □□건설이 기 이행한 공사부분에 대한 기성량을 확인하기 위하여 채권채무확정검사 결과가 전회 타절 금액 17,066,700,000원 (70.92%), 금회 타절금액 1,230,340,000원(5.11%) 합계 18,297,040,000원(76.03%)으로 조사되었으며, 2010. 12. 30.까지 보증채무를 이행하라'는 취지로 피고에게 통보하였다.

마. 피고의 원고에 대한 상계처리 통지 및 이에 대한 원고의 회신

1) 원고의 위와 같은 통보에 대해 피고는 2010. 12. 16. 제목은 '공사기성금과 계약보증금 상계통지'로 하고, 그 내용은 '민법 제434조의 규정(보증인과 주채무자 상계권)에 따라 귀 조합의 시공사에 대한 공사대금채무(선금 우선 상계후 남은 미지급기성금)와 우리 조합이 이행하여야 할 계약보증금과 대등액에서 상계처리하여 주실 것을 통지하오니 협조 바랍니다'는 취지의 통지(이하 '이 사건 상계처리통지'라 한다)를 하였고, 2011. 1. 5. 원고에게 '미지급기성금을 피고가 이행하여야 할 계약보증금과 대등액에서 우선 상계처리하여 주시기를 재차 요청드리며, 원고가 상계권을 행사하지 아니하여 증가된 손해인 미지급공사대금 1,230,340,000원을 제외하고 보증책임을 이행할 예정이다'라는 취지의 회신을 하였다.

2) 원고는 2010. 12. 27. 피고의 이 사건 상계처리통지에 대해 '□□건설에 대한 미지급 기성금보다 타 채권자의 채권액이 훨씬 상회하고 있으므로 공사기성금과 계약 보증금 상계처리는 수용할 수 없다'는 취지로, 2011. 4. 8. '현재 원고가 진행중인 서울중앙지방법원 2010가합125104호 소송 결과에 따라 피고에 대한 보증이행 요청 또는 상계할 예정이다'는 취지로 피고에게 회신하였다.

[인정사실] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 을 제1 내지 3, 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 대한 판단

위 인정사실에 의하면, □□건설의 부도 처리 및 회생절차가 진행되었고, □□건설은

공사추진계획서를 제출하고 공사재개를 약속하기도 하였으나, 결국 원고는 계약상대자의 부도발생

등으로 정상적인 공사수행 가능성이 없다고 판단하여 □□건설에 대해 이 사건 도급계약을 해제하였는바, 1) 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다. 2)

나아가 이 사건 도급계약에서 '□□건설이 정당한 이유없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약보증금을 원고에 귀속한다'고 규정되어 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 □□건설에 대한 계약보증금과 피고에 대한 이 사건 보증계약상 계약 보증금은 손해배상액의 예정으로 보아야 할 것이다.

한편, 원고는 2011. 4. 18. 피고로부터 계약보증금 중 1,094,220,000원을 지급받았음을 자인하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 □□건설의 원고에 대한 공사계약상 채무를 보증한 피고는 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 계약보증금 중 잔액 1,230,340,000원(= 2,324,560,000원 - 1,094,220,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고의 항변 및 원고의 재항변 등에 관한 판단

가. 피고 항변의 요지

1) 피고는 2010. 12. 16. 보증인의 지위에서 원고에게 민법 제434조에 따라 이 사건 상계처리통지를 하였으므로, 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권은 미지급 공사대금채권인 1,230,340,000원의 범위에서 소멸하였다.

2) 이 사건 상계처리통지로 인해 상계의 효과가 발생하지 않는다면, 피고는 보증인으로서 □□건설의 회생절차 진행과 무관하게 민법 제434조에 따라 상계할 권리가 있으므로, 이 사건 2013. 5. 20.자 준비서면을 통해 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권을 자동채권으로 하고 원고의 □□건설에 대한 채무불이행으로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 하여 상계한다.

