

건설산업동향

공사 하자담보책임제도의 새로운 발전 방안

두성규

2003. 8. 21

▪ 하자담보책임제도의 논의배경	3
▪ 하자담보책임 공론화의 장애요인	4
▪ 현행 하자담보책임제도의 문제점	7
▪ 하자담보책임제도의 발전 방안	17

요 약

▶ 논의 배경

- 최근 시공물의 하자 발생 가능성이 높아지고 있으나, 하자과 관련한 법령상의 규정은 대부분 하자보수를 위한 보증서 발급이나 보증인 그리고 보증기간에 대해서만 규정하고 있을 뿐 하자의 구체적 정의나 하자여부의 판단기준 등은 전혀 언급이 없음.
- 현장에서는 하자의 인정여부, 하자의 범위, 하자의 발생시기와 보수책임의 존속기간 등에 대한 공사계약 당사자간 상당한 입장차이가 노출되고 있으며, 공공공사의 경우 하자보수완료확인서를 제때 발급해주지 않아 시공사가 장기간 하자보수책임에 얽매일 수밖에 없는 부작용도 나타나고 있음.
- 따라서 하자의 개념 모호, 하자담보책임기간의 지나친 장기화, 부실시공과 하자를 동일시 하는 사회의 그릇된 인식, 그리고 공사계약의 체결 및 이행과정에서 발주자 우위의 거래관행 등으로 인한 시공사의 과중한 부담을 덜고, 높아져 가는 사회의 안전의식수준에 충분히 호응할 수 있는 합리적 하자담보책임제도의 재정립이 시급함.

▶ 하자보수책임 공론화의 장애요인

- 시공사는 하자 발생의 불가피성, 안전상의 문제가 없을 경우 유지·보수를 통한 처리가 바람직하다고 보고 있으며, 소비자 혹은 발주자는 안전성에 대한 우려가 크고 동시에 하자는 부실시공의 결과라고 생각하는 하자에 대한 사회일반의 부정적 시각이 확산되어 있음.
- 하자개념이 건설관련 법령에서 제대로 정의되어 있지 않고, 민간공사와 공공공사간에 계약 당사자인 시공사의 계약상 입장차이로 인해 사실상 시공사의 부담만 가중되는 결과가 초래되는 등 하자관련 제도의 문제점이 적지 않으나 이에 대한 사회적 관심은 매우 저조함.

▶ 현행 하자담보책임제도의 문제점

- 하자담보책임에 관한 규정은 『건설산업기본법』이나 『공동주택관리령』 등에서 규정하고 있으나 공사현장에서의 하자관련 분쟁을 해결하는데 충분한 근거로서 기능하고 있지 못한 실정임.
- 뿐만 아니라 공공공사의 경우 공사목적물이나 그 이용자 특성에 따른 하자발생가능성이나 하자보수과정의 현실적 어려움이 전혀 반영되어 있지 않으며, 하자보수완료확인서 발급 지연으로 인한 시공사의 부담이 장기화되는 문제점도 내포하고 있음.
- 이러한 하자관련 분쟁발생시 하자판정기구나 하자보수관련 분쟁해결시스템이 갖추어져 있지 않고 발주자나 설계자 혹은 불가항력 등으로 인한 면책사유가 미비한 상태임.

▶ 개선방안

- 하자담보책임과 관련한 문제의 근본적 해결을 위해서는 『건설산업기본법』 등 관련법령에 하자의 정의규정 신설과 시공사 면책 조항의 보완이 필요하고, 하자판정기구의 신설 혹은 기존 전문기관의 적극적 활용, 그리고 하자분쟁처리기구의 운용 개선도 함께 이루어져야 함.

■ 하자담보책임제도의 논의배경

- 건설공사에 신기술이 채택되는 예가 많아지고 공사의 규모 또한 대형화·복잡화·고층화하는 추세를 보이면서 이로 인한 시공물의 하자 발생가능성도 그 만큼 높아지고 있음.
- 이런 가운데 민법상 도급계약에서 수급인이 부담해야 할 하자담보책임은 건설공사계약의 경우 시공사의 하자담보책임 또는 하자보수책임의 명칭으로 『건설산업기본법』이나 『공동주택관리령』 등에서 명시되고 있음.
- 하자담보책임은 완성된 목적물이 완전하기를 바라는 발주자의 기대에 못 미치거나 또는 도급계약의 본래 목적을 달성하고 있지도 않은 데 따른 것이므로 당연하다고 할 수 있으며, 민법학자나 판례는 이러한 책임의 성격을 무과실책임으로 이해하는 데 이견이 없음.¹⁾
- 그러나 하자과 관련한 건설관계 법령을 살펴보면 대부분 하자보수를 위한 보증서 발급이나 보증인 그리고 보증기간에 대해서만 규정하고 있을 뿐 하자의 구체적 정의나 하자여부의 판단기준 등에 대해서는 전혀 언급이 없음.
- 『공동주택관리령』에서는 ‘하자의 범위’라는 이름으로 하자를 일부 정의하고 있기는 하지만²⁾ 명확성이 결여되어 있음.
- 또한 공동주택의 하자개념을 지하철이나 토목공사 등 건설공사 일반에 그대로 적용하는 것은 계약자나 시공목적물, 그리고 계약체결상의 특성 등으로 인하여 적절하다고 할 수 없음.
- 대법원의 판결을 살펴보다도 대부분 공동주택과 관련한 사안들이어서 도로나 지하철 등 토목공사에 있어서 하자를 어떻게 판단하고 있는지에 대한 입장을 정리하기가 힘든 실정임.

