

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건 2014나23066 약정금 등  
원고, 항소인 겸 피항소인

A

대구 남구 명덕로

소송대리인 법무법인 세영

담당변호사 최유신

피고, 피항소인 겸 항소인

B 주식회사

울산 북구

송달장소 울산 남구

대표이사 신인승

소송대리인 변호사 박지훈

제 1 심 판 결 대구지방법원 2014. 11. 6. 선고 2013가합11205 판결

변 론 종 결 2016. 2. 17.

판 결 선 고 2016. 3. 16.

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 모두 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

## 청구취지 및 항소취지

### 1. 청구취지

피고는 원고에게 81,058,692원 및 그 중 3,058,692원에 대하여 2012. 8. 1.부터 이 사건 제1심 판결선고시까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈 및 그 중 78,000,000원에 대하여 2012. 6. 8.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는, 제1심에서 채무부존재확인청구, 채무불이행에 따른 손해배상청구, 위로금에 관한 약정금청구 및 영업비용과 중개수수료에 관한 약정금청구를 하다가, 당심에서 채무부존재확인청구, 채무불이행에 따른 손해배상청구 및 위로금에 관한 약정금청구를 취하하고, 중개수수료에 관한 약정금청구를 감축하였다).

### 2. 항소취지

#### 가. 원고

제1심판결 중 원고 패소부분을 취소하고, 청구취지와 같은 판결을 구한다(당심에서의 소취하 및 청구취지의 감축으로, 항소취지도 청구취지와 같은 범위 내에서 감축되었다).

#### 나. 피고

제1심판결 중 피고 패소부분을 취소한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고가 실사주로 있던 C 주식회사(이하 'C'이라 한다)는 2008. 9. 9. 피고와 사이에, 경북 칠곡군 D 공장용지 4421.1㎡와 지상 공장 및 부대설비들을 피고에게 매도하기로 하는 매매계약(이하 '위 매매계약'이라 한다. 갑 제1호증의 1)을 체결하였다. 피고는 2008. 9. 11. 위 매매계약에 기하여 위 공장부지와 건물에 관한 소유권이전등기를 마쳤다.

나. C은 2009. 5. 27. 피고와 사이에 위 매매계약과 관련하여 아래와 같은 내용의 최종정산합의를 하였고, 원고는 당시 위 최종정산합의 등에 기하여 C이 피고에 대하여 부담하는 채무를 연대보증하였다.

1) C과 피고는 위 매매계약 중 일부 부대설비들에 관한 부분을 해지하고, 위 매매계약의 잔존채권채무관계를 정산하는 내용의 '최종정산합의'(갑 제3호증의 1)를 하였다.

2) C은 기존 박스포장기기와 관련된 사업아이템과 기술자료(특허 및 의장등록, 상표등록 포함) 및 판매에 관한 일체의 영업권을 피고에게 양도하고, 피고는 위 박스포장기기를 판매하여 얻을 순이익금 중 15%를 C과 원고에게 지급하는 내용의 '영업권 양도계약'(갑 제3호증의 2)을 체결하였다.

3) C은 피고로부터 2009. 6. 5. 85,000,000원을 차용하되 2010. 6. 4.까지 이를 변제하기로 하는 내용의 '차용 및 변제 협약'(갑 제3호증의 4)을 하였다. 이에 따라 C과 원고는 2009. 6. 5. 피고에게 'C은 2009. 6. 5. 원고의 연대보증 하에 피고로부터 85,000,000원을 변제기 2010. 6. 4., 지연손해금 연 20%로 정하여 차용하였다'는 내용의 금전소비대차계약 공정증서(공증인가 법무법인 문수 증서 2009년 제N호, 갑 제3호증의 5)를 작성하여 주었다.

다. 원고는 2010. 7. 27. C 및 피고와 사이에, 원고가 C의 피고에 대한 위 차용금채무를 인수하고 그 변제 등을 위하여 피고의 타발기 판매사업에 협조하기로 하는 내용의 '금전소비대차 채무승계 및 상환계약'(이하 '이 사건 채무인수계약'이라 한다. 갑 제4호증)을 체결하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

#### 금전소비대차 채무승계 및 상환계약서(갑 제4호증)

제1조 피고가 C에 대여한 84,000,000원(팔천사백만원)에 대한 모든 책임을 원고가 승계하기로 한다.

