

2009년 10월

韓國法學院 심포지엄

# 『건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안』

- 일시 : 2009. 10. 30. (금) 오후 2시~5시
- 장소 : 서울대학교 법과대학  
서암법학관 4층 교수회의실
- 후원 : 법률신문사

주최 : 韓國法學院

2009년 10월

韓國法學院 심포지엄

## 『건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안』

사회자 김 광 년 (변호사)  
발 표 윤 재 윤 (서울고등법원 부장판사)  
토 론 강 운 산 (한국건설산업연구원 연구위원)  
김 선 혜 (연세대학교 법과대학 교수)  
김 삼 범 (김·장 법률사무소 변호사)  
김 종 보 (서울대학교 법과대학 부교수)

- 일시 : 2009. 10. 30. (금) 오후 2시~5시
- 장소 : 서울대학교 법과대학 서암법학관 4층  
교수회의실
- 후원 : 법률신문사

### 심포지엄 進行計劃

14:00~14:10	인사의 말씀
14:10~15:00	주제발표
15:00~15:15	지정토론 (1)
15:15~15:30	지정토론 (2)
15:30~15:50	휴 식
15:50~16:05	지정토론 (3)
16:05~16:20	지정토론 (4)
16:20~17:00	종합 토론

# 차 례

■ 주 제 발 표	윤재운(건설서울고등법원 부장판사)	5
『건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안』		
■ 주 제 발 표	강운산(한국건설산업연구원 연구위원)	39
지정토론 요지	김삼범(김·장법률사무소 변호사)	71
지정토론 요지	김선혜(연세대학교 법과대학 교수)	71
지정토론 요지	김중보(서울대학교 법과대학 부교수)	71



■ 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

## 지건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

서울고등법원 부장판사 윤재윤

### I. 시작하는 글

건설산업은 국민이 주거생활을 영위하는 건축물을 만들고 안전과 기능을 유지하는 전통산업일 뿐 아니라, 우리나라의 산업 구조상 GDP의 14%, 고용인구의 8%를 차지하는 기간 산업이다. 건설산업의 질과 양적인 발전으로 인하여 건설관계를 둘러싼 분쟁은 빠른 속도로 늘고 있고, 새로운 형태의 소송도 계속 제기되고 있다.

이에 따라 서울중앙지방법원은 1996. 3. 건설소송 시범재판부 1개를 설치하였다가 1998. 3.부터 전문재판부를 설치하였고, 2003. 3.부터는 건설사건의 범위를 확대함과 아울러 건설전문부를 종전의 4개부에서 6개부로 늘렸고, 2009. 3.에는 건설전문재판부를 다시 1개 늘려 30개의 민사합의 재판부 중 7개가 건설전문재판부로 되었다. 사건 배당시의 가중치도 종전 50%에서 100%로 상향조정하여 건설사건 1건을 일반 민사사건 2건과 같은 비중으로 처리하고 있다<sup>1)</sup>.

서울고등법원은 2006. 3.에 4개의 건설전문재판부를 신설하였다가 2007. 초 5개부로 증설하여 운영 중에 있다. 각 지방법원에서도 대부분 건설전문부를 설치하고 있다.

그러나 건설소송에 관한 심리방법이나 건설실체법에 관한 법리개발 수준은 다른 전문소송 분야에 비하여 턱없이 낙후되어 있음을 부정할 수 없다. 건설소송에 관하여 필요한 절차가 특별히 개발된 것도 없고, 대법원판결이나 관련 논문의 건수도 여전히 미

1) 필자가 비공식적으로 확인한 바에 따르면, 서울중앙지방법원의 2008년 1년간 접수된 건설전문부(합의 재판부) 사건 수는 642건으로 총 민사합의사건 13,298건의 4.8%였고, 전문재판부에 배당된 총 사건 4,201건의 15.2%였다. 그러나 채권양도대금, 전부금, 손해배상, 보증책임사건 등 건설전문사건으로 분류되지 않는 사건이 많으므로 실제 건설전문사건은 훨씬 더 많을 것으로 추정된다. 참고로 부동산 채개발사건은 건설전문사건에 포함되지 않고 별도로 전문재판부가 2개 있는데 2008년에 219건이 접수되었다.

미하다. 이는 건설소송에 전문적인 관심을 가진 법관이나 변호사가 너무 적은 데 그 원인이 있다. 다행히 요사이 건설전문 재판부에서 공동연구가 활발하고, 건설사건 전문을 표방하는 변호사가 늘고 있으며, 하급심에서 상당히 빠른 속도로 각종 건설사건판결례가 축적되고 있어서 건설분쟁법의 발전이 기대되고 있다.

이하에서는 건설소송 심리의 개황과 문제점을 살펴보고 필자가 4년 6개월간 건설전문재판부(서울중앙지방법원 3년 6개월, 서울고등법원 1년)의 재판장으로 건설사건을 처리하면서 느낀 소감을 중심으로 가능한 개선방안 몇 가지를 제안하고자 한다.

## II. 건설소송의 유형과 심리상 특징

### 1. 건설소송의 유형

#### 가. 주체에 의한 분류

건축행위는 건축주가 설계자로부터 기본설계를 받아서 행정청에 대한 건축허가를 신청함으로써 시작되어 수급인과의 공사도급계약, 감리자의 감리 등을 거쳐 완공된다. 이 사이에 하수급인, 이웃 주민 등과도 직간접적인 관계를 맺게 된다. 그 유형은 관계 당사자에 따라 네 가지로 나눌 수 있다.

첫째 공사수급인이 공사도급인을 상대로 한 공사대금청구사건이 기본적인 유형인데 공사완공으로 인한 대금청구, 공사중단시 해제나 해지로 인한 기성고 청구, 공사설계변경 또는 추가공사로 인한 공사대금 증가분 청구 등으로 나뉜다. 건설소송의 절반 이상이 여기에 해당한다.

둘째, 도급인 입장에서는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구, 지체상금청구, 미시공 부분의 공사대금 감액청구 등으로 나뉜다.

셋째, 공사관련 보증에 관련하여 건설회사가 도산하는 경우가 많기 때문에 금융기관이나 보증기관에 대한 보증금 청구소송도 상당수 나타나고 있다.

넷째, 공사도급계약상 채무를 벗어난 손해배상문제로서 감리자나 설계자 등 부수적 공사관련자의 위법한 행위에 대한 손해배상청구 또는 공사로 인하여 직접적인 피해를 입은 주변 사람들의 손해배상청구, 일조권이나 조망권 등의 손해배상청구 등이 자주 제기된다.

## 나. 심리방법에 의한 분류

동일한 공사도급계약이라고 하더라도 대형공사와 중소형 공사는 소송심리상 현저한 차이가 있다. 전자는 계약내용부터 치밀하고 합리적으로 있다. 고, 공사 중 분쟁과정에 대하여도 상당한 정도의 자료가 확보된다. 는 반면에, 후자는 계약서의 작성이 매우 부실하고, 변경시공도 구두합의나 모호한 서면으로 이루어지는 경우가 많다. 따라서 소송 심리 방법이 동일약내용가 여도 상후자는 좀 더 건설관행이나 보이지 않는 사실에 따른 추정작<sup>2</sup>차이다.자는 계획사와 회사 사이의 계약과 건설회사와 개인 사이의 계약도 유사한 차이가 있다.

관급공사계약과 사인간의 공사계약에서도 유사한 차이가 있다. 전자는 변경시공, 공사조건 등에 관련된 서면 자체는 완벽에 가깝지만, 이런 서면이 관계 공무원의 일방적 지배로 인한 강요 내지 양보요구로 인하여 작성되는 경우가 많아서 문제다. 하도급관계에서도 마찬가지로 일방적 지배력의 행사가 문제된다. 이러한 경우에는 더 사실적이고, 형평에 맞는 판단이 필요하다.<sup>2)3)</sup>

## 2. 건설소송의 심리상 특징

### 가. 사건의 복잡성과 복합성

건설소송의 가장 큰 특징은 소송상 쟁점이 많고 복잡하다는 점이다. 그 이유는 첫째 건설공사의 공정이 복잡, 다기하다는 점에 있다. 아무리 작은 공사라도 여러 단계의 공정을 거쳐야 하는데 각 공정마다 문제가 발생할 수 있다. 둘째 모든 공사는 도급인과 수급인 사이의 협력관계가 전제되어야 하므로 분쟁의 원인이 양자 사이에 복합적으로

2) 조정 가능성 유무에 따라 구별할 수도 있다. 감정적 대립이 크거나 당사자의 주장이 비합리적이어서 당사자 사이에 합의가 어려웠지만 재판부의 주도로 소송 초기에 조정이 성립될 수 있는 사건과 반대로 조정 가능성이 거의 없어서 판결이 반드시 필요한 사건이 있다. 전자와 후자는 심리방법이 완전히 달라져야 하고, 특히 전자의 경우에는 감정은 신중히 처리하여야 한다. 당사자의 감정이 앞서서 첫 기일부터 감정신청을 하고 이를 받아들이면 자칫 감정료 부담과 의외의 감정결과에 따라 갈등이 깊어질 수 있다.

3) 아파트 하자보수관련 소송에 관하여 건설업계 일각에서 이른바 ‘기획소송’에 대한 우려와 불만이 팽배한 실정이다. 특정 변호사가 하자보수관련소송을 집중적으로 수입하고, 일부 감정인이 법원 감정을 많이 맡아 관여하고 있다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 기획소송은 손해를 과장하여 불필요한 분쟁을 부추기고, 특히 감정 결과에 대한 전반적인 불신을 초래가 있어서 재판시에 각별한 주의가 요망된다. 이들이 소 제기 시에 제출하는 사적 감정서는 통상 수 천 만 원의 비용이 요구될 뿐 아니라, 그 내용이 부실하여 재판상 증거로 사용되기 어려운데 당사자들은 이를 믿고 재판상 부당한 기대를 하게 되고, 위 감정서 비용이 조정에 걸림돌로 작용하는 경우도 있다.

연결되어 있다는 점에 있다. 공정의 지체나 부실에 관하여 그 책임 소재를 가리기가 매우 어렵고, 특별한 증거가 없어서 나타난 자료에 의하여 추정할 수밖에 없다. 하자에서도 공정별로 사유가 다양하므로 쟁점이 많아지게 된다. 여기에 공사계약상 해석의 충돌까지 생기면 더욱 복잡해진다.

## 나. 소송관계자의 전문성 필요

건설소송의 변론과 감정, 판단을 하기 위하여는 법관은 물론 변호사도 상당한 전문성을 가져야 한다. 건설시공상 용어와 공법에 대한 이해는 물론 실무관행에도 상당한 이해가 있어야 옳은 판단을 할 수 있다. 건설전문부에서는 흔히 보는 사건도 일반 재판부에서 경험이 없는 법관이 이를 처리할 때에는 상당한 시간이 걸리며, 건설소송의 경험이 없는 소송대리인은 비효율적인 변론을 하거나 중요한 쟁점을 그릇치는 중대한 잘못을 하는 경우도 있다.

## 다. 소송의 장기화 경향

건설소송은 쟁점이 많은 데다가 감정 등 입증에 어려워 소송기간이 장기화된다. 소규모 건축도 많지만 소송까지 이르는 경우는 대개가 소송물 가액이 수 억 원 이상 수십 억 원에 이르는 고액인 경우가 많아서 신중히 처리해야 하고, 이리다 보니 감정 한 가지 만 갖고서도 감정채택 결정, 감정시행, 감정인의 감정업무수행, 감정서 제출 후 보완조치 등을 통한 공방 등 1년 가까이 걸리는 때가 있다. 현재 건설전문 재판부에 2년 이상이 된 사건도 적지 않은 실정이다<sup>4)</sup>. 또한 소송의 장기화로 인한 시간경과에 따라 새로운 쟁점이 확대되는 경우가 생긴다. 소송 중에 건축물에 대하여 적절한 유지관리가 이루어지지 아니하여 하자의 범위가 확대되거나 아예 사용할 수 없게 되는 경우 등이 이에 해당한다.

## 라. 증거의 부족과 모호성

다툼이 있는 부분에 관하여 증거가 부족한 경우가 많다. 소규모건축공사는 계약서가 없고 견적서 정도만 있는 경우가 많고, 공사 중 설계변경시에도 구두합의만 하고 서면은 전혀 없는 때가 많다. 쌍방의 주장이 다를 때에는 계약의 기본적인 내용조차 확인이

---

4) 일본의 경우 동경지방법재판소의 보고서에 의하면 건설사건의 평균 재판기간은 판결로 종결된 경우 43.7개월, 화해종결의 경우 28.0개월, 조정종결의 경우 21.3개월이 걸렸다고 한다.



어렵다.

또한 증거가 있더라도 그 증거의 수집경위, 관련부위 등이 불분명한 경우가 많아서 증거가치의 신뢰성에 의문이 들고 내용 자체가 모호하다. 예컨대 사건의 쟁점이 기성고산정에 있을 때 시공자측에서 공사일보와 세금계산서를 수집 장 제출하였는데 공사일보는 시공자 직원이 작성하였고, 세금계산서는 본 공사와 관련이 있는 것인지 불분명하다면 그 증거가치의 평가는 상당히 어렵게 된다. 재판부로서는 이를 전부 인정하기는 어렵고, 그렇다고 전부 배척하기도 어렵기 때문이다. 따라서 당사자와 소송대리인은 증거수집과 그 신빙성 확보 및 제시에 각별한 주의를 하여야 하고 재판부는 이에 관한 판단에서 건설실무를 고려한 합리적인 처리를 하여야 한다.

#### 마. 법규 및 관행에의 민감성

흔히 건설소송은 법리 보다 사실관계 인정이 어렵다고들 하지만, 어느 분야 보다도 법리적인 문제가 복잡하고 논란이 심한 실정이다. 건설도급계약과 시공, 분양, 보증 등 건설관계는 민법, 상법, 건축법, 건설산업기본법 등 기본적인 법률 이외에 국가를당사자로하는계약에관한법률, 하도급거래공정화에관한법률, 집합건물의소유및관리에관한법률, 주택법, 도시개발법, 도시및주거환경정비법 등이 적용된다. 건설산업의 성장과 부동산 정책에 따라 법률의 제정과 개정이 잦고, 각 법률이 적용되는 범위와 각 법률의 관계가 불분명한 경우가 많다. 하자담보책임에 관한 집합건물의소유및관리에관한법률과 주택법의 관계, 하도급거래공정화에관한법률 상 직접지급청구권의 발생요건 등이 자주 문제가 되는 예이다. 또한 각종 약관의 유효성, 하도급이나 공동수급에 관련한 건설관행과 계약상 해석의 연관성 등도 문제된다.

대법원판결이 최종적인 지침이 되지만, 필요한 만큼 선고가 되지 못하고 있다. 예컨대 구 주택건설촉진법(개정 전 주택법도 동일함)상 하자책임의 법적 성격을 행정적 권리로 본 판결(대법원 2004.1.27. 선고 2001다24891 판결), 집합건물 전득자의 하자담보청구권을 법정 책임으로 인정하는 판결(대법원 2003.2.11. 선고 2001다47733 판결), 입주자대표회의의 손해배상청구권을 부정하는 판결(대법원 2006.8.24. 선고 2004다20807 판결) 등은 오랫동안 건설업계와 하급심판결에서 심각한 논란이 있었던 것인데 대법원의 판결은 상당히 늦게 나온 셈이다. 이렇듯 법규와 관행에 대한 해석이 건설분쟁소송에 결정적인 영향을 미치는 경우가 많다.

## 바. 감정의 결정적 중요성

전문적인 감정결과가 결론에 큰 비중을 차지한다. 공정 진행상 하자의 정도, 기성고, 문제의 발생원인 등을 일반인이 판정하기가 불가능하므로 감정을 거치게 된다. 일단 감정결과가 나오면 대부분 이것에 의존하게 되므로 결정적인 의미를 갖는다.

## 사. 조정의 필요성

이러한 사정을 종합하면 소송이 어느 정도 진행되어 기본 자료가 현출되면 적극적으로 조정에 임할 필요가 있다. 막대한 소송비용, 복잡한 쟁점, 증거가치의 모호성, 분쟁의 장기화, 무엇보다도 감정결과와 합리적 적용 필요성 등을 감안할 때 적절한 기준에 따른 쌍방 이해관계의 조절로서 조기 종결함이 필요하다.

## 3. 건설소송 심리의 적정화 및 전문화 제고 필요성

이상과 같은 건설소송의 심리의 특성에 의하여 건설소송의 심리는 일반 민사사건의 심리와는 상당히 다르고 매우 독특한 면이 있다. 의료소송과 같이 전문적 감정결과에 의존하는 점, 이혼소송과 같이 양 당사자의 행위와 책임의 상호 연관성이 강하며, 감정적 대립이 심한 점, 무엇보다도 다투는 점이 많아져서 심리의 방향이 모호해지기 쉬운 점이 그것이다. 그러나 현행 소송실무는 건설소송만의 특성을 제대로 살리지 못하고 수동적으로 현출되는 주장과 증거에 끌려가고 있는 실정이다. 보다 효율적인 심리를 위하여 건설소송 심리의 적정화와 전문화를 제고방안을 연구할 필요가 있다. 아래에서는 이러한 문제의식을 갖고서 건설소송 심리방법의 문제점, 법규와 관행의 문제점, 감정의 문제점 등을 차례로 고찰하고자 한다.

## Ⅲ. 건설소송의 심리절차상 문제점과 개선방안

### 1. 통상적인 심리절차의 개관

소장이 접수되면 준비서면 공방을 거쳐 통상적으로 변론준비기일이 진행되고, 기본적인 쟁점이 드러나면 검증 또는 감정채택 결정을 하여 감정을 하고 그 결과가 나오면

변론기일이 개시된다. 변론기일에 추가 서면공방과 증인신문, 감정인 조회 등 최종적으로 증거조사를 마치고 변론이 종결된다<sup>5)</sup>. 일반 민사사건과 특히 다른 점은 변론준비기일이 필요할 경우가 많고, 감정이 핵심을 이룬다는 점이다. 하자보수비 청구소송의 경우 각 하자 별로 하자 여부와 하자보수비를 따져야 하므로 다룰 항목이 많고(양적 복잡성), 공사대금 청구소송의 경우 추가부분 또는 변경부분의 범위나 변경원인, 상대방의 원인 제공 여부, 그 증빙 등 복합적인 판단을 필요로 할 때가 적지 않다(질적 복잡성). 여기에 감정결과에 예상하지 못했던 사유가 발견되면 심리의 양상이 급격히 바뀌기도 한다(사안의 변화). 건설소송의 심리는 이러한 점들을 피할 수 없으므로 통상적 소송 보다 훨씬 많은 준비가 필요하다.

## 2. 건설소송 심리상 기본원칙

### 가. 쟁점의 조기 확정 또는 한정 필요성

쟁점과 분쟁의 범위를 가능한한 조기에 확정하거나 합리적 범위 내에서 정리할 필요가 있다. 공사대금청구소송의 심리가 상당히 진행된 다음에 갑자기 공사대금약정이 변경되었다는 주장을 한다거나, 심리의 종결단계에서 전혀 거론하지 않던 공사지체로 인한 지체상금 주장을 할 경우에는 새 쟁점에 대하여 심리를 하지 않을 수 없다. 고의로 쟁점을 분산, 주장함으로써 소송을 지연시키는 피고도 있다. 중요한 사실이 당사자의 귀책사유 없이 뒤늦게 발견되는 등의 사유가 없는한 쟁점과 그 다투는 범위를 조기에 확정 내지 한정지어야 심리의 중복이나 지체를 피할 수 있다.

