

# 설계감리에 관한 분쟁을 예방하기 위한 방법

How to prevent disputes over design supervision

글. 김주덕  
Kim, Choodeok  
법무법인 태일 대표변호사

## 1. 글의 첫머리에

변호사로서 오래 일을 하다 보니, 세상을 사는 데 법은 중요하고 꼭 필요하다는 사실을 깨닫게 된다. 법이 없으면 세상을 살아가기가 어렵다. 자기 자신을 지키고 보호받기 위해서 법은 반드시 있어야만 한다. 변호사라고 하면 사기꾼이 조심한다. 법을 아는 사람을 상대로 사기 치려는 생각을 하지 않는다. 부동산을 취득하거나 어떤 거래를 할 때도 많은 도움이 된다.

건축사가 사회생활을 하다 보면, 분쟁에 휘말려 들어가는 수가 있다. 대표적인 것이 설계·감리를 한 다음 설계·감리비를 받지 못하는 것이다. 이럴 때 변호사는 직접 소송을 하면 되지만, 건축사가 직접 소송하는 것은 쉽지 않다. 적은 금액 같으면 소송도 하지 못하고 포기한다. 금액이 적지 않으면, 하는 수 없이 소송을 해야 하는데, 그때도 비싼 변호사비용<sup>1)</sup>을 부담해야 한다.

소송이 끝날 때까지 받는 스트레스는 이루 말할 수 없이 크다. 우리나라 재판은 매우 천천히 진행된다. 사건 수가 워낙 많아서 그렇기도 하지만, 재판의 속성이 원래 그렇다. 상대가 있기 때문에 한 달에 한 번씩 열리는 재판은 대체로 장시간이 걸릴 수밖에 없다.

건축물에 하자가 발생하여 건축주가 시공업자를 상대로 소송하는 과정에서 설계·감리자에게도 책임이 있다는 주장을 하면서, 거액의 손해배상금을 청구해 오는 경우는 문제가 심각하다. 얼마 되지 않는 설계·감리비를 받았을 뿐인데, 몇천만 원 또는 몇억 원의 손해배상을 청구해 오면 건축사는 그 뒷에 걸려 본연의 업무를 제대로 수행할 수 없게 된다.

사람이 하는 일이라 틀면 먼저 나지 않을 수 없다는 속담처럼, 일단 건축물에 하자가 발생한 후에 설계자와 감리자가 잘못된 부분을 문제 삼아 소송을 걸어오면 무과실, 무책임을 증명하는 것이 현실적으로 어렵다.

물론 소송을 해온 원고측에서 피고의 고의 과실을 증명해야 하는 것이지만, 일단은 건축물에 하자가 발생한 이상 그 원인에 대해 설계·감리자가 해명해야 하는 입장으로 수세에 몰릴 수밖에 없는 것이 소송의 현상이다.

날이 갈수록 변호사 수가 많아지고, 인터넷을 통해 정보가 공유되면서 건축분쟁은 증가하고 있다. 건축사는 설계·감리와 관련한 법적 분쟁에 어떠한 유형이 있고, 어떻게 해결해야 하며, 분쟁을 방지하기 위해서는 사전에 무엇을 어떻게 해야 하는지 평소에 충분한 연구를 하는 것이 필요하다고 생각한다.

1) 소의 일부가 취하되거나 청구가 감축된 경우 소송비용에 관하여는 민사소송법 제114조의 적용이 있는 것으로 해석함이 타당하다. 이 경우 당사자가 일부 취하되거나 청구가 감축된 부분에 해당하는 소송비용을 상환받기 위하여는 위 규정에 의하여 일부 취하되거나 감축되어 그 부분만이 종결될 당시의 소송계속법원에 종국판결과는 별개의 절차로서의 소송비용부담재판의 신청을 하고 그에 따라 결정된 소송비용의 부담자 및 부담액에 의한다(대법원 2017. 2. 7. 자 2016마937 결정).

## II. 설계감리를 둘러싼 분쟁의 유형

그렇다면 건축사가 설계 및 감리업무를 하는 과정에서 겪게 되는 법적 분쟁에는 어떠한 것들이 있을까 살펴보기로 한다. 먼저 약정한 설계·감리비를 제대로 받지 못하는 경우다. 계약금은 약정 당시에 받기 때문에 떼어먹히는 경우가 적는데, 중도금이나 잔금의 경우에는 설계나 감리에서 건축주 마음에 들지 않는다고 하거나, 건축주 측의 경제적인 사정 때문에 받지 못하는 경우가 있다.<sup>2)</sup>

규모가 큰 경우에는 외주용역비도 적지 않게 들어가는데 설계·감리비를 받지 못하면, 외주용역비는 이미 자신의 돈으로 지출한 상태이므로 건축사는 이중 삼중으로 손해를 보게 된다. 건축주가 재건축조합인 경우, 부실한 회사인 경우, 종교 단체인 경우, 설계계약체결 후 대표자가 변경되거나 해임된 경우에는 후임 집행부가 종전에 체결되어 진행 중인 설계·감리계약을 인정하지 않거나 공연한 트집을 잡아 설계·감리자를 교체하는 경우도 있다. 이러한 경우에도 건축사는 설계·감리비 분쟁에 휩쓸리게 된다.

