건설공사도급계약상 지체상금의 제문제

A Study on the Appointment of Liquidated Damages in Construction Contracts

최현태(가톨릭관동대 경찰행정학부 교수)*
droit88@cku.ac.kr

<목 차>

Ⅰ. 서 론 Ⅱ. 지체상금의 개념 Ⅲ. 건설공사도급계약상 지체상금의 면책사유	Ⅳ. 건설공사도급계약상 지체상금을 둘러싼 몇 가지 문제 Ⅴ. 결 론

【국문초록】

건설공사도급계약 체결 시 도급인과 수급인 간에 지체상금약정을 체결하는 것이 일반적이고, 그에 대한 구체적인 내용은 국토교통부 고시상 '민간건설공사 표준도급계약 일반조건'이나 공정거래위원회 '건설공사도급계약 표준약관'에 의하고 있다. 지체상금은 건설공사 진행 단계 중 그와 같은 공기지연 등으로 인한 문제가 발생할 경우를 대비하여 건설공사도급계약 체결 시 수급인(시공사 및 계약상대자)이 건설도급계약상 이행의무를 지연할 경우 지급하여야 할 배상금액을 미리 정하고 있는 것인데, 분쟁의 사전 예방과 공사이행의 담보 등 많은 역할을 해 줄 것이라는 기대에도 불구하고 실제 건설도급계약에서는 지체상금 약정과 관련한 분쟁이 끊임 없이 발생하고 있다.
무엇보다도 지체상금 관련 조건이 제대로 이행되지 않아 그로 인한 조건 구비여부 자체가 문제되는가 하면, 보다 강력한 이행 강제를 부담지우려는 목적으로 발주자가 미리 지체상금액을 과다하게 책정하거나 청구할 수 있도록 함으로써 도급계약 자체가 수급인 쪽에 불리하게 이루어지는 경우도 많아 논란이 계속되고 있다. 이러한 현실에서 본 연구에서는 지체상금에 관한 그동안의 판례 및 선행연구들을 분석하고 정리함과 동시에 현재 지체상금 약정 운용 시에 나타나고 있는 몇 가지 주요 문제들인 지체상금의 면책사유 및 구체적 운영 과정에서의 지체상금 부과와 관련한 판단기준이나 당사자 귀책사유에 따른 지체상금의 적절한 분배 문제 등에 대하여 판례 및 그에 대한 해석론을 중심으로 고찰하였다.

주제어 : 건설공사도급계약, 발주자(처), 시공사, 도급인, 수급인, 지체상금, 계약이행보증금, 공사대금채권, 준공검사, 손해배상액의 예정, 위약벌, 불가항력

Ⅰ. 서 론

건설공사도급계약에서의 지체상금과 관련한 분쟁은 전체 공사의 완료 여부는 물론 당사자의 생존까지도 직결되는 부분으로서 그에 관한 결정이 미치는 파급효과는 매우 크다고 할 수 있다. 건설도급계약은 도급인(발주자)이 국가 및 지방자치단체인지 민간인지에 따라 크게 민간건설공사도급계약과 공공건설공사도급계약으로 구분할 수 있다. 건설공사의 경우 장기의 기간과 이해관계자의 다수 등에서 비롯되는 본질적인 위험성이 내포된 만큼 공사의 완성(혹은 준공일 기준)을 담보하기 위한 여러 가지 방법들이 각 공사 진행 단계에 상응하여 마련되어 있는 것이라 할 수 있다.[1)]

이처럼 건설공사도급계약의 당사자는 서로 대립되는 이해관계 속에서 분쟁 발생의 최소화와 약속된 공기내 공사의 완료를 목표로 한다. 건설공사의 경우 엔지니어링 공법의 발전으로 더욱더 대형화, 복잡화 되어가고 있는 반면에 발주자의 경우에는 건설공사기간을 더욱 단축하는 것을 요구하는 경향이 짙어지고 있기에 공기 지연에 따른 공기 연장비용 지불에 관한 책임 소재 및 그로 인한 분쟁은 필연적으로 발생하기 마련이다.[2)] 그래서 계약당사자는 건설공사 진행 단계 중 그와 같은 공기지연 등으로 인한 문제가 발생할 경우를 대비하여 건설공사도급계약 체결 시 수급인(시공사 및 계약상대자)이 경설도급계약상 이행의무를 지연할 경우 지급하여야 할 배상금액을 미리 정하고 있는 것이 지체상금이다. 지체상금 약정의 경우 계약 당사자 모두에게 여러 가지 의미를 가지는데 무엇보다 계약상 의무 이행의 강제 및 담보, 지연 손해금에 대한 전보와 함께 궁극적으로는 분쟁의 예방에 그 목적을 두는 것이라 하겠다.

그러나 이러한 지체상금 약정제도에 대한 기대에도 불구하고 실제 건설도급계약에서 지체상금 약정과 관련한 분쟁을 끊임 없이 발생하고 있는데, 지체상금 관련 조건이 제대로 이행되지 않아 그로 인한 조건 구비 여부 자체가 문제되는가 하면, 보다 강력한 이행 강제를 부담지우려는 목적으로 발주자가 미리 지체상금액을 과다하게 책정하거나 청구할 수 있도록 함으로써 도급계약 자체가 수급인 쪽에 불리하게 이루어지는 경우도 많아 논란이 계속되고 있다. 이러한 현실에서 본 논고에서는 지체상금에 관한 그동안의 선행연구들을 분석하고 정리함과 동시에 현재 지체상금 약정 운용시에 나타나고 있는 주요 문제들에 대한 검토를 겸하고자 한다. 특히 지체상금의 일반론과 관련하여 주요 판례의 동향을 통하여 주요 개념을 되짚어보고, COVID-19 감염병 상황

---

* 가톨릭관동대학교 사회과학대학 경찰행정학부 부교수, 법학박사

1) 윤재윤, “건설관련 보증”, 인권과 정의 제324호 (2003. 8), 대한변호사협회, 86면에서는 이른바 건설관련 보증의 종류로 다음과 같이 분류하고 있는데, 본 문헌에서는 건설보증의 종류로 ① 입찰보증, ② 계약보증, ③ 공사이행보증, ④ 손해배상보증, ⑤ 하자보수보증, ⑥ 선급금보증, ⑦ 하도급보증, ⑨ 하도급대금지급보증 등으로 구분하고 있으며, 또한 보증의 형태로 기관보증(신용보증)과 보증보험으로 구분된다고 한다. 그리고 각각의 경우에 대한 보다 자세한 내용 설명은 전현철, “건설보증의 종류와 법률관계”, 법학논총 제22집 (2009. 8), 숭실대학교 법학연구소, 217-232면 참고.

2) 김경래, “지체상금 부과제도 개선방안”, 재정포럼 제252호 (2017. 6), 한국조세재정연구원, 24면.

으로 부각되어 최근까지 많은 논란이 있어 온 지체상금의 면책사유를 둘러싼 해석론 및 건설도급계약 실무상으로 지체상금과 관련한 몇 가지 문제 상황들에 대하여 고찰해보고자 한다.

Ⅱ. 지체상금의 개념

1. 의의

수급인이 약정 준공일보다 늦게 공사를 마치거나 그러지 못하는 경우 도급인은 물론 공사 보증인 및 공사와 관련한 많은 이해관계인들에게 불측의 손해를 끼치게 되는데 그 피해규모는 매우 큰 것이라 할 수 있다. 그래서 도급인은 수급인과의 건설도급계약 시 위와 같은 상황에 대한 대비의 일환으로 여러 가지 계약법적 장치를 마련하고 있다. 대표적인 계약법적 장치로 통상 전체 도급금액의 10~20%에 해당하는 금액을 선지급하는 계약이행보증금[3], 지체상금, 수급인과 연대보증인(공사보증인, 계약보증인 등)의 연대보증계약, 그 밖의 하자보수보증금 등이 있다. 계약이행보증금 및 지체상금은 계약체결 시로부터 공사완공 시까지 수급인의 이행담보 및 손해발생 시 손해배상의 의미를 가진다. 지체상금의 발생 시기는 약정준공일로부터 공사의 실제 완공일이 종기로 된다. 그러므로 하자가 발생하여 불완전급부로 인한 손해 발생과는 별개의 것임을 주의하여야 한다.

지체상금은 채무자가 계약 이행기를 도과하여 계약상 의무를 지체하는 경우 채권자에게 지불하는 금액으로 계약체결 시 또는 계약체결 이후 약정하는 것이 일반적이며, 총액일시금 지급방법 또는 지연기간 비례 배상방법이 있다.[4] 그러므로 지체상금 약정은 통상 기본채권관계(주된계약)과 함께 체결하는 것이지만, 주된계약과 별개로 체결하는 것도 가능하다.

이러한 지체상금의 발생 시기에 관하여는 판례가 “수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 완공기한을 넘겨 도급계약이 해제된 경우에 있어서 그 지체상금 발생의 시기(시기)는 완공기한 다음날이다”고 하고 있고,[5] 그 종기에 관하여는 “종기(종기)는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 이를 해제할 수 있었을 때를 기준으로 하여 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 같은 건물을 완공할 수

3) 계약이행보증금의 방식에는 직접 현금 납부방식, 보증보험회사의 보증보험증권 발행, 건설공제조합의 계약보증서 발급 등이 있다.
4) 최창렬, “공사도급계약에서의 계약보증금 법적성질”, 한국민법의 새로운 전개(고상룡교수고희기념논문집), 법문사, 2012,
5) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결

있었던 시점이다.”고 정하고 있다.[6] 또한 관련하여 도급계약시 지체상금의 판단을 위한 기준이 되는 공사를 완료한 시점에 대하여 대법원은 “도급계약서에 공사기간 내에 공사를 완성하지 못한 때에는 지체상금을 지급하기로 약정한 경우 "공사를 완성한 때"란 수급인이 준공검사를 받을 수 있을 정도로 건물을 완공하여 준공검사에 필요한 제반 서류와 함께 도급인에게 이를 인도하는 것을 말한다.”고 하고 있다.[7] 이와 관련하여 지체상금이 문제되는 계약의 목적과 내용에 따라 적용 범위 및 시기를 개별적으로 판단할 여지가 있다고 본 견해가 있다.[8] 즉 위약벌이 아닌 지연배상액의 예정으로써 지체상금이 약정되었다면 책임의 내용을 일률적으로 획정할 것이 아니라 급부의 성질에 따라 달리 보아야 한다는 것이다. 특히 분할급부가 목적인 계약의 경우에는 일부는 이미 이행되고 일부만 지체가 된 상황에서 약정된 지체상금이 문제되는 상황이라면 일률적으로 계약체결 시 (혹은 그 이후에라도) 계약액 전부를 기준으로 약정한 지체상금을 부담시키는 것은 과한 경우가 많을 것이므로 이와 같은 경우 특별한 사정이 없는 한 불이행에 해당하는 만큼만 지체상금으로써 효력이 발생하는 것이어야 하고,[9] 그 경우 발생 시기도 달라져야 한다는 것이다. 건설공사도급계약상 계약에 따른 급부의 내용 및 방법에 따라서는 그렇게 보는 것이 합리적인 경우도 있을 것이므로 타당한 설명이라고 하겠다.

