

[현학봉의 FIDIC계약해설-1회] Contract

해외건설 계약용어 해설을 시작하는 날인만큼 오늘은 계약 즉 'Contract'에 대해 알아보는 시간을 갖겠습니다.

계약을 지칭하는 용어는 Agreement, Contract가 있는데 어떤 용어를 사용하 여도 무방합니다. 다만, FIDIC 계약조건의 경우 Contract라는 용어를 사용하고 있고 Agreement는 별도로 Contract Agreement로 표현하면서 계약을 구성하는 문서의 일부로 하고 있습니다.

FIDIC 계약조건은 계약조건 자체에 Contract를 정의하고 있는데 FIDIC RED BOOK(FIDIC의 여러 계약조건 중 설계에 대한 책임이 발주자에게 있는 경우 적용하기 위한 계약조건)에 정의된 내용은 아래와 같습니다.

"Contract" means the Contract Agreement, the Letter of Acceptance, the Letter of Tender, these Conditions, the Specification, the Drawings, the Schedules, and the further documents (if any) which are listed in the Contract Agreement or in the Letter of Acceptance. ["계약"이란 계약서, 낙찰통지서, 입찰서신, 본 조건들, 시방서, 도면, 내역서 및 계약서 또는 낙찰통지서에 기재된 추가문서(만약 있다면)들을 의미한다.]

위에 인용된 바와 같이 계약 'Contract'란 당사자 간에 합의된 문서들을 의미하는 것으로 이들 문서를 계약문서 'Contract Document'라고 합니다. 즉, 계약이란 계약문서라고 이해하면 되고, 계약문서에 의해 계약당사자인 발주자와 시공자(원청계약의 경우에 한하며 하청계약이나 다른 계약의 경우에는 계약당사자가 다름)가 법적으로 구속당합니다. 뒤집어서 이야기하면 계약문서로 정의되지 않은 문서들이나 정보·자료들은 계약당사자를 구속할 수 없다는 것입니다. 상식적인 이야기지만 많은 사람들이 놓치고 가는 부분이기도 합니다.

예를 들어, 입찰 시 지반보고서가 입찰자들에게 배부가 되었고 입찰자들이 그러한 지반보고서의 내용에 의존하여 입찰금액을 제출했다고 하더라도 그 지반보고서가 계약문서에 포함돼 있지 아니한 경우라면 해당 문서의 내용으로 상대방인 발주자를 구속할 수 없습니다. 즉, 실제현장의 상황이 입찰시 교부된 지반보고서의 내용과 달라져 시공자에게 손해를 끼치는 경우라 하더라도, 그 손해에 대한 책임을 발주자에게 물을 수 없을 수 있다는 것입니다.

결론적으로, 어떠한 문서들이 계약문서에 포함되는지와 그러한 계약문서의 내용으로 인해 발생할 수 있는 리스크를 파악하고 대비하는 것이 계약관리의 시발점이라 하겠습니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-2회] Contract Document

지난 1회에서 계약이란 계약에 정의된 여러 문서들이라 했습니다. 계약을 구성하는 이러한 문서들을 계약문서라고 하는데 계약의 특성이나 형태에 따라 달리 정의됨을 이해해야 합니다.

건설계약은 설계에 대한 책임이 누구에게 있느냐에 따라 크게 두 가지의 형태로 나뉘지는데, 하나는 설계에 대한 책임을 발주자가 지는 Design-Bid-Build 형태의 계약(설계-시공 일괄계약)이고 다른 하나는 설계에 대한 책임을 시공자가 지는 Design-Build, Turnkey 또는 EPC(Engineering, Procurement, Construction) 형태의 계약입니다.

계약의 형태에 따라 계약당사자의 책임이나 리스크가 달라짐으로 계약을 구성하는 계약문서들도 달리 정의된다는 것입니다.

FIDIC이 발표한 다양한 유형의 계약조건들에 정의된 계약문서를 정리하면 다음과 같습니다.

▼설계를 발주자가 책임지는 공사계약의 경우

먼저, 설계를 발주자가 책임지는 공사계약이 있습니다. 이러한 유형의 계약에서는 설계를 발주자가 책임을 져야하므로 설계와 관련된 문서들을 계약적으로 구속력이 있도록 해야 하고 따라서 시방서(Specification)나 도면(Drawing)이 반드시 계약문서에 포함돼야 합니다.

아울러 설계로부터 산출되는 물량에 대한 책임이 발주자에게 있으므로 물량 변경 시 그에 따른 대가지급(감액 또는 증액)이 이뤄질 수 있어야 하는데 그러한 특징을 고려해, 일반적으로 합의된 단가를 근거로 대가지급이 이루어질 수 있도록 BOQ(Bill of Quantity : 산출내역서)가 계약문서에 포함되도록 합니다. 이러한 특징을 고려해 단가계약(Unit Price Contract) 또는 물량정산계약(Re-measurement Contract)라고도 불립니다.

▼설계를 시공자가 책임지는 공사계약의 경우

반면, 설계를 시공자가 책임지는 공사계약도 있습니다. 설계에 대한 책임을 시공자가 져야하므로 설계와 관련된 문서들이 계약문서에 포함되지 않습니다.

그 대신에 설계에 대한 발주자의 요구조건 즉, 설계기준이나 지침 등이 계약문서에 포함되어야 하는데 그러한 문서를 발주자의 요구조건(Employer's Requirement)라고 합니다. FIDIC은 시공자가 설계를 책임지는 공사계약의 경우를 다시 'Yellow Book'과 'Silver Book'에서 두 가지로 나누고 있고 계약문서도 달리 정의하고 있습니다.

Yellow Book에서 계약조건의 명칭은 "Conditions of Contract for Plant and Design-Build"이며 the Contract Agreement, the Letter of Acceptance, the Letter of Tender, these Conditions, the Employer's Requirements, the Schedules, the Contractor's Proposal, and the further documents (of any) which are listed in the Contract Agreement or in the Letter of Acceptance를 계약으로 정의하고 있습니다.

한편, Silver Book에서는 계약조건의 명칭은 "Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects"이며 the Contract Agreement, these Conditions, the Employer's Requirements, the Tender, and the further documents (of any) which are listed in the Contract Agreement 를 계약으로 정의하고 있습니다.

Yellow Book과 Silver Book 모두 설계에 대한 책임을 시공자가 지는 계약이라는 측면에서는 같으나, Silver Book의 경우 시공자가 책임져야 할 리스크가 훨씬 크다는 것에 유의해야 합니다.

그러므로 단순히 계약조건의 제목만을 가지고 FIDIC이 발표한 계약조건의 적정성을 판단해서는 안 됩니다. 또한 계약조건의 구체적인 내용들을 검토하고 분석해 계약조건에 포함된 여러 위험들을 감내하거나 극복할 수 있는지를 판단한 후에 결정하는 것이 올바른 태도입니다.

많은 국내 건설업체들이 계약조건의 제목만을 보고 Silver Book을 적합한 것으로 받아들이고 있고 그로 인해 결과적으로 막대한 피해를 입고 있는 사례들을 경험하고 있는데, 계약조건에 대한 올바른 이해가 계약관리의 기본임을 명심해야 합니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-3회] Interpretation

계약은 해석 'Interpretation'과 적용 'Application'의 문제입니다. 즉, 계약문서 'Contract Document'를 제대로 해석해 자신의 권리를 행사하거나 상대방의 의무를 강제하기 위해 적용하는 것이 계약의 본질이라 할 수 있습니다.

계약당사자간에 계약내용을 해석함에 있어 분쟁이 발생하면 종국적으로 법원의 판단을 받게 되는데, 그때 법원이 하는 일은 계약당시 계약당사자들이 의도했던 것이 무엇이었는가를 알아내는 것입니다. 즉, 법원이 자기 멋대로 생각하고 판단해 결정하는 것이 아니라 계약당사자들이 계약을 할 때 어떤 의도가 있었는지를 찾아내고 그에 따라 해석해 결론을 낸다는 것입니다.

그러한 측면에서 계약은 일부 문구나 내용만으로 해석을 하는 것이 아니라 계약내용 전체를 가지고 판단해야 한다는 것을 우선 이해해야 합니다. FIDIC 계약조건을 비롯한 대부분의 계약에서 계약조건의 제목 각개 조항들의 소제목을 계약해석에 이용하지 못하도록 하고 있는 것도 이러한 이유가 있기 때문입니다.

계약을 해석하는데 문제가 발생하지 않도록 하려면 계약을 구성하는 계약문서들의 내용들이 구체적이고 명료하게 작성돼야 합니다. 그러나 현실에서는 그렇지 못한 경우들이 다 반사이고 그로 인해 많은 분쟁이 발생하고 있기도 합니다.

가장 흔하게 발생하는 문제는 계약조건은 계약전문가가 작성하고 기술적인 내용이 다루어지는 시방서 'Specification'이나 도면 'Drawing' 또는 발주자 요구조건 'Employer's Requirement'과 같은 문서들은 계약전문가가 아닌 기술자들에 의해 작성됨으로써 문서간 내용에 불일치가 발생하는 것입니다. 계약문서간에 불일치가 발생하는 경우에 대비해 대부분의 계약에서는 계약문서간 해석상의 우선순위를 두고 있는데, 나중에 작성된 문서가 이전에 작성된 문서에 우선하고, 구체적인 내용 또는 특별하게 작성된 내용이 일반적인 내용에 우선한다는 것이 원칙입니다.

아울러, 계약에 사용된 용어들에 대한 정의를 별도로 함으로써 계약해석에 문제가 발생하지 않도록 하고 있는데, 일단 어떤 용어가 정의되면 상식이나

관습, 관례와 무관하게 정의된 대로 해석을 해야 함을 인지할 필요가 있습니다.

예들 들어, FIDIC 계약조건은 'Programme'을 공정계획을 의미하는 용어로 정의하면서 'Schedule'은 단가, 가격 등이 표기된 내역서로 정의하고 있으므로 우리가 그간 건설현장에서 흔히 사용하고 이해하고 있는 대로 Schedule을 공정계획을 의미하는 것으로 사용하는 경우 해석상 문제를 야기할 수 있습니다.