제2조 원고의 피고에 대한 전조의 승계채무 변제기한은 2012. 7. 24.로 한다.

제3조 원고는 피고의 타발기 사업에 신의와 성실을 다하여 조력하고 다음 각 항을 준수하기로 한다.

- ① 피고는 원고의 차용금 중 타발기 판매 대수당 순이익의 10%의 금액을 감해주기로 한다. 단, 최소경비는 매달 400,000원과 유류대, 식대 등 일반경비를 피고의 지급기준에 의거하여 피고가 원고에게 지급하기로 한다.
- ② 원고는 변제기한 전에 차용금의 상환이 완료되더라도 변제기한까지는 최소경비 이외의 대가 없이 조력하기로 한다.
- ③ 피고와 원고의 관계는 단순 채무승계 및 상환계약일 뿐, 고용계약관계는 아니다.
- ④ 원고는 타발기 사업 조력과정에서 사업상의 기밀을 누설하지 않는다(양수양도계약서 참조).

제4조 원고는 피고의 타발기 판매시 받기로 한 순이익의 15%부분을 차용금액이 모두 상환될 때까지 차용금액에서 차감하기로 한다.

제5조 원고가 전 2개 조항을 위반할 시, 원고는 변제기한 도래 전이라도 잔여 차용금을 즉시 변제하여야 한다.

제6조 원고는 2011. 7. 24.까지 차용금액 중 60,000,000원 이상의 금액을 상환 또는 변제하였을 때에는 그 나머지 차용금액은 모두 변제한 것으로 한다.

제7조 기한이 도래하거나, 제5조에 의거하여 원고가 피고로부터 승계채무이행의 최고를 받았

음에도 7일 이내에 승계채무를 이행하지 않을 때에는 원고는 피고에 대하여 8,000,000 원(팔백만원)의 위약금을 지급한다.

라. 피고는 2011. 1. 6.부터 2012. 6. 7.까지 원고와 사이에, 아래 '중개수수료계약 일람표' 기재와 같이 피고와 구매자 사이의 타발기 판매계약을 중개한 원고에게 중개수수료를 지급하기로 하는 내용의 '중개수수료 지불계약'(이하 통틀어 '이 사건 중개수수료계약'이라 하고, 개별적인 계약은 그 순번에 따라 '제○수수료계약'이라 한다. 갑 제5호증의 1 내지 6, 제15호증)을 체결하였다. 이 사건 중개수수료계약의 주된 내용은 아래 '중개수수료 지불(증서)계약서'의 기재와 같다.

중개수수료계약 일람표

순번	계약일자	구매자	중개수수료 (원)	비고	증거
1	2011.1.6.	E	30,000,000		갑 5-1
2	2011.4.14.	(주)F	15,000,000		갑 5-2
3	2011.7.20.	G	20,000,000	특약: 중개수수료 중 50%는 금전 소비대차에서 상계하고, 50%만 실 지급한다.	갑 5-3
4	2011.9.23.	H	25,000,000		갑 5-4
5	2011.10.15.	I	20,000,000		갑 5-5
6	2012.3.7.	J	20,000,000		갑 5-6
7	2012.6.7.	K	15,000,000		갑 15, 8-2

**중개수수료 지불(증서)계약서(갑 제5호증의 1 내지 6)**

1. 중개수수료는 공급자(피고)가 중개인(원고)에게 전액 지불을 원칙으로 한다.
2. 중개수수료는 공급자(피고)와 구매자 간의 계약과 동시에 성립된다.
3. 중개수수료의 지불은 계약금부터 적용된다.
4. 계약 이후에 발생하는 여러 가지 일체의 문제는 공급자(피고)가 책임진다(갑 제5호증의 2, 4, 5, 6 참조).
5. 지불방법은 공급자가 구매자로부터 전체 받을 금액(VAT 별도)과 중개수수료를 대비하여 지불하고 완불입금시에는 지체없이 정산한다(갑 제5호증의 1, 3 참조).

