

건설업 명의 대여 여부의 판단 기준에 관한 사례



김 상 수
(주)토탈지오이앤씨/대표이사

[1] 어떤 건설업자의 명의로 하도급된 건설공사의 전부 또는 대부분을 다른 사람이 맡아 시공한 경우, 위 건설업자 자신이 그 공사에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고, 또 시공 과정에 실질적으로 관여한 경우에도 구 건설산업기본법 제21조 소정의 명의대여 금지조항을 위반하는 것인지 여부(소극)

[2] 건설업 명의 대여 여부의 판단 기준

판결요지

[1] 구 건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로

개정되기 전의 것) 제21조가 금지하고 있는 “다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하는 행위”란, 타인이 자신의 상호나 이름을 사용하여 자격을 갖춘 건설업자로 행세하면서 건설공사를 수급·시공하리라는 것을 알면서도 그와 같은 목적에 자신의 상호나 이름을 사용하도록 승낙 내지 양해한 경우를 의미한다고 해석함이 상당하므로, 어떤 건설업자의 명의로 하도급된 건설공사 전부 또는 대부분을 다른 사람이 맡아서 시공하였다 하더라도, 그 건설업자 자신이 그 건설공사에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고, 또 그 시공 과정에 실질적으로 관여하여 왔다면, 이를 명의대여로 볼 수는 없다.

1) 본 자료는 (주)토탈지오이앤씨 김상수 대표이사가 수집한 판례(대법원 2003. 5. 13. 선고 2002도7425 판결)를 단순 정리한 내용으로 법리적인 해석은 사실관계에 따라 달라질 수 있음.

[2] 건설업자가 건설공사의 수급과 시공에 실질적으로 관여하였는지 여부는, 건설공사의 수급·시공의 경위와 대가의 약속 및 수수 여부, 대가의 내용 및 수수 방법, 시공과 관련된 건설업자와 시공자 간의 약정 내용, 시공 과정에서 건설업자가 관여하였는지 여부, 관여하였다면 그 정도와 범위, 공사 자금의 조달·관리 및 기성금의 수령 방법, 시공에 따른 책임과 손익의 귀속 여하 등 드러난 사실 관계에 비추어 객관적으로 판단하여야 할 것이고, 그 건설업자나 시공자, 기타 관련자가 수사기관이나 법정에서 진술하면서 명의 대여 기타 그와 유사한 표현을 사용한 적이 있다 하여 그것만으로 가벼이 명의 대여 사실을 인정하여서는 아니된다.

이유

[1] 원심판결 이유에 의하면 원심은, 전문건설업자인 피고인 2 주식회사의 대표이사이던 피고인 1이 1998. 10. 14.경 명의 대여로 명목으로 하도급 공사 대금의 18%를 받기로 하고, 무면허 건설업자 이모인으로 하여금 피고인 회사의 상호를 사용하여 종합건설 주식회사(이하 '종합건설'이라 한다)가 한국도로공사로부터 도급받은 고속도로 건설 공사중 구조물 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 하도급 입찰을 통하여 낙찰받아, 같은 달 30. 종합건설과 하도급 계약을 체결하게 한 후, 그 다음날부터 1999. 11. 말경까지 시공하게 한 공소사실을 인정하여 피고인들을 유죄로 처단한 제1심판결에 사실을 오인한 허물이 없다고 판단하고 있다.

[2] 그러나 원심의 이러한 사실인정과 판단은 다음과 같은 점에 비추어 수긍하기 어렵다.

가) 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 하는 구 건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정되기 전의 것,

이하 '법'이라 한다)의 입법취지와, 이러한 목적을 달성하기 위하여 건설업의 면허·등록 기준을 엄격하게 규정하는 한편 면허를 받거나 등록된 건설업자가 아니면 건설업을 영위할 수 없음을 그 본질적·핵심적 내용으로 하는 위 법의 관계규정 등에 비추어 보면, 법 제21조가 금지하고 있는 "다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하는 행위"(이하 '명의 대여'라 한다)란, 타인이 자신의 상호나 이름을 사용하여 자격을 갖춘 건설업자로 행세하면서 건설공사를 수급·시공하리라는 것을 알면서도 그와 같은 목적에 자신의 상호나 이름을 사용하도록 승낙 내지 양해한 경우를 의미한다고 해석함이 상당하므로, 어떤 건설업자의 명의로 하도급된 건설공사 전부 또는 대부분을 다른 사람(이하 '시공자'라 한다)이 맡아서 시공하였다 하더라도, 그 건설업자 자신이 그 건설공사에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고, 또 그 시공 과정에 실질적으로 관여하여 왔다면, 이를 명의 대여로 볼 수는 없다.

