

# FIDIC 건설표준계약에서 발주자 일방의 공사변경(variations)권한\*

— 준거법이 영국법인 상황을 중심으로 —

정 홍 식\*\*

## [ 目 次 ]

- |   |  |
|---|--|
| I. 서 론  | 9. 공사변경과 독립적 보증과의 관계                       |
| II. FIDIC 건설표준계약에서 공사변경   | III. 국제건설계약에서 공사변경의 법적 성격<br>및 다른 원칙들과의 구분 |
| 1. FIDIC 건설표준계약 상의 공사변경<br>개념 및 개요                              | 1. 공사변경의 법적 성격                             |
| 2. 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위<br>및 형태                                 | 2. 계약목적달성불능의 원칙과의 구분                       |
| 3. 현장지시(site instruction) 및<br>공사변경 승인(concession)과의 구분         | 3. 사정변경의 원칙과의 구분                           |
| 4. 공사변경 지시의 형식적 요건  | IV. 발주자의 공사변경권 제한                          |
| 5. 공사변경의 지시의 효과 및 결과  | 1. 발주자 공사변경권의 명시적 제한                       |
| 6. 시공자에게 공사변경 제안 요청,<br>그리고 시공자의 가치공학<br>(value engineering) 제안 | 2. 발주자 공사변경권의 묵시적 제한                       |
| 7. 발주자의 지시에 대한 시공자의 명시적인<br>거부권                                 | 3. 발주자의 공사 생략 권한, 제3자의 인입<br>및 그 밖의 제한     |
| 8. 계약관리자의 대리권   | 4. 계약상 의제된 공사변경<br>(deemed variations)     |
|   | 5. 발주자의 공사변경 지시의무 부과                       |
|   | V. 결 론                                     |

## I. 서 론

국제상사계약의 계약변경(modification or amendment)은 계약체결 이후 변경 당시 당사자들 간 합의에 의해 이루어진다. 구두에 의한 계약변경 합의도 가능하나, 보통은 계약상

[논문접수일: 2015. 06. 15. / 심사개시일: 2015. 07. 08. / 게재확정일: 2015. 07. 23.]

\* 본고는 2015년 4월 28일 국제건설에너지법연구회의 제11회 세미나 때 발표된 “국제건설계약에서 발주자 일방의 계약변경(variations) 권한을 둘러싼 주요 쟁점”의 일부를 정리한 것임을 밝힌다. 나머지 부분은 별도의 논문으로 곧 공간할 예정이다. 그리고 연구회 세미나 때 훌륭한 코멘트를 해주신 여러 연구회원들에게 지면을 빌어 감사의 뜻을 전한다.

\*\* 중앙대학교 법학전문대학원 부교수.

서면에 의해서만 계약변경이 가능하도록 약정한다. 이러한 형태는 ‘합의에 의한 내용변경’이라 칭할 수 있다. 그런데 국제적으로 널리 통용되는 FIDIC 건설표준계약을 사용하는 해외건설프로젝트에서 계약변경의 일종인 공사변경(variation)의 경우에는, 당사자들 간 계약상 합의에 의해 공사도중 발주자가 일방적으로(unilateral) 공사변경권을 행사할 수 있도록 하는 점이 특징이다. 이러한 형태는 ‘합의에 유보된 일방적 변경권’이라 칭할 수 있다. 이는 FIDIC뿐 아니라 다른 국제적으로 통용되는 건설표준계약에서도 그러하다. FIDIC에서 발주자가 공사변경 지시를 내리면 시공자는 그 지시를 따르도록 의무화하고 있으며, 대신 공사변경에 따라 공기(time for completion)에 영향을 미치면 공기연장(extension of time)을 부여받고 계약대금이 증액될 시 추가공사비를 보상받는 점이 특색이다.<sup>1)</sup>

건설공사 도중 계약상 공사범위(scope of works)를 변경하거나 혹은 추가공사를 수행하는 경우는 비일비재하다. 거의 모든 공사에서 공사변경이 발생한다 해도 과언이 아니다. 때문에 국제건설계약 상 공사변경을 둘러싼 발주자와 시공자 간 분쟁은 빠지지 않는 쟁점이다. 대부분은 발주자의 지시가 공사변경으로 인정되어 공기연장과 추가공사비 대금채권이 인정되어야 한다는 시공자의 입장과, 그 반대인 발주자의 입장이 팽팽히 대립하는 구도이다. 발주자는 변경된 공사가 원래 시공자의 의무사항인 공사범위(scope of works) 이내의 것이기 때문에 공기연장과 추가공사비 대금채권은 인정될 수 없다는 입장이다.

최근 우리나라 해외건설이 제2의 중흥기를 맞이하고 있음은 주지의 사실이다. 1998년 41억 달러(한화 약 5조원)에 불과하던 해외 수주 규모가 2010년 이후 작년까지 매년 600억~700억 달러(한화 약 65조~75조)를 나타내며 높은 성장세를 지속하고 있다. 앞으로 세계 건설시장의 규모가 높은 성장세를 이어갈 것으로 예상된다.<sup>2)</sup> 또 중국이 주도하는 아시아인프라투자은행(Asia Infrastructure Investment Bank: AIIB)의 협정문이 2015년 6월 말 서명되었고, AIIB의 출범을 곧 앞두고 있는 상황에서 아시아에서만 매년 900조원씩 10년 동안 총 9,000조원의 인프라건설 발주가 예상되기에 해외 건설시장에서 한국 건설사의 수주규모도 지속적으로 증가할 것으로 예상된다.

그럼에도 불구하고 해외건설프로젝트에서 발생하는 법률적 및 실무적 쟁점들을 다룬 저서나 학술논문은 그 규모에 비해 턱없이 부족하다. 심지어 본고에서 다루고자 하는 계약변경의 일종인 발주자 일방의 공사변경(variation) 권한에 대해서는 이를 정면으로 다룬 국내 문헌은 없는 것으로 보이며 외국논문도 거의 찾아보기 어려운 실정이다. 이에 본고는 국내 건설사들이 해외건설에서 가장 많이 쓰게 되는 FIDIC 건설표준계약 상의 공사변경(variations) 조문을 중심으로 그 개념정의부터 출발하여 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위와 형태, 그 지시의 효과 및 결과 등을 중점적으로 살펴본다. 그 다음 공사변경의 법적성격을 비교법적으로 간략히 조명해 보고, 목적달성불능의 원칙(doctrine of frustration)과 사정변경 원칙과 구분되는 점은 무엇인지 설명하고자 한다. 마지막으로 발주자 일방의 공사변경 권한의 제한이 어떤 경우에 가능한지 살펴보고자 하는데, 특히 최근 실무에서 크게 대두되고

1) *Hudson's Building and Engineering Contract*, 12th ed. Atkin Chambers, 2010, para. 5-023.

2) 국회입법조사처 현안보고서, “해외건설 발전을 위한 정책과제” 제252호 (2014. 12. 31), 1면.

있는 발주자의 일부 공사 생략(omission) 권한 및 이의 제한에 관해 살펴보면서 실무적인 함의를 짚어보고자 한다. 그리고 국제건설계약의 준거법으로 영국법이 상당히 많이 쓰이고 있는 점을 감안하여, 상기 쟁점들에 대해서는 영국법 관점에서 분석하고자 한다.

## II. FIDIC 건설표준계약에서 공사변경

### 1. FIDIC 건설표준계약 상의 공사변경 개념 및 개요

FIDIC<sup>3)</sup> 건설표준계약<sup>4)</sup>은 영국의 국내건설표준계약조건인 ICE(토목엔지니어 협회: Institute of Civil Engineers) 계약조건 4판(1955)을 기초로 해서 만들어졌기 때문에, 영국법의 특징과 색채를 띠고 있다.<sup>5)</sup> 그러나 FIDIC 건설표준계약조건은 준거법에 따라 그 해석이 달라질 가능성이 항상 존재한다. FIDIC 계약조건은 한국법<sup>6)</sup>에 의해 볼 때 약관에 해당한다.<sup>7)</sup> 영국에서도 표준약관은 두 개의 범주로 분류되는데, 첫 번째 범주로 FIDIC 계약조건과 같이 대표부(representative body)들에 의해 성안되는 것으로 ‘협상된 약관’(negotiated forms)이라 불리는 것이 있고, 두 번째 범주로 협상없이 다수 거래에 편입을 위해 거래 일방 당사자에 의해 만들어지는 것으로 ‘일방적 약관’(unilateral forms)이라고 불리는 것이 있다. 결국 FIDIC 계약조건은 약관이라 할 수 있기에 계약상 합의된 준거법 국가에서 약관을 규제하는 법률의 적용을 받는다.<sup>8)</sup>

3) FIDIC은 Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils이란 불어의 약성어로 영어로는 The International Federation of Consulting Engineers, 우리말로는 국제건설엔지니어링연맹으로 번역된다. FIDIC은 원래 전문적인 엔지니어링 조직들의 국제연맹이라는 의미이지만, 오늘날 FIDIC은 오히려 FIDIC의 표준계약조건들이라는 의미로 흔히 사용되고 있다. FIDIC의 역사 및, 조직과 활동 및 계약위원회에 대한 설명은 김승현, 『국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로』 박영사, 2015, 32면 이하를 참조. 하지만 이 문헌에서는 공사변경(variation) 주제가 다루지 않는다는 점이다. FIDIC에 관한 추가 문헌으로 현장경험이 많은 엔지니어가 쓴 현학부, 『계약관리와 클레임 - FIDIC 1999년 신판 기준』 2d ed., CPlus International, 2012가 있다.

4) FIDIC은 1999년 4개의 새로운 체계의 표준계약조건을 공표하였는데, 그것은 Conditions of Contract for Construction (이하 “Red Book”), Conditions of Contract for Plant and Design-Build (이하 “Yellow Book”), Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (이하 “Silver Book”), Short Form of Contract (이하 “Green Book”)이 그것이다. 본고에서 사용되는 FIDIC 표준계약조건은 1999년 공표된 Red Book, Yellow Book 그리고 Silver Book을 중심으로 고찰하고자 한다.

5) Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers & Anthony Lavers, *FIDIC Contracts, Law and Practice*, Informa (2009), pp. 4-5 참조.

6) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 1호 (약관이란 “그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다”).

7) 김승현, 전제서, 294면도 동지.

8) 국내에서 약관규제법은 국제적 강행법규로까지 간주하지는 않고 국내적(통상의) 강행법규로 보는 것이 통설이다. 이에 관한 보다 자세한 내용은 석광현, “국제거래와 약관규제에 관한 법률의 적

FIDIC의 Variation 조항은 엔지니어 혹은 발주자의 공사변경 권한과 아울러 그 절차를 담고 있다. FIDIC 정의조항에서 variation은 Red Book<sup>9)</sup>과 Yellow Book<sup>10)</sup>/Silver Book<sup>11)</sup>에서 약간 달리 규정되어 있는데, 전자는 “공사목적물(works)에 대한 모든 변경”,<sup>12)</sup> 그리고 후자의 경우에는 “발주자 요구조건서(employer’s requirements) 또는 공사목적물(works)에 대한 모든 변경”<sup>13)</sup>을 의미한다. 공사목적물(works)의 정의에는 본공사(permanent works)와 가설공사(temporary works)를 모두 포함한다.<sup>14)</sup> 발주자 요구조건서는 ‘설계 및 시공계약 (design and build contract)’<sup>15)</sup> 유형인 Yellow Book과 Silver Book에서 발주자가 제공하는 문서로서, 공사목적물의 의도, 공사범위, 공사목적물에 대한 설계 및 기타 기술적인 기준을 요구한다. 시공자는 이 문서에 기반해 설계를 하고 시공해야 하기에, 만일 발주자 요구조건서가 변경되면 시공자는 그에 맞추어 설계변경 및 공사변경을 하게 된다.

이러한 정의규정에 비추어 볼 때, 건설에서 variation(혹은 change order)라는 용어는 넓게 보아 설계변경을 포함한 “공사변경”으로 칭함이 적절할 것으로 본다. 실무에서는 “설계 변경”이라는 용어도 쓰이는 듯하나 조금 좁은 의미이며, Red Book의 설계는 발주자가 담당하기에 Red Book 상의 variation 용어를 포괄하지 못한다. “계약변경”이라는 용어도 생

용”, 국제사법연구, 제9호, 104-107면 참조.

- 9) Red Book에서 시공자는 발주자가 제공한 설계대로 시공한다. 이를 실측계약(measurement contract) 혹은 단순시공계약이라 부르며, 발주자가 지정한 엔지니어라는 제3자에 의해 계약이 관리된다. 건축이나 엔지니어링 공사에 적합하다. 김승현, 전계서, 41면. 따라서 Red Book 상에서는 엔지니어가 공사변경 지시를 내리게 된다.
- 10) Yellow Book에서도 엔지니어가 계약관리의 중심역할을 하지만, Red Book과 달리 Yellow Book은 발주자 요구조건서(employer’s requirements)에 따라 시공자가 설계책임을 지는 설계 및 시공 계약(design-build contract). 그리고 엔지니어의 확인(certification)에 기초한 기성지급 조항을 가지고 있는 총액확정(lump sum)계약이다. 시공자는 설계와 자재 및 시공기술에 대해 목적적합성 보장 의무(fitness for particular purpose)를 부담한다. 김승현, 전계서, 41면. 여기 Yellow Book에서도 Red Book과 마찬가지로 공사변경 지시는 엔지니어가 하도록 되어 있다.
- 11) FIDIC은 프로세스 플랜트나 발전플랜트 또는 사회기반시설 또는 기타 개발유형의 프로젝트에 적합한 Silver Book을 만들었다. Silver Book에서는 최종금액과 공기의 확실성이 크게 요구되고, 시공자가 프로젝트의 설계 및 수행에 대해 전적인 책임을 진다. Silver Book은 엔지니어가 없는 발주자-시공자 양 당사자 총액확정계약이라는 점에서 Yellow Book과 다르지만, Yellow Book에서와 마찬가지로 Silver Book하에서도 시공자는 설계, 자재 및 시공기술에 대해 목적적합성 보장 의무를 부담한다. 김승현, 전계서, 41면. 여기 Silver Book에서 공사변경 지시는 발주자가 하도록 되어 있으나, 실제로는 계약관리자라 할 수 있는 발주자의 대리인(employer’s representative)이 대신한다.
- 12) FIDIC, Red Book, Cl. 1.1.6.9.
- 13) FIDIC, Yellow Book, Cl. 1.1.6.9; Silver Book, Cl. 1.1.6.8.
- 14) FIDIC, Red, Yellow, Silver Books, Cl. 1.1.5.8.
- 15) 설계 및 시공계약은 소위 말하는 턴키계약과 동의어로 이해된다. 턴키란 용어는 일반적으로 완공 후 발주자는 완공된 시설의 가동을 위해 열쇠만 돌리기만 하면 될 정도로 시공자에게 설계와 시공에 대한 책임을 전적으로 부담시키는 형태를 의미한다. 하지만 법적으로 턴키란 설계, 구매 및 시공책임을 단일 주체, 즉 시공자에게 부담시키는 계약형태라 정의할 수 있다. 따라서 실무에서 사용되는 EPC계약이라는 용어도 설계(engineering), 구매(procurement) 및 시공(construction)을 한 업체가 모두 수행하는 계약을 의미하기에 설계 및 시공계약과 동일한 개념으로 본다. 김승현, 전계서 15-17면.