설계·감리계약 체결 자체를 불분명하게 한 경우도 나중에 설계·감리비를 받는데 막대한 지장을 초래하게 된다. 건축주 사정으로 인해 공사가 도중에 중단되거나, 아니면 일시 중단되었다가 다시 재개된 경우에도 감리비의 정산에 관해 다툼이 생기게 된다.

설계·감리비 분쟁은 건축사가 건축허가를 대행하기로 하는 때에도 발생한다. 건축주 입장에서는 건축사만 믿고 건축하기로 하고, 건축사에게 건축허가부터 해달라고 위임을 한다. 보통의 경우에는 건축허가가 어렵지 않고, 대부분 큰 문제 없이 허가가 나온다.

그러나 때로는 기속행위에 해당하는 건축허가도 이런 저런 사유로 허가가 장기간 지연되기도 하고, 행정청에서 허가신청을 반려하거나, 허가거부처분을 하기

도 한다. 대규모 건축물이나 특별한 지역 내에서 특별한 용도로 사용할 건축물에 대해서는 국토계획법에 의한 개발허가를 받아야 하기 때문에 건축허가처분이 재량행위에 해당하는 것으로 보아 공공의 이익을 우선하여 건축허가를 제한하는 경우도 있다.<sup>3)</sup>

가장 어려운 문제는 완성된 건축물에 중대한 하자가 발생하여 건축주가 시공업자를 상대로 하자로 인한 손해배상청구를 하는 경우이다. 이때 건축주는 변호사의 도움을 받아 시공업자 뿐만 아니라, 설계자와 감리자를 모두 함께 묶어서 공동피고로 소송을 제기하기도 한다.

이런 경우 시공업자의 잘못은 쉽게 판명이 날 수 있지만, 감리자와 설계자가 자신의 잘못이 없다는 사실을 증명하는 문제는 결코 쉬운 문제가 아니다. 감리자를 상대로, “왜 철저히 감리를 하지 않았느냐? 감리를 제대로 했다는 사실을 서류로 증명하라”고 따지게 되면 억울하지만 책임을 지는 경우도 있다.<sup>4)</sup>

설계자의 경우에도 구조계산상의 하자 등을 이유로 철저히 과오 여부를 따지기 시작하면 아무런 잘못이 없다고 단정하기도 어렵다. 많은 경우 구조기술사가 건축사가 지칭하는 방식으로 구조계산을 한 결과 문제가 되기도 한다. 이런 경우 건축사는 구조기술사와 사이에 분쟁이 생기기도 하지만, 일단 건축사를 상대로 소송이 걸려오기 때문에 나중에 구상권을 구조기술사<sup>5)</sup>에게 하는 것은 또 다른 문제다.

설계·감리비는 건축주에게서 받아야 하는데, 만일 건축주가 완공된 건축물을 타인에게 양도하고, 설계·감리비를 주지 않고 파산하는 경우에는 건축사는 설계·감리비를 받을 곳이 없게 된다.

설계·감리계약의 해제와 해지, 취소문제 등도 발생하고 있다. 이런 경우 건축주와 건축사 사이의 법률관계를 어떻게 정리할 것인지도 매우 복잡한 문제가 된다.

2) 공사감리계약상의 감리대금 중 중도금은 4회에 걸쳐 분할하여 지급하기로 하였으나, 제1회 중도금부터 그 지급을 지체함으로써 감리비 예치보증계약상의 보증사고가 발생하였음에도 불구하고 감리자는 그 보증사고 발생사실을 통지함이 없이 계속하여 감리업무를 수행하였으며, 그 후 제2회 이후의 중도금도 이행기일에 지급되지 아니하였다. 제2회 이후의 중도금을 못 받게 됨으로써 감리자가 입은 손해는 감리비예치보증계약 약관에 따라 원고가 제1회 중도금에 대한 보증사고 발생사실에 대한 통지와 보증금의 청구를 해태함으로써 피고가 그 보상 책임을 면하게 되는 '해태로 인하여 증가된 손해'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다16367 판결).

3) 이러한 경우 건축주는 막대한 손해를 보게 된다. 건축사가 설계계약을 체결할 때, 너무 자신 있다고 큰소리를 친 경우에는 건축주로부터 손해배상청구를 당하기도 한다.

4) 공사감리자는 감리계약을 체결한 건축주에 대하여 공사시공자가 설계도서대로 시공하는지 여부를 확인하고 그 과정에서 공사시공자가 설계도서대로 시공 자체를 하지 아니한 하자(‘미시공 하자’라고 한다) 또는 임의로 설계도서의 내용을 변경하여 시공한 하자(‘변경시공 하자’라고 한다)를 발견한 경우 건축주가 그러한 하자로 인하여 손해를 입지 않도록 건축주에게 이를 통지하고 공사시공자에게 시정 또는 재시공을 요청하여야 할 채무를 부담한다( 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다229023 판결).

5) 용벽과 관련한 설계도서에 기명날인한 피고인이 법 제110조 제9호에서 처벌대상으로 하고 있는 법 제48조를 위반한 제67조에 따른 관계전문기술자에 해당한다고 볼 수 없다. 한편, 법 제110조 제8호는 법 제40조 제4항을 위반한 건축주 및 공사시공자만을 처벌하고 있을 뿐 관계전문기술자를 처벌대상으로 하고 있지 않다(울산지방법원 2013. 10. 11. 선고 2013노433 판결).

