

프로젝트 금융 하에서의 건설공사계약과 완공보증을 둘러싼 법률문제

김 승 현

[目 次]

<p>I. 들어가는 말</p> <p>II. 프로젝트 금융</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 프로젝트 금융 의의</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 프로젝트 금융 구조</p> <p style="padding-left: 20px;">3. 프로젝트 금융과 제한상환청구권</p> <p>III. 완공보증</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 완공보증의 의의</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 완공보증의 법적 성격</p> <p style="padding-left: 20px;">3. 국내 부동산 분양사업 프로젝트 금융에서의 책임준공약정</p> <p>IV. 프로젝트 금융에서 건설단계위험 배분과 건설공사계약</p> <p>V. 프로젝트 금융 가능한 건설공사계약</p>	<p>1. 발주자의 신용위험</p> <p>2. 단일주체 책임</p> <p>3. 시공자의 설계책임</p> <p>4. 예견하지 못한 현장조건</p> <p>5. 손해배상액의 예정</p> <p>6. 공사대금지급</p> <p>7. 보증</p> <p>8. 소유권과 위험의 이전</p> <p>9. 불가항력</p> <p>10. 보험</p> <p>11. 대주의 개입권</p> <p>VI. 맺는 말</p>
--	--

I. 들어가는 말

원래 프로젝트 금융은 해외에서 도입된 선진금융기법으로, 한국에서는 1990년대 중반 인천신공항고속도로 민간투자사업에서 프로젝트 금융이라는 선진금융기법이 최초로 도입되었다.¹⁾ 이후 그 동안 국내에서는 도로, 항만, 발전 등의 사회간접자본시설(Social Overhead Capital:

[논문접수일: 2014. 05. 21. / 심사개시일: 2014. 06. 26. / 게재확정일: 2014. 07. 17.]

1) 국내에서는 인천신공항고속도로 건설사업이 구 사회간접자본시설에 대한 민간자본 유치촉진법이 시행된 후 사회기반시설을 구축하기 위한 프로젝트 금융사업의 효시로 꼽히고 있다. 이 사업은 사업비 약 1조7천4백억원 중 4천4백억원은 삼성물산을 비롯한 11개 건설회사가 프로젝트 회사에 지분출자하였고, 나머지 1조3천억원은 한국산업은행을 비롯한 18개 금융기관이 신디케이트 론(syndicated loan)으로 마련하였다. 하지만 이 사업에서는 프로젝트 회사인 신공항하이웨이(주)에 출자한 출자자들이 대출원리금에 대해 연대하여 지급보증을 하였다는 점에서 진정한 의미의 프로젝트 금융이라 보기 어렵다. (진흥기, “프로젝트 금융(Project Finance)의 이론적 존립근거와 금융구조에 대한 법적 고찰”, 상사법 연구(통권 6호), 2008, 243면).

SOC) 사업과 주택, 상가, 오피스, 골프장 등의 분양사업에서 프로젝트 금융이 활발히 이용되어 왔다. 또한 최근에는 국내기업들이 해외자원개발사업 및 민간자본발전사업(Independent Power Producer: IPP)을 중심으로 해외투자사업에 적극적으로 진출하고 있어 국내기업들의 프로젝트 금융 참여 무대가 국제적인 수준으로 확대되고 있는 추세다. 따라서 프로젝트 금융에 대한 보다 많은 연구가 필요한 시점이다.

일반적으로 프로젝트 금융은 대주가 프로젝트 회사로부터 대출원리금을 상환받지 못할 경우 프로젝트 사업주에게 상환청구권을 행사할 수 없는 것이 원칙이지만(이를 무상환청구 프로젝트 금융이라 한다), 실제로 무상환청구 프로젝트 금융 사례는 드물고, 일정한 경우 제한적인 범위에서 프로젝트 사업주에게 상환청구권을 행사할 수 있도록 하는 것이 보통이다(이를 제한상환청구 프로젝트 금융이라고 한다).²⁾

제한상환청구 프로젝트 금융에서 제한상환청구권의 대표적인 것 중의 하나가 완공보증인데, 국내에서는 이른바 ‘책임준공약정’으로 불리고 있다. 책임준공약정은 원래 completion guarantee를 번역한 것이다. 이를 직역하면 완공보증이 되겠으나, 어떠한 연유에서인지 모르지만 국내에서는 책임준공약정이라는 용어가 통용되게 되었다. 하지만 completion guarantee를 책임준공약정이라고 번역하게 되면 보증이라는 의미가 완전히 몰각될 뿐만 아니라, 책임준공약정의무자가 실제로 건설공사계약 하에서 시공자를 대신해서 완공을 해야 할 채무, 즉 “하는 채무”를 부담하는 것으로 인식될 가능성이 높다는 측면에서 필자는 책임준공약정이라는 용어 사용이 부적절하며, 그냥 “완공보증”이라는 단어를 사용하는 것이 바람직하다고 생각한다.³⁾⁴⁾

최근 국내 부동산 분양사업 프로젝트 금융 하에서 ‘책임준공약정’을 다루는 대법원 판결⁵⁾이 최초로 나왔다. 하지만 본 판결은 원래 의미의 완공보증과 다른 의미로 변형되어 사

- 2) 대주가 대출원리금 전부에 대해서 프로젝트 사업주에게 상환청구할 수 있다면 이를 완전상환청구권 프로젝트 금융이라고 부를 수 있겠지만, 이는 엄밀히 말해서 프로젝트 금융이라 보기 어렵다. 국내 부동산 분양사업에서의 프로젝트 금융은 대부분 시공자가 대출원리금에 대해서 지급보증 또는 조건부 채무인수약정을 하고 있기 때문에 대주가 프로젝트 사업주는 아니지만 시공자에게 완전상환청구권을 갖고 있다.
- 3) 하지만 본 글에서는 책임준공약정이라는 용어가 국내에 이미 널리 사용되고 있음을 감안해, 국내 부동산분양사업 프로젝트 금융과 관련된 논의에서는 책임준공약정이라는 용어를 그대로 사용하기로 한다.
- 4) 참고로 필자가 완공보증이라는 용어를 처음 접한 것은 2002년 부산신항만 민간투자사업 프로젝트 금융에서였다. 당시 대주단은 이미 체결되어 있는 건설공사계약을 프로젝트 금융이 가능할 정도의 EPC 턴키계약으로 변경하든지, 아니면 완공보증을 제공하든지 둘 중 하나를 택하라고 요구하였고, 여기에 대해 출자사들은 전자를 택하기로 결정하여, FIDIC Silver Book을 기초로 한 EPC 턴키계약을 만들게 되었다. 이 후로 필자는 완공보증의 의미와 법률적 성격, 프로젝트 건설공사계약과의 관계 그리고 프로젝트 금융이 가능할 정도의 EPC 턴키계약이란 어떠한 것인지에 대해 관심을 가져왔다.
- 5) 대법원 2010. 3. 11 선고 2009다20628 사건. 이 건과 관련하여 원고와 피고 사이에 총 6번의 소송이 있었다. 동 대법원 판결은 원심을 파기환송하여 서울고등법원으로 돌려보냈다. 이후 다시 서울고등법원 판결(2011. 1. 13. 선고 2010나31800)에 대해 당사자들이 상고하여 대법원 판결(2012. 3. 15. 선고 2011다19126)이 내려졌는데, 원심을 다시 파기환송하였다. 결국 서울고등법원 판결(2013. 6. 23. 선고 2012나29603)로 확정되었다.

용되고 있는 국내 부동산 분양사업에서의 책임준공약정을 다른 최초의 판결로써, 판결 이어나 결론에 있어 동의하기 어려운 부분이 있어 이를 간략히 다루고자 한다. 또한 완공보증과 건설공사계약과의 관계 및 완공보증이 없어도 프로젝트 금융이 가능한 건설공사계약은 어떠한 특징을 지니는지에 대해서도 살펴보고자 한다.

완공보증은 프로젝트 금융약정의 부속약정이다. 이를 이해하기 위해서는 프로젝트 금융구조 전반을 이해하는 것이 필요하므로, 프로젝트 금융에 대해 아직 생소한 분들을 위해 프로젝트 금융의 의미와 구조, 그리고 상환청구권의 의미에 대해 먼저 간략하게 서술하기로 한다.

II. 프로젝트 금융

1. 프로젝트 금융 의의

프로젝트 금융이란 일반적으로 자본집약시설의 건설 및 운영을 위해 출자, 은행차입, 신용보강(credit enhancement)이 결합된, 프로젝트 사업주(sponsor)⁶⁾에 대해 무상환청구(non-recourse) 또는 제한상환청구(limited recourse) 금융구조를 가리킨다. 프로젝트 금융에서는 대주가 대출을 위한 여신심사를 할 때, 프로젝트 사업주들의 신용 또는 자산에 기초하는 것이 아니라, 시설의 운영으로부터 얻어지는 예상수입(projected revenue)에 기초한다. 대주는 산출물을 발생시키는 계약들과 시설 운영에 의해 발생하는 현금흐름을 포함한 시설의 자산을 대출에 대한 담보로 삼는다.⁷⁾ 또한 프로젝트 대주가 자신의 대출금 상환의 재원으로 프로젝트 회사의 현금흐름과 수입에 의지하고 대출금에 대한 담보로서 그 프로젝트 회사의 자산을 담보로 삼는 금융기법이라고 정의하기도 한다.⁸⁾⁹⁾ 따라서 프로젝트 금융에서는 대출계약조건이 프로젝트 사업주들의 신용보강이나 프로젝트의 자산에 기초하지 않으며, 프로젝트 시설물의 기술적 경제적 성능이 프로젝트 금융의 핵심이다.

대주가 프로젝트 사업주 등에게 완전한 상환청구권을 가지는 경우는 대주의 대출 결정이 장차 프로젝트로부터 발생하는 예상수입에 기초하는 것이 아니라, 주로 상환의무를 부담하는 자, 다시 말해 지급보증을 제공하는 프로젝트 사업주의 신용 또는 자산에 기초한다는

6) 프로젝트 사업주란 프로젝트 금융의 차주가 되는 프로젝트 회사에 자본금 출자를 하는 출자사를 의미한다. 그림 2.0 프로젝트 금융 구조 참조.

7) Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press (2008), p.4.

8) Peter K Nevitt, *Project Financing 4th*, Euromoney Publication(1983), p.3.

9) 한편 참고로 우리나라에서는 2001. 11. 24 프로젝트금융 회사법이 발의되었으나 상정되지 못하고 표류하다가 결국 폐기되고 말았다. 동법에 의하면 ‘프로젝트금융’이란 프로젝트를 수행할 회사를 설립하고, 그 프로젝트에서 발생할 미래의 현금수입을 주요 상환재원으로 하여 자금을 조달하고 지원하는 금융기법이라고 정의하였다.

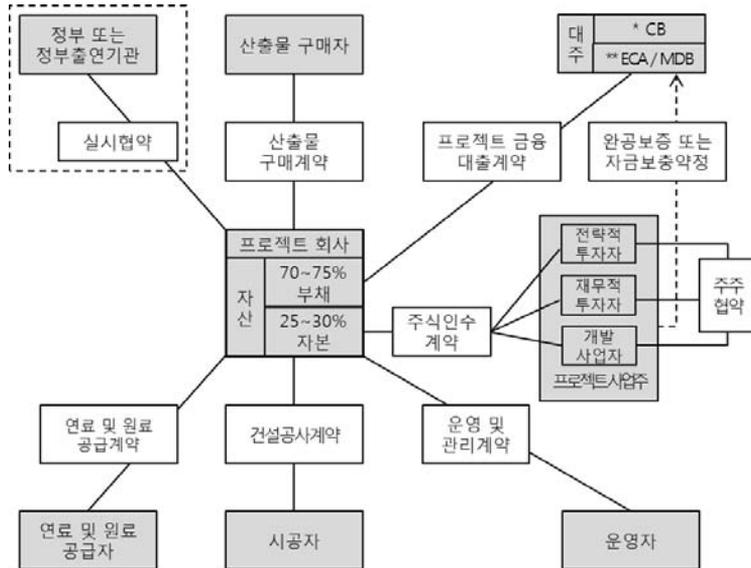
점에서 본질이 오히려 기업금융(corporate finance)¹⁰⁾에 가깝기 때문에 이를 진정한 의미의 프로젝트 금융이라 보기는 어렵다.¹¹⁾

프로젝트 운영으로부터 발생하는 현금 흐름이 프로젝트 금융의 기초이기 때문에, 각종 프로젝트 계약들은 프로젝트의 실행가능성의 틀을 형성하고 위험배분을 통제하는 역할을 한다. 프로젝트 시설물을 건설하고 운영하기 위해 필요한 산출물 구매계약,¹²⁾ 원료공급계약 및 건설공사계약 등과 같은 각각의 계약은 프로젝트 수입으로부터 대출금 상환을 받게 될 대주의 기대를 부당하게 침해해서는 안 된다.

2. 프로젝트 금융 구조

아래 그림은 프로젝트 금융이 이루어지는 전형적인 BOT 유형¹³⁾의 프로젝트 구조도이다.

<그림 2.0 프로젝트 금융 구조>



* CB : Commercial Bank
 ** ECA : Export Credit Agency
 MDB : Multilateral Development Bank

- 10) 이를 대차대조표 금융(Balance Sheet Finance)이라고 부르기도 한다. Hoffman, (주7) p.7.
- 11) 특히 국내 부동산 분양사업을 위한 프로젝트 금융에서는 대출금에 대해 대부분 시공자가 지급보증이나 채무인수 등을 통하여 프로젝트 사업성(feasibility), 즉 분양의 성공에 대한 책임을 지고 있기 때문에 대주는 사업의 성패에 대한 위험을 부담하지 않고 오히려 시공자의 신용 또는 자산에 의존해서 대출을 결정한다.
- 12) 모든 경우에 산출물 구매계약이 있는 것은 아니다. 예를 들어 도로사업에서는 실시협약에 의해 양허권자에게 관리운영권을 부여하고 그 관리운영권에 의해 양허권자는 도로사용료(toll)를 징수할 권리를 갖고 이 도로사용료가 대출금 상환의 재원이 된다.
- 13) BOT란 건설(Build), 운영(Operate), 이전(Transfer)의 약성어이다.

통상 실시협약은 양허권자인 프로젝트 회사가 도로, 항만 또는 철도 등과 같은 사회기반 시설을 건설하여 일정기간 관리 및 운영을 하고 그 수익으로 투자비를 회수하는 구조 하에서 필요한 정부 또는 공적 주체와 프로젝트 회사간의 계약¹⁴⁾임에 비해, 산출물 구매계약은 예를 들어 전기 등과 같이 프로젝트 회사가 생산하는 산출물을 일정기간을 정해 판매하기 위한 산출물구매자와 프로젝트 회사간의 계약¹⁵⁾을 의미하는데 둘 다 프로젝트의 수입을 결정하는 중요한 계약들이다. 그림 왼쪽에 점선으로 표시된 부분은 산출물 구매계약이 있는 경우 실시협약이 반드시 필요하지 않음을 나타내는 것이다.

