

요 약

제1장 연구의 배경 및 목적

- 최근 건설공사는 규모의 대형화, 복잡화, 고층화, 신기술의 도입, 저가수주 등으로 인하여 보수가 필요한 하자의 발생 가능성이 더욱 높아지고 있는 실정임.
- 하자 발생은 한정된 수주물량과 최저가낙찰제의 확대 실시 등으로 경쟁이 더욱 치열해지고 있는 상황에서 건설업체의 실질 수익률 제고와도 밀접한 연관을 가지지 않을 수 없음.
- 그러나 공공공사를 비롯하여 민간 건설시장에서조차 시공자인 건설업체의 하자담보책임이 지나치게 발주자 중심으로 규정되어 있으며, 제도의 운영과정에서도 하자의 판단기준이나 범위, 절차 등이 체계적으로 이루어지지 못하는 측면이 적지 아니함.
- 특히 「건설법」을 비롯하여 「국가계약법」 등에서 규정하고 있는 공종별 하자담보책임기간의 적용은 건설업체의 법적·경제적 이해관계와 직접적인 관련성을 가지고 다양한 문제점을 안고 있지만, 지금까지는 하자담보 책임기간의 장단 여부에만 초점을 두다보니 발주자와 시공자의 계약상 이해관계가 맞물려 현실성 있는 검토가 이루어지지 못하였음.

- 이런 가운데 최근 일본에서는 국토교통성(國土交通省)을 중심으로 하자담보책임에 대한 전반적 검토와 신축주택에 대한 하자담보 책임기간의 변경이 있었으며, 국내에서도 회계예규 등에서 하자담보 책임을 부담하는 하자의 범위를 명시하는 등 많은 변화가 나타나고 있음.
- 또한 최근 대법원이 공동주택의 하자보수 책임기간에 대해 상충하는 내용을 담은 「집합건물법」과 「주택법」간의 효력을 두고 10년 장기를 규정한 「집합건물법」의 우선적 효력을 인정함으로써, 주택건설업체의 하자보수에 대한 부담이 가중될 것으로 전망되어 주택건설시장에 큰 충격을 던져주고 있는 점도 주목할 만한 변화라고 할 것임.
- 이러한 변화를 감안하여 하자담보 책임기간과 관련한 현행 각종 쟁점들을 통해 책임 기간의 적정성을 검토하고 발주자와 시공자간에 책임과 부담의 균형, 효율적인 하자담보책임제도의 운용 방안을 제시하되, 장기에 걸친 시공자의 하자담보 책임기간의 부담경감을 위하여 이른바 시공 후의 하자담보책임보험제도의 도입 여부도 함께 검토함.

제2장 하자담보책임과 하자의 범위

- 하자담보책임을 지는 시공상 하자는 ‘시공 목적물이 시공자의 과실로 당초 설계서에 정한대로 시공되지 아니함으로써 목적물의 사용가치 또는 교환가치를 감소시키는 품질·성능상의 결함’을 포괄적으로 의미한다고 할 수 있음.

- 하자담보책임은 기본적으로 무과실 책임이지만, 건설관련 법령은 특별히 시공상의 잘못이 있는 경우 시공자가 하자담보책임을 부담하는 것으로 규정하고 있음(과실 책임 성격을 갖도록 하였음).
- 이러한 입법은 실제 현장의 적용과정에서 아직 많은 현실적 문제점을 남겨놓고 있지만 공사계약의 특성을 감안한 바람직한 입법방향이라고 할 수 있음.
- 그러나 개념 구분 없이 시공자에게 일방적으로 하자담보책임을 요구하는 사례가 빈번하게 발생하고 있다는 점에서 하자 개념과 판단 기준을 법령에 명시하고 하자판정 기구를 설치·운영하는 등의 개선이 필요할 것으로 보임.
- 보수책임이 있는 하자 여부를 판단함에 있어서 현실적인 어려움이 있어 입법화가 곤란하다면 단기간(1~2년) 내의 하자보수 책임은 시공상의 과실 여부에 상관없이 시공자의 부담으로 하고 대신 하자 발생주기를 감안하여 하자담보 책임기간을 전체적으로 단축하는 대안을 검토할 수 있을 것임.