도중에 설계·감리계약이 중단되거나 해제된 경우, 건축사는 자신이 그동안 한 설계·감리비를 얼마나 청구해야 하며, 어떠한 증거자료를 법원에 제출해야 돈을 받을 수 있는지도 어려운 문제다. 채무자의 재산을 가압류하거나 가져분하는 보전처분도 염두에 두어야 한다.

### III. 설계계약과 감리계약의 법적 성질

건축관계자 간의 책임에 관한 내용과 그 범위는 건축법에서 규정한 것 외에는 건축주와 설계자, 건축주와 공사시공사, 건축주와 공사감리자 간의 계약으로 정한다(건축법 제15조 제2항). 국토교통부장관은 계약의 체결에 필요한 표준계약서를 작성하여 보급하고 활용하게 하거나, 건축사협회, 건설협회, 전문건설협회 또는 업종별공사협회로 하여금 표준계약서를 작성하여 보급하고 활용하게 할 수 있다(건축사법 제15조 제3항).

설계라 함은, 설계자가 자기 책임 아래 건축물의 건축, 대수선, 용도변경, 리모델링, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조를 위하여, ① 건축물, 건축설비, 공작물 및 공간환경을 조사하고 건축 등을 기획하는 행위, ② 도면, 구조계획서, 공사 설계설명서, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 공사에 필요한 서류를 작성하는 행위, ③ 설계도서에서 의도한 바를 해설 조건하는 행위를 말한다(건축사법 제2조 제3호).

설계계약의 법적 성질에 관하여는, 도급계약<sup>6)</sup>으로 보는 견해와 위임계약으로 보는 견해, 도급계약과 위임계약의 성격을 모두 가지고 있는 혼합계약으로 보는 견해가 있다. 설계계약의 법적 성질이 문제되는 이유는, 나중에 소송을 하게 되면 구체적으로 약정한 설계계약의 내용으로 보아 당사자가 어떤 취지로 계약을 체결한 것인지 해석하기 위한 목적 때문이다.

도급이나 위임에 관한 민법의 규정은 임의규정에 해당한다. 따라서 계약 당사자 사이에 특별한 의사표시가 있으면, 그러한 의사표시에 따라야 하는 것이다. 만일 당사자 사이에 체결된 계약의 내용이 불명확하거나 불완전한 경우에는 민법의

도급이나 위임에 관한 규정을 적용하여 이를 보충적으로 해석하게 되는 것이다.

일반적으로 건축설계계약이 도급계약의 성격을 가지는 경우에는, 건축주는 설계자가 일을 완성하기 전에는 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다(민법 제673조). 수급인인 설계자는 건축주에게 귀책사유가 있는 경우 외에는 일의 완성 전에 계약을 해제할 수 없다.

건축주는 언제든지 설계계약을 해지할 수 있다(민법 제689조 제1항). 건축주는 설계가 완성되었다고 해도 완성된 목적물의 하자로 인하여 도급의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 설계계약을 해제할 수 있다(민법 제668조 본문). 다만, 설계자가 부득이한 사유 없이 건축주에게 불리한 시기에 설계계약을 해지한 때에는 건축주에게 그 손해를 배상하여야 한다(민법 제689조 제2항). 이러한 경우, 설계자의 책임 없는 사유로 설계계약이 종료되었다면, 설계자는 이미 처리한 사무의 비율에 따른 설계비를 청구할 수 있다(민법 제686조 제3항).

설계계약 상의 이행청구권은 설계에 종사하는 자의 공사에 관한 채권으로서 민법 제 163조 제3호에서 정한 3년의 단기소멸시효가 적용된다. 설계계약해제로 인한 설계자의 손해배상청구권도 3년의 단기소멸시효<sup>7)</sup>가 적용된다.

### IV. 설계감리비의 약정은 명확하게 해야 한다.

건축사가 의뢰인으로부터 설계·감리를 맡는 경우에는, 상호 간에 건축사가 하여야 할 업무의 내용 및 범위와 의뢰인이 건축사에게 지급하여야 할 설계·감리비의 금액 및 지급시기에 관하여 약정하게 된다. 보통은 표준계약서를 사용하는데, 어떤 경우에는 구두로만 약정하고 돈만 받고 일을 진행하기도 한다. 그러다가 나중에 분쟁이 생기면 상호 간에 곤란한 문제가 생긴다.

어떤 사안에서 건축사와 의뢰인은 설계비 잔금 지급에 관해 다음과 같이 약정하였다. 즉, 건축설계비 잔금은 공사착공 시 지급하고, 다만 공사착공이 건축허가

6) 도급계약이 해지되기 전에 피압류채권인 수급인의 보수채권에 대한 전부명령이 내려지고 그 전부명령이 확정되었더라도 전부명령의 효력은 피압류채권의 기초가 된 도급계약이 해지되기 전에 발생한 보수채권에 미칠 뿐 그 계약이 해지된 후 제3채무자와 제3자 사이에 새로 체결된 공사계약에서 발생한 공사대금채권에는 미칠 수 없다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다29456 판결).

7) 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효 기산점은 '손해 및 가해자를 안 날'부터 진행되며, 법인의 경우에 손해 및 가해자를 안 날은 통상 대표자가 이를 안 날을 뜻한다. 그렇지만 법인 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 한 경우에는, 적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 단기소멸시효가 진행하고, 만약 임원 등이 법인 대표자와 공동불법행위를 한 경우에는 그 임원 등을 배제하고 단기소멸시효 기산점을 판단하여야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다20475 판결).

