

건설수급인의 공사기간 연장에 따른 공기연장비용청구권에 관한 연구*

- 미국에서의 논의를 중심으로 -

Research on the construction contractor' claims of loss or cost associated
with the extension of the construction period
- Focusing on the discussion in the United States of America -

김 태 관(Kim, Tae Kwan)**

ABSTRACT

General Conditions of contracts will require the extension of the construction period not attributable to reason the responsibility of the contractor in order to recognize the costs due to the extension of the construction period. on case law in the United States for the contractor to receive the construction period was extended it is not enough that one of the reasons of the provisions stipulated in the contract is caused. it requires that you must meet the general requirements of the excusable delay in accordance with rule of control. It requires that the cause of the delay is beyond the without control of the contractor and no fault or negligence of the contractor. in the former requirement, it presents the three criteria such as the following. ① when contracting at that time, whether it is possible for contractor to predict the cause of the compensable delay, ② when the nonexcusable delay event has occurred, whether it was possible for the contractor to avoid it, ③ when nonexcusable delay reasons has occurred, whether it was possible for the contractor to overcome the effects of the delay.

In determining whether to correspond to the responsible cause of the contractor in the general conditions of construction contracts, it is necessary to refer to the court' decision of the United States about the principles of control on a nonexcusable delay. In addition, our general conditions of the construction contracts as well as the United States of Construction Contract acknowledges the rights to the extension of the construction period and compensation by the compensable delay and excusable delay and requires the notification procedures in a timely manner of the contractor. this is the reason for the contractor to immediately investigate the result of delay, as it is possible to reduce the resolution or damage the cause, and to offer the appropriate remedy in a timely manner to the contractor is to give the opportunity to resolve the complaint.

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의해 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수/변호사.

Key words: Construction contracts, an extension of the construction period, the extension cost of the construction period, the procedure of notification, the principle of control

I. 들어가며

공사계약일반조건 제26조는 공사기간의 변경에 따른 계약금액의 조정을 인정하면서 그 조정신청을 준공대가의 수령 전까지, 장기계속계약의 경우¹⁾ 각 차수별 준공대가의 수령 전까지 하도록 규정하고 있다. 따라서 장기계속계약인 공사계약의 각 차수별 계약에서 발생한 공기연장과 그 비용청구의 종기에 대해서는 이미 공사계약일반조건에서 명확히 규정하였다고 할 수 있다.²⁾

그런데, 장기계속계약에서는 공사가 진행되는 동안 각 차수계약을 체결하는 과정에서 발주기관의 예산배정 지연 등을 이유로 다음 개별 차수계약의 체결 자체가 지연되어서 전체 공사기간이 연장되는 경우가 자주 발생하고 있다. 이 경우 각 차수계약 사이의 공백기간에 대해서도 공사기간의 연장에 따른 비용청구가 가능한지 여부가 실제로 소송에서 자주 다투어 진다.

최근 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2013나2020067 판결은 “장기계속공사계약에서 통상 물가변동, 설계변경으로 인한 계약금액의 조정은 차수별 계약금액 변경에 수반하여 총공사금액이 변경될 것이지만, 예산부족 등을 이유로 총 공사기간이 연장되는 경우는 차수계약이 늘어나는 형태로써 차수별 계약 내에서 공사기간의 연장과 별개로 계약금액의 조정이 되어야 하고, 이는 공사가 중단되었는지와 관련이 없으므로, 공사의 중단 없이 차수별 계약이 체결되고 그에 따라 공사가 진행되었다고 하더라도 연장된 공사기간에 대한 공사금액 조정 신청은 차수별 계약과 상관없이 1회로 충분하다.”고 판시하여 차수별 준공대금의 지급이 완

- 1) 장기계속계약이란 “임차, 운송, 보관, 가스, 수도의 공급 기타 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 계약”을 말하고(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제21조), 장기계속계약은 낙찰자 등에 의해 결정된 총 공사금액을 부기하고, 당해 연도의 예산범위 내에서 제1차 공사계약을 체결하며, 이 경우 제2차 공사계약 이후의 계약은 부기된 총 공사금액에서 이미 계약된 금액을 공제한 범위내에서 계약을 체결할 것을 부관으로 약정하여야 한다(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제69조 제2항 내지 제4항).
- 2) 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 있었는데, 2006. 5. 25. 공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-14. '06. 5. 25.)이 개정되면서 현재의 규정이 마련되었다. 즉, 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), 116면.

료되었다고 하더라도 총괄계약에 따른 계약금액 조정신청이 가능하다고 하고 있다.

그러나 광주고등법원 2014. 7. 18. 선고 2012나3301 판결은 “각 차수별 계약은 총체계약과는 별개의 독립된 계약으로 보아야 한다. … 계약금액조정 여부 역시 원칙적으로 각 차수별 공사계약을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그러므로 이 사건 총체계약을 기준으로 하여 그 계약기간 내지 공사기간이 연장되었음을 이유로 공사계약일반조건에 따라 계약금액을 조정하여야 한다는 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.”라고 판시하여 차수별 준공대금의 지급이 완료되었다면 그 부분에 대한 계약금액 조정신청을 할 수 없다고 하여 서로 상반된 견해를 제시하고 있다.

이는 개별 차수별 계약의 독립성을 강조할 것인지, 아니면 총괄계약의 중요성을 강조할 것인지에 따른 해석상의 차이에서 그 결론을 달리 하고 있지만, 공사계약일반조건상의 공기연장비용청구의 종기를 현실과 달리 각 차수별 계약을 중심으로 규율한 것은 문제가 있다. 즉, 차수별계약도 결국 총괄계약을 구성하는 일부라는 점에서 장기계속계약은 총공사에 대한 계약으로 보아야 하며, 장기계속계약의 차수별 계약이 국가의 재정법적 구속이라는 국가의 내부적 사정에 기인하는 것임에도 이를 수급인에게 전가하는 형태로 위험을 부담시키는 것은 부당하다는 점, 공백기간 동안에도 현장관리 및 시공준비작업과 일부 시공 등 총공사계약의 이행이 계속되고 있어 총공사계약의 공백기간이 없다는 점, 국가계약법령이 장기계속계약의 경우에도 공기연장으로 인한 계약금액의 조정을 인정하고 있고, 장기계속계약의 계약상대자는 제2차 이후의 공사계약을 체결할 계약상 의무와 권리를 가진다는 점, 공백기간 동안에 공사가 중지되더라도 최소한 현장점검과 현장관리 및 다음 연차별 계약의 시공준비 작업은 진행되어야 한다는 점, 장기계속계약에서 예산 미확보에 따른 발주기관의 귀책사유로서 공백기간 동안에 발생한 추가비용을 지급하지 않는 것은 시공자에게 너무나 가혹하다는 점을 고려할 때, 차수별 계약의 공백기간에 발생한 추가비용도 지급하는 것이 타당하다.³⁾

이러한 문제의 근본은 공사계약일반조건에서 규정하고 있는 공기연장비용청구의 절차적 요건을 준수하지 않을 경우에 수급인이 도급인에게 공기연장에 따른 비용을 청구할 수 있는지 여부이다. 우리의 공사계약일반조건과는 다르지만, 공기연장과 그에 따른 공기연장비용청구를 허용하고 있는 미국의 건설계약에서는 이를 어떻게 취급하고 있는지를 살펴봄으로써 우리의 공사계약일반조건상 공기연장비용청구제도의 운용에서 시사점을 찾아보고자 한다.

이와 같은 관점에서 미국의 건설계약에서 공기연장 및 공기연장비용청구제도의 기초가 된 커먼로상의 지배의 원칙에 관하여 살펴본 다음(Ⅱ), 미국의 공기연장제도(Ⅲ)와 공기연장비용청구제도(Ⅳ)에 관해 살펴본다. 마지막으로 이를 바탕으로 결론에 갈음하여 미국제도

3) 문장록, 『건설실무자를 위한 건설분쟁의 해법』(전문건설신문사, 2005), 33면.

