

서울고등법원 2017. 9. 26 선고 2016나2053945 판결 [보증금 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2017. 9. 26 선고 2016나2053945 판결

서울중앙지방법원 2016. 7. 8 선고 2015가합511984 판결

전문

원고, 피항소인대방건설 주식회사

피고, 항소인건설공제조합

피고보조참가인범양건영 주식회사

변론 종결2017. 9. 5.

판결 선고2017. 9. 26.

제1심판결서울중앙지방법원 2016. 7. 8. 선고 2015가합511984 판결

주문

1. 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 539,202,167원 및 그 중 489,120,205원에 대하여는 2015. 2. 13.부터, 16,874,000원에 대하여는 2015. 12. 30.부터 각 2016. 1. 21.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

주문 제1항과 같다.

이 유

1. 인정사실

가. 이 사건 도급계약의 체결 등

1) 원고와 피고보조참가인(이하 '보조참가인'이라고 한다)은 출자비율 원고 20%, 보조참가인 80%인 공동이행방식의 공동수급체(이하 '이 사건 공동수급체'라고 한다)를 구성하여, 2008. 6. 5. 한국토지주택공사로부터 성남도촌S1BL 아파트 건설공사 7공구 공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)를 공사기간 2008. 6. 10.부터 2010. 9. 16.까지, 공사대금 78,760,837,000원으로 각 정하여 도급받는 내용의 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다)을 체결하였다.

2) 원고와 보조참가인은 이 사건 도급계약 체결 당시 공동계약 운용요령(기획재정부예규 제2200.04-136-16호) 제5조가 정하고 있는 바와 같은 '공동이행방식의 공동수급협정서'를 작성하여 한국토지주택공사에 이를 제출하였다. 위 공동수급협정서에 보조참가인이 이 사건 공동수급체의 대표자로 정해져 있고(공동수급협정서 제3조), 이 사건 공동수급체의 구성원인 원고와 보조참가인은 한국토지주택공사에 부담하는 이 사건 도급계약상의 의무이행에 관하여 연대하여 책임을 부담하는 것으로 정해져 있다(공동수급협정서 제6조).

3) 원고와 보조참가인은 2010. 11. 15. 1) 한국토지주택공사와 위 공사기간을 2010. 10.

14.까지로, 공사대금을 87,486,337,800원으로 각 변경하기로 합의하였고, 이 사건 공사 진행 결과 완성된 위 성남도촌S1BL 아파트에 관하여 2010. 11. 16. 그 사용승인이 이루어졌다.

나. 원고와 보조참가인의 내부적인 협약 체결

원고와 보조참가인은 앞서 본 바와 같이 한국토지주택공사에 공동이행방식의 공동수급협정서를 작성하여 제출하는 한편, 그 무렵 이와 별도로 '보조참가인이 이 사건 공사에 관하여 발생한 하자보수책임을 전적으로 부담한다'는 내용이 포함된 내부적인 협약(이하 '이 사건 협약'이라고 한다)을 하였다. 이 사건 협약서의 주요 내용은 아래와 같다.

협약서

제1조(공사의 내용 및 도급비율)

1) 공사명: 성남도촌S1BL 아파트 건설공사 7공구

2) 도금액 및 도급비율

-도급총액: 78,760,837,000원

-보조참가인: 61,408,669,600원(80%)

-원고: 15,352,167,400원(20%)

제3조(사업의 대표자)

본 공동도급의 대표사는 보조참가인으로 하며, 회원사는 원고로 한다. 대표사는 공동수급체를 대표하며 대금의 청구 및 공동수급체의 재산을 관리할 권한을 갖고 있으며, 본 공사로 인한 발주처 및 제3자에 대한 모든 책임과 의무를 대표사가 부담한다.

제4조(공동실행 및 이익금 산정)

1) 본 공사의 원활한 수행을 위해 대표사인 보조참가인에서 일괄책임 시공한다.