1) 공사계약은 기본적으로 그 법적 성격이 도급에 속한다고 할 수 있음. 도급계약에서 수급인은 도급인에 대하여 기본적으로 일의 완성 및 목적물을 인도할 의무를 갖게 되며, 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 하자담보책임을 지게 됨(민법 제667조, 668조).

2) 공동주택관리령 제16조 제1항, 별표 7

- 이런 가운데 현장에서는 계약당사자간에 하자보수책임을 둘러싸고 하자의 인정여부, 하자의 범위, 하자의 발생시기와 보수책임의 존속기간 등에 대한 클레임이나 분쟁발생의 요인들이 잠복하고 있음.
- 특히 발주자에 비하여 상대적으로 열악한 계약상의 지위에 있다고 할 수 있는 시공사는 발주자의 요구를 사실상 거부하기 힘들어 결과적으로 경제적 부담증가와 기업이미지 손상, 인력 운영 곤란 등의 애로를 겪고 있음.
- 따라서 하자 개념의 모호, 하자담보책임기간의 지나친 장기화, 부실시공과 하자를 동일시하는 사회의 그릇된 인식, 그리고 공사계약의 체결 및 이행과정에서 발주자 우위의 거래관행 등으로 인한 시공사의 과중한 부담을 덜고, 높아져 가는 사회의 안전의식수준에 충분히 호응할 수 있는 합리적 하자담보책임제도의 재정립이 시급하다고 할 수 있음.

■ 하자보수책임 공론화의 장애요인

하자에 대한 사회일반의 부정적 시각

- 건설업계가 생각하고 있는 하자의 개념과 발주자 혹은 소비자가 생각하는 하자의 개념에는 일부분 차이가 있음.
- 시공사는 시공상의 특성으로 인하여 하자 발생이 어느 정도 불가피한 측면이 있으며, 다만 이러한 하자발생시 안전성이나 구조적 부실이 없다면 적절한 하자보수를 통하여 보완하면 된다고 여기고 있음.
- 이에 비하여 소비자 혹은 발주자가 건설공사의 비전문가일 경우 안전성에 대한 우려가 큰 편이며, 동시에 하자는 부실시공의 결과라고 생각하는 경향이 있음.
- 시공사의 부실시공의 경우 『건설산업기본법』은 시정명령과 영업정지, 등록말소 나아가 징역 등과 같은 처벌과 제재를 통하여 엄격한 책임을 묻고 있음(법 제81조, 제82조, 제93조).

- 한편, 『국가계약법시행령』에서는 공사 등의 경우 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가한 자 또는 사업장에서 『산업안전보건법』에 의한 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망등 중대한 위해를 가한 자에 대해서는 부정당업체로서 입찰참가자격을 제한하고 있음(영 제76조).
- 그러나 하자를 바라보는 사회적 분위기는 삼풍백화점이나 성수대교 붕괴사고를 겪으면서 하자발생을 바로 부실시공으로 연결짓는 인식이 팽배해져 있고, 그로 인해 토목공사 등의 경우 아파트 등 민간건축의 경우보다 하자발생가능성이 더욱 높은데도 불구하고 시공사는 기업의 대외적 위상 및 이미지 손실 등을 감안하여 매출액 감소를 무릅쓰고 ‘병어리냉가슴 앓듯’ 문제해결에 소극적으로 대처하고 있는 것이 현실이라고 보여짐.
- 하자발생시 발주자의 무리한 요구에 대하여 시공사의 경제적 부담은 가중되고, 다른 시공사의 정당한 클레임까지도 곤란하게 만드는 등 부작용을 낳고 있음.
- 이러한 접근방식의 차이는 하자담보책임에 관한 문제를 더욱 비공개나 음성적 영역에서 해결을 도모하게 하는 사회적 분위기를 형성한 측면이 적지 않음.
- 하자발생을 은닉할 경우 하자에 대한 사회적 인식은 더욱 부정적으로 될 수밖에 없는 악순환을 거듭하게 되며, 하자담보책임제도를 체계화하여 정착시키는데 사회적 걸림돌로 작용하게 됨.

하자의 개념 불명확과 공사계약의 특수성

- 건설공사의 하자로 인한 수급인 혹은 시공사의 하자보수책임을 추궁하기 위해서는 하자의 정의 및 그 범위가 전제되어야 함.
- 하자에 대한 보다 명확한 개념이 정립되어 있지 않으면 하자발생여부를 판단하기가 어렵게 되고, 그로 인한 책임의 범위와 귀속주체의 결정도 곤란해지게 됨.