제3장 하자담보 책임기간의 적정성

- 하자담보 책임기간의 적정성은 구체적인 공사계약의 이행과정에서 실질적으로 어떻게 적용되는지 여부에 대한 다양한 측면에서의 분석이 이루어져야 하는데, 현재 기간의 장단에 대한 적정성 여부는 주택분야를 제외한 토목공사 등에 대해서 하자발생과 관련한 충분히 선행연구가 없어 단정하기 어려운 실정임.

- 하자담보 책임기간의 장단에 대한 적정성 여부는 공사의 특성이나 시공 목적물의 시설부위별 생애주기, 자재별 내구년한이나 하자 발생주기의 실증분석 등을 바탕으로 재검토할 필요가 있음.
- 현재로서는 하자담보 책임기간의 설정에 대한 적정성 여부를 단정하기는 어려운 상태이며 향후 현행 하자담보 책임기간의 설정이 건설시장의 현실을 제대로 반영할 수 있도록 위에서와 같은 검토가 필요하지만, 하자담보 책임기간이 공사계약 및 관련 법령에 명시된 바와 같이 제대로 공정하게 적용되고 있는지 등 다른 측면에서 살펴보는 것도 실질적인 적정성 판단에 중요한 지표가 될 수 있을 것임.
- 실질적 적정성 판단의 중요 사항으로는 각종 법령상 하자담보책임규정의 상호 비교와 상충 여부, 제도 운영과정에서 계약상 우월적 지위의 남용 가능성, 시공자인 건설업체의 과중한 부담이 되고 있는 현행 법규정의 개선방향 등을 들 수 있음.
- 당사자간에 계약상 우월적 지위가 영향을 미칠 경우를 감안한다면 최장기간의 아무런 제한 없이 도급계약을 통하여 기간을 조정할 수 있도록 한 현행 규정은 남용의 가능성이 높을 뿐만 아니라 시공자인 수급인의 부담이 가중되는 결과가 초래될 수 있으므로 경우에 따라서 기간의 적정성을 침해하는 요소가 될 여지가 있음.
- 공종 구분이 용이하지 않은 복합공종의 경우 주된 공사에 따른다고 하지만 그 판단기준이 법령에서 명시되고 있지 않으며, 대부분의 현장에서 준공 및 하자보수 보증금의 납부가 공사의 대가지급보다 선행되어야 하는 계약 이행과정을 감안할 때 발주자가 자의적 해석을 통하여 공종을 결정하고 하자담보 책임기간을 설정할

가능성이 크다는 점에서 하자담보 책임기간의 적정성을 손상시킬 위험성이 큼.

- 공동주택을 분양한 경우에는 주택법에 세부 공종별 하자보수의 책임기간이 명시되고 있음에도 불구하고 집합건물법이 하자담보책임에 대한 민법규정을 준용하면서 동시에 주택건설촉진법에 우선하는 효력을 명시하고 있어 분양사업자의 하자담보책임기간이 공종구분 없이 10년으로 획일 적용되는 판례가 이어지고 있음.

· 「집합건물법」의 규정은 시대착오적이며 합리성을 잃은 것이어서 사실상 주택분야 하자담보 책임기간의 적정성을 크게 훼손하고 있음.

- 하자담보 책임기간의 기산점과 관련해서는 공사계약 일반조건에서 하자담보완료확인서의 발급에도 불구하고 당해공사의 특성 및 관련 법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 하자검사 과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대해서도 추후 계약상 대자인 시공자에게 보수책임을 추궁할 수 있는 특약을 정할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 규정은 발주자가 계약상 우월적 지위를 이용한 하자담보 책임기간을 사실상 연장하는 수단으로 남용할 가능성이 많아 적정성 침해의 우려가 크다고 하지 않을 수 없음.

