

11:10~12:30 무역센터 무역회관 51F 중회의실

국제건설계약 실무와 문제점

김 승 현

((주)한화 법무실)

목 차

I. 머리말	43
II. 국제건설계약의 분류	46
III. FIDIC 표준계약조건의 종류	50
IV. 주요계약조항 해설	51
V. 맺는 말	75

I . 머리말

국제거래를 국제물품거래, 국제기술 및 용역거래, 국제건설거래, 국제금융거래, 국제투자거래 등으로 구분한다고 할 때, 국제물품거래 분야는 그 동안 우리나라의 무역학자들에 의한 상당한 연구 업적이 축적되어 왔고, 근자에는 법학을 전공하신 분들에 의해서도 많은 논문이 발표되고 있어 무척 고무적인 일이라 하겠다. 그리고 실무에 종사하는 여러분들도 국제물품거래에 대해 나름대로 상당한 지식을 보유하고 있는 것 같다. 그리고 국제투자(소위 "국제적 M&A") 분야나 국제금융 거래분야는 우리나라가 종래 직 · 간접의 외자유치를 해온 실무상 경험을 통해, 특히 대형법무법인의 변호사들을 중심으로 상당한 실무지식이 축적되어 있다고 생각된다.

하지만, 국제건설거래분야는 필자가 보기에 여타 국제거래분야에 비해 학문적인 연구성과는 말할 것도 없고 실무상 필요한 지식도 제대로 축적되어 있지 못한 것 같다. 국제거래법 내지 국제계약법 관련 여러 서적들도 국제건설계약을 아예 다루지 않거나 다루더라도 그 내용이 불충분하여 국제건설계약실무에 종사하는 실무가들에게 큰 도움을 주지 못하고 있는 것이 현실이다¹⁾. 우리나라 건설업체들의 연간 해외 건설공사수주 규모를 감안한다면, 지금처럼 국제건설계약에 대한 연구를 등한시하는 것은 분명 문제가 있다²⁾. 대부분의 해외건설공사는 그 규모가 아주 크기 때문에, 그만큼 잘못된 계약으로 인해 불측의 커다란 손해를 입을 확률이 더 크다고 할 수 있겠다. 실제로 필자는 수년간 국제건설업계에 종사하면서 우리나라 건설업체들이 해외에서 큰 손해를 입는 것을

* (주)한화 법무실 미국변호사, 서울대 국제거래법 박사과정 수료

- 1) 국내 서적 중 국제건설공사계약을 다루고 있는 저서들로는 이태희, 「국제계약법-이론과 실무-」, 법문사(2002), 409-431면 ; 한국수출입은행, 「영문국제계약해설」, 개정정보판(2004), 531-595면 등이 있으며, 국내에서 간행된 FIDIC 해설서로는 권대욱, 「개방시대의 국제건설계약」, 두비(1997); 현학봉, 「건설공사 계약관리와 클레임」, 일간건설신문(2003) 등이 있다.
- 2) 참고로 해외건설협회의 내부자료에 의하면, 우리나라 건설업체들의 최근 4년치 연간수주액을 보면, 2000년 54억 3천3백만불, 2001년 43억 5천5백만불, 2002년 61억 2천6백만불, 2003년 36억 6천8백만불이고, 2004년은 8월 현재, 41억 6천8백만불에 달한다고 한다.

자주 목격해왔는데, 시공기술상의 잘못으로 인한 손해도 많았지만, 그 중에는 사전에 건설공사계약의 내용과 성질을 정확히 이해했다라면 미연에 방지할 수 있었던 손해도 많았을 것이라고 생각한다.

이에 필자는 우리나라 건설업체들이 국제건설공사를 위한 국제건설계약 체결 및 이행 과정에서 주로 문제가 되고 있는 것들을 중심으로 필자가 실무에서 경험하고 그 동안 연구한 것들을 발표함으로써, 국제건설계약 실무에 종사하시는 분들에게 미력이나마 보탬이 되었으면 하는 바람에서 본 글을 쓰게 되었다. 사실 본 글을 구성하는 각각의 쟁점들은 그 자체로 독립적인 연구주제가 될만한 것들이어서 이 글에서 국제건설계약 전반에 걸친 모든 쟁점들을 포괄적으로 심도 있게 다루기는 어려울 뿐만 아니라 아직 필자에게 그럴만한 전문성이 있다고 생각되지도 않지만, 국내에 국제건설계약 관련하여 변변한 참고서적 하나 제대로 없는 실정을 감안해서 서둘러 이 글을 쓸 결심을 하게 되었다.

본론에서 계약서 주요 조항별 구체적인 논의(IV)에 들어가기에 앞서, 먼저 국제건설계약서를 어떻게 분류하는지를 개괄한다(II). 특히 설계책임이 누구에게 있는지 또는 대금지급방식이 어떠한지에 따라 구체적인 계약조항이 크게 달라지는데도 불구하고, 국제건설계약을 다루고 있는 국내서적들이 이러한 건설계약유형별 차이점을 무시한 채, 하나의 표준계약서가 마치 모든 종류의 건설공사를 위해 사용될 수 있는 것처럼 서술하고 있는 것은 문제가 있어 보인다. 그리고 구체적 계약조항별 논의를 할 때, 국제건설계약관행에 비추어 시공자와 발주자 어느 한 쪽에 치우치지 않고 공평하다고 말할 수 있는 계약조건은 어떤 것인지에 대한 기준을 제시하는 의미에서 관련되는 FIDIC³⁾ 계약조항을 소개한다. 따라서, FIDIC 표준계약조건에 대한 어느 정도의 사전 이해가 필요할 것 같다. III.에서 FIDIC 표준계약조건에 대해 간략하게 설명하기로 한다.

3) 국제건설링엔지니어 연맹(Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseil; International Federation of Consulting Engineers)으로 1913년 설립되었으며, 현재 스위스 제네바에 본부와 사무국을 두고 있다. 동 연맹이 발간한 토목공사를 위한 표준계약조건(Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction)을 비롯한 여러 FIDIC 표준계약조건들은 국제적으로 가장 널리 사용되는 표준계약조건들이 되고 있다. 하지만 FIDIC 표준계약조건들이 모든 경우에 반드시 발주자와 시공자의 이익을 공평하게 대변한다고 볼 수는 없다. FIDIC 표준계약조건에 대한 비판에 대해서는 주12)를 참조하시기 바란다.

한편, 국제건설계약과 관련하여 특히 주목할 만한 국제적인 통일 입법의 시도가 있는데, 바로 사법통일국제연구소(International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT)⁴⁾가 제정한 국제상사계약원칙⁵⁾(Principles of International Commercial Contract, 이하 “UNIDROIT Principles”라 한다.)이 바로 그것이다. 이는 그 자체로 구속력있는 협약은 아니지만, 국제상사계약에 관한 일반원칙을 집적한 소위 ‘국제계약법 Restatement’로서 국제건설계약 해석과 관련하여 영미법과 대륙법 어느 쪽에 치우치지 않는 결론을 원할 때, 유용한 참고자료가 될 수 있다. 또한 당사자들이 동 원칙을 계약의 준거법으로 합의한 경우, 계약의 분쟁해결을 중재에 의하기로 하였다면 그러한 준거법 합의는 효력이 있다는 것이 일반적으로 인정된다. 그런데 국제건설분야만큼 국제상사중재가 많이 활용되고 있는 분야도 없으므로, Unidroit Principles의 적용가능성이 그만큼 큰 분야라 하겠다. 관련되는 곳에서 Unidroit Principles를 소개하기로 한다.

마지막으로 국제건설계약이 적용되는 경우로서, 우리나라 건설업체가 해외에 나가서 공사를 수행하는 경우뿐만 아니라 해외건설업체가 우리나라에 들어와서 공사를 수행하는 경우도 있겠지만, 아직 우리나라의 건설시장이 개방되어 있지 않으므로 후자의 사례는 아직 없다고 해도 과언이 아니다. 다만, 현재 우리나라의 일부 사회간접자본시설 사업에서 외국의 직접투자자가 프로젝트 회사에 지분을 참여하거나 프로젝트 회사가 외국 대주단으로부터 금융을 일으키는 사례가 종종 있는데, 이 경우 공사계약이 국제표준건설계약조건을 기초로 하여 작성되는 경우가 많다. 이 때 국제표준건설계약이 국내에 적용될 때 국내 건설계약관행과 차이가 나기 때문에 여러 가지 문제가 야기되기도 하는데 이하 관련되는 곳에서 국제관행과 국내관행의 차이 때문에 문제가 생길 수 있는 부분을 아울러 조명해 보기로 한다.

4) UNIDROIT는 각국의 사법의 국제적인 조화, 조정 내지 통일을 목적으로 1926년에 로마에서 창설된 독립적인 정부간기구이다.

5) UNIDROIT Principles는 (i) 당사자들이 동 원칙을 계약의 준거법으로 합의한 경우, (ii) 당사자들이 자신들의 계약이 일반적인 국제법원칙 내지 상관행의 적용을 받는다고 합의한 경우, (iii) 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우 및 (iv) 국제적인 통일법규 및 국내법을 해석하고 보충하는데 그리고 국내 및 국제적인 입법가들을 위한 하나의 모델로 이용될 수 있음을 그 전문에서 밝히고 있다. UNIDROIT, Principles of International Commercial Contract 2004, preamble, p.1. UNIDROIT Principles는 1994년 제정되었고 2004년 개정판이 나왔다.

II. 국제건설계약의 분류

1. 설계책임에 따른 분류⁶⁾

(1) 단순시공계약

시공자는 발주자가 제공하는 설계대로 단순 시공을 한다는 의미에서 단순시공계약이라 명명한다. 하지만 발주자가 설계를 제공한다고 해서 시공자가 전혀 설계에 관여하지 않는 것은 아니고, 통상 발주자가 제공하는 설계를 토대로 시공자는 시공을 위한 시공상세도면(shop drawings)⁷⁾을 작성하게 되는데 그 범위 내에서는 시공자가 설계에 대한 책임을 진다. 하지만, 시공상세도면이 발주자가 제공한 기본적인 설계내용을 변경하지는 않으므로 실제 대부분의 설계책임은 발주자에게 있다고 할 수 있다. III.에서 설명하는 FIDIC Red Book 또는 New Red Book이 이 계약유형에 해당한다.

(2) 설계시공(Design-Build) 계약 또는 Turnkey 계약

Turnkey는 아직 국제적으로 그 개념이 정립되어 있는 것은 아니고, 시공자가 설계 및 시공을 일괄해서 한다는 것을 최소한의 개념요소로 한다⁸⁾. 시공자에게 설계책임이 있다고 하여 시공자가 발주자가 원하는 바와 상관없이 설계를

6) 이러한 설계책임에 따른 분류방법은 1999년 FIDIC 신약관체계를 기초로 한 것이다.

7) 설계자가 작성하는 도면으로 기획도면(sketch), 기본설계도면(basic drawings), 실시설계도면(construction drawings)이 있다. 윤재운, 「건설분쟁관계법 -건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무-」, 박영사 (2003), 35-37면.

