

실손보장 및 역무적 보증이행방식 도입을 위한  
하자보수관련 제도의 정비방안

2007. 7

두 성 규

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

## <차 례>

제1장 서론 .....	1
제2장 현행 하자보수 및 보증제도 개관 .....	3
1. 현행 하자보수체계의 구성 .....	3
(1) 공공공사의 경우 .....	3
(2) 민간공사의 경우 .....	13
2. 현행 법령상의 하자보수를 위한 의무적 보증이행 .....	21
3. 하자보수보증 관련 현황 .....	24
(1) 하자보수보증 실적 .....	24
(2) 하자보수보증관련 분쟁현황 .....	24
제3장 현행 하자보수제도의 문제점 .....	27
1. 하자보수제도의 기본적 문제점 .....	27
(1) 하자의 개념 및 하자판단체계의 미비 .....	27
(2) 객관적 하자판정을 위한 공신력 있는 기구(하자판정기구)의 부재 .....	39
(3) 하자관련 분쟁해결기구의 미비 .....	41
2. 현행 하자보수보증제도의 문제점 .....	44
(1) 하자보수보증금의 ‘국고귀속 원칙’의 부작용 .....	44
(2) 실손보상 원칙과도 부조화 .....	50
(3) 현행 하자보수를 위한 의무적 보증이행방식의 적용상 한계 .....	54
제4장 미국 등 선진국의 하자보수보증제도 .....	57
1. 미국 .....	57
(1) 서론 .....	57
(2) 근거법 .....	57

(3) 대상공사와 기간 .....	62
(4) 책임범위·보증범위 .....	67
(5) 하자보수보증의 내용 .....	70
(6) 하자의 인정 및 분쟁해결 .....	74
2. 일본의 하자담보특약부 이행보증제도 .....	78
(1) 하자보증의 적용사례 .....	78
(2) 보증금 규모 및 보증이행방식 .....	78
(3) 하자담보특약의 내용 .....	79
3. 유럽의 하자보수보증제도 .....	79
4. 한·미·일 공사이행보증 비교 .....	80
(1) 보증채무 이행방법 비교 .....	80
(2) 보증채무 범위 비교 .....	84
<b>제5장 개선방안 .....</b>	<b>87</b>
1. 관련법령에 하자의 정의규정 신설 필요 .....	88
2. 하자관련 전담기관의 신설 또는 기존 기구의 적극적 활용 .....	89
3. 하자보수 관련 계약조항의 합리적 조정 .....	91
4. 실손보상 원칙에 입각한 실질적 하자보수이행의 확보 .....	92
5. 역무적 보증이행을 활용한 보증기관의 책임하자보수제도 도입 .....	94
<b>제6장 결론 .....</b>	<b>97</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>99</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>101</b>

## <표차례>

<표 2-1> 공사의 공중별 하자담보책임기간(국가계약법 시행규칙 제70조 별표1) .....	6
<표 2-2> 건설산업기본법시행령(제30조)의 하자보수 책임기간 .....	9
<표 2-3> 현행 공중별 하자보수보증금률 .....	11
<표 2-4> 주택의 하자담보책임기간 .....	14
<표 2-5> 하자보수보증금의 반환시기 및 비율 .....	20
<표 2-6> 연도별 하자보수보증 규모 변화 .....	24
<표 2-7> 건설보증 분쟁현황 .....	25
<표 2-8> 하자보수보증의 분쟁 유형 .....	25
<표 2-9> 건설보증 분쟁의 소송 현황 .....	26
<표 2-10> 보증채권자 민간인 하자보증 대급현황 .....	26
<표 3-1> 시공상 하자과 부실시공의 비교 .....	29
<표 3-2> 국가계약법령상의 부실시공과 하자의 관련 규정 비교 .....	30
<표 3-3> 하자관령 주요 판례 .....	33
<표 3-4> 관련법령상의 하자에 대한 구체적 표현 비교 .....	34
<표 3-5> 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 1 .....	35
<표 3-6> 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 2 .....	35
<표 3-7> 시간적 경과에 따른 개념 구분 .....	36
<표 3-8> 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 3 .....	36
<표 3-9> 하자검사에 관한 근거법령 .....	38
<표 3-10> 하자보수보증금과 실제 하자보수비용의 상관관계와 그 파급효과 .....	49
<표 4-1> FAR 52.246-21 건설공사의 보증 .....	59
<표 4-2> AIA A201 도급계약약관 .....	61
<표 4-3> 콜로라도주 덴버시 도급계약약관 .....	62
<표 4-4> 각 주(州)별 이행보증 대상공사 .....	63
<표 4-5> 미연방도로청 보조공사 제품별 하자담보책임기간 .....	65
<표 4-6> 미국의 각주(州)별 도로관련공사의 하자보수보증 규정 .....	66
<표 4-7> 알리바마주 건축위원회가 사용하는 도급계약약관 .....	68
<표 4-8> AIA(미국 건축가협회)의 이행보증약관 중 일부 .....	69

<표 4-9> 미국보증보험협회의 하자보수보증제도 유형 .....	71
<표 4-10> 주요 국가별 하자보수보증제도 운영 현황 .....	72
<표 4-11> 미국보증협회(SAA) 보증요율매뉴얼에서의 보증 리스크 분류 .....	74
<표 4-12> 조정과 중재의 비교 .....	76
<표 4-13> AIA, AGC, EJCDC의 건설공사표준약관 비교 .....	77
<표 4-14> 한미일 보증채무 이행방법 비교 .....	81
<표 4-15> 한미일 보증채무 범위 비교 .....	85

## <그림차례>

<그림 2-1> 정부입찰·계약집행기준에 따른 보증이행업체의 보증이행절차(제46조) .....	23
---	----

## 요약

### 제1장 서론

- 최근 들어 건설공사는 발주자 요구의 다양성과 공사규모의 대형화, 복합적 기능이 포함된 신기술·신공법의 적용사례가 증가함에 따라 하자발생의 가능성도 증가하고 있음.
- 그러나 현행 건설관련 법령에서는 공종별 하자담보책임기간이나 하자보수보증제도 등을 명시하고 있을 뿐, 하자의 정의나 범위, 판단기준, 공신력을 가진 하자판정기구나 하자관련 분쟁해결기관 등에 관해서는 구체적이고 명확한 규정을 두고 있지 않은 실정임.  
·이로 인해 하자 및 하자관련 분쟁이 빈번하게 발생하고, 분쟁처리 종료 시까지 하자보수가 제대로 이루어지지 못하거나 과도한 대급으로 인한 보증기관의 부실화 가능성도 배제할 수 없음.
- 또한 하자보수의 1차적인 의무자는 수급인이지만, 수급인이 하자보수채무를 이행하지 않는 경우 하자보수보증금을 국고에 전액 귀속토록 하는 등 보증채무의 금전적 이행중심으로 되어 있는 현행 하자보수보증제도는 실제 손해의 범위를 넘은 보증기관의 대납으로 이어져 하자발생규모보다 큰 경제적 부담을 수급인과 보증기관 모두에게 안겨주고 있음.
- 발주자가 궁극적으로 원하는 것은 당초 설계서대로의 기능을 갖춘 시공목적물이므로 하자가 발생하면 수급인이 신속하게 하자보수를 할 수 있도록 하고, 이것이 어려운 경우에는 수급인을 대체할 보증이행업체의 지정 및 실질적인 하자보수를 위한 보증기관의 시공기능 확보 등의 검토를 통해 하자보수체계의 틀을 새롭게 정립할 필요가 시급하다고 할 것임. 본 연구에서는 이런 점들을 바탕으로 하여 합리적 하자보수체계의 정립방안을 모색해보고자 함.

## 제2장 현행 하자보수제도의 문제점

### 1. 하자보수제도의 기본적 문제점

#### (1) 하자의 개념 및 하자판단체계의 미비

- 현행 건설산업기본법을 비롯하여 국가계약법이나 주택법 등 관련 법령에서도 하자의 개념이나 판단기준 등을 명확하게 정의하고 있지 않기 때문에 하자가 발생하더라도 수급인에게 하자보수책임을 부담시킬 수 있는지 여부를 판단하기가 쉽지 않음.
  - 하자는 하자보수가 요구되는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분해야 하지만, 이처럼 사회일반의 하자에 대한 인식이나 시각은 건설업계나 관련 법령에서 상정하고 있는 하자의 개념과 상당한 거리감이 존재함.
  - 분쟁이 발생해도 계약당사자 간에 원만한 해결을 기대하기가 어려운 실정임.
- 하자개념이 법정되어 있지 않은 관계로 생명·신체상의 위해를 야기하거나 위험성을 가진 결함상태를 의미하는 부실시공과도 동일시되는 경우가 많아 하자책임에 대한 정확한 판단 이전에 수급인의 부담으로 귀속되는 경향도 보이고 있음.

#### 〈하자의 개념 및 부실시공과의 비교〉

구별 개념	법적 의미	법적 효과
단순 하자	-외관상의 하자로 하자보수의무가 없는 경우	-발주자 수인(受認) 또는 위험부담
시공상 하자	-시공상의 잘못으로 공사목적물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래한 경우	-하자담보책임 발생
부실시공	-공사목적물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 경우	-재시공, 징역이나 벌금 등 행정형벌

- 현재 주택법 시행령에서만 ‘하자의 범위’를 ‘공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능 불량, 부착접지 또는 결선불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자’라고 표현하고 있는 것에 의존하고 있는 실정임(주택법 시행령 제59조 제1항 및 별표 6).
- 공사계약일반조건은 하자의 개념을 별도로 정의하고 있지는 않지만, 모든 하자가 아니라 ‘계약상대자의 시공상 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한한다’는 제한을 두고 있어 부분적으로 주택법 시행령과 유사한 측면이 있는 정도임(조건 제33조 제1항).

**< 관련법령상의 하자에 대한 구체적 표현 비교 >**

관련 법령	규정 내용
건산법	-하자담보책임기간과 면책사유에 대한 언급 외에 특별한 표현 없음
공사계약 일반조건 (제33조 : 국가계약법에 근거한 회계 예규)	-계약상대자의 하자보수책임을‘계약상대자의 시공상 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한한다’고 명시
주택법 시행령 (제59조 제1항 및 별표 6)	-‘하자의 범위’에 대해 규정 -‘공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능 불량, 부착접지 또는 결선불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자’ - 충분하지는 않더라도 하자의 개념을 적시하고 있다는 점에서 중요
판례	- 주택법 시행령상의 하자개념을 원용

## (2) 공신력 있는 하자판정기구의 부재

- 하자보수에 대한 다툼이 발생하더라도 현재 주택관련 법령에서는 하자판정기관을 단순히 열거해놓은 데 그치고 있으며 국가계약법령에서는 전문기관이라는 표현 외에 추가적인 언급이 없어 하자과 관련한 명확하고 합리적인 하자 및 하자판정시스템의 원활한 운영을 기대하기 힘든 실정임.
- 하자 현상의 발생 ⇒ 하자 여부 판정(하자 판정규정 부재) ⇒ 하자보수 또는 하자보수보증 이행 ⇒ 하자관련 분쟁의 발생(하자판정기구 부재) ⇒ 신속하고 원활한 처리 의문

## (3) 하자관련 분쟁해결기구의 미비

- 현재 대한상사중재원과 소비자분쟁조정위원회를 제외하곤 대부분의 분쟁처리기구의 활동이 미미한 편이어서 하자과 인한 분쟁의 효과적 해결을 현실적으로 기대하기는 쉽지 않은 실정이며, 분쟁조정위원회의 이용과 관련하여 이용자의 입장이나 편의를 고려하지 않고 있는 점도 관심과 이용률을 떨어뜨리는 요인으로 작용하고 있음.
- 전반적인 하자관련 법제도의 미비는 결과적으로 하자관련 분쟁해결기구의 체계적 운영을 어렵게 만들어 매년 증가하는 추세를 보이고 있는 하자보수 관련 분쟁의 효율적인 처리를 기대할 수 없도록 하고 있음.

## 2. 현행 하자보수보증제도의 문제점

### (1) 하자보수보증금의 ‘국고귀속 원칙’의 부작용

- 하자현상이 있을 경우 현행 하자관련 규정에 의하면 i)보수책임이 있는 하자(‘공사상의 잘못’이 있는 경우)와 ii)보수책임이 없는 하자(‘공사상의 잘못’이 없는 경우)인지를 먼저 판단해야 하겠지만, 발주자는 일단 수급인에

게 하자보수요구를 하게 될 것이고 수급인이 ‘공사상의 잘못’이 없다는 이유로 하자보수책임을 다투면서 발주자의 하자보수요구에 불응하게 되면 하자보수보증금이 국고에 귀속되어 버리는 문제점이 있음.

- 그러나 보증금 전액을 국고귀속으로 하는 시스템은 수급인의 하자보수의 무 이행을 담보하는 실질적 구속력을 가지지 못한 채, 경제적 효율성만을 판단의 우선순위로 둬으로써 하자보수의 필요성이나 긴급성이 후순위로 떠밀리게 되어 실질적인 하자보수효과를 기대하기 어려운 실정이라고 할 수 있음.

**< 하자보수보증금과 실제 하자보수비용의 상관관계와 그 파급효과 >**

구분	하자보수보증금 > 실제 하자보수비용	하자보수보증금 < 실제 하자보수비용
예상되는 부작용	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 발주자의 하자보수 요구 증가</li> <li>- 보증금 국고귀속에 따라 보증기관의 부담 증가가능성</li> <li>- 발주자의 초과이익 귀속에 대한 정당성 시비 제기 우려</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 수급인의 고의적인 하자보수 거부</li> <li>- 보증금 국고귀속에 따라 보증기관의 부담 경감</li> <li>- 발주자의 차액부담 불가피</li> </ul>

**(2) 실손보상 원칙과도 부조화**

- 실제의 손해와 상관없이 보증금 전액을 발주자에게 귀속시키는 현행 하자보수보증금의 국고 귀속 원칙은 보증금의 성격을 위약금(違約金)으로 보고 있다고 할 수 있는데, 이는 최근 대법원이 손해배상액의 예정에 해당하는 것으로 보는 입장과 조화가 어려우므로 보증금의 전액 국고귀속원칙은 형평성과 법리적 타당성 측면에서 부적절함.

### (3) 현행 하자보수를 위한 역무적 보증이행방식의 적용상 한계

- 공사이행보증의 채무이행방법이 보증이행업체에 의한 역무적 이행을 기본으로 하고 있다는 점에서 하자담보채무를 포함하는 특약이 용이하다면 현행 하자보수보증금의 국고 귀속 원칙에서의 각종 문제점을 개선할 수 있겠지만, 하자담보채무를 공사이행보증채무에 포함시키는 특약과 보증이행업체의 지정에 따른 계약담당공무원의 승인 등과 같은 요건이 함께 선행되어야 하므로 현실화되기는 쉽지 않음.

## 제3장 미국 등 선진국의 하자보수보증제도

### 1. 미국

- 미국의 건설공사에서는 공사완성 이후부터 통상적으로 1년의 하자담보책임기간을 정하고 있으며, 이 기간 동안에 수급인은 하자보수의 의무를 계약상 부담하고 있음.
  - 특히 일정한 기준 이상의 공사에서는 수급인의 하자담보책임에 대하여 보증회사에 의한 하자보수보증인 제도가 성립되어 있으며, 수급인이 하자보수의무를 이행하지 않는 경우 보증회사가 수급인을 대신하여 하자보수함.
- 하자담보책임은 공공부문과 민간부문을 가릴 것 없이 상당수의 건설공사 계약에 포함되어 있으며, 각 발주자는 공사의 종류나 규모, 특수성 등을 기준으로 하자보수보증을 부과할 것인가를 정하고 있음.
- 하자보수보증은 국내의 공공부문과 유사하게 통상적으로 이행보증의 특약으로서 다루어지고 있지만, 하자담보책임기간이 장기로 된 경우에 맞추어 유지관리책임을 가미한 별도의 하자보수보증도 있음.

## (2) 근거법

- 연방조달규칙(FAR; Federal Acquisition Regulation)은 § 46.710(e)(1)에서 건설공사의 경우 52.246-21에서 규정한 보증조항을 계약약관에 삽입할 수 있는 것으로 하고 있으며, 52.246-21에서 정하고 있는 ‘건설공사의 보증’ 조항은 하자담보기간을 ‘완성 후 1년간’으로 명시하고 있음.
  - 연방정부 발주공사에서는 FAR규정을 바탕으로 하여 도급계약서에 하자담보책임 및 보증요구에 관한 조항을 규정함으로써 하자담보 및 보증제도를 운용함
  - 그 외 밀러법(The Miller Act)은 하자보수보증에 관한 직접적인 규정들만 법령은 아니지만, 하자보수보증의 대부분이 이행보증의 특약으로서 취급되고 있어 간접적이기는 하지만 관련성이 크다고 할 수 있음
- 주(州)정부 발주공사는 연방법에 준하여 각주마다 독자적으로 「소밀러법(Little Miller Act)」이라고 불리는 주법을 통해 보증제도를 규정함.
  - 하지만 연방정부의 밀러법에서와 마찬가지로 하자보증에 관한 별도의 규정을 두고 있지는 않으며, 주 자체의 조달규칙에 따라 하자담보조항을 정하고 있음.
- 민간발주공사의 하자담보책임을 직접적으로 규정한 법령 등은 없지만, 미국건축가협회(AIA), 미국건설업협회(AGC), 토목공통계약서협회의(EJCDC) 등의 기관에서 공표하고 있는 도급계약약관에서는 하자담보에 관한 규정을 두고 있음.
  - 이들 계약약관은 민간공사에 광범위하게 이용되고 있으며 계약약관을 수용함으로써 일반적으로 1년의 하자담보기간이 설정되는 것으로 함.
- 하자보수보증서의 제출에 대해서는 콜로라도주 덴버시의 도급계약약관처럼 도급계약서의 일반조항 중 이행보증조항에서 다루거나 또는 일반조항에 붙어있는 특별조항에서 별도로 정하는 사례가 다수임.

- 연방발주공사의 경우는 밀러법 및 연방조달규칙에 따라 도급금액 10만 달러 이상인 공사에 대해 이행보증 제출이 의무화
- 주(州)정부 발주공사에 대해서도 각 주의 소밀러법 및 준거법·규칙에 따라 이행보증을 정하고 있음.
- 이행보증에 붙어 있는 하자보수보증의 경우 부보비율은 이행보증과 기본적으로 동일하기 때문에 연방발주의 보증공사는 도급금액의 100%, 주정부의 공사는 도급금액의 25~100%로 운용되고 있음.
- 이행보증과 독립적으로 설정된 하자보수보증이 필요한 경우 발주자는 보증금액을 별도로 지정할 필요가 있음.
- 일반적으로는 하자위험성을 가지고 금액을 산정하며, 도급금액의 5~15% 부보비율의 하자보수보증이 통상적이지만 최근에는 10~20%보다 약간 높은 경우도 있음.

**< 미국보증보험협회의 하자보수보증제도 유형 >**

구분	A Type (하자보수)	B Type (하자보수+유지관리)
보증발행 형태	이행보증의 특약으로서 발행	독립발행
보증기간	통상적으로 1년간 (최대 5년 정도)	2~10년 정도
보증금액 (보증률)	이행보증과 동일	도급금액의 10~20%
보증료	1년간은 무료 (2년 이후는 유료)	-1년째는 좌측의 보증으로 처리되므로 무료 -2년째 이후 보증료 발생
보증범위	-시공기술이나 자재에 관한 기준에 못미치는 시공 및 설치의 보수	-좌동 + 유지관리비용. -효율적이고 성공적인 운영의 보증을 포함 (Efficient and successful operation bond) -심각한 균열, 자재나 공사의 기술에 문제가 없는 경우에도 보증대상이 됨.
보증 계약자	수급인	-발주자 또는 발주자의 위탁을 받은 유지관리 회사(공사의 하도급회사 등) -수급인이 장기적인 유지관리를 인수하는 경우도 있음

\* 출처: (재)건설경제연구소 제21차 미국조사 자료

## 2. 한·미·일 공사이행보증 비교

### (1) 보증방법

#### - 미국

·계약금 100%의 보증금액 한도 내에서 보증기관이 역무적 보증방법으로는 ‘금융지원’, ‘인수’중에서 선택하고, 금전적 보증방법으로는 ‘대체시공사 선정’, ‘현금지급’, ‘이행보증서 환매’ 등의 방법 중에서 기회비용을 고려하여 최적 방안을 선택

#### - 일본

·1996년 신공사이행보증제도의 도입으로 금전적 보상을 원칙으로 하고, 기존의 이행보증보험, 공공공사용 이행보증증권, 선불금보증의 계약보증 특약, 은행보증 등 모두 4가지 방법이 이용되며, 역무적 보증 또는 금전적 보증의 선택은 발주자가 함.

### (2) 보증범위

#### - 미국

·시공자의 잔존계약의 이행 및 계약불이행으로 인한 직접적 손해배상에까지 보증

·손해배상범위로는 i)공사지연에 따라 추가되는 금융비용, 임금 및 장비비용, 시간 외 수당 및 상여금, 일반관리비, 현장유지 비용, ii)공사지연으로 실현하지 못한 이윤, 변호사 수수료 등 법정비용, 지체상금, 수급인의 시행부분을 보완할 필요성이 있는 경우 관련 비용, 수급인의 시공으로 인한 하자발생시에는 하자보수보증 관련 비용까지 포함

- 일본

- i)수급인 귀책사유로 인한 계약해지의 경우 도급계약금액의 10%를 위약금으로 수급인이 부담해야 하며, ii)계약해지의 경우는 재발주 계약에 따른 추가계약금액, 공사완료부분의 검사비용, 지급재료의 반환비용, 대여품의 반환비용, 공사용지의 보수비용, 하자보수 비용 등을 수급인이 부담
- 금전적 보증의 경우 일반적인 10%의 보증금률은 위약금 수준에 불과하므로 발주자는 보증금률을 위약금 수준에 맞출 이유가 없고 20% 수준도 가능하며, 대신 보증기관이 계약보증금 전액을 손해배상금으로 지불하고 하자보수 등 더 이상의 책임은 부담하지 않음
- 보증금률을 30%로 하는 경우에는 손해보험사가 보증채권의 이행방법으로 대체시공에 의한 공사 완성을 선택할 가능성이 크며, 이때에는 발주자가 손해보험사에 대하여 수급인의 공사이행부분을 포함하여 공사전 체의 하자담보를 위한 보증 요구가능

## 제4장 개선방안

### 1. 관련법령에 하자의 정의규정 신설 필요

- 하자담보책임 여부를 명확하게 확인할 수 있는 하자에 관한 정의규정을 신설하여 하자판정을 위한 세부적 기준마련의 근거가 되도록 함으로써 공공공사나 공동주택의 건설을 포함한 민간 건설공사의 하자관련 분쟁을 최소화해야 함.
- 규정 신설은, i)하자의 정의 및 범위 등에 관한 명확한 규정의 신설은 하자보수청구와 관련한 책임소재를 확정하기 위한 하자의 허용범위, 하자 와 자연적 마모현상과의 구분 등을 위해서도 필요하며, ii)공사계약서에 명시된 하자보수책임을 수급인에게 부담시키는 명확한 근거로도 작용기대

·다만, i)하자보수청구의 대상이 되는 하자는 공사로 인하여 발생하는 모든 결과가 아니라 ‘공사의 잘못’에 기인한 경우로 한정, ii)수급인이 설계도면의 기재대로 시공한 경우에는 면책, iii)모든 하자가 아니라 건축물이나 시설물 등의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도에 달하는 경우 등 고려 필요

## 2. 하자관련 전담기관의 신설 또는 기존 기구의 적극적 활용

- 건설공사의 특성을 감안할 때 하자의 개념 정의의 필요성과 함께 현재처럼 빈번하게 발생하는 하자관련 분쟁을 원활하고 신속하게 해결하고 구체적인 사안에서 하자보수 여부를 판단하기 위해서는 공신력 있는 하자판정기구 등 전담기관의 신설 혹은 기존 분쟁조정기관의 기능 보강 등을 통한 적극적 활용방안을 추진할 필요.
- 하자판정기구 등 전담기관의 구체적인 구성 운영방식 등에 대해서는 i) 협의 우선 및 상담과정을 거쳐 하자여부에 대한 최종적인 판정, ii) 중립성·공정성·객관성·전문성을 구비하고, 하자판정의 구속력 부여, iii) 전문 인력 확보와 현장실사 등의 기능 부여, iv) 하자판정기준의 제·개정 및 분쟁의 조정 및 중재, 직접적인 하자보수의 이행 등을 망라하는 복합적 기능 구비 추구

## 3. 하자보수 관련 계약조항의 합리적 조정

- 공공공사의 경우 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해 공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 하자담보책임기간의 완료시점에 행해진 최종검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여도 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다는 규정은 모법인 국가계약법령에 명시적인 위임 근거를 찾기도 어려울 뿐만 아니라, 계약당사자간의 공정한 계약체결과 신의성실의 원칙을 훼손할 우려가 크다는 점에서 조속히 삭제 필요.

#### 4. 실손보상 원칙에 입각한 실질적 하자보수이행의 확보

- 수급인의 하자보수요구 불응에 따른 하자보수보증금의 전액 국고 귀속은 실질적인 하자보수를 확보하는 기능을 기대하기 곤란하므로 ‘실손보상원칙’을 바탕으로 하는 실질적인 하자보수시스템을 구축하도록 하여야 함.  
· ‘실손보상원칙’이 적용되면 보증금액의 한도 내에서 하자보수의 이행에 필요한 비용만큼 발주자(보증채권자)가 보증기관에 하자보수보증금의 대금을 요청하거나 하자보수를 대행시킬 수 있도록 하자보수시스템 변화
- 보증기관으로 하여금 보증의무 이행방법의 하나로 하자보수의 대행 이외에도 역무적 보증이행방식의 도입 및 연계를 통해 보증기관의 직접적인 하자보수의무의 이행을 허용하여야 함.  
· 제도적 환경 조성요소로는 i) 실손확정을 위한 입증 및 배상관련 기준의 마련, ii) 공사의 품질이나 공정관리 등의 기준 정비 및 이러한 과정중에 보증기관이 참여하여 검사 및 확인할 수 있는 제도적 장치 마련, iii) 실손확정을 위한 현장실사의 근거 명문화, iv) 전문성의 구비와 하자판정기구 등 전담기관의 설치 등이 함께 구비 필요

#### 5. 역무적 보증이행을 활용한 보증기관의 책임하자보수제도 도입

- 보증채무의 이행방식을 금전적 이행으로 단일화하기보다는 역무적 이행방식도 보증기관의 선택 범위 내에 포함시켜 실손해액산정을 둘러싼 다툼을 방지하고 하자보수보증금의 대급부담을 줄여 신속하고 원활한 하자보수가 이루어질 수 있도록 해야 함.
- 수급인의 계약상 의무 불이행이 있을 때 수급인을 대신하여 보증이행업체의 선정 또는 스스로 이행하는 방법을 통하여 보증의무를 이행하는 ‘역무적 보증이행방식’을 도입함으로써 보다 실질적인 하자보수를 기대할 수 있게 될 것임.

- 역무적 보증이행을 포함하는 이러한 보증기관의 선택권이 실효성을 가지려면 보증이행을 위한 적격업체(전문성과 시공능력 등의 구비업체)의 지정 또는 보증기관 스스로가 하자보수 이행을 위한 인적·물적 시설을 구비할 수 있도록 하는 이른바 ‘보증기관의 책임하자보수제도’의 도입 필요

# 제1장 서론

최근 들어 건설공사는 발주자 요구의 다양성과 공사규모의 대형화, 복합적 기능이 포함된 신기술·신공법의 적용사례가 증가함에 따라 하자발생의 가능성도 증가하고 있다.

하자는 설계상 잘못이나 부실한 자재의 투입, 시공관리의 주의의무 소홀 등으로 발생하여 보수 의무가 수반되지만, 보수의 필요성이 없는 경미한 하자나 기간경과에 따른 자연적 마모 현상 등과 구분이 쉽지 않아 경제적 비용부담을 초래하는 하자보수 여부를 둘러싸고 발주자와 수급인(하수급인 포함), 발주자와 보증기관 간의 갈등과 분쟁이 끊이지 않고 있다.<sup>1)</sup>

그러나 현행 건설관련 법령에서는 공종별 하자담보책임기간이나 하자보수보증제도 등을 명시하고 있을 뿐, 하자의 정의나 범위, 판단기준, 공신력을 가진 하자판정기구나 하자관련 분쟁해결기관 등에 관해서는 구체적이고 명확한 규정을 두고 있지 않은 실정이다. 이로 인해 하자 및 하자관련 분쟁이 발생하면 계약당사자간의 협의나 소송 등을 통한 해결에 거의 맡겨져 있다시피 하기 때문에 분쟁처리가 종료될 때까지 하자보수가 제대로 이루어지지 못하거나 과도한 대급으로 인한 보증기관의 부실화 가능성도 배제할 수 없다.

하자보수의 1차적인 의무자는 수급인이지만, 수급인이 하자보수채무를 이행하지 않는 경우 보증기관이 발급한 보증서상의 하자보수보증금을 현금으로 대급해야 하기 때문에 보증기관의 부담을 증가시킬 우려가 크다. 물론 보증기관도 보증채권자인 발주자에게 보증금을 지급한 경우 채무자인 수급인에 대하여 구상권을 가지며 보증채권자의 이익을

1) 도급계약의 당사자인 도급인과 수급인의 명칭에 대해서 각 법령마다 차이를 보이고 있어 혼란을 초래할 가능성이 적지 않음. 본 보고서에서는 각 법령에 명시된 용어를 그대로 사용하는 것을 원칙으로 하되, 건설산업기본법상의 '발주자'와 '수급인'이라는 용어를 보충적으로 사용하여 이해를 돕고자 함.

법령명	도급인	수급인	하수급인
건설산업기본법	발주자	수급인	하수급인
국가계약법	계약담당공무원	계약상대자	하수급인
하도급법	발주자	원사업자	수급사업자
민법	도급인	수급인	하수급인

해치지 않는 범위 내에서 보증채권자가 채무자에 대하여 가지는 권리를 대위하여 가지게 된다.<sup>2)</sup> 그러나 채무자가 하자보수의무도 이행하지 않은 상황에서 보증기관의 구상권 행사에 성공할 가능성이 크지 않기 때문에 결국 하자관련 분쟁해결기관의 도움이나 소송 등을 통해서 구상할 수밖에 없는 실정이다.

발주자로서도 당초 공사계약에서 합의한 바에 따라 완전한 시공목적물이 완성되기를 바라겠지만, 자재를 비롯하여 설계나 시공단계에서 하자발생의 위험성은 상존하고 있다고 해도 과언이 아니다. 또한 기본적인 하자보수체계가 충분히 정비되어 있지 못한 가운데, 비록 하자보수보증제도가 실시되고 있다고는 하지만 보증금의 ‘국고귀속 원칙’으로 인해 수급인의 하자보수의무를 담보하는 기능은 그다지 크지 않다. 즉, 실질적인 하자보수기능을 확보하기 어려운 것이 현실이라고 할 수 있다.

이러한 현행 법제도의 난맥상을 감안하면, 최근 입법동향에서 보듯 단순히 하자보수기간을 늘리고 하자를 부실시공과 동일시하여 수급인의 책임을 강화하는 것만으로 하자보수체계의 근본적인 문제해결을 기대하기는 어렵다. 따라서 발주자가 궁극적으로 원하는 것은 당초 설계서대로의 기능을 갖춘 시공목적물이므로 하자가 발생하면 수급인이 신속하게 하자보수를 할 수 있도록 하고, 이것이 어려운 경우에는 수급인을 대체할 보증이행업체의 지정 및 실질적인 하자보수를 위한 보증기관의 시공기능 확보 등의 검토를 통해 하자보수 체계의 틀을 새롭게 정립할 필요가 시급하다고 할 것이다.

