

도급계약에서 하자담보책임과 채무불이행책임의 조화와 증용 - 대법원 2020.6.11. 선고 2020다201156판결에 대한 고찰 -

안상호¹ · 신만중^{2*}

¹디엘 이앤씨 플랜트계약지원팀 부장, 광운대학교 건설법무학과 박사과정 · ²광운대학교 법학부 교수

The Harmony and Moderation of Between Defect Liability and Default Liability in the Construction Contract

Ahn, Sanghyo¹, Sin, Manjoong^{2*}

¹General Manager, Plant Contract Management Team DL E&C; Graduate Student, Department of Construction Law, Kwangwoon University
²Professor, Department of Law, Kwangwoon University

Abstract : On 11 June 2021, the Supreme Court ruled that the judgment of the lower court was justified for the subject case, that the plaintiff could assert the defendant's liability for default due to incomplete performance even though the warranty period for defects which stipulated in the particular condition of the contract has expired. In Korean civil law, the concurrent between the exclusion period for defect warranty and the extinctive prescription for default liability is conceded, since the exclusion period and the extinctive prescription have their respective purposes in law, therefore these two should be judged by harmonizing them based on that they are mutually related. If the subject judgment is generalized, there is no reason to exist for the provisions of defect liability in the construction contract any longer. This study examines the subject judgments through the general theory and precedent case studies on the defect liability and default liability, then derived any problems that may arise if the subject judgment is generalized. In addition, based on a realistic model, it was suggested for a practical improvement method that both the provisions of the warranty period shall be changed realistic and to stipulate the character of its nature as written provisions in the contract.

Keywords : Strict Liability, Defect Liability, Default Liability, Exclusion Period, Extinctive Prescription

1. 서론

1.1 연구의 배경 및 목적

우리나라 민법은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임을 구분하고 있고, 이에 대한 대법원 판례는 양자를 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정하고 있다. 다만 그 경합에 있어서 둘을 완전히 별개로 보아 둘 중 하나만을 선택적으로 채택 가능한지, 아니면 상호 연관 관계에 있음을 전제로 조화롭게 증용 가능한지에 대해, 하급심과 대법원 판례들이 엇갈리고 있다. 종래의 다수 판례는 제척기간이 도과한

경우 하자담보추급권 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상 청구권은 소멸하였다고 보고 있고, 채무불이행책임에 대한 소멸시효와 더불어 하자담보책임에 대한 제척기간 도과 여부도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다고 판시한 것으로 보아, 그 취지는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고 도급인과 수급인의 권리와 이해관계를 조화롭게 증용하는 것으로 이해된다.

그러나 최근 도급계약에서 수급인의 하자담보책임에 관한 대상 판결은 “계약특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다”고 판단하였다. 이는 수급인의 하자담보책임에 대한 제척기간과 채무불이행책임에 대한 소멸시효를 전혀 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정하면서도, 후자만을 채택한 사례로 보인다. 이후 다수 언론에서 대상 판결이 비록 건설공사 도급계약에 관한 사례는 아니지만, 유사한 도급계약이고 도급계약상 하자담보책

* **Corresponding author:** Sin, Manjoong, Department of Law, Kwangwoon University, 20 Kwangwoon-ro, Nowon-gu, Seoul, Korea
E-mail: superlaw@kw.ac.kr
Received January 14, 2022; **revised** -
accepted February 7, 2022

임기간 도과 후 하자가 발생하더라도 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물을 수 있다고 대법원이 판단한 만큼, 건설공사 도급계약에서도 위 판결을 고려해볼 필요가 있다고 하였다.

채무불이행책임에 대한 소멸시효의 기산점은 “권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행”하고, 하자의 경우 그 “때”를 “하자를 인지한 때”로 본다. 대상 판결이 건설공사 도급계약에도 일반화되어 채무불이행책임에 대한 소멸시효만을 고려할 경우, 공사 완성 후 10년 또는 20년이 지나 도급인이 하자를 발견하고 그때부터 소멸시효가 완성되기 전까지 언제든지 소를 제기할 수 있기 때문에, 결과적으로 수급인은 하자에 대해 무기한 손해배상책임을 부담하는 결과를 초래한다.

따라서 본 연구는 대상 판결의 내용을 검토하고, 대상 판결이 건설공사 도급계약의 하자담보책임에도 일반화될 경우 발생 가능한 문제점 및 하자담보책임 약정에 대한 실무적 개선방안을 도출해 보고자 한다.

1.2 연구의 범위 및 방법

본 연구는 건설공사 도급계약에서 수급인의 하자담보책임 및 수급인이 목적물을 완성하여 도급인에게 인도한 후 발생한 하자의 경우로 범위를 한정하고, 다음과 같이 진행한다.

첫째, 하자담보책임과 채무불이행책임의 일반론에 관한 선행연구를 조사한다.

둘째, 도급계약의 특성 및 도급계약상 하자담보책임기간에 관한 법적 성격을 조사한다.

셋째, 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합에 관한 선행 판례와 관련 법령을 조사한다.

넷째, 선행 판례들과 대상 판결을 비교하고, 대상 판결이 건설공사 도급계약에 일반화될 경우 발생할 수 있는 문제점을 분석한다.

다섯째, 건설공사 도급계약에서 하자담보책임과 채무불이행책임의 조화로운 중용 방법과 하자담보책임 약정에 대한 실무적 개선방안을 제시한다.

1.3 선행연구와의 차별성

선행연구들은 다수의 이론 및 대법원 판례를 중심으로 하자담보책임에 따른 제척기간과 채무불이행책임에 따른 소멸시효에 관한 연구 또는 각 책임이 별개의 권원에 의해 경합적으로 인정된다는 이론적인 연구에 주목해 왔다(Table 1).

특히, 본 연구에서 고찰하고 있는 대상 판결에 관한 직접적인 연구¹⁾도 찾아볼 수 있는데 이 또한 이론적 연구로, 대

Table 1. Example of content summary for previous researches

Subject	Researcher	Type of research
Period for Exercise of Warranty and Prescription	Dong-hoon Kim	Theoretical research for the subject
Contention between Contractor's Liability for Default of Obligation and Liability for Warranty against Defects.	Jae-mok Lee	Theoretical research compare with international law trend
The Concurrent between Exclusion Period and Extinctive Prescription	Joon-ho Kim	Case study of supreme court precedents
A Study on the Theory of Precedents about the Starting Point of Reckoning in Extinctive Prescription and Exclusion Period	Moon-ki Choi	Theoretical research for the subject
Suspending the Event-Based Accrual of Extinctive Prescription	Sung-gyun Hong	Theoretical research compare with international law trend
A Study on Liability for Warranty Against Architecture Defects	Sung-ki Seo	Theoretical research for the subject

상 판결과 같이 양 권리를 경합적으로 인정한다면 실무적으로 어떻게 상호 적용해야 조화롭고 바람직한 방안인지에 관한 연구는 찾아보기 어렵다.²⁾

이에, 동 연구는 양 권리가 별개의 권원에 의해 경합적으로 인정된다는 것은 다수의 판례 및 선행연구들을 통해 이론적으로 제시되었으니, 여기서 한 걸음 더 나아가 대상 판결이 건설공사 도급계약에 일반화될 경우 실무상 문제점, 양 권리 적용의 조화로운 중용 모델 및 하자담보책임 약정에 대한 실무적 개선방안을 제시하고자 한다.

