

국내기업의 FIDIC 이용실태와 유의사항

신현식 · 정수용 · 최대혁*

[目 次]

I. 들어가며	III. FIDIC 표준계약 이용 시 유의사항
II. FIDIC 표준계약조건의 종류 및 이용현황	1. 준거법 관련 문제
1. FIDIC 표준계약조건의 종류	2. 실무상 문제되는 FIDIC 일반조건 조항
2. FIDIC 표준계약 일반조건과 특수조건의 관계	IV. 결 론
3. 이용현황	

I. 들어가며

FIDIC (국제 컨설팅 엔지니어링 연맹, 프랑스어 Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils의 약자이며, 영문명은 International Federation of Consulting Engineers이다)은 1913년에 전세계 컨설팅 엔지니어링 업계의 공동의 이익을 증진시킬 목적으로 설립되었고, 각국의 컨설팅 엔지니어링 협회들을 그 회원으로 하고 있다. 현재 FIDIC의 회원국은 전세계에 걸쳐 94개국에 달하며, 우리나라 역시 한국엔지니어링진흥협회가 1982년 FIDIC의 회원국으로 가입하여 활동하고 있다. FIDIC의 주요목적 중 하나는 국제 컨설팅 엔지니어링 업계에서의 윤리적이고도 권위 있는 업무표준을 확립하여 컨설팅 엔지니어들의 위상을 높이는 것인데, 이러한 목적을 위하여 FIDIC은 여러 가지 종류의 건설 관련 국제표준계약조건을 작성하여 보급하고 있다.¹⁾

이러한 FIDIC의 국제표준계약조건은 일반적으로 건설 프로젝트에서 설계를 발주자 (Employer) 와 시공자 (Contractor) 중 누가 담당하느냐 및 건설공사와 관련하여 발생하는 불확실성 리스크를 어느 측에서 주로 부담하느냐에 따라 여러 가지 종류가 존재한다. 이러한 계약조건들은 보통 FIDIC에서 표준계약조건을 책자로 출간 할 때의 표지 색에 따라 Red Book, Pink Book, Yellow Book, Gold Book, Silver Book, Green Book 등으로 통칭되고 있다. 일반적으로 국제건설계약은 FIDIC 표준계약조건을 직접 사용하지는 않는다고 하더라도 건

[논문접수일: 2013. 7. 1. / 심사개시일: 2013. 7. 6. / 게재확정일: 2013. 7. 24.]

* 제1저자: 정수용, 공동저자: 신현식, 최대혁

1) FIDIC 홈페이지(<http://fidic.org/about-fidic>) 소개글 참조

설공사의 종류에 따라 적절한 FIDIC 표준계약조건을 선택한 후, 이를 기초로 당사자들 간의 적절한 계약조건 협상을 거쳐 변경된 계약서를 사용하는 경우가 상당히 많다. 우리나라의 건설업체들 역시 해외진출이 점점 늘어나게 됨에 따라 FIDIC의 표준계약조건을 널리 사용하고 있으며, 일부 표준계약조건은 계약조건 전문의 번역본이 출간되어 있기도 하다.

이와 같이 국내 건설사들의 FIDIC 계약 이용이 늘어남에 따라 FIDIC의 각종 표준계약조건들에 대해서는 이미 많은 연구결과들이 존재하는 상황이다. 그러나, 대부분이 건설 프로젝트의 관리 측면이나 리스크 배분 차원에서 개별 표준계약서들의 차이점이나 유의할 사항을 정리한 것이고, FIDIC 계약의 조항 별로 법률적으로 문제가 될 수 있는 사항을 분석한 연구결과는 그리 많지 않은 것으로 보인다. 그런데, FIDIC 계약은 그 모태가 영국의 엔지니어링 단체가 작성한 표준약관인 ICE(Institute of Civil Engineer) 계약조건이라는 점을 보아도 쉽게 알 수 있듯이 대륙법계(Civil Law)인 우리나라에서 그다지 친숙하지 않은 영미법(Common Law) 상의 개념을 다수 사용하고 있으며, 그 결과 실제 건설관계 분쟁의 국면에서는 같은 FIDIC 표준계약조건을 사용한다고 하더라도 발주자 국가의 법체계와 시공사 국가의 법체계가 다름으로 인하여 수많은 문제가 발생하게 된다.²⁾

이 글의 목적은 국내 건설업체들이 FIDIC 표준계약조건을 이용함에 있어서 유의하여야 할 사항을 검토하는 데에 있다. 이를 위하여 일단 국내 건설업체들의 FIDIC 표준계약조건 이용 현황 및 상황에 따라 국내 건설업체들이 현재 존재하는 여러 종류의 FIDIC 표준계약조건 중 어떠한 계약조건을 사용하여야 하는지를 검토하기로 하고, 다음으로 FIDIC 표준계약조건 별로 유의하여야 할 개별조항을 검토해 보기로 한다.

II. FIDIC 표준계약조건 종류 및 이용현황

1. FIDIC 표준계약조건 종류

현재 주로 사용되고 있는 FIDIC 표준계약조건은 1999년에 발간된 개정신판 계약조건이며, 통칭 New FIDIC이라고 불린다.³⁾ New FIDIC은 다음과 같은 계약서들로 구성되어 있다.⁴⁾

2) 영미법계와 대륙법계의 가장 대표적인 법률문화적인 차이는 다음과 같다. 대륙법계에서는 법 적용에 있어서 일반적이고 추상적인 법원칙(예컨대, 손해배상청구는 청구자의 손해와 대응관계에 있어야 한다든지 등의)을 중시하는 데 비하여 영미법계에서는 이러한 추상적인 법원칙보다는 절차적인 정의를 훨씬 중요시 한다. 즉, 대륙법계 국가에서는 실체법이 전면에 서게 되고 소송은 독자적인 가치를 가지지 않는 실체법의 실현을 위한 수단으로 여기는 경향이 강한데 비하여 영미법계에서는 절차법 그 자체에 주안점을 둔다. 자세한 것은 Eugen Bucher, 최병규 번역, 영미법과 대륙법의 대조성, 고려대학교 법학논집 제32집(1996), 123면, 136면 참조.

이러한 양 법계의 차이는 FIDIC의 이해에 있어서도 상당한 차이를 가져오는데, 대륙법계 국가의 법률가들은 FIDIC에 규정된 클레임 등을 제기하기 위한 절차규정이 실체법상의 권한을 제한하는 것으로까지는 해석하지 않으려는 경향이 강한데 비하여 영미법계에서는 FIDIC의 절차법 관련 규정 위반은 종종 청구 자체를 제한하는 근거가 되기도 한다. 자세한 내용은 후술하기로 한다.

- (i) Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: The Construction Contract (the “Red Book”)
- (ii) Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (MDB Harmonised Edition)-for bank financed projects only: The MDB Construction Contract (the “Pink Book”)
- (iii) 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 (the “Yellow Book”)
- (iv) Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: The EPC/Turnkey Contract (the “Silver Book”)
- (v) Short Form of Contract: The Short Form (the “Green Book”)
- (vi) Dredgers Contract (based on the Short Form of Contract): Dredgers Contract

이외에도, 2008년 FIDIC 총회에서 채택된 건설계약에 플랜트 유지보수에 관한 내용이 추가된 Conditions of Contract for Plant and Design-Build-Operation(the “Gold Book”) 및, 공사가 아닌 설계 등의 용역에 적용되는 Client/Consultant Model Services Agreement(the “White Book”)도 존재한다. 그리고, 위 각 표준계약조건과 관련하여 시공자가 수주한 공사업무의 일부를 하도급할 때 쓰이는 FIDIC Sub-Consultancy Agreement (용역하도급계약서)와 여러 건설업자들이 공동수급체를 구성하여 공사를 수주할 때 쓰이는 FIDIC Joint Venture (Consortium) Agreement (“JVA”)도 널리 사용되고 있다. 다만, White Book은 설계관련 용역계약에 사용되는 표준계약 양식이고, JVA도 건설공사를 공동으로 수행하는 공동 수급체의 규율에 대한 계약이어서 종합적인 해외건설계약을 다루고 있는 이 글의 내용과는 큰 관련이 없는 것으로 판단되어 별도로 논의하지 않기로 한다. 이하에서는 위 계약들에 대한 간단한 설명과 특징을 개괄해 보기로 한다.⁵⁾

3) 1999년 이전에는 (i) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction: The Red Book (1987), (ii) Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works including Erection on Site: The Yellow Book (1987), (iii) Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey: The Orange Book (1995) 등의 표준계약이 존재하였다. 이를 일반적으로 FIDIC Old Book이라고 통칭하는데, 현재까지도 위와 같은 구 표준계약들이 사용되고 있기는 하나, 현재 대부분은 1999년 발간된 New FIDIC으로 대체된 것으로 보여, 이 글에서는 별도로 Old FIDIC에 대한 내용은 다루지 않기로 한다. 참고로, New FIDIC의 제정 당시 턴키(Turn-key) 계약에 적용되는 Silver Book이 시공자에게 과도하게 건설 프로젝트의 리스크를 부담시킨다는 이유로, 건설업체의 입장에서는 Silver Book 보다는 Old FIDIC의 Orange Book 사용이 권장되기도 하였으나 실무상 현재까지 Orange Book이 널리 쓰이고 있지는 않은 것으로 보인다. 보다 자세한 Old FIDIC과 New FIDIC의 주요 차이점에 대해서는 이종욱, New FIDIC 제정의 이해와 시사점-해외건설시장 진출 시의 유의사항-, 건설산업동향 2003-10 참조.

4) FIDIC 공식 홈페이지(<http://fidic.org/node/149>)의 분류에 따른 것이다.

5) 아래의 내용 역시 모두 FIDIC 홈페이지의 표준계약 설명에 따른 것이다.

(1) Green Book / Dredgers Contract

FIDIC 표준계약조건을 선택하는 첫 번째 조건은 공사금액과 작업의 반복성과 단순성 등의 난이도와 관련된다. Green Book은 공사금액이 미화 500,000달러 이하로 비교적 소액이고, 공사기간도 6개월 미만인 건설공사를 위하여 작성된 표준계약이다. 일단, 금액이 작고 공사기간도 단기이면, 발주자가 설계업무를 담당하는지 여부 및 건설공사에 전기나 기계공사 등이 포함되는지 여부와 상관 없이 Green Book의 사용을 추천하는 것이 FIDIC의 입장이다. 이러한 공사의 대표적인 예로는 준설공사계약을 들 수 있는데, FIDIC은 준설공사에 대해서는 Green Book에 기초하여 별도의 'Dredgers Contract'라고 하는 표준계약을 준비하고 있다. 이와 같은 Green Book의 내용은 다른 표준계약서, 특히 Red Book의 내용을 공사규모 등에 비추어 단순화한 경우가 많으므로 별도로 검토하지는 않기로 한다.

(2) Red Book / Pink Book

비교적 대규모의 장기 건설공사계약에 있어서 FIDIC 계약을 선택할 때, 우선적으로 고려되는 요소는 발주자가 설계업무를 담당하느냐이다. 전통적인 사회기반시설(도로나 댐) 또는 건물의 건설에 있어서는 발주자가 설계를 담당하는 경우가 많은데, 이러한 전통적인 발주자 설계공사의 특징은, (i) 발주자에 의하여 선임된 엔지니어가 계약관리를 하고, 건설업무를 감독하며, 기성확인 등 지급에 대한 확인업무를 담당하고, (ii) 발주자가 건설공사와 관련된 정보에 대해 숙지하고 있어, 건설공사의 진행여부에 따른 업무량 변동에 따라 계약금액의 조정이 가능하며, (iii) 대금지급은 주로 적산서(Bill of quantities)에 따라 공사수량에 대해 일정 공사단가를 적용하는 방식(소위 “단가계약방식”)이나 총액(Lump-sum)계약이라고 하더라도 엔지니어가 기성을 승인하는 방식으로 이루어진다. Red Book은 이러한 전통적인 공사계약에 적용하기 위하여 FIDIC에 의해 작성된 표준계약이다. 한편, Pink Book은 2005년에 FIDIC이 다자개발은행(MDB: Multilateral Development Bank)⁶⁾이 MDB를 통해 자금을 조달하는 건설공사를 위하여 작성하여 라이선스를 부여한 표준계약으로 기본적으로 Red Book에 금융조달 및 자금회수를 위한 특별한 내용들을 특별조건(Particular Condition)에 추가한 표준계약이다. 현재 ADB나 The World Bank 등이 입찰을 실시할 때 표준계약(Standard Bidding Document)으로 사용하고 있다.

이러한 Red Book은 가장 기본적인 국제건설공사표준계약으로 개별적으로 문제가 되는 부분은 III. 2. 이하의 부분에서 보다 구체적으로 살펴보기로 하고, 이하에서는 그 대표적인 특징에 대하여 살펴본다.⁷⁾

엔지니어의 역할 및 권한: Red Book에 따르면 엔지니어는 발주자에 의하여 고용된 자로

6) 경제 개발 자금을 지원하는 은행으로서, 다수 차입국 또는 개도국과 다수 재원공여국 또는 선진국이 가입 자격에 제한 없이 참여하는 은행을 일컫는다. MDB들은 출자금과 차입금으로 재원을 조달해, 수익성 있고 채무 상환 전망이 확실한 사업에 한해 경제 개발 자금을 지원하고 있다.

7) 대한건설협회, 국제표준 건설공사 계약조건(2004), 해당 조항에 대한 번역본 및 이종수, New FIDIC 제정의 이해와 시사점, 건설산업동향 제16-1149호(2003. 4. 8.), 5~6면 참조

서 계약에 의하여 발주자에게 부여된 임무를 발주자를 위하여 행위를 하여야 하나(제3.1항), 엔지니어는 엔지니어와 각 당사자가 합의가 이루어지지 않은 경우에는 엔지니어는 모든 관련된 상황을 고려하여 계약에 따라 공정할 결정을 할 수 있고(제3.5항), 엔지니어의 보조자들에게 임무를 할당하고 권한을 위임하거나 그러한 할당 또는 위임을 철회할 수 있으며(제3.2항), 시공자는 계약과 관련된 어떠한 문제에 대하여도 엔지니어나 엔지니어로부터 위임 받은 보조자에 의하여 발급되는 지시를 준수할 의무가 있는(제3.3항) 등 그와 관련하여 비교적 폭넓은 권한을 행사할 수 있다.

