

대 법 원

판 결

사 건 2009다105406 공사대금

원고, 피상고인 1. 0000 0000

[Redacted]

[Redacted]

2. XXXX XXXX

[Redacted]

[Redacted]

3. △△△△ △△△△

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

피 고 □□□□□□□

[Redacted]

[Redacted]

피고보조참가인, 상고인

대한민국

법률상 대표자 법무부장관 권재진

피고보조참가인

근로복지공단

서울 영등포구 영등포동 2가 94-267

송달장소 서울 중구 충무로 3가 60-1 극동빌딩 19층

대표자 이사장 신영철

원 심 판 결

서울고등법원 2009. 11. 25. 선고 2009나49799 판결

판 결 선 고

2012. 5. 17.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 가. 공동이행방식의 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로(대법원 2000. 12. 12. 선고 99다49620 판결 등 참조), 공동수급체가 공사를 시행함으로써 인하여 도급인에 대하여 가지는 채권은 원칙적으로 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 구성원 중 1인이 임의로 도급인에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없고, 구성원 중 1인에 대한 채권으로써 그 구성원 개인을 집행채무자로 하여 공동수급체의 도급인에 대한 채권에 대

하여 강제집행을 할 수 없다(대법원 1997. 8. 26. 선고 97다4401 판결, 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결 등 참조). 그러나 공동이행방식의 공동수급체와 도급인이 공사도급계약에서 발생한 채권과 관련하여 공동수급체가 아닌 개별 구성원으로 하여금 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 약정을 하는 경우와 같이 공사도급계약의 내용에 따라서는 공사도급계약과 관련하여 도급인에 대하여 가지는 채권이 공동수급체의 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라 구분하여 귀속될 수도 있고(대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다75332 판결 참조), 위와 같은 약정은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있다.

나. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라고 한다) 제25조는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사·제조 기타의 계약에 있어 필요하다고 인정할 때에는 계약상대자를 2인 이상으로 하는 공동계약을 체결할 수 있다고 규정하고 있고, 구 국가계약법 시행령 제72조 제1항(2008. 2. 29. 대통령령 제20720호로 개정되기 전의 것)은 국가계약법 제25조의 규정에 의한 공동계약의 체결방법 기타 필요한 사항은 재정경제부장관이 정하도록 규정하고 있으며, 그 위임에 의하여 제정된 재정경제부 회계예규인 공동도급계약운용요령 제5조는 계약담당공무원은 공동수급체 구성원으로 하여금 입찰공고 내용에 명시된 공동계약의 이행방식에 따라 별첨 1(공동이행방식) 또는 별첨 2(분담이행방식)의 공동수급표준협정서를 참고하여 공동수급협정서를 작성하게 하고, 공동수급체 대표자로 하여금 위와 같이 작성한 공동수급협정서를 입찰 참가 신청서류 제출 시 함께 제출하도록 한 다음, 이를 보관하여야 한다고 규정하고 있다.

한편 계약담당공무원이 선금·대가 등을 지급함에 있어서 공동수급체 대표자에게 지

급하여야 한다고 규정하고 있던 공동도급계약운용요령 제11조는 1996. 1. 8. 회계예규 2200.04-136-2로 다음과 같이 개정되어 같은 날 시행되었다. 즉 제11조 제1항 본문은 "계약담당공무원은 선금·대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 신청서를 공동수급체 대표자가 제출하도록 하여야 한다."라고 하면서도, 제2항에서 "계약담당공무원은 제1항의 규정에 의한 신청이 있을 경우 신청된 금액을 공동수급체 대표자에게 지급하되, 기성대가 또는 준공대가의 경우는 공동수급체 구성원 각자에게 지급하여야 한다."라고 규정함으로써 선금을 제외한 기성대가 또는 준공대가(이하 '기성대가 등'이라고 한다)의 경우에는 공동수급체의 대표자가 공동수급체 구성원별로 청구액을 구분하여 신청하면 계약담당공무원은 반드시 공동수급체 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하도록 개정되었고, 그 이후의 공동도급계약운용요령 제11조도 문언은 일부 수정되었지만 동일한 취지의 내용을 유지하였으며, 이는 '공동계약운용요령'으로 그 명칭이 변경된 현재의 기획재정부 회계예규에 이르기까지 마찬가지이다. 그리고 위와 같은 공동도급계약운용요령 제11조의 개정내용에 맞추어 위 요령 별첨 1의 공동수급표준협정서(공동이행방식) 제8조 역시 대표자 명의로 개설한 예금구좌에 의하여 거래하는 것으로 한다는 내용에서 1997. 1. 1. 기성대가 등은 공동수급체의 대표자 또는 각 구성원의 계좌로 직접 지급 받는 것으로 하고, 이를 지급 받을 구성원 각자의 거래계좌(거래은행, 계좌번호, 예금주)를 기재하는 내용으로 개정되었고, 이후 동일한 내용으로 현재에 이르고 있다.

