

獨逸法上 建築士契約의 法的性質에 관한 小考

소재선*

- I. 서론
- II. 독일에서의 建築士의 業務
- III. 獨逸法上 建築士契約의 法的性質
- VI 독일법상 建築士契約의 法的性質에 관한 學說·判例의 주이
 - 1. 設計契約
 - 2 建築指揮契約
 - 3 設計 建築指揮契約
- IV 결론

I. 서론

본고는 독일에서의 건축사계약의 법적성질을 둘러싼 제 논의를 학설 및 판례의 변천에 한정해서 살펴 보고자 한다. 생각건대 독일법과 한국법은 그 법적 구조가 다르기 때문에 독일법상의 논의를 그대로 우리나라에 도입하는 태도는 바람직 하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 반드시 유익하지도 않다. 그러나 사회적으로 대단히 큰 비중을 차지하고 있는 각종 건축·토목사업의 발전과 그 이면에 숨겨진 사고의 처리상 피해자들의 보상문제에서 건축사는 어떠한 범위에서의 책임을 부담하여야 하는지는 살펴볼 필요성이 증대하고 있는바, 이 경우 그 책임을 묻기 이전에 과연 건축사계약의 성질을 어떻게 보아야 하는가는 하는 점은 민사법상의 중요한 과제의 하나라 생각이 된다. 본고는 특히 건축기술의 선진국이자 전형계약의 여러형태에서 우리나라 각종 제도에 많은 영향을 준 독일법 중에서 종래부터 상당히 많이 논의가 되어왔던 “건축사계약의 법적성질”에 관하여 독일의 판례와 학설을 정리하는 범위에서 검토하여 보도록 하겠다

* 경희대법대교수·법학박사·법무부민법개정심의위원회위원

II. 독일에서의 建築士의 業務

독일에서의 建築士의 주된 업무는 "設計"(Planung) 및 "建築指揮"(Bauleistung) 인데 이는 법률(업무보수규정)상의 개념이라기 보다는 독일의 문헌에서 자주 이용되는 강학상의 건축용어이다 특히, "建築指揮"라는 개념은 獨逸帝國法院(Reichsgericht)¹⁾에서 부터 유래한 것이고, 후술하는 GOA(Gebührenordnung für Architekten = 建築家業務報告規程: 이하에선 GOA라 하였음)는 "最高指揮" 및 "現場監督"을 포함하는 상위의 개념이다²⁾

독일의 建築士業務報告規程(GOA)은 1950년 10월 13일에 制定³⁾되었으며, 건축사의 업무로서 設計業務(GOA 제19조 1항a 내지 e), "最高指揮"(Oberleitung' 동법 제19조 1항 f 및 g) 및 "現場監督"(Bauführung' 동법 제19조 4항)을 규정⁴⁾하고 있다

設計業務는 "豫備設計"(Vorentwurf: GOA 제19조 1항a), "基本設計"(Entwurf' 동법 제19조 1항b), "建築許可申請書類"(Bauvorlagen: 동법 제19조 1항c), "材料計算 및 工事費計算"(Massen- und Kostenberechnung. 동법 제19조1항d) 및 "實施設計"(Aufführungszeichnungen: 동법 제19조 1항e)로부터 완성 된다⁵⁾.

"最高指揮"는 "藝術上的 最高指揮"(künstlerische Oberleitung' GOA 제19조1항f) 내지 "技術的, 事務的 最高指揮(technische und geschäftliche Oberleistung' 동법 제19조1항g)로부터 完成 된다⁶⁾.

전자는 조형의 세목에 관한 건축물의 건축의 감독이고, 후자는 건축물의 기술적 시공에 관한 일반적인 감독 및 필요한 諸契約의 준비·견적의 사정·견적액 및 종국적인 공사비의 확정을 그 내용으로 한다⁷⁾. 이에 대해서 "現場監督"은 현장에 있어서의 건축시공의 감독이고, 기술면에서 건축사의 圖面·指示·命令과 공사가 일치되고 있

1) Kromer/Christoffel, Das Architektenrecht, 1955, S. 84.

2) Vgl. Hess, Die Haftung des Architekten für Mangel des errichteten Bauwerks, 1966, S. 26,

3) Vgl. Ludwigs, Der Architekt, 1964, S. 255

4) Vgl. a.a.O., S. 317 ff

5) Vgl. Dies. a.a.O., S. 317 f

6) Vgl. Dies, a a O., S. 318

7) Vgl. Dies a.a.O., S. 318

는지 여부의 감독, 기술준칙·제법규의 준수, 공사·건축자재의 수령, 결산에 필요한 측정검사 및 정확성·계약 적합성에 기초를 두는 모든 계산서의 확인 등으로 완성 된다⁸⁾. 또한 현장 감독은 건축현장을 때때로 방문하는 것만으로 충분하여 최고지휘와는 대조적으로 건축현장과와의 끊임없는 접촉, 즉 건축현장의 계속적이고 집중적인 감독을 필요로 한다⁹⁾.

