

公共建設事業의 瑕疵에 대한 受給人的 責任에 관한 研究

A Study on the Contractor's Liability for the Defects in the Public Construction Works

조 영 준* 현 창 태**

Cho, Young-Jun Hyun, Chang-Taek

요 약

건설사업에서 공공건설사업은 국가계약법령에 의해 집행되고 있고, 계약유형으로 볼 때 도급, 위임, 고용 등 복합적인 계약성질을 띠고 있으므로, 수급인의 하자책임을 단일화하여 규정하는 것이 쉽지 않다. 이로 인해 계약이행중 발생하는 불완전이행과 목적물 인수 후 발생하는 하자에 대한 수급인의 책임에 대한 적용 및 해석은 어려운 작업이 되어 왔다. 그리고 불완전이행이나 하자에 대한 연구는 활성화되지 못하였고, 불완전이행이나 하자관련 분쟁이 발생하게 될 경우 당사자 일방이 포기하거나 일반적으로 접근하여 본질적인 문제해결을 이루지 못하였다. 따라서 공공건설사업에 있어서 수급인의 하자책임에 대해 심층적으로 고찰할 필요성이 있다.

이러한 문제점을 인식하여 본 연구에서는 건설공사의 하자나 불완전이행은 제조물책임법에서 규정하는 결함과는 다르므로 국내의 수급인의 하자책임에 대해 고찰한 후, 우리나라 국가계약법령에 근거한 수급인의 불완전이행 및 하자책임을 분석하여 문제점을 도출한 후 개선방안을 항목별로 도출하였다.

키워드: 발주자, 수급인, 하자담보책임, 채무불이행책임, 불완전이행, 유보금, 전문가책임보험

1. 서 론

1.1 연구의 배경 및 목적

공공건설사업은 국가계약법령에 의해 집행되고 있고, 계약유형으로 볼 때 도급, 위임, 고용 등 복합적인 계약성질을 띠는 경우가 많으며,¹⁾ 전체 건설사업에서 공공건설사업이 차지하는 비중은 매우 크다²⁾. 또한 공공건설사업의 경우 일을 완성할 때까지 다양한 법령 및 규정에 따라 수행되고 있다. 현행 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 동법시행령, 시행규칙, 각종회계예규 등(이하 총칭하여 '國家契約法令'이라 한다)에는 계약이행중 불완전이행이 발생할 경우 발주자³⁾는 시정조치하도록 하고 있으며, 전체목적물 인수 후 발생하는 하자에 대해서는 수급인⁴⁾이 하자담보책임을 부담하도록 책임을 규정하고 있

다. 그러나 국가계약법령에 규정된 불완전이행이나 하자과 관련된 책임에 대한 사항이 추상적으로 규정된 내용이 있으므로 인해, 공공건설사업의 현장에서 불완전이행이나 하자과 관련된 문제가 빈발하고 있다. 그럼에도 불구하고 계약이행중 불완전이행이나 전체 목적물 인수 후 하자가 발생하였을 경우 책임관계를 논하는 것은 더욱 어려운 작업으로 인식되고 있다. 결국, 불완전이행이나 하자관련 분쟁이 발생하게 될 경우 당사자 일방이 포기하거나 일반적으로 접근하여 본질적인 문제해결을 이루지 못하였다. 지금까지는 건설사업에서 수급인의 하자담보책임과 관련된 연구는 법학자들이 민법학측면에서 법리적인 해석위주로 수행해 왔으나, 최근에는 건설현장, 건설계약 및 건설법령과 접목시켜 수급인의 하자담보책임과 하자보수책임에 대해 논의하고자 하는 움직임이 있다. 그럼에도 불구하고, 우리나라 건설사업의 절반이상을 차지하는 공공건설사업의 불완전이행이나 하자에 대한 연구는 미진하였으므로, 공공건설사업의 하자에 대한 수급인의 책임에 대해 심층적으로 고찰할 필요성이 있다.

따라서 본 연구의 목적은 국내외 수급인의 하자에 대한 책임을 조사하고 분석하여, 공공건설사업에서의 계약이행중 불완전이행 및 전체 목적물 인수 후 하자담보책임을 분석함으로써, 이와 관련된 분쟁발생을 최소화할 수 있도록 논리적 근거를 마련하는 데 있다. 또한 계약당사자의 책임관계를 분명히 함으로써 계약당사자 각각이 불완전이행이나 하자를 최소화할 수 있도록 하는 데 그 목적이 있다. 그리고 불완전이행이나 하자에 대한 책임을 분명히 함으로써 위험관리(Risk Management)가 이루어지도록 하고, 궁극적으로 국가예산이 過多 또는 過小 執行되지 않고 효율적으로 집행될 수 있도록 하는 데 기여하고자 한다.

* 종신회원, 성창특허법률사무소, 공학박사

** 종신회원, 서울시립대학교 건축공학과 교수, 공학박사

1) 두산세계대백과 Encyber, 2002, <http://kr.encycl.yahoo.com>.

2) 2000년도의 통계청자료를 보면 건설계약금액은 50조 6110억원에 달하며, 공공건설산업은 대부분 토목공사로 이루어지며, 토목공사의 계약금액은 27조 3000억원을 상회하고 있다. 통계청, 2000, 【통계DB】 경제활동상태별 국내총생산 및 국민총소득, 공중 및 발주자별 월별 수주액, <http://www.nso.go.kr>.

3) 현행 민법에서는 '도급인'이라고 표기하고 있으나 도급인은 Contractor(도급받는 자)로 보아야 한다는 견해가 설득력이 있어 도급인이라는 용어는 사용하지 않았다. 그리고 '수급인'이라는 용어에 대하여서도 적절하지 못한 용어라고 지적되고 있는데, 민법과 실무 등에서 통상적으로 사용되고 있으며 의사소통상의 문제가 없는 점을 감안하여 본 연구에서는 수급인이라는 용어를 사용하기로 한다. 앞으로 이 용어에 대해서도 충분한 재검토가 필요하다고 판단된다.

4) 수급인이라 함은 설계업무를 담당하는 설계자와 시공업무를 담당하는 시공자를 말하는 것으로서 현행법령에서는 계약자, 계약상대방, 시공자, 수급자 등으로 표기되고 있으나, 용어의 통일

을 위해 수급인으로 통일합니다.

