



대립적 계약모델에서 협력적 계약모델로의 전환

- 얼라이언싱 계약모델을 중심으로

김 용 길
법무법인 지평 변호사

1. 서론

올해 8월까지 해외건설의 수주액은 219억 달러로 작년 183억 달러와 비교해 상승하였습니다. 해외건설의 수주액은 지속적으로 증가하고 있지만 다른 한편으로 과거에 비해 상승한 자재값과 인건비, 저가수주, 고질적인 미청구 공사대금의 문제로 수주가 수익으로 이어질 것인지는 따져봐야 하는 문제가 되고 있습니다. 해외에서도 국내 업체간, 국내 업체와 해외 업체 사이의 경쟁이 격화됨에 따라 경쟁입찰을 통한 계약에서는 고수익을 기대하기 어려운 상황입니다. 또한 미청구 공사대금(이른바 ‘클레임’)의 문제는 지속적으로 해외건설의 수익성 악화 요인 중 하나로 꼽히고 있습니다. 특히 최근 우크라이나-러시아 전쟁과 코로나-19 감염증과 같은 불가항력적 사태로 인한 공사기간 연장(EoT) 및 물가변동에 따른 공사대금 조정(Escalation)에 관한 분쟁이 증가하고 있는 상황입니다. 해외건설에서의 수익성 제고는 건설업계의 장기적 과제입니다.

매출규모는 커지지만 그에 맞춰 수익성은 증가하지 않는 구조에서 건설업계는 고부가가치의 프로젝트를 수주하기 위해 많은 노력을 기울이고 있습니다. 예컨대, 차별화된 설계를 제공하거나 기술적인 난이도가 높은 프로젝트를 수주하는 것도 하나의 방법이 될 수 있고, 일회성 고객이 아닌 반복 고객을 확보하여 그 고객으로부터 수익성 높은 프로젝트를 수주받는 것도 다른 한 방법이 될 수 있습니다. 국내 건설업계에서 흔하게 활용되는 방식 중 하나가 설계단계에서 프리콘 서비스(Pre-Construction Service)를 제공한 후 향후 건설공사를 수익계약으로 체결하는 조기참여형(Early Construction Involvement, ECI) 발주방식입니다. 발주자와 대립하는 당사자로서 프로젝트에 참여하는 것이 아니라 발주자의 입장에서

2. 대립적 계약모델과 협력적 계약모델의 차이

프로젝트에 참여할 경우 경쟁의 강도를 낮출 수 있고 프로젝트에 대한 이해도를 높여 분쟁의 소지도 줄어들게 됩니다.

해외에서는 건설업계의 저수익 구조를 단순히 개별 사안에 대한 클레임 문제로 접근하는 것이 아니라 당사자들 사이의 이해관계 조정에 관한 관계 문제로 접근하는 논의가 활발하게 진행되고 있습니다. 특히 다수 당사자가 참여하는 대형 프로젝트의 경우 이른바 대립적 계약모델(Adversary Contracting Model)을 채택했을 때 발생하는 분쟁적 구조로 인해 프로젝트 전체로 보면 비용과 품질이 더 좋지 않다는 논의가 이루어져 왔습니다. 발주자가 계약자에게 적절한 이윤을 보장하고 계약자는 발주자의 관점에서 프로젝트를 수행하는 협력적 계약모델(Collaborative Contracting Model)이 발주자와 계약자가 모두 윈-윈할 수 있는 방안으로 논의되고 있습니다. 아래에서는 대립적 계약모델과 협력적 계약모델의 의미와 장·단점을 살펴보고, 호주에서 이루어지고 있는 협력적 계약모델에 관한 사례로서 얼라이언싱(alliancing)에 대해 설명드리고자 합니다.

물품과 용역의 거래는 전통적으로 대립적 계약모델을 통해 당사자의 이해관계를 조정해왔습니다. 건설산업도 마찬가지입니다. 거래 상대방에 대한 신뢰를 담보할 수 없는 다수의 당사자가 거래에 참여하는 시장의 경우, 위험에 대한 적절한 배분과 상대방의 계약불이행을 전제로한 구제방법이 잘 정의된 계약이 좋은 계약이라고 여겨져 왔습니다. 특히 거래 상대방에 대한 신뢰가 낮을수록 불확실성으로 인한 위험은 상대방에게 전가하고 계약불이행에 관해 확실한 구제수단을 확보하는 것을 중요하게 생각해 왔습니다. 건설계약에서도 “위험을 가장 잘 통제하는 자가 그 위험을 부담해야 한다”는 애브러햄슨 원칙(Abrahamson Principle)에 따라 계약상 위험이 배분된 계약을 선호되었습니다.