각할 수 있으나, 계약변경(amendment or modification)에는 여기 공사변경뿐 아니라 건설 계약의 다른 조건변경을 모두 포괄하는 개념으로 본다. variation이 계약변경의 일부에 속하는 개념이기는 하나, 계약변경으로 번역하게 되면 공사변경을 의미하는 것인지 아니면 다른 계약내용의 변경을 의미하는 것인지 혼동될 수 있기에 그 사용은 적절하지 않은 것으로 본다. 결정적으로 Red Book과 Yellow Book에서는 발주자로 하여금 반드시 엔지니어를 선임하도록 하면서 공사변경권은 엔지니어에게 수권되어 있는데, 엔지니어 역할 중 “엔지니어는 계약을 변경할 권한은 없다”<sup>16)</sup>라는 문구가 분명히 기재되어 있다. 즉 발주자가 엔지니어에게 공사변경권은 수여하고 있으나 계약변경권은 수여하고 있지 않음을 알 수 있다. 따라서 공사변경과 계약변경은 엄밀히 구분되어야 할 개념이다. 한편 일각에서는 그냥 “변경”이라는 용어를 쓰기도 하는데,<sup>17)</sup> 법률적인 측면에서 무엇에 대한 변경인지를 알 수 없고 단순 번역에 특성을 갖기에 조금 적절하지 않은 면이 있다. 따라서 본고에서는 상기 이유로 variation 혹은 change order를 총칭해서 “공사변경”이라고 칭하며, 계약변경의 한 유형으로 본다. 결론적으로 계약변경은 “합의에 의한 계약내용 변경”인데, 공사변경은 “합의에 유보된 일방적 변경권”으로 정리할 수 있겠다.

보통 2-5년간 계속되는 건설공사에서 공사변경은 필연이라 할 수 있는데, 그 이유는 계약 당시 당사자들이 예상할 수 없었던 수많은 사건이나 사정변경이 발생하기 때문이다. 예컨대 극심한 계절변화, 법규변동, 예견하지 못한 현장조건(지반조건), 설계하자, 계약문서들 중 기술상의 하자나 오류의 발견 등을 들 수 있다. 발주자는 계약상 자신에게 부여된 일방적인(unilateral) 공사변경 권한을 행사하여 공정상 발생하는 예상하지 못한 문제들을 바로 잡기 위해 공사범위(scope of works), 공사순서(sequence of works), 공사방식(method of works), 설계(design) 등에 대한 변경을 가하게 된다.<sup>18)</sup> 한편 공정상의 문제에서 비롯된 공사변경이 아니라 발주자 자신의 자발적 선택에 따라 공사변경이 발생하기도 한다. 예컨대 심미적인 이유로 건축물 외관을 바꾸는 것과 같이 단순히 발주자의 마음이 바뀐 경우이다. 또한 공사발주 후 시장상황의 변경되어 그에 따른 공사변경이 필요하거나 아니면 공사변경을 통해 발주자는 좀 더 가치 있는 공사목적물을 보유하려는 경제적 이유에서 비롯되기도 한다.<sup>19)</sup> 상기 이유로 발주자가 시공도중 공사범위를 벗어난 공사목적물을 원하는 경우는 빈번하게 발생한다. 그때마다 발주자는 매번 시공자와 공사변경을 협의해야 한다. 그러나 시공자는 발주자의 요청에 쉽사리 응하지 않고 설사 응한다 하더라도 발주자가 수용하기 어려운 정도의 공사비 증액을 요구할 수 있다. 또한 복잡하고 신속하게 진행되는 건설현장에서 시공 도중 매번 공사변경의 합의를 도출하기는 매우 어렵기도 하다. 이러한 이유로

16) “The Engineer shall have no authority to amend the Contract.” Red & Yellow Books, Cl. 3.1.

17) 현학봉, 전제서, 279면 이하에서는 “변경”이라는 개념만을 쓴다.

18) Axel-Volkmar Jaeger & Götz-Sebastian Hök, *FIDIC - A Guide for Practitioners*, (Springer, 2010), p. 261.

19) Michael Sergeant & Max Wieliczko, *Construction Contract Variations*, Informa law from Routledge (2014), paras. 1.14 - 1.15.

발주자는 미리 계약상 일방의 공사변경권을 확보하려는 것이다.<sup>20)</sup>

발주자 일방의 공사변경은 시공자에게 지시(instruction) 또는 명령(order)에 의해 구체화된다. 이러한 지시는 처음부터 서면에 의해 내려지거나 아니면 구두지시에 뒤이어 수 시간 내에 서면확인을 하는 것이 보통 현장에서는 비밀비재하다고 한다. 유효한 공사변경 지시가 내려지면 FIDIC을 비롯한 거의 대부분의 건설표준계약에서는 시공자로 하여금 그 지시를 따르도록 의무화하고 있다. 발주자의 공사변경 지시는 공사목적물 그 자체에 영향을 미칠 뿐 아니라 시공자의 공사비용과 이윤에도 영향을 미친다. 따라서 관련 조문은 공사변경 지시가 이루어지면 그에 따른 효과가 무엇인지를 규정하게 된다. 시공자는 공사변경 지시를 따르는 대신 계약상 허용된 절차에 따라 공기연장 클레임을 제기하고 추가공사비 보상을 받게 된다.<sup>21)</sup>

## 2. 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위 및 형태

발주자가 일방적인 공사변경 권한을 갖는다 하더라도 원 계약목적 및 계약범위와 급격히 다른 공사변경 지시를 내릴 수 있다는 의미가 아니다. 즉 발주자의 권한행사는 계약 당시 당사자들이 상정한 계약목적 및 계약범위 내에서만 가능하다.<sup>22)</sup> 예컨대, 초고층건축에서 원 계약은 500미터 높이의 건축물 공사였는데, 발주자가 공사변경권을 행사하여 공사도중 800미터로 높이라는 지시를 했다고 가정하자. 500미터짜리 건축물 공사를 도중에 800미터 높이로 바꾸는 것은 기초공사부터 다시 해야 하고 기존의 모든 공정이 달라져야 하기에 공사변경 지시만으로 이를 달성하기는 불가하다고 한다. 즉 800미터 높이로 올리라는 공사변경 지시는 그 계약목적 및 계약범위를 완전히 벗어난 것이기에 공사변경(variation) 대상이 될 수 없다. 또한 토목공사가 전문인 시공자에게 공사도중 플랜트 하나를 시공하라고 한다면 하는 것도 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위를 한참 벗어난 것이라 하겠다.<sup>23)</sup> 따라서 공사변경 지시가 내려질 수 있는 최대 범위는 당사자들이 계약상 상정한 계약범위 이내이다.

한편 시공자는 계약대금을 대가로 공사범위(scope of works) 이내로 시공하여 공사목적물을 완공하겠다는 약정을 하였다. 공사범위는 본계약서 및 별첨문서로 포함되는 도면, 시방서(specification), 물량명세서 및 그 밖의 기술관련 문서들에 드러나 있다. 시공자는 발주자의 공사변경 지시가 없더라도 공사범위 내의 수행 의무는 계약체결 시 이미 존재한다는 점을 감안하며, 발주자의 공사변경은 계약상 공사범위를 벗어난 지시를 의미한다. 그렇다면 착공 이후 발주자의 공사변경은 계약의 준거법에 따라 그 해석이 달라질 수 있지만, ‘공사범위를 벗어나 변경하거나 추가할 것을 지시하는 것이지만, 전체 계약범위 이내로 제한되는 것’임을 알 수 있다.<sup>24)</sup> 양 당사자가 계약범위가 무엇인지 그리고 공사범위가 무엇인지

20) *Ibid.*

21) FIDIC, Cl. 13.3. (이를 공사변경 지시에 따른 가치산정(valuation) 절차라 부른다.)

22) Jaeger & Hök, *supra* note 18, p. 264.

23) 이런 유형의 공사변경 지시를 건설실무에서는 cardinal change라 부른다고 한다.

여부에 대해 이견이 발생하여 분쟁으로 비화된다면, 이는 결국 계약해석 및 공사범위 해석의 문제로 옮겨가게 될 것이다.

공사변경 지시는 공사목적물의 완공을 위해 필요하다고 판단되거나 공사목적물의 기능을 향상시킬 수 있다면 발주자에 의해 내려지게 된다. 시공자가 단순시공만 하는 계약인 Red Book상에서 발주자가 내릴 수 있는 공사변경은 (i) 계약에 포함된 작업의 물량 변경,<sup>25)</sup> (ii) 작업항목의 품질 및 기타 특성의 변경, (iii) 공사의 일부분에 대한 표고, 위치 및 치수의 변경, (iv) 제3자에 의해서 수행되는 작업이 아니면서 그 작업의 생략(omission), (v) 본 공사를 위해 필요한 추가작업, 설비, 자재 또는 용역, 또는 (vi) 공사의 시공순서 또는 시기의 변경<sup>26)</sup>이다.<sup>27)</sup>

설계 및 시공계약 형태인 Yellow Book과 Silver Book 상에서는 상기와 같은 구체적인 공사변경 형태를 제공하지 않는다. 그 이유는 시공자가 설계 및 시공을 시공자가 일괄적으로 하고 발주자의 의도된 목적에 부합할 의무를 갖기 때문에, 발주자는 대체로 자신의 요구조건서를 변경하는 것으로 공사변경의 지시를 한다. 그러면 시공자는 변경된 발주자 요구조건서에 맞게 설계변경 및 공사변경을 하여 발주자의 의도된 목적에 부합하는 공사목적물을 시공하여 인도하여야 한다.<sup>28)</sup> 그렇다면 Yellow Book과 Silver Book에서 시공방식이나 공사목적물의 상세한 부분 또는 시공순서에 대한 엔지니어나 발주자의 지시는 발주자 요구조건서의 내용이 변하지 않는 한 공사변경이라 할 수 없다는 주장이 가능하다. 만일 공사변경 지시가 아니라면 단순한 현장지시에 지나지 않는다. 이러한 주장이 통용된다면 Yellow/Silver Books 유형의 계약에서 공사변경 조항의 적용은 아주 최소한도로 작용할 것이다.<sup>29)</sup> 그러나 그 반대의 주장도 가능할지 모른다. 설계 및 시공계약이면서 총액확정계약(lump sum contract)에서 시공자는 계약대금이 전체 공사를 원 계약상 설계된 대로, 계획된 시공방식과 시공순서대로 하는 것에 한정된다고 주장할 수 있다. 시공방식이나 순서 그리고 설계의 변경은 계약대금에 포함된 것이 아니라고 말이다. 그렇다면 아주 포괄적으로 공사범위가 규정된 Yellow Book과 Silver Book에서 엔지니어 혹은 발주자의 지시가 공사

24) 본문에서 검토한 영국판례에서도 이 같은 입장이 견지되고 있는 것으로 보인다.

25) 그러나 Red Book 하에서 물량명세서(bill of quantities)의 한 가지 항목의 물량변경이 반드시 공사변경이 되는 것은 아니다. 왜냐하면 Red Book은 실측계약 혹은 단가계약의 형태이기 때문이다. 실측계약이란 공종별로 자재나 인력의 예상 투입물량이 발주자에 의해 이미 기입되어 있는 물량내역서(bill of quantities)에 입찰하는 단가를 기입하여 계약대금을 산출하는 방식이다. 이에 따르면 계약대금은 실제 수행된 일의 양에 따라 계산되며, 계약체결 당시 도출되는 금액은 추정치일 뿐이다. 따라서 Red Book하에서 계약당시 추정했던 물량보다 실제 최종 수행된 일의 양이 늘어난 것은 실측계약 그 자체 메카니즘에 의해 발생한 것이지 공사변경이 아니게 된다. *The FIDIC Contract Guide*, First Ed. 2000 (International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 2013), p. 218.

26) 여기 시공순서 및 시기의 변경 권한은 계약 상 완공기일을 변경할 수 있다는 의미는 아니다. 따라서 엔지니어나 발주자는 시공자로 하여금 공사목적물의 주된 부분이나 특정 부분을 완공일 전에 완성하라고 지시할 수는 없다. *The FIDIC Contract Guide*, p. 218.

27) FIDIC, Red Book, Cl. 13.1.

28) *The FIDIC Contract Guide*, p. 219.

29) Jaeger & Hök, *supra* note 18, pp. 272-273.

방식, 계약대금 혹은 공기에 영향을 미치는 경우라면, 설사 발주자 요구조건서의 내용이 변하지 않아도 공사변경 지시에 해당한다고 볼 수 있다는 논리가 성립한다. 그러나 시공자는 발주자의 공사변경 지시가 계약대금 그리고/혹은 공기에 영향을 미치는 특정한 상황을 제시해야 하는데 많은 어려움을 겪게 되고, 이 부분에 입증책임은 진다. 또한 시공자는 공사변경 지시가 자신의 설계 및 시공방식과 많이 다르고 또 예상보다 훨씬 비용이 많이 들며 어려운 작업이라는 점을 보여주어야 하는 부담이 있다.<sup>30)</sup> 반면 발주자 요구조건서가 아주 상세히 기술되어 있다면, 시공자는 그 요구조건서의 변경을 쉽사리 제시할 수 있기 때문에 공사변경 지시임을 좀 더 수월하게 입증할 수 있다.