그후 동법은 1977년 1월 1일에 GOA가 HOAI(Honoraordnung für Architekten und Ingenieure = 建築家·技士業務報酬規程: 이하에선 HOAI라 하였음)로 대체 시행되게 된다¹⁰⁾. HOAI에서는 건축가의 업무를 아래와 같이 규정하고 있다¹¹⁾. 즉, "基本調査"(Grundlagenmittlung: HOAI 제15조 2항 1호), "豫備設計"(Vorplanung: 동법 제15조 2항 2호), "基本設計"(Entwurfplanung: 동법 제15조 2항 3호), "建築確認申請書類의 作成"(Genehmigungsplanung: 동법 제15조 2항 4호), "實施設"(Ausführungsplanung: 동법 제15조 11항 5호), "委託의 準備"(Vorbereitung der Vergabe: 동법 제15조 1항 6호), "委託의 協力"(Mitwirkung bei der Vergabe: 동법 제15조 2항 7호), "現場監督"(Objektüberwachung: 동법 제15조 2항 8호) 및 "巡廻·點檢 및 記錄"(Objektbetreuung und Dokumentation: 동법 제15조 2항 9호) 등이다.

GOA와 HOAI의 각각 규정되고 있는 건축가의 업무 내용을 비교하여 보면, GOA 제19조 1항a는 HOAI 제15조 2항 1호 및 2호에, GOA 제19조 1항b는 HOAI 제15조 2항 3호에, GOA 제19조 1항c는 HOAI 제15조 2항 4호에, GOA 제19조 1항d는 HOAI 제15조 2항 6호 및 7호에, GOA 제19조 1항e는 HOAI 제15조 2항 5호에, GOA 제19조 1항f는 HOAI 제15조 2항 5호 내지 8호에, GOA 제19조 1항g는 HOAI 제15조 2항 6호 내지 8호에, GOA 제19조 4항은 HOAI 제15조 2항 8호 내지 9호에 대응 한다¹²⁾.

이상과 같이, 독일에 있어서의 건축사의 업무 내용은 복잡하게 분류하고 있지만, 본고에서는 편의상 "設計" 및 "建築指揮" 라는 용어를 사용하도록 하겠다.

8) Vgl. Dies a.a.O., S. 320

9) Werner/Pastor, Lexikon des Baurechts, 4. Aufl., 1980, S. 69 f.

10) Dies., Rechtsfragen beim Bauen, 7. Aufl., 1989, S. 127.

11) Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 5. Aufl., 1989, S. 21 ff

12) Vgl. Hesse/Korbion/Mantscheff, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 2. Aufl., 1983, S. 344

III. 獨逸法上 建築士契約의 法的性質

우리나라의 건축설계감리계약에 해당하는 것으로 독일에서는 건축사계약(Architektenvertrag)이라는 것이 있다. 이는 독일민법상 규정이 없는 비전형계약의 유형에 속한다. 건축실무에 있어서도 일의적인 建築士契約이라는 것은 존재하지 않는다¹³⁾. 그래서, 독일의 판례 및 학설에서 건축사계약이 도급계약의 영역(Werkvertrag: 독일민법 제631조 이하)에 속하는 것인지 고용계약의 영역(Dienstvertrag: 독일민법 제611조 이하)에 속하는 것인지를 문제를 둘러싸고 지난 수십년에 걸친 대 논쟁이 계속되어 왔다¹⁴⁾.

건축사계약을 도급계약 혹은 고용계약의 어느 것으로 보느냐에 따라서 본질적인 차이가 발생하기 때문이다. 즉, 도급계약으로 보는 경우에는 일의 完成이 의무 지워지는데 반하여 고용계약으로 보는 경우에는 노무만이 의무 지워지는 것이 된다. 또한 도급계약으로 볼 경우에는 건축사는 건축주에 대하여 瑕疵擔保責任(無過失責任)을 부담 하지만, 고용계약의 경우에는 債務不履行責任(過失責任)을 진다. 반면 도급계약으로 볼 경우 瑕疵擔保請求權을 행사할 수 있는 기간이 단기소멸시효에 해당하여 5년(독일민법 제638조)이 되지만¹⁵⁾, 고용계약으로 볼 경우의 손해배상청구권은 행사할 수 있는 기간이 30년(독일민법 제195조)이 되어 큰 차이가 있다.

또한 고용계약으로 볼 경우 고용계약이 계약기간만료 전에 고지된 경우 건축사는 건축주에 대하여 자기의 既給付에 대응하는 부분에 따라 보수를 청구할 수 있는데 지나지 않는다(독일민법 제628조 1항). 이에 대해서 도급계약으로 볼 경우 건축사는 건축주에 대해서 계약의 소멸로 절약된 비용 등을 공제한 보수 전액을 청구할 수 있다(독일민법 제649조)¹⁶⁾.

이상에서 건축사계약을 고용계약 혹은 도급계약의 어느 것으로 보느냐에 따른 법률 효과의 차이를 간단하게 확인해 보았다. 독일에서의 建築士契約의 法的性質은 독일연방법원(BGH)의 1981년 10월 22일 판결¹⁷⁾에서 세운 원칙에 따라 지속적으로 도급계

13) Werner/Pastor, Rechtsfragen beim Bauen, 7. Aufl., S. 122.