로부터의 시사점을 살펴본다(V).

Ⅱ. 미국의 공기연장제도와 지배이론

1. 건설계약에서 공사기간에 대한 책임

미국건설계약에서 약속의 범위는—즉, 거래관습과 실무에 일치하도록 해석되고, 공공정책적 고려와 불이행에 대한 법적 면책사유들에 의해 제한되는 명시적, 묵시적 계약조건들—당사자 각자의 이행의무를 측정하는 법적 기준이다.⁴⁾ 이는 고대로마의 계약준수의 원칙—계약은 존중되어야 한다—의 현대적 표현이라고 할 수 있다.⁵⁾ 처음 작성되어 그 후에 변경된 계약상 약속의 유효한 범위 내에서⁶⁾ 각 당사자는 계약에 의해 명시적으로 할당된⁷⁾ 또는 합의된 이행에 예상가능하게 내재하는 것으로 묵시적으로 할당된⁸⁾ 불가항력, 실행곤란, 사기, 착오, 불성실, 비양심성, 공공정책 위반과 같은 법적 면제의 대상인 불이행의 위험을 인수한다.⁹⁾

계약당사자가 계약금액을 확정할 때 당사자 각자는 이러한 인수된 위험—당사자들이 예상 가능한 공기에 대한 영향을 포함하여—을 고려한 것으로 추정된다.¹⁰⁾ 실무상 건설업계 내에서 일반적으로 위험을 가장 잘 관리, 평가, 지배, 최소화 및 부담할 수 있는 당사자에게 그 위험을 할당하게 하려고 한다.¹¹⁾

따라서 달리 법적으로 무효화되지 않는 한 계약상 약속의 범위 내에서¹²⁾ 당사자 일방은 그가 인수한 위험들을 지배할 책임—지배를 하지 못한 것에 대한 책임—을 인수한 것으로 간주된다.¹³⁾ 이러한 약속범위 내의 인수된 위험의 법리는 다른 위험뿐만 아니라 공기의 위험

4) Blake Const. Co., Inc. v. C. J. Coakley Co., Inc., 431 A.2d 569, 576-577 (D.C. 1981)

5) Calamari & Perillo, Contracts §13-20(3d ed. 1987)에서 “계약책임은 무과실책임(no-fault liability)이라고 한다.

6) Border States Paving, Inc. v. State, 1998 SD 21, 574 N.W.2d 898 (S.D. 1998)

7) Gust K. Newberg, Inc. v. Illinois State Toll Highway Authority, 153 Ill. App. 3d 918, 106 Ill. Dec. 858, 506 N.E.2d 658 (2d Dist. 1987).

8) West v. All State Boiler, Inc., 146 F.3d 1368, 1372, 42 Cont. Cas. Fed. (CCH) P77323 (Fed. Cir. 1998)

9) Hoffman Const. Co. of Oregon v. U.S., 40 Fed. Cl. 184, 192-193 (1998), aff'd in part, rev'd in part on other grounds, 178 F.3d 1313 (Fed. Cir. 1999).

10) Wells Bros. Co. of New York v. U.S., 254 U.S. 83, 86, 41 S. Ct. 34, 65 L. Ed. 148 (1920).

11) Construction Industry Institute, Assessment of Construction Industry Program Management Practices and Performance (April 1980).

12) P.T. & L. Const. Co., Inc. v. State of N.J., Dept. of Transp., 108 N.J. 539, 531 A.2d 1330 (1987).

13) Philip L. Bruner, Patrick J. O'Connor, Jr., 『Bruner and O'Connor on Construction Law』(West

에도 적용된다. 예컨대, *Day v. United States* 사건¹⁴⁾에서 홍수가 공사를 보호하기 위해 정부가 건설한 격벽의 높이를 초과하자, 수급인은 공사를 보호하기 위해 더 높은 임시방어막을 건설하기 위해 자발적으로 추가비용을 지출하였다. 이에 수급인이 콜럼비아 강에 설치된 댐의 완성을 지연시킨 이례적인 홍수의 결과로서 발생한 추가비용의 보상을 청구하였다.

미국연방대법원은 이 사건의 쟁점은 이례적인 홍수로 인한 비용위험이 당해 계약의 약속 범위 내인지 여부가 문제이며, 계약상 이러한 비용위험을 정부에게 명시적으로 할당하지 않았기 때문에 대법관 홈즈는 수급인의 약속에 홍수에 따른 이행의 곤란과 홍수상태로 인한 영향을 완화시키는 것을 포함하고 있고, 법적 면책사유나 수급인으로부터 정부에로의 비용위험을 전가할 정책적 이유는 존재하지 않는다는 이유로 수급인의 청구를 기각하였다.

2. 공기연장 및 공기연장비용에 대한 커먼로(commom law)상의 지배의 원칙의 적용

가. 지배의 원칙의 등장과 계약준수의 원칙의 완화

19세기의 커먼로(commom law)는 계약준수의 원칙을 강제해왔다. 그러나 19세기 유럽에서 계약준수의 원칙은 나폴레옹법전¹⁵⁾상의 불가항력의 법리(지배의 원칙)의 영향으로 완화되기에 이르렀다.¹⁶⁾ 20세기에 들어 글로벌화에 따라 불가항력의 법리(지배의 원칙)는 계약이행의 위험을 분배하기 위한 기초로서 국제법의 실체를 형성하기에 이르렀고, 미국계약실무에도 큰 영향을 미치게 되었다. 즉, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(the United Nations 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)과 사법통일국제협회의 국제상사계약원칙 1994(the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) 1994 Principles of International Commercial Contracts)¹⁷⁾에 불가항력의 법리가 포함됨으로써 이의 국제적 사용이 승인되기에 이르렀다.¹⁸⁾

이처럼 적어도 100년 이상 계약상으로 공사기간에 영향을 미치는 사상(event)에 의한 이행의 위험을 분배하기 위해 미국건설업계는 불가항력(지배)의 개념을 사용해 왔다.

가장 널리 사용되는 건설업계의 표준계약양식에서는 수급인의 지배를 벗어난(beyond the control) 사상으로 인한 불이행에 대해서는 이를 면책한다.¹⁹⁾ 뿐만 아니라 지배의 원칙의

Group, 2002)(이하 “Bruner & O’Connor Construction Law”로 인용한다), § 15:11.

14) *Day v. U.S.*, 245 U.S. 159, 161, 38 S. Ct. 57, 62 L. Ed. 219 (1917).

15) 제1147조, 제1148조.

16) Bruner & O’Connor Construction Law, § 15:22.

17) 제7.1.7조.

18) Bruner & O’Connor Construction Law, § 15:22.

19) 미국의 건설계약표준양식에서는 AIA Document A201-1997, P 8.3.1; EJCDC Document No. 1910-8,

적용과 해석에 관하여 일관성 없는 판결이 날 가능성을 줄이기 위해 건설업계의 표준계약 양식들²⁰⁾은 (1) 수급인의 지배를 벗어난(beyond the control) 공기에 영향을 미치는 사상(time-impacting events)에 의해 초래된 지연(delay)에 대해 일반적으로 면책하는 규정을 두고, 나아가 (2) 신의 행위(acts of God), 공적의 행위(acts of the public enemy), 도급인 또는 그 대리인의 행위(acts of the owner or its agents), 화재(fires), 홍수(floods), 전염병(epidemics), 파업(strikes), 비정상적인 심각한 날씨(unusually severe weather), 회피할 수 없는 사고(unavoidable casualties), 인도에서 비정상적 지연(unusual delay in deliveries)과 같은 수급인의 지배범위를 벗어난 공기에 영향을 미치는 사상의 구체적인 예들을 제시함으로써²¹⁾ 계약서의 작성에서 보수적 접근법을 채택하여 열거된 구체적인 예들을 지배의 원칙의 맥락에서 해석되도록 하고 있다. 즉 당사자의 지배를 벗어난 것이 아닌 한 지연을 초래한 어떠한 사상도 적시에 이행하지 못한 것에서 면책될 수 없다는 것이다.²²⁾

명시적으로 정의된 이러한 면책사유들(excuses)을 보완하는 것은 당사자의 의도(목적)를 달성하는데 필수불가결한 것으로 간주된, 그리고 그것이 행해지는 상황 하에서 계약상의 문언에서 발생한 묵시적 계약조건들이다.

