

대 구 고 등 법 원

제 1 민 사 부

판 결

사 건	2011나4859 손해배상(기)
원 고, 피 항 소 인	A 주식회사의 소송수계인 회생채무자 A 주식회사의 관리인 B 소송대리인 변호사 000 소송복대리인 변호사 000
피 고, 항 소 인	1. C 2. D 3. E 4. F 5. G 6. H 7. I 피고들 소송대리인 00 법무법인 담당변호사 000
제 1 심 판 결	대구지방법원 2011. 7. 22. 선고 2010가합9089 판결
변 론 종 결	2012. 3. 23.
판 결 선 고	2012. 4. 20.

주 문

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 원고의 피고들에 대한 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고들은 연대하여 원고에게 425,566,620원과 이에 대하여 이 사건 소장부분 최종 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심 판결의 이유 중 해당부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 원고의 주장 및 이에 대한 판단

가. 원고의 주장

원고는 재건축조합과 사이에 이 사건 계약을 체결하고 계약에 따라 주택재건축사업을 시행하는 과정에서, 재건축조합에게 합계 425,566,620원을 대여하였다. 그런데 이 사건 계약은 재건축조합의 귀책사유로 인한 원고의 약정해제권 행사로 적법하게 해제

되었거나 원고와 재건축조합의 의사합치에 따라 합의해제되었으므로, 재건축조합은 원고에게 이 사건 계약의 해제로 인한 원상회복의무를 부담한다. 따라서 이 사건 계약의 이행을 연대보증한 피고들은 재건축조합과 연대하여 원고가 재건축조합에게 대여한 위금원과 이에 대한 지연손해금을 반환할 의무가 있다.

나. 판단

(1) 원고가 지출한 금원의 성격이 대여금인지 여부

(가) 피고들의 주장

원고는 재건축사업의 공동사업주체로서 재건축사업으로 인한 수익은 원고가 갖는 것이므로, 사업시행을 위한 경비로 지출한 금원은 원고가 스스로 부담하여야 할 투자금 또는 사업비에 해당한다. 따라서 원고가 이 사건 사업의 시행을 위하여 지출한 금원은 그 명칭 여하에 불구하고 재건축조합이 변제하여야 할 의무를 지는 대여금으로 볼 수는 없다.

(나) 금원의 성격에 관한 판단

앞에서 인정한 사실 및 위 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고가 이 사건 사업시행을 위하여 지출한 위 금원의 성격은, 투자금이 아니라 이 사건 사업이 완료된 후 재건축조합이 원고에게 변제하여야 할 대여금이라고 할 것이다.

① 도시 및 주거환경정비법은 주택재건축사업의 원칙적인 주체를 주택재건축조합으로 정하고, 조합원 과반수의 동의를 얻으면 시장·군수 또는 주택공사 등과 이를 공동으로 시행할 수 있도록 규정하고 있으므로, 비록 이 사건 계약서에 원고가 공동사업시행자로 기재되어 있다고 하더라도 원고의 실질적인 지위는 시공사에 불과하

고, 재건축사업의 주체는 재건축조합이다.

② 이 사건 계약에 의하면, 원고는 재건축조합에게 설계비, 감리비, 인허가비, 지질조사비, 일반분양분에 대한 보존등기비, 채권매입자금, 토지의 매입자금 등 신축아파트 사업추진에 필요한 일체의 경비를 대여하고(이 사건 계약 제12조), 조합운영비로 40개월을 넘지 않는 범위 내에서 매월 4,000,000원을 지급하기로 하였는바(이 사건 계약 제13조), 이는 원래 재건축사업의 시행주체로서 재건축조합이 지출하여야 할 비용이지만, 재건축조합의 자력이 없는 관계로 시공사인 원고가 우선 이를 대여해준 것으로 보는 것이 타당하다.

③ 원고가 지출한 금원의 사용내역은, 시공사가 공사를 하기 위하여 지출한 비용이 아니라, 인가요건을 갖추기 위해 소요된 비용, 조합 운영을 위하여 필요한 비용 등 이 사건 사업의 진행을 위하여 필요한 비용으로서 궁극적으로는 재건축조합이 원고에게 상환하여야 할 성격의 비용이다.

④ 건설업계의 관례에 의하면, 중도에 시공사가 공사를 중단 또는 포기하게 되는 경우, 통상 새로운 시공업체가 기존의 시공업체가 지출한 비용을 조합을 대신하여 보전하여 주고, 사업 완료 후 이를 조합으로부터 상환받는 형식으로 원상회복이 이루어진다.

