

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2015다69990 공사대금

원고, 피상고인 겸 상고인

채무자 에스티엑스건설 주식회사의 법률상 관리인 대표이사 소외 1
의 소송수계인 에스티엑스건설 주식회사의 관리인 소외 2의 소송수
계인 에스티엑스건설 주식회사

소송대리인 법무법인 광장
담당변호사 이완식 외 2인

피고, 상고인 겸 피상고인

현대건설 주식회사

소송대리인 법무법인 지평
담당변호사 김지형 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2015. 10. 27. 선고 2014나52355 판결

판 결 선 고 2018. 1. 24.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 공동수급체 구성원의 출자의무와 이익분배청구권 사이의 관계

당사자들이 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 도급인으로부터 공사를 수급받는 경우 공동수급체는 원칙적으로 민법상 조합에 해당한다(대법원 2000. 12. 12. 선고 99다49620 판결, 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결 등 참조). 건설공동수급체 구성원은 공동수급체에 출자의무를 지는 반면 공동수급체에 대한 이익분배청구권을 가지는데, 이익분배청구권과 출자의무는 별개의 권리·의무이다. 따라서 공동수급체의 구성원이 출자의무를 이행하지 않더라도, 공동수급체가 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수도 없고, 그 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금이나 그 연체이자를 당연히 공제할 수도 없다. 다만, 구성원에 대한 공동수급체의 출자금 채권과 공동수급체에 대한 구성원의 이익분배청구권이 상계적상에 있으면 상계에 관한 민법 규정에 따라 두 채권을 대등액에서 상계할 수 있을 따름이다.

한편 조합계약에도 계약자유의 원칙이 적용되므로, 당사자들은 자유로운 의사에 따라 조합계약의 내용을 정할 수 있다. 당사자들 사이에 내부적인 법률관계를 규율하기 위한 약정이 있으면, 그들 사이의 권리와 의무는 원칙적으로 그 약정에 따라 정해진다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 참조). 공동수급체의 구성원들 사이에 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 특약'을 하는 것도 계약자유의 원칙상 허용된다. 따라서 구성원들이 출자의무를 먼저 이행한 경우에 한하여 이익분배를 받을 수 있다고 약정하거나 출자의무의 불이행 정도에 따라 이익분배금을 전부 또는 일부

삭감하기로 약정할 수도 있다. 나아가 금전을 출자하기로 한 구성원이 그 출자를 지연하는 경우 그 구성원이 지급받을 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 '공제'하기로 하는 약정을 할 수도 있다. 이러한 약정이 있으면 공동수급체는 그 특약에 따라 출자의무를 불이행한 구성원에 대한 이익분배를 거부하거나 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 공제할 수 있다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다16959 판결 참조).

이러한 '공제'는 특별한 약정이 없는 한 당사자 쌍방의 채권이 서로 상계적상에 있는지 여부와 관계없이 가능하고 별도의 의사표시도 필요하지 않다. 이 점에서 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 별도로 의사표시를 하여야 하는 상계(민법 제493조 제1항)와는 구별된다. 물론 상계의 경우에도 쌍방의 채무가 상계적상에 이르면 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약을 할 수 있다. 그러나 공제 약정이 있으면 별도의 의사표시 없이도 당연히 공제되는 것이 원칙이다.

공동수급체의 구성원들 사이에 작성된 공동수급협정서 등 처분문서에 상계적상 여부나 상계의 의사표시와 관계없이 당연히 이익분배금에서 미지급 출자금 등을 공제할 수 있도록 기재하고 있고 그 처분문서의 진정성립이 인정된다면, 특별한 사정이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 공제 약정이 있었던 것으로 보아야 한다(처분문서에 관한 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264, 67271판결 등 참조).

또한, 출자의무를 이행하지 않은 구성원에 대하여 회생절차가 개시되었더라도 그 개시 이전에 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하기로 하는 특약을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 공제의 법적 효과가 발생함에는 아무런 영향이 없다.

2. 원고의 상고이유에 관한 판단

가. 원심판결 이유에 따르면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 피고는 2010. 5.경 주식회사 케이씨씨건설, 신동아건설 주식회사를 포함한 11개 회사와 공동이행방식의 공동수급체를 결성하여 2010. 5. 10. 부산파이낸스센터피에프브이 주식회사로부터 '부산국제금융센터 복합개발사업 1단계 신축공사'(이하 '부산공사'라 한다)를 18,896,900,000원에 도급받았다. 원고(회생절차 개시와 종결 전후를 불문하고 모두 '원고'라 한다)는 2010. 8.경 신동아건설 주식회사를 승계하여 위 공동수급체에 참여하였다.

(2) 위 공동수급체의 운영에 관하여 공동수급체 사이에 작성된 공동수급 운영협약서는 제4장 제3조, 제7조 라항, 제8조 다, 라항에서 '공동수급체의 구성원이 공동분담금 지급을 지체한 경우 피고가 해당 구성원에게 지급할 기성금에서 미납 분담금을 선공제한다.'고 정하고 있다.