FIDIC을 포함해 대부분의 해외건설계약의 경우, 정의된 용어와 정의되지 않은 용어를 구별하기 위해 정의된 용어들의 경우 대문자 또는 첫 글자를 대문자로 표현하고 있음도 이해해야 합니다. 예들 들어 Employer라고 하면 계약의 당사자 중 일방인 발주자를 의미하지만 employer라고 하면 발주자가 아닌 일반적인 의미의 고용인으로 해석이 되어야 한다는 것입니다.

이러한 문제는 때로 막대한 금전적 이해관계와 결부가 될 수 있는데, FIDIC 계약조건을 예로 들면, Cost의 경우직접공사비와 본지사 관리비를 등 간접공사비까지 포함하는 것으로 정의함으로써 Profit이 제외되는 것으로 정의하고 있는 바, 만약 cost라는 용어를 사용하게 되면 경우에 따라서는 Profit까지도 포함할 수 있는 것으로 해석이 가능해 진다는 것입니다.

해석상의 문제점들을 고려할 때, FIDIC 계약조건과 같이 수십년간 전문가들에 의해 쓰여지고 수정돼온 계약조건을 사용하는 것이 바람직할 수 있습니다. 그러나 내용이 너무 복잡하고 전문적일 뿐만 아니라 조항간의 연결성으로 인해 계약에 서툰 기술자들이 쉽게 이해하기 힘든 문제점이 있는 것도 사실입니다.

계약은 문자로 쓰여져야 한다는 점, 그리고 잘못 쓰여지게 되면 자신이 생각 하였던 것과 상이하게 해석될 수 있다는 점을 고려할 때, 계약문서에 대한 해석능력을 갖추는데 보다 적극적인 노력이 필요하다고 보며 이 부분에 대한 전문성 확보가 시급한 과제가 아닌가 합니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-4회] MOU &LOI

MOU 즉 Memorandum of Understanding은 양해각서라고 번역되고 있습니다. MOU는 말 그대로 understanding을 적은 문서로, 본 계약을 체결하기 전 즉, 계약적으로 구속되는 행위를 하기 전 특정 프로젝트에서의 역할이나 책임 등에 대한 간략하고도 포괄적인 내용을 포함합니다. 다만 문서의 형식적 측면에서 볼 때는 법적 구속력을 인정받는 계약 'Contract'와 달리 법적 구속력이 없어 계약적 효력을 갖지 못한다는 차이가 있습니다.

그러나 계약은 형식이 아니라 쓰여져 있는 내용을 근거로 해석되고 적용돼야 하므로 MOU라 하더라도 MOU를 체결한 당사자를 구속할 수 있는 문구가 들어가게 되면 그러한 문구에 법적으로 구속당할 수 있습니다. 예를 들어 MOU에 "A라는 작업을 수행하여야 한다"라는 문구가 포함됐고 실제로 그 내용에 따라 작업을 수행했다면 작업수행에 따른 보상권리를 갖게 될 수 있습니다.

최근 사례들을 보면 계약에 포함돼야 할 구체적 내용들을 MOU에 포함시키는 경우들이 빈번하게 발견되곤 합니다. 이러한 경우 MOU의 형식적인 측면을 떠나 법적으로 구속될 수 있다거나, 법적 구속력이 없더라도 추후 본 계약시 MOU에 기술된 내용을 거부하기가 힘든 처지에 몰릴 가능성을 염두해야 합니다.

LOI, Letter of Intent 역시 MOU와 마찬가지로 문서의 형식적인 측면에서는 의향만을 표시한 것이므로 구속력을 인정받을 수 없는 문서입니다. 그러나 만약 LOI를 통해 확정적인 계약의 내용이 표시됐다면 그 내용은 구속력을 가질 수 있는 것으로 이해해야 합니다.

따라서, 구속력을 갖지 못하는 MOU나 LOI를 작성하려는 경우라면 구속력을 인정받을 수 없는 표현으로 내용을 작성하고, 해당 문서의 내용이 법적, 계약적 구속력이 없다는 점을 명확히 명시할 필요가 있습니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-5회] Party, Employer, Contractor, Engineer

계약은 발주자(Employer)와 시공자(Contractor)간에 이뤄지게 되는데(원청계약의 경우이고 하청계약이나 다른 계약의 경우에는 달라 질 수 있습니다), 이러한 계약의 당사자들을 Party라고 합니다(당사자 일방을 의미하고 당사자 모두를 지칭할 때에는 Parties라 합니다).

Employer(FIDIC 계약조건에 사용되는 용어이고 다른 계약에서는 Owner, Client, Company 등 다른 용어를 사용하기도 합니다)는 공사를 발주하는 자를 의미하는데, 계약관리를 위해서는 조직이나 회사가 아니라 특정 개인이 지명돼야 합니다.

FIDIC 계약조건인 경우, 그러한 개인을 Employer's Representative라고 하는데 어떠한 용어를 사용하든 간에 그렇게 지명된 개인은 Employer를 대리하게 됩니다. Employer를 대리하기 위해서는 해당 조직 또는 회사의 위임이 반드시 필요한데 위임 시 위임되는 계약상 권리 혹은 의무의 범위가 구체적으로 정해져야 합니다.

경우에 따라서는 발주자의 권리나 의무를 모두 위임하지 않고 일부만을 위임하기도 하는데 이러한 경우 위임되는 내용에 따라 시공자의 계약관리 상대방이 달라져야 하므로 시공자로서는 Employer와 Employer's Representative의 계약상 역할을 확인해야 올바른 계약관리를 할 수 있습니다.

Employer's Representative를 지명하지 않는 경우라면 Employer가 직접 계약관리를 해야 한다는 것을 의미하는데 Employer는 조직이나 회사를 지칭하는 것이므로 계약관리를 할 수 있는 사람은 해당 조직이나 회사를 법적으로 대리할 수 있는 사람, 즉 대표이사나 또는 다른 법률대리인이 되는 것입니다.

Contractor는 발주된 공사를 수행하기 위해 Employer와 계약을 체결한 자를 의미하고, 대개의 경우 조직이나 회사를 지칭하는데, 앞서 말한 Employer의 경우와 마찬가지로 계약관리를 위해 특정 개인이 지명돼야 하고 위임의 내용 역시 Employer의 경우와 같습니다. 이러한 위임은 위임장(Power of Attorney)의 형식을 통해 이뤄지는 것이 일반적입니다. FIDIC계약조건은 그렇

게 위임 받은 사람을 Contractor's Representative라고 표현하고 있습니다.

Engineer(계약에 따라서는 Project Manager, Architect, Supervisor, Consultant 등의 용어들이 사용되기도 합니다)는 계약관리에 참여하는 조직/회사 또는 개인을 의미하는데, 계약의 당사자가 아니므로 계약관리에 참여하기 위해서는 계약당사자간에 합의된 문서(계약문서를 의미하며 통상적으로는 계약조건이 해당됩니다)를 통해 Engineer의 역할이 구체적으로 규정돼야 합니다.

다시 말해, Engineer는 계약문서에 의해 부여된 역할만을 할 수 있다는 것이며 따라서 계약문서에 규정된 Engineer의 역할을 확인하는 일이 계약관리의 기본임을 이해해야 합니다. Engineer에게 권한이 주어지지 않은 경우라면 Engineer가 아닌 Employer와 계약관리가 이뤄져야 하기 때문입니다. 예를 들어, FIDIC의 MDB(Multilateral Development Bank) 용 계약조건인 Pink Book (계약조건 이름입니다)의 경우, 아래의 사항들에 대해서는 Engineer가 독단적으로 결정을 할 수 있는 것이 아니라 반드시 Employer의 사전 승인을 받도록 하고 있습니다.

- 예측하지 못한 물리적 장애로 인한 공기연장이나 추가지급에 대한 결정
- 위급한 경우 또는 계약에 명시된 금액범위 외의 Variation지시
- 시공자 제안에 대한 승인

Employer 및 Contractor와 마찬가지로 Engineer 역시 권한을 위임할 수 있지만, FIDIC 계약조건은 Engineer가 자신의 계약적 권한을 위임할 수 있는 경우를 제한하고 있습니다. 대표적으로 FIDIC 계약조건 3.5조항에 따른 결정이 그것인데 3.5조항에 따른 결정은 Engineer 스스로 해야지 다른 사람에게 위임할 수 없도록 하고 있습니다. FIDIC 계약조건 3.5조항에 따라 결정돼야 할 사항들은 대부분 클레임과 관련된 사항으로 매우 중요한 계약관리 요소들이 포함되고 있음을 이해해야 합니다.

FIDIC은 Engineer를 발주자의 구성원(Employer's Personnel)로 정의하고 있음을 유념해야 합니다. Engineer가 발주자의 직원이 아닌 제3자인 경우라 하더라도 계약적으로는 발주자의 구성원으로 이해하고 해석해야 한다는 것입니다. 이는 FIDIC의 이전 판과 다른 것인데 이전 판에서는 Engineer의 독립성

과 공정성을 계약조건에 명시함으로써 계약관리의 공정성이 보장되도록 했었습니다.

현재의 FIDIC 계약조건은 Contractor의 입장에서 볼 때 Engineer의 독립성이나 공정성 훼손을 염려할 수 있는데, 이러한 우려에도 불구하고 Engineer의 역할이 결국 발주자를 대리할 수밖에 없다는 것과 그러한 관계에 있음에도 독립성을 강제함으로써 계약당사자가 아닌 자가 계약당사자의 지위에 서게 되는 문제점을 고려한 것으로 이해됩니다.

Engineer를 발주자의 구성원으로 함으로써 발생할 수 있는 공정성 시비를 막아보고자 Engineer가 결정할 때는 공정해야 한다는 문구를 계약조건에 명시하고 있기는 하나, 실효성에 대한 염려가 해소할 수 있는지에 대해서는 여러 의견들이 존재합니다.

FIDIC 계약조건을 사용하는 경우, 거의 대 부분의 계약관리가 Engineer에 의해 주도되도록 하고 있으므로, Engineer의 공정성 확보가 합리적인 계약관리의 전제임을 이해해 Engineer에 따른 위험(Risk)이 입찰시 부터 고려되도록 해야 합니다.

계약에 따라서는, Engineer를 포함하지 않는 경우들도 있는데, FIDIC은 시공자의 자율성이 보장돼야 하는 계약에 적용되는 Silver Book(EPC, Turnkey Project를 위한 계약조건입니다)의 경우 Engineer를 배제하고 발주자와 시공자간에 직접적인 계약관리가 이뤄지도록 하고 있습니다.

