

## 01 특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음

### 1. 건설산업

- 공동수급체 회원사 도산시 대표사의 법적 지위
- 건설업 구조조정 지원과 WTO 협정상 문제점
- 공공입찰의 절차와 법적 문제 개관
- 공공입찰에서 발생하는 법률 문제
- 분양계약의 요소에 대한 소고
- 건설산업기본법과 형사처벌의 문제

### 2. 정비사업

- 주택재건축사업의 현안
- 주택재개발사업 및 주택재건축사업을 위한 정비사업조합의 조세

### 3. 부동산금융

- PFV 제도의 개요 및 미래
- 국내 부동산개발금융 관련 소고
- 제1호 미분양아파트 펀드의 출시에 즈음하여

### 4. 해외부동산

- 우즈베키야기
- 캄보디아 부동산 개발규제 동향
- 중국 사회기반시설 프로젝트에 대한 BOT 투자방식

## 54 2009년 변경된 건설부동산 법령

- 「주택법」(일부개정 2009. 2. 3. 법률 제9405 호 시행일 2009. 5. 4.) 제16조 제2항 개정
- 「도시및주거환경정비법」(일부개정 2009. 2. 6. 법률 제9444호 시행일 2009. 2. 6.)
- 「도시재정비 촉진을 위한 특별법 시행령」(일부개정 2009. 3. 31. 법률 제9321호 시행일 2009. 4. 1.)
- 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제9539호 시행일 2009. 3. 25.)

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 법률 자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

# Jisung Horizon Newsletter

January 2010 Vol.3. No.7

- 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」(전부개정 2009. 3. 20. 법률 제 9511호 시행일 2009. 4. 21.)
- 「임대주택법」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제9541호 시행일 2009. 6. 26.)
- 「주택법 시행령」(일부개정 2009. 3. 18. 법률 제9541호 시행일 2009. 3. 18.)
- 「주택법」(일부개정 2009. 4. 1. 법률 제9602호 시행일 2009. 4. 1.)
- 「주택 공급에 관한 규칙」(일부개정 2009. 4. 1. 법률 제111호 시행일 2009. 4. 1.)
- 「도시 및 주거환경 정비법」(일부개정 2009. 4. 22. 법률 제9632호 시행일 2009. 4. 22. 외)
- 「주택법 시행령」 일부개정 (일부개정 2009. 4. 21. 대통령령 제21444호 시행일 2009. 4. 21.)
- 「도시 및 주거환경 정비법」(일부개정 2009. 4. 22. 법률 제9632호 시행일 2009. 4. 22.)
- 「항공철도 사고조사에 관한 법률」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제9541호 시행일 2009. 6. 26.)
- 「외국인토지법 시행령」(일부개정 2009. 6. 9. 대통령령 제21531호 시행일 2009. 6. 27.)
- 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률 시행규칙」(일부개정 2009. 6. 5. 국토해양부령 제134호 시행일 2009. 6. 5.)
- 「부동산투자회사법 시행령」(일부개정 2009. 4. 30. 대통령령 제21466호 시행일 2009. 4. 30.)
- 「택지개발촉진법 일부개정법률(안) 입법예고」(2009. 7. 21.)
- 「도시 및 주거환경정비법 시행령 개정」(2009. 8. 11.)
- 「서울시 도시 및 주거환경정비조례 일부개정」(2009. 5. 7.)
- 「주택법 시행령 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 25.)
- 「주택공급에 관한 규칙 일부개정령」(일부개정 2009. 9. 17.)
- 「주택공급에 관한 규칙 일부개정령」(일부개정 2009. 9. 28.)
- 「기업도시개발 특별법 시행령 일부 개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 29.)
- 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 시행령 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 10. 7.)

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 법률 자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

## 95 2010년 변경될 건설부동산 제도

- 정비사업 분쟁조정을 위한 도시분쟁조정위원회 설치 · 운영
- 산업단지 개발방식에 대한 사업시행자의 선택권 인정
- 노후산업단지 재정비(재생)사업 대상지역 확대
- 검측관리원 등급 신설 및 교육훈련 근거 마련
- 낙후지역의 신발전지역 전환 추진
- 민자사업의 감리자 선정방법 개선
- 공동주택 피난시설 종류 확대
- 공사 중 안전점검 업체 발주자가 직접 선정 · 계약
- 보금자리주택 거주무기기간 마련
- 시공평가의 객관적인 평가기준 마련
- 주택거래신고지역의 지정요건 변경
- 품질검사전문기관 평가기관 신설 기타

