

# REAL ESTATE & CONSTRUCTION NEWSLETTER

JISUNG HORIZON Attorneys at Law

DECEMBER 2008 VOL.1

## 01. 지평지성 건설부동산팀 뉴스레터 발간사

## 02. 지평지성 건설부동산팀 소개

- ▶ 팀 소개
- ▶ 업무영역
- ▶ 주요 변호사 소개

## 05. 지평지성 건설부동산팀 동정

- ▶ 'PF 건설사업의 위기에 따른 법적 문제 세미나' 성황리에 개최

## 10. 최신 이슈기획

- ▶ 헌법재판소의 종부세 판결에 대하여

## 14. 건설부동산 법률칼럼

- ▶ 주택리모델링사업의 법적 문제점 (최찬욱 변호사)

## 19. 기획논단

- ▶ 수용사용방식으로 진행되는 도시개발사업의 시행자가 될 수 있는 '토지소유자'의 의미 (정원 변호사)

## 23. Global Real Estate Issue

- ▶ 러시아법상 부동산 담보권 실행제도의 개요 (채희석 변호사)

## 28. 최신법령소개

- ▶ 택지개발촉진법 시행규칙 일부개정안 입법예고
- ▶ 임대주택법 시행령 일부개정안 입법예고
- ▶ 건축법 시행령 일부개정령

## 32. 최신판례소개

- ▶ 토지거래허가구역내 토지에 관한 매매계약이 관할관청의 허가를 받지 못한 상태에서 매매목적물이 수용 등으로 인하여 이행불능된 경우 대상청구권 발생여부
- ▶ 아파트 면적에 대한 허위광고의 손해배상책임

법무법인 지평지성의 Newsletter는 일반적인 법률 정보를 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인 지평지성의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적 효력을 지닌 법률자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

## 지평지성 건설부동산팀 뉴스레터 발간사

법무법인 지평지성의 건설부동산팀은 2000년 설립 이후 건설부동산 관련 소송 및 자문업무에서 다양하고 풍부한 실무 경험을 바탕으로 국내 제일이라는 자부심과 책임감을 가지고 일해 왔습니다. 특히 저희는 건설부동산시장에 큰 불확실성이 나타난 2008년을 지나면서 향후 사업방향에 문제될 법적인 위험에 미리 대처하기를 원하는 많은 고객들을 위해 최대한의 노력을 기울이고 있던 차에 건설부동산시장 참여자들의 관심사를 시의적절하게 충족시켜 드리기 위해서 건설부동산 뉴스레터를 발간하게 되었습니다. 저희 건설부동산 뉴스레터는 일회적, 정기적인 뉴스 형식을 넘어서 고객에게 필요한 법률·정책정보를 적극적으로 제공해 드린다는 목표를 가지고 있습니다. 앞으로 저희 법무법인 지평지성의 건설부동산 뉴스레터의 모습을 지켜봐주시기 바랍니다.

2008년 12월

법무법인 지평지성 건설부동산팀

## 지평지성 건설부동산팀 소개

### 1. 팀 소개



법무법인 지평지성의 건설부동산팀은 건설부동산 업무의 종합적이고 방대한 성격을 고려하여 건설관계법, 부동산공법, 금융법 뿐만 아니라 소송, 조세, 행정, 계약업무 등의 전문가들로 구성되어 건설부동산 관련 분야에서 고객의 모든 요구를 One-stop으로 정확하고 신속하게 처리해드리고 있습니다. 이 과정에서 저희 건설부동산팀은 10여 년간의 축적된 전문성을 바탕으로 업계 최고 수준의 능력을 인정받아 국내 유수의 건설회사, 공사, 은행, 증권회사, 부동산신탁회사, 펀드 등 기관의뢰인에 대한 법률자문 및 소송업무를 성공적으로 수행하여 왔습니다.

### 2. 업무 영역

저희 건설부동산팀은 **부동산개발 및 투자, 부동산금융 및 조세, 사회간접자본시설투자(SOC), 프로젝트 파이낸싱(PF), 해외부동산개발, 각종 부동산 분쟁** 등의 분야에서 전문적인 법률서비스를 고객에게 제공해 드리고 있습니다.

저희 건설부동산팀은 부동산 펀드와 ABS 등을 통해 축적해 온 경험을 바탕으로 대규모 업무용 부동산의 국내외 매각과 부동산신탁 및 기타 명도소송 및 명도단행가처분 등 수익용 부동산 관리 최적화를 위한 실무적인 논점을 제시해드리고 있으며, 부동산·건설관계분쟁분야에 있어 발생하는 각종 공사대금분쟁, 공동수급체 내부 분쟁, 하도급분쟁, 공공입찰과 건설산업기본법 위반으로 인한 형사책임문제, 부실 PF사업장의 대주·시행사·시공사 사이의 법률문제 등 각종 부동산 분쟁 및 도시개발사업, 도시환경정비사업, 주택재건축사업, 주택재개발사업, 공공기관의 택지개발사업, 도시재정비사업 등과 관련된 법률문제에 에 관한 명확하고 시의적절한 자문을 제공해드리고 있습니다. 부동산금융과 관련하여는 PF ABS, PF ABCP, PFV 등 다양한 형태의 부동산금융구조와 도로, 공항, 항만, 터널, 대체에너지 등 다양한 종류의 SOC 사업에 관한 풍부한

실무 경험을 바탕으로 전문적인 자문을 제공해드리고 있으며, 특히 부실 PF 사업장의 구조조정 및 회생을 위한 다양한 종류의 자산유동화 방안에 대하여 차별화된 서비스를 제공하고 있습니다. 저희 법인은 중국 상해, 베트남 호치민, 하노이 등의 외부지사와의 유기적인 협력을 통해 중국, 베트남, 캄보디아, 라오스, 러시아, 중앙아시아에 이르기 까지 새롭게 떠오르는 해외시장의 부동산개발과 에너지자원개발사업과 관련하여 국내 수요자들에게 실효성있고 종합적인 법률서비스를 제공하고 있습니다.

### 3. 주요 변호사 소개

저희『법무법인 지평지성』건설부동산 전문가팀에는 다음과 같은 건설·부동산 분야의 전문가들로 구성되어있습니다.



박동영 변호사



조용환 변호사



임성택 변호사



황호동 변호사



박영주 변호사



고태관 변호사



이정훈 변호사



명한석 변호사



최진숙 변호사



황승화 변호사



이행규 변호사



신인수 변호사



조병규 변호사



강원일 변호사



정원 변호사



최찬욱 변호사

#### 4. 소개자료 다운로드

[건설부동산·기업회생 및 구조조정·금융 및 증권·M&A 업무소개 PDF](#)

(지평지성 건설부동산팀 동정)

## 'PF 건설사업의 위기에 따른 법적 문제 세미나' 성황리에 개최

2008. 12. 5. 저희 『법무법인 지평지성』은 대한상공회의소, 대한건설협회와 공동으로 PF건설사업의 위기에 따른 법적문제를 중심으로 세미나를 개최하였습니다. 본 세미나에는 건설업체 및 금융기관 임직원 300여명이 참여하여 큰 호응을 얻었으며, 건설부동산 관계자들로부터 PF건설사업의 위기와 해결책에 대해 조언을 얻을 수 있는 좋은 자리였다는 평가를 받았습니다. 본 호에서는 세미나에서 발제를 맡은 『법무법인 지평지성』의 황승화 변호사와 홍성준 변호사의 논의를 요약해보았습니다.

※ 기타 세미나 자료 등의 문의는 master@js-horizon.com로 연락하여 주십시오.

### □ 부동산 PF의 위기와 법적 쟁점



황승화 변호사

2008년 6월 금융감독원 자료에 따르면 국내 부동산 PF관련 대출규모는 97.1조원에 달하는데, 부동산 PF의 60% 이상이 분양전이고 분양된 사업장의 절반 이상이 분양률이 50% 이하에 그치고 있습니다. 또한 국내 41개 건설사의 PF우발채무를 포함한 수정부채비율은 429%로 추정되는바, 이는 재무제표에 나타난 평균부채비율 189%를 훨씬 웃도는 수치입니다. 이와 같이 PF건설사업의 위기에 초래된 원인으로는 미국의 서브프라임 모기지 부실사태와 글로벌 금융위기, 실물경기 침체로 인한 가계의 구매력 저하, 미분양 증가 및 완공아파트 입주지연, 신규사업 감소, 금융조달비용(PF대출금리 상승) 증

가 및 신규자금조달 중단(PF대출 축소) 등으로 인한 현금 유동성 압박 등을 꼽을 수 있습니다.

이와 같은 건설사의 유동성위기로 인해 발생할 수 있는 법적 쟁점으로는 i)시행사의 부도 등의 사유로 인한 시공사의 채무인수문제, ii)시행권 인수와 관련하여 개발산업관련 인허가의 양도가능여부문제, 사업부지 소유권 또는 신탁계약상 위탁자 지위양수문제, 시공 중인 건물의 소유권에 관한 문제, 분양대금채권 또는 분양계약자의 지위문제, 시행사의 비용정산 내지 수익금 교부요구 관련 문제, 사해행위취소와 관련된 문제, iii) 책임준공과 관련하여 그 손해배상의 범위와 책임준공이 누구(대주 혹은 시행사)를 위한 의무인지의 문제, iv)할인분양과 관련하여 위법성과 손해배상과 관련된 문제, v)신탁과 관련하여 수익권의 법적 성질에 관한 문제, vi)시공권 포기와 관련하여 회생절차에서의 유효성, 시공사 변경 및 수분양자의 분양계약해제 가능성의 문제 등이 있습니다. 현재의 금융위기가 당사자의 개별적인 귀책사유로 인한 것이 아니라는 점에서 PF관련 분쟁이 현실화될 경우 장기간의 시간이 소요되고 특정 당사자를 위한 일방적인 해결로 귀결될 가능성이 높아 법적인 해결보다는 합의를 통한 원만한 처리가 필요할 것입니다. 또한 향후 PF사업을 추진할 경우 사업약정서, 대출약정서 기타 PF대출관련 약정을 체결할 때 관련 당사자의 합의내용 및 합의동기 등을 보다 구체적으로 명확히 규정하도록 노력함으로써 분쟁발생을 최대한 예방하는것이 필요할 것입니다.