1.2 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 부동산중에서도 공공건설사업의 불완전 이행과 하자에 대한 수급인의 책임위주로 살펴보고자 한다. 그리고 공공건설사업의 계약이행중에 수급인이 부담하는 불완전이행과 목적물의 인수 후 수급인이 부담하는 하자담보책임에 대해 고찰하고자 하며, 그 이외의 사항에 대해서는 연구의 범위에서 제외한다. 또한 본 연구는 건설계약의 유형중에서도 설계시공일괄입찰공사(일괄입찰계약⁵⁾ 및 대안입찰계약⁶⁾중 대안이 채택된 계약 포함(이하 '일괄입찰공사'라 한다)과 설계시공분리발주공사(이하 '기타공사'라 한다)로 구분하여 분석하고자 한다. 아울러 국가계약법령과 관련하여 건설기술관리법령 등에 규정하고 있는 사항이 있을 경우 이에 대해서도 함께 검토하고자 한다. 본 연구에서는 불완전이행이나 하자가 발생하였을 때 설계상의 하자인지 시공상의 하자인지를 구분하는 것은 제외하고, 불완전이행이나 하자가 분명히 구분되었다는 것을 전제로 공공건설사업의 불완전이행과 하자에 대한 책임을 분석하고자 한다. 그리고 공공건설사업의 수급인 하자책임을 이론적으로 규명하기 위해 수급인의 하자책임과 관련한 국내 학설 및 판례동향, 입법례 등을 파악하여 살펴보고자 한다.

2. 不完全履行 및 瑕疵關聯紛爭

2.1 調査方法 및 期間

본 연구에서는 우선 공공건설사업을 수행한 수급인과의 면담조사를 통해, 공공건설사업에서의 불완전이행 및 하자책임에 대한 문제점을 조사하였다. 현장실무자들의 인터뷰조사는 1999년 6월부터 2001년 6월까지 공공건설사업 현장에서 근무하고 있는 실무자⁷⁾와 수시로 인터뷰를 실시하였다. 또한 2001. 4월에 공공건설사업을 수행하고 있는 건설회사 하자담당부서의 직원들을 대상으로 인터뷰를 실시하였다. 그리고 1999년 6월부터 2000년 10월까지 공공건설사업과 관련하여 발생한 건설중재 및 건설클레임에 참여한 변호사의 법률적인 견해를 참고하였다. 조사결과 많은 공공건설사업 현장에서 수급인들은 계약이행중, 목적물인수이후에 불완전이행이나 하자책임과 관련하여 여러 가지 문제점을 지적하였다.

다음은 3가지 유형별로 예를 들어 살펴보고자 한다.

2.2 契約履行中 瑕疵關聯紛爭

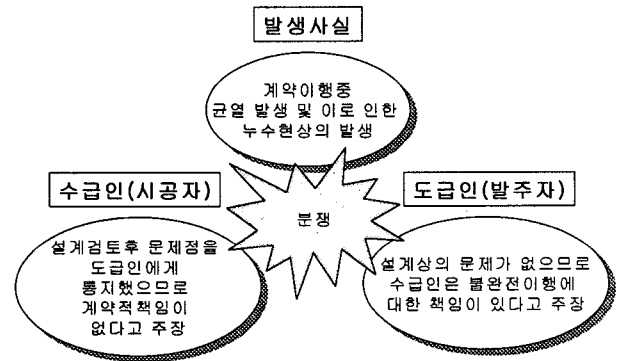
기타공사에서 1km이상으로 된 콘크리트구조물인 지하차도 건설계약을 체결하였다. 발주자는 설계에 신축이음을 두지 않았고, 방수공사 자재도 지정하였다. 그러나 수급인이 전체목적물을 완성하여 인도하지 않았는데도 누수현상이 발생하였다. 누수문제가 심각해지자 설계상의 하자인지 시공상의 하자인지를 규명하기 위해 수급인의 비용으로 우선 해외전문가에게 검토를 의뢰하였으나 명확한 답변이 도출되지 않았다. 결국 시공중에 수급인은

5) 設計施工一括入札契約이라 함은 국가계약법시행령제78조에 정의된 공사계약을 말한다.

6) 代案入札契約이라 함은 국가계약법시행령 제79조의 정의에 따라 설계 대안이 허용된 공사의 입찰로 계약된 공사를 말한다.

7) 건설현장에서 발생할 수 불완전이행의 유형과 하자를 조사하기 위한 비공식 인터뷰조사에 참여한 실무자는 국내에서 대형공공건설사업을 수행한 경험이 있는 20개 회사에 근무하는 사람들로 구성되었다.

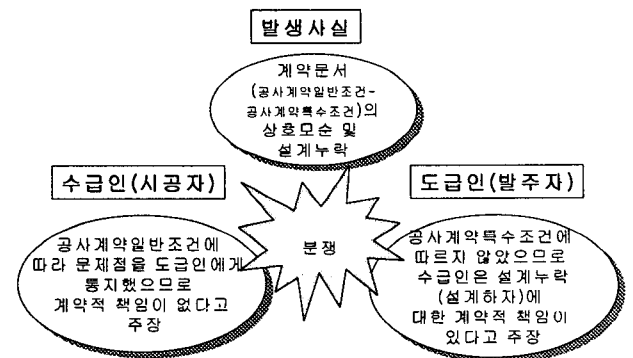
균열보강작업을 하였고, 준공이후에도 균열보강작업을 수행하게 되었다. 이러한 문제가 발생하자 수급인은 계약이행중 관련법령 및 계약에 따라 설계를 검토한 후, 일정간격마다 있어야 할 신축이음이 누락된 사실을 발견하고, 이를 발주자에게 통지하였으므로, 수급인에게 계약적 책임이 없다고 주장하게 되었다. 그러나 발주자는 지하차도의 경우 구조물에 균열이 발생할 정도의 온도변화가 발생하지 않기 때문에 신축이음을 설치하지 않았으므로 설계상의 문제는 없고, 수급인이 설계대로 시공을 잘못하여 발생한 하자라고 주장하였다(<그림 1> 참조).



<그림 1> 계약이행중 설계하자관련 분쟁

2.3 設計瑕疵와 契約的責任關聯紛爭

기타공사에서 지하차도를 설치하기 위해 가시설인 H빔으로 수평버팀보를 설치하도록 하였으므로 버팀보 부분의 수직철근은 절단된 후 연결되어야 하였다. 시방서에 고강도철근의 용접 및 가열은 허용하지 않는 것으로 규정되어 있었고, 공사계약특수조건에 계약체결후 90일 이내에 설계검토하여 문제점을 제시하지 않을 경우 설계변경은 없는 것으로 규정되어 있었다. 그리고 공사계약일반조건에는 당해공사의 이행 전에 설계누락사실을 발주자에게 통지하도록 규정되어 있었다. 수급인은 계약체결후 1년이 지난 시점에 설계상의 하자라고 하여 설계누락사실을 보고하면서 대체시공방법을 제시하였다. 그러나, 발주자는 대체시공방법의 자재 승인시 수급인에게 계약불이행책임(90일 이내 설계검토의무불이행)을 물어 설계변경은 하지않아 분쟁이 발생하였다(<그림 2> 참조).

