

## 61. 입찰안내서 계약금액조정 금지조항의 효력은?

최근 정부와 지방자치단체의 무리한 공사비 삭감 등 이른바 ‘수퍼갑’이 된 발주처의 부당행위를 제어하는 제도 개선이 진행되고 있다. 그럼에도 일부 발주처가 여전히 입찰공고문에 “예산이 없어 부득이하게 기타경비, 일반관리비, 이윤이 과소 산정됐으니 입찰참가자는 설계도서를 충분히 열람·검토해 신중히 투찰하십시오”라고 명기하여 발주처의 우월적 지위를 남용하거나, 임의적인 설계조정율을 적용하고 표준품셈의 노무량을 삭감해 예정가격을 산정하기도 한다. 이와 관련하여 입찰안내서에서 계약금액조정을 금지하는 조항을 규정한 경우 효력이 인정되지 않는다는 점을 분명히 한 기획재정부 유권해석을 소개하고자 한다.

[회계제도과-137, 2008. 6.16.]

국가기관이 일괄입찰을 실시하여 체결한 공사계약에 있어 계약담당공무원은 회계예규 「공사계약일반조건」 제3조 규정에 의해 계약특수조건을 정할 수 있으나, 동 계약특수조건에 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」, 공사 관계법령 및 계약일반조건에 의한 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니함. 귀 질의의 경우와 같이 입찰안내서를 계약문서로 취급한 경우 동 입찰안내서의 특약이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」, 공사 관계법령 및 계약일반조건의 범위를 벗어나 계약상대자의 이익을 부당하게 제한하는 경우라면 동 내용은 회계예규 「공사계약일반조건」 제3조 규정에 의거 효력이 인정되지 않음. 또한 설계변경의 귀책이 정부에 책임 있는 사유 또는 불가항력에 의한 사유라면 회계예규 “공사계약일반조건” 제21조 규정에 의거해 계약금액 조정이 가능함을 알려드립니다.

[회계제도과-285, 2009. 2. 6.]

공공기관과 체결한 계약은 공공기관의 운영에 관한 법령, 공기업·준정부기관 계약사무규칙 및 발주기관의 회계규정에 따라 처리하여야 할 것임. 참고로, 국가기관이 일괄입찰을 실시하여 체결한 공사계약에 있어 계약담당공무원은 회계예규 「공사계약일반조건」 제3조에 의해 계약특수조건을 정할 수 있으나, 동 계약특수조건에 국가계약법령, 공사 관계법령 및 계약일반조건에 의한 계약상대자의 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니하는 바, 계약특수조건에 외산자재에 대한 물가상승(환율상승)으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약은 효력이 없음.

따라서 계약특수조건을 기재한 문서로 ‘입찰안내서’도 가능하지만, 이러한 계약특수조건은 계약상대자의 이익을 부당하게 제한하면 효력이 인정되지 않는다는 점 및 물가변동, 설계변경 등으로 인한 계약금액조정을 금지하는 조항은 ‘계약상대자의 이익을 부당하게 제한’하는 것으로 효력이 인정되지 않는다는 점을 분명히 하고 있음을 유의할 필요가 있다.

## 62. 설계변경에 따른 공기연장 시 추가간접비 청구는?

설계변경으로 인한 계약금액조정에는 공사물량 변동에 따른 직접비 및 간접비의 증감이 모두 수반된다. 반면, 공기연장으로 인한 계약금액조정에는 공사물량 변동이 없이 간접비만 증가된다. 그럼에도 불구하고 설계변경 시 증가된 간접비에 공기연장으로 인한 간접비가 포함되었다는 주장이 관련 분쟁에서 많이 주장되고 있다. 이에 관한 판결을 소개하고자 한다.

### [사실관계]

원고들 A(건설사 공동수급인)는 피고 B(OO광역시)의 도시기반시설 조성공사를 OO지방조달청과 계약금액 190억원, 공사기간 2000. 12. 26.부터 2004. 12. 24.까지로 최초 체결하였다. 공사착공 이후 물가변동, 설계변경을 등을 이유로 준공기한의 변경 없이 계약금액을 조정하는 내용의 변경계약을 12회 체결하였고, 지장물 보상지연, 문화재 시굴조사, 공사중단 지시 등을 이유로 계약금액의 변경 없이 준공기한을 연장하기로 하는 기간연장에 10회 합의하였다. 이에 따라 원래 준공예정일보다 52개월여 경과한 2009. 4. 30. 완공되었다. 원고들 A의 공기연장에 따른 간접비 청구소송에서 피고 B는 설계변경, 물가변동 등을 이유로 변경계약을 체결하면서 계약금액을 조정하였고, 조정된 계약금액에는 원고들이 주장하는 간접노무비, 경비, 일반관리비 등이 간접공사비용이 모두 포함되어 있으므로, 피고는 간접공사비용을 별도로 지급할 의무가 없다고 주장하였다.

### [법원의 판단]

원고들과 피고는 이 사건 공사에 관하여 설계변경, 물가변동, 공사기간 연장 등을 이유로 변경계약을 체결하면서 설계변경 및 물가변동을 이유로 변경계약을 체결하는 경우에는 공사기간의 변경 없이 계약금액만 조정하고, 공사기간 연장을 이유로 변경계약을 체결하는 경우에는 계약금액의 조정 없이 준공기한만 연장한 사실은 위 인정사실에서 본 바와 같고, 피고는 설계변경 내지 물가변동으로 이 사건 공사의 계약금액을 변경하면서 설계변경, 물가변동으로 인하여 변경된 직접공사비에 일정 비율을 곱하여 산출된 간접공사비만 계약금액을 변경하는데 반영하였을 뿐, 공사기간의 연장으로 인하여 추가로 지출된 간접공사비는 계약금액에 반영하지 않은 사실을 인정할 수 있다(서울고등법원 2011.5.18. 선고 2010나76841판결, 대법원 2012.6.28. 선고 2011다45989상고기각).

이상과 같이, 법원은 공기연장에 따른 간접비 증가와 설계변경에 의한 간접비 증가를 분명히 구별하고 있다. 하지만 실무상으로는 계약금액 조정 신청 시 양자가 혼재되어 변경계약을 체결하는 경우가 많고, 장기계속계약공사의 경우에는 선행차수의 연장기간과 후행차수의 계약기간이 중복되어 진행되는 경우 등 구별이 용이하지 아니한 경우가 상당수 있다. 따라서 무엇보다도 현장에서는 향후 분쟁을 대비한 관련 증거자료의 축적 등 꼼꼼한 현장관리에 유의하여야 할 것이다.

### 63. 규칙은 법률보다 처분대상 확대해선 안돼

입찰참가자격 제한처분은 국민의 권리나 이익을 박탈하거나 제재를 가하는 침익적 행정처분으로서 직업 및 영업활동의 자유를 직접 제한하는 대표적인 불이익처분으로(헌법재판소 2005. 6. 30. 2005헌가1 결정), 법치행정의 원리상 입찰참가자격 제한처분에는 엄격한 법적 근거를 필요로 하고, 또한 그 근거규정의 해석에 있어서도 엄격성을 요하며, 그 침해의 범위를 넓히는 방향으로 함부로 유추해석이나 확장해석을 하여서는 안 된다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두3201 판결). 최근 이와 관련하여 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관법')상의 요건 판단에 대한 의미있는 대법원판결을 소개하고자 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결).

