

건설공동수급체의 법률관계



정 원 법무법인 올촌 변호사

계약은 거래당사자 간의 의사의 합치에 의한 법률행위로 1:1의 관계를 원칙으로 하는 것이나, 대형공사계약에 있어서는 계약규모가 방대하거나 다양한 전문성이 요구되는 등의 사정으로 인해 1개 업체가 온전하게 계약이행을 하는 것을 기대하기 어려운 경우가 종종 발생한다. 우리나라의 경우 1989년 구 예산회계법 시행령 개정시 중소건설업체의 수주 확대를 목적으로, 정부 발주공사를 원칙적으로 공동계약에 의할 수 있도록 규정한 이후, 대부분의 공공발주 대형공사의 경우 공동계약이 일반화 되어 있다.

그러나, 공동도급제도는 건설업계의 필요에 의하여 자생적으로 발전된 것이 아니라 정책적 목적을 추구하기 위하여 추진·입법화된 제도로서 이에 대한 건설업계 의 관행이 일관성 있게 형성되어 있지 않을 뿐만 아니라 규제법규의 정비도 미비하여 공동수급체의 법적 성격과 법률관계를 둘러싼 분쟁이 끊이지 않고 있으며, 분쟁에 대한 법원의 판단 역시 통일성이 없는 상황이다.

이에 국가계약관련 규정 및 실무를 중심으로 건설공동수급체의 법률관계와 문제점 등을 간략히 살펴보기로 한다.

1. 공동수급체의 의의

공동수급체의 운영에 대한 세부지침을 정하고 있는 공동계약 운영요령에 의하면 “공동수급체라 함은 공사·제조·기타의 계약에 있어서 구성원을 2인 이상으로 하여 수급인이 당해 계약을 공동으로 수행하기 위하여 잠정적으로 결성한 실체(공동계약 운영요령 제2조 제1호, 제2호 참조)”라고 정의하고 있다. 공동수급체는 복수의 기업이 제휴하여 하나의 사업을 경영하는 경영방식의 형태로서 건설공사에 국한

되는 것은 아니다.

2. 건설공동수급체의 효용

건설공동수급체의 도입은 도급인, 공동수급체에 참여하는 건설업자 및 건설업계에 다양한 혜택을 제공하되, 특히 공동수급체에 참여하고자 하는 중소건설업자들이 적극 반기는 제도라 할 것이다. 즉, 공동수급체 구성 건설업자의 경우 제한된 기술력과 소자본으로도 대규모 건설사업에 참여할 수 있어 수주기회를 확대보장 받게 될뿐더러(자금력조달 강화, 자격 또는 능력의 보완) 대규모 건설공사에 따르는 위험을 다른 구성원들에게 분산시키므로 단독 수주시 발생할 수 있는 손실을 막을 수 있는 장점(위험의 분산)이 있다. 또한, 도급인의 입장에서는 단독도급의 경우에 비해 공사의 완료를 담보받을 수 있는 장점(공사관리의 합리화, 공사시행의 확실성)이 있으며, 건설업계로서는 개별 건설업자에 대한 수주기회를 확대함으로써 성실한 중소기업이 성장하여 건설업계의 건전한 재편성을 도모할 수 있고, 나아가 건설업자의 공동번영에 이바지 할 수 있는 안전장치가 된다는 장점이 있다. 한편, 1994년부터는 지역의무 공동도급제도가 시행되고 있어서 중소기업육성정책으로서의 기능도 갖고 있다.

3. 공동수급체의 분류 및 내용

현행 공동계약 운영요령에서는 공동수급 표준협정서를 공동이행방식, 분담이행방식, 주계약자관리방식 세 가지로 나누어 양식을 정해 놓고 있으며 실제 공사관행도 대개 이러한 분류방식에 의해 정해지고 있다.

가. 공동이행방식

공동수급체의 구성원이 미리 정한 출자비율에 따라 자금, 인원, 기계 등을 각출하여 전체공사를 공동으로 시공하고 이익배분 및 손실부담도 일정 비율을 정하여 산정하는 형태이다. 공동이행방식에 있어서는 공동수급체가 수급한 공사를 구성원이 일체가 되어 시공하고, 시공책임도 공사의 전체에 대하여 구성원 전원이 연대하여 책임을 지게 되므로 공동시공을 위하여 일정한 조직과 공동회계체제를 구성할 필요가 있다.