제4장 분양 공동주택의 하자보수 책임기간 판례와 그 영향

- 법령의 해석과 적용은 법적 안정성과 구체적 타당성이 있어야 하며, 이러한 요건의 충족을 통해 입법은 현실과의 괴리를 최소화할

수 있으며, 그 생명력을 유지하는 바탕이 됨.

- 그러나 최근 구분 소유자 보호를 위하여 주택의 구성 부분별 특성을 고려하지 않고 시공자에게 일괄적으로 10년이라는 장기간 하자 보수책임을 인정한 대법원 판결은 구체적 타당성을 잃은 결론을 내놓고 있음.
- 이번 대법원 판결은 법적 안정성만을 선택한 것으로 비록 분양받은 공동주택의 입주자 보호라는 「집합건물법」 입법 목적에 충실하였다고 하나, 주택관련 법령상의 하자보수 책임기간이 공중별 특성을 감안하여 선정되었음을 충분히 고려하지 않은 문제점을 안고 있음.
- 또한 대법원의 판결은 법적 안정성을 선택하였음에도 불구하고 오히려 주택시장의 혼란을 야기시키고 「집합건물법」의 효력에 대한 사회 일반의 의구심을 자아내는 결과를 초래하고 있음.
- 하자와 유지보수의 구분도 명확하지 않은 국내 입법 환경 및 주택시장의 상황을 감안할 때 입주 후의 유지보수의 문제까지 하자문제로 연결시키는 등의 부작용도 배제할 수 없어 하자 소송 파동이 우려되고 있음.
- 「건산법」의 하자담보 책임기간의 적용을 위한 법령간 체계에도 상호 모순이 야기되고, 결과적으로 주택법령상의 하자보수 책임기간을 사문화시키고 있음.
- 기존 주택에 대하여 과도한 하자보수책임은 결국 신규 아파트 공급시에 원가상승으로 이어져 최종적으로는 분양가격 인상에 따른 수분양자의 부담 증가로 귀결될 가능성이 적지 않음.

- 뿐만 아니라 「주택건설촉진법」이 주택시장의 환경 변화 및 정책 기조의 변경 필요성에 따라 2003년 「주택법」으로 전면 개정되면서 하자보수에 관련된 규정을 포함하고 있던 기존의 공동주택관리령(「주택건설촉진법」의 하위법령)을 대부분 「주택법」에 흡수시켰지만 그 과정에서 대부분의 다른 법률 개정에는 부칙에 명시하면서도 「집합건물법」의 부칙 제6조는 규정하고 있지 않음.
- 따라서 「집합건물법」은 개정되어야 하며 구체적인 입법조치안으로는,
 - i) 「집합건물법」이 준용하는 「민법」의 하자담보책임조항은 하자담보 책임기간에 대해서는 그 적용이 없도록 해야하고,
 - ii) 하자담보 책임기간에 대해서는 「건설법」의 공중별 하자담보 책임기간 규정을 적용토록 해야 하며,
 - iii) 「주택건설촉진법」에 대한 「집합건물법」의 우선적 효력을 명시한 부칙 조항은 주무부처 및 법적 성격이 상이한 법령간에 배타적 효력을 인정하여 법 체계상의 혼란을 야기할 수 있으므로 삭제되어야 함.

제5장 외국의 하자담보 책임기간

1. 일본의 하자담보 책임기간

- 일본의 경우 건축물의 결함(하자와 동일한 개념으로 사용)으로 인한 분쟁이 적지 않기 때문에 동경지방법관소나 오사카지방법관소에는 건축분쟁의 처리를 위한 특별부를 설치해놓고 있음.
 - o 동경지방법관소에서는 2003년만 하더라도 계류 중인 건축분쟁

사건이 약 500건을 상회할 정도이며, 그 중 약 20% 이상이 결함에 관한 분쟁일 정도로 하자담보책임에 관한 발주자와 수급인간의 갈등이 큰 비중을 차지하고 있음.