제6조(현장운영)

1) 본 공사는 보조참가인이 100% 책임 시공하며, 대표사는 하도(급)자 선정, 품질관리, 하자보수(발주처에서 요청하는 하자보수 만료기간 내의 하자보수 및 법정 하자보수 기간 내의 하자보수업무), 도급공사비 및 실행예산에 초과되는 부분에 대해 일체의 책임과 권한을 갖고 집행한다.

3) 대외업무의 제반서류는 대표사에서 일괄처리하되 공동도급임을 감안하여 필요시 회원사는 대표사에 적극 협조한다.

제10조(하자보수)

1) 준공 후 발생하는 하자보수(발주처에서 요청하는 하자보수 만료기간 내의 하자보수 및 법정하자보수 기간 내의 하자보수업무)는 대표사에서 책임 처리하며 발생비용도 대표사에서 부담한다.

다. 보조참가인과 피고의 하자보수보증계약 체결

1) 보조참가인은 2010. 11. 30. 피고와 이 사건 도급계약에 따라 한국토지주택공사에 대하여 부담하는 하자보수의무를 보증하기 위하여 아래 표 기재와 같은 각 하자보수보증계약(이하 순번대로 '이 사건 1 내지 10 보증계약'이라고 하고, 이를 모두 지칭할 경우에는 '이 사건 각 보증계약'이라고 한다)을 체결하였고, 그 무렵 이 사건 각 보증계약에 따라 발행받은 하자보수보증서를 한국토지주택공사에 교부하였다.

1	1년차	이 사건 공사 [건축: 수장, 유리, 미장, 칠, 도배, 금속, 기타]	2010. 10. 23.~ 2011. 10. 22.	616,938,450	20,564,615,002	205722
2	이 사건 공사 (토목: 토공사)	2010. 10. 23.~ 2012. 10. 22.	154,913,267	5,163,775,568	205721	
3	2년차	이 사건 공사 (기계: 설비)	2010. 10. 23.~ 2012. 10. 22.	289,131,078	9,637,702,629	205720
4	이 사건 공사 (건축: 경량철골, 조적, 창호, 타일, 단열, 가구)	2010. 10. 23.~ 2012. 10. 22.	612,549,259	20,418,308,642	205719	
5	이 사건 공사 (토목: 포장)	2010. 10. 23.~ 2013. 10. 22.	7,669,512	255,650,432	205718	
6	3년차	이 사건 공사 (소방: 소화, 제연, 가스)	2010. 10. 23.~ 2013. 10. 22.	101,775,092	3,392,503,071	205717
7	이 사건 공사 (건축: 지점, 구조철골, 온돌)	2010. 10. 23.~ 2013. 10. 22.	229,979,806	7,665,993,561	205716	
8	4년차	이 사건 공사 (건축: 일반철콘, 지붕, 홍통, 방수)	2010. 10. 23.~ 2014. 10. 22.	58,838,075	1,961,269,172	205715
9	5년차	이 사건 공사 (건축: 보, 바닥, 지붕)	2010. 10. 23.~ 2015.	248,869,131	8,295,637,715	205714

1	1년차	이 사건 공사 [건축: 수장, 유리, 미장, 철, 도배, 금속, 기타]	2010. 10. 23. ~ 2011. 10. 22.	616,938,450	20,564,615,002	205722
			10. 22.			
10	10년차	이 사건 공사 (건축: 기둥, 내력벽)	2010. 10. 23. ~ 2020. 10. 22.	303,926,460	10,130,882,008	205713

2) 이 사건 각 보증계약에 편입된 하자보수보증약관 제1조는 피고가 이 사건 각 보증계약에 따라 부담하는 보증책임에 관하여 '건설공제조합(피고)은 계약자(채무자)가 하자담보책임기간 내에 사용검사시의 설계도서를 기준으로 발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써(보증사고) 그 상대방(보증채권자)에게 부담하는 채무를 대신 이행하거나 해당 보증금의 지급을 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급한다'는 취지로 규정하고 있다.