본 연구에서는 이런 점들을 바탕으로 하여 하자개념의 모호성, 하자여부 및 하자범위의 판단기준 부재, 하자보수보증시스템의 실효성 미흡, 하자판정기구의 부재 등 제도적 보완을 통해 발주자 및 사회 일각의 시설물안전에 대한 기대수준에 부응할 수 있는 합리적 하자보수체계의 정립방안을 모색해보고자 한다.

---

2) 건설공제조합 하자보수보증약관 제9조, 대한주택보증 하자보수보증서 제11조 참조

## 제2장

# 현행 하자보수 및 보증제도 개관

### 1. 현행 하자보수체계의 구성

#### (1) 공공공사의 경우

##### 1) 하자담보책임의 성립과 하자발생시의 하자보수

공공공사의 경우 계약상대자 즉, 수급인은 전체목적물을 인수한 날과 준공검사를 완료한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 발주자인 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 정한 공중별 하자담보책임기간 동안 공사목적물에 하자가 발생할 경우 보수책임을 진다(공사계약일반조건 제33조). 그러나 어떤 경우를 하자라고 할 것인가에 대해서는 아무런 규정이 없다. 즉, 현행 국가계약법령에서는 ‘하자’의 개념이나 정의(定義)에 대해서 구체적이고 명시적인 규정을 두고 있지 않는 것이다. 다만, 공사계약 일반조건(이하에서 ‘조건’이라 함)에서는 보수책임이 있는 공사목적물의 하자를 규정하면서 ‘계약상대자의 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한한다’고 그 범위를 한정하고 있는 표현이 있어 주목을 끈다(조건 제33조 제1항).

여기서 ‘시공상의 잘못’이라는 한정적 표현에 어떠한 법적 의미와 효력을 부여할 것인가는 논란의 여지가 있다. 하지만 시공이나 재료 등으로 인해 하자발생 가능성이 상존하는 공사계약의 특징을 감안할 때, 일반적으로 무과실책임인 하자담보책임의 법적 성격이 점차 과실책임화하는 과정으로 볼 수 있거나 또는 하자보수의 책임이 있는 하자과 그렇지 않은 하자로 구분하는 입법태도의 결과라고 보여진다. 이러한 분석의 결론에 따라서 ‘시공상의 잘못’이라는 표현만으로 충분치는 않다고 해도 공사계약 일반조건에서 하자보수책임의 성립여부와 책임의 부담주체, 하자보수의 범위 등을 확정하는 중요한 판단기준으로서의 법적 의미는 분명히 가진다고 할 것이다.

하자담보책임기간 중에 하자가 발생하거나 또는 국가계약법령상의 하자검사결과 하자가 발견된 경우 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자에게 지체 없이 필요한 조치를 취하여야 한다(국가계약법시행규칙 제71조). 여기서 '필요한 조치'라 함은 계약상대자에 대한 하자보수의 통지를 말하며, '지체 없이'는 통지를 받은 계약상대자가 '즉시' 보수작업을 하여야 하는 의무를 가진다는 점을 표현한 것이다. 계약상대자는 당해 하자의 발생원인 및 기타 조치사항을 명시하여 발주기관에 제출하여야 한다(조건 제33조 제2항, 제3항).

## 2) 하자검사

민간공사의 경우에는 하자담보책임의 성립시기를 일반적으로 인도를 받은 날부터 규정하거나(민법 제671조) 공동주택의 경우처럼 사용검사일 혹은 사용승인일부터로 규정하고 있으나(주택법 제46조), 하자검사에 관해서는 특별한 언급이 없다. 그러나 공공공사의 경우는 발주자인 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 하자담보책임기간 중 연 2회 이상 정기적으로 하자를 검사하거나 소속공무원에게 그 사무를 위임하여 검사하도록 규정하고 있어 민간부문과 대조를 이룬다(국가계약법 시행령 제61조, 조건 제35조).

이러한 상이함은 민간의 건축물이나 공동주택의 경우 소유자 또는 입주자가 사용 중에 하자발생을 상시적으로 확인할 수 있는 기회가 많지만, 공공시설물은 주로 불특정다수가 이용함써 관리자가 관심 있게 현장 확인을 시도하지 않으면 하자발생 및 인지가 용이하지 않다는 점을 감안하여 하자검사에 관한 규정을 별도로 두게 된 것으로 추정된다.

하자검사로 통하여 발견된 하자가 공사상 잘못으로 인한 하자인지 여부는 '하자검사결과 하자가 발견된 경우 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 지체 없이 필요한 조치를 취하도록 규정한 데서도 알 수 있듯이, 1차적으로 발주자의 판단에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 그러나 하자검사의 결과에 따라 계약상대자의 하자보수책임이 발생하는 등 계약상의 이해관계가 상충될 수 있는 여지가 적지 아니하므로 하자검사 과정에 이해관계자인 계약상대자의 현장 확인을 포함시키고 있다. 즉, 공사계약 일반조건에서는 하자검사에 계약상대자로 하여금 의무적으로 입회하도록 규정하고 있다. 만일 계약상대자가 입회를 거부하는 경우 발주자인 계약담당공무원은 일방적으로 하자검사를 할 수 있으며,

검사결과에 대해서는 수급인인 계약상대자가 동의한 것으로 간주한다(조건 제35조 제3항).

하자검사가 특히 i)전문적인 지식 또는 기술을 필요로 하거나 ii)예정가격의 86/100 미만으로 낙찰된 공사로서 「시설물의 안전관리에 관한 특별법」<sup>3)</sup>상의 시설물에 대한 것인 경우에는 전문기관에 의뢰하여 필요한 검사를 하여야 한다(국가계약법 시행령 제61조). 하자를 검사하는 자(전문기관)는 하자검사조서를 작성하여야 하며<sup>4)</sup>, 전문기관에 의뢰하는 경우 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 그 결과를 문서로 통보받아 이를 확인하여야 한다<sup>5)</sup>.

계약담당공무원은 하자담보책임기간의 만료일부터 14일 이내에 '따로' 최종검사를 하여야 하며, 하자에 대한 최종검사를 완료하였을 때에는 계약상대자에게 즉시 하자보수완료확인서를 발급하여야 한다(조건 제35조 제2항). 이 조항이 중요한 의미를 갖는 것은 계약상대자의 하자담보책임에 관한 책임과 의무가 '하자보수완료확인서의 발급일부터 소멸한다'고 명시하고 있기 때문이다. 최종검사에서 발견되는 하자사항은 이 확인서가 발급되기 전까지 계약상대자가 자신의 부담으로 보수하여야 한다.

이상과 같은 일반적인 하자보수에 관한 규정 외에 공사계약 일반조건은 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 계약담당공무원이 하자검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다고 규정하고 있다(조건 제36조). 공공공사의 경우에도 '계약당사자간 대등한 입장에서의 계약체결원칙'은 국가계약법령에 명시되어 있지만 실제로는 발주자의 계약상 우월적 지위 남용이 사라지지 않고 있으며, 하자보수특약도 이와 같은 편법적 행위의 수단으로 이용될 가능성이 존재한다는 점에서 수급인인 계약상대자는 상당히 부담스럽게 받아들고 있다.

---

3) 「시설물의 안전관리에 관한 특별법」 제2조 제1호

4) 계약금액이 3천만원 이하인 공사계약의 경우 하자 검사조서의 작성 생략 가능.

5) 「주택법」과 달리 하자검사를 담당할 수 있는 전문기관을 구체적으로 명시하지는 않음.

### 3) 하자담보책임기간

공사 도급계약을 체결할 때에는 전체 목적물을 인수한 날과 준공검사를 완료한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 1년 이상 10년 이하의 범위 내에서 당해 공사의 하자보수를 보증하기 위한 하자담보책임기간을 정하여야 한다(국가계약법시행령 제60조 제1항). 국가계약법 시행규칙에서는 하자보수를 보증하기 위한 공종별 하자담보책임기간을 아래와 같이 명시하고 있다.

〈표 2-1〉 공사의 공종별 하자담보책임기간(국가계약법 시행규칙 제70조 별표1)

공종	하자담보 책임기간
1. 「건설산업기본법」에 의한 건설공사	
가. 교 량	
(1)기둥 사이의 거리가 50m이상이거나 길이 500m 이상인 교량의 철근콘크리트 또는 철골구조부	10년
(2)길이 500m미만인 교량의 철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(3)교량중 교면포장·이음부·난간시설등"(1)" 및 "(2)"외의 공종	2년
나. 터 널	
(1)터널(지하철을 포함한다)의 철근콘크리트 또는 철골구조부	10년
(2)"(1)"외의 시설	5년
다. 철 도	
(1)교량 및 터널을 제외한 철도시설중 철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(2)"(1)"외의 시설	5년
라. 공항 및 삭도	
(1)철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(2)"(1)"외의 시설	5년
마. 항만·사방 또는 간척	
(1)철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(2)"(1)"외의 시설	5년
바. 도로(압거 및 측구를 포함한다)	2년
사. 댐	
(1)본체 또는 여수로 부분	10년
(2)"(1)"외의 시설	5년
아. 상·하수도	
(1)철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(2)관로매설 또는 기기설치	3년
자.	

차. 관개수로 또는 매립	3년
카. 부지정지	2년
타. 조경시설물 또는 조경식재	2년
파. 발전·가스 또는 산업설비	
(1)철근콘크리트 또는 철골구조부	7년
(2)압력이 1제곱센티미터당 10킬로그램이상인 고압가스의 관로(부대기기를 포함한다)설치	5년
(3) "(1)"및 "(2)"외의 시설	3년
하. 기타 토목공사	1년
거. 건축	
(1) 대형공공성 건축물(공동주택·종합병원·관광숙박시설·관람집회시설 또는 대규모소매점과 16층이상 기타 용도의 건축물을 말한다. 이하 이목에서 같다)의 기둥 또는 내력벽	10년
(2) 대형공공성 건축물중 기둥, 내력벽외의 주요구조부 또는 "(1)"외의 건축물중 주요구조부	5년
(3) 건축물중 "(1)" 및 "(2)"와 너목의 전문공사를 제외한 기타 부문	1년
너. 전문공사	
(1)실내의장	1년
(2)토 공	2년
(3)미장 또는 타일	1년
(4)방 수	3년
(5)도 장	1년
(6)석공사 또는 조적	2년
(7)창호설치	1년
(8)지붕	3년
(9)철물(가목 내지 아목 및 차목 내지 거목에 해당하는 철골을 제외한다)	2년
(10)철근콘크리트(가목 내지 아목 및 차목 내지 거목에 해당하는 철근콘크리트를 제외한다)	3년
11)급배수·공동구·지하저수조·냉난방·환기·공기조화·자동제어·가스 또는 배연설비	2년
(12)승강기 또는 인양기기설비	3년
(13)온실설치공사	2년
(14)보링	1년
(15)건축물조립공사(건축물의 기둥 및 내력벽의 조립을 제외하며, 이는 거목에 따른다)	1년
(16)판금	1년
(17)보일러설치	1년
(18)포장	2년
(19) "(11)"내지 "(17)"외의 건물 내설비	2년

주 : 「전기공사법」, 「전기통신공사법」, 「소방시설공사법」, 「문화재보호법」, 「지하수법」에 의한 공사의 하자담보책임기간은 생략

장기계속공사의 경우에는 연차계약별로 하자담보책임기간을 정하며, 연차계약별로 하자담보책임을 구분할 수 없는 공사인 경우에는 제1차 계약을 체결할 때에 총공사에 대하여 하자담보책임기간을 정하여야 한다(국가계약법 시행령 제60조 제2항). 하자보수보증금은 연차계약별로 납부해야 하며, 연차계약별로 하자담보책임을 구분할 수 없는 공사인 경우에는 총공사의 준공검사 후 하자보수보증금을 납부해야 한다(국가계약법 시행령 제62조 제3항).

〈표 2-2〉 건설산업기본법시행령(제30조)의 하자보수 책임기간

공사별	세 부 공 증 별	책임 기간
교량	①기둥 사이 50m, 길이 500m이상인 교량의 철근콘크리트 또는 철골구조부 ② 길이 500m미만인 교량의 철근콘크리트 또는 철골구조부 ③ 교량중 ①·②외의 공종(교면포장·이음부·난간시설 등)	10년 7년 2년
터널	① 터널(지하철을 포함)의 철근콘크리트 또는 철골구조부 ② 터널중 ①외의 공종	10년 5년
철도	① 교량터널을 제외한 철도시설중 철근콘크리트 또는 철골구조 ② ①외의 시설	7년 5년
공항·삭도	① 철근콘크리트·철골구조부 ② ①외의 시설	7년 5년
항만·사방 간척	① 철근콘크리트·철골구조부 ② ①외의 시설	7년 5년
도로	암거·측구포함	2년
댐	① 본체 및 여수로 부분 ② ①외의 시설	10년 5년
상·하수도	① 철근콘크리트·철골구조부 ② 관로 매설·기기설치	7년 3년
관개수로, 매립		3년
부지정지		2년
조경	조경시설물 및 조경식재	2년
발전·가 스, 산 업설 비	① 철근콘크리트·철골구조부 ② 압력이 1cm <sup>2</sup> 당 10kg 이상인 고압가스의 관로(부대기기를 포함) 설치공사 ③ ①·②외의 부분	7년 5년 3년
기타 토목		1년
건축	① 대형 공공성 건축물(공동주택·종합병원·관광숙박시설·관람집회시설·대 규모 소매점과 16층이상 기타 용도의 건축물)의 기둥 및 내력벽	10년
	② 대형공공성 건축물중 기둥 및 내력벽외의 구조상 주요 부분과 ①외의 건축 물중 구조상 주요부분	5년
	③ 건축물중 ①·②와 전문공사를 제외한 기타 부분	1년
전문공사	실내의장, 미장·타일, 도장, 창호설치, 판금, 보일러 설치, 보링, 건축물조립 (기둥 및 내력벽의 조립은 제외)	1년
	토공, 석공사·조적, 철물, 급배수·공동구·지하저수조·냉난방·환기·공기 조화·자동제어·가스·배연설비, 포장, 온실 설치	2년
	방수, 지붕, 철근콘크리트, 승강기 및 인양기기 설비	3년

주 : 2 이상의 공종이 복합된 공사의 하자담보책임기간은 하자책임을 구분할 수 없는 경우를 제외하고는 각각의 세부공종별 하자담보책임기간으로 함.

#### 4) 하자보수보증

‘하자보수보증’이란 건설보증의 한 종류로서, 건설업자가 설계도서, 기타 지시서 등에 위반하여 시공함으로써 준공 이후 하자담보책임기간 내에 발생한 하자의 보수를 수급인인 건설업자가 이행하지 않는 경우 발주자에게 부담하는 하자보수의무를 보증하는 것으로, 일반적으로 하자보수를 보증하기 위하여 하자보수보증금을 납부하게 하고 있다. 국가계약법에서도 공사의 도급계약에 있어서 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자로 하여금 ‘그 공사의 하자보수를 보증하기 위하여’ 하자보수보증금을 납부하게 하여야 한다고 명시하고 있다(국가계약법 제18조).

하자보수보증금은 ‘계약금액(당초 계약금액이 조정된 경우에는 조정된 계약금액)에 계약서에서 정한 하자보수보증금률을 곱하여 산출한 금액’으로 하며, 당해 공사의 ‘준공검사 후 그 공사의 대가를 지급하기 전’까지 납부해야 한다. 하자보수보증금은 ‘하자담보책임기간동안’ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 보관한다(국가계약법 시행령 제62조 제2항). 다만, 다음과 같은 경우에는 하자보수보증금의 납부를 면제할 수 있다(국가계약법시행령 제62조 제4항).

- i) 지역사회의 개발을 위하여 그 지역주민의 다수를 참여시키는 것이 필요한 경우로서 추정가격이 2천만원 미만인 공사 또는 추정가격이 5천만원 미만인 묘목재배를 재정경제부령이 정하는 그 지역의 주민 또는 대표자와 직접 계약을 하는 경우
- ii) 국가기관 및 지방자치단체, 정부투자기관, 정부출연기관, 농협·수협·산림조합·중기협·한국농촌공사와 계약을 체결한 경우
- iii) 구조물 등을 해체하는 공사 및 철도·궤도공사(레일용접공사와 콘크리트직결도상 철도·궤도공사 제외)
- iv) 단순암반절취공사, 모래·자갈채취공사등 그 공사의 성질상 하자보수가 필요하지 아니하다고 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 인정하는 공사
- v) 계약금액이 3천만원을 초과하지 아니하는 공사(조경공사 제외)

하자보수보증금의 규모 및 납부방식은 공종별로 계약금액의 2~10% 이내에서 정해진 바에 따라 정해진 금액만큼 현금으로 납부하거나 또는 보증서의 제출로 대체하는 방식으로 납부할 수 있도록 하고 있다(국가계약법 시행령 제62조). 현행 국가계약법령에서는

보증금액을 공종별로 2~5%로 정하고 있다(국가계약법 시행령 제62조 제1항, 동법 시행규칙 제72조 제1항). 하자보수보증금의 현금납부는 수급인이 납부된 금액만큼의 자금을 공사이행의 종료(하자담보책임기간이 종료) 시점까지 비교적 장기간 활용할 수 없다는 문제점이 있기 때문에 통상적으로는 보증금 납부에 갈음하여 보증기관의 보증서나 보험증권을 발급받아 발주자에게 교부하는 방법이 주로 이용되고 있다.

**<표 2-3> 현행 공종별 하자보수보증금률**

공종	하자보수보증금률
철도·댐·터널·철강교설치·발전설비·교량·상하수도구조물등 중요구조물공사 및 조경공사	5/100
공항·항만·삭도설치·방파제·사방·간척등 공사	4/100
관개수로·도로(포장공사를 포함한다)·매립·상하수도관로·하천·일반건축등 공사	3/100
그 외	2/100

주 : 각 공종간의 하자책임을 구분할 수 없는 복합공사인 경우에는 주된 공종을 기준

계약담당공무원은 하자담보책임기간이 종료되면 최종검사를 거쳐 '하자보수완료확인서의 발급일'까지 계약상대자에게 하자보수보증금을 반환해야 한다(조건 제34조). 다만, 하자담보책임기간이 서로 다른 공종이 복합된 건설공사에 있어서는 공종별 하자담보책임기간이 만료되어 보증목적이 달성된 공종의 하자보수보증금은 '계약상대자의 요청이 있을 경우' 즉시 반환하여야 한다(조건 제34조 제3항).

계약상대자가 하자담보책임기간중 계약담당공무원으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 당해 하자보수보증금은 반드시 국고에 귀속된다(국가계약법 제18조 제3항·제12조 제3항, 조건 제34조 제2항). 계약담당공무원은 연대보증인이 청구를 받고 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우에도 계약상대자와 동일한 제재조치를 하여야 하므로 위에서도 같이 하자보수보증금을 국고에 귀속시켜야 한다(조건 제48조)<sup>6)</sup>. 이를 일컬어 하자보수보증금의 '국고 귀속원칙'이라고 한다.

6) 회제 41301-513 회신일자 1999.2.22

하자보수 요구에 불응한 계약상대자는 정당한 이유 없이 계약을 체결 또는 이행하지 않은 것으로 보아 입찰참가자격제한을 받게 된다(국가계약법 시행령 제76조 제1항 제6호). 즉 하자보수의무를 이행하지 아니한 자는 6개월, 공사계약의 연대보증인으로서 하자보수를 요구받고 이에 불응한 자는 3개월간 부정당업자로 되어 입찰참가자격을 제한받는다(국가계약법 시행규칙 제76조 제1항 별표2).

국가계약법은 이러한 하자보수보증금의 국고귀속 원칙과 함께 당해 하자의 보수를 위한 예산이 없거나 부족한 경우 하자보수보증금을 직접 하자보수에 사용할 수 있다는 것을 명시하고 있다(국가계약법 제18조 제3항 단서). 이처럼 공공부문에서도 하자보수보증금을 직접 보수비용으로 사용할 수 있도록 허용은 하고 있지만, 하자보수예산의 부재 또는 부족한 경우로 한정하고 사용 잔액을 국고에 납입하여야 한다고 규정하고 있기 때문에 '실손보상원칙(하자로 인한 실제의 손해에 대해서만 배상하는 원칙)'을 채택하고 있지 않다. 이로 인해 하자보수보증금의 법적 성격에 대해서 논란이 적지 않으며, 법원의 판례동향을 보면 하자보수의무의 불이행시 일괄 국고귀속에서도 알 수 있듯이 위약별로 해석하다가 최근 손해배상금의 예정으로 입장변화를 보이고 있다.

## 5) 하자관련 분쟁발생시의 처리

공사계약 일반조건에서 계약의 수행과 관련한 분쟁의 해결에 대한 언급을 감안할 때 하자로 인한 분쟁의 처리도 우선 협의에 의하여 해결하되, 협의가 이루어지지 않을 때에는 법원의 판결 또는 중재, 국제입찰의 경우에는 국제계약분쟁조정위원회의 조정에 의하여 해결할 수 있는 것으로 해석되고 있다(조건 제51조). 다만, 조정절차의 이용은 현재 국제계약분쟁조정위원회의 조정 실적이 전무한 형편이라는 점을 감안할 때 현실적인 이용가능성이 어려운 실정이다. 소송 이외의 절차를 통하여 분쟁을 해결하고자 하는 계약 당사자는 당사자의 합의로 건설산업기본법상의 건설분쟁조정위원회를 이용하거나 대한상사중재원의 건설중재절차를 이용하여 분쟁을 해결할 수 있을 것으로 보인다<sup>7)</sup>.

---

7) 현행 공사계약일반조건에 의하면 국제계약분쟁조정위원회 외의 조정절차를 분쟁해결수단으로 명시하고 있지 않기 때문에 건설분쟁조정위원회의 조정을 받으려면 계약당사자 쌍방이 이러한 기관의 조정을 이용하기로 하는 합의가 있어야 할 것으로 해석이 되고 있음.

## (2) 민간공사의 경우

### 1) 하자 및 하자보수청구의 대상

민간건설공사에 주로 적용되고 있는 건설산업기본법령 등에서는 공공부문의 법령에서와 마찬가지로 하자의 정의규정을 포함하고 있지는 않다. 그러나 일반적으로 하자담보 책임은 공사의 시공상 잘못으로 인한 하자에 대한 책임이며, '시공상의 하자'라 함은 시설물이 설계도서에 적합하지 않게 시공되었거나 시공후 균열, 파손, 누수 또는 기능상의 장애 등이 발생한 부분을 말하는 것으로 보고 있다.

다만 주택법 시행령에서 '하자의 범위'라는 제목이 붙어있기는 하지만 하자의 판단기준이 될 수 있는 보다 구체적인 언급을 하고 있어 주목을 끌고 있다(주택법 시행령 제59조 제1항 별표 6). 상세한 편은 아니라고 해도 하자관련 분쟁의 해결이나 재판의 근거로 자주 언급되고 있다는 점에서 입법론적 의미와 가치는 적지 않다. 이런 점을 감안하여 여기서는 주로 주택법을 중심으로 살펴보기로 한다.

주택법 시행령상의 하자보수대상 하자의 범위에 대한 언급을 보면, '공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착접지 또는 결선불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자'로 명시하고 있다(주택법 시행령 제59조 제1항 별표6). 이와 함께 내력구조부의 하자보수청구의 대상이 되는 하자의 범위는, i)내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우와 ii)안전진단<sup>8)</sup> 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우로 규정하고 있다(주택법 시행령 제62조 제1항 별표 7).

여기서 '공사상의 잘못'이란 시공자가 관계 법규의 규정에 따라 시공하지 않았거나 설계도면 또는 시방서대로 건축하지 않은 부실공사의 경우를 말한다고 볼 수 있다. 그 밖에 관계법규와 설계도면 등에 따른 시공이라고 해도 시공자체가 잘못되어 건축물 또는

8) 주택법 시행령 제62조 제3항에 의거하여 시장·군수 또는 구청장이 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 있다고 인정하여 한국건설기술연구원, 한국시설안전기술공단, 건축사협회, 대학교부설 연구기관, 안전진단전문기관에 공동주택의 안전진단을 의뢰한 경우를 말함.

시공목적물이 지녀야 할 고유한 기능을 발휘하지 못하거나 미관상·안전상 지장을 초래하는 모든 경우도 포함된다고 할 것이다<sup>9)</sup>. 내력구조부의 하자는 안전과 직접적인 연관이 있다는 점에서 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우는 물론이고 안전진단을 실시한 결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우처럼 급박한 위험성이 있는 것까지 포함하고 있다는 점이 특징적이다.

## 2) 하자담보책임기간

하자담보책임기간은 공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 주택법 시행령 별표 6 및 별표 7에서 구체적으로 규정하고 있다.

### 〈표 2-4〉 주택의 하자담보책임기간

[별표 6] 하자보수대상 하자의 범위 및 시설공사별 하자담보책임기간  
(주택법 시행령 제59조제1항 관련)

#### 1. 하자의 범위

공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착·접지 또는 결선 불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자

---

9) 미관상 지장을 초래하는 경우의 구체적인 판단은 하자관련 분쟁의 처리과정에서 법원이나 중재판정부 등에서 결정하게 될 것임.

## 2. 시설공사별 하자담보책임기간

구 분		하 자 담 보 책 임 기 간			주요 시설 여부
		1년	2년	3년	
1.대지조성공사	가. 토공사		○		○
	나. 석축공사		○		○
	다. 옹벽공사		○		○
	라. 배수공사		○		○
	마. 포장공사		○		○
2. 옥외급수위생관련 공사	가. 공동구공사		○		○
	나. 지하저수조공사		○		○
	다. 옥외위생(정화조)관련 공사		○		○
	라. 옥외급수관련 공사	○			
3. 지정 및 기초			○	○	
4. 철근콘크리트공사			○	○	
5. 철골공사	가. 구조용철골공사			○	○
	나. 경량철골공사		○		○
	다. 철골부대공사		○		○
6. 조적공사		○		○	
7. 목공사	가. 구조체 또는 바탕재공사		○		○
	나. 수장목공사	○			
8. 창호공사	가. 창문틀 및 문짝공사	○			
	나. 창호철물공사	○			
9. 지붕 및 방수 공사			○	○	
10. 마감공사	가. 미장공사	○			
	나. 수장공사	○			
11. 조경공사	다. 칠공사	○			
	라. 도배공사	○			
	마. 타일공사	○			
	가. 식재공사		○		○
	나. 잔디심기공사	○			
	다. 조경시설물공사	○			

12. 잡공사	가. 온돌공사		○		○
	나. 주방기구공사	○			
	다. 옥내 및 옥외 설비공사		○		○
13.난방·환기, 공기조화 설비 공사	가. 열원기기설비공사		○		○
	나. 공기조화기기설비공사		○		○
	다. 덕트설비공사		○		○
	라. 배관설비공사		○		○
	마. 보온공사	○			
14.급·배수위생설비공사	가. 급수설비공사		○		○
	나. 온수공급설비공사		○		○
	다. 배수 · 통기설비공사		○		○
	라. 위생기구설비공사	○			
	마. 철 및 보온 공사	○			
15.가스 및 소화설비공 사	가. 가스설비공사		○		○
	나. 소화설비공사		○		○
	다. 배연설비공사		○		○
16.전기 및 전력 설비 공사	가. 배관 · 배선 공사		○		○
	나. 피뢰침공사		○		○
	다. 조명설비공사	○			
	라. 동력설비공사		○		○
	마. 수·변전 설비공사		○		○
	바. 수·배전 공사		○		○
	사. 전기기기공사		○		○
	아. 발전설비공사		○		○
자. 승강기 및 인양기설비 공사			○	○	
17.통신·신호 및 방재설 비 공사	가. 통신·신호 설비공사		○		○
	나. TV공청설비공사		○		○
	다. 방재설비공사		○		○

### 3) 하자보수의 청구

하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우 사업주체에 대하여 하자의 보수를 요구할 수 있는 하자보수청구 주체는 공동주택의 입주자·입주자대표회의·관리주체

또는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 의하여서 구성된 관리단이다. 하자보수 청구의 법적 주체로 소유권을 가진 입주자는 당연한 권리가 있지만, 입주자대표회의나 관리주체 등에 대해서는 분명한 규정이 없어 논란의 여지가 있었기에 현행 주택법에서는 보다 구체적으로 명시하고 있는 것이다. 한편, ‘사업주체’라 함은 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주(건축법 제8조)를 비롯하여 공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링한 시공자(주택법 제42조 제2항), 하자담보책임이 있는 건설공사의 수급인(건설산업기본법 제28조)을 말하며, 사업주체로부터 건설공사를 일괄 도급받아 건설공사를 수행한 자가 따로 있는 경우에는 그 자를 말한다(주택법 제46조 제2항).

입주자대표회의 등이 사업주체를 상대로 하자보수를 요구하기 위해서는 하자여부에 대한 판단이 선행되어야 할 것인 바, 일차적인 하자판단주체는 공공공사의 경우 계약담당 공무원 등 국가로 대표되는 발주자인 데 비해 민간부문에서는 입주자대표회의 등(소유자와 관리주체)이라고 하는 점이 차이를 보이고 있다. 입주자대표회의 등의 하자보수 요구에 대해서 사업주체가 이의를 제기하는 경우에는 입주자대표회의와 사업주체가 협의를 하여 보수책임이 있는 하자범위에 해당하는지 여부에 대한 판정(‘하자판정’)을 전문기관에 의뢰할 수 있도록 하고 있으므로, 안전진단기관 등의 판단을 기다려야 한다(주택법 시행령 제59조 제2항, 제3항)<sup>10</sup>. 전문기관으로는 엔지니어링 활동주체, 해당 분야의 기술사 또는 건축사, 한국건설기술연구원, 한국시설안전기술공단이 주택법 시행령에 열거되어 있다.

내력구조부의 하자과 관련하여서는 시장·군수·구청장이 하자담보책임기간 이내에 공동주택의 구조안전에 중대한 하자가 있다고 인정하는 경우 안전진단기관에 의뢰하여 안전진단을 실시할 수 있다(주택법 시행령 제62조 제3항). 내력구조부의 안전진단기관으로는 한국건설기술연구원, 한국시설안전기술공단, 건축사협회, 대학교부설 연구기관, 안전진단 전문기관 등이 열거되어 있다.

하자판정에 소요되는 비용은, i)하자판정결과 사업주체에게 하자보수책임이 있는 경우에는 사업주체, ii)하자판정결과 사업주체에게 하자보수책임이 없는 경우에는 입주자대표회의 등이 부담하여야 한다(주택법 시행령 제59조 제4항). 하자보수책임이 있는 자가 따

10) 전문기관의 하자여부에 대한 판단이 나온다하더라도 결과에 대해 사업주체나 입주자 등이 수용하지 않을 경우 후속절차나 법적 효력 등을 명시하지 않고 있어 그 실효성에 의문이 제기되고 있음.

로 있는 경우 입주자대표회의 등은 그 자에게 비용을 청구할 수 있다. 내력구조부의 안전진단에 소요되는 비용은 원칙적으로 사업주체가 부담하며, 하자의 원인이 사업주체 외의 자에게 있는 경우는 그 자가 부담한다(주택법 시행령 제62조 제4항).

한편, 건설산업기본법에서는 발주자로부터 하자보수 요구를 받고도 수급인이 이에 응하지 않을 경우 일정한 제재가 명시되어 있다. 동법시행령에서 명시하고 있는 일정기간 동안 하자담보책임을 부담하는 건설공사의 수급인은 하자담보책임이 있음에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 경우에는 당해 등록관청(시·도지사)이 동법 제81조 제3호의 규정에 의한 시정명령을 할 수 있으며, 시정명령에 응하지 아니한 경우 동법 제82조 제4호의 규정에 의하여 6개월 이내 영업정지 또는 5천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

#### 4) 사업주체의 하자보수

하자담보책임기간 안에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하·파손 등의 하자가 발생한 경우 사업주체는 공동주택의 입주자대표회의 등의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다. 하자보수의 시기는 입주자대표회의 등으로부터 하자보수요구를 받은 날(하자판정을 하는 경우에는 그 판정결과를 통보받은 날)로부터 3일 이내이며, 이 기간 내에 그 하자를 보수하거나 보수일정을 명시한 하자보수계획을 입주자 등에게 통보하여야 한다. 사업주체가 입주자대표회의의 하자보수요구를 받고도 이행하지 않는 경우 입주자대표회의는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다. 이 경우 입주자대표회의 등은 하자보수보증금의 사용내역을 사업주체에게 통보하여야 한다(주택법 시행령 제59조 제5항).

