일감법학 | 제48호
2021년 2월 45-82쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.48, Feb., 2021. pp.45-82
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

장기계속공사계약에서 이른바 총괄계약의 법적 성격에 관한 고찰

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

Research on the Legal Nature of So-called General Contracts in Long-term Continuous Construction Contracts

-Focusing on the Supreme Court 2018. 10. 30. Judgment 2014 Da 235189 en banc decision-

김 태 관*
Kim Tae-Kwan

목 차

대상판결: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결
[연구]
Ⅰ. 서: 문제의 제기
Ⅱ. 대상판결의 평석을 위한 전제적 논의
Ⅲ. 장기계속공사계약제도에 대한 입법연혁적 관점에서의 검토
Ⅳ. 총괄계약의 법적 성격과 그 효력에 대한 예약적 관점에서의 검토
Ⅴ. 대상판결의 검토

대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결(이하 "대상판결"이라 한다)은 장기계속공사계약에서 총공사기간이 연장된 경우 발주자인 도급인이 수급인에게 계약금액을 조정・지급하여야 하는지 여부가 다투어진 사안에 대한 것이다. 대상판결에서 다수의견은 제1차공사계약 체결 당시 부기된 총공사금액 및 총공사기간에 관한 합의인 총괄계약의 효력에 대해 계약 상대방이나 계약의 전체 규모만을 결정하는 잠정적 기준으로서의

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.45
투고일: 2021. 1. 14. / 심사의뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사, 법학박사
Associate Professor, Attorney at Law/ Ph.D. in Law, Law School, Yonsei University

효력만 갖고, 계약 당사자들의 급부의 내용, 공사대금의 액수, 공사기간 등 계약의 구체적 항목들에 대해서는 확정적 구속력을 갖지 아니한다고 보았다. 반면, 반대의견은 다수의견과 같이 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한할 이유가 없다고 보아 총괄계약의 효력을 인정한다.

그러나 다수의견과 반대의견은 대상판결에서 제시하는 핵심적인 이유인 이른바 "총괄계약"의 법적 성격과 그에 기한 효력에 대해서는 상세한 검토를 하고 있지 않다. 이에 이 논문에서는 먼저 총괄계약과 차수별 계약이 등장하게 된 배경이 된 장기계속공사계약제도가 도입된 배경과 목적을 살펴서 장기계속공사계약에서 총괄계약의 의미를 살펴보았다. 이러한 연혁적 검토에 의하면, 장기계속공사계약을 도입한 목적은 당초 확정된 설계도서에 기초하여 전체 공사규모(총공사금액)와 사업기간(총공사기간)을 전제로 이를 수행할 계약상대자를 적절하게 선정할 수 있도록 함으로써 입찰참가자의 무분별한 저가입찰을 방지하는 것, 그리고 1차 공사계약의 상대방이 갖는 수의계약에 대한 권리에 기초하여 총공사금액과 총공사기간을 증가 또는 연장하는 것을 방지하는 것에 있다. 이와 같은 점을 감안할 때, 총공사금액과 총공사기간에 관한 합의인 총괄계약에 대해, "잠정적 기준"이라는 전제하에 당사자가 "확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사"를 갖고 있다고 보기 어렵다는 대상판결의 판단은 납득이 어려운 해석이라고 본다. 즉, 장기계속공사계약에서 확정된 "총공사금액과 총공사기간"은 연차별 또는 차수별 계약에 기한 공사비증액 등의 폐단을 통제하기 위해 마련된 핵심적인 통제장치라고 보아야 하며, 그에 대한 확정적인 구속력을 부여하지 않는 것은 부당하다.

다음으로, 총괄계약의 법적 성질과 효력을 예약의 관점에서 검토하였다. 이에 의하면, 예약의 성립요건과 관련하여 "본계약내용의 확정성"의 요건을 엄격하게 새기게 되면, 총괄계약은 차수별 계약체결의 잠정적 기준에 불과할 수도 있다. 그러나 편무예약에서 본계약내용의 확정성은 일방예약과 달리 본계약내용의 "확정가능성"을 좀 더 넓게 해석할 소지가 있다. 즉, 당사자 사이의 예약에 의한 확정적 구속의 의사가 인정되는 이상 본계약내용의 확정성은 일방예약에서 본계약의 성립에서 요구되는 정도의 확정성을 예약의 성립단계에서 요구할 것은 아니라고 할 것이다. 특히 입찰과 낙찰에 의해 총공사금액과 총공사기간이 확정된 상태에서, 장기계속공사계약의 특성상 국가 등이 당해 연도에 당해 사업을 위해 확보한 예산은 낙찰자에게 공개되어 충분히 확인이 가능하고, 공정계획상 그 예산범위 내에서 진행되어야 할 공사물량은 설계도면과 산출내역서 등에 의해 충분히 특정가능한 범위에 들어온다고 할 것이므로, 본계약체결의 확정가능성을 인정할 수 있다고 볼 수 있다.

결론적으로 총괄계약의 법적 성격은 편무예약으로 이해함이 타당하다고 생각한다.

[주제어] 장기계속공사계약, 공사기간 연장, 계약금액조정, 총괄계약, 예약

대상판결: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결

[사건의 개요]

1. 사실관계

피고 서울특별시(이하 '서울시'라고 한다)는 서울지하철 7호선 온수역에서 인천 지하철 1호선 부평구청역까지 연결하는 9개 정거장, 총연장 10.2km 규모의 지하철 7호선 연장공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)를 추진하였는데, 이를 위해 서울시 산하 서울도시기반시설본부(변경 전 명칭: 서울특별시 지하철건설본부)는 조달사업에 관한 법률 및 그 시행령에 따라 피고 대한민국 산하 조달청장에게 이 사건 공사에 대한 계약체결을 요청하였고, 조달청장은 이 사건 공사를 701공구 내지 704공구로 구분한 다음, 2004. 8. 16. 각 공구별로 기본설계 대안입찰공사 방식, 조기착공 방식으로 공사입찰공고를 하였다.

건설회사인 원고들은 각 공구별로 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하였고, 2004. 12.경 실시설계적격자로 선정되었으며, 2004. 12. 30. 피고 대한민국과 사이에, 각 공구별로 총공사준공일을 2011. 3. 31.로 부기하여 1차분 계약을 체결하였다.

이후 국토해양부 장관이 2010. 9. 27. '서울 도시철도 7호선(온수역-부평역) 기본계획 변경'을 고시하여 사업기간을 당초 '2004년~2010년'에서 '2004년~2012년'으로 이 사건 공사기간을 약 2년간 연장하면서, 모든 공구의 공동수급체들은 이 사건 공사의 총괄계약의 준공기한을 2011. 3. 31.에서 2012. 12. 31.로 변경하였다.

그리고 변경 당시 각 공구별 공동수급체들(701공구의 대표사 원고 대림산업 주식회사, 702공구의 대표사 원고 현대건설 주식회사, 703공구의 대표사 원고 주식회사 대우건설, 704공구의 대표사 원고 삼성물산 주식회사)은 변경 이전의 마지막 차수별계약의 준공기한이 연장됨에 따라 발생하는 간접비를 해당 차수별계약에서 조정하거나 총괄계약의 공사기간 연장에 따른 추가 간접비로 조정하겠다는 의사를 밝혔다(구체적으로는, 702공구의 대표사 현대건설 주식회사는 8차분 계약의 간접비를 추가 청구하겠다는 의사를 밝혔고, 나머지 공구들의 대표사들은 총 공사기간 연장에 따른 간접비가 추가되어야 한다는 의사를 밝혔다).

원고들과 피고 서울시는 701공구의 경우 2011. 2. 28.에, 702공구의 경우 2011. 3. 4.에,

703공구의 경우 2011. 2. 28.에, 704공구의 경우 2011. 3. 11.에 각 준공기한을 당초 2011. 3. 31.에서 2012. 12. 31.로 변경하였다.

2. 당사자들의 주장

2.1 원고들의 주장

장기계속계약은 전체의 사업내용이 확정된 하나의 공사로서 그 이행에 수년을 요하는 공사와 관련하여 낙찰 등에 의하여 결정되는 총공사금액 및 총공사기간 등이 계약서에 부기되는 형태로 체결되는 계약이고, 이는 기본계약으로서의 성질을 갖는 총괄계약과 개별계약으로서의 성질을 갖는 차수별 계약이 병존하는 형태의 계약으로서 총괄계약의 구속력이 인정되고, 이 사건과 같이 총공사기간 연장으로 인하여 계약금액을 조정하는 경우 부기된 총공사금액을 조정하게 되므로, 조정신청도 전체 준공대가 수령전이라면 차수별 계약과 상관없이 1회로 충분하다.

또한 예산부족에 따른 공정지연 등 피고 서울시의 책임으로 인하여 이 사건 공사의 전체 준공기한이 당초 2011. 3. 31.에서 2012. 12. 31.로 변경되었는데, 원고들은 준공기한을 변경하는 내용의 총괄계약을 체결할 무렵 공사기간의 연장에 따른 계약금액 조정신청을 하였음에도 피고 서울시가 계약금액 조정을 거부하였으므로, 피고 서울시는 공사계약 일반조건 제26조 제4항, 제23조에 따라 계약기간 연장에 따른 약정 공사대금을 지급하여야 한다.

2.2 피고의 주장[1)]

장기계속공사는 수년간 공사수행이 예정된 것으로 회계연도 독립의 원칙에 의하여 다년도 예산을 일시 확보할 수 없으므로 매년 나누어서 공사계약을 체결하는 것으로서 총공사금액을 부기금액으로 하고 당해 연도 예산 범위 내에서 차수별 계약을 체결하므로, 차수별 계약이 바로 공사도급계약이다. 따라서 공사기간 변경 등으로 계약금액을 조정하는 경우, 총괄계약만을 별도로 보아 독자적인 계약금액 조정신청은 불가능하고

1) 간접비와 직접 관련되지 않는 공사계약 특수조건(Ⅱ) 제34조의 분쟁의 사전협의절차 미준수, 일괄・입찰 등의 공사계약 특수조건(조달청 시설총괄과-3664, 2008. 7. 21.) 제27조 제1항의 절차 미준수, 이의제기하지 않기로 한 확약서 위반, 신의성실의 원칙 위반 등의 주장에 대해서는 따로 검토하지 않는다.

따라서 계약금액 조정신청도 차수별 계약을 기준으로 각각 별개로 이루어져야 한다.

또 총공사기간의 연장은 피고 서울시의 예산부족 등의 사정으로 공사기간이 연장된 것이 아니라, 원고들의 귀책사유로 공사기간이 연장되었다거나 설령 피고측이 예산을 확보하지 못한 사정이 존재한다고 하여도 이 사건 공사가 장기계속공사계약인 점을 고려할 때, 예산이 부족할 수 있음은 예상 가능하므로 이를 계약금액 조정사유인 피고 서울시의 책임있는 사유로 보기 어렵다.

[소송의 경과]

1. 제1심 판결(서울중앙지방법원 2013. 8. 23. 선고 2012가합22179 판결)

제1심은 장기계속계약에서 총괄계약과 차수별계약의 관계에 관하여 총공사기간 및 총공사대금에 관하여 체결된 총괄계약은 계약당사자 사이에 구속력이 있고, 차수별 계약은 총괄계약에 구속되어 각 회계연도 예산의 범위 안에서 이행할 공사에 관하여 계약이 체결된다. 총괄계약에서 총공사금액은 총공사기간에 동안의 간접공사비 등을 포함한 전체 공사비인 바, 차수별 계약의 공사기간이 증감되더라도 총공사기간 내에 공사를 완료한 경우에는 차수별 계약에서 연장된 공사기간에 대해서는 계약금액 조정 사유에 해당되지 않는다. 그러나 예산부족 등을 이유로 총공사기간이 연장되는 경우는 차수계약이 늘어나는 형태로써 차수별 계약 내에서 공사기간의 연장과 별개로 계약금액의 조정이 되어야 하고, 이는 공사가 중단되었는지와 관련이 없으므로, 공사의 중단없이 차수별 계약이 체결되고 그에 따라 공사가 진행되었다고 하더라도 연장된 공사기간에 대하여 총공사금액 조정을 할 수 있으며, 이 경우 계약상대자들의 총공사기간 연장에 대한 공사금액 조정신청은 차수별 계약과 상관없이 1회로 충분하므로 관련 법령상 계약금액을 조정신청하기 위한 요건을 준수하였다고 판단하면서 원고들의 피고 서울시에 대한 청구를 인용하였다.

