

논문 / ARTICLE

감리자 지정의 법적 성격과 감리자의 역할

백민주*

국문초록

감리자는 건축주, 설계자, 시공자와 함께 건축관계자 중 하나이다. 건축물의 완성을 위하여 설계도서를 검토하고 건축물이 설계도서대로 시공되는지 여부를 관리 및 감독한다. 감리제도는 연혁적으로 인·허가권자의 직접 관리 감독 권한에서부터 시작되어 이후 국가가 건축사 등 일정 자격을 부여한 전문성을 갖춘 자가 전문적, 배타적으로 수행하는 업무로 변경되었다. 이후 주요 안전사고가 발생할 때마다 제·개정을 반복하며 발전하여 왔다. 시장의 필요 보다는 공익적 요청이 그 발전의 동력이 되었다.

원칙적으로 감리자 선정은 건축주의 계약 체결의 자유 영역에 해당한다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 그것이 공중의 안전에 미치는 영향을 고려해 사업계획승인권자가 감리자를 지정하고, 건축주로서 하여금 그 감리자와 계약을 체결하도록 강제하고 있다. 이는 감리계약을 해석하는 데 있어 민법상 위임계약에 관한 일반적 해석을 제한하는 근거가 된다. 이 같은 공법적 개입은 최근 건축법상 건축허가 대상 건축물 중 분양을 목적으로 지어지는 건축물에 관하여 까지 확대되고 있다.

감리자는 전체 시공 과정을 관리, 감독하면서 시공자에 대하여 시정 또는 재시공 요청을 하거나, 공사 중지 요청을 할 수 있다. 관련 법령은 감리자 지위를 보장하기 위하여 위 권한 행사를 불이익을 줄 수 없도록 하고 있다. 그 밖에도 건축법에서는 사용승인에 앞서 감리비 지급 여부를 확인하는 등 각종 제도적 장치를 마련하고 있다.

이 같은 각종 제도적 장치는 궁극적으로 공익적 필요에 의한 것이지만 다른 한편으로는 감리제도의 취약한 운영 현실을 반영한다. 건설사업관리는 건설기술진흥법에 의하여 공공 분야에 도입되어 민간 분야에까지 자율적으로 확대되고 있다. 이는 견제에 초점이 맞춰져 있던 기존의 건축주와의 관계가 상호 협력으로 변화되는 흐름을 보여준다. 또한, 감리자의 전문성 함양을 통한 자율적 통제로의 개선 가능성을 시사한다.

주제어 : 감리제도, 감리자, 건설사업관리, 감리자 지정, 감리계약

목차

I. 서론

II. 감리제도의 의의와 연혁

III. 감리자 지정과 감리계약과의 관계

IV. 감리자의 역할과 다른 건축관계자들과의 관계

V. 결론



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230003>

Received: February 24, 2023

Revised: March 07, 2023

Accepted: March 11, 2023

Copyright: © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium provided the original work is properly cited.

* 변호사, 주식회사 종합건축사사무소동일건축 법무팀 팀장

I. 서론

감리자는 건축주, 설계자, 시공자와 더불어 건축법상 건축관계자 중 한 축을 구성한다. 건축물의 완성을 위하여 설계자가 작성한 설 계도서를 검토하고, 시공자가 설계도서대로 시공하는지 여부를 관리, 감독하는 것을 주된 역할로 한다. 종종 건설 현장 안전사고나 부실 공사 문제가 대두될 때마다 거론되고는 하지만 다른 건축관계자들에 비하여는 비교적 그 역할과 사회적 필요성에 관한 인식은 미미하다. 다른 산업에 비하여 관계 법령에서 정하고 있는 역할과 실제 운영되고 있는 현실 사이에 간극도 큰 편이다.

감리제도를 규율하는 법령은 건축물과 관련된 주요 안전사고가 발생할 때마다 제·개정을 거듭해 왔다. 그 과정에서 건축물의 규모와 종류, 특히, 그것이 공공에 미치는 정도에 따라 감리자 선정 방법과 감리원의 배치 여부 및 정도가 다원화 되었고, 이에 관한 규율이 건축 법, 주택법, 건설기술 진흥법에 산재되어 있다. 감리제도의 실효성을 위하여 다른 산업에서는 보기 힘든 공적 개입 수단도 종종 보여진 다. 그럼에도 현장에서 감리자의 지위는 모호한 경우가 많고, 역할 또한 공사의 종류나 구체적인 현장 상황에 따라 소극적인 정도로 제한 되고는 한다. 그 연혁을 통하여 감리제도의 변화 과정을 살펴보고, 구체적인 역할을 살펴봄으로써 그 제도적 특성과 현행법상 감리자의 지위와 역할을 확인할 필요가 있다.

한편, 사적자치의 원칙에 따른 계약자유의 원칙에 의하면 원칙적으로 건축주가 직접 감리자를 선정하여 계약을 체결함으로써 비로소 각 건축관계자가 개별적 지위를 갖는다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 다른 건축관계자들과 다르게 감리자는 그 선정 단계에서부터 사업계획승인권자가 개입하고 있다. 그리고 최근 건축법은 건축허가 대상 건축물 중 일정 건축물에 관하여는 허 가권자가 직접 그 선정 단계에서부터 개입하도록 개정하였다. 이는 건축주의 계약 체결의 자유, 특히, 당사자 선정의 자유를 제한하는 것이다. 이처럼 건축주로 하여금 계약 체결을 강제하는 인·허가권자의 감리자 지정의 법적 성격은 무엇인지 살펴보고자 한다.

이에 아래에서는 감리 제도의 탄생 및 변천 과정을 살펴보고(II), 또한, 건축물의 규모와 종류별로 다르게 규정하고 있는 감리자 선정 방식을 살펴보고, 특히, 주택법상 감리자 지정의 법적 성격을 그 심사요소와 함께 살펴봄으로써 그것이 감리계약과 어떤 관계를 갖는지 알아본다(III). 마지막으로 그에 따라 형성된 감리자의 구체적인 역할과 방법을 이해하며, 다른 건축관계자들과 감리자 간 관계에서 보 여지는 특성을 살펴봄으로써 그 제도적 특성과 발전방향을 모색해 본다(IV).