- 『민법』은 하자발생시 하자보수의무에 대해서 하자가 중요하지 않고 그 보수에 과다한 비용을 요하는 때에는 도급인이 보수를 청구하지 못하고 보수에 갈음한 손해배상만을 청구할 수 있도록 규정(법 제667조)하고 있을 뿐이며, 하자에 대한 정의규정을 두고 있지 않음.
- 공동주택의 경우에는 『공동주택관리령』에서 개괄적이거나 하자의 범위를 규정하면서 하자의 개념을 유추해볼 수 있게 하고 있지만, 일반 건설분야에 있어서는 『건설산업기본법』이나 기타 법령에서 절차에 관한 규정만 두고 있을 뿐 정확한 하자의 정의나 개념에 대한 규정을 두고 있지 않음.
- 이처럼 대부분 하자담보책임기간이나 하자보수청구절차를 포함하고 있을 뿐, 하자의 개념정의나 하자의 판단기준에 대한 특별한 구성요건 등을 규정한 경우는 없음.
- 그렇다고 『공동주택관리령』에서 언급하고 있는 공동주택의 하자 개념을 건설공사 일반에 원용하는 문제는 계약당사자간 법적 지위나 입장의 차이, 공사 목적물 이용자의 특성 등에서 분명한 차이가 있기 때문에 적절치 않음.
- 아파트 등 공동주택의 경우 계약당사자인 시공사(시행자)와 소비자(분양계약자)간의 경제적 힘의 불균형은 시공사가 소비자보다 전문성이나 정보접근성을 비롯하여 경제력에 있어서 우월한 위치에 서게 되는 경우가 많음.
- 그러나 공공공사의 경우 계약당사자인 발주자(국가나 지자체, 공공기관)와 시공사간에 발주자의 계약상 우월한 입장이 사실상 반영되는 경우가 적지 않으며, 이로 인해 공사완료 후의 하자보수공사도 상당한 영향을 받을 수밖에 없는 실정임.
- 토목 등 일반건설분야의 시공사는 하자를 부실시공과 동일시하는 사회적 분위기로 인하여 발주자의 부당한 하자보수 요구마저 사실상 거절하기 어려운 입장임.
- 대부분 공동주택에 있어서 하자보수문제를 다루고 있는 판례의 입장을 보면 시공사의 하자담보책임을 인정하는 추세이기 때문에 하자관련 분쟁발생시 공사의 특성에 따른 별도의 하자개념이나 판단기준이 없는 한 시공사의

면책 주장이 법원에서 받아들여질 가능성은 크지 않음.

- 이처럼 하자개념이 제대로 정의되고 있지 않고, 공사당사자간 계약적 지위의 차이, 공사목적물이나 그 이용자의 특성과 하자보수를 위한 현장 상황 등으로 인해 하자담보책임을 둘러싼 분쟁발생 가능성은 높다고 할 수 있음.

■ 현행 하자담보책임제도의 문제점

시공물 사용자의 특성 미반영

- 준공 후 하자보수책임기간의 종료시까지 시공물의 사용자 또는 사용방법은 시공물의 외관이나 속성의 변화를 일으키는 주요 원인 중 하나가 될 수 있음. 사용자가 특정인인가 혹은 불특정 다수인가에 따라서 사용상의 주의정도나 행태 혹은 사용방법이 달라질 수 있고, 하자발생과도 깊은 연관성을 갖게 되기 때문임.
- 공동주택의 경우에는 대부분 소유자나 임차인 등 특정인이 사용하거나 관리하기 때문에 하자발생시 그 원인이 설계나 시공과정에 있는지 혹은 입주 후 주택을 사용하는 과정에서 사용이나 관리상의 잘못으로 인한 것인지 여부를 어느 정도 판단할 수 있음.
- 그러나 토목 등 일반건설공사에 있어서는 해당 시공물을 이용하는 자가 대부분 불특정다수인 경우가 많기 때문에 사용상의 부주의로 인한 파손, 하자발생 빈도 등이 공동주택의 경우보다 상대적으로 높다고 할 수 있음. 시공물의 이용조건이나 기후 등 주변환경 등 매우 다양한 요소들에 의하여 영향을 받을 수 있는 상황에서의 노출가능성도 공동주택의 경우보다 상대적으로 큰 편이라고 할 수 있음.

- 따라서 토목 등 일반건설공사는 공동주택의 건설공사가 그 성격상 차이가 있기 때문에 하자발생시 그 원인 및 하자보수책임의 귀속여부를 명확하게 정한다는 것이 쉽지 않음.

하자에 대한 정의 규정 부재

- 건설공사계약에 있어서 ‘하자’란 무엇을 의미하는가에 대해 건설관련 법령은 명확한 규정을 갖고 있지 않음.
·민법학자들은 ‘하자’란 완성된 일이 계약으로 정한 내용대로가 아니고 불완전한 점이 있는 것으로 정의하고 있음.
·물론 이러한 하자의 발생은 수급인의 귀책사유에 의하여 생길 수도 있고 그렇지 않을 수도 있을 것임.
- 『건설산업기본법』에서는 하자의 개념에 관해서 아무런 언급이 없으며, 하자담보책임의 기간 및 시공사의 면책사유에 대해서만 규정하고 있음(법 제28조).
·다만, 『건설산업기본법시행령』은 ‘하자보수보증’을 정의하면서 ‘조합원이 준공한 공사 등의 시공 중 설계도서 기타 지시서에 위배하여 발생한 하자의 보수에 관한 의무이행을 보증하는 것’이라고 명시하고 있는데(영 제56조), 이러한 규정을 통하여 하자를 설계도서 기타 지시서에 반하는 시공행위로 야기된 결과로 보고 있다고 추론해볼 수 있는 정도임.
- 2003년 11월 시행을 앞두고 있는 『주택법』은 하자보수와 관련하여 사업주체에게 하자보수책임이 있다는 점과 사업주체의 하자보수보증금 예치 의무 등을 규정하고 있을 뿐이며(제46조), 하자에 대한 별도의 정의규정은 없음.
·사업주체는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우 사용검사일³⁾부터 10년 이내의 범위에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있음.