나. 분담이행방식

구성원 각자가 전체 공사의 분담부분을 정하여 시공하며, 출자비율과 손익분배에 관하여 어떠한 약정도 하지 않고 각 구성원은 도급인과 관계에서는 각자가 분담한 공사에 대하여만 책임을 부담한다. 예를 들어 토목공사와 전기공사 등과 같이 공사내용으로 분담부분을 정하거나 공사구역을 분할하는 방법 등이 이에 해당한다.

다. 주계약자관리방식

공동수급체의 구성원은 각자 자신이 분담한 부분에 대해서만 책임을 지되, 불이행시 그 구성원의 보증기관이 책임을 지며, 주계약자는 최종적으로 전체계약에 대하여 책임을 부담한다. 이는 대형건설업체와 중소 규모 건설업체간의 상호 협력을 증진하기 위하여 만들어진 독특한 형태로 공동도급 유형으로 건설교통부가 1998. 4. 7. 주계약자형 공동도급의 운영기준을 발표한 후, 2005. 12. 30. 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 의해 운영중인 지방자치단체 공동계약 운영요령(행정안전부 예규)에 동 제도가 반영되었으며, 2009. 6. 29. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”이라 한다)에 의해 운영중인 공동계약 운

영요령(기획재정부 회계예규)에도 동 제도가 반영되었다.

라. 실무현황

실무상 공동이행방식에 의하는 경우가 많은데, 그 속내를 들여다 보면 실질적으로는 공동수급체를 구성하지 않으면서 계약을 위해 공동수급체를 위장 형성하는 것을 소위 가장(假裝) 공동수급체(PAPER JOINT)를 형성하는 경우가 많다. 그밖에 정상적인 공동이행방식에 의한 공동수급협정이 체결된 경우라 하더라도 공동수급체 구성원 관계에서는 분담부분을 정하고 있는 경우가 일반적이다.

4. 공동수급체의 법적 성질

분담이행방식이나 주계약자관리방식의 경우 분담부분에 대한 수개의 도급계약을 형식상 하나의 계약으로 체결한 무명계약으로 보는데 크게 무리가 없으나, 공동이행방식의 공동수급체의 법적 성격과 관련하여 논란이 발생하고 있다. 이에 이하에서는 공동이행방식의 공동수급체를 중심으로 법적 성격과 법률관계를 자세하게 살펴본다.

가. 비법인 사단설

공동수급체를 비법인 사단으로 보아야 한다는 견해이다. 이 견해는 구성원이 2면인 소규모의 공동수급체 구성원 1인이 도산하는 경우에 통상 사용되고 있는 표준협정서에는 잔존구성원이 공사를 하도록 하고 있는 점에 비추어 구성원의 의사는 구성원이 1인이 되더라도 공동수급체를 존속시키고자 함에 있는바, 이는 조합의 본질에 반하는 점, 건설공사장 단위로 공동수급체가 구성되는데 이는 구성원 개인과는 완전히 구별되는 별개의 단체로 보는 것이 현실에 맞다는 점,

구분	공동이행 방식	분담이행방식	주계약자관리방식
구성 내용	출자비율에 의한 구성	공사를 분담하여 구성	
대표자의 권한	"발주자 및 제3자에 대하여 공동수급체를 대표하며, 공동수급체의 재산관리 및 대금청구 등의 권한을 가짐"		
계약이행 책임	구성원 연대 책임	분담내용에 따라 각자 책임	구성원 : 분담이행책임 주계약자 : 전체이행책임
하도급	다른 구성원의 동의 없이 일부하도급 불가	자기 책임 분담부분의 일부 하도급가능	주계약자를 제외한 구성원은 원칙적으로 하도급불가
출자비율 또는 분담내용의 변경	원칙적으로 불가하나, ① 발주기관과의 계약내용 변경, ② 구성원의 파산, 해산, 부도 등의 사유로 인하여 당초 협정서의 내용대로 계약이행이 곤란한 구성원이 발생하여 공동수급체구성원의 연명으로 출자비율 또는 분담내용의 변경을 청구한 경우 예외적으로 변경 가능		
손익 배분	출자비율에 따라 배분	분담공사별 배분	
중도탈퇴	입찰 또는 당해계약의 이행을 완료하는 날까지 탈퇴 불가(원칙)		
중도탈퇴시 1차 책임	잔존구성원이 공동연대하여 이행	당해 구성원의 연대보증인이 분담부분 이행	당해 구성원의 연대보증인이 분담부분 이행
중도탈퇴시 2차 책임	연대보증인	잔존구성원	주계약자
운영위원회	공동수급체구성원을 위원으로 하는 운영위원회를 설치하여 계약이행에 관한 제반사항을 협의하며, 공동수급체표준협정서에 규정되지 아니한 사항은 운영위원회에서 정함.		