라. 원고의 하자보수의무 이행

1) 이 사건 공사와 관련하여, 한국토지주택공사는 2011. 10. 25.경부터 보조참가인을 상대로, 2011. 11. 21.경부터 원고와 보조참가인을 상대로 하자보수를 각 요청하였다.

2) 그러나 보조참가인은 이 사건 협약을 체결함으로써 원고와의 내부적 관계에서 하자보수의무를 전적으로 부담하기로 하였음에도 이를 이행하지 아니하였고, 이에 원고가 하자보수의무를 이행하게 되었다.

3) 원고는 2011. 12. 5.부터 2015. 12. 29.까지 위 하자보수의무를 이행하는 과정에서 총 505,994,205원(= 2015. 2. 13.까지 489,120,205원 + 2015. 12. 29. 16,874,000원)을 지출하였는데, 그 구체적인 지출 내역 등은 아래 표 기재와 같다.

1	이 사건 1, 4 보증계약	1,229,487,709(= 616,938,450 + 612,549,259)	457,421,772	1, 2년차 세대마감보수 공사 등
2	이 사건 7 보증계약	229,979,806	8,646,200	스프링클러 누수비용 등
3	이 사건 8 보증계약	58,838,075	1,493,144	대피공간 누수 등
4	이 사건 9 보증계약	248,869,131	1,298,133	발코니 슬래브 균열 등
5	이 사건 10 보증계약	303,926,460	3,034,956	발코니 천정, 대피공간 천정 및 벽체 균열 등
6	사감정실시비용	0	9,900,000	(주)포씨씨이엔지에 대한 사감정 용역비용 (2012. 11. 9., 2013. 1. 10. 지출)

1	이 사건 1, 4 보증계약	1,229,487,709(= 616,938,450 + 612,549,259)	457,421,772	1, 2년차 세대마감보수 공사 등
7	세대하자조사용역비용	0	24,200,000	(주)엘씨구조시스템에 대한 하자조사용역비용 (2014. 1. 28., 2014. 4. 29. 지출)
합계	505,994,205			

마. 보조참가인의 회생절차 진행

보조참가인은 2011. 11. 8. 서울중앙지방법원 2011회합136호로 회생절차개시결정을 받았고, 2012. 6. 11. 회생절차가 폐지되었다.

【인정 근거】다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 4, 6 내지 13, 16, 17, 19호증, 을 제6 내지 10호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고 주장의 요지

1) 원고는 한국토지주택공사에 대한 하자보수의무에 관하여 보조참가인과 연대책임을 부담하는 지위에서 총 505,994,205원을 지출하여 위 하자보수의무를 이행하였으므로 보조참가인에 대하여 위 금액 중 보조참가인의 부담비율에 해당하는 금액에 관한 구상권을 취득하였다. 그런데 이 사건 협약에서 보조참가인의 부담비율을 100%로 정하였으므로, 원고는 보조참가인에 대하여 위 지출비용 505,994,205원 전부를 구상할 수 있다.

2) 한편, 보조참가인은 이 사건 협약에 따라 자신이 전적으로 부담하기로 한 하자보수의무를 보증하기 위하여 이 사건 각 보증계약을 체결하였으므로, 이 사건 각 보증계약은 보조참가인과 피고 사이에서 체결된 것이고, 원고는 그 계약당사자가 아니다. 따라서 원고가 한국토지주택공사의 하자보수 요청에 따라 하자보수의무를 이행하였다고 하더라도, 이 사건 각 보증계약의 당사자(계약자)인 보조참가인이 한국토지주택공사의 하자보수 요청에 응하지 아니한 이상, 이 사건 각 보증계약에서 정한 '보증사고'가 발생하였다고 보아야 하므로, 이 사건 각 보증계약상의 보증채권자인 한국토지주택공사는 피고에 대하여 이 사건 각 보증계약에 따른 보증채권을 취득하였다.

3) 위와 같이 하자보수의무를 이행함으로써 보조참가인에 대하여 구상권을 취득한 원고는 민법 제481조 변제자의 법정대위 규정에 따라 '채권자인 한국토지주택공사의 채권 내지 담보에 관한 권리인 피고에 대한 위 보증채권'을 위 구상권의 범위 내에서 이전받았다.