#### 5) 하자보수보증

민간부문에 있어서도 공공부문과 다소 차이가 있기는 하지만 발생된 하자의 보수의무 이행을 보증하는 하자보수보증제도가 도입되어 있다. 비록 법령은 아니더라도 건교부에서 민간 건설공사에 사용을 권장하고 있는 민간 건설공사 표준도급계약서(건설교통부 고시 제2004-170호)에도 하자보수보증제도에 관한 내용이 포함되어 있는데, 이에 따르면 수급인이 도급인(발주자)으로부터 하자보수의 요구를 받고 이에 응하지 아니하는 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속하는 것으로 규정하고 있다. 즉, 공공부문과 마찬가지로 하자보수의무의 불이행과 하자보수보증금의 발주자 귀속이 연계되어 있는 것이다.

그러나 주택법에서는 이러한 하자보수보증금의 발주자 귀속에 관한 내용은 언급이 없다. 하자보수보증금의 예치와 그 사용에 대한 규정을 두고 있을 뿐이어서 공공부문과는 확연한 대조를 보이고 있다. 그 내용을 살펴보면 우선 사업주체는 사용검사권자가 지정하는 금융기관에 '사용검사권자의 명의'로 하자보수보증금을 예치하고, 그 예치증서를 사용검사신청서<sup>11)</sup>를 제출하는 때에 사용검사권자에게 제출하여야 한다. 사용검사권자는 입주자대표회의(또는 관리단)가 구성된 때에는 지체 없이 하자보수보증금의 예치명의를 당해 입주자대표회의의 명의로 변경하여야 한다. 하자보수보증금의 예치명의자가 된 입주자대표회의는 사업주체가 국가·지자체·주공 및 지방공사인 경우를 제외하고 사업주체의 하자보수책임이 종료되는 때까지 하자보수보증금을 금융기관에 예치하여 보관하여야 한다(주택법 시행령 제60조).

하자보수보증금은 현금 또는 다음 각 호의 증서로 예치하여야 한다(주택법 시행령 제60조 제4항).

- i) 입주자대표회의를 피보험자로 하는 은행의 지급보증서
- ii) 입주자대표회의 또는 그 위임을 받은 자를 피보험자로 하는 이행보증보험증권
- iii) 건설공제조합이 발행하는 보증서
- iv) 대한주택보증주식회사가 발행하는 보증서

하자보수보증금의 규모는 다음 금액의 3%에 해당하는 금액으로 한다(주택법 시행령 제60조 제3항).

- i) 대지조성과 함께 공동주택을 건설하는 경우 : 사업계획승인서에 기재된 당해 공동주택의 총사업비에서 당해 공동주택을 건설하는 대지의 조성전 가격을 뺀 금액
- ii) 대지조성을 하지 아니하고 공동주택을 건설하는 경우 : 사업계획승인서에 기재된 당해 공동주택의 총사업비에서 대지가격을 뺀 금액
- iii) 공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링하는 경우 : 허가신청서 또는 신고서에 기재된 당해 공동주택의 총사업비
- iv) 건축허가를 받아 분양을 목적으로 공동주택을 건설하는 경우 : 사용승인을 신청할 당시의 공공건설임대주택 분양전환가격의 산정기준에 의한 표준건축비를 적용하여 산출한 건축비

11) 임시사용신청의 경우에는 임시사용승인신청서, 건설임대주택의 분양전환시에는 분양전환계획서

입주자대표회의 등은 사업주체가 i)하자보수요구를 받은 날부터 3일 이내에 하자보수 또는 하자보수계획의 통보를 하지 아니하거나 ii)통보한 하자보수계획에 따라 하자보수를 이행하지 아니하는 경우에는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다. 이 경우 입주자대표회의 등은 하자보수보증금의 사용내역을 사업주체에게 통보하여야 한다(주택법 시행령 제59조 제5항). 이 조항을 통해서 알 수 있는 것은 하자보수보증금의 발주자 일괄귀속원칙을 채택하고 있는 공공부문과 달리 주택부문의 하자보수보증제도의 내용 가운데 실손보상원칙이 채택되어 있다는 사실이다.

하자담보책임기간이 만료되면 공공부문에서는 별도의 최종검사를 거쳐 하자보수완료확인서를 계약상대자에게 발급하게 되어 있는데, 이때 계약담당공무원은 ‘하자보수완료확인서의 발급일’까지 하자보수보증금 전체를 반환하여야 한다. 물론 하자담보책임기간이 서로 다른 공종이 복합된 건설공사에 있어서는 공종별 하자담보책임기간이 만료되어 보증 목적이 달성된 공종의 하자보수보증금이 있을 경우 계약상대자의 요청이 있을 경우 즉시 반환하도록 되어 있다(조건 제34조). 그러나 민간부문에서는 입주자대표회의가 사업주체가 예치한 하자보수보증금을 순차적으로 사업주체에게 반환하도록 하고 있다. 이때 하자보수보증금을 부분적으로 이미 사용한 경우라면 이를 포함하여 비율을 계산하되, 이미 사용한 하자보수보증금은 당연히 반환하지 않는다.

**<표 2-5> 하자보수보증금의 반환시기 및 비율**

경과기간별	반환비율
사용검사일부터 1년이 경과된 때	10/100
사용검사일부터 2년이 경과된 때	25/100
사용검사일부터 3년이 경과된 때	20/100
사용검사일부터 4년이 경과된 때	15/100
사용검사일부터 5년이 경과된 때	15/100
사용검사일부터 10년이 경과된 때	15/100

### 5) 사업주체의 손해배상책임과 하자관련 분쟁의 처리

그 동안 하자관련 분쟁발생이 빈번하게 발생하는 등 당사자간 갈등이 심각하였음에도 불구하고 효율적인 하자관련 분쟁을 처리할 수 있는 기관이나 기구는 관계 법령상 분

명하지 않았다. 이로 인해 분쟁해결에 불편이나 어려움을 겪지 않을 수 없었고, 소송 등에 의한 해결에 의존하는 바가 크다 보니 당사자 모두에게 상당한 경제적인 부담이 안겨지는 등의 문제점이 적지 않았다.

주택법은 이런 문제점을 감안하여 하자담보책임기간 안에 발생한 하자의 책임범위에 대하여 분쟁이 발생한 경우 사업주체·설계자 또는 감리자가 '건축분쟁조정위원회'에 조정을 신청할 수 있도록 명시하고 있다(주택법 제46조 제5항). 주택법에 건축분쟁조정위원회를 통한 하자관련 분쟁의 해결근거가 명시됨으로써, 당사자가 보다 적극적으로 활용할 경우 향후 간단하고 신속한 하자관련 분쟁처리를 기대해 볼 수 있게 되었다. 하자과 관련한 전반적인 분쟁의 처리는 건축분쟁조정위원회 외에도 법원의 재판이나 대한상사중재원의 중재, 그리고 한국소비자의 소비자분쟁조정위원회나 건설분쟁조정위원회 등의 이용도 가능한 것으로 해석된다.

한편 주택법은 하자가 발생한 경우 사업주체에게 하자보수의무 뿐만 아니라 하자으로 인한 손해배상책임도 별도로 규정하고 있다. 즉, 하자담보책임기간 안에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우 사업주체는 하자보수 외에 하자발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다는 것이다(주택법 제46조 제3항). 다만, 내력구조부에 중대한 하자가 발생할 경우의 손해배상책임을 명시적으로 언급하고 있다는 점에서, 그 밖의 시설공사별로 하자가 발생할 경우에는 하자보수의무만을 부담하고 특약이 없는 한 별도의 손해배상책임은 부담하지 않는 것으로 해석된다.

## 2. 현행 법령상의 하자보수를 위한 역무적 보증이행

현행 하자보수보증제도에 따르면 수급인이 하자보수의무를 이행하지 않을 경우 보증의무의 이행방법은 민간부문과 공공부문이 다소 차이를 보이고 있다. 민간부문은 사업주체가 하자보수요구를 받은 날부터 3일 이내에 하자보수 또는 동 계획의 통보를 하지 않거나 통보한 계획에 따라 하자보수를 이행하지 않는 경우 입주자대표회의 등이 총사업비의 약 3%에 해당하는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다(주택법 시행령 제60조 제3항).

그러나 공공부문에서는 우선 계약담당공무원이 하자검사를 통하여 하자를 발견하게 되면 계약상대자에게 하자를 보수하도록 통지를 하고, 계약상대자는 통지를 받은 때에 ‘즉시’ 자신의 부담으로 보수작업을 하도록 기본적인 틀을 만들어놓고 있다. 하지만, 만일 계약상대자가 하자담보책임기간 중에 발생한 하자에 대하여 계약담당공무원으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 계약담당공무원은 주택부문의 하자보수보증제도와 달리 당해 하자보수보증금을 국고에 귀속시킨다고 규정하고 있다(국가계약법 제12조 제3항, 제18조 제3항, 조건 제34조).

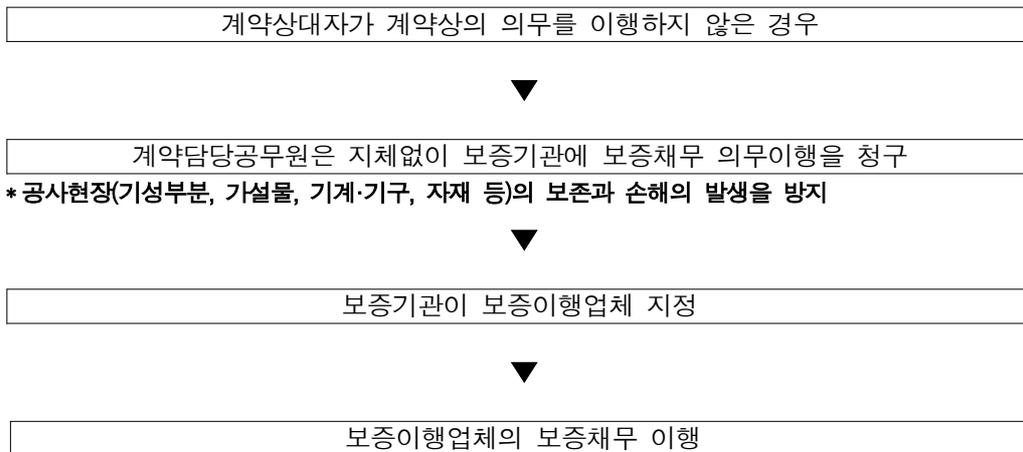
기본적으로 민간부문에서는 하자보수보증금이 하자보수에 직접적으로 사용되는 것을 염두에 두고 있지만, 공공부문에서는 하자보수보증금의 국고귀속을 통하여 하자보수의무 자체만을 담보하고 있을 뿐이고 직접적인 하자보수에의 투입은 당해 하자의 보수를 위한 예산이 없거나 부족한 경우 등으로 제한하고 있어 실질적인 하자보수와의 견련성이 미약한 실정이다. 이처럼 하자발생시 수급인의 하자보수의무에 대한 태도와 보증금의 사용 방법에 따라 민간부문과 공공부문의 하자보수보증제도 운용방식은 다소 차이를 보이고 있지만, 민간부문은 하자보수의무의 존재 자체를 다투는 경우가 많고 공공부문은 하자보수보증금의 일괄적 국고귀속에 무게를 두고 있는 편이어서 하자보수의 실질적인 이행을 확보하는 효과는 양자 모두 취약하다고 할 수 있다.

이런 가운데, 공공부문에서도 공사이행보증제도를 활용할 경우 보증기관에 의한 하자보수의 역무적 이행을 기대할 수 있는 길이 부분적으로 열려져 있기는 하다. 현행 공사이행보증제도의 보증채무 이행방법은 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우 보증금을 현금으로 납부하는 경우를 제외하고 보증기관이 보증이행업체를 지정하여 당해 계약을 이행하게 하여야 하는 보증채무의 역무적 이행에 중점을 두고 있기 때문이다(정부입찰계약집행기준 제44조).

‘공사이행보증제도’는 도급받은 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하는 경우 수급인을 대신하여 계약이행의무를 부담하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 일정금액을 납부할 것은 보증하는 제도를 말한다. 보증채무의 이행방식에서는 미국이나 국내의 경우처럼 역무적 보증이행방식에 중점을 두는 경우와 일본의 ‘신이행보증제도’처럼 금전적 보증이행을 우선하는 체계도 있어 국가마다 다소 차이를 보이고 있다. 공사이행보증의 보증채무에는 하자담보채무가 포함되지 않는 것이 통상적이지만, 현행 ‘정부입찰계약집행기준’

에서는 계약체결시에 별도의 특약을 체결할 경우 하자담보채무도 포함시킬 수 있도록 하고 있다. 따라서 보증기관은 역무적 이행을 본질로 하는 공사이행보증채무의 이행방법을 하자담보채무의 이행에도 적용할 수 있는 것이다(정부입찰·계약집행기준 제43조 제2항).

**<그림 2-1> 정부입찰·계약집행기준에 따른 보증이행업체의  
보증이행절차(제46조)**



이처럼 공사이행보증계약을 체결하면서 하자담보채무에 관한 특약을 한다면, 계약상대가 정당한 이유 없이 하자보수를 이행하지 않을 때 발주기관은 보증기관으로 하여금 보증이행업체를 지정하여 하자보수를 하도록 하는 역무적 보증이행도 요구할 수 있게 된다. 그러나 공사이행보증계약을 통한 하자보수보증의 역무적 이행은 특약이 전제되어야 하며, 이러한 특약의 체결 여부는 계약상 우월적 지위에 있는 발주자의 의사에 좌우되는 경우가 많다는 점을 감안할 때 하자보수와 관련하여 보편적인 보증이행방법이라고 할 수는 없다. 보증이행업체의 지정·변경과 관련하여 보증기관은 계약담당공무원에게 승인을 얻어야 하며, 계약담당공무원은 보증이행업체로 된 자가 부적격하다고 인정되는 경우에는 보증기관에 보증이행업체의 변경을 요구할 수 있다(정부입찰·계약집행기준 제45조)는 점도 발주자가 계약상 우월적 지위를 점할 가능성 혹은 발주자측의 계약체결에 있

어서의 영향력을 짐작하게 한다. 따라서 현행 하자보수보증 관련 규정으로는 역무적 이행에 의한 하자보수를 기대하기는 어려운 실정이다.

### 3. 하자보수보증 관련 현황

#### (1) 하자보수보증 실적

보증계약의 전체적인 동향을 본다면, 계약 건 수는 2003년부터 그리고 보증금액은 2001년부터 증가세를 보여주다가 2005년부터 다소 줄어들고 있다. 그러나 하자보수보증의 경우에는 계약 건수와 보증금액 모두 2001년부터 완만한 증가세를 보여주고 있어 대조를 이룬다.

〈표 2-6〉 연도별 하자보수보증 규모 변화

(단위 : 건, 억원)

항 목		1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
하자 보증	계약건수	35,151	41,296	37,845	40,397	55,971	72,017			
	보증금액	11,605	13,956	10,784	13,531	14,213	14,365	17,640	17,620	18,200
보증 전체	계약건수	627,450	382,809	234,866	152,747	141,851	169,690			
	보증금액	235,710	169,160	98,137	105,241	112,210	142,220	235,710	169,160	98,137

자료 : 건설공제조합, 2004, 업무통계연보, 2004.3

#### (2) 하자보수보증관련 분쟁현황

2002. 12. 현재 국내 최대 건설보증 전문기관인 ○○조합을 중심으로 클레임 또는 분쟁 해결의 최후 수단인 소송에 계류 중인 사건의 분쟁 유형을 살펴보면, 클레임과 마찬가지로 채권자가 보증기관을 상대로 제기하는 하자보수보증금 관련 분쟁이 주류를 이루고 있다.

〈표 2-7〉 건설보증 분쟁현황

(단위 : 건, 억원, %)

발주자	보증별	건 수		금 액	
		건수	비율	금액	비율
민 간	계 약	16	17.8	276	29.3
	하자보수	56	62.3	419	44.2
	선 급 금	3	3.3	109	11.6
	하 도 급	3	3.3	13	1.4
	기 타	1	1.1	2	0.2
	소 계	79	87.8	819	86.7
공 공	계 약	3	3.3	58	6.1
	차 액	1	1.1	50	5.3
	선 급 금	5	5.6	16	1.8
	하자보수	2	2.2	2	0.1
	소 계	11	12.2	126	13.3
합 계		90	100.0	945	100.0

하자보수보증과 관련한 분쟁은 전체 90건 가운데 58건으로 대부분이 민간 발주공사에 대한 분쟁으로 구성되어 있다. 이 중 공동주택에 대한 분쟁이 51건으로 대부분을 차지한다. 이러한 수치는 주택에 대한 입주자 혹은 소유자들의 기대수준이나 권리의식이 제고되면서 주택의 사용과정에서 직접 접하게 되는 하자현상에 대해 수급인인 사업주체의 책임추궁 요구가 증가하는 데 따른 결과로 보인다.

〈표 2-8〉 하자보수보증의 분쟁 유형

(단위 : 건)

구분	분쟁 형태	건수
민 간	○당사자적격 존재 여부	4
	○하자보수완료확인서 발급에 따른 보증 책임 소멸	4
	○실제 발생한 손해의 범위	46
	○시공연대보증인의 구상권행사	2
	소 계	56
공 공	○하자보수완료확인서 발급에 따른 보증책임 소멸	1
	○실제 발생한 손해의 범위	1
	소 계	2
합 계		58

또한 민간부문의 하자보수보증제도는 하자담보책임기간인 보증기간 내 발생한 하자에 대한 실제 하자보수 소요금액만을 보상(실손보상)하고 있지만, 분쟁의 주된 발생원인인 당해 하자가 보증기간 내 발생하였는지 여부를 입증하기가 용이하지 않고 하자발생에 따른 객관적인 실제 손해액 산정이 어려워 손해의 범위에 대한 당사자간 갈등이 커다란 데도 기인하는 것으로 보인다.<sup>12)</sup> 건설공제조합의 보증관련 분쟁현황을 보더라도 하자보수 보증관련 분쟁은 건수나 금액면에서 전체의 과반수를 훨씬 상회할 정도로 그 빈도수가 높은 편이고, 대부분 소송을 통한 해결을 시도하고 있는 점 등을 감안할 때 제도개선을 통하여 증가하고 있는 분쟁의 근본적 해결이 시급한 실정임을 알 수 있다.

〈표 2-9〉 건설보증 분쟁의 소송 현황

보증별	건 수		금 액	
	건수	비율	금 액	비율
계 약	16	9.3	198	31.3
하자보수보증	132	76.8	400	63.2
선 급 금	4	2.3	8	1.3
하 도 급대금 지급보증	20	11.6	27	4.2
합 계	172	100.0	633	100.0

〈표 2-10〉 보증채권자 민간인 하자보증 대급현황

(단위 : 백만원)

년도	건수	보증금액	청구금액	보증대급금액 (합의포함)	대급률
2004	243	11,453	8,183	3,810	47
2005	473	27,407	19,140	7,863	41
2006	149	11,277	8,175	2,868	35
합계	865	50,137	35,498	1,4541	41*

\* 는 3개년 평균치

출처 : 건설공제조합(2006.6.30 현재)

12) 특히, 하자보수보증금 청구 관련 분쟁 중 공동주택과 관련된 분쟁은 다수 당사자로 구성되어 있는 “입주자대표회의”가 보증채권자로 되어 있어, 구체적인 하자범위 합의가 쉽지 않은 점, 공동주택에 대한 하자보수보증은 주요 구조부에 대한 보증과 기타부분에 대한 보증으로 구분하고 있음에도 불구하고 입주자대표회의 측이 시공사의 하자보수 불이행시 보증대상을 구분치 않고 전체 보증금액을 기준으로 과도하게 보증금을 청구하고 있음으로 인해 소송으로 진행되는 경우가 많음(김중서, 건설보증 분쟁해결의 소송 유효성에 관한 실증적 연구, 2005, 21면).

## 제3장

# 현행 하자보수제도의 문제점

건설공사에 있어서 준공 이후 크고 작은 하자의 발생은 빈번하다고 할 수 있으며, 하자보수의 필요성에 대해서는 구체적인 사안마다 각각 검토되어야 한다. 그러나 하자보수는 경제적 비용부담을 수반하기 때문에 이해관계의 대립이 야기되기 쉬워 합리적인 하자보수제도가 구축되어 있지 않을 경우 계약주체들의 불만 증가와 충돌을 초래할 가능성이 높다. 발주자로서는 수급인의 신속한 하자보수가 이루어지지 못하고 있다는 점과 현행 하자보수보증제도가 하자보수의 실효성 확보에 충분하게 기능하는가에 대한 의문을 가질 수 있다. 수급인이나 보증기관은 실제 하자발생건수 등의 현황을 감안할 때 하자담보책임기간의 장기화나 보증수수료 등 하자보수비용의 부담감을 크게 느끼는 편이다. 아래에서는 현행 하자보수제도와 하자보수보증제도가 계약당사자들의 하자보수와 관련한 경제적 부담감 및 그로 인한 계약상의 긴장관계 조성을 해소하고 있지 못하는 문제점을 중점적으로 살펴보기로 한다.

### 1. 하자보수제도의 기본적 문제점

#### (1) 하자의 개념 및 하자판단체계의 미비

##### 1) 하자를 바라보는 인식의 차이

###### ① 발주자와 수급인간 하자현상에 대한 인식 차이

건설공사는 발주자와 수급인 등 계약당사자를 비롯하여 다양한 이해관계자가 관여하는 복합성을 가지고 있다 보니 공사계약의 이행과정을 철저히 관리한다는 것은 매우 어려운 실정이라고 할 수 있다. 시공과정에서 잘못된 설계서에 따른 시공, 부실자재의 투입, 시공자나 현장인부의 주의의무 소홀 등으로 인해 이른바 하자 혹은 부실시공의 위험성은 상존한다고 해도 과언이 아닐 것이다. 만일 시공목적물에 균열 등이 발견된 경우에 그

균열이 시공상 잘못에 따른 하자인지 혹은 자재의 고유한 성질에 따른 자연스러운 현상인지 여부를 판단하는 것은 용이하지 않으며, 나타난 현상에 대해서 용인하거나 시공상의 잘못으로 인한 하자로 판단할 수 있는 근거로서의 허용범위를 정하는 것도 매우 어려운 문제이다.

현행 건설산업기본법을 비롯하여 국가계약법이나 주택법 등 관련 법령에서도 하자의 개념이나 판단기준 등을 명확하게 정의하고 있지 않기 때문에 하자가 발생하더라도 수급인에게 하자보수책임을 부담시킬 수 있는지 여부를 판단하기가 쉽지 않아 이로 인한 분쟁이 발생하면 계약당사자 간에 원만한 해결을 기대하기가 쉽지 않은 실정이다. 또한 건설업계 종사자들이 아닌 일반인들은 준공 후에 발생하는 균열 등의 현상에 대해 수급인의 보수가 요구되는 하자에 당연히 포함시켜야 한다고 생각하기 쉽다. 그러나 앞서 보았듯이 하자의 개념은 관련 법령에 따라 하자보수가 요구되는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분해야 하지만, 사회일반의 하자에 대한 인식이나 시각은 건설업계나 관련 법령에서 상정하고 있는 하자의 개념과 상당한 거리감이 존재하는 게 사실이다.

또한 하자의 개념이나 시각에 있어 차이는 발주자와 수급인 간에도 분명히 존재하는 것으로 보인다. 수급인은 공사의 성격에 따라서 균열이나 부분적인 결로 등의 발생이 어느 정도 불가피한 경우도 있다고 본다. 반면에 발주자는 하자보수의 필요성 여부를 떠나 하자현상이 발생하면 안전성과 시공목적물의 본래 기대했던 기능 확보 측면에 중점을 두면서 포괄적인 접근을 통하여 보수가 필요한 하자개념에 포함시키는 것이 일반적이다.

## ② 현행 법령상 부실시공에 대해서는 별도의 책임 부과

부실시공은 단순한 공사계약상의 의무를 위반하였다거나 시공상의 과실로 인하여 하자보수가 필요하다는 판단의 범위를 넘어 생명·신체상의 위해를 야기하거나 그와 같은 정도의 위험성을 가진 결함상태를 의미하는 안전성 침해의 상태를 말하기 때문에 하자와는 분명히 구별된다. 그러나 발주자나 일반인들의 하자에 대한 부정적 인식은 상당히 강한 편이어서 하자발생은 곧 부실시공을 의미하는 것으로 생각하는 인식이 광범위하게 퍼져 있는 것으로 보인다. 대부분의 하자는 법적인 보수책임 여부를 떠나 윤리적으로도 비난 받는 대상이 되고 있기 때문에 합리적인 하자제도의 체계화를 논의하기가 용이하지 않다.

〈표 3-1〉 시공상 하자과 부실시공의 비교

구별 개념	법적 의미	법적 효과
단순 하자	-외관상의 하자로 하자보수의무가 없는 경우	-발주자 수인(受認) 또는 위험부담
시공상 하자	-시공상의 잘못으로 공사목적물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래한 경우	-하자담보책임 발생
부실시공	-공사목적물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 경우	-재시공, 징역이나 벌금 등 행정형벌

부실시공에 대해서는 현행 건설관련 법령에서 수급인에게 매우 엄격한 책임을 묻는 규정들이 하자과 별도로 마련되어 시행되고 있다. 건설산업기본법의 경우 부실시공 외에 우려가 있을 경우까지 시정명령(법 제81조)을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 고의·과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 한 경우는 영업정지(법 제82조), 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 함으로써 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 때 등록말소(법 제83조) 등 부실시공의 정도에 따라 단계적으로 제재를 명시하고 있다.

또한 건설공사의 안전에 관한 법령에 위반하여 건설공사를 시공함으로써 착공 후 하자담보책임기간 내에 교량·터널·철도 기타 대통령령이 정하는 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 자는 10년 이하의 징역까지, 그리고 이로 인해 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역이라는 중벌로서 안전을 확보하려고 규정하고 있다(법 제93조). 만일 업무상 과실로 인한 부실시공은 처벌을 더욱 강화하여 5년 이하의 징역이나 금고 또는 5천만원 이하의 벌금, 그리고 사람을 사상에 이르게 하면 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1억원 이하의 벌금으로 처벌할 수 있게 규정하고 있다(법 제94조).

부실시공에 대해서 이처럼 매우 엄격한 책임을 명시하면서 동시에 하자담보책임기간중 수급인 또는 하수급인이 책임질 사유로 하자발생액이 당해공사금액의 5/1,000 이상인 하자<sup>13)</sup>가 3회 이상 발생한 때 영업정지 또는 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있는 것(법

13) 다만, 1회의 하자발생액이 이에 미달하는 때에는 각각의 하자발생액의 누계액이 당해공사금액의 5/1,000 이상에 해당할 때에 이를 1회로 봄.

제82조, 규칙 제36조)을 볼 때, 건설산업기본법은 하자과 부실시공을 동일시하지 아니하고 일정 규모 이상인 하자에 대해서만 부실시공에 준하는 것으로 설정하고 있음을 분명하게 확인할 수 있다. 국가계약법시행령에서도 입찰참가자격을 제한하는 사유를 열거하면서 하자과 인한 경우(규칙 제76조 별표2 제2호) 외에도 부실시공 또는 부실설계감리를 한 자에 대한 입찰참가자격 제한 등의 제재를 별도로 규정(규칙 제76조 별표2 제1호)하고 있는 점을 보더라도 하자과 부실시공은 분명히 구별지어야 한다.

〈표 3-2〉 국가계약법령상의 부실시공과 하자과 관련 규정 비교

근거법규	부실시공	하자
시행령 제76조 제1항 제1호	1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조작 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자	
시행규칙 제76조 제1항 별표2	1. 국가계약법시행령 제76조 제1항 제1호에 해당하는 자 중 부실시공 또는 부실설계감리를 한 자 가.부실벌점이 150점 이상인 자(2년) 나.부실벌점이 100점 이상150점 미만인 자(1년) 다.부실벌점이 75점 이상100점 미만인 자(8월) 라.부실벌점이 50점 이상75점 미만인 자(6월) 마.부실벌점이 35점 이상50점 미만인 자(4월) 바.부실벌점이 20점 이상35점 미만인 자(2월)	2. 국가계약법시행령 제76조 제1항 제1호에 해당하는 자 중 계약의 이행을 조잡하게 한 자 가.하자비율이 100분의 500이상인 자(2년) 나.하자비율이 100분의 300이상 100분의 500 미만인 자(1년) 다.하자비율이 100분의 200이상 100분의 300 미만인 자(8월) 라.하자비율이 100분의 100 이상 100분의 200미만인 자(3월)

③ 하자과 대한 부정적 편견의 확산

부실시공에 대해서는 건설산업기본법에서 형사처벌 등의 제재를 규정하고 있는 외에 국가계약법령에서 입찰참가자격의 제한 등 매우 엄격한 규제를 가하고 있다. 그러나 하자과 대해서는 일정 규모 이상의 심각한 수준에 이르렀을 때 비로소 과징금 등에 의한 처벌을 규정하고 있으므로 이러한 입법례의 차이를 보더라도 하자과 부실시공은 구분되고 있음을 알 수 있다. 그러나 하자과를 바라보는 사회 전반의 분위기는 여전히 부실시공과 동일시하는 인식이 굳어져 있는 것으로 보인다.

이로 인해 보수가 필요한 하자가 발생하더라도 실질적인 보수공사를 통하여 시공목적물의 완성도나 안전성 제고를 조기에 확보할 수 있도록 주력하지 않고, 하자보수보증금의 위약벌적 효과를 강조하는 시스템을 그대로 유지하는 데 그치고 있어 하자보수체계의 한계를 노출시키고 있다. 부실시공과 하자를 바라보는 인식이나 접근태도의 차이는 하자발생시 조기 보수를 통하여 시공목적물의 기능회복과 안전성 보강에 전력하기보다는 하자보수를 둘러싼 책임공방을 통하여 공사계약 당사자간 갈등이 증폭되는 부작용을 초래시키기 쉽다. 또한 적정한 보수시기를 놓쳐 하자의 정도가 심각성을 띠는 등 갈등구조가 심화되기 시작하면 계약상 우월적 지위에 있는 발주자의 의도대로 하자관련 책임이 전적으로 시공자에게 전가되는 결말로 이어지는 등의 문제점을 노정시키기도 한다.

## 2) 하자관련 개념의 불명확

### ① 하자의 정의조항 부재로 하자판정 곤란

민법학자들은 '하자'란 완성된 일이 계약으로 정한 내용대호가 아니고 불완전한 점이 있는 것으로 정의하고 있다. 그러나 하자의 개념에 대한 학문적 검토만 있을 뿐, 공사계약에 있어서 하자의 법적 의미 또는 범위에 대한 현행 법령상의 명확한 규정은 존재하지 않고 있는 실정이다. 민법에서는 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있을 경우 도급인이 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 하자가 중요하지 않고 그 보수에 과도한 비용을 요하는 때에는 도급인이 보수를 청구하지 못하고 보수에 갈음한 손해배상만을 청구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다(민법 제667조). 즉, 하자의 정의에 대한 별도의 규정을 두고 있지는 않다. 건설업의 가장 근간이 되고 있는 건설산업기본법에서도 하자의 개념에 관해서 아무런 언급이 없으며, 다만 하자담보책임의 기간 및 시공사의 면책사유에 대해서만 규정하고 있을 따름이다(건설산업기본법 제28조).