14) 이에 관하여 독일민법상 위임계약은 무상이기 때문에 문제가 되지 않으며 따라서 우리나라와 같이 도급인가 준위임인가 라는 형태에서의 분쟁은 없다.

15) Vgl. BGHZ 37, S. 341

16) Locher, Das private Baurecht, 4. Aufl., 1988, Rn. 221

약으로 보고 있다.

이하에서 건축사계약을 도급계약으로 판시한 판례의 태도를 따를 경우 법률효과에 대해서 살펴보도록 하겠다.

建築士의 "일"(設計, 建築指揮)에 瑕疵가 발생한 경우 건축주는 원칙적으로 먼저 독일민법 제633조 2항에 의해서 瑕疵補修請求權을 가진다. 즉, 건축주는 먼저 建築士에 대해서 瑕疵의 除去를 청구할 수 있고, 만약 建築士의 하자 제거가 지체되었을 경우에는, 건축주가 스스로 건축가의 비용으로 하자를 제거시킬 권리가 주어진다(독일민법 제633조 4항). 그런데, 여기서 주의를 요하는 것은 건축주의 하자보수청구권은 설계의 하자가 건축물에 아직 미치고 있지 않은 경우, 즉 하자있는 설계를 따른 건축이 아직 진행되고 있지 않은 경우에 한해서 고찰의 대상이 된다. 따라서 건축사에 대한 건축주의 하자보수청구권은 원칙적으로 建築施工前段階 즉 설계의 단계에서만 관계되고 있고, 이 경우 건축가는 설계의 하자를 수정할 수 있다. 이에 반하여, 하자있는 설계에 따라 이미 건축이 개시되어 버린 경우에는 단순한 설계변경만으로는 건축주의 입장에서는 무의미하기 때문이다.

동일한 사항의 하자에 대한 것으로 건축지휘가 있는데, 건축지휘에 하자가 있는 경우에도 그 하자를 제거하는 것은 불가능하다. 이 경우 건축주는 건축사에 대해서 건축물의 하자로부터 발생한 손해에 대해서 배상청구를 할 수 밖에 없는 것이다.

상기 하자보수청구권에 관하여 기술된 설명은 건축사계약의 해제 또는 건축사에게 보수감액을 청구하는 건축주의 청구권에 대해서도 가능하다. 즉, 독일민법은 건축주가 하자를 제거하기 위해서 상당한 기간을 정하고 건축사가 이 기간 경과후 하자의 제거를 거절하는 의사를 표시할 때에는, 계약의 해제권과 보수감액권이 건축주에게 주어진다(제634조 제1항). 이 기간의 경과후 건축주는 계약을 해제하거나 또는 건축사의 보수를 감액할 수 있다. 그러나, 여기서 주의할 필요가 있는 것은 해제에 따른 보수감액청구권의 행사에 의해 건축주에게 이익이되는 경우가 거의 없다는 점이다. 즉, 해제 및 감액은 건축사의 보수청구권에 영향을 주는 것에 지나지 않고, 건축개시 후에는 건축사의 일에 만약 하자가 있다면, 그 하자는 건축물로 이행되어 버릴 것이기 때문에 결국 건축물의 하자로부터 생긴 손해는 통상 건축사의 보수청구권의 범위 내에서 갚아지는 것이기 때문이다.

건축주는 건축사의 일에 부수되어 발생한 하자가 건축사의 책임으로 돌려지는 것이 마땅한 사정에 기인할 때 언제나 해제 및 감액에 대신해서 건축가에 대해서 채무불이

행에 따른 손해배상청구권을 행사할 수 있는 것이다(독일민법 제635조). 즉, 독일민법 제635조에 의한 손해배상청구권을 행사하기 위해서는 건축사에게 과실이 있고, 더구나 건축사가 행한 일의 하자가 건축물에 직접 나타나지 않으면 안된다¹⁸⁾.

이상의 점들을 근거로 독일의 판례 및 학설에 있어서 건축사계약의 법적성질이 어떻게 풀이되고 있는가를 설계계약, 건축지휘계약, 설계·건축지휘계약으로 나누어 설명하도록 하겠다.

VI. 독일법상 建築士契約의 法的性質에 관한 學說·判例의 추이

1. 設計契約

건축사계약이 설계만으로 완성되는 경우에 대해서 독일제국법원은 아래의 판결에서처럼 이를 都給契約으로 보고있다.

1) 獨逸帝國法院¹⁹⁾

Y(피고, 도미니코회수녀)가 요양소를 건설하기 위하여 건축사에게 설계를 위탁했다 이 건축사로 부터 보수청구권을 양도받은 X(원고)가 Y에게 그 지급을 청구할 무렵 Y가 소멸시효의 항변을 제기했다. 이 사안에서 독일제국법원은 설계도의 작성을 내용으로 하는 계약은 도급계약이라고 하여, 단기소멸시효(고용계약으로 보는 경우는 독일민법 제196조 제1항 7호에 의해 2년의 소멸시효에 걸린다)의 항변을 배척하고 X의 청구를 인용했다.

