

장기계속 공사계약에서 총 공사기간 연장에 따른 계약금액 조정 문제

– 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체
판결을 중심으로 –

The Problem of Contract Amount Adjustment Following an Extension of the Period in Continuous Long-term Construction Contracts

송 종 호*

Song, Jong-Ho

목 차

- | | |
|--------------|------------------------|
| I. 서설 | III. 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 |
| II. 대상 판결 개관 | 구속력 인정문제 |
| | IV. 결어 |

공사도급계약의 경우 매매계약 등과 같은 일회적으로 이행되는 계약과는 달리 장기간의 계약이행을 필요로 하는 특성상 계약을 이행하는 과

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.83>

투고일: 2020. 6. 30. / 심사외일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 법무법인(유한) 정률 변호사

Attorney at Law, Jeongyul LLC.

정에서 계약체결 시점에서 예측하지 못한 상황이나 원인으로 인하여 특정 공정 또는 전체 준공일이 계약 당시 계획된 것보다 지연되는 경우가 발생하게 된다.

이와 같은 공기지연이 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우에는 계약상대자는 계약서에서 정한 지체상금을 부담하게 된다. 한편, 이와 같은 공기지연이 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 경우에도 계약상대자는 공사를 완료할 때까지는 해당 현장의 인력 등을 유지할 수밖에 없는 관계로 현장을 유지하기 위한 인건비 및 관리비 등의 비용 등을 추가로 지출하게 되는데, 이 경우 이와 같은 비용을 공기지연의 책임이 없는 계약상대자에게 부담시키는 것은 불공평하다. 따라서 이와 같이 공기지연이 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 경우 계약상대자가 지출한 연장된 공사기간 동안 현장을 유지하기 위하여 지출한 비용은 발주기관에게 부담시키는 것이 공평의 원리에 부합하다.

한편, 장기계속계약의 계약당사자들의 의사는 하나의 총괄계약을 체결할 의사와 총괄계약에서 정한 총 공사기간과 총 공사대금의 범위 내에서 연차별 계약을 체결할 의사를 가지고 있다고 보는 것이 계약당사자들의 의사에 부합하므로, 장기계속공사계약에 있어 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 총 공사기간이 연장된 경우 계약상대자는 발주기관에게 해당 기간 동안 발생한 간접비를 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

[주제어] 장기계속공사계약, 계약금액조정, 공기연장, 총괄계약, 간접비

I. 서설

건설·부동산 분야의 법적 쟁점과 관련하여 최근 선고된 판결 가운데 건설업계 전반에 걸쳐 가장 파급력이 큰 판결을 꼽자면 일명 ‘지하철7호선 간접비 사건’이라고 불리는 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결이라고 할 수 있다.

간접비란 간단히 말해서 공사기간 연장사유가 발생했을 때 추가로 발생하는 인건비, 관리비 등의 경비를 말한다. 공사도급계약의 경우 매매계약 등과 같은 일회적으로 이행되는 계약과는 달리 장기기간의 계약이

행을 필요로 하는 특성상 계약을 이행하는 과정에서 계약체결 시점에서 예측하지 못한 상황이나 원인으로 인하여 특정 공정 또는 전체 준공일이 계약 당시 계획된 것보다 지연되는 경우가 발생하게 된다.

이와 같은 공기지연이 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우에는 계약상대자는 준공기한 이후에 계약서에서 정한 지체상금을 부담하게 된다. 한편, 이와 같은 공기지연이 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 경우에도 계약상대자는 공사를 완료할 때까지는 해당 현장의 인력 등을 유지할 수밖에 없는 관계로 현장을 유지하기 위한 인건비 및 관리비 등의 비용 등을 추가로 지출하게 되는데, 이 경우 이와 같은 비용을 공기지연의 책임이 없는 계약상대자에게 부담시키는 것은 어딘지 모르게 불공평하다. 이와 같은 비용을 계약상대자가 발주기관에게 청구할 수 있는지 라는 문제가 바로 간접비 청구 소송이다.

한편 이와 같은 간접비 청구 소송과 관련한 리딩케이스가 바로 2012년에 제기된 앞서 언급한 전원합의체 판결의 대상사건인 일명 ‘지하철 7호선 간접비 사건’이다. 지하철 7호선 연장공사는 대한민국이 수요기관을 서울특별시로 한 조달계약이었는데 공사기한이 당초 2011년 3월 31일이었으나, 발주기관의 예산부족 등을 이유로 총 공사기간이 2012년 12월 31일까지 총 21개월이 연장된 사건으로, 해당 사건에서는 간접비와 관련된 대부분의 법적 쟁점들이 처음으로 제대로 다뤄졌고 치열한 공방 끝에 1심 재판부¹⁾와 항소심 재판부²⁾는 건설사들의 손을 들어주었고, 이와 같은 ‘지하철 7호선 간접비 사건’ 이후로 건설사들은 발주기관을 상대로 적극적으로 간접비청구 소송을 제기하였으며, 재판 실무에서도 건설사들의 간접비 청구를 인용해 왔다.

그러나 대법원은 2018년 10월 30일 전원합의체 판결을 통해 장기계속

1) 서울중앙지방법원 2013. 8. 23. 선고 2012가합22179 판결

2) 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결

공사계약에 있어 총괄계약은 그 자체로 총 공사금액이나 총 공사기간에 대한 확정적인 의사의 합치에 따른 것이 아니라 각 연차별 계약의 체결에 따라 연동되는 것으로 일반적으로 장기계속공사계약의 당사자들은 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적 기준으로 활용할 의사를 가지고 있을 뿐 각 연차별 계약에 부기된 총 공사금액 및 총 공사기간 그 자체를 근거로 하여 공사금액과 공사기간에 관하여 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있다고 보기 어렵다고 하면서 총괄계약의 구속력을 부정함으로써 장기계속공사계약에 있어 총 공사기간의 연장을 이유로 한 계약금액조정은 인정되지 않는다고 판시하였다.