주택법도 하자에 대한 별도의 정의규정은 두지 않은 채, 하자보수와 관련하여 사업주체에게 하자보수책임이 있다는 점과 사업주체의 하자보수보증금 예치 의무 등을 규정하고 있을 뿐이다(주택법 제46조). 다만 주택법 시행령에서 '하자의 범위'를 언급하면서 '공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능 불량, 부착·접지 또는 결선 불량, 고사 및 입상 불량 등이 발생하여 건축물 또

는 시설물의 기능미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자'라고 규정하고 있어 하자의 개념을 유추해볼 수 있는 정도에 머물고 있다(주택법 시행령 제59조 제1항 및 별표 6). 주택법령에서 하자의 범위를 명시적으로 규정한 것은 비록 주택부문의 하자에 대한 것이기는 하지만, 하자관련 법령 가운데 상대적으로 하자의 개념을 구체화시킨 표현이라고 볼 수 있다.

여기서 명시된 규정내용을 중심으로 하자의 구성요소를 살펴보면 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다<sup>14)</sup>

- i) 하자의 범위를 정의하는 표현에서 공사로 인하여 발생하는 모든 결과가 하자는 아니며, '공사의 잘못으로' 인한 결과라야 한다는 점
- ii) 하자의 심각성도 건축물 또는 시설물의 기능미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도에 달하는 경우라야 한다는 점

판례도 하자의 개념을 정리하면서 주택법 시행령상의 표현을 원용하고 있는데, 하자현상, 시공목적물 미완성과의 구별, 내력구조부의 하자담보책임의 법적 의미 등이 주된 내용을 이루고 있다.

---

14) 하자유형의 분류방식은 다양한 기준에 따라 여러 가지 형태로 분류할 수 있으며, 이들은 각각에 따라 장단점을 지니고 있다. 그러나 발생한 하자유형을 분류하는데 있어서는 기획, 설계, 시공, 유지관리단계에서의 분류체계를 기초로 하여 건축물의 준공 후 나타나는 결함을 일정한 방식으로 분류하는 것이 필요하다. 이것은 결함의 원인을 역추적하여 시공 및 설계 단계에서 하자원인을 제거하는 것이 용이하기 때문이다. 뿐만 아니라 건축물의 결함은 준공이후에 나타나는 현상이므로 사용단계에서 발생한 결함을 우선적으로 분류할 수 있는 방식이 요구된다. 결과적으로는 준공이후 발생한 결함에 대해 분류하는 것으로 기획, 설계, 시공단계의 공사분류방식을 포함하되 유지관리 단계에서의 공종별 분류에 무게중심을 두어야 할 것이다(양관섭, 공동주택의 하자평가 및 운용체계연구, 한국건설기술연구원(1997-04), 1997.

〈표 3-3〉 하자관령 주요 판례

판례명	주요 내용
대법원 2002.2.8. 선고 99다69662판결 (보증대상 하자개념)	- 보증대상이 되는 하자는 미시공, 변경시공 그 자체가 아니라, ‘공사상의 잘못으로 인하여 건축물 또는 시설물 등의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래할 수 있는 균열, 처짐 등이 발생한 것’이라고 볼 것이고...사용검사 후에 비로소 발생하여야 보증대상이 되며...하자보수의무기간을 도과하기 전에 발생한 것이어야 함
대법원 1997.12.23 선고 97다44768 판결 (미완성과 하자 구별기준)	- 미완성과 하자의 구별기준은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 그것이 당초 예정된 최후의 공정까지 일단 종료하여 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공됨으로써 사회통념상 건물로서 완성되고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 않는다고 해석됨. 개별 사안에서는 준공검사에 구애됨이 없이 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단해야 함
대법원 2002.2.8. 선고 99다69662판결 (내력구조부 담보책임 기간 장기간인 이유)	- 내력구조부의 경우, <u>하자담보책임기간을 10년의 범위내로 장기화</u> 한 것은 내력구조부의 결함과 같은 중대한 하자에 대하여는 그 위험성과 중요성에 비추어 특히 가중책임을 지게 하려는 것이지, 공동주택이 무너지거나 무너질 우려가 있는 경우와 같은 중대한 하자에 대해서만 보증책임을 부담하는 것으로 제한하려는 취지는 아니라고 해석됨

공공공사에 적용되는 공사계약 일반조건은 하자의 개념을 별도로 정의하고 있지는 않지만, 모든 하자가 아니라 ‘계약상대자의 시공상 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한한다’는 제한을 두고 있으므로 일정부분 하자의 개념 혹은 범위에 대해 주택법 시행령과 유사한 측면이 없지 아니하다(조건 제33조 제1항).

〈표 3-4〉 관련법령상의 하자에 대한 구체적 표현 비교

관련 법령	규정 내용
건산법	- 하자담보책임기간과 면책사유에 대한 언급 외에 특별한 표현 없음
공사계약일반조건 (제33조 : 국가계약법에 근거한 회계예규)	- 계약상대자의 하자보수책임을 '계약상대자의 시공상 잘못으로 인하여 발생한 하자에 한한다'고 명시
주택법 시행령 (제59조 제1항 및 별표 6)	- '하자의 범위'에 대해 규정 - '공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능 불량, 부착·접지 또는 결선불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자' - 충분하지는 않더라도 하자의 개념을 적시하고 있다는 점에서 중요
판례	- 주택법 시행령상의 하자개념을 원용

이처럼 일부 법령에서의 언급과 판례의 내용만으로는 하자의 개념 및 범위에 대한 충분한 법적 의미를 도출시켜내기 힘들다. 주택법령과 공사계약일반조건상의 표현이 그 의미가 동일한 것인지 또는 동일한 법적 효력을 갖고 있는 것인지 등에 대한 아무런 보충 설명이나 관련 규정이 추가되고 있지 않기 때문이다. 주택법 시행령상의 정의도 주택에서 주로 하자가 발생하는 양상의 나열은 되고 있지만, 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도에 대한 계량적인 평가기준을 제시하고 있지 않다.

또한 공공공사의 경우 발주자의 계약상 우월한 지위가 반영되고 있기 때문에 준공 후의 하자보수공사도 그에 따른 영향이 있을 수밖에 없고, 모든 하자를 부실시공과 동일시하는 사회적 분위기로 인하여 수급인은 보수의 필요성 여부와 상관없이 발주자의 하자보수 요구마저 거절하기 어려운 입장에 있다고 할 수 있다. 특히 공공공사의 경우 하자의 개념을 보다 명확히 하기 위한 방법으로 주택법 시행령상의 '하자의 범위' 규정을 차용하는 방안도 모색할 수 있겠지만, 현재로서는 시공목적물의 특성, 최종적인 시공목적물의 사용자 또는 이용자, 유지관리의 방법이나 정도 등 여러 가지 측면에서 상당한 차이가 있기 때문에 직접적 원용은 적절하지 않다고 할 것이다.

### 〈표 3-5〉 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 1

Q : 발주기관의 관리소홀 등에 의하여 발생한 하자에 대한 하자보수여부  
(회제 41301-821)

A : 회신내용 국가기관이 체결한 공사계약에 있어 하자담보책임기간 중 계약상대자가 부담하는 하자보수 의무는 계약된 공사의 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자보수 의무이지 시공상의 잘못이 아닌 발주기관의 관리소홀 등에 의하여 발생한 하자에 대하여는 계약상대자의 하자보수책임이 없는 것임.

따라서 하자의 정의에 대한 표현이 충분하지는 않지만, 하자의 범위에 대한 주택법령상의 언급과 모든 하자가 아니라 공사상의 잘못이 있는 하자에 대해서만 하자보수책임을 부담시킨다는 공사계약일반조건상의 규정을 통하여 공공부문과 민간부문의 법령 속에 공통적으로 하자보수가 요구되는 하자의 정의 또는 하자의 범위가 포함되어 있다는 점을 확인할 수 있는 정도의 의미 이상을 기대하기 힘든 실정이다.

### 〈표 3-6〉 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 2

Q : 하자보수의 책임범위(회제 41301-2062)

A : 국가기관이 체결한 공사계약에 있어 국가를당사자로하는계약에관한법률 시행규칙 제70조 및 공사계약일반조건 제33조의 규정에 의거 계약상대자는 하자담보책임기간중 당해 공사의 하자보수를 보증하여야 하는 바, 이 경우 하자보수란 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자에 대한 보수를 의미하는 것이므로, 설계서대로 시공하였으나, 설계서 작성의 기준이 되었던 상황과 다른 상황이 발생한 경우등 계약상대자의 책임없는 사유에 기인하여 운영상 문제가 발생하였다면 이는 시설운영에 관한 유지보수 사항으로서 계약상대자의 하자보수책임 범위에 해당되지 않는 것임.

#### ② 하자보수관련 분쟁발생의 촉발 원인으로 작용

하자개념의 확정은 하자보수책임과 관련하여 보수가 필요한 경우와 그렇지 않은 경우 등 하자의 허용범위, 하자과 유지관리가 필요한 자연적 마모현상과의 구분 등을 통한 보수비용의 부담주체의 결정 등을 위한 전제조건이 된다고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

15) 하자관정을 위한 비용부담과 관련해서도 주택법 시행령에서는 1)하자관정결과 사업주체에게 하자보수책

〈표 3-7〉 시간적 경과에 따른 개념 구분

시공단계	법적 책임의 내용
시공 ~ 준공	-결함발생시 계약상의 이행책임 (위반시 시공자의 채무불이행책임)
준공 이후 ~ 공종별 하자담보책임기간 내	-하자발생의 경우(시공자의 하자담보책임) -자연적 마모, 발주자의 관리소홀 등의 경우 (발주자의 유지·보수관리 책임)
공종별 하자담보책임기간 종료 후	-유지·보수관리(발주자의 책임)

현행 법령상으로는 하자의 구체적인 정의 및 판단기준과 그 범위 등에 대한 규정이 명확하지 않은 상태이다 보니, 구체적인 공사현장에서 하자보수와 관련한 질의가 다수 제기되어 이에 대한 주무부처의 유권해석이 적지 아니한 편이다. 질의회신의 내용을 살펴 보면, 주로 공공공사의 하자보수에 대해 하자보수책임과 의무를 합리적인 일정한 범위 내로 제한하고 있다는 것을 알 수 있다. 이러한 점 등을 감안할 때, 하자에 대한 명확한 개념과 판단기준이 정립되어 있지 않음으로 인하여 원만하고 신속한 하자보수를 어렵게 할 뿐만 아니라 하자여부를 둘러싼 계약당사자간 분쟁을 초래할 가능성이 크다.

〈표 3-8〉 하자보수에 관한 질의회신 내용 요약 3

일 자	질의회신의 내용
'98.4.28 (회제 41301-821)	-국가기관이 체결한 공사계약에 있어 하자담보책임기간 중 계약상대가 부담하는 하자보수 의무는 계약된 공사의 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자보수 의무임  -시공상의 잘못이 아닌 발주기관의 관리소홀 등에 의하여 발생한 하자에 대하여는 계약상대자의 하자보수책임이 없는 것임.
'98.4.28 (회제 41301-2062)	-국가기관이 체결한 공사계약에 있어 국가를당사자로하는계약에 관한 법률시행규칙 제70조 및 공사계약일반조건 제33조의 규정에 의거 계약상대자는 하자담보책임기간중 당해 공사의 하자보수를 보증하여야 함

임이 있는 경우에는 사업주체, ii)하자판정결과 사업주체에게 하자보수책임이 없는 경우에는 입주자대표회의 등(이 경우 입주자대표회의 등은 하자보수책임이 있는 자가 따로 있는 경우에는 그 자에게 비용을 청구할 수 있음)으로 명시하고 있으므로 하자 여부의 판정은 계약당사자의 경제적 비용부담과 연관이 크다고 할 수 있음.

	-이 경우 '하자보수'란 시공상의 잘못으로 인하여 발생한 하자에 대한 보수를 의미  -설계서대로 시공하였으나, 설계서 작성의 기준이 되었던 상황과 다른 상황이 발생한 경우 등 계약상대자의 책임 없는 사유에 기인하여 운영상 문제가 발생하였다면 이는 시설운영에 관한 유지보수 사항으로서 계약상대자의 하자보수책임 범위에 해당되지 않는 것임
'96.6.17 (회계 45101-1323)	-실시설계 및 시공일괄입찰방법으로 시행하여 설치·운영중인 쓰레기소각시설의 마모에 의한 기기부품의 탈락으로 인하여 소각로의 비정상 가동을 초래하게 된 경우에 대하여 동 부품의 품질보증 유효기간을 경과한 후 정상적 마모에 의하여 운영상 문제가 발생하였다면 이는 시설운영에 관한 유지보수사항으로서 계약상대자의 하자보수책임 범위에 해당되지 않음
'86.11.20 (회계 125-4190)	-하자보수책임은 시공상의 하자에 대한 책임이므로 시공상의 하자가 아닌 사용자의 관리과정에서 발생한 하자(회계 45107-434, '95.3.30), 계약목적물의 일상관리를 위한 점검보수 등은 하자보수책임의 범위에 해당되지 않는 것으로 봄

현재와 같은 입법상태에서 만일 하자보수에 대한 다툼이 발생한다면 위에서 살펴본 바와 같이 현행 법령만으로 충분하지 않기에 구체적인 사안마다 계약상대자인 수급인이 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원 등 발주자의 하자보수 요구를 수용하든가 혹은 전문기관<sup>16)</sup>의 하자검사 결과보고서를 바탕으로 법원의 재판이나 분쟁조정 또는 중재절차를 통하여 해결할 수밖에 없다. 전문기관의 판단에 대해서도 공신력 인정여부는 구체적인 언급이 없기 때문에 여전히 보수책임이 있는 하자범위에 해당하는지 여부에 대한 판정을 둘러싼 발주자와 수급인간 갈등의 소지가 적지 않을 전망이다.

### 3) 하자검사에 대한 법적 근거의 불확실

하자검사는 하자담보책임기간 동안에 하자의 발생여부를 확인하고, 하자보수를 청구할 수 있는 기초적 절차라고 할 수 있다. 그러나 발주자에 의해 행해지는 하자검사는 법률에서는 명시되지 않고 시행령에 법적 근거를 두고 있는데, 시행규칙, 공사계약일반조건 등 하위법규로 내려갈수록 검사회수나 법률효과가 강화되어 수급인의 의무를 증가시키고 있으므로 이러한 입법태도가 위임입법의 한계를 벗어난 것은 아닌지 논란의 여지가 있을

16) 하자보수 여부를 결정하게 될 전문기관에 대해서는 국가계약법령에서 구체적인 지정이나 언급이 없으며, 이로 인해 하자판단을 둘러싼 발주자와 수급인의 판단이 상이할 경우 건설클레임 또는 분쟁으로 비화될 가능성이 큼.

것으로 보인다.

국가계약법은 제18조에서 하자보수를 보증하기 위한 하자보수보증금의 납부의무에 대해서만 언급하고 있으며, 하자담보책임기간은 동법 제17조에서 공사계약의 담보책임 전반에 관한 언급을 통해 유추해볼 수 있을 뿐이다. 동법시행령은 제62조와 제63조에서 법률의 위임사항인 하자보수보증금과 보증금의 직접사용에 대한 규정을 두고 있는 것은 당연한 것이라고 할 수 있지만, 법률에서 전혀 언급하지 않았던 하자검사(연 2회 이상 정기적 하자검사)에 관한 규정(제61조)을 두고 있다. 한편 동법 시행규칙은 제71조에서 하자검사와 관련하여 동법시행령에 근거를 둔 연 2회 이상 정기검사 외에 시행령의 별도 위임이 없는 데도 수급인인 계약상대자의 부담을 증가시킬 수 있는 하자담보책임기간 만료시의 별도 검사를 추가하고 있어 정당한 위임범위 내의 입법으로 볼 수 있는가에 대한 의문이 제기되고 있다.

공공공사의 직접적인 계약문서로서 효력을 가지고 있는 공사계약일반조건은 제34조의 하자보수보증금, 제33조의 하자보수 규정 외에 제35조에서 하자검사를 규정하면서 연 2회 정기검사 외에 하자담보책임기간의 만료일로부터 14일 이내 최종검사를 구체적으로 명시하고 있다. 나아가 제36조에서는 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 준공검사 및 하자검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 별도로 정할 수 있다고 명시함으로써 국가계약법 시행규칙에서 규정하고 있던 특약조항을 구체화하고 있다.

〈표 3-9〉 하자검사에 관한 근거법령

근거 법령	하자검사 내용
국가계약법	- 명시적 규정 없음
동법시행령 제61조	- 연 2회 이상 정기적 하자검사
동법시행규칙 제71조	- 연 2회 이상 정기검사 - 하자담보책임기간 만료시 별도 검사 추가
공사계약일반조건 제35조, 제36조	- 연 2회 정기검사 - 하자담보책임기간 만료일로부터 14일 이내 최종검사 - 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 준공검사 및 하자검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여 계약상대자의 책임으로 하는 특약 설정 가능

하자검사에 대한 내용을 하위법령에 명시하기 위한 법률에서의 근거규정이 없다는 것은 위임의 한계나 정당성을 훼손하는 문제를 야기시킬 우려가 적지 아니하다. 특히 하위 법령으로 내려갈수록 검사종류가 추가되고 특약까지 설정할 수 있도록 하는 등의 수급인에게 부담을 가중시키는 내용은 발주자의 입장을 지나치게 강화한 것으로 국가계약 법령에서 강조하고 있는 계약당사자간 대등한 계약체결원칙을 침해할 우려가 적지 않다고 할 것이다.

또한 하자검사를 통하여 하자의 발생여부를 결정할 때, i)중앙관서의 장 또는 계약담당 공무원은 특별한 하자판단기준도 없이 무엇을 근거로 하는지 여부, ii)하자여부에 대한 발주자의 판단이나 결정에 계약상대자가 불복할 수 있는지 여부, iii)구체적인 전문기관은 공정하고 객관성과 전문성을 갖춘 신뢰할 만한 기관인지 여부 등은 아무런 언급이 없기 때문에 앞으로 검토되어야 할 사항이다.

## (2) 객관적 하자판정을 위한 공신력 있는 기구(하자판정기구)의 부재

하자의 개념이 불확실한 현행 국가계약법령을 비롯한 하자관련 법령으로 인해서 하자 관련 분쟁의 발생이 적지 아니한 편이지만, 발주자의 계약상 우월적 영향력으로 인해서 수급인이 하자관련 클레임을 제기한다는 것은 사실상 불가능에 가깝다고 할 수 있다. 이러한 분위기는 하자를 부실시공과 동일한 개념으로 보는 사회일반의 시각도 일정 부분 작용하고 있다는 점을 부인하기 어렵기 때문에, 결과적으로 하자보수 관련 시스템의 합리적인 운영을 기대하기 위해서는 공정하고 신뢰할 수 있는 하자판정기구의 존재는 필연적이라고 할 수 있다. 하자 여부나 하자보수의 범위 등에 대한 당사자간의 원만한 합의가 되지 못할 경우 하자판정기구가 구성되어 있고 별도로 전문화되고 계량화된 하자 여부의 판단기준이 마련되어 있다면, 하자 관련 분쟁의 원활하고 신속한 해결에 상당한 역할을 할 수 있을 것이기 때문이다.

그러나 공공공사의 경우 하자판정기구를 특별히 두고 있지는 않으며, 국가계약법 시행령에 따르면 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원으로 하여금 하자담보책임기간 중 연 2회 이상 정기적인 하자검사 또는 소속공무원에게 그 사무를 위임하여 검사할 의무를 부여하고 있으므로(국가계약법시행령 제61조) 특별한 다른 절차가 명시되지 않는 한 일차적인 하자 여부의 판단권한은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 가진다고 할 수

밖에 없다. 다만, 하자검사가 특히 전문적인 지식 또는 기술을 필요로 하거나 예정가격의 88%미만으로 낙찰된 공사(단순유지보수공사는 제외)로서 '시설물의안전관리에관한특별법'상의 시설물에 대해서는 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 전문기관에 의뢰하여 필요한 검사를 하도록 명시하고 있으므로 하자판정은 전문기관에 맡겨져 있다고 할 것이다.

이처럼 공공공사의 경우에는 하자 여부에 대한 판단이 발주자 또는 전문기관에 맡겨져 있으며, 전문기관이 어떤 기관을 의미하는지에 대해서는 별도의 위임이나 언급이 없기 때문에 발주자의 판단에 따라 선정된 기관이 담당하는 방식으로 되어 있어 수급인의 공감을 얻어낼 수 있는 공신력 확보가 충분하지 못한 실정이다. 공신력있는 하자판정기구나 하자판정기준 등이 제도적으로 구비되어 있지 않는 상태에서는 발주자가 수급인에게 경미한 부분이나 현상까지 하자보수공사를 요구할 경우 수급인이 하자보수의무의 이행을 거부하기가 쉽지 않고, 하자보수보증을 담당하는 보증기관의 부담도 증가할 가능성이 높아질 수 있기 때문에 궁극적으로 건설업계 전반의 경제적 부담증가로 될 가능성을 부인하기 어렵다.<sup>17)</sup>

한편, 공동주택의 경우는 사업주체가 입주자입주자대표회의·관리주체·관리단 등이 보수를 요구한 하자에 대하여 이의가 있을 경우 입주자대표회의 등과 협의하여 보수책임이 있는 하자범위에 해당하는지 여부에 대한 판정(하자판정)을 의뢰할 수 있는 기관을 아래와 같이 구체적으로 열거하고 있다(주택법 시행령 제59조 제3항).

- i)엔지니어링기술진흥법에 의한 해당 분야의 엔지니어링활동주체<sup>18)</sup>
- ii)기술사법에 의한 해당분야의 기술사 또는 건축사법에 의한 해당분야의 건축사
- iii)한국건설기술연구원
- iv)한국시설안전기술공단

또한 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 있다고 인정하는 경우에는 위에서 언급

17) 하자보수 등과 관련한 건설업계의 시각은 계약관계의 특수성이나 거래관행 등으로 인하여 공론화시키기는 부담스럽지만 현행 제도의 개선이 필요하다는 입장이라고 할 수 있음. 또한 하자보수는 당해 계약의 종료 후 이루어지기 때문에 이와 관련한 클레임이나 분쟁이 공개적으로 제기될 경우 시공사의 다른 계약의 입찰 등에 있어서 사실상 부정적 영향을 미칠 가능성이 높고, 이러한 우려가 재판 등의 제도권 내 해결을 기피하는 경향으로 나타나고 있음.

18) 엔지니어링활동을 영업을 수단으로 하고자 하는 자로서 엔지니어링기술진흥법 제4조의 규정에 의하여 과학기술부장관에게 신고한 자를 말한다.

한 바와 동일하지만, 시장·군수·구청장 등은 다음과 같은 기관에 안전진단을 의뢰할 수 있다(영 제62조 제3항).

- i) 한국건설기술연구원
- ii) 한국시설안전기술공단
- iii) 건축사협회
- iv) 대학교 부설연구기관(상설기관에 한함)
- v) 시·특·법상의 안전진단전문기관

공동주택의 하자판정을 담당할 수 있는 전문기관을 명시하고 있지만, 사업주체와 입주자간에 상대방이 선정하는 하자판정기관에 대해서 불신감을 가지거나 또는 전문기관의 하자판정에 대해 불복할 경우의 법률효과나 후속 절차에 대해서 특별히 규정해놓고 있지 않아 실제로는 합의에 이르지 못할 경우 법원의 소송을 통한 문제해결시도가 적지 아니한 실정이다.

따라서 하자판정기관을 단순히 열거해놓은 데 그치고 있는 주택부문의 법령이나 전문기관이라는 표현 외에 추가적인 언급이 없는 국가계약 부문의 법령 모두 공통적으로 하자 관련 명확하고 합리적인 하자판정 및 하자보수시스템의 원활한 운영을 기대하기 힘든 형편이다. 이러다보니 ‘하자 현상의 발생 ⇒ 하자 여부 판정 ⇒ 하자보수 또는 하자보수보증 이행 ⇒ 하자관련 분쟁의 신속하고 원활한 처리’를 기대하기 어려울 수밖에 없다.

### (3) 하자관련 분쟁해결기구의 미비

#### 1) 분쟁해결기구의 현황

하자에 대한 사회 일반의 부정적 인식이 팽배해져 있는 상태에서 시공사는 자신의 브랜드에 손상이 가거나 신용 등의 훼손, 다른 현장의 공사계약에 부정적 영향 가능성 등을 우려하여 하자 관련 분쟁에 직접적인 당사자가 된다는 것을 상당히 기피하거나 꺼려하고 있는 실정이다. 또한 현행 법령상의 하자관련 분쟁처리기관에 대해서도 운영상의 미비점이나 처리결과의 법적 효력에 대한 불신 등으로 인해 신뢰감을 갖고 있지 못한 상태이다 보니 그 이용률은 높지 않은 상태라고 할 수 있다.

그러나 하자관련 분쟁이 재판을 통해 처리될 경우 외부공개 등의 부작용이 적지 않기 때문에 음성적 해결을 시도하는 경우도 적지 않지만, 현행 건설산업기본법을 비롯하여 건축법이나 주택법 등에서 규정하고 있는 조정제도나 중재법에 근거한 중재절차는 재판의 경우와 달리 비공개로 진행되고 발주자와 감정적 대립관계를 만들지 않고도 문제의 신속하고 경제적인 해결을 가능토록 한다는 부분적인 장점을 가지고 있다. 다만, 발주자와 수급인인 시공사가 심리적 부담을 크게 갖지 않고 하자보수책임을 둘러싼 분쟁의 해결을 도모할 수 있도록 하기 위해서는 기존의 조정이나 중재기관이 가지고 있는 기능 외에 하자판정에 대한 공신력있는 기구에 대한 사회적 요구도 적지 않은 편이다.

### ① 건설분쟁조정위원회

건설산업기본법은 건설업 및 건설용역업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 건설교통부장관 소속 하에 중앙건설분쟁조정위원회, 시도지사 소속 하에 지방건설분쟁조정위원회를 둔다고 명시하고 있다(법 제69조 제1항).

이들 기구의 업무대상에 i) 설계시공감리등 건설공사에 관계한 자간의 책임에 관한 분쟁, ii) 발주자와 수급인간의 건설공사에 관한 분쟁(다만, 국가계약법의 해석과 관련된 분쟁 제외), iii) 수급인과 하수급인간의 건설공사의 하도급에 관한 분쟁(다만 하도급법 적용사항 제외), iv) 수급인과 제3자간의 시공상의 책임 등에 관한 분쟁, v) 건설공사의 도급계약의 당사자와 보증인간의 보증책임에 관한 분쟁 등이 열거되어 있으므로 하자로 인한 분쟁이 원만하게 해결되지 못하는 경우 이용할 수 있다(법 제69조 제2항). 당사자가 조정안을 수락하면 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(법 제78조).

### ② 대한상사중재원

중재법과 중재규칙을 근거로 상거래에 있어서 분쟁의 중재를 맡아보는 대한상사중재원은 '건설중재 관리내규'에서 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 있으므로 하자과 관

런한 분쟁이 발생한 경우 중재합의를 전제로 중재절차를 이용할 수 있다. 중재판정은 당사자간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(중재법 제35조).

### ③ 건축분쟁조정위원회

건축법에 따라 건축물의 건축 등에 관하여 분쟁의 조정 등을 하기 위하여 건설교통부에 중앙건축분쟁조정위원회, 특별시·광역시·도에 지방건축분쟁조정위원회를 두고 있으며, 각각 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성한다(건축법 제76조의2).

건축분쟁조정위원회의 조정사항은 i)건축관계자와 당해 건축물의 건축등으로 인하여 피해를 입은 인근주민간의 분쟁, ii)관계전문기술자와 인근주민간의 분쟁, iii)건축관계자와 관계전문기술자간의 분쟁, iv)건축관계자 상호간의 분쟁, v)인근주민 상호간의 분쟁, vi)관계전문기술자 상호간의 분쟁 등을 조정한다(건축법 제76조의2). 주택법에서는 하자보수와 관련된 분쟁조정기관으로 건축분쟁조정위원회를 명시하고 있다(주택법 제46조 제5항). 분쟁당사자가 조정안을 수락하면 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(건축법 제76조의5).

### ④ 소비자분쟁조정위원회

소비자기본법상의 소비자분쟁조정위원회는 소비자피해가 소액·다수인 경우가 많은 특성을 고려하여 사업자와 소비자간의 분쟁을 신속하고 경제적으로 처리하기 위한 기관이며, 생활상의 소비자의 피해와 관련된 사항 전반을 다루고 있기 때문에 공동주택 등의 하자와 관련된 분쟁의 조정도 맡아보고 있다. 한국소비자원장 또는 당사자에 의한 조정신청이 가능하며, 조정절차의 개시 후 30일 이내 조정을 하되 부득이한 사정이 있을 경우 연장이 가능하며, 분쟁조정이 성립되면 '재판상의 화해'와 동일한 효력을 부여한다(소비자기본법 제67조).

## 2) 현행 하자관련 분쟁해결기구의 체계적 운영 부재

현재 위에서 언급된 분쟁해결기구는 대한상사중재원과 소비자분쟁조정위원회를 제외하

곤 활동이 미미한 편이어서 하자로 인한 분쟁의 효과적 해결을 현실적으로 기대하기는 쉽지 않은 실정이다. 특히 공공공사의 하자과 관련한 분쟁은 대부분 공사계약일반조건 등에서 국제계약분쟁조정위원회의 조정에 국한하거나 중재합의의 기피에 따른 중재절차의 이용이 사실상 제약되고 있어 법원의 재판을 통한 처리에 의존해야 하는 문제점을 내포하고 있다.

분쟁조정위원회의 활동 부진과 함께 분쟁조정위원회의 이용과 관련하여 이용자의 입장이나 편의를 고려하지 않고 있는 점도 관심과 이용률을 떨어뜨리는 요인으로 작용하고 있다. 또한 하자관련 분쟁처리의 어려움을 가중시키는 것은 하자보수시스템의 기본적인 문제점에서 언급한 하자의 판단기준과 공신력있는 하자판정의 부재라고 할 수 있다. 이처럼 전반적인 하자관련 법제도의 미비는 결과적으로 하자관련 분쟁해결기구의 체계적 운영을 어렵게 만들어 매년 증가하는 추세를 보이고 있는 하자보수 관련 분쟁의 효율적인 처리를 기대하기 어려운 실정이다.

## 2. 현행 하자보수보증제도의 문제점

현행 하자보수보증제도를 운용함에 있어 수급인이 하자보수를 할 수 없을 경우 실제 손해발생액과 상관없이 일률적으로 보증금의 전액을 국가에 귀속시키는 귀속조항이나 일률적인 금전채무방식을 고집하고 있는 점은 실질적인 하자보수를 기대하기 어렵게 하는 등의 문제점도 안고 있어 하자보수보증의 실효성 확보가 곤란한 실정이다. 앞에서 언급했다시피 주택건설부문에서는 하자보수보증금의 발주자 귀속과 같은 내용이 없으나, 민간건설공사의 도급계약에 사용이 권장되고 있는 ‘민간 건설공사 표준도급계약서’에서는 공공부문과 마찬가지로 수급인이 도급인의 하자보수 요구에 따르지 않을 때 하자보수보증금의 도급인(발주자) 귀속을 규정하고 있다. 따라서 아래에서의 검토는 공공부문의 ‘국고귀속 원칙’을 중심으로 살펴본다.

### (1) 하자보수보증금의 ‘국고귀속 원칙’의 부작용

#### 1) 실질적인 하자보수기능의 확보 곤란

현행 하자보수체계는 발주자인 계약담당공무원이 하자검사를 통하여 하자를 발견하게 되면 수급인인 계약상대자에게 하자를 보수하도록 통지를 하고, 통지를 받은 계약상대자는 '즉시' 자신의 부담으로 보수작업을 하여야 한다. 보수작업과 동시에 계약상대자는 당해 하자의 발생원인 및 기타 조치사항을 명시하여 발주기관에 제출하여야 한다(공사계약일반조건 제33조). 만일 계약상대자가 하자담보책임기간 중에 발생한 하자에 대해 계약담당공무원으로부터 하자보수요구를 받고도 이에 불응한 경우 하자보수의무를 보증하기 위한 하자보수보증금은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 국고에 귀속시키도록 규정되어 있다(국가계약법 제12조 제3항, 제18조, 공사계약일반조건 제34조 제2항).

