

건설법학

제11호

발행

일

2024년 3월 25일

제11호

일반논문

- 이강만 | 공동주택 하자담보책임의 연혁과 개선방향
- 김범준 | 세대수 증가형 리모델링에 대한 공법적 규율
- 심규현 | 가설건축물의 증축에 대한 통제
- 김종균 | 공공주택지구 내 민간분양아파트 공급과 부담금 부과 대상에 대한 공법적 연구
- 한상훈 | 도시정비법 등 관련 주요 형사판례 동향

발행일자 | 2024년 3월 25일



사 단 법 인 | 건 설 법 학 회
CONSTRUCTION & URBAN DEVELOPMENT LAW ASSOCIATION

목차

» 일반논문

- 1 공동주택 하자담보책임의 연혁과 개선방향
 이강만
- 15 세대수 증가형 리모델링에 대한 공법적 규율
 김범준
- 29 가설건축물의 증축에 대한 통제
 심규현
- 43 공공주택지구 내 민간분양아파트 공급과 부담금 부과 대상에 대한 공법적 연구
 김종균
- 57 도시정비법 등 관련 주요 형사판례 동향
 한상훈

» 부록

- 71 간행규정
- 75 논문투고지침
- 79 연구윤리규정

Contents

» Article

- 1 **The history and evolution of warranty liability of apartment complexes**
Lee, Kang Man
- 15 **Public Law Regulations on Household-Increasing Remodeling Projects**
Kim, Beumjun
- 29 **Regulation of Extension for Temporary Buildings**
David Gyuhyeon Sim
- 43 **A Study on the Supply of Private-Sale Apartments in Public Housing Districts
and the Subject of Administrative Charges**
Kim, Jonggyun
- 57 **Key Criminal Case Law Trends Related to the Act on the Improvement of Urban Areas
and Residential Environments**
Han, Sanghoon

» Appendix

- 71 **Publication Policy**
- 75 **Instructions to Authors**
- 79 **Publication Ethics**

논문 / ARTICLE

공동주택 하자담보책임의 연혁과 개선방향

이강만

국문초록

공동주택의 하자에 대하여는 「집합건물의 관리 및 소유에 관한 법률」과 「공동주택관리법」이 이원적으로 규율하고 있다. 그런데 「주택건설촉진법」을 비롯하여 이후 공동주택 관리에 관한 사항을 규정하고 있는 「주택법」, 「공동주택관리법」은 헌법상의 쾌적한 주거권을 보장하기 위한 차원에서 마련된 공법인 반면에 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」은 집합건물의 구분소유자들의 재산권 보장을 목적으로 제정된 사법이라는 점에서 양 법률이 규정하고 있는 공동주택의 하자에 관한 내용은 그 규정 목적부터 상이하다. 이에 따라 양 법률이 규정하고 있는 하자담보책임은 그 구체적인 유형, 청구권자 및 부담자, 청구기간에 있어서 상당한 차이를 보여 왔다. 이후 수 차례에 걸친 법령의 제·개정을 통하여 이러한 간극은 좁혀졌으나, 이 과정에서 상당한 법적 혼란이 존재하였고, 특히 공법적 측면에서 요구되는 사업주체의 하자보수책임은 그 의미가 상당히 퇴색하였다. 그 결과 공동주택의 하자에 대하여는 발생한 하자를 보수하기 보다는 하자보수에 갈음하는 손해배상을 받는 것에 그 초점이 맞추어져 있는 상황이다. 이에 본고에서는 이와 같이 공동주택의 하자를 이원적으로 규율하게 된 연혁과 양 법제가 규정하고 있는 하자담보책임의 구체적인 내용과 차이점 등을 분석함으로써 공동주택의 하자 보수에 관한 문제점을 살펴보고, 이러한 문제를 해결하기 위한 방안을 모색하여 보기로 한다.

주제어: 공동주택, 하자, 하자담보책임, 하자보수책임, 하자담보추급권

목차

- I. 서론
- II. 공동주택 하자담보책임의 법제 연혁
- III. 공동주택 하자의 개념 및 분류
- IV. 공동주택 하자담보책임의 유형
- V. 공동주택 하자담보책임의 청구권자와 부담자
- VI. 공동주택 하자담보책임의 담보책임기간
- VII. 결론



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240001>

Received: February 21, 2024

Revised: March 08, 2024

Accepted: March 15, 2024

Copyright © 2024 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

* 법무법인(유한) 을촌 변호사

I. 서론

공동주택은 건축물의 벽·복도·계단이나 그 밖의 설비 등의 전부 또는 일부를 공동으로 사용하는 각 세대가 하나의 건축물 안에서 각각 독립된 주거생활을 할 수 있는 구조로 된 주택을 의미한다(「주택법」 제2조 제3호). 이러한 공동주택의 개념상 공동주택은 1동의 건물에 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립하여 각각 소유권의 목적이 되므로, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘**집합건물법**’)이 규정하고 있는 집합건물에 해당하고, 이에 따라 공동주택의 관리에 관한 사항을 정하는 「공동주택관리법」 뿐만 아니라 집합건물법의 규율 대상이 된다.

그런데 「공동주택관리법」과 「공동주택관리법」 제정 이전에 공동주택의 관리에 관하여 규율하였던 「주택법」¹⁾은 헌법상의 쾌적한 주거권 실현의 차원에서 마련된 공법(公法)상의 규율인 반면, 집합건물법은 구분소유권으로부터 출발하는 재산권의 보장 측면에서 마련된 「민법」의 특별법으로서 사법(私法)상의 규율에 해당하므로,²⁾ 양자는 엄연히 다른 체계의 규율로서 서로 구분되어야 함이 타당하다. 그러나 공동주택의 하자에 관한 분쟁실무에서는 양자가 서로 다른 법 체계에 있다는 점이 세심하게 고려되지 않아 왔으며, 오히려 공동주택의 하자가 갖는 입주자·사용자의 생명·신체의 위험 및 쾌적한 주거환경의 저해 문제보다도 구분소유자들의 재산권 보장의 측면이 강조됨에 따라, 사실상 하자 소송의 청구권은 집합건물법상 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권(이하 ‘**하자담보추급권**’)으로 일원화되어 왔다.

이와 같이 공동주택의 하자분쟁에 있어서 공법인 「공동주택관리법」의 역할이 줄고 사법인 집합건물법에 따른 손해배상청구로 일원화된 현재의 하자분쟁은 여러 문제를 야기할 수밖에 없게 되었다. 이에 이하에서는 공동주택의 하자담보책임을 규율하는 법제와 분쟁 연혁을 살피고 현재의 하자분쟁 양상이 갖는 한계를 구체적으로 논하도록 한다.

II. 공동주택 하자담보책임의 법제 연혁

1. 공동주택의 하자담보책임 관련 적용 법령

공동주택의 하자담보책임은 「공동주택관리법」이 제정된 2016. 8. 11. 전까지는 「주택법」, 집합건물법, 집합건물법에 따라 준용되는 「민법」규정에 의해 규율되어 왔다.

그런데 「공동주택관리법」이 제정되면서 종래 「주택법」이 규정하고 있는 사항 중 공동주택의 관리와 관련된 내용이 모두 「공동주택관리법」에 이관됨에 따라 「공동주택관리법」이 시행된 2016. 8. 12. 이후부터는 「주택법」을 대신하여 「공동주택관리법」과 집합건물법, 집합건물법에 따라 준용되는 「민법」 규정에 의해 공동주택의 하자담보책임이 규율되어 오고 있다.

이에 이하에서는 위 법률들의 제·개정 등에 따라 시기를 나누어 각 시기별 사용검사 또는 사용승인을 얻은 공동주택에 적용되었던 하자담보책임 법제를 살핀다.³⁾

2. 집합건물법과 「주택법」의 이원적 규율

(1) 집합건물법의 규율

공동주택의 구분소유자는 집합건물법(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘**2005. 5. 26. 개정 전 집합건물법**’) 제9조 제1항 및 그에 따라 준용되는 「민법」 제667조 내지 제671조에 따라 공동주택을 건축하여 분양한 자(이하 ‘**분양자**’)에게 하자담보책임으로서 ① 하자의 보수, ② 하자의 보수에 갈음한 손해배상, ③ 하자의 보수와 함께하는 손해배상을 물을 수 있었다.

1) 2003. 5. 29. 법률 제6916호로 「주택법」이 전부개정되면서 「주택건설촉진법」은 「주택법」이라는 이름으로 변경되었다. 이하에서 「주택건설촉진법」과 「주택법」을 별도로 구분하지 않고 「주택법」으로 표기하는 경우에는 「주택건설촉진법」을 포함하는 것으로 한다.

2) 최창렬, “공동주택인 집합건물의 관리체계에 관한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제17권 제3호(2014.), 3-4면.

3) 공동주택의 하자담보책임에 관한 법률은 공동주택의 사용검사 또는 사용승인일을 기준으로 적용된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결).

(2) 「주택법」의 규율

「주택법」(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘2005. 5. 26. 개정 전 「주택법」’)은 공동주택 하자담보책임의 권리자를 입주자뿐만 아니라, 입주자대표회의, 관리주체, 또는 집합건물법에 의해 구성된 관리단까지로 넓게 정하고 있었고, 하자담보책임의 부담자 역시 “사업주체”라고 하여 분양자뿐만 아니라 공동주택의 시공자(이하 ‘시공자’)까지 포함하고 있었다(2005. 5. 26. 개정 전 「주택법」 제46조 제1항 및 동법 시행령 제59조 제2항). 다만, 하자담보책임의 유형에 관하여는 집합건물법에 비하여 좁게 정하고 있었는데, 원칙적으로는 하자의 보수만을 청구할 수 있었고, 예외적으로 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에만 손해배상 청구도 가능하도록 정하고 있었다(2005. 5. 26. 개정 전 「주택법」 제46조 제3항).

(3) 집합건물법과 「주택법」의 우열

제정 집합건물법 부칙(법률 제3725호, 1984. 4. 10.) 제6조는 「주택건설촉진법」의 규정은 집합건물법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다고 명시하고 있었다. 이에, 공동주택의 구분소유자는 하자담보책임기간과 관련하여 인도일로부터 10년 이내에 집합건물법 제9조 제1항에 따른 하자담보청구권을 행사하면 되었고, 「주택법」의 하자보수책임기간에 관한 규정들은 집합건물법 제9조 제1항에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자담보책임의 제척기간에는 영향을 미칠 수 없었다.⁴⁾

3. 집합건물법과 「주택법」의 중첩적 규율

개정 집합건물법(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되어, 같은 날부터 시행된 것, 이하 ‘2005. 5. 26. 개정된 집합건물법’)은 제정 집합건물법 부칙 제6조에 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다는 단서를 추가하였고, 개정 「주택법」(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되어, 같은 날부터 시행된 것, 이하 ‘2005. 5. 26. 개정된 「주택법」’) 제46조 제1항에는 “집합건물법 제9조의 규정에도 불구하고”라는 문구가 추가되었다.

이에, 「주택법」에서 정하는 하자⁵⁾의 경우에는 「주택법」에 따른 하자보수책임기간이 적용되었으며, 「주택법」에서 규정하지 않는 하자⁶⁾의 경우에는 「주택법」의 적용 없이 집합건물법에 따른 하자담보책임기간이 적용되었다.⁷⁾

다만, 공동주택의 하자담보책임과 관련하여서는 「주택법」이 우선한다는 위 개정 규정들에도 불구하고, 대법원은 여전히 공동주택의 하자담보책임과 관련하여 집합건물법 제9조에 따른 하자담보청구권과 「주택법」 제46조에 따른 하자담보청구권을 독립적으로 행사할 수 있다고 보았다.⁸⁾ 따라서 「주택법」상의 하자에 대하여도 집합건물법 제9조에 따른 하자담보청구권 행사가 가능했으며, 이 경우 그 하자보수책임기간이 「주택법」상의 기간으로 제한될 뿐이었다.

4. 집합건물법의 개정에 따른 병렬적 규율

개정 집합건물법(2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정되어, 2013. 6. 19. 시행된 것, 이하 ‘2012. 12. 18. 개정된 집합건물법’)에는 ① 집합건물의 하자담보책임에 관하여는 집합건물법이 「주택법」에 우선한다는 규정이 신설되었고(동법 제2조의2),⁹⁾ ② 하자담보책임기간을 「민법」 규정을 준용하지 않고 집합건물법령 자체에서 직접 정하게 되었으며(동법 제9조의2, 동법 시행령 제5조),¹⁰⁾ ③ 구분소유자의 시공자에 대한 직접적인 하자담보추급권 행사가 가능하게 되었다(동법 제9조 제1항 내지 제3항).

4) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

5) 공사상의 잘못으로 인한 균열·균열·처짐·비틀림·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착·접지 또는 결선 불량, 고사 및 입상불량 등 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 것으로서 사용검사일 또는 사용승인일부부터 발생한 하자를 의미한다(2005. 5. 26. 개정된 「주택법」 제46조 제1항, 동법 시행령 [별표 6]).

6) 사용검사일 전에 발생한 하자 또는 오시공·미시공 등의 하자를 의미한다.

7) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

8) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

9) 이에 따라 공동주택의 하자담보책임에 관하여는 「주택법」이 우선 적용된다는 집합건물법 부칙 제6조가 삭제되었고, 「주택법」 제46조 제1항의 “집합건물법 제9조의 규정에도 불구하고”라는 부분이 삭제되었다.

10) ① 주요 구조부 및 지반공사의 하자는 발생 시점 불문 10년, ② 기산일 전에 발생한 그 밖의 하자는 5년, ③ 기산일 후에 발생한 그 밖의 하자는 2년, 3년, 5년.

5. 「공동주택관리법」의 개정과 법령의 일치화

「공동주택관리법」이 2015. 8. 11. 제정되어 2016. 8. 12. 시행(이와 같이 제정되어 시행된 「공동주택관리법」을 이하 ‘구 「공동주택관리법」’)되면서 종래 공동주택의 관리에 관하여 규정하고 있었던 「주택법」 제46조 규정은 「공동주택관리법」으로 이관되어, 「공동주택관리법」에서 하자담보책임의 권리자와 부담자, 하자담보책임기간과 하자담보책임의 내용에 대하여 직접 정하게 되었다(구 「공동주택관리법」 제36조 내지 제38조의2).

III. 공동주택 하자의 개념 및 분류

대법원은 공동주택의 하자를 ‘일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래 관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것’이라고 정의하고 있으며,¹¹⁾ 미관상 지장이 있는 경우 역시 하자의 범위에 포함시키고 있다.¹²⁾

한편, 공동주택의 하자는 객관적 하자과 주관적 하자로도 분류할 수 있다. 객관적 하자라 함은 통상적인 거래관념에 비추어 건축물이 당연히 갖추어야 할 성질·품질·성능을 흠결한 경우를 의미하고, 주관적 하자라 함은 건축물에 관한 공사계약에서 예정한 성질·품질·성능을 흠결한 경우를 의미한다.¹³⁾

2015. 8. 11. 일부개정되기 전의 「주택법」 및 「공동주택관리법」은 객관적 하자만을 하자의 범위에 포함하고 있는 것으로 보인다. 반면, 하자판정고시는 공사계약문서의 일부가 되는 설계도서를 기준으로 하는 주관적 하자도 정의하고 있으며, 건설감정실무 역시 공사계약에서 정한 내용을 기준으로 하는 주관적 하자도 함께 정의하고 있다.

판례 역시 공동주택의 하자에 관하여 거래 관념상 통상적으로 요구되는 기준에 의한 객관적 하자과 공사계약을 기준으로 하는 주관적 하자를 모두 포함하는 개념으로 설명하고 있는데, 이는 법령에서 정한 하자의 개념 범위를 판례가 더 넓게 확장하여 해석하고 있는 것으로 이해된다.

한편, 객관적 하자과 주관적 하자의 개념이 서로 양립하는 관계인지, 아니면 보완적인 관계인지는 불분명하다.¹⁴⁾

이와 관련하여, 공사계약의 당사자가 통상적인 건축물에 요구되는 품질보다 낮은 기준으로 당해 건축물의 품질을 합의하는 경우는 생각하기 어렵고, 특히 안전·기능적 측면에서는 건축관계법령 등이 정하는 건축허가요건의 기준보다 낮은 수준으로 건축물의 품질을 약정하여 공사계약을 체결하는 것은 위법하다고 할 것이므로, 공사계약의 품질 기준은 거래 관념 내지 건축관계법령에서 통상적으로 요구되는 품질 기준보다는 항상 높거나 적어도 동등한 수준이라고 보아야 할 것이다.

이에, 이하에서는 양자를 명확히 구분하기 위하여 두 하자 개념의 범위는 서로 중첩되지 않는 관계인 것으로 상정하여, ① 통상적인 거래관념 혹은 건축관계법령 등에서 객관적으로 요구하는 품질을 흠결한 경우는 객관적 하자과로 정의하고, ② 통상적인 거래관념 혹은 건축관계법령 등에서 객관적으로 요구하는 품질 기준 보다 상회하여 공사계약으로 정한 품질 기준을 흠결한 경우만을 주관적 하자과로 정의하고 논의를 이어나가도록 한다.

IV. 공동주택 하자담보책임의 유형

1. 하자분쟁의 주된 소송물

(1) 하자담보청구권의 두 가지 유형

「민법」상 하자담보책임의 유형에는 하자보수와 그에 갈음하는 손해배상이 있으며(「민법」제667조 제1항, 제2항), 이는 집합건물법에 의해 준용된다(집합건물법 제9조 제1항). 한편, 「공동주택관리법」이 제정되기 전 종래에 하자담보책임을 규정하던 「주택법」 제46조는 원칙적으로는 하자보수청구만 가능하다고 정하고(동조 제1항), 예외적으로 내력구조부의 중대한 하자가 있는 경우에만 하자보수에 갈음하는 손해배상청구가 가능하다고 정하고 있었다(동조 제3항).

11) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2010다108272 판결 등.

12) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다92817 판결 등.

13) 송영민, “「민법」상 하자개념의 확장 논의-이른바 심리적 하자개념의 법리검토를 중심으로-”, 『동아법학』 제80호(2018. 8.), 82면.

14) 송영민, 앞의 글(각주 13), 82면.

이후 「공동주택관리법」이 제정되면서 「주택법」의 하자담보책임 규정이 「공동주택관리법」으로 이관됨에 따라 구 「공동주택관리법」은 「주택법」과 마찬가지로 내력구조부의 중대한 하자가 있는 경우에만 하자보수에 갈음하는 손해배상청구가 가능하다고 정하고 있었으나, 구 「공동주택관리법」이 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정되면서 내력구조부의 중대한 하자가 있지 않은 경우에도 하자담보추급권의 행사가 가능해졌다(동법 제37조 제2항).

(2) 하자담보추급권의 행사만으로 진행되는 하자소송

거의 모든 하자분쟁은 금전적 배상을 목적으로 하는 하자보수에 갈음한 손해배상청구 사건으로 이루어지고 있다.¹⁵⁾ 「공동주택관리법」이 제정되기 전 종래 「주택법」 제46조 제1항 및 제3항에 따라서는 내력구조부의 중대한 하자가 있는 경우가 아닌 이상 하자담보추급권 행사가 불가능하였으나, 대부분의 하자소송들은 「주택법」상 하자에 해당하는 경우에도 집합건물법의 하자담보추급권을 독립적으로 행사할 수 있다는 법리¹⁶⁾하에 집합건물법 제9조 제1항에 근거하여 하자담보추급권 행사에 따른 금전배상을 청구하는 방식으로 진행되어 왔다.

이후 구 「공동주택관리법」의 개정으로 내력구조부의 중대한 하자가 있는 경우가 아니라고 하더라도 「공동주택관리법」에 따라 하자담보추급권을 행사할 수 있게 되었지만, 여전히 실무에서는 집합건물법 제9조 제1항에 근거하여 하자담보추급권을 행사해오고 있으며, 경우에 따라 집합건물법 제9조 제1항과 「공동주택관리법」 제37조 제2항에 따른 하자담보추급권을 동시에 행사하는 방식으로 분쟁이 진행되고 있다.¹⁷⁾

2. 하자의 개념 분류에 따른 하자담보책임의 원형

(1) 사용검사 등의 건축경찰법적 의미

「주택법」 제49조 제1항의 사용검사 처분 및 동조 제2항에 따라 사용검사 처분에 의제되는 건축법 제22조 제1항의 사용승인 처분(이하 '사용검사 등')은 그 처분을 발급받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 처분으로, 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한지 여부를 확인한 후 발급하게 된다.¹⁸⁾

건축법상 건축허가 내지 「주택법」상 사업계획승인은 건축하고자 하는 건물이 건축법이 정하는 건축허가요건들을 모두 충족하여야만 발급된다는 점에서(건축법 제11조, 「주택법」 제19조 제1항 제1호), 건축허가 사항대로 건축되었는지 여부를 검사하여 발급되는 사용검사 등은 최종적으로 건축된 건물이 건축허가요건을 충족하고 있는지를 확인한 후 발급되는 처분이라고 할 것이다.¹⁹⁾

건축법은 강학상 건축경찰법으로서 건축물로부터 발생하는 위험을 막기 위해 그 위험방지요건을 건축허가요건으로 정하고 있으며,²⁰⁾ 건축물의 기능 및 통풍·채광 등 건강한 생활을 보장하기 위한 위생에 관한 건축허가요건들 역시 넓게 보아 건축물로 인한 생명·신체의 위해 방지라는 목적의 건축경찰법적 요소에 해당한다.²¹⁾

그렇다면, 건축된 건물이 건축허가요건을 충족하였는지를 심사하여 발급되는 사용검사 등이 발급되기 위해서는 당해 건축물이 건축법에서 요구하는 안전 및 기능상의 기준을 확보하였는지 여부가 반드시 심사되어야 할 것이다. 위와 같은 심사가 충실히 이루어지지 않아 안전·기능에 관한 건축허가요건을 충족하지 못하는 건물에 대하여 사용검사 등이 이루어지고 그 건축물에 입주자·사용자들이 입주하여 생활하게 된다면, 그것은 「주택법」에 의하여 의제되는 건축법이 건축경찰법의 역할을 충실히 해내지 못함에 따라 위험한 건축물이 출현하게 된 것이라고 보지 않을 수가 없게 된다.

(2) 사용검사 등의 한계와 그에 대한 쟁송수단

사용검사 등 과정에서 건축허가요건 충족여부 심사를 완벽히 하는 것에는 현실적인 한계가 있을 수밖에 없다.

15) 두성규, “공동주택 하자 기획 소송의 최근 동향 및 대응 방안”, 『건설이슈포커스』 (2015. 10.), 15면.

16) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

17) 제주지방법원 2022. 1. 20. 선고 2019가합14178 판결, 광주지방법원 2020. 4. 2. 선고 2017가단529019 판결 등 참조.

18) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두26593 판결 등.

19) 심지어 건축허가요건을 충족하지 못하였음에도 건축허가가 발급되었고 그 건축허가 내용대로 건축물을 완공한 경우라고 하더라도 행정청은 건축허가요건을 갖추지 못하였음을 이유로 사용승인을 거부할 수 있다(대법원 1993. 11. 9. 선고 93누13988 판결 등).

20) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 8면.

21) 김종보, 앞의 책(각주20), 74면.

가령, 건축법의 위임을 받은 '건축물의 피난·방화구조 등의 기준에 관한 규칙'은 방화문의 성능기준에 대하여 정하고 있는데, 건축된 건물의 방화문이 위 기준에 부합하는지 여부는 전문업체를 통하여 방화문의 성능을 시험해보지 않는 이상 직접 확인하기가 어려우므로 기술적 한계가 있을 수밖에 없다. 누수 하자의 경우에도 사용검사 등 당시에는 발생하지 않았다가 입주자가 입주하여 생활하는 중에 발견될 가능성이 높다는 점에서 사용검사 등이 갖는 한계는 분명하다.

「주택법」에 의해 의제되는 건축법의 건축경찰법적 측면을 고려할 때, 통상적인 거래관념 내지 건축관계법령 상 요구되는 안전·기능상의 품질기준에 부합하지 못하는 하자들, 즉 객관적 하자 중 안전·기능상의 하자들은 사용검사 등의 발급 단계에서 확인되어 보수되었어야 했으나, 위와 같은 기술적·시간적 한계로 인하여 그와 같은 하자들 중 일부가 보수되지 못한 채 당해 공동주택의 입주가 이루어지는 경우가 발생할 수밖에 없게 되는 것이다.

이와 관련하여, 하자가 발생한 공동주택의 입주자들이 그 건물에 대하여 발급된 사용검사 처분에 대하여 취소를 구하는 행정소송을 제기하더라도, 대법원은 사용검사 처분이 이루어졌다고 하더라도 사용검사 이전의 상태로 돌아가 그 건물을 사용할 수 없게 되는 것에 그칠 뿐 곧바로 건축물의 하자상태 등이 제거되거나 보완되는 것이 아니므로, 입주자들은 사용검사 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없고, 민사소송 등을 통하여 하자의 제거·보완 등에 관한 권리구제를 받으면 족하다는 입장이다.²²⁾

이에, 입주자들로서는 결국 민사소송으로 「민법」의 특별법인 집합건물법에 근거하여 하자담보추급권을 행사할 수밖에 없게 된다. 즉 위와 같은 대법원의 판단이 행정소송의 원고적격 범위에 부합한 판단인지 여부는 별론으로 하더라도, 위 대법원 판례는 그 자체로 하자 발생으로 인한 위험한 건축물 출현 및 쾌적한 주거환경의 저해라는 공법적 영역의 문제를 개인들의 재산권 보장이라는 사법적 수단으로 해결하도록 유도하고 있는 것이다.

(3) 하자담보청구권의 공법적 기능에 대한 고려 필요성

집합건물법에 의해 준용되는 「민법」의 하자담보추급권에 관하여 중요하지 않은 하자의 보수에 과도한 비용을 요구하는 경우나 하자보수를 수급인이 거절하여 하자보수가 좌절된 경우 혹은 하자보수가 불가능한 경우에 비로소 손해배상을 구할 수 있는 것이라는 견해도 있으나,²³⁾ 현재의 하자분쟁에서는 하자보수가 가능하더라도 보수를 청구하지 않고서 바로 보수에 갈음하는 손해배상청구, 하자담보추급권을 행사할 수 있는 것으로 이해되고 있다.²⁴⁾ 즉 「민법」의 하자담보책임 규정은 공동주택의 구분소유권을 갖는 입주자들이 공동주택의 하자에 관하여 하자보수청구와 하자담보추급권을 선택적으로 행사할 수 있도록 함으로써 그들의 재산을 보장하는 기능을 수행하는 것으로 이해되고 있다.

이와 같이 공동주택의 하자담보청구권은 재산권 보장으로서의 성격을 갖고 있으므로, 입주자들이 하자보수청구권과 하자담보추급권 중 어떠한 권리를 행사할 것인지는 선택의 영역에 있다고 볼 수 있다.

하지만 공동주택의 하자 중에서는 건축경찰의 측면에서 반드시 보수가 이루어져야만 하는 하자가 존재하므로, 이와 같은 하자에 대하여까지 입주자들의 자유로운 선택권을 보장하여 주어야 할 것인지에 대하여는 진지한 고찰이 필요하다. 왜냐하면, 건축경찰적 측면에서 볼 때, 공동주택의 하자 중에는 이를 방지할 경우 입주자들에게 위험을 초래하거나 혹은 기능상 장애로 인하여 쾌적한 주거환경 조성에 악영향을 미칠 우려가 있는 하자가 존재하므로, 이러한 하자에 대하여는 건축물의 위험 방지 및 쾌적한 주거환경 조성이라는 공법적 목적이 강조될 필요가 있기 때문이다.

구체적으로, 객관적 하자 중 안전·기능상의 하자는 건축경찰적 측면에서 본래 사용검사 등의 단계에서 확인되어 보수가 이루어져야 하지만, 사용검사 등의 한계로 인하여 입주자들이 입주하여 생활하게 된 이후에도 잔존하게 된 하자들이다. 이러한 하자를 그대로 방치하는 것은 위험한 건축물을 방치하는 것과 동일하므로, 이들에 대해서는 서둘러 보수가 이루어져 그 위험요소를 제거할 필요가 있다고 할 것이다.

따라서 이와 같은 하자들에 있어서 만큼은 현재의 분쟁양상과 같이 손해배상청구를 통하여 금전적 배상이 이루어지는 것에서 그 조치가 끝나서는 안 될 것이며, 반드시 실질적인 하자보수가 이루어져야 할 것이므로, 이러한 하자들에 대하여는 하자보수책임은 하자담보책임의 원칙적인 유형으로 상정하고, 하자담보추급권은 하자보수에도 불구하고 손해가 존재하는 경우 등에 한하여 제한적으로 행사 가능하도록 함이 타당하다.

22) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두26593 판결, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2011두30465 판결.

23) 김형배, 『채권각론』, 박영사, 2001, 631면; 김주수, 『채권각론』, 삼영사, 1997, 377면; 김규완, “수급인의 채무불이행책임-우리 「민법」 및 독일의 신·구 「민법」에 따른 법률상태”, 『민사법학』 제25호(2004. 3), 366면.

24) 이와 같은 견해로는, 광윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000, 313면.

3. 현재의 하자담보추급권 소송 양상의 문제점

현재와 같이 모든 유형의 하자들에 대하여 하자보수청구의 소는 제기되지 않은 채 하자보수에 갈음하는 손해배상청구만 이루어지는 것은 사용검사 등이 갖는 건축경찰기능의 한계로 인하여 출현한 위험한 건물을 방치한 채 오로지 구분소유자들이 금전적 이익만을 향유할 수 있도록 하는 것이어서 부당하다.²⁵⁾

V. 공동주택 하자담보책임의 청구권자와 부담자

1. 하자담보책임의 청구권자

(1) 구분소유자와 입주자대표회의의 관계

집합건물법은 분양자와 시공자는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다고 정하고 있다(제9조 제1항). 반면, 종래 「공동주택관리법」이 제정되기 전 「주택법」은 하자담보책임의 청구권자를 입주자, 입주자대표회의, 관리주체 또는 집합건물법에 의하여 구성된 관리단으로 정하고 있었다(동법 제46조 제1항, 동법 시행령 제59조 제2항). 이후 제정된 구 「공동주택관리법」 역시 입주자, 입주자대표회의, 관리주체, 집합건물법에 따른 관리단을 청구권자로 정하고 있었으며(구 「공동주택관리법」 제37조 제1항), 2017. 4. 18. 법률 제14793호 개정으로 공공임대주택의 임차인 또는 임차인대표회의가 청구권자로 추가되었다(동법 제37조 제1항).

앞서 살펴본 바와 같이 거의 모든 하자분쟁은 하자담보추급권 소송으로 진행되어 왔는데, 그 청구권은 집합건물법에 따른 청구가 대부분이었다. 이는 종래의 「주택법」과 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정되기 이전의 「공동주택관리법」이 내력구조부의 중대한 하자가 아닌 경우에는 하자보수만을 청구할 수 있도록 정하고 있었기 때문이다. 그런데 정작 하자담보추급권을 정하고 있는 집합건물법은 구분소유자만을 청구권자로 정하고 있어 문제가 되었다.

이에, 대법원이 집합건물법에 따른 하자담보추급권은 현재의 구분소유자에게 귀속되는 것이고 입주자대표회의는 구분소유자들로부터 당해 채권을 양도받아야만 그 채권을 행사할 수 있다는 입장을 밝히면서,²⁶⁾ 입주자대표회의는 직접 집합건물법에 따른 하자담보추급권을 행사할 수 없고 구분소유자들로부터 당해 채권을 양도받아야만 하는 것으로 정리되었다.

2000년대 초반까지만 해도 다수의 구분소유자들이 공동으로 소송을 제기하는 경우가 적지 않게 있었으나,²⁷⁾ 위와 같은 대법원 판례 이후로는 하자분쟁의 주된 양상은 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 채권을 양도받아 소를 제기하는 방식으로 진행되었다.

한편, 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 「공동주택관리법」이 개정되면서, 「공동주택관리법」에 따라서도 내력구조부의 중대한 하자가 아니더라도 하자보수청구가 아닌 하자담보추급권의 행사가 가능해졌다(동법 제37조 제2항). 그러나 「공동주택관리법」상 하자담보추급권자인 입주자대표회의가 직접 「공동주택관리법」에 따라 하자담보추급권을 행사하는 것은 구분소유자들이 갖는 집합건물법상의 하자담보추급권을 해하는 것으로서 집합건물법에 저촉된다고 할 것이므로, 이와 같은 청구는 집합건물법 제2조의2에 따라 허용되지 않는 것으로 해석된다. 이에 따라 여전히 하자소송은 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 집합건물법상의 하자담보추급권을 양도받아 양수금을 청구하는 방식으로 진행되고 있다.²⁸⁾

(2) 하자담보추급권 양도에 따른 양수금 청구 소송의 문제점

구분소유자들로부터 하자담보추급권을 양도받은 입주자대표회의가 양수금을 청구하는 소를 제기하는 하자분쟁의 양상은 소송신탁에 따른 채권양도의 유효·무효 문제,²⁹⁾ 양도 시점에 따른 제척기간 준수의 문제,³⁰⁾ 입주자대표회의의 하자보수청구와의 구별 문제³¹⁾

25) 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송의 결과 구분소유자들에게 지급된 판결금이 실제로 그 하자의 보수에 활용되는 경우는 극히 드물어 보인다. 박해정 기자, “하자 기획소송 확산…입주민 피해 우려”, 아시아경제, <<http://view.asia.co.kr/news/view.htm?idno=2015100316545898645>>, 2015. 10. 4., 참조.

26) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17993, 18002, 18019 판결.

27) 대구고등법원 2004. 5. 19. 선고 2001나9718 판결; 서울고등법원 2005. 8. 26. 선고 2004나77034, 2004나77041(병합) 판결 등 참조.

28) 다만, 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정된 「공동주택관리법」의 시행일인 2017. 10. 19. 이후에 사용검사 내지 사용승인을 받은 공동주택의 경우에는 입주자대표회의가 구분소유자의 집합건물법상의 하자담보추급권 및 「공동주택관리법」상의 하자담보추급권을 모두 양도받아 하자소송을 제기하는 방식으로 진행되기도 한다(제주지방법원 2022. 1. 20. 선고 2019가합14178 판결; 광주지방법원 2020. 4. 2. 선고 2017가단529019 판결 등 참조).

29) 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 집합건물법에 따른 하자담보추급권을 양도받아 소를 제기하는 것이 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 하는 채권양도여서 대법원의 확립된 법리에 따라 그 채권양도는 무효가 되어야 한다는 주장들이 있어왔으나, 이에 대하여 법원은 소송행위를

등 다양한 소송상의 쟁점을 만들어내어 복잡한 소송 전개를 야기하고 있다.

그러나 위와 같은 양수금 청구소송은 무엇보다 공용부분의 하자에 관한 하자담보추급권 소송의 경우가 가장 큰 문제가 된다고 할 것이었다.

가령, 만약 공동주택의 전체 구분소유자 중 75%의 구분소유자들로부터만 채권을 양도받은 입주자대표회의는 그 주택의 공용부분 하자에 관하여 손해배상소송을 제기하여 해당 하자에 대하여 전부승소하더라도 75%에 해당하는 하자보수비용만을 지급받게 될 것인데, 이 경우 실제 하자보수를 위해 필요한 나머지 25%의 비용을 어디에서 충당하여야 하는지가 문제된다.

나머지 25%의 구분소유자들은 입주자대표회의에 대하여 하자담보추급권을 양도하지 않은 채 개별적으로 분양자 등에 대하여 소를 제기하여 25%에 달하는 하자보수비용 상당액을 지급받을 수 있겠지만, 입주자대표회의나 관리단 등은 그 25%의 구분소유자들에 대하여 공용부분의 하자보수를 위한 비용을 지拂하도록 강제하거나 그들에게 구상을 구할 수 있는 법적 근거가 전혀 존재하지 않는다. 따라서 하자소송을 양수금 청구 소송의 방식으로 진행할 경우 공용부분에 존재하는 하자를 실제로 보수하는 데 소요되는 비용을 전부 확보하는 것이 사실상 불가능하거나, 현저히 곤란해진다.

이에 따라 공용부분의 하자는 하자소송에서 입주자대표회의가 승소하였어도 보수되지 않은 채 방치될 가능성이 상당한데, 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 그 하자가 안전·기능상의 객관적 하자일 경우 위험한 건축물을 방치하게 되는 것으로 문제가 된다고 할 것이다. 설령, 입주자대표회의 등이 별도의 재원으로 25%의 비용을 충당하였다고 하더라도, 25%의 구분소유자들은 공용부분의 하자가 보수되는 데 있어서 아무런 지출도 하지 않으면서도 그와 별개로 개별적으로 소를 제기하여 자기들 몫에 해당하는 보수비용 상당액을 지급받아 금전적 이익을 향유할 수 있게 될 것이어서, 이 역시 매우 부당하다고 할 것이다.

(3) 공용부분 하자에 관한 하자담보청구권

집합건물법은 사법(私法)으로서 구분소유자들이 갖는 재산권 보장의 측면에서 하자담보청구권을 규율하고 있으므로, 구분소유자가 아닌 입주자대표회의나 관리단 등은 그들로부터 채권을 양도받지 않는 이상 집합건물법에 따른 담보책임을 행사할 수 없다. 반면 「공동주택관리법」은 공동주택의 관리를 목적으로 하는 공법으로서 입주자대표회의와 관리단 등을 하자담보책임의 청구권자로 정하고 있으나, 입주자대표회의 등의 「공동주택관리법」에 따른 하자담보청구권 행사는 구분소유자들의 집합건물법상의 하자담보추급권 행사를 해하는 것으로서 허용되지 않게 된다(집합건물법 제2조의2).