하지만 건설 프로젝트는 일반적으로 일회성이며, 개별적이기 때문에 기존의 경험만으로 불확실성의 위험을 줄이기 어렵습니다. 아무리 정교하게 계약서를 작성하더라도, 실행단계에서는 계약서에 명확한 조항이 없거나 모호한 부분이 발견될 수 밖에 없으며 각 당사자가 서로 다른 해석을 하게 됨으로 인해 분쟁의 원인이 될 수 있습니다. 건설산업은 발주자, 시공사, 설계자, 정부기관, 민원인 등 여러 이해관계자가 참여한다는 점도 건설산업에서 이해관계 조정을 어렵게 하는 요소입니다. 계약 당사자 사이의 권리와 의무를 계약서에 아무리 명확하게 규정하더라도 당사자들이 책임을 부담하지 않는 사유가 프로젝트의 장애로 돌출되는 경우가 많습니다. 결국 아무리 정교하게 작성된 계약이라도 예측하지 못한 사건이 발생했을 때 그 위험을 누가 부담할 것인가를 가지고 당사자들이 대립할 수밖에 없습니다. 근본적으로 리스크에 대한 당사자들의 이해관계가 대립하기 때문입니다.

협력적 계약모델이란 발주자와 계약자의 이해관계가 서로 대립하기보다 통합함으로써 서로 윈-윈하는 결과를 도출하고자 하는 것을 의미합니다. 협력적 계약모델은 기존 갑을관계(master-servant relationship)를 지양하고, 기존 대립적 계약모델에서 상대방에게 리스크를 전가하려는 에너지를, 공동의 리스크 관리 에너지로 전환하고자 합니다.¹ 예측하지 못한 사건이 발생했을 때 그 위험을 누가 부담할 것인가가 아니라 어떻게 그 위험을 극복할 것인가의 관점에서 당사자들이 행동하도록 계약구조를 설계한 것입니다.

협력적 계약모델이 대두된 배경에는, 계약자에게 모든 리스크를 전가했을 때 건설회사의 도산 및 파산이 증가하고 건전한 건설산업 생태계가 구축되지 않는다는 점, 확정금액 계약이 오히려 더 많은 불확실성을 초래하기도 한다는 문제의식, 발주자들이 단순히 경제적이고 프로젝트의 빠른 완성만 추구하는 것이 아니라 신뢰할 수 있는 품질과 안전, 그리고 주민수용성과 같이 다양한 가치를 추구하게 된 것들이 꼽힙니다. 무엇보다 프로젝트 외적으로는 우크라이나-러시아 전쟁이나 코로나-19 감염증, 공급망 불균형과 같은 불확실성이 커지고 있으며, 프로젝트 내적으로는 이해관계가 기존 발주자-계약자 관계에서 발주자-계약자-정부-민원인 등 복잡해지는 상황에서, 발주자와 계약자 사이에 장기적 협력·신뢰관계가 불확실성에 대응하는 가장 효과적인 방법이라는 공감대가 형성되었기 때문입니다. 그리고 발주자와 계약자가 협력하는 것이 궁극적으로는 프로젝트의 재무적 건전성 또한 담보한다는 경험이 축적되고 있습니다.

대립적 계약모델과 협력적 계약모델의 구분은 절대적인 것이 아니라 프로젝트를 대하는 당사자들 사이의 협력의 정도와 프로젝트에 관한 리스크를 누가 부담하는지에 따라 상대적으로 평가되는 것입니다. 예를 들어 익숙한 설계·시공 일괄계약(Design and Construction)의 경우, 인허가나 민원, 법령변경과 같은 프로젝트 외적 문제에 대해서는 발주자가 전적으로 책임을 부담합니다. 반면 계약자가 설계와 공사에 대한 모든 위험을 부담합니다. 한편 프로젝트 조기참여형(ECI)의 경우 프로젝트 초기에는 계약자가 발주자의 컨설턴트로서 이해관계를 같이 하지만 프로젝트 시행단계에서는 통상의 설계·시공 일괄계약 형태로 전환됩니다. 협력의 강도가 가장 높은 얼라이언싱(Alliancing)의 경우 프로젝트 계획단계에서 실행단계에 이를 때까지 발주자와 계약자는 이해관계를 같이 합니다.

