

# 건설관련 법률상담 사례 22

자료제공 / 권진웅 대한설비건설협회 서울특별시회 고문변호사

## 입찰지역제한 상태에서 중도에 지점을 설치한 후 최종낙찰 받은 경우 적법성 여부

**Q** 입찰공고 당시 지역제한을 두었는데, 1차로 선정된 3개 업체 중 1개 업체가 그 지역에 사업장을 두지 아니하였다가 사후에 지점을 설치한 후 최종사업자로 낙찰된 경우 그 낙찰이 적법한지 여부는?

**A** 입찰절차의 엄격성 때문에 입찰에서 자격을 제한하는 등 그 요건을 둔 경우 그 요건은 입찰 마감시까지 갖추어야지 사후에 이를 보완하는 것은 허용되지 않는다.

입찰공고에서 지역제한의 요건을 두었는데, 입찰 마감 당시까지 그것이 갖추어지지 아니하고, 사후에 지점을 설치하여 보완하였다면 이는 입찰자격이 없는 경우에 해당하므로 그 사업자를 대상으로 한 낙찰은 효력이 없다고 할 것이다.

## 하도급 받은 공사대금을 받지 못했을 경우 대처 방안

**Q** 하도급 공사를 완료하였으나, 공사대금을 받지 못하였다. 이에 공사 대금 회수 방안은 무엇인지?

**A** 상대방 회사가 현재 다른 공사를 시행하고 있다면 상대방을 채무자로 하고, 원도급자를 제3채무자로 하여 채무자가 제3채무자에 대하여 받을 공사대금채권에 대하여 채권가압류를 하면 채권을 확보할 수 있다. 그 후 상대방을 상대로 공사대금 청구소송을 제기하면 이에 대한 판결을 받아 가압류로부터 본압류로 전이하는 채권압류 및 추심명령(또는 전부명령)을 받을 수 있으며 원도급자를 상대로 곧바로 지급받을 수 있다.

## 약속어음 기간이 미뤄졌을 경우 이에 대한 이자 또는 어음할인으로 청구 여부

**Q** 공사대금(기성금)에 대하여 2개월짜리 약속어음을 지급하기로 약정하고서도 4개월짜리 약속어음을 발행한 경우 이에 대한 이자 또는 어음할인료를 받을 수 있는지?

**A** 공사도급계약서에 기성금 지급에 대하여 명시적 약정이 있다면 이를 위반하여 부당하게 장기간의 약속어음을 발행한 경우 하도급거래 공정화에 관한 법률 제13조에 따른 이자를 청구할 수 있다.

※ 하도급공정화에 관한 법률 제 13조

① 건설위탁에 있어서 원사업자는 수급사업자에게

다음 각호의 1의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다. 다만, 원사업자의 재무구조·공사의 규모등을 감안하여 보증을 요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공사기간이 4월 이하인 경우에는 계약금액에서 선급금을 제외한 금액
2. 공사기간이 4월을 초과하는 경우로서 기성부분에 대한 대가의 지급주기가 2월 이내인 경우에는 다음의 산식에 의하여 산출한 금액

$$\text{보증금액} = \frac{\text{하도급계약금액} - \text{계약상 선급금}}{\text{공사기간(월수)}} \times 4$$

3. 공사기간이 4월을 초과하는 경우로서 기성부분에 대한 대가의 지급주기가 2월을 초과하는 경우에는 다음의 산식에 의하여 산출한 금액

$$\begin{aligned} \text{보증금액} &= \frac{\text{하도급계약금액} - \text{계약상 선급금}}{\text{공사기간(월수)}} \\ &\times \text{기성부분에 대한 대가의 지급주기(월수)} \times 2 \end{aligned}$$

- ② 제1항의 규정에 의한 원사업자와 수급사업자간의 보증은 현금(채신관서 또는 「은행법」에 따른 금융기관이 발행한 자기앞수표를 포함한다) 또는 다음 각호의 1의 기관이 발행하는 보증서의 교부에 의한다. <개정 1997.12.13, 2004.1.20, 2007.7.19>

1. 건설산업기본법에 의한 각 공제조합
2. 보험업법에 의한 보험회사
3. 신용보증기금법에 의한 신용보증기금
4. 은행법에 의한 금융기관
5. 기타 대통령령이 정하는 보증기관

- ③ 원사업자는 제2항의 규정에 의하여 지급보증서를 교부함에 있어서 그 공사기간중에 건설위탁하는

모든 공사에 대한 공사대금의 지급보증이나, 1회 계연도에 건설위탁하는 모든 공사에 대한 공사대금의 지급보증을 하나의 지급보증서의 교부에 의할 수 있다.