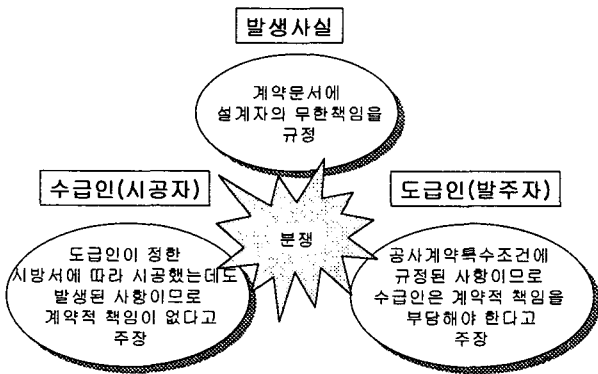


<그림 2> 설계하자와 계약적 책임관련 분쟁

2.4 設計者의 限界를 超過하는 責任

일괄입찰공사에서 수급인이 소음·진동 규제법령 및

표준시방서의 진동허용기준치 이내로 設計書를 작성하고 굴착공사를 진행하던 중, 소음·진동으로 인한 민원이 있었고, 발주자는 민원대처수립을 지시하였다. 따라서 수급인은 발파전문회사의 연구결과에 따라 0.3kine(cm/sec)이하로 제어발파대책을 수립하여 시공하였다. 발주자는 공사계약특수조건에 수급인이 소음·진동에 대한 모든 책임을 부담하도록 계약체결하였음을 근거로, 수급인이 이행해야 할 계약이행사항임을 주장하였다. 그러나 수급인은 공사계약특수조건에 진동기준을 설정하였으므로, 진동기준을 초과하여 추가비용이 소요될 정도의 과도한 요구가 있을 경우에는 발주자가 부담해야 할 계약이행사항이라고 주장하였다. 이에 대해, 수급인의 설계상의 책임한계를 벗어나는 책임이라고 하여 수급인의 책임을 면책해 준 사례⁸⁾도 있고, 수급인에게 엄격하게 계약적 책임을 부담시킨 사례⁹⁾도 있다. 이를 간략히 도식화하면 다음 <그림 3>과 같다.



<그림 3> 설계자의 한계를 초과하는 책임관련분쟁

3. 우리나라의 受給人 瑕疵責任動向

3.1 法定無過失責任說

하자담보책임에 대한 종래 우리나라 학설의 대부분¹⁰⁾은 민법 제667조이하의 수급인의 담보책임을 法定의 無過失責任으로 이해하고, 판결¹¹⁾도 같은 입장이다. 유상계

8) 중재 제99111-0046호, 2000.11.30 : 국가의 규제기준을 지킨 계약자가 피해보상에 무한책임을 진다면 사회적 경제적 제반요소를 감안하여 제정된 국가의 규제기준이 아무런 의미가 없게 되는 것이므로 피신청인(발주자)의 주장은 이유없다

9) 중재 제99111-0020호, 2000.10.19 : 일반적으로 시가지 구간 공사이므로 신청인이 경험있는 시공자라면 입찰당시 예측이 가능한 범주에 속하는 사실로 간주할 수 있다....중략....따라서 공사금액증액에 관한 신청요구가 받아들여질 수 없다.

10) 법정책임설을 주장하는 법학자 : 김기선, 1988, 한국채권법각론(제3전정판), 법문사, 서울, 133쪽; 김중환, 1989, 채권각론(민법강의 IV), 박영사, 서울, 146쪽; 김현채, 1985, 주석채권각칙(I), 한국사법행정학회, 541쪽이하; 김석우, 1978, 채권법각론, 박영사, 181쪽이하; 김현태, 1975, 신고 채권법각론, 일조각, 117쪽이하, 이영환, 1977.6, 중류매매와 하자담보책임-불완전이행과의 관계를 중심으로-, 법정 제7권 제6호, 166쪽, 이태재, 1982, 채권각론, 진명문화사, 서울, 172쪽이하; 박윤직, 1999, 채권각론, 박영사, 서울, 453쪽.

11) 대판 1980.11.11. 80다923, 924. 이영준, 1983, 대한민국 판례대전 기본법편(2), 한국사법행정학회, 420쪽. : “하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 ... 중략 ... 위 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것” ; 대판 1990.3.9. 88다카31866. 법륜신문, 1990. 4. 9, 9쪽 : “올의 주문에 따라서

약의 전형인 매매계약에 있어서 매도인의 담보책임을 무과실책임으로 보는 이상, 수급인의 담보책임도 마찬가지로 이해하는 것이 적당하다는 것¹²⁾으로, 이에 의하면 수급인 담보책임 요건으로서의 하자는 수급인의 귀책사유로 생긴 것이어야 하는 것은 아니고, 그 책임의 내용도 법률에 정해진 것에 한정한다. 그러나 수급인의 담보책임을 법적인 무과실책임으로 보면서도 손해배상의 요건과 범위와 관련해서는 이견이 있다.¹³⁾

3.2 債務不履行責任說

최근에는 하자담보책임에 관한 규정의 흠결에도 불구하고 수급인 담보책임의 본질을 채무불이행책임으로 보는 견해¹⁴⁾¹⁵⁾가 대두되고 있다. 특히 민법상 매도인의 담보책임에 대하여 매도인은 하자없는 물건을 給付할 의무가 있다고 보아 매도인이 하자있는 물건을 급부하였다면 매수인에게 부담하고 있는 채무를 이행하지 않은 것으로 보고 있다. 매도인의 담보책임을 채무불이행의 한 측면으로 본다면 매도인의 담보책임은 법이론적으로 계약적 책임의 하나가 되어 당연히 채무불이행에 관한 일반이론에 흡수되게 된다¹⁶⁾는 것이다. 따라서 우리 민법에 특별히 규정되어 있는 하자담보책임에 관한 규정은 채무불이행설이라는 관점에서 볼 때, 해석법상 채무불이행과 법정책임은 서로 양립할 수 없으므로, 하자담보는 채무불이행의 일종으로 규정지을 수 있고, 그 책임 내지 효과에 있어서는 일반채무불이행과 구별되는 특수한 제도로 보아야 한다는 것이다¹⁷⁾.

3.3 그외의 學說

갑 소유의 재료를 사용하여 특수하게 만든 자동차 부품을 공급하고 울로부터 이를 수입하여 가는 외국의 병 외에는 이를 다에 매각처분하기가 불가능한 부대체물의 제작공급계약의 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 띠게 되고, 그와 같은 수급인의 하자담보책임은 무과실책임이므로 매매에 관한 민법 580조 1항 단서의 조항이 적용될 여지가 없다.”

12) 김석우, 앞의 책, 384쪽.

13) 조영준, 공공건설사업의 하자에 대한 수급인의 책임에 관한 연구, 서울시립대학교 대학원, 공학박사학위논문, 2002. 8. 26쪽 참조.