### 나. 주장과 증거조사의 집중화

가능한한 주장을 일괄적으로 제기하도록 하고, 증거조사도 일괄적으로 진행할 필요가 있다. 감정사항의 작성에 있어서도 가능한 변수를 예상하여 신청하고, 증인도 한 기일에 모아서 한 기일에 처리하는 것이 효과적이다. 소송상 공격방어방법은 소송의 정도에 따라 적절한 때에 제출하는 것이 원칙인바(민사소송법 제146조), 건설소송에서는 이를 보다 엄격히 적용할 필요가 있다<sup>6)</sup>. 심리과정에서 새로운 사실이 발견되는 등의

5) 이와 달리 변론준비기일을 진행하지 않고 곧바로 변론기일로 진행하는 경우, 감정을 서면공방 직후에 실시하는 경우, 반대로 변론이 상당히 진행된 이후에 진행하는 경우도 있다. 재판부의 심리방법, 사건의 특별한 사정에 따라 절차가 달라지는 것이 당연하다.

6) 건설소송의 특성상 새로운 문제가 뒤늦게 발견되는 경우가 일반 사건 보다 많을 수 있다. 그러나 이러

특별한 사유가 없는한 쟁점정리기일에 주장하지 아니하거나, 일괄 증인신문기일에 신청하지 아니한 증인신청은 실기한 공격방어방법으로 각하하는 방법을 적극 활용할 필요가 있다(민사소송법 제149조).

### 다. 사건의 분류와 유형별 처리의 필요성

유사한 청구를 하는 건설소송이라고 하더라도 그 양상은 상당히 다르다. 조정의 가능성이 높아서 조기에 주장을 정리하고 조정에 회부할 사건, 일부 쟁점 사항에 대하여만 짧은 심리를 한 후에 조정하거나 판결을 선고할 수 있는 사건, 충분한 심리 후에 감정을 하여야 할 사건, 반대로 감정을 먼저 하여야 할 사건 등 다양하다. 재판부는 사건의 성질을 파악하여 알맞은 방법을 택하는 지혜가 필요하다.

### 라. 소송관계자의 능동적, 창의적 접근 필요

건설소송은 어느 분야 보다도 재판부나 소송대리인의 적극적, 능동적인 자세가 필요하다. 재판부의 주도적 재판지휘 및 소송대리인의 적극적인 자세야말로 효율적 심리에 이르는 첩경이다. 건설분쟁의 특성상 새롭고, 현실적인 증거방법과 현출 기법을 개발할 필요가 있다. 법조인의 창의력이 발휘될 소지가 가장 많은 소송이라고 생각한다.

## 3. 심리단계별 주의사항

### 가. 준비서면 공방과 증거제출

쟁점을 조기에 확정하고 원활한 심리가 이루어지기 위하여 재판기일 개시 이전에 탄핵증거를 제외한 모든 서증과 기본적인 증거를 제출하도록 유도할 필요가 있다. 건설관련 서증은 견적서, 내역서, 주문서, 영수증, 계약서, 설계도서, 의장도, 구조도, 공정표, 공정사진, 감리보고서, 검사증, 각서, 전문기관조사보고서 등이 있다.

건설에 관한 '하자일람표'와 '주장정리표'를 작성하여 활용할 필요가 있다<sup>7)</sup>. 다투는 항목이 많으므로 이러한 표의 사용은 매우 효과적이다. 이러한 표를 사용하여 당사자의

---

한 경우와 통상적으로 예측할 수 있는 사항은 충분히 구분할 수 있으므로 전자에 대하여는 새로운 심리를 허용하지만, 후자에 대하여는 엄격히 심리를 제한함으로써 건설소송 심리의 불필요한 지체와 확대를 막아야 할 것이다.

7) 줄저, 건설분쟁관계법(2008), 박영사, 537면 및 538면에 하자일람표와 주장정리표가 예시되어 있다.

주장과 반대주장을 대비함으로써 당사자나 법원 모두가 공통 인식을 갖게 되어 쟁점이 명백해지고, 누락부분을 방지하는 효과가 있다. 구체적인 표의 작성은 재판부에서 작성할 수도 있고 재판부가 항목만 당사자에게 정해주고 당사자가 그 순서대로 작성할 것을 명할 수도 있다. 원고가 먼저 하자일람표를 만들면 피고가 응당할 때 위 일람표에 대응하여 내용을 기재하도록 하면 효율적일 것이다. 하자일람표는 쟁점정리 끝난 후에 변론준비기일조서에 편철하는 것도 좋다.

서증은 위 표에 맞추어 서증번호를 붙이는 것이 편리하고, 증거가 복잡한 경우에는 증거설명서를 작성하거나, 관련사진이나 도면에 마커 등을 사용하여 표시하고, 간단히 설명을 붙이는 것이 효과적이다. 트레이싱 페이퍼 등을 사용하여 공사 전, 후의 상태 변화, 설계도와 현재 시공상태의 차이, 자기 증거와 상대방 제출 증거와 비교점 표시상태이면 이해하기가 쉽다. 건물 기초공사에 관한 분쟁에서 도면 분석을 위하여 공사 전, 공사 중간, 공사 완공시로 구분된 3종의 도면구조도상태접치게 붙여서 제출한 대리인을 보았다. 몇 장의 준비서면 설명보다 훨씬 효과적이었음은 말할 나위도 없다. 증거에 대한 입체적, 구조적 이해를 필요로 하는바, 이러한 증거의 효과적인 현출 (presentation)에 대한 각별한 연구가 필요하다.

## 나. 쟁점정리기일

쟁점정리기일은 변론준비기일이나 1회 변론기일로 진행된다. 이 기일에는 세 가지 기능에 심리를 집중할 필요가 있다. 첫째, 쟁점을 명확히 하고 압축, 집중해야 한다. 당사자 사이에 다툼이 있는 부분과 다툼 없는 부분을 구분하여야 하고 각 주장의 모호한 부분은 명백히 정리하여야 한다. 또한 쟁점을 간명히 정리해야 한다. 특히 건물의 구조상 문제 등 중요한 부분과 도배, 난간 등 경미한 부분의 문제를 구별하지 않고 같은 비중으로 처리하다 보면 매우 비효율적 심리를 하게 된다. 법원은 건물에 대한 중요한 점만 쟁점으로 삼고, 사소한 문제는 청구를 포기하거나, 인정하도록 당사자를 이해시켜서 쟁점의 종류를 간명히 해야 한다.

둘째, 증거의 정리와 증거에 대한 상호 협의가 이루어져야 한다. 워낙 증거가 많고, 반면에 모호하거나 일방적인 증거가 섞여 있으므로 쌍방이 제출하였거나 장차 제출할 증거에 대하여 직접적인 확인과 협의를 하고, 상대방의 의견을 진술하도록 한다. 무질서하거나 관련 없는 증거의 제출(이에 따른 주장의 확대)을 방지하는 효과가 있고, 상대방이 증거에 대한 정확한 이해가 생겨서 실제진실 발견에 도움이 된다. 변론기일의 법정에서는 개별적 증거에 대한 구체적 의견진술이 어렵다.

셋째, 사건에 대한 심리계획에 관하여 충분히 협의하여야 한다. 주장과 증거를 당사자들과 함께 검토해보면 그 사건이 감정을 거칠 것인지, 조정 가능성이 있는지, 증거조사의 범위가 어느 정도일지 예상할 수 있다. 재판장은 쟁점정리기일의 종료 시에 앞으로의 심리계획을 밝히고, 조정에 회부하거나, 대리인들에게 변론기일에 이에 맞추어 준비할 것을 지시할 수 있다.

건설사건은 사실 확정을 둘러싼 쟁점이 많고 복잡하며, 전문적이고 기술적인 분야에 속하여 변호사인 소송대리인들이 사실관계를 세밀하게 파악하지 못하는 경우가 적지 않다. 당사자 본인은 물론이고 공사를 직접 관여한 현장소장 등 제3자를 쟁점정리기일에 출석할 수 있도록 허가하여(민사소송법 제282조 제3항) 구체적으로 쟁점을 정리하는 한편 화해나 조정을 통한 분쟁해결의 여지를 넓힐 필요가 있다.

이때 실권효에 대하여 고지하고, 소송에서의 주장의 범위를 거시된 쟁점의 범위 내로 확정한다면 불필요한 소송의 지연과 확대를 막을 수 있다.

### 다. 증인신문

건설소송실무상 증인의 증거가치에 관하여 두 가지 문제가 있다. 첫째는 각 당사자가 신청한 증인은 자기 쪽 당사자에 일방적으로 유리한 진술만 하는 경향이 농후하여 증인의 신빙성이 상당히 떨어진다는 점이다. 당사자의 피용자나 하수급인, 거래처 등은 증인으로서의 중립성에 의문이 많으므로 가급적 피하는 것이 좋다. 채택할 경우에는 주신문 보다 반대신문에 중점을 둘 필요가 있다. 둘째 건설관계의 복잡한 세부내용에 대하여 충분한 인식이나 경험이 없이 증언을 하는 경우가 적지 않다. 증인 채택 결정시에 신청된 증인이 증언을 할 만큼 충분한 실제 경험과 능력을 가졌는지를 미리 검토하여야 하고, 채택된 증인은 공사관계 자료를 미리 검토하는 등 충분한 준비를 하여야 한다. 특히 증언 시에 필요한 도면, 서면 등을 준비하는 것도 좋을 것이다.

### 라. 현장검증

건설소송상 현장검증의 효과는 매우 크다. 건축분쟁의 세부적인 모든 문제를 살피지는 못하더라도 건축현장의 생생한 모습, 주변관계 등을 직접 보는 것은 나중에 종합적인 판단을 할 때 큰 도움이 된다. 다만 현장검증은 최소한 만나질 내지 하루 종일 시간이 걸리므로 시간부족 때문에 현장검증은 하지 않은채 감정만 채택하는 재판부가 많은데 이는 안타까운 현상이다. 현장검증을 하는 것을 원칙으로 하는 것이 좋다고 본다.

다만 대단위 아파트의 하자검증 등 관련사항이 방대한 것은 역설적으로 현장검증이 불필요할 때도 있다. 워낙 살펴 볼 곳이 많기 때문에 재판부의 인식보다도 감정인의 전문적인 감정에 의하여서만 판단이 가능하기 때문이다.

현장검증이 어렵거나 현장검증을 하더라도 확인이 어려울 경우에는 현장검증에 갈음하여 양 당사자가 함께 현장에 나가 비디오로 촬영하고 재판부는 후에 화면을 보면서 양 당사자의 설명을 듣는 방법도 가능하다. 보이지 않는 건축물의 기초나 지하부분에 대하여는 특수한 촬영(마이크로 카메라 등)을 명하여도 된다.

### 마. 당사자본인신문

건설소송에서는 당사자신문의 필요성이 다른 소송보다 훨씬 크다. 세부적인 공사사항, 변경사항 등 분쟁항목이 많은 경우에 이를 일일이 알고 있는 사람은 당사자뿐일 때가 많기 때문이다. 상대방 당사자에 대한 본인신문에서 중요한 진술이 나올 때가 많으므로 이를 적극 활용할 필요가 있다.

### 바. 문서제출명령

중전의 민사소송법 개정시 문서제출명령제도가 대폭 확대되었다. 문서소지자의 문서제출의무의 범위를 확대하여 프라이버시의 침해 또는 증언거부사유와 같은 일정한 사유(형사소추, 치욕, 직무비밀, 직업비밀 등)가 있는 문서와 공무원이 직무상 보관하고 있는 문서를 제외하고는 모든 문서를 제출하도록 함으로써 일반적인 문서제출의무를 부과하였고(민사소송법 344조), 문서의 일부에 대한 제출제도를 신설하였다(법 제347조 2항).

따라서 건축의 시공관계에 관한 자료를 갖고 있지 못한 건축주로서는 이를 활용하여 건축시공의 실제상황을 알 수 있는 공사일지, 하도급계약서, 자재구입에 관한 세금계산서, 노임지급대장 등을 제출할 것을 요구할 수 있다. 건축시공자는 건축주가 당초 제3자와 체결하였던 설계계약서나 구조안전진단자료 등 공사 이전의 상태에 관한 자료를 구할 수 있다.

### 사. 기타 증거조사방법

민사소송법 374조는 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크, 그밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관한 사

항은 검증, 감정, 서증 등 기존의 증거조사방법에 준하여 대법원규칙으로 정하도록 하였다. 대법원규칙 129조, 121조에서는 ‘자기디스크등에 기억된 문자정보 등에 대한 증거조사’와 ‘음성·영상자료 등에 대한 증거조사’로 구별하여 각각의 조사방법을 정하는 한편, 특별한 규정이 없으면 감정, 서증, 검증에 관한 규정을 준용하도록 하였다(규칙 122조). 건설소송상 이러한 증거방법을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

필자가 직접 경험한 바로는 강구조 교량에 관한 사건에서는 교량 전체의 입체모형도와 연결부분의 모형을 제출한 경우도 있었다. 이러한 모형을 보면서 각 당사자의 주장을 정리하는 방법으로 교량 모형에 대한 검증을 실시하였는데 그 소송에서는 이러한 검증이 제일 중요한 핵심절차에 해당한다고 하였다.

#### 4. 전문심리위원의 활용

가. 전문심리위원 제도는 전문적인 지식이 요구되는 사건에서 법원 외부의 관련 분야 전문가를 소송절차에 참여하게 하여 전문적인 지식과 경험에 기초한 설명이나 의견을 들음으로써 충실한 심리와 신속한 분쟁 해결에 도움을 받는 제도이다. 민사소송법이 개정되어 2007. 8. 14.부터 시행되어 오고 있는데 앞으로 활용이 기대되고 있다<sup>8)</sup>.

8) 민사소송법 제164조의2(전문심리위원의 참여) ①법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해등)를 포함한다. 이하 이 절에서 같다)를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 제164조의4제1항에 따라 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있다.

② 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다.

③ 전문심리위원은 기일에서 재판장의 허가를 받아 당사자, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 직접 질문할 수 있다.

④ 법원은 제2항에 따라 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다.

제164조의3(전문심리위원 참여결정의 취소)

① 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 직권이나 당사자의 신청으로 제164조의2제1항에 따른 결정을 취소할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 당사자가 합의로 제164조의2제1항에 따른 결정을 취소할 것을 신청하는 때에는 법원은 그 결정을 취소하여야 한다.

제164조의4(전문심리위원의 지정 등)

① 법원은 제164조의2제1항에 따라 전문심리위원을 소송절차에 참여시키는 경우 당사자의 의견을 들어 각 사건마다 1인 이상의 전문심리위원을 지정하여야 한다.

② 전문심리위원에게는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 수당을 지급하고, 필요한 경우에는 그 밖의 여비, 일당 및 숙박료를 지급할 수 있다.

③ 전문심리위원의 지정에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.



특히 건설소송에서 사실관계가 복잡한 경우에 당사자의 주장이 분명하지 아니한 경우, 전문적인 용어, 도면 등이 기재된 많은 서류가 제출되어 당사자의 청구 내용을 쉽게 이해하기 어려운 경우 등 큰 도움이 될 것이다. 또한 감정의 필요성, 적정성, 감정 사항의 정리 등과 관련하여 신속한 감정 절차 진행을 위하여 전문심리위원의 설명이나 의견이 결정적인 도움이 될 수 있다<sup>9)10)</sup>.

나. 전문심리위원은 특정한 사건에 관하여 해당 재판부에 의하여 전문심리위원으로 지정됨으로써 그 사건의 소송절차에 참여하게 되고 원칙적으로 그 소송이 종료할 때까지 참여하게 된다. 재판부는 법원행정처장이 작성하여 관리하는 전문심리위원 후보자 명단 중에서 전문심리위원을 지정하게 된다. 이때 법원은 당사자의 의견을 청취하고 별 의의가 없으면 참여결정을 한다.

법원은 상당하다고 인정하는 때에는 직권이나 당사자의 신청으로 전문심리위원의 참여 결정을 취소할 수 있다. 당사자가 합의로 위 참여 결정을 취소할 것을 신청하는 때에는 법원은 의무적으로 그 결정을 취소하여야 한다.

전문심리위원에게는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 수당이나 여비 등 실비를 지급한다.

다. 전문심리위원은 소송절차(증거조사·화해 등을 포함한다)에서 공평하고 중립적인 조연자의 역할을 하게 된다. 당사자의 어느 한 쪽에 치우치지 않는 것이 무엇보다도 중요하다. 전문심리위원은 참여하는 사건에서 전문적 지식과 경험을 필요로 하는 사항에 관하여 설명 또는 의견을 진술한다. 또한 기일에서 재판장의 허가를 받아 당사자, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 직접 질문할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다. 소송절차에 참여한다는 것은 설명 등을 적은 서면을 제출하거나, 기일에 출석하여 말로 설명 등을 진술하는 것이다. 어느 한 가지 방식이나 두 가지 방식 모두에 의하여 참여할 수 있다. 법원은 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다.

9) 이전에는 건설전문조정위원들이 재판부의 요청에 대하여 구체적인 자문역할을 맡았으나, 이 제도의 도입으로 이러한 자문기능이 보다 공식적, 명시적으로 될 수 있게 되었다.

10) 통상적으로 전문적인 지식이 필요할 경우에는 감정인을 지정하였으나, 전문심리위원은 감정인 선서나, 감정사항의 명확한 확정 등 엄격한 절차를 거침이 없이 간이하고 신속하게 도움을 받을 수 있는 장점이 있다. 다만 감정은 증거자료가 되지만, 전문심리위원의 설명 등은 증거자료가 되지 아니한다.

## IV. 법령 및 건설관행의 문제

### 1. 법규의 오류와 건설관행의 낙후성

건설분쟁을 해결하는 재판에서는 건설관련 법규가 재판의 전제된다. 그런데 건설관계 법규는 건설정책, 국민정서, 업계의 관행을 반영하는데 현재 많은 법령이 (특히 시행령) 법규상 상호 충돌이나 미비점을 드러내어 재판상 어려움이 크다. 법 개정이 관련 법령에 대한 충분한 연구나 각 이해관계자들에 대한 의견 수렴절차를 거침이 없이 졸속으로 이루어지기 때문이다. 또한 대법원판결도 매우 빈약한 편이고, 심지어 모순되는 판결을 하는 예도 있다. 이에 못지않게 구태의연한 건설관행도 개선되지 않고 그대로 있어서 합리적인 법령의 내용에 맞지 않는 경우가 많아서 심리상 어려움은 가중된다. 각 유형별로 대표적인 몇 가지 사례를 들어서 문제가 일어나는 상황을 살펴본다.

### 2. 법체계의 불합리; 공동주택의 하자담보책임

#### 가. 주택법 제46조의 위헌 논란 경위

법규상 혼란으로 가장 심각한 문제를 일으키고 있는 부분은 공동주택의 하자담보책임문제이다. 이에 관한 법개정 경과를 살펴보면 그 혼란의 원인을 알 수 있다. 이전에 아파트 등 공동주택의 하자담보책임기간에 관하여 두 가지 법률이 적용되어 왔다. 집합건물의소유및관리에관한법률 9조는 건물 전체에 대하여 민법을 준용하여 원칙적으로 10년으로 규정하고 있었다. 반면에 구 주택법 46조 및 시행령은 대부분의 시설공사에 대하여 1년 내지 3년의 단기간을 규정하고 있었다. 양자의 해석론을 둘러싸고 전국의 모든 재판부가 백가쟁명식의 논리를 전개하였다. 그런데 대법원 2004.1.27.선고 2001다24891판결로서 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법상의 담보책임은 규율의 목적과 권리행사 주체가 다른 별개 차원의 것으로 주택법상 기간이 집합건물법에 영향을 미치지 않는다고 판시하여 논란을 해결하였다<sup>11)</sup>.