- ④ 제1항 내지 제3항에 규정한 것외에 하도급계약이행보증 및 하도급대금지급보증에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ⑤ 원사업자가 제1항 본문의 규정에 의한 공사대금 지급을 보증하지 아니하는 경우에는 수급사업자는 계약이행을 보증하지 아니할 수 있다.

### 시공참여자 인부 인원이 실제보다 부풀려진 경우 이에 대한 반환청구는?

**Q** 시공참여자로서 공사에 참여한 사람이 공사를 중도에 중단하였는데, 사후에 확인하니 인건비 청구의 근거가 된 인부 인원이 실제보다 현저하게 부풀려진 경우, 실제 투입된 인원을 초과한 부분에 대한 반환청구가 가능한지?

**A** 시공참여계약서에 의하면 시공참여자는 하도급금액을 정하여 공사의 일부분을 △△△△로부터 하도급받은 형태로 되어 있다. 따라서 시공참여자로서는 하도급 금액의 범위 내에서 자신의 책임 하에 인부를 투입할 수 있는 것으로서, 그가 단지 회사 직원으로서 현장을 관리하는 업무에 국한되는 것은 아니므로 위와 같은 사정만으로 실제 투입된 인원을 초과하여 지급받은 인건비의 반환을 구할 수는 없다.

통상적으로 공사를 도급받아 진행하다가 완성하지 못한 상태에서 공사가 중단된 경우 그 당시의 기성율을 도급금액에 곱하여 중단될 당시의 실제 지급할 공사비를 결정하게 되므로, 이 사건의 경우에도 시공참여자가 공사를 중단할 당시의 기성율을 하도급금액에 적용하여 공사대금의 과지급 여부를 판단하여 과지급된 금액만 반환청구 할 수 있다.

# 판례로 본 건설분쟁 사례 ⑧

자료제공 / 『알기쉬운 건설분쟁 사례 해설집』(건설경제 신문사 편)

## ▶ 공사대금채권에 대한 구성원의 채권자가 한 압류의 효력

|    |                                                             |
|----|-------------------------------------------------------------|
| 쟁점 | 공동수급체 구성원 중 어느 구성원의 채권자가 공사대금채권에 대하여 압류할 수 있을까?             |
| 판단 | 공동수급체의 공사대금채권은 조합인 공동수급체의 재산이지 각 구성원의 재산이 아니기 때문에 압류할 수 없다. |

무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행을 할 수 없고, 조합 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무 집행 조합원은 조합재산에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행할 수 있다.”(대법원2000다68924판결)

### ◆ 조합 재산과 조합원 재산의 준별

공동수급체의 공사대금채권은 조합인 공동수급체의 재산으로서 조합원의 함유에 속하는 것이지 각 조합원에게 지분별로 나누어지는 게 아니다. 따라서 공동수급체의 각 구성원의 채권자는 공동수급체의 공사대금채권을 압류할 수 없다. 이를 간과하고 압류가 이루어졌더라도 채무자의 재산에 대한 압류가 아니라 채무자 아닌 제3자의 재산에 대해 압류한 것이어서 당연 무효로 된다.

#### [ 판례 ]

“민법상 조합의 채권은 조합원 전원에게 함유적으로 귀속하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인에 대한 채권으로써 그 조합원 개인을 집행채

## ▶ 공동수급체의 하도급공사대금채무

|    |                                                                          |
|----|--------------------------------------------------------------------------|
| 쟁점 | 공동수급체의 어느 구성원 사이에 하도급계약을 체결한 하도급업체는 공동수급체의 다른 구성원들을 상대로 공사대금을 청구할 수 있을까? |
| 판단 | 분담이행방식은 안되지만, 공동이행방식에서는 가능할 수 있다.                                        |

### ◆ 하도급 공사대금 채무 귀속

분담이행방식의 경우에는 각 구성원은 자기 책임하에 분담부분의 일부를 하도급할 수 있기 때문에 각자의 계산과 책임으로 분담부분의 공사를 하는 것이다. 각 구성원은 하도급계약이나 자재구매를 단독으로 하기 때문에 다른 구성원이 책임질 일은 거의 없다.