결국 판례나 학설상으로 정의되는 지체상금은 건설공사도급계약상 수급인(시공사)이 약정한 완공기일 내에 공사를 완성하지 아니한 때에 수급인이 도급인(건축주)에게 지급하기로 미리 정하여 둔 손해배상액을 말한다.

건설분야 실무에서는 공기지연 일수 계산 분석을 위하여 여러 가지 방법을 사용하고 있는 것으로 보여진다. 공기지연 분석을 위한 구체적인 방법에는 계획대비 준공공정표 비교법(As-planned vs. As-built), 계획분석법(Impacted As-planned), As-planned but for[10], 지연제거법(Collapsed As-built) 등 다양한 방법들이 있고, 건설공사의 경우 각각의 개별 공정마다 그리고 각각의 프로젝트별로 구성되는 자료들에 따라 다른 것이므로 어떤 분석법을 선택할 것인지는 공사 프로젝트마다 다르다 할 것이고 여러 가지 지연 요소들간의 상호관계 및 각 지연요소가 전체 공정에 미치는 영향 등도 선택시의 고려요소가 될 것이다.[11] 그럼에도 실제 지연일수 산정은 기준공정표(As-planned)의 준공일자와 실적공정표(As-built)의 준공일자의 차이로 파악하는 것이 일반적이라고 한다.[12]

---

6) 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다56112 판결
7) 대전고법 1994. 5. 24. 선고 93나4142 제1민사부판결
8) 서 민, “지체상금의 효력”, 민사판례연구 제9집, 민사판례연구회, 1987, 73-74면.
9) 서 민, 앞의 논문, 74면.
10) 지연 영향 분석 방법 중 ‘기준공정표에 발주자 또는 계약자(시공자) 귀책지연 사안만을 추가’하여 분석하는 방법이라고 한다(김경주 외 4인, “국내 현행 공기지연 책임에 따른 지체상금 및 손실보상의 문제점 및 개선방안”, 한국건설관리학회 논문집 제24권 제1호 (통권 131호) (2023. 1), 한국건설관리학회, 13면).
11) 김경주 외 4인, 위의 논문, 13면.
12) 김경주 외 4인, 위의 논문, 13면.

2. 법적 성질

지체상금 약정은 일종의 지연배상액의 약정이다. 그리고 채무자의 이행지체 시에 비로소 지체상금 청구가 가능해지는 것이므로 이행지체를 정지조건하는 정지조건부 계약이고, 원 도급계약, 즉 주된 계약에 따라 급부의무를 발생시키는 종된 계약으로 이해하고 있다.[13] 통상적으로는 수급인이 이행기를 도과하여 일의 완성을 한 후 이를 도급인에게 인도할 경우 도급인이 수급인에게 지급할 공사금에서 이를 공제하여 지급하는 것이라고 한다.[14] 그러므로 지체상금 약정은 기본계약과 운명을 같이 한다.
지체상금의 법적 성질에 관하여 법원은 "지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니하여 지체상금을 지급할 의무가 있는 경우, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 지체상금액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정한 지체상금액이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에 이를 적당히 감액할 수 있는 것이다"고 판시하였다.[15]

참고로, 이와 관련하여 건설산업기본법에 의하여 건설공제조합이 '조합원의 계약보증금 지급채무를 보증하는 보증계약'의 법적 성질에 대하여는 대법원 판결[16]이 "그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사한 것이라고 할 것이므로 이에 대하여도 보험에 관한 법리가 적용되고, 따라서 보증채권자가 조합원에게 그 이행기를 보증기간 이후로 연기하여 준 경우에는 이로써 건설공제조합의 보증계약상의 보증기간도 당연히 변경된다고 할 수는 없으며 연기된 이행기일이 보증기간 이후로 된 이상 비록 조합원이 변경된 주계약상의 이행기일에 이행을 하지 않았다고 하더라도 이는 보증사고가 보증기간 이후에 발생한 것이어서 보증금 지급사유에 해당되지 아니한다"고 판시하였다.

3. 관련 개념 구별

(1) 계약이행보증금

계약이행보증금은 당사자 사이에 약정으로 계약에 따른 의무의 이행을 담보하기 위하여 채무자가 채권자에게 지급하는 일정 금액으로써 계약보증금이라고도 한다.[17] 통

13) 서 민, 위의 논문, 68면.
14) 장윤기, "건축공사 도급계약이 중도해제된 경우의 법률관계 : 지체배상금 약정과 관련하여", 대법원 판례해설 11호 (1990. 7), 법원도서관, 200면.
15) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결
16) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결

상 건설공사도급계약상으로는 도급금액의 10%~20%의 범위에서 지급하는 것으로 약정하며 보증회사 발행의 계약보증금보증서로 갈음하는 것이 일반적이다.

계약이행보증금의 법적 성질이 무엇인지와 관련하여서는 손해배상액의 예정이라는 견해와 위약벌이라는 견해, 그리고 양자의 성격을 모두 가지는 것으로 보는 견해 등이 있어 왔는데, 판례는 애초에 위약벌[18]로 보다가 이후 사안에 따른 법률행위 해석의 문제인 것으로 보고 있다. 즉, 대법원[19]은 "계약보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는 바 도급계약서에 계약보증금외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 계약보증금을 위약벌이라고 보기는 어렵다."고 판시하였다. 그리고 계약이행보증금을 손해배상액의 예정인 것으로 파악할 경우 계약이행보증금이 담보하는 손해의 범위는 수급인의 채무불이행으로 인하여 도급인이 입게 되는 모든 손해이므로 그 담보 범위에는 선급금반환채무, 원상회복의무, 미시공 부분의 완공을 위한 공사비 증가분, 지체상금 등[20]이 포함된다고 할 것이다.

또한 이를 법원에 의한 통제가능성 여부의 관점에서 파악하면, 손해배상액의 예정으로 볼 경우는 민법 제398조 제2항에 의하여 법관의 재량에 의한 감액이 가능한 것인 반면, 위약벌로 볼 경우에는 법관의 재량에 의한 감액이 인정되지 않고 초과금액에 대하여는 민법 제103조 및 제104조에 해당할 시 무효로 될 뿐이라고 할 수 있다.[21] 이와 같은 시각에서 보건대, 법원의 입장은 사안별 의사해석의 문제임을 전제로 하되, 계약이행보증금을 위약벌이 아닌 손해배상액의 예정으로 보는 것을 우선으로 하는 것은 법원에 의한 통제가 상대적으로 약해질 수밖에 없는 위약벌로 보는 것보다는 그 예정액의 적정 여부에 관한 판단 및 감액권을 법원의 통제 아래에 두어 상대적으로 공사도급계약상 열등한 지위에 놓인 수급인 측을 보호하고자 하는 의도가 내포되어 있는 것으로 해석될 수도 있다.[22] 그리고 법적 성질을 위약벌로 본 애초의 판례의 경우 물품공급계약에 의한 사안에 대한 것이었고, 건설도급계약에서는 공사완공을 위한 통제 불가능한 내외적인 요인으로 인한 위험성을 본질적으로 내포하고 있으므로,[23] 그러한 건설계약의 특수성을 감안하여 일련의 벌칙으로서의 위약벌로 보는 것보다는 손해배상 예정인 것으로 보는 것이 옳은 판단이었다고 생각된다.[24] 하지만 주의할 것

17) 구재군, "계약이행보증금에 관한 연구", 중앙법학 제13집 제3호 (2011. 9), 중앙법학회, 119면.
18) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카2025 판결.
19) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다40597 판결 등.
20) 김기현, "계약이행보증금과 지체상금의 관계", 건축관련판례 50선(2012년), 대구판례연구회, 2012, 320-321면.
21) 최창렬, 앞의 논문, 537면 주) 32.
22) 박홍대, "공사도급계약에 있어서 계약보증금의 법적성질", 판례연구 제11집, 2000, 233면.
23) 이와 같은 이유 등으로 기존 판례의 경우 너무 쉽게 계약이행보증금을 위약벌로 추정한 것이라고 비판한다. 최창렬, 앞의 논문, 552면.

은 이는 건설공사계약에 한정된 것으로써 그와 다른 목적 및 내용의 계약에서는 다른 결론이 도출될 수 있다는 점이다.[25]

한편 계약이행보증금의 경우 요물성이 있는지가 문제되기도 한다. 이에 대하여 법원의 판단[26]과 연관시키고 이에 대하여 비판하는 견해가 있다. 계약이행보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 법원의 결정에 대하여 일방이 상대방에게 계약체결 시 교부한다는 요물성이 계약보증금의 기본적인 특성이므로 이에 대한 해석 시 반영되어야 한다는 것이다.[27] 하지만 계약보증금은 반드시 계약체결 시에 교부하여야만 계약보증금의 약정으로서 인정되는 것이 아니라고 할 수 있는 만큼 일반적인 위약금 약정에 대한 판단과 혼동에 기인한 것으로 본다. 계약이행보증금을 반드시 계약의 성립요건으로서 계약 당시에 수수하여야 하는 것으로 볼 수 없는 것이고, 이는 계약자유의 원칙상 당연히 인정되어야 하는 것이며, 거래 실무상으로도 반드시 계약 당시에 수수되는 것이 아닐 뿐만 아니라 계약이행보증계약이 본계약과 동시에 이루어지지 않는 경우도 빈번함으로 이러한 이유에서 요물성을 가진다고 할 수는 없다[28]고 하는 것이 타당하다.