예견할 수 없는 사태 발생시의 처리: 전쟁, 폭동, 자연력 등 합리적으로 예측할 수 없었던 사유로 공사, 물품 등에 손실이나 손상이 발생한 경우, 그에 대한 위험 및 비용은 발주자가 지게 된다. 즉, 시공자는 그러한 손실이나 손상에 대하여 즉시 엔지니어에게 통지하고 이를 교정하여야 하나 시공자는 그로 인한 지연에 대한 기한연장 및 계약금액에 포함되는 비용에 대하여 지급받을 권리를 가지며, 만약 그와 같은 위험이 (i) 계약에 명시된 경우를 제외한 발주자에 의한 본공사의 사용 또는 점유나 (ii) 발주자의 구성원 또는 발주자에게 책임이 있는 다른 자들에 의한 공사 일부의 설계에 의하여 발생한 경우에는 시공자는 비용에 대한 합리적인 이익도 포함되어 지급받을 수 있다(제17.4항). 또한 당사자들의 통제범위를 벗어나는 사건이나 상황(불가항력을 포함하나 이에 한정되지 아니함)이 발생하여 계약상 의무의 이행이 사실상 법률상 불가능해지게 되면, 당사자들은 추가 이행으로부터 면제되고(제19.7항), 통지된 불가항력으로 인하여 진행 중인 모든 공사의 시공이 84일 연속 방해 받았거나 개별적 기간의 총합이 140일 이상의 경우에는 당사자 일방은 타방 당사자에게 계약해지를 통지할 수 있고 이 경우 해지는 통지 7일 후에 효력을 발생한다(제19.6항).

계약의 해지: 발주자는 언제라도 발주자의 편의를 위하여, 시공자에게 계약해지를 통지함으로써 계약을 해지할 수 있는 권리가 있는데, 상대방의 채무불이행시 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에 비로소 계약을 해제할 수 있는 우리나라 민법의 해지·해제 관련 일반조항(민법 제544조)에 비추어 볼 때, 이러한 발주자의 임의 해지권은 매우 이례적인 조항이라 볼 수 있다. 다만 이러한 계약해지는 시공자가 계약해지 통지서를 접수한 일자 또는 발주자가 이행보증서를 반환한 일자 중 늦게 도래한 일자로부터 28일 후에 효력이 발생하며, 발주자가 자기 스스로 공사를 시공하거나 또는 다른 시공자로 하여금 공사를 시공하도록 하기 위한 목적으로는 이러한 임의 해지권을 행사할 수 없도록 함으로써 시공자에 대한 불리함을 완화하고 있다(제15.5항).

반면, 시공자는 (i) 발주자가 시공자의 요구에도 불구하고, 대가의 지급 능력을 42일 내에 증빙(Employer's Financial Arrangement)하지 않는 경우, (ii) 엔지니어가 명세서와 입증 문서들을 접수한 후 56일 이내에 관련 기성확인서를 발급하지 못한 경우, (iii) 시공자가 잠정기성확인서에 의거하여 지급받아야 할 금액을 지급기한이 만료된 후 42일 이내에 지급받지 못한 경우, (iv) 발주자가 계약에 의거한 그의 의무들을 실질적으로 이행하지 못한 경우, (v) 공사정지의 지속이 공사전체에 영향을 미치는 경우, (vi) 발주자의 파산 등 특정 사유가 발생하였을 때에만 계약의 해지가 가능하도록 하고 있다. 이 중 즉시 해지가 가능한 (v)

사유를 제외하고, 시공자는 14일간의 통지 후 계약을 해지할 수 있다(제16.2항).

분쟁의 해결: Red Book은 분쟁 발생시에는 일차적인 판정을 분쟁조정위원회(DAB: Dispute Adjudication Board)에서 행하도록 하고 있고, 이에 불복 시에 비로소 중재로써 분쟁을 해결하도록 하여, 보다 신속하고 합리적인 분쟁해결이 가능하도록 도모하고 있다(제 20.2항). 만약 DAB가 분쟁사항에 대한 결정문을 양 당사자에게 발급하였고, DAB의 결정문을 접수한 날로부터 28일 이내에 어느 일방당사자도 불만족 통지를 하지 않은 경우라면, 그러한 결정은 최종적이며 양 당사자를 구속한다(제20.3항). 언제라도 당사자들이 합의하면 공동으로 문제를 DAB에 회부하여 의견을 구할 수 있으나, 어느 일방 당사자도 타방 당사자의 동의 없이는 어떠한 문제에 대해서도 DAB의 자문을 구할 수 없다(제20.2항).

(3) Yellow Book

건물이나 사회기반시설이 아닌 플랜트 공사에 있어서는 플랜트에 설치되는 전기설비나 기계설비까지도 건설업자가 플랜트에 설치하여야 하는 경우가 많다. 이러한 경우, 시공자는 발주자가 요구하는 플랜트의 성능사양을 만족시키기 위하여 플랜트 상세설계 등의 업무를 처리하는 경우가 많다. 또한 이와 같이 시공자가 상세설계를 담당하는 공사는 전통적인 사회기반시설 공사에 대해서도 발주자가 일정한 성능사양을 시공자가 충족시킬 것을 요구하는 경우 많이 발생한다. Yellow Book은 이러한 공사에 사용되기 위하여 FIDIC이 작성한 표준계약서이다. 다만, Yellow Book이 적용되는 공사유형 역시 발주자에 의하여 선임된 엔지니어가 계약관리를 하고, 건설업무 및 전기/기계설비의 현장설치업무를 감독하며, 지급 조건 확인업무를 담당한다. 그러나, 대금의 지급방식은 총액(Lump-sum)계약을 기초로 마일스톤(Milestone) 방식(프로젝트의 진행 정도에 따라 특정 조건 성취 시에 대금을 지급하는 방식)으로 진행되는 경우가 많다.

이러한 Yellow Book의 주요 특징은 먼저, Old Yellow Book과 Old Orange Book이 각 대다수의 설계를 시공자가 시행하는 전기, 기계공사 및 1995년 이후 시공자가 주요 설계를 수행하는 디자인빌드(Design-Build) 혹은 턴키(turn-key) 공사에 적용되어 온 것과 달리, 이 두 계약조건을 대체한 Yellow Book은 발주자의 요구사항에 따라 시공자가 설계하는 모든 종류의 공사에 적용할 수 있도록 작성되었다는 점이다. 이러한 프로젝트의 대부분은 전기와 기계 관련 공사이거나 또는 토목과 건축의 조합인 경우가 많다.⁸⁾

Yellow Book이 Red Book 및 Silver Book과 상이한 점은 Yellow Book은 시공자의 제안서(Contractor's Proposal)에 계약문서가 포함된다는 점이다. 이는 시공자가 설계의 책임을 지는 디자인빌드의 특성을 살린 것으로 시공자가 공사목적물을 완성하기 위해 제안한 사항에 대하여 책임을 지도록 한 것이다. 또한 Yellow Book은 Red Book과 달리 변경 요건에 대하여 구체적으로 명시하고 있지는 않으나, 발주자의 요구사항 및 작업이 변경될 경우는 계약금액을 조정하도록 하며 이러한 계약금액의 조정에는 시공자의 합당한 이익을 포

8) Old Yellow Book: Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, 3rd Edition
Old Orange Book: Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, 1st Edition

함하도록 규정하고 있다. Yellow Book의 기타 주요사항은 아래 Silver Book의 주요내용과 비교하여 정리하였다.⁹⁾

(4) Silver Book

Silver Book은 민간투자(또는 민관합동투자) 방식으로 진행되는 BOT(Build-Operation-Transfer) 건설 프로젝트와 관련하여 프로젝트 파이낸싱(PF: Project Financing)을 통하여 사업자금을 조달하는 것을 전제로 FIDIC에 의해 작성된 표준계약이다. PF를 통해 자금을 조달하는 건설공사의 경우 사업시행자(Concessionaire)는 발주자로서 사업비를 확정하기 위해 확정금액부 공사계약을 체결하면서도 시공자가 공사에 대한 모든 책임을 부담하기를 원하는 경우가 많은데, 이러한 경우 시공자는 공사와 관련된 설계, 시공, 준공 및 하자보수와 관련된 책임을 모두 부담하면서 최종적인 공사목적물을 사업시행자에게 인도할 의무를 부담하게 된다. EPC(Engineering, Procurement, Construction)/턴키(turn-key) 계약은 이러한 맥락에서 체결되는데, (i) 이미 합의된 계약금액과 기간의 변경이 사실상 어려운 경우가 많고 (ii) 발주자가 공사업무의 일상적인 감독보다는 최종 결과가 발주자가 제시한 사양에 부합하는지에 관심이 있으며, (iii) 발주자가 공사감독이나 계약관리에 관여하는 엔지니어를 별도로 고용하지 않는 경우가 많다.

이러한 Silver Book의 주요 특징 중 하나는 다른 FIDIC 계약과 달리 엔지니어가 존재하지 않는다는 점인데, 발주자는 스스로 엔지니어의 역할을 수행하거나 또는 발주자 대리인을 임명할 수 있다. 또한 Silver Book은 EPC/턴키(turn-key) 프로젝트의 특성을 최대한 반영하였기 때문에 공사진행 도중 발생할 수 있는 대다수의 리스크를 시공자가 부담함으로써 발주자는 일반적으로 리스크 부담에 따른 더 많은 공사비를 시공자에게 지불하도록 하고 있다. 공사비 지불 방식은 총액(Lump-sum)계약을 원칙으로 한다.¹⁰⁾

Yellow Book과 Silver Book 모두 공사목적물의 용도에 맞는 설계를 요구하고 있으나, Yellow Book에서는 발주자 요구사항에 대한 정확성의 책임이 궁극적으로 발주자에게 있는 것과 달리, Silver Book에서는 시공자가 계약 전에 발주자가 제공한 모든 자료를 확인하고 검토해야 하며 모든 필요한 자료도 입수하여야 한다. 그리고, 계약 서명 후에는 시공자가 확인할 수 없었던 사안을 제외하고, 설계기준(design criteria)과 계산(calculation)을 포함하여 발주자 요구사항의 정확성뿐만 아니라 시공자의 설계에 대해서도 책임을 진다.

또한, 입찰 시 경험 있는 시공자가 예측하지 못한 사항을 공사 도중 발견한 경우, Yellow Book이 공사기한 및 공사금액의 조정을 허용하는 것과 달리 Silver Book에서는 시공자에게 어떠한 보상도 허용하지 않고 있으며, 공사기한은 발주자에 의한 변경, 계약조건에 명시된 사항, 발주자의 인원에 의한 공사의 방해와 지연 및 관련기관에 의한 지연 등 명시적으로 규정하고 있는 사항에 대하여만 연장을 허용하고 있다.¹¹⁾

9) 이종수, 전계논문 6면(Yellow Book과 Silver Book의 주요 특징 및 그 비교는 동 논문을 주로 참조하였다) 참조

10) 이종수, 전계논문 7면 참조

이와 같은 설명 이외의 Yellow Book과 Silver Book의 주요 차이점을 표로 나타내면 아래와 같다.¹²⁾

<표 1> Yellow Book과 Silver Book의 주요 차이점

	Yellow Book	Silver Book
계약발효	Letter of Acceptance	Signature of Contract Agreement
계약관리/감독	엔지니어(the Engineer)	발주자(혹은 발주자대리인)
중간기성지급	엔지니어의 확인(the Engineer's Certificate)	발주자의 판단(the Employer's judgment)
지시서	엔지니어	발주자

결국, Silver Book은 발주자의 관여를 줄이면서 시공자에게 확정금액부의 책임준공의무를 지우는 계약, 즉 시공자에게 프로젝트에서의 건설위험을 일반적으로 부담시키려는 목적에서 작성된 표준계약이라고 요약할 수 있을 것인데, 제정 이래로 이러한 Silver Book의 내용이 양 당사자들에게 공정한지에 관하여는 수많은 논의가 있어 왔다.¹³⁾ Silver Book이 시공자에게 건설위험의 대부분을 부담시키는 계약이라는 점을 고려하면, 결국 Silver Book의 사용은 건설회사의 입장에서는 다음과 같은 경우에 정당화 될 수 있다. 즉, 프로젝트에서 발생할 수 있는 건설위험이 비교적 상세하게 파악되어, 이미 합의된 공사대금 총액이 증가될 가능성이 낮든지 아니면 공사금액과 공사기한의 확정이 담보되는 대가로 발주자가 시공자에게 최소한 Yellow Book을 사용하는 경우보다 상당히 높은 금액을 지급할 수 있어야 할 것이다. 그런데, 실무상 EPC/Turnkey 계약이라고 하여 무작정 높은 공사금액을 요구하기는 쉽지 않다는 점을 고려하면, 결국 Silver Book은 관련 보험이나 이행보증 등에 의하여 건설지연 등의 위험이 대부분 보전되거나, 건설회사가 건설출자자(CI: Construction Investor)로서 프로젝트 수행에 주도적인 역할을 수행하는 경우, 즉 CI가 사실상 발주자에 준하는 지위를 가지는 경우에 많이 사용된다.

(5) Gold Book

일반적으로 플랜트 건설공사의 경우, 발주자가 제시한 성능사양을 만족시키기만 하면 발주자가 플랜트를 바로 인수할 의무를 부담하게 하는 경우도 있지만, 시공자에게 일정기간 동안의 플랜트 운영 및 유지보수의무를 지우고, 특정 기간 동안의 운영결과 플랜트가 안정적으로 운영될 수 있음이 입증된 경우에 비로소 플랜트를 인수하는 경우도 드물지 않다. Gold Book은 이러한 상황, 즉 플랜트를 발주자에게 최종적으로 인도하기 전까지 시공자가 플랜트의 유지보수를 위한 책임을 부담하는 경우에 적용되는 표준계약이다.

11) 이종수, 전계논문 8면 참조

12) 이종수, 전계논문 9면 참조

13) 자세한 김승현, 프로젝트 파이낸스와 EPC/Turnkey 계약-FIDIC Silver Book에 대한 소고, 통상 법률 2004-8 참조

Gold Book은 결국 Yellow Book에 공사목적물의 운영의무가 부가된 경우 사용할 수 있는 표준계약(Design, Build and Operate Contracts, 이하 “DBO 계약”)이라고 할 것인데, 그 주요내용은 다음과 같다. 먼저 DBO 계약기간은 DB 작업기간과 운영서비스 기간으로 크게 나눌 수 있는데,¹⁴⁾ 계약금액은 운영서비스를 포함하여 모든 작업을 포함하며, 시공자는 항상 자신의 의무를 달성 가능케 하는 현금흐름이 준비되어야 한다.¹⁵⁾ 운영서비스기간 동안 시공자는 유지보수와 대체 의무가 그 작업이 발주자가 의도한 목적에 적합하다는 점을 보장하여야 한다. 이처럼 시공자는 플랜트를 유지보수하고 운영하는 동안 발생하는 모든 위험에 책임이 있으나, 운영서비스기간 동안 유지보수와 대체 의무에 따라 이행하여야 할 작업을 제외하고는 합당한 숙련과 주의에 대해서만 책임을 부담한다.¹⁶⁾ 또한 발주자에게 책임을 돌릴 수 있는 부분이 있는 경우와 제18.8항(예외적 위험)이 규정하고 있는 사항을 제외하고는, 제12.2항에 따라 하자과 손상을 수리하는데 필요한 모든 작업은 시공자의 위험과 비용으로 이행되어야 한다.¹⁷⁾

(6) Sub-Consultancy Agreement

FIDIC은 기술이전을 위한 효율적인 수단으로서 국제적으로 재원이 조달되는 프로젝트에서 국제적 기업과 현지의 건설업 기업간의 제휴를 위하여 계약 당사자인 컨설턴트와 하도급 컨설턴트 간의 과업분담, 상호기대 및 책임에 대한 사항을 규정하는 정형적인 계약서로서 Sub-Consultancy Agreement를 마련하였다.