계약관리는 의사소통(Communication)을 통해 이뤄지는 것임을 고려할 때, 계약관리에 참여하는 자들의 계약적 역할을 파악해 올바르게 대응하는 것이 매우 중요합니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-6회] Joint Venture, Consortium

건설공사의 경우, 여러 업체들이 하나의 조직을 구성해 프로젝트를 수행하기도 하는데, 이렇게 여러 업체들이 결합된 조직을 Joint Venture 또는 Consortium이라고 부릅니다.

Joint Venture나 Consortium 모두 둘 이상의 업체들이 특정 프로젝트를 위해 하나의 조직을 구성한다는 면에서는 같으나 실무 적용에서는 구별하고 있습니다. 이러한 차이점을 정확하게 이해해야 올바른 계약적 접근이 가능할 것입니다. 다만, 국가별로 관련 법령을 통해 다른 용어를 사용하고 있기도 하고 달리 해석하도록 하는 경우도 있습니다.

먼저, Joint Venture는 둘 이상의 업체가 각자의 지분을 정해 프로젝트를 수행하는 경우를 의미합니다. 예를 들면 A업체 60%, B업체 40%와 같이 각 참여 업체들의 지분을 정하고 정해진 지분에 구속되도록 하는 것입니다. 여기서 지분율이라는 것은 프로젝트 수행결과 손해나 이익이 발생하는 경우 각 구성원이 부담하여야 할 책임이나 행사할 수 있는 권리에 대한 비율을 의미합니다. 이는 중요한 대목으로 부연설명하자면, 프로젝트에서 이익이 나면 그 이익을 지분율대로 나누는 것이고 손해가 나면 그 역시 지분율대로 책임을 진다는 것입니다.

이러한 지분율의 특성 때문에, Joint Venture의 경우, 구성원들 각자가 조직을 따로 구성하지 않고 하나의 통합된 조직을 구성해 프로젝트를 수행하게 됩니다. 예를 들면, 현장소장은 A사, 공무는 B사에서 담당하고 공사는 A사가 담당하는 등 단일 조직으로 운영한다는 것입니다.

단일 조직으로 운영을 하기 때문에 회계도 Joint Venture Account라는 단일 회계를 적용한다는 것이 핵심입니다. 단일회계를 한다는 것은 A사에서 파견한 소장을 위한 비용이나 B사에서 파견한 공무과장을 위한 비용은 물론 Joint Venture의 이름으로 집행된 모든 비용까지 모두 하나의 계정으로 처리돼야 한다는 것을 의미합니다.

이러한 모든 비용을 정산한 후에 결과적으로 발생한 이익과 손실을 지분율대로 나누는 것이므로 투명한 회계 관리가 Joint Venture의 핵심 관리요소임

을 인지해야 합니다.

해외 건설공사의 경우, 한국업체들이 현지업체들과 Joint Venture를 하는 경우에 회계상의 많은 문제가 발생하곤 합니다. 한국업체들의 경우 몇 명의 직원들만 투입하고 나머지(현지인력이나 장비, 자재 등)에 대해서는 현지업체들에게 맡기는 경우들이 해당됩니다. 조금 더 들어가자면, A사와 B사가 Joint Venture를 구성한 경우 그 Joint Venture(A사와 B사의 결합조직)와 A사 또는 B사는 계약적으로 분리되어 있는 것임을 우선 이해해야 합니다.

예를 들면, Joint Venture가 B사(Joint Venture 밖에 있는 회사)에게 인력이나 자재와 같은 장비 등을 임대하려는 경우 Joint Venture와 B사 간에 별도의 계약이 체결되어야 합니다. 다만 이러한 경우 현지회사인 B사가 가격을 조작해 Joint Venture에게 바가지를 씌우는 경우들이 종종 발생하고 있습니다. 이로 인해 결과적으로 현지회사는 이익을 챙겼음에도 Joint Venture에는 손실이 발생해 한국회사가 지분율에 따른 책임을 부담하여야 하는 경우들이 대표적인 사례로 꼽을 수 있습니다.

Joint Venture의 지분율에 대해 좀 더 설명하자면, 앞서 언급했듯 손해나 이익이 났을 때 지분율에 따른 권리행사나 책임을 지겠다는 것 이외의 의미가 없다고 할 수 있습니다. 즉, A사가 60%, B사가 40%지분을 가지는 경우 투입되는 공사자원을 꼭 그대로 맞출 필요가 없다는 것입니다.

A사의 경우 지분율이 60%임에도 불구하고 다른 구성원과의 합의가 필요하겠지만, 직원 1명만 투입해도 무방하다는 것입니다. 극단적인 경우가 되겠지만 자원을 전혀 투입하지 않아도 문제가 없다는 것으로, 1명을 투입하건 100명을 투입하건 Joint Venture의 특성상 공사 종료 후에 정산을 통해 자기 지분율만큼 챙기거나 책임을 지면되기 때문입니다.

Consortium은 여러 업체들이 협력해 하나의 프로젝트를 수행한다는 점에서 Joint Venture와 같으나, Joint Venture와는 달리 각 구성원들이 각자 수행할 업역을 정하고 정해진 업역의 범위 내에서만 책임을 진다는 차이가 있습니다. 즉, A라는 회사와 B라는 회사가 Consortium을 구성한다는 것은 A라는 회사가 수행할 과업과 B라는 회사가 수행할 과업이 서로 다르고 독립적이라는 것을 의미합니다. 예를 들면 EPC(Engineering, Procurement, Construction)

프로젝트를 수행함에 있어 Engineering, Procurement는 A회사가 수행하고 Construction는 B회사가 수행하는 경우가 Consortium의 형태를 잘 보여주는 예라고 할 수 있습니다.

이러한 구조에서는, A회사와 B회사는 지분율이 아닌 각자의 과업 범위에 대해서만 책임을 지게 되며 따라서 각자의 과업을 수행하기 위한 수행조직과 회계체계를 각자가 독립적으로 갖는 등 Joint Venture와 근본적인 차이가 있습니다. 이러한 특성으로 인해, Consortium이라는 공동계약방식으로 공사를 수행하는 경우임에도 불구하고, A사는 큰 수익을 올리는 반면 B사는 큰 손실을 입는 경우가 발생할 수 있습니다. 종종 Consortium을 구성하면서 지분율에 집착하는 경우들이 있는데, 이는 매우 잘못된 인식입니다.

마지막으로 적용법령에 따라 달라질 수는 있겠으나, Joint Venture나 Consortium 구성원들의 발주자에 대한 책임문제를 이해해야만 합니다. Joint Venture의 지분율이나 Consortium 구성원간의 업역이 어떻게 나누어졌건 관계없이, 발주자에 대해서는 연대책임을 지도록 하는 경우가 대부분입니다.

예를 들면, Joint Venture나 Consortium나 어떤 한 구성원이 잘못을 하더라도 나머지 업체들이 발주자에 대한 계약적 책임을 피할 수 없다는 것입니다. Joint Venture나 Consortium을 구성하는 경우에는 해당 프로젝트뿐만 아니라 각 구성원들에 대한 위험(risk) 역시 필수적으로 고려해야만 할 것입니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-7회] Subcontract

Subcontract는 하도급계약, 하청계약 등으로 불리고 있는 용어로서, Sub라는 용어를 사용해 Contract의 하위계약임을 표현하고 있습니다. 즉, 어떤 Contract가 있고 그 Contract(Main Contract라고도 칭합니다)의 특정 부분을 Main Contractor(주 계약자)가 아닌 다른 조직이나 회사가 수행하도록 하는 경우에 적용되는 계약입니다. 따라서 Main Contract와는 땀 수 없는 관계에 있을 수밖에 없는 특징을 가지고 있습니다.

Subcontract의 계약당사자는, Subcontract의 유형이 매우 다양하기 때문에 한마디로 정의할 수는 없습니다. FIDIC 계약조건의 경우에는 원도급자는 Contractor, 하도급자는 Subcontractor라는 용어로 정의하고 있습니다.

FIDIC을 포함해 대부분의 건설계약에서는 전체 공사를 Subcontract하는 것을 금지하고 있으며 전체공사를 Subcontract하는 경우 계약해지의 사유가 되는 것으로 규정하고 있습니다. 그 이유는 건설계약이라는 것이 Contractor의 공사수행능력을 전제로 체결되는 것인데, 만약 Contractor의 능력이 아니라 Subcontractor의 능력에 전적으로 의존해야 한다면, 발주자의 입장에서는 애초 의도했던 Contractor의 공사수행능력을 제공받지 못하게 되기 때문입니다. 이러한 상황은 Contractor에 의한 중대한 계약위반에 해당됩니다.

그럼에도 불구하고, 현실에서는 Contractor는 전체적인 관리(management)만을 담당하고 실제 시공은 모두 여러 Subcontractor들을 이용하고 있는 경우들이 다 반사입니다. 이러한 현실적인 상황을 고려할 때, 전체 공사를 Subcontract하는 경우를 계약해지의 사유로 명시하고 있는 계약조건의 수정에 대한 고민이 필요합니다.

FIDIC의 경우 Contractor's Personnel(시공자의 구성원)에 Subcontractor의 구성원들이 포함되는 것으로 정의하고 있습니다. 따라서, 발주자와의 계약관계에서 Contractor는 Subcontract를 이유로 자신의 계약적 의무를 면제받을 수 없다는 것을 인지해야 합니다.

Subcontract가 Main Contract의 일부를 대상으로 하고 있음을 고려할 때, Subcontract는 Main Contract를 기반으로 해야 합니다. 우리나라 일부 대기

업들의 경우, Subcontract의 표준조건들을 작성해 두고도 Main Contract와 무관하게 무차별적으로 적용하고 있는데, 이는 매우 심각한 계약적 문제를 초래할 수 있습니다. Contractor가 매우 불리한 조건의 Main Contract를 체결한 경우 Subcontract에 그러한 조건들이 반영되지 않는다면, 그러한 불일치로 인해 계약적 Risk에 대한 책임을 그 일을 수행하는 Subcontractor가 아닌 Contractor가 부담하는 결과가 초래될 수 있기 때문입니다.

이러한 이유로 Back-to-Back이라는 개념을 Subcontract에 적용해 Main Contract에서의 권리/의무가 Subcontract에도 동일하게 적용되도록 하기도 합니다. Subcontractor의 보상권리는 Contractor가 Employer로부터 인정받는 한도 내에서만 인정된다는 것이 Back-to-Back이 적용되는 대표적인 경우입니다. 다만, 주로 지급이나 변경 또는 클레임과 관련된 규정에 적용되고 있는 것이 현실입니다.