## 109 2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석

- 도시정비법사건(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결)
- 취득시효 완성자와 제3취득자의 관계 사건(대법원 2009. 7. 16. 선고 2007다15172 판결)
- 건설산업법위반 무죄, 이른바 동남권 유통단지 사건(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도988 판결)
- 국가계약법상 요건과 절차를 흠결한 계약의 효력 사건(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결)
- 건축허가 거부처분의 위법성 판단 사건(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결)
- 채권자취소권의 대상이 되는 사해신탁 판단기준 사건(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결)
- 관급공사계약 연대보증인의 책임범위 사건(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다36081 판결)
- 집합건물법상 대지사용권을 취득한 선의의 제3자 범위 사건(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다26145 판결)

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

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 1. 건설산업)

## 공동수급체 회원사 도산시 대표사의 법적 지위




최찬욱 변호사

최근 건설사들이 변제기가 도래한 어음을 결제하지 못하여 지급정지에 빠지거나, PF자금대출상환시기를 경과하여 변제기간연장을 위하여 워크아웃신청을 하는 일들이 속출하고 있습니다. 따라서 향후 도산위기에 몰린 건설사들이 어떻게 효율적으로 위기를 극복할 수 있는가라는 정책적인 문제에서 현재 도산으로 인하여 발생한 법적인 쟁점을 어떻게 해결할 것인가라는 규범적 문제까지 다양한 양상이 나타나고 있습니다.

특히 관급공사에서 공동수급체 형태로 공사를 도급받은 시공사들은 내부관계에서 자금관리약정 내지 경리약정을 체결하여 공사비를 선지출하는 대표사와 그 이후 대표사가 배분하는 분담금청구서에 따라 정산하는 회원사로 나뉘는 경향이 있습니다. 이 경우 이미 공사비 선지출에 따른 분담금상환청구권을 가지고 있는 대표사로서는 회원사가 도산할 경우 자칫 분담금을 지급받지 못할 위험에 빠집니다.

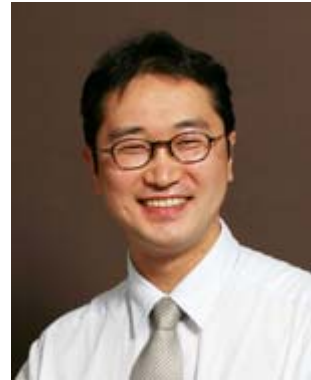
채무자 회생 및 파산에 관한 법률(통합도산법) 제119조는 “회생절차개시 당시 양 당사자의 채무자가 모두 미이행인 상태인 경우 관리인은 그 선택에 따라 계약을 해제하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있으며, 상대방은 관리인에 대하여 이행 또는 해제(해지) 선택의 확답을 최고할 수 있고, 관리인이 확답을 하지 않으면 해제(해지)된 것으로 간주한다”고 규정합니다. 이 조항은 미이행된 쌍무계약의 처리에 대한 것이며, 여기서 쌍무계약은 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서 서로 담보로 기능하는 것을 가리키는 것이라고 봅니다(대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865 판결). 이 경우 관리인이 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구하게 되면 상대방이 가지는 채권은 통합도산법 제179조 제7호의 ‘관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권’으로서 공익채권이 되어 회생절차와 관계없이 수시로, 회생채권과 회생담보권에 우선하여 변제받습니다.

만일 오늘 공동수급체 사례와 같이 별도의 자금관리약정 내지 경리약정을 체결한 후 회원사가 기업회생절차 개시신청을 하는 경우 기존 자금관리약정 내지 경리약정이 통합도산법상 미이행쌍무계약에 해당하는지 문제됩니다. 현 통합도산법이 발효되기 전 기업회생절차와 동일한 의미인 회사정리절차를 규정한 회사정리법 시대의 판례 중 오늘 사례와 같은 경우에 대한 것이 있습니다. 당시 대법원은 공사자금의 조달·집행과 공동수급체 각자의 지분비율에 따른 공사비 부담 등의 경리업무를 효과적으로 수행하기 위하여 공동수급체 회원사끼리 공동도급 현장 경리약정을 체결한 사실, 대표사가 공사자금을 지출한 다음 회원사에 대하여 부담금을 청구한 사실, 회원사 중 한 업체가 회사정리절차개시결정을 받은 사실을 인정한 다음 그 경리약정이 당시 회사정리법 제103조 소정의 미이행 쌍무계약이라고 볼 수 없어 대표사의 부담금 지연손해금 채권이 공익채권이 아니라고 판시하였습니다(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다60559 판결).