#### [대법원의 판단]

공공기관법 및 이 사건 규칙 조항의 내용을 대비해 보면, 입찰참가자격 제한의 요건을 공공기관법에서는 '공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백할 것'을 규정하고 있는 반면, 이 사건 규칙 조항에서는 '경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자'라고 규정함으로써, 이 사건 규칙 조항이 법률에 규정된 것보다 한층 완화된 처분요건을 규정하여 그 처분대상을 확대하고 있다. 그러나 공공기관법 제 39조 제3항에서 부령에 위임한 것은 '입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항'일 뿐이고, 이는 그 규정의 문언상 입찰참가자격을 제한함에 있어서 그 기간의 정도와 가중·감경 등에 관한 사항을 의미한다고 할 것이지 처분의 요건까지를 위임한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 규칙 조항에서 위와 같이 처분의 요건을 완화하여 정한 것은 상위법령의 위임 없이 규정한 것이므로 이는 앞서 본 법리에 비추어 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니한다 할 것이다.

이상과 같이, 대법원은 규칙 조항은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 행정규칙에 불과하므로 처분이 적법한지 여부는 규칙에 적합한지 여부가 아니라 공공기관법의 규정과 입법목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 함을 명백히 하였다. 즉, 규칙 조항이 법률에 규정된 것보다 한층 완화된 처분요건을 규정하여 그 처분대상을 확대해서는 안 된다는 것이다.

하지만 여전히 최근에도 행정규칙이나 지침을 통하여 처분요건을 완화하거나 법률상 인정된 계약금액조정청구 등을 제한하는 사례들이 존재하는 바, 이는 계약의 일방당사자인 국가나 지방자치단체의 자의적인 판단에 의하여 입찰참가자의 기본권이 제한될 뿐만 아니라, 공공계약법의 대원칙인 일반경쟁입찰과 부당특약금지의 원칙을 훼손하는 것임을 유의하여야 한다.

#### 64. 건설업 명의 대여 여부의 판단기준은?

건설산업기본법에서는 건설업자는 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하거나 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩을 빌려주거나 알선하여서는 아니 된다고 규정하고 있으며, 위반 시에는 영업정지 또는 건설업 등록말소의 대상이 된다고 규정하고 있다(제21조, 제82조, 제83조). 최근 건설경기가 어려운 환경 속에서 도급인, 수급인, 하수급인들 사이의 경제적인 이해관계의 대립으로 인하여 고소, 고발 사건들이 증가하면서 관계자 진술에 의존하여 명의대여 혐의로 기소되는 경우가 종종 있다. 이에 건설업 명의 대여 여부의 판단기준을 제시한 대법원 판결을 소개하고자 한다.

##### [원심 판단]

전문건설업자인 피고인 A 주식회사의 대표이사이던 피고인 B는 1998. 10. 14.경 명의 대여료 명목으로 하도급 공사 대금의 18%를 받기로 하고, 무면허 건설업자 C로 하여금 피고인 회사의 상호를 사용하여 D건설 주식회사가 한국OO공사로부터 도급 받은 △△고속도로 ●●구간 건설 공사 중 구조물공사를 하도급 입찰을 통하여 낙찰 받아, D건설과 하도급 계약을 체결하게 한 후, 그 다음날부터 1999. 11. 말경까지 시공하게 한 건설산업기본법위반 공소사실을 인정하여 피고인들을 유죄를 인정하였다.

##### [대법원 판단]

이에 대하여 대법원은, 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 등록한 건설업자가 아니면 건설업을 영위할 수 없음을 그 본질적·핵심적 내용으로 하는 위 법의 관계 규정 등에 비추어 보면, 법 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 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 수사

기관이나 법정에서 진술하면서 명의 대여 기타 그와 유사한 표현을 사용한 적이 있다 하여 그것만으로 가벼이 명의 대여 사실을 인정하여서는 아니된다고 하여 원심 판결을 파기하였다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2002도7425 판결).

즉, 대법원에서는 원심과 달리, 고소인의 피고인 회사의 명의로 입찰을 하였다거나 시공을 하였다는 식의 표현을 사용한 진술들을 현장 사무실 개설, 숙소 임차, 자재 구입, 각종 경비 지급 등 회계 관련 업무를 피고인 회사가 직접 담당하여 처리한 점에 비추어 배척하고, 오히려 약정서, 건설공사하도급계약통지서, 노무자들과의 근로계약제결내용 및 산업재해보상보험 가입 사실 등을 근거로 피고인 회사를 하수급인으로 하는 정상적인 하도급 계약이 체결된 것으로 판단하였다.

따라서 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 명의 대여로 볼 수는 없다는 점을 유의하여야 할 것이다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도5541 판결, 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도6668 판결).

## 65. 공사정지기간 중 잔여공사금액에 대한 이자를 금융손실비용으로 청구할 수 있을까?

최근 공사기간 연장으로 인한 간접비 등 공사대금 청구소송 및 중재사건이 증가하고 있는 바, 이와 더불어 실무상 자주 문제되고 있는 공사정지기간 중 금융손실비용인 잔여공사금액에 대한 이자를 청구할 수 있을지에 관한 하급심 판결을 소개한다.

### [사실관계]

원고는 1999. 12월경 OO도시철도 차량기지 궤도부설공사를 착공하였는데, 공사를 진행하던 중 궤도부설부지 내에 본선용 되메움토가 적치된 상태로 반출되지 아니하여 궤도부설작업을 더 이상 진행할 수 없게 되자, 2000. 12월경부터 수회에 걸쳐 피고에게 선행공사인 토목공사의 부지 정지작업의 지연으로 궤도부설공사를 진행할 수 없으므로 조치를 취하여 줄 것을 촉구하였다. 이에 피고는 공사를 일시정지한다고 하면서 2001. 2. 16.부터 10개월간의 공사 일시정지를 통보하였다. 원고는 2001. 2. 20.부터 수회에 걸쳐 위 공사 일시정지에 따라 일시정지 기간 중의 현장관리비, 실제 공기 연장기간의 관리비, 일시정지기간의 이자를 산정하여 이를 근거로 계약내용의 변경을 요청하였으나, 피고는 이에 응하지 아니하였다.

### [법원 판단]

이에 대하여 법원은, 본건 공사계약일반조건 제47조 제4항에 의하면 발주기관의 책임 있는 사유에 의한 공사정지기간이 60일을 초과한 경우 발주기관은 그 초과된 기간에 대하여 잔여 계약금액에 초과일수 매 1일마다 시중은행 일반자금 대출금리를 곱하여 산출한 금액을 준공대가 지급 시 계약상대자에게 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 이 사건 공사정지는 궤도부설부지 내에 본선용 되메움토가 적치된 상태로 반출되지 아니하여 시공을 계속할 수 없게 됨으로 인하여 취하여진 조치로서 결국 피고의 책임 있는 사유에 의한 것이라 할 것이므로, 피고는 원고에게 위 규정에서 정한 바에 따른 이자를 지급할 의무가 있다고 판단하였다(광주지방법원 2003. 12. 11. 선고 2002가합3251 판결)

즉, 법원은 공사계약일반조건에서 정하고 있는 발주기관의 명시적인 공사정지조치가 선행되고, 그 정지기간이 60일을 초과하는 요건을 갖춘 경우에 잔여공사금액에 대한 이자 청구를 인정하였다. 최근에도 이러한 판결은 계약상대자의 귀책사유가 없는 경우 공사기간 연장 및 계약금액을 조정을 요구할 수 있을 것이고, 나아가 그 공사정지가 발주기관의 귀책사유로 인한 것이라면 그에 더하여 잔여계약금액에 일정비율을 곱하는 방식으로 산출된 약정금의 지급도 청구할 수 있을 것으로 해석된다고 판단하였다(서울고등법원 2013. 11. 8. 선고 2013나11869 판결, 상고심 진행중). 다만, 본 서울고등법원판결에서는 OO유역환경청장의 요청으로 인한 공사중지를 발주기관의 귀책사유로 인정하지는 않아 이자 청구를 인정하지 아니하였다. 따라서 공사정지 현장에서는 최근 판결 등 선행들을 면밀히 분석하고, 법령개정 속도가 빨라지는 것을 예의주시하여 꼼꼼한 현장관리를 통하여 청구요건을 빈틈없이

완비하고 계약이행에 대한 의무를 더욱 잘 준수해야 할 것이다.