한편, Back-to-Back이 무조건적으로 적용되지 않는다는 점을 유념해야 합니다. 예를 들어, Main Contract가 EPC/Turnkey 방식의 계약인 경우, Contractor는 설계에 대한 책임을 지게 되는데 만약 Subcontract가 설계를 제외한 시공만을 대상으로 이뤄진다면, Back-to-Back이 적용될 수 없기 때문입니다.

EPC/Turnkey 계약의 경우 Main Contract의 보상방법은 통상적으로 Lumpsum(총액)이 적용되는데, 만약 Subcontract의 보상방법을 Unit Price(단가) 방식으로 했다면(설계에 대한 책임이 Subcontractor에게 없는 경우에 통상적으로 적용되는 보상방식입니다) 보상 시스템 자체가 전혀 다른 것이 되기 때문에 당연히 Back-to-Back이 적용될 수 없습니다.

결론적으러, Subcontract를 체결해야 하는 경우 Main Contract의 내용을 근간으로 해 계약문서들을 구성하고 작성하되 Back-to-Back이 적용될 수 있는 범위가 반드시 고려되어야 합니다. 아울러 Main Contract에서의 행정행위(예들 들면 클레임 통지기한 등)가 Subcontract에 의해 훼손되지 않도록 해야 할 것입니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-8회] Nominated Subcontractor

Nominated Subcontractor는 용어에서 알 수 있듯 Subcontractor이기는 하지만, 시공자가 선정을 하는 통상적인 Subcontractor와는 달리 누군가에 의해 지명되는 Subcontractor를 의미합니다. 시공자가 자유롭게 선정할 수 있는 경우가 아니라는 점에서 시공자에게 불이익이 발생할 수도 있다는 점을 염두해야 합니다.

FIDIC은 아래 인용문처럼 Nominated Subcontractor를 별도의 독립적인 조항을 통해 정의하고 규정하고 있습니다.

In the Contract, "nominated Subcontractor" means a Subcontractor:

- (a) who is stated in the Contract as being a nominated Subcontractor, or
- (b) whom the Engineer, under Clause 13 [Variation and Adjustments], instructs the Contractor to employ as a Subcontractor.

위 정의에 따르면 Nominated Subcontractor는 (a) 계약에 Nominated Subcontractor로 언급되어 있는 자 또는 (b) Clause 13(Variation 및 Adjustment와 관련된 내용을 모아 놓은 조항)에 의거해 엔지니어가 Subcontractor로 고용할 것을 시공자에게 지시한 자로 한정됩니다.

즉, Nominated Subcontractor를 지명하기 위해서는, 위에 인용된 조건들이 충족돼야 한다는 것으로, 발주자나 엔지니어가 지명한다고 해서 모두 Nominated Subcontractor의 자격을 갖게 되는 것은 아닙니다.

Nominated Subcontractor도 일단 지명이 되고 계약이 체결되면 여타 Subcontractor와 같은 계약적 지위를 갖게 됩니다. 즉, Nominated Subcontractor라는 것을 이유로 시공자가 계약적으로 갖는 자신의 의무로부터 자유로워지는 것은 아닙니다.

다만, Nominated Subcontractor로 인해 시공자에게 불이익이 발생할 가능성이 있다는 점을 고려해 계약 시 시공자로 하여금 반대할 수 있는 권리를 주고 있습니다.

Nominated Subcontractor는 공사 중 아주 특수한 분야 즉, 특정한 업체가 아니면 수행이 어려운 부분들에 대해 고려해야 하기 때문에 도입됐습니다. 그러나 시공자의 시공에 대한 자율성을 훼손할 수 있고, 지명이라는 절차를 거쳐야 하므로 시공자가 원하지 않는 또는 제어할 수 없는 업체를 받아들여야 하는 문제점들이 있습니다. 이에 다른 표준계약에서는 채용하지 않기도 합니다.

일부 발주자의 경우에는 Nominated Subcontractor가 아닌 Novated Subcontractor를 강제하고 있기도 한데, 이는 발주자가 어떤 특정업체와 사전에 계약을 체결하고 이후에 그 계약적 관계를 시공자에게 넘기는 것으로 극단적인 위험이 시공자에게 발생할 수 있습니다. Novated Subcontractor는 주로 플랜트 공사에서 조달에 긴 시간이 소요되는 설비들의 경우, 발주자가 시공자와 계약을 체결하기 전에 미리 특정업체와 계약해 시공계약 기간 내에 조달이 가능하도록 할 때 활용됩니다. 다만, 발주자 제공 설비나 항목들을 계약적으로 충분히 관리할 수 있기 때문에 그러한 novation을 이용하는 것은 부적절하다고 할 수 있습니다.

최근 한국 업체들은 제3국 Subcontractor들을 제대로 다루지 못하고 있다 보니 해외시장에서 고전을 면치 못하고 있습니다. 지금부터라도 계약관리에 대한 관심과 실무능력을 배양한다면 리스크를 줄이고 프로젝트를 성공적으로 이끌 수 있을 것이라 생각합니다.

[현학봉의 FIDIC계약해설-9회] 착공일자, Commencement Date

FIDIC 계약조건에 정의된 착공일자 즉 Commencement Date는 문자 그대로 공사를 시작하는 일자를 의미하며, 이 시작일자를 기준으로 준공기한이 계산됩니다. 준공기한은 Time for Completion이라는 용어로 정의되는데, 준공기간, 완공기간, 공사기간이라고 이해해도 무방합니다.

간혹, 계약이 성립되는 일자 'Effective Date of the Contract'와 착공일자 'Commencement Date'의 의미를 혼동하는 경우가 있습니다. FIDIC의 경우 계약의 성립은 낙찰통지서 'Letter of Acceptance'가 발주자에 의해 발급된 일자(상황에 따라 Contract Agreement에 서명한 일자)에 이뤄지지만, 준공해야 하는 기간은 계약의 성립일자가 아닌 착공일자로부터 시작되는 차이점이 있습니다.

FIDIC 계약조건의 경우, 착공일자는 엔지니어에 의해 통지되는데 특수조건에 의해 변경되지 않는 한 LoA가 발급된 날로부터 42일 이내에 선정되도록 하고 있습니다. 이는 실무적으로 매우 촉박한 기간이므로 입찰자로서는 리스크가 발생할 수도 있지만, 입찰서 제출시점부터 착공을 위한 선제적인 계획을 수립해야 추후 발생할 수 있는 공기지연을 극복할 수 있을 것입니다.

착공통지서가 42일 이내에 발급되지 않은 경우, 언급한 바대로 공사기한은 착공일자로부터 계산되기 때문에 착공이 지연되더라도 준공기한에는 영향을 주지 못합니다. 즉, 착공일자가 지연되는 상황이 발생하는 경우에는 공기연장이 적용될 수 없다는 것입니다. 이러한 경우에는 발주자의 계약위반을 근거로 대응해야 합니다. 시공자의 선택에 달려있는 문제지만 계약자체의 변경이나 계약해지까지도 가능합니다.

다국적개발은행 'MDB'를 위해 작성된 FIDIC PINK BOOK의 경우 Commencement Date가 통지될 수 있는 전제조건들을 아래와 같이 규정하고 있습니다. 만약 아래의 조건들을 충족시키지 못해 착공통지서가 LoA 발급일로부터 180일 이내 발급되지 못하면 시공자에게 계약을 해지할 수 있는 권리를 주고 있음을 참고해야 합니다.

(a)signature of the Contract Agreement by both Parties, and if required

approval of the Contract by relevant authorities of the Country

(계약서에 대한 양 당사자의 서명, 그리고 필요한 경우 국가의 관련기관에 의한 계약 승인);

(b)delivery to the Contractor of reasonable evidence of the Employer's Financial arrangements (under Sub-Clause 2.4 [Employer's Financial Arrangements]

(발주자의 재정 준비에 대한 합리적인 증빙을 시공자에게 송부(2.4조항 [발주자의 재정 준비]에 의거))

(c)except if otherwise specified in the Contract Data, effective access to and possession of the Site given to the Contractor together with such permission(s) under (a) of Sub-Clause 1.13 [Compliance with Laws] as required for the commencement of the Works

(계약데이터에 달리 명시된 경우를 제외하고, 공사 착공을 위해 요구되는 1.13 조항[법의 준수] (a)항에 의거한 허가(들)과 함께 현장에 대한 유효한 접근권과 점유가 시공자에게 제공)

(d)receipt by the Contractor of the Advance Payment under Sub-Clause 14.2 [Advance Payment] provided that the corresponding bank guarantee has been delivered by the Contractor

(상응하는 은행 보증서를 시공자가 송부하였음을 전제로, 14.2 조항 [선금]에 의거해 선금을 시공자가 수령)

한편, 착공일자는 착공통지서가 발급되는 일자로부터 적어도 7일 후가 되도록 하고 있습니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-10회] Time for Completion

지난 주 Commencement Date에 대해 알아보았는데, 오늘은 그와 밀접한 관련이 있는 Time for Completion(준공기간, 준공기한, 공사기간, 공사기한 등 여러가지 용어로 번역 가능)에 대해 알아보겠습니다.

Time for Completion은 착공일자(Commencement Date)부터 준공해야 하는 일자까지의 기간을 의미합니다. FIDIC 계약조건은 며칠 단위를 사용하도록 하고 있습니다. 다만 일부 계약의 경우 착공일자로부터 며칠이라는 형식을 취하지 않고 20XX년 X월 X일과 같이 특정 일자를 명시하기도 합니다. 이러한 경우라면 착공시점과 무관하게 준공일자가 고정되므로 착공일자가 늦어지는 경우 실제로 시공자가 공사를 수행 할 수 있는 기한이 줄어드는 문제가 발생할 수 있습니다.

Time for Completion은 공사가 '완료(Completion)'되는 시점(일자)까지를 의미합니다. 때문에 어느 시점에 공사가 완료된 것으로 판단하느냐가 매우 중요한데, 그 이유는 완료시점으로부터 공사 지연 여부를 판단하게 되며, 지연될 경우 지연배상금(Delay Damages)이 적용되기 때문입니다.