8) Turnkey라는 용어는 바로 사용할 수 있을 정도로 완성이 된 공사목적물을 발주자에게 인도한다는 통상적인 의미로 이해되고 있지만, 미국판례는 시공자가 설계 및 시공 단일책임을 지는 공사계약형태를 의미한다고 판시한 바 있다(Per Chilson J. in Mobile Housing Environments v. Barton 432F.(Supp.) 1343(1975)). 그리고 영국에서 Turnkey 계약은 Design-Build 계약 또는 Package Deal과 동의어로 이해된다(I.N. Duncan Wallace, 「Hudson's Building and Engineering Contracts」 11th ed., London Sweet & Maxwell Vol.1 (1995) pp.426-429. 참고로 우리 대법원은 “설계시공일괄입찰(Turn-Key Base) 방식에 의한 도급계약이라 함은 수급인이 도급인이 의욕하는 공사목적물의 설치목적을 이해한 후, 그 설치목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 스스로 공사를 시행하며 그 성능을 보장하여 결과적으로 도급인이 의욕한 공사목적물을 이루게 하여야 하는 계약을 의미한다고 판시하였다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다16650 판결).

할 수는 없고, 발주자가 공사목적물에 대해서 원하는 바를 기술한 것 즉, 발주자 요구조건서(employer's requirement)에 의해 시공자가 설계를 한다. 통상 발주자 요구조건서에는 공사목적물의 성능요구조건(performance requirements) 내지 설계기준(design criteria) 또는 계산(calculations), 발주자의 공사목적물에 대한 의도(purpose), 공사범위, 도면 기타 여타 기술적 기준 등이 포함되기도 한다.⁹⁾ 발주자 요구조건서는 Turnkey 방식으로 완공된 공사목적물에 하자 또는 결함이 추후 발견되었을 때, 시공자와 발주자간에 책임소재를 밝히는데 기준이 되는 중요한 서류이다. III.에서 설명하는 FIDIC Orange Book 또는 New Yellow Book이 이 계약유형에 해당한다.

(3) EPC/Turnkey계약

설계시공(Design-Build) 계약에서보다 시공자에게 훨씬 더 엄격한 설계책임을 부과하는 계약을 EPC/Turnkey계약이라고 별도로 분류하기도 하는데, 이는 주로 BOT 프로젝트¹⁰⁾에서 프로젝트 파이낸싱 형태로 공사비가 조달이 되는 경우에 가능한 한 공기연장과 공사비 증액이 허용되지 않도록 시공자에게 더 많은 위험이 전가된 계약이다. III.에서 설명하는 FIDIC Silver Book이 이 계약유형에 해당한다.

2. 대금지급방식에 따른 분류

(1) 정산방식 공사계약 (Measurement Contract)

이 방식의 공사계약에서는 시방서(specifications)¹¹⁾와 도면(drawings)외에도 물량명세서(Bill of Quantities, 실무상 흔히 "BOQ"라 부른다)가 반드시 첨부된다. 이러한 물량명세서에는 시공자가 공사의 항목별 단가(unit price)와 예상물량을 기입하도록 되어 있는데, 항목별로 예상물량과 단가를 곱하여 총공사금액

9) FIDIC Silver Book 제5.1조 및 제1.1.1.3조 참조

10) Build-Operate-Transfer의 약성어로 민간자본을 동원하여 사회간접자본시설을 건설하는 경우에 일단 민간사업자가 사업비를 조달하여 시설물을 건설하고, 일정기간 운영하여 운영수익으로부터 투자비를 회수한 다음, 정부에 소유권을 넘기는 방식을 의미한다. 정부에 소유권 이전 시기 및 여부와 관련하여 BTO, BOO, BOOT 등의 유사 방식이 존재한다.

11) 설계도에 기재할 수 없는 자재, 장비, 설비의 내역과 요구되는 시공기술, 성능 및 기타 질적인 사항에 관하여 기재한 문서이다. 윤재운 (주7), 38면.

을 계산할 수 있다. 하지만, 물량명세서의 물량은 어디까지나 예상치이며, 실제 공사를 수행한 결과 물량검측사(Quantity Surveyor)¹²⁾에 의해 확인된(measured) 물량에 대해 기성지급이 되기 때문에 정산방식 공사계약에서는 처음 공사계약금액은 어디까지나 예상금액일 뿐이다. 참고로, FIDIC New Red Book에서는 물량검측사의 역할을 감리자(Engineer)¹³⁾가 한다.

문제는 물량명세서에 항목화되지 아니한 새로운 물량이 실제 공사수행 도중에 나타난 경우에 이를 어떻게 처리하느냐가 종종 문제가 된다. 통상 물량명세서에 항목화되어 있지 않은 물량은 다른 항목에 분산 반영되어 있다고 간주된다는 문구가 물량명세서에 삽입된다. 물론 물량명세서의 공종과 전혀 다른 종류의 공사를 위해 새로운 물량이 필요하게 되는 경우에는 이를 설계변경으로 간주할 수 있다. 물량명세서는 또한 설계변경 시 가격산정을 위한 기준이 된다는 점에서 아래에서 설명하는 총액방식의 계약에서도 종종 이용된다.

(2) 총액방식 공사계약 (Lump Sum Contract)

공사비의 확실성을 요구하는 많은 발주자들은 정산방식보다는 총액방식 공사계약을 선호한다. 통상은 설계시공(Design-Build) 계약 또는 Turnkey 계약과 결합하나 이론적으로 반드시 그래야 하는 것은 아니다. 발주자가 설계를 제공 하는 단순시공계약에서도 얼마든지 총액방식이 가능하다.

12) 물량검측사는 시공자가 설계사에 의해 준비된 도면을 시공하기 위해 필요한 물량을 계산할 수 있도록 도면으로부터 상세한 물량과 치수를 산출하는 일을 하는 자이다. 이러한 치수와 물량, 그리고 설계사가 물량검측사의 도움을 받아 작성하는 시방서로부터 물량명세서(bill of quantities)가 준비된다. 물량검측사는 공사계약준비단계에서 공사비 예상금액을 산출하고, 총액방식공사계약에서는 계약변경(variation) 사정 목적으로 입찰자가 가격을 적어 넣게 되어 있는 schedules을 준비하며, 전문가에 의해 수행되어야 할 공사에 대한 견적을 받는 등의 일을 하기도 한다. 공사수행단계에서는 기성인정 목적으로 수행된 일의 가치를 산정하여 설계사에게 추천하는 일을 한다. I.N. Duncan Wallace (주8), pp.256-257.

13) 원래 영국 ICE 표준계약조건에서 유래한 것으로 FIDIC Red Book에서 감리자는 발주자의 대리인(agent) 및 독립된 인증자(certifier)의 역할을 하게 되어 있었는데, 이러한 감리자의 이중역할, 특히 독립된 인증자의 역할에 대해 많은 비판이 있었다. 이를 의식해서 1999년 FIDIC이 새로운 표준계약조건을 도입하면서 “감리자가 계약에 명시 또는 묵시된 의무를 수행하거나 권한을 행사할 때, 발주자를 위하여 행동하는 것으로 간주된다”라는 규정을 두어 기본적으로 감리자는 발주자의 대리인임을 분명히 하고 있다. 참고로 한국에서는 이러한 FIDIC 감리자의 기능과 유사하지만 여러 가지 면에서 다른 감리제도를 법으로 규정하고 있다. 따라서 본 글에서는 FIDIC에서 말하는 감리자(Engineer)와 한국법상 요구되는 감리자를 구별하기 위해 FIDIC의 Engineer는 “감리자”, 한국법상의 감리자는 “감리”로 표현하기로 한다. 상세한 것은 10. 감리자에서 후술한다.

(3) 실비정산방식 공사계약 (Cost plus Fee Contract)

본질은 정산방식과 유사하지만, 최종공사금액에 대한 예상치마저도 뽑기 어려운 경우에, 공사비 원가를 산정하는 방법을 자세하게 정하고 거기에다가 일정이윤(이는 고정금액일 수도 있고, 고정비율일 수도 있다)을 약속하는 방식이다. 이 방식에는 시공자가 공사원가가 합리적인 범위를 넘지 않도록 공사수행을 해야 하는 묵시적 의무를 부담한다고 일반적으로 이해되고 있기는 하지만, 통상 이 방식의 계약에는 시공자에게 원가절감에 대한 유인이 없기 때문에 시공자가 방만하게 공사비를 지출할 위험이 있다. 따라서 공사비의 상한을 설정해 두고 실제 공사비가 상한을 초과해도 발주자는 상한 이상은 지급하지 않는다는 조항이 첨가되기도 하는데, 이러한 방식의 공사계약을 상한가보증(Guaranteed Maximum Price)방식 공사계약이라 한다. 또한, 상한가보증방식 공사계약에서는 시공자에게 공사비 절감의 유인을 주기 위해 공사비 절감액, 즉 상한과 실제 공사비의 차액의 일정 비율을 보너스로 지급한다는 약정이 덧붙기도 한다.

상한가보증 방식은 종종 조기착공(Fast Track) 방식과 결합하기도 한다. 조기착공 방식이란 공기를 단축시키기 위해 설계 전체가 아직 확정되지 않았지만, 일부 분리가 가능한 공종에 대한 설계가 완성된 경우 이를 먼저 착공하는 방식이다. 전체 설계가 아직 확정되지 않아, 총공사금액을 확정하기 어렵지만 공사비예산의 확실성을 담보하기 위해 발주자가 상한선을 두기를 원하는 경우가 많으므로, 이러한 두 방식이 결합하는 것이다.

(4) 혼합방식 공사계약 (Mixed Contract)

총액방식과 정산방식을 혼합한 방식인데, 전체적으로는 총액방식의 공사계약이라 하더라도, 공사의 일부에 대해 물량을 예측하기 어렵고 그 부분에 대해 정산을 하는 것이 발주자에게도 유리하다고 여겨질 경우, 혼합방식을 택한다.

Ⅲ. FIDIC 표준계약조건의 종류

1. 1999년 이전의 FIDIC 표준계약조건들

1999년 FIDIC이 4개의 새로운 체계의 표준계약조건을 공표하기 전에 세계적으로 널리 사용되고 있던 FIDIC 표준계약조건들은 다음과 같다.

- ① 토목공사를 위한 표준계약조건(Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, 4th ed, 1987) ("Red Book"이라 한다.)
- ② 기전공사를 위한 표준계약조건(Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works including Erection on Site, 3rd ed, 1987) ("Yellow Book"이라 한다.)
- ③ Turnkey 공사를 위한 표준계약조건(Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, 1st ed, 1995) ("Orange Book"이라 한다.)

2. 1999년 이후의 FIDIC 표준계약조건들

1999년 FIDIC은 기존의 FIDIC 표준계약조건의 체계를 정비하고 또 새로운 현실적 수요에 부응하기 위해 4가지 새로운 체계의 표준계약조건을 공표하였다. Green Book을 제외한 3가지 표준계약조건은 설계책임 기준에 의해 새롭게 분류되었다.

- ① 단순시공 표준계약조건(Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works, Designed by the Employer: The Construction Contract) ("New Red Book"이라 한다.)
- ② 설계시공 표준계약조건(Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor: The Plant and Design-Build Contract) ("New Yellow Book" 이라 한다.)

- ③ EPC/Turnkey 표준계약조건(Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: The EPC/Turnkey Contract) ("Silver Book"이라 한다.)¹⁴⁾
- ④ 약식 표준계약조건(Short Form of Contract: The Short Form) ("Green Book"이라 한다.)

