

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



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 각 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·개정정에 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 권리를 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 사용승인일로부터 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 하자와 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 하자와 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 하자와 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 하자로 정의하고, ② 통상적인 거래관념 혹은 건축관계법령 등에서 객관적으로 요구하는 품질 기준 보다 상회하여 공사계약으로 정한 품질 기준을 흠결한 경우만을 주관적 하자라고 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 의의

「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 기척 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 재산권을 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 하자보수책임을 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, 박윤식, 『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 구분소유자들로 부터 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. 박혜정 기자, “하자 기획소송 확산…입주민 피해 우려”, 아시아경제, <<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2015100316545898645>>, 2015. 10. 4., 참조.

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

27) 대고등법원 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 지불하도록 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, 내력구조 부에 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 내력구조 부에 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.

V. 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 하자발생시점임이 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 사용검사를 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