

건설관련 주요 판례 정리 및 해설

1. 민간공사도급계약의 연대보증인의 책임의 성질

대법원 2005.3.25.선고 2003다55134 판결

〈요지〉 ① 관청공사도급계약의 연대보증인의 보증책임은 특별한 사정이 없는한 시공보증에 한정되지만 민간공사도급계약의 연대보증인의 보증책임은 각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증경위 등을 참작해 개별적으로 구체적인 사안에 따라 법률행위의 해석에 의하여 판단돼야 하는 것이지만, 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 금전채무보증과 시공보증을 포함한다고 봐야 한다.

② 위와 같은 연대보증인과 별도로 신용보증기금도 수급인의 도급인에 대한 계약이행보증금을 담보하기 위해 신용보증위탁계약을 체결한 경우, 신용보증기금과 연대보증인은 도급인에 대한 관계에서 수급인의 도급인에 대한 공사도급계약으로 인한 금전채무에 관하여 공동보증인의 지위에 있고, 따라서 신용보증기금이 신용보증계약에 따라 도급인에게 계약이행보증으로 인한 손해배상채무를 이행하는 경우에는 민법 제440조에 의하여 연대보증인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

〈해설〉 ① 공사도급계약의 연대보증인의 보증책임의 범위는 공사목적물의 완성 및 하자보수의무에 미치는데, 나아가 선급금반환채무나 손해배상채무 등 금전지급의무에

까지 미치는가? 이에 대해 연대보증인의 의사는 도급계약상 피보증인의 모든 채무를 보증한다는 취지로 보아야 하므로 금전지급의무를 배제한다는 특약이 없는한 모든 채무에 미친다고 보는 긍정설과 연대보증인의 보증책임범위는 수급인의 공사시행에 관한 의무의 보증에 한정되고 수급인의 금전지급채무는 부담하지 않는다고 보는 부정설이 대립되어 있었다. 대법원 1999. 10. 8. 선고 99다20773 판결, 2000. 6. 13. 선고 2000다13016 판결은 관급공사도급계약에 한해 부정설을 취하고 있었으나 민간공사도급계약에 관해서는 대법원의 입장이 정리되지 않았다. 이번에 나온 판결은 관급공사와 달리 민간공사도급계약에서는 연대보증인이 금전채무까지 보증한다는 점을 명확히 한 것이다.

관급공사의 경우는 회계예규인 관급공사표준도급계약서 제48조 및 정부계약유권해석상 내부적으로 연대보증인의 책임 범위에 금전책임부분은 제외하는 것으로 지침을 정하고 있어서 부정설이 타당하지만 민간계약에서는 이러한 지침이 없고, 또한 연대보증의 내용이 “도급계약상 수급인의 채무를 연대보증한다”고 명시적으로 되어 있는 이상 긍정설이 타당하다. 다만 각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증의 경위 등을 참작해 계약해석을 하여 개별적 사정에 따라 부정될 경우도 있음을 주의하여야 한다.

② 신용보증기금의 보증은 전문 보증기관인 신용보증기금이 주채무자의 위탁을 받아 보증료를 받고 채권자와 보증계약을 체결하는 구조로 이루어지므로 민법상 보증과 동일한 성격을 갖는다. 따라서 신용보증기금이 채권자에게 보증채무를 이행하면 기금은 주계약상의 연대보증인에 대해 민법 제448조의 공동보증인 상호간 구상권 규정에 근거하여 구상권을 행사할 수 있다. 그러나 보증보험계약

법규소식

의 경우에는 연대보증인과 보험자 사이에 이러한 구상권 행사가 허용되지 않음을 주의해야 한다.

보증보험은 피보험자인 채권자가 입게 되는 손해를 보험자가 인수하는 손해보험으로서 연대보증인과 성격을 달리하므로 공동보증관계가 성립할 수 없다. 다만 기능과 효과가 동일한 이상 보증보험과 신용보증의 관계를 이렇게 구분하는 것은 신용보증과 보증보험을 이용하는 건설공사 관계자들에게 불측의 피해를 입힐 가능성이 매우 높으므로 약관이나 법령의 개정으로 양자의 관계를 통일할 필요가 있다.