2. 하자담보책임 일반론

2.1 하자담보책임의 법적 성격

대법원 1994.9.30. 선고 94다32986 판결은 다음과 같이 판시함으로써 하자담보책임의 목적을 분명히 하고 있다. “민법이 그 하자가 수급인의 과실에 의하여 발생한 것임을 필요로 하지 아니함은 물론 그것이 숨은 하자인가 아닌가를 묻지 아니하고 하자보수청구권을 인정하는 등 수급인에게 엄격한 하자담보책임을 지우고 있는 것은 한편으로는 도급인으로 하여금 하자 없는 완전한 목적물을 취득케 함을 목

1) 김민선, 김재완 ‘도급계약상 하자에 대한 불완전이행책임 경합시 법적 쟁점 - 잠수함의 하자에 대해 배상하여야 할 손해와 관련하여’(2021): 동 연구는 동일한 대법원 판례에 대해 법리 적용상 불명확한 문제점, 손해배상 범위, 도급계약상 완성된 건물의 계약 해제, 손해배상청구권의 기간 규정 등에 관한 연구임.

2) 하자담보책임에 대한 제척기간만을 고려하여 제척기간이 도과된 이후 발생한 하자에 대해 수급인에게 책임을 물을 수 없다고 한다면, 하자를 인지한 때부터 발생하는 채무불이행책임에 대한 소멸시효의 의미가 사라지고, 대상 판결과 같이 채무불이행책임에 대한 소멸시효만을 고려하여 하자담보책임기간이 지났더라도 발생한 하자에 대해 수급인에게 책임을 물을 수 있다고 한다면, 하자담보책임에 대한 제척기간의 의미가 사라지는 결과를 초래한다.

적으로 하고, 다른 한편으로는 수급인에게 보수청구권을 쉽게 확보할 수 있도록 하기 위한 것이기도 하다.”

하자담보책임의 법적 성질에 대해서는 법정 무과실책임과 넓은 의미의 채무불이행책임으로 보는 견해가 있다.

2.1.1 무과실책임

도급계약은 유상계약이므로 수급인은 계약 내용에 부합되는 목적물을 하자 없이 완성할 채무를 부담하고, 목적물에 하자가 있는 경우 도급인에 대해 하자담보책임을 진다. 그런데 수급인의 하자담보책임은 도급계약상 목적물을 완성하는 과정에서 발생한 하자에 대한 책임이고 도급인의 하자보수청구권 및 계약해제권은 수급인의 귀책사유를 필요로 하지 않으므로 수급인의 하자담보책임은 무과실책임이다.

2.1.2 채무불이행책임

수급인은 도급계약에서 정한 바와 같이, 하자 없는 목적물을 완성할 채무를 부담한다. 따라서 목적물에 하자가 있다면 이는 수급인의 공사 또는 제작 행위와 목적물에 발생한 하자 사이에 수급인의 귀책사유로 인한 인과관계가 있다고 볼 수 있으므로 채무불이행책임에 가깝다고 할 수 있다.

2.1.3 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합

우리나라 민법상 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 이원화되어 있다. 학설은 법정책임설의 입장에서 양 책임의 경합을 인정하는 경합설과 채무불이행책임설의 입장에서 이를 부정하는 비경합설이 있지만, 종래는 전자가 지배적 견해였으나 최근에는 후자가 유력해지고 있다.

대법원 판례는 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 각각 요건과 효과, 행사 기간 면에서 차이가 있고, 각자 독자적인 존재 이유를 가지고 있으므로, 만일 양자의 요건이 모두 충족된 경우에는 양 책임이 별개의 권원에 의해 경합적으로 인정된다는 입장이다. 뿐만 아니라 하자에 수급인의 귀책사유가 존재하는 경우, 수급인은 하자보수비용과 별개로 도급계약 상의 의무를 제대로 이행하지 못함으로써 인해 도급인의 신체나 재산에 발생한 손해에 대해서도 이를 배상할 책임을 부담한다(대법원 2004.8.20. 선고 2001다70337 판결 등).

한편, 도급계약에서 목적물에 존재하는 하자 보수비용은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 각 해당하므로, 도급인은 수급인에게 민법 제667조 제2항에 따른 하자담보책임으로도 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따른 채무불이행책임으로도 청구할 수 있다(대법원 2020.6.11. 선고 2020다201156 판결 등).

2.2 제척기간과 소멸시효

소멸시효는 민법 제162조와 같이 일반규정을 두고 있으나 제척기간은 별도의 일반규정을 두고 있지 않다. 대개의

문헌과 판례 또한 소멸시효와 제척기간을 본질적으로 상이한 제도로 인식하고 있고, 따라서 소멸시효에 관한 민법의 일반규정들은 제척기간에 유추 적용될 수 없으며, 제척기간의 효과나 그 밖의 규율은 소멸시효에 관한 일반규정들의 반대해석에 의할 것이라고 한다.

간략히 설명하면, 소멸시효는 일정한 기간 권리행사를 하지 않는 것에 초점을 맞추어, 그러한 경우에는 채무자가 변제 하였을 개연성이 높다고 보아 권리자의 근거 없는 청구로부터 변제한 채무자를 보호하기 위해 그 권리가 소멸하는 것이고, 제척기간은 어느 법률관계를 당사자나 제3자에 대한 관계에 있어 안정시킬 필요가 있는 경우에 법률로 그 권리를 일정 기간까지 행사하도록 제한하는 것이다.

2.2.1 제척기간

제척기간이란 법률의 규정에 의한 권리행사기간으로서 그 기간 내에 소의 제기 등 권리의 행사가 있어야 한다.³⁾ 즉, 법률이 미리 정하고 있는 그 권리의 존속기간인 제척기간 내에 해당 권리를 행사하지 않으면 그 권리는 소멸한다.

제척기간은 그 정해진 기간이 경과하는 것만으로 바로 권리가 소멸되는 효과가 발생한다. 제척기간의 목적은 권리자가 해당 권리를 조속히 행사하게 함으로써 법률관계를 신속하게 행사하고 또한 조속히 확정하는데 있으며, 법률뿐만 아니라 당사자의 계약에 의해서도 인정된다.

법률로써 정하고 있는 권리행사 기간을 법정제척기간이라고 하며, 도급에 있어서 민법 제670조(담보책임의 존속기간)⁴⁾ 및 제671조(수급인의 담보책임-토지, 건물 등에 대한 특칙)⁵⁾, 매매에 있어서 민법 제573조(권리의 일부가 타인에게 속한 경우와 매도인의 담보책임의 권리행사의 기간)⁶⁾ 및 제582조(매도인의 하자담보책임의 권리행사기간)⁷⁾ 등이 있다. 쌍방의 합의 또는 약정으로 정하고 있는 권리행사기간을 약정제척기간이라고 하며, 손해배상책임을 제한하기 위해 약정상의 권리행사기간을 둘 수 있다.

2.2.2 소멸시효

하자담보책임은 제척기간과 별도로 소멸시효가 적용되며, 민법 제166조에 따라 그 기산점은 “권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행”한다. 나아가 건설공사 도급계약은 대부

3) 서울지법 1996.2.15. 선고 94가합28463 판결: 확정 판결임.

4) 하자의 보수, 손해배상의 청구 및 계약의 해제는 목적물의 인도를 받은 날로부터 1년내에 하여야 한다.

5) 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지방공사의 하자에 대하여 인도후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다.