이 판결의 입장은 그 후에도 제국법원 및 하급법원에 의해 계승되었고, 학설에서도 통설이 되었다²⁰⁾. 연방최고법원도 아래 다음의 판결에서 제국법원의 견해를 계승한다

2) 獨逸聯邦最高法院²¹⁾

18) Vgl., Werner/Pastor, a a O., S 156 ff

19) RGZ(1919년 11월 7일 판결), RGZ 97, S 122

20) Vgl., Hess, Die Haftung des Architekten für Mangel des errichteten Bauwerks, 1966, S 40

21) BGHZ(1959년 11월 26일판결); BGHZ 31, 224

Y(피고, 건축주)는 주택의 건설을 하면서 X(原告, 建築士)에게 設計, 最高指揮와 現場監督을 위탁했다. X가 Y에 약정한 보수를 청구했을 때, Y가 X의 계약위반에 따른 손해를 입었다고 주장하는 事案이다.

본 판결은 건축사에게 설계 및 건축지휘가 위탁된 경우이지만, 독일연방법원은 부론에서 설계만으로 완성되는 건축사계약에 대해서도 언급하고, 설계도 그것 자체가 도급계약상의 일인 것은 의심이 없으나 건축사의 정신노동은 특히 설계도에 구현된다고 하여 이것이 도급계약인 것을 시사하고 있다. 이 판결의 입장은 그 후에도 연방법원이 계승하게 되고²²⁾, 학설도 연방법원의 태도를 좇아 통설²³⁾로 되어 있다.

2. 建築指揮契約

建築士契約이 건축지휘만으로 완성되는 경우에 대해서, 獨逸帝國法院은 1906년 5월 18일 판결에서²⁴⁾ 이를 고용계약이라 판시하고 있다. 즉, 건축사가 설계에 따른 비용전적을 빼고 건축지휘업무만을 위탁한 사안에서 독일제국법원이 건축사의 건축지휘상의 노무는 고용계약(독일민법 제611조)의 의미에서의 勞務 특히 계속적인 勞務로서 특징지우고 있다. 그후 독일연방법원(1959년 11월 26일)의 판결²⁵⁾에서 建築指揮(最高指揮) 및 현장감독의 쌍방 또는 일방이 건축사계약의 유일한 목적인 경우에는 고용계약으로 풀이하는 것이 타당하다고 하여 건축지휘만으로 완성되는 건축사계약이 고용계약인 것을 시사하고 있고, 더구나 1960년 4월 21일의 판결²⁶⁾에서는 이것을 확정적으로 고용계약이라고 판시하고 있다.

학설도 이 계약을 대체로 고용계약으로 풀이하고 있지만²⁷⁾, 이 판례의 견해에 異

22) Vgl., Hess, a.a.O., S. 40.

23) Palandt/Thomas, BGB, 49. Aufl, 1990, Einführung vor §631 Anm 5; Soergel/Muhl, BGB, 11. Aufl, 1980, vor §631 Rn. 66 ff, Erman/Seiler, BGB, 8. Aufl., 1989, vor §631 Rn. 12; Münchener Kommentar/Sorgel, 2. Aufl., 1988, §631 Rn. 50, Jauerling/Schlechtriem, BGB, 5. Aufl, 1990, vor §631 Anm. 4; Brox, Besonderes Schuldrecht, 16. Aufl., 1990, S. 162; Larenz, Schuldrecht, II/1, 13. Aufl., 1986, S. 343.

24) RGZ 63, S. 312.

25) BGHZ 31, S. 224

26) NJW 1960, S. 1198.

27) Vgl. Krukenberg, Der Architektenvertrag, 1967, S. 17

論을 제기하는 견해가 있다. 예컨대 Neumann-Duesberg²⁸⁾는 건축지휘를 하는 건축사에게 동시에 설계를 위탁하고 있다면, 그것은 건축물의 건축에 있어서 중대한 일이 아니라 설계 및 건축지휘로 완성되는 건축사계약의 법적성질과 건축지휘(최고지휘 및 현장감독의 쌍방 혹은 일방) 만으로 완성되는 건축사계약의 그것과를 동일하게 보아야 마땅하다고 하여 이것을 도급계약으로 본다. 또한 von Nordenflycht²⁹⁾ 건축지휘로부터 완성되는 건축사계약의 목적은 계속적인 노무의 급부가 아니라 통일적인 일, 즉 건축물을 건축한다는 비물질적인 결과라고 하고, 최고지휘 및 현장감독 혹은 최고지휘만으로 완성되는 건축사계약을 도급계약으로 풀이하고 있다.

그러나, Von Nordenflycht는 현장감독은 최고지휘와의 관계에서 그 독자성을 잃기 때문에 현장감독만으로 완성되는 건축사계약에 대해서 이것을 고용계약으로 풀이하고 있다. 이러한 비판에도 불구하고 건축지휘만으로 완성되는 건축사계약이 고용계약이라는 견해는 그 후에도 독일연방법원의 제판결에서 확인되고 있고³⁰⁾, 독일연방법원은 아래의 판결에서 종래의 판례를 변경하여 이를 도급계약이라 판시하게 된 것이다.

