

〈논문〉

한국 건설법제 혁신을 위한 법정책 연구

- 건설산업관계법을 중심으로 -

洪 準 亨*

I. 서론

“건설산업은 제도산업”이라는 말이 회자되듯이, 한국의 건설산업은 다른 어떤 산업보다도 더 크게 법과 제도의 영향을 받아 왔다. 건설관련 법제도나 정책의 변화가 건설산업에 직접적인 영향을 미친다는 사실은 이미 공지의 사실에 속한다. 일례로 1998년 이후 건설업 면허제의 등록제 전환과 등록기준 완화, 적격심사제도 등이 건설업체 수의 폭발적인 증가를 초래하는 원인으로 작용하였다는 사실이 밝혀진 바 있다.¹⁾ 또한 턴키·대안입찰공사의 발주 확대나 최저가낙찰제 도입 등과 같은 제도변화가 건설업계 내부의 수주 구조 및 수익성 변화를 초래하는 원인으로 작용한다는 것도 일반적으로 받아들여지고 있는 사실이다.

한국 건설산업의 선진화를 향한 진로 모색 또는 한국 건설산업의 총체적 경쟁력 상실이라는 위기 극복을 위한 논의에서 언제나 법과 제도의 문제가 거론되는 배경도 바로 거기에 있다. 특히 법과 제도가 한국 건설산업의 선진화를 가로막는 가장 주된 장애요인의 하나로 꼽히고 있는 것이 오늘의 현실이다.²⁾ 그렇지만 법

* 서울대학교 행정대학원 교수

- 1) 외환위기와 김대중 정부의 출범을 전후한 1998년경부터 최근까지 건설제도 및 정책변화가 건설산업 구조변화에 미친 영향을 분석한 이상호·현준식·이승우. (2004). **건설제도·정책변화가 건설산업 구조에 미친 영향**(건설산업연구원), 2004. 11을 참조. 이에 따르면, 1997년 말 외환위기 이전에 부실공사 방지 및 시장개방에 대비하여 이루어진 건설제도나 정책변화도, 특히 부실방지과 건설시장개방 대비 차원에서 단행된 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』(1995)과 『건설산업기본법』(1996)의 제정 및 『턴키 활성화대책』(1996) 등은 건설산업 구조변화에 가장 큰 영향을 미쳤다고 한다. 이에 관하여 상세한 것은 대한건설협회(1994.3), **시장개방과 건설산업**을 참조.
- 2) 이상호·한미파슨스, **한국 건설산업 대해부 - 당면과제와 미래의 도전 -**, 2003, 보성각; 김종훈, “건설 선진국의 혁신운동과 우리의 선택 - 한국 건설산업의 선택 -”, **건자**

과 제도가 선진화의 장애요인으로 작용해 왔다면, 바로 그러한 법과 제도를 혁신하는 것이 선진화를 촉진하는 길이라는 이야기도 성립하므로 건설산업 선진화라는 관점에서 법과 제도 문제는 양면적 중요성을 띠게 된다.

이처럼 건설산업에 관한 법과 제도의 문제가 빈번히 지적되고 또 부분적으로 그에 상응한 법제정비 작업이 단행되어 왔음에도 불구하고 우리나라에서 건설관련 법과 제도의 문제가 본격적으로 조명을 받게 된 것은 비교적 최근의 일이었다.³⁾ 이러한 배경에서 법과 제도가 한국 건설산업의 선진화를 가로막는 가장 주된 장애요인으로 등장하게 된 원인은 무엇이고 그러한 문제점들을 치유하려면 어떠한 정책대안들이 필요한가, 각각의 정책대안의 우선순위나 실행조건은 무엇인가를 탐구하여 실현가능한 법제혁신방안을 모색해야 할 시점이다.

건설법제, 즉, 건설에 관한 법제도는 수준과 내용 면에서 매우 다양하게 형성되어 있다. 즉, 헌법과 법률, 대통령령, 총리령, 부령 등 법률하위명령, 조례·규칙 등에 건설관련 법과 조항들이 산재되어 있다. 헌법의 경우, 인간의 존엄과 가치, 재산권, 그 밖의 경제활동의 자유와 관련된 각종 기본권, 주택개발정책등을 통한 국민의 쾌적한 주거생활보장에 대한 국가의 의무, 기본권제한의 한계에 관한 조항들, 그리고 경제헌법조항들이 건설과 직·간접으로 관계되어 있다. 법률수준에서는 토지등 부동산 관련 재산권 행사의 일환인 건축에 관한 법률, 국토계획 및 토지이용 등에 관한 각종 법률, 건설과 관련된 안전 및 환경 등에 관한 법률들, 그리고 건설산업, 건설계약 등에 관한 각종 법률들이 있고, 이를 구체화하는 법률하위명령들이 제정되어 시행되고 있다. 자치입법 수준에서도 다양한 건설관련 조례와 규칙 등이 지방자치단체별로 산재해 있다. 이와 같이 복잡다기한 요소들로 구성되는 건설법제의 의미는 일종의 집합개념으로 파악할 수 있다.⁴⁾

재 2005. 12월호(<http://www.hanmiparsons.co.kr>에서 인용); 이교선, “건축행정의 선진화를 위한 정책적 제언”, **건축** (대한건축학회지), v.47 n.3(2003-03), 43-47 등.

3) 그 대표적인 연구성과로 이상호·한미파슨스, **한국 건설산업 대해부 - 당면과제와 미래의 도전** -, 2003, 보성각을 들 수 있다.

4) 엄밀히 따지면 ‘건설법제’의 일반적 개념을 정의하는 것은 이론상으로나 실제상으로 그다지 특별한 의미가 없다. 오히려 논의의 범위를 어디까지로 잡을 것인가 하는 관점에서 연구의 범위를 한정하는 의미가 있을 뿐이다. 예컨대 교통시설이나 설비, 조선, 항공기 제작 등에 관한 법제도, 넓은 의미로는 건설관련 법제에 해당한다고 볼 수 있겠지만, 이들이 ‘건설법제’에 포함되는가 여부를 논증하기보다는 이들을 연구의 대상에 포함시킬지 여부를 판단하는 것이 더 중요하다는 것이다. ‘West's Encyclopedia of American Law’의 경우 건설법 (construction law)을 다양한 주체들 간에 맺어지는 건설계약(agreement to a construction contract)을 토대로 한 개념으로 파악하면서, 건설법

건설법제의 다양한 구성요소들 가운데 주로 건설산업에 관한 법제에 초점을 맞추어 건설 선진화를 위한 법제혁신의 방향과 이를 위한 법정책적 대안들을 모색해 보고자 한다.

II. 건설법제의 현황과 문제점

1. 건설법제의 현황

앞에서 본 바와 같이 건설법제의 의미가 집합개념인 이상, 이를 관통하는 보편 타당한 기본원리를 찾아 이에 따라 건설법제를 구성하는 것은 이론상으로는 실제상으로 가능하지 않다. 다만, 건설법제의 구성요소의 특성에 따라 또는 건설법제의 각 분야별로 헌법이나 법률로부터 기본원리들을 도출하여 이를 그 법원리적 위상이나 적용범위에 따라 조합함으로써 건설법제의 기본원리를 구체화함으로써 이를 통해 건설법제의 체계적 인식을 시도해 볼 수는 있을 것이다.

특히 건설법제의 토대를 구성하는 법원으로는 헌법의 건설관련조항들과 국토기본법,⁵⁾ 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』(이하 “국토계획이용법”이라 한다.),⁶⁾ 토지이용규제기본법⁷⁾ 등과 같은 국토계획 및 토지이용 관련법제, 건축법 등 건축기준 관련법제, 건설산업기본법,⁸⁾ 건설기술관리법⁹⁾ 등 건설산업 및 기술안전 관련법제, 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』(이하 “국가계약법”이라 한다.), 『지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』(이하 “지방계약법”이라 한다.) 등 건설계약 관련법제 등을 꼽을 수 있다.

우선, 헌법으로부터는 건설법제의 기본원리의 하나로서 건축기본권 보장을 포

을 특정한 법 분야로 보기보다는 계약법(contract law), 상거래법(commercial transaction law), 직업과 전문직에 관한 법(law on occupations and professions), 담보 및 보증에 관한 법(law on liens and bonds) 등이 복합적으로 적용되는 분야로 보고 있는데, 이 역시 그와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 그러므로 ‘건설법제’의 의미를 ‘건설에 관한 법제’로 이해하고 그 주된 논의대상을 ‘건설법제의 현황’을 파악하면서 한정하는 것이 실용적이라고 생각한다.

5) 제정 2002.2.4 법률 제6654호.

6) 일부개정 2005.12.7 법률 7715호, 시행일 2006.6.8.

7) 제정 2005.12.7 법률 7715호, 시행일 2006.6.8.

8) 일부개정 2005.12.29 법률 7796호, 시행일 2006.7.1.

9) 일부개정 2004.12.31 법률 7305호.

합하는 자유주의적 시장경제의 원리를 도출할 수 있다. 이러한 기본원리는 ‘건축의 자유’(Baufreiheit)와 이를 뒷받침하는 재산권보장, 일반적 행동자유권을 보장하는 헌법조항들, 직업의 자유 등 건설산업과 관련한 경제활동의 자유를 보장하는 조항들, 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 경제질서를 보장한 경제헌법조항들로부터 도출된다.¹⁰⁾ 반면, 헌법은 건축 및 건설산업에 대하여 강력한 규제근거를 마련함으로써 경제간섭주의(economic interventionism)의 지향을 숨기지 않고 있다. 즉, ‘재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다’고 규정한 헌법 제23조 제2항, ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위해 노력하여야 한다’고 규정한 헌법 제35조 제1항, 그리고 주택개발정책등을 통한 국민의 쾌적한 주거생활보장에 대한 국가의 의무를 명시한 헌법 제35조 제3항 등 외에도 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여’라는 조건을 달기는 했지만, ‘국민의 모든 자유와 권리를 법률으로써 제한할 수 있다’고 규정한 헌법 제37조 제2항, 나아가 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정한 헌법 제119조 제2항과 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요할 계획을 수립하도록 하면서, 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있도록 규정한 국토이용에 대한 헌법규정들(제120조~122조)로부터 그와 같은 경제간섭주의적 지향이 분명히 드러난다.

그러나 이와 같은 자유주의적 시장경제 원리와 경제간섭주의가 어떠한 모습으로 연결될 수 있는지는 불분명하다. 일단 법논리적으로 따져 볼 때, 자유주의적 시장경제질서를 기본으로 하되, 앞서 본 목적이나 요건에 따라 국가의 개입이 요구 또는 허용된다는 관계구조로 파악되지만, 과연 어디까지가 자유주의 시장경제가 보장되는 영역이고 어디부터 국가의 규제와 조정 등 간섭이 허용되는지에 관

10) 그 밖에도 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니 한다’고 규정한 헌법 제37조 제1항, ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률으로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’고 규정한 헌법 제37조 제2항의 규정도 이를 뒷받침하는 헌법조항들이다.

해서는 논란이 끊이지 않는다. 따라서 우리나라 헌법상 경제질서 일반에 대한 것과 마찬가지로 건설법제와 관련해서도 위에서 본 두 가지 헌법가치 중 어느 한 쪽 만을 지나치게 강조하는 것은 위험천만한 일이다. 오히려 입법권자가 이 양대 가치들을 분야별 특성에 맞게 실천적으로 조화시키고자 한 결과로서 관련 입법에 관심을 기울이는 것이 훨씬 현명한 일일 것이다. 특히 건설법제 가운데 각기 분야별로 입법목적이나 기본적 법원리들을 규정하고 있는 법률들에 주목해 볼 필요가 있다. 이를테면, 국토기본법은 ‘국토에 관한 계획 및 정책의 수립·시행에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국토의 건전한 발전과 국민의 복리향상에 이바지함’을 목적으로 내세우는 한편(제1조), 제2조 내지 제5조에서 국토관리의 기본이념, 국토의 균형있는 발전, 경쟁력있는 국토여건의 조성, 환경친화적 국토관리 등을 기본원리로 내세우고 있다. 그 중 제2조에 표명된 국토관리의 기본이념을 보면 건설법제의 가장 기본적인 토대를 이루는 법원리를 도출해 낼 수 있다. 즉, “국토는 모든 국민의 삶의 터전이며 후세에 물려줄 민족의 자산이므로, 국토에 관한 계획 및 정책은 개발과 환경의 조화를 바탕으로, 국토를 균형있게 발전시키고 국가의 경쟁력을 높이며, 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속가능한 발전을 도모할 수 있도록 이를 수립·집행하여야 한다”는 기본이념으로부터 『개발과 환경의 조화·환경친화적 국토관리·국토의 지속가능한 발전』(제5조)을 기반으로 하여 국토의 균형발전(제3조), 국가 경쟁력 향상(제4조), 그리고 국민의 삶의 질 개선이라는 세 가지 요소를 기본적인 입법정책적 목표로 설정하고 있음을 알 수 있다. 국토계획이용법 역시 ‘국토의 이용·개발 및 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공복리의 증진과 국민의 삶의 질을 향상하게 함’을 목적으로 내세우고(제1조), 제3조에서 국토이용 및 관리의 기본원칙을 천명하고 있으며, 최근 제정된 토지이용규제기본법 또한 ‘토지이용과 관련된 지역·지구등의 지정과 관리에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 토지이용규제의 투명성을 확보하여 국민의 토지이용상의 불편을 줄이고 국민경제의 발전에 이바지함’을 목적으로 천명하고 있다(제1조).

건설산업에 관한 법제의 핵심적 요소들은 무엇보다도 헌법과 건설산업기본법, 건설기술관리법, 건축법, 국가계약법 및 지방계약법 등에서 찾아 볼 수 있다. 특히 건설산업 일반에 관한 기본법으로 제정된 건설산업기본법에서 건설산업 관련 법제의 기본이념이나 원리를 천명한 조항들을 찾아 분석해 볼 필요가 있다. 건설산업기본법은 제3조에서 ‘건설산업을 설계, 감리, 시공, 사업관리, 유지관리 등

각 분야에 걸쳐 국제경쟁력을 갖추도록 균형 있게 발전시켜 나감으로써 국민경제와 국민의 생활안전에 기여함'을 법의 기본이념으로 천명하고 있다. 이 경우 '건설산업 각분야에 걸친 국제경쟁력 확보'와 '국민경제 및 국민 생활안전에 대한 기여'라는 일종의 건설경제정책적 목표설정이 이루어지고 있음을 알 수 있는데, 이로부터 첫째, 건설산업의 국제경쟁력 강화, 둘째, 건설산업의 국민경제에 대한 기여, 셋째, 국민의 생활안전 도모라는 세 가지의 목표를 도출해 낼 수 있다. 이러한 기본이념의 구성요소들은 '건설공사의 조사·설계·시공·감리·유지관리·기술관리등에 관한 기본적인 사항과 건설업의 등록, 건설공사의 도급등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모한다'는 입법목적을 통해서도 구체화되어 있다(제1조).

