

서울고등법원 2021. 4. 29 선고 2020나2001699 판결 [공사대금청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2021. 4. 29 선고 2020나2001699 판결

서울중앙지방법원 2019. 11. 29 선고 2017가합589325 판결

전문

원고, 피항소인 겸 항소인

주식회사 A

소송대리인 변호사 김태우

피고, 항소인 겸 피항소인

1. 문경시

소송대리인 법무법인 조율 담당변호사 김하늘, 차용면

피고, 피항소인

2. 대한민국

제1심판결 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2017가합589325 판결

변론종결 2021. 3. 25.

판결선고 2021. 4. 29.

주 문

1. 제1심판결 중 피고 문경시의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고 문경시에 대한 청구를 기각한다.
2. 원고의 피고들에 대한 항소 및 원고가 이 법원에서 추가한 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.
3. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 피고 문경시에 대한 청구취지

주위적 및 예비적으로, 피고 문경시는 원고에게 1,426,066,705원 및 그중 200,000,100원에 대하여는 2017. 11. 16.부터 2018. 1. 4.까지 연 6%, 2018. 1. 5.부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 1,226,066,605원에 대하여는 2017. 11. 16.부터 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

나. 예비적 피고 대한민국에 대한 청구취지

주위적 및 예비적으로, 피고 대한민국은 원고에게 1,426,066,705원 및 그중 200,000,100원에 대하여는 2017. 11. 16.부터 2018. 1. 2.까지1) 연 6%, 2018. 1. 3.부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 1,226,066,605원에 대하여는 2017. 11. 16.부터 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

[원고는 이 법원에 이르러 피고들에 대하여 주위적 및 예비적으로 각 채권자지체로 인하여 증가된 변제비용 청구를 추가하였다.]

2. 항소취지

가. 원고의 주위적 피고 문경시에 대한 항소취지

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금원에 해당하는 원고의 주위적 피고 문경시에 대한 패소 부분을 취소한다. 주위적 피고 문경시는 주위적 및 예비적으로, 원고에게 1,047,258,843원 및 그중 200,000,100원에 대하여 2017. 11. 16.부터 2018. 1. 4.까지 연 6%, 2018. 1. 5.부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 847,258,743원에 대하여는 2017. 11. 16.부터 2019. 10. 30.2) 까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

나. 원고의 예비적 피고 대한민국에 대한 항소취지

제1심판결 중 예비적 피고 대한민국에 대한 부분을 취소한다. 예비적 피고 대한민국에 대하여 청구취지 나.항 기재와 같은 판결을 구한다.

다. 피고 문경시의 항소취지

제1심판결 중 피고 문경시의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고 문경시에 대한 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결 중 제5면 제1행부터 제17행까지를 삭제하는 외에는 제1심판결의 이유 중 해당 부분과 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구원인

1) 총괄계약상 총공사기간의 연장에 따른 추가 간접공사비 청구

가) 원고와 피고 문경시는 각 차수별 계약의 공사기간을 연장할 때마다 그에 대응하여 총괄계약의

총공사기간도 함께 연장하였고, 각 차수별 계약의 공사기간에는 포함되지 않는 이른바 '공백기'를 총괄계약의 총공사기간에 반영하기 위하여 차수별 계약은 전혀 변경하지 않고 오로지 총괄계약의 내용만을 변경하는 변경계약을 별도로 체결하였다. 이러한 점에 비추어 보면, 이 사건 공사계약의 경우 일반적인 장기계속계약과는 달리 당사자들 사이에 총괄계약의 독자적인 법적 구속력을 인정하는 확정적인 의사의 합치가 있었다고 보아야 한다.

나) 설령 총괄계약의 구속력이 인정되지 않는다고 하더라도, 기획재정부와 조달청이 밝힌 견해에 따르면 총괄계약상 총공사기간 연장에 따라 발생하는 추가 간접공사비는 연장기간에 체결된 차수별 계약 또는 연장기간 당시 진행 중인 차수별 계약의 계약금액 조정절차에 따라 해당 차수별 계약의 계약금액에 반영될 수 있다. 따라서 원고는 당초의 총괄계약상 준공기한을 지나서 체결된 4, 5차수 계약에 기하여 총공사기간의 연장으로 인하여 발생한 추가 간접공사비의 지급을 구할 수 있다.

다) 그런데 원고의 책임 없는 사유로 총괄계약상 총공사기간이 3) 669일 연장되었으므로, 이 사건 일반조건 제7절 4항에 따라 총공사기간의 연장으로 인하여 원고가 지출한 간접공사비를 증액하는 내용으로 총공사금액의 조정이 이루어져야 한다. 또한 원고는 이 사건 공사계약에 따른 최종 기성대가의 지급이 이루어지기 전에 총공사기간연장으로 인한 계약금액 조정신청을 하였다.

라) 그러므로 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 총괄계약상 총공사기간 연장에 따라 원고들이 추가로 지출한 간접공사비 합계 1,426,066,705원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 총공사 시공의무의 채권자지체로 인한 변제비용 청구

장기계속공사계약에서 이른바 총괄계약은 계약상대방이 각 차수별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의로서, 계약이행의사의 확정, 계약 단가 등에 효력이 미치고, 총괄계약의 계약상대자로서는 정당한 사유 없이 차회의 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없게 된다. 그러므로 수급인은 총괄계약에 따라 총공사 전부에 관한 시공을 완료할 때까지 차수별 계약을 체결하여 총공사 시공을 완료할 의무, 즉 '총공사 시공의무'를 부담하게 된다. 수급인의 총공사 시공의무는, 도급인이 총공사 전부의 시공이 완료될 때까지 건축허가 등 공사에 필요한 인허가를 취득하고, 법률상·사실상 시공이 가능한 상태의 공사부지를 확보·제공하며,

법률상·사실상 시공이 가능한 상태의 공사 목적물에 관한 설계를 확정하고, 예산을 확보하여 차수별 계약을 체결하는 등 수급인으로 하여금 총 공사 시공을 할 수 있도록 하는 도급인의 협력이 필요한 채무이다.

이 사건 공사계약의 체결 당시 총공사기간은 2014. 5. 27.부터 2016. 1. 16.까지 600일로 예정되었으나, 도급인인 피고들에게 책임 있는 사유(인허가 요건의 해제, 설계변경을 위한 추가 작업, 사업비 예산 부족 등)로 인해 총공사기간이 669일 연장되는 채권자지체가 발생하였다. 원고가 이로 인하여 추가로 지출한 간접공사비 중 일반관리비, 이윤, 부가가치세 등을 공제한 1,170,802,084원은 피고들의 채권자지체로 인하여 증가된 변제비용에 해당한다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 금원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

나. 예비적 청구원인

1) 각 차수별 계약의 공사기간 연장 관련 청구

가) 각 차수별 계약의 공사기간 연장에 따른 추가 간접공사비 청구

원고는 각 차수별 계약의 연장된 공사기간에 추가로 간접공사비를 지출하고 이후 각 차수별 계약의 준공대가 수령 전에 연장된 공사기간에 관한 계약금액 조정신청을 하였다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 각 차수별 계약의 연장된 공사기간 동안 추가로 지출한 간접공사비 합계 1,184,686,016원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

나) 차수별 계약의 공사기간 연장에 따른 채권자지체로 인한 변제비용 청구

수급인의 차수별 계약에 따른 시공의무는 건축허가 등 공사에 필요한 인허가의 취득, 법률상·사실상 시공이 가능한 상태의 공사부지의 확보 및 제공, 법률상·사실상 시공이 가능한 상태의 설계의 확정 등 도급인의 협력이 필요한 채무이다.