4) 결국 피고는 한국토지주택공사를 대위한 원고에게 이 사건 보증계약에 따른 보증금으로 539,202,167원(= 하자보수비용 505,994,205원 + 각 하자보수비용 지출일로부터 2015. 2. 12.까지의 이자 33,207,962원) 및 위 금원 중 하자보수비용 505,994,205원에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 이에 대한 피고의 반론 및 항변 요지

1) 보증사고 미발생 주장 보조참가인은 이 사건 공동수급체의 대표자로서 또는 원고를 대리하여 이 사건 각 보증계약을 체결하였으므로, 보조참가인은 물론 원고도 이 사건 각 보증계약에 있어 계약당사자라고 할 것이다. 그런데 이 사건 각 보증계약에 편입된 하자보수보증약관 제1조는 앞서 본 바와 같이 보증사고에 관하여 '계약자가 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니한 경우'라고 규정하고 있으므로, 계약당사자 중 1인인 원고가 한국토지주택공사의 하자보수 요청에 응하여 하자보수의무를 이행한 이상, 이 사건 각 보증계약에서 정한 '보증사고'는 발생하지 않았다고 보아야 한다. 따라서 원고가 주장하는 변제자의 법정대위에 있어 피대위권리, 즉 '한국토지주택공사의 피고에 대한 보증채권'이 발생하지 않았다.

2) 변제자 법정대위 불가능 주장 설령, '한국토지주택공사의 피고에 대한 보증채권'이 발생하였다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 보조참가인은 물론 원고도 이 사건 각 보증계약에 있어 계약당사자이므로, 피고는 보조참가인과 원고 모두를 위한 보증인 지위에 있다고 할 것이다. 따라서 원고가 다른 연대채무자인 보조참가인의 채무(하자보수의무)를 이행하였다고 하여도 자신의 보증인도 겸한 보조참가인의 보증인인 피고에 대하여는 한국토지주택공사의 채권 내지 담보에 관한 권리를 대위할 수는 없다.

3) 이 사건 협약 무효 주장 원고의 청구는 '보조참가인이 이 사건 공사에 관하여 발생한 하자보수책임을 전적으로 부담한다'는 내용의 이 사건 협약에 기초한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 협약은 이 사건 공동수급체의 구성원인 원고의 출자비율 전부를 보조참가인에게 이전하는

합의이므로 이 사건 도급계약의 내용이 된 공동계약 운용요령 제12조2) 및 공동수급(표준)협정서 제9조 제2항3)에 위반되어 무효이다.

4) 보증책임 면책 주장 이 사건 각 보증계약에 편입된 하자보수보증약관 제2조에 따르면, 피고는 '미시공 또는 설계상 잘못으로 인하여 보증사고가 발생한 때(제5호)', '사용상 부주의 또는 제3자에 의하여 보증사고가 발생한 때(제6호)'에는 이 사건 각 보증계약에 따른 보증채무를 부담하지 않도록 되어 있는데, 원고는 이 사건 보증사고가 위 각 호의 사유로 인하여 발생하지 않았다는 사실을 증명하지 못하였다.

3. 당사자의 주장에 대한 판단

가. 쟁점 및 판단순서

원고의 청구는 '이 사건 각 보증계약의 계약당사자는 보조참가인일 뿐, 원고는 그 계약당사자가 아님'을 전제로 하고 있는 반면, 앞서 본 바와 같은 피고의 '보증사고 미발생 주장' 및 '변제자 법정대위 불가능 주장'은 '보조참가인과 원고 모두 이 사건 각 보증계약의 계약당사자임'을 전제로 하는 것임을 알 수 있다.

따라서 이하에서는 '이 사건 각 보증계약의 계약당사자가 누구인지'에 관하여 먼저 살펴보고, 만약 원고가 이 사건 각 보증계약의 계약당사자가 아니라고 판단될 경우에 한하여 피고의 나머지 주장에 관하여 나아가 보기로 한다.