건설산업기본법은 다른 법률과의 관계에 관한 제4조에서 '건설산업에 관하여 다른 법률에서 규정하고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다'고 규정함으로써,¹¹⁾ 그 기본법으로서의 성격을 분명히 하고 있으므로, 그와 같은 세 가지 목표들은 건설산업에 관한 다른 법령에 대해서도 적용되며 그 해석을 향도하는 법원리적 준거가 된다고 볼 수 있다.

그러나 기본법을 '超法律'(Supergesetz)¹²⁾ 또는 "같은 법률이면서 다른 법률의 상위에 위치하는 법"¹³⁾으로 이해할 수 있을지는 극히 회의적이다. 형식적으로 동등한 효력을 갖는 법률 상호간에는 특별법우선의 원칙(*lex-specialis-Regel*), 신법우선의 원칙(*lex-posterior-Regel*)에 의해 적용의 우선(Anwendungsvorrang)을 결정하지만,¹⁴⁾ 효력의 우선(Geltungsvorrang)에 관하여는 이렇다 할 법원칙이 존재하지 않는다. 한편 이에 관하여 마우러는 일반추상적인 법률이 그것을 집행하는 법률에 우선한다고 적고 있으나,¹⁵⁾ 이에 관하여는 논란이 있다.¹⁶⁾ 형식적으로 동등한 효력을 지닌 복수의 법률간에 그 기본법이란 명칭, 기본법으로서의 내용에 비추어 효력의 우열이 인정될 수 있는가에 관하여는 물론 입법권자의

11) 다만, 건설산업기본법은 건설용역업에 대하여는 제6조 및 제26조와 제8장(제69조 내지 제80조)의 규정을 적용하도록 예외를 인정하고 있다(제4조 단서).

12) Breuer, Rüdiger, "Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm und Plangesetz", DVBl. 1970, S.101.

13) 金鐵容, "行政規制와 民願苦衷處理", 考試界 1994/5, 89.

14) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., 1999, § 4 Rn.37ff.

15) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., 1999, § 4 Rn. 41.

16) Püttner, "Unterschiedliche Rang der Gesetze ?", DÖV 1970, 322ff.; Maurer, in: *Festschrift für Obermayer*, 1986, S.101f.

의사를 중시하여 법률해석의 차원에서 그 우월성을 인정하려는 입장도 있을 수 있을 것이다. 그러나 헌법상 제한적으로 인정된 국법형식의 하나인 법률에 대하여 입법권자의 의사나 규율내용의 특수성만을 가지고 ‘기본법’과 일반 ‘법률’이란 새로운 법형식의 범주를 창설하는 결과를 정당화할 수 있을지는 극히 의문이다(朴英道, 1993: 280). 또 어떤 법률에 기본법이란 명칭을 부여할 것인지에 관하여 확립된 기준이 없고 또 입법의 실제상으로도 그때그때 기본시책이나 계획, 프로그램, 대강, 기본조직 등을 규정하는 법률에 ‘기본법’이란 명칭을 붙여 왔을 뿐 이렇다할 통일적인 기준이나 근거가 존재하지 않는 이상, 이 ‘기본법’이란 법률유형에 일반적으로 특수한 법적 효력을 부여하는 것은 사실상 곤란하다는 점도 고려하여야 한다. 이렇게 볼 때 어떤 법률이 기본법이라는 형식으로 제정되었다고 해서 그것을 구체화하기 위한 세부법, 즉 분야별 개별법률에 대해 형식적으로 우월한 효력을 가진다고 할 수는 없고, 다만 그 세부법의 해석상 지침으로서 또는 입법정책적 방향제시 정도의 기능을 가지는데 불과하다는 결론에 이른다.¹⁷⁾

건축법의 경우 ‘건축물의 대지·구조 및 설비의 기준과 건축물의 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것’을 법목적으로 천명하고 있고(건축법 제1조), 건설기술관리법의 경우, 제1조에서 ‘건설기술의 연구·개발을 촉진하고 이를 효율적으로 이용·관리하게 함으로써 건설기술수준의 향상과 건설공사 시행의 적정을 기하고 건설공사의 품질과 안전을 확보하여 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함’을 입법목적으로 천명하고 있다. 특히 후자의 경우, ‘건설기술수준의 향상’과 ‘건설공사 시행의 적정’, 그리고 ‘건설공사의 품질과 안전 확보’라는 중간목표를 통하여 ‘공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지한다’는 종국목표를 달성하는 논리를 엮을 수 있다. 이는 결국 건설산업기본법의 기본이념에 포함된 세 가지 요소들과 일맥상통하는 것으로서 건설기술안전 분야의 특성에 맞게 구체화된 결과라고 볼 수 있을 것이다.

건설산업의 선진화를 이야기할 때 그 주된 대상은 무엇보다도 건설산업에 직접 관련성을 가지는 법령들이라 할 수 있다. 그렇게 본다면, 한국의 건설법제는 건설산업 관련 법제를 중심으로 볼 때, 각 법령에서 공통적으로 나타나는 건설산업의 진흥과 규제라는 두 가지 요소를 구체화한 법령들로 이루어져 있다고 말할

17) 홍준형, **환경법** (2005), 박영사, 439-440.

수 있다. 건설산업의 진흥은 건설경제의 발전(국민경제에의 기여)-건설산업의 국제경쟁력 향상-건설기술의 발전을, 건설산업에 대한 규제는 건설공사의 적정시공 확보-건설기술안전의 확보-지속가능한 건설 추구 등으로 각각의 분야별 법령들을 통해 구체화되고 있다.

2. 건설법제의 문제점

2.1. 체계·구조상의 문제점

건설법제는 그 구성요소를 이루는 개별 법령이나 법제도의 세부 내용뿐만 아니라 전반적인 체계나 구조상 여러 가지 문제점들을 지니고 있다. 특히 건설실무 계로부터 제기되어 온 목소리들을 통해 그 점을 여실히 엿볼 수 있다.

“건설산업은 타 산업에 비하여 정부 (또는 정부정책)에 매우 종속적이다. 과거 개발시대에는 그 정도가 더욱 심했다. 최근 수년 간의 부동산 호황도 정부 정책의 소산물이고, 8.31대책 발표 이후의 부동산 시장, 건설시장 침체도 정부 정책의 소산물이다. 정책은 법과 제도로서 표현된다. 300개가 넘는 건설관련 법률이 극히 비생산적인 규제를 양산하여 특정산업을 옹호하고 있거나, 또는 법률이나 제도가 산업을 정(正)의 방향이 아닌 부(否)의 방향으로 몰고 갈 때 그 산업이 건전하게 발전하고 경쟁력을 갖기를 기대한다는 것은 연목구어와 같다고 할 수 있다. 우리 건설 관련법의 특징은 규제 중심의 칸막이 구조를 점점 더 고착화시켜 가고 있다는 점이다. 특정 이익단체를 대변하는 법률이지 산업 전체의 장기적인 발전을 도모하는 법률이라 할 수 없다. 거기다가 수많은 법률 조항들이 이미 유명무실해졌거나 지켜지지 않고 있다. 산업의 경쟁력이 낙후된 것의 일차적인 책임은 업계에 있다. 그러나 건설 법 제도의 경쟁력과 정부 리더십의 중요성을 강조하는 것은 업계의 책임을 회피하려는 의도라기보다는, 법이나 제도가 산업의 발전과 경쟁력을 좌우하는데 그만큼 큰 비중을 차지하기 때문이다.

불필요한 법령이 많고, 주무부서가 각각 나누어져 산재해 있다는 사실 못지않게 심각한 것이 면허제도, 보증제도, 예산제도, 발주제도, 입찰계약제도, 감리제도 등 대부분의 건설제도들이 국제표준(Global Standard)과는 무관한 한국식 제도(Korean Standard)라는 것이다. 수많은 제도, 법령이 도입될 때부터 왜곡되기도 했고, ‘한국식’이라는 미명하에 변질되어 우리 경쟁력을 퇴보시키는 결과를 초래하였다.”¹⁸⁾

건설법제가 지닌 체계·구조상의 문제점은 다음에서 보는 바와 같이 이를 체계상의 혼잡성·범목적 모호성, 법의 과잉 및 실효성 저하, 법의 분산 및 구조적 불균형 등 몇 가지로 나누어 살펴 볼 수 있다.

2.1.1. 체계상의 혼잡성·목적의 모호

우리나라 건설법제가 안고 있는 가장 기본적인 체계·구조상의 문제점은 관련 법령들이 체계상 혼잡성을 띠고 있다는 것이다. 물론 이미 앞에서 지적한 바 있듯이 건설법제라는 개념 범주 자체가 일종의 집합개념이고 따라서 체계적 통합성을 결여하고 있다는 점을 고려한다면, 건설법제가 체계상 혼잡성을 띠고 있다는 것은 극히 당연한 결과일 수도 있다. 그러나 문제는 건설법제의 구성요소를 이루는 법령들이 복잡다기하게 각개약진 식으로 발전해 옴으로써 체계적 정합성이나 상호연관성을 기하지 못하는 결과가 초래되고 있다는 데 있다. 일례로 기존의 건축규제 제·개정 내용 대부분이 건축행위의 기본법인 건축법을 중심으로 이루어짐에 따라 건축법과 다른 법령 간에 나타나는 여러 가지 문제점에 대한 검토가 충분히 이루어지지 못하고 있다는 것이 지적되고 있다.¹⁸⁾ 건설법제가 이와 같이 잡종적인 구조를 띠게 된 데에는 건설관련 법령들이 건설교통부라는 행정조직이 관리하는 소관법령의 맥락에서 형성되어 왔다는 배경이 있다. 행정조직과 그 행정조직이 관장하는 소관법령은 현실적으로 불가분하게 연결되어 있어 체계적인 법제정비를 가로막는 요인으로 작용하는 경향이 있다. 역대 정부들이 추진한 정부조직개편과정에서 건설교통부의 기능이 근본적인 변화 없이 계속 유지되어 오는 과정에서 그 소관법령도 체계적 통일성이나 상호연관성에 대한 고려 없이 그대로 유지 또는 그때그때 정부기능의 변화나 확대에 따라 점증적으로 누적되어 왔다고 볼 수 있다. 마찬가지로 정부입법의 총괄부처인 법제처나 건설교통부같은 이미 그와 같이 점증적으로 누적, 형성된 소관법령의 목록을 가지고 있는 부처에서 분야별로 법제의 체계화를 위한 법제정비작업을 추진하는 경우에

18) 김종훈, “건설 선진국의 혁신운동과 우리의 선택 - 한국 건설산업의 선택 -, **건자재** 2005. 12월호(<http://www.hanmiparsons.co.kr>에서 인용).

19) 황은경·문수영(2005). “건축규제 개선 방향 설정에 관한 연구”, 대한건축학회 논문집, **계획계**, v.21 n.12(2005-12), 93. 또한 건축규제간 기준이 되는 내용이 서로 다르며, 건축관련 법령간 상호 연계성이 미흡하고 건축관련법에 건축법이 제·개정된 내용이 제대로 반영이 되지 않고 있다는 점을 지적한 황은경·임석호·박근수·문수영·이승연, “건축규제 통합관리 방안 연구”, 대한건축학회논문집, **계획계** 21권 11호(통권 205호), 2005.11을 참조.

도 부처간의 관할범위가 그 정비작업의 한계요인으로 작용하여 근본적인 체계정비는 아예 처음부터 기대하기 어려운 실정이었다. 게다가 건설산업 경쟁력 신장을 위한 정책과 함께 이를 위한 건설법제 혁신을 위한 노력이 미약했기 때문에 건설법제의 목표가 불분명하고, 그 내용이나 체계 면에서 복잡다기한 양상으로 형성될 수밖에 없었던 것이다.

건설법제의 체계상 혼잡성을 보여주는 또 하나의 대표적인 예는 이 분야에서 분야별 기본법 제정 방식으로 추진된 법제정비의 성과가 불분명하고 오히려 법적 불확실성을 초래하고 있다는 것이다. 건설법제의 경우 분야별로 국토기본법, 토지이용규제기본법, 건설산업기본법 등 기본법만 3개 이상이 제정되어 있는데, 이들은 각각 해당 분야에 난립되어 있는 법령들을 통폐합하거나 재편성하여 『기본법-분야별 개별법』이라는 틀을 통해 체계적으로 정비한다는 취지에서 만들어진 법률유형들이다.²⁰⁾ 그러나 이들 3개 기본법 상호간의 관계가 반드시 분명한 것은 아니어서 그 해석적용상 혼선이 빚어질 여지도 없지 않고, 각각 기본법 제정을 통해 분야별 입법이 체계적으로 정비되었거나 정비되고 있는지는 여전히 불확실한 상태이다. 가령 국토기본법을 제정하고 그것을 기반으로 삼아 국토계획이용법을 제정했지만, 이후 다시 토지이용규제기본법이라는 기본법을 제정하였다든지, 이들 기본법과 이미 1996년에 제정된 건설산업기본법이 서로 어떠한 관계에 있는지가 불분명하다는 것이 그러한 예이다. 더욱이 43개에 달하는 기본법 상호간에 해석적용 또는 효력상의 우열이 문제될 경우 적지 않은 법적 불확실성이 예상된다.²¹⁾

건설법제의 체계상의 난맥상은 그 법적 목표의 불명확성과 함께 계획법과 규제법의 혼돈, 전도 등의 현상으로 이어진다. 일례로 계획법이 전반적인 실효성 저하 문제를 안고 있으면서도 동시에 기업이나 지방자치단체, 언론 등으로부터

²⁰⁾ 2006년 2월 10일 현재 기본법이란 명칭을 가진 법률들은 총 43개에 달한다.

²¹⁾ 최근 대통령 자문기구인 건설기술·건축문화선진화위원회는 건설기술의 경쟁력을 높이고 건축문화 선진국으로 진입하기 위해 추진해야 할 로드맵을 제시하면서 건축법령의 일관성을 확보하고 창의적인 설계를 촉진하기 위해 건축정책 선언과 추진근거, 건축관련 개별법간 상호 연계성을 확보한 건축기본법을 제정할 계획임을 밝힌 바 있다. 물론 ‘건축기본법’ 제정논의가 전혀 새로운 것은 아니며, 일부 건설행정 실무자나 학자들에 의해 주장되어 온 것이기는 하지만 (장기창, “개방화시대의 건축법운영 및 공무원의 자세”, **건축**, 2005.3, 61; 황은경·임석호·박근수·문수영·이승언 (2005), “건축규제 통합관리 방안 연구” 등), 건축기본법이란 또 하나의 기본법 제정을 추진하기 위해서는 기존의 기본법들과의 관계를 분명히 하는 일이 선행되어야 할 것이다.