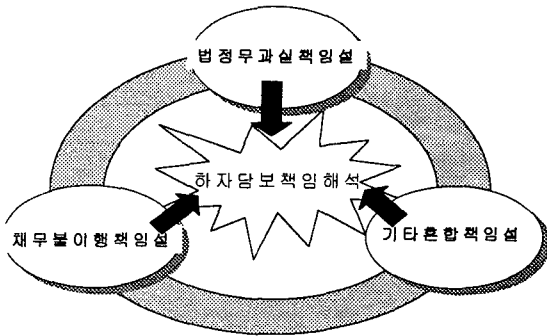
14) 채무불이행설의 입장에 있는 법학자 : 김형배, 1986, 하자담보책임의 성질, 민법학연구, 박영사, 서울, 226쪽이하; 김주수, 1986, 채권각론(상)-계약법-(민법강의 IV), 삼영사, 서울, 181쪽이하; 김상목, 1984, 하자담보책임의 본질론, 법정논총 제24권, 중앙대학교 법과대학, 75쪽이하; 김대정, 1993, 채무불이행설에 의한 하자담보책임의 재구성, 민사법학 제9·10합병호, 한국민사법학회, 242쪽이하; 조규창, 1983, 물건의 하자담보책임-현행법규정의 비판적 고찰-, 법학논집 제21집, 고려대학교 법학연구소, 221쪽이하.

15) 대판 1992.4.14. 91다17146 : “양도 목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행 책임으로서 본 계약내용의 이행과 직접 관련된 책임인 바 ...”. 박윤직, 1999, 앞의 책, 247쪽.

16) 김대정, 1996.6.22, “매도인의 하자담보책임에 관한 판례의 동향”, 한국민사법학발표회, 2쪽이하; 대판 1992.4.14 91다17146 “... 양도목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에, 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행 책임으로서, 본 계약내용의 이행과 직접 관련된 책임인 바 ...”라고 하여 채무불이행책임으로 보고 있다. : 이상광, 2000, 하자담보책임론-한국·독일·오스트리아 민법 및 국제통일매매법을 중심으로-, 법문사, 서울, 53쪽이하.

17) 김형배, 1997, 채권각론(계약법), 박영사, 서울, 602쪽이하.

최근에는 하자담보책임의 법적 근거, 법적 성질에 관한 논의는 개념법학의 우를 범할 위험이 있음을 지적하면서 하자담보책임과 관련된 손해배상, 하자보수등의 문제로 구분하여 하자담보책임을 법정책임설과 채무불이행설의 입장을 구분하여 견해를 제시하는 경우¹⁸⁾가 있다. 발주자가 계약이익의 손해를 입은 경우에는 수급인의 불완전한 이행에 의해 손해가 발생한 것이기 때문에 수급인에게 귀책사유를 물어야 하고, 수급인의 담보책임도 기본적으로는 채무불이행 내지 불완전이행책임의 일종으로 보는 경우¹⁹⁾가 있다. 동일한 대상이라고 하더라도 하자담보책임의 법적성질을 어떻게 이해하느냐에 따라 하자담보책임의 내용이 다르게 되는 것은 불합리하다고 하면서, 입법론적으로 이들의 성질이 허용하는 한 하자담보책임에 관한 내용을 통일적으로 규정할 필요가 있다는 견해도 있다²⁰⁾. 또한 수급인의 하자담보책임은 하자보수책임을 그 고유한 내용으로 하면서 손해배상책임은 광의의 하자손해를 배상하는 책임이라는 견해²¹⁾도 있다. 우리나라의 학설동향을 간략히 도식화하면 다음 <그림 4>와 같다.



<그림 4> 우리나라 하자담보책임의 학설동향

4. 受給人的 不完全履行 및 瑕疵責任分析

4.1 其他工事의 不完全履行 및 瑕疵

(1) 계약이행중

기타공사에서 계약이행중 수급인은 자신에게 과실이 있을 경우 전형적인 채무불이행책임을 부담하여 완전이행하여야 하며, 손해가 발생할 경우 계약조건에서 정한 바에 따라 손해배상해야 하며, 이로 인해 준공시점까지 공사를 완성하지 못하게 될 경우에는 계약해제를 할 수 있다(<표 1> 참조).

<표 1> 기타공사 계약이행중 수급인의 책임

구분	내 용
완전이행	- 계약내용 전부 또는 일부가 계약에 위반될 경우 수급인의 과실로 볼 수 있고, - 이 때 국가계약법시행령 제55조 제6항 및 공사계약일반조건 제27조 제3항에 따라 발주자는 시정조치해야 함.
손해배상	- 기성검사중 불완전이행을 발견한 경우 발주자는 국가계약법 제5조에 따라 대가지급보류조치를 취할 수 있고, - 기성대가를 지급한 부분에 불완전이행이 발생하여 일반적 손해(공사목적물, 관급자재, 대여품 및 제3자)가 발생한 경우 공사계약일반조건 제31조에 따라 수급인은 책임부담해야 함.
계약해제	- 준공기한까지 공사를 완성하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 판단될 경우등이 발생하면 발주자는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있음. - 수급인은 즉시 공사를 중단하고 대여품을 반환해야 하며, - 고의·과실로 멸실·훼손된 경우 원상회복 또는 손해배상해야 함.

(2) 계약준공일 이후 전체목적물 인수전

계약준공일이 지났으나 전체목적물을 인수하기 전에는 계약이 종료된 상태가 아니므로 수급인은 자신에게 과실이 있을 경우 계약이행중과 동일하게 전형적인 채무불이행책임을 부담하게 된다. 그리고 준공시점에는 시정조치가 완료될 경우 완전이행될 때까지 지체상금을 부담해야 한다(<표 2> 참조).

<표 2> 기타공사 계약준공일 이후 인수전 수급인의 책임

구분	내 용
완전이행	- 계약내용 전부 또는 일부가 계약에 위반될 경우 수급인의 과실로 볼 수 있고, - 이때 국가계약법시행령 제55조 제6항 및 공사계약일반조건 제27조 제3항에 따라 발주자는 시정조치해야 함.
손해배상	- 계약이행중 책임과 동일하게 발주자는 대가지급보류조치를 취할 수 있고, - 일반적 손해(공사목적물, 관급자재, 대여품 및 제3자)가 발생한 경우 수급인은 그 책임을 부담해야 함.
계약해제	- 원칙적으로 계약이행중과 동일하게 발주자는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있음. - 그리고 준공시점에는 공사계약일반조건 제27조에 따라 시정조치가 완료후 완전이행될 때까지 지체상금 부담.

(3) 전체목적물 인수 후

전체목적물 인수 후에 하자가 발생할 경우 수급인의 귀책사유를 묻지 않고 수급인은 하자를 보수해야 하며, 수급인이 하자에 보수하지 않을 경우 하자보수보증금을 국고에 귀속하고, 하자로 인해 손해가 발생한 경우 민법의 일반이론에 따라 손해배상해야 한다(<표 3> 참조).