그러나 하자보수보증제도의 '국고귀속 원칙'은 수급인의 하자보수의무를 담보하기 위한 본래의 기능은 살리지 못한 채, 발주자로 하여금 실제 하자보수 여부에 대한 관심보다 하자보수보증금의 일방적인 국고귀속을 통한 경제적 이익의 우선적 추구를 조장하게 할 가능성이 크다. 그 이유는 발주자가 발생한 하자현상에 대하여 수급인의 공사상 잘못으로 인한 것인지 여부에 대한 관심을 기대하기 어렵다는 점과 수급인도 하자보수에 과도한 비용이 들 경우 보수의무의 구속에서 가능한 한 빠르게 벗어나고 싶은 의사가 일반적이기 때문이라고 할 수 있다.

우선 공사상의 잘못에 기인한 하자여부와 발주자수급인의 선택을 중심으로 문제점을 살펴보기로 한다. 하자현상을 발견하게 되면 현행 하자관련 규정에 의할 경우 i)보수책임이 있는 하자('공사상의 잘못'이 있는 경우)와 ii)보수책임이 없는 하자('공사상의 잘못'이 없는 경우)인지를 먼저 판단해야 하겠지만, 대부분 이러한 부담은 수급인이 떠안게 된다고 볼 수 있다.

발주자는 '공사상의 잘못'이 있는 하자인지를 복잡하게 확인하는 절차를 갖기 보다는 일단 나타난 하자현상에 관하여 수급인에게 하자보수요구를 하게 될 것이고, 수급인이 '공사상의 잘못'이 없다는 이유로 하자보수책임을 다투면서 발주자의 하자보수요구에 불응하게 되면 하자보수보증금을 국고에 귀속시키고자 할 것이다. 이때 현행처럼 하자에 대한 정의규정이 분명하지 않고, 공신력있는 하자판정기구도 없으며, 실손보상의 원칙도 정립되어 있지 않는 상태에서 계약당사자 모두가 '보수책임이 있는 하자' 여부를 확정하기가 쉽지 않을 것이다. 또한 그 확정까지 상당한 시일이 소요될 것으로 보이기 때문에 수급인이 발주자의 보수책임이 없는 하자발생을 이유로 하자보수요구에 불응하면서 하자

보수보증금의 국고 귀속을 막는다는 것은 거의 힘들다고 할 것이다.

수급인의 입장에서 보더라도 ‘공사상의 잘못’에 기인한 하자가 발생하여 발주자로부터 하자보수의 요구를 받는 경우 하자의 심각성 여부나 규모 등을 감안하여 하자보수보증금 이상의 보수비용이 소요될 것으로 예상된다면 발주자의 하자보수요구에 불응하는 편이 유리하다고 판단할 가능성이 크다. 수급인은 다른 계약의 체결이나 자사 브랜드의 손상 등에 비중을 두지 않는 경우라면 일단 공사계약상의 하자보수의무로부터 벗어날 수 있게 하기 때문에 하자보수요구를 거부하는 선택으로 기울 수 있다. 물론 수급인이 하자보수 의무의 이행을 거부하면 발주자는 하자보수보증금을 국고로 귀속시키게 되고, 이에 따라 보증기관은 수급인을 상대로 구상권을 행사하게 될 것이므로 반드시 경제적인 측면에서 유리하다고 할 수는 없다.

그러나 수급인의 부도나 파산 등으로 인하여 재정적 부담이 큰 경우에는 하자보수의무의 이행을 거부하는 경향이 더욱 분명해질 것으로 보인다. 발주자가 하자보수 관련 예산의 지출이나 하자보수보증금의 직접사용 등을 통한 직접 하자보수에 나설 수도 있겠지만, 하자보수업체의 선정과 보수비용의 확정 등 절차가 복잡하고 시간소요 등 경제적 측면에서 발주자의 부담이 적지 않기 때문에 그 가능성은 크지 않을 것이다.

앞에서 살펴 본 발주자나 수급인 어느 측의 선택도 결국 하자보수의 이행을 확보하기 위한 하자보수보증제도의 근본적 취지는 상실되고, 대신 그 자리에 경제적 이익이나 하자보수에 따르는 현실적인 부담 회피를 우선함으로써 결과적으로 하자보수를 지연시키는 등의 문제점을 안고 있다. 하자보수가 원활하게 이루어지지 못한다면 하자보수를 위한 추가적인 발주가 요구된다든지 하자보수절차의 지연에 따른 시공목적물 이용이 제한을 받게 되어 국민이나 입주자의 이용에 따른 불편과 국가 경제적인 손실도 적지 않을 것이다. 나아가 안전사고의 위험에 노출될 가능성도 배제할 수 없다.

이처럼 수급인의 하자보수의무를 담보하기 위하여 현행 하자보수보증금의 국고 귀속을 원칙으로 하는 시스템은 본래의 제도적 취지는 확보하지 못한 채, 수급인으로 하여금 하자의 신속한 보수가 아닌 하자의 규모나 예상되는 하자보수비용을 감안하여 하자보수보증금으로 법적 의무를 우선 대체하고자 하는 수단으로 이용하는 등의 부작용이 초래될 우려가 크다고 할 것이다. 결국 수급인의 하자보수의무 이행을 담보하는 실질적 구속력

을 가지지 못한 채, 경제적 효율성만을 판단의 우선순위로 뒀으로써 하자보수의 필요성이나 긴급성이 후순위로 떠밀리게 되어 실질적인 하자보수효과를 기대하기 어려운 실정이라고 할 수 있다.

## 2) 하자보수의 당위성보다 경제적 이익여부를 우선하는 부작용

현행 하자보수보증금의 ‘국고 귀속’ 원칙은 실질적인 하자보수의무의 이행을 담보하고 있지 못할 뿐만 아니라 실제 손해발생액과 관계없이 보증금 전액을 국고에 귀속시키기 때문에 하자보수의무 위반에 대한 위약벌적 기능에 중점을 두고 있는 것으로 보인다. 최근의 대법원은 하자보수보증금의 법적 성격에 대해서 특수한 손해배상액의 예정이라고 보고 있기 때문에 ‘국고 귀속’ 원칙을 계속 유지해야 하는지 여부는 법리적 검토가 요구되고 있다.

그러나 수급인의 하자보수의무의 이행을 확보하기 위한 하자보수보증금제도가 하자보수의무의 불이행이 있을 때 하자보수를 위한 비용으로 사용되도록 되어 있지 않고 국고에 일괄적으로 귀속되는 것을 원칙으로 하는 현행 입법태도는, 하자발생의 규모나 심각성에 따라 발주자나 수급인 모두에게 경제적 이익의 우선적 고려라는 선택을 초래할 가능성이 크다.

하자보수의무의 이행과 하자보수보증금의 국고귀속에 따른 발주자 및 수급인의 예상되는 선택유형을 나누어보면 다음과 같다.

### ① 하자보수비용이 하자보수보증금보다 큰 경우

전체 계약금액의 2~5%로 되어 있는 공공공사의 하자보수보증금은 경미한 하자의 보수비용으로 사용하기에는 부족하지 않지만, 내력구조부에 하자가 발생하는 경우처럼 하자의 정도 및 범위에 따라 충분하지 못할 가능성도 있다. 만일 하자보수보증금이 실질적인 하자보수비용에 미치지 못할 경우 수급인의 하자보수의무를 담보하는 하자보수보증금의 본래적 기능은 수급인에 대한 심리적 압박 정도에 그치고, 보증기관의 구상권행사가 남아 있다고 해도 수급인의 하자보수이행 거부 또는 이행불능에 대한 대책으로서의 기능을 기대하기 어려운 실정이다. 왜냐하면 수급인은 하자보수로 인한 경제적 부담을

모두 안기보다는 납부한 하자보수보증금의 국고귀속을 통하여 하자보수의무로부터 벗어나고자 하는 선택을 하게 될 가능성이 크기 때문이다. 경우에 따라서는 발주자와의 다른 계약관계나 수급인의 신용 또는 브랜드 가치를 유지하기 위하여 경제적 부담을 안고서라도 하자보수의무를 이행하는 경우도 적지 않을 것이다. 다만 이런 경우는 하자보수로 인한 경제적 비용부담보다 신용 등의 유지가 더 큰 가치가 있다는 경영판단이 전제될 경우에 한정될 것이다.

이렇게 되면 결과적으로 발주자는 하자보수가 될 때까지 하자발생으로 인한 이용상의 불편은 물론이고 하자보수보증금을 초과하는 하자보수비용을 지출할 수밖에 없게 되어 추가적인 경제적 비용의 부담이 불가피해진다. 공공부문의 경우에는 시공목적물의 완전한 하자보수를 위해서 발주자의 추가적인 예산지출이 소요됨으로써 결과적으로 국민들의 조세부담이 증가하는 국민경제적 측면에서의 피해도 예상된다.

## ② 하자보수보증금이 하자보수비용보다 큰 경우

수급인의 하자보수의무 불이행시 국가계약법령에 의하면 하자로 인한 실제 손해발생액과 상관없이 원칙적으로 하자보수보증금을 국고에 귀속토록 규정하고 있는데, 하자보수보증금이 하자보수비용보다 큰 경우에는 국고귀속원칙이 적용되면 다음과 같은 문제점이 발생할 수 있다.

첫째, 하자보수보증을 인수한 보증기관의 부실화 가능성을 들 수 있다. 수급인의 하자 정도 및 범위가 경미한 경우에도 발주자의 실제손해액과 상관없이 보증금 전액을 국고에 귀속시킴으로써 보증기관에 과도한 부담을 안겨줄 가능성이 크고, 하자보수보증금의 '국고 귀속' 원칙은 하도급계약에도 원용되고 있어 보증기관의 부실화로 이어질 수 있다는 우려가 적지 아니하다. 보증기관이 보증채권자인 발주자에게 보증금을 지급한 경우 채무자인 수급인에 대하여 구상권을 가지는 것으로 되어 있기는 하다. 그러나 하자보수의무를 불이행하는 수급인을 상대로 한 보증기관의 구상권 행사가 얼마나 현실적으로 경제적 부담을 들어줄 수 있을 지는 의문이다.

둘째, 발주자의 부당이득과 도덕적 해이의 가능성을 들 수 있다. 수급인의 하자보수의무 불이행시 하자보수비용과 같은 실제 손해액과 상관없이 하자보수보증금 전액을 국고

에 귀속시킴으로 인해 발주자인 국가는 하자보수비용과 하자보수보증금간의 차액(하자보수비용을 초과하는 금액)에 해당하는 경제적 이득을 취하게 되는데, 이것은 부당이득의 성격을 갖고 있다고 하지 않을 수 없다. 실제 손해액을 초과하는 보증금의 국고 귀속은 제재수단으로 정해진 경우가 아니라면 정당한 근거를 갖지 못하기 때문이다. 국고 귀속되는 보증금의 규모가 크거나 이러한 경우들이 빈번하게 반복되고 지속된다면 발주자는 계약상대자의 채무불이행을 조장하는 도덕적 해이(moral hazard)로 빠져들 가능성을 부인할 수 없다.

〈표 3-10〉 하자보수보증금과 실제 하자보수비용의 상관관계와 그 파급효과

구 분	하자보수보증금 > 실제 하자보수비용	하자보수보증금 < 실제 하자보수비용
예상되는 부작용	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 발주자의 하자보수 요구 증가</li> <li>- 보증금 국고귀속에 따라 보증기관의 부담 증가가능성</li> <li>- 발주자의 초과이익 귀속에 대한 정당성 시비 제기 우려</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 수급인의 고의적인 하자보수 거부</li> <li>- 보증금 국고귀속에 따라 보증기관의 부담 경감</li> <li>- 발주자의 차액부담 불가피</li> </ul>

하자가 발생한 경우에 하자의 현상이나 정도, 범위 등에 따라 실제 하자보수에 필요한 비용은 천차만별일 수밖에 없고, 그로 인해 하자보수비용과 하자보수보증금이 정확하게 일치되기는 어렵다. 하자보수보증금이 하자보수비용을 상회하는 경우 발주자가 이러한 차이로 인해 경제적 이익을 얻는다면 발주자가 계약상의 우월적 지위를 이용하여 부당하게 이득을 얻고 있다는 등에 대한 정당성 시비를 야기시킬 수 있어 상당한 부담으로 작용할 수 있다. 반대로 하자보증금이 하자보수비용에 미치지 못할 경우에는 발주자가 추가적인 비용부담을 안아야 한다.

보증기관의 입장에서도 하자보수보증금이 실제 하자보수비용을 초과하는 경우에는 국고귀속에 따른 경제적 부담이 증가할 수밖에 없고, 더욱이 하자보수와 같이 판단기준이나 실제 손해의 범위 및 규모 파악이 용이하지 않은 현재의 법제도하에서 수급인이 보증기관의 구상권행사에 비협조적이거나 거부하는 경우에는 시간상·절차상의 노력이 투입되어야 하는 등의 현실적인 어려움이 예상되어 보증부실화의 원인으로 작용할 우려도 배제할 수 없는 실정이다.

따라서 현행 하자보수보증 시스템은 계약당사자 모두에게 실질적인 하자보수의 이행에 대한 관심보다 하자보수에 소요되는 비용과 하자보수보증금을 비교하여 경제적으로 유리한 선택에 치중하는 경향을 만들어낼 뿐만 아니라 계약당사자나 보증기관 모두에게 불이익을 주는 구조라고 할 수 있다. 발주자로서도 하자보수의무 이행요구에 불응하는 수급인으로 인해 보증금의 국고 귀속이 일부 경제적 이익이 될 수도 있지만, 발주자에 대한 정당성 시비나 경제적 측면에서의 부담으로 되돌아올 가능성이 오히려 크다는 점에서 현행 하자보수보증 시스템은 결코 바람직한 구조라고 하기 어렵다.

## (2) 실손보상 원칙과도 부조화

### 1) 하자보수보증금의 법적 성격에 대한 판례의 태도변화

공공공사의 경우 하자의 발생과 수급인인 계약상대자의 하자보수 의무불이행은 하자보수보증금의 국고 귀속 원칙을 명시하고 있다는 점에서 이러한 하자보수보증금의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인가는 이러한 원칙의 적정성과 실손보상 원칙의 도입 여부를 판단하는 데 있어서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 수급인의 하자보수의무의 불이행을 이유로 실제 손해액을 초과하는 보증금까지 국고에 일괄 귀속시키는 것은 채무불이행으로 인한 손해배상을 넘어서는 것으로 일종의 제재수단으로 이해하지 않으면 그 정당한 근거를 찾기 힘들기 때문이다. 법원은 하자보수보증금의 법적 성격에 대하여 그 동안 위약벌(違約罰) 내지 제재금(制裁金)으로 보는 입장과 손해배상액의 예정으로 보는 입장, 그리고 특수한 손해배상액의 예정이라는 입장 등으로 나누어지고 있다.

아래에서는 민간공사 및 공공공사의 하자보수보증금에 대한 법원의 입장이 어떻게 바뀌고 있으며, 이러한 입장 변화가 확고한 기본원칙으로 자리잡고 있는 것인지를 확인해보기로 한다.

#### ① 위약벌 내지 제재금설

건설회사가 지방자치단체와 체결한 공사도급계약서에서 약정한 하자보수보증금은 위도급계약상의 수급인의 하자보수책임의 이행을 간접적으로 강제하고 수급인이 동 책임을

이행하지 아니하는 경우에는 그에 대한 제재로서, 동 금원을 지방자치단체의 소유로 귀속시키기로 하는 이른바 위약벌 내지 제재금에 해당한다는 입장이다.<sup>19)</sup>

## ② 손해배상액의 예정설

도급계약서 및 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임기간중 도급인으로부터 하자보수 요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때, 이 하자보수보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위 약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장입장되어야 한다.

도급계약의 내용으로 되어 있는 공사계약일반조건에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 하자보수보증금이 도급인에게 귀속한다고만 규정되어 있을 뿐 이와 별도로 도급인이 입은 손해에 대하여는 따로 배상하여야 한다는 취지의 규정이 있지도 아니하고, 오히려 도급계약상 도급인이 하자보수를 위하여 실제로 지출한 비용이 수급인이 예치한 하자보수보증금을 초과하더라도 그 이상의 책임을 수급인에게 물을 수 없다면 하자보수보증금의 귀속규정은 수급인이 하자보수보증의무를 이행하지 아니하는 경우 그 보증금의 몰취(沒取)로써 손해의 배상에 갈음한다는 취지로서 하자보수보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 것이라는 입장이다.<sup>20)</sup>

## ③ 특수한 손해배상액의 예정설<sup>21)</sup>

공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 ‘수급인이 하자담보책임 기간 중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다’는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이다. 다만 하자보수보증금의 특성상 실제 손해가 하자보수보증금을 초과

19) 대법원 1998.1.23. 선고 97다38329 판결

20) 대법원 2001.9.28. 선고 2001다14689판결

21) 대법원 2002.7.12. 2000다17810, 대법원 2002.7.12. 선고 99다68652판결

하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실제 손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다는 입장이다.

#### ④ 소결

하자보수보증금의 법적 성격에 대한 대법원의 판단이 변화하고 있다는 것은 현행 하자보수보증금제도의 시행과정에서 다소간의 혼란을 야기시킬 여지가 있다. 다만, 이러한 대법원의 입장 변화가 시차를 두고 등장하고 있다는 점과 가장 최근의 판례는 특수한 손해배상액의 예정으로 보고 있다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다.

위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약별로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입장되어야 한다는 것과 하자보수보증금의 특성상 실제 손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실제 손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있다고 한다면 기본적인 대법원의 시각은 실손보상의 개념을 포함시킨 손해배상액의 예정으로 구성하고 있는 것인 아닌가한다.

이러한 분석을 바탕으로 한다면, 실제의 손해와 상관없이 보증금 전액을 발주자에게 귀속시키는 현행 하자보수보증금의 국고 귀속 원칙은 보증금의 성격을 채무불이행에 대한 제재의 성격을 지닌 위약금(違約金)으로 보고 있다는 점에서 대법원의 최근 입장과의 조화를 이루기 어려울 것으로 보인다. 하자보수보증금이 채무불이행에 대한 제재로서의 성격을 가지고 있다는 점은 전면적으로 부인하기는 어렵다. 그러나 최근 대법원의 입장과 같이 기본적인 법적 성격을 채무불이행으로 입은 손해의 배상, 즉 민법상 손해배상액의 예정에 해당한다고 본다면 하자보수의무의 불이행시 보증금의 전액 국고귀속원칙은 형평성과 법리적 타당성 측면에서 적절치 않은 것이다.<sup>22)</sup>

22) 기본적인 법적 성격이 채무불이행으로 입은 손해의 배상, 즉 민법상 손해배상액의 예정에 해당한다면 하자보수보증금은 하자보수를 통한 실제 손해의 전보에 충당되도록 하는 것이 적절함. 대법원은 민간공사의 사례에 있어 보증금을 손해배상 예정의 성격인 위약금으로 간주하고 실제 손해 부분에 한해서 배상하도록 판결한 바 있음[95다28526 : 1995.12.12.].

## 2) 하자보수 관련 실손보상 원칙의 부재

공사계약의 기본적 목적은 계약당사자간 합의내용을 바탕으로 원활한 공사수행을 통해서 하자 없는 시공목적물의 완성과 이용에 있다고 할 것이다. 이를 위해서는 책임시공이 선행되어야 하는 것은 물론이고, 하자가 발생된 경우에도 신속하고 원활한 처리가 뒤따라야 하며 이를 위하여 수급인의 하자보수의무를 부여하고 있는 것이다. 수급인이 하자보수가 어려울 때를 대비한 보증기관 또는 연대보증인의 하자보수보증의무도 이런 맥락에서 바라보아야 한다.

하자에 정도의 차이가 있을 수 있지만 복잡적이고 복잡한 공정을 거치는 공사계약의 특성상 하자발생가능성이 점차 높아지고 있는 현실을 감안할 때, 하자보수보증제도가 하자발생과 하자보수의무의 충실한 이행을 담보하기 위한 장치로서 마련된 것이라면 보증금은 실제 하자보수에 소요된 비용이나 손해배상의 산정액을 전제로 하는 것이 마땅하다고 할 것이다. 그러나 하자보수를 위한 후속처리와 관련하여 현행 법령상의 규정은 하자의 실질적인 보수 또는 하자로 인한 실제 손해의 배상에 초점을 두지 않고, 발주자의 하자보수요구를 수급인이 거부할 경우 보증금이 일괄적으로 국고에 귀속된다는 내용이 중심이 되고 있다. 이러다 보니 하자보수를 위한 보증금의 직접사용이나 보증대행업체 혹은 보증기관에 의한 하자보수 등은 하자보수보증제도의 운영을 위한 보조 장치에 불과한 형편이어서 실질적인 하자보수를 위한 다양한 선택이 마련되어 있지 않은 실정이다.

물론 실손보상이 이루어지지 않고 있는 현실이 하자보수보증금의 국고귀속원칙에만 단순히 기인하는 것은 아니며, 하자발생에 따른 하자판정기구의 부재로 인하여 하자의 판단이나 범위 및 규모 등을 공신력 있게 결정 내려줄 수 있는 제도적 환경이 구성되지 못한 점도 중요한 원인을 차지하고 있다. 실제 발주자가 공사계약의 이행을 통해서 원하는 것은 하자 없이 준공하여 온전하게 시공목적물을 인수하는 것과 본래의 기능에 맞는 이용일 것이며, 불가피하게 하자가 발생한 경우에도 공사계약에서 합의한 바와 같이 가능한 한 신속하게 하자보수가 이루어지기를 희망한다고 보아도 무리가 아닐 것이다.

그러나 하자보수보증금의 국고귀속 등 ‘금전배상(金錢賠償) 원칙’에 입각하고 있는 현행 하자보수보증금제도는 충분한 하자보수가 이루어질 수 있는 제도적 환경 구축이 어려

위 발주자의 진정한 의사를 충족시킬 수 없게 되는 한계점을 부인하기 어렵다. 결국 ‘국고귀속 원칙’은 하자보수보증금이 발주자가 입은 손해를 초과하는 경우 부당이득의 문제가 발생하고, 하자보수보증금을 초과하는 손해를 입은 경우에도 이를 담보할 방법이 현재로서는 없다는 문제점도 안고 있다. 하자의 실손보상이 아니라 하자보수보증금의 국고귀속이 하자보수보증제도의 중심이 되다보니 하자발생 및 보수과정에서도 실질적인 하자 보수 여부보다 경제적 비용의 지출 등으로 인한 손익여부를 우선할 가능성을 배제할 수 없다. 이로 인해 ‘moral-hazard’의 확산과 하자보수제도 본래 취지의 손상을 우려하지 않을 수 없는 것이다.

### (3) 현행 하자보수를 위한 역무적 보증이행방식의 적용상 한계

도급받은 공사의 계약상 의무를 수급인이 이행하지 못하는 경우 수급인을 대신하여 계약이행의무를 부담하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 일정금액을 납부할 것을 보증하는 것이 공사이행보증제도이다. 공사이행보증금은 현금 납부 외에 보증기관의 보증서 제출로 대신할 수도 있는 데, 보증서가 제출되어 있는 경우에는 수급인인 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 않으면 발주자인 계약담당공무원은 보증기관으로 하여금 보증서에 기재된 사항에 따라 보증채무를 이행하게 하여야 한다. 공사이행보증제도의 보증채무 이행방법은 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하는 경우를 제외하고 보증기관이 보증이행업체를 지정하여 당해계약을 이행하게 하는 ‘역무적 보증이행(役務的 保證履行)’이 원칙이다(정부입찰·계약집행기준 제41조, 제44조).

이때의 공사이행보증에서의 보증채무에는 원칙적으로 하자담보채무가 포함되지 않지만, 계약체결시 하자담보채무에 대하여 별도의 특약을 체결한 때에는 하자담보채무의 보증채무 이행방법을 역무적 보증이행 방식으로 할 수 있도록 허용하고 있다(정부입찰·계약집행기준 제43조 제2항). 다만 보증기관이 보증이행업체의 선정권한을 갖고 있다 해도 보증이행업체의 지정시 보증이행업체의 자격요건에 대해서 계약담당공무원의 승인을 얻어야 한다는 제한이 포함되어 있다.

공사이행보증의 채무이행방법이 보증이행업체에 의한 역무적 이행을 기본으로 하고 있다는 점에서 하자담보채무를 포함하는 특약이 용이하다면 앞서 살펴 본 현행 하자보수보

증금의 국고 귀속 원칙에서의 각종 문제점을 개선할 수 있는 보완기능을 통해 실효성 있는 하자보수를 기대해볼 여지가 있을 것이다. 그러나 공사이행보증제도를 활용한 하자보수의 역무적 보증이행은 하자담보채무를 공사이행보증채무에 포함시키는 특약과 보증이행업체의 지정에 따른 계약담당공무원의 승인 등과 같은 요건이 함께 선행되어야 하므로 현재와 같이 하자보수 불이행에 따른 보증금의 국고귀속이 하자보수비용을 초과할 가능성이 클 경우에는 현실화되기 쉽지 않은 실정이다.



## 제4장

# 미국 등 선진국의 하자보수보증제도

### 1. 미국<sup>23)</sup>

#### (1) 서론

미국의 건설공사에서는 공사완성 이후부터 통상적으로 1년의 하자담보책임기간을 정하고 있으며, 이 기간 동안에 수급인은 하자보수의 의무를 계약상 부담하고 있다. 특히 일정한 기준 이상의 공사에서는 수급인의 하자담보책임에 대하여 보증회사에 의한 하자보수보증제 성립되어 있으며, 수급인이 하자보수의무를 이행하지 않는 경우 보증회사가 수급인을 대신하여 하자보수를 한다.

하자담보책임은 공공부문과 민간부문을 가릴 것 없이 상당수의 건설공사계약에 포함되어 있으며, 각 발주자는 공사의 종류나 규모, 특수성 등을 기준으로 하자보수보증을 부과할 것인가를 정하고 있다. 하자보수보증은 국내의 공공부문과 유사하게 통상적으로 이행보증의 특약으로서 다루어지고 있지만, 하자담보책임기간이 장기로 된 경우에 맞추어 유지관리책임을 가미한 별도의 하자보수보증도 있다.

#### (2) 근거법

##### 1) 연방조달규칙(FAR : Federal Acquisition Regulation)

연방조달규칙(FAR; Federal Acquisition Regulation)은 § 46.7에서 ‘보증(Warranty)’을 ‘계약에 따라 제출된 공급물 또는 서비스의 성질, 실용성 및 조건에 관하여 계약자가 정부에 제공하기로 한 약속 또는 확인’으로 정의하고 있다(FAR § 46.701).

23) 일본의 (재)건설경제연구소 제21차 미국조사 자료 ‘米國の瑕疵擔保保證制度’를 참고하여 재정리함 (<http://www.rice.or.jp/j-home/j-menu>).

또한 일반조항(FAR § 46.710(e)(1))에서는 수급인의 하자담보책임을 다음과 같이 규정하고 있다.

a. 정부계약에 있어 수급인의 하자담보의 목적은 (1) 하자 항목에 관한 수급인 및 정부의 권리의무를 명확히 하며, (2) 품질성능을 강화하는데 있음.

b. 일반적으로 하자담보는 (1) 정부에 의해 공급 또는 서비스 인수에 관련한 다른 계약상의 요구와 상관없이 하자보수를 위한 계약상의 권리를 규정하고, (2) 하자보수에 관한 계약상의 권리를 확립하기 위하여 정부가 승인 후 정해진 기간이나 용도 및 대상이 되는 사유를 규정함.

c. 정부에 대한 하자담보비용에 상응하는, 하자담보로 얻어지는 이익(급부)에 대해 규정함.

또한 동 규칙 § 46.710(e)(1)에서는 건설공사의 경우 52.246-21에서 규정한 보증조항을 계약약관에 삽입할 수 있는 것으로 하고 있으며, 52.246-21에서 정하고 있는 ‘건설공사의 보증’조항은 하자담보기간을 ‘완성 후 1년간’으로 명시하고 있다. 연방정부의 발주공사에서는 FAR규정을 바탕으로 하여 도급계약서에 하자담보책임 및 보증요구에 관한 조항을 규정함으로써 하자담보 및 보증제도를 운용한다.

〈표 4-1〉 FAR 52.246-21 건설공사의 보증

46.710(e)(1)조항에 따라 계약담당관은 고정가격의 건설계약이 검토되거나 하자담보조항의 적용이 소정의 절차에 따라 승인된 때에는 요청 및 계약에 따라 다음 조항을 삽입할 수 있다.

- (a) 이 계약에서 기타 하자보증 조항 외에 수급인은 (i)조항을 제외하고, 이 계약에서 이행할 채무가 계약조건에 적합하고, 동시에 설비, 자재, 설계도서, 원도급·하도급·자재회사에 의한 시공내용에 결함이 없음을 보증한다.
  - (b) 이 하자담보는 공작물의 최종인도일로부터 1년간 지속되어야만 한다. 만약 정부가 공작물의 최종인도일 전에 당해 공작물의 일부를 점유한 경우에는 하자담보 기간은 그 점유일로부터 1년간으로 한다.
  - (c) 수급인은 공사의 부적합 또는 하자에 대해 수급인의 비용부담으로 보수해야 하며, 또한 수급인은 정부가 소유 또는 관리하는 동산부동산에 대한 손해가 다음의 결과로 된 경우에는 당해 손해를 보수해야 한다.
    - (1) 수급인이 계약조항을 위반한 경우
    - (2) 설비, 자재, 설계도서, 시공내용에 하자가 있는 경우
  - (d) 수급인은 이 조항에서 정한 기간 및 조건에 해당할 경우 공작물의 손해를 보수해야 한다. 공작물의 보수나 복원에 관한 수급인의 하자담보는 보수일로부터 1년간 지속되는 것으로 한다.
  - (e) 계약담당관은 결함, 하자 또는 손해를 발견한 후에는 적절한 기간 내에 서면으로 수급인에게 이를 통지하여야 한다.
  - (f) 적절한 기간 내에 통지를 받은 후에도 수급인이 결함이나 하자 등의 보수를 이행하지 않는 경우 정부는 수급인의 비용부담으로 당해 하자 등의 보수를 행할 권리를 갖는다.
  - (g) 이 계약상의 시공 및 자재에 관한 하수급인, 제조업자, 자재업자로부터의 명시적 또는 묵시적인 전체 하자담보에 대하여 수급인은,
    - (1) 통상의 상거래에 의해 발생한 전체의 하자담보를 해야 한다.
    - (2) 계약담당관의 지시를 받은 경우에는 정부의 이익확보를 목적으로 전체의 하자담보를 서면으로 증명할 것을 요구하여야 한다.
    - (3) 계약담당관의 지시를 받은 경우에는 정부의 이익확보를 목적으로 전체의 하자담보를 실행해야 한다.
  - (h) 이 조항의 (b)에서 정한 수급인의 하자담보기간이 경과된 경우에는 정부는 하수급인, 제조업자, 자재업자의 하자담보 이행을 요구하는 소송을 제기할 수 있다.
  - (i) 당해 하자가 수급인, 하수급인, 자재업자 등의 과실에 의한 것이 아닌 경우에는 수급인은 관급자재나 설계도서를 보수할 책임이 없다. 또한 관급자재 또는 설계도서의 하자에 의한 손해에 대해서는 보수할 책임이 없다.
  - (j) 이 하자담보는 잠재적 결함, 중대한 실수 또는 부정행위와 관련된 완성 검사 및 인도 조항에서의 정부의 권리를 제한할 수 없다.
- (보충조항)
- 정부가 계약에서 특정 플랜트 제품이나 설비를 지정한 경우 계약담당관은 아래 (k)조항을 추가하는 것으로 한다.
- (k) 정부에 의해 지정된 플랜트제품이나 설비에 있어서 설계 및 제품상의 하자는 당해 하자담보의 대상에 포함되지는 않는다. 이 경우 수급인은 하수급인, 제조업자의 플랜트 설비의 당사자가 서면으로 직접 정부에 하자담보를 제출하도록 요구해야 한다.

