

I. 건설공사 계약일반

1. 건설공사 계약관리의 중요성

최근 몇 년 사이에 건설업체들의 수익성이 급속하게 악화되었다. 그러나 앞으로 건설업체들의 수익성이 호전될 것으로 보는 견해는 거의 없다. 대형 건설회사들의 경우를 보자.

첫째, 해외 건설공사 현장에서 대규모 흑자를 본다는 것은 먼 옛날이야기이고 적자를 면하면 다행으로 생각해야 한다. 해외에서 대형 프로젝트를 수주하여 축제 분위기였던 모 건설사의 경우 그 현장에서 3억불 이상의 적자를 볼 것으로 예상되고 있다.

둘째, 재개발·재건축 아파트 공사의 경우 치열한 수주 경쟁으로 인해 흑자를 보기가 어려운 형편이다. 그 외 아파트 공사의 경우는 흑자를 보기도 하나 과

저와 같이 큰 폭의 흑자를 보기는 어려운 실정이다.

셋째, 정부 발주 공사의 경우는 흑자를 보는 현장들이 있으나, 설계시공 일괄입찰에 의한 공사 즉 턴키공사의 경우에는 입찰 당시에는 높은 낙찰율에 만족해 하다가 공사 진행 도중 설계변경이 되면서 막대한 손실을 입고 있는 것이 현실이다. 더구나 턴키제도에 단단히 맛을 들인(?) 발주기관들은 대형공사의 경우 턴키방식에 의한 발주를 앞으로 더욱 확대해 나갈 예정이라고 한다.

넷째, 토목공사의 경우는 흑자를 볼 가능성이 아직 높다고 할 수 있으나 건축 공사의 경우는 흑자를 보기 어렵게 되어 있다.

대형 건설회사들이 겪고 있는 이러한 어려움은 전문건설업체들에게 그대로 전가되고 있다. 대형 건설회사들은 정부 발주 공사의 경우 발주기관의 위법·부당한 횡포로 손실을 입은 경우 발주기관을 상대로



한 소송 제기는 감히 엄두도 못 내고 발주기관으로부터 입은 손실을 그대로 전문건설업체에게 전가함으로써 손실을 만회하려 한다. 그들은 이 과정에서 발주기관으로부터 당하면서 배운 기법들을 그대로 전문건설업체에게 적용하기도 한다.

전문건설업체에 공사를 하도급주어 3년 가까이 공사를 진행하면서 법규와 계약에 부합하게 기성대금을 제대로 지급하던 모 건설회사는 어느 날 갑자기 태도를 돌변하여, 아무 이유도 없이 소급하여 공사물량과 단가를 삭감하였다. 그것도 이미 지급한 기성대금을 깎은 것이다. 전문건설업체가 삭감 이유를 묻자, 그 건설회사는 이유는 없고 굳이 이유를 대자면 자기 회사의 원가가 악화된 것이 이유라고 하였다. 여태까지 없었던 이러한 새로운 현상은 앞으로 빈번히 발생할 것이다. 그러므로 우리 전문 건설업체들은 앞으로 대형 건설회사들로부터 공사를 하도급 받는 경우 공사의 진행 과정에서 언젠가는 반드시 황당한 일을 당하게 될 것으로 예상하고 평소에 이에 대한 대비를 철저히 해야 한다. 이는 선택사항이 아니라 필수사항이다.

공사를 하기만 하면 대규모 흑자를 보던 시절에는, 공사만 잘 하면 되었고 관리의 필요성은 거의 없었다. 흑자를 많이 보는데 굳이 관리를 할 필요가 없었기 때문이다. 그래서 우리 건설업체들은 관리부문이 거의 발달되어 있지 않다. 그러나 대규모 흑자를 보던 시대는 이제 지나갔다. 경영환경이 악화된 것이다. 그렇다면 악화된 경영환경에 맞추어 새로운 대책을 수립해야 한다. 높은 수익성을 기대할 수 없다면, 남은 방법은 원가의 절감과 손해의 예방을 기할 수 있는「관리」에 신경을 쓰는 것뿐이다.

법정관리 상태로 들어간 모 건설회사의 고참 부장은, 그 회사가 망하게 된 원인은 민간사업 부문에서의「관리」를 소홀히 하였기 때문이라고 고백한 적이 있다. 그리고 다른 대형 건설사는 외국의 유명 컨설팅업체의 자문을 받아 Quality Gate 제도를 시행하

고 있다. 이 제도는 공사 수주시 회사 내의 법무팀, 경영분석팀, 세무회계팀 등 각 부서의 각종 분석과 검토를 거쳐 수익성이 있다고 판정을 받은 경우에만 공사 입찰에 참여하는 제도이다. 위 두 회사는 관리의 중요성을 제대로 인식하고 있는 경우이다. 그러나 이러한 경우는 예외적이고, 대형 건설업체이든 영세한 전문 건설업체이든 대부분의 건설업체들은 경영상의 어려움을 심각하게 겪으면서도 「관리」의 중요성을 아직 실감하지 못하고 있다.

우리 건설업체들은 과거의 타성에서 벗어나 체질 전환을 시도해야 한다.「관리」체질로의 전환이 필요하다. 이제는 관리의 시대가 온 것이다. 그리고 원사업자(원청회사)를 상대로 과감하게 투쟁도 해야 한다.「관리」의 개념에는「투쟁」도 포함되는 것이다.「이번에 손해 본 것을 다음 번에 다른 공사를 주어서 만회시켜 주겠다」는 약속은 이제는 더 이상 통용되지 않는다. 그렇다면 투쟁을 주저할 이유가 없지 않은가. 원사업자의 눈치를 보느라 투쟁을 주저하고 있는 동안 그 회사는 서서히 무너져 내리고 있는 것이다. 회사가 없어진 다음에도 원사업자 눈치를 볼 것인가.

전문건설업체들은 공사 수주 및 시공 자체에만 신경을 써서는 아니되고,「관리」도 똑같은 비중으로 신경을 써야 한다. 관리를 해야 한다면, 무엇을 어떻게 관리해야 하는가.

첫째, 수주에 있어서의 관리가 필요하다.

우선 무리한 저가 수주를 기피해야 한다. 그리고 원사업자에 대한 정보를 수집하여 그 회사가 안고 있는 문제를 파악하고 심각한 문제가 있는 원사업자라면 수주받는 것을 기피해야 한다. 국내 굴지의 대형 건설사들이 이미 여럿 쓰러졌다. 이제는 어떤 건설회사라도「대형」이라는 이유만으로 신뢰를 받을 수 없는 것이다.

둘째, 강력한 구조조정을 통하여 내실있는 경영체제로 전환해야 한다.



회사 내부에서 최대한 경비를 절감하여 불필요한 곳으로 현금이 새 나가는 것을 막아야 한다.

셋째, 공정관리 등을 통하여 공사를 효율적으로 수행함으로써 공사원가를 최대한 절감해야 한다.

넷째, 계약 관리를 철저히 해야 하고, 필요시에는 원사업자를 상대로 과감하게 클레임을 제기해야 한다. 우리 전문건설업체들의 가장 취약한 부문이 바로 이 부문이다. 그러므로 이하에서는 건설공사계약 관리를 중점적으로 검토해 보고자 한다.

모 대형 건설회사의 법무팀장은, 자신은 하수급인(하청회사)들이 제기한 소송 사건들을 처리한 경험이 많은데 모두 승소하였다면서 지금도 승소할 자신이 있다고 하였다. 그 이유는 하수급인들은 대부분 영세한 전문건설업체들이므로 관리 능력이 현저히 부족하여 소송에서 승소하기 위해 필요한 증거서류들, 예컨대 back data를 작성할 능력이 없기 때문이라는 것이다. 증거자료가 거의 없는데 어떻게 소송에서 승소할 수 있겠느냐는 것이다. 그렇다면 해결방법은 간단하다. 전문건설업체들이 외부 전문가에게 의뢰하여 평소 back data 등 증거자료들을 미리 만들어 나가는 것이다. 여기서 계약관리의 필요성이 대두된다. 규모가 큰 전문건설업체들은 back data 등 증거서류들을 제대로 작성하고 있다. 그러나 필자가 경험한 바에 의하면, 규모가 큰 전문건설업체들은 물론이고 대형 건설회사들조차 계약관리가 제대로 되지 않고 있다고 본다. 계약관리를 제대로 하기 위하여는 입찰시부터 준공정산시까지 전문 법률가의 일관되고 철저한 자문을 받는 것이 필수적이다.