---

11) 구 주택건설촉진법, 구 공동주택관리령, 구 공동주택관리규칙의 관련 규정에 의하면, 공동주택의 입주자입주자대표회의 또는 관리주체는 공사의 내용과 하자의 종류 등에 따라 1년 내지 3년의 범위에서 정하여진 기간 내에 발생한 하자에 대하여 사업주체에게 하자의 보수를 요구할 수 있는바, 이는 행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수 절차방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정한 것으로서 위 법령에서 정하여진 기간 내에 발생한 하자에 대하여 입주자뿐만 아니라 사업주체와 별다른 법률관계를 맺지 않은 공동주택의 관리주체나 입주자

이 판결이 선고되자 건설회사들은 하자보수기간이 무조건 10년으로 정해진 것으로 알고 약관을 고치는 등 비상이 걸렸고, 이어서 신속하게 국회에서 주택법이 개정되어 하자책임을 가장 좁게 제한하는 내용의 입법이 이루어졌다. 그러나 이는 전형적인 졸속 입법으로서 공청회 등 의견수렴을 하지 않은채 건설업계의 이익만 반영됨으로써 심각한 해석상 혼란을 가져왔고, 일선 법원에서는 다시 논란에 벌어졌다. 이에 서울고등법원은 2005. 7. 헌법재판소에 위 개정조항에 대한 위헌제청을 하였고 헌법재판소는 3년이 지난 2008.7.31.선고 2005헌가16 전원재판부 결정으로 주택법 제46조에 대하여는 결론을 내리지 않고(부칙이 위헌이라는 이유로 각하), 부칙에 대하여만 위헌결정을 함으로써 결과적으로 주택법 제46조의 위헌 여부는 원점으로 돌아온 셈이 되었다.

## 나. 관련 법령

### 〈중전 법령〉

#### (1) 구 집합건물법(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정 전의 것)

제9조 (담보책임) ①제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여는 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용한다.<sup>12)</sup>

②제1항의 분양자의 담보책임에 관하여는 민법에 규정하는 것보다 매수인을 불리하게 한 특약은 그 효력이 없다.

부칙 제6조 (주택건설촉진법과의 관계) 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.

대표회의도 보수를 요구할 수 있다는 취지라고 보아야 할 것이고, 아울러 집합건물의소유및관리에관한법률 부칙 제6조가 집합건물의 관리방법과 기준에 관한 구 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 집합건물의소유및관리에관한법률에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한도에서만 효력이 있다고 규정한 점까지 고려할 때 구 주택건설촉진법 등의 관련 규정은 집합건물의소유및관리에관한법률 제9조에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자보수의무의 제척기간에는 영향을 미칠 수 없다.

- 12) 민법 제667조: ①완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. ②도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

민법 제671조: 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도 후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 10년으로 한다.

(2) 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. '주택법'으로 변경되기 전의 것)

제38조 (공동주택의 관리) ⑭사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주를 포함한다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.

(3) 구 주택법(2005. 5. 26. 법률 제7520호로 개정되기 전의 것)

제46조 (하자보수) ①사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조제2항제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.

③제1항의 규정에 의한 사업주체는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 사용검사일(주택단지안의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 그 임시사용승인일을 말한다)부터 10년 이내의 범위에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 구조별 하자보수기간과 하자의 범위는 대통령령으로 정한다.

〈개정 법령〉

(1) 주택법(2005. 5. 26. 개정된 것)

제46조(담보책임 및 하자보수등) ① 사업주체(「건축법」 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 건축물분양에 따른 담보책임에 관하여 민법 제667조 내지 671조의 규정을 준용하도록 한 집합건물의소유및관리에관한법률 제9조의 규정에 불구하고 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말한다) 또는 건축법 제18조의 규정에 의한 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 공사상 잘못으로 인한 균열 침하 파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 때에는 공동주택의 입주자 등 대통령령이 정하는 자의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다.

부칙 제3조(담보책임 및 하자보수에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 주택법 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 건축법 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동

주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정을 적용한다.

## (2) 주택법(2008. 3. 21 개정된 것) 신설규정

제46조 ⑥ 입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따라 구성된 관리단 등(이하 “입주자등”이라 한다)과 사업주체(제2항에 따른 하자보수보증금의 보증서 발급기관을 포함한다. 이하 같다)는 제1항에 따른 담보책임기간 안에 발생한 하자의 책임범위에 대하여 분쟁이 발생한 때에는 제46조의2에 따른 하자심사·분쟁조정위원회에 조정을 신청할 수 있다. <신설 >

## (3) 주택법 시행령(2005. 9. 16 개정된 것) 제59조(사업주체의 하자보수)

① 법 제46조제1항의 규정에 의하여 사업주체(동조제2항 본문의 규정에 의한 사업주체를 말한다. 이하 이 조와 제60조 및 제61조에서 같다)가 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 내력구조부별 및 시설공사별 하자담보책임기간 등은 별표 6 및 별표 7과 같다.

② 법 제46조제1항에서 “공동주택의 입주자 등 대통령령이 정하는 자”라 함은 입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 의하여 구성된 관리단(이하 이 조에서 “입주자대표회의등”이라 한다)을 말한다.

## (4) 집합건물법(2005. 5. 26. 개정된 것) 부칙 제6조(주택법과의 관계)

집합주택의 관리방법과 기준에 관한 「주택법」의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.

## 다. 위헌의 논거

위헌의 주요 논거는 다음과 같다. ① 주택법 조항이 합헌이라면 하자담보책임기간을 10년으로 정한 집합건물법의 내용을 행정주체가 임의로 정한 시행령에 의하여 축소하는 셈이 된다. 전 국민의 50% 이상이 아파트에 사는 우리 사회에서 아파트의 하자담보청구권은 가장 중요한 재산권의 하나이고, 하자담보책임 중 핵심은 책임기간인데 이 기간이 국회의 관여 없이 행정주체의 의도에 따라 자의로 변경될 수 있다는 것은 위임입법의 한계를 넘는 것이다. ② 법률에 의한 위임은 위임하는 법률조항에서 시행령의 내용을 예측할 수 있어야 하는데 주택법 조항에는 ‘10년의 범위 내에서’라는 최장 기간

이외에는 이에 관한 기준이 전혀 없다. 10년은 위임의 기준으로 삼기에는 너무 장기간 이므로 구성부분의 중요성, 내구연한, 교체 가능성 등 기본요소에 따라 최소한의 기준을 법률에서 정한 뒤에 위임하여야 한다. 이는 백지식 위임에 가깝다. ③ 주택법시행령상 하자책임기간은 연혁적으로 주택건설촉진법 및 공동주택관리령에서 비롯된 것인바, 이는 원래 공동주택의 행정적, 관리적 차원에서 규정된 것으로 소유자가 아닌 입주자대표회의 등의 관리주체에게도 하자보수에 관한 권리를 주었던 것이다. 따라서 그 기간도 관리행위에 필요한 만큼의 최소한의 기간으로 정해졌고 소유자의 하자담보책임을 염두에 둔 것이 아니었다. 즉 기초공사는 시행령상 3년으로 되어 있는데, 이는 민법(집합건물법이 준용)상 5년에 비하여 훨씬 짧고, 건축실무에서도 기초공사의 하자담보책임기간을 3년으로 정한 것은 짧다고 할 수밖에 없다. ④ 주택법 조항에 의하면 가장 보호 필요성이 큰 아파트의 하자담보책임기간이 일반 사무실(집합건물법 적용), 일반 건물(민법 적용)에 비하여 훨씬 짧아지는 모순이 발생한다. 또한 사용검사 이전에 발생한 하자는 집합건물법에 의하여 10년의 하자담보책임기간이 적용됨에 반하여, 그 이후에 발생한 하자는 내력벽 등 주요부분이 아닌한 1년 내지 4년의 짧은 기간이 적용되게 되는데 하자의 발생시점이 언제인가라는 우연한 사정에 따라 하자책임기간이 완전히 달라진다는 것도 큰 모순이다. ⑤ 주택법 조항의 해석상 여러 가지 모순점이 발생하고 있는 원인은 애당초 주택법 조항의 개정방법에 근본적인 오류가 있기 때문이다. 민법상 하자담보책임기간인 10년이 획일적이고 길다는 이유만으로, 전혀 다른 목적<sup>13)</sup>으로 제정된 주택법의 조항, 그것도 시행령의 조항으로 해결하고자 한 것이 법체계의 혼란을 가져온 것이다<sup>14)</sup>.

## 라. 현행법에 의한 해석 기준

그런데 주택법 조항이 여전히 유효한 이상, 재판실무상 공동주택에 관하여 이 조항과 집합건물법 제9조와의 관계를 정립할 필요가 있다. 이에 대한 필자의 사건을 정리해 본다. 여전히 복잡하고 불합리하다고 할 수밖에 없다.

① 원칙: 집합건물법상의 하자담보청구권과 주택법상의 하자보수청구권은 병존한다.

13) 주택법 제1조(목적) 이 법은 쾌적한 주거생활에 필요한 주택의 건설·공급·관리와 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

14) 집합건물법은 1984. 집합건물의 구분소유 및 관리를 하기 위하여 제정되었고, 주택법의 전신인 주택건설촉진법은 1972. 주택공급방법, 주택조합 설립 등 행정적 규제를 위하여 제정된 것으로 전자는 사법적 성격이, 후자는 사법과 공법이 혼용된 것으로 법규의 성질이 완전히 다르다.

다만 개정된 집합건물법 부칙 제6조에 의하여 공동주택에 관한 하자담보청구권의 내용이 종전과 달리 민법 제667조가 아니라, 주택법 제46조의 내용에 따라 정해진다.

- ② 양자의 구별(공동주택만 해당하고, 공동주택 이외의 집합건물은 종전과 같다)
- 당사자; (집합건물법) 분양자 / 수분양자 또는 현재 소유자<sup>15)</sup>. (주택법) 사업주체<sup>16)</sup> / 입주자<sup>17)</sup>, 입주자대표회의, 관리주체 등
  - 책임의 성질과 내용; (집) 민법상 수급인의 하자담보책임과 동일한 내용의 강행규정적 법정 책임 / (주) 공동주택의 관리에 필요한 하자보수책임으로서 제46조에 규정된 것에 국한됨(집합건물법 부칙 제6조에 의하면, 집합건물법상 책임과 주택법상 하자책임의 내용이 동일하여야 하지만, 이러한 해석은 도저히 할 수가 없다). 즉 46조 1항의 하자보수청구권, 3항의 손해배상청구권만 인정(이견이 있음).
  - 하자책임기간; 양자가 사실상 동일한 구조임(개정된 집합건물법 부칙 제6조)<sup>18)</sup>. 따라서 공동주택의 하자에 관하여 ㉠ 사용검사일로부터 1년, 2년, 3년, 4년, 5년, 10년의 하자발생기간, ㉡ 건축물 인도일로부터 10년의 제척기간(집합건물법상 하자담보책임), ㉢ 하자발생일로부터(이견이 있음) 10년의 소멸시효기간(집합건물법상 권리는 법정 권리로서 10년이나<sup>19)</sup>, 주택법상 하자보수청구권과 손해배상청구권은 이견이 있음)이 존재한다. 즉 하자발생기간 이내에 발생한 하자에 대하여, 그때부터 소멸시효가 진행되며, 집합건물법상 권리는 10년의 제척기간 이내에 행사하는 구조인 셈이다.
- ③ 실제 적용례
- 사용검사일 전에 하자가 발생한 경우; 집합건물법상 하자담보책임만 성립하여 10년의 제척기간이 적용된다. 소유자, 수분양자 이외의 입주자 등은 아무런 권

15) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조에 의한 하자담보추급권은 집합건물의 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 양도 당시 양도인이 이를 행사하기 위하여 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다. 대법원 2006.10.26. 선고 2004다17993,18002,18019 판결

16) 2003. 5. 29. 주택법 전문개정시에 시공자도 사업주체와 함께 하자보수의무를 지도록 규정되었다.

17) 주택법 제2조 제10호, 제11호는 입주자를 '주택을 공급받은 자, 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자나 직계존속'으로, 사용자를 '주택을 임차하여 사용하는 자'로 각 규정하고 있다. 그러나 위 조항의 적용범위에 제46조가 빠져 있어서 반론의 여지가 있다.

18) 결국 주택법 제46조의 실질적 효과는 하자책임기간을 한정하는 데에만 의미가 있다고 본다.

19) 집합건물법 제9조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로 이에 따른 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다. 대법원 2008.12.11. 선고 2008다12439 판결

리가 없다. 다만 일부 하급심에서는 주택법 제46조의 '사용검사일'은 담보책임기간의 기산일이 아니라 담보책임기간의 만료점을 계산하기 위한 기준일에 불과하다고 보아 주택법 적용을 인정하고 있다.

- 사용검사일 이후에 하자가 발생한 경우; ㉠ 수분양자나 구분소유자는 분양자를 상대로 집합건물법상 하자담보청구권을 행사할 수 있지만, 그 기간은 주택법시행령에 의하여 제한된다. ㉡ 주택법 제46조에 정한 입주자 등은 사업주체인 시행자(분양자), 시공회사를 상대로 주택법상 하자보수청구나 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우 손해배상청구를 할 수 있다(주택법 제46조 제3항). ㉢ 하자보수보증(보험)인은 하자보수보증약정에 따라 책임을 지는데, 대개는 약관에 의하여 주택법 제46조에서 정한 책임의 범위 내로 제한된다.

## 마. 그밖의 실무상 문제되는 쟁점들

### (1) 입주자대표회의의 권한

앞서 본 바와 같이 주택법 제46조의 입주자 등에서 가장 대표적인 주체가 입주자대표회의인데, 그 권한에 관하여는 하급심에서 입장이 크게 나뉘어 있다. 사업주체가 주택법 제46조 1항의 하자보수의무를 이행하지 않을 경우에 손해배상청구권을 인정할 것인가에 대하여 긍정설과 부정설이 대립된다(46조 제3항은 법문상 가능하므로 이견이 없다). ① 긍정설은 하자보수청구권이 인정되는 이상 이를 불이행할 경우에 손해배상청구권은 당연히 발생한다는 것이 근거이고, ② 부정설은 개정 전 주택법(주택건설촉진법 포함)이 적용되는 사건에서 대법원이 취한 입장과 동일하게 입주자대표회의는 손해배상청구권을 가질 수 없다는 것이 근거다<sup>20)</sup>.

부정설을 취할 경우에 입주자대표회의는 개별 구분소유자로부터 시행사에 대한 집합

20) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조에 의한 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 집합건물 구분소유자에게 귀속하는 것이고, 비록 주택법 제46조 및 주택법 시행령 제59조 등이 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호로 전문 개정되기 전의 것) 소정의 입주자대표회의에게 공동주택의 사업주체에 대한 하자보수청구권을 부여하고 있으나, 이는 행정적인 차원에서 공동주택 하자보수의 절차·방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정하는 것으로서 위 법령에서 정해진 기간 내에 발생한 하자에 대하여는 입주자뿐만 아니라 사업주체와 별다른 법률관계를 맺은 바 없는 공동주택의 관리주체나 입주자대표회의도 보수를 요구할 수 있다는 취지일 뿐 입주자대표회의에게 하자보수청구권 외에 하자담보추급권까지 부여하는 것이라고 볼 수는 없으므로, 공동주택에 하자가 있는 경우 입주자대표회의로서는 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있을 뿐이며, 그에 갈음한 손해배상청구권을 가진다고 할 수 없다. 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807 판결, 2007. 3. 29. 선고 2006다64863 판결 등



건물법상의 손해배상청구권을 채권양도 받아 청구한다. 그러나 시공사에 대하여도 위의 손해배상청구권을 양도받아 청구할 수 있는지에 대하여는 다시 입장이 갈린다. 구분소유자가 집합건물법상 시공사에 대하여 직접적인 손해배상청구권을 갖지 못하므로 불가능하다는 입장과 반대 입장도 있다.

## (2) 내력구조별 하자의 손해배상

주택법 제46조 제3항, 시행령 59조 제1항 별표 7에 의하면, 내력구조부의 결함으로 공동주택이 무너졌거나, 안전진단실시 결과 무너질 우려가 있다고 판정된 경우에 한하여 손해배상책임을 인정하도록 되어 있다. 따라서 내력구조부 하자가 위와 같은 정도에 이르지 않은 경우 및 내력구조부가 아닌 다른 부분에 발생한 하자에 대하여 손해배상책임을 인정할 것인지를 두고 하급심 입장이 여전히 갈리고 있다. ① 법령의 문리해석을 근거로 하여, 하자가 중대한 내력구조부의 하자에만 손해배상책임을 인정하는 하자의 중대성 필요설, ② 주택법의 입법취지 및 법령체계상 내력구조부에 발생한 모든 하자에 대하여 손해배상책임을 넓게 인정하는 중대성 불필요설, ③ 제46조 제3항은 내력구조부에 중대한 하자가 있을 때 담보책임기간을 5년 내지 10년으로 확대하려는 취지로 해석하고, 하자의 중대성이 인정 안되면 공사의 종류에 따라 시행령 별표 6에 따라 1년 내지 4년을 적용하자는 입장 등이 대립되고 있다.

## (3) 사용검사 전에 발생한 하자에 대한 담보책임

- ① 법문상 사용검사 전에 발생한 하자는 담보책임 대상이 되지 않는다는 입장, ② 주택법 제46조 제1항의 사용검사일은 담보책임기간의 기산점이 아닌 만료일을 계산하는 기준으로만 보아 사용검사 전 하자도 당연히 대상이 된다는 입장으로 나뉜다<sup>21)</sup>. 후자가 그 필요성은 당연히 인정되지만, 법문에 명백히 반하기 때문에 선뜻 수긍하기 어렵다.

## (4) 권리 및 권리 주체의 중복문제

시공사는 시행사인 건축주(대부분 분양자가 된다)에 대하여 도급계약상 하자담보책임을 지고, 구분소유자 및 입주자대표회의 등에 대하여도 주택법 제46조에 의하여 하자관련책임을 지게 되므로 권리주체가 다수가 되어 각 청구권의 관계, 일부에게 배상한 경우의 대항방법 등이 불명확하다. 실제로 구분소유자들이 분양자를 상대로 하자보수에

21) 같은 취지의 대전고등법원 2007. 11. 22. 선고 2007나994 판결에 대해서 2008. 4. 11. 선고 대법원 2008다1675 판결에서 심리불속행기각 하였다.

같은 손해배상청구를 하고, 한편 입주자대표회의가 보증회사를 상대로 하자보수보증금청구를 하는 경우가 흔히 있다. 1개의 소송으로 할 경우에는 주문에서 시행사는 구분소유자에게 손해배상을 하고, 보증회사는 입주자대표회의에게 보증금의 지급을 하여야 한다. 그런데 양자의 관계를 주채무와 보증채무로 볼 수 있을지도 의문이어서 피고들이 원고들이 이중의 이득을 얻는다고 항변할 여지가 있다. 보증회사의 하자보수보증금채무는 '하자보수에 갈음하는 손해배상'이 아니라, '하자보수의 불이행에 따른 손해배상채무'를 주채무로 하는 것이어서 성격이 다르기 때문이다.