1차수 계약은 피고들의 귀책사유인 대규모 공동(空洞)의 출현으로 인한 지반정밀조사 추가 실시(1-1차 공기연장), 관련 인허가 지연(1-2차 공기연장)으로 인하여 공기가 185일 연장되었고, 원고는 이로 인하여 간접공사비 484,929,098원을 추가 지출하였다. 2차수 계약은 피고들의

귀책사유인 C 경사지붕 및 슬라브 타설 등의 설계변경(2-1차 공기연장)으로 인하여 공기가 15일 연장되었고, 원고는 이로 인하여 간접공사비 33,035,966원을 추가 지출하였다. 3차수 계약은 피고들의 귀책사유인 동절기 시공중지(3-1차 공기연장)로 인하여 공기가 52일 연장되었고, 원고는 이로 인하여 간접공사비 98,946,956원을 추가 지출하였다. 4차수 계약은 피고들의 귀책사유인 징크하지 구조보강을 위한 추가공사 및 조경계획 수립(4-1차 공기연장)으로 인하여 공기가 56일 연장되었고, 원고는 이로 인하여 간접공사비 140,916,625원을 추가 지출하였다. 5차수 계약은 피고들의 귀책사유인 소방 및 전시 공사에 따른 내부 인테리어 설계변경(5-1차 공기연장), 전기수전에 따른 시운전 공기 반영(5-2차 공기연장), 급수에 따른 시운전 기간 확보(5-3차 공기연장)로 인하여 공기가 157일 연장되었고, 원고는 이로 인하여 간접공사비 215,099,434원을 추가 지출하였다.

이는 모두 피고들의 채권자지체로 인하여 증가된 변제비용에 해당하므로, 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 각 금원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 공백기 관련 청구

가) 묵시적 합의에 따른 약정금 청구

4차수 계약과 5차수 계약 사이인 2016. 11. 1.부터 2017. 4. 25.까지 총 176일 동안 차수별 계약기간에 포함되지 않는 이른바 공백기가 존재한다. 원고는 위 기간 동안 피고들의 요청으로 공사현장의 유지·관리를 위한 필수 인원을 배치하고 현장사무소를 운영하였다. 이는 원고와 피고들 사이에 위 공백기에 발생한 간접공사비를 차회 차수별 계약의 계약금액에 반영한다는 묵시적 합의가 있었기 때문이다. 실제로 원고와 피고들은 2017. 4. 19. 및 2017. 4. 24. 두 차례에 걸쳐 위 공백기 176일에 상응하여 총공사기간을 연장하는 내용의 변경계약을 체결하였다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 공백기 이후의 차수별 계약인 5차수 계약의 계약금액 조정절차에 따라 위 공백기에 추가 발생한 간접공사비 합계 335,944,889원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

나) 사무관리에 기한 비용상환 청구

설령 위와 같은 묵시적 합의가 인정되지 않는다 하더라도, 원고는 위 공백기 동안 의무 없이 피고들의

업무에 해당하는 이 사건 공사현장의 유지·관리 업무를 수행하였고, 그 과정에서 현장관리에 필요한 필요비 또는 유익비에 해당하는 위 간접공사비 상당액을 지출하였다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 사무관리에 관한 민법 제739조 제1항에 따라 위 공백기 동안 투입한 비용의 상환을 구한다.

다) 부당이득반환청구

원고는 법률상 원인 없이 위 공백기 동안 이 사건 공사현장의 유지·관리 업무를 수행함으로써 위 간접공사비 상당액의 손해를 입었고, 그로 인하여 피고들은 위 간접공사비 상당액의 지출을 면하는 이익을 얻었다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 간접공사비 상당의 부당이득반환을 구한다.

라) 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상청구

피고들은 공백기가 발생하지 않도록 이전 차수의 준공일 이전에 다음 차수별 계약을 체결할 의무가 있고, 원고의 귀책사유 없이 공사가 지연될 경우 공기를 연장하고 그에 따라 계약금액을 조정해 줄 의무가 있다. 그러나 피고들은 고의 또는 과실로 위 의무를 위반하여 원고에게 계약상 의무 없는 간접공사비 상당액을 지출하게 하는 손해를 입혔다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 간접공사비 상당의 손해배상을 구한다.

마) 공백기 관련 채권자지체로 인한 변제비용 청구

장기계속공사계약에서 수급인은 총괄계약에 따라 총공사 전부의 시공을 완료할 때까지 차수별 계약을 체결하여 총공사의 시공을 완료할 총공사 시공의무를 부담하고, 도급인은 이에 협력할 의무를 부담한다. 그런데 피고들의 귀책사유인 예산 부족 등으로 인하여 4차수 계약과 5차수 계약 사이에 공백기 176일이 발생하였다. 원고가 이로 인하여 추가 지출한 간접공사비 중 일반관리비, 이윤, 부가가치세 등을 공제한 275,811,065원은 피고들의 채권자지체로 인하여 증가한 변제비용에 해당한다. 따라서 주위적으로 피고 문경시에 대하여, 예비적으로 피고 대한민국에 대하여, 위 금원 및 이에 대한 지연손해금을 구한다.

3. 추가 간접공사비 등 지급 주체에 관한 판단

가. 판단

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ⑤와 같은 사실 및 사정들을 종합하면, 원고와 이 사건 공사계약을 체결한 당사자로서 이 사건 공사의 시행 및 공사대금 지급 등 계약이행과 관련하여 원고에 대한 권리와 의무를 보유하는 주체는 피고 문경시라 함이 상당하다.

① 피고 대한민국 산하 조달청은 구 조달사업에 관한 법률(2015. 1. 28. 법률 제13086호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조달사업법'이라고 한다) 제5조의2 제1항, 구 조달사업법 시행령(2014. 11. 4. 대통령령 제25680호로 개정되기 전의 것) 제9조의3에 따라 수요기관인 피고 문경시의 요청으로 원고와 이 사건 공사계약을 체결하였다.

② 구 조달사업법 제5조의3 제1항은 “조달청장은 체결한 계약이 정상적으로 이행된 경우로서 납품업체의 규모, 계약 방법, 자체 자금 사정 등을 고려하여 계약 이행의 대금을 수요기관의 장을 대신하여 지급(이하 '대지급'이라 한다)하는 것이 효율적이라고 대통령령으로 정하는 경우에는 그 대금을 대지급하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항은 “수요기관의 장은 제1항에 해당하지 아니하여 조달청장이 대지급하지 아니하는 경우에는 그 대금을 계약 상대방에게 직접 지급하여야 하며 대금을 지급한 후 즉시 그 내용을 조달청장에게 알려야 한다.”라고 규정한다. 그런데 대지급의 대상을 정하고 있는 구 조달사업법 시행령 제9조의4 제1항에는 이 사건과 같은 공사대금의 경우 대지급 대상에 포함되어 있지 않다.

③ 이 사건 공사에 관한 공사입찰설명서(을나 제1호증)에 명시되어 이 사건 공사계약의 내용으로 편입된 공사계약 특수조건은 “공사의 착공, 감독, 하도급관리, 대가의 지급, 검사, 재해방지조치, 인수, 하자관리 등 공사현장에서 계약이행과 관련된 사항에 대하여는 달리 규정한 경우를 제외하고는 수요기관의 장(그 위임을 받은 공무원을 포함한다. 이하 같다)을 계약담당공무원으로 본다. 여기서 수요기관이라 함은 「조달사업에 관한 법률」제2조 제4호에서 정한 기관을 말한다.”라고 규정한다. 그런데 구 조달사업법 제2조 제4호는 지방자치단체를 수요기관으로 정하고 있고, 달리 피고 대한민국이 공사대금을 지급하기로 정하였다는 사실을 인정할 자료가 없다.