기술이전의 문제가 프로젝트의 중요한 일부분일 경우에는 당사자는 기술이전과 관련된 사항을 과업지시서에 명확히 표현하여야 하며, 발주자/컨설턴트 계약서에 이를 반영하여야 한다. 또한 기술이전에 대해서는 다음과 같은 사항들을 Sub-Consultancy Agreement에 명기하여야 한다.¹⁸⁾

- (i) 이전되어야 할 특정한 지식 및 기술과 이전방법
- (ii) 목표달성의 성취도를 결정하기 위하여 사용되는 기준
- (iii) 기술이전 항목을 위해 별도로 책정된 예산(이러한 예산에는 하드웨어, 소프트웨어, 기술도서, 실험실 장비, 측량장비 등과 같이 기술이전에 요구되는 수단을 반드시 포함시켜야 함)
- (iv) 기술이전을 위해 필요한 교육훈련에 참여가 필요한 인력, 참여인력의 자격 및 참여 시간(이는 기술 이전에 참여하는 쌍방에 모두 적용되며 교육 담당자와 피교육자는 계약서에 의해 요구되는 시간을 확보하여야 함)

14) 최명국, FIDIC의 DBO 프로젝트용 표준계약조건에 관한 연구, 무역상무연구 제46집(2010. 5.), 32면 참조

15) 최명국, 전계논문 35면 참조

16) 최명국, 전계논문 39면 참조

17) 최명국, 전계논문 46면 참조

18) 한국엔지니어링 진흥협회, FIDIC 용역하도급계약서(Sub-Consultancy Agreement) 번역본(2004), 7면 참조

- (v) 현장 실습을 평가하기 위해 사용되는 기준
- (vi) 프로젝트 공정에 미치는 기술이전 프로그램의 영향

하도급 컨설턴트는 컨설턴트와 발주자 간에 체결된 용역계약서에 의하여 컨설턴트가 발주자에 대하여 부담하는 책임, 의무 및 배상책임을 동일하게 부담한다. 컨설턴트는 하도급 컨설턴트에게 언제라도 본 계약을 해제하거나 또는 하도급 용역의 전부 또는 일부에 대한 포기 의사통지서를 발급할 수 있으며, 해제의 효력은 당사자 간 별도의 합의가 없는 한 그러한 의사통지서를 하도급 컨설턴트가 접수한 날로부터 49일 후에 발생한다.¹⁹⁾

2. FIDIC 표준계약 일반조건과 특수조건의 관계

FIDIC계약조건은 일반조건(General Conditions)과 특수조건(Particular Conditions)으로 구성되는데, 일반조건은 해당 공사의 발주국가, 발주자, 공사의 특성등과 무관하게 수정됨이 없이 그대로 적용될 수 있도록 작성되었으며 만약 일반조건에 규정된 내용이 수정되어야 하는 경우라면 일반조건의 내용을 직접 수정하여 반영하도록 하지 않고, 특수조건을 통해 반영되도록 하고 있다. 즉, 어떠한 경우에도 일반조건이 수정되지 못하도록 하는 FIDIC의 태도는 일반조건을 직접 수정함으로써 발생하는 오류(일반조건이 계약당사자의 계약적 권리와 의무를 규정하고 있는 문서로서 각각의 조항들이 서로 연관관계를 형성하고 있고 법적 다툼을 고려하여 작성된 문구이므로 문구나 내용을 직접 수정하는 경우 그러한 수정으로 인해 기존 계약관계에 따른 조항의 상호 연관성이 깨지게 되어 조항이나 문구 사이 상호 충돌이 발생하게 되는 오류)를 방지하고, 실제 수정이 필요한 사항에 대해 특수조건에 반영하게 함으로써 계약리스크에 대한 확인을 용이하게 하는 효과를 가져오고 있다.²⁰⁾

(1) 일반적 원칙

FIDIC 계약서에 따르면 특수조건이 필요한 경우²¹⁾는, (i) 일반조건 하부조항들이 특수조건에 일정한 데이터가 포함되기를 요구하는 조항이 있는 경우와 (ii) 발주자 요구사항에서 완성될 공사에 기능적으로 필요한 특수요구조건들이 명시되어야 하는 경우(품질과 업무범위관련 상세요구사항 또는 소모품과 같은 항목들의 공급을 요구하는 경우 등) 및 (iii) 기타 계약자간에 발주자 또는 계약자의 책임의 제한이나 변경과 관련하여 특수조건이 필요한 경우(Silver Book에서 계약자의 책임을 제한하기 위하여 Yellow Book에 제안하고 있는 조항을 특수조건으로 규정하는 경우 등. 상세한 내용은 후술함)로 나누어 볼 수 있다.

먼저, 일반조건 하부조항에서 특수조건에 일정한 데이터가 포함되기를 요구하는 조항

19) 한국엔지니어링 진흥협회, 전계서 51면 참조

20) 이상훈, 양창환, 조영준, FIDIC 계약조건과 국내 관련법의 비교 연구(2005), 129면 참조.

21) 한국엔지니어링진흥협회, 국제표준 FIDIC EPC/Turnkey 프로젝트 계약조건(2003), 229면 이하 참조

을 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2>

조항	내용	조항	내용
제1.1.3.3항과 제8.2항	준공기한	제1.1.3.7항과 제11.1항	하자통지기간
제1.1.5.6항	각 분할(Section)에 대한 정의	제1.3항	교신용 전자시스템
제1.4항	법규 및 언어	제2.1항	현장접유시기
제4.2항	이행보증증권	제4.4항	하도급자의 통지
제8.7항 제12.4항 제14.15(d)항	지연 / 성능 배상금	제13.8항	물가변동에 따른 조정
제14.2항	선급금	제14.3(c)항	유보금
제17.6항	책임의 한계	제18.1항	발주자 가입보험, 보험증서
제18.2(d)항	발주자의 위험에 대한 보험	제18.3항	인적상해 및 장비손상에 대한 보험
제20.2항	분쟁조정부 멤버의 수	제20.3항	분쟁조정부의 지명기관

한편, 완성될 공사에 기능적으로 필요한 특수요구조건들의 예를 표로 나타내면 아래와 같다.

<표 3>

조항	내용	조항	내용
제1.8항	계약자문서 사본의 수	제1.13항	발주자가 취득한 인허가 사항
제2.1항	기초, 구조, 플랜트 또는 접근수단에 대한 단계적 점유	제4.1항	공사를 필요로 하는 의도된 목적
제4.6항	현장의 기타 계약자들과 기타 사항들	제4.7항	공사기준점, 기준선, 기준레벨
제4.18항	환경적 제약	제4.19항	현장에 이용 가능한 전력, 용수, 가스 기타 서비스
제4.20항	발주자장비와 사급재료	제5.1항	발주자 책임의 요구사항, 자료, 정보
제5.2항	검토가 요구되는 계약자문서	제5.4항	기술기준과 건축규정
제5.5항	발주자 인력에 대한 운전관련 훈련	제5.6항	공사에 대한 실시공상태 도면과 기타 기록
제5.7항	운전과 유지보수 매뉴얼	제6.6항	인력의 수용시설
제7.2항	건본	제7.3항	현장의 검사의 요구사항
제7.4항	제작 또는 건설 중의 시험	제9.1항	계약자의 의무
제9.4항	준공시험통과 실패	제12.1항	준공 후 시험
제12.4항	준공 후 시험통과 실패에 대한 배상		

또한, 통상적으로 기타 계약자간에 발주자 또는 계약자의 책임의 제한이나 변경과 관련하여 특수조건이 필요한 경우는 다음과 같다. (i) **제4.12항 예측불가능한 장애**: 공사가 터널이나 기타 실질적인 지하작업을 포함할 경우 통상적으로 예측불가능 지하조건에 대한 위험을 발주자에게 배분시킬 필요가 있는데, 이를 위해서는 기존 Silver Book의 일반조건에 Yellow Book의 관련 특수조건을 계약자가 설계한 작업의 상황에서 사용될 수 있도록 한다. (ii) **제5.1항 일반적인 설계의무**: 발주자 요구사항에 프로젝트의 타당성 조사를 위한 개념설계가 포함될 경우 입찰자는 이 개념설계가 하나의 제안인지 아니면 요구사항인지 그 정도에 대해 통지를 받아야 하는데, 이 조항과 관련하여 Yellow Book의 관련 특수조건에 따라 계약자가 설계를 하기 전에 발주자 요구사항의 어떠한 설계기준이나 계산이라도 정밀 검토하도록 할 수 있다. (iii) **제12.1항 준공후 시험절차**: 계약자는 준공 후 시험 기간 동안 플랜트의 신뢰성과 성능을 증명하도록 요구되며 이 시험이 성공적으로 완료된 후에야 공사가 인수된다. 일반조건은 준공 후 시험을 인력, 소모품 등에 관해 발주자로부터 협조를 받으면서 계약자가 수행하는 것으로 되어 있다. 이에 대해 Yellow Book 특수조건에는 이러한 시험을 계약자 직원의 인도 하에 발주자와 그 운전 직원들이 수행하는 것으로 되어 있는데, 이 조항을 적용하도록 특수조건을 정할 수 있다. (iv) **제13.8항 물가변동에 따른 조정**: 인플레이션에 의한 비용증가의 위험을 계약자가 부담하는 것이 불합리한 경우 이에 대한 조정 규정이 필요하게 된다. 이에 대해 Yellow Book의 계산방식, 즉 가중치와 산출계수의 계산과 물가지수의 선정과 증명에 관한 사항을 활용하여 물가변동에 따른 조정조항을 수정할 수 있다.

마지막으로, 시장에서의 주요계약의 경우 국제적 원조기구, 개발은행, 수출신용기구 또는 기타 국제적 금융기구 같은 기관으로부터 금융을 제공받을 필요가 있게 된다. 이러한 자금원으로부터 금융을 제공받을 경우 특수조건에 이와 관련된 특수 요구사항이 반영될 필요가 있다. 이러한 요구사항은 계약이 금융에 적격이 되도록 하기 위해 채택되어야 할 입찰 절차와 특수조건에 반영이 필요한 특별한 조항들이 포함될 수 있다.

(2) 실무상의 경향

일반적으로 FIDIC 계약조건을 이용하여 계약을 체결하는 경우 앞서 설명한 특수조건 이외에도 여러 가지 사항에 대하여 특수조건을 통해 계약조건을 변경하는 경우가 많다. 이러한 변경은 보통 발주자의 요청에 의하여 이루어지는데, Red Book 과 Yellow Book에서는 발주자와 시공자의 이익조화를 위하여 시공자의 책임이 없는 많은 사유에 대하여 시공자의 공기연장 및 계약대금 증액에 대한 권리를 인정하는 경우가 많다. 그러나, 발주자는 보통 제한된 예산으로 건설공사를 수행하게 되는 경우가 많으므로 건설과정에서 발생하는 추가작업의 발생이나 공기의 연장 등의 건설위험을 시공자에게 전가하고 싶어한다. 이러한 이유로 Red Book이나 Yellow Book 일반조건에 규정된 건설위험의 분배규정을 특수조건을 통하여 발주자에게 유리한 방향으로 수정하는 경우가 많다.

예컨대, Yellow Book 일반조건 제2.3항은 발주자는 발주자가 분리발주한 공사에 대해 발주자가 별도로 선임한 다른 시공자들이 일반조건 제4.6항 Co-Ordination 조항에 따라 시

공자와 협력하도록 하여야 할 의무가 있다고 규정하고 있다. Yellow Book 제2.2항 인허가 협조에 관한 조항도 발주자에게 시공자가 인허가를 받는 데에 협조할 의무 등을 규정하고 있고, 제17.3항과 제17.4항의 발주자 리스크에 관한 조항도 발주자의 영역에서 건설위험이 발생할 경우에는 이러한 위험은 발주자가 부담하도록 하고 있다. 이러한 위험을 발주자가 부담하고 싶지 않은 경우 발주자는 특수조건을 통하여 위와 같은 내용들을 일반조건에서 삭제하고, 다른 시공자의 채무불이행이나 불가항력으로 인한 리스크를 시공자에게 전가하려는 경우가 상당히 존재하므로 FIDIC 표준계약에 따라 계약을 체결하는 경우에도 위와 같은 사항을 꼼꼼히 따져볼 필요가 있다. 이외에도, FIDIC Red Book이나 Yellow Book에는 예측불가능한 사건 발생 시 계약대금을 조정할 수 있도록 하는 조항이 다수 존재하는데, 예컨대, 제2.1항 현장으로의 진입권, 제4.7항 공사기준점의 설정 시 발주자 참조항목의 오류, 제4.12항 예측불가능한 물리적 조건, 제4.24항 화석이나 문화재 발견시의 처리, 제7.4항 발주자의 책임으로 인한 Testing 지연, 제8.4항 준공기한의 연장사유의 변경, 제11.2항 하자보수비용의 부담범위, 제13.7항 법령 변경으로 인한 계약금액 조정사유, 제17.4항 발주자 위험의 영향 사유, 제19.4 9항 불가항력 사유에 관한 조항은 일반조건에서 시공자에게 대금조정에 관한 권리를 인정하고 있다. 발주자가 공사대금 증액의 위험을 회피하기 위하여 위와 같은 조항들을 특수조건을 통해 변경하는 사례도 실무상 자주 보이므로 시공자 귀책사유가 아닌 공기연장이나 실질적인 작업량의 변경이 초래되는 경우에는 대금증액권을 인정하는 방향으로 계약서를 검토할 필요가 있다.