그러나 공동이행방식의 경우에는 문제가 다르다. 공동수급체의 대표자에 의하여 공동수급체 명의로 하도



급계약이 체결된 경우 하도급공사대금은 공동수급체의 채무가 된다. 공동수급체는 민법상 조합인데, 조합의 채무는 각 조합원이 분담비율에 따라 책임을 지게 된다. 즉, 하도급업체는 공동수급체의 각 구성원에게 그 분담비율에 따라서(분담비율을 알 수 없을 때에는 균등하게) 책임을 물으면 된다(민법 제712조). 그런데 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항에 따라 조합원들이 연대책임을 져야 한다. 요컨대, 공동수급체의 대표자에 의하여 공동수급체 명의로 공동수급체가 도급받은 공사를 위하여 하도급계약이 체결된 경우라면 공동수급체의 구성원들이 연대하여 하도급 공사대금을 지급할 의무가 있는 것이다. 대법원도 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들이 연대책임을 져야 한다고 판단한 바 있다(대법원 94다18638 판결).

공동수급체의 어느 한 구성원이 그 단독 명의로 하도급계약을 체결한 경우에도 하도급업체는 직접 계약을 체결한 구성원만이 아니라 다른 구성원에게도 책임을 물을 수 있을까?

먼저 공동수급체의 대표자가 아닌 개별 구성원이 그 단독 명의로 계약을 체결했을 경우이다. 이 같은 경우는 계약당사자가 공동수급체가 아니라 특정한 구성원으로 인정될 여지가 많기 때문에 다른 구성원에게 책임이 미칠 가능성이 높지 않지만, 공동수급체의 대표자가 그 단독 명의로 체결한 계약에 대해서는 조합인 공동수급체의 업무집행조합원이 조합을 위하여 조합의 업무를 집행한 것으로 인정하여 다른 구성원의 책임을 인정할 수 있을 것이다.

**[ 판례 ]**

“조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 그 채무에 관하여 조합원들에 대하여 상법 제57조 제1항을 적용

하여 연대책임을 인정함이 마땅하다”(대법원 94다18638 판결)

“공동수급체의 대표자와 공동수급체의 구성원들은 조달청이 실시한 공사입찰을 통하여 지방자치단체의 구청사 건립공사의 수급인으로 결정되었는데, 위 입찰시 특정 건설회사를 위 공동수급체가 선정한 하도급예정자로서 부대입찰자에 포함시켰고, 그 대표자와 구성원들은 조달청에 수급인으로 결정될 경우 하도급예정자에 대하여 기성고에 따라 하도급 부분에 대한 대금을 지체없이 현금으로 지급하기로 하는 내용의 확약서까지 제출하였으며, 그 후 공동수급체의 대표자와 위 하도급예정자인 특정 건설회사의 하도급계약 후에도 공동수급체의 구성원들은 구청사 건립공사 중 기계설비공사를 위 특정 건설회사가 시공하는 것에 대하여 동의한 경우 공동수급체의 대표자는 대표자의 자격에서 공동수급체를 위하여 위 하도급계약을 체결하였다고 봄이 상당하므로, 위 공동수급체의 구성원들은 상법 제57조 제1항에 의하여 위 하도급계약에 기한 책임을 연대하여 부담한다”(대선고법 2003나1388 판결)

※ 대법원은 2006.6.16 선고 2004다7019 판결에서 공동수급체의 구성원들이 하도급공사대금에 대하여 연대책임을 져야 한다는 위 대선고법 2003나1388 판결을 긍정하였다.

[ 관련조문 ]

상법 제57조(다수채무자간 또는 채무자와 보증인의 연대책임) ①수인이 그 1인 또는 전원에게 상행위가 되는 행위로 인하여 채무를 부담한 때에는 연대하여 변제할 책임이 있다.

민법 제709조(업무집행자의 대리권추정) 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정한다.

# 노무관련 상담사례 ⑨

자료제공 / 노동부

## 퇴직월의 임금에 대한 평균임금 산정방법

**Q** 월 소정근로일을 근무하지 않았어도 월급 전액을 지급받은 경우 그 전액을 평균임금 산정 기준 임금총액에 포함하여야 하는지 여부

**A** 취업규칙 등에 “퇴직하는 달에 15일 이상 근무하면 해당 월의 임금 전액을 지급한다”라는 규정에 의하여 퇴직하는 월에 15일 근무를 함으로써 해당 월의 임금전액을 지급받은 경우에도 퇴직금 산정을 위한 평균임금에는 실제 근로를 제공한 일수(15일)에 해당하는 임금만을 포함하여야 한다.

그리고, 퇴직금 산정의 기초임금인 평균임금은 근로기준법 제2조제6호의 규정에 의거 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말하며, 이와 같이 산출된 평균 임금이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 하도록 하고 있다.

평균임금 산정의 기초가 되는 산정사유 발생일 이전 3월간의 임금총액에는 그 3개월 동안의 근로의 대가로 지급되었거나 또는 지급사유가 발생되어 지급받아야 될 임금이 포함되는 것이며, 그 기간의 총일수는 평균임금 산정사유발생일 이전 3월을 역으로 소급하여 계산한 기간의 일수를 말하는 것으로 월의 대소에 따라 89~92일이 된다.