한편, 위 대법원 판결의 다수의견에 대해서 반대의견은 “계약 당사자들의 의사는 총괄계약에 구속력을 인정하고 있다고 볼 수 있음에도 불구하고 이를 간과하고 있다.”, “총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 제시하고 있지 못하고 있는 등 법령에 명시적인 규정이 없는데도 원칙에 대한 예외를 해석에 의하여 쉽게 인정한 것으로 법률해석의 방법으로 타당하지 않다.”, “총괄계약의 효력을 전부 제한하는 것이 아니라 일부만을 제한하면서도, 공사계약의 가장 중요한 사항이라고 할 수 있는 ‘공사대금’과 ‘공사기간’의 효력을 제한하고 있다는 점에서 법률행위의 성립과 효력에 관한 법리를 오해했다.”는 등의 비판이 있었는바, 이하에서는 위 전원합의체 판결에서 쟁점이 되었던 장기계속공사계약에서 총괄계약의 구속력이 인정될 수 있는지와 관련한 민사적인 법률관계에 대해서 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 대상 판결 개관

1. 사실관계

피고 서울특별시(이하 ‘피고 서울시’라고 함)는 서울지하철 7호선 온수역에서 인천 지하철 1호선 부평구청역까지 연결하는 내용의 지하철 7호선 연장공사(이하 ‘이 사건 공사’라고 함)를 추진하였다.

피고 서울시 산하 서울특별시기반시설본부(변경 전 명칭 : 서울특별시 지하철 건설본부)는 조달사업에 관한 법률 및 그 시행령에 따라 피고 대한민국 산하 조달청장에게 이 사건 공사계약의 체결을 요청하였고, 조달청장은 이 사건 공사를 701공구 내지 704공구로 구분한 다음 각 공구별로 기본설계대안입찰공사 방식, 조기착공방식으로 공사입찰공고를 하였다.

원고들은 각 공구별로 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하여 실시설계적격자로 선정되었고, 이후 피고 대한민국과의 사이에 각 공구별로 총 공사준공일을 2011년 3월 31일로 정하여 총괄계약을 체결하였다.

한편, 국토해양부장관은 국토해양부고시를 통해 사업기간을 당초 ‘2004년~2010년’에서 ‘2004년~2012년’으로 변경하였고, 이에 원고들은 피고 서울시 산하 서울특별시기반시설본부에 총 공사기간 연장으로 인한 계약금액의 조정을 신청하였으나, 피고 서울시 산하 서울특별시기반시설본부는 이 사건 공사가 장기계속공사로써 원고들과 합의에 의하여 연차별 도급계약을 체결하여 추진하였고, 공기연장비용이 이미 차수별 계약금액에 포함되어 있음을 이유로 계약금액조정에 응할 수 없다고 회신하였으며, 이에 원고들은 주위적으로는 피고 대한민국을, 예비적으로는 피고 서울시를 상대로 총 공사기간 연장에 따라 증가한 간접공사비를 청구하는 소를 제기하였다.

2. 사건의 경과

1심 판결³⁾은 피고 대한민국에 대한 청구는 기각하고⁴⁾ 피고 서울시에 대한 예비적 청구⁵⁾는 전부 인용하였다. 이에 대해 원고들과 피고 서울시가 항소를 하였고, 원심 판결⁶⁾은 1심 판결의 취지를 유지하면서 원고들의 피고 대한민국에 대한 항소는 기각하는 한편 피고 서울시에 대한 예비적 청구를 일부 감액하여 인정하였다.⁷⁾

3) 서울중앙지방법원 2013. 8. 23. 선고 2012가합22179 판결

4) 1심 재판부는 피고 대한민국 산하기관인 조달청이 수요기관인 피고 서울시를 위하여 원고들과 이 사건 공사에 관하여 공구별로 각 1차분 공사계약을 체결하였고, 위 각 계약을 체결할 당시 원고들, 피고 대한민국, 서울시 사이에 공사의 착공, 대가의 지급 등 계약 이행과 관련한 부분은 피고 서울시가 원고들에 대하여 이 사건 공사에 관한 도급계약상 권리·의무를 가지는 것으로 합의하였다고 봄이 상당하다고 하면서, 피고 대한민국은 원고들에 대하여 공사기간 연장에 따른 간접공사비 지급의무가 있다고 보기는 어렵다고 하면서 원고들의 피고 대한민국에 대한 청구를 기각하였다.

5) 원고들은 원고들과 피고 대한민국 사이에 체결된 이 사건 공사에 관한 도급계약은 구 조달사업에 관한 법률 시행령(2004. 12. 31. 대통령령 제18634호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에 따라 수요기관인 피고 서울시가 피고 대한민국의 산하기관인 조달청장에게 계약체결을 요청하여 이루어진 것으로서 위 조달청장이 수요기관을 위하여 체결한 제3자를 위한 계약이므로, 계약당사자는 조달청장이 속한 피고 대한민국이라고 하는 한편, 계약당사자가 피고 대한민국이 아닐 경우를 대비하여 수요기관인 피고 서울시를 예비적 피고로 하여 소를 제기하였다.

6) 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결

7) 원심판결은 ① 총괄계약도 전체 공사계약에 관하여 당사자 사이의 합의에 따라 총 공사대금 및 공사기간 등을 정하는 독립성을 가지는 계약인 점, ② 원고들은 총 공사기간이 연장되었음을 이유로 그 기간 동안 추가 지출한 간접공사비에 관해 계약금액 조정신청을 한 것인 점, ③ 당초 총 공사 준공일 무렵의 각 공구별 차수별 계약의 공사기간이 1회 연장된 바 있으나, 이는 각 차수별 계약 고유의 사유가 아니라 총 공사기간 연장에 그 원인이 있는 것으로 보이는 점, ④ 총괄계약만에 대해서 별도로 계약금액 조정신청을 하는 것이 불가능하다고 볼 경우, 계약상대자는 총 공사기간의 연장에 따른 계약금액의 조정을 받을 수 있는 기회 자체를 박탈당하게 되는 결과가 발생할 수도 있는 점 등을 주요 근거로 하여 총괄계약에 대해서 독자적인 계약금액 조정신청은 불가능하다는 전제하에 계약금액 조정신청의 적법 여부를 각 차수별 계약을 기준으로 판단하여야 한다는 취지의 피고측의 주장을 배척하였다.