나. 이 사건 각 보증계약의 계약당사자 등에 관한 판단

1) 보조참가인은 이 사건 각 보증계약 체결 전 원고와 이 사건 협약을 체결하였는데, 이 사건 협약에는 '보조참가인이 이 사건 공사에 관하여 발생한 하자보수책임을 전적으로 부담한다'는 내용이 포함되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 그리고 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 보조참가인은 이 사건 각 보증계약을 체결하기 위하여 피고에게 전자적 방식의 하자보수보증 신청서(갑 제9호증)를 제출하였는데, 위 신청서의 이 사건 공사에 관한 표시항목 중 계약금액란에 이 사건 도급계약상의 계약금액 전체인 "87,486,337,800"이라고 표시하는 한편, 하자보수보증서의 발급형태란에는 "각자명의"라고 표시하였던 사실, ② 피고는 이 사건 각 보증계약 체결 여부를 결정하기 위한 보증심사 과정에서 보조참가인의 시공능력, 신용등급 등만을 고려하였고, 이 사건

공동수급체의 구성원인 원고를 보증심사의 대상으로 삼지 아니한 사실, ③ 피고가 위와 같은 신청에 따라 보조참가인에게 발행해 준 하자보수보증서의 계약자란에 "상호: 범양건영(주), A"으로만 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

2) 그러나 앞서 본 인정사실 및 증거들과 을 제11, 12, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정 및 아래와 같은 법리적 이유 등을 고려해 보면, 보조참가인은 물론 원고 역시 이 사건 각 보증계약의 계약당사자의 지위에 있는 것으로 봄이 상당하다.

가) 원고와 보조참가인은 이 사건 공사를 공동으로 수행하여 이득을 분배할 목적으로 이 사건 공동수급체를 결정하였고, 보조참가인은 이 사건 공동수급체의 대표자로 선정되었으므로, 이 사건 공동수급체는 2인 이상이 출자하여 공동의 사업을 목적으로 하는 민법상의 조합에 해당하고, 이 사건 공동수급체의 대표자인 보조참가인은 대외적으로 이 사건 공동수급체를 위하여 모든 행위를 대리할 권한이 있다. 한편 원고와 보조참가인은 모두 회사로서 상법 제5조 제2항에 의하여 상인으로 간주되고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 보조적 상행위에 해당하므로, 보조참가인이 피고와 이 사건 각 보증계약을 체결하는 행위도 상행위이다. 따라서 보조참가인이 이 사건 각 보증계약을 체결함에 있어 이 사건 공동수급체 또는 원고를 위한 것임을 표시하지 않았다고 하더라도, 이 사건 각 보증계약은 특별한 사정이 없는 한 상법 제48조 전문에 의하여 이 사건 공동수급체(원고와 보조참가인)에 대해 효력이 있다고 보아야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다46750 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012다57590 판결 등 참조).

나) 보조참가인은 이 사건 각 보증계약 체결 전인 2008. 6. 3. 이 사건 공사에 관한 공사이행보증서를 발급받기 위하여 이 사건 공동수급체를 대표하여 피고에게 수기 방식의 공사이행보증 신청서를 제출하였는데, 위 신청서의 주계약 내용(이 사건 도급계약 내용)에 관한 항목 중 이행방식란에 "공동"으로 표시하고 원고와 보조참가인의 출자비율 및 해당 계약금액을 명시하였으며, 피고는 그 무렵 위 신청에 따라 보증심사를 거쳐 보조참가인에게 공사이행보증서를 발행해 준 바가 있다. 그리고 피고가 당시 작성한 보증심사조서에 첨부된 특기사항에는 '보증유형: 공동, 계약형태: 공동이행, 구성원수: 2, 출자비율: 보조참가인과 원고 각 80대 20, 대표사: 보조참가인, 대표사 아닌 구성원: 원고'라는 취지로 기재되어 있다. 그런데 피고가 이 사건 각 보증계약 체결 여부를 결정하기 위한

보증심사 과정에서 작성한 보증심사조서에 첨부된 특기사항에도 위와 동일한 내용이 기재되어 있다. 한편, 보조참가인은 피고의 내부 규정상 신용등급 AA(2등급)로서 우량조합원에 해당하여 보증신청 관련 서류 대부분이 면제되는 업체이었으므로, 이 사건 각 보증계약을 체결하기 위하여 하자보수보증 신청을 함에 있어 '하자보수보증금 납부서' 외에 달리 보증신청 관련 서류를 제출하지 아니하였다.