이와 같이 공동도급계약운용요령 제11조가 기성대가 등을 공동수급체 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하는 내용으로 개정되어 시행된 1996. 1. 8. 이후부터 체결된 공동도급계약에는 위와 같이 개정된 내용의 공동도급계약운용요령 제11조가 적용됨에

따라, 도급인은 공동이행방식의 공동수급체에 있어서도 기성대가 등을 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라 구분하여 직접 지급할 것을 예정하고 있고, 공동수급체의 구성원들도 그들 상호 간의 계약인 공동수급협정을 체결하면서 위와 같이 개정된 공동도급계약운용요령 별첨 1의 공동수급표준협정서(공동이행방식) 제8조를 참고하여 기성대가 등을 구성원별로 별도 기재한 각자의 거래계좌로 직접 지급 받기로 하는 약정내용이 담긴 공동수급협정서를 작성하여 이를 도급인에게 제출하고 있다.

그렇다면 공동이행방식의 공동수급체의 구성원들이 기성대가 등을 공동수급체의 구성원별로 직접 지급 받기로 하는 공동수급협정은 특별한 사정이 없는 한 도급인에 대한 관계에서 공사대금채권을 공동수급체의 구성원 각자가 그 출자지분의 비율에 따라 구분하여 취득하기로 하는 구성원 상호 간의 합의라고 보는 것이 타당하고, 나아가 공동수급체의 대표자가 개정된 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 공동수급체 구성원 각자에게 공사대금채권을 지급할 것을 예정하고 있는 도급인에게 위와 같은 공사대금채권의 구분 귀속에 관한 공동수급체 구성원들의 합의가 담긴 공동수급협정서를 입찰참가 신청서류와 함께 제출하고 도급인이 별다른 이의를 유보하지 않은 채 이를 수령한 다음 공동도급계약을 체결하게 되면 공동수급체와 도급인 사이에서 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 출자지분의 비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 묵시적인 약정이 이루어졌다고 보는 것이 타당하다. 이는 공동도급계약운용요령과 공동수급협정서에서 공동이행방식의 공동수급체 대표자가 부도 등의 부득이한 사유로 신청서를 제출할 수 없는 경우 공동수급체의 다른 모든 구성원의 연명으로 이를 제출하게 할 수 있다고 규정하고 있거나, 공동수급체 구성원들의 각 출자비율과 실제의 시공비율이 일치하지 않더라도 달리 볼 것이 아니다.

다. 이와 달리 기성대가 등을 공동수급체 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하는 내용으로 개정된 공동도급계약운용요령 제11조가 시행된 1996. 1. 8. 이후에 기성대가 등을 공동이행방식의 공동수급체 구성원별로 직접 지급 받기로 하는 약정내용이 기재된 공동수급협정서가 제출되어 체결된 공동도급계약에 관한 사안에서 공사대금채권이 공동수급체의 구성원들에게 합유적으로 귀속한다는 취지로 판시한 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다32482 판결 등은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 원고들 및 주식회사 [REDACTED] (이하 [REDACTED] '이라고 한다)이 구성한 공동이행방식의 이 사건 공동수급체가 민법상의 조합에 해당하고, 나아가 이 사건 공사대금채권이 이 사건 공동수급체의 구성원 전원에게 합유적으로 귀속하는 조합채권이라고 판단하였다.

그러나 원심이 확정된 사실관계 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 이 사건 공사도급계약에는 계약담당공무원이 공사대금에 관하여 공동수급체 대표자로부터 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 신청이 있으면 신청된 금액을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하도록 규정하고 있는 공동도급계약운용요령(회계예규 2200.04-136-11, 2004. 8. 16.) 제11조가 적용되고, 이 사건 공동수급체의 구성원별로 청구된 금액에 따라 구성원 각자가 각자 명의의 계좌로 공사대금을 지급 받기로 약정한 내용이 담긴 공동수급협정서가 피고에게 제출되어 이 사건 공사도급계약이 체결되었음을 알 수 있는데, 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 공동수급체와 피고는 이 사건 공동수급체의 구성원 각자로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 출자지분의 비율에 따라 직접 피고에 대하여 권리를 취득하게 하는 묵시적인 약정을 하였다고 보는