여기서 Completion의 판단기준을 모든 공사가 완벽하게 완료되는 시점으로 하는 경우, 아주 사소한 작업들까지도 완료해야 비로소 공사가 완료된 것으로 판단될 수 있다는 것. 실질적으로는 공사목적물을 사용할 수 있는 상태가 되었음에도 불구하고 공사의 준공이 인정되지 않아 시공자에게 불이익이 초래될 수 있습니다. 따라서 FIDIC 계약조건을 비롯한 합리적인 계약 대부분은 공사목적물이 의도된 대로 사용할 수 있는 수준으로 완료된 시점을 Completion에 대한 판단 기준으로 하고 있습니다.

FIDIC 계약조건인 경우 계약에 의해 요구되는 정도까지 완료해 공사목적물을 의도된 대로 사용하는데 실질적(Substantially)으로 영향을 주지 않는 상태로 Completion을 규정하고 있습니다. Minor Outstanding Works and Defects는 Completion을 판단하는데 제외 하는 것으로 명시하고 있습니다. 그러한 Minor Outstanding Work나 Defect는 하자통지기간(Defects Notification Period)을 통해 완료할 수 있도록 규정함으로써 시공자에게 불합리한 리스크가 발생하지 않도록 하고 있습니다.

한편, FIDIC 계약조건에는 Completion Certificate를 별도로 규정하지 않고 있습니다. FIDIC은 Taking Over Certificate(인수확인서)를 통해 Completion Date가 적시될 수 있도록 하고 있습니다. Taking Over Certificate가 Completion Date 이후에 발급될 수밖에 없음을 고려할 때 소급된 일자가 적시되어야 하는 것으로 이해하시면 되겠습니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-11회] Substantial Completion

이번 시간에는 지난주에 Time for Completion, 준공기한을 이야기 하면서 간략하게 언급했던 Completion의 계약적 의미에 대해 한 걸음 더 들어가 보도록 하겠습니다.

건설계약의 경우, Completion은 완성돼야 할 목적물 Works가 물리적으로 완성돼 해당 목적물을 발주자가 사용할 수 있게 된 상태를 말하는 것으로 계약적으로 매우 중요한 의미를 갖고 있습니다.

문제는 구체적으로 어느 정도의 상태가 돼야 Completion으로 인정받을 수 있는가 하는 것입니다. Completion은 시공자가 계약을 통해 수행해야 할 모든 일을 하나도 빠짐이 없이 모두 완벽하게, 그야말로 100% 완료한 상태를 의미하지는 않습니다. 물론 계약에 따라서는 계약적으로 요구되는 모든 일들이 100% 완료된 상태가 돼야 한다고 명시할 수도 있겠습니다. 다만 이는 통상적인 경우가 아니며 대부분의 건설계약에서는 일부 잔여작업이 남아 있다고 하더라도 목적물이 어느 정도의 수준에 이르면 Completion이 이루어진 것으로 하고 있으며, 이러한 상태를 Substantially Complete가 됐다고 표현합니다. 만약 계약조건에 요구되는 모든 일들이 100% 완벽하게 완료돼야 Completion으로 인정되는 것으로 되어있다면 시공자에게 극단적인 불이익이 발생할 수 있습니다. 이는 지연배상금(Delay Damages, Liquidated Damages)의 적용시점이 Completion Date를 기준으로 하기 때문입니다.

그러면 어느 정도의 상태가 돼야 Substantial Completion으로 인정받을 수 있는지에 대한 판단 기준이 필요합니다. 이해를 돕기 위해 미국건축가협회 American Institute of Architect가 발간한 계약양식 중 A201-2007의 Section 9.8.1에 정의되어 있는 내용을 아래에 인용해봤습니다.

Substantial Completion is the stage in the progress of the Work when the Work or designated portion thereof is sufficiently complete in accordance with the Contract Documents so that the Owner can occupy or utilize the Work for its intended use.

위 정의에 의하면, 발주자 Owner(FIDIC에서는 Employer)가 점유할 수 있는 상태가 되거나 공사목적물 Work를 의도한대로 사용할 수 있을 정도가 되면

Substantial Completion이 이뤄진 것으로 인정됩니다. 이러한 정의는 대부분의 계약에 적용될 수 있는 원칙이라고 생각하시면 될 것 같습니다.

위 정의에 따른 Completion이 이뤄지면 해당일자로부터 하자책임기간(FIDIC에서는 하자통지기간)이 시작되고, 지연배상금이 적용됩니다.

FIDIC 계약조건의 경우 위에 인용된 AIA 계약조건과 같이 Substantial Completion이라는 용어가 직접적으로 정의돼있지 않습니다. 다만 Taking Over Certificate를 규정하고 있는 10.1조항을 통해 "Except for any minor outstanding work and defects which will not substantially affect the use of the Works or Section for their intended purpose"라고 명시함으로써 위에 정의된 AIA 계약조건의 내용과 같이 의도된 목적대로 사용 가능한 상태를 의미하는 것임을 알 수 있습니다.

한편, FIDIC 계약조건은 위에 정의된 공사목적물이 완료되는 의미의 Completion Date와 발주자가 실제로 공사목적물을 인도받아 사용하는 시점을 의미하는 Taking Over Date(Taking Over Certificate를 통해 정해짐)를 구별하고 있는데, 행정적인 절차에 따른 소요기간을 고려한 것으로 이해됩니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-12회] Taking Over Certificate

Taking Over Certificate는 문자 그대로 인수확인서라고 번역되며, 완성된 공사목적물을 인수하기 위한 목적으로 작성되는 확인서를 의미합니다. 물론 발주자가 작성하는 확인서입니다.

시간적으로 보면, 인수를 하기 위해서는 공사가 먼저 완성이 되어야 하므로 완성이 되는 일자와 인수되는 일자가 다를 수 있습니다. 또한 FIDIC 계약조건의 경우에는 별도로 Completion Certificate를 발급하지 않고 Taking Over Certificate에 Completion Date가 표기되도록 하고 있습니다.

계약에 따라 Completion Certificate가 발급되도록 하면서 별도로 Taking Over Certificate를 발급하지 않는 경우도 있습니다. 이러한 경우라면 Completion Certificate 발급과 동시에 해당 공사목적물이 인도될 수 있어야 하며, 그렇지 못한 경우에는 시공자에게 불이익이 발생할 수 있습니다. 부연 설명하자면, 공사목적물이 완성되는 시점과 그 목적물을 인수하는 시점이 다를 수 있고, 이 부분이 계약적으로 명료하게 규정돼 있지 않으면 그로 인한 리스크가 발생할 수 있다는 것입니다.

Taking Over Certificate는 계약적으로 매우 중요한 의미를 갖습니다. 공사목적물을 발주자가 인수한다는 것은 해당 공사목적물을 발주자가 사용한다는 것이고 따라서 인수된 목적물의 관리책임, Duty of Care가 발주자에게 넘어간다는 것을 의미하기 때문입니다.

공사목적물이 발주자에 의해 사용되고 그에 따른 관리책임이 발주자에게 넘어가는 것이니, 해당목적물에 대한 보험 또한 발주자가 부보해야 합니다. 그러나 만약 완성된 목적물에 하자가 발생했거나 또는 하자통지기간, Defects Notification Period 중에 시공되어야 할 잔여작업이 있는 경우라면 그 부분에 대한 책임은 시공자에게 있으므로 해당 부분에 대한 보험책임이 시공자에게 있습니다. 공사보험을 시공자가 아닌 발주자가 부보하는 경우는 당연히 이러한 고려가 필요 없을 것입니다.

Taking Over Certificate는 전체공사를 대상으로 함을 기본으로 하고 있는데 만약 전체공사가 부분으로 나뉘는 경우라면, 그 부분들을 FIDIC 계약조건에서는 Section이라고 정의하고 각 Section 별로 Taking Over Certificate가 발

급될 수 있도록 하고 있습니다.

FIDIC 계약조건의 경우, 전체공사건 부분공사건 발주자가 사용하고자 한다면 해당 공사부분에 대한 Taking Over Certificate가 발급돼야 한다고 간주합니다. 또한 발주자가 Taking Over Certificate를 발급하지 않고 해당 공사부분을 사용하는 경우에는 해당 공사부분에 대한 Taking Over Certificate가 발급된 것으로 간주하는 규정을 두고 있습니다.

한편, 하자통지기간, Defects Notification Period는 Taking Over Certificate가 발급된 날이 아니라 공사가 완성된 날 즉, Completion이 이뤄진 날을 기준으로 합니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-13회] Defects Notification Period

Defects Notification Period는 하자통지기간으로 번역되고 있으며, FIDIC 계약조건에서는 공사준공 전후에 발생했거나 발생하는 하자는 물론, 준공 시 완료하지 못했던 Minor Works를 완성하는 기간으로 정의되고 있습니다.

Defects Notification Period는 FIDIC 계약조건에 정의되고 사용되는 용어며, 계약에 따라서는 Warranty Period 등 다른 용어들도 사용되고 있습니다. 또한 FIDIC 계약조건도 최근 개정판에서는 Defects Liability Period라고 했었고, 그 이전 판에서는 Maintenance Period라는 용어로 정의하기도 했습니다.

용어라는 것은 해석상의 문제가 야기될 수 있기 때문에, FIDIC을 포함한 많은 표준계약조건은 이러한 용어사용에 매우 민감합니다.

Maintenance Period는 유지기간으로 번역되고 해석될 수 있습니다. 당초 공사가 준공되면 해당 공사목적물을 운영하는 것은 시공자가 아니라 발주자이기 때문에 실제 상황과는 동떨어진 용어인 것으로 판단됐습니다. 이후 Defects Liability Period라는 용어로 바꿨지만 이 용어 역시 단순히 하자책임기간이라고 함으로써 발주자가 잘못된 하자까지 시공자가 책임을 져야 하는가에 대한 해석상의 문제가 발생 할 수 있다는 지적이 있었습니다. 이러한 부적절함을 고려해 현재와 같이 Defects Notification Period라는 용어를 사용해 하자를 통지하는 기간으로 정의하고 하자가 발생하면 하자발생 원인이나 책임의 문제는 따로 다루도록 하고 있습니다.

앞에서 언급한대로 Warranty Period라는 용어를 사용하기도 합니다. 다만 설비나 자재에 대한 보증의 의미로써의 Warranty와 하자에 대한 책임을 부담한다는 의미에서의 Warranty가 혼동될 수 있음을 유의해야 합니다.