일로부터 6개월을 초과하는 경우에는 허가일로부터 6개월 내에 지급하기로 하였다. 이 사안에서 의뢰인은 건축허가를 받지 못했다.

그런데 건축설계계약서를 자세하게 보면, 설계비 잔금은 공사가 착공되었을 때 지급하기로 한 것이다. 공사착공이 건축허가일로부터 6개월을 넘기는 경우에는 허가를 받은 날로부터 6개월 이내에 설계비 잔금을 지급하기로 약정한 것이다. 따라서 건축주는 건축허가 자체를 받지 못했기 때문에 공사에 착공할 수도 없다고 주장하면서, 설계비 잔금을 지급할 의무가 없다고 항변하였다.

그렇다면, 법원에서는 이와 같은 건축사와 건축주 사이의 각자 다른 주장에 대해 어떠한 판단을 하였을까? 위 사안에서 건축사와 의뢰인이 계약체결 당시 계약이나 잔금지급채무의 효력을 공사착공 또는 건축허가의 성부에 의존케 할 의사로 위와 같이 약정하였다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

즉 건축설계계약 자체를 건축허가 또는 건축착공이라는 객관적 사실에 100% 의존시키는 조건부 계약이라고 볼 수 없다는 것이다. 건축주가 건축사에게 건축물에 대한 설계를 맡길 때에는 비록 나중에 건축허가를 받지 못하는 경우에도 설계비는 지급할 의사로 계약을 체결한 것이라고 보았다(대법원 1989. 6. 27. 선고 88다카10579 판결).<sup>8)</sup>

## V. 설계대금 기성금 산정은 어떻게 하는가?

갑은 갑 소유의 사업부지를 공동주택, 숙박시설, 업무시설, 문화시설, 근린생활시설 등의 용도로 개발하는 사업을 추진하기 위하여, 을과 사이에 을이 개발계획의 작성, 개발계획 및 지구단위계획과 관련한 각종 영향평가도서의 작성, 각종 협의 및 심의 도서의 작성, 건축계획 및 인허가 도서의 작성, 이와 관련된 인허가 업무 일체를 수행하고, 갑은 이에 대한 대가를 지급하기로 하는 내용의 설계용역계약을 체결하였다.

그후 갑은 을에게 기성금을 지급하지 않은 상태에서 이 사건 개발사업의 사업비 조달을 위한 프로젝트 파이낸싱에 보증하게 될 시공사들의 요청에 따라 을과의

용역계약을 해지하고, 병과 새로운 설계용역 계약을 체결하였다.

이 사안에서 법원은, 갑이 주장하는 바와 같이 현재까지 확정되지 않아 증가될 지 감소될 지 알 수 없는 최종 건축허가 면적을 기준으로 하여 기성금을 산정하여야 한다면 최종 건축허가 시까지는 을이 지급받게 될 기성금의 액수를 특정할 수 없게 되어 사업 진행이 중단되거나 지연되는 경우 을이 기성금을 청구할 수 없게 되는 불합리한 결과가 초래되므로, 최종 건축허가 면적을 기준으로 기성금을 산정할 수는 없다고 판결하였다(서울중앙지방법원 2010. 12. 16. 선고 2010가합75469 판결).<sup>9)</sup>

발주자가 건설회사와 신축공사도급 및 분양위임계약을 체결함에 따라 설계비 부담을 면할 수 있다는 사정을 기초로 설계자와 설계계약을 체결하였는데 그 후 건설회사와의 공사도급계약의 체결이 확정적으로 결렬되었고 건축부지 중 타인소유부분의 건축부지 제공이 불분명한 사정을 설계자가 알게 된 이상 설계자로서는 발주자와의 협의로 설계의 속행 여부를 결정하여야 함에도 설계를 강행한 경우 설계보수 전액을 발주자에게 지급책임을 지우는 것이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 비추어 불합리하므로 계약상의 보수액을 30퍼센트 정도 감액한 조치는 정당하다(대법원 1993. 9. 24. 선고 93다33272 판결).

건축주는 설계계약이 건축계획심의만을 받기 위하여 체결되었기 때문에 심의에 필요한 기본설계에 대한 보수만을 지급하면 충분하다고 주장하였다. 그러나 법원에서는 제반 증거에 비추어 이러한 건축주의 주장을 인정하지 않았다.

오히려 법원은 건축주도 이 사건 설계계약이 정부의 오피스텔건축규제를 피하기 위하여 조기체결된 것이라는 점을 시인하고 있는 이상 그 계약의 목적은 건축심 의뿐만 아니라 건축허가까지를 위한 설계계약이라고 보아야 할 것이므로 그 범위는 건축심의를 위한 계획설계, 기본설계만에 국한되지 않고 실시설계까지 포함된다고 판단하였다.

저작자가 일단 저작물의 공표에 동의하였거나 저작자가 미공표 저작물의 저작재산권을 양도하거나 저작물의 이용 허락을 하여 저작권법 제11조 제2항에 의하

8) 설계비 잔금을 공사 착공 시, 또는 건축허가일로부터 6개월 이내로 정한 것은 어디까지나 잔금 자체를 지급하지 않을 수 있다는 것을 정한 것이라고 볼 수는 없고, 건축주의 잔금지급채무를 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때로 유예 또는 연기한 것으로서 잔금지급채무의 시기에 관하여 불확정기한을 정한 것이며, 건축허가를 조건으로 붙인 것은 아니라고 판단하였다(대법원 1989. 6. 27. 선고 88다카10579 판결).