다만 위 판결은 당시 정리회사의 관리인이 자기의 채무를 이행하지 않고, 분담금지급을 지연하고 있는 사실관계를 두고 판시한 것입니다. 따라서 정리회사의 관리인이 계속 공동수급체의 회원사로서 영업을 계속할 것을 결정하고 분담금을 지급해 오다가 결국 지급하지 못하게 되어 분담금 및 지연손해금 채권의 성격문제가 나타난 것이라면 결론은 달라질 것입니다. 따라서 대표사로서는 회원사 중 하나가 도산하게 될 때 그 회원사의 관리인이 공사를 계속하는 결정을 하도록 가능한한 조치를 할 필요가 있습니다. 

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 1. 건설산업)

## 건설업 구조조정 지원과 WTO 협정상 문제점



정정태 변호사

### 1. 들어가며

국토해양부는 지난달 건설회사와 금융기관이 주도해 만든 미분양 아파트 리츠 상품을 인가하였습니다. 그 운용 구조를 보면, 금융회사와 민간투자자, 미분양 아파트를 보유한 건설업체가 기업구조조정 리츠에 투자하고 리츠회사(페이퍼컴퍼니)는 매입한 아파트를 일정 기간 임대 등으로 운용한 뒤 되팔아 매각 수익을 거두는 형태입니다. 또한 매각 시점에 아파트가 팔리지 않아 청산이 안 되면 대한주택공사가 분양가의 약 70%대로 되사기로 약정한 것으로 알려졌습니다. 여기에 더하여 정부는 미분양 리츠를 지원하기 위하여 배당소득세, 취·등록세, 재산세, 종합부동산세, 법인세 감면을 위한 법령 개정도 추진중이라고 합니다.

최근 전세계가 금융위기로 어려움을 겪으면서 각국 정부는 이와 같이 자국 산업을 보호·지원하기 위한 방안들을 속속 발표하고 있습니다.

예컨대 미국 정부는 GM, 포드, 크라이슬러 등 자동차업체에 대한 지원을 이미 실행중이고, 일본 정부가 최근 하이닉스반도체의 D램 반도체에 대한 상계관세를 철폐한 배경에는 자국의 반도체산업을 지원하기 위한 사전포석이라는 분석이 제기되고 있습니다. 그러나 한편에서는 자국 산업에 대한 보호가 자칫 자유롭고 공정한 무역을 목표로 하는 WTO 협정에 위반된다는 우려의 목소리 또한 커져가고 있습니다. 우리는 이미 지난 외환위기 당시 국책은행이 주도한 기업 구조조정 지원과 관련하여 WTO 협정이 제한하는 보조금의 일환이라는 이유로 다른 나라로부터 반도체, 철강 제품 등에 대한 상계관세를 부과한 경험이 있습니다.

그런데 흥미로운 점은 미분양 아파트 리츠에 대한 지원과 같이 건설업에 대한 지원과 관련하여서는 이러한 보호무역이라는 논란이 제기되지 않고 있다는 사실입니다. 그렇다면 자동차나 반도체와 달리 건설업의 경우 어떠한 이유로 보호무역의 논란으로부터 벗어나 있는지, 과연 자국 건설업에 대한 지원이 WTO 협정상 무제한적으로 허용되는지 살펴 보도록 하겠습니다.

## 2. WTO 협정상 상품 무역과 서비스 무역의 구분

WTO 협정은 본 협정 외에 6개 부속서로 구성되어 있는데, 그 중 상품과 서비스의 교역에 대해서는 이를 분리하여 「상품 무역에 관한 다자간 협정」(이하 '상품협정')과 「서비스 무역에 관한 일반 협정」(이하 '서비스협정') 이 각각 규율하고 있습니다. 상품협정과 서비스협정은 각각 상품/서비스에 대한 보조금에 대하여 규율하고 있는 내용이 다른데, 상품협정의 부속 협정인 「보조금 및 상계조치에 관한 협정」(이하 '보조금협정')은 금지·제한되는 보조금의 요건을 자세히 정하고, 이에 대한 대응조치로서 상대국이 상계관세를 부과할 수 있도록 하고 있습니다.



서비스협정도 보조금에 대한 조항을 두고 있으나(서비스협정 제15조), 그 내용은 ① 무역왜곡효과를 가져오는 보조금의 방지를 위한 협상을 진행할 것과, ② 보조금을 지원한 회원국에 대하여 상대국이 협의를 요청할 수 있도록 하고 있는 정도에 불과합니다.