## 66. 관급공사계약 지체상금의 종기는?

관급공사계약의 공사계약일반조건 제25조에서는 지체상금과 관련된 준공기한은 계약서상 준공신고서 제출일을 의미한다고 명시하고 있다. 하지만, 일반적으로 공사 완성 여부의 판단에 있어서 준공검사를 받았는지 여부는 영향을 미치지 아니하므로 이하에서 관급공사계약과의 차이를 소개하고자 한다.

지체상금의 종기는 원칙적으로 수급인이 공사를 완공 후 건물을 인도한 날을 종기로 할 것이나, 수급인의 동시이행항변권이 인정되는 경우라면 완공일 다음날부터 인도일까지의 기간에 대해서는 지체상금이 인정되지 아니할 것이므로, 이 경우 종기는 완공일이다. 또한 공사완성일을 언제로 볼 것인지와 관련하여, 원칙적으로는 대체로 공사를 완성하였다면 하자가 있더라도 지체상금의 지급을 면할 수 있는 반면, 공사 자체가 미완성인 경우에는 완공일까지 지체상금이 부과된다. 공사가 완성되었으나 하자가 있는 것인지 또는 공사 자체가 미완성된 것인지에 관한 판단기준은 아래 97다23150 판결과 같이 당초 예정된 최후의 공정을 종료하고 그 주요 구조 부분을 약정대로 시공하였는지 여부에 있다.

### 1) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결

공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 아니한다고 해석함이 상당하고, 예정된 최후의 공정을 종료하였는지 여부는 수급인의 주장이나 도급인이 실시하는 준공검사 여부에 구애됨이 없이 당해 공사 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없고, 이와 같은 기준은 공사 도급계약의 수급인이 공사의 준공이라는 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 지체상금에 관한 약정에 있어서도 그대로 적용된다.

한편, 일반적으로 공사 완성 여부의 판단에 있어서 준공검사를 받았는지 여부는 영향을 미치지 아니하나, 당사자 사이에 건물의 완공 이외에 검사 등의 특별한 절차를 중요한 내용으로 정하였다면 지체상금의 종기를 그 약정에 따라야 한다.

### 2) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다7212,7229 판결

(위 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결을 인용한 후) 다만 당사자 사이에 건축공사의 완공 후 부실공사와 하자보수를 둘러싼 분쟁이 일어날 소지가 많음이 예상됨에 따라 그러한 분쟁을 사전에 방지할 의도로 통상의 건축공사 도급계약과는 달리 도급인의 준공검사 통과를 대금지급의 요건으로 삼음과 동시에 하자보수 공사 후 다시 합격을 받을 때까지 지체상금까지 부담하게 함으로써 공사의 완전한 이행을 담보하기 위해 지체상금의 종기를 도급인의 준공검사 통과일로 정하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 그에 따라야 할 것이다.



[판결의 의미]

관급공사계약의 계약일반조건 제25조에서는 지체상금과 관련된 준공기한은 계약서상 준공신고서 제출일을 의미한다고 명시하고 있다. 이는 일반적인 지체상금 산정기준과 상이하여 그 효력이 문제될 수 있는데, 대법원은 관급공사계약의 경우 준공검사 합격일을 종기로 하여 정한 것은 유효하다고 하는 바, 이러한 차이점을 유의하여야 한다(대법원 1996. 7. 12. 선고 94다58230 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다7212,7229 판결 등 참조).

## 67. 산업안전보건법상 사업주 및 안전·보건조치 의무위반의 범위는?

최근 산업재해가 자주 발생하고 있다. 특히 사망사고가 발생하는 경우, 국가계약법상 입찰참가자격 제한처분 사유 중 ‘사업장에서 산업안전보건법에 의한 안전·보건 조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 가한 자’(국가계약법 시행령 제76조 제1항 제5호)에 해당할 여지가 있는 바, 이하에서 산업안전보건법(이하 ‘산안법’)상 사업주 및 안전·보건조치 의무에 관한 대법원 판례를 소개한다.

먼저 ‘사업주’의 판단범위에 대하여 살펴보면, 산안법은 원칙적으로 근로자에 대한 ‘사업주’의 안전·보건 조치 의무를 부과하고 있으며, 재해 근로자와의 관계에 있어 ‘사업주’에 해당하는지 여부에 관해 사업주를 “근로자를 사용하여 사업을 하는 자”라고 정의하고 있다(산안법 제2조 제3호). 이와 관련하여 대법원 역시 “산업안전보건법 제66조의2, 제23조 제1항 위반죄는, 단순히 사용자의 소속 근로자에 대한 관리감독 소홀에 대한 책임을 묻는 것이 아니라, 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산업안전기준에 관한 규칙이 정하고 있는 바에 따른 안전조치를 취하지 않은 채 안전상의 위험성이 있는 작업을 하도록 지시하거나 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위와 같은 작업이 이루어졌다고 인정되는 경우에 성립하는 범죄로서, 사업주가 소속 근로자를 보호하기 위하여 안전조치를 취하여야 할 의무를 전제로 하는 것이므로, 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 있어야 한다.”라고 판시(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결)하여 근로자에 대한 실질적인 고용관계가 있는 자만을 근로자에 대한 산안법상 ‘사업주’로 판시하고 있음을 유의하여야 한다.

그리고 산안법상 안전·보건조치의 위반의 구체적인 의미에 대하여 살펴보면, 판례는 “법 제67조 제1호, 제23조 제3항 위반죄는 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 산업안전기준에 관한 규칙이 정하고 있는 안전조치를 하지 않은 채 제23조 제3항에 규정된 안전상의 위험이 있는 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치를 하지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에 한하여 성립하는 것이지, 단지 사업주의 사업장에서 위와 같은 위험성이 있는 작업이 필요한 안전조치를 하지 않은 채 이루어졌다는 사실만으로 성립하는 것은 아니다.”라고 판시(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결)하고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 판례에서 주목할 점은 사업주의 안전·보건 의무 위반과 관련하여 안전상의 위험이 있는 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치를 하지 않은 상태에서도 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하는 등 안전 조치를 취할 필요가 있고 이를 실질적으로 취할 수 있는 자에 한하여 안전·보건조치 의무가 있음을 유의하여야 한다.

## 68. 입찰부정행위에 따른 계약해지시 보증기관의 책임은

최근 각종 공공기관이 발주한 입찰에 있어 각종 성적서를 위조하여 입찰에 참여하는 사례가 보도되는 등 입찰시 부정행위가 사회적 문제로 대두되고 있는 상황에서, 발주자가 관련 계약을 해제(해지)하면서 이행보증을 한 보증사에 보증금의 지급을 구하는 사건이 발생했다. 해당 사건(대구고등법원 2012나20490 사건)에서 재판부는 보증사의 이행보증책임이 인정된다는 판시를 하였고 해당 판결은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결로 확정됐다.

