

# 판례로 본 건설분쟁

자료제공 『알기쉬운건설분쟁사례해설집』 건설경제신문사

## 당사자의 신청에 의한 조정

쟁점	국가는 계약상대방이 신청하지 않더라도 계약금액을 조정할 의무가 있는가?
판단	당사자가 계약금액의 조정을 신청하지 않으면 발주자는 계약금액을 조정할 의무가 없다.

### 신청에 따른 조정

물가변동으로 인하여 계약금액 조정사유가 발생하였다 하더라도 그 자체로 자동적으로 계약금액의 조정이 이루어지는 것이 아니라, 계약의 상대방(수급인)이 발주자에게 적법한 계약금액조정신청을 해야 한다.

공사계약일반조건은 계약금액의 증액은 계약상대방(수급인)의 청구에 의하여야 하고, 계약상대자(수급인)는 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령 전까지 조정신청을 해야 한다(제22조제3항)고 규정하고 있다. 따라서 준공대가를 수령한 뒤에는 물가변동으로 인한 계약금액 조정신청을 할 수 없다.

대법원도 같은 태도를 취하고 있다. 즉, 당사자가 계약금액의 조정을 신청하지 않으면 발주자는 계약금액을 조정할 의무가 없다.

### 【판례】

“국가계약법 제19조와 같은 법 시행령 제64조, 같은법 시행규칙 제74조에 의한 물가변동으로 인한 계약금액조정에 있어, 계약금액조정은 계약체결일부터 일정한 기간이 경과함과 동시에 품목조정률이 일정한 비율 이상 증감함으로써 조정사유가 발생하였다 하더라도 그 자체로 자동적으로 이루어지는 것이 아니라, 계약당사자의 상대방에 대한 적법한 계약금액과 신청에 의하여 비로소 이루어진다고 할 것이다.” (대법원 2004다28825 판결)

## 기지급대가의 조정 대상 여부

쟁점	이미 지급받은 기성대가도 물가변동적용 대가에 포함되는가?
판단	이의를 유보하지 않은 채 지급받은 기성대가는 물가변동적용대가에서 제외된다.

### 계산금 제도의 활용

계약금액의 조정사유가 발생한 최초의 날인 조정기준일 이후에 이행된 부분의 대가(기성대가)라 할지라도 계약금액이 조정되기에 앞서 이미 대가가 지급된 경우에는 물가변동적용대가에서 공제되어 계약금액조정의 대상이 되지 않는다. 이는 계약금액의 증액사유에 해당되건 감액사유에 해당되건 모두 적용되는 예기다.

그러므로 계약금액 조정사유에 해당되는지 여부가 불분명한 경우에는 불이익을 피하기 위하여 대가를 개산급(概算給)으로 지급받거나 우선 계약금액의 조정을 신청한 이후에 대가를 지급받음으로써 차후 계약금액 조정을 신청하겠다는 의사를 분명히 해두는 것이 필요할 것이다.

개산급에 대한 근거는 재정경제부 회계예규인 공사계약일반조건 제39조의2에 있다. 이에 근거하여 기성대가를 개산급으로 청구하고 지급할 수 있다. 즉, 물가변동 등으로 인하여 계약금액의 증감이 예상되는 경우 당초의 산출내역서를 기준으로 산출한 기성대가를 개산급으로 지급할 수 있으며, 계약상대자가 기성대가를 개산급으로 지급받고자 할 경우 개산급신청사유를 서면으로 작성하여 첨부해야 한다.

개산급 제도를 둔 것은 계약상대자를 보호하고자 하는 취지로 보인다. 국가계약법령 및 공사계약일반조건 등에서는 계약공무원으로 하여금 계약상대방에게 기성대가와 준공대가를 신속하게 지급하도록 하고, 정당한 이유없이 대가의 지급을 지연할 경우 지연이자를 부과하도록 규정하고 있다. 그러나 물가변동, 설계변경 등으로 인하여 계약금액의 증감이 예상되는 경우 그 증감액을 신속하게 확정하지 못하여 대가의 지급이 지연되어 오히려 계약상대방의 불이익이 되지 않도록 하기 위하여 기성대가의 정확한 확정은 추후로 유보하고 당초의 산출내역서에 근거하여 대가를 지급할 수 있도록 하는 제도인 것이다.

기성대가의 지급을 신청하거나 계약금액의 조정을 청구할 때 청구금액을 확정할 근거가 있다면 굳이 개산급으로 청구할 이유가 없지만, 물가변동 등으로 인하여 계약금액의 증가가 예상되는데 증액 금액을 확정할 수 없을 때에는 우선 개산급으로 청구하여 불이익이 없도록 해야 할 것이다.

기성대가를 개산급으로 청구하여 지급받지 않았다면 물가변동으로 인하여 계약금액이 증액될 사유가 발생했더라도 아무런 이익없이 기성대가를 지급받은 것으로 인정되어 계약금액의 조정을 청

구할 수 없다는 것이다. 그래서 앞의 판결은 계약금에 대한 계약금액조정사유가 발생한 최초의 날인 조정기준일 이후에 이행된 부분의 대가(기성대가)라 할지라도 계약금액이 조정되기에 앞서 이미 대가가 지급된 경우에는 물가변동적용대가에서 공제되어 계약금액조정의 대상이 되지 않는다고 할 것이다. 위와 같은 사정으로 기성대가를 개산급으로 지급받았는지 여부가 첨예하게 다툴지기도 한다. 개산급으로 지급받았다면 계약금액 증액을 청구할 수 있지만, 아무런 이익 없이 기성대가를 받았다면 계약금액의 증액을 청구할 수는 없는 것이다.