(2) 계약이행보증금과 지체상금과의 관계

매매계약이나 공사도급계약 등에서 계약(이행)보증금 등의 명목으로 계약체결 시에 일정한 금원이 교부되고 교부자의 채무불이행 시에는 그 보증금은 수령자에게 몰취(귀속)되는 것으로 약정하는 것이 거래계의 일반적인 관행이라고 한다.[29] 특히 건설공사도급계약에서는 공사 기간의 장기, 규모 등으로 인하여 계약이행보증금 이외에 지체상금 약정이 병존되는 것이 일반적이다. 이행보증계약과 지체상금은 개념상 별개의 것이나 양자 모두 법적 성질에 있어 손해배상액의 예정으로 보는 경우가 일반적이기도 하고 그렇기 때문에 공사 진행에 관한 담보적 기능과 제재적 기능을 가지게 되는 법적 성질상의 유사점도 존재한다.

양자의 관계에 있어 중요한 점은 계약이행보증금과 지체상금이 함께 있는 경우 상관관계이다. 양자 모두 각각 이행강제 및 그로 인한 이행 담보, 불이행에 대한 제재 및

---

24) 곽윤직 편집대표(양창수 집필부분), 민법주해[IX], 박영사, 1995, 674면에서는 손해배상예정의 경우 손해의 전보에 초점을 두는 반면 이행강제에 초점을 둔 것을 위약벌이라는 견지에서 확정액의 형태가 아닌 채무자의 불이행기간에 연동하여 정하여지는 불이행기간 연동형이어야 하는 것으로 설명한다.

25) 최창렬, 앞의 논문, 554-555면에서는 계약의 내용상 위약벌로 판단될 가능성이 높은 예로 들고 있다. 계약의 내용 및 목적에 비추어 볼 때 정시이행의 필요성이 큰 경우(예, 신선도가 중용한 물품 등), 부대체적 성격이 강한 경우 (예, 전속계약 등), 공익적 성격이 큰 경우 (예, 군수품납품계약 등), 소액의 이행강제금 등이 해당된다.

26) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다28526 판결.

27) 김동훈, “계약보증금의 몰취약정의 해석”, 법률신문 제2820호, 법률신문사, 1999. 4. 27, 14면.

28) 최창렬, 위의 논문, 536-537면.

29) 마옥현, “계약(이행)보증금의 법적 성질”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2000, 57면.

그에 따른 입증 곤란 구제, 분쟁의 사전 예방 등의 기능을 어느 정도는 가지고 있다고 본다. 그러나 양자는 각각의 개념상으로 취해지는 목적에서 분명한 차이가 있다. 무엇보다도 계약이행보증금은 채무자에 대한 이행담보 및 이행실현을 위한 간접강제가 보다 중요한 것이고, 지체상금의 경우 이행지체 시 손해배상액을 예정한 것으로 불필요한 소송으로 인한 소모를 피하고 입증 곤란의 구제를 위함이 가장 중요한 것이라 본다. 계약별 설정 의도에 따라 달라지는 것이기는 하지만, 양자는 추구하는 내용 및 목적에서 분명한 차이가 있다.

어쨌든 계약상 둘 모두가 약정되어 있는 가운데 계약이 중도 해제된 상황에서의 양자의 관계에 관하여, 재판 실무상 계약이행보증금은 계약의 중도 해제에 따른 계약의 청산관계를 대비한 전보배상액의 예정으로, 그리고 지체상금은 수급인이 완공예정일을 지나서 공사를 완료하였을 경우를 대비한 지연배상의 예정이라고 한다.[30] 그리하여 지체상금 약정은 지연배상, 전보배상 중 소극적 손해(공사완공 예정일까지 수급인이 공사를 완공하였더라면 얻을 수 있었던 건물의 차임 상당액 등)까지도 감안한 특수한 약정으로써 지체상금 약정이 있는 것 자체가 계약이행보증금을 초과하는 지체상금을 별도로 배상하기로 한 특약으로 이해되고,[31] 결국 공사가 중도 해제되어 수급인이 공사를 완료하지 못한 경우 지체상금 약정이 배제되고 계약이행보증금 약정만 적용되는 것[32]으로 보아야 한다고 한다.

4. 관련 주요 법률 현황 등

(1) 국내 지체상금 관련 규정

건설공사도급계약에서의 지체상금 규정으로는「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」제26조가 있다. 제26조(지체상금) 제1항에서는 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 정당한 이유 없이 계약의 이행을 지체한 계약상대자로 하여금 지체상금을 내도록 하여야 한다.”고 하고 있고, 제2항에서는 “제1항에 따른 지체상금의 금액, 납부방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 하고 있으며, 제3항에서는 “제1항의 지체상금에 관하여는 제18조제3항 단서를 준용한다.”고 한다. 구체적 지체상금률은 동법 시행규칙 제75조에서 정하고 있다. 아울러 건설공사와 관련한 내용으로 조달사업에 관한 법률 시행령 제22조(보증금 및 지체상금의 처리)에서도 지체상금과 아울러 입찰보증금 및 계약보증금 등을 언급하고 있다.

그리고 지체상금의 구체적인 적용예로는 국토교통부 고시상「민간건설공사 표준도급

30) 김기현, 앞의 논문, 321-322면.
31) 김기현, 위의 논문, 323면.
32) 김기현, 위의 논문, 321-322면.

계약 일반조건」이나 공정거래위원회 「건설공사도급계약 표준약관」에서 정하고 있는 바와 같다.

(2) 영국 관련 법률 및 주요 판례

건설공사에 관한 한 국제표준 계약 조항으로 가장 많이 활용되고 있는 것은 국제컨설팅엔지니어링연맹, 즉 FIDIC(Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils)에서 제정하는 'FIDIC 표준계약조건'이지만,[33] 그와 더불어 전통적이고 싱가폴, 호주, 뉴질랜드, 중동국가 등의 해외건설분야 계약시 준거법으로 가장 많이 통용되고 있는 국가의 법을 든다면 영국법이라 할 수 있다.[34]

영국에서는 영국 건설법 (The Housing Grants, Construction and Regeneration Act (the Construction Act) 1996)에서 건설 계약에 대한 법적 체계를 제공하며, 지체상금을 포함한 계약조건들을 정하고 있다. 지체상금에 관한 사항으로 건설계약상 대금지급 지연에 대한 벌금을 규정하고 있고, 계약서에 명시된 지급 기일에 지급이 지연될 경우, 법정 이자율과 함께 일정 기간 내에 지불되지 않으면 지체상금을 부과할 수 있도록 하고 있다.

지체상금의 적용 기준은 계약서에 따라 다르지만, 보통 공사 일정과 관련하여 건설업자가 일정 기간 내에 공사를 완료하지 못할 경우, 발주자(고객)는 계약서에 명시된 지체상금을 요구할 수 있습니다. 이 때 계약서에 지체상금이 기재되어 있지 않은 경우, 고객은 통상의 지체상금을 요구할 수 있도록 하고 정하고 있다.

그 밖에도 영국 건설산업계획 규칙(Construction Industry Scheme Regulations 1998)에서 건설 프로젝트의 계약과 관련된 사항들을 규정하고 있다. 원래 CIS (Construction Industry Scheme)는 영국 정부가 건설 산업의 세금 납부를 규제하기 위해 설립한 제도인데, 이 규정에서 건설 프로젝트의 지체상금 계약과 관련된 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 지체상금에 관한 내용을 포함한 공사계약상 분쟁사항에 대한 이의제기의 조정절차를 정하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

영국의 지체상금과 관련하여 주요 판례로 Holme v. Guppy [1838] 사건[35]은 고용주와 목공업자가 4개월 반만에 양조장을 건설하는 서면 계약을 체결하였고 공사기간 내에 양조장이 건설되지 않음을 이유로 고용주가 지연손해에 대한 배상을 청구한 사

33) FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약과의 비교에 대한 자세한 내용은 석광현, "IDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건 비교", 국제거래법연구 제25권 제1호(2016. 7), 국제거래법학회, 31면 이하 참조.

34) 정홍식, "해외건설프로젝트에서 동시발생 공기지연(concurrent delay)", 비교사법 제21권 제2호(2014. 6), 한국비교사법학회, 842면.

35) Holme v. Guppy (1838) 3 M&W 387.

건이다. 이 사건에서 법원은 계약서에 명시된 일정 내에 계약 내용을 완료하지 못한 경우라 하더라도 그 계약 지연의 귀책사유가 고용주에게 있다면 지연손해에 대한 배상을 주장할 수 없다고 하였다. 이 사건을 계기로 계약시 기간 연장에 관한 명시 조항이 당연히 포함되게 되었고, 지체상금 성립에 대한 원칙이 확립된 것으로 평가할 수 있다.

그리고, British Glanzstoff Manufacturing Co Ltd v General Accident Fire and Life Assurance Co Ltd [1913] 사건[36]에서는 항소인과 계약자인 William Brown & Sons 사이에 체결된 건축 계약 건설 시 항소인이 계약 위반에 대한 손해배상금 일부에 대한 청구 자격이 있는지 여부가 문제되었는데, 계약서에는 계약자가 지연되는 주만큼 주당 일정 금액을 항소인에게 지불한다는 조항이 포함되었다. 계약자는 이 조항이 손해에 대한 진정한 예정이 아니라 벌금이기 때문에 이행할 수 없다고 주장하였으나, 법원은 이 조항이 지연의 결과로 고용주가 겪을 수 있는 손해의 예정을 의미하는 것이므로 유효하다고 판결하였고 또한 이 조항은 당사자 간의 계약사항으로써 고용주는 이러한 방식으로 자신의 이익을 보호할 권리가 인정된다고 하였다. 이 판결을 통하여 지체상금 조항이 진정한 손해의 예정을 의미하고 당사자 간 협의가 있었다면 이행되어야 한다는 원칙을 확립하였다.[37] 이와 유사한 Dunlop PneumaticTyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd [1914] 판결[38]의 경우 타이어 제조업체인 Dunlop과 유통업체인 New Garage 사이에 계약상 Dunlop 타이어를 일정 가격 이하로 재판매할 경우 위약금을 부과하는 조항이 포함되어 있었던 것이 문제되었는데, 법원은 일명 '지체상금'의 사전 예정액은 위반자에 대한 처벌로서 작용하는 위약금이 아닌 계약 당시의 진정한 손해배상예정액으로써 집행가능하다고 하였다. 그리고, 이 판결은 손해배상의 예정(liquidated damages clause)과 위약벌(penalty clause) 조항에 대한 구별 기준이 되는 네 가지 원칙들을 정한 것으로 중요한 의미를 가진다.[39]

또한 Hall & Shivers v Van der Heiden [2010] 사건[40]을 통하여 계약자가 실제로 작업을 완료하였으나 지연된 경우에만 지체상금 조항이 적용되는 것이고 작업이 완료

---

36) British Glanzstoff Manufacturing Co Ltd v General Accident Fire and Life Assurance Co Ltd [1913] A.C. 143.