- 하자담보 책임기간에 대해서는 일본 「민법」을 비롯하여 대부분의 공사계약 약관 등에서 주택의 건축과 관련한 규정이 다수를 차지하고 있으며, 2000년 4월 1일부터 시행되고 있는 「주택의 품질 확보촉진 등에 관한 법률(이하 주택품질확보법)」은 주택의 매수자를 위하여 주문주택을 위한 도급계약, 그리고 분양주택·맨션 등 신축주택의 매매계약 등의 경우 하자담보책임을 강화하여 다른 법령보다 하자담보 책임기간을 연장한 점이 주목을 끌고 있음.

2. 미국의 하자담보책임기간

구 분	명백한 하자의 하자담보 책임기간	잠재된 하자의 하자담보 책임기간	권리 행사 기간
캘리포니아 주	4년	10년	○ 생명·신체상의 위해 : 1년 ○ 구두계약의 위반 : 손해액의 개시일로부터 2년 ○ 서면계약의 위반 : 4년 ○ 기만 : 개시일(開示日)로부터 3년 ○ 충실의무 위반 : 하자발생일로부터 4년 ○ 동산 혹은 부동산의 손해 : 3년
네바다 주	6년(최장 8년) ※알려진 하자는 10년(최장 12년)	8년(최장 10년)	○ 2년
콜로라도 주	6년(최장 8년)		○ 2년(계약 당사자) ○ 3년(계약위반, 보증위반, 충실의무위반, 공사 당사자 외의 자에 대한 기만/과실 소송) ○ 사업부지 조사자

제6장 하자담보 책임기간 관련 문제점과 개선방안

1. 법 체계상의 혼선 및 법 적용과정에서의 상호 충돌

- 공종별 특성이 유사한 경우에조차 각 법령별로 별도의 하자담보 책임기간 규정을 두고 있으며, 법령간의 효력 순위나 내용이 상반되어 공사계약의 당사자에게 많은 혼란을 줄 수 있도록 구성되어 있기 때문에 세부 공종별 하자담보 책임기간을 통일하여 법령간 충돌과 적용상의 혼란을 방지할 필요가 있음.

2. 발주자 우위의 계약문화와 특약에 의한 기간 조정

- 국내 건설시장의 경우 발주자와 시공자간에 대등한 계약상 지위의 유지가 확보되지 못하고 있는 현실을 감안하여 하자담보 책임기간의 설정에 관한 특약은 법령상의 기간을 최장기로 하여 그 기간 내에서 당사자간 합의에 따라 자유롭게 정할 수 있도록 개선되어야 함.

3. 공공공사 하자담보 책임기간의 개시와 종료

- 복합공종의 경우에는 부대 공사나 이미 완성된 부분에 대한 하자담보 책임기간이, 주된 공사나 전체공사의 준공에 의하여 개시됨으로써 불합리하게 운영되는 경우가 있으므로 해당 부분의 하자담보 책임기간은 해당 공종별 특성에 따른 기간이 별도로 적용될 수 있도록 개선해야 할 것임.
- 주된 공종의 여부에 대한 법령상의 명문화도 하자관련 분쟁 해

소를 위하여 함께 추진되어야 할 것임.

- 하자담보 책임기간이 종료한 후에도 특약을 통해 하자검사 과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대해서 시공자에게 보수책임을 추궁할 수 있도록 하는 규정은 발주자에 의한 계약상 우월적 지위의 남용 여지가 많으므로 삭제되어야 함.
- 최종검사에서 발견되는 하자사항의 보수가 완료된 경우 하자보수완료 확인서의 즉시 발급을 고의로 지연시키는 일이 없도록 상급 관청의 감독을 강화해야 할 것임.
- 하자보수의 완료 여부에 대한 발주자(계약담당 공무원)와 시공자(계약 상대방)의 견해가 상당한 차이가 있을 경우 확인서 발급 여부를 결정할 수 있는 하자 판정 기구의 설립이 필요함.