건설계약의 문맥 안에서 이러한 묵시적 조건들(implied conditions)에 해당하는 것으로는 기량(workmanship)에 대한 수급인의 묵시적 보증(implied warranty),²³⁾ 분명하거나 또는 명백한 설계 불일치에 대해 계약전 설명을 얻을 수급인의 묵시적 의무,²⁴⁾ 상세설계문서의 적절성에 대한 도급인의 묵시적 보증(implied warranty), 협력하고 다른 당사자의 이행을 방해 또는 지연시키지 않을 양당사자의 묵시적 의무,²⁵⁾ 그리고 성실과 공정취급의 묵시적 의무 등을 들 수 있다.

공기에 영향을 미치는 사상이 당사자 일방 또는 상대방의 지배범위 내에 있다는 것은 관습상 이를 지배하고 있는 당사자가 그러한 지배력을 합리적인 방법으로 행사하여야 하고, 그렇게 하지 못한 결과를 부담하여야 할 의무가 있다는 것이다.

PP 12.3 and 12.4 (1990); F.A.R. § 52.249-10(b)(1), 48 C.F.R. §52.249-10(b)(1) 참조.

20) Kelleher, Jr. & Doris, Time Extension Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 98-3 (Feb. 1998); Wright, Force Majeure Delays, 26 Constr. Law. 33 (Fall 2006).

21) AIA Document A201-1997, P 8.3.1; F.A.R. § 52.249-10(b)(1), 48 C.F.R. § 52.249-10(b)(1) 등 참조. 국제계약에서 광범위하게 취급하는 공기에 영향을 미치는 사상에 대한 것으로는 Bruner, Force Majeure Under International Law and International Construction Contract Model Forms, 12 Int'l Const. L. Rev. 274 (1995). 미국의 건설계약표준양식에서의 불가항력조항에 대한 것으로 Hummel and Schultz, Force Majeure Clauses in Construction Contracts, Construction Briefings No. 2004-2.

22) U.S. v. Brooks-Callaway Co., 318 U.S. 120, 63 S. Ct. 474, 87 L. Ed. 653 (1943); J. D. Hedin Const. Co. v. U. S., 187 Ct. Cl. 45, 408 F.2d 424 (1969).

23) Kellogg Bridge Co. v. Hamilton, 110 U.S. 108, 3 S. Ct. 537, 28 L. Ed. 86 (1884).

24) H.B. Zachry Co. v. U.S., 28 Fed. Cl. 77, 38 Cont. Cas. Fed. (CCH) P76502 (1993), aff'd, 17 F.3d 1443 (Fed. Cir. 1994).

25) L. L. Hall Const. Co. v. U. S., 177 Ct. Cl. 870, 379 F.2d 559 (1966).

따라서 공기에 영향을 미치는 사상을 어느 당사자도 지배할 수 없는 경우에는 그러한 사상에 의해 초래된 자신의 손실을 다른 당사자에 대해 청구를 할 수 없으며, 양당사자들이 부담하게 한다. 이처럼 공기영향분석의 분야에서 지배의 원칙보다 중요한 개념은 없다고 한다.²⁶⁾

현재 미국 건설업계에서 지배의 원칙은 (1) 계약상의 명시적인 분배, ① 계약체결 당시 예견가능성, ② 사상에 대한 사실상 물리적 또는 법적 지배, ③ 계약위반, 과실에 의한 작위 또는 부작위에 의한 인과관계, ④ 상대방 당사자에 의해 초래되었지만 발생 후 회피 또는 경감을 하지 못함을 포함하는 관련 사실을 고려한 (2) 묵시적인 분배와 (3) 이행의 실행곤란을 고려한 후 공기에 영향을 미치는 사상의 위험을, 손실을 지배, 관리 및 부담하기에 가장 적절한 지위에 있다고 생각되는 당사자의 일방 또는 쌍방에게 분배한다.²⁷⁾

지배의 문제는 모든 공기에 영향을 미치는 청구에 대한 책임평가의 핵심이다.²⁸⁾ 계약기간이 영향을 받으면, (1) 영향의 원인, (2) 그 원인이 어느 당사자의 지배범위에 있는지 여부, (3) 그 원인이 완공을 위한 계약상의 주공정(critical path)에 영향을 미쳤는지 여부, 그렇다면 (4) 얼마나 많은 영향을 미쳤는지 여부를 결정하기 위해 그 영향을 분석하여야 한다.²⁹⁾

앞서 본대로 어느 계약당사자가 공기에 영향을 미치는 사상을 지배하고 있는 것으로 볼 것인지 여부에 대한 분석에서는 커먼로의 원칙에서 나온 예견가능성(foreseeability), 법적 지배(legal control), 물리적 지배(physical control), 회피할 수 없는 결과(unavoidable consequences), 경감(mitigation), 법적 실행불능(legal impracticability) 및 합리적 주의와 선관의무(reasonable care and due diligence)와 같은 묵시적 위험분배와 함께 약속범위와 그의 명시적인 위험분배에 대한 신중한 고려를 필요로 한다.³⁰⁾

나. 커먼로상의 지연의 유형과 그 법적 취급

주공정활동(critical path activity)에 어떠한 영향도 미치지 않는 사상은 지연, 중지 또는 공정가속 클레임을 위한 기준을 제공할 수 없다. 주공정활동에 대한 지연을 초래한 사상을 구별하기 위해 지배의 원칙을 활용한 분석결과, 커먼로상 지연(delay)을 다음과 같은 5가지 유형으로 분류하게 되었다.³¹⁾

26) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:22.

27) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:22.

28) Wickwire, Driscoll & Hurlbut, Construction Scheduling: Preparation, Liability, and Claims (1991) with update (1999); Bramble & Callahan, Construction Delay Claims (1987); O'Connor, Delay & Change in the Construction Project, Construction Briefings No. 2005-10.

29) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:22.

30) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:22.

31) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:29.

첫째, 비면책적 지연(Inexcusable Delay)이다. 이는 수급인(그 하수급인 또는 공급자를 포함한다)의 지배범위 내(within the control)에 있고, 도급인의 지배범위를 벗어난(beyond the control) 사상(event)에 의해 초래된 지연(delay)을 말한다. 이 경우 수급인으로서도 도급인에 대해 공기의 연장(extension of contract time) 또는 보상을 청구할 수 없다. 오히려 수급인은 예정공정을 회복하기 위해 공사의 공정을 가속하거나³²⁾ 완공지연으로 인한 손해배상을 할 의무를 부담하며, 채무불이행으로 인한 건설계약을 해제당할 가능성이 있다. 비면책적 지연은 계약의 약속 범위 내에 있는 사상에 의해 초래된 지연이다.