외국 건설사들 중에는 대형 건설공사의 경우 아예 건설전문 변호사를 공사현장에 상주시키면서 계약관리를 하고 있는 곳이 많다. 그만큼 계약관리가 중요하기 때문이고, 또 변호사에게 지출하는 비용의 몇 배 이상의 이익을 볼 수 있기 때문이다. 전문건설업체들이 원사업자를 상대로 소송을 제기하는 것은

좋은 방법이 아니라고 본다. 소송은 최악의 경우에 선택해야 할 마지막 방법이다. 소송을 하지 않고도 원사업자로부터 정당한 대가를 받아 낼 수 있는 방법이 있다면 당연히 그 방법을 택해야 한다. 계약관리를 철저히 해 나가다 보면, 소송까지 가지 않고도 문제가 해결될 수 있는 경우가 의외로 많다.

주제에서 벗어난 내용인 것 같지만 여기에서 꼭 언급해야 할 중요한 문제가 있다. 그것은 자만하지 말자는 것이다. 계약관리와 관련된 문제에 관한 한 아무리 간단하고 명백하게 보여 지는 문제라도 혼자 판단하지 말고 반드시 전문 법률가의 자문을 받아야 한다. 우리나라 사람들이 의사를 대하는 태도와 변호사를 대하는 태도는 전혀 다르다. 누구나 일생동안 몇 번은 병원을 찾아간다. 따라서 병원에서 진료를 받기 위해서는 어떤 절차를 밟아야 하고 또 의사에게는 어떻게 대해야 하는지 스스로 알아서 필요한 행동을 한다. 그리고 의학지식이 없으므로 의사가 내려 준 처방을 그대로 따를 뿐, 의사의 처방과 다른 처방을 스스로 내리는 일은 없다. 반면에 대부분의 사람들에게 있어서 소송을 경험하는 것은 평생에 1번 있을까 말까 한 일이다. 따라서 우리나라 사람들은 변호사를 유효적절하게 이용하는 방법을 모른다.

변호사는 법률지식 면에서는 의뢰인보다 우월하겠지만 의뢰인이 안고 있는 사건의 내용에 대해서는 전혀 모른다. 의뢰인은 변호사에게 사건 내용에 대해서 설명을 하기 시작한다. 의뢰인이 변호사를 교육시키는 것이다. 그러나 변호사가 의뢰인으로부터 아무리 자세히 설명을 들어도 직접 그 사건을 경험한 의뢰인만큼 사건 내용을 잘 알 수는 없다. 의뢰인은 사건 내용에 관한 한 변호사보다 더 전문가이다.

환자가 질병을 어떻게 치료해야 할 지 스스로 처방을 내리지 못하는 것과는 반대로, 의뢰인은 그 사건을 어떻게 해결해야 할 지 나름대로 판단을 할 수 있다. 그 판단이 정확하든 아니든 일단 스스로 판단을 할 수는 있다.



2. 건설공사 원가 절감방안

건설업체들이 시공만 잘 하면 되는 시대는 지나갔다. 종전과 같이 높은 이윤율이 보장되지 않고 있고, 오히려 큰 적자를 내는 현장들도 많아졌다. 큰 공사를 수주하는 것은, 과거에는 축하받을 일이었으나, 이제는 반드시 축하할 일만은 아니다. 오히려 큰 공사를 수주했다는 것은, 큰 위험을 떠안게 되었다는 것을 의미한다. 시공 외에 관리에도 신경을 써야 하는 시대가 된 것이다. 바짝 긴장하고 관리에 심혈을 기울이지 않으면 아차 하는 순간 큰 적자를 볼 위험이 높아졌기 때문이다. 이윤율이 종전과 같이 높아질 가능성이 없다면, 남은 방법은 원가를 절감하는 수밖에 없다. 이윤이 5%인 경우 원가를 10% 절감한다면, 이윤폭은 5%에서 15%로 3배가량 증가한다. 이것은 공사 수주액을 3배로 증가시키는 것과 같은 효과가 있다. 원가절감을 체계적으로 잘 해 나간다면 최대한 10% 정도까지 원가를 절감할 수 있다고 본다.

원가절감을 위해서는 여러 분야의 관리를 포괄적으로 해야 한다. 그래서 한 푼이라도 돈이 새나가는 것을 막아야 한다. 전문건설업체들은 나름대로 관리를 잘 하고 있으나, 취약한 분야가 있다면 그것은 계약관리, 공정관리, 기능공 관리 등이다. 계약관리는 건설클레임과 직결되는 중요한 문제이나 이를 제대로 하는 업체는 거의 없다. 공정관리는 외국에 비하여 국내의 관리기술이 현저히 부족한 분야이다. 기능공 관리는 통상 작업반장이 데리고 다니는 기능공들을 그대로 채용하는 등 주먹구구식으로 이루어지고 있다. 건설업계에서 수십 년간 종사한 분들은 원가절감의 여지는 분명히 있는 것 같은데 막상 원가절감을 하려면 잘 되지 않는다고 한다. 이것은 기술력의 부족에 그 원인이 있는 것이다.

특히 공정관리의 경우 국내에는 제대로 된 전문가가 극히 드물다. 외국에서 수준 높은 공정관리 기술

을 습득했거나, 외국감리업체에서 공정관리 기술을 체계적으로 습득한 전문가가 국내에도 분명히 존재한다. 그러나 건설업계 특유의 보수적인 성향으로 인하여 이들 전문가들을 제대로 활용할 생각을 하지 않고 있는 것이 문제이다. 공정관리팀과 시공현장 간에는 수십 년간 해묵은 논쟁이 계속되고 있다. 공정관리팀은 자신이 시키는 대로 시공하지 않아서 공정관리가 안된다고 하고, 시공현장에서는 현장 여건을 알지도 못하고 공정표를 작성한다고 투덜댄다. 이런 현상의 근본원인은 공정관리기술이 현저히 부족하기 때문이다. 국내에서 알지 못하는 고도로 발달된 공정관리기술을 외국의 공정관리팀은 습득하고 있다. 그러나 우리 건설업체는 이런 사실조차 전혀 인식하지 못하고 있는 것이 문제이다.

기능공 관리도 체계적으로 되지 않고 있어 문제이다. 건설업체들은 작업반장과만 긴밀한 연락을 취할 뿐, 우수한 기능공들을 개별적으로 관리하는 업체는 전무하다 해도 과언이 아니다. 기능공을 구하기도 어려운데 기능공에 대한 관리까지 어떻게 하느냐고 한다. 그러나 기능공에 대한 관리를 하지 않으므로 기능공을 구하기가 어렵게 되는 것이다. 용접공을 예로 든다면, 용접공의 작업 시 불량률을 체크하여 기록해 두는 업체가 몇 개나 되는지 의문이다. 그리고 불량률이 낮은 우수한 용접공을 시공 전에 미리 확보하기 위한 대책을 강구하고 있는지도 의문이다.

3. 내용증명의 필요성

우리나라 사람들은 내용증명 보내는 것을 무척 좋아한다. 그리고 상대방으로부터 내용증명을 받게 되면 그에 대한 답신을 꼭 내용증명으로 보내야 하는 걸로 알고 있다. 그러나 내용증명은 법률적으로 무의미한 경우가 대부분이다. 그리고 상대방의 내용증명에 대하여 답신을 보내지 않고 무시해도 좋은 경우가 대부분이다. 그러나 우리나라 사람들은 내용증



명을 받으면, 특히 그 내용이 잘못된 경우에는 끌어 오르는 분을 참지 못하고 반드시 반박하는 내용증명을 보내야만 한다.

의뢰인은 분쟁의 상대방에게 내용증명 보낸 것을 변호사에게 자랑스럽게 말한다. 그 순간 변호사는 가슴이 덜컥 내려앉는다. 의뢰인은 내용증명을 보내는 것이 얼마나 위험한 행위인지를 알지 못하는 것이다. 상대방과 주고받은 내용증명은 추후 소송에서 유력한 증거자료가 될 수 있다. 따라서 내용증명은 소송을 염두에 두고 그것이 추후 소송에서 어떻게 작용할 것인지를 의식하고 작성되어야 한다.