과잉규제의 거점으로 공격을 받는 사례, 또는 실효성 없는 계획제한으로 인하여 난개발 등의 문제 해결을 위해 각 부처들이 소관법령에 무분별하게 지역지구제를 신설하도록 하는 등 오히려 대체적인 규제의 확산을 초래하는 계기로 작용하는 현상 등이 나타나고 있다. 실제로 국토계획이나 토지이용, 건축규제 분야의 법제는 실효성 측면에서는 적지 않은 문제점을 안고 있는 것으로 비판되고 있다. 이들 법령들은 표면적으로는 국토계획 및 토지이용규제법 중심, 건축법 중심으로 되어 있으나 실은 난개발 논란에서 나타났듯이 그 규제의 실효를 제대로 거두지 못하는 경우가 많았던 반면, 그와는 정반대의 방향에서 그때그때 소관부처의 필요나 정치적 요구에 따라 동일하거나 유사한 목적의 용도지역·지구를 마구 신설하여 국민혼란을 초래하는 등의 문제를 초래하였고,²²⁾ 그 결과 결국 토지이용규제기본법이라는 법을 새로 제정하게 만드는 계기가 되기도 하였다.²³⁾

그 밖에도 보전목적의 용도지역·지구가 지정될 경우 지가하락 등 주민에게 미치는 영향이 큰 데도 불구하고 주민의견 수렴절차가 없는 등 지정기준·절차 등의 합리성이 미흡한 사례,²⁴⁾ 다수의 지역·지구의 경우 지적고시가 안되어, 토지이용자가 해당토지에 대한 토지이용 규제현황을 파악하기 곤란한 사례,²⁵⁾ 행위제한 체계가 Negative System(할 수 없는 행위를 열거)과 Positive System(할 수 있는 행위를 열거)으로 혼재되어 있어 양체계가 중첩된 필지의 경우 행위제한 내용을 규명하기 곤란한 경우 또는 지역·지구 지정 이후 주변 여건변화가 제대로 반영되지 않아 불합리한 구역이 다수 존재하고 있었던 것으로 나타났다.²⁶⁾

22) 지하수법에 의한 지하수 보전구역·지하수보전지구·지하수개발제한구역이 그와 같은 예였다.

23) 2005년 12월 7일 법률 7715호로 제정된 이 법률의 제정이유는 ‘경제사회적 발전으로 개별 법령에서 수많은 토지이용규제체도가 다양한 목적으로 도입됨에 따라 지역·지구 등이 복잡다기화되고, 국민이 토지이용규제의 내용을 쉽게 알 수 없어 경제생활에 적지 않은 불편이 초래되고 있는바, 새로운 토지이용규제를 수반하는 지역·지구 등의 신설을 엄격히 제한하고, 기존의 지역·지구 등을 정기적으로 재평가하여 지속적으로 정비하는 한편, 지역·지구 등의 지정시 주민이 알 수 있도록 의견청취 절차와 지형도면 고시절차를 의무화하고, 규제안내서의 작성과 토지이용규제의 내용을 전산화하는 등 토지이용규제의 투명성을 확보하고 국민의 토지이용의 편의를 도모하려는 것’으로 되어 있다.

24) 예: 농업진흥지역, 보전산지, 생태계보전지역, 군사시설보호구역 등.

25) 건설교통부에 따르면 토지이용계획확인서를 통해 확인 가능한 용도지역·지구는 79개에 불과한 것으로 나타났다(건설교통부, 토지이용규제의 합리화방안, 2004.8. <http://www.president.go.kr/share/pmail/20040917/21.hwp>), 2).

건설산업에 관한 법제정비작업의 일환으로 제정된 건설산업기본법의 기본법으로서의 실효성 또는 그 제정 효과에 대한 의문이 제기되고 있는 것도 바로 같은 맥락에서이다. 주지하듯이 건설산업기본법은 1996년말 건설업법을 승계하여 제정된 것이다. 당초 건설업법은 건설업을 영위하는 자에 대한 면허, 도급계약의 규제, 건설공사의 적정한 시공의 확보와 건설업의 건전한 발전을 도모할 목적으로 제정되어 시행되고 있었다.²⁷⁾ 이후 1995년 6월 삼풍백화점 붕괴사고를 계기로 업계·학계·공무원 및 전문가 등으로 『건설제도개혁기획단』을 구성하여 1996년 2월에 부실공사방지와 건설산업의 경쟁력을 강화하기 위한 종합대책을 마련하였고, 이에 따라 개별법규에 의해 운영되던 각종 건설관련 공사업을 하나의 법에서 관장하도록 하여 공사의 종류에 따라 각각 다른 법령이 적용되는 데서 오는 불합리성을 해소하는 동시에 건설시장의 개방에 대비하여 경쟁제한요소로 인정되는 건설업면허제도를 개선하는 등 전면적인 제도개선을 통하여 건설산업의 경쟁력을 강화하고자 1996. 12. 30 전문개정시 제명을 건설업법에서 건설산업기본법으로 바꾸면서 그 내용을 전면적으로 개정하였다.

그러나 이 건설산업기본법이 기본법으로서 특성을 발휘하는 것은 후술하는 바와 같은 건설산업의 업역별로 적용되는 개별 특별법에 대한 관계에서 일반법적 기능을 하는 경우에 국한된다. 다른 법률과의 관계에 관한 제4조에서 ‘건설산업에 관하여 다른 법률에서 규정하고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다’고 규정한 결과이다. 그 밖에는 건설산업기본법이 과거의 건설업법을 이름만 바꾸었을 뿐 사실상 그와 별 차이가 없는 기능을 수행하고 있다는 말을 듣는 실정이다.

2.1.2. 법의 과잉 및 실효성 저하

한국의 건설법제는 다른 어느 분야보다도 ‘법의 과잉’(excess of laws and legislations) 또는 ‘법의 홍수’(Flut des Rechts) 현상이 현저하게 나타나는 분야이다. 건설법제에 있어 법의 과잉 현상은 다양하게 설명될 수 있지만, 어느 특정한

26) 건설교통부, 토지이용규제의 합리화방안(2004.8): <http://www.president.go.kr/share/pmail/20040917/21.hwp>, 2).

27) 건설업법은 1958년 3월 11일 법률 제477호로 제정되었다. 당초 건설업법은 법목적은 “건설업을 영위하는 자에 대한 면허의 실시, 청부계약의 규정, 기술자의 보유등에 의하여 건설공사의 적정한 시공을 확보함과 동시에 건설업의 건전한 발달을 도모함”에 있다고 규정하고 있었다. 건설업법은 사실상 건설업면허, 건설기술자, 건설공사의 청부계약, 감독, 벌칙 등 건설규제법으로서의 성격을 강하게 띠고 있었다.

요인보다는 우리나라 건설산업과 건설산업에 대한 정부정책 전반에 걸친 제반 문제점들이 종합적으로 작용한 결과라고 볼 수 있다. 굳이 그 원인들을 꼽아 본다면, 공공공사의 상대적 비대, 건설산업에 대한 정부규제의 과다, 부실공사 등으로 인한 건설 안전·환경 규제에 대한 사회적 요구 증대, 이해관계 위주의 법제화 경향 지속, 정부의 후견적 건설산업의 보호·육성정책 등을 지목할 수 있을 것이다.²⁸⁾

물론 일반적으로 법의 과잉여부를 판정해 줄 객관적 기준을 설정하기는 어렵기 때문에 특정 분야에 관하여 일률적으로 법이 너무 많다 적다고 할 수는 없다. 그러나 우리나라 건설법제의 경우 위에서 지적한 바와 같은 요인들 때문에 관련 법령이 다른 분야에 비해 상대적으로 더 두드러지게 양산되었다는 사실을 부인할 수는 없다. 건설관련법령이 너무 많다는 지적이 나오는 것도 바로 그런 배경에서 충분히 이해될 수 있다. 뿐만 아니라 아래 표에서 보는 바와 같이 건설분야 정부개입주의에 따른 규제의 관성을 해소하기가 결코 쉽지 않은 이상, 기술적 안전 확보라든가 환경보호 등으로 인한 사회적 규제 요구 역시 줄어들기 어려운 이상 관련법령의 증가현상을 근본적으로 불식시키는 것은 불가능할지도 모른다.

문제는 건설법제의 질과 수량 양면에서 적절한 수준을 어떻게 상정할 것인가 하는데 있다. 물론 건설법제의 수량 자체만 가지고 일률적으로 과다여부를 판단하는 것은 무리이다. 건설법제의 수량이 다른 분야나 다른 나라에 비해 상대적으로 많을지라도 건설산업의 경쟁력이나 건설경제 활성화의 관점, 또는 건설공사의 품질과 안전 등의 관점에서 볼 때, 그 규율의 내용이나 질이 유효적절하다고 판단될 경우에는 굳이 법의 과잉을 문제 삼을 이유가 없어지게 되기 때문이다. 이렇게 볼 때, 단순히 건설법제의 수량을 기준으로 법이 너무 많다고 하기보다는 그 품질과 실효성을 함께 고려하여 ‘과잉 법제화’ (übermäßige Verrechtlichung) 여부를 판단하는 것이 현명한 태도라고 할 수 있다.

그러한 관점에서 볼 때, 건설분야의 법제의 과잉 현상 못지않게 심각한 문제로 지적되어야 할 것은 그나마 잘 지켜지지 않는 법이 많다는 점, 다시 말해 건설법제 가운데 규범적 실효성이 결여되거나 미흡한 경우가 많다는 점이다. 실제로 건설관계법령의 많은 조항들이 유명무실하거나 지켜지지 않고 있는데, 가령 건설산업기본법 제29조에는 재하도급이 불법으로 되어 있지만, 재하도급을 하지 않는

28) 건설관련 법제도의 양산 원인에 관해서는 이상호·한미파슨스, 2003: 113-114면 을 참조.

현장은 거의 없는 실정이다. 이러한 건설법제의 특징적인 실효성 저하 현상은 일반적으로 비현실적이거나 지나치게 엄격하고 까다로워 준수를 기대하기 어려운 법규정이나 제도들이 만들어진 데에 기인한다고 볼 수도 있겠지만, 일차적으로 당해 법규범을 집행할 책임을 지는 행정기관이 법집행의 일관성을 기하지 못했다는 데 책임을 돌려야 할 경우가 훨씬 더 많을 것이다. 그러나 법규범의 준수를 모두 법집행기관의 책임으로만 돌리는 것은 법준수 여부에 대한 감독·감시 역량 및 자원의 부족 등 현실적 여건의 제약으로 말미암아 일일이 법위반을 제재하기 불가능한 경우가 많다는 점에서 반드시 온당한 태도라고는 볼 수 없다. 오히려 법규범의 작동메커니즘을 법준수의 유인을 극대화하는 동시에 법위반에 대한 제재 등 불이익을 가시화함으로써 수범자들(norm addressees)을 법준수로 나아가게 만드는 유인구조로 만드는 것이 무엇보다도 필요한데, 그와 같은 유인구조가 부재하거나 미비하여 법의 실효성이 손상되는 경우가 더 많고 더 심각한 문제라고 할 수 있다. 건설법제의 경우 경제적 유인이나 생산적 효율성이 아니라 처벌 위주로 법제도가 설계되는 경향이 현저히 나타났고, 실제로 안전이나 환경 문제 등 건설사고의 사후처리과정에서 처벌강화 위주의 대책이 추진된 결과 신설되거나 개정된 처벌규정들이 많았다. 그 결과 규범의 실효성 확보를 지나치게 처벌, 과징금 등 제재에 의존하고 있고, 처벌규정이 너무 많으며, 처벌의 종류나 강도도 너무 과다하여 헌법상 비례원칙에 어긋난다는 비난이 빈번히 제기되고 있다.²⁹⁾

건설산업에 관한 법제는 그러한 문제가 가장 두드러지게 나타나고 있는 대표적인 예라 할 수 있다. 건설산업기본법과 건설기술관리법 등 건설산업관계법들 역시 규범의 실효성을 주로 처벌규정에 의존하고 있기 때문이다. 건설산업관계법들이 지향해야 할 목표는 법준수에 따른 편익이 법위반 및 그 적발로 인한 비용이나 부담보다 크도록 함으로써 건설산업종사자들로 하여금 법을 준수하도록 하는 효과적인 유인구조를 조성하는 규율시스템을 구축하는 데 있다. 그러한 관점에서 보았을 때, 건설법제가 그 실효성을 지나치게 처벌이나 제재수단에 의존하고 있다는 점은 특히 시급한 개선을 요하는 문제라 할 수 있다. 실제로 처벌규정이 법에 지나치게 많이 남발되고 있다는 것이 건설산업 종사자들뿐만 아니라 법

29) 가령 김현, “건설기술자 처벌규정 과잉금지 원칙 위반 가능성 - 죄형법정주의위반가능성도, 미국·일본 등 선진국에서는 가중처벌규정 없어 -”, *건설저널* 2005.6., 24-25를 참조.

조계 관련분야 전문가들의 중론이다.³⁰⁾ 많은 경우 처벌규정들은 건설사고에 따른 사후조치로 강화된 측면이 강했기 때문에 지나치게 엄벌주의로 일관되어 있음을 볼 수 있는데, 처벌을 강화하더라도 그 규범적 실효성이 의문시되는 경우가 많다. 특히 건설사업 당사자 간의 계약으로 다뤄도 충분한 사항을 법률로 일률적으로 규율하거나 건설산업관련법 이외의 다른 법률에 의해서도 충분히 처벌이 가능함에도 불구하고 다시 처벌규정을 덧붙여서 중복처벌의 우려마저 배제하기 어려운 실정이다.

가령, 건설산업기본법이나 건설기술관리법 모두 건설산업의 건전한 발전을 도모한다는 입법취지를 가지고 있음에도, 그 규율내용면에서는, 건산법 제11장(벌칙)에 포함된 제93조(벌칙)에서부터 제101조(과태료의 부과·징수절차), 건기법 제8장(벌칙)의 제41조(벌칙)에서부터 제44조(양벌규정)까지의 규정들에서 볼 수 있는 바와 같이, 개인과 기업에게 처벌은 물론 행정제재, 벌금까지 부과할 수 있도록 하여 지나치게 제재 위주로 일관하고 있다.³¹⁾ 또 건기법 제20조의4는 불성실 또는 부실하게 설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대해 업무 정지의 제재를 부과할 수 있도록 하고 있고, 건축법 제10장 제77조의2(벌칙)에서부터 제82조(과태료)까지의 조항에 의한 규정되어 있는 벌칙들처럼 건산법 및 건기법 등에서 정해 놓은 것을 다시 건축법에서 중복하여 규정한 것들도 적지 않다.

2.1.3. 법의 분산 및 구조적 불균형

건설산업이 업역별로 각기 다른 법률 및 행정관할에 의해 규율되고 있다는 점, 즉 법의 분산(fragmentation) 현상에서 나온다. 이미 앞에서 본 바와 같이 행정각부처들 다수가 각기 다른 법률들을 근거로 하여 건설산업에 관여하고 있다. 건설용역법과 건설업, 시공 등 각 업역별로 적용되는 법이 다르고, 관련 법률에 따라 소관부처도 다르며, 재정경제부, 건설교통부, 과학기술부, 환경부, 행정자치부, 산업자원부, 정보통신부 등 10여개 이상의 부처들이 건설업에 관여하는 구조로 되어 있다. 따라서 건설업체의 입장에서는 단일한 건설공사라 하더라도 그 영역별로 각기 다른 복수의 관계행정기관들을 접촉해야 하는 부담을 피하기 어렵게 된

30) 이상호, “뇌물수수는 나쁘다, 그러나 ‘연좌적 사형선고’는 가혹하다”, **건설저널** (한국건설산업연구원), 2003.9., 12-13; 김현, “건설기술자 처벌규정 과잉금지 원칙 위반 가능성 -죄형법정주의위반가능성도, 미국·일본 등 선진국에서는 가중처벌규정 없어-”, **건설저널** 2005.6., 24-25 등을 참조.