37) 이와 관련하여 ParkingEye Ltd v Beavis [2015] UKSC 67; [2015] WLR (D) 439 사건을 들면서 지체상금인지 위약벌인지 판단에 손해의 진정한 예측이라는 개념보다는 문제된 손해배상 조항이 당사자들의 일차적 의무와 무관하게 이차적 책임을 과다하게 부과하는지 여부가 기준이 되어야 하고, 따라서 예측가능한 손해의 범위를 넘는 손해배상 조항도 당사자의 정당한 이익을 위한 것이라면 유효할 수 있는 것으로 기존 법원의 입장이 바뀌었다고 하는 문헌으로, 전동옥, “IDIC 표준 약관의 해석과 관련한 최근 영국법 판례 동향에 관한 소고”, 국제건설법연구회 2016. 1. 11. 발표자료, 19면 이하 및 이 문헌에 대한 소개로 석광현, 앞의 논문, 48면 각주 76).

38) Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd [1914] UKHL 1.

39) 이 판결에서 정한 양자의 구별에 대한 네 가지 원칙에 대한 국내 문헌으로는 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003, 551-555면.

40) Hall & Shivers v Van der Heiden [2010] EWHC 586 (TCC).

되지 않은 경우에는 적용되지 않는다는 점과 지체상금이 법적으로 인정되기 위해서는 계약상으로 명시되어야 하며 계약상 허용 한도 내에서 합리적으로 산정되어야 한다는 원칙이 확립되었다.

그리고, 비교적 최근 판례인 GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL [2018] 사건[41]에서는 지체상금 계약 조항이 과도하거나 불합리한 경우, 그 계약 조항은 무효화될 수 있다는 원칙을 확인하였다. 사건은 GPP Big Field LLP는 영국에 태양광 발전소를 건설하기 위한 5개의 엔지니어링, 조달 및 건설계약의 발주자(도급인)이었는데, 계약자인 Prosolia UK Ltd가 이행불능 상태가 됨으로써 GPP Big Field LLP는 계약이 지체되고 완료되지 못한 것에 대한 지체상금과 그밖의 손해를 모두 회수하기 위하여 계약자의 모회사인 Solar EPC Solutions SL을 보증인으로 고소한 것이었는데, 법원은 지체상금 조항은 위약벌에 해당하지 않는 것이므로 공사가 완료될 때까지 적용될 수 있다고 하였고, 지체상금 이외에도 공사완료 지연으로 인하여 발생하는 관련 손해에 대한 배상도 청구할 수 있음을 분명히 하였다.

Ⅲ. 건설공사도급계약상 지체상금의 면책사유로써 '불가항력의 사유'

지체상금약정의 경우 수급인의 귀책사유에 의하여 발생하는 만큼 채무불이행의 원인이 무엇인지를 판단하는 것과 함께 계약 당사자 중 누구의 지배영역에서 발생한 원인인지가 중요 쟁점 사항일 수밖에 없다. 그러나 수급인의 이행지체 상태를 야기하는 원인에는 누구의 지배영역에도 속하지 않는 즉 계약 당사자 누구의 귀책으로 인한 것이 아닌 사유에 해당하는 것도 분명히 존재한다. 물론 이행지체의 원인이 도급인 쪽에 기인한 것이라면 당연히 지체상금의 발생 사유가 아니다.
이른바 지체상금의 면책사유와 관련하여 계약법상 불가항력 판단에 관한 법리가 적용되는지에 대하여 검토가 필요하다. 이하 이에 관하여 살펴본다.

1. 면책사유

계약상 면책사유는 계약상의 의무이행을 제대로 하지 못한 것에 대한 책임을 면하도록 할 수 있을 만한 사유를 의미하는 것으로 설명할 수 있다. 여기의 면책사유는 통상 천재지변 및 이에 준하는 사유를 의미하는 것으로 이해되는데, 그 이외의 사유로

41) GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL [2018] EWHC 2866.

는 면책이 되지 않는다. 수급인이 공사도급계약상 공사기간을 정할 경우 우천으로 인한 공사 진행이 어려운 경우나 작업 인력 구하는 것에 대한 어려움이 있는 사정 등은 통상 예상한 공사기간에 반영하여 산출하는 것이므로 이러한 사정들을 이유로 면책을 주장하는 것은 타당하지 않다고 본다.[42]

국토교통부 고시「민간건설공사 표준도급계약 일반조건」제30조에서 지체상금의 면책사유로 들고 있는 것은 도급인의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우 이외에 크게 다음의 경우를 들고 있다.[43]

1. 불가항력의 사유에 의한 경우
2. 수급인이 대체하여 사용할 수 없는 중요한 자재의 공급이 도급인의 책임있는 사유로 인해 지연되어 공사진행이 불가능하게 된 경우
3. 도급인의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우
4. 기타 수급인의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

제1호를 제외하고는 수급인 쪽이 아닌 도급인 쪽 영역에 기인한 사유들로써 비교적 논란의 여지가 적다고 할 수 있는데, 특히 제1호의 경우와 관련하여 최근 많은 논란이 있었으므로 불가항력의 의미와 범위에 대한 재론의 여지가 있다고 하겠다.

2. 면책사유로서의 불가항력의 사유

불가항력(Act of God 또는 Force Majeure)이라는 표현은 민법과 상법 여러 곳에서 사용하고 있는 용어이지만 구체적으로 어떠한 것이 불가항력 사유에 해당하는 것인지는 명확하지 않다. 건설공사도급계약상 불가항력의 의미가 더욱 큰 의미를 가지게 되는 것은 국제건설공사에서일 것이다. 즉 건설공사도급계약의 준거법이 책임법 체계에 있어 과실책임주의를 따르는지 엄격책임주의를 따르는지에 달라진다. 즉 과실책임주의에서 불가항력조항은 일차적으로 불가항력 사유가 존재하는 경우 채무자에게 과실이 없음을 명확히 하는 역할을 하는 반면, 엄격책임주의를 취하는 경우 frustration의 법리 또는 '상업적 불능(commercial impracticability)'의 법리 적용에 대신하여 채무자를 면책시키는 기능을 한다고 한다.[44]
판례는 불가항력의 사유 해당 여부를 인정하는 데 있어 엄격함을 분명히 한다. 즉 대법원은 "천재지변이나 이에 준하는 경제사정의 급격한 변동 등 불가항력으로 인하여

42) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2022, 1594면.
43) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」제74조 제1항 단서에서는 "[...] 이 경우 계약상대자의 책임없는 사유로 계약이행이 지체되었다고 인정될 때에는 그 해당일수를 지체일수에 산입하지 아니한다."라고 하고 있다.
44) 석광현, 앞의 논문, 73면.

목적물의 준공이 지연된 경우에는 수급인은 지체상금을 지급할 의무가 없다고 할 것이지만, 이른바 IMF 사태 및 그로 인한 자재 수급의 차질 등은 그와 같은 불가항력적인 사정이라고 볼 수 없다."[45]고 하였고, 동일본 대지진과 쓰나미로 인한 부품 조달 지연으로 전기기관차 공급계약에 따른 납품이 지연된 사건에서는 "동일본 대지진과 쓰나미가 일본 산업에 타격을 주었을 수는 있지만, 부품 조달 지연에 직접적인 피해를 주었다고 보기는 어렵다"[46]고 하여 불가항력을 부정하였다. IMF 사태 및 그로 인한 자재 수급의 차질, 지진이나 쓰나미 등 천재지변의 직접 피해가 아닌 간접 피해로 인한 납품 지연 등은 통상적이지 못한 사유에는 해당할지는 모르나 불가항력적인 사유로는 볼 수 없다는 것이므로, 이러한 것은 '계약은 지켜져야 한다'는 일반 원칙에 비추어 볼 때 불가항력 사유에 해당할 수 없다는 것이다. 이 밖에도 동일한 취지에서 급격한 기상변화로 인한 수급인의 면책주장은 일반적으로 받아들여지지 않는다고 볼 것이다. 불가항력 사유를 인정함은 계약 위반에 대한 채무자의 책임을 면제시켜주는 것이고, 나아가 그로 인한 손해를 상대방에게 이전시키는 것이므로 법원의 입장에서는 불가항력의 요건을 엄격하게 심사할 수밖에 없음도 충분히 이해된다.

이와 같은 판례의 입장을 건설공사도급계약에 적용할 경우 동일한 결과가 나타날 것인데, 결국 건설공사도급계약상 위 판례들에서와 같은 사유가 발생한 것이라면 해석상 통상 준공기일을 정하는 가운데 고려되는 정도일 뿐이라는 점이다.[47] 판례가 불가항력적인 사유를 판단함에 있어 중요하게 생각하는 판단기준은 그 사유가 천재지변에 준하는 정도에 해당하는 사정으로써, 구체적으로 다음의 두 가지 정도의 조건에 해당하여야 한다고 할 수 있다.[48] 첫째, 불가항력적 사유가 그 당사자의 지배영역(통제범위) 밖에서 발생하고, 둘째, 당사자가 통상의 수단을 다하였더라도 이를 예상하거나 방지 또는 회피 불가능하였을 것임이 인정되어야 한다는 것이다.[49] 이른바 개인의 지배영역 외의 것(외부성)으로써 예견가능성 및 회피가능성이 없을 것이 필요하다.