결국, 일반조건을 보충하거나 수정, 변경하는 취지의 특수조건을 규정하는 경우 동 조건이 특정 상황에 완전히 적합한 지를 확인하여야 하며, 문구의 수정 또는 추가가 이루어진 경우 일반조건과의 관계에서 또는 특수조건 조항들간에 모호한 점들이 발생하지 않도록 확인하는 주의를 기울여야 한다.

3. 이용현황

현재 국내 건설회사들이 해외 진출 시 FIDIC 계약을 어느 정도로 사용하고 있는지에 대한 공식적인 통계자료는 존재하지 않는 것으로 보인다. 다만, The World Bank나 아시아개발은행과 같은 MDB에서는 아예 FIDIC 계약을 입찰 시의 표준계약조건으로 사용하고 있다. 따라서, MDB 자금지원으로 건설되는 제3세계에서의 건설공사와 관련하여서는 관급공사의 경우에는 Pink Book이, 민간사업의 경우에는 Silver Book이 기본적인 건설계약으로 주로 적용된다. 그리고, 실무상으로는 정확하게 통계가 존재하지는 않지만 북아프리카, 말레이시아, 인도, 중동에서는 국가나 공공기관 발주의 공사에 관하여는 FIDIC이 상당히 많이 사용되고 있는 것으로 보인다. 특히, 중동계 펀드들은 대부분 건설 시 FIDIC 계약을 이용하고 있는 것으로 알려져 있다. 다만, 이와 관련하여 상당수의 경우에는 공사의 유형별로 FIDIC 계약조건을 혼합하여 사용함으로써, 즉 특정 공사유형의 FIDIC 표준계약조건에 특수조건 형식으로 다른 FIDIC 계약조건을 추가함으로써 발주자와 시공자의 이해관계를

조정하는 경우가 많기 때문에, FIDIC 계약을 사용한다고 하더라도 일반조건이 그대로 사용되는 경우는 많지 않으므로 특수조건을 주의 깊게 검토하여 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 발주자가 철도나 교량, 수처리시설 등의 사회기반시설을 PF 방식으로 진행하면서 시공자와 EPC/턴키(turn-key) 계약을 체결할 때에 일반조건외의 불확실성(일반조건이 당초 예상보다 연약하여서 기초공사의 물량이 대규모로 변경되거나 공사부지에 대규모의 폐기물이 매립이 발견될 가능성이 있는 경우 등)으로 인한 건설위험에 대해 시공자의 부담을 경감하기 위해 이러한 위험을 전적으로 시공자에게 부담시키는 Silver Book 제4.12항 예측 불가능한 장애 (Unforeseeable Difficulties) 대신 Yellow Book의 제4.12항 예측 불가능한 물리적 조건 (Unforeseeable Physical Condition)을 적용하여 이로 인한 공기연장이나 공사금액 증액을 인정받도록 하는 것은 그 좋은 예가 될 것이다.

그러나, 일반적인 사인간의 건설공사에 있어 표준계약조건이 그대로 사용되는 경우는 많지 않은 것으로 보이며, 대부분의 경우 발주자가 별도의 건설계약을 작성하여 협상을 거쳐 계약을 체결하는 경우가 많다. 이러한 경우 발주자는 시공자보다 우월적인 지위를 이용하여 오히려 FIDIC보다 발주자에게 유리한 계약조건으로 건설계약을 체결하는 경우가 많을 것으로 이해된다.

Ⅲ. FIDIC 표준계약 이용 시 유의하여야 할 사항

1. 준거법 관련 문제

계약서에 당사자의 권리, 의무를 아무리 명확하게 규정하였다고 하더라도, 계약서의 문언이 당사자들의 권리의무관계를 완결적으로 규율하기는 어렵다. 따라서, FIDIC 계약을 해석함에 있어서도 계약이 명시적으로 규율하지 아니하는 사항에 대해 당사자의 의사를 보완하는 보충적인 해석은 불가피하며, 이러한 의미에서 FIDIC에서의 준거법은 상당한 의미를 가진다. 뿐만 아니라, 건설공사에 있어서는 안전 등과 관련한 공사의법규의 법규도 사실상 적용될 수밖에 없고, 중재판정의 집행국이 되는 경우에는 중재판정의 승인 및 집행을 보장하기 위해서 공사의법규 역시 FIDIC 계약의 해석에 있어 중요한 참고요소가 된다. 이외에, 국제중재에 관한 뉴욕협약은 국제적 강행법규의 성질을 가지는 중재지의 절차법은 준수되도록 규정하고 있지만²²⁾ 당사자들이 준거법에 관하여 명시적으로 합의하지 않거나 합의가 명확하지 않은 경우 그 해석과 관련하여 당사자가 합의한 중재규칙이 있으면 그 중재규칙이 정하는 바에 따라,²³⁾ 당사자가 합의한 중재규칙이 없으면 그 해석과 관련하여 중재지의 저촉규범에 따라 공사의법규 또는 중재예정지의 법이 준거법으로 결정될 수 있다. 이와 같이 계약상 합의한 준거법과 공사의법규의 법규 및 중재예정지의 법규는 모두 상호작용

22) 뉴욕협약 제5조 제1항 가목, 라목참조

23) ICC 중재규칙은 당사자 간 준거법에 관한 합의가 없는 경우 중재판정부가 적절하다고 결정한 법률을 적용할 수 있도록 규정하고 있다(제17조 참조)

하며 FIDIC 계약의 해석에 영향을 끼치는데, 이를 아래에서 검토하기로 한다.

(1) 준거법 합의와 강행법규

FIDIC 표준계약은 대부분 부록 (Appendix)에서 준거법과 적용언어를 규정하도록 하고 있다(일반조건 제1.4항). FIDIC 표준계약조건 상의 준거법 합의와 관련하여서는 FIDIC 계약이 국제중재를 분쟁해결의 원칙적 수단으로 삼고 있는 점을 고려할 때, 분쟁의 실체에 적용될 법과 관련하여 당사자는 당사자들이나 당해 분쟁과 아무런 관련이 없는 법, 즉 발주자나 시공자의 본국법이 아닌 제3국의 법을 자유로이 준거법으로 선택할 수 있다.²⁴⁾ 그리고, 이러한 경우에 대부분의 국가에서 일반적인 법원칙, 예컨대 계약은 준수되어야 한다(Pacta sunt Servanda)라는 로마법 이래의 법언 등은 존중되는 경우가 많기 때문에 별다른 문제를 발생시키지는 않는다. 그러나, 국가에 따라서는 준거법 자체에 다른 법역에는 존재하지 않는 특유의 법원칙이 존재하는 경우가 있다. 또한, FIDIC 표준계약 일반조건 제1.13항은 당사자들이 적용될 수 있는 법률을 준수하여야 한다고 규정하고 있기 때문에, 준거법 선택에도 불구하고 발주자나 시공자의 본국법 중 합의에 의해 적용을 배제할 수 없는 국제적 강행법규라고 할 수 있는 규정들은 모두 적용될 가능성이 발생한다.²⁵⁾

실제로 실무상으로도 FIDIC 계약표준조건이 당사자들이 합의한 준거법 상 강행법규와 충돌하는 경우가 있다. 예컨대, 말레이시아의 1950년 계약법 제75조는 실제 손해액과는 관계 없는 손해배상액의 예정이나 위약벌 약정을 한 경우, 손해배상을 청구한 당사자는 계약에 규정된 금액을 한도로 하여 합리적인 보상을 받을 수 있는 권리가 있다고 규정하고 있는데, 위 규정을 근거로 말레이시아 법원은 손해배상액의 예정을 한 경우에도 청구권자는 반드시 손해를 입증하여야 하고, 손해입증이 어려운 경우에는 법원이 계약에 규정된 금액을 한도로 합리적인 배상금액을 결정한다고 한다.²⁶⁾ 이러한 규정 때문에 말레이시아에서는 위약벌이나 손해배상액의 예정은 사실상 효력이 없고, 건설공사 지연의 경우에도 사실상 일반손해배상의 방법에 의하여 손해를 청구할 수밖에 없다고 하는데, 이는 FIDIC 표준계약조건 제8.7항 지연배상금(Delay Damage)과 명백히 상충된다.

24) 석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012), 532면

25) 국제중재에서 당사자간 합의된 준거법이 아닌 제3국(예를 들면, 중재지국 또는 공사지국)의 국제적 강행규정이 적용될 수 있는지 여부에 관하여는 종래 상당수의 ICC 중재판정들이 제3국의 국제적 강행법규를 적용하였고, 전통적인 입장에서 이러한 적용을 인정하는 견해가 있어 왔지만, 최근 국제적 강행법규라는 이유만으로 일률적으로 적용되어야 하는 것은 아니고 구체적인 사건에서 당해 국제적 강행법규가 분쟁과 충분히 밀접한 관련을 가지고 국제적으로 승인되는 규율 목적에 봉사하는 경우 적용되거나 고려되어야 한다는 견해가 대두되는 등 다양한 논의가 진행 중이다. 이와 관련하여 상세한 논의는 석광현, 국제상사중재법연구 제1권, 박영사(2007), 181면, 정홍식, 국제중재에서 판매점의 보상청구권-중재인이 국제적 강행규범 적용 논쟁을 포함하여, 국제거래법학회 2013년 춘계학술대회 발표문, 제18면 이하 참조

26) Robert Knutson, FIDIC-Analysis of the International Construction Contracts, KLUWER LAW, p242, 이 부분은 말레이시아 변호사인 Wilfred Abraham 및 Rishwant Singh에 의해 작성되었다. 이들은 말레이시아 로펌 Zul Rafique and Partners의 중재전문 변호사들이다.

이러한 준거법 합의자체가 FIDIC의 일부 조항을 무력화시킬 수 있는 극도로 예외적인 경우가 아니더라도 준거법을 제3국법으로 합의하는 경우 제3국의 강행법규가 적용되는 경우도 쉽게 상정할 수 있다. 예컨대, 공사지국의 관계법령에 하수급인의 도급인에 대한 직접 대금지급청구권이나 하수급인에 대한 도급인의 별도의 대금지급에 대한 이행보증제공의무 등이 존재하는 경우, 이러한 하수급인의 보호에 관한 규정은 강행규정으로서 당사자들이 합의한 계약내용과 관계없이 공사계약에 적용될 가능성이 높다. 또한 개발도상국가의 외국 투자관계법령에서 종종 볼 수 있듯이, EPC 계약에서 공사용 자재의 일정비율 이상을 공사지국 내에서 조달 하여야 하는 조항이나, 감리자 또는 엔지니어의 일정비율이상을 반드시 현지인이나 공사지국에 등록된 엔지니어를 선정하게 하는 조항, 건설관계법령에서 건설업을 영위하기 위하여 반드시 우리나라의 건설업협회나 건설공제조합과 유사한 단체에 강제로 가입하게 하는 강행법규들도 동일한 문제를 발생시킨다. 따라서, FIDIC 표준계약조건을 사용하면서, 준거법을 특정국가의 법으로 지정한 경우 가능하면 현지 법률전문가를 통하여 반드시 FIDIC 계약과 상충될 수 있는 특정 국가의 강행법규의 존재여부와 지정된 준거법국 외에 제3국(예를 들어 공사지국 등)에서 적용될 수 있는 국제적 강행법규의 존재여부를 확인하는 것이 바람직하다.

그렇다면, 이러한 FIDIC 표준계약조건과 다른 강행법규의 존재는 분쟁국면에서 어떻게 작용하는지가 문제된다. 일단, 준거법으로 지정한 국가법 상의 강행법규는 당연히 FIDIC 계약을 해석함에 있어서도 적용되어야 할 것이다. 그렇지만, 계약상 합의된 준거법이 아닌 제3국의 강행법규는 사적(私的) 분쟁해결절차인 국제상사중재에 따른 분쟁해결을 원칙으로 하고 있는 FIDIC 계약서 상 중재인이 법원과 달리 이를 당연히 적용할 의무를 부담하지는 않는다.²⁷⁾ 앞서 설명한 FIDIC 표준계약 일반조건 제1.13항의 규정에 따라 당사자들은 법규준수의무를 부담하기 때문에 법령준수는 발주자와 시공자 모두의 계약상 의무가 된다. 따라서, 이러한 강행법규의 존재와 적용에 관한 사항은 당사자들의 주장 및 입증사항이 되는데, 이러한 한계에도 불구하고 실제로 국제상사분쟁, 특히 ICC에서 FIDIC 계약관련 분쟁이 발생하였을 경우 현지법의 강행법규성, 공익에의 부합성 기타 형평과 선까지 동원되어, 준거법이 아닌 공사지나 중재지의 강행법규의 적용을 주장하는 경우는 드물지 않게 발생하는 것으로 보인다. 또한, 준거법 상의 강행법규 역시 준거법국과 중재지가 다를 경우에는 중재인들에게 직권조사를 할 것을 기대하기는 어렵기 때문에 실질적으로는 이 역시 주장 및 입증사항과 유사하게 된다. 다만, 실체에 관한 강행법규가 아니라 절차와 관련된 강행법규에 대해서는 준거법의 합의여부에 불문하고 중재지국의 법률이 적용된다는 점에는 유의할 필요가 있다.²⁸⁾

27) 석광현, 국제민사소송법, 535면

28) 이러한 원칙은 1923년의 제네바의정서와 1958년의 뉴욕 협약을 통해 국제법적으로도 널리 확립된 원칙이다.

(2) 준거법 미지정 시의 문제

FIDIC 표준계약은 일반계약과는 달리 계약본문에 준거법을 명시하지 않고, Appendix에 준거법을 명시하도록 하고 있다. 따라서, 가끔 준거법의 합의가 되지 않은 상태로 계약이 체결되는 경우가 존재한다. 게다가, FIDIC Red Book과 Yellow Book은 Appendix에서, Silver Book은 특수조건에서 준거법을 정하도록 하고 있기 때문에 부주의하게 개별 표준계약상의 계약조건을 혼합하여 사용하다 보면 심지어는 하나의 계약에 수 개의 준거법 합의가 존재하는 경우도 발생한다. 우선 수 개의 준거법 합의가 존재하는 경우 이는 의사해석의 일반원칙(구체적 합의 우선 및 최근 합의 우선) 및 일반조건 제1.5항 문서의 우선순위에 따라 결정하면 될 것이다. 다만, 이와 같이 해석하여도 준거법을 확정하기 어렵거나 준거법 합의가 부존재하는 것으로 해석되는 경우, 합의된 중재규칙에 따라, 합의된 중재규칙이 존재하지 않는 경우 중재판정 예정지(또는 중재판정예정지를 확인할 수 없을 경우에는 법정지)의 국제사법에 따라 준거법이 결정되어야 할 것이다.²⁹⁾ 예컨대, 우리나라의 중재규칙을 적용하기로 합의하거나 우리나라를 중재지로 합의한 경우 우리나라의 국제사법이 준거법의 적용기준이 될 것인바, 국제사법은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 해당 계약의 준거법이 되는 것을 원칙으로 하고 있으므로 용역의무의 이행지인 공사지국의 법규가 준거법으로 결정될 가능성이 높다(제26조 제1항 참조). 그리고, 이러한 결론은 우리나라 국제사법이 계약채무의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체 협약(“로마협약”)과 국제계약의 준거법에 관한 1994년 미주간 협약(“멕시코시티 협약”)을 거의 대부분 수용하여 제정되었다는 점을 고려하면 어느 나라에서나 같은 결론에 이를 가능성이 높아 보인다.