FIDIC의 경우 Defects Notification Period를 가급적 1년으로 할 것을 강력하게 추천하고 있으며, 실제로 Appendix to Tender, 입찰서 부록에 365일을 명시해 특수조건을 통해 달리 합의하지 않는 한 365일이 적용되도록 하고 있습니다.

Defects Notification Period는 하자에 대해 책임을 져야하는 시공자의 입장

에서 매우 신중한 검토와 판단이 필요합니다. 특히 플랜트 공사의 경우 기계나 전기용 설비, 부품 또는 자재들에 대한 제작자의 보증기간과 시공자가 하자에 대해 책임져야 하는 기간, Defects Notification Period간의 차이로 인한 리스크가 발생할 수 있기 때문입니다. 예를 들어 터빈의 제작회사 보증기간은 1년인데 반해 시공계약의 하자통지기간이 2년 혹은 그 이상이라면 제작회사의 보증기간을 초과하는 기간에 대해서도 시공자가 책임을 부담해 하는 문제가 발생하게 됩니다.

더불어 Defects Notification Period 연장에 대해서도 각별한 주의가 필요합니다. 간혹 발생한 하자가 보수되는 시점부터 다시 Defects Notification Period가 시작되는 것으로 규정하고 있는 계약조건들이 발견되곤 하는데, 이 경우 Defects Notification Period가 끝없이 연장될 수 있는 위험이 있습니다.

마지막으로 Defects Notification Period는 공사 준공시점부터 기산돼야 하며 FIDIC도 그와 같이 정의하고 있습니다. 만약 Defects Notification Period가 준공일자가 아닌 발주자가 인수확인서를 발급한 날짜부터 기산된다면, 이유를 막론하고 발주자의 인수확인서의 발급일자가 지연되거나 인수자체가 이루어 지지 않는 경우 공사가 완료됐음에도 불구하고 Defects Notification Period의 시작일자가 지연될 수 있기 때문입니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-14회] Liquidated Damages, Penalty

건설계약에서 빼 놓을 수 없는 용어가 Liquidated Damages와 Penalty가 아닌가 합니다.

사전적 정의를 보면, Liquidated Damages는 확정손해배상액 또는 예정손해배상액(또는 손해배상의 예정)이라고 하고 있으며, Penalty는 벌금, 위약벌, 위약금이라 하고 있습니다. Liquidated Damages와 Penalty 모두 계약을 위반(Breach of Contract)한 자에게 부과하는 것을 칭합니다.

Liquidated Damages는 계약을 위반할 경우 발생할 수 있는 발주자의 손해를 미리 예상해 정해 둔 금액으로써, 계약을 체결할 때 그 예정금액이 계약 조건에 포함 및 적용될 수 있도록 하고 있습니다. Liquidated Damages는 발생할 수 있는 손해를 예상해 정해둔 금액이므로, 실제 손실 금액과는 다를 수밖에 없습니다. 다만, Liquidated Damages는 genuine estimate of loss가 되어야 하는 것이 영미법상의 요구임을 명심해야 합니다. 따라서 계약에 포함된 Liquidated Damages가 실제손실보다 과도하게 큰 경우 삭감이 될 수도 있습니다.

아울러 Liquidated Damages는 계약위반이 발생한 시점을 기준으로 하지 않고, 계약체결 당시를 기준으로 판단하는 것이라는 것도 이해해야 합니다. 즉, Liquidated Damages가 실제 손실보다 과도하게 크게 책정돼 있어도, 계약체결 시점에서 그 합리성과 적절성이 인정된다면, 계약체결 시점에 책정된 본래의 Liquidated Damages가 적용 될 수 있습니다.

FIDIC에서는 1999년 이전판까지 Liquidated Damages라는 용어를 사용해, 시공자가 계약에 의해 합의된 공사기간을 지키지 못하는 경우에 적용하도록 했습니다. 그러나 1999년판부터는 Delay Damages라는 용어로 바꾸어 지연에 대한 배상이라는 의도를 확실하게 하고 있습니다. 지연과 관련해 시공자는 Liquidated(또는 Delay) Damages외 다른 금액을 배상할 책임이 없음도 참해야 합니다. FIDIC에서 규정하고 있지 않지만, 플랜트 공사의 경우 성능보장이 되지 않는 경우에 적용될 수 있는 손해 배상액을 정하기도 하는데 이러한 경우 Performance Liquidated Damages라고 해 구분하고 있습니다.

Penalty는 계약위반을 한 당사자에게 일정금액을 정해 벌금을 부과하는 것입니다. 대부분의 영미법 국가에서는 민간영역에서의 적용을 배제해 건설계약에서 Penalty를 약정하는 것을 무효로 하지만, 일부 판례에서는 계약당사자간의 합의를 우선으로 하여 적용을 인정하는 경우들도 있습니다.

우리나라의 경우, 민법상 위약금(Penalty)도 손해배상액의 예정으로 추정한다고 하고 있으나, 법원의 판단에 의해 그 금액이 과도한 경우 감액이 가능하도록 하고 있습니다.

요약하면, 건설계약이 이뤄지는 국가나 법원에 따라 Penalty 또는 Liquidated Damages에 대한 해석과 적용이 달라 질 수 있으므로, 적용법에 대한 이해는 물론이고 해당 법 전문가와의 협의가 반드시 필요합니다.

최근 사우디 아람코가 자신이 발주한 플랜트 공사에 적용한 계약조건을 보면, Liquidate Damages를 계약조건에서 배제하고 있지만, 한편으로는 Liquidated Damages가 적용되지 않으니 시공자에게 유리한 계약조건으로 판단는 것도 같습니다. 그러나 이는 매우 잘못된 판단입니다.

우선, 발주자가 계약을 통해 얻고자 하는 것이 Liquidates Damages나 Penalty가 아니라는 것에 대한 기본적인 이해가 필요합니다. 아울러 계약조건에서 Liquidated Damages를 없앴다는 것은 계약위반이 발생하는 경우에 발주자가 선택할 수 있는 수단이 계약해지와 같은 매우 극단적인 수단 밖에 남아 있지 않다는 것입니다.

그러한 경우 계약이 해지가 되면 예정금액이 아니라 실제 발생하는 손실이 보상의 대상이 되는 것임을 명심해야 합니다. 즉, 보다 엄정한 공정관리가 요구되는 계약이고 발주자로서도 보다 엄정한 공정관리를 하겠다는 의사표현으로 이해하는 것이 계약조건을 보는 바람직한 시각입니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-15회] Works, Permanent works, Temporary works

건설공사는 기본적으로 발주자가 원하는 공사목적물을 시공자가 완성하고, 그에 대가로 금전을 받는 것을 골자로 하고 있습니다.

즉, 시공자가 대가를 받기 위해서는 발주자가 원하는 공사목적물이 무엇이며, 어디까지가 자신이 수행해야하는 공사목적물에 해당하는지를 파악하는 것이 필수적입니다. FIDIC 계약조건은 계약을 통해 시공자가 수행해야 할 대상을 Works로 정의하고 있으며, 아래에 인용한 바와 같이 본공사(Permanent Works)와 가설공사(Temporary Works)가 포함될 수 있도록 하고 있습니다.

"Works" mean the Permanent Works and the Temporary Works, or either of them as appropriate. 여기서 본공사(Permanent Works)와 가설공사(Temporary Works)를 어떻게 구분하고 계약적으로는 어떻게 이해해야 하는지가 문제가 될 수 있습니다.

본공사는 궁극적으로 발주자가 사용할 수 있도록 발주자에게 인수될 때의 공사목적물을 의미합니다. 가설공사는 이러한 본공사를 위해 필요한 공사이기는 하지만, 발주자에게 인수될 때 인수 대상에 포함되지 않는 임시적인 성격의 공사를 의미합니다. 시공자는 계약에 따라 이러한 본공사와 가설공사를 시공하고 완성해야 하며, 그에 따른 대가를 발주자로부터 지급받는 것이 건설계약입니다. 시공자가 수행할 작업의 범위에 대한 내용은 BOQ(Bill of Quantity)라는 문서(설계를 발주자가 책임지는 대 부분의 경우)를 통해 구체적으로 명시됩니다.

국제건설계약의 대부분이 본공사만을 대상으로 과업의 범위(Scope of Works)를 규정하고 본공사에 해당되는 단위작업들을 BOQ에 명시하도록 합니다. 즉, 가설공사는 BOQ에 포함되지 않도록 함으로써 시공자의 자율에 맡기는 것이 일반적인 계약형식입니다.

그러나 가설공사라 하더라도 본공사와 같이 취급되는 경우도 있습니다. 예를 들면, 수력발전공사의 가물막이공사(coffer dam)나 거푸집 공사(form work), 비계공사(scaffolding works) 등과 같이 본공사 시공과 직접적인 관련이 있는 공사들이 있습니다. 또는 가설숙소나 사무실과 같이 간접적인 성격의 공사들

도 경우에 따라서는 BOQ에 하나의 작업항목으로 등재돼 마치 본공사와 같은 수준의 계약적 의미를 갖는 경우가 있습니다. 이러한 경우라면 비록 가설공사라 하더라도 계약적으로는 본공사와 같은 수준으로 관리가 되고, 시공자는 그러한 가설공사를 수행함에 따른 대가를 본공사 작업의 경우와 동일한 방법을 적용해 지급받게 됩니다.

결론적으로 시공자가 수행하는 작업들이 본공사인지, 가설공사인지를 기계적으로 구분하는 것 보다는 그러한 공사들이 계약적으로 어떻게 표현돼 있는지를 검토해야 하며 계약에 정의된 계약적 의미에 따라 시공자의 계약적 권리와 의무가 달라 질 수 있다는 것을 유의해야 합니다.

한편, FIDIC 계약조건을 비롯해 대다수의 계약조건들은 정의된 용어와 정의되지 않은 용어들을 구분하고 있습니다. FIDIC 계약조건은 정의된 용어를 영문의 첫 글자를 대문자로 표현하고 있습니다. 따라서 첫 글자를 대문자를 사용하는 경우의 Works와 소문자를 사용하고 있는 works는 계약적으로 달리 해석될 수 있음도 명심해야 합니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-16회] Section

공사계약을 통해 발주자는 자신이 원하는 품질의 공사목적물을 정해진 기한 내에 인도받기를 기대합니다.