그렇다면 위와 같은 기준에 따를 경우, 최근까지 문제되었던 COVID-19 감염병 유행 팬데믹 상황은 불가항력 사유에 해당하는 것인지가 의문이다. 학설 중에는 불가항력 사유로 감염병과 질병을 거론하는 경우가 있다고는 하지만, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상」감염병과 일반적으로 사용되는 질병이라는 용어는 구별되어야 하고 감염병 중에서도 이른바 「재난 및 안전관리 기본법」상 사회재난에 해당하는 정도의 유행상황인지도 따져볼 필요가 있다는 전제에서라면 단순히 질병이라는 사유로는 불

45) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결.
46) 대법원 2018. 11. 2. 29. 선고 2014다233480 판결.
47) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결.
48) 석광현, 위의 논문, 74면에서는 불가항력적 사유에 따라 면책되기 위하여 다음의 요건을 갖추어야 한다고 한다. 즉 "FIDIC 조건(제19.1조)에서는 의무를 불이행한 당사자가 제19조에 해당하기 위하여 ① 불가항력사유가 그 당사자의 통제범위를 벗어나고, ② 그 당사자가 계약체결 전에 합리적으로 대비할 수 없었으며, ③ 사태발생 후 그 당사자가 적절히 회피하거나 극복할 수 없었고, 그리고 ④ 실질적으로 타방 당사자에게 책임을 돌릴 수 없어야 한다."고 한다.
49) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다15940, 15957 판결 등.

가항력 사유로 보기에는 무리가 있다. 질병 중에는 독감, 눈병, 당뇨병, 고혈압 등 흔히 알려진 병증들이 포함되어 있는데 이러한 질병은 통상의 진료와 치료로 극복하거나 예방이 가능한 것이다. 그러나 통상적인 예방조치나 건강관리로는 막을 수 없는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」상의 감염병 유행 상황과 그에 따른 객관적인 기준으로써 세계보건기구(WHO)나 외교부 등 정부 부처 및 중앙재난안전대책본부 등의 위기 관리 매뉴얼 기준에 따른 팬데믹 선포 상황은 우선 외부성, 즉 당사자 특히 채무자가 '통제할 수 있는 영역 밖'이라는 관점에서 볼 때 해당 요건을 구비한 것으로 볼 수 있다.[50] 채무자가 통제가능한 영역 내에 있는 사항인지에 대한 판단은 일률적일 수 없고 계약체결 당시를 기준으로 하여 당시의 기술 수준이나 사회 경제적 상황을 종합적으로 고려한 판단이 필요한 것인데, 그와 같은 기준에 의하더라도 전세계적 팬데믹을 야기한 COVID-19 감염병 유행은 통제 가능 영역 밖의 것이다.

그 다음으로 예견가능성 및 회피가능성의 견지에서 검토가 필요하다. 첫째로 예견가능성은 계약 체결 당시에 당해 사유에 대한 발생을 당사자가 예견할 수 있었는지를 기준으로 하는 것인데 구체적으로는 "그와 같은 직업 또는 사회적 지위에 속하는 평균적 인간이라면 하였을 사회생활상의 주의를 게을리함으로써 그의 행위의 결과로 객관적인 채무불이행이 일어날 것임을 예견"[51]했는지를 기준으로 하여 그것을 예견하지 못하였어야만 불가항력 사유인 것이다. 하지만 이러한 기준에도 불구하고 실제로는 당해 평균인이 특정 상황에서 통상 발생할 수 있는 것인지 판단 가능하였었는지 여부가 중요한데 이마저도 쉽지 않음은 분명하다. 이에 대하여 예견가능 여부에 대한 판단 시 "과거의 발생 빈도와 수치에 대한 통계적인 분석, 관련 법규에서 정한 기준의 준수 여부, 계약의협상 과정에서 제공된 자료 등"이 유력한 판단 요소라고 하기도 하는데,[52] 타당한 것이라 생각된다. 그렇다면 COVID-19 감염병 유행상황을 계약 당시 예견가능한 상황이라고 할 수 있지가 의문인데, 어느 누구의 관점에서 보더라도 이를 예견가능한 범주 내인 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다. 둘째 회피가능성은 당사자가 다른 방법의 채무이행이나 그로 인한 결과 방지가 가능하였는지를 기준으로 하는 것인데, 사유 발생 후 그로 인한 이행불능 상태 제거 및 손해발생 방지 가능 여부도 포함한다고 한다.[53] 이와 같은 결과 방지 가능 여부에 관하여서는 상황별로 판단이 달라질 수 있는 만큼 어느 하나의 경우만을 상정하여 판단하기는 어렵다고 하겠다.

요컨대 COVID-19 감염병 유행 팬데믹 상황은 기존 불가항력 판단에 관한 여러 이

---

50) 「재난 및 안전관리 기본법」 제2조 정의상 사회재난의 경우도 전통인 재난의 개념인 자연재난과 마찬가지로 취급되어야 함은 재난안전관리 전문가들의 일관된 견해이고 이는 당연한 것으로 인식되어야 한다. 이러한 견지는 최현태, "사회재난을 이유로 한 여행계약의 해제 - 제1급감염병 유행 상황을 중심으로", 법과 정책연구 제20권 제3호 (2020. 9), 한국법정책학회, 154면.

51) 양창수·김재형, 「민법 I (계약법)」, 박영사, 2015, 411면.

52) 조인영, "불가항력(Force majeure)의 의미와 효과 - COVID-19 사태와 계약관계에 있어서의 불가항력 사유에 관한 고찰", 법조 제69권 제4호(통권 제742호) (2020. 8), 법조협회, 191-192면.

53) 조인영, 위의 논문, 194면.

론들이나 판례의 동향, 그리고 관련 법률상의 근거 등에 비추어 볼 때, 불가항력의 사유로 보지 않을 이유가 없는 것으로써 지체상금 면책사유로 볼 수 있다고 하겠다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 단순 감염병 유행 상황만으로는 면책사유로써 불가항력적 사유가 인정되는 것이라 할 수는 없고, 감염병(여기에서는 1급감염병)의 확산이 이루어지고 사회재난으로써 관련 법령상 국가 기관에서 정하고 있는 위기관리메뉴얼상 일정한 단계를 기준으로 일정한 단계에 이르게 되었음을 전제 요건으로 하여 천재지변으로서 사회재난에 해당하는 것이므로 불능의 사유로서의 불가항력의 사유에 해당한다고 하겠다.

3. 불가항력적 사유와 사정변경의 원칙

흔히 면책사유로서의 불가항력과 민법상 사정변경의 원칙의 유사성이 언급되기도 한다. 애초 계약 당시 당사자들이 예견할 수 없었던 사정으로 인하여 계약 관계에 변동이 일어나는 점에서 양자는 유사한 면이 있다. 그러나 불가항력은 일반적으로 이행불능에 대한 면책사유로서 논의되는 것이지만,[54] 사정변경의 원칙은 계약상 의무 이행 자체는 가능하지만 그것을 이행하는 것이 현저히 불합리하여 곤란한 경우에 적용되는 것으로 양자는 궤를 달리 하는 것이라 할 것이다.[55]

그러나 불가항력적 사유와 사정변경의 원칙과의 연관성을 찾는 것이라면 양자의 관계가 전혀 무관하다고는 할 수 없다. 어떤 사정이 비록 면책사유로서 불가항력에 해당한다고 할 수는 없으나 계약당사자가 사정변경을 주장하는 것이 가능한 경우란 충분히 있을 수 있다. 면책사유로써 불가항력에 해당하기는 어려우나 사정변경원칙에 해당할 수 있는 사유에 해당하기에는 충분한 사유들은 어떠한 것이 있을 수 있을까? 원자재 값 상승, 급격한 금리 상승 등으로 인한 경제사정의 급격한 변동과 같이 대내외적인 경제사정의 급격한 변화는 면책사유로 불가항력에 해당하는 것으로 보기에는 어려움이 있을 수 있겠으나 판례에 의하면 급격한 경제사정의 변화는 사정변경으로는 인정되기도 한다.

물론 대법원[56]은 “계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다.”는 것이 일관된 입장인데, 사정변경의 원칙도 계약준수 원칙의 예외로 인정되는

54) 그러나 건설공사도급계약과 같은 장기의 계속적계약에서는 이행불능만이 아닌 이행지체에 대하여도 문제될 수 있다. 본 논고의 지체상금 약정의 문제도 그에 해당하는 것이다.
55) 조인영, 앞의 논문, 169면.
56) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다276338 판결 등.

것인 만큼 당사자의 귀책사유가 없이 변경된 사정으로 인하여 계약에 현저한 영향을 끼치고, 그 영향이 상당한 기간 계속하여 지속되는 등 엄격한 요건이 갖추어진 경우에만 인정되는 것이므로 이 또한 쉽게 인용되지는 않을 것이다. 그러나 한정적이기는 하나, 판례가 근보증, 임대차 등 계속적거래관계에서 이를 인정해오고 있는 만큼 불가항력 사유에 해당하지 않는 사유에 대하여 그다음으로 고려할 수 있는 법리로써 사정변경의 원칙의 고려는 의미가 있다고 하겠다.

Ⅳ. 건설공사도급계약상 지체상금을 둘러싼 몇 가지 문제

1. 약정 금액이 지나치게 과다하거나 과소한 경우

지체상금이 지나치게 과다한 경우 법원이 이를 적당히 감액할 수 있는지에 관하여서는 법원은 민법 제398조 제2항을 적용한 판례의 명확한 입장이 존재한다. 대법원[57]은 "수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니하여 지체상금을 지급할 의무가 있는 경우, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 지체상금액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정한 지체상금액이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에 이를 적당히 감액할 수 있는 것이다."고 판시하여 법원이 재량감액할 수 있음을 분명히 하고 있다. 그리고 또 다른 판례[58]에서는 민법 제398조 제2항 '부당하게 과다'를 판단하는 데 있어 위 판례에서 언급한 모든 사정을 참작하되 그 의미에 대하여 "[...] 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 하고[.....]"라고 한다. 판례의 입장은 타당한 것으로 보여지는데, 다만 우리 판례가 지체상금뿐만 아니라 계약이행보증금의 경우도 부당 과다에 대한 판단을 하는데 있어 유사한 기준을 적용하고 있는데,[59] 양자는 법적 성질이 동일 할 수 있다는 것 이외에 다른 차원의 것이므로 감액대상이 지체상금인지 또는 계약보증금인지에 따라 기준도 추가되거나 중요도가 달라져야 한다. 즉 계약이행보증금의 경우 지체상금과 달리 계약해제의 결과를 전제로 이루어지는 만큼 계약해제에 이른 경위, 계약해제로 인한 원상회복의무와의 관계, 그밖에 계약체결일로부터 해제 시까지의 시간적 간격, 계약해제 후 새로운 계약체결

57) 대법원 1999. 10. 12. 선고 99다14846 판결; 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조.
58) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결.
59) 이렇게 기술하는 전제는 양자 모두 손해배상액의 예정으로 볼 수 있는 경우이다.