것이 타당하다(나아가 원심이 확정된 사실관계에 의하면, 이 사건에서는 위 공동도급 계약운용요령 제11조가 이 사건 공사도급계약의 일부를 구성하는 공사입찰유의서 제 24조에 의하여 이 사건 공사도급계약의 내용으로 편입되었으니, 이 사건 공동수급체와 피고 사이에 구성원 각자로 하여금 직접 피고에 대하여 공사대금채권을 취득하게 하는 명시적인 약정을 한 것으로 볼 수 있다). 따라서 [REDACTED]을 비롯한 이 사건 공동수급체의 구성원들은 피고에 대하여 각 지분비율에 따라 구성원 각자에게 구분하여 귀속하는 공사대금채권을 가진다고 할 것이다.

그럼에도 이와 달리 원심은 이 사건 공사대금채권을 이 사건 공동수급체의 구성원 전원에게 합유적으로 귀속하는 조합채권으로 보아 피고보조참가인들의 각 채권압류를 무효라고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 공동이행방식의 공동수급체에 있어 공사대금채권의 귀속에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김능환, 대법관 민일영, 대법관 이인복의 별개의견이 있는 외에 관여 법관들의 의견이 일치되었다.

#### 4. 대법관 김능환, 대법관 민일영, 대법관 이인복의 별개의견

가. 공동이행방식의 공동수급체가 도급인에 대하여 가지는 채권은 원칙적으로 그 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속하는 것이지만, 공동수급체와 도급인이 공사도급계약에서 발생한 채권과 관련하여 공동수급체가 아닌 개별 구성원으로 하여금 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 약정을 하는 경우와 같이 공사도급계약의 내용에 따라서는 공동수급체의 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라

구분하여 귀속할 수 있다는 점에서는 다수의견과 전적으로 견해를 같이 한다.

그러나 도급인에 대한 공사대금채권과 관련하여, 공동이행방식의 공동수급체의 구성원별로 선금을 제외한 기성대가 등을 직접 지급 받기로 하는 공동수급협정을 구성원 각자가 그 출자지분의 비율에 따라 공사대금채권을 구분하여 취득하기로 하는 구성원 상호 간의 합의라고 전제한 다음, 공동수급체와 도급인 사이에서 위와 같은 합의내용이 담긴 공동수급협정서를 수수하여 공동도급계약을 체결하게 되면 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하는 묵시적인 약정이 이루어진 것으로 보는 다수의견에 대하여는 아래와 같은 이유로 동의하기 어렵다.

나. 공동이행방식의 공동수급체와 도급인이 개별 구성원으로 하여금 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 공사대금채권을 취득하게 하는 약정은 기성대가 등을 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하도록 규정하고 있는 1996. 1. 8. 개정 이후의 공동도급계약운용요령 제11조가 공동도급계약의 내용에 편입된 경우에만 그 존재를 인정하는 것이 타당하다.

(1) 1996. 1. 8. 공동도급계약운용요령 제11조를 개정하여 기성대가 등을 구성원 각자에게 구분하여 직접 지급하도록 한 이유는 기성대가 등을 일괄하여 수령한 대표자가 구성원들에게 그 지급을 지체하거나 어음으로 지급하는 등의 문제점이 있어 이를 시정하기 위함이다. 그리고 이러한 개정취지에 맞추어 1997. 1. 1. 위 요령 별첨 1의 공동수급표준협정서(공동이행방식) 제8조가 “선금 및 대가 등은 공동수급체의 대표자 또는 각 구성원의 다음 계좌로 지급 받는다 (이하 각 거래계좌 기재)”라는 문언으로 변경되었고 그 후 대체로 동일한 내용을 유지하고 있음은 다수의견이 밝힌 바와 같다. 하지



만 위와 같은 공동수급표준협정서 제8조는 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 구성원 각자에게 기성대가 등을 지급하여야 할 도급인에게 기성대가 등을 수령할 거래계좌를 알려 줄 목적에서 둔 조항에 불과한 것이지 구성원 상호 간에 구성원 각자가 그 출자지분의 비율에 따라 공사대금채권을 구분하여 취득하기로 약정하는 내용으로 볼 수는 없다. 이는 공동수급표준협정서 제8조의 제목이 ‘거래계좌’인 것만 보아도 그렇다.