통상적인 경우, 공사목적물 전체가 완성돼야 하는 기간을 공사기간(FIDIC 계약조건에서는 Time for Completion이라고 칭합니다)으로 정의하고 정의된 공사기간 내에 공사를 완성하지 못하는 경우 지연배상금(Delay Damages : FIDIC 용어이며 1999년판 이전에는 Liquidated Damages라고 했습니다)을 지급해야 할 책임을 시공자에게 부과하도록 하고 있습니다.

그런데 발주자 또는 공사목적물의 성격에 따라서는, 전체공사를 한 번에 인수받아 사용하는 것이 아니라 전체공사가 완성되기 전에 전체공사 중 일부를 인도받아 사용하기를 원하기도 합니다. FIDIC 계약조건의 경우, 이렇게 나뉜 공사부분을 Section으로 정의하고 있습니다. 따라서 만약 발주자가 Section들에 대한 별도의 공사기간을 의도하고 있다면 그러한 의도가 계약에 명시돼야 합니다. 즉, 발주자나 시공사 자의적으로 Section을 판단할 수 있는 것이 아닙니다.

Section이 적용돼야 하는 경우, 각 Section의 범위와 더불어 Section별로 공사기간이 별도로 명시돼야 합니다. 또한 명시된 공사기간 내에 해당 Section을 완성하지 못하는 경우 지연배상금이 적용되도록 하는 것이 일반적입니다. Section별 공사의 규모나 특성에 따라 각 Section별로 지연배상금의 금액을 달리 정의하기도 합니다.

어느 수준으로 Section이 완성돼야 하는지는 계약의 요구조건에 따라 달라질 수 있습니다. 그러나 중요한 것은 Section을 적용하는 경우 Section별 공사가 물리적으로 나누어 질 수 있어야 한다는 것입니다. 만약 Section별 공사의 성능이 다른 Section과 연관돼야 하는 경우라면 Section별 연계로 인한 공사 완성에 대한 분쟁 가능성이 고려돼야 합니다.

Section은 다시 세부적으로 나눌 수 있습니다. 이를 FIDIC계약조건에서는 part라고 표현하고 있습니다. 하지만 part는 Section과 달리 별도의 독립적인 공사기간을 갖지 않으므로(만약 독립적인 공사기간을 강제하려는 경우라면

part가 아니라 Section으로 정의해야 합니다), part별 준공과 인수는 원칙적으로 가능하지 않습니다.

그럼에도 불구하고 Section으로 정의되지 않은 공사의 한 부분 즉, part를 발주자가 점유해 사용하고자 하는 경우에 문제가 발생할 수 있습니다. 그러한 경우 FIDIC 계약조건은 해당 part를 발주자가 인수한 것으로 간주하며, 인수 후에는 해당 part에 대한 관리책임이 발주자에게 넘어간다고 규정하고 있습니다.

이러한 part에 대한 FIDIC 계약조건의 내용은 합리적인 계약이라면 반드시 적용돼야 할 원칙입니다. 때문에 만약 실제 계약에서 이러한 원칙이 적용되지 않고 있다면 그로 인해 리스크가 발생할 수 있음을 고려해야만 합니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-17회] Site

Site 즉, 현장은 공사수행을 위해 필요한 장소로써 Site를 제공하는 것은 발주자의 가장 기초적인 의무 중 하나입니다. 따라서 계약조건 상의 관련규정 유무를 떠나 Site가 제공되지 않으면 중대한 계약위반(Fundamental Breach of Contract)에 해당됩니다.

그래서 발주자나 시공자의 입장에서는 일정 범위까지의 부지나 용지 또는 장소를 제공해야 하며, 또한 제공받을 수 있는지가 매우 중요합니다. FIDIC 계약조건에서는 Site에 대해 1999년판 및 그 이전 판에서 아래와 같이 정의를 달리 하고 있습니다.

1987년판 Red Book(4판) 정의

"Site" means the places provided by the Employer where the Works are to be executed and any other places as may be specifically designated in the Contract as forming part of the Site.

1999년판 Red Book(초판) 정의

"Site" means the places where the Permanent Works are to be executed and to which Plant and Materials are to be delivered, and any other places as may be specified in the Contract as forming part of the Site.

1987년판에서는 Works가 수행되는 장소라고 하고 있지만, 1999년판에서는 Permanent Works(본공사)로 제한하고 있는데 이는 매우 큰 차이가 있습니다. 다시말해 1987년판의 경우 Site는 Works가 수행되는 장소로 규정하고 있기 때문에 Permanent Works(본공사)와 Temporary Works(가설공사) 모두가 대상이 될 수 있습니다. 반면 1999년 판에서는 Temporary Works가 제외됐다는 것입니다.

1987년판의 문제점을 짚어보겠습니다. Temporary Work라는 것은 진입도로, 토취장, 골재 채취장, 각종 설비 운영에 필요한 장소, 시공사 숙소, 사무실 등은 너무나 다양하고 장소를 특정할 수 없기 때문에 Site 제공범위를 한정하기 어렵습니다. 발주자에게 특정할 수 없는 과도한 의무를 지우고 있다는 것

입니다. 이러한 이유로 1999년판에서는 Site를 Temporary Works에 필요한 부지나 장소를 제외하고 Permanent Work가 수행돼야 하는 부지나 장소로 제한하게 된 것입니다.

그러나 1999년판의 경우 발주자의 부지 제공의무를 너무 축소하고 있다는 것이 오히려 새로운 문제가 되고 있습니다. Permanent Works를 위한 장소는 매우 국한된 장소가 될 수밖에 없으며, 그러한 장소만을 제공받는 경우 실질적으로 시공이 불가능해 질 수 있기 때문입니다. 그래서 1999년판의 경우 Site의 범위를 Material 혹은 Plant가 인도되는 장소로 확대하고 있습니다. 그러나 그것만으로는 충분하지 않다는 것이 문제입니다. 참고로 첫 글자를 대문자로 사용하고 있는 Material(자재)이나 Plant(설비)는 Permanent Works의 일부를 구성하는 자재나 설비에 국한됩니다. 즉, Temporary Works를 위한 자재나 설비는 제외된다는 것입니다.

이렇듯, 1987년판과 1999년판 모두 발주자가 제공해야 하는 Site의 범위와 관련된 실제적인 문제를 해소하지 못하고 있습니다. 따라서 입찰 시 혹은 계약 시 제공 받게 될 용지나 부지의 범위를 반드시 확인해야 발생 할 수 있는 리스크를 최소화 할 수 있습니다. 계약에 따라서는 Site라는 용어 대신에 Working Area, Site Boundary, Site Limit 등의 다른 용어들을 사용하기도 합니다. 그리고 현장인도는 물리적인 부지나 용지를 제공받는 것이므로, 도면을 통해 제공받는 물리적 한계를 정하는 것도 문제를 해결할 수 있는 좋은 방법이 될 수 있습니다.

FIDIC의 경우 발주자가 Site를 계약에 정해진 기한 내에 제공하지 못하면 시공자는 공기연장 및 금전보상 클레임을 할 수 있는 권리를 가지며, 이때 공정계획표(Programme)에 명시된 공정계획이 근거가 됩니다. 참고로 FIDIC 계약조건은 현장인도 뿐만 아니라 현장접근 권리를 시공자에게 부여하는 것도 발주자의 의무로 하고 있습니다.

한편, FIDIC의 MDB(Multilateral Development Bank)판인 Pink Book의 경우, 발주자의 현장인도 의무를 공사착공과 연계해 발주자가 현장인도를 하지 못하면 착공지시를 할 수 없도록 하고 있습니다. 또한 그러한 발주자의 계약불이행이 180일을 넘어가게 되면 시공자는 계약을 해지할 수 있는 권리를 갖도록 함으로써 현장인도 지연에 따른 시공자의 피해를 최소화 하고 있습니다.

FIDIC Pink Book 과 같이 현장인도 지연에 대한 리스크를 최소화 할 수 있는 계약적 보호장치를 만드는 것이 무엇보다 중요합니다. 구체적인 일정이 제공되지 않은 경우에는 시공자가 작성해 엔지니어에게 제출하는 공정계획에 따라 시공이 수행될 수 있도록, 해당범위 내에서 현장인도에 대한 발주자의 의무가 발생하도록 하고 있습니다. 이를 명심해 공사초기에 빈번하게 발생하는 현장인도 지연에 따른 피해를 최소화해야 할 것입니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-18회] Programme

FIDIC에서 Programme은 공정계획표를 지칭하는 용어로 정의하고 있습니다. 흔히 Schedule이라고들 부르고 있는데 FIDIC의 경우, Schedule을 BOQ(Bill of Quantity), data 혹은 rate, price 등이 표기된 문서로 달리 정의하는 만큼 용어사용에 주의가 필요합니다.

FIDIC은 8.3조항을 통해 Programme에 대해 규정하고 있습니다. 시공자는 공사착공지시서가 발급된 날로부터 28일 이내에 Programme을 엔지니어에게 제출하도록 하고 있고 이 공정계획표를 공정관리에서는 Baseline Programme이라고도 칭하고 있습니다. 이는 계약상으로 매우 중요한 의미가 있습니다.

Baseline Programme이 공사초기에 작성되고 제출되는 문서라는 점에 주목하면, 계약 시(보다 정확하게는 입찰시) 시공자가 의도한 공사 기간과 계약금액을 반영하고 있음을 알 수 있습니다. 공사가 시작되면 공사지연의 원인이 되는 많은 사건이 발생할 것이고 그에 따른 귀책을 다투는 일이 비일비재해 집니다. 반면 Baseline Programme은 그러한 변경요소들이 반영되지 않은 그야말로 계약당시의 시공자의 의도만 반영된 공정표이기 때문에 계약관리의 중요한 기준을 제공하는 문서입니다.

계약관리(공정관리)는 Baseline Programme과 실제 진행사항의 차이를 모니터링하고 분석해 만회대책을 수립하는 것입니다. 나아가 발생한 사건으로 인한 지연의 영향을 공기적인 측면과 비용적인 측면에서 논리적으로 해석하고 경우에 따라서는 클레임의 근거로 활용하는 것이라고도 할 수 있습니다. 따라서 Baseline Programme은 FIDIC의 경우와 같이 가급적 현장이 여러 사건들로부터 영향을 받기 전 작성합니다.