미분양 아파트 리츠의 경우, 그 외관상 아파트라는 '물건'을 지원 대상으로 하는 것처럼 보일 수도 있습니다. 그러나 건설업은 상품 제조업이 아니라 서비스업으로 분류됩니다. WTO 협정이 국가간 교역을 규율하는 점에 비추어 보더라도, 아파트나 주택, 공장과 같은 건물 자체를 수출 또는 수입하는 것으로 볼 수는 없습니다. 오히려 건설사들이 건물을 짓는 '일'을 하는 것이 교역의 대상이 됩니다. 즉 우리 건설사들은 해외 발주자와 도급계약을 체결하고 현장에서 건물을 짓는 '일'을 하는 것입니다. 우리나라가 WTO에 제출한 서비스협정의 양허표에서도 Architectural services, Engineering services, Construction services에 대한 내용을 담고 있습니다.

따라서 건설업에 대한 지원과 관련하여서는 서비스협정의 적용을 받으므로, 자동차나 반도체의 경우와 같은 보조금 및 상계관세에 대한 논란이 제기되지 않는 것입니다.

### 3. 서비스 무역의 기본 원칙

그렇다면 건설업과 같은 서비스업에 대한 정부의 지원은 무제한적으로 허용되는 것일까요? 상품 무역에 대한 보조금을 제한하고 상대국이 상계관세를 부과할 수 있도록 한 것은 자유로운 국제무역을 위한 여러 원칙과 수단 중 하나에 불과합니다. WTO 협정은 자유로운 무역을 위한 몇 가지 기본 원칙을 전제로 하는데, 그 내용은 서비스협정에도 고

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

스란히 담겨져 있습니다. 이러한 기본 원칙으로는, ① 최혜국 대우의 원칙, ② 공평한 규제 원칙, ③ 시장 접근 허용의 원칙, ④ 내국민 대우의 원칙을 들 수 있습니다. 서비스협정에 반영된 기본 원칙의 내용을 살펴보면 다음과 같습니다.

① 최혜국 대우 : 각 회원국은 다른 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에 대하여 그 밖의 국가의 동종 서비스 및 서비스 공급자에 대하여 부여하는 것보다 불리하게 대우하여서는 안된다(서비스협정 제2조).

② 공평한 규제 : 각 회원국은 서비스 무역에 영향을 미치는 일반적으로 적용되는 모든 조치(규제)가 합리적이고 객관적이며 공평한 방식으로 시행되도록 보장하고, 자격요건과 절차 등과 관련된 조치가 불필요한 장벽이 되지 아니하도록 보장하여야 한다(서비스협정 제6조).

③ 시장 접근의 허용 : 각 회원국은 다른 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에 대하여 자기 나라의 양허표상에 합의되고 명시된 제한 및 조건 하에서 규정된 대우보다 불리한 대우를 하여서는 안된다(서비스협정 제16조).

④ 내국민 대우 : 각 회원국은 자기 나라의 양허표에 기재된 분야에 있어서 양허표에 명시된 조건 및 제한을 조건으로, 다른 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에게 자기 나라의 동종 서비스 및 서비스 공급자에게 부여하는 것보다 불리한 대우를 하여서는 안된다(서비스협정 제17조).

국내법과 정부 정책은 건설업을 지원할 때 위와 같은 기본 원칙을 지켜야 합니다. 따라서 지원 대상을 국내 업체로 제한하여서는 안되고,

외국 업체의 국내 영업 활동을 보장하며 이들을 국내 업체를 공평하게 대하여야 할 것입니다.

#### 4. 나오며

서비스업에 대한 각국 정부의 지원 조치로 인하여 공정하고 자유로운 무역이 왜곡되는 점을 부인할 수는 없습니다. 그러나 서비스에 대해서는 상품의 수입 통관시 상계관세를 부과하는 것과 같이 보조금을 상쇄하는 조치를 취하기가 현실적으로 어려운 것 또한 사실입니다. 이러한 점에서 서비스협정은 보조금의 제한요건 및 대응 조치에 대하여 회원국들이 계속하여 협의하도록 하는 외에 이를 규율하지 않고 있고, 별도 협정에 대해서는 회원국간에 구체적인 합의에 도달하지도 못하였습니다. 이러한 상황에서 우리 정부가 건설업에 대한 지원에 소극적일 필요는 없을 것입니다. 다만 정부의 지원은 WTO 협정의 기본 원칙을 지켜야 합니다. 최근 우리 정부가 자동차산업 지원 방안으로 1999년식 이전의 자동차를 처분하고 새 차를 구입할 때 세제 감면 혜택을 주기로 하면서, 대상 차종을 국산 뿐만 아니라 수입 자동차에 대해서도 동일한 지원을 하기로 한 것이 그 좋은 예가 될 것 수 있을 것입니다.