이는 계약 체결 전의 입찰무효 행위가 원인이 되어 계약관계가 종결되는 경우에도 이행보증책임이 성립한다는 것으로 보증사의 입장에서 보면 예상할 수 없었던 부담을 떠안게 되는 측면이 없지 않다. 이에 관련 내용을 자세하게 살펴볼 필요가 있다.

### [사실관계]

원고(발주자)는 2009년 OO공사(이하 '이 사건 공사')에 관하여 적격심사제로 입찰(이하 '이 사건 입찰')을 실시하였고, A업체는 허위의 공사실적증명서를 제출하여 이 사건 공사의 낙찰자로 선정됐다. A업체는 피고(보증사)와 계약의 이행을 위한 보증보험계약(이하 '이 사건 보증계약')을 체결하였으며, 보증약관에는 "계약자가 앞면 공사 등의 계약의무를 이행하지 아니함으로써(이하 '보증사고') 그 상대방에게 부담하는 채무를 보증한다"고 규정되어 있었다.

이후 원고와 A업체는 이 사건 공사에 관한 도급계약(이하 '이 사건 도급계약')을 체결하였는데, 이후 A업체가 이 사건 공사의 입찰과정에서 부정한 행위를 하였음이 드러나자 원고는 이 사건 도급계약의 해제(해지)했다. 아울러 원고는 이 사건 공사의 해제(해지)를 원인으로 피고에게 계약보증금의 지급을 요청하였으나, 피고는 보증금 청구의 부당함을 주장하면서 보증금을 지급하지 않았기에 원고는 이 사건 소송에 이르게 됐다.

### [판결 요지]

재판부는 우선 계약보증과 관련해 계약보증서는 수급인이 약정한 공사기간 내에 공사를 완공하는 것을 내용으로 하는 공사도급계약의 이행을 보증하고, 계약의 이행과정에서 수급인이 그 귀책사유로 인해 도급인에게 채무를 부담하게 될 경우, 그 채무의 이행을 보증하는 것이며, 보증사고가 무엇인지는 보증약관과 보증서 및 주계약의 구체적 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다고 판시했다.

이와 같은 법리를 토대로 재판부는 이 사건에 관하여 보증사고는 계약업체가 입찰 시 부정한 행위를 저지르고 이 사건 도급계약을 체결한 이후 이 사건 도급계약이 해지될 무렵에 발생한 것이며, 입찰 시에 부정행위 자체가 보증사고에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하면서, 보증기간 전에 보증사고가 발생하였다는 피고의 주

장을 배척했다.

아울러 A업체의 입찰은 무효의 입찰이기에 이 사건 도급계약 역시 무효이고, 무효인 도급계약에 기초한 이 사건 보증계약이 무효라는 피고의 주장에 관해, 재판부는 이 사건에서 원고(발주자)가 사전에 이 사건 부정입찰행위를 알았거나 알 수 있었던 사정이 보이지 않고, 달리 낙찰자의 결정이나 계약 체결 과정에서 선량한 풍속 기타 사회 질서에 반하는 결과가 될 것임이 분명한 경우에 해당하는 사정도 없다는 점을 들어 이 사건 도급계약이나 이 사건 보증계약까지 무효가 된다고 볼 수는 없다고 판시했다.

#### [판결의 시사점]

위 판결에 의하면, 해당 도급계약 및 보증계약 이전에 이루어진 무효의 입찰행위에 대해서까지 보증사는 보증책임을, 계약업체는 보증사에 대한 구상채무를 각 부담하게 된다. 이는 입찰 무효사실을 발주자가 몰랐다면 해당 입찰무효가 자동적으로 낙찰 및 계약이 무효로 되는 것은 아니라는 것을 의미한다. 결국, 위 판결에 따르면 보증사와 계약업체는 특별한 사정이 없는 한 입찰무효의 경우에도 계약이행보증책임으로부터 자유롭지 않게 되는 것이다.

한편, 위 판결에 따라 보증사(보증보험사)는 자신의 위험과 부담을 최소화하기 위해서 보증서 또는 보증보험약관상의 책임 범위를 제한하는 조치를 취하게 될 것으로 예상된다.

## 69. 확정적으로 지급된 기성대가, 계약금액조정 대상 될까?

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제19조, 동법 시행령 제64조 및 동법 시행규칙 제74조(이하 통칭하여 '국가계약법령'이라 함)는 물가변동으로 인한 계약금액조정 제도를 규정하고 있다. 이와 관련해 조정 사유가 발생하기만 하면 조정 신청이 없어도 계약금액 조정이 이루어지는지, 조정 기준일(조정 사유가 발생한 날을 의미함, 이하 같음) 이후에 이행된 부분의 대가가 조정에 앞서 지급된 경우 계약금액 조정이 가능한지가 문제될 수 있는데, 이에 대해 명확한 기준을 제시한 판례가 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다28825 판결이다.

### [법원의 판단]

계약금액 조정은 계약 체결일부터 일정한 기간이 경과함과 동시에 품목조정률이 일정한 비율 이상 증감함으로써 조정 사유가 발생하였다 하더라도 그 자체로 자동적으로 이루어지는 것이 아니라, 계약 당사자의 상대방에 대한 적법한 계약금액 조정 신청에 의하여 비로소 이루어진다고 할 것이다.

또한 조정 사유가 발생한 최초의 날인 조정 기준일 이후에 이행된 부분의 대가(기성대가)라 할지라도 그 대가가 조정에 앞서 이미 지급된 경우에는, 증액 조정이나 감액 조정을 불문하고 그것이 개산급(概算給)으로 지급되었거나 계약 당사자가 계약금액 조정을 신청한 이후에 지급된 것이라면 이는 차후 계약금액의 조정을 염두에 두고 일단 종전의 계약내용에 따라 잠정적으로 지급된 것으로서 물가변동 적용대가(계약금액 중 조정기준일 이후에 이행되는 부분의 대가)에 포함돼 계약금액 조정의 대상이 된다고 할 것이나, 이와 달리 당사자 사이에 계약금액 조정을 염두에 두지 않고 확정적으로 지급을 마친 기성대는 당사자의 신뢰보호 견지에서 물가변동 적용대가에서 공제돼 계약금액 조정의 대상이 되지 않는다고 보아야 할 것이다.

위의 법리에 따라 원심 판결 이유를 기록에 비취 살펴보면, 원심이 원고와 피고 사이에 물품납품계약을 체결하면서 조정 기준일 이후에 이행된 부분에 대한 대가이지만 조정 전에 이미 확정적으로 지급을 마친 기성대는 물가변동 적용대가에 포함되지 않는다고 판시한 다음, 조정 기준일 이후에 이행된 부분에 대한 대가는 감액조정 신청이나 기성대가의 지급 여부와 관계없이 물가변동 적용대가에 포함된다는 피고의 주장을 배척했다.

위 판결은 국가계약법령에 따른 물가변동으로 인한 계약금액 조정에 있어 그 적용조건과 적용 대상을 명확히 하였다는 점에서 의의가 있고, 이는 설계변경이나 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액 조정에도 그대로 적용될 수 있으므로, 계약금액 조정을 받고자 한다면 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가)를 수령하기 전까지 조정신청이라는 조치를 취할 필요가 있음에 유의해야 할 것이다.

## 70. 예가율 적용한 계약금액 삭감은 부당

공공계약의 이행에 있어 발주기관이 예산 부족 등의 사유로 실제 발생한 원가를 삭감해 계약금액을 확정된 사안에 있어, 발주기관의 일방적인 계약금액 삭감은 부당하다는 최근 판결을 소개하고자 한다.