이러한 일련의 사정 등을 고려해 보면, 피고는 이 사건 각 보증계약의 계약상대방을 보조참가인으로만 인식하였다고 볼 수 없고, 오히려 이 사건 각 보증계약의 계약상대방을 이 사건 공동수급체(보조참가인 및 원고)로 인식하였다고 보인다.

다) 앞서 본 바와 같이, 보조참가인은 이 사건 각 보증계약을 체결하기 위하여 피고에게 제출한 전자적 방식의 하자보수보증 신청서의 하자보수보증서 발급형태란에 "각자명의"라고 표시하였으나, 이는 보조참가인이 수기방식이 아닌 전자적 방식의 하자보수보증 신청서를 제출하면서 위 발급형태란에서 선택할 수 있는 "각자명의"와 "1인명의" 중 "각자명의" 부분을 선택한 것에 기인한 것으로 보이므로, 하자보수보증서 발급형태란에 "각자명의"라고 표시되어 있다는 사정만으로 '보조참가인만이 이 사건 각 보증계약의 당사자가 될 의사이었다'거나 '보조참가인만이 이 사건 각 보증계약의 당사자가 되었다'고 보기 어렵다.

라) 또한, 피고는 이 사건 각 보증계약 체결 여부를 결정하기 위한 보증심사 과정에서 보조참가인의 신용등급 등만을 고려하였다. 그러나 피고의 내부 보증규정시행세칙 제14, 15조에 '공동도급공사의 경우 출자자 중 최다로 출자하거나 출자비율이 100분의 20 이상인 조합원 중 1인은 공동도급공사에 관한 보증을 1인 명의로 받을 수 있고, 보조참가인과 같은 우량조합원의 경우는 보증관련 서류 징구를 생략할 수 있다'는 취지로 규정하고 있는 점, 보조참가인은 당시 우량조합원으로서 원고를 제외하더라도 그 보증한도가 충분하였던 점 등을 고려해 보면, '보증심사 과정에서 보조참가인의 신용등급 등만을 고려하였다'는 사정 역시 '보조참가인만이 이 사건 각 보증계약의 당사자'라고 볼 만한 결정적 정황이 되지 못한다.

마) 원고는 '상법 제48조는 대리행위의 방식에 관한 특칙일 뿐 대리의사 내지 대리권 자체가 인정되지 아니한 경우에 본인에게 효력이 귀속된다거나 대리권을 추정하는 등의 효력을 가지는 것은 아니라 할 것인데, 보조참가인은 이 사건 각 보증계약의 체결과 관련하여 원고를 대리할 권한을 가지고 있지

아니하므로, 이 사건에 있어서는 상법 제48조가 적용되지 아니한다'는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같은 이 사건 협약에 이르게 된 경위 및 목적과 이 사건 협약서의 규정 내용 등을 고려해 보면, 이 사건 협약은 순전히 보조참가인과 원고의 내부적인 관계에서의 이익분배나 책임부담 등만을 규율하기 위한 것이므로, 이 사건 협약 체결 이후에도 보조참가인의 대외적인 대표권 등은 여전히 그대로 유지되는 것으로 보아야 할 뿐만 아니라, 이 사건 협약서 제3조, 제6조 제3항 등 관련 조항 역시 그 문언상 위와 같은 전제에서 규정된 것으로 보는 것이 자연스럽다. 따라서 보조참가인은 이 사건 협약 이후에도 여전히 대외적으로 이 사건 공동수급체를 위한 대표권을 보유하고 있었다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

바) 한편, 원고가 원용하고 있는 '대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다25432 판결'은 공동수급체 구성원이 개별적으로 각 출자비율에 따른 공사계약금액을 기준으로 별개의 보증사 또는 보증보험사와 하자보수보증계약 또는 하자보수보증보험계약을 체결하여 그 계약당사자가 명확히 구분되는 사안에 관한 것이므로, 공동수급체 구성원의 1인인 보조참가인이 공사계약금액 전체를 기준으로 1인의 보증사인 피고와 하자보수보증계약을 체결한 이 사건에 적용될 성질의 것이 아니다.