둘째, 면책적 지연(Excusable Delay)이다. 이는 도급인과 수급인 모두의 지배범위를 벗어난(beyond the control) 사상에 의해 초래된 지연을 말한다. 수급인과 그의 영향을 받는 하수급인과 공급자는 공기연장을 청구할 권리만 갖는다.³³⁾ 계약당사자는 지연에서 기인하는 그들 자신의 금전적 손실을 부담해야 한다. 계약체결 시에 당사자 일방이 예상하지 못한 면책적 지연을 일방 당사자에게 할당(분배)해서는 안된다. 면책적 지연이 인정될 경우 도급인은 계약이행지연에 따른 손해배상청구권이나 계약해제권을 행사할 수 없다.³⁴⁾

셋째, 보상적 지연(Compensable Delay)이다. 이는 도급인의 지배범위 내에 있고, 수급인의 지배범위를 벗어난 사상에 의해 초래된 지연을 말한다. 이 경우 수급인과 그의 영향을 받은 하수급인과 공급자는 도급인에 대해 공기연장과 함께 손해배상(damages) 또는 정당한 보상(equitable adjustment)에 관한 권리를 갖는다.³⁵⁾

넷째, 동시발생적 지연(Concurrent Delay)이다. 이는 2개 이상의 다른 유형의 지연사상(예컨대, 비면책적 지연과 면책적 지연, 면책적 지연과 보상적 지연, 보상적 지연과 비면책적 지연)의 동시발생에 의해 초래된 지연 즉, 당사자 일방의 지배범위 내에 있는 배타적이지 않은 복수의 사상에 의해 동시발생적으로 초래된 주공정(critical path)에 대한 지연을 말한다.³⁶⁾ 이 경우 동시발생적 지연은 주공정에 대한 지연의 그러한 동시발생적 인과관계의 순효과는 (1) 지연으로 인해 양 당사자 모두 금전적 이익을 얻을 수 없고, (2) 양 당사자의 유일한 구제방법은 공기연장이며,³⁷⁾ (3) 보상적 권리와 의무는 각 상대방과의 관계에서 상쇄되고,³⁸⁾ (4) 그 지연은 양 당사자의 지배범위를 넘은 면책적 지연으로 취급된다.³⁹⁾ 그

32) F.A.R. § 52.236-15, 48 C.F.R. § 52.236-15, Schedules for Construction Contracts, P (b).

33) AIA Document A201-1997, P 8.3.1; EJCDC Document No. 1910-8, Standard General Conditions P 12.3 (1990).

34) the Federal Default Clause, F.A.R. § 52.249-10(b); Stone v. City of Arcola, 181 Ill. App. 3d 513, 130 Ill. Dec. 118, 536 N.E.2d 1329 (4th Dist. 1989)

35) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:50.

36) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:67.

37) PCL Const. Services, Inc. v. U.S., 47 Fed. Cl. 745 (2000).

38) Pittman Const. Co., Inc. v. U.S., 2 Cl. Ct. 211, 217 (1983).

39) Kutil & Ness, Concurrent Delay: The Challenge to Unravel Competing Causes of Delay, 17 The Construction Lawyer 18 (Oct. 1997); Wiesel, Refining the Concept of Concurrent Delay, 21 Pub. Cont. L.J. 161 (1992); James, Concurrency and Apportioning Liability and Damages in Public

래서 수급인의 비면책적 지연과 동시발생적으로 발생한 도급인의 보상적 지연은 서로 상쇄될 것이다.⁴⁰⁾ 면책적 지연이 다른 보상적 지연이나 비면책적 지연과 동시발생한 경우에도 동일한 결론에 이르게 된다. 동시발생적 지연은 지연배상에 대한 책임을 회피하고자 하는 당사자가 항변으로 종종 주장하고,⁴¹⁾ 지연이 전적으로 상대방 당사자의 지배 범위 안에 있는 사유에 있다는 증명책임은 그 주장자에게 있다.⁴²⁾

다섯째, 할당적 지연(Apportioned Delay)이다. 당사자 사이에 명확하게 분배될 수 있는 방법으로 동시적이 아니라 순차적으로 발생한 것이 입증된 복수의 지연사상에 의해 초래된 지연을 말하고, 각자의 지연 유형에 적용가능한 위의 규칙들에 의해 책임과 구제를 할당한다.⁴³⁾

지연의 위험을 할당하기 위해 지배의 원칙을 사용하는 이러한 커먼로의 원칙은 계약조항에 의해 변경될 수 있고, 실제 종종 변경되어왔다.⁴⁴⁾ 공기연장을 받기 위해 수급인은 지연이 그의 지배범위를 벗어난 사상에 의해 초래되었음을 입증하여야만 하고, 지연손해배상(delay damages)을 청구하기 위해 수급인은 그 외에도 지연사상이 도급인의 지배범위 내에 있는 것임을 입증하여야만 한다.⁴⁵⁾

Ⅲ. 공기연장과 그 절차

커먼로상의 지연의 분류에 의하면, 미국건설계약에서 수급인의 공기연장에 대한 권리를 인정하는 것은 면책적 지연, 보상적 지연, 동시발생적 지연이라고 할 수 있다. 그러나 여기에서는 전형적인 사유인 면책적 지연만을 대상으로 살펴본다.

Contract Adjudications, 20 Pub. Cont. L.J. 490 (1991); Finke, The Burden of Proof in Government Contract Schedule Delay Claims, 22 Pub. Cont. L.J. 125 (1992); R.P. Wallace, Inc. v. U.S., 63 Fed. Cl. 402, 410-411 (2004).

40) Bidgood, Reed & Taylor, Cutting the Knot on Concurrent Delay, Construction Briefings No. 2007-12 (Feb. 2008); Green v. General Services Admin., 96-2 B.C.A. (CCH) P28306, 1996 WL 220993 (Gen. Services Admin. B.C.A. 1996); Wax, Farooqi, and Farneth, Concurrent Delay, Construction Briefings No. 04-10 (October 2004).

41) Seubert Excavators, Inc. v. Eucon Corp., 125 Idaho 409, 871 P.2d 826 (1994).

42) Blinderman Const. Co., Inc. v. U.S., 39 Fed. Cl. 529 (1997), aff'd, 178 F.3d 1307 (Fed. Cir. 1998); Avedon Corp. v. U.S., 15 Cl. Ct. 648, 1988 WL 114645 (1988).

43) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:70.

44) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:72.

45) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:29.

1. 공기연장사유

가. 면책적 지연과 공기연장사유

면책적 지연이란 계약당사자의 지배를 벗어난 주공정에 대한 지연을 말한다.⁴⁶⁾ 이러한 지연으로 발생한 비용은 그들 각자가 부담하지만, 지연으로 인해 연장된 기간을 커버하기 위해 서로에게 공기연장을 허용함으로써 당사자는 이 위험을 분담한다.

20세기 전에 커먼로는 달리 계약에서 규정하지 않거나 또는 적시 이행을 불가능하게 하는 신의 행위⁴⁷⁾ 등으로 인한 것이 아닌 한, 후발적 사상으로 인한 공사완성의 지연이라는 건설계약상 위험을 약속의 위험(risk of the undertaking)으로 수급인에게 할당하였다.⁴⁸⁾

이러한 계약준수원칙의 엄격함과 수급인이 후발적 위험을 커버하기 위해 계약가격의 산정에 우발적 사건을 포함시킬 필요성을 완화하기 위해 건설업계는 점차 지배의 개념을 수용하게 되었다.⁴⁹⁾

건설계약의 표준양식들은 도급인과 수급인 양자의 지배를 벗어난 우발적, 후발적 사상에 의해 초래된 지연은 각 당사자가 지연으로 인한 그 자신의 추가적인 비용과 손실을 부담하면서, 어느 정도까지 계약완성일의 연장을 초래하는 것임을 규정하기 시작하였다.⁵⁰⁾

현재의 판례는 (1) 면책적 지연이 발생하고, (2) 면책적 지연이 주공정(critical path)상의 활동에 영향을 미친 사실을 증명하면, 면책적 지연으로 인한 공기연장을 받을 권리를 인정한다.⁵¹⁾

공기연장의 기간을 결정할 때, 수급인은 면책적 지연이 없었더라면 조우하지 않았을 모든 비면책적 지연을 계산에 넣을 수 있는 권리를 갖는다.⁵²⁾ 또 면책적 지연이 인정될 경우, 도급인은 지연배상을 청구하거나 지연으로 인한 계약해제권을 행사할 수 없다.⁵³⁾

46) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:42.

47) Dermott v. Jones, 69 U.S. 1, 17 L. Ed. 762 (1864); Fritz-Rumer-Cooke Co. v. U. S., 279 F.2d 200 (6th Cir. 1960).