<표 4-3> 기타공사 전체목적물 인수 후 수급인의 책임

구분	내 용
하자보수	- 수급인의 귀책사유를 묻지 않고 하자담보책임에 따라 수급인의 비용으로 하자를 보수하여야 함. - 단, 시설물의 안전관리에 관한 특별법이 적용되는 경우 수급인의 중대한 과실이 있다면 하자보수가 완료될 때까지 책임을 부담함.
손해배상	- 수급인이 하자보수에 응하지 않을 경우 하자보수보증금을 국고에 귀속함. - 또한 하자로 발주자에게 손해가 발생한 경우 민법의 일반이론에 따라 수급인의 귀책이 있다면 수급인이 손해를 배상하여야 함.
계약해제	- 해당사항이 없음.

18) 이상광, 2000, 하자담보책임론, 법원사, 서울, 36쪽이하.

19) 이상태, 1999, "수급인의 담보책임론", 무암이영준박사학박기념논문집간행위원회 한국민법이론의 발전, 박영사, 서울, 886쪽.

20) 조성민, 1994, "도급계약상 하자담보책임", 고시계 제39권 제8호, 국가고시학회, 서울, 58쪽.

21) 정광수, 1997, "도급계약상 하자담보책임과 불완전이행책임과의 관계-회사실질절차의 합리화를 중심으로-", 한일법학연구 제16집, 한일법학회, 서울, 27쪽.

4.2 一括入札工事の不完全履行 및 瑕疵

(1) 계약이행중

일괄입찰공사에서도 계약이행중 수급인이 부담해야 하는 책임도 기타공사에서와 같으나, 공사 뿐만 아니라 용역에 대해서도 채무불이행책임을 부담한다는 것이 차이점이다(<표 4> 참조).

<표 4> 일괄입찰공사 계약이행중 수급인의 책임

구분	내 용
완전 이행	- 계약내용 전부 또는 일부가 계약에 위반될 경우 수급인의 과실로 볼 수 있고, - 이때 국가계약법시행령 제55조 제6항, 공사계약일반조건 제27조 제3항 및 기술용역계약일반조건 제20조 제3항에 따라 발주자는 시정조치해야 함.
손해 배상	- 기성검사중 불완전이행을 발견한 경우 발주자는 국가계약법 제5조에 따라 대가지급보류조치를 취할 수 있고, - 기성대가를 지급한 부분에 불완전이행이 발생하여 일반적인 손해가 발생한 경우 공사계약일반조건 제31조에 따라 수급인이 책임부담함.
계약 해제	- 수급인의 책임있는 사유로 인해 준공기한까지 공사나 용역을 완성하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 판단될 경우 발주자는 계약 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있음. - 수급인은 즉시 공사를 중단후 대여품을 반환해야 하며, - 고의·과실로 멸실·훼손된 경우 원상회복 또는 손해배상해야 함.

(2) 계약준공일 이후 전체목적물 인수전

계약준공일이 지났지만 전체목적물을 인수하기 전에 수급인이 부담해야 하는 책임도 기타공사에서와 같으나, 공사 뿐만 아니라 용역에 대해서도 채무불이행책임을 부담한다는 것이 차이점이다(<표 5> 참조).

<표 5> 일괄입찰공사 계약준공일 이후 인수전 수급인의 책임

구분	내 용
완전이행과 손해배상은 계약이행중 수급인의 완전이행책임과 동일	
계약 해제	- 원칙적으로 계약이행중과 동일하게 발주자는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있음. - 그리고 준공시점에는 공사계약일반조건 제27조 제4항 및 기술용역계약일반조건 제20조 제4항에 따라 시정조치가 완료되어 완전이행이 되는 시점까지 지체상금을 부담함.

(3) 전체목적물 인수 후

전체목적물 인수 후 수급인이 부담해야 하는 책임도 기타공사에서와 같으나, 공사 뿐만 아니라 용역에 대해서도 채무불이행책임을 부담한다는 것이 차이점이다. 단, 용역에 대해서는 설계하자보수책임은 없다(<표 6> 참조).

<표 6> 일괄입찰공사 전체목적물 인수 후 수급인의 책임

구분	내 용
하자 보수	- 용역의 목적물에 대해서는 설계하자 보수책임이 없음. - 수급인의 귀책사유를 묻지 않고 하자담보책임에 따라 수급인의 비용으로 하자를 보수하여야 함. - 단, 시설물의 안전관리에 관한 특별법이 적용되는 경우 수급인의 중대한 과실이 있다면 하자보수가 완료될 때까지 책임을 부담함.
손해 배상	- 수급인이 하자보수에 응하지 않을 경우 하자보수보증금을 국고에 귀속함. - 또한 하자로 발주자에게 손해가 발생하여 민법의 일반이론에 따라 수급인의 귀책이 있을 경우 수급인이 손해를 배상하여야 함.
계약 해제	- 해당사항이 없음.

4.3 소결

본 장에서는 기타공사와 일괄입찰공사에 대하여 계약 이행과정별로 수급인의 책임을 살펴보았으며, 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 계약이행중에 불완전이행이 발생할 경우 발주자는 시정조치하고 수급인은 완전이행하여야 한다. 불완전이행의 사유가 수급인에게 있을 경우 그에 대한 책임을 부담해야 하지만, 발주자에게 귀책사유가 있을 경우 발주자는 설계변경등의 조치를 취하여야 한다. 수급인의 책임있는 사유로 불완전이행이 발생하고, 그로 인해 손해가 발생한 경우 수급인은 공사계약일반조건계약에 규정된 바에 따라 일반적 손해를 부담해야 한다.

둘째, 계약준공일 이후 전체목적물 인수전에는 수급인은 계약이행중과 같이 불완전이행에 대한 책임을 부담하여야 하고, 이로 인해 수급인에 책임있는 사유로 준공이 지체될 경우 지체상금을 부담해야 한다. 발주자의 책임있는 사유로 준공이 지체될 경우 발주자는 계약기간을 연장해야 하고, 계약금액조정을 통하여 그로 인한 추가비용을 부담해야 한다.

셋째, 전체목적물 인수 후에 수급인은 하자담보책임을 부담한다. 이때는 하자에 대한 귀책여부를 묻지 않으며, 수급인은 하자보수를 해야 한다. 그러나 하자로 인해 손해가 발생한 경우, 민법의 일반이론에 따라 귀책여부를 물어 수급인에게 책임이 있을 경우에 한하여 수급인은 손해를 배상해야 한다. 그리고 1995. 1. 5일부터 1999. 4. 15일까지의 기간에 완성된 목적물에 대해서는, 시설물의 안전관리에 관한 특별법에 따라 수급인에게 중대한 과실이 있을 경우, 하자보수가 완료될 때까지 하자담보책임기간이 지속된다.