6. 연체이율은 연 25%로 한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 23호증(별다른 표시가 없으면 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 당심의 L(E)에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 청구원인에 대한 판단

가. 영업경비 부분

① 피고가 2010. 7. 27. 이 사건 채무인수계약 제3조 제1항을 통하여 원고에게, 타발기 사업에 협조하는 데 필요한 최소경비로 매달 400,000원과 유류대, 식대 등 일반경비를 지급하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 갑 제11호증의 20 내지 22, 제14호증의 1 내지 2의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, ② 원고가 2012. 5.부터 2012. 7.경까지 피고의 타발기 사업에 협조하는 데 필요한 경비를 지출한 후, 피고에게 2012. 5.분 영업경비 1,590,092원, 2012. 6.분 영업경비 1,559,519원 및 2012. 7.분 영업경비 1,583,625원의 지급을 요청하는 지출 품의/결의서(갑 제11호증의 20 내지 22)를 제출한 사실, ③ 원고가 2012. 12. 17. 피고에게 경비지출금 등에 대한 조속한 처리를 독촉하자, 피고는 2012. 12. 27. 원고에게 '2012. 6. 및 2012. 7. 경비 약 3,000,000원'이 미지급 상태라는 내용의 회신서(갑 제14호증의 2)를 보낸 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 피고는 원고에게 위 각 영업경비에서 원고가 변제를 자인하는 일부 금액을 공제한 나머지 3,058,692원[= 2012. 5.분 잔액 669,338원(= 1,590,092원 - 변제금 920,754원) + 2012. 6.분 잔액 805,729원(= 1,559,519원 - 변제금 753,790원) + 2012. 7.분 1,583,625원] 및 이에 대하여 위 각 지출일 이후로서 원고가 구하는 2012. 8. 1.부터 다 갚는 날까지의 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 중개수수료 부분

1) 피고와 원고와 사이에 위 중개수수료계약 일람표 기재와 같은 중개수수료 지급약정을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 위 중개수수료계약 일람표 중 '중개수수료'란 기재의 중개수수료에서 원고가 변제를 자인하는 일부 금액을 공제한 나머지 78,000,000원[= 순번1 잔액 20,000,000원(= 30,000,000원 - 변제금 10,000,000원) + 순번2 15,000,000원 + 순번3 잔액 0원(= 20,000,000원 - 변제금 10,000,000원 - 채무인수금(84,000,000원)에 변제충당된 10,000,000원) + 순번4 잔액 0원(= 25,000,000원 - 변제금 25,000,000원) + 순번5 20,000,000원 + 순번6 잔액 8,000,000원(= 20,000,000원 - 변제금 12,000,000원) + 순번7 15,000,000원] 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 2012. 6. 8.부터 다 갚는 날까지의 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고는, 원고가 피고의 영업사원 내지 대리상에 불과하므로 피고에 대하여 중개수수료 청구를 할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 위와 같이 당사자 사이의 약정에 따른 중개수수료 지급의무가 인정되는 이상 피고는 원고의 지위 여하와 관계 없이 이를 지급하여야 할 것이므로, 피고의 위 주장은 더 살필 필요 없이 이유 없다.

3) 피고는, 이 사건 중개수수료계약에 따른 피고의 중개수수료 지급의무는 타발기 구매자가 피고에게 타발기 매매대금을 모두 지급할 것을 정지조건으로 발생하는데, 순번1 중 타발기 1대, 순번2, 순번5 및 순번7의 각 타발기 매매계약은 구매자의 채무불이행으로 해제되었으므로, 이에 관한 피고의 중개수수료 지급의무는 발생하지 않았다고 주장한다.

중개수수료 지급의무가 매매대금 지급을 정지조건으로 발생하는지에 관하여 살피건대, 앞서 본 바와 같은 이 사건 중개수수료계약의 문언[중개수수료는 공급자(피고)와 구매자 간의 계약과 동시에 성립되고(제2항), 계약 이후에 발생하는 여러 가지 일체의 문제는 공급자(피고)가 책임진다(제4항)] 등에 비추어 보면, 위 기초사실과 을 제1 내지 14호증의 각 기재 및 당심의 L에 대한 사실조회 결과만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

### 3. 피고의 상계항변에 대한 판단

#### 가. 피고의 주장

원고의 피고에 대한 중개수수료 등 채권이 일부 인정된다면, 이 사건 채무인수계약에 따른 피고의 원고에 대한 대여금채권과 위약금채권으로 대등액에서 상계한다.