건설사 유동성 위기에 대한 대응방안으로는 첫째로 건설사 회사채 유동화를 지원하는 방안을 생각해볼 수 있는데, 이는 증권사로부터 건설사 회사채를 인수한 유동화전문회사(SPC)가 유동화를 목적으로 ABS를 발행하고 은행은 유동화전문회사에 크레디트라인(신용공여한도)을 제공하며 주택금융신용보증기금이 은행 대출에 신용보강을 해주는 구조입니다. 둘째로 민간부동산 펀드조성을 지원하는 방안인데, 대한주택보증의 보증대상에 펀드가 미분양 아파트를 매입하여 분양하는 경우까지 확대 포함하는 방안입니다. 셋째로 채권금융회사 주도의 건설사 금융지원방안으로 대주단협약에 의한 방안입니다. 이는 일시적으로 유동성이 부족한 정상적인 건설기업이 주채권금융기관에 채권행사 유예를 요청할 경우 각 채권금융기관이 변제기일 1년 이내에 도래하는 모든 채권에 대해 일부상환청구 없이 채권행사를 유예하는 방안입니다.



## □ 건설회사 회생과 M&A



홍성준 변호사

회생절차는 경제성은 있으나 재정적 파탄에 빠진 채무자를 대상으로 하며, 채무자에 대한 파산적 청산시 배당액보다는 더 많이 분배를 해야 하는 “청산가치 보장의 원칙”을 기본으로 하고 있습니다. 기존의 회사정리절차에서는 회사 대표자에게 경영실패의 책임을 물어 제3자를 관리인을 선임하는 경우가 대부분이었으나, 통합도산법하의 회생절차에서는 기존 경영자를 그대로 관리인으로 선임하는 사례가 더 많습니다. 또한 기



존 회사정리절차에서는 정리채무의 주요부분의 변제를 완료할 것을 요구하는데 반해, 회생절차에서는 회생계획에 따른 변제개시 후 2~3년 내에 종결이 가능해졌습니다. 회생절차에서는 기존 경영자를 관리인으로 선임함에 따라 관리인을 감시, 견제할 채권자 협의회의 필요성과 권한이 강화되었습니다.

회생절차에서는 쌍방 미이행 쌍무계약의 경우 관리인이 해제·해지권을 행사하거나 혹은 이행을 선택할 수 있는데, 만약 이행을 선택할 때에는 회생채권은 공익채권화하며 이에 따라 회생절차와는 상관없이 수시로 변제를 해야 하는 채무가 됩니다. 회생절차 개시전 회생채권자 등을 해하는 행위 또는 채권자간의 공평을 저해하는 행위에 대해 이를 부인하고 일탈된 재산을 회복하려는 목적의 부인권제도 역시 회생절차내에서 많이 이용되고 있는데, 부인권제도는 채권자평등주의를 지향하는 회생절차의 단면을 엿볼 수 있습니다.

PF건설사업의 신탁과 관련해서는 대주단의 신탁재산에 관한 권리는 회생담보권으로 취급되고, 대주단의 시행사에 대한 대출금 채권은 회생채권으로 취급이 되고 있습니다. 회생절차를 진행 중인 시행사의 관리인이 추가PF를 한다면 관리인은 법원의 허가를 받아야 하는데 법원이 새로운 PF계약을 허가할 경우 채무자에 대해 회생채권자에 불과하던 기존 대주단의 권리가 새로운 PF계약에 기한 청구권에 해당하여 공익채권으로 전환되므로, 기존 채권자에게 크게 불리한 결과가 생기기 때문에 당초 의도한 PF사업을 계속하기 어려워지는 문제가 있습니다.

시공권포기와 관련해서는 시공회사가 공사계속수행으로 이득을 얻을 수 있는 기대권을 포기하는 행위는 사해행위에 해당될 가능성이 있으며, 대주단이 제3자 양도특약에 따라 제3자 양도를 시도할 경우 채무자와 수익자도 채무자의 일반 채권자의 이익을 해한다는 사정을 알 수 있는 상황이므로 부인권행사의 대상이 될 수 있습니다.

시행회사가 회생절차를 이용할 경우 대출원리금채권은 회생채권으로 취급되며, 대출원리금 채권에 대한 기한의 이익을 상실하게 됩니다. 또한 시행회사가 회생개시신청을 했을 경우 시행회사 명의로 개설된 예금질권의 경우 회생담보권자는 회생절차가 개시된 이후에는 회생계획에 의하지 않고서는 변제를 받는 등의 회생담보권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못하므로 질권을 실행하여 회생담보권을 실현하는 것은 금지됩니다.

시행회사의 회생절차 이용시 수분양자에게는 쌍방 미이행 쌍무계약의 문제가 생기는데, 대금완납전이라면 쌍방 미이행 쌍무계약으로 관리인이 해지권을 행사하거나 이행을 선택할 수 있으며, 대금완납 후라면 수분양자가 자기 채무를 모두 이행한 상태이므로 회생채권으로 취급이 됩니다.

최근 건설경기침체와 금융경색의 지속으로 건설사업의 위기가 조속한 시일 내 해결될 조짐이 보이지 않고 있어 법적 절차를 통한 채무 및 사업구조조정 필요성이 대두되고 있는 상황인데, 이런 상황에서 채권자와 채무자가 모두 윈-윈 할 수 있기 위해 회생될 수 없는 상태에 이르기 전에 건설회사와 채권자측이 회생절차를 조기 신청하는 것을 적극 검토할 필요성이 있겠습니다.

회생절차를 통해 우발채무가 제거된 건설사의 경우는 적극적인 M&A를 통해 회생절차를 종결하는 것도 고려해볼 필요가 있겠습니다. 회생절차를 활용하여 M&A를 할 경우 미신고 채권은 실권하고, 쌍방 미이행 쌍무계약의 활용으로 손실사업장을 정리할 수 있으며, 부채가 자산을 초과하기 때문에 주주에게 의결권이 부여되지 않아 반대주주의 동의를 불필요하다는 장점이 있습니다. 회생절차 신청 전에 M&A가 진행될 경우 법원에서는 본 M&A를 존중하고 있으며, 인수대금으로 회생채무를 조정하는 회생계획안을 작성합니다. 회생절차 종결 후 M&A가 진행될 경우는 회생계획작성시 출자전환이 빈번하게 이루어져 채권자가 주주의 지위를 갖게 되며, 종결 후 출자전환을 받은 회생채권자 중심으로 M&A가 성사될 가능성이 많습니다.



(최신 이슈기획)

## 헌법재판소의 종부세 판결에 대하여

2008. 11. 13. 헌법재판소(이하 "헌재")는 종합부동산세(이하 "종부세")의 세대별 합산규정에 대해 위헌결정을 내렸습니다. 또한 헌재는 주거목적의 1주택 장기보유자에 대한 종부세 부과가 헌법에 합치되지 않는다며 헌법불합치 결정을 내리고 입법개선을 요구했습니다. 이에 종부세에 대한 각 쟁점별 헌재의 판단을 살펴보고, 그 의미와 향후 전망을 해보고자 합니다.

### ◇ 주요 쟁점에 대한 판결

헌재는 종합부동산세에 대한 다음과 같은 주요 쟁점에 대해 위헌여부를 가렸습니다.

#### (1) 평등원칙 위배 여부

현금이나 주식에 대해서는 원본으로부터 발생된 소득이 아닌 원본 자체에 대해서는 중과세하지 않으면서, 이른바 고액부동산에 대해서만 원본 자체에 중과세하는 것은 평등의 원칙에 위배된다는 주장에 대해, 입법재량의 범위 내에서 부동산 가격안정과 담세 능력에 상응한 과세를 도모하고자하는 합리적인 이유가 있으므로 차별대우가 아니라는 것이 헌재의 판단입니다. 또한 종부세 부과대상이 수도권에 편중되어있다고 해도 전국의 모든 부동산을 소유자별로 합산한 가액을 표준으로 한 재산세의 일종이므로 수도권을 비수도권에 비해 차별한다고 볼 수 없다는 것입니다.

#### (2) 재산권보장 원칙 위배

종부세는 부동산의 원본 내지는 자본을 침식할 뿐만 아니라 그 세율이 지나치게 높아 무상으로 사유재산을 수용하는 결과를 초래하여 헌법상의 재산권보장원칙을 위배한다는 주장에 대해, 종부세 부과로 원본인 부동산가액이 일부 잠식되는 경우가 있더라도 종부세가 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 재고하고 부동산가격을 안정시키려는 목표가 있고, 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자하는 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 있으며, 매년 종부세가 부과된다고 하더라도 상

당히 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세명목으로 무상으로 몰수하는 결과를 가져오게 되는 것은 아니므로 위법하다고 볼 수 없다는 판단입니다.