## 2) 밀러법 (The Miller Act)

연방정부가 발주하는 공사계약의 보증을 요구하는 법률로서는 밀러법(The Miller Act : 40 U.S.C 270a-270f, 1935년 제정)이 많이 알려져 있다. 이 법률에서는 수급인이 보증을 제공하도록 요구하고 있다. 보증서를 발행하는 보증회사는 연방재무성이 매년 발행하는 등록목록에 등록되어 있어야만 한다.

밀러법에서는 연방정부가 발주하는 10만 달러 이상의 공사계약에서 발주자가 입은 손해를 보호하기 위하여 다음과 같은 내용의 보증서 제출의무를 부여하고 있다.

- i) 계약담당관이 필요하다고 인정하는 '이행보증'(일반적으로 보증금액은 도급금액의 100%)
- ii) 자재와 노무의 공급을 보호하는 독립된 '지불보증'(보증금액은 계약조항에 있는 지불가능한 총액과 동일하게 해야 하며, 이행보증의 보증금액보다 적게 할 수 없음)

동법은 하자보수보증에 관한 규정은 아니며 보증의 직접적인 규정은 없지만, 하자보수 보증의 대부분이 이행보증의 특약으로서 취급되고 있기 때문에 간접적이기는 하지만 관련성이 크다고 할 수 있다<sup>24)</sup>.

## 3) 주(州)정부 발주공사

주정부에서는 연방법에 준하여 각주마다 독자적으로 「소밀러법(Little Miller Act)」이라고 불리는 주법을 통해 보증제도를 규정하고 있지만, 연방정부의 밀러법에서와 마찬가지로 하자보수에 관한 별도의 규정을 두고 있지는 않으며 주 자체의 조달규칙에 따라 하자담보조항을 정하고 있다.

## 4) 민간발주공사

민간공사의 하자담보책임을 규정한 법령 등은 없으며, 다만 미국건축가협회(AIA), 미국건설업협회(AGC), 토목공통계약서협의회(EJCDC) 등의 기관에서 공표하고 있는 도급

---

24) 국내 '정부입찰-계약집행기준'에서도 하자담보채무에 대하여 별도의 특약을 체결한 때에는 공사이행보증계약의 보증채무에 포함됨(기준 제43조 제2항).

계약약관에서는 하자담보에 관한 규정이 있다. 이들 계약약관은 민간공사에 광범위하게 이용되고 있기 때문에 계약약관을 사용함으로써 일반적으로 1년의 하자담보기간이 설정되는 것으로 한다.

#### 〈표 4-2〉 AIA A201 도급계약약관

<p>3.5 하자담보</p> <p>3.5.1 수급인은 발주자 및 설계자에 대해 (1)계약에 따라 공급된 자재와 설비가 계약서에서 특별히 요구 또는 허가가 없는 이상 양질의 신규물품일 것, (ii) 시공시 고유한 품질 이외의 하자가 없을 것, (iii) 시공내용이 계약서에 적합할 것 등을 보증함.</p> <p>이들 조건에 적합하지 않는 시공은 불완전 시공으로 봄.  수급인이 하자담보책임을 부담할 경우에도 목적물의 부정사용이나 발주자에 의한 변경, 부적당하거나 불충분한 유지관리, 정상적인 감가, 정상적인 사용 중에 발생한 손상이나 결함에 대해서는 보수의무가 없음.  설계자의 요구가 있는 경우 수급인은 자재나 설비의 품질에 관하여 만족할 만한 증거를 제공하여야 함.</p>
---

버지니아주에서는 AIA, AGC, CEC(컨설팅 엔지니어협회), VSPE(전문 엔지니어협회) 등의 단체가 공동위원회를 만들어 ‘건설산업 가이드라인’을 작성하고, 민간발주자에게 다양한 계약방식의 활용이나 건설계획, 입찰계약, 시공 및 공사완성에 이르기까지의 일정한 규정의 보급에 노력하고 있으며, 동시에 위에서의 계약약관의 사용을 권장하고 있다.

#### 5) 보증제출 조항

앞서의 규칙이나 계약 등에서 정해진 하자담보조항이 있지만, 하자담보기간 중 수급인의 하자보수의무를 보증할 보증서의 제출에 대해서는 도급계약서의 일반조항 중 이행보증조항에서 다루거나 또는 일반조항에 붙어있는 특별조항에서 별도로 정하는 사례가 많다.

### 〈표 4-3〉 콜로라도주 덴버시 도급계약약관

#### (TITLE 15 - 이행보증 및 지불보증)

##### 1502 이행보증

- 수급인은 계약조건을 엄수하고 당해공사의 이행 및 완성을 성실히 보증하기 위해 수급인과 보증회사간에 서명된 이행보증을 확보해야 한다.
- 이행보증은 계약기간 및 하자담보기간 내에 결함 또는 용인하기 어려운 것으로 보이는 시공부분 전체를 보수 또는 교환할 것을 보증해야 한다.
- 이 보증은 계약금액의 100%를 담보해야 한다.
- 수급인은 계약서에 포함된 이행보증양식을 사용해야 한다.

### (3) 대상공사와 기간

#### 1) 대상공사

연방발주공사의 경우는 밀러법 및 연방조달규칙에 따라 도급금액 10만 달러 이상인 공사에 대해 이행보증 제출이 의무화되어 있다. 주(州)정부 발주공사에 대해서도 각 주의 소밀러법 및 준거법·규칙에 따라 이행보증에 대해 정하고 있다. 하자담보책임에 관해서는 법령이나 규칙 또는 도급계약서에 원칙적으로 1년의 하자담보기간을 규정하고 있으며<sup>25)</sup>, 이 하자담보책임을 담보하기 위하여 하자보수보증제도 마련되어 있다.

하자보수보증은 통상 이행보증과 연계하여 발행되며, 대부분 이행보증약관에 포함되어 있다. 발주자에 따라서는 하자보수보증을 이행보증으로부터 분리하여 발행할 것을 의무화하고 있는 경우도 있지만, 그 외에는 이행보증에 의해 자동적으로 당해 도급계약상의 하자담보책임이 보증되고 있다. 따라서 1년의 하자담보기간이 설정된 경우 하자보수보증의 대상공사는 각 발주자의 이행보증대상 공사에 대부분 준하고 있는 실정이다.

25) 연방정부의 발주공사에 있어서는 계약금액 2,500달러 이상의 공사를 대상으로 수급인의 하자담보책임이 부과되고 있음.

〈표 4-4〉 각 주(州)별 이행보증 대상공사

주명	대상공사	주명	대상공사
알라바마	5만불 이상	몬테나	2.5만불 이상 교육관련 7,500불 이상
알래스카	5만불 이상	네브라스카	5,000불 이상
아리조나	1만불 이상	네바다	3.5만불 이상
알칸소	2만불 이상	뉴햄프셔	2.5만불 이상
캘리포니아	2.5만불 이상	뉴저지	주발주 20만불 이상, 기타관할 10만불 이상
콜로라도	5만불 이상	뉴멕시코	2.5만불 이상
코네티컷	5만불 이상	뉴욕	5만불 이상
델라웨어	5만불 이상	노스캐롤라이나	10만불 이상
플로리다	10만불 이상	노스다코타	10만불 이상
조지아	4만불 이상	오하이오	1만불 이상
하와이	2.5만불 이상	오클라호마	1.35만불 이상
아이다호	공사내용 규모 등에 따라 결정	오레곤	검사국의 판단에 따라 보증 및 담보면제 가능
일리노이	공사내용 규모 등에 따라 결정	펜실베이니아	5,000불 이상
인디애나	교통관련 10만불 이상 기타 15만불 이상	로드아일랜드	500불 이상
아이오와	2.5만불 이상	사우스캐롤라이나	교통관련공사 1만불 이상 기타 10만불 이상
캔사스	교통관련 1,000불 이상 기타 4만불 이상	사우스다코타	2.5만불 이상
캔터키	2.5만불 이상	테네시	10만불 이상
루이지애나	5,000불 이상	텍사스	2.5만불 이상
메인	10만불 이상	유타	법률상 규정 없음
메릴랜드	10만불 이상	버몬트	교통관계공사만 적용 계약담당이 결정
메사추세츠	5,000불 이상 지방정부공사는 2,000불 이상	버지니아	10만불 이상
미시간	5만불 이상 (교통국 발주공사 제외)	위싱턴	10만불 이상 또는 5만불 이상
미네소타	1만불 이상 교통관련 7.5만불 이상	웨스트버지니아	법률상 규정 없음
미시시피	2.5만불 이상	위스콘신	1만불 이상
미주리	2.5만불 이상	와이오밍	7,500불 이상

## 2) 하자담보책임기간

건설공사의 도급계약에서는 통상적으로 ‘적절한 기간’ 내에 클레임이 발생하지 않는 한, 건설구조물의 하자를 원인으로 한 피해에 대한 발주자의 권리를 면제하고 있다. ‘적절한 기간’에 대한 예외로서 공사완성 후 통상적인 사용이나 유지관리를 하고 있는 중에 발주자에 의해 수급인의 부실시공에 기인한 하자가 발견된 경우 계약이나 법령에서 정한 장기(長期)의 하자담보책임기간과는 관계없이 발주자는 수급인에 대해 하자보수를 요구할 권리가 있다. 상당수의 건설계약에서 수급인은 실질적으로 공사가 완성 또는 인도검사 후의 일정기간 내에 발주자로부터 확인된 하자를 보수할 의무를 부담한다.

하자담보기간에 관해서는 설비공사 등 특정 공종에 있어서는 5년이 설정되는 경우도 있으나 보통은 1년이다. 미국보증협회(SAA)에 의하면 최근 발주자는 3년, 5년, 7년의 하자담보기간을 요구하는 경향이 있는 것으로 보고 있는데, 보증이 수급인의 유지관리능력을 보증하지만 5년이나 7년에 앞서 기업의 경영을 평가한다는 것이 어렵고 보증리스크도 증가하고 있기 때문에 보증을 거부하는 경우도 적지 않은 것으로 밝히고 있다. 수급인은 발주자의 통고에 따라 하자담보기간 내에 발견된 하자를 자체 자신의 비용부담으로 보수하여야 한다. 대부분의 경우 적절한 기간을 ‘하자담보기간’으로 하고 있기 때문에 기한 도래 후의 수급인의 추가책임을 면제하고 있다.

## 3) 주별 사례

버지니아주(Virginia State)의 공공공사 도급계약의 경우, 하자보수에 대한 담보기간을 건조물의 완공인도시부터 기산하여 1년 이내로 하고 있다. 이러한 하자담보기간은 건조물의 존속기간(내구년수), 건조물의 성격, 당해공사에 대한 관례 등에 따라 계약담당관이 각 공공공사 도급계약마다 결정하고 있으며 (FAR 46.706(b)(3) 보증기간), 대부분 1년간으로 한다. 예외적으로 지붕공사나 도로포장공사에서는 하자담보기간이 1년을 초과하는 사례도 있으며, 1년을 초과하는 하자담보기간이 설정되는 경우에는 실제공사를 실시한 하수급인이 수급인을 대신하여 발주자에게 직접 하자보수보증을 제공하고 있다.<sup>26)</sup>

오하이오주(Ohio State)에서는 주법에 따라 주 교통국이 발주하는 공사 중 2년 이상의

---

26) 지붕공사의 경우 품질보증의 형태로 10년 정도의 장기 하자보수보증을 하는 경우도 있음.

하자담보기간을 요구하는 공사를 연간 발주 건수의 20% 이내로 억제하고 있다. 구체적으로 살펴본다면, 신설도로의 포장공사는 7년 이내, 포장보수공사는 5년 이내, 교량도장·라인마킹·가이드레일 및 발주자가 특별히 지정한 공사는 2년 이내로 규정하고 있다.

#### 4) 연방도로청(FHWA) 보조사업의 하자보수보증

연방도로청 보조사업 계약방식의 하나로써 이용되고 있는 보증조항(Warranty Clause)은 수급인이 하자보수보증서를 제출하여 공사완료 후 일정기간 동안 그 품질을 보증하는 것으로 한다. 대상공사로서는 아스팔트 포장, 교량 도장 등이 있으며, 보증기간은 지붕이나 교량의 경우는 2~10년 정도, 도로의 요철이나 포장에 대해서는 2년 정도이다. 공사완공 후에는 교통국에서 정기적으로 검사를 하며, 만약 기간 내에 손상이 있으면 수급인이 보수의무를 부담한다.

〈표 4-5〉 미연방도로청 보조공사 제품별 하자담보책임기간

제 품	하자담보기간	도입 주
아스팔트 콘크리트/ 고무아스팔트	3~8년	앨라배마, 캘리포니아, 콜로라도, 플로리다, 인디애나, 메인, 미시간, 몬테나, 미시시피, 오하이오, 뉴멕시코, 유타, 위스콘신
아스팔트 균열 보수	2년	미시간
시멘트 콘크리트 포장	5~10년	켄터키, 메인, 미시시피, 위스콘신, 미시간, 유타
교량구성부품·자재	5~10년	워싱턴, 메인, 뉴멕시코
교량도장	2~10년	인디애나, 메사추세츠, 메릴랜드, 메인, 미시간, 뉴햄프셔
침·실링	1~2년	캘리포니아, 미시간
ITS구성부품/건축	2~3년	버지니아, 노스캐롤라이나
조경·관개	1년	와이오밍
Microsurfacing	2년	콜로라도, 미시간, 네바다, 오하이오
포장로의 라인	2~6년	플로리다, 몬테나, 오레곤, 펜실베이니아, 유타, 웨스트버지니아
표지	7~12년	웨스트버지니아
지붕	10년	하와이

〈표 4-6〉 미국의 각주(州)별 도로관련공사의 하자보수보증 규정

주 명	제 품	지불방법/보증
앨라배마	아스팔트	도급금액의 일정비율 보증 계약액의 10% 유보금을 8년간 담보 후 지불
캘리포니아	고무아스팔트	도급금액의 10%상당 보증 계약금액의 10%인 유보금을 5년간 담보 후 지불
콜로라도	아스팔트	50mm 오버레이 포장, 교통정리비용을 커버하는 보증 으로서 최대 25,000천불
플로리다	아스팔트포장 마킹	25mm 오버레이 포장비용을 커버하는 보증
인디애나	아스팔트교량도장	25mm 오버레이 포장비용을 커버하는 보증
메인	Bath Woolwich Bridge(공사명)	1,000만 달러 보증
메릴랜드	교량도장	도급금액의 100% 상당 보증
미시간	아스팔트	도급금액의 10% 상당 보증
	AC Overlay	도급금액의 100% 상당 보증
	교량도장	도급금액의 20% 상당 보증
	Chip Seal/ Microsurfacing/ Crack Treatment	도급금액의 100% 상당 보증
미주리	고무 아스팔트	도급금액의 100% 상당 보증
노스캐롤라이나	ITS 구성부품	100만 달러 보증
오하이오	아스팔트	5년간 보수 및 오버레이 포장비용에 상당하는 보증 (인플레이션 고려) 교통정리나 마킹비용 포함.
	Microsurfacing	도급금액의 75% 상당 보증
펜실베이니아	포장 마킹	도급금액의 50% 상당 보증
유타	포장 마킹	50만불 보증 또는 자재설치 비용
웨스트버지니아	포장 마킹	도급금액의 100%상당 보증
위스콘신	아스팔트	오버레이 포장, 노건보수비용에 상당하는 보증으로 서 10만불까지

## 5) 중소기업청(SBA)의 하자보수보증<sup>27)</sup>

미 중소기업청(The U.S. Small Business Administration)은 연방정부와 보증업계의 관민상호협력체제로 소규모 중소기업자나 소수인종인 수급인에게 입찰참가 기회를 증진시키기 위하여 1971년에 창설된 시범(pilot) 사업의 발전형태인 'Surety Bond Guarantee Program'을 관리 운영하고 있다. 이를 통해 중소기업청은 보증회사가 건설업자, 하도급업체, 자재업자에 대해 발행한 보증을 재보증하여 수급업체의 채무불이행으로 발생한 손실에 대해 일정한 변제를 한다. 이 제도의 목적은 앞에서 밝힌 바와 같이 소수인종(minority)이나 소규모 건설업체가 보증을 받을 기회를 부여하기 위한 것에 두고 있다.

보호대상 업체의 조건은 매출규모가 적거나(3년 평균 완성공사고가 체네콘의 경우는 1,350만~1,700달러, 기타의 경우는 700달러 이하) 프로젝트 규모가 소규모인 것 등이다. 동 프로그램에서는 하자보수보증에 대해 '일반적인 프로그램의 대상은 아니지만 하자담보기간이 2년 이내의 도급계약일 경우 하자보수보증이 이행보증에 부수하는지의 여부에 관계없이 프로그램의 대상이 될 수 있다. 보증범위는 불량한 자재 및 시공내용에 한한다'고 정하고 있다. 2년 이상의 하자담보를 요구하는 공사가 적기 때문에 실질적으로는 하자보수보증은 동 프로그램의 대상이 된다고 할 수 있다.

### (4) 책임범위·보증범위

#### 1) 도급계약상 하자담보책임의 범위

건설공사의 하자에 관해서는 공사목적물이 설계와 상이하거나 콘크리트 강도 부족에 따른 균열, 자재의 잘못된 설치, 창틀의 설치잘못에 의한 개폐불량, 구조물의 누수 등과 같이 계약서 내용과 상이한 결함이 있는 자재 또는 시공으로 인식되고 있다. 앨라배마주 건축위원회가 사용하는 도급계약약관을 보면 다음과 같이 정의하고 있다.

---

27) "The Surety Bond Guarantee Program" Office of Surety Guarantee, U.S. Small Business Administration

## <표 4-7> 알리바마주 건축위원회가 사용하는 도급계약약관

### 제1조(정의)

#### 공사의 결함하자

이하에서와 같이 적용해야 함.

- (1) 계약조건에 부적합한 제품, 자재, 시스템, 설비, 용역 또는 그것의 설치나 시공
- (2) 규정된 품질조건을 충족하지 않거나 또는 규정이 없는 경우는 주내의 유사 공사 품질을 충족시키지 않는 (시공중 또는 완성공사의) 결과물
- (3) 적당한 제시 및 승인을 얻지 않은 대체나 일탈(逸脫)
- (4) 계약상 요구된 결과가 아닌 가설보조재, 구조물, 공작물
- (5) 부적당한 보관 상태에서 현장에 반입된 불량자재나 설비

## 2) 부보비율

이행보증에 붙어있는 하자보수보증의 경우 부보비율은 이행보증과 기본적으로 동일하기 때문에 연방발주의 보증공사는 도급금액의 100%, 주정부의 공사는 도급금액의 25~100%로 운용되고 있다. 이행보증과 독립적으로 설정된 하자보수보증이 필요한 경우 발주자는 보증금액을 별도로 지정할 필요가 있다. 일반적으로는 하자위험성을 가지고 금액을 산정하며, 적당하다고 생각되는 보증금액을 지정한 발주자가 많다. 도급금액의 5~15% 부보비율의 하자보수보증이 통상적이지만, 최근에는 10~20%보다 약간 높은 경우도 있다.

## 3) 하자보수보증의 보증범위

보증범위의 설정은 도급계약방법, 도급계약약관, 공종별·범위 및 계약기간에 따라 다양한 편이다. 계약서에 기재되어 있다면 어떠한 시공내용도 포함하지만, 통상적으로는 시공기술이나 자재에 관한 기준을 밀도는 시공 및 설치의 보수에 국한하고 있다. 하자담보조항의 유효기간이 1년 또는 2년을 초과하는 경우 수급인은 사실상 공사품질 및 효

유효적이고 성공적인 운영을 보증하는 것으로 된다.

#### 〈표 4-8〉 AIA(미국 건축가협회)의 이행보증약관 중 일부

<p>보증회사의 책임범위</p> <p>4. (발주자의 책임으로 되는 사유에 의하지 않는 경우) 발주자의 승낙을 얻은 경우, 보증회사는 신속하게 자신의 부담으로 다음의 모든 처리를 하는 것으로 한다.</p> <p>4.1 발주자의 합의를 얻어 당해 수급인을 위하여 도급계약에서 정한 채무의 이행준비를 한다</p> <p>4.2 보증회사의 대리인 또는 별도의 건설회사를 통하여 당해 도급계약에서 정한 채무를 이행하기 위하여 스스로 공사를 시공한다.</p> <p>4.3 발주자가 인정한다면 공사완성 가능성이 있는 건설회사에 입찰 또는 수의계약을 하고, 발주자의 동의하에 시공을 위한 계약관계의 조정과 잔여 공사계약에 관한 이행보증지불보증을 확보하며, 발주자에게 생긴(보증금액을 상한으로 하여 별도로 정한) 손해 중에서 잔여공사대금을 넘는 금액은 발주자에게 지불한다.</p> <p>4.4 도급계약에서 정한 채무를 이행하고, 준공준비를 하거나 또는 새로운 수급인을 확보할 권리를 다음의 상황에 맞추어 신속하게 해야 한다.</p> <p>i) 조사완료 후 발주자에게 지불해야 할 금액을 결정하고, 발주자에게 신속하게 변제 의사를 표시한다.</p> <p>ii) 전부 또는 일부의 책임을 거부하고, 그 이유를 첨부하여 발주자에게 통지한다.</p>
--

하자보수보증권이 발행된 경우 보증양식은 각 발주기관이나 보증회사가 갖추지만, 각 보증양식을 보면 보증내용은 ‘당해 공사의 자재 및 시공상의 하자부분’으로 기재되고 있지만 사례별로 하자의 내용을 상세하게 기재하고 있는 것도 있다. 기재된 보증내용과 경미한 차이가 있더라도 발주자에게 제출된 보증은 도급계약서에 따르도록 되어 있기 때문에 실제의 보증범위는 도급계약서에 기재된 하자보수의무라고 하는 점에 변화는 없다.

#### 4) 보증위험도

준공 후에 2~3년 정도 경과하면 부적절한 시공 상황이 기술, 자재, 부작위, 소모 또는 설계상의 과실 등 어떤 요인에 기인한 것인지를 파악하는 것은 곤란할 경우가 많다. 하

자보수보증에 의한 보증변제는 보증회사로서도 조사비용이 발생하는 절차이기 때문에 경우에 따라 장기적인 소송으로 발전하는 등 물리적·금전적인 위험이 증대하기 때문에 장기하자담보에 대한 보증료는 고액이다. 보증회사는 어떤 건설회사의 사업수행가능성에 대해서 1년 정도라면 어느 정도 정확하게 예측할 수 있겠지만, 지금부터 수년간에 대해 예측을 한다는 것은 어렵기 때문에 수급인은 2년을 초과하는 하자담보책임에 대해서는 본래 가능하였던 보증을 받지 못하게 되는 경우도 있다.

또한 도급계약방식에 따라 보증리스크는 변동하며, 대부분 시공일괄방식에 있어서는 시공에 관한 하자부분만 보증대상으로 되지만, 설계·시공일괄방식계약의 경우는 수급인이 사업설계부분도 담당하기 때문에 공사완성 후에 하자가 발견되었을 때 본래 보수책임을 면할 수 있는 설계상의 과실에 의한 하자에 대해서도 책임을 부담하게 된다. DB계약의 일종인 DBOM방식(Design -build- operate- maintenance), DBFOM(Design-build- finance- operate - maintenance) 방식 등에서도 같이 설계·시공뿐 아니라 일정기간의 운영 및 유지관리 업무를 포함하는 도급계약에 대한 하자보수보증 등의 책임 범위는 점점 넓어지고 있는 실정이다.

## (5) 하자보수보증의 내용

### 1) 2가지 상품

하자보수보증은 기본적으로 공사완공 후 정해진 기간 내에 수급인이 이행해야 할 ‘하자보수’ 및 ‘유지’ 의무를 보증하는 것이다. 보증범위에 관해서 엄밀하게 말하자면 계약서에 기재되어 있는 내용대로라면 어떠한 시공내용도 포함되겠지만 보증의 형태에 따라 다음 2가지로 대별할 수 있다.

〈표 4-9〉 미국보증보험협회의 하자보수보증제도 유형

구분	A Type (하자보수)	B Type (하자보수+유지관리)
보증발행형태	이행보증의 특약으로서 발행	독립발행
보증기간	통상적으로 1년간 (최대 5년 정도)	2~10년 정도
보증금액 (보증율)	이행보증과 동일	도급금액의 10~20%
보증료	1년간은 무료 (2년 이후는 유료)	-1년째는 좌측의 보증으로 처리되므로 무료 -2년째 이후 보증료 발생
보증범위	-시공기술이나 자재에 관한 기준에 못미치는 시공 및 설치의 보수	-좌동 + 유지관리비용 -효율적이고 성공적인 운영의 보증을 포함 (Efficient and successful operation bond) -심각한 균열, 자재나 공사의 기술에 문제가 없는 경우에도 보증대상이 됨.
보증계약자	수급인	-발주자 또는 발주자의 위탁을 받은 유지관리회사(공사의 하도급회사 등) -수급인이 장기적인 유지관리를 인수하는 경우도 있음

\* 출처: (재)건설경제연구소 제21차 미국조사 자료

하자보수보증은 포장공사나 지붕공사 등 장기적인 유지관리(maintenance)를 요하는 공사에 대해서 별도의 보증상품으로써 발행되는 것도 있으나, 일반적으로는 이행보증에 부수되어 1년간의 하자담보특약으로써 발행되고 있다. 위의 도표에서 A type 하자보증기간은 원칙적으로 1년으로 최대 5년 정도까지 연장이 가능하며, 보증 2년째 이후부터는 매년 보증료를 지불하여 갱신할 수 있다. B type과 달리 공사의 하자과 대개 관계없는 유지관리비용은 보증하지 않는다. 그렇지만 실제로는 공사완공 후 상당기간(2년 이상) 경과된 후에 발생한 손상부분을 하자로 인정하여 A type의 보증으로 처리하는 것은 무리이며, 분쟁의 요인이 될 수 있기 때문에 보증업계에서는 발주자에게 1~2년 이상의 하자담보책임을 갖는 공사에 대해서는 B type의 보증으로 하도록 권장하고 있다.

〈표 4-10〉 주요 국가별 하자보수보증제도 운영 현황

국가별	하자보수보증기간 및 보증금률
미국	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 작업기능이나 자재에 기인한 하자는 1년</li> <li>· 효율적인 시설운영에 있어서의 하자는 5년</li> </ul>
영국	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 민간건축공사나 지방 공공단체의 발주 공사에 적용되고 있는 'RIBA약관'에서 하자 담보책임기간을 '실제 완성 후 6개월'로 규정</li> <li>· 하자보수는 유보금을 담보수단으로 계약금액의 5% 이하</li> </ul>
프랑스	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 정부발주의 토목공사에서 하자담보책임기간을 6개월 또는 1년</li> <li>· 보증금액은 계약금액의 10% 이하</li> </ul>
독일	<ul style="list-style-type: none"> <li>· '건설공사 시공의 표준도급계약'에서 2년 또는 1년</li> <li>· 보증금액은 계약금액의 5%</li> </ul>
일본	<ul style="list-style-type: none"> <li>· '공공공사 표준청부계약약관'등에서 하자담보책임기간은 1~2년</li> <li>· 다만, 시공자의 고의 또는 중대한 과실이 존재하는 경우에는 그 책임 기간은 5~10년</li> </ul>

## 2) 보증심사

보증회사에 의한 보증심사는 사전심사(Pre-qualification)가 중심이 되고 있으며, 사전심사완료 후의 보증신청절차는 제공된 신용한도 내에서 보증대리인이 수급인과 접촉하여 보증서를 발행한다. 사전심사는 수주에서 수개월까지 걸리며, 심사를 위해 필요한 정보는 보증회사 또는 수급인에 따라 다양하지만 일반적으로 재무제표 3년분, 오너 개인의 재무제표, 기업조직도, 과거 거래실적, 거래처일람표, 진행 중인 공사일람표, 수급인에 대한 질문표 등이다. 보증심사의 일환으로 보증회사 및 대리인은 수급인사무소 방문, 경영진과의 면담, 홍신소를 통한 정보수집, 외부(은행, 회계사, 자재회사, 과거 거래처, 보험회사 등)로부터의 거래상황 청취 등을 한다.

사전심사 결과에 따라 보증회사는 대리인에게 '계약보증 여신한도(Contract Bond Line of Credit) 통지서'를 발행하고, 대리인은 설정된 한도 내에서 수급인과 보증계약을 체결한다. 사전심사 이후에도 보증회사 및 대리인은 수급인으로부터 최신 재무제표(연 1~4회)나 시공 중인 공사의 이행상황 등의 보고를 받고, 필요할 경우에는 재심사 및 여신한도를 재평가한다.

일반적으로 기간이 1년인 하자보수보증의 경우는 이행보증의 특약으로 취급되고 있기 때문에 하자보수보증의 심사는 이행보증 발행심사에 포함되고 있다. 이행보증서의 발행이 인정될 경우 자동적으로 하자보수보증도 따르게 되는데, 미리 설정된 여신한도 내라면 공사낙찰 후에 수급인이 대리인에게 보증신청을 할 경우 당일 또는 수일 내에 대리인이 하자보수보증을 포함하는 이행보증서를 발행한다. 대리인이 이미 입찰보증서를 발행할 때 계약금액 이외의 공사정보(발주자명, 공사명, 공사기간, 하자담보기간 등)도 확인하기 때문에 절차는 원활하게 진행되고 있는 편이다.

다만 하자담보기간이 2년 이상이면서 이행보증과 별도의 독립된 하자보수보증을 하는 경우에는 보증심사가 보다 엄격하게 진행된다. 수급인이 '공사기간이 끝난 이후(공사기간 + 1년)'에도 사업을 계속할 수 있을지 여부의 예측은 사전심사를 통해 상당부분 보완해 올 수 있었지만, 공사기간이 끝난 이후 장기간(공사기간+2년 이상)을 사전심사의 보완만으로 예측한다는 것은 곤란하기 때문이다.

### 3) 하자보수보증료

이행보증의 보증료는 도급금액의 약 1~5%이며, 1년의 하자보수보증이 부가된 경우의 하자보수보증료는 기본적으로 무료이다. 보증기간이 공사완공 후 1년 이상인 경우나 이행보증과 별도로 하자보수보증계약을 체결하는 경우의 보증료는 연간 1회 청구하게 되며, 요율은 도급금액의 약 0.2~0.5%로 정해놓고 있다. 하자보수보증의 보증료는 이행보증의 보증료보다 요율이 낮은 편이지만, 보증기간이 장기간인 경우에는 고액이 되는 경우도 있다. 고액화의 요인으로는 준공 인도 후부터 수년이 경과된 시점에서 발생하는 하자의 원인을 특정한다는 것이 쉽지 않다는 점과 장기간의 하자담보기간 중에 수급인의 사업계속능력을 판정하기가 어렵다는 점을 들 수 있으며, 이들 두 가지 사유에 대한 보증리스크를 반영하다보니 보증료가 높아지게 되는 것이다.

미국보증협회(SAA)로부터 입수한 보증요율매뉴얼에서는 다음과 같이 규정하고 있으며, 각 보증회사에서는 이러한 매뉴얼을 기준으로 자사의 재무상태나 수익률, 보증대상공사의 내용이나 수급인의 신용도 등을 가미하여 하자보수보증료를 산출하고 있다.