### 3. 현장지시(site instruction) 및 공사변경 승인(concession)과의 구분

공사변경 지시는 현장에서 엔지니어나 발주자의 계약관리자가 시시각각 내리는 현장지시(site instruction)와 구분되어야 한다. 현장지시는 FIDIC에 정의되어 있지 않다. 그러나 FIDIC은 현장지시의 존재를 인정하고 있음을 미루어 짐작할 수 있다. FIDIC Red Book/Yellow Book 제3.3조, 그리고 Silver Book 제3.4조에서는 엔지니어나 발주자는 시공자에게 지시를 내릴 수 있도록 하고 있고, 그것이 공사변경 지시가 되면 제13조(공사변경)가 적용되도록 하고 있다. 이 내용에 비추어 볼 때, 엔지니어나 발주자의 지시가 공사변경에 해당되지 않는 지시도 있을 수 있다는 의미이고 그렇다면 그것은 현장지시라고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 공사변경 지시는 현장지시와는 달리 공사대금의 증감과 공기에 영향을 미치게 된다.<sup>32)</sup> 또한 공사변경 지시와 현장지시와의 차이는 당사자들이 합의한 공사범위(scope of works)를 벗어난 지시이나 그렇지 않느냐에 달려 있다. 단순한 현장지시의 예를 들면, 도면 상 튜브와 파이프가 들어갈 시추공(boreholes)을 만들도록 되어 있는데, 시공자는 이를 위해 먼저 벽(walls)부터 세우고 난 뒤 시추공을 만들려 한다. 그러나 엔지니어가 볼 때 이는 시간낭비라고 판단되어 시공자에게 block-outs를 제공하도록 지시한다. 이러한 현장지시는 계약상 공사범위 내에 한정된 지시이다. 반면 공사변경 지시는 상기 예의 도면에 아예 시추공이 나와 있지 않았고, 엔지니어는 그 시추공이 필요하다고 판단되어 시공자에게 이를 설치하라고 지시하는 경우이다. 즉, 추가 시추공 설치의 공사목적물을 위해 필요하지만 원 공사범위 내에는 없던 것이어서, 발주자는 이를 공사변경 지시를 통해 해결할 수 있다.<sup>33)</sup>

공사변경이 현장지시와 구분되어야 하는 것에 추가해 다른 상황과 명확히 구분되어야 할 것이 있다. 그것은 발주자가 시공자에 의해 제안된 공사범위의 변경을 인정하나, 공사변경 지시 대신 공사변경에 대한 단순 승인(concession)을 하는 것과도 구분해야 한다. 예컨대 시공자가 계약과 다른 유형의 자재를 사용하기 원하는데, 그 이유는 원 계약상 특정된 자

30) *Ibid.*, at 273.

31) *Ibid.*, at 269.

32) *Ibid.*, at 264.

33) *Ibid.*, at 265.

재를 구하기 어려운 상황이기 때문이다. 이 경우 공사변경에 해당은 되지만, 단지 시공자의 편의를 위해 이를 단순 승인(concession)해주는 것에 지나지 않는다. 이러한 발주자의 공사변경 승인에는 공기연장이나 추가공사비의 대금채권이 인정되지 않는다. 다만 발주자는 단순한 공사변경 승인(concession)을 해주게 되면, 원래 계약상 공사범위와 다른 시공에 대해 계약위반에 따른 책임을 묻지 못하게 된다. 시공자가 발주자로부터 공사변경 승인을 득하지 않고 공사변경을 하게 되면 영미법 상 계약위반이 되기 때문이다.<sup>34)</sup> 즉 발주자는 시공자가 부담한 위험으로 인해 필요한 공사변경을 단순히 승인해준다는 것은 어려움에 처한 시공자를 지원한다는 의미이다.<sup>35)</sup> 발주자는 시공자가 그 변경에 대한 전적인 책임을 지고 있기 때문에 그에 대한 비용도 떠안아야 한다고 생각한다. 그러나 문제는 이 두 가지 상황, 즉 공사변경 지시가 내려져야 하느냐 아니면 단순 승인으로도 충분하느냐는 입장이 시공자와 발주자 간 대립되어 교착상태가 발생하기도 한다.<sup>36)</sup>

#### 4. 공사변경 지시의 형식적 요건

발주자의 공사변경 권한은 계약서에 명시된 대로 행사해야 한다. 표준건설계약서에서는 대체로 발주자(혹은 발주자를 대리하는 엔지니어나 발주자 대리인 등의 계약관리자)가 사전에 공사변경 지시를 서면으로 내리는 경우에 한해 유효한 것으로 하고 있다.<sup>37)</sup> 이 요건은 공사변경 지시에 따라 시공자의 추가공사비 대금채권이 인정되기 위해 반드시 충족되어야 할 전제조건이기도 하다. 즉 계약내용과 달리 구두로 내려진 공사변경 지시를 따랐을 경우, 추가공사비 보상이 불허될 수 있음이다. FIDIC Red Book과 Yellow Book의 제3.3조에서는 서면에 의한 지시를 내릴 것을 규정하고 있는데, 그 요건을 보면 Red Book에서는 “whenever practicable”이라는 문구가 들어가 있다. 반면 같은 조항의 Yellow Book에서는 그러한 문구가 없이 반드시 서면에 의해 지시를 내릴 것을 요구하고 있다. 이 차이를 볼 때, Red Book상에서는 반드시 서면지시가 필수요건인 것 같지는 않고, 현실적으로 서면지시를 내리는 것이 어려울 때에는 구두지시 후 곧바로 확인서면으로 이를 대체할 수 있도록 하고 있다.<sup>38)</sup> Yellow Book 제3.3조와 Silver Book 제3.4조에서는 반드시 서면 지시만을 내리도록 하고 있는 것이 차이점이다.

발주자로부터 수권받은 계약관리자는 실제 구두로 공사변경 지시를 하는 경우가 비일비재하다. 시공자는 일반적으로 계약관리자의 지시를 따르도록 의무화되어 있기 때문에 시공

34) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, para. 9.34.

35) Hudson's Building and Engineering Contracts, para. 5-046.

36) 이러한 교착상태에 대해서는 Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, Chapter 2, Section C 이하를 참조.

37) Hudson's Building and Engineering Contracts, para. 5-052.(FIDIC Yellow Book 1999, Clauses 3.3, 13.1 & 13.3; NEC3 Engineering and Construction Contract, Clauses 12.3 & 13.1 에서도 이 같은 형식적 요건을 요구하고 있다)

38) The FIDIC Contracts Guide, p. 86.

자는 아주 곤란한 상황에 처할 수밖에 없다. 때문에 어떤 계약서에서는 구두로 지시했어도 뒤이어 시공자가 그 구두지시를 확인하는 서면을 발주자에게 발송한 후 정해진 기간 내에 발주자의 반대 의사표시가 없다면, 그 시공자의 서면확인서가 공사변경 지시로 간주된다는 문구를 넣기도 한다.<sup>39)</sup> 그러나 이 부분에서 유의할 점은 시공자의 서면확인서가 발송된 이후에 진행된 공사변경에 대해서만 공사변경으로 간주될 수 있는 소지가 크다는 점이다. 즉 구두에 의한 공사변경 시점부터가 아니다.

공사변경 지시의 시기에 대해서도 계약상 사전 지시가 내려져야 함을 요건으로 하고 있다면 이에 부합해야 한다. 사전 서면승인 요건은 시공자가 추가공사비를 보상받기 위해 충족되어야 할 요건으로 본 영국판례들이 있다.<sup>40)</sup> 반면 발주자의 사후적 서면승인은 공사변경에 대한 단순 승인(concession) 정도로 간주될 수는 있다.

도대체 어떤 경우가 ‘서면에 의한’ 것이냐는 쟁점도 있었는데, 건축사가 제공한 날인되지 않은 도면은 서면이 아니라는 주장에서 그 도면은 서면이라 하기에 불충분하다고 판시한 영국 판례도 있다.<sup>41)</sup> 또한 발주자의 지시는 공사변경이 이루어져야 하는 부분을 특정해서 지시해야 유효하다. 그렇지 않고 발주자의 건축사가 추가공사를 의미하는 문서를 지칭한 것은 서면지시 요건을 충족하지 못했다고 판시한 사례도 있다.<sup>42)</sup> 따라서 발주자의 공사변경 지시 문서는 시공자로 하여금 특정 공사를 원래와는 다르게 수행하거나 혹은 추가공사를 하도록 지시해야 한다. 그렇지 않고 특정 공사가 수행되어야 한다고 하는 정도는 공사변경 지시라고 하기엔 어렵고 발주자의 공사변경 승인(concession) 정도가 된다.<sup>43)</sup>

## 5. 공사변경의 지시의 효과 및 결과

발주자가 공사변경 지시를 하게 되면 시공자는 그에 따라 공사할 의무가 있다. 발주자의 공사변경 지시는 공사대금과 공기에 영향을 미쳐, 공사대금의 증감을 가져올 수 있고 공기지연을 야기할 수 있다. FIDIC 표준계약에서는 시공자로 하여금 관련 조항에 따라 공기연장을 클레임하고 추가공사비를 보상받도록 하고 있다. 발주자의 지시가 공사변경에 해당하여 이러한 시공자의 권리가 발생하는지 여부에 대한 입증은 시공자에게 있다.<sup>44)</sup> 발주자의 공사변경에 따라 공기지연이 야기되면, 시공자는 세 개 표준계약서 모두 제8.4(a)조에서 명시적인 공기연장 권리를 갖는다. 그러나 시공자의 공기연장은 제20.1조의 클레임 절차를

39) *Hudson's Building and Engineering Contracts*, para. 5-053. (그러나 FIDIC 제13조에는 이러한 문구는 보이지 않는다)

40) *Astilleros Canarios SA v. Cape Hatteras Shipping Co Inc (The Cape Hatteras)* [1982] 1 Lloyd's Rep 518, QBD (Comm).

41) *Myers v. Sarl* (1860) 3 E&E 306.

42) *Lamprell v. The Guardians of the Poor of the Billericay Union, in the County of Essex* (1849) 154 ER 850, at 859.

43) *Tharsis Sulphur and Copper Company v. McElroy & Sons* (1878) 3 App Cas 1040, 1044.

44) *Keating on Construction Contracts*, 9th ed., Sweet & Maxwell, 2012, para. 4-023.

거치도록 하고 있다. 공기연장이 허용되면 계약상 완공일은 허용된 기간만큼 늘어나게 된다. 유의할 점은 제20.1조는 기간도과청구금지조항(time-bar clause)이기 때문에 제20.1조에서 정해진 기간 내에 시공자가 공기연장클레임 등의 통지를 실패하면 발주자는 아무런 책임이 없다는 점이다.<sup>45)</sup> 제20.1조에 규정된 절차에 따르면 시공자는 두 가지 기간을 유의해야 한다. 첫째, 시공자는 실제로 가능한 한 빨리 그렇지만 어떠한 경우에도 클레임을 발생시킨 사건이나 상황을 시공자가 알았거나 알았어야만 하는 날로부터 28일 내에 그 사건이나 상황을 계약관리자에게 통지해야 한다. 둘째, 시공자는 상기 날로부터 48일 내에 계약관리자에게 클레임에 대한 완전히 상세한 내역을 구체적인 근거와 함께 송부하여야 한다.<sup>46)</sup> 즉 시공자는 발주자의 공사변경으로 인한 공기연장을 득하기 위해서는 상기 기간을 반드시 지켜야지 그렇지 않으면 공기연장의 권리를 상실하게 된다.

추가공사비에 대해서는 Red Book에 따르면 제12조에 따라 추가공사비를 실측하도록 하고 있다. 반면 Yellow Book / Silver Book은 제3.5조에 따라 엔지니어(Yellow Book의 경우) 혹은 발주자(Silver Book의 경우)가 합리적인 이윤을 포함한 계약대금의 조정을 위해 공정한 결정을 하도록 되어 있다. 그러나 Red Book에서는 추가공사비 실측 시 합리적인 이윤에 대한 언급이 없다. 아마도 Red Book은 실측계약 혹은 단가계약 방식이기 때문에 제12조에 따른 실측 자체에 어느 정도의 이윤이 반영된 것으로 본다. 한 가지 의문은 발주자의 공사변경 지시에 따른 추가공사비 청구도 상기 제20.1조의 클레임 절차에 구속되느냐 여부이다. 그러나 공사변경에 따른 계약대금 조정에는 제20.1조의 클레임 절차에 구속되지 않는 것으로 보인다. Red Book에서는 제12조에 따라 실측되면 그만이고, Yellow Book과 Silver Book에서는 제3.5조에 따라 엔지니어 혹은 발주자가 계약대금 조정을 공정하게 결정하도록 되어 있기 때문이다. 따라서 공사변경에 따른 추가공사비 산정을 포함한 계약대금 조정에는 시공자의 클레임 신청이 필요없기 때문에 제20.1조의 기간도과금지조항이 적용되지 않는 것임을 알 수 있다. 엔지니어나 발주자는 시공자의 제20.1조의 클레임 신청을 기다릴 필요가 없이 직권에 의해 대금조정에 대한 결정을 내려주도록 하고 있다.<sup>47)</sup>

45) 공기지연과 지연손해배상금, 공기연장 및 기간도과금지조항의 전체적인 메카니즘에 대해서는 정홍식, “국제건설계약에서 완공의 지연: 방해이론(prevention principle)과 Time-Bar 조항” 국제거래법연구, 제22집 제2호 (2013. 12)를 참고하고, 동시발생 공기지연에 대해서는 정홍식, “해외건설 프로젝트에서 동시발생 공기지연(concurrent delay)” 비교사법 제21권 제2호 (통권 65호) (2014. 5)를 참조.