1 Andy Fry, Collaborative contracting Lecture Slides, Clayton Utz, 2022. 4. 4쪽

2 Lina Fischer, Collaborative Contracting Comeback, (2019) 35 BCL 26, 27

[그림 1 계약모델에 따른 협력의 정도]²



3. 협력적 계약모델의 사례로서 얼라이언싱

협력적 계약모델의 사례는 1990년대 영국이 해상유전을 개발할 때 사용했던 얼라이언싱계약(alliancing contracting)입니다. 현재는 호주와 뉴질랜드 대규모 프로젝트에서 많이 사용하고 있는 방식입니다.³

얼라이언싱은 통상 2단계로 진행되는데, 1단계에서는 단독 또는 복수의 계약자가 계획, 설계, 발주 단계에 참여합니다. 참여한 계약자는 프로젝트의 계획과 설계를 돕고, 사전에 부지를 조사하며, FEED(Front End Engineering and Design)을 수행합니다. 그리고 롱-리드 아이템을 발주하는 것을 돕습니다. 이와 같은 1단계 서비스는 일반적으로 확정 대가(fixed fee) 또는 실비보상(reimbursable costs)의 방식으로 체결됩니다. 얼라이언싱의 1단계는 경쟁적 조기참여형(ECI)과 매우 유사합니다. 발주자는 가장 합리적인 목표비용(Target Outturn Cost, TOC)을 설정하기 위해 설계자, 계약자, 컨설턴트 등 가능한 많은 참여자들이 프로젝트에 관여하고 제안하도록 유도합니다.

1단계가 종료되는 시점에 계약자들은 2단계에 대한 프로포절을 하게 됩니다. 발주자는 그 프로포절을 보고 추가 협상을 하거나 2단계 계약을 체결할 수도 있고 거절할 수 있습니다. 프로포절에 참여하는 당사자는 일반적으로 계약자이지만 설계자도 참여할 수 있습니다. 발주자가 프로포절의 수용하였음을 전제로 당사자들은 프로젝트 수행을 위한 얼라이언싱 계약을 체결합니다. 얼라이언싱 계약은 다음과 같은 내용을 담고 있습니다.⁴

- 조직과 거버넌스: 얼라이언스 조직은 통합된 프로젝트 팀으로 구성됩니다. 팀의 구성원은 얼라이언스에 참여한 회사들로 프로젝트 소유자(project owner)와 비소유 참여자로 구분됩니다.
- 참여자들의 개입: 소유자와 비소유 참여자는 프로젝트의 시작에서 끝까지 지속적으로 프로젝트 운영에 관여합니다.
- 만장일치 의사결정: 프로젝트와 관련한 중요한 의사결정은 프로젝트 소유자와 다른 구성원 간의 만장일치로 이루어집니다.

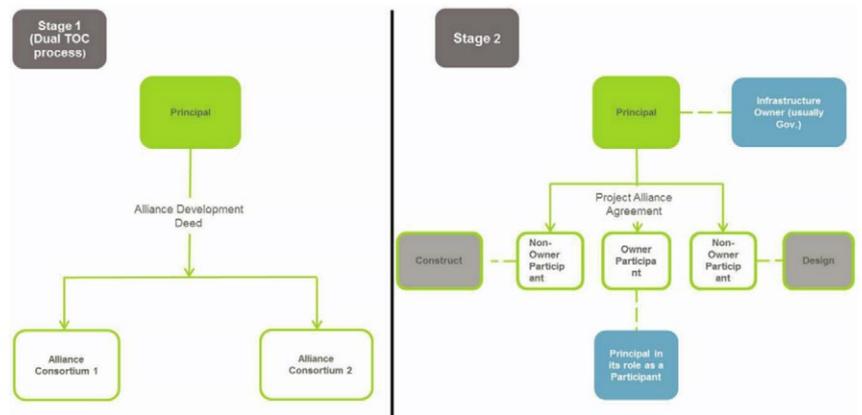
³ Jim Ross, Alliance Contracting in Australia: a brief introduction, 2

⁴ Trevor Thomas, Alliance contracts: Utility and enforceability, (2007) 23 BCL 329, 329-330

- 이해관계 구조: 얼라이언스는 리스크가 참여자 일부에게 전가되는 기존 확정계약금액 구조에서 리스크를 참여자들이 공유하는 구조입니다.
- 비난금지: 얼라이언스에서 참여자들은 (극히 예외적인 경우를 제외하면) 상대방에게 클레임을 제기하거나 문제의 책임을 일방에게 돌릴 수 없습니다.