프로젝트 사업주에는 그림에서 보듯이 크게 전략적 투자자, 재무적 투자자 및 개발사업자가 있는데, 전략적 투자자란 산출물구매자, 시공자, 운영자 및 연료 및 원료공급자 등과 같이 본 사업에 프로젝트 계약체결과 관련한 이해를 가진 자가 프로젝트 회사의 주주로 지분을 참여하는 경우를 의미하며, 재무적 투자자란 함은 이러한 프로젝트 계약과 이해관계 없이 순수하게 투자이익만을 노리고 지분 참여하는 투자자를 의미한다. 개발사업자는 이러한 개발사업을 전문적으로 하는 자로서 투자국 대정부 협상, 지분투자자 모집, 프로젝트 금융을 주도해 나가는 투자자를 말한다.

그림에서 오른 쪽에 점선으로 표시된 완공보증 또는 자금보충약정은 프로젝트 사업주가 프로젝트 회사의 프로젝트 금융을 성사시키기 위해 대주에게 제공하는 주주지원약정인데 이러한 주주의 지원이 있는 경우를 제한상환청구 프로젝트 금융이라 한다. 자세한 사항은 아래에서 설명한다.

3. 프로젝트 금융과 제한상환청구권

프로젝트 금융은 프로젝트 사업주의 신용보다 프로젝트 자체의 가치에 의존하는 금융이므로 프로젝트 사업주에 대해 상환청구권이 없는 것이 원칙이다. 상환청구권이 없는 금융이기 때문에, 프로젝트 사업주는 프로젝트의 현금흐름이 대출원리금을 상환하기에 불충분해도 직접 대출원리금을 상환할 의무를 지지 아니하며 프로젝트 사업주의 자산은 프로젝트 자산과는 완전히 독립적이다.¹⁶⁾ 하지만 실무상 대주가 프로젝트 사업주에 대해 상환청구권이 완전히 없는(non-recourse) 경우는 많지 않으며, 제한된 상환청구권을 가지는(limited recourse) 프로젝트 금융이 다수이다. 그러한 제한상환청구권으로 대표적인 것들이 완공보증과 자금보충약정(cash deficiency support)이다.¹⁷⁾ 이외에도 산출물가격보증(product price guarantee),¹⁸⁾ 이자지급보증(interest guarantee),¹⁹⁾ 투입물공급보증(input supply guarantee),²⁰⁾ 지급후순위

14) 이러한 사업에서는 산출물 구매계약이 없다.

15) 가장 대표적인 것이 전력구매계약(Power Purchase Agreement)이나 반드시 공적 주체와의 계약일 필요는 없다.

16) Hoffman (주7), p. 6.

17) E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Academic Press (2002), pp.180~181.

18) 프로젝트 회사가 생산한 산출물이 합의된 최저가 이하로 팔릴 경우 수입부족분을 프로젝트 사업주들이 보충하겠다는 약정을 말한다.

약정(payment subordination)²¹⁾ 등 다양한 것들이 있다.²²⁾ 이러한 제한상환청구 프로젝트 금융에서는 특정한 상황에서 금액과 기간의 한도를 정해서 프로젝트 사업주에 대해서 행사할 수 있도록 하는 것이 보통이다.²³⁾

여기서 자금보충약정이란 아직 프로젝트 운영이 정상궤도에 오르기 전, 운영초기에 일시적으로 대출원리금 상환을 하기 위한 자금부족이 발생한 경우, 프로젝트 사업주들이 이를 메우기 위해 프로젝트 회사에 출자 또는 대여의 형태로 추가 자금을 투입하겠다는 약정을 말한다. 만약 이러한 자금보충약정에 금액이나 기간의 한도가 정해져 있지 않으면, 비록 사업주들이 직접 대주에게 대출원리금을 상환할 의무를 부담하지는 않는다 하더라도, 결과적으로 자금보충약정은 지급보증과 유사하게 된다. 완공보증에 대해서는 항을 바꾸어 서술한다.

Ⅲ. 완공보증

1. 완공보증의 의의

프로젝트의 건설위험은 대주 입장에서 보면 프로젝트가 현금 흐름을 창출하기 전에 부담해야 하는 위험이다. 대주는 통상 이러한 건설위험 부담을 피하기 위해 건설기간 동안 프로젝트 사업주에 대해 상환청구권을 가지려고 한다.²⁴⁾

완공보증은 특정일까지 프로젝트의 완공을 보증한다는 프로젝트 사업주가 대주에게 하는 약속이다. 물론 완공보증을 반드시 프로젝트 사업주가 하여야 한다는 법은 없고, 예를 들어 시공자와 같이 다른 프로젝트 참여자가 할 수도 있지만 시공자는 건설공사계약 하에서 완공의무를 부담하고 있는 자이고, 대주와 직접적인 이해관계를 갖고 있지 않기 때문에 시공자가 대주에게 별도로 완공보증을 제공할 이유는 없다.

이러한 완공보증은 프로젝트 건설 단계에 대한 시간과 비용소모적인 대주의 실사를 대체하기 위해 프로젝트 사업주가 대주에게 제공하는 것이 보통이다.²⁵⁾ 프로젝트 사업주는 차주인 프로젝트 회사의 주주로서 프로젝트가 성공하면 잠재적 추가이익(upside potential)을

19) 프로젝트 회사가 대출금 이자를 못 갚을 경우 프로젝트 사업주들이 대신 갚는다고 약정하는 것을 말한다. 이러한 약정에 기한이 없으면 사실상 지급보증과 유사하다.

20) 프로젝트 산출물 생산에 요구되는 연료 또는 원재료의 공급을 정해진 또는 상한가가 정해진 가격으로 공급하겠다는 프로젝트 사업주의 약정을 말한다.

21) 만약 프로젝트 사업주가 연료 또는 원재료의 공급자라면, 프로젝트 회사에 현금이 부족할 경우 이러한 공급에 대한 대금지급을 대출원리금 상환보다 후순위로 하겠다는 약정을 말한다.

22) 제한상환청구권의 종류와 그 개념들에 대해 보다 자세한 사항은 Yescombe (주17), p.180 참조.

23) Jeffrey Delmon, *Project Finance, BOT Projects and Risk*, Kluwer Law (2005), p.85.

24) Peter Megens, "Construction Risk and Project Finance- Risk Allocation as Viewed by Contractors and Financiers" ICLR (1997) pp.6~7.

25) Graham Vinter, *Project Finance- A Legal Guide*, Thompson Sweet & Maxwell (2006) para.8-003.

언을 수 있기 때문에 프로젝트 사업주가 하는 것이 논리적으로도 타당하다.²⁶⁾

완공보증에서의 완공의 정의는 건설공사계약 하에서의 완공의 정의와 다를 수 있음에 유의하여야 한다. 따라서 예를 들어 인근 항만이 확장되는 것에 의존하는 발전소 건설의 경우처럼 프로젝트 범위 밖의 사항도 완공의 개념에 포함될 수 있다.²⁷⁾ 이는 대주 입장에서는 프로젝트가 물리적으로 완공되는 것뿐만 아니라 실제로 대출금을 상환하기에 필요한 현금흐름을 안정적이고 지속적으로 창출할 수 있는 단계에 도달하는 것을 의미한다.²⁸⁾

건설공사계약 하에서 불가항력 등 예견하지 못한 사정으로 인해 공기가 연장된다고 해서 완공보증에서 정해진 완공기한이 따라서 연장되지는 않는다. 따라서 완공보증 하에서 달리 정하지 않는 한 완공보증채무자의 의무는 건설공사계약 하에서의 시공자의 완공의무와 완전히 독립적이다. 건설공사계약 하에서 시공자에게 책임을 물을 수 없는 불가항력 등 예견하지 못한 사정이 발생하여 완공이 지연되면, 원래 예정했던 수입의 발생이 늦어지고, 그 결과 대주의 대출원리금 상환에 차질이 생기는데 이러한 점에서 완공보증은 완공 때까지 불가항력 등 예측하지 못한 위험으로부터 대주를 보호하는 역할을 한다.

또한 완공보증은 프로젝트가 완공될 때까지 자금보충약정의 내용을 포함하는 경우가 많다. 공사 도중에 불가항력 등 예견하지 못한 사정이 발생하여 공기가 연장될 뿐만 아니라 추가 공사비가 발생한 경우(cost overrun), 이러한 추가공사비를 시공자에게 지급해야 하는데 완공보증에서 명시적으로 규정하는 경우(통상 명시적으로 규정한다), 완공보증인은 추가 공사비를 출자 또는 주주대여금 형태로 출연한다.²⁹⁾ 필자의 견해로는 완공보증인은 정해진 시기까지 완공을 성취해야 할 의무가 있기 때문에, 추가공사비를 지급하지 못해서 공사가 중단된다면 결과적으로 자신이 대주의 손해를 배상해야 하므로, 이러한 명시적인 규정이 없다 하더라도 추가공사비를 출연할 수밖에 없을 것으로 본다.

2. 완공보증의 법적 성격

논의를 시작하기 앞서 완공보증도 일종의 계약이므로 당사자 자치의 원칙 하에서 당사자가 자유로이 그 내용을 형성할 수 있음은 물론이다. 이하의 논의는 완공보증약정서에 구체적인 내용이 없고 단순히 완공보증인이 특정 시기까지 완공을 하기로 한다는 일반적인 표현만 있는 경우에 완공보증의 법적 성격과 그 내용을 어떻게 이해해야 하는지에 대한 논의이다. 먼저 완공보증의 보증이라는 단어에 초점을 맞추어 주채무에 대한 부종성과 보충성이 존재하는 전통적인 보증³⁰⁾에 해당하는지 살펴본다면, 전통적인 보증에 해당하기 위해서

26) 기타 프로젝트 참여자들은 각종 프로젝트 계약을 통해 대체로 고정이익을 향유하며, 프로젝트 사업주는 출자금에 대한 배당형태로 잠재적 추가이익을 향유하게 된다.

27) Vinter (주25), para. 8-003.

28) Megens (주24) p.6.

29) Philip R. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell (1980), para. 14.3(2).

30) 영미에서는 전통적인 보증을 accessory, secondary, dependent 또는 conditional guarantee라고 한

는 주채무가 반드시 존재하여야 하므로, 완공보증에서 주채무가 무엇인지가 먼저 규명되어야 한다. 완공보증은 일정시기까지 완공을 보증한다는 약속이므로, 일용 시공자가 건설공사계약 하에서 부담하는 완공의무를 주채무로 볼 여지도 있겠으나, 완공보증은 대주에게 제공되는 것이고 건설공사계약은 프로젝트 회사와 시공자간의 계약이므로 건설공사계약 하에서의 완공의무는 대주에 대한 관계에서 주채무라고 볼 수 없다. 완공보증 하에서 완공보증인은 완공미성취라는 일정한 사실의 발생으로 인해 차주가 대출원리금 상환 의무(주채무)를 이행하지 못하는 경우, 완공보증인이 그 대출원리금 자체를 대신 상환할 의무를 부담하는 것이 아니라,³¹⁾ 그로 인해 대주가 입게 되는 손해를 배상하겠다고 약정(손해배상채무)하는 것이므로 이러한 주채무와 손해배상채무 간에 부종성이 없고, 보충성도 없어 전통적인 보증으로 보기 어렵다.

따라서 보증이라는 단어가 사용되어도 완공보증은 전통적인 보증과 다르다. 완공보증은 일방 당사자가 상대방에게 일정한 결과의 발생을 보장하고 그 결과가 도래하지 않는 경우 발생할 손해를 보전하는 의무를 부담하는 계약으로 손해담보계약(Garantievertrag)이라고 볼 수 있을 것이다.³²⁾ 손해담보계약은 독일민법전 상에 성문화되어 있지 아니한 비전형계약으로 우리나라에서도 학설상 인정되고 있다.³³⁾ 그 개념 자체가 폭넓고 일반적이기는 하지만, 특히 기초계약 관계가 결여되어 있을 때 또는 손해담보계약의 수익자가 기초계약 관계에서 채권자가 아닐 경우에 적용된다. 손해담보계약에서 보증인은 특정한 결과가 발생하거나 발생하지 않으면 수익자의 손실을 보전한다(indemnify the beneficiary). 이를 자치적 보증(autonomous guarantee)이라 부르기도 한다.³⁴⁾ 손해담보계약은 네덜란드, 프랑스, 벨기에 등지에 알려져 있다. 영미법의 손실보전약정(indemnity) 개념과 유사하지만, 완전히 일치하지는 않는다.³⁵⁾

완공보증 하에서 대주가 손해를 배상받기 위해서는 손해액과 그러한 손해가 완공보증 당시에 예견가능했으며 대주는 손해를 경감하기 위해 모든 합리적인 노력을 다 하였음을 입증하여야 한다고 한다.³⁶⁾ 또한 대주가 미완성의 공사목적물에 대해 담보를 가지고 있는 경

다. suretyship 또한 부종성과 보충성이 없는 전통적인 의미의 보증이지만 suretyship은 surety가 먼저 주채무를 그대로 이행할 의무를 부담하기 때문에 계약금액의 100%에 대해 발행되고, 개입권(step in rights)도 가진다는 특징이 있다. 자세한 사항은 Roeland Bertrams, “The New Forms of Security in FIDIC’s 1999 Conditions of Contract”, ICLR (2000), pp.370-371 참조.

31) 물론 실제로 완공보증의 내용이 이와 같은 경우도 있다. 이 경우 완공보증은 지급보증의 성격을 가지며 전통적인 보증에 해당하여 주채무(대출원리금상환채무)에 대한 부종성과 보충성을 지닐 것이다.

32) 김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호 (2004. 2) 49면.

33) Garantievertrag는 학자에 따라 여러 가지 용어로 번역되었다. 손해담보계약, 담보계약, 보장계약, 지급보장계약 등이 그 예이다. 김정호, “독립적 은행보증의 법률관계 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결의 평석을 겸하여”, 법실천의 제문제: 동천 김인섭변호사 화갑기념논문집 박영사 (1996), 290면. 독일법상 Garantie는 영어 warranty에 해당하고, Bürgschaft는 guarantee(우리 민법상의 보증)에 해당한다고 한다.

34) Roeland Bertrams, *Bank Guarantee in International Trade*, Wolters Kluwer (2013) para. 3-11.

35) Bertrams (주34), para. 3-11.

36) Vinter (주25), para.8-003.

