

# 공공건설사업 하자에 대한 수급인의 책임에 대한 연구

- 민법과 국가계약법령의 비교를 통하여 -

## A Study on the Contractor's Liability for Defect in Public Construction Project

- through comparing Civil Law with Government Contract Law -

조 영 준\* · 현 창 택\*\*

Cho, Young-Jun · Hyun, Chang-Taek

### 요 약

공공건설사업은 국가경제에서 막대한 영향을 미치며, 투입되는 인력이 다양하다. 그리고 공공건설사업이 복잡해지고 다양해짐에 따라 하자발생 가능성이 매우 높다. 그러나 수급인이 부담하는 하자에 대한 책임을 민법과 국가계약법령에서 채무불이행책임과 하자담보책임으로 이원화하고 있음으로 인해 해석내용이 다양하며, 실제 건설현장에서는 하자책임에 대한 해석이 불분명함으로 인해 분쟁의 요인이 되고 있다.

따라서 본 연구에서는 하자책임과 관련하여 해외의 동향을 살펴본 후, 우리나라 민법 및 국가계약법령의 하자책임 및 그와 관련된 문제점을 살펴보고, 하자에 대한 수급인의 책임정립방안을 제시하고자 한다.

본 연구 결과 도출된 공공건설사업의 하자에 대한 수급인의 책임 정립방향을 요약하면 다음과 같다.

- (1) 하자발생시 하자에 대한 책임을 불완전이행으로 인한 채무불이행책임으로 일원화하여 수급인에게 적용하는 것이 바람직하다.
- (2) 손해배상의 범위는 보수비의 과다 및 하자의 중요성을 고려하여 결정해야 한다.
- (3) 소멸시효의 기준이 되는 하자책임시점은 계약이행중에는 기성검사이후부터 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담시키고 있으므로, 기성검사를 완료한 날부터 기산할 수 있다.
- (4) 현행 계약이행보증제도의 하자보수책임을 제외하고 계약이행도중 기성검사를 완료한 부분에 발생하는 하자를 담보하기 위하여 유보금제도를 도입해야 할 것으로 판단된다.

**키워드** : 하자담보책임, 채무불이행책임, 민법, 국가계약법령, 클레임, 분쟁

## 1. 서 론

### 1.1 연구의 배경 및 목적

2000년도의 국내총생산은 517조966억원이며, 건설총생산은 42조1,967억원으로 경제규모는 전체의 8.16%를 차지하고 있으며, 건설취업자는 전체경제활동인구에서 차지하는 비중이 7.48%를 차지하는 있다<sup>1)</sup>.

그리고 공공건설사업의 경우 일을 완성할 때까지 다양한 법령 및 규정<sup>2)</sup>에 따라 수행되고 있다. 또한 건설사업을 수행하기

수주액(www.nso.go.kr/cgi-bin/sws\_777.cgi), 2000

2) 건설사업을 영위하기 위해서는 건설산업기본법에 의하여 등록이 되어 있어야 하고, 동법에 따라 하도급을 집행해야 하며, 국가와 계약을 체결할 경우 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령 및 조달사업에 관한 법령을 준수해야 한다. 지방정부와 계약을 체결할 경우 일정규모 이상일 경우에는 조달사업에 관한 법령 및 지방재정법령, 일정규모 이하일 경우 지방재정법령, 정부투자기관 등 공공기관과 계약을 체결할 경우 정부투자기관 회계규칙 등을 준수해야 한다. 그리고 이외에도 인천국제공항공사의 경우 수도권신공항건설촉진법령, 경부고속철도공단의 경우 고속철도건설촉진법령 등 다수의 법령을 준수해야 한다.

\* 중신회원, 서울시립대학교 대학원 박사과정

\*\* 중신회원, 서울시립대학교 건축공학과 교수, 공학박사

1) 통계청, [통계DB] 경제활동상태별 국내총생산 및 국민총소득, (www.nso.go.kr/cgi-bin/sws\_999.cgi), 3-36. 공중 및 발주자별 월별

위해서는 다양한 주체가 투입되며 그 중의 하나는 건설기술관리법에 의한 감리원이고, 건축사법에 의한 건축사 및 엔지니어링기술진흥법에 의한 엔지니어링업활동주체 등이다.

다양한 법령 및 조직체계에 의해 장기간에 걸쳐 수행되는 공공건설사업의 경우 거의 정부에서 정한 국가계약법령, 회계에 규인 공사계약일반조건 및 기술용역계약일반조건을 그대로 사용하거나 준용하고 있다.

이와 같이 공공건설사업의 규모는 국가경제에서 막대한 영향을 미치고 있으며, 투입되는 인력도 다양하다. 그러나 공공건설사업에서 하자가 발생할 경우 수급인(시공자 또는 계약상대자와 같다)이 부담할 수 있는 책임은 불법행위책임을 제외할 경우 민법 제667조(수급인의 담보책임) 및 국가계약법 제18조(하자보수보증금)에 의한 하자담보책임과 민법 제390조(채무불이행과 손해배상), 국가계약법시행령 제52조(공사계약에 있어서의 이행보증)에 의한 채무불이행책임으로 이원화되어 있다.

수급인에게 하자담보책임을 부담시킬 경우 도급인은 하자보수청구권, 손해배상청구권, 계약해제권을 갖지만 목적물이 시설물일 경우 계약해제권은 없다. 한편 수급인에게 채무불이행책임을 부담시킬 경우 도급인은 완전이행청구권<sup>3)</sup>, 손해배상청구권, 계약해제권을 갖는다. 하자담보책임과 불완전이행으로 인한 채무불이행책임의 내용을 나타내면 표 1과 같다.

즉, 하자담보책임의 성격을 무엇으로 볼 것이냐에 따라 법정무과실책임을 물어 신뢰이익<sup>4)</sup>에 해당하는 부분만을 손해배상으로 청구할 수 있는 것인지 아니면 채무불이행책임의 특칙으로 보아 이행이익<sup>5)</sup> 등의 손해까지 손해배상으로 청구할 수 있는 것인지 등이 분명하지 아니하였던 것이다.

하자담보책임에 의한 하자보수청구권은 채무불이행책임에 의한 완전이행청구권의 일부분이며, 손해배상의 경우에도 하자담보책임의 성격을 어떤 것으로 보든지 채무불이행책임에서 청구할 수 있는 손해에 포함되는 것이다. 또한 계약해제의 경우에

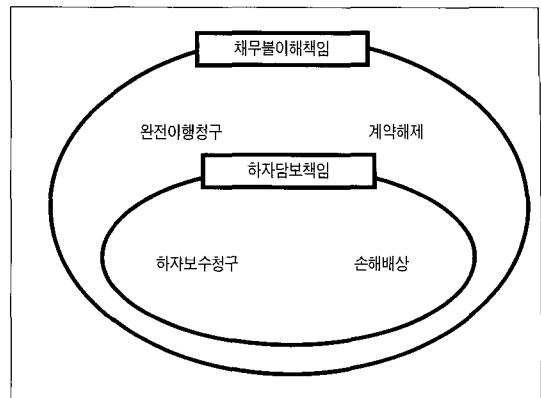


그림 1. 수급인의 하자책임 비교

도 채무불이행책임에서는 가능하지만 하자담보책임에서는 배제하고 있어 전체적으로 채무불이행책임이 현행의 법령에서 정하고 있는 하자담보책임보다 과중한 책임을 부담시키는 것으로 볼 수 있다. 이를 그림으로 간략히 나타내면 그림 1과 같다.