II. 감리제도의 의의와 연혁

1. 의의

일련의 건축물의 시공 과정에서 발생하는 각종 안전사고나, 그 완성 이후까지 지속되는 부실시공 등의 문제는 공공의 안녕 또는 질서 에 큰 영향을 미치고는 한다. 이에 건축법은 건축주의 건축할 권리를 제한하는 법률로서 경찰법적 성격을 갖는 다양한 규정들을 두고 있 다.¹⁾ 감리제도 역시 그 위험 방지의 일환으로 도입되어 수차례의 제·개정을 거치며 발전되어 온 제도이다. 감리자는 건축물의 건축 과정 에 구체적으로 개입하여 이를 관리 및 감독한다. 건축주로 하여금 감리자의 선정 자체를 강제하는 것은 건축주의 건축할 권리에 관한 직 접적인 제한에 해당한다. 감리자의 역할과 방법에 관한 규율은 직접적으로 감리자의 업무 수행 과정을 제한하지만 다른 한편으로는 건 축주의 건축할 권리에 관한 간접적 제한으로 작용한다.

건축법은 다른 건축관계자들과 구분하여 ‘공사감리자’를 건축물이 설계도서 내용대로 시공되는지를 확인하고, 품질관리·공사관리· 안전관리 등에 대하여 지도·감독하는 자로 정의한다(제2조 제1항 제15호). 건설기술 진흥법은 감리자가 수행하는 ‘감리’를 정의하고 있는데, 이를 건설공사가 관계 법령이나 기준, 설계도서 등에 따라 적정하게 시행될 수 있도록 관리하거나 시공관리·품질관리·안전관리 등에 대한 기술지도를 하는 ‘건설사업관리’ 업무의 하나로 정의한다(제2조 제5호). 최근에는 이 같은 ‘건설사업관리’라는 용어가 자주 쓰 이는데, 건설기술 진흥법은 이를 별도로 정의하지 않고, 건설산업기본법상에서 정하는 정의 규정을 준용하고 있다(같은 조 제4호). 건 설산업기본법은 건설사업관리를 단순 ‘감리’에 그치지 않고, 건설공사에 관한 기획, 타당성 조사, 분석, 설계, 조달, 계약, 시공관리, 평 가 또는 사후관리 등에 관한 관리를 포함하는 보다 종합적인 관리 업무로 보다 폭넓게 정의하고 있다(제2조 제8호).

현행법상 감리제도는 건축주가 국가, 지방자치단체 등 공공기관의 지위에 있는지 여부에 따라 크게 공공부문과 민간부문으로 이원화 되어 운영되고 있다. 공공부문의 경우 건설기술 진흥법령에 근거하여 선정된 건설사업관리자가 그 업무를 수행하고(건설기술 진흥법 제39조 제1항, 같은 법 시행령 제59조 제5항), 이 경우에는 건축법상의 공사감리 또는 주택법상 감리를 한 것으로 본다(같은 법 제42조).

1) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 26면; 윤재운, 『건설분쟁 관계법(제5판)』, 박영사, 2014, 534면.

이는 건축법 등 일반규정을 배제하는 것이 아니라 특별법적 관계에 있는 것으로 이해된다(건축법 제25조 제10항).²⁾ 건설기술 진흥법에 의한 건설사업관리는 건축법상의 공사감리나 주택법상 감리보다 건설기술 진흥령에 따른 업무수행지침에서 더욱 세밀하게 정하는 내용과 방법에 따라 건설사업관리자가 시공 과정에 보다 적극적으로 관여하면서 전체 공사를 이끌어가는 모습을 보인다.

한편, 민간부문의 경우에는 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택인지 여부에 따라 다른 법령을 근거로 한다. 전자의 공동주택의 경우 사업계획승인권자가 그 법령에 따라 지정한 감리자가 사업주체와 감리계약을 체결하고, 주택법령에 따른 감리업무 세부기준에서 정하는 내용과 방법에 따라 감리 업무를 수행한다(주택법 제44조 제1항, 같은 법 시행령 제49조 제2항). 일반 건축법상 건축허가 대상 건축물의 경우에는 공사감리자는 건축법령에 따른 감리세부기준에 따라 감리 업무를 수행한다(건축법 제25조 제9항). 민간부문에 있어서도 건축물의 규모와 난이도 등 그 특성을 고려하여 건축주와 체결하는 계약에서 정하는 바에 따라 ‘건설사업관리’라는 이름으로 계약이 체결되고, 설계단계를 포함하여 계약에서 정하는 내용에 따라 전체 건축과정에 건설사업관리자가 보다 적극적으로 관여하는 방식으로 이루어지는 경우도 있다.

건축허가에 이어 실제 건축물의 건축을 개시하기 위하여 이루어지는 착공신고는 일련의 건축허가절차 중 하나를 구성하는데,³⁾ 일반적으로 감리자는 이 착공신고단계에서 건축주에 의하여 건축관계자로서 신고됨으로써 본격적인 관리, 감독 업무를 개시하는 것이 일반적이다. 그러나 앞서 본 공공부문에 관한 건설사업관리의 경우 일정 규모 이상의 건축물의 경우에는 설계단계에서부터 건설사업관리자가 그 업무를 착수하여 설계도서에 대한 관리, 감독을 수행하기도 한다. 또한, 민간부문에 있어서도 그 건축물의 특수성과 난이도 등을 감안하여 건축주와 체결한 감리계약 내지는 건설사업관리계약에서 정하는 업무범위에 따라 착공신고 이전 설계단계 내지는 최초 개발단계에서부터 업무를 개시하는 경우도 한다.

