

독일법상 건설공사 하자담보책임 관련법제 및 시사점

한민지 독일 자알란트 대학교 행정법 박사과정
(a2pmim@naver.com)

4

서론

신분적 지배관계를 벗어나 근대사회를 수놓았던 계약(契約)은 오늘날까지 시민법의 기본원칙으로써 그 성격을 공고히 하고 있다. 인간의 생활에 필요한 물자를 영위하기 위한 방식으로 인류가 선택한 계약 방식은 복수 당사자의 결합된 선택적 의지에 의한 활동이다.

계약을 함에 있어 가장 바람직한 것은 양 당사자가 본래 의도하고 합의한 대로 계약이 이행·완료되는 것이겠지만, 이 과정에서 여러 가지 문제점이 발생할 수 있으며 그로인한 법적분쟁 또한 매우 빈번하다. 관련 문제 중 ‘하자’로 인한 계약상 문제를 예로 들 수 있다.

특히 건축물로 인해 파생되는 하자는 그 이해관계가 매우 복잡하게 얽혀있어 종종 까다로운 법적문제를 야기한다. 금전을 원인으로 하는 채권채무관계와 비교하여 건축물의 하자과 같은 특정물을 원인으로 한 계약상 문제는 증명책임 등과 맞물려 법적구제 및 해결에 난항을 겪기가 쉽기 때문이다. 이는 수급인이 목적물을 완공한 후 목적물에 대한 결함 등 하자를 스스로 해결하지 않을 경우에 더 심해질 수 있다.

이와 관련하여 본고에서는 국외의 건설공사 하자담보책임을 다루되 독일을 특정하여 관련 법제를 파악해 보고자 한다. 독일을 특정한 이유는 원론적인 입장에서 하자의 개념이 우리나라의 일반적인 입장과 독일법제의 해석이 크게 다르지 않기 때문이다. 더욱이 최근 건설계약과 관련한 법 규정이 합리적이고 경제적인 건설조치의 실행과 소비자보호를 목적으로 대대적으로 개정

독일법상
건설계약과
하자담보책임

되었다. 이에 따라 해당 규정을 파악하는 것이 우리나라 관련 법제연구에 더욱 유의미할 것으로 생각된다.

이에 따라 하기에서는 독일의 개정 법률에 주목하여 하자담보책임을 다루고자 한다.

1. 개관

건설과 관련된 법률은 공법으로 다루는 것이 통상적이며, 그 범위 또한 매우 광범위하다. 예컨대 건축표준, 건축규정과 국가의 토지이용계획 등과 같은 건설과 관련된 사안은 매우 광범위하게 공법으로 포섭되어 있다.

그러나 건축 행위 그 자체는 사적계약에 따라 사인에 의해 행해지는 경우가 대부분이기 때문에 그로 인한 분쟁 또한 사인 간에 주로 발생한다. 이를 고려하여 독일은 사인 간에 이루어지는 건설계약의 법리를 「민법」(Bürgerliches Gesetzbuch: BGB)에서 다루고 있다.

한편, 2018년 1월 1일 ‘건설계약법 개정 및 거래하자책임변경을 위한 법률’(Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung: 이하 개정 건설계약법)이 발효되었다. ‘개정 건설계약법’은 개별 법률로써 기능하는 것이 아니라 입법목적을 달성하기 위한 관계 법률의 변경사항을 담아놓은 안내서라고 볼 수 있다. 이에 따라 건설계약과 관련하여 특히「민법」이 대대적으로 개정되었으며, 관련 내용에 유의미한 변화가 있었다.

2. 개정된 법률에 따른 건설계약의 지위

‘개정 건설계약법’에 따라 「민법」, 「건설계약상 분할지급에 관한 명령」(Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen) 등이 변경되었다. 주목할 만한 것은 그간 「민법」상 도급계약(Werkvertragsrecht)으로 다뤄지던 건설계약이 새로운 전형계약으로써 지위를 갖게 되었다는 점이다.

개정 전 법률은 건설계약을 단순한 도급계약으로 다루고 있었다. 이에 따라 구법(舊法)이 다수의 이해관계자가 참여하는 건설계약의 특성을 충분히 반

영하지 못하고 그로 인한 문제해결에 취약하다는 비판을 받아왔다. 이러한 문제의식을 바탕으로 건설계약을 별도로 규정하는 등 건설계약의 특수성을 반영한 법제를 마련해야 한다는 의견이 제기되었다.

논의 끝에 관계 법률이 개정되었고 ‘개정 건설계약법’에 따라 「민법」 제 650a조~ 제650h조가 신설되었다. 이에 따라 2018년 1월 1일자로 건설계약은 「민법」에서 정하는 계약의 한 종류로 다뤄지게 되었고, 명시적인 법적 근거를 갖게 되었다. 이는 고액의 공사 대금을 비롯하여 장기간의 건축기간 등과 같이 건설계약에서 나타날 수 있는 특수한 문제들을 고려한 개정이라는 점에서 의의가 있다.