1) 獨逸聯邦法院³¹⁾

Y1 회사(피고, Y2 피고는 그의 사원)이 보양소의 건설을 맡았고, X(원고)에게 현장감독을 위탁하고 X가 건축가 A 및 B를 시켜 이 일을 행하게 한 사안에서 연방법원은 판결 이유중에서 다음과 같이 설시하고 있다. 즉, 현장감독(GOA 제19조 4항) 만을 목적으로 하는 건축사계약은 도급계약이다. (중략) ... 현장감독만이 위탁된 건축사에게는 무수한 개별적 급부에 의해 건축물이 설계된다 즉 허가된 설계도를 따라 하자없이 완성되는 결과를 가져오지 않으면 안 된다 물론, 이러한 건축사에게 기대되는 것은 건축물이 저절로 건축하는 것이 아니라 건축물이 설계에 따라 하자없이 완성하는 것처럼, 건축도급인 및 기타의 건축관계자의 노동을 지휘하고 조정하고 감독하는 것이다. 건축지휘만을 하는 건축가도 그 한계로 설계를 하는 건축가, 건축도급인 및 경우에 따라서는 투입되는 특수전문가와 병행하여 건축물의 실현에 공헌하지 않으면 안 된다. 그의 공헌은 건축물이 결실되지는 않았어도, 그것을 설계한 건축가

28) Neumann-Duesberg, BIGBW 1963, S. 345

29) Von Nordenflycht, Leitfadens durch das Bau- und Architektenrecht, 1950, S. 74

30) Vgl. Werner/Pastor, aaO, S. 124

31) BGH(1981년 10월 22 판결), BGHZ 82, S. 100

의 공헌에서의 결함이 없었는지, 설계도와의 일치성 및 하자가 없는 지 여부 등이 현장감독을 하는 건축사에게 의무지워진다. 이와같이, 독일연방법원은 건축지휘만으로 완성되는 건축사계약을 도급계약이라 판시하고, 현재의 판례에 있어서도 건축사계약이 도급계약이라고 보고 있으며, 학설도 대체로 상기한 독일연방법원의 견해를 지지하고 있다³²⁾.

3. 設計·建築指揮契約

建築士契約이 設計 및 建築指揮로부터 완성되는 경우 獨逸帝國法院은 그 法的性質에 대해서 판단을 내리기 이전에 이미 이 주제에 관계된 判決 2건을 소개한다.

1) 뉘른베르크고등법원³³⁾

본 판결의 사안은 명확하지는 않지만 판결이유 등에서 추측컨대 대략 아래와 같다. X(원고, 노인주택을 관장하는 프랑크푸르트의 관청)가 노인주택의 건설을 하면서, Y(피고, 建築士)에게 설계 및 공사의 감독을 위탁했다. 건물이 완성된 후 경사가 생겨 대규모의 수리가 필요하게 되었다. 그런데, X는 Y가 하자있는 建築法 즉 가구구제(gesprengtes Gebalk)를 사용한 것이 건물경사의 원인이라고 하여 Y에게 손해배상을 청구한다. 이에 대하여 Y는 건물경사의 원인은 건축 도급인의 시공의 하자에 있다고 해서 다투게 된 사건이다.

본 판결에서 뉘른베르크고등법원은 Y는 건물의 건설 전체를 총액으로 맡은 것이 아니라, 오히려 건설은 개별적으로 X의 계산에 의해서 행해지고, Y는 단순히 그 노무에 따라 정액의 보수를 받았음에 지나지 않는다고 하여, X-Y간에 체결된 계약은 도급계약이 아니라 고용계약 또는 위임계약 이라고 판시한다.

2) 볼펜뷰텔고등법원(OLG Wolfenbittel)³⁴⁾

32) Palandt/Thomas, BGB, 49. Aufl., 1990, Einführung vor §631 Anm 5, Jauernig/Schlechtriem, BGB, 5. Aufl., 1990, vor §631 Anm 4; MünchKomm/Soergel, 2. Aufl., 1988, §631 Rn 50; Brox, Besonderes Schuldrecht, 16. Aufl., 1990, S. 162, Larenz, Schuldrecht, II/1, 13. Aufl., 1986, S. 343

33) OAG Lübeck, 1850년 12월 21일 판결; SeuffArch, Bd 10, Nr 256

34) OLG Wolfenbittel(1877년 7월 3일 판결), OLG Wolfenbittel, SeuffArch, Bd 33, Nr. 297

본 판결도 사안은 분명하지 않지만 판결 이유 등으로 추측컨대 대략 아래와 같다. 즉 Y(피고, 건축주)는 별장의 건축을 맡아 X(원고, 건축사)에게 설계 및 공사감독을 위탁했다. X의 보수는 건축비용의 3%였다 X가 보수의 지급을 청구하자 Y는 X의 하자있는 노무에 의해 손해가 발생했다고 하여 손해배상청구권으로 상계한다는 항변을 제출했다.

본 사건에서 볼펜뷰텔고등법원은 X-Y간에는 도급계약은 성립하지 않고, X는 건축물의 건축을 맡은 것이 아니라, 보수에 따른 대체노무를 제공했을 뿐이라고 판시한다.

이상 2건의 판결을 소개했는데 이 두 판결은 이유가 어쨌든 적어도 결론에 있어서는 다음에 소개하는 帝國法院의 판결과 궤를 같이하고 있다. Rumelin도 양판결을 인용하여 이들 판결의 결론에 찬성의사를 표하고 있다³⁵⁾.