이와 같은 법제하에서는 구분소유자들로부터 하자담보추급권을 양도받은 입주자대표회의가 양수금 청구의 소를 제기하는 현재의 소송실무가 불가피하다고 할 것이나, 이와 같은 소송방식은 공용부분의 하자에 있어서는 문제가 될 수밖에 없는 것이다. 특히 공용부분의 하자에 관하여 채권을 양도받은 지분비율대로 보수비용 상당액을 지급하라고 하는 법원의 판결들은 지나치게 민사적 법리에 경도되어 있으며, 그로 인해 야기될 불합리한 결과에 대하여는 무관심해 보이기까지 하다.

이에, 공용부분 하자 중 안전·기능상의 객관적 하자의 경우에는 하자담보추급권을 양도받은 입주자대표회의가 민사적 청구로서 양도받은 지분비율에 따른 금전배상을 청구하도록 허용할 것이 아니라, 집합건물법 제2조의2 규정의 적용을 배제시킨 후 「공동주택관리법」상 하자담보청구권자인 입주자대표회의 등이 직접 하자담보청구권으로서 하자보수청구만을 원칙적으로 청구할 수 있도록 규율하는 것이 바람직해 보인다.

다만, 공용부분 하자 중 미관상의 객관적 하자 또는 주관적 하자의 경우³²⁾에는 반드시 하자보수가 이루어져야 하는 것은 아니고, 구분소유자들의 선택권이 보장되어야 하겠으나, 하자보수와 금전배상 중 어떤 선택을 할지에 관하여 구분소유자들 간 의견이 불일치하는 경우가 문제될 것이다. 따라서 이와 같은 하자들에 대하여는 구분소유자 개개인들의 하자담보청구 대신에 입주자대표회의 등의 내부적 의결을 거쳐 그 결의 내용에 따라 입주자대표회의 등이 직접 청구권을 행사하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

하게 하는 것이 주목적인지 여부는 제반 상황에 비추어 판단하여야 하는데, 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 하자보수추급권을 양도받은 것은 실질적으로 효율적인 하자보수를 위한 것일 뿐 소송 수행을 주목적으로 하는 것이라고 보기 어렵다고 하여 위와 같은 채권양도는 유효하다고 보고 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결; 서울중앙지방법원 2013. 11. 21. 선고 2012가합5587 판결 등 참조).

30) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결 참조.

31) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405 판결 참조.

32) 조경수목의 고사 하자 등이 대표적으로 여기에 해당한다고 할 것이다.

2. 하자담보책임의 부담자

(1) 시공자의 하자담보책임

집합건물법은 시공자도 분양자가 지는 하자담보책임 범위 내에서 구분소유자에 대하여 직접적 하자담보책임을 부담하도록 정하고 있다(집합건물법 제9조 제1항, 제2항). 다만, 시공자의 위 하자담보책임 중 「민법」 제667조 제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에 한하여 부담하되, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면하도록 정하고 있다(집합건물법 제9조 제3항).

한편, 「공동주택관리법」이 제정되기 전 종래의 「주택법」 제46조는 시공자의 직접적인 하자담보책임을 정하고 있었으나, 내력구조부에 중대한 하자가 있지 않은 경우에는 손해배상청구는 불가능하였고 하자보수 청구만 가능하였다. 이후 제정된 「공동주택관리법」 역시 시공자의 직접적인 하자담보책임을 정하면서 손해배상청구의 경우에는 내력구조부에 중대한 하자가 있는 경우에만 가능하도록 정하였다(구 「공동주택관리법」 제37조 제1항, 제2항). 그러나 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정된 「공동주택관리법」은 내력구조부에 중대한 하자가 있지 아니한 경우에도 시공자에 대하여 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 구할 수 있도록 정하게 되었다(동법 제37조 제2항).

(2) 시공자에 대한 하자소송의 양상과 무자력 요건

공동주택의 하자소송은 하자보수에 갈음하는 손해배상청구만이 이루어졌기에, 구분소유자들로부터 하자담보추급권을 양도받은 입주자대표회의가 시공자에 대하여 하자담보책임을 묻는 소송 역시 내력구조부의 중대한 하자가 있을 것을 요건으로 하지 않는 집합건물법에 따라 이루어져야 했다. 다만, 집합건물법은 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법이 시행되기 전까지 시공자를 하자담보책임의 부담자로 정하고 있지 않았기 때문에, 입주자대표회의가 시공자에 대하여 하자담보책임을 추궁하기 위하여는 분양자에 대한 하자담보추급권을 피보전권리로 하여 분양자가 도급인으로서 수급인인 시공자에 대하여 갖는 도급계약 상의 손해배상청구권을 대위 행사하는 형식으로 이루어졌다.³³⁾ 이 경우 채권자대위권 행사의 소송요건 중 하나인 ‘보전의 필요성’ 요건으로서 채무자의 무자력이 요구된다는 법리³⁴⁾에 따라 분양자의 무자력이 요구되었다.

간혹 도시정비사업 현장의 경우에는 시공자의 불분명한 시공자의 지위로 인하여³⁵⁾ 시공자가 조합 등과 함께 공동시행자 내지 공동분양자의 지위에 있다고 주장하며 시공자를 상대로 직접 하자담보추급권을 행사한 사례들도 있었으나, 대부분 받아들여지지 않았다.³⁶⁾

이후에 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에 구분소유자에 대한 시공자의 하자담보책임 규정이 신설됨에 따라(동법 제9조 제3항), 구분소유자들로부터 채권을 양도받은 입주자대표회의가 시공자에 대하여 직접 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 하는 경우도 생겨났다.³⁷⁾ 다만, 이 경우도 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법 제9조 제3항이 분양자의 무자력 등을 요구하고 있었기 때문에 종래 분양자의 손해배상청구권을 대위행사하는 경우와 마찬가지로 분양자의 무자력 여부가 주요 쟁점이 되었으며, 위 개정 이후로도 집합건물법 제9조 제3항에 따른 하자담보추급권 행사와 함께 분양자의 손해배상청구권을 대위 행사하는 소송들이 여전히 진행되어 오고 있다.³⁸⁾

한편, 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정된 「공동주택관리법」은 모든 유형의 하자에 대하여 시공자에 대하여 직접 하자보수청구 및 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 정하고 있고, 집합건물법과 달리 분양자의 무자력 등을 요구하지도 않고 있다(동법 제37조 제1항, 제2항). 이에, 구분소유자들로부터 하자담보추급권을 양도받은 입주자대표회의는 시공자에 대하여 집합건물법 제9조 제3항 및 「공동주택관리법」 제37조 제2항에 따라 하자담보추급권 소송을 제기해 오고 있는데, 이 경우 법원은 「공동주택관리법」상 분양자의 무자력 등은 요구되지 않는다는 점에 관하여 별다른 언급 없이 오로지 분양자에게 무자력 등의 사유가 있어 집합건물법 제9조 제3항에 따른 청구가 가능한지 여부만을 살피는 입장을 보이고 있다.³⁹⁾

33) 서울고등법원 2009. 2. 18. 선고 2004나58309 판결; 대전지방법원 2020. 11. 25. 선고 2018가합100155 판결 등 참조.

34) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등.

35) 김종보, 앞의 책(각주20), 444면.

36) 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012나3786 판결; 서울중앙지방법원 2012. 10. 26. 선고 2011가합38023 판결 등 참조.

37) 광주지방법원 장흥지원 2018. 8. 29. 선고 2015가단4055 판결; 서울남부지방법원 2021. 11. 25. 선고 2019가합113193 판결 등 참조.

38) 수원지방법원 성남지원 2023. 5. 30. 선고 2020가합413351 판결 등 참조.

39) 수원지방법원 안양지원 2022. 6. 9. 선고 2019가합105936 판결; 부산지방법원 2021. 4. 14. 선고 2018가합50648 판결 등 참조.

(3) 시공자의 하자담보책임과 무자력 요건에 관한 고찰

하자담보추급권 행사의 측면에서는 구분소유자들이 일차적으로 분양자에 대하여 손해배상청구를 하고, 분양자가 자력이 없는 경우에 한하여 시공자에게 손해배상청구를 할 수 있도록 정하는 것은 일응 합리적이라고 할 수 있다. 따라서, 「공동주택관리법」 제37조 제2항의 규정에도 불구하고, 구분소유자들이 시공자에 대하여 하자담보추급권을 행사함에 있어서 분양자의 무자력 여부를 판단하는 법원의 입장은 타당해 보인다.

반면, 하자보수청구권의 관점에서 본다면, 분양자가 무자력인 경우에만 시공자에게 하자보수를 청구할 수 있도록 하는 것은 매우 불합리하다. 분양자가 무자력이 아닌 경우에는 구분소유자들이 분양자에 대하여 하자보수를 청구하는 선행소송을 제기한 후에 분양자가 다시 시공자에 대하여 소를 제기하여 하자보수청구를 하게 된다는 점에서 불필요한 절차로 인하여 하자보수가 지연되는 결과가 야기되기 때문이다. 분양자의 무자력 요건은 오로지 집합건물법에 따른 하자담보추급권 행사 내지 분양자의 손해배상청구권 대위행사에 있어서만 고려되어야 할 것이다.

다행히도, 집합건물법은 시공자에 대한 직접적인 하자보수청구에 관하여는 분양자의 무자력 등을 요하지 않고 있는바(동법 제9조 제1항), 구분소유자들로서는 분양자의 자력 유무와 무관하게 동법 제9조 제1항 및 「공동주택관리법」 제37조 제1항에 따라 시공자에게 직접 하자보수를 청구할 수 있다. 즉 현행 법제상으로도 구분소유자들은 시공자에 대하여 직접 하자보수를 청구할 수 있고, 이 과정에서 분양자의 무자력 등은 요구되지 않는 것이다.

다만, 안전·기능상의 객관적 하자의 경우만큼은 특히 신속하게 보수가 이루어져야 한다는 점에서, 구분소유자들 내지 입주자대표회의 등으로 하여금 분양자가 아닌 당해 공동주택을 건설한 시공자에게 우선하여 하자보수를 청구하도록 하고, 만약 당해 시공자에게 무자력 등의 사유가 있어 그 보수의 이행을 기대할 수 없는 경우에만 분양자에 대하여 하자보수청구를 하여 분양자가 직접 혹은 다른 업체를 통하여 하자보수를 이행할 수 있도록 현행 법제를 개선할 필요는 인정된다.

VI. 공동주택 하자담보책임의 담보책임기간

1. 하자담보책임기간에 관한 하자분쟁의 연혁

하자담보책임기간은 2000년대의 하자소송에 있어서 주요한 쟁점이었다. 엄밀히는 집합건물법 상의 하자담보책임기간과 종래 「공동주택관리법」이 제정되기 전 「주택법」상의 하자보수책임기간 중 어떠한 기간이 적용되어야 하는지 여부가 중요한 쟁점이 되었다. 대표적으로, 하자분쟁이 2000년대 초반을 기점으로 급격하게 증가하게 된 데에는 여러 요인이 있었겠지만, 대법원이 공동주택의 하자에 관하여 「주택법」상의 하자보수책임기간(1~4년, 5년, 10년; 하자발생기간⁴⁰⁾)이 아니라 집합건물법에 의해 준용되는 「민법」상의 하자담보책임기간(10년; 제척기간⁴¹⁾)이 적용된다고 판시함에 따라,⁴²⁾ 그 이후로 사용검사일로부터 10년이 도과하지 않은 전국의 공동주택에 대한 하자보수를 요구하는 소송들이 급증한 것으로 보인다.⁴³⁾

이후 2005. 5. 26. 개정된 집합건물법과 「주택법」에 따라 공동주택의 하자담보책임과 관련하여 「주택법」의 규정이 집합건물법 규정에 우선하게 되자, 「주택법」이 정하는 하자에 대하여는 「주택법」상의 하자담보책임기간이, 「주택법」이 정하고 있지 않은 하자에 대하여는 집합건물법에 따른 하자담보책임기간이 적용되게 되었다.⁴⁴⁾

또한, 2005. 5. 26. 개정된 「주택법」의 부칙(법률 제7520호, 2005. 5. 26.) 제3항은 당해 법이 시행되기 전에 사용검사나 사용승인을 얻은 공동주택의 하자담보책임과 관련하여서는 「주택법」 제46조의 개정규정을 적용한다고 명시하였는데, 이는 헌법재판소의 위헌 결정으로 인하여 효력을 잃게 되었다.⁴⁵⁾ 이에 따라 2005. 5. 26. 개정된 「주택법」이 시행된 2005. 5. 26. 전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 관하여는 종전과 같이 집합건물법의 하자담보책임기간에 따른 권리행사가 가능하게 되었다.⁴⁶⁾

이와 같은 하자담보책임기간의 적용에 관한 쟁점들은, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에 따라 집합건물법이 자체적으로 하자담보책임기간을 정하고(동법 제9조의2, 동법 시행령 제5조) 집합건물법의 규정이 「주택법」에 우선하게 된 이후에 「공동주택관리법」에서

40) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다25632 판결.

41) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결; 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

42) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

43) 신봉근, “공동주택의 하자보수책임에 관한 판례의 동향”, 『법학연구』 제46집(2012. 5.), 144면.

44) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

45) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16 전원재판부 결정.

46) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결 등.

그 하자담보책임기간을 집합건물법에 일치시키게 되면서(「공동주택관리법」 제36조 제3항, 동법 시행령 제36조제1항, [별표 4]) 더 이상 하자소송에 있어서 주요한 쟁점이 아니게 되었다.

2. 권리행사기간으로서의 하자담보책임기간

비록 더 이상 공동주택의 하자담보책임에 있어서 어느 법령의 하자담보책임기간을 적용하여야 하는지의 문제는 하자소송에서 중요한 쟁점이 되지 않게 되었으나, 하자담보책임과 관련하여 제척기간인 하자담보책임기간 내지 소멸시효기간⁴⁷⁾ 내에 권리 행사가 이루어졌는지 여부는 여전히 하자소송에서 주요한 쟁점으로 다뤄지고 있다.

가령, 입주자대표회의가 분양자에 대하여 하자보수의 시행을 요청하는 내용의 문서를 발송한 것만으로는 구분소유자들이 집합건물 법상의 하자보수청구권을 행사하였다고 볼 수 없어 제척기간 내에 권리행사가 이루어졌다고 볼 수 없다는 점,⁴⁸⁾ 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 하자담보청구권을 양도받은 사실을 분양자에게 통지하였다고 하더라도 이것만으로는 권리행사가 이루어졌다고 볼 수 없다는 점⁴⁹⁾ 등이 다뤄지고 있다.

3. 하자보수의무 이행기간 설정의 필요성

권리행사기간으로서의 하자담보책임기간은 여전히 하자소송에서 중요한 쟁점으로 다루어지고 있는 반면에, 하자담보책임 관련 법제와 소송실무는 하자보수청구에 관한 의무이행기간에 대하여는 무관심한 모습을 보이고 있다. 이는 권리행사기간의 설정이 의무이행기간보다 상대적으로 훨씬 중요한 하자담보추급권의 행사로만 하자소송이 이루어지기 때문인 것으로 사료된다.

그러나 하자보수청구의 측면에서는 어느 시점에 권리를 행사하였는지보다는 어느 시점에 보수가 이행되는지가 훨씬 중요하다. 특히, 안전·기능상의 객관적 하자의 경우에는 신속한 보수가 요구된다는 점에서 더욱 그러하다. 이에, 하자보수청구 후 일정 기간 내에 보수공사에 착수하여 공사를 완료하도록 하는 규정이 마련될 필요가 있다고 할 것이다.

Ⅶ. 결론

공동주택의 하자에 관하여 사법(私法)인 집합건물법에 따라 금전배상청구 위주로 그 분쟁양상이 진행됨에 따라 여러 문제가 발생하고 있음을 살펴보았다. 이에, 객관적 하자 중 안전·기능상 하자의 경우는 건축경찰의 측면에서 하자보수청구가 하자담보청구권의 원칙이 될 수 있도록 공법인「공동주택관리법」 등의 보완이 필요하다고 할 것이다. 또한, 공용부분의 하자의 경우에는 「공동주택관리법」에 따라 입주자대표회의 등이 직접 하자보수청구를 하도록 하되, 미관상의 객관적 하자과 주관적 하자인 경우에는 의결을 거쳐 결의된 내용에 따라 하자담보청구권을 행사할 수 있도록 하여야 한다.

구분		안전상의 하자	기능상의 하자	미관상의 하자
전유부분	객관적 하자	하자보수청구 원칙		
	주관적 하자	하자보수청구권과 하자담보추급권 중 선택 가능		
공용부분	객관적 하자	하자보수청구 원칙 (입주자대표회의 등이 직접 청구)		
	주관적 하자	입주자대표회의 등의 결의에 따라 청구권 선택 가능 (입주자대표회의 등이 직접 청구)		

47) 집합건물법상 하자담보책임은 법정책임으로서 10년의 소멸시효기간이 적용되는 반면(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결), 분양자가 시공자에 대하여 도급계약에 따라 청구하는 손해배상채권은 통상 상사채권으로서 5년의 소멸시효기간이 적용된다(대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결; 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다56491 판결). 한편, 하자담보청구권 관련 소멸시효의 기산점은 하자발생시점이 원칙이라고 할 것이나(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결), 하자발생 시기를 특정하기 어려운 사용검사 전 하자의 경우에는 사용승검사일부터, 그 밖의 하자는 도급계약에서 정한 각 연차별 하자담보책임기간 만료일부터 소멸시효가 진행하게 된다(서울고등법원 2016. 11. 16. 선고 2014나2052009 판결 등).

48) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405 판결; 서울고등법원 2023. 5. 10. 선고 2022나2003484 판결 등 참조.

49) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결; 서울고등법원 2022. 10. 12. 선고 2022나2000041 판결 등 참조.

가령, 콘크리트 균열 하자의 경우, 법원은 안전·기능상의 하자이자 미관상의 하자로 판단하고 있는데,⁵⁰⁾ 안전·기능상의 하자과 미관상의 하자는 건축경찰의 관점에서는 반드시 구분되어야 할 것인바, 같은 콘크리트 균열 하자라고 하더라도, 그것이 안전·기능상의 하자인지 미관상의 하자인지를 명확히 가려내어 그에 따른 하자담보청구권이 달리 인정될 수 있도록 되어야 할 것이다.

액체방수 두께 부족의 하자의 경우, 공용부분의 하자이자 기능상의 하자에 해당한다고 할 것인데, 법원은 설계도면 내지 시방서에 그 두께가 표기된 경우에는 그 두께에 맞추어 시공되었는지 여부만을 하자의 판단기준으로 삼고 있으면서도, 당해 설계도면 내지 시방서에 그와 같은 표기가 없는 경우에는 국토교통부 고시인 ‘건축공사표준시방서’ 등이 정하는 기준에 따라 두께 부족 여부를 판단하고 있다. 이에 액체방수 두께 부족 하자의 경우에도 객관적 기준에 부합하지 못하는 경우에는 하자보수청구를 우선하도록 하고, 그 기준을 초과하여 공사계약의 설계도면 내지 시방서가 요구하는 기준에 부합하지 못하는 경우에는 하자담보청구권을 선택적으로 행사할 수 있도록 하여야 할 것이다.

한편, 안전·기능상의 객관적 하자에 관하여 하자보수청구를 우선하도록 하더라도, 하자담보책임의 부담자가 하자보수를 불성실하게 이행할 경우를 대비하기 위한 대책 마련도 함께 요구될 것이다. 가령, 입주자들이 제3자와 하자보수를 위한 공사계약을 체결하였을 것을 조건으로 분양자 등에 대하여 하자담보추급권 행사를 가능하도록 하거나, 사용검사 등을 발급한 행정청이 사용검사 등의 한계로 인하여 발견하지 못한 하자를 사후적으로 바로잡는 의미에서 당해 하자보수공사를 발주할 수 있게 하는 방식 등도 가능할 것이다. 아니면 적어도 입주자들이 처음부터 하자담보추급권을 행사할 수 있게 허용하는 대신에 그에 따른 판결금은 반드시 장기수선충당금 등의 용도로 사용되도록 하여야 할 것이다.

투고일 2024. 2. 21. 심사완료일 2024. 3. 8. 게재확정일 2024. 3. 15.

50) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다92817 판결; 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다39939 판결 등.

참고문헌

단행본

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000.
김종보, 『건설법의 이해』 (제7판), 북포레, 2023.
김주수, 『채권각론』, 삼영사, 1997.
김형배, 『채권각론』, 박영사, 2001.

논문

- 김규완, “수급인의 채무불이행책임-우리 「민법」 및 독일의 신·구 「민법」에 따른 법률상태-”, 『민사법학』 제25호(2004. 3.).
송영민, “「민법」상 하자개념의 확장 논의-이른바 심리적 하자개념의 법리검토를 중심으로-”, 『동아법학』 제80호(2018. 8.).
신봉근, “공동주택의 하자보수책임에 관한 판례의 동향”, 『법학연구』 제46집(2012. 5.).
최창렬, “공동주택인 집합건물의 관리체계에 관한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제17권 제3호(2014.).

보고서

- 두성규, “공동주택 하자 기획 소송의 최근 동향 및 대응 방안”, 『건설이슈포커스』 (2015. 10.).

ABSTRACT

The history and evolution of warranty liability of apartment complexes

Lee, Kang Man*

Regulations on defects in multi-family housing are stipulated by two positive laws: the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings and the Multi-Family Housing Management Act. However, the characteristics and purpose of these two laws differ. The Multi-Family Housing Management Act is a public law securing the constitutional rights to housing, which includes administrative laws on the construction of housing (e.g., the Housing Construction Promotion Act) and those related to the management of housing (e.g., the Housing Act and the Multi-Family Housing Management Act). However, the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings is a private law merely focusing on the property rights of condominium owners. Therefore, the stipulations of these two positive laws regarding defects in multi-family housing also differ in many aspects, such as the types of defects, standings to claim repair, distribution of responsibility, and statutory limitations. However, the legal aspect remains ambiguous, despite the gap being narrowed through several rounds of enactment and amendment to positive laws. In particular, the meaning of the project implementer's defect repair responsibility, which must be understood from a public law perspective, has been considerably ambiguous. Consequently, for defects in multi-family housing, the focus is merely on monetary compensation for defects, which is a matter of private law, rather than on the implementation of defect repair itself, which is a matter of public law. Accordingly, this study examines the problems related to the repair of defects in multi-family housing by analyzing the history of these positive laws, their detailed stipulations, and the differences in defect warranty liability. Based on these analyses, this study attempts to identify and suggest solutions to overcome these issues.

Keywords: Multi-family housing, defects in multi-family housing, defect warranty liability, responsibility for defect repair, right to claim compensation in lieu of defect repairs

* Attorney at law, Yulchon LLC

논문 / ARTICLE

세대수 증가형 리모델링에 대한 공법적 규율

김범준*

국문초록

리모델링 제도는 공동주택의 개·보수를 통해서 주거환경의 개선을 도모하고 무분별한 재건축사업의 시행을 방지하기 위해 도입되었다. 따라서 초기의 리모델링사업은 공동주택의 유지 또는 관리행위로서의 성격을 갖는 것이었고, 이후 사업을 활성화하기 위해 새로이 도입된 세대수 증가형 리모델링 또한 이와 마찬가지로 지었다. 그런데 오늘날에 추진되는 세대수 증가형 리모델링사업은 마치 재건축사업과 유사하게, 사실상 새로운 아파트를 건축함과 동시에 주택단지를 전면적으로 개편하는 개발사업으로서의 성격을 갖게 되었다. 그럼에도 불구하고 리모델링사업은 주택법에 규정되어, 도시정비법에 따른 재건축사업보다 약한 공법적 통제를 받고 있다.

세대수 증가형 리모델링사업은 증가하는 세대수가 30세대 이상인 경우에는 주택법상 사업계획승인을, 그 미만인 경우에는 행위허가를 통해 사업 내용을 승인받는다. 행위허가는 건축물 관리행위를 규율하는 반면, 사업계획승인은 주택단지의 형성을 승인하면서 그 일대를 도시계획적으로 심사한다. 리모델링사업은 사업의 내용이 주택단지 전체의 존속에 영향을 미치는지 여부를 기준으로 유형화하여, 각각 별개의 제도에 따라 승인 기준을 마련하여야 한다. 현행법과 같이 증가하는 세대수를 기준으로 행위허가 대상과 사업계획승인 대상을 구별하는 것은 합리적인 것이라고 할 수 없고, 예기치 못한 규제 회피를 유발할 수 있다.

전통적으로 리모델링사업에서는 공사 완료 후 자기 소유 호실에 재입주하는 것이 원칙이었으므로, 주택의 소유권 변동이 거의 발생하지 않았고 따라서 사업 후의 권리를 배분하는 기준을 상세하게 수립할 필요가 없었다. 주택법은 세대수 증가형 리모델링사업을 추진함에 있어 권리변동계획을 수립할 의무를 부여하고 있지만, 권리변동계획의 수립기준 등을 상세하게 규율하지 못하고 있다. 그런데 세대수 증가형 리모델링사업이 점차 개발사업의 형태로 운용되면서 조합원의 권리변동 양상이 다양해졌고, 이에 권리변동계획의 내용에 따라 조합원 간 이해관계가 대립하고 분쟁이 발생할 가능성이 높아졌다. 리모델링사업을 통해 신속되는 건축물과 그 대지를 균형있게 배분하고 그 합리적 이용을 도모하기 위한 공법적 규율을 확충해야 한다.

주제어: 리모델링, 주택법, 행위허가, 사업계획승인, 권리배분, 권리변동계획

목차

I. 서론

II. 세대수 증가형 리모델링의 의의와 연혁

III. 사업의 승인

IV. 조합원의 권리배분

V. 결론

* 법무법인(유한) 광장 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240002>

Received: February 24, 2024

Revised: March 08, 2024

Accepted: March 14, 2024

Copyright © 2024 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

I. 서론

오래된 주택의 유지관리를 위해 세대 내부 인테리어나 배관을 교체하는 등의 공사를 흔히 ‘리모델링’이라고 일컫는다. 공동주택에서는 개별 세대 단위별로 이와 같은 보수공사를 수행할 수도 있지만, 주택법에 따라 전체 구분소유자 가운데 일정 비율의 동의를 얻어 하나의 동(건물) 또는 주택단지 전체를 대상으로 보다 대규모의 리모델링사업을 추진할 수도 있다.

리모델링사업은 주택의 유지·관리에 관한 사항을 주로 규율하는 주택법 내에 포함되어 있는데, 이로써 리모델링 제도가 기존 주택의 유지·관리를 도모하기 위해 도입되었음을 추단할 수 있다. 다시 말해, 초기의 리모델링사업은 개별 세대 단위로 수행되는 보수공사와 유사한 성격을 갖되, 사업의 규모만 확대된 것이었다.

그러나 리모델링 제도를 규율하는 주택법의 연이은 개정과 함께, 리모델링사업은 위와 같은 일상적 용례와 다른 의미를 갖게 되었다. 그 결과 오늘날의 리모델링사업은 기존 아파트를 공사하여 사실상 새로운 아파트로 변환함과 동시에 주택단지를 전면적으로 개편하는 사업의 형태를 취하게 되었고, 실무상 재건축사업과 유사한 개발사업의 일종으로 이해된다.

2012. 1. 26.자 주택법 개정을 통해 도입된 ‘세대수 증가형 리모델링’ 제도는 이와 같은 현상을 가속화하였다. 위 제도의 도입을 통해 리모델링사업에서도 마치 재건축사업과 유사하게, 신축되는 주택 중 일부를 일반분양함으로써 사업비용을 충당할 수 있게 되었기 때문이다. 이에 오늘날에 새롭게 추진되는 리모델링사업은 사업성을 제고하기 위해 세대수 증가를 수반하는 경우가 대부분이다. 2023년 3월을 기준으로 서울시 내 공동주택 리모델링사업 준공완료 단지 17개소¹⁾ 중 세대수 증가형 리모델링 단지는 존재하지 않았으나,²⁾ 같은 시점을 기준으로 리모델링사업을 추진 중인 단지 68개소³⁾ 가운데 세대수 증가를 계획하지 않은 단지는 단 1개소(용산구 한남타워)에 불과하다.

이처럼 오늘날의 리모델링사업에서는 마치 재건축사업과 같이 주택단지의 전면적·대규모 개발가능성 및 일반분양을 통한 사업비 확충가능성이 사업의 성패를 결정짓게 되었다. 그 결과 시장 참여자들은 재건축사업과 세대수 증가형 리모델링사업이 대체로 유사한 것이라는 인식 하에, 시기별로 각 사업에 대한 규제의 정도를 비교하여 더 높은 사업성을 기대할 수 있는 방향으로 사업을 추진하는 경우가 많다.⁴⁾ 개발사업에 관한 법제 및 규제의 구체적 내용에 따라 이와 관련된 부동산시장이 강하게 영향을 받는 것이다.⁵⁾

한편, 재건축사업은 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호 주택법으로 전부 개정되기 전의 것)에서 규율되어 오다가 2003. 7. 1. 제정 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라고 한다)이 시행됨에 따라 사업 전반에 걸쳐 강력한 공법적 통제를 받게 되었다. 반면에 리모델링사업은 주택법에 규정되어 도시정비법의 내용과 같은 공법적 통제에서 상당 부분 벗어나 있었다. 그러나 세대수 증가형 리모델링의 도입으로 양 제도가 점차 유사한 것으로 수렴해 가고 있다면, 공법적 규율의 측면에서도 양 제도를 달리 볼 이유가 없지 않은가라는 의문이 제기될 수 있다.

본 연구에서는 이와 같은 문제의식을 토대로, 세대수 증가형 리모델링의 의의와 도입 연혁을 정리하고(Ⅱ.), 행정청이 리모델링사업의 내용을 승인하는 과정의 공법적 규율체계를 점검한 다음(Ⅲ.), 조합원의 권리변동 양상이 점차 복잡해지고 있는 가운데 권리배분절차에 관한 공법적 규제체계가 충분히 마련되어 있는지 또한 검토한다(Ⅳ.).

II. 세대수 증가형 리모델링의 의의와 연혁

1. 리모델링의 개념과 유형

(1) 주택법상 리모델링

주택법 제2조 제25호는 공동주택의 리모델링을 “주택법 제66조 제1항 및 제2항에 따라 건축물의 노후화 억제 또는 기능 향상 등을 위한 대수선 및 일정한 조건 하의 증축 행위”로 정의하고 있다. 한편, 건축법 또한 제2조 제1항 제10호에서 일반 건축물의 리모델링에

1) 서울특별시, 『2030 서울특별시 공동주택 리모델링 기본계획』, 서울특별시, 2023, 23면.

2) 이후 세대수 증가형(29세대) 리모델링사업인 ‘아남아파트 리모델링 주택사업’이 2024. 1. 30. 최초로 준공되었다.

3) 서울특별시, 앞의 글(주1), 24-26면.

4) 예컨대, 서울특별시 성동구 소재 응봉대림1차아파트는 지난 2007. 3. 6. 리모델링주택조합의 설립을 인가받은 후 리모델링사업을 추진하고자 하였다. 그러나 최근 재건축사업 규제 완화 움직임에 힘입어 리모델링보다 재건축을 원하는 주민이 증가하자, 2022. 9.경 리모델링주택조합을 해산하고 재건축 추진 준비위원회를 발족하였다.

5) 김종보, “개발법제의 변천과정과 주택시장통제”, 『중앙법학』 제5집 제1호(2003. 7.), 196면.

대하여 이와 유사하게 정의하면서 건축물의 ‘개축’을 리모델링의 범위에 포섭하고 있다. 그러나 이하에서는 주택법에 따른 공동주택의 리모델링으로 논의의 범위를 한정하고자 한다.

건축물의 ‘대수선’이란 “건축물의 기둥, 보, 내력벽, 주계단 등의 구조나 외부 형태를 수선·변경하거나 증설하는 것으로서 건축법 시행령 제3조의2의 각 호에서 규정하는 것”을 의미하고(건축법 제2조 제1항 제9호), 건축물의 ‘증축’이란 “기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것”을 의미한다(건축법 시행령 제2조 제2호).

위 개념조항에 따르면, 리모델링은 기존 건축물의 규모를 증대시키거나 기능의 향상을 도모하는 것이고, 신규 건축물의 출현을 예정하고 있는 것은 아니다. 그러나 세대수 증가형 리모델링에서는 기존 건축물을 수평 또는 수직 방향으로 증축하는 것뿐만 아니라, 별개의 동을 건축하는 방식의 증축행위도 허용된다. 이는 주택법이 일단의 주택단지를 건축단위로 삼아 규율⁶⁾하기 때문인 것으로 이해할 여지가 있다. 주택단지 전체를 기준으로 본다면 별개의 동을 건축하는 행위를 ‘증축’으로 이해할 수도 있겠으나, 개별 건축물을 기준으로 판단할 경우 이는 건축물을 신축하는 것으로서 리모델링의 개념에 부합하지 않는다.

(2) 리모델링의 유형

주택법상 리모델링의 정의조항으로부터 리모델링의 유형이 세분화될 수 있는데, 현행법을 기준으로 리모델링은 크게 **대수선형 리모델링**(주택법 제2조 제25호 가목)과 **증축형 리모델링**(나목 및 다목)으로 분류된다. 그리고 증축형 리모델링은 세대수 증가를 수반하지 않는 **수평증축형 리모델링**(나목)과, **세대수 증가형 리모델링**(다목)으로 분류된다. 세대수 증가형 리모델링에서 세대수를 증가시키는 방법은 기존 건물을 **수직 방향으로 증축**하거나(수직증축형 리모델링, 다목 단서), **별동을 증축하는 방식**으로 이루어진다. 그리고 세대수 증가형 리모델링에 있어서 **별동 증축과 수직 증축을 동시에** 하거나, 증축이 허용되는 총 한도 내에서 각 세대를 수평방향으로 증축하는 것 또한 허용된다. 따라서 증축형 리모델링이 반드시 ‘수직증축형’, ‘수평증축형’, ‘별동증축형’ 중 어느 한 가지에만 해당하는 것은 아니다.

2. 리모델링 제도 연혁

아파트의 신축 후 10-15년이 경과하면 전기, 가스 등 내부 설비의 노후화가 빠르게 진행되는데, 과거에는 이러한 문제에 대응하기 위한 방안으로 재건축·재개발이 주목받았다. 그러나 주택의 개·보수를 통해서도 충분히 주거환경의 개선을 도모할 수 있음에도 주택 전체를 헐고 다시 짓는 것은 극심한 자원 낭비를 초래한다는 문제가 제기되었다. 또한, 1980년대 후반에 건축된 고층아파트의 경우 용적률이 높아 신규주택의 일반분양이 제한되어 재건축사업의 사업성을 확보하기 어려운 문제도 있었다. 이에 공동주택의 무분별한 재건축을 방지하는 것을 주요 목적으로 리모델링 제도가 고안되었다.

리모델링이 실정법상 용어로 등장한 것은 구 건축법 시행령(2001. 9. 15. 대통령령 제17365호로 개정된 것)이 최초이다. 이 무렵에는 단지 건폐율·높이기준 등의 건축 기준을 완화하는 혜택이 부여되는 대상 가운데 하나로서 리모델링이 열거되어 있었을 뿐,⁷⁾ 그것이 하나의 제도로서 확립된 것은 아니었다. 그리고 뒤이어 구 공동주택관리령(2002. 3. 25. 대통령령 제17554호로 개정된 것) 또한 구 건축법 시행령과 동일하게 리모델링을 정의하였고, 나아가 그 허가기준 또한 마련하였다(별표 2 제7호). 그런데 이와 같이 구 공동주택관리령에 근거하여 공동주택 리모델링을 추진하기 위해서는 동 또는 단지 전체 소유자의 동의를 얻어야 하는 문제가 있었다(별표 2 제7호 참조). 당시에 ‘구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 찬성’을 얻어 공동주택의 재건축결의를 할 수 있었던 사실과 비교해 보면,⁸⁾ 리모델링사업을 추진하기 위한 요건이 얼마나 엄격하였는지 알 수 있다.

공동주택의 무분별한 재건축을 방지하고 리모델링을 활성화하기 위해서는 이와 같이 과도한 규제를 개선할 필요가 있었고, 이에 구 주택법(2003. 5. 29. 법률 제6919호로 전부개정된 것)에서 리모델링을 본격적으로 제도화하였다.⁹⁾ 구체적으로, 리모델링주택조합 제도를 신설하고 주택단지 전체 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 동의, 그리고 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 동의(구 주택법 시행령 제47조 제4항)를 갖추면 나머지 반대조합원들에 대하여 매도청구권(법 제33조)을 행사함으로써 사업을

6) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 786면.

7) 구 건축법 시행령 제6조(적용의 완화) ①법 제5조제1항의 규정에 의한 건축기준의 완화적용은 다음 각호의 구분에 의한다.

5. 사용승인을 얻은 후 20년 이상 경과되어 리모델링(건축물의 노후화 억제 또는 기능향상 등을 위하여 증축·개축 또는 대수선을 하는 행위를 말한다)이 필요한 건축물인 경우 : 법 제32조, 법 제36조, 법 제47조, 법 제48조, 법 제51조, 법 제53조 및 법 제67조의 규정에 의한 기준.

8) 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(1998. 12. 28. 법률 제5592호로 개정된 것) 제47조.

9) 구 주택법 시행령(2003. 11. 30. 대통령령 제18146호로 전부개정된 것) 제 개정 이유 참조. 리모델링 제도는 처음부터 재건축·재개발사업을 크게 의식한 채로 도입된 것임을 알 수 있다.

추진할 수 있도록 하였다. 그러나 당시의 제도에 따르면 리모델링을 통한 세대수 증가는 명시적으로 금지되어 있었고(구 주택법 시행령 별표 3 제7호 참조), 단지 각 세대별 (수평)증축·개축·대수선만이 허용되었다.