하자발생시점을 기준으로 볼 때 계약의 이행중, 계약이행완료이후 부담해야 하는 책임으로 구분할 수 있으며, 수급인이 부담해야 하는 책임을 기준으로 볼 때 채무불이행책임, 하자담보책임으로 다시 구분할 수 있다.

하자에 대한 책임의 이원화, 그에 대한 해석 및 책임의 적용에 대한 사항은 대륙법계에서는 공통적으로 발생되고 있는 문제이다. 특히 우리나라의 경우 국가계약법령에서 규정하고 있는 하자에 대한 책임에 대한 사항은 여타 대륙법계의 국가에서 적용하고 있는 사항과 상이한 부분이 있다.

이와 같이 우리나라에서 하자에 대한 책임이 이원화되고, 책임에 대한 해석이 명료하지 않음으로 인해 건설현장에서는 하자와 관련된 분쟁이 끊임없이 제기되고 있는 실정이다.

따라서 본 연구의 목적은 민법과 국가계약법령에서 규정하고 있는 하자에 대한 책임의 차이점을 비교 분석하고 하자에 대한 수급인의 책임 및 현행 제도의 개선방향을 제시하는데 있다.

표 1. 하자담보책임과 채무불이행책임의 내용

구 분	하자담보책임	채무불이행책임	비 고
하자치유	하자보수청구권	완전이행청구권	
손해배상	법정무과실책임 : 신뢰이익배상 채무불이행책임의 특칙 : 이행이익 등의 배상	손해배상청구권 : 이행이익 및 후손피해청구 가능	
계약해제	배제	계약해제권	

3) 완전이행청구권은 추완보완권 또는 완전물급부청구권이라고도 한다.

4) 신뢰이익이란 하자가 없다고 믿음으로써 생긴 손해 또는 하자가 있다는 것을 알았다면 입지 않았을 손해를 말한다.

5) 이행이익이란 하자에 의해 생기는 손해를 말한다.

### 1.2 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 민법과 국가계약법령에 규정된 하자에 대한 수급인의 책임으로 범위를 한정하여 고찰하기로 한다.

또한 채무불이행의 유형은 이행지체, 이행불능 및 불완전이행이 있으나, 본 연구에서는 이행지체 및 이행불능에 대해서는 고려하지 아니하고자 하며, 불법행위와 관련된 사항도 본 연구의 범위에서 제외하기로 한다.

위와 같은 연구의 목적과 범위를 전제로 하여 본 연구에서는 다음과 같이 연구를 진행한다.

제2장에서는 각종 문헌조사를 통하여 대륙법권과 영미법권

으로 구분한 후 수급인의 하자담보책임 내용, 효과, 면책사항, 하자책임 이원화로 인한 문제점 등을 비교·고찰한다.

제3장에서는 민법과 국가계약법령에서 규정하고 있는 수급인의 하자에 대한 책임에 대해 고찰하고자 한다. 이를 고찰한 후 두 법령상에서 규정하고 있는 하자책임의 차이점을 규명하고, 건설에서의 하자책임과 관련된 문제점을 분석한다.

제4장에서는 하자에 대한 수급인의 책임일원화, 손해배상의 범위, 책임시점, 하자담보 방법 등의 측면에서 개선방향을 제시하고자 한다.

## 2. 각국 수급인의 하자책임에 대한 비교·고찰

### 2.1 책임의 근거

대륙법계 국가나 영미법계 국가에서 수급인의 하자책임의 기초는 법령에 근거하고 있다. 대륙법계에서는 민법에 근거를 두고 있으나 영미법계의 영국에서는 동산매매법, 미국에서는 통일상법전(Uniform Commercial Code : U.C.C.), Magnuson-Moss Warranty Act, 주건설규정(state building code) 및 연방조달규정(FAR)에서 보증(warranty)의 사항을 다루고 있다는 점에서 그 차이가 있을 뿐이다.

그리고 영미법계에서는 하자담보책임이라는 제도는 존재하지 않지만 이에 해당하는 것으로서 묵시적 보증(Implied Warranty)이라는 제도가 있으며, 이는 계약책임의 일종으로 다루어지고 있다<sup>8)</sup>. 따라서 영국에서는 공공공사계약조건에서 하자보증사항을 다루고 있으며, 미국의 경우 공공공사계약조건을 Standard Form 23A의 형태로 운용하고 있으며, 그 내용은 연방조달규정의 내용을 그대로 규정하고 있다.

### 2.2 책임의 내용

하자책임의 내용으로 각국에서는 수급인이 하자제거 혹은 하자보수를 수행하도록 하고 있다.

대륙법계의 프랑스에서는 계약책임의 일반원칙에 따라 원상회복하고, 그것이 부적당한 경우에는 등가배상하도록 하고 있다. 담보책임기간은 목적물의 인도시부터 10년이 경과함으로써 책임을 면하도록 하고 있다.

독일의 경우 목적물 인도이전의 내용과 인도이후의 내용으로 구분하고 있으며, 목적물 인도이전의 경우 하자제거청구권과 손해배상청구권을 인정<sup>9)</sup>하며 독일민법 제195조 일반규정의 적

용에 따라 30년의 시효로 소멸하는 것으로 한다. 목적물 인도 이후의 경우에는 도급인은 수급인에 대하여 하자제거 혹은 하자보수청구, 손해배상, 계약해제 및 대가감액 등을 할 수 있다.

일본의 경우 관련법령 및 청부계약약관에서는 목적물이 인도되기 이전인 일이 완성되기 전의 하자에 대해 언급하고 있지는 않지만 채무불이행의 내용으로 보아 하자를 보수해야 하는 것으로 보고 있다<sup>10)</sup>. 목적물이 인도된 후에 수급인이 인도한 공사목적물에 하자가 있으면 도급인(발주자)은 하자 보수를 요구할 수 있다. 도급인은 손해배상을 요구할 수도 있고, 그 중 어느 것을 선택할지 도급인 자유로 선택한 바에 따르도록 하고 있다<sup>11)</sup>.

영국의 경우 공공공사계약일반조건에서 하자보수, 손해배상 및 계약해제를 인정하고 있다.

미국의 경우 연방조달규정에서 하자보수, 손해배상은 인정하며, 계약해제의 경우 연방조달규정에 명시되어 있지 않지만 판결에서 미완성부분에 대하여 제한적으로 할 수 있는 것으로 보고 있다<sup>12)</sup>.

### 2.3 목적물 인수에 따른 영향

프랑스의 경우 목적물인수 당시 하자를 알았는지 여부에 따라 인수 효과가 달라진다. 하자를 알고서도 인수하였다면 자신의 권리를 포기한 것이라고 보고 있다<sup>13)</sup>.

독일의 경우 도급인이 목적물을 인수할 때 하자가 있다는 사실을 알면서도 하자보수청구권 등 자신의 권리를 언급하지 않고 인수하였다면 이후 하자가 있을 때 자신의 권리를 주장할 수 없다. 그리고 도급인의 인수행위가 묵시적 승인에 해당되어 자신의 권리를 포기하였다고 볼 수 있는지에 관해서는 구체적인 경우마다 법관이 판단하도록 하고 있다<sup>14)</sup>.