여부와 그 내용 등[60] 다른 차원의 추가 사유들이 판단의 기준에 당연히 포함되어야 하고 그것이 판례를 통하여서도 명시되는 것이 적절하다고 본다.

지체상금의 약정 금액이 지나치게 과다한 경우와는 달리 약정 금액이 지나치게 과소한 경우에 관하여는 별도의 판례가 존재하지는 않는다. 지나치게 과소한 경우 도급인의 입장에서는 부당한 것으로 볼 수 있겠지만, 이에 대하여는 지체상금의 목적과 성질을 어떻게 이해하는지에 따라 해석론이 있을 수 있다. 계약 당사자가 자유롭게 손해배상액을 미리 정할 수 있도록 하면서도 약정액이 부당히 과다한 경우에 법원이 이를 직접 감액하도록 한 민법 제398조의 입법 취지상 채무자를 위한 것임이 분명하기에 지체상금으로 예정한 금액이 결과적으로 지나치게 과소한 것에 대하여 법원이 재량증액을 명하기는 어렵다고 하여야 한다. 건설공사도급계약상 '부당하게 과다'함과는 달리 '부당하게 과소'함이라는 것을 받아들이는 것은 어려운 일이므로 통상의 계약상 내용 변경 및 수정을 요청하는 방법에 의할 수밖에 없다고 할 것이다.

2. 도급인의 귀책사유로 계약기한(준공기한)을 도과한 경우에서의 지체상금 발생 여부

건설공사도급계약 시 도급인의 준공에 대한 대가지급의무와 수급인의 완성된 공사목적물의 인도의무는 동시이행관계에 있으므로(민법 제665조 제2항), 공사대금을 지급하지 않는 동안은 수급인이 목적물을 인도하지 않더라도 채무불이행, 즉 이행지체에 해당하지 않기에 지체상금이 발생할 여지는 없다. 지체상금이 인정되기 위해서는 지체상금 약정에 따른 기간을 도과한 수급인의 이행지체 사실이 인정되어야 하는 것인데, 이행지체 상태에 빠진 것인지와 관련하여서는 민법상 이행지체책임에 관한 일반론이 당연히 적용되므로, 수급인이 공사대금을 지급 받지 못하고 있는 한 도급인에 대한 완성 건물에 대한 인도 거절을 할 수 있는 것이어서 인도지연으로 인한 손해배상책임, 즉 지체상금이 발생하는 것으로 볼 수 없는 것이다.[61] 그리고 도급인의 귀책사유로 도급계약이 해제된 경우에도 지체상금 약정이 적용되는지 여부가 문제되었던 또 다른 사건에서 법원은 "지체상금 약정은 수급인이 약정 준공일보다 늦게 공사를 완료하거나 수급인의 귀책사유로 도급계약이 해제된 경우뿐 아니라 도급인의 귀책사유로 도급계약이 해제된 경우에도 적용이 된다 할 것이고, 이 경우에는 도급인의 귀책사유가 발생하지 아니하여 수급인이 공사를 계속하였더라면 완성할 수 있었을 때까지의 기간을 기준으로 하여 당초의 준공예정일로부터 지체된 기간을 산정하는 방법으로 지체일수를 적용해야 할 것이다."고 판시하였다.[62]

---

60) 이학수, "민법 제398조 제2항 소정의 '손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우'의 의미", 판례연구 14집(2003년), 부산판례연구회, 2003, 221-222면.

61) 대법원 1998. 2. 24. 선고 95다38066, 38073 판결. 또한 본 판결에서는 "지체상금은 약정된 준공기일의 익일부터 발생하고, 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 실제로 해제한 때가 아니고 이를 해제할 수 있었을 때로부터 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 건물을 완성할 수 있었던 기간이 경과하기까지의 시점"임을 분명히 하고 있다.

앞의 판례의 경우 도급인의 귀책사유 즉 도급인이 공사대금을 지급하지 못하고 있는 상황에서 도급인의 준공에 대한 대가지급의무와 동시이행의 관계에 있는 수급인의 완성된 공사목적물의 인도의무가 지체되었다고 하여 지체상금이 발생할 수는 없다고 본 사례이고, 후자의 경우에는 도급인의 귀책사유에 의하여도 지체상금에 관한 약정이 동일하게 적용될 수 있음을 명확히 한 판례로 의미가 있는데 이는 아래의 도급인·수급인의 귀책사유가 중첩적·동시적으로 경합되는 경우 지체상금 처리와도 관련성이 있는 것이라 하겠다.

한편 도급인의 선급금 지급 지연으로 인하여 공사기간이 지연된 경우, 지체상금 지체일수에서 이를 공제할 수 있는지와 관련하여, 대법원은 "도급계약의 보수 일부를 선급하기로 하는 특약이 있는 경우, 수급인은 그 제공이 있을 때까지 일의 착수를 거절할 수 있고 이로 말미암아 일의 완성이 지연되더라도 채무불이행책임을 지지 않으므로, 도급인이 수급인에 대하여 약정한 선급금의 지급을 지체하였다는 사정은 일의 완성이 지연된 데 대하여 수급인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다. 따라서 도급인이 선급금[63] 지급을 지체한 기간만큼은 수급인이 지급하여야 하는 지체상금의 발생기간에서 공제되어야 한다."고 판시함으로써 인정됨을 분명히 한다.

3. 도급인·수급인의 귀책사유가 중첩적·동시적으로 경합되는 경우 지체상금 처리

건설공사도급계약 시 지체상금은 일반적으로 수급인 측의 사유로 인하여 발생한 이행지체책임에 대한 것으로 수급인의 귀책사유로 인한 경우에 대하여는 별도로 검토할 사항이 크지 않지만, 다만 수급인과 도급인 모두에게 귀책사유가 있어 이들 사유가 중첩적 또는 동시적으로 발생하여 이행지체에 영향을 주는 경우(이하 '동시발생 공기지연'이라 함) 어떻게 해석할 것인지에 대하여는 우리 법원에서 이를 직접적으로 다루고 있는 판례가 존재하지 않아 이에 대한 법해석론적 검토가 필요하다.[64]

지체상금에 관한 약정이 있는 건설공사도급계약에서 도급인 측의 귀책사유로 인하여 공기지연이 발생하게 될 경우, 계약상 그러한 사정에 대한 정함이 있다면 상관이 없지만 그에 대한 정함이 없다면 당연히 그에 해당하는 기간 만큼의 공사기간 연장이 이루어져야 하고 그것이 지체상금에 영향을 끼치는 것이라 할 수 없다. 이 경우에 수급인의 귀책사유로 인한 이행지체가 발생하면 그 일수만큼의 지체상금이 지급되어야 하겠지만 도급인의 귀책사유로 인한 일수만큼 공제하는 것으로 해결될 수 있다. 그런

62) 대법원 2012.10.11. 선고 2010다34043,34050 판결.
63) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결.
64) 이처럼 시공자의 이행지체와 발주자의 책임하에 있는 사유가 동시에 발생하여 공기지연을 야기한 경우를 동시발생 공기지연(concurrent delay)이라 하며, 해외건설프로젝트에서의 동시발생 공기지연이 많이 발생하고 있다고 한다. 정홍식, 앞의 논문, 839-841면.

데 순차적으로 그리고 귀책사유가 분명한 경우에는 수량적으로 지체상금액을 산정할 수 있겠지만, 도급인의 귀책사유와 수급인의 이행지체가 동시 또는 중첩하여 발생하여 공사기한이 지연된다면 전체 공기지연에 대한 책임은 누가 지게 되는지, 만일 함께 부담하게 된다면 어떤 방식과 기준으로 분배할 것인지를 분명히 하는 것은 매우 어렵다.

이는 실무적으로도 상당히 해결하기 어려운 문제 중 하나이다. 왜냐하면 계약당사자가 서로에게 귀책사유가 존재함을 인식하고 있는 한, 도급인이 지체상금을 부과하게 되면 수급인은 동시발생 공기지연을 들어 지체상금의 면책 혹은 감액을 주장할 수 있을 뿐만 아니라 수급인이 도급인인 발주자를 상대로 공기연장과 증액된 관리비용을 청구하는 경우 도급인이 동시발생 공기지연을 주장할 수도 있다.[65] 이 경우 흔히 발주자 측에서는 다음의 사유들을 항변한다고 한다.[66] 즉, 공기지연이 발주자의 영역 밖의 사유로 인한 것임, 지연이 주공정에 영향을 주지 않는 정도였음, 주공정에 대한 지연이 중첩적 혹은 동시적으로 발생하였고 시공자의 면책가능한 혹은 면책불가한 공기지연과 구분이 어려움, 시공자가 지연 상황을 피할 수 있었거나 기간을 단축시킬 수 있었음, 이행지체가 예견가능 했고 시공자의 작업 범위 이내였음, 계약상 시공자가 명시적 혹은 묵시적으로 공기지연의 위험을 인수하였음 등이 그것이다.

동시발생 공기지연의 경우 무엇보다 중요한 것은 자신의 귀책사유로 인한 결과 발생이 아니라 상대방에 의한 것이라는 점에 대한 입증일 것이다. 수급인의 입장에서 본다면, 자신의 귀책사유로 인하여 발생한 지연 부분의 손해 결과를 전체 손해 부분에서 분리하여 나머지 부분에 대해서 도급인 측의 사유가 없었더라면 발생하지 않았을 손해 및 비용 증가분임을 입증하여야 하는 것이다. 하지만 동시발생 공기지연의 경우, 많은 경우에 있어 수급인의 귀책사유는 이미 발생하고 있는 것으로써 도급인의 귀책사유로 인한 지연 시점과 겹쳐지는 것이므로 이를 별개로 분리하여 인과관계를 증명하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다.