3) 주택단지안의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 그 임시사용승인일을 말함.

·시장·군수·구청장은 10년의 기간 이내에 공동주택의 구조안전에 중대한 하자가 있다고 인정하는 경우에는 안전진단기관에 의뢰하여 안전진단을 실시할 수 있음.

- 『공동주택관리령』은 ‘하자의 범위’라는 항목에서 ‘공사상의 잘못으로 인한 균열, 처짐, 비틀림, 들뜸, 침하, 파손, 붕괴, 누수, 누출, 작동 또는 기능 불량, 부착 도는 접지불량 및 결선불량, 고사 및 입상불량 등으로 건축물 또는 시설물의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래할 정도의 하자’라고 규정하고 있음(영 제16조 제1항 및 별표 7).

·다만, 내력구조부의 하자범위에 대해서는 i)내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우, ii)안전진단⁴⁾ 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우로 정하고 있음.

- 여기서는 그나마 하자의 개념에 대한 일부 구체적 내용을 엿볼 수 있는 바, 법률해석상 다음과 같은 요소가 하자의 구성요건이라고 할 수 있을 것임.

·첫째, 하자의 범위를 정의하는 표현에서 공사로 인하여 발생하는 모든 결과가 하자는 아니며, 공사의 잘못으로 인한 결과라야 한다는 점.

·둘째, ‘공사상의 잘못’으로 인한 나타날 수 있는 결과라고 하더라도 그와 같은 결과의 정도가 건축물 또는 시설물의 ‘기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래할 정도’라야만 『공동주택관리령』이 보수책임을 묻는 하자의 범위에 해당한다는 점.

- 그러나 이러한 규정만으로 하자의 개념 및 범위가 명확해 졌다고 볼 수는 없으며, 현재로서는 구체적인 사안마다 계약당사자간에 하자의 발생 여부에 대한 합의를 필요로 하지 않을 수 없음.

4) 공동주택관리령 제16조의3 (안전진단 실시등) ①법 제38조제17항의 규정에 의하여 시장등은 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 있다고 인정하는 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 기관에 안전진단을 의뢰할 수 있다.

1. 정부출연연구기관등의설립·운영및육성에관한법률 제8조의 규정에 의하여 설립된 한국건설기술연구원
2. 건축사법 제31조의 규정에 의한 건축사협회
3. 고등교육법에 의한 대학교의 부설연구기관(상설기관에 한한다)

4. 기타 건설안전진단을 사업목적으로 하여 설립된 법인으로서 건설교통부장관이 건설안전진단 업무를 수행할 능력이 있다고 인정하는 기관

②제1항의 규정에 의한 안전진단 실시비용은 사업주체가 이를 부담한다. 다만, 하자의 원인이 사업주체외의 자에게 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

·하자발생에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우에는 『공동주택관리령』에서 규정하고 있는 전문기관에 의뢰하여 판정을 받아 하자보수절차를 진행하든지 아니면 건설분쟁조정위원회나 법원 등 분쟁해결기관을 통하여 처리할 수밖에 없음.

공공공사의 경우 하자보수완료확인서 발급 지연

- 『국가를당사자로하는계약에관한법률시행령(이하 국가계약법시행령으로 줄임)』 제61조, 동법시행규칙 제71조, 『공사계약일반조건』 제35조 제2항에 의하면, 계약담당공무원은 하자담보책임기간의 만료일로부터 14일 이내에 따로 최종검사를 하여야 하며, 최종검사를 완료하였을 때에는 즉시 하자보수완료확인서를 계약상대자에게 발급하도록 규정하고 있음.
- 이 경우 최종검사에서 발견되는 하자사항은 이 확인서가 발급되기 전까지 계약상대자가 자신의 부담으로 보수하여야 함.
- 그러나 일부 발주기관의 경우 최종하자검사에서 발견되는 하자를 계약상대자가 보수완료하였음에도 불구하고 하자보수완료확인서를 발급하지 않은 채 최종하자검사시 지적하지 않았던 사항을 가지고 계속해서 계약상대자인 시공사에게 하자보수를 요구하는 사례가 빈번하게 발생되고 있음.
- 이에 대하여 재정경제부는 ‘국가기관이 체결한 공사계약에서 계약담당공무원은 하자담보책임기간의 만료일로부터 14일 이내에 최종검사를 하여야 하며, 동 최종검사에서 발견되는 하자사항은 계약상대자가 자신의 부담으로 보수하도록 『공사계약일반조건』 제35조에서 규정하고, 동 검사 및 동 조건 제27조의 규정에 의한 검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있도록 동 조건 제36조에서 규정하고 있는 바, 계약체결과정에서 제36조의 규정에 의한 특약을 정하지 않은 경우라면 계약상대자는 계약담당공무원의 최종검사에서 발견되지 아니한 하자에 대해서 별도의 보수책임을 지는 것은 아니다’라고 밝히고 있음.⁵⁾

5) 재정경제부질의회신 회제 41301-254

- 『공사계약일반조건』에서는 계약상대자인 시공사의 시공상 책임과 의무가 하자보수완료확인서 발급일까지로 규정되어 있으므로 국가기관 등이 계약당사자간 책임 없는 사유로 하자보수완료확인서를 상당기간 발급하지 못한 경우에도 확인서발급 전까지는 시공사에게 하자보수의무가 있다고 해석되기 때문에 확인서발급이 사실상 지체될 경우 시공사는 경제적 부담이 증가할 우려가 높음.
- 또한 『공사계약일반조건』 제36조에서는 ‘특별책임’이라는 이름으로 ‘계약담당공무원은 제35조 제2항의 규정에 의한 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해 공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 제27조 및 제35조의 규정에 의한 검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여는 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다’고 규정하고 있는데, 발주처나 계약담당공무원이 특약을 요구할 경우 시공사가 특약을 거부하기는 어려울 것이므로 하자보수완료확인서의 발급만으로 시공사의 하자보수책임이 완전히 종료되는 것은 아니라는 문제점을 안고 있음.