동 판결은 계약 체결 후 실제 발생하는 원가에 따라 계약대금을 확정하는 이른바 개산계약의 계약대금 확정과 관련된 사안으로, 법원은 계약 업체가 공공계약을 이행하는 과정에서 실제 발생한 원가를 발주기관이 특별한 근거 없이 사후적으로 삭감하는 것은 부당하다고 판시하였다.

### [사실 관계]

원고(계약업체)는 피고(발주기관)와 OO개발사업에 관한 계약(이하 '이 사건 계약')을 이른바 '개산계약' 방식으로 체결했다. 원고는 피고에게 이 사건 계약에 따른 원고의 의무를 이행한 후, 이 사건 계약의 이행에 소요된 원가를 산정해 피고에 제출했고 피고는 일부 금원을 삭감해 원가 정산금액을 정했는데, 피고는 원가 정산금액의 일부를 예가율이라는 명목으로 추가 삭감하는 조치를 취했다. 이에 원고는 예가율 적용에 부동의 의사를 분명히 하고 이 사건 소송을 제기했다.

### [판결의 요지]

이 사건의 경우, 피고가 국가계약법 시행령상의 예가율을 적용해 실제 발생한 원가 중 일부를 삭감하는 것이 가능한지 여부 및 이에 대해 원고와 피고 간의 합의가 있었는지 여부가 주된 쟁점이었다. 우선 피고가 국가계약법상 예가율을 적용해 원고가 제출한 원가를 삭감한 것이 정당한지 여부와 관련해 재판부는 ①국가계약법상 예가율은 확정계약의 체결 이전에 계약금액을 조정할 필요에 의해 규정된 것으로 보이는 점 ②개산계약에 있어 임의적인 계약대금 조정은 계약 상대방에게 부당하게 불리할 수 있는 점 ③예가율 적용에 고려되는 요소는 개산계약의 이행에 따른 원가 산정에 반영돼 있기에 추가로 예가율을 적용할 필요가 없는 점 ④예가율 적용의 근거 중 하나는 예산 부족인데, 사적 계약에 있어 예산 부족의 사유로 계약금액을 삭감할 수는 없는 점 ⑤개산계약에서 피고들이 원가를 일방적으로 삭감할 수 있다고 해석하는 것은 상호 대등한 입장에서 계약이 체결돼야 한다는 국가계약법 규정에 반할 우려가 있는 점 등을 종합할 때, 확정계약의 예가율 적용 근거가 되는 국가계약법 시행령 제9조 제3항은 개산계약의 정산원가를 조정하는 근거가 될 수 없다고 판시했다.

이에 더해 원고와 피고 사이에 “계약금액의 확정은 피고가 산정한 정산원가에 의해 확보예산 범위 내에서 정산한다”고 규정하고, 이 사건 계약 이전에 원고가 피고의 원가 조정 내역을 수용한 사실이 있다고 하더라도, 이와 같은 사실만으로 이 사

건 계약금액 조정에 관해 원고와 피고 간에 합의가 있었다는 점을 인정할 수 없다고 판시했다(서울중앙지방법원 2014. 2. 13. 선고 2013가합5100174).

[판결의 의미]

위 판결은 발주기관이 사후 정산을 함에 있어서 부당하게 원가 정산금액을 인정하지 않거나 감액하는 관행에 직접 제동을 거는 매우 의미있는 판결이다.

한편 예산 확보 지연 등과 같은 발주기관의 사정으로 공기를 연장함에 있어서도 공기 지연에 따라 발생하는 공사비용(간접비)의 부담을 업체에 떠넘기고 있는 현장 실무와 관련해서도, 최근 발주기관의 추가 발생비용 부담을 인정하는 법원의 판결 및 대한상사중재원 결정들이 증가하고 있다. 대표적인 사례가 서울지하철 7호선 판결이다.

향후 공공계약에 있어 발주기관이 계약금액을 부당하게 삭감하거나 계약업체에 비용의 부담을 전가하는 행위와 관련된 분쟁은 점점 더 많아질 것으로 예상되는 바, 관련 업체들은 불이익을 입지 않도록 발주처와의 사전 대응에 만전을 기해야 할 것이다. 정부는 관련 제도 개선과 더불어 합리적 업무처리 기준의 도입을 통해 근원적인 해결책을 모색할 필요가 있다.

## 71. 행정처분의 집행정지의 요건으로 본안청구의 승소가능성은 고려의 대상인가?

제재적 행정처분의 취소소송을 제기하는 경우, 업체가 받게 될 손해를 방지하기 위해 해당 처분의 효력을 정지시킬 수가 있다.

이와 같은 집행정지의 요건은 크게 형식적 요건과 실질적 요건으로 나뉜다. 형식적 요건은 대상 처분이 존재하고, 본안이 적법하게 계속 중이어야 한다는 것이며, 실질적 요건은 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있고, 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 하며, 공공 복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 한다는 것이다.

이와 같은 행정처분 집행정지의 요건 중 본안 청구의 승소가능성에 대해 살펴보고자 한다.

### [법원의 판단]

법원은 일관되게 본안 소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로, 효력정지나 집행정지 사건 자체의 심리에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다고 판시하고 있다(2008. 5. 6.자 2007무147 결정 등).

아울러 최근 대법원은 전원합의체 판결을 통해, “행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 행정소송법 제23조 제2항 에서 정한 요건의 존부만이 판단대상이 된다. 나아가 ‘처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인한 손해발생의 우려’ 등 적극적 요건에 관한 주장·소명 책임은 원칙적으로 신청인 측에 있으며, 이러한 요건을 결여하였다는 이유로 효력정지 신청을 기각한 결정에 대하여 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 삼을 수 없다.”(대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체 결정)고 판시하였다.

### [동 판결의 의미]

법원은 행정처분의 집행정지 신청에 있어 본안의 승소가능성 역시 고려되어야 한다는 입장을 취하고 있기 때문에, 행정처분에 대한 집행정지 신청 시 행정 처분 자체가 위법하다는 점을 분명히 밝힐 필요가 있다.

더군다나 행정처분의 취소를 구하는 1심 판결에서 원고의 청구가 기각된 이후 재차 집행정지를 신청하거나, 선행 처분은 재량권을 일탈·남용한 것이라는 법원의 판결 취지에 따라 행정청이 제재 수위를 낮추어 재차 행정처분을 하는 경우, 본안의 승소가능성이라는 행정처분 집행정지의 요건은 더욱 엄격히 판단될 가능성이 있다는 점을 역시 유념할 필요가 있다.



## 72. 책임감리제 공사에서의 발주자 공무원 책임은

최근 다수의 안전사고가 발생하고 있는 바, 책임감리제로 진행되는 공공공사 현장에서 인명 사고가 발생한 경우, 발주기관 공무원이 업무상 과실치사(상)죄의 죄책을 부담하는지 여부가 문제된다.

이와 관련하여, 서울고등법원은 최근 발주청의 공사관리관은 당해 공사와 관련하여 감리원이 현장에 상주하는지 여부 등 형식적인 사항에 한하여 감리원을 지도·감독할 책임이 있는 것이지, 당해 공사에 대하여 실효성 있는 감리를 하는지 여부와 같은 실질적인 사항에 대하여서까지 감리원을 지도·감독할 책임까지 부담하는 것은 아니므로 일반적으로 책임감리제 공공공사에 있어 발주청 공무원이 공사 현장 근로자에 대한 안전조치를 취할 의무가 있는 것은 아니라고 판시하였다(서울고등법원 2014. 7. 4. 선고 2014노433 판결).