3) 원고는 피고의 상계처리 요청에도 불구하고 □□건설에 대한 상계를 하지 않았는바, 이 사건 보증계약의 보증약관 제4조, 상법 제680조 등에 따라 원고가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 경감시키는 조치를 취할 의무를 다하지 아니하였으므로 원고가 상계하지 않은 계약보증금 1,230,340,000원의 범위에서 피고는 면책된다.

나. 원고의 재항변 등의 요지

1) 피고의 이 사건 상계처리통지는 원고가 □□건설에 대해 상계의 의사표시를 하라는 요청에 불과할 뿐 피고가 원고에게 상계의 의사표시를 한 것은 아니다.

2) □□건설은 2010. 12. 10. 회생절차가 개시되었는데, 회생절차개시결정이 있는 때에는 채무자의 업무의 수행과 재산의 관리 및 처분권한이 회생채무자의 관리인에게 전속하게 되므로, □□건설에 대한 회생절차개시결정 이후로서 피고가 2013. 5. 20.자 준비서면을 통해 상계의 의사표시를 한 것은 효력이 없다.

3) 원고는 □□건설에 대해 ① 이 사건 도급계약에 따른 하자보수보증금채권 523,260,000원, ② 미납전기료 등 대납채권 8,617,410원, ③ 3층 주차장 바닥보수공사 등을 위한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 656,120,000원 등이 있는데, 이를 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권에서 공제처리하였고, 원고의 위 하자보수보증금채권 및 하자보수청구권은 □□건설의 미지급 공사대금채권과 동시이행의 관계에 있으므로, 피고는 상계권을 행사할 수 없다.

다. 피고의 상계항변에 대한 판단

1) 이 사건 상계처리통지의 의미

피고가 이 사건 상계처리통지를 통해 원고에 대해 직접 상계의 의사표시를 했는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정사실, 위 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정, 즉 피고가 2010. 12. 16. 이 사건 상계처리통지를 할 때 공문의 제목 자체가 '공사기성금과 계약보증금 상계통지'인 점, 그 내용으로 보증인의 상계권을 규정하고 있는 민법 제434조를 근거로 하고 있는데, 피고는 민법 제434조에 따라 독자적인 상계권이 있는 점, 이 사건 상계처리통지에서 상계처리하여 달라고 표현한 취지는 원고가 □□건설에게 상계의 의사표시를 하라는 의미가 아니라 상계를 통해 계약보증금을 정산하는데 협조해 달라는 취지로 보이는 점, 피고의 2011. 1. 5.자 회신에서는 원고가 상계권을 행사하지 아니하여 증가된 손해를 제외하고 보증책임을 이행할 예정이라고 통지하여

원고가 □□건설에게 상계의 의사표시를 해야 한다는 의사도 있는 것으로 보이는데, 이는 이 사건 보증계약의 보증약관 제4조에 따른 원고의 책임을 구성하기 위한 주장으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고는 2010. 12. 16. 이 사건 상계처리통지를 통해 □□건설의 미지급 공사대금채권을 자동채권으로 한 상계의 의사표시를 한 것으로 보아야 한다.3)