### 바. 법 개정 필요성

공동주택의 하자담보책임에 관하여 관계법령을 어떻게 보든 해석하기가 매우 어렵고 난점이 많다. 한 법조문을 둘러싸고 일선 재판부에서 이렇게 혼란을 겪고 있는 예는 어디에도 찾아 볼 수 없다. 더욱이 그 문제가 국민의 50% 이상이 거주하는 공동주택의 하자담보책임에 관한 것이니 이 문제의 심각성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 법리를 이렇게 난잡하게 만든 책임은 전적으로 국회에 있다. 이 처럼 중요한 입법을 하면서 공청회 한 번 하지 않았던 것이다. 조속한 시일 내에<sup>22)</sup> 근본적으로 이에 관한 특별법을 새로 만들거나, 집합건물법의 규정을 개정하여 이를 하자담보책임의 근거 모범으로 만들어야 한다. 주택법을 하자담보책임의 모범으로 삼는 것은 어떤 경우에도 피하여야 한다. 주택법의 성질상 하자담보책임을 규정하기가 부적합하기 때문이다.

## 3. 법규정의 오류; 하수급인의 공사대금 직접청구권

### 가. 하도급법 제14조의 변천과정

#### (1) 1999. 2. 5. 법률 제5816호로 개정되기 전의 것

법 제14조 (하도급대금의 직접지급) 발주자는 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 해당되는 하도급대금을 대통령령이 정하는 바에 의하여 직접 수급사업자에게 지급할 수 있다. 이 경우 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무와 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금지급채무는 그 지급한 한도에서 소멸한 것으로 본다.

22) 주택법 46조가 개정, 시행된 2005. 5. 26. 이후에 사용검사를 받아 개정법의 적용을 받는 아파트의 하자문제는 요사이 소송이 제기되기 시작하였으므로 조속히 법을 개정한다면 위와 같은 혼란을 막을 수 있다.

(2) 1999. 2. 5. 법률 제5816호로 개정된 것

법 제14조 (하도급대금의 직접지급) ① 발주자는 원사업자의 파산·부도등의 이유로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있는 경우 등 대통령령에서 정하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 상당하는 하도급대금을 해당수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.

시행령(1999. 3. 31. 대통령령 제16222호로 개정된 것)

제4조 (하도급대금의 직접지급) ① 법 제14조(하도급대금의 직접지급) 제1항의 규정에 의하여 발주자가 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급하여야 하는 때에 다음과 같다.

1. 원사업자의 파산·부도가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급한다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 발주자·원사업자 및 수급사업자가 합의한 때

(3) 2004. 1. 20. 법률 제 7107호로 개정된 것

제14조 (하도급대금 직접지급) ① 발주자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 경우로서 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 상당하는 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때에는 해당수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.

1. 원사업자의 지급정지 파산·그밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우
2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 합의한 경우

(4) 2007. 7. 19. 법률 제8539호로 개정된 것

제14조 (하도급대금 직접지급) ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리 시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금을 해당수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.

1. 원사업자의 지급정지 파산·그밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때

2. 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자간에 합의한 때

## 나. 법 개정의 착오와 대법원판결

### (1) 법개정의 착오

1999년 개정된 하도급거래공정화에관한법률 제14조는 도급인에 대하여 하수급인에 대한 직접지급의무를 규정하고 있으므로 하수급인이 도급인에게 직접지급청구권을 취득한 것으로 보아야 한다. 그런데 위와 같이 법규정이 몇 차례 개정되면서 옳지 못할 일이 생겼다. 법규정에 착오가 생긴 것이다.

1999. 2. 5. 하도급법 제14조에 의한 하도급대금의 직접 지급의무사유로서 시행령 제4조에 '1호; 원사업자의 파산·부도 등으로 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접지급을 요청한 때', '2호; 발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급한다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 발주자·원사업자 및 수급사업자가 합의한 때' 등을 규정하였다. 따라서 3자합의가 있으면 그 때 직접지급청구권이 발생함이 당연하고, 건설현장의 실무나 재판실무상 이러한 방식으로 운영되어 왔다. 그런데 하도급법이 2004. 1. 20. 개정되면서 시행령에 규정되었던 위의 직접 지급사유가 하도급법 제14조 제1항에 편입되었는데 종전과 달리 위의 2호 사유에 관하여 '3자 합의' 이외에 수급사업자가 발주자에게 '직접 지급 청구'를 하여야 직접 지급청구권이 발생하도록 규정하였다. 그러나 이러한 법 개정은 종전 규정을 바꾸어야 할 특별한 근거가 없이 이루어진 것으로서 법 개정 과정에서 일어난 문면상의 착오로 보인다. 이로 인하여 현장실무상 혼란이 심해져 민원이 제기되자 국회는 뒤늦게 2007. 7. 19. 위 2호 사유에 대하여 '직접 지급 청구'부분을 삭제함으로써 종전의 법개정이 오류임을 스스로 자인한 셈이 되었다.

### (2) 대법원판결

대법원 2007.11.29. 선고 2007다50717 판결은 위 착오 법률이 적용되는 사안이다. 그 요지는 다음과 같다. '구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2007. 7. 19. 법률 제8359호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항의 문언상 발주자·원사업자 및 수급사업자의 3자 간에 하도급대금의 직접 지불이 합의된 경우라도 수급사업자가 하도급계약에 따른 공사를 시행하고 발주자에게 그 시공한 분에 상당하는 하도급대금의 직접 지

급을 요청한 때에 비로소 수급사업자의 발주자에 대한 직접 지급청구권이 발생함과 아울러 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무가 하도급대금의 범위 안에서 소멸하는 것으로 해석하여야 하므로, 이와 달리 수급사업자의 하도급공사 시행 및 발주자에 대한 시공한 분에 상당한 하도급대금의 직접 지급요청이 있기도 전에 3자 간 직불합의만으로 즉시 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무가 하도급대금의 범위 안에서 소멸한다고 볼 수는 없다.’ 즉 이 대법원 판결은 이 규정을 그대로 인정하여 형식적으로 해석함으로써 결과적으로 매우 부당한 결과를 초래하였다. 3자 합의 후에도 하수급인이 다시 직접 지급청구를 하여야 한다는 것은 이론적으로나 건설관행상으로도 매우 부당하기 때문이다.

원심법원은 이러한 법규의 오류로 인한 부당함을 피하기 위하여 ‘3자 합의 속에 직접 지급청구의 의사표시가 들어있다’고 무리한 해석을 한 것으로 보인다. 전주지방법원 2006. 7. 14. 선고 2005가합5033판결은 아예 ‘3자합의 시에 하수급인에 대한 직접 지급의무가 발생한다’고 해석하였다. 하급심판결이 훨씬 더 합리적이고 법리 전개에 무리도 없다고 생각된다. 이 대법원판결이 이와 같은 법 개정의 오류를 어떻게 평가하였는지 궁금하다. 법률의 착오개정으로 억울한 피해를 입은 하수급인들은 어디서 피해를 호소할 지 안타까운 일이다. 우리나라의 입법과정의 수준이 그대로 드러난 씩쓸한 예이다.

#### 4. 법해석의 불통일; 건설건설공제조합의 보증의 법적 성격

건설공제조합 또는 전문건설공제조합의 보증에 대하여 보증계약설과 제3자를 위한 보험계약설이 대립되고 있다. 대법원 판결은 이 점에 관하여 심한 혼란상태를 보이고 있다. 대법원 1999.11.26. 선고 99다36617 판결, 200211.26. 선고 2002다34727판결은 명시적으로 보증계약설을 취하고 있음에 반하여, 대법원 2001.6.1. 선고 2000다63882판결, 2003.11.13. 선고 2001다33000판결 등에서는 제3자를 위한 보험계약설을 취하거나 이를 전제로 하고 있다. 특히 2002다59764 판결과 같이 보증채권자가 조합원(수급인)에게 주계약상의 이행기를 당초의 보증기간 이후로 연기하여 준 사안에 대하여는 대법원은 ‘공제조합의 보증은 상호보험으로서 보험법리를 적용하여야 한다’고 일관하여 판시하고 있다. 나아가 2001다33000판결(판례공보 불게재)은 판결문에서 아예 건설공제조합의 보증계약을 아무런 근거도 없이 ‘이행보증보험’이라고 표시하고 있고 하급심판결에서도 보증과 보험의 차이에 대한 인식 없이 판결하는 예가 있다.

보증계약으로 보면 기망행위를 한 조합원은 계약당사자가 아니므로 보증채권자가 제

3자인 조합원의 기망행위를 알았거나 알 수 있었을 때에만 보증계약의 취소가 가능하고 취소의사표시도 보증채권자에게 해야 한다. 반면에 보증보험으로 보면 조합원이 계약 당사자이므로 조합원의 기망이 있으면 원칙적으로 취소가 가능하고 취소의사표시의 상대방은 당연히 조합원이 된다. 따라서 이에 대한 대법원판결의 통일이 시급하다.

건설공제조합의 보증은 대수의 법칙에 의한 보험기법이 적용되지 않으므로 일반적인 기관보증에 포함되는 것으로 보아 보증계약으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 은행의 지급보증에 대하여 대법원은 명백하게 보증계약설을 취하였는바(2002.10.11.선고 2001다62374 판결, 2001.10.12.선고 99다56192 판결), 은행의 지급보증과 공제조합의 보증은 보증위탁 절차와 보증계약체결이라는 절차나 신용보증의 기능이라는 경제적 기능상 양자의 법적 성질을 구별할 이유가 없고, 법령에서 보험이란 표현을 사용하지 아니한 이상 굳이 보험으로 볼 이유가 없는 것 아닐까.

## 5. 건설관행이 부른 혼란; 건설공동수급체의 대금지급청구권

현재 이루어지고 있는 공동수급공사의 실체는 가장 공동수급체가 대부분이다. 실체는 한 회사가 단독으로 공사하면서 면허나 수급체 요건상(지역 의무 공동도급제도) 필요하여 다른 회사 명의만 빌리는 것이다. 또한 공동수급체에서는 서면상으로는 대부분이 공동이행방식 취하는데 공동이행방식은 그 법적 성질이 조합체가 되어서 공사이행 연대책임, 자재대금 연대책임 등을 부담하게 되어 사후에 큰 부담을 안게 될 위험성이 크다. 관급공사의 경우도 시공사에게 하자책임을 묻는데 편하므로 분담이행방식 대신에 공동이행방식으로 일관하고 있다.

이러한 가장 공동수급체로 인하여 각 구성원이 도급인에 대하여 갖는 권리의 성질이 자주 문제된다. 종전에는 공동도급계약운영요령 제11조에 “계약담당 공무원은 선금, 대가 등을 지급함에 있어서는 공동수급체 대표자로 하여금 공동수급체 구성원별로 구분 기재하여 신청하게 하여야 하며 공동수급체의 대표자에게 지급하여야 한다.”고 규정하여 공사대금은 대표자만이 수령할 수 있었다. 그런데 대표자가 도급인으로부터 기성금을 수령하고도 구성원에게 그 지급을 지체하거나 유용하는 일이 많아 분쟁이 잦아지자 이를 막기 위한 편법으로 1997년 위 조항을 개정함으로써 “공동수급체의 대표자는 담당 공무원에게 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 신청서를 제출하여야 하고, 담당 공무원은 이러한 신청서가 제출되면 신청된 금액을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하여야”고 규정하였다(다만 선금금은 대표자에게 지급한다). 그런데 이러한 개별지급규정

에 의하여 구성원 개인이 도급인에 대하여 직접 출자비용에 따른 지급청구를 할 수 있는지가 문제된다.

대법원 2000.11.24. 선고, 2000다32482 판결은 “도급인이 공동도급계약운영요령에 따라 공사대금채권을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하고 공동수급체가 그와 같은 지급방식에 의하여 그 대금을 수령한 사정만으로 조합 구성원 사이에 민법규정을 배제하려는 의사가 표시되어 있다는 등 특별한 사정이 있었다고 할 수는 없으므로 공사대금채권은 조합원에게 합유적으로 귀속되는 조합채권으로서 조합원 중 1인이 조합의 채무자에 대하여 출자비용에 따른 급부를 청구할 수 없다”고 판시하고 있고 이러한 입장이 주류적 입장인 것으로 보인다. 대금지급이 구성원 개인에게 직접 이루어진다고 하여 공사대금채권이 구성원의 개별적 채권으로 바뀐 것으로는 볼 수 없다.

한 구성원의 채권자가 행한 가압류의 효력도 문제가 자주 된다. 1, 2, 3 구성원이 공동이행방식 공사 수주하였는데 1구성원의 하수급인이 위 공동수급체 공사대금채권에 대하여 가압류한 경우에 공사대금채권은 1, 2, 3공동수급체의 공동 소유(준합유)이므로 위 가압류는 무효라는 대법원판결이 주류이다<sup>23)</sup>. 그러나 위의 경우도 1, 2, 3 구성원이 지분비율대로 대금채권을 갖는다는 대법원판결도 있어서 혼란스럽다<sup>24)</sup>. 건설업계의 현장 관행을 존중하려다가 생긴 법적 혼란의 한 예이다.

## V. 건설감정

### 1. 건설감정의 유형

건설감정은 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 공사가 중단된 경우의 기성고나 미완성 부분의 공사비를 산정하는 공사비 적산감정, 하자의 발생 원인, 상태 분석과 보수공사비를 산정하는 하자감정, 건축물의 손상(통상적 하자가 아닌 경우를 뜻함)에 대한 원인 또는 상태의 감정 등이 그것이다. 이러한 세 유형을 복합적으로 시행하는 경우도 종종 있다.

23) 대법원 1997.8.26. 선고 97다4401 판결 등

24) 대법원 2002.2.23. 선고 2000다68924 판결 등

## 2. 건설감정의 문제점의 원인

첫째, 건설감정의 본질적 한계를 들 수 있다<sup>25)</sup>. 건설감정은 어느 분야의 감정 보다도 태생적으로 논란의 소지가 많을 수밖에 없다. 건축물에 관하여 감정할 사항이 양적으로 많을 뿐 아니라, 보이지 않는 부분이 대부분이어서 복잡하다. 또한 설계, 기초공사, 각종 본 공사 등 순차적으로 이루어지는 공정에 따른 시공의 구체적 내용과 책임을 판별하기가 어렵다. 더구나 건설감정은 감정인의 주관적 판단을 피할 수 없기 때문에<sup>26)</sup> 건설감정은 단선적 구조를 가진 다른 감정과는 비교할 수 없을 만큼 문제될 소지가 많은 것이다. 여기에 감정료가 매우 높을 뿐 아니라 감정결과도 금액이 큰 편이어서 당사자는 더욱 불만을 갖게 된다.

둘째, 당사자, 소송대리인, 재판부 등 소송관계자들의 전문지식 부족으로 인하여 감정의 전제 조건이 명확하게 정해지지 않을 때가 많은 것이 원인이다. 건설감정은 전제 사실과 감정조건에 따라 그 내용이 달라지므로 감정 시행 전에 ① 감정의 대상, ② 감정에 제공할 증빙자료, ③ 감정기준(시점, 품질 등)의 세 가지 사항이 명확히 정리되어야 한다. 소송대리인들이 건설관행과 기법에 대한 이해가 부족하기 때문에 이에 대한 준비가 부족하고, 재판부 역시 실질적인 심리를 시작할 만한 여유가 없기 때문에 위 사항의 상당부분이 감정인에게 조건 없이 위임되고 있는 실정이다. 이런 경우 감정인은 적당한 수준에서 임의로 감정을 할 수밖에 없고, 당사자들은 감정결과가 나온 후에야 그 전제조건을 다투는 경우가 적지 않은 것이다.

셋째, 감정인의 감정평가업무 자체에 명확한 기준과 연구가 부족하다는 점이 가장 큰 문제이다. 건설감정은 일반적인 건설기법이나 가격산정방법을 넘어서 책임범위의 확정을 목적으로 하여 이루어져야 하는 작업이다. 건축공학적 접근 뿐 아니라, 계약서 등

25) 소송상 행하여지는 감정은 전제사실과 관련하여 세 가지 형태로 나눌 수 있다. ① 감정인이 법원에 대하여 어떤 사실관계에 적용할 수 있는 추상적 지식만을 제공하고 구체적인 사실에 대한 적용은 하지 않는 경우이다(특정 질병이나 체질에 관한 의료적 지식의 자문을 구하는 경우). 법원은 이런 지식을 이용하여 사실관계에 적용하고 결론을 얻는다. ② 감정인이 전문지식을 적용할 전제사실이 법원에서 주어지고 감정인은 이러한 사실에 대하여 전문적 분석을 행하여 구체적인 감정의견을 산출하는 경우이다(사망 당시의 사실관계가 확정된 상태에서 사망원인을 감정하는 경우). ③ 감정의 전제사실이 주어지지 아니한 상태에서 감정인이 주도적으로 사실을 인식, 수집하고 이를 기초로 감정의견을 산출하여 법원에 보고하는 경우이다. 사실인정 자체에 전문적 지식이 필요한 경우에 행하여지는데 법원의 증거조사가 불가능하므로 증거조사의 직접주의 예외로 볼 수밖에 없다. 건설감정은 위 ③에 해당된다. 사실상 건설감정인에게 사실인정에 관한 포괄적인 권능이 주어진 셈이다.

26) 예컨대 시공량 적산에 있어서 설계도상 특정되지 않은 창틀이나 모서리부분의 평가, 노동력 소요량 평가 등 세부적인 사항의 판단은 주관적일 수밖에 없다는 것이 감정인들의 솔직한 고백이다. 더구나 감정인의 평소 건축물에 대한 관념에 따라 산정하는 하자보수비용도 충분한 보수비나 다소 부족한 보수비냐가 결정되기도 한다.



규범적 요소에 대한 이해도 반영되어야 하는데 양자를 아우르는 제대로 된 이론이나 기준이 정립되어 있지 못하다. 이러다보니 감정인 각자의 주관에 따라 차이가 상당히 많이 난다. 필자가 실제로 처리한 사건에서는 나름대로 성실한 감정인 3명이 각 감정 한 것이 20배 가까운 차이가 난 예도 있었다<sup>27)</sup>. 극단적인 경우이지만, 우리 감정 수준의 현주소를 보여주는 예이다.

### 3. 감정인 선정의 적정화 방안

#### 가. 감정채부 결정과 시기

건설사건에 있어서는 초기단계에서 당사자들로부터 감정신청이 이루어지는 경우가 많다. 재판부로서는 감정신청서만을 근거로 조기에 감정을 증거방법으로 채택하기 보다는 쟁점정리절차를 시행하여 감정의 필요성에 대한 면밀한 검토를 하고, 충분한 쟁점정리와 감정의 전제조건에 대한 파악이 이루어진 후에 감정을 채택함이 바람직하다. 정리가 되지 않은 상태에서 감정이 이루어지면 쌍방이 다투지 않는 사항에 대해 불필요한 감정이 이루어질 우려도 있고, 반대로 쌍방이 다투는 사항에 대해 감정이 일부 누락되거나 불명확하게 감정이 이루어져 추후 재감정이나 감정인 증인신문 등으로 절차가 번잡해질 우려가 있기 때문이다. 또한 건설감정은 감정료가 고액이고 감정결과가 복잡하기 때문에 자칫 감정의 시행으로 인하여 분쟁이 더 심화되거나, 수천만원이나 되는 감정료 부담문제로 조정 가능성이 더 줄어들 가능성도 있다.