## 〈표 4-11〉 미국보증협회(SAA) 보증요율매뉴얼에서의 보증 리스크 분류

Section2 계약의 보증 리스크 분류
F. 유지관리(Maintenance) 보증
1. 일반조항
a. 하자보수보증의 보증료는 이행보증 교부 전에 징수해야 한다.
b. 별도 보증의 부보에 관계없이 공사완성 후 12개월 이내에 발생한 불량자재나 시공상의 결함에 대한 하자보증은 추가보증료를 청구하지 않는다.
c. 별도 보증의 부보에 관계없이 공사완성 후 12개월 이후에 발생한 불량자재나 시공상의 결함에 대한 하자보증은 최초 12개월분을 제외한 기간에 대해서 추가보증료를 청구하는 것으로 한다. 즉, 하자담보기간이 5년인 경우, 최초 12개월은 무료로 보증해주고, 나머지 4년은 통상 요율로 보증료를 계산한다.
d. 보증회사에서 이행보증서가 발급된 건설공사도급계약에서 하자담보기간 중 도급계약의 10%이상이 발주자에 의해 유보된다는 취지의 조항이 계약서에 기재되어 있는 경우에는 하자보수보증의 보증료는 2분의 1로 한다.
e. 하자보수보증의 손실액은 불량자재나 시공상의 결함에 대한 보증에 한정하여 견적을 내는 것으로 한다.
f. ‘효율적이고 성공적인 운영’(또는 불량자재나 시공상의 결함에 대한 통상적인 보증 이상의 목적이 있는 의무가 있는 경우)를 보장하는 유지·관리보증(Maintenance bond)에 대해서는 당초 12개월을 포함하여 보증요율을 최저 100% 인상하는 것으로 한다.
g. 이행보증 및 하자담보보증에 대해서는 적용보증료를 청구한다.
h. 이행보증과 하자담보보증은 동일한 규정을 적용한다.

### (6) 하자의 인정 및 분쟁해결

#### 1) 하자의 인정

시공목적물에 하자가 발생한 경우 하자의 검사 및 인정은 발주자측의 검사담당관이 한다. 공공공사에서는 연방 또는 주의 조달규칙이나 도급계약약관에 의거하고 있으며, 기본적으로는 검사관이 하자부분의 특정(어떤 곳에 얼마만큼의 하자가 있는지 여부), 하자의 정도(설계서나 사양서에 기재된 조건을 얼마만큼 충족시키고 있는지 여부 등) 등을 검사측정하거나 하자인정을 행한다. 인정결과는 수급인에게 통지되어 즉시 하자부분의 철거 및 보수가 이루어지게 된다. 설계회사 등에 설계·감리업무를 위탁하고 있는 경우는 당해 설계 감리자가 하자의 검사인정에 관여하고, 발주자와 수급인간에 분쟁이 야기

되는 경우 설계 감리자가 확정적인 결정을 내릴 수 있다는 취지를 규정하고 있는 계약약관도 있다.

검사기회는 각 발주자 및 공사의 내용·규모 등에 따라 다르며, 하자담보기간에 전부의 검사가 이루어지지 못하는 경우도 있지만 하자담보기간이 종료하기 직전에 검사를 의무화하고 있는 경우나 정기적으로 어느 정도 검사를 하는 경우 등 다양한 편이다. 하자를 발견한 때나 검사 또는 보수청구시에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 않는 경우 발주자는 하자보수보증을 인수한 보증회사에 이행을 청구하게 된다. 발주자가 이행청구를 하면 보증회사는, i)당해 하자가 보증으로 보장되고 있는지(제척기간의 경과로 채무이행을 면하는 경우도 있기 때문), ii)수급인이 하자에 대한 책임을 가지고 있는지 등 2가지 점을 조사한다. 조사를 거쳐 보증책임이 확정된 다음에 보증채무를 이행하며, 이행방법은 ‘이행보증’와 마찬가지로 금전 또는 역무이행에 의하게 된다.

이상에서 언급한 것이 기본적인 흐름이지만, 발주자가 검사인정한 하자내용에 대해서 수급인 또는 보증회사 모두가 순순히 따르지 않는 경우도 많으며 이와 같이 인정결과에 불복이 있으면 분쟁으로 나아가게 된다. 일반적으로 준공 후 1년 이내에 발견된 하자가 있으면 검사인정은 비교적 용이한 편이다. 하지만, 2~3년 또는 그 이상 경과한 경우 부적절한 시공 상태가 초래된 것이 기술, 자재, 부작위·소모 또는 설계상의 과실 등 어떤 것에 기인하는지를 특정한다는 것은 상당히 어려운 작업이다. 그와 같은 하자는 기간이 경과하면서 변화하여 발생할 가능성도 있고, 하자인정은 하자보수비용 전부의 부담과 연결되기 때문에 수급인 또는 보증회사로서도 쉽게 받아들이기 어려운 측면이 있다. 이런 까닭에 도급계약에서는 당사자간의 하자 등으로 인한 분쟁해결방법에 관해 규정하고 있으며, 주된 방법으로는 재판에 의한 해결, 조정이나 중재 등의 재판외 해결로 크게 나누어볼 수 있다.

## 2) 재판외 분쟁해결(ADR : Alternative Dispute Resolution)

ADR의 정의 또는 범위에 관해서는 여러 가지 견해가 있지만, AAA(The American Arbitration Association 미국중재협회)에서는 ADR을 ‘소송 이외의 분쟁해결을 위한 대체적인 시스템’으로 광범위하게 정의하고 있다. ADR에 속하는 절차로는 협의 혹은 교섭(Negotiation), 조정(Mediation), 중재(Arbitration), Mini-Trial, Dispute Review

Board(DRB), Partnering 등이 있다. 이 가운데 건설공사의 분쟁해결을 위하여 주로 이용되고 있는 것은 협의 혹은 교섭, 조정 및 중재이며, 이들 외에 Dispute Review Board 와 Partnering도 활용도가 높아지고 있다.

미국에서 건설공사분쟁의 ADR에 의한 해결의 기본적인 흐름은 우선 당사자에 의한 협의 혹은 교섭이며, 교섭에 의한 해결이 될 수 없는 경우에는 조정에 의하고, 조정으로서도 해결할 수 없는 경우는 중재 또는 소송에 의해서 해결한다고 할 수 있다. 그러나 사안에 따라서는 협의 혹은 교섭에서 바로 중재 또는 소송절차로 이행하는 경우도 있고, 그 반대로 소송제기 후에 조정절차를 통하여 해결하는 경우도 있다.

〈표 4-12〉 조정과 중재의 비교

조정(Mediation)	당사자간의 화해를 촉진하기 위하여 중립적인 제3자(조정위원)을 활용하는 제도
중재(Arbitration)	구속력을 가진 분쟁해결절차로서, 중립적인 중재인이 쌍방의 주장을 듣고 난 뒤에 결정(중재판정 ; award)을 내림. 중재판정은 종국적인 효력을 가지며, 당사자에 대한 구속력을 가짐

최근에는 건설공사분쟁 해결을 위하여 AAA(American Arbitration Association ; 미국 중재협회)의 조정절차가 많이 이용되고 있는 편이다. 그 이유는 조정절차가 신청수수료 650달러, 심리수수료는 1시간당 75달러라는 점에서 알 수 있듯이 소송이나 중재절차에 비하여 가장 빠르고 비용이 적기 때문으로 분석되고 있다. 중재는 소송에 비해서는 신속한 편이지만 소송과 마찬가지로 중재대리인으로 변호사를 선임하는 경우가 일반적이어서 변호사수임료가 들고, 조정에 비해 비용이나 시간이 다소 걸리는 측면이 있다.

AAA의 건설공사 중재의 경우는 평균 처리기간이 120일 정도이며, 조정은 1~2일 정도 소요되고 있다. AAA의 중재는 소송절차의 색채가 강하기 때문에 조정의 중요성이 증가하고 있는 실정이다. 이런 점을 반영하여 AIA(미국건축가협회) 및 AGC(미국건설업협회), EJCDC(엔지니어 합동 계약문서위원회) 등의 건설공사에 관한 표준약관 분쟁해결 조항에서는 당사자로 하여금 분쟁을 우선 AAA의 조정에 의해 해결하도록 하고, 조정에 의해 해결되지 않은 경우에는 AAA의 중재에 의하도록 하는 ‘조정전치주의’를 채택하고 있다.

〈표 4-13〉 AIA, AGC, EJCDC의 건설공사표준약관 비교

AIA약관	AGC약관	EJCDC약관
<ul style="list-style-type: none"> <li>-설계감리자에 의해 해결할 수 없는 클레임은 먼저 조정 에 의하고, 조정으로 해결될 수 없는 우에는 AAA의 건설산업규칙에 따라 중재로 해결함</li> <li>-하도급거래의 당사자간 분쟁은 설계감리자가 관여하지 않음</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-계약당사자는 먼저 직접 협의로 분쟁을 해결하기 위해 노력하도록 합의함</li> <li>-해결되지 않은 분쟁은 AAA 규칙에 따라 조정을 함</li> <li>-조정 에 의해 해결되지 않는 경우는 별첨1의 옵션으로 해결방법을 선택해야 함</li> <li>-수급인의 선취특권은 어떠한 분쟁해결조항에 의해서도 영향을 받지 않음</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-클레임은 우선 설계감리자의 판단에 맡김</li> <li>-발주자 또는 수급인은 최종 결정 전에 조정을 신청할 수 있음</li> <li>-60일 이내에 조정이 성립하지 않는 경우 30일 이내에 i)일방 당사자가 소송제기 또는 계약서 기재의 ADR절차를 선택하는 취지의 의사표시를 문서로서 통지, ii)당사자쌍방이 ADR절차에 동의</li> <li>-어느 쪽도 아니라면 설계감리자의 결정을 최종으로 함</li> </ul>

당사자별 분쟁해결의 특징을 살펴보면, 조정, 중재 또는 소송 가운데 어느 것이 가장 많이 이용되고 있는가에 대해서 AAA는 ‘발주자-수급인’간의 분쟁 및 ‘수급인-하수급인’간의 하도급거래분쟁의 경우 중재의 이용이 많은 편이지만, 신속한 해결을 필요로 하는 경우가 많아지고 상호간에 양보로서 해결할 가능성이 비교적 높은 조정제도가 앞으로 중재보다 선호되는 경향이 나타나고 있다고 한다. 이에 비해 ‘수급인-설계감리자’간의 분쟁은 상호간의 양보로서 해결할 가능성이 낮아 중재 또는 소송에 의한 해결이 많고, 양자간에 통상적으로 계약관계가 없기 때문에 사전에 중재합의가 존재하지 않아 소송으로 가는 경우가 많다.

주된 분쟁원인을 살펴보면, 발주자-수급인간의 분쟁은 공사하자에 관련된 경우가 가장 많고, 다음으로 추가공사에 관한 것이 다수를 차지하고 있다. 수급인-하수급인간의 하도급거래로 인한 분쟁은 추가공사, 공사범위의 변경에 관한 것이 많고, 수급인의 구두지시나 발주에 의한 경우도 있다.

## 2. 일본의 하자담보특약부 이행보증제도

### (1) 하자보증의 적용사례

일본에서는 주택에 대한 하자보증제도가 있는 외에도 일부의 전문공사에서 전문공사업자단체에 의한 하자보증제도가 운영되고 있다. 또한 공공공사이행보증증권(이행본드)의 특약으로서 하자담보가 붙어있는 상품이 있다. 제도화되고 있지 않은 것 중에 개별 공공공사에 있어서 하자보증을 요구한 특별한 사례로서 ‘羽田空港 재확장공사’가 있다. 여기서는 설계·시공계약과 동시에 계약금액의 10% 이상을 보증금액으로 한 보험계약의 체결 또는 보험증권으로 대체하는 것으로 하고, 그 보증증권을 발주자에게 제출하게 하였다. 보증기간은 공사목적물 인도 후 2년으로 하였지만, 하자담보기간이 10년으로 되어 있었기 때문에 당해 보증에 관해서는 공사목적물 인도 후 10년을 한도로 보증인의 승인을 얻어 2년마다 경신할 수 있는 것으로 하였다.

그 외 건설회사 중에는 독자적으로 보험회사와 계약을 체결하고, 당해 건설회사의 시공에 의한 하자보수에 필요한 비용을 지불하는 보험제도를 도입하고 있는 사례도 있지만, 이 경우는 하자발생시의 발주자 보호를 직접적인 목적으로 하는 것이 아니라 수급인이 하자를 보수하는 경우에 지불한 비용을 전보하기 위한 것이어서 차이가 있다.

### (2) 보증금 규모 및 보증이행방식

이행보증의 보증금은 도급금액의 10% 이상이다. 보증이행방법은 발주자에게 보증금(위약금)을 지불하는 금전적 보증이행과 잔여공사를 보증인이 선정하는 보증이행업체가 공사를 완성시키는 역무적 보증이행의 2 종류가 있다. 이들 중 어느 방법에 의하느냐는 발주자의 선택에 달려 있다. 역무적 보증이행은 부보비율을 30%로 한 고율의 공공공사 이행보증증권(이행보증)이 이용되고 있으며, 이 경우 부보비율을 10%의 낮은 비율로 한 금전적 보증을 요구하는 이행보증과는 달리 하자담보특약을 포함하고 있다(공공공사 표준도급계약약관 제4조B).

### (3) 하자담보특약의 내용

하자담보특약의 내용은, 수급인의 책임으로 귀속되는 사유로 하자담보채무의 불이행이 있었던 경우에 수급인 또는 수급인의 권리의무를 승계한 자(대체이행업자)와 연대하여 보증증권에 기재된 하자보증금액의 범위 내에서 하자담보채무의 이행을 보증하는 것이다. 보증기간은 통상 1년으로 한다. 이러한 특약이 붙여진 것은 채무 불이행에 의해 대체업자가 공사를 승계한 경우에 있어서 당해 공사의 하자가 현재화한 경우 발주자는 당초의 수급인이나 대체업자중 어느 쪽이든 큰 부담을 안도록 하여 공공공사의 비용증대를 초래하지 않기 때문이다. 보험회사는 보증금액을 한도로 하여 책임을 부담하고, 별도의 구상 등을 통하여 이행에 따른 비용을 전보한다. 그러나 이러한 하자담보특약부 이행보증제도가 손해보험회사의 상품으로서 준비되어 있고 발주자의 요구가 있을 경우 이용할 수 있지만, 이용률은 공공공사 이행보증증권 전체의 1% 이하로 실제로는 거의 이용되고 있지 않다.<sup>28)</sup>

### 3. 유럽의 하자보수보증제도

영국의 공공약관에서는 하자담보기간을 대부분 1년으로 정하고 있으며, 표준적인 기간에 대해서는 별도의 언급이 없다. 하자보증과 관련해서는 공공약관에서 계약을 체결할 때 수급인에게 도급금액의 10%에 해당하는 이행보증증권의 제출을 요구하고 있다. 이 이행보증증권은 도급계약상의 하자담보책임도 보증하고 있으며, 그 보증기간은 대부분의 경우 1년으로 하고 있다. 프랑스의 민법은 시공자, 설계자, 부동산개발업자에게 건조물의 내구성을 손상시키는 하자, 건조물과 일체불가분의 설비용도에의 적합성을 손상시키는 하자 등에 관해서는 10년, 건조물과 분리가능한 설비의 정상적인 기능에 영향을 미치는 하자에 관해서는 2년의 하자담보책임을 부과하고 있다. 또한 시공자는 1년의 완전한 공사완성책임을 부담하기 때문에 발주자에게 인도할 때에 지적되어진 흠결 및 인도 후에 드러난 결함에 대해서는 보수할 책임이 있다. 하자보증과 관련해서는 보험법에서 10년의 하자담보책임을 담보하기 위

28) 日本國土交通省 瑕疵保證研究會 報告書(瑕疵保證のあり方に關する研究會 報告書), 2005, 9-11면.

해 2종류의 보증을 규정하고 있다. 그 중 손해보험은 건조물의 발주자(소유자)에 가입을 의무화하고 있기 때문에 보험회사가 발주자에 대한 하자의 보수비용 지불을 보증하는 것이다. 보증기간은 10년이다. 과실을 증명할 필요가 없고, 시공자 등의 사업과 손해간의 인과관계를 입증하면 보증금을 지불받을 수 있다. 발주자가 국가인 경우에는 가입이 면제되고 있다. 시공자, 설계자, 부동산개발자 등은 한 개 이상의 책임보험가입이 의무화되어 있기 때문에, 손해보험에서 보증금을 지불한 보험회사는 책임보험의 보험회사에게 구상하고 손해보험에서 지불한 보증금의 전보를 받는 것으로 되어 있다. 2년의 하자담보책임 대상으로 된 공사에 관해서는 법률에 의거한 보증제도는 없고, 임의보험으로 대처할 수 있도록 되어 있다. 또한 1년의 완전성책임의 대상으로 된 공사에 관해서는 발주자가 계약금액의 5%에 상당하는 금액의 지불을 1년간 유보하고, 하자에 대한 담보로 하고 있다. 이러한 지불유보는 은행 등에 의한 보증서로 대체할 수 있다.<sup>29)</sup>

#### 4. 한미·일 공사이행보증 비교<sup>30)</sup>

##### (1) 보증채무 이행방법 비교

미국은 계약금 100%의 보증금액 한도 내에서 보증기관이 역무적 보증방법으로는 ‘금융지원’, ‘인수’중에서 선택하고, 금전적 보증방법으로는 ‘대체시공자 선정’, ‘현금지급’, ‘이행보증서 환매’ 등의 방법 중에서 기회비용을 고려하여 최적 방안을 선택하고 있다.

일본의 경우에는 1996년 신공사이행보증제도의 도입으로 금전적 보상을 원칙으로 하고 있으며, 기존의 이행보증보험, 공공공사용 이행보증증권, 선불금보증의 계약보증 특약, 은행보증 등 모두 4가지 방법이 이용되고 있다. 이때 역무적 보증 또는 금전적 보증의 선택은 발주자가 하며, 손해보험사는 공공공사를 완성하여 발주자에게 인도한 후에도 하자담보기간 중에 발견된 하자에 대해서는 대체시공업자의 이행부분뿐만 아니라 당초 수급인의 이행부분까지 하자보수의무를 보증하여야 한다.

29) 日本國土交通省 瑕疵保證研究會 報告書, 20면.

30) 국내의 ‘공사이행보증제도 운용요령’이 2005년 5월 25일자로 전면 개정됨에 따라 ‘이상호·빈재익, 일본의 공사이행보증제도와 시사점’, 건설산업동향, 한국건설산업연구원, 2005’중 12면 ~ 16면.

국내의 이행보증제도에 따른 이행방법은 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우 보증기관이 보증이행업체를 지정하여 당해계약을 이행하게 하는 '역무적 보증'이 원칙이라고 할 수 있다. 다만 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하는 경우에는 금전적 보증방법에 의한다.<sup>31)32)</sup>

〈표 4-14〉 한미일 보증채무 이행방법 비교

한국	미국	일본
<p>-『정부입찰계약집행기준』 제44조 (보증채무의 이행방법)</p> <p>o 보증이행업체를 지정하여 계약을 이행하게 하는 '역무적 보증'을 규정</p> <p>o 금전적 보증은 단서조항<sup>33)34)</sup></p> <p>-역무적 보증의 구체적인 내용은 '정부입찰계약집행기준' 제45조 (보증이행업체의 지정)~ 제46조 (보증이행업체의 보증이행)</p> <p>-금전적 보증의 내용은 계약이행 의무를 불이행할 경우 계약보증금의 일괄 국고귀속(영 제 51조)</p>	<p>-역무적 보증 :</p> <p>①금융지원: 보증기관이 자금을 지원하여 수급인의 공사를 계속 이행하게 하는 방법</p> <p>②인수: 보증기관이 시공자가 되어 공사를 이행하는 방법</p> <p>※역무적 보증방법을 선택할 경우, 보증기관은 보증의 보증금액 한도에 상관없이 공사 완공에 필요한 모든 비용을 부담하는 경우도 있음.</p> <p>·발주자와 명확하게 약정을 체결하면, 역무적 보증의 경우에도 보증기관의 책임을 계약금액의 100%인 보증금액 한도로 제한 가능</p> <p>-금전적 보증 :</p> <p>①대체시공자를 선정하여 가격</p>	<p>▷신이행보증제도</p> <p>o'96년부터 시행</p> <p>o공사완성보증인제도 중심 ⇒ 금전적 보증 중심</p> <p>o신규 상품은 공공공사용 이행보증증권과 선불금보증의 계약보증 특약</p> <p>o두 가지 방법에 기존의 이행보증보험과 은행 보증을 더하여 모두 4가지 방법을 이용 중</p> <p>o역무적 보증 혹은 금전적 보증의 선택은 발주자가 함</p> <p>▶역무적 보증</p> <p>o역무적 보증이 가능한 보증 상품 : 손해보험사가 취급하는 공공공사용 이행보증증권</p> <p>o도급업자의 귀책사유로 도급계약의 이행이 불가능한 것으</p>

31) 『정부입찰계약집행기준』 제44조(보증채무의 이행방법); 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우 보증기관은 보증이행업체를 지정하여 당해계약을 이행하게 하여야 한다. 다만, 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하는 경우에는 그러하지 아니한다.

32) 건설공제조합이 제공하는 공사이행보증서의 약관 제3조도 이러한 해석을 뒷받침함.  
제3조(보증제도의 이행방법) ① 조합은 채무자의 귀책사유로 보증사고가 발생하였을 경우 제3자(이하 '보증시공업체'라 한다)를 지정하여 보증채무를 이행(이하 '보증시공'이라 한다)하게 하는 것을 원칙으로 한다.  
② 조합이 제1항의 보증시공을 할 수 없는 때에는 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관련법령이 정하는 바에 따라 해당 보증금의 지급으로 보증채무를 이행한다.

	<p>등 계약조건을 협상한 다음, 발주자에게 계약을 체결하도록 제안하는 방법</p> <p>②현금지급 : 원도급자가 이행하지 못한 공사를 발주자로 하여금 완성하게 하고 보증기관은 원도급계약의 계약금액 잔액을 초과하는 완성비용을 발주자에게 지급하는 방법</p> <p>③이행보증서 되사기: 공사완성 계약을 체결하기 전에 보증채무이행을 면제 받는 대가로 발주자와 보증기관이 협상을 통해 찾은 합리적인 가격을 보증기관이 지불하는 방법</p> <p>※금전적 보상 방법</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ 발주자가 공사완성 계약을 체결하는 시점에서 초과비용 일괄 지급</li> <li>○완성공사 기간에 걸쳐 일정 비율씩 초과비용 지급</li> <li>○장기계약의 경우, 미래에 발생하는 초과비용의 할인된 현재가치를 지불할 것을 발주자와 타협</li> <li>○완공계약이 이행 완료되었을 때, 초과비용 일괄 지급</li> </ul>	<p>로 판명된 시점에서 손해보험사는 주자가 승인한 다른 도급업자로 하여금 해당 계약을 대체 이행하게 함.</p> <p>○공공공사의 대체이행은 건설업의 허가를 받은 건설업자가 아니면 안된다는 「건설업법」에 의해 손해보험사에 의한 대체 시공은 불가능</p> <p>○손해보험사는 공공공사를 완성하여 발주자에게 인도한 후에도 하자담보기간 중에 발견된 하자에 대해서는 대체업자의 이행부분뿐만 아니라 당초의 도급업자의 이행부분에 대해서도 하자보수 의무를 담보</p> <p>▷ 금전적 보증</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○이행보증보험, 은행의 이행보증, 선불금보증의 계약보증 특약은 금전적 보증만 가능하고 공공공사용 이행보증증권은 금전적 보증 선택가능</li> <li>○계약금액의 10% 수준인 보증금액이 손해배상금으로서 발주자에게 지급되면, 발주자는 그 이상에 대해서는 보증인에게 청구할 수 없음.</li> <li>○보증금액이 계약금액의 10%로 고정되어 있는 것은 아니며 발주자가 임의로 비율을 정할 수 있음.</li> <li>○금전적 보증에 의해 보증금을 영수하기 위해서는 계약해제의 절차가 요구됨.</li> <li>·계약해제 절차가 번거로워 발주자에게 부담으로 작용</li> </ul>
--	--	---

		<p>가능성</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o손해보험회사, 선불금보증회사, 은행 등에 의해 발주자에게 지급되는 이행보증의 보증금은 발주자의 회계상에서 잡수익으로 기입됨.</li> <li>o미완성부분의 공사를 완성하기 위해서 발주자는 예산을 재배정 받은 뒤, 신규공사와 같은 방식으로 입찰 등의 절차를 거쳐 다른 도급업자와 수정 계약을 체결함.</li> <li>·보증기관이 입금한 이행보증금을 우선적으로 해당공사 완성에 필요한 비용 증가에 충당할 수 있는 유연한 예산 운영이 가능한 공공단체의 경우, 원도급자의 계약불이행에 따른 비용 증가가 보증금액의 범위에 있으면 계약해제 수속 및 재발주 수속에 소요되는 기간이 비교적 적게 되어 공사 완성 예정일부터 그다지 지연되지 않고 공사완공 가능</li> </ul>
--	--	---

- 33) 『정부입찰·계약집행기준』 제44조(보증채무의 이행방법): 계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 경우 보증기관은 보증이행업체를 지정하여 당해계약을 이행하게 하여야 한다. 다만, 공사이행보증서상의 보증금을 현금으로 납부하는 경우에는 그러하지 아니한다.
- 34) 건설공제조합이 제공하는 공사이행보증서의 약관 제3조도 이러한 해석을 뒷받침함.  
 제3조(보증제도의 이행방법) ① 조합은 채무자의 귀책사유로 보증사고가 발생하였을 경우 제3자(이하 “보증시공업체”라 한다)를 지정하여 보증채무를 이행(이하 “보증시공”이라 한다)하게 하는 것을 원칙으로 한다. ② 조합이 제1항의 보증시공을 할 수 없는 때에는 이 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 주계약 또는 관련법령이 정하는 바에 따라 해당 보증금의 지급으로 보증채무를 이행한다.

## (2) 보증채무 범위 비교

미국의 경우 시공자의 잔존계약의 이행 및 계약불이행으로 인한 직접적 손해배상에까지 보증한다. 손해배상범위로는 i)공사지연에 따라 추가되는 금융비용, 임금 및 장비 비용, 시간 외 수당 및 상여금, 일반관리비, 현장유지 비용, ii)공사지연으로 실현하지 못한 이윤, 변호사 수수료 등 법정비용, 지체상금, 수급인의 시행부분을 보완할 필요성이 있는 경우 관련 비용, 수급인의 시공으로 인한 하자발생시에는 하자보수보증 관련 비용까지 포함한다.

일본을 보면, i)수급인 귀책사유로 인한 계약해지의 경우 도급계약금액의 10%를 위약금으로 수급인이 부담해야 하며, ii)계약해지의 경우는 재발주 계약에 따른 추가계약금액, 공사완료부분의 검사비용, 지급재료의 반환비용, 대여품의 반환비용, 공사용지의 보수비용, 하자보수 비용 등을 수급인이 부담해야 한다. 금전적 보증의 경우 일반적인 10%의 보증금률은 위약금 수준에 불과하므로 발주자는 보증금률을 위약금 수준에 맞출 이유가 없고 20% 수준도 가능하며, 대신 보증기관이 계약보증금 전액을 손해배상금으로 지불하고 하자보수 등 더 이상의 책임은 부담하지 않는다. 보증금률을 30%로 하는 경우에는 손해보험사가 보증채권의 이행방법으로 대체시공에 의한 공사 완성을 선택할 가능성이 크며, 이때에는 발주자가 손해보험사에 대하여 수급인의 공사이행부분을 포함하여 공사전 체의 하자담보를 위한 보증을 요구할 수 있다.

국내의 공사이행보증관련 보증채무의 범위는 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행하지 아니하는 경우 계약금액의 40%(예정가격의 70% 미만으로 낙찰된 공사계약인 경우에는 50% 이상)를 보증기관이 보증한다. 보증채무에는 하자담보채무와 선금반환채무를 포함하지 않지만 계약체결시 하자담보채무에 대하여 별도의 특약을 체결한 경우는 포함한다.

〈표 4-15〉 한미일 보증채무 범위 비교

한국	미국	일본 (공공공사 표준도급계약약관)
<p>-공사이행보증서의 제출</p> <p>o해당 공사의 계약상의 의무를 이행할 것을 보증한 기관이 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 계약금액의 40%</p> <p>o예정가격의 70% 미만으로 낙찰된 공사계약인 경우에는 50%) 이상을 납부할 것을 보증하는 것</p> <p>-보증기관의 보증시공</p>	<p>-시공자가 이행하지 못한 계약의무의 이행 + 계약불이행으로 인한 직접적 손해배상</p> <p>o공사지연에 따라 추가되는 금융비용, 임금 및 장비 비용, 시간 외 수당 및 상여금, 일반관리비, 현장유지비용</p> <p>o공사지연으로 실현하지 못한 이윤, 변호사 수수료 등 법정 비용, 지체상금, 수급인의 시행부분을 보완작업이 필요한 경우 관련 비용, 수급인의 시공으로 인해 하자를 보수해야 하는 경우 <u>하자보수보증 관련 비용</u></p>	<p>-수급인에게 귀속하는 사유로 인한 계약해지의 경우 위약금은 도급계약금액의 10%</p> <p>o계약해지의 경우, 수급인은 재발주 계약에 따른 추가계약금액, 공사완료부분의 검사비용, 지급재료의 반환비용, 대여품의 반환비용, 공사용지의 보수비용, <u>하자보수 비용</u> 등을 부담해야 함.</p> <p>o금전적 보증의 경우 일반적인 10%의 보증금률은 위약금 수준에 불과</p> <p>o발주자는 보증금률을 위약금 수준에 맞출 이유가 없고 20% 수준도 가능</p> <p>o보증금률을 30%로 하는 경우 손해보험사는 보증채권의 이행 방법으로 대체시공에 의한 공사 완성을 선택할 가능성 큼</p> <p>-금전적 보증의 경우, 보증기관이 계약보증금 전액을 손해배상금으로 지불하고, 하자보수 등 더 이상의 책임은 부담안함.</p> <p>-대체이행의 경우, 발주자는 손해보험사에 대하여 수급인의 공사이행부분을 포함하여 공사 전체의 하자담보를 위한 보증요구</p>



## 제5장

### 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 현행 하자보수제도는 관계 법령에 명시된 하자담보책임기간 동안 수급인의 성실한 하자보수의무의 이행과 이를 보장하기 위한 하자보수보증제도에 의존하고 있다. 그러나 수급인의 하자보수의무는 하자의 명확한 개념이나 보수의무가 발생하는 공사상의 잘못에 의한 하자여부를 판명하기 위한 기준이 없는 가운데, 하자보수를 둘러싼 발주자와 수급인간의 분쟁이 발생하는 경우에도 공정하고 원활하게 처리할 수 있는 공신력있는 시스템마저 구성되어 있지 않다는 점은 시급히 개선해야 할 사항이라고 할 수 있다. 하자보수보증제도도 하자보수보증금의 법적 성격이 모호한 가운데 실손보상에 반하는 보증금의 국고 귀속원칙의 유지와 보증금의 적정 규모에 대한 논란도 적지 않아 실질적인 하자보수시스템을 확립시키기 위해서는 관련 제도의 개선이 시급한 실정이다.

개선방안은 실질적인 하자보수가 원활하게 이루어질 수 있도록 하자보수시스템을 어떻게 구축할 수 있을 것인가에 대한 검토와 현행 하자보수보증제도를 보완하는 방안으로 이행보증제도의 원용가능성 등을 검토하여 보다 세부적인 방안을 제시하고자 하였다. 다만, 이행보증제도의 원용과 관련하여서는 하자보수가 준공된 시공목적물을 대상으로 하는 만큼 이행보증에 준하는 정도의 엄격한 법적 요건의 도입을 검토하는 것이 아니라 하자보수보증금의 현실화와 역무적 보증이행의 기능을 결합함으로써 실질적인 하자보수가 가능할 수 있는 시사점을 얻는 범위 내로 한정하였다.