(2) 원고의 약정해제권 행사로 인하여 이 사건 계약이 해제되었는지 여부(이 사건 계약의 해제에 대한 재건축조합의 귀책사유 유무)

재건축조합이 인가신청일로부터 1년 4개월 정도가 지난 후인 2006. 1. 5.에 이르기까지 재건축조합이 책임지기로 한 부분인 주민동의율 요건을 갖추지 못함으로써 이 사건 인가신청이 반려된 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 한편, 을 제2호증의 3, 을 제5

호증의 1의 각 기재, 제1심 증인 배진홍의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 재건축조합에게 2006. 2. 23.자 공문을 통하여, 주민동의요건을 갖추어 사업을 추진할 것을 최고하면서 제시한 기한인 2006. 3. 31.이 경과하기 전인 2006. 3. 2.에 재건축조합이 2006. 2. 13. 남구청장에게 제출한 주택재건축정비사업조합 변경인가신청에 의하여 재건축조합의 조합원을 110명으로 변경하는 내용의 변경인가가 이루어졌고, 이로써 토지 등 소유자 동의율이 81.48%에 이르게 되어 사업시행인가 요건인 80%를 충족하게 되었으며, 같은 날 이를 원고에게 구두로 통지한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 비록 재건축조합이 주민동의율 요건을 갖추지 못하는 바람에 공사기간이 지연되었다고 하더라도, 원고가 다시 재건축조합을 상대로 기한을 정하여 주민동의요건을 갖추는 것을 최고하였고, 이에 재건축조합이 원고가 정한 기한 내에 조합변경인가를 받아 위 요건을 갖춘 이상, 공사의 지연으로 인한 사유는 더 이상 해제권 발생사유가 될 수 없다고 할 것이다.

또한 원고는, 사업시행인가 재신청시 세대수 감소 등 현저한 사업성 저하로 인하여 약정조건대로의 사업추진이 불가능한 상태이므로 공사의 계속 수행이 불가능하다고 객관적으로 판명된 경우(이 사건 계약 제26조 제2항)에 해당한다는 취지로 주장하면서 재건축조합을 상대로 이 사건 계약의 해제를 통고한 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 사업인가 재신청시 현저한 사업성 저하로 인하여 약정조건대로의 사업추진이 불가능한 상태였다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없고, 오히려 을 제5호증의 1, 갑 제5호증의 3의 각 기재, 제1심 법원의 남구청장에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 당초 재건축조합은 조합원 수를 107명으로 하여 대구광역시 남구청장으로부터 주택재건축정비사업조합 설립인가를 받았으나, 이후 재건축사업의 부지에 편

입되는 토지 등 소유자 135명 중 110명의 동의를 얻어 조합원 수를 110명으로 한 위 조합 변경인가를 받음으로써, 원고가 이 사건 계약의 약정조건대로 재건축사업을 추진할 수 있었음에도 불구하고 납득할 만한 이유를 제시하지 않은 채 이 사건 계약의 해제를 통고하고 일방적으로 사업의 진행을 중단한 사실이 인정될 뿐이다.

그렇다면 이 사건 계약에 의한 약정해제권의 발생사유에 해당하는 재건축조합의 귀책사유는 인정되지 않는다고 할 것이고, 따라서 원고에게 약정해제권이 있음을 전제로 한 원고의 2006. 4. 26.자 해제 의사표시로 인하여 이 사건 계약이 해제되었다고 볼 수는 없다.

(3) 이 사건 계약이 합의로 적법하게 해제되었는지 여부

앞에서 본 바와 같이 원고의 계약해제 의사표시는 이 사건 계약에 기한 약정해제권이 발생하지 않았으므로 효력이 없다고 할 것이나, 재건축조합은 2006. 7. 26. 원고에게 원고의 해제 의사표시에 동의하며 원고의 대여금은 조합이 선정하는 새로운 시공사와 협의하여 처리하기를 바란다는 내용의 공문을 보냈는바, 당시의 정황, 원고와 재건축조합의 의사, 그 이후에 오고 간 공문의 내용 등을 종합하여 보면, 위 2006. 7. 26.자 공문의 취지는, 재건축조합이 원고의 계약해제 의사표시에 동의하고 원고로부터 이미 수령한 대여금에 대한 원상회복 의무가 있음은 인정하나, 건설업계의 관행에 따라 새로운 시공사가 선정되면 그 새로운 시공사가 재건축조합을 대신하여 대여금을 반환해 줄 것이니 새로운 시공사와의 사이에서 정산하라는 의미로 해석된다.

이에 대하여 피고들은 2006. 7. 26.자 재건축조합의 합의해제 의사표시는 새로운 시공사가 선정되는 것을 정지조건으로 한 것이었는데, 그 후 새로운 시공사가 선정되지 않아 조건이 성취되지 않았으므로 효력이 발생하지 않았다는 취지로 주장하나, 위

합의해제 이후 재건축조합의 예상과 달리 새로운 시공사가 선정되지 않았다는 사정은 해제 이후의 예상치 못한 사정에 불과할 뿐만 아니라, 위 공문의 내용에 비추어 새로운 시공사의 선정은 이 사건 계약의 해제에 따른 대여금의 반환방법에 관련된 사항일 뿐, 새로운 시공사의 선정을 합의해제의 효력발생을 위한 정지조건으로 삼았다고 볼 수는 없어, 이를 이유로 위 합의해제의 효력을 부인할 수는 없다 할 것이다.

따라서 이 사건 계약은 2006. 4. 26.자 원고의 해제 의사표시와 이에 대한 2006. 7. 26.자 재건축조합의 의사의 합치에 따라 적법하게 해제되었고, 이에 따라 재건축조합은 원고에게 이 사건 계약의 해제로 인한 원상회복의무를 부담한다고 할 것이다.