그러나 소송기술이 없고 소송경험도 없는 의뢰인이 자신이 작성하고 있는 내용증명의 내용이 추후 소송에서 어떻게 작용할 지를 판단한다는 것은 사실상 불가능하다. 의뢰인이 상대방에게 보낸 내용증명은, 기대와는 달리 문제를 해결하는 경우가 거의 없고, 사건을 결정적으로 망쳐 놓는 경우가 대부분이다. 내용증명이 사건을 망친다는 것은 명백한 진실이다. 의뢰인은 내용증명으로 사건을 다 망쳐놓은 후에야 변호사를 찾아와 소송을 의뢰한다. 변호사는 소송을 수행하면서 내용증명 때문에 엄청난 고초를 겪어야 하고, 변호사가 아무리 애를 써도 승소율은 그리 높아지지 않는다.

변호사는 내용증명을 작성할 때 1줄 1줄을 긴장하면서 작성한다. 지금 작성하는 내용이 추후 소송에서 어떻게 작용할 지를 염두에 두고 여러 요소들을 계산해 가면서 작성한다. 그러나 일반인들은 전혀 긴장하지 않고 느슨하게 풀어진 상태에서 마음놓고 내용증명을 작성한다. 따라서 일반인들은 내용증명을 작성하면서 쓸 말 안 쓸 말을 다 쓴다. 전략상 숨겨야 할 부분, 쓰게 되면 치명타를 입게 될 부분을 다 쓰고, 약점도 전부 노출시킨다. 그러므로 의뢰인이 변호사 도움 없이 내용증명을 작성하는 경우에는, 내용증명 보내는 것을 최대한 절제하는 것이 좋다. 그러나 변호사에게 내용증명 작성을 의뢰하는

경우에는 절제할 필요가 없다. 변호사가 내용증명을 작성한다면 오히려 그 내용증명이 문제 해결에 도움이 될 수도 있기 때문이다.

내용증명은 치명적인 독약이 될 수 있지만, 활용하기에 따라서는 좋은 약이 될 수도 있는 것이다. 우리 전문건설업체들은 내용증명을 보낼 필요가 없는 경우에는 내용증명을 남발하고, 내용증명을 꼭 보내야 할 경우에는 신기하게도 내용증명을 생략한다. 전자나 후자 모두 사건을 망쳐 놓게 된다.

내용증명 또는 공문을 보내는 것이 꼭 필요한 경우는 다음과 같다.

예컨대 선급금의 지급 청구, 하도급대금의 지급 청구, 설계변경·물가변동·공기연장 등에 따른 추가비용의 지급 청구 등의 경우에는, 시기를 놓치지 말고 그러한 청구를 내용증명이나 공문으로 해 두는 것이 필요하다. 돈을 받아낼 가능성이 없다 해도 일단 그러한 청구를 내용증명이나 공문으로 해 두는 것이 필요하다.

또한 발주처나 원사업자가 계약위반을 하여 도저히 견딜 수 없는 횡포를 부리는 경우에는 내용증명으로 공사계약의 해제·해지 통보를 한 후에 현장에서 철수해야 한다. 내용증명으로 해제·해지 통보를 하는 경우, 어떠한 사유로 해제·해지를 하는 것인지를 명백하게 밝혀야 함은 물론이다. 「구두로」 현장 철수를 통보하는 것은 위험한 일이다. Bond Call을 당할 수도 있고, 소송 제기 시에도 결코 이롭지 못하다.

분쟁이 발생한 경우에는, 그 분쟁의 쟁점에 관한 내용증명 또는 공문의 작성을 변호사에게 의뢰하는 것이 필수적이다. 전문건설업체들이 작성한 내용증명을 보면, 필요한 내용은 다 들어가 있다. 그러나 표현기술이 부족하여 쟁점을 명백하게 부각시키지는 못한다. 상대방의 잘못된 주장을 논리적으로 조목 조목 반박하는 것이 필요한데, 이러한 작업은 아무래도 변호사의 전문 영역인 것 같다.



4. 계약조항 삭제명령

공사에 사용되는 특정장비의 기계가격이 금 800,000원 임에도 설계당시 표준품셈상 조사·공표된 동 장비의 기계가격은 800,000달러로 잘못 표기되어 있었다. 발주처는 동 장비에 대한 기계경비를 산정하면서 동 장비의 기계가격이 800,000달러인 것으로 잘못 판단하고 이를 그대로 동 장비의 기계가격으로 적용하여 기계경비를 산정하였고, 그 결과 공사 예정가격이 13억원 상당 과다하게 산출되었다.

한편 위 공사의 예정가격은 60억원으로 산출되었고, 시공사는 계약금액 50억원에 동 공사를 낙찰 받았다. 발주처는 설계금액과 낙찰금액의 차액인 10억원을 감안하더라도 위 공사의 계약금액은 3억원 상당 과다하게 계약되었다고 주장하면서 공사대금을 3억원 감액하려 한다. 그러나 이러한 사유는 예정가격 작성 시 원가계산의 착오로 공사비를 과다 계상한 경우에 해당하고, 이는 설계서 자체와는 관계가 없으므로 설계변경사유가 될 수 없으며, 따라서 공사대금을 감액할 수 있는 사유가 될 수 없다.

발주처의 계약담당자도 이러한 사실을 잘 알고 있으므로 공사계약특수조건에 공사대금을 감액할 수 있는 다음과 같은 근거 조항을 삽입해 두었다.「계약 체결 후 예정가격 또는 계약금액 결정에 하자 또는 착오가 있음이 발견되거나 자체 감사 또는 외부 감사기관의 감사 결과 계약금액을 감액 또는 환수하여야 할 사유가 발생한 경우에는 계약담당자는 해당 금액을 당초 계약금액에서 감액 또는 환수할 수 있다.」 발주처는 위 조항을 근거로 하여 공사대금을 감액 조치해야 한다고 주장한다. 그러나 위와 같은 조항은 발주처에 일방적으로 유리한, 형평을 잃은 조항으로서, 명백히 무효이다.



만일 발주처가 위 조항을 근거로 공사대금을 감액한다면 이는 독점규제및공정거래에관한법률 제23조의 불공정거래행위에 해당하고, 동법 제24조는 불공정거래행위가 있을 때 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 계약조항의 삭제 등 시정조치를 명할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 동법 제56조는 사업자가 동법의 규정을 위반하여 피해를 입은 자가 있는 경우에는 사업자가 고의나 과실이 없다 해도 그 피해자에게 손해배상책임을 진다고 규정하며(무과실 책임), 동법 제56조의 2, 제57조는 동법의 규정에 의한 계약조항의 삭제 등 시정조치가 확정된 후에는 제56조에 의한 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다고 규정하고, 이러한 손해배상청구의 소가 제기된 경우 법원은 공정거래위원회에 대하여 「사건관계인, 참고인, 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한 사건기록」의 송부를 요구할 수 있다고 규정하고 있다.

그러므로 위 조항을 근거로 한 공사대금 감액조치는 철회되어야 하며, 만일 철회되지 않는다면, 시공사는 공정거래위원회에 제소하여 위 공사계약특수조건에 대한 계약조항 삭제명령을 받아 낼 수 있으며, 계약조항 삭제명령이 내려졌는데도 발주처가 이를 이행하지 않고 공사대금을 감액한다면 시공사는 동법 제56조에 의한 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다. 이 손해배상청구의 소는 민법 규정에 의한 것이 아니고, 독점규제및공정거래에관한법률이 규정하는 시정조치 즉 계약서 삭제명령에 근거하여 제기하는 것이므로 그 승소 가능성은 100%에 가깝다고 본다.

위에서 본 사례 외에도 계약조항 삭제명령을 받아낼 수 있는 경우는 많다. 예컨대 국가계약법령상 물가변동으로 인한 계약금액 조정은 그 요건이 갖추어진 경우



에는 발주처의 의무사항으로 되어 있다. 따라서 발주처가 시공사를 압박하여 「물가변동으로 인한 계약금액 조정 시 외국산 기계경비의 상승분은 제외한다」는 특약을 맺은 경우, 이러한 특약은 국가계약법령에 위배되므로 무효이다. 만일 발주처가 이러한 특약을 근거로 하여 외국산 기계경비의 상승분을 제외하고 품목조정율이나 지수조정율을 산출한다면 이 또한 불공정거래행위에 해당하므로 시공사는 공정거래위원회에 제소하여 계약서 삭제명령을 받아낸 후 이를 근거로 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다.