46) 시공자의 클레임 절차에 대한 자세한 부분은 김승현, 전거서, 300면 이하를 참조. FIDIC에서는 클레임과 분쟁해결절차를 구분하고 있다. 공사도중에 분쟁이 발생하면 당사자들의 우호적이고 협력적인 관계가 파괴될 수 있다. 계약당사자들은 모든 상황이 계약체결 당시에 예상한 바대로 변하지 않고 그대로이기를 선호하겠지만, 계약금액의 조정이 필요한 상황이나 사건이 일어난다 하더라도, 이를 적대시해서는 안 된다. 이러한 경우 프로젝트이 적절한 관리를 위해 클레임(claim) 절차가 규정되어 있는 것이다. 실무상 클레임은 기간 연장 또는 추가 비용 청구를 의미한다. 반면 시공자 또는 발주자의 클레임이 당사자 간에 원만히 해결되지 못하면 분쟁해결절차 단계로 넘어가게 된다. FIDIC에서 분쟁해결절차는 두 가지 단계를 거치도록 되어 있는데, 분쟁조정위원회(dispute adjudication board)와 중재절차이다. 이에 대해서는 김세연·김영지, “국제중재를 대비한 해외건설 클레임 관리” 국제거래법연구, 제22집 제1호 (2013. 7)를 참조.

47) Jaeger & Hok, *supra* note 18, pp. 266-267.

## 6. 시공자에게 공사변경 제안 요청, 그리고 시공자의 가치공학 (value engineering) 제안

엔지니어나 발주자는 일방의 공사변경 지시를 내리기 전, 시공자에게 제안을 요청할 수 있도록 하고 있다.<sup>48)</sup> 그 이유는 공사변경의 효과 및 결과를 사전에 검토하여 엔지니어나 발주자 자신이 의도하지 않은 공사변경 지시를 내리지 않으려 함이다.<sup>49)</sup> 그러한 요청을 받은 시공자는 서면으로 가능한 한 빠른 시일 내에 그러한 요청에 따를 수 없는 이유를 제시하거나 아니면 계약대금 조정을 포함한 상세한 제안을 제시해야 한다. 그런데 이러한 시공자의 상세한 제안은 청약으로 보지 않는다. 그리고 청약이 아니기에 엔지니어나 발주자는 승낙을 하는 것이 아니라, 제안된 공사변경을 시공자가 수행하도록 하기 위해 지시(instruction)를 내린다는 것이다.<sup>50)</sup> 생각컨대 이런 방식을 통해 공사지시가 이루어지면 그때서야 Red Book의 경우 제12조 및 Yellow/Silver Books의 경우 제3.5조에 따라 계약대금 조정이 결정되기 때문에, 시공자 제안은 청약의 요건을 갖추지 못하기 때문인 것으로 해석한다.

한편 FIDIC에서는 시공자가 먼저 발주자에게 서면으로 공사변경을 제안할 수 있도록 허용하고 있는데, 소위 말하는 ‘가치공학(value engineering)<sup>51)</sup>’의 경우에 한한다. 시공자는 언제라도 시공자의 판단에 따라서 (i) 완공을 단축하거나, (ii) 공사목적물을 이행, 유지, 운영하는 발주자의 비용을 줄이거나, (iii) 발주자에게 완성된 공사목적물의 효율 또는 가치를 향상시켜 주거나, 또는 (iv) 기타 발주자에게 이익이 되는 경우 서면 제안서를 제출할 수 있도록 하고 있다.<sup>52)</sup> 만일 시공자의 제안이 네 가지 중 어디에도 해당하지 않는다고 엔지니어나 발주자가 판단하면, 공사변경 지시는 내리지 않을 것이다. Yellow Book과 Silver Book상 제13.2조에는 상기 요건만 들어가 있으나,<sup>53)</sup> Red Book상에는 시공자의 이러한 제안이 공사비를 절감하게 되거나 발주자에게 이익을 가져다준다면 그 이익을 시공자와 나누어 갖도록 하고 있고 그 계산방식까지 제공하고 있다. 시공자는 가치공학(value engineering)을 제안할 의무를 갖지는 않기에, 자신에게 이득이 되는 것 확실하지 않다면 이러한 제안을 하지 않는다고 한다.<sup>54)</sup>

48) FIDIC, Cl. 13.3.

49) Jaeger & Hök, *supra* note 18, p. 268.

50) *Ibid.*, at 268-269.

51) 가치공학(value engineering)은 생애주기 원가의 최적화, 시간절감, 이익증대, 품질향상, 시장점유율 증가, 문제해결 및/또는 보다 효과적인 자원 이용을 위해 사용되는 창조적인 접근방법 이라 한다. 『프로젝트관리 표준용어 해설집』사단법인 한국프로젝트관리기술회, 2004.

52) FIDIC, Cl. 13.2.

53) Yellow & Silver Book에서는 Red Book에서처럼 value engineering의 경우 시공자에게 인센티브 제공과 아울러 그 계산방식이 제공되지 않는 이유는, Red Book 제12조에서처럼 계약가치 산정조항이 없기 때문이다. *The FIDIC Contract Guide*, p. 221.

54) *The FIDIC Contract Guide*, p. 220.

## 7. 발주자의 지시에 대한 시공자의 명시적인 거부권

시공자는 유효하게 내려진 공사변경 지시에 따라 시공할 의무가 있다. 유효한 공사변경 지시란 발주자가 계약상 허용된 공사변경 대상을 규정된 절차 및 방식에 따라 지시를 내린 경우이다. 만일 시공자가 그 지시대로 이행하지 않으면 영미법상으로는 시공자의 고의나 과실 등의 귀책여부와 상관없이 계약위반이 된다.<sup>55)</sup> 그러나 발주자의 유효한 공사변경 지시에 따르는 것은 때때로 시공자에게 너무 가혹한 결과를 초래할 수도 있기 때문에 시공자는 공사변경 지시를 거부할 권리를 계약상 유보하거나 발주자의 공사변경 권한행사를 제한하기도 한다.

FIDIC 제13.1조에 따르면 발주자가 내리는 공사변경 지시에 대해 시공자가 거부할 수 있는 사유를 적시하고 있는데, Red Book과 Yellow/Silver Books에서 제공하고 있는 사유가 약간 다르다. Red Book상에서는 만일 시공자가 공사변경을 하기 위해 필요한 물품(goods)<sup>56)</sup>을 쉽게 확보할 수 없다면 이러한 사유를 상세히 기술해 거부통지를 제공하도록 하고 있다. 반면 Yellow Book과 Silver Book에서는 세 가지 거부사유를 명시하고 있는데, (i) 공사변경을 하기 위해 필요한 물품을 쉽게 확보할 수 없거나, (ii) 공사변경이 안전에 위협을 가하거나 공사목적물의 적합성(suitability)을 감소시키는 경우, (iii) 시공자가 제공한 이행보증에 부정적인 영향을 미치는 경우이다. 발주자는 시공자의 거부통지 수령 후, 이에 대한 답변으로 자신의 공사변경 지시를 취소할지, 확인할지 아니면 재변경할지를 결정해야 한다. 만일 시공자가 거부통지를 하였는데 발주자가 그 지시를 확인하여 양 당사자의 입장이 팽팽히 맞선다면, 결국 어느 당사자의 입장이 더 합리적인지 여부로 판단될 수밖에 없다.<sup>57)</sup>

## 8. 계약관리자의 대리권

계약상 발주자는 자신의 공사변경 권한을 보통 계약관리자(contract administrator)<sup>58)</sup>에게 수여한다. Red Book과 Yellow Book에서 반드시 엔지니어를 선임하도록 하고 있고, Silver Book에도 계약상으로는 발주자가 공사변경을 지시하도록 되어 있지만 거의 대부분은 발주자의 대리인(employer's representative)이 그 역할을 수행하게 한다. 그 경우 계약관리자는 발주자의 대리인으로서 공사변경 지시를 내릴 수 있는 임의대리권을 수여받게 된다. 계약관리자는 계약상 수권된 범위 내에서 그 대리권을 행사함으로써 그 효과가 발주자에게 귀속된다. 그렇지 않으면 그 효과는 발주자에게 귀속되지 않는다. 표현대리의 경우도 마찬가지이다. 표현대리(apparent or ostensible authority)란 계약관리자가 대리권이 없음에도 불구하고

55) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, para. 4.10.

56) 여기에서 물품이란 시공자의 설비, 자재, 플랜트, 가설공사에 필요한 물품 등을 말한다. *The FIDIC Contract Guide*, p. 218.

57) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, paras. 4.87.

58) 계약관리자란 엔지니어, 건축사 및 그 밖의 발주자의 대리인(employer's representative) 등을 말한다.

하고 마치 그것이 있는 것과 같은 외관이 존재하고, 발주자가 그러한 외관의 형성에 관여 하든가 외관을 방지하는 등 발주자가 책임져야 할 사정이 있는 경우에, 그 무권대리 행위에 대하여 본인에게 책임을 지우는 제도이다.<sup>59)</sup> 영국법에서도 표현대리를 인정하고 있기에, 계약의 준거법이 영국법이라면 표현대리 상황 하에서 시공자는 발주자를 상대로 추가공사비를 구할 수 있다. 예컨대, 계약상 계약관리자에게 공사변경 지시 권한을 수여하고 있지 않으나, 시공자가 공사변경 제안을 제시할 수 있도록 허용하고 계약관리자는 그 제안을 검토, 협상 그리고 합의할 수 있도록 권한을 부여하고 있는 상황을 들 수 있다. 즉 계약상 계약관리자는 명시적인 대리권을 수여받지는 않으나, 표현대리가 존재한다고 할 가능성이 높고 계약관리자가 계약상 규정된 범위 및 요건에 부합하는 공사변경 지시를 하게 되면 그 효과는 발주자에게 귀속된다. 그러나 계약관리자의 공사변경 지시가 계약상 요건에 부합하지 않게 된다면 표현대리는 성립할 수 없게 되고, 발주자는 그 행위에 구속되지 않는다.<sup>60)</sup>

공사변경 지시의 대상이 되는 추가공사 유형(type of extra work)이나 추가공사의 물량(volume of additional work), 그리고 언제까지 공사변경의 지시가 가능한지에 대한 제한을 두고 있는 경우, 계약관리자의 명시적인 대리행위나 표현대리는 이 요건들에 부합해야 한다.<sup>61)</sup> 그렇지 않으면 그 효과가 발주자에게 귀속되지 않는다. 물론 시공자가 표현대리조차 존재하지 않는 상황에서 공사변경을 강행하면 시공자는 변경된 공사목적물에 대한 추가 보상도 받지 못할 뿐 아니라, 그러한 변경은 영미법상 시공자의 계약위반이 된다.

한편 계약관리자가 발주자로부터 대리권을 수여받았다 하더라도 발주자의 다른 권리, 즉 시공자가 유효한 공기연장 클레임을 위해 제20.1조하의 기한 내 통지요건 등을 모두 충족해야 한다고 주장할 수 있는 권리를 계약관리자가 대신 포기(waive)할 수 있다는 의미는 아니다. 계약관리자가 통지요건에 반하는 시공자의 클레임을 허용하면서 발주자의 이익제기 권리까지 포기한 사건에서, 영국법원은 계약관리자가 발주자 동의 없이 그를 대신해 계약상의 권리까지 포기할 권한을 수여받은 것은 아니라고 판시했다.<sup>62)</sup> 계약관리자가 공사변경 지시가 아닌 발주자를 대신해 단순한 공사변경 승인(concession)까지 내릴 수 있도록 수권받은 것도 아님을 유의해야 한다. 따라서 시공자는 계약관리자가 발주자를 대신해 공사변경 승인(concession)을 내릴 수 있는 명시적 권한을 수여받았는지 확인할 필요가 있고, 그렇지 않다면 발주자가 직접 승인을 내리도록 해야 한다.<sup>63)</sup> 그래야 공사변경의 단순 승인이 유효하게 된다.

59) 양창수, 김재형, 『계약법』 박영사, 2010, 207면.

60) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, paras. 8.75-8.80.

61) *Ibid.*, paras. 8.80-8.84.

62) *John Laing Construction Ltd v. County & District Properties Ltd* (1982) BLR 1.

63) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, para. 2.73.

## 9. 공사변경과 독립적 보증과의 관계

국제건설계약에는 보통 시공자가 제공하는 독립적 보증<sup>64)</sup> 형태의 이행보증서가 수반된다. 그런데 보증의 기초가 되는 원인계약 조건이 당사자들 합의에 의해 변경되면 보증의 효력은 더 이상 유효하지 않는 것이 영국법원의 기본 입장이다. 왜냐하면 보증인의 채무는 원인계약에 한정된 것이고, 보증인이 당사자들 합의에 의해 변경한 계약조건에 동의하지 않으면 그 계약에 더 이상 구속되지 않기 때문이다.<sup>65)</sup> 이러한 상황을 방지하기 위해 당사자들은 원인계약 조건이 당사자 합의에 의해 변경되거나 보증기간이 연장되는 경우에도 보증은 여전히 유효하다는 관용조항(indulgence clause)을 계약서에 포함시킨다. 그러나 관용조항은 원인계약의 본질적인 기초를 파괴하는 계약변경(modification)에까지 적용되지 않는다고 판시한 2013년 영국 항소법원 판례가 있다.<sup>66)</sup> 이를 보증의 계약범위원칙(purview doctrine)이라 부르는데, 계약변경이 원인계약의 본질적인 기초를 파괴하는 정도여서 보증인의 동의 없이 그 책임을 부담하게 한다면 이는 원래 보증의 범위(purview)를 벗어난 것이기 때문에 보증인은 면책된다는 원칙이다. 독립적 보증이 주채무에 부종성과 보충성이 없는 보증이어서 보증인이 1차적 책임을 지는 구조이기 때문에, 계약범위원칙은 더욱 설득력이 있어 보인다. 최근의 영국 항소법원은 이러한 입장을 지지하는 것으로 보인다. 그러나 어느 정도의 계약변경이 원래 보증의 범위(purview)를 벗어나는지에 대해 영국법원은 명확한 기준을 제시하지 않고 있다.<sup>67)</sup>

그렇다면 계약변경의 일부 유형인 발주자의 공사변경 지시가 내려짐으로 인해 보증인의 책임이 상당히 가중된다면, 발주자와 시공자는 보증인이 변경된 이행내역에 대해 여전히 주된 채무를 부담하도록 하기 위해서는 보증인의 동의를 득해야 할지도 모르겠다. 그러나 보증인이 이를 순순히 동의할지는 의문이며, 아마도 추가보증에 따른 보증 수수료 금액의 증액을 요구할 것이다. 그렇기 때문에 Yellow/Silver Books에서 시공자가 발주자의 공사변

64) “청구보증(demand guarantee)”라고도 부르며, 독립적 보증은 국내 민법에서의 보증의 의미와 기능이 다르다. 독립적 보증은 주채무를 보증하기 위해 발생되지만 보증금의 지급이 주채무에 걸린 되지 아니하는, 즉 보충성(補充性)과 부종성(附從性)이 없는 보증을 의미한다. 독립적 보증은 다양한 형태의 주채무의 이행을 담보하기 위해 발행되나 그 원인거래와는 분리·독립된 것이라는 이른바 ‘독립성의 원칙’에서 비롯된다. 따라서 주채무가 실제로 이행되었는지 여부는 보증금 지급요건이 아니고, 독립적 보증에서 요구하는 내용과 부합하는 서면청구를 수익자가 제시하면 보증금 지급의무가 발생한다는 점에서 추상성의 성격을 띤다. 정홍식, “국제상업회의소(ICC)의 독립적 보증에 관한 통일규칙(URDG) 개정안 제3차 초안의 주요 내용” 경영법률, 제20집, 제1호 (2009), 688면. 독립적 보증에 관한 다른 주요 문헌으로는 석광현, “독립적 보증의 제문제” 무역상무연구, 제17권 (2002); 김형식, “保證契約과 損害擔保契約”, 저스투스 통권 제77호(2004); 허해관, “국제 건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구, 제22집 제1호 (2013) 참조.