(2) 공동도급계약운용요령 자체는 국가가 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리하기 위하여 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 정한 국가의 내부규정에 불과한 것이고(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등 참조), 공동수급체나 그 구성원들의 권리·의무를 직접 규율하는 것이 아니다. 따라서 계약담당공무원이 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 기성대가 등을 구성원 각자에게 그 지분비율에 따라 구분하여 직접 지급할 것을 예정하고 있다고 하더라도, 이는 어디까지나 계약담당공무원이 공동도급계약사무의 처리에 관한 국가의 내부규정을 준수하겠다는 의사를 지닌 것일 뿐, 거기서 더 나아가 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 직접 권리를 취득하게 하려는 의사까지 표시한 것으로 볼 수는 없으므로, 그것이 계약의 내용으로 되지 아니한 이상 관급공사의 도급인이 이를 따르지 않더라도 공동도급계약의 효력에는 아무런 영향이 없으며 도급인이 계약 상대방에 대하여 어떤 책임을 지는 것도 아니다.

다만 관급공사를 발주하고 공동수급체의 구성원별로 기성대가 등을 직접 지급 받기로 하는 공동수급협정서를 제출받은 도급인이 소극적으로 공동도급계약운용요령 제11조에 따라 공사대금을 지급하는 것에 그치지 않고 더 나아가 위와 같은 공동도급계약운용요령 제11조를 공동도급계약의 내용에 포함되는 붙임문서의 조항 등을 통하여 적

극적으로 계약의 내용에 편입시킨 경우에는 달리 보아야 한다. 이러한 경우에는 도급인이 단순히 공사대금채권의 지급사무에 관한 내부규정을 준수한다는 의사를 가지는 것을 넘어서 공동이행방식의 공동수급체의 개별 구성원으로 하여금 공사대금채권에 관하여 그 지분비율에 따라 직접 도급인에 대하여 권리를 취득하게 하려는 의사를 외부에 명시적으로 표시한 것으로 보아야 하며, 바로 이러한 경우에 한하여 공동수급체의 개별 구성원에게 공사대금채권이 그 지분비율로 구분하여 귀속하는 것이다.

(3) 이와 같이 공동도급계약운용요령 제11조가 공동도급계약의 내용에 편입되었는지 여부에 따라 공사대금채권의 귀속주체 및 형태를 달리 보는 것이 계약법이론에 충실한 해석일 뿐만 아니라, 관급공사를 발주하는 도급인으로 하여금 공동도급계약운용요령 제11조를 계약에 편입시키지 않음으로써 공사대금채권이 공동수급체 외부로 유출되지 않고 시공비용으로 사용되어 원활한 시공을 도모하게 하거나, 아니면 편입시킴으로써 공사대금채권을 구성원 각자의 개별채권화시켜 압류경합 등이 발생할 경우 집행공탁 등을 통해 복잡한 법률관계에서 벗어나게 할 선택권을 줌으로써 계약자유의 원칙에 부합하는 결과가 된다고 할 것이다.

다. (1) 다수의견도 밝힌 바와 같이 원심이 확정된 사실관계에 의하면, 공동도급계약 운용요령(회계예규 2200.04-136-11, 2004. 8. 16.) 제11조가 이 사건 공사도급계약의 일부를 구성하는 공사입찰유의서 제24조에 의하여 이 사건 공사도급계약의 내용으로 편입하였음을 알 수 있다. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위 공동도급계약운용요령 제11조를 이 사건 공사도급계약에 편입시킴으로써 이 사건 공동수급체와 피고는 이 사건 공동수급체의 구성원 각자로 하여금 공사대금채권에 관하여 각 지분비율에 따라 직접 피고에 대하여 권리를 취득하게 하는 약정을 한 것으로 보는 것이

타당하므로, 이 사건 공동수급체의 구성원들은 적어도 피고에 대한 관계에서는 각 지분비율에 따라 각자에게 구분하여 귀속하는 공사대금채권을 취득하였다고 할 것이다.

(2) 그럼에도 불구하고 원심은 이 사건 공사대금채권을 이 사건 공동수급체의 구성원들에게 합유적으로 귀속하는 조합채권으로 보아 피고보조참가인들의 각 채권압류를 무효라고 판단하였는바, 이러한 원심판결은 공동도급계약운용요령이 공동도급계약에 편입된 경우의 공사대금채권의 귀속에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

라. 이상과 같은 이유로 다수의견의 결론에는 찬성하나, 그 논거에 관하여는 견해를 달리하므로 별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

재판장	대법원장	양승태
	대법관	박일환
	대법관	김능환
	대법관	전수안
	대법관	안대희

대법관 양창수

대법관 신영철

대법관 민일영

대법관 이인복

대법관 이상훈

대법관 박병대

대법관 김용덕

주 심 대법관 박보영