

# 판례로 본 건설분쟁 사례 ⑦

자료제공 / 『알기쉬운 건설분쟁 사례 해설집』(건설경제 신문사 刊)

## ▶ 명의차용자의 하도급거래에 대한 명의대여자의 책임

쟁점	건설업 면허를 차용한 자를 대리 또는 대행한 자가 면허대여자 명의로 하도급거래를 한 경우에 명의대여자도 책임을 부담하는가?
판단	명의대여자로서 책임을 져야 한다.

### 하도급거래에 대한 명허대여자의 책임

丙이 건설업자 乙로부터 건설업면허를 대여받아 공사를 수주한 뒤 이 중 일부를 甲에게 하도급하였다. 이 경우 명의대여자 乙은 하수급인 甲에게 하도급공사대금을 지급할 의무를 부담하는가? 대법원은 건설업에서는 공정에 따라 하도급거래를 수반하는 것이 일반적이어서 건설업면허를 대여한 것은 명의차용자에게 공사의 일부를 하도급할 것을 허락하였다고 봄이 상당하므로 면허대여자는 하도급거래에 대하여 명의대여자의 책임을 져야 한다고 본다. 또 명의차용자가 직접 거래행위를 하지 않고 명의차용자의 대리인이 하도급계약을 체결하였더라도 그 행위의 효력은 본인에게 귀속하기 때문에 명의대여자는 책임을 면할 수 없다.

**판례**  
 “상법 제24조는 명의를 대여한 자를 영업의 주체로 오인하고 거래한 거래 상대방의 이익을 보호하기 위한 규정으로서 이에 따르면 명의대여자는 명의차용자가 영업거래를 수행하는 과정에서 부담하는 채무를 연대하여 변제할 책임이 있다. 그리고 건설업 면허를 대여한 자는 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설업을

할 것을 허락하였다고 할 것인데, 건설업에서는 공정에 따라 하도급거래를 수반하는 것이 일반적이어서 특별한 사정이 없는 한 건설업 면허를 대여받은 자가 그 면허를 사용하여 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 하는 것도 허락하였다고 봄이 상당하므로, 면허를 대여한 자를 영업의 주체로 오인한 하도급 받은 자에 대하여도 명의대여자로서의 책임을 진다고 할 것이고, 면허를 대여받은 자를 대리 또는 대행한 자가 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 한 경우에도 이와 달리 볼 것은 아니다”(대법원 2008다46555 판결)

## ▶ 이사의 독단적 명의대여 행위에 대한 회사의 행정책임 여부

쟁점	이사가 명의대여를 한 사실을 뒤늦게 알게 된 회사에 대하여 행정제재를 가할 수 있는가?
판단	회사는 행정처분을 피할 수 없다.

### 명의대여와 행정책임

건설업의 명의대여금지 조항을 위반하면 건설업등록의 필요적 말소사유가 된다(법 제83조 제5호).

건설업자 본인이 아니라 그 직원이 회사 모르게 명의대여를 한 경우에는 어떻게 되는가?

이러한 경우에도 양벌규정에 의하면 명의대여를 직접 실행한 행위자를 벌하는 외에 건설업자 본인까지도 형사처벌하는 것은 책임주의 원칙에 반하여 위헌이라는 취지의 헌법재판소의 결정이 있었기 때문에 형사처벌은 받지 않을 것이다.

그럼 행정제재는 어떻게 되는가? 명의대여금지 규정

을 위반하면 필요적으로 건설업등록을 말소하여야 하는데, 건설업자 본인의 공의 또는 과실이 없는데도 행정처분을 할 수 있는가? 대법원은 “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 위반자의 의무 행태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과될 수 있다”는 전제에서 건설업자가 행정책임을 져야 하는 것으로 판단하였다.

따라서 예컨대, A는 B회사의 이사 직함을 사용하는 직원으로서 보수를 받았고, 공사수주나 공사계약의 체결 등에 관한 포괄적 권한을 위임받아 평소 B회사의 인감 등을 가지고 다니면서 직접 B회사 명의로 계약을 체결하여 왔으며, 나중에는 법인등기부에 B회사의 이사로 등재되었다. A는 B회사의 인감 등을 가지고 다닐을 기화로 회사 몰래 공사이익금을 C와 반반씩 나누기로 하고 B회사 명의로 공사관계서류를 위조하여 관할 행정청에 제출하였고, B회사가 뒤늦게 이러한 사실을 알게 되었다 하더라도, B회사가 A의 이러한 건설산업기본법 제21조 위반행위를 방지하지 못한 이상 B회사로서는 A의 행위 대하여 행정책임을 질 수밖에 없다. 결국 B회사는 건설업등록말소처분을 받을 수밖에 없다.

#### 판례

“공사수주나 공사계약의 체결 등에 관한 포괄적 권한을 위임받은 건설회사의 이사가 건설산업기본법 제21조 소정의 건설업등록증 등의 대여금지에 관한 위반행위를 한 경우, 회사가 뒤늦게 그 위반행위를 알았다고 하더라도 그에 대한 행정책임을 져야 한다.”(대법원2002두5177 판결)

### ▶ 공동수급체의 공사대금청구 소송

#### 쟁점

공동이행방식 공동수급체의 구성원은 각자 개별적으로 공사대금청구소송을 제기할 수 있는가?

#### 판단

개별적으로 소송을 제기할 수 없고, 공동수급체의 구성원 전원이 원고로 참여하여야 한다.

### 필요적 공동소송

대법원은 공동수급체의 법적 성질을 민법상 조합으로 보고 있는데, 공동수급체의 법적 성질이 민법상 조합이라는 것이 어떤 의미가 있는가? 조합에 관해서는 민법 제703조 이하에서 규정하고 있다.

민법상 조합이란 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영하는 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 일종이다. 이 조합의 재산은 합유로 한다(민법 제704조). 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의를 있어야 한다(민법 제272조).

그래서 공동수급체가 도급인을 상대로 공사대금을 청구하는 소송을 제기하기 위해서는 원칙적으로 공동수급체 구성원 전원이 원고가 되어야 하는 필요적 공동소송이 된다.

공동수급인들에게 채무이행을 구하는 소송은 구성원 전원을 피고로 삼는 필요적 공동소송이 아니지만 조합 재산을 그 목적으로 할 때는 구성원 전원을 피고로 삼아야 하는 필요적 공동소송이다(대법원 96다23238 판결).

다만, 조합 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행 조합원은 조합재산에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있다.

#### 판례

“임의적 소송신탁은 탈법적인 방법에 의한 것이 아닌 한 극히 제한적인 경우에 합리적인 필요가 있다고 인정될 수 있는 것인 바, 민법상의 조합에 있어서 조합 규약이나 조합결의에 의하여 자기 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행 조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다고 할 것이다.”(대법원 83다카1816 판결)

#### 관련조문

민법 제704조(조합재산의 합유) 조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다.

제272조(합유물의 처분, 변경과 보존) 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의를 있어야 한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.