하자판정체제의 미비

- 하자판정기구에 대해서는 건설관련 각 법령마다 동일하지 아니하며 특별한 규정을 두고 있지 않는 경우도 많지만, 현재 언급되어 있는 기구에 대하여 살펴보면 다음과 같음.

○ 계약담당공무원 또는 전문기관

- 『국가계약법시행령』에서는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원으로 하여금 하자담보책임기간중 연 2회 이상 정기적인 하자검사 또는 소속공무원에게 그 사무를 위임하여 검사할 의무를 부여하고 있음(영 제61조).
- 하자검사가 특히 전문적인 지식 또는 기술을 필요로 하거나 예정가격의 88%미만으로 낙찰된 공사(단순유지보수공사는 제외)에 대한 것인 경우에는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 전문기관에 의뢰하여 필요한 검사를 하여야 함.

- 하자를 검사하는 자는 하자검사조서를 작성하여야 하며, 다만 계약금액이 3천만원 이하인 공사계약의 경우에는 하자검사조서의 작성을 생략할 수 있음.
- 하자담보책임기간이 만료되는 때에는 지체없이 따로 검사를 해야 함.

- 동법 시행규칙에서도 하자검사를 전문기관에 의뢰하는 경우에는 그 결과를 문서로 통보 받아 이를 확인하도록 하고 있음.
- 하자검사를 하는 때에는 공사명 및 계약금액, 계약상대자, 준공연월일, 하자 발생내용 및 처리사항, 기타 참고사항을 기재한 하자보수관리부를 만들어 유지하여야 한다고 규정하고 있음(시행규칙 제71조).

○ 엔지니어링활동주체 등

- 『공동주택관리령』은 입주자대표회의등이 보수를 요구한 하자에 대하여 이의가 있을 경우 사업주체가 하자여부의 판정을 의뢰할 수 있는 기관을 아래와 같이 구체적으로 열거하고 있음(영 제16조) .
 - i) 『엔지니어링기술진흥법』에 의한 엔지니어링활동주체⁶⁾
 - ii) 『기술사법』에 의한 해당분야의 기술사 또는 『건축사법』에 의한 해당분야의 건축사
 - iii) 『건설기술관리법』 제7조의 규정에 의한 한국건설기술연구원
 - iv) 『시설물의안전관리에관한특별법』 제25조의 규정에 의한 한국시설안전기술공단
- 또한 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 있다고 인정하는 경우에는 시장·군수·구청장 등이 안전진단을 의뢰할 수 있는 기관으로 다음과 같이 열거하고 있음(제16조의3).
 - i) 한국건설기술연구원
 - ii) 건축사협회
 - iii) 대학교에 부설된 상설연구기관
 - iv) 기타 건설안전진단을 사업목적으로 하여 설립된 법인으로서 건교부장관이 건설안전진단 업무를 수행할 능력이 있다고 인정하는 기관

6) 엔지니어링활동을 영업의 수단으로 하고자 하는 자로서 엔지니어링기술진흥법 제4조의 규정에 의하여 과학기술부장관에게 신고한 자를 말한다.

- 타 법령에 비하여 하자판정을 담당할 기구의 다양한 선택이 가능하도록 열거하고 있음.

○ 소방안전기술위원회

- 『소방법』은 하자보수와 관련하여 소방시설공사업자가 하자보수기간 내에 하자보수를 이행하지 아니하거나 하자보수계획을 통보하지 아니한 때 또는 통보한 하자보수계획이 불합리하다고 인정되는 때 특수장소의 관계인이 행정자치부장관·소방본부장 또는 소방서장에게 통보하면, 행정자치부장관·소방본부장 또는 소방서장은, i)중앙소방안전기술위원회 또는 ii)지방소방안전기술위원회에 하자여부에 대한 심의를 요청할 수 있도록 규정하고 있음(법 제61조의3).
- 이상에서 보다시피, 『공동주택관리령』이나 『소방법』은 하자의 판정기구를 열거하고 있으나 한정된 분야에만 적용될 수 있을 뿐이고, 판정결과에 대한 효력에 대해서 아무런 언급이 없는 실정임.
- 『국가계약법시행령』의 경우에는 하자의 판단을 일차적으로 계약담당공무원에게 부여하고 만일 하자검사에 전문적 지식이나 기술을 요할 경우에는 전문기관에 의뢰하도록 하여 이분화하고 있으나, 전문기관에 대해서는 구체적으로 지정하고 있지 않아 하자검사의 공정성과 적정성 확보가 충분치 못함.
- 이러한 법령하에서 하자관련 분쟁이 당사자간에 원만한 합의를 이루지 못할 경우 하자여부의 판단기준이나 판정기구가 분쟁해결을 위한 실질적인 역할을 담당하게 될 것임.
- 그러나 앞서 본 바와 같이 『공동주택관리령』을 제외한 공공공사나 토목 등 일반건설공사에 있어서는 하자의 범위나 하자판정기구에 대한 규정이 전혀 마련되어 있지 않음.