3. 대법원의 판결 요지

3.1 다수의견

다수의견은 ① 장기계속공사계약은 총 공사금액 및 총 공사기간에 관하여 별도의 계약을 체결하고 다시 개개의 사업연도별로 계약을 체결하는 형태가 아니라, 우선 1차년도의 제1차 공사에 관한 계약을 체결하면서 총 공사금액과 총 공사기간을 부기하는 형태로 이루어지고, 제1차 공사에 관한 계약 체결 당시 부기된 총 공사금액 및 총 공사기간에 관한 합의를 통칭 ‘총괄계약’이라 칭하고 있는데, 이러한 총괄계약에서 정한 총 공사금액 및 총 공사기간은 국가 등이 입찰 당시 예정하였던 사업의 규모에 따른 것으로, 사업연도가 경과함에 따라 총 공사기간이 연장되는 경우 추가로 연차별 계약을 체결하면서 그에 부기하는 총 공사금액과 총 공사기간이 같이 변경되는 것일 뿐 연차별 계약과 별도로 총괄계약(총 공사금액과 총 공사기간)의 내용을 변경하는 계약이 체결되는 것은 아닌 점, ② 총괄계약은 그 자체로 총 공사금액이나 총 공사기간에 대한 확정적인 의사의 합치에 따른 것이 아니라 각 연차별 계약의 체결에 연동되는 것으로, 일반적으로 장기계속공사계약의 당사자들은 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적인 기준으로 활용할 의사를 가지고 있을 뿐이라고 보이고, 각 연차별 계약에 부기된 총 공사금액 및 총 공사기간 그 자체를 근거로 하여 공사금액과 공사기간에 관하여 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있다고 보기 어려운 점, ③ 장기계속공사계약에서 이른바 총괄계약은 전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 계약상대방이 각 연차별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 하므로, 총괄계

약의 효력은 계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총 공사내역에 포함된 것을 별도로 분리·발주 할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총 공사의 계약단가에 의하여 결정한다) 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 보아야 한다는 점 등을 근거로 장기계속공사계약에서 총괄계약의 구속력을 부정하면서, 원심은 장기계속공사계약에서 총괄계약과 연차별 계약의 관계 및 총괄계약에서 정한 총 공사기간의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 하면서 원심을 파기하였다.

3.2 반대의견⁸⁾

한편, 이에 대해서는 ① 장기계속공사계약의 실제 이행의 모습은 총괄계약에서 정한 총 공사기간이 연장되면 연장된 기간 내에 연차별 계약이 추가로 체결되는 형태로 진행되는 것이지 총괄계약이 연차별 계약에 연동되는 것이 아니며, 이에 따라 계약 당사자들의 의사는 총괄계약에 구속력을 인정하고 있다고 볼 수 있음에도 불구하고 이를 간과하고 있는 점, ② 다수의견은 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 제시하고 있지 못하고 있는 등 법령에 명시적인 규정이 없는데도 원칙에 대한 예외를 해석에 의하여 쉽게 인정한 것으로 법률해석의 방법으로 타당하지 않는 점, ③ 다수의견은 총괄계약의 효력을 전부 제한하는 것이 아니라 일부만을 제한하면서도, 공사계약의 가장 중요한 사항이라고 할 수 있는 ‘공사대금’과 ‘공사기간’의 효력을 제한

8) 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 김재형, 대법관 노정희의 반대의견.

하고 있다는 점에서 법률행위의 성립과 효력에 관한 법리를 오해한 점, ④ 다수의견은 국가계약법 등이 추구하는 이념인 신의성실의 원칙에도 반하고, 구체적 관련 규정에도 반하는 점, ⑤ 다수의견은 총 공사기간에 대하여 구속력을 인정하는 것이 계속비 계약이 아니면서도 1년 이상 진행되는 계약의 효력을 인정하는 것으로 예산 일년주의에 반하거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다고 주장하지만, 장기계속공사계약은 국회가 스스로 입법한 국가계약법에 따라 인정되는 것으로, 이러한 경우까지 예산 일년주의에 반한다거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다고 볼 수는 없는 점, ⑥ 장기계속공사계약에 적용되는 관련 법령이나 계약조건의 해석이 불분명하다면 이러한 법령과 계약조건을 정한 국가가 이로 인한 불이익을 받는 것이 타당하며, 따라서 부기한 총 공사기간에 구속력이 있는지 여부가 관련 법령과 계약조건에 명확하지 않다면 계약상대방인 공사업체들에게 유리하게 해석하여 구속력을 인정하는 것이 타당한 점 등에 비추어 볼 때 타당하지 않다는 반대의견이 있다.

Ⅲ. 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력 인정문제

1. 장기계속계약, 총괄계약 및 연차별 계약 등의 개념 개관

우선 대상판결에서 문제가 되고 있는 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력 인정문제를 이해하기 위해서는 그에 앞서 ‘장기계속계약’, ‘총괄계약’ 및 ‘연차별계약’이 무엇인지를 이해할 필요가 있다.

국가계약은 계약의 기간에 따라 당해 회계연도 안에 계약의 체결 및 이행이 종료되는 ‘단년도 계약’과 계약의 체결 및 이행이 수 회계연도에

걸쳐 이루어지는 ‘다년도 계약’으로 구분할 수 있는데, 이 중 ‘다년도 계약’에는 국가재정법상 계속비 예산으로 계약을 이행할 수 있도록 하는 ‘계속비계약’과 총 공사금액으로 입찰하되 각 회계연도 예산범위 내에서 연차별계약을 체결하여 계약을 이행할 수 있도록 하는 ‘장기계속계약’이 있다.

한편, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라고 함) 제21조에서는 ‘계속비계약’과 관련하여 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 국가재정법 제23조에 따른 계속비 사업에 대하여는 총액과 연부액을 명백히 하여 계속비계약을 체결하여야 한다.”고 규정하고 있고, ‘장기계속계약’과 관련하여 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 임차, 운송, 보관, 전기·가스·수도의 공급, 그 밖에 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 계약에 있어서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 장기계속계약을 체결할 수 있다. 이 경우 각 회계연도 예산의 범위에서 해당 계약을 이행하게 하여야 한다.”고 규정하고 있다.⁹⁾

이와 같이 ‘장기계속계약’이란 당해 연도 내에서 사업목적을 달성할 수 없어 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 사업의 이행에 수년을 필요로 할 때 체결되는 계약으로, 이와 같은 장기계속공사계약은 총 공사금액 및 총 공사기간에 관하여 별도의 계약을 체결하고 다시 개개의

9) ‘장기계속계약’과 ‘계속비계약’은 성질상 계약의 이행에 장기를 요하는 점과 총공사를 대상으로 입찰하여 계약을 체결한다는 점에서는 동일하지만, ① ‘계속비계약’은 최초 공사대금으로 계약을 체결하고 연부액을 부기하지만 ‘장기계속계약’은 매년 연차별 계약을 체결하고 총공사기간과 총공사금액을 부기한다는 점, ② ‘계속비계약’은 사업 소요 경비의 총액이 이미 확보되어 연차별 계약을 체결할 필요가 없지만, 장기계속공사계약은 사업에 소요되는 전체예산이 사전에 확보되지 못하여 예산사정에 따라 독립된 연차별 계약을 체결하여야 하고 만약 예산을 확보하지 못하면 사업이 중단되어 연차별 계약 간 공백이 발생할 수 있다는 점 등에서 차이가 있다(이수창, “장기계속공사계약 상 공기연장, 설계변경, 지체상금 부과가 경합된 경우의 법적 쟁점과 개선방안”, 입법과 정책 제12권 제1호, 국회입법조사처, 2020, 175쪽).