일본의 경우 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있으나 건

6) 김대정, 「영미법에 있어서의 하자담보책임-대륙법과의 비교법적고찰」, 首善論叢第14輯, 성균관대학교, 1990. 12. 175쪽.

7) Soergel, Münchener Kommentar, Bd.3-1, München, Beck, §633, Rdnr. 4, S.1622, 1980

8) 山本重三, 建築請負契約における瑕疵擔保責任, 不動産大系V 第250項  
9) 龍井繁男, 實務法律選書-建設工事契約, ぎょうせい, 148~149쪽, 1990. 12

10) 미국 계약항소위원회 판정(BCA Decisions) : G.A. Karnavas painting Co., VABCA 992, 72-1 BCA(Board of Contract Appeal Reports) 9369. 출전 Cibinic, John Jr. and Nash, Ralph C. Jr., Administration of Government Contracts, 3rd Ed., The George Washington University, Washington D.C., p919, 1995

11) Ferid and Sonnenberger, Da Französische Zivilrecht, Bd.II, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg, S.290, p.64, 1986

12) 이상태, 「건축수급인의 하자담보책임에 관한 연구」, 서울대학교 대학원, 24쪽, 1991. 8

물 기타 토지의 공작물에 대하여는 해제하지 아니하는 것으로 규정하고 있다<sup>13)</sup>.

영미의 경우 목적물을 인수하는 것은 실질적 준공을 의미하므로 수급인이 계약조건을 위반하였다고 하더라도 도급인은 계약을 해제할 수 있는 권리를 상실하며 손해배상만을 청구할 수 있다고 보는 것이 일반적이다<sup>14)</sup>.

### 2.4 면책조항

프랑스의 경우 도급인이 그 일에 대해 상당한 지식이 있고, 일이 진행되는 동안 그 일에 대해 간섭할 가능성이 있는 경우에는 수급인의 책임을 일부 제한하는 것도 허용되지만, 인적손해에 대해서는 면책이 전혀 인정되지 않는다<sup>15)</sup>.

독일의 경우 수급인은 고의로 인한 책임으로부터 미리 벗어날 수 없는 것으로 명시하고 있다.

일본의 경우 공사에 하자가 있더라도 그것이 도급인 지시와 지정된 재료에 근거했을 때는 수급인에게 하자담보책임을 묻지 않는다. 하수급인에 대하여 수급인의 실질적 지휘 감독이 미치지 아니하는 경우에는 수급인의 책임은 배제되는 것으로 보고 있다. 또한 도급인의 지시에 따라, 혹은 그 재료를 이용하여 하자있는 공사를 한 경우, 수급인이 적절한 통지를 하였다면 하자담보책임을 면할 수 있다.

영미의 경우 계약자유의 원칙에 따라 계약당사자들이 원한다면 당사자 일방의 책임을 면책시키는 약정은 자유로이 행할 수 있다는 것이 Common Law의 일반원칙이다.

### 2.5 기성부분의 하자담보

우리나라의 경우 기성부분의 하자를 담보하기 위한 유보금제도는 없지만 하자를 보수하도록 시정조치하며, 기성대가를 지급하기전에 검사를 하여 하자가 있는 부분에 대해서는 대가지급을 유보하고 있다. 그리고 도급인이 전체목적물을 인수하거나 준공검사를 완료할 때부터 하자보수를 보증하는 하자보수보증제도가 존재한다.

그러나 일본이나 독일의 경우 하자보수보증제도는 별도로 존재하지 않으며 계약이행보증금 존재한다<sup>16)</sup>. 영국정부계약의 경우 계약이행보증금이 면제되지만 기성부분의 하자를 담보하기 위

한 유보금이 있고, 미국연방정부계약의 경우 계약이행보증금은 있지만 유보금은 없다<sup>17)</sup>.

### 2.6 소결

대륙법권의 경우에는 하자담보책임제도를 인정하고 있으나 그 내용은 국가별로 조금씩 상이하다. 하자에 대한 책임은 인도 이전에는 강제보험을 가입하게 하든지(프랑스), 일의 완성에 대한 청구권 및 하자제거청구권을 인정하든지(독일), 구체적으로 명시하지는 않지만 채무불이행책임을 부담하는 것(일본)으로 하거나 계약상의 시공의무이행의 일부로 간주(우리나라)하고 있다.

그러나 각국 공통적으로 목적물의 인도이후부터 동일하게 하자담보책임이 발생하는 것으로 하고 있다.

영미법의 경우 하자담보책임제도를 인정하고 있지 않고 있으며, 계약의 이행중 하자가 발생할 경우 계약에서 발생하는 문제로 이해하여 계약적 책임을 부담시키고 있다. 영국의 경우 계약 위반에 대한 구제방법으로 손해배상만이 인정되며, 계약조건에서 하자있는 작업으로 통지받은 사항에 대해 재시공요구를 준수하지 아니할 경우 계약해제를 인정하고 있다. 미국의 경우 수급인의 잘못으로 인한 하자라면 자신의 비용으로 하자를 제거하도록 하여 과실책임을 부담시키고 있으며, 일을 완성하지 못할 경우 실질적으로 준공되지 못한 부분에 대해 계약을 해제할 수 있는 것으로 보고 있다.

즉, 대륙법계에서는 하자담보책임제도의 자체적인 문제로 인해 계약이행중에 발생한 하자에 대하여 별도의 해석을 요하고 있는 것으로 보인다.

대륙법계에서는 하자에 대한 책임을 채무불이행책임과 하자담보책임으로 이원화시킴으로써 이를 해석하여 적용하는 데 많은 연구가 이루어지고 있다. 그러나 영미법계에서는 하자에 대한 책임을 채무불이행책임으로 단순화시킴으로써 하자에 대한 책임의 해석으로 인해 발생할 수 있는 문제점을 해소시키고 있다.

다음에서는 우리나라에서 공공건설사업 수급인의 하자책임을 살펴보기 위하여 민법과 국가계약법령의 하자책임 내용을 분석한 후, 문제점을 분석하고자 한다.

13) 三宅正男, 契約法(各論)下卷, 青林書院, 902~914쪽, 1988

14) Davis v. Hedges, 1871, L.R., 6Q.B. 687 ; Elliot Consol School Dist. v. Busbroom, 1964, 227 F. Supp. 858, S.D. Iowa, 출전 Stokes and Finuf, Construction Law for Owners and Builders, McGraw-Hill., New York, p.116, 1986

15) Ferid and Sonnenberger, op. cit., S.290

16) 입찰제도문제연구회(일본), 신공공입찰·계약제도실무핸드북, 동경, 대성출판사, 1996. 6. 141쪽.

17) Clough, Richard H. and Sears, Glenn A. Construction Contracting, John Wiley & Sons, New York, 1994, p147. 유보금제도는 계약이행보증금과 중복된다는 지적이 있으며, 다양하게 변화되었다. 연방정부의 경우 유보금제도를 배제하고 있지만 일부 공공발주기관(Public Agency)의 경우 계약이행보증금과는 별도로 10%의 유보금을 부담시키고 있다.

### 3. 민법과 국가계약법령의 하자책임 분석

#### 3.1 민법상의 하자책임

##### (1) 책임의 근거

민법 제390조에 따라 하자가 있을 경우 수급인에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 물을 수 있다.

또한 민법 제667조에 따라 완성이전의 목적물 또는 완성이전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에 도급인은 수급인에게 담보책임을 물을 수 있다.