2. 연혁

건축물의 건축에 관한 관리, 감독이라는 광의의 측면에서 감리제도는 1962년 건축법 제정 시부터 볼 수 있다. 당시에는 현재와 같이 별도의 건축관계자로서 공사감리자를 선정하는 것이 아니라, 시장, 군수 또는 그 위임을 받은 공무원이 직접 건축주 기타 관계인에게 필요한 자료 또는 보고의 제출을 요구하거나, 현장에 출입하여 건축공사에 관계되는 물건을 검사하거나 필요한 시험을 할 수 있도록 하는 방식이었다. 이후 1963년 건축사법이 제정되면서 건축사가 공사가 설계도서대로 실시되는 여부를 확인하는 행위로서 ‘공사감리’를 정의하고, 일정 규모 이상의 건축물이나 학교, 병원, 극장 등의 건축물의 경우 건축사가 아니면 공사감리를 할 수 없도록 규정함으로써 독립한 건축관계자로서 감리자가 등장하였다. 이후 건축법은 1979. 5. 18. 건축주로서 하여금 일정 규모 이상의 건축 공사를 하고자 할 때는 공사감리자를 지정하도록 그 지정을 의무화하였다. 현재와 같이 공사감리자가 부실공사를 막기 위하여 직접 현장에 상주하여 관리, 감독하기 시작한 것은 1980년 건축법 개정에서부터 비롯된 것이다.

1994. 1. 7.에는 주택건설촉진법을 개정하면서 주택건설공사 감리제도를 새롭게 제정하여 일정규모 이상의 공동주택을 건설하는 경우 감리전문회사를 감리자로 지정하도록 하였는데⁴⁾ 이를 계기로 감리 분야가 본격적으로 별도 산업분야로 자리 잡기 시작한 것으로 보인다. 얼마 지나지 않은 1994년 성수대교 붕괴사고가 있는 이후인 1995년에는 감리자의 구체적 권한으로서 시공자의 위법·부실시공에 대하여 시정 또는 재시공 지시를 할 수 있도록 명시하고, 시공상세도면의 작성 요청 권한을 신설하였다. 1995년 삼풍백화점 붕괴사고가 있던 해에는 감리자를 포함하는 건축관계자의 업무 부실 수행으로 공중의 위험을 발생한 경우 가중처벌 하도록 명시하였다. 2008년에는 과거 1999년에 있었던 씨랜드 화재사건 등을 방지하기 위하여 방화에 지장이 없는 내부 마감재료를 사용하지 않는 경우 건축관계자를 처벌하는 규정을 신설하였다.

2016년에는 안전사고를 막기 위하여 건축법상 건축허가 대상 건축물에 관한 감리체계 개선이 대대적으로 이루어졌다. 특히, 건설산업기본법상 소규모 건축물 중에서도 건축주가 직접 시공하는 건축물, 즉, 건축주가 판매를 목적으로 건축하는 건축물이나 분양을 목적으로 하는 건축물에 관하여는 허가권자가 직접 감리자를 지정하도록 하였다. 또한, 허가권자가 건축물을 사용승인을 할 때에도 그 전에 감리계약에 따라 감리비용이 지불되었는지 확인하도록 하는 한편, 부실 설계·시공으로 인한 안전사고 발생시 업무정지를 명할 수 있는 업무제한 제도를 도입하였다. 2020년에는 보다 내실 있는 감리를 위하여 위 지정 감리 대상 건축물과 감리비 지급 여부 확인 대상 건축물의 범위를 확대하였다.

한편, 1984년 건설산업이 활성화 되면서 품질 향상 도모를 위하여 공공분야에 관하여 건설공사 시공감리 규정이 제정되었는데, 1986

2) 윤재운, 앞의 책, 538면.

3) 김종보, 앞의 책, 29면, 30면.

4) 김상호/윤주선, "건축물 안전성 확보를 위한 감리제도 개선방향", 건축도시공간연구소, 2015, 13면.

년 8경 있었던 독립기념관 화재사건을 계기로 제도개선의 일환으로 1987년 건설기술관리법이 제정되어 책임감리제도가 법제화되었다.⁵⁾ 2013. 5. 22. 건설기술의 경쟁력 강화를 위하여 기존의 규제 중심의 ‘관리’체계를 산업의 진흥과 지원 중심으로 전환하기 위하여 건설기술 진흥법으로 명칭이 변경되었다. 그 과정에서 당시까지 시공 단계에 국한되었던 감리제도를 건설공사의 기획단계부터 유지·관리까지 포괄적·탄력적으로 적용될 수 있는 건설사업관리로 통합하였다. 종래 건설산업기본법에서 정의하던 건설사업관리라는 용어에 관하여 건설기술관리법에서는 별도로 정의 규정을 두지 않고 있었는데, 건설기술 진흥법이 위 건설산업기본법의 정의 규정을 인용하면서 감리와 건설사업관리 업무가 통합되어 있음을 보여주는 것이라는 해석이 있다.⁶⁾ 2021년에는 ‘건설기술용역’이라는 용어가 전문적이고 복합적인 건설기술에 대한 서비스를 제공한다는 의미를 전달하기 어려운 측면이 있다고 보고 ‘건설기술엔지니어링’으로 변경되었다.

III. 감리자 지정과 감리계약과의 관계

1. 건축물의 종류별 감리자 선정 방식

건축주와 상호 간 구체적 계약 관계를 맺고 있는 건축관계자들은 건축물의 건축이라는 공통된 목적을 위하여 상호 협력하여 각자 계약에서 정하는 의무를 이행한다. 앞선 연혁에서도 보았듯이 최초의 감리제도는 인·허가청의 구체적인 시공 과정에 관한 관리, 감독 권한에서부터 시작되었다. 이후 건축사 등 일정한 자격을 갖춘 감리자를 통하여 간접적으로 관리, 감독하는 방식으로 변화하였다. 인·허가청은 건축관계자들 구체적 위반행위에 관하여 관련 법령상 근거가 있는 경우에 한하여 건축허가 취소나 영업정지 등 행정제재를 통해 관여한다. 특히, 건설기술 진흥법은 부실시공 등에 관한 벌점 제도를 두어 아직 부실공사가 발생하지 않았으나 발생할 우려가 있는 경우에도 그 구체적인 부실의 정도를 측정하여 벌점을 주도록 함으로써 보다 섬세한 측정 기준을 설정하고 있다(건설기술 진흥법 제53조 제1항).