사업연도별로 계약을 체결하는 형태가 아니라, 우선 1차년도의 제1차 공사에 관한 계약을 체결하면서 총 공사금액과 총 공사기간을 부기하는 형태로 이루어지는데, 제1차 공사에 관한 계약 체결 당시 부기된 총 공사금액 및 총 공사기간에 관한 합의를 통상 ‘총괄계약’이라고 한다.¹⁰⁾

한편, 장기계속계약을 체결하는 경우 계약담당공무원은 낙찰 등에 의하여 결정된 총 공사금액을 부기하고 해당 연도 예산의 범위 내에서 제1차 공사를 이행하도록 계약을 체결하여야 하고, 이 경우 제2차 공사 이후의 계약은 부기된 총 공사금액에서 이미 계약된 금액을 공제한 금액의 범위 안에서 계약을 체결할 것을 부관으로 약정하여야 하는데,¹¹⁾ 이처럼 각각의 회계연도의 예산 범위 내에서 총 공사 중 일부 공사에 대하여 체결되는 계약을 ‘연차별계약’이라고 한다.¹²⁾

이와 같이 장기계속계약은 (전체예산이 확보되지 않은 상태에서 체결되는) ‘총괄계약’과 (확보된 예산범위 내에서 체결되는) ‘연차별계약’의 2중 구조로 되어 있는 점에 있어 다른 여타 계약과 구별되는 특징을 가지고 있다.¹³⁾

2. 공기연장으로 인한 간접공사비 청구의 법적근거

건설공사에서 공기지연은 공사 수행 중에 발생된 예측하지 못한 상황이나 원인으로 인하여 특정 공정 또는 전체 준공일이 계약 당시 계획된 것보다 늦게 완료되는 것을 말하고, 공기연장은 공기지연을 사유로 최초 계약 당시 약정한 공사기간이 변경되는 것을 의미하는데, 공기지연이

10) 김홍준, 건설재판실무 제3판, 도서출판 유로, 2019, 109쪽.

11) 국가계약법 제69조 제2항

12) 김홍준, 위의 책, 109쪽.

13) 김대인, “장기계속계약제도에 대한 비교법적 고찰”, 행정법연구 제61호, 사단법인 행정법실무이론학회, 2020, 86쪽.

반드시 공기연장을 수반하는 것은 아니다. 한편, 공기지연의 원인은 설계변경에 따른 공사량의 변경으로 공사기간이 연장되거나 선행공정의 지연, 착공의 지연, 계약당사자의 공사정지, 공사용지의 인도지연, 관급자재의 공급지연, 발주기관의 예산부족, 기타 인허가기관의 인허가 지연 등 다양하다.

이와 같이 건설공사에서 공기지연이 발생한 경우 공기지연이 전체 공사기간에 미치는 영향과 그로 인한 공사기간 연장의 필요성 및 공기지연의 사유에 대한 계약당사자의 책임 유무에 따라 공기연장여부, 간접비 보상여부 및 지체상금¹⁴⁾ 부과여부 등이 달라지게된다. 즉, 공기지연이 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우에는 공기연장이 되지 않음은 물론 계약상대자는 준공기한 이후에는 계약서에서 정한 지체상금을 부담하게 되는 반면, 공기지연이 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 경우에는 계약상대자는 공기연장에 대한 권리를 갖게 되고, 공기연장으로 발생하는 간접공사비(이하 ‘간접비’라고 함)를 발주기관에 청구할 수 있다.

한편, 공사비용은 공사 현장에서 계약목적물을 완성하기 위한 직접 작업에 투입되는 직접비와 그러한 공사현장을 관리·감독하는 보조작업에 투입되는 간접비¹⁵⁾로 나눌 수 있는데, 직접비는 주로 공사물량의 증감·변동에 따라 함께 증감·변동하는 반면, 간접비는 주로 공사기간의 증감·변동에 따라 함께 증감·변동하며, 따라서 본래 예정했던 공사물량에는 변함이 없고 공사기간만 늘어난 경우에는 직접비는 증가하지 않지만 간접비가 증가하게 된다.¹⁶⁾

14) 대법원은 도급계약에서 지체상금의 약정이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 손해배상의 예정으로 보고 있다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 등 참조).

15) 노무비, 입차료, 보증료 등 제반 경비가 이에 해당된다(윤재운, 건설분쟁관계법 중판, 박영사, 2012, 187쪽).

16) 권영준, “장기계속공사계약에서 총 공사기간이 연장된 경우 총 공사대금 조정 여부”, 민법판례연구 I, 박영사, 2019, 265쪽.

원칙적으로 계약은 구속력이 있고 사정변경에 의한 계약의 변경은 허용되지 않으므로 계약당사자 사이에 특별한 사정이 없는 한 공기가 연장되었다고 하여 당연히 계약금액이 증액되는 것은 아니고¹⁷⁾ 계약당사자 사이에 공기연장에 따라 계약금액을 증액한다는 약정이 있어야 한다.

이와 관련하여 국가, 지방자치단체, 공공기관, 공기업, 지방공기업이 계약의 당사자인 관급공사의 경우 국가계약법 제19조 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘지방계약법’이라고 함) 제22조에서 공기연장과 관련하여 계약금액 조정 근거에 대하여 명기하고 있고, 회계예규 공사계약 일반조건 제23조 및 제26조에서는 공사기간 변경으로 계약금액을 조정할 필요가 있는 경우 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정한다고 규정하고 있는 바, 계약당사자는 이와 같은 규정에 근거하여 공기연장에 따른 간접비를 청구할 수 있다.¹⁸⁾

현재 공기연장으로 인한 간접공사비가 문제되는 사안은 대부분 장기계속계약의 형태로 체결되는 관급공사인데, 그 이유는 장기계속계약의 형태로 체결되는 관급공사의 경우 그 공사규모가 큰데다 예산 배정의 지연이나 분산투자, 보상지연 등의 사유로 공사기간이 늘어나는 일이 빈번하고 그 지연기간도 장기인 경우가 많기 때문이다.

