

KOTRA-ICAK 공동개최 전문가 초청 특별포럼 - 해외건설계약 분쟁 및 중재

해외건설 분쟁의 최근 경향과 그 시사점



2019. 2.28 | 변호사 임 병 우



목 차

- I. 한국 건설사와 해외 프로젝트 - 기회 v 위기
- II. 해외 건설 분쟁의 최근 경향
- III. 해외 건설 분쟁의 주요 쟁점
- IV. 대응 방안



I. 한국 건설사와 해외 프로젝트 - 기회 v 위기

한국 건설사와 해외 프로젝트 - 기회

“해외건설 연초부터 잘 나가네” ... 벌써 100억 弗 돌파

[머니투데이, 2014. 1. 9.자 기사] 국내 건설기업들이 갑오년 새해 들어 열흘이 채 안 됐음에도 이미 해외건설 수주 100억 달러를 돌파하며 올 한해 전망을 밝게 하고 있다.

... 삼성물산과 대우인터내셔널·현대건설 컨소시엄, GS건설·대림산업 컨소시엄 등은 알제리 전력청(SONELGAZ)이 발주한 메가 복합화력 발전소 프로젝트 입찰에서 각각 종합설계시공(EPC) 업체 우선협상대상자로 선정돼 계약을 앞두고 있다.

... 이로써 올들어 국내 건설업체들의 해외공사 수주금액은 108억8000만 달러에 이른다. 지난 한해 해외건설 수주실적이 총 652억달러였던 점을 감안하면 1월부터 지난해 전체 수주액의 16%를 달성한 셈이다. ...

<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=008&aid=0003184916>

한국 건설사와 해외 프로젝트 - 위기



http://news.bizwatch.co.kr/article/real_estate/2018/11/13/0012

한국 건설사와 해외 프로젝트 - 위기의 원인 (과거)

한국 Contractor의 특성

- 1 계약시 Detail한 부분을 무시하는 무지한 대담함
- 2 간과한 문제점 대두시는 Panic.
- 3 문제점 해결보다는 희생양을 선택하여 회피
- 4 Time will solve any Problem 이라는 생각
- 5 Project 완료 후 모든 것을 망각!



한국 건설사와 해외 프로젝트 – 위기의 원인 (현재)



여전히 계약협상시 불리 – 건설사에 불리한 계약 체결

Project team의 경우 계약상 주요 의무에 대한 이해 부족 (*ex*) Notice Requirement

Claim을 뒷받침할 documentation 부족

Unprecedented 대형 프로젝트 혹은 unexperienced jurisdiction의 프로젝트 수주

High Risk

➔ 상당수의 프로젝트에 여전히 대규모 손실의 위험 내재

해외 건설 분쟁과 준거법/계약문화

한국의 계약법/문화

- 시공계약 당사자들은 법률/계약 전문가가 아니므로 완벽한 계약의 작성은 기대하기 어렵고, 법원이 제반 상황 고려해서 합리적으로 보충해 주어야 한다는 경향
- 계약 상 구체적 조항이 없더라도 열심히 일한 시공사를 보호하기 위하여 가능한 EOT claim 과 Cost claim 을 인정

영미의 계약법/문화

- 법원은 시공계약의 전문가가 아니며 계약 당사자들의 commercial concern을 전부 이해하기 어려우므로, 가능한 시공계약의 해석에 관여하지 않고 그대로 인정하려는 경향
- 계약에 구체적 조항이 없는 경우, 시공사가 많은 시간과 비용, 노력을 투입하더라도 그에 대한 보상 없음.



II. 해외 건설 분쟁의 최근 경향

해외 건설 분쟁의 최근 경향 – 하자를 근거로 막대한 lost profit 청구 (1)

Edison awarded \$125 million for San Onofre's faulty steam generators

[LA Times, 2017. 3. 13.자 기사]

... Southern California Edison and its partners had sought **\$7.6 billion** from Tokyo-based Mitsubishi Heavy Industries for delivering equipment that ultimately led to the permanent closure of the nuclear facility in 2013. ...