IV. 주요계약조항 해설

1. 공사대금지급

(1) 선수금(Advance Payment)

시공자의 초기 Mobilization 비용이 크기 때문에 이를 위해 보통 선수금(advance payment)이 지급되기도 하는데(통상 5%-10%), 이는 나중에 매 기성 지급금액으로부터 일정 비율만큼 매번 공제하는 방식으로 상환 처리된다. 다시 말하면 10%의 선수금이 지급된 경우, 어떤 기의 기성금이 100이라 했을 때, 실제 발주자는 90만을 시공자에게 지급하게 된다. 발주자 입장에서 선수금은 공사의 진행도(progress)가 전혀 없는 상태에서 미리 신용(credits)을 주는 것이므로 많은 경우 이를 담보하기 위해 선수금 보증(advance payment guarantee)의 제출이 요구된다. FIDIC도 제14.2조에서 이를 규정하고 있다. 앞으로 단순히 FIDIC 제 몇조로 언급하는 경우 Red, Yellow, Silver Book 조항에 내용 차이가 없음을 뜻한다.

(2) 기성지급(Interim Payment)

건설공사는 장기간에 걸치는 것이 보통이므로, 시공자로서는 전체공사금액의 지급을 공사완공 시까지 기다릴 수는 없으며 공사 도중에 공사대금을 지급받는

14) 그 동안 FIDIC의 여러표준계약조건들이 발주자와 시공자간 이익균형을 추구하는 태도로 인해 국제적인 명성을 얻어왔고 널리 사용되어져 왔는데, Silver Book은 FIDIC의 이러한 전통적인 이익균형적인 태도에서 벗어나 발주자의 이익에 지나치게 편향되어 있다는 비판을 받고 있다는 사실에 유의하여야 한다. FIDIC Silver Book에 대해 보다 자세한 것은, 김승현, "프로젝트 파이낸스와 EPC Turnkey 계약 - FIDIC Silver Book에 대한 소고", 통상법률(2004년 8월호), 125면 이하를 참조하시기 바란다.

경우가 대부분인데 이러한 기성지급방식으로는 크게 정기기성 지급방식과 Milestone 지급방식 두 가지가 있다.

정기기성 지급방식은 월별기성 또는 분기별기성이 보통인데, 기성신청 후 몇 일만에 대금이 지급되는가는 현장의 현금수지흐름(Cash Flow)과 밀접한 관련이 있으므로 시공자는 이를 가능한 한 단축시키는 것이 좋다. 또한 현장도착자재에 대해서 기성인정이 되는지, 또 기성지급 지연 시 지연이자를 청구할 수 있는지 등도 검토되어야 할 부분들이다.

New Red/Yellow Book에서는 일정기간(특별히 언급하지 않으면 월별기성이 기준이다)마다¹⁵⁾ 시공자는 실시된 공사와 그 대가를 기술한 기성신청서 및 그 입증서류를 발주자가 선임한 감리자에게 제출한다.¹⁶⁾ 그러면 감리자는 기성신청서를 받은 날로부터 28일 이내에 발주자에게 그가 인정한 금액을 기술한 기성지급인정서(Interim Payment Certificate)를 발급하여야 한다.¹⁷⁾ 기성지급인정서를 감리자로부터 받은 발주자는 감리자가 시공자로부터 기성신청서를 받은 날로부터 56일 내에 기성지급인정서에 인정된 금액을 지급하여야 한다.¹⁸⁾

Silver Book에서는 감리자가 없다. 시공자는 발주자에게 직접 기성신청서를 제출하고¹⁹⁾, 발주자는 기성신청서를 받은 날로부터 28일 이내에 발주자의 금액에 대한 동의여부를 통지하여야 한다²⁰⁾. 그 후 발주자는 기성신청서를 받은 날로부터 56일 이내에 기성인정금액을 지급하여야 한다²¹⁾.

참고로, FIDIC에서는 만일 발주자가 공사기성을 지급하지 않는다면 시공자가 21일 기간의 통지 후에 공사를 중단할 수 있고²²⁾, 기성지급 만기가 된 날로부터 46

15) after the end of the period of payment stated in the Contract (if not stated, after the end of each month)(New Red/Yellow Book 제14.3조)

16) New Red/Yellow Book 제14.3조 [Application for Interim Payment Certificate]

17) New Red/Yellow Book 제14.6조 [Issue of Interim Payment Certificate]

18) New Red/New Yellow Book 제14.7조[Payment]

19) Silver Book 제14.3조 [Application for Interim Payment Certificate]

20) Silver Book 제14.6조 [Interim Payments]

21) Silver Book 제14.7조 [Timing of Payments]

22) FIDIC 제16.1조 [Contractor's Entitlement to Suspend Work].

일 이내 기성을 지급받지 못하면 시공자는 계약을 해지할 수 있도록 하고 있다.²³⁾

이러한 기성지급방식과 대비되는 것으로 Milestone 방식이 있는데, 이 방식은 일정기간마다 공사대금이 지급되는 것이 아니라 시공자의 공정도가 미리 합의된 일정 수준(Milestone)에 도달하는 경우 약정된 금액을 지급하는 방식이다. 이 방식은 공사 도중에 공사지연으로 인해 합의한 Milestone에 공정이 도달하지 못하는 경우 아예 공사대금지급이 되지 않으므로, 시공사 입장에서는 기성지급방식보다 불리하지만 발주자 입장에서는 공사가 일정대로 수행되도록 강제하는 효과가 있으므로 유리하다고 볼 수 있다. 또한 기성지급방식에서는 발주자를 위해 감리자가 기성인정을 위해 일일이 공사물량을 확인하는 과정을 거쳐야 하는데, 발주자가 이를 번거롭게 여긴다면 Milestone 방식을 택할 수도 있다.

통상 Milestone은 공정표 상의 Critical Path 상에 설정된다. Critical Path란 그 공정을 달성하지 않고서는 다음 단계의 공정으로 넘어갈 수 없도록 짜여진 일련의 공정들의 연속(Sequence)을 말한다²⁴⁾. Critical Path 상에서 공사지연이 발생하면, 돌관작업(Acceleration) 등에 의하지 않고서는 공기지연을 따라 잡을 수 없게 된다. 간혹 Milestone에 지체상금(Delay Liquidated Damages)이 부과되는 경우도 있다. 시공사 입장에서는 가능하면 Milestone을 세분화하여 여러 개 두는 것이 현장의 현금수지흐름(Cash Flow)상 유리하다.

이러한 통상적인 기성지급조건과 달리 대금지급조건을 연불로 정함으로써 시공자가 금융을 제공하는 경우도 있고, 더 나아가 건설공사 입찰조건으로 시공자가 단순한 시공만 하는 것이 아니라, 예컨대 프로젝트 회사에 일정 지분 참여 또는 프로젝트 파이낸싱과 같은 Financing Package를 제공할 것이 요구되는 경우가 종종 있다.

23) FIDIC 제16.2조 [Termination by Contractor]

24) 간단한 주택공사의 경우를 예로 든다면 기초공사-바닥공사-벽공사-지붕공사의 공정순서는 critical path 상에 있다고 할 수 있다. 그러나 조경공사는 앞의 공정과는 별 상관없이 아무 때나 진행할 수 있으므로 critical path에 있다고 할 수 없다. 그렇지만, 예를 들어 조경공사에 1달이 걸린다면 완공예정일 한 달 전부터는 조경공사도 critical path 상에 놓이게 된다.

(3) 유보금(Retention)

기성지급과 관련하여 유의하여야 할 사항은 유보금(retention)이다. 때 기성지급금액으로부터 일정비율(통상 5% 내지 10%)의 금액이 유보되는데, 공사가 계약에 따라 완성되지 않았을 경우를 대비한 일종의 재정적 담보로서, 시공자로부터 하여금 계약을 완전하게 이행하도록 실제적 압박수단을 발주자에게 제공하게 하는 것이다. 이러한 측면에서 유보금은 공사이행보증과 같은 역할을 한다고 볼 수 있다. 이는 보통 공사가 완공직후 절반이 시공자에게 반환되고 나머지 절반은 하자보수를 위한 보증금으로 전환되었다가 하자보수기간이 만료되면 반환된다²⁵⁾.

선수금이나 유보금은 공사현장의 현금수지흐름(cash flow)에 중대한 영향을 끼치게 되므로 계약협상 시에 주의깊게 검토하여야 한다. 공사현장의 현금흐름이 부(-)로 돌아서면 그 부(-)의 부분만큼 시공자가 직접 비용을 조달하거나 금융을 일으켜야 하기 때문이다.

2. 공사계약관련 보증

(1) 입찰보증(Bid Bond)

국제입찰에서는 통상 입찰보증이 요구되는데 이는 입찰에 참가하는 당사자가 낙찰을 받고도 정당한 이유 없이 공사계약을 거부하는 경우에 발주자가 입게 되는 손해 - 새로운 입찰조건을 공표해야 하거나, 다른 사람의 입찰명세를 다시 검토해야 하는 등 계약체결 자체가 지연될 수 있으므로 - 를 보상받기 위해 미리 확정된 금액 또는 입찰금액의 확정 비율로 발주자에게 제공된다. 입찰보증서는 통상 계약 체결시 또는 계약이행보증서의 발급시 낙찰자에게 반환된다. 또한 입찰을 위해 제공되었던 모든 입찰보증서는 유찰시에 유찰자들에게 모두 반환됨이 원칙이다.

25) FIDIC 제14.9조 [Payment of Retention Money]

입찰보증과 관련하여 실무상으로 통상 입찰참가자들이 입찰서류(Information to Bidders)를 검토하여 아무 조건 없이 응찰하는 경우보다 어떤 조건을 달고 응찰하는 경우가 많은데, 이 경우 바로 낙찰이 되지 않고 일단 우선협상대상자로 선정된 다음에 계약의 모든 조건들에 대해서 세밀하게 협상이 진행된다. 이 단계에서 우선협상대상자로 선정된 입찰자와 발주자 간에 계약협상이 원만하게 진행되지 않아, 입찰보증의 유효기간이 만료되는 경우가 종종 발생한다. 이 경우 우선협상대상자는 입찰보증서의 연장요청에 동의하지 않을 수 있는가가 문제되는데(특히 응찰 후 발주자와의 세부 협상과정에서 파소견적사실을 발견한 우선협상대상자는 그러한 욕구가 더욱 클 것이다), 이 경우 입찰보증서의 문구해석이 중요하겠지만, 통상 입찰보증서는 요구불보증이므로, 시공자가 발주자의 연장요청에 응하지 않기가 어려운 것이 현실이다.

(2) 이행보증(Performance Bond)

이행보증은 통상 계약금액의 10% 정도의 금액에 대해, 발주자가 만족하는 금융기관의 요구불보증(On-Demand Bond) 내지 보증신용장(Standby Letter of Credit) 형태로 시공자의 요청에 의해 발주자에게 발급된다. 그 법률적 성질은 소위 '독립적 보증²⁶⁾'으로서 이행보증서를 발급한 은행 등 금융기관은 원인관계 즉 발주자가 이행보증서 하에서 정당하게 청구할 권리가 있는가를 따지지 않고 시공자가 공사계약상의 의무를 위반했다는 사실을 적은 서면을 제출하 기만 하면 은행은 무조건 지급하게 되어 있으므로, 그 효과는 상당히 강력하다.