3. 하자담보책임

1) 하자의 개념

건설계약에서 ‘하자’란 통상 계약목적물에 발생할 수 있는 다양한 문제나 결함의 총칭으로 이해된다. 하자과 관련된 규정은 독일 「민법」 제434조와 제 633조에서 찾아볼 수 있다. 물건의 하자판단 기준은 「민법」상 제434조가 중심규정이며, 건설계약 등에 의한 계약상 하자는 「민법」 제633조에 따른다.

양자 모두 하자를 규정함에 있어 ‘하자란 ~이다.’라고 정의하는 것이 아니라 ‘이런 경우에 있어서는 하자로 보지 않는다.’는 방식으로 하자의 정의를 소극적 형태로 규정하고 있다.

규정된 내용에 비추어 보면, ①물건이 위험 이전 시점에 계약당사자와 합의된 성상(Beschaffenheit)을 갖추지 않았을 경우, 성상에 대한 합의를 하지 않았을 경우에는 ②동종의 물건이 상례적이지 못하여 매수인이 물건의 용도에 기대할 수 있을만한 성상을 갖추지 못하고 통상의 용도에 적합하지 않은 경우를 하자로 볼 수 있다.

즉, 동법의 규정에 따르면 원래 의도한 물건과 완성된 물건의 성상차이가 하자인 것이다.

2) 개정 법률에 따른 하자담보책임

「민법」 제633조 제1항에 따라 수급인은 물질적·법적으로 하자 없는 물건을 도급인에게 인도하여야 하여야 할 의무가 있다. 만약 물건에 하자가 있는 경우 도급인은 「민법」 제634조에 따른 법적 보증 권리(gesetzliche Mängelrechte

또는 Gewährleistungsrechte)를 주장하여 수급인에게 책임을 물을 수 있다. 이와 같은 법적 보증 권리는 광범위한 의미에서 하자담보책임으로 포섭된다.

「민법」 제634조는 하자발생 시 도급인이 취할 수 있는 4가지의 선택적 청구권을 규정하고 있다. 즉, 하자발생시 동법에 따라 도급인에게는 ①추완청구권(Der Anspruch auf Nacherfüllung), ②자구조치권(Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme), ③계약해제와 보수 감액 청구권(Das Recht auf Rücktritt und Minderung)과 ④손해배상청구권(Der Anspruch auf Schadenersatz)이 부여된다.

건설계약의 특성상 목적물을 성상에 맞춰 완성하는 것으로써 본래의 계약 목적을 달성할 수 있도록 하는 것이 중요하다는 점에서 실무상 의미 있는 것은 추완청구권과 자구조치권이다.

건설계약에 있어 추완청구권과 자구조치권의 소멸시효는 5년이다. 5년이 지나면 수급인이 의도적이고 악의적으로 하자를 숨기지 않은 이상 해당 청구권은 소멸된 것으로 본다(BGH, 08.03.2012 - VII ZR 116/10, Tz. 18). 동법에 따른 시효는 양 당사자가 합의한다고 할지라도 줄이거나 없앨 수 없으며, 하자를 원인으로 도급인이 관련 청구권을 행사할 경우에만 중단된다.

이와 같은 하자의 소멸시효규정은 도급인과 수급인사이의 이익균형측면에서 판단될 수 있다. 건설계약의 소멸시효는 일반소비계약의 경우 2년이라는 점과 비교하면 상대적으로 길게 설정되어 있다. 일반소비계약 보다 장기의 소멸시효를 규정하고 있는 이유는 건축물의 하자는 손쉽게 알아보기 어려우며 하자가 상대적으로 늦게 발견되는 경우가 많기 때문이다.

그러나 지나치게 장기간으로 소멸시효를 규정할 경우, 제기된 문제가 시간의 흐름에 따른 자연적 발생으로 인한 것인지 하자인지 구별 짓는 것이 어렵게 된다. 장기간의 소멸시효 설정이 결국에는 건축물의 사용가치 및 교환가치 감쇄가능성의 증가와 긴밀하게 연결될 수 있고, 수급인의 과도한 경제적 손실을 발생시킬 수 있다는 점에서 과도한 소멸시효의 설정은 수급인의 이익에 막대한 영향을 미칠 수 있다.

결국 건축물의 경우 너무 단기간의 소멸시효가 규정되어 있을 경우 건축물 특성에 따라 하자발생여부를 판단하기 어려우며, 장기간의 소멸시효를 규정할 경우 하자의 원인을 비롯하여 책임소재를 명확히 밝히기 어려운 경우가 많다는 점에서 5년의 소멸시효가 도급인과 수급인의 이익균형측면에서 합리

적이라고 보고 있는 것이다.

한편, 판례와 「민법」 제634a조 제2항은 도급인의 청구권은 물건의 수취 (Abnahme) 후에 발생되며, 이때부터 청구권의 시효가 기산된다(BGH, 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, Leitsatz)고 정하고 있다. 여기에서의 수취는 단순히 목적물의 인수를 뜻하는 것이 아니라 양 당사자의 계약에 따라 목적물의 성상이 알맞게 완성되었음을 도급인이 확인해 주는 행위이다. 따라서 수취이전의 하자 입증책임이 수급인에게 있었다면 수취와 동시에 입증책임은 도급인에게 이전된다. 즉 건설계약에 있어서 물건의 ‘수취’는 입증책임의 전환점으로써 하자담보책임의 중추적 역할을 하고 있다.