2) □□건설의 회생절차 진행으로 피고가 상계권을 행사할 수 없는지 여부

□□건설의 회생절차가 진행되어 피고는 더 이상 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권을 자동채권으로 한 상계권을 행사할 수 없는지 여부에 관하여 살피건대, ① 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제144조는 '회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차개시 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 경우 채권과 채무의 쌍방이 신고기간만료 전에 상계할 수 있게 된 때에는 회생채권자 또는 회생담보권자는 그 기간 안에 한하여 회생절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다'고 규정하고, 채무자회생법 제131조는 '회생채권에 관하여는 회생절차가 개시된 후에는 채무자회생법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생계획에 규정된 바에 따르지 아니하고는 변제하거나 변제받는 등 이를 소멸하게 하는 행위(면제를 제외한다)를 하지 못한다'고 규정하고 있으나, 이는 □□건설의 관리인이나 회생채권자인 원고에 대한 상계의 제한 또는 금지에 관한 사항으로서 보증인인 피고에게도 민법 제434조의 적용을 배제하고 상계가 제한된다는 규정은 아닌 점, ② 민법 제434조는 보증인의 지위에서 스스로 주채무자의 채권에 대한 처분권을 인정한 것인데, 그 입법취지는 주채무자가 무자력이 되면 보증인은 실질적으로 상환을 받을 수 없기 때문에 보증인의 보호와 법률관계의 간이한 해결을 위하여 보증인이 주채무자의 채권으로 직접 상계할 수 있는 권리를 인정한 특별규정인 점, ③ 주채무자에 대한 회생절차가 진행되면 채권자는 채권신고기간만료 전까지는 상계가 가능하므로, 원고로서는 보증인인 피고에 대해 보증채무의 이행을 청구하거나 주채무자인 □□건설에 대한 상계를 주장함으로써 자신의 계약보증금 채권의 만족을 받는 방법을 선택할 수 있는데, 회생절차의 진행에 따라 민법 제434조의 적용이 배제된다고 보게 되면, 원고는 두 가지 방법 중 어떤 것을 선택하는지 여부와 무관하게 결과적인 측면에서는 동일하지만(원고가 보증인에 대한 계약보증금 청구를 통해 그 만족을 받고, 주채무자인 □□건설의 관리인에게 미지급 공사대금채권을 변제해야 하므로, 원고가 □□건설에 대해 상계를 하는 것과 동일한 결과가 된다),

보증인인 피고의 입장에서는 원고가 피고에게 보증채무의 이행을 청구하는 방법을 선택했을 경우 피고가 □□건설에 대해 가지는 구상채권은 개시후기타 채권4) 또는 회생채권이 되어 피고가 실질적인 손실을 감수하게 되는데, 원고의 선택에 따라 피고에게 지나친 불이익을 가할 우려가 있는 점, ④ 반대로 주채무자인 □□건설의 입장에서는 채권자인 원고와의 관계에서 상호 반대채권을 가지고 있어 보증인에 의한 담보 이외에도 상계에 의한 자기채권의 만족을 고려하고 있는 경우가 많고, 보증인의 상계권을 인정하더라도 결국 채권자에 의한 상계가 있는 경우와 실질적인 결과에서 동일하여, □□건설에게 예상하지 못한 손해나 새로운 희생을 강요하는 것은 아닌 점 등을 고려하면, 주채무자에 대한 회생절차의 진행과 무관하게 보증인은 민법 제434조에 의한 상계권을 행사할 수 있다고 봄이 타당하므로, 피고는 □□건설에 대한 회생절차가 진행되더라도 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다고 보아야 한다.

3) 피고의 상계주장이 허용되는 자동채권의 범위

가) □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권

원고는 □□건설이 기 이행한 공사부분에 대한 기성고를 검사하여 미지급 기성금이 1,230,340,000원임을 확인하고 2010. 12. 30.까지 보증채무를 이행할 것을 피고에게 통보한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, □□건설은 원고에 대해 이 사건 도급계약에 따른 미지급 공사대금 1,230,340,000원 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있다.5)

나) 원고의 하자보수보증금채권, 하자보수에 갈음하는 손해배상채권, 미납전기료 등 대납채권과 관련한 주장에 관한 판단

(1) 갑 제1, 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 도급계약에서 정한 하자보수보증금률은 원고의 계약규정에 의하도록 한 사실, 이 사건 신축 공사의 감리단은 원고의 계약규정에 따라 경미한 공사에는 2%, 건축공사, 기계설비공사, 토공사, 조경시설물공사에는 3%의 각 비율에 의한 하자보수보증금률을 적용하여 하자보수보증금으로 523,260,000원을 산정한 사실을

인정할 수 있고, 이 사건 도급계약 제27조 제1항은 □□건설이 위 하자보수보증금을 원고에게 준공검사후 그 공사의 대가를 지급할 때까지 현금 또는 보증서 등으로 납부 또는 제출하여야 하도록 규정한 사실은 앞서 본 바와 같다.