##### (2) 하자책임의 내용

계약의 이행의 완성과 관계없이 하자가 있어 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담시킬 경우 도급인인 채권자는 수급인인 채무자에 대하여 완전이행청구권, 손해배상청구권, 계약해제권을 가지며 이러한 권리들은 원칙적으로 10년의 소멸시효를 갖는다<sup>18)</sup>.

또한 완성이전의 목적물 또는 완성이전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에 도급인은 수급인에게 담보책임을 물을 수 있으며, 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다(민법 제667조 제1항 참조).

##### 1) 목적물 인도전의 책임

완성전 성취된 부분의 목적물에 대하여 도급인은 수급인에게 담보책임을 물을 수 있다.

##### 2) 목적물 인도후의 책임

###### 가. 하자제거 혹은 하자보수

민법 제667조 '수급인의 담보책임'에 도급인에게 하자보수청구권 및 손해배상청구권을 인정하고 있으나 완전이행청구권<sup>19)</sup>은 명시하지 않고 있다.

###### 나. 손해배상

수급인의 담보책임에서 수급인이 도급인에게 제공한 목적물에 하자가 있을 경우 도급인은 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있으며, 손해배상의 청구범위에 대해서는 규정하고 있지 않다. 최근의 통설<sup>20)</sup> 및 판결<sup>21)</sup>은 수급인의 하자담보책임을 법정무

과실책임으로 보면서 신뢰이익<sup>22)</sup>의 배상에 한하는 것으로 하고 있으나, 최근의 학설은 이를 채무불이행의 특수한 경우로 보고 이행이익<sup>23)</sup>의 배상으로 보는 경우도 있으며<sup>24)</sup>, 일부는 수급인이 배상해야 할 손해를 신뢰이익이나 이행이익으로 구별하는 것은 지나치게 도식적이므로 타당하지 않고 일반적인 손해배상범위의 법리에 의해 타당성을 도모해야 한다는 견해<sup>25)</sup>도 있다.

도급인이 손해배상청구를 하는 경우에도 손해배상이 있을 때까지 수급인에 대하여 그에 상응하는 보수의 지급을 거절할 수 있다. 이때 손해배상액이 확정되었으면 도급인은 그것을 자동채권으로 하여 미지급의 보수와 상계할 수 있다<sup>26)</sup>.

하자결과 손해인 인체나 다른 재산상의 손해배상청구는 보수와 함께 또는 그에 갈음하여 행해질 수 있는데, 이 경우 불법행위의 요건을 충족한다면 그에 따른 손해배상과의 경합의 문제가 발생할 수도 있다. 하자보수를 청구하지 않고 처음부터 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하는 경우에는 손해배상을 청구할 때를 기준으로 하여 손해액을 산정한다<sup>27)</sup>. 따라서 그후 물가변

21) 대법원판례 (1980.11.11. 80다923,924호) : "하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 ... 중략 ... 위 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것"; 대법원판례 (1990.3.9. 88다카31866호) : "을의 주분에 따라서 갑 소유의 재료를 사용하여 특수하게 만든 자동차 부품을 공급하고 을로부터 이를 수입하여 가는 외국의 병 외에는 이를 타에 매각처분하기가 불가능한 부대체물의 제작공급계약의 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 띠게 되고, 그와 같은 수급인의 하자담보책임은 무과실책임이므로 매매에 관한 민법 580조 1항 단서의 조항이 적용될 여지가 없다." 대법원은 수급인에게 법정 무과실책임을 물어 하자담보책임을 부담시켜야 하는 이유에 대해 별도로 설명하고 있지 않다.

22) 신뢰이익에 대한 손해란 하자가 없다고 믿음으로써 생긴 손해 또는 하자가 있다는 것을 알았다면 입지 않았을 손해를 말한다.

23) 이행이익에 대한 손해란 하자에 의해 생기는 손해를 말한다.

24) 이상태, 전계논문, 72~83쪽, 1991. 10; 정광수, 「도급계약상 하자담보책임과 불완전이행책임과의 관계-회사설립절차의 합리화를 중심으로」, 한일법학연구 제16집, 27~52쪽, 1997. 12 등

25) 이은영, 전계서, 393쪽

26) 대법원판결 (1989.12.12. 88다카18788호) : "계약에 있어서 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 경우에는 도급인은 수급인에게 하자의 보수를 청구할 수 있고 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있으며 이들 청구권은 특별 한 사정이 없는 한 수급인의 공사대금채권과 동시이행의 관계에 있는 것이므로 이와 같은 하자가 있어 도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사비지급 채무 이행지체에 빠지지 아니하고(다시말하면, 공사비를 지급하지 않고 있는 것이 아니고), 도급인이 하자보수나 손해배상채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다고 보아야 할 것이다."

27) 대법원판결 (1980.11.11. 80다923, 924) "하자보수비를 도급인이 건물을 인수한 때 또는 하자발견시를 기준으로 해야 한다는 논지는 독자적인 것이고 오히려 하자보수청구시 또는 보수에 갈음한 손해배상청구시를 기준으로 산정함이 사리에 합당하다."

18) 이상태, 「수급인의 하자담보책임의 성질」, 건국대법대논총2집, 건국대학교 출판부, 49쪽, 1991. 2.

19) 채무불이행책임의 효과는 완전이행청구권, 손해배상청구권, 계약해제권이 있으며, 하자담보책임의 효과는 하자보수청구권, 손해배상청구권이 있다. 즉, 하자가 발생하였을 때 수급인에게 책임을 물을 때 채무불이행책임을 묻게 된다면 완전이행청구를 할 수 있지만 하자담보책임을 묻게 된다면 하자보수를 청구할 수 있다. 하자보수청구는 완전이행청구의 일부부이라고 보면 된다.

20) 박윤직, 채권각론, 박영사, 서울, 453쪽, 1999; 김석우, 채권법각론, 법문사, 서울, 384쪽, 1982; 김주수, 채권각론(上), 삼영사, 서울, 384쪽, 1986; 이은영, 채권각론, 박영사, 서울, 381쪽, 1989; 이태재, 채권각론신강, 진명문화사, 서울, 303쪽, 1978

동이 발생하여 실제로 보수비용이 처음 청구시의 그것을 넘고 있을 경우에도 초과분에 대한 손해배상을 인정받을 수 없다<sup>28)</sup>.

다. 계약해제 및 대가감액

민법 제668조 '도급인의 해제권'에서 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없을 때는 계약을 해제할 수 있지만, 건물이나 기타 토지공작물일 경우 아무리 중대한 하자가 있어도 계약을 해제할 수 없다.

(3) 목적물 인수에 따른 영향

목적물을 인수하였다는 것은 원칙적으로 도급인이 목적물을 점검하고 일이 계약내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 승인 내지 시인하여 그에 대한 점유를 이전받는 것을 의미한다고 보아야 한다.

목적물 인수후에 하자가 발생하였을 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 물을 수 있으나, 추완청구권은 없어지게 되고 계약의 목적을 달성할 수 없음을 이유로 계약을 해제하지 않는 한 그 특정된 목적물에 대하여 하자보수나 손해배상만을 청구할 수 있다<sup>29)</sup>.