나아가, 건설업자가 건설공사의 수급과 시공에 실질적으로 관여하였는지 여부는, 건설공사의 수급·시공의 경위와 대가의 약속 및 수수 여부, 대가의 내용 및 수수 방법, 시공과 관련된 건설업자와 시공자 간의 약정 내용, 시공 과정에서 건설업자가 관여하였는지 여부, 관여하였다면 그 정도와 범위, 공사 자금의 조달·관리 및 기성금의 수령 방법, 시공에 따른 책임과 손익의 귀속 여하 등 드러난 사실 관계에 비추어 객관적으로 판단하여야 할 것이고, 그 건설업자나 시공자, 기타 관련자가 수사기관이나 법정에서 진술하면서 명의 대여 기타 그와 유사한 표현을 사용한 적이 있다 하여 그것만으로 가벼이 명의 대여 사실을 인정하여서는 아니된다.

나) 앞에서 본 바와 같이 원심은 피고인들의 항소를 기각하여, 제1심판결을 유지하였는바, 제1심판결이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들에 대하여 검토하여 보기로 한다.

① 먼저, 피고인 1은 제1심 법정에서 이모인에게 피고인 회사의 건설업 명의를 대여하였다는 이 사건 공소사실을 일관하여 부인하면서 이모인은 피고인 회사와 약정을 맺고 그 관리 책임하에 이 사건 공사의 시공에 참여한 데 불과하다는 취지로 진술하고 있을 뿐이므로 이는 이 사건 공소사실의 증거가 될 수 없고, 약정서, 건설공사하도급계약통지서, 건설공사하도급계약서의 각 기재 역시 이 사건 공사에 관하여 피고인 회사를 하수급인으로 하는 하도급 계약이 체결된 사실 및 그 후 피고인 회사와 이모인 사이에 이 사건 공사의 시공에 관한 약정이 체결된 사실을 인정할 증거는 될지언정, 그 자체만으로는 피고인 1이 이모인에게 이 사건 공사를 수급·시공하도록 명의를 대여한 사실을 인정할 증거가 되지 못한다.

② 다음으로 피고인 1과 권모인의 검찰에서의 진술과 제1심 증인 이모인의 법정 및 검찰에서의 진술에 관하여 본다.

(가) 피고인 1이 검찰에서 한 진술

피고인 1은 2000. 10. 20. 검찰에서 이 사건에 관하여 진술할 당시 이모인이 피고인 회사의 명의로 입찰에 참가하였다거나 피고인 회사의 명의로 공사를 하였다는 표현을 여러 차례에 걸쳐 사용하고 있으나, 한편 “공사는 실질적으로 이모인이 책임지고 한 것이 맞지만 관리는 저희 직원이 하였습니다.”(이에 대하여 검사가 “현장소장은 발주자와 시공사의 감독을 받으므로 당연히 파견되어야 하는 것이고 다른 관리자도 세금관계 등 제반 문제를 해결하기 위해 파견되어야 하는 것이 아닌가요.”라는 질문을

한 데 대하여 “예, 맞습니다.”라고 답변하였으나, 위 답변이 이 사건 공사와 관련하여 피고인 회사가 오로지 발주자 등의 감독을 피하기 위하여 공사관여를 가장한 사실을 시인한 취지라고 단정하기는 어렵다.)라고 진술함으로써 이모인이 이 사건 공사를 실질적으로 책임지고 관리한 것이 아니라는 검사의 추궁에 맞서고 있어, 전체적으로 볼 때 명의 대여 사실을 시인한 듯이 보이는 부분도 명의 대여라는 개념의 정확한 법적 의미나 그 평가적 측면에 대한 정확한 이해를 전제로 공소사실을 시인한 취지라기보다는 이를 그저 사실을 묘사하기 위한 일종의 축약적 표현으로 사용한 데 불과한 것으로 보이므로, 위와 같은 진술들은 유죄의 증거로 삼기에 부족하다.

(나) 권모인(피고인 회사의 상무이사)이 검찰에서 한 진술

권모인이 검찰에서 한 진술 중 명의 대여 사실을 입증할 만한 부분은, 2000. 10. 18. 이모인과 대질신문을 받을 당시, 이모인이 피고인 1에게 “피고인 회사 명의로 종합건설이 시공한 구조물 공사의 입찰에 참가하게 해달라.”고 부탁하였다고 진술한 부분과 “그렇다면 이모인이 피고인 회사의 명의를 사용하여 종합건설에서 시공한 위 공사를 수급받았다는 말인가요”, “이모인이 피고인 회사의 명의를 사용하여 종합건설에서 위 입찰을 받은 후 피고인 회사와 사이에 위 공사에 대한 약정을 한 것이 맞는가요.”라는 검사의 각 질문에 모두 그렇다는 취지로 답변한 부분 뿐이나, 한편 권모인은 2000. 9. 23. 검찰에서 참고인으로 진술함에 있어 이 사건 공사를 하도급받은 주체는 피고인 회사이고, 다만 입찰 정보를 가져온 대가로 이를 이모인에게 일괄 재하도급한 것이라는 취지로 진술하였고, 위 대질신문 당시에도 피고인 1로부터 받은 지시에 관하여 “이모인과 함께 종합건설이 시공한 공사 입찰에 참가하여 입찰이 되면 이모인이 일을 할 수 있도록 도와주라.”는 이야기를