27) 지하철 공사장 옆 빌딩의 소유자인 원고가 시공회사를 피고로 하여 손해배상청구소송을 제기하였다. 지반 굴착과정에서 빌딩의 지반에 영향을 받아 빌딩에 균열이 많이 생겨서 보수공사를 하여야 한다는 것이었다. 하자보수비로 5000만원을 청구하였으나 피고는 그 건물이 워낙 낡아서 그와 같은 보수공사비는 인정할 수 없다고 하였다. 건축사에 의한 1차 감정결과 지반 위험성은 없는데 다소 공사로 인한 영향을 일부 받았음을 전제로 하자보수비는 6,000여 만원으로 산정되었는데, 감정서 말미에 ‘지반의 위험 여부는 필요할 경우 전문기관의 정밀 의견 참조 필요’라고 기재되어 있었다. 위 사건은 당시 단독판사의 관할을 넘었기 때문에 합의부로 재배당되었고, 합의부에서 원고는 위 기재를 근거로 재감정 신청하였고, 이에 다른 건축사가 감정인이 되어 2차 감정을 하였다. 감정결과 하자보수비가 12 억 원 정도로 산출되었다. 이에 피고가 건물의 시가 감정신청을 하여 (3차) 감정한 결과 건물의 시가는 10억원 정도로 나왔다. 건물의 시가 보다 보수비가 더 많이 나왔다는 것은 모순이 아닐 수 없었다. 이에 양 당사자에게 화해를 권고하였으나 특히 원고가 완강히 거부하여 법원의 조정위원 3분 전문가에게 간이 감정을 의뢰한 결과 1억 3000만원 정도로 보수비가 산정되었다. 2차 감정시 12억으로 보수비를 산정한 것은 감정인이 건물의 상태(매우 낡고 저급한 재료를 쓴 최하급상태)를 고려하지 않은 채 건물의 하자부분을 최상급 자재로 시공하는 것으로 계산하였기 때문이었다. 결국 마지막 감정결과를 기준으로 하여 조정을 권고하였으나 원고가 완강히 거부하여 이를 기초로 판결을 선고하였다.

## 나. 감정인 선정의 합리화

감정대상 사항에 관하여 전문지식과 경험을 가진 감정인을 선정하는 것이 가장 중요한데, 현행 감정인지정실무는 이러한 취지에서 상당히 벗어나 있다.

대법원에규상 건설사건의 감정인 지정은 각급 법원에 미리 지정되어 있는 감정인명단 중에서 『감정인선정전산프로그램』을 이용하여 무작위로 추출하는 방법으로 이루어진다. 무작위 추출 방법을 택한 이유는 감정인 선정에 관한 잡음을 차단하고, 감정인들에게 공평한 기회를 부여하고자 하는데 있지만, 이는 감정인의 전문성과 능력이 동일하다력이젠제에 서있는 것으로 현실과 맞지 않는다. 사건 위주가 아니라, 감정인 선정의 형식적 공평성을 위주로 한 구태의연한 방법이다.

서울중앙지방법원 건설전문재판부의 현재 실무에 의하면<sup>28)</sup>, 무작위로 감정인 후보자 3인을 선정한 다음<sup>29)</sup>, 당사자에게 그 선정에 관한 의견을 물어 이를 반영하여 최종 선정하고 있다. 이 과정에서도 이른바 아파트 하자에 관한 기획소송 전문 변호사들은 하자 인정에 까다로운 감정인을 고의로 배제하는 신청을 하기 때문에 계속적으로 감정 업무를 맡기 원하는 감정인들은 이들의 눈치를 보게 되어 위축된다는 불만이 일부에서 제기되고 있다.

특별한 사유가 있는 경우에는 당사자들의 합의에 의한 감정인 지정, 외부기관의 추천을 받는 방법 도 있다. 특히 요사이는 특수한 감정의 경우에는 재판부가 법원행정처의 담당관에게 감정인 선정 의뢰를 하면, 이곳에서 전국의 가장 능력 있는 감정인을 찾아내주고 있어서 큰 효과를 보고 있다. 이처럼 사건에 맞는 감정인을 찾을 수 있는 검색시스템을 마련하여야 한다.

아울러 각 재판부에서는 재판이 종료될 때 감정결과를 제출한 감정인에 대하여 감정결과 평가를 하여 각 재판부가 공동으로 평가자료로 축적하는 감정인 사후평가제도를 시행할 필요가 있다. 이러한 자료가 축적되면 자연스럽게 감정인의 능력과 성실성이 구

28) 서울중앙지방법원의 감정절차 진행과정은 다음과 같다. 감정신청이 들어와 채택결정이 나면 즉시 감정인 3인 선정절차를 진행- 감정인 후보로 된 3인에 대하여 감정인 후보 선정 통지하면서 감정료의 개괄적인 산정액과 산정에 관한 자료를 1개월 내에 제출하라고 통지- 선정된 감정인 후보들로부터 개괄적인 산정 자료 등을 제출 받으면 이를 쌍방 대리인에게 송부하고 감정인 선정에 관한 의견을 2주 이내에 제출하라고 통지 -- 피고 대리인에게는 하자감정에 관한 의견과 자료를 제출할 것을 아울러 통지- 쌍방 대리인으로부터 감정인 선정에 관한 의견을 제출 받으면 즉시 기록을 재판장에게 인계- . 재판부의 감정인 선정 결정과 감정기일 지정 --- 감정료 예납(원고대리인 등)- 감정기일 실시(감정기일에는 감정인에게 감정서 제출기한을 지정)- 감정서 도착 즉시 재판장에게 감정서와 기록 인계- 변론준비절차기일 혹은 변론기일의 지정(재판장)

29) 서울중앙지방법원에서는 감정인의 경력과 전문성을 고려하여 감정분야를 분류하고 각 분야마다 감정인을 A, B군으로 나누어 관리하고 있다.

분될 것이다. 현재 이 제도는 재판부의 적극적인 자세 부족으로 원활하게 이루어지고 있지 않다.

#### 다. 감정인 선정과 전문가의 협력

감정인 지정 자체에 전문적인 지식과 경험이 필요할 수 있다. 따라서 재판부가 이 과정에서 건설전문가의 정확하고도 공정한 협력을 받는다면 합리적인 감정인을 선정할 가능성이 높아 진다. 건설전문위원의 활동이 기대된다. 현재 일선 재판부에서 특수한 사건에 관하여 감정인 선정이 어려우면 법원행정처의 담당관에게 적절한 감정인의 추천을 의뢰하는 제도가 있다. 담당관은 정기적으로 그 결과를 공표하고 있는데 개별 재판부에서 해결하기 어려운 작업을 대행함으로써 상당히 유용한 제도로 평가받고 있다.

전문가를 본격적으로 활용하는 일본의 제도가 좋은 참고가 될 수 있다. 일본에서는 건축관계소송위원회규칙을 제정하여 최고재판소에 건축관계소송위원회를 설치하고 위 위원회가 건축분쟁사건이 계속된 재판소나 조정위원회의 의뢰를 받으면 최고재판소가 요청할 경우에 그 사건에 필요한 감정인 후보자를 선정하는 사무를 담당하게 하고 있다<sup>30)</sup>. 이 때 실체는 일본건축학회에 있는 사법지원건축회의가 감정인 추천 업무를 담당하는데, 감정인 의뢰시에 의뢰자는 사건의 개요서, 감정사항 등을 설명한 문서를 첨부하도록 되어 있다<sup>31)</sup>. 사법지원건축회의는 일본 건축학회가 법원과 협의하여 건축소송에 관하여 중립적 입장에서 법원에 대한 지원, 건축판례 등 건축분쟁정보의 조사 등을 목적으로 설치한 것으로 전국에 9개 지부를 두고 법원에 감정인 및 조정위원후보자를 추천하고 있다. 사법지원건축회의는 건축학회의 이사 등의 추천을 통하여 지역 건축사 및 대학 연구자 중에서 적정한 건축사를 사법지원건축회의 회원으로 등록시키고(등록된 회원은 사적 감정을 금지하여 공정한 중립적 입장을 지킨다) 법원으로부터 감정인후보자 추천의뢰가 오면 등록 회원 중에서 감정사항에 맞는 전문분야 건축사를 추천한다. 이런 추천시스템은 획기적인 평가를 받고 있고 다른 전문분야에서도 이를 연구하고 있다고 한다<sup>32)</sup>. 의료관계소송위원회가 최고재판소 내에 이미 설치되어 있다.

30) 2001. 7. 최고재판소 내에 건축학계 및 법조계 전문가와 일반인으로 구성하였는데 감정인 후보자를 조기에 선정하거나, 각계의 전문가에게 건축분쟁사건에 대하여 다양한 의견을 진술시킬 것을 목적으로 한다.

31) 齊藤 隆 編著, 建築關係訴訟の實務, 新日本法規(2002), 334면

32) 前田順司, “鑑定人選任”, 不動産鑑定訴訟法 1, 62면 이하

## 4. 감정절차상 충실화 방안

### 가. 감정기일 이전의 준비 및 협의

건설감정은 전제사실과 감정조건에 따라 그 내용이 달라지므로 감정 시행 전에 ① 감정의 대상, ② 감정에 제공할 증빙자료, ③ 감정기준(시점, 품질 등)의 세 가지 사항이 명확히 정리되어야 한다. 이를 정리하는 작업은 반드시 감정기일에 이루어져야 하므로, 감정기일을 앞두고 재판부와 소송대리인은 사전에 충분한 의견 교환을 해야한다. 재판부의 감정준비명령, 이에 따른 감정준비서면의 당사자 상호간 교환, 감정인의 사전 검토가 필요하다. 재판부는 감정신청서를 참조하여 당사자들 및 감정인과 협의하여 감정사항을 적절하게 새로이 작성하여야 할 필요가 있다<sup>33)</sup>. 소송관계자들은 아직도 감정기일에 대한 준비가 충실하지 못한 편이다.

### 나. 감정기일의 실질화

감정기일에는 당사자, 감정인이 재판부 앞에서 감정에 관한 전제 사항을 정리하게 된다. 필자는 건설소송에서 가장 중요한 기일은 바로 이 감정기일이라고 생각한다. 감정자료, 감정대상, 감정기준을 하나씩 명시적으로 정해야 한다. 이러한 사항이 명확하지 않은 경우에는 당사자가 합의하거나, 합의가 안될 경우에는 각자가 주장하는 사항을 정리하고 이에 따라 다른 감정을 할 수밖에 없다<sup>34)35)</sup>. 즉 전제사실의 확정이 가능한

33) 감정신청인이 감정사항을 단순하게 ‘해당 건물에 존재하는 하자’ 또는 ‘해당 건물에 존재하는 미시공, 변경시공, 하자’라고 기재하거나 ‘00층의 누수, 00층 난간 변색’ 등과 같이 주장 하자의 내용만을 기재하는 것이 일반적이다. 그러나 엄격히 볼 때 이러한 형식의 감정사항은 적절하지 않다. 반드시 감정신청인으로 하여금 감정을 구하는 각 하자부분마다 이를 하자로 볼 수 있는 판단기준(계약상 합의된 내용, 관련법규 등)을 기재하도록 하고, 그 해당부분이 감정신청인이 주장하는 판단기준에 위반되는지 여부를 묻는 형식으로 감정사항을 작성할 필요가 있다. 예컨대 ‘1. 선홈통의 경우 시방서(갑00호), 설계도서(갑00호)에 XX자재를 사용하도록 되어 있는데 이에 위반하여 시공자인 원고가 가격이 저렴한 △△자재를 사용하였는지 여부 2. 그에 해당하는 경우 그 철거 후 재시공비용 또는 시공비용의 차액’과 같은 형식으로 기재되어야 할 것이다. 차후 이러한 방향으로 개선되어야 한다.

34) 시공자인 도급인 측에서 하자가 발생한 원인이 자신의 책임에서 비롯된 것이 아니라 설계자 또는 감리자에게 있음을 주장하는 경우와 건축완료시에는 아무런 문제가 없었으나 건축주의 사용상 과실에 기인하거나 건물의 노후화에 따라 불가항력적으로 발생하는 하자임을 주장하는 경우에는, 감정사항에 반드시 당해 하자의 발생원인이 시공, 설계, 감리 중 어느 단계에 있는지, 또는 당해 하자가 건축주의 사용상 과실에 기인한 것인지 등을 묻는 내용이 포함되어야 할 것이다. 특히 하자의 발생원인이 복합적으로 판명될 가능성이 높은 경우에는 해당 당사자(예컨대 시공자)의 하자발생 기여도를 산정하도록 함이 바람직하다.

35) 당사자들이 주장하는 보수방법이 상이한 경우에는 감정기일에 당사자들과 감정인의 협의를 거쳐 특별한 사정이 없는 한 목적 달성이 가능한 보수방법 중 최소의 비용이 소요되는 방법을 시공하는 비

경우에는 재판부와 당사자들 사이의 협의를 거쳐 이를 명백하게 확정된 후 감정인에게 그 내용을 고지하고 감정서에도 이를 기재하도록 하며, 감정기일조서에도 기재한다.

감정자료를 정할 때 당사자 쌍방이 감정자료로 동의한 것, 기타 감정에 필요한 것으로 공정성에 지장이 없는 것만이 해당되고, 당사자 일방이 제공한 것은 자료로 삼아서는 안되며 이러한 점을 감정인에게 충분히 주지해야 한다. 감정기일에 각 당사자에 대하여 상대방이 제출한 서면의 진정성, 유효성, 공사 관련성에 대한 의견을 밝히도록 한다. 적합성에 다툼이 있는 경우에는 감정자료에서 제외하거나, 감정인이 이를 감안하여 조건부 감정을 하도록 하여야 할 것이다. 감정인이 부족한 감정자료를 특정하여 요구하는 경우도 있다. 예컨대 기성고 감정의 경우 자재구입표, 작업일보 등을 요구할 때에는, 당사자들에게 그 필요한 자료를 소지하고 있는지 물어보아 이를 제출하도록 하여야 하고, 그러한 자료가 존재하지 않는 경우에는 부족한 부분에 대하여 진술서를 추가한다거나 서면신문을 실시하는 등의 방법으로 신속히 추가자료를 제공하도록 함이 바람직하다.

#### 다. 감정유의사항

현재 일부 법원에서 하자감정시 감정인에게 교부하는 '감정유의사항'을 소개한다.

##### 〈아파트 하자보수 사건 감정 유의점〉

1. 소장 송달시를 기준으로 하자보수비용 산정(재판부에서 지정)
2. 준공도면이 원칙, 허가도면 내지 착공도면은 원고가 주장하는 부분에 한하여
3. 0.3mm 미만의 균열도 포함하여 감정— 0.3mm 이상의 균열에 대한 보수비용은 따로 산정하여 표시(이것을 다두고 감정인에게 대하여 사실조회를 자주 함)
4. 균열부분 도장이 필요한 경우 전체 도장 소요비용과 부분 도장 소요비용을 구분하여 나타내고 부분 도장의 경우 전체 도장할 면적에 대하여 부분 도장할 면적이 어느 정도인지를 면적과 비율 모두 나타내기 바람
5. 도장할 경우 현장의 구체적인 하자 상황에 따라 몇 회의 도장이 필요한지를 나타내고 3회 이상의 도장이 필요한 경우에는 그 이유를 명기 요망, 구체적인 하자 상황에 따라 도장의 폭을 얼마로 할 것인가를 나타내고 이에 대한 감정인 의견을 기술하기 바람
6. 전유부분 각 세대에 존재하는 하자 및 하자보수비용을 누락하는 일이 없도록 주

용을 산정하도록 함이 타당하다.

- 의(각 세대 하자 항목별 보수비용과 그 합계액, 전체 세대 하자 항목별 보수비용 및 그 합계액, 연차별 보수비용을 적시할 것) - 세대 전수조사요망
7. 각 하자의 발생 시기를 알 수 있으면 그 시기를 기재하고, 알 수 없으면 알 수 없다고 기재 요망
  8. 보수비용 산정은 정부품셈, 물가정보지, 적산정보지 등의 자료를 참작하여 가장 합리적이라고 인정되는 가격에 의할 것
  9. 사용검사 전의 하자 및 사용검사 후의 하자(1, 2, 3, 5, 10년차)를 명시하고 각 년차별 합계액을 전체 도장 적용시와 부분 도장 적용시로 나누어 별도 산출하여 총괄표 작성요망
  10. 감정일정을 쌍방에 통보하고 감정통보기일에 준공도면 등 설계도서를 제출받아 쌍방으로부터 원본임을 확인받을 것(각 전유세대에 대한 감정기일 통보를 원고 측에서 하도록 유도하여 누락되는 일이 없도록 할 것)
  11. 감정서 제출기일을 엄수(지키지 못하면 지키지 못하는 이유와 언제까지 제출할 것인지를 명시하여 통보)
  12. 원고는 감정서 접수시점까지 양도절차 완료 요망

### 라. 감정수행과정에서의 협의와 공정성 유지

현 실무상 감정인이 감정을 하면서 당사자를 접촉하여 자료를 받거나, 일방적인 주장을 듣고 이를 감정결과에 반영하는 경우가 종종 있다. 감정인의 지위는 법관의 보조자로서 선서를 하고 공적인 일을 하는 자로서 공정성이 충실히 지켜져야 하므로 이러한 일방적 접촉은 허용될 수 없다. 감정과정에서 당사자측과 접촉하고 확인, 협의하는 일은 필수적이지만, 그 과정에서는 최대한으로 공정성을 지켜야 한다. 쌍방을 동시에 만나는 것을 원clr으로 하되, 한쪽만 만나면 그 면담결과를 상대방에게 알려주거나, 제기된 사항을 상대방에게 확인해 보아야 한다. 일방적 자료나 주장은 사용할 수 없다. 필자는 감정인에게 감정서 내용 중에 반드시 감정인과 당사자와의 접촉시간, 내용을 적도록 요구하였다.

특히 재판부는 감정인이 감정상 생기는 의문에 관하여 의견을 물어 올 때 신속히 응답해주어야 한다. 조건의 확정이 어렵다면 가능한 조건을 모두 알려주어 감정이 치우치지 않도록 해야 한다. 감정인에게 명확한 기준 없이 맡겨두어서는 안된다.

## 5. 감정작업의 표준화 및 과학화

### 가. 감정결과의 편차

건설감정에 대한 가장 큰 불만은 감정인에 따라 편차가 지나치게 크다는 것이다. 감정인이 아무리 성실한 감정을 하더라도 건설감정은 그 범위가 넓고 기준이 다양하여 감정인에 따라 감정결과의 차이를 피할 수 없다. 문제는 상당 부분에서 표준화가 되어 있지 않다는 점이다. 지가감정은 표준지의 공시지가를 사용하여, 각종 토지의 특성 차이를 객관화하여 수치로 결과를 산출할 수 있다. 신체장애로 인한 노동능력상실을 감정역시 오래 전부터 객관적인 기준을 정립하여 왔다. 그러나 건설감정에 있어서는 이러한 표준이 거의 없다. 그 예로서 가장 흔한 콘크리트구조체의 균열에 대하여 살펴본다.