제국법원은 다음 판결에서 처음으로³⁶⁾ 설계에 따른 건축지휘로부터 완성되는 건축사계약의 법적성질에 대해서 판단을 내리고 이것을 고용계약으로 풀이한다.

3) 獨逸帝國法院³⁷⁾

X(원고, 건축사)에게 설계 및 건축지휘를 위탁했고, X의 보수로서 건축비용의 8%가 약정되었다. X는 보수 일부의 지급을 요구하여 소를 제기했고, Y는 訴의 기각을 요구하고, 청구된 일부에 대해서는 특히 소멸시효의 항변을 제출했다. 독일제국법원은 판결 이유에서 다음과 같이 말하고 있다. 즉, 건축물의 건축을 위한 설계도의 완성이 목적인 경우에는 건축주로서는 물론 건축물의 시공으로 도움이 되는 설계도의 획득이 문제이다. 그러나, 그러한 경우에는 통상 설계도의 작성은 최종결과 즉, 건축물의 건축을 향한 제행위의 연쇄적 일부를 형성하는 것에 불과하다. 이 경우 설계도에 독자의 의의는 인정되지 않고, 그 가치는 확실히 그것이 건축물의 시공의 기초로서 도움이 되고, 시공을 가능하게 하는 점이 존재하는가 이다. 이것은, 본건과 같이 건축사가 설계도의 작성과 동시에 건축시공의 지휘가 위탁되고 있고, 그래서 건축가의 노무가 노력으로 얻어지는 최종결과, 즉, 확실한 건축물의 건축을 가져오기 위해

35) Rumelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S 155

36) Hess, a.a.O., S 26

37) RGZ(1914년 12월 1일 판결), RGZ 86, S 75

서 통일적으로 이용되는 경우에는 더욱 타당한다. 건축지휘와 비교한 경우에 설계도의 작성이 본계약의 도급계약으로서의 성질을 단지 결정하는 요인이라고 하는 것은 승인할 수 없다. 설계도는 건축가의 뒤에서 노무를 준비한다. 즉, 이 경우 설계도의 작성만이 목적인 경우에는 다른 설계도에는 독자의 의의는 인정되지 않는다. 오히려, 건축지휘가 본계약의 본래의 목적이다. 또 이와 같이 독일제국법원은 설계는 건축지휘와의 관계에서는 주된 급부를 준비하는 노무에 지나지 않고, 건축사계약의 법적성질을 결정하는 계약의 본래의 목적은 노무급부로서의 건축지휘라고하여 이 계약을 고용계약으로 풀이하고 있다.

그러나, 이 견해에 대해서 이유로 부터 다수의 비판이 제기되고있다.

첫째로 건축사계약을 고용계약이라고 보면 건축주는 계약을 언제라도 중대한 이유 없이 고지할 수 있고(독일민법 제196조 1항 7호), 그 결과 건축사는 그 급부한 노무에 대응하는 보수가 지급(독일민법 제628조) 되지만, 반면에 이것을 도급계약으로 보는 경우에는 건축주는 약정한 보수전부를 지급한 경우에만 아직 이행되고 있지 않은 건축사의 급부에 관계된 계약을 고지할 수 있다. 따라서 건축주는 건축사가 절약한 비용 및 그 노동력을 달리 이용한 것으로 취득하거나 또는 고의로 취득을 게을리한 것을 보수로부터 공제할 수 있다. 이와 같이 어떻게 보느냐에 따라 법률효과에 큰 차이가 있으며, 결국 고용계약으로 풀이하는 경우에는 건축사에게 불리하다는 점이 비판되고있다³⁸⁾.

둘째로 고용계약으로 풀이하는 경우 건축사의 보수청구권은 2년의 단기소멸시효(독일민법 제196조 1항 7호)에 해당되어 이것은 건축사에게 불리하다고 비판한다³⁹⁾.

셋째 당시의 건축사·기사업무보수규정으로는 설계업무에 보수 전체의 75%가 배분되고 있는데도 불국하고 왜 설계업무에 부차적인 의의밖에 부여하지 않는가에 대하여 이해할 수 없다는 비판이 제기 되기도 한다⁴⁰⁾.

넷째 이는 보다 본질적인 이유로 부터의 비판이다. 예를 들면, Pattn는 독일제국법원이 건축지휘를 일련의 계속적인 노무로 보지 않고, 건축지휘의 가장 중요한 부분이라고 말할 수 없는 현장감독에게 아주 큰 의의를 인정하고 있는 점을 비판하고 있다⁴¹⁾. Pattn에 있어서 건축지휘는 이념을 물질로 전환하는 예술적인 노무이기 때문