9) 갑과 을이 이 사건 개발사업의 추진 계획, 진척도, 사업 변동의 가능성 등을 고려하여 이 사건 용역계약 제7조에서 기성금 지급의 기준을 정하였다고 볼 수 있다. 을이 수행한 '실질 업무수행의 진척'을 판단함에 있어서는 이 사건 용역계약 제7조에서 정한 기성금 지급의 기준이 일용의 기준이 된다고 보는 것이 합리적이라는 것이 법원의 판단이다.

여 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정되는 이상 비록 그 저작물이 완전히 공표되지 않았다 하더라도 그 동의를 철회할 수는 없다(대법원 2000. 6. 13. 자 99마7466 결정).<sup>10)</sup>

## VI. 설계자의 손해배상책임

건축사가 설계를 맡아 설계도서를 작성해서 교부하고, 그에 따라 공사가 진행되는 경우 나중에 건축물에 하자가 발생하거나, 공사를 완료하기 전에 설계가 잘못된 경우에는 손해를 본 사람이 당연히 건축사를 상대로 손해배상청구를 하게 된다.

건축사가 설계를 한 경우 설계를 의뢰한 건축주 및 제3자에 대해 손해배상책임을 지는 때가 있다. 건축설계계약은 도급계약의 성질을 가지는 경우가 많기 때문에, 만일 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있으면, 건축주는 설계자에 대하여 하자의 보수에 갈음하여 또는 하자보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제667조 제2항). 즉, 건축사가 설계를 제대로 하지 못했거나 작성하여 제출한 설계도서 상에 하자가 있는 경우에는 건축주는 설계자를 상대로 하자를 보수하여 다시 설계도서를 작성하도록 요구할 수 있고, 그에 따른 손해배상금을 청구할 수 있다.

설계자가 자신에게 책임 있는 사유로 채무이행을 지체하는 경우, 채무이행이 불가능하게 된 경우, 또는 설계자가 불완전한 이행을 한 경우에는 모두 건축주에 대해 채무불이행책임을 지게 된다. 여기에서 채무불이행<sup>11)</sup>이라 함은, 원래 설계자가 건축주와 설계용역계약을 체결하고, 그에 대한 대가로서 설계비를 받고 계약하였기 때문에, 설계자는 당연히 설계계약을 제대로 이행할 계약상의 의무를 부담하게 되는 것이다.

설계자의 설계계약상의 의무, 즉 채무에 대한 불이행에 대해 채무자인 설계자는 채권자인 건축주에 대해 채무불이행책임을 지는 것이다. 물론 반대 당사자인 건축주는 설계자에 대해 설계비지급의무, 지급채무를 부담하는 것이고, 그러한 설

계비지급채무를 불이행하는 경우에는 똑 같은 방식으로 설계자에 대해 채무불이행책임을 지는 것이다. 설계계약은 이른바 쌍무계약이기 때문이다.

설계도서 작성의무의 불완전이행에 따른 채무불이행책임을 구체적인 유형을 보면 다음과 같다. ① 완성된 설계도서가 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우, 즉 설계도서에 객관적 하자가 있는 경우를 말한다. ② 설계도서가 약정에 의해 구비하여야 할 성질이나 품질을 갖추지 못한 경우, 즉 설계도서에 주관적 하자가 있는 경우를 말한다. ③ 설계내용을 근거로 한 건축공사 견적액이 당초 예정한 건축공사비를 상당히 초과하는 경우, ④ 건축주의 요구사항이나 지시와 다르게 설계를 한 경우, ⑤ 설계도서의 잘못으로 그 설계도서에 따라 완성된 건축물에 하자가 발생한 경우 등이 있다.

설계자의 손해배상책임을 성립하기 위하여는, ① 설계가 건축주가 지시한 내용에 반하여 이루어지거나, ② 건축주의 명시적인 지시에는 위반하지 않았으나, 완성된 건물 자체 설계의 하자가 존재하는 사실 등이 입증되어야 한다. 건축행위로 인하여 제3자에게 손해를 입힌 경우 그 원인이 설계자의 고의 과실로 인한 것이라면 설계자는 제3자에 대하여 불법행위 책임을 지게 된다.

건축설계계약이 도급계약의 성질을 가지는 경우, 설계자의 건축주에 대한 하자담보책임은 목적물 인도일로부터 1년간 존속한다(민법 제670조). 설계자의 채무불이행으로 인한 손해배상책임은 민법상 10년 또는 상법상 5년의 소멸시효에 해당한다. 설계자가 제3자에 대하여 부담하는 손해배상책임은 제3자가 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 동안 이를 행사하지 않으면 시효로 소멸하고, 설계자의 불법행위가 있는 날로부터 10년이 지나면 제척기간 경과로 소멸한다.

설계용역계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 공사도급계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나, 양 채무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 부진정연대의 관계에 있다.<sup>12)</sup>

10) 가분적인 내용들로 이루어진 건축설계계약에 있어서 설계도서 등이 완성되어 건축주에게 교부되고 그에 따라 설계비 중 상당 부분이 지급되었으며 그 설계도서 등에 따른 건축공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 중단할 경우 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 건축주에게 이익이 되는 경우에는 건축사와 건축주와의 사이에 건축설계계약관계가 해소되더라도 일단 건축주에게 하여진 설계도서 등에 관한 이용권은 의연 건축주에게 유보된다.