(4) 피고들이 부담한 연대보증채무에 이 사건 계약의 해제에 따른 원상회복의무가 포함되는지 여부

(가) 피고들이 이 사건 계약서에 재건축조합의 연대보증인으로 서명날인한 사실, 이 사건 계약서 제7조 제1, 3항은 "재건축조합과 원고는 이 사건 계약의 이행을 보증하기 위하여 재건축조합은 임원 및 대의원 전원을 연대보증인으로, 원고는 월드ENG 주식회사를 연대보증인으로 하고, 연대보증인은 재건축조합과 원고의 계약의무 불이행에 따른 채무에 대하여 각각 재건축조합과 원고에 연대하여 책임을 진다"고 정하고 있는 사실은 앞에서 본 바와 같다.

(나) 위와 같은 '재건축조합의 계약의무 불이행에 따른 채무'에 쌍방간의 합의에 의한 계약해제에 따른 원상회복의무도 포함되는지 여부에 관하여 살펴건대, 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고들이 부담하여야 할 보증채무인 '계약의무의 불이행에 따른 채무'에는 계약의 '합의해제'로 인한 원상회복의무는 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

① 보증채무는 주채무의 이행을 담보하는 것을 목적으로 하기 때문에 그 담보의 대상인 주채무가 무효이거나 취소되면 보증채무도 무효로 되고, 주채무가 소멸하는 때에는 보증채무도 당연히 소멸한다(보증채무의 부종성, 다만 민법 제436조는 보증인이 보증계약 당시에 주채무에 취소의 원인이 있음을 안 경우에는 후에 주채무가 취소되더라도 보증채무는 그에 따라 소멸하지 아니하고 주채무와 동일한 목적을 갖는 독립의 채무를 부담한 것으로 보는바, 이는 보증이 아니라 별개의 손해담보로서의 성격을 갖는다).

이러한 보증채무의 부종성은 계약해제로 인한 원상회복의무에도 원칙적으로 그대로 적용된다. 즉 계약해제로 인하여 주채무가 소급적으로 소멸하고, 계약 당사자는 원상회복의무라는 특수한 부당이득반환의무를 부담하게 되는데, 이러한 원상회복의무에는 보증책임이 인정되지 않는다고 보는 것이 원칙적으로 타당하다. 그러나 보증채무는 주채무자의 손해배상채무에도 미치는데(민법 제429조 제1항), 주채무자의 귀책사유로 인한 채무불이행을 이유로 하는 상대방의 법정 또는 약정해제권에 기한 해제권의 행사로 계약관계가 소멸된 경우에는, 채무불이행에 대한 구제수단이라는 점에서 당사자의 반대의 의사표시가 없는 한, 보증인은 피보증인의 원상회복의무에 대하여도 여전히 책임을 진다(대법원 1972. 5. 9. 선고 71다1474 판결 등 참조).

한편 피보증인의 귀책사유가 없는 상태에서 계약 당사자간의 합의로 계약이 해제된 경우에는 보증채무의 부종성의 원칙으로 돌아가 해제로 인한 원상회복의무에는 보증채무가 미치지 않고, 이러한 경우까지 확장하여 보증인에게 책임을 물을 수는 없다.

② 이 사건 계약의 주요내용에 비추어 보면, 피고들이 연대보증을 한 이유는

재건축조합이 계약상 의무를 이행하는 것을 간접적으로 강제하기 위함인데, 현실적으로 연대보증책임의 궁극적 내용은, 재건축조합이 계약상 의무를 이행하지 않음으로써 원고에 대하여 부담하게 되는 손해배상책임 등 각종 의무를 연대보증인인 피고들이 연대하여 부담하는 것으로 실현된다. 이러한 의미에서 '계약상 의무의 불이행' 또는 '채무의 불이행'이라는 것은 일방 당사자의 고의, 과실이라는 귀책사유를 그 당연한 전제로 하는 것이고, 이렇게 해석하는 것이 이 사건 계약당시의 원고나 피고들의 의사에 부합하는 것으로 보인다.

이 사건 계약은 원고의 해제 의사표시와 이에 대한 재건축조합의 의사가 합치되어 해제되었을 뿐, 재건축조합의 귀책사유로 인하여 발생한 원고의 약정해제권의 행사로 인하여 해제된 것이 아님은 앞에서 본 바와 같다. 즉 이 사건 계약이 해제되기 이전에 재건축조합의 귀책사유가 없고, 계약이 해제된 이후에는 계약관계가 소멸되었으므로, 재건축조합이 계약해제로 인하여 부담하는 원상회복의무는 계약상 의무라고 볼 수 없어, 결국 재건축조합이 '계약상 의무'를 불이행하였다고 보기는 어렵다.

(5) 소결론

따라서 이 사건 계약의 합의해제로 인한 원상회복의무에도 피고들의 보증책임이 미치는 것을 전제로 하는 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

3. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 원고의 피고들에 대한 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 최우식

 판사 이영철

 판사 김상우