31) 김현, 앞의 글, 24.

다.

또 다른 문제점으로 지적해야 할 것은 건설법제의 수직적 불균형 문제이다. 주지하는 바와 같이 건설산업의 경우, 법률보다도 하위법규인 시행령, 시행규칙 및 각 부처의 회계예규, 훈령, 고시, 기준 등이 더 큰 영향을 미치고 있다. 이와 같은 하위법령의 현실적 우세 경향은 비단 건설법제뿐만 아니라 법질서 전반에 걸쳐 일반적으로 나타나는 문제이기도 하지만, 건설법제의 경우 추후 검토하는 바와 같이 하위법령, 특히 법치국가적 통제에서 비교적 자유로운 고시나 예규 등 행정규칙에 의한 규율이 상대적으로 과도한 수준으로 지배하고 있다는 현상이 문제점이라 할 수 있다. 추상적인 법률이나 행정절차적인 사항에 대한 규제개혁보다는 기업의 경영활동을 직접적으로 제약하고 있는 구체적인 하위법령의 개선에 좀 더 많은 관심을 쏟아야 할 이유가 여기에 있다.³²⁾

2.2. 건설산업의 발전을 저해하는 법제도적 요소들

2.2.1. 개설

우리나라 건설산업은 과거 40년 동안 정부의 과보호에 길들여져 환경과 여건이 급변하고 있는데도 그에 대응한 체질개선을 하지 못하고 위기상황을 맞고 있다는 진단이 나오고 있다. 특히 건설산업은 『사양산업』이며, 『낙후산업』, 정부의 보호에만 의존하는 『유아적 산업』, 노령화가 빠르게 진행되는 『노후산업』, 상생과 협력이 사라진 『정글의 법칙만이 지배하는 산업』이라는 인식이 확산되고 있지만,³³⁾ 이러한 패배주의적 자의식을 극복시켜 줄 반대의 증거를 찾기는 어려운 실정이다. 정부는 세계화·개방화에 부응하여 각종 규제를 완화함으로써 시장경쟁 체제로의 전환을 시도해 왔지만, 건설업계는 아직도 정부의 보호만을 기대하는 유아적 행태를 벗어나지 못한 채 오히려 경쟁체제로의 전환, 건설산업 구조조정을 향한 정부의 정책변화에 거부감마저 보이고 있다.

한국 건설산업의 경쟁력 저하는 상당부분 건설관련 법과 제도의 문제에 기인한다는 비판적 인식이 확산되어 왔다. 즉, 건설 관련 법과 제도가 건설산업의 선진화를 저해하고, 국제경쟁력의 제고나 건설기술수준의 향상을 저해하는 요인으로 작용하고 있으며, 건설관련 법과 제도부터 시장경쟁 원칙을 근간으로 하는 국

32) 이상호·한미파슨스, 2003: 140.

33) 김재영, “위기의 건설산업, 어떻게 할 것인가?”, 대한민국 국회 건설교통위·(주)건교신문사 주최 건설산업 발전 세미나(2005.1.20), http://onair.cric.or.kr/osem/20050120_02.pdf.

제표준(Global Standard)으로 개혁하지 않으면 한국 건설산업 선진화는 실현할 수 없다는 것이다.³⁴⁾

“우리나라 건설시장은 세계에서 아홉 번째로 크다. 그러나 건설산업의 경쟁력은 매우 낙후되어 있다. ……

아파트 공사현장을 조사해 보니 90%이상의 현장에서 공기지연이 발생하고, 평균 공기지연기간은 계획공기의 12.2%였다고 한다. 계획공정과 실시공정이 일치한 작업은 30.8%에 불과했다. …… 그 결과 공사기간은 미국과 일본 등에 비해 1.3~3배 길고, 공사비는 10~53% 많다는 초라한 성적표를 받았다. 무턱대고 양쪽에서 터널을 뚫어 중간에서 만나면 다행이고, 안 만나면 두 개 뚫는 주먹구구식으로 공사를 진행하는 형국이다.”³⁵⁾

충격적이지만, 이러한 진단을 뒤집을 근거도 마땅치 않다. 그렇다면 우리나라 건설산업의 경쟁력을 이토록 저하시킨 원인은 무엇이었는가.

이러한 물음에 답하려면, 우선 이제까지 건설분야 경쟁력 저하를 가져온 법제도적 원인에 관한 각종 문헌상의 논의결과를 분석하여 가장 공통적으로 지목되는 요소들을 추출해 낼 필요가 있다. 둘째, 이들 공통요소들을 통시적인 관점에서 그것을 배태시킨 정책적·법제도적 맥락과 관련지위 설명함으로써 그 역사적 배경을 규명할 필요가 있다. 이와 관련하여 개별구체적인 법적 처방이 채택되기까지 입법적 해결을 필요로 했던 문제점과 발생원인이 무엇이었는지, 그 문제점을 해결하기 위하여 원용된 참조모델, 특히 선진외국에서 시행된 법제도적 선례들을 어떻게 고려하고 입법수준에서 반영하였는지를 밝히는 것이 중요하다. 일반적으로 입법적 수준에서 법이 변화하는 배경에는 입법현안이 제기되거나 대두된 배경으로서 사회경제적·정치사회적 문제들이 존재하며 그 문제해결을 위한 정책적 처방들이 일정한 문제해결에 대한 약속, 즉 기대효과 및 그 실현가능성에 대한 논변과 함께 공론화되는 과정이 진행되기 마련이다. 이러한 입법적 변화의 사회적 맥락을 파악함으로써 현재 상황에서 건설산업의 경쟁력 저하 등을 가져온 법제도적 요소가 무엇이며 그것을 어떻게 해결해야 할 것인가라는 법정책적 현안에 대한 대안을 모색할 수 있게 된다.

34) 이상호·한미파슨스, 2003: 135.

35) 권오현, “칸막이식 업역 구조와 겸업 규제의 폐해 가중”/커버스토리 주제: 건설 규제, 무엇을 개혁해야 하나, 한국건설산업연구원, *건설저널*, v.46(2005. 2), 26-28.

이러한 관점에서 건설산업의 발전을 저해해 온 주된 제도적 요소들을 살펴 본다면, 첫째, 규제 위주의 경직된 건설법제, 둘째, 과보호의 후견적 건설법제, 셋째, 건설산업 경쟁력 향상을 가로 막는 그 밖의 법제도적 장애 등으로 나누어 볼 수 있을 것이다.

2.2.2. 규제 위주의 경직된 건설법제

(1) 건설분야 규제개혁의 지연

건설산업의 발전을 저해하는 요소 중 가장 빈번히, 그리고 가장 심각한 것으로 지목되는 것을 꼽는다면 단연 건설규제의 폐단이다. 건설 분야는 ‘건설산업은 제도산업’, ‘규제의 요람’이라는 말이 나올 정도로 곳곳에 규제로 점철되어 있다.

건설규제 가운데는 과도하고 불합리하거나 불필요한 규제가 많지만, 행정규제 기본법에 터잡아 규제개혁위원회가 수행하는 규제개혁의 속도가 더디게 나타나고 있어 규제개혁의 필요성·절박성이 가장 큰 분야의 하나로 손꼽히고 있다. 사실 건설산업 분야는 규제철폐율이 다른 분야 산업보다 낮고 규제개혁의 속도도 매우 느리게 진행되는 특징을 보이고 있다.³⁶⁾

규제의 폐단이 크고 불필요하거나 불합리한 규제가 과다하다는 문제와는 별도로 규제의 준수정도나 실효성이 동요하는 것도 건설규제가 지닌 문제점의 하나이다. 또한 건설산업의 경쟁력을 저해하는 요인으로 가장 집중적인 주목을 받고 있는 문제가 이른바 칸막이식 업역구조와 영업범위의 제한이다. 칸막이식 건설업역 규제는 기업가의 선택에 맡겨야 할 사업범위 및 생산체제도 법률로 규제함으로써 공기단축이나 공사비 절감 가능성을 아예 제도적으로 불허하는 비효율적인 생산체계를 낳는 결과를 초래하고 있다. 또한 건설업역의 제한과 과도한 하도급 규제가 맞물려 수직적·중층적 하도급 구조가 형성되고 불법 하도급관행이 만연하게 됨으로써 건설생산체계의 비효율을 초래하는 악순환이 계속되어 온 것이다.

(2) 건설산업의 환경변화에 뒤쳐진 제도변화

가장 우선적으로 지적되어야 할 문제는 건설기술과 건설산업의 환경이 급속히 변화해 왔음에도 그에 상응한 제도변화가 계속 낙후되어 왔다는 점이다. 주지하

36) 이상호·한미파슨스, **한국 건설산업 대해부 - 당면과제와 미래의 도전**, 2003.11., 118-125면. 아울러 같은 곳에서 2003년 8월까지 건설분야 규제개혁의 성과에 문제점에 관한 상세한 논의를 참조.

는 바와 같이 건설업법 제정시(1958), 전문공사업종 신설시(1975)의 건설제도 틀이 지금까지 50년 가까이 계속 유지되어 문제점이 그대로 온존되어 왔던 것이다.³⁷⁾

(3) 과도한 건설규제

또 하나의 문제는 건설분야 규제가 지나치게 많다는 것이다. 물론, 건설산업은 정부규제에 민감하며 종속적이라는 특성을 가진다. 그러나 시장경쟁을 제한하여 경쟁력 제고를 저해하는 규제법령이 과다하여 문제가 되고 있다. 실례로 규제개혁위원회 등록 규제법률 986개중 약 200여개가 건설-교통 관련법률이고, 2005년 7월 기준 건교부 소관 법령은 법률 77개, 대통령령 88개, 부령 97개 등 총 262개에 달하고 있다. 2005년 7월4일 현재 정부부처별 규제현황을 보면 건교부소관 규제는 820건으로 정부부처 중 보건복지부(821건)에 이어 제2위를 차지하고 있고,³⁸⁾ 최초등록일(1998. 8. 31) 당시부터 총 규제 수에서도 900건으로 보건복지부(1625건) 다음으로 많았다. 특히 최초등록일 이후 규제건수의 감소는 불과 80건으로 감소율면에서는 타의 추종을 불허할 정도로 낮아 규제개혁의 속도가 가장 늦은 분야라고 해도 과언이 아니다.³⁹⁾

가령 건축허가 하나만을 보더라도 건축규제의 심각성을 충분히 확인할 수 있다. 한 조사연구결과에 따르면, 건축생산단계별로 16개 부처에 의하여 200여개의 건축관계법령이 적용되고 있고, 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가시 확인해야 할 법령만 해도 110여개에 달하고 있는 것으로 나타났다.⁴⁰⁾ 이 연구는 기존의 건축규제 제·개정 내용은 대부분 건축행위의 기본법인 건축법을 중

37) 김재영, “위기의 건설산업, 어떻게 할 것인가?”, 대한민국 국회 건설교통위·(주)건교신문사 주최 건설산업 발전 세미나(2005.1.20), http://onair.cric.or.kr/osem/20050120_02.pdf.

38) <http://www.rrc.go.kr/>에서 건설교통부 소관 행정규제 검색결과.

39) 김재영, 앞의 글, 3에서는 우리나라 건설산업이 세계화·개방화로 각종 규제를 완화하여 시장경쟁 체제로의 전환을 시도는 하고 있으나 아직도 정부의 보호를 요구하는 「유아적 산업의 태」를 벗어나지 못하고 있고, 경쟁체제로의 전환, 건설산업 구조조정을 위한 정부의 정책변화에 거부감을 보이고 있어 건설관련 규제 철폐율은 타 산업보다 낮으며 속도도 느리다고 지적한다.

40) 건축법 제8조는 건축허가시 확인해야 할 법령과 의제처리할 법령 등 44개를 명시하고 있으나, 실제 설계시에는 이들 외에도 70개의 별도 확인 법령이 있다. 황은경·문수영(2005), “건축규제 개선 방향 설정에 관한 연구”, 대한건축학회 논문집, 계획계, v.21 n.12(2005-12), 93.

심으로 이루어졌고 건축법과 다른 법령 간에 나타나는 여러 가지 문제점에 대한 검토가 충분히 이루어지지 못하고 있는 실정이라고 지적하고 있다. 그 밖에 건축설계시 적용해야 할 확인법령 근거의 부재, 건축허가 근거 및 결과에 관한 책임소재의 불명확, 개별법의 별도 인·허가 절차로 인한 민원인 업무부담 가중 등이 건축설계 및 건축허가와 관련된 규제의 문제점으로 지적되고 있다.⁴¹⁾

물론 규제의 양(개수)보다는 질(내용)이 더욱 중요한 문제이지만, 과도한 규제 자체가 기업간 경쟁을 제한하고, 효율적인 생산 구조를 어렵게 하는 요인으로 작용한다는 점을 인식할 필요가 있다. 이러한 상황에서 자유로운 시장이 작동하는 것은 불가능하고, 산업의 경쟁력이 강해질 것을 기대하는 것은 애초부터 무리이다. 가령 세계경제포럼(WEF, 2000)에서는 조사대상 59개국 중 한국의 정부간섭 정도를 52위로, 국내 시장에서의 경쟁정도는 43위로 평가한 바 있다.

(4) 건설규제의 폐단에 대한 유형별 검토

건설규제의 폐단 가운데 가장 빈번히, 그리고 가장 우선적으로 거론되는 것은 건설업의 업역제한, 분리발주제 및 하도급규제의 문제이다.

① 업역제한 및 겸업금지

『건설법』, 『국가계약법』, 『하도급법』, 『건기법』, 『엔지니어링법』을 근간으로 철저하게 업역화된 칸막이식 건설생산체제는 건설산업 발전을 저해하는 가장 근본적인 요인으로 지적되어 왔다. 건설업자의 겸업 제한과 영업범위 제한에 의한 시장분할과 인위적인 물량배분정책의 역기능은 여러 가지가 있겠지만, 무엇보다도, 건설업자의 다양한 영업 활동과 자율성을 저해하고 효율적인 공동수급체의 구성을 곤란하게 만드는 반면, 그나마 계열사 등 별도법인의 설립 등으로 말미암아 규제의 실효성을 기할 수도 없다는 점을 들 수 있다.

사실 가장 심각한 문제는 건설업의 칸막이식 업역 구조에 의지하여 상당수의 업체들이 지대 추구에 안주해 왔다는 데 있다. 정부는 건설업체에 물량을 할당해주는 칸막이식 건설제도를 운용하여 오히려 건설생산체제의 낙후를 가속화하는

41) 황은경·문수영 (2005), 같은 글, 93-97. 또한 건축 시공 및 설비 감리 관련 규제의 문제점으로는 개별법간 건축시공감리 대상 및 감리규정의 상이, 개별법간 설비감리 발주방법의 상이, 개별법에 의한 과도한 감리기준 강화 등이, 건축물 유지관리 관련 규제의 문제점으로는 관계법 적용상의 혼란 및 중복 등을 지적하고 있다.