원칙적으로 건축주가 감리계약 체결에 앞서 어떤 감리자를 선정할 것인지는 계약체결의 자유, 특히, 건축주의 계약 상대방 선택의 자유에 해당한다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 건축물의 경우 일찍이 그것이 다수의 수분양자에게 분양되어 사용된다는 점에서 공공의 안전에 영향을 미친다는 고려해 사업계획승인권자가 감리자를 지정하고, 사업주체로 하여금 그 지정된 감리자와 감리계약을 체결하도록 규정하고(주택법 제15조 제1항), 그 지정을 위한 상세한 기준을 마련하고 있다 사업주체가 국가·지방자치단체·한국토지주택공사 등의 경우에는 주택법에 우선하여 건설기술 진흥법이 적용될 것이다. 또한, 주택법은 건축법이 적용되는 도시형 생활주택 내지 주상복합 건축물의 경우에도 각 해당 법령에 따르도록 하고 있다(제15조 1항 단서, 같은 법 시행령 제27조 제4항).

이처럼 인·허가권자가 직접 건축주의 계약 상대방이 되는 감리자를 지정하는 방식은 앞선 연혁에서 살펴본바와 같이 건축법상 건축허가 대상 건축물에까지 확대되는 경향이 있다. 이는 종래 건축법상 감리가 인·허가과정에서 관련한 설계자에 의하여 명목적으로 이루어져 오면서 실질적인 감리제도 구현이 이루어지지 않았다는 지적에 따른 것이다. 이에 관하여는 그 입법 직후 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 헌법재판소 역시 공사감리자의 감리업무는 건축주의 경제적 이익과 배치될 가능성이 큰 행위이기 때문에 건축주가 직접 감리자를 선정하는 경우 그 고용된 감리자가 독립적이고 책임 있는 감리업무를 수행할 수 없는 구조적인 한계를 극복하기 위한 것이라고 보아 합헌 결정을 하였다.⁷⁾

이 같은 인·허가청의 감리자 지정은 국가, 지방자치단체 등 공공단체가 직접 발주청으로서 건설사업관리자를 선정하고 이와 관련된 계약을 체결하는 것과는 그 법적 성격을 달리한다(건설기술 진흥법 제39조 제2항). 이는 발주청이 우월한 공권력의 주체로서가 아니라 사법상 재산권의 주체로서 국민을 대하는 것으로 사법이 적용되는 국고관계에 해당한다.⁸⁾ 건설기술 진흥법은 건설사업관리자의 선정을 위하여 별도로 상세한 사업수행능력 세부평가기준을 두고 있다. 이에 관하여는 민법상 위임계약에 우선하여 그 공정성 담보의 견지에서 국가계약법령 등에서 정하는 일정한 제한과 규율이 가해진다.⁹⁾

5) 김상호/윤주선, 앞의 글, 13면.

6) 김상호/윤주선, 앞의 글, 14면.

7) 헌재 2017. 5. 25.자 2016헌마516 결정

8) 김동희, 『행정법 I (제23판)』, 박영사, 2017, 78면.

9) 김동희, 앞의 책, 78면.

2. 주택법상 감리자 지정의 법적 성격

계약의 체결에 앞서 그 당사자를 선정하는 것은 계약관계 형성의 가장 최초의 단계에 해당하고, 사적 자치의 원칙에 따라 강하게 보호되는 권리이기도 하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 주택법은 당초 계약 체결 단계에서부터 그 당사자 선정 과정에 깊게 개입하고 있다. 뿐만 아니라 이 같은 영향력은 감리비와 같은 구체적인 계약조건과 그 지급 여부를 확인하는 데까지 미친다. 이는 주택법상 공동주택의 특수성과 부실시공과 그로 인하여 발생할 수 있는 건축물 안전사고, 하자과 관련된 분쟁 등을 사전에 막기 위한 공법적 개입의 필요성 때문에 도입되었다. 그리고 이 같은 규율은 건축법상 건축허가 대상 건축물에게까지 확대되는 경향을 보인다. 주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정의 법적 성격을 파악하는 것은 이후 보게 될 감리자의 역할과 그 지위를 보장하기 위한 각종 법령상 조치의 적절성을 파악하고, 이 같은 확대 경향을 이해하는 데 도움이 될 것이다.

주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정 행위 자체는 행정행위에 해당한다. 그 직접 상대방인 감리자에 대하여는 구체적 감리 업무 수행 권한을 부여하는 수익적 행정행위의 성격을 갖는다. 반대로 제3자인 사업주체에 대하여는 계약 체결의 자유의 일환으로 당사자 선정의 자유를 제한하는 침익적 성격을 갖는 복효적 행정행위에 해당하는 것으로 이해된다.¹⁰⁾ 또한, 이는 그 직접 상대방에 대하여 감리자로서의 법적 지위를 설정하는 형성적 행정행위로서 특허에 해당한다.¹¹⁾ 사업계획승인권자는 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 반드시 감리자를 지정하여야 한다. 그러나 그 지정 요건의 충족여부에 관하여는 적격심사를 통하여 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있어 재량행위에 해당하는 것으로 이해된다.¹²⁾ 다만, 주택법령은 그 위임에 따라 감리자 지정기준을 마련하여 그 재량권의 일탈·남용을 통제하고 있다(같은 법 시행령 제47조 제2항).