2. 제2심 판결(서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결)

제2심에서는 제1심의 기본적인 법리적 판단을 유지하면서 인용 금액의 일부만 수정하면서 제1심 판결을 일부 취소하였다.

[대상판결의 요지]

대법원은 이 사건의 주된 쟁점이 '장기계속공사계약에서 총공사기간이 최초로 부기한 공사기간보다 연장된 경우에 공사기간이 변경된 것으로 보아 계약금액 조정을 인정할 수 있는지 여부'라고 한 다음, 다음과 같이 판시하였다.

1. 다수의견

대상판결의 다수의견은 ① 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제21조 및 같은 법 시행령 제69조 제2항의 문리적 해석상, 장기계속공사계약에서 총공사금액 및 총공사기간에 관하여 별도의 계약을 체결하고 다시 개개의 사업연도별로 계약을 체결하는 형태가 아니라 우선 1차년도의 제1차공사에 관한 계약을 체결하면서 총공사금액과 총공사기간을 부기하는 형태로 이루어진다(제1차공사에 관한 계약 체결 당시 부기된 총공사금액 및 총공사기간에 관한 합의를 통상 '총괄계약'이라 칭한다). 따라서 이른바 총괄계약은 계약 상대방이나 계약의 전체 규모만을 결정하는 잠정적 기준으로서의 효력만 갖고, 계약 당사자들의 급부의 내용, 공사대금의 액수, 공사기간 등 계약의 구체적 항목들에 대해서는 구속력을 갖지 아니한다고 보아야 한다고 한다. 위와 같은 해석을 뒷받침하는 사정으로 ② 총괄계약에서 정한 총공사기간의 계약상 구속력을 인정하게 되면 예산일년주의에 반하거나 국회의 예산심의·확정권 내지 의결권을 침해할 여지가 있는 점, ③ 이 사건 공사의 진행 중 개정된 공사계약 일반조건 제20조 제9항에 따르면 장기계속공사계약의 경우 계약 상대자의 계약금액 조정 청구는 각 차수별 준공대가 수령 전까지 하여야 할 것을 규정하였는데, 이는 위 개정 이전에도 해석상 적용되어야 할 것을 확인적으로 규정한 것에 불과한 점, ④ 국가계약법 시행령 제50조 제3항, 제60조, 제62조, 제74조에서 계약보증금이나 하자보수보증금, 지체상금 등도 모두 연차별계약을 기준으로 하고 있다는 점, ⑤ 계약상대방이 아무런 이의 없이 차수별계약을 체결한 뒤 최초 준공예정기한으로부터 상당한 기간이 지나서 추가공사비를 한꺼번에 청구하는 것을 허용할 경우, 예산의 편성 및 집행에 큰 부담을 주게 되고, 회계연도별 예산 범위 내 집행의 원칙 및 연차별 공사대금정산의 원칙에도 반한다는 점 등을 들면서, 총괄계약 상 총공사기간이나 총공사금액의 법적 구속력을 인정하는 전제 하에 원고들의 청구를 일부 인용한 원심판결을 파기하고 환송하였다.

2. 다수의견에 대한 보충의견[2)]

대상판결의 다수의견에 대한 보충의견은 ① 장기계속공사계약은 사업 전체에 대한 총예산을 확보하지 못한 상태에서 공사가 이루어지기 때문에 각 회계연도의 예산 범위 안에서 연차별로 계약을 체결하여 공사를 수행하고 공사대금도 연차별 계약에 따라 지급, 정산하는 방식으로 진행된다는 특수성이 있고, 수급인은 향후 공사기간의 연장 가능성과 공사금액의 증액 가능성을 모두 고려하여 대형 공공공사 입찰에 참여하고 있는 점, ② 총괄계약과 연차별 계약의 관계는 기본계약과 개별계약의 관계라고 할 수 있는 바, 기본계약도 효력을 가지나 개별계약의 내용이 우선하고, 기본계약의 효력은 일률적으로 정할 수 없고, 기본계약을 체결하는 당사자의 의사나 관련 법률규정 등을 종합하여 판단하여야 하므로 다수의견은 당사자의 의사나 관련 법률규정 등을 충실히 따른 점, ③ 계약의 성립 여부와 그 범위 및 효력을 어떻게 인정할 것인지는 별개의 문제인 점, ④ 장기계속공사계약에서 총공사금액과 총공사기간은 잠정적 예정의 의미만 있을 뿐임에도 당초 부기된 총공사기간에 독자적인 구속력을 부여하고 이를 전제로 그 초과기간에 대하여 추가공사비를 인정하여야 한다는 반대의견은 관련 법률규정의 취지에 어긋날 뿐 아니라 장기계속공사계약의 특수성에도 맞지 않는 점 등에 비추어 다수의견이 타당하다고 한다.

3. 반대의견[3)]

대상판결의 반대의견은 ① 장기계속공사계약 이행의 실제 모습은 다수의견과 같이 '총괄계약이 연차별 계약에 연동'되는 것이 아니라 총괄계약에서 정한 총 공사기간이 연장되면 연장된 기간 내에 연차별 계약이 추가로 체결되는 형태로 진행되는 것인 점, ② 다수의견은 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한하는 근거를 제시하고 있지 못하고 있는데, 아마도 관련 법령의 해석상 그 효력을 제한한다는 취지인 듯하나, 법령에 명시적인 규정이 없는데도 원칙에 대한 예외를 해석에 의하여 쉽게 인정한 것으로 법률해석의 방법으로 타당하지 않고, 또한 총괄계약의 효력을 전부 제한하는 것이 아니라 일부만을 제한하면서도, 공사계약의 가장 중요한 사항이라고 할 수 있는

2) 대법관 조재연, 대법관 박정화의 다수의견에 대한 보충의견

3) 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 김재형, 대법관 노정희의 반대의견

‘공사대금’과 ‘공사기간’의 효력을 제한하고 있다는 점에서 법률행위의 성립과 효력에 관한 법리를 오해한 점, ③ 다수의견에 따르면 공사업체는 총공사기간이 연장됨에 따라 발생하는 간접공사비를 일방적으로 부담하면서도 한편으로는 발주자가 연차별 계약 체결을 요구하면 이에 응해야 하는 지위에 있게 되어 다수의견은 국가계약법 제5조 제1항 등이 추구하는 이념인 신의성실의 원칙에도 반하고, 총괄계약에서 정한 총공사기간이나 총공사대금이 장기계속공사계약의 집행기준이 된다는 구체적 관련 규정들(국가계약법 시행령 제8조 제2항, 제14조 제8항, 제69조 제2항 등)에도 반하는 점, ④ 다수의견은 총 공사기간에 대하여 구속력을 인정하는 것이 계속비 계약이 아니면서도 1년 이상 진행되는 계약의 효력을 인정하는 것으로 예산일년주의에 반하거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다고 하지만, 장기계속공사계약은 국회가 스스로 입법한 국가계약법에 따라 인정되는 것으로, 이러한 경우까지 예산일년주의에 반한다거나 국회의 예산심의 확정권 또는 의결권을 침해한다고 볼 수는 없는 점, ⑤ 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, ⑥ 총괄계약의 구속력을 인정하여 계약상대자와 국가 등 쌍방에게 연차별 계약을 체결할 의무를 부과하더라도, 국가 등으로서는 국회 등의 예산 승인을 얻지 못해 부득이 공사를 계속할 수 없게 된 경우에는 공사계약 일반조건 제45조에 근거하여 장기계속공사계약을 해지하고 계약관계에서 벗어날 수 있기 때문에 불합리한 상황도 발생하지 않는 점 등에 비추어 볼 때 다수의견은 타당하지 않다고 한다.

[연구]

Ⅰ. 서: 문제의 제기

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다.) 제19조 및 동법 시행령 제66조 제1항은 공사기간의 연장에 따른 계약금액조정제도를 두고 있고, 공사기간의 연장 및 그에 따른 증가비용청구의 계약적 근거로 국가계약법령에 기해

기획재정부 계약예규로 작성된 계약약관인 공사계약일반조건 제23조 등을 마련하고 있다. 이러한 법률의 규정과 제도의 취지에 따르면, 발주자가 공기연장 등의 사유로 시공자가 부담해야 하는 추가비용을 실비 범위 내에서 조정해야 하나, "서울지하철 7호선 연장공사"에 관한 대상판결은 장기계속공사계약에서 간접비청구에 대해 이른바 총괄계약의 효력 또는 구속력을 부인함에 따라 장기계속공사계약의 경우 차수별 계약의 공기연장에 따른 간접비청구만 가능한 상황이 되었다. 이러한 대상판결에 대해서는 다수의 평석이 나왔는데, 대상판결의 다수의견을 비판하고 반대의견을 지지하는 입장[4]과 대상판결의 다수의견을 지지하는 입장[5]으로 나뉘고 있다. 다수의 평석은 다양한 이유로 대상판결의 다수의견을 비판하거나 지지하고 있다. 대상판결에 나타난 다양한 논거들을 개별적으로 검토하는 것도 의미가 있겠지만, 대상판결에서 제시하는 핵심적인 이유인 이른바 "총괄계약"의 법적 성격과 그에 기한 효력에 대해서는 상세한 검토를 하고 있지 않다. 따라서 이하에서는 대상판결의 다수의견, 반대의견, 보충의견 중 총괄계약과 관련한 부분만을 검토의 대상으로 한다.

그러므로 이 논문에서는 먼저 대상판결의 평석을 위한 전제적 논의로서 최근까지 이어진 장기계속공사계약에서의 간접비청구제도의 개요와 대상판결에 이르기까지의 하급심 판결의 동향을 간단히 살펴본 다음(Ⅱ), 대상판결의 검토로 들어가 총괄계약의 법적 성격과 그 구속력 문제를 장기계속계약의 도입취지(Ⅲ) 및 예약의 관점(Ⅳ)에서 각 검토를 함으로써 대상판결의 타당성(Ⅴ)을 논증해 보도록 하겠다.

---

4) 대표적인 평석으로는 권영준, "2018년 민법 판례 동향", 서울대학교 법학 제60권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2019. 3, 314쪽 이하; 이준민, "관급공사 도급계약에서 발생하는 간접비에 관한 대법원판결에 대한 소고: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로", 법학논총 제39권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2019.11, 55쪽 이하; 송종호, "장기계속 공사계약에서 총 공사기간 연장에 따른 계약금액 조정 문제: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로", 일감부동산법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2020.8, 83쪽 이하. 또한 공법적 관점에서 대상판결에 대한 비판적 입장으로는 정영철, "국가계약법상 장기계속공사계약 법리의 재구성", 공법연구 제48집 제3호, 한국공법학회, 2020.2, 325쪽 이하; 김대인, "장기계속계약제도에 대한 비교법적 고찰", 행정법연구 제61호, 행정법이론실무학회, 2020.5, 92쪽 이하: 홍성진, "장기계속공사계약제도의 공법적 쟁점과 시사점: 대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로", 토지공법연구 제87집, 한국토지공법학회, 2019.8, 224쪽 참조.

5) 대표적인 평석으로는 오대균, "공사기간의 연장과 계약금액의 조정: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원 합의체 판결", KHU 글로벌기업법무리뷰 제13권 제1호, 경희법학연구소, 2020.6., 29쪽 이하; 전재현, "장기계속공사계약에서 총공사기간이 연장된 경우 총괄계약을 근거로 한 계약금액 조정의 인정 여부", 민사판례연구회편, 민사판례연구[XLII], 박영사, 2020, 253쪽 이하.