48) Day v. U.S., 245 U.S. 159, 38 S. Ct. 57, 62 L. Ed. 219 (1917).

49) Bruner, Force Majeure Under International Construction Contract Model Forms, 12 International Construction L. Rev. 274 (1995).

50) AIA Document A201-1997, P 8.3.1; EJCDC Document No. 1910-8, Standard General Conditions P 12.3 (1990).

51) Fortec Constructors v. U.S., 8 Cl. Ct. 490, 493-494 (1985), judgment aff'd, 804 F.2d 141 (Fed. Cir. 1986).

52) Wunschel & Small, Inc. v. U.S., 1 Cl. Ct. 485 (1982).

53) the Federal Default Clause, F.A.R. § 52.249-10(b); U.S. v. United Engineering & Construction Co., 49 Ct. Cl. 689, 234 U.S. 236, 34 S. Ct. 843, 58 L. Ed. 1294 (1914).

나. 공기연장(면책적 지연)의 일반적 요건

커먼로는 지배의 원칙을 적용하여 분류한 지연의 유형 중 면책적 지연에 대해서 수급인에게 공기연장을 받을 권리를 인정하고 있다.⁵⁴⁾

이러한 면책적 지연에 해당한다고 하기 위해서는 계약약관의 면책적 지연조항에 규정된 원인들 중 하나가 발생하였다는 사정만으로 면책적 지연을 인정하기에는 충분하지 않다. 무엇보다도 면책적 지연에 해당하는지 여부를 판단하는데 중요한 것은 지배의 원칙에 따른 면책적 지연의 일반적 요건(general requirement)을 갖추어야 하며, 이 일반적 요건은 모든 면책적 사유에 적용된다.⁵⁵⁾

면책적 지연의 일반적 요건의 첫 번째는 지연의 원인이 수급인의 지배 범위를 벗어날 것(beyond the control of the contractor)을 요한다. 이는 3가지 방법으로 적용된다.

첫째, 계약체결당시 수급인이 면책적 지연의 원인을 예견(foreseeability)할 수 있는지 여부이다(계약체결 당시의 예견가능성). 당사자가 계약당시 지연의 원인을 예견할 수 있었음에도 불구하고 계약체결 당시 그 위험을 방어할 조치를 하지 않고 계약을 체결한 경우에는 수급인이 그 위험을 인수한 것으로 보아야 하기 때문이다.⁵⁶⁾

둘째, 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 이를 회피(avoidability)할 수 있었는지 여부이다(계약이행기간중의 회피가능성). 수급인이 보호조치를 할 수 있었다면 이는 수급인이 지배를 벗어난 위험으로 보지 않는다.⁵⁷⁾

셋째, 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 그 지연의 영향을 극복(overcome)할 수 있었는지 여부이다. 만일 수급인이 이를 극복할 수 있었다면 수급인은 그 위험을 지배하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 예컨대, 1973년의 석유파동으로 인해 석유제품을 공급하기로 한 계약을 이행하지 못한 경우, 계약당사자 누구도 석유파동을 예상하거나 예측할 수 없으므로 지배범위를 벗어난 것으로 본다.⁵⁸⁾

면책적 지연의 일반적 요건의 두 번째는 지연에 수급인의 과실 또는 태만이 없을 것(without contractor' fault or negligence)을 요한다.

54) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:42.

55) 조영준, 조영준, 『건설계약관리』(한울출판사, 2010), 151-154면.

56) Hitemp Wire Co., ASBCA 11638, 67-1 BCA P6252; E.L David Constr. Co., ASBCA 29224, 90-3 BCA P 23,025.

57) Fox Constr., Inc. v. General Servs. Admin., GSBCA 11543, 93-3 BCA P 26,193.

58) Automated Extruding & Packaging, Inc., GSBCA 4036, 76-2 BCA P10,949, recon. denied, 75-1 BCA P 11,067.

다. 개별적인 공기연장사유와 열거되지 않은 사유

미국 관례에 의해 주로 언급되는 공기연장사유로는 미국건설업계의 표준계약양식에서 열거하고 있는 면책적 지연사유(공기연장사유)와 약간의 차이는 있지만, 대체로 다음과 같다.

① 비정상적 날씨(abnormal weather),⁵⁹⁾ ② 예상불가능한 파업과 노동문제(unforeseeable strikes and labor problems),⁶⁰⁾ ③ 정부의 주권적 행위(sovvereign acts of government),⁶¹⁾ ④ 신의 행위(acts of God),⁶²⁾ ⑤ 공적(公敵)의 행위(acts of the public enemy),⁶³⁾ ⑥ 자재의 조달불능(unavailability of materials),⁶⁴⁾ ⑦ 전염병(epidemics), 검역 제한(quarantine restrictions), 공공기물과손(vandalism), 금수조치(freight embargoes), 기타의 다른 불가항력(force majeure)⁶⁵⁾ 등이 있다.

그리고 계약조항에서 열거되지 않은 공기지연사유에 대해서도 면책적 지연의 일반조건을 갖추는 경우에는 미국 법원은 공기연장에 대한 권리를 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 다만, 수급인의 재정적 곤란, 설비나 장비의 부족, 자재부족, 노하우의 부재, 노동문제 등 수급인의 내재적 원인으로 인한 지연에 대해서는 면책적 지연의 요건을 갖추지 못한 것으로 보고 있다.⁶⁷⁾

2. 공기연장절차

가. 통지절차의 목적

미국의 대부분 건설계약약관⁶⁸⁾은 수급인이 공기연장과 공기연장비용을 청구하기 위한 선행조건으로 적시에 지연통지와 공기연장신청을 할 것을 요구한다.⁶⁹⁾

59) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:43. 예컨대, AIA Document A201-1997, P 8.3.1.

60) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:44. 예컨대, F.A.R. § 22.101.2(b), 48 C.F.R. § 22.101.2(b).

61) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:45.

62) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:46.

63) 공적(Public enemies)은 국제적 냉전, 열전의 적 또는 국내범죄자 또는 반역자를 포함하는 것으로 해석될 수 있다. 면책적 지연의 원인에 해당하는 행위는 전시활동, 선박침몰, 파괴활동, 폭탄 테러, 범죄적 위협 등을 포함할 수 있다. Bruner & O'Connor Construction Law, §15:47.

64) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:48.

65) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:49.

66) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:49.

67) 조영준, 앞의 책, 162면.

68) AIA Document A201-1997, General Conditions of the Contract for Construction, P 4.3; EJCDC Document No. 1910-8, P 12 (1990); F.A.R. § 52.249-10, 48 C.F.R. § 52.249-10.

69) Kelleher, Jr. & Doris, Time Extension Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 98-3 (Feb. 1998); Shapiro, Mitchell and Cohen, Notice Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 93-3 (Feb. 1993); Lowe and Lare, An Owner's Perspective

공기지연이 발생한 경우에 수급인이 도급인에게 적시에 통지를 하는 목적은 ① 도급인으로 하여금 그 자신이 지연사상과 그 결과를 즉시 조사를 하여 그 원인을 해결 또는 완화할 수 있도록 하고, ② 수급인에게 적시에 적합한 구제방법을 제공하여 클레임을 해결할 기회를 주기 위함이다.⁷⁰⁾ 즉, 도급인의 지배 범위 내에 있는 사상에 의해 초래된 지연을 도급인이 해결할 권리와 그 지연을 완화할 의무 및 양 당사자의 지배범위 밖에 있는 사상으로 인해 초래된 지연의 결과로부터 도급인 자신을 보호하는 것이 적시 통지를 하는 가장 중요한 이유이다.⁷¹⁾

수급인에 의한 적시 통지가 없으면, 계약에서 달리 정함이 없는 한 도급인은 지연을 조사할 기회도, 수급인에게 구제방법을 제공할 의무도 없을 것이다.⁷²⁾

나. 통지절차의 적용에 관한 판례의 입장

통지조항의 사법적 적용은 대부분 통지요건의 계약적 조건과 계약준수의 원칙을 어느 정도 완화할지에 대한 사법적 조화에 의해 좌우된다.