우, 그러한 담보가 조금이라도 가치를 지니고 있을 것이기 때문에, 대주에 지급해야 하는 손해배상액을 평가하는 것은 그리 쉽지 않을 것이며, 손해배상액의 크기는 프로젝트 회사가 대주에게 상환해야 하는 대출원리금과 동일하지는 않을 것이라고 한다.³⁷⁾ 하지만, 필자의 견해로는 이는 보증채무의 보충성 문제로서 대주가 손해액을 확정하기 위해 반드시 담보권 행사를 먼저 해야 할 필요는 없으며, 완공보증인이 먼저 대주의 손해를 배상하고 미완성 공사목적물에 대해 손해배상자 대위권을 행사할 수 있다고 본다.

완공보증 하에서 손해배상청구를 위해서 이처럼 인과관계, 예견가능성, 손해액 등을 입증해야 하는 부담을 덜기 위해, 대주가 두 가지 방법을 취할 수 있는데, 하나는 정해진 기간까지 완공이 성취되지 않으면 프로젝트 사업주가 일정한 금액을 지급하도록 약정하게 하는 것이다. 하지만 영미법상 이것이 위약벌(penalty)에 해당하는 경우, 효력이 없음에 유의하여야 한다.³⁸⁾ 다른 하나는 프로젝트 사업주에게 은행으로부터 보증신용장(standby letter of credit)이나 독립적 보증(on demand bond)을 발급받아 제공하게 하는 것이다. 대주에게는 이 방법이 법적으로 보다 확실한 방법이나, 비용이 발생한다.³⁹⁾ 이 방법에 의해 대주가 인과관계, 예견가능성, 손해액 등을 입증하기 전에 일정 금액을 은행으로부터 확실히 수령한다는 점은 보장되지만, 그러한 보증신용장이나 독립적 보증 발행을 신청한 신청인(프로젝트 사업주)과 대주간에 이러한 보증신용장 또는 독립적 보증을 발행하게 된 원인법률관계에 기한 다툼의 여지는 여전히 남는다.

만약 완공보증이 언제까지 완공이 성취되지 않으면 프로젝트 사업주가 미상환 대출원리금을 지급하겠다고 약정하는 경우에 대주는 자신이 입은 손해를 입증할 필요 없이 채무의 변제기가 도래했다는 사실만 입증하면 된다.⁴⁰⁾ 이러한 의미의 완공보증은 전통적인 의미의 지급보증이다.

이러한 완공보증이 제공된 경우에는 차주 즉 프로젝트 회사는 프로젝트의 건설공사와 관련하여 대출약정상 채무불이행 사유를 완화시킬 수 있어야 한다. 예를 들어 건설공사 단계에서 시공자의 부도 등의 사유가 발생해도 이는 대출약정상의 채무불이행 사유가 될 이유가 없다. 더 나아가 프로젝트의 건설공사 단계에서의 유일한 채무불이행 사유는 정해진 시기까지 완공이 성취되지 않는다는 사실뿐이라고 주장할 수 있어야 한다. 이 경우조차도 프로젝트 사업주들이 만기가 도래한 대출원리금을 계속 상환하는 한, 기한이익을 상실시키지 못한다고 주장할 수 있어야 한다. 물론 대주가 이러한 주장들을 받아들이기 위해서는, 프로젝트 사업주들의 재무상태 또는 지급불능과 관련한 채무불이행 사유가 더욱 엄격하게 대출약정에 포함되어야 할 것이다.⁴¹⁾

37) Vinter (주25), para. 8-004.

38) Farnsworth, *Contracts* 3rd ed., Aspen Law & Business (1999), p.841; Edwin Peel, *Treitel, The Law of Contract* 12th ed., Thomson Sweet & Maxwell (2007), p.1075.

39) 손해담보계약은 주채무와 독립적이어서 부종성 및 보충성이 없지만 손해의 발생에 대해서 입증해야 한다. 하지만 독립적 보증은 이러한 손해담보계약에 청구조항(on demand clause)이 추가되어 주채무로부터의 독립성이 더욱 강하다. 자세한 설명은 김형석 (주32), 56면 참조.

40) Vinter (주25), para. 8-005.

41) Vinter (주25), para. 8-005.

한편 정해진 시기까지 완공이 성취되도록 하겠다는 단순한 완공보증에 대해 채권자가 법원에 완공보증의무의 강제이행을 청구하는 것이 가능할지에 대해 생각해 본다. 이는 완공보증 하에서 완공보증자가 부담하는 의무가 구체적으로 무엇인지와 관련 있는 문제로서, 두 가지 해석이 있을 수 있는데 첫째는 건설공사계약 하에서 시공자가 부담하는 완공의무와 동일한 의무를 부담한다고 보는 것이다. 둘째는 일정 시기까지 완공이 성취될 것을 조건으로 하여 이 조건이 성취되지 않는 경우 대주가 입게 되는 손해에 대한 배상의무를 부담한다고 보는 것이다. 필자는 건설공사계약 하에서 시공자의 완공의무는 완공보증의무의 주채무가 아니며, 건설공사계약에서 말하는 완공과 완공보증에서 말하는 완공이 일치하는 개념도 아니고, 프로젝트 사업주가 시공자 대신 공사를 완공하기 위해서는 시공자의 동의를 얻거나 시공자를 현장에서 배제하는 절차가 선행되어야 할 뿐만 아니라 굳이 프로젝트 사업주에게 건설공사계약 하에서의 시공자 의무이행을 강제할 실익도 별로 없다는 점에서 두 번째 해석에 찬성한다. 이러한 측면에서 필자는 완공보증의무는 소위 ‘하는 채무’가 아니라 ‘주는 채무’ 그것도 금전지급채무라고 본다.⁴²⁾

3. 국내 부동산 분양사업 프로젝트 금융에서의 책임준공약정

국내 프로젝트 금융, 특히 부동산 분양사업 프로젝트 금융에서 사용되는 책임준공약정에 대해서 살펴 보면, 원래 완공보증은 프로젝트 사업주에 의해 제공되는 것이 보통임에도 불구하고, 국내에서는 책임준공이라는 단어로부터 공사를 연상한 탓인지 책임준공약정은 당연히 시공자가 해야 하는 것이며, 시공자가 건설공사계약 하에서 발주처에 대해 부담하고 있는 완공의 의무를 이행하지 못하면 그로 인해 프로젝트 금융 대주가 입게 되는 손해를 배상하여야 한다는 의미로 널리 사용되고 있는 것 같다. 이러한 책임준공약정은 본래 의미의 완공보증과는 상당히 거리가 있다. 첫째, 프로젝트 사업주가 아니라 시공자가 책임준공약정을 제공한다는 점이다. 둘째, 시공자가 프로젝트의 사업성패에 대한 위험까지 인수한다는 점에서 그러하다.

부동산 분양사업에서는 사회기반시설 프로젝트 금융사업과 달리 프로젝트의 성패가 분양율에 의해 조기에 결정되며, 사업비의 일부 또는 전부를 분양수입금으로 충당할 수 있으므로, 시공자는 공사비를 분양수입금으로부터 받는 경우가 많다.⁴³⁾ 그런데 만약 분양율이 저

42) 이 점에 대해 심도있게 다루는 국내의 문헌을 아직 발견하지 못했으나, Graham Vinter는 완공보증에 의해 영국법원이 강제이행(specific performance) 명령을 내릴 것이라 생각하기는 매우 어렵다고 한다(Vinter (주25), para 8-004). Philip Wood는 완공보증의무 위반은 강제이행이 아니라 손해배상을 초래할 것이라고만 한다(Philip Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, Sweet & Maxwell (1995), para 29-1.)

43) 국내 부동산 분양사업에서 주로 사업초기에 자신의 자금과 bridge loan등을 통해 건축물 건립에 필요한 사업대상부지를 가장 많이 확보한 자가 시행사를 자처하며 나타나고, 본 프로젝트 금융을 위한 지급보증 또는 조건부 채무인수를 할 수 있는 시공자를 접촉하여 자금을 조달하게 된다. 그 후 시행사는 사업대상부지 전체를 확보하여 건축인허가 또는 사업시행인허가를 받고 사업을 추진하게 된다.

조해서 시공자가 공사비를 받지 못하게 되는 경우, 통상 시공자는 건설공사계약 하에서 공사를 중단할 수 있다. 이 경우 공사목적물은 완공이 지연되고, 완공지연으로 인한 분양율은 더욱 악화된다. 프로젝트 대주는 이와 같은 사태를 방지하기 위해 분양율 저조로 인해 시공자가 공사비를 받지 못하더라도 완공하겠다는 내용의 책임준공약정을 요구한다. 따라서 국내 부동산 분양 프로젝트 금융사업의 책임준공약정은 시공자가 분양율 저조로 인해 공사비를 못 받는다 하더라도 공사를 완공하겠다고 하는 약정이 그 핵심내용이다.

한편 사회기반시설 프로젝트 금융사업에서는 부동산 분양사업과 달리 프로젝트 수입이 완공 후에야 비로소 발생하는 것이 보통이다. 따라서 사업주가 출자한 자기자본과 대주가 대출해준 타인자본으로 사업비를 조달하게 되므로,⁴⁴⁾ 시공자의 공사비 재원은 미리 확보되기 때문에, 책임준공약정에 시공자는 공사비를 받지 못하더라도 완공을 한다는 것과 같은 내용의 책임준공약정이 제공될 필요는 없다. 앞서 이야기한 대로 완공보증을 프로젝트 사업주가 제공하는 것이 보통이지만 국내에서는 프로젝트 사업주 중에 시공자인 사업주만 책임준공약정을 제공하는 관행이 형성되어 있는 것 같다.

더 나아가 국내 부동산 분양사업에서는 시공자가 프로젝트 사업주로 전혀 참여하지 않는 경우에도, 시공자가 대주에게 책임준공약정을 제공하는 경우가 많다. 대출원리금에 대하여 지급보증 또는 조건부 채무인수를 통하여 분양사업의 성패에 대한 위험의 대부분을 시공자가 떠안는 구조 하에서는 완공을 하지 못하는 경우, 시공자가 결과적으로 대출원리금마저 자신의 채무로 인수해야 하기 때문에 시공자가 분양율 저조로 인해 공사대금을 수령하지 못해도 사실상 공사를 중단하기 어렵고 완공을 할 수밖에 없다는 점에서 이 경우 책임준공약정은 사실상 독자적인 의미를 지니지 못하는 경우가 많다.

그런데 만약 책임준공약정에 구체적인 내용이 명시되지 않고 단순히 시공자가 특정 시기까지 책임준공을 하기로 한다는 일반적인 표현만 있는 경우 책임준공약정은 어떻게 해석되어야 하는가? 이러한 경우에도 시공자는 공사비를 못 받더라도 공사를 완성하여야 할 의무를 부담한다고 해석할 수 있는가? 또한 책임준공약정 하에서 대주에게 부담하는 의무는 건설공사계약 하에서 원래 시공자가 부담하는 완공의무와 동일한 것으로 볼 수 있는가? 즉, 건설공사계약 하에서 시공자가 발주자를 상대로 항변할 수 있는 여러 가지 사유로서 대주에게 대항할 수 있는가?⁴⁵⁾ 예를 들어, 시공자에게 책임이 없는 사유로 완공이 지연된 경우, 책임준공기한도 그 만큼 연장되는 것인가? 아니면 책임준공약정이라는 표현만으로는 당사자 사이에 합의된 의사가 무엇인지 확정할 수 없기 때문에 어떠한 법률적인 효과를 부여하기 어렵다고 봐야 하는가하는 등의 의문이 제기된다.

최근에 이러한 국내 부동산 분양사업에서 책임준공약정을 다루는 대법원 판결(대법원 2010. 3. 11 선고 2009다20628)이 나와 주목을 끈다. 그러나 이 대법원 판결은 책임준공약정과 관련하여 제기되는 위와 같은 논점을 다루지 않고 있으며, 책임준공약정의 의미를 제

44) 이외에도 정부 재정지원금이 있을 수 있다.

45) 공사계약 하에서 시공자는 완공의무를 부담하기는 하지만, 이는 절대적인 의무가 아니다. 시공자에게 책임이 없는 사유로 이행이 지체되면 통상 공사계약 하에서 시공자는 공기연장에 대한 권리를 가진다.

대로 파악하지 못한 듯이 보여 아쉽다. 본 판결을 깊이 있게 다루는 것은 본 글의 범위를 벗어나므로 여기서는 몇 가지 점만 지적하기로 한다. 조만간 본 판결에 대한 심도 있는 평석이 나오길 기대한다.

먼저 이 판결의 사실개요를 간략히 설명하면, 원고는 프로젝트 금융 대주인 생명보험회사이고, 피고는 책임준공약정을 한 시공사이다. 당사자들의 개발약정서에는 ‘피고 또는 피고가 지정하는 자가 이 사건 개발사업에 대한 시행사의 모든 권리와 의무를 인수하는 경우, 이 사건 개발사업을 위해 시행사가 원고로부터 지급받은 대출금 관련 의무는 피고 또는 피고가 지정한 자가 인수한다’고 규정하였는데(밑줄 필자 첨가), 시행사가 사업양도를 거부함으로써 피고의 사업인수가 이루어지지 않았다. 또한 개발약정서에는 피고는 ‘공사도급계약에서 정한 기간 내에 책임준공하여야 한다’ 그리고 ‘공사기간은 착공 후 15개월로 한다’고 규정하였다. 원고는 예비적 청구로 피고의 책임준공약정 의무 위반을 근거로 자신의 대출금 및 수분양자들에 대한 중도금 대출금을 회수하지 못한데 대한 손해배상금을 청구한 사건이다.

이 판결에서는 첫째 책임준공의무의 취지를 설명하면서 “피고가 완공할 이 사건 건물은 원고의 이 사건 대출금 및 중도금대출금의 중요한 담보가 되는 것이므로, 이 사건 개발사업약정에 따라 합계 1,000억원이 넘는 거액의 대출을 하는 원고로서는, 시행사가 사업을 정상적으로 수행하기 어려운 경우 신용도가 높은 피고로 하여금 이 사건 사업시행권을 인수하여 이 사건 건물을 정해진 기간 내에 책임준공하도록 약정할 필요가 있었다고 보이는 점”이라 하여 마치 책임준공의 선행조건이 사업시행권 인수인 것처럼 표현하고 있는데 이는 통상 부동산 분양사업이 진행되는 모습과 다른 부분이다.