이는 결국 민법제671조에 규정된 바와 같이 목적물 인도후부터 수급인은 담보책임을 부담하며, 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있으며, 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

(4) 면책조항

담보책임에 관한 면제 또는 경감의 특약은 원칙적으로 유효하지만 수급인이 알고서 고지하지 아니한 하자에 대해서는 민법 제672조에 따라 그 책임을 면할 수 없다. 이러한 특약을 약관에 두는 경우에는 "약관의 규제에 관한 법률"상의 제한이 따르는데, 정당한 이유없이 수급인의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 도급인의 권리행사의 요건을 가중하는 조항 또는 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항은 무효로 하고 있다(동법 제7조 제3호).

(5) 하자책임의 이원화로 인한 효과

민법에서 하자책임을 채무불이행책임과 하자담보책임으로 이원화하고 있음으로 인해 하자책임으로 인한 손해배상부분에 대해 수많은 학설이 제기되어 왔다.

대표적인 학설로는 하자담보책임을 채무불이행책임과 별개

의 책임으로 보고, 그 성격을 법정무과실책임으로 보는 견해, 하자담보책임의 내용을 분석한 후 선별적으로 적용해야 한다는 견해, 하자담보책임은 채무불이행책임에 포섭되어야 한다는 견해 등 다양하다.

이러한 연구는 민법의 해석차원에서 주로 이루어져 왔으므로 하자책임의 이원화로 인해 건설현장에서 발생되고 있는 문제에 대해서는 구체적으로 접근하지 못하였다. 이에 대해서는 3.4절에서 다루기로 한다.

3.2 국가계약법령상의 하자책임

(1) 책임의 근거

국가계약법제18조제1항에 의하면 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원(도급인)은 공사의 도급계약에 있어서 계약상대자(수급인)로 하여금 그 공사의 하자보수를 보증하기 위하여 하자보수보증금을 납부하게 하여야 한다.

각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사의 도급계약을 체결할 때에는 전체 목적물을 인수한 날과 준공검사를 완료한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 1년이상 10년이하의 범위내에서 재정경제부령이 정하는 기간동안 당해 공사의 하자보수를 보증하기 위한 하자담보책임기간을 정하여야 한다. 다만, 공사의 성질상 하자보수가 필요하지 아니한 경우로서 재정경제부령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(국가계약법시행령제60조제1항 참조).

장기계속공사에 있어서는 연차계약별로 제1항의 규정에 의한 하자담보책임기간을 정한다. 다만, 연차계약별로 하자담보책임을 구분할 수 없는 공사인 경우에는 제1차계약을 체결할 때에 총공사에 대하여 하자담보책임기간을 정하여야 한다(국가계약법시행령제60조제2항 참조).

또한 국가계약법 제12조 내지 제15조에는 수급인에게 계약상의 의무이행을 명시하고 있으며, 동법시행령제52조에 따라 계약상대자는 계약보증금을 납부하고 당해공사의 계약상의 시공 의무이행(하자보수이행을 포함한다)을 보증해야 한다. 즉, 국가계약법령에서는 계약의 이행과정에서 발생하는 하자보수이행 의무를 계약적 책임으로 전환시키고 있으므로, 수급인은 하자가 있을 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담해야 한다.

(2) 하자책임의 내용

1) 목적물 인수전의 책임

국가계약법 제13조는 공사의 계약을 체결한 경우에 그 계약의 적정한 이행을 확보하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 계약서·설계서 기타 관계서류에 의하여 스스로 이를 감독하거나 소속공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 감독업무를 하

28) 이상태, 전계논문, 92쪽, 1991. 8

29) 이상태, 전계논문, 51쪽, 1991. 2

도록 하고 있으며, 국가계약법 제14조에는 수급인이 계약의 전부 또는 일부의 이행을 완료한 때에는 이를 확인하기 위하여 계약서·설계서 기타 관계서류에 의하여 이를 검사하도록 규정하고 있다. 또한 국가계약법시행령 제55조에는 검사시 계약담당 공무원(도급인)이 계약이행내용의 전부 또는 일부가 계약에 위반되거나 부당함을 발견한 때에는 필요한 시정조치를 하도록 하고 있다.

즉 계약이행중 목적물의 인수이전에는 계약이행의 내용에 불완전한 이행(하자)이 있을 경우 수급인에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담시키고 있다.

일반조건제31조에서 계약의 이행중 공사목적물, 관급자재, 대여품 및 제3자에 대한 손해를 부담하도록 하고 있는 것으로 미루어 보아, 하자로 인해 계약의 이행중 공사목적물, 관급자재, 대여품 및 제3자에 대한 손해가 발생하였을 경우 수급인이 손해를 부담하여야 한다.

2) 목적물 인수후의 책임

일반조건제29조에서 성질상 분할할 수 있는 공사에 대한 완성부분에 대해서는 기성부분을 인수할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 제28조제1항에는 계약담당공무원은 검사완료통지를 한 후 계약상대자가 서면으로 인수를 요청하였을 때 즉시 현장인수 증명서를 발급하고 당해 목적물을 인수하도록 규정하고 있다.

가. 하자제거 혹은 하자보수

전술 (1)항 '책임의 근거'에서 살펴본 바와 같이 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사의 도급계약을 체결할 때에는 당해 공사의 하자보수를 보증하기 위한 하자담보책임기간을 정하여야 한다.

즉 계약상대자는 재정경제부령이 정하는 하자담보책임기간 중에 하자보수만을 보증하면 되는 것이다.

도급인은 하자보수를 보증하기 위하여 국가계약법시행령제 62조<sup>30)</sup> 및 동법시행규칙제72조<sup>31)</sup>에 규정된 바에 따라 계약체결시에 하자보수보증금율을 명시하여야 한다.

그리고 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 시행규칙 제72조제1항의 규정에 의한 하자보수보증금을 당해 공사의 준

30) 국가계약법시행령제62조에는 계약금액의 100분의 2이상 100분의 10이하로 하자보수보증금율을 규정하고 있다.

31) 국가계약법시행규칙제72조(하자보수보증금율)제1항  
 1. 철도·댐·터널·철강교설치·발전설비·교량·상하수도구조물등 중요구조물공사 및 조정공사 : 100분의 5  
 2. 공항·항만·삭도설치·방파제·사방·간척 등 공사 : 100분의 4  
 3. 관개수로·도로(포장공사를 포함한다)·매립·상하수도관로·하천·일반건축등 공사 : 100분의 3  
 4. 제1호 내지 제3호외의 공사 : 100분의 2

공검사후 그 공사의 대가를 지급하기 전까지 납부하게 하고 시행령제60조의 규정에 의한 하자담보책임기간동안 보관하여야 한다.

또한 장기계속공사에 있어서는 연차계약별로 제1항 및 제2항의 규정에 의한 하자보수보증금을 납부하게 하여야 한다. 다만, 연차계약별로 하자담보책임을 구분할 수 없는 공사인 경우에는 총공사의 준공검사후 하자보수보증금을 납부하게 하여야 한다.

일반조건제33조제2항에서 규정된 바에 따라 계약상대자는 하자보수통지를 받은 때에는 즉시 보수작업을 하여야 하며 당해 하자의 발생원인 및 기타 조치사항을 명시하여 발주기관에 제출하여야 한다.

나. 손해배상

일반조건제34조제2항에는 계약상대자가 하자담보책임기간 중 하자보수를 요구받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금을 국고에 귀속하도록 하고 있다.

국가계약법령에서는 하자담보책임기간중 하자로 인해 발생되는 후속피해에 대해서는 언급하고 있지 않다.