그러나 주택의 경우 헌법에서 특별한 보호가치가 있음을 천명하고 있고, 종부세 납세의무자중 적어도 주거목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로, 그중 특히 일정 기간 이상 보유하거나 또한 과세 대상 이외 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자에게 주택분 종부세를 부과함에 있어서는 납세 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정해 납세의무를 감면하는 등 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 한다고 판단하면서, 주택분 종부세 부과규정에 대해서는 헌법불합치결정을 내렸습니다.

### (3) 소급입법 과세의 문제

구 종부세법이 시행되기 이전에 취득한 1가구 1주택인 아파트가 부동산시세변동으로 고액아파트가 되었다고 해서 사후에 제정된 구 종부세법으로 종과세하는 것이 소급입법에 의한 재산권박탈의 금지원칙에 위배되는지에 대해, 구 종부세법이 시행된 후 과세기준일 현재 과세대상부동산에 대해 종부세를 부과하는 것은 소급입법에 의한 과세라고 하기 어렵다는 판단입니다.

### (4) 거주이전의 자유 침해 여부

종부세를 내기 위해 살고 있는 주택을 팔고 다른 곳으로 이사하고 싶어도 높은 양도세를 추징당하면 다른 곳으로 이사해 같은 평수의 아파트를 살 형편이 못되므로 주택을 계속 보유할 수밖에 없는 실정이어서 거주이전의 자유를 침해한다는 주장에 대해, 이는 기본권 침해가 아니라 주택 등 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적 불이익에 불과하므로 거주이전의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 판단입니다.

### (5) 이중과세의 문제

재산세, 양도소득세와의 관계에 있어 동일 부동산에 대한 이중과세라는 주장에 대해, 종부세가 재산세와 마찬가지로 동일 과세대상에 대해 부과된다고 하더라도 지방자치단체에서 재산세로 과세하는 부분과 국가에서 종부세로 부과하는 부분이 서로 나뉘어져 있어 재산세를 납부한 부분에 대해 다시 종부세를 이중으로 납부하는 것은 아니며, 양도소득세에 대해서는 그 과세의 목적을 달리하는 것이므로 이중과세의 문제가 발생하지 않는다는 입장입니다.

#### (6) 자치재정권 침해 여부

개별기초자치단체가 행해온 재산세 과세징수, 처분권을 국가가 개입해 국세로 중과세 하는 것은 지방자치단체의 재정자치권을 침해한다는 주장에 대해, 부동산 보유세를 국세로 할 것인지 여부는 입법정책의 문제로 입법정책상 종부세를 국세로 규정했다고 하더라도 이것이 곧 지방자치제의 본질을 훼손한다고 볼 수 없다는 판단입니다.

#### (7) 조세특례제한법 위반 및 입법권 남용 여부

종부세는 지방세인 재산세와 동일한 과세객체에 대해 국세인 종합부동산세로 중과세하는 조세특례라고 할 수 있는데, 현행 조세특례제한법 제3조 제1항에 의하면 조세특례제한법, 국세기본법 및 조약과 조세특례제한법 제3조 제1항 각호에 열거된 법률에 의하지 않고는 조세특례를 정할 수 없도록 되어있으며, 종부세의 경우 조세특례제한법 제3조 제1항 각 호에 열거된 법률이 아니므로 조세특례제한법 위반이라는 주장에 대해, 종부세는 지방세인 재산세와 별개의 독립된 국세로 조세특례제한법상의 중과세 특례라고 볼 수 없다는 판단입니다.

또한 종부세는 국민에 대한 중과세를 견제하는 기능을 수행해야할 국회가 입법한 것으로 권력분립의 원칙에 위반되고, 조세법안은 의원입법 방식으로 제정되지 않아야한다는 확립된 헌정관행에 위반한다는 주장에 대해, 조세관련 법률이라고 해서 정부가 제출하는 방식으로 입법해야한다는 헌법적 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 헌법에 따르면 입법권은 국회에 귀속되는 것이므로 종부세법이 비록 국회의원이 제출하는 방식으로 입법되었다고 해서 이를 들어 입법권 남용이라고 하기도 어렵다는 판단입니다.

#### (8) 세대별 합산과세 위헌 여부

개정 종부세법에 의해 혼인한 부부 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 혼인과 가족생활을 특별히 더 보호하도록 한 헌법에 위반되는지 여부에 대해, 특정 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 않는 자보다 차별취급하는 것은 비례의 원칙에 의해 정당화되지 않는 헌법에 위배된다고 판시하였습니다. 또한 세대별 합산 규정으로 인한 조세부담 증가라는 불이익이 이를 통해 달성하고자 하는 조세회피 방지 등 공익에 비해 훨씬 크고 조세회피의 방지와 부동산 가격 안정이라는 공익은 입법정책상의 법익인데 반해 혼인과 가족생활보호는 헌법적 가치라는 것을 고려할 때 법익의 균형성도 인정하기 힘들다는 입장입니다.

### (9) 미실현 이득에 대한 과세의 위헌성 여부

실제 매매되지 않아 아직 양도 차익이 발생하지 않았는데도 국가가 마치 현실로 실현된 소득이 있는 것으로 의제하여 매년 세금을 부과하는 것은 원본 일부를 점진적으로 무상몰수하여 재산권을 침해하므로 위법하다는 주장에 대해, 당해 부동산가액 전체중 일정가액을 초과하는 부분에 대해 과세하는 것으로 미실현이득(가격상승분)이 없거나 오히려 가격이 하락하더라도 일정가액을 초과하는 경우 계속 부과되므로 일부 수익세 성격이 있다고 하더라도 미실현이득에 대한 과세문제가 전면적으로 드러난다고 볼 수 없다는 입장입니다.

### ◇ 현재 판결의 의미와 전망

이번 현재의 판결로 종부세의 근간은 유지될 수 있게 되었으나, 종부세 납부 대상자가 크게 줄어들어 사실상 종부세는 유명무실화될 것으로 보입니다. 또한 종부세 납부 대상자가 크게 줄어들어 정부의 세수확보에 어려움이 예상되지만, 한편으로는 종부세 완화 내지 폐지 쪽으로 추진되어온 정부의 정책이 이번 판결로 한층 더 탄력을 받을 것으로 보입니다.

한편 세대별 과세 위헌결정으로 인해서는 고가 주택을 보유한 가구의 경우 부부 공동명의로의 변경이나 자녀에게 증여하는 사례가 늘어날 것으로 예상됩니다. 그러나 이번 결정으로 선불리 고가주택에 대한 수요가 늘어나거나 고가주택의 가격이 상승할 것으로 보이지는 않습니다. 최근 전세계적인 경기불황과 국내경기의 침체, 주택수요감소로 인한 주택가격 하락, 이자부담 증가, 집값 추가하락에 대한 기대, 주택담보인정비율(LTV) 등의 대출억제규제 등으로 인해 고가주택의 수요가 늘어나기는 힘들 것으로 보이며, 오히려 이자율 증가와 경기불황으로 인한 소득감소로 인해 고가주택 보유에 대한 부담이 늘어나면서 고가주택가격의 추가적인 하락이 예상되기 때문입니다.

그러나 장기적으로는 경기가 점차 회복된다는 가정하에 장기보유로 특별공제를 받을 수 있고, 1가구 1주택의 경우 장기보유기간에 따라 종부세를 면제받을 수도 있으며, 종부세 감소로 보유비용이 감소하여 투자수익률이 높아지는 효과가 생기므로 고가주택을 장기적으로 보유하려는 움직임이 나타날 수 있을 것으로 보입니다. 또한 가족이 공동명의로 이전보다는 더 많은 집을 보유할 수 있게 되었고, 종부세 세율 또한 인하될 경우 경기회복에 따라서는 투자를 목적으로 한 중소형평형 주택에 대한 수요가 늘어날 수도 있을 것으로 전망됩니다.

(건설부동산 법률칼럼)

## 주택리모델링사업의 법적 문제점



최찬욱 변호사

현재 우리나라 주택사업은 이미 개발이 완료된 기성시가지에서의 노후, 불량건축물에 대한 정비사업을 통하여 주택 등을 공급하는 도시정비사업과 종전에 도시가 형성되지 않았던 곳을 대상으로 토지만을 대상으로 사업을 하여 주택 등을 공급하는 도시개발사업이 큰 부분을 차지하고 있습니다.

도시정비사업 중에서도 주택재건축사업의 경우 소형평형주택의 의무비율 및 안전진단을 강화하고 개발이익환수의 일환으로 개발부담금제도를 도입하는 등 그 규제의 정도가 다른 정비사업에 비교하여 강한 편입니다. 이러한 주택재건축사업에 대한 규제의 저변에는 재건축이 이른바 '내 돈 한 푼 안들이고 새 집을 짓는 행위'라는 도덕적 차원의 비난이 내재되어 있습니다. 또한 어떤 이들은 주변 도로, 상하수도, 공원, 녹지 등 기반시설에 과부하를 초래하거나 주변 지역의 토지 이용과 부조화를 이루어 경관을 훼손하는 난개발이 발생할 수 있다는 이론적 근거도 제시하고 있습니다. 이러한 이론적 근거는 지방자치단체의 용적률 제한으로 곧바로 제도화되어 개발이익환수제도와 더불어 재건축사업의 금전적 사업성을 박탈하는 결과를 가지고 왔습니다.