④ 이 사건 공사계약서 하단의 특기사항란에는 “공사대금 지급에 대한 책임은 수요기관에게 있습니다.”, “공사대금 지급 등 관련 소송의 경우 조달청이 아닌 발주기관(수요기관)을 소송 당사자로

합니다.”라고 기재되어 있다.

⑤ 피고 문경시가 원고에게 이 사건 공사계약에 따른 공사대금을 직접 지급하여 왔다. 계약 변경에 관하여도 피고 대한민국은 관여하지 아니하고 원고와 피고 문경시만이 협의하여 변경계약서를 작성하였다(각 변경계약서에도 피고 문경시가 계약자로 되어 있다). 원고는 피고 대한민국이 아닌 피고 문경시를 상대로 계약금액 조정신청을 하였다. 조달업무를 전자적으로 처리하기 위한 국가종합전자조달시스템(나라장터)에도 이 사건 공사계약 정보의 '지급구분'란에 '대지급'이 아닌 '직불'로 기재되어 있다.

나. 소결

따라서 피고 대한민국이 아닌 피고 문경시가 원고가 주위적, 예비적으로 구하는 총괄계약상 또는 차수별 계약상 공사기간 연장으로 인한 계약금액 조정 및 공사대금지급의무를 부담한다 할 것이다. 또한 원고가 예비적으로 구하는 각 변제비용청구, 사무관리에 기한 비용상환청구, 부당이득반환청구, 손배배상청구 등 또한 그 의무자는 피고 대한민국이 아닌 피고 문경시라 할 것이다. 그러므로 원고의 피고 대한민국에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다. 이하에서는 원고의 피고 문경시에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구의 당부에 관하여만 살펴본다.

4. 피고 문경시에 대한 주위적 청구에 관한 판단

가. 장기계속공사계약에서 총괄계약과 차수별 계약의 관계에 관한 법리

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라고 한다) 제21조 제2항은 “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.”라고 규정하고 있다. 그리고 국가계약법 시행령 제69조 제2항은 “장기계속공사는 낙찰 등에 의하여 결정된 총공사금액을 부기하고 당해 연도의 예산의 범위 안에서 제1차 공사를 이행하도록 계약을 체결하여야 한다. 이 경우 제2차 공사 이후의 계약은 부기된

총공사금액(제64조부터 제66조까지의 규정에 따른 계약금액의 조정이 있는 경우에는 조정된 총공사금액을 말한다)에서 이미 계약된 금액을 공제한 금액의 범위 안에서 계약을 체결할 것을 부관으로 약정하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

이처럼 장기계속공사계약은 총공사금액 및 총공사기간에 관하여 별도의 계약을 체결하고 다시 개개의 사업연도별로 계약을 체결하는 형태가 아니라, 우선 1차년도의 1차수 계약을 체결하면서 총공사금액과 총공사기간을 부기하는 형태로 이루어진다. 1차수 계약 체결 당시 부기된 총공사금액 및 총공사기간에 관한 합의를 통상 '총괄계약'이라 칭하고 있는데, 이러한 총괄계약에서 정한 총공사금액 및 총공사기간은 국가 등이 입찰 당시 예정하였던 사업의 규모에 따른 것이다. 사업연도가 경과함에 따라 총공사기간이 연장되는 경우 추가로 차수별 계약을 체결하면서 그에 부기하는 총공사금액과 총공사기간이 같이 변경되는 것일 뿐 차수별 계약과 별도로 총괄계약(총공사금액과 총공사기간)

의 내용을 변경하는 계약이 따로 체결되는 것은 아니다.

따라서 위와 같은 총괄계약은 그 자체로 총공사금액이나 총공사기간에 대한 확정적인 의사의 합치에 따른 것이 아니라 각 차수별 계약의 체결에 따라 연동되는 것이다. 일반적으로 장기계속공사계약의 당사자들은 총괄계약의 총공사금액 및 총공사기간을 각 차수별 계약을 체결하는 데 잠정적 기준으로 활용할 의사를 가지고 있을 뿐이라고 보이고, 각 차수별 계약에 부기된 총공사금액 및 총공사기간 그 자체를 근거로 하여 공사금액과 공사기간에 관하여 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있다고 보기 어렵다.

즉, 장기계속공사계약에서 이른바 총괄계약은 전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 계약상대방이 각 차수별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 한다. 따라서 총괄계약의 효력은 계약상대방의 결정(차수별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 차수별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(차수별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인

내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 차수별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결 참조).

나. 총공사기간 연장에 따른 추가 간접공사비 청구에 관한 판단

1) 총괄계약에 구속력을 인정하기로 하는 의사의 합치가 있었다는 주장에 관한 판단

원고와 피고 문경시가 각 차수별 계약의 공사기간을 연장하는 경우 그에 대응하여 총괄계약의 총공사기간도 함께 연장한 사실(1-2차, 2-1차4), 3-1차, 4-1차, 5-1차, 5-2차, 5-3차 각 변경계약), 원고와 피고 문경시가 각 차수별 계약의 공사기간에는 포함되지 않는 공백기를 반영하여 총괄계약상 총공사기간만을 연장하는 내용의 변경계약을 체결한 사실(4-2, 4-3차 각 변경계약) 등은 앞서 인정한 바와 같다.

그러나 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 ①내지 ④와 같은 사정들을 종합하면, 위 인정사실만으로는 원고와 피고 문경시 사이에 총괄계약에 대하여 구속력을 인정하기로 하는 의사의 합치가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 공사의 입찰설명서(을나 제1호증)에는 이 사건 공사가 “장기계속계약대상공사”임이 명시되어 있고, 총괄계약의 총공사대금과 총공사기간은 일반적인 장기계속공사계약과 마찬가지로 원고와 피고 문경시 사이에 체결된 차수별 계약에 부기되는 형태로 이루어졌을 뿐이다. 그 밖에 이 사건 공사계약의 체결 경위나 계약 내용을 살펴보더라도 일반적인 장기계속공사계약과 달리 당사자들이 이 사건 공사계약에만 특별히 총괄계약의 구속력을 인정하기로 합의하였다고 볼 만한 근거를 찾기 어렵다.

② 일반적인 장기계속공사계약과 마찬가지로 이 사건 공사계약에서도 원고가 이행할 급부의 내용, 원고가 지급받을 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 각 차수별 계약을 통하여 구체적으로 확정되었고, 원고는 피고 문경시로부터 각 차수별 계약에 따른 준공대가를 지급받았다.

③ 원고와 피고 문경시가 각 차수별 계약의 공사기간을 연장하면서 그에 대응하여 총괄계약상 총공사기간도 함께 연장하거나 각 차수별 계약의 공사기간에 포함되지 않는 공백기를 반영하여 총괄계약상 총공사기간을 연장한 바 있다. 그러나 이는 각 차수별 계약 또는 그에 관한 변경계약의

체결 및 그때까지의 공사의 진척상황 등을 총공사기간에 반영함으로써 이를 이후의 차수별 계약을 체결하는 데 필요한 잠정적 기준으로 활용하기 위한 조치로 보인다. 따라서 위와 같은 사정만을 들어 피고 문경시에게 총괄계약의 총공사기간에 관하여 확정적인 권리·의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사가 있었다고 인정하기는 어렵다.