IS Koffran

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 1. 건설산업)

## 공공입찰의 절차와 법적 문제 개관



조병규 변호사

공공입찰은 계약체결을 희망하는 자가 국가, 지방자치단체 등 공공기관이 발주하는 공사계약의 내용에 관하여 다수인과 경쟁을 통해 체결하는 계약 또는 계약체결과정을 통칭하는 말로 사용됩니다. 최근 경제 위기를 타개하기 위해 공공부문의 지출이 증가하고 있고, 특히 정부의 4대강 살리기 등 대규모 공공공사가 예정되어 있어, 공공입찰에 대한 관심이 높아지고 있습니다.

국가나 지방자치단체가 발주하는 공사가 모두 '공공입찰'인 것은 아닙니다. 그러나 현행 「조달사업에 관한 법률 시행령」제15조에서 추정가격이 30억원 이상인 국가 발주 공사, 입찰참가자격 사전심사대상이거나 대안입찰 및 일괄입찰의 대상인 지방자치단체 발주 공사에 관한 계약체결을 조달청장에게 위임하였고, 조달청장이 체결하는 계약은 일반 경쟁입찰이 원칙이므로(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제7조), 현재에는 대부분의 공공계약이 입찰의 방식으로 체결됩니다.

법률적으로 최저가 입찰자에 대하여 적격심사를 거쳐 낙찰자를 결정하는 경우 입찰공고를 청약의 유인으로, 입찰을 청약으로 보아 발주처가 낙찰자를 결정하는 '승낙'이 있어야 계약이 체결됩니다. 따라서 낙찰 자체는 본계약의 예약에 해당합니다. 반면, 최저가 입찰자가 곧바로 낙찰자가 되는 경우에는 입찰공고가 청약에, 입찰이 승낙에 해당하여 바로 계약이 체결되는 것과 다름없다는 차이가 있습니다. 어느 쪽이든 입찰 공고 → 입찰 → 개찰 → 낙찰자 선정 → 계약서 작성의 절차로 입찰에 따른 공공계약이 체결되는 점은 다르지 않습니다.

공공입찰절차에는 다양한 이해관계인이 관여하고, 여러 단계를 거쳐 낙찰자가 결정되므로 복잡한 법률문제가 발생합니다. 특히 입찰단계에서 입찰참가자격의 제한, 다수의 입찰자의 경쟁회피행위에 대한 사후적 평가, 낙찰자를 결정한 뒤 입찰참가자들이 낙찰자 지위의 정당성에 이의를 제기하는 경우 등이 실무상 자주 문제가 됩니다. 입찰참가자격의 제한에 관하여는 이번 뉴스레터의 다른 글로 상세히 살펴볼 것이고, 낙찰자의 지위를 둘러싼 쟁송과 법률관계에 대해서는 자주 알려진 바 있으므로, 여기에서는 다수의 입찰자들이 경쟁회피행위를 한 경우에 대하여 살펴보겠습니다.

다수의 입찰자들이 경쟁회피행위를 하는 경우, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 공정거래법)을 위반한 것인지 여부와 형법상 입찰 방해죄에 해당하는지 여부가 문제됩니다. 입찰자들이 경쟁을 회피하는 가장 강력하고 효과적인 수단은 담합 등 공동행위를 하는 것이기 때문입니다.

공정거래법 제19조 제1항 제8호는 명문으로 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 "입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그밖에 대통령령으로 정하

는 사항을 결정하는 행위"를 할 것을 합의하는 것을 금지하고 있습니다. 또 공정거래법 시행령은 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격, 경락가격을 결정하는 행위 뿐만 아니라 낙찰 또는 경락의 비율, 설계 또는 시공의 방법, 그밖에 입찰 또는 경매의 경쟁요소가 되는 사항 전체에 대한 사전 결정을 금지하고 있습니다.