우선 위 하자보수보증금 523,260,000원을 □□건설의 미지급 공사대금채권에서 공제할 수 있는지에 관하여 살피건대, 현금의 지급뿐 아니라 보증서 등의 제출로도 채무를 이행할 수 있는 항변권이 붙어 있는 하자보수보증금채권을 자동채권으로 하여 공사대금채권과 상계하는 것을 허용하게 되면 채권자의 일방의 의사표시에 의하여 채무자의 위와 같은 항변권을 행사할 기회를 상실시키는 결과가 되므로 그러한 상계는 부적법하여 허용될 수 없는바(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다59051 판결 등 참조), 원고가 주장하는 바와 같이 하자보수보증금을 공사대금에서 공제하는 것을 허용하게 되면 □□건설이 보증서 등의 제출로 하자보증의무를 이행할 수 있는 항변권을 행사할 기회는 상실시키는 결과가 될 것이므로, 원고의 위 공제주장은 이유 없다.

한편, 수급인이 공사대금을 지급받을 때까지 도급인에게 하자보수보증금을 현금 또는 보증서 등으로 납부 또는 제출하기로 약정하였다면 특별한 사정이 없는 한 수급인의 하자보수보증금채무는 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다고 보아야 하는바(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다24176 판결 등 참조), □□건설은 원고에게 하자보수보증금 523,260,000원을 현금으로 지급하거나 보증서 등을 교부할 의무가 있고, 6) 이는 원고의 □□건설에 대한 미지급 공사대금 지급의무와 523,260,000원의 범위 내에서 동시이행의 관계에 있는바, 동시이행의 항변권이 있는 미지급 공사대금채권을 자동채권으로 하는 상계를 허용하게 되면, 원고의 동시이행의 항변권 행사 기회를 박탈하는 결과가 되어 부당하므로, 하자보수보증금 523,260,000원의 범위에서는 상계의 자동채권으로 주장할 수 없고, 이 점을 지적하는 원고의 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다. 따라서 피고가 원고에게 상계항변으로 주장할 수 있는 자동채권의 범위는 707,080,000원(= 1,230,340,000원 - 523,260,000원)이 된다.

(2) 원고는 □□건설이 시공한 이 사건 신축공사에서 하자가 발생하여 지하층 및 1층 바닥 하자보수공사 등으로 89,367,972원을 지출하였고, 그 외에도 3층 주차장 바닥보수공사 등으로

656,120,000원이 지출될 예정이므로, 그 하자보수비에 해당하는 금액을 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권에서 공제하거나, 위 하자보수비 채권과 위 미지급 공사대금채권은 동시이행의 관계에 있으므로, 결국 피고는 상계권을 행사할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 갑 제8호증의 기재만으로는 □□건설이 시공한 이 사건 신축공사 부분에서 하자가 발생하여 원고가 하자보수비로 89,367,972원을 지출하였고 656,120,000원을 지출할 예정임을 인정하기 부족하고,7) 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 원고는 □□건설을 대신하여 전기료 등으로 8,617,410원을 대납하였으므로, 위 대납채권액을 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권에서 공제해야 한다는 취지의 주장도 하나, 원고가 □□건설을 대신하여 위 전기료 등을 납부하였음을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고의 상계통지 및 상계적상

원고의 □□건설에 대한 채무불이행으로 인한 손해배상금채권(계약보증금채권)과 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금채권은, 원고가 이 사건 도급계약을 해제한 2010. 11. 25. 모두 변제기에 도달하여 같은 날 상계적상에 있었다고 할 것이고, 보증인인 피고가 2010. 12. 16. 민법 제434조에 따라 위 채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시가 기재된 이 사건 상계처리통지를 하여 원고에게 도달한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이로써 원고의 위 손해배상금채권은 위 상계적상일인 2010. 11. 25.에 소급하여 피고가 상계의 자동채권으로 원고에게 주장 가능한 범위에 해당하는 707,080,000원과 대등액의 범위에서 소멸하여 위 손해배상금채권은 523,260,000원이 남게 되었고, 원고의 피고에 대한 계약보증금 채권 또한 523,260,000원이 남게 되었다.