6) 매수인이 선의인 경우에는 사실을 안 날로부터, 악의인 경우에는 계약한 날로부터 1년내에 행사하여야 한다.

7) 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월내에 행사하여야 한다.

분 상행위에 해당하므로 상법 제64조에 따라 수급인의 하자담보책임에 대한 소멸시효는 5년이 적용된다고 볼 수 있다.

소멸시효의 기산점은 특정 사건의 발생이라는 객관적 방법으로 정해질 수도 있고(객관적 체계) 권리자의 인식이라는 주관적 방법으로 정해질 수도 있는데(주관적 체계), 주관적 체계 하에서는 소멸시효기간 자체가 권리를 인식한 때로부터 비로소 진행하기 때문에 권리자는 ‘그 기간 내에 권리를 행사할 부담’만을 지는 것과 달리, 객관적 체계 하에서는 권리자가 ‘스스로 권리자임을 적시에 인식할 책임’까지 부담한다. 권리를 행사함에 있어서 장애로 된 상태가 있을 경우 그 장애가 법률상의 장애이면 소멸시효의 진행을 멈출 수 있으나 사실상의 장애의 경우에는 그 진행을 막을 수 없다.

2.2.3 제척기간과 소멸시효의 비교

첫째, 기산점에 대해, 제척기간은 “목적물을 인도받은 날”부터(민법 제670조), 소멸시효는 “권리를 행사할 수 있는 때”부터(민법 제166조) 진행된다.

둘째, 권리의 소멸에 대해, 제척기간이 경과한 권리는 법률상 당연히 소멸한다는 데 이견을 찾아볼 수 없다. 한편, 소멸시효는 완성 자체만으로 권리소멸의 효과가 생기는데(절대적 소멸설), 아니면 소멸시효의 완성 외에 당사자의 원용이라는 별개의 요건까지 갖추어야만 하는가(상대적 소멸설)에 대하여는 견해가 대립하나, 소멸시효가 완성되면 그 효과로서 권리가 소멸한다고 하는 데에 견해가 거의 일치한다.

셋째, 직권조사 여부에 대해, 제척기간은 당사자가 권리소멸을 주장하지 않아도 법원에서 반드시 고려해야 하는 사항⁸⁾이지만, 소멸시효는 당사자가 그 사실을 주장한 때에 비로소 권리소멸을 고려한다.⁹⁾

넷째, 기간의 정지 또는 중단에 대해, 제척기간은 목적 자체가 권리 존속을 제한하고 박탈하는 것이므로 정지나 중단이 인정되지 않고, 소멸시효는 “권리자가 법적 또는 사실상의 장애로 말미암아 일시적으로 그의 권리를 주장할 수 없는 동안은 소멸시효가 완성되어 불이익을 받아서는 안 된다”는 기본적 사고를 바탕으로 정지나 중단이 인정된다.

다섯째, 합의에 의한 기간의 변경에 대해, 제척기간은 법률 또는 약정에 따라 변경할 수 있으며, 만약 당사자들의 약

정으로 법정제척기간이 변경되는 경우, 이는 곧 약정제척기간에 관한 법리가 적용되며 사적 자치의 원칙에 따라 그 기간의 변경은 자유롭게 정할 수 있다. 한편 소멸시효는 민법 제 184조 제2항은 “소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있다”고 규정하고 있다.

2.3 도급계약에서의 하자담보책임기간

2.3.1 도급계약의 특성

도급이란 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 것이며(민법 제664조), 도급계약이란 이를 바탕으로 도급인이 도로, 교량, 건물, 발전소, 공장 등을 건설하는 것을 의미한다.

건설공사 도급계약은 ① 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고, ② 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하며, ③ 도급금액, 공사기간, 하자보증기간 등을 계약서에 명시하며, ④ 서명 날인한 계약서를 교부하여 보관하며, ⑤ 국토교통부장관은 계약당사자간 대등하고 공정한 계약 체결을 위해 표준계약서를 정하여 보급할 수 있다.

2.3.2 도급계약금액의 결정

건설공사 도급계약에서 계약금액은 도급인이 입찰시 제시한 계약조건(예를 들어 공사목적물의 규모, 성능, 기자재의 사양, 수량, 수명 등)에 따라 달라지고, 도급인이 제시한 계약조건을 바탕으로 수급인이 예상되는 공사금액을 제시하면 도급인이 이에 대한 기술적 평가 및 상업적 평가를 거쳐 수급인을 결정하는 것이 일반적이다. 그런데, 계약금액을 책정함에 있어서 수많은 위험(Risk)을 수급인에게 모두 전가한다면 계약금액은 한없이 증가할 것이고, 그렇다고 도급인이 모든 위험을 가지는 것도 위험이 크므로, 도급인과 수급인이 적정한 선에서 위험을 분담하는 것이 계약 정신이라 볼 수 있다.

하자담보책임의 경우 기자재 및 공사 등의 비용과 더불어 도급계약금액을 산정하는데 중요한 요소 중 하나이다. 특히 건설공사 도급계약에는 주요 기자재가 설치되는데¹⁰⁾ 수급인이 이러한 기자재를 직접 제작하는 것은 불가능하고, 별도의 하도급 계약을 통해 기자재를 구매한 후 수급인이 이를 설치, 조립, 완성하여 인도하는 것이 대부분이다. 이러한 주요 기자재는 가격 및 크기가 상당하여, 하자는 발생해서는 안 되는 것이 분명하지만, 그렇다고 현실적으로 하자가 전혀

8) 대법원 2021.1.14. 선고 2018다273981 판결: 한편 제척기간을 초과하였는지 여부는 법원의 직권조사사항이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다.

9) 대법원 1993.4.13. 선고 92다3595 판결: 소멸시효기간 만료에 인한 권리소멸에 관한 것은 소멸시효의 이익을 받는 자가 항변을 하지 아니하면 그의 사에 반하여 재판할 수 없는 것인데, 기록에 의하면 피고가 사실상에서 시효소멸의 항변을 한 적이 전혀 없음을 알 수 있는바, 그렇다면 결국 원심은 위 10년 기간의 법적 성질에 관한 법리를 오해한 나머지 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 판단함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다 하지 아니할 수 없으므로 이점을 탓하는 취지의 논지는 이유 있다.

10) 발전소의 경우 보일러, 발전기 등이 있고 건축물의 경우 공조기, 엘리베이터 등이 있으며 선박 및 잠수함의 경우 항해를 위한 전자장비, 추진기 등을 예로 들 수 있다.

발생하지 않는다고 보기 어려워 발생하는 하자를 수리하기 위해 수급인에게 일정 기간 하자에 대한 책임을 부과하는데 이를 하자보증기간(또는 하자담보책임기간)이라고 한다.

2.3.3 하자담보책임기간의 결정

건설공사 도급계약상 하자보증기간은 입찰단계에서 도급인이 입찰제안서를 통해 계약조건을 제시할 때 하자보증기간을 얼마로 할 것인가도 함께 제시하거나 또는 양 당사자가 협의를 통해 결정한다. 예를 들어 입찰단계에서 도급인이 입찰자에게 제시한 하자보증기간이 1년이면, 입찰자는 기자재 또는 하도급업체에게 동일한 하자보증기간 1년을 제시하고 그에 대한 위험(Risk) 비용이 포함된 견적을 접수하여 입찰금액에 반영하고, 만약 도급인이 제시한 하자보증기간이 3년이면 그만큼의 기자재 금액 및 입찰금액이 높아지는 것은 당연하다.