공정거래위원회의 심결이나 법원의 판결로 드러난 사안을 유형별로 살펴보면 다음과 같습니다. 첫째, 사업자들이 최저입찰가격(계약목적에 따라서는 최고입찰가격), 수주예정가격 또는 그와 비슷한 것으로 인정되는 것을 사전에 결정하는 행위. 둘째, 낙찰예정자를 사전에 결정하여 다른 응찰업체들이 예상낙찰가격 또는 낙찰예정자 입찰가격을 넘는 낙찰가격으로 입찰하는 행위. 셋째, 사건에 사업자들이 낙찰받을 공구와 공사 내용을 정해 두고 낙찰예정자를 결정해 둔 행위 등입니다. 그리고 사업자가 공동으로 특정사업자가 수의계약에 의해 계약할 수 있도록 결정·유도하는 행위 역시 금지행위에 해당할 가능성이 큼니다.

이와 같은 입찰담합행위가 있는 경우, 이는 공정거래위원회의 시정조치 및 과징금 부과명령의 대상이 되고, 공정거래위원회의 행정처분을 받은 사업자는 입찰참가자격이 제한되거나 적격점수가 감점되는 불이익을 받게 됩니다.

입찰자들의 경쟁회피행위는 형법상 입찰방해죄를 구성하기도 합니다. 형법은 "위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자"를 처벌하고 있습니다(형법 제315조). 거래통념상 인정되는 범위에서 입찰자 상호간에 정보를 교환한 것에 불과하다면 담합행위나 위계가 인정되기 어렵지만(대법원 1997. 3. 28. 선고 95도1199 판결), 통상적으로 담합행위가 있으면 위계가 있다고 할 수 있으므로 실무에서는 '공정을 해하였는지 여부'가 쟁점이 되는 경우가 많습니다. 공정을

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

해하였는지를 판단하는 법원의 기준은 "공정한 자유경쟁을 통한 적절한 가격형성에 부당한 영향을 주는 상태를 발생시켰는가"입니다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도5037 판결). 그리고 판례는 공정을 해하는 행위에 가격결정뿐만 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하는 행위도 포함된다고 보고 있습니다.

건설분야의 민간발주가 위축된 경제상황에서 공공부분의 비중이 더욱 크게 느껴지는 때입니다. 수의계약이 어려운 공공부분의 계약에서 사업자들은 위험을 피하기 위한 선택을 할 가능성이 높습니다. 하지만 경쟁을 회피해야 할 유인이 클수록, 그 행위가 사후적으로 위법한 행위로 평가받지 않도록 지혜를 발휘하는 것이 바람직할 것입니다. IS Partner

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 1. 건설산업)

## 분양계약의 요소에 대한 소고



최찬욱 변호사

최근 수분양자들이 시행사와 시공사를 상대로 분양광고를 할 당시 광고전단지나 모델하우스 내용과 달리 건축되었다는 이유로 손해배상소송을 제기하는 예가 많아졌고, 그에 대한 하급심 판례가 줄이어 선고되고 있습니다. 그런가 하면 사법기관인 법원은 아니지만 공정거래위원회의 경우 주상복합아파트 분양계약서 중 “분양관련 인쇄물과 달리 시공이 가능하도록 한 조항”을 약관규제법상 무효라고 판단하고 이를 수정 또는 삭제하도록 시정권고조치하는 사례가 발생하였습니다.

통상 아파트의 사전분양시 카탈로그 등 각종 인쇄물은 분양아파트와 직·간접적으로 관련한 사항인 분양단지 조감도, 주거단지 동호수 배치도, 동별, 평형별 평면도, 각종 부대시설 등을 담고 있습니다. 이러한 인쇄물이나 모델하우스의 조건 등이 분양계약의 내용으로 편입되어지는가에 대하여 대법원은 우선 분양계약이 그 자체로서 완결된 것이라고 보기 어렵다는 전제를 두고 있습니다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결).



또한 대법원은 분양광고의 내용, 모델하우스의 조건 또는 분양회사가 수분양자에게 행한 설명 등이 비록 청약의 유인에 불과하다고 할지라도 그러한 광고 내용이나 조건 또는 설명 중 구체적 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로서 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약내용으로서 이행을 청구할 수 있다고 보이는 사항에 관한 한 수분양자들은 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자들도 이를 알고 있었다고 보아야 한다고 판단했습니다. 따라서 결국 분양계약서에 명시되어 있지 않지만, 분양계약요소로 포함되는 것은 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로 구체적인 거래조건으로 판단될 수 있는 사항들이라는 결론에 이릅니다.

최근 하급심 판례는 위와 같은 대법원의 판결을 그대로 반영하여 수분양자들의 청구를 기각하거나 손해배상에 한하여 과장광고를 이유로 인용하고 있습니다.