이러한 이행보증의 성질에 대해서 손해담보약정(Garantievertrag)으로 볼 것이냐 아니면 위약벌(penalty) 또는 손해배상액의 예정(liquidated damages)으로 볼 것인지 견해대립이 있을 수 있으나, 보증금액의 한도에 관한 약정이 있을 뿐이고 몰취·귀속약정이 없는 경우에는 이를 공사계약에서 발주자가 입는 손해를 전보해 주는 손해담보약정에 해당한다고 봐야 할 것이다.²⁷⁾ 설령 몰취·

26) 독립적 보증은 요구불 보증이라고도 하는데, 보증이라는 용어에도 불구하고 주채무의 존재를 전제로 하지 않고 그에 대하여 부종성, 보충성이 없다는 점에서 민법상의 보증채무와 구별된다. 자세한 것은 석광현, “국제적 보증의 제문제”, 한국무역상무학회, 무역상무연구 제17권(2002.2), 23-26면 참조하시기 바란다.

27) 윤재윤 (주7), 349면.

귀속약정이 있다 하더라도, 영미법상으로는 위약벌의 약정은 무효이고, 손해배상액의 예정금액이 과도한 경우 이를 위약벌로 보고 있으므로²⁸⁾, 이러한 귀속약정이 무효로 될 확률이 높다. 따라서 발주자가 요구불보증 또는 보증신용장에 기해 실제 발생한 손해금액을 넘어 과도한 청구를 하였을 경우, 은행은 청구금액이 적정한지 여부를 따지지 않고 지급하여야 하지만, 시공자는 발주자의 부당한 금액청구에 대해 추후 발주자를 상대로 해서 다투는 것은 가능하다²⁹⁾.

단, 발주자의 청구가 '사기적 청구'에 해당하는 경우 요구불보증 또는 보증신용장의 발급금융기관도 그 지급을 거절할 수 있고, 나아가 지급을 거절할 의무를 부담한다는 점이 국제적으로 널리 인정되고 있다.³⁰⁾ 영미에서는 이를 이른바 "fraud rule"로서 설명하는데, 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code) 제5-109조는 "사기 및 위조"라는 표제하에 이 원칙을 명시적으로 규정한다. 통일상법전은 사기적 청구의 경우 일정한 요건이 구비되면 법원은 개설의뢰인의 신청에 따라 발행인의 인수 또는 지급을 금지하는 보전처분을 할 수 있다고 명시한다. 한편 대륙법에서는 이를 권리남용의 법리로 설명한다³¹⁾. 실무상으로는 시공자(발급의뢰인 또는 개설의뢰인)가 법원에 발급금융기관의 지급을 금지하는 보전처분을 신청하는 형태로 발주자의 사기적 청구에 대항하게 된다.

한편으로, 국내에서 통용되고 있는 보증보험증권은 일종의 보험이기 때문에 발

28) G.H. Treitel, 「The Law of Contract」, 9th ed., Sweet & Maxwell (1995), pp.898-899.

29) 참고로 우리 대법원은 건설도급계약에서 계약보증금(이행보증)과 지체상금약정이 함께 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약보증금은 위약벌의 성질을 가지고, 지체상금약정은 손해배상의 예정으로 봄이 상당하다고 판시하였다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다21932 판결; 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 등 다수), 판례를 변경하여(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다35771 판결), "계약보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 구체적인 사건에서 개별적으로 결정해야할 의사해석의 문제이고 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는바, 도급계약서에 계약보증금 이외에 지체상금이 규정되어 있다고 하여 계약보증금을 당연히 위약벌로 볼 것은 아니다"라고 판시하였다. 또한 또 다른 판례는(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결) "계약보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지되, 다만 하수급인이 배상할 손해액이 이를 초과하는 경우에는 단순한 손해담보로서의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 하도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 이 사건 계약보증금을 위약벌로 보기 어렵다고 할 것이다"라고 판시하였다(윤재운 (주7), 352면).

30) 독립적보증 또는 보증신용장의 사기적 청구의 문제에 대해 보다 자세한 것은 석광현 (주 26), 26-28면을 참조하시기 바란다.

31) 석광현, "신용장거래상의 은행의 법적지위", 「금융거래법강의II」, 법문사 (2001), 145-146면.

주자가 청구를 하면 일단 보험사고에 해당하는지 여부를 보증보험증권 발급기관(건설공제조합이나 보증보험회사)이 조사하여 지급여부를 결정하게 되므로, 발주자 입장에서는 지급여부에 대한 확신을 가질 수 없게 된다. 뿐만 아니라 손해배상채무의 존재나 그 채무액에 대한 입증도 발주자가 하여야 한다. 미국 등에서도 이러한 보험회사가 제공하는 보증보험이 이행보증의 주된 방법이라고 하는 견해도 있으나,³²⁾ 그 효과가 요구불보증이나 보증신용장만큼 강력하지 않기 때문에 국제건설계약에서 잘 이용되지는 않는 것 같다.

참고로, 미국 정부가 발주하는 공사에서는 100%의 Surety Bond³³⁾ 제출이 일반적으로 요구되는데, 일정요건을 갖춘 건설업체에게는 이러한 요구사항이 면제되기도 한다.

FIDIC에서 이행보증은 시공자가 발주자로부터 승낙서(Letter of Acceptance)를 수령한 후 28일 이내에 제출되어야 한다.³⁴⁾

(3) 하자이행보증(Defects Liability Performance Bond)

보통 공사가 완공이 되면 감리자 또는 발주자에 의해 완공증명서(Taking-Over Certificate)가 발급이 되는데 이 때부터 하자이행보증기간이 시작된다. 하자이행보증기간 동안 시공자의 하자이행보증의무를 담보하기 위해 시공자가 발주자에게 제출하는 것이 하자이행보증서이다. 참고로, 여기서 완공이란 완전이행(perfect performance)을 의미하는 것이 아니라 상당이행(substantial performance)을 의미한다. FIDIC 제10.1조에는 감리자 또는 발주자는 공사목적물을 원래 의도한 목적대로 사용하는데 상당한 영향을 미치지 않는 사소한 미이행 또는 하자가 있는 경우에도 완공증명서를 발급하여야 한다고 되어 있다.

32) 이태희 (주1), 426면.

33) guaranty는 주채무를 부담하는 약정과 별도의 약정으로 발생하고, 주채무가 이행되지 않을 경우 책임을 지는 2차적인 채무임에 비해, 비해 surety는 주채무를 부담하는 약정에 의해 주채무와 동시에 발생하며 주채무와 함께 1차적인 책임을 진다. Black's Law Dictionary 6th ed. p.1441. 사건으로 한국법상 연대보증채무와 유사한 것 같다.

34) FIDIC 제4.2조

FIDIC은 별도의 하자이행보증을 상정하지 않고, 이행보증이 완공증명서의 발급과 함께 시공자에게 반환되지 않고 하자보수의무이행까지 담보를 하도록 되어 있다. 다만 완공증명서의 발급과 동시에 보증비율이 줄 수 있음을 선택적으로 제시한다.³⁵⁾

앞서 설명한 바와 같이 유보금이 있는 경우 완공이 되면, 완공 때 유보된 금액의 절반이 일단 시공자에게 반환되고, 나머지 절반은 하자이행보증기간이 만료된 후 반환되는데, 이 경우 절반의 유보금이 하자이행보증금의 역할을 한다고 볼 수 있다. 이 절반의 유보금을 돌려받기 위해 유보금보증(Retention Money Guaranty)을 시공자가 발주자에게 제출하기도 하는데 그 성질은 하자이행보증(Defects Liability Performance Bond)과 같다고 본다.

따라서, 유보금은 공사계약상의 의무이행을 강제하도록 하는 시공자에 대한 재정적 압박 수단이므로 본질적으로 이행보증 및 하자이행보증과 유사한 기능을 한다. 따라서 이행보증과 하자이행보증이 존재한다면, 이와 중첩적으로 유보금까지 인정할 이유는 없다고 생각되지만³⁶⁾, FIDIC은 유보금을 인정하고 있다.

(4) 지급보증(Payment Guaranty)

이는 발주자의 시공자에 대한 공사대금 지급의무를 담보하기 위한 보증이다. 필자의 경험으로는 통상 국제입찰에서 발주자에게 이를 요구하기가 쉽지 않은 것 같다. 하지만, 국제거래에서 거래 당사자의 신용에 대한 사전확인은 기초적인 사항이므로, 신용조사 결과 발주자의 신용상태가 의심스럽다면 지급보증을 요구하여야 할 것이다. 하지만, 현실적으로 발주자의 지급보증이 어렵다면, 선수금을 받도록 하거나, 발주자가 기성지급을 하지 않는 경우 시공자 손해를 최소화하기 위해서는 기성신청으로부터 기성지급까지 걸리는 기간 및 기성지급이 되지 않을 때, 시공자가 공사를 중단하는데까지 걸리는 기간을 단축시키는 것이 바람직하다. 왜냐하면, 그 기간동안 시공자가 수행한 공사부분이 많을수록 시공자의 손해금액이 커지기 때문이다. 궁극적으로는 발주자의 신용상태가 나쁘다면 과감하게 입찰을 포기하는 것이 바람직하다고 본다.

35) FIDIC Annex C Example Form of Performance Security Demand Guaranty

36) 이태희 (주1), 421면도 같은 취지의 견해를 밝히고 있다.

특히, 전세계적으로 점점 더 BOT 프로젝트가 늘어나는 추세이므로, 발주자가 특정 프로젝트를 위해서 설립된 회사인 경우가 많은데 이 경우 프로젝트 회사(Project Company) 자체의 신용보다는 프로젝트 사업주들의 지급보증이 필요할 것이다.

하지만, 이것을 받기가 어렵다면, 결국 시공자가 프로젝트 회사의 자금조달계획을 세밀하게 분석하여야 할 것이다. FIDIC 은 시공자가 발주자의 자금조달계획을 요구할 수 있도록 하는 조항을 두고 있다.³⁷⁾

3. 하자보수책임(Defects Liability)

공사의 완공 후 일정기간 동안 시공자는 하자를 보수해야 할 책임을 지는데 통상 그 기간(Defects Notification Period)은 국제관행에 따르면 대개 1년이다. FIDIC은 하자 부분이 그 보수기간 동안에 사용되지 못한 경우 하자보수책임기간이 그 기간만큼 연장이 되어야 한다고 규정하고 있다. 하지만 어떤 경우에도 하자보수책임기간은 완공일로부터 2년을 초과하지 못한다.³⁸⁾

하자보수책임기간에 대해 국제관행과 국내관행은 큰 차이를 보이고 있다³⁹⁾. 특히, 발전이나 항만 등의 국내 Plant 공사에서 외국업체가 발전기나 Crane 등을 제작 납품하는 경우가 종종 있는데, 이 경우 국제관행보다 긴 국내 하자보수책임기간 때문에 예상 밖의 가격인상 요인이 발생할 수 있음에 유의하여야 한다.⁴⁰⁾

37) FIDIC 제2.4조 [Employer's Financial Arrangement]

38) FIDIC 제11.3조 [Extension of Defects Notification Period]

39) 참고로 우리나라에서는 민법 제670조에 의해 수급인의 하자담보책임이 1년으로 정해져 있지만 임의규정이므로 실제 1년으로 하자담보책임기간이 정해지는 경우는 매우 드문 것 같다. 관급공사인 경우는 공사의 종류별로 그 하자담보책임기간이 법정되어 있다 (국가를당사자로하는계약에관한법률 제60조). 건설산업기본법 제28조에도 이와 유사한 하자담보책임기간이 정해져 있는데 이는 임의규정이므로 당사자가 달리 합의하는 것도 가능하다 (건설산업기본법 제28조 제3항). 또한 공동주택의 경우에는 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 시설구분에 따른 하자보수책임기간이 법정되어 있다 (주택법 제46조 제3항, 동법시행령 제59조 제1항, 별표6).