④ 총괄계약상 총공사기간의 연장에 따른 원고의 계약금액 조정신청에 대하여, 피고 문경시 또는 책임감리원은 '장기계속공사의 경우 각 차수별 준공대가 수령 전까지 청구한 경우에만 계약금액조정이 가능하다', '이 사건 공사는 장기계속공사이므로 기준공된 공사분에 대하여는 계약금액조정이 불가하다'는 등의 이유로 계약금액의 조정을 거부하였다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 4, 5차수 계약의 계약금액에 총공사기간의 연장에 따른 간접공사비를 반영할 수 있다는 주장에 관한 판단

원고의 이 부분 주장은 총괄계약상 총공사기간의 연장이 이 사건 공사계약 중 4, 5차수 계약의 계약금액 조정사유에 해당한다는 취지로 보인다. 그러나 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 ① 내지 ④와 같은 사정들에 비추어 보면, 갑 제9 내지 11호증의 각 기재만으로는 총괄계약상 총공사기간의 변경이 4, 5차수 계약의 계약금액 조정사유에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 근거가 없다.

① 총괄계약에서 정한 총공사기간은 차수별 계약의 잠정적 기준에 불과하여 구속력이 없으므로, 총공사기간이 차수별 계약의 계약서에 부기되더라도 차수별 계약의 계약내용이 된다고 할 수 없다.

② 각 차수별 계약의 계약서에는 각 차수별 계약의 공사기간이 명시되어 있고, 이 사건 일반조건 제7절 4항의 '공사기간 변경'은 각 차수별 계약의 공사기간 변경을 의미하며, 총괄계약상 총공사기간은 각 차수별 계약의 공사기간이 변경됨에 따라 연동하여 변경되는 것에 불과하다.

③ 원고가 근거로 내세우는 조달청, 기획재정부의 의견은 결국 연장된 총공사기간이 계약의 내용으로 되어 구속력이 발생함을 전제로 하는 것인데, 앞서 본 바와 같이 장기계속계약의 총괄계약에서 정한 총공사기간의 구속력은 인정되지 아니한다.

④ 원고의 이 부분 주장은 결국 총괄계약의 최초 총공사기간보다 연장된 모든 기간에 대하여

계약금액의 조정이 필요하다는 것이어서 총괄계약의 구속력을 인정하는 것과 다를 바 없으므로, 앞서 본 전원합의체 판결의 판시 취지에 정면으로 반한다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 총공사 시공의무의 채권자지체로 인한 변제비용 청구에 관한 판단

채권자지체라 함은, 채무의 이행에 급부의 수령 기타 채권자의 협력을 필요로 하는 경우에, 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행의 제공을 하였으나 채권자가 그 협력을 할 수 없거나 하지 않기 때문에 이행이 지체되는 것을 말한다. 민법은 이러한 경우 채무자의 지체책임을 감경하거나 면제하고(제400조 내지 제402조), 증가된 목적물의 보관비용 또는 변제비용을 채권자가 부담하도록 하여(제403조) 채무자를 보호한다.

따라서 장기계속공사계약에서 총괄계약에 기한 도급인의 채권자지체가 성립하기 위하여는, 첫째, 채무자인 수급인에게 원고가 주장하는 총공사 시공의무, 즉 총괄계약상의 최초 총공사기간 내에 전체 공사를 완공할 의무가 인정되고, 둘째, 채권자인 도급인에게 수급인의 총공사 시공의무 이행에 협력할 의무5)가 인정되며, 셋째, 수급인이 도급인에게 총공사 시공의무에 관한 이행의 제공을 하였음에 불구하고 이행지체 상태에 빠져야 한다. 그러나 이러한 채권자지체의 성립요건은 다음 1) 내지 5)와 같은 이유로 충족될 수 없다.

1) 앞서 살핀 전원합의체 판결에 따르면, 장기계속공사계약에서 총괄계약의 효력은 계약상대방의 결정, 계약이행의사의 확정, 계약단가 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다. 그런데 원고의 주장과 같이 장기계속공사계약에서 수급인의 총공사 시공의무를 인정하게 되면, 이는 곧 총괄계약상의 총공사기간에 법적인 구속력을 인정하는 결과가 된다. 이는 앞서 살핀 전원합의체 판결에 정면으로 반하고, 그 판시 취지를 우회잠탈하는 것이 되어 허용될 수 없다.

2) 장기계속공사계약은 1개의 회계연도 내에 이행될 것을 전제로 공사기간과 공사대금 등을 정하는 것이고, 계속비계약은 수 개의 회계연도에 걸쳐 이행될 것을 전제로 공사기간과 공사대금 등을 정하는

것이어서, 양자는 체결 형식과 내용 등에 있어 엄격히 구분된다. 그런데 장기계속공사계약에서 총괄계약에 따른 총공사 시공의무를 인정하면, 이는 계속비계약과 다름없는 것이 되어, 양자를 구분할 수 없게 된다.

3) 도급인과 수급인이 합의하여 차수별 계약 또는 그 변경계약에 부기된 총괄계약의 총공사기간을 연장한 경우에는, 설령 총괄계약의 총공사기간에 법적 구속력을 인정한다 할지라도, 수급인이 연장된 총괄계약상의 총공사기간 내에 공사를 완공하는 한 수급인의 이행지체 자체를 상정할 수 없다.

그렇다면 채무자의 이행지체를 전제로 하여 비로소 성립될 수 있는 채권자지체도 성립될 수 없는 것이다. 원고는 1차수 계약이후 각 차수별 계약 또는 그 변경계약으로 총괄계약의 총공사기간이 연장되었음을 간과한 채, 1차수 계약에 부기된 총괄계약의 최초 총공사기간만을 기준으로 채권자지체를 논하고 있는바, 이는 채권자지체의 개념 자체에 반하는 것이다.

4) 앞서 보았듯이, 채권자지체는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행의 제공을 하였음에도 채권자의 협력 결여로 이행에 이르지 못하는 것인 것이다. 따라서 설령 수급인의 총공사 시공의무를 인정한다 할지라도, 수급인이 도급인에게 그 이행의 제공을 하여야 도급인의 채권자지체가 인정될 수 있다. 그런데 원고는 이러한 이행의 제공을 하였다는 점에 관하여 아무런 주장·입증도 하지 않고 있을뿐더러, 장기계속공사계약에서 수급인이 총공사 시공의무의 이행을 위하여 할 수 있는 이행의 제공의 형태와 내용이 무엇인지 알기 어렵다.

5) 채권자지체가 성립하기 위하여는 채권자가 채무의 이행에 필요한 급부의 수령 기타 협력의무를 이행하지 않아야 한다. 그런데 앞서 살핀 전원합의체 판결에 의하면, 장기계속공사계약에서 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 차수별 계약을 통하여 구체적으로 확정되게 되므로, 총괄계약의 총공사기간에 기하여 채권자인 도급인의 구체적 협력의무를 도출할 수 없다. 원고들이 주장하는 도급인의 협력의무(공사에 필요한 인허가 취득, 법률상·사실상 시공이 가능한 공사부지의 확보 및 제공, 법률상·사실상 시공이 가능한 상태의 공사목적물에 관한 설계의 확정, 총공사 전부의 시공이 완료될 때까지 예산 확보 및 차수별 계약의 체결 등 수급인이 총공사를 시공할 수 있도록 협력할 의무)는 모두 총괄계약에서 구체적 의무로 도출되기 어려운, 도급인의 추상적인 협력사항에

불과하다고 봄이 타당하다.