**1. 울산지방법원 2009. 4. 23. 선고 2007가합7733 손해배상(기) 사건(조감도 사례)**

**가. 쟁점**

- ① 광고전단지, 모델하우스와 달리 건물간 이격거리가 지나치게 좁게 신축되어 건너편 건물에서 각 세대의 거실이 보이는 등 사생활이 침해된다.
- ② 거실 실내등, 로비라운지 등이 광고전단지, 모델하우스, 카탈로그와 달리 시공되었다.

**나. 판단**

조감도만으로는 건물간 이격거리가 어느 정도인지 정확하게 표시되어 있지 않고, 광고 전단지 등에도 "본 광고에 사용된 투시도는 소비자의 이해를 돕기 위한 이미지컷으로 실제와 차이가 있을 수 있습니다"라는 기재가 되어 있는 점에 비추어 광고 전단지 등에 게재된 조감도 자체가 분양계약의 내용이 되었다고 볼 수 없으므로 이 사건 건물이 조감도와 다르게 건축되었다는 사정만으로 계약불이행이 있었다고 볼 수 없다.

## 2. 서울고등법원 2009. 7. 14. 선고 2008나93867 손해배상(기)등 (전실 사례)

### 가. 쟁점

피고는 이 사건 아파트를 분양받는 각 세대가 배타적으로 사용할 수 있는 전실을 제공하는 것처럼 광고를 하였으나 실제로는 제공하지 않았다.

### 나. 판단

전실의 설치에 관한 내용이 명시되어 있으므로, 피고는 이에 따른 위치와 형태의 전실을 시공하여 수분양자들에게 제공할 계약상 의무는 있으나, 전실을 배타적 주거공간의 일부에 포함시켜 제공할 것이라는 내용은 없다. 따라서 공용부분으로서 분양안내책자나 견본주택에 표시한 것과 같은 위치와 형태의 전실을 제공한 이상 분양계약의 내용을 불이행하였다고 할 수 없다.

예비적으로, 피고는 이 사건 아파트의 수분양자들로 하여금 각 세대  
대가 전실을 배타적으로 사용할 수 있다고 오인할 만한 내용의 광  
고를 한 것은 인정되어 부당한 광고행위로서 위법하다(재산적 손해  
에 대한 배상과 위자료 인정).

### 3. 대구고등법원 2009. 8. 13. 선고 2007나10338 손해배상(기)등 (토지경계선 사례)

#### 가. 쟁점

아파트 사업시행자가 아파트를 신축·분양하면서 아파트단지의 실제  
토지경계선보다 안쪽에 옹벽과 담장을 설치함으로써 입주민으로 하  
여금 그 담장 바깥 토지를 주차장과 조경부지 등으로 사용하지 못  
하게 하였다.

#### 나. 판단

아파트 분양안내자료에 '시공상 배치 및 평면에 약간의 변경이 있  
을 수 있음'이라고 기재되어 있고, 분양계약서와 입주자모집공고에  
도 '등기시 대지공유지분은 면적 증감이 있을 수 있음'이라고 구체  
적으로 표시되어 있으며, 분양계약에서 공유지분의 면적에 차이가  
발생하더라도 그것이 관계 법령에 의한 공공시설 등의 귀속으로 인  
한 것이거나 그 범위가 상하 100분의 2 이내인 경우에는 서로 상  
대방에 대하여 정산의무조차 지지 않는 것으로 정하고 있어(제3조  
제2항), 피고가 담장 바깥 토지를 아파트 부지로 조성한다고 약정하  
였다고 인정하기 부족하다. 피고가 이 사건 아파트의 대지에서 제  
외되어야 할 담장 바깥 토지를 이 사건 아파트의 대지에 포함시켜

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

수분양자에게 이전등기를 해 준 것은 장차 담장 바깥 토지가 대체 관습로 및 배수암거로서의 필요와 효용을 상실할 경우를 대비하여 수분양자들의 활용을 배려한 편의적 조치에 불과하다.

따라서 대법원 판례나 이를 참고한 하급심 판례는 분양계약요소로 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로 구체적인 거래조건으로 판단될 수 있는 사항들만을 포함시켜 이행대상으로 판단하고 있어, 실제 시행사나 시공사를 상대로 분양계약서 외의 사항을 추가로 시공하거나 설치하는 것을 목적으로 하는 청구를 거의 받아들여주지 않습니다. 다만 판례는 그러한 점들이 수분양자에게 오인을 일으킬 정도로 광고를 하였다는 점이 인정될 경우 과장광고로서 기망행위에 해당되어 손해배상을 하여야 한다는 취지를 보이고 있어 이 한도에서 수분양자와 분양자의 이익을 절충하려는 태도를 보인다고 판단됩니다.