- 이러한 제도적 미비상태에서는 발주자측에서 하자의 여부를 가리지 않고 보수공사를 무조건 요구할 경우 시공사는 반대의견이나 이의를 제기하기 어렵고 불만이 있더라도 수공할 수밖에 없는 실정임.
- 하자보수 등과 관련한 건설교통부나 재정경제부에 대한 질의회신 내용들을 검토해보면 하자관련 클레임이 계약관계의 특수성이나 거래관행 등으로 인하여 공론화하고 있지 못할 따름이지 공사현장의 현실을 제대로 담아내고 있지 못한 현행 제도의 개선요구의 목소리는 오히려 높아지고 있다는 사실을 알 수 있음.
- 하자보수는 당해 계약의 종료 후 이루어지기 때문에 이와 관련한 클레임이나 분쟁이 공개적으로 제기될 경우 시공사의 다른 계약의 입·낙찰 등에 있어서 사실상 부정적 영향을 미칠 가능성이 높고, 이러한 우려가 재판 등의 제도권 내 해결을 기피하는 경향으로 나타나고 있음.

하자관련 분쟁해결기구의 미비

○ 현황

- 『건설산업기본법』은 건설업 및 건설용역업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 건설교통부장관소속 하에 중앙건설분쟁조정위원회, 시·도지사 소속 하에 지방건설분쟁조정위원회를 둔다고 명시하고 있음.
- 업무대상에 i) 설계·시공·감리등 건설공사에 관계한 자간의 책임에 관한 분쟁, ii) 발주자와 수급인간의 건설공사에 관한 분쟁(다만, 국가계약법의 해석과 관련된 분쟁 제외), iii) 건설공사의 도급계약의 당사자와 보증인간의 보증책임에 관한 분쟁 등이 열거되고 있으므로 하자로 인한 분쟁도 업무대상에 포함된다고 할 수 있음.
- 그러나 활동이 미약한 실정이고, 『공사계약일반조건』 제51조, 그리고 『건설산업기본법』 제69조에 의할 때 공공공사의 경우에는 이용할 수 없는 한계를 갖고 있음.

- 『중재법』과 『중재규칙』을 근거로 상거래에 있어서 분쟁의 중재를 맡아보는 대한상사중재원은 건설중재의 적용범위를 i) 발주자와 수급인간의 건설공사에 관한 분쟁, ii) 수급인가 제3자간의 시공상 책임에 관한 분쟁, iii) 설계, 시공, 감리 등 건설업에 관계한 자간의 분쟁, iv) 기타 건설관련 분쟁을 대상으로 하고 있음.
- 중재업무의 대상에 일반조항을 두고 있기 때문에 해석상 중재절차를 이용할 수 있으나 반드시 당사자간에 중재합의나 중재계약의 체결이 전제되어야 함.
- 『주택법』상의 공동주택관리분쟁조정협의회는 시·군·구에 둘 수 있으며 공동주택의 입주자·사용자·관리주체·입주자대표회의 또는 리모델링주택조합간의 분쟁을 심사·조정할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 원칙적으로 하자에 관한 분쟁을 취급하는 것은 아님.

○ 분쟁처리기구의 운영상 문제점

- 하자보수책임과 관련한 분쟁은 그 성격상 시공사의 경우 외부로 공개되거나 알려지는 것을 매우 꺼려하는 실정임.
- 조정이나 중재절차는 재판의 경우와 달리 비공개로 진행되고 발주자와 감정적 대립관계를 만들지 않고도 문제해결에 접근할 수 있다는 점에서 시공사는 심리적 부담을 크게 갖지 않고 하자보수책임을 둘러싼 분쟁의 해결을 도모할 수 있음.
- 그러나 현재 위에서 언급된 분쟁해결기구는 대한상사중재원을 제외하고 활발한 활동이 전개되고 있지는 않기 때문에 하자분쟁의 효과적 해결을 기대하기는 어렵고 하자보수책임의 특성을 감안할 때 분쟁해결의 단계까지 진행시키기는 데 애로점이 클 것으로 보임.

시공자의 면책

○ 현행 법령상의 면책사유

- 시공자의 하자보수에 대한 면책을 인정하는 경우는 하자담보책임의 성격이 무과실책임이라는 점을 감안하여 『건설산업기본법』은 발주자의 책임 귀속이 분명한 경우를 몇 가지 경우로 나누어서 법령에서 열거하고 있음(법 제 28조 제2항).
 - 첫째, 발주자가 제공한 재료의 품질이나 규격 등의 기준미달로 인한 경우
 - 둘째, 발주자의 지시에 따라 시공한 경우
 - 셋째, 발주자가 건설공사의 목적물을 관계법령에 의한 내구연한 또는 설계상의 구조내력을 초과하여 사용한 경우
- 『전기공사업법』과 『정보통신공사업법』도 동일한 내용의 규정을 두고 있지만, 해당 공사의 특성상 셋째항목의 면책사유는 포함되어 있지 않음(전기공사업법 제15조의2, 정보통신공사업법 제37조).
 - 다만, 『정보통신공사업법』의 경우 면책사유의 존재를 시공사가 알고도 발주자에게 고지하지 않은 경우에는 면책사유의 주장을 인정하지 않는다는 내용을 포함하고 있다는 점이 특이함(정보통신공사업법 제37조 제2항 단서).
- 만일 일반 건설공사와 전기나 정보통신 등 전문공사의 하자담보책임에 관한 규정이 상충되거나 차이가 있을 때에는 『전기공사업법』과 『정보통신공사업법』이 ‘다른 법률(민법 제670조 및 제671조는 제외)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률이 정한 바에 따른다’고 명시적으로 규정하고 있으므로 해석상 『건설산업기본법』이 우선적으로 적용되게 됨.