들었다고 진술하고 있으며, “1998. 11. 초순경 현장소장과 관리인이 먼저 현장 인수차 파견이 되었고, 그 후 토목기술자 고 과장, 이 기사, 정 기사 등 기술자를 현장에 파견하여 그 인건비를 피고인 회사에서 지급하였다.”고 진술하여 피고인 회사가 이 사건 공사의 시공에 실질적으로 관여하였음을 시사하고 있는바, 위 진술들을 전체적으로 살펴보면, 권모인이 명의 대여 사실을 인정할 것처럼 진술한 부분은, 이 사건 공사의 수급 및 시공과 관련하여 검사의 질문에 사용된 “명의를 사용하여”라는 표현의 법적 의미나 그 평가적 측면을 정확히 이해하지 못한 상태에서, 이를 단지 객관적 사실 상태의 묘사적 표현으로 이해하여 가법계 답변한 데 불과한 것으로 보이므로, 이 사건 공소사실을 인정할 증거로 삼기에는 역시 부족함이 있다.

(다) 이모인이 한 진술

이모인의 제1심 및 원심 법정 증언과 검찰 진술에서도 역시 피고인 회사의 명의로 입찰을 하였다거나 시공을 하였다라는 식의 표현을 사용한 진술들을 여러 곳에서 찾아볼 수 있으나, 그러한 진술들 역시 이모인이 제1심 증인으로, 공사만 자신이 관리하였고, 현장 사무실 개설, 숙소 임차, 자재 구입, 각종 경비 지급 등 회계 관련 업무는 피고인 회사가 직접 담당하여 처리하였다고 진술한 점 등에 비추어 볼 때, 앞서 본 권모인이나 피고인 1의 진술과 마찬가지로 증거가치에 의문이 있고, 나아가 이모인은, 자금 부족으로 이 사건 공사의 시공을 포기하게 되자, 피고인 회사가 수익을 독차지할 욕심에 기성금을 제때 지급하지 아니함으로써 자신을 이 사건 공사에서 의도적으로 배제한 것이라고 주장하면서 2000. 6.경 원 도급인인 한국도로공사에 피고인 회사가 이 사건 공사와 관련하여 각종 불법·부당 행위를 자행하여 부실공사의 우려마저 있으니 조사하여 달라는 취지의 진정서를 제출하는 등(그 결과 한국도로공사가 피고인들을 검찰에 고발함으로써 피고인들

이 입건된 것이다), 피고인들에 대하여 앙심을 품고 있음이 분명하므로, 결국 이모인의 진술도 유죄의 증거로서는 신빙성이 부족하다 할 것이고, 따라서 이 사건 공소사실을 인정할 만한 증거로 삼기에는 적합하다고 볼 수 없다.

③ 결국 위 증거들은 모두 신빙성이 떨어지거나, 공소사실에 관한 유죄의 증거로 삼기에 부족한 것들이다.

다) 반면, 기록에 의하면, 명의 대여의 경우 시공자가 명의의 대여할 건설업자의 형식상 위임을 받아 그 대리인 자격으로 직접 입찰에 참가할 뿐 아니라 입찰금액도 스스로의 판단에 따라 결정하는 것이 보통임에도, 이 사건 공사의 입찰이나 현장설명회에는 피고인 회사의 공무부장이 참여하였고, 그 외에 이모인이나 상무이사 권모인은 입찰시에 단순히 동행하기만 한 사실, 피고인 회사와 이모인이 이 사건 공사의 하도급 입찰에 참여하기 이전에 입찰가격이나 명의의 대여의 대가에 관하여 일체 논의하거나 협의한 흔적이 없고, 피고인 회사가 일단 하도급을 받은 이후에 비로소 양자 사이에 그 시공에 관한 약정이 체결된 사실, 건설업계에서 명의의 대여의 대가는 수급가의 5% 내외에서 결정되는 것이 통례임에도 이 사건의 경우 당초 수급가와 이모인이 위 약정에 따라 받을 공사금액의 차액이 수급가의 18%에 이르러 명의의 대여의 대가로서는 매우 이례적인 사실, 명의의 대여의 경우 공사 대금의 지급은 명의를 대여한 건설업자의 양해 아래 시공자가 건설업자 명의로 신규 개설하여 관리하는 계좌로 입금받는 방식으로 이루어지는 것이 통례임에도, 이 사건의 경우 기성고에 따른 기성금액의 산출 및 내역 통보는 모두 피고인 회사가 담당하였고, 기성금도 피고인 회사 현장 대리인의 통장으로 입금되어 피고인 회사가 노