11) 채무불이행에는, ① 이행지체, ② 이행불능, ③ 불완전이행의 세 가지 유형이 있다.

12) 동일한 공사에서 공사감리자의 감리계약에 따른 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 공사시공자의 도급계약에 따른 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무이므로 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대채무의 관계에 있다.

수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위에 있어서 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 다만 객관적으로 그 공동행위가 관련 공동되어 있으면 족하고 그 관련 공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 그에 대한 배상책임을 지는 공동불법행위가 성립한다.

불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이므로, 손해액을 산정함에 있어서는 먼저 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태를 상정하여야 할 것인데, 위법행위가 없었을 경우의 재산상태를 상정함에 있어 고려할 사정들은 위법행위 전후의 여러 정황을 종합한 합리적인 추론에 의하여 인정될 수 있어야 하고, 당사자가 주장하는 사정이 그러한 추론에 의하여 인정되지 않는 경우라면 이를 위법행위가 없었을 경우의 재산상태를 상정하는 데에 참작할 수 없다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다37414 판결).

## Ⅶ. 감리계약에 따른 법적 책임

감리(監理)라 함은 건축주의 위임에 따라 건축공사나 건설공사가 설계도서 기타 관계 서류의 내용대로 시공되는지를 확인하고, 시공관리 품질관리 안전관리 등에 대하여 지도 감독하는 행위를 말한다. 건축사가 건축주로부터 받는 감리비는 구체적으로 공사감리계약에 의해 결정된다. 공사감리계약은 감리대상이 된 공사의 완성 여부, 진척 정도와는 독립된 별도의 용역을 계속적으로 제공하는 것을 본질적 내용으로 하는 위임계약의 성격을 가지고 있다.<sup>13)</sup>

건축법에 의하면 공사감리자는 공사를 완료한 때에는 감리완료보고서를 작성하여 건축주에게 제출하여야 하고, 건축주가 건축공사를 완료한 후 건축물을 사용하고자 하는 경우에는 공사감리자가 작성한 감리완료보고서를 첨부하여 사용승인을 신청하여야 한다고 규정하고 있다.

특별한 사정이 없는 한 공사감리자의 감리업무는 감리대상 공사가 완료된 후 감리완료보고서를 작성함으로써 더 이상 당해 건축물에 대한 감리를 필요로 하지 아니하게 되어야 완료된다(대법원 1992. 11. 24. 선고 91누12172 판결 참조).

감리계약이 도중에 종료된 경우 그 사무에 대한 보수를 정함에 있어서는 기간으로 보수가 정해진 경우에는 감리업무가 실제 수행되어 온 시점에 이르기까지 그 이행기가 도래한 부분에 해당하는 약정 보수금을 청구할 수 있다. 후불의 일시불 보수약정을 하였거나 또는 기간보수를 정한 경우에도 아직 이행기가 도래하지 아니한 부분에 관하여는 감리인에게 귀책사유 없이 감리가 종료한 경우에만 하여 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다(대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다40001 판결).<sup>14)</sup>

이 경우 감리사무의 처리비율은 관련 법규상의 감리업무에 관한 규정 내용, 전체 감리기간 중 실제 감리업무가 수행된 기간이 차지하는 비율, 실제 감리업무에 투입된 감리인의 등급별 인원수 및 투입기간, 감리비를 산정한 기준, 업계의 관행 및 감리의 대상이 된 공사의 진척 정도 등을 종합적으로 고려하여 이를 정하는 것이 타당하다(대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다19342 판결 등 참조).

공사감리자가 공사시공자가 설계도서대로 시공하고 있는지 여부를 확인하는 것을 소홀히 하거나, 공사시공자에 대하여 부적절한 지도를 하는 등 감리의무를 위반함으로써 건축물에 하자가 생긴 경우에는 건축주에 대하여 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다.<sup>15)</sup> 또한 공사감리자가 감리를 잘못하여 건축주 이외의 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 제3자에 대하여 불법행위에 의한 손해배상 책임을 진다.

감리자의 채무불이행을 원인으로 하여 건축주가 감리자를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에는 감리행위가 끝난 때로부터 10년의 기간이 지나면 시효의 완성으로 인해 청구권이 소멸된다. 감리계약이 상법의 적용을 받는 경우에는 5년의 상사시효에 해당한다.

13) 감리계약은 감리라는 사무 처리활동 그 자체를 목적으로 하는 계약이며, 사무처리에 따른 일의 완성을 목적으로 하는 계약이 아니기 때문에 도급계약이 아니라 위임계약에 해당한다.

14) 감리의 대상이 된 공사의 진행 정도와 수행할 감리업무의 내용이 반드시 비례하여 일치할 수 없는 것은 그 업무의 속성상 당연하다. 감리용역에 대한 보수는 감리대상 공사의 기성고와 상관없이 정하여야 한다. 감리계약에서 감리비를 3개월 단위로 나누어 전체 공사의 기성고에 따라 지급하기로 한 것은 감리비의 지급시기 및 방법에 관한 약정에 불과하다고 보아야 한다.

15) 공사감리자가 감리계약상의 채무를 이행하지 아니하였는지는 당시 일반적인 공사감리자의 기술수준과 경험, 미시공 또는 변경시공 하자의 위치와 내용, 공사의 규모 등에 비추어 그러한 하자의 발견을 기대할 수 있었는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다229023 판결).