### 나. 콘크리트 구조체 균열의 경우

콘크리트는 입자 사이의 공간이 물로 채워져 있기 때문에 시간이 흐르면서 수분이 증발하며 건조수축응력이 발생하는 건조수축균열이 일어나고, 굳지 않은 콘크리트의 윗면으로 물이 올라오는 블리딩현상 등이 생겨서 많은 공극과 미세균열의 발생을 피할 수 없다. 즉 균열이 없는 콘크리트 시공은 불가능하며 일정한 기준까지는 균열폭이 정상적인 것으로 허용된다. 건설교통부 2003 제정 콘크리트 구조설계기준에서는 건조환경에서는 0.4mm, 습윤환경에서는 0.3mm로 규정하고 있다. 이 기준은 기능상(방수 등), 안전상(내구성) 하자에 적용하는 데는 적합하지만, 미관상 하자의 판정기준으로서는 적합하지 않다<sup>36)</sup>. 이에 따라 각 재판부별로 발생한 균열 전체, 0.2mm 이상, 0.3mm 이상, 0.4mm, 옥외 0.3mm 옥내 0.4mm를 하자로 보는 등 차이가 많다<sup>37)</sup>. 이는 법원감정인이 자기의 견해대로 판단한 것을 재판부가 그대로 수용하기 때문인 것으로 보인다. 또한 균열의 보수방법에 대하여도 단순한 표면처리, 에폭시, 망상균열보수 등이 있는데 그 종류에 따라 보수비용이 상당히 달라지는데 이는 대부분 감정인의 주관적인 판단에 맡겨진다. 균열처리가 끝난 후의 도색비용도 누가 부담할지가 문제가 된다. 균열부분의 도장비용만 인정하는 경우부터 전면적인 도장비용을 인정하는 판결까지 각양각색이다. 균열부분의 도색만 허용하면 나머지 부분은 미관상 지장을 초래하므

36) 미관상 허용균열폭을 0.22+0.02mm로 보자는 국내의 연구가 있다. 허성희 “공동주택 콘크리트 균열의 미관상 하자판정기준에 관한 연구” 중앙대학교 건설대학원 석사학위 논문 10면. 강재철 “건설소송에서의 검증, 감정” 2008년 사법연수원 법관실무연수자료 21면에서 재인용

37) 강재철, 위 글 22면

로 전면적인 도장이 필요하다는 견해도 수긍할 바가 있으나, 아파트의 경우에는 5년마다 전면도장을 하게 되어 있으므로 이러한 점을 고려하여 적정한 범위를 정해야 할 것인데, 그 기준을 세우는 일은 쉽지 않다.

#### 다. 건설감정의 표준화 및 과학화의 필요성

이러한 문제는 콘크리트 공사 뿐 아니라 누수방지공사, 지반침하공사 등에도 동일하게 발생한다. 또한 일반적인 부분도 어디까지 어느 정도로 하자보수공사비를 산정할 것인지에 관하여 표준적인 기준이 미확립되어 있어서 감정인이 어떠한 기준을 갖고 있는가에 따라 결과가 상당히 달라진다. 이를 방지하기 위하여는 건설감정전반에 관하여 체계적이고 과학적인 연구가 시급하다. 객관화, 계량화, 비교 가능하도록 전반적인 감정의 기준을 세워야 할 것이다. 건설감정학의 정립이 필요한 시점이다.

## VI. 건설소송상 조정과 화해

### 1. 조정과 화해의 필요성

건설사건은 장기간에 걸친 소송진행으로 인한 소송비용 증가, 심적 부담감, 분쟁의 확대, 증거의 모호성 등을 감안하면 조정의 필요성이 가장 큰 사건유형에 해당한다. 최근에 하급심에서 조정에 의한 처리율이 매우 증가하였다. 조정제도의 단점으로 고집 센 당사자, 억지 쓰는 당사자가 이득을 볼 경우가 있는 점, 조정불성립의 경우에는 오히려 분쟁해결이 늦어지는 점, 재판부의 조정과정에 대한 지나친 개입 등이 지적되지만, 조정의 활성화야말로 건설사건이 지향해야 할 바로 보인다. 특히 건설사건의 증거의 모호성, 감정의 부정확성 등을 균형있게 해결할 수 있는 합리적 방법이 될 수 있다<sup>38)</sup>.

---

38) 예컨대 하자소송의 경우에 원고인 건축주에게는 하자의 존재와 귀책에 관한 입증의 부담과 조속한 하자보수 필요성이 긴요한 문제이고, 피고인 수급인에게는 하자보수비 부담의 위험성과 지연이자, 건설업체의 평가 등이 긴요한 문제가 된다. 변호사 선임료, 감정료 등 소송비용의 증가와 지리한 소송 관여 과정의 피로감 역시 큰 부담이 된다. 쌍방이 이러한 위험성을 인식한 상태에서 하자보수비 액수에 대한 의견이 어느 정도 접근하게 되고, 구체적인 금액 차이와 각자의 위험부담상태를 비교하여 일정한 양보를 통한 조정이 이익이 된다는 점을 이해하면 조정이 성립되는 것이다.



## 2. 조정의 유형

현재 법원에서는 건설사건의 조정의 경우 감정 전후를 나누어 2단계로 구분할 수 있다.

### ① 감정절차를 시행하기 이전 ; 전문심리위원 또는 조정위원회 조정 회부

감정 시행 이전의 변론준비기일 등에서 재판부가 당사자에게 감정절차를 시행하려면 시간과 비용과 많이 걸린다는 사실을 주지시키고 사실상 감정인과 그 전문적 지식과 객관성에서 아무런 차이가 없는 전문심리위원 또는 조정위원에 의한 조정을 받아볼 것을 권유한다. 쟁점이 비교적 단순하고 쌍방간에 다투는 금액의 차이가 그다지 크지 않은 사건의 경우 성립할 확률이 높다.

### ② 감정절차를 시행한 이후 ; 수소법원 조정

감정인으로부터 감정서가 제출되고 필요한 경우 증인신문이 이루어지고 나면 쟁점은 모두 마무리되고 변론종결단계에 이르게 된다. 이 단계에서 변론을 종결하고 판결을 선고하기 전에 수소법원 조정을 거치는 것이 상당히 효과적인 경우가 많다. 감정결과가 유리하게 나온 당사자에 대하여는 조금 양보하여 소송을 지금 종결하는 것이 유리하다는 점을 설득하고 감정결과가 불리하게 나온 당사자에 대하여는 조정에 불복하더라도 감정결과에 따라 판결에서 불리해진다는 점을 설득하면 적절한 선에서 조정을 이끌어 낼 수가 있다.

## 3. 전문가 조정위원의 활용

재판장이나 수명법관이 조정장으로서 건축 전문가인 조정위원들과 함께 조정을 하는 경우 성공의 가능성이 높다. 조정과정에서 필요성이 인정되면 직접 현장을 방문하여 당해 건축물을 눈으로 확인함과 아울러 필요한 조사를 할 수도 있다. 이러한 경우에는 전문가 조정위원으로 하여금 간이한 형식의 사실조사보고서를 작성하게 하고 그에 대한 비용을 지급한다(‘민사 및 가사조정’의 사무처리에 관한 예규’ 제16조 제1항). 간이조사보고서를 서증으로 제출하게 하여 증거로 활용할 수도 있다. 다만 당사자가 적극적으로 반대하면 그 조사의 성격이 약식으로, 간이하다는 점 때문에 증거로 사용할 수는 없을 것이다.

## VII. 맺는 말

건설소송은 민사소송사건 중에서 쟁점의 복잡성, 증거의 모호성 등으로 심리가 가장 어렵고, 부담이 큰 소송이며, 가장 독특한 특징을 가진 분야라고 생각한다. 그럼에도 불구하고 건설소송의 심리상 아무런 특색이나 대비책 없이 진행되어 온 것이 사실이다. 심리의 수준은 건설소송만의 문제가 아니라, 현재 민사소송 심리의 전반적 수준에 달려 있는 것이므로 하루 아침에 개선될 가능성은 없다. 그러나 이런 일반 수준과 별도로 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위하여 필요한 점을 세 가지로 압축할 수 있다. ① 건설분쟁의 실체법상 법리적 측면(관계법령의 합리적 정비, 건설분쟁의 해결에 알맞은 법리의 연구), ② 소송법상 심리방법적 측면(새로운 증거방법 및 주장정리 등 건설소송만의 특별한 변론기법의 연구), ③ 건설시공상의 전문기술적 측면(하자 판정 및 평가 기준의 표준화 연구)이 균형 있게 발전되어야 한다.

요즈음 건설사건의 전문화를 내세우는 변호사나 건설회사의 사내 변호사가 빠른 속도로 늘고 있고, 건설법무대학원 등 법률가와 건설실무가를 대상으로한 교육과정이 개설되었으며, 건설감정에 대한 세미나가 열리는 등 활발한 움직임이 나타나고 있다. 우선 법률가와 건설실무가들이 협력하여 건설실무에 대한 상호 이해와 건설기술에 대한 공동연구가 필요하고, 특히 건설시공학처럼 독립된 건설감정학의 정립도 필요하다고 본다. 이를 위하여 법률가와 건설실무자, 학자 등의 활발한 교류와 연구를 기대해 본다.

■ 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

## 지정토론요지

한국건설산업연구원 연구위원, 행정법학박사 강 운 산

### 1. 전체적인 의견

- 부족하지만 행정법을 공부한 학자로 그 동안 건설산업 및 부동산에 관한 연구를 15년 정도 수행해 오면서 '건설 분야'에 특화된 법학적 영역(소송, 기초 법이론 등)이 구축되지 않은 사실에 대해 매우 아쉽게 생각하였음.
- 이번에 윤재운 판사님께서 고생하셔서 나름대로 '건설소송'의 기초를 규정하시고, 소송이 전문화를 위한 결과물을 정리하여 주신 점에 대해 매우 감사를 드립니다.
- 다만, 여러 가지 제약으로 광범위한 건설 및 부동산 분야 소송을 전체적으로 다루지 못한 점은 매우 아쉬움.
- 그러나 이러한 시도들이 종합되어 건설법률 및 건설소송 분야가 특화되고 해당 분야의 전문성이 제고되는 결과로 이어질 것으로 판단

### 2. 건설업의 의의와 관련 법규

#### (1) 건설업의 정의

- 건설업은 건설공사를 수행하는 업을 말하며, 건설공사는 토목공사·건축공사·산업

설비공사·조경공사 및 환경시설공사등 시설물을 설치·유지·보수하는 공사(시설물 설치를 위한 부지조성공사 포함), 기계설비 기타 구조물의 설치 및 해체공사 등 임.

※ 「전기공사업법」에 의한 전기공사, 「정보통신공사업법」에 의한 정보통신공사, 「소방시설공사업법」에 따른 소방시설공사, 「문화재보호법」에 의한 문화재수리 공사는 제외.

- 건설업은 도급 계약에 기초하며 ‘도급(都給)’이란 원도급(原都給), 하도급(下都給), 위탁 기타 명칭 여하에 불구하고 건설업자가 건설공사를 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말함.

- 건설산업의 업역(영역)은 다음의 표와 같음.

<표 1> 건설산업의 업역

건설 산업	건설 (시공)업	- 건설산업기본법상 등록업종: 일반건설업, 전문건설업	
		- 특별법에 의한 건설업: 해외건설업, 주택건설업, 환경오염방지시설업(기본법은 보충적으로 적용)	
	※ 전기공사업, 정보통신공사업, 소방설비공사업, 문화재수리업은 제외		
	건설 용역업	- 엔지니어링업(엔지니어링기술진흥법) - 건축설계업(건축사법) - 감리전문업(건설기술관리법)	※ 건설산업기본법 중 일부(제6조, 제26조 및 제8장)만 적용

## (2) 건설관련 법규

- 건설산업에 적용되는 법규는 기본적으로 위에서 제시한 것과 같이 민법, 건설산업기본법, 주택법 등이 적용되고 있으며, 건설 시공 과정에 적용되는 법규를 정리하면 다음과 같음.

<표 2> 건설 관련 주요 법령

분 야	세부내용	관련 법령
건설업 일반	▪ 건설공사, 건설업 등록 등	- 건설산업기본법(시행령, 시행규칙)
	▪ 특별법에 의한 건설업	- 해외건설촉진법, 주택법
	※ 전기공사(전기공사업법), 정보통신공사(정보통신공사업법), 소방설비공사(소방법), 문화재수리공사(문화재보호법)	
건설사업 계획	▪ 지역, 택지, 도시개발	- 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 택지개발촉진법
	▪ 특별건설사업	- 특정다목적댐법
건설사업 허가	▪ 건설공사의 인허가	- 건축법
설계	▪ 용역업자의 선정, 설계감리	- 건설기술관리법
	▪ 건축설계	- 건축사법, 엔지니어링기술진흥법
건설공사 계약	▪ 공공공사 계약	- 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 회계예규
	▪ 민간공사 계약	- 민법, 공사계약일반조건
	▪ 하도급계약	- 건설산업기본법, 하도급거래공정화를위한 법률
건설공사 관련 보증	▪ 각종 보증서	- 국가계약법
건설공사 시행	▪ 건설시공기술, 책임감리	- 건설기술관리법
	▪ 안전관리, 품질관리	- 건설기술관리법, 시설물의안전관리에관한특별법
	▪ 건설기계	- 건설기계관리법
	▪ 건설자재	- 골재채취법
	▪ 건축관련 규제	- 건축법
	▪ 기타 건설관련	- 지하수법, 하천법
건설공사 대가지급	▪ 공공공사 대가의 지급	- 국가계약법
준공검사	▪ 건설공사의 준공검사	- 건축법
하자담보 및 보수	▪ 민간공사	- 건설산업기본법
	▪ 공공공사	- 국가계약법
	▪ 공동주택	- 공동주택관리령
유지보수, 안전점검	▪ 유지보수 및 안전점검	- 시설물의 안전관리에 관한 특별법, 주택법, 공동주택관리령

### (3) 건설업과 국민 경제

- 건설산업은 현재 GDP의 약 15% 정도를 차지하고 있으며, 약 160만명이 취업하고 있어 전체 고용의 약 7%를 담당하는 매우 비중이 크고 그 경제적 규모가 큰 산업임

〈표 3〉 건설업과 국민경제

(단위 : 조원, %)

구분	국내총생산 (GDP)	건설투자	건설투자 증가율	건설투자 /GDP
1970	69	8.0	-	11.6%
1980	138.9	22.2	-	16.0%
1990	320.7	71.6	-	22.3%
2000	578.7	96.7	△0.8	16.7%
2005	865.2	155.4	△0.4	18.0%
2006	910.0	156.2	0.5	17.2%
2007	956.5	158.4	1.4	16.6%
2008(p)	977.8	155.1	△2.1	15.9%
2009. 상(p)	468.6	74.0	1.4	15.8%

자료 : 국토해양부, 건설업 통계, 2009.9.

### 3. 건설소송의 분류에 대해

- 윤판사님의 건설소송의 유형(분류)은 민법적 법률관계 측면만 제시하신 것으로 판단
  - 특히, 공공공사와 관련된 부분이 누락
- 앞의 <표2>에서 제시하고 있는 것과 같이 건설 시공 과정상 여러 법률이 적용

되고 있으며 약 200여개의 법률이 적용되고 있음.

· 이를 토대로 추가적인 건설소송 유형을 소개하면 다음과 같음.

- 국토의계획및이용에관한법률 및 건축법 등에 기초한 건설사업 및 건축행위 인허가 관련 소송
  - 인허가 처분 관련 행정소송
  - 인허가 조건부 무상귀속 및 무상양여 관련 소송
- 각종 인허가시 부과되는 조세 및 부담금 소송
  - 개발부담금, 학교용지부담금 등
- 공공공사 입찰 관련 소송
  - 행정제재 처분 관련 행정소송(뇌물 등 부정당업자 관련 처분)
- PF 사업 관련 시행자의 채무로 인한 시공자와 분양자 소송
  - 시공자의 공사대금과 시행자의 채무간의 우선 변제 문제
- BTO, BTL 등 민간투자사업 사업 관련 소송 등
  - 재무적 투자 부문 관련 소송
  - smart highway와 같은 특별한 건설 프로젝트 결과물 관련 이용자들의 소송 등

- 또한 최근 건설업은 민법 상의 ‘도급’계약에 기초하면서 그 형태가 변형되는 형태를 보임.

· 발주자 對 원도급업자(1인)

- ⇒ 발주자 對 원도급업자(다수), 발주자 직접 수행 영역과 도급 영역의 구분 불명확 및 연계(IT, BT 관련 건설공사)
- ⇒ 직할시공제(발주자가 원도급자의 역할) 등

- 또한 향후 현행 종합 및 전문건설공사의 구분, 즉 업역 규제가 철폐되는 상황에서서는 현재보다 더욱 복잡한 사실 관계가 생성되어 관련 소송에 영향을 미칠 것으로 보임.

## 4. 건설 소송의 심리에 대해

- 윤관사님께서 제시하신 심리절차 개선 방안은 다른 소송에 비해 재산 가치가 크고 계약의 이행 기간이 장기간에서 발생하는 결과이며, 이러한 현상은 계약금액이 크고 기간이 장기간이 다른 용역 사업도 같은 현상을 보임(프로그램 개발 등)
- 건설회사, 건설업자들은 법적 클레임에 대응하기 위해 전사적으로 문서관리 (document management)에 상당한 비중을 할애하고 있음.
  - 과거와 같은 계약서 미작성 도급계약은 거의 없는 상황이며, 소비자인 공공발주자와 국민이 소송 상의 입증 능력이 취약한 상황
  - 이러한 부분이 심리에 반영되어야 할 것임.

## 5. 건설 법규의 문제에 대하여

### (1) 윤관사님께서 제시하신 법규 문제(토론시 직접 발표)

- 공동주택 하자담보 책임
- 하수급인의 공사대금 직접청구권
- 건설공제조합 보증 문제

### (2) 기 타

- 하도급계약 관련 법규를 건설산업기본법으로 단일화
  - 소규모 물품 제조 하도급과 대규모 단품 건설하도급을 동일하게 파악하여 건설하도급에 대해 ‘건설산업기본법’과 ‘하도급결공정화에관한법률’을 적용하고 두 법률이 충돌하면 하도급법이 우선 적용토록 하는 것은 다소 무리
  - 하도급 관련 법률의 대폭적 축소가 바람직함



- 기부채납 조건부 인허가의 적법성 범위
  - 지자체의 건설 및 건축 인허가 시 인허가 조건으로 요구되는 기부채납 규모가 매우 크게 증가
  - 재량행위라는 측면은 인정하지만 어느 정도의 한계는 설정하는 것이 필요할 것임
  
- 학교용지부담금 문제 등
  - 현제가 위헌, 합헌을 반복하여 판결
  - 현재 개발업자에게 부과하는 부담금의 합헌 판결의 문제점
  - 법률의 효과 및 보충성의 원리 적용 미흡

■ 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

## 지정토론요지

연세대학교 법학전문대학원/법과대학 김 선 혜

1. 건설소송은 판사들이 선호하지 않는 업무영역 중의 하나였습니다. 품은 많이 들면서 빛은 나지 않는 업무이기 때문입니다. 그러한 건설사건을 기꺼이 맡아 열심히 처리하는 데 그치지 않고 동료, 후배판사들을 위하여 우리나라 건설소송심리방식의 체계화에 일획을 그으신 윤재윤 부장판사님의 「건설소송심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안」에 대한 지정토론자로 나서게 된 것을 영광으로 생각합니다. 제가 법원에 있을 때 아파트하자로 인한 손해배상청구사건에서 입주자대표회의를 원고로 한 경우, 당시 입주자대표회의에 하자로 인한 민사상 손해배상청구권이 있는가 여부에 대한 대법원판례(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229판결 등)가 없었고 하급심은 엇갈리고 있던 상황에서 윤재윤부장판사님의 글을 뒷받침 삼아, 아파트하자소송경력이 다수인 원고대리인의 반론을 물리치고, 각 세대 아파트 소유자로부터 손해배상채권을 양수받는 절차를 거쳐야 한다는 재판부의 입장을 관철시켰던 것이 기억납니다.