17) 물론 만일 도급인의 귀책사유로 인하여 공사기간이 연장되는 경우 수급인이 손해배상을 청구할 수 있지만, 계약당사자 사이에 별도의 약정이 없는 경우 계약금액이 당연히 증액되는 것은 아니다.

18) 참고로 민간공사의 경우 공사도급표준계약서 공사계약 일반조건 제23조(기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액 조정), 제26조(계약기간의 연장), 제47조(공사의 일시정지) 등의 규정이 그 법적근거가 될 수 있다.

3. 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력에 대한 검토

3.1 장기계속공사계약에서의 계약당사자의 의사해석 문제

우선 대상판결은 국가계약법 제21조에 따른 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력과 관련하여, “일반적으로 장기계속공사계약의 당사자들은 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는 데 잠정적 기준으로 활용할 의사를 가지고 있을 뿐이라고 보이고, 각 연차별 계약에 부기된 총 공사금액 및 총 공사기간 그 자체를 근거로 하여 공사금액과 공사기간에 관하여 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있다고 보기 어렵다.”고 판시함으로써 각 연차별 계약에 부기된 총 공사금액 및 공사기간의 구속력을 인정하고 않았고, 그 결과 장기계속공사계약에서 총 공사기간이 최초로 부기한 공사기간보다 연장된 경우에 공사기간이 변경에 따른 계약금액 조정을 인정하지 않았는바, 이와 같이 대상판결의 다수의견이 장기계속공사계약에 있어서 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 주요 근거는 ‘계약당사자들의 의사’인 것을 알 수 있다.

그러나 국가계약법 시행령에서는 장기계속공사의 경우 ‘총 공사’를 대상으로 하여 입찰하게 하여야 한다고 규정하고 있고,¹⁹⁾ 입찰공고에는 ‘계약의 착수일 및 완료일’을 명시하도록 규정하고 있으며,²⁰⁾ 한편, 물가변동, 설계변경, 기타 계약 내용의 변경으로 인한 계약금액 조정시에는 ‘총 공사대금’을 계약금액으로 하여 조정하도록 규정하고 있고,²¹⁾ 대형공사²²⁾와 특정공사²³⁾도 총 공사대금을 기준으로 분류하며,²⁴⁾ 계약금액

19) 국가계약법 시행령 제14조 제8항

20) 국가계약법 시행령 제36조 7호

21) 국가계약법 시행령 제64조 제1항, 제65조 제2항, 제66조 제1항

22) 총공사비 추정가격이 300억원 이상인 신규복합공종공사를 말한다(국가계약법 제79조 제1항 제1호).

의 100분의 10 이상으로 납부하게 해야 하는 계약보증금도 장기계속공사에 있어서는 총 공사금액의 100분의 10 이상을 납부하여야 하고,²⁵⁾ 연대보증인도 특별한 사정이 없는 한 연차별 공사대금이 아니라 총 공사대금에 대해 보증의무를 부담하는바, 이에 따라 입찰에 참가하는 자는 공고된 총 공사대금 및 총 공사기간을 기준으로 사업계획 및 비용조달 계획을 수립하여 입찰에 참가하고, 낙찰된 후에는 계약을 체결하게 된다.²⁶⁾

더욱이 대법원은 국가계약법에 따른 입찰절차에서 그 계약의 목적물, 계약금액, 이행기 등 계약의 주요한 내용과 조건은 발주자의 입찰공고와 최고가(또는 최저가) 입찰자의 입찰에 의하여 당사자의 의사가 합치됨으로써 낙찰자를 결정할 때 이미 확정되었다고 할 것이므로, 발주자가 계약의 세부내용을 조정하는 정도를 넘어서서 계약의 주요한 내용 내지 조건을 입찰공고와 달리 변경하거나 새로운 조건을 추가하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다고 보고 있는바,²⁷⁾ 이와 같은 국가계약법의 규정 및 관련 대법원 판결에 비추어 볼 때에 대상판결의 다수의견과 같이 장기계속공사계약의 당사자들의 의사가 과연 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다고 볼 수 있는지는 의문이다.

한편 대상판결에서 다수의견이 장기계속공사계약에 있어서 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 주요 근거로 제시하고 있는 것은 ‘계약당

23) 총공사비 추정가격이 300억원 미만인 신규복합공중공사 중 각 중앙관서의 장이 대안 입찰 또는 일괄입찰로 집행함이 유리하다고 인정하는 공사를 말한다(국가계약법 제79조 제1항 제2호).

24) 국가계약법 시행령 제79조 제1항

25) 국가계약법 시행령 제50조 제3항

26) 권영준, 앞의 논문, 267쪽.

27) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결

사자들의 의사'인데, 계약서와 같은 처분문서의 경우 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 이 경우 의사표시의 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있는 내심적 효과의사가 아니라는 기존 처분문서 및 의사표시의 해석에 관한 대법원의 기존 입장에 비추어 볼 때,²⁸⁾ 계약당사자 사이에 체결된 공사도급계약서에 기재된 내용에 대해서는 이에 대한 구속력을 배제할만한 다른 특별한 사정이 없는 한 계약당사자 사이에서 의사의 합치가 있다고 보고 구속력을 인정하는 것이 일반적인 처분문서 및 의사표시의 해석에 부합함에도 대상판결의 다수의견이 장기계속공사계약의 공사도급계약서에 기재된 '총 공사대금' 및 '총 공사기간'에 대해 계약당사자 사이에서 구속력을 가지지 않는다거나 잠정적인 기준을 정해 놓은 것이라는 의사가 전혀 표시되어 있지 않음에도 불구하고, 계약당사자들이 이를 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다고 본 것은 처분문서 및 의사표시의 해석과 관련한 기존의 대법원의 입장에 비추어 볼 때 매우 이례적인 것이라고 할 수 있다.

더욱이 만일 대상판결의 다수의견과 같이 장기계속공사계약에 있어서 '총 공사대금'이나 '총 공사기간'이 계약당사자 사이에 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않았다면, 이를 변경하는 과정에서 굳이 변경계약의 형태로 체결할 이유가 없음에도 불구하고, 실무상 이와 같은 '계약당사자들의 의사'는 '총 공사대금'이나 '총 공사

28) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결

기간'의 변경을 요청하는 청약과 이에 대하여 승낙을 함으로써 변경계약을 체결하는 형태로 나타나게 되는데, 이와 같이 청약과 승낙의 합치라는 계약당사자 사이의 합의에 의하여 결정되거나 변경된 '총 공사대금' 또는 '총 공사기간'에 대해서 당사자 사이에서 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다고 보는 것 역시 처분문서 및 의사표시의 해석과 관련한 일반이론에 비추어 볼 때에도 매우 이례적이라고 할 수 있다.