40) 국제관행보다 긴 하자보수책임기간을 규정하게 되면 늘어나는 기간만큼 비용인상요인이 생기게 된다. 대부분 해외제작업체들은 국내업체와 비교해 원격지 또는 비싼 인건비 등의 요인으로 인해 유지보수비용이 크기 때문에 비용인상요인이 그 만큼 크게 작용한다. 만약 한 국건설시장이 개방된다면 이 부분이 더 큰 문제로 부각될 수도 있다.

4. Liquidated Damages

Liquidated Damages에는 크게 두 종류가 있는데, 하나는 시공자의 귀책으로 인한 완공지연에 대한 손해배상액을 미리 예정하는 것인데 이는 지체상금이라 불린다. 다른 하나는 주로 산업설비용 플랜트 공사에서 완공된 공사목적물의 성능미달에 대한 손해배상액의 예정이 있다⁴¹⁾. 지체상금은 일당 또는 주당 계약금액의 일정비율의 금액이 부과된다.⁴²⁾ 지체상금은 계약이 해지되는 경우를 제외하고는 지연에 대한 유일한 손해이다.⁴³⁾

Liquidated Damages는 손해배상액의 예정으로 번역될 수 있는데, 영미법상으로는 Liquidated Damages가 계약위반당사자로 하여금 계약이행을 강제하기 위한 수단인 위약벌(penalty)로 인정되면 무효이다⁴⁴⁾. 이러한 손해배상액의 예정조항에 의해 손해배상액의 산정이나 인과관계의 입증이라는 일반 손해배상에서의 어려운 문제들을 피할 수 있다.⁴⁵⁾ 하지만, 대륙법은 이처럼 위약벌을 무효로 하는 법리를 알지 못한다.⁴⁶⁾

이처럼 Liquidated Damages에 대해서는 법계에 따라서 큰 차이가 있으므로 계

-
- 41) FIDIC New Yellow Book과 Silver Book 제12.4조에 non-performance damages라 하여 계약특수조건에서 정한 경우에 이러한 종류의 liquidated damages가 부과되기도 하는데 완공된 공사목적물의 성능이 발주자가 요구하고 시공자가 약속한 수준에 미달하는 경우 그 미달 정도에 비례해서 부과된다.
- 42) 통상 일당 계약금액의 0.1% ~ 0.3% 정도가 부과된다.
- 43) FIDIC 제8.7조 [Delay Damages]
- 44) 영미법계에서는 계약손해는 보상되어야 하지만 처벌되어서는 안된다는 강력한 법리가 바탕에 깔려 있다고 한다. G.D. Schaber & C.D. Rohwer, *Contracts in a Nutshell*, West Pub, 1990, §132; 오원석, “국제물품매매계약에서 Liquidated Damages Clauses(LD 조항)의 유효성과 실무적 적용에 관한 연구”, 한국무역상무학회, 무역상무연구 제17권(2002.2), 79면. 재인용.
- 45) G.H. Treitel (주28), pp.898-899.
- 46) 독일민법 제341조 제1항은 “채무자가 채무를 적절하게 이행하지 아니한 경우, 특히 정해진 시기에 이행하지 아니한 경우에 대하여 위약금을 약속한 때에는 채권자는 발동한 위약금을 손해배상과 아울러 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. (양창수 역, 「독일민법전」, 박영사(2002), 179면.) 한국법상으로는 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정되며(민법 제398조 제4항), 손해배상액의 예정이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항). 또한 손해배상액의 예정이 민법 제104조의 제한, 즉 타인의 경솔공박무경험 등을 이용하는 폭리행위로 간주되어, 손해배상액의 예정이 무효로 될 수도 있다. (곽윤직, 「채권총론」, 제6판, 박영사, 123면.)

약서 준거법에 따라 그 법률효과가 다를 수 있음에 유의하여야 한다. 이와 같은 연유로 해서 영미법계 변호사들은 Liquidated Damages를 정할 때, 계약위반 시 발생하게 될 손해를 비교적 정확하게 예측하여 정하려고 노력하는 경향이 있다. 물론, 실제 발생한 손해가 예측한 것과 반드시 정확하게 일치할 필요는 없다.

한편, UNIDROIT Principles 제7.4.13조(Agreed payment for non-performance)는 원칙적으로 위약벌 조항(penalty clause)의 효력을 인정하고 다만 그 액수가 실 손해에 비해 과도하게 많은 경우 이를 합리적인 금액으로 감액할 수 있도록 하고 있다⁴⁷⁾.

통상 시공자를 보호하기 위해 Liquidated Damages가 계약금액의 일정 %(보통 10%)에 도달하는 경우 더 이상 발생하지 않도록 하는 한도가 설정된다. 이 경우 발주자는 계약해지 권한을 갖는다.

5. 시공자의 설계책임(Contractor's Design Responsibility)

Design-Build 공사라 하더라도 시공자는 발주자나 발주자의 컨설팅 엔지니어가 작성하는 발주자 요구조건서에 따라 설계를 하게 된다. 이러한 발주자 요구조건서는 성능요구기준 또는 설계기준 등을 포함하게 된다. 그리고 이러한 발주자 요구조건서는 설계 관련해서 시공자와 발주자의 책임을 구분하게 되는 중요한 문서임을 앞서 말한 바 있다.

그런데 Silver Book 제5.1조는 이러한 발주자 요구조건서의 오류, 부정확, 누락에 대한 발주자의 책임을 부인하고 이를 시공자에게 전가하고 있다. 다만, 발주자의 의도된 목적의 정의나, 성능요구기준 및 검사기준에 대해서는 발주자의 책임으로 하고 있다. 그 결과 발주자 요구조건서에 설계기준이 제시되어 있다 하더라도 시공자는 그러한 설계기준이 발주자가 의도한 목적 내지 성능기준을 충족시킬 수 있을지를 검토해야할 무거운 책임을 지게 됨에 유의하여야 한다.

47) 이는 한국법의 태도와 거의 유사한 것 같다.

6. 사정변경의 원칙(또는 Hardship 법리)⁴⁸⁾ 적용조항

공사계약에서 사정변경의 원칙이 적용되는 경우는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 하나는 계약체결 당시에 이미 존재하고 있었으나 당사자들이 몰랐던 사정이 계약체결 후에 발견이 된 경우⁴⁹⁾와 또 다른 하나는 계약체결 후에 계약체결의 기초가 되었던 사정이 변한 경우인데 둘 다 원래 계약내용대로 이행을 하게 한다면 일방 당사자에게 심히 불공정한 결과를 초래하게 되는 경우에 불이익을 당하게 될 당사자의 의무이행을 면하게 해주거나⁵⁰⁾ 계약의 재협상을 가능하게 하는⁵¹⁾ 법리를 말한다. 예견할 수 없는 지반조건이 전자에 해당한다면, 법률의 변경, 물가상승보상, 화석의 발견 등이 후자에 해당하는 것들이다.

실무에서 사정변경의 원칙과 후술하는 불가항력을 동시에 고려할 수 있는 경우가 발생하는데, 이 경우 그러한 사건의 발생으로 인하여 영향을 받는 당사자가 어떤 구제방법을 사용할 것인지 결정하게 된다.⁵²⁾ UNIDROIT Principles에 따르면 만약 불가항력을 주장한다면 그것은 불이행에 대한 면책에 관련한 것인

48) 영미법상으로 impracticability, frustration of the purpose, 대륙법상으로는 imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, 사정변경의 원칙 등으로 불리는데, UNIDROIT Principles에서는 이를 hardship이라는 용어로 통일을 시도하고 있다. 참고로 UNIDROIT Principles 제6.2.2조의 hardship의 정의를 소개하면 다음과 같다.

일방당사자의 의무이행비용을 증가시키거나 일방당사자가 수행하는 급부의 가치를 감소시킴으로써, 계약의 형평성을 근본적으로 변경시키는 사건이 발생하고 또 다음과 같은 요건이 충족되는 경우 hardship이 존재한다.

- (a) 그러한 사건이 계약체결 후에 발생하거나 불이익을 당할 당사자에게 알려지고
- (b) 그러한 사건이 계약체결 당시에 불이익을 당할 당사자에 의해 합리적으로 고려될 수 없었고
- (c) 그러한 사건이 불이익을 당할 당사자의 통제범위 밖에 있으며
- (d) 그러한 사건에 대한 위험이 불이익을 당할 당사자에 의해 인수되지 아니하였던 경우.

49) 이는 착오(mutual mistake)의 법리에 의해서도 설명이 가능하다.

50) I.N. Duncan Wallace (주8), pp.633-635. Wallace는 이를 frustration 법리 하에서 설명하고 있는데 당사자의 이행의무가 면제된다고 설명한다.

51) UNIDROIT Principles 제6.2.1조는 “계약의 이행이 당사자 일방에게 보다 부담이 되는 경우에도, 그 당사자는 그럼에도 불구하고 Hardship의 규정에 따라 그의 의무를 이행하여야 한다”라고 하여 hardship의 경우에도 계약은 여전히 이행되어야 함을 선언하고 있고 제6.2.3조에서 hardship의 효과로 계약재협상에 대해 규정하고 있다. 보다 자세한 것은 안강현, “UNIDROIT 국제상사계약원칙에 있어서의 hardship”, 상사법연구 제21권 제1호 (2002), 197면 이하를 참조하시기 바란다.

52) 서헌재, 「국제거래법」, 법문사 (2003), 123면.

반면 hardship을 주장하면 사정변경에 불구하고 계약이 여전히 존재함을 전제로 그 계약내용에 대한 재협상을 목적으로 하는 것이 된다고 한다.⁵³⁾

참고로 FIDIC은 사정변경으로 인해 당사자의 의무이행을 면제해주기 보다는 공사비 증액 또는 공기연장을 인정해주고 있으므로 이 점에서 UNIDROIT Principles의 hardship과 같은 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다.

(1) 현장자료(Site Data)

시공자가 설계를 하는 Design-Build 공사라 하더라도 발주자가 지반굴착자료(boring log)를 포함한 현장에 대한 자료를 입찰참여자에게 배포하고 입찰참여자는 이에 의거 기본설계를 하고 견적금액을 결정하는 경우가 많다. 그렇게 하는 것이 입찰에 참여하는 입찰자가 저마다 비용을 들여 현장조사를 하는 것보다 경제적이고 합리적이기 때문이다. 그런데 이 때, 발주자가 제시하는 현장자료는 단지 참고용(reference only)일 뿐이며 현장자료의 해석과 정확성, 충분성, 완전성에 대한 책임은 시공자(입찰자)에게 있으며, 이 경우 필요하다고 판단되면 시공자(입찰자)의 비용으로 추가조사를 하라고 규정하는 경우가 많다. 이는 설계책임을 지는 시공자에게 상당히 가혹한 결과를 초래할 수 있는 조항임에 유의하여야 한다.