우를 범했다.⁴²⁾ 물론 업역제한에는 무자격업체가 건설시장에 진입하는 것을 방지함으로써 건설업체의 전문성 및 건설생산의 품질을 확보하고 소비자 및 중소기업 보호한다는 긍정적인 측면도 없지 않지만, 이러한 긍정적 측면보다는 그것이 가진 건설생산 효율성 저하 및 지대추구행위 조장 등과 같은 부정적 측면이 더욱 강하게 나타나고 있다는 것이 문제이다.⁴³⁾

일반건설업과 전문건설업 간 겸업을 금지하고 영업범위를 제한하며, 건설업과 설계업의 수직적 통합을 금지하는 건설산업기본법의 업역규제는 시대조류에 맞지 않는 과도한 진입규제라는 비판을 받아 왔다. 선진외국의 경우, 일반적으로 우리나라나 일본처럼 면허체계를 유지하는 사례는 찾아보기 어렵고, 사업자별로 독점적 사업범위를 법정하여 규제하는 것도 국제적 기준에 맞지 않는다. 이러한 규제는 경쟁을 저해하고 지대추구적 행위를 조장한다. 즉, 경쟁업종의 시장진입을 억제하는 가운데 면허대여나 입찰참가에 따른 대가수수 등 이른바 지대추구행위를 부추길 가능성이 크다. 또한 업역규제는 토목설계용역은 엔지니어링업체, 건축설계용역은 건축설계사무소, 원도급은 일반건설업체, 하도급은 전문건설업체로 업역별로 국한시킴으로써 기술공유는 물론 상호협력이 거의 이루어지지 못하게 만드는 결과를 가져온다. 특히, 설계와 시공간 겸업금지 양 기능 간 협력을 저해하고, 시공과정에서 개발되는 기술과 노하우가 설계과정에 피드백되는 것을 차단한다. 그리고 현재의 면허제에서는 중소기업의 실질적 보호가 어렵고, 거래비용만 증가시킬 뿐이다.⁴⁴⁾

② 분리발주 의무화제도

건설공사가 시행될 경우 전기공사, 정보통신공사, 소방공사, 위생 및 냉난방공사 등이 부수적으로 필요하게 되는데, 그러한 부수공사에 대하여 독립적인 법률과 면허체계에 근거해 배타적인 사업범위가 정해져 있고 각각의 분리발주가 법적으로 강제되어 있기 때문에 사업자간의 경쟁이 제약되고 있다. 또한 시장진입을 억제하고 면허대여나 입찰참가에 따른 대가 수수 등 이른바 지대추구행위를

42) 김재영, 앞의 글(http://onair.cric.or.kr/osem/20050120_02.pdf)을 참조.

43) 이석재·김경래·유진근·김대호, “건설업 업역구조 변화에 관한 연구”, **한국건설관리학회논문집**, 제2권 제2호(2001.6); 권오연, “‘칸막이식’ 업역구조와 겸업규제의 폐해 가중”, **건설저널** 2005.2, 27 등.

44) 권오연, “건설업 경쟁력 강화·업역·발주·입찰제도의 개선 절실 - 겸업금지 및 업역제한 폐지, 다양성·투명성 갖춘 입찰제도 도입을.”, **건설저널**, 2005.5., 12-14.

부추길 가능성을 배제하기 어렵게 된다.

일반적으로 공사 발주 및 입찰·계약제도는 건설산업의 경쟁력에 직접적인 영향력을 미치는 것으로 알려져 있다. 가령 입찰제도를 기술경쟁 중심으로 운용한다면, 입찰자들은 낙찰확률을 높이기 위해서 기술경쟁에 주력할 것이고, 반면 가격경쟁력을 높이기 위해서 전면 최저가 낙찰제를 실시한다면, 공사원가를 절감하기 위하여 노력하지 않을 수 없게 될 것이다. 분리발주 의무화제도, 즉 입찰·계약의 분리 시행 강제제도는 해당 사업자별로 독점적인 사업영역을 확보해 주는 효과를 발생시킴으로써 사업자간 협업이나 경쟁, 기술교류보다는 이해관계의 대립을 유발시킬 소지가 크다. 또한 소비자(발주자)의 사업자 선택권을 제약해 효율성 제고의 기회를 봉쇄하는 결과로 이어질 가능성이 높다. 요컨대, 공중별 분리발주를 통한 분할 계약을 확대할 경우, 발주자의 효율적인 발주 방식 선택권이 제약되고, 건설 생산 체계의 비효율성이 심화되며, 품질확보에 지장을 초래하고, 건설업역 체계의 혼란과 업역 갈등을 조장하는 등의 문제가 생길 개연성이 크다.⁴⁵⁾

그런데 문제를 더욱 어렵게 하는 것은 건설사업의 효율성을 저해하고 있는 전기 및 정보통신공사의 분리발주 의무화와 같은 규제는 건설교통부외에 산업자원부와 정보통신부 등 여러 부처가 관련되어 있어 쉽사리 고쳐지지 않는 경향을 보인다는 점이다.

물론 각기 별도의 근거법률과 면허체계에 의거하여 사업자별 사업범위를 배타적으로 한정하고 이를 토대로 공사종류별로 분리발주를 의무화하는 규제방식이 언제나 사업자간의 경쟁제약이나 시장진입 억제와 같은 문제를 야기하는 것은 아니다. 사실 건설공사업, 전기공사업 및 정보통신공사업의 등록기준은 지속적으로 완화되어 더 이상 진입장벽의 역할을 수행하지 못하고 있는 실정이다. 일반건설업과 전문건설업 간에는 겸업이 제한되어 있지만 건설업과 전기공사업, 정보통신공사업의 겸업은 허용되어 있기 때문이다. 다만, 전기 및 정보통신공사를 토목이나 건축공사와 분리해 도급·발주하도록 의무화함으로써 인하여 현실적으로 건설사업의 효율적인 수행이 어렵게 되고 발주자가 가장 효율적인 최적의 발주방식을 택할 선택권을 제도적으로 박탈하고 있어 문제가 되는 것이다.

전기 및 정보통신공사의 분리발주에 따른 문제점은 무엇보다도 발주자의 발주

45) 이상호, “분리발주제도의 문제점과 개선방안”, **건설산업동향**(한국건설산업연구원, 2002.4.26).

방식 선택권을 박탈한다는 데 있다. 분리발주의 강제로 예산, 공사의 특성, 발주자의 관리능력 등에 따라 적절한 발주방식을 선택할 여지를 봉쇄함으로써 예산 낭비와 다수의 입찰계약행정으로 인한 행정력 낭비가 초래된다. 그런데 전기공사법에서든 정보통신공사법에서든 또는 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』에서든 분리발주가 필요한 근거나 이유에 대한 이렇다 할 설명을 찾아보기 어렵다는 점이 문제이다. 이는 규제의 정당성·합리성이 납득할 수 있을 정도로 뒷받침되고 있지 못하다는 것을 의미한다.

시공 관리상 비효율성도 문제가 된다. 기능이 서로 연계되어야 할 동일 구조물 공사를 시공자간의 공동도급하지 아니 하고 따로 따라 별개의 시공자에게 분리 발주하여 각 공종별로 시공하도록 할 경우, 별개업체간 현장조직과 관리체계가 분리되어 공종별 시공관리나 조정이 곤란해지거나 시공자 상호간의 연계성 확보가 어렵게 될 공산이 크다. 또한 시공업체간 구조물 공사에 대한 책임한계가 분명하지 않게 되는 문제가 따르고, 하자발생시 상호 책임전가로 인한 하자보수에 지장을 초래하는 결과를 가져온다. 나아가 설계와 감리상 비효율이 생길 수도 있다. 잦은 설계변경에 따른 비효율과 품질확보상의 애로가 생기거나, 공종별로 감리가 이원화돼 현장에서의 조정이 어렵게 되고 그 결과 공기가 지연되거나 품질 관리에 문제가 생길 수도 있다.

외국의 경우 전기 및 정보통신공사의 분리발주와 같이 공종별 분리발주를 법률로 의무화한 나라는 거의 없다. 독일의 경우, 일반적인 발주원칙으로 분할 및 분리발주를 규정하고 있기는 하지만 의무사항은 아니다. 미국의 경우 뉴욕주 등 일부 주정부에서 분리발주를 의무화하기도 했으나, 그 대상은 건축공사에 국한되었다. 그나마 분리발주로 인한 예산낭비 등에 대한 시민단체의 공격 등으로 인해 1990년대 초반 이후부터 분리발주 예외조항이 확대되면서 현재는 분리발주제도 자체가 유명무실하게 되었고, 실증조사 결과 분리발주방식이 공사비 증가 및 공기 지연 등 심각한 비효율성을 초래한 것으로 나타나기도 하였다.⁴⁶⁾

③ 하도급규제

46) 미국국립경제연구소(NBER)에서는 뉴욕시에서 수행된 분리발주 공사가 6~8%의 건설 공사비 상승 효과를 보였고(특히 소규모 공사일수록 분리발주로 인한 공사비 상승 효과 증대), 품질 면에서 뚜렷한 우위를 보여주지 못한 반면, 통합 발주된 공사에 비하여 공기는 평균 2배 소요된 것으로 평가한 바 있다(이상호, “분리발주제도의 문제점과 개선방안”, **건설산업동향**(2002, 건설산업연구원).

건설산업기본법 제29조는 건설공사의 하도급을 규제하고 있다. 일반적으로 건설업의 시공과정은 원도급 업체와 하도급 업체, 하도급 업체와 재하도급 업체간의 위계적 계층 구조로 이루어진다. 종합건설업자는 도급받은 공사의 전체적인 관리·감독(coordination)을 담당하며, 하도급자들은 현장에서 직접 시공을 담당하는 점에서 그 기능이 뚜렷하게 차이가 난다. 하도급 단계는 하부 단위로 가면서 더욱 세분화되는데, 대개 1차 하도급은 종합건설업자가 전문업자에게 하청을 주는 기업 하도급이지만 2차 이하의 하도급은 작업반장이나 심장을 통한 노무 하도급의 형태가 많다.

건설업에서 하도급이 전형적인 생산 방식이 되는 까닭은 건설 생산과 수요의 특성에서 기인하는 것으로 이해되고 있다. 건설공사는 비반복 생산이라는 점에서 고도로 차별화된 상품이며, 건설프로젝트는 ‘발주자, 입지, 시간, 공사기간, 규모, 적용기술, 설계내역(spec)’ 등에서 공사마다 달라지고, 건설공사의 주문도 단발성(one-time)이고, 불연속적(discontinuous)인 것이 특징이다. 따라서 건설업체가 모든 수요에 대비한 전천후의 인력과 기술을 보유하는 것은 매우 비경제적이고, 모든 책임을 건설회사가 부담하기보다는 전문업체에 공사를 하도급 함으로써 공사 위험과 책임을 적절하게 분산하는 것이 효율적이라는 결과가 된다. 시공단계상 각 업체는 자기 공사에 대해서만 위험과 책임을 분담하며, 그 이외의 위험과 책임은 상위 단계, 하위 단계의 건설업체가 책임을 분담하는 것이 건설공사의 위계적 책임 구조라 할 수 있다.

그러나 건설공사 원하도급 관계는 협력관계보다도 수직적 지배·종속관계로 인식되어 왔고 정부의 건설하도급에 대한 규제정책의 방향도 이러한 시각에서 전문업체 보호에 초점을 맞추었기 때문에 의무하도급제, 재하도급 금지, 일괄하도급금지, 하도급 저가심사제 등과 같은 하도급규제의 폐단이 발생하게 되었다.⁴⁷⁾

하도급규제는 건설 생산 체계의 신축성을 감소시키고, 불법 하도급 관행을 성행하게 만드는 요인으로 작용하고 있다. 원도급자의 우월적 지위를 이용한 도덕적 해이와 하도급자의 성실 시공 위배행위도 생산성 향상을 저해하고 있다고 지적된다.

2.2.3. 보호 위주의 후견적 건설법제

47) 김관보, **건설공사 하도급 규제 완화 방안 연구**(1995, 건설산업연구원).

건설산업 발전을 저해하는 건설법제의 또 다른 문제점은 과거의 정부주도 개발우선주의 아래에서 형성된 보호 위주의 후견적 법제도가 21세기 변화된 경쟁의 시대에도 유지되고 있는 경우가 적지 않다는데 있다. 과거 보호·육성정책의 Paradox와 폐해, 부작용 등에 대해서는 새삼 논의할 필요조차 없겠지만, 그럼에도 불구하고 업역이나 겸업제한 등과 같은 규제제도들이 그 제도의 존속에 이해관계를 가지는 기업 등 이해집단과 당해 규제에 관한 관할행정기관 등과 밀착되어 기득권에 안주하면서 변화에 저항하도록 조장함으로써 제도혁신을 어렵게 만들고 있다는 점이 문제이다.

우리나라의 건설관련 법제도는 많은 정부부처들과 이익단체들이 개입해 서로 영향력과 이익의 극대화를 위해 각축을 벌이는 과정에서 규제와 보호 위주, 후견적 규제 일변도의 구조가 고착된 측면이 강하다. 건설교통부뿐만 아니라 재정경제부, 과학기술부, 산업자원부, 정보통신부 등 여러 관련부처들이 관장하는 3백개가 넘는 관련법령은 종종 특정 이익단체를 대변하거나 보호하려는 취지의 법률일 뿐, 건설산업 분야에서의 경쟁 강화를 통한 건설산업 발전을 도모하는 법이라고 보기 어렵다는 비판에 직면해 왔다.

“건설산업의 혁신을 위해 가장 먼저 해야 할 일은 법과 제도의 개혁이다. 우리 건설산업이 경쟁력을 잃게 된 가장 큰 이유는 글로벌 스탠다드와는 거리가 먼 각종 법령과 제도다. 지킬 수도 없고 지키려고도 하지 않는 300여개의 각종 법령이 건설업계를 거미줄처럼 옥죄고 있는 한 건설산업의 미래는 암울할 뿐이다. 도대체 어떻게 이토록 많은 불합리한 법과 제도가 만들어졌을까? 가장 먼저 지적돼야 할 것은 자기들의 이익보호를 위해 법과 제도를 악용해 온 관련업계의 극단적인 이기심이다. 건설관련 정책을 수립하는 정부조직이 분산돼있어 정책 수립시 조정기능이 제대로 발휘되지 않는다는 것도 커다란 문제점으로 지적돼야 한다. 이처럼 파편화된 법이나 제도 하에서 정책의 일관성이나 장기적인 예측성을 기대하기란 어려울 수밖에 없다.”⁴⁸⁾

대기업이나 중소기업의 보호·육성정책은 이를 강화하면 할수록 더 보호 또는 육성되지 못하고, 경쟁력 저하와 불법·탈법행위의 양산 등 많은 부작용을 초래하는 것으로 알려지고 있다. 따라서 보호·육성정책에서 경쟁정책으로의 전환이

48) 김종훈, “건설 선진국의 혁신운동과 우리의 선택 - 한국 건설산업의 선택 -”, **건자재** 2005.12월호.

필요한데, 경로의존성 등으로 인하여, 그리고 건설분야 보호·육성정책으로부터 혜택을 누려온 이해관계집단의 저항 등으로 개혁이 용이하지 않다는 것이 문제이다.