그런데 당시의 리모델링제도는 일반분양 없이 공동주택의 구분소유자들이 사업비용을 전적으로 부담하여야 했으므로 제도의 실효성을 확보하기가 어렵다는 지적이 제기되었다.¹⁰⁾ 이에 구 주택법이 2012. 1. 26. 법률 제11243호로 개정되고 2012. 7. 27.자로 시행되면서 ‘세대수 증가형 리모델링’이 새로이 도입되었다. 당시에는 각 세대의 증축 가능 면적을 합산한 면적의 범위에서 수평증축 또는 별도증축의 형태(즉, 수직증축은 제외)로 기존 세대수의 10분의 1 이내로 세대수를 증가시키는 것이 허용되었다.

이후 구 주택법이 2013. 12. 24. 법률 제12115호로 일부개정되고 2014. 4. 25.자로 시행되면서 수직증축형 리모델링 제도가 도입되었다(제2조 제15호 다목). 한편, 세대수 증가형 리모델링과 관련하여 리모델링 기본계획을 수립할 의무에 관한 규정(제42조의6)과 일정 규모(20세대) 이상 세대수가 증가하는 경우에 도시계획위원회의 심의를 받을 의무를 부여하는 조항(제42조 제7항) 또한 신설되었는데, 이는 세대수 증가형 리모델링이 토지이용상황에 영향을 미칠 수 있는 도시계획적 판단대상으로 인식되었음을 보여준다.¹¹⁾ 또한, 이는 세대수 증가형 리모델링이 노후화된 주택의 기능 향상을 도모하기 위한 유지·관리행위로서의 리모델링과는 다른 유형의 사업으로서, 개발사업¹²⁾의 성격을 일정 부분 갖는다는 점을 암시한다. 그러나 주택법 상 제도들이 이와 같은 차이를 명확히 인지한 채 세대수 증가형 리모델링을 다른 유형의 사업과 본질적으로 다르게 취급한 것은 아니었다.

이후에도 주택법은 리모델링사업의 활성화를 가로막는 제도상 공백을 확충하는 방식으로 여러 차례 개정되어 오늘날에 이르고 있다. 정책적 차원에서 재건축사업을 억제하기 위한 일환으로 세대수 증가형 리모델링에 각종의 특혜(용적률 인센티브 등)를 부여하고 있고, 이에 세대수 증가형 리모델링은 용적률이 높아 재건축사업의 수익성을 확보하기 어려운 사업장에서 대안으로 떠오르고 있다. 즉, 세대수 증가형 리모델링의 개발사업으로서의 성격이 더욱 강조되고 있는 것이다.

3. 세대수 증가형 리모델링의 공법적 규율

그 명칭 자체에서 알 수 있듯이, 세대수 증가형 리모델링의 가장 큰 특징은 사업 완료 후 구분소유자가 소유한 기존 호실 이외에 신규 호실이 출현하게 된다는 점이다. 그로 인하여 구분소유자의 대지지분 등 권리관계에도 일정한 변동이 발생한다. 그렇다면 구분소유자의 권리배분 및 신규주택의 분양에 관한 기준을 수립하고, 공동주택 구성원의 규모가 확대됨에 따라 수반될 수 있는 도시계획적 문제를 해결할 필요가 있다.

이에, 구 주택법이 2012. 1. 26. 법률 제11243호로 개정 및 2012. 7. 27. 시행되어 세대수 증가형 리모델링이 도입됨과 동시에, 구 주택법 시행령 또한 2012. 7. 24. 대통령령 제23988호로 개정 및 2012. 7. 27. 시행되면서 그에 대한 공법적 규제가 확충되었다. 구체적으로, 20세대 이상 세대수가 증가하는 리모델링은 **사업계획승인 대상**으로 정하였고(시행령 제15조 제1항), 세대수 증가형 리모델링 시 리모델링 전후의 대지와 건축물의 권리변동 명세, 조합원의 비용분담, 사업비 등을 포함한 **권리변동계획을 수립**하도록 하였으며(법 제42조의2, 시행령 제47조의3), 100세대 이상 세대수가 증가하는 리모델링사업은 간선시설 설치의무 대상사업으로 정하였다(시행령 제24조 제1항). 그리고 이후 수직증축형 리모델링의 도입과 함께 세대수 증가형 리모델링에 관한 리모델링 기본계획을 수립할 의무가 부여되었음은 앞서 살펴본 바와 같다. 결국, 세대수 증가형 리모델링은 리모델링 기본계획의 수립의무, 권리변동계획의 작성의무, (일정 규모 이상 세대수가 증가하는 경우) 사업계획승인을 받을 의무 등이 부여된다는 점에서, 세대수 증가를 수반하지 않는 증축형 리모델링에 비해서는 비교적 강한 공법적 통제를 받는다.

그러나 세대수 증가형 리모델링은 제도 도입 당시의 취지와 달리 재건축사업과 유사하게 주택단지를 전면적으로 개발하는 기능을 수행하게 되었음에도 불구하고, 재건축사업에 준하는 수준으로 공법적 통제를 받는다고 보기 어렵다. 즉, 재건축사업에서는 증가하는 세대수 규모와 무관하게 사업시행의 인가를 통해 정비사업이 목적하는 건축물 등의 설계계획을 심사하고, 모든 조합원들에 대하여 구속력을 갖는 행정처분인 관리처분계획을 통해 권리배분을 실현하게 된다. 반면에 세대수 증가형 리모델링사업에서는 행정주체의 개입이 상당 부분 축소되고, 그러한 규율의 공백에 대하여는 리모델링주택조합의 규약 또는 정관에 의존하게 된다.

따라서 세대수 증가형 리모델링에 대한 공법적 규율체계를 전반적으로 점검할 필요성이 인정되는바, 이하에서는 세대수 증가형 리모델링사업의 승인절차(Ⅲ.) 및 조합원의 권리배분절차(Ⅳ.)를 중심으로 이를 살펴보고자 한다.

10) 구 주택법(2012. 1. 26. 법률 제11243호로 일부개정된 것) 제·개정 이유 참조.

11) 구 주택법 제2조(정의) 26. “리모델링 기본계획”이란 세대수 증가형 리모델링으로 인한 도시과밀, 이주수요 집중 등을 체계적으로 관리하기 위하여 수립하는 계획을 말한다.

12) 본 연구에서 ‘개발사업’이란 “토지의 합리적 이용을 위해 시가지를 재정비하거나 신도시를 건설하는 사업”으로서(김종보, 앞의 책(주6), 397면), 기존 주택의 단순한 유지·관리행위와 대비되는 개념으로 사용한다.

III. 사업의 승인

1. 리모델링사업의 승인 절차 개관

공동주택을 리모델링하기 위해서는 주택단지 전체 구분소유자 및 의결권의 각 75퍼센트 이상의 동의와 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 50퍼센트 이상의 동의를 받아, 법령에 따른 서류를 갖추어 시장·군수·구청장으로부터 허가를 받아야 한다(주택법 제66조 제1항, 시행령 제75조 및 [별표 4]). 이와 같은 허가는 현행법상 ‘리모델링허가’로 일컬어지나, 본 연구에서는 리모델링제도 도입 당시 사용되었던 실정법상 용어로서 현재까지도 통용되고 있는 ‘행위허가’라는 용어를 사용하기로 한다.¹³⁾

한편, 주택법에 따라 일정 규모 이상의 주택건설사업을 시행하고자 하는 주체는 사업계획을 작성하여 승인권자에게 사업계획승인을 받아야 한다(주택법 제15조). 이는 리모델링사업의 경우에도 동일하며, 다만 증가하는 세대수가 30세대 이상인 경우에만 사업계획승인을 받을 의무가 부여된다(주택법 시행령 제27조 제1항 제2호). 한편, 증가하는 세대수가 50세대 이상인 리모델링사업의 사업계획을 승인하는 경우에는 기반시설에의 영향이나 도시·군관리계획과의 부합 여부 등에 대하여 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다(주택법 제66조 제6항).

사업계획승인의 대상이 되는 세대수 증가형 리모델링사업에서 행위허가를 별도로 받아야 하는지 여부가 문제되는데, 주택법 시행규칙 제12조 제4항 제7호는 사업계획승인 시에 리모델링허가에 관한 서류를 함께 제출하도록 하고 있고, 따라서 사업계획승인 과정에서 리모델링 허가가 함께 이루어지는 것으로 해석해야 한다.¹⁴⁾

요컨대, 세대수 증가형 리모델링사업의 승인권자는 증가하는 세대수가 30세대 이상인 경우에는 주택법상 사업계획승인을, 그 미만인 경우에는 행위허가를 통해 사업을 승인하게 된다. 세대수 증가를 수반하지 않는 증축형 리모델링과 대수선형 리모델링은 행위허가로 규율되는 것임은 물론이다.

2. 행위허가와 사업계획승인의 법적 성격

(1) 건축물 관리행위를 규율하는 행위허가

리모델링사업을 실시하기 위해서는 다음과 같이 주택법 시행규칙 제28조 제2항 각호에서 규정하는 서류를 갖추어 행위허가를 신청하여야 한다.

1. 리모델링하려는 건축물의 종별에 따른 「건축법 시행규칙」 제6조제1항 각 호의 서류 및 도서. 다만, 증축을 포함하는 리모델링의 경우에는 「건축법 시행규칙」 별표 3 제1호에 따른 건축계획서 중 구조계획서(기존 내력벽, 기둥, 보 등 골조의 존치계획서를 포함한다), 지질조사서 및 시방서를 포함한다.
2. 영 별표 4 제1호에 따른 입주자의 동의서 및 법 제22조에 따른 매도청구권 행사를 입증할 수 있는 서류
3. 세대를 합치거나 분할하는 등 세대수를 증감시키는 행위를 하는 경우에는 그 동의 변경전과 변경후의 평면도
4. 법 제2조제25호다목에 따른 세대수 증가형 리모델링을 하는 경우에는 법 제67조에 따른 권리변동계획서
5. 법 제68조제1항에 따른 증축형 리모델링을 하는 경우에는 같은 조 제5항에 따른 안전진단결과서
6. 리모델링주택조합의 경우에는 주택조합설립인가서 사본

위 각 서류는 대체로 건축물의 위험방지요건을 갖추었음을 확인하기 위한 것(제1호, 제3호, 제5호)과, 조합원의 사업 추진 의사와 합의의 내용을 확인하기 위한 것(제2호, 제4호, 제6호)으로 구분된다. 즉, 공동주택의 구분소유자들이 기존 공동주택의 존재를 전제로 부분적인 건축행위를 의욕한다는 점과, 그 건축행위가 위험하지 않다는 점을 확인하는 것이다.

한편, 리모델링 도입 당시의 조문을 살펴보면 행위허가의 성격을 더욱 선명하게 알 수 있다. 먼저, 구 주택법(2003. 5. 29. 법률 제6916호로 전부개정된 것)은 제42조 제2항에서 허가 또는 신고의 대상이 되는 공동주택의 관리행위에 대하여 규정하고 있었다.¹⁵⁾ 동

13) 주택법 제66조 제8항, 제67조 등은 여전히 ‘리모델링허가’ 대신에 ‘행위허가’라는 용어를 사용하고 있다.
 14) 구 주택법 시행규칙(2016. 8. 12. 국토교통부령 제353호로 전부개정된 것) 제 개정 이유는 “주택건설 사업계획승인시 리모델링 허가절차를 함께 처리할 수 있도록 사업계획승인 신청서류에 리모델링 허가 신청서류도 함께 제출하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 설명하고 있다.
 15) 이는 구 주택건설촉진법(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정된 것)이 정하고 있던 공동주택의 관리에 관한 조문(제38조)을 거의 그대로 이어받

조문에 따르면, 공동주택의 리모델링은 관리행위의 일종으로서 ‘신축·증축·개축·대수선, 사업계획에 따른 용도 외의 용도에 사용하는 행위, 파손·훼손·철거행위’등과 유사한 것으로 인식되고 있었다.

이후 구 주택법이 2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부개정되면서, 현행법과 유사하게 리모델링사업을 규율하는 제4장이 별도로 신설되고 리모델링의 행위허가에 관한 조문(제66조)도 독자적으로 마련되었다. 하지만 이는 공동주택의 체계적 관리를 위하여 공동주택 관리법이 제정되자(법률 제13474호, 2015. 8. 11. 공포, 2016. 8. 12. 시행), 그에 따라 주택법 또한 전체적인 체계와 조문을 정비하기 위한 것이었을 뿐,¹⁶⁾ 리모델링 행위허가 요건이 본질적으로 변화한 것은 아니었다. 당시에 리모델링사업은 공동주택의 관리행위로서의 성격을 갖는다는 점을 고려하여 공동주택관리법으로 옮겨갈 수도 있었으나, 사업이 대부분 조합 방식으로 추진되는 현실을 고려하여 조합에 관한 내용을 규율하고 있는 주택법에 남아 있게 된 것으로 추정된다.

과거부터 리모델링 행위허가는 주택법상 사업계획승인과 유사하게 재량행위에 해당하는 것으로 인식되어 왔다.¹⁷⁾ 그러나 행정청의 주요 관심사는 리모델링사업이 개별 건축물의 관리행위로서 적합한 것인지 여부에 초점이 맞추어져 있었고, 행위허가 제도로써 일단의 주택단지를 새롭게 정비하기 위한 사업을 심사하는 것이라는 인식은 미약했다.

(2) 주택단지 형성과정을 규율하는 사업계획승인

주택법은 사업계획승인을 받으려는 자는 다음과 같이 주택법 시행령 제27조 제4항에서 규정하는 아래의 서류를 사업계획승인권자에게 제출하여야 한다(주택법 제15조 제2항).

가. 신청서
나. 사업계획서
다. 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도
라. 공사설계도서. 다만, 대지조성공사를 우선 시행하는 경우만 해당하며, 사업주체가 국가, 지방자치단체, 한국토지주택공사 또는 지방공사인 경우에는 국토교통부령으로 정하는 도서로 한다.
마. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제96조제1항제3호 및 제97조제6항제3호의 사항을 적은 서류(법 제24조제2항에 따라 토지를 수용하거나 사용하려는 경우만 해당한다)
바. 제16조 각 호의 사실을 증명하는 서류
사. 법 제19조제3항에 따른 협의에 필요한 서류
아. 법 제29조제1항에 따른 공공시설의 귀속에 관한 사항을 기재한 서류
자. 주택조합설립인가서(주택조합만 해당한다)
차. 법 제51조제2항 각 호의 어느 하나의 사실 또는 이 영 제17조제1항 각 호의 사실을 증명하는 서류
카. 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 서류

위 각 서류는 개별 건축물의 위험방지요건 뿐만 아니라 주택단지 전반에 걸친 설계계획을 확인하기 위한 것을 포함한다(예컨대, 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도 등). 이는 대체로 재건축사업에서 사업시행계획의 인가를 받기 위한 사업시행계획서에 포함되어야 하는 서류(도시정비법 제52조 제1항 각호 참조)와 그 성격이 유사하다. 실제로 재건축사업의 사업시행자가 사업시행계획인가를 받은 때에는 주택법상 사업계획의 승인을 받은 것으로 의제된다(도시정비법 제57조 제1항 제1호).

그리고 위 각 서류의 성격으로부터 추론할 수 있듯이, 사업계획승인은 단순히 새로운 아파트의 출현을 용인하는 건축허가로서의 성격을 갖는 것에 그치지 않고, 주택단지에 포함된 다수의 필지에 건축허용성¹⁸⁾을 부여하면서 그 지상에 대규모의 아파트 건설을 승인하는 강력한 처분으로서의 성격을 갖는다.¹⁹⁾²⁰⁾ 나아가 사업계획승인은 아파트 단지 내에 설치되는 복리시설 및 도로 등의 기반시설의

은 것이다.

16) 구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부개정된 것) 제 개정 이유 참조.

17) 강신은 / 전연구, 『공동주택 리모델링 해설서』, 한국도시개발연구포럼, 2004, 200-201면.

18) 건축허용성이란, “개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 토지단위(대지)로 상정할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위”를 의미한다. 김종보, 앞의 책(주6), 225면.

19) 김종보, 앞의 책(주6), 791면.

20) 건축허용성은 사업계획승인 자체가 아니라 아파트 건설사업에 선행하는 택지조성사업이나 해당 택지에 관한 지구단위계획을 통해 부여되는 것이 일반적이나, 아파트 건설사업계획이 택지에 부여되어 있는 건축허용성의 내용에 적합하지 여부에 대한 심사는 사업계획승인을 통해 이루어진

설치계획을 감독 및 승인하는 의미를 아울러 가지며, 이로써 주택단지 일대를 도시계획적으로 규율하는 것이다.²¹⁾ 그리고 사업계획승인은 행정청의 재량행위에 속하므로, 행정청은 관계 법규에 명문의 근거가 없더라도 공익상 필요에 따라 이를 불승인할 수 있다.²²⁾

따라서 행정청이 리모델링사업의 사업계획을 승인함에 있어서는 개별 건축물의 증축 또는 대수선행위가 적절한지 여부뿐만 아니라, 해당 사업으로써 재정비되는 주택단지에 관한 도시계획적 요소까지 아울러 심사하게 된다.

3. 리모델링사업과 사업계획승인의 변경

(1) 리모델링사업과 도시계획적 심사의 필요성

1980년대부터 2000년대 초반까지의 기간에 준공된 아파트는 구 주택건설촉진법 또는 주택법에 따른 사업계획의 승인을 받아 지어진 것이다. 그렇다면 이와 같은 아파트를 전면적으로 리모델링하려고 할 경우, 이는 공동주택의 관리행위에 불과한 것으로서 행위허가의 대상인가, 또는 기존의 사업계획승인을 변경하는 것으로 보아 사업계획승인에 준하는 심사를 재차 거쳐야 하는가?

먼저, 리모델링 제도가 도입될 무렵인 2000년대 초반에 추진된 리모델링 사업의 내용을 살펴보면 공동주택 관리행위로서의 성격이 두드러진다. 국내 최초로 적법한 리모델링허가를 받아 리모델링된 ‘마포용강 시범아파트’에서는 전체 9개 동 가운데 동의율 요건이 충족된 2개 동에 대하여만 사업을 추진하였고,²³⁾ 노후화가 진행된 설비와 배관의 교체·세대내 벽체의 철거에 의한 평면 변경·발코니 증축 등을 주요 사업 목표로 삼았다.²⁴⁾

그런데 최근에 추진되는 리모델링사업은 주택의 노후화로 인한 기능 상실 문제를 해결하는 것에 그치지 않고, 보다 적극적이고 광범위한 개발행위를 목표로 하는 경우가 빈번하다. 예를 들어, 주택단지 내에 대규모의 지하주차장을 신설하고 그 지상부에서 차량 통행이 불가능하도록 조경공사를 하거나, 커뮤니티센터를 신축하여 수영장, 도서관, 식당 등 각종의 시설을 입점시키고 주민과 외부인이 이용할 수 있도록 하는 등으로 토지이용상황을 변화시키는 것을 쉽게 찾아볼 수 있다. 나아가 세대수 증가형 리모델링이 도입되면서 별도 증축의 형태로 주택을 사실상 신축하는 것 또한 가능하다. 리모델링사업을 재건축사업의 우회수단으로 인식하면서, 기존 공동주택의 골조를 유지하여야 한다는 제약조건 하에 사실상 새로운 주택단지를 형성하는 것이다.

그리고 이러한 개발행위의 파급효과는 해당 주택단지 내부로 한정되는 것이 아니고 인근 지역으로 전파될 수 있다. 예컨대, 아파트 거주인구의 증가로 인하여 인근 지역의 교통수요를 증가시키거나, 공동주택의 수직 증축으로 인하여 인근 건물에 일조침해를 유발할 수 있다.

리모델링사업의 내용이 이와 같이 기존 주택단지를 전면적으로 개발하는 경우라면, 그 영향력을 고려할 때 행정청이 기존 아파트에 대한 사업계획을 승인하게 된 전제사실에 유의미한 변화가 생긴 것으로 볼 수 있다. 즉, 이러한 사업은 기존 사업계획승인의 내용을 실질적으로 변경하는 것이어서, 사업계획승인에 준하는 수준의 심사를 다시 거쳐야 한다. 비록 주택법상 행위허가 과정에서도 허가권자는 관계 행정기관의 장과 필요한 사항에 대하여 협의를 거쳐야 하고, 그 결과 각종 인·허가가 의제되지만(주택법 제66조 제5항), 공동주택의 관리행위에 초점을 둔 행위허가만을 통해서는 주택단지 전체에 대한 도시계획적 심사가 충분히 이루어질 것으로 기대하기 어렵다. 국토교통부장관 또는 시·도지사의 심사를 거쳐 승인된 사업계획의 내용이 시장·군수·구청장의 간이한 심사(행위허가)를 거쳐 수정되는 것 또한 쉽게 받아들이기 어렵다.

(2) 사업계획승인 대상의 기준

이상에서 살펴본 바와 같이, 리모델링사업은 공동주택의 단순 관리행위로 볼 수 있는 것과 기존 주택단지를 전면적으로 개발하는 것으로 구분될 수 있고, 적어도 후자의 유형에 대하여는 사업계획의 승인 절차를 통해 도시계획적 심사를 충실히 할 필요가 있다. 그런데 문제는, 리모델링사업이 사업계획승인의 대상이 되는지 여부는 ‘주택단지 전반에 대한 도시계획적 심사가 필요한지 여부’ 또는 ‘주택단지 전체의 존속에 영향을 미치는지 여부’ 등과 직접적인 관련이 없이 ‘증가하는 세대수가 30세대 이상인지 여부’라는 정량적 기준에 따라 결정되고 있다는 것이다(주택법 시행령 제27조 제2호).²⁵⁾

다. 주동진, “아파트건설사업 유형에 대한 공법적 연구 : 아파트 용지확보 제도를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2023, 174-175면.

21) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』 22권(2000. 12.), 457-458면.

22) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005두13315 판결.

23) 당시에는 주택법상 리모델링제도가 시행되지 이전이었고, 리모델링을 추진하기 위해서는 각 동별로 주민 전원의 동의가 요구되었으므로, 이를 충족하는 것은 매우 어려웠다.

24) 강신은 / 전연규, 앞의 책(주17), 76-78면.

공동주택이 신축되어 종전보다 많은 인구를 수용할 수 있게 되면, 종전의 인구를 기준으로 형성된 도시계획적 질서는 사업으로 인하여 증가하는 인구를 고려하여 수정될 필요가 있고, 따라서 아파트건설사업에서 ‘인구(세대수)’와 ‘도시계획적 질서’ 간의 연결고리를 찾을 수 있다.²⁶⁾ 즉, 도시계획적 심사의 필요성의 관점에서 행위허가 대상과 사업계획승인 대상을 어떠한 정량적 기준으로 구분해야 한다면, 일용 ‘인구(세대수)’가 간명한 기준이 될 수 있을 것이다. 그리고 위 주택법 조항은 이와 같은 관점에서 사업계획승인 대상을 명확하게 제시한다는 점에서 의의가 있다.

그러나 ‘증가하는 세대수가 30세대 이상인지 여부’를 기준으로 사업계획승인 대상을 선정하는 주택법 규정의 입법 취지를 살펴보면, 이와 같은 규정이 합리적이지 않음을 알 수 있다. 위와 같은 규정은 세대수 증가형 리모델링의 도입 당시부터 존재하였다(구 주택법 시행령(2012. 7. 24. 대통령령 제23988호로 일부개정된 것) 제15조 제1항). 해당 시기에는 리모델링 기본계획의 수립의무나 도시계획 위원회의 심의를 받을 의무조차 존재하지 않았으므로, 일정 규모 이상 세대수가 증가하는 리모델링이 사실상 기존 사업계획승인의 내용을 변경하는 것이라는 인식 하에 위 조문이 도입된 것은 아닌 것으로 보인다.

먼저, 위 주택법 규정은 세대수 증가형 리모델링에서 ‘증가하는 세대수’만이 신규 주택의 공급에 해당한다는 전제 하에, 주택법상 주택건설사업에서 건설되는 공동주택의 수가 20세대(구법 기준) 이상인 경우에만 사업계획승인의 대상이 되는 것을 고려하여 단순히 이와 동일하게 정한 것일 수 있다. 또는 오로지 신규 주택의 분양 과정을 규율하고자, 일정 규모 이상의 일반분양이 발생하는 리모델링사업에 대하여는 사업계획승인을 받음으로써 주택의 공급에 관한 규정(현행 주택법 제54조)을 적용받도록 하기 위함이었을 가능성도 있다.²⁷⁾

그 입법 취지 여하와 무관하게, 현행 제도상으로는 사업계획승인의 대상이 되어야 할 리모델링사업이 그 규제를 회피하는 일이 쉽게 발생한다. 즉, 주택단지 전반에 대한 개발행위를 추진하면서도 증가하는 세대수를 ‘29세대’로 정함으로써 사업계획승인이 아닌 행위허가의 대상이 되도록 하는 것이다.²⁸⁾ 이는 주로 분양가상한제를 회피하여 일반분양 수익을 극대화하기 위함이지만, 사업의 승인절차에 관한 예기치 못한 규제 회피가 부수적으로 발생하고 있고, 재건축사업보다는 리모델링사업을 장려하고자 하는 정책 당국과 행정청은 이러한 부작용을 묵인하고 있다. 따라서 현행법상 사업계획승인 대상 리모델링사업을 정하는 기준(‘증가하는 세대수가 30세대 이상인지 여부’)은 합리적인 것이라고 할 수 없다.

이와 같은 문제는 기존의 ‘유지·관리형’ 리모델링과 최근에 추진되는 ‘개발사업형’ 리모델링이 전혀 다른 성격을 갖는 것임에도 불구하고, 이들을 하나의 제도에 포섭하여 유사하게 규율하는 과정에서 발생한 것이다. 따라서 두 제도를 이원화하여, 먼저 ‘유지·관리형’ 리모델링은 공동주택관리법으로 이전하거나 주택법에 그대로 두어 공동주택의 개·보수공사를 간이하게 수행할 수 있도록 해야 한다. 다만, 이 경우에도 주택단지 전체의 존속에 영향을 미치지 않는 것으로 인정되는 경우에는 행정청의 판단 하에 일정 수준의 세대수 증가를 허용할 수 있을 것이다. 한편, 주택단지 전체의 존속에 영향을 미치는 ‘개발사업형’ 리모델링은 도시정비법으로 이전하여 사업의 규모 및 사업 전·후로 증가하는 세대수와 무관하게 원칙적으로 사업시행계획의 인가를 받도록 하는 것이 옳다.

IV. 조합원의 권리배분

1. 권리배분의 의의

개발사업에 참여하는 토지 또는 건축물의 소유자는 자산을 얼마나 출자하고 부담금을 얼마나 납부하여 사업의 결과 신축되는 건축물 등을 어떻게 분배받게 되는지에 대하여 관심을 집중할 수밖에 없다. 권리배분은 사업에 참여하는 토지등소유자들에게 사업 후 새로운 권리(주로 소유권)를 배분하는 방식을 어떻게 정할 것인지의 문제이며, 이는 사업 전·후의 구소유권과 신소유권 간의 관계가 어떠한지에 관한 복잡한 행정법적 쟁점과 연결된다.²⁹⁾

개발사업은 도시기능을 회복하기 위한 공익사업으로서,³⁰⁾ 사업시행자가 토지수용권 등의 강력한 공법적 권능을 기초로 사업을 추

25) 이는 증가하는 세대수가 50세대 이상인 경우에 한하여 도시계획위원회의 심의를 거치도록 정한 주택법 제66조 제6항의 경우에도 마찬가지이다.

26) 주동진, 앞의 글(주20), 13면.

27) 주택법 제54조 제1항은 ‘사업주체’의 주택공급에 관한 사항을 규율하는데, 주택법 제2조 제10호에 의하면 ‘사업주체’란 동법 제15조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 자를 의미하므로, 결국 리모델링사업에서 신규 주택의 공급과정을 규율하기 위해서는 그것이 사업계획승인의 대상이 되도록 하는 것이 하나의 방법이었다.

28) 현재 리모델링사업 중 세대수를 29세대 증가시키는 내용의 리모델링사업이 다수 추진되고 있고, 그 중에는 강동구 고덕동 소재 ‘배재현대아파트’와 같이 기존의 세대수가 448세대로 결코 작지 않은 경우도 있다.

29) 이에 관하여 상세히는 김종보, “공용환경의 개념과 법적 효과”, 『행정법연구』 제31호(2011. 12.) 참조.

30) 김종보, 앞의 책(주6), 405면.

진한다. 따라서 개발사업의 이익을 분배함에 있어서도 단순히 민사법의 원리에 의하지 않고, 사업목적 달성 및 구성원 간의 이해관계 조정을 위한 배분기준이 마련되어 모든 구성원이 이에 따르게 되며, 이에 대하여도 공법적 규율이 이루어진다.³¹⁾ 예컨대, 도시정비법에 따른 재건축·재개발사업의 경우 사업시행자에게 조합원의 권리배분에 관한 사항이 포함된 관리처분계획을 수립할 의무가 부여된다(제74조 제1항). 그리고 도시정비법은 관리처분계획을 수립함에 있어 준수해야 할 사항을 세부적으로 정함으로써(제76조) 조합원의 권리배분 과정을 공법적으로 통제한다.

한편, 전통적 의미의 리모델링사업에서 조합원들은 증축 또는 대수선이 완료된 후 자기 소유 호실에 재입주하는 것이 일반적이었으므로, 별도의 분양(동호수 배정)절차 또는 관리처분계획 수립은 불필요한 것으로 인식되었다.³²⁾ 단지 조합원들이 금원을 지출하여 공동으로 공동주택의 유지·관리작업을 실시한다는 점에서, 조합원 간 비용분담 등에 관한 규칙이 마련될 필요가 있었을 뿐이다.

세대수 증가형 리모델링이 도입된 직후에도 조합원들이 원칙적으로 자기 소유 호실에 재입주하게 된다는 점에는 변화가 없었다. 따라서 세대수 증가형 리모델링사업에서도 조합원 간에 사업비를 분담하거나 일반수분양자에게 대지지분을 일부 분배하는 것을 넘어, 재건축사업에서의 관리처분계획에 준하는 정교한 권리배분을 실현할 필요성은 없는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 세대수 증가형 리모델링사업의 규모가 확대되고 사업 유형이 다변화되면서 조합원의 권리변동 양상이 복잡해지고 있다. 이에 세대수 증가형 리모델링사업에서의 권리배분에 관한 규율체계를 전반적으로 점검할 필요성이 강조되고 있다.

2. 권리배분의 절차 및 공법적 규율

세대수가 증가하지 않는 리모델링사업에서는 원칙적으로 조합원 간 공사비를 분담하는 정도의 협의만이 필요하고, 이에 대한 공법적 통제는 사실상 찾아보기 어렵다. 이와 같은 유형의 사업에서는 사실상 권리배분절차가 존재하지 않는 것으로 보아도 좋고, 민사법의 원리에 따라 조합 규약(정관)이나 조합원 총회 결의를 통해 공사비 분담에 관한 사항을 정하는 것으로 족하다.

한편, 세대수 증가형 리모델링의 사업시행자는 기존 주택의 권리변동, 비용분담 등에 관한 사항에 대한 계획(권리변동계획)을 수립하여 사업시행계획승인 또는 행위허가를 받아야 한다(주택법 제67조). 세대수 증가형 리모델링에서는 기존 조합원이 가진 대지지분의 일부 처분이나 신축된 건축물의 분양에 관한 기준을 수립할 필요가 있기 때문이다. 이는 사업계획승인 또는 행위허가를 받기 전에 개략적인 수준으로 정하는 것이라는 점에서, 추후 그 내용이 구체화될 것이 예정되어 있다.

권리변동계획을 수립하여 사업시행인가 또는 행위허가를 받은 이후, 사업시행자는 매도청구권 행사 및 감정평가 등의 절차를 거쳐 조합원들의 권리배분에 관한 사항을 보다 구체적으로 확정한다. 그리고 사업시행자는 권리변동계획의 변경안을 수립하여 총회의 결의를 받는다. 실무상 이를 ‘분담금 확정총회’라고 한다.

재건축사업의 경우에 비추어 보면, 리모델링사업에서 권리배분 절차에 대한 공법적 통제가 상대적으로 약하다는 점을 알 수 있다. 재건축사업에서 관리처분계획은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 권리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용 분담에 관한 사항 등을 정하는 구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다.³³⁾ 관리처분계획을 통해 소유권의 귀속 및 비용 부담에 관한 사항이 결정되면, 이는 이전고시와 청산금부과처분에 의해 집행된다.³⁴⁾

그런데 세대수 증가형 리모델링에서 권리변동계획은 증축 및 대수선 결과 나타나게 될 건축물의 개요조차 정해지지 않은 시점(행위허가 및 사업시행인가 전)에 수립된다. 따라서 그 내용은 매우 개략적인 수준이 될 수밖에 없고, 이는 사업시행계획의 인가 이후 수립되어 조합원의 권리배분에 관한 사항을 구속적으로 정하는 재건축사업에서의 관리처분계획과는 차이가 있다.³⁵⁾ 즉, 도시정비법은 제76조에서 관리처분계획의 수립기준을 상세하게 정하고 있다. 비록 주택법 제67조 및 시행령 제77조 또한 권리변동계획에 포함되어야 하는 사항에 관하여 정하고 있지만, 도시정비법과 비교해 보면 리모델링사업의 권리변동계획의 수립기준에 관한 규율은 거의 없다고 보아도 과언이 아니다.

한편, 세대수 증가형 리모델링사업에서 전유부분의 면적이 변경되는 경우에 대지사용권의 변동 여부는 권리변동계획으로써 정하는 것이 원칙이나(주택법 제76조 제1항), 이는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라고 한다) 제28조에 따른 규약으로써 달리 정할 수 있다(제3항). 즉, 대지사용권과 관련하여서는 집합건물법상 규약이 권리변동계획에 우선하게 되므로, 재건축사업

31) 김종보, “관리처분계획의 처분성과 공정력”, 『행정법판례연구』 제7집(2002. 12.), 320면.

32) 강신은 / 전연규, 앞의 책(주17), 252면.

33) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2022다206391 판결.

34) 김종보, 앞의 책(주6), 603면.

35) 권리배분의 기준을 마련하는 시점이 사업시행계획의 인가에 선행한다는 측면에서는, 세대수 증가형 리모델링사업의 권리배분 절차에 관한 규율은 ‘빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법’ 소정의 소규모주택정비사업과 유사하다(법 제29조, 제30조).

의 경우보다 조합원들의 자율성이 강조되는 것이다.³⁶⁾

나아가 관리처분계획 이후 이전고시 및 청산금부과처분이라는 고권적 처분을 통해 권리배분에 관한 사항이 집행되는 재건축사업과 달리, 리모델링사업의 사업시행자는 사업계획승인 또는 행위허가 이후 조합원들의 권리배분에 관한 사항을 보다 구체적으로 확정하는 권리변동계획의 변경안을 수립하여 총회의 의결을 받는 절차를 거친다. 따라서 사업시행자가 수립한 권리변동계획의 내용이 조합원들의 총의에 따라 변경될 가능성이 남아 있다. 그리고 이와 같이 권리변동계획이 수정되는 경우 행정청으로부터 행위허가 또는 사업계획승인에 대한 변경허가를 받아야 하는지 여부는 분명하지 않고, 실무상 이러한 변경허가를 받는 경우는 거의 발견되지 않는다.³⁷⁾

그리고 이상과 같이 수립된 권리변동계획은 재건축사업에서의 이전고시를 대체하여 그 자체로 집행행위로서의 역할을 수행하는 것으로 볼 여지가 있는데(주택법 제76조 제6조38),³⁹⁾ 이와 같은 집행 단계에서도 조합원의 권리배분에 관한 공법적 체계를 찾아보기 어렵고, 매우 모호한 형태로 실무가 운용되고 있다.

요컨대, 주택법령은 리모델링사업에서의 권리배분 절차를 공법적으로 충분히 규율하지 못하고 있고, 조합 규약(정관)과 총회 결의가 이를 상당 부분 대체하고 있다.

3. 권리배분기준 수립의 필요성

(1) 권리배분의 복잡화

세대수가 증가하지 않는 리모델링은 사업이 완료된 이후 조합원들이 원칙적으로 자기 소유 호실에 재입주하는 것을 전제로 추진되어 왔고, 따라서 권리배분절차를 마련할 필요가 없었다. 그러나 당시에도 주차공간 확보 등을 목적으로 지상 1층을 필로티 구조로 설계하는 경우가 있었는데, 이 경우 아파트의 층수가 1개 층씩 상향 조정되어 신·구 주택의 동호수가 변경되었다. 나아가 조합이 매도청구권을 행사하여 주택을 취득할 가능성도 열려있었다. 이와 같이 예외적인 경우에 권리배분을 어떻게 할 것인지에 관하여 주택법은 침묵하고 있었고, 조합 총회에서 권리배분에 관한 사항을 결의한 다음 기존의 건축물대장에 변동사항을 반영하는 등의 임의적 방법으로 문제를 해결하고 있었다.

세대수 증가형 리모델링을 도입하는 과정에서, 신규 주택의 분양에 관한 기준을 수립하고, 앞서 언급한 예외적 유형의 사업에서 발생하는 권리배분 관련 문제를 해결하기 위해 주택법에 권리변동계획 수립의무를 신설하였다. 그런데 세대수 증가형 리모델링사업 또한 원칙적으로 조합원들은 자기 소유 호실에 재입주하고, 새로 건설하는 주택은 일반분양할 것을 상정한 제도였다. 따라서 세대수 증가형 리모델링사업에서도 조합원 간에 사업비를 분담하거나 일반수분양자에게 신규 주택과 대지지분을 일부 분배하는 것을 넘어, 재건축사업에서의 관리처분계획에 준하는 정교한 권리배분을 실현할 필요성은 없는 것으로 이해되어 왔다.