하자는 수급인의 잘못으로 발생하는 것이어서 수급인이 해당 비용을 모두 감당해야 한다고 할 수 있으나, 건설공사 도급계약의 경우 그 규모와 특성으로 볼 때, 하자가 전혀 발생하지 않는다고 확신할 수 없다. 따라서 도급계약의 경우, 수급인으로 하여금 예상되는 위험부담을 입찰금액에 또는 계약금액에 산입하게 되고, 하자가 발생하지 않으면 도급인에게 불필요한 예산의 낭비를, 수급인에게 상당부분 이익을 가져다준다. 이 경우의 이익은 정상적인 영업활동에서 얻은 것이라기보다는 다소 투기적인 성격이 짙다.

따라서 도급인이 건설공사 도급계약상 하자담보책임기간을 규정하였다면, 이는 그 정해진 기간 내에 발생한 하자에 대해 수급인에게 하자보수의 책임을 물을 것이며, 대신 그 정해진 기간을 초과하여 발생한 하자에 대해서는 수급인에게 하자보수비 상당의 손해배상 책임을 묻지 않겠다는 의도 또는 약속으로 볼 수 있다.

2.3.4 하자담보책임기간의 법적 성격

민법상 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사 기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다(대법원 2004.1.27. 선고 2001다24891 판결).

건설산업기본법 제28조 제1항은 제척기간을 규정한 민법 제670조 및 제671조의 특별규정으로서 하자담보책임기간은 하자담보책임이 발생하기 위한 요건이 되는 하자발생기간일 뿐만 아니라 제척기간으로 보고 있다(대법원 2007.5.31. 선고 2006다60236 판결, 대법원 2014.11.27. 선고 2011다42461 판결).

이처럼 건물 등의 도급계약에서 담보책임의 존속기간이란 곧 수급인이 목적물의 하자보수에 대하여 보증 책임을 지는 기간이라고 할 수 있다.

2.4 소결

하자담보책임의 목적은 “도급인으로 하여금 하자 없는 완전한 목적물을 취득하도록 하고, 다른 한편으로는 수급인에게 보수청구권을 쉽게 확보할 수 있도록 하기 위한 것”이다.

도급계약에서 하자보수비용은 수급인의 하자담보책임과 동시에 채무불이행책임에서 말하는 손해에 각각 해당하므로, 도급인은 수급인에게 위와 같은 하자보수비용을 민법 제667조(수급인의 담보책임) 제2항¹¹⁾에 의해 하자담보책임으로도 청구할 수 있고, 민법 제390조(채무불이행과 손해배상)¹²⁾에 의해 채무불이행책임으로도 청구할 수 있다.

제척기간의 기산점은 “목적물의 인도를 받은 날”부터(민법 제670조), 소멸시효의 기산점은 “권리를 행사할 수 있는 때”부터(민법 제166조) 진행된다.

제척기간은 당사자가 권리의 소멸을 주장하지 않아도 법원에서 반드시 고려해야 하는 사항이지만, 소멸시효는 “당사자가 그 사실을 주장한 때에 비로소 권리소멸을 고려”한다.

하자담보책임에 관한 기간은 비록 제척기간이지만 하자발생기간으로 간주하고 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니며, 채무불이행책임에 관한 손해배상청구권은 소멸시효의 적용을 받는다.

결국, 우리나라 민법상 하자담보책임에 대한 제척기간과 채무불이행에 대한 소멸시효는 조화롭게 중용되어 적용되어야 한다고 볼 수 있다.

3. 대상 판결에 대한 고찰 및 실무상 문제점

3.1 기존 대법원의 경향 및 흐름

3.1.1 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합

대법원 2004.8.20. 선고 2001다70337 판결을 대표로, 이후 다수의 대법원 판례¹³⁾들은 “도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다”고 판시하고 있고, 나아가 “도급인은 하자보수비용을 민법 제667조 제2항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다.”고 판시하고 있다.¹⁴⁾

11) 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

12) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다.

13) 대법원 2004.7.22. 선고 2002다51586 판결, 대법원 2004.8.20. 선고 2001다70337 판결, 대법원 2020.1.30. 선고 2019다268252 판결, 대법원 2020.6.11. 선고 2020다201156 판결, 대법원 2021.4.8. 선고 2017다202050 판결 등

3.1.2 제척기간 도과 시 권리소멸 및 직권조사

대법원 2011.12.13. 선고 2011다80531 판결 등 다수의 대법원 판례¹⁴⁾들은 “제척기간이 도과한 경우 하자담보추급권 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 소멸되었다”고 보고 있고, 나아가 “제척기간이 도과하였는지 여부는 소멸시효와 달리 법원의 직권조사사항이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.¹⁵⁾ 즉, 당사자가 제척기간을 주장하지 않고 소멸시효만 주장하더라도 법원은 소멸시효뿐 아니라 제척기간의 도과 유무 또한 판단해야 한다.

3.1.3 제척기간과 소멸시효의 경합

대법원 2011.10.13. 선고 2011다10266 판결 등 다수의 대법원 판례¹⁷⁾들은 “제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없으며”라고 판시하고 있다.

이는 제척기간과 소멸시효가 경합하며 양립하는, 즉 상호 보완적이라는 뜻으로 이해된다. 만약 둘 중 하나만을 채택할 경우 다른 하나는 배제될 수 있어 보이는데, 이는 법에서 제척기간과 소멸시효를 별도의 규정으로 각각 두고 있는 것에 반하는 것이며, 나아가 다른 하나는 존재 자체가 무의미해지는 결과를 가져온다.

3.1.4 하자담보책임기간은 하자발생기간

대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 등 다수의 대법원 판례¹⁸⁾들은 “건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미” 그리고 “제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사 기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다”라고 판시하고 있다.

즉, 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간 이지만 동시에 하자발생기간으로서, 그 기간에 반드시 “소”를 제기하여야 할 필요는 없고 그 “권리”(하자보수 통지 등)를 행사하기만 하면 하자담보책임에 대한 권리가 소멸되지 않는다고 판단하고 있으며, 이는 도급계약상 일반적인 하자담보책임기간의 성격과 동일하다. 도급계약상 수급인은 하자담보책임기

간에 발견되어 기간 내에 통지된 하자에 대해, 해당 하자의 보수 시점이 하자담보책임기간을 도과하더라도 끝까지 책임을 지고 보수를 완료한다.

3.1.5 대법원 판례 요약

앞에서 살펴본 대법원 판례들을 정리해 보면, ① 도급계약상 수급인의 하자담보책임과 도급인의 채무불이행책임에 대한 손해배상청구권은 별도의 권원으로 주장할 수 있다. ② 따라서, 도급인은 수급인에게 하자담보책임으로도 청구할 수 있고, 채무불이행책임으로도 청구할 수 있다. ③ 다만, 제척기간 규정과 소멸시효의 규정이 상호 배제된다고 볼 수 없으므로, ④ 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 제척기간¹⁹⁾과 더불어 소멸시효도 함께 판단해야 한다. ⑤ 결국, 도급계약상 수급인의 하자담보책임기간은 하자발생 기간을 의미하므로, 제척기간 내 하자가 발생하지 않으면 수급인의 하자담보책임이 없고, 위 기간 내에 하자가 발생하면 하자 발생 시부터 소멸시효 도과 때까지 하자담보책임을 부담한다.