다만 위 판결은 구체적인 상황에 따라서 만일 발주청 공무원이 당해 사고의 발생을 충분히 예견할 수 있었고 나아가 이를 방지할 수 있었다면 그와 같은 주의의무를 다하지 아니하여 발생한 인명사고에 대해서는 업무상 과실치사상의 책임을 부담할 여지를 인정하였다.

결국, 책임감리제 공사에 있어 발주기관 공사관리관이 형사적 책임을 면하기 위해서는 법령은 물론 계약상 근로자의 안전을 보호할 의무가 없다는 점에 더하여 구체적인 사정에 비추어 볼 때, 해당 공무원이 사고 발생을 예견하는 것이 불가능하였다는 점까지 인정되어야 하는 것임을 유의하여야 할 것이다.

### 73. 계약형태가 장기계속계약에서 계속비계약으로 변경된 경우 공기연장비용 청구에 영향을 미칠까?

각종 공공발주공사가 발주기관의 예산부족 등으로 장기화되면서 계약형태가 장기계속계약에서 계속비계약으로 변경되는 경우에 과연 공기연장비용 청구에 영향을 미치는 지에 대하여 최근 간접비 청구에 영향을 미치지 못한다는 의미는 하급심 판결이 선고되었다.

해당 판결(수원지방법원 2014. 8. 14. 선고 2012가합21945 판결)은 공사기간 연장에 따른 간접비 청구 사건에서 계약 방식의 변경은 새로운 계약 체결을 의미한다는 주장에 대하여 ① 피고가 계속비계약으로 계약형태를 변경할 때 국가계약법에서 정한 계약상대방 확정절차(입찰공고 등)를 전혀 거치지 않은 점, ② 원고와 피고가 체결한 계속비계약의 명칭이 변경되기 전 장기계속계약의 명칭과 변함이 없는 점, ③ 계속비계약에 기재된 총 공사대금이 원고가 시행한 기존 부분의 공사대금을 합한 금액인 점 등을 종합적으로 고려할 때, 계약기간 도중에 장기계속계약에서 계속비계약으로 계약형태가 바뀌었다고 하여 새로운 계약이 체결되었다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

더욱이 해당 판결은 장기계속계약의 경우에도 차수별계약기간의 변경 이외의 총공사기간의 연장을 원인으로 하여 계약금액조정을 청구할 수 있고, 이것은 계약기간 중 계약형태가 장기계속계약에서 계속비계약으로 변경되었다 하더라도 마찬가지임을 분명히 하였다.

각종 공공발주공사 현장에서는 위 판결 내용을 적극 참고하되, 다만 위 판결은 항소가 되어 상급심의 판단을 기다리고 있는 점을 유의하여야 하고, 무엇보다도 각각의 변경계약 및 계약금액조정 시 보다 엄격한 계약관리가 필요하다는 점을 분명하게 인식할 필요가 있다.

## 74. 미정산 선금의 기성금 당연충당과 하도급대금 직접청구권의 우열관계

최근 건설경기의 악화로 인해 공공발주 공사이행 도중에 시공사가 부도 등의 상황에 직면하여 공사를 포기해야 하는 경우가 종종 발생하고 있다. 이 경우 시공사는 발주기관으로부터 받은 선급금 중 미정산된 금원을 반환하여야 하는 반면 공사계약 해제시점까지 발생한 기성대금을 지급받아야 하는 이중적인 지위에 놓이게 된다. 그런데 여기에 더하여 시공사의 하수급인이 발주기관에 대하여 하도급대금의 직접 지급을 청구할 수 있다면 과연 이들의 관계는 어떻게 되며 누가 보호받게 되는지 살펴볼 필요가 있다.

### 1. 미정산 선급금의 기성 공사대금 당연 충당

선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 선급 공사대금이므로 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 중도에 선급금을 반환하게 되었다면, 선급금은 별도의 상계 의사표시 없이 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금에 당연 충당되고 그래도 공사대금이 남는다면 발주기관은 그 금액만을 지급하면 되는 것이고, 거꾸로 선급금이 미지급 공사대금에 충당되고 남는다면 그 남은 선급금에 관하여 발주기관이 반환채권을 가지게 된다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다5060 판결 참조).

따라서 일반적으로 미정산 선급금의 공사대금 당연 충당이 하도급대금의 직접청구권에 우선한다고 보아야 할 것이다.

### 2. 국가계약에서의 미정산 선급금의 예외적 정산약정

1997. 1. 1. 공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-3)이 개정되면서 제44조 제5항에 선금 미정산 잔액 당연 충당 관련 내용을 규정하면서 하도급 대가를 직접 지급하는 경우에는 하도급 대가의 잔액이 있을 때 상계(충당)가 가능하다는 내용을 추가했다. 위 공사계약 일반조건을 둘러싸고 공공발주 공사의 경우에는 미정산 선급금의 당연 충당보다 하수급인의 하도급 대가 직접지급청구권을 우선하여 보호해야 하는 예외적 정산약정이 있는 것으로 볼 수 있는지에 대하여 판례의 대립이 있어 왔다.

대법원 2010. 5. 13. 선고 2007다31211 판결에서는 공사계약 일반조건 제44조 제5항을 발주기관으로 하여금 미정산 선급금이 기성공사대금에 충당되었음을 이유로 하수급인에게 부담하는 하도급대금 지급의무를 면할 수 없도록 하는 예외적 정산약정으로 판단했다.

결국 위 2007다31211 판결에 따르면 국가계약의 경우 해당 예외적 정산약정으로 인해 하수급인은 보호를 받는 반면 선급금반환 보증인은 부담이 증가하게 된다.

이와 같은 점을 고려하여 정부는 2006. 5. 25. 공사계약일반조건 개정을 통해 ‘건설산업기본법’ 및 ‘하도급 거래공정화에 관한 법률’에 의하여 하도급대금 지급보증이 되어 있지 않은 경우에 한정하여 하도급 대가 직접지급청구권이 우선되도록 함으로써 선급금 보증인과 하수급인 간의 이해관계를 보다 합리적으로 조정했다.

최근 대법원은 2006. 5. 25. 개정 공사계약 일반조건이 예외적 정산약정에 해당한다는 취지의 판시(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다214437 판결 참조)를 하였다는 점에서 공공발주공사에서의 예외적 정산약정은 피할 수 없는 현실이 되었다.

물론 비록 예외적 정산약정이 있다 하더라도 하도급대가를 직접 지급하는 사유가 발생하기 전에 기성 공사대금이 충당되어 공사대금채무가 소멸한 경우까지만 발주기관의 하도급대가 지급의무가 문제될 수는 없을 것이다.

## 75. 건설법상 제재의 대상이 되는 ‘명의대여’란?

건설산업기본법(이하 ‘법’이라고 한다)은 건설업자가 ‘다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하는 행위’를 금지하고 있다(법 제21조). 그럼에도 불구하고, 건설업자가 건설업 명의대여를 하는 경우에는, 관련자에 대해서 형사적 처벌(법 제96조)은 물론, 건설업 등록이 말소되거나(법 제83조), 영업이 정지되어(법 제82조) 정상적으로 건설업을 수행할 수 없는 결과를 초래한다.