통지조항의 사법적 적용에 대한 2가지 이론적 접근법은 다음과 같다.⁷³⁾

첫째, 계약자유 원칙에 기한 엄격준수의 원칙(the strict compliance rule)이다.⁷⁴⁾ 여기에서는 적시의 통지는 소송을 위한 선행조건으로 간주한다.⁷⁵⁾ 종전의 다수 판례의 입장이다.

둘째, 형평의 원칙에 기한 피해가 없으면 책임도 없다는 원칙(the “no prejudice/no foul” rule)이다. 여기에서는 청구의 상대방이 적시통지를 받지 못함으로 인해 그의 이익을 실질

On Notice Provisions In Construction Contracts, 15 Construct No. 31 (Spring 2006); Greene and Robinson, A Pocket Guide to Contractor's Notice Provisions, 15 Construct No. 31 (Spring 2006).
70) Shapiro, Mitchell & Cohen, Notice Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 93-3 (Feb. 1993); Watson Lumber Co. v. Guennewig, 79 Ill. App. 2d 377, 226 N.E.2d 270 (5th Dist. 1967).

71) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:71.

72) Guinn Bros., LLC v. Jones Bros. Inc., of Tennessee, 2007 WL 2874593 (W.D. La. 2007).

73) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:71.

74) 통지조항의 엄격적용의 원칙에 대한 leading case는 A.H.A. General Const., Inc. v. New York City Housing Authority 사건이다(92 N.Y.2d 20, 677 N.Y.S.2d 9, 699 N.E.2d 368 (1998)).

75) PYCA Industries, Inc. v. Harrison County Waste Water Management Dist., 177 F.3d 351, 43 Fed. R. Serv. 3d 1258 (5th Cir. 1999); Associated Mechanical Contractors, Inc. v. Martin K. Eby Const. Co., Inc., 983 F. Supp. 1121 (M.D. Ga. 1997), judgment aff'd in part, rev'd in part, 271 F.3d 1309 (11th Cir. 2001); Cove Creek Development Corp. v. APAC-Alabama, Inc., 588 So. 2d 458 (Ala. 1991); Marriott Corp. v. Dasta Const. Co., 26 F.3d 1057, 1067-1068 (11th Cir. 1994), reh'g and suggestion for reh'g en banc denied, 37 F.3d 639 (11th Cir. 1994); Mafco Elec. Contractors, Inc. v. Turner Const. Co., 2009 WL 807469 (D. Conn. 2009), aff'd, 2009 WL 4893873 (2d Cir. 2009); Travelers Cas. and Sur. Co. v. Dormitory Authority-State of New York, 735 F. Supp. 2d 42 (S.D. N.Y. 2010); Com. v. AMEC Civil, LLC, 280 Va. 396, 699 S.E.2d 499 (2010).

적으로 침해당한 것을 입증할 수 없다면, 적식(適式)의 서면통지요건을 고려하지 않는다.⁷⁶⁾ 이는 계약상 클레임통지조항을 부당하게 엄격한 적용을 할 경우 장기적으로는 건설계약에서 높은 가격을 초래하게 될 것이라는 사법부의 인식을 그 하나의 근거로 들기도 한다.⁷⁷⁾

위의 2가지 접근법 중 미국 판례의 다수는 전자의 입장을 따르고 있는 듯 보이지만, 후자의 입장도 최근에 강조되고 있다.

또 다른 서면상의 의무와 마찬가지로 클레임통지의무도 당사자들의 행동이나 합의에 의해 포기될 수 있다.⁷⁸⁾ 따라서 수급인이 적시에 통지를 하지 않은 경우, 추가적인 구제방법에 대한 권리의 포기로 간주되고,⁷⁹⁾ 반대로 도급인이 사실상 그 사정을 알면서도 적시통지의 누락에 대한 이의를 제기하지 않고 수급인의 클레임에 대한 조사를 하거나 또는 적시통지의 누락으로 인해 이익이 침해당하였음을 입증할 수 없다면, 적시통지를 받을 도급인의 권리는 포기된 것으로 간주될 수 있다.⁸⁰⁾

IV. 공기연장비용청구(보상적 지연에 기한 보상청구)와 그 절차

1. 보상적 지연과 공기연장비용청구의 사유

보상적 지연으로 손해를 입은 수급인은 (1) 이행을 위한 계약기간의 연장에 대한 권리와 함께 (2) 이행에 대한 보상적 지연의 영향에 관해 보상을 받을 권리를 갖는다.⁸¹⁾

보상적 지연으로 인한 손해배상에 대한 커먼로상의 준거는 성실하게(in good faith) 행동하고, 그의 계약상 의무를 이행할 때 협력해야 하며(cooperate), 상대방 당사자의 계약이행을 지연, 금지 또는 방해하지 않을⁸²⁾ 모든 계약에 묵시된(implied in every contract) 도급인의 의무위반(breach of the mutual obligations)이다. 계약의 이행에 협력하고 방해하지 않을 계약당사자 쌍방의 묵시적 의무는 계약법의 보편적으로 승인된 원칙으로 이해되어 계

76) In re Redondo Const. Corp., 678 F.3d 115, 56 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 133 (1st Cir. 2012).

77) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:71.

78) Chicago College of Osteopathic Medicine v. George A. Fuller Co., 776 F.2d 198 (7th Cir. 1985).

79) Plumley v. U.S., 226 U.S. 545, 33 S. Ct. 139, 57 L. Ed. 342 (1913); Neal & Co., Inc. v. City of Dillingham, 923 P.2d 89 (Alaska 1996); Sutton Corp. v. Metropolitan Dist. Com'n, 423 Mass. 200, 667 N.E.2d 838 (1996); State Sur. Co. v. Lamb Const. Co., 625 P.2d 184 (Wyo. 1981); Allen-Howe Specialties Corp. v. U. S. Const., Inc., 611 P.2d 705 (Utah 1980).

80) Brinderson Corp. v. Hampton Roads Sanitation Dist., 825 F.2d 41 (4th Cir. 1987); New Pueblo Constructors, Inc. v. State, 144 Ariz. 95, 696 P.2d 185 (1985); Hoel-Steffen Const. Co. v. U. S., 197 Ct. Cl. 561, 456 F.2d 760 (1972).

81) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:50.

82) Restatement Second, Contracts § 245.

약의 일방 당사자는 상대방 당사자의 이행을 금지하거나 이행을 방해 또는 지연시킬 행동을 하지 않는 것은 모든 계약의 묵시적 조건으로 이해하고 있다.⁸³⁾

건설계약에서 이러한 묵시적 협력의무는 계약당사자 쌍방에게 상호 적용가능한 것이지만, 건설법에서 건설분야에 고유한 일군의 부수적 묵시의무들(subsidiary implied duties)을 발생시키고, 수급인의 의무이행을 좌우하는⁸⁴⁾ 다음과 같은 명시적 또는 묵시적 조건에 관한 도급인의 지배를 전제함으로써 도급인의 책임 범위를 확장한다.⁸⁵⁾

이들은 대체로 도급인의 협력의무에 속하는 것으로 도급인의 지배 범위 내에 있는 것으로 승인되므로, 이들에 대한 위반이 보상적 지연의 사유라고 할 수 있다.