2.2.4. 건설산업 경쟁력 향상에 대한 법적 장애

건설산업 발전을 저해해 온 건설법제의 문제점 중 세 번째는 이미 앞서 해당되는 곳에서 지적된 바 있듯이, 건설법제의 변화가 주로 건설비리나 건설사고에 대한 사후약방문식 대응, 그리고 내용면에서 규제 강화나 처벌 강화 위주의 땀질식 처방에 의해 이루어져 옴으로써 누더기처럼 비대화하였고, 건설법제의 기본원리이자 목표로 제시되었던 건설산업의 경쟁력 향상이나 건설산업의 발전을 통한 건설경제의 활성화에는 상대적으로 관심이 소홀했다는 데서 기인한다.

앞에서 지적한 각종 규제제도의 문제점들 외에도 특히 다음과 같은 몇 가지 요인들이 이러한 건설산업 경쟁력 향상을 어렵게 만드는 요인으로 작용하였다. 그 첫째 요인으로 주택·부동산정책의 법제화와 그에 따른 건설산업에 대한 영향을 들 수 있다. 실제로 정부는 경기 및 부동산 시장의 상황에 따라 각종 주택·부동산 정책을 마련하여 이를 시행하여 왔는데, 이러한 정책들은 한편으로는 경제를 활성화시키기 위한 방편으로 마련되었으며, 다른 한편으로는 투기를 억제시키기 위한 방편으로 마련되었다. 즉, 지금까지 정부의 부동산 정책은 경기부양을 위한 규제완화책을 도입하였다가 시장이 과열될 경우 투기억제책 등 규제강화책을 도입하는 주기적 양상을 보여 왔던 것이다.⁴⁹⁾ 이와 같이 정치적 필요나 부담에 따라 단행된 부동산 투기방지 대책이 부동산 경기대책과 모순되거나 상충되는 경우가 적지 않았다. 그 경우 어느 한 방향으로 단행된 주택·부동산정책 법제화가 다른 방향에 부정적 효과를 미치고 그 결과 그때그때 상황논리에 휩쓸려 다시 사후에 법제도를 뜯어 고치게 되는 일종의 악순환이 빈번하게 일어났다.

둘째, Global Standard와 무관한 한국식 발주 및 입찰제도의 문제점을 지적하지 않을 수 없다. ‘요행에 의한 로또복권 당첨식 낙찰제도’니 ‘운찰제’니 하는 말이 나돌 정도로 입·낙찰제도의 문제점이 심각한 발전저해요인으로 지적되어 왔다.

“우리 건설산업은 면허제도를 통해 신규업체의 시장진입을 막은 상태에서 기득

49) 김현아·이승우, “부동산 대책이 건설산업에 미치는 영향”, 2005.1.

권을 가진 업체들간 물량분배를 조장해왔다. 그 결과 적격심사제도가 도입돼 입찰제도인지 운찰제도인지 분간조차 곤란한 지경에 이르렀다. 턴키시장은 로비력에 의해 당락이 결정되는 시장으로 변한지 오래다. 평가방법에 있어서도 투명성이나 객관성에 지나치게 집착하다보니 전문가에 의한 주관적 판단 여지는 아예 배제되고 있다. 그 배경에는 평가자의 재량을 인정하지 않는 확일주의와 책임회피를 위한 면피주의가 깊이 도사리고 있다. 무형자산인 기술력을 정형화된 잣대로 평가하려는 제도하에서 기술향상은 무의미하며 프로페셔널리즘의 확립은 더욱 요원할 뿐이다.”⁵⁰⁾

특히 한국식 턴키·대안입찰제도와 최저가 낙찰제도 및 보증제도의 문제점, 한국식 CM제도의 한계(CM at risk는 제도적으로 불허, 감리형 CM 등), 그리고 계획, 설계, 발주 등 시공 전 활동에 충분한 시간과 노력을 투입하고 시공은 빨리 끝내는 외국의 경우와 달리 시공 전 활동과 시공 후 활동의 구분도 명확치 않고 시공전 활동보다는 시공에 중점을 두는 방식의 문제점 등이 다양한 경로를 통해 지적되어 왔다.

또한 발주행정 규제환경 측면에서도, 공사규모에 따른 확일적 규제방식을 취하고 있다는 문제점이 지적되고 있다. 국가의 발주행정을 규정하는 국가계약법규가 법, 시행령, 시행규칙 이외에 회계예규 등으로 규제의 피라미드(pyramid of regulations)를 형성하여 발주기관의 자율성과 재량을 제약하고 있고, 그 결과 개별 발주기관의 발주목적과 공사의 특성이 제대로 반영되지 못하게 됨으로써 사업수행의 비효율을 초래한다. 또한 이러한 규제법의 문제점 외에도 법적합성 위주의 감사제도와 관행이 법령에 정해진 절차대로 단순히 집행하기만 하던다는 인식을 심어주어 감사를 의식한 소극적·방어적 발주행정으로 창의적이고 혁신적인 발주가 이루어지지 못하게 만드는 원인이 되고 있다. 또한 입찰계약업무만을 발주기관의 판단과 관계없이 의무적으로 조달청에 위임하도록 하고 있어 발주업무의 이원화로 인한 비효율성이 발생하고 개별 발주기관이 자체의 발주목표와 공사여건에 부합하는 입찰계약업무를 수행하는 데 따른 재량과 자율성을 제약하고 있다.⁵¹⁾

이와 같은 Global Standard와 무관한 한국식 제도가 판을 칠수록 한국 건설산업의 국제경쟁력 저하와 건설산업의 내수산업으로의 고착현상을 피할 수 없게

50) 김종훈, 앞의 글.

51) 김성일·이형찬, **공공공사의 발주의 분권화 방안 연구**, 국토연구원 2004, 37면.

될 것이라는 것이다. 아울러 건설법제도 및 정책의 변화가 건설산업구조에 영향을 미쳐 건설산업의 경쟁력을 약화시키는 결과가 빚어지기도 했다. 1997년 이후 최근까지 주로 공공공사를 대상으로 한 건설제도 및 정책변화가 건설산업 구조에 어떤 영향을 미쳤는지를 분석한 한 연구에 따르면, 건설산업기본법 제정 이후 가장 두드러지게 나타난 건설산업 구조의 변화는 신규 건설업체 수의 급증 및 무자격 부실건설업체 난립이었고, 그 원인은 건설업 등록기준의 완화뿐만 아니라 요행에 의한 복권당첨식 낙찰제도, 시공연대보증제도, 불법 하도급을 통한 공사 수행이 가능한 현실 등 건설제도 전반의 문제점과 관행이 복합적으로 작용한 결과라고 분석된 바 있다.⁵²⁾

Ⅲ. 건설 선진화를 위한 건설법제의 혁신방안

1. 건설법제 혁신의 기본방향

건설법제의 혁신은 건설산업 선진화를 위한 정책대안을 모색함에 있어 빼놓을 수 없는 요소라 할 수 있다. 사실 한국 건설기술 수준의 낙후성, 건설산업의 경쟁력 저하는 상당부분 건설 관련 법과 제도에 기인한다는 비판이 널리 공감을 얻고 있다. 건설 관련 법제가 건설산업의 선진화를 저해하고, 국제경쟁력의 제고나 건설기술 수준의 향상을 어렵게 만든 원인은 법제도가 규제 위주로 되어 있고, 건설산업 시스템이 시장경제 원리가 아니라 정부의 법·제도에 의해 짜여 있으며, 건설산업의 고비용 구조도 법·제도로부터 비롯된 것이라고 한다.⁵³⁾ 건설업계 일각에서는 아예 건설 관련 정부부처나 건설 관련 법이 없어야 건설산업이 발전할 수 있다는 극단적인 주장까지 나오고 있는 실정이다.

건설법제가 과연 한국 건설산업의 선진화를 가로막고 있는 장애요인지, 어떤 법이 어느 정도로 건설산업의 선진화를 저해하고 있는지는 분명하지 않다. ‘건설산업은 제도산업’이라는 말이 나올 정도로 법제도가 업역, 면허·보증·예산·발주·입찰계약·감리, 생산구조 및 건설기술 발전 등 건설산업의 모든 부문에 직접적인 영향력을 미치는 것은 사실이고, 건설산업이나 기업이 안고 있는 문제점

52) 이상호·현준식·이승우, “건설제도·정책변화가 건설산업 구조에 미친 영향”, 2004.11.

53) 이상호·한미파슨스, 2003, 257면.

중 상당수가 잘못된 정부의 법과 제도에서 비롯된 것이라고 볼 수도 있지만, 무엇이 어느 정도로 어떤 폐단을 가져왔으며 그러한 폐단을 해결하기 위하여 어떠한 법제도적 대안이나 해법이 요구되는지를 판단하기는 결코 용이하지 않다. 다만, 분명한 것은 건설산업계의 불만과 불신을 가져온 건설법제의 결함과 문제점이 현실로 존재한다는 사실일 것이다.

그렇다면 건설선진화를 위한 건설산업 관련 법제도 혁신의 방향은 의당 건설산업에 대한 법적 규율의 최소화·슬림화 및 이를 통한 법적 규율의 효율화, 건설법제의 결함·문제점을 해결하기 위한 제도 개선에 맞춰져야 할 것이다.

이러한 전지에서 건설법제 혁신의 기본방향은 다음과 같이 집약해 볼 수 있다. 첫째, 건설법제의 전체적 구조와 체계를 건설산업 선진화의 목표와 21세기 정책환경의 변화에 맞게 재편해 나가는 것이 필요하다. 이를 위해서는 무엇보다도 건설 관련 법제도를 효율성의 관점에서 시장경쟁의 원리를 근간으로 하는 국제표준(Global Standard)으로 개혁하려는 일대 패러다임의 전환이 요구된다.⁵⁴⁾

둘째, 건설산업의 선진화를 저해하는 건설법제도를 과감하게 개혁해 나가야 한다. 건설산업 법제개혁의 핵심은 역시 건설규제의 개혁에 있다. 건설산업법제에 있어 규제개혁의 방향은 크게 규제개혁체제의 혁신, 즉 규제개혁의 성과 제고를 위한 규제법제의 정비·개선과 건설선진화를 추진함에 있어 전략적 중요성을 가지는 중요규제들에 대한 선택과 집중으로 집약된다.

끝으로, 건설산업 분야에서의 기술혁신이나 발전에 상응하여 건설산업법제를 업그레이드 시켜 나갈 필요가 있다. 가령 초고층 건축물 관련법제의 신설·보완, 첨단정보통신 인프라와 유비쿼터스 정보서비스를 도시에 융합한 U-City 추진을 위한 법령·제도의 정비 또는 장대교량 등 대형시설 건설 관련 혁신적 건설법제의 도입 등이 그러한 예가 될 것이다.

2. 건설산업법제 구조개혁의 실천방안

2.1. 건설산업법제 전반에 대한 입법평가

건설산업 관계법령의 입법성과 분석 및 평가를 통해 그 존재여부와 개혁방향을 근본적으로 재검토하는 ‘그라운드 제로’에서의 발상의 전환(Rethinking at

54) 이에 관련하여 특히 이상호·한미파슨즈(2006). **코리아 스탠다드에서 글로벌 스탠다드로 - 한국건설의 미래 창조 -**, 보문당을 참조.

‘Ground Zero’)이 필요하다. 부정적인 결과를 초래하였거나 소기의 입법정책적 목적 달성에 실패한 법령, 불필요하거나 부적절한 내용을 가진 법령, 과도한 규제를 내용으로 하는 법령 등은 과감한 가지치기를 통해 폐지, 축소해 나가야 할 것이다. 특히 건설산업 법령 전체를 하나하나 제로베이스에서 그 목표달성 정도, 실효성, 집행부진(Vollzugsdefizit) 등 문제점 및 교정가능성, 존속의 필요성여하 등의 측면에서 재평가하고 법정정책 대안을 모색하기 위한 정기적인 입법평가제도를 도입하는 방안을 적극 검토해 볼 필요가 있다.

또한 건설경제 부문에서의 정부-기업 관계와 정부의 역할 재설정을 통해 건설행정·정책의 새로운 가버넌스를 정립하고 이러한 청사진을 토대로 필요한 최소한의 법제도 요소들을 추려 건설법제의 틀을 새로 짜야 한다. 아울러 그 명칭에도 불구하고 성격과 지향이 모호하게 남아 있는 건설산업기본법을 근본적으로 재검토하여 진정으로 건설산업 진흥을 위한 법제도적 인프라를 구축·정비해 나갈 필요가 있다. 물론 건설행정조직은 자기보존에 집착하는 경향을 보이며 제도 변화에 저항할 것이고, 기존의 건설행정의 경직성, 경로의존성 등으로 인한 장애도 적지 않겠지만, 건설산업법제의 생성 및 변화 전 과정을 일종의 생애주기(life cycle)로 파악하여 각 단계별로 보다 냉철하고 객관적으로 입법성과를 측정·평가하여 그 결과를 법제혁신에 반영해 나가야 할 것이다. 이를 위하여 종합적이고 상시적인 입법평가기구를 설치하여 생애주기방식의 입법평가 및 관리기능을 수행하도록 하고 그 과정에서 건설산업관련 법령들을 폐지·축소하거나 제·개정함에 있어 학계·전문가는 물론, 산업계의 의견을 반영할 수 있는 제도적 메커니즘(industrial advisory group)을 마련할 필요가 있다.

2.2. 건설산업법제 구조개혁의 추진원칙

건설산업법제의 구조개혁을 추진하기 위한 첫 번째 원칙은 앞서 본 선택과 집중의 전략에 따라 법적 규율이 반드시 또는 현 시점에서 볼 때 상당한 기간 동안 계속적으로 필요한 사항이 무엇인가를 엄정하게 선별하여 법내용을 과감하게 정비해 나가되, 일단 법적 규율대상에 포함된 사항에 대해서는 그 규율의 필요성과 실효성 측면에서 강력하고 효과적인 법적 규율을 해 나가야 한다는 것이다. 그렇게 볼 경우 건설산업 분야에서의 거래와 완성 상품의 품질 및 성능 기준에 집중하는 내용 중심으로 법제를 혁신할 필요가 있다. 건설서비스의 공급자에 대한 규율, 특히 공급자의 기능과 역할, 책임에 관한 법규정들은 이를 과감하게 삭

제 또는 축소하는 방향으로 갈 필요가 있다.

둘째, 개별 건설사업 분야에서 사업자단체들의 공통규약 또는 사업 당사자들 간의 자율적 결정에 맡겨야 할 부분이 있다면 이를 법령에서 획일적으로 규율할 것이 아니라 건설산업 분야별로 또는 당사자의 합의에 따라 규약 또는 계약에 의해 규율하도록 맡기는 것이 현명한 방안이다. 건설사업은 개별 사업별로 특성이 각기 다양한 경우가 대부분이기 때문에 이를 법령에서 일률적·획일적으로 강제 할 경우 사업 특성에 맞는 결과를 기대하기 곤란하고 오히려 획일적 규제에 의한 부작용이나 폐해가 발생할 우려가 크다. 사실 국내 건설기업들이 해외건설공사에 참여 할 수 있는 것은 거래시스템의 기준이 건설사업계약서의 내용으로 그대로 반영되는 구조이기 때문에 가능하다고 볼 수 있다. 이에 반해 국내법은 계약조건과는 별개로 개별법에서 지나치게 세부적인 규율을 가하고 있어 기업들이 안심하고 계약조건에 따라 사업을 추진할 수 있는 여건이 확보되기 어렵고 경우에 따라서는 계약조건에 따르더라도 다시 관계법령의 규정 때문에 혼선이나 차질이 빚어지는 일들이 발생하고 있다.