Ⅱ. 대상판결의 평석을 위한 전제적 논의

1. 공기연장 간접비 지급 관련 제도의 도입과정

공기연장 간접비 지급과 관련한 근거는 공사계약 일반조건의 전신이라 할 수 있는 1969. 5. 20. 제정된 “시설공사계약 일반조건”에서 찾을 수 있다. 동 일반조건 중 계약기간 신축과 그에 따른 계약금액 증감 그리고 지체상금에 대한 규정이다. 계약기간의 신축에 따른 계약금액 증감은 내역서 단가로 계상할 수 없기에 동 조건 제13조 제2항 단서 규정에 의거, 시가를 참작하여 쌍방 협의하여 결정하고, 협의가 성립되지 않을 경우에는 분쟁절차를 거치도록 하였다. 그러나 시설공사계약 일반조건에 이러한 내용이 규정되어 있었더라도 실제로는 발주기관 귀책으로 공사기간 연장이 이루어지더라도 그에 따라 발생한 추가비용이 지급되는 경우는 거의 없었던 것으로 보이고, 오히려 건설사에게 지체상금이 부과되는 불공정한 관행이 지속되었던 것으로 보인다. 그리고 정부는 1996. 12. 31. 국가계약법 시행령을 개정하면서 제66조에 공사기간・운반거리 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정하도록 개정함으로써 ‘공사기간의 변경’을 계약금액 조정의 대상으로 규정하였다.[6)]

2. 장기계속공사계약과 간접비(공기연장비용)청구제도의 개요

2.1 간접비청구 일반

2.1.1 국가계약법에서의 계약금액조정제도

국가계약법 제19조는 계약금액조정제도를 물가변동으로 인한 계약금액조정, 설계변경으로 인한 계약금액조정, 기타계약금액조정으로 구분하고 있고, 국가계약법 시행령 제66조 제1항에서 기타계약금액의 조정제도는 물가변동 및 설계변경으로 인한 계약금액의 조정 이외에 “공사기간”, 운반거리 변경 등 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 않는

6) 송권/방이엽/정찬묵, “철도건설사업 공사기간 연장에 따른 간접비 소송의 쟁점 고찰”, 한국철도학회논문집 제21권 제5호, 한국철도학회, 2018.6, 509-510쪽.

범위에서 계약금액을 조정할 수 있도록 규정하고 있다. 나아가 기획재정부 제정의 계약예규인 공사계약 일반조건 제23조, 제26조 등에서 위 내용을 다시 확인하여 규정하고 있다. 설계변경으로 인한 계약금액조정의 경우 계약목적물의 변동을 수반하여 공사물량의 증감이 발생하는데 반해, 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액조정의 경우 공사기간, 운반거리의 변경 등과 같이 계약내용의 변경은 있지만 계약목적물의 변동을 수반하지 않는다는 점에서 양자는 구별할 수 있다.[7][8]

2.1.2 간접비청구권의 성립요건

간접비청구권의 실체적 요건은, ① 공사도급계약이 체결되었을 것, ② 공사계약일반조건 제25조 제3항 각호에서 규정한 공사기간 연장사유가 발생할 것(제1호, 제5호 제외), ③ 공사기간의 연장이 발생할 것, ④ 공기연장으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있을 것이라고 할 수 있다.[9] 또한 절차적 요건으로 공사계약 일반조건 제23조, 제26조에 의하면, 공사기간 연장비용(간접비)청구를 하기 위해서는 수급인의 계약금액의 조정신청이 필요하고(제23조 제4항), 그 신청은 당해 계약의 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령 전까지 하여야 한다(제26조 제5항)고 규정하고 있다.[10]

2.1.3 공기연장비용(간접비)의 산정

공사기간을 연장한 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 계약금액을 조정하여야 한다(공사계약 일반조건 제23조). 실비의 산정은 계약예규 정부입찰・계약 집행기준 제16장(실비의 산정)을 적용한다. 여기서 공기연장비용(간접비)은 공사기간의 연장에 연동되어서 증가하는 비용을 의미한다. 즉, 공사원가 중 공사

---

7) 장훈기, 정부계약제도 해설, 범신사, 1998, 1113쪽.

8) 계약금액조정제도에 관한 자세한 설명은 김성근, 정부계약법 해설 II 개정판, 건설경제, 2013, 127-324쪽.

9) 박주봉, “공공건설 공사계약 관련 간접비등 청구사건의 주요쟁점”, 건설법학회 세미나자료, 20-21쪽.

10) 종래의 공사계약일반조건은 당사자의 신청이 반드시 필요한 것인지 여부, 그 신청시기에 제한이 있는지, 제한이 있다면 언제까지인지 등에 관하여는 구체적으로 규정하고 있지 않거나 각 조정사유에 모두 적용되는 통일된 규정이 미비되어 있었다. 그러나 2006. 5. 25. 공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-14. ‘06. 5. 25.)이 개정되면서 현재의 규정이 마련되었는데, 준공대가 수령 전까지 조정신청을 하여야만 계약금액 조정을 통한 조정금액을 지급받을 수 있도록 그 신청의 필요성 및 시기를 명확히 하였다. 김기풍, “장기계속공사계약과 계약금액조정제도 : 광주지방법원 2009. 8. 28. 선고 2008가합9084 판결을 중심으로”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2012, 116쪽.

기간이라는 시간에 비례하여 증가되는 비용을 말하며, 시간과 무관하게 발생하는 비용은 공사기간 연장비용의 대상에 해당하지 않는다.

2.2 장기계속공사계약의 의의와 특징

국가계약법 제21조 제2항은 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 임차・운송・보관・전기・가스・수도의 공급 기타 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 계약에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 의하여 장기계속계약을 체결할 수 있다. 이 경우에는 각 회계연도 예산의 범위 안에서 당해 계약을 이행하게 하여야 한다.”고 규정하고, 동법 시행령 제69조 제2항에서는 “장기계속공사는 낙찰 등에 의하여 결정된 총 공사금액을 부기하고 당해 연도의 예산의 범위 안에서 제1차 공사를 이행하도록 계약을 체결하여야 한다. 이 경우 제2차 공사 이후의 계약은 부기된 총 공사금액(제64조 내지 제66조의 규정에 의한 계약금액의 조정이 있는 경우에는 조정된 총 공사금액을 말한다)에서 이미 계약된 금액을 공제한 금액의 범위 안에서 계약을 체결할 것을 부관으로 약정하여야 한다.”라고 규정하여 장기계속공사계약[11]에 관한 구체적인 내용을 규율하고 있다.

장기계속공사계약은 총공사(공사규모와 공사기간 등)에 관한 설계도서를 기초로 입찰참가를 하고, 입찰자가 제시한 입찰금액이 낙찰된 경우 그 입찰금액을 총공사금액으로 하며, 그 공사금액 중 일부를 1차 공사금액으로 정하여 1차 공사계약이 체결되고, 총공사금액은 부기된다. 장기계속공사계약에서 각 차수별 계약의 선후관계가 분명하게 구분되지 않으며, 계약 내용이 중첩되거나 연속성을 갖는 등으로 인해 각 차수별 공사계약의 체결과 이행, 대금지급청구, 하자발생시 처리, 계약보증인의 책임범위 등 여러 부분에서 문제가 발생할 소지가 많다.[12]

11) 장기계속공사계약은 총공사금액으로 입찰하나 총예산을 확보하지 못한 상태에서 각 회계연도 예산범위 안에서만 계약을 체결(총공사금액 부기)한다는 점에서, 총예산이 확보되어 있어 총공사금액으로 입찰하고 계약을 체결(연부액 부기)하는 계속비계약과 구별된다.

12) 윤재윤, 건설분쟁관계법 제7판, 박영사, 2018, 97-98쪽.

3. 장기계속공사계약에서 간접비 관련 하급심 판결의 동향 -장기계속계약에서 계약금액 조정신청의 대상은 총괄계약인가? 또는 차수별 계약인가?-

3.1 배경

장기계속공사계약에서는 총공사를 기준으로 입찰공고가 되고, 입찰참가자도 총공사에 대해 입찰금액을 결정하여 낙찰을 받은 후, 낙찰자는 발주자와 각 차수별 계약을 체결하면서 계약서를 작성하기 때문에 차수별 계약의 존부나 구속력에 대한 다툼은 없다. 반면, 계약상대자는 발주자로부터 총공사금액과 총공사기간을 특정하여 낙찰받은 총공사에 관한 합의가 존재함을 주장하며, 이를 이른바 총괄계약으로 칭하고 있다. 총괄계약은 대부분 별도의 계약서를 작성하지 않을 뿐만 아니라 총공사금액과 총공사기간은 변경될 가능성이 있기 때문에 총괄계약의 존부와 그 구속력에 대해 다툼의 여지가 있다.

3.2 대상판결 선고 전까지 하급심 판결의 동향

하급심 판결은 총괄계약의 존부와 구속력을 부정하는 입장에서 계약금액 조정 여부는 차수별 계약을 기준으로 판단해야 한다는 견해(이하 "차수별 계약 기준설"이라 한다)[13]와 총괄계약의 존부와 구속력을 긍정하는 입장에서 총괄계약을 기준으로 한 계약금액 조정 신청도 가능하다는 견해(이하 "총괄계약 기준설"이라 한다)[14]로 나뉘어 있었다.

전자는 주된 논거로 ① 장기계속공사계약의 경우 각 차수별 계약의 독립성에 반하고, 공사계약일반조건에서 계약금액의 조정청구를 각 차수별 준공대가 수령 전까지 하여야 한다고 규정한 취지에도 배치되는 점,[15] ② 각 차수별 계약체결시 총공사금액과 총공사기간이 부기되기는 하지만, 총체계약이 부기된 내용대로 확정적으로 체결되었다고 보기

13) 이러한 입장의 하급심 판결례로는 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2015나2074952 판결, 광주고등법원 2010. 6. 23. 선고 2009나5420 판결, 광주고등법원 2014. 7. 18. 선고 2012나3301 판결, 대전고등법원 2015. 2. 4. 선고 2013나11261 판결, 광주지방법원 2009. 8. 28. 선고 2008가합9084 판결, 서울동부지방법원 2013. 11. 12. 선고 2012가합20183 판결 등이 있다.

14) 하급심 판결례로는 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결, 서울고등법원 2016. 7. 15. 선고 2015나2006713 판결, 서울고등법원 2015. 4. 2. 선고 2013나2032138 판결, 서울동부지방법원 2015. 12. 16. 선고 2013가합1776 판결, 대전지방법원 2014. 7. 10. 선고 2012가합100658, 102869 판결 등이 있다.

15) 광주고등법원 2010. 6. 23. 선고 2009나5420 판결; 대전고등법원 2015. 2. 4. 선고 2013나11261 판결.

는 어려운 점(계약당사자들도 부기된 총공사금액과 총공사기간을 각 차수별 계약을 체결하는데 있어 잠정적 기준으로만 활용할 의사를 가지고 있다고 봄이 상당하다),[16] ③ 국가계약법 시행령에서는 차수별 계약이 완료된 때에는 당초의 계약보증금 중 이행이 완료된 차수별 계약금액 해당분을 반환하고(제50조 제3항 후문), 하자담보, 하자보수보증금도 차수계약별로 정하거나 납부하고, 지체상금도 차수계약별 계약금액을 기준으로 부과하도록 규정하고 있는 점,[17] ④ 장기계속계약에 있어서의 총괄계약은 전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 각 차수별 계약을 협의하여 체결할 지위에 있다는 점과 그 계약의 규모는 총괄계약을 일응의 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 하는 점,[18] ⑤ 총괄계약의 구속력은 계약상대방의 결정(차수별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 차수별 계약의 체결을 거절할 수 없다) 등에만 미칠 뿐이고, 계약의 목적인 급부의 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 차수별 계약을 통하여 구체적으로 확정되는 것이라고 볼 수 있는 점[19] 등을 들고 있다. 대상판결의 다수의견은 이 논거들 중 일부를 그 이유로 삼고 있다.