5. 시공참여자제도 활용

건설산업기본법상 재하도급은 원칙적으로 금지되어 있다. 그러나 현실은 십장이나 장비임대업자 등 이른바 모작반장에게 품떼기식으로 모작을 주는 형식으로 재하도급이 광범위하게 행해지고 있다. 이러한 모작은 불법일 뿐 아니라, 전문건설업체에게 큰 손해를 끼칠 위험을 내포하고 있다. 전문건설업체가 모작을 주었는데, 공사비 일부를 먼저 받은 모작반장이 공사비를 횡령하고 도주하자, 노무자들, 장비임대업체, 자재업체 등이 전문건설업체는 물론, 그의 협력업체인 일반건설업체까지 찾아가서 난동을 부리는 것은 흔한 일이다. 이런 경우 전문건설업체는 대외적으로 이미지를 훼손당하고 금전적으로도 적지 않은 손실을 입게 된다. 이러한 사태를 미연에 방지할 수 있는 법적 제도가 시공참여자 제도이다.

시공참여자란 전문건설업자의 관리 책임 하에 성과급·도급·위탁 기타 명칭에 관계없이 전문건설업자와 약정하고 공사의 시공에 참여하는 자로서, 건설업 등록을 하지 않고 그 건설공사에 사실상 참여하는 건설업종사자·건설기계대여업자(장비임대업자)·건설기술자 및 성과급으로 고용된 건설근로자 등을 말한다. 단 일용근로자는 시공참여자에 포

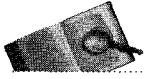
함되지 않는다. 또한 건설업 등록을 한 전문건설업체는 시공참여자라 약정을 할 수는 있으나, 자신이 시공참여자가 될 수는 없다.

시공참여자 제도는 전문건설업자인 수급인이나 하수급인에게 재하도급을 허용하는 예외적인 경우에 해당한다. 수급인이나 하수급인이 시공참여자와 약정을 한 때에는 약정체결일부 30일 이내에 발주자에게 그 약정한 내용을 통보해야 한다. 통보할 내용은 시공참여자가 시공할 세부공종, 시공참여자의 성명과 주민등록번호, 약정금액, 공사기간, 약정체결일, 현장기술자 등 시공참여자와 약정한 내용이다.

시공참여자 약정을 한 경우에는 다음과 같은 장점이 있다.

첫째, 시공참여자와 계약을 한 노무자, 장비임대업체, 자재업체 등은 시공참여자에 대하여만 채권을 갖게 되고 전문건설업체에 대하여는 채권을 갖지 못한다. 노무자가 노임을 받지 못하여 노동부에 전문건설업체를 고발해도 전문건설업체는 처벌받지 않는다. 반면에 시공참여자 약정을 하지 않고 이른바 모작을 준 경우에는 노무자, 장비임대업체, 자재업체 등은 모작반장이 아니라 전문건설업체에 대하여 채권을 가지며, 이러한 사실이 소란을 일으키는 원인이 된다.

둘째, 시공참여자는 하수급인과 마찬가지로 대금의 직접지급 조항의 적용을 받는다. 이것은 시공참여자라 하여금 법적 보호를 받는다는 자부심을 갖고 성실 시공을 하도록 유도하는 효과가 있다. 또한 전문건설업체가 채무를 많이 부담한 경우, 전문건설업체가 그의 도급인에 대해 갖는 공사비채권에 압류·가압류 등이 들어 올 수 있는데, 이렇게 되면 전문건설업체는 공사비를 못받게 되어 노임, 장비대, 자재제작대금을 지급하지 못하게 되고 그러면 공사가 사실상 중단되어 신인도가 하락하고 공사원가가 상승하여 자금압박이 심화된다. 그런데 시공참여자가 노임, 장비대, 자재제작대금을 직접 받게 되면 이러한



사태 발생을 방지할 수 있게 되므로, 전문건설업체에게도 매우 이롭게 되는 효과가 있다.

셋째, 시공참여자 약정을 한 경우에는 시공참여자에게 부실시공에 대한 책임을 물을 수 있다. 따라서 부실시공을 방지하는 효과가 있다. 그러나 시공참여자가 약정을 하지 않은 경우에는 부실시공에 대한 책임을 묻지 못한다.

6. 노임에 대한 압류금지

건설산업기본법 제88조(노임에 대한 압류금지)는 “건설업자가 도급받은 건설공사의 도급금액 중 당해 공사(하도급 한 공사를 포함한다)의 근로자에게 지급하여야 할 노임에 상당하는 금액에 대하여는 이를 압류할 수 없다”고 규정하고 있다. 그리고 동법 시행령 제84조 제1항은 동법 제88조의 노임에 상당하는 금액은 당해 건설공사의 도급금액 산출내역서에 기재된 노임을 합산하여 산정한다고 규정하고, 제2항은 건설공사의 발주자(하도급의 경우에는 수급인을 포함한다)는 제1항의 노임을 도급계약서 또는 하도급계약서에 명시하여야 한다고 규정하고 있다. 이 규정은 압류가 금지되는 노임의 금액에 대한 분쟁을 예방하기 위한 것이다.

노임에 대한 압류를 금지하는 위 규정의 의미는, 수급인의 채권자가 수급인의 발주자에 대한 도급대금채권 중 수급인이 당해 도급공사를 위하여 고용한 근로자에게 지급할 노임액에 해당하는 부분을 압류하지 못하고, 또한 하수급인의 채권자가 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금 채권 중 하수급인이 당해 하도급공사를 위하여 고용한 근로자에게 지급할 노임액에 해당하는 부분을 압류하지 못한다는 의미이고, 따라서 수급인의 채권자가 수급인의 발주자에 대한 도급대금채권 중 하수급인이 당해 하도급공사를 위해 고용한 근로자에게 지급할 노임액에 해당하는 부분까지 압류하지 못하는 것은 아니다(대법원

1997. 10. 28. 선고 97다 34716 판결).

위 규정은 수급인 또는 하수급인이 당해 도급공사 또는 하도급공사를 위하여 고용한 근로자의 노임을 확보하기 위한 것이 그 목적이다. 즉 도급금액이나 하도급금액 중 노임 부분에 대한 압류를 금지함으로써, 근로자가 수급인이나 하수급인으로부터 노임을 원활하게 지급받을 수 있도록 하여 근로자를 보호하고자 하는 것이다. 압류가 금지되는 노임에는 임금과 급료가 모두 포함된다고 해석된다.

건설산업기본법 제88조, 동법 시행령 제84조에 의하여 압류가 금지된 채권에 대한 압류 및 전부명령 또는 압류 및 추심명령은 무효이다. 즉 압류가 금지된 채권에 대한 압류명령은 강행법규에 위반되어 무효이고, 또 전부명령 또는 추심명령의 전제가 되는 압류 자체가 무효라면 이에 기한 전부명령 또는 추심명령 역시 무효이다. 그러나 압류 및 전부명령 또는 압류 및 추심명령도 하나의 재판인 이상 이를 당연무효라고 할 수는 없으므로 그러한 무효는 다만 실제법상의 효과를 발생시키지 아니하는 뜻의 무효라고 보아 제3채무자는 압류채권자의 전부금 또는 추심금 지급청구에 대하여 위와 같은 실제법상의 무효를 들어 항변할 수 있다.

하수급인의 채권자가 하수급인의 하도급대금 채권에 대해 압류 및 전부명령 또는 압류 및 추심명령을 받고 하도급인을 상대로 전부금 또는 추심금 청구 소송을 제기한 경우에, 그 하도급대금 채권 중 하수급인이 지급할 노임 금액에 대한 압류 및 전부명령 또는 압류 및 추심명령은 무효이므로, 하도급인은 그 소송에서 하수급인의 채권자에게 그러한 무효를 들어 항변할 수 있고, 이 경우 하수급인의 채권자는 그 무효의 범위 내에서는 전부금 또는 추심금을 지급받을 수 없다.

주의할 점은, 도급인 또는 하도급인은 도급계약서 또는 하도급계약서에 노임의 금액을 명시하는 것이 좋다는 점이다. 노임에 대한 압류가 금지되는 경우



에는, 그 노임에 대한 가압류도 금지된다고 보아야 한다. 민사집행법에서도 급여에 대한 압류를 금지하고 있다. 민사집행법 제246조 제1항 제4호는 급여·연금·봉급·상여금·퇴직금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 1/2에 해당하는 금액은 압류하지 못한다고 규정하고 있다.

II. 건설공사 공동도급계약 일반

1. 공동도급계약의 유형별 구분

공동도급계약이란 발주자가 공동수급체와 체결하는 건설공사 도급계약을 말한다. 공동수급체란 수급인 2인 이상이 구성원이 되어 당해 계약을 공동으로 이행하기 위해 잠정적으로 결성한 조직이다.