그런데 오늘날에 추진되는 세대수 증가형 리모델링사업은 기존 주택의 유지·보수보다는 개발사업으로서의 성격이 강조되고, 조합원들의 의사 또한 그러하다. 즉, 조합원들은 리모델링사업을 자신이 소유한 주택을 개·보수한 다음 재입주하는 것으로 인식하지 않고, 주택을 출자하여 공사를 추진하고 새로운 주택을 분양받는 과정에서 개발이익을 수취할 것을 기대한다.

그리고 이에 따라 조합원의 권리변동의 양상은 복잡해지고 있다. 예컨대, 과거에 예외적으로만 추진되었던 지상 1층의 필로티 구조 설계는 매우 일반적인 사업방식으로 자리잡게 되었고, 기존의 지상 1층 공간에는 대규모 커뮤니티 공간이 조성된다. 또는, 과거에 비해 건축법령 상 일조권에 관한 규정 또는 지구단위계획에 따른 건축물의 고도에 관한 규율이 강화되어, 리모델링사업을 통해 최상층의 일부 세대를 멸실시킴에 따라 세대구성원의 동호수가 변경되는 경우도 상정할 수 있다.

나아가 사업시행자가 수립하는 권리변동계획의 구체적인 내용에 따라 조합원 간 이해관계가 대립할 수 있다. 예컨대, 수직증축형 리모델링에서 3개 층이 증축되는 경우, 일부 조합원들은 일반분양 수입을 확보하기 위해 증축된 최상부의 3개 층을 일반분양하는 것을

36) 오미정, “리모델링주택조합의 법적 성격”, 『서강법률논총』 제11권 제1호(2022. 6.), 228면.

37) 사업계획 승인을 받은 후 권리변동에 관한 내용이 다소 변경되었다고 하더라도 재차 행정청으로부터 사업계획 승인을 받을 필요는 없다는 취지로, 서울서부지방법원 2023. 6. 22. 선고 2021가합36243 판결(확정) 참조.

38) 제76조(공동주택 리모델링에 따른 특례) ⑥ 권리변동계획에 따라 소유권이 이전되는 토지 또는 건축물에 대한 권리의 확정 등에 관하여는 「도시 및 주거환경정비법」 제87조를 준용한다. 이 경우 “토지등소유자에게 분양하는 대지 또는 건축물”은 “권리변동계획에 따라 구분소유자에게 소유권이 이전되는 토지 또는 건축물”로, “일반에게 분양하는 대지 또는 건축물”은 “권리변동계획에 따라 구분소유자 외의 자에게 소유권이 이전되는 토지 또는 건축물”로 본다.

39) 현행 주택법 제76조 제6항에 따르면 권리변동계획 자체로서 소유권 이전이 발생하는 것으로 해석되고, 그에 따른 권리를 확정하기 위한 도시정비법 제87조만이 준용된다. 그러나 소유권 이전 이후의 등기절차에 관한 근거규정이 미비하다는 점이 지적되었다. 이에, 리모델링사업에 이전고시 및 그에 따른 등기절차에 관한 도시정비법 제86조 및 제88조를 함께 준용하도록 하는 주택법 일부개정법률안이 2023. 1. 26. 발의되어(의안번호 2119627, 김병욱 의원 등 11인 제안), 소관위 심사 중이다.

원하는 반면, 나머지 조합원들은 기존 조합원들이 3개 층씩 수직 이동하고 기존의 최하위 3개 층을 일반분양하는 것을 원할 수 있다. 한편, 특정 조합원이 자기 소유 호실에 재입주하는 대신에 조합이 매도청구권을 행사함으로써 취득하게 된 부동산이나 별도 증축을 통해 새롭게 분양대상이 된 부동산을 분양받겠다고 주장할 수도 있다.

(2) 권리변동계획의 공법적 통제

세대수 증가형 리모델링사업에서 다양한 형태의 권리배분이 가능하다는 점은 개별 리모델링사업의 여건에 맞게 탄력적으로 사업을 추진할 수 있는 토대가 된다. 그러나 권리배분의 구체적 내용이 개발사업에 관한 공법 체계에 비추어 부적절한 경우에는 이를 통제할 필요가 있다. 구체적으로, 권리변동계획의 내용이 일부 조합원의 재산권을 본질적으로 침해하거나, 타 조합원과의 형평을 현저히 해치게 될 수 있다. 이러한 형태의 권리변동계획을 수립하는 것은 허용될 수 없다는 것이 상식에 부합하고, 재건축 결의에 있어 각 구분소유자 사이에 형평을 도모해야 한다는 집합건물법 제47조 제4항의 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

그런데 문제는, 세대수 증가형 리모델링계획의 권리변동계획의 구체적 기준에 관하여는 주택법령에서 정하고 있는 바가 없다는 것이다. 결국 현행 제도 상 조합원의 권리배분에 관한 사항은 조합 규약(정관) 및 조합원 총회의 결의를 통해 자유롭게 결정할 수 있는 것으로 해석할 수밖에 없다. 이는 도시정비법이 재건축사업의 관리처분계획을 수립함에 있어 준수해야 할 사항을 세부적으로 정하고 있는 점(제76조)과 대조된다.

이와 같이 세대수 증가형 리모델링사업에서의 권리배분 과정 전반에 걸친 공법적 규율의 공백으로 인하여, 재산권을 침해당하는 조합원의 입장에서는 권리변동계획의 내용이나 이를 승인한 총회 결의의 효력을 다룰 법적 근거가 모호하고, 결국 공법적 관점에서 허용될 수 없는 내용의 권리변동계획이 그대로 관철될 위험이 있다.

세대수 증가형 리모델링사업에서의 권리관계 변동을 규율하기 위한 제도를 확충하고자 「공동주택 리모델링에 관한 특별법안」 제정안이 제안되기도 하였으나(의안번호 2114285, 김병욱 의원 등 11인 제안), 기존의 주택법 조문과 비교하여 큰 차이가 없고 여전히 권리변동계획의 내용에 관하여 구체적인 지침을 제시하지 못하고 있다. 세대수 증가형 리모델링을 통해 신축되는 건축물과 그 대지를 균형있게 배분하고 그 합리적 이용을 도모해야 할 필요성은 점차 중대해지고 있는바, 이에 대한 입법적 보완과 후속적인 법리 연구가 필요하다.

V. 결론

1. 리모델링사업 목적의 변화

리모델링 제도는 공동주택의 무분별한 재건축을 방지하기 위한 대안으로 설계되었고, 노후화된 주택의 유지·관리를 목적으로 하였다. 이후 구분소유자들의 사업비 부담을 경감하여 제도의 실효성을 확보하고자 세대수 증가형 리모델링제도를 도입하였으나, 이로써 주택의 유지·관리행위로서의 성격을 본질적으로 변화시키고자 한 것은 아니었다. 그런데 재건축사업을 억제하고 리모델링사업을 장려하기 위해 부여되는 각종의 혜택에 힘입어, 시장참여자들은 점차 재건축사업을 우회하여 대규모의 개발사업을 추진하기 위해 세대수 증가형 리모델링제도를 활용하기 시작하였다. 이에 오늘날의 세대수 증가형 리모델링사업은 재건축사업과 유사하게 주택단지를 전면적으로 개발하는 형태를 취하게 되었다.

2. 리모델링사업의 승인 기준

기존의 유지·관리형 리모델링사업은 주택법상 행위허가 제도로 규율되었다. 세대수 증가형 리모델링 제도가 도입되면서 리모델링 사업을 도시계획적 심사의 대상으로 삼고 신규 주택의 분양절차를 규율할 필요가 있었다. 이에 ‘증가하는 세대수가 30세대 이상’인 세대수 증가형 리모델링사업에 대하여는 주택법상 사업계획의 승인을 받도록 규정하였다. 그러나 주택단지 전체의 존속에 영향을 미치는 개발사업형 리모델링사업은 증가하는 세대수가 30세대 미만이라도 사업의 내용을 도시계획적으로 심사할 필요가 크다. 따라서 현행법상 사업계획승인의 대상을 이와 같은 정량적 기준으로 선정하는 것은 제도의 취지에 부합하지 않는다. 유지·관리형 리모델링사업과 개발사업형 리모델링사업의 차이점을 명확히 인식하고, 장기적으로 제도를 이원화하여 그에 맞는 승인 기준을 수립하는 것이 필요하다.

3. 권리배분절차의 공법적 규율

종전의 리모델링사업에서는 조합원 간 공사비를 어떻게 분담할 것인지가 문제되었을 뿐, 공사가 완료된 주택을 배분하는 기준을 상세하게 수립할 필요는 없었다. 그러나 세대수 증가형 리모델링사업이 도입되고 점차 개발사업으로서의 성격을 갖게 되면서 조합원들이 타인이 소유하였던 호실이나 신축된 호실을 배정받을 가능성이 증가하였고, 이와 같은 권리변동의 양상은 점차 복잡해지고 있다. 특정 내용의 권리변동계획이 수립되면 그에 따라 조합원 간 이해관계가 대립하고 분쟁이 발생할 수 있음에도 불구하고, 주택법령은 권리변동계획의 수립기준에 관하여 아무런 지침을 제시하지 못하고 있다. 리모델링사업을 통해 신축되는 건축물과 그 대지를 균형있게 배분하고 그 합리적 이용을 도모하기 위한 공법적 규율을 확충해야 한다.

투고일 2024. 2. 24. 심사완료일 2024. 3. 8. 게재확정일 2024. 3. 14.

참고문헌

- 강신은 / 전연규, 『공동주택 리모델링 해설서』, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2004.
- 김종보, 『건설법의 이해』 (제7판), 북포레, 2023.
- 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』 22권(2000. 12.).
- 김종보, “관리처분계획의 처분성과 공정력”, 『행정법판례연구』 제7집(2002. 12.).
- 김종보, “개발법제의 변천과정과 주택시장통제”, 『중앙법학』 제5집 제1호(2003. 7.).
- 김종보, “지역조합 사업주체의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(2007. 6.).
- 김종보, “공용환경의 개념과 법적 효과”, 『행정법연구』 제31호(2011. 12.).
- 오미정, “리모델링주택조합의 법적 성격”, 『서강법률논총』 제11권 제1호(2022. 6.).
- 주동진, “아파트건설사업 유형에 대한 공법적 연구: 아파트 용지확보 제도를 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2023.
- 서울특별시, 『2030 서울특별시 공동주택 리모델링 기본계획』, 서울특별시, 2023.

ABSTRACT

Public Law Regulations on Household-Increasing Remodeling Projects

Kim, Beumjun*

The public law regulations for remodeling projects were introduced to improve residential environments through the development and maintenance of multi-family housing, and to prevent low-quality reconstruction projects. Remodeling projects were initially focused on preserving and managing multi-family housing, and so did the "household-increasing remodeling," which was introduced to activate remodeling projects. Notwithstanding, nowadays, household-increasing remodeling projects are more akin to reconstruction projects because they involve the reconstruction of new apartments and, simultaneously, a comprehensive reconstruction of housing complexes. Despite similarities, remodeling projects are governed by the Housing Act and subject to weaker public law regulations, while reconstruction projects are governed by the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments and subject to stronger regulations. To initiate a household-increasing remodeling project for increasing household numbers by 30 or more, it is necessary to secure project plan "approval"; if the household number increase is less than 30, it is necessary to secure a "permission". The "permission" relates to building management activities, whereas an "approval" involves a comprehensive assessment of the residential area in light of urban planning. Remodeling projects are also examined differently based on whether they affect the entire housing complex. Still, distinguishing the procedure for project initiation based on the increase in household numbers may not be rational and can lead to regulatory arbitrage. Traditionally, remodeling projects involved minimal changes in property ownership because the residents came back to their remodeled houses. This led to less attention being given to post-project rights, and although the Housing Act mandates the establishment of a "plan to alter rights" for household-increasing remodeling projects, it fails to establish the details. As household-increasing remodeling projects are becoming more similar to reconstruction projects, the uncertainty has intensified regarding resident rights assignment. These uncertainties can lead to disputes among residents regarding the content of plans to alter rights. Currently, there is a need for more detailed legal regulations to enable the reasonable assignment of rights among residents regarding newly constructed buildings and their land. This can foster efficiency in the use of these buildings and land in remodeling projects.

Keywords: Remodeling, Housing Act, Permission, Approval of Project Plan, Rights Assignment, Plans to Alter Rights

* Attorney at Law, LEE&KO

논문 / ARTICLE

가설건축물의 증축에 대한 통제

심규현*

국문초록

건축법은 건축물과 구별하여 가설건축물에 관한 조항을 별도로 마련하고 있으면서도(제20조) 가설건축물이 무엇인지 별도로 정의하지 않는다. 따라서 가설건축물을 건축물과 어떻게 준별할 것인지에 관한 해석의 문제가 발생하는데, 이에 대하여 통용되는 견해는 건축법 제2조가 정의하는 건축물의 요건 중 “토지에 정착”이라는 요건을 결한 공작물이라고 보는 것이 일반적인 견해이다. 그런데 “토지에 정착”이라는 요건은 어떠한 판단기준에 따라 일률적으로 평가할 수 있는 성질의 것이 아니며, 공작물의 규모, 형태, 구조, 재료, 용도 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 개념상, 그리고 실질적으로, 기존에 존재하던 가설건축물을 증축한 결과 증축 전에는 갖추지 못하였던 “토지에 정착”이라는 요건을 갖추게 될 여지가 있는 것이다. 이렇게 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우 건축허가나 건축신고가 필요하다는 점은 당연할 것이나, 허가(신고)의 내용과 대상이 무엇이 되어야 하는지에 대하여는 조금 더 깊게 생각해 볼 필요가 있다. 가설건축물을 증축한 결과 탄생한 공작물이 건축법상 건축물의 요건을 모두 충족하게 되었다면, 증축 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당한다고 볼 수 있지만, 건축허용성을 부여한다는 관점에서는 존재하지 않던 건축물이 신축된 것에 준하므로, 건축허가의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 할 것이다. 다만, 가설건축물의 증축을 위해 신축을 내용으로 하는 건축허가가 필요하다는 점이, ‘가설건축물을 증축하는 방법으로는 건축물을 신축할 수 없다’는 결론으로 이어질 필요는 없다.

주제어 : 가설건축물, 증축, 건축법, 건축허가, 기한부건축물



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240003>

Received: February 24, 2024

Revised: March 10, 2024

Accepted: March 15, 2024

Copyright © 2024 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

목차

I. 서론

II. 가설건축물의 개념과 유형

III. 가설건축물의 증축

IV. 가설건축물의 위법한 증축에 대한 통제

V. 결론

* 법무법인(유한) 태평양 변호사

I. 서론

기존의 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우, (1) 증축부분에 대한 건축허가, (2) 증축부분을 포함한 건축물 전체에 대한 건축허가 중 어떠한 허가를 발급받아야 하는가. 만약 건축물 전체에 대한 허가를 발급받는 경우, 허가의 대상은 건축물의 증축행위인가, 아니면 신축행위인가. 이 글은 위와 같은 문제의식에서 출발하며, 그 배경¹⁾을 조금 더 자세히 설명하자면 다음과 같다.

건축법은 건축물과 구별하여 가설건축물에 관한 조항을 별도로 마련하고 있으면서도(제20조) 가설건축물이 무엇인지 별도로 정의하지 않는다. 따라서 가설건축물을 건축물과 어떻게 준별할 것인지에 관한 해석의 문제가 발생하는데, 이에 대하여 통용되는 견해는 건축법²⁾이 정의하는 건축물의 요건 중 “토지에 정착”이라는 요건을 결한 공작물이라고 보는 것이 일반적인 견해이다.

그런데 “토지에 정착”이라는 요건은 어떠한 판단기준에 따라 일률적으로 평가할 수 있는 성질의 것이 아니며, 공작물의 규모, 형태, 구조, 재료, 용도 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 개념상, 그리고 실질적으로, 기존에 존재하던 가설건축물을 증축한 결과 증축 전에는 갖추지 못하였던 “토지에 정착”이라는 요건을 갖추게 될 여지가 있는 것이다. 이렇게 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우 건축허가나 건축신고가 필요하다는 점은 당연할 것이나, 허가(신고)의 내용과 대상이 무엇이 되어야 하는지에 대하여는 조금 더 깊게 생각해 볼 필요가 있다. 이 문제는 또한 별도의 허가 없이 가설건축물을 증축한 결과 완성된 공작물이 건축물에 해당하는 경우 그 사후 처리를 어떻게 하여야 하는지의 문제와도 연결된다.

II. 가설건축물의 개념과 유형

1. 가설건축물의 의의

건축물이란 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등을 말한다(건축법 제2조 제1항 제2호). 이에 따라 건축물의 개념요소로는 ① 일정한 공작물로서 토지에 정착할 것, ② 지붕과 기둥 또는 벽(혹은 이와 유사한 수준의 구조물)이 있을 것이 요구되며, 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 그 특성상 ③ 사람이 머물 수 있는 구조일 것, ④ 자체로서 독립성을 가질 것 또한 요구된다고 볼 수 있다.³⁾

건축법은 제20조에서 통상적인 건축물의 건축행위와 구분하여 가설건축물의 건축 및 축조에 관해 다음과 같이 규정한다.

건축법 제20조(가설건축물) ① 도시·군계획시설 및 도시·군계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

② 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 해당 가설건축물의 건축이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 제1항에 따른 허가를 하여야 한다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제64조에 위배되는 경우
2. 4층 이상인 경우
3. 구조, 존치기간, 설치목적 및 다른 시설 설치 필요성 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준의 범위에서 조례로 정하는 바에 따르지 아니한 경우
4. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 따른 제한규정을 위반하는 경우

③ 제1항에도 불구하고 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 존치 기간, 설치 기준 및 절차에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고한 후 착공하여야 한다.

④ ~ ⑦ <생략>

위 조항에 따르면, 도시·군계획시설 및 도시·군계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하는 경우 (건축)허가를 받아야 하며(제1항), 허가청은 법률에 규정된 불허가사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다(제2항). 한편, 도시·군계획시설(예정지) 해당 여부와는 무관하게

1) 관련 쟁점이 문체된 사건이 현재 서울행정법원에 계류 중이다. 아직 제1심이 진행 중인 관계로 사실관계를 소상히 밝히기는 어려우나, 해당 사건에서는 건축주가 가설건축물을 증축하려는 과정에서 허가청이 건축허가 신청을 요구하였고, 건축주는 허가청으로부터 ‘신축’에 대한 허가를 받은 다음 기존의 가설건축물을 증축하였다. 허가청은 ‘신축’허가가 발급되었으므로 건축주는 기존의 가설건축물을 철거한 다음 새로이 건물을 건축하여야 함에도 기존의 가설건축물을 위법하게 증축하였다는 이유로 건축법에 따라 복수의 제재처분을 하였으며, 건축주는 해당 처분들의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

2) 제2조 제1항 제2호.

3) 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004. 10.), 346면.

법률이 정하는 일정한 종류의 가설건축물(재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도)을 “축조”하려는 경우에는 허가 없이 신고만으로 착공할 수 있다(제3항).

가설건축물에서 ‘가설(假設)’은 사전적으로는 ‘임시로 설치’함을 의미한다. 건축법이 통상의 건축물과는 구분하여 가설건축물을 규정하고 이에 대하여 완화된 규정을 적용하는 것은 가설건축물이 통상의 건축물이 갖춰야 할 개념요소 중 일부를 갖추지 않고 있으며, 이에 따라 건축물의 안전을 확보하고 편리·쾌적·미관·기능 등 사용가치를 유지·향상시키기 위하여 필요한 사항을 규율하는(건축법 제1조) 건축법상의 공법적 규제를 엄격하게 적용할 필요가 없다는 점에서 기인한 것이다. 관련하여 실무에서는 가설건축물의 개념을 “임시로 설치한 건축물”에 국한하여 건축물을 구성하는 다른 개념요소와 무관하게 이해하기도 하나,⁴⁾ 이와 같이 개념화하는 경우 건축법 제20조가 규율대상으로 삼는 가설건축물 중 오직 일부만 포섭할 수 있게 된다.

2. 건축물과 가설건축물의 구별

건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항은 신고 후 착공 대상인 가설건축물의 예시로서 가설전람회장(영 제15조 제5항 제2호), 전시를 위한 견본주택(제4호), 컨테이너 또는 이와 비슷한 것으로 된 가설건축물로서 임시사무실·임시창고 또는 임시숙소로 사용되는 것(제8호) 등을 들고 있다. 이들 건축물은 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 구조물로서, 사람이 머무를 수 있고, 다른 건축물이나 구조물에 연속하지 않고 자체로서 독립성을 갖고 있다는 점에서 전술한 건축물의 개념요소 중 “토지에 정착할 것”을 제외한 모든 요소를 충족한다. 이러한 규정의 내용에 비추어 볼 때, 가설건축물과 건축물을 나누는 가장 중요한 구별 기준은 토지에 정착하는지 여부라 할 수 있다.

토지에 정착한다는 개념은 통상적인 건축물의 건축 과정에서 토지를 굴착하여 기초공사를 거치게 된다는 점에서 착안한 것이며, 이에 따라 “정착”이라는 것은 건축물이 어느 정도의 영속성을 확보하여 토지에서 쉽게 분리되지 않음을 의미하는 것이라 볼 수 있다.⁵⁾ 다만, 이와 같이 해석하는 경우에도 구체적으로 어느 정도의 영속성을 확보하여야 “정착”의 정도에 이른다고 볼 수 있는지의 문제가 여전히 남게 된다. 관련하여 대법원은 건축법 제2조 제2항의 “토지에 정착하는 공작물”이란 “반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다”라고 하여,⁶⁾ “정착”의 개념징표로서 ① 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, ② 상당 기간 일정한 장소에 고정되어 있어야 한다는 점을 제시하였다.⁷⁾ 즉, 공작물이 이동이 용이하지 않을 정도로 토지에 물리적으로 고정되어야 하며, 시적으로는 일정 기간 이상 존속하여야 할 뿐만 아니라, 이러한 물리적, 시적 특성이 외견상으로도 드러나야 한다는 것이다.

위 판결이 제시한 바와 같이 ‘정착’의 판단 기준을 ① 토지에 대한 고정의 정도와 ② 존치기간(이 정해져 있는지 여부)으로 본다면, 위 두 요건이 모두 충족되지 않은 경우에만 가설건축물로 볼 것인지, 혹은 두 요건 중 하나라도 충족되지 않는 경우에는 건축법상 건축물의 요건에 부합하지 않는 것이므로 가설건축물로 보아야 할 것인지가 문제된다. 이는 가설건축물의 유형과 연결되는 문제로서, 목차를 바꿔서 살펴본다.

3. 가설건축물의 유형

(1) 유형적 구분의 필요성

건축법은 가설건축물의 개념징표나 유형에 대하여는 별도로 규정하지 않고 있으나, 제20조 제1항에 따른 가설건축물과 동조 제3항에 따른 가설건축물을 개념상 준별하는 태도를 취하고 있으며(이를테면, 전자의 경우 가설건축물의 “건축”을 위하여 허가를 받아야 한다고 규정하는 반면, 후자의 경우 “축조”를 할 때에는 이를 신고하여야 한다고 규정한다), 연혁적으로도 제1항과 제3항의 가설건축물

4) 배선혜 / 이여경 / 김민지, “가설건축물 제도의 문제점 및 개선방안 연구”, 『대한건축학회논문집』 제39권 제9호(2023. 9.), 15면.

5) 김종보, 앞의 글, 346면.

6) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도945 판결.

7) 대법원은 또한 가설건축물에 법정지상권(민법 제366조)이 성립할 수 있는지가 문제된 사안에서 “가설건축물은 임시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있”으므로 “토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다”라고 판시하여, (비록 민사 판결이기는 하나) 일정한 단기의 존치기간이 정해져 있는 건물은 모두 토지에 정착되어 있지 않은 것이라는 입장을 취하고 있다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다224821 판결 등).

은 서로 다른 유형의 가설건축물을 규율하기 위한 목적에서 도입된 것이다.⁸⁾

건축법 제20조 제1항은 도시·군계획시설(예정지)에서 가설건축물을 건축하려는 자는 허가를 받아야 한다고 규정하며, 제3항은 “제1항에도 불구하고” 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 신고한 후 착공하여야 한다고 규정한다. 건축법은 위 두 조항 외에 가설건축물의 건축 또는 축조를 위하여 필요한 요건을 규정하지 않고 있으므로, 건축법상 가설건축물은 크게 (i) 도시·군계획시설(예정지)상에 건축되는 것으로서 허가 대상인 가설건축물, (ii) 일정한 목적에 따라 축조되는 것으로서 신고 대상인 가설건축물, (iii) 그 외의 가설건축물로 나누어진다.⁹⁾

비록 건축법은 위 (i)과 (ii) 두 유형을 모두 “가설건축물”로 지칭하나, 건축법의 규정 내용을 살펴보면 위 (i)과 (ii)가 동일한 법적 특성을 갖는다고 보기 어렵다. 구체적으로 살펴보면, 건축법 제20조 제1항이 규정하는 가설건축물은 시·군계획시설(예정지)에 건축되어 도시·군계획시설사업이 진행되는 경우 철거가 예정되어 있다는 점이 가장 핵심적인 개념징표이며, 이를 전제로 구조, 존치기간, 건축목적 등에 일정한 제한이 부과된다(영 제15조 제1항). 반면 제3항은 통상적인 건축물에 비하면 ‘정착’의 정도가 낮은 일정한 구조물들을 열거하면서 이러한 가설건축물의 축조를 위하여는 착공 전에 신고를 하여야 하고, 다만 그 존치기간은 원칙적으로 3년 이내로 하여야 한다고 규정한다(영 제15조 제7항). 건축법은 또한 제1항에서는 “건축”한다는 표현을 사용하며 이를 허가의 대상으로 규정하는 반면, 제3항에서는 “축조”라는 표현을 사용하며 일정한 경우 신고가 필요하다고 규정하는데, 이는 제1항과 제3항에서 각각 규정하는 가설건축물이 서로 다른 유형의 공작물을 전제하고 있음을 의미한다.

이상 살펴본 것처럼 건축법이 서로 다른 유형의 가설건축물들을 준별하지 않는 것에 관하여, 건축법상 건축물의 외형적, 구조적인 요건을 모두 충족하였으나 단지 존치기한이 정해져 있을 뿐인 건축물—즉, 위 (i) 유형의 가설건축물—은 ‘기한부건축물’로, ‘토지에 정착’이라는 요건을 결한 공작물—즉, 위 (ii), (iii) 유형의 가설건축물—은 ‘좁은 의미의 가설건축물’로 구분하여 칭할 수 있다는 분석이 유력하다.¹⁰⁾ 본 글에서도 위와 같은 가설건축물의 유형화를 따른다.

(2) 좁은 의미의 가설건축물

건축물의 성립요건을 모두 갖추었으나 ‘토지에 정착’이라는 요소를 결하는 건축물 내지 구조물을 의미한다. 건축법은 경찰법으로서 국민의 기본권을 제한하는 법령인바, 건축법이 건축허가 또는 신고의 대상으로 삼거나 그 외 명시적으로 금지하지 않는 건축(축조) 행위는 자유롭게 허용된다고 보아야 한다.¹¹⁾ 좁은 의미의 가설건축물은 건축물의 성립요건을 충족하지 못한 것으로서 당연히 통상의 건축물을 전제로 하는 건축허가(건축법 제11조)나 건축신고(제14조)의 대상이 아니므로, 원칙적으로 자유롭게 건축할 수 있다.

다만, 건축법 제20조 제3항은 “재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물”을 축조하려는 자는 착공 전에 신고를 하여야 한다고 규정하며, 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물은 존치기간이 3년으로 제한되어 있다(영 제15조 제7항). 동법 시행령 제15조 제5항에 따라 신고 대상인 가설건축물은 다음과 같다.¹²⁾

1. 재해가 발생한 구역 또는 그 인접구역으로서 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 지정하는 구역에서 일시사용을 위하여 건축하는 것
2. 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 도시미관이나 교통소통에 지장이 없다고 인정하는 가설흥행장, 가설전람회장, 농·수·축산물 직거래용 가설점포, 그 밖에 이와 비슷한 것
3. 공사에 필요한 규모의 공사용 가설건축물 및 공작물
4. 전시를 위한 견본주택이나 그 밖에 이와 비슷한 것

8) 김중보, 앞의 글, 350-351면 등 참조.

9) 건축법 제20조는 가설건축물을 포괄적으로 규정하지 않으므로 위 조항의 적용을 받지 않는 가설건축물이 존재하며, 이들에 대하여는 원칙적으로 신고나 허가 없이 건축 또는 축조할 수 있다고 보아야 한다.

10) 김중보, 앞의 글, 349면. 인천지방법원 2010. 6. 10. 선고 2009구합564 판결, 수원지방법원 2020. 2. 14. 선고 2019구합65864 판결, 부산지방법원 2021. 6. 24. 선고 2021구합20499 판결 등 일부 하급심 판결에서도 그 용례를 찾을 수 있다.

11) 김중보, 앞의 글, 355면.

12) 건축법은 2014년 “국민중심 원칙허용 인·허가제도를 도입하여 국민이 경제활동에 필요한 가설건축물을 활용할 수 있도록” 한다는 목적에서 가설건축물의 원칙 허가제를 도입하였다. 개정 법률은 제20조 제2항을 신설하여 법령에 명시되지 아니한 사유를 들어 행정청이 자의적으로 기한부건축물의 건축허가를 거부할 수 없도록 규정하였다. 그뿐만 아니라, 협의의 가설건축물에 관한 기존 제2항을 제3항으로 옮기면서 “제1항의 규정에 의한 가설건축물 외에” 부분을 “제1항에도 불구하고”라고 개정하였는데, 이에 따라 제20조 제3항은 동조 제1항에 대한 예외규정의 성격을 갖게 되어, 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등을 도시·군계획시설(예정지)에 축조하려는 경우 제3항이 우선하여 적용되어, 별도의 허가 없이 착공 전 신고로 족한 것으로 해석할 수 있게 되었다.

5. 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 도로변 등의 미관정비를 위하여 지정·공고하는 구역에서 축조하는 가설점포(물건 등의 판매를 목적으로 하는 것을 말한다)로서 안전·방화 및 위생에 지장이 없는 것
6. 조립식 구조로 된 경비용으로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 10제곱미터 이하인 것
7. 조립식 경량구조로 된 외벽이 없는 임시 자동차 차고
8. 컨테이너 또는 이와 비슷한 것으로 된 가설건축물로서 임시사무실·임시창고 또는 임시숙소로 사용되는 것(건축물의 옥상에 축조하는 것은 제외한다. 다만, 2009년 7월 1일부터 2015년 6월 30일까지 및 2016년 7월 1일부터 2019년 6월 30일까지 공장의 옥상에 축조하는 것은 포함한다)
9. 도시지역 중 주거지역·상업지역 또는 공업지역에 설치하는 농업·어업용 비닐하우스로서 연면적이 100제곱미터 이상인 것
10. 연면적이 100제곱미터 이상인 간이축사용, 가축분뇨처리용, 가축운동용, 가축의 비가림용 비닐하우스 또는 천막(벽 또는 지붕이 합성수지 재질로 된 것과 지붕 면적의 2분의 1 이하가 합성강판으로 된 것을 포함한다)구조 건축물
11. 농업·어업용 고정식 온실 및 간이작업장, 가축양육실
12. 물품저장용, 간이포장용, 간이수선작업용 등으로 쓰기 위하여 공장 또는 창고시설에 설치하거나 인접 대지에 설치하는 천막(벽 또는 지붕이 합성수지 재질로 된 것을 포함한다), 그 밖에 이와 비슷한 것
13. 유원지, 종합휴양업 사업지역 등에서 한시적인 관광·문화행사 등을 목적으로 천막 또는 경량구조로 설치하는 것
14. 야외전시시설 및 촬영시설
15. 야외휴연실 용도로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 50제곱미터 이하인 것
16. 그 밖에 제1호부터 제14호까지의 규정에 해당하는 것과 비슷한 것으로서 건축조례로 정하는 건축물

(3) 기한부건축물

기한부건축물은 도시·군계획시설(예정지) 내에는 원칙적으로 건축행위가 금지되어 있음에도 불구하고,¹³⁾ 건축법 제20조 제1항의 허가를 받아 건축할 수 있는 가설건축물이다. 동조 제2항 및 동법 시행령 제1항에 따른 기한부건축물 건축허가의 요건은 다음과 같다.

- (1) 4층 이상이 아닐 것
- (2) 철근콘크리트조 또는 철골철근콘크리트조가 아닐 것
- (3) 존치기간은 3년 이내일 것¹⁴⁾
- (4) 전기·수도·가스 등 새로운 간선 공급설비의 설치¹⁵⁾를 필요로 하지 아니할 것
- (5) 국토계획법 제64조(도시·군계획시설 부지에서의 개발행위)에 위배되지 않을 것¹⁶⁾

기한부건축물은 토지에 정착하고 있는 건축물에 대하여 그 존치기간을 제한하고 있을 뿐이어서, 존치기간을 제외하면 통상의 건축물과 구별되지 않는다고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 하지만 기한부건축물에 대하여도 토지에 대한 ‘정착’의 강도를 제한하기 위하여 규모(3층 이하 일 것)와 구조(철근콘크리트조가 아닐 것)에 일정한 제한을 두고 있다는 점에서, 기한부건축물이 토지에 정착한 정도를 통상의 건축물과 동일하다고 평가할 수는 없다는 분석도 가능하다.

나아가, 토지에 정착한다는 것은 구조물이 토지에 물리적으로 강하게 결합된 것뿐만 아니라 정해진 존치기간 없이 철거 전까지 토지 위에 존속한다는 요소를 포함한다고 볼 여지도 있다. 이처럼 ‘존치기간의 존재’ 자체를 토지에 대한 정착 여부를 판단 기준으로 삼을 경우, 기한부건축물 또한 토지에 정착한다는 요소를 결하고 있는 건축물로서 가설건축물의 한 유형에 불과한 것으로 이해할 수 있으며, 이는 일견 현행 법령의 규정 내용에 보다 부합하는 해석이기도 하다.

그러나 건축법은 다른 한편으로는 “제20조제1항에 따라 허가를 받거나 신고를 한” 건축물의 공사를 착수하려는 경우 허가권자에게 공사계획을 신고하여야 하며(제21조), 건축공사가 완료된 후에는 사용승인을 받아야만 이를 사용할 수 있다고 규정하고 있어(제22조

13) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’) 제64조.

14) 다만, 도시·군계획시설사업이 시행될 때까지 그 기간을 연장할 수 있다(건축법 시행령 제15조 제1항 제2호).

15) “새로운 간선 공급설비의 설치”란 기존의 간선공급설비 이외에 동 설비의 추가설치를 요하는 경우를 말하는 것으로서, 기존의 설비에 지선을 새로 연결하는 것은 이에 포함되지 않는다(건축법 시행령 제15조 제1항 제3호).

16) 도시·군계획시설결정의 고시일로부터 2년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 사업이 시행되지 아니한 도시·군계획시설 중 국토계획법 제85조에 따른 단계별 집행계획이 수립되지 아니하거나 단계별 집행계획에서 제1단계 집행계획에 포함되지 아니한 도시·군계획시설의 부지에만 가설건축물의 건축이 허용된다(국토계획법 제64조 제2항 제1호).

17) 김종보, 앞의 글, 352면.

제1항 및 제3항), 기한부건축물을 건축허가 또는 신고의 대상인 건축물과 동일하게 취급하고 있다. 그뿐만 아니라 허가 없이 기한부건축물을 건축한 자는 법 제11조의 허가 없이 건축물을 건축한 자와 동일한 조항에 의하여 처벌된다(제110조).¹⁸⁾

한편, 건축법 제20조 제3항은 “제1항에도 불구하고” 일정 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 신고 후 착공하여야 한다고 규정하므로, 도시·군계획시설(예정지)에 위 조항의 적용을 받는 가설건축물을 건축하는 경우에는 제1항에 따른 허가 없이 신고만으로 착공이 가능하다.

(4) 두 가설건축물 유형의 비교

좁은 의미의 가설건축물과 기한부건축물의 관계는 다음과 같이 도식화할 수 있다.

<표 1> 2014년 건축법 개정¹⁹⁾ 이전 두 가설건축물의 관계

		토지 정착의 정도			
		높음.....낮음			
도시·군계획시설(예정지) 해당 여부	O	건축 불가	기한부건축물(허가)		명확하지 않음 ²⁰⁾
	X	통상의 건축물 (건축허가신고)	명확하지 않음	좁은 의미의 가설건축물(신고)	좁은 의미의 가설건축물(자유)

<표 2> 2014년 건축법 개정 이후 두 가설건축물의 관계

		토지 정착의 정도			
		높음.....낮음			
도시·군계획시설(예정지) 해당 여부	O	건축 불가	기한부건축물 (허가)	좁은 의미의 가설건축물(신고)	명확하지 않음 ²¹⁾
	X	통상의 건축물 (건축허가신고)	명확하지 않음		좁은 의미의 가설건축물(자유)

기한부건축물의 허가제를 규율하는 건축법 제20조 제1항을 문언대로 해석하면, 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물보다 토지 정착의 정도가 낮은 가설건축물을 건축하려는 경우에도 사전에 허가를 받아야 한다. 즉, 토지 정착의 정도가 높아 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물에 대하여는 신고제를 규정하면서, 그보다 정착의 정도가 낮으므로 공법상 통제의 필요 또한 더 적다고 볼 수 있는 가설건축물에 대하여는 여전히 허가제가 적용되는 것이다. 이는 2014년 건축법 제20조를 개정하면서²²⁾ 제3항을 제1항의 예외조항으로 만듦에 따라 발생할 문제를 예견하지 못하여 규제가 역전된 것이다. 법령 개정을 통해 도시·군계획시설(예정지)에 위치하였으나 토지에

18) 이러한 점에서 기한부건축물에 관한 건축법의 태도는 일관되지 못하다고 할 수 있다.

19) 각주 12) 참조.