뿐만 아니라, 경우에 따라서는 건설업 명의를 대여하고 주고, 이를 통해 입찰에 참여한 행위가 부정행위로 평가되거나, 허위 서류를 제출하는 행위 등에 해당하여 입찰참가자격 제한처분을 받게 될 여지도 있고(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제76조), 공공계약의 입찰 과정에서 공무의 집행을 방해한 자에 해당하여 건설업 명의를 대여하여 참여한 입찰이 무효가 됨에 따라, 해당 도급계약 자체의 효력이 부정될 가능성도 배제할 수는 없다.

따라서, 건설업자로서는 법이 정한 ‘명의대여’의 의미를 올바르게 이해함으로써, 불측의 손해를 방지하여야 할 것인바, 이와 관련하여 최근 건설회사의 대표이사인 피고인의 건설산업기본법위반(건설업 명의대여)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심 판결을 파기하고 무죄를 선고한 판결을 소개한다(서울북부지방법원 2014. 5. 16. 선고 2013노1465 판결).

구체적으로, 해당 판결은, “법 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 명의 대여로 볼 수는 없다.”(대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도6668 판결)라는 기존 대법원 판례의 입장을 재확인하고 있으며, 이를 바탕으로 도급계약, 하도급계약의 체결 주체, 현장 소장의 소속 등의 제반 사정을 고려할 때 건설업 명의대여로 기소된 업체가 실제 해당 공사에 관여한 것으로 보이기에 건설산업기본법위반에 대해 유죄를 인정할 수 없다고 판시한 것이다.

위 판결을 통해서도 알 수 있듯이, 법에 의하여 형사상, 행정상 제재의 대상이 되는 건설업 ‘명의대여’에 해당하는지 여부는 건설업자 자신이 그 “시공 과정에 실질적으로 관여하였는지 여부”에 따라 결정되는바, 이와 같은 법리를 숙지함으로써 불측의 피해를 방지하여야 할 것이다.

## 76. 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우 법정이율 청구할 수 있을까?

일반적으로 계약당사자간의 약정이율 합의가 있으면 약정이율이 적용되고 약정이율 합의가 없으면 법정이율(민사 5%, 상사 6%)이 적용되는 것으로 이해하고 있다. 이와 관련하여 계약상 우월한 지위에 있는 발주자들이 자신이 부담하게 될 대가지급의무 등과 관련하여 법정이율보다 낮은 약정이율 합의를 강제하는 경우가 늘어나고 있다. 공공조달계약의 경우에도 발주기관의 대가지급지연이자와 관련하여 ‘한국은행 통계월보상의 평균대출금리’를 적용하도록 하고 있는데 최근 수년간 해당 이율은 상사 법정이율을 하회하고 있다.

이와 같이 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에도 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 없는지에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련한 대법원 판결을 소개하고자 한다.

### 1. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다85342 판결

“민법 제397조 제1항은 본문에서 금전채무불이행의 손해배상액을 법정이율에 의할 것을 규정하고 그 단서에서 ‘그러나 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다’고 정한다. 이 단서 규정은 약정이율이 법정이율 이상인 경우에만 적용되고, 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그 본문으로 돌아가 법정이율에 의하여 지연손해금을 정할 것이다. 우선 금전채무에 관하여 아예 이자 약정이 없어서 이자청구를 전혀 할 수 없는 경우에도 채무자의 이행지체로 인한 지연손해금은 법정이율에 의하여 청구할 수 있으므로, 이자를 조금이라도 청구할 수 있었던 경우에는 더욱이나 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 하여야 한다.”

### 2. 실무상 유의점

소송실무상 원고가 약정이율이 법정이율 보다 낮음에도 불구하고 약정이율만을 청구하여 약정이율에 근거한 판결이 이루어지는 경우가 대부분이다. 반대로 원고가 약정이율 보다 높은 법정이율을 청구함에도 피고가 약정이율 항변을 하지 않아 별다른 다툼없이 법정이율에 근거한 판결이 이루어지는 경우도 있다. 이는 통상적으로 법정이자 가산에 따른 차액이 크지 않기에 소송당사자들이 해당 부분에 대하여 세밀한 검토나 확인을 하지 않기 때문에 발생하는 현상이라 할 수 있다. 그러나 청구금액이 거액이거나 소송기간이 장기화되는 경우 상이한 이율 적용에 따른 지연손해금 격차는 상당히 커질 수 있다. 따라서, 약정이율이 법정이율 보다 낮은 경우에 있어 관련 지연손해금을 청구해야 하는 입장에서는 약정이율이 아닌 법정이율에 근거한 지연손해금을 청구할 필요가 있다 할 것이다.

## 77. 회생회사 관리인의 계약해지권 행사, 부정당업자 제재사유될까?

회생회사 관리인이 공적수탁자의 지위에서 회생회사의 정리·재건을 원활하게 하기 위해 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법') 제119조 제1항에 의한 적법한 절차에 따라 계약해지권을 행사한 경우에 공사를 계속 수행하지 아니한 데에 정당한 사유가 있는지에 관한 최근 하급심 판결을 소개한다.

### [사실관계]

P업체는 H공사와 OO건설공사에 대한 공사도급계약을 체결하였는데, 이후 부도가 발생하자 법원으로부터 회생절차개시결정을 받았다. 회생회사인 P업체의 대표이사로서 법률상 관리인이 된 L은 위 공사도급계약을 유지할 경우 원가율 과다로 향후 자금사정이 악화될 것이라는 이유로 법원으로부터 계약 해지를 허가 받은 후 H공사에 계약 해지를 통보하였다. 그러자 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관법')상 공기업인 H공사는 P업체에게 “정당한 사유 없이 계약을 불이행하였다”는 이유로 공공기관법 제39조 제2항에 따라 6개월간의 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 내렸다. 이에 P업체는 “채무자회생법에 의한 적법한 절차에 따라 계약을 해지한 것”이라고 반박하며 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

### [법원의 판단]

법원은 제1심에서 P업체의 청구를 기각하였으나, 항소심은 제1심 판결을 취소하고 P업체의 청구를 인용하였다. 항소심 재판부는 판결문에서 “채무자회생법이 회생절차 개시 당시에 채무이행이 완료되지 않은 쌍무계약에서 관리인에게 계약 해제·해지 또는 이행을 선택할 수 있는 권한을 부여한 것은 회생회사 사업의 정리·재건을 원활하게 함과 동시에 양 당사자 사이의 형평성을 도모하고자 마련한 것”이라며 “그러한 채무자회생법의 입법 목적은 다른 법률을 적용·해석함에 있어서도 존중되어야 한다”고 설명했다. 이어 “관리인이 법원의 허가 등 채무자회생법이 정한 요건과 절차에 맞춰 해지권을 행사했고 회생절차개시신청이 오로지 이 사건 계약의 의무이행을 회피할 목적으로 악용했다는 등의 특별한 사정이 없는 한 공공기관법 제39조 제2항의 입찰참가자격제한처분의 요건에 해당하는지를 따짐에 있어서도 그 해지권 행사는 적법한 행위로 평가되어야 한다(서울고등법원 2014. 4. 30. 선고 2013누28130 판결)”고 판시하였다.