이상에서는 공공건설사업에서 수급인의 불완전이행 및 하자책임에 대한 사항을 분석하였다. 그러나 불완전이행 책임과 하자담보책임의 이원화, 기이행된 부분의 책임 등과 같은 몇 가지 문제점은 여전히 남아 있다.

5. 不完全履行과 瑕疵責任 問題 및 改善方案

5.1 不完全履行責任關聯

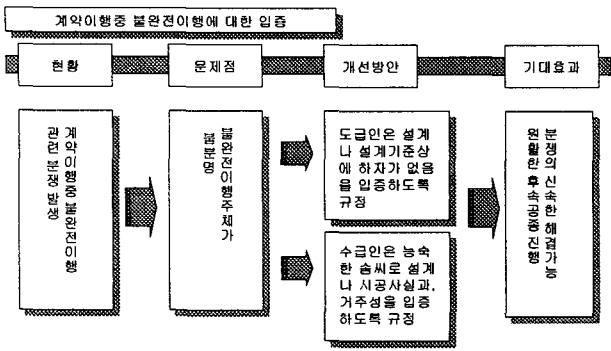
(1) 불완전이행책임과 하자담보책임의 이원화

계약이행중 불완전이행과 관련하여 분쟁이 발생할 경우 불완전이행책임과 전체목적물 인수후 부담하게 되는 하자담보책임의 이원화로 인하여 발생할 수 있는 문제점은 입증책임, 계약이행중 수급인의 책임, 분쟁중인 사항의 하자담보책임으로 구분되며 그 내용은 다음과 같다.

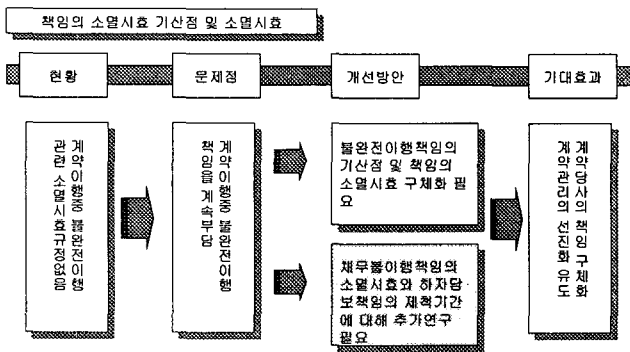
입증책임에 대해서는 발주자가 설계나 설계기준상에 하자가 없음을 입증하도록 규정하고, 수급인은 능숙한 솜씨로 시공한 사실 및 거주성이 있다는 사실을 입증하도록 개선하여야 할 것으로 판단된다.

계약이행중 책임이 불분명한 불완전이행이 발생할 경우 당사자 일방이 그 책임을 계속부담하게 되는 경우가 있으므로, 채무불이행책임의 소멸시효와 하자담보책임의 제척기간에 대해 추가 연구가 필요할 것으로 판단된다.

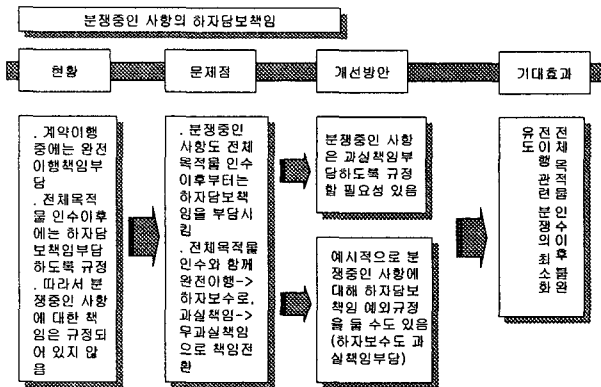
그리고 계약이행중에 불완전이행과 관련하여 발생한 분쟁이 있을 경우 계약종료후에도 하자담보책임을 부담하는 지에 대한 사항이 분명하지 않다. 이에 대해서는, 하자담보책임에 관한 예외규정을 두어 처리할 필요성이 있는 것으로 판단된다(<그림 5>, <그림 6>, <그림 7> 참조).



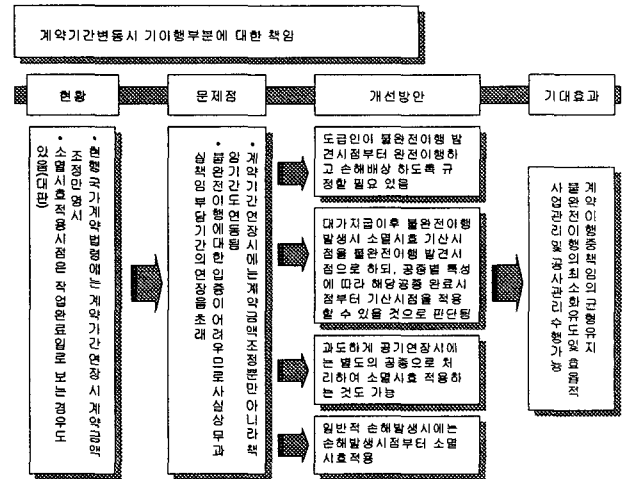
<그림 5> 계약이행중 불완전이행에 대한 입증책임



<그림 6> 계약이행중 불완전이행에 대한 입증책임



<그림 7> 분쟁중인 사항의 하자담보책임



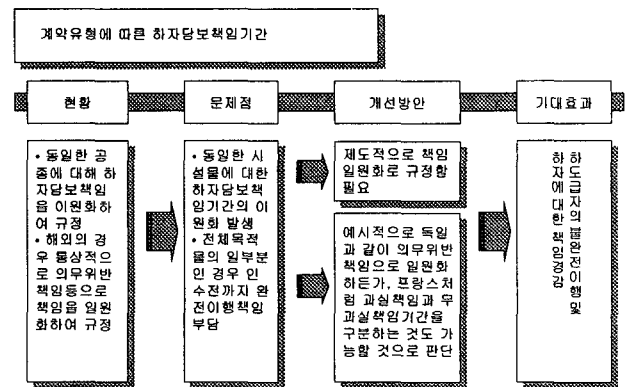
<그림 8> 계약기간변동시 기이행부분에 대한 책임

5.2 瑕疵擔保責任關聯

(1) 계약방법에 따른 하자담보 책임기간

계약유형이나 계약방법에 따라 동일한 시설물이라고 하더라도 하자담보책임기간이 달라질 수 있으며, 전체목적물의 일부분인 경우 인수전까지 완전이행책임을 부담해야 하는 문제가 발생한다.

제도적으로 책임의 일원화문제를 처리해야 할 것으로 판단되며, 처리방법으로 책임을 일원화할 수도 있고 과실책임과 무과실책임기간을 구분하는 것도 가능할 것으로 판단된다(<표 9> 참조).