2. 실무상 문제되는 FIDIC 일반조건 조항

이하에서는 실무상 해석과 관련하여 분쟁이 발생할 가능성이 있는 FIDIC 계약 상의 개별 조항들을 검토해 보기로 한다. 특별한 언급이 없는 경우 FIDIC 표준계약 상 가장 기본이 되는 Red Book 상의 조항을 기본으로 하였으나, Yellow Book 또는 Silver Book에도 유사한 계약내용이 존재하므로 아래의 검토는 모든 종류의 표준계약서에 적용될 수 있을 것이다. 다만, 앞서도 설명하였듯이 결국 FIDIC 계약서의 구체적인 법적인 의미는 해당 준거법과의 관계에서 검토되어야 할 필요가 있으나, 이하에서는 편의상 특별한 언급이 없으면 한국법이 준거법인 것을 전제로 검토하기로 한다.

29) 주된 계약의 준거법이 합의되지 않은 경우에는 주된 계약의 준거법은 저촉규범의 원칙인 객관적 연결에 의하여 결정되지만 중재조항의 준거법은 중재지법이 된다고 보아 주된 계약과 중재조항의 준거법이 상이하게 되는 경우를 상정하는 논의가 있다. 이에 관하여는 석광현, 국제상사중재법연구 제1권, 박영사(2007), 113면 이하 참조.

(1) 클레임과 관련한 FIDIC 규정

FIDIC 표준계약은 클레임에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 따라서, 클레임은 관련 업계에서 일반적으로 사용되는 바와 같이 계약조건 위반행위에서 발생하는 불평이나 불만, 의견 차이 등을 상대에게 제시하는 행위” 또는 사전적 의미로 “청구”라고 해석할 수 밖에 없을 것이다. 이와 같이 해석하면 결국 계약조건을 둘러싼 발주자와 시공자의 갈등은 모두 클레임을 통해 표출되게 되고, 그 결과 FIDIC 계약 상의 클레임에 대한 규정은 실무상 매우 중요한 의미를 갖는다. 클레임과 관련된 FIDIC 규정의 가장 큰 특징은 클레임의 제기 에 대해 매우 엄격한 절차규정을 두고 있다는 점이다. 이는 전통적으로 절차법을 중시하는 영미법식의 사고에 기인한 것으로 보인다.

(가) 발주자 클레임 (제2.5항: Employer's Claim)

위 조항은 “만약 발주자가 본 계약의 어떠한 조항이나 계약과 관련된 본 조건들 외의 사항에 의거하여 자신이 어떠한 지급 및/또는 하자통지기간의 연장에 대한 권리가 있다고 생각하는 경우라면 발주자 또는 감리자(엔지니어)는 시공자에게 통지하고 상세한 내용을 송부하여야 한다”~(중략)~“통지는 클레임을 야기시킨 사안이나 상황을 발주자가 인지한 후, 가능한 한 빨리 하여야 한다. 하자통지기간의 연장과 관련된 통지는 해당 기간의 만료 전에 하여야 한다”~(중략)~“(클레임된) 금액은 감액의 형태로 계약금액 및 기성확인 시에 포함될 수 있다. 발주자는 본 조항에 의해서만, 기성확인서를 통하여 확인된 금액을 대상으로, 상계 또는 감액하거나 시공자를 상대로 달리 클레임을 할 수 있는 권리가 있다.” 라고 규정한다. 그리고, 엔지니어가 이러한 발주자의 클레임에 대하여 판단을 하는 경우에는 제 3.5항 결정(Determination)조항이 적용되기 때문에, 엔지니어가 결정한 사항은 제20조에 따른 분쟁해결절차에 의해 변경될 때까지 당사자들에 의하여 준수되어야 한다.

위 조항의 내용은 명확하다. 발주자가 어떠한 방식으로든 시공자에게 클레임을 제기하려 하면 반드시 클레임을 발생시킨 상황을 인식한 후, 가능한 한 빨리 통지를 하여야 한다는 것이다. 그리고, 이러한 발주자의 클레임에는 계약규정 위반으로 인한 상계나 감액 등의 통지 및 이행보증서의 행사 등이 포함된다. 그런데, 발주자가 이전부터 시공자의 불완전이행 사실을 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 즉시 청구하지 않고 시공자의 대금지급청구를 받고 비로소 건설공사의 불완전이행을 주장하면서 대금지급을 거부하는 행위는 위 조항에 위반된 것으로 평가될 여지가 있게 된다. 게다가 FIDIC 계약의 한글 번역본에는 단순히 “발주자가 본 계약의 어떠한 조항이나 계약과 관련된 본 조건들 외의 사항에 의거하여 권리가 있다고 생각하는 경우라면”이라는 표현을 쓰고 있어 불명확하기는 하지만, 위 표현은 영문 상으로는 “If the Employer considers himself to be entitled to any payment under any Clause of these Conditions or **otherwise**³⁰⁾ in connection with the Contract”로 표시되고, 여기서 ‘otherwise’라는 표현은 계약과 관련된 “본 조건들 이외의 사항”이라고

30) 밑줄과 강조는 필자가 첨부한 것이다

좁게 해석될 가능성뿐만이 아니라 “공사계약과 관련된 지급과 관련하여 발주자가 주장할 수 있는 일체의 클레임”이라고 해석될 가능성도 있다.

예컨대, 우리나라에서는 채권자의 청구권을 계약에 기초한 청구권과 불법행위에 기초한 청구권으로 나누어 어떠한 채무불이행으로 인한 계약책임뿐만 아니라 불법행위 책임도 물을 수 있고, 이는 별도의 소송물인 것으로 이해된다. 그런데, FIDIC 일반조건 제2.5항에 따르면 책임의 종류를 불문하고, 즉 별도의 계약과 관련된 불법행위청구권에 대해 이를 사전에 통지하지 않았다는 사유만으로 기성확인서를 통해 확인된 금액을 대상으로는 분쟁절차에서 상계나 반소 (Counter claim)와 유사한 주장을 할 수 없다고 해석될 가능성을 배제할 수 없다. 이와 같이 ‘otherwise’라는 문구만을 기초로 하여 위와 같이 제2.5항에 광범위한 효과를 인정하는 것이 과연 타당한가라는 의문이 들 수도 있을 것이나, 이러한 ‘otherwise’라는 문구는 1987년 이래로 FIDIC 표준계약조건 상 계속 의식적으로 초안자들이 그 사용을 확대하고 있다는 점³¹⁾을 고려해 보면 단순히 무시할 수만도 없는 주장이 된다. 안타깝게도 사적인 분쟁해결을 원칙으로 하고 있는 국제상사중재 실무상 위 문제에 대해 명확한 선례가 확립되어 있는 것은 아니다. 그 결과 실제로 분쟁 국면에서는 이러한 사전통지요건 및 절차준수에 대한 논의가 상당히 빈번하게 이루어지고 있는 것으로 보인다. 그러나, FIDIC 제 2.5항은 제20.1항과는 달리 클레임을 제기하는 자의 기한 미준수로 인하여 상대방이 면책된다는 규정을 두고 있지 않으므로 시공자가 발주자의 절차 미준수를 이유만으로 발주자의 클레임을 배척할 것을 주장하는 것은 거의 대부분 받아들여지지 않는 경우가 많다고 한다.³²⁾

오히려 위 조항의 진정한 의미는 FIDIC의 지급관련 조항과 연계하여 이해할 필요가 있다. FIDIC 계약 일반조건 제14.3항 잠정기성확인서를 위한 신청서 (Application for the Interim Payment Certificates) 조항에서 시공자는 “시공자가 스스로 권리가 있다고 판단한 금액에 대한 상세내역을 기재한 명세서”를 엔지니어에게 제출하여야 한다. 그리고, 엔지니어가 확인한 이러한 명세서에 기재된 금액, 즉 엔지니어가 명세서의 근거문서를 접수한 이후 56일 이내에 잠정기성확인서를 통해 확인한 금액에 대해서는 발주자에게 확정적인 지급 의무가 발생하며(제14.7항: 지급(Payment)(b)항 참조), 그리고, 제14.8항에 따르면 만일 시공자가 제14.7항에 따라 지급을 받지 못하게 되는 경우 시공자는 지연기간 동안 미지급된 금액에 대한 월복리의 금융비용을 지급받을 권리를 가지고, 이러한 기간은 잠정기성확인서가 발급된 일자와 무관하게 제14.7항에 명시된 지급 기일에 시작되는 것으로 간주된다(여기서, 제14.7항에 명시된 기일은 잠정기성확인신청서를 접수한 이후 56일이 되는 날이 될 것이다). 이러한 조항을 종합해보면 결국 발주자는 본 제2.5항에 따라 클레임을 제기하지 않으면 엔지니어가 확인한 기성부분에 대한 청구의 지급을 거절할 수 없다는 결론이 된다. 이는 결국 FIDIC을 사용할 때에는 통상적인 건설관행에서 발주자에 의하여 자주 사용되는 무기, 즉 일반적인 기성대가의 감액지급 이후 발주자 클레임의 적정성을 법원이나 중재기

31) ‘otherwise’라는 표현은 1987년 Old Red Book 53.1 “Procedure for Claims”에서 처음 사용된 것으로 알려져 있다. 흥미로운 것은 1987년 Old Yellow Book에서는 위와 같은 표현이 존재하지 않는다. 발주자 클레임에 관한 조항은 1999년 New Book에서부터 포함되었다.

32) Robert Knutson, 전계서, Introduction xxi면 참조

관에서 판단 받는 방식을 사용하기 어렵다는 점을 의미한다. 이러한 의미에서, 발주자 클레임에 관한 조항의 적용범위를 어떻게 해석하든 간에 위 조항이 발주자에게 상당부분 클레임 발생이 예상될 때에 이를 시공자에게 통지하여야 할 의무를 부담시키는 것은 명백하며, 그런 의미에서 시공자에게는 유리한 측면이 있다고 할 것이다.

(나) 시공자 클레임 (제20.1항: Contractor's Claim)

FIDIC 계약 일반조건 상, 시공자가 발주자에게 대금지급을 위하여 잠정기성확인신청을 할 때에는 명세서에 제20조 클레임 및 중재에 의거한 것을 포함하여, 계약 또는 여타 근거에 의거하여 지급기일이 도래된 추가 또는 공제되어야 하는 금액 (any other additions or deductions which may have become due under Contract or otherwise, including those under Clause 20 [Claims, Disputes and Arbitration])이 포함되어야 한다(제14.5항(f)참조). 한편 제20.1항 시공자 클레임(Contractor's Claim)에 따르면 시공자가 계약과 관련하여 본 조건들의 어떠한 조항 또는 기타 근거에 의거하여, 준공기한의 연장 및/또는 추가지급의 권리가 있다고 스스로 판단하는 경우, 시공자는 클레임을 야기시킨 사건 또는 상황을 기술한 통지서를 시공자가 해당 사건 또는 상황을 인지하였거나 인지하였어야 하는 날로부터 28일 이내에 통지하여야 한다. 이러한 통지기한을 만족시키지 못할 경우 준공기한은 연장되지 않으며 아울러 시공자는 추가지급에 대한 권리를 갖지 못하고 발주자는 클레임과 관련된 모든 책임으로부터 면책된다.

위 조항과 관련하여서는 두 가지 문제가 제기될 수 있다. 첫 번째로는 시공자 클레임과 관련하여 잠정기성확인신청서에 관련 명세를 포함시키도록 하고, 28일간의 통지기한을 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 이러한 시공자 클레임은 공사단계에서 28일의 통지기한을 준수하지 못하면 소멸하는가의 문제이다. 이 문제에 관하여는 발주자 클레임에서 논한 부분과는 달리 FIDIC 일반조건 제20.1항이 명시적으로 시공자 클레임은 소멸한다고 명확하게 규정하고 있기는 하나, 실제로 분쟁국면에서 제20.1항 상의 기한 미준수를 이유로 시공자 클레임이 상실되는지에 대해서는 각 분쟁마다 치열하게 다투어지고 있는 것으로 보인다. 그리고, 여기에서도 제20.1항은 'otherwise'라는 표현을 쓰고 있는 만큼, 이러한 'otherwise'라는 표현을 근거로 시공자는 어떠한 종류의 클레임을 할 권리, 즉 계약위반 및 불법행위에 기한 청구권을 모두 상실하는지 역시 문제된다. 이에 대해서는 앞의 논의를 참고하면 될 것이다.