따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

5. 피고 문경시에 대한 예비적 청구에 관한 판단

가. 각 차수별 계약의 공사기간 연장 관련 청구에 관한 판단

1) 각 차수별 계약의 공사기간 연장에 따른 추가 간접공사비 청구에 관한 판단

가) 계약금액 조정사유의 발생 여부

(1) 이 사건 일반조건 제7절 4항은 공사기간의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위안에서 이를 조정하여야 한다고 규정하고 있다. 앞서 본 법리에 따르면, 이 사건 공사계약과 같은 장기계속공사계약에서 공사기간의 변경으로 인한 계약금액 조정사유가 발생하였는지 여부는 각 차수별 계약을 기준으로 판단하여야 한다.

앞서 본 기초사실에 의하면, 각 차수별 계약상 공사기간은, 1차수 계약 185일, 2차수 계약 15일, 3차수 계약 52일, 4차수 계약 56일, 5차수 계약 157일 연장되었다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고 문경시에게 이 사건 일반조건 제7절 4항에 따라 공사기간 변경을 원인으로 하여 계약금액의 조정을 신청할 수 있다.

(2) 이에 대하여 피고 문경시는 각 차수별 계약의 공사기간 연장은 피고 문경시의 전적인 귀책사유가 아닌 원고 또는 책임감리원의 귀책사유에 기인한 것이므로 원고의 계약금액 조정신청에 응할 수 없다고 주장한다.

이 사건 일반조건은 공사 지연이 원고의 책임 있는 사유로 인한 경우에는 지연배상금을 부과하고, 원고의 책임 없는 사유로 인한 경우에는 계약담당자의 조사를 통하여 계약기간을 연장하도록 정하고 있다. 그러므로 계약상대자(원고)의 공사기간 연장으로 인한 계약금액 조정청구권은 '계약상대자의 귀책사유 없이' 공사 기간이 연장된 경우를 요건으로 한다고 보아야 한다. 따라서 원고에게 공사기간 연장에 대한 귀책사유가 있는지 여부에 관하여 살핀다.

앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 ① 내지 ⑤와 같은 사실 및 사정을 종합하여 보면, 각 차수별 계약의 공사기간 연장은 원고의 책임 있는 사유로 비롯된 것은 아니라고 할 것이다.

① 위와 같은 각 공사기간 연장계약을 체결하게 된 사유는, 설계도서에 반영되어 있지 아니한 대규모 공동(空洞)의 출현으로 인한 지반정밀조사 추가 실시(1-1차 공기연장), 관련 인허가 지연(1-2차 공기연장), C 경사지붕 및 슬라브 타설 등의 설계변경(2-1차 공기연장), 동절기 시공중지(3-1차 공기연장), 징크하지 구조보강을 위한 추가공사 및 조경계획 수립(4-1차 공기연장), 소방 및 전시 공사에 따른 내부 인테리어 설계변경(5-1차 공기연장), 전기수전에 따른 시운전 공기 반영(5-2차 공기연장), 급수에 따른 시운전 기간 확보(5-3차 공기연장) 등이다. 위와 같은 사유들은 모두 원고의 시공상 과실과는 직접 관련이 없다고 봄이 상당하다. ② 시공과정에서 발견된 설계도서의 오류로 인해 공사가 지연되었다고 하더라도, 이 사건 공사는 설계와 시공이 분리되어 발주된 내역입찰대상 공사인 것으로 보이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 시공사인 원고는 설계상 하자에 관하여는 책임을 부담하지 않게 된다. ③ 책임감리원은 피고 문경시와 체결한 감리용역계약에 따라 피고 문경시의 공사 관리·감독 업무를 대리하거나 대행하는 자이므로, 원고와의 관계에서 책임감리원의 책임 있는 사유는 곧 피고 문경시의 책임 있는 사유로 봄이 타당하다. ④ 원고는 이 사건 일반조건 제8절 2의 가항에 따른 절차를 거쳐 피고 문경시에게 공사기간의 연장을 요청한 것으로 보이고, 피고 문경시는 이 사건 일반조건 제8절 2의 나항에 따라 위 공사기간 연장 요청을 승인한 것으로 보인다. ⑤ 그에 따라 피고 문경시는 원고와 각 공사기간 연장을 내용으로 하는 변경계약을 체결하였고, 원고에게 따로 지연배상금을 부과하지 않았다(만약 피고 문경시가 원고의 책임 있는 사유로 공사가 지연되었다고 판단했다면, 원고의 공사기간 연장 요청을 받아들이지 아니하고 오히려 지체상금을 부과하였을 것으로 보인다).

피고 문경시의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 적법한 계약금액 조정신청 여부

(1) 판단 기준

장기계속공사계약에서 공사기간 연장으로 인한 계약금액의 조정 사유가 발생하였다고 하더라도 그 자체로 계약금액 조정이 자동적으로 이루어지는 것이 아니라, 계약당사자의 상대방에 대한 적법한 계약금액 조정신청에 의하여 비로소 이루어지므로(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다28825 판결 등 참조), 차수별 계약에서 정한 공사기간이 아니라 총괄계약에서 정한 총공사기간의 연장을 이유로 한 계약금액 조정신청은 적법한 계약금액 조정신청이라 보기 어렵다. 공사기간 연장을 이유로 한 조정신청을 당해 차수별 공사기간의 연장에 대한 공사금액 조정신청으로 인정할 수 있으려면, 차수별 계약의 최종 기성대가 또는 준공대가의 지급이 이루어지기 전에 계약금액 조정신청을 마치는 등 당해 차수별 신청의 요건을 갖추어야 하고, 조정신청서에 기재된 공사 연장기간이 당해 차수로 특정되는 등 조정신청의 형식과 내용, 조정신청의 시기, 조정금액 산정 방식 등을 종합하여 볼 때 객관적으로 차수별 공사기간 연장에 대한 조정신청 의사가 명시되었다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다267679 판결 참조).

이 사건 일반조건 제7절 4의 나항 및 라항은 “공사기간운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정해야 할 필요가 있는 경우 그 계약내용의 변경은 변경되는 부분의 이행에 착수하기 전에 완료하여야 한다. 계약금액이 증액될 때에는 계약상대자의 신청에 따라 조정해야 한다.”라고 규정한다. 또한 이 사건 일반조건 제7절 4의 마항 및 1의 차항은 “공사기간의 변경으로 인한 계약금액 조정의 경우 계약상대자는 준공대가(장기계속공사의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령 전까지 계약금액 조정청구를 하여야 한다.”는 취지로 규정한다. 앞서 살핀 대법원 판결의 취지에 비추어, 위 각 조항의 문언적 의미, 그와 같은 조항을 두게 된 목적과 취지 등을 종합적으로 고려하면, 계약상대자는 늦어도 각 차수별 계약별로 최종 기성대가(또는 준공대가)의 지급이 이루어지기 전에 계약내용 변경으로 인한 계약금액 조정신청을 마쳐야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2011다45989 판결의 취지 참조).

(2) 구두에 의한 계약금액 조정신청 주장에 관한 판단

원고는 계약금액 조정신청에 특별한 방식이 요구되는 것은 아니고 구두로 계약금액 조정신청을 하더라도 무방하며, 원고는 1차수 계약의 준공대가를 수령하기 전에 책임감리원에게 수차례 구두로

계약금액 조정신청을 하였으므로, 1-1차, 1-2차 각 공기연장에 관한 적법한 계약금액 조정신청이 있었다는 취지로 주장한다.