<그림 9> 계약유형에 따른 하자담보책임기간

(2) 계약기간 변동시 기이행 부분에 대한 책임

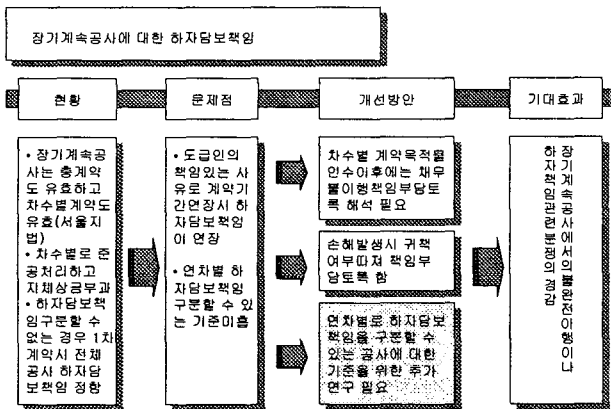
현재 국가계약법령에는 발주자의 책임있는 사유로 계약기간이 조정될 경우 계약금액조정이 명시되어 있으나, 기이행부분에 대한 책임은 별도로 규정되어 있지 않다. 그리고 전술한 바와 같이 계약이행중 흠이 발생된 경우 수급인의 불완전이행이 원인인지 아니면 발주자의 하자가 원인인지가 분명하지 않는 경우가 많아 현장에서는 당사자 일방이 책임있는 것으로 하여 처리하고 있다.

이에 대해 공종별특성에 따라 책임의 소멸시효시점을 달리할 수도 있을 것으로 판단되고, 일반적인 손해 발생시에는 손해발생시점부터 소멸시효를 적용해야 할 것으로 판단된다(<그림 8> 참조).

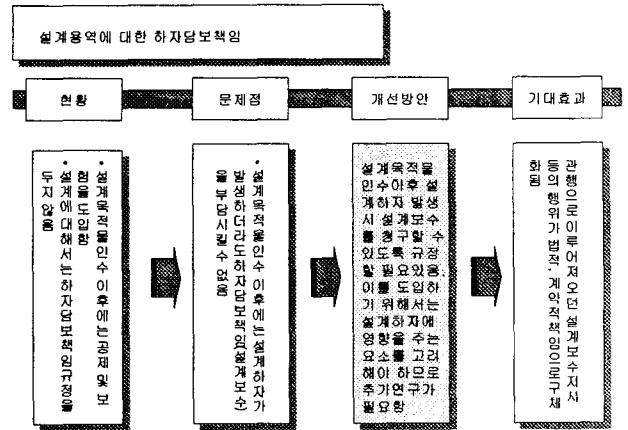
(2) 장기계속공사의 하자담보책임

장기계속공사에서는 당초 발주자가 공사기간을 예정하게 되며, 발주자의 책임있는 사유에 의해 계약기간이 연장되더라도 수급인이 책임을 부담하게 되는 문제등이 발생하게 된다. 또한 연차별 하자담보책임을 구분할 수 있는 기준이 미흡하므로 일방적으로 하자담보책임을 결정할 가능성을 배제할 수 없다.

따라서 장기계속공사에서 차수별계약의 특성을 분명히 하여 차수별이행중에는 채무불이행책임을 부담시켜야 할 것으로 판단된다. 그리고 손해발생시에는 귀책여부를 따져 책임을 부담하도록 해야 할 것으로 판단되며, 연차별로 하자담보책임을 구분할 수 있는 공사에 대한 기준을 추가하여야 할 것으로 판단된다(<표 10> 참조).

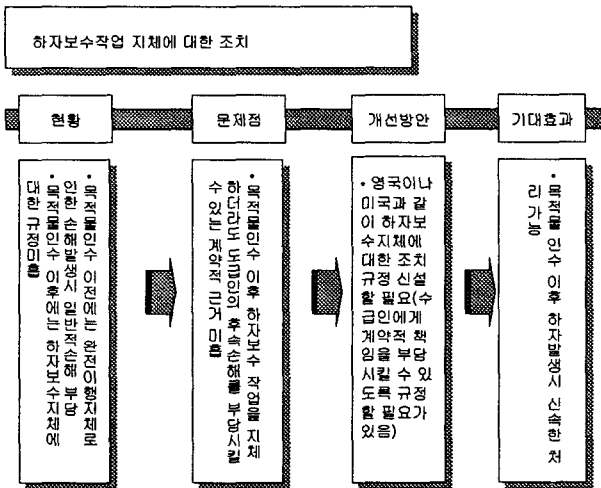


<그림 10> 장기계속공사에서의 하자담보책임



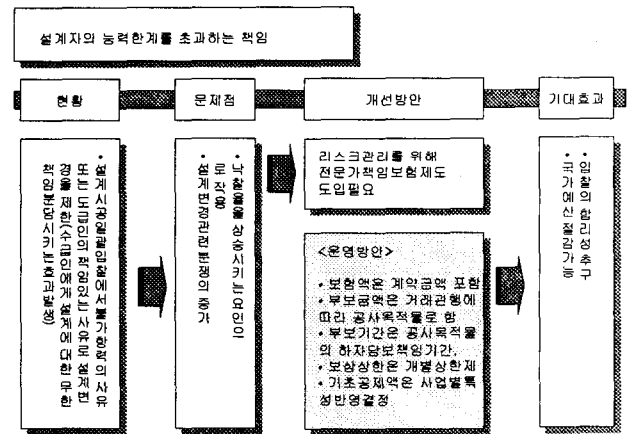
<그림 12> 설계용역 하자담보책임

(3) 하자보수작업 지체에 대한 조치
 준공이후 수급인의 하자보수작업이 지체되더라도 수급인에게 후속손해를 부담시킬 수 있는 계약적 근거가 미흡하다.
 따라서 영국이나 미국과 같이 하자보수지체에 대한 조치규정을 신설할 필요성이 있는 것으로 판단된다(<표 11> 참조).



<그림 11> 하자보수작업지체에 대한 조치

(2) 설계자의 능력한계를 초과하는 책임
 공공건설사업에서 일괄입찰공사의 경우 발주자의 지시나 불가항력의 경우를 제외하고는 설계변경이 가능하지 않다. 그럼에도 설계자의 능력한계를 초과하는 부분에 대해서도 설계자에게 무제한의 책임을 부담시킴으로써 예산의 과다집행 등의 문제가 발생할 수 있다.
 이로인해 일괄입찰에서 설계변경과 관련된 분쟁이 증가하고 있으며, 수급인이 전적으로 설계위험을 낙찰가에 반영하게 되어 낙찰율이 상승하는 요인이 되기도 한다. 따라서 설계의 리스크관리를 위해 전문가책임보험제도가 도입될 필요성이 있다(<그림 13> 참조).