나. 위에서 본 사실을 비롯하여 원심판결에서 인정한 여러 사정에 따르면, 원고와 피고를 포함한 11개 회사는 공동이행방식의 공동수급체로서 민법상 조합에 해당하고, 그 구성원들은 공동수급 운영협약에 따라 공동분담금을 납부할 의무를 지고 이를 지체할 경우에 피고가 구성원에게 지급할 기성금에서 미납 분담금을 공제하기로 약정하고 있다. 원고의 피고에 대한 분담금 채무는 출자의무에 해당하고 원고의 피고에 대한 기성금 채권은 이익분배 청구권이라고 할 수 있는데, 별도의 상계 의사표시 없이 공제하기로 한 약정에 따라 피고는 원고에게 지급할 기성금에서 미납 분담금을 공제할 수 있다고 보아야 한다.

같은 취지의 원심 판단은 위에서 본 법리에 비추어 정당하고, 상고이유 주장과 같이 출자의무의 이행과 이익분배를 직접 연계시키는 특약에 관한 사실오인이나 공제에 관

한 법리, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제144조 제1항, 제145조 제1호에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 피고의 상고이유에 관한 판단

가. 원심판결 이유에 따르면 아래와 같은 사실 등을 알 수 있다.

(1) 피고는 2010. 12.경 원고, 코오롱건설 주식회사, 주식회사 한양 등과 공동이행방식의 공동수급체를 결성하여 2010. 12. 31. 희망세움 주식회사로부터 '대구경북과학기술원 학위과정시설 임대형 민자사업 건설공사'(이하 '대구공사'라 한다)를 356,480,080,000 원에 도급받았다.

(2) 위 공사에 관하여 발주처와 공동수급체 사이에 작성된 공사도급계약서(이하 '대구공사 도급계약서'라 한다) 공사계약 특수조건은 제2조 제1항 본문에서 "사업시행자는 대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 구성원 별로 구분 기재된 신청서를 공동수급체 대표자(피고)가 제출하도록 하여야 한다."라고 정하고, 제2조 제2항에서 "사업시행자는 제1항의 규정에 의한 신청이 있을 경우 공동수급체 구성원별 신청금액 전액을 피고에게 일괄 지급하고, 피고는 이를 10일 내 각 공동수급체 구성원에게 지급한다. 다만, 공동수급체 구성원이 부도, 파산, 기업회생 개시신청 등이 있는 경우 또는 공사비 분담금의 지급을 정당한 사유 없이 2회 이상 지체하는 경우 등 이 사건 공사를 수행하는데 지장이 있다고 인정되는 경우 사업시행자는 해당 공동수급체 구성원에게 지급하여야 하는 기성을 피고에게 직접 지급하여야 한다."라고 정하고 있다.

(3) 또한 위 공동수급체의 운영에 관하여 공동수급체 사이에 작성된 공동수급표준협정서(이하 '대구공사 협정서'라 한다)는 제9조에서 구성원의 출자비율을 명시하고, 제10조에서 계약을 이행한 다음 이익 또는 손실이 발생하였을 경우에는 제9조에서 정한 비

율에 따라 배당하거나 분담한다고 정하고 있다.

(4) 한편 대구공사 공동수급체 구성원의 회생절차 개시신청 등이 있는 경우 도급인이 그 구성원의 기성금을 대표자인 피고에게 지급하면 그 책임을 면한다는 취지의 약정 또는 계약의 이행 완료 이후에 이익 또는 손실이 발생하는 경우 이를 출자비율에 따라 분배하기로 하는 약정이 있을 뿐이고 공동수급체 구성원 상호간의 이익분배를 출자의무이행과 연계하는 약정은 없다.

(5) 공동수급체 사이에 "대표사가 본 공사의 수행을 위하여 선집행하였거나 소요되어 청구한 자금을 (중략) 각 공동수급체가 지급하지 않을 경우, 대표사는 발주처로부터 일괄수령한 공사대금 미정산 금액 및 지연이자를 선공제한 후 해당 공동수급사에 잔여금액만 입금처리하며 공동수급사는 이에 동의한다."(제4장 제8조 나항)는 내용이 포함된 공동수급 운영협약서 초안이 작성된 적은 있지만, 위 초안은 유효하게 성립하지 않았다.

나. 이러한 사실을 비롯하여 원심판결 이유에서 알 수 있는 여러 사정에 비추어 보면, 피고가 대구공사에 관한 공동수급체의 대표자로서 도급인으로부터 기성대가를 받으면 이를 공동수급체 구성원별로 각각의 기성금을 지급할 의무가 있고, 위 기성금에서 미지급 출자금이나 분담금을 공제하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 대구공사의 경우에는 위 2.에서 본 부산공사와는 달리 미지급 출자금이나 분담금을 공제하기로 하는 약정이 없기 때문이다. 따라서 피고는 원고에 대한 출자금이나 분담금 채권과 원고의 기성금 채권이 상계적상에 있을 때에 한하여 상계할 수 있을 뿐이고, 두 채권을 직접 연계시키는 특약이 없는 상태에서 출자금 등을 이행하지 않았다는 이유로 기성금 채권의 지급 자체를 거부할 수 없다.

같은 취지의 원심 판단은 위에서 본 법리에 비추어 정당하고, 상고이유 주장과 같이 공제, 분담금과 기성금의 관계, 대구공사 도급계약서 공사계약 특수조건 제2조 제2항의 해석, 운영협약서 초안의 의미에 관한 법리를 오해하거나 심리를 충분히 하지 않은 잘못이 없다.

4. 결론

원고와 피고의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하고 상고비용은 각자가 부담하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석

 대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

 대법관 민유숙