20) 법조문의 문언으로만 보면 도시·군계획시설(예정지) 내의 가설건축물 중 신고 대상이 아닌 것은 모두 허가 대상인 것으로 볼 수 있으나, 허가·신고제의 규율 체계 및 건축법의 경찰법적 특성에 의하여 원칙적으로는 가설건축물 축조의 자유가 인정되어야 한다는 점을 고려하면 도시·군계획시설 내일지라도 (신고 대상으로 규율되지 않은) 좁은 의미의 가설건축물은 자유롭게 축조할 수 있다고 봄이 타당하다. 보다 자세히는, 김종보, 앞의 글, 355-356면 등 참조.

21) 위와 같음.

22) 법률 제12246호, 2014. 1. 14. 개정, 2014. 1. 14. 시행.

대한 정착의 정도가 신고 대상인 가설건축물보다도 낮은 가설건축물에 대하여는 이를 신고 대상으로 규율하거나, 별도의 신고 없이 자유롭게 건축 내지 축조할 수 있도록 허용하여야 한다.

위의 경우와는 반대로, 토지에 정착이라는 요소를 결하였으나 건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항에 따른 신고 대상에 포함되지 않은 가설건축물도 문제된다. 시행령은 신고 대상인 가설건축물의 범위를 비교적 좁게 설정하고 있는데, 가설건축물은 본래 자유롭게 건축할 수 있는 것이 원칙이므로 신고 대상인 가설건축물보다 오히려 공법적인 통제의 필요성이 높은 가설건축물의 축조(건축)가 자유롭게 허용되는 문제가 발생하는 것이다.²³⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해서는 신고 대상인 가설건축물의 범위를 확대하여, 면적, 규모, 구조, 용도 등이 일정 기준을 초과하는 경우 모두 착공 전 행정청에 신고하도록 규율하여야 한다.

III. 가설건축물의 증축

1. 증축의 개념과 의의

건축법은 건축이란 “건축물을 신축·증축·개축·재축하거나 건축물을 이전하는 것을 말한다.”라고 규정하며(제2조 제8호), 건축행위를 구성하는 개별 요소(신축, 증축, 개축, 재축, 이전)는 건축법 시행령에 의하여 정의된다. 동법 시행령 제2조 제2호에 따르면, 증축이란 “기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것”을 말한다. 증축은 건축행위 이전 기준에 건축물이 존재함을 전제로 하며, 기재하는 건축물의 규모를 확장하는 행위는 새로운 위험을 창출하는 것과 같으므로 이를 건축법의 규율 대상인 건축행위에 포섭한다.

건축법 및 동법 시행령은 신축, 개축, 증축 등을 구분하여 규정하고 있으나, 이들은 허가요건 면에서는 전혀 차이가 없다. 건축법에 관계된 부분으로 국한하여 보자면,²⁴⁾ 신축, 개축, 증축, 이전 등이 건축행위에 포함된다는 것은 건축행위의 외연을 확장함으로써 건축법의 적용 대상을 넓히는 것일 뿐, 이들을 구별하는 것에는 실익이 없다.²⁵⁾

2 가설건축물의 증축

가설건축물은 건축물의 성립요건 중 일부를 결하는 구조물이다. 따라서 건축법을 엄격하게 해석하면 가설건축물은 건축법상 건축물에 해당하지 않는다고 볼 수 있고, 건축물의 증축은 ‘기존 건축물’을 전제하고 있기 때문에, 건축물이 아닌 가설건축물의 증축이 개념적으로 성립할 수 있는 것인지에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. 그러나 다음의 점을 고려할 때 가설건축물의 증축은 개념적으로 성립할 수 있을 뿐만 아니라, 일정한 요건을 충족하는 가설건축물의 증축행위는 건축법의 통제를 받을 필요가 있다. 첫째, 건축법은 건축물에 대하여는 ‘건축’, 건축물이 아닌 공작물(가설건축물을 포함한다)에 대하여는 ‘축조’라는 표현을 사용하는데, 이미 축조된 공작물의 규모를 확장하는 행위 또한 ‘증축’이라 할 수 있을 것이고, 이미 건축법이 (비록 별도로 정의하고 있지는 않으나) ‘축조’라는 표현을 사용하고 있으므로 가설건축물의 증축이 건축법상 개념적으로 성립할 수 없다고 보기는 어렵다. 다만 건축법상 ‘증축’에 관한 규정은 건축행위를 전제하는 것이므로 (건축이 아닌) 축조행위에 속하는 가설건축물의 증축에는 원칙적으로 적용되지 않는 것일 뿐이다. 둘째, 가설건축물의 면적이나 층수를 확장하는 행위에 대하여 ‘증축’ 외에 이를 칭할 마땅한 표현이 없다. 셋째, 아래에서 더 자세히 다루겠지만, 가설건축물을 증축한 결과 허가·신고의 대상인 가설건축물 또는 통상의 건축물이 탄생한 경우, 건축법은 이와 같은 증축행위를 건축법의 적용 대상으로 포섭하여 해당 건축 또는 축조행위를 건축법의 통제하에 놓을 필요가 있다.

건축법의 규제 대상(즉, 가설건축물 축조신고나 허가의 대상)이 아닌 가설건축물을 증축하였으나 증축된 가설건축물이 여전히 건축법상 허가·신고의 대상이 아닌 경우, 해당 증축행위는 건축법의 통제를 받을 필요가 없다. 따라서 이러한 가설건축물은 별도의 건축법상 절차를 따를 필요 없이 자유롭게 증축할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 증축 이전에는 허가·신고의 대상이 아닌 가설건축물이었으나 증축의 결과 허가·신고의 대상인 가설건축물이 되는 경우, 그러한 증축행위는 건축법이 규제의 필요성에 따라 허가 또는 신고의 대상으로 규정하는 건축물을 새로 창출하는 것에 해당하므로, 증축된 건물의 법적 성질에 따라 가설건축물 축조허가를 발급받거나 착공 전 신고하여야 한다. 증축에 따라 축조허가를 발급받아야 하는 예시로는 도시·군계획지역 내에 위치한 것으로서 조립식 경량구조로 된 외벽이 없는 임시 자동차 차고에 외벽을 추가한 경우²⁶⁾를 들 수 있을 것이며, 증축에 따라 축조신고를 하여야 하는 예시로는 도시지역

23) 다만, 실무상으로는 이러한 건축물을 통상적인 건축허가(신고)의 대상으로 규율하는 것으로 보인다. 예를 들어, 김종보, 앞의 글, 355면 참조.

24) 반면, 국토계획법의 관점에서는 건축물의 신축, 개축, 증축 등을 엄격하게 구별할 필요성이 높다. 보다 자세히는, 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 243면 이하 참조.

25) 위의 책, 45면.

중 주거지역에 설치된 농업·어업용 비닐하우스로서 당초 면적이 100제곱미터 이하였으나 증축 후 100제곱미터를 초과하게 된 경우²⁷⁾가 이에 해당할 것이다.

상술한 경우들과 같은 가설건축물의 증축은, 증축 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당한다고 볼 수 있지만, 가설건축물에 대한 허가·신고제를 운영함으로써 건축법의 통제가 필요한 특정한 종류나 규모의 가설건축물들을 규제한다는 건축법의 적용 국면에서는 가설건축물이 신축된 것에 준한다고 볼 수 있다. 따라서 허가·신고의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 하며, 증축된 가설건축물은 같은 건축물 또는 가설건축물을 신축하는 경우와 동일한 요건을 충족하여야만 적법성이 확보될 수 있고, 이러한 결론에 대하여는 이견의 여지가 적을 것이다.

3 가설건축물을 증축한 결과 건축물이 되는 경우

그런데 같은 방법으로, 당초 (축조신고의 대상이거나 대상이 아닌) 가설건축물이었으나 증축의 결과 ‘토지에 정착’ 요건을 충족하여 건축법상 건축물이 탄생하게 되는 것 또한 가능하다. 가설전람회장²⁸⁾으로 축조한 가설건축물을 증축하여 영구적인 전시시설로 사용하려는 경우, 농업용 간이작업장으로 축조한 가설건축물²⁹⁾의 면적과 층수를 확장한 결과 객관적으로 토지에 정착하게 되었다고 볼 수 밖에 없게 된 경우 등이 이에 해당한다. 앞서 설명한 것과 동일한 논리에 따라, 위와 같은 가설건축물의 증축은 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당하지만, 건축물의 건축허용성³⁰⁾을 부여한다는 관점에서는 존재하지 않던 건축물이 신축된 것에 준하는 것이다. 따라서 건축허가의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 하며, 증축된 건축물은 같은 건축물을 신축하는 경우와 동일한 요건을 충족하여야만 건축물의 적법성이 확보될 수 있다.

현재로서는 어느 정도의 면적이나 층수가 되어야 ‘토지에 정착’하였다고 볼 수 있는지에 대한 객관적인 판단기준이 없는 상황이므로, 위에서 열거한 사례들을 확장하여 ‘가설건축물을 증축한 결과 건축허가나 신고가 필요하게 되는 경우’를 일반화하기는 다소 어렵다. 그러나 증축 전후를 비교하였을 때 기존에는 토지에 정착하였다고 볼 수 없었으나 증축 이후에는 명백히 토지에 정착하여 있는 통상의 건축물이라고 판단할 수밖에 없는 사례를 드는 것은 얼마든지 가능하다. 이를테면 당초 조립식 구조의 단층이었던 간이작업장에 철근 콘크리트를 덧대어 3층 이상 규모의 작업장으로 규모와 면적을 확장한 경우가 이에 해당할 것이다.

가설건축물을 증축한 결과 새로운 허가나 신고가 필요한 가설건축물이 된 경우, 그리고 가설건축물을 증축한 결과 허가나 신고 대상인 통상의 건축물이 된 경우 모두, 허가나 신고의 발급 여부가 문제되는 건축(축조)행위의 태양은 신축이 아닌 증축이므로, 허가 또는 신고의 대상은 (신축이 아니라) 증축이어야 한다. 그러나, 전술한 바와 같이, 증축된 (가설)건축물에 대한 허가는 증축된 건축물을 기준으로 신축의 경우와 동일한 요건이 모두 충족된 경우에만 발급될 수 있을 것이다.

한편, 실무상으로는 가설건축물을 증축한 결과 통상의 건축물이 되는 경우 건축법이 그러한 건축행위를 예정하지 않다는 이유에서 허가청이 증축을 불허하는 경우가 있는 것으로 보인다.³¹⁾ 그러나 건축법은 건축허가요건에 있어 신축과 증축을 구분하고 있지 않으므로, 증축의 방법으로 건축물을 신축하는 것이 건축법상 허용되지 않는 행위라고 보기 어렵다. 증축의 결과 건축된 건축물이 건축물이 적법하기 위하여 필요한 요건을 모두 갖추게 될 수 있는 상황이라면 굳이 기존의 가설건축물을 해체한 다음 새로운 건축물을 신축할 것을 강제할 필요가 없다.

26) 외벽이 없는 조립식 경량구조의 임시 차고는 건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항 제7호에 의하여 축조신고의 대상이나, 외벽이 추가되는 경우 더 이상 위 조항의 적용을 받을 수 없어 건축법 제20조 제1항에 따라 허가의 대상이 될 것이다.

27) 건축법 시행령 제15조 제5항 제9호 참조.

28) 건축법 시행령 제15조 제5항 제2호에 따른 가설건축물.

29) 건축법 시행령 제15조 제5항 제11호에 따른 가설건축물.

30) 건축허용성의 문제에 관하여는, 김중보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호(2012. 9.) 등 참조.

31) 가령 각주 1)에서 소개한 사건의 경우, 허가청이 위와 같은 증축행위가 불가하다고 판단함에 따라 건축주는 허가청과 협의 후 건축물의 신축을 내용으로 하는 건축허가를 발급받은 다음 실제로는 가설건축물을 증축하게 되었다.

IV. 가설건축물의 위법한 증축에 대한 통제

1. 불법건축의 의의와 유형

(1) 형식적 불법

불법건축이란 건축행위를 규율하는 법률(건축관계법)에 반하여 건축물을 건축하는 행위를 말한다.³²⁾ ‘건축행위를 규율하는 법률’에는 건축허가를 직접적으로 규율하는 건축법, 국토계획법 외 당해 법률의 제정목적에 따라 건축행위를 제한하는 도로법 등도 포함된다.

건축물의 건축과 관련된 규정은 건축허가요건(건축관계법에 따라 건축물이 적법하기 위하여 구비하여야 하는 각종 요건을 포함한 다)을 정하고 있는 것과 허가의 절차를 정하고 있는 규정으로 나눌 수 있다. 건축허가를 받지 않고 건축물을 건축하는 행위와 같이 건축물을 통제하기 위한 절차적 요건을 위반하는 행위는 허가요건에 반하는 건축물의 출현으로 이어질 수 있으므로 금지되어야 한다.³³⁾ 이처럼 건축행위가 적법하기 위한 절차적 요건을 위반하는 행위를 형식적 불법이라 한다.

건축법은 건축허가 없이 건축물을 건축한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처할 수 있는 행정형벌 규정을 마련하고 있으며(제110조 제1호), 국토계획법에도 같은 취지의 조항이 있다(제140조 제1호). 형식적 불법으로 인한 행정형벌은 건축물의 건축이 완료되었는지 여부 및 완공된 건축물에 실질적 불법이 있는지와는 무관하게 부과될 수 있다. 이는 형식적 불법은 그 자체로 건축관계법의 내용에 반하는 건축물을 발생시키는 위험을 내포하므로 용인될 수 없기 때문이다.

형식적 불법이 있는 건축물의 공사가 진행 중인 경우, 허가권자는 공사의 중지를 명할 수 있다(건축법 제79조 제1항). 건축법은 허가청의 공사중지명령을 위반한 건축행위를 행정형벌 부과 사유로 명시하고 있지는 않으나, 대법원은 공사중지명령에도 불구하고 공사를 계속하여 건물을 완공하였다면 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행한 것이라는 입장이다.³⁴⁾ 또한, 공사중지명령 등 시정명령에도 불구하고 건축주가 시정기간 내 시정명령을 이행하지 않은 경우 허가청은 건축주에게 이행강제금을 부과할 수 있다(건축법 제80조 제1항). 단, 형식적 불법이 있는 건축행위가 이미 종료한 경우에는 더 이상 형식적 불법의 시정이 불가한 것이므로 그에 대한 시정명령 및 시정명령을 전제로 하는 이행강제금을 부과할 수 없다.³⁵⁾

(2) 실질적 불법

건축물이 건축허가요건을 충족하지 못하는 경우 이를 실질적 불법이라고 한다.³⁶⁾ 건축물이 외형상 적법한 절차에 의하여 건축되었다 하더라도, 완공된 건축물이 건축허가요건에 위배된다면 건축물의 안전을 확보하고 도시계획의 내용을 관철하려는 건축관계법의 궁극적 목적이 달성될 수 없다. 따라서 건축관계법은 사후적으로라도 실질적 불법이 있는 건축물을 시정하거나 제거할 수 있어야 한다.

건축법은 건축물이 “이 법 …에 위반되는 대지나 건축물”에 대하여 시정명령을 할 수 있다고 규정하여(제79조 제1항), 형식적 불법 없이 실질적 불법만 있는 건축물에 대하여도 허가권자가 불법을 시정하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 형식적 불법의 경우와 마찬가지로, 시정명령을 받은 자가 이를 기한 내에 이행하지 않는 경우 허가권자는 이행강제금을 부과할 수 있다(제80조 제1항).

2. 위법한 가설건축물에 대한 통제

건축법에 따르면 허가권자는 건축법 및 건축법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 건축물에 대하여 허가 또는 승인을 취소하거나, 공사의 중지를 명하거나, 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다(건축법 제79조 제1항).

그런데 위 조항은 문언상 위반 “건축물”에 적용되는 것이므로, 엄밀하게 본다면 건축법상 건축물에 해당하지 않는 기한부건축물이

32) 김종보, “건축의 개념과 불법건축”, 『공법연구』 제29집 제1호(2000. 11.), 524면.

33) 김종보, 위의 글, 525면.

34) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1834 판결.

35) 대법원 1991. 10. 25. 선고 90누8251 판결.

36) 김종보, 위의 글, 525면.

나 좁은 의미의 가설건축물이 건축법 등의 내용에 반하여 위법한 경우에도, 허가청이 위 제79조 제1항 등에 따른 조치를 취할 수 있는지 문제된다. 건축법은 건축물에 적용되는 모든 조항이 원칙적으로 기한부건축물을 포함한 가설건축물에도 적용되는 것을 원칙으로 일정 조항들의 적용을 배제하는 조항을 두고 있는데(제20조 제5항), 위 조항은 허가권자가 위반 건축물에 대하여 취할 수 있는 조치들을 규정하는 조항(제79조, 제80조 등)의 가설건축물에 대한 적용을 배제하지 않고 있으며, 형식적·실질적 불법이 있는 가설건축물에 대한 제재는 건축법의 목적을 달성하기 위하여 반드시 필요한 행위라고 평가할 수 있다는 점에서, 허가권자는 위법한 건축물에 대하여 행사할 수 있는 통제수단을 위법한 가설건축물에 대하여도 마찬가지로 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.

따라서, 기한부건축물이 그 허가요건에 관한 규정(건축법 제20조 제2항, 동법 시행령 제15조 제1항, 국토계획법 제64조)이나 기타 건축법상 기한부건축물에 적용되는 안전요건 등을 준수하지 않은 경우 이는 실질적 불법에 해당하며, 허가청은 시정명령(건축법 제79조 제1항) 및 이에 기한 이행강제금(제80조 제1항)을 부과할 수 있다고 보아야 한다. 좁은 의미의 가설건축물에 실질적 불법이 있는 경우에도 같은 결론일 것이다. 다만 건축법 제20조 제5항 및 동법 시행령 제15조 제6항에 따르면 건축물에 적용되는 건축법 규정의 대부분은 가설건축물에 대하여는 적용되지 않으므로, 가설건축물의 실질적 불법은 통상의 건축물보다 그 범위가 매우 좁다.

건축물에 대한 대물적 제재와는 별개로, 건축법은 제20조 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 가설건축물을 건축한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하고(제110조 제3호), 제20조 제3항에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 경우 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하는 등(제111조 제1호), 가설건축물에 형식적 불법이 있는 경우 건축주를 처벌할 수 있도록 하고 있다.

3. 가설건축물의 불법 증축에 대한 통제

(1) 불법 증축의 통제 수단

건축주가 증축에 필요한 건축허가를 발급받거나 신고의무를 이행하지 않고 가설건축물을 증축한 경우, 허가청은 증축행위의 중지 및 기타 필요한 조치를 명할 수 있고(건축법 제79조 제1항), 건축주가 시정명령을 이행하지 않는 경우 이행강제금을 부과할 수 있다(제80조 제1항). 그러나 이미 증축이 완료된 뒤에는, 절차적 하자를 이유로는 더 이상 시정명령이나 이행강제금을 부과할 수 없고, 제110조에 따른 행정형벌의 부과만 가능할 것이다.

증축된 가설건축물이 건축관계법령상 요구되는 실제적인 요건을 결여한 경우, 해당 건축물의 관리청은 위반 건축물의 위법성을 해소하기 위하여 필요한 적절한 조치를 명할 수 있고(제79조 제1항), 여기에는 사후허가의 신청 및 발급, 건축물의 해체 등이 포함될 수 있다. 또한 시정기간 내에 위반사항이 시정되지 않는 경우 이행강제금을 발할 수 있으며, 실제적 불법에 대한 이행강제금은 법령이 정하는 범위 내에서 위법상태가 해소될 때까지 반복적으로 부과할 수 있다.

(2) 증축이 위법하다고 볼 수 없는 경우

일부 가설건축물은 신고 대상인 가설건축물보다 규모나 면적 또는 법적 통제의 필요성이 더 크어도 불구하고 아무런 규제 대상이 되지 않는 경우가 있다. 가령 건축법 및 동법 시행령³⁷⁾은 ‘야외흡연실 용도로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 50제곱미터 이하의 것’을 신고 대상인 가설건축물로 지정하고 있는데, 야외흡연실을 증축하여 60제곱미터가 된 경우가 이에 해당하며, 이론상으로는 그보다 훨씬 큰 구조물을 ‘가설건축물’로서 축조하는 것도 가능할 것이다. 앞서 설명한 바와 같이 건축물과 가설건축물을 나누는 ‘토지에 정착’ 요건을 객관적으로 판단하기 어렵다는 사정과 이와 같은 입법상의 공백으로 인하여, 정착의 정도가 큰 구조물을 가설건축물로 볼 것인지, 아니면 통상의 건축물로 보아 건축허가 또는 신고의 대상으로 볼 것인지는 실무상 허가청의 재량에 달려있는 것으로 보인다.³⁸⁾ 그리고 각 허가청별로 건축물과 가설건축물의 구별 기준이 상이하기 때문에, 어떤 지역에서는 가설건축물에 해당하는 구조물이 다른 지역에서는 건축물로 취급받는 경우도 빈번하여, 행정의 법적 안정성과 예측 가능성을 저해하고 있다.

헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정하여야 한다고 규정한다. 법률이 정하는 범위 내에서 토지를 자유롭게 이용할 권리는 헌법에 의하여 보호받는 재산권의 행사 방법이며, 따라서 건축법 등 관계 법령의 명시적인 제한이 없는 한 토지소유자는 토지를 자유롭게 이용할 수 있어야 한다. 이러한 원칙에서 허가나 신고의 대상이 아닌 가설건축물은 자유롭게 건축할 수 있어야 한다는 가설건축물 건축의 자유가 도출된다. 가설건축물의 상한을 정하지 않아 건축허가 또는 신고에 따라 규율되어야

37) 제15조 제5항 제15호.

38) 건축법 시행령은 좁은 의미의 가설건축물에 해당하는 구조물을 건축조례로 정할 수 있다고 규정하지만(제15조 제5항 제16호), 실제로 이에 대한 조례를 제정한 허가청은 많지 않은 것으로 파악된다.

할 건축물이 가설건축물로 간주되어 통제범위 밖에 놓이는 것은 입법 공백에 따른 중대한 부작용이지만, 행정청이 그러한 부작용의 존재를 이유로 법률상에 명시된 근거 없이 가설건축물의 범위를 축소하는 것은 국민의 기본권에 대한 위헌적인 제한이다. 따라서 어떠한 구조물이 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물이 아니라는 이유만으로 곧바로 이를 건축허가의 발급을 요하는 건축물로 간주하여서는 아니 되고, 신고 대상인 가설건축물을 증축하여 신고 대상으로 규정된 범위를 벗어나게 되었지만 건축법상 건축물의 요건을 충족하지 못하는 공작물은 모두 신고의무가 없는 가설건축물로 보아야 하고, 따라서 그와 같은 증축행위에는 아무런 허가나 신고의무가 없다고 보아야 할 것이다.

V. 결론

건축법상 가설건축물에 관한 규정은, 건축법 제정 이후 도시의 발전 과정에서 정책적·실무적인 필요에 따라 체계적인 고려 없이, 명확한 정의조항조차 없는 상태에서 허가·신고 요건을 더하고 빼는 방식으로 여러 차례 개정되어 왔다. 그 결과, 가설건축물에 대해 규율하는 건축법 제20조 및 동법 시행령 제15조는, 이른바 기한부건축물과 좁은 의미의 가설건축물 간의 관계를 명확히 하지 못하고, 오히려 연혁적으로 별개의 과정을 거쳐 발전한 서로 다른 유형의 가설건축물을 동일한 분류 아래에 둬으로써 규제상의 혼란을 가중시키고 있다.

앞서 살펴본 것과 같이, 가설건축물을 증축하는 경우 기존에는 아무런 건축법상 규제를 받지 아니하다가 신고나 허가의 대상인 가설건축물로 되는 경우, 그리고 가설건축물을 증축한 결과 건축법상 건축물에 요구되는 모든 요건을 충족하여 통상의 건축물이 되는 경우 또한 현실적으로 상정할 수 있다. 이러한 경우, 비록 건축허용성의 관점에서는 기존에 존재하지 않던 건축물이 신축되는 경우에 준한다고 볼 수 있겠으나, 허가나 신고의 대상은 행위의 태양에 따라 신축이 아닌 증축행위라고 보아야 한다. 그리고 증축된 (가설)건축물은 가설건축물 또는 건축물이 적법하기 위하여 필요한 신고 또는 허가요건을 모두 충족하여야 할 것이다.

가설건축물에 대해서는 통상적인 건축물에 적용되는 건축법상의 안전 및 도시계획 규제 중 많은 수가 적용 배제되며, 따라서 가설건축물의 범위가 확대될수록 도시계획을 집행하고 건축물의 안전을 도모하려는 건축관계법령의 궁극적인 목적이 저해되는 측면이 있다. 그러나 다른 한편으로 재산권의 제한은 법령에 의하여만 가능하며, 토지소유자에게는 원칙적으로 가설건축물을 자유롭게 건축할 자유가 있는 것이므로, 명문의 근거 없이 임의로 가설건축물의 범위를 좁힘으로써 가설건축물의 증축을 불법으로 규정하고 이를 통제하는 것은 행정권의 적법한 집행으로 볼 수 없다. 이러한 관점에서, 가설건축물을 증축하는 방법으로는 건축물을 신축할 수 없다는 일부 실무상의 결론은 타당하지 않으며, 증축된 건축물이 건축법상 요구되는 요건을 모두 충족한다면 굳이 이를 불허할 이유가 없다. 또한 신고 대상인 가설건축물을 증축한 결과 신고 대상으로 규정된 범위를 벗어나게 되었으나, 동시에 건축법상 건축물이 되기 위한 요건을 충족한다고 보기에 어려운 경우, 그러한 증축에는 아무런 허가나 신고 의무가 없다고 보아야 한다.

투고일 2024. 2. 24. 심사완료일 2024. 3. 10. 게재확정일 2024. 3. 15.

참고문헌

- 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.
- 김종보, “건축의 개념과 불법건축”, 『공법연구』 제29집 제1호(2000. 11.).
- 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004. 10.).
- 김종보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호(2012. 9.).
- 배선혜 / 이여경 / 김민지, “가설건축물 제도의 문제점 및 개선방안 연구”, 『대한건축학회논문집』 제39권 제9호(2023. 9.).

ABSTRACT

Regulation of Extension for Temporary Buildings

David Gyuhyeon Sim*

While the Building Act includes a separate provision (Article 20) for temporary buildings, distinct from (permanent) buildings, it does not offer a formal definition for these temporary constructions. As a result, there arises an interpretational challenge in distinguishing between temporary buildings and buildings. The commonly accepted perspective defines temporary buildings as structures that do not satisfy the criterion of "fixed on land," one of the requirements for a building stipulated under Article 2 of the Building Act. However, the requirement of "fixed on land" cannot be uniformly evaluated based on a single standard; instead, it necessitates a comprehensive assessment considering factors such as scale, form, structure, materials, and purpose. Consequently, and practically, there may be instances where temporary buildings, which were initially not "fixed on land," acquire this requirement as a result of expansion. It is obvious that building permits or notifications are required when extending temporary buildings to construct (permanent) buildings. However, further consideration is necessary regarding the content and scope of such permits or notifications. If the structure resulting from extending a temporary building satisfies all the requirements for a (permanent) building, the physical changes before and after the extension would constitute an extension under the Building Act, but in terms of granting building permissibility ("건축허용성"), the extension is comparable to a new construction and therefore should be treated the same as a new construction under the Building Act. Nevertheless, the fact that a building permit for a new construction is required to extend a temporary building does not necessarily imply that "constructing a (permanent) building through extending a temporary building" is not permissible.

Keywords: Building Act, extension, building permit, temporary building, provisional building

* Attorney at Law, Bae, Kim & Lee LLC

논문 / ARTICLE

공공주택지구 내 민간분양아파트 공급과 부담금 부과 대상에 대한 공법적 연구*

김종균**

국문초록

공공주택의 일종인 임대주택에 관한 최초의 일반법인 「임대주택건설촉진법」이 1985년 시행된 이후 현재 공공주택의 범위는 임대주택을 넘어 분양주택에까지 확장되었는데, 이는 2009년 보금자리주택법의 시행에 따른 것이다. 공공주택을 적시에 대규모로 공급하기 위하여서는 공공주택지구의 조성이 선행되어야 하고, 이는 공공필요에 의한 토지수용이 가능하게 되는 원동력이 된다. 따라서 공공분양주택 개념을 처음 도입한 보금자리주택법을 중심으로 주택지구의 조성·공급, 주택의 건설·공급 절차 등을 살펴보고, 이를 민간주택의 경우에 적용되는 「택지개발촉진법」 및 「주택법」과 비교해본다.

수용방식에 의해 공공주택지구가 조성된 후에는 지구 내 공공분양주택이 건설되는 외에도 지구의 일부 토지가 민간에 분양되어 민간분양주택이 건설될 수 있는 길 또한 현행 법체계 내에서 열려 있다. 다만 공익을 목적으로 토지를 조성한 뒤 이를 민간에 매각하는 것은 「택지개발촉진법」에 대해 제기된 문제와 동일한 문제를 야기할 수 있다. 「택지개발촉진법」은 대규모 신도시 개발을 목적으로 토지수용을 진행하였으나 권리의식의 함양에 힘입어 점차 토지소유자들의 반발에 무력해지기 시작하였다. 보금자리주택법은 이러한 문제를 우회하기 위한 수단으로 여겨질 수 있다.

한편, 주택건설 목적의 대규모 주택지구가 조성되는 경우 광역교통개선대책의 수립이 필요하고, 이에 필요한 광역교통시설부담금이 부과될 수 있다. 이때 부담금을 주택지구조성 단계에서 부과하지 주택건설 단계에서 부과할지 문제될 수 있다. 보금자리주택법은 결국 지구조성에 방점을 둔 것인 만큼 주택지구조성 단계에서 부담금을 부과하는 것이 택지개발계획의 관점에서 보다 정당할 수 있다.

주제어: 보금자리주택, 공공주택, 공공주택지구, 주택지구조성, 민간분양, 부담금, 광역교통시설부담금

목차

I. 들어가는 말

II. 최초의 보금자리주택지구

III. 공공주택지구 내 민간분양아파트 공급의 타당성 여부

IV. 공공주택지구 조성 및 아파트 공급에 따른 부담금 부과 대상

V. 맺음말

* 본고는 저자가 서울대학교 대학원의 <행정법특수연구: 주택건설사업유형연구> 과목(2023학년도 1학기)에서 제출한 “보금자리주택지구 내의 아파트 건설 - 서울강남 보금자리주택지구 A6블록 래미안강남힐즈아파트”를 수정·보완한 것임

** 지에스건설(주) 변호사



Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240004>

Received: February 24, 2024

Revised: March 08, 2024

Accepted: March 15, 2024

Copyright © 2024 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

I. 들어가는 말

공공주택지구란 공공주택의 공급을 위하여 공공주택이 전체 주택 중 50% 이상이 되도록 관계법령에 따라 지정·고시하는 지구이다(「공공주택 특별법」 제2조 제2호). 현재 이러한 공공주택은 공공임대주택과 공공분양주택을 포괄하는바, 공공의 목적으로 임대주택을 공급하는 것은 1985년 「임대주택건설촉진법」에 의해 시작되었으나, 분양주택의 공급은 2009년 「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」(이하 ‘보금자리주택법’이라고 한다)에서 처음 등장하여 그 역사가 비교적 짧다.

본래 공공주택은 임대주택을 예정하였던 것으로 볼 수 있다. 그러나 보금자리주택법은 기존의 임대주택 관련 법령이 임대주택만을 규율 대상으로 삼았던 것과 달리, 보금자리주택사업에 임대주택과 분양주택을 함께 규정하는 방식을 채택하였고, 공공분양뿐만 아니라 민간분양까지 가능한 체계를 두는 방식으로 입법되었다. 다만 공공의 목적으로 지정된 공공주택지구에서 공공임대주택 외에 공공분양주택, 더 나아가 민간분양주택까지 공급하는 것의 타당성 등을 검토할 필요가 있다.

한편 이러한 주택지구 구성에 따라 광역교통시설부담금이 부과될 수 있다. 주택지구 구성 단계에서 광역교통개선대책 수립이 필요함에 따른 것으로, 이때 부담금을 주택지구구성 단계에서 부과할지 주택건설 단계에서 부과할지가 문제될 수 있다. 지구조성과 주택건설 중 어느 단계에 방점이 있는지에 따라 부담금 부과 시점이 달리 정해질 여지가 있다.

현재 보금자리주택법은 수차례 개정되어 「공공주택 특별법」으로 이어지고 있다. 이 글에서는 먼저 공공주택의 개념을 분양주택에 까지 처음으로 확장하고, 공공주택이 아닌 민간주택까지 분양할 수 있는 길을 열어 두었던 보금자리주택법에 따라 처음 보금자리주택지구로 지정되었던 서울강남 보금자리주택지구(現 강남공공주택지구)와 지구 내 민간분양아파트단지를 통해 공공주택지구 내 민간분양아파트 공급의 타당성 여부 등을 살펴보고자 한다. 아울러 대상단지에서 문제되었던 부담금 부과 사례를 등을 통해 공공주택지구 내 민간분양주택(아파트)의 건설과 부담금 부과에 대해 검토하여 공공의 목적에 부합하는 주택공급에 대해 생각해볼 것이다.

II. 최초의 보금자리주택지구

1. 보금자리주택지구의 조성

서울강남 보금자리주택사업(이하 ‘대상사업’이라고 한다)은 서울특별시 강남구 자곡동·세곡동·울현동 일원 약 94만㎡의 대지가 2009. 6. 서울강남 보금자리주택지구(이하 ‘대상지구’라고 한다)로 지정(국토교통부고시 제2009-277호, 이하 ‘국토교통부고시’ 표기는 생략한다)되면서 추진된 주택사업으로, 2009. 4. 21. 보금자리주택법 시행 후 처음 보금자리주택사업 시범지구로 지정되어 시작되었던 사업이다. 당시 정부는 주택 시장의 안정화, 특히 수요가 많은 서울 등 도심 인근의 주택 공급 안정화를 위해 주로 수도권외의 개발제한구역을 해제하고 보금자리주택사업을 추진하였는바, 대상지구는 도심 접근성이 우수한 서울 강남구에 위치하여 사업 초기부터 많은 관심을 집중시켰다.¹⁾

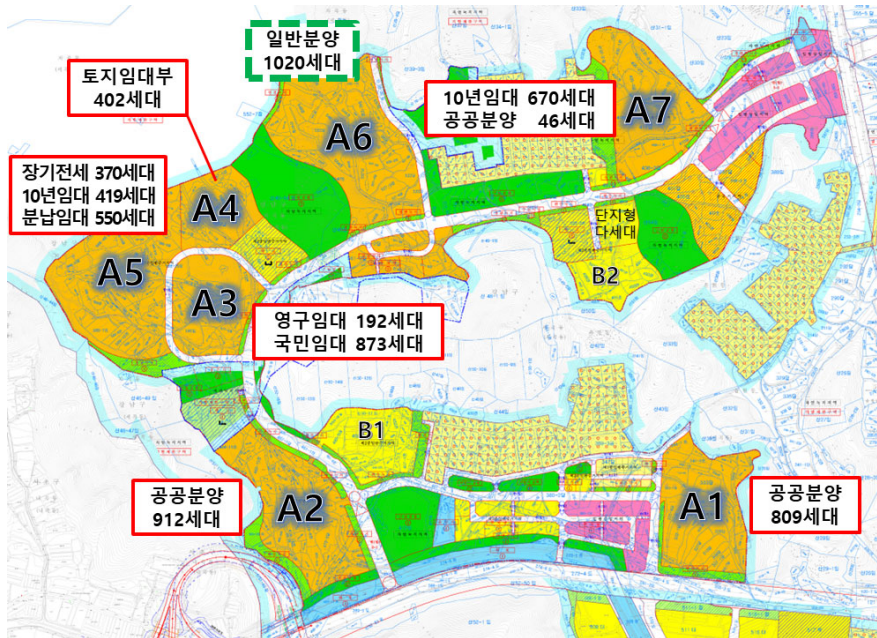
대상사업 시행자로 지정된 한국토지주택공사(이하 ‘LH공사’라고 한다)는 지구계획을 수립하여 2009. 9. 28. 국토해양부(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 정부조직법이 개정되어 ‘국토교통부’로 변경되었고, 이하 명칭 변경에 관계없이 ‘국토교통부’라 한다)장관으로부터 최초의 승인을 받고(제2009-933호) 2013. 12. 27. 지구계획 변경 승인을 받아(제2013-848호) 아래 <표 1>, <그림 1>과 같이 아파트 6,263세대(A1~A7 7개 블록, 제3종일반주거지역) 공급이 확정되었다.

1) 국토교통부 2009. 5. 11. 보도자료 “보금자리주택 시범지구 추진 계획” 참조.

<표 1> 대상지구 주택건설용지 중 아파트(A-BL) 공급 계획²⁾.