3.2 대상 판결 고찰

3.2.1 사실 관계

(1) 원고는 2000.9.22. 독일 기업인 Howaldtswerke - Deutsche Werft AG(약칭: HDW, 2011년경 티센크루프에 합병되었다. 이하 ‘티센크루프’라 한다)와 ‘HDW 214급 잠수함 3척 건조를 위한 총자재 3건 납품 및 관련 용역’에 관한 가계약을 체결하였다. 위 가계약에 따르면 가계약에서 정한 원고의 권한과 의무는 원고가 선정한 KSS- II 사업의 국내 업체로 이전하게 된다. 국방부장관은 KSS- II 사업의 차기 잠수함 국외업체 기종을 HDW의 214급 잠수함으로 결정하고 2000.11.25. 위 사업의 국내업체로 피고를 선정하였다.

(2) 원고, 피고와 티센크루프는 2000.12.4. 일부 유보된 권한과 의무를 제외하고 위 가계약에서 정한 원고의 권한과 의무를 피고에게 이전하기로 합의하였다. 피고는 2000.12.11. 티센크루프와 ‘HDW사의 214급 잠수함 3척 건조를 위한 총자재 공급’에 관한 계약(이하 ‘이 사건 국외계약’이라 한다)을 체결하였다. 원고는 2000.12.12. 피고와 피고가 잠수함 3척을 건조하여 해군에 인도하는 것을 주된 내용으로 하는 잠수함의 건조 및 납품계약(이하 ‘이 사건 건조계약’이라 한다)을 체결하였고, 이 사건 국외계약의 내용이 이 사건 건조계약 내용에 편입되었다. 이 사건 건조계약의 계약특수조건에 따르면 하자보수 보증기간은 인도일부터 1년이다.

14) 대법원 2020.6.11. 선고 2020다201156 판결, 대법원 2021.4.8. 선고 2017다202050 판결

15) 2009.5.28. 선고 2008다86232 판결, 대법원 2010.1.14. 선고 2008다88368 판결, 대법원 2011.3.24. 선고 2010다44644 판결, 대법원 2012.5.10. 선고 2011다66610 판결, 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 등

16) 대법원 2021.1.14. 선고 2018다273981 판결, 대법원 2019.7.25. 선고 2019다227817 판결 등

17) 대법원 2009.6.11. 선고 2008다92466 판결, 대법원 2011.10.13. 선고 2011다10266 판결, 대법원 2012.11.15. 선고 2011다56491 판결, 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 등

18) 대법원 2007.5.31. 선고 2006다60236 판결, 대법원 2008.12.11. 선고 2008다12439 판결, 대법원 2014.11.27. 선고 2011다42461 판결, 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 등

19) 대법원 2004.1.27. 선고 2001다24891 판결: 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다.

(3) 피고는 이 사건 국외계약에 따라 티센크루프로부터 원자재를 공급받아 잠수함을 건조하였고, 그중 1척(이하 '이 사건 잠수함'이라 한다)을 이 사건 건조계약에 따라 2007.12.26. 해군에 인도하였다. 2011.4.10. 이 사건 잠수함을 이용한 환기훈련 중 수중 전속 항해훈련 과정에서 이 사건 잠수함의 추진전동기(이하 '이 사건 추진전동기'라 한다)에서 이상 소음이 발생하였다. 이 사건 추진전동기는 피고가 이 사건 국외계약에 따라 티센크루프로부터 공급받은 원자재 중 하나로서 티센크루프의 하도급업체인 독일 기업 지멘스(Siemens, 이하 '지멘스'라 한다)가 제조한 것이다.

(4) 해군, 방위사업청, 국방기술품질원과 피고는 2011.8.9. 이 사건 추진전동기의 신속한 복구를 위한 합의를 하였다. 그 내용은 방위사업청과 피고의 수의·일반개산계약에 의한 방법으로 복구를 추진하고, 국방기술품질원이 원인 규명과 관련된 제반 업무를 주관하며 공동조사단 구성과 과학적인 결과 도출을 위해 노력하고, 방위사업청이 합의와 별도로 귀책사유에 따른 비용부담 문제를 주관하여 처리한다는 것이다. 원고는 2011.12.29. 피고와 이 사건 잠수함의 복구를 위한 외주정비계약을 체결하였다. 원고와 지멘스 사이에 2012.2.29. 체결된 업무협약과 피고와 지멘스 사이에 2012.3.30. 체결된 업무협약에 따라 이 사건 추진전동기의 하자 원인을 조사할 제3의 판단주체로 사단법인 한국선급과 독일선급이 선정되었다. 사단법인 한국선급과 독일선급은 대한민국 조사팀과 지멘스와 공동으로 2012.6.11.경부터 2012.8.29.경까지 독일 현지에서 이 사건 추진전동기에 발생한 하자 원인을 규명하기 위한 조사를 하였다. 사단법인 한국선급과 국방기술품질원은 2013.7.19. '이 사건 추진전동기의 고장 원인은 기계적 극(Mechanical Pole)의 이탈로 발생한 것이고, 이는 제조공정 중 발생한 수소취성(금속이 수소를 흡수하여 부서지는 현상이다)에 따라 기계적 극을 고정하는 볼트가 파손되었기 때문'이라는 내용의 보고서를 작성하여 국방기술품질원장에게 제출하였다.

(5) 원고는 피고가 추진전동기에 결함이 있는 잠수함을 납품함으로써 이 사건 건조계약상 채무의 내용에 따른 이행을 하지 못하였다는 이유로 손해배상의 소를 제기하였다.

3.2.2 원고의 주장

피고는 이 사건 계약특수조건 제10조 제4항, 제12조 제1항, 제5항, 제14조 제1항에 따라 이 사건 계약서에 정한 제원 및 함 성능을 충족시킬 수 있도록 건조공사를 수행하고, 하도급공사 및 도급장비의 성능을 보장하고 자재 결함으로 인하여 발생하는 모든 결과에 책임을 지며, 이 사건 건조계약의 효력 발생 후 3개월 이내에 티센크루프 측에 이 사건 국외계약의 당사자로서 계약이행책임과 권리를 보유하는 감독관을 파견하여야 하므로, 이 사건 잠수함의 성능에 대하여

종합적이고 전적인 책임을 진다.

그런데 피고는 추진전동기에 결함이 있는 이 사건 잠수함을 건조하여 납품함으로써 이 사건 건조계약에 정한 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않았고, 이로 인하여 원고는 이 사건 추진전동기에서 발생한 이상 소음의 원인을 조사하는 과정 그리고 이 사건 잠수함의 수리를 위하여 피고와 외주정비계약을 체결하여 그 계약금액을 각 지출하는 손해를 입게 되었다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 건조계약상 채무의 불완전이행으로 인한 손해배상으로 상기 손해 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다.

3.2.3 피고의 주장

이 사건 건조계약은 부대체물인 제작물공급계약으로 그 법적 성격은 도급계약에 해당한다. 도급계약의 목적물에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되는데 위 규정은 불완전이행으로 인한 채무불이행책임의 특칙이므로 이 사건과 같이 일이 완성된 이상 도급인은 수급인의 하자담보책임이 성립하는 하자보수비용의 범위 내에서는 채무불이행책임을 물을 수 없다. 이 사건 계약특수조건 제12조 제5항, 제23조 제1항에 의하면 이 사건 잠수함의 하자보수보증기간은 인도일로부터 1년이므로 이 사건 소가 이 사건 잠수함의 인도일로부터 1년이 지난 후에 제기된 이상 원고는 피고에게 하자담보책임은 물론 불완전이행으로 인한 채무불이행책임도 물을 수 없다.