뿐만 아니라 대상판결은 사업연도가 경과함에 따라 총 공사기간이 연장되는 경우 추가로 연차별 계약을 체결하면서 그에 부기하는 총 공사금액과 총 공사기간이 같이 변경되는 것일 뿐 연차별 계약과 별도로 총괄계약(총 공사금액과 총 공사기간)의 내용을 변경하는 계약이 체결되는 것은 아닌 점을 근거로 장기계속공사계약의 당사자들은 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다고 보고 있으나, 실제 개별사안에 따라서는 '차수별 계약 금액'이나 '차수별 공사기간'의 변경 없이 '총 공사대금'이나 '총 공사기간'만을 변경하는 내용의 변경계약을 체결하는 경우도 있는데, 이와 같은 경우에도 '계약당사자들의 의사'에 근거하여 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 대상판결의 입장이 과연 유지될 수 있을지도 의문이다.

3.2 장기계속공사계약에 있어 총괄계약의 효력제한 문제

다음으로 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 성립자체는 인정하면서도 그 효력을 계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총 공사내역에

포함된 것을 별도로 분리·발주 할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총 공사의 계약단가에 의하여 결정한다) 등에만 제한적으로 미친다고 보고 있다.

그러나 이에 대해서 대상판결의 반대의견에서 적절하게 지적하고 있듯이 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 제시하고 있지 못하고 있는 등 법령에 명시적인 규정이 없는데도 원칙에 대한 예외를 해석에 의하여 쉽게 인정한 것으로 법률해석의 방법으로 타당하지 않으며, 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 효력을 전부 제한하는 것이 아니라 일부만을 제한하면서도, 공사계약의 가장 중요한 사항이라고 할 수 있는 ‘공사대금’과 ‘공사기간’의 효력을 제한하고 있다는 점에서 법률행위의 성립과 효력에 관한 법리를 오해하였다.

즉, 민법 제664조에 의하면 도급계약은 특정한 일을 완성하기로 정하고 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 발생하는데, 이와 같은 도급계약에서 있어서 가장 본질적이고 중요한 사항은 ‘어떤 일을 언제까지 완성할 것인지’라는 ‘계약기간’과 ‘처리한 일의 결과에 대하여 지급될 보수가 얼마인지’라는 ‘계약금액’이라고 할 수 있다.

한편, 장기계속공사계약의 경우에도 수급인은 총괄계약에서 정한 전체공사를 완성하여야 할 의무를 부담하는 것을 전제로 입찰에 참여하고 공사도급계약을 체결하는 것이지만, 해당 공사도급계약의 경우 그 이행이 당해 연도 내에서 사업목적을 달성할 수 없어 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 사업의 이행에 수년을 필요로 하는 관계로 부득이 각각의 회계연도 예산범위 내에서 총 공사 중 일부공사에 관하여 연차별 계약을 체결하는 형태로 진행되는 것이며, 이에 따라 장기계속공사계약도 결국 하나의 공사에 대한 하나의 도급계약이고, 연차별계약은 그 도급계약을 구성하는 여러 개의 부속품에 불과하다고 할 수 있으며,

이와 같은 점에서 장기계속계약은 개별계약을 통해 비로소 구체적 거래 내용이 정해지는 계속적 공급계약보다는 미리 정한 내용을 일정 시기에 나누어 실현하는 분할공급계약과 더 유사하다고 할 수 있는바,²⁹⁾ 따라서 이와 같은 장기계속공사계약에 있어서 계약당사자 사이에서 가장 본질적이고 중요하고 주요한 관심 사항은 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’이라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 명확하게 제시하지도 않으면서 총괄계약의 효력이 계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁 입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총 공사내역에 포함된 것을 별도로 분리·발주 할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총 공사의 계약단가에 의하여 결정한다) 등에만 제한적으로 미칠 뿐, 가장 본질적이고 중요한 사항인 총 공사금액이나 총 공사기간에 대하여는 미치지 않는다고 보았는바, 이와 같이 총괄계약의 존재와 그 법적구속력을 인정하면서도 총괄계약의 핵심요소인 총 공사대금이나 총 공사기간에 대한 법적구속력을 인정하지 않은 것은 계약법의 일반법리에 비추어 볼 때 매우 어색할 뿐만 아니라, 이는 공익적 특성을 가진 행정조달계약에서의 규율은 계약상대자를 충분히 보호하는 방향으로 해석되어야 함에도 불구하고 오히려 계약상대자에게 불리하게 해석한 것으로³⁰⁾ 이와 같은 대상판결의 다수의견에 의할 때는 결국 계약상대자는 총 공사금액에 대하여 계약상의 모든 의무를 부담하면서도 권리는 각 차수별 계약금액에 대해서만 행사할 수 있다는 불평등한 결과가 초래된다.³¹⁾

29) 권영준, 위의 논문, 266쪽.

30) 이준만, “관급공사 도급계약에서 발생하는 간접비에 관한 대법원 판결에 대한 소고”, 법학논총 제39권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 67쪽.

다시 말해 일반적으로 계약서에 기재된 내용의 경우 특별한 사정이 없는 한 계약의 내용에 포함되어 계약당사자 사이에서 기재된 내용에 대해 의사의 합치가 있다고 보아 법적구속력을 인정하게 되고, 계약서의 내용에 포함된 이상 총괄계약서라는 제목으로 별도 형식의 문서를 작성하지 않았다고 하더라도 계약당사자 사이에서는 그 내용에 대해 법적구속력이 인정된다는 것은 법률행위의 일반이론에 비추어 볼 때 당연한 것임에도 불구하고 대상판결 다수의견은 연차별계약서에 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’이 명시적으로 기재되어 계약내용에 포함되어 있음에도 불구하고 이에 대해서 법적 구속력을 인정하지 않는다.