#### 나. 피고의 원고에 대한 자동채권의 존재

1) 원고가 2010. 7. 27. 이 사건 채무인수계약을 통하여 피고에게, C의 피고에 대한 잔존 차용금채무 84,000,000원(= 85,000,000원 - 변제금 1,000,000원)을 원고가 인수하여 2012. 7. 24.까지 이를 변제하되(금전소비대차 채무승계 및 상환계약서 제1, 2조), 그 채무불이행시에 위약금 8,000,000원을 지급하기로(제7조) 약정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 피고는, 제1수수료계약의 중개수수료 중 5,000,000원과 앞서 원고가 변제충당으로 인한 공제를 자인하였던 제3수수료계약의 중개수수료 중 10,000,000원이 위 차용금채무 84,000,000원에 변제충당되었다면서 공제를 자인하고 있다.

따라서 원고는 특별한 사정이 없는 한 피고에게, 위 차용금채무의 잔액 69,000,000원(= 84,000,000원 - 5,000,000원 - 10,000,000원)과 그 채무불이행으로 인한 위약금 8,000,000원의 합계 77,000,000원(= 69,000,000원 + 8,000,000원) 및 이에 대한 변제가 다음날인 2012. 7. 25.부터 다 갚는 날까지의 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고는, 이 사건 채무인수계약은 통정허위표시인 위 2009. 6. 5.자 '차용 및 변제 확약'과 금전소비대차 공정증서에 기하여 체결되었으므로 무효라는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원고와 피고 모두 제3수수료계약의 중개수수료 중 10,000,000원은 위 차용금채무에 변제충당되었다고 일치하여 주장하고 있는 점 등에 비추어 보면, 갑 제1 내지 23호증의 각 기재만으로는 이 사건 채무인수계약이 통정허위표시로 인하여 체결되었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

3) 원고는, 위 차용금채무는 변제되었거나 타발기 판매이익의 일부로써 차감하기로 한 약정에 따라 전부 소멸하였다는 취지로 주장한다.

먼저, 갑 제1 내지 23호증의 각 기재만으로는 위 차용금채무가 전부 변제되었음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 채무인수계약은, 원고가 피고의 타발기 사업에 협조하여 주는 대신에 피고는 타발기 판매이익의 10 ~ 15%에 해당하는 금액만큼 원고의 위 차용금채무를 감액하여 주고(제3, 4조), 원고가 2011. 7. 24.까지 위 차용금채무 중 60,000,000원 이상을 변제하였을 경우 나머지 채무는 면제하기로(제6조) 규정되어 있는 사실, ② 원고와 피고는 제3수수료계약의 중개수수료의 50%인 10,000,000원을 위 차용금채무에 변제충당하기로 합의한 사실은 인정된다.

그러나 원고는 2011. 1. 6.부터 2012. 6. 7.까지 피고와 사이에 이 사건 중개수수료계약을 체결하면서 위 중개수수료계약 일람표 중 '중개수수료'란 기재의 중개수수료(판매이익이 아닌 매출액의 10 ~ 15%에 해당하는 금액이다)를 직접 지급받기로 계약하였고, 이에 따라 원고는 이 사건 소송에서 위와 같은 이 사건 중개수수료계약을 근거로 미지급 중개수수료의 지급을 구하고 있다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 채무인수계약의 감면 규정은 나중에 체결된 이 사건 중개수수료계약의 중개수수료 지급약정에 의하여 내용이 변경되었으므로, 원고는 위 변경후 약정에 따른 중개수수료의 지급을 구할 수 있을 뿐 위 차용금채무의 감면까지 이종으로 주장할 수는 없다.

따라서 원고의 위 소멸 주장은 모두 이유 없다.