이를 통해 관련 법제가 수취 개념을 바탕으로 도급인과 수급인 사이의 이익균형을 꾀하고 있음을 다시 한 번 살펴볼 수 있다. 독일 「민법」이 도급인의 권리를 보호하되, 수취를 중심개념으로 하여 하자의 입증책임 전환, 위험이전과 청구권의 시효기산 등을 설정하여 수급인에게 가해질 수 있는 과도한 부담을 줄여 양자의 법익 균형을 담보하려고 하고 있기 때문이다.

「민법」 제650g조도 이와 같은 이익균형 측면에서 살펴볼 수 있다. 동법은 도급인의 수취거부권행사와 도급인의 협력의무를 동시에 규정하고 있다. 동법에 따라 도급인은 하자를 이유로 수취를 거부할 수 있지만, 이 경우 수급인의 요청 하에 도급인은 계약목적물을 함께 확인해야 할 의무를 지게 된다. 도급인이 이를 거부하거나 협력하지 않을 경우, 수급인은 단독으로 목적물의 하자를 확인할 수 있으며, 여기에서 언급되지 않은 하자에 대해서는 도급인에게 입증책임이 있는 것으로 본다.

관계법령은 이를 통해 도급인에게 하자확인에 대한 협력의무를 부여하여 입증책임전환을 분명히 하고 수급인에게 가해질 수 있는 불합리하거나 과도한 하자책임의 한계를 규정하고 있는 것이다.

시사점

하자담보책임의 법리의 본래목적은 수급인의 책임 있는 목적물의 완성을 유도하고, 발생 가능한 하자로부터 도급인을 보호하려는 데에 목적이 있다. 그러나 해당 법리가 도급인의 보호에만 치우칠 경우 수급인에게 과도한 책임이 가해져 양자의 이익 사이에 균형이 깨질 수 있다는 문제가 있다. 이에 대한 고려로 독일은 다양한 장치를 통해 도급인과 수급인사이의 이익균형을 도

모하고 계약목적에 맞게 목적물의 성상이 완성될 수 있도록 유도하고 있다.

이는 독일의 법제에 따라 하자담보책임이 발생하는 과정을 살펴보면 더욱 명확해진다. 언급한 바와 같이 하자담보책임은 수급인이 무제한 적인 책임에서 벗어날 수 있도록 수취개념을 중심으로 위험 및 책임의 이전 등을 설정함과 동시에 건설계약의 특수성을 고려하여 소멸시효를 설정하고 도급인의 조력 의무를 명시하고 있다. 즉, 하자담보책임은 단순히 도급인의 이익을 보호하려는 목적에서만 도입된 것이 아니라 수급인에게 가해질 수 있는 과도한 책임을 제한함과 동시에 도급인이 목적인 계약의 취지가 원활히 이행될 수 있도록 하는 법적장치라는 점을 확실히 보여주고 있는 것이다.

한편 최근의 법 개정으로 독일의 건설계약이 별도의 전형계약으로 다뤄지게 됐다는 점은 우리 민법과 관련 법제에 주는 의미가 크다. 건설계약이 별도의 조항으로 다뤄지게 되었다는 점은 구법에서 포섭될 수 없는 건설계약만의 특수성이 신법에 적용되고, 독자적 해결방안이 마련되었다는 의미이기 때문이다.

개정 법률에 따라 건설계약이 새로운 지위를 갖게 된지 얼마 되지 않았으며 해당 법제가 건설 현장에서 얼마만큼 문제해결에 충분히 작용할지 여부는 지속적으로 관찰되어야 할 부분이다. 그러나 독일과 유사한 민법체계를 갖고 있는 우리나라에 수급인과 도급인의 이익균형설정과 건설계약의 특수성 반영 등과 같은 독일법제의 변화가 주는 시사점은 분명하다고 할 것이다.

참고문헌

1. 김종길, 독일민법상 건축계약의 체계와 주요 내용, 한국토지법학회 제36권 제1호, 2020.
2. 서종희, 독일민법에서의 하자담보책임과 다른 책임과의 관계, 비교사법 제26권 제3호, 2019.
3. 최명구, 건설도급계약에서 물건의 '하자'의 개념, 중앙법학 제8집 제3호, 2006.
4. 현소혜, 독일 건설도급의 현황과 쟁점, 홍익법학 제11권 제1호, 2010.
5. Jesgarzewski et al., Wirtschaftsprivatrecht, Wiesbaden 2019.
6. Sperling et al., Rechtssichere Musterbriefe zur VOB/B, Berlin 2020.
7. Wirth et al., Privates Baurecht praxisnah: Basiswissen mit Fallbeispielen, Wiesbaden 2016.