블럭 ³⁾	구분	면적(㎡)	평균주택규모(㎡)	건설호수(호)	구성비(%)	수용인구(인)	용적률(%)	주택유형
주택 총계		415,330.6	-	6,728	100.0	18,165	-	
아파트(A-BL)합계		357,830.1	-	6,263	93.2	16,910	-	
A1BL	소계	46,586.6	-	809	12.0	2,184	-	
	60㎡이하	(15,583.5)	79	324	4.8	875	190	공공분양
	60~85㎡	(31,003.1)	105	485	7.2	1,309	190	공공분양
A2BL	소계	54,585.3	-	912	13.6	2,462	-	
	60㎡이하	(7,877.1)	79	167	2.5	451	190	공공분양
	60~85㎡	(46,708.2)	105	745	11.1	2,011	190	공공분양
A3BL	소계	34,396.9	-	1,065	15.8	2,876	-	
	60㎡이하	(4,861.6)	45	192	2.8	519	190	영구임대
	60㎡이하	(29,535.3)	60	873	13.0	2,357	190	국민임대
A4BL	소계	24,181.6	-	402	6.0	1,085	-	
	60~85㎡	(24,181.6)	105	402	6.0	1,085	190	토지임대부분양
A5BL	소계	70,095.4	-	1,339	19.9	3,615	-	
	60㎡이하	(17,062.9)	79	370	5.5	999	190	장기전세
	60㎡이하	(19,321.7)	79	419	6.2	1,131	190	10년임대
	60~85㎡	(33,710.8)	105	550	8.2	1,485	190	분납임대
A6BL	소계	80,305.2	-	1,020	15.2	2,754	-	
	85㎡초과	(80,305.2)	125	1,020	15.2	2,754	160	일반분양
A7BL	소계	47,679.1	-	716	10.7	1,934	-	
	60㎡이하	(10,476.2)	79	195	2.9	527	160	10년임대
	60~85㎡	(33,918.2)	105	475	7.1	1,283	160	
	(3,284.7)	46		0.7	124	160	공공분양	

<그림 1> 대상지구의 지형도면⁴⁾



- 2) 국토교통부고시 제2013-848호 발췌.
- 3) 아파트 단지별 현재의 명칭 및 시공사: A1BL[강남LH1단지, DL건설(주)], A2BL[세곡푸르지오, (주)대우건설, 디엘이앤씨(주), (주)태영건설], A3BL[LH강남3단지, 풍림산업(주)], A4BL[강남브리즈힐, 현대아산(주), 에스지신성건설(주)], A5BL[LH강남힐스테이트, 현대건설(주)], A6BL[래미안강남힐즈(대상단지), 삼성물산(주)], A7BL[강남자곡아이파크, 현대산업개발(주), 계룡건설산업(주), 금호산업(주)].
- 4) 국토교통부고시 제2013-848호 지형도면 고지도 편집.

2 주택지구 내 민간분양아파트의 건설

보금자리주택지구(現 공공주택지구)인 대상지구 내 아파트 6,263세대는 A1부터 A7까지의 7개 블록에 나뉘어 공급되는데, 보급자리주택법으로 전부개정되기 이전의 법인 「국민임대주택건설등에관한특별조치법」(이하 ‘국민임대주택법’이라고 한다)⁵⁾에서 규율하던 이른바 ‘@임대주택’⁶⁾(A3, A5, A7일부) 3,074호뿐만 아니라, 분양을 목적으로 공급하는 국민주택규모⁷⁾ 이하의 주택인 ‘㉠공공분양주택’(A1, A2, A4, A7일부) 2,169호를 포함하고 있으며, 나아가 보급자리주택지구 내에서 건설되는 보급자리주택 외의 주택인 ‘㉡민간분양주택’(A6) 1,020호까지 공급 대상으로 하고 있다. 즉, 기존의 국민임대주택법에 따른 주택의 임대 외에, 보급자리주택법에서는 주택의 분양(공공분양 및 민간분양)까지 예정하고 있는 것임을 알 수 있다.

대상지구와 관련하여 삼성물산(주)는 2011. 9. 20. LH공사로부터 A6블록 부지를 약 4,665억원에 매입하였고(단독입찰), 2012. 1. 20. 위 부지에 지하 2층, 지상 15층의 민간분양 아파트 20개동 1,020세대 및 부대·복리시설을 건설·공급하는 것을 내용으로 하는 주택건설사업계획승인을 신청하였다. 이후 위 사업계획은 2012. 3. 27. 승인되었고, 대상단지인 래미안강남힐즈아파트는 2014. 6. 준공되어 입주 시작되었다.

3 쟁점

(1) 공공주택지구 내에서 민간분양아파트를 공급하는 것은 타당한가

보급자리주택법 제35조 제2항에서는 “주택지구 내에서 건설되는 보급자리주택 외의 주택(이하 ‘민간분양주택등’이라 한다)”이라고 정하고 있는바, 즉 보급자리주택 및 보급자리주택지구의 정의에도 불구하고 보급자리주택지구 내에서 일정한 경우 보급자리주택이 아닌 주택의 공급이 가능하도록 되어 있다. 따라서 이러한 민간분양주택의 공급에 대한 근거 역시 공공분양·임대의 근거와 아울러 살펴볼 필요가 있다. 특히 대상사업 시행자 LH공사는 대상사업의 사업비 조달을 위하여 대상지구 약 94만㎡ 중 52만㎡을 유상공급하였는바,⁸⁾ 이는 곧 보급자리주택사업에 있어 보급자리주택지구조성사업(이하 ‘지구조성사업’)과 주택건설사업[=보급자리주택건설사업 및 민간분양주택건설사업]이 분리될 수 있음을 전제로 하는 것인 만큼,⁹⁾ 지구조성사업과 민간분양주택건설사업의 관계 또한 검토가 필요하다. 이러한 비교 검토를 통해 공공주택지구에서의 민간분양의 필요성·타당성 등을 살펴본다.

(2) 공공주택지구 조성 후 아파트가 공급되는 때에 부담금 부과 대상은 무엇인가

보급자리주택법은 보급자리주택사업에 부과되는 개발부담금, 농지보전부담금, 광역교통시설부담금, 교통유발부담금 등에 대해서는 관련 법령으로 정하는 바에 따라 이를 감면하거나 부과하지 아니할 수 있다고 정하고 있다(동법 제30조). 이는 곧 보급자리주택사업에는 위 부담금이 부과될 수 있음을 전제로 한 것이다. 그렇다면 보급자리주택사업에 대해 부담금을 부과할 경우 지구조성사업과 주택건설사업 중 어떤 사업에 부담금을 부과하여야 하는지(두 사업에 모두 부과될 경우 이중부과의 문제가 발생할 수 있다), 부담금 감면 또는 면제가 가능하다면 어떤 법령에 근거하여 어떤 사업에 대해 이를 적용하여야 하는지가 문제된다. 이러한 쟁점을 대상단지를 건설한 삼성물산(주)가 광역교통시설부담금 취소를 구했던 사안(대법원 2018. 11. 9. 선고 2016두55209 판결, 이하 ‘대상판결’)을 중심으로 검토하고자 하며, 이 과정에서 주택조성사업과 「택지개발촉진법」의 관계, 주택건설사업과 「주택법」의 관계를 함께 살펴보기로 한다.

5) 관련 법률의 개정 연혁에 대해서는 후술한다.

6) 국민임대주택법에서는 국민임대주택으로 불리던 것이다(동법 제2조 제1호).

7) 주거전용면적이 1호(戶) 또는 1세대당 85㎡ 이하인 주택(「수도권정비계획법」 제2조 제1호에 따른 수도권권을 제외한 도시지역이 아닌 읍 또는 면 지역은 100㎡ 이하)(「주택법」 제2조 제6호).

8) 이중 약 8만㎡에 해당하는 A6블록을 삼성물산(주)가 매입하여 민간분양주택을 건설하였다. 민간건설사업자가 매입한 나머지 아파트 부지에는 국민주택규모 이하의 보급자리주택이 건설·공급된 것에 비하여, A6블록은 전 세대가 국민주택규모를 넘는 민간분양주택으로 구성됨에 차이가 있다.

9) “보급자리주택사업”이란 보급자리주택지구 조성 및 보급자리주택 건설 사업을 일괄하여 수행하는 사업 또는 주택을 매입하거나 인수하여 보급자리주택으로 공급하는 사업을 말한다(법 제2조 제3호 본문). 다만, 주택지구의 특성상 보급자리주택지구 조성 및 보급자리주택 건설 사업을 분리하여 시행할 필요가 있는 경우에는 ① 보급자리주택지구를 조성하는 사업인 “보급자리주택지구조성사업”과 ② 보급자리주택을 건설하는 사업인 “보급자리주택건설사업”으로 구분하여 시행할 수 있다(단서).

즉, 보급자리주택지구 조성 및 보급자리주택 건설은 하나의 “보급자리주택사업”으로 다루어짐이 원칙이나, 경우에 따라 주택지구 조성 및 주택 건설을 분리하여 시행할 수 있고 이러한 경우 사업이 분리되는 것이다. 따라서 개념적으로 보급자리주택지구조성사업 이후 일부 부지에 보급자리주택건설사업을 추진하고, 일부 부지는 매각이 가능하다.

III. 공공주택지구 내 민간분양아파트 공급의 타당성 여부

1. 보금자리주택법의 연혁·취지

임대주택에 관한 최초의 일반법인 「임대주택건설촉진법」이 1985. 1. 31. 시행되었고 이는 1993. 12. 27. 「임대주택법」으로 전부개정되었다. 그러나 「임대주택법」만으로는 수도권과 대도시에 대규모 택지 확보가 어렵고 임대주택의 원활한 공급이 이루어지지 못한다는 문제점이 발생하여 국민임대주택법이 제정되어¹⁰⁾ 2004. 7. 1. 시행되었다. 이후 국민임대주택법은 2009. 3. 20. 보금자리주택법으로 전부개정되었고, 이어서 2014. 1. 14. 「공공주택건설 등에 관한 특별법」, 2015. 8. 28. 「공공주택 특별법」으로 차례로 개정되어 현재에 이르고 있다. (이 글에서는 서론에서 언급한 바와 같이 공공주택지구에서 최초로 분양주택의 공급을 규정한 보금자리주택법을 중심으로 사안을 살펴볼 것이다.)

임대주택의 경우 보금자리주택법 역시 종전 국민임대주택법의 내용을 그대로 이어받아 종전 「임대주택법」에 따른 임대무기간별로 임대주택의 종류를 구분하던 것을 그대로 준용하였고(영 제2조),¹¹⁾ 분양주택은 보금자리주택법에서 새로 추가된 규율 대상이다. 따라서 ‘보금자리주택인 분양주택’을 ‘공공분양주택’, ‘보금자리주택지구 내에 건설되지만 보금자리주택은 아닌 분양주택’을 ‘민간분양주택’으로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

먼저 보금자리주택법¹²⁾에서 정의하는 보금자리주택이란 국가·지자체의 재정이나 국민주택기금을 지원받아, 건설 또는 매입하여 공급하는, 임대주택(동법 제2조 제1 가목) 또는 분양주택(나목)¹³⁾이다. 임대주택과 공공분양주택 건설 비율은 법 시행 초기에는 임대주택 35% 이상, 공공분양주택 25% 이상으로 정하여졌으나(동법 시행령 제3조 제1항), 공공분양주택의 비율은 이후 15% 이하로까지 변경되었고, 현재는 각각 35% 이상, 30% 이하의 비율을 유지하고 있다.¹⁴⁾ 이는 곧 공공주택지구가 공급하는 ‘분양주택’의 비율 상한을 정책적으로 조절하고자 한 것인데, 임대주택과 달리 분양주택은 결국 공공에 의해 건설·공급되더라도 일단 공급된 이후에는 결국 민간주택과 동일한 성질을 갖기에 시세차익 등에서 시장에 영향을 줄 수 있고 따라서 그 비율을 제한하고자 한 것으로 풀이된다.

2 보금자리주택법에 의한 택지 공급

(1) 보금자리주택지구의 지정과 지구조성사업 등의 절차

보금자리주택법은 보금자리주택 건설을 위해 먼저 보금자리주택지구를 지정하여(제2장) 지구계획을 통해 지구를 조성하고(제3장), 이러한 지구계획 승인을 중앙정부가 통합심의회하도록 하는 절차를 두었으며(제4장), 조성된 지구에서 주택건설사업계획 승인을 얻어 보금자리주택을 건설하고(제5장), 이외에 기존 주택 등을 매입하여 보금자리주택으로 공급할 수 있도록 하였다(제6장). 이러한 법체계는 보금자리주택의 신속한 공급을 위한 것으로 이해되며, 전 과정에서 국토교통부장관의 승인을 중심으로 국가 주도의 사업 진행이 가능하도록 설계되었다. 보금자리주택사업을 추진하기 위해 먼저 지구 조성이 필요하고 지구조성사업 전 지구 지정이 선행되어야 한다는 점은, 「주택법」상 주택을 건설하기 위해 「택지개발촉진법」에 따른 택지조성이 선행되어야 하고, 해당 택지조성을 위해 택지개발지구를 지정하여야 하는 주택 건설의 일반적인 흐름과 동일하다.

한편, 보금자리주택사업의 시행자는 국가·지자체, LH공사, 지방공사가 될 수 있다(보금자리주택법¹⁵⁾ 제4조). 다만 2012. 1. 17. 법

10) 한편, 임대주택법은 2015. 8. 「민간임대주택에 관한 특별법」으로 전부개정되어 현재에 이르고 있다.

11) 보금자리주택법에 따른 임대주택의 유형은 아래와 같다(「임대주택법」상 구분을 그대로 준용하며, 2012. 3. 9. 법 개정으로 제16조 제1항 제4호 소정의 ‘5년임대주택’이 신설된다).

구분		내용	임대주택법상 근거
장기공공 임대주택	영구임대주택	영구적인 임대를 목적으로 건설	제16조 제1항 제1호
	국민임대주택	의무임대기간 30년	제16조 제1항 제2호
공공 임대주택	10년임대주택	의무임대기간 10년	제16조 제1항 제3호
	분납임대주택	임대보증금 없이 분양전환금을 분할 납부	시행령 제22조 제3항
	장기전세주택	20년의 범위 안에서 전세계약을 통해 공급	제16조 제1항 제2호의2

12) 이 글은 대상사업이 시행된 시점의 ‘보금자리주택’을 중심으로 제도를 개관하고자, 원칙적으로 보금자리주택법이 시행되었던 시기의 법체계를 살펴보기로 하며, 이에 2009. 3. 20. 법률 제9511호로 전부개정된 보금자리주택법을 기준으로 한다. (동법은 이후 2014. 1. 14. 「공공주택건설 등에 관한 특별법」으로 개정되고, 보금자리주택 대신 행복주택 제도가 실시된다.)

13) 이를 ‘공공분양주택’이라 지칭하며, 이때 공공분양주택은 국민주택규모(주거전용면적 85㎡ 이하) 이하로 한정한다.

14) 시행령에서 정한 범위에 따른 구체적인 건설비율은 「보금자리주택 업무처리지침」(現 「공공주택 업무처리지침」, 국토교통부훈령)에서 정한다.

이 개정되어, 지구조성사업은 위 시행자들이 출자·설립한 법인도 할 수 있게 되었고, 주택건설사업은 위 시행자들이 「주택법」상 주택 건설사업자, 즉 민간건설사업자와 공동으로 사업을 시행할 수 있는 것으로 변경되었다.¹⁵⁾ 이로써 주택건설사업을 LH공사와 다른 민간건설사업자가 공동으로 사업을 추진할 수 있게 되었으며, 이것이 통상 민간참여 공공분양으로 일컬어지고 있다.

이후 시행자는 주택지구 지정·고시일로부터 1년 이내에 보금자리주택지구계획을 수립하여 국토교통부장관에게 승인을 신청하여야 한다(법 제16조 제1항). 지구계획에는 지구계획의 개요, 토지이용계획, 인구·주택 수용계획, 교통·공공·문화체육시설 등을 포함한 기반시설 설치 계획 등이 포함되어야 하고(법 제17조 제1항, 영 제12조 제4항), 국토교통부장관이 지구계획을 승인하면 위 계획 등을 비롯한 도시·군관리계획의 결정 내용 등이 관보에 고시된다(법 제17조 제3항, 영 제12조 제6항). 이때 주택지구 조성 및 조성된 토지의 공급에 관하여 법에서 정하지 않은 사항은 「택지개발촉진법」을 적용하는바, 이 경우 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발지구는 법에 따른 주택지구로 보고, 「택지개발촉진법」에 따른 개발계획·실시계획은 법에 따른 지구계획으로 본다(법 제32조).¹⁷⁾

대상지구와 대상단지에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 국토교통부장관은 2009. 6. 3. 보금자리주택법 제6조 및 제12조에 따라 서울강남 보금자리 주택지구 지정 고시를 하였고(국토교통부고시 제2009-277호), 같은 해 9. 29. 법 제17조에 따라 지구계획 승인 고시를 하였다(제2009-933호). 이후 지구계획에 대해서는 몇 차례 변경 승인이 있었으며, 이 과정에서 대상지구 내 임대주택 등의 비율이 계속해서 소소하게 변동되었고, 마지막 지구계획 변경승인 고시는 2015. 6. 29. 이루어졌다(제2015-413호).

(2) 지구조성사업 결과 확보된 택지의 민간 공급

앞서 살펴본 바와 같이 주택지구 조성 및 조성된 토지의 공급에 관하여 법에서 정하지 않은 사항은 「택지개발촉진법」을 적용한다고 하였는데(법 제32조), 보금자리주택법은 주택지구 조성에 대해서만 정하고 있고 토지의 공급에 대한 사항을 정하고 있지 않다. 따라서 보금자리주택법에 따른 지구조성사업으로 조성된 토지의 공급 및 관리 등은 「택지개발촉진법」과 관련 법령 등에 따라 이루어지며, 상세한 절차와 내용은 국토교통부훈령인 「택지개발업무처리지침」¹⁸⁾에 규정되어 있다.

사업시행자가 개발된 주택건설용지를 공급할 경우에는 택지개발계획에서 정한 가구(블록)별로 호수, 용적률과 임대주택지 또는 분양주택지 등 용도를 명시하여 공급하여야 하고, 이때 장기공공임대주택(영구임대주택, 국민임대주택) 건설을 위한 용지로 공동주택건설호수의 25% 이상을 건설할 수 있는 면적을, 공공임대주택(10년임대주택, 분납임대주택, 장기전세주택) 건설을 위한 용지로 공동주택건설호수의 10% 이상을 건설할 수 있는 면적을 각 확보·공급하여야 하며, 장기공공임대주택과 공공임대주택을 합하여 40% 이상이 되는 면적이 충족되어야 함이 원칙이다(「택지개발업무처리지침」 제21조 제1항 내지 제3항). 따라서 이러한 임대주택 건설을 위한 택지 확보 요건을 충족한다면 나머지 토지를 민간에 매각하여 공급하는 것은 가능하다. 「택지개발업무처리지침」에 의하면 국민주택규모 초과 공동주택 용지의 공급가격은 감정평가액에 의하도록 하되 감정가격을 한도로 조성원가 이상으로 공급되어야 한다(동 지침 제22조 제1항, 별표3).

대상단지과 대상지구 등의 경우를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 앞서 살펴본 바와 같이 대상사업 시행자 LH공사는 대상사업의 사업비 조달을 위하여 대상지구 약 94만㎡ 중 52만㎡를 유상공급하였다. 대상지구 조성사업비는 약 1조 242억원, 단위면적당 단가는 약 196만원/㎡으로, 용지비, 조성비, 도로 및 광역교통시설을 포함한 기반시설의 설치비 등으로 구성되어 있다. 그리고 대상단지의 부지 A6블록의 지정용도는 국민주택규모 초과 공동주택 용지이고 면적은 약 8만㎡으로, 보금자리주택지구 총면적 중 8.55% 상단에 해당한다. A6블록의 매매대금은 지침에 따라 LH공사가 2010. 7. 사설 감정법인에 의뢰하여 실시한 감정평가내역 약 4,649억원 (=80,298㎡ × 적용단가 5,790,000원/㎡) 및 2010. 8. 한국감정원에 의뢰하여 실시한 감정평가내역 약 4,681억원 (=80,298㎡ × 적용단가 5,830,000원/㎡)의 평균값인 약 4,665억원으로 책정되었고, 삼성물산(주)는 이에 단독입찰하여 대상단지를 매입하였다.

3 보금자리주택지구 내 민간분양아파트의 건설

(1) 민간분양아파트의 건설·공급 절차

보금자리주택법은 보금자리주택지구 내에서 임대주택을 건설하거나 분양주택을 건설할 수 있고, 이때 보금자리주택에 해당하는 분양주택을 이른바 공공분양주택, 보금자리주택에 해당하지 않는 분양주택을 이른바 민간분양주택이라 한다. 대상사업에서는 A3블록

15) 이하 법령의 별도 기재 없이 보금자리주택법을 법, 동법 시행령을 영으로 칭한다.

16) 보금자리주택사업은 수용 방식으로 이루어지므로 주택 건설과 달리 부지 조성은 공공이 시행하는 것으로 유지되었다(법 제27조).

17) 즉, 보금자리주택법에서는 개발계획과 실시계획을 통합한 지구계획을 수립한다.

18) 이하에서는 대상단지의 부지 매매가 이루어진 때에 적용되던 지침인 2011. 9. 20. 일부개정·시행된 국토해양부령 제741호를 기준으로 한다.

이 장기공공임대주택(영구임대주택 및 국민임대주택), A5블록이 공공임대주택(10년임대주택, 분납임대주택, 장기전세주택), 그리고 A7블록의 일부가 공공임대주택(10년임대주택)으로 건설되었고, 대상단지인 A6블록이 민간분양주택으로 건설되었음을 확인할 수 있다. 이러한 주택 건설을 규율하는 법과 관련하여서는, 임대주택과 공공분양주택 건설은 보금자리주택사업에 포함되어 동법에 따른 규율을 받게 되고, 반면 민간분양주택의 건설에 대해서는 「주택법」을 적용하게 된다(제40조).

앞서 살펴본 바와 같이 법 제35조 제2항에서는 보금자리주택지구 내에서 건설되는 보금자리주택 외의 주택을 이른바 민간분양주택이라고 일컬으며 공공 목적으로 조성된 보금자리주택지구의 일부 택지를 민간에 매각하여 해당 택지에서 민간분양이 이루어질 수 있음을 전제하고 있다. 대상단지의 부지인 A6블록이 이와 같은 방식으로 건설된 단지이며, 부지 공급 당시부터 지정용도가 국민주택규모 초과 공동주택 용지로 정해져 있었다. 대상단지를 건설한 삼성물산(주)는 A6블록 택지를 매수한 뒤 「주택법」 제16조¹⁹⁾에 따라 해당 택지에 국민주택규모를 초과하는 민간분양 아파트를 건설·공급하는 주택건설사업계획 승인을 받고 사업을 시행하였다. 이는 곧 보금자리주택법이 시행자로 하여금 공공택지를 조성한 뒤 해당 택지를 법령이 정한 범위 내에서 민간에 매각하여 수익을 얻고 해당 수익으로 나머지 택지에 공공임대·분양사업을 추진할 수 있도록 설계되어 있음을 의미한다.

(2) 공공 목적의 부지 조성 후 민간분양아파트 공급의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 공공성을 갖는 택지조성사업이 이루어진 후 그중 전체 택지에 대해 모두 공공임대 또는 공공분양으로 주택이 건설되어 공급되는 것은 아니다. 오히려 공공사업에 소요되는 사업비 조달을 위하여 일부 토지를 민간에 공급하는 것이 일반적이며, 대상지구의 경우도 조성사업비 약 1조 242억원 중 45.5% 상당액을 A6블록을 매각하여 조달하였고, A6블록의 면적은 대상지구의 총 면적 중 8.55%에 불과한 점을 특기할 만하다. 이는 대상지구가 서울 강남 접근성이 뛰어난 개발제한구역 내에 위치하였기 때문이기도 하다.

그러나 공공필요에 의해 수용방식으로 부지를 조성하는 보금자리주택법이 민간분양아파트 건설·공급을 위해 이용되는 점은 다소 주의가 필요해 보인다. 계획적 신도시의 건설로 주택난을 해소하는 것을 공익으로 표방하고 그에 근거해 헌법상 공공필요가 충족되어 수용권이 부여되었던 「택지개발촉진법」도 2000년대에 들어 그 공공성이 점차 의심의 대상이 되어 사업대상지 토지소유자들의 반발이 커졌고, 이후 국가는 이를 우회하기 위해 별도의 특별법을 제정하여 토지를 조성하기 시작하였다.²⁰⁾

이러한 점에서 보금자리주택법과 이를 이어받은 현행 공공주택 특별법은 본래 택지를 조성하기 위한 법률에 해당한다고 보아야 한다. 실제로 보금자리주택법에 의해 조성된 부지가 민간분양아파트의 건설을 위해 공급될 수 있도록 법이 예정하고 있다는 점에서 보금자리주택법은 근본적으로 「택지개발촉진법」과 차이가 없다. 이는 주택지구 조성 및 조성된 토지의 공급에 관하여 보금자리주택법에서 정하지 아니한 사항은 「택지개발촉진법」을 적용하도록 한 점에서도 미루어 짐작할 수 있다. 임대주택법이 공공임대주택만을 공급하던 것과 달리 보금자리주택법은 공공이건 민간이건 ‘분양’을 목적으로 토지를 조성할 수 있도록 한 점에서 결국 「택지개발촉진법」과 같은 기능을 수행하게 되고, 그렇다면 과연 공공필요가 충족된다고 볼 수 있을지 다소 의문이라 할 것이다.

19) 주택법(2011. 9. 16. 법률 제11061호로 개정된 것)

제16조(사업계획의 승인) ① 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하려는 자 또는 대통령령으로 정하는 면적 이상의 대지조성사업을 시행하려는 자는 사업계획승인신청서에 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등 대통령령으로 정하는 서류를 첨부하여 다음 각 호의 사업계획승인권자(이하 “사업계획승인권자”라 한다. 국가 및 한국토지주택공사가 시행하는 경우와 대통령령으로 정하는 경우에는 국토해양부 장관을 말하며, 이하 이 조 및 제17조에서 같다)에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다. 다만, 주택 외의 시설과 주택을 동일 건축물로 건축하는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 이상인 경우: 시·도지사 또는 「지방자치법」 제175조에 따라 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시의 시장

2. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 미만인 경우: 특별시장·광역시장·특별자치도지사 또는 시장·군

② (생략)

③ 제1항에 따라 승인받은 사업계획을 변경하려면 변경승인을 받아야 한다. 다만, 국토해양부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항의 사업계획은 쾌적하고 문화적인 주거생활을 하는 데에 적합하도록 수립되어야 하며, 그 사업계획에는 부대시설 및 복리시설의 설치에 관한 계획 등이 포함되어야 한다.

⑤ (생략)

⑥ 사업계획승인권자는 제1항에 따라 사업계획을 승인하였을 때에는 이에 관한 사항을 고시하여야 한다. 이 경우 국토해양부장관 또는 시·도지사는 사업계획승인서 및 관계 서류의 사본을 지체 없이 관할 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 송부하여야 한다.

⑦~⑨ (생략)

20) 김중보, 『건설법의 이해』 (제7판), 북포레, 2023, 774면.

IV. 공공주택지구 조성 및 아파트 공급에 따른 부담금 부과 대상

1. 부담금 부과 일반론

앞서 쟁점을 정리한 바와 같이 보금자리주택법은 보금자리주택사업에 부과되는 개발부담금, 농지보전부담금, 광역교통시설부담금, 교통유발부담금 등에 대해서는 관련 법령으로 정하는 바에 따라 이를 감면하거나 부과하지 아니할 수 있다고 정하고 있다(동법 제30조). 보금자리주택법에서 부담금 ‘부과’에 대한 내용을 정하지 않고 ‘감면 또는 면제’만을 규정한 것은, 주택지구 조성 및 조성된 토지의 공급에 관하여 보금자리주택법에서 정하지 아니한 사항은 「택지개발촉진법」을 적용하고(법 제32조), 보금자리주택 건설에 관하여 보금자리주택법에서 정하지 아니한 사항은 「주택법」을 적용하는 것(법 제40조) 외에도, 「부담금관리 기본법」(이하 ‘부담금관리법’이라 한다)을 기초로 하여 각종 부담금 부과에 관한 개별법들이 제정·시행되어 각종 부담금의 부과 및 감면 등에 관한 사항을 법정하고 있기 때문이다.

부담금이란 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권한을 부여받은 자가 분담금, 부과금, 기여금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률에서 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무(특정한 의무이행을 담보하기 위한 예치금 또는 보증금의 성격을 가진 것은 제외한다)를 말한다(부담금관리법 제2조). 이때 부담금 부과는 재정하명의 성격을 갖는 침익적 행정행위이므로 결국 그 발동에 법률상 근거가 필요한바,²¹⁾ 이에 부담금관리법에 따라 규정된 법률에 따르지 아니하고는 설치할 수 없도록 되어 있다(제3조, 별표). 나아가 부담금 부과에 관한 법률에는 부담금의 부과 및 징수주체, 설치목적, 부과요건, 산정기준, 산정방법, 부과율 등이 구체적이고 명확하게 규정되어야 하며(제4조), 부담금 부과는 침익적 처분이므로 법령에서 정한 엄격한 요건에 따라 해석·적용되어야 한다(대법원 2016. 11. 24. 선고 2014두47686 판결 등 참조).

여기서 광역교통시설부담금은 광역교통문제 해결을 위해 도입된 것으로, 공공재원만으로는 광역교통시설 건설에 한계가 있어 개발압력으로 인한 광역교통시설 부족문제를 효율적으로 해결하고자 주택단지 등 개발사업 시행자가 기간교통시설비의 일부를 부담하도록 한 것이다.²²⁾ 징수된 광역교통시설부담금의 40%는 국가에, 60%는 지방자치단체(부담금을 징수한 시·도에 설치된 지방광역교통시설 특별회계)에 각 귀속된다(제11조의6 제1항, 제2항). 위 지방자치단체 특별회계는 국고보조금을 포함하고 있어 의존재원적 성격이 있으며²³⁾ 국가가 일정한 경비 등을 부담하여 교부하는 「지방재정법」상 부담금 내지는 교부금의 성격을 일부 갖는다.

2. 보금자리주택법에 따른 광역교통시설부담금 부과 대상의 문제

(1) 지구조성사업과 주택건설사업 중 어디에 부과할 것인가

보금자리주택사업은 앞서 살펴본 바와 같이 지구조성사업과 주택건설사업으로 나뉘어질 수 있고, 또한 보금자리주택이 아닌 민간분양주택을 건설하는 경우 이는 보금자리주택사업은 아니므로 「주택법」에 따라 그 절차와 내용 등이 별도로 규율되게 된다. 따라서 보금자리주택지구 내에 민간분양주택을 건설하는 경우 부담금을 지구조성사업과 관련하여 부과할 것인지, 주택건설사업과 관련하여 부과할 것인지, 만약 부담금 감면 또는 면제를 한다면 이것이 보금자리주택법에 의한 것인지 개별 부담금 근거 법률에 기한 것인지 등이 문제된다.

삼성물산(주)는 2012. 1. 20. 대상단지를 건설하는 것을 내용으로 하는 「주택법」 제16조에 따른 주택건설사업계획승인을 신청하였고, 위 사업계획은 2012. 3. 27. 승인되었다. 한편 광역교통시설부담금의 근거법률인 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」(이하 ‘광역교통법’이라 한다)은 2012. 2. 22. 개정되어 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행되기로 정해졌으나(2012. 2. 22. 법률 제11366호), 광역교통시설부담금의 부과 대상을 정한 제11조와 부담금의 감면을 정한 제11조의2의 개정규정은 공포한 날인 2012. 2. 22.부터 바로 시행되면서, 다만 위 개정규정들의 시행 후 최초로 인가, 승인 또는 허가를 ‘신청’하는 사업부터 적용하는 것으로 정해졌다(법률 제11366호 부칙 제1조 및 제2조).

이에 대상판결에서는 구 광역교통법(2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되고 2012. 2. 22. 법률 제11366호로 개정되기 전의 것)이 적용되었다. 동법 제11조는 광역교통시설부담금 부과 대상 중 하나로 제4호에서 “「주택법」에 따른 주택건설사업. 다만, 제1호부터 제

21) 김동희 / 최계영, 『행정법 I』 (제26판), 박영사, 2021, 256-257면.

22) 정선영, “광역교통시설부담금”, 『국토』 제287호(2005. 9.), 57면.

23) 김철용 편, 『특별행정법』, 박영사, 2022, 132-134면.

3호까지의 사업이 시행되는 지구, 구역 또는 사업지역에서 시행되는 경우는 제외한다.”라고 규정하였다. 주택건설사업을 광역교통시설부담금 부과 대상으로 하되, 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업(제1호), 「도시개발법」에 따른 도시개발사업(제2호), 「주택법」에 따른 대지조성사업(제3호)이 이루어지는 경우 각각의 개발사업에서 부담금 부과가 이루어지므로, 해당 개발사업에서 부지조성이 완료된 후 추진되는 주택건설사업에 있어서는 부담금을 부과하지 않는 구조로 되어 있는 것이다.

그런데 구 광역교통법 제11조에서는 보금자리주택법에 따른 지구조성사업 또는 주택건설사업에 대해서는 명시적으로 규정하지 아니하였다. 대상단지를 건설하는 주택건설사업이 「주택법」 제16조에 따른 사업계획승인이 이루어지긴 하였으나, 그 기초가 되는 지구조성사업이 위 제11조 제4호 단서에서 정한 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업(제1호)이 시행되는 지구에서 시행되는 경우는 제외한다’에 포함되는 택지개발사업이라면, 결국 주택건설사업은 부담금 부과 대상에서 제외되는 결과로 이어지는 것이었다. 이에 이 사건 지구조성사업이 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업에 해당하는지 여부가 주요 쟁점이 되었다.

(2) 견해의 대립

1설(지구조성사업부과설)은 이 사건 지구조성사업이 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업에 해당한다고 보아 이 사건 주택건설사업은 광역교통시설 부담금 부과대상에서 제외된다고 판단하여 부담금부과처분을 취소하여야 한다고 본다. 그 판단의 주된 근거는 보금자리주택법에 따른 지구조성사업은 본질적으로 택지의 조성이라는 개발사업으로서의 기본적인 성질을 그대로 가지고 있으므로 보금자리주택법은 「택지개발촉진법」의 성질을 그대로 갖는다고 파악한 것이다. 즉 보금자리주택법은 비록 위 제11조에서 명시적으로 언급된 법은 아니어서 보금자리주택지구 조성사업과 보금자리주택 건설사업 모두에 대해 직접적인 부담금 부과 근거는 존재하지 않지만, 위 제11조 제1호에 따른 택지개발사업으로 보아 지구조성사업에 부담금을 부과하게 된다고 본다.

한편 2설(주택건설사업부과설)은 [1] 보금자리주택지구 조성사업이 구 광역교통법 제11조 제1항에서 정한 광역교통시설부담금 부과대상 사업에 포함되지 않으며, [2] 보금자리주택지구에서 시행된 주택건설사업이 위 제11조 제4호 단서에서 정한 광역교통시설부담금 제외 대상 사업에도 해당하지 않는다고 본다.

(3) 법원의 판단

서울특별시 강남구청장이 삼성물산(주)에게 광역교통법 제11조 등에 따라 주택건설사업에 대하여 광역교통시설부담금 약 25억원을 부과하여 삼성물산(주)가 이의 취소를 구한 사건에서, 위 1설(지구조성사업부과설)은 하급심인 고등법원에서(서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015누60312 판결),²⁴⁾ 2설(주택건설사업부과설)은 상고심인 대법원에서 각 채택하였다(대법원 2018. 11. 9. 선고 2016두55209 판결).²⁵⁾

대법원의 판단을 구체적으로 살펴보면, [1]과 관련하여서는 ① 광역교통법 제11조는 광역교통시설부담금 부과대상 사업의 근거 법률로 보금자리주택법을 들고 있지 않는데, 이와 달리 위 사업을 광역교통시설부담금 부과대상에 포함된다고 해석하는 것은 광역교통시설부담금 부과에 관한 규정을 그 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것이 되고,²⁶⁾ ② 보금자리주택법 제18조 제1항 제28호는 보금자리주택사업의 시행자가 보금자리주택지구계획의 승인을 받으면, 「주택법」에 따른 사업계획의 승인을 받은 것으로 보도록 규정하고 있으나, 이는 보금자리주택법상 보금자리주택지구계획의 승인을 받으면 「주택법」에 따른 사업계획의 승인을 받은 것으로 의제함에 그치는 것이지 더 나아가 「주택법」의 모든 규정들까지 적용된다고 보기는 어려운 것이며,²⁷⁾ ③ 보금자리주택법 제32조 제1항이 보금자리주택지구 조성 및 조성된 토지의 공급에 관하여 위 법에서 정하지 아니한 사항은 「택지개발촉진법」을 적용하도록 규정하고 있으나, 위 조항만으로 보금자리주택법이 「택지개발촉진법」의 특별법이라거나, 보금자리주택지구 조성사업이 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업에 해당한다고 볼 수는 없다고 본다. [2]와 관련하여서는, 제11조 제4호 단서의 취지

24) 한편 제1심(서울행정법원 2015. 9. 3. 선고 2014구합61293 판결)은 2012. 2. 22. 법률 제11366호로 개정된 광역교통법의 부칙을 간과하여 신법을 적용하였고, 해당 신법에서는 제11조 제4호가 “「주택법」에 따른 주택건설사업(다른 법령에 따라 사업 승인이 의제되는 협의를 거친 경우를 포함한다)”라고 규정되었고 이러한 내용은 현재까지 이어지고 있다.

25) 이후 환송심 서울고등법원 2019. 6. 25. 선고 2018누72941 판결로 원고의 전부패소가 확정되었다.

26) 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되며, 그 행정법규의 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 허용되는 경우에도 그 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 아니하여야 한다(대법원 2016. 11. 24. 선고 2014두47686 판결 등 참조).

27) 주된 인허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떤 법률에서 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우, 주된 인허가가 있으면 다른 법률에 의한 인허가가 있는 것으로 보는 데 그칠 뿐, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인허가를 받았음을 전제로 하는 그 다른 법률의 모든 규정들까지 당연히 적용되는 것은 아니다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결, 위 대법원 2014두47686 판결 등 참조).

는 동일 지역에 광역교통시설부담금 부과대상 사업이 차례로 시행될 경우 뒤에 시행되는 사업에 대하여는 광역교통시설부담금을 부과하지 아니하도록 하여 부담금의 이중부과를 방지하는 데 있고, 그렇다면 동일 지역에서 나중에 시행되는 사업이 광역교통시설부담금의 제외 대상이 되기 위해서는 앞서 시행된 사업이 「광역교통법 제11조 제1호부터 제3호까지의 사업」에 해당되어야 함을 전제하면서, ④ 결국 보금자리주택법에 따른 보금자리주택지구 조성사업은 광역교통법 제11조 제1호부터 제3호까지에서 정한 광역교통시설부담금 부과대상 사업에 해당하지 아니하므로, 보금자리주택지구에서 시행된 주택건설사업은 광역교통법 제11조 제4호 단서에 따른 광역교통시설부담금 제외 대상 사업에 해당할 여지가 없다고 본다.