실제로 대주는 시공자가 채무인수 또는 책임준공의무를 이행하여 자신의 대출금을 상환받게 되는지 여부에 관심이 있지, 시공자가 그 사업을 인수하는지에 대해서는 별로 관심이 없다. 오히려 시공사 입장에서 자신이 시행사의 채무인수를 한 대가로 사업시행권 인수에 대한 이해관계를 가지는 것이 보통의 모습이다. 통상의 부동산 분양사업에는 시행사가 채무불이행에 빠지게 되면 시공자가 무조건 채무인수를 하고, 그 후 채무인수를 한 시공자가 어떻게 시행사의 협조없이 사업시행권을 넘겨받는지 최대 관건이다.⁴⁶⁾

둘째, 대법원 판결은 ‘천재지변 등 불가항력적인 사유가 발생하지 않는 한 착공 후 15개월 내에 이 사건 건물을 책임준공할 의무를 부담한다고 보아야 하고’라 하여 책임준공의 예외로서 ‘천재지변 등 불가항력적인 사유발생’을 들고 있다. 이는 책임준공의무의 법적 성격을 어떻게 보는가에 달린 문제이다. 대법원은 책임준공의무를 ‘하는 채무’ 즉 공사완공의무로 보고, 불가항력을 그 예외사유로 본 것으로 추측된다. 만약 책임준공의무를 공사완공의무로 본 것이라면 그 의무의 내용은 어떻게 이해하여야 하는가? 공사도급계약 하에서 시행사에 대해 부담하는 완공의무와 동일한 내용으로 볼 수 밖에 없을 것이다. 그렇다면 공

46) 채무불이행을 일으킨 시행사는 분양사업이 적자여서 자신에게 돌아갈 아무런 수익이 없는 경우에도, 사업시행권 양도에 협조하지 않고 채무인수를 한 시공자와의 협상을 통하여 사업시행권 양도에 대한 대가를 얻고자 하는 경우가 많다는 점도 국내 부동산분양사업의 큰 위험 중의 하나다.

사도급계약 하에서의 완공의무에 붙어있는 여러 가지 항변권을 대주에게도 행사할 수 있는가? 예를 들어 본 사건에서처럼 시행사가 공사대금을 지급하지 않아서 시공자가 공사를 중단하였다면 이는 시공자의 귀책사유가 없는 정당한 중단 아닌가? 아니면 왜 시공자는 이러한 항변권을 대주에 대해서 행사할 수 없는가와 같은 의문들이 제기된다. 대법원 판결은 아쉽게도 이러한 의문들을 전혀 다루지 않는다.

이러한 의문들은 앞에서 논의한 바와 같이 책임준공약정을 손해담보계약으로 파악한다면 쉽게 해결이 된다. 따라서 책임준공약정은 완공이라는 조건이 일정 기간까지 일어나지 않으면 대주가 입게 되는 손해를 배상하겠다는 약정으로 이해를 해야 한다. 이 경우 책임준공의무는 하는 채무가 아니라 주는 채무, 구체적으로 말하면 대출원리금 미상환으로 인한 대주의 손해배상금 지급채무의 성격을 지니게 된다. 따라서 금전채무불이행에 대한 특칙을 규정하고 있는 우리민법 제397조에 따라 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다.

하지만, 국내 부동산 분양사업 프로젝트 금융의 책임준공약정에서 대부분 당사자들의 약정으로 불가항력적인 사유의 발생을 책임준공의 예외사유로 규정하고 있는데, 이를 주는 채무 즉 완공이 되지 않아 대주가 입는 손해를 배상하는 금전지급채무로 보기는 어려울 것이고, 하는 채무 즉, 공사계약 하에서의 완공 의무로 보는 것이 자연스러울 것이다. 이 경우 발주자인 시행사가 공사대금을 지급하지 않는다면 시공자는 쌍무계약상의 동시이행의 항변권을 행사하여 공사를 중단할 수 있게 되는데, 이를 방지하기 위해 대부분의 책임준공약정에서 시공자는 공사대금을 받지 못하더라도 공사를 중단하지 못한다고 규정한다. 하지만 본 사안의 책임준공약정에는 이러한 내용이 포함되어 있지 않다. 그렇다면 시공자인 피고는 분양을 저조로 인해 공사대금을 받지 못하는 경우 공사를 중단할 권리가 있다고 해석하였어야 하는 것 아닌가 하는 의문이 제기된다. 대법원 판결은 이와 같이 시공자의 책임준공약정의무의 법적 성격을 제대로 규명하지 않은 채, 책임준공약정을 한 시공자가 대주에게 손해배상을 하여야 한다는 결론을 내리고 있어 동의하기 어렵다.

IV. 프로젝트 금융에서 건설단계위험 배분과 건설공사계약

완공보증과 건설공사계약은 프로젝트 금융거래에서 건설단계의 위험을 어떻게 배분하는 가라는 측면에서 밀접한 관련이 있다. 프로젝트 금융 대주 입장에서 건설단계 위험을 크게 세가지로 요약한다면, 하나는 완공이 지연되어 현금흐름의 창출이 늦어지는 것이고 둘은 완공에 필요한 공사비가 증액되는 것이고 셋은 시공자가 파산하거나 경험이 부족한 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 위험은 일반적으로 프로젝트 금융 대주가 부담하지 않는 위험이며, 완공이 될 때까지는 프로젝트를 완공할 능력과 유인을 가진 믿을 만한 누군가가 이러한 위험을 부담해주기를 바란다.⁴⁸⁾

47) Scott Hoffman, "A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification and Contractual Considerations", The Business Lawyer (1989), p.197.

프로젝트 금융 대주와 시공자는 건설단계위험이라는 용어에 대해 서로 이해하는 바가 다르다. 시공자는 경제적 효율성을 극대화하고, 프로젝트 비용을 최소화하는 기초로서 위험배분을 이야기하지만, 대주는 프로젝트 현금흐름에 대한 위험이라는 맥락에서 위험배분을 이야기한다. 시공자에게는 위험의 잘못된 배분은 필요 이상의 프로젝트 비용을 의미하지만, 대주에게는 프로젝트 현금흐름의 악화를 의미한다. 건설공사계약은 프로젝트 금융 대주와 시공자 둘 다에게 주요한 위험배분장치이지만, 동시에 프로젝트 위험의 주요 원천이기도 하다.⁴⁹⁾ 건설공사계약 협상에 있어서 프로젝트 금융 대주는 매우 중요한 역할을 하기 때문에 프로젝트 사업주가 대주의 요구사항을 고려하지 않은 채 건설공사계약을 협상하고 위험배분을 결정하게 되면, 나중에 건설공사계약을 재협상하거나 그렇지 않으면 완공보증과 같은 더 큰 양보를 해야 할 수도 있다.⁵⁰⁾

위험배분이 잘못된 건설공사계약은 분쟁이 일어날 가능성이 크다. 대주나 시공자가 통상 부담하지 않는 위험을 더 많이 부담하게 하면 할수록, 더욱 더 그러하다. 이러한 상황에서 가능하다면 보험자와 같은 제3자에게 위험을 배분하는 것이 더 경제적으로 효율적일 수 있다. 하지만, 프로젝트 대주는 완공보증이 프로젝트 건설단계의 위험을 해소하는 가장 손쉽고 간편한 방법이기 때문에 완공보증을 선호할 수 있다. 완공보증은 완공이 될 때까지 프로젝트 사업주가 건설공사계약 하에서 불가항력 등 예견하지 못한 사정으로 인한 공사비 증액 또는 공기 연장이 될 위험까지 다 부담하게 되는바, 프로젝트 사업주는 우발채무이기는 하지만 상당한 잠재적인 재정부담 및 위험을 인수하여야 한다.

그렇다면 프로젝트 금융에서 완공보증은 반드시 제공되어야만 하는지, 특히 건설공사계약과 관련하여 어떠한 조건이 갖추어지면 완공보증이 없는 프로젝트 금융이 가능한지 하는 문제를 생각해 보기로 한다. 사실 이는 프로젝트마다 구체적으로 그 위험의 종류와 정도가 다르기 때문에 일률적으로 말하기 어려운 문제이다. 하지만 공사비를 발주자가 직접 조달하는 통상의 계약조건에 비해 프로젝트 금융 방식으로 공사비가 조달되는 건설공사계약이 어떠한 차이점이 있는지 살펴보는 것은 국제건설계약 실무에 종사하시는 분들을 위해서 매우 필요한 일이라 생각된다. 입찰 시 발주자로부터 우리 해외건설업체들에게 주어지는 건설공사계약서가 같은 턴키 계약이라 하더라도 자금조달방식에 따라 시공자가 부담해야 하는 위험의 정도가 다르다는 것을 이해하여야 한다. 따라서 그 위험부담의 정도에 따라 적절한 이윤을 반영하여 우리 해외건설업체들이 불측의 손해를 입는 일은 없어야 할 것이다.

이와 관련하여 국제건설링 엔지니어 연맹(이하 “FIDIC”이라 한다)⁵¹⁾이 1999년 이른바 Rainbow Suite라 불리는 표준계약조건 체계를 발표할 때 그 동안 FIDIC의 여러 표준계약

48) Megens (주24), p.13.

49) Megens (주24), p.20.

50) Megens (주24), p.20.

51) FIDIC은 Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils이란 불어의 약성어로서 국제건설링 엔지니어 연맹이라고 번역되는데, FIDIC은 1957년부터 국제적으로 널리 통용되는 여러 국제건설 표준계약조건을 공표하여 왔다. FIDIC 계약조건 종류와 체계에 대해서 김승현, “프로젝트 파이낸스와 EPC/Turnkey 계약 -FIDIC Silver Book에 관한 소고”, 통상법률 (2004.8), 130-135면에서 간단히 소개하고 있으므로 참조바람.

조건들과는 위험배분이라는 측면에서 상당히 이질적으로 보이는 Silver Book⁵²⁾을 포함시켰다. 이로서 FIDIC은 Orange Book, Yellow Book 및 Silver Book 세 개의 턴키 계약조건⁵³⁾을 가지게 되었다. FIDIC이 Orange Book과 Yellow Book의 턴키 계약조건이 있음에도 불구하고 Silver Book이라는 또 하나의 턴키 계약조건을 추가한 것은 Silver Book 서문에서 밝히고 있듯이, 최근에 프로젝트 파이낸스에 의해 자금조달이 되는 BOT유형의 프로젝트가 증가하면서 공기와 공사비의 확실성이 보장되는 건설공사계약에 대한 수요가 커지고 있는데 비해 이에 부응할 만한 표준계약조건이 없어 계약당사자들이 Red Book이나 Yellow Book을 마음대로 뜯어고쳐 발주자에게 일방적으로 유리한 기형적인 계약서를 만들어내는 관행이 생겨났는데 FIDIC은 고심 끝에 공기와 공사비의 확실성이 보장되는 새로운 표준계약조건을 만드는 것이 바람직하다고 판단하였기 때문이다.⁵⁴⁾

FIDIC Silver Book은 출간 직후 전세계적으로 상당히 격렬한 찬반 논쟁을 불러일으켰다.⁵⁵⁾ Silver Book에 대한 비판의 요지는 Silver Book이 그 동안 FIDIC의 여러 계약조건들이 발주자와 시공자 간의 이익균형을 유지해 온 것과 달리 상당히 발주자의 이익에 치우쳐 있다는 것이었다. 하지만 이는 프로젝트 금융 대주의 요구에 부응하여 1999년 FIDIC 작업 그룹이 Silver Book을 기안할 때 의도적으로 택한 입장이기 때문에 그러한 비난은 정당하지 않으며, Silver Book에서 시공자가 통상의 턴키 계약보다 더 많은 위험을 부담하는 대가로 시공자는 더 많은 이윤을 견적금액에 반영할 것이기 때문에 문제가 없다고 Silver Book을 기초작업에 참여한 Christopher Wade는 항변한다.⁵⁶⁾

이와 같은 Silver Book에 대한 찬반 양론 중 어느 견해가 옳은지는 별론으로 하고, 일단 프로젝트 금융에 쓰기 위한 국제건설표준계약조건이 탄생했다는 점⁵⁷⁾에서 Silver Book은 상당한 의미를 지닌다 하겠다. 이하 항을 바꾸어 프로젝트 금융방식으로 자금조달이 되는 프로젝트에서 건설공사계약의 특징이 무엇인지에 대해 Silver Book을 중심으로 논의하기로 한다.

52) 정식 명칭은 Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects로서 겉 표지색깔을 따서 Silver Book이라 부른다. FIDIC 다른 계약조건도 겉표지의 색깔을 따서 Red, Yellow, Orange, Gold Book등으로 불린다.

53) 턴키 계약은 통상 턴키라는 용어에 의해 발주자가 바로 사용할 수 있을 정도로 완성이 된 공사 목적물을 발주자에게 인도한다는 의미로 이해되고 있지만 아직 국제적으로 정립된 개념이 아니다. 미국 판례는 시공자가 설계 및 시공을 일괄책임지는 형태를 의미한다고 판시하였다(Per Chilson J. in *Mobile Housing Environments v. Barton* 432F.(Supp.) 1343(1975)). 영국에서 턴키 계약은 Design-Build계약 또는 Package Deal과 동일한 의미로 이해된다(Atkin Chambers, *Hudson's Building and Engineering Contracts 12th ed.*, Sweet & Maxwell (2010), para. 3-105, at pp.494-495.)

54) FIDIC Silver Book Introductory Note to First Edition.

55) Silver Book에 대한 찬반 논쟁의 소개는 김승현, (주)51 125면 이하 참조.

56) Christopher Wade, "FIDIC's Standard Forms of Contract-Principles and Scope of the Four New Books", ICLR (2000), pp.11-12.

57) 필자가 아는 한 국제건설표준계약조건 중에 BOT프로젝트 하에서 프로젝트 금융을 염두에 두고 별도로 만들어진 것은 Silver Book이 유일하다.

V. 프로젝트 금융 가능한 건설공사계약

국제적으로 실무상 프로젝트 금융 하에서의 건설공사계약을 EPC 턴키 계약으로 지칭하는 경우가 많다. 원래 EPC란 설계(engineering), 구매(procurement), 시공(construction)의 약성어로 주로 플랜트 공사를 지칭하는 개념이다. 그리고 턴키 계약이란 설계와 시공을 분리하지 않고, 단일 주체가 일괄 책임지는 계약형태로 이해할 수 있는데, 최근에는 EPC와 턴키라는 용어를 합쳐서, 비단 플랜트 공사가 아니라 하더라도 프로젝트 금융 방식으로 자금조달이 되는 프로젝트를 위한 건설공사계약을 EPC 턴키 계약이라 지칭하는 경향이 있는 것 같다.