이와 같은 얼라이언싱의 구조를 도식화하면 다음과 같습니다.

[그림 2 얼라이언싱의 구조]⁵



얼라이언싱 계약으로 발주자와 프로젝트 참여자들은 발주자가 소속된 팀을 구성하게 됩니다. 여기에서 발주자는 프로젝트 소유자(project owner)로서의 지위와 소유자 참여자(owner participant)라는 이중의 역할을 하게 됩니다. 그리고 설계자나 계약자는 모두 비소유 참여자(non-owner participant)가 됩니다. 프로젝트 소유자는 팀의 의장이 되고, 프로젝트 소유자는 프로젝트를 소유하고 이행에 소요되는 비용을 지불합니다. 얼라이언싱에서 프로젝트와 관련해 중요한 의사결정은 만장일치가 원칙이지만, 프로젝트 소유자는 프로젝트와 관련해 중요한 의사결정을 일방적으로 이행할 권한을 유보합니다. 중요한 의사결정의 예를 들면, 업무의 범위 변경, 목표비용(TOC)의 변경, 준공일 변경, 준공 승인 등입니다.

얼라이언싱에서 중에서 대립적 계약모델과 가장 구분되는 부분은 이해관계의 구조입니다. 건설공사계약에서 가장 중요한 이해관계는 공사대가로 대표되는 비용과 준공일로 대표되는 시간이라고 볼 수 있습니다.

공사대가와 관련해서, 얼라이언싱은 오픈북을 기초로 1단계에서 설정한 목표비용(TOC)를 기초로 설정한 KPI에 따라서 지급됩니다. 전통적 계약은 확정금액(fixed price)을 기초로 변경이 발생하면 이를 설계변경(variation) 대상으로 삼습니다. 여기에서 발주자의 이익과 계약자의 이익은 상반될 수밖에 없습니다. 발주자는 당초 적게 책정된 계약금액을 고수하려 할 것이고, 계약자는

5 Lina Fischer, Collaborative Contracting Comeback, (2019) 35 BCL 26, 32

이를 증액시키려는 노력을 기울이게 됩니다. 이는 결국 분쟁으로 귀결되고 프로젝트 전체의 비용이 상승하는 결과를 초래하기도 합니다.

얼라이언스 모델의 비용지출과 관련해 중요한 두 가지 개념은 목표비용(Target Outturn Cost, TOC)와 실제비용(Actual Outturn Cost, AOC)이다. 목표비용은 프로젝트의 최소 요구조건을 만족하는 전반에 소요되는 비용을 1단계에서 프로젝트 소유자가 산정합니다. (i) 직접비용 또는 보상비용(reimbursable cost)와 (ii) 본사관리비 및 이익(corporate overhead and profit, COP) 그리고 (iii) 리스크 또는 예비비(risk and contingency)로 구분됩니다. 목표비용은, 프로젝트를 계획하는 과정에서 참여자들이 투명하게 산정하고 착수 전에 합의합니다.

얼라이언싱에서 비용의 핵심은 이익과 손실을 프로젝트 참여자들이 부담하는(pain share and gain share) 구조입니다. 이익과 손실의 부담구조를 강제하기 위해서는 당사자들 사이에 소송을 비롯한 분쟁은 악의에 의한 과실이 있는 경우(wilful default)가 있는 경우가 아닌 한 금지됩니다. 즉, 프로젝트로 인해 발생한 이익과 손실에 대한 책임은 분쟁의 대상이 될 수 없고 참여자들은 약정한 대로 그 이익과 손실을 부담해야 합니다. 그 결과 프로젝트 이행과정에서 문제가 발생되면 다른 참여자의 과실을 비난하거나 책임을 추궁할 여지 없이 그 문제를 해결하는 것에 집중할 수밖에 없습니다.