3. 개별 지구개발·주택건설사업에 따른 부담금의 취지

대상판결은 결국 침익적 처분인 부담금 부과와 관련하여 엄격한 해석에 기초하여 보금자리주택법에 따른 지구조성사업은 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업과 구별되는 것이고, 양 법률이 특별법-일반법 관계에 있는 것도 아니므로 구 광역교통법 제11조 제4호 단서의 부담금 제외 대상에 포함될 수 없다고 보았다. 반면 원심 판결은 보금자리주택법에 따른 지구조성사업은 비록 공익성이 강한 사업이기는 하나 택지개발사업으로서의 기본적인 성질을 그대로 가지고 있으므로 보금자리주택법은 「택지개발촉진법」의 특별법에 해당하고, 그렇다면 그 취지상 구 광역교통법 제11조 제4호 단서의 부담금 제외 대상에 포함된다고 보았다.

이러한 차이는 결국 보금자리주택법에 따른 지구조성사업의 실질을 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업과 구별되는 것으로 보는지, 아니면 택지개발사업의 한 종류로 보는지에 따라 발생하는 것으로 이해된다. 다만 대상판결과 같은 해석을 유지할 경우, 대상지구에서 건설되는 임대주택 및 공공분양주택에 대해서는 「주택법」이 적용되지 않으므로 아예 광역교통시설부담금을 부과할 수 없는 문제가 있어 보인다.²⁸⁾ 나아가 본질적으로, 「택지개발촉진법」과 실질적으로 동일한 기능(지구조성)을 수행하는 보금자리주택법의 특성이 간과되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 택지개발지구를 지정할 때에는 택지개발계획이 함께 수립되어야 하고(「택지개발촉진법」 제8조), 주택건설사업자는 지구조성사업시행자가 정한 개발계획에 따라 주택을 건설·공급할 뿐이어서,²⁹⁾ 지구조성 단계에서 부담금의 부과·납부가 이루어짐이 보다 타당하다. 그런 점에서 대상단지의 경우 지구조성 단계에서 광역교통시설부담금이 부과되지 않아 부득이하게 주택건설 단계에서 이를 부과한 것으로 볼 여지 또한 있어 보인다.

이와 관련하여 상수도원인자부담금의 사례를 참고해볼 만하다. 도시개발사업으로 조성된 토지에 개발계획에서 정해진 규모 및 용도에 따라 건축물이 건축된 경우 수도법령에 따른 상수도원인자부담금 납부의무는 도시개발사업의 사업시행자가 부담하는 것이 원칙이고, 해당 건축물이 원래 도시개발사업에서 예정된 범위를 초과하는 등의 특별한 사정이 없는 한 조성된 토지를 취득하여 건축물의 건축행위를 한 자는 별도로 상수도원인자부담금 납부의무를 부담하지 않는다.³⁰⁾

V. 맺음말

보금자리주택법은 보금자리주택제도 이후 행복주택제도가 시행되면서 「공공주택건설 등에 관한 특별법」으로 개정되었고, 현재는 「공공주택 특별법」으로 개정되었다. 또한 「임대주택법」이 「민간임대주택에 관한 특별법」으로 전부개정되면서, 현재 공공영역과 민간영역을 규율하는 임대주택 법체계가 분리되었다.³¹⁾ 다양한 주택건설사업의 근거법령이 체계적으로 규정되지 못 할 경우 부담금 부과 등 다양한 공법관계 역시 체계를 갖기 어렵다는 점에서, 이러한 법체계의 정비에 바람직하다.

28) 구 광역교통법 제11조 제6호에서 “대통령령으로 정하는 사업”이라 함은 「건축법」 제8조의 규정에 의한 건축허가를 받아 주택외의 시설과 20세대 이상의 주택을 동일건축물로 건축하는 사업(법 제11조제1호 내지 제3호의 사업이 시행되는 지구·구역 또는 사업 지역안에서 시행되는 경우를 제외한다)을 말한다(시행령 제15조 제1항).

29) 실제로 대상단지는 당초 주택 공급면적 기준으로 평균 125㎡(이른바 38평) 아파트를 지을 수 있는 부지로 계획되었고 1차 공급 당시 평균 평형이 140㎡(42평)로 커 응찰자가 없어 미매각 상태가 장기화되었고, 이후 LH공사는 평균 평형을 하향 조정하고 공급 가능 가구 수를 기존 917가구에서 1028가구로 늘려 재매각에 나서 이에 삼성물산(주)가 단독입찰하게 되었는바, 공공주택지구 내 민간분양아파트건설에 있어 지구조성사업시행자의 역할과 권한은 막강한 수준이다.

30) 도시개발법에 따르면, 도시개발사업이란 도시개발구역에서 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하기 위하여 시행하는 사업으로서(제2조 제1항 제2호), 도시개발구역 지정권자가 수립하는 도시개발사업의 개발계획에는 인구수용계획, 토지이용계획 등을 통해 도시개발구역에 건축되는 건축물 등의 규모 및 용도가 예정되어 있다(제4조 제1항, 제5조 제1항). 도시개발사업이 시행되는 경우 ‘수도시설의 신설이나 증설 등의 원인’은 도시개발사업을 시행함으로써 발생하는 것이지, 도시개발사업으로 조성된 토지를 취득한 자가 주택 등의 건축물을 건축하였을 때에 비로소 발생한다고 볼 것은 아니다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2017두40723 판결).

31) 한편 임대주택과 달리 분양주택의 경우, 민간영역은 종전의 「택지개발촉진법」 및 「주택법」의 기본 구조에서 규율되고, 공공영역은 「공공주택 특별법」이 포괄하여 규율한다.

이처럼 공공과 민간, 임대와 분양을 아우르는 공공주택과 관련한 법체계에서도 결국 지구조성과 주택건설은 떼놓을 수 없는 관계에 있으며, 「택지개발촉진법」 및 「주택법」과도 계속해서 밀접한 관련을 맺을 수밖에 없다. 그렇다면 결국 보금자리주택과 같은 공공주택을 수용방식으로 건설·공급하는 데에는 여전히 헌법상 공공필요가 강하게 요청될 것이고, 또한 이 과정에서 주택건설보다 지구조성에 초점이 맞추어져야 한다. 이러한 관점에 따라 공공주택지구에서 민간분양주택을 공급하는 경우에 대해 보다 세심한 접근이 필요하고, 또한 동일한 관점에서 부담금 부과가 이루어질 필요가 있다.

투고일 2024. 2. 24. 심사완료일 2024. 3. 8. 게재확정일 2024. 3. 15.

참고문헌

- 김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제26판), 박영사, 2021.
김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.
김철용 편, 『특별행정법』, 박영사, 2022.
정선영, “광역교통시설부담금”, 『국토』 제287호(2005. 9.).

ABSTRACT

A Study on the Supply of Private-Sale Apartments in Public Housing Districts and the Subject of Administrative Charges

Kim, Jonggyun*

Since the first general law on rental housing—a type of public housing—was implemented in 1985, the scope of public housing has now expanded beyond rental housing to pre-sale housing, which was mandated by the Bogeumjari Housing Act in 2009. To supply public housing on a timely and large scale, public housing districts must be established first, which is the driving force behind the possibility of land acceptance according to public needs. Focusing on the Bogeumjari Housing Act, which first introduced the concept of public housing for sale, we examine the creation and supply of housing districts as well as the construction and supply procedures of housing and compare them with the Housing Site Development Promotion Act and the Housing Act applied to private housing.

After the public housing district was established by the acceptance method, in addition to the construction of public housing in the district, a path for private housing could be developed by selling some of the district's land to the private sector within the current legal framework. However, creating land for the public interest and then selling it to the private sector can result in the same problems as those raised in the Housing Site Development Promotion Act. The Housing Site Development Promotion Act conducted land expropriation for the large-scale new city development; however, it gradually became powerless against opposition from landowners owing to the cultivation of a sense of rights. The Roost Housing Act can be viewed as a means to bypass these problems.

When a large-scale housing district is created for housing construction, measures to improve wide-area transportation must be implemented, and appropriate wide-area transportation facility charges may be imposed. At this point, it may be unclear whether the levy is imposed at the formation of a housing district or at the housing construction stage. As the Bogeumjari Housing Act focuses on the creation of a district, imposing a levy during the formation of the housing district may be more justified from the perspective of a housing site development plan.

Keywords: Bogeumjari Housing, Public Housing, Public Housing District, Housing District Creation, Private Sales, Administrative Charges, Metropolitan Transportation Facility Charges

* Attorney at Law, GS Engineering & Construction Corp.

논문 / ARTICLE

도시정비법 등 관련 주요 형사판례 동향

한상훈*

국문초록

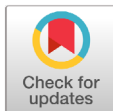
도시정비법은 지금까지 대부분 행정법의 영역에서 다루어져 왔다. 그러나 재건축 및 재개발조합의 운영에 있어 조합장이나 정비업자, 시공사에 대하여 형사처벌이 이루어지게 되는 경우, 결국 내지 해임사유에 해당하여 더 이상 직을 유지하지 못하게 되거나, 시공자에 대한 시공사 선정 취소가 되는 등 매우 강력한 제재가 뒤따른다. 이러한 중요성을 감안한다면 형사법의 영역에서도 도시정비법은 상세하게 검토되어야 한다.

형사법의 관점에서 바라볼 때 도시정비법상의 형벌규정이 구비되어 있음에도 불구하고, 시행 초기 단계에서는 기소사례가 많지 않아 유사한 사안에 대하여도 입장이 다른 판례들이 선고되는 등 판결례가 정립되지 않았다. 그러나 최근에는 기소사례가 많아지면서 판결례의 입장이 정립되어 가는 중이다.

이에 도시정비법상 처벌규정을 개관한다. 그 다음, 주요 4가지 처벌유형인 『① 뇌물죄와 공무원 의제규정, ② 시공자의 선정과 형사처벌, ③ 총회의결 없는 사업진행, ④ 관련자료의 공개의무』에 따라 현재까지 축적된 실제 형사법 사례들을 열거해 보고, 정립된 판결 및 결정례들을 분석해 보기로 한다. 조합의 비리에 대하여는 도시정비법 외에 일반 형법상의 일반 범죄유형들도 문제되나, 본 논문에서는 도시정비법상의 처벌규정과 관련되는 부분에 한하여 그동안 축적된 판결 및 결정례들을 살펴보기로 한다.

도시정비법은 행정법의 영역에서 뿐만 아니라 형사법의 영역에서도 해가 갈수록 판결 및 결정례가 축적되고 있다. 위와 같이 축적된 선례는 앞으로 조합관계자 및 이해관계인들에게 중요한 가이드라인으로서 작용할 수 있을 것이다. 학계에서도 형성 중인 형사 판례에 대하여 적극적으로 의견을 개진하여 합리적으로 판례가 정립될 수 있도록 기여해 주기를 기대한다.

주제어: 도시정비법, 형사처벌, 공무원 의제규정, 총회의결 없는 사업, 관련자료 공개의무



Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240005>

Received: February 24, 2024

Revised: March 10, 2024

Accepted: March 15, 2024

Copyright © 2024 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

목차

I. 서론

II. 도시정비법상 처벌규정 개관

III. 주요 처벌규정별 사례 검토

IV. 결론

* 춘천지방검찰청 부장검사

I. 서론

도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라고 한다)(2023. 2. 14. 법률 제19225호로 타법개정된 것)은 주로 행정법의 영역에서 다루어져 왔으나, 조합의 운영에 있어 조합장이나 정비업자, 시공사에 대하여 형사처벌이 이루어지게 되는 경우 결격 내지 해임사유에 해당하여 더 이상 직을 유지하지 못하게 되거나¹⁾, 시공자 선정 취소³⁾가 되는 등 매우 강력한 제재가 뒤따르므로 형사법의 관점에서 도 도시정비법은 상세하게 검토해야 한다.

형사법의 관점에서 바라볼 때 도시정비법 상의 형벌규정은 최초에는 사례가 쌓이지 않아 유사한 사안에 대하여도 입장이 다른 판례들이 선고되었으나 최근에는 사례들이 많이 쌓이면서 판례의 입장이 정립되어 가는 중이다.

이에 현재까지 축적된 도시정비법 상 처벌규정을 개관한 다음 주요 처벌유형에 대하여 실제 사례에 기초한 판결 및 결정례들을 분석해 보기로 한다. 조합비리의 경우 일반 형법 상의 범죄유형들도 문제되나 도시정비법 상의 처벌규정과 관련되는 부분에 한하여 그동안 축적된 판결례들을 살펴보고자 한다. 이하에서는 현재까지의 대법원 판결을 가능한 모두 반영하고, 기타 주요 하급심 판례 및 주요 결정례를 반영하였다.

II. 도시정비법상 처벌규정 개관

도시정비법은 제135조 내지 제138조에 처벌규정을 마련하고, 처벌사유와 처벌의 정도를 다르게 정하고 있다. 도시정비법 제135조를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금, 제136조를 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금, 제137조를 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금, 제138조를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 본 글에서 중점적으로 살펴보는 금품수수, 총회의결 없는 사업진행, 자료 공개의무 위반에 관한 규정은 아래와 같다.

제135조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제132조제1항 각 호의 어느 하나를 위반하여 금품, 향응 또는 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 제공의사를 표시하거나 제공을 약속하는 행위를 하거나 제공을 받거나 제공의사 표시를 승낙한 자

제137조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

6. 제45조에 따른 총회의 결의를 거치지 아니하고 같은 조 제1항 각 호의 사업(같은 항 제13호 중 정관으로 정하는 사항은 제외한다)을 임의로 추진한 조합임원(전문조합관리인을 포함한다)

제138조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제124조제1항을 위반하여 정비사업시행과 관련한 서류 및 자료를 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하지 아니하거나 같은 조 제4항을 위반하여 조합원 또는 토지등소유자의 열람·복사 요청을 따르지 아니하는 추진위원장, 전문조합관리인 또는 조합임원(조합의 청산인 및 토지등소유자가 시행하는 재개발사업의 경우에는 그 대표자, 제27조에 따른 지정개발자가 사업시행자인 경우 그 대표자를 말한다)

1) 제43조(조합임원의 결격사유 및 해임) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 조합임원 또는 전문조합관리인이 될 수 없다.

5. 이 법을 위반하여 벌금 100만원 이상의 형을 선고받고 10년이 지나지 아니한 자

2) 제105조(정비사업전문관리업자의 결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 정비사업전문관리업의 등록을 신청할 수 없으며, 정비사업전문관리업자의 업무를 대표 또는 보조하는 임직원이 될 수 없다.

4. 정비사업의 시행과 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자

5. 이 법을 위반하여 벌금형 이상의 선고를 받고 2년이 지나지 아니한 자

3) 제113조의2(시공자 선정 취소 명령 또는 과징금) ① 시·도지사는 건설업자 또는 등록사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 사업시행자에게 건설업자 또는 등록사업자의 해당 정비사업에 대한 시공자 선정을 취소할 것을 명하거나 그 건설업자 또는 등록사업자에게 사업시행자와 시공자 사이의 계약서상 공사비의 100분의 20 이하에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 시공자 선정 취소의 명을 받은 사업시행자는 시공자 선정을 취소하여야 한다.

1. 건설업자 또는 등록사업자가 제132조제1항 또는 제2항을 위반한 경우

2. 건설업자 또는 등록사업자가 제132조의2를 위반하여 관리·감독 등 필요한 조치를 하지 아니한 경우로서 용역업체의 임직원(건설업자 또는 등록사업자가 고용한 개인을 포함한다. 이하 같다)이 제132조제1항을 위반한 경우

III. 주요 처벌규정별 검토

1. 뇌물죄와 공무원 의제규정

(1) 법규정

도시정비법 제134조는 뇌물죄의 적용에 있어 정비사업에서 일정한 직위에 있는 자를 공무원으로 보아 처벌하고 있으며(이하 ‘공무원 의제규정’이라고 한다), 공무원으로 의제된 자가 형법 제129조 내지 제132조, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조에 의한 뇌물죄(이하 ‘뇌물죄’라고 한다)를 범한 경우 처벌하고 있다. 재개발사업은 공무원 의제규정이 있었지만 재건축사업은 이러한 규정이 없다 가 도시정비법이 제정되면서 양자가 통합되었다.⁴⁾

<p><도시정비법></p> <p>제134조(벌칙 적용에서 공무원 의제) 추진위원장·조합임원·청산인·전문조함관리인 및 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원 및 위탁지원자는 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.</p> <p><형법></p> <p>제129조(수뢰, 사전수뢰) ①공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p>②공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p>제130조(제삼자뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p>제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰) ①공무원 또는 중재인이 전2조의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>②공무원 또는 중재인이 그 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하거나 제삼자에게 이를 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에도 전항의 형과 같다.</p> <p>③공무원 또는 중재인이었던 자가 그 재직 중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p>④전3항의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.</p> <p>제132조(알선수뢰) 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p><특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률></p> <p>제2조(뇌물죄의 가중처벌) ①「형법」제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 수수(收受)·요구 또는 약속한 뇌물의 가액(價額)(이하 이 조에서 "수뢰액"이라 한다)에 따라 다음 각 호와 같이 가중처벌한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 수뢰액이 1억원 이상인 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 2. 수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만인 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다. 3. 수뢰액이 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다. <p>②「형법」제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 죄에 대하여 정한 형(제1항의 경우를 포함한다)에 수뢰액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과(併科)한다.</p>

(2) 주요쟁점 및 사례

1) 주요쟁점

뇌물죄 및 공무원 의제규정의 취지에 따르면, 의제된 공무원이 그 직무의 대상이 되는 사람으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 그 사람이 종전에 공무원으로부터 접대 또는 수수 받은 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때 의례상의 대가에 불과한 것이거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 있다고 볼 수 있고, 공무원의 직무와 관련하여 금품을 수수하였다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌려 금품을 주고받았다

4) 김종보, 『건설법의 이해』 (제7판), 북포레, 2023, 716면.

고 하더라도 그 수수한 금품은 뇌물이 된다.⁵⁾

의제된 공무원이 돈을 주고받은 사실 자체를 부인하는 경우에도, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 이러한 법리는 수수된 돈의 성격이 뇌물인지 여부가 다투어지는 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 수수된 돈의 성격이 뇌물이라는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.⁶⁾

공무원으로 의제된 자가 돈을 받은 사실은 자인하나 받은 돈이 차용금이라고 주장하는 경우에도 같은 법리가 적용된다. 뇌물죄에 있어서 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 받은 사실은 시인하면서도 그 돈을 뇌물로 받은 것이 아니라 빌린 것이라고 주장하는 경우 수뢰자가 증뢰자로부터 돈을 수수한 동기, 전달 경위 및 방법, 수뢰자와 증뢰자 사이의 관계, 수뢰자의 차용 필요성 및 증뢰자 외의 자로부터 차용가능성, 차용금의 액수 및 용처, 담보 제공 여부, 변제기 및 이자 약정 여부, 수뢰자의 원리금 변제 여부, 채무불이행시 증뢰자의 독촉 및 강제집행 가능성 등을 종합하여 판단하여야 한다.⁷⁾

금원을 무이자로 대여한 경우에는 금융이익 상당액이 뇌물이 된다. 범인이 금융기관으로부터 대출받는 등 통상적인 방법으로 자금을 차용하였을 경우 부담하게 될 대출이율을 기준으로 하거나, 그 대출이율을 알 수 없는 경우에는 금품을 제공받은 범인의 지위에 따라 민법 또는 상법에서 규정하고 있는 법정이율을 기준으로 하여, 변제기나 지연손해금에 관한 약정이 가장되어 무효라고 볼 만한 사정이 없는 한, 금품 수수일로부터 약정된 변제기까지 금품을 무이자로 차용으로 얻은 금융이익의 수액을 산정한 뒤 이를 추정하여야 할 것이다.⁸⁾⁹⁾

건설사로부터 받은 워크숍 경비를 뇌물로 볼 수 있는지 여부에 관하여, 재개발조합장인 피고인이 건설사로부터 조합 워크숍 경비를 지원해 달라고 요청하고 피고인의 개인 계좌로 1,000만 원을 송금받은 사건에서, 1심(부천 2019고단3927)은 증빙자료는 부족하나 워크숍 경비로 사용되었을 가능성을 배제할 수 없다는 이유로 무죄(뇌물수수) 선고하였으나, 2심(인천 2021노298)은 위 송금일은 건설사와 조합 사이에 가계약을 체결하고 이를 추진하기 전으로서, 총회에서 가계약 안건 추진, 본계약 조건의 협의, 추후에 진행될 공사 등과 관련한 원활한 관계 유지가 필요한 시기였으므로, 피고인과 문O상 사이에 돈을 수수할 동기는 충분하였다고 판단된다는 이유로 유죄를 인정하였다(2021도16601, 대법원 유죄 확정).

2) 구성요건별 주요사례(공무원 의제사례)

① 주체

추진위원장·조합임원·청산인·전문조합관리인 및 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원 및 위탁지원자가 공무원 의제규정의 주체가 된다. 추진위원회 승인에 하자가 있어 취소사유에 해당하는 경우에도 이는 무효가 아니므로 추진위원장은 공무원으로 의제된다.¹⁰⁾

조합장의 남편이 금품을 수수한 사안에서 판례는 “피고인은, 2007. 3. 31. 재건축을 시행하는 00아파트 주택재건축정비사업조합의 조합장으로 선임되어 현재까지 재직 중인 00의 남편으로서, 00이 조합장으로 선임된 이후부터 현재까지 조합 사무 전반에 관여하여 왔다. … 2009. 6. 18. 00건설 사무실에서 김00로부터 위와 같은 00건설의 재건축 시공 사업에 대한 편의 제공 명목으로 16회에 걸쳐 합계 3억 300만원을 받아 공무원으로 의제되는 재건축 조합장의 직무에 관하여 청탁 또는 알선한다는 명목으로 금품을 수수하였다(대법원 확정 2017도2885 판결, 대구지방법원 2015고단4574 판결)”고 판시하였다. 이에 변호사법 제111조 제1항 소정의 ‘공무원이 취급하는 사무에 관하여 청탁 또는 알선한다는 명목으로 금품을 수수’한 죄로 조합장의 남편을 처벌하였다.

② 행위

공무원 의제규정의 처벌대상인 형법 제129조 내지 제132조 소정의 행위(뇌물죄)태양은 아래와 같다. 첫째, 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) 위반에 관하여 정비사업전문관리업자의 선정과 관련하여 공무원으로 의제되는 조합설립추진위원회의 위원장으로서 금품(뇌

5) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결.

6) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도6110 판결 등 참조.

7) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3943 판결.

8) 대법원 2008.09.25 선고 2008도2590 판결.

9) 광주지방법원 2018. 2. 22. 선고 2017노1359 판결. 이 사건의 1심(광주지방법원 2017. 3. 22. 선고 2016고단6052 판결)에서는 피고인이 업자로부터 받은 6천만 원을 뇌물로 보았으나, 2심에서는 차용금으로 보면서 금융이익 상당의 재산상 이익을 받은 것이라고 판시하고, 대법원에서 확정되었다.

10) 대법원 2019.09.25. 선고 2019도5894 판결.

물) 수수하여 처벌된 사례가 있다.¹¹⁾

둘째, 형법 제130조(제3자뇌물제공) 위반행위에 관하여, 추진위원장이 아닌 조합에게 이익을 제공한 것으로 보아 무죄를 선고한 사례는 아래와 같다. 법원은 “① 피고인들로부터 차용한 위 금원은 조합설립 추진위원회 또는 조합의 운영비 등으로 사용하기 위한 것이었고, 위와 같이 차용된 위 금원은 실제로 추진위원회나 조합의 운영경비 등으로 사용되었던 점, ② 피고인 김오0 명의 위 계좌는 추진위원회의 승인일(2009. 8. 24.) 직후인 2009. 9. 2. 개설되었는바, 조합설립 추진위원회는 법인격이 없으므로 은행통장을 개설할 수 없는 점, 위 은행계좌에 ‘00구역 추진위원회’라는 명의가 병기되어 있었고 ‘00구역주택재개발정비사업조합설립추진위원장의인’이라는 도장을 사용하였던 점, 위 계좌에서 조합의 운영비 등이 지출되었던 점 등에 비추어, 위 계좌는 추진위원회의 운영을 위한 계좌라고 볼 수 있는 점, ③ 피고인 김오0이 피고인 김남0에게 교부한 영수증에 ‘추진위원장’ 또는 ‘위원장’ 등의 명의를 사용하였던 점, ④ 피고인 신규0, 김남0으로부터 차용한 위 금원에 대한 이자를 지급하지 않음으로 인한 이득은 결국 상계2구역 주택재개발조합에 귀속된다고 보이는 점 ~ 등에 비추어 보면, 피고인 김남0, 신규0은 00구역 주택재개발조합 추진위원회 또는 조합에 위 금원을 무이자로 대여하였다고 평가함이 상당하다”고 판단하였다.¹²⁾

셋째, 형법 제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰) 위반행위에 관하여, 판례는 조합장이 입찰정보를 알려주는 행위는 부정한 행위에 해당한다고 보아, 조합장이 정비사업의 시행대행사 선정을 희망하는 업체들로부터 입찰제안서를 제출받았고 입찰제안서 제출 마감일 당시까지 입찰제안서를 제출한 업체들의 응찰금액을 관계자에게 알려주면서 응찰금액을 수정하여 다시 접수하라고 지시하였고, 이에 따라 입찰자가 입찰제안서 마감일 다음날에 입찰제안서를 수정하여 조합에 다시 제출한 사안에서 조합장이 시행대행사 선정의 대가로 금품을 수수하고, 입찰 정보를 알려주는 등의 부정행위를 함과 동시에 입찰의 공정성을 해한 것(2011도1909 판결)이라고 판단하였다.

(3) 소위 ‘차용 가장 뇌물수수(조건부 대여)’의 문제

대부분의 업체들은, 자신들이 업체로 선정되기 위한 목적으로, 조합(추진위원회 포함) 측에 돈을 교부하면서, 차용의 형식을 취하고 있는바, 이 같은 형식에도 불구하고 그 실질은 업체선정을 대가로 교부하는 뇌물성 자금이라고 보는 것이 상당하다. 특히 업체 선정 시에는 돌려주지 않으나, 선정되지 않은 경우 내지 선정 이전이 문제된다. 그런데, 판례는 소위 ‘차용 가장 뇌물수수’ 사안에 대하여 일반적인 뇌물법리 외에 조합비리 사건에 대한 별도의 법리를 두고 있지 않고, 판례 또한 구체적인 사안에서 일관된 기준을 세우고 있는 것으로 보이지 않는다. 한편 수수한 금품의 성질이 ‘뇌물’까지 이르지 못한다고 보는 경우(‘차용금’으로 보는 경우) 전체 무죄를 선고하는 사례들과 공소장 변경 없이 금융이의 상당액을 수수하였다고 판시하는 사례들이 나뉘어져 있는바, 이 부분에 대하여는 아직 유의미한 판례가 집적되었다고 보기는 어려운 상황이다.

(4) 도시정비법상 금품수수죄와의 관계

공무원의제에 의한 뇌물수수죄와 후술하는 도시정비법상의 금품수수죄는 구성요건이 유사하여 함께 의율할 수 있는 것인지가 문제되는바, 이전 실무에서는 법정형의 큰 차이 내지 처리관행상 뇌물수수죄로만 의율하여 기소해 왔다. 그러나, 2016년 이후 조합장, 정비업자 등 공무원의제가 되는 주체가 금품을 수수하는 경우 뇌물수수죄(사전수뢰 포함) 이외에 도시정비법을 함께 상상적경합범으로 의율하여 기소하는 등 다수의 사례에서 도시정비법상의 금품수수죄도 함께 의율하여 기소하고 있다.¹³⁾ 비록 법정형에 있어 차이는 있지만, 도시정비법 위반으로 처벌되는 경우 조합장 직위 상실 및 향후 선임제한 등의 규정이 있으므로 함께 의율하는 것이 도시정비법상의 규정을 활성화 시킨다는 점에서 바람직하다고 생각된다.

2. 계약방법·시공자의 선정과 관계자의 금품수수

(1) 주요쟁점 및 사례

1) 주요쟁점

도시정비법의 규정에도 불구하고, 계약방법의 위반이나 시공사의 ‘선정시기와 방법’ 관련 조항은 실무상 적용되어 처벌된 사례가 많지 않다. 예를 들어, 재건축조합에서 성토작업과 미이주자 강제집행 관련 용역을 맡기는 내용의 계약을 일반경쟁 방식이 아닌 수의

11) 대법원 2020. 9. 24. 선고 2020도7626 판결.

12) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도7196 판결, 서울고등법원 2013. 5. 31. 선고 2012노3071 판결.

13) 광주지방법원 2017. 3. 22. 선고 2016고단6052 판결, 의정부지방법원 고양지원 2018. 2. 13. 선고 2017고합3 판결 등.

계약으로 계약을 체결한 사안이다(2022도15605 판결).

다만, ‘관계자의 금품수수’ 관련 조항은 거의 적용되지 않다가 최근 적용되기 시작하고 있는바, 확인된 사례들은 다음과 같고, 신분범이 아니므로(‘누구든지’) 다양한 상황에서 적용되는 특징이 있다. 판례는 관계자 금품수수 금지 조문의 취지 및 우항청심환 제공도 본법 위반에 해당한다고 보아 “위 조항에서 정한 ‘조합 임원의 선출과 관련하여’는 ‘임원의 선출에 즈음하여, 임원의 선출에 관한 사항을 동기로 하여’라는 의미로서 ‘임원의 선출을 위하여’보다 넓은 개념”¹⁴⁾이라고 판시하였다.

2) 시공사 선정 관련 구성요건별 주요사례

도시정비법에서 제136조 제1호의 죄는 ①계약의 방법, ②시공사 선정에 관하여 경쟁입찰 또는 수의계약(2회 이상 경쟁입찰이 유찰된 경우로 한정한다)의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공사로 선정하지 않는 행위를 처벌하고 있으나, 위에서 본 것과 같이 처벌된 사례가 많지 않다.

3) 관계자의 금품 수수 금지 관련 구성요건별 주요사례

도시정비법 제135조 제2호의 죄는 신분범이 아니므로 ‘누구든지’ 범할 수 있고, ①추진위원, 조합임원의 선임 또는 ②제29조에 따른 계약체결과 관련하여 ①금품향응 제공, ②금품향응 수령, ③알선하는 것을 구성요건으로 하고 있다.

첫째, 금품, 향응 또는 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 제공의사를 표시하거나 제공을 약속하는 행위와 관련해서는 조합장 선거 관련하여 조합원에게 금품을 제공한 사안,¹⁵⁾ 조합장 선출과 관련하여 상대 후보자를 후보에서 사퇴시킬 목적으로 2012. 4. 3. 위 조합의 재건축정비사업자 소속 직원에게 “조합장에 당선되면 박중O을 조합 상근이사에 임명하여 일정 급여와 상여금을 보장하고, 총무로 일하며 받지 못했던 추진위원회 임금 1억 원을 보장해 주겠다.”라는 취지의 제안을 상대 후보에게 전달해 줄 것을 부탁하여 전달한 사안¹⁶⁾ 등이 있다.

판례는 시공사 선정을 위하여 조합원들에게 식사를 제공한 사안에서 “피고인들은 … 위 (주)내O피앤씨의 홍보요원들로 하여금, 시공사 선정과 관련하여, 홍보요원의 신용카드 등으로, 위 조합원들에게 식사와 선물 등을 제공하게 한 후, 나중에 그 비용을 홍보활동비 명목으로 OO산업에서 정산받을 것을 공모하고, 위 홍보요원으로 하여금 조합원에게 3천만 원 상당의 금품과 향응을 제공하도록 하였다”고 하여 식사를 제공한 자를 처벌하였다.¹⁷⁾

둘째, 금품, 향응 또는 그 밖의 재산상 이익을 제공받거나 제공의사 표시를 승낙하는 행위에 관하여 판례는 조합의 정비사업과 관련된 공사를 수주하는 대가로 인센티브를 수령하기로 한 이상 공사수익의 일부를 수수하기로 하는 인센티브는 동법 제11조 제5항 각 호의 ‘금품’에 해당한다고 보아 시공사 선정시 인센티브를 받기로 한 약속도 금품수수에 해당한다고 보았다.¹⁸⁾

(2) 기타

1) 용역업체로부터 돈을 ‘빌린’ 경우

용역업체로부터 자금을 대여한 경우 뇌물죄로 의율되었을 때 무죄 내지 금융이익 상당의 뇌물수수라는 일부 유죄 판결이 선고되고 있다는 점은 전술한 바와 같다. 그런데, 추진위원장 선거를 앞두고 용역업체로부터 돈을 빌린 것을 도시정비법상의 금품수수로 기소한 사안에서 판례는 추진위원 단계에서 돈을 받더라도 도시정비법상의 금품수수 조항의 적용이 가능하고, 설령 돈을 ‘빌린’ 것일지라도 동 조항의 ‘금품을 제공받은’ 행위에 해당한다고 판시하였는바,¹⁹⁾ 설령 차용하는 사안이라도 경우에 따라 범죄성립이 가능하다. 판례는 이러한 금전 차용행위는 추진위원회 선출의 공정성을 심각하게 훼손하는 것으로서 추진위원회 위원 선출과 관련하여 금품을 제공받은 것이라고 판단하였다.

14) 대법원 2018.09.13. 선고 2018도7570 판결.

15) 대법원 2017.03.15. 선고 2016도17344 판결.

16) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013도15870 판결.

17) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도9452 판결.

18) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도4520 판결.

19) 부산고등법원 2015노615, 2016노237 판결.

2) 시공사 선정을 ‘알아봐’ 주는 것에 대한 대가로 금품을 경우

한편, 소위 컨설팅 업자가 재개발조합의 조합장으로부터 새로운 시공사를 알아봐 달라는 부탁을 받고, 새로운 시공사를 연결하여 주고, 그 대가로 금품을 받은 사안에서, 도시정비법 상의 금품수수죄가 성립된다고 하면서 ①위와 같이 알아봐 주는 것도 ‘누구든지 시공사 등의 선정과 관련하여 금품 및 재산상 이익을 수수한 행위에 해당한다.’고 판시,²⁰⁾ ②금품을 받은 방식 관련, 알선의 대가로 위 업체와 PM계약을 체결하고(5억 원 지급), 알선 수수료 1억 6천만 원을 지급한 것을 모두 금품 수수로 판단²¹⁾하였으나 좀 더 검토가 필요한 사안으로 보인다.

3) 정비사업전문관리업자 선정의 문제

추진위원회 위원장이 수의계약으로 정비사업자를 선정한 경우가 문제되었다.²²⁾

3. 총회의결 없는 사업진행

(1) 법규정

도시정비법 제137조 제6호는 제45조 제1항에 의하여 총회의 의결을 거쳐야 하는 13가지 사항에 관하여 총회의결 없이 사업을 진행하는 행위를 제재하고 있다. 이 조항은 도시정비법 제정시에 신설되었는데, 시간이 지나면서 처벌 사례들이 늘어나고 있다.²³⁾ 본 글에서 주로 살펴볼 자금차입, 정비사업비의 사용, 예산 외 조합원에게 부담이 되는 계약에 관한 규정은 아래와 같다.

제45조(총회의 의결) ① 다음 각 호의 사항은 총회의 의결을 거쳐야 한다.

2. 자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법
3. 정비사업비의 세부 항목별 사용계획이 포함된 예산안 및 예산의 사용내역
4. 예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 되는 계약

(2) 주요쟁점 및 사례

1) 주요쟁점

‘총회의 의결’은 원칙적으로 사전의결을 의미한다.²⁴⁾ 예외적으로 판례는 “이 사건과 같이 예산편성을 위한 총회개최에 따르는 용역 계약 체결과 관련된 총회의 의결은 예외적으로 사후 의결이 가능하다고 판단된다. … 이 사건 조합은 2014년도에 정기총회를 개최하여 예산안을 의결한 사실이 있으나, 2014. 9. 5.경 부천시장으로부터 조합설립인가 취소처분을 받아 2015년도, 2016년도에는 정기총회를 개최하지 못하였고, 이에 따라 예산안 또한 의결되지 않았는바, 이 사건 계약 이전에 2017년도 예산이 성립되지 않은데 부득이한 사정이 있다. ~ 그렇다면 이 사건 계약은 도시정비법 제24조 제3항에 따른 총회의 의결을 거친 것으로서 적법하다”고 판시하며 사후 추인을 인정하였다.²⁵⁾

총회의결을 거치지 않고 정당행위를 주장하는 사안에 대하여 대부분의 사례에서는 정당행위나 긴급피난에 해당하지 않는다고 판단하고 있다. 조합임원들이 조합원들에게 차기 총회비용 지출 등과 관련하여 안내문을 발송하고 그에 대한 서면동의서를 징구한다거나, 대의원들을 소집하여 대의원 의결을 하는 등의 방법을 전혀 강구하지 않고 만연히 비용을 지출하거나 조합원들에게 부담이 되는 계약을 체결하였다면 긴급피난 내지 정당행위의 보충성 등의 요건을 갖추지 못한 것이다.²⁶⁾

20) 춘천지방법원 원주지원 2017. 8. 9. 선고 2017고정101 판결.
 21) 오건대, 본건 조합장은 새로운 시공사를 소개시켜준 컨설팅 업자에 대하여 알선에 대한 대가로 PM계약을 체결하여 주고, 알선수수료를 지급해 준 것인데, 일반적인 경우처럼 컨설팅 업자가 자신을 시공사로 선정하여 달라는 부탁을 하고 조합장에게 돈을 준 사안이 아니라, 조합장이 컨설팅 업자에 대하여 돈을 준 경우까지 위법행위로 보는 것에 대하여는 좀 더 엄밀한 검토가 필요한 것으로 보인다(대법원 판결은 확정되었으나, 대법원에서는 위 논점을 다루지 않았고, 새로운 시공사를 적법한 절차를 통해 선정하였는지 여부는 불분명하다).
 22) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도17521 판결.
 23) 김중보, “재건축·재개발 제도와 검찰의 역할”, 『건설법연구』 제1호(2019. 3.), 15면 참조.
 24) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도14296 판결 등.
 25) 인천지방법원 부천지원 2018. 8. 30. 선고 2018고정420 판결.
 26) 서울서부지방법원 2015. 7. 10. 선고 2015노274 판결.