But an arbitration panel of the International Chamber of Commerce in San Francisco voted 2-1 to award just a fraction of the claim. In addition, the ICC's International Court of Arbitration ordered Edison to pay \$58 million of Mitsubishi's legal fees, lowering the payout even more. ...

"Unfortunately, the arbitration panel concluded that the contract's prescribed liability limit should be respected and no additional award can be granted despite the harm caused."

The liability limit under the contract was \$137 million.

<http://www.latimes.com/business/la-fi-san-onofre-arbitration-20170313-story.html>

해외 건설 분쟁의 최근 경향 – 하자를 근거로 막대한 lost profit 청구 (2)

배 경

- 세계적·지역적 경제 침체로 인하여 프로젝트 목적물을 조기 준공 및 상업운영할 필요 감소
- 개도국의 경우 공기업에 대한 감사가 엄격해 짐에 따라 계약상 사양·품질의 충족 여부 엄격히 검토 필요



발주처의 대응

- 기술적 기준을 (과도하게) 엄격하게 적용하여 적극적 하자 발견 및 수리 청구
- 하자를 근거로 준공 (PAC 발급 등)을 지연하면서 지체상금 청구
 - 준공 전에 목적물의 관리는 시공사 부담이므로 관리비용 또한 절약 가능
- 하자가 많이 발생하는 경우, 이를 시공사의 중과실로 주장하면서 (a) 목적물 전면 교체 내지 신규 시공 및 (b) 책임제한조항의 예외를 주장하면서 계약대금 초월하는 막대한 lost profit 청구로 시공사 압박



III. 해외 건설 분쟁의 주요 쟁점

최근 해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – 시공사에 더욱 가혹한 환경 조성



시공사 Claim을 위한 절차적 요건 “Notice Requirement”의 엄격 해석

시공사의 warranty 의 실제적 근거가 되는 “fit for purpose”의 엄격 해석

분쟁 해결 과정에서 Expert Witness 활용 확대 – 분쟁 대응 비용 증가

분쟁 해결 과정에서 E-discovery의 활용 확대 – 분쟁 대응 비용 증가

➔ 프로젝트 초기부터 분쟁을 대비하지 않으면 막대한 손해의 위험성 증대

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Notice Requirement (1)

20.1 Contractor's Claim

If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance.

If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Otherwise, the following provisions of this Sub-Clause shall apply.

FIDIC Yellow Book (1999)

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Notice Requirement (2)

1.3 Communications

Whenever these Conditions provide for the giving or issuing of approvals, certificates, consents, determinations, **notices** and requests, these communications shall be:

- a. **in writing** and delivered by hand (against receipt), sent by mail or courier, or transmitted using any of the agreed systems of electronic transmission as stated in the Appendix to Tender; ...

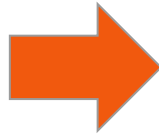
FIDIC Yellow Book (1999)

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Notice Requirement (3)

Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty's Attorney General For Gibraltar [2014] EHC 1028 (TCC)

사건의 배경

- 지브로올터 공항 활주로에 연결되는 터널 공사에서 지반 조건 및 악천후로 474일 지연
- 시공사는 공기연장 (EOT)를 주장하였으나, 공기연장을 위한 공식 통지 (공문)을 적기에 보내지 않음.



영국 법원의 판단

- FIDIC 는 “서면 통지 요건”을 규정하기는 하였으나, 서면의 서식을 명시적으로 규정하지 않았으므로 **monthly progress report** 에도 제20.1조의 요건을 충족시키는 언급이 있다면 notice로 인정 가능
- 악천후: “*the adverse weather condition have affected the works*”
- 지반 조건: “*in our opinion, the excavation of all rocks will entitle us an extension of time*”

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Notice Requirement (4)

1.3 Notices and Other Communications

Whenever these Conditions provide for the giving a Notice ... , the Notice ... **shall be in writing** and:

a. [...]

b. **If it is a Notice, it shall be identified as a Notice ...**

FIDIC Silver Book (2017)

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – “Fit For Purpose” (1)

4.1 Contractor's General Obligations

The Contractor shall execute the Works in accordance with the Contract. When completed, the Works ... shall be **fit for the purpose** for which they are intended, as defined and described in the Employer's Requirements or, where no purpose(s) are so defined and described, fit for their ordinary purpose(s).