기업친화적인 태도를 보이겠다는 신정부의 주택정책에 있어서도 재건축사업에 대한 규제는 실질적으로 완화될 움직임이 보이지 않습니다. 따라서 아무리 기다려도 규제가 완화될 기미가 보이지 않는 재건축사업보다 새로운 대안으로 떠오른 리모델링사업에

관심을 보이는 아파트단지가 늘어나게 되었습니다.

리모델링사업은 현재 서울에서만 1,000세대 이상 아파트단지인 개포동 대칭아파트 단지를 포함하여 18개 단지가 진행하고 있습니다. 주택리모델링사업은 주택법 및 그 시행령이 법적 근거로서 도시 및 주거환경정비법을 근거로 하는 주택재건축사업과는 그 규율면에서 차이가 있습니다. 예를 들면 주택리모델링사업의 경우 리모델링주택조합을 설립하여 진행하는 사업의 경우 그 추진위원회는 공법적인 규율을 받지 않는 임의단체에 불과하므로 리모델링을 하고자 하는 동기만 있으면 얼마든지 절차에 관계없이 결성할 수 있습니다. 또한 주택리모델링사업의 경우 새롭게 늘어나는 세대수가 없지만 재건축사업과 같은 안전진단과 관리처분계획수립이 임의사항이기 때문에 사업의 신속한 추진이 가능하다는 이론상 장점이 있습니다.

실제로 소단지인 서울 마포구 용강시범아파트의 경우 리모델링시범단지로 지정되어 리모델링을 거친 후 주거여건이 상당히 개선된 모습으로 선을 보였고, 강남 노후불량단지들의 관심을 증폭시킨 서울 서초구 방배동 궁전아파트의 경우 리모델링을 거친 후 자산가치가 대폭 상승했다고 소문이 퍼지는 등 소유자들의 리모델링사업에 대한 기대 심리를 증대시키는 요소가 나타났었습니다.

하지만, 주택재건축사업에 비하여 공법적인 규율을 받지 않는 부분이 있다고 하여 실제 주택리모델링사업이 평온하게 진행될 수 있을 것이라고 확신하기에는 무리가 있습니다. 후술하겠지만 최근 서울서부지방법원에서는 리모델링주택조합의 매도청구를 기각하면서 주택법 시행령 상의 리모델링 결의율을 문자 그대로 적용하여 리모델링사업이 난항에 부딪치게 되고, 리모델링사업을 진행하는 추진위원회의 임의단체성 때문에 한 아파트단지 내에서 세력다툼이 벌어져 사업이 지연되는 상황이 발생하기도 했기 때문입니다. 거기다가 과도한 수주 경쟁으로 인하여 리모델링에 대한 법률, 건축지식이 없는 소유자들이 리모델링조합설립동의를 시공사들의 설명에 따라 반복하기도 하는 등 사업진행에 차질을 빚을 내용들이 많이 발생하고 있습니다. 이러한 문제점들에 대하여 하나씩 설명해 보기로 합니다.

우선 리모델링조합설립추진위원회의 임의단체성이 문제가 됩니다. 리모델링조합설립추진위원회는 재건축조합설립추진위원회와는 달리 도시 및 주거환경정비법이나 그의 하



위법규로 국토해양부에서 제정한 모범정관, 시공사선정기준, 추진위원회운영규정들의 구체적인 규제를 따를 법적인 근거가 없습니다. 보통 리모델링조합설립추진위원회는 입주자대표회의에서 논의하여 그 구성원을 선거로써 선임하게 되며, 주민들의 불만이 누적되지 않는 한 주민들의 대표기관으로 외부 시공사와 협상을 하게 됩니다. 그런데 통상의 재건축사업조합설립추진위원회와 마찬가지로 추진위원회 단계에서 시공사의 보이지 않는 원조를 하나씩 받게 되고 시공사의 이익을 비용면에서 배려해 주는 상황이 벌어지면 이에 불만을 품은 주민들의 반발이 발생하게 됩니다. 그런 주민들의 모임이 발전하여 주민대표단체가 우후죽순격으로 나타나 주민들을 상대로 동의서를 받으려 다녀도 최초의 추진위원회가 지방자치단체의 승인을 받아 공법상 단체로 활동을 하지 않기 때문에 이를 제어할 수 있는 법적 근거가 없게 됩니다. 주택재건축사업과 주택리모델링사업은 근거법률이 틀리고 몇 가지 사항이 필수요건이나 임의요건이냐는 차이는 있지만 한 주택단지내에서 건축물의 노후불량으로 인한 주거조건을 개선한다는 목적에서는 동일합니다. 따라서 주택리모델링사업의 경우에도 주택재건축사업과 마찬가지로 주택법상의 단체 또는 정비사업조합설립추진위원회 운영규정을 준용하는 단체 정도의 법률적 근거가 필요하다고 봅니다. 그 예로 원활한 리모델링사업 추진을 위하여 리모델링주택조합설립추진위원회도 반드시 소유자 및 의결권의 2분의 1 이상의 동의가 있어야 단체로서 지위를 인정받는 형식의 입법이 이루어져야 할 것으로 보입니다. 또한 리모델링주택조합설립추진위원회 단계에서 추진위원회 참가자의 행동을 규율하는 내용을 포함한 규약을 필수적으로 제정하게 하는 것도 추가적으로 고려하여야 할 사항입니다.

최근 부산지방법원 행정부는 모 아파트의 일부 동의 소유자들로 구성된 리모델링주택조합이 수영구청을 상대로 리모델링행위허가신청서반려처분취소청구를 한 사건에서 전체 소유자의 공용 부분인 조경시설과 인도 부분 177㎡를 건축면적에 편입시켜 리모델링조합원들이 독점적·배타적으로 점유토록 하는 것은 공유물의 변경에 관한 사항으로 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 따라 전체 주민 4분의 3 이상 동의결의가 필요하다고 밝혔습니다. 이 부분은 아파트 단지 내의 일부가 별도의 단체로 리모델링을 진행할 경우 나타날 문제점을 최초로 밝힌 판결이라는 점에서 의의가 있으며 향후 비슷한 양상에 대한 판결이 많이 나올 것으로 보입니다.

둘째로, 리모델링주택조합설립추진위원회가 임의단체이니만큼 적법한 절차를 거친 총회를 거치지 않고 외견상 위법한 총회를 개최하고서는 모자라는 부분에 대하여는 슬며

시 서면결의로 갈음해 버리는 경우가 발생할 수 있다는 것이 문제입니다. 주택법 제37조 제1항 제1호 나목은 리모델링주택조합의 설립인가요건에 대하여 규정하고 있는데, 창립총회의 회의록을 반드시 필요로 하고 있습니다. 이 부분은 리모델링주택조합설립이 주민들의 총회 없이 서면으로만 이루어질 수 없다는 점과 적법한 절차를 거친 주민총회를 반드시 거쳐야지만 조합을 설립할 수 있다는 점을 동시에 내포하고 있다고 할 것입니다. 이 경우 어느 단체건 먼저 창립총회를 진행하고 회의록을 만들어 인가신청을 하는 쪽이 조합으로서 인정받을 수 있다는 문제가 발생할 수 있는데, 여기에 대하여 법률 분쟁이 벌어졌을 때는 그 창립총회가 민법상 법인격없는 사단의 내부관계에 대한 규율을 준수하였는지, 창립총회 당시 실질적으로 소유자 및 의결권의 3분의 2 이상이 동의하였는지 여부를 기준으로 하자 여부를 다투어야 할 것으로 보입니다.

셋째로, 리모델링주택조합설립추진위원회 단계에서 실질적으로 시공자를 선정하는 문제입니다. 주택재건축사업의 경우 사업시행인가를 받은 후에 경쟁입찰의 방법으로 시공자를 선정할 수 있습니다. 그런데 이와 유사한 주택리모델링사업의 경우 주택법 및 시행령에 시공자 선정에 관한 아무런 기준도 규정하고 있지 않습니다. 그렇기 때문에 종래 도시 및 주거환경정비법에서 시공자 선정에 관한 시기를 규정하지 않았기 때문에 추진위원회 단계에서부터 시공사의 경쟁이 과열되는 현상이 주택리모델링사업현장에서 그대로 나타나고 있습니다. 물론 외견상 선정은 조합설립을 위한 총회때 진행되고 있지만, 실제적으로는 추진위원회 단계에서 시공자 선정이 어느 정도 마무리되는 것으로 보입니다. 주택재건축사업에서 시공자 선정을 일정 시기 이후로 미룬 것은 과다한 경쟁에 따른 위법행위의 속출을 막고자 한 것이었습니다. 점점 과열되어 가는 주택리모델링시장의 현실과 주택재건축사업과 주택리모델링사업의 유사성을 감안한다면 주택리모델링사업에 있어서도 어느 정도 예측가능한 시공자 선정시점을 규정하여야 하는 것이 타당하다고 보며, 주택리모델링사업의 과도기적 성격을 감안하여 조합설립인가 이후 경쟁입찰을 통한 시공자 선정이 가능하도록 입법을 추진함이 타당하다고 보입니다.