38) Ders., a aO., S 27

39) Ders., a aO., S 27

40) Ders., a aO., S 26

에⁴²⁾, 따라서 설계 및 건축지휘를 포괄하는 건축사계약은 물질로서의 건축물에 구현되는 예술작품의 제작을 목적으로 하는 도급계약으로 풀이하고 있다. 즉, 예술작품으로서의 건축물은 건축도급인의 물질적인 일인 동시에 건축가의 비물질적인 일이라는 것이다⁴³⁾. 또한 Ephinius는 독일제국법원이 설계만으로 완성되는 건축사계약만을 도급계약이라고 보고있는 점을 비판하면서 설계에 따른 건축지휘로부터 완성되는 건축사계약도 도급계약이라고 하고, 그 경우 건축지휘를 맡은 것에 의해서 건축사에게는 설계도에 의해 정해진 형태를 건축물에서 따르는 임무를 부과시킬 수 있고, 그 때문에 건축사는 정신노동을 제공하고 건축도급인 및 직공이 그 기술적 급부에 의해 이것을 시행하지 않으면 안 된다고 말한다⁴⁴⁾. Kromer-Christoffel은 설계에 따른 최고의 지휘로부터 완성되는 건축사계약에 대해서 이것을 도급계약이라고 보지 않고 있지만, 이 경우의 건축사의 일을 건축물이라고 생각하고 있고, 건축사가 최고지휘에 추가해서 현장감독이 위탁된 경우에는 현장감독의 부분에 대해서는 고용계약으로 풀어야 마땅하다고 보고있다⁴⁵⁾.

그러나, 상기의 비판들에도 불구하고, 하급법원의 판례 및 통설은 세계 제2차대전 후에도 제국법원의 견해를 그 결론 및 이유와 함께 지지하고, 독일연방법원에서도 이 견해를 따르고 있다⁴⁶⁾.

그러나 Dusseldorf 고등법원은 1958년 5월 16일의 판결⁴⁷⁾에서 이러한 종래의 판례의 견해에 대하여 반대입장으로 전환되어 현장감독을 포괄하는 건축사계약도 도급계약이라고 판시하고 있다. 그후 결국, 독일연방법원에서도 아래 판결에서 Dusseldorf 고등법원의 견해를 따라 설계 및 건축지휘로부터 완성되는 건축가계약을 도급계약으로 판시하기에 이른다.

41) Pattri, Der Architekt und sein Arbeitsvertrag, 1932, S. 31, 34

42) Ders., a a O., S. 21.

43) Ders., a a O., S. 21, 30, 35

44) Ephinius, JW 1936, S. 3117

45) Kromer/Christoffel, Das Architektenrecht, 1955 S. 84f

46) Hess, a a O., S. 34

47) DB 1958, S. 895

4) 독일연방법원⁴⁸⁾

본 판결의 사안은 이미 위에서 소개하고 있으므로, 판결 이유의 해당 부분만을 살펴보면 독일연방법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

첫째로 건축가가 작성한 설계도는 그것 자체를 생각하면 독일민법 제631조(도급계약규정)의 의미에 있어서의 일이라는 것은 의심이 없으나 건축가의 정신노동은 특히 설계도에서 구현되는 것으로, 설계도의 의의는 건축사가 그것을 시행하여 옮기는 것이고, 그 때문에 필요한 노동을 지휘하고 감독하는 경우에도 잃게 되는 것이 아니라는 것이다. 결국 설계도는 건축가의 본래의 급부 즉 건축지휘의 준비를 하는 것에 지나지 않는다는 독일제국법원의 견해는 건축가의 창조적인 노무의 중대함을 오인하고 있다. (중략) ... 건축가의 설계 및 건축지휘상의 노무는 동일한 결과(독일민법 제631조 2항)를 가져오는 것 - 즉 건축물의 건축에 이바지하는 것 - 이다. 확실히 최고지휘 및 현장감독이 위탁된 건축가의 일은 물체로서의 건축물은 아니지만 의무지워지고 있는 다수의 개별적 급부에 의해서 건축물이 설계되어 하자없이 완성되는 결과를 가져오지 않으면 안 된다. (중략) ... 이것들의 모든 노무(건축지휘상의 노무)는 설계도에 구현된 지적인 일의 실현에 이바지하는 것이고, 따라서 건축주에게 의무가 지워진 결과 하자없는 건축을 완성하지 않으면 안 된다. 그래서, 이들의 노무는 종합계약(설계 및 건축지휘로부터 완성되는 건축가계약)의 내에 있어서는 고용계약(독일민법 제611조 이하)의 의미에서의 노무급부라는 평가는 할 수 없다는 것이다.

결국 본 판결의 의의는 다음의 두가지로 요약할 수 있다. 즉, 설계와 건축지휘를 대치해서 그 어느 것인가에 중점을 두어 계약전체의 법적성질을 결정하려고 하는 점에서는 독일제국법원 이래의 판례의 견해와 궤를 같이 하지만, 종래의 판례가 설계보다도 건축지휘에 중점을 두어 계약전체를 고용계약으로 풀고 있었던 점에 대해서, 본 판결에서 설계에 중점이 옮겨진 점이다. 더구나 설계나 건축지휘도 건축물의 하자없는 완성이라는 동일한 결과를 그 목적으로 하고 있어 건축사의 일을 비물질적인 건축물로 풀이하고 있는 점이다.

이러한 본 판결의 태도는 그 후 확고한 판례가 되었고, 건축사의 하자담보의무가 그 설계 업무만이 아니라 도급계약상의 결과로서 의무지워진 건축물에도 미친다는 결론이 확정적으로 인정되게 되었다⁴⁹⁾. 본 판결은 학설에 있어서도 압도적인 지지를 받

48) BGH(1959년 11월 26일판결); BGHZ 31, S. 224.