(3) 목적물 인수에 따른 영향

도급인이 목적물을 인수한 후 목적물에 하자가 있다면 도급인은 수급인에게 하자담보책임을 물어 하자보수를 요구할 수 있으며, 수급인은 하자보수를 담보하기 위해 하자보수보증금을 도급인에게 납부하여야 한다.

(4) 면책조항

국가계약법령에서는 면책조항과 관련된 별도의 조항이 명시되어 있지 않다.

3.3 수급인 하자담보책임의 비교

앞 절에서 살펴본 두 법령사이의 수급인 하자책임 차이점을 요약하면 표 2 및 표 3과 같다.

표 2. 민법과 국가계약법령의 하자에 대한 수급인의 책임

구분		민법	국가계약법령
(1) 책임 근거	채무불이행책임	제390조	법제12조 내지 제15조
	하자담보책임	제664조, 제667조	법제18조
(2) 책임 내용			
- 목적물 인도전 책임	목적물	완전이행청구, 손해배상청구, 계약해제	계약보증금 국고귀속, 대가지급보류, 시정조치, 일반적 손해부담 (공사목적물, 관급자재, 제3자)
	채무불이행책임	상청구, 계약해제	
	하자담보책임	손해배상, 하자보수	-
- 목적물 인도후 책임	목적물	완전이행청구, 손해배상청구, 계약해제	계약보증금 국고귀속, 대가지급보류, 시정조치
	채무불이행책임	상청구, 계약해제	
	하자담보책임	손해배상, 하자보수	하자보수
(3) 목적물 인수효과		완성전 목적물에 대한 계약해제가능	계약의 전부 또는 일부의 해제
(4) 면책조항		명시됨	명시되지 않음

3.4 건설에서의 하자책임 관련 문제

제1장에서 살펴본 바와 같이 채무불이행책임과 하자담보책임은 별개의 책임이며 그 책임의 내용이 다른 책임임에도 불구하고 공공건설사업 도급계약에서는 채무불이행책임과 하자담보책임 개념이 일관성있게 정립되지 아니한 상태에서 적용되고 있다.

이로 인해 건설현장에서는 건설의 특성과 어울려 다양한 문제점이 발생하고 있다.

표 3. 민법과 국가계약법령의 하자책임 기타 차이(2)

구 분	민 법	국가계약법령
발생시점	목적물 인도일 이후	전체목적물인수일 또는 준공검사 완료일 이후
책임요건	완성전 성취된 목적물 또는 완성한 목적물의 하자	인수한 공사목적물 하자
하자보수 이행자체시	명시되지 않음	인수전 : 준공기간이후부터 지체 상급부과
담보책임 기간	토지, 건물, 기타공작물의 목적물 또는 지반공사 : 5년; 석조, 석회조, 연화조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 된 목적물 : 10년	공종별로 1년에서 10년까지 세분

(1) 책임의 이원화로 인한 문제

1) 소멸시효의 이원화

하자책임이 채무불이행책임과 하자담보책임으로 이원화됨으로 인해 소멸시효에 문제가 발생하고 있다. 하자가 발생하였을 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임으로 볼 때는 전술한 3.1-(2)항에서 살펴본 바와 같이 10년의 소멸시효에 걸리지만 하자담보책임으로 할 경우에는 1년에서 10년까지가 된다.

즉, 계약의 이행중에 발생한 하자에 대해 채무불이행책임을 물어 10년의 소멸시효를 주장하다가, 목적물을 인도한 후부터 3년간의 하자담보책임기간을 적용하게 된다면 책임기간에 이원화가 발생하는 것이다.

2) 손해배상책임내용의 이원화

통설과 판결에 따라 하자가 발생하였을 때 수급인에게 하자담보책임을 물어 법정무과실책임으로 한다면 그 손해배상액은 신뢰이익에 한정된다. 그러나 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 묻게 된다면 과실책임이 되는 것이고 손해배상액은 신뢰이익에 국한되는 것은 아니고, 이행이익이나 확장손해에까지 미칠 수 있다.

3) 인수일과 인도일

민법에서는 인도를 기준으로 하고 있으나, 국가계약법령에서는 인수를 기준으로 하고 있음으로 인해건설공사현장에서 수급인은 인도하였다고 하지만 도급인은 검사를 완료하여 인수하지 아니하였다고 하는 경우가 있어 그로 인한 분쟁이 발생하고 있다.

즉, 수급인은 가인도를 하고 도급인은 검사후 인수를 하는 것으로 보아 수급인의 실제인도행위와 도급인의 인수행위가 동시에 이루어진다고 보아야 하는 것인지, 아니면 수급인이 인도한 후 도급인이 검사하여 하자가 없는 부분만 인수한다는 개념인지가 분명하지 않다는 것이다.

만약 인도이후에 별도로 인수행위가 이루어지는 것이라면 인도이후 시점부터 인수이전 시점까지의 기간중에 목적물에 발생하거나 발생이 예상되는 비용의 부담주체가 분명하지 않다는 것이다.

(2) 하자담보책임 적용상의 문제

1) 계약기간의 연장으로 인한 책임부담

도급인의 책임있는 사유로 공사기간이 연장될 경우 수급인의 하자담보책임기간은 자동적으로 연장된다. 통상적으로 수급인은 하수급인에게도 자신과 동일한 조건을 요구하기 때문에 하수급인의 하자담보책임기간도 연장되고 있다.

공공건설사업의 계약은 대형이고 매우 복잡하며 장기간에 이루어짐으로써 계약체결이후 계약기간이 변경될 가능성이 많은 동적인 계약이다.

즉, 당초 수급인은 정해진 계약기간이후 시점부터 국가계약법령에서 정하는 하자담보책임을 예상하였지만 수급인의 책임 없는 사유로 인하여 계약기간이 연장되는 경우에는 변경된 계약기간이후 시점부터 수급인이 하자담보책임을 부담하게 됨으로써 도급인의 책임까지 수급인에게 전가되어 불합리하다.

또한 線形으로 된 공공건설사업의 경우 완성전 성취된 부분을 인수하지 않고, 부분개통을 하는 경우도 있는데, 실질적으로 도급인이 점유하여 사용하는 부분에 대해서도 도급인의 인수이후에야 비로소 수급인은 하자담보책임을 부담하게 되므로 하자담보책임기간이 연장되고 있는 실정이다.

2) 장기계속공사에서의 하자담보책임

국가계약법령에 의해서는 장기계속공사의 계약유형이 있으며 이러한 경우 차수별로 준공이 되지만 도급인이 성질상 분할할 수 없는 하자라고 판단할 경우 전체목적물을 인수하거나 전체계약의 준공검사를 완료한 날부터 하자담보책임을 부담하도록 하고 있다.

즉, 성질상 분할할 수 없는 하자를 판단할 수 있는 기준이 없고 도급인이 작위적으로 판단할 수 있으며, 당초 예정했던 계약기간을 초과하여 준공될 경우 기 시공한 부분에 대한 하자담보책임기간이 자동적으로 연장되기 때문이다.

3.5 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라 공공건설사업의 경우 민법상 하자책임에 대한 해석이 종결되지 않은 상태에서 하자



에 대한 책임을 채무불이행책임과 하자담보책임으로 이원화하여 적용함으로써, 소멸시효의 문제, 손해배상책임의 문제 등이 발생함을 살펴보았다.