대주가 완공보증을 요구하지 않을 정도로 프로젝트 금융이 가능한 건설공사계약이란 한마디로 말해서 공기연장과 공사비 증액이 되지 않도록 가능한 한 많은 위험을 시공자에게 전가시키고 있는 계약이다.⁵⁸⁾ 물론 시공자는 견적 시에 이러한 위험인수 대가로 예비비(contingency)를 반영하여야 할 것이다.⁵⁹⁾ 참고로 시공자가 공사비에 반영하는 예비비는 시공자의 위험인수 대가로서 일종의 이윤의 성격을 지니기 때문에 그러한 위험이 현실화하지 않는다 하더라도 시공자에게 귀속되는 부분이다. 이와는 달리 프로젝트 회사가 책정하는 예비비는 위험이 현실화하지 않는다면 시공자에게 지급되지 않고, 프로젝트 사업비의 일부가 되지 않는다. 하지만, 아무리 튼튼한 EPC 턴키 계약을 가진다 하더라도 시공자를 기술적, 재무적으로 신뢰하기 어렵다면 별로 의미가 없다.⁶⁰⁾ 따라서 시공자의 경험이나 기술력, 그리고 재무상태 등에 대한 실사가 중요한 의미를 지닌다. 아래에서 프로젝트 금융으로 자금조달이 되는 프로젝트를 위한 건설공사계약의 주요 특징에 대해 서술하기로 한다.

1. 발주자의 신용위험

프로젝트 회사는 한정된 자산을 가진 특수목적법인이다. 사업비 중 대주가 투입하는 부분은 출자자가 투입하는 부분보다 더 큰 것이 보통이며, 대주는 건설공사계약 하에서 공사비 지출을 엄격하게 통제한다. 통상 시공자는 발주자의 대차대조표를 분석함으로써 발주자의 신용위험을 평가할 수 있지만 프로젝트 금융 사업에서는 이러한 평가가 의미 없다. 시공자는 건설공사계약 체결 단계에서는 프로젝트 회사가 거의 아무런 자산과 수입이 없기 때문에 공사대금을 받을 수 있을지 여부에 대해 확신을 가질 수 없다.

58) Yescombe (주17), p.106; Vinter (주25), para. 5-015.

59) 일반적으로 말하기는 어렵지만, 이러한 시공자의 예비비는 12%에서 20%에 달한다는 견해가 있다. (Hoffman (주7), p.272.)

60) 통상 이처럼 시공자의 신뢰성(creditworthiness)이 의심스러운 경우, 그에 대한 신용보강수단으로 시공자의 모회사보증(parent company guarantee), 신용장(letter of credit), 지급 및 이행보증(payment and performance bonds) 등이 활용된다. 이러한 신용보강수단이 여의치 않을 경우 결국 신용있는 다른 시공자를 구하지 않으면 프로젝트 금융이 성사되기 어려울 것이다. (Hoffman (주7), p.269.)

Silver Book은 이러한 점을 감안하여 제2.4조에서 시공자는 발주자가 공사대금을 지급하기에 충분한 재원을 마련했음을 보여주는 합리적인 증거를 요구할 수 있다고 규정한다. 뿐만 아니라 프로젝트 회사가 이러한 재원 마련에 중대한 변화가 생긴 경우 이를 시공자에게 통지하도록 하고 있다. 제16.1조에서는 시공자가 이러한 정보를 받지 못하는 경우 공사를 중단할 수 있도록 규정한다. 이는 매우 심각한 결과를 초래할 수 있으므로 대주는 통상 합리적인 증거가 무엇인지를 명확히 하지 않는 한 이를 수용하지 않을 것이다.⁶¹⁾

만약 공사수행 도중에 프로젝트 회사가 지급불능 상태에 빠진다면 시공자가 프로젝트 회사에 대해 가지는 채권은 일반채권으로서 대주가 프로젝트 회사의 자산과 현금흐름에 대해 가지는 담보채권보다 후순위일 것이므로 시공자의 채권 회수 전망은 어둡다. 또한 시공자의 채권보전을 위하여 인정되는 프로젝트 회사의 자산에 대한 유치권 등의 권리도 미리 포기하도록 요구되는 것이 보통이다.⁶²⁾

Silver Book 제14.3조는 유보금을 규정하고 있는데, 이는 채권자로서의 시공자의 위험을 증가시킨다. 따라서 이러한 유보금은 시공자가 대주에 비해 우선 권리를 가지는 별도의 신탁계정에 예치되도록 할 필요가 있다. 또 하나의 대안으로는 시공자가 유보금 대신에 유보금 보증을 제공하는 것이다. 이러한 유보금 보증이 시공자의 위험을 줄이고 현금 중립적인 기성지급의 가능성을 높인다.⁶³⁾

2. 단일주체 책임

턴키 계약이란 일반적으로 발주자가 완성된 공사목적물에 열쇠만 돌려서(turn the key) 가동만 하면 될 수 있도록 시공자가 모든 공사를 완공하여 발주자에게 인도하는 개념으로 이해되고 있으나 이는 지나치게 단순하게 이해하는 것이다.⁶⁴⁾ 턴키 계약은 설계 및 시공(Design-Build) 또는 EPC계약으로 불리기도 하는데, 아직까지 확실하게 정립된 개념은 아니며 시공자가 설계와 시공에 대해 일괄 책임을 진다는 것을 주된 요소로 하는 개념이다.⁶⁵⁾

원래 전통적인 건설공사계약 하에서는 발주자가 제3자에 의뢰하여 설계를 하고 시공자는 발주자가 제3자를 통해 제시한 설계에 의해 시공을 하는 것이 보통이었다.⁶⁶⁾ 그런데 이처럼 설계와 시공이 분리되는 경우, 추후 완성된 공사목적물에 문제가 있다면 설계 잘못인지 시공 잘못인지를 두고 분쟁이 생기는 경우가 많은데 프로젝트 대주는 프로젝트 회사가 이러한 분쟁에 휘말리는 것을 싫어한다.⁶⁷⁾ 따라서 프로젝트 대주는 건설공사계약 하에서 시

61) Jeffrey Delmon & John Scriven, "A Contractor's View of BOT Projects and the FIDIC Silver Book", ICLR (2001), pp.244~245.

62) Delmon & Scriven (주61), p.245. Silver Book 제7.7조도 그러하다.

63) Delmon & Scriven (주61), pp.245-246. Silver Book도 말미에 유보금 보증(Retention Money Guarantee) 견본을 제공하고 있다.

64) Delmon (주23), p.192.

65) Atkin Chambers (주53), para.3-105, at pp.494-495.

66) Yescombe (주17), p.105; Vinter (주25), para. 5-016.

공자가 단일주체책임(single point responsibility⁶⁸) or one stop responsibility⁶⁹)을 질 것을 요구한다.

또한 만약 설계에 잘못이 있어 공기가 연장되거나 공사비가 증액된다면 발주자는 설계를 한 자에게 그 책임을 물어야 하는데, 발주자가 입는 손해 전부를 전가하기는 어렵다. 왜냐 하면 전체 프로젝트 공사비에 비추어 비율적으로 미미할 수밖에 없는 설계용역 계약금액을 감안할 때, 그리고 대부분의 설계자가 영세하다는 사정에 비추어, 설계자에게 이러한 손해 배상책임을 묻는 데에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다.⁷⁰ 하지만, 설계가 시공자에 의해 이루어진 경우 공사목적물에 하자가 있다면 이것이 설계 잘못인지 시공 잘못인지 가릴 필요없이 시공자의 책임이므로 발주자가 골치 아픈 분쟁에 휘말리게 될 여지가 없다. 뿐만 아니라 일반적으로 시공자는 설계자에 비해 회사규모도 크고 재무적으로 훨씬 더 튼튼하기 때문에 발주자는 시공자를 상대로 더 많은 손해배상을 받을 수 있다는 장점이 있다.

설계뿐만 아니라, 시공과 관련해서도 발주자가 시공을 여러 단위로 나누어 계약을 체결하는 경우, 예를 들어 발전소 공사에서 발주자가 주기기 공급계약을 직접 체결하고 나머지 토목, 건축공사를 시공자에게 맡기는 경우, 주기기 공급업체는 자신의 채무불이행에 대한 손해배상책임을 전체 공사비가 아닌 자신의 주기기 공급계약금액을 기초로 해서 제한하려 들 것이므로, 발주자가 입은 손해를 충분히 배상받기 어렵다. EPC 턴키 계약이라 하더라도 시공자가 설계부터 시작해서 모든 공사를 직접 수행하는 경우는 극히 드물고 하수급인(subcontractors)과 기자재공급자(vendors)를 사용하는 것이 대부분이다. 이 경우 EPC 턴키 계약의 시공자는 이들의 채무불이행에 대한 책임을 져야 하는데, 시공자는 이들의 채무불이행으로 인해 발생하는 자신의 발주자에 대한 손해배상책임을 가능한 한 이들에게 전가하려 하겠지만, 현실적으로 완전히 전가할 수는 없고 그 간극(gap)은 결국 시공자의 몫으로 남을 것이며, 그러한 위험을 인수하는 대가로 시공자는 이윤을 얻는 것이 정당화된다고 볼 수 있다.

3. 시공자의 설계책임

프로젝트 금융으로 자금조달이 되는 프로젝트에서 대주는 가능한 한 설계에 대한 모든 책임을 시공자에게 전가하려 한다. 프로젝트 회사가 제공한 설계, 프로젝트 회사의 설계와 시공자의 설계의 경계면 위험(interface risk) 및 프로젝트 회사가 제공한 정보에 대한 책임을 시공자가 인수할 것을 요구한다. 프로젝트 회사 또한 공공부문의 양허권수여자가 제공한 설계와 계획에 의존할 수밖에 없지만 양허권수여자는 그러한 정보에 대해 책임을 지지 않는 것이 보통이다.

67) Yescombe (주17), p.106.

68) Delmon (주23), para. 10.1.1.

69) Yescombe (주17), p.106.

70) 통상 설계용역계약은 설계용역금액을 그 책임 한도로 한다.

FIDIC Silver Book 제5.1조에서는 “시공자는 기준일 전에 설계기준 또는 계산 등을 포함한 발주자 요구조건서(Employer’s Requirement)를 세밀히 검토하였다고 간주된다. 시공자는 아래 경우를 제외하고는 공사목적물에 대한 설계와 설계기준과 계산을 포함한 발주자 요구조건서의 정확성에 대한 책임이 있다.~”고 하여 시공자에게 발주자 요구조건서의 내용에 대한 책임을 시공자에게 전가하고 있다. 물론, 발주자 요구조건서에 기술된 “공사목적물의 의도된 목적의 정의(definitions of intended purpose of the Works)” 그리고 “완성된 공사목적물의 시험 및 성능기준(criteria for the testing and performance of the completed Works)”에 대해서는 발주자의 책임으로 열거하고 있다.

그런데 여기서 발주자 요구조건서에 성능충족기준과 함께 설계기준 또는 구체적인 설계방법까지 포함된 경우에는 문제가 생길 수 있다. 예를 들어 시공자는 발주자가 제시한 설계기준 또는 설계방법에 따라 설계를 하였고, 시공 상에는 아무런 잘못이 없는데도 불구하고 완성된 공사목적물이 발주자가 제시한 성능충족기준을 충족하지 못하는 경우 이는 누구의 책임인가하는 문제가 그것이다. 이 경우 Silver Book 제5.1조에 따르면, 시공자는 발주자 요구조건서에 포함된 설계기준이 정확한지를 입증할 책임이 있기 때문에 시공자가 책임을 져야 한다는 것이다.

또한 이러한 문구는 발주자 요구조건서에 시공자의 설계의 타당성을 평가할 만한 기준이 없다면 그 효력이 불확실하다. 왜냐하면 시공자는 발주자의 요구조건서를 검토할 의무를 지지만, 그 검토의 기준이 되는 것이 발주자 요구조건서이기 때문에, 발주자 요구조건서에 그 기준이 없다면 순환논리에 빠지게 될 위험이 있기 때문이다.⁷¹⁾

통상 시공자는 발주자 요구조건서에 대해 시공자 제안서(Contractor’s Proposal)를 준비하는 것이 보통이다. 발주자 요구조건서가 얼마나 세부적인가에 따라 다르지만, 건설공사계약 조건 범위 내에서 발주자 요구조건서를 충족시키는 여러 방법들이 있을 수 있는데, 시공자 제안서의 의도는 발주자의 목적 달성을 위해 발주자 요구조건서가 충족될 수 있는 방법을 정하는 것이다. 비록 발주자가 시공자 제안서를 검토한다 하더라도 발주자는 시공자 제안서의 내용이나 시공자 제안서가 발주자 요구조건서를 충족시키지 못하는 위험에 대해서 책임지지 않는다. 발주자 요구조건서는 시공자 제안서가 충족해야 할 모든 필수적인 매개변수(parameters)를 포함시킬 필요는 있지만, 구체적인 설계방법(design solutions)을 포함해서는 안 된다. 이와 같은 구체적인 설계방법은 시공자 제안서에 포함되어야 한다.⁷²⁾

한편, Silver Book 제4.1조는 “완성된 공사목적물은 계약에서 정의된 공사목적물의 의도에 적합하여야 한다”고 규정하는데, 영미법상 의도된 목적적합성 의무는 무과실책임을 부과하는 것으로 이해되고 있다. 따라서 시공자가 설계를 할 때 최신 기술과 보편적으로 받아들여지고 있는 수준을 적용하였다거나 검증된 부품을 사용했다고 항변한다고 해서 시공자는 책임을 면할 수 없다고 한다.⁷³⁾

71) John Scriven, Nigel Pritchard & Jeffrey Delmon, *A Contractual Guide to Major Construction Projects*, London Sweet & Maxwell(1999), p.71.

72) Scriven, Pritchard & Delmon (주71), p.71.

73) Edward Corbett, “FIDIC New Rainbow First Edition - And Advance?” ICLR (2000), pp.265-

Silver Book이 이와 같이 시공자에게 의도된 목적적합성 보장 의무를 부과하는 것에 대해 비판하는 견해가 있는데, 그 비판 근거로서 첫째 의도된 목적적합성 보장 의무에 대해서는 보험가입이 되지 않는다는 점, 둘째 의도된 목적적합성 보장 의무는 발주자가 시공자의 과실 등을 입증할 필요 없이 프로젝트가 의도된 목적에 적합하지 않다는 것만 입증하면 되므로, 시공자에게 매우 가혹하다는 점, 셋째 통상 전문설계사는 의도된 목적적합성 보장 의무를 지지 않는데 비해 단지 시공자가 설계를 한다는 이유로 발주자가 더 강력한 법적 효과를 얻는 것은 부당하다는 점을 들고 있다.⁷⁴⁾

하지만, 시공자의 의도된 목적적합성 보장 의무를 지지하는 견해는 통상 발주자는 시장과 제품에 대해 알지만, 제조·공급·건설장비의 기술적인 부분 및 기술공학적인 과정을 아는 자는 시공자이기 때문에 발주자가 의도한 목적에 적합하게 공장이 가동되도록 보장할 수 있는 설계에 대해 시공자가 책임져야 하며,⁷⁵⁾ 발주자가 고용한 설계사는 발주자의 장기적인 이익을 위해 공사목적물의 수명, 질, 편의성, 성능 및 유지의 용이성 등을 공사비와 이익교량하여 설계를 함에 비해, 시공자는 단기적 시각에서 발주자가 고용한 전문가들의 검사 및 당국의 규제를 통과할 정도만 된다면, 가능한 한 하향설계(design-down)를 하려 들 것이기 때문에, 턴키계약에서 시공자에게 의도된 목적적합성 보장 의무를 부과하는 것은 정당하다고 한다.⁷⁶⁾

한편 절충적인 견해로서, 원칙적으로 턴키 계약을 물품매매계약과 유사하게 보아 시공자의 목적적합성에 대한 보장 의무를 인정하는 견해에 대해 일리가 있음을 인정하지만, 발주자가 설계에 관여하고 공사수행과정을 감독하는 경우에는 시공자에게 의도된 목적적합성 보장 의무를 인정하기 어렵다고 하는 견해⁷⁷⁾도 있다. 이와 유사한 견해로서 시공자의 의도된 목적적합성 보장 의무와 발주자의 시공자 문서에 대한 승인권한은 양립하기 어렵다고 하면서 계약서에 시공자 문서에 대한 발주자의 검토 및 승인 여부에 의해 시공자의 의무가

266. Corbett는 그 예로서 “한 때 석면은 광범하게 사용되었고, 이는 허용되는 관행이었지만, 석면의 위험성이 알려지기 전에 건축물에 석면의 사용을 약정한 자는 과실은 없지만 그 재료가 건축물의 거주자의 생명을 위협할 수 있다면 그 의도된 목적에 적합하지 않으므로 계약위반”이라는 예를 든다.