사업계획승인권자는 적격심사 과정에서 사업수행능력과 함께 입찰가격을 감리자 지정을 위한 기준으로 평가한다. 특히, 세대수에 따른 사업 규모가 클수록 입찰가격 보다는 사업수행능력에 더 비중을 두어 심사한다. 입찰가격은 공사비 비례방식에 의해 결정하고, 그 가격에 가장 근사한 가격을 써 낸 업체가 높은 점수를 받는다. 경쟁입찰 방식으로서 실비정액가산방식, 공사비 비례방식, 인건비 승수방식 중 다른 방식을 선택할 여지가 없다. 이처럼 사업계획승인권자가 감리자를 지정할 뿐만 아니라 그 구체적인 감리비 결정에 관여하는 것에 관하여는 그 계약 당사자의 의사와 무관하게 감리비를 제한한다는 등의 이유로 헌법소원이 제기된 바 있다. 그러나 헌법재판소는 주택법상 공동주택의 경우 공공의 이익에 영향을 미치는 바가 기 때문에 국가기관이 사업주체로부터 독립된 지위에서 공동주택의 입주자 등을 대신하여 적정한 감리대가를 정할 필요성이 있다는 이유로 합헌 결정을 하였다.¹³⁾

사업주체와 감리자 상호 간 감리계약과 그 구체적인 계약조건에 까지 미치는 사업계획승인권자의 영향력은 원칙적으로 사적 자치의 영역에 있는 사법적 관계에서 발생할 수 있는 힘의 불균형에 강하게 제동을 건다. 그리고 그로 인하여 발생할 수 있는 부실 공사와 그로 인하여 발생할 수 있는 공중의 위험을 사전에 방지한다. 이 같이 계약 체결에 앞선 단계에서부터의 공법적 개입은 여타 다른 산업에서는 보기 힘든 형태이다. 이는 감리제도가 그 연혁적 측면에서 건축주의 필요 내지는 시장의 필요보다는 공익적 필요로부터 발전된 탓이다. 그러나 이는 감리 산업의 발전 과정과 그 역할의 필요성에 관한 공감대 형성이 부족하기 때문인지 전체 법 체계나 작동원리상 다소간 부자연스러워 보이기도 한다. 최근 민간부분까지 자율적으로 확대되고 있는 건설사업관리는 건설사업관리자가 전문성을 기초로 건축주와 대립적 관계보다는 협조적 관계를 맺고 그 대리인으로서 사업이익을 추구하는 시공자를 견제한다는 측면에서 차이를 보인다. 앞서 건설사업관리자의 전문성을 기초로 한 건축주와의 신뢰관계로 부터 건축관계자 간 자연스러운 견제와 균형의 모습을 보인다는 점에서 시사하는 바가 크다.

3. 감리계약과의 관계

감리자가 건축주를 위하여 특정 공사 현장에서 시공자를 관리, 감독하는 의무는 1차적으로는 직접 건축주와 체결한 감리계약에서부터 비롯된다. 감리자 역시 공사시공자와 마찬가지로 건축물의 완성을 목표로 하지만 그 업무의 내용에 있어 공사시공자를 관리, 감독하는 역할을 수행하기 때문에 그 역할의 완수가 곧 건축물의 완성과 같은 의미를 갖는 것은 아니다. 이 같은 감리계약은 시공자가 체결한 도급계약과는 별개로 독립적인 지위에서 시공자를 관리 및 감독하고, 예정된 공기가 준수될 수 있도록 하며, 그 지연이 있는 경우에는 이를 분석하고 그 결과를 보고하는 것을 내용으로 하는 위임계약에 해당한다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 그러나 주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정은

10) 김동희, 앞의 책, 22면, 250-252면.

11) 김동희, 앞의 책, 294면.

12) 김동희, 앞의 책, 264-265면.

13) 헌재 2009. 6. 25.자 2007헌바99 결정; 헌재 2009. 6. 25.자 2007헌바39 결정

14) 윤재운, 앞의 책, 545면.

15) 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다19342 판결

사업주체와 감리자 간 계약 체결 이후 그 계약의 구체적 해석에 있어도 민법적 해석을 제한하는 여지를 제공한다. 법원 역시 감리계약의 법적 성격을 위임계약으로 보면서도 구체적인 사안에 따라 감리계약의 특수성을 이유로 민법상 위임계약에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다.¹⁶⁾

민법은 위임계약의 일방 당사자가 파산한 경우 그 신뢰관계 유지가 어렵다고 보아 위임계약 종료 사유의 하나로 규정 하고 있다(제690조). 그러나 법원은 사업주체는 사업계획승인권자가 지정한 감리자와 감리계약을 체결하고, 그 교체 사유도 업무상 부정행위 등이 있는 경우로 제한되며, 사업주체 임의로 감리자를 교체할 수 없음을 이유로 주택법령에 따라 체결된 감리계약은 단순히 당사자 사이의 신뢰관계에 기초한 것이라기보다는 사업계획승인권자의 감리자 지정에 기초한 것이어서 당연히 감리계약이 종료하는 것으로 볼 수 없다며 그 적용을 배제하고 있다¹⁷⁾. 이처럼 인허가권자의 감리자 지정은 법원이 위임계약의 성격을 갖는 감리계약을 해석하는 데 있어 민사적 해석을 제한한다.

그 밖에도 감리자 지정과 더불어 건축주와 감리자 간 민사적 계약 관계에 있어 인·허가청이 공법적 개입을 하는 모습은 드물지 않게 찾아 볼 수 있다. 일반적으로 특정 용역 내지 서비스에 대한 대가의 지급 여부는 민사적 구제 수단을 통하여 실현된다. 국가가 직접 관여하여 그 지급 여부를 확인하는 일은 드물다. 그러나 주택법은 아직 감리계약에서 정하는 대가의 지급시기가 도래하지 않았음에도 착공 신고 단계에서부터 사업주체로 하여금 사업계획승인권자에게 감리비를 사전에 예치하도록 하고, 사업계획승인권자가 이를 지급하도록 정하고 있다(제44조 제6항, 제7항). 건축법은 건축물의 사용승인 시점에 감리계약에 따른 대가의 지급 여부를 확인하도록 정하고 있다(제23조 제11항). 그 밖에도 건축법령은 감리자 보호를 위하여 민사적 법리를 뛰어 넘는 다양한 수단들을 마련하고 있다. 이런 규정들은 건축주와 감리자를 시장 경제의 참여자로서 대등한 계약 체결의 당사자라는 점을 감안한다면 다소간 부자연스러워 보이기도 한다.