특히 구성원이 이 사단에서 각각 공사를 하청받는 것으로 보면 제3자에 대한 권리의무관계 규율이 간명해진다는 점을 논거로 제시하고 있다.

나. 민법상 조합설

공동수급체는 계약에 의하여 결성되고, 공동수급표준협정서 이외에 별도의 정관이 없는 점, 공동수급체 대표자가 대금의 청구와 수령 및 공동수급체의 재산관리를 할 권한이 있고 그 업무집행의 효과가 각 구성원 개인에게 미치는 점, 각 구성원 개인은 대외적으로 직접 부담한다는 점에서 공동수급체의 법적 성질은 민법상 조합이라고 보는 견해로서 현재 우리나라에서의 통설적 견해이다.

다. 지분적 조합설

민법이 예정하고 있는 “민법상의 조합”은 ① 2인 이상의 단체성과 ② 공동사업의 운영이라는 최소한의 개념적 표지에 더하여 공동사업을 하면서, ③ 재산을 합유하고 ④ 외부에 대하여 구성원 전원의 이름으로 활동하는 것을 기본적 특색으로 하는 합수적 조합(Gesamthandsgesellschaft)이나, 이러한 공동수급체는 이러한 민법상 조합과 달리 조합원이 조합재산에 관하여 지분소유권을 가지는 지분적 조합이라고 보는 입장이다. 1997. 1. 1. 공동계약운영요령(회계예규)가 개정되기 전에는 선급, 공사대금을 공동수급체의 대표자에게 지급하도록 되어 있었으나, 1997. 1. 1. 공동계약운영요령이 개정되면서 공동수급체 대표자가 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 공사대금지급 신청서를 제출하면, 신청된 금액을 공동수급업체 구성원각자에게 지급하도록 되어 있는 점을 그 근거로 한다. 이 견해에서는 공동수급체의 법적 성질을 ‘민법상 조합’ 조합이라고 단언하고 있는 판례의 표현들은 정비되어야 하며, 공동수급인의 채권자에 의한 공사대금채권 중 공동수급인의 지분부분에 대한 강제집행을 불허하는 판례는 변경되어야 할 것이라고 한다.

라. 판례

대법원은 공동이행방식의 공동수급체의 법적 성격에 대하여 민법상 조합임을 분명히 하면서, 민법상 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인에 대한 채권으로써 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 입장을 유지하고 있다(대판 1997. 8. 26. 선

고 97다4401, 대판 2002. 12. 12. 99다4401 판결, 대판 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 참조). 반면에 대판 2002. 1. 11. 선고 2001다 75332에서는 “공사의 공동수급체가 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이라고 하더라도 공동수급체가 공사도급계약과 관련하여 도급인에 대하여 갖게 되는 모든 채권이 반드시 공동수급체의 구성원에 합유적으로 귀속되어야만 하는 것은 아니고 공사도급계약 내용에 따라서는 공동수급체의 구성원 각자에게 지분비율에 따라 구분하여 귀속될 수 있을 것”이라는 취지의 판시를 한 바 있으며, 그 이후 일부 하급심에서 구성원의 지분비율에 근거한 제3채권자의 강제집행이 예외적으로 허용되는 사례가 발생하고 있다.

5. 공동수급체의 법률관계

공동이행방식에 있어서 공동수급체 구성원 내부관계는 기본적으로 민법상 조합관계로 보면 된다. 그러나, 발주기관(도급인)과의 관계에서 구성원 개별적으로 지분비율에 근거한 개별적인 공사대금청구권을 가지는지 여부(이는 제3채권자의 강제집행 가부와 직결되는 문제임), 공동수급체 구성원(대표자 포함)이 개별적으로 하도급계약을 체결한 경우 다른 구성원에 대해서도 그 효력이 인정되는지 여부, 각종 보증금(입찰보증금, 이행보증금, 선금반환보증금, 하자보수보증금) 등과 관련한 법률관계 등에 있어서 복잡한 문제점들이 도출되고 있다.