이 사건 건조계약상 채무의 불완전이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 국가재정법 제96조 제1항에 의하여 5년인데, 원고는 피고로부터 이 사건 잠수함을 인도받은 2007.12.26.으로부터 5년이 경과한 후인 2014.5.8. 이 사건 소를 제기하였으므로 원고의 위 손해배상청구권은 시효가 완성되어 소멸하였다.

3.2.4 대법원 판단

(1) 채무불이행책임과 하자담보책임의 경합 여부

도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대법원 2004.8.20. 선고 2001다70337 판결, 대법원 2020.1.30. 선고 2019다268252 판결 등 참조). 목적물의 하자를 보수하기 위한 비용은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 도급인은 하자보수비용을 민법 제667조 제2항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다. 하자보수를 갈음하는 손해배상에 관해서는 민법 제667조 제2항에 따른 하자담보책임만이 성립하고 민법 제390조에 따른 채무불이행책임이 성립하지 않는

다고 볼 이유가 없다.

원심은 이 사건 건조계약이 도급계약에 해당하는데, 계약 특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다고 판단하였다. 원심판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로 정당하다. 원심판단에 상고이유 주장과 같이 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임을의 관계에 대한 법리를 오해한 잘못이 없다.

(2) 소멸시효 완성 여부

소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때부터 진행한다(민법 제166조 제1항). 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하고, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2001.7.13. 선고 2001다22833 판결, 대법원 2011.1.27. 선고 2009다10249 판결 등 참조).

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사정을 알 수 있다. 피고는 2007.12.26. 해군에 이 사건 잠수함을 인도하였다. 이 사건 추진전동기에서 2011.4.10. 전에 이상 소음이 발생하였다고 볼 만한 자료가 없다. 이 사건 추진전동기의 하자는 사단법인 한국선급과 국방기술품질원이 2013.7.19. 고장 원인에 대한 보고서를 작성하여 국방기술품질원장에게 제출함으로써 밝혀졌다. 이러한 사정에 비추어 보면, 원고의 손해가 현실적으로 발생한 때는 이 사건 추진전동기에서 이상 소음이 처음 발생한 2011.4.10. 또는 사단법인 한국선급과 국방기술품질원이 이 사건 추진전동기의 고장 원인에 대한 보고서를 작성하여 제출한 2013.7.19.이고, 그때부터 소멸시효가 진행된다고 볼 수 있다. 원고가 국가재정법 제96조 제1항에서 정한 5년의 소멸시효기간이 지나기 전인 2014.5.8. 이 사건 소를 제기하였음이 기록상 명백하므로, 원고의 손해배상청구권은 아직 소멸시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

3.2.5 고찰 및 실무상 문제점

먼저 본 연구에서 건설공사 도급계약이 아닌 잠수함 건조계약에 관한 판결 내용에 대해 고찰하고자 하는 이유는, 법원에서 “이 사건 건조계약을 부대체물인 제작물공급계약으로 그 법적 성격은 도급계약에 해당한다”고 하였으며, 다수 언론²⁰⁾에서 대상 판결이 공사도급계약에 관한 사례는 아니었지만, 도급계약에 관한 일반적 내용(하자담보책임기간이 도과한 후 하자가 발생하더라도 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 인정)을 실시하고 있는 만큼 공사도급계약에서

20) 대한전문건설신문 ‘계약특수조건상 하자보증기간 경과시 채무불이행 손해책임은’ (2020.10.12), 법률신문 ‘2020년 분야별 중요판례분석 22. 건설법’ (2021.06.24.), e대한경제 ‘하자담보책임과 채무불이행 책임’ (2020.08.28), 국토교통청 ‘변호사가 알려주는 생활법률 - 건물 하자보수 기간이 지났다면?’ (2020.12.18.) 등에서 시사점으로 제시함.

도 위 판결의 입장을 고려할 필요가 있다고 언급하기 때문이다.

앞서 설명한 바와 같이, 도급계약에서 하자담보책임과 채무불이행책임에 대한 경합이 인정되는 것은 달리 부정할 수 없고, 이 사건 건조계약이 부대체물인 제작물공급계약이므로 판결 또한 수급이 간다. 다만, 제척기간과 소멸시효는 완전히 무관하지 않은 연관 관계에 있고, 제척기간 도과 여부는 법원의 직권조사사항인데, 이 사건 법원은 “계약특수조건에서 정한 하자보수보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다고 판단하였다”고 하면서 하자보수보증기간에 대한 제척기간은 고려하지 않은 것처럼 보인다. 물론 민법이 적용되는 이 사건 도급계약과 건설산업기본법이 적용되는 건설공사 도급계약의 법리 해석상 차이는 있다.

따라서 언론에서 시사하는 것처럼 이 사건 판결이 도급계약에 일반화되어 건설공사 도급계약에서도 적용된다면, 다음과 같은 실무상 문제점들이 발생할 것으로 예상된다. 나아가 이는 일반 도급계약에서도 마찬가지로 발생 가능한 문제점들로 보인다.

(1) 수급인의 하자에 대한 무한 책임

하자담보책임에 대한 제척기간이 고려되지 않고 채무불이행에 대한 손해배상청구권의 소멸시효만을 고려할 경우, 소멸시효의 기산점은 민법 제166조 제1항 규정에 따라 “권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행”하고, 대상 판결을 인용하면 그 “때”를 “원고에게 손해가 현실적으로 발생한 때”이고 이는 곧 “하자가 발생한 때” 혹은 “하자를 인지한 때”로 볼 수 있다. 이는 수급인이 목적물을 완성하여 인도한 후 10년, 20년이 지나더라도 도급인이 하자를 발견한 후 소멸시효가 완성되기 전까지 소를 제기하기만 하면, 수급인은 채무불이행책임에 따른 무기한 손해배상을 책임져야 하는 결과 및 수급인의 지위를 지나치게 불안정한 상태로 지속시키게 되는 폐단이 도출된다.

이는 민법 제670조의 조문처럼 해당 기간을 ‘담보책임의 존속기간’으로 보아 하자로 인한 “권리관계를 조속히 정리하기 위하여 위 기간을 제척기간으로 하되, 도급인을 보호하기 위하여 권리행사기간으로 보아 도급인과 수급인의 보호의 균형을 무너뜨리는 것”으로 보인다.

(2) 도급계약상 하자담보책임기간의 의미 상실

도급계약에서 특별히 따로 정한 경우에는 도급계약에서 정한 바에 따르는 것이 원칙이고²¹⁾, 도급계약에서 정한 바는 계약당사자들이 정한 특약으로 다른 임의규정보다도 우

21) 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결, 대법원 2007.5.31. 선고 2006다60236 판결 등

선하므로 도급계약에서 정한 하자담보책임기간이 도과하면 수급인은 하자담보책임이 없다는 것이 다수 의견²²⁾으로 보이나, 상기 판례와 같이, 수급인이 하자에 대해 무기한 책임을 갖는다면 도급계약상 하자담보책임기간에 대한 규정은 더이상 존재의 이유가 없어 보인다.