예컨대, (1) 수급인을 방해 또는 지연시키지 않도록 하기 위해 대가지급절차, 계약변경지시절차, 재검토 및 승인절차를 포함하여 계약에 따라 그의 의무를 효율적으로 관리하는 것,⁸⁶⁾ (2) 수급인에게 공사현장에 대한 접근로를 적시에 제공하는 것,⁸⁷⁾ (3) 수급인이 공사를 진행하는데 필요한 선행공사를 완성하거나 다른 수급인의 공사를 계획 및 조정하는 것,⁸⁸⁾ (4) 검사 및 거부권을 적시에 합리적으로 행사하는 것,⁸⁹⁾ (5) 설계오류를 즉시 시정하는 것,⁹⁰⁾ (6) 도급인이 공사진행에 대한 통지를 적시에 하는 것,⁹¹⁾ (7) 적시에 적합한 도급인 지급 자재와 장비를 인도하는 것,⁹²⁾ (8) 공기연장을 적시에 그리고 합리적인 기간을 부여하는 것,⁹³⁾ (9) 필요한 지시를 적시에 하는 것,⁹⁴⁾ (10) 시공상세도면과 물품 제출자료에

83) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:50; Peter Kiewit Sons' Co. v. Summit Const. Co., 422 F.2d 242, 257 (8th Cir. 1969)

84) Wickwire, Hurlbut & Shapiro, Rights and Obligations in Scheduling, Construction Briefings No. 88-13 (Dec. 1988); Fehlhaber Corp. v. State, 65 A.D.2d 119, 410 N.Y.S.2d 920 (3d Dep't 1978).

85) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:50.

86) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:53; Ronald Adams Contractor, Inc. v. City of New Orleans, 764 So. 2d 1149 (La. Ct. App. 4th Cir. 2000), writ denied, 768 So. 2d 1287 (La. 2000).

87) Bruner & O'Connor Construction Law, §15:51. 대표적인 예는 Laas v. Montana State Highway Commission, 157 Mont. 121, 483 P.2d 699 (1971).

88) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:55; Walter Kidde Constructors, Inc. v. State, 37 Conn. Supp. 50, 434 A.2d 962 (Super. Ct. 1981).

89) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:59; WRB Corp. v. U. S., 183 Ct. Cl. 409, 1968 WL 9146 (1968).

90) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:60; C. Norman Peterson Co. v. Container Corp. of America, 172 Cal. App. 3d 628, 218 Cal. Rptr 592 (Cal. Ct App. 1985).

91) Bruner & O'Connor Construction Law, §15:52; Ross Engineering Co. v. U.S., 92 Ct. Cl. 253, 1940 WL 4077 (1940).

92) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:54; Arcon Const. Co., Inc. v. South Dakota Cement Plant, 412 N.W.2d 876 (S.D. 1987).

93) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:64; E. C. Ernst, Inc. v. Koppers Co., Inc., 476 F. Supp. 729, 739-742 (W.D. Pa. 1979), judgment aff'd in part, rev'd in part regarding proof of damages, 626 F.2d 324, 6 Fed. R. Evid. Serv. 763 (3d Cir. 1980), on remand to, 520 F. Supp. 830 (W.D. Pa. 1981).

94) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:57; J. A. Ross & Co. v. U. S., 126 Ct. Cl. 323, 115 F.

대해 적시에 응답하는 것,⁹⁵⁾ (11) 수급인의 계약이행에 필요한 정보를 적시에 제공하는 것,⁹⁶⁾ (12) 도급인의 지배범위 내에 있는 공사현장의 조건을 관리하는 것⁹⁷⁾ 등이다.

한편, 수급인의 보상적 지연청구에 대해 도급인이 소송에서 주장하는 주요한 항변은 다음과 같다.⁹⁸⁾ (1) 지연이 도급인의 지배를 벗어났다. (2) 지연은 주공정활동(a critical path activity)에 영향을 미치지 않았다. 단지 프로젝트에 속한 여유시간(float)을 소비했을 뿐이다. (3) 주공정활동에 대한 지연은 다른 비면책적 또는 면책적 지연과 동시에 발생하였고, 분리되어 있지 않다. (4) 수급인이 지연을 회피 또는 완화할 수 있었다. (5) 지연은 예견가능하였고, 수급인의 약속범위 내에 있었다. (6) 계약에서 명시적 또는 묵시적으로 수급인이 지연의 위험을 인수하였다. (7) 적시에 지연을 통지하지 않았으므로써 수급인은 구제에 대한 그의 권리를 포기하였다.

2. 공기연장비용청구절차

보상적 지연으로 인한 공기연장과 보상에 대한 권리는 앞서 공기연장에서 본 바와 같이 계약에 의해 또는 계약상 청구요건인 통지를 준수하지 않음으로써 배제될 수 있음은 면책적 지연에서 그 절차적 요건과의 관계와 다름이 없다.⁹⁹⁾

V. 결론에 갈음하여-미국건설계약법으로부터의 시사점

1. 면책적 지연(공기연장)과 지배의 원칙

미국의 건설계약법은 계약의 이행과정에서 불가피하게 발생하는 이행지연의 위험을 분배하기 위해 지배의 원칙에 의해 지연의 유형을 분류하여 이에 대응하고 있다. 이는 미국의 계약법상 계약이행에 대한 엄격책임을 완화하기 위한 방편으로 발전하여 현재에는 이론과 실무상으로 정착되어 있는 것으로 보인다. 특히 건설업계의 표준계약약관들은 이와 같은 경

Supp. 187 (1953).

95) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:58; In re Kemron Environmental Services Corp., 00-1 B.C.A. (CCH) P30664, 1999 WL 1049637 (Armed Serv. B.C.A. 1999).

96) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:61; City of Indianapolis v. Twin Lakes Enterprises, Inc., 568 N.E.2d 1073 (Ind. Ct. App. 1st Dist. 1991), reh'g denied, (May 16, 1991) and transfer denied, (Dec. 12, 1991).

97) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:62; North Shore Sewer & Water, Inc. v. Corbetta Const. Co., 395 F.2d 145 (7th Cir. 1968)(지하에서 예상치 못한 산업수도관을 발견한 사례).

98) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:50.

99) Bruner & O'Connor Construction Law, § 15:71.

향을 수용하여 수급인이 그 책임을 부담하는 비면책적(유책적) 지연 외에 수급인에게 공기연장에 관한 권리를 인정하는 면책적 지연사유들을 계약약관에서 예시하면서도 일반적 요건으로 지배의 원칙을 수용함으로써 예시적 사유들을 지배의 원칙이라는 맥락에서 해석하도록 유도하여 법적 안정성을 도모하고 있다.

우리 공사계약일반조건은 공기연장 및 그에 따른 공기연장비용청구를 인정하기 위한 실체적 요건으로 도급인과 수급인 쌍방의 책임 없는 사유 또는 도급인의 책임 있는 사유로 인한 공기연장을 요구한다. 이는 결국 수급인의 책임 없는 사유로 인한 공기연장을 요건으로 한다.

이에 반해 미국 커먼로는 수급인에게 공기연장에 관한 권리를 인정하려면, 계약약관의 면책적 지연조항에 규정된 원인들 중 하나가 발생하였다는 사정만으로 면책적 지연을 인정하지 않고, 지배의 원칙에 따른 면책적 지연의 일반적 요건(general requirement)을 갖출 것을 요구한다. 즉, 지연의 원인이 수급인의 지배 범위를 벗어날 것(beyond the control of the contractor)과 지연에 수급인의 과실 또는 태만이 없을 것(without contractor' fault or negligence)을 요하며, 전자의 경우 다음과 같은 3가지의 기준을 제시한다. ① 계약체결당시 수급인이 면책적 지연의 원인을 예견(foreseeability)할 수 있는지 여부, ② 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 이를 회피(avoidability) 할 수 있었는지 여부, ③ 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 그 지연의 영향을 극복(overcome)할 수 있었는지 여부이다.

우리 공사계약일반조건에서 수급인의 책임 있는 사유인지 여부를 해석할 때에도 미국 커먼로가 지배의 원칙을 기초로 발전시킨 면책적 지연의 일반적 요건을 참조할 필요가 있다.

2. 보상적 지연과 지배의 원칙

한편, 미국 커먼로는 수급인에게 공기연장비용을 인정하는 보상적 지연의 사유에 해당하기 위해서는 그 사유가 도급인의 지배 범위 내에 있을 것을 요건으로 한다. 나아가 그 사유가 도급인의 지배범위 내인지 여부를 판단할 때 건설계약에서 묵시적 조건으로 인정되는 도급인의 협력의무를 기초로 판단하고 있다.