라. 원고가 손해 방지·경감 의무를 위반하였는지 여부8)

갑 제6, 7호증, 을 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, □□건설의 채권자 또는 □□건설로부터 채권을 양수받은 양수인들이 2010. 8. 24.부터 2010. 12.경 사이에 채권양도,

하도급대금 직접지급 청구, 채권가압류, 채권압류 및 추심명령 등을 근거로 원고에게 □□건설의 이 사건 도급계약에 따른 공사대금채권에 대한 권리를 주장한 사실, 주식회사 화인텍(이하 '화인텍'이라 한다)은 □□건설의 위 공사대금채권을 양수받았거나, □□건설을 대위하여 위 공사대금채권을 행사한다고 주장하면서 원고를 상대로 위 공사대금의 지급을 구하는 소를 제기하였고(서울중앙지방법원 2010가합125104호, 이하 '이 사건 관련소송'이라 한다), 주식회사 신일(이하 '신일'이라 한다)은 □□건설의 하수급인으로서 □□건설, 원고와 사이에 하도급대금을 직접지급하기로 하는 합의가 있었다는 주장을 하면서, 대한민국은 □□건설이 체납한 법인세를 징수하기 위하여 위 공사대금채권을 압류하였다고 주장하면서 각 이 사건 관련소송에서 독립당사자참가를 하였는데, 화인텍, 신일, 대한민국의 청구는 모두 기각되어 2011. 11. 30. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있고, 피고의 원고에 대한 상계요청에 대해 원고는 2011. 4. 8. '현재 원고가 진행중인 서울중앙지방법원 2010가합125104호 소송 결과에 따라 피고에 대한 보증이행 요청 또는 상계할 예정'이라는 취지의 회신을 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

원고가 □□건설에 대한 손해배상채권과 □□건설의 원고에 대한 미지급 공사대금 채권으로 상계를 하지 않은 것이 고의 또는 중대한 과실로 손해 방지·경감 의무를 위반하였는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정사실, 위 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 당시 원고는 □□건설의 하수급인들 또는 채권양수인들로부터 채권양도통지, 하도급대금 직접지급요청, 채권압류 및 가압류 등을 받아 □□건설의 공사대금채권의 귀속주체가 누구인지 명확한 판단을 하기 어려웠을 것으로 보이는 점, ② 위 양 채권의 상계적상은 2010. 11. 25.인데 그 이전에 위 공사대금채권에 대한 권리를 주장한 채권자나 양수인도 많이 있는 점, ③ 이 사건 관련소송에서도 결과적으로는 원고가 승소하였지만 판결이 선고되고 확정되기 이전에는 원고가 승소할 것이라고 쉽게 예상할 수도 없는 점, ④ □□건설의 공사대금채권의 귀속 주체가 확정되지도 않은 상황에서 위 공사대금채권을 수동채권으로 하여 상계를 해야 한다는 법적 의무를 강제하는 것은 가혹한 점(원고는 그 당시에 상계를 할 수 있었던 것으로 판명되었지만 이는 이 사건 관련소송의 결과에 따라 사후적으로 알게 된 것일 뿐이다) 등을 종합하면, 원고가 □□건설의 회생절차상 채권신고기간 만료시까지 상계를 하지 않은 것이 이 사건 보증계약에 따른 손해