결국 도급인쪽의 귀책사유가 없었더라면 수급인에게 그와 같은 손해 및 추가관리비용 등이 발생하지 않았을 것이라는 점을 입증[67]하지 못함으로써 수급인 자신의 귀책사유로 인한 손해 발생 부분을 축소하기 위한 노력으로 수정할 수밖에 없는 것이 현실이라 하겠다. 이 때 도급인, 수급인 모두에게 귀책사유가 존재함이 분명한 경우에는 입증책임의 부담을 분산시키는 것을 고려할 필요가 있다고 보여진다.

---

65) 정홍식, 위의 논문, 832면.

66) 이하 예들은 정홍식, 위의 논문, 832면.(Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., Bruner & O'Connor on Construction Law, (2012) 13, § 15:50 재인용)

67) 정홍식, 위의 논문, 850-851면. 이것을 이른바 '가정적 인과관계'에 대한 입증이라고 하고 있다.

4. 공공건설공사도급계약상 장기계속공사계약에서의 지체상금 관련 문제

앞서 언급한 쟁점 사항들은 일반적인 건설공사도급계약상 나타나고 있는 사항에 대한 것으로 어느 특정한 유형에 해당하는 것으로 볼 수 없는 사항들에 대한 것이지만 장기계속공사계약상의 공기지연 내지 공기연장을 둘러싼 사항은 공사기간의 장기로 인하여 발생하게 되는 경제상황의 변화 및 그로 인한 계약 내용 변경의 불가피와 함께 총괄계약과 각 차수별 계약의 존재 및 양자 간의 상관관계, 각 차수별 계약 간의 관계, 차수별 계약에 따라 정산되고 조정되는 계약의 방식 등 여러 가지 면에서 특수한 면이 있어 이에 관하여는 지체상금과 관련하더라도 별도로 검토가 필요한 부분이다.

(1) 공사기간의 연장과 계약금액조정 인정 여부

장기계속공사계약은 정부조달계약과 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약 등 국가를 당사자로 하는 계약에서 취하는 계약 형태이다(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제2조 및 동법 시행령 제69조 제2항 참고). 이처럼 장기간에 걸쳐 계약이 이행되는 경우에는 물가변동이나 기타 경제상황의 변화, 설계변경의 필요성 등으로 인하여 애초 계약의 내용대로 당사자에게 이행을 강요하는 것이 부당하거나 가혹할 수 있으므로 그러한 경우 계약금액을 조정하도록 하고 있다. 국가계약법 제19조는 '공사·제조·용역 기타 국고의 부담이 되는 계약을 체결한 다음 물가변동, 설계변경 기타 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 계약금액을 조정한다'고 규정한다.[68] 이것을 계약금액조정제도라 하는데 이에 대한 사항은 지체상금 약정과도 연동되어 있는 사항인 만큼 이에 대한 검토도 필수적이라 하겠다.

흔히 사업규모 매우 크고 공사 기간이 장기인 장기계속공사계약의 경우 공사기간이 지연되는 사정이 생겨 이를 정당한 공기연장으로 인정할지, 지체상금 지급 상황인지 여부를 두고 발주기관인 국가와 수급인인 계약당사자 간 분쟁이 빈번히 발생한다.[69] 특히 상대적으로 장기의 공공건설공사도급계약에서 문제되는 바, 이 때 공기연장으로 인한 간접공사비 발생 및 지체상금 지급 여부가 주요 쟁점 사항이 된다. 그리고 본고에서는 미처 다루지 못하지만 공기지연과 공기연장이 쟁점인 경우 그와 동시에 설계변경 사유까지 발생하는 경우 이에 대한 처리와 판단은 더욱 어려움이 있다.

---

68) 동법 시행령상 계약금액조정대상이 되는 구체적인 경우를 정하고 있는데. 제64조의 물가변동으로 인한 계약금액의 조정, 제65조 설계변경으로 인한 계약금액의 조정, 제66조 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정이 해당한다.

69) 참고로 이수창, "장기계속공사계약 상 공기연장, 설계변경, 지체상금 부과가 경합된 경우의 법적 쟁점과 개선방안", 「입법과 정책」 제12권 제1호 (2020. 4), 국회입법조사처, 175면에서는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제21조상 장기계속공사계약과 계속비계약으로 구분되는데, 양자는 성질상 계약의 이행에 장기를 요한다는 점과 총공사를 대상으로 입찰하여 계약을 체결한다는 점에서는 동일하다고 한다.

이 문제에 대하여 법원은 이른바 '서울지하철 7호선 연장공사'사건[70]에서 정면으로 다루었다. 당해 사건에서 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 것이었다. 이 사건에서 간접비와 관련된 대부분의 법적 쟁점들이 처음으로 제대로 다뤄졌고 치열한 공방 끝에 1심 재판부와 항소심 재판부는 건설사들의 손을 들어주었으나 대법원은 2018년 10월 30일 전원합의체 판결을 통해 "장기계속공사계약에 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 체결하는 데 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 않는다"고 판시하였다.[71]

그러나 이 대법원 전원합의체판결에 대하여는 많은 의문이 제기되고 있다. 전원합의체판결에서는 총괄계약 자체는 인정하면서도 그에 따른 효력 및 구속력이 총 공사기간 및 금액에는 미치지 않아 제한적(계약상대방 결정, 계약이행의사의 확정, 계약단가)이라고 하는데 정작 그 근거는 제시하지 못한 채 단지 계약당사자의 추정적 의사가 그러하다는 것으로 설명한다.[72] 그러나 장기계속공사계약의 경우 전체로써 하나의 도급계약이고, 연차별계약은 전체 계약의 구성부분인 것으로 보아 분할된 급부계약인 것으로 파악함[73]이 타당한 것이므로 결국 총공사계약기간 및 총공사대금이 가장 중요한 준거가 되어야 하는 것이며, 그렇기에 그것을 정하고 있는 총괄계약의 효력이나 구속력은 전체에 미쳐야 함이 당연하다. 그리고 표면적으로 총괄계약의 구속력의 부정의 근거로 들고 있는 계약서상 추론되는 당사자들의 의사와 관련하여서는 계약서는 처분문서로서 기재된 내용대로 판단하여야 하고 그것을 부인하기 위하여는 그에 상응한 반증이 있어야 하며,[74] 혹 그 기재된 내용만으로는 당사자의 진정한 의사를 알 수 없을 경우 표시행위로부터 추단 효과의사가 의사표시 해석의 기준이어야지 내심의 효과의사가 기준이 되어서는 안 되는 것[75]이므로, 요컨대 대법원의 그와 같은 판단이

70) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결.
71) 송종호, "장기계속 공사계약에서 총 공사기간 연장에 따른 계약금액 조정 문제 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로", 일감부동산법학 제21호(2020. 8), 건국대학교 법학연구소, 85-86면.
72) 송종호, 위의 논문, 96면.
73) 권영준, "장기계속공사계약에서 총 공사기간이 연장된 경우 총 공사대금 조정 여부", 민법판례연구Ⅰ, 박영사, 2019, 266면.
74) 송종호, 위의 논문, 98면.
75) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결.

적절하였는지 의문이 아닐 수 없고, 예를 들어 총 공사대금 및 기간에 대한 변경을 하면서 차수별 공사대금 및 기간에 대한 변경은 없는 경우에도 그 효력 및 구속력을 부정할 수 있을 것인지 생각해볼 문제이다.

(2) 지체상금률 부과 기준

계약으로서 이행지체 시 부담할 손해배상액이 당사자 중 누구에게라도 절대적으로 불리한 것이라면 그것은 부당한 것이다.[76] 그렇다 하더라도 계약당사자 모두의 형평을 고려하여 기준이 될 만한 일정 비율에 해당하는 기준을 설정하고 있는 것이 일반적이다. 이른바 지체상금률인데, 그러한 지체상금률 부과기준에 대하여는 그동안 많은 비판이 있었고 몇 번의 개정을 통하여 이를 수용하고 있다. 그럼에도 불구하고 실제 건설도급계약 실무에서 가장 많은 분쟁 요소는 지체상금률이 과연 현실에 부합하는 것인지이다. 지체상금이 본질적으로 이행 강제 및 확보라는 입장과 장기공사 진행시 발생하는 다양한 변수를 고려하여야 한다는 대립되는 입장을 가지고 산정되는 것인 만큼 구체적인 금액을 산정하는 당시에 많은 것들을 고려하고 특정하는 것이 쉬운 일이 아님은 분명하다. 그럼에도 불구하고 경제적 상황을 고려하여야 하는 것이고 그중에서도 지체상금률 부과기준을 현실화시키는 것이 가장 중요한 것이라 하겠다.

구체적인 지체상금률은「국가계약법 시행규칙」은 제75조에서 정하고 있는데, 건설공사의 경우 1일당 공사계약금액의 1천분의 0.5로 지체상금률을 정하고 있다.[77] 그나마 이러한 비율은 2017. 12. 28. 본 규정 개정으로 비율을 축소한 것인데, 이전까지는 공사의 1천분의 1이 지체상금률이었다. 30여년의 기간 동안 변경되지 않았던 비율을 현실화시킨 것은 적극 환영할 만한 것이지만, 여전히 비판이 있을 수밖에 없다. 가장 큰 비판점은 공사의 경우 전체 규모나 비용, 기간의 장기로 인하여 금리 조건의 변동 가능성 등 여러 가지 변경 요인들이 있고 공사 중에서도 이러한 요건들이 다를 수 있음에도 불구하고 획일적으로 정하고 있는 것은 여전히 비판받을 수 있는 부분이다. 지체상금률이 한국은행의 기준 금리보다도 훨씬 높아지는 기간 동안은 판례 및 통설에서 인정하는 손해배상액의 예정이라는 지체상금의 법적 성질이 사실상 위약벌로 환원되는 상황이 되는 것이라 하겠다.[78]

그러므로 이와 관련하여 최소한 건설공사도급의 경우 전체 공사계약금액에 따라 지체상금률 구간을 구분 적용할 필요가 있을 것이다. 구분 구간의 경우에는 그간의 국

76) 이수창, 앞의 논문, 195-196면. 그리고 논문에서 일본은 공공공사 표준청부계약약관을 통해 계약상대자의 지체상금률과 발주기관의 대금지급 지연 이자율을 동일하게 규정하며, 미국도 지체상금률을 획일적으로 정함 없이 계약당사자 간 협의에 의하도록 하고 있는데, 단 미국 연방대법원은 연 6.08%~연 11.67% 정도 수준에서 지체상금률을 인정하고 있다고 한다.