그리고 하자담보책임제도는 도급계약의 계약기간이 수시로 변동될 수 있는 점을 고려하지 못함으로 인해 도급인의 책임이 있는 사유로 계약기간이 연장되더라도 수급인이 연장된 기간이 전까지의 하자에 대한 책임을 부담해야 하는 근본적인 문제가 있다. 또한 도급인의 판단에 따라 하자담보책임기간의 시점이 연장되어 결정될 수 있음으로 인해 수급인에게 일방적으로 불리하게 작용할 가능성이 있다.

즉, 하자담보책임제도의 경우 공공건설사업 도급계약에서 근본적인 문제점을 가지고 있고, 민법 및 국가계약법령에 채무불이행 책임을 부담시킬 수 있는 충분한 근거가 있음을 고려하여 채무불이행책임으로 일원화할 필요성이 있는 것이다.

#### 4. 하자에 대한 수급인 책임 정립방향

##### 4.1 하자책임의 일원화

제2장에서 살펴본 바와 같이 대륙법계에서는 도급계약이행 과정에서 하자가 발생할 경우 국가별로 처리방법은 다르지만 목적물 인도이후에는 하자담보책임으로 통일되게 적용되고 있다.

그러나 2.6절에서 살펴본 바와 같이 영미법의 경우 하자가 발생할 경우 묵시적 보증의 문제로 보아 계약적 책임으로 전환함으로써 채무불이행책임으로 단일화함으로써 책임의 해석으로 인한 문제는 없다.

따라서 우리나라의 경우에도 3.4절에서 살펴본 바와 같이 하자책임이 이원화됨으로 인해 발생하는 법해석의 문제점 및 건설실무 적용상의 문제점을 해소하기 위해 민법 및 국가계약법령에 따라 이원화되어 있는 하자책임을 채무불이행책임으로 일원화하여 적용할 필요성이 있다.

##### 4.2 손해배상의 범위

하자에 대한 수급인의 책임을 채무불이행책임으로 보게 된다면 민법제390조에 따라 수급인의 고의나 과실이 있는 경우에만 한하여 손해배상을 부담시키는 것이 타당한 것으로 판단된다.

또한 손해배상의 범위에 대해서는 민법제393조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 하여야 하며, 통상의 손해에 대해서는 대법원 판결에서 하자의 중요성에 따라 구분하고 있는 바, 이를 준용할 수 있을 것으로 판단된다.

대법원 판결<sup>32)33)34)35)</sup> 내용을 요약하면 다음 표 4와 같다.

표 4. 하자로 인한 손해배상의 범위

구 분	하자 중요함	하자중요하지 않음
보수비 과다	실제보수에 소요되는 비용	하지없는 상태와 하자 있는 상태의 교환가치의 차액
보수비 적음	하자보수, 하자보수와 손해배상액	하자보수, 하자보수와 손해배상액

즉, 하자에 대한 수급인의 책임을 채무불이행책임제도로 전환하게 될 경우, 하자가 중요하며 보수비가 과다할 경우에는 실제보수에 소요되는 비용을 손해배상의 범위로 하고, 하자가 중요하지 않으나 보수비가 과다할 경우에는 하자없는 상태와 하자있는 상태의 교환가치의 차액으로 손해배상의 범위를 정해야 할 것으로 판단된다.

그리고 하자보수비가 과다하지 않을 경우에는 하자의 중요성 여부를 구분할 필요없이 하자보수 또는 하자보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있도록 규정해야 할 것으로 판단된다.

##### 4.3 하자 책임의 시점

하자에 대한 수급인의 책임을 별도로 논하지 않았지만 도급계약상 부분급을 위한 약정을 하였을 경우 위험부담에 관한 특

- 32) 대법원판결 (1996.09.11 95나31357호) : “통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 도급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치와 하자가 있는 현재의 상태대로의 교환가치와의 차액이 되고, 그 하자 있는 목적물을 사용함으로써 인하여 발생하는 정신적 고통으로 인한 손해는 수급인이 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 특별손해로서 배상받을 수 있다.”
- 33) 대법원판결 (1994.10.11 94다26011호) : “목적물에 하자가 있어 도급인이 수급인에 대하여 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 경우 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여는 그 지급을 거절할 수 있고, 이 경우 그 손해배상의 액수, 즉 하자보수비는 목적물의 완성시가 아니라, 손해배상 청구시를 기준으로 산정함이 상당하다”
- 34) 대법원판결 (1997.10.29 95나41507호) : “교환가치의 차액을 산출하기가 현실적으로 불가능한 경우의 통상의 손해는 하자 없이 시공하였을 경우의 시공비용과 하자 있는 상태대로의 시공비용의 차액이라고 봄이 상당하다.”
- 35) 대법원판결 (1998.03.13 95다30345호) : “하자가 중요하지 아니하면서 동시에 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우에는 도급인은 하자보수나 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없고 그 하자로 인하여 입은 손해의 배상만을 청구할 수 있는데, 이러한 경우 그 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 수급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치와 하자가 있는 현재 상태대로의 교환가치와의 차액이고, 한편 하자가 중요한 경우에는 그 보수에 갈음하는 즉 실제로 보수에 필요한 비용이 손해배상에 포함된다. 하자가 중요한 경우의 그 손해배상의 액수 즉 하자보수비는 목적물의 완성시가 아니라 하자보수 청구시 또는 손해배상 청구시를 기준으로 산정함이 상당하나, 하자가 중요하지 아니하면서 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우의 그 하자로 인한 손해인 교환가치의 평가는 재조달원가에 감가수정율을 하는 복식평가법에 의하는 것이 합리적이고(감정평가에관한규칙 제4조, 제18조 등 참조), 감가수정율을 하는 것이 적당하지 않은 경우에는 건물 완공시의 재조달원가를 산정 비교하는 방법에 의하여 평가하는 것이 합리적이다.”

약이 없는 한 그 부분급이 수급인의 자금활용의 편의제공을 위한 것이라면 기성부분검사를 마쳤다고 하더라도 도급인에게 인도된 것이라고는 볼 수 없으므로 인도전의 목적물에 대해서는 수급인이 부담하여야 하는 것으로 하는 견해도 있다<sup>36)</sup>.

그러나 하자에 대한 수급인의 책임을 하자담보책임으로 한다면 목적물 인도이후(국가계약법령에 의할 경우 전체목적물 인수이후 또는 준공검사완료일부부터 우선도래한 날)부터 하자담보 책임을 부담하게 되므로 계약이행중의 하자에 대해서는 채무불이행 책임을 부담시키지 않을 수 없다.

채무불이행책임으로 하게 될 경우 채무이행지체가 발생하는 때, 이행이 불가능하게 되는 때 또는 불완전이행이 발생하는 때에 책임을 부담해야 한다.

그렇게 될 경우 공공건설사업에서는 도급인이 기성검사를 하여 하자가 있는 부분에 대해서는 기성대가지급을 유보하고 나머지부분에 대해서 기성대가를 지급하고 있으므로, 기성검사 때마다 수급인에게 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 부담시키고 있다고 볼 수 있다. 따라서 기성검사 완료시점부터 하자에 대한 책임을 부담해야 할 것으로 판단된다.

채무불이행 책임을 부담하게 되면 공중에 따라 준공전에 하자담보책임이 종료될 수 있다고 우려할 수도 있다. 그러나 채무불이행 책임의 소멸시효는 10년이고, 하자보수를 하였더라도 불완전이행이 있을 경우 그 소멸시효는 하자보수 이행시점 이후부터 기산되기 때문에 하자에 대한 수급인의 책임이 하자담보책임보다 가중되는 효과를 가져오게 된다.