만약 공사수행 도중에 현장 조건이 발주자가 제시한 현장자료와 상이한 경우 그로 인해 공기가 지연이 되고, 공사비가 증액이 되는 경우에 그 책임을 누가 지느냐의 문제인데 경우에 따라서 그 결과는 엄청날 수도 있음에 유의하여야 한다. 예를 들어 Design-Build 또는 Turnkey 계약인 경우 설계책임을 시공자에게 있는데, 시공자가 발주자가 제시한 지반굴착자료에 의거해 설계를 하고 그에 따른 시공을 하였으나 지반굴착자료가 실제 상황과 달라서 공사기초부분에 대한 설계가 결과적으로 잘못되었고 그로 인해 공사목적물에 하자가 발생한 경우, 그러한 하자는 대개의 경우 심각한 하자일 것이다. 경우에 따라서는 아예 공사목적물의 인수(taking over)가 거절될 수도 있다.

53) UNIDROIT (주5), 제6.2.2조 Comment 3, pp.185-186.

이것은 다음 항에서 설명하는 예견할 수 없는 물리적 조건의 하나인 '예견할 수 없는 지반조건'(Unforeseen Ground Condition)이라 하여 상당히 오랫동안 시공자와 발주자 간의 분쟁 역사를 갖고 있는 문제이기도 하다. 특히 영미법 국가에서는 불실표시(misrepresentation) 법리에 의해 이러한 발주자의 예견할 수 없는 지반조건 관련한 책임전가 시도가 무산될 수도 있고⁵⁴⁾ 독일은 법에 의해 발주자의 책임전가가 부인되고 있다⁵⁵⁾.

FIDIC은 현장자료 관련해서 Red/Yellow Book과 Silver Book 간에 큰 차이를 보이고 있다. Red/Yellow Book 제4.10조는 시공자는 발주자가 제시한 현장 자료를 해석할 책임이 있다고 규정하고 현실적으로 가능한 범위 내에서 시공자가 입찰 또는 공사에 영향을 미칠 수 있는 모든 우연한 사정과 현장을 조사하고 필요한 정보를 획득했다고 간주하면서 그러한 현장자료로서 다음과 같은 것들을 열거하고 있다. (밑줄 필자 첨가)

- i) 지반조건을 포함한 현장의 형태와 성질
- ii) 수문학적 조건과 기상 조건
- iii) 공사와 공사에 필요한 자재의 성질과 범위 및 그 하자보수
- iv) 공사가 수행되는 국가의 법률, 절차, 노동관행
- v) 시공자가 공사를 수행하는데 필요한 전력, 수도, 수송, 현장접근, 인력 등을 확보하기 위한 요건

이에 반해 Silver Book 제4.10조는 시공자에게 발주자가 제시한 현장자료에 대한 해석 및 정확성에 대한 책임까지 부담시키고 있으며, 이에 발주자는 현장 자료에 대한 정확성, 충분성, 완전성에 대한 책임을 지지 않는다고 명시하고 있는데, 이 점에 대하여 Silver Book은 많은 비판을 받고 있다. (밑줄 필자 첨가)

54) Philip Lane Bruner, "Force Majeure and Unforeseen Ground Conditions in the New Millennium: Underlying Principles and "Tales of Iron Wars"", International Construction Law Review 2000, Lloyd's of London Press Ltd., pp.47-101.

55) Wolfgang Rosener, "Unforeseen Ground (Including Water) Conditions - Principle and Practice under German and Related Law", International Construction Law Review 2000, Lloyd's of London Press Ltd., pp.102-123.

(2) 예견할 수 없는 물리적 조건 또는 어려움(Unforeseeable Physical Conditions or Unforeseeable Difficulties)

시공자가 공사 수행도중에 계약체결 당시에 예견할 수 없었던 물리적 조건 내지 어려움을 만나게 되는 경우가 많은데, 이 경우 공기 연장과 공사비 증액이 허용되는지는 시공자에게 상당히 중요한 의미를 지닌다. 특히 땅밑 공사를 많이 수반한 프로젝트의 경우 유의해서 검토하여야 한다. 원래 전통적으로 계약서에 특별한 언급이 없으면 예견할 수 없는 물리적 조건과 관련한 위험은 발주자가 부담하는 것이 일반적인 관행인 것 같다.

FIDIC 조항은 예견할 수 없는 조건과 관련해서 New Red/Yellow Book과 Silver Book간에 커다란 차이를 보이고 있다. New Red/Yellow Book 제4.12조는 Unforeseeable Physical Conditions라는 표제 하에서 물리적 조건(Physical Conditions)을 시공자가 공사수행도중에 만나게 되는 지반조건 및 수문학적 조건을 포함한, 자연적 또는 인공적 장애물 또는 오염물이라 정의하고, 시공자가 예견할 수 없었던 불리한(adverse) 물리적 조건을 만나게 된 경우 공기연장과 공사비 증액을 허용하고 있다.

하지만, Silver Book 제4.12조는 Unforeseeable Difficulties라는 표제 하에 시공자에게 공사에 영향을 끼칠 수 있는 일체의 우연한 사정과 관련한 모든 정보를 시공자가 획득했으며, 공사를 성공적으로 완성이기 위해 필요한 모든 비용과 어려움을 예견할 전적인 책임을 진다고 간주한다고 하여 시공자에게 거의 모든 예견할 수 없는 (물리적) 조건에 대한 책임을 전가하고 있어 많은 비판을 받고 있다.

(3) 물가상승보상(Adjustments for Changes in Cost), 법률의 변경(Adjustments for Changes in Legislation), 화석(Fossils)

물가상승보상 조항은 공사 재료비와 인건비 등의 물가상승이 되는 경우 그 상승분을 보상해 주는 조항인데, 공사기간이 길면 길수록 동 조항을 둘 필요성

이 커진다.⁵⁶⁾ 특히, 공사비 원가의 구성을 감안하여 물가상승 요인에 영향을 받을 위험성이 얼마나 큰지 면밀히 검토하지 않으면 예기치 못한 손실을 입을 수 있음에 유의하여야 한다. FIDIC도 동 조항을 두고 있기는 하지만, 특별조건에서 규정하지 않는 경우 적용이 되지 않도록 하고 있다.⁵⁷⁾

물가상승이외에도 법률의 변경으로 인해 공사비가 증가하거나 화석 등 지질학 또는 고고학적인 가치가 있는 물건이 공사 도중에 발견된 경우 이 또한 공기연장 및 공사비 증액 사유가 된다.

(4) 계약통화

해외공사의 경우 USD이외의 현지화로 지급되는 경우가 많은데 이 경우 환차손 문제가 발생한다. 특히, 공사기간이 길고 현지통화의 가치변동이 심할 경우 더욱 더 문제가 되는데, 공사계약에서 환차손까지 보상해 주는 경우는 많지 않으므로, 환위험에 대한 대비책을 강구하여야 한다. 통상 가능한 한 많은 공사비를 현지화로 집행한다든지 아니면 선물 · 옵션 등 파생금융상품을 이용하여 환위험에 대비하기도 한다.

56) UNIDROIT Principles에서도 Hardship 조항은 주로 적어도 계약일방당사자의 의무 이행이 일정기간 이상에 걸치는 장기계약에서 적용이 된다고 하고 있다. UNIDROIT (주5), 제6.2.2조 Comment 5, p.187. 후술하는 계약통화나 법률의 변경 등도 마찬가지로 장기계약에서 문제가 된다.

57) FIDIC 제13.8조 [Adjustments for Changes in Cost]

7. 불가항력(Force Majeure)⁵⁸⁾

불가항력 사유가 발생하면 보통 공기연장이 인정된다. 하지만, 불가항력 사유로 인해 발생한 추가 비용 - 시공자의 간접비 - 에 대해 보상을 받을 수 있는지에 대해서는 계약서에 규정하기 나름이다. 통상 불가항력으로 인해 공사비 증액을 인정하지 아니하는 경우에는 불가항력이 일정기간 이상 지속되면 시공자에게 계약해지의 권리를 인정하여 계약관계의 구속으로부터 벗어날 수 있도록 함으로써 시공자로 하여금 불가항력 때문에 진척이 없는 공사를 위해 인적·물적 자원을 계속 대기시켜야 하는 불합리를 제거하고 있다.

이처럼 발주자나 시공자의 귀책사유 없이 공사의 이행이 후발적으로 불능하게 되는 경우는 우리 법상의 개념으로 말하자면 이른바 쌍무계약상의 위험부담의 문제에 해당한다.⁵⁹⁾ 건설공사계약도 도급계약으로서 쌍무계약에 해당하는 이상 이러한 원칙이 적용됨은 당연하다. 즉 급부(공사완성)가 불능으로 되면, 그 급부의 채무자(시공자)가 반대급부(공사대금지급) 청구할 수 없게 되는 위험을 부담하는 것이다. 그러나 건설공사의 특성상 이러한 위험부담의 법리가 그대로 적용되는 경우는 드물다. 왜냐하면, 건설공사의 경우 사실상 이행불능

58) UNIDROIT Principles 제7.1.7조의 Force Majeure를 소개하면 다음과 같다.

- (1) 일방당사자가 자신의 불이행이 그의 통제범위를 벗어나는 장애로 인한 것이라는 것과 계약체결 당시에 그러한 장애를 예측하거나, 그 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 입증하면 그 당사자의 의무이행은 면제된다.
- (2) 장애가 일시적인 것이라면, 그러한 장애가 계약의 이행에 효과를 미치는 정도를 고려한 합리적 기간동안 면제의 효과가 주어진다.
- (3) 이행을 하지 못하는 당사자는 장애와 그 장애가 자신의 의무이행능력에 미치는 영향에 관하여 타방당사자에게 통지를 하여야 한다. 만약 이행을 하지 못하는 당사자가 장애를 알았거나 알았어야만 하는 때로부터 상당한 기간 내에 타방당사자에게 통지가 주어지지 않는다면 이행을 하지 못하는 당사자는 그 불통지로부터 발생하는 손해에 대해 책임을 져야 한다.
- (4) 본 조의 규정은 당사자가 계약을 해지하거나 이행을 보류하거나 만기가 된 금액에 대한 이자를 청구할 권리를 행사하는데 아무런 영향을 끼치지 아니한다.

참고로 FIDIC 제19조의 불가항력 정의는 이러한 UNIDROIT Principles의 불가항력에 대한 정의와 매우 유사하다.

- 59) 한국민법 제537조는 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다”고 규정하여 채무자 위험부담주의를 선언하고 있다.

이란 개념은 거의 성립할 여지가 없기 때문에(건축부지가 아예 소멸된다든지 계약상 정한 건축 재료를 구할 수 없는 등의 특수한 사정이 없는 한), 시공자는 불가항력으로 공사목적물이 멸실하였다 하더라도 공사의 완성의무를 면하지 못하게 되는데, 이렇게 되면 시공자가 전적으로 위험을 부담하게 되어 불공평한 결과가 초래된다. 따라서 건설공사에서의 위험부담문제는 불가항력 사유가 발생한 경우에 그로 인한 비용의 증가 등 손실을 누가 부담하는가의 문제라고 할 수 있다.⁶⁰⁾ 참고로 FIDIC 제19.7조에는 불가항력 등 당사자들의 통제범위 밖의 사유가 발생하여 당사자 일방 또는 쌍방의 의무이행이 불가능하게 되거나 불법적으로 되는 경우 또는 추가적인 의무이행으로부터 면제되는 경우 이미 이행한 공사에 대해 시공자에게 기성지급이 이루어져야 함을 명시하고 있다.