FIDIC Silver Book (2017)

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – “Fit For Purpose” (2)

MT Hojgaard A/S v E.ON Climate and Renewable UK Robin Rigg East Limited [2017] UKSC 59

사건의 배경

- 해상 풍력 발전기를 해상에 고정시키는 기반 설비의 하자 (foundation) 여부가 문제됨
- 공급사는, 계약에 따라 적용되는 Industrial Code (J101)에 문제가 있었음을 이유로 면책을 주장



영국 법원의 판단

- 계약 본문: “... the Works ... shall be free from defective workmanship and materials and fit for its purpose in accordance with the Specification using Good Industry Practice”
- Specification: “The design of the foundations shall ensure a lifetime of 20 years in every aspect without planned replacement. ...”
- 20년의 수명을 보장할 의무가 있는 공급사는 Industrial Code의 문제점도 해결해야 할 의무 있음.

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – “Fit For Purpose” (3)

Fluor Limited v Shanghai Zhenhua Heavy Industries Limited [2016] EWHC 2062 (TCC)

사건의 배경

- 해상 풍력 발전기를 해상에 고정시키는 설비의 용접 하자 문제
- 계약상 NDT를 통과한 용접 부위에, 역시 계약상 규정된 보다 엄격한 NDT를 통해 하자 발견된 경우, 공급사 책임이 인정되는지 여부



영국 법원의 판단

- Fit for Purpose 분석: (a) 제품 수명 – suitable for installation in the seabed thereafter to perform in service satisfactorily for 25 years; (b) merchantability – a reasonable buyer in the position of Fluor could load them out and install them in the seabed without further examination ...
- *“they were not delivered in such a condition and so in my judgment they were not fit for purpose”*

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Expert Witness (1)

Edison awarded \$125 million for San Onofre's faulty steam generators

[LA Times, 2017. 3. 13.자 기사]

... Southern California Edison and its partners had sought \$7.6 billion from Tokyo-based Mitsubishi Heavy Industries for delivering equipment that ultimately led to the permanent closure of the nuclear facility in 2013. ...

But an arbitration panel of the International Chamber of Commerce in San Francisco voted 2-1 to award just a fraction of the claim. In addition, the ICC's International Court of Arbitration ordered Edison to pay \$58 million of Mitsubishi's legal fees, lowering the payout even more. ...

"Unfortunately, the arbitration panel concluded that the contract should be respected and no additional award can be granted to Edison. The liability limit under the contract was \$137 million.

<http://www.latimes.com/business/la-fi-sa>

사안의 복잡성

32명의 expert witnesses

Claimant: U\$ 30M

Respondent: U\$ 13M

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – Expert Witness (2)

Imperial Chemical Industries Ltd. v Merit Merrell Technology Ltd [2017] EWHC 1763 (TCC)

사건의 배경

- Paint factory의 철골 구조물 공급계약 관련 용접하자 여부 문제됨
- 용접 하자에 관한 검사보고서 1,800 여개 중 400 여개만 검토하고 그에 기초하여 의견서 제출한 expert witness 의 신뢰성 여부가 쟁점이 됨



영국 법원의 판단

- Expert witness 는 impartial and independent 여야 하고, 가능한 최대한의 객관적 자료에 근거하고 그 것을 검증하여 전문가로서의 의견을 제시해야 하며, 자료 접근에 제한이 있는 경우 자신의 의견에 미칠 영향 (혹은 자신의 의견이 조건부/제한적임)을 설명하여야 함.
- 자신을 선임한 당사자의 입장 뿐만 아니라 상대방 당사자의 입장도 고려하여 객관적 의견을 내는 것이 Expert Witness 의 의무임.