우리 상법 제69조 역시 상인간의 매매에 있어서 매수인이 발견이 어려운 하자의 경우에는 목적물 수령일로부터 6개월 내에, 그렇지 않은 경우는 즉시 하자를 매도인에게 통지하지 않으면 하자담보책임을 물을 수 없다는 규정을 두어 계약위반으로 인한 청구권에 대한 단기소멸시효를 규정하고 있기는 하나 이는 불법행위에 기한 청구권에는 적용되지 않는 것으로 보이지만, FIDIC 제20.1항은 이러한 하자(주로 발주자가 공급한 자재의 기계적 하자나 설비의 기능적 하자, 즉 약정한 생산능력이나 생산효율의 미달성 등에 관한 것이 될 것이다)에만 적용되는 것이 아니라 클레임 전반에 대해 적용된다는 점에 문제가 있다. 즉, 발주자의 고의나 과실로 인한 채무불이행이나 불법행위(를 이유로 한 클레임)와 관련하여서

도 본 제20.1항이 적용된다면, 발주자는 자신의 귀책사유에도 불구하고 단순히 28일이라는 기간이 지났다는 이유만으로 책임을 면할 수 있게 되는데, 이러한 결론에 대해서는 분쟁의 조속한 해결을 위한 FIDIC 계약 제20.1항의 취지를 고려하더라도 결과적으로는 발주자에게 부당한 이득을 준다는 측면에서 많은 의문이 제기되는 것은 사실이다. 그런데, 결국 이 문제는 당사자가 합의한 FIDIC 계약의 준거법 상 제20.1항의 합의, 즉 시간의 경과를 이유로 한 면책규정을 어떻게 취급하는가의 문제라고 볼 수 있다. 예컨대, 우리나라와 같이 당사자들이 합의한 면책규정은 특별히 약관규제법의 적용을 받거나 강행법규위반 또는 불공정행위로 무효가 된다거나 아니면 사기, 강박 등의 취소사유가 존재하지 않으면 원칙적으로 효력을 갖는 법제에서는 대형 건설사와 발주자가 체결한 제20.1항과 같은 면책약정의 효력을 부정하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 그렇지만, 준거법국이나 중재지국 또는 시공지국에 계약의 불공정성을 규제하는 일반적인 법규가 존재하는 경우, 예컨대 영국의 1977년 불공정 계약조건법(Unfair Contract Terms Act, 1977)은 당사자들이 합의체결 시에 합리적으로 예측하였는지 여부를 기준으로 하여 계약의 불공정성을 판단한다고 하는데, 영국법이 준거법일 경우 FIDIC 계약조건 제20.1항을 당사자의 고의, 과실이 존재함에도 불구하고 단순히 28일이라는 기간이 도과하였다는 이유만으로 면책된다고 해석하는 것은 이러한 불공정계약조건법 위반이라는 주장이 가능할 것이다. 이와 같이 제20.1항의 효력은 준거법이 어느 나라 법이냐에 따라 달라질 수 있기 때문에, 이에 대해 국제중재 실무상 어떠한 확립된 선례가 존재하지는 않는 것으로 보이지만 실제로 국제중재실무에서 시공자가 발주자의 채무불이행을 클레임으로 제기하였을 경우, 채무불이행사실이 입증만 된다면 제20.1항의 기한 미준수 주장은 받아들여지지 않는 경우가 오히려 많다고 한다. 그러나, 경우에 따라서는 계약조건에 따라 클레임 통지기간 미준수로 인하여 발주자가 면책되는 경우도 존재하므로 유의할 필요가 있다.³³⁾ 실제로 분쟁이 발생할 경우, 시공자는 보통 당사자의 합리적인 의사해석이나 거래관행 등을 고려할 때, 당사자들이 발주자의 고의나 과실로 인한 채무불이행이나 불법행위가 존재함에도 불구하고 단순히 시공자의 클레임 기한 미준수를 이유로 발주자를 면책시키려는 의사가 존재한다고 까지는 보기 어렵다는 이유로, 제20.1항상의 클레임 기간제한에 관한 조항은 하자과 관련된 기술적 클레임에만 적용되고, 계약불이행이나 불법행위와 같은 법률적 클레임에는 적용되지 않는다고 해석하여야 한다는 주장을 하는 경우가 많다.

또 하나의 문제는, 비록 시공자가 계약에 정해진 바에 따라 기일을 준수하여 클레임 통지를 하였다고 하더라도 FIDIC의 분쟁해결절차의 특수성, 즉 엔지니어에게 일단 클레임에 대한 권리를 판단할 수 있는 1차적인 권한을 부여하고 있다는 점 때문에 발생할 수 있다. 즉, FIDIC 계약 일반조건 제20.1항은 엔지니어는 클레임에 대하여 42일 내에 승인 또는 불승인의 결정을 할 수 있고, 클레임의 처리과정에서 준공기한의 연장과 계약에 의거하여 시공자에게 권리가 있는 추가지급에 대한 합의 또는 결정을 위하여 제3.5항에 따라 결정을 내릴 수 있다. 그 결과 엔지니어가 결정한 사항은 제20조에 따른 분쟁해결절차에 의해 변

33) Robert Knutson, 전제서, Introduction xxx면

경될 때까지 당사자들에 의하여 준수되어야 한다. 이러한 엔지니어의 결정사항에 대하여 시공자가 이의를 제기하기 위해서는 다시 분쟁조정위원회(DAB: Dispute Adjudication Board)에 분쟁을 회부하거나 국제중재절차를 거쳐야 한다. 그리고, DAB를 거치는 경우 DAB의 결정은 중재에 의하여 수정될 때까지 그 효력이 있다(제20.4항). 즉, FIDIC 일반조건 상 시공자 클레임에 대한 엔지니어 또는 DAB의 결정은 시공자에 대해 구속력을 가진다. 그런데, 엔지니어나 DAB의 구성원들 중 전문적인 법률지식을 가지고 있는 자가 적다는 점을 고려할 때, 분쟁의 실질이 시공자가 공급하거나 완성한 작업이 기술적으로 계약에 정한 상세조건과 부합하는지 여부가 아닌 경우, 즉 시공자가 발주자가 위와 같은 기술적 사항과 관련이 적은 별개의 불법행위나 계약불이행을 주장하면서 추가대금의 지급이나 공기의 연장을 요구하는 경우 엔지니어나 DAB의 구성원들은 이러한 법률적 판단을 주저하는 경향이 있다.³⁴⁾ 그 결과, 엔지니어나 DAB가 시공사의 클레임을 불승인하고 공사의 계속을 명하는 경우, 예컨대, 발주자가 제공한 자료의 오류로 토목기초공사의 범위와 비용이 대규모로 늘어났음에도 불구하고 엔지니어나 DAB가 적정한 클레임 금액을 승인하지 아니한 채 공사의 계속을 명하는 경우, 시공자는 클레임을 제기하였더라도 국제중재절차가 종료할 때까지 매우 불안한 법적 상황과 자금압박 속에서 공사를 계속할 수밖에 없게 된다.

그렇다면, 이러한 경우 시공자는 어떻게 대응하여야 하는가? 일단은 중재신청을 하면서 중재판정부에 임시적 처분 등을 신청하는 방안을 고려할 수 있으나, 중재실무상 일방당사자의 신청에 의하여 임시적 처분이 내려지는 경우는 드문 경향이 있고,³⁵⁾ 계약상 명시적으로 엔지니어나 DAB의 결정에 따른다는 내용이 포함되어 있으므로 이러한 임시적 처분이 가능하다고 보기는 쉽지 않을 것이다. 현재, 우리나라 판례 상 FIDIC 계약에 따른 엔지니어나 DAB의 결정에 대한 가처분이 가능한지를 다룬 선례가 존재하지는 않는 것으로 보이나, 영국에서는 영국 법원에서 FIDIC 계약에 따른 엔지니어나 DAB의 결정에 불복할 수는 없다는 판례가 존재한다고 한다.³⁶⁾ 결국, FIDIC 계약 상 시공자는 분쟁 국면에 대비하여 반드시 적절한 시점에 클레임 통지를 하고, 클레임이 발생하였을 경우 엔지니어나 DAB 단계에서도 적절한 법률전문가들을 활용하여 적극적으로 대처할 필요가 있을 것이다.

(2) 발주자의 인허가 협조 의무(제2.2항: Permits, License or Approval)

위 조항에 따르면 발주자는 시공자가 요청하는 경우, (i) 계약과 관련 되었으나 쉽게 입수할 수 없는 공사가 수행되는 국가의 법률사본 입수 및 (ii) 시공자가 준수하여야 하는 법률상 획득할 것으로 요구되는 인허가를 시공자가 신청하는 데에 합리적인 조력 (reasonable assistance)을 제공하여야 한다. 이러한 인허가에는 통관을 포함한 물품의 인도 및 현장에서 철수된 시공자 장비의 반출에 관한 것들이 포함된다. 이러한 조항은 일반적인 것으로 보이지만, 실무상으로는 시공자가 받아야 하는 건설관련 인허가가 지연되는 경우, 위 조항을 근

34) Robert Knutson, 전게서, Introduction xxii면 참조

35) 석광현, 국제민사소송법, 520면

36) *Channel Tunnel Group v Balfour Beatty and others*, 1993 61 BLR 1, House of Lords

거로 클레임을 제기할 수 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 따라서, 인허가가 지연되는 경우에는 불가항력 클레임과 함께 발주자가 인허가 획득을 위한 충분한 정보를 제공하고 협조를 하지 않았다는 계약위반 클레임을 동시에 제기하여 공사기간의 연장 및 공사비용 증액을 주장할 필요가 있다.

또 하나, 실무에서 본 조항이 문제되는 경우는 공사 도중 또는 준공 이후에 공사국의 세무당국에서 시공자가 일반적으로 예상할 수 없는 세법과 관련된 해석을 주장하면서 비용부인을 하는 등의 방식으로 거액의 세금을 추가로 납부할 것을 요청하는 경우 시공자가 발주자의 협조의무, 즉 특이한 세무관행이 존재한다는 사실을 미리 알려줄 의무가 존재한다는 이유로 클레임을 제기할 수 있는지 여부이다. 특이한 Working Visa 조건에 대한 해석으로 시공자의 핵심인력이 시공지에서 공사를 수행하지 못하게 되어 공사일정에 차질이 생기는 경우에도 동일한 문제가 발생할 수 있다. 일반조건 제1.1.6.5항의 법률에 대한 정의를 고려해 볼 때, 위와 같은 과세요건이나 Working Visa 조건이 성문으로 명확하게 규정화되어 있는 경우라면 시공자의 클레임이 가능할 것이나, 단순히 불명확한 일반조항 해석의 결과 시공자에게 불이익이 발생한 것이라면 클레임이 받아들여지지 아닐 가능성은 높을 것이다. 일단, 불이익의 근거가 되는 법률조항이 제시된 이상 해석의 불명확성으로 인한 위험이 존재한다는 점은 시공자도 알 수 있고, 시공자 역시 법률의 준수 의무를 부담하는 이상 이로 인한 위험은 시공자가 부담하는 것이 합리적인 것으로 보이기 때문이다. 이를 회피하기 위하여 시공자는 특수조건 제14.1항에 명확하게 면세 등에 관한 사항을 추가하는 것을 고려해 보아야 한다.

(3) 엔지니어의 권한과 역할 (제3조: The Engineer)

FIDIC 계약상 엔지니어는 일반적으로 “감리자”라고 번역된다. 우리나라의 건설기술관리법 제27조 제4항 및 시행령 제105조에 따르면 FIDIC 계약상의 엔지니어와 유사한 역할은 보통 책임감리원이 하게 되는데, 책임감리원은 시공계획 및 공정표의 검토 및 확인에 대한 권한을 가진다.³⁷⁾ 한편, FIDIC 계약 상 엔지니어는 일반적인 책임감리원의 업무 외에도 앞서 설명한 것처럼 사실상 발주자와 시공자가 제기하는 모든 클레임에 대한 1차적인 판단권을 가지고, 이러한 결정은 계약상 중재판정에 의하여 변경될 때까지 준수되어야 한다. 이러한 의미에서 FIDIC 계약상 엔지니어는 일반적인 감리자와는 달리 적어도 발주자와 시공자

37) 구체적인 업무범위는 다음과 같다. (i) 시공계획의 검토, (ii) 공정표의 검토, (iii) 건설업자나 주택건설등록업자가 작성한 시공상세도면의 검토·확인, (iv) 시공이 설계도면 및 시방서의 내용에 적합하게 이루어지고 있는지에 대한 확인, (v) 구조물 규격에 관한 검토·확인, (vi) 사용자재의 적합성 검토·확인, (vii) 건설업자나 주택건설등록업자가 수립한 품질관리계획의 검토·확인 및 지도, 품질시험 및 검사 성과에 관한 검토·확인, (viii) 재해예방대책의 확인, 안전관리계획에 대한 검토·확인, 그 밖에 안전관리 및 환경관리의 확인, (ix) 설계 변경에 관한 사항의 검토·확인, (x) 공사 진척 부분에 대한 조사 및 검사, (xi) 완공도면의 검토 및 준공검사, (xii) 하도급에 대한 타당성 검토, (xiii) 설계내용의 현장조건 부합성 및 실제 시공 가능성 등의 사전검토, (xiv) 그 밖에 공사의 질적 향상을 위하여 필요한 사항으로서 국토교통부령으로 정하는 사항

의 관계에서는 비록 중재에 의해 분쟁이 최종적으로 해결될 때까지는 임시적인 성격을 가지기는 하지만 준사법기관적인 지위를 가진다고 할 수 있다. 이와 관련하여서는 비록 합의에 의하더라도 전문법관이 아닌 엔지니어의 판단에 대해 법적인 구속력을 인정하는 것에 대해 특히 대륙법계에서 많은 비판이 이루어질 가능성이 있다. 우리나라 법 상으로도 앞서 설명한 것처럼 엔지니어의 판단에 대하여 법원 또는 중재판정부의 가처분이 인정되지 않는다고 판단하는 경우에는 헌법 제27조 제1항이 규정한 헌법과 법률이 정한 법관에 의해 재판권을 받을 기본권이 침해 받는 것으로 볼 가능성이 존재한다는 점에서 엔지니어의 판단에 대해 법원의 개입이 불가능하다고 FIDIC 계약을 해석하는 것이 바람직하지 여부에 대하여는 세심한 검토가 필요할 것으로 보이나 아쉽게도 이에 대한 주목할만한 판례는 존재하지 않는 것으로 보인다.³⁸⁾

(4) 기성확인서의 효력

FIDIC 계약 일반조건 제14.14항의 발주자 책임의 종료 (Cessation of Employer's liability)는 “발주자는 엔지니어에 의해 승인된 최종 기성확인서 상의 (i) 최종명세서 및 (ii) 준공명세서에 명시된 금액을 제외하고는 어떠한 문제에 대해서도 책임을 부담하지 아니한다”고 규정한다. 또한, 제14.12항 채무소멸(Discharge)에 따르면 시공자는 최종명세서를 제출할 때에 최종명세서 상의 총액이 계약에 의거하거나 계약총액과 관련하여 시공자에게 지급되어야 하는 모든 금액에 대한 완전하고 최종적인 지불이라는 사실을 확인하는 서면을 제출하여야 한다(조건부 확인서도 가능하다). 이러한 조항과 관련하여 유의할 점은 제14.12항에서는 ‘otherwise’라는 표현을 쓰지 않고 있기 때문에, 제14.12항의 채무소멸확인서는 계약책임에 대해서만 적용되고, 제14.14항 마지막 문장이 지적하는 것처럼 발주자의 불법 행위 채무, 사기, 고의나 중과실에 의한 채무불이행의 경우에는 적용되지 않는다고 해석된다. 다만, 이러한 예외사유에 해당하는 경우에도 제20.1항의 조항은 적용되기 때문에 가능한 한 이를 28일 이내에 통지하여야 한다.