제7장 하자담보책임의 보험 대체 방안

1. 하자담보 책임 보험의 도입 필요성

(1) 하자담보 책임기간 및 제도 운영의 효율성 제고

- 단기간 내에 발생하는 하자의 보수에 대해서는 현재와 같이 하자담보책임제도에 따르되, 일정기간이 경과한 경우에 하자발생의 위험성을 계량하여 보험화한다면 시공자인 건설업체의 부담이 시장경쟁원리에 따라 하자발생 가능성에 비례하여 최적으로 경감되는 효과를 얻을 수 있을 것임.
- 또한 하자담보 책임 보험을 통하여 시공자인 건설업체는 하자발생

으로 초래될 수 있는 장래의 불확실한 위험(예상치 못한 과도한 비용 부담 등)에도 대비할 수 있게 되어 안정적인 경영에도 도움이 될 수 있을 것임.

·하자이행 보증보험이 하자보수의 이행 여부에 대한 발주자의 우려를 불식시키는 데만 초점을 두고 있는 데 반해, 장기의 하자보수 책임으로 인하여 경제적 부담이 가중되고 있는 시공자의 계약상 합리적인 범위 내에서 하자 발생의 위험에 대비하는 측면을 포함시킨다는 차이가 있음.

·모든 하자발생에 대한 위험을 보험화하는 것이 아니라 시공상의 잘못으로 인한 하자발생에 대한 위험을 보험화하는 것이기 때문에 단기간은 현행과 동일 또는 유사하겠지만 장기의 하자보수책임에 대해서는 적정의 보험요율을 책정할 경우 시공자의 부담 경감을 기대할 수 있을 것임.

(2) 현행 하자보수를 위한 이행보증보험제도와의 비교

- 현재 시중에 나와 있는 건설공사 보험은 공사기간 중에 발생한 사고에 대해서만 보상하는 내용으로 이루어져 있기 때문에 공사 중단시 또는 준공 후 발생하는 하자 등에 대해서는 신속한 복구 재원마련과 책임소재 처리에 어려움이 있음.
- 하자보수를 위한 이행보증 보험상품도 판매되고 있지만, 현재 하자에 대한 이행보증을 하려면 특약을 반드시 설정해야만 가능하고, 이행(하자)보증보험의 피보험자가 될 수 있는 발주자의 자격도 국가 또는 지자체 등으로 제한되어 있음.
- 이러한 보험은 주기능이 하자보수 보증금의 지급보증에 있기 때

문에 특약으로 하자보수의 실질적 보장을 위한 내용을 구체적으로 포함시키지 않는 한 현행 이행 보증보험만으로는 하자보수보증금 제도에서와 같은 문제점이 여전히 남게 됨.

(3) 현행 하자보증보증제도의 문제점과 보험 도입의 필요성

- 첫째 국가계약법령 등의 적용을 받는 공공공사에서 시공자인 계약 상대자나 「주택법」의 적용을 받는 사업주체에만 납부토록 규정하고 있으며, 「건설법」이 적용되는 일반 공사에는 하자담보책임의 이행을 확보하기 위한 명시적 규정을 두고 있지 않아 하자보수의 실효성을 의심케 하고 있음.
- 둘째, 시공자가 납부하는 하자보수 보증금은 전체 공사비의 2%에서 5%를 한도로 하고 있어(주택건설의 경우에는 3%) 하자보수 비용이 하자보수 보증금을 상회하는 경우에 하자보수를 위한 충분한 대비가 되고 있지 못함.
- 셋째, 현행 하자보수보증금제도에 의하면 일정한 하자담보 책임기간의 경과시마다 하자보수 보증금을 일정 비율로 시공자에게 반환하도록 하고 있는바, 만일 하자보수 보증금의 반환이 거의 이루어진 시점에서 남은 보증금을 상회하는 하자가 발생한 경우에도 시공자가 하자보수를 거부 혹은 기피하게 되면 하자보수의 어려움이 따를 수밖에 없음.
- 따라서 이러한 하자보수의 곤란에 대비하기 위하여 보험화한다면 하자발생 규모에 상관없이 충분한 하자보수가 이루어져 실효성을 확보할 수 있게 되므로 시공자뿐만 아니라 발주자의 계약상 권리 보호에도 도움이 될 것으로 전망됨.