수개의 건설회사가 1개의 건설공사를 공동으로 수주하고 시공도 공동으로 하는 공동도급계약제도는 우리나라의 경우에도 광범위하게 이용되고 있다.

공동도급계약의 장점으로는 ①건설공사는 예측불가한 위험요소를 내포하고 있는데 이 위험을 공동수급체 구성원 사이에 분산시킬 수 있고 ②건설회사 상호간에 수급자격 또는 시공능력을 보완하는 수단이 되고 또 자본을 집중시킬 수 있으며 ③발주자 입장에서는 시공의 확실성이 증대되고 수급인 중 도산하는 회사가 있더라도 시공의 차질을 감소시킬 수 있으며 ④건설회사간의 기술이전을 촉진시키고, 지역 의무 공동도급제도의 경우 중소건설업체를 보호·육성할 수 있다는 점 등이 있다.

공동도급계약의 단점으로 지적되는 것은, 공동도급계약을 체결하고도 실제 시공은 공동수급체의 구성원 중 일부만이 담당하고 나머지 구성원은 명의로만을 지급받는 경우이다. 특히 지역 의무 공동도급제도의 시행으로 시공능력이 부족한 지역 건설업체가 명의만 대여하고 시공에는 일체 참여하지 않는 경우

가 많다. 이러한 공동수급체는 비용만 증가시킬 뿐 아무런 효용이 없고, 또한 계약조건에 위배되므로 바람직하지 않다.

공동도급계약의 유형에는 공동이행방식, 분담이행방식, 주계약자관리방식의 3가지가 있다. 이 유형별로 수급인의 발주자에 대한 소송 제기 방법, 수급인의 하수급인에 대한 책임 부담이 상이하므로, 이 유형의 구별은 중요하다.

공동이행방식은 공동수급체의 구성원들이 미리 출자비율을 약정하고 시공에 필요한 자금, 인력, 기자재 등을 그 출자비율에 따라 공동 출연하여 전체 공사를 공동으로 시공하고, 도급계약을 이행한 후 그 출자비율에 따라 이익배당 또는 손실분담을 하는 방식이다. 공동이행방식은 각 구성원이 일체가 되어 전체 공사를 시공하고, 발주자에 대한 계약상 의무 이행에 있어 연대책임을 지며, 하자에 대하여도 연대하여 담보책임을 진다. 대부분의 경우 공동이행방식에 의한다.

분담이행방식은 공동수급체의 구성원들이 전체 공사 중 각 구성원의 분담 내용을 미리 약정하고 각 구성원 별로 자기의 분담내용만을 시공하는 방식이다. 예를 들면, A건설사는 토목공사, B건설사는 포장공사를 각각 분담하는 경우, A제조사는 설비제작, B건설사는 설비설치공사를 각각 분담하는 경우, A·B·C 3개의 건설사가 재개발 아파트를 공사구간을 나누어 각각 분담 시공하는 경우 등이 있다. 분담이행방식에서는 각 구성원이 자기의 분담내용만을 이행하고 전체 공사를 공동으로 수행하는 것이 아니므로 출자비율과 손익분배의 개념이 없고, 발주자에 대한 계약상 의무이행에 있어 각 구성원은 분담내용에 대하여만 책임을 진다. 하자에 대하여도 각 구성원은 자기가 이행한 분담내용에 대하여만 담보책임을 진다.

주계약자 관리방식은 건설공사를 공동수급체 구성원별로 분담하여 시공하고, 구성원 중 주계약자를



선정하여 주계약자가 전체 공사 수행을 계획·관리·조정하는 방식이다. 1998. 4. 2. 건설교통부 고시로 민간공사에 이 방식이 도입되었으나 공공공사에는 이 방식이 도입되지 않고 있다. 주계약자는 발주자 및 제3자에 대하여 공동수급체를 대표하며, 공동수급체의 재산관리 및 대금청구 등의 권한을 가진다. 주계약자는 자신이 부담한 부분에 대해 계약이행책임을 지고 또한 다른 구성원의 계약이행에 대하여도 연대하여 책임을 지며, 주계약자 아닌 구성원은 자신이 부담한 부분에 대해서만 계약이행책임을 진다. 이는 하자담보책임에 있어서도 동일하다. 이 방식은 공동이행방식과 분담이행방식을 절충한 형태라고 볼 수 있다.



관계가 남아 있는 한 협정서의 효력은 존속된다.

대법원판례는 공동수급협정서의 내용은 공동도급계약의 체결 조건에 불과할 뿐이고 도급계약의 내용을 이루는 것은 아니며, 발주자가 협정서의 내용에 따라 권리를 취득하는 것은 협정서가 발주자로 하여금 직접 공동수급체 구성원들에 대해 권리를 취득하게 함을 목적으로 체결된 '제3자를 위한 계약'이기 때문이라고 본다.

공동수급체의 법적 성격은 공동이행방식이나 분담이행방식이나에 따라 달라진다. 공동이행방식 공동수급체의 법적 성격은 민법에 규정된 14가지 전형계약 중 하나인 '조합'으로 보는 것이 통설·판례이다. 우리 대법원의 일관되고 확고한 판례는, 공동이행방식 공동수급체는 민법상 조합의 성격을 갖는다고 본다. 그러나 분담이행방식 공동수급체의 법적 성격에 대하여는 민법상 조합이라는 견해와, 조합으로 보기에는 문제가 많으므로 조합이 아니라는 견해가 대립하고 있고, 이에 관한 대법원 판례는 아직 없다.

재산을 공동 소유하는 형태는 민법상 공유, 총유, 합유의 3가지가 있는데, 민법상 조합의 재산은 조합원 전원의 합유에 속한다. 대법원판례는 조합의 채권 등 조합재산은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이고 지분의 비율에 의해 조합원에게 분할되어 귀속하는 것은 아니라고 본다. 공동이행방식의 공동수급체는 민법상 조합에 해당하고, 따라서 조합재산인 공사대금채권은 각 조합원 즉 공동수급체의 각 구성원에게 속하지 않고 조합원 전원 즉 구성원 전원의 합유에 속한다.

그러므로 공동이행방식의 경우 공사대금채권은 구성원 전원의 합의에 따라 공동으로 청구하거나 대표자가 공동수급체를 대표하여 청구해야 하고, 발주

2. 공동수급체의 법적성격

공동수급체 구성원은 회계예규 '공동도급계약 운용요령'에 첨부된 공동수급표준협정서(공동이행방식, 분담이행방식의 두 종류가 있음)를 참고하여 공동수급협정서를 작성해야 하고, 공동수급체 대표자는 이 협정서를 입찰참가신청서류 제출 시 함께 제출해야 한다.

공동수급협정서는 공동수급체 구성원 상호간의 권리·의무, 계약이행방식, 출자비율 또는 분담내용 등 공동도급계약의 이행에 관한 중요사항을 규정한 구성원 사이의 계약서이다. 즉 공동수급협정서는 공동수급체의 기본적 법률관계를 정한 것으로서 공동도급계약 운용의 기본이 되는 것이다. 공동수급협정서는 당사자의 서명과 동시에 효력이 발생되고 당해 계약의 이행완료시에 효력이 소멸됨이 원칙이다. 다만 발주자나 제3자에 대해 공사와 관련한 권리의무



자도 공사대금을 공동수급체에게 지급해야 하며 각 구성원에게 지급해서는 안 되는 것이 민법상 원칙이다. 그런데 공동도급계약 운용요령 제11조는 선금 등 공사대금의 지급 청구 시 공동수급체 대표자는 공동수급체 구성원별로 구분 기재한 신청서를 발주처에 제출하고, 발주처는 신청된 금액을 구성원 각자에게 지급해야 한다고 규정하고 있으며, 따라서 이는 위 민법상 원칙과 모순되는 것으로 보인다. 그러나 위 규정은 대표자가 발주처로부터 공사대금을 수령한 후 이를 유용하거나 구성원에게 그 지급을 지체하여 분쟁이 빈발하자 이를 방지하기 위한 편법에 불과하다. 따라서 위와 같은 구성원별 지급규정이 있다 해도 각 구성원이 발주처에게 자기의 출자비율에 해당하는 공사대금 청구를 직접 할 수는 없다. 대법원판결도 공동이행방식의 경우 공사대금채권은 조합원에게 합유적으로 귀속되는 조합채권이고 조합원 즉 구성원의 개별적 채권이 아니므로 구성원 중 1인이 발주처에게 출자비율에 따른 공사대금을 직접 청구할 수는 없다고 판시하고 있다.