(5) 이행보증서(제4.2항: Performance Security)/지연배상금(제8.7항: Delay Damages)

이행보증서에 관한 FIDIC 일반조건 제4.2항은 발주자가 이행보증서와 관련한 클레임을 제기할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 있다. 즉, 이행보증서에 대한 클레임은 (i) 시공자가 이행보증서의 유효기간을 연장하지 못한 경우, (ii) 시공자가 지급하여야 하는 금액을 42일 이내에 지급하지 못하는 경우, (iii) 시공자가 의무불이행을 치유하라는 발주자의

38) 참고로, Silver Book에서는 엔지니어에 의한 공사의 감독 및 분쟁의 1차적인 해결이 PF로 인한 시공자 책임의 턴키공사라는 특성 때문에 적용되지 아니한다. Silver Book 제3.5항은 발주자는 시공자와 결정사항에 대하여 합의하여야 하며, 합의가 이루어지지 않는 경우에는 모든 관련 상황들을 고려하여 계약에서 정한 바에 따라 공정한 결정을 내려야 한다고 규정하고 있다. 이러한 발주자의 결정에 대해서는 14일 이내에 시공자가 불복절차를 밟지 않는 경우 발주자의 결정 (또는 시공자와 합의가 이루어진 경우에는 합의)사항은 중재판정 시까지 당사자에 대한 구속력을 가진다.

통지서를 접수한 후, 42일 이내에 이를 치유하지 못하는 경우, (iv) 발주자 계약해지의 경우에 가능하다. 이러한 클레임이 우리나라 법에 비하여 특이한 것으로 보이지는 않으나 이 역시 발주자 클레임을 구성하기 때문에 제2.5항에 따른 발주자 클레임 규정의 적용을 받게 되어, 이행보증서를 실행할 경우에도 이를 통지하고, 필요한 경우 엔지니어나 DAB의 확인을 받아야 한다. 마찬가지로, FIDIC 일반조건 제8.7항에 따른 지연배상금 조항 역시 일반적으로 우리나라에서 쓰이고 있는 지체상금과 관련된 조항과 크게 다르지 않지만, 유의할 점은 일반적으로 지연배상금은 발주자가 지급하여야 할 공사대금에서 상계 또는 감액되어 지급되는 경우가 있는데, 이러한 경우 지연배상금 주장은 제2.5항에 따른 발주자 클레임 규정의 적용을 받게 된다.

(6) 불가항력 (제19조: Force Majeure)

우리 민법상 일반적인 도급계약³⁹⁾상 불가항력사유가 발생하면 불가항력 사유가 발생한 채무자는 그 채무를 이행할 책임을 면한다. 따라서, 일반 건설계약에서 별도의 규정이 없는 경우, 수급인인 시공자는 불가항력으로 인한 채무불이행 책임을 면한다. 이 경우, 시공자는 건설계약 상의 의무, 즉 건축물을 완성하여 인도할 의무를 면하기는 하지만, 발주자로부터 대금을 지급받을 수도 없게 되어, 결국 불가항력으로 인한 경제적 위험부담은 시공자가 부담하게 된다. 참고로, 국내에서 관급 건설공사와 관련하여 널리 쓰이고 있는 기획재정부 회계예규인 공사계약 일반조건(이하 “공사계약 일반조건”) 제32조(불가항력)는 위와 같은 원칙을 적용하면서도 (i) 검사를 필한 기성부분, (ii) 검사를 필하지 아니한 부분 중 객관적인 자료에 의하여 이미 수행되었음이 판명된 부분 및 (iii) 시공자의 책임 없는 사유로 발생한 손해 및 발주기관이 이미 인수한 목적물에 대해 발생한 손해는 발주기관이 부담한다고 규정하여 일반적인 민법원칙에 대한 수정을 가하고 있다.

그런데, FIDIC 제19.3항 불가항력의 결과(Consequence of Force Majeure)에 의하면, 그러한 불가항력으로 인해 시공자가 지연 및/또는 비용을 부담하여야 하는 경우라면 시공자는 (i) 준공이 지연되거나 지연될 경우 제8.4항(준공기한의 연장)에 의거한 기간연장 및 (ii) 불가항력의 사유가 특정조건을 만족시키는 경우라면 추가비용의 지급에 대한 권한까지 가지게 된다. 이러한 FIDIC의 태도가 우리 민법이나 공사계약 일반조건에 비하여 시공자를 좀 더 두텁게 보호하고 있음은 의문의 여지가 없을 것이다. 그러나, 이러한 FIDIC 규정에도 불구하고 종종 시공자들은 위 조항의 보호를 받지 못하는 경우가 발생할 수 있는데, 이는 FIDIC 제19.3항이 불가항력으로 인한 기간연장이나 추가지용지급에 대해서도 제20.1항의 클레임에 관한 조항의 적용을 받는다는 점을 명시하고 있기 때문이다. 따라서, 불가항력

39) FIDIC 계약을 순수한 도급계약이 아니라 일종의 제작물공급계약으로 해석하는 경우에도 제작물 공급계약에서 목적물이 특정물일 경우에는 도급에 관한 규정이, 대체 가능한 불특정물일 경우에는 매매에 관한 규정이 적용된다는 것이 일반적인 견해이고, 대부분의 대규모 건설계약에서 공사 목적물은 특정물로 해석될 것이므로 이하에서는 일단 FIDIC 건설계약은 우리 민법 상의 도급계약에 해당하는 것을 전제로 기술하기로 한다.

통지에 대해서도 28일의 통지기간이 적용된다는 점에는 유의하여야 한다.

참고로, 이러한 불가항력에 관한 문제는 실무상 실제로 지진이나 폭동 등이 일어난 경우 뿐만이 아니라 대규모 관급공사가 턴키(turn-key)로 발주되는 것이 아니라 분리발주 형식으로 진행될 때에 종종 발생하는데, 예컨대, 대규모 댐 공사를 진행하면서 토목공사와 구조물 공사가 분리발주된 경우, 토목공사를 맡은 시공자의 채무불이행 (파업이나 폭동 등의 전형적인 불가항력 사유에 의한 것일 수도 있고, 단순 채무불이행에 의한 것일 수도 있다)으로 인하여 구조물 공사까지 지연될 것이 예상되는 경우 구조물 공사를 맡은 시공자는 이러한 다른 시공자의 불가항력 또는 채무불이행사유의 발생을 주장할 수 있는지의 문제가 발생한다. 이러한 상황에 대하여 시공자가 불가항력을 주장하든 아니면 발주자가 별도로 발주한 공사의 감독 등을 소홀히 하였다든 이유로 채무불이행 등에 의한 클레임을 제기하든 이에 대해서는 제20.1항의 통지기간에 대한 규정이 적용되어 이를 알거나 알 수 있었던 날로부터 28일 내에 이러한 사유를 통지하지 않는다면 권리가 소멸한다고 해석 될 가능성이 있다. 그러나, 이러한 하도급인이 아닌 제3자에 의한 공사지연의 경우 국내 건설관행에서 발주자가 시공자보다 건설계약상 우월한 지위를 가진다는 점에서 시공자가 이러한 공사지연 사유를 알았더라도 단기간 내에 발주자에게 클레임을 통지하는 것은 어려운 경우가 많고, 그 결과 해외 건설공사 시에도 시공자가 쉽게 이러한 클레임을 제기하지 못하는 경우가 상당한데, 이러한 경우 시공자는 자신에게 책임이 없음에도 불구하고 공기지연으로 인한 손해를 부담할 수 있음에 유의하여야 한다.

한편, 하도급인에게 영향을 미치는 불가항력에 대하여 제19.5항은 “만약 하도급자가 공사와 관련된 어떤 계약 또는 합의에 의거하여 본 조에 명시된 것보다 추가적이거나 또는 광범위한 불가항력 조건으로 구제권리를 갖는 경우, 그러한 추가적인 또는 광범위한 사건들 또는 상황들이 시공자의 불이행을 면제하거나 또는 본 조에 의거한 구제권한을 그에게 부여하지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서, 시공자가 하도급인을 사용하는 경우 하도급 계약 체결 시에는 불가항력 조항 역시 주의 깊게 검토하여 가능하면 FIDIC 계약조건과 완벽하게 일치시키는 편이 바람직하다.

(7) 하자책임 (제11조: Defect Liability)

우리 민법 상 건설계약과 같은 도급계약의 하자는 다음과 같은 두 가지 측면에서 다루어진다. 우선, 발주자가 고의 또는 과실로 건설과정에서 부적절한 시공방법을 택하였거나 설계나 시방서에 따른 시공을 하지 못하였을 경우 시공자는 불완전이행책임을 부담한다. 이 경우, 채권자인 발주자는 (i) 채무의 완전이행을 청구하든지, (ii) 불완전이행으로 인한 손해배상을 청구하든지 아니면 (iii) 이행을 최고한 후 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 반면, 발주자가 준공된 공사목적물을 인수한 이후에는 민법 제667조에 따른 수급인의 담보책임에 관한 규정이 적용된다. 따라서, 완성된 목적물, 완성 전에 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 발주자는 시공자에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 이러한 담보책임은 일반적으로 무과실 책임으로 해석된다. 위 조항을 종합해보면, 하자에 대한 시공사의 과실을 발주자가 입증하지 못하였을

경우 발주자는 하자의 보수만을 청구할 수 있지 계약을 해제하지는 못한다. 반면, 공사계약 일반 조건은 제33조에서 시공자는 전체목적물을 인수한 날과 준공검사를 완료한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 계약서에 정한 기간(“하자담보책임기간”)동안 공사목적물의 하자(시공자의 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한함)에 대한 보수책임이 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 어떻게 보면 민법보다도 더 시공자의 책임을 경감하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

FIDIC 계약 일반조건은 제11.2항 하자보수비용 (Cost of Remedying Defects)에서 하자보수로 인한 공사작업이 (i) 시공자에게 책임이 있는 모든 설계, (ii) 계약에 부합하지 않는 설비, 자재, 시공기술 또는 (iii) 기타 의무를 시공자가 준수하지 않는 경우에는 모든 시공 위험과 비용은 시공자가 부담하여야 한다고 규정하고 있다. 일반적인 하자담보책임의 경우에도 채권자는 최소한 목적물이 해당 공사계약에 정한 기준에 부합하지 않는다는 점을 입증할 필요가 있다는 점을 고려하면, 이러한 FIDIC 조건이 우리 민법에 비하여 특별히 시공자에게 불리한 것으로 보이지는 않는다. 다만, 공사계약 일반조건 상 공사목적물이 계약에 부합하지 않는 경우에도 시공자가 과실이 있는 경우에만 책임을 진다는 점과 비교하여서는 유의할 필요가 있다. 오히려, FIDIC 상의 하자책임과 관련하여 주의할 점은 제11.4항의 하자보수의 실패(Failure to Remedy Defects)(c)항이 시공자가 발주자에 의해 통지된 합리적인 기한 내에 하자를 보수하지 못하였을 경우 “만약 그러한 하자 또는 손상이 공사 또는 공사의 중요한 부분에 대한 발주자의 모든 이익을 실질적으로 박탈하는 경우라면 계약 전체를 해제하거나 또는 의도된 대로 사용할 수 없는 주요부분에 대한 계약을 해제/해지할 수 있다”고 규정하고 있다는 점이다. 이 경우 발주자는 계약 또는 다른 근거에 의거한 권리들이 침해 당함이 없이 공사에 대해 지급된 모든 금액에 더하여 금융비용 및 해당공사나 완성된 부분을 해체하는 비용, 현장 청소비용, 그리고 설비 및 자재를 시공자에게 반환하는 비용을 지급받을 권리를 가진다. 이러한 FIDIC 규정은 결국 하자발생에 대한 과실여부와 관계없이 하자가 중요한 경우 발주자에게 계약의 해제권을 인정하는 것으로서, 발주자에게 건축물의 하자를 이유로 해제하는 것을 명시적으로 인정하지 않고 있는 민법상의 하자담보책임에 비하여 가중된 책임을 지우는 규정이라고 볼 수 있으므로 유의하여야 한다.

이외에, 제11.3항 하자통지기간의 연장(Extension of Defect notification Period)과 관련하여서도 민법의 하자보수에 관한 규정이나 공사계약 일반조건 상 하자보수기간은 준공검사 완료일로부터 진행되고, 하자의 존재로 인하여 하자보수기간이 연장되는 것은 아닌 반면, FIDIC은 “하자 또는 손상으로 인하여 공사, 부분공사 또는 설비의 주요항목이 의도된 목적대로 사용되지 못하는 경우에는 그 기간 동안 하자통지기간을 연장할 수 있는 권리가 발주자에게 있다는 점 역시 유의할 필요가 있다. 다만, 이러한 기간 연장은 2년을 초과할 수 없고, 또한 제2.5항 발주자 클레임의 적용을 받는다.