65) *Holme v. Brunskill* (1877) 3 QBD 495.

66) *CIMC Raffles Offshore (Singapore) Limited, Yantai CIMC Raffles Offshore Limited v. Schahin Holding SA* [2013] EWCA Civ 644.

67) *Tridos Bank NV v. Dobbs* [2005] 2 CLC 95, at para. 14; *CIMC Raffles Offshore (Singapore) Limited, Yantai CIMC Raffles Offshore Limited v. Schahin Holding SA* [2013] EWCA Civ 644, at para. 41.

경 지시를 거부할 수 있는 명시적인 사유 중 하나로서 ‘이행보증에 부정적인 영향을 미치는 경우’를 포함시킨 것으로 보인다. 그럼 발주자 일방의 공사변경에 따라 보증금액이 증액되어야 한다면 누가 지급해야 하는가? 이는 상업적 이슈이기 때문에 당사자 간 협의에 따를 수밖에 없을 것이다. 한편 공사변경이 원인계약의 본질적인 기초를 파괴하는 정도라면 이는 계약범위 또는 계약변경 조항의 범위를 벗어난 것이기에 유효한 공사변경으로 간주될 수 없을 것이다.

공사변경과 보증과의 관계에서 2009년 영국 1심법원이 흥미로운 판결을 내놓았는데, 건설계약에서 발주자 일방의 공사변경 지시는 공사범위에 대한 변경이지, 당사자 간 ‘합의에 의한 계약변경(consensual variations)’이 아니기에 두 가지를 구분해야 한다는 입장을 취한 바 있다.<sup>68)</sup> Ramsey 판사는 발주자 일방의 공사변경 조항이 있고 이행보증이 제공된 상황에서 공사에 대한 변경이 있다고 해서 반드시 계약조건(terms of contract)에 변경이 가해진 것은 아니라고 판시하였다. 계약조건은 변경되지 않았고 단지 공사물량에 있어 시공자의 의무가 변경되었을 뿐이라는 것이다. 따라서 Ramsey 판사는 발주자 일방의 공사변경 경우와 당사자들 간 ‘합의에 의한 계약변경’을 구분하여 달리 취급하고 있으며, 전자의 경우 계약서에 수반된 이행보증의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다고 판시하였다.<sup>69)</sup> 결론적으로 영국법에 따르면 발주자의 유효한 공사변경 지시는 시공자의 기존 이행보증에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

### Ⅲ. 국제건설계약에서 공사변경의 법적 성격 및 다른 원칙들과의 구분

#### 1. 공사변경의 법적 성격

국내법적 시각에서 공사변경은 계약변경의 일환으로서, 계약변경은 크게 두 가지로 나눈다. 첫째, 기존 계약을 대체하고 완전히 새로운 계약을 맺는 것과, 둘째 기존 계약의 효력을 유지한 채 채무내용의 일부만 바꾸는 것이다. 전자는 경개(更改)<sup>70)</sup>에 해당된다. 후자는 기존 채무의 동일성을 유지하면서 계약내용의 일부만 수정하는 형식의 계약변경이다. 이러한 국내법의 시각에서 보았을 때 국제건설계약 상의 공사변경(variations)은 후자에 속한다. 즉 기존 계약의 효력은 유지한 채 일부만 바꾸는 것이고, 국내법에서 이는 계약자유의 영역에 일임하였으니 계약의 준거법이 한국법이어도 공사변경(variations) 조항은 유효하다고

68) *Beck Interiors Limited v. Dr Mario Luca Russo* [2009] EWHC 3861 (QB).

69) *Ibid.*

70) 민법 제500조에서 更改의 요건 및 효과에 관해 규정하고 있다. 更改(novation)는 채무의 요소, 즉 채무의 주요부분을 변경함으로써 신채무를 성립시키는 동시에 구채무를 소멸시키는 채권자와 채무자간의 계약이다. 更改에 의하여 구채무는 소멸되고 신채무가 성립하며, 신구채무자간에는 동일성이 유지되지 아니한다.

본다. 독일민법의 경우도 유사하여 이를 계약자유의 영역에 일임하였다.

영국에서 계약변경은 영어로 *variation*, 미국에서는 *modification* 또는 *amendment*로 표현하는 것이 보통이다. 영미법에서 계약변경은 계약당사자들이 쌍방향의 합의에 의해 계약조건을 변경함으로써 발생한다<sup>71)</sup>는 점에서 국내법적 시각과 다르지 않다. 다만 영미법에서는 오래 전부터 별도의 계약변경 법리가 존재하는데, 당사자 간 합의에 의한 계약변경에 약인(*consideration*)을 요구하는 것이다.<sup>72)</sup> 계약변경 시 쌍방 모두가 기 존재하는 채권의 일부를 포기하거나 아니면 일방 당사자가 타방 당사자에게 새로운 이득을 가져다주는 경우, 약인이 존재하는 것으로 본다. 또한 추가적인 채무인수의 경우에도 약인이 존재한다.<sup>73)</sup> 그러나 점차 계약변경에 약인의 요건이 완화되어 가고 있다. 그럼 건설계약에서 양 당사자의 합의에 의하지 않고 발주자 일방에게만 공사변경 권한을 부여하는 약정이 유효한 것이고, 발주자 일방의 공사변경에 약인이 존재하는가? 영국 *common law* 상의 판례들은 이를 유효한 것으로 보고 있다.<sup>74)</sup> 발주자의 공사변경 지시는 시공자로 하여금 기존 공사범위를 벗어나 시공하도록 하는 것임과 동시에 시공자에게 별도의 보상이 주어지기 때문에 그 공사변경에는 분명한 약인이 존재한다.

## 2. 계약목적달성불능의 원칙과의 구분

영국에서는 계약체결 이후 계약의 이행이 불가능하게 되었거나 또는 불법한 것으로 되었거나 또는 계약의 이행을 당사자들이 계약체결 시에 생각하고 있었던 바와 근본적으로 다른 것으로 만드는 사건이 발생한 경우에 ‘계약목적달성불능의 원칙(*doctrine of frustration*)’이 적용된다. 계약의 기초를 이루고 있는 기본적 전제를 파괴한 경우에 이 원칙이 적용된다. 그 효과는 계약이 법의 작용에 의하여 자동적으로 해소 또는 종료되어 계약당사자 모두가 의무를 면하게 된다.<sup>75)</sup> 이 원칙이 적용되면 해제와 같은 행위는 필요가 없다.

71) *Chitty on Contracts*, 31th ed., (Sweet & Maxwell 2012), para. 22-032.

72) 미국에서는 *common law*와 *Restatement of Contract*, 그리고 통일상법전 상의 계약변경 요건이 다르다. 판례로 이루어진 *common law* 상에는 기존의무원칙(*pre-existing duty rule*)이 적용되어, 유효한 변경을 위해서는 약인을 필요로 한다. 만일 약인이 없게 되면, 원래의 계약내용이 여전히 유효하다.

*Restatement of Contract 2d*는 *common law*와 약간 다른 입장을 취하는데, 특정한 경우에 변경은 새로운 약인이 없어도 유효하게 인정된다. (*Restatement of Contract 2d*, §89). *Restatement*에 의하면, 약인에 의해 뒷받침되지 않는 변경은 다음의 경우에만 유효하다: a) 계약이 체결된 경우에 통상적으로 예견되지 못한 사정임을 고려해 볼 때, 변경을 인정하는 것이 공평(*fair*)한 경우; b) 주 법률에서 그러한 변경의 유효성을 인정하는 경우; c) 변경된 내용으로 이행하는 것이 공평의 원칙에 부합하는 경우가 그것이다.

통일상법전(*Uniform Commercial Code*) Article 2, §2-209(1)에 의하면, 변경은 약인이 없는 경우에도 효력이 발생하도록 하고 있다.

73) *Chitty on Contracts*, para. 22-035.

74) *Ibid.*, para. 22-039.

75) 이호정, 『영국계약법』경문사, 2003, 483면. (영국에서 동 원칙은 이행이 불가능한 것은 아니고 다만 이행이 비용의 증가로 ‘실행곤란(*impracticable*)’하게 된 경우에 대해서는 계약목적달성불능의

미국에서는 상기의 경우를 두 가지로 나누고 있다. 첫째, 사정의 변경으로 급부가 절대적으로 불능은 아니지만, 이행이 극히 곤란하게 된 실행곤란(impracticability)의 경우이다. 둘째, 급부의 이행이 가능한 하지만 그 의미가 없고 또한 계약의 목적을 달성할 수 없는 계약목적달성불능(frustration)으로 구분하고 있다. 전자인 실행곤란(impracticability)의 경우 채무자가 면책되기 위해서는 다음 4가지 요건을 갖추어야 한다: (1) 사정의 변경으로 합의된 이행을 곤란케 하여야 하며, (2) 사정의 변경이 없을 것이 계약체결의 기본적인 전제가 되어 있어야 하며, (3) 계약이행의 곤란이 면책을 구하는 당사자의 귀책사유 없이 발생하여야 하며, (4) 면책을 구하는 당사자가 이러한 이행곤란의 위험을 인수하지 않았어야 한다.<sup>76)</sup> 후자인 계약목적달성불능(frustration)의 경우 채무자가 급부를 이행하고 채권자가 그 급부를 수령하는데는 아무런 문제가 없으나, 그러한 이행이 채권자에게는 아무런 의미가 없거나 계약목적 달성을 할 수 없는 경우로서, 이러한 경우에는 당사자의 급부 의무를 면책케 한다.<sup>77)</sup> 그런데 채무자를 면책케 하는 계약목적달성불능의 요건은 실행곤란성의 요건과 매우 유사하다. 그러나 미국의 판례는 실행곤란성에 근거하여서 보다 계약목적달성불능에 근거하여 채무자를 면책케 하는 것을 꺼리고 있다.<sup>78)</sup> 반면 영국은 양자의 이론을 계약목적달성불능의 원칙 하나로 통합하여 다루고 있다. 어떠한지 영미 계약법에서는 사정변경을 쉽게 인정하지 않고 있음을 알 수 있다.<sup>79)</sup>

건설계약에서 발주자의 공사변경 권한은 계약체결 이후 어떤 사건, 예컨대 공정상의 어려움 등이 발생하였으나, 공사변경만 이루어지면 공사목적물이 완공할 수 있음을 상정한 것이다. 여기에서 발생한 사건은 계약목적달성불능의 원칙에서 발생한 사건처럼 계약의 기본적 전제를 파괴할 만한 사건은 아니다. 그러니 계약상 규정을 두어 계약내용을 변경한다. 예컨대 공사에 들어가는 특수자재를 사용하는데 있어 관련 법규의 변동으로 그 사용이 위법하게 된다면, 이는 당사자들 간 계약목적 달성을 급격히 변동시키는 것이라 하기는 어렵다. 따라서 관련 법규의 변동에 대해서는 상기 원칙을 적용하여 계약을 해소하기보다, 계약상 어느 당사자가 그 위험을 부담하기로 했느냐에 따라 그 결과를 달리한다. 시공자가 위험을 부담하였다면 공사변경이 아닌 발주자의 단순한 공사변경 승인(concession) 정도로 충분하나, 반대로 발주자가 위험부담을 하였다면 발주자는 공사변경 지시를 내려야 하고 그로 인해 공사목적물을 완공할 수 있도록 해야 한다.<sup>80)</sup>

사유로 인정하지 않는다).

76) E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Vol. I, II, III, Aspen Publishing Co., 2004, p. 158.

77) 김상용, 『비교계약법』법영사, 2002, 52면.

78) Farnsworth, p. 165.

79) 김상용, 전제서, 53면.

80) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, para. 2.55.

### 3. 사정변경의 원칙과의 구분

사정변경의 원칙은 법률행위, 특히 계약의 성립의 기초가 된 사정이 그 후에 당사자가 예견하지 못하였거나, 예견할 수 없었던 현저한 변경이 있어서, 당초의 법률행위의 효과를 그대로 유지하는 것이 오히려 신의성실의 원칙에 반할 때에, 그 법률행위의 내용을 변경된 사정에 맞게 수정하거나 그 법률행위의 효력을 종료케 할 수 있는 법원칙을 말한다.<sup>81)</sup> 그러나 이러한 사정으로 계약이행 자체가 불가능한 상황은 불가항력(force majeure)라 불린다. 사정변경 하에서는 여전히 계약상의 의무이행이 가능하기 때문에 불가항력에는 해당하지 않지만, 그대로 이행하게 하는 것이 일방 당사자에게 현저히 불공평한 결과를 초래하므로 이를 그대로 이행하기보다는 당사자들의 재협상 또는 법원의 개입에 의해 무너진 계약의 균형을 다시 회복하게 한다.<sup>82)</sup> 반면 불가항력의 경우에는 불가항력적 사유에 의해 일방 당사자의 의무이행이 불가능하게 되므로 불가항력 사유가 지속하는 동안 그 당사자의 의무이행을 면제해 준다.