해외 건설 분쟁의 주요 쟁점 – E-Discovery

최근 대형 해외 건설 중재의 E-discovery 사례

Claimant 측에서 upload한 자료	10 TB 이상 문서 7백만 개 분량
Claimant 의 custodian	50 명 이상 Custodian: 자료 보관자 및 인터뷰 대상자
Search term	100 여개

➔ 1차 review: 10명의 reviewer (변호사 포함)가 4주간 진행

➔ 2차 review: 4명의 변호사가 1주간 진행



IV. 대응방안

분쟁 발생 전 대응 방안 (1)



계약 협상은 일반적으로 Commercial / Technical / Legal 협상으로 진행

- 각 담당팀 간에 긴밀한 의사교환 및 상호 이해를 통한 합리적 risk assessment 필요
 - 최근의 대규모 분쟁에서 contractor가 불리하였던 주된 원인 중 하나는 불리한 계약 조항이었으나, 협상 당시 그 의미를 제대로 이해하지 못했던 경우 많음 (ex. Fast track project / endorsement clause)
 - 계약 조항 협상 / 검토하는 팀에 대한 정보 전달 부족 (ex. Subcontractor clause)

Project 에 대한 사전 조사 필요 (ex. Permit clause / underground condition)

발주처의 credibility check

불리한 계약조항의 영향을 줄일 수 있는 요소들이 있는지 평가

- 검증된 기술, 검증된 규모의 프로젝트인 경우 (ex. Licensor 와 reference plant)

General good faith 에 대한 일반 조항 추가 노력

분쟁 발생 전 대응 방안 (2)



프로젝트 초기부터 프로젝트 주요 계약 내용을 잘 이해

- 특히 불리한 계약 조항과 관련된 부분은 신속한 risk 검토 및 조치 필요

항상 합리적으로 조치/행동하도록 노력

- 시공사는 good guy, 발주처는 bad guy 로 묘사될 수 있도록

주요 계약 사항에 대한 서면 근거를 상세히 남겨 두어야

- 특히 claim 관련해서는 발주처에 계속적인 claim letter 를 보내는 것 고려
프로젝트 팀과 공무팀의 긴밀한 협업 중요

발주처와의 신뢰관계 구성

분쟁발생 후 대응 방안

1 *Contract v. Circumstance*

- 계약 문언상 불리하여 제반 정황으로 계약 문언을 극복할 수 있는 주장 필요함

- Notice Requirement: no written notice, but actual notice / employer's knowledge
- Defect and Warranty: maybe technically defective, but no issue for normal / planned operation

2 *Good Party v. Bad Party*

- 최악의 경우, 중재인의 sympathy를 얻어 quantum 에서 배상한도를 줄이려는 노력

- Limitation of consequential damage v. gross negligence



- 시공사의 상황을 최대한 이해하기 위해 노력하는 counsel 필요
- 구체적 사실관계/기술 이슈 입증을 위해 많은 증거, 시간, 노력, 비용 필요

Profile



임 병 우 변호사

bwim@kimchang.com
(02)3703-1375

- 서울대학교 법과대학 (1995)
- 제38회 사법시험 합격 (1996)
- 대법원 사법연수원 (28기, 1999)
- Georgetown Law Center (LL.M., 2009)
- 변호사, 대한민국 (1999); 뉴욕주 변호사 시험 합격 (2009)
- 육군법무관 (1999-2002)
- 김·장 법률사무소 (2002-현재)
- Herbert Smith LLP 런던사무소 (2009-2010)
- 법무부, 국제투자, 지식재산권 법률자문단 위원 (2012-현재)
- 한국무역협회, 통상산업포럼 법률분과위원회 위원 (2013-현재)
- Society of Construction Law (Korea) 설립 위원

감사합니다

이 자료는 일반적인 정보 제공을 위해 준비된 것으로서 구체적인 사안을 전제로 하는 법률의견이나 자문으로 해석될 수 없고, 저희 사무소의 공식적인 의견이 아닐 수 있음을 양지하여 주시기 바랍니다. 이 자료에 대한 저작권 등 권리는 저희 사무소에 있으므로 저희 사무소의 사전 동의 없이 사용, 복제, 활용 및 제3자에게 제공될 수 없습니다. 자료에 대해 궁금한 점이 있으면 저희 사무소 또는 발표자에게 문의하시기 바랍니다.

KIM & CHANG

서울특별시 종로구 사직로8길 39 (우) 03170

Tel: 02) 3703-1114 Fax: 02) 737-9091 / 9092 E-mail: lawkim@kimchang.com www.kimchang.com