74) Goedel, “The EIC Turnkey Contract - a Comparison with the FIDIC Orange Book”, ICLR (1997), pp.42-43. Goedel은 나아가 발주자와 설계사 간의 설계용역표준계약조건인 FIDIC Client/Consultant Model Service Agreement (“White Book”이라 불린다)에는 설계사에게 의도된 목적적합성 보장 의무를 부과하지 않음을 지적하고 있다; Nicholas Henchie, “FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store?” ICLR (2001), p.47. 동지.

75) Christopher Wade, “The Silver Book: the Reality”, ICLR (2001), pp.509-510.

76) Atkin Chambers (주53), para 3-106 at p.497.

77) Justin Sweet, “Letters to Editor” ICLR (1999), p.498. Sweet는 시공자의 목적적합성 보장 의무가 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code; 이하 “UCC”) §2-315 물품 매도인의 특정한 목적적합성 보장(warranty of fitness for a particular purpose) 의무와 유사하다고 본다. UCC § 2-315는 “매도인이 계약체결 당시에 매수인이 물품을 필요로 하는 특정한 목적과 매수인이 적합한 물품을 선택하고 공급하는 매도인의 기술과 판단에 의존하고 있다는 사실을 아는 경우에 매도인에게 물품이 그러한 목적에 적합하다는 묵시적 보장 의무가 있다”고 규정한다.

영향을 받지 않는다는 조항이 있다 하더라도 설계 과정에 발주자의 관여 정도가 크면 클수록 발주자가 시공자의 숙련된 기술과 판단을 신뢰했다고 말하기 어려울 것이라는 견해도 있다.⁷⁸⁾

생각건대, 프로젝트 금융 대주의 입장에서는, 어떤 경우에도 공사목적물이 완공되어 현금흐름이 창출되어 자신들의 대출원리금을 상환 받는 것이 중요하므로, 시공자가 설계를 할 때 최신 기술과 보편적으로 받아들여지고 있는 수준을 적용하였다거나 검증된 부품을 사용했다고 항변하여 결과를 성취하지 못한 데 대한 책임을 면하는 것을 허용하기는 어려울 것이다.

4. 예견하지 못한 현장조건

어떤 종류의 공사든 지하토양의 조건을 포함한 현장조건에 의해 영향을 받는데, 오늘날 지질공학의 발달로 과거에 비해 상당히 정확하게 지하토양의 조건을 예측하는 것이 가능해졌다고는 하나 아직도 지하토양조건의 예측은 ‘도박’이라 불릴 만큼 불확실성이 지배하는 영역이어서 지하토양을 포함한 현장조건이 당초 예측했던 것과 달라서 생기는 발주자와 시공자의 분쟁은 빈번하게 발생하는 편이다. 이처럼 예견하지 못한 현장조건 위험은 불가항력은 아니라 하더라도 계약체결 당시에 이러한 위험을 시공자가 인수하기로 한 약정이 있지 않는 한, 발주자가 부담하는 것이 일반적이어서 시공자는 예견하지 못한 현장조건 위험이 발생하는 경우 공기연장 및 공사비 증액을 청구할 수 있다.

Silver Book은 예견하지 못한 현장조건에 대한 위험을 거의 대부분 시공자에게 전가하고 있다.⁷⁹⁾ 먼저 Silver Book 제4.10조[현장자료]는 “발주자가 시공자에게 활용하게 하는 모든 자료를 시공자는 해석하고 진실임을 확인할 책임이 있으며, 발주자는 그러한 자료의 정확성, 충분성 또는 완전성에 대한 책임이 없다”고 규정한다. 또한 Silver Book 제4.12조는 (a) 시공자는 공사에 영향을 끼칠 수 있는 위험, 우연한 사정 및 여타 다른 사정에 관한 모든 필요한 정보를 획득했다고 간주되며; (b) 계약에 서명함으로써, 시공자는 공사를 성공적으로 완수할 수 있는 비용과 모든 어려움에 대해 예측했어야 하는 전적인 책임을 수락하고; (c) 계약금액은 어떤 예상치 못한 어려움이나 비용 때문에 조정되지 아니한다고 규정한다.

이러한 Silver Book의 태도는 시공자로 하여금 공사금액 견적 시에 장래 발생여부가 불확실한 비용에 대해 반영시키게 하여, 발주자인 프로젝트 회사가 확정적으로 그 비용을 지출하게 하는 결과를 초래하거나 공사수주를 위해 도박을 시도하는 시공자를 유인하여 이러한 위험이 현실화되면 분쟁이 발생하여 시간과 비용이 초래된다. 프로젝트 금융 대주는 대출금에 대한 이자수익은 고정되어 있기 때문에 공사금액의 인상보다 현금흐름의 확실성에

78) Jonathan Key Hoyle, “The Rainbow Down Under - Part I; Some Reflections from Antipodes on Aspects of the New FIDIC Design-Build Contracts” ICLR (2001), pp.17-18.

79) 예견하지 못한 현장조건에 대해서 보다 자세한 사항은 김승현, “국제건설계약에서의 예견하지 못한 현장조건” 국제거래법연구(2005, 제14집 제2호)를 참조하시기 바람.

더욱 신경을 쓰기 때문이다.

하지만, 이와 같은 예견하지 못한 사정에 대한 위험을 계약에서 시공자에게 전가한다 하더라도 영미법계에서는 부실진술(misrepresentation) 법리에 의해, 독일을 비롯한 대륙법계에서는 약관규제법에 의해 무효가 될 여지가 있다는 점에 주의해야 한다.⁸⁰⁾ 따라서 이러한 위험이 다른 수단에 의해 대비되어 있지 않다면⁸¹⁾ 결국 프로젝트 회사가 적정규모의 예비비를 두어 대처해야 할 것이다.

5. 손해배상액의 예정

아무리 경험이 풍부하고 명성이 있는 시공자를 선택한다 하더라도, 공사가 지연이 되거나 완공된 목적물이 원래 예정했던 성능이 나오지 않는 경우가 발생할 수 있는데, 이러한 위험에 대비하기 위해 거의 모든 건설공사계약이 공기지연으로 인한 손해배상액의 예정(delay liquidated damages)과 성능미달로 인한 손해배상액의 예정(performance liquidated damages) 조항들을 두고 있다. 물론 이러한 조항들이 없다 하더라도 공기가 지연되거나 완공된 목적물의 성능이 미달되면, 건설공사계약 하에서 일반적인 손해배상청구가 가능하다.

그러나 프로젝트 금융 하에서는 일반적인 손해배상청구에 의존하는 것이 해결책이 될 수 없다. 왜냐하면 건설공사계약의 위반은 발주자에게 다른 프로젝트 계약들 하에서 연쇄적인 손해배상청구를 불러일으키는데, 법원 또는 중재절차에서 손해의 예견가능성이라든지 발주자가 손해경감의무를 다했는지 등의 문제에 대한 결론이 날 때까지 기다릴 시간이 없기 때문이다.⁸²⁾ 또한 프로젝트 회사 입장에서는 손해액을 입증해야 하는 부담이 있기 때문에 이러한 손해를 합리적으로 예측해서 미리 산정해 둬으로써 입증의 부담을 덜고자 한다.

이러한 이유로 손해배상액의 예정은 거의 모든 프로젝트 금융 계약에서 선호되고 있다. 하지만 손해배상액의 예정과 관련해서 주의할 점은 영미법계에서는 손해배상액의 예정이 위약벌(penalty)의 성격을 가지는 경우 이를 무효로 보고 있으므로⁸³⁾ 손해배상액의 예정을 산정할 때 가능한 한 합리적으로 손해를 예측해야 한다는 점이다.⁸⁴⁾ 참고로 한국법상으로

80) 예를 들어 이탈리아 민법 제1467조는 “쌍무계약에서 비정상적이고 예견하지 못한 사정으로 말미암아, 일방 당사자의 계약이행이 과도하게 부담스러워진 경우에 그 당사자는 계약의 해지(dissolution)를 주장할 수 있다. ~ (중략) ~ 그 경우 상대방 당사자는 형평에 맞게 계약조건을 변경할 것을 제안함으로써 계약의 해지를 피할 수 있다.”라고 규정하고 있어서 대주는 이러한 결과를 받아들이기 어렵기 때문에, 이탈리아 프로젝트에 대출하는 대주는 이탈리아 민법 제1467조의 적용을 배제할 것을 요구한다고 한다. (Vinter (주25), para. 6-004).

81) BOT 또는 BTO 형태의 사회기간시설 민간투자사업의 실시협약(concession agreement) 하에서 정부가 이러한 위험에 대해 보상을 해주는 것이 한 방법이다.

82) Hoffman (주7), p.119.

83) Peel (주38), para. 20-121 at pp.1074-1075.

84) 참고로 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code) 제2-718조(1)은 “계약위반에 대한 손해배상은 예정될 수 있다. 단, 계약위반에 의해 초래될 것으로 예상된 또는 실제의 손해, 손해액에 대한 입증의 어려움 그리고 달리 적절한 구제수단을 획득하는 것의 어려움 또는 비현실성이라는 견지에서 그 금액이 합리적이어야 한다. 비합리적으로 큰 손해배상액을 예정하는 조항은 위약벌로서

는 손해배상액의 예정이 부당히 과다한 경우에는 법원이 적당히 감액할 수 있다(한국민법 제398조 제2항).⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 프랑스 법도 동일하다.⁸⁷⁾ 독일의 위약벌과 관련하여, “채무불이행이 발생한 경우에는 채권자가 채무불이행에 갈음하는 위약벌을 청구하거나 손해배상청구를 선택할 수 있다”고 규정한다(독일민법 제340조) 또한 “위약벌이 부당하게 과다한 경우에는 채무자의 신청에 의하여 법관이 판결로서 감액할 수 있다. 그러나 위약벌을 지급한 후에는 감액할 수 없다”고 규정한다(독일민법 제343조).⁸⁸⁾ 한편 독일 상법 제348조에 따르면 “상인이 영업활동 과정에서 합의한 위약금은 민법 제348조를 근거로 감액할 수 없다”고 한다. 그렇더라도 상인의 보호가 전면 배제되는 것은 아니며, 금액이 과도한 경우에는 민법의 일반 조항, 즉 제138조와 제242조에 의한 통제가 가능하다.

따라서 영미법계 변호사들은 손해배상액의 예정을 가능하면 정확하게 예측하려는 경향이 있다. 공기가 지연되면 프로젝트 회사가 입게 되는 손해들로서 우선 지연기간 동안의 일실이익 손해가 있다. 그런데 이러한 일실이익을 손해배상액의 예정에 포함시키는 것과 관련하여 한가지 문제가 있을 수 있다. 대부분의 국제건설계약은 결과적 손해, 간접 손해 등을 손해배상책임에서 제외하고 있다.⁸⁹⁾ 따라서 지연손해배상액의 예정에 일실이익이 포함되어 있을 경우 그 효력이 인정될 것인가 하는 의문이 생긴다. 일실이익이 반드시 결과적 손해인가 하는 점은 별론으로 하고, ENAA 국제건설계약조건⁹⁰⁾은 손해배상액의 예정을 결과적 손해를 시공자의 책임에서 제외하는 것에 대한 예외로 하고 있어 이러한 문제가 생기지 않는다. 이외에도 통상 운영이 지연되는 동안 대출이자 지급, 프로젝트 회사의 운영비의 지출 그리고 프로젝트 회사가 체결한 다른 계약 하에서 프로젝트 회사가 부담하게 되는 손해⁹¹⁾

무효다”라고 규정하고 있다.