한편, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 적용 여부와 관련하여 사기업 내지 사인인 감리자가 특정 행정작용의 수행을 위하여 일정한 공권력이 부여되는 공무수탁사인인지가 문제가 되곤 한다.¹⁸⁾ 사기업 내지는 사인인 감리자가 그 명의로 법령에서 정하는 바에 따라 시공자에 대하여 재시공이나 공사중지 요청 등 공법상 권한을 행사한다는 것이다.¹⁹⁾ 행정법 관계는 행정주체의 우월적 지위 또는 행정주체와 그 상대방 사이의 부대응성을 보여주는 전형적인 측면으로서 강제력 내지는 자력집행력을 징표로 한다.²⁰⁾ 그런데 감리자의 관리, 감독 권한 자체는 감리계약에서 비롯된 것이고, 재시공이나 공사중지 요청은 직접 법령에 기초하나, 이를 미이행 할 경우 허가권자에게 보고하도록 하고 있을 뿐 직접적인 강제력 내지는 자력집행력이 있다고 보기는 어려우므로 공무수탁사인으로 보기는 어려울 것이다.

IV. 감리자의 역할과 다른 건축관계자들과의 관계

1. 역할

감리자는 건축주 등에게 건축물 및 대지가 법령에 적합하도록 지도하고, 시공자가 설계도서에 따라 관계 법령에 따른 기준에 적합한 자재를 사용하여 시공하도록 관리, 감독 하는 업무를 수행한다(건축법 제19조 제9항 등). 반드시 현장에 상주하여야 하는 것은 아니고 수시로 또는 필요할 때 현장에서 업무를 수행한다. 그러나 바닥면적의 합계가 5천 제곱미터 이상이거나, 지하층을 포함 5개 층 이상 바닥면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 경우, 아파트 건축공사, 준다중이용 건축물 건축공사 등의 경우에는 일정한 자격과 경력을 갖춘 감리원 한 명 이상을 현장에 배치하여 상주시키고, 그 현황을 허가권자에게 보고해야 한다(건축사법 시행령 제19조 제5항 내지 제7항). 평소 감리일지를 기록·유지하면서 기초공사 시 철근배치를 완료한 경우, 지붕 슬래브 배근 내지 철골 조립을 완료한 경우 등 주요 구조부에 관한 공사가 완료한 때마다 건축주에게 감리중간보고서를 제출하고, 공사가 완료된 때에는 감리완료보고서를 제출하여야 한다(건축법 제25조 제6항, 같은 법 시행령 제19조 제3항). 주택법상 사업계획승인대상 공동주택의 경우에는 그 위임에 따라 감리업무 세부기준에서 보다 상세한 업무 수행 기준을 정하고 있다.

공공부문의 경우 발주청은 설계·시공 관리의 난이도, 발주청의 기술인력 등을 감안하여 건설공사를 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우 건설엔지니어링사업자로 하여금 건설사업관리를 하게 할 수 있다(건설기술 진흥법 제39조 제1항). 다만, 일정 규모 이상의 특정 한 건축물에 관한 건설공사 등 발주청이 검토한 결과 필요하다고 인정되는 경우에는 반드시 법인인 건설엔지니어링 사업자로 하여금

16) 윤재윤, 앞의 책, 546면.

17) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다11236 판결

18) 김동희, 앞의 책, 83면.

19) 김동희, 앞의 책, 83면.

20) 김동희, 앞의 책, 86면.

시공단계에서 품질 및 안전관리 실태의 확인, 설계변경에 관한 사항의 확인, 준공검사 등 감독권한대행 건설사업관리를 하게 하여야 한다(같은 조 제2항, 같은 법 시행령 제55조 제1항). 이에 법령의 위임에 따라 업무수행지침을 두어 건설사업관리자로 하여금 건축법 또는 주택법 보다 더욱 엄격하고 세밀한 지침을 따르도록 하고 있다.

감리자는 시공자가 법령을 위반하거나 설계도서대로 공사하지 않는 경우 건축주에게 알린 후 시정·재시공 요청을 할 수 있고, 이를 따르지 않는 경우에는 중지 요청까지 할 수 있다(건축법 제25조 제3항), 그럼에도 불구하고 공사를 계속하는 경우에는 허가권자에게 보고하여야 한다(같은 조 제4항). 또한 감리자는 필요한 경우 시공자에게 상세도면을 작성하도록 요청할 수 있고(같은 조 제5항), 이 같은 시정 또는 재시공 요청이나, 공사중지 요청의 근거는 건축경찰법으로서 건축법에 직접 근거한다. 따라서, 이를 감리계약에서 제한하거나, 다르게 정할 수는 없다. 그 밖에도 건축법은 건축주나 시공자가 감리자의 위와 같은 업무수행을 이유로 보수 지급을 거부하거나 지연시키는 등 불이익을 주지 않도록 명시하여 이를 보장하고 있다(같은 조 제7항).

건설기술 진흥법은 그 불이익의 유형으로 건설기술인의 변경, 현장 상주의 거부, 용역대가 지급의 거부·지체 등 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 명시하고 있다(제40조의2). 그 밖에도 발주청 소속 직원으로 하여금 건설사업관리자의 업무에 개입 또는 간섭하거나 권한을 침해하지 않도록 명시하고, 이를 위반한 경우 발주청에 보고하고 사실조사를 의뢰할 수 있는 등의 부당한 간섭 배제 규정을 두고 있다(제39조의 4). 또한, 건설사업관리 중 실정보고 의무를 명시함과 동시에 발주청으로 하여금 이를 접수하여 설계변경 등 적절한 조치를 하도록 하고(제39조의 3), 이를 접수하지 않는 경우에는 형사처벌까지 하도록 하는 규정까지 두고 있다. 실제 건설사업관리자의 실정보고를 발주청 소속 직원이 접수하지 않는 종종 발생하는 취약한 현실을 반영한다.