IV. 결 론

지금까지 이 글에서는 우리나라 건설업체 입장에서 유의하여야 할 FIDIC 조항들을 검토

하였다. 이러한 유의할 조항들 중 상당수는 FIDIC 계약의 준거법과 공사지국이 확정되어 야 구체적인 분석이 가능한 경우가 많다. 그런데, 일반적으로 FIDIC 계약을 체결할 때에 공사가 한국인 특수한 경우를 제외하고 한국법을 준거법으로 사용하는 경우는 실무상 그리 많지 않은 것으로 보이는바, 구체적인 분쟁국면에서 FIDIC 계약을 분석할 때에 우리나라 법률가들에게 익숙한 한국법은 그다지 중요성을 가지지 못하게 마련이고, 따라서 국내 건설업체들이 FIDIC 계약을 활용할 때에는 공사지국의 법을 준거법으로 정하고 현지 법률 전문가의 도움을 받는 경우가 많다. 그 결과 현재까지 FIDIC 계약조건체계 및 상업적으로 유의할 사항에 대한 소개는 많이 이루어졌으나 FIDIC 계약조건에 대한 한국법적 관점에서 법률적 분석이 시도된 적은 거의 없는 것으로 보인다. 이 글은 FIDIC 계약조건들이 준거법과 공사지국법 그리고 중재지국법과의 상호작용 속에서 과연 어떠한 방식으로 해석될 수 있을지에 대한 분석과 우리가 국내에서 사용하는 건설계약과의 관계에서 해당 조항의 차이점을 비교해 봄으로써 FIDIC 계약에 대한 이해를 제고하고자 시도했고, 비록 미흡하나마 이러한 분석을 통해 국내 건설회사들이 FIDIC계약 이용에 도움이 되기를 기대한다. 다만, 이 글에서 FIDIC 제20.1항이 규정하는 기한 미준수로 인한 시공자 클레임 상실 주장에 대비하여서도 국제중재에서 효과적으로 주장할 수 있는 대응논리를 분석해 보기는 하였으나, 결국 국내 건설업체의 입장에서는 FIDIC 계약 상의 여러 절차를 준수하기 위한 계약관리에 특별히 중점을 두어야 할 필요가 있다는 점은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

◇ 주제어 ◇

FIDIC 표준계약, Red Book, Yellow Book, Silver Book, 일반조건, 특수조건, 공사의 강행법규, 발주자 클레임, 시공자 클레임, FIDIC 계약규정과 국내법의 차이점

◆ 참고 문헌 ◆

- 김승현, 프로젝트 파이낸스와 EPC/Turnkey 계약 - FIDIC Siler Book에 대한 소고, 통상법률 2004-8
대한건설협회, 국제표준 건설공사 계약조건(2004)
석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012)
석광현, 국제상사중재법연구 제1권, 박영사(2007)
이상훈, 양창환, 조영준, FIDIC 계약조건과 국내 관련법의 비교 연구(2005)
이중수, New FIDIC 제정의 이해와 시사점, 한국건설산업연구원 제16-1149호(2003. 4. 8.)
정홍식, 국제중재에서 판매점의 보상청구권-중재인이 국제적 강행규범 적용 논쟁을 포함하여, 국제거래법
학회 2013년 춘계학술대회 발표문
최명국, FIDIC의 DBO 프로젝트용 표준계약조건에 관한 연구, 무역상무연구 제46집(2010. 5.)
한국엔지니어링진흥협회, 국제표준 FIDIC EPC/Turnkey 프로젝트 계약조건(2003)
한국엔지니어링진흥협회, FIDIC 용역하도급계약서(Sub-Consultancy Agreement) 번역본(2004)

Channel Tunnel Group v Balfour Beatty and others, 1993 61 BLR 1, House of Lords

Robert Knutson, FIDIC - Analysis of the International Construction Contracts, KLUWER LAW, p242

〈Abstract〉

Actual Use of the FIDIC and Matters of Consideration

Hyun-Sik Shin · Su-Yong Jung · Dae-Hyuk Choi

FIDIC (acronym for its French name *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*, and its English name is *International Federation of Consulting Engineers*) produces various international standard forms of contract for construction projects based on the apportionment of risks between an employer and a contractor and the party which will bear the uncertain risks arising out of a construction project.

Due to the use increase of the FIDIC contract terms by domestic construction companies, many studies on the terms of the FIDIC standard forms of contract already exist. However, most of the studies consist of the differences in the individual standard forms of contracts and matters to be considered with respect to the management of construction projects or the apportionment of risks, and the number of studies analyzing the legal issues of each of the clauses in the FIDIC contracts appears to be small.

The purpose of this article is to examine the matters to be considered when the FIDIC standard forms of contracts are used by Korean construction companies. For such purpose, we have first examined which terms and conditions of the various available FIDIC standard forms of contract should be used based on the current status and use of the FIDIC standard forms of contract by the domestic construction companies, and have then examined the matters to be considered under each of the standard terms and conditions of the FIDIC contracts such as claim, force majeure, defect liability, etc. Moreover, we have sought to enhance the understanding of the FIDIC contracts by performing an analysis on how the FIDIC terms and conditions may be interpreted when such terms and conditions interact with the governing law and the law of the place of arbitration and by conducting a comparison of the relevant clauses in the construction contracts used in Korea and the FIDIC terms and conditions.

Although the FIDIC standard terms and conditions are not necessarily directly used in international construction contracts, depending on the type of the construction project, there are a number of cases where the parties would conduct negotiations on the terms and conditions of a contract after selecting the appropriate FIDIC standard terms and conditions, and then to use a modified version of the relevant contract. As such, even if the FIDIC contracts are used, since the number of cases in which the standard terms

and conditions are used in their as is and where is condition is small, the special conditions must be thoroughly reviewed.

Further, as the governing law, the regulations of the country of construction and the regulations of the expected place of arbitration all interact with each other, such laws and regulations have an impact on the interpretation of the FIDIC contracts. Irrespective of whether the laws of a third country have been selected as the governing law, there may be cases in which the mandatory rules of the country of construction may be applicable even if such cases do not constitute exceptions under which certain provisions of the FIDIC are invalidated. Therefore, it would be desirable, if possible, to confirm with a local legal professional as to whether there exist any mandatory rules which may be in conflict with the FIDIC contracts in the country of construction even in cases where the governing law has been selected through a familiar method, by using the FIDIC standard terms and conditions.

◇ KEY WORDS ◇

FIDIC Standard Form of Contract, Red Book, Yellow Book, Silver Book, General Conditions, Particular Conditions, Mandatory Rules for Construction Sites, Employer's Claim, Contractor's Claim, Differences between FIDIC Terms and Conditions and Korean Laws

[토론문]

“국내기업의 FIDIC 이용실태와 유의사항”에 대한 토론

신용식
신신법률사무소

1. Timing (Knowledge + Solution + Wisdom)

=>Professional Approach has now become critical to Korea's Global Construction Businesses.

Among others, the management people of construction companies and financial institutions in the businesses should be fully aware of their Fiduciary Duties provided in Law.

2. 한국의 제2차 해외건설사업의 특징과 전략

- 노임하청 under US Umbrella v. 작은약소국가건설회사 in Jungle Construction Markets

- Recognition, Transfer, Distribution and Minimization

in the negotiation, signing, managing, performing, maintaining, operating Int'l Construction Contracts are the “KEY” and the critical word for the success of Korea's global construction industry.

3. Understanding of FIDIC's Basic Philosophy + EPC/Turnkey의 본질 (영국의 최근 통계)

4. 잡 탕 밥 (실무참여 기회 늘려야! 3-5년전문가에 의한 건설계약체결 사전, 사후의 전제적이고, 일관되고, 지속적인 managemet와 attention이 필수적!

5. Flexibility, Volatility and Dynamism of Contractual Rights, Obligations and Entitlements of Contracting Parties before, during, and after construction performances need more professional attention and care. More important than boiler plate FIDIC.

6. Local Language, Construction Practices, Customs, Local Politics & History

7. Enemy Territory + Korea, her companies, and her people are all manageable!

8. Local Laws, Local Solutions, Local Court and Judicial Systems, Local Legal Infra and structures(including 민.형사 불 구분)

9. Global Norm & Standards

- ① Illegality (국내관행, 행정편의, etc.)
- ② Anti-Corruption (예: Bechtel)
- ③ Fair Trade and Competition(예: 담합, dumping, etc.)

10. Security Issues, Environmental Issues, Political Issues, Tribal Issues, etc.

11. Bond v. LG

Very serious issues!

Tax Money

공기업

Illegality and Fiduciary Duty

12. Dispute Prevention and Remedy

What kind of contractual documents?

Translation Costs?

Applicable Law?

Applicable Jurisdiction?

Available Remedies?

ISD?

Difficulties of execution?

13. 국내건설관행/제도 v. 해외건설관행/제도

국내에서 제대로 배우지 못하고 또한 잘 되고 있지도 않은데 해외서 잘 할 수 있을까?

용산 Project의 실패원인은?

14. 기타

-약 30,000명 v.약 300,000명

-Lack of Core-Technologies

-Low-Productivity, 인건비의 경쟁력

-실무 훈련, 외국 현장 경험 미숙, 공 기업

-언어능력(예: 시장볼 때)

-한국회사가 많이 사용하는 QS의 문제점

-한국변호사와 외국변호사의 역할과 cooperation

[토론문]

“국내기업의 FIDIC 이용실태와 유의사항”에 대한 코멘트 및 질의사항

편영준 부장

삼성물산 건설부문 법무팀(해외파트장)

발표자께서는 국제건설공사표준계약의 대표적인 특징으로 1) 엔지니어의 역할 및 권한, 2) 예견할 수 없는 사태 발생시의 처리, 3) 계약의 해지, 4) 분쟁의 해결 등을 언급하셨습니다.

또한 FIDIC 표준계약 이용 시 유의하여야 할 사항으로 다음 내용을 언급하셨습니다.

1. 준거법 관련 문제

- 가. 준거법 합의와 강행법규
- 나. 준거법 미지정 시의 문제

2. 실무상 문제되는 FIDIC 일반조건 조항

- 가. 클레임과 관련한 FIDIC 규정
 - (1) 발주자 클레임 (제2.5항 Employer's Claim)
 - (2) 시공사 클레임 (제20.1항 Contractor's Claim)
- 나. 발주자의 인허가 협조 의무 (제2.2항 Permits, License or Approval)
- 다. 엔지니어의 권한과 역할 (제3조: The Engineer)
- 라. 기성확인서의 효력
- 마. 이행보증서 (제4.2항: Performance Security)/지연배상금 (제8.7항: Delay Damages)
- 바. 불가항력 (제19조: Force Majeure)

우리는 해외 건설프로젝트에 참여하며 다양한 형태의 계약서들을 접하게 됩니다.

대표적인 표준계약서에는 FIDIC 외에도 JCT (Joint Contracts Tribunal), ICE (Institution of Civil Engineers), NEC3 (New Engineering Contracts), AIA (American Institute of Architects), SIA (Singapore Institute of Architects), 싱가포르 PSSCOC (Public Sector Standard Conditions of Contract for Construction Works), REDAS (Real Estate

Development Association of Singapore) 등 다양한 형태의 표준계약서류들이 존재하며 사우디 ARAMCO 등 거대 발주자의 표준계약서들도 접하고 있습니다.

본인은 FIDIC 이 전 세계적으로 많이 활용되고 있다는 측면에서 국제표준계약서로 인정 받고 있으나 발표자가 인용한 것 (주17) 과는 달리 사실 영연방국가들은 자신들의 표준계약서들을 만들어 사용하고 있으며 FIDIC은 오히려 중동, 서남아시아 및 개발도상국 등에서 많이 활용하고 있다는 생각입니다.

우리의 경우 다양한 형태의 건설계약을 접하면서 발주자와 계약협상을 할 때 FIDIC 국제표준계약서와의 비교를 통해 발주자의 계약서가 얼마나 공정하고 합리적인지를 가늠하고 있습니다. 또한 FIDIC 조건을 설명하며 계약조건의 변경을 요구하기도 합니다.

본인은 발표자가 제시한 FIDIC 계약서 사용시 유의하여야 할 사항들에 아래의 내용들을 추가하고 싶습니다.

1. 진출하는 현지국가 강행법규 예시

- 1) 싱가포르 SOP Act (Security of Payment Act) 적용
- 2) UAE국에서 공사계약의 Termination은 법원의 decision 받아야만 가능한 점
- 3) Pay when paid 조항 미적용
- 4) 하자보수기간 및 보증기간
- 5) Latent Defects Liability period (FIDIC 언급 없음)
- 6) Decennial Liability (중동국가) 와 Professional Indemnity Insurance

2. Unforeseeable physical condition에서 “unforeseeable”의 정의

Sub-Clause 1.1.6.8 “Unforeseeable” means not reasonably foreseeable by an experienced contractor by the date for submission of the Tender.

많은 경우에 지질조건이나 인력난, 자재품귀현상 등 공사여건이 어렵다고 이미 예견했다는 발주자 주장이 “unforeseeable” 했다는 시공사 주장과 대립하는 경우가 많음

3. Change in Law 조항 불인정시 대책 (Change in Law affecting Permanent Works)

많은 경우 발주자는 FIDIC 조건을 변경하여 Change in Law를 인정하지 않는 계약이 많으며 이때에도 법규의 변경으로 Permanent Work의 변경을 초래하는 경우에는 공기연장과 공사비 증액을 인정하도록 요구하고 있음

4. Force Majeure 인정 범위 (Natural Force Majeure / Political Force Majeure)

Force Majeure 대상을 공사지국가뿐만 아니라 주기가 제작용의 국가에서의 Force Majeure 까지도 포함하도록 협상하고 있으며 Government Authority의 action/inaction 등 도 Political Force Majeure로 분류하여 협상하고 있음.

5. Limitation of Liability 제외사항

많은 경우 FIDIC조건과 달리 보험으로 회수되는 금액, 시공사의 공사완공의무, Gross negligence and Willful misconduct 등에 기인한 손해액은 책임한도에서 제외되는 경우가 많음. 따라서 통상 Limitation of Liability을 도급금액까지로 정하고 있지만 제외사항이 많을수록 Limitation of Liability는 상대적으로 감액되도록 협상하고 있음

6. Nominated Subcontract (NSC)

시공계약에서 발주자는 Nominated Subcontractor를 선정하여 시공자에게 하도급계약의 체결을 요구할 수 있고 시공자는 선정된 NSC업체가 부실하거나 시공자를 면책하는 의무를 거부하는 경우 NSC업체와의 계약을 거부할 수 있다고 되어 있으나 일단 하도급을 체결하고 나서 NSC업체의 공사수행능력의 문제로 교체가 필요할 때 누가 NSC업체를 재선정할 의무가 있는지 그리고 재선정으로 인한 지연과 추가비용은 누구의 책임이 되는지에 대한 언급이 없어 책임소재에 대해 많은 분쟁이 발생하고 있음.

7. Value Engineering을 통한 절감액 배분

EPC/Turnkey 계약서는 공사일괄계약서 12조와 유사한 계약가치규정을 가지고 있지 않아, 계약가치 절감액이 어떻게 배분되어야 하는지에 관한 조항을 포함하고 있지 않음. 따라서 당사자가 변경이 발효되기 전에 가치공학 제안서로부터 발생하는 계약가치 절감액 배분에 관한 합의를 도출하도록 하는 것이 바람직함. 합의가 되지 않으면 공사일괄계약서 13.2 (c) 또는 기계플랜트계약서/EPC 턴키계약서 13.3항의 마지막 문장이 적용됨.

(Employer's Representative's Determination)

Upon instructing or approving a Variation, the Employer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine adjustments to the Contract Price and the Schedule of Payment. These adjustments shall include reasonable profit, and shall take account of the Contractor's submissions under Sub-Clause 13.2 [Value Engineering] if applicable.

질문사항

1. 준거법 합의와 강행규정

Page 17 “대립당사자 사이에서 사적인 이익보호를 위한 조항 등도 적용될 수 있다.” 라는 부분의 구체적인 내용이 무엇인지요?

2. 발주자의 부당한 이득 (Windfall)

Page 22 FIDIC 계약 제20.1항의 취지를 고려하더라도 단순히 28일이라는 기간이 지났다는 이유만으로 책임을 면할 수 있게 되는데 결과적으로 발주자에게 부당한 이득

(Windfall),을 준다는 측면에서 많은 의문이 제기된다고 하셨는데 부당한 이득은 “Unjust enrichment”가 더 적합한 표현이 아닌지요?