

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2015다209347 계약보증금 청구의 소
원고, 피상고인 농업협동조합중앙회
소송대리인 법무법인(유한) 한별
담당변호사 김성민 외 9인
피고, 상고인 건설공제조합
소송대리인 법무법인 사람과사람
담당변호사 여운길 외 1인
피고보조참가인 회생채무자 주식회사 엘드건설의 관리인 피고보조참가인
소송대리인 법무법인 광장
담당변호사 이도형 외 1인
원 심 판 결 서울고등법원 2015. 2. 17. 선고 2013나2026171 판결
판 결 선 고 2018. 9. 13.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고의 상고이유에 관한 판단

가. 주채무자에 대한 회생절차개시 후 보증인이 민법 제434조에 따라 상계할 수 있는지 여부

(1) 민법 제434조는 '보증인과 주채무자 상계권'이라는 제목으로 "보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다."라고 정하고 있다. 이 규정은 보증인을 보호하고 법률관계를 간편하게 해결하기 위하여 보증인이 채권자에게 주채무자의 상계권으로 대항할 수 있도록 한 것이다.

구 건설산업기본법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되기 전의 것, 이하 '건설산업기본법'이라 한다) 제56조 제1항 제1호는 공제조합의 사업으로 조합원이 건설업을 영위함에 필요한 계약보증 등을 정하고, 같은 법 시행령 제56조 제2항 제2호는 계약보증의 내용으로 조합원이 도급받은 공사 등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금의 납부에 관한 의무이행을 보증하는 것이라고 정하고 있다. 이에 따라 이 사건 보증계약의 계약보증약관은 제1조 제1항에서 "건설공제조합은 계약자(채무자)가 앞면 기재공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써 그 상대방(보증채권자)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.", 제3조 제1항에서 "조합이 지급할 보증금은 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관계법령이 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 정하고 있다.

위와 같이 건설산업기본법 제56조 제1항 제1호, 같은 법 시행령 제56조 제2항 제2호에서 정한 계약보증에 해당하는 이 사건 보증계약은 그 성질이 보증보험과 유사하나, 실질적으로 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보증에 관한 민법 제434조 등의 규정이 유추 적용된다. 따라서 건설공제조합은 계약자인 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 보증채권자의 채무자에 대한 채권이 소멸하는 만큼 건설공제조합의 보증채권자에 대한 계약보증금 지급채무도 소멸한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다16251 판결, 대법원 2003. 9. 2. 선고 2003다9568 판결 등 참조).

(2) 그러나 회생절차에서는 보증인의 주채무자 상계권이 제한되므로 계약보증의 보증인에 해당하는 건설공제조합의 상계권도 제한될 수밖에 없다. 그 이유는 다음과 같다.

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제131조 본문은 "회생채권에 관하여는 회생절차가 개시된 후에는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생계획에 규정된 바에 따르지 아니하고는 변제하거나 변제받는 등 이를 소멸하게 하는 행위(면제를 제외한다)를 하지 못한다."라고 정하고 있다.

회생절차에서 회생채권을 변제 등으로 소멸하게 하는 행위는 회생계획에 의한 자본구성 변경과 불가분의 관계에 있으므로 종전의 채권·채무관계를 일단 동결할 필요가 있다. 만일 변제 등의 행위를 금지하지 않으면 회생채무자의 적극재산이 감소되어 회생채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모할 수 없고, 일부 회생채권자에게만 회생계획에 의하지 않고 우선 변제 등의 행위를 하는 것은 회생채권자들 사이의 공평을 깨뜨릴 염려가 있다[구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7248호 채무자회생법 부칙 제2조로 폐지) 제112조에 관한 대법원 1998. 8. 28.자 98그11 결정은 정리채권의 변제에

관하여 위와 같은 취지로 판단하였다]. 이러한 취지에서 채무자회생법 제131조 본문은 파산절차에서와는 달리 명시적으로 회생채무자에 대한 회생절차가 개시된 후에는 채무자회생법에 특별한 규정이 없는 한 회생채무자의 재산으로 회생채권을 변제하는 등 회생채권을 소멸하게 하는 행위를 포괄적으로 금지하고 있다. 이 규정에서 금지하는 행위에는 회생채무자 또는 관리인에 의한 회생채권 변제뿐만 아니라, 회생채무자 또는 관리인에 의한 상계와 보증인 등 제3자에 의한 상계도 포함된다고 보아야 한다. 이 규정은 행위의 주체를 한정하지 않고 있는데다가 이러한 상계도 이 규정에서 정한 '회생채권을 소멸하게 하는 행위'에 해당하기 때문이다. 다만 이 규정에서 명시하고 있는 면제는 회생채무자의 재산이 감소되지 않기 때문에 예외적으로 허용된 것이다.