#### 4.4 하자담보의 방법

공공건설사업의 공사이행도중 하자에 대하여 수급인에게 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 부담시키게 된다면 채무불이행시점부터 책임이 시작되고, 그 때부터 손해를 부담하게 된다.

따라서 국가계약법령에는 별도로 전체목적물을 인수하거나 준공검사를 완료한 시점부터 부담하게 되는 하자보수보증금의 규정을 명시할 필요가 없고, 오히려 기성대가를 지급한 부분에 대한 보증을 하게 되는 유보금보증이 별도로 필요하게 된다.

유보금제도는 계약이행보증과 중복되는 부분이 지적되기도 한다. 그러나, 계약이행보증의 범위(현재는 하자보수이행을 포함하고 있음)에서 하자보수를 제외하고 유보금제도를 도입하게 된다면 채무불이행 책임을 부담시키는 결과를 가져오게 되므로 기성부분에 대한 하자에 대한 책임을 부담시킬 수 있다.

## 5. 결 론

우리나라의 경우 민법 및 국가계약법령에 각각 채무불이행 책임과 하자담보 책임을 이원화시켜 건설현장에 적용시킴으로 인해 전술한 문제점이 도출되었다.

이에 본 연구에서는 공공건설사업 도급계약에 있어서 수급인의 하자 책임에 대하여 각국의 현황을 살펴본 후, 하자 책임과 관련하여 발생하는 다양한 문제점을 살펴보고, 이러한 문제점은 현행 하자담보책임제도를 유지하는 경우에는 근본적으로 치유가 될 수 없음을 살펴보았다.

따라서 이러한 문제점을 근본적으로 해소하기 위한 수급인의 하자 책임의 정립 방향을 제시하였으며, 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 공공건설사업의 도급계약에서는 하자가 있을 경우 수급인은 하자담보 책임이 아닌 채무불이행 책임의 특칙인 불완전이행 책임으로 일원화하여 적용하는 것이 바람직하다.

둘째, 손해배상의 범위는 하자보수비의 과다 여부 및 하자의 중요성을 고려하여 그 범위를 정해야 한다.

셋째, 소멸시효의 기준이 되는 수급인의 하자 책임의 시점은 기성검사시 실질적으로 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 부담시키고 있으므로 기성검사 완료시점으로 할 수 있다.

넷째, 현행 계약이행보증에서 하자보수 책임을 제외하고 유보금제도를 도입함으로써 하자에 대한 책임 발생시점과 소멸시점을 분명히 할 수 있을 것이다.

이상에서는 민법과 국가계약법령에 규정된 수급인의 하자에 대한 책임제도를 검토한 후 개략적인 개선 방향을 제시하였다.

구체적으로 제도에 적용하는 사항은 별도의 연구과제로 논의되어야 할 것으로 판단된다.

## 참고문헌

1. 박윤직, 채권각론, 박영사, 서울, 1999
2. 김대정, 「영미법에 있어서의 하자담보책임-대륙법과의 비교법적 고찰」, 首善論叢第14輯, 성균관대학교, 1990. 12
3. 김석우, 채권법각론, 법문사, 서울, 1982
4. 김주수, 채권각론(上), 삼영사, 서울, 1986
5. 대법원판결 (1980.11.11. 80다923, 924호)
6. 대법원판결 (1989.12.12. 88다카18788호)
7. 대법원판결 (1990.3.9. 88다카31866호)
8. 대법원판결 (1994.10.11. 94다26011호)
9. 대법원판결 (1996.09.11. 95나31357호)

36) 장훈기, 최신정부계약제도, 법신사, 서울, 496쪽, 1996

10. 대법원판결 (1997.10.29. 95나41507호)
11. 대법원판결 (1998.03.13. 95다30345호)
12. 대한민국, 국가를당사자로하는계약에관한법령, 2001
13. 대한민국 민법, 1997. 12. 13
14. 독일, 『Allgemeine Vertragsbedingungen f r die Ausführung von Bauleistungen Teil(B) : VOB(B)』
15. 미국 계약항소위원회 판정(BCA Decisions) : G. A. Karnavas painting Co., VABCA 992, 72-1 BCA(Board of Contract Appeal Reports) 9369.
16. 미국 판결 Davis v. Hedges, 1871, L.R, 6QB. 687 ; Elliot Consol School Dist. v. Busbroom, 1964, 227 F. Supp. 858, S.D. Iowa
17. 미국, 『Federal Acquisition Regulation : FAR』
18. 영국, 『General Conditions of Government Contract for Building and Civil Engineering Works GC/Works/1』, 1997
19. 이상태, 「수급인의 하자담보책임과 불완전이행책임과의 관계」, 고시연구, 18권10호, 1991. 10
20. 이상태, 「건축수급인의 하자담보책임에 관한 연구」, 서울대학교 대학원, 1991. 8
21. 이은영, 채권각론, 박영사, 서울, 1989
22. 이태재, 債權各論新講, 진명문화사, 서울, 1978
23. 입찰제도문제연구회(일본), 신공공입찰·계약제도실무핸드북, 동경, 대성출판사, 1996. 6
24. 장훈기, 최신정부계약제도, 법신사, 서울, 1996
25. 정광수, 「도급계약상 하자담보책임과 불완전이행책임과의 관계-회사설립절차의 합리화를 중심으로」, 한일법학연구 제16집, 1997. 12
26. 통계청, [통계DB], 경제활동상태별 국내총생산 및 국민총소득, ([http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws\\_999.cgi](http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws_999.cgi)), 2000
27. 통계청, [통계DB], 3-36. 공중 및 발주자별 월별 수주액 ([http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws\\_777.cgi](http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws_777.cgi)), 2000
28. 三宅正男, 契約法(各論)下卷, 青林書院, 1988
29. 龍井繁男, 實務法律選書-建設工事契約, ぎょうせい, 1990. 12
30. Cibinic, John Jr. and Nash, Ralph C. Jr., Administration of Government Contracts, 3rd Ed., The George Washington University, Washington D.C., 1995
31. Clough, Richard H. and Sears, Glenn A., Construction Contracting, 6th ed., John Wiley & Sons, New York, 1994
32. Ferid and Sonnenberger, Da Franzosische Zivilrecht, Bd.II, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1986
33. Soergel, M nchener Kommentar, Bd.3-I, M nchen, Beck, §633, Rdnr. 4, 1980
34. Stokes and Finuf, Construction Law for Owners and Builders, McGraw-Hill., New York, 1986

### Abstract

Characteristics of Contactor's Defect Liability was too many discussed. But it's not clearly defined yet. Because recent Government Construction Projects are very complex and executed through long time, too many conflicts were appeared related to Contactor's Defect Liability.

Therefore to analyse and to resolve the conflicts legal aspects of Contactor's Defect Liability stated in Civil Law and Government Contract Act was systematically compared.

The result of this research is as follows :

- (1) Characteristic of Contactor's Defect must be regarded as a breach of Contract and be an incomplete contract implementation.
- (2) To decide the range of Damage, Characteristic of Defect must be regarded.
- (3) Contactor's Defect Liability must be effectual from the day of delivery.
- (4) Retainage must be added to secure the completion during the Contract Period and Defect Repairing Liability must be omitted in the Contract performance Security.