넷째로, 리모델링주택조합이 리모델링사업에 따른 소유권을 확보하기 위하여 매도청구를 행사할 때 과연 매도청구의 요건으로서 주민들의 동의율은 어떻게 산정되어야 하는지가 문제됩니다. 이 문제에 대하여는 최근 서울서부지방법원 하급심 판례가 나오면서 리모델링사업에 있어 핫이슈가 되고 있습니다. 서울서부지방법원 민사 11부는 모 리모델링조합이 미동의 구분소유자들에게 제기한 매도청구소송 제1심에서 조합의 리모델링결의는 구분소유자 5분의 4이상의 동의를 충족시키지 못해 유효한 결의라고 볼 수 없

어 매도청구권을 행사할 수 없다고 판시하였습니다. 위 재판부는 유효한 리모델링결의 부분에 대해 주택법 시행령 제47조 제4항 제1호에 따라야 하고 이는 조합설립인가시 요구되는 소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 요건과는 다른 문제라고 할 것입니다. 그런데, 이 부분에 대하여 다음과 같은 지적이 가능합니다. 즉 2006. 6. 24. 주택법 시행령 제의 개정으로 리모델링주택조합설립을 위한 주민동의율은 소유자 및 의결권의 3분의 2 이상으로 완화되었는데 이는 단순히 조합설립을 위한 동의율일 뿐 아니라 리모델링결의에 필요한 정족수까지 완화해주기 위하여 개정된 것이라는 해석이 가능할 수 있습니다. 또한 모법인 주택법 제18조의 2 제2항의 '인가를 받아 설립된 리모델링주택조합은 그 리모델링결의에 찬성하지 아니하는 자의 주택 및 토지에 대하여 매도청구를 할 수 있다'라고 규정하고 있는데, 이 점은 조합이 조합설립에 동의하지 않은 자에 대하여 매도청구를 할 수 있다는 것으로 해석될 여지가 있습니다. 하지만, 주택법 시행령 제47조 제4항 제1호에는 명문으로 전체 소유자와 동별 소유자를 구분하여 전체 소유자의 경우 5분의 4 이상의 동의를 요건으로 하고 있어 이 규정이 개정되지 않고서는 법원의 매도청구에 대한 태도도 유지될 수밖에 없다고 보입니다. 실제 정부나 민간부문에 재건축사업의 규제를 피하기 위하여 만들어 낸 리모델링시장에서 전체 소유자의 80% 이상의 동의를 있어야 매도청구권을 행사하여 사업을 진행할 수 있다는 것은 상당한 장애요소로 볼 수밖에 없습니다. 결국 이 부분의 해결에 대하여는 주택법 시행령 제47조 제4항 제1호의 개정을 통하여 매도청구요건을 명시적으로 완화할 수밖에 없다고 보입니다.

결론적으로 리모델링시장이 점차 성장하고 본격화된다고 부동산업계에서나 시중 뉴스에서 많이 거론되지만 앞에서 본 추진위원회의 임의단체성의 문제, 서면결의의 문제, 시공사선정의 문제, 매도청구의 문제에 대하여 구체적인 입법이 뒤따르지 않는 한 주택재건축사업의 대체적인 사업일 수밖에 없는 주택리모델링사업은 당분간 법규해석에 있어 혼란을 피하기가 힘들 것으로 예상됩니다. 이런 점에서 주택리모델링사업과 관련한 부산지방법원과 서울서부지방법원의 판례는 주택재건축사업보다는 여러 규제를 완화해 줄거라는 막연한 기대로 법률적 고려 없이 사업을 진행한 조합에 대하여 리모델링사업에서도 철저한 법적 근거와 검토가 필요하다는 점을 보여준 사례라고 할 수 있습니다.

(기획논단)

## 수용·사용방식으로 진행되는 도시개발사업의 시행자가 될 수 있는 '토지소유자'의 의미



정원 변호사

지난 5월말 법제처는 인천광역시가 질의한 구 도시개발법(2007. 4. 11. 법률 제8376호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 제4호의 토지소유자의 의미에 관하여 다음과 같이 회신하였습니다.

도시개발사업을 구 도시개발법 제20조에 따른 수용 또는 사용방식으로 시행하는 경우에 같은 법 제11조 제5항에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 도시개발구역의 지정을 제안할 수 있는 같은 조 제1항 제4호의 “도시개발구역안의 국·공유지를 제외한 토지면적의 3분의 2 이상을 소유한 자”는 1인이 도시개발구역 안의 국·공유지를 제외한 토지면적의 3분의 2 이상을 소유한 경우를 말한다고 할 것이다(법제처, 2008. 5. 30. 안건번호 08-0069).

법제처는 토지소유자가 시행자가 되어 수용 또는 사용방식(이하 '수용방식')으로 도시개발사업을 진행하려면 토지소유자 1인이 도시개발구역 안의 토지면적의 3분의 2 이상을 소유해야 한다고 본 것입니다. 그 동안 여러 명의 토지소유자의 소유면적을 합하여 도시개발구역 면적의 3분의 2 이상을 소유하면 시행자가 될 수 있다고 전제한 구 건설교통부의 2007년 이전까지의 입장(건설교통부 도시관리과 2002. 4. 23. 민원회신) 및 국

민고충처리위원회의 최근 민원회신과도 다른 결론입니다(국민고충처리위원회, 2008. 2. 4. 고충민원 2BA-0711-043796).

현재 우리나라에서 시행 중인 도시개발구역의 면적이 대부분 수십만 제곱미터 이상인 점을 고려할 때 사업구역의 3분의 2 이상을 1인이 소유한다는 것은 현실적으로 상정하기 어렵습니다. 더구나 도시개발사업의 후보지로 거론되는 곳들 대부분이 토지거래허가구역이거나 농지라서 토지거래를 통해 1인이 매수를 통해 사업대상구역 3분의 2 이상의 토지를 소유하는 것도 사실상 불가능에 가깝습니다. 법제처의 유권해석은 토지소유자가 수용방식으로 도시개발사업을 시행하는 것을 원천적으로 봉쇄하는 결과를 가져오는 셈입니다.

문제는 법제처가 위와 같이 도시개발사업의 수행에 중대한 장애를 가져올 수 있는 유권해석을 하면서 충분한 합리적 근거 없이 무리한 법률해석을 하였다는 점입니다.

법제처가 밝히고 있는 주요 근거는 다음과 같습니다.

첫째, 여러 명의 토지소유자가 시행자로 지정된다면 시행자가 소유한 토지 외의 토지에 대한 매입 또는 수용 주체가 불분명하여 다수의 토지소유자 간에 도시개발사업에 대한 의견이 대립되는 경우 등에는 도시개발사업의 원활한 수행이 어려워질 수 있다.

둘째, 도시개발법은 위와 같은 부작용을 방지하기 위하여 환지방식, 혼용방식과 달리 수용방식의 사업에 있어서는 시행자로 지정받을 수 있는 토지소유자의 자격요건을 엄격하게 정하고 있다.

셋째, 구 도시개발법 제11조 제3항의 "같은 조 제1항 제4호의 토지소유자가 공동으로 도시개발사업을 시행하고자 하는 때"는 토지소유자가 공동으로 수용 또는 사용방식 외의 방식으로 도시개발사업을 시행하거나, 3분의 2 이상을 소유한 토지소유자와 그 외의 토지소유자가 공동으로 수용·사용방식으로 도시개발사업을 시행하는 경우를 상정하는 것이다.

그러나 법제처가 제시한 위 근거들은 토지소유자 1인이 도시개발구역 3분의 2 이상을 소유해야만 시행자로 지정될 수 있다는 유권해석의 근거가 되기에는 현저히 부족합니다.

먼저 법제처는 토지소유자가 여러 명일 경우, 이들 간에 의견이 대립되면 도시개발사업의 원활한 시행에 문제가 생긴다고 보고 있습니다. 그러나 바로 이러한 점 때문에 도시개발법은 “토지소유자가 공동으로” 도시개발사업을 시행하는 경우(위 조문은 2007년 4월 11일 개정 당시 “토지소유자 2인 이상”으로 개정되었습니다) 도시개발사업에 관한 규약을 정하도록 한 것입니다(도시개발법 제11조 제3항). 토지소유자가 다수일 경우 도시개발사업의 원활한 진행이 어렵다는 것은 토지소유자를 1인으로 한정해서 해석해야 할 근거가 될 수 없습니다.

오히려 토지소유자 다수가 도시개발사업을 진행할 경우 규약을 정하도록 한 도시개발법 제11조 제3항이야말로 토지소유자는 1인으로 한정된다고 본 법제처의 유권해석이 잘못된 명백한 근거입니다. 법제처의 유권해석에 따른다면 사업대상구역 토지의 3분의 2 이상을 소유한 토지소유자는 1인일 수 밖에 없기 때문입니다. 이에 대해 법제처는 위 조문은 사업대상구역 3분의 2 이상을 소유한 토지소유자가 그 이외의 토지소유자와 공동으로 사업을 추진하는 경우를 상정한 것이라고 합니다. 하지만 이는 너무나 부자연스러운 해석이며, 이렇게 위 조문을 축소해석할 근거가 전혀 없습니다. 단독으로 도시개발사업을 수행할 수 있는 토지소유자가 굳이 다른 토지소유자와 공동으로 도시개발사업을 할 필요도 없으며, 이러한 예외적인 경우에 적용하기 위해 공동으로 사업을 시행할 경우 규약을 정하라는 조문을 두었다고 보기 어렵기 때문입니다.