도급인이 입찰제안서를 통해 계약조건으로 하자담보책임기간을 제시하고 또는 양 당사자의 합의를 통해 도급계약상 하자담보책임기간을 규정하였다면, 이는 그 정해진 기간 내에 발생한 하자에 대해 수급인에게 하자보수의 책임을 묻고, 정해진 기간을 도과하여 발생한 하자에 대해서는 수급인에게 하자보수비 상당의 손해배상 책임을 묻지 않겠다는 의도 또는 약속으로 볼 수 있다. 수급인은 이를 반영하여 입찰금액을 책정한 것인데, 도급인이 도급계약상 하자담보책임기간을 도과하여 발견된 하자에 대해 별도의 채무불이행에 따른 손해배상을 청구한다면, 당초 도급계약의 취지에도 부합하지 않고, 신의성실의 원칙에도 부합하지 않아 보이며, 나아가 도급계약에서 하자담보책임기간이 규정된 목적이 명확 함에도 불구하고 채무불이행책임에 대한 소멸시효로 인해 무력화된다면 계약적, 제도적 보완이 필요해 보인다.

(3) 도급 원가 증가 및 부작용

하자는 없어야 하며, 하자가 발생하지 않으면 아무런 문제도 없다. 다만 여기서는 잠수함과 같은 대형 건조물 공사 또는 건설공사에서 하자가 발생하지 않는다는 것은 현실적으로 불가능하다는 전제로, 하자보수에 대한 비용이 예비비 성격으로 도급계약에 반영되는 것임을 이야기하고자 한다.

도급계약상 하자담보책임기간을 규정하는 이유는 하자 발생 시, 양 당사자 사이에서 신속한 하자 보수 및 분쟁을 최소화하기 위한 목적이 우선하지만, 도급금액 확정에 있어서 하자보수책임에 대한 기한을 한정하여 불필요한 예비비가 도급금액에 포함되지 않도록 하기 위함도 있다.

따라서 대상 판결 이후 다수의 법정에서 대상 판결을 인용하여 하자담보책임에 대한 제척기간은 고려하지 않고 채무불이행책임의 소멸시효만을 고려하여 판단한다면, 이후 수급인은 도급계약에 있어서 하자에 따른 손해배상청구를 대비하기 위한 예비비를 충분히 증액하여 입찰금액에 반영할 것으로 보인다. 이 경우 도급계약금액이 무리하게 증가될 수 있고 하자가 발생하지 않는 경우 그대로 수급인의 이익이 되는 부작용이 우려된다. 다만, 저가 낙찰의 현실을 고려할 때, 수주를 위해 입찰금액의 증대는 쉽지 않아 보인다.

(4) 중소 하도급업체의 파산 위험

도급계약은 필히 수급인과 하수급인의 하도급 계약을 수

반한다. 만약 대상 판결과 같이 도급계약상 하자담보책임기간이 도과하여 발생한 하자에 대해 채무불이행책임에 따른 손해배상청구를 법원에서 인정하는 경우, 수급인은 그 책임을 원인을 제공한 하도급업체에 전가할 수밖에 없다. 만약 공사를 완료한 후 수년이 지난 뒤에 이러한 책임이 중소 하도급 업체에게 전가된다면, 재정적으로 큰 문제 없이 이를 감당할 수 있는 하도급업체는 찾기 어려워 보인다. 도급과 하도급, 위험과 책임의 적절한 분배 차원에서 채무불이행책임에 대한 판단은 조심스럽고 신중하게 접근할 필요가 있어 보인다.

4. 개선방안

본 연구에서는, 어떻게 보면 양립할 수 없어 보이는 도급계약상 하자담보책임의 제척기간과 채무불이행책임의 소멸시효의 조화로운 중용 방안에 대해, 도급인과 수급인 양 당사자 간 적용 가능한 실무적 개선방안을 제시하고자 한다. 이에, 건설공사 도급계약상 하자담보책임에 대한 최근 판례를 바탕으로 현실적인 모델을 제시하고, 이 모델이 도급계약에서 효과를 나타낼 수 있도록 도급계약 하자담보책임 계약 내용에 대한 개선방안을 제시하고자 한다.

먼저, 다행스럽게도, 대상 판결 이후 건설공사 하자담보책임에 대한 유사 대법원 판례(대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결)가 있어 그 내용을 살펴보면, “구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항에서 정하는 건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미한다. 따라서 위 기간 내에 하자가 발생하지 않으면 수급인의 하자담보책임이 성립할 여지가 없고, 위 기간 내에 하자가 발생하면 하자가 발생한 때부터 소멸시효기간이 도과할 때까지 수급인은 하자담보책임을 진다”고 판시하였다. 이는 하자담보책임에 대한 제척기간과 채무불이행책임에 대한 소멸시효를 현실적으로 조화롭게 중용한 모델로서, 실제 건설공사 하자담보책임 실무에서도 이와 같은 맥락으로 적용하고 있다. 즉, 하자담보책임기간 내에 도급인이 수급인에게 하자를 통지하면, 수급인은 비록 하자담보책임기간이 종료되더라도 통지된 하자에 대해서는 끝까지 하자보수의 책임을 진다. 반면, 하자담보책임기간 내에 통지되지 않은 하자에 대해서는 수급인이 책임을 부담하지 않는다.

따라서, 상기 건설공사 하자담보책임에 대한 판례가 일반 도급계약에도 유사한 효과를 나타내기 위해서는, 다음과 같이 도급계약상 하자담보책임에 관한 약정이 변경 또는 추가되어야 한다.

22) 2009.5.28. 선고 2008다86232 판결, 대법원 2010.1.14. 선고 2008다88368 판결, 대법원 2011.3.24. 선고 2010다44644 판결, 대법원 2012.5.10. 선고 2011다66610 판결, 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 등

4.1 도급계약 약정상 하자담보책임기간의 현실화

도급인이 입찰제안서 또는 다른 어떠한 방법을 통해 도급 계약상 수급인의 하자담보책임기간을 1년 또는 2년으로 짧게 규정하는 이유는, 해당 기간 내에 발생하여 통지된 하자에 대해서만 수급인에게 하자담보책임을 물을 것이니, 관련된 예비적 비용을 절감하여 계약금액을 낮추고자 하는 의도이다. 그런데 대상 판결처럼 하자보증기간을 목적물 인도 후 1년으로 약정한 뒤, 실제 인도 후 약 4년이 지나 발생한 하자에 대해, 인도 후 약 6년이 지나 소를 제기하여 승소한다면, 도급계약상 하자담보책임기간 규정은 더이상 의미가 없다. 따라서, 하자에 대한 분쟁을 최소화하기 위한 목적으로, 보다 현실적인 하자담보책임기간을 약정하여 계약조건으로서 계약 내용에 편입하고, 그에 적합한 계약금액을 책정하는 것을 제안한다. 이에 일괄적으로 하자보증기간을 1년, 2년의 단기로 약정하기 보다는 경미한 하자에 대해서는 2~3년, 목적물 운영에 필수적인 주요 기기, 설비 또는 안전에 위협을 주는 부위 등에 대해서는 항목별 3~10년의 장기 하자담보책임기간을 두도록 약정하는 것을 제안한다<Table 2>.