## 2. 아파트하자에 관한 기획소송 전문 변호사의 공적과 기획소송의 폐해

아파트하자에 관한 기획소송 전문 변호사의 등장으로 아파트하자에 대한 손해배상청구가 대규모로 또한 체계적으로 이루어지면서 과거 하자보수를 일종의 애프터 서비스로 여기던 아파트건설분양회사들에게 경종을 울려 소비자인 수분양자들의 권익이 확보되고 우리나라 아파트건설의 질에도 긍정적 영향을 미쳤으리라 생각합니다. 또한 이러한 전문변호사의 등장이 법원의 건설소송심리가 체계화, 적정화, 전문화에 기여하였고 앞으로도 기여하리라 생각합니다.

한편으로 수급인의 담보책임과 관련하여 민법이 도급인은 상당한 기간을 정하여

하자의 보수를 청구할 수 있으나 하자의 보수에 같음하여 손해배상을 청구할 수도 있도록 하고 있기 때문에 기획소송관련자가 개입하면서 아파트 소유자들이 하자보수의 수령을 거부하고 손해배상청구로 나아가는 현상이 발생함으로써 문제점도 있게 될 것으로 사료됩니다. 예를 들면, 소송에서 승소하여 손해배상을 수령한 아파트 입주자대표회의가 시행하는 하자보수가 오히려 원래의 시공회사가 시행하는 하자보수에 못 미쳐서 입주자들에게 오히려 피해를 입히는 등등의 폐해는 없는지 의문이 갑니다. 이점에 대한 윤부장판사님의 견해를 말씀해 주십시오.

### 3. 하자의 개념과 평당분양가, 평당공사대금의 고려

감정을 명함에 있어서나 재판부가 하자여부를 판단함에 있어서 평당분양가나 평당공사대금이 평균적 분양가 등보다 상당히 높거나 상당히 낮은 점을 고려하도록 하여야 할 것인지, 즉 재료의 품질뿐만 아니라 용역의 품질도 높거나 낮을 것이 예정되었다고 보아 하자의 범위에 있어서 이 점을 고려할 것인지에 대한 윤부장판사님의 의견을 듣고 싶습니다. 예컨대 화장실 바닥과 문턱의 차이가 작아서 화장실문을 여닫을 때 슬리퍼가 문에 걸리는 점을 입주자가 하자로 주장한다면 하자여부를 판단함에 있어 평당공사대금을 고려하게 되지 않을까 싶습니다. 다시 말하면 품질은 조악하지만 가격은 상당히 저렴한 건축용역의 존재도 그것이 안전성에 관한 것이 아니라면 인정해 주어야 하는 것 아닌가 하는 점입니다.

### 4. 감정인의 선정과 전문가의 협력

윤부장판사님이 일본의 최고재판소에 설치된 건축관계소송위원회 및 일본건축학회에 있는 사법지원건축회의를 소개하고 계십니다. 그 장단점은 어떤 것이며 우리나라에서도 도입할 필요성이 있다고 보시는지 알고 싶습니다.

### 5. 선진외국의 주택을 살펴보면 마감처리의 단단함에 경탄하게 됩니다.

그들의 집은 수명 100년 이상을 예정하고 짓고 우리나라의 집은 기본골조를 제외하고는 수명 20-30년을 예정하고 짓는 것이 아닌가 생각합니다. 우리나라의 건축물에 대한 취향이 유서 깊은 것보다는 보다 편리하고 보다 새로운 것을 선호하는 것

으로 여겨집니다.

앞으로는 건축공사에서 그 수명에 대한 부분도 수요자와 공급자 사이에 어떤 합의가 이루어지는 것이 바람직할 것으로 여겨집니다. 예컨대 주택이나 아파트를 인도받은 후 10년이 지난 후에 아파트의 일부가 무너진 경우 또는 바닥에 깔린 배관이 새서 아래층 아파트세대천장으로 물이 흘러내린 경우에 하자담보책임이 없다고 하는 것이 맞는 것인지 의문이 듭니다. 아파트의 골조의 수명은 예컨대 50년, 배관의 수명은 20년이라는 등 미리 수명 내지 보장기간을 예정해 두고 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여는 책임을 지게 해야 하는 것이 아닌가 생각합니다. 건축 후 15년 정도된 아파트 골조부분이 무너졌다면 아파트 소유자가 아파트를 분양받거나 구입하면서 쌍방이 예상한 골조의 잔존수명과 전혀 다른 것인데도 현재의 민법 하에서는 불법행위 책임만을 묻게 되는데 이것이 입법론적으로 타당한 것인지 윤부장 판사님의 의견을 듣고 싶습니다.

■ 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

## 지정토론요지

Kim & Chang 변호사 김 삼 범

### 1. 건설소송의 장기화 대책 방안 - 모형도 등을 통한 Presentation의 적극적인 활용 및 감정인의 적극적인 진술 유도 등

윤재윤 부장님께서 지적하여 주신 대로 건설소송의 경우 일반 민사 사건에 비하여 쟁점이 다양하고, 감정결과가 소송의 승패에 미치는 영향이 다른 민사 사건에 비하여 큰 것으로 보입니다.

일례로 대형 구조물에 대한 하자보수청구 소송의 경우에, 하자의 종류가 매우 많고, 그와 같은 하자의 원인이 설계상의 원인인지, 시공상의 원인인지 여부, 그리고 하자를 보수하는데 드는 비용이 얼마인지 등에 대한 당사자들의 주장이 첨예하게 대립되고, 감정 결과도 상반되는 경우도 종종 일어나고 있으며, 그리하여 소송이 장기화되는 경향이 많은 것으로 알고 있습니다.<sup>1)</sup>

당사자들 입장에서는 소송의 결과도 중요하지만, 신속한 결과를 얻는 것도 이에 못지 않게 중요한 경우가 많은데, 소송의 장기화로 말미암아 많은 어려움을 겪는 경우도 상당수 존재하는 것이 현실입니다.

그리고, 소송이 장기화되어 가면서 상당한 정도의 심리를 하신 재판부가 변경되어서 변경된 재판부가 종전 재판부와 비슷한 정도의 사건에 대한 이해도를 높이는 데 시간이 걸리게 되는 악순환이 발생하여 심리의 장기화를 더욱더 초래하는 결과도 생기는 것 같습니다.

그래서, 그와 같은 심리의 장기화를 막는 대책으로 윤재윤 부장님께서 효율적 방안을 많이 제시하여 주셨는데, 그에 덧붙여 다음과 같은 심리 방법을 사용하면 심

1) 일례로 1996년에 소가 제기된 대형 구조물에 대한 하자과 관련된 사건이 현재 고등법원에 계류 중인 경우도 있습니다.

리의 장기화를 막는데 어느 정도 효과적이지 않을까 생각합니다.

첫째, 쟁점이 많은 사건의 경우 특별 기일 등을 지정하여 한 기일에 쟁점에 대한 당사자들의 주장·Presentation 등의 방법<sup>2)</sup>으로 정리를 하고, 재판부 변동을 대비하여 그와 같은 기일에서의 주장·등을 영상으로 녹화한 후, 이를 변론조서에 첨부하는 방안<sup>3)</sup>을 적극적으로 활용하면 좋지 않을까 생각합니다. 기일에서 당사자들이 한 Presentation 의 경우 Presentation 자료를 참고자료 등으로 제출하는 경우가 있는데, 시간이 흐르고, 재판부가 변동되었을 경우에는 그와 같은 Presentation 자료만으로는 다른 준비서면 등과 별반 차이가 없으므로, 기일에서의 생생한 변론 내용 및 과정을 남기면 사건의 신속한 처리에 도움이 될 수 있지 않을까 생각합니다.

두 번째로 복수의 감정인에게 감정을 의뢰하거나, 한 감정인의 감정결과에 대하여 다른 전문가에게 사실조회 등을 하였는데, 서로 상반된 결과가 나오는 경우도 종종 있습니다. 사실 이런 경우에 기술적인 면에서 전문가가 아닌 재판부나 대리인 입장에서 과연 어느 감정인의 의견이 타당한지 판단하기 어렵고, 당사자들 역시 자신에게 불리한 감정을 한 감정인을 탄핵하기 위하여 사적으로 다른 전문가를 초빙하여 감정 결과를 보여 주고 반박할 내용을 정리한 다음에 사실조회 등을 신청하는 방법을 사용하게 되어서 상당한 시간 및 비용을 소비하게 됩니다. 따라서, 이러한 경우에는 서로 다른 결과를 제시한 감정인을 같은 기일에 출석하게 하여 감정인 사이의 대질신문 등의 방법<sup>4)</sup>으로 쟁점을 간명화시키고, 결과를 부각시킬 수 있을 것으로 생각합니다. 그리고, 이런 경우에 전문심리위원도 참석하게 하여서 보다 전문

2) 건축물에 대한 모형도제시, 3D 동영상 시연, tracing paper 제시 등이 있을 수 있습니다.

3) 민사소송법 제159조(변론의 속기와 녹음)

① 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 변론의 전부 또는 일부를 녹음하거나, 속기자로 하여금 받아 적도록 명할 수 있으며, 당사자가 녹음 또는 속기를 신청하면 특별한 사유가 없는 한 이를 명하여야 한다.

② 제1항의 녹음테이프와 속기록은 조서의 일부로 삼는다.

민사소송규칙 제37조 (준용규정)

① 녹화테이프, 컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화하여 재생할 수 있는 매체를 이용하여 변론의 전부나 일부를 녹음 또는 녹화하는 때에는 제33조 내지 제36조 및 법 제159조의 규정을 준용한다.

4) 민사소송법 제329조(대질신문)재판장은 필요하다고 인정할 때에는 증인 서로의 대질을 명할 수 있다.

제333조(증인신문규정의 준용)

감정에는 제2절의 규정을 준용한다. 다만, 제311조제2항 내지 제7항, 제312조 및 제321조제2항의 규정은 그러하지 아니하다.

제339조(감정진술의 방식)

① 재판장은 감정인으로 하여금 서면이나 말로써 의견을 진술하게 할 수 있다.

② 재판장은 여러 감정인에게 감정을 명하는 경우에는 다 함께 또는 따로따로 의견을진술하게 할 수 있다.

적이고 객관적인 질의 응답이 가능하도록 유도하는 것도 한 방법이 아닐까 생각합니다.

셋째, 감정인 선정에 있어서 윤재운 부장님께서도 말씀하신 것처럼 ‘감정인선정전산프로그램’을 이용하여 무작위로 감정인을 선임하는 것보다는, 전문심리위원을 통하여 그 분쟁에 있어서 객관적이고 전문적인 지식과 경험을 갖춘 감정인을 복수로 추천받아 그 중에서 감정인을 선정하거나, 당사자들의 합의에 의한 감정인 지정 내지 외부기관의 추천을 받는 방법 등을 적극적으로 활용할 필요가 있을 것으로 생각합니다. 특히 요즘 건축, 토목 공학의 발전으로 신 공법으로 건설되는 대규모 구조물이 많이 등장하고 있는 현실에 비추어 볼 때 그 분야의 전문가를 감정인으로 지정하는 것이 사건 해결에 많은 도움이 될 수 있을 것으로 보입니다.

마지막으로 문서제출명령의 적극적인 활용 방안에 대한 저의 생각을 말씀드리겠습니다. 건설 소송의 유형 중 하나인 설계변경 또는 추가공사로 인한 공사대금 증가분 청구 소송의 경우에, 증대된 공사비에 대하여 당사자들 사이에 다툼이 있으면 감정인을 통하여 증가된 공사비를 산정하는 경우가 많습니다. 그런데, 이런 경우 감정인들이 공사비를 산정할 경우에 설계변경이나 추가공사 부분이 많을 경우에 감정에 많은 시간과 비용이 들어가고, 그 감정에서 나온 액수에 대하여 당사자들 사이에 많은 다툼이 있습니다. 그런데, 사실 추가공사 비용은 건축물을 시공한 시공사가 가장 정확한 비용을 알고 있음에도 불구하고, 자신이 들인 추가공사비용에 대한 자료(하도급업체와의 계약서, 작업일지, 세금계산서, 노임지급대장 등) 제출을 하지 않고 무작정 감정을 신청하는 경향이 있습니다. 사실 추가공사비 청구의 경우 시공사가 실제로 들인 추가공사비용에다가 적정한 간접비, 이윤 등을 더하면 될 것이므로 굳이 많은 시간과 비용을 들이면서 감정을 할 필요성이 있을지 의문입니다.

## 2. 건설관행과 법규상 문제점 - 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라고 함)상 관리인 제도의 문제점 및 건설공동수급체 중 일부의 부도, 입찰시 절차위반 등으로 인한 문제점

### 가. 집합건물법상 관리인 제도의 문제점

- (1) 요즘 전국 곳곳에 대형 상가 건물이 들어서고 있는데, 그 중 많은 대형상가들이 법적으로 집합건물로 분류되는 곳이 많이 있습니다. 그런데, 현행 집합

건물법은 1984년에 제정되었는바, 법 제정 당시에는 현재와 같은 대형 상가 건물이 거의 없어서 크게 문제가 되지 않았는데, 최근에 대형 상가 건물에 대한 관리권을 두고 다수의 이해당사자들 사이에 첨예한 분쟁이 발생하고 있는데, 입법의 미비 내지 모순이나 법률과 실제 생활과의 괴리로 인하여 법적 분쟁이 오히려 소송을 통하여 더욱더 번져지는 경우도 있습니다.

집합건물법 제23조(관리단의 당연설립등) 제1항에 의하면, ‘건물에 대하여 구분소유관계가 성립되면 구분소유자는 전원으로로서 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 구성한다.’고 규정하여 집합건물의 경우에 구분소유자들의 의사와는 아무런 관련 없이 당연히 관리단이 성립하게 됩니다. 그리고, 구분소유자가 10인 이상인 경우에는 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 과반수의 찬성으로 관리인을 선임하게 되어 있습니다(집합건물법 제24, 38조)

그리하여 현행 대형 상가의 경우 준공되어 보존 등기가 되는 순간부터 관리단이라는 것이 법률상 자동적으로 성립하게 되는데, 문제는 그러한 관리단을 대표하는 관리인이 부재인 경우가 매우 많은 실정입니다. 관리인이 선임되기 위하여는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수의 찬성이 필요한데, 상가의 시행사가 소유권을 가지면서 임대하는 형식의 경우에는 별다른 문제가 없으나, 그렇지 않고 상가를 분양하는 경우에는 관리인 선임을 위한 관리단집회 개최 자체도 현실적으로 매우 어렵고, 그러한 관리단집회에서 과반수 찬성을 얻는 자가 나오는 것도 매우 어려운 실정입니다. 그리하여 상가가 준공되어 입주자가 되더라도 상가 관리인이 없게 되어 상가 관리의 공백이 생기고 상가 소유자들의 재산권 행사에 많은 어려움이 있습니다.<sup>5)</sup>

이와 같이 관리단이라는 것은 집합건물법상 당연히 설립하는 것인데, 그와 같은 관리단의 법적 성격에 대하여 명시적인 대법원 판례는 없는 것으로 보이나, 집합건물법의 취지 등을 종합하면 법인격 없는 사단으로 보여 집니다. 그런데, 문제는 이러한 법인격 없는 사단인 관리단이 집합건물법에 의하여 당연히 성립되는데, 바로 그 대표자가 없는 경우가 상당수 있게 되고, 그와 같은 경우에 다수 당사자들인 구분소유자들의 이해관계 조정에 우리 법원이 적극적으로 나서서 법적 혼란 상태를 해결하여야 한다고 생각합니다.

집합건물법에 명시적인 규정은 없으나, 관리단은 있는데 관리인 자체가 애당

5) 예를 들면 공용 부분인 주차장 관리, 상가의 기계실, 전기실 관리, 수도 관리 등을 할 수 없어서 구분소유자들의 재산권 행사가 사실상 어렵게 됩니다.



초 없는 경우<sup>6)</sup>에는 구분소유자가 법원에 관리인직무대행자선임청구를 할 수 있는 권리 7)를 인정하여 법원에서 관리인직무대행자를 선정하면서 그 자에게 빠른 시일 내에 관리단집회를 개최하여 관리인을 선임하게 하는 등이 방법으로 다수 당사자들의 이해관계를 조속히 확정하여 구분소유자들의 재산권 행사에 지장이 없도록 하는 방안이 필요할 것으로 보입니다.

(2) 관리인의 업무 범위와 관련하여서는 다음과 같은 논란이 있습니다. 집합건물법 제25조에 의하면, 관리인은 ① 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위, ② 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위, ③ 관리단의 사업시행에 관련하여 관리단을 대표하여 행하는 재판상 또는 재판외의 행위, ④ 그 밖에 규약에 정하여진 행위를 할 수 있습니다.

그런데, 집합건물법 제16조에서 공용부분의 관리와 관련하여 제1항에서 ‘공용부분의 관리에 관한 사항은 제15조제1항 본문<sup>8)</sup>의 경우를 제외하고는 통상의 집회결의로써 결정한다.’고 규정하고, 제2항에서는 ‘제1항의 규정은 규약으로써 달리 정할 수 있다.’고 규정하고 있습니다.

이처럼 공용부분의 관리에 대하여 집합건물법 제25조에서는 관리인의 권한과 의무로 규정하여 놓고선, 집합건물법 제16조에서는 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의에 의한다고 하여 서로 모순되는 것처럼 보입니다. 그리하여 예컨대 계단에 광고물을 부착하는 행위를 하는 경우 광고주를 누구로 하고, 광고비를 얼마로 받을 지 또는 주차장을 관리함에 있어서 주차비를 얼마로 받을 지 등을 관리인이 혼자 결정하여 할 수 있는지, 아니면 이런 경우에도 관리단집회를 개최하여 과반수의 찬성을 받아야 하는지 문제가 됩니다. 이에 대하여 이러한 관리행위까지 일일이 관리단집회를 개최하여 과반수의 찬성을 요하게 하는 것은 무리이고, 그렇기 때문에 집합건물법에서 관리인에게 관리행위를 할 수 있는 권한을 주었다는 설과 공용부분도 결국은 구

6) 최초 관리인집회에서 관리인 선임이 되지 않거나, 아예 관리인집회가 개최되지도 못한 경우 등이 있습니다. 실제 우리나라 사례에서 상가가 개장된 이후에 약 10년 동안 적법한 관리인이 선임되지 않은 사례도 있습니다.

7) 집합건물법 제24조 제3항에 의하면 구분소유자에게는 법원에 관리인해임을 구할 권한은 있으나, 법원에 관리인을 선임을 구할 권한에 대하여는 명시적인 규정이 없습니다.

8) 공용부분의 변경에 관한 사항은 관리단집회에서 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상이 결의함으로써 결정한다.