그러나 법률행위가 성립되면 일반적 효력발생요건³²⁾이나 개개의 법률행위에 관한 법률의 규정³³⁾ 또는 당사자의 특약에 의하여 요구되는 특별효력요건을 갖추지 못하였다는 등의 사정이 없는 한 효력을 발생하므로, 대상판결의 다수의견과 같이 장기계속공사계약에서 총괄계약의 성립을 인정하면서도 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’의 효력이나 구속력을 제한하기 위해서는 이에 대하여 법령에서 규정하고 있거나 계약당사자 사이에 특약이 있어야 하는데, 현행법령상 장기계속계약에서 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’의 효력이나 구속력을 제한하는 규정은 존재하지 않으므로 결국 대상판결의 다수의견과 같이 장기계속계약에서 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’의 효력이나 구속력을 제한하기 위해서는 계약당사자들 사이에 이와 같은 내용의 특약³⁴⁾이 있다고 볼 수 있어야

31) 김대인, 앞의 논문, 86-87쪽.

32) 의사표시자에게 권리능력, 의사능력 및 행위능력이 있을 것, 법률행위의 목적이 확정되어 있거나 확정 가능하여야 하고, 그 실현이 가능하여야 하며, 목적이 법에 위반되지 않아야 하고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않아야 할 것, 의사표시에 관하여 의사와 표시가 일치하고, 의사형성과정에 하자가 없을 것 등이 이에 해당할 수 있다(지원림, 민법강의 제3판, 홍문사, 2004, 142쪽).

33) 법정대리인의 동의(민법 제5조), 대리권의 존재(민법 제114조 이하), 조건의 성취 또는 기한의 도래(민법 제147조 이하), 유언에서 유언자의 사망(민법 제1073조) 등이 이에 해당할 수 있다(지원림, 민법강의 제3판, 홍문사, 2004, 141쪽).

한다.³⁵⁾ 그러나 장기계속공사계약의 입찰과정 및 계약체결과정, 국가 계약법 등 관련 규정 및 장기계속공사계약에 있어서 계약당사자 사이에서 가장 본질적이고 중요하고 주요한 관심 사항은 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’이라는 사실에 비추어 볼 때 과연 계약당사자의 의사와 같이 해석할 수 있을지는 의문이며, 오히려 장기계속계약의 계약 당사자들의 의사는 ①하나의 총괄계약을 체결할 의사와 ②총괄계약에서 정한 총 공사기간과 총 공사대금의 범위 내에서 연차별 계약을 체결할 의사를 가지고 있다고 보는 것이 계약당사자들의 의사에 부합한다고 보인다.

3.3 총괄계약의 구속력 인정과 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권 침해 문제

앞서 살펴보았듯이 대상판결의 다수의견이 ‘계약당사자들의 의사’에 근거하여 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 것은 처분문서 및 법률행위의 해석과 관련한 일반이론에 비추어 볼 때 문제가 있는바, 결국 대상판결의 다수의견에 의할 때 총괄계약의 구속력

34) 대상판결 다수의견은 계약당사자 사이에 총괄계약의 ‘총 공사기간’과 ‘총 공사대금’의 법적 구속력을 인정하지 않는 근거를 ‘당사자들은 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다.’는 계약당사자의 묵시적 의사에 근거한 것으로 보인다.

35) 장기계속공사계약에 있어 공기연장으로 인한 간접공사비와 관련하여 실제로 가장 많이 문제 되는 사유는 연차별 계약 사이의 중지기간(공백기)으로 인한 것인데, 이와 같은 공백기가 발생하는 가장 큰 이유는 발주기관의 예산미확보 등으로 인함이다. 한편, 전체 공사에 대하여 이행의무를 부담하는 계약상대자의 입장에서는 이와 같은 공백기에도 현장의 유지 및 관리를 위하여 필수인력을 배치하는 등 비용을 지출할 수밖에 없는데, 장기계속공사계약을 체결하려는 계약상대자에게 계약체결 당시 발생 여부 및 기간 등을 전혀 예측할 수 없는 이와 같은 공백기간에 대하여 지출하는 비용을 감수할 의사가 있었다거나 계약당사자들 사이에 이와 같은 공백기간에 대하여 지출하는 비용을 계약상대자가 부담하기로 하는 특약이 있었다고 보기는 어렵다.

을 부정하는 근거로 내세울 수 있는 것은 총괄계약에 대하여 구속력을 인정할 경우 계속비 계약이 아니면서도 1년 이상 진행되는 계약의 효력을 인정하는 것이 되어 예산 일년주의에 반하거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다는 것뿐이다.

그러나 대상판결의 반대의견이 적절하게 지적하고 있듯이 장기계속 공사계약은 국회가 스스로 입법한 국가계약법에 따라 인정되는 것으로, 이러한 경우까지 예산 일년주의에 반한다거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 국가계약법 제5조에서 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 한다고 규정하고 있는 것과 같이 관급공사계약의 경우 국가, 지방자치단체, 공기업 등이 사경제주체(私經濟主體)로서 체결하는 사법상의 계약으로 원칙적으로 민사법의 원리가 적용되는바, 장기계속계약에 있어 총괄계약의 구속력을 인정할 경우 예산 일년주의에 반한다거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다는 등의 주장은 사법상의 계약에 있어 그 구속력이나 그 효력을 제한할 수 있는 근거인 법률의 규정이나 당사자 사이의 특약 등에 해당된다고 볼 수도 없는바, 이를 근거로 계약당사자 사이에서 유효하게 체결된 사법상의 계약의 구속력이나 그 효력을 제한하는 것은 타당하지 않다.³⁶⁾

더군다나 발주기관에서 장기계속계약을 활용하는 가장 큰 이유는 계속비계약의 경우 해마다 연부액이 미리 확정되어 있는 관계로 계속비 사업이 늘어날수록 재정운영의 경직성이 가중되는데 비하여, 장기계속 계약의 경우 매년 예산사정을 감안한 신축적인 예산편성과 집행이 가능하기 때문이다. 즉, 발주기관의 입장에서는 계속비 계약에 의한 경우보다 장기계속계약을 체결하는 경우 사업착수에 용이하다는 것을 이용하

36) 이와 같은 대상판결의 다수의견에 대하여는 예산편성 및 집행의 특수성을 지나치게 강조하여 국가계약법 및 지방계약법이 추구하는 대등한 계약의 원칙을 충분히 구현하지 못했다는 비판이 있다(이수창, 앞의 논문, 177쪽).