일례로 건설기술관리법에서 예정하고 있는 각종 훈령 및 고시의 경우 상당부분 개별공사 계약으로 처리해야 할 것이 적지 않다. 특히 다음과 같은 경우가 그런 예라 할 수 있다.

- 설계·감리 등 용역 손해배상보험 또는 공제업무 요령
- 기본설계 등에 대한 세부시행기준
 - 건설사업관리 업무지침
 - 레미콘 품질관리 지침
 - 감리업무 수행지침 등 다수

셋째, 건설산업기본법이나 건설기술관리법 등 건설산업관계법들이 그 규범의 실효성을 주로 처벌규정에 의존하고 있는 문제점을 근본적으로 재검토해 볼 필요가 있다. 처벌규정의 경우 건설사고에 따른 사후조치로 강화된 측면이 강했기 때문에 지나치게 엄벌주의로 일관되어 있음을 볼 수 있는데, 처벌을 강화하더라도 그 규범적 실효성은 의문시되는 경우가 많다. 전체 사회적 거래비용의 관점에서 볼 때, 처벌이나 제재수단에 대한 지나친 의존이나 엄벌주의 경향이 반드시 긍정적인 결과를 가져오는 것은 아니라는 사실이 빈번히 밝혀지고 있다.

따라서 실제로 건설산업기본법이나 건설기술관리법 등에 산재해 있는 처벌규정들, 특히 건설기술자 처벌 규정들을 제로베이스에서 그 실효성을 재검토하여 실제로 잘 준수되지 않아 규범의 효과가 낮거나 처벌 수준이 너무 강해 헌법상 과잉금지 원칙에 위배된다고 판단되는 것들은 이를 과감하게 정비해 나갈 필요가 있다. 물론 “국가 또는 지방자치단체는 국민의 생명·인권·보건 및 환경 등의 보호와 식품·의약품의 안전을 위한 규제를 실효성 있게 정하여야 한다.”고 규정한 행정규제기본법 제5조 제2항의 규제의 원칙에 따라 보건·환경·안전 등을 위한 규제가 필요하고 또 그 규제의 실효성을 담보하기 위해서는 법률에 처벌이나 제재조치를 정해 두는 것이 불가피하겠지만, 처벌규정이 법에 지나치게 많이 남발되고 있다는 것이 건설산업 종사자들뿐만 아니라 법조계 관련분야 전문가들의 중론이다.⁵⁵⁾ 특히 건설사업 당사자 간의 계약으로 다뤄도 충분한 사항을 법률로 일률적으로 규율하거나 건설산업관련법 이외의 다른 법률에 의해서도 충분히 처벌이 가능함에도 불구하고 다시 처벌규정을 둠으로써 중복처벌의 우려마저 배제하기 어려운 실정이다. 그러므로 굳이 처벌규정을 두지 않아도 당사자 간 계약이나 협의를 통해 범목적에 달성될 수 있도록 유인구조를 만들어 나가는 정책적 지혜가 필요하다. 즉, 건설산업관계법들이 지향해야 할 목표는 법준수에 따른 편익이 범위반 및 그 적발로 인한 비용이나 부담보다 크도록 함으로써 건설산업종사자들로 하여금 법을 준수하도록 하는 효과적인 유인구조를 조성하는 규율시스템을 구축해 나가고, 가능한 한 범위에서 최대한으로 처벌규정들을 폐지하거나 완화하는 방안을 적극 강구해 나갈 필요가 있다.

가령 건설기술관리법 제20조의4는 불성실 또는 부실하게 설계 등 용역을 수행한 건설기술자에 대해 업무 정지의 제재를 부과할 수 있도록 하고 있으나, 선진국의 경우 기술자 보호를 위한 전문책임보험(Professional Liability Insurance, PLI)을 들도록 입찰안내서에서 명확하게 규정하고 계약특수조건에서도 명시하도록 함으로써 업무정지라는 제재를 동원하지 않고도 문제를 해결하고 있다는 사실을 참조할 필요가 있다.

55) 이상호, “뇌물수수는 나쁘다, 그러나 ‘연좌적 사형선고’는 가혹하다”, **건설저널** (한국건설산업연구원), 2003.9., 12-13; 김현, “건설기술자 처벌규정 과잉금지 원칙 위반 가능성 - 죄형법정주의위반가능성도, 미국·일본 등 선진국에서는 가중처벌규정 없어 -”, **건설저널** 2005.6., 24-25 등을 참조.

2.3. 건설산업법제 입법기능 배분체계의 조정

아울러 건설산업 관계법령의 입법기능 배분 체계와 구조를 혁신할 필요가 있다. 앞에서 본 바와 같이 건설입법기능의 수직적 배분 구조의 경우 건설입법의 타당성과 성과를 최적화할 수 있는 수준에서 재검토할 필요가 있고, 특히 회계에 규라는 행정규칙에 의존하여 위임입법에 대한 통제를 벗어남으로써 법치행정의 원칙을 실질적으로 형해화 시키고 있는 건설계약법제상의 폐습을 해소하기 위한 입법적 실천방안을 적극 강구해야 하며, 기술규범의 경우 주요 선진국들이 채택·시행해 오고 있는 표준화 및 기술기준의 관리를 위한 중립적이고 공신력을 갖춘 민간 기구를 도입하여 이 기구가 정립·관리하도록 하는 방안을 적극 강구해 볼 필요가 있다.

3. 건설산업법 분야의 규제개혁

3.1. 규제개혁법제의 혁신

건설규제의 문제점 못지않게 규제개혁의 추진메커니즘 자체에도 적지 않은 결함과 미비점이 남아 있어 문제가 되고 있다. 이러한 결함을 해결하기 위한 정책적 대안 몇 가지를 검토해 보기로 한다.

(1) 규제영향분석 등 규제개혁수단의 강화·내실화

정부는 규제개혁 관련제도를 개선한다는 취지에서 행정규제기본법(97년 제정)의 개정을 추진중이다. 주요 제도개선 방향은 다음과 같다.

- 규제영향분석 : 입법예고시 규제영향분석서 공표 의무화
- 규제일몰제 : 법적 안정성 등을 고려, 일반적 적용에서 예외 적용방식으로 전환하되 5년마다 일제 점검할 수 있는 장치 마련
- 규제총량제 : 부처별로 규개위와 협의하여 연도별 총량규제 설정
- 자치단체 : 법적 근거 없는 조건부가 금지
- 기타 : 규제등록 의무화 규정의 실효성 확보 등

행정규제기본법상 신설규제에 대한 심사제의 핵심수단이라 할 수 있는 규제영향분석⁵⁶⁾(Regulatory Impact Analysis: RIA)이 제대로 이루어지지 못하고 있다는 것은 규제개혁의 가장 큰 문제점이라 할 수 있다. 우리나라의 경우 규제영향분석

의 핵심부분인 비용·편익분석을 수행할 수 있는 역량과 토대가 마련되어 있지 않을 뿐만 아니라, 유럽과는 또 다른 측면에서 합리적인 의사결정과정 및 문화가 형성되지 않은 상태이다. 따라서 규제영향분석제도가 자리를 잡기 위해서는 많은 난관을 헤쳐가야 하며 또 상당한 시일이 걸릴 것으로 예상되고 있다.

이러한 배경에서 정부가 행정적 부담 경감을 위하여 비중요규제에 대해 간이영향분석제도를 도입하여 분석내용을 현행 20항목에서 5개 내외의 항목으로 축소하려는 움직임을 보이는 것은 수긍할 수 있다. 규제영향분석제도의 적용수준을 규제의 종류에 따라 차등을 두는 것은 OECD 회원국들 다수에서 나타나는 일반적인 경향이며, 특히 공공부문의 자원이 다른 나라에 비해 상대적으로 빈약한 우리나라의 경우 한정된 자원을 집중하여 활용하는 것이 현명할 것이다. 특히 규제 설계 단계부터 규제영향분석을 실시하고, 중요규제에 대한 영향분석의 결과를 입법예고시 함께 공표하도록 한 것은 바람직한 방향이라고 생각된다.⁵⁷⁾

그동안 규제정책에 대한 분석 및 평가가 규제영향분석(Regulatory Impact Analysis, RIA)과 같은 사전 평가(ex-ante evaluation)에 치우쳐, 규제정책의 집행 후 정책의 과정과 성과에 대한 사후평가(ex-post evaluation)가 소홀하게 되었다는 비판이 빈번히 제기되고 있다. 그 결과 새로운 정책의 입안 및 기존 정책의 변동에 필요로 하는 정보제공을 위한 환류기능이 미약하게 되고, 사전 평가와 사후평가가 균형을 잃었다는 반성이 나오고 있다.⁵⁸⁾

한편, 규제영향분석제도는 그것을 수행할 수 있는 기술적 역량뿐만 아니라 정부 정책결정과정의 특성에 의해서도 영향을 받는다. 영미계 국가의 경우 정책결정에 있어 합리적이고 계량적인 RIA의 측면을 강조하는 반면, 유럽권은 다양한 이해당사자의 시각과 논리를 RIA 과정에 반영하려고 하는 경향을 보인다. 예컨대, 조합주의(corporatism) 전통을 가진 덴마크나 독일은 RIA를 재해석하여 합의를 도출할 수 있는 협상수단으로 여기며, 이러한 전통이 유럽국가들이 RIA를 채택하는데 시간이 걸리게 만드는 요인으로 작용하고 있다(OECD, 2004c).⁵⁹⁾

56) 행정규제기본법 제2조 제1항 제5호의 규정에 따르면, “규제영향분석”이란 규제로 인하여 국민의 일상생활과 사회·경제·행정 등에 미치는 제반영향을 객관적이고 과학적인 방법을 사용하여 미리 예측·분석함으로써 규제의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 것을 말한다.

57) 규제개혁백서, 2004, 571면.

58) 규제개혁위원회, 규제개혁백서, 2004, 569면.

59) 김신, “2004년 규제개혁 추진성과 및 평가”, 규제개혁백서 2004(규제개혁위원회, 2005), 571.

OECD는 1997년의 정책권고안을 개정한 ‘2005 규제 품질 및 성과 권고’(2005 Recommendations for Regulatory Quality and Performance)에서 성과평가를 통해 규제수단 및 제도가 경제적 성과를 거두는데 기여하였는지를 점검하도록 촉구하고 있다.⁶⁰⁾

(2) 회계예규 등 행정규칙에 의한 규제의 개혁

또한 건설규제개혁과 관련하여 반드시 짚고 넘어가야 과제가 회계예규나 훈령 등 행정규칙에 의한 규제들을 개혁하는 일이다. 현실적으로 건설업계 내부에서의 갈등과 부담은 법률이나 시행령보다는 회계예규, 훈령 등의 변경으로 인해 발생하는 경우가 많다. 특히 회계예규들 가운데 『적격심사기준』과 같이 발주·입찰에 관한 세부적·기술적 내용을 담고 있는 회계예규들은 이미 앞에서 본 바와 같이 직접 건설계약자들을 대상으로 하여 사실상 구속력을 가지는 규율을 내용으로 하고 있기 때문에 기업에 미치는 영향도 그만큼 구체적이고 직접적이다. 그러나 바로 그 세부적·기술적 특성 때문에 일반국민이나 국회·언론 등 제3자가 파악하기가 용이하지 않다. 따라서 사법심사의 대상이 되거나 규제개혁의 대상이 되기도 어렵다. 규제개혁위원회에 등록된 규제들은 주로 법률이나 시행령 위주로 되어 있고 고시, 훈령 등과 같은 행정규칙에 의한 규제는 그리 많지 않다. 예규나 훈령 등 행정규칙에 의한 규제는 위임입법에 대한 헌법적 통제를 받지 않는다는 점에서 규제행정기관들이 선호할 수 있고 또 법규적 효력, 즉 대외적 구속력이 없다는 법리적 특성에도 불구하고 사실상 건설계약자들을 구속하는 힘을 가지는 반면, 널리 사법심사를 통한 통제의 범위에서 제외되어 있을 뿐만 아니라, 규제개혁의 사정거리에서 벗어날 가능성이 크기 때문에 문제가 된다. 실제로 규제개혁위원회가 해마다 신설규제를 심사하고 기존규제를 정비함에 있어 적지 않은 성과를 거두고 있음에도 불구하고 규제개혁의 체감효과가 높지 않은 것은 바로 이러한 형태의 행정규칙에 의한 규제들이 없어지지 않고 있기 때문이다. 추상적인 법률이나 행정절차적인 사항에 대한 규제개혁보다는 기업의 경영활동을 직접적으로 제약하고 있는 구체적인 하위법령의 개선에 좀 더 많은 관심을 쏟아야 할 이유가 여기에 있다.⁶¹⁾

실제로 재정경제부는 최근 국가계약법령에서 위임된 사항 및 세부시행사항을

60) 규제개혁위원회, **규제개혁백서**, 2004, 570면.

61) 이상호·한미파슨스, 2003, 119-120면.

정하고 있는 회계예규와 회계통칙의 수가 너무 많고 복잡하여 계약담당공무원이 계약업무를 수행하는데 불편이 많은 점을 감안하여 유형별로 통합하는 한편 그 간 시행과정에서 나타난 내용상의 미비점을 보완하여 2005년 12월 30일부터 시행키로 하였다.⁶²⁾ 그동안 회계예규 32개, 회계통칙 37개를 운용하고 있었으나, 이번에 20여년 동안 계약업무 지침서로 활용해온 69개의 예규·통칙을 19개로 전면 재편함으로써 계약담당공무원은 물론 정부공사등의 입찰 및 계약에 참가하는 업체의 직원들도 계약업무 숙지 및 활용에 소요되는 부담이 대폭 줄어들고 예규 및 통칙 규정을 알기 쉽게 표현하여 규정 해석상의 다툼소지를 제거함으로써 정부계약의 투명성을 한층 높이게 될 것으로 기대되고 있다.

(3) 지방자치단체의 규제정비 강화

2004년 규제개혁백서(2005, 575)는 국민과 기업의 규제개혁 체감도가 낮은 이유의 하나로 지방자치단체의 규제정비가 미흡하다는 점을 들고 있다. 중앙행정기관이 관할하는 많은 법령들이 지방자치단체의 조례나 규칙을 통해 집행되기 마련이다. 그런데 중앙정부 차원의 규제개혁에 의한 법령 개정이 자치단체의 조례나 규칙에 반영되려면 시간이 소요되며, 심지어는 법령 개정이 반영되지 않고 방치되는 경우도 발생한다. 자치단체의 규제가 중앙정부의 규제에 비해 국민들의 일상생활과 밀접한 경우가 많은 현실을 감안하며, 자치단체의 규제정비가 매우 시급한 일이다. 정부는 이러한 배경에서 2004년 12월 『자치단체 규제개혁 추진방안』을 시달하여 행정자치부와 교육인적자원부에 각각 지방자치단체 규제정비계획과 교육관련 조례·규칙에 의한 규제정비계획을 수립하여 규제개혁위원회에 보고하도록 하였다. 규제등록체계에 의해 비교적 잘 정리가 되어 있는 중앙정부의 규제와 달리 지방자치단체의 경우에는 등록 자체가 매우 부실한 경우가 허다하다. 또한 규제업무를 담당하는 공무원의 전문성 결여와 잦은 이동 등이 지자체의 규제개혁을 더욱 어렵게 만드는 요인으로 작용하고 있다.