FIDIC은 불가항력 사유 발생의 경우 공기연장과 공사비 증액을 인정하고 있을 뿐만 아니라⁶¹⁾, 불가항력 사유의 지속기간이 84일 이상이 되면 계약당사자 쌍방이 임의로 계약을 해지할 수 있도록 하고 있다.⁶²⁾

주의할 것은 불가항력 사유 발생시 발주처에 일정기간 내에 통보를 하지 않으면 발주자에 대해 불가항력을 주장할 수 없도록 규정하고 있는 경우가 많다는 점이다. FIDIC에서는 일방 당사자가 불가항력 사유를 알았거나 알았어야만 하는 때로부터 14일 이내에 상대방에게 통지를 하도록 규정하고 있다.⁶³⁾

8. 계약변경(Variation)

발주자가 원래의 공사의 범위를 축소 또는 확대를 시키기 원하는 경우에 또는 시공자의 요청에 의해 당초 계약을 변경하는 절차를 규정한 조항이다. 시공자가 i) 계약변경에 의해 요구되는 자재를 쉽게 구하기 어렵다거나⁶⁴⁾, 그러한 ii) 계약변경이 공사목적물의 안전성이나 적합성을 감소시킨다거나 iii) 공사목

60) 윤재윤 (주7), 177면.

61) FIDIC 제19.4조 [Consequences of Force Majeure]

62) FIDIC 제19.6조 [Optional Termination, Payment and Release]

63) FIDIC 제19.2조 [Notice of Force Majeure]

64) FIDIC New Red Book 제13.1조 [Right to Vary]

적물의 성능보장기준을 충족시키는데 부정적인 영향을 미친다는 등의 사유가 없는 한, 시공자는 발주자의 계약변경 요청에 응하여야 한다.⁶⁵⁾

발주자가 다른 시공자에게 (예를 들어 더 낮은 가격을 제시하는) 공사의 일부를 떼어 주기 위해 공사범위를 축소하는 계약변경을 지시하는 경우도 종종 있으므로 시공자를 보호하기 위해 그러한 계약변경은 허용되지 않는다는 조항이 필요하다.⁶⁶⁾

9. 시공자 클레임(Contractor's Claim)

시공자가 공기연장이나 계약금액의 증액을 요청할 권한이 있는 경우에(그러한 사유는 계약서에 해당하는 각 조항마다 분산 규정되어 있다), 시공자가 따라야 하는 절차를 규정한 조항이다. 실무상으로 해외공사현장에서 계약서상에 규정된 이러한 절차를 준수하지 못하여 정당하게 인정받을 수 있는 Claim을 인정받지 못하는 경우가 많다.

FIDIC에 따르면, 시공자는 Claim 권한이 있는 상황에 대해 알았거나 알 수 있었던 때로부터 늦어도 28일 이내에 발주자에게 통지를 해야 하고 42일 이내에 시공자는 Claim에 대한 상세한 내용과 그를 뒷받침하는 자료 그리고 요청하는 연장기간일수 및 공사비증액 요구분을 제출하도록 규정하고 있다. 시공자가 계약서에 규정하는 기간요건을 포함한 Claim 절차에 따르지 않는 경우, 공기연장 또는 공사비 증액을 인정받지 못한다.⁶⁷⁾

10. 감리자(Engineer)

FIDIC New Red/Yellow Book은 영국 ICE 표준계약조건의 영향을 받아, 감리자를 두고 있다. 원래 FIDIC Red Book에서는 감리자는 발주자의 대리인

65) FIDIC New Yellow/Silver Book 제13.1조 [Right to Vary]

66) FIDIC 제13.1조 [Right to Vary]

67) FIDIC 제20.1조 [Contractor's Claim]

(agent) 및 독립된 인증자(certifier) 두 가지 역할을 하게 되어 있었다. 사실 이러한 감리자의 이중 역할을 둘러싸고 FIDIC 내·외부에서 많은 논쟁이 있었다. 그 하나의 예로서 감리자는 계약의 당사자가 아니므로, 감리자가 계약에서 정한 바대로 어떤 결정을 내리거나 인증서를 발급할 것을 발주자가 보장해야 한다. 하지만 발주자는 감리자가 내린 결정의 내용에 대해서는 책임이 없다. 다시 말해서 감리자가 올바르게 행동할 것에 대해까지 책임을 지지 않는다. 따라서, 발주자는 추후 분쟁해결절차에서 중재인이 감리자의 결정을 뒤집는다고 해서 계약위반을 한 결과가 되지는 않으므로⁶⁸⁾, 시공사 입장에서는 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

FIDIC Red Book 제2.6조는 감리자가 공정하게(impartially) 행동할 의무를 부과하는데, 감리자가 계약의 당사자가 아니므로 이 또한 발주자에게 부과된 의무라고 봐야 하므로 발주자는 감리자가 공정하게 행동하도록 보장해야 한다. 그런데 공정(impartiality)과 올바름(fairness or correctness)은 구별되어야 한다. 상당히 많은 감리자의 결정이 재량적인 사항들이기 때문에, 객관적으로 옳은 결정이란 있을 수 없는 경우가 많다. 반면 공정(impartiality)은 감리자가 그 결정을 내리는 과정에 초점을 맞춘다. 즉, 감리자는 어느 한쪽에 치우치지 않고 공정하게 사안에 접근을 해야 한다는 것이다.⁶⁹⁾ 발주자에 의해 고용되고 발주자로부터 수수료를 지급받는 감리자가 과연 현실에서 얼마나 공평한 태도를 견지할 수 있는지 의문시 되는 경우가 많았던 것이 사실이다.

이와 같은 감리자에 대한 논쟁을 의식해서 FIDIC은 1999년 새로운 표준계약 조건을 만들면서, “감리자가 계약에 명시 또는 묵시된 의무를 수행하거나 권한을 행사할 때, 발주자를 위해 행동하는 것으로 간주된다”는 규정을 둬으로써⁷⁰⁾, 감리자를 둘러싼 상기와 같은 문제를 어느 정도 해결하고 있다.⁷¹⁾

68) E.C. Corbett, 「FIDIC 4th-A Practical Legal Guide, A Commentary on the International Construction Contract」, Sweet & Maxwell (1991), pp.56-57.

69) E.C Corbett,(주68), p.57.

70) FIDIC New Red/Yellow Book 제3.1조 (a)

71) E.C. Corbett, "FIDIC's New Rainbow-An Overview of the Red, Yellow, Silver and Green Test Editions", International Construction Law Review Vol.16, p.42.

한편 한국의 감리는 FIDIC에서의 감리자와 여러 가지 면에서 다르다는 사실에 유의하여야 한다. 한국의 감리제도는 건축물의 건축이 통상 공공의 안녕, 또는 질서에 영향을 줄 수 있다는 전제 하에 그 위험을 방지하기 위한 건축규제법의 일환으로 발전되어온 제도로서 현실적으로 공사감리는 건축주에 대해서는 법적·기술적 측면에서 건축공사를 보조하는 위치에, 건축허가권 혹은 신고수리권을 가진 행정청에 대해서는 그 행정청을 대신하여 건축공사가 허가 혹은 신고된 내용대로 이행되고 있는지 여부를 감시·감독하는 위치에 있는 것으로 해석된다.⁷²⁾⁷³⁾

이러한 강행적인 감리제도를 알지 못하는 국내의 외국계 발주처나 금융기관은 한국의 감리제도를 이해하는데 상당한 어려움을 겪는 형편이다. 특히, 한국 법상 감리에게는 상당히 광범한 권한이 부여되어 있고 심지어 감리는 공사를 중지시킬 수도 있는데 만약 그러한 권한 행사가 남용으로 판명되는 경우⁷⁴⁾, 발주자가 시공자에 대해 감리의 권한남용에 대한 책임이 있는지 여부가 문제가 될 수 있는데, 사전으로 감리계약은 일종의 위임계약이고 감리가 ‘발주자로서의 감독권한을 대행’하는 범위 내에서는 발주자가 시공자에게 책임을 지는 것이 타당하지 않을까 생각되지만, 보다 깊이 있는 연구가 필요한 부분이다.⁷⁵⁾

72) 손우태, “건축규제법리에 관한 연구”, 1면, 57면 등, 단국대학교 박사학위 논문(1992.8.); 윤재운 (주7), 388면 재인용.

73) 우리나라의 현행 감리제도는 크게 민간인이 행하는 중·소규모 건축공사에 적용되는 건축사법에 의한 감리와 공공건설공사 및 대규모 주택공사·다중이용건축물에 적용되는 건설기술관리법이나 주택건설촉진법에 의한 책임감리로 구분된다(윤재운 (주7), 389면). 이외에도 건설산업기본법 제26조 제2항에 의해 “대규모 복합공사로서 공항, 고속철도, 발전소, 댐 또는 플랜트공사의 건설사업관리자가 건축사, 기술사 등 관계법령에 의한 설계 또는 감리업무를 수행할 수 있는 기술인력을 갖춘 경우에는 건축사법 제23조 제1항 또는 건설기술관리법 제28조 제1항의 규정에도 불구하고 설계 또는 감리업무를 함께 위탁받아 수행할 수 있다”고 규정하여 이른바 CM(Construction Management)으로 불리는 건설사업관리제도에 흡수·통합된 감리제도도 인정하고 있다(윤재운 (주7), 395면).

74) 한국법상 감리에게는 FIDIC의 감리자(Engineer)와는 달리 상당히 공사와 관련하여 매우 광범한 권한이 부여되어 있는데 심지어는 발주자의 의사와는 상관없이 공사를 중지시킬 수도 있다.

75) 국내의 외국계 발주처나 국내 BOT 프로젝트에서의 외국계 대주단은 이러한 국내 감리제도에 대해 많은 의문점을 표시하고 있는 실정이다.

11. 준거법

국제건설계약의 준거법은 발주자 국가의 법, 좀 더 정확하게 말하자면 공사가 수행되는 장소의 법이 지정이 되는 경우가 많다. 다만, 공사가 수행되는 장소와 관련이 없는 법이 준거법으로 지정되더라도 그 나라의 세법, 노동법, 환경관련법, 건축관련 행정규제법, 외환관리규정 등의 강행법규는 당사자들의 준거법 지정과 무관하게 적용된다⁷⁶⁾. 준거법이 외국법인 경우, 입찰 전 견적 단계에서 그 국가의 법에 대한 최소한의 사전조사를 하는 것이 필요하고, 특히 익숙하지 않은 외국법이 준거법으로 지정된 경우 현지 변호사의 도움을 받는 것이 바람직하다.

현지에서 공사를 하여 발생한 수익을 본국으로 송금할 때, 발주자 국가의 외환규제 때문에 송금자체가 매우 까다롭거나⁷⁷⁾, 송금세⁷⁸⁾ 때문에 큰 비용이 드는 경우가 많으므로 그 나라의 외환관리 실태 및 우리나라와 조세조약체결여부를 비롯한 현지 세법에 대한 사전조사가 필요하다.