여 다음 차수계약에 대한 예산배정 가능여부를 면밀하게 검토하지 않은 채 일단 1차수 계약을 체결하고 1차수 계약에 대한 예산만을 배정받아 사업에 착수하게 된다.³⁷⁾ 이와 같이 장기계속계약 방식으로 다년도 계약이 체결되는 것은 전적으로 발주기관의 사정에 따른 결과임에도 불구하고 대상판결의 다수의견에 의할 경우 장기계속공사계약의 이행과정에서 발주기관의 예산미확보 등으로 인하여 추가로 발생하는 비용을 계약상대방이 부담해야 한다는 것이 되어 타당하지 않다.³⁸⁾

한편, 건설공사에서 공기지연이 발생한 경우 공기지연이 계약상대자의 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우에는 공기연장이 되지 않음은 물론 계약상대자는 계약서에서 정한 준공기한 이후에는 지체상금을 부담하게 되므로, 이에 대응해서 공기지연이 계약상대자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 경우 계약상대자는 공기연장에 대한 권리를 갖게 되는 한편 공기연장으로 발생하는 간접비를 발주기관에 청구할 수 있다고 보는 것이 공사기간 연장의 위험배분의 관점³⁹⁾ 및 형평의 관점에서도 타당한바, 이와 같은 점에 비추어 볼 때에도 예산 일년주의에 반한다거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해할 이유로 장기계속공사계약에서의 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 것은 타당하지 않다.

37) 법무법인(유) 율촌, “장기계속공사계약의 헌법 합치 여부 및 개선방안”, 기획재정부발 간자료, 2013, 46-47쪽.

38) 이에 대해서는 발주자가 미리 예산을 확보하지 못한 사정에 따라 계약을 체결한 상대방에게 예산을 확보하여 둔 경우보다 더 가혹하고 불리한 결과를 감내하여야 한다는 것이 대상판결의 다수의견의 결론이라는 견해가 있다(이준만, 앞의 논문, 69쪽).

39) 이에 대해서는 대상 판결에서 문제된 사건의 경우 국토해양부장관이 기본계획을 변경하여 사업기간을 연장함으로써 공사기간이 연장되었고, 그 결과 추가적인 간접비가 발생하였는바, 계약의 당사자 중 이러한 사태의 원인을 제공하였고, 그 사태에 더욱 가까운 거리에 있었고, 더 적은 비용으로 사태를 제어할 수 있었던 당사자는 계약상대자가 아닌 국가이므로 총 공사기간 연장으로 인해 실현된 위험, 즉, 간접비는 계약상대자보다는 국가측이 부담하는 것이 위험배분의 관점에서 타당하다고 보는 견해가 있다 (권영준, 앞의 논문, 269쪽).

IV. 결어

대상판결의 다수의견이 장기계속공사계약에 있어서 총괄계약의 구속력을 인정하지 않는 주요 근거는 ‘계약당사자들의 의사’이나, 국가계약법의 규정 및 기존 대법원의 입장에 비추어 볼 때에 대상판결의 다수의견과 같이 장기계속공사계약의 당사자들의 의사가 과연 총괄계약의 총 공사금액 및 총 공사기간을 각 연차별 계약을 체결하는데 잠정적 기준으로 활용할 의사만을 가지고 있을 뿐 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있지 않다고 볼 수 있는지는 의문이다.

한편, 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 제시하고 있지 못하고 있고, 법령에 명시적인 규정이 없는데도 원칙에 대한 예외를 해석에 의하여 쉽게 인정하는 등 일반적인 법률행위의 해석 방법에 비추어 볼 때에도 문제가 있으며, 더욱이 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 효력을 전부 제한하는 것이 아니라 일부만을 제한하면서도, 공사계약의 가장 중요한 사항이라고 할 수 있는 ‘공사대금’과 ‘공사기간’의 효력을 제한하고 있다는 점에서 법률행위의 성립과 효력에 관한 법리를 오해하였는바, 이와 같은 점에 비추어 볼 때 대상판결의 결론은 타당하지 않다고 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

김홍준, 건설재판실무 제3판, 도서출판 유로, 2019.

윤재운, 건설분쟁관계법 중판, 박영사, 2012.

지원림, 민법강의 제3판, 홍문사, 2004.

2. 학술지

권영준, “장기계속공사계약에서 총 공사기간이 연장된 경우 총 공사대금 조정 여부”, 민법판례연구 I, 박영사, 2019, 260-272쪽.

김대인, “장기계속계약제도에 대한 비교법적 고찰”, 행정법연구 제61호, 사단법인 행정법실무이론학회, 2020, 85-114쪽.

이수창, “장기계속공사계약 상 공기연장, 설계변경, 지체상금 부과가 결합된 경우의 법적 쟁점과 개선방안”, 입법과 정책 제12권 제1호, 국회입법조사처, 2020, 173-201쪽.

이준만, “관급공사 도급계약에서 발생하는 간접비에 관한 대법원 판결에 대한 소고”, 법학논총 제39권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 55-79쪽.

3. 기타

법무법인(유) 올춘, “장기계속공사계약의 헌법 합치 여부 및 개선방안”, 기획재정부발간자료, 2013.

[Abstract]

The Problem of Contract Amount Adjustment Following an Extension of the Period in Continuous Long-term Construction Contracts

Song, Jong-Ho*

Since contracts for any construction work require long-term fulfillments, unlike one-time contracts such as sales contracts, there are cases where a specific process or the total completion date of the construction gets delayed due to unforeseen circumstances or reasons at the time of the contract's conclusion.

In cases where the counterparty of the contract is responsible for such schedule delay, it is obliged to compensate the liquidated damages for the delay after the deadline for completion negotiated in the contract. Yet in cases where the counterparty is not responsible for such schedule delay, it still bears the additional costs for the labor, maintenance, and more, since it has no choice but to continue the process until the construction is completed. In the latter case, it is unfair for the counterparty that is not responsible for the schedule delay to bear all the additional costs. Therefore, in such cases where the counterparty is not liable for the schedule delay, the costs that it used to maintain the construction site for the extended duration should be compensated by the ordering agency.

The most reasonable intent of both contracting parties of a continuous long-term contract is to sign one general contract, and to sign annual contracts within the boundaries of the total construction period and

* Attorney at Law, Jeongyul LLC.

construction cost negotiated in the general contract. Thus, in cases where the total duration of the construction is delayed without the fault of the counterparty of the continuous long-term construction contract, it is most appropriate to conclude that the counterparty has the right to demand the overhead expenses that occur during the delay from the ordering agency.

[Key Words] continuous long-term contract, contract amount adjustment, extension of the period, general contract, indirect construction cost