반면, 후자는 주된 논거로 ① 발주자가 입찰절차를 통하여 계약상대자를 선정하여 총 공사기간, 총 공사금액을 부기한 제1차 계약 및 총괄계약을 체결하고, 제2차 계약부터는 회계연도마다 부기된 총 공사금액에서 이미 계약된 금액을 공제한 금액의 범위에서 계약을 체결하는 점, ② 차수별 계약을 체결하면서 연장된 총 공사기간을 반영하여 원래 예상할 수 있었던 기간보다 긴 기간을 공사기간으로 하여 계약을 체결하거나, 차수별 계약 자체를 예정된 숫자보다 추가해서 체결하는 경우 총괄계약에 대해 별도로 계약금액 조정신청이 불가능하다면 총 공사기간의 연장에 따른 계약금액의 조정을 받을 수 있는 기회 자체를 박탈당하게 되는 결과가 발생할 수도 있는 점,[20] ③ 총괄계약에 대하여만 별도로 계약금액 조정 신청이 불가능하다고 본다면, 총괄계약의 총공사기간이 연장되었지만 차수별 계약의 공사기간은 연장되지 않은 경우에는 총공사기간이 연장되었음에도 차수별 계약의 공사기간이 연장되지 않았다는 이유로 계약상대자의 계약금액 조정신청

16) 광주고등법원 2014. 7. 18. 선고 2012나3301 판결.
17) 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2015나2074952 판결.
18) 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2015나2074952 판결.
19) 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2015나2074952 판결.
20) 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결.

이 불가능하게 되는 점,[21] ④ 각 차수별 계약에서의 공사기간 연장 일수의 합계가 총괄계약에서의 공사기간 연장 일수보다 적은 경우에는 각 차수별 계약에서의 공사기간 연장 일수의 합계를 초과하는 총공사기간의 연장일수에 대하여는 계약금액 조정 신청을 할 수 없게 된다는 결론에 이르게 되어 불합리한 점,[22] ⑤ 국회의 예산안 심의·의결권은 장기계속계약에서 발주자가 다음연도의 차수별 계약을 체결할 수 있는지 여부와 관련된 것이고, 총괄계약의 이행과정에서 공사기간 연장으로 인하여 발생하는 간접비를 실비로 청구 할 수 있는지 여부는 국회의 의결권과 직접적인 연관은 없는 점[23] 등을 들고 있다. 대상판결의 반대의견은 이 논거들 중 일부를 그 이유로 삼고 있다.

Ⅲ. 장기계속공사계약제도에 대한 입법연혁적 관점에서의 검토

1. 문제의 제기

대상판결의 다수의견은 "부기된 총공사금액 및 총공사기간에 관한 합의"를 "총괄계약"이라고 칭한다는 전제하에, 이는 총공사금액과 총공사기간에 관하여 "확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사"를 갖고 있다고 보기 어렵고, "전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준"에 불과하다고 판단한다. 이에 대해 반대의견은 총공사금액과 총공사기간에 대해서만 확정적 의사가 결여되었다고 볼 이유가 없다고 비판한다.

결국 대상판결에서의 쟁점은 과연 장기계속공사계약에서 총공사금액과 총공사금액에 관한 확정적 구속력을 갖게 하려는 의사가 존재하는지 여부에 대한 판단이라고 할 수 있다.

그런데 대상판결의 다수의견의 논리는 다음과 같다. 즉 i) "구 국가계약법(2012. 3. 21. 법률 제11377호로 개정되기 전의 것, 이하 개정 전, 후에 관계없이 '국가계약법'이라 한다) 제21조와 국가계약법 시행령 제69조 제2항의 문언"을 기초로 장기계속공사계약은 1차년도의 제1차공사에 관한 계약을 체결하면서 총공사금액과 총공사기간을 부기하는

21) 서울고등법원 2016. 7. 15. 선고 2015나2006713 판결.
22) 서울고등법원 2016. 7. 15. 선고 2015나2006713 판결.
23) 서울고등법원 2015. 4. 2. 선고 2013나2032138 판결.

형태로 이루어진다. ii) 사업연도가 경과함에 따라 총공사기간이 연장되는 경우 추가로 연차별 계약을 체결하면서 그에 부기하는 총공사금액과 총공사기간이 같이 변경될 뿐 연차별 계약과 별도로 총괄계약의 내용을 변경하는 계약이 따로 체결되는 것은 아니다. iii) 따라서 총괄계약은 그 자체로 총공사금액이나 총공사기간에 대한 확정적인 의사의 합치에 따른 것이 아니다.

i), ii)가 사실이라고 하더라도 iii)과 같이 단정할 수 있는가? 적어도 위 국가계약법과 그 시행령에 대한 문언해석만으로도 이에 대한 명확한 결론을 얻을 수 있다는 것을 다수의견이 전제하고 있는 것으로 보인다. 그러나 위 법령상의 문언해석만으로 그러한 결론을 얻기 어렵다고 판단한다면, 특히 대상판결과 같이 국가 등이 계약당사자 중 일방인 경우에서 그 계약을 체결한 공무원의 의사가 중요한 것이 아니므로, 그 해석의 기준으로서 국가계약법령의 문언, 체계, 목적 등에 비추어 합리적 해석이 필요하다. 즉, 법률의 해석은 문리 해석과 체계적 해석이 기본이다.[24] 문리해석은 조문에 사용되고 있는 문언을 그 말의 사용법이나 문법의 규칙(통상의 용어법)에 따라 확정하는 해석이며, 체계적 해석이란 같은 말과 표현은 가능한 한 동일하게 해석하고, 다른 관계 조문과의 관련 등을 고려하여 법규가 전체적으로 논리적으로 모순이 없는 체계를 이루도록 해석하는 것을 의미한다. 위 국가계약법 제21조와 동법 시행령 제69조 제2항의 문언에 대한 문리해석과 국가계약법령의 다른 조문들과의 관계를 고려한 체계적 해석을 시도해보더라도 대상판결의 다수의견과 같은 iii)의 이해에 이르기는 어렵다고 생각된다. 오히려 iii)의 이해는 총공사금액이나 총공사기간이 처분문서에 부기된 이상 처분문서 및 의사표시의 해석에 관한 법리에도 반한다는 지적을 받고 있다.[25] 이처럼 문리해석과 체계적 해석에 의하여 법규의 의미내용을 특정할 수 없을 때에는 여러 입법자료에 의하여 입법자나 기초자가 의도하고 있던 의미를 탐구하고 그것을 기준으로 조문의 의미・내용을 특정하는 작업이 필요하다. 이와 같은 입법자나 기초자의 의도도 조문의 문언과 맞먹는 유력한 논거이며, 문리적・체계적 의미나 입법자・기초자의 의도로부터 멀어질수록 그 해석은 설득력을 잃게 되기 때문이다.[26]

따라서 이하에서는 장기계속계약제도에 관한 도입목적을 확인하기 위한 연혁적 검토를 시도해본다.

---

24) 田中成明, 現代法理学, 有斐閣, 2011, 463頁 이하 참조.

25) 송종호, 앞의 논문(주4), 98-99쪽.

26) 田中成明, 앞의 책(주24), 463頁 이하 참조.

2. 장기계속공사계약의 의의

국가계약법은 다양한 계약방식에 관한 규정을 두고 있는데, 이 중에 장기계속계약은 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 사업을 대상으로 총공사금액을 부기하되 각 회계연도 예산의 범위 안에서 독립된 연차별 계약을 체결하는 계약방식을 말한다.[27] 이러한 장기계속공사계약은 전체예산이 확보되지 않은 총괄계약과 확보된 예산범위 내에서 체결되는 연차별(또는 차수별) 계약의 2중구조로 되어 있다는 점이 특징이다. 장기계속계약제도는 1975년 구 예산회계법 제70조의15에 최초 도입되어 1976년 1월 31일부터 시행되기 시작하였다.

3. 장기계속공사계약제도의 도입연혁

3.1 재정법령과 예산회계법령의 제정

광복이후 1948.7.17. 제정된 대한민국 헌법에는 계속비사업에 관하여 국회의결을 거치고 정부 동의 없이 국회가 임의로 지출항목을 조정할 수 없도록 하고(제91조), 국채를 모집하거나 예산외의 국가부담계약 시 국회의 의결을 얻도록 하고, 예비비 편성 시에도 국회의 의결을 얻도록 규정하였다(제94조). 또한 재정법은 1951. 9. 24. 법률 제37호로 제정되었는데, 단년도예산주의(제2조), 회계연도독립의 원칙(제11조), 국고채무부담행위의 절차(제16조), 조세 및 세입의 법률주의(제36조) 등을 규정하고, 계약에 관하여는 공개경쟁입찰 원칙으로 규정하였다(제57조). 1951. 12. 1. 제정된 재정법 시행령에서 현재까지 이어지는 국가계약제도의 대강을 규정하였는데, 중앙관서의 장과 그 위임을 받은 공무원이 계약을 체결할 수 있도록 하고, 필요한 사항을 상세히 기재한 계약서를 작성하여 기명날인하도록 규정하였다(제77조). 그리고 일반경쟁방법의 입찰에서 입찰공고 방법 및 내용(제93조, 제94조), 설계서의 비치(제95조), 예정가격의 산정(제97조), 개찰의 방법(제98조)을 정하고 있으며, 지명경쟁계약(제103조) 또는 수의계약(제107조)의 대상과 방법을 규정하였다.[28]

이후 1961. 12. 19.에 재정법이 폐지되고 예산회계법이 제정되었는데, 예산회계법의

27) 국가계약법 제21조 제2항.

28) 송권, “장기계속공사계약 도입목적에 대한 고찰”, 우송대학교 대학원 박사학위논문, 2018, 69-75쪽.

계약부분은 종전의 재정법과 동일하게 계약의 공개경쟁입찰의 원칙과 예외를 규정하고 있었고, 계속비예산의 집행근거(제19조)를 신설하였는데 계속비의 연한을 5년으로 제한하였다.[29)]

3.2 계속공사의 총가계약제 도입

1971. 12. 31 개정된 예산회계법 시행령에는 공사계약에 있어서 그 완성에 수년도를 요하는 계속공사(계속비공사 포함)의 제1차공사를 입찰에 붙일 때에는 입찰자로 하여금 당해 계속공사의 총공사금액을 부기하도록 규정하여 이른바 총가계약제도라고 하는 현재의 장기계속공사와 유사한 제도가 도입되었다. 다만, 이때는 계속공사의 개념이 현재의 계속비공사와 장기계속공사의 계약 형태를 모두 포함한 개념으로 이 당시 도입된 계속공사의 총가계약제도는 입찰시 당해 계속공사의 1차공사의 입찰금액과 총공사금액을 부기하여 입찰하도록 하고 계약은 입찰한 금액을 계약금액으로 하며 2차 공사 이후의 계약금액은 수의계약하도록 부관으로 약정하여 각 차수별 완전한 독립계약으로 체결하도록 하였다(제101조의3). 계속공사계약의 총가계약제도는 1975. 12. 8. 예산회계법 시행령이 개정되면서 계속공사와 관련한 규정이 삭제되면서 그 시행 근거가 없어졌다.[30)]

3.3 장기계속계약제도의 도입

그 후 1975. 12. 31. 예산회계법에 장기계속계약제도 관련 규정(제70조의15[31)])이 신설되고, 1977. 4. 1. 예산회계법 시행령이 개정되면서, 구체적인 규정이 마련되었다. 즉, 이행에 수년을 요하며 설계서 등에 의하여 사업내용이 확정된 공사는 장기계속공사계약을 체결할 수 있도록 하였고(제116조의3 제2항), 예정가격을 결정할 때 제1차 공사금액과 부기할 총공사금액에 대하여 각각 정하도록 하였으며(제94조 제2항), 낙찰자를 결정할 때는 제1차 공사입찰금액과 부기한 총공사입찰금액이 각각 예정가격 이하로서

29) 송권, 위의 논문(주28), 75-77쪽.

30) 송권, 위의 논문(주28), 78-84쪽.

31) 예산회계법 제70조의15(장기계속계약) 각 중앙관서의 장 또는 그 위임을 받은 공무원은 임차·운송·보관·전기·가스·수도의 공급 기타 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 계약에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 의하여 장기계속계약을 체결할 수 있다. 이 경우에는 각 회계연도 예산의 범위 안에서 당해 계약을 이행하게 하여야 한다<1975.12.31.개정>.