2. 다른 건축관계자들과의 관계

감리자는 건축주로부터 감리업무를 위탁받아 그 업무를 수행하는 자로 건축주와는 민사적으로 위임인과 수임인의 관계에 있다. 따라서, 감리자는 건축주를 위하여 민법상 위임계약의 법리에 따라 선량한 관리자의 주의의무로 그 업무를 수행하여야 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 관련 법령은 감리자에게 단순한 민법상 위임법리를 훨씬 뛰어 넘는 다양한 보호수단을 마련하고 있고, 이는 다른 한편으로는 건축주의 계약 체결의 자유를 제한하는 모습을 보인다.

감리자는 건축물이 설계도서대로 시공 되는지 여부를 관리, 감독하기 때문에 설계자의 설계의도를 현장에서 구현하는 데 노력한다. 과거 소규모 건축물의 경우 건축주가 설계자를 감리자로 지정하는 관행이 있어 독립적인 감리가 이루어지지 못한다는 문제점이 지적되었고, 실무상으로는 양자의 업무를 분리하여야 한다는 주장도 있었다. 이에 현행 건축법은 허가권자가 감리자를 지정하는 소형건축물 등의 경우에는 설계에 참여하지 않은 자 중에서 감리자를 지정하도록 하고 있다(제25조 제2항 본문). 예외적으로 신기술을 적용하거나 설계공모를 통한 건축물과 같이 설계자의 설계의도 구현이 필요한 경우에 한하여 그 예외를 인정하고 있다(같은 항 단서). 헌법재판소는 감리자 선정단계에서부터 건축주의 개입을 단절시키기 위해서는 불가피하다고 보아 설계·감리 분리제도가 합헌이라고 판단한 바 있다.²¹⁾ 그러나 설계자의 감리 업무 수행이 반드시 감리자나 감리 업무를 충실히 하는 데 장애가 되는 것은 아니라 할 것인데, 그 참여의 여지까지 배제시킬 만큼의 필요성이 있는지에 관하여는 의문이다.

감리자는 시공자의 공사 시공 과정을 관리, 감독하고 경우에 따라서는 재시공 내지는 시정 조치, 나아가 공사 중지를 요구할 수 있기 때문에 본질적으로 시공자로부터 독립된 지위를 유지할 것이 요구된다. 이에 건축법은 양자 간 관계를 엄격히 분리하여 시공자뿐만 아니라 그 계열회사가 감리자가 될 수 없도록 규정하고 있다(건축법 제25조 제1항). 2008년 이천 냉동창고 건축현장 폭발·화재사고의 원인 중 하나로 설계·시공·감리를 동일 계열회사가 하였던 점이 지적됨에 따라 같은 해 이에 관한 처벌규정을 신설되기도 하였다.

그러나 종합건설업체는 실제 시공은 전문건설업체 등 하도급업체에 의존하고 그 기술 축적 보다는 입찰을 위한 영업과 하도급 관리에 치중하여 형식과 실질이 크게 괴리되는 방식²²⁾으로 운영되고 실정이다. 형식상 수급인의 지위에서 도급계약을 체결하지만, 실제 공사 현장에서는 제한적으로 전문건설업자의 시공을 종합할 뿐 직접 시공에 간여하지 않는 종합건설업자의 한정적 역할로서 실질적으로 적극적인 ‘시공관리’를 수행해 왔다.²³⁾ 물론 이는 건설사업관리 내지 감리와는 구별되지만 그 존재로 그간 건설사업관리자의 역할이 소극적 관리, 감독으로 제한되어 온 것은 사실이다. 시공자와 상호 역할에 혼선이 발생하거나 그 책임 소재가 모호해 지는 경우도 종종 있어 왔다. 이는 2018. 12. 21. 전문건설업체의 시공 제한 규정이 본격적으로 폐지된 현재까지도 계속되고 있는데, 점점 기존 공무가 수행하여오던 적극적 건설사업관리 역할의 축소와 그 역할 증대의 기회가 되기도 할 것으로 보인다.

21) 헌재 2017. 5. 25.자 2016헌마516 결정

22) 김종보, "시행과 시공의 구별-종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성-", 『행정법연구』 제26호(2010. 4.), 61-62면 참조.

23) 김종보, 앞의 글, 72면.

V. 결론

감리제도는 최초 연혁적인 측면에서 허가권자의 관리, 감독 권한에서 시작되었다. 감리자가 실제 현장에서 업무를 수행하는 방식은 일반적인 계약체결 당사자로서 협력관계에서 보여지는 모습과는 사뭇 다르다. 건축주 내지는 시공자의 입장에서는 건축물의 건축이라는 목적 내지는 이해관계를 공유한다기보다는 그 관리, 감독자의 입장에서 통제하는 데 더 가까운 역할을 수행한다. 단순히 건축주와 체결한 위임계약상 대리인으로서의 권리 행사에 그치는 것이 아니라 건축법령과 각종 안전 수칙들이 현장에서 준수되도록 한다. 이와 같은 업무 수행 과정에 있어서 감리자는 각종 규제가 현장에서 구현될 수 있도록 하는 일종의 수명자와 같은 모습을 보인다. 그러다 보니 정해진 공사 기간 이내 건축물의 건축을 희망하는 건축주나 시공자의 입장에서는 감리자의 개입이 달갑지 않을 것이고, 가능하면 현장에서의 영향력을 제한하고자 할 것이다. 이 같은 경향은 그간 감리제도가 현장에서서 실효적으로 작동되지 않는 주된 원인으로 지적되어 왔고, 이를 보완하기 위한 제도적 장치가 뚜렷한 법리나 체계 없이 곳곳에 산재되어 있다.