살피건대, 갑 제14호증의 기재만으로는 원고가 1차수 계약의 준공대가를 수령하기 전까지 구두로라도 1-1차, 1-2차 각 공기연장에 관한 계약금액 조정신청을 하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 한편, 이 사건 일반조건제2절 3의 가항은, “구두에 따른 통지 · 신청청구요구회신승인 또는 지시 등은 문서로 보완되어야 효력이 있다”고 규정한다.

그렇다면 설령 원고가 그 주장과 같이 구두로 조정신청을 하였다 할지라도, 1차수 계약의 준공대가를 수령하기 전까지 피고 문경시에게 문서로 1-1차, 1-2차 각 공기연장에 관한 계약금액 조정신청을 다시 하여야 한다 할 것임에도, 원고는 이러한 사실이 없음을 자인하고 있다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 문서에 의한 계약금액 조정신청 주장에 관한 판단

(가) 다음 표와 같이 피고 문경시가 원고에게 각 차수별 계약의 준공대가를 지급하였고, 원고가 피고 문경시 또는 책임감리원에게 계약금액 조정신청을 한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제6호증의 1 내지 7, 갑 제23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있다.

순번	일자	상대방	인정증거
2015. 6. 15. 1차수 계약 준공대가 지급			
1	2015. 11. 5.	책임감리원	갑 제6호증의 1, 갑 제23호증
2015. 12. 9. 2차수 계약 준공대가 지급			
2	2016. 3. 8.	책임감리원	갑 제6호증의 2
3	2016. 4. 12.	책임감리원	갑 제6호증의 3 중 9쪽
4	2016. 6. 3.	피고 문경시	갑 제6호증의 3
2016. 6. 22. 3차수 계약 준공대가 지급			
5	2016. 9. 19.	책임감리원	갑 제6호증의 4
2016. 12. 12. 4차수 계약 준공대가 지급			
6	2016. 12. 15.	피고 문경시	갑 제6호증의 5
7	2017. 8. 4.	책임감리원	갑 제6호증의 6
8	2017. 11. 2.	피고 문경시	갑 제6호증의 7
2017. 12. 7. 5차수 계약 준공대가 지급			

(나) 앞서 살핀 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어, 위 각 계약금액 조정신청은 적법한 각 차수별 계약의 공사기간 연장에 대한 조정신청이라 볼 수 없다.

① 2015. 11. 5.자 조정신청: 당해 조정신청에 첨부된 연구용역보고서(갑 제23호증)에 2-1차 변경계약으로 인한 2차수 계약의 공사기간 연장이 언급되어 있기는 하다.

그러나 당해 조정신청의 제2항 [당사자 시공중인 “B 조성사업(건축)”과 2015년 10월 28.일부로 전체공사기간 연장 변경에 따라 이에 대한 추가 간접비 자료를 제출하오니 검토하여 주시기 바랍니다.] 중 특히 “전체공사기간 연장” 문구는 당해 조정신청이 총괄계약상 총공사기간의 연장에 따른 것임을 명백히 드러낸다. 2016. 6. 3.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청의 각 첫 번째 제4항6)은 당해 조정신청이 '총차계약 기간연장에 따른 간접비 청구'임을 명시하고 있다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

② 2016. 3. 8.자 조정신청: 당해 조정신청의 제3항 [시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 014.05.27.7) ~2016.08.31.(27개월)로 연장되어 아래와 같이 법적 근거에 의거하여 추가간접비를 산정 하였습니다.] 중 '2016.08.31.'은 2-1차 변경계약에 따라 연장된 총괄계약상

준공기한을 뜻함이 명백하고, 그밖에 2-1차를 비롯한 각 변경계약에 따라 연장된 각 차수별 계약의 준공기한과는 관련이 없다. 2016. 6. 3.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청은 각 첫 번째 제4항에서 당해 조정신청이 '총차계약 기간연장에 따른 간접비 청구'임을 명시하고 있다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

③ 2016. 4. 12.자 조정신청: 당해 조정신청의 제4항 후문 [당사에서는 2016년 3월 8.일에 계약금액 조정청구를 하였으며, 30일이 경과된 현재까지 계약금액조정이 이루어지지 않고 있으며, 계약금액 조정과 관련된 어떠한 협의도 진행되지 않고 있습니다.]에 비추어 보면, 당해 조정신청은 2016. 3. 8.자 조정신청에 따른 조정절차의 이행을 독촉하는 취지임이 명백하다. 2016. 6. 3.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청의 각 첫번째 제4항은 이 사건 공사계약의 체결 및 간접비 청구 현황을 시간순으로 정리한 것인데, 여기에 당해 조정신청은 언급되어 있지 않다. 따라서 당해 조정신청은 2016. 3. 8.자 조정신청과 별도의 계약금액 조정신청이라 볼 수 없다.

④ 2016. 6. 3.자 조정신청: 당해 조정신청의 구체적 내용은 별지 '2016. 6. 3.자 조정신청서'와 같다. 당해 조정신청의 첫 번째 제4항은 “당해공사의 계약현황 및 간접비 청구 현황은 다음과 같습니다.”라는 문구 아래에 2014. 5. 22. 총괄계약 체결부터 2016. 3. 9. 4차수 계약 체결까지의 이 사건 공사계약의 체결 및 간접비 청구 현황을 시간순서에 따라 표로 정리하고 있는데, 그 표에는 1-1차, 1-2차, 2-1차, 3-1차 각 변경계약에 따른 1차수 내지 3차수 계약의 각 공사기간 연장이 언급되어 있기는 하다. 그러나 당해 조정신청의 두 번째 제4항 [시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 014.05.27.8) ~2016.01.16.(20개월)에서 변경 2014.05.27.~2016.08.31.(27개월)로 연장되어 “지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제75조(그 밖에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)”에 따라 공사기간 연장에 따른 실비산정 내에서 계약금액 조정을 신청하오니 검토 후 계약금액에 반영하여 주시기 바랍니다.] 중 '2016.08.31.'은 2-1차 변경계약에 따라 연장된 총괄계약상 준공기한을 뜻하고, 그밖에 2-1차를 비롯한 각 변경계약에 따라 연장된 각 차수별 계약의 준공기한과는 관련이 없다. 당해 조정신청의 두 번째 제4항 중 '27개월'은 총괄계약상 총공사기간이 연장된 기간을 말한다. 2016. 9. 19.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청은 각 첫 번째 제4항에서 당해 조정신청이 '총차계약 기간연장에

다른 간접비 청구'임을 명시하고 있다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

⑤ 2016. 9. 19.자 조정신청: 당해 조정신청은 2016. 6. 3.자 조정신청과 동일한 형식에 유사한 내용으로 돼 있다. 다만 첫 번째 제4항에 2016. 6. 3.자 조정신청부터 2016. 9. 19.자 조정신청까지를 추가 정리하면서 4-1차 변경계약에 따른 4차수 계약의 준공기한 연장이 추가 언급되어 있기는 하다. 그러나 당해 조정신청의 두 번째 제4항[시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 2014.05.27.~2016.08.31.에서 변경 2014.05.27.~2016.12.17.(4개월)로 연장되어 “지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제75조(그 밖에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)”에 따라 공사기간 연장에 따른 실비산정 내에서 계약금액 조정을 신청하오니 검토 후 계약금액에 반영하여 주시기 바랍니다.] 중 '2016.08.31.'과 '2016.12.17.'은 2-1차, 4-1차 변경계약에 따라 각 연장된 총괄계약상 준공기한을 뜻하고, 그밖에 4-1차를 비롯한 각 변경계약에 따라 연장된 각 차수별 계약의 준공기한과는 관련이 없다. 당해 조정신청의 두 번째 제4항 중 '4개월'은 2-1차 변경계약에 따른 총괄계약의 준공기한 2016. 8. 31.을 기준으로 하여 총공사기간이 연장된 기간을 뜻하고, 그밖에 2-1차부터 4-1차까지 각 변경계약에 따라 연장된 각 차수별 계약의 공사기간 연장과는 관련이 없다.