총공사입찰금액이 최저가격인 입찰자로 정하도록 규정하였다(제101조 제2항).

이후 예산회계법과 시행령은 1994년까지 유지되어 오다가 1995. 1. 5. 법률 제4868호로 국가를 당사자로 하는계약에관한법률이 제정되었고 1995.7.6. 국가를 당사자로 하는계약에관한법률 시행령이 제정됨으로써 예산회계법과 예산회계법시행령의 계약관련 조항들은 삭제되었다.[32]

4. 장기계속공사계약제도의 도입목적

1961. 5. 16. 군사정변을 계기로 정권을 잡은 박정희 정권은 1962년 제1차 경제개발 5개년 계획에 힘입어 본격적으로 공공공사의 발주가 이루어졌는데, 주로 연고주의에 입각한 발주방식에 의하였다.[33] 즉, 우선 ① 정부 발주 공사의 대부분이 지명입찰 또는 수의계약에 의해 이루어져 국고손실이 발생하였고, ② 관권과 대기업의 결탁을 통해 수의계약과 지명경쟁입찰의 기준이 신축적으로 운영되었다. 특히 ③ 그 이행에 수년이 걸리는 계속공사에서 단년도계약은 수의계약의 온상이 되었는데, 우선 1차년도의 낙찰 이후 그 연고권을 통해 수의계약으로 그 이후의 계약을 체결하면서 설계변경, 공사물량 축소를 통해 1차년도 공사의 손해를 보전하고 이윤을 내는 방식이었다. 이는 계속공사의 1차년도 낙찰에 의한 연고권과 단년도계약의 단점이 복합적으로 얽혀 결국 공사계약을 수의로 체결하는 근거가 된 것이었다.[34]

이러한 폐단을 없애기 위해 1971년 9월 당시 야당 정현주 의원이 정부가 발주하는 대부분의 계약이 지명 및 수의계약에 의해 집행되어 예산의 낭비가 초래되고 담합 내지는 부정이 발생한다며 모두 일반공개경쟁입찰로 변경하는 법안을 발의하였는데[35] 이에 대해 정부가 난색을 표하자[36] 국회 경과위는 1971. 12. 20. 정현주 의원이 제안한 개정안을 폐기시키고 수의계약을 체결할 수 있는 경우를 제한하는 대안을 만장일치로 채택하였다. 이 때 예외적으로 수의계약에 의할 수 있는 예의 하나로 "동일체공사의 분할 집행에 있어 총공정에 대한 설계가 완성되어 총가에 대한 부관부 계약을 체결할 경우"를 들고

32) 송권, 앞의 논문(주28), 84-89쪽.

33) 송권, 앞의 논문(주28), 103쪽.

34) "수계 많은 것은 계속공사 때문", 경향신문 1968.5.3.
"총공사액 기준으로, 공공기관 건설공사입찰조건 규제키로", 매일경제 1969.6.4. 등.

35) "회계법 개정", 매일경제 1971.9.18.

36) "신민 5개 예산회계법 개정 정부서 난색 표명", 매일경제 1971.11.24.

있었다.[37] 그 무렵 1971. 12. 30. 국무회의에서 예산회계법 시행령을 의결하여 1971.12.31. 자로 개정하였는데, 예산회계법 시행령의 총가계약제도도 위 정현주 의원의 개정안을 폐기하고 채택한 대안과 거의 동일한 것으로 이는 그 당시 계속공사에 대한 무분별한 수의계약의 폐단을 해결하기 위해 도입된 것으로 보인다.[38]

종래 장기계속계약은 다년도 조달계약을 수행하기 위하여 고안된 계약유형으로써, 매 회계연도의 예산사정을 고려하여 탄력적인 예산확보와 집행이 가능하도록 하기 위해서 도입되었다는 견해[39]가 일반적이었다. 물론 이와 같은 점도 장기계속공사계약의 현실적 운용상 당연히 고려되는 요소이다. 하지만 앞서 총가계약제도와 그 후신인 장기계속공사계약제도가 도입되게 된 연혁을 살펴보면, 오히려 1971. 12. 31. 개정된 계속공사의 총가계약제도에 관한 조항인 예산회계법 시행령 제101조의2 그리고 제101조의3의 규정은 각 차수별 독립된 계약을 체결을 원칙으로 하고, 제1차 공사계약을 체결한 자와 제2차 공사 이후의 계약을 수의계약으로 할 수 있게 하되, 입찰금액과 총공사금액의 부기금액을 고려하여 낙찰자를 선정함으로써 "제1차 공사 계약의 저가투찰을 예방"하고, "제2차 공사 이후부터의 계약금액 제한함으로써 무분별한 공사비 증액의 폐단을 방지"하고자 도입한 것이며,[40] 1975. 12. 31. 예산회계법에 도입된 장기계속계약제도도 그 연장선상에 있는 것으로 보아야 한다.

5. 장기계속공사계약제도의 도입취지에 기초한 대상판결의 평가

앞서 본 연혁적 측면에서 볼 때 장기계속공사계약을 도입한 목적은 당초 확정된 설계도서에 기초하여 전체 공사규모(총공사금액)와 사업기간(총공사기간)을 전제로 이를 수행할 계약상대자를 적절하게 선정할 수 있도록 함으로써 입찰참가자의 무분별한 저가입찰을 방지하는 것, 그리고 1차 공사계약의 상대방이 갖는 수의계약에 대한 권리에 기초하여 총공사금액과 총공사기간을 증가 또는 연장하는 것을 방지하는 것에 있다고 봄이 타당하다. 이와 같은 점을 감안할 때, 총공사금액과 총공사기간에 관한 합의인 총괄계약에 대해, "잠정적 기준"이라는 전제하에 당사자가 "확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사"를 갖고 있다고 보기 어렵다는 대상판결의 판단은 장기계속

37) 송권, 앞의 논문(주28), 109쪽.
38) 송권, 앞의 논문(주28), 109쪽.
39) 홍성진, 앞의 논문(주4), 236-237쪽.
40) 송권, 앞의 논문(주28), 109쪽.

공사계약제도의 도입목적에 비추어 보면 납득이 어려운 해석이라고 본다. 즉, 장기계속공사계약에서 확정된 "총공사금액과 총공사기간"은 연차별 또는 차수별 계약에 기한 공사비증액 등의 폐단을 통제하기 위해 마련된 핵심적인 통제장치라고 보아야 하며, 그에 대한 확정적인 구속력을 부여하지 않는 것은 부당하다고 본다.[41]

Ⅳ. 총괄계약의 법적 성격과 그 효력에 대한 예약적 관점에서의 검토

1. 문제의 제기

대상판결의 다수의견은 총괄계약은 총공사금액이나 총공사기간에 대한 확정적인 의사의 합치는 아니지만, 각 연차별 계약을 체결하는 데 잠정적 기준으로 활용할 의사를 가지고 있기 때문에 총괄계약의 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, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등에만 미치고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 본다. 그러나 대상판결의 반대의견은 다수의견이 총괄계약의 성립을 인정하면서도 그 효력이나 구속력을 제한된 범위 내에서만 인정할 근거를 제시하지 못한다고 비판하는데, 다수의견에 대한 보충의견에서는 총괄계약과 연차별 또는 차수별 계약과의 관계를 기본계약과 개별계약의 관계에 있다고 한다.

그런데 총괄계약의 법적 성격 또는 그 효력을 어떻게 이해하여야 하는가?

종래 대법원은 대상판결과 같은 공공계약은 입찰에 의한 계약방식을 취하고 있고, 이러한 입찰에 의한 계약방식에 의해 낙찰자의 지위에 이르면, 국가계약법 제11조 제2항

41) 대상판결에 대한 비판적인 입장인 권영준, 앞의 논문(주4), 320쪽은 "총괄계약의 존재와 그 법적 구속력을 인정하면서 총괄계약의 핵심 요소인 총 공사대금이나 총 공사기간에 대한 법적 구속력을 인정하지 않는 것은 아무래도 부자연스럽다."고 하고, 송종호, 앞의 논문(주4), 97쪽도 "장기계속공사계약의 당사자들의 의사가 과연 총괄계약의 총공사금액 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 의문"이라고 한다. 또한 대상판결을 지지하는 입장인 전재현, 앞의 논문(주5), 278쪽도 "일단 총괄계약이 성립한 이상, 총공사기간과 총공사대금에 관하여도 당사자들을 확정적으로 구속한다."고 한다.

에서 공공계약은 계약서의 작성을 성립요건으로 하는 요식행위로 정하고 있으므로, 낙찰자의 결정으로 바로 계약이 성립된다고 볼 수 없고, 낙찰자는 국가 등에 대하여 계약을 체결하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는 데 그치므로, 국가계약법에 따른 낙찰자 결정의 법적 성질은 "계약의 편무예약"에 해당하는 것으로 판시해 왔다.[42] 그리고 대상판결에서 "총괄계약=계약상대방이 각 연차별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의"라고 하면서, 그 효력과 관련하여 "계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등"에만 미친다고 하면서 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 판시하고 있다.

그렇다면, 대상판결에서 말하는 "총괄계약"과 "편무예약"은 어떻게 다른 것인가? 이를 위해서는 예약에 관한 약간의 검토가 필요하다.

2. 예약의 의의와 종류

넓은 의미의 예약은 장래에 본계약의 체결을 급부의 내용으로 하는 계약이라고 할 수 있다.[43] 반면, 좁은 의미의 예약이라 함은 장래에 본계약을 체결할 의무를 성립시키는 계약을 말한다.[44] 넓은 의미의 예약은 예약에 의해 구속을 받는 자가 당사자 중의 일방인지 또는 쌍방인지, 예약의 효력이 본계약을 체결할 의무를 부담하는데 그치는지, 아니면 일방이 본계약체결의사를 표시하면 상대방의 승낙의 의사표시와 관계없이 본계약이 성립하는지에 따라 구분된다. 즉 예약당사자 일방이 본계약체결을 청약하면 상대방이 승낙의무를 부담하는 예약은 의무의 부담이 일방인지 쌍방인지에 따라 "편무예약, 쌍무예약", 또 일방의 형성적 의사표시에 의하여 본계약이 성립하는 예약은 이러한 완결권을 일방이 갖는 일방예약, 쌍방이 갖는 쌍방예약으로 나누어진다고 설명하는 것이 일반적이다.[45] 반면 좁은 의미의 예약에는 일방 또는 쌍방예약은 포함되지 않는다.[46] 한편,

42) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결.

43) 편집대표 곽윤직, 민법주해[ⅩⅣ]: 채권(7), 박영사, 1992, 114쪽(심재돈 집필부분. 이하 "민법주해[ⅩⅣ]"이라 한다).

44) 민법주해[ⅩⅣ], 114쪽은 본래의 의미의 예약이라고도 한다.

민법은 제564조에서 일방예약에 대하여만 규정을 두고 있고, 편무·쌍무예약에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않지만 계약자유의 원칙상 당사자들이 자유로이 이러한 약정을 체결할 수 있음에는 이론이 없다.[47] 나아가 학설은 매매의 예약은 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없으면 일방예약으로 추정된다고 하거나,[48] 추정은 아닐지라도 낙성계약의 예약으로는 일방예약이 합리적이므로 불분명한 경우에는 일방예약으로 해석하여야 한다고 한다.[49]

3. 유사개념들

3.1 가계약

가계약이란 당사자들은 여러 이유로 바로 본계약을 체결하기 어려운 사정이 있을 때 하는 잠정적인 문서 또는 구두의 약정을 지칭한다. 그러나 판례에 나타난 가계약의 내용이나 가계약을 체결하는 목적은 다양하기 때문에 일의적으로 나타내기 어렵다. 즉, 가계약이란 명칭을 사용하고 있지만 일반계약과 차이가 없다고 본 사례도 있고,[50] 가계약이라 하지만 그 실질은 조건부 계약인 사례도 있다.[51] 또한 가계약을 체결하는 목적이 가계약을 체결한 후에 본계약을 체결할 때 가계약내용의 수정 가능성이 유보하는 경우가 많다. 예컨대, "건축도급가계약을 체결하면서 추후 본계약의 체결시에는 일방이 지정하는 제3자를 건축공사의 공동계약자로 참여시킬 수 있는 것"으로 특약한 사례[52], 매매가

45) 민법주해[ⅩⅣ], 114쪽.