건축주 이외의 제3자가 감리자에 대해 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 하는 경우에는 그 제3자가 감리자의 고의 또는 과실로 손해가 발생하였다는 사실을 안 날로부터 3년의 기간 내에 청구권을 행사하여야 한다. 감리행위가 끝난 시점부터 10년이 지나면 불법행위로 인한 손해배상청구권은 제척기간이 경과하기 때문에 행사할 수 없게 된다.

## VIII. 설계감리자의 손해배상책임

공사가 끝난 후 건축물에 하자가 발생한 경우, 건축주는 시공업자뿐 아니라, 감리자와 설계자를 상대로 손해배상을 청구하는 사례가 있다. 구체적인 사례를 통해 법률적 문제를 살펴보기로 한다. 건축사 A는 건축주 B와 설계·감리계약을 체결하면서, 감리비를 포함하여 설계보수액을 정하였다. 건축사는 건축주의 행정적인 절차의 대행뿐만 아니라 공사현장에서 월 5회 이상 출장하여 시공자가 설계대로 시공하는지 여부에 대한 감시, 감독 및 조언을 하고 지적사항을 건축주에게 통지하도록 약정하였다. 아울러 건축사는 착공 시부터 준공 시까지 착공신고, 기초중간검사, 단열중간검사, 설비중간검사, 공정보고, 감리일지 작성, 허가조건의 이행확인 등의 업무를 시공자와 협의하여 이행하기로 하는 사항도 포함하여 서면으로 약정하였다.

공사가 끝나고 확인한 결과 완성된 건축물에 하자가 발생하였다. 이러한 하자에 대하여 건축주 B는 시공회사 C와 건축사 A를 상대로 민사상 손해배상청구소송을 제기하였다. 법원에서는 이 사건 건물에 발생한 하자는 시공회사의 시공상의 과실과 감리자인 건축사 A의 감리상의 과실이 경합하여 발생한 것이라고 인정하고, 건축사 A는 공동불법행위자인 시공회사와 각자 건축주 B가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판결하였다.

감리를 담당했던 건축사는, 약정상 자신은 공사현장에 상주하면서 실질적으로 감리업무를 수행하는 상주감리자가 아니라, 건물의 설계업무에 부수하여 관청에 제출할 서류의 작성 및 제출행위만을 대행하는 법정감리자에 불과하였으므로, 신의칙상 건축주는 건축사에 대하여 건물의 하자로 인한 손해배상책임을 물을 수 없다고 주장하였다.

법원은 건축사가 수행한 감리업무의 내용 등 제반사정을 종합하여 보면, 이 사건 약정에 따라 건축사가 맡기로 한 감리업무는 단순히 감독관청에 대한 행정적인 절차의 대행뿐만 아니라 공사에 관한 시공지도 및 시공확인, 현황조사, 공정관리, 품질관리, 안전관리 등 일반적인 의미에서의 공사감리업무도 포함된 것으로 보아야 할 것이므로, 건축사의 주장은 이유 없다고 판단하였다(서울민사지방법원 2000. 5. 17. 선고 99가합63195 판결).<sup>16)</sup>

공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 배상할 손해액의 범위가 달라지는 경우, 적은 손해액을 배상할 의무가 있는 사람이 손해액의 일부를 변제한 경우에는 많은 손해액을 배상할 의무 있는 사람의 채무 중 그 변제금 전액에 해당하는 부분이 소멸하는 것은 물론이나, 많은 손해액을 배상할 의무가 있는 사람이 손해액의 일부를 변제하였다면 그 중 적은 범위의 손해액을 배상할 의무가 있는 사람의 채무는 그 변제금 전액에 해당하는 채무가 소멸하는 것이 아니라 적은 범위의 손해배상 책임만을 부담하는 쪽의 과실비율에 상응하는 부분만큼만 소멸하는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다19600 판결 참조).

## IX. 건축설계업체 낙찰자 지위확인소송

재개발조합이나 재건축조합에서 건축설계업체를 선정할 때에는 규모가 크기 때문에 복잡한 문제가 생길 소지가 있다. 조합에서는 건축설계업체를 선정할 때 입찰을 하여 선정으로 하고, 그에 따라 조합에서 특정 업체를 선정하고 건축설계 계약을 체결하기 전에 총회에서 의결을 한다. 이때 경쟁업체 간에 치열한 경쟁이 벌어지기 때문에 선정되지 못한 업체에서 선정된 업체에 대해 조합에서 선정의 결한 것이 무효라는 소송을 거는 경우가 있다.<sup>17)</sup>

갑 주택재개발정비사업조합은 건축설계업체 선정을 위한 입찰을 공고하였다. 조합에서 배포한 입찰지침서에서는, 입찰에 참가한 업체가 홍보활동을 하거나 경쟁업체를 비방하는 등으로 이행각서, 입찰지침서의 내용을 위반할 경우 이 사건 입찰 공고, 입찰지침서, 이행각서의 해당 규정에서 그 위반업체의 입찰을 무효로 하고 있다.

16) 다만, 이 사건 건물의 신축공사와 같은 대형공사의 경우 이 사건 약정에 규정된 월 5회 정도의 출장만으로는 실질적인 감리가 이루어지기 어렵고, 건축사가 이 사건 약정에 따라 지급받은 보수는 통상의 예에 비추어 상당히 적은 편이었으며, 이 사건 건물에 하자가 발생한 원인은 주로 시공회사의 시공상 잘못에 기인한 것이고 건축사의 감리업무 소홀은 하자발생에 대하여 기여한 정도가 시공회사에 비하여 상대적으로 작다고 보이는 점 등을 고려한다면, 정의의 관념 및 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 건축사의 책임 범위는 20% 정도로 제한하였다.