3. 공동수급체의 공사대금 청구소송

공동이행방식 공동수급체의 구성원 1인에 대한 채권자가 공동수급체의 공사대금채권에 대해 압류나 가압류를 하는 경우, 그 공사대금채권은 구성원의 소유가 아니라 공동수급체의 소유이므로, 그러한 압류나 가압류는 채무자 소유가 아닌 제3자 소유의 재산을 대상으로 한 것이어서 당연 무효라는 것이 대법원판례이다.

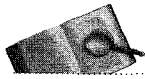
대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결은 조합원 중 1인에 대한 채권으로써 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없다고 판시하고, 도급계약체결 당시 수급인인 6개 회사가 발주자에게 제출한 공동수급협정서에 터 잡아 상호간에 금전 기타 재산 및 노무를 출

자하여 신축공사 관련사업을 공동으로 시행하기로 하는 내용의 약정을 한 경우 수급인들 사이에는 민법상 조합이 성립되므로, 세무서장이 그 조합의 구성원인 1개 회사의 부가가치세 체납을 이유로 6개 회사의 조합재산인 공사대금채권에 대하여 압류처분을 한 것은 체납자 아닌 제3자 소유의 재산을 대상으로 한 것으로서 당연 무효라고 판시하였다.

그러나 분담이행방식의 경우 그러한 압류나 가압류의 효력은 공동수급체의 법적 성격을 조합으로 볼 것인가 아닌가에 따라 달라질 것이나 이에 관한 대법원판례는 아직 없다. 그러한 압류나 가압류는 분담이행방식의 공동수급체를 조합으로 본다면 당연 무효가 되고 조합이 아니라고 본다면 유효가 된다. 공동도급계약을 체결한 건설회사가 발주처를 상대로 공사대금청구 소송을 제기하는 경우 다음과 같은 점을 특히 유의해야 한다. 이는 매우 중요한 문제이나 법률전문가조차 실수를 범하기 쉬운 문제이다.

민법상 조합은 조합의 이름으로 소송 당사자가 될 수 없다. 이처럼 조합에 소송상의 당사자능력이 인정되지 않으므로 조합이 소송을 하는 경우에는 조합원 전원이 공동으로 소송을 하거나, 또는 임의적 소송신탁의 방법으로 소송을 해야 한다. 대법원판례는 합유인 조합재산에 관한 소송은 고유 필요적 공동소송이라고 본다. 고유 필요적 공동소송은 소송수행권이 수인에게 공동 귀속되어 수인이 공동으로 원고나 피고가 되어야 하고(소송 공동의 법률상 강제) 또 공동소송인 사이에 소송의 승패가 달라질 수 없고 일률적으로 되어야 할 소송이다(소송 승패의 합일확정).

공동이행방식의 공동수급체가 발주처를 상대로 공사대금청구 소송을 제기하는 것은, 민법상 조합이 조합재산에 관한 소송을 제기하는 경우이므로, 조합원 전원 즉 공동수급체 구성원인 건설회사 모두가 원고가 되어 공동으로 소송을 제기해야 한다. 구성원 중 1인이라도 탈루된 채 소송을 제기한 경우 법원은 본안에 대한 심리를 하지 않고 소를 각하하는



판결을 하게 된다. 그러므로 구성원 중 일부가 탈루된 채 소송이 제기된 경우에는 이를 보정하는 절차 즉 필요적 공동소송인의 추가 절차를 밟아야 한다. 민사소송법 제63조의 2는 제1심의 변론 종결전까지에 한해 원고의 신청에 의해 법원의 허가결정을 받아 빠뜨린 필요적 공동소송인을 추가할 수 있게 하고 있다. 다만 원고측을 추가하는 경우에는 추가될 신 당사자의 동의가 있어야 한다. 즉 기존의 원고들이 탈루된 자를 필요적 공동소송인으로 추가 신청을 할 때 그 탈루된 자의 동의를 받아야 한다. 추가신청은 서면에 의해야 하고 신청서에는 추가될 당사자 및 추가신청 이유를 기재해야 한다. 원고의 추가신청에 대해 법원은 결정으로 그 허가 여부를 재판한다. 추가가 된 경우 종전 공동소송인의 소송 수행결과는 유리한 범위 내에서 신 당사자에게도 효력이 미친다.

대법원판례는 조합의 업무집행 조합원은 조합재산에 관하여 조합원들로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있다고 본다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다 68924 판결). 조합의 업무집행 조합원에 해당하는 공동이행방식 공동수급체의 대표자가 조합원들인 공동수급체의 구성원들로부터 공사대금 청구 소송에 관하여 임의적으로 소송신탁을 받은 경우에는 자기 이름으로(예:△△ 공동수급체의 업무집행자 ○○) 소송을 수행할 수 있으며, 임의적 소송신탁을 하는 경우에는 그러한 내용의 위임을 문서로 해야 한다. 임의적 소송신탁을 한 경우에는 공동수급체의 대표자 회사만이 원고가 되어 소송수행을 하게 되고 나머지 구성원 회사들은 원고가 되지 않고 소송수행을 할 필요도 없다.

공동이행방식 공동수급체의 경우 공사대금청구 소송을 하려면 구성원 전원이 원고가 되어 공동으로 소송을 하거나 또는 공동수급체 대표자가 구성원 전원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 소송을 해야 한다. 어느 방법에 의하든 구성원 전원이 소송 제기에

동의해야 한다. 문제는 공동수급체 구성원 중 일부 회사가 공사대금청구 소송에 반대하는 경우이다. 특히 지역의무 공동도급제도의 시행으로 공동도급계약을 체결한 지역 건설업체가 명의만 대여하고 시공에는 참여하지 않은 경우, 그 지역 업체가 발주자를 상대로 한 소송제기에 동의할 가능성은 전혀 없다. 이러한 경우 소송을 제기하려는 건설회사는 공동수급체의 구성원으로 남아 있는 한은 소송을 제기할 수 없고, 공동수급체에서 탈퇴한 후 소송을 제기하는 수밖에 없다.

그런데 공동수급표준협정서에는 공동수급체의 구성원은 발주자 및 구성원 전원의 동의가 없으면 당해 계약의 이행을 완료하는 날까지 탈퇴할 수 없다는 규정이 있다. 그러나 협정서의 위 규정에도 불구하고 공동수급체 구성원이 예외가 없이 어떤 경우에도 탈퇴할 수 없다고 볼 수는 없다. 또한 민법 제716조는 조합원은 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있다고 규정한다. 그러므로 발주자가 법령 또는 계약을 현저히 위반하여 공동수급체 구성원에게 심하게 횡포를 부리는 경우에는 그 구성원은 공동수급체에서 탈퇴할 수 있다고 인정해야 한다.

공동수급체 구성원이 탈퇴하는 방법은 발주자에 대해 도급계약을 해제·해지하는 것이다. 구성원은 도급계약상의 해제·해지 사유가 있거나 법령상의 해제·해지 사유가 있는 경우에는 발주자에 대해 도급계약을 해제·해지함으로써 공동수급체에서 탈퇴할 수 있다. 따라서 공동수급체 구성원 중 소송제기에 반대하는 구성원이 있다면, 소송을 제기하려는 구성원 회사는 도급계약의 해제·해지 사유가 있는 경우에 한하여 도급계약을 해제·해지함으로써 공동수급체에서 탈퇴한 후에 발주자를 상대로 한 소송제기가 가능하다.

분담이행방식 공동수급체가 공사대금청구 소송을 하는 경우, 이를 조합으로 본다면 공동이행방식 공동수급체의 경우와 같게 되고, 이를 조합이 아니라



고 본다면 공사대금채권은 각 구성원 회사별로 분담 시공한 부분에 대하여 독립적으로 발생하게 되고 공사대금청구 소송도 필요적 공동소송에 해당하지 않는다는 견해가 있다. 그러나 분담이행방식 공동수급체의 법적 성격에 관한 대법원판례는 아직 없으므로, 대법원에서 이 견해와 같이 판결을 선고할 것이라고 속단할 수는 없다. 그러므로 이 문제에 관한 한 아직 명확한 결론을 내릴 수는 없으며, 개개의 경우에 공동수급협정서의 구체적인 내용을 정밀 검토하여 결론을 내릴 수 밖에 없다.