2016. 9. 19.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청은 각 첫 번째 제4항에서 당해 조정신청이 '총차계약 기간연장에 따른 간접비 2차 청구'임을 명시하고 있다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

⑥ 2016. 12. 15.자 조정신청: 당해 조정신청은 2016. 9. 19.자 조정신청과 동일한 형식에 유사한 내용으로 돼 있고, 다만 첫 번째 제4항에 당해 조정신청이 추가 정리되어 있다. 당해 조정신청의 두 번째 제4항 [시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 2014.05.27.~2016.08.31.(1차청구)에서 변경 2014.05.27.~2016.12.17.(2차청구)로 연장되어 “지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제75조(그 밖에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)”에 따라 공사기간 연장에 따른 실비산정 내에서 계약금액 조정을 신청하오니 검토 후 계약금액에 반영하여 주시기 바랍니다.] 중 '2016.08.31.'과 '2016.12.17.'은 2-1차, 4-1차

변경계약에 따라 각 연장된 총괄계약상 준공기한을 뜻하고, 그밖에 2-1차, 4-1차를 비롯한 각 변경계약에 따라 연장된 각 차수별 계약의 준공기한과는 관련이 없다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

⑦ 2017. 8. 4.자 조정신청: 당해 조정신청은 2016. 12. 15.자 조정신청과 동일한 형식에 유사한 내용으로 돼 있다. 그런데 당해 조정신청의 첫 번째 제4항에 2017. 4. 24. 4-3차 변경계약부터 당해 조정신청9) 까지를 추가 정리하면서, 5-1차 변경계약에 따라 연장된 5차수 계약의 준공기한 겸 총괄계약상의 준공기한인 2017. 8. 17.을 언급하고 있기는 하다.10)그러나 당해 조정신청의 두 번째 제4항 [시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 준공일 2016.01.16. 변경 2017.10.30.11)

(21.57

연장)로 연장되어 “지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제75조(그 밖에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)”에 따라 공사기간 연장에 따른 실비산정 내에서 계약금액 조정(21.5개월분)을 신청하오니 검토 후 계약금액에 반영하여 주시기 바랍니다.] 중 '21.5개월'은 4차수 또는 5차수 계약의 각 공사기간 연장과는 관련이 없고, 5-2차 변경계약에 따라 총괄계약의 총공사기간이 연장된 기간을 뜻한다. 당해 조정신청과 2017. 11. 2.자 조정신청은 각 첫 번째 제4항에서 당해 조정신청이 '최종준공일 확정'에 따른 간접비 청구(3차 및 전체)'임을 표시하여 당해 조정신청이 총괄계약상 총공사기간의 연장에 따른 조정신청임을 드러낸다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

⑧ 2017. 11. 2.자 조정신청: 당해 조정신청은 2017. 8. 4.자 조정신청과 동일한 형식에 유사한 내용으로 돼 있다. 그런데 당해 조정신청의 첫 번째 제4항에 5-2차, 5-3차 각 변경계약과 당해 조정신청을 추가 정리하면서, 5-2차 변경계약에 따라 연장된 5차수 계약의 준공기한 겸 총괄계약상 준공기한인 2017. 10. 31.과 5-3차 변경계약에 따라 연장된 5차수 계약의 준공기한 겸 총괄계약상 준공기한인 2017. 11. 15.을 언급하고 있기는 하다. 그러나 당해 조정신청의 두 번째 제4항 [시공사의 책임 없는 사유로 인하여 공사기간이 당초 준공일 2016.01.16. 변경

2017.11.15.(22개월 연장)로 연장되어 “지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제75조(그 밖에 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)”에 따라 공사기간 연장에 따른 실비산정

내에서 계약금액 조정(22개월분)을 신청하오니 검토 후 계약금액에 반영하여 주시기 바랍니다.

1차 청구: 589,087,000원(7.5개월), 2차 청구: 274,900,000원(3.5개월), 3차 청구: 416,060,000원(11개월), 합계: 1,280,047,000원(22개월)] 중 '22개월', '7.5개월', '3.5개월', '11개월'은 총괄계약상 총공사기간이 연장된 각 기간을 뜻하고, 각 차수별 계약의 공사기간이 연장된 각 기간과는 아무런 관련이 없다. 당해 조정신청의 두 번째 제4항 중 '589,087,000원', '274,900,000원', '416,060,000원', '1,280,047,000원'은 모두 총괄계약상 총공사기간 연장에 따라 원고가 주장하는 간접공사비이지, 각 차수별 계약의 공사기간 연장에 따라 원고가 주장하는 간접공사비가 아니다. 당해 조정신청은 첫 번째 제4항에서 당해 조정신청이 '최종준공일 확정'에 따른 간접비 청구(3차 및 전체)'임을 표시하여 당해 조정신청이 총괄계약상 총공사기간의 연장에 따른 조정신청임을 드러낸다. 따라서 당해 조정신청은 총괄계약상 총공사기간의 연장에 관한 계약금액 조정신청이라 할 것이다.

(4) 소결론

이와 같이 원고가 각 차수별 계약의 공사기간 연장에 관하여 적법한 조정신청을 하지 않은 이상 각 차수별 계약금액의 공사기간 연장에 따른 추가 간접공사비를 청구할 수 없음에 귀책하므로, 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

2) 각 차수별 계약의 공기 연장에 따른 채권자지체로 인한 변제비용 청구 1차수 내지 5차수 계약의 각 공사기간이 모두 각 변경계약에 의하여 연장된 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 앞서 살핀 바와 같이, 수급인이 각 차수별 계약의 변경 계약에 따라 연장된 공사기간 내에 공사를 완공한 이상 수급인의 이행지체는 인정될 수 없고, 이를 전제로 하는 도급인의 채권자지체 또한 인정될 수 없다. 원고의 이 부분 주장의 핵심은 각 차수별 계약의 공사기간이 연장됨으로써 1차수 계약으로 정하였던 총괄계약의 최초 총공사기간을 지킬 수 없게 됐다는 데에 불과하다. 따라서 각 차수별계약의 공사기간 연장과 관련하여 채권자지체를 관념할 수는 없다. 그러므로 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

나. 공백기 관련 청구에 관한 판단

1) 묵시적 합의에 따른 약정금 청구

이 사건 공사계약은 1차수 내지 5차수에 걸쳐 체결되었는데, 그중 4차수 계약과 5차수 계약 사이의 2016. 11. 1.부터 2017. 4. 25.까지 176일 동안 차수별 계약기간에 포함되지 않는 이른바 공백기가 존재하는 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 그러나 원고가 주장하는 사정들만으로는 원고와 피고 문경시 사이에 위 공백기 동안 지출된 간접공사비를 피고 문경시가 지급하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 인정하기 어렵고, 달리 위와 같은 합의가 있었음을 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