3.2. 건설분야 규제 개혁에 있어 전략적 선택과 집중

3.2.1. 건설 선진화에 있어 전략적 중요성을 가지는 주요 규제유형들

규제개혁에 있어 가장 주된 문제로는 다수부처 관련 ‘덩어리규제’, 하나의 정

⁶²⁾ http://www.mofe.go.kr/division/br_tr/br_tr_01.php?action=download&tname=news4tb&file_no=42432.

책목표를 달성하는데 복합적으로 중첩된 중복규제, 모호하고 예측불가능한 규제, 그리고 일선 행정기관의 ‘경직적 규제집행’ 등이 지목되어 왔다.⁶³⁾ 참고로 정부는 2005년도 규제개혁목표를 중앙부처 규제(7900여개)를 전면 재검토하여 약 35개 분야 덩어리 규제 및 1,080건의 부처 개별규제를 정비하고, 국민들에게 직접적으로 영향을 주는 자치단체 규제(총 55천건)중 불합리한 규제 20%이상을 일제 정비하며, 국민들에게 간접적으로 영향을 미치는 유사행정규제와 행정내부규제를 제로베이스에서 대폭 정비하는 것으로 잡고 있는데, 이들이 일반적으로 가장 문제가 되는 규제유형들이라고 볼 수 있다.

3.2.2. 건설안전·환경규제의 정비·강화

우리나라 건설산업은 다른 분야에 비해, 그리고 선진국들의 건설산업에 비해 월등히 높은 재해율을 보이고 있다. 건설산업관련법 개정의 역사는 부실공사로 인한 대형 건설안전사고와 그로 인한 건설안전법령의 강화가 반복되어 온 건설안전대책의 역사라고 해도 과언이 아니다. 그러나 이러한 국가적 노력에도 불구하고 우리나라 건설산업이 재해율이 높은 것은 건설안전관련법상 건설산업의 수행방식에 적합하고 효과적인 안전관리시스템이 구축되어 있지 못하며 기존의 안전관리체제마저 제대로 작동하지 못하는데 기인한다는 지적이 나오고 있다. 특히 의사결정의 수준이나 규모에 맞는 건설공사 참여자들 사이의 합리적인 안전책임 배분이 이루어지지 못하고 건설사업의 기획 등 공사 상류단계의 안전검토가 미흡하며 나아가 이러한 기능을 수행할 안전전문가의 위상이 낮다는 점이 문제점으로 지목된다.⁶⁴⁾ 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 공사참여자의 의사결정 권한에 상응하는 안전책임의 분담과 이를 통한 발주자의 안전관리책임 강화, 발주자의 안전책임 보좌를 위한 안전전문가의 역할 강화 등을 내용으로 하는 안전관리체제의 구축이 필요하다.

아울러 건설안전규제의 경우와 마찬가지로 건설환경규제를 그 목표와 수단의 관계에서 최적화·합리화하고 불필요하거나 과도한 규제를 과감하게 개혁해 나갈 필요가 있다.

63) 규제개혁백서, 2004.

64) 안홍섭, 2005, 144면.

4. 건설산업 분야에서의 기술혁신에 상응한 법제 정비

건설산업 분야에서의 발전, 특히 기술혁신에 상응하여 건설산업법제를 업그레이드 시켜 나갈 필요가 있다. 예를 들어 최근 급속하게 확산되고 있는 초고층건물 건설의 경우 초고층건물의 특성에 맞는 법적 기준이나 규율내용을 포함하는 법령의 제·개정 등 관련법제의 정비가 제때 이뤄지지 못하여 기존에 일반 건축물에 통용되는 최소한의 기준들을 정한 기존 법령들을 그대로 적용하는 수준에 머무르고 있는 실정이다.⁶⁵⁾ 그러나 초고층건물의 경우 그 구조안전성 측면이라든지 도시경관적 측면, 방재기준, 용도규제, 외벽이나 부지, 옥외공간 등 외부공간에 대한 건설기준 등 기존의 일반건축에 관한 규율이나 기준과는 차별화해야 할 부분이 적지 않다. 앞으로 토지이용의 효율성 극대화에 대한 요청과 건설기술의 발달에 따른 새로운 공법의 개발, 적용으로 초고층건물의 건설이 확산되는 추세가 불가피한 것이라면, 이에 대한 적절한 법적 규율 방안을 마련하는 법정정책 노력 역시 게을리 해서는 안 될 과제이다. 이와 관련하여, 특히 통상 200m, 50층 이상의 초고층 건축물에서 특히 중요성이 부각되는 구조안전, 피난, 방재 등 초고층 건축물이 가지는 특수한 상황에 적합한 설계기준을 만들고 이를 효율적으로 뒷받침 할 수 있는 운용 절차 등을 마련하는 등 초고층 건축물 관련법제를 도입, 정비해 나갈 필요가 있다.⁶⁶⁾

아울러 초고층건축과 관련한 도시계획 및 건축 관련 법령의 정비도 필요하다. 현재 초고층건축에 관해서는 특별한 별도의 법령이 마련되어 있지 않고, 국토계획이용법이나 건축법, 지방자치단체의 조례 등에 의하여 도시관리계획, 도시및주거환경정비 기본계획, 건축심의 등을 통해 초고층건축이 허용 또는 제한되고 있다. 이와 관련하여 법령·조례를 통해 층수 규제와 용적을 규제를 동시에 적용하는데 따르는 경직성이 문제점으로 지적되고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 문제점을 해결하기 위한 노력의 일환으로 낙후된 기존의 구시가지의 재개발 등 각종 정비사업을 좀 더 광역적으로 계획하여 효율적으로 개발할 수 있는 체계를 확립하고 도시기반시설을 획기적으로 개선함으로써 기존도시에서의 주택공급 확대와 함께 도시의

65) 최찬환, “초고층 건축물의 법규제약의 문제점 및 대책방안”, 한국초고층건축포럼 제5차 심포지엄 발표문(2005. 9. 22).

66) 최찬환, 2005, 216면 이하; 박창규, 2003.

67) 서명교, “도심광역개발을 위한 특별법 제정과 초고층 아파트”, 대한건축학회 창립 60주년기념대회 자료집, 초고층아파트의 해외건설시장 개발방안 세미나(2005.10), 76.

균형발전을 도모하고 국민의 삶의 질 향상에 기여한다는 취지로 『도시재정비 촉진법』 제정이 추진되고 있다. 2005. 12. 7. 국회에 발의된 이 법안은, 재정비촉진지구내 재정비촉진사업의 활성화와 주택공급의 확대를 위하여 구역지정요건 완화, 용적률·층고제한 완화, 소형평형의무비율, 지방세 감면, 과밀 부담금 면제, 특별회계의 설치 등의 특례를 부여하는 것을 내용으로 하고 있다.

그 밖에 대형 공공시설 건설과 관련된 혁신적 기법의 적용을 가능케 하기 위한 건설법제 수준에서의 뒷받침이라든가 웰빙(well-being), 환경 및 삶의 질 향상이라는 건축이념 변화에 부응하기 위한 건축설비, 설계, 공사감리 등에 관한 규정의 정비 등 건축관계법의 정비작업을 추진해 나가는 방안도 적극 강구해 볼 필요가 있다.⁶⁸⁾

5. 건설관련 입법권 배분체계의 개편

이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 건설관계법의 대중을 이루는 건설산업법, 즉 ‘건설생산구조’를 규율하는 법들 중 대표적인 법령인 건설산업기본법과 건설기술관리법의 경우, 앞서 본 국토계획이용 관계법·건축행위 규제법의 경우처럼 대통령령 및 부령에 대한 위임이 대폭 이루어지고 있어 정부, 특히 소관부처인 건설교통부에게 그 위임범위 안에서 상당한 입법형성의 자유 또는 입법재량을 행사할 수 있는 여지를 부여하고 있다. 반면, 건설산업법 부문에 있어 지방자치단체의 조례에 대한 위임은 국가계약법이나 하도급거래 공정화법의 경우와 마찬가지로 거의 이루어지지 않고 있다. 건설계약, 특히 ‘발주방식’을 규정한 법령들은 이른바 ‘건설비리’를 최소화하는데 초점을 맞추어 형성, 발전되어 온 측면이 강하여 다른 법들에 비해 상위법인 법률이 매우 간략하지만, 실제로 국가계약은 이들 법률과 시행령 외에 재정경제부가 제정한 다수의 회계예규들에 의해 규율되고 있고 지방자치단체를 당사자로 하는 계약 역시 지방계약관련 법령과 지방회계에 규들에 의해 규율되고 있다. 이들 예규들은 그 법적 성질상 ‘행정규칙’에 해당하여 직접 대외적인 구속력을 발하지 못하는 것으로 이해되고 있으나, 실제로는 오히려 법령 못지않게 강력하고 실효적인 구속력을 발휘하고 있어 법치주의의 원칙상 문제가 되고 있다. 특히 이들 예규가 가지는 사실상의 구속력은 현실적 측

68) 이에 관해서는 가령 이현우, 건축법에서의 건축설비, 웰빙, 환경 및 미래 에너지를 위한 설비발전포럼 발제문, 2005; 같은 포럼 발제문 “건축설비 법규의 개선제안” 등을 참조.

면에서 본다면 법령의 규범적 구속력을 능가할 정도라고 해도 과언이 아니다. 이는 바로 계약관계의 많은 부분을 공백으로 남겨 둔 국가계약법이나 지방계약관계법의 특성에서 비롯된 결과라고도 볼 수 있으나, 현실적으로 중요한 계약관계 사항을 관할 행정기관에서 하등 별도의 법적 수권 없이도 법규명령 못지않게 계약자들의 이해관계에 중요한 영향을 미치는 규범을 발할 수 있다는 것은 국민의 권리의무에 직접 법적 영향을 미치는 법규범의 제·개정은 법률이나 구체적인 범위를 정한 법률의 수권에 의하도록 하고 있는 헌법의 요구와 부합하기 어렵다는 데 문제가 있다. 실제로 앞에서 예시한 바 있는 재정경제부의 회계예규 중 ‘공사 계약일반조건’ [회계예규 2200.04-104-13, 2005.09.08]에서 규정하고 있는 사항들은 대부분 이를 법령에서 규정하지 않으면 헌법상 법치주의의 요구에 저촉될 가능성이 농후하다. 헌법은 행정청이 헌법이 정한 위임입법의 통제로부터 벗어나 그 권한 범위 내에서 계약관련 회계예규를 제정 또는 개정함으로써 사실상 자유롭게 건설공사계약을 좌지우지하는 것을 용납하지 않는다. 이와 같이 헌법이 요구하는 법치행정의 원리를 실질적으로 손상시키는 병리현상인 ‘예규에 의한 행정’의 폐단을 시정하는 것이 헌법적 관점에서 시급한 해결을 요하는 과제로 대두되는 것이다. 이러한 예규들은 그 내용을 면밀히 심사하여 대폭 단순화하되, 필요한 최소한의 범위에서 법률이나 법률하위명령에 반영하는 방안을 강구해야 할 것이다.

한편, 기술규범에 관한 한, 세계적 추세를 감안하여 그 독자적 규범성 및 규범형성의 범위를 최대한 폭넓게 인정할 필요가 있다. 다만, 그 경우 선결문제로서 규범의 제·개정 등 규범관리주체의 기술적·전문적 신뢰성을 확보하는 것이 무엇보다도 급선무이다. 따라서 기술적·전문적 신뢰성을 가진 민간기구의 도입, 기존의 관련분야 학회나 단체의 전문기술적 역량 제고 및 신뢰성 개선방안 등을 강구해 볼 필요가 있으며, 그 전까지는 건설기술관리법 제34조의 규정처럼 잠정적인 기간 동안은 분야·사항별로 정부의 공인과정을 거치도록 하는 것이 불가피하다고 본다.

IV. 결론

한국 건설산업의 선진화를 향한 진로 모색 또는 한국 건설산업의 총체적 경쟁

력 상실이라는 위기 극복을 위한 논의에서 언제나 법과 제도의 문제가 가장 주된 장애요인의 하나로 꼽히고 있다는 문제의식에 입각하여 법과 제도가 한국 건설산업의 선진화를 가로막는 가장 주된 장애요인으로 등장하게 된 원인을 규명하고, 그러한 문제점들을 치유할 수 있는 정책대안들을 모색하여 이를 토대로 실현가능한 법제혁신방안을 제시하고자 시도하였다. 건설분야에서 법과 제도의 문제가 빈번히 지적되고 또 부분적으로 법제정비 작업이 단행되었음에도 불구하고 우리나라에서 건설관련 법과 제도의 문제가 본격적으로 조명을 받게 된 것은 비교적 최근의 일이었다. 이러한 배경에서 본 연구는 건설법제의 다양한 구성요소들 가운데 주로 건설산업에 관한 법제에 초점을 맞추어 건설산업의 선진화를 위한 법제혁신의 방향을 모색해 보았다.

이 글은 개별 건설산업 관련법령들의 통폐합 등을 통한 체계적 정비방안과 실천전략, 그리고 구체적인 실천방안(action plan)이나 로드맵(road map) 또는 추진일정을 제시하는 데까지 이르지 못했다. 이러한 작업들은 후속연구를 통해 추진되어야 할 것이지만, 본 연구를 통해 무엇보다도 복잡다기한 국내 건설법제의 문제점을 파악하고 그 개선방안을 제시함으로써 건설산업의 선진화를 이룩하기 위한 제도적 기반을 구축하기 위한 구상을 해 나가는데 도움이 되기를 바란다.

주제어: 건설법, 건설산업, 법개혁, 규제개혁

<Abstract>

Legal Policy Considerations for Reforming Korean Construction Law

— focusing on laws and regulations governing
construction industry in Korea —

Hong, Joon Hyung*

Law is often blamed to be one of the main causes for the depression of construction industry in Korea. Construction law, that is, laws and regulations governing construction and construction industry, hasn't been studied seriously and academically in depth thus far. This paper tries to review the current status of construction law in Korea and suggests some policy alternatives for reform. It analyzes general problems of Korea construction law, such as systemic and structural inconsistencies, fragmentation and imbalance of legal regime and then proceeds to find out ways to innovate the existing construction laws. In order to achieve an advanced system of law, laws and regulations governing construction have to be reviewed as a whole and evaluated in terms of real outcomes and impacts upon industry and business. More thorough, zero-base initiatives for regulatory reform, which enhance economic competitiveness of construction industry as well as minimize environment and security risks of construction activities, are especially needed in this sector. The paper concludes by emphasizing need for a standing institutional arrangement for review and innovation like construction law review commission composed of public officials, legal experts and representatives from construction industry sector.

Key words: Construction Law, Construction Industry, Law Reform, Regulatory Reform

* Prof.Dr.iur. Seoul National University