다. 상계

피고의 원고에 대한 위 차용금채무와 위약금에 관한 자동채권으로 원고의 피고에 대한 위 영업경미와 중개수수료에 관한 수동채권을 그 대등액에서 상계한다는 의사표시가 기재된 2015. 10. 13.자 피고 준비서면이 2015. 10. 13. 원고에게 도달된 사실은 기록상 분명하다. 그리고 원고와 피고 모두 위 각 채권 원금 사이의 변제충당이나 감면만 주장하고 있다(쌍방 주장하는 지연손해금의 기산일 차이도 미미하다).

따라서 앞서 본 원고의 피고에 대한 수동채권 합계 81,058,692원[= 영업경미 3,058,692원 + 중개수수료 78,000,000원(= 88,000,000원 - 순번3 중 10,000,000원 공제)]은 상계적상일인 2012. 7. 경 피고의 원고에 대한 자동채권 82,000,000원[= 위 차용금채무 잔액 74,000,000원(= 위 차용금채무 84,000,000원 - 순번3 중 10,000,000원, 피고가 변제충당을 자인한 순번1 중 5,000,000원은 수동채권에서 공제되지 않아 자동채권에서도 공제하지 않고 포함시킴) + 위약금 8,000,000원]과의 상계로 모두 소멸하였다.

라. 원고의 면책채권 주장에 대한 판단

1) 원고는, 피고의 원고에 대한 위 차용금채무와 위약금에 관한 채권은 대구지방법원의 원고에 대한 파산선고 및 면책결정에 따라 모두 면책된 채권이므로, 피고가 이미 면책된 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없다고 주장한다.

2) 갑 제21호증의 1, 2, 3, 제22호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2011. 12. 7. 개인파산 신청을 하여 대구지방법원으로부터 2012. 7. 20. 파산선고를 받고 2012. 10. 9. 파산폐지 및 위 차용금채무 등에 관한 면책결정을 받았으며(대구지방법원 2011하단M, 2011하면M), 그 무렵 위 면책결정이 확정된 사실은 인정된다.

그러나 아래와 같은 점들을 종합하여 보면, 파산자에 대한 면책결정이 확정된 후라도 하더라도, 그 면책결정이 확정되기 전에 파산채권자의 파산자에 대한 파산채권과 파산자의 파산채권자에 대한 채권이 모두 존재하였고, 양 채권이 서로 상계적상에 있었다면, 파산채권자는 면책결정이 확정된 파산채권을 자동채권으로 하여 파산자의 파산채권자에 대한 채권과 상계할 수 있다고 봄이 타당하다.

① '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에는 파산채권자가 파산자를 상대로 면책된 파산채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것을 금지하는 규정이 없다. 구 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'(2013. 5. 28. 법률 제11828호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 파산채권자가 파산선고 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 때에는 파산절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있었고(제416조), 파산채권자의 채권이 파산선고시에 기한부 또는 해제조건부이거나 제426조(비금전채권이나 정기금채권 등)에 규정된 것인 때는 물론, 채무가 기한부나 조건부인 때 또는 장래의 청구권에 관한 것인 때에도 상계할 수 있었다(제417조).

② 면책의 효력을 받는 채권은 면책허가에 의하여 자연채권으로 될 뿐, 채권 자체가 없어지는 것이 아니다. 파산자가 자신의 파산채권자에 대한 채무는 면책받은 채 자신의 파산채권자에 대한 채권을 행사할 수 있다고 하는 것은 형평에 맞지 않다.

③ 이미 소멸시효가 완성된 채권도 그 완성 전에 상계적상에 이른 경우에는 상계가 허용된다(민법 제495조).

④ 파산절차에서는 상계권의 행사시기에 법률상 제한이 없다.

이 사건의 경우, 피고의 원고에 대한 파산채권과 원고의 피고에 대한 채권은 원고의 면책결정이 확정(2012. 10.경)되기 전인 2012. 7.경 상계적상에 있었으므로, 피고는 위 양 채권을 상계할 수 있으니, 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하여야 하고, 제1심판결의 결론도 이와 같다. 다만, 제1심판결은 원고의 채권을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였으나, 당심은 원고의 채권을 인정한 후 피고의 상계 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각함으로써 서로 기판력의 범위가 달라지게 되었다. 따라서 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소한 후 다시 원고의 청구를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장            판사            진성철

                  판사            김태현

판사      손병원