특히 중동국가지역의 공사를 하는 경우, 이른 바 ‘현지우대원칙’(Local Preference Rule)이라 하여 일정비율 이상의 현지인을 고용하거나 현지 자재를 사용할 것을 법상 요구하는 경우가 많으므로 사전에 이를 정확히 파악하여⁷⁹⁾

76) 이처럼 당사자들의 준거법 지정으로 배제할 수 없는 강행법규를 국제적 강행법규라 한다. 국제적 강행법규의 개념에 대해서는 석광현, “섭외사법의 개정에 관한 입법론”, 「국제사법과 국제소송」 제2권 [1], 35-39면 참조.

77) 예를 들어, 중국에서는 프로젝트별로 조세완납증명서를 발급받아야만 과실에 대한 해외송금이 가능한데, 종래 조세완납증명서 발급절차가 지연됨으로써 과실에 대한 해외송금이 매우 까다로웠다는 사실에 유의할 필요가 있다.

78) 송금세에 대해 좀 더 자세하게 설명하면, 외국법인이 현지에서 공사를 수행하게 되는 경우, 고정사업장이 있는 것으로 간주되면(OECD 모델협약에 Article 5.3에 따르면 건축현장이나 건설 또는 설치 프로젝트가 12개월을 초과하여 존속하는 경우 고정사업장(permanent establishment)으로 간주되는 반면, 우리나라는 법인세법 제94조 시행령 제133조에 의해, 6개월을 초과하여 존속하는 경우 국내 고정사업장이 있는 것으로 간주된다), 현지국가가 그 외국법인의 고정사업장에 대해 법인세를 과세하게 되고 그 외국법인이 법인세를 낸 후 수익을 본국 또는 제3국에 송금할 경우 이는 배당에 해당하므로, 그 외국법인의 고정사업장은 현지세법에 따라(조세조약이 있다면 그 조세조약에 따라) 배당소득세를 원천징수하게 된다.

79) 개별 중동국가마다 그 세부내용이 다르다.

견적금액에 반영하는 것이 필요하다.

또한 국제건설계약에서 준거법과 관련하여 고려해야 할 점으로서는, Unidroit Principles의 적용가능성이다. Unidroit Principles는 국제조약처럼 법적인 구속력은 없지만, 계약당사자들이 법의 일반원칙(general principles of law) 또는 상관행(lex mercatoria)⁸⁰⁾에 의해 계약이 규율된다고 합의한 경우 적용될 수 있다.⁸¹⁾ 만약 당사자들이 자신들의 계약이 Unidroit Principles에 의해 규율된다고 합의한 경우에 그 효력은 어떻게 될 것인가에 대해서는 분쟁해결절차를 무엇으로 하느냐에 따라 그 답이 다르다. 법원에 의한 분쟁해결을 정한 경우에는 Unidroit Principles와 같은 법의 일반원칙 또는 상관행을 준거법으로 지정하는 것이 허용되지 않으며 다만, 실질법적 지정으로 Unidroit Principles가 계약의 내용으로 편입되는 효과가 발생할 수 있다. 하지만, 중재를 분쟁해결절차로 지정한 경우에는 중재인은 어떤 특정 국가의 법 이외에도 이러한 법의 일반원칙 또는 상관행을 적용하여 중재판정을 내리는 것이 가능하다고 보는 것이 일반적이다⁸²⁾. 앞에서 설명한 것처럼 심지어는 어떤 특정 국가의 법이 준거법으로 지정된 경우에도 중재인은 그 법이 아니라, Unidroit Principles와 같은 법의 일반원칙 또는 상관행을 적용하는 것도 가능해 보인다. 따라서 국제상사중재를 많이 활용하는 국제건설계약에서 Unidroit Principles는 상당한 의의를 지니고 있으므로 국제건설계약을 다루는 분들의 Unidroit Principles에 대한 각별한 관심과 연구가 요망된다.

80) 이는 대체로 국제상거래에서 통용되는 통일적인 규범을 의미하는 것으로 이해되는데, transnational law, international law of contracts, international lex mercatoria 또는 international trade law라고도 한다. 이를 넓게 파악하면, 통일법을 창설하는 국제조약, 법의 일반원칙, 국제법, 국제기구의 규칙과 국제적으로 흔히 사용되는 조항 등도 그에 포함될 것이나, 좁게 파악하면, 국제상거래에서 자생적으로 발생하여 발전하고 특정 국내법과 관련이 없는 일반원칙과 관행을 의미하는 것으로 이해한다. 일부 견해는 “계약은 준수하여야 한다”, “사정변경의 원칙”, “계약의 형성과 이행에 있어서의 신의칙”, “일방 계약당사자의 본질적인 채무불이행은 타방당사자를 면책시킨다”는 원칙 등을 상인법의 예로서 열거하고 있으나, 상인법의 존재를 인정하는 학자들간에도 그의 구체적인 내용에 대해서는 견해가 일치하지 않는 실정이다. 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 제8장 [12], 484면, 주38 참조.

81) UNIDROIT (주5), preamble, p.1.

82) 석광현 (주80), p.484.

12. 분쟁해결조항

국제건설계약의 분쟁해결조항으로 공사가 수행되는 국가, 즉 발주자 국가의 법원으로 관할합의를 하는 경우도 있지만, 대부분의 국제표준건설계약조건은 중재조항을 두고 있는데, 이는 법원에 의한 분쟁해결보다 건설공사에 대한 전문성이 있는 중재인에 의한 분쟁해결이 훨씬 더 타당한 결과를 얻을 수 있다는 믿음에 기초하고 있다. 중재판정은 최종적이고 당사자를 구속하는 힘이 있기 때문에 예외적인 사유가 아니고선 중재판정에 대해 법원에서 다룰 수 없다.⁸³⁾ 설령 중재인이 사실관계를 오인하거나 법적용을 잘못하여 내린 중재판정에 대해서도 대부분의 국가는 여기에 대해 법원 제소를 허용하지 않는다.⁸⁴⁾ 따라서, 유능하고 경험이 많으며 공평무사한 중재인을 선임하는 것이 타당한 중재판정을 얻기 위해서 무엇보다도 중요한 의미를 지닌다. 또한 가능하면 공사를 수행하는 국가의 중재규칙의 적용을 지양하고 국제상업회의소 중재규칙 (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce)과 같은 국제상사중재규칙을 지정하는 것이 바람직하다. 다만, 중재지법(*lex arbitri*)이 예기치 않게 당사자가 지정한 중재규칙의 적용을 배제시키는 경우가 발생하기 때문에 당사자들이 중재지를 선정할 때 그 곳의 법률에 대해 어느 정도 사전조사가 필요하다는 점에 유의하여야 한다⁸⁵⁾. 따라서 이러한 사전 조사가 여의치 않은 경우에는 비교적 국제중재지로 많이 선정이 되는 곳을 선택하는 것이 안전하다.

뉴욕협약⁸⁶⁾에 가입한 국가의 경우에는 중재판정은 판정의 실질을 재심사하

83) 그러한 예외적인 사유는 UN산하 국제거래법위원회(UNCITRAL)가 입안한 국제상사중재를 위한 모델법 (이하 “모델법”, Model Law on International Commercial Arbitration) 제34조에 규정되어 있는데, 중재합의 자체에 흠결이 있거나, 중재절차상의 하자가 있다든지 또는 중재판정결과가 공서양속에 반하거나 중재로 해결할 수 없는 성질의 것인 경우에 법원에 제소를 허락하고 있다. 참고로 1999년 10월 현재 30개국 47정부가 모델법을 받아들여 자국의 중재법을 입법하였다.

84) Alan Redfern & Martin Hunter, 「Law and Practice of International Commercial Arbitration」, Sweet & Maxwell (1999), pp.433-439.

85) Alan Redfern & Martin Hunter (주84), p.92.

86) 정식명칭은 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약(The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)인데, 2004년 9월, 현재 가입국수가 134개국이다.(<http://arbiter.wipo.int/arbitration/ny-convention/parties.html> 참조)

지 않고, 중재합의서와 중재판정문원본이 집행국 법원에 제출됨으로써 집행될 수 있기 때문에 국제상사중재판정의 효과는 이 점에서 국제소송보다 더 강력하다고 말할 수 있다.

V. 맺는 말

이상과 같이 국제건설계약 검토 및 이행 실무상 유의해야 할 여러 가지 것들에 대해 계약서를 구성하는 주요 항목별로 간략하게 쟁점들을 짚어 보았다. 사실 본 글에서 다루어진 각 항목 하나 하나가 독립적인 연구의 주제가 될 만큼 간단한 문제들이 아니라는 것은 이미 밝힌 바와 같다. 하지만, 국내에 국제건설계약에 관한 변변한 참고서적조차 제대로 없는 현실을 감안해서 아직 연구가 미흡한 부분이 많이 있음에도 불구하고 국제건설계약 실무를 취급하는 분들께 미력이나마 도움이 되었으면 하는 바람에서 서둘러 본 글을 쓰게 되었다. 앞으로 이 글이 국제건설계약 검토 실무에 종사하는 분들께 하나의 지침서로 활용이 되고, 이 글이 계기가 되어 많은 전문가들의 깊이 있는 연구가 이어지기를 희망한다.

參考文獻

< 국내단행본 >

- 곽윤직, 「채권총론」, 제6판, 박영사
권대욱, 「개방시대의 국제건설계약」, 두비 (1997)
남효순·김재형 공편, 「금융거래법강의II」 법문사 (2001)
서헌재, 「국제거래법」, 법문사 (2003)
석광현, 「국제사법과 국제소송」 제2권 박영사 (2002)
양창수 역, 「독일민법전」, 박영사 (2002)
윤재윤, 「건설분쟁관계법 -건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무-」, 박영사 (2003)
이태희, 「국제계약법」, 법문사 (2002)
한국수출입은행, 「영문국제계약해설」 (2004)
현학봉, 「건설공사 계약관리와 클레임」, 일간건설신문 (2003)

< 국내논문 >

- 김승현, “프로젝트 파이낸스와 EPC Turnkey 계약 - FIDIC Silver Book에 대한 소고”, 통상법률(2004년 8월호)
석광현, “개정중재법의 몇가지 문제점 -국제상사중재를 중심으로-”, 국제사법과 국제소송 제2권, 제8장 [12]
석광현, “국제적 보증의 제문제”, 한국무역상무학회, 무역상무연구 제17권 (2002.2)
_____, “섭외사법의 개정에 관한 입법론 -국제계약법 분야: 개정국제사법의 소개를 포함하여-”, 국제사법과 국제소송 제2권 제1장 [1]
안강현, “UNIDROIT 국제상사계약원칙에 있어서의 Hardship”, 상사법연구 제21권 제1호 (2002)
오원석, “국제물품매매계약에서 Liquidated Damages Clauses(LD 조항)의 유효성과 실무적 적용에 관한 연구”, 한국무역상무학회, 무역상무연구 제17권 (2002.2)

< 외국단행본 >

Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell (1999)

E.C. Corbett, FIDIC 4th-A Practical Legal Guide, A Commentary on the International Construction Contract, Sweet & Maxwell (1991)

G.H. Treitel, The Law of Contract, 9th ed., Sweet & Maxwell (1995)

I.N. Duncan Wallace, Hudson's Building and Engineering Contracts, 11th ed., Vol.1 & Vol.2, Sweet & Maxwell (1995)

UNIDROIT, Principles of International Commercial Contract (2004)

< 외국논문 >

E.C. Corbett, "FIDIC's New Rainbow-An Overview of the Red, Yellow, Silver and Green Test Editions", International Construction Law Review Vol.16