2. 하자담보 책임 보험의 기본적 구도

(1) 장·단기의 구분

- 건설공사의 시공 목적물의 특성을 감안할 때 하자 발생 여부를 점검할 수 있는 시기까지는 시공자가 직접적인 하자담보책임을 부담하게 함.
 - o 그 시기는 대부분 1~2년 이내의 기간 내에서 시공자와 보험사가 보험료의 산정과 연계하여 합의로 정하도록 함.
- 그 이상의 기간에 대해서는 현행 법령에서 규정하고 있는 최장 기간까지 하자발생으로 인한 보수비용 등의 경제적 위험을 보험사가 전적으로 인수하게 함.
- 하자의 발생 가능성을 바탕으로 단기와 장기로 나누게 되면 시공자는 보험가입에 따른 추가적 비용 부담이 크지 않은 가운데 하자보수로 인한 책임기간의 단축, 하자보수에 투입해 온 인적·물적 시설의 타 현장에의 전환 가능 등 파생효과 등을 실질적으로 기대할 수 있을 것임.

(2) 보험의 구성

1) 피보험자

- 채권자

- 법인인 발주자, 국가나 지자체 등으로 한정
- 일본의 하자보증 책임 보험은 법인이 피보험자인 경우로 한정

하고 있으며, 발주자가 개인인 경우는 보험으로 인수하지 않음.

2) 보험계약자

- 채무자(수급인, 계약 상대자, 사업주체, 시공자)

3) 보험가입 대상 공사

- 건설 관련 법령에서 하자담보 책임기간이 설정되어 있는 공종을 중심으로 선정하되, 일정 규모의 공공공사(예를 들면 PQ대상 공사)에 우선 적용토록 하여 그 결과에 따라 이하 규모의 공사계약까지 확대 실시함으로써 시행상의 착오를 최소화하도록 하는 방안이 적절할 것임.

4) 손해배상의 범위(보상 한도액) 및 보험료

- 준공검사 또는 인수한 후 하자담보 책임기간이 종료할 때까지(특약에 의하여 법령상의 하자담보 책임기간보다 연장하는 것도 가능할 것임) 발생하는 하자에 대하여 채무자(보험계약자)가 하자보수요청을 받고도 이를 이행하지 않거나 할 수 없는 경우에 채권자(피보험자)가 입게 되는 손해를 보상함.
- 보상금액은 도급계약상의 총공사비를 한도로 실제 보수공사 투입 금액으로 하되, 보험료는 현행 하자보수 보증금과의 비교, 보험료의 추가부담과 하자담보 책임기간의 단축에 따른 보수비용의 절감액의 형량 등을 통하여 정하도록 함.

5) 보험기간

- 공사 완공 후 최초 1~2년까지는 시공자의 부담으로 하고 그 이후부터 10년까지 보험기간으로 함.
- o 시공자의 부담으로 하는 기간의 확정은 1~2년 이내의 기간 내에서 시공자와 보험사가 보험료의 산정과 연계하여 합의로 정함.
- o 하자담보책임기간은 시공자의 명시적 요구가 있을 경우 시공목적물의 성격을 감안하여 특약이나 보험계약의 연장 등을 통해 현행 법령상의 기간보다 연장하는 것도 가능할 것임.

6) 하자보수보증금제도와 관계

- 하자담보 책임 보험의 가입 또는 하자보수 보증금의 납부 중 어느 제도를 이용할지에 대한 선택권은 보험료 또는 보증수수료를 부담하게 되는 시공자가 갖도록 함.
- 다만, 1~2년 단기간 내에는 보험사의 관여 없이 하자보수를 전적으로 시공자의 부담으로 할 경우 시공자의 부도나 파산 등 일정한 사유로 하자보수가 불가능해지는 경우도 발생할 수 있다는 점에서 보험사가 개재되지 않는 기간 동안의 하자담보책임에 대해서는 현행과 같이 하자보수보증금제도를 적용하는 이원화 방안이 적절할 것으로 보임.