임은 그 다음달 15.에 이모인에게 지급하고, 장비대
 여료와 자재대금(특히 가격이 3,000,000원이 넘는
 자재나 장비는 그 사용 및 대금 지급에 있어서 피고
 인 회사의 현장 관계자들과 상의함을 원칙으로 하
 였다) 중 이모인이 직접 지출한 것은 그에게, 나머지
 는 납품한 거래처에, 각 그 다음달 말경 지급하였을
 뿐, 이모인이 기성금을 종합건설로부터 직접 받아
 본 적이 전혀 없는 사실, 이 사건 공사는 착공 후 적
 어도 6~7개월 동안 지출된 공사비가 종합건설로부
 터 수령한 기성금을 적지않게 초과하는 상태로 진
 행되었는바, 위 기간 동안 투입한 공사비와 수령한
 기성금의 차액은 대부분 피고인 회사가 마련한 자
 금으로 보충한 사실, 이 사건 공사 현장에는 소장을
 비롯하여 4~7인의 피고인 회사 직원들이 상주하였
 고, 위 직원들의 급여도 대부분 피고인 회사가 지급
 한 사실, 위 현장에 파견된 피고인 회사 직원들은 공
 사현장에 필요한 현장 근로자들이 사용할 수 있는
 숙소, 식당, 사무실 부지를 구하는 업무 일체를 맡아
 서 하였고, 자재나 장비도 이모인 측이 소요를 제기
 하면 거래처에 연락하여 구하여 주었으며(예를 들
 어, 교량 공사에 중요한 자재로서 그 단가가 약
 75,000,000원에 이르는 금속거푸집의 경우, 자재
 납품 공고를 하여 한국스틸폼 주식회사를 비롯한 4
 개 업체로부터 견적을 받는 것에서부터, 납품 업체
 의 선정 및 계약 체결, 납품된 자재의 검수, 대금의
 결제에 이르기까지 모든 과정을, 이모인의 개입 없
 이, 피고인 회사의 본사 자재부 직원들과 현장소장
 인 문모시가 전적으로 맡아서 처리하였다), 이모인
 측이 구하여 온 노무자들과도 피고인 회사 명의로
 근로 계약을 체결하여 산업재해보상보험 혜택을 받
 을 수 있게 조치하는 등 시공 자체를 제외한 사실상
 의 모든 관리 업무를 수행한 사실, 이공무는 이모인

측이 사실상 사용하지 않은 인부들에 대하여 인건
 비를 청구하면 이를 삭감하는 등 실질적 노무관리
 를 시행하면서 이모인 측과 마찰을 빚기도 한 사실,
 발주자인 한국도로공사는 당초 이모인을 건설업 등
 록 없이 재하도급 계약을 체결하고 공사를 시행한
 혐의로 고발하였고, 피고인 회사에 대하여는 하수
 급인의 재하도급을 금지한 법 제29조를 위반하였다
 며 법 제82조 제2항 제2호에 따라 관할 행정청인 인
 천 중구청장에게 행정처분을 의뢰하였으나, 청문을
 거친 결과 단순히 시공참여자의 선정을 통보하지
 아니하였다는 이유로 1,500,000원의 과태료 부과
 처분이 내려진 사실, 이모인이 이 사건 공사를 최종
 포기한 이후 피고인 회사가 그 시공을 직접 맡아 진
 행한 사실 등을 알 수 있는바, 사정이 위와 같다면,
 피고인 회사는 이 사건 공사의 수급 및 시공의 전 과
 정에 걸쳐 실질적으로 관여하였다고 봄이 상당하다.

라) 그럼에도 불구하고, 원심은, 위에서 본 증거들만으
 로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결에
 사실을 잘못 인정한 허물이 없다고 판단하였는바,
 이는 결국 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정
 함으로써 판결 결과에 영향을 미친 경우에 해당한
 다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 상고 이유의 주장
 은 이유 있다(다만, 피고인 회사가 이 사건 공사의
 시공에 관련하여 이모인과 약정을 맺고 그에게 시
 공을 맡긴 것이 법 제29조 제1항이 금하는 일괄 하
 도급에 해당하는지 여부는 이 사건 공소사실과 별
 도의 문제일 것이다).

[3] 그러므로 원심판결을 파기하고 이 사건을 다시 심
 리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문
 과 같이 판결한다.