○ 면책조항의 미비

- 이상과 같은 면책조항은 계약의 공정성이라는 측면에서 당연한 것이라고 할 수 있음.
- 하자담보책임이 그 법적 성격상 무과실책임의 성격을 갖고 있으나 법령의 취지가 하자발생의 원인이 도급인이나 발주자에게 있음이 분명한 경우까지 수급인인 시공사에게 보수책임을 지우게 하려는 것은 아니기 때문임.
- 그러나 면책조항의 필요성에도 불구하고 공공공사에 적용되는 국가계약법령이나 공사계약일반조건에서는 별도의 규정을 두고 있지 않음.
- 오히려 공공공사의 경우 『공사계약일반조건』 제36조에서 계약담당공무원이 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여는 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다는 독소조항을 두고 있음.
- 시공사가 발주자인 국가 및 지자체와 사실상 대등한 관계에서 계약상의 권리를 주장하기가 용이하지 않은 현실을 고려하면, 이러한 특약규정은 하자담보책임기간이 경과한 시공사로 하여금 계속 하자관련 업무의 부담을 벗어날 수 없게 하는 부작용을 야기시킬 우려가 있음.

■ 하자담보책임제도의 발전 방안

- 이상에서 일반 건축공사나 토목공사 등에 있어서 하자담보책임에 관한 몇 가지 쟁점과 문제점을 살펴보았음.
- 공론화의 장애요인들 가운데 하자에 대한 사회의 불신은 제도적 개선과 시공사들의 책임시공 등 구체적 사례의 축적을 통하여 장기적으로 불식시켜 나가야 하겠지만, 몇 가지 제도적 문제점은 현장의 실정을 조사하고 전문가들의

논의를 거친다면 빠른 시간 내에 개선이 가능할 것으로 보임.

건설산업기본법 등 관련법령에 하자의 정의규정 신설

- 국내 하자관련 분쟁(잠재적 분쟁발생가능성까지 포함)의 주요 원인은 보수가 필요한 하자의 정의 및 범위 문제에서부터 발단이 된다고 할 수 있지만, 『공동주택관리령』을 제외한 다른 건설관련 법령에서는 아무런 언급을 하고 있지 않음.
- 이로 인해 하자보수의 필요성에 대한 검토 없이 모든 하자의 외형을 갖춘 사안을 하자담보책임이 적용되는 대상으로 보아 발주자가 시공사에게 보수를 요구하고 있는 실정임.
- 하자담보책임에 관한 규정이 공사계약당사자간에 형평성과 합리성을 갖기 위해서는 적어도 『공동주택관리령』 이상의 명확한 정의규정이 요구됨.
- 따라서 공동주택을 포함한 토목 등 일반 건설공사의 경우에도 하자의 정의규정을 신설하여 하자관정을 위한 세부적 기준마련의 근거가 되게 함으로써 하자보수를 요구할 수 있는 하자담보책임의 해당 여부와 그 범위를 명확하게 가늠할 수 있는 기초를 마련하여야 함.

하자판정기구의 신설 혹은 기존 전문기관의 적극적 활용

- 앞서와 같이 하자의 개념정의를 선행되어야 하나 공사의 특성상 하자의 정의 규정 신설이 용이하지 않다면, 구체적 사안에서 하자보수의 필요성을 공신력을 갖고 판정해줄 수 있는 하자판정기구의 신설이 필요함.
- 건설관련 법령에서 열거하고 있는 기존의 전문기관 내지 이에 준하는 기관 가운데 건교부장관이 인정하는 인적·물적 설비를 갖춘 경우 판정기구로 지정하여 공신력을 부여하는 방안도 검토될 수 있을 것임.

- 하자담보책임의 발생에 대하여 당사자간에 이견이 있는 경우 하자판정기구는 판정 후 그 결과를 서면으로 각 당사자에게 송부토록 하고, 당사자는 그 판정 결과에 따르도록 함.