구체적인 하자보수 및 하자보수보증제도의 개선방안은 다음과 같다.

## 1. 관련법령에 하자의 정의규정 신설 필요

### 하자보수책임 여부를 명확하게 할 수 있는 하자의 정의규정 신설

국내 하자관련 분쟁(잠재적 분쟁발생가능성까지 포함)의 주요 원인은 보수가 필요한 하자의 정의 및 범위가 명확하게 규정되어 있지 않다는 점에서부터 출발하고 있다 해도 과언이 아니다. 하자의 개념 등에 대한 명시적 규정의 부재는 하자여부에 대한 판단을 어렵게 만들고, 발주자로 하여금 하자보수청구의 요건이 충족되고 있는지에 대한 검토 없이 하자의 외형만 있으면 수급인에게 하자담보책임을 추궁하는 관행을 형성시키고 있다. 또한 수급인측에서 보더라도 하자여부를 다투면서 하자보수를 거부하는 항변의 단서가 될 수 있기 때문에 계약당사자간 충돌의 주요 원인이 되고 있다고 해도 과언이 아니다. 즉, 하자담보책임을 범위와 귀속주체를 명확하게 결정하기가 곤란할 수밖에 없다.

따라서 하자담보책임 여부를 명확하게 확인할 수 있는 하자에 관한 정의규정을 신설하여 하자판정을 위한 세부적 기준마련의 근거가 되도록 함으로써 공공공사나 공동주택의 건설을 포함한 민간건설공사의 하자관련 분쟁을 최소화해야 한다.

i)하자의 정의 및 범위 등에 관한 명확한 규정의 신설은 하자보수청구와 관련한 책임 소재를 확정하기 위한 하자의 허용범위, 하자과 자연적 마모현상과의 구분 등을 위해서도 필요하다.

ii)이러한 정의규정은 공사계약서에 명시된 하자보수책임을 수급인에게 부담시키는 명확한 근거로도 작용할 수 있을 것이다.

다만, 하자에 관한 정의규정의 내용 속에는 현행 하자관련 입법태도나 판례의 경향을 감안할 때 다음과 같은 요소가 포함되어야 한다.

i)하자보수청구의 대상이 되는 하자는 공사로 인하여 발생하는 모든 결과가 아니라 ‘공사의 잘못’에 기인한 경우로 한정

ii)수급인이 설계도면의 기재대로 시공한 경우에는 면책<sup>35)</sup>

35) 대법원 1996.5.14. 선고 95다24975 참조.

iii) 모든 하자가 아니라 건축물이나 시설물 등의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도에 달하는 경우<sup>36)</sup>

하자의 정의규정 신설과 관련하여, 공사상의 하자 전반에 대한 기준마련을 한꺼번에 마련한다는 것이 현실적으로 어려울 수 있으므로 시공 및 감리와 관련한 전문기관이나 학회 등의 선행연구결과 등을 참고하여 로드 맵을 작성한 후 단계적으로 공종별 하자판정기준을 정립하는 것도 대안이 될 수 있을 것이다. 최근 대한토목학회의 ‘콘크리트 토목구조물의 유지관리 선진화 방안 연구보고서(2006.8)와 서울산업대학교의 ‘콘크리트 구조물(토목)의 균열과 하자 문제’ 등의 경우 콘크리트 토목구조물의 균열에 관한 상세한 자료를 담고 있어 좋은 참고자료가 될 수 있을 것으로 보인다.

## 2. 하자관련 전담기관의 신설 또는 기존 기구의 적극적 활용

하자관련 분쟁의 합리적 처리를 위한,

- i) 공신력 있는 하자판정기구 등 전담기관의 신설, 혹은
- ii) 기존 분쟁조정기관을 활용하여 하자여부 판정·하자판정기준의 제정 및 개정·하자관련 분쟁의 조정·중재, 직접적 하자보수 이행 등 기능 보강

건설공사의 특성을 감안할 때 하자의 개념 정의의 필요성과 함께 현재처럼 빈번하게 발생하는 하자관련 분쟁을 원활하고 신속하게 해결하고 구체적 사안에서 하자보수 여부를 판단하기 위해서는 공신력 있는 하자판정기구 등 전담기관의 신설 혹은 기존 분쟁조정기관의 기능 보강 등을 통한 적극적 활용방안을 추진할 필요가 있다. 기존 분쟁조정기관의 활용방안은 관련법령상의 건설분쟁조정위원회나 건축분쟁조정위원회 또는 이에 준하는 기관 가운데 건교부장관이 인정하는 인적·물적 설비를 갖춘 곳에 하자판정 기능

36) 지장을 초래할 정도가 어느 정도인지 여부는 공공부문 혹은 민간부문에 따라 다소 차이가 반영될 수 있을 것임.

을 추가하는 내용으로 입법화함으로써 공신력을 확보하는 내용으로 구성할 수 있을 것이다. 그러나 최근 하자관련 분쟁발생이 증가하는 추세를 보여주고 있으며, 공동주택의 경우 하자과 관련한 민원발생이 빈발하고 있다는 점을 감안할 때 분쟁해결의 공신력과 명확한 법적 효력을 부여할 수 있도록 하자분쟁의 처리와 관련한 전문가들로 별도의 하자분쟁처리기구를 설립하는 것이 더욱 바람직할 것으로 보인다.<sup>37)</sup>

하자판정기구 등 전담기관의 출범이 발주자와 수급인, 이해관계자의 실질적인 하자보수문제를 해결해주는 역할을 수행할 수 있도록 구체적인 구성 및 운영방식 등에 대해서는 다음과 같은 점이 반영되어야 할 것이다.

i) 하자관련 분쟁도 다른 건설관련 분쟁의 처리과정과 마찬가지로 합리적인 해결을 위해 계약당사자간 협의를 우선하고, 협의가 성립되지 않는 경우 하자판정기구 등 전담기관은 하자관련 상담과정을 거쳐 보수책임이 있는 하자여부에 대한 최종적인 판정을 하도록 해야 한다.

ii) 하자판정의 신뢰성 제고를 위하여 중립성·공정성·객관성·전문성을 갖추도록 하고, 하자판정에 대해서는 보수이행을 강제하거나 대체할 수 있도록 법적 효력을 부여하도록 하여 실효성을 갖추어야 한다.

iii) 하자판정의 전문성을 갖추려면 전문 인력의 확보와 함께 구체적 현장실사 등 기술적 검토와 판단과정도 구체적 절차 속에 포함시키고, 하자보수방법에 대한 대안까지 제시할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

iv) 공공부문 및 민간부문을 망라하여 하자여부에 대한 판정을 포함한 하자판정기준의 제개정 및 하자관련 분쟁의 조정 및 중재, 직접적인 하자보수의 이행까지 대체할 수 있는 복합적 기능을 갖춘 기관으로서 준공 이후에 하자과 관련한 계약당사자간 갈등을 신속하고 원활하며 체계적으로 처리할 수 있는 역할을 수행하여야 한다.

37) 건교부는 하자보수와 관련한 분쟁의 해결을 위하여 전문가로 구성된 기구를 구성하여 하자를 신속히 판정하고 대안을 권고토록 하는 방안을 추진 중에 있는 것으로 알려졌다. 현재에도 시공업체와 입주자간에 분쟁은 끊이지 않고 있는데, 시공업체들은, i)입주자들이 무조건 최고의 보수공사만을 요구함으로써 인해 하자보수비용이 과다하게 청구되고 있다는 문제점을 지적하고, ii)사실상 하자보수보증금을 초과한 보수공사가 거의 없다는 점에서 부담경감을 위해 감리비를 제외한 순수 건축비의 3%로 보증금을 낮추어야 한다고 개선책을 주장하고 있음(서울신문 2007.7.6 참고). 국회에서도 건설교통위 소속 주승용 의원이 건교부 내에 공동주택 하자심사분쟁조정위원회 설치를 제도화하는 방안을 골자로 한 주택법개정안을 2007년 6월 19일에 발의한 바 있음. 이러한 논의나 제안을 종합적으로 모아서 구체적인 하나의 체계적 대안을 만들어낼 필요가 있으며, 그와 같은 방안의 기본적인 원칙은 본문에서 제시한 내용이 포함되어야 그 제도개선의 실효성을 기대할 수 있을 것임.

공신력 있는 하자판정기구 등 전담기관은 관련 법령상에 하자의 개념 및 면책사유에 대한 명시적인 규정이 있는 경우는 물론, 규정이 없는 경우에도 부실시공, 자연적 마모 등과 보수가 요구되는 하자의 개념을 분명하게 구분토록 하고 면책사유에 해당 여부를 결정해주는 기능을 수행함으로써 하자관련 분쟁을 조기에 종결하거나 원활한 처리를 가능하도록 하여야 할 것이다.

### 3. 하자보수 관련 계약조항의 합리적 조정

#### 하자보수관련 불공정성의 여지가 있는 특약설정 조항의 삭제

공공공사의 경우 ‘공사계약일반조건’에서 하자보수완료확인서의 발급에도 불구하고 당해 공사의 특성 및 관련법령에서 정한 바에 따라 필요하다고 인정하는 경우 하자담보책임기간의 완료시점에 행해진 최종검사과정에서 발견되지 아니한 시공상의 하자에 대하여도 계약상대자의 책임으로 하는 특약을 정할 수 있다고 규정하고 있다(조건 제36조).

이러한 규정은 민간공사에서는 전혀 없는 것이며, 계약상 우월적 위치에 있는 계약담당공무원(발주자)의 자의적 적용 등의 우려를 자아내는 독소조항이라고 하지 않을 수 없다. 또한 수급인인 계약상대자에게 하자발생에 따른 위험부담 및 경제적 비용부담의 구속에서 장기간 벗어날 수 없도록 하기 때문에 계약당사자간 불공정한 결과를 초래할 가능성이 크다.

국가계약법 및 동법 시행령에서도 ‘계약의 원칙’이라는 제목아래 계약당사자간의 공정한 계약체결과 신의성실의 원칙을 천명하고 있다. 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다(법 제5조). 특히 각 중앙관서의 장 또는 그 위임·위탁을 받은 계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 국가계약법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다(시행령 제4조)고 명시하고 있

는 점은 특약조항이 이러한 국가계약법령의 기본취지에 부합하고 있는지 의문이 들게 한다.

따라서 공사계약일반조건의 동 조항은 모범인 국가계약법령에 명시적인 위임 근거를 찾기도 어려울 뿐만 아니라, 오히려 국가계약법에서 기본원칙으로 천명하고 있는 계약당사자간의 공정한 계약체결과 신의성실의 원칙을 훼손할 우려가 큰 것으로 보인다. 이에 서 조속히 삭제되어야 한다.

#### 4. 실손보상 원칙에 입각한 실질적 하자보수이행의 확보

**보증금액 한도 내에서 하자보수이행에 필요한 비용만 보증금 대급을 요청할 수 있도록 실손보상 원칙을 적용하고, 역무적 보증이행방식의 도입을 명시하여 계약당사자간 분쟁을 최소화하는 등 실질적 하자보수이행체계를 확보**

수급인인 계약상대자의 하자보수를 보증하기 위한 현행 하자보수보증제도는 수급인이 하자보수요구를 받고 불응하는 경우 하자의 규모나 보수비용에 상관없이 하자보수보증금을 국고에 귀속토록 하고 있어 실질적인 하자보수를 확보하는 기능을 기대하기 힘들다는 문제점을 안고 있다. 또한 발주자인 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 발생한 하자의 정도나 보수필요성 등에 대한 검토를 거치지 않고 일단 수급인인 계약상대자에게 하자보수를 요구하여 불응하면 보증금의 국고 귀속절차를 진행시킬 개연성이 높은 편이다. 결국 경미한 하자의 경우 하자보수비용을 상회하는 하자보수보증금의 국고 귀속원칙은 발주자로 하여금 경제적 이익을 우선적으로 고려하게 하거나 하자여부의 판명 이전에 하자보수부터 요구함으로써 발주자측의 일방적인 하자보수체계로 제도를 운영하게 만들 우려가 큰 실정이다.

따라서 이러한 문제점을 개선하기 위해서는 ‘실손보상원칙’을 바탕으로 하는 실질적인

하자보수시스템을 구축하도록 하여야 한다. ‘실손보상원칙’이 적용되면 수급인이 발주자의 하자보수요구를 받고 거부 혹은 기피하여 하자보수의무를 이행하지 않을 때 현재와 같이 하자보수보증금의 전액을 국고에 귀속하는 것이 아니라, 보증금액의 한도 내에서 하자보수의 이행에 필요한 비용만큼 발주자(보증채권자)가 보증기관에 하자보수보증금의 대급을 요청하거나 하자보수를 대행시킬 수 있도록 하자보수시스템이 변화하게 된다.

실손보상을 원칙으로 할 경우 하자여부에 대한 이견이 있고 이에 대한 판단이 최종적으로 나오기 전에 시급성을 이유로 하자보수가 우선적으로 이루어지더라도 최종적인 정산이 용이하기 때문에 당사자간 불이익이 최소화될 수 있다. 또한 하자보수보증금을 통하여 수급인의 하자보수 의무이행을 보증하는 이유는 준공된 건축물이나 시공목적물의 하자발생시 발주자에게 하자보수보증금의 국고 귀속을 통한 경제적 이익을 확보시켜 주려는 것이 아니라 하자보수의무의 성실한 이행을 담보하려는 데 있다는 점을 보다 분명히 할 수 있게 된다.

이와 함께 보증기관으로 하여금 보증의무 이행방법의 하나로 하자보수의 대행 이외에도 역무적 보증이행방식의 도입 및 연계를 통해 보증기관의 직접적인 하자보수의무의 이행을 허용하여야 한다. 이렇게 한다면 하자보수에 따른 계약당사자간 갈등의 장기화를 방지하고, 하자보수보증에 따른 보증위험을 분산 혹은 최소화할 수 있게 되어 보증수수료의 인하요인도 될 수 있을 것이며, 보증기관의 부실화를 방지하는 데도 기여할 수 있을 것이다. 물론 보증기관도 i) 실제 손해를 정확히 측정할 수 있는 역량 확보, ii) 실질적인 보증심사를 위하여 설계·발주감리 등 전 단계에서 관련 정보의 확보가 가능한 시스템의 모색, iii) 하자보수의 기능을 자체적으로 구비할 경우 예상 하자보수비용의 절감을 통한 하자보수보증의 수수료 인하가능성 모색 등의 노력이 필요할 것이다.<sup>38)</sup>

덧붙여 이러한 실손보상원칙에 입각한 하자보수보증이 정착될 수 있으려면 다음과 같은 제도적 환경 조성이 함께 보완되어야 하자보수의 실효성을 확보할 수 있을 것으로 보인다.

우선, i) 실손확정을 위한 입증 및 배상관련 기준의 마련이 필요하다. 실손보상 원칙

38) 역무적 이행을 위한 하자보수 인력 및 장비의 확보 또는 전문 업체와의 네트워크 형성이 중요할 것으로 보이며, 하자보수가 마무리된 후 발주자의 만족도 및 하자보수 전문업체의 기존 시공업체와의 시공관련 정보의 공유 및 협력체계의 구축여부가 역무적 보증이행의 성공여부를 좌우할 것으로 예상된다.

이 적용되려면 무엇보다 하자로 인한 실제 손해액의 범위나 규모 및 정도 등에 대한 산정이 전제되어야 하므로, 이와 관련한 실제 손해액의 입증 및 배상 등에 관한 기준이 마련되어야 한다. ii) 실손규모가 현행 보증금을 상회할 경우 보증기관의 대급부담이 급증하여 부실화의 우려가 있을 수 있다. 이를 방지하기 위해 공사의 품질이나 공정관리 등의 기준 정비 및 이러한 과정 중에 보증기관이 참여하여 검사 및 확인할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요성도 있다. iii) 실손확정을 위한 원활한 실제 현장조사도 중요하므로, 보증기관의 실사에 대해서 발주자와 수급인 모두가 협조할 수 있도록 관련 법령에 명문화하는 것도 필요하다. iv) 실질적인 하자보수의 책임범위를 확정하고 구체적인 투입비용을 산출할 수 있는 전문성의 구비와 확정된 실손 규모에 대해 발주자(보증채권자)와 보증기관 모두가 신뢰할 수 있는 공신력을 갖춘 하자판정기구와 같은 전담기관의 존재도 긴요한 요소라는 점은 이미 하자보수에 관한 개선방안에 언급한 바와 같다.<sup>39)</sup>

실손보상 원칙의 적용은 손해를 평가하는 객관적 기준을 설정하기 어려워 현실적인 대안이 되기 어렵다는 반론도 있을 수 있다. 그러나 하자보수의 불이행으로 인한 발주자의 손해액을 하자현상마다 산정하지 않고 하자보수의 대체이행(역무적 보증이행)에 따른 소요비용의 합계로서 같음하게 한다면 실손확정의 실질적인 효과를 얻을 수 있을 것이다. 하자로 인한 손해액이 하자보수보증금을 넘어서는 경우에도 모든 하자에 대하여 하자보수청구권의 행사를 통하여 역무적 보증이행을 요구한다면 하자보수와 손해배상청구를 할 때에 준하는 실제 손해액을 전보하는 효과를 얻을 수 있게 될 것이다.

## 5. 역무적 보증이행을 활용한 보증기관의 책임하자보수제도 도입

**하자의 실손해액 산정을 둘러싼 디딤 방지와 하자보수보증금의 대급부담을 줄여 신속원활한 하자보수가 되도록 역무적 보증이행 방식을 활용하는 ‘보증기관의 책임하자보수제도’ 도입 필요**

39) 전제 요건이 충족되지 못하는 경우에는 하자보수가 행해져도 계약당사자간 만족도의 괴리로 인해 갈등 요인이 잔존할 가능성이 큼.

‘역무적 보증이행방식’은 금전배상에 의한 보증이행방식과 달리 수급인의 계약상 의무 불이행이 있을 때 수급인을 대신하여 보증이행업체의 선정 또는 스스로 이행하는 방법을 통하여 보증의무를 이행하는 방식을 말한다. 이와 같은 보증의무 이행방식을 하자보수 보증에도 적용할 경우 실질적인 하자보수를 가능케 할 수 있을 것이다. 역무적 보증이행은 실손형 하자보수보증에 있어 실손의 범위확정 등과 관련한 실무처리상의 애로도 불식시킬 수 있는 대안으로서의 의미도 있다. 따라서 현행 하자보수보증제도의 보완방안 중 하나라고 할 수 있을 것이다. 보증채무의 이행방법으로 역무적 보증이행방식을 원칙으로 하고 있는 현행 공사이행보증제도(정부입찰계약집행기준 제44조)는 하자보수의 경우에도 적용될 수 있는 여지는 있다. 하지만 보증계약의 체결시에 하자담보채무에 대하여 별도의 특약을 체결하지 않으면 보증채무의 범위 속에 원칙적으로 포함되지 않기 때문에 현실적인 활용가능성은 크지 않다고 할 것이다.

이런 점들을 감안할 때, 보증기관의 보증채무 이행방법을 역무적 보증이행방식에 의할 수 있도록 하되, 어떤 방식을 선택하느냐는 보증기관에 맡긴다면 하자의 실손해액 산정을 둘러싼 다툼도 방지하고 하자보수보증금의 대급부담을 줄여 신속하고 원활하게 하자보수가 이루어질 수 있을 것이다. 역무적 보증이행을 포함하는 이러한 보증기관의 선택권이 실효성을 가지려면 보증이행을 위한 적격업체(전문성과 시공능력 등의 구비업체)의 지정 또는 보증기관 스스로가 하자보수 이행을 위한 인적·물적 시설을 구비할 수 있도록 하는 이른바 ‘보증기관의 책임하자보수제도’의 도입이 필요한 것은 물론이다. 제도의 일시적 도입에 따른 시행착오가 우려된다면 하자보수책임기간이 3년 이하인 경우<sup>40)</sup>에 우선적으로 시범 적용하는 단계적 도입방안도 대안이 될 수 있을 것이다. 다만, 보증기관 스스로가 하자보수기능을 보유(인적·물적 시설 구비)하는 것은 내부정관 등에 사업목적에 명시적으로 포함되고 있지 않아 제약이 예상될 수도 있으므로 하자보수를 위한 유지관리업체를 독립적인 법인체로 설립하는 방안을 현실적으로 검토할 수 있을 것으로 보인다.<sup>41)</sup> 유지관리업체를 설립하기 위한 시설물유지관리업 등록을 할 경우 필요한 사항은 아래와 같다.

40) 2000년 1월에서 2001년 6월까지 건설공제조합 보증심사팀에서 55개 현장을 조사한 분석결과를 보면, 하자발생은 1~3년의 하자보수책임기간 내에서 주로 발생하는 것으로 나타나고 있음.

41) 건설공제조합의 현행 정관에서는 제53조에서 조합업무를 제반보증업무, 자금융자, 어음할인, 공사용 기자재 구매알선, 공제사업, 연구 및 교육사업 등으로 열거하고 있으므로 직접 인적·물적 설비를 갖춘다는 것은 적절하지 않으나, 건설관련 법인의 출연이나 조합의 목적달성에 필요한 관련사업에의 투자도 함께 명시하고 있으므로 별도의 법인체 설립을 통해 동일한 효과를 얻을 수 있을 것임.

i) 기술능력(건설기술관리법에 의한 토목분야 또는 건축분야 건설기술자 4인 이상), ii) 자본금규모(3억원 이상), iii)시설·장비(육안검사를 위한 돋보기·망원경·카메라·비디오키메라 및 균열폭측정현미경, 비파괴실험을 위한 반발경도측정기·음파에 의한 측정장비[망치·체인]·초음파에 의한 측정장비, 자기감응검사를 위한 콘크리트 피복측정장비, 전기에 의한 부식검사를 위한 콘크리트저항측정장치·전위차측장치, 사무실 전용면적 20㎡ 이상) 등의 구비

기대효과로는 현재 하자보수보증금의 국고 귀속 후에도 발주자의 하자보수를 위한 보수업체 선정 등 추가적 절차가 필요하지만, 역무적 보증이행은 이러한 후속 절차를 필요로 하지 않기 때문에 하자보수의 기피나 지연현상을 상당부분 제거할 수 있어 하자보수의 신속성이 제고될 수 있다. 역무적 보증이행은 실제 하자보수에 소요되는 비용만 시공사나 보증기관이 부담한다는 ‘실손보상의 원칙’을 실질적으로 구현시키는 효과가 있기 때문에 하자보수의 비용을 둘러싼 분쟁도 최소화할 수 있다. 국가계약과 관련한 하자보증 부문에 이러한 방식을 도입할 경우 실손보상을 둘러싼 갈등과 분쟁이 빈번한 민간부문으로 확산시킬 수 있는 계기도 될 것이기 때문에 특히 공동주택의 하자분쟁 등 민간부문<sup>42)</sup>의 하자관련 갈등해소에 상당한 효과가 기대된다. 하자과 관련한 분쟁 감소는 변호사 선임료나 하자감정비용 등 간접비용도 절감될 수 있으므로 계약당사자 모두에게 불필요한 비용 낭비를 줄이는 부수효과도 따르게 될 것이다. 또한 실손보상으로 인해 보증금 대급률이 하락하게 되어 보증기관은 불필요한 재정적 부담을 덜 수 있게 된다. 이런 효과가 보다 뚜렷하게 나타날 경우 현행 하자보수보증금률을 인하시킬 수 있는 요인도 될 수 있어 시공자인 수급인에게도 이익이 될 수 있다. 하자보수절차의 간소화나 하자분쟁의 감소로 인하여 발주기관의 만족도가 제고되고 보증기관도 건설전문 보증기관으로서의 역할 증대를 도모할 수 있으며 수급인도 하자과 관련한 부담을 경감시킬 수 있어, 결과적으로 계약당사자 모두에게 하자사후관리와 관련한 만족도 제고 및 경쟁력을 강화시키는 등의 이익이 될 것으로 기대된다.

42) 특히 분양된 공동주택의 하자관련 분쟁은 하자감정·보수업체 또는 소송브로커 등의 개입에 따른 소송의 빈발로 인해 변호사수임료나 하자감정비용 등의 간접비용 지출이 많은 편이고 하자보수의 지연사태도 많아 수급인이나 보증기관, 입주자 모두의 부담이 가중되고 있는 실정임. 역무적 보증이행방식이 민간부문에도 도입된다면 실제 하자보수비용의 산정이 필요 없고 이에 따른 분쟁 감소로 경제적 부담을 덜고 신속한 하자보수를 가능케 하는 긍정적 효과가 있을 것으로 기대됨.

## 제6장 결론

발주자와 수급인간(수급인과 하수급인간의 계약관계 포함)에 하자로 인한 분쟁은 지속적인 증가추세를 보여주고 있으며, 이로 인한 보증기관의 대급 부담도 상당한 경영압박 요인으로 작용할 가능성이 높아지고 있다. 이러한 현상은 시공목적물의 품질에 대한 발주자의 기대수준이 높아진 탓도 있을 것이고, 한편으론 외생변수가 많은 건설공사에서 하자과 관련한 제도적 정비가 체계적으로 이루어지지 못한 데에 기인하는 바도 클 것으로 보인다.

하자관련 분쟁이 빈번하다는 것은 발주자로 하여금 준공 이후에도 하자발생 여부와 수급인의 존속 및 하자보수의 신속한 처리에 지속적인 관심과 노력을 기울이도록 만들고, 수급인도 준공 후 상당한 기간 동안 하자담보책임으로부터 자유롭지 못하거나 잦은 클레임에 시달려야 한다는 것을 의미한다. 계약당사자 모두가 장기간 하자보수와 관련한 책임에서 벗어나게 하고, 하자보수의 신속성과 보수공사 후의 만족도를 둘러싼 상호간의 갈등을 합리적으로 해소하는 방법은 건설공사에서 하자발생의 불가피성과 하자의 판정을 둘러싼 불명확성을 해소하기 위한 법령 및 제도의 개선에 달려있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

그러나 국내의 경우 하자보수제도에 대한 많은 논의에도 불구하고 오랫동안 보다 근본적인 개선움직임은 아직 태동하고 있지 못한 현실은 하자문제의 해결이 결코 쉽지 않은 문제임을 짐작하게 한다. 이러한 어려움이 있다 하더라도 공공부문이나 민간부문을 통털어 하자문제에 대한 체계적인 개선의 필요성이 공감대를 형성하고 있기 때문에 하자의 개념 정립과 하자판정 및 신속·원활한 분쟁처리, 그리고 실질적인 하자보수시스템의 구축 등을 위한 시도는 현실화가 어려운 일이라고만 할 수는 없다. 따라서 현재와 같이 하자관련 분쟁으로 낭비되는 전국가적인 비용지출을 감안할 때 하자문제의 근본적 해결을 위한 정책적 의지를 갖고 로드-맵을 작성하여 개선방안에서 제시한 내용들을 단계적으로 추진해나간다면 충분히 가치 있고 가시적인 성과를 얻을 수 있을 것이라 기대된다.



## 참고문헌

- 규제개혁기획단, 건설산업규제 합리화방안, 2005.11
- 김동훈, 하자보수보증금의 성질(판례평석), 2004
- 김명수, 공사 이행보증제도의 효율적 운용방안, 건설산업 위기극복과 구조개혁에 관한 공청회 발표자료, 2000
- 대한건설협회, 국가계약법령집 I, II, 2006
- 대한전문건설협회 토공사업협의회, 콘크리트 구조물(토목)의 균열과 하자 문제 연구용역보고서, 서울산업대학교, 2005.3
- 대한전문건설협회 토공사업협의회, 콘크리트 구조물(토목)의 균열과 하자 문제 연구용역보고서, 대한토목학회 콘크리트위원회, 2006.8
- 배순석, 소비자 보호를 위한 주택품질보증체계 재구축 방향, 한국주택학회 2005 춘계학술대회 발표자료, 2005
- 양관섭, 공동주택의 하자평가 및 운용체계 연구, 건설기술연구원(1997-04), 1997
- 일본 국토교통성 하자보증연구회 보고서(瑕疵保證のあり方に關する研究會 報告書), 2005(<http://www.mlit.go.jp/kisha05/01/010803/02.pdf>)
- 이강희, 해외 주택품질보증기구 비교를 통한 하자평가기구의 성격 및 역할에 관한 연구, 주택연구 제8권 제1호, 2000.5
- 이상호·빈재익, 일본의 공사이행보증제도와 시사점, 건설산업동향, 한국건설산업연구원, 2005
- 이의섭, 공공공사 계약이행 보증제도의 문제점과 개선 방안, 건설산업동향, 한국건설산업연구원, 2002
- (재)일본건설경제연구소 제21차 해외조사보고서(米國の瑕疵擔保保證制度), 2005(<http://www.rice.or.jp/j-home/j-menu>)
- 재정경제부, 최적가치 낙찰제도 도입 및 하자보증제도 개선방안 연구, 연구용역보고서, 한국조달연구원, 2006.8

100.하자보수관련 제도의 정비방안

## Abstract

Recently according to be made large-scale, complex and high-storied building, and the introduction of new technology, receiving an order at the low price in construction works, outbreak possibility of the construction defects is going to be increased.

But in operative laws regarding of construction, there is not specific and express provision about definition or scope of defect, body of decision for defect. It is only provided defect security liability period, deposit for repair of defect. Therefore conflict or dispute on repair of defect is frequently arousing and it has tendency not only to perform timely the repair of defect but also to impose heavy burden on guarantor.

Also even though the first obligator of repair of defect is contractor, if he does not perform own obligation, full amount deposit for repair of defect is accrued to national treasury. For such reason contemporary guarantee system for repair of defect is not substantial help to repair of defect but economic burden more than cost for repair works on guarantor.

Final Purpose of owner is completion of contract. If it is difficult, repair system should be builded so as to rapid repair of defect in case of an defect outbreak. As well it should be considered appointment of alternative performer and fulfillment of directive repair function of defect.

we study the desirable system of repair of defect and performance bond for repair of defect in order that laws concerning defect warranty liability system coincide with reality and reflect equity of liability, burden between owner and contractor.

This study is consist of I ~ VI chapter. In the part of chapter II, we introduce repair system of defect and defect warranty bond system. And we gave careful consideration to problems about existing defect system and improvement in chapter III. In chapter IV, we introduce the case of foreign

countries concerning defect warranty liability. And so as to guarantee performance of substantial defect repair for the future, we gave the improvement device of construction defect repair system under consideration.

## ○ 저자 소개

· 두성규(skdo0@cerik.re.kr)

경북대학교 법학과 졸업(학사)

경북대학교 대학원 법학과 졸업(석,박사)

현 한국건설산업연구원 건설정책연구실 연구위원

### <주요 저서 및 논문>

「임대보증금 보증의무제도의 문제점과 개선방안」, 한국건설산업연구원, 2007

「건축물분양제도의 합리적 구축을 위한 정책제안」, 한국건설산업연구원, 2007

「건축물 분양보증제도의 합리화 방안 연구」, 한국건설산업연구원, 2006

「2005년 주택·부동산 관련 법령의 동향과 전망」, 한국건설산업연구원, 2005

「2005년 건설정책 동향과 전망」, 한국건설산업연구원, 2004

「건축물 선분양을 위한 신탁계약제도 활용방안」, 부동산신탁업협회, 2004

「건설공사 하자담보책임기간의 적정성과 보험대체방안」, 한국건설산업연구원,  
2004

「중재판정사례로 본 건설클레임 분석과 향후전망」, 한국건설산업연구원, 2003

「도시 및 주거환경정비법' 시행이 기존 재건축 사업에 미치는 영향」, 한국건설  
산업연구원, 2003

「건설중재의 현황과 활성화방안」, 한국건설산업연구원, 2001

「계약형 부동산투자신탁제도의 법적 문제점과 개선방안」, 한국건설산업연구원,  
2000

「현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안」, 한국건설산업연구원, 2000 외  
다수