46) 편집대표 김용담, 주석민법: 채권각칙2 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 326쪽(오종근 집필부분. 이하 "주석민법"이라고 한다).

47) 민법주해[ⅩⅣ], 114. 특히 스위스채무법은 제22조는 '계약으로부터 발생하는 예약에 의한 일방 또는 쌍방의 의무는 장래의 계약의 체결을 목표로 하는 것이므로 예약은 본계약에 필요한 내용의 확정성 혹은 확정가능성을 가지지 않으면 안 된다.'고 하고, 계약을 체결할 의무를 명시하면서 이를 예약에도 동일하게 적용된다고 하고 있다. 또한 독일민법이나 프랑스민법, 영미의 계약법의 경우에는 예약에 대한 일반적인 규정을 명시하고 있지는 않으나 학설과 판례는 이러한 형태의 예약은 당연히 유효한 것이라고 해석하고 있는바, 소극적으로 인정하고 있다고 할 수 있다.

48) 김형배, 채권각론 신정2판, 박영사, 2001, 301쪽.

49) 송덕수, 신민법강의 제5판, 박영사, 2012, 1380쪽.

50) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2005다39594 판결: "가계약서에 잔금 지급시기가 기재되지 않았고 후에 그 정식계약서가 작성되지 않았다 하더라도, 가계약서 작성 당시 매매계약의 중요사항인 매매목적물과 매매대금 등이 특정되고 중도금 지급방법에 관한 합의가 있었으므로 당사자 사이에 매매계약은 성립되었다."

51) 대법원 1996. 6. 14. 선고 95다54693 판결.

계약을 체결하고 후에 계약상의 매수인의 지위를 변경하기로 한 사례[53] 등이 그러하다.[54] 이처럼 가계약의 내용은 구속력의 정도나 규정하는 내용에 있어 매우 다양한 모습을 나타내고 있어 그 법적 성질과 효과를 파악하기가 쉽지 않다. 그러나 본계약의 주요 급부의 중요부분이 확정되어 있는 경우는 예약 또는 조건부 계약으로 볼 수 있고, 그것이 확정되어 있지 않는 경우는 '준비단계의 계약'[55]으로 볼 수 있다.[56]

3.2 준비단계의 계약

준비단계의 계약은 '예비적 합의'(preliminary agreements) 또는 '교섭단계에서의 합의' 등으로 불리는데, 국제거래에서는 의향서(Letter of Intent)나 양해각서(Memorandum of Understanding) 등의 명칭이 널리 쓰인다.[57] 준비단계에서의 계약에서 이루어지는 합의의 내용은 매우 다양하나, 예약제도와 구별되는 요소는 장차 체결될 계약에 관하여 준비되어 있음을 상대에게 알리는 것이다.[58] 이러한 합의에는 구속력이 없는 것이 원칙이며, 당사자들이 진지하게 교섭에 임하겠다는 의지를 나타내는 것에 불과하다.

3.3 기본계약

기본계약이란 장기간 계속되는 거래관계의 기본사항을 정하고 장차 체결될 개별계약에 공통적인 문제들을 규율하는 계약을 말한다. 예컨대 甲과 乙 사이에 甲이 금형제작비를 출연하면 乙이 제품을 개발하여 甲에게 공급하되 제품의 개발, 생산의 전과정에서 甲에게 손해가 발생하였을 경우 乙이 배상하기로 하는 계속적 계약으로서의 기본계약이 성립하였고, 다만 구체적인 공급물량은 甲과 乙이 별개의 개별계약에 의하여 확정하기로 한 경우이다.[59] 다만, 판례는 기본계약에서 거래조건의 대강만을 정하고 구체적인

52) 대법원 1998. 1. 23. 선고 96누16834 판결.

53) 대법원 1995. 1. 24 선고 94누10627 판결.

54) 김동훈, "편무·쌍무예약의 법적 쟁점", 인권과 정의 제435호, 대한변호사협회, 2013.8., 대한변호사협회, 24쪽.

55) "계약체결을 위한 준비단계인 이른바 가계약에 불과하고 법적 구속력이 있는 정식계약이 아니다"라는 표현은 이러한 사고를 나타낸다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다6266 판결).

56) 김동훈, 앞의 논문(주54), 24-25쪽.

57) 김동훈, 앞의 논문(주54), 25쪽.

58) 김동훈, 앞의 논문(주54), 25쪽.

59) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다14892 판결.

납품물품의 품목과 수량, 단가 등은 별개의 개별계약에서 별도로 정하기로 한 경우도 있을 수 있다. 이 경우 제반 사정에 비추어 "당사자의 의사가 공급자 또는 피공급자에게 개별계약의 체결을 의무지우려는 의사였던 것으로 볼 만한 사정이 존재하는 때에는 그 공급자 또는 피공급자는 상당한 이유가 없는 한 상대방에 대하여 개별계약을 체결할 의무를 부담하는 것으로 보아야 한다"고 판시한다. 이와같은 경우 설령 기본계약의 해석상 당사자 사이에 개별계약의 체결의무가 인정될 수 있다고 하더라도 양자는 어디까지나 별개의 독립된 계약이므로 예약과는 분명히 구별된다.[60]

4. 예약의 기능

4.1 우선적인 계약체결 가능성 확보의 목적

예약을 체결하는 가장 본래적이고, 전통적인 목적은 제3자보다 먼저 어떠한 법률상의 지위를 확보하여 장래에 자신이 원하는 법률효과(본계약)를 발생하게 하는데 있다.[61] 즉, 당사자 사이에 본계약을 체결할 의사는 있으나 지금 당장은 어떠한 확정적인 계약상의 구속이 발생하는 것에 동의하지 않는 경우, 본계약의 체결에 이르지는 못했으나 잠정적으로 상대방을 구속하여 다른 제3자보다 우선적으로 계약을 체결할 수 있는 가능성의 여지를 남겨두고 싶은 경우 등에 예약이 체결된다. 즉 예약을 체결하여 본계약체결의 가능성을 확보하고 후에 이를 바탕으로 확보된 권리나 권한을 행사하는 것으로, 상대방에게 본계약을 체결할 의무를 부담하게 하거나, 적어도 본계약을 체결하기 위해 협력하게 할 의무를 부담하게 하는 것이다.[62] 좁은 의미의 예약인 편무 또는 쌍무예약이 이 목적의 달성에 적합하다.[63]

4.2 담보적 기능으로서의 목적

근래에는 장래에 본계약을 체결하기 위해 매매의 형식에 의한 채권담보의 목적으로 체결되는 경우가 많고,[64] 이러한 담보목적의 예약에 관해 우리 민법은 대물반환의 예약

60) 김동훈, 앞의 논문(주54), 26쪽.
61) 椿壽夫, 「予約の機能・効力と履行請求權(1)」, 法律時報, 67券 10号(1995.9.), 62頁 이하 참조.
62) 심우영, "예약의 지위와 효과에 관한 고찰", 비교사법 제22권 4호(통권71호)(2015.11.), 1791-1793쪽.
63) 김동훈, 앞의 논문(주54), 22쪽.

규정(제607조)을 두고 있다. 이러한 형태의 예약은 장래에 담보권 실행을 위한 확정성이 요구되어야 하므로, 편무 또는 쌍무예약의 형태보다는 일방 또는 쌍방예약의 형태가 적합하다. 즉 담보력을 강화하기 위하여, 일방이 예약으로 인해 발생하는 권리를 행사하는 것으로 인해 바로 본계약의 효과(담보권의 행사)가 발생해야 하기 때문이다.

5. 예약의 성립요건

5.1 계약 성립의 일반원칙

통설과 판례에 의하면 예약을 '일종의 계약'이라고 정의하고 있기 때문에, 그 성립을 위해서는계약의 일반원칙에 따라 당사자들 사이에 예약체결에 대한 청약과 승낙의 합치가 필요하다고 한다.[65] 일반적으로 계약을 체결하는 경우와 마찬가지로 그 체결에 있어 필수적인 내용이나 당사자 사이에 별도의 개별적 규정의 정함에 대한 요구가 있는 경우에는 그러한 내용까지 합의가 되어야 한다.[66] 판례도 계약의 성립을 위한 당사자 사이의 의사의 합치로서 합의를 판단함에 있어서, "계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니나, 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 한다."고 하면서, 또한 "한편 당사자가 의사의 합치가 이루어져야 한다고 표시한 사항에 대하여 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 상당하다고 할 것이다."라고 판시하였다.[67]

5.2 본계약 내용의 확정(가능)성

또한 통설과 판례는 예약의 성립요건으로 장래 체결될 본계약의 본질적 내용이 확정되어 있거나 확정될 수 있어야 한다고 한다.[68] 예약에 근거하여 본계약의 체결을 청약하

64) 伊藤進, "担保的予約の總括的檢討", 予約法の總合的研究, 日本評論社, 2004, 576頁 이하 참조.
65) 주석민법[Ⅹ Ⅳ], 117-118쪽.
66) 심우영, "예약의 확정성과 구속력에 관한 연구", 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 131쪽.
67) 대법원 2001.3.23. 선고 2000다51650 판결.
68) 심우영, 앞의 논문(주66), 138쪽은 내용의 확정성은 예약의 성립요건이자 효력요건에 해당한다고 한다.

면 이에 대한 승낙으로 본계약이 체결되어야 하므로 마치 청약의 확정성의 요건과 같은 맥락이라고 볼 수 있다.[69] 다만, 예약에서 본계약의 본질적 내용의 확정(가능)성과 관련해서는 일방 또는 쌍방예약과 편무 또는 쌍무예약에서 동일한 기준을 요구하는 견해[70]와 일방 또는 쌍방예약에서 확정성의 요건은 편무·쌍무예약보다 더욱 엄격히 요구된다는 견해[71]로 갈린다. 후자에 의하면, 일방 또는 쌍방예약은 청약에서와 같은 정도로 구속적(확정적) 의사가 있어야 하며, 또한 본계약의 내용이 확정되어 있어야 하지만, 편무예약 내지 쌍무예약에서는 예약권리자의 본계약에 대한 청약의 의사표시가 있으면 상대방의 승낙의 의사표시를 기다려 본계약이 성립하는 것이므로, 예약당사자의 구속적(확정적) 의사는 상대적으로 약하고, 본계약 내용의 확정정도도 본질적인 요소는 이미 확정되었거나 확정할 수 있는 기준이 있어야 하지만 세부적인 사항에 대해서는 교섭의 여지를 남길 수도 있다고 한다.[72]

판례는 "매매의 예약은 당사자의 일방이 매매를 완결할 의사를 표시한 때에 매매의 효력이 생기는 것이므로, 적어도 일방예약이 성립하려면, 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 매매목적물, 그 이전방법, 매매가액 및 지급방법 등의 내용이 확정되어 있거나 적어도 확정할 수 있어야 할 것"이라고 알반론을 판시하면서,[73] 예컨대 매매대금의 액수를 약정일로부터 1개월 후의 싯가에 의하여 정한 경우 그와 같은 사유만을 들어 매매계약이 아닌 매매예약이라고 속단할 수는 없다고 하고,[74] 수인이 서로 구역을 달리하여 시장부지를 불하받기로 하였으나 본계약의 구성요소들이 확정되어 있다고 할 수 없고, 또한 약정의 당사자도 달라서 이것만으로는 매매의 예약이라고 단정할 수 없다고 하였다.[75] 즉, 판례는 예약의 성립에서 본계약 내용의 확정성과 관련하여 상당히 엄격한

69) 김동훈, 앞의 논문(주54), 32쪽.

70) 민법주해[ⅩⅣ]. 118쪽.

71) 김동훈, 앞의 논문(주54), 23면; 오종근, "매매예약완결권의 행사기간", 민사법학 제31호(2006), 한국민사법학회, 242-245; 심우영, 앞의 논문(주66), 139쪽.

72) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다41603 판결: "낙찰자의 결정으로는 예약이 성립한 단계에 머물고 아직 본계약이 성립한 것은 아니라고 하더라도, 그 계약의 목적물, 계약금액, 이행기 등 계약의 주요한 내용과 조건은 지방자치단체의 입찰공고와 최고가(또는 최저가) 입찰자의 입찰에 의하여 당사자의 의사가 합치됨으로써 지방자치단체가 낙찰자를 결정할 때에 이미 확정되었다고 할 것이므로, 지방자치단체가 계약의 세부사항을 조정하는 정도를 넘어서서 계약의 주요한 내용 내지 조건을 입찰공고와 달리 변경하거나 새로운 조건을 추가하는 것은 이미 성립된 예약에 대한 승낙의무에 반하는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다."

73) 대법원 1993.5.27. 선고 93다4908,4915,4922 판결.

74) 대법원 1978. 6. 27. 선고 78다551, 552 판결.

75) 대법원 1993. 5. 27. 선고 93다4908, 4915, 4922 판결.

기준을 요구하고 있다.

그러나 일본의 판례는 일방예약에서 본계약내용의 확정성과 관련하여, 일방당사자가 예약의 체결 후 예약과 동일한 내용의 본계약 내지는 예약에 의해 예정되어 확정할 수 있는 내용의 본계약을 일정기간 동안 진행할 의사가 있는 경우에는 통상적으로 일방예약을 체결할 의사가 있는 것으로 인정하고 있고,[76] 또한 일방 당사자는 이미 합의한 내용대로 이행하는 것에 구속되고자 하는 의사는 있지만 상대방이 이러한 예약에 기초해 본계약을 계속 진행하는지에 관해 아직 결정하지 못한 경우에도 마찬가지라고 보고 있다.[77] 또한 편무 또는 쌍무예약에서 본계약내용의 확정성과 관련하여, 임대차예약에서 예약의 시점에서는 본계약의 내용이 더 이상 정해지지 않아 완전한 계약을 체결할 수 없는 경우[78]나, 개발과정 중의 신제품에 대한 매매예약과 같이 매매의 목적물이 불확정한 경우에는 상대방으로 하여금 본계약의 체결의 의무를 부담하게 하는 예약 즉, 편무 또는 쌍무예약(의무적 예약)을 인정하여 우리 판례에 비해 상당히 그 내용의 확정성을 완화해서 이해하고 있다.

생각건대, 일방 또는 쌍방예약의 효과는 본계약에 대한 완결권을 행사할 수 있는 권리를 부여하는 것이므로, 당사자 사이의 예약으로 인한 "구속의사의 확정성"과 함께 "본계약의 내용과 동일한 정도의 확정성 가능성"을 요구함이 타당하다고 본다. 우리 판례는 '적어도 일방예약이 성립하려면 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 내용이 확정되어 있거나 적어도 확정될 수 있어야 할 것'이라고 하여, 일방예약에 요구되는 내용의 확정성은 본계약에서 요구되는 정도의 확정성을 요구하고 있다.

그러나 편무 또는 쌍무예약에서는 일방예약에서 요구되는 당사자의 예약으로 인한 "구속의사의 확정성"은 요구되지만, "본계약의 내용에 관한 확정성"은 편무 또는 쌍무계약의 목적이나 기능을 감안하여 달리 생각할 필요가 있다.[79] 편무 또는 쌍무예약은 당사자들로 하여금 본계약의 성립을 목적으로 하거나 또는 성립을 위한 협력의무를 발생하게 하는 것에 목적이 있기 때문이다.

---

76) 東京地判 1988(平元). 12. 12, 金融・商事判例 853号, 36頁 참조.

77) 名古屋高 金沢支判 1988(昭63). 12. 5, 判例待報 1319号, 110頁 참조.

78) 最三小判 1996(平6). 9. 13, 判例時報1513号, 103頁 참조.

79) 심우영, 앞의 논문(주66), 154-158쪽.

5.3 본계약의 요식성

또한 본계약이 요식행위인 경우 예약도 동일한 방식을 갖추어야 하는지에 대해, 본계약의 형식이 일정한 형식을 요구한다면 예약 역시 이러한 형식을 갖추어야 한다는 견해[80]와 요식행위로 하는 이유가 무엇인지에 따라 달리 보아야 한다는 견해[81]로 갈린다. 후자의 경우 본계약에서 형식 내지 방식의 요구가 단순히 의사표시의 존재를 증명하기 위한 경우라면 이러한 형식 내지 방식을 따르지 않아도 예약의 효력이 존재한다고 본다.

6. 예약의 관점에서 본 총괄계약의 법적 성질

6.1 장기계속공사계약이 아닌 경우

공공계약에서 "낙찰자의 지위=편무예약자"로 본 판례에 의하면, 총공사금액과 기간을 정하여 전체 공사를 낙찰받은 자는 장기계속공사계약이 아닌 경우라면, 편무예약자로서 예약에서 예정한 본계약 전부의 체결을 청구하고, 국가 등은 특별한 사정이 없는 한 낙찰자의 본계약에 대한 승낙의무가 있으므로, 그 낙찰받은 전체공사를 본계약으로 체결하였을 것이다. 이 경우에는 낙찰 당시 본계약인 도급계약의 성립에 본질적 요소라고 할 수 있는 공사대금, 공사목적물 등이 이미 특정되어 있기 때문에 예약의 본계약의 확정성이 갖추어져 있다고 볼 수 있다고 할 수 있다. 이 경우에는 "낙찰자=편무예약자"라는 정식은 큰 문제가 없다고 할 수 있다.

6.2 장기계속공사계약의 경우

한편, 대상판결에서와 같이 장기계속공사계약인 경우, 낙찰 후 낙찰자와 국가 등이

80) 대법원 1989.4.25. 선고 86다카2329 판결; 대법원 1993.6.8. 선고 92다49447 판결; 대법원 1993.11.9. 선고 93다18990 판결; 대법원 2009.9.24. 선고 2009다52335 판결 참조. 판례는 "지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인 간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효력이 없다."고 판시하고 있다

81) 본계약에서 형식 내지 방식의 요구가 단순히 의사표시의 존재를 증명하기 위한 경우라면 이러한 형식 내지 방식을 따르지 않아도 예약의 효력이 존재한다고 보아야 하는 견해도 있다; 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2012, 127; 김형배, 앞의 책(주48), 300쪽.

각 연차별 또는 차수별 계약을 체결하는 과정을 보면. 낙찰자(또는 국가 등)는 총공사에 대한 설계도면에 기초해 총공사금액과 총공사기간에 대해 낙찰을 받은 후, 국가 등이 당해 사업과 관련하여 당해 사업년도의 예산으로 책정받은 금액의 범위 내에서[82] 낙찰 시 확정된 총공사에 관한 설계도면과 산출내역서에 기초하여 공사목적물(공사범위)를 획정하여 국가 등에 제시한 후 당사자 사이에서 협의조정하여 차수별 공사목적물(공사범위)과 공사금액을 확정한 다음, 차수별 공사계약의 체결을 하게 된다. 그리고 차수별 계약금액을 제외한 나머지 총공사금액을 부기하여 두게 된다.

장기계속공사계약에서 차수별 계약을 체결하고 남은 총공사금액과 총공사기간 내에서 낙찰자의 지위는 어떻게 이해하여야 하는가? 대상판결에서와 같이 총공사금액과 총공사기간에 대해서는 당사자들이 확정적으로 구속될 의사가 없었던 것으로 보는 것이 옳은가? 앞서 예약의 성립요건과 관련하여 "본계약내용의 확정성"의 요건을 엄격하게 새기게 되면, 위에서 본 각 차수별 계약의 체결경위에 비추어 보면, 총공사금액과 총공사기간은 차수별 계약 체결의 잠정적 기준에 불과할 수도 있다.[83]

그러나 예약에서 본계약내용의 확정성은 일방예약과 달리 "우선적인 계약체결 가능성 확보의 목적"이라는 편무예약의 기능 또는 목적에 비추어 볼 때 본계약내용의 "확정가능성"을 좀 더 넓게 해석할 소지가 있다고 본다. 즉, 당사자 사이의 예약에 의한 확정적 구속의 의사가 인정되는 이상 본계약내용의 확정성은 일방예약에서 본계약의 성립에서 요구되는 정도의 확정성을 예약의 성립단계에서 요구할 것은 아니라고 할 것이다. 특히 입찰과 낙찰에 의해 총공사금액과 총공사기간이 확정된 상태에서, 장기계속공사계약의 특성상 국가 등이 당해 연도에 당해 사업을 위해 확보한 예산은 낙찰자에게 공개되어 충분히 확인이 가능하고, 공정계획상 그 예산범위 내에서 진행되어야 할 공사물량은 설계도면과 산출내역서 등에 의해 충분히 특정가능한 범위에 들어온다고 할 것이므로, 본계약체결의 확정가능성을 인정할 수 있다고 볼 수 있다. 즉, 장기계속공사계약에서

82) 국가 등 공공기관의 당해 사업과 관련하여 예산을 배정받았는지 여부는 기획재정부나 당해 공공기관 등을 통해 충분히 확인가능하다.

83) 권영준, 앞의 논문(주4), 322쪽은 "계약서에 명시적으로 부기된 총 공사대금을 연차별 계약에서 정할 공사대금의 잠정적 기준이라고 보는 것은 부자연스럽다. 단순한 총 공사대금의 기재를 두고 연차별 공사대금을 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이라고는 보기 어렵기 때문이다. 총 공사대금에 관해 합의하였기 때문에 총 공사대금을 기재한 것이라고 보는 쪽이 자연스럽다."고 하나, 대상판결이 총공사금액에 대한 잠정성을 부여한 것은 총공사금액의 확정성 문제가 아니라 본계약인 차수별 계약의 체결과정에서 별도의 협의과정이 필요한 점에서 본계약인 차수별 계약이 내용의 확정성을 결여하고 있다고 판단하고 있기 때문이 아닌가 생각된다.

"낙찰자=편무예약자=총괄계약자"로 봄이 타당하다고 생각한다. 이 경우 낙찰자는 각 차수별 계약이라는 본계약의 체결에 의해 "본계약의 당사자" 지위 이외에 부기된 총공사금액과 총공사기간 범위 내에서는 "편무예약자"로서의 지위를 갖는 이중적 지위를 갖는다고 보아야 한다. 이처럼 총괄계약을 총공사에 대한 편무예약으로 이해하면, 통상적인 경우와 달리 본계약의 전부에 대해 청약을 하는 것이 아니라 본계약의 일부에 대해 청약을 하고, 편무예약상 채무자는 그 일부에 대해 승낙의무를 부담하게 되는데, 이는 계약자유의 원칙상 당연히 인정될 수 있다.

다수의견에 대한 보충의견은 "총괄계약=기본계약, 차수별 계약=개별계약"이라는 입장을 취하고 있지만, 다수의견에서 밝힌 총괄계약의 효력으로서 "계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등"은 기본계약의 일반적 효력으로 보기는 어렵다고 본다.[84]

Ⅴ. 대상판결의 검토

1. 대상판결에 대한 평가

대상판결 이전의 하급심 판결들은 총공사기간이 연장된 경우, 간접비청구를 인정할 것인지를 두고 다투어져 오다가 최근 대상판결로 인해 간접비청구는 불가하다는 결론에 이르렀다.