77) 그밖에 계약의 내용 및 목적에 따른 구체적인 지체상금률은 「국가계약법 시행규칙」 제75조를 참조..

78) 같은 취지로 김경래, “지체상금 부과제도 개선방안”, 재정포럼 제252호 (2017. 6), 한국조세재정연구원, 48면.

가계약 건별 공사비용을 통계적으로 반영하고 일정 기간 동안(예를 들어 10여년 간)의 평균 한국은행 금리율 등을 감안함과 동시에 전체 공사기간 등을 고려하여 최소 3-4구간으로 나누어 적용할 것이 필요하다고 본다. 예를 들어 300억원 미만은 공사계약금액의 0.75/1,000, 300억원 이상 1,000억 미만은 0.5/1,000, 1,000억원 이상은 0.25/1,000 등으로 설정하되 동시에 전체 공사기간(1년 미만, 1-3년 미만, 3-5년 미만, 5년 이상 장기 등)도 세부적으로 나누어 반영한 설계할 것이 필요하다고 본다.[79]

V. 결 론

건설공사도급계약은 민법상의 일반적인 도급계약과는 다른 특징을 가진다. 여러 다른 특징들 중에서도 일반적인 도급계약에서는 수급인의 독립성이 인정되는 것과는 달리 도급인의 감리 등 지속적인 관여 내지 관리.감독이 이루어진다는 것과 공기의 장기 및 매우 큰 계약 규모 등으로 인한 공기 준수 여부의 불확실성이 내재되어 있다는 등의 차이가 있다.[80]

그래서 건설공사도급계약에서는 이와 같은 대내외적인 상황의 영향으로 인한 공기내 공사 완료 여부의 불확실성을 회피하기 위하여 여러 가지 법적 장치들을 마련하고 있다. 그러한 법적 장치들은 공기내 공사 완료에 대한 담보의 의미를 가지면서도 이행의 확보와 그것의 위반에 대한 제재 및 강제의 역할도 할 것을 요구 받아 왔다. 그 대표적인 장치가 계약이행보증금과 지체상금인 것이다. 본 논고에서는 다양한 사유로 인하여 발생하게 되는 공사 지연 상황을 염두에 두어 사전에 이에 대한 손해금을 책정해놓은 것인 지체상금에 관한 몇 가지 문제에 대하여 살펴보았다. 특히 지체상금을 발생하게 하는 조건 완성의 원인제공자와 그 상대방 간의 책임과 그에 따른 적절한 책임분배에 관한 내용이 핵심이 될 것인데, 각각의 경우에 있어 다음과 같은 결론을 도출하였다.

첫째, 지체상금 면책사유로서 불가항력의 사유 중 COVID-19 팬데믹 상황과 같은 감염병 유행이 사회재난으로써 관련 법령상 국가 기관에서 정하고 있는 위기관리메뉴얼상 일정한 단계를 기준으로 일정한 단계에 이르게 되었다는 형식적, 절차적 요건 등이 갖추어진 것을 전제로, 천재지변의 한 예로써 사회재난에 해당하는 것이므로 불

79) 본문에서 직접 다루지는 못하였으나 공사이행보증금의 경우도 이와 비슷한 취지에서 개선이 필요하다고 본다. 즉 건설공사대금 자체가 워낙 고액인 경우가 일반적이므로 현재의 통용되고 있는 10% 기준은 양자 모두에게 적절하지 못한 경우가 많은 것으로 여겨진다.

80) 조은래, “건설도급계약의 성립에 관한 연구”, 법학연구 제28집 (2007. 11), 한국법학회, 111면.

능의 사유로서의 불가항력의 사유에 해당할 수 있다.

둘째, 법원이 지체상금뿐만 아니라 계약이행보증금의 경우도 부당 과다에 대한 감액 재량판단을 하는데 있어 유사한 기준을 적용하고 있으나 감액대상이 지체상금인지 또는 계약보증금인지에 따라 적용 기준이 추가되거나 중요도가 달라져야 하고, 특히 계약이행보증금의 경우 계약해제 상황을 전제로 하는 만큼 다른 차원의 추가 사유들이 판단의 기준에 포함되어야 할 것이다.

셋째, 도급인의 귀책사유로 계약기한(준공기한)을 도과한 경우에도 수급인으로 인하여 야기된 지체상금 발생과 다를 바 없으므로 이를 인정한 판례의 태도는 타당하다.

넷째, 도급인·수급인의 귀책사유가 중첩적·동시적으로 경합되는 경우 실무적으로 수급인이 도급인의 귀책사유가 없었다면 발생하지 않았을 손해에 대한 입증을 하여야 하는 것이며, 현실적으로 그것을 입증하는 것은 한계가 있으므로 입증책임의 적절한 분배가 필요하다고 보았다.

다섯째, 공공건설공사도급계약상 장기계속공사계약에서의 지체상금 문제 중 공사기간의 연장과 계약금액 조정 인정 여부에 대한 대법원 전원합의체 판결은 장기계속공사계약의 경우 전체로써 하나의 도급계약이고, 연차별계약은 전체 계약의 구성부분인 것으로 보아 분할된 급부계약이므로 결국 총공사계약기간 및 총공사대금이 가장 중요한 준거가 되어야 하는 것이며, 그렇기에 그것을 정하고 있는 총괄계약의 효력이나 구속력은 전체에 미쳐야 함이 당연한 것이므로 당해 판결의 태도에는 의문이 있다.

여섯째, 현재 건설공사도급계약상 지체상금률은 지나치게 경직된 것이어서 전체 공사계약금액에 따라 지체상금률 구간을 구분 적용하는 유연성이 필요하다.

향후 건설공사도급계약상 지체상금에 대하여 본 논고에서 깊이 다루지 않았고, 현장 실무상으로도 양측 입장에서 각각 문제되고 있는 더욱 다양한 논의들이 이루어질 것을 기대한다.

【참고문헌】

곽윤직 편집대표(양창수 집필부분), 민법주해[IX], 박영사, 1995.

양창수·김재형,「민법 I (계약법)」, 박영사, 2015.

이호정, 영국계약법, 경문사, 2003.

지원림, 민법강의, 홍문사, 2022.

구재군, “계약이행보증금에 관한 연구”, 중앙법학 제13집 제3호 (2011. 9), 중앙법학회.

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

김경래, “지체상금 부과제도 개선방안”, 재정포럼 제252호 (2017. 6), 한국조세재정연구원.

김경주 외 4인, “국내 현행 공기지연 책임에 따른 지체상금 및 손실보상의 문제점 및 개선방안”, 한국건설관리학회 논문집 제24권 제1호 (통권 131호) (2023. 1), 한국건설관리학회.

김기현, “계약이행보증금과 지체상금의 관계”, 건축관련판례 50선(2012년), 대구판례연구회, 2012.

김동훈, “계약보증금의 몰취약정의 해석”, 법률신문 제2820호, 법률신문사, 1999. 4. 27.

마옥현, “계약(이행)보증금의 법적 성질”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2000.

박흥대, “공사도급계약에 있어서 계약보증금의 법적성질”, 판례연구 제11집, 2000.

서 민, “지체상금의 효”력, 민사판례연구 제9집, 민사판례연구회, 1987.

석광현, "IDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호(2016. 7), 국제거래법학회.

송종호, “장기계속 공사계약에서 총 공사기간 연장에 따른 계약금액 조정 문제 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결을 중심으로”, 일감부동산법학 제21호(2020. 8), 건국대학교 법학연구소.

윤재윤, “건설관련 보증”, 인권과 정의 제324호 (2003. 8), 대한변호사협회.

이수창, “장기계속공사계약 상 공기연장, 설계변경, 지체상금 부과가 경합된 경우의 법적 쟁점과 개선방안”,「입법과 정책」제12권 제1호 (2020. 4), 국회입법조사처.

장보은, “계속적 계약의 해지와 계약이행보증금에 관한 소고 - 대상판결 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결”, 사법 제1권 제56호 (2021), 사법발전재단.

장윤기, “건축공사 도급계약이 중도해제된 경우의 법률관계 : 지체배상금 약정과 관련하여”, 대법원 판례해설 11호 (1990. 7), 법원도서관.

전동옥, “IDIC 표준 약관의 해석과 관련한 최근 영국법 판례 동향에 관한 소고”, 국제건설법연구회, 2016. 1. 11. 발표자료.

전현철, “건설보증의 종류와 법률관계”, 법학논총 제22집 (2009. 8), 숭실대학교 법학연구소.

정홍식, “해외건설프로젝트에서 동시발생 공기지연(concurrent delay)”, 비교사법 제21권 제2호(2014. 6), 한국비교사법학회.

조은래, “건설도급계약의 성립에 관한 연구”, 법학연구 제28집 (2007. 11), 한국법학회.

조인영, “불가항력(Force majeure)의 의미와 효과 - COVID-19 사태와 계약관계에 있어서의 불가항력 사유에 관한 고찰”, 법조 제69권 제4호(통권 제742호) (2020. 8), 법조협회,

이학수, “민법 제398조 제2항 소정의 '손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우'의 의미”, 판례연구 14집(2003년), 부산판례연구회, 2003.
최창렬, “공사도급계약에서의 계약보증금 법적성질”, 한국민법의 새로운 전개(고상룡교수고희기념논문집), 법문사, 2012.
최현태, “사회재난을 이유로 한 여행계약의 해제 - 제1급감염병 유행 상황을 중심으로”, 법과 정책연구 제20권 제3호 (2020. 9), 한국법정책학회.

British Glanzstoff Manufacturing Co Ltd v General Accident Fire and Life Assurance Co Ltd [1913] A.C. 143.
Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd [1914] UKHL 1.
GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL [2018] EWHC 2866.
Hall & Shivers v Van der Heiden [2010] EWHC 586 (TCC).
Holme v. Guppy (1838) 3 M&W 387.
ParkingEye Ltd v Beavis [2015] UKSC 67; [2015] WLR (D) 439.