도시개발법의 입법 과정에 참여한 건설교통부 실무자 역시 “토지소유자가 2 이상인 경우에는 각각의 소유면적을 합한 면적이” 3분의 2 이상이면 된다고 하여 다수의 토지소유자들의 소유면적이 사업대상구역의 3분의2를 넘으면 이들이 공동으로 시행자가 된다고 보고 있습니다{이원식, 도시개발법의 이해(2), 도시문제, 대한지방행정공제회, 2001. 2, 91~92쪽}. 이는 도시개발법을 포함한 부동산개발 관련 법제에서는 지극히 자연스러운 해석입니다. ‘토지소유자’ 또는 ‘토지등소유자’는 사업대상구역 내의 토지 등을 소유하는 자를 가리키는 말인데, 사업대상 구역의 면적과 소유상황을 고려할 때 기본적으로 복수를 전제로 하는 개념이기 때문입니다. 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’)의 ‘토지등소유자’ 역시 당연히 복수를 전제로 하고 있습니다. 도시개발사업 역시

사업대상구역의 면적을 고려할 때 1인의 토지소유자가 사업대상구역의 3분의 2 이상을 소유해야만 시행자가 될 수 있다고 해석하는 것은 현실에서 유리된 법 해석입니다.

또한 수용권을 부여하는 경우 법률을 엄격하게 해석해야 한다는 법제처의 일반론 역시 설득력이 없습니다. 사업대상구역 3분의 2 이상을 소유한 1인의 대지주에게 수용권을 부여하는 것이 개별 소유면적을 합하여 3분의 2 이상을 소유한 다수의 토지소유자들에게 수용권을 부여하는 것보다 헌법상 재산권 제한시 요구되는 공공복리의 관점에서 정당성이 높다고 보기 어렵습니다.

이처럼 법제처의 유권해석은 어느 면에서 보나 정당한 법률해석으로 보기 어렵습니다. 하지만 법제처가 위와 같은 유권해석을 한 이상 앞으로 토지소유자를 시행자로 하는 도시개발사업은 실질적으로 추진되기가 매우 어렵다는 점을 유의해야 합니다. 아울러 법제처의 유권해석이 중앙행정부처 등을 구속하는 효력을 갖고 있음을 고려할 때 사업추진에 있어 유리한 방향의 유권해석을 얻기 위한 노력이 각별히 요청된다고 하겠습니다.

(Global Real Estate Issue)

## 러시아법상 부동산 담보권 실행제도의 개요



채희석 변호사

### 1. 개요

담보권의 실행과 관련된 러시아 담보제도의 가장 큰 특징은 담보권의 실행이 원칙적으로 법원의 결정에 따른 공매절차에 의하여야 하고, 유담보를 비롯한 담보권의 사적 실행이 극히 제한적으로 인정된다는 점에 있습니다. 법원의 결정 및 공매절차에 따른 담보권의 실행을 위해서는 장기간이 소요되고 담보물의 가치 역시 충분히 인정되기 어렵기 때문에, 위와 같은 특징은 담보제도에 있어 중요한 제약으로 작용하고 있습니다.

러시아 법률상 담보권의 실행은 크게 (i) 담보권의 실행 절차(Foreclosure on Property Mortgaged)와 (ii) 담보물의 환가 절차(Realization of the Mortgaged Property)로 구분할 수 있습니다. 한편 러시아의 경우 부동산에 대하여 설정된 담보권과 동산에 대하여 설정된 담보권 사이에 그 실행방법의 측면에서 차이가 있습니다. 아래에서는 일단 부동산에 대하여 설정된 담보권에 대하여 담보권의 실행 절차와 담보물의 환가 절차의 구분에 따라 담보권의 일반적인 실행절차를 개괄적으로 살펴보고, 이와 별도로 담보권의 사적 실행 절차에 대해서도 검토해 보기로 하겠습니다.

### 2. 담보권의 실행 절차



가. 담보물에 대한 담보권 실행의 근거

담보권자는 담보권설정자가 피담보채무를 이행하지 않거나 불완전하게 이행하는 경우 피담보채권의 만족을 구하기 위하여 담보권을 실행할 수 있습니다(민법 제348조 제1항, 저당권법 제50조 제1항). 다만 채무자에 의한 피담보채무의 미이행이 극히 미미하고, 이에 따라 담보권설정자의 청구액이 담보물 평가액과 비교하여 균형이 맞지 않을 경우, 담보물에 대한 담보권의 실행이 거부될 수 있습니다(민법 제348조 제2항, 저당권법 제54조 제1항). 이 경우에도 분할 채무의 담보를 위하여 설정된 저당권은 지급 기일의 계속적인 위반이 있는 경우에 각각의 미이행이 미미한 수준이라 하더라도 담보권이 실행될 수 있습니다(저당권법 제50조 제2항).

나. 담보권의 실행에 대한 법원의 결정

부동산의 경우 아래에서 살펴보는 바와 같은 법정 외에서의 저당권 실행을 제외하고 원칙적으로 법원의 결정에 따라 담보권을 실행하여야 합니다(민법 제348조 제1항, 저당권법 제51조). 나아가 법정 외에서의 저당권 실행을 위한 당사자 간의 계약은 아래에서 살펴보는 바와 같이 저당권 실행사유의 발생 이후에 체결되어야 합니다(민법 제349조 제1항, 저당권법 제55조 제1항).

이 때 저당권 실행에 관한 법원의 결정에는 (i) 담보물의 매각 대금으로부터 저당권자에게 지급되어야 할 금액, (ii) 저당권의 실행 대상이 되는 담보물, (iii) 담보물의 실행 방법, (iv) 저당권 실행에 있어 최초 공매가격, (v) 필요한 경우 환가시까지 담보물의 보관 방법이 포함되어야 합니다(저당권법 제54조).

3. 담보물의 환가 절차

가. 저당권법에 따른 담보물의 환가 절차

법률에서 달리 정하는 경우를 제외하고 담보물의 환가는 공매절차에 의하여 이루어져야 합니다(저당권법 제56조 제1항). 저당권법은 담보물의 공매절차에 대하여 상세한 규정을 두고 있는바(저당권법 제57조, 제58조), 담보물의 공매절차는 법률에서 달리 규정하지 않는 한 법원의 결정을 집행할 권한이 있는 기관(이하 '집행기관')에 의하여 실행되어야 합니다. 담보물의 공매절차는 당해 담보물의 소재지에서 이루어져야 하고, 집행기관은 공매일의 30일 이전(다만 공매일의 60일 이전에 해당하는 일자보다 이후)에 공보를 통하여 당해 공매의 일시, 장소, 담보물, 최초 공매가를 포함하여 공매 사실을 공

지하여야 합니다.

공매절차에 참여하고자 하는 자는 공매 사실의 공지에 포함된 조건 및 절차에 따라 예치금을 예납하여야 하는바, 동 예치금은 최초 공매가의 5%를 초과하지 않아야 합니다. 낙찰자 이외의 자가 예납한 예치금은 공매절차의 종결 후 즉시 반환됩니다. 최초 공매가는 저당권설정자와 저당권자 간의 약정에 따라 결정되나, 다툼이 있는 경우 법원이 이를 결정합니다(저당권법 제54조 제2항 제4호).

공매절차에는 원칙적으로 누구나 참여할 수 있고, 특히 담보물에 대한 권리자와 후순위 저당권자의 공매절차에 대한 참여권은 어떠한 경우에도 제한될 수 없습니다. 담보물은 최고가 응찰자에게 낙찰되고, 낙찰자와 집행기관은 공매절차 당일 공매 조서를 작성하여 이에 서명하여야 하며, 낙찰자는 공매일로부터 5일 이내에 집행기관이 지정한 계좌에 예치금을 공제한 경락대금을 입금하여야 합니다. 집행기관은 경락대금 지급일부터 5일 이내에 매매계약을 작성하여야 하고, 공매 조서와 위 매매계약을 이용하여 등기를 할 수 있습니다.

담보물의 환가대금이 피담보채무를 변제하기에 부족한 경우 저당권자는 저당권설정자의 다른 재산에 대하여 권리를 행사할 수 있으나, 우선권은 인정되지 않습니다. 한편 담보물의 환가대금이 피담보채무를 초과하는 경우, 그 차액을 저당권설정자에게 반환하여야 합니다(민법 제350조 제5항, 제6항).

집행기관은 (i) 공매절차에 1인의 입찰자만 참여하는 경우, (ii) 최초 공매가보다 높은 입찰이 이루어지지 않는 경우, (iii) 낙찰자가 기한 내에 대금을 지급하지 않는 경우 유찰을 선언하여야 합니다. 공매가 유찰된 후 10일 이내에 저당권자는 최초 공매가로 담보물을 매수할 권리를 가지나, 저당권자가 이러한 권리를 행사하지 않는 경우 1차 공매일로부터 1개월 이내에 2차 공매절차가 이루어져야 합니다. 2차 공매도 유찰되는 경우 저당권자는 최초 공매가의 75% 이상의 대금으로 담보물을 매수할 권리를 가집니다. 만약 저당권자가 2차 공매일로부터 1개월 이내에 이러한 권리를 행사하지 아니할 경우 저당권이 소멸합니다.

#### 나. 담보물 환가의 유예

담보물의 환가와 관련하여 담보권설정자의 요청이 있는 경우, 법원은 담보권의 실행에 관한 결정을 통하여 담보권의 환가절차를 1년 이하의 기간 동안 유예할 수 있습니다(민법 제350조 제2항, 저당권법 제54조 제3항). 이와 같은 담보물 환가의 유예제도는

담보권에 대한 중대한 제약 사유가 될 것으로 보입니다. 다만 이 경우에도 담보권설정자는 유예된 기간동안 담보권자에게 발생한 손해와 위약금을 보상하여야 합니다.