하자분쟁처리절차의 개선

- 하자관련 분쟁은 공동주택건설의 경우와 지하철 등 토목공사의 경우에서 많이 야기되고 있는데, 전자의 경우는 대부분 법원의 판단을 통하여 문제해결을 추구하고 있는 실정임.
- 그러나 법원의 판단에 의한 해결은 시간이나 비용 측면에서 부담이 적지 아니하고 공사계약당사자간 분쟁해결 후에도 감정적 대립 등 후유증이 예상되기 때문에 토목 등 공공공사의 경우 국가계약법령에서 규정하고 있는 이의신청절차를 보다 간편하게 정비하여 활용할 필요가 있음.
- 구체적으로 다음과 같은 이의신청 및 분쟁해결절차를 제시하고자 함.
 - 첫째, 목적물에 하자로 의심되는 결과가 발생하고 발주자가 시공사에 하자보수를 요구하는 경우 시공사는 하자의 발생여부, 하자보수의 필요성 판단 내용, 면책사유에 해당여부 등을 서면(이의신청서면)에 기재하여 발주자에게 송부함(이때 하자보수공사는 시설물의 붕괴 등 안전상의 긴박한 상황이 아닌 경우에는 이의신청에 대한 결과가 나올 때까지 보류할 수 있도록 함).
 - 둘째, 발주자가 시공사의 이의신청을 받아들이지 않는 경우 시공사로 하여금 하자보수공사를 하도록 재차 요구함.
 - 셋째, 시공사는 발주자의 요구를 수용하든가 아니면 『시설물안전관리에관한특별법』상의 한국시설안전기술공단이나 『건설기술관리법』상의 한국건설기술연구원 등 시행령에서 규정하게 될 가칭 하자판정기구에 하자 및 하자보수필요성에 대한 기술적 판단을 의뢰할 수 있으며, 여기서의 하자판단은 발주자와 시공사를 구속하는 효력을 부여함.
 - 넷째, 하자의 준부 외에 하자담보책임기간이나 하자보수보증 등의 분쟁해결에 관한 내용을 건설분쟁조정위원회나 대한상사중재원의 업무대상에 포함시킴.

시공사 면책 조항의 보완

- 하자는 시공이나 자재, 설계, 유지관리 등 모든 과정에서 발생하고 있어 사실상 하자책임을 규명하기가 쉽지 않은 실정이나, 하자의 원인규명이 어렵다는 이유만으로 모든 하자의 보수책임이 시공사에 전가되고 있는 실정임.
- 현재 『건설산업기본법』 제28조 제2항에 규정된 하자담보책임에 관한 면책 조항은 공사계약의 공정성을 확보할 수 있을 정도의 하자보수에 관한 면책사항을 담고 있지 못한 실정이며, 주로 민간건설공사에 해당될 수밖에 없어 공공공사의 경우에 실효성을 기대하기 어려움.
- 따라서 『건설산업기본법』 제28조 제3항을 삭제하고, 면책사유에도 열거되고 있는 사항 외에 다음과 같은 경우가 추가되어야 함.
 - 발주자의 유지·관리소홀이나 사용상의 부주의로 인한 경우
 - 발주자가 시공목적물을 인위적으로 변경한 경우
 - 시공 이후 자연적 수축 등에 의한 변형이나 정상적인 마모로 인한 경우
 - 감리자의 지시에 의하거나 설계상의 잘못으로 인한 경우
 - 천재지변 등 불가항력에 의한 경우

공공공사의 경우 하자보수관련 특약조항의 폐지

- 공공공사의 경우 하자담보책임기간의 만료일에 최종검사를 통하여 발급되는 하자보수완료확인서가 지체되는 경우가 많아 시공사에게 경제적 부담의 증가하거나 사실상 책임이 전가되는 결과에 대하여 계약담당공무원 등 발주자측은 『공사계약일반조건』의 해당규정이 남용되지 않도록 자체적 감독을 강화해야 할 것임.
- 이와 함께 『공사계약일반조건』 제36조⁷⁾에서 ‘특별책임’이라는 이름으로 특약을 정할 수 있다고 규정하고 있는데, 동 조항은 계약담당공무원 등 발주자

7) 계약담당공무원은 공사계약일반조건 제35조 제2항의 규정에 의한 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해 공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 동조건 제27조 및 제35조의 규정에 의한 검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여는 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다.

측의 자의적 운용 위험성이 있을 뿐만 아니라, 공공공사계약의 특수성을 감안할 때 시공사에게 그 부담이 일방적으로 전가되는 불공정한 결과를 초래할 가능성이 크기 때문에 마땅히 삭제되어야 함.

- 지금까지 하자담보책임에 대한 몇 가지 쟁점사항들을 중심으로 살펴보았지만 하자담보책임으로 인한 계약당사자간 갈등이나 경제적 부담이 적지 않음에도 불구하고 하자의 개념 정립이나 하자판정기구, 하자보수기간의 적정성, 그리고 분쟁발생시 적절한 해결기구 등 제도정비는 거의 일천한 상태에 있음.
- 이러한 상태가 개선되지 못한 것은 하자관련 문제의 공개적 논의가 사실상 어려운데다 국가계약법령에서 계약당사자간에 대응하고 공정한 계약의 체결을 거듭 강조하고 있지만 시공사의 계약상 권리주장이나 클레임제기가 사실상 쉽지 않다는 현실을 반영하고 있는 것임.
- 공공공사에 있어서 계약담당공무원으로서는 국민의 부담으로 만들어지는 시설물들이 보다 안전하고 장기적으로 유지될 수 있기를 바라는 사명감을 십분 이해하지 못할 바는 아니나, 계약체결과정에서 계약책임의 한계를 넘어 계약 상대방인 시공사의 부담을 가중시키는 조항들이 있다면 개선의 노력을 기울일 필요가 있음.
- 보다 근본적으로는 하자의 인정여부에서 시작되어 하자에 대한 바른 이해, 그리고 하자보수책임의 체계적 이행 등이 가능하도록 제도개선의 노력이 실증적 자료를 바탕으로 이제부터라도 시작되어야 할 것이고, 이러한 노력은 공사계약의 공정성을 확보하는 방안의 하나로도 될 수 있을 것임.

두성규(부연구위원·skdoo@cerik.re.kr)