원래 건설공사는 통상 2-5년 장기간에 걸쳐 이행되기에 사정변경이 발생할 확률이 높은 분야이다. 발주자 일방의 공사변경 권한은 일부 사정변경이 발생하였을 때, 자신이 지시하는 대로 시공자가 공사변경을 하도록 한다는 점에서 어찌 보면 사정변경 원칙이 반영된 일부 유형으로 볼 수 있다. 다만 발주자의 공사변경 권한은 계약상 부여되는 것이기 때문에 그 틀 내에서만 제한적으로 행사되어야 한다. 반면 사정변경 원칙은 계약 상 달리 명시하고 있지 않는 한, 준거법으로 지정된 국가의 법이 사정변경의 원칙을 인정하고 있으면 준거법의 계약해석 보충적 기능에 의해 이 원칙의 적용을 인정할 수 있다.<sup>83)</sup> 한편 FIDIC 표준계약조건이 일반적인 사정변경 조항을 두지 않고 개별적으로 사정변경 원칙이 반영된 조항<sup>84)</sup>을 두는 방식을 택했는데, 그 이유는 FIDIC 계약조건은 사정변경 원칙을 제한적으로 인정한다는 것이 FIDIC 계약조건 기초자의 의도인 것으로 해석된다.<sup>85)</sup>

81) 김상용, 전제서, 43면.

82) 국제상사계약법원칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) 제6.2.2.조는 이행가혹(hardship)이라는 제명 하에 사정변경의 원칙을 인정하고 있다. 일방 당사자의 이행비용이 증가하거나 일방 당사자가 수령하는 이행의 가치가 감소하여 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사건이 발생한 경우에 일정한 요건 하에서 이행가혹을 인정한다. 일정한 요건이란 (1) 그러한 사건이 계약을 체결한 후에 일어나거나 불이익을 입은 당사자에게 알려져야 하고, (2) 계약 체결 시에 불이익을 입은 당사자에 의해 합리적으로 고려될 수 없었고, (3) 그러한 사건이 불이익을 입은 당사자의 통제범위 밖에 있고, (4) 불이익을 입은 당사자가 그러한 사건의 위험을 인수하지 않았어야 한다는 것이다. 한편 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law) 제 6:111조는 사정의 변경(change of circumstances)라 하여 국제상사계약법원칙과 유사한 조항을 두고 있다.

83) 석광현, “FIDIC 조건을 사용하는 국제건설계약의 준거법 결정과 그 실익”, 사법 29호 (2014. 9), 41면.

84) FIDIC에 사정변경 원칙이 반영된 조항들로는 Red Book 및 Yellow Book 제4.12조[예견할 수 없는 물리적 조건(unforeseen physical conditions)], 제4.24조[화석(fossils)], 제13.7조[법률의 변경으로 인한 조정(adjustment for changes in legislation)], 제13.8조[공사비 변경으로 인한 조정(adjustment for changes in cost)] 등이 그것이다.

#### IV. 발주자의 공사변경권 제한

그럼 발주자의 공사변경 권한행사는 아무런 제한없이 행사할 수 있는 것인가? 만일 시공자가 수행해야 할 추가공사가 원래 공사와 달리 상당히 큰 위험을 수반하는 것이라면 그럼에도 불구하고 시공자는 동일한 시공의무를 가져야 것인가? 즉 추가공사가 수반하는 위험의 정도가 커서 시공자가 원 계약에서라면 계약체결조차 하지 않았을 정도의 위험에 맞닥뜨린 경우이다. 또한 발주자의 공사변경 시 시공자의 설계책임과 그에 따른 위험이 가중될 수도 있다. 왜냐하면 설계 및 시공계약에서 발주자의 요구조건서가 변경되면, 시공자는 그에 맞추어 설계변경을 해야 하는데 그에 따른 위험이 아주 크거나 설계변경 자체가 불가능할 정도이면 어떻게 해야 하는가? 또 앞서 FIDIC의 조항에서 살펴보았던 것처럼 발주자는 공사변경 권한을 통해 일부 공사를 생략할 수 있도록 하고 있는데, 그로 인해 계약대금이 조정되어 시공자가 상정했던 이윤을 도저히 달성할 수 없는 경우라면 어떻게 해야 하는가? 이러한 의문에 대해 어떤 경우에 발주자의 공사변경권이 제한될 수 있는지 살펴보도록 하겠다.

##### 1. 발주자 공사변경권의 명시적 제한

우선 발주자의 공사변경 권한은 계약상 명시적으로 제한될 수 있다. 첫째, 공사변경을 지시할 수 있는 공사유형(type)과 방식(method)에 제한을 가하는 것이다. ENNA Model Form International Contract 2010에서는, “일반적인 공사범위 내에 속하고 전혀 관련없는 공사가 아니어야 하며, 여러 가지 사안을 고려하여 기술적으로 실행가능한 경우에 한해 공사변경 지시를 내릴 수 있도록 한다”는 명시적인 제한을 하고 있다.<sup>85)</sup> FIDIC에서는 이러한 명시적 제한문구는 존재하지 않는다. 그러나 앞서 ‘II.2 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위 및 형태’에서 설명한 것처럼 어느 정도 제한되어 있는 것이 일반적인 원칙이기는 하나, 각 준거법 상 달리 해석될 수 있는 여지가 있기에 당사자, 특히 시공자는 계약상에 이러한 문구를 통해 발주자의 관련 권한을 제한시킬 필요가 있다. 그리고 앞서 ‘II.7 발주자의 공사변경 지시에 대한 시공자의 명시적인 거부권’에서 살펴보았던 것처럼 FIDIC에서 표준계약 유형마다 약간은 달리 시공자의 명시적인 거부권을 제공하고 있다.

둘째, 발주자가 공사변경 할 수 있는 공사물량에 명시적인 제한을 가할 수도 있다. 만일 발주자가 수많은 공사변경을 지시하는데 그 공사변경 가치가 너무 낮아 시공자에게 이익을

85) 김승현, 전제서, 160면.

86) [T]he employer can instruct a variation: ‘. . . provided that it falls within the general scope of the Works and does not constitute unrelated work and that it is technically practicable, taking into account both the state of advancement of the Works and the technical compatibility of the change, modification, addition or deletion with the nature of the Works as specified in the Contract.’

가져다주지 않으면서 다른 작업에 많은 지장을 초래하는 경우가 있을 수 있다.<sup>87)</sup> 공사변경의 양을 제한할 수 있는 다른 방법은 퍼센티지로 그 한도를 정하기도 한다. 그러나 실제 발주자는 한 번에 아주 많은 분량의 공사변경을 하기보다, 공사가 진행됨에 따라 공사변경의 양을 점차 늘리는 방식을 취한다고 한다. 때문에 시공자는 어느 시점을 특정하여 제한된 물량을 넘었다고 주장하기 어려운 감이 있다. 그렇다면 시공자 입장에서는 점증하는 공사변경에 대해 그 보상비율을 높이는 방안도 생각해 볼 수 있다.<sup>88)</sup>

셋째, 공사변경 지시를 내릴 수 있는 시한은 대부분 인수증명서(taking-over certificate)가 발행되기 이전으로 한정하는 것이 보통이다.<sup>89)</sup> 이 시점에 공사목적물이 발주자에게 인도된다는 점을 감안할 때, 이 시점까지의 제한은 적절해 보인다. 그 이후 공사변경 지시가 내려진다면 시공자가 공사목적물 인도 이후 설비나 자재 그리고 인력을 급격히 줄이는 상황에서 추가공사 수행은 시공자에게 너무 가혹하고 많은 비용을 초래할 수 있다. 따라서 공사변경 지시의 시한이 지난 것에 대해서는 시공자는 이를 거부할 수 있는 권리를 계약상 적시할 필요가 있다. 만일 거부하지 않고 지시된 대로 수행한다면 시공자는 자신의 거절권을 포기한 것으로 간주될 수 있다.<sup>90)</sup> 만일 공사변경 지시 시한이 명시되지 않은 상태라면 발주자는 완공 이후에도 공사변경 지시를 내릴 수 있는지가 문제된다. 그러나 영국 항소법원은 완공 이후 발주자는 공사변경 지시를 내릴 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>91)</sup>

## 2. 발주자 공사변경권의 묵시적 제한

만일 발주자가 많은 분량의 추가공사나 공사변경 지시를 내려 시공자가 이를 감당하기 어려운 상황에 처하게 된다면, 영국법이 준거법이라면 시공자는 발주자의 공사변경 권한에 묵시적 제한이 있음을 주장할 수 있다.<sup>92)</sup> 발주자의 공사변경 지시로 인해 시공자가 계약체결시 전혀 감안하지 않았던 유형의 공사를 수행해야 한다면 시공자는 이를 거부할 수 있다고 판시한 영국 항소법원 판례가 있다.<sup>93)</sup> Cairns 판사는 계약상 공사변경 조항에서 의도된 추가공사나 공사변경의 유형과 그렇지 않은 유형, 즉 당사자들이 계약상 상정했던 것과 전혀 다르고 예상하지 못한 추가공사나 공사변경의 유형을 구분하도록 했다. 그리고 후자에 대해서는 계약범위 또는 공사변경 조항의 범위를 완전히 벗어난 것이기 때문에 시공자는

87) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, para. 5.86.

88) *Ibid.*, paras. 5.88-5.89.

89) FIDIC Silver, Red and Yellow Book 1999, Clause 13.1에서는 발주자가 인수증명서(taking-over certificate)을 발행하기 전까지 공사변경 지시를 허용하고 있다. 그러나 ICC Measurement Contract 2011, Clause 51(1)에서는 하자보수기간 동안에도 가능하도록 하고 있다.

90) Sergeant & Wieliczko, *supra* note 19, paras. 5.121-5.124.

91) *TFW Printers Ltd v. Interserve Project Services Ltd* [2006] EWCA Civ 875; 본 사건의 판사가 1심법원에서 내린 동일한 결론의 사건도 있다. *New Islington and Hackney Association Ltd v. Pollard Thomas and Edwards Ltd* [2000] EWHC 43 (TCC); [2001] BLR 74.

92) *Hudson's Building and Engineering Contracts*, para. 5-041.

93) *Thorn v. London Corporation*, (1876) 1 App Cas 120.

이러한 지시를 거부할 수 있다고 판시하였다. 즉, 계약상 시공자의 명시적인 거부권 사유가 없더라도 발주자는 공사변경에는 묵시적 제한이 가해질 수 있다는 논리이다. 그러나 반대로 만일 시공자가 계약범위 밖의 추가공사나 공사변경을 수행하였을 경우, 그에 대한 대가는 계약상 정해진 대금방식에 기초한 것이 아닌 투입된 비용과 아울러 합리적인 이윤을 더한 보상이 이루어져야 한다고도 하였다.<sup>94)</sup>

영국 1심법원은 계약상 발주자의 공사변경권이 너무 폭넓게 기술되어 있다면, 그 권리행사에는 묵시적인 제한이 가해질 수 있다고 판시한 바 있다. Humphrey 판사는 그 근거로 공사변경이라고 해서 당초 당사자들 의도와 완전히 다른 공사목적물을 건축하는 것은 아니고, 계약상 의도한 프로젝트 범위로 제한되어야 한다는 이유를 들었다.<sup>95)</sup> 그러나 어떤 기준 하에서 이를 구분할 수 있느냐는 상당히 어려운 문제이다. 사실 공사변경도 원래 의도와 다른 것을 지시할 수 있도록 되어 있는데, 어느 정도가 원래 의도와 ‘완전히’ 다르고 ‘전혀’ 예상하지 못한 정도의 변경인지가 애매하다. 한편 상기 두 개 판례들은 추가공사에 관한 것이지만, 동 원칙은 발주자가 공사를 생략(omit)하는 지시를 하였으나 그 정도가 아주 심하여 공사변경 조항의 범위를 벗어났다고 주장하는 경우에도 원용될 수 있다.<sup>96)</sup> 이렇듯 발주자의 공사변경권 행사에 대한 묵시적 제한은 지시된 추가공사가 시공자에게 계약체결 시 전혀 감안하지 않았던 책임을 부과하는 경우 발주자의 공사변경권 행사를 제한하고 있다.

### 3. 발주자의 공사 생략 권한, 제3자의 인입 및 그 밖의 제한

발주자는 공사변경 조항에 기대어 추가공사나 변경공사를 지시하기보다 공사범위 내의 특정 공사를 생략(omission)하도록 지시할 수 있는지에 대해 실무적으로 많은 논란이 발생하고 있다. 만일 발주자가 자신의 재정상태의 악화로 말미암아 특정 공사를 생략할 수 있다면 시공자와 기 합의된 공사범위를 자의적으로 축소하는 결과가 발생한다. 그로인해 발주자는 감액된 공사대금을 시공자에게 지급하면서 그 차액을 절감하는 효과가 발생한다.<sup>97)</sup> 더구나 생략한 공사를 제3의 시공자에게 맡길 수 있는지도 관건이다. FIDIC에서는 공히 엔지니어나 발주자가 공사 일부를 생략할 수 있도록 허용하고 있으나, 생략한 공사를 제3의 시공자에게 맡기지 않는 한해서 가능하도록 되어 있다.<sup>98)</sup> 한편, 생략지시된 부분에 대해 시공자가 보상받을 수 있는지 여부가 의문이다. Red Book만이 공사생략 부분에 대한 가치산정이 미리 합의되어 있지 않은 경우, 발주자가 공사변경의 일환으로 생략을 지시한 부분에 대해서는 시공자가 미리 들인 비용과 아울러 이윤까지 보상해주도록 하고 있다.<sup>99)</sup> 그러나 발주자가 시공자의 비용과 아울러 이윤까지 보상해준다면 그 생략된 부분의 소유권

94) *Ibid.*, at 127-128.