4. 공동수급구성원의 책임한계

공동이행방식의 경우 발주자에 대한 계약상 의무 이행에 대하여 공동수급체 구성원 전원이 연대하여 책임을 진다. 따라서 각 구성원이 공사를 일부씩 별도로 시공했다 하더라도, 한 구성원의 하자 발생, 공기 지연, 미완공 등으로 책임이 발생할 경우 구성원 전원이 연대하여 책임을 져야 한다. 발주자는 하자 보수청구나 이에 갈음하는 손해배상청구를 구성원 전원에게 할 수 있고, 각 구성원은 하자발생 부분이 자신의 시공부분이 아니라는 이유로 그 청구에 대한 책임을 면할 수 없다. 하자담보책임기간도 전 구성원에게 공통적으로 적용된다.

공동이행방식 공동수급체가 공사를 지체하여 지체상금을 납부하는 경우, 구성원 전원이 지체상금을 납부할 의무가 있고, 지체상금 산출의 기준이 되는 계약금액은 전체 공사대금이고 각 구성원이 시공을 맡은 부분의 공사대금이 아니다. 공동수급체의 구성원 전원은 전체 공사대금을 기준으로 산출된 지체상금을 출자비율에 따라 공동 납부해야 한다. 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다 42887 판결은, 공동수급인의 각 공사내용이 특정되어 있다 하더라도 각 공사는 전체로서 하나의 공사를 이루고 있고 도급계약에서 정한 준공기한도 공사전체의 준공기한이므로 구

구성원 중 하나가 자신이 맡은 공사를 준공기한 내에 하지 못함으로써 지체상금을 부담하는 경우 그 지체상금의 기준이 되는 계약금액은 그 구성원이 맡은 부분에 해당하는 공사대금뿐만 아니라 전체 공사대금으로 보아야 한다고 판시하였다.

분담이행방식의 경우 발주자에 대한 계약상 의무 이행에 대하여 공동수급체 구성원은 분담내용에 따라 각자가 책임을 진다. 따라서 한 구성원의 하자 발생, 공기 지연, 미완공 등으로 책임이 발생할 경우 그 구성원만 책임을 지고 다른 구성원은 책임을 지지 않는다. 발주자에 대한 각 구성원의 책임이 독립되어 있으며 서로 영향을 미치지 않는 것이다.

발주자는 하자보수청구나 이에 갈음하는 손해배상청구를 하자가 발생한 부분을 시공한 구성원에게만 할 수 있다. 하자담보책임기간도 분담시공한 공사내용에 따라 구성원 별로 달리 적용된다. 하자담보책임기간은 둘 이상의 공종이 복합된 공사의 경우 하자책임의 구분이 가능하다면 주된 공종을 기준으로 일률적으로 적용하지 않고 각 세부 공종별로 따로 적용하기 때문이다.

분담이행방식 공동수급체가 공사를 지체하여 지체상금을 납부하는 경우, 공사 지체를 직접 야기한 구성원만 지체상금을 납부할 의무가 있고, 지체상금 산출의 기준이 되는 계약금액은 그 구성원의 분담부분에 해당하는 공사대금이고 전체 공사대금이 아니다.

대법원 1998. 10. 2. 선고 98다 33888 판결은, 공동수급인 각자가 시공할 부분을 특정분담하여 이행하는 분담이행방식에 의한 계약을 체결한 경우, 공사의 성질상 어느 구성원의 분담부분 공사가 지체됨으로써 타 구성원의 분담부분 공사도 지체될 수밖에 없는 경우라도 특별한 사정이 없는 한 공사지체를 직접 야기시킨 구성원만 분담부분에 한하여 지체상금의 납부 의무를 부담하고 공사지연에 대해 귀책사유가 없는 구성원은 지체상금의 납부 의무가 없다고 판시하였다. 이 대법원판례는, 공동도급계약의



경우 부정당업자에 대한 제재를 함에 있어 입찰참가 자격의 제한 사유를 직접 야기시킨 자에 대하여만 입찰참가자격을 제한하도록 규정한 국가계약법 시행령 제76조 제3항과 일맥상통하는 것이다.

5. 공동수급체와의 하도급계약

공동수급체나 그 구성원 회사가 도급받은 공사 중 일부를 하도급주거나 자재 구매계약을 체결한 경우, 하수급인 또는 자재업체는 누구를 상대로 공사대금 청구 또는 자재대금 청구를 해야 하는지가 문제된다. 이 문제는 공동이행방식이나 분담이행방식이나, 또 하도급계약을 한 당사자를 누구로 볼 것이냐에 따라 그 결론이 달라진다.

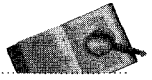
하도급계약을 한 당사자는 4가지 유형이 있을 수 있다. 공동수급체의 구성원 모두가 하도급계약서에 기명(또는 서명) 날인한 경우, 공동수급체의 대표자인 회사가 하도급계약서에 자신이 공동수급체의 대표자임을 명시하고 기명(서명) 날인한 경우, 공동수급체의 대표자인 회사가 하도급계약서에 자신이 공동수급체의 대표자임을 명시하지 않고 단순히 기명(서명) 날인한 경우, 공동수급체의 대표자가 아닌 구성원 회사가 하도급계약서에 기명(서명) 날인한 경우가 그것이다.

첫째, 공동수급체의 구성원 모두가 하도급계약서에 기명(서명) 날인한 경우에는 하수급인과 하도급계약을 체결한 주체는 공동수급체이고 그 구성원이 아니다. 따라서 공동이행방식 공동수급체의 구성원은 하수급인인 전문건설업체에게 공사대금 채무를 연대하여 이행할 책임을 진다. 그러므로 전문건설업체는 공동수급체의 구성원 중 재력이 튼튼한 1개 회사를 선택하여 그 회사에 대하여 공사대금 채권 전액을 청구할 수 있다. 이 경우 그 구성원 회사는 공사대금 채무 중 자기의 출자비율에 해당하는 금액을 전문건설업체에 지급했다 하더라도 그 책임을 면할

수 없고 나머지 공사대금 채무 전액을 전문건설업체에게 지급해야 한다.

공동이행방식 공동수급체의 구성원은 다른 구성원의 동의 없이는 분담부분의 일부를 하도급할 수 없으나, 분담이행방식 공동수급체의 각 구성원은 단독으로 자기 책임 하에 분담부분의 일부를 하도급할 수 있다. 이와 같이 분담이행방식의 경우는 공동수급체의 각 구성원이 자기의 분담부분을 하도급하므로, 그 구성원만이 하도급계약서에 기명(서명) 날인하는 것이 보통이고, 구성원 모두가 하도급계약서에 기명(서명) 날인하는 경우는 드물다. 그러나 분담이행방식의 경우에도 공동으로 시공하는 부분이 있을 수 있고, 이 경우에는 구성원 모두가 하도급계약서에 기명(서명) 날인하게 될 수 있다. 이런 경우에는 공동수급체의 각 구성원은 하수급인에 대한 공사대금 채무를 분담 공사금액의 비율에 따라 분담한다고 해석된다. 따라서 전문건설업체는 공동수급체의 구성원 중 1개 회사를 선택하여 그 회사에 대하여 공사대금 채권 전액을 청구할 수는 없고, 공동수급체의 구성원 전원을 상대로 구성원 별 분담 공사금액의 비율에 따라서만 공사대금 채권을 행사할 수 있다. 그러므로 공동수급체 구성원 중 부도를 내거나 파산한 회사가 있는 경우에는 전문건설업체는 그 구성원의 분담 공사금액 비율에 해당하는 공사대금을 현실적으로 받아낼 방법이 없게 된다.

둘째, 공동수급체의 대표자인 회사가 하도급계약서에 자신이 공동수급체의 대표자임을 명시하고 기명(서명) 날인한 경우에는 하수급인과 하도급계약을 체결한 주체는 공동수급체이고 그 구성원이 아니다. 따라서 이 경우는 위 첫째 경우와 결론을 같이 한다. 즉 공동이행방식 공동수급체의 각 구성원은 하수급인에게 공사대금 채무를 연대하여 지급할 책임을 지고, 분담이행방식 공동수급체의 각 구성원은 하수급인에 대한 공사대금 채무를 분담 공사금액의 비율에 따라 분담한다.