방지·경감 의무를 위반하였다고 보기 어렵고, 가사 손해 방지·경감 의무를 위반하였다고 하더라도 원고에게 고의 또는 중대한 과실이 있다고 보기도 어려우므로, 10) 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고에게 미지급 계약보증금 중 위와 같이 상계하고 남은 523,260,000원 및 이에 대하여 피고가 보증금의 지급에 필요한 조사를 마치고 지급할 보증금을 결정한 2011. 1. 5.에서 7일이 경과한 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 2011. 1. 14.부터 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2013. 10. 18.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 강인철 판사 손태원 판사 김소망

1)이 사건 도급계약의 해제사유가 명확히 드러나지는 않았으나 계약상대자의 부도발생 등으로 정상적인 공사수행 가능성이 없다고 판단될 경우(공사계약 일반조건 제37조 제1항 제4호)에 해당하는 것으로 보인다.

2)다만 이 사건 도급계약의 공사계약 일반조건은 □□건설이 정당한 이유없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약보증금을 원고에 귀속한다고 규정하고 있으므로, 원고의 이 사건 도급계약의 해제가 보증사고의 발생요건은 아니다.

3)다만, 이 사건 상계처리통지가 아니라 2013. 5. 20.자 준비서면 부분의 송달에 의해 상계의 의사표시가 도달했다고 하더라도, 아래에서 보는 바와 같이 피고는 □□건설의 회생절차 진행과 무관하게 상계권을 행사할 수 있어서 그 결론에 있어 차이가 생기지는 않는다.

4)대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 판결은 건설공사를 도급받은 업체를 위하여 그 이행을

연대보증한 회사가 수급업체에 대한 회생절차의 개시결정이 내려진 뒤 그 공사의 잔여 부분을 대신 완공함으로써 취득한 사후구상금 채권은 구 회사정리법 상 후순위정리채권에 해당한다고 보았고, 현재의 채무자회생법에 따르면 이는 회생절차개시 후의 원인에 기하여 생긴 재산상의 청구권으로서 공익채권이 아닌 것이므로 개시후기타채권에 해당한다. 이에 대해 보증인의 사후구상권은 회생절차 개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권으로서 회생채권에 해당한다는 견해도 유력하다.

5)갑 제4호증의 기재와 같이 위 1,230,340,000원은 원고가 스스로 채권채무확정검사를 통해 인정한 금액에 해당하므로 그 금액은 충분히 입증되었다고 보아야 한다.

6)한편, 피고는 원고의 □□건설에 대한 위 하자보수보증금채권이 □□건설의 회생절차에서 신고되었는지 여부, 회생계획인가결정으로 면책되었는지 여부에 대하여는 별도의 주장·입증을 하지 않았으므로, 원래 이 사건 도급계약에 따라 정해진 금액인 523,260,000원의 범위에서 원고의 주장을 받아들인다.

7)원고가 이를 입증하기 위해 제출한 증거로는 갑 제8호증이 유일한데, 갑 제8호증은 원고측이 일방적으로 작성한 내부 문건으로서, 실제 하자가 발생하였는지 여부, 그 하자가 원고가 시공한 부분에서 발생한 하자인지 여부, 하자보수를 위한 금액산정의 측면에서 객관적인 증거라 할 수 없다.

8)원고의 계약보증금 채권 중 위와 같이 상계되고 남은 523,260,000원 및 이에 대한 지연손해금 청구 부분에 관한 판단이다.

9)특히 화인텍과 관련해서 채권양도금지특약이 있었다고 하더라도 화인텍이 위 특약을 알았다거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 점이나, 신일과 관련하여 하도급대금의 직접지급합의가 유효하게 성립되었다는 점 등에 대한 법원의 판단은 소송결과가 나오기 전까지는 쉽게 예측할 수 없다.

10)피고가 주장의 근거로 제시하는 서울중앙지방법원 2008. 8. 31. 선고 99나69012 판결에서도 보증채권자가 상계를 하지 않은 것이 손해방지·경감의무를 위반한 점에 대한 고의 또는 중대한 과실이 있다고 할 수는 없다고 보았다.