95) *Abbey Developments Ltd v. PP Brickwork Ltd* [2003] EWHC 1987 (TCC).

96) *Hudson's Building and Engineering Contract*, para. 5-039.

97) *Sergeant & Wieliczko*, *supra* note 19, para. 5.139.

98) FIDIC, Red Book, Cl. 13.1(d); Yellow & Silver Books, Cl. 13.1.

99) Red Book, Cl. 12.4.

은 발주자가 갖게 된다.

2007년에 영국 항소법원은 이러한 쟁점들을 다룬 바 있는데, 일단 공사변경 조항에 발주자의 공사 생략 권한이 명시되지 않았다면, 발주자는 공사변경권 행사의 일환으로 일부 공사를 생략할 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>100)</sup> 시공자는 총액대금확정 공사를 수주하면서 그 금액에 맞는 공사내역을 제시하여 계약을 체결하였기에 전체 공사대금채권을 갖는다고 판시하였다.<sup>101)</sup> 그러나 발주자의 공사 생략 권한이 명시되어 있다면 발주자는 일부 공사를 생략할 수 있다는 의미로 해석된다.

다른 쟁점은 발주자의 공사변경권에 공사 생략이 공사변경의 일부로 허용된 상태에서, 발주자가 일부 공사를 생략함과 동시에 제3의 시공자로 하여금 생략된 공사를 대신 수행하도록 할 수 있느냐 여부이다. 영국에서는 원래 이 같은 상황이 계약위반은 아니라고 보았다.<sup>102)</sup> 그러나 2003년 영국 1심법원은 하나의 새로운 기준을 제시하였는데, 해당 사건은 시공자와 공사인부를 제공하는 협력업체와의 계약에서 비롯되었다. 계약상 시공자가 가지는 공사변경권은 협력업체 용역 양의 증감을 가할 수 있도록 폭넓게 기술하고 있었다. 시공자는 협력업체의 용역수행에 불만이 있어 급기야 협력업체에게 현재 수행하고 구역의 용역만으로 제한하고 나머지 공사구역은 생략하겠다고 통지하였다. Humphrey 판사는 시공자가 특정 공사를 생략하고 그 공사를 제3의 협력업체로 하여금 대신 수행하도록 할 수 있는 권한을 가지는지를 판단하기 위해서는 일단 계약서 조항을 면밀히 검토해야 한다고 하였다. 그러면서 계약상은 시공자가 특정 공사를 생략하고 제3의 협력업체로 재배분 방식을 허용하고 있지 않기 때문에 시공자의 행위는 계약위반이라고 판단하였다. 그 근거는 공사 생략이 유효하려면 계약상의 공사변경권 ‘목적(purpose)’에 부합해야 하는데, 시공자 행위는 그 목적에 위배된 생략과 재배분이어서 계약위반이라는 논리이다. Humphrey 판사는 공사변경권의 ‘목적’을 따지는데, 그 지시를 내리는 발주자의 동기(motive)나 이유(reason)는 전혀 고려하지 않았다. 오직 공사변경권의 ‘목적’이 무엇인지에 대한 판단은 객관적인 판단 기준 하에서 이루어져야 한다고 보았고, 당사자의 주관적인 동기나 이유를 고려하지 않은 것이다.<sup>103)</sup>

대부분 표준건설계약서는 발주자가 특정 공사를 생략하도록 할 수는 있으나 이를 제3자에게 재배분은 불허한다. 그런데 비표준계약서(bespoke contracts)에는 간혹 제3자에게 재배분할 수 있도록 하고 있는데, 계약의 준거법이 영국법이라면 *Abbey* 판례에서 제시한 객관적 판단기준에 따른 공사변경권의 ‘목적’에 부합하는 한 유효하다 할 것이다. 한편 Humphrey 판사는 공사변경 조항에 발주자가 일부 공사를 생략하는데 따른 별도 보상을 제공하도록 되어 있다면, 시공자는 특정 공사의 생략으로부터 기인하는 손해배상청구나 계약위반 주장은 유효하지 않을 것이라 보기도 했다.<sup>104)</sup>

100) *SWI Ltd v. P&I Data Services Ltd* [2007] EWCA Civ 663; [2007] BLR 430, para. 18.

101) *Ibid.*

102) *Sergeant & Wieliczko*, *supra* note 19, para. 5.150.

103) *Abbey Developments*, para. 49.

104) *Ibid.*, para. 54.

상기 내용을 정리하자면 계약상 명시적으로 발주자가 일부 공사 생략 권한을 가지고 있고, 더 나아가 생략된 공사를 제3자에게 재배분할 권리까지 가지고 있다면 이는 가능할 것이다. 예컨대 시공자가 인력만 제공하는 복수의 협력업체들과 계약을 맺으면서 명시적으로 공사생략 및 제3자로의 재배분할 수 권한을 넣는 경우이다. 그렇지 않고 발주자가 특정 공사를 생략할 권한만 가지고 있다면, 객관적 판단기준에 따른 공사변경권의 ‘목적’을 따져야 한다. 그 목적에 따라서 발주자의 특정 공사 생략과 제3의 시공자에게로의 재배분이 계약 위반이 될 수도 혹은 아닐 수도 있게 된다.

발주자가 시공자의 공사범위 일부를 생략할 수 있다면 어느 정도의 공사 생략이 가능한지 의문이다. 발주자가 아주 상당한 물량의 공사 생략을 지시하면 이는 계약해지의 효과에 버금갈 수 있기 때문이다. 반면 시공자는 일정한 현장관리비용이 들기 때문에 어느 한도 혹은 그 이상의 공사를 수행해야 최소한의 수익을 거둘 수 있다. 때문에 발주자가 생략할 수 있는 공사의 양은 어느 정도 제한될 수밖에 없고, 그것이 어느 정도 가능한지 여부가 관건이다. 영국 1심법원에서 이 문제를 다룬 바 있는데, 시공자는 버려진 건물을 비바람이 몰아쳐도 끄떡없을 정도로 보수해야 했기에 공사기간 동안 3명의 인력을 현장에 상주시킬 것을 약정하였다. 발주자는 대부분의 공사 생략을 지시하고, 시공자에게는 좀 더 간소한 공사를 맡겼다. 그러나 발주자는 다른 제3의 시공자를 끌어들이려는 의도가 없었던 것으로 확인되었다.<sup>105)</sup> Jackson 판사는 발주자가 어느 정도 분량의 공사 생략을 지시할 수 있는지에 대해 판단기준으로 당사자들 사이의 ‘기본교섭(basic bargain)’을 들었고, 적어도 그 기본교섭이 훼손될 정도의 공사 생략은 아니어야 한다고 보았다. 발주자는 계약상 합의내용이 아주 불리하다고 판단했어도 공사 생략을 통해 그 합의를 무용지물로 만들 수는 없다고 보았던 것이다. 이 사건 당사자들 간 기본교섭은 버려진 대형건물을 비바람이 몰아쳐도 끄떡없는 정도로 보수하는 것이었는데, 발주자의 대부분 공사 생략은 기본교섭에 반하는 것이기에 그 정도의 공사변경권 행사는 인정할 수 없다고 판시하였다.<sup>106)</sup> 결국 Jackson 판사는 상업적 견지에서 본 사건을 바라보았고, 상당한 공사 생략은 계약 그 자체의 기초를 훼손하여 계약해지에 다른 아닌 효과를 갖기 때문에 그 정도의 공사 생략을 인정하지 않았다.

공사도중 새로운 문제가 발생하여 이를 해결하기 위한 추가 공사 필요 시, 발주자는 원래 시공자에게 그 추가 공사를 맡겨야 하는지 아니면 제3의 시공자를 인입해 맡겨도 무방한지가 쟁점이었던 미국 판례가 있다. 공사 생략이 동시에 수반되었던 상황은 아니었다. 시공자는 댐을 건설하기로 하였는데, 공사도중 새로운 콘크리트 벽을 세워야 할 필요성이 대두되었다. 발주자는 새로운 벽을 건설하기 위해 입찰을 하였고, 원 시공자를 포함해 세 개사가 입찰에 참여하였다. 그 결과 발주자와 원 시공자는 가격협상에 실패했고, 발주자는 새로운 시공자로 하여금 그 벽을 시공하게 하였다. 미국 연방항소법원에서는 새로운 벽은 원래 계약상의 공사범위가 아니고 완전히 새로운 것이기 때문에 발주자의 제3의 시공자 인입에 대해 원래 시공자는 반대할 권리가 없다고 보았다.<sup>107)</sup> 영국에서도 계약상 발주자가 추

105) *Stratfield Saye Estate Trustees v. AHL Construction Ltd* [2004] EWHC 3286 (TCC).

106) *Ibid.*, para. 36.

가공사를 지시할 수 있는 권리를 가질 때, 발주자가 반드시 원 시공자로 하여금 그 추가공사를 수행하도록 할 의무는 없는 것으로 보인다.<sup>108)</sup>

발주자의 공사 생략 여부에 대한 논란은 총액확정계약뿐 아니라 실측계약(measurement contract)<sup>109)</sup>에서도 발생한다. 이 방식은 물량에 대한 위험은 발주자가, 단가 자체의 변동 위험은 시공자가 부담하는 방법이다. 그렇다면 계약당시 추정했던 물량보다 실제 최종 수행된 일의 양이 감소한 것은 실측계약 그 자체 메카니즘에 의해 발생한 것이기에 공사 생략이 아니라는 호주판례가 있다.<sup>110)</sup> 이러한 실측계약 하에서도 실제 공사범위는 규정되어 있기 때문에 발주자의 공사 생략 지시에 관해서는 총액확정계약의 기준이 적용된다. 그렇다면 발주자가 물량 그 자체의 변경을 지시하는 것은 공사변경에 해당하게 된다.<sup>111)</sup>

#### 4. 계약상 의제된 공사변경(deemed variations)

계약상 의제된 공사변경은 반드시 발주자의 지시를 요하는 것이 아니고, 미리 지정된 사건발생의 결과 또는 계약문서들 사이의 불일치(inconsistency) 결과로서 공사변경 지시가 내려진 것으로 간주하는 것이다.<sup>112)</sup> 그중 계약상 미리 지정한 사건이 발생하면 공사변경이 이루어진 것으로 간주하는(deemed) 것은 시공자 입장에서는 계약상 반영할 필요가 있어 보인다. 이러한 방식은 발주자에게 위험을 부담시키는 방편이다. 시공자는 공사변경을 위한 발주자의 지시를 득할 필요가 없다. 예컨대 법규변동이라는 외부적 사건을 계약상 미리 지정해 두어 그 사건이 발생한 결과, 발주자의 정식 공사변경 지시가 없어도 시공자는 적절한 설계변경을 가할 수 있고 추가 공사비와 공기연장을 받을 수 있도록 하는 것이다.<sup>113)</sup> 한편 발주자는 시공자의 원래 설계가 부적절했기 때문에 법규변동과는 무관하게 시공자의 책임 하에 설계변경이 이루어졌어야 한다고 주장할 수 있다. 또한 당사자들 사이에 의제된 공사변경을 야기하는 사건이 발생했는지 또는 그 사건이 요구된 공사변경의 원인인지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다. 상기 예의 법규변동이 해당 프로젝트에 적용되는 사안인지 여부에 대해 이견이 있을 수 있고, 그 법규에 부합하기 위해 역무범위의 변경이 필요한지 여부에 대해서도 이견이 있을 수 있다.<sup>114)</sup>

107) *Hunkin Conkey Construction v. United States*, (1972) 461 F.2d 1270.

108) *Hudson's Building and Engineering Contract*, para. 5-033.

109) 실측계약에 대해서는 주 25을 참조.

110) *Acros Industries v. Electricity Commission of New South Wales* [1973] 2 NSWLR 186; (1973) 12 BLR 65.

111) *Hudson's Building and Engineering Contract*, para. 5-027.

112) *Sergeant & Wieliczko*, *supra* note 19, para. 3.248.

113) JCT 표준건설계약에 그러한 예가 존재한다. JCT Standard Form, Clause 2.17.2. ("where there is a change in the 'Statutory Requirements' after the 'Base Date' which necessitates a change to part of the work which is the contractor's responsibility, then 'such alternation or modification shall be treated as an instruction requiring a Variation of the Employer's Requirements'")

## 5. 발주자의 공사변경 지시의무 부과

계약상 “발주자는 공사목적물의 완공을 위해 필요한 일부 역무에 대해 계약변경 지시를 내려야 한다”는 조항이 있다고 가정하자.<sup>115)</sup> 시공자는 공사도중 시공방식의 변경없이 공사진행이 불가능한 상황이었지만(일시적인 급부장애 정도), 발주자의 사전 공사변경 지시를 득하지 못한 채 시공방식을 변경하여 공사를 진행하였다. 시공자는 사후적으로 추가공사비를 청구한 사건에서, 영국법원은 계약상 공사진행이 불가능하여 공사목적물 완공을 위해 필요한 일부 공사에 대해 공사변경 지시가 내려져야 했다면 시공자는 추가공사비에 대금채권이 인정된다고 판시했다.<sup>116)</sup> 즉 법원은 상기 조항은 발주자에게 완공을 위해 필요한 공사변경 지시 의무를 부과한 것으로 보았던 것이다. 따라서 시공자는 계약협상 시 발주자에게 명시적인 공사변경 지시 의무를 부과하는 편이 유리할 것이다. 이 판례에 의하면 시공자가 공사도중 공사변경 지시를 득하지 못한 채 스스로 이를 변경하여 공사진행을 했더라도 영국법이 준거법이라면 사후적으로 추가공사비를 보상받을 수 있을 것이다.<sup>117)</sup>

발주자에게 명시적인 계약변경 지시 의무는 부과되지 않았지만 어떤 계약에서는 쌍방 간 협조의무(duty to cooperate)만 부과한 경우가 있다. 이러한 협조의무가 발주자에게 공사변경을 지시할 묵시적 의무로 간주해야 하느냐는 다툼이 있었다. 영국법원은 발주자가 제공한 (시공자가 아닌) 설계의 결함 때문에 설계변경이 이루어져야 한다면 계약상 협조의무는 발주자에 공사변경 지시를 내릴 묵시적 의무를 부과한 것이라고 판시하였다.<sup>118)</sup> 이 사건의 특이한 점은 발주자가 위험을 부담한 설계하자 때문에 발생한 다툼이었기 때문에, 이는 시공자가 설계위험을 부담하기로 한 경우와 구분되어야 한다. 즉, 발주자가 부담한 위험이 아니라 시공자가 부담한 위험, 예컨대 시공자의 설계상 결함이랄지 시공상의 하자의 때문에 공사진행이 어려워진 상황에서, 시공자는 계약상 협조의무에 기대어 발주자가 계약변경을 지시할 묵시적 의무를 갖는다고 주장하기는 어려울 것이다.<sup>119)</sup>

114) *Sergeant & Wieliczko*, *supra* note 19, para. 3.251.