한편 저당권법은 담보물 환가의 유예와 관련하여 더욱 상세한 규정을 두고 있습니다. 우선 담보물이 부동산인 경우 그 환가의 유예는 (i) 저당권설정자가 개인이고, 저당권설정이 당해 개인의 영업활동과 연관되지 않은 경우, 혹은 (ii) 담보물이 농지인 경우에 한하여 가능합니다(저당권법 제54조 제3항. 이에 따라 일반적인 담보권에 비하여 저당권의 경우 담보물 환가의 유예제도로 인하여 저당권의 효력이 제한될 우려는 상대적으로 적을 것으로 보입니다). 나아가 (i) 담보물 환가의 유예가 저당권자의 재정 상태에 심각한 피해를 발생시키는 경우, 혹은 (ii) 저당권설정자 혹은 저당권자에 대한 파산이 승인되는 경우에는 담보물 환가의 유예가 인정되지 아니합니다(저당권법 제54조 제4항). 아울러 유예기간을 정함에 있어 법원은 유예기간이 종료된 후 피담보채무가 담보물의 평가가치를 초과하지 않도록 하여야 하고, 저당권설정자는 유예기간동안 저당권자에게 발생한 손실과 이자 및 위약금을 보상하여야 합니다.

#### 4. 법정 외에서의 담보권 실행

위에서 살펴본 바와 같이 저당권 실행사유의 발생 이전에 당사자 간의 계약으로 법정 외에서의 저당권 실행을 약정할 수 없습니다. 다만 저당권 실행사유가 발생한 후 저당권자와 저당권설정자가 계약을 체결하고 공증을 받는 경우 저당권의 실행은 법정 외에서 이루어질 수 있습니다. 한편 후순위 저당권의 실행과 관련된 계약은 선순위 저당권자가 당해 계약에 참가하는 경우에 한하여 유효합니다(저당권법 제55조).

법정 외에서의 저당권 실행에 관한 계약에는 (i) 담보물과 그 가치, (ii) 피담보채무의 액수, (iii) 담보물의 처분 방법 혹은 저당권자의 담보물 취득 조건, (iv) 계약체결 당시 당사자가 알고 있는 선순위·후순위 저당권자 및 담보물에 대한 권리자(및 사용권자)를 명시하여야 합니다(저당권법 제55조 제4항). 위 계약에 의하여 권리가 침해되는 제3자는 당해 계약의 무효를 법원에 청구할 수 있습니다.

한편 법정 외에서의 저당권 실행에 관한 계약에는 담보물의 환가 방법과 관련하여 (i) 저당권법 제56조에서 정한 방법에 따른 환가절차 혹은 (ii) 저당권자 자신 혹은 제3자에 의한 담보물의 취득에 관한 내용을 규정할 수 있습니다(저당권법 제55조 제3항). 저당권법 제56조는 법원에 의한 공매절차(저당권법 제57조)와 당사자 간의 합의에 의한 경매절차(저당권법 제59조)를 규정하고 있으므로, 결국 법정 외에서의 저당권 실행에

관한 계약이 체결된 경우 담보물의 환가는 (i) 법원에 의한 공매절차, (ii) 당사자 간의 합의에 의한 경매절차(공매절차와는 달리 경매절차는 집행기관이 아닌 저당권자 자신 혹은 저당권자에 의하여 선임된 자에 의하여 이루어지게 된다), (iii) 유저당 절차 중 하나에 의하여 이루어질 수 있습니다. 다만 유저당 절차는 토지에 대한 저당권의 경우에는 인정되지 아니합니다(저당권법 제55조 제3항 제2호).

다만 (i) 저당권의 설정에 제3자의 승인 또는 허가가 필요한 경우, (ii) 공장저당의 경우 (enterprise as a property complex), (iii) 담보물이 농지인 경우, (iv) 담보물에 역사적, 예술적, 기타 문화적으로 중요한 가치가 있는 경우, (v) 담보물을 다수가 공유하고 있고, 공유자 중 일부가 서면 기타 법률에서 정한 방법으로 법정 외에서의 저당권 실행을 거부하는 경우에는 법정 외에서의 저당권 실행이 인정되지 아니합니다(저당권법 제55조 제2항). 이 경우 저당권의 실행은 법원의 결정에 의하여야 하고, 환가 역시 법원에 의한 공매절차만 가능합니다.

## 최신 법령 소개

### 1. 「택지개발촉진법」시행규칙 일부개정안(안) 입법예고 (2008.11.26.)

- 주택건설용지 및 임대주택건설용지 배분 근거규정 마련, 신도시 외국인 주거단지 제한경쟁 공급

국토해양부는 택지개발촉진법 시행규칙 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 그 내용은 다음과 같습니다.

#### (1) 개정이유

행정규칙 중 주택건설사업자 등에게 직접적인 영향을 미치는 규정을 택지개발촉진법 시행규칙에 근거를 규정하고, 외국인 투자 촉진을 위하여 외국인 주택 건설용지를 제한경쟁으로 공급할 수 있도록 하는 등 제도를 개선하는데 목적이 있습니다.

#### (2) 주요내용

##### 가. 주택건설용지 및 임대주택건설용지 배분 근거 규정 마련

주택건설용지의 종류별 배분 및 임대주택건설용지 배분비율 등을 현행 지침에서 시행규칙으로 상위 법령화했습니다(안 제7조제3항, 제10조 제1항 신설).

##### 나. 신도시 외국인 주거단지 제한경쟁 공급

신도시급(330만㎡) 규모 이상 지구에서 외국인 주거환경 개선을 목적으로 외국인에게 주택을 공급하기 위한 주택건설용지를 제한경쟁으로 공급하도록 했습니다(안 제10조 제2항 제5호 추가)

### 2. 「임대주택법」 시행령 일부개정안 입법예고 (2008.11.26.)

-지분형 임대주택제도 도입, 매입임대주택사업의 등록기준 완화

국토해양부는 임대주택법 시행령 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정내용은 다음과 같습니다.

(1) 개정이유

「국민 주거안정을 위한 보금자리 주택 건설방안(9. 19 대책)」으로 무주택 서민들의 자가 보유를 촉진하기 위해 주택의 지분금을 단계적으로 납부하여 주택을 구입토록 하는 지분형 임대주택제도를 도입하고, 「주택공급 기반강화 및 건설경기 보완방안(8. 21 대책)」으로 매입임대주택의 활성화를 위해 등록요건을 단독주택 5호, 공동주택은 5세대를 각각 1호와 1세대로 완화하려는 것입니다.

(2) 주요내용

가. 지분형 임대주택제도의 도입(안 제2조 등)

무주택 서민들의 주택구입 부담을 낮추고 자가 보유를 촉진할 필요에 따라, 주택의 지분금을 단계적으로 납부하여 주택구입을 지원하는 지분형 임대주택제도를 도입하기로 하였습니다. 이에 따라 무주택 서민들의 내집마련이 용이하게 될 것으로 기대하고 있습니다.

나. 매입임대주택사업의 등록기준을 완화(안 제7조제1항제2호)

매입임대주택의 활성화를 위해 매입임대주택의 등록 요건을 완화할 필요가 있으며, 이에 따라 매입임대주택 요건중 임대호수를 단독주택 5호이상, 공동주택 5세대이상을 각각 1호와 1세대 이상으로 완화하였습니다. 매입임대주택 요건을 완화함으로써 매입임대주택 사업이 활성화 될 것으로 기대하며, 특히, 비수도권지역의 경우 세제 지원 혜택도 동시에 받게 되어 미분양주택문제가 해소될 것으로 기대하고 있습니다.

3. 「건축법」 시행령 일부개정령 (2008.10.29.)

- 공동주택의 리모델링기능연한 완화, 장애인 편의시설 등 설치시 건축법령적용 완화, 기존 건축물규정에 대한 특례규정 보완, 연결복도 및 연결통로의 설치기준 완화

국토해양부는 건축법 시행령 일부개정령에 대해 공고하였습니다. 개정내용은 다음과 같습니다.

(1) 개정이유

장애인 편의시설 설치 또는 재해예방 조치를 위하여 필요한 경우 건축법령의 적용을 완화하고, 어려운 용어와 표현 등을 이해하기 쉽게 고치며, 복잡한 문장 등은 체계를 정리하여 쉽고 간결하게 하는 등 국민이 이 영의 문장을 이해하기 쉽게 정비하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것에 주요 목적이 있습니다.

### (2) 주요내용

#### 가. 공동주택의 리모델링 가능 연한 완화(안 제6조제1항제6호)

사용승인을 받은 후 20년 이상 지난 건축물에 대하여 리모델링에 따른 건축기준을 완화하여 적용할 수 있으나, 공동주택의 경우 「주택법」에 따른 리모델링 가능 연한이? 20년 미만임에도 20년이 지나야 리모델링에 따른 건축기준의 완화 적용을 받게 되어 공동주택 리모델링 활성화에 지장을 초래하였습니다. 이에 공동주택의 경우에는 사용승인을 받은 후 「주택법」에 따른 리모델링 가능 연한에 도달하면 20년 미만인 경우에도 리모델링에 따른 건축기준을 완화하여 적용할 수 있도록 하였습니다.

#### 나. 장애인 편의시설 등 설치 시 건축법령 적용 완화(안 제6조제1항제7호 및 제8호 신설)

기존 건축물에 장애인·노인·임산부를 위한 편의시설을 설치하거나 방재지구에서 재해예방 조치가 필요한 경우에도 건폐율·용적률 등의 제한으로 건축이 불가능한 사례가 발생하고 있습니다. 이에 기존 건축물에 장애인 편의시설을 설치하거나, 방재지구에 재해예방 조치가 필요한 건축물을 건축하는 경우에는 건축위원회 심의를 거쳐 건폐율·용적률 등의 규정을 일부 완화하여 적용할 수 있도록 하였습니다.