특히, 기성신청서에는 개산급을 신청한다는 취지의 기재는 하였지만 개산급으로 지급받고자 할 경우에는 개산급 신청사유를 서면으로 작성하여 첨부해야 하는데도 기성대가를 신청하면서 별도로 개산급신청 사유서를 제출하지는 않고 단지 기성대가를 청구하는 신청서에 개산급으로 청구한다는 취지만을 기재하였다면 개산급으로 지급받은 것으로 인정받을 수 있을까. 강제조정이긴 했지만 개산급신청사유서가 없더라도 개산급으로 청구한 것으로 보아야 한다는 취지로 판단한 사례가 있다 (의정부지방법원 2004가합718) ●

**[판례]**

“조정사유가 발생한 최초의 날인 조정기준일 이후에 이행된 부분의 대가(기성대가)라 할지라도 그 대가가 조정예 앞서 이미 지급된 경우에는, 증액조정이나 감액조정을 불문하고 그 것이 개산급(概算給)으로 지급되었거나 계약당사자가 계약금액조정을 신청한 이후에 지급된 것이라면 이는 차후 계약금액의 조정을 염두에 두고 일단 종전의 계약내용에 따라 잠정적으로 지급된 것으로서 물가변동적용대가(계약금액 중 조정기준일 이후에 이행되는 부분의 대가)에 포함되어 계약금액조정의 대상이 된다고 할 것이다. 이와 달리 당사자 사이에 계약금액 조정을 염두에 두지 않고 확정적으로 지급을 마친 기성대가는 당사자의 신뢰보호 견지에서 물가변동적용대가에서 공제되어 계약금액조정의 대상이 되지 않는다고 보아야 할 것이다”(대법원 2004다28825 판결)

# 노무관련 상담사례

자료제공 노동부

## 근로자파견사업의 허가조건

**Q** 근로자파견사업의 허가조건은 어떻게 되는가?

**A** 신청인이 당해 근로자파견사업을 적정하게 수행할 수 있는 자산 및 시설 등을 갖추고, 당해 사업이 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하는 것이 아니어야 한다.

### 〈허가의 세부기준〉

- 상시 5인이상의 근로자(파견근로자 제외)를 사용하는 사업장으로서 고용보험·국민연금·산재보험 및 의료보험에 가입되어 있을 것
- 1억원이상의 자본금(개인의 경우 자산평가액)을 갖출 것
- 전용면적 20㎡ 이상의 사무실을 갖출 것
- 파견사업관리책임자를 선임할 것

## 월중 퇴직시, 인수인계 하지 않을 경우

**Q** 인수인계를 하지 않고 월중 퇴직시 임금 받을수 있는지

**A** 근로기준법상 임금의 개념

• 근로기준법에서는 '임금'이란 "사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급, 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품"이라고 정하고 있다.

- 1) 사용자가 노동자에게 지급하는 것
- 2) 노동의 대가로 지급하는 것 : 사용종속관계 아래서 제공되는 근로에 대한 보상

### 임금의 요건

• 근로기준법상 '임금'에 해당하는 것을 제대로 지급받지 못하면 노동부에 임금체불로 진

정·고소할 수 있고 다른 채권보다 우선적으로 보호받는 등 근로기준법상 보호를 받을 수 있다. 그러나 임금이 아닌 경우는 민사로 해결해야 하므로 법원에 민사소송을 통해 청구해야 하고 처벌을 요구할 수도 없다.

※ 임금에 해당하는 것과 해당하지 않는 것

- 임금에 해당하는 것
  - 근로의 질과 양에 대한 대가 : 기술수당, 직책수당, 상여금
  - 퇴직금, 휴일, 휴가에 대한 수당, 가산수당
  - 식대, 교통비 (근무일수, 직책에 상관없이 지급되는 경우)
- 임금에 해당하지 않는 것
  - 은혜적, 호의적 금품 : 경조금, 위문금
  - 실비변상적 금품 : 출장비, 판공비, 작업복 구입비
  - 복리후생비 : 학자금보조비
  - 식대, 교통비 (실제 근무일수에 따라 지급되는 경우)

임금이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공한 그 대가로 지급받은 금품일체를 말한다. 따라서 근로를 제공하고 지급받지 못한 임금이 있으면 업무인계와 무관하게 임금을 청구할 권리가 있다.

- 업무인수인계와 무관하게 임금의 청구권한이 있다고 하더라도 도의상 수행하였던 업무에 대하여는 인계인수를 함이 타당하다.

사용자는 근로기준법 제36조의 규정에 의거 근로자가 퇴직한 경우 임금, 보상금 등 기타 일체의 금품을 퇴직일로부터 14일 이내에 청산하여야 하나 특별한 사정이 있는 경우 당사자간 합의로 지급기일을 연장할 수 있다.

## 해고의 정당성 여부

**Q** 회사에서 갑자기 그만두라는 통보를 받았습니다. 이 해고가 정당한 것인지요? 그리고 해고수당을 받을 수 있는지요?

**A** 근로기준법 제23조에 의하면 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고 등 기타 징벌을 하지 못하고, 동법 제24조에는 사용자가 경영상의 이유로 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하며 해고를 피하기 위한 노력과 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하여 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하며 근로자 대표와 성실히 협의하도록 규정되어 있다. 또한 동법 제26조에 따라 사용자가 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 그 예고를 하여야 하며 30일 전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하도록 규정되어 있다.

따라서, 사용자가 부당하게 해고 등 조치를 하였을 경우에는 근로자는 노동위원회에 부당해고 등 구제신청을 할 수 있고, 30일 전에 해고예고를 아니한 경우에는 해고 예고수당으로 30일분 이상의 통상임금을 지급받을 수 있다.☉