가. 개별적인 공사대금청구권의 성립여부

법원은 실제 계약에 있어 공동수급체의 구성원 간의 협정에 어떠한 내용이 부가·수정되었는지 및 구체적·개별적 사실관계가 어떠한지 등을 바탕으로 법적 판단을 하고 있으며 그 결론은 확일적이지 않다. 이와 관련하여 개별 청구권을 인정하는 입장에서는 “공동수급체의 대표자는 계약담당 공무원에게 구성원별로 구분 기재된 신청서를 제출하여야 하고, 계약담당공무원은 그러한 신청이 있을 경우 공동수급체 구성원 각자에게 신청된 금액을 지급하여야 한다”고 규정한 공동계약운영요령 제11조를 그 근거로 들고 있다. 그러나, 출자지분에 따른 손익처리는 공동수급체 구성원 관계에서 수익과 부담의 몫을 정한 것에 불과한 점 및 공동계약운영요령 제11조는 공동수급체 구성원의 공사대금 확보를 확실하게 해 주기 위한 절차규정에 불과한 것으로 개개 구성원의 공사

대금청구권을 인정한 것으로 보기는 어려운 측면이 있다. 더욱이 제3채권자에 의한 강제집행이 가능하게 된다면 공동 이행방식의 구성원들은 다른 구성원의 채무상태에 따라 예상치 못한 채무부담을 하게 되고 이는 연쇄부실이라는 사회적 파장을 발생시킬 수도 있음을 고려할 필요가 있을 것이다. 따라서, 기본적으로 공동이행방식에 있어서 구성원의 개별 공사대금청구권은 쉽게 인정되어서는 아닐 것이다.

나. 개개 구성원명의 법률행위의 효력

공동이행방식의 경우 민법상 조합에 해당하므로 외부 법률행위를 함에 있어서는 구성원 연명으로 하거나 조합원들로부터 해당 법률행위를 할 수 있도록 권한을 수임받은 업무 집행조합원(대표자)를 통하여 하여야 하는데 실제 실무에서는 그렇지 못한 경우가 많다. 이 경우 그러한 법률행위의 효력이 공동수급체에 미치는지 여부에 대해 논란이 있다. 이에 살펴보면, 해당 법률행위가 공사현장과 직접적인 관련성이 있는지 여부, 해당 법률행위의 형성과 이행에 공동수급체가 관여하였는지 여부, 법률행위 당사자 간의 관계 등을 종합적으로 고려하여 공동수급체의 관여정도가 강하고 상대방의 신뢰를 보호해야 할 사정이 있다면 공동수급체의 제3자에 대한 책임은 인정되어야 할 것이다.

다. 각종 보증금 관련 법률관계

공동계약운영요령은 각종 보증금과 관련하여 출자지분비율에 근거하여 구성원별로 부담하도록 하고 있고 실제 보증금은 출자지분에 따라 개별적으로 설정되고 있다. 그러나, 이는 공동수급체 구성원이 1차적으로 연대책임을 지는 것과 논리적 모순관계를 형성하게 된다. 향후 이와 관련한 법률문제가 많이 발생하게 될 것으로 보인다. 참고로 선금반환채무와 관련해서 대법원은 “공동수급체의 구성원이 각 구성원의 연대책임의 범위는 선금금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원으로서 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선금금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다”는 판시를 한바 있다(대판 2002. 1. 25. 선고 61623)

6. 결어

앞서 살펴본 내용 이외에도 공동수급체 구성원간의 의견 대립 및 구성원의 탈퇴를 둘러싼 복잡한 법률문제도 최근 심

심찮게 발생하고 있다. 지면관계상 관련 내용을 살펴보지는 못했지만 이에 대한 세심한 주의와 관심도 기울여야 할 것이다.

우리나라의 공동도급제도는 건설업계의 요구와 정책적 필요에 따라 시행되고 있으며, 그때그때의 경제현황 및 이해관계인의 요구, 규제의 필요성에 따라 관련법규를 마련함으로써 인하여 공동수급체의 법률관계와 관련하여 많은 법률적 문제점이 노출되고 있다. 현재 건설시장은 공동계약을 둘러싼 불확실성과 모순 등으로 인하여 상당한 혼란을 겪고 있으며 수많은 잠재적인 법률분쟁을 안고 있다. 이에 정부와 업계는 지혜를 모아 건설공동계약에 관한 근본적인 제도개선을 도모하여야 할 것이다. 나아가 다양한 상황과 법적 이해관계를 담을 수 있도록 하기 위해서는 경직화된 공동계약에 유연성을 부여하는 방안을 적극적으로 도입할 필요가 있다.

· 정 원 e-mail : wjung@yulchon.com