115) ICC Measurement Contract 2011, Clause 51(1)(a)에서는 “The Engineer shall order any variation to any part of the Works that is in his opinion necessary for the completion of the Works. . .”라고 되어 있다.

116) *Yorkshire Water Authority v. Sir Alfred McAlpine & Son (Northern) Ltd* (1985) 32 BLR 114.

117) 그러나 계약상 다른 일반조항, 예컨대 ‘발주자는 작위 또는 부작위에 의해 시공자를 지연시키거나 방해하지 않아야 한다’는 의무만으로 계약변경 지시를 내리지 않은 것이 발주자의 부작위에 해당되지 않는다고 판시한 사례가 있다. *Davy Offshore v. Emerald Field Contracting Ltd* (1991) 55 BLR 1.

118) *Holland Hannen & Cubitts (Northern) Ltd v. Welsh Health Technical Services Organisation* (1981) 18 BLR 80.

119) *Sergeant & Wieliczko*, *supra* note 19, para. 7.54.

## V. 결론

본고에서는 건설계약에서 발주자 일방의 공사변경 권한을 둘러싼 여러 가지 쟁점들을 열거하여 살펴보았다. 그러나 여기에서 다루지 못한 다른 중요한 쟁점들이 많이 남아있다. 먼저 발주자의 공사변경 지시를 둘러싼 다툼의 상당수는 계약상 공사범위(scope of works)의 해석을 둘러싸고 발생한다. 엔지니어나 발주자는 시공자가 특정 작업을 수행하도록 현장지시를 내린다. 이는 공사범위 이내의 것이어서 시공자가 부담하는 의무의 일부이기 때문에 공사변경 대상이 되지 않는다고 판단한다. 반면 시공자는 요구된 특정 작업은 공사범위를 벗어난 것이어서 발주자가 공사변경 지시를 내려야 한다고 주장한다. 양측의 입장이 팽팽히 맞서게 되면 급기야 시공자는 공사를 중지하게 된다. 왜냐하면 발주자의 공사변경 지시 없이 공사하게 되면 추가공사비를 보상받지 못한다고 판단하기 때문이다. 이를 교착상태(impatte)라 부른다. 그렇다면 쟁점은 발주가 요구한 특정 작업이 공사범위 이내의 것이냐 그렇지 않느냐로 모아진다. 이는 결국 계약해석의 문제로 이어져 계약서에 포함된 여러 관련 문서들에 대한 면밀한 검토와 판단을 요한다. 또한 계약해석의 문제는 상당히 어려운 사안이기 때문에 계약의 준거법에 따라 그 판단기준이 달라질 수 있다.

계약해석과는 완전히 다른 맥락에서 중요한 쟁점들이 남아 있다. 발주자의 공사변경 지시가 부재한 경우 혹은 발주자가 정식의 공사변경 지시를 거부하거나 오직 공사변경 승인(concession)만 해주는 상황에서 거의 대부분의 한국 시공자들은 공사를 진행할 수 밖에 없다고 한다. 공사중지로 인한 공기지연과 그로 인한 지연손해금 배상을 의식하지 않을 수 없기 때문이다. 그렇다면 사후에 시공자가 공기연장과 추가공사비 보상을 받을 수 있는 법리나 방법이 있을지 의문이다. 이와 관련해서는 몇 가지 법리를 검토해 볼 수 있는데, 먼저 공사변경을 둘러싼 전후 상황에서 부지불식간에 당사자들 간 ‘합의에 의한 공사변경(consensual variations)’이 존재하는지 여부이다. 이는 발주자가 일방적으로 지시한 공사변경이 아니기에, 당사자들 간 합의된 공사변경이 충분히 입증된다면 그에 따른 보상이 가능할 수도 있다. 둘째, 발주자가 계약상의 공사변경 요건이 결여되었음에 대한 권리주장을 포기(waive)했는지 여부이다. 즉 시공자는 추가보상을 받기 위해서는 공사변경을 위한 발주자의 정식 서면 지시가 내려졌음을 입증해야 하는데, 발주자가 자신의 권리를 포기한 것으로 본다면 시공자는 입증책임을 면하게 된다. 예컨대 발주자가 구두로 지시한 상황을 들 수 있다. 셋째, 당사자들 간에 변경된 부분에 대해서 완전히 새로운 계약이 체결되었는지 여부이다. 영국에서 이러한 계약을 부수계약(collateral contract)이라 부르는데, 발주자와 시공자 간 부수계약이 체결된 것이라면 그 계약에 기하여 공사대금청구권이 발생할 수 있다. 넷째, 시공자가 발주자의 요구에 따라 아예 계약범위 또는 공사변경 조항 범위를 벗어난 역무를 수행했으나 보상받지 못했다면 발주자는 부당이득(unjust enrichment)을 취한 것으로 보아, 시공자는 그 대가의 반환청구 가능성을 한번 검토해 볼 수 있다.

마지막 쟁점으로는 유효한 공사변경 지시로 인해 시공자에게 지급될 보상액의 가치산정(valuation) 절차이다. 이 가치산정 절차가 계약상 규정되어 있을 수도 있으나, 그렇지 않을

경우 어떤 절차나 기준에 따라 그 보상액이 결정되어야 하는지 또한 주된 관건이다. 이러한 남은 주요 쟁점들에 대해서는 추후 연구과제로 남기고자 한다.

◇ 주제어 ◇

국제건설계약, 해외건설프로젝트, 계약변경, 공사변경, 공사변경 지시, 공사변경 승인, 현장지시, 공사범위, 발주자, 시공사, 발주자 요구조건서, 공기연장, 추가공사비, 계약목적 달성불능의 원칙, 사정변경의 원칙, 독립적 보증, 기간도과청구금지조항

◆ 참고 문헌 ◆

- 김상용, 『비교계약법』, 법영사, 2002.
- 김승현, 『국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC 계약조건을 중심으로』, 박영사, 2015.
- 양창수, 김재형, 『계약법』, 박영사, 2010.
- 이호정, 『영국제약법』, 경문사, 2003.
- 현학봉, 『계약관리와 클레임 - FIDIC 1999년 신판 기준』, 2d ed., CPlus International, 2012.
- 김형석, “保證契約과 損害擔保契約”, 저스티스 통권 제77호(2004).
- 김세연·김영지, “국제중재를 대비한 해외건설 클레임 관리”, 국제거래법연구, 제22집 제1호 (2013. 7).
- 석광현, “FIDIC 조건을 사용하는 국제건설계약의 준거법 결정과 그 실익”, 사법 29호 (2014. 9).
- 석광현, “독립적 보증의 제문제” 무역상무연구, 제17권 (2002).
- 석광현, “국제거래와 약관규제에 관한 법률의 적용”, 국제사법연구, 제9호 (2003).
- 정홍식, “국제건설계약에서 완공의 지연: 방해이론(prevention principle)과 Time-Bar 조항”, 국제거래법 연구, 제22집 제2호 (2013. 12).
- \_\_\_\_\_, “해외건설프로젝트에서 동시발생 공기지연(concurrent delay)”, 비교사법, 제21권 제2호 (통권 65호) (2014. 5).
- \_\_\_\_\_, “국제상업회의소(ICC)의 독립적 보증에 관한 통일규칙(URDG) 개정안 제3차 초안의 주요 내용”, 경영법률, 제20집, 제1호 (2009).
- 허해관, “국제건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구, 제22집 제1호 (2013).
- 국회입법조사처 현안보고서, “해외건설 발전을 위한 정책과제”, 제252호 (2014. 12. 31).
- 『프로젝트관리 표준용어 해설집』, 사단법인 한국프로젝트관리기술회, 2004.
- Chitty on Contracts*, 31th ed., Sweet & Maxwell, 2012.
- Hudson’s Building and Engineering Contract*, 12th ed. Atkin Chambers, 2010.
- Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers & Anthony Lavers, *FIDIC Contracts, Law and Practice*, Informa (2009).
- E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Vol. I, II, III, Aspen Publishing Co., 2004.
- FIDIC Conditions of Contract for Construction (Red Book) (1999).
- FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build (Yellow Book) (1999).
- FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book) (1999).
- FIDIC Short Form of Contract (Green Book) (1999).
- Axel-Volkmar Jaeger & Götz-Sebastian Hök, *FIDIC - A Guide for Practitioners*, (Springer, 2010).
- Keating on Construction Contracts*, 9th ed., Sweet & Maxwell, 2012.
- Michael Sergeant & Max Wieliczko, *Construction Contract Variations*, Informa law from Routledge (2014).
- The FIDIC Contract Guide*, First Ed. 2000 (International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 2013.
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010.

## 〈국문초록〉

## FIDIC 건설표준계약에서 발주자 일방의 공사변경(variations)권한 — 준거법이 영국법인 상황을 중심으로 —

정 홍 식

국제상사계약의 계약변경(modification)은 계약체결 이후 변경 당시 당사자들 간 합의에 의해 이루어진다. 이러한 형태는 ‘합의에 의한 내용변경’이다. 그런데 해외건설프로젝트에서 계약변경의 일종인 공사변경(variation)이 발생하는데, 이는 당사자들 간 계약상 합의에 의해 공사도중 발주자가 일방적으로(unilateral) 공사변경권을 행사할 수 있도록 하는 점이 특징이다. 이러한 형태는 ‘합의에 유보된 일방적 변경권’이라 칭할 수 있다. FIDIC 건설표준계약에서 발주자가 공사변경 지시를 내리면 시공자는 그 지시를 따르도록 의무화하고 있으며, 대신 공사변경에 따라 공기에 영향을 미치면 공기연장을 부여받고 계약대금이 증액될 시 추가공사비를 보상받는 점이 특색이다.

건설공사 도중 계약상 공사범위(scope of works)를 변경하거나 혹은 추가공사를 수행하는 경우는 비일비재하다. 거의 모든 공사에서 공사변경이 발생한다 해도 과언이 아니다. 때문에 국제건설계약 상 공사변경을 둘러싼 발주자와 시공자 간 분쟁은 빠지지 않는 쟁점이다. 이에 본고는 국내 건설사들이 해외건설에서 가장 많이 쓰게 되는 FIDIC 건설표준계약상의 공사변경 조문을 중심으로 그 개념정의부터 출발하여 공사변경 지시가 내려질 수 있는 범위와 형태, 그 지시의 효과 및 결과 등을 중점적으로 살펴본다. 그 다음 공사변경의 법적 성격을 비교법적으로 간략히 조명해 보고, 목적달성불능의 원칙(doctrine of frustration)과 사정변경 원칙과 구분되는 점은 무엇인지 설명한다. 마지막으로 발주자 일방의 공사변경 권한의 제한이 어떤 경우에 가능한지 살펴보고자 하는데, 특히 실무에서 크게 대두되고 있는 발주자의 일부 공사 생략(omission) 권한 및 이의 제한에 관해 살펴보면서 실무적인 합의를 짚어본다. 상기 쟁점들에 대해서는 국제건설계약의 준거법으로 많이 지정되는 영국법 관점에서 분석하고 있다.

## ◇ 주제어 ◇

국제건설계약, 해외건설프로젝트, 계약변경, 공사변경, 공사변경 지시, 공사변경 승인, 현장지시, 공사범위, 발주자, 시공자, 발주자 요구조건서, 공기연장, 추가공사비, 계약목적 달성불능의 원칙, 사정변경의 원칙, 독립적 보증, 기간도과청구금지조항

〈Abstract〉

**Employer's Unilateral Variation Right in  
FIDIC Standard Construction Contract**  
— Focusing on Governing Law being Laws of England —

Hong-Sik Chung

The so called scope of the works, once defined within a construction contract, including the employer's requirements, specifications, drawings and bills of quantity, may require various alterations to successfully adapt to circumstances and events which were not foreseen in detail. Typically construction contracts provide so called variation clauses allowing the employer unilaterally change the scope, sequence, method or design of the works. By this means the contract is able to respond to the practical needs of all kinds of projects. In fact, variations to the works are almost inevitable, because of the fact that events and circumstances arise which may be beyond the control of the parties albeit also being caused by them. Thus, the reasons for variations can be manifold.

Under a FIDIC contract, variations are covered by clause 13. The clause covers both the authority of the engineer and the employer as well as the procedures for work being added, omitted, or changed from the original contract, either by initiative of the contractor (value engineering) or the initiative of the engineer. Also the extent to which the agreement in terms of price and time for completion will be affected by variation orders is commonly stipulated in detail by the contract. FIDIC forms of contract distinguish between the effects of variations upon time and cost and provide different rules for claims as to extension of time and cost.

This article covers in detail FIDIC variation and relevant clauses, including but not limited to concept, extent, and effect of employer's unilateral variation right, formal requirement of the variation, distinction from site instruction and concessions, agency authority, its relation with demand guarantee, comparison with doctrines of frustration and changed circumstances. Further, this article explores what limitation and restriction can be imposed on employer in exercising such right to vary, including the right to omit a certain part of the works.

◇ KEY WORDS ◇

International Construction Contract, FIDIC, Red Book, Yellow Book, Silver Book, Modification, Amendment, Variation, Employer's Instruction, Concessions, Site Instruction, Scope of Works, Employer, Contractor, Employer's Requirements, Doctrine of Frustration, Changed Circumstances, Time-Bar Clause