2) 구성요건별 주요사례

① 주체

본 규정의 주체는 조합임원(전문조합관리인을 포함한다)이며, 조합임원이 아니어도 공범으로 처벌될 수 있고(2011도17942 판결), 조합임원이 아닌 자들도 공동정범으로 처벌될 수 있다.²⁷⁾ 법원이 선임한 임시이사도 처벌 대상이 되는 조합임원이나,²⁸⁾ 조합설립인가가 무효라면 무효인 조합의 임원은 본법의 주체가 될 수 없다.²⁹⁾ 조합원이 아닌 자가 조합임원이 되어 소급적으로 무효로 되었어도 임원으로서 행한 행위에 대하여는 처벌이 가능하다.³⁰⁾

② 대상 - 도시정비법 제45조 제1항 소정의 사항

첫째, 자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법에 관하여, 판례는 “가장 합리적인 방법을 찾아 자금을 차입하고 소비대차계약 및 서울시 조례 및 서울시 용자계획 등에 따른 이율로 상환한다고 정한 사실만 인정될 뿐이고, 위와 같은 개략적이고 포괄적인 사항 외에 이 부분 차입과 관련하여 대여자, 차입 자금의 규모, 이율 및 상환방법 등에 관하여는 아무런 총회 결의가 없었던 점에 비추어 보면, 사전에 이 부분 차입에 대하여 총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 없다.”고 하여 자금의 차입 방법에 관하여 개략적인 결의만 있었던 경우 총회 결의가 없었다고 본다.³¹⁾ 사업비 대출 연장수수료 지급도 총회 의결사항에 해당한다.³²⁾

둘째, 정비사업비의 사용에 관하여 판례는 “도시정비법에서는 ‘정비사업비의 사용’에 대하여 총회의 의결을 거치도록 규정하고 있으므로 총회의결은 생략할 수 없는 절차”라고 보아 정비사업비에 사용하기 위한 대출이 총회의 의결에 따라 이루어졌다고 하더라도 생략할 수 없다고 판시하였다.³³⁾ 또한 판례는 “피고인이 주장하는 총회 미개최 사유를 객관적으로 총회 의결이 불가능하거나 현저히 곤란한 사유라고 할 수 없고, 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 하였다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 총회 의결 없이 정비사업비를 사용한 행위는 처벌된다.”³⁴⁾고 하여 정비사업비의 임의 사용이 정당행위에 해당되지 않는다고 판단하는 한편 지출에 관한 개략적인 내용도 특정되지 않은 시공사 선정 의결에 정비사업비 지출이 포함되지 않는다고 보고 있다.³⁵⁾

셋째, 예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 되는 계약에 관하여 법률계약, 이주관리 및 범죄예방업무 용역계약, 지장물(전기상수도 도시가스) 차단 및 폐전·폐관·폐공 용역계약, 정보통신·소방공사 감리용역계약, 석면해체·제거 및 폐기물처리공사 용역계약, 이주·명도 용역계약 등이 주로 총회 의결 없이 이루어지는바, 이는 조합장 등 조합집행부의 부정비리와 연관되었을 가능성이 있으므로 주의하여야 한다. 이는 뇌물, 업무상횡령/배임과 밀접한 연관이 있다.

여기에서 ‘예산’이라 함은, ‘조합의 정관에서 정한 1회계연도의 수입·지출 계획’을 의미한다고 할 것이고, 이러한 예산의 요건을 충족하지 아니하는 이상, 조합이 정비사업을 추진하는 과정에서 공사비 등 정비사업에 드는 비용인 정비사업비의 지출예정액에 관하여 사업비 예산이라는 명목으로 총회의 의결을 거친 적이 있다고 하더라도 처벌된다.³⁶⁾ 조합설립동의서에 기재된 개산액³⁷⁾ 및 소요경비추산액³⁸⁾은 예산에 해당하지 않는다.

시공사 선정 관련 사항을 대의원회에 위임하였어도 총회 결의가 없다면 무효(2010도15709 판결)이며, 판례는 “설령 변호인의 주장처럼 제2계약이 정지조건부계약이었다고 하더라도, 조합이 총회의 의결 없이 도시정비법 제24조 제3항 제2, 5호에서 정한 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 그 계약이 무효로서 효력이 없는 점에서 정지조건부계약과 다르지 않음에도 도시정비법은 이를 처벌하고 있고, 제2계약에 따라 조합과 퓨처00 및 디00가 위와 같이 차용금의 지급 등 계약 내용에 따른 의무 이행을 해 온 이상 도시정비법위반죄의 성립에 아무런 영향이 없다 할 것³⁹⁾”이라 하여 총회 의결 정지조건부 계약이라도 체결하면 본법 위반에 해당한다고 판시하였다.

가계약의 체결에도 총회 의결이 필요하다고 본 사안에서 판례는 “이 사건 공사도급계약의 계약서의 명칭이 ‘공사도급(가)계약서’인 사실, 위 계약서의 문언상 계약당사자 사이에 향후 본계약 체결을 예정하고 있는 사실, 정확한 사업부지면적, 공사규모, 공사도급금액

27) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017도2611 판결.

28) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도138 판결.

29) 대법원 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결.

30) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2013도13836 판결.

31) 서울서부지방법원 2015.07.10. 2015노274 판결.

32) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010도13848 판결.

33) 서울북부지방법원 2018.11.09. 선고 2018고단438 판결.

34) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015도15345 판결.

35) 대법원 2017. 1.12. 선고 2015도3045 판결.

36) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014도8096 판결.

37) 대법원 2015. 9.10. 선고 2015도6789 판결.

38) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14313 판결.

39) 대법원 2014. 8. 26. 2014도4980 판결.

등은 사업시행인가 후 확정되는 것으로 예정되어 있는 사실은 인정되지만, 한편, ①가계약은 그 법적성질 및 효력을 일률적으로 규정하기 어렵고, 계약내용에 따라 법적 구속력이 인정되지 아니하는 단순히 준비단계에서의 계약에 불과한 경우부터 실질에 있어 본계약과 차이가 없는 경우까지 다양한 모습을 가질 수 있는 것이어서, 가계약이라는 명칭만으로 ‘조합원에게 비용에 대한 부담이 되는 계약’이 아니라고 단정하기 어려운 점, ~ 등의 사정을 종합하면, 이 사건 공사도급계약은 ‘예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약’에 해당한다고 봄이 상당하다”⁴⁰⁾고 판단하였다. 변호사 선임 계약도 원칙적으로 총회 의결 없이 체결하여서는 안 된다.⁴¹⁾

체결된 계약을 변경하여 조합에 추가적인 부담을 준 행위가 정당행위에 해당하지 않는다. 만약 변경계약에 따라 받을 용역대금에서 공제되도록 A회사와 협상하는 등의 시도를 할 수 있었음에도, 그러한 시도를 하지 아니한 채 조합원 총회의 결의 없이 변경계약을 체결하고 그 결과 조합은 B회사가 이미 수행한 용역에 관한 용역대금 상당의 부담을 추가로 지게 되었다면, 해당 변경계약과 같은 내용의 계약을 조합원 총회의 결의를 거치지 않고 체결한 것이 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다(2014도5670판결).

계약이 통상적인 범위 내에서 이뤄졌다면 그 계약 체결 행위는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 판례는 통상적인 범위 내에서 각 용역계약이 예산안 확정 등을 위한 총회의 개최를 위한 비용이고, 이 사건 총회 개최를 위한 이 사건 각 용역계약 비용이 적절한지는 별론으로 하고 이 사건 각 용역계약의 비용은 이 사건 총회 전후의 다른 총회를 위하여 체결된 각 용역계약과 비교해 과다해 보이지 않은 사안에서 계약체결이 정당행위에 해당한다고 판단하였다.⁴²⁾

③ 행위

위에서 살펴본 대상에 관하여 총회의 (사전)의결을 받지 않는 행위는 처벌된다.

4. 관련 자료의 공개의무

(1) 법규정

도시정비법 제138조 제7호는 제124조 제1항 및 제4항에 의한 자료의 공개의무 위반을 제재하고 있다. 도시정비법 제정 초기에는 정보공개의무는 형사처벌과 무관하게 선언적으로 규정되어 있었다. 그러나 조합업무의 밀행주의와 비공개로 인한 조합원들의 권리침해가 사회적 문제로 비화되면서 2007년 도시정비법 개정으로 정보공개의무에 위반한 추진위원장, 조합임원 등이 형사처벌의 대상이 되었다.⁴³⁾ 공개의무가 있는 사항에 관한 규정은 아래와 같다.

제124조(관련 자료의 공개 등) ① 추진위원장 또는 사업시행자(조합의 경우 청산인을 포함한 조합임원, 토지등소유자가 단독으로 시행하는 재개발사업의 경우에는 그 대표자를 말한다)는 정비사업의 시행에 관한 다음 각 호의 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원, 토지등소유자 또는 세입자가 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다.

1. 제34조제1항에 따른 추진위원회 운영규정 및 정관등
2. 설계자·시공자·철거업자 및 정비사업전문관리업자 등 용역업체의 선정계약서
3. 추진위원회·주민총회·조합총회 및 조합의 이사회·대의원회의 의사록
4. 사업시행계획서
5. 관리처분계획서
6. 해당 정비사업의 시행에 관한 공문서
7. 회계감사보고서
8. 월별 자금의 입금·출금 세부내역
- 8의2. 제111조의2에 따라 신고한 자금차입에 관한 사항
9. 결산보고서
10. 청산인의 업무 처리 현황
11. 그 밖에 정비사업 시행에 관하여 대통령령으로 정하는 서류 및 관련 자료

40) 대법원 2013. 10. 17 선고 2013도3010 판결.

41) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2022도9809 판결.

42) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도10362 판결.

43) 김종보, “재건축·재개발과 형사처벌 - 건설분야 부패방지제도의 일부로서 -”, 『서울대학교 법학』 제60권 제2호(2019. 6.), 113-114면 참조.

④ 조합원, 토지등소유자가 제1항에 따른 서류 및 다음 각 호를 포함하여 정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료에 대하여 열람·복사 요청을 한 경우 추진위원장이나 사업시행자는 15일 이내에 그 요청에 따라야 한다.

1. 토지등소유자 명부
2. 조합원 명부
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 서류 및 관련 자료

(2) 주요쟁점 및 사례

1) 주요쟁점

정비사업의 투명성·공공성을 확보하기 위해서는 정비사업과 관련된 서류 및 자료의 공개가 필요하고, 관련 자료를 공개할 의무를 규정한 취지는 이러한 정비사업의 투명한 추진과 조합원의 알권리를 충족시키기 위한 것이다.⁴⁴⁾ 이와 같은 취지에도 불구하고 검사가 고소내용 그대로 기소함에 따라 무죄가 선고되고 있는바, 피의자 측의 주장을 경청하고 그럼에도 불구하고 기소할 수 있는 것인지를 검토해 보아야 한다.

2) 구성요건별 주요사례

① 주체

업무의 주된 담당자가 어니어도 조합임원이라면 책임을 질 수 있고(2009도10664), 조합 이사가 조합장 직무대행자가 된 경우 본범의 주체에 해당한다.⁴⁵⁾ 법원 선정 조합임원의 직무대행자도 본범의 주체에 해당하나,⁴⁶⁾ 추진위원회 위원장의 직무대행자는 본범 주체에 해당하지 않는다.⁴⁷⁾

② 처벌대상

도시정비법 제124조 제1항 소정의 12개 사항 및 제4항 소정의 3개 사항에 관한 자료를 공개할 의무를 위반한 경우 처벌된다.

추진위원회·주민총회·조합총회 및 조합의 이사회·대의원회의 의사록에 관하여 ‘조합감사 해임 발의자 명부’는 ‘조합총회 의사록’의 ‘관련 자료’에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이다.⁴⁸⁾ 공개해야 하는 의사록은 구체적인 내용을 담고 있어야 한다.⁴⁹⁾

도시정비법 제81조 제1항 제2호에서 공개하여야 할 서류로서 명시된 “설계자·시공자·철거업자 및 정비사업전문관리업자 등 용역업체의 선정계약서”는 공개대상인 용역업체 선정계약서를 한정적으로 열거한 것이 아니라 설계자·시공자·철거업자 및 정비사업전문관리업자 등에 준하여 정비사업 시행 및 주민들의 이해관계와 관련 있는 용역업체의 선정계약서라면 공개대상에 포함되는 것이라고 넓게 해석하여야 한다(2010도12595 판결). 그럼에도 불구하고 용역업체 선정계약을 공개하지 아니한 사안도 있다(2018도20111 판결).

핵심업무에 관한 용역계약서가 아니더라도 공개 대상에 해당하며,⁵⁰⁾ 각 호에 열거된 서류뿐만 아니라 그 관련 자료도 공개, 열람·복사의 대상으로 하고 있음이 문언상 명백한 점 등에 비추어 보면, ‘월별 자금의 입금·출금 세부내역에 관한 자료’를 포함한다고 해석함이 상당하고 ‘각종 영수증 등’은 ‘월별 자금의 입금·출금에 관한 자료’에 해당한다.⁵¹⁾

개인정보가 포함된 정보는 개인정보 제외하고 공개하여야 하며,⁵²⁾ 지출 내역, 총회 소집 요구 서명자 목록 등도 공개 대상에 해당한다(2010도7389). 전화번호도 공개 대상에 해당한다.⁵³⁾ 그러나 조합장이 법률사무소와 체결한 선임계약서는 공개대상에 해당하지 않는다고 본다.⁵⁴⁾ 회계 관련 서류들은 공개 대상인 ‘회계감사보고서’에 해당하지 않는다.⁵⁵⁾ 이에 자금의 입출금 내역을 공개하지 아니하

44) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도10976 판결, 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌바329 결정.

45) 대법원 2018. 1. 24 2017도19657 판결.

46) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도2532 판결.

47) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2014도10612 판결.

48) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2018도14880 판결.

49) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018도13701 판결.

50) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2018도1476 판결.

51) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도12811 판결.

52) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도8981 판결 등.

53) 대법원 2017. 10. 12 2017도9393 판결.

고(2015도10716 판결), 입금·출금 세부내역과 회계감사보고서를 공개하지 않은 사안(2019도8730 판결)이 있다.

‘관리처분계획인가신청서 보완공문’도 열람등사 대상에 해당⁵⁴⁾하나, 도시정비법은 그 대상이 되는 서류와 관련하여 ‘이사회회의 사록’만을 규정하고 있을 뿐 ‘이사회회의 회의록’은 규정하고 있지 아니하므로, ‘이사회 회의록’이 열람·등사 대상이라고 보기는 어렵다.⁵⁷⁾ 확정되지 않은 상태의 자료도 확정되지 않은 상태대로 열람등사 대상이 된다(2018도17790 판결).

③ 행위

일부 항목이 누락된 자료를 공개한 경우에도 공개의무 위반에 해당한다(2011도10424 판결). 전화번호와 주소를 일부 가린 조합원 정보를 제공한 경우 본법 위반에 해당하고, 직원의 실수로 누락이 되었어도 미필적 고의가 인정될 수 있다(2022도16960). 조합 홈페이지를 폐쇄한 행위는 그 자체로 공개의무의 위반이다.⁵⁸⁾

정보공개를 지연하거나⁵⁹⁾ 요청을 거절하는 데 정당한 이유가 있었다고 주장하는 경우가 많으나, 대부분 인정되지 않는다. 동영상을 요구하였으나 녹취 음성 제공한 경우 요청 거절에 해당(2018도7680 판결)하며, 서류가 홈페이지에 공개되어 있고 홈페이지 주소를 안 내한 것만으로는 열람등사에 요구에 응하지 않은 것으로 본다.⁶⁰⁾

열람 요청이 정당하지 않은 경우에는 공개하지 않아도 처벌되지 않는다.⁶¹⁾ 자료 요청에 의심할 만한 사유가 있어 이를 거절하는 데 정당한 이유가 있는 경우에도 정당행위가 인정된다.⁶²⁾ 구두 열람등사 요청 및 사용목적 없는 서면 열람등사 요청에는 응하지 않아도 처벌받지 않는다.⁶³⁾

IV. 결론

지금까지 도시정비법에 규정되어 있는 형사처벌 규정을 개관하고, 아울러 주요 처벌사안에 대하여 검토해 보았는바, 도시정비법은 그 중요성에 비추어 형사판례도 계속하여 축적되고 있음을 확인하였다.

위와 같이 형사판례가 축적되는 경우 도시정비법 외에 주제별로 축적된 각종 판례들이 조합관계자 및 이해관계인들에게 일응의 가이드라인으로서 작용할 수 있을 것이므로 학계에서도 여전히 형성 중인 형사판례의 정립에 적극적인 기여를 해주길 기대한다.

투고일 2024. 2. 24. 심사완료일 2024. 3. 10. 게재확정일 2024. 3. 15.

54) 서울서부지방법원 2018. 5. 18. 선고 2018고단504 판결.

55) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도7483 판결.

56) 대법원 2017. 3. 15. 2016도18984 판결.

57) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도5886 판결.

58) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도9214 판결.

59) 대법원 2016. 9. 23. 선고 2016도11777 판결.

60) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015도402 판결.

61) 대법원 2017. 3. 30. 선고 2017도1098 판결.

62) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4089 판결.

63) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도15368 판결.

참고문헌

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

김종보, “재건축-재개발 제도와 검찰의 역할”, 『건설법연구』 제1호(2019. 3.).

김종보, “재건축-재개발과 형사처벌 - 건설분야 부패방지제도의 일부로서 -”, 『서울대학교 법학』 제60권 제2호(2019. 6.).

ABSTRACT

Key Criminal Case Law Trends Related to the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments

Han, Sanghoon*

The Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments (hereinafter, the Act) has mostly dealt with administrative laws to date. However, in the case of a reconstruction and redevelopment association, criminal punishment imposed on either the association president, maintenance contractor, or constructor serves as grounds for disqualification or dismissal from the position, or the constructor may rescind the contractor agreement. Therefore, the Act should be considered in detail, even under penal laws.

From the perspective of penal laws, despite the existence of penal measures under the Act, few indictment cases were available in the early stages of implementation, leading to different decisions in subsequent cases. Recently, however, a precedent has been established as the number of cases has been increasing.

Accordingly, this study seeks to outline the penal provisions under the Act and categorize actual penal law cases accumulated to date into four major types of punishment: 1. bribery and fictitious regulations for public officials; 2. selection of constructors and criminal punishment; 3. project progress without a general meeting resolution; and 4. obligation to disclose related data. Thereafter, the study analyzes established rulings and decisions. Regarding corruption involving associations, general crimes under the Criminal Act are also problematic; however, this study is limited to judgments and decisions related to penal provisions under the Act.

The Act accumulates rulings and decisions under both administrative and penal laws. As precedents serve as important guidelines for union officials and prospective stakeholders, it is expected that the academic community will actively express opinions on criminal precedents being formed and contribute to establishing rational precedents.

Keywords: The Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments, criminal penalties, public officials agenda rules, business without a general meeting, duty to disclose related materials

* Senior Prosecutor, Chuncheon District Prosecutors' Office

『건설법연구』 간행규정

2023. 1. 1. 제정

제1조 (목적) 본 규정은 ‘사단법인 건설법학회’(이하 “학회”라 한다)가 학회지를 간행하는 데에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회)

- ① 학회지의 편집·간행에 관한 업무를 관장하기 위해 편집위원회를 둔다.
- ② 편집위원회는 다음 각 호에 명시된 직무를 수행한다.
 1. 학회가 발행하는 학회지에 기고된 논문의 심사
 2. 위 논문의 심사를 위한 심사위원을 지정하고 위촉하는 일
 3. 위 심사위원들의 심사결과를 최종 사정하고 게재여부를 결정하는 일
 4. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재취소 여부를 결정하는 일

제4조 (간행주기)

- ① 학회지는 매년 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
- ② 학회지에 게재된 저작물에는 접수일(2***년 *월 *일), 심사완료일(2***년 *월 *일), 게재확정일(2***년 *월 *일)을 기재한다.
- ③ 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다.

제6조 (수록물)

- ① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 학회자료 및 기타자료를 수록한다.
- ② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.
 1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
 2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자)

- ① 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 공인된 국내외 대학교 법학석사과정생, 공인된 법률 및 관련 분야 종사자 등에 해당하는 비회원도 논문을 투고할 수 있다.
- ② 논문투고자는 동편의 학회지에 1편의 논문만을 투고할 수 있다. 저자가 다수인 경우에도 같다.

제8조 (원고수집) 출판이사는 간행일 2월 전에 수록물의 종류, 원고의 제출기한·방법 등을 공고한다.

제9조 (편집위원회의 구성 및 운영)

- ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 5~10인 내외의 위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장이 필요하다고 판단하는 경우 편집위원회 회의를 소집할 수 있다.

제10조 (편집위원회 위원 및 위원장의 선임 및 임기)

- ① 위원은 학회의 정회원 또는 학문적 업적과 신망이 높은 전문가 중에서 회장이 위촉하며, 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.
- ② 위원장은 위원 중에서 회장이 위촉한다.

제11조 (논문게재요건) 학회지에 수록할 논문은 국내외의 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구로서 다른 학술지 등에 발표한 적이 없는 것이어야 한다. 다만, 수록할 가치가 있는 것으로 편집위원회가 인정한 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조 (게재결정) 편집위원회는 투고된 논문의 게재 여부를 결정한다.

제13조 (심사회부)

- ① 편집위원회는 투고된 논문을 심사하기 위하여 논문별로 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 2인 이상의 심사위원을 위촉한다.
- ② 심사위원은 제14조의 기준에 따라 투고논문을 심사하고 ‘논문심사서’를 작성한다.
- ③ 심사위원은 자신이 제출한 원고를 심사하지 아니한다.
- ④ 편집위원장은 심사위원의 선정 및 논문심사의 진행 등에 관한 사항이 외부로 누설되지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ⑤ 심사위원은 논문투고자의 인적사항이 삭제된 심사용 논문에 따라 심사를 하고, 심사사실 및 심사결과 등 논문심사에 관한 사항 및 그에 따라 알게 된 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

제14조 (심사기준)

- ① 학회지에 게재할 논문을 심사함에 있어서는 다음 각호의 기준에 따라 논문의 게재 여부를 심사한다.
 - 1. 학회지 게재 논문으로서의 적합성
 - 2. 논문의 학문적 기여도
 - 3. 논문주제의 창의성
 - 4. 논문의 논리적 체계성
 - 5. 이론적 근거 제시의 적절성
 - 6. 각주/참고문헌의 정확성 및 완전성
 - 7. 기타 논문투고지침 준수
- ② 편집위원회가 판례연구의 게재 여부를 의결함에는 제1항을 준용한다.

제15조 (심사위원별 심사판정) 심사위원은 제14조의 심사기준에 의거하여 다음 각호와 같이 판정을 한 다음, 그 판정결과와 의견을 편집위원회에 통보한다.

- 1. 게재적합: 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
- 2. 수정 후 게재: 논문의 경미한 수정·보완 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
- 3. 수정 후 재심사: 상대적으로 논문의 중요한 부분에 대한 지적사항의 대폭적인 수정·보완이 필요하여, 그 수정·보완에 대한 심사 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우

4. 게재부적합: 학회지에 게재가 부적합하다고 판단하는 경우

제16조 (편집위원회의 종합판정 및 재심사)

- ① 편집위원회는 심사위원 2인 이상의 논문심사서가 접수되면 각 심사위원들의 심사결과를 기초로 하여 ‘게재확정’, ‘수정 후 게재’, ‘수정 후 재심사’ 또는 ‘불게재’로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.
- ② 편집위원회의 종합판정 결과, ‘수정 후 재심사’로 판정된 논문에 대하여는 재심사절차를 진행한다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정된 논문이 상당한 기간 내에 수정·보완이 불가능하다고 판단되는 등의 특별한 사유가 있는 경우에는 이를 차호의 심사절차로 회부할 수 있다.
- ③ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 ‘불게재’로 최종 판정한다.
- ④ 게재된 논문에 표절이나 중복게재의 의심이 있거나, 이를 이유로 필자 스스로 논문의 게재취소를 요청하는 경우 편집위원회는 게재취소 여부를 심사하여 결정할 수 있다. 편집위원회가 게재취소 결정을 하는 경우 그 내용을 본인에게 통지하고 차호 학회지에 공지하여야 한다.

제17조 (이의제기)

- ① 논문투고자는 편집위원회의 종합판정 결과 통지 후 7일 이내 편집위원회에 그 사유를 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.
- ② 편집위원장은 이의신청 접수 후 14일 이내에 편집위원회를 소집하고, 편집위원회는 이의제기 내용을 종합적으로 검토해야 한다.
- ③ 편집위원회는 이의제기한 논문투고자에게 검토결과를 통보한다.

제18조 (원고의 편집) 학회지의 체계적이고 일관적인 편집을 통해 가독성을 높이기 위하여 편집위원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 논문투고지침에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

제19조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 제1저자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

제20조 (정족수) 편집위원회의 의결은 본 규정에 다른 정함이 없으면 서면, 이메일 등을 통해 재적위원 과반수의 찬성에 의한다.

제21조 (공고 및 통지 방법)

- ① 공고는 인터넷상의 학회 홈페이지에 게재하여 할 수 있다.
- ② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

제22조 (저작권 및 게재료)

- ① 개별 논문 집필자는 논문의 투고와 동시에 저작권의 이용을 학회에 허용한 것으로 보며, 학회는 학회지와 그 수록된 개별 논문에 대한 편집저작권을 보유한다.
- ② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.
- ③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.
- ④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의로 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문(학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다.
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 복제, 전송, 배포할 일체의 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 권리를 주장하지 아니한다.

제23조 (규정개정) 본 규정은 편집위원회의 의결로 개정할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

『건설법연구』 논문투고지침

2023. 1. 1. 제정

제1조 (목적)

본 지침은 ‘건설법연구’ 투고 논문의 작성 및 문헌 인용방법, 투고 절차에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (원고제출)

- ① 투고원고는 건설법 관련 분야에 관한 것으로 기존에 발표된 것이 아닌 독창성을 갖는 것이어야 한다. 다만 다음 각호의 기준을 갖춘 경우에도 투고할 수 있다.
 1. 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하여 새로운 학술적 논점을 추가시켜 분석하고 있는 저작물은 그러한 작성경위를 적시하여야 한다.
 2. 단행본이나 정기학술지에 출간되지 않은 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성된 저작물에 대하여도 제1호와 같은 기준이 적용된다.
 3. 타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 서면동의서가 첨부되어야 한다.
- ② 투고자는 원고 마감기한 내 다음 각 호의 파일을 제출함을 원칙으로 한다.
 1. 원고파일. 단, 원고파일에는 필자가 누구임을 알 수 있는 사항(성명, 소속, 직위, 연구비 지원 등)이 기재되어서는 안 된다.
 2. 논문투고신청서
 3. 연구윤리 서약서 및 저작권 활용동의서
 4. KC I(한국학술지 인용색인) 논문유사도검사 결과보고서
- ③ 투고원고 파일은 다음 각 호의 형식에 따라 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 제출한다.
 1. 용지종류 및 여백 : A4 , 위쪽 35 mm, 오른쪽 및 왼쪽 30 mm, 아래쪽 30 mm
 2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트(단, 각주는 10포인트)
 3. 줄간격 : 160 %
- ④ 투고원고의 분량은 도표, 사진, 참고문헌 등을 포함하여 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 한다.
- ⑤ 초록의 분량은 글자수 800자에서 1,000자 내외를 원칙으로 한다. 영문초록도 이에 준한다.

제3조 (논문 작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서 『건설법연구』 「간행규정」, 「연구윤리규정」, 및 본 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 『제목(로마자 표기법) - 저자(로마자 표기법) - 국문 요지 - 국문 주제어(5개 이상) - 목차(로마자 표기법) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지 - 외국문 주제어(5개 이상)』의 순으로 작성한다.
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 및 기타 논문 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.
- ⑤ 논문의 저자는 그 소속과 직위를 함께 표시하여야 한다. 논문의 저자가 2인 이상인 경우 제1저자(First Author)와

공동저자(Corresponding Author)를 구분하고, 제1저자·공동저자 순으로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 제1저자로 본다.

- ⑥ 목차는 로마숫자(보기 : I, II), 아라비아숫자(보기: 1, 2), 괄호숫자(보기 : (1), (2)), 반괄호숫자(보기 : 1), 2)), 원숫자(보기: ①, ②)의 순으로 하며, 그 이후의 목차번호는 논문제출자가 임의로 정하여 사용할 수 있다.

제4조 (문헌의 인용)

- ① 다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.
1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단을 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.
 2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호 (“”)를 사용하여 표시한다.
 3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호 (….)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 ([])를 하여야 한다.
 4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.
- ② 타인의 저작물을 재인용하는 경우 반드시 그 사실을 밝혀야 한다.

제5조 (각주의 작성)

- ① 각주는 다음과 같은 기본원칙을 준수하도록 한다.
1. 본문과 관련한 저술을 소개하거나 부연이 필요한 경우에는 각주로 처리한다. 단, 각주는 일련번호를 사용하여 작성한다.
 2. 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 가급적 한글로 표기한다. 예) ○쪽, ○○○염음, ○○○옮김, 앞의 책, 위의 책 등.
 3. 외국 잡지의 경우 처음 인용시 잡지명을 전부 기재하고 그 이후 각주에서는 약어로 표시한다. 예) Ha ra rl LawRev èw → H. L. R.
 4. 필자의 표기는 다음과 같이 한다.
 - 가. 필자가 복수인 경우 필자의 이름을 모두 밝히고, 제1저자, 제2저자 등을 표기한다.
 - 나. 기관 저자일 경우 해당 기관명을 표기한다.
 - 다. 3인 공저까지는 저자명을 모두 표기하되, 저자간의 표시는 /로 구분하고, / 이후에는 한 칸을 띄어쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.
 - 라. 외국인의 이름은 처음에는 이름과 성을 온전히 표기하되, 중간이름은 첫글자만 표기한다. 그 이후에는 이름의 경우 약자로 표기할 수 있다. 일본인의 경우 이름은 모두 붙여 쓴다.
 5. 글의 성격상 전거만을 밝히는 각주가 많을 경우 약자를 사용하여 본문에서 그 전거를 밝힐 수 있다.
 6. 여러 문헌의 소개는 세미콜론(;)으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(:)으로 연결한다.
- ② 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서 : 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수
 - 가. 서구문헌의 경우 저자의 이름은 앞에 성을 뒤에 표시하며, 서명은 다른 표식 없이 이탤릭체로 표기한다.
 - 나. 번역서의 경우 저자명은 본래의 이름을 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 이름을 쓰고 “옮김”으로 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.
 - 다. 엮은 책의 경우 저자명과 서명 사이에 엮은이의 이름을 쓰고 “엮음”을 덧붙인다. 저자와 엮은이가 같을 경우에는 엮은이를 생략할 수 있다.
 2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○○권 제○○호(출판년월), 면수

- 가. 필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다.
- 나. 서구문헌의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 다. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
3. 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(○○○선생○○기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수
- 가. 서구논문의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 나. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
4. 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
- 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 ○○두○○○○ 판결
- 결정 : 대법원 2000. 00. 00.자 ○○아○○○○ 결정
- 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00.자 ○○헌가○○ 결정
- 단, 헌법재판소의 판례인용은 경우에 따라 다음과 같이 할 수 있다.
- 헌법재판소판례집, 제○권 ○집, 결정년도, ○쪽(결정문의 시작 쪽수) 아래 ○쪽
5. 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
6. 외국판결 : 외국의 판례인용은 그 나라의 표준적인 방법에 의하되 앞서의 원칙을 유지하면서 우리말로 바꿀 수 있는 것은 최대한 바꾼다.
- 예) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973, 114쪽.
- 예) 독일판례의 경우 판례집의 군수와 쪽수 등. BverfGE 제79권, 1988, 129쪽.
7. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120 면, 120면~122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135면) 또는 S.(S. 120, S. 121ff.)로 인용면수를 표기한다.
8. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기한다
9. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.
- ③ 앞의 각주를 그 다음에 대서 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
 2. 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 3. 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 4. 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
 5. 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
 6. 외국문헌 : 그 나라의 표준 표기방식에 의한다.
- ④ 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).
- ⑤ 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, ○○○○년 ○○월 ○○일자. 단, 필요한 경우에 글쓴이와 글제목을 밝힐 수 있다.

제6조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 한다.
- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 “[이하 ○○○이라고 한다]”고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 “제○조 제○항 제○호”의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제7조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표1>, <그림1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 표시하여야 한다.

부 칙

이 지침은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

『건설법연구』 연구윤리규정

2023. 1. 1. 제정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 건설법학회(이하 “본 학회”라 한다) 회원의 연구 윤리를 확립하고 연구 진실성 검증을 위한 연구윤리 위원회(이하 “위원회”라 한다)에 관한 기본적인 사항을 정하며, 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 투고 및 수록되는 학술 논문 등 저작물의 연구윤리를 정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용대상) 이 규정은 본 학회의 회원과 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 논문 등 저작물을 투고한 자(이하 “투고자”라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (적용범위) 연구윤리 확립 및 연구진실성 검증과 관련하여 다른 특별한 규정이 없는 한 이 규정에 따른다.

제4조 (연구부정행위의 범위) “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 행하여진 위조·변조·표절·부당한 중복 게재·부당한 논문 저자표시행위 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말하며, 이는 다음 각 호와 같다.

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
4. “부당한 중복게재”라 함은 자신의 논문이 타 학술지 등에 게재된 사실을 숨기고 게재하는 것을 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
6. 기타 연구부정행위는 다음 각 목과 같다.

- 가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
- 나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위
- 다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

제5조 (기능) 위원회는 본 학회의 회원 또는 투고자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항
5. 기타 위원장이 부의하는 사항

제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 기획이사, 출판이사, 감사 5인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다.
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제7조 (회의)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석케 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제8조 (위원회의 권한과 의무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 조사 및 심의에 성실히 임하고, 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제9조 (연구부정행위의 조사 개시)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위의 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 본 학회 회장과 협의하여 예비조사를 실시할 수 있다.

제10조 (출석 및 자료제출 요구)

- ① 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ② 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ③ 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.

제11조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다. 다만 제보 사실이 이미 다른 방법으로 공개되었거나 그 밖에 제보자의 신원노출이 제보자에게 불이익을 초래하지 않는다고 위원회가 결정한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 연구부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제12조 (제척·기피·회피)

- ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.

- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안건의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

제13조 (이의제기 및 진술기회의 보장) 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제14조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.

제15조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다. 필요한 경우 둘 이상의 조치를 병과할 수 있다.
 - 1. 논문의 게재취소
 - 2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지 또는 학회지에 공지
 - 3. 향후 3년 이상 논문투고 금지
 - 4. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
 - 5. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 6. 기타 필요한 조치
- ② 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ③ 위원회는 본 학회의 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제16조 (결과의 통지) 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제17조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제16조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제19조 (특수관계인 공동저자 연구부정행위)

- ① 미성년자(만 19세 이하인 자) 또는 가족(배우자, 자년 및 4촌 이내의 혈족)(이하 “특수관계인”이라 한다)이 공동저자가 되는 경우, 특수관계인 공동저자 연구부정행위를 방지하기 위하여 해당 논문투고시 관련 개인정보를 제공하고 저자별 기여율과 특수관계인 저자

포함 사유를 제시해야 한다.

- ② 특수관계인은 연구내용 또는 결과에 대하여 명확한 기여가 있어야 한다.
- ③ 특수관계인 공동저자의 연구부정행위가 확인된 경우, 위원회는 특수관계인 저자가 해당 논문으로 이익을 취한 관계기관(입시·진학 등 관련 학교, 연구기관 등)에 그 판정을 통보한다.

제20조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 편집위원회와 이사회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

건설법연구 원고모집 안내

(사)건설법학회에서는 건설법연구에 게재할 원고를 모집합니다.
원고내용은 국내외 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구나 판례분석 등입니다.
건설법연구는 매년 3월 25일과 9월 25일에 발행하며, 원고마감은 각 권 발행일 약 30일 전입니다.

논문투고에 관하여 기타 자세한 사항은 (사)건설법학회 홈페이지(<https://www.cudla.or.kr>)를 참조하시거나,
(사)건설법학회 출판팀 이메일(cudla.lawreview@gmail.com)로 문의하시기 바랍니다.

건설법연구

(2024년 3월 제11호)

발행일	2024년 3월 25일
발행	사단법인 건설법학회
발행인	김중보 (08826) 서울특별시 관악구 관악로 1 Tel: 02-880-9097 Fax: 02-873-6269 E-mail: cudla.lawreview@gmail.com
편집·인쇄	주식회사 도큐hut Tel: 02-2274-6771 Fax: 02-6902-0698 E-mail: project@docuhut.com

- ※ 본지에 게재된 논문의 내용은 본 학회의 의견이 아니며, 각 필자가 그 내용에 대하여 책임을 진다.
- ※ 본 학회의 서면 허가 없는 무단 복제, 전송, 배포를 금지한다.
- ※ This paper meets the requirements of KS X ISO 9706, ISO 9706-1994 and ANSI/NISO Z.39.48-1992 (Permanance of Paper)

제11호

제11호