우리 민법은 도급인의 협력의무에 대해 개별적인 규정을 두고 있지 않지만, 채권자지체에 서 채권자의 수령의무(또는 협력의무)를 중심으로 논의하고 있다. 도급인이 수급인의 계약 이행 또는 급부의 실현에 필요한 협력행위를 하지 않는 경우 그러한 도급인의 협력행위가 도급인의 의무(Pflicht)인지, 아니면 부진정의무(Obliegenheit)인지 여부를 불문하고 도급인의 책임 있는 사유에 해당하는 것으로 보아 공사계약일반조건에 기해 수급인의 공기연장비용청구를 인정할 필요가 있다.

3. 면책적 지연과 보상적 지연에 따른 공기연장 및 보상에 관한 절차

우리의 공사계약일반조건뿐만 아니라 미국의 건설계약약관에서도 면책적 지연과 보상적 지연에 따른 공기연장 및 보상에 관한 권리를 인정하기 위해서는 수급인의 적시통지절차를 요구한다. 이는 도급인으로 하여금 그 자신이 지연사상과 그 결과를 즉시 조사를 하여 그 원인을 해결 또는 피해를 경감할 수 있도록 하고, 수급인에게 적시에 적합한 구제방법을 제공하여 클레임을 해결할 기회를 주기 위함이다.

이러한 통지절차의 준수여부는 수급인의 권리행사에 중대한 영향을 미친다고 할 것인데, 이에 대한 미국 법원의 입장은 엄격이행을 요구하는 다수의 판례와 더불어 통지절차의 목적에 비추어 통지절차의 누락으로 인해 도급인의 이익이 실질적으로 침해된 바가 없다면 권리행사에 영향을 미치지 않는 것으로 이해하는 판례도 존재한다.

반면, 우리 판례는 공기연장과 공기연장비용청구와 관련하여 계약준수의 원칙에 따른 엄격이행을 요구하고, 이를 이행하지 않는 경우 수급인의 권리를 박탈하고 있다. 그러나 통지절차의 목적에 비추어 도급인의 이익이 실질적으로 침해된 바가 없다면, 수급인의 권리행사를 허용하는 방향으로 계약해석을 해 나가는 것도 한가지 방법이 될 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 문장록, 『건설실무자를 위한 건설분쟁의 해법』(전문건설신문사, 2005).
조영준, 『건설계약관리』(한울출판사, 2010).
김기풍, 「장기계속공사계약과 계약금액조정제도 : 광주지방법원 2009. 8. 28. 선고 2008가합9084 판결을 중심으로」, 『재판실무연구』(광주지방법원, 2012).

2. 외국문헌

- Wickwire, Driscoll & Hurlbut, Construction Scheduling: Preparation, Liability, and Claims (Wiley, 1991) with update (1999).
Bramble & Callahan, Construction Delay Claims(Wiley, 1987).
Kelleher, Jr. & Doris, Time Extension Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 98-3 (Feb. 1998).
Hummel and Schultz, Force Majeure Clauses in Construction Contracts, Construction Briefings No. 2004-2.
O'Connor, Delay & Change in the Construction Project, Construction Briefings No. 2005-10.
Bidgood, Reed & Taylor, Cutting the Knot on Concurrent Delay, Construction Briefings No. 2007-12(Feb. 2008).
Kelleher, Jr. & Doris, Time Extension Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 98-3 (Feb. 1998).
Shapiro, Mitchell and Cohen, Notice Provisions in Construction Contracts, Construction Briefings No. 93-3 (Feb. 1993).
Wright, *Force Majeure Delays*, 26 Constr. Law. 33 (Fall 2006).
Kutil & Ness, *Concurrent Delay: The Challenge to Unravel Competing Causes of Delay*, 17 The Construction Lawyer 18 (Oct. 1997).
Wiesel, *Refining the Concept of Concurrent Delay*, 21 Pub. Cont. L.J. 161 (1992).
James, *Concurrency and Apportioning Liability and Damages in Public Contract Adjudications*, 20 Pub. Cont. L.J. 490 (1991).
Finke, *The Burden of Proof in Government Contract Schedule Delay Claims*, 22 Pub. Cont. L.J. 125 (1992).
Bruner, *Force Majeure Under International Construction Contract Model Forms*, 12 International Construction L. Rev. 274 (1995).
Lowe and Lare, *An Owner's Perspective On Notice Provisions In Construction Contracts*, 15 Construct No. 31 (Spring 2006).

Greene and Robinson, *A Pocket Guide to Contractor's Notice Provisions*, 15 Construct No. 31 (Spring 2006).

투고일자 : 2016. 03. 20

수정일자 : 2016. 03. 28

게재일자 : 2016. 03. 30

<국문초록>

건설수급인의 공사기간 연장에 따른 공기연장비용청구권에 관한 연구
- 미국에서의 논의를 중심으로 -

김 태 관

공사계약일반조건은 공기연장 및 그에 따른 공기연장비용청구를 인정하기 위한 실체적 요건으로 도급인과 수급인 쌍방의 책임 없는 사유 또는 도급인의 책임 있는 사유로 인한 공기연장을 요구한다. 이는 결국 수급인의 책임 없는 사유로 인한 공기연장을 요건으로 한다.

이에 반해 미국의 커먼로는 수급인에게 공기연장에 관한 권리를 인정하기 위해서는 계약 약관의 면책적 지연조항에 규정된 원인들 중 하나가 발생하였다는 사정만으로 면책적 지연을 인정하지 않고, 지배의 원칙에 따른 면책적 지연의 일반적 요건을 갖추 것을 요구한다. 즉, 지연의 원인이 수급인의 지배 범위를 벗어날 것과 지연에 수급인의 과실 또는 태만이 없을 것을 요하며, 전자의 경우 다음과 같은 3가지의 기준을 제시한다. ① 계약체결당시 수급인이 면책적 지연의 원인을 예견할 수 있는지 여부, ② 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 이를 회피할 수 있었는지 여부, ③ 면책적 지연사유가 발생하였을 때 수급인이 그 지연의 영향을 극복할 수 있었는지 여부이다.

공사계약일반조건에서 수급인의 책임 있는 사유인지 여부를 해석할 때에도 미국 커먼로가 지배의 원칙을 기초로 발전시킨 면책적 지연의 일반적 요건을 참조할 필요가 있다.

또한 공사계약일반조건뿐만 아니라 미국의 건설계약약관에서도 면책적 지연과 보상적 지연에 따른 공기연장 및 보상에 관한 권리를 인정하기 위해서는 수급인의 적시통지절차를 요구한다. 이는 도급인으로 하여금 그 자신이 지연사상과 그 결과를 즉시 조사를 하여 그 원인을 해결 또는 피해를 경감할 수 있도록 하고, 수급인에게 적시에 적합한 구체방법을 제공하여 클레임을 해결할 기회를 주기 위함이다.

이러한 통지절차의 준수여부는 수급인의 권리행사에 중대한 영향을 미친다고 할 것인데, 이에 대한 미국 법원의 입장은 엄격이행을 요구하는 다수의 판례와 더불어 통지절차의 목적에 비추어 통지절차의 누락으로 인해 도급인의 이익이 실질적으로 침해된 바가 없다면 권리행사에 영향을 미치지 않는 것으로 이해하는 판례도 존재한다. 반면, 우리 판례는 공기연장과 공기연장비용청구와 관련하여 계약준수의 원칙에 따른 엄격이행을 요구하고, 이를 이행하지 않는 경우 수급인의 권리를 박탈하고 있다. 그러나 통지절차의 목적에 비추어 도

급인의 이익이 실질적으로 침해된 바가 없다면, 수급인의 권리행사를 허용하는 방향으로 계약해석을 해 나가는 것도 한가지 방법이 될 수 있을 것이다.

주제어: 공사계약, 공기연장, 공기연장비용, 통지절차, 지배의 원칙