## 출산휴가 부여 및 급여보전 방법은

**Q** 출산휴가 90일을 적법하게 시행하는 방법과 급여보전 방법

**A** 근로기준법 제74조의 규정에 의하여 사업주는 임신중의 여성근로자에 대하여 산전 후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 하고, 이 경우 반드시 산후에 45일 이상이 확보되도록 하여야 하고, 산전후휴가기간동안의 임금은 최초 60일분은 사용자가 지급하여야 하고, 60일을 초과하는 30일분에 대하여는 고용보험에서 지급하고 있음(단, 우선지원규모 대상 사업장의 경우 산전후휴가기간 90일분을 고용보험에서 지급). 이 때 사용자는 통상임금 전액을 지급하여야 하고, 고용보험에서도 통상임금을 지급하되 최고 135만원까지 지급한다.

## 생리휴가 미사용시 수당지급여부

**Q** 여성근로자가 생리휴가를 사용하지 않은 경우 당해 생리휴가를 사용하지 않은 월에 대해 수당을 지급하여야 하는지 여부

**A** 근로기준법 제73조에 사용자는 여성근로자에 대해 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다고

규정하고 있을 뿐, 생리휴가 미사용에 대한 보상으로 수당 등을 지급하는 문제에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

따라서 사용자가 여성근로자의 생리휴가 청구를 거부하였거나, 생리휴가 사용을 적극 권고하지 않아, 근로기준법 제73조를 위반하였는지 여부는 별론으로 하고, 생리휴가를 사용하지 않은 근로자에 대해 수당을 지급하는 문제는 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 의해 당사자간이 약정한 바에 따라야 할 것이다.

다는 서약서는 법 위반으로 무효가 되며 효력이 없게 된다.

따라서 회사측에서 계약직 전환을 모색함에 있어 합리적이고 공정한 기준을 마련하지 않고, 위 서약서 또는 단지 여성이라는 이유만으로 일반직을 퇴직하고 계약직으로 근무하도록 하는 것은 법 위반이라고 할 수 있다.


## 생리휴가를 수당으로 대체지급시 범위 반여부

### 임산부의 5개월근무 서약서 효력유무

**Q** 임사시 임신 5개월까지만 근무하겠다고 회사측에 서약서를 제출하였는데 그 서약서가 효력이 있는지, 또한 회사측에서 이를 이유로 일반직에서 퇴직하고 계약직으로 전환 근무하도록 할 수 있는지

**A** 남녀고용평등과 일, 가정양립 지원에 관한 법률 제11조의 규정에 의하여 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니되고, 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니 된다고 규정하고 있으므로 임신 5개월까지만 근무한

**Q** 여성근로자에게 월 1일의 생리휴가를 부여하지 않고 생리수당으로 매월 대체 지급하는 경우 법 위반이 되는지, 이 경우 생리수당은 얼마나 지급받아야 하는지 여부

**A** 근로기준법 제73조에 규정한 생리휴가는 생리로 인하여 근로에 어려움을 겪는 여성 근로자에게 월 1일의 휴식을 보장하여 모성을 보호하기 위한 제도로서, 사용자가 강행적으로 준수하여야 할 의무사항이다. 회사사정 등을 이유로 생리휴가를 부여하지 아니하거나, 일괄적으로 수당으로 대체 지급하는 등 근로자가 사실상 생리휴가를 사용하지 못하도록 하는 경우에는 동 법 위반이 된다. 



#### 널리 알려진 말의 유래

#### 로봇

로봇은 인조인간을 가리키는 말로서 사람의 모습을 한 인형내부에 기계장치를 조립해 놓고 사람과 마찬가지로 동작하게 만든 자동인형을 가리킨다. 로봇이라는 말은 체코어로 '일한다(robota)'라는 뜻으로 체코슬로바키아의 작가 차페크가 <로섬의 인조인간 : Rossum's Universal Robots>를 발표하면서 비롯되었다.

인조인간을 만들려는 시도는 고대부터 있었는데 종교의식의 한 도구로 만들어지기도 했다. 중세 때부터 건물의

문을 열거나 악기를 연주하는 자동인형을 만들었으며 장식용으로 만들어지거나 지배자의 권위를 과시하는 데 이용되었다.

점점 과학이 발달하면서 정교한 로봇이 만들어지고 있으며 실용적으로 이용되고 있다. 남의 뜻대로 움직이는 주체성 없는 사람을 가리켜 로봇이라고 하기도 한다.

「말랑말랑한 절대상식」 중에서