분소유자들의 공유이므로 민법 제265조와 집합건물법 제16조에 의하여 구분소유자들의 과반수의 찬성이 필요하는 설<sup>9)</sup>이 있습니다.

공용부분이라는 것이 결국은 구분소유자들의 공유 부분이므로, 민법의 규정이나 집합건물법 제15, 16조의 규정 등에 비추어 보면, 공용부분의 관리, 변경은 관리단집회가 필요하다는 설이 일응 법리적으로 타당하여 보이나, 그렇다면 집합건물법 제25조는 과연 무슨 의미를 지는지 의문이 아닐 수 없습니다. 집합건물법 제25조에서 관리인이 공용부분의 보전, 관리, 변경을 위한 행위를 할 권한이 있다는 것이 단순히 관리단집회에서 결의된 공용부분의 관리 및 변경에 대한 사항을 집행하는 정도의 권한이라고 한다면 굳이 법률에서 관리인에게 공용부분의 보전, 관리, 변경을 위한 행위를 할 권한이 있다고 규정할 필요가 있을지 의문입니다(왜냐하면 관리단집회에서 공용부분의 관리 및 변경에 대한 사항을 정하면서, 이를 집행하는 것은 결국 관리단이고, 관리인이 관리단의 대표이므로 관리인이 그와 같은 일을 집행하는 것은 굳이 법률에 명시적인 규정이 필요 없기 때문입니다.). 한편, 관리인이 공용부분의 보전, 관리까지는 몰라도 구분소유자들의 결의 없이 변경을 위한 행위까지 할 수 있다고 해석하는 것도 역시 구분소유자들의 소유권 침해를 야기할 수 있어서 불합리하다고 보여지는바, 이에 대하여는 앞으로 보다 심도 있는 논의가 필요하다고 생각됩니다.

제 개인적인 관점에서는 공용부분의 관리와 변경을 구별하는 것이 법의 취지나 관행에 부합하는 해석이 아닐까 조심스럽게 생각합니다. 공용부분의 변경은 구분소유자들의 공유 부분에 변경을 초래하는 것으로 소유권 보전행위나 관리행위에 비하여 소유권의 제한 내지 침해의 정도가 심한 것이므로 관리단집회가 반드시 필요하다고 보여집니다. 그러나, 공용부분의 관리는 변경에 비하여 소유권 제한 내지 침해의 정도가 상대적으로 약한 점, 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의가 필요하지만 집합건물법 제16조 제2항에서 규약에서 달리 정할 수 있다고 규정하고 있는 점, 뒤에서 말씀드리는 것처럼 규약이 무효로 되는 경우에 있어서도 구분소유자들의 의사는 관리인에게 규약에서 정한 권한 등을 주는 것으로 추정할 수 있는 등에 비추어 보면, 공용부분의 관리를 위한 행위는 관리인이 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하지

9) 서울중앙지방법원에서 공용부분인 에스컬레이터 방향 변경에 대하여, 이는 공용부분의 변경에 해당하고, 공용부분의 변경은 집합건물법 제25조가 아닌 집합건물법 제15조에 의하여 관리단집회에서 3/4 이상의 결의가 필요하다고 판시한 사안이 있습니다.

않나 싶습니다. 물론, 그와 같은 관리인의 관리행위가 구분소유자들의 이익에 반할 경우에는 구분소유자는 집합건물법 제24조 제3항에 의하여 법원에 그 해임을 직접 청구할 수도 있으므로, 관리인의 전횡을 억제할 통제 장치도 있습니다.

- (3) 관리인의 임기와 관련하여 집합건물법에 명시적인 규정이 전혀 없습니다. 거의 모든 집합건물에서 최초 관리단 집회시 관리인을 선임하면서 동시에 규약도 제정하게 됩니다. 그리고, 거의 대부분의 규약에 관리인의 구체적인 권한 및 임기를 정합니다.

그런데, 관리인은 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 과반수 이상의 찬성으로 선임되는데 비하여, 관리단 규약의 설정은 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3이상의 찬성을 얻어야 합니다(집합건물법 제29조). 그런데, 여기서 최초 관리단집회가 개최되어 관리인 선임, 규약 제정 등을 하게 되는 경우에, 관리인은 구분소유자 및 의결권의 각 과반수의 찬성으로 선임되었는데, 규약이 의결정족수를 충족하지 못하여 제정되지 못하는 경우가 발생하는 경우가 상당수 있습니다. 그런데, 이와 같은 경우에 관리인을 선임하여 놓고서도 규약이 효력을 발생하지 못하여 관리인의 권한이 과연 어디까지인지, 관리인의 임기가 얼마인지 불분명한 경우가 발생하게 됩니다.

그런데, 관리단집회시 관리인을 선임한 구분소유자들의 의사는 비록 규약이 의결정족수를 충족하지 않는다손 치더라도 규약에서 관리인의 권한 및 의무, 임기 등에 대한 사항은 그 관리인선임시 그 관리인에 대한 사항으로 예정하고 있었던 것으로 볼 여지가 많기 때문에 비록 규약이 효력이 없다손 치더라도 관리인의 구체적인 업무 권한 및 의무, 임기 등은 규약이 적용된다고 봄이 상당할 것으로 보입니다. 집합건물법 제26 조 제2항에서도 집합건물법이나 규약에서 정한 사항 외에는 관리인의 권리의무는 민법상 위임의 규정을 준용한다고 하는 바, 위임자인 구분소유자들이 관리인을 선임할 당시의 의사는 결국 그를 관리인으로 선임하여 규약에서 정한 권리의무를 주고, 임기 역시 규약이 정한 바대로 된다는 가정 하에 관리인을 선임한 것으로 의사표시를 해석할 수 있기 때문입니다.

## 나. 건설공동수급체에서의 문제점

### (1) 건설공동수급체의 일부 구성원의 부도 등으로 인한 문제점

하나의 건설공사를 수 개의 건설업체가 공동 수주하여 공동 시공하는 공동도급계약의 건설공동수급체는 건설공사를 위하여 결성된 공동기업체라고 할 수 있습니다. 이러한 공동수급체의 법적성질에 대하여 우리 대법원은 “공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로 그 구성원의 일방이 공동수급체의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있다”고 하여 민법상의 조합으로 보고 있습니다(1997. 8.26.선고 97다4401판결, 2000.12.12.선고 99다49620판결, 2001. 2.23.선고 2000다68924판결 등). 공동수급체의 구성원이 미리 정한 출자비율에 따라 자금, 인원, 기자재 등을 출연하여 전체 공사를 공동으로 시행하고 이익배분 및 손실부담도 일정 비율을 정하여 산정하는 방식의 공동이행방식<sup>10)</sup>에 있어서는 특히 그러합니다.

그런데, 이와 같은 공동이행방식의 공동수급체에 있어서 구성원 중 일부가 회생절차에 들어가는 경우에 있어서 다른 구성원들과의 출자금 납부의무와 기성금에 대한 처리에 있어서 심각한 문제가 발생하게 되는 경우가 많이 있습니다.

관급공사에 있어서 도급인인 발주자는 공동도급계약운용요령(회계예규 2200.04-136-12 2006. 5.25) 제11조에 따라 공동수급체의 대표자가 담당 공무원에게 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 공사대금청구신청서를 제출하면 신청된 금액을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하고 있습니다. 이는 대표자가 도급인으로부터 기성금을 수령하고도 구성원에게 그 지급을 지체하거나 유용하는 일이 많아 분쟁이 잦아지자 이를 막기 위한 편법으로 1997. 1. 1. 공동도급계약운용요령을 개정하여 실무상 처리하고 있을 뿐이며, 공사대금채권이 조합이 가지는 채권이라는 그 법적 성질이 변경되지는 않습니다. 우리 대법원도 “도급인이 공동도급계약운용요령에 따라 공사대금채권을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하고 공동수급체가 그와 같은 지급방식에 의하여 그 대금을 수령한 사정만으로 조합 구성원 사이에 민법규정을 배제하려는 의사가 표시되어 있

10) 공사 구간을 나누어서 각자 맡은 구간을 시공하거나, EPC(Engineering, Procurement, Construction, Commissioning) Turn-Key 방식에서 설계(Engineering), 구매(Procurement), 시운전(Commissioning)은 한 업체가 하고, 시공(Construction)은 다른 업체가 하는 분담이행방식의 경우에 그와 같은 공동수급체의 법적 성질이 무엇인지에 대하여는 대법원의 명시적인 입장이 없는 것으로 보입니다.

다는 등 특별한 사정이 있었다고 할 수는 없으므로 공사대금채권은 조합원에게 합유적으로 귀속되는 조합채권으로서 조합원 중 1인이 조합의 채무자에 대하여 출자비용에 따른 급부를 청구할 수 없다”고 판시(2000.11.24.선고 2000다32482판결)하고 있어 공사대금지급이 공동수급체 구성원 개인에게 직접 이루어진다고 하여 공사대금채권이 구성원의 개별적 채권으로 바뀐 것으로는 볼 수 없습니다.

또한, 공동수급체의 공사대금채권에 대하여 개별 구성원에 대한 채권자로부터 압류나 가압류가 집행되는 일이 자주 있는데 이처럼 조합재산인 공사대금채권에 대하여 이루어진 압류는 채무자 소유 아닌 제3자 소유의 재산을 대상으로 한 것으로 당연 무효(대법원 2001. 2.23.선고 2000다68924판결, 대법원 1997. 8. 26. 선고97다4401판결)입니다.

즉, 공동이행방식의 공동수급체는 하나의 건설 공사 완공을 목적으로 하는 하나의 독립된 사업체인 조합체인데, 그와 같은 조합체와 도급인 사이에서의 법률관계는 조합체를 구성하는 개개의 조합원과 도급인 사이의 개별적인 법률관계로 해결할 수 없고, 하나의 독립된 사업체인 조합체와 도급인과의 법률관계로 해결하는 것입니다. 그렇기 때문에 우리 대법원 판결처럼 도급인에 대한 공사대금채권이 조합원 개개인에게 그 지분비율에 따라 개별적으로 귀속되는 것이 아니라, 조합을 이루는 조합원들 모두에게 합수적으로 귀속되는 것이고, 반면 조합을 구성하는 조합원들은 모두 연대하여 그 공사완공을 책임져야 할 의무가 있는 것입니다.

그런데, 여기서 공동수급체의 한 구성원이 회생절차에 들어갔을 경우에 문제가 발생합니다. 보통 공동수급체의 경우 그 구성원들은 발주처로부터 받은 기성금을 재원으로 하여서 조합인 공동수급체(보통은 업무집행조합원인 주간사)에게 자신의 지분 비율대로 출자금을 납부합니다. 그리하여 발주처는 회생절차에 들어간 구성원에게도 그 구성원의 지분비율대로 기성금을 지급하는데, 그 구성원은 회생절차에 들어갔다는 이유로 공사의 완공을 위하여 필요한 공사비용 지급을 거부하는 경우가 자주 발생합니다.

그런데, 이를 법률적으로 분석하면, 비록 발주자의 공사기성지급이 각 구성원 지분에 따라 각 구성원으로 지급된다 하더라도 그 기성금 위 대법원 판결의 취지 및 조합의 법리에 따라 각 구성원의 재산이 아니라 각 구성원과 별개인 공동수급체인 조합의 재산인 것입니다. 그러므로 발주처로부터 받는 기성금 등 공동수급체와 관련된 모든 재산은 조합인 공동수급체에 귀속되어야 하는

재산이고, 발주처로부터 기성이 지급되면 이는 조합체의 재산이 되고, 각 조합원은 이를 조합에 반환할 의무를 부담합니다. 따라서 기성금이 직접 구성원에 지급되었다고 하더라도 이는 구성원의 재산이 아니라 조합의 재산이므로 구성원의 회생절차가 적용될 수 없으며, 단지 구성원이 조합에 대하여 갖는 권리의무가 회생절차의 적용대상이 된다 하겠습니까.

따라서, 발주자에 대하여 조합이 갖는 기성금은 조합에 합수적으로 귀속되어야 하는 반면, 조합의 구성원은 조합에 대해서 공사를 시행하고, 나중에 최종적으로 조합의 손익에 따라서 정산을 받는 쌍무적인 권리, 의무를 부담하는 것에 불과하다고 할 것인바, 이러한 조합계약이 회생절차개시 당시 해지된 바 없다면 조합계약관계는 미이행쌍무계약이라고 보아야 할 것입니다. 그런데, 구성원이 조합관계의 일원으로 남아 공사를 계속 진행할 것을 선택한 이상 그 구성원은 조합계약상의 권리의무를 회생절차진행에 관계없이 이행하거나 청구할 수 있는바, 조합이 구성원의 회생절차 개시 전에 구성원이 지급받은 기성금을 조합에 반환청구할 권리가 회생채권으로 분류될 수는 없는 것입니다.

만약 그와 같이 처리되지 않는다면 공동수급체의 공동목적은 달성할 수 없을 것이고, 이렇게 된다면 현재와 같이 매우 어려운 경제사정하에서 각 공동수급체 구성원에게 또한 그 부담을 전가하는 것이 되고 말 것입니다. 즉, 공사를 수행하기 위하여 필요한 비용은 공동수급체인 조합 구성원이 자신들의 지분비율에 따라 이를 납부하여야 하는데, 어느 한 구성원이 회생절차에 들어갔다고 하여 자신이 조합체에 이행하여야 할 출자의무를 제대로 이행하지 아니하면서, 반면에 발주처로부터 공사에 대한 대가로 지급되는 기성금은 혼자 차지하게 된다면, 공동수급체를 형성한 다른 구성원들은 이중으로 비용을 부담하게 되어 심히 형평에 맞지 않게 되는 것입니다.

(2) 건설공동수급체 중 일부의 위법행위로 인한 나머지 수급체들의 문제 - 낙찰자 결정이 효력 등

공동수급체를 구성하는 한 구성원이 입찰시 다른 경쟁 공동수급체보다 유리한 위치를 차지하기 위하여 발주처 직원에게 금품을 지급하거나, 입찰안내서에 나와 있는 각종 입찰시 지켜야 할 규정을 지키지 않았는데, 그와 같은 사실이 나중에 밝혀질 경우에 낙찰자로 선정된 공동수급체에게 어떤 영향이 있는지에 대하여 많은 논의가 있습니다.

이와 관련하여서 아직 우리나라 대법원 판결은 없는 것으로 보이는데, 두가지 견해가 있을 수 있을 것 같습니다.

먼저, 일반적으로 공동이행방식의 공동수급체는 민법상 조합에 해당하지만, 공사도급 및 공사완공을 공동의 목적으로 하여 하나의 입찰자로서 입찰에 참여하여 낙찰자가 되며, 하나의 계약당사자로서 도급계약을 체결하는 점 등에 비추어 보면, 공동수급체 중 일부 구성원에게 위와 같은 위법행위는 공동수급체의 낙찰자 지위에 영향을 미친다고 보는 견해가 있습니다.

반면에, 공동수급체는 조합에 불과하고, 무슨 법인격을 가지는 것도 아니며, 위법행위를 하지 않은 나머지 구성원들만으로 공동수급체를 형성하더라도 입찰의 공공성이나 공정성에 중대한 하자가 있는 것은 아니라는 이유로 그와 같은 위법행위를 한 자만을 낙찰자나 계약자의 지위에서 박탈하고, 나머지 구성원들로 공동수급체를 형성하여 그대로 낙찰자나 계약자의 지위를 유지할 수 있다는 견해가 있습니다.

그리고, 그와 같은 위법행위를 한 자가 업무집행조합원인 주간사나 여부에 따라 주간사이면 공동수급체 자체의 낙찰자나 계약자 지위에 영향을 미치고, 그렇지 않으면 그와 같은 행위를 한 구성원만 제외될 뿐이라는 견해가 있습니다.

사실 관급공사의 경우 그 입찰금액이 매우 크고, 낙찰자로 선정된 이후에 다른 구성원의 위법행위가 밝혀져서 계약을 체결하지 못한다거나 하는 경우에 공동수급체의 다른 구성원들에게는 불측의 막대한 손해가 가는 것이 사실입니다. 반면에 입찰에서 탈락한 다른 업체들의 경우에도 그와 같은 위법행위가 없었다면 그 공동수급체가 낙찰자가 될 수 없었을 것인데도 그 자만으로 제외하고 나머지 구성원들로 된 그 공동수급체가 계속 공사를 진행한다면 오히려 형평에 반할 수도 있습니다.

이와 같은 법적 논쟁을 불식시키기 위하여는 하루 빨리 국가계약법 등에서 이에 대한 명시적인 규정을 제정할 필요성이 있을 것으로 보입니다.

■ 건설소송 심리의 적정화 및 전문화를 위한 개선방안

## 지정토론요지

서울대학교 법과대학/법학전문대학원 김 종 보

### 1. 서 론

급증하는 건설관련 소송과 그 소송의 특성에 대해 전문재판부가 신설되어 충분히 검토되고 있고, 오늘 윤부장님의 발표도 그간의 성과를 반영하는 것으로 생각합니다. 저는 건설소송과 관련된 공법적인 측면에 국한하여 입장을 밝히는 것으로 제 토론을 한정하겠습니다.

### 2. 건설소송과 공법규정

건설소송은 민사법과 행정법의 양쪽 측면을 공히 가지고 있는 것이므로 그것이 비록 민사소송으로 제기되는 경우라 해도 그 해결을 위해 동원되는 공법규정에 대한 체계적 이해를 전제로 합니다. 따라서 건설소송의 분류나 또는 유형화를 위해 반드시 건설산업기본법이나 주택법, 도시 및 주거환경정비법과 같은 공법조항이 기준으로 설정되어야 할 것입니다.

물론 건설소송의 초기단계에서 건설전문부가 자리를 잡아 나가는 과정에서 그에 대해 충분히 준비할 것을 요구하는 것은 무리이겠지만 건설전문부의 도입이 10년 넘은 지금의 상황에서는 관련규정에 대한 체계화와 소송절차의 특수성이 더 세밀하게 검토되어야 합니다.



### 3. 재판관할의 조정

건설소송 중 일부는 행정소송으로 조정될 필요성이 높지만 건설소송을 전담하는 부서에서 이에 대해 충분히 공감대가 형성되어 있는지 의문이 있습니다. 최근 재건축, 재개발사건에 대해 주요 소송을 행정소송으로 이송한 대법원 전원합의체 판결 및 대법원 판결(2008다60568 등)처럼 오랜 시간을 들여 민사소송으로 진행되다가 행정소송으로 전환되는 예들이 발생할 수 있습니다. 행정소송의 대상이 되어야 할 소송 중의 상당수가 여전히 건설소송이라는 이름으로 민사소송으로 취급되고 있을 수 있다는 점에서 건설소송과 행정소송의 관계를 재정립할 필요성이 높습니다.

### 4. 주택법과 집합건물법상의 하자담보책임

집합건물법에 의해 준용되는 민법과 그에 의한 하자담보책임은 주택법에 의해 소멸되거나 단축되지 않는 것으로 해석한 종전의 대법원 판례의 태도에 찬성하며, 주택법에 의한 하자보수는 별개의 제도로 해석해 입주자를 두텁게 보호하는 것이 옳습니다. 주택법에도 관련규정을 신설해 “제○○항에 의한 하자보수청구는 민법과 그 밖의 법률에 의한 하자담보책임에 영향을 주지 않는다”는 조항을 두면 해결될 일입니다.