2. 건설공제조합이 한 보증계약의 법적 성질 및 주계약의 이행기가 변경된 경우의 보증 책임

대법원 2005. 8.19. 선고 2002다59764 판결

〈요지〉 건설산업기본법에 의해 건설공제조합이 조합원의 계약보증금 지급채무를 보증하는 보증계약은 그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사한 것이라고 할 것이므로 이에 대해서도 보험에 관한 법리가 적용되고, 따라서 보증채권자가 조합원에게 그 이행기를 보증기간 이후로 연기하여 준 경우에는 이로써 건설공제조합의 보증계약상의 보증기간도 당연히 변경된다고 할 수는 없으며 연기된 이행기일이 보증기간 이후로 된 이상 비록 조합원이 변경된 주계약상의 이행기일에 이행을 하지 않았다고 하더라도 이는 보증사고가 보증기간 이후에 발생한 것이어서 보증금 지급 사유에 해당하지 아니한다.

〈해설〉 ① 앞서 본 신용보증기금의 보증이 채무자의 보증위탁에 의하여 보증채권자와 신용보증기금 사이에서 체결되는 보증계약임에 이견이 없다.

그러나 건설공제조합 또는 전문건설공제조합의 보증에 대하여 보증계약설과 제3자를 위한 보험계약설이 대립되고 있다. 대법원 판결은 이 점에 관해 심한 혼란상태를 보이고 있다. 대법원 1999.11.26. 선고 99다36617 판결, 2002.11.26. 선고 2002다34727판결은 명시적으로 보증계약설을 취하고 있음에 반해, 대법원 2001.6.1. 선고 2000다63882판결, 2002.7.26. 선고 2001다36450판결, 2003.11.13. 선고 2001다33000판결 등에서는 제3자를 위한 보험계약설을 취하거나 이를 전제로 하고 있다.

특히 대상판결(2002다59764)과 같이 보증채권자가 조합원(수급인)에게 주계약상의 이행기를 당초의 보증기간 이후로 연기해 준 사안에 대해서 대법원은 '공제조합의 보증은 상호보험으로서 보험법리를 적용해야 한다'고 일관하여 판시하고 있다. 나아가 2001다33000판결(판례공보 불게재)은 판결문에서 아예 건설공제조합의 보증계약을 아무런 근거도 없이 '이행보증보험'이라고 표시하고 있고 하급심판결에서도 보증과 보험의 차이에 대한 인식 없이 판결하는 예가 있다.

보증계약으로 보면 기망행위를 한 조합원은 계약당사자가 아니므로 보증채권자가 제3자인 조합원의 기망행위를 알았거나 알 수 있었을 때에만 보증계약의 취소가 가능하고 취소의사표시도 보증채권자에게 해야 한다. 반면에 보증보험으로 보면 조합원이 계약 당사자이므로 조합원의 기망이 있으면 원칙적으로 취소가 가능하고 취소의사표시의 상대방은 당연히 조합원이 된다. 따라서 이에 대한 대법원판결의 통일이 시급하다.



필자는 건설공제조합의 보증은 대수의 법칙에 의한 보험 기법이 적용되지 않으므로 일반적인 기관보증에 포함되는 것으로 보아 보증계약으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 은행의 지급보증에 대해 대법원은 명백하게 보증계약설을 취하였는바(2002.10.11. 선고 2001다62374 판결, 2001.10.12. 선고 99다56192 판결), 은행의 지급보증과 공제조합의 보증은 보증위탁 절차와 보증계약체결이라는 절차나 신용보증의 기능이라는 경제적 기능상 양자의 법적 성질을 구별할 이유가 없고, 법령에서 보험이란 표현을 사용하지 아니한 이상 굳이 보험으로 볼 이유가 없는 것 아닐까.

② 보증기간을 정한 건설보증계약 또는 보증보험의 경우에 보증채권자가 그 이행기가 도래하기 전에 미리 이행을 보증기간 이후로 연장해주었다면, 그 연장된 이행기에 이르러 채무가 이행되지 않았다고 하더라도 채권자는 보증책임을 구할 수 없다. 보증채권자와 주채무자 사이에서 이행을 연기하였다 하더라도 보증계약상의 보증기간이 그에 따라 당연히 변경된다고 할 수는 없으므로 연기된 이행기일이 보증기간 이후로 된 이상 이는 보증사고가 보증기간 이후에 발생한 것으로 보아야 한다. 다만 이런 법리의 근거로 건설공제조합의 보증이 보증보험과 유사하여 보험의 법리를 적용한다는 점을 든 것은 의문이다. 굳이 보험법리를 동원하지 않더라도 보증기간의 정함이 있는 보증계약에서 주채무의 변제가 연기되었다고 해서 보증기간도 연장되었다고 볼 수 없기 때문이다.

③ 나아가 주채무의 이행기에 이르러 채무자가 채무를 이행하지 못한 상태에서 보증채권자가 그 이행을 연장해 주었다면 이는 이미 보증사고가 발생한 이후의 조치에

불과하므로 보증인은 보증책임을 면할 수 없다고 하겠다(대법원 2001.3.23. 선고 2001다11560 판결).