#### 다. 기존의 건축물 등에 대한 특례규정 보완(안 제6조의2제2항제4호 및 제5호 신설)

법령 등의 제·개정으로 부적합하게 된 기존 건축물의? 증·개축은 법령등의 규정에 적합한 경우로 한정하고 있으나 해당 건축물의 기능을 유지하기 위하여 불가피하게 증축이 필요한 경우에는 이를 허용할 필요가 있었습니다. 이에 기존 건축물이 도시계획시설이나 도로의 설치로 건폐율 또는 용적률에 부적합하게 된 경우에도 건축물의 기능을 유지하기 위하여 불가피한 경우에는 그 기존 건축물의 연면적 합계의 범위에서 증축을 할 수 있도록 하고, 건축물의 건축선 및 인접 대지 경계선으로부터 일정 거리를 두도록 한 규정의 신설 이전에 건축된 기존 건축물이 해당 규정에 부적합한 경우에도 수직으로 증축을 할 수 있도록 하였습니다.

라. 연결복도 및 연결통로의 설치기준 완화(안 제81조제5항제4호 단서 신설)

건축물과 인근 건축물을 연결하는 연결복도 또는 연결통로의 너비 및 높이를 각각 5미터 이하로 제한하고 있어, 대형 복합유통단지나 쇼핑몰 등의 경우 차량이나 보행자가 원활하게 통행하는데 불편을 초래하고 있습니다. 이에 허가권자가 건축물의 용도나 규모 등을 고려할 때 원활한 통행을 위하여 필요하다고 인정하면 지방건축위원회의 심의를 거쳐 연결복도 또는 연결통로의 너비 및 높이에 대한 기준을 완화하여 적용할 수 있도록 하였습니다.



## 최신 판례 소개

□ 토지거래허가구역내 토지에 관한 매매계약이 관할관청의 허가를 받지 못한 상태에서 매매목적물이 수용 등으로 인하여 이행불능된 경우 대상청구권 발생여부(소극)  
- 대법원 2008.10.23.선고 2008다54877 보증채무금

### 1. 판결의 요지

대법원은 2008. 10. 23. 토지거래허가구역내 토지에 관한 매매계약으로서 관할관청의 허가를 받지 않은 유동적 무효상태에서 부동산 수용 등으로 매매계약이 확정적으로 무효가 된 경우 매매계약이 유효하게 성립, 존속된 상태에서 발생하는 대상청구권은 인정되지 않는다는 취지의 판결을 하였습니다.

### 2. 사건의 경위

원고는 토지거래허가구역 내의 토지를 피고로부터 4,000만원에 매수하고 그 대금을 초과 지급하였는데, 위 토지가 국방 군사시설 사업에 편입되자 피고가 "공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률" 제16조에 기한 국방부의 보상협의 요청에 응하여 그 보상금으로 113,997,700원을 수령하고 소유권을 대한민국 명의로 이전하였습니다. 이에 원고는 매매의 목적물인 부동산이 수용 등으로 그 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우 등기청구권자는 등기의무자에 대하여 대상청구권의 행사로 등기의무자가 취득한 수용보상금청구권의 양도를 구하거나 등기의무자 지급받은 수용보상금 반환을 구할 수 있다고 주장하며 대상청구권을 행사하고자 하였습니다.

그러나 서울고등법원은 피고의 토지거래허가신청절차 협력의무 불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하더라도 매매계약이 유효함을 전제로 그 주된 의무인 소유권이전등기의무의 이행불능의 효과로 인정되는 대상청구권은 발생하지 않는다고 판단했습니다. 또한 원고가 이 사건 매매계약상 특약사항인 "부동산의 배상, 보상 기타 권리관계는 모두 매수인에게 귀속된다"는 약정을 근거로 수용보상금이 매수인인 원고에게 귀속되어야 한다는 주장에 대하여도 토지거래허가를 받기도 전에 계약

의 이행불능에 따른 전보배상책임을 예정하는 것은 매수인이 토지거래허가를 받지 않고도 매매목적 부동산에 관한 권리를 이전받는 것과 동일한 결과를 낳게 되어 토지거래허가제도를 둔 구 "국토이용관리법"의 입법취지를 잠탈하는 것이어서 그 효력을 인정할 수 없다고 판결하였습니다. 원고는 이에 불응하여 상고하였습니다.

### 3. 해설

법원은 매매의 목적물인 부동산이 수용 등으로 인하여 그 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우 등기청구권자는 등기의무자에 대하여 수용보상금청구권의 양도를 구하거나 등기의무자가 지급받은 수용보상금의 반환을 구할 수 있다고 하여 대상청구권을 인정하고 있습니다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95다56910 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다38080 판결 참조).

그러나 대상청구권은 그 전제가 되는 매매계약이 유효하게 성립, 존속하던 중에 매매계약상 등기의무자의 주된 의무인 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠질 때 등기권리자에게 주어지는 권리라고 할 수 있는 것입니다. 이 사건처럼 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 매매계약으로 아직 관할관청의 허가를 받지 못하여 소유권이전에 관한 물건적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하는 유동적 무효 상태의 매매계약이 매매의 목적물인 부동산의 수용으로 인하여 객관적으로 허가가 날 수 없음이 분명해져서 확정적으로 무효가 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 대상청구권은 발생하지 않는다는 것이 대법원의 판단입니다. 토지거래허가구역 내의 토지가 수용된 경우 보상금이 매수인에게 귀속된다는 취지의 특약을 무효로 판단한 점도 주목할 부분입니다.

#### □ 아파트 면적에 대한 허위광고의 손해배상책임(건설회사)

- 대상판결: 대법원 2007다44194 손해배상(기)

### 1. 판결의 요지

대법원은 2008. 10. 23. 아파트 발코니 면적을 전용면적화해 거실면적을 추가공급하는 것처럼 허위광고한 건설업체를 상대로 한 손해배상 청구소송 상고심에서 피고가 거래

에 있어 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우 기망행위에 해당하므로 원고들에게 정신적 손해를 배상해야 한다고 판결하였습니다.

### 2. 사건의 경위

피고 건설회사는 아파트 모델 하우스 분양광고를 하면서 43평형 아파트의 발코니 확장 공사를 하면 기존 평수보다 4평 이상 넓어진다고 광고를 했고, 원고 등 67명이 이와 같은 설명을 믿고 계약을 체결했으나 입주 후 43평형 아파트에는 발코니가 없다는 사실을 확인하자 건설회사를 상대로 소송을 제기한 사안입니다.

1심은 건설회사가 입주자들에게 입주시기에 따라 각각 840만원에서 1,700여 만원을 배상하라고 판결하였는데, 2심에서는 건설회사의 기망행위는 인정되나 피고 건설회사가 공급한 아파트가 공급계약서의 기재와 일치하고 광고에서 기대한 분양면적에 비하여 실제 아파트의 분양면적이 부족하다고 하여 아파트의 가치가 하락하였다고 볼 증거가 없다고 판단하여 재산상 손해에 관한 청구는 기각하고 위자료를 인정하여 원고별로 500만원에서 1천만원정도의 손해배상액을 인정하였습니다.

### 3. 해설

판례에 따르면 상품의 선전, 광고에 있어 다소 과장이나 허위가 수반되는 것은 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어 중요한 사항에 대해 구체적인 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다고 보고 있습니다(대법원 1993. 8. 13. 선고 92다52665 판결).

대법원은 위와 같은 판례를 전제로 피고 건설회사가 아파트 43평형의 수분양자들에게 다른 일반 아파트의 43평형보다 전용면적이 더 넓어질 것이라고 오인하게끔 광고한 것은 신의성실의 의무에 비추어 비난 받을 정도로 방법으로 허위로 고지한 경우로서 기망행위에 해당한다고 판단하였습니다. 이 사건에서 피고 건설회사가 공급계약상 기재된 공급면적, 구조와 일치하는 내용으로 아파트를 공급하였으므로 재산상 손해배상청구는 인정되지 않았지만 위자료 배상책임이 인정된 점은 시사하는 바가 큼니다. 최근 들어 분양광고와 다른 내용으로 아파트가 공급되는 경우 건설회사의 책임을 묻는 사안

들이 늘어나고 있으므로 분양광고시 주의를 기울여야 할 것입니다. 또한 실제 소송에서는 당시 구체적으로 어떠한 방식으로 광고를 했는지에 대하여 자료가 남아 있지 않은 경우가 많으므로 과장·허위광고를 하지 않았다는 점에 대하여 입증자료를 확보해 둘 필요가 있습니다.



지평지성  
JISUNG HORIZON

<http://www.js-horizon.com>

### 법무법인 지평지성

#### 주사무소

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩11층 Tel : 02)6050-1600 Fax : 02)6050-1700

#### 강남분사무소

(135-911) 서울 강남구 역삼동 646 현대해상화재보험빌딩 12층·14층 Tel : 02)2009-7500

Fax : 02)2009-7520

#### 강북분사무소

(100-161) 서울 중구 봉래동 1가 25 HSBC빌딩 15층 Tel : 02)6230-7400 Fax : 02)6230-7610

#### 상해 지사

Room 3305, Shanghai Maxdo Center, No.8 Xing Yi Road, Shanghai China Tel : 86-21-5208-2800 Fax : 86-21-5208-2807

#### 호치민시티 지사

#2205 Saigon Trade center 37 Ton Duc Thang St., Dist. 1, Ho Chi Minh City Vietnam Tel : 84-8-910-7510 Fax : 84-8-910-751