그러나 앞서 본 대로 대상판결의 다수의견은 총괄계약의 효력을 일부 인정하면서도 당사자에게 총괄계약에 대한 확정적 구속력이 있다고 보지는 않았다. 이러한 다수의견

84) 권영준, 앞의 논문(주4), 321쪽은 "총괄계약 체결 시 도급계약에서 요구되는 총 공사내용은 일단 확정된다. 그에 상응하여 총 공사대금과 총 공사기간도 일단 확정된다고 보는 것이 자연스럽다. 그렇기 때문에 계약보증금의 액수가 정해지고 계약보증서도 발급된다. 그러한 점에서 총괄계약은 계약의 핵심 내용에 대한 구체적 규정 없이 향후 체결될 개별계약을 위한 포괄적 틀을 제공하는 금융거래 기본계약이나 물품거래 기본계약과는 같지 않다."고 하고, 송종호, 앞의 논문(주4), 101쪽은 "장기계속계약은 개별계약을 통해 비로소 구체적 거래내용이 정해지는 계속적 공급계약보다는 미리 정한 내용을 일정 시기에 나누어 실현하는 분할공급계약과 더 유사하다"고 한다. 반면, 오대균, 앞의 논문(주5), 44-45쪽은 총괄계약을 기본계약으로 차수별 계약을 개별계약으로 보는 것이 계속적 거래계약인 장기계속공사계약의 성격에 부합한다고 한다.

은 총괄계약에 기하여 차수별 계약의 체결로 나아가는 과정에서 발주자의 예산 확보 여부, 설계도서에 의해 확정된 전체 공사물량 중 당해 차수별 계약을 어느 범위에서 결정할 것인지에 대한 당사자의 교섭가능성 등의 불확정성을 인식하였기 때문이 아닌가 생각된다. 반면, 반대의견은 다수의견이 인식한 이러한 실태를 간과하고 계약의 성립과 그 효력이라는 일반론적 관점에서 접근한 측면이 강하다고 본다.

그러나 앞서 본 장기계속공사계약제도의 도입연혁적 관점에서 볼 때, 총공사금액과 총공사기간에 대한 합의로서 총괄계약이라는 법적 장치는 무시되어서는 안되는 중요한 요인이라고 할 수 있다. 그리고 다수의견이 주장하는 총괄계약의 효력은 대법원이 종래 공공계약에서 낙찰자지위에 대해 인정해 온 편무예약이론과도 부합하지 않는 측면이 존재한다.

따라서 총괄계약의 법적 성격을 편무예약으로 파악하면 대상판결의 다수의견이 부여한 효력을 문제없이 설명할 수 있으면서, 반대의견이 제시하는 비판에 대한 설명도 가능하리라 생각한다.

2. 총공사기간의 연장에 따른 간접비청구의 인정 문제

그러면, "총괄계약=낙찰자의 지위=편무예약"이라는 정식에 의할 때에는 과연 간접비청구는 인정될 수 있는가? 결론부터 말하자면, 간접비청구를 인정하기는 어렵다고 본다. 왜냐하면, 공사기간의 연장에 따른 간접비청구의 법적 근거는 당사자 사이의 약정에 기초하는 것이며, 그 약정(또는 규정)을 유사한 사안(본계약이 아닌 예약)에 유추적용하는 것은 매우 신중하여야 한다. 예컨대, 추가 차수계약의 체결 등으로 총공사기간이 연장되는 경우, 총괄계약자는 차수계약이 체결되지 않은 범위에서는 낙찰자의 지위에 머무를 뿐이므로, 그러한 지위에 대해 총공사기간의 연장에 따른 간접비청구에 관한 공사계약일반조건의 규정을 유추적용할 수 없다고 봄이 타당하다.[85]

이러한 관점에서 대상판결의 다수의견의 결론은 타당하다고 볼 수 있다.

다만, 총괄계약자로서는 장기계속공사계약의 낙찰자로서 본계약체결을 청구할 수 있고, 이 경우 국가 등은 장기계속공사계약의 목적 등에 비추어 예산의 미확보를 이유로 본계약체결의 거부를 정당화할 수 있다고 본다. 그러나 본계약체결 거부의 정당화사유

85) 전재현, 앞의 논문(주5), 309-310쪽은 차수별 계약기준설의 입장에서 총공사기간의 연장에 따른 간접비청구를 부인함이 타당하다고 한다.

는 장기계속계약의 특성에 비추어 보면, 예산의 미확보 외에는 매우 엄격하게 제한함이 옳다고 본다. 따라서 국가 등이 당해 사업연도의 예산을 확보한 경우에는 본계약 체결을 거부할 수 없기 때문에 이 경우에는 국가 등은 총괄계약자에게 본계약체결 거부에 따른 손해배상책임을 부담한다고 보아야 한다.[86] 이 손해배상의 범위에는 대상판결에서 문제가 된 간접비 등이 포함될 수 있으리라 생각한다.

3. 차수별 계약의 공백기 동안의 간접비 문제

국가 등이 예산을 확보하지 못할 경우 총괄계약자로서는 국가 등을 상대로 "본계약=차수별 계약"의 체결을 청구하더라도 국가 등으로서는 그 본계약의 체결을 거절할 수 있게 되는데, 각 차수별 계약 사이에 공백기가 발생할 수 밖에 없다. 이 경우 이 공백기 동안의 당해 공사현장의 관리시 발생하는 비용의 부담을 누가할 것인지가 간접비청구 문제의 중요한 쟁점 중 하나라고 할 수 있다. 대상판결과 같이 장기계속공사계약에서 차수별 계약을 기준으로만 간접비청구를 인정할 경우에는 장기계속공사계약의 운영에서 "차수별 계약=본계약"이므로. 특별한 사정이 없는 한 차수별 계약을 기준으로 삼아야 한다. 예컨대 계약상대자가 차수별 계약의 이행을 완료하여 차수별 계약의 준공까지 마친 경우에는, 공사계약일반조건 제27조 제1항의 "공사 완성=차수별 공사계약의 완성"으로 보아 공사계약일반조건 제28조 제1항에 따라 계약상대자의 서면에 의한 인수요청이 있으면, 발주자는 당해 공사현장을 인수받아야 함이 타당하다. 만일 계약상대자의 서면에 의한 인수요청에도 불구하고 발주자가 당해 공사현장의 인수를 거절하는 경우에는 채권자지체에 의한 보관비용청구나 부당이득이나 사무관리 등에 의한 관리비용청구를 허용함이 타당하다고 생각한다.[87]

86) 낙찰자 선정 후 본계약 체결 불응에 따른 손해배상의 범위에 관해서는 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다41659 판결 참조. 이 판례의 평석으로는 김재형, "[2011년 분야별 중요판례분석] (4) 민법 下", 법률신문(2012. 4. 5.) 참조.

87) 전재현, 앞의 논문(주5), 304쪽; 윤재윤, "[2018년 분야별 중요판례분석] 23. 건설법", 법률신문(2019. 7. 4.)도 동일한 취지이다.

참고문헌

1. 단행본

편집대표 곽윤직, 민법주해[ⅩⅣ]: 채권(7), 박영사, 1992.
편집대표 김용담, 주석민법: 채권각칙2(제4판), 한국사법행정학회, 2016.
곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2012.
김성근, 정부계약법 해설 II 개정판, 건설경제, 2013.
김형배, 채권각론 신정2판, 박영사, 2001.
송덕수, 신민법강의 제5판, 박영사, 2012.
윤재윤, 건설분쟁관계법 제7판, 박영사, 2018.
장훈기, 정부계약제도 해설, 범신사, 1998.
田中成明, 『現代法理学』(有斐閣, 2011).

2. 학술지

권영준, “2018년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학 제60권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2019. 3. 225-397쪽.
김기풍, “장기계속공사계약과 계약금액조정제도 : 광주지방법원 2009. 8. 28. 선고 2008가합9084 판결을 중심으로”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2012. 99-127쪽.
김대인, “장기계속계약제도에 대한 비교법적 고찰”, 행정법연구 제61호, 행정법이론실무학회, 2020. 5., 85-114쪽.
김동훈, “편무・쌍무예약의 법적 쟁점”, 인권과 정의 제435호, 대한변호사협회, 2013. 8. 20-38쪽.
송권/방이엽/정찬묵, “철도건설사업 공사기간 연장에 따른 간접비 소송의 쟁점 고찰”, 한국철도학회논문집 제21권 제5호, 한국철도학회, 2018.6. 508-516쪽.
송종호, “장기계속 공사계약에서 총 공사기간연장에 따른 계약금액 조정 문제: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로”, 일감부동산법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2020.8. 83-109쪽.

_____, “예약의 지위와 효과에 관한 고찰”, 비교사법 제22권 4호(통권71호), 한국비교사법학회, 2015.11, 1785-1828쪽.

오대균, “공사기간의 연장과 계약금액의 조정: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원 합의체 판결”, KHU 글로벌기업법무리뷰 제13권 제1호, 경희법학연구소, 2020.6, 29-50쪽.

오종근, “매매예약완결권의 행사기간”, 민사법학 제31호, 한국민사법학회, 2006.3, 237-265쪽.

이준민, “관급공사 도급계약에서 발생하는 간접비에 관한 대법원 판결에 대한 소고: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로”, 법학논총 제39권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2019.11., 55-79쪽.

전재현, “장기계속공사계약에서 총공사기간이 연장된 경우 총괄계약을 근거로 한 계약금액 조정의 인정 여부”, 민사판례연구회편, 민사판례연구[XLII], 박영사, 2020. 253-327쪽.

정영철, “국가계약법상 장기계속공사계약 법리의 재구성”, 공법연구 제48집 제3호, 한국공법학회, 2020.2., 313-337쪽.

홍성진, “장기계속공사계약제도의 공법적 쟁점과 시사점: 대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로”, 토지공법연구 제87집, 한국토지공법학회, 2019.8., 239-257쪽.

椿壽夫, “予約の機能・効力と履行請求權(1)”, 法律時報, 67巻 10号, 日本評論社, 1995.9., 58-62頁.

伊藤進, “担保的予約の總括的檢討”, 予約法の總合的研究, 日本評論社, 2004., 576-602頁.

3. 학위논문

송 권, “장기계속공사계약 도입목적에 대한 고찰”, 우송대학교 대학원 박사학위논문, 2018.

심우영, “예약의 확정성과 구속력에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2014.

4. 세미나자료

박주봉, “공공건설 공사계약 관련 간접비등 청구사건의 주요쟁점”, 건설법학회 세미나자료, 20-37쪽.

5. 신문기사

김재형, “[2011년 분야별 중요판례분석] (4) 민법 下”, 법률신문(2012. 4. 5.).
윤재윤, “[2018년 분야별 중요판례분석] 23. 건설법”, 법률신문(2019. 7. 4.).

[Abstract]

Research on the Legal Nature of So-called General Contracts in Long-term Continuous Construction Contracts

-Focusing on the Supreme Court 2018. 10. 30. Judgment 2014 Da 235189 en banc decision-

Kim Tae-Kwan*

The issues of the Supreme Court 2018.10.30. Judgment 2014C235189 en banc decision(hereinafter referred to as "this judgment") are as follows. in other words, the core issue is whether the ordering party should adjust and pay the contract amount to the contractor when the total construction period of the long-term continuous construction contract is extended. the majority opinion of this judgment held that the general contract was only effective as a provisional standard for determining only the contractor and the overall size of the contract. however, the general contract was deemed not to be definitively binding on the specific items of the contract. on the other hand, the dissenting opinion of this judgment recognizes the definite binding force of the general contract.

In this paper, we first explored the background and purpose of the introduction of the long-term continuous construction contract system, and considered the meaning of the general contract in the long-term continuous construction contract. the purpose of introducing the long-term continuous construction contract is as follows. the first is to prevent unreasonable low-priced bids by bidders. second, it is to prevent the total construction amount and the total construction period from being increased or extended based on the contractor's right to the free contract. we consider this judgment that the general contract is only a "provisional standard" to be unreasonable.

Next, in this paper, we examined the legal nature and effect of the general contract from the perspective of reservation. a narrow understanding of the requirement for the establishment of a reservation, "certainty of the content of the contract concluded by the reservation," may

* Associate Professor, Attorney at Law, Ph.D. in Law, Law School, Yonsei University

mean that the general contract is only a provisional standard for the conclusion of an annual contract. however, in one-sided reservations, the certainty of the contract contents concluded by the reservation can be widely interpreted.

In conclusion, it is reasonable to understand that the legal nature of the general contract is a reservation.

[Key Words] Long-term Continuous Construction Contracts, Extension of the Construction Period, Contract Amount Adjustment, General Contract, Reservation