다. 소결론

이러한 판단을 전제로 원고 청구의 당부에 관하여 살펴본다.

1) 앞서 본 바와 같이, 보조참가인은 물론 원고 역시 이 사건 각 보증계약의 당사자의 지위에 있다고 할 것이고, 이 사건 각 보증계약에 편입된 하자보수보증약관 제1조는 피고가 이 사건 각 보증계약에 따라 보증책임을 부담하게 되는 보증사고에 관하여 '계약자가...발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니한 경우'로 규정하고 있으므로, 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고는 '이 사건 각 보증계약의 계약자인 보조참가인과 원고 모두가 하자보수 이행청구를 받고도 이를 이행하지 아니한 경우'에 발생한 것으로 보아야 한다. 그런데 원고가 한국토지주택공사의 요청에 따라 하자보수의무를 이행하였으므로, 이 사건 각 보증계약에서 정한 보증사고가 발생하였다고 볼 수 없다. 따라서 원고 청구가 성립되기 위한 요건 중의 하나인 '변제자의 법정대위에 있어 피대위권리', 즉 '한국토지주택공사의 피고에 대한 보증채권'이 발생하지 않았다고 할 것이므로, 원고의 청구는 받아들일 수 없다.

2) 설령, '한국토지주택공사의 피고에 대한 보증채권'이 발생하였다고 하더라도, 연대채무자가 수인이 있는 경우에 이들 모두를 위한 보증인은 보증채무의 이행으로 한 출연액 전부에 대하여 어느 연대채무자에게나 구상권을 가지는 것이므로, 이와 반대로 연대채무자들 중 어느 1인이 자신의 내부부담부분을 넘어 채무를 변제함으로써 채권자의 그 다른 연대채무자에 대한 원채권을 행사하는 경우에도 자신의 보증인도 겸한 그 다른 연대채무자의 보증인에 대하여는 대위할 수 없는바(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다3062 판결 등 참조), 위 법리에 비추어 보면, 원고가 다른 연대채무자인 보조참가인의 채무(하자보수의무)를 내부부담부분을 넘어 이행하였다고 하여도 자신의 보증인도 겸한 보조참가인의 보증인인 피고에 대하여는 한국토지주택공사의 채권 내지 담보에 관한 권리(한국토지주택공사의 피고에 대한 보증채권)를 대위할 수는 없다. 따라서 원고의 청구는 위와 같은 이유에서도 이유 없음에 귀착된다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것이다. 제1심판결 중 피고 패소 부분은 당심과 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하기로 한다.

재판장판사이강원

판사홍승구

판사조기열

- 1) 변경된 공사도급계약서(갑 제2호증의 일부)상 그 작성일이 '2010. 11. 15.'로 기재되어 있는데, 변경된 공사기간이 '2010. 10. 14.'인 점에 비추어 보면, 사후적 합의인 것으로 보인다.
- 2) 공동계약 운영요령 제12조 제2항은 '계약담당공무원은 공동수급체 구성원의 출자비율 또는 분담내용의 변경을 승인함에 있어 구성원 각각의 출자지분 또는 분담내용 전부를 다른 구성원에게 이전하게 하여서는 아니 된다'는 취지로 규정하고 있다.
- 3) 공동수급표준협정서 제9조 제2항은 '출자비율을 변경하는 경우 공동수급체 일부 구성원의 출자비율 전부를 다른 구성원에게 이전할 수 없다'는 취지로 규정하고 있다.