- 85) ‘부당히 과다한 경우’라 함은 사실심본론종결 당시를 기준으로 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 한다(대판 1996. 2. 23, 95다42393; 대판 1997. 7. 25, 97다15731).
- 86) 독일민법 제343조도 유사한 취지로 규정하고 있다. (양창수, 「독일민법전」 박영사 (2002), 179면.)
- 87) 프랑스 민법 제1152조.
- 88) 독일민법은 위약벌(Vertragsstrafe)에 대하여는 동법 제339조 내지 제345조에 걸쳐 규정하고 있으나 다수설 및 판례는 이와는 다른 포괄적 손해배상(Schadensersatzpauschalierung)을 인정하고 있다; 임건면, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 비교법적 연구”, 경암 홍천룡 교수 화갑기념논문집(1997), 382면.
- 89) FIDIC 제17.6조 및 ENAA 제30.2조.
- 90) ENAA는 일본 엔지니어링 산업의 건전한 발전에 기여할 목적을 가지고 1978년에 설립되었는데, 1986년에 프로세스 플랜트 국제건설표준계약조건(Model Form - International Contract for Process Plant Construction)을 발간하였고, 1992년 개정판을 발간하였다. 이 ENAA 프로세스 플랜트 계약조건은 건설업계로부터 큰 환영을 받았으며, 세계적으로 여러 프로세스 플랜트 프로젝트를 위해 사용되었다. ENAA는 또한 1996년에 국제발전 플랜트 건설계약의 표준계약조건으로 사용하기 위해 발전 플랜트 국제건설표준계약조건(Model Form - International Contract for Power Plant Construction)을 발간하였다.
- 91) 예를 들어, 발전사업의 경우 연료공급계약(fuel supply agreement) 또는 전력구매계약(power purchase agreement) 하에서 프로젝트 회사는 계약불이행으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

등이 프로젝트 회사가 입는 일반적인 손해이다.⁹²⁾ 통상 지연손해배상액의 예정은 6개월의 지연을 충당하고 그 상한은 계약금액의 15~20%로 정하는 것이 보통이라고 한다.⁹³⁾

다음으로 완공된 목적물의 성능이 원래 예정했던 것보다 미달하는 경우 손해배상액의 예정은 공사목적물이 합의된 성능수준을 충족시키지 못한 것과 결부되어 증가된 프로젝트 회사의 운영비를 보상한다. 이는 종종 대금감액(Buy-down)이라 일컬어지는데 공사목적물이 성능수준을 충족시키지 못함으로 인해 예상되는 프로젝트 산출물의 감소를 상쇄하기 위한 정도만큼 프로젝트 회사의 대출금을 조기 상환하는데 사용된다. 발주자와 시공자는 그러한 공사목적물의 성능저하가 없었더라면 달성할 수 있었던 부채상환비율(debt service coverage ratio)을 유지할 수 있도록 대출금을 상환할 정도만큼 손해배상액의 예정액을 정한다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

6. 공사대금지급

시공자들은 건설공사계약 하에서 현금중립적인 지급구조(cash neutral payment structure)를 달성하려고 노력한다. 현금중립적인 지급구조란 시공자가 자신의 하수급인이나 공급자에게 지급하기 위하여 발주자로부터 적기에 충분한 공사대금을 지급받는 것을 의미한다. 만약 건설공사계약 하에서 이러한 현금중립적인 지급구조가 달성되지 않으면, 시공자에게 금융비용이 초래되고, 이는 다시 프로젝트 회사에 전가된다. 이는 매우 비효율적인 공사비 조달 방식이다. 왜냐하면 대주는 통상 단기 자금을 조달해야 하는 시공자보다 훨씬 더 낮은 금리로 자금을 조달할 수 있기 때문이다.⁹⁶⁾

시공자는 통상 건설공사 초기에 지출되어야 하는 장기발주품목(long-lead items)이나, 기본 설계 등 기타 비용을 충당하기 위해 선수금을 받기를 원한다. Silver Book 제14.2조는 시공자가 선수금을 필요로 하는 상세한 이유와 선수금액에 상응하는 선수금보증, 그리고 선수금으로 취득하는 자산에 대한 충분한 담보를 제공한다면 선수금을 지급하도록 규정한다. 대주에게는 이렇게 지급된 선수금이 프로젝트의 공사를 위해 지출되는지가 주된 관심사이다. 그리고 이렇게 지급된 선수금은 매기성지급시 일정액을 공제함으로써 상환된다.

대주는 통상 정기기성지급(progress payment) 방식보다는 단계별지급 (milestone payment) 방식을 더 선호한다. 단계별지급방식에 의해 발주자는 시공자가 원래 공사일정에 따라 공사를 수행하고 있는지를 더욱 엄격하게 감독·통제할 수 있기 때문에 사전에 시공자에 의한

92) Hoffman (주7), p.264.

93) Yescombe (주17), p.112.

94) Hoffman (주7), pp.264-265.

95) EPC 턴키 계약 하에서 공기지연과 성능미달로 인한 손해배상액의 예정은 일반적으로 상당히 큰 편이기 때문에 두 손해배상액의 예정을 합쳐서 통상 계약금액의 10-30%의 한도(cap)를 두는 것이 이례적이지 않다고 한다. (Hoffman (주7), p.265); Yescombe는 계약금액의 25~30%이며, 이는 프로젝트 금융이 아닌 프로젝트보다 높은 숫자라고 한다. (Yescombe (주17) pp.112~113).

96) Delmon & Scriven (주61), p.246.

공기지연을 예방할 수 있다고 생각하기 때문이다. 단계별지급 방식은 공사 진척이 일정 단계(milestone)에 도달하기 전까지 시공자가 그 단계 전까지 수행한 기성금을 전혀 받지 못하기 때문에, 시공자에게 매우 불리한 방식이다. 공사대금지급을 단계별지급방식에 의하는 경우, 단계를 어디에 설정하는지 또는 어떤 개념의 단계를 설정하는지에 따라 시공자를 통제하는 정도는 다르다.

7. 보증

보증은 통상 청구(on-demand) 보증⁹⁷⁾ 또는 전통적 보증⁹⁸⁾ 두 가지 형태 중 하나이지만 경우에 따라서는 이 둘의 중간적 형태를 취하는 경우도 많이 있다. 청구 보증은 채권자가 단순히 서면 청구만으로 족한 경우와 서면 청구와 함께 채무자가 원인 계약상의 채무불이행을 했음을 서술하는 진술서까지 요구하는 경우가 있는데 Silver Book은 후자의 형태를 견본으로 첨부하고 있다.

전통적 보증은 클레임이 법원이나 중재절차를 통해서 합의되거나 입증되어야 보증인에게 지급할 의무가 생긴다. 전통적 보증은 여러 가지 면에서 수익자(발주자)에게 불리하다. 전통적 보증은 수익자가 법적 절차를 통하여 클레임 금액에 대해 입증할 것을 요구한다. 전통적 보증을 제공하는 금융기관은 특수 보험회사 또는 보증회사이기 때문에 지급의무에 대한 방어에 대한 경험이 풍부하고 전통적 보증을 규율하는 법률은 국가마다 달라서 보증의 준거법이 발주자에게 익숙하지 않은 국제건설프로젝트에서 어려움을 초래할 수 있다는 점에서 그러하다.⁹⁹⁾

대주는 통상 보증 청구 즉시 자금을 확보할 수 있을 뿐만 아니라 청구 보증 자체가 시공자를 통제할 수 있는 매우 유력한 수단으로 인식되기 때문에 청구 보증을 포기하지는 않을 것이다. Silver Book은 입찰보증(Tender Security), 선수금보증(Advance Payment Guarantee), 이행보증(Performance Security), 유보금 보증(Retention Money Guarantee), 지급보증(Payment Guarantee) 및 모기업보증(Parent Company Guarantee)의 견본을 말미에 첨부하고 있는데, 이행보증은 청구 보증과 일반적 보증 두 가지 형식을 제안하고 있으며 모기업보증은 일반적 보증의 형식이고 나머지는 다 청구보증 형식이다. 참고로 FIDIC 청구 보증 견본에는 국제상업회의소가 발간한 청구보증통일규칙(Uniform Rules for Demand Guarantee ICC Publication No.458: URDG)이 적용된다.

FIDIC Rainbow Suite(1999년) 이전 FIDIC Red Book(1987년)은 전통적 보증 또는 Surety를 견본으로 첨부했다. Surety는 영미에서 주로 사용되는 보증으로 기본적으로 전통적 보증이며 보증인이 직접 주채무를 이행할 의무를 부담하고, 개입권(Step-in rights)을 가진다는 점

97) 영미법계 국가에서는 청구(on-demand) 보증이라 부르지만 대륙법계 국가에서는 주로 독립적(independent) 보증이라고 부르는 경향이 있다. Bertrams (주30), fn 2 at p.371.

98) 전통적 보증에 대한 설명은 Bertrams (주30) 참조.

99) Bertrams (주30), p.370.

이 특징이다. 보증인이 직접 채무를 이행할 의무를 부담하기 때문에 Surety는 통상 계약 금액의 100%에 대해 발급되므로 발급수수료가 상당히 비싸다. Surety는 고어체로 쓰여있어 내용이 난해한 것으로 악명이 높다.¹⁰⁰⁾

8. 소유권과 위험의 이전

원래 위험부담 문제는 쌍무계약에서 일방의 채무의 전부 또는 일부가 채무자에게 책임 없는 사유로 이행불능이 되어 소멸한 경우에 상대방의 채무는 어떻게 되는가 하는 맥락에서 주로 논의되는데, 이러한 대가지급의무의 상실 위험을 대가위험이라고 하며, 통상 위험부담이라고 하면 이 대가위험을 누가 부담하는지를 의미한다.¹⁰¹⁾ 따라서 건설공사계약에서 천재지변 기타 불가항력에 의하여 완성된 공사목적물이 멸실되거나 훼손된 경우 발주자의 공사대금 지급의무는 어떻게 되느냐의 문제이다. 대부분의 건설공사계약에서는 공사목적물을 완공해서 인도할 때 공사대금을 받는 것이 아니라 공사수행 도중에 기성을 지급받는다. 따라서 공사대금이 이미 지급된 경우가 대부분일 것이므로 대가위험을 누가 부담하느냐는 측면에서 위험부담은 별로 문제가 되지 않는다고 본다.

한편 이러한 위험부담의 원칙과는 별도로 물건의 위험 문제가 있다. 물건의 위험은 소유자가 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 멸실 또는 훼손된 공사목적물의 소유권이 발주자에게 있다면 시공자가 이미 기성에 대한 대가를 받은 경우에는 이를 반환할 필요가 없고, 아직 기성에 대한 대가를 받지 못한 부분은 발주자를 상대로 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 본다.¹⁰²⁾

공사진행 중의 공사목적물의 소유권이 발주자에게 있는 것으로 인정되는 범위 내에서, 물건의 위험은 소유자가 부담한다는 원칙에 따라 공사목적물의 멸실 또는 손상에 대한 위험은 발주자가 부담하는 것이 원칙이다. 그런데, Silver Book 제17.2조는 착공일부터 인수 확인서 발급일까지 시공자에게 공사목적물에 대한 유지관리의무를 부담시키고 있다. 이를 공사목적물에 대한 위험부담을 시공자에게 전가하는 것으로 해석하여야 하는지¹⁰³⁾ 아니면 단순히 시공자는 공사계약상 공사목적물을 유지관리할 의무를 부담한다고 보아야 하는지의문이 생긴다. 전자로 해석하는 경우 시공자는 불가항력으로도 항변할 수 없는 절대적 책임을 지게 되는 반면 후자로 해석하는 경우 시공자는 합리적인 기술과 주의의무 또는 선량한 관리자의 주의의무 즉 과실책임을 지게 된다. 프로젝트 금융 대주는 공사보험에 의해 담보되지 않는 위험들에 대해서 프로젝트 회사가 책임지게 되는 결과를 용인하기 어려울

100) Bertrams (주30), pp.370~371.

101) 주지홍, 채권각칙(1), 주석민법 제3판, 박영사 (1999), 312-313면.

102) 건설 중인 공사목적물의 소유권이 발주자에게 있는 경우, 공사목적물이 책임없는 사유로 멸실하였다면 도급인이 재료비 손해를 부담하여야 하고, 공사재료비 이외에 시공자의 노무에 대한 대가만 위험부담의 문제로 처리하여야 한다는 견해도 있다. 김용현, “건축수급인의 공사대금청구권에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위 논문(1999), 92면.

103) 원칙적으로 위험부담의 원칙은 소유권 귀속과는 별개로 당사자가 계약에서 임의로 정할 수 있다.

것이므로, 당연히 Silver Book 제17.2조의 시공자의 유지·관리 의무를 불가항력으로도 항변이 되지 않는 시공자의 절대적 책임을 부과하는 것으로 해석할 것이다.

9. 불가항력

프로젝트 금융에서 불가항력과 관련하여 주의할 점은 다른 프로젝트 계약들과 이른바 Back to Back 원리가 적용되어야 한다는 점이다. 예를 들어 시공자는 건설공사계약 하에서 불가항력으로 인해 공기연장을 받을 수 있는데 비해 산출물구매계약 하에서 프로젝트 회사는 이러한 구제수단을 받지 못한다면 문제가 발생할 수 있다.

일치하지 않은 불가항력 조항은 이른바 Resurrection 조항에 의해 해결될 수도 있다. 이는 만약 불가항력 조항이 프로젝트 계약들 간에 불일치하는 경우 관련 계약 하에서 프로젝트 회사에게 허용되는 구제수단 보다 시공자가 더 큰 구제수단을 얻을 수 없다는 조항이다. 앞의 예에서 만약 산출물구매계약이 해제가 될 정도로 건설공사계약의 공기연장이 인정되어야 한다면 시공자는 공기연장을 인정받을 수 없다는 취지의 조항이다.¹⁰⁴⁾ 하지만 시공자의 입장에서는 시공자와 전혀 관계가 없는 다른 프로젝트 계약에 의해 자신의 권리가 제약될 수 있다는 점을 쉽게 받아들이려 하지 않을 것이다.

건설공사계약에서 불가항력 조항을 협상할 때, 계약이행과 관련하여 현지 상황을 이해하는 것이 중요하다. 다시 말해 당사자들은 현지에서 무엇을 통제할 수 없는지를 이해해야 한다. 예를 들어 미국 건설산업에서는 일반적으로 시공자의 직원들이나 하수급인의 현장 파업은 불가항력이 아닌 것으로 본다. 또한 예견할 수 없는 기후 조건과 관련해서도 국가마다 그 정의가 다를 수 있다는 점에 주의하여야 한다.¹⁰⁵⁾

불가항력은 준거법 하에서 그 개념 범위가 다르기 때문에, 불확실성을 피하기 위해서 통상 건설공사계약에서 정의를 내린다. 불가항력 조항은 불가항력적 사건을 열거하는데, 이러한 열거는 예시적일 수도 있고, 한정적일 수도 있다. 시공자는 가능한 한 예시적인 사건을 열거한 넓은 범위의 불가항력 조항을 원한다.

불가항력적 사유가 발생하면 시공자는 보통 공기연장을 인정받는다. 하지만 추가 공사비를 인정받을지 여부는 계약마다 다르다. 추가공사비 인정은 시공자의 계약해지권과 관련이 있는데 불가항력 사유가 일정 기간 지속되는 경우에 시공자에게 추가 공사비를 인정해주지 않으면 시공자는 보통 계약해지를 할 수 있다.

Silver Book 제19.1조는 먼저 불가항력 개념요소에 대한 정의를 내린 다음 불가항력 사건을 예시적으로 열거하고 있다. 시공자가 불가항력적인 사유로 공사를 수행할 수 없으면 시공자는 공기연장을 청구할 수 있다. 하지만 추가공사비는 제19.4조 하에서 전쟁과 관련된 위협의 경우에만 인정된다.

104) Hoffman (주7), p.118.

105) Hoffman (주7), p.167.

10. 보험

통상 대부분의 건설공사계약에서는 전위험담보(construction all risk 또는 erection all risk) 공사보험(이하 “CAR”이라 한다)으로 공사도중에 공사목적물에 초래된 멸실 또는 손상을 담보한다.

이 경우 CAR은 보통 예상수입상실 담보(Advance of Loss of Profit)를 포함하고 있어, 불가항력적인 사유로 공사목적물이 물리적 손상을 입고 그로부터 야기되는 운영수입의 일실이 있는 경우에도 보상받을 수 있다. 하지만, 공사목적물의 손상을 수반하지 않는 불가항력적 사유로 인한 운영수입의 일실에 대해서는 보상을 받을 수 없기 때문에, 이를 담보하기 위해서는 운영지연손해(Delay in Start-Up) 보험을 들어야 한다.