한편, 지방자치단체가 계약상대자와 체결하는 수입 및 지출의 원인이 되는 계약 등에 적용되는 '지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률' 제14조 제1항, 제3항은, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 계약을 체결하려는 경우에는 계약의 목적, 계약금액 기타 필요한 사항을 명백히 적은 계약서를 작성하여야 하고, 그 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정한다. 지방자치단체가 일방당사자가 되어 체결하는 계약의 내용을 명확히 하고 지방자치단체가 사인과 계약을 체결할 때 적법한 절차에 따를 것을 담보하려는 위 각 규정의 취지에 의하면, 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 하고, 설사 지방자치단체와 사인 사이에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 않은 계약 또는 예약은 그 효력이 없다고 할 것이다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다14812 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결 등 참조). 이러한 법리는 원고와 피고 문경시가 차수별 계약 사이의 공백기에 발생한 간접공사비를 차회 차수별 계약의 계약금액에 반영한다는 약정을 이 사건 공사계약과 별도로 체결한 경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 설령 원고가 주장하는 바와 같은 묵시적 약정이 있었다고 하더라도, 계약의 목적, 추가되는 금액 등의 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하는 등 그 요건과 절차를 거치지 아니하였다면 그 약정은 효력이 없다고 할 것이다. 그런데 원고는 피고 문경시와 공백기 관련 묵시적 합의를 한 뒤 이와 같은 요건과 절차를 갖추었다는 점에 관하여 아무런 주장·입증을 하지 않고 있다. 원고의 이 부분 청구는 이 점에서도 이유 없다.

2) 부당이득반환청구

앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 ① 내지 ③과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 피고 문경시가 법률상 원인 없이 원고가 공사현장의 유지·관리에 지출한 금액에 상응하는 이익을 취득하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당사자들의 합의로 1차수 계약부터 5차수 계약까지의 각 차수별 계약이 체결되었으므로, 차수별 계약 사이의 공백기 또한 1차수 계약부터 5차수 계약의 체결, 즉 당사자들의 합의 결과 발생한 기간으로 볼 수 있다. ② 각 차수별 계약의 공사기간 중에는 각 차수별 계약에 따라 원고가 공사현장을 유지·관리할 의무가 있고, 공백기에는 장기계속공사계약의 성질상 다음 차수의 계약이 예정되어 있으므로, 원고가 다음 차수의 계약 이행을 위하여 공사현장을 유지·관리하는 행위를 하였다고 하여 그것이 곧 법률상 원인이 없는 급부라고 단정할 수 없다. ③ 이러한 공사현장의 유지·관리는 그 책임이 수급인인 원고에게 있거나 다음 연차별 계약 이행의 편의 또는 준비를 위한 것이어서 원고의 공사상 이익을 위한 것으로 볼 수 있으므로, 피고 문경시가 이로써 이익을 취득하였다고 단정하기 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

3) 사무관리에 기한 비용상환 청구

민법 제739조의 사무관리가 성립하기 위해서는 우선 그 사무가 타인의 사무이고, 타인을 위하여 사무를 처리하는 의사, 즉 관리의 사실상 이익을 타인에게 귀속시키려는 의사가 있어야 함은 물론, 나아가 그 사무의 처리가 본인에게 불리하거나 본인의 의사에 반한다는 것이 명백하지 아니할 것을 요한다(대법원 1997. 10. 10. 선고 97다26326 판결 등 참조).

원고가 차수별 계약 사이의 공백기 동안 공사현장의 유지·관리에 필요한 비용을 지출하였다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 이는 이 사건 공사의 수급인인 원고의 책임에 속하는 사무이거나 다음 차수 계약 이행의 편의 또는 준비라는 원고의 공사상 이익을 위한 측면이 크다는 점에 비추어 볼 때 이를 타인의 사무에 해당한다고 단정하기 어렵다. 또한 원고가 의무 없이 피고 문경시를 위하여 사무를 처리하는 의사로 공사현장을 관리하였다고 보기도 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

4) 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상청구

피고 문경시에게 공백기 없이 차수별 계약을 체결할 계약상 의무가 있다고 보기어려울 뿐만 아니라, 이 사건 공사계약에 있어 이전 차수 계약의 준공일 이전에 다음 차수의 계약이 체결되지 아니하여 공백기가 발생한 것이 피고의 고의 또는 과실로 인한 위법행위라고 단정할 근거도 없다.

따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

5) 공백기 관련 채권자지체로 인한 변제비용 청구

앞서 살핀 바와 같이, 4차수 계약과 5차수 계약 사이에 공백기 176일이 발생한 사실은 인정된다.

그러나 우선 4차수 계약과 5차수 계약 사이에 발생한 공백기간을 4차수 계약 또는 5차수 계약의 공사기간으로 볼 수는 없으므로, 공백기와 관련하여 4차수 계약 또는 5차수 계약의 이행지체로 인한 채권자지체를 관념할 수는 없다. 원고의 이 부분 주장은 결국 총괄계약에 따른 최초의 총공사기간이 준수되지 못 하였다는 데에 귀착하여, 총공사 시공의무에 관한 채권자지체에 관한 주장과 달리 볼 수 없는 것이다. 그러나 앞서 살핀 바와 같은 여러 이유로 총공사 시공의무에 관한 채권자지체를 인정할 수는 없다.

따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

6. 결론

그렇다면 원고가 이 법원에 이르러 피고들에 대하여 주위적, 예비적으로 추가한 각 채권자지체로 인한 변제비용 청구를 포함하여 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하여야 한다. 이와 결론을 달리한 제1심판결은 부당하므로 그중 피고 문경시의 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고 문경시에 대한 청구를 기각하며, 원고의 피고들에 대한 항소 및 원고가 이 법원에서 추가한 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

재판장 판사 마용주 판사 임종효 판사 주선아

별지

기재되어 있었으나, 항소장 기재에 의해 정정된 것으로 봄이 상당하다.

2)원고는 제1심에서 제출한 2019. 10. 28.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서의 청구취지에는 이 부분 문구를 '이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일'로 적었으나, 항소장의 항소취지에는 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분의 실제 송달일자를 적시하여 적었는바, 청구 확장이나 감축 또는 일부 항소로 볼 수 없다.

3)총괄계약상의 준공기한이 최초의 2016. 1. 17.에서 여러 차례 변경을 거쳐 최종적으로 2017. 11. 15.로 변경되었다

4)2-1차 변경계약에 따른 총공사기간의 연장에는 1-1차 변경계약에 따른 1차수 계약의 공사기간 연장으로 인한 총공사기간의 연장이 아울러 반영된 것으로 보인다.

5)채권자의 협력의무 불이행으로 인하여 채권자에게 채무불이행책임이 발생하는지(즉, 채권자지체가 채무불이행책임인지)에 관하여는 논란이 있다. 이 판결에서는 이에 관한 판단은 보류한 채, 단지 채권자지체의 성립요건으로서 '채권자의 협력의무'라는 용어를 사용한다.

6)2016. 6. 3.자부터 2017. 11. 2.자까지 각 조정신청서는 모두 제4항이 2개인데, 이하 순서에 따라 '첫번째 제4항'과 '두 번째 제4항'으로 나누어 지칭한다.

7)'2014.05.27.'의 오기임이 명백하다.

8)'2014.05.27.'의 오기임이 명백하다.

9)다만, 당해 조정신청의 날짜가 2017. 8. 2.로 기재되어 있다. 이는 기안한 날과 실제 발송한 날의 차이에 따른 것으로 보인다.

10)당해 조정신청의 첫 번째 제4항은 4-3차 변경계약에 따라 연장된 총괄계약상 준공기한인 2017. 6. 12.도 언급하는데, 4-3차 변경계약으로 4차수 계약의 준공기한이 변경되지는 않았다.

11)5-2차 변경계약에 따라 각 연장된 5차수 계약의 준공기한 겸 총괄계약의 준공기한인 '2017. 10. 31.'의 오기로 보인다.