건설산업기본법에 따라 계약보증을 한 건설공제조합이 민법 제434조에 따라 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있다고 하더라도 법률상 상계가 금지되는 경우까지 이를 허용할 수는 없다. 그런데 위에서 보았듯이 채무자회생법 제131조 본문에서 채무자회생법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생채권의 소멸 금지를 정하고 있다. 따라서 특별한 규정이 없는 한 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 건설공제조합이 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시킬 수는 없다고 보아야 한다.

(3) 원심판결의 이유에 적절하지 않은 부분이 있으나, 민법 제434조에 따라 보증계약자이자 회생채무자인 주식회사 엘드건설(이하 '엘드건설'이라 한다)의 공사대금채권으로 보증채권자인 원고가 가지는 회생채권인 손해배상채권과 상계한다는 피고의 주장을 배척한 원심의 결론은 옳다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 주채무자에 대한 회생절차개시 후 민법 제434조에 따른 보증인의 상계권 행사에 관한 법리를 오해하는 등

으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 피보험자의 상계권 불행사가 손해방지의무를 위반한 것인지 여부

(1) 상법 제680조 제1항 본문은 "보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하여야 한다."라고 정하고 있다. 위와 같은 피보험자의 손해방지의무의 내용에는 손해를 직접적으로 방지하는 행위는 물론이고 간접적으로 방지하는 행위도 포함된다. 그러나 그 손해는 피보험이익에 대한 구체적인 침해의 결과로서 생기는 손해만을 뜻하는 것이고, 보험자의 구상권과 같이 보험자가 손해를 보상한 후에 취득하게 되는 이익을 상실함으로써 결과적으로 보험자에게 부담되는 손해까지 포함된다고 볼 수는 없다.

한편 상계는 단독행위로서 상계를 할지는 채권자의 의사에 따른 것이고 상계적상에 있는 자동채권이 있다고 하여 반드시 상계를 해야 할 것은 아니다. 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계하지 않았다고 하여 이를 이유로 보증채무자가 보증한 채무의 이행을 거부할 수 없으며 나아가 보증채무자의 책임이 면책되는 것도 아니다(대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카1340 판결 참조).

(2) 피고는, 피보험자인 원고가 엘드건설에 대하여 자신의 손해배상채권과 엘드건설의 공사대금채권을 상계하지 않은 것이 손해방지의무를 정한 상법 제680조 제1항과 이 사건 보증계약의 계약보증약관 제4조에 위배되는 것이어서 피고는 면책되어야 한다고 주장하였으나, 원심은 이 주장을 받아들이지 않았다. 원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 피보험자의 손해방지의무에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 피고보조참가인의 상고이유에 관한 판단

가. 도급계약의 해제 여부

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 도급계약 일반조건 제37조 제1항 제4호에서 정한 엘드건설의 귀책사유로 이 사건 도급계약이 해제되었다고 한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 계약해제에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 손해배상 예정액의 감액 여부

민법 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 적당히 감액할 수 있다고 정하고 있다. 여기에서 '부당히 과다한 경우'라고 함은 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 거래관행과 경제상태 등 모든 사정을 고려하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다. 위 규정에 따라 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지 여부와 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단하는 데에는 법원이 구체적으로 판단을 하는 때, 즉 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다5121 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 도급계약에서 정한 계약보증금은 이 사건 도급계약 중 건축공사 부분 계약금액의 약 1/10로서 손해배상의 예정액으로 부당히 과다한 경우에 해당하지 않는다고 한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 손해배상의 예정액 감액에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

3. 결론

피고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이동원
	대법관	조희대
주 심	대법관	김재형
	대법관	민유숙