운영지연손해 보험은 CAR에 의해 보상이 되는 손실에 의해 야기된 프로젝트 운영지연으로부터 초래된 일실이익 또는 추가비용을 보상한다. 운영지연손해 보험은 한도를 정한 합의된 기간 동안 하루당 일정금액을 보상한다. 발전 프로젝트에서는 통상 최장 18개월을 요구한다. 운영지연손해 보험은 CAR보다 대략 2배 정도 비싸기 때문에, 발주자와 프로젝트 금융 대주간에 자주 협상 대상이 되는 부분이다.¹⁰⁶⁾

불가항력 사유 중 전쟁이나 내란, 폭동, 테러 및 핵관련 위험 등의 사유는 일반적인 면책사유로서 보상되지 아니하므로,¹⁰⁷⁾ 이러한 위험의 발생가능성이 높은 경우, 결국 정치적 위험 보험(Political Risk Insurance)에 의해 대비하는 수밖에 없다.¹⁰⁸⁾ 천재지변 또는 대화재에 기인한 손해는 대규모 손해를 유발시킨다는 이유로 통상 상당히 높은 자기부담금이 설정된다.¹⁰⁹⁾

프로젝트 금융으로 자금조달이 되지 않는 건설공사계약에서는 시공자가 CAR을 들고 이를 계약금액에 반영하는 것이 보통이다. 이는 표준건설계약조건 하에서 시공자가 공사목적물에 대한 위험부담을 하기 때문에 논리적이다. 하지만 프로젝트 금융 하에서는 반드시 그렇지 않다. 프로젝트 금융 하에서는 대주가 운영지연손해(Delay in Start-Up) 보험을 요구하는데, 이는 시공자가 들 수 없으며, 시공자가 부담하는 위험도 아니다. 만약 프로젝트 회사가 별개의 운영지연손해보험을 든다면 시공자의 공사보험과 어긋날 위험이 있다. 또한 프로젝트 금융 하에서는 건설단계에서 운영단계로 넘어가는 과도기 문제를 해결하기 위해 운영 첫 해를 위한 보험을 건설보험의 일부로 드는 경우가 매우 흔하다. 이러한 보험은 시공자의 이름으로 들 수 없다. 통상 대주는 프로젝트 회사를 통해 보험의 조건과 클레임에 대해 세부적인 통제를 하는데, CAR을 시공자가 부보하도록 해서는 이러한 통제를 하기가 어렵다.

106) Yescombe (주17), p.129.

107) 박진우, 「건설공사보험의 이해」 신아출판사 (2011), 225-226면.

108) 이러한 정치적 위험 보험이 담보하는 위험에는 이외에도 국유화, 외화송금금지, 법령의 변경, 환율변동 등이 있다. 정치적 위험 보험은 주로 정부기관(governmental agencies)에 의해 부보되는데, 최근에는 민간보험회사에서 취급하는 사례도 증가하고 있다.

109) 박진우 (주107), 228면.

11. 대주의 개입권

프로젝트 회사가 건설공사계약을 포함하여 어떤 프로젝트 계약 하에서 채무불이행을 하는 경우 대주는 통상 프로젝트 회사를 대신해서 프로젝트에 개입할 권리(Step-in Rights)를 요구한다. 이러한 개입권은 건설공사계약이 아니라, 시공자와 대주가 체결하는 직접계약(Direct Agreement)을 통해 대주에게 주어지는데, 시공자는 건설공사계약을 해지하기 전에 대주에게 프로젝트 회사의 채무불이행에 대해서 통지를 해야 하며 대주에게 개입권을 행사할지 여부를 판단하고, 프로젝트 회사의 채무불이행을 치유하기 위한 시간을 준다. 시공자는 이 시간이 가능하면 단기이기를 바라는데, 일반적으로 대주가 개입권을 행사하기 전까지는 시공자는 공사 중단을 하지 못하기 때문이다. 대주는 이처럼 개입을 할 수도 있지만 개입 후 철수(Step-out)를 할 수도 있다. 대주는 자신이 개입한 동안 발생한 채무에 대해서 책임을 지게 된다.¹¹⁰⁾

VI. 맺는 말

프로젝트 금융의 성사를 위해 프로젝트 사업주는 시공자와 대주 사이에서의 지루하고 험난한 EPC 턴키 계약협상보다 완공보증제공이라는 손쉬운 방법을 택할 수도 있을 것이다.¹¹¹⁾ 하지만, 완공보증에 의해 프로젝트 사업주는 프로젝트 완공 시까지 불가항력 등 예견하지 못한 사정이 일어날 위험을 포함하여 건설단계의 모든 위험을 인수하게 된다.

프로젝트 대주는 통상 자신들은 공사에 대해서 잘 모르고 공사 관련 위험은 너무 크기 때문에 자신들이 그 위험을 부담하기에는 적절치 않다는 주장을 하면서 완공보증을 요구한다. 하지만, 프로젝트 금융 가능한 EPC 턴키계약에 의해서도 시공자에게 전가할 수 없는 위험이 불가항력 등 예견하지 못할 사정이 발생할 위험이다. 대주는 완공보증에 의해 프로젝트 사업주에게 사실 이러한 위험을 부담할 것을 요구하고 있는 것이다. 그렇다면 운영단계에서 불가항력 등 예견하지 못할 사정이 발생할 위험과 특별히 달리 취급해야 할 이유는 없는 것 같다.

현실적으로 대주는 모든 불가항력 사유에 대한 보험 가입을 요구하지는 않으며, 이른바 보험실사(insurance due diligence)라고 불리는 과정을 통해서 구체적으로 개별적인 불가항력 사유들에 대해서 보험가입여부를 결정한다. 어떤 경우도 미래의 모든 불확실성에 대해 미리 대비를 할 수는 없으며, 현실적으로 그 위험의 발생가능성이 미미하다고 판단하는 경우 대주도 그 위험을 인수할 수 밖에 없을 것이다.¹¹²⁾

110) Delmon & Scriven (주61), p.273 참조.

111) LNG projects에서 주로 그러하다고 한다. (Vinter (주25), para. 8-003)

112) 예를 들어, 안전환경관련 규정의 강화로 공사비가 증가할 수 있는데, 이러한 법률의 변경 위험에 대비하기 위해서는 정치적 위험보험을 들어야 한다. 나라에 따라 다르겠지만, 통상 대주는 이러한 위험에 대비하기 위해 정치적 위험보험 후보까지 요구하지는 않는다.

따라서, EPC 턴키 계약의 시공자가 기술적 재무적으로 신뢰할 만하고 EPC 턴키 계약이 가능한 한 공기지연이나 공사비 증액 사유를 줄이고 있고, EPC 턴키 계약 하에서 시공자에게 전가하기 어려운 위험에 대해서는 보험이나 적정 규모의 예비비¹¹³⁾ 책정 등을 통해 미래의 불확실성에 대해 적절히 대비하고 있다면 완공보증 없이도 프로젝트 금융은 가능하다. 만약 프로젝트 사업주가 완공보증을 불가피하게 제공하여야 하는 경우도 사유를 불문하고 시기적으로나 금액적으로 무제한적인 책임을 지는 내용의 완공보증은 지양해야 하며, 일정한 사유로 한정해서 시기적인 제한과 금액적인 한도를 가지는 완공보증을 제공하는 것이 바람직할 것이다.

프로젝트 사업주가 완공보증 대신에 프로젝트 금융가능한 EPC 턴키 계약을 선택하는 경우 가능한 한 많은 위험을 시공자에게 전가하려 들 것이다.¹¹⁴⁾ 시공자는 그 대가로 더 높은 이윤을 반영하여야 하겠지만 대부분의 프로젝트가 경쟁입찰 절차를 통하여 발주가 이루어지는 현실 속에서, 과연 시공자가 더 많은 위험을 부담하는 대가로 얼마나 충분한 이윤을 반영할 수 있는지 의문이다.

Silver Book도 그 서문에서 Silver Book은 경쟁입찰이 아니라 수의계약(negotiated contract)에 적합하다고 하고 있다. 하지만 이러한 FIDIC Silver Book 기안자의 의도와는 달리 경쟁입찰 절차 속에서 Silver Book을 기초로 한 공사계약서가 자주 등장하는 것이 현실이다. 다시 말해 FIDIC Silver Book 기안자의 의도와는 달리 Silver Book은 남용되고 있다. 결국 현재로서는 시공자들이 Silver Book의 특성을 잘 이해해서 대처하는 수밖에 없을 것이다.

◇ 주제어 ◇

완공보증, 책임준공약정, EPC 턴키계약, FIDIC, Silver Book, 프로젝트 금융, 제한상환청구, BOT 프로젝트

113) 이 경우 프로젝트 사업주의 standby facility 또는 escrow account 등이 활용된다.

114) 실제로 국제적인 독립민영발전소(Independent Power Plant) 프로젝트에서 무상환청구 프로젝트 금융이 이루어지고 있다.

◆ 참고 문헌 ◆

1. 국내문헌

(1) 단행본

양창수, 『독일민법전』 박영사 (2002).
 주지홍, 『채권각칙(1), 주식민법』 제3판, 박영사 (1999).
 박진우, 『건설공사보험의 이해』 신아출판사 (2011).

(2) 논문

진흥기, “프로젝트 금융(Project Finance)의 이론적 존립근거와 금융구조에 대한 법적 고찰”, 상사법 연구 통권 60호 (2008).
 김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호 (2004. 2).
 김정호, “독립적 은행보증의 법률관계 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결의 평석을 겸하여”, 법실천의 제문제: 동천 김인섭변호사 화갑기념논문집 박영사(1996).
 김승현, “프로젝트 파이낸스와 EPC/Turnkey 계약-FIDIC Silver Book에 관한 소고”, 통상법률 (2004.8).
 _____, “국제건설계약에서의 예견하지 못한 현장조건” 국제거래법연구 제14집 제2호 (2005).
 임건면, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 비교법적 연구”, 경암 홍천룡 교수 화갑기념논문집(1997).
 김용현, “건축수급인의 공사대금청구권에 관한 연구”, 서울대학교 법과대학원 석사학위 논문 (1999).

2. 외국문헌

(1) 단행본

Scott Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press (2008).
 Peter Nevitt, *Project Financing 4th*, Euromoney Publication (1983).
 E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Academic Press (2002).
 Jeffrey Delmon, *Project Finance, BOT Projects and Risk*, Kluwer Law (2005).
 Graham Vinter, *Project Finance- A Legal Guide*, Thompson Sweet & Maxwell (2006).
 Philip Wood, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell (1980).
 _____, *Comparative Law of Security and Guarantees*, Sweet & Maxwell (1995).
 Roeland Bertrams, *Bank Guarantee in International Trade*, Wolters Kluwer (2013).
 Farnsworth, *Contracts 3rd ed.*, Aspen Law & Business (1999).
 Edwin Peel, *Treitel, The Law of Contract 12th ed.*, Thomson Sweet & Maxwell (2007).
 Atkin Chambers, *Hudson's Building and Engineering Contracts 12th ed.*, Sweet & Maxwell (2010).
 John Scriven, Nigel Pritchard & Jeffrey Delmon, *A Contractual Guide to Major Construction Projects*, London Sweet & Maxwell(1999).

(2) 논문

Peter Megens, “Construction Risk and Project Finance- Risk Allocation as Viewed by Contractors and Financiers” ICLR (1997).

Roeland Bertrams, “The New Forms of Security in FIDIC’s 1999 Conditions of Contract”, ICLR (2000).

Scott Hoffman, “A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification and Contractual Considerations”, The Business Lawyer (1989).

Jeffrey Delmon & John Scriven, “A Contractor’s View of BOT Projects and the FIDIC Silver Book”, ICLR (2001).

Edward Corbett, “FIDIC New Rainbow First Edition – And Advance?” ICLR (2000).

Joahim Goedel, “The EIC Turnkey Contract – a Comparison with the FIDIC Orange Book”, ICLR (1997)

Nicholas Henchie, “FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects – The Silver Book Problems in Store?” ICLR (2001).

Christopher Wade, “The Silver Book: the Reality”, ICLR (2001).

Justin Sweet, “Letters to Editor” ICLR (1999).

Jonathan Key Hoyle, “The Rainbow Down Under – Part I; Some Reflections from Antipodes on Aspects of the New FIDIC Design-Build Contracts” ICLR (2001).

〈Abstract〉

Legal Issues Related to the Completion Guarantee and Construction Contracts under the Project Finance

Seung-Hyeon Kim

Project finance is the long-term financing of infrastructure and industrial projects and was introduced into Incheon International Airport Expressway PPP (Public Private Partnership) project in 1995 for the first time in Korea. Since then, it has been utilized very broadly both in the social overhead capital projects and real estate presale projects. Recently, Korean companies have begun to tap the overseas development market including IPP (Independent Power Project), which involves project finance.

Project finance is the advanced method of financing infrastructure and industrial projects in that the lenders decide their financing, in principle, based upon the cash flows of the project rather than the balance sheets of its sponsors. However, it is a commonplace that the lenders have some kind of limited recourse to the project sponsors in case where the project company has difficulties in complying with the loan terms.

One of such limited recourses is the completion guarantee, which is referred to in Korea as the “undertaking with completion responsibility”, which has been understood to be borne by the construction contractor. The construction contractor is the one that already promised to complete the project within the specified timeframe for a certain price. Apart from such a promise, why does the construction contractor have to provide the completion guarantee? Is the contractor promising the same contractual obligation borne under the construction contract by the completion guarantee to the lenders? What is the legal consequence of the contractor failing to complete the project as promised?

The completion guarantee is to be provided not by the contractor but by the sponsors in that the obligation per se under the completion guarantee is different from the completion obligation under the construction contract. The contractor is usually entitled to the increase of contract price as well as the extension of contract period in certain

circumstance under the construction contract. However, the lenders would face the shortfall of cash flows that needs to be used for repayment of loan due to the unforeseen circumstances. It is in this context that the completion guarantee is required.

In general, the contractor would have no reason to take liability for the loss of the lenders caused by the project cost overruns attributable to unforeseen circumstances. The burden of providing the completion guarantee should lie with the sponsors who would enjoy the upside potential of project earnings as ultimate project owners.

To do without the completion guarantee, the lenders prefer to have an EPC contract which ensures the completion of a project within a fixed date for a fixed sum.

FIDIC published what so called, the “Silver Book” to accommodate this kind of demand from the project financiers in 1999 even though it has another design-build or turnkey form of contract called the “Yellow Book”. The EPC turnkey contract under the project finance is the contract which imposes much more risk on the contractor than normal EPC turnkey contract.

◇ KEY WORDS ◇

Project Finance, Completion Guarantee, PPP, IPP, FIDIC, Silver Book, EPC Turnkey, Limited Recourse