Table 2. Example of warranty period for power plant project

Items		Warranty period
Overall (without exception)		2 years
Exception	Turbine generator & its accessories	4 years
	Boiler & its accessories	3 years
	Steel structure & reinforced concrete	7 years
	Reinforced concrete for UG cable line	10 years

4.2 도급계약 약정상 하자담보책임기간의 성격 규정

상기와 같이 양 당사자가 도급계약상 하자담보책임기간을 현실화하여 계약 내용으로 편입한다면, 하자담보책임에 대한 분쟁은 현저히 줄어들 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고, 도급인이 하자담보책임기간 종료 후 발생한 하자에 대해 또다시 채무불이행책임에 대한 소를 제기한다면, 도급계약 법리상 대상 판결과 동일한 결과가 예상된다. 따라서 도급계약상 하자담보책임기간의 성질을 온전히 살리기 위해서는 도급계약 하자담보책임기간 정의에 ‘제척기간’ 또는 ‘하자발생기간’이라는 정의를 계약조건으로서 계약 내용에 편입할 것을 제안한다.

이렇게 되면, 대법원 2021.8.12. 선고 2015다212541 판결 취지와 같이, 하자담보책임기간 동안 하자가 발생하지 않으면 제척기간이 적용되어 수급인의 하자담보책임은 소멸하고, 해당 기간동안 하자가 발생하면 하자보수청구를 하고, 발생한 때부터 소멸시효를 적용하여 수급인이 하자담보책임을 지는 효과를 동일하게 부여할 수 있어 보인다. 나아가

도급인으로 하여금 하자 없는 완전한 목적물을 취득하게 하고, 반면에 수급인에게는 보수청구권을 쉽게 확보할 수 있도록 하는 목적에 적절히 부합할 것으로 기대한다.

5. 결론

우리나라 대법원 판례를 통해 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 각각 요건과 효과, 행사 기간 면에서 차이가 있고, 각자 독자적인 존재 이유를 가지고 있으므로, 만일 양자의 요건이 모두 충족된 경우에는 양 책임이 별개의 권원에 의해 경합적으로 인정되므로, 하자보수비용을 민법 제 667조 제2항에 기한 하자담보책임으로도 청구할 수 있고, 민법 제390조에 기한 채무불이행책임으로도 청구할 수 있음을 살펴보았다. 또한, 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간이나 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니며, 채무불이행책임에 관한 손해배상청구권은 소멸시효의 적용을 받으나 이 둘은 완전히 무관하지 않은 연관 관계를 가지고 있으므로 조화롭게 중용되어야 함을 살펴보았다.

그러나 최근 도급계약에 있어서 수급인의 하자담보책임에 관한 대상 판결(대법원 2020.6.11. 선고 2020다201156)이 주목되고 있어 그 내용을 살펴본바, “계약특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다”고 하였다. 이후 다수 언론에서 대상 판결이 건설공사 도급계약에 관한 사례는 아니지만, 도급계약에 관한 일반적 내용(하자담보책임기간이 도과한 후 하자가 발생하더라도 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 인정)을 실시하고 있는 만큼, 건설공사 도급계약에서도 위 판결의 입장을 고려할 필요가 있다고 제시하였다.

본 연구에서는, 만약 대상 판결이 건설공사 도급계약에도 일반화될 경우 ① 수급인이 하자에 대한 무한 책임을 부담한다는 점 ② 도급금액의 증가 및 부작용이 발생한다는 점 ③ 중소 하도급업체의 파산 위험이 있다는 점의 문제점이 있을 수 있음을 제기하였다. 나아가 이에 대한 개선방안으로, 도급계약상 하자담보책임의 제척기간과 채무불이행책임의 소멸시효의 조화로운 중용 방안에 대한 현실적인 모델을 제시하였고, 이 모델이 도급계약에서 효과를 나타낼 수 있도록 하자담보책임 약정에 대한 개선방안을 ① 도급계약상 하자담보책임기간을 보다 현실적으로 상호 약정하고 그에 적합한 계약금액을 책정해야 한다는 점 ② 도급계약상 하자담보책임기간의 성질을 온전히 살리기 위해 하자담보책임기간의 정의에 민법에서 규정한 ‘제척기간’이며 ‘하자발생기간’이라는 명문 계약 조항을 추가하는 점을 제시하였다.

마지막으로, 이 연구의 주장과 일치하는 판결(대법원

2021.8.12. 선고 2015다212541) “건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미한다. 따라서 위 기간 내에 하자가 발생하지 않으면 수급인의 하자담보책임이 성립할 여지가 없고, 위 기간 내에 하자가 발생하면 하자가 발생한 때부터 소멸시효기간이 도과할 때까지 수급인은 하자담보책임을 진다”는 취지가 법률관계의 조속한 안정을 도모하고, 도급인과 수급인의 권리와 이해관계를 적절히 중용한 합리적 판단으로 보이므로, 앞으로도 건설공사 도급계약상 하자담보책임의 제척기간과 채무불이행채무의 소멸시효에 대한 우리 법원의 판결이, 이와 같이 지속되기를 고대한다.

Legal Center, 2014.04, pp. 261-289.
 Lee, J.M. (2020). “Contention between Contractor’s Liability for Default of Obligation and Liability for Warranty against Defects.” *The Journal of Property Law*, prolaw, 37(2), pp. 147-172.
 Park, J.G. (2018). “Detailed Theory and Practice of Construction Contract Management.” *Theory of Construction Contract Management*, Construction Economy, pp. 497.
 Seo, S.K. (2016). “A Study on Liability for Warranty Against Architecture Defects.” Ph.D. Dept. of Law, Graduate School, Dong Eui University.

감사의 글

본 연구는 2021년도 광운대학교 교내연구비로 수행되었습니다.

References

Choi, M.K. (2017). “A Study on the Theory of Precedents about the Starting Point of Reckoning in Extinctive Prescription and Exclusion Period.” *The Journal of Property Law*, prolaw, 34(3), pp. 216-304.
 Hong, S.G. (2018). “Suspending the Event-Based Accrual of Extinctive Prescription: The “objective discoverability.” standard of Korean case law.” *The Journal of Comparative Private Law*, KACPL, 25(4), pp. 1361-1436.
 Kim, C.W. (2010). “Anspruchsbegrenzende Ausschlussfristen und Verjährung.” *The Journal of Property Law*, prolaw, 26(3), pp. 1-40.
 Kim, D.H. (2014). “Period for Exercise of Warranty and Prescription.” *Kookmin Law Review*, Legal Research Institute Kookmin University, 26(3), pp. 35-61.
 Kim, J.H. (2014). “The Concurrent between Exclusion Period and Extinctive Prescription.” *The Justice*, Korean

요약 : 2020년 6월 11일 대법원은 대상 사건에 대해 계약특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불안전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다는 원심의 판단을 정당하다고 판결하였다. 그러나 우리나라 민법학에서 하자담보책임에 대한 제척기간과 채무불이행책임에 대한 소멸시효의 경합이 인정되고, 제척기간과 소멸시효는 법리상 각각의 목적을 가지고 있으므로, 이 둘은 상호 연관 관계에 있음을 전제로 조화롭게 중용하여 판단되어야 한다. 대상 판결이 일반화될 경우 도급계약에서의 하자담보책임에 관한 약정은 더이상 존재할 이유가 없다. 본 연구는 하자담보책임과 채무불이행책임에 대한 일반론 및 선행 판례 연구를 통해 대상 판결을 고찰하고, 대상 판결이 일반화될 경우 발생 가능한 문제점 도출하였다. 또한 현실적인 모델을 바탕으로 실무적 개선방안으로 도급계약 약정상 하자담보책임기간의 현실화하고 그 성격의 규정을 명문화할 것을 제시하였다.

키워드 : 무과실책임, 하자담보책임, 채무불이행책임, 제척기간, 소멸시효