49) Vgl., Hess, a a.O., S. 34

고있고⁵⁰⁾, 현재는 통설⁵¹⁾적인 견해가 되고 있다.

IV. 결론

우리나라에서 건축사계약의 법적성질은 판례 및 학설에서 설계, 설계.감리, 감리의 어느 유형을 묻지 않고, 도급계약인지 준위임계약인지 명확하게 정해지고 있지 않다. 이에 대해서, 독일의 판례에 있어서는 설계, 설계.건축지휘, 건축지휘의 어느 유형이든 모두 건축사계약을 도급계약으로 보고 있고, 학설도 판례와 입장을 같이하고 있다는 것을 확인하였다.

우리나라에서는 건축사계약은 도급인지 준위임인지가 문제가 되는데 반하여, 독일에서는 도급인지 고용인가라는 형태에서 문제가 되는 것처럼, 독일의 논의를 우리나라에서 그대로 받아들이는 것은 반드시 타당하지 않다. 그러나, 독일에서의 본질적인 논의 즉 건축사계약의 목적은 도대체 무엇인가 라는 문제를 제기하고, 제2차대전을 전후하여 판례와 학설이 일차된 입장을 취하게 된 것에서 건축물을 설계할 때 하자없이 건축하는 것이라고 말하는 결론을 이끌어 내는 논의의 과정은 우리에게도 비교법적으로 참고 할만한 충분한 가치가 있다고 생각된다.



◎ 소재선

건축사계약 設計(Planung) 建築指揮(Bauleitung) 獨逸帝國法院
(Reichsgericht) GOA(Gebührenordnung für Architekten=建築家業務報告
規程) 最高指揮 現場監督 設計業務 最高指揮(Oberleitung) 現場監督
(Bauführung) 豫備設計(Vorentwurf) 基本設計(Entwurf) 建築許可申請書
類(Bauvorlagen) 材料計算 및 工事費計算(Massen und Kostenberechnung)
實施設計(Aufführungszeichnungen) 藝術上의 最高指揮(künstlerische
Oberleitung) 技術的, 事務的 最高指揮(technische und geschäftliche
Oberleistung)

50) Vgl. ders., aaO, S. 37

51) Palandt/Thomas, BGB, 49. Aufl., 1990, Einführung vor §631 Anm. 5. Soergel/Muhl, BGB, 11. Aufl., 1980, vor §631 Rn. 66 ff., Erman/Seiler, BGB, 8. Aufl., 1989, vor §631 Rn. 12, Jauernig/Schlechtriem, BGB, 5. Aufl., 1990, vor §631 Anm. 4. MünchKommBGB, 2. Aufl., 1988, §631 Rn. 51, Brox, Besonderes Schuldrecht, 16. Aufl., 1990, S. 162, Larenz, Schuldrecht, II/1, 13. Aufl., 1986, S. 343.

[Zusammenfassung]

Über die Rechtsgeschäften des Artitektenvertrag in deutschen Gesetz

SO, Jae-Seon*

Die vorgehende Arbeit untersucht die Veränderungen von Theorie und Präzedenzfälle der rechtlichen Eigenschaften des deutschen Architektenrechts. Da natürlich der Aufbau des deutschen und koreanischen Rechts verschieden ist, ist es nicht angemessen die Erörterung des deutschen Rechts so wie es ist in Korea einzuführen. Es ist von großer Bedeutung, wenn wir durch den Lauf vieler Systemarten den auf die koreanische Situation erreichenden großen Einfluß durch das deutsche Recht untersuchen.

In Korea verlangt die rechtliche Eigenschaft des Architektenrechts in Theorie und Präzedenzfällen keine bestimmte Entwurfs-, Plan-Kontrollen-, Kontrollenarten. Außerdem wird es nicht genau klar, ob es sich um einen Werkvertrag oder Auftrag handelt. In deutschen Präzedenzfällen werden alle Entwurfs-, Entwurfs-Bauführungs-, Bauführungsarten und Architektenverträge als Bauverträge angesehen. Es wird ebenfalls bestätigt, daß die Theorie denselben Standpunkt wie die Präzedenzfälle vertritt.

Da es in Korea, ob das Anwendung des Werkvertrag oder Auftrag ist, als Problem auftritt und sowie in Deutschland andererseits, ob es ein Werkvertrag oder Dienstvertrag ist als Problem auftritt, ist es nicht immer angemessen die deutschen Erörterungen genauso in Korea anzunehmen. Die ausschlaggebende deutsche Erörterung, nämlich das Vorlegen des Problems, was das Ziel des Architektenrechts eigentlich ist, und die Standpunktubereinstimmung der Präzedenzfälle und Theorie des vor und nach dem 2. Weltkrieges, kommt zu dem Schluß, daß das Ziel beim Bauentwurf ein fehlerfreier Bau ist. Der deutsche Erörterungsverlauf reicht rechtvergleichende aus, um in das koreanische Recht einzubezogen zu werden.

* Prof. Dr. an der Kyung-Hee-Universität