특히, 주택법령상 사업계획승인권자의 감리자 지정은 사업주체와 감리자 간 감리계약의 체결에 앞서 사업주체의 계약 체결 당사자 선정 과정에 직접 관여한다. 이 같은 공법적 개입은 감리자의 업무 수행 능력의 적격성뿐만 아니라 이에 간접적으로 영향을 미칠 수 있는 감리비와 같은 구체적인 계약조건에까지 미친다. 사업계획승인권자의 감리자 지정은 부실공사를 방지하기 위하여 감리자의 공사 시공 과정에 관한 관리, 감독 역할이 갖는 공익적 성격과 기대에서부터 비롯된 것으로 감리자에게 부여되는 권한과 그 행사에 정당성을 부여한다. 이 같은 행정작용은 위임계약의 성격을 갖는 감리계약을 해석하는 데 있어서도 민사적 법리를 제한하는 논거가 되기도 한다.

실제 현장에서는 감리자의 실정보고 접수 자체를 거부하거나, 감리원의 법령상의 권한 행사를 이유로 불이익을 주는 일도 종종 있어 왔다. 감리자가 감리비를 지급받지 못할 것을 우려하여 그와 같은 권한 행사가 위축되는 경우도 있다. 이에 건축법이나 건설기술 진흥법에서는 감리자를 보호하기 위하여 부당 간섭 배제 의무를 명시하거나, 그 공사중지 등 권한 행사를 이유로 불이익 조치를 하지 못하도록 하는 한편, 감리비 지급 여부에 관여하는 등 통상적인 시장 경제 참여자로서 계약상의 보호를 뛰어넘는 다양한 방식의 수단들을 마련하고 있다. 그리고 이와 같은 수단들은 다른 한편으로는 그와 같은 부당한 개입이나 부당한 조치가 실제 이루어지고 있는 씹쓸한 현실의 반영이기도 하다.

이는 감리자가 건축물의 건축 과정에서 수행하는 역할의 필요성에 대한 건축관계자를 비롯한 사회적 공감대의 형성이 아직 부족한 실정에 기인한다. 다른 한편으로는 감리 업무를 수행하는 소속 감리원 인력의 전문성 내지 적합성의 부족도 이 같은 한 몫을 더 할 것이다. 감리자 보호를 위한 각종 보호수단을 규정하는 제도 자체의 정비도 중요하지만 이에 필수적으로 수반되어야 할 것은 자율적 통제수단인 자격법으로서²⁴⁾ 건축사법 내지는 엔지니어링산업 기본법을 통하여 그 인력이 그 권한에 상응하는 자격을 갖추도록 하는 것이다. 최근 민간 부문에까지 확대되고 있는 건설사업관리는 이 같은 측면에서는 고무적이다. 근대화 이후 현재에 이르기까지 크고, 작은 안전 사고 발생이 현재의 감리제도를 탄생시켰다는 데서 감리 제도 자체의 필요성을 부정하기는 어렵다. 그 제도적 정착을 위해서는 감리자가 수행하는 역할에 관한 공적 성격과 그 지위의 확립 필요성이 있다. 이를 위해서는 감리자 자격 및 능력의 향상과 그 자율성 확립을 위한 노력도 함께 수반되어야 한다.

투고일 2023. 2. 24. 심사완료일 2023. 3. 7. 게재확정일 2023. 3. 11.

24) 이원우, "규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색", 『저스티스』 제106호(2008. 9.), 384, 395면.

참고문헌

- 김종보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018.
- 윤재운, **건설분쟁 관계법**(제5판), 박영사, 2014.
- 김동희, **행정법 I** (제23판), 박영사, 2017.
- 김상호/윤주선, "건축물 안전성 확보를 위한 감리제도 개선방향", 건축도시공간연구소, 2015.
- 김종보, "시행과 시공의 구별-종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성-", **행정법연구** 제26호(2010. 4.).
- 이원우, "규제개혁과 규제완화: 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색", **저스티스** 제106호(2008. 9.).

ABSTRACT

The Legal Character of the Appointment of a Construction Supervisor and the Role of the Supervisor

Baek, Min-ju*

The construction supervisor is one of construction participants. To complete construction, he(or she) reviews design documents and supervises the construction processes. Historically, the supervision system started with the power of the building permit authority and changed to the position of a professional architect. Then, whenever major safety accidents have occurred, it has been repeatedly enacted and revised. The demand for following public interest, rather than market needs, has become the driving force behind its development.

Principally, the choice of the construction supervisor lies within the sphere of the contractual freedom of the owner. However, in the case of apartments subject to business plan approval under the Housing Act, the business plan approval authority appoints a construction supervisor and requires the owner to make a contract with the supervisor, considering the influence of public safety. This is the reason for restricting a general interpretation of the delegation contract of the Civil Law when interpreting construction supervision contracts. Such public legal intervention is expended on any building for sale subject to the Construction Act.

The construction supervisor manages all construction processes. And he can request the constructor to correct, re-construction or stop constructing. For protect the position of supervisor, relevant laws prohibit that give disadvantage for exercising the above authorities. In addition, the Construction Act prepares various institutional devises, such as checking whether supervision fees are paid prior to use approval.

These institutional devices are instituted in public interest and, on the other hand, reflect weak operational realities of the construction supervision system. Construction management was introduced into the public sector by the Construction Technology Promotion Act and is autonomously expended to civil areas. It shows a trend of change in relationship with owner from check to mutual collaboration. Furthermore, it suggests the possibility of improving autonomous control through the professional development of supervisors.

Key words : Construction supervision system, Construction supervisor, Construction management, Appointment of supervisor, Construction supervision contract

* Attorney, DONGIL Architects & Engineers Corp. Legal Team Team Leader