준공일과 관련해서, 준공일의 경우도 전통적 계약이 지체상금(Liquidated Damages)에 의존해 강제하고 있는 반면 얼라이언싱에서는 KPI의 개념이 적용됩니다. 얼라이언싱 계약에서는 준공일(date for practical completion)가 규정되어 있습니다. 프로젝트 참여자들은 준공일을 준수하기 위한 프로그램을 공동으로 관리하고 지연으로 인한 위험을 부담하게 됩니다. 얼라이언싱 계약은 시간과 관련한 KPI를 두고 있으며, 조기준공으로 인한 이익과 지연으로 인한 손해를 부담합니다.

얼라이언싱은 협력적 계약모델의 가장 대표적인 형태로 이를 통해 대립적 계약모델이 가진 한계를 극복할 수 있는 대안이 될 수 있습니다. 그렇다고 해서 얼라이언싱이 장점만 가진 것은 아닙니다. 프로젝트 소유자는 적시에 자원을 배분하고 의사결정을 해야 합니다. 얼라이언스 바깥에서 프로젝트와 관련한 다른 업무, 예를 들어 입찰절차의 이행, 지침의 설정, 계약체결, 건설공사기간에 진행되는 여러 업무(클레임 대응, 민원, 인허가 등)의 처리, 프로젝트 팀의 운영지원, 훈련과 개선 등도 프로젝트 소유자가 처리해야 합니다. 따라서 얼라이언싱은 프로젝트 소유자로 하여금 상당한 자원과 경험을 필요로 합니다. 또한 얼라이언싱에서는 프로젝트 소유자가 비소유 참여자들의 과실과 불완전 이행에 대해 책임을 묻기 어렵습니다. 비소유 참여자들이 발생시키는 문제에 책임을 묻기 어렵고 그 결과는

4. 결론

모두 프로젝트의 결과로 나타납니다. 이와 같은 이유 때문에 얼라이언싱에서는 프로젝트 이행능력을 가진 충분한 참여자를 찾는 것이 매우 중요하고 상호간의 신뢰가 있어야 원활한 프로젝트 이행이 가능합니다.

건설산업에서 리스크는 변수가 아닌 상수로 보아야 합니다. 리스크의 발생을 통제하는 것은 근본적으로 불가능합니다. 중요한 것은 당사자들의 리스크에 대한 접근방법입니다. 어느 정도 예측한 리스크의 경우 분쟁의 정도가 강하지 않지만, 누구도 예측하기 어려웠던 리스크가 발생한 경우 이를 어떻게 상대방에게 전가할 것인지 여부가 프로젝트의 성공적 수행보다 더 중요하게 다루어지게 됩니다. 최악의 경우 책임공방으로 인해 프로젝트 자체도 파국을 맞는 경우가 없지 않습니다. 불확실한 사건은 언제든지 발생할 수 있는 건설산업에서 그 결과를 당사자 중 일부가 부담하는 대립적 접근만으로는 만성적인 미청구 공사비용의 문제를 해결하기 어렵습니다. 우호적 관계로 시작된 프로젝트가 상대에 대한 클레임으로 마무리되는 문화에서는 장기적 고객관계를 유지하는 것은 쉽지 않습니다. 반복 고객 유치를 통한 고수익 프로젝트의 수주 또한 요원합니다.

협력적 계약모델은 리스크 및 클레임 대응에 대한 부담을 절감하고 발주자와의 우호적 관계 유지를 통해 건설업계의 저수익 구조와 분쟁이 만연한 문화를 해소할 수 있는 대안으로 고려될 수 있습니다. 협력적 계약모델이 우리 건설업계에서 완전히 낯선 개념도 아닙니다. 프리콘 서비스와 같은 조기 참여형 모델은 이미 활발하게 활용되고 있으며, 관리형 계약(Managing Contract) 또한 이미 사용되고 있는 모델입니다. 아울러 통상의 설계·시공 일괄계약에 인센티브나 페널티의 개념을 적용하여 협력을 유도하는 것 또한 넓게 보면 협력적 접근의 하나로 볼 수 있습니다. 해외건설에 대한 수익성이 지속적으로 악화되고 있는 상황에서 협력적 계약모델을 낯설게만 볼 것이 아니라, 프로젝트의 성격에 맞는 특성화된 협력적 계약모델을 제안함으로 프로젝트에 대한 불확실성은 줄이고 발주자와의 장기적인 협력관계 수립을 도모해볼 수 있습니다.