병은 홍보전단을 배포하는 등으로 홍보활동을 하고 조합원들에게 배포한 홍보전단에 경쟁업체인 을을 비방하는 내용을 포함함으로써 입찰지침서 및 이행각서의 내용을 위반하였다.

법원에서는 이 사건 입찰 공고 등에서 정한 규정을 위반한 하자가 입찰절차의 공정성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐만 아니라 병도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 이 사건 결의가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이 분명할 경우에 한하여 이 사건 결의가 무효가 된다고 판단하였다. 따라서 갑이 병을 이 사건 사업의 건축설계업체로 선정하고 병과 건축설계계약 체결을 승인한 이 사건 결의는 하자가 중대하고 명백하여 무효라고 인정하였다(청주지방법원 2011. 2. 9. 선고 2010가합5165 판결).<sup>18)</sup>

## X. 글을 맺으며

날이 갈수록 건축사 업무와 관련된 법적 분쟁이 늘어나고 있다. 따라서 건축사는 업무와 관련하여 분쟁이 생기지 않도록 사전에 여러 가지를 준비해야 한다. 가장 기본적인 원칙은 법대로 한다는 것이다. 종래 업무처리를 주먹구구식으로 하던 관행에서 탈피해야 한다.

17) 국가나 지방자치단체가 실시하는 공사입찰에서 적격심사과정의 하자로 인하여 낙찰자결정이 무효이고 따라서 하자 없는 적격심사에 따른다면 정당한 낙찰자가 된다고 주장하는 자는 낙찰자로서의 지위에 대한 확인을 구할 수 있고 이러한 법리는 위 입찰에 터잡아 낙찰자와 계약이 체결된 경우에도 동일하다 할 것이다. 그러나 나아가 낙찰자와 체결된 계약에 의하여 이미 그 이행까지 완료된 경우에는 더 이상 낙찰자결정이 무효임을 주장하여 낙찰자지위에 대한 확인을 구할 이익이 존재하지 않는다(대법원 2004. 9. 13. 선고 2002다50057 판결). 결국 이러한 경우에는 과거의 법률관계의 확인정구에 지나지 아니하므로 확인의 이익이 없는 경우에 해당하여 법원에서는 정구를 각하하게 된다.

18) 판결 주문은, '갑의 0000년 00월 00일 자 임시총회 결의 중 종합건축사사무소 병을 건축설계업체로 선정한 결의 및 위 회사들과의 건축설계계약 체결을 승인한 결의는 각 무효임을 확인한다.'로 선고되었다.

19) 동회사원과의 대화내용 비밀녹음을 회사의 내부 징계사유로 인정한 판결이 있다. '원고는 이 사건 대기발령 이후 이 사건 해고 당시까지 사무실에서 동료 직원이나 상사와의 대화내용을 몰래 녹음하였는데, 그 녹음테이프 분량이 많게는 하루 3개 이상인 사실, 원고는 회사의 대표이사에게 탄원서를 제출한 이후 자신의 주장에 대한 입증자료로 위와 같이 녹음한 테이프를 피고 회사의 인사기획팀에 보낸 사실을 인정할 수 있는 바, 이는 특별한 사정이 없는 이상 직원의 사생활의 비밀을 침해하고 직원 상호간의 불신을 조장함으로써 복무질서를 문란하게 한 행위라고 볼 수 있다. 따라서 이 부분 징계사유는 인정된다.'(서울고등법원 2010. 2. 5. 선고 2007나49139 판결).

설계·감리계약서를 체결할 때 여러 가지 상황을 예상하여, 보다 구체적인 내용으로 특약사항을 기재하는 것이 좋다. 의뢰인과의 모든 업무 관련 연락은 말로만 할 것이 아니라, 이메일이나 문자메시지 등을 통해 함으로써 나중에 분쟁이 생겼을 때 증거로 사용하여야 한다. 요새는 많은 사람들이 비밀녹음<sup>19)</sup>을 하고 있다는 사실을 염두에 두어야 한다. 때문에 업무와 관련된 대화를 할 때는 조심해야 한다.

특히 설계 및 감리업무과정에서 잘못하여 나중에 그에 대한 법적 책임을 지지 않도록 관련 법령을 숙지하고 충실하게 업무를 처리해야 한다. 법적 분쟁이 발생하면 혼자 힘으로 해결하려고 하지 말고, 법률전문가의 도움을 받아 효율적으로 처리하는 것이 바람직하다. 변호사비용을 아끼려고 나홀로 소송을 하다가 더 큰 손해를 보는 것은 매우 안타까운 일이다.



김주덕 법무법인 태일 대표변호사

김주덕 변호사는 서울대학교 법과대학을 졸업했다. 대구지검 특별수사부, 대전지검 특별수사부장, 제천지청장, 서울서부지검 형사1부장, 대검찰청 환경과장, 법무부 검찰국 검사, 서울중앙지검 공판부장 등을 역임했으며 현재 법무법인 태일 대표변호사로 근무하고 있다. 2003년부터 대한건축사협회 자문변호사로 활동하고 있다. cdlaw@hanmail.net