문제는 아주 간단한 공사를 제외하고 공사 초기의 짧은 기간 내에 (FIDIC의 경우는 착공지시서 발급 후 28일 이내) 제대로 된 Programme을 작성할 수 없다는 것입니다. 예를 들어 수십억달러규모 플랜트 공사의 경우, 다뤄야 할 공종(소위 단위작업들)이 수천개에 달하는데 그러한 작업들 간의 연관관계, 작업의 순서, 시기, 자원의 할당 등을 정하는 것은 짧은 기간 내에 가능하지 않기 때문입니다.

즉, 계약 후 뒤늦게 부랴부랴 되지도 않은 공정계획표를 작성할 것이 아니라 입찰 시부터 제대로 된 공정계획을 작성해야 합니다. 한국 업체들 대다수가 일단 입찰공정표는 대충 작성하고 계약 후에 보자는 식입니다. 그러나 공정 관리는 계약관리의 가장 기초가 되기 때문에, 이러한 태도로는 절대로 성공적인 계약관리를 기대할 수도 보장받을 수도 없습니다.

요즈음, 수많은 공정관리 회사나 전문가들이 문을 닫거나 일거리를 찾지 못하고 있는데, 이는 우리의 안일한 인식을 단적으로 보여주고 있는 것이 아닌가 합니다.

FIDIC은 Baseline Programme에 대한 엔지니어의 승인과정을 두고 있지 않습니다. 그 이유는 공정관리라는 것이 결국 시공자가 책임져야 할 사항인데, 승인과정을 두는 경우 승인지연으로 인해 발생할 수 있는 계약적 문제가 발생하기 때문입니다.

여러 가지 이유를 들어 승인을 미루고 Baseline Programme이 존재하지 못하도록 하는 것인데, 이러한 경우 계약관리의 근거를 잃게 될 수도 있습니다. 필자의 경험에 의하면, 많은 한국업체들이 공정관리를 제대로 하지 못해서 클레임 권리를 제대로 행사하지 못하고, 그로 인한 공기연장에 대한 권리를 확보하지 못하고 있습니다. 결과적으로 막대한 금전적 손실을 부담하고 있는 것입니다. 지금부터라도 공정관리의 중요성을 인식해 자신의 계약상의 권리가 훼손되지 않도록 해야 하지 않을까요?

[현학봉의 FIDIC 계약해설-19회] Tender Security

Tender Security는 입찰보증으로 번역되며, Security라는 말 대신 Guarantee 혹은 Bond라는 말을 사용하기도 합니다.

입찰보증은 입찰자들에게 입찰에 대한 책임을 지우려는 것이며, 입찰 후 저가 입찰 등을 이유로 입찰자가 입찰을 포기하는 것을 방지하려는데 목적이 있습니다. 따라서 일반적으로 입찰서 제출시점부터 유효할 수 있도록 발효합니다.

입찰보증에 대한 사항은 입찰지시서, Instruction to Tenderer를 통해 규정되며, 유효기간은 입찰조건에 따라 달라질 수 있겠으나 통상적으로는 입찰 유효기간과 같도록 하고 있습니다. 발주자 입장이나 입찰 상황에 따라 최초 입찰보증기간이 만료됐음에도 불구하고, 입찰조건이 변경되거나 평가 상의 문제가 발생해 낙찰이나 계약이 되지 않으면 입찰보증기간 연장이 요구됩니다. 이러한 경우라면, 시공자의 청약, Offer에 대해 발주자가 새로운 청약을 제안한 것으로 간주되고, 그러한 요구를 수용할 것인지는 시공자가 판단합니다. 경우에 따라서는 기존의 입찰내용과 다른 입찰을 제시 할 수 있습니다.

FIDIC 계약조건의 경우, 발주자가 입찰보증금액을 클레임 할 수 있는 경우들을 다음과 같이 정하고 있는데 이는 국제계약에 거의 유사하게 적용됩니다.

- a) the Principal has, without your agreement, withdrawn his offer after the latest time specified for its submission and before the expiry of its period of validity, or
- b) the Principal has refused to accept the correction of errors in his offer in accordance with such conditions of invitation, or
- c) you awarded the Contract to the Principal and he has failed to comply with sub-clause 1.6 of the conditions of the Contract, or
- d) you awarded the Contract to the Principal and he has failed to comply with sub-clause 4.2 of the conditions of the Contract.

위에 인용된 내용 중 Principal은 입찰자를 의미하고, you는 보증의 수혜자인 발주자를 의미합니다. 1.6조항은 계약서명관련 조항이고, 4.2조항은 이행보증 관련 조항입니다. 즉, 시공자가 계약서명을 거부하는 경우나 이행보증을 기한 내에 제출하지 못하는 경우에도 입찰보증금액이 클레임 될 수 있습니다.

[현학봉의 FIDIC 계약해설-20회] Performance Security

지난 회에는 Tender Security를 다뤘는데, 이번 시간에는 계약이행을 보증하는 Performance Security에 대해 알아보겠습니다.

Performance Security는 이행보증서 또는 계약보증서로 번역을 하고 있으며, 지난 회에 언급했듯이 Security라는 용어를 쓰던 Guarantee나 Bond라는 용어를 쓰던, 내용에 따라 달리 해석될 수는 있겠지만 같은 목적의 보증서로 보면 됩니다.

보증은 오직 유효기간 내에서만 유효하기 때문에 보증의 유효기간, 보증기간이 매우 중요합니다. 또한 건설계약의 경우 Tender Security의 유효기간과 일정기간 겹치도록 해야 합니다. Tender Security의 유효기간이 끝난 후에 Performance Security가 제공된다면, 발주자로서는 Tender Security 만료 후 Performance Security의 유효기간이 시작되기 전까지는 입찰자나 시공자를 강제할 수 있는 수단이 사라지게 되기 때문입니다.

따라서 Security의 발급기한과 유효기간을 명확히 해야 합니다. FIDIC 계약조건의 경우, 시공자가 Letter of Acceptance 낙찰통지서를 접수한 날로부터 28일 내에 Performance Security를 발급하도록 하고 있으며, 만약 기한 내에 발급하지 못하면 발주자는 계약을 해지할 수 있도록 하고 있습니다. 또한, Performance Security를 Defects Notification Period, 하자통지기간의 만료일까지 유효하도록 규정하고 있습니다. 다만 계약에 따라서는 공사가 물리적으로 완공되는 시점까지 유효하도록 하고 Defects Notification Period 기간에는 별도의 보증서를 제출하도록 하기도 합니다.

Performance Security의 보증금액은 낙찰계약금액, Accepted Contract Amount의 10% 정도로 하는 것이 보편적입니다. 다만 정해진 것이 아니기 때문에 계약에 따라 달라질 수 있으며 계약금액이 변경되는 경우, 변경되는 금액에 따라 변경이 가능하도록 하는 것이 일반적입니다. Performance Security는 주로 은행 등 금융기관이 발주자에게 발급하게 됩니다. 다만 Performance Security를 발급할 수 있는 은행을 신용등급이 높은 은행이 되도록 하고 발주자가 속한 국가의 은행이 되도록 하는 것이 일반적입니다. 발주자가 속한 은행과 거래관계를 갖고 있지 못한 시공자의 경우에는 시공자가 거래하는 은행을 통해 발주 국가의 은행이 보증서를 발급하도록 하는 복보증의 형식을 취하기도 합니다. 이러한 경우 시공자는 시공자가 속한 은행

은 물론이고 발주자가 속한 국가의 은행이 요구하는 보증수수료를 모두 부담해야 합니다.

국제건설계약에 적용되는 이행보증은, FIDIC 계약조건에 첨부된 양식의 경우를 포함해 대부분 irrevocable 취소불능, on-demand 즉시불이고 unconditional 무조건적입니다. 즉, 은행이 Performance Security를 발급하게 되면 어떠한 이유건 취소할 수가 없습니다. 발주자는 시공자가 계약위반했다고 언급만 하는 것만으로도 아무런 다른 조건 없이 클레임 할 수 있으며, 일단 클레임 이 이루어지면 은행은 즉시 지급하여야 할 의무를 부담하게 됩니다. 따라서, 시공자로서는 막대한 부담을 느낄 수밖에 없는 것이 Performance Security이며 실제로 많은 건설계약에 있어 발주자가 악의적으로 사용하는 경우가 종종 발견됩니다.

Performance Security의 경우, 계약의 당사자는 은행과 발주자이며, 그 계약의 당사자에 시공자가 빠져 있음을 이해해야 합니다. 따라서 발주자는 보증 클레임을 하면서 보증계약의 당사자가 아닌 시공자에게 알릴 의무가 없으며, 실제로 클레임 상황이 발생하였을 때 발주자가 시공자에게 그 상황을 알리지 않아 시공자는 아무것도 모르는 상태에서 보증금액을 추징당하는 상황을 종종 경험하고 있습니다. 발주자가 Performance Security를 클레임 한 경우 시공자가 대응할 수 있는 방법은 보증은행의 관할법원을 통해 집행정지 가처분을 받는 것입니다. 그런데 발주자의 클레임이 명백하게 잘못된 경우가 아니면 법원으로부터 가처분을 받아 내는 것이 쉽지 않고, 앞서 기술 한대로 발주자의 클레임과 은행의 지급과정이 즉각적으로 이루어지기 때문에 시공자가 대응 할 시간이 거의 없어 방어하기가 매우 어렵습니다.

국제계약의 경우, 대부분 Performance Security에 대한 발주자의 권리에 대해서 몰수라는 용어를 사용하지 않고 있는데, 이는 발주자가 클레임을 통해 Performance Security 금액을 지급을 받았다 하더라도 그 적정성에 대한 다툼이 있을 수 있음을 고려한 것입니다.

아울러, Performance Security 양식을 보면 이행보증 금액을 한 번에 모두 클레임 할 수 있도록 하고 있는 것이 아니라, 일부 금액에 대해서만 할 수도 있고, 여러 차례 나누어 클레임 할 수도 있도록 하고 있습니다.

만약 발주자가 계약적, 법적 근거 없이 악의적으로 Performance Security를 클레임 한 경우라면, 시공자로서는 Dispute, 분쟁 해결절차에 따라 해결하는

것이 거의 유일한 수단이 될 것입니다. 따라서 분쟁을 기피해야 할 대상이 아니라 언제라도 다루어야 할 대상으로 인지하고 실제 상황발생 시에 대응할 수 있도록 인식의 전환이 필요합니다.