<그림 13> 설계자의 능력한계를 초과하는 책임

5.3 설계용역 관련 등

(1) 설계용역에 대한 하자담보책임

현행 우리나라의 국가계약법시행령 및 동법시행규칙은 공사에 대해서만 하자담보책임을 규정하고 있고, 설계용역에 대한 하자담보책임을 규정되어 있지 않으며, 공공공사의 설계계약업무에 활용되는 계약조건인 기술용역계약 일반조건에도 하자담보책임에 관한 사항이 명시되어 있지 않다. 이로 인해 설계목적물을 인수한 이후에는 설계상의 하자가 있더라도 설계하자를 부담시킬 수 없게 된다.

이를 위해 설계에 대해서도 하자담보책임을 부담시켜야 할 것으로 판단되지만, 설계하자에 대해 영향을 주는 요소를 고려해야 하므로 추가연구가 필요할 것으로 판단된다(<그림 12> 참조).

6. 결 론

본 연구에서는 부동산중에서도 공공건설사업의 불완전 이행과 하자에 대한 수급인의 책임을 계약이행 단계별로 구분하여 국가계약법령을 위주로 살펴보고, 설계상의 하자인지 시공상의 하자인지가 분명히 구분되었다는 것을 전제로 책임을 분석하였다.

본 연구결과를 종합하면 우리나라의 공공건설사업을 수행하는 수급인은 계약이행중에는 불완전이행책임을 부담하고, 발주자의 목적물인수후에는 하자담보책임을 부담하는 것으로 나타난다. 그러나 수급인은 계약이행중 발생한 책임주체가 불분명한 불완전이행, 도급인의 책임으로

인한 불완전이행책임 소멸시효의 자동연장등의 효과를 부담해야 한다. 본 연구와 관련하여 추가되어야 할 연구 과제는 다음과 같다.

첫째, 하자에 대한 판단기준의 정립이다. 공공건설사업을 수행하는 과정에서 시방서 등의 문서에 시공 허용한계나 허용오차를 규정하는 공종도 있다. 그러나 공종의 특성상 허용오차나 허용한계를 규정할 수 없는 공종도 있고, 이로 인해 불완전이행이나 하자로 연계되어 분쟁이 발생할 가능성도 있다. 따라서 장기적으로 수급인의 불완전이행 및 하자책임을 분명히 하기 위해 하자에 대한 판단기준이 체계적으로 정립되어야 할 것으로 판단된다.

둘째, 하자책임을 일원화 및 이에 관한 효과에 관한 사항이다. 현재는 공공건설사업에서 계약이행중에는 불완전이행에 대한 책임을 부담시키고 전체목적물을 인수할 경우 하자담보책임을 부담시켜 책임이 일원화됨으로 인해 불완전이행이나 하자에 대한 책임의 해석이 어렵게 되는 경우도 있었다. 독일의 경우를 볼 때 하자에 대한 수급인의 책임을 의무위반으로 일원화하여 책임을 단순화시키고 있다. 즉, 수급인은 하자없는 목적물을 인도할 의무가 있는 것으로 하자책임을 일원화하는 방안도 검토해야 할 것으로 판단된다. 수급인의 하자책임을 일원화할 경우 계약이행중 기완성된 부분에 대한 불완전이행이나 하자책임을 수급인에게 부담시킬 수 있는 제도를 도입할 필요성이 있다. 이를 위해 현행 계약이행보증제도와 연계하여 유보금제도의 도입을 신중하게 검토해야 할 것으로 판단된다.

참고문헌

1. 박윤직, 채권각론, 박영사, 서울, 1999.
2. 국가를당사자로하는계약에관한법률,시행령,시행규칙
3. 김기선, 한국채권법각론(제3전정판), 법문사, 서울, 1988.
4. 김대정, 채무불이행설에 의한 하자담보책임을 재구성, 민사법학 제9·10합병호, 한국민사법학회, 1993.
5. 김대정, “매도인의 하자담보책임에 관한 판례의 동향”, 한국민사법학발표회(1999. 6. 22), 1996.
6. 김상목, 하자담보책임의 본질론, 법정논총 제24권, 중앙대학교 법과대학, 1984.
7. 김석우, 채권법각론, 박영사, 서울, 1978.
8. 김주수, 채권각론(상)-계약법-(민법강의 IV), 삼영사, 서울, 1986.
9. 김증한, 채권각론(민법강의 IV), 박영사, 서울, 1989.
10. 김현채, 주식채권각칙(I), 한국사법행정학회, 1985.
11. 김현태, 신고 채권법각론, 일조각, 1975.
12. 김형배, 하자담보책임의 성질, 민법학연구, 박영사, 서울, 1986.
13. 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 서울, 1997.
14. 대판 1980.11.11. 80다923, 924
15. 대판 1990.3.9. 88다카31866
16. 대판 1992.4.14. 91다17146
17. 두산세계대백과 <http://kr.encycl.yahoo.com>, 2002.
18. 이상광, 하자담보책임론, 법원사, 서울, 2000.
19. 이상태, “수급인의 담보책임론”, 무암이영준박사화갑기념논문집간행위원회 한국민법이론의 발전, 박영사, 서울, 1999.
20. 이영환, 종류매매와 하자담보책임-불완전이행과의 관계를 중심으로-, 법정 제7권 제6호, 1977.
21. 이종광, 건설계약 시공자의 하자담보책임에 관한 연구, 중앙대학교 건설대학원 석사학위논문, 2001.
22. 이태재, 채권각론, 진명문화사, 서울, 1982.
23. 정광수, “도급계약상 하자담보책임과 불완전이행책임과의 관계-회사설립절차의 합리화를 중심으로-”, 한일법학연구 제16집, 한일법학회, 서울, 1997.
24. 조규창, 물건의 하자담보책임-현행법규정의 비판적 고찰-, 법학논집 제21집, 고려대학교 법학연구소, 1983.
25. 조성민, “도급계약상 하자담보책임”, 고시계 제39권 제8호, 국가고시학회, 서울, 1994.
26. 조영준, 공공건설사업의 하자에 대한 수급인의 책임에 관한 연구, 서울시립대학교 대학원, 공학박사학위논문, 2002.
27. 중재 제99111-0020호, 2000.10.19.
28. 중재 제99111-0046호, 2000.11.30.
29. 통계청, 통계DB 3-36 <http://www.nso.go.kr>, 2000.

Abstract

Although Public Construction Works in Korea have been executed according to Government Contract Act, and nature of contract is very complicated. So it is difficult to define liability for the defects. Therefore the studies on the defective performance and contractor's defects liability were remained one of the non-cultivated virgin land. As a result, contract privy waive the right to claim or generally resolve the problems.

Therefore domestic and overseas liability for the defects was investigated and liability for the defects, under and after construction, on the defective performance and defects, was analysed. With a literature research, contractor's defect liability was systematically analyzed, problems were defined and resolution of the problem were suggested item by item in this study.

Keywords : Authority, Contractor, Defects Liability, Breach of Contract, Professional Liability Insurance