셋째, 공동수급체의 대표자인 회사가 하도급계약서에 자신이 공동수급체의 대표자임을 명시하지 않고 단순히 회사 이름만 기재하고 기명(서명) 날인한 경우에는, 그 하도급계약을 그 구성원 개인을 위해 체결한 것인가 아니면 대표자가 공동수급체를 위해 체결한 것인가에 따라 결론이 달라진다. 하도급계약을 구성원 개인을 위해 체결한 것이라면 공동이행방식이든 분담이행방식이든 그 계약당사자는 공동수급체가 아니라 구성원 개인이므로, 하수급인은 그 구성원에게만 공사대금을 청구할 수 있고, 다른 구성원에게는 공사대금을 청구할 수 없다. 하수급인은 계약당사자인 구성원에게 공사대금 전액을 청구할 수 있고, 다른 구성원에게는 공사대금을 전혀 청구할 수 없으며 그 구성원의 출자비용 또는 분담비용에 해당하는 만큼의 공사대금도 청구할 수 없다.

반면에 대표자가 공동수급체를 위해 하도급계약을 체결한 것이라면 그 계약당사자는 공동수급체이므로 공동수급체가 공사대금을 지급할 책임이 있다. 공동이행방식의 경우는 각 구성원이 하수급인인 전문건설업체에게 공사대금을 연대하여 지급할 책임을 진다. 전문건설업체는 구성원 중 1개 또는 수개의 회사를 선택하여 하도급대금 전액을 청구할 수 있고, 선택받은 구성원은 자기 출자비용 만큼의 하도급대금만 지급해서는 아니되고 하도급대금 전액을 지급해야 한다. 분담이행방식의 경우는 각 구성원이 전문건설업체에게 자기의 분담 공사금액의 비율에 해당하는 하도급대금을 분담하여 지급할 책임을 진다.

그렇다면 하도급계약의 당사자가 공동수급체의 구성원 개인인가 아니면 공동수급체 자체인가를 구별하는 기준이 문제된다. 계약체결 당시의 정황, 공사수행 과정에서의 제반 사정 등이 그 구별 기준이 될 수 있으며, 이러한 정황이나 사정 등을 종합하여 구별을 해야 한다.

구성원 상호간에 대표자가 단독 시공 또는 분담

시공하기로 합의하여 공동수급체와 관계없이 대표자 회사가 계약을 체결한 경우는 구성원 개인을 위해 계약한 경우이고, 공동시공의 범위에 속하는 공사를 하도급계약한 경우에는 대표자가 다른 구성원과 사전 협의없이 훗날 정산할 생각으로 계약을 했다 해도 공동수급체를 위해 계약한 경우이다. 공동수급체의 구성원 상호간에 1개 회사가 단독 시공하기로 합의한 경우, 구성원은 그 단독 시공의 합의를 도급인에 대하여 주장할 수 없다. 구성원은 도급인에게는 공동으로 시공하기로 계약을 하였기 때문이다. 그러나 구성원은 도급계약의 당사자가 아닌 하수급인에게는 단독 시공의 합의를 주장할 수 있다고 본다. 그러므로 단독 시공의 합의를 하고 단독 시공자가 공사의 일부를 하도급한 경우에는, 하수급인인 전문건설업체는 그 단독 시공자인 구성원에게만 공사대금을 청구할 수 있다.

하도급계약의 당사자가 구성원 개인인가 아니면 공동수급체인가에 관하여 명시적으로 판시한 우리나라 판례는 아직 없다. 그러므로 이에 관한 외국 판례를 2개 소개한다.

갑, 을이 공동이행방식 공동수급체의 구성원이나, 실제 시공은 갑 단독으로 한 경우, 갑이 자기 명의로 A에게 하도급을 주었는데 갑이 파산하자 A는 을에게 공사대금을 청구한 사안에서, 외국 판례는 하도급계약의 당사자를 갑·을의 공동수급체로 인정하지 않고 갑으로 인정하여 A의 청구를 기각하였다. 그 이유는 ① 갑이 하도급계약시 공동수급체의 대표자임을 명시적·묵시적으로 밝히지 않은 점 ② 계약상 주문서, 견적서, 약속어음의 작성 명의자가 갑인 점 ③ A가 갑, 을과 과거에 하도급받은 관계가 없어서 갑, 을 사이의 공동수급관계를 알지 못했을 것이라는 점 등이다.

갑, 을이 공동이행방식 공동수급체의 구성원이고 실제 시공도 갑, 을이 공동으로 한 경우, 대표자인 갑이 A로부터 자재를 구입하였는데 갑이 파산하자



A는 을에게 자재대금을 청구한 사안에서, 외국 판례는 자재구입계약의 당사자를 갑·을의 공동수급체로 인정하여 갑·을이 자재대금을 연대하여 지급할 채무가 있다고 보고 을에 대한 자재대금 청구를 인용하였다(원고 승소판결). 그 이유는 ① 공사 현장에 을의 직원이 투입되어 을도 시공에 참여한 점 ② 자재의 현실적인 구매는 을의 직원이 공동수급체를 위하여 구매하는 것임을 표시하여 한 점 ③ 자재수령서의 납품처가 공동수급체로 표기되고 수령인란에 을의 직원이 서명을 한 점 등이다.



거나, 또는 그 구성원이 공동수급체를 위하여 하도급계약을 한 것으로 하수급인이 믿을만한 사정이 있어서(예컨대 구성원들이 긴밀한 연관을 갖고 같은 현장에서 하도급 공사를 공동으로 시공하는 경우) 하수급인이 그 구성원이 대리권이 있는 것으로 잘못 믿고 그 결과 하도급계약 체결이

공동수급체에 의한 것이라고 믿은 경우에는 표현대리가 성립할 수 있고, 표현대리가 성립하는 경우 하수급인에게 과실이 없다면 그 하도급계약은 공동수급체를 위한 것으로 인정된다. 이 경우 하수급인은 공동수급체의 구성원 중 일부 또는 전부를 상대로 하도급대금 전액을 청구할 수 있고, 청구를 받은 구성원은 자기 출자비율만큼만 하도급대금을 지급해서는 안 되고 하도급대금 전액을 지급해야 한다(연대책임).

넷째, 공동수급체의 대표자가 아닌 구성원 회사가 하도급계약서에 기명(서명) 날인한 경우에 대하여 본다. 공동수급체는 그 대표자를 선정하도록 되어 있고 대표자가 공동수급체의 업무를 처리할 권한이 있다. 따라서 대표자가 아닌 구성원이 체결한 하도급계약이 공동수급체가 한 계약으로 인정될 가능성은 거의 없다. 분담이행방식의 경우는 각 구성원이 단독으로 자기 책임 하에 분담부분의 일부를 하도급할 수 있으므로, 구성원 단독으로 하도급계약을 체결한 경우에는 그 구성원만이 책임을 진다. 하수급인은 계약당사자인 구성원에게 공사대금 전액을 청구할 수 있고 다른 구성원에게는 공사대금을 전혀 청구할 수 없다.

이상은 하수급인이 공동수급체 또는 그 구성원에 대하여 공사대금 청구를 하는 경우에 관하여 살펴본 것이다. 반대로 공동수급체 또는 그 구성원이 하수급인에 대하여 하자보수청구나 지체상금 청구를 하는 경우에 관하여 살펴본다. 공동이행방식의 경우 하수급인에 대하여 하자보수청구나 지체상금 청구를 하는 것은 조합 채권(공동수급체의 채권)을 청구하는 것이므로 구성원 전원이 공동으로 해야 하고 이에 관한 소송은 고유 필요적 공동소송이므로 구성원 전원이 원고가 되어 소송을 제기해야 한다. 분담이행방식의 경우는 각 구성원이 자기의 분담부분을 개별적으로 시공하고 책임지므로 하수급인에 대하여 하자보수청구나 지체상금 청구를 하는 경우에도 각 구성원이 개별적으로 청구하면 되고 그 소송도 각 구성원이 개별적으로 제기하면 된다.

공동이행방식의 경우도 원칙적으로, 그 하도급계약은 공동수급체를 위한 것이 아니라 구성원 개인을 위한 것으로 보아야 하며, 따라서 하수급인은 그 구성원에게만 공사대금을 전액 청구할 수 있고 다른 구성원에게는 그의 출자비율에 해당하는 공사대금도 청구할 수 없는 등 공사대금을 전혀 청구할 수 없다. 다만 예외적으로, 그 구성원이 대표자인 구성원으로부터 하도급계약체결에 관한 대리권을 수여받

[문의전화 588-2212]