3. 도급인의 손해확대 방지 의무와 연대보증인의 항변권

대법원 2005.8.19. 선고 2002다59764 판결

〈요지〉 도급인에게 수급인의 연대보증인과의 관계에서 손해배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 도급계약상 각종 장치를 적절히 가동하여 예상 밖으로 손해배상의 범위가 확대되는 것을 방지할 신의칙상 의무가 있고, 도급인이고의 또는 과실로 그러한 장치의 가동을 불가능하게 하여 손해배상 의무가 확대된 경우 연대보증인의 책임이 감면되어야 한다.

〈해설〉 도급계약상 기성금은 매 3개월마다 지급하되 확정기성의 50%만 지급하고, 나머지는 준공시까지 유보할 수 있도록 되어 있었는데 도급인은 위 약정과 달리 수급인에게 기성금의 전액을 지급했고, 그 후 수급인이 도산되어 도급계약이 해지되었다. 이에 도급인이 연대보증인을 상대로 지체상금청구를 했는데 연대보증인은 도급인이 기성고를 약정보다 과다하게 지급함으로써 도급인의 손해가 늘어났으므로 연대보증인은 그 과다 지급부분 만큼은 책임을 면한다고 항변하였다. 원심법원은 기성고 과다지급이 연대보증인에게 채무불이행 또는 불법행위가 될 수 없다는 이유로 위 항변을 배척하였다. 그러나 대법원은 기성고의 제한지급규정을 손해방지의 담보적 장치로 보고, 이 장치의 활용에 관하여 도급인에게 신의칙상 의무가 있다고 보았는데 이는 분쟁의 실질적인 면을 파악한 탁견이라



고 생각된다. 그러나 기성고의 제한적 지급약정이 이런 담보적 취지에서 이루어지는 것이 아니라 건축주의 열악한 자금사정, 수급인의 실질적 주도 등의 사정에서 이루어지는 현실에서 보면 과연 기성고대금을 약정 보다 많이 지급하였다는 사유가 반드시 도급인의 잘못이라고 볼 수 있을지 의문이다. 이런 법리를 참고로 하되 개별 계약상 형평성에 비추어 해석하여야 할 것이다.

4. 건설산업기본법상 수급인과 하수급인의 손해배상책임

대법원 2005.11.10.선고 2004다37676 판결

〈요지〉 건설산업기본법 제44조 제3항은 “수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급받은 건설공사의 시공을 조잡하게 해 타인에게 손해를 가한 때에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있으므로 건설산업기본법이 적용되는 건설공사의 하도급계약관계에서 하수급인이 고의 또는 과실로 그 공사의 시공을 조잡하게 해 타인에게 손해를 가한 때에는 그 하수급인은 물론 거기에 귀책사유가 없는 수급인도 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 보아야 할 것이고, 위 조항에서 ‘공사의 시공을 조잡하게’ 한다는 것은 건축법 등 각종 법령, 설계도서, 건설관행, 건설업자로서의 일반 상식 등에 반하여 공사를 시공함으로써 건축물 자체 또는 그 건설공사의 안전성을 훼손하거나 다른 사람의 신체나 재산에 위험을 초래하는 것을 뜻하는 것이다.

〈해설〉 하도급관계도 본질적으로 도급관계에 해당하므로 수급인은 하수급인의 제3자에 대한 불법행위에 대해 민

법 제757조 또는 제756조에 의하여 도급 또는 지시에 관해 중대한 과실이 있거나 사용자 책임이 성립된 경우에만 책임을 진다고 볼 수 있다. 그러나 하도급은 수급인의 계획과 책임 아래 하수급인에게 공사의 전부나 일부를 맡기는 것이므로 하수급인의 책임을 원칙적으로 수급인이 부담해야 한다는 주장도 있다. 건설산업기본법 제44조 제3항은 이러한 취지를 반영한 규정이라고 하겠다. 그러나 그 요건상 ‘시공을 조잡하게’ 한다는 의미가 위 판결내용을 읽어보아도 명확하지 않다. ‘손해발생’의 예시 정도로 볼 수 있고 별다른 의미는 없을 것 같다. 건설산업기본법의 적용을 받지 않는 일반 공사에서도 이러한 수급인의 연대 책임 법리를 유추 적용할 수 있으리라고 생각한다. 건설분쟁사무에서 건설산업기본법, 하도급거래공정화에관한법률 등 건설관계 특별 법령의 적용과 해석이 보다 활발해져야 할 것이다.