위 판결은 공공기관법은 국가계약법과 달리 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 '명백'한 경우로 요건은 더 제한적으로 규정하면서도 제한 여부에 대해서는 '제한할 수 있다'고 하여 처분 재량을 인정하고 있으므로 비록 행위 태양이 동일하더라도 국가계약법이 적용될 경우에는 입찰참가자격이 제한되지만 공공기관법이 적용될 경우에는 제한되지 않는 경우를 법률이 이미 예정하고 있다고 판단하였다. 즉, 공공기관법의 관점에서 부도 발생으로 회생절차를 거치고 있었고 그 절차에서 관리인이 해지권을 행사했다는 점만으로는, 회생절차제도의 목적과 그에 따른 운영 원리 등에 비추어 장래 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 보기도 어렵다고 판단하였는바, 부정당업자 제재처분의 적법성을 판단함에 있어 계약의 채

결 및 이행과정에서 다른 법률이 적용된 경우 해당 법률이 달성하고자 하는 목적이 충분히 고려되어야 하고, 단순히 계약을 이행하지 않았다는 일반적인 채무불이행 사실만으로는 공공기관법상 부정당업자 제재사유가 될 수 없다는 점을 확인하였다.



## 78. 중복된 담합에 대한 연속 부정당업자 처분 가능할까?

특정업체에 대한 부정당제재처분 부과 이후에 그 처분 이전에 다른 위반행위가 있었음이 새롭게 발견되었을 경우 해당 행위를 근거로 새로운 부정당제재처분을 부과할 수 있는지에 대해서는 논란이 있어 왔으나 대부분의 발주청은 제재처분을 부과하여 왔다.

그런데 이와 관련하여 주목할 만한 판결(서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2013누11583판결)이 선고되었다. 위 판결의 핵심요지는 아래와 같다.

“입찰참가자격제한처분이 있는 이후 그 처분이 있기 이전에 또 다른 위반행위가 있었음이 새롭게 밝혀진 경우 처분청이 그 처분 당시에 그러한 사정을 알거나 알 수 있었는지에 관계없이 그 위반행위 전부에 대하여 하나의 입찰참가제한처분을 하는 경우와 마찬가지로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙(이하 ‘국가계약법 시행규칙’이라 한다) 제76조 제1항과 제3항을 적용하여 그 중 가장 무거운 제한기준에 의하여야 한다고 봄이 옳다.”

즉, 해당 판결은 A사업 담합 관련하여 제재처분이 있는 이후 이미 해당 처분부과 시점 이전에 B사업에 대한 담합사실이 확인되어 새로운 제재처분을 부과한 경우 후행 제재처분은 수개의 위반행위에 관련해서 하나의 제재처분이 부과되어야 한다는 국가계약법 시행령 제76조 제3항에 반하는 위법한 처분이라는 이유로 취소하였다.

최근 각종 공공발주공사 담합에 중복하여 연루되어 있는 건설업체들로서는 위 판결 내용을 적극 참고할 필요가 있다. 다만 위 사례는 처분청과 제재사유가 모두 동일한 경우라는 점에서 선불리 일반화할 수 없는 한계가 있음을 유의할 필요가 있다.

현재 서울고등법원 2013누11583 사건은 상고되어 대법원 판단을 기다리고 있다. 대법원 판결을 예의주시할 필요가 있다.

## 79. 국유재산 무단점유자 부당이득반환금 청구 가능할까?

국유재산을 무단점유한 자에 대하여 국유재산법 제72조(구 국유재산법 제51조)에 근거하여 대부료 또는 사용료의 120%에 해당하는 변상금을 부과징수한 이후에 다시 민법상 부당이득반환청구권에 근거하여 대부료 상당의 금원을 청구하여 받아낼 수 있다는 취지의 대법원 전원합의체 판결이 선고되었다.

대법원은 변상금 부과를 통해 이미 부당이득을 환수하였다고 본 원심판결을 과기하고 변상금과 부당이득반환청구의 병행청구가 가능하다는 입장을 취한 것이다.

해당 대법원 판결(대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402)의 요지는 변상금은 질서유지 차원에서 공권력의 행사로서 부과되는 행정처분인 반면 민사상 부당이득반환은 사법상의 채권으로 그 법적 성질을 달리하므로 병행부과가 가능하다는 것이다.

이는 정부발주공사에서 입찰담합을 하여 공정거래법에 근거한 과징금이 부과된 경우에도 해당 담합시공사에 대하여 민사상 손해배상청구를 할 수 있다는 법리와 궤를 같이 한다.

더욱이 해당 판결은 1년을 초과하여 무단점유하는 경우 부당이득 산정의 기초가 되는 대부료는 1년을 초과하여 정상적인 대부계약을 통해 점유하는 경우 인정되는 조정대부료가 아니라 정상적인 대부료가 기준이 되어야 한다는 점을 분명히 하였다.

이에 정부 소유의 부동산을 무단점유하게 되면 낭패를 볼 수 있다는 점을 분명하게 인식할 필요가 있다.

## 80. 돌관공사비 청구를 위한 유의사항은?

공공발주 공사에 있어 야간 및 휴일작업으로 인하여 발생한 추가비용, 즉 '돌관공사비'를 청구하는 사례가 계속해서 발생하고 있다. 이하에서 계약관리상 청구를 위한 유의사항에 대하여 소개하고자 한다.

공사계약일반조건 제18조 제1항은 '계약상대자는 계약담당공무원의 공기단축지시 및 발주기관의 부득이한 사유로 인하여 휴일 또는 야간작업을 지시 받았을 때에는 계약담당 공무원에게 추가비용을 청구할 수 있다'고 규정하고 있고, 제2항은 '제1항의 경우에는 제23조(기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액 조정)를 준용한다'고 규정하고 있다.

따라서 위 조항을 근거로 계약상대자의 돌관공사비 청구가 받아들여지기 위해서는 ①발주기관의 지시 등으로 인하여 야간 및 휴일 작업을 하였다는 점이 인정되어야 할 것이고, ②계약상대자는 적어도 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령 전까지는 돌관공사비를 청구하여야 할 것이다.

다만, 최근 하급심 판결은 발주기관의 지시로 인하여 공사가 중단되고 이로써 공사기간의 연장사유가 발생하였음에도 불구하고 공사기간의 변경이 이루어지지 않았으며, 계약상대자가 공사기간 준수를 위하여 인력이나 장비를 추가적, 집중적으로 투입하여 공사기간 내 공사를 완공하고 이로 인한 추가비용이 발생하였다면, 이는 사실상 공사기간의 변경에 준하는 것으로 보아(국가계약법 시행령 제66조 참조), 계약금액 조정이 대상이 된다고 봄이 상당하다고 판시한 바 있다(서울서부지방법원 2013. 1. 18. 선고 2011가합1774 판결). 물론 계약상대자로서는 위와 같은 공사기간 준수의 지시를 받은 후 (해당 차수의 준공대가 수령 전에) 곧바로 돌관공사에 따른 계약금액조정을 신청하거나 이를 예고하는 방식으로 이의를 유보해 둘 필요가 있음을 유의하여야 한다.

나아가 관련 법령 등에서 돌관공사의 실비를 산정하는 기준 등에 대해 규정하고 있지 않고, 그 실비를 산정하는 기준에 관한 확립된 판례가 없어 실비를 산정하는 데에 어려움이 있으므로, 계약상대자는 돌관공사에 투입된 인력 및 비용에 관한 구체적인 자료를 구비해 둘 필요가 있다. 즉, 돌관공사비를 청구하기 위해서는 당초 작성했던 공정표와 변경된 공정표를 비교하여 어떤 공정에서 어느 정도의 돌관작업이 필요한 상황이었는지를 입증하고, 본건 돌관공사에 투입된 인력의 공량 및 공수(특히 야간 및 휴일 작업시간), 하수급인 등이 청구한 비용 내역, 노무비 지급 내역서 등 추가비용을 객관적으로 입증할 수 있는 증빙자료를 구비해 두어야 하는 점을 유의하여야 한다.