그런데 앞서서도 본 바와 같이 공정거래위원회는 2009년 8월 24일 분양관련 인쇄물과 달리 시공이 가능하도록 한 조항과 업무상업시설의 변경에 대해 이의제기를 금지한 조항을 무효라고 판단하였습니다.

공정거래위원회는 아파트·부대시설의 외형 및 재질 일방적 변경 가능 조항은 분양관련 인쇄물·조감도 등과 달리 시공할 수 있도록 한 약관 조항은 사업자로 하여금 계약의 중요내용인 아파트와 그 부대시설의 외형 및 재질을 일방적으로 변경할 수 있게 하므로 불공정한 약관이라고 합니다. 또한 업무·상업시설 변경에 대한 이의신청 금지 조항은 사업자의 아파트 단지 내 업무·상업시설의 변경에 대해 아파트 계약자가 전혀 이의제기를 할 수 없도록 조항은 고객의 권리행사를 부당하게 제한하므로 불공정한 약관이라고 합니다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

공정거래위원회는 사업자의 사업계획 변경으로 주거환경에 악영향을 미칠 수 있는 혐오시설이나 일조권을 침해할 수 있는 시설 등이 아파트 단지 내에 들어와 주거자의 수인한도를 넘어서면 주거부분 계약자들은 이에 대해 이의를 제기할 수 있는 것이 일반적인 원칙이라는 전제를 가지고 있습니다.

이번 시정조치는 아파트 분양사업자들이 분양계약서에는 홍보내용과 달리 아파트 계약자의 권리를 제한하거나 인정하지 않는 관행을 개선하려는 의도를 보이고 있으나, 공사진행중 건물의 외형이나 재질을 변경할 수 밖에 없는 상황에서 아직 대표적인 기관도 형성되어 있지 않은 수분양자들의 동의를 어떤 방법으로 충족시키는지에 대한 대안이 부족하기 때문에 향후 이번 시정조치에 대한 시행사나 시공사의 법적 대처와 법원의 판단이 주목됩니다. is horizon

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 1. 건설산업)

## 건설산업기본법과 형사처벌의 문제



금태섭 변호사

지난 7월 30일 헌법재판소는 건설산업기본법의 양벌규정에 대하여 위헌판결을 하였습니다. 직접 문제가 된 사건은 건설업등록증의 대여에 관련된 것이지만 건설산업기본법에 규정된 처벌조항과 관련해서는 그 간 다양한 논의가 있어 왔고 그에 따른 개정 가능성도 있습니다. 위헌판결을 받은 사안을 비롯해서 자주 논란이 되는 쟁점에 대해서 말씀드리도록 하겠습니다.

이번에 위헌으로 결정된 건설산업기본법 제98조 제2항의 내용은 “법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제94조 내지 제97조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 당해 법인이나 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다”입니다(실제 위헌이 선고된 것은 그 중 제96조 제4호 부분임). 위헌제청이 된 사건의 당사자는 가스시설 시공업을 주목적으로 하는 유한회사인데 그 회사의 대전지사장이 제3자로 하여금 회사의 상호를 사용하게 하고 시공검사를 받을 수 있도록 건설업등록증을 대

여하였습니다. 검찰에서는 건설산업기본법의 양벌규정에 따라 행위자인 지사장을 기소하는 외에 위 유한회사도 기소하였습니다. 그러나 헌법재판소는 단순히 종업원에게 잘못이 있다고 하여 법인에게 아무런 잘못도 없을 때까지 처벌하는 것은 법치국가의 원리 및 죄형법정주의에서 도출되는 책임주의 원칙에 반한다는 이유로 이러한 양벌규정이 헌법에 위반된다고 판단한 것입니다.

건설산업기본법의 양벌규정에 관한 위헌판결은 어느 정도 예상이 가능한 것이었습니다. 유사한 규정이 있었던 '도로법'이나 '보건범죄단속에 관한 특별조치법'에 대해 이미 헌법재판소가 위헌판결을 한 예가 있기 때문입니다. 건설산업기본법에 대해 위헌결정이 내려진 날 '청소년보호법' 등 같은 내용의 양벌규정이 있는 법률 6개에 대해서도 동시에 위헌결정이 내려졌습니다. 따라서 이러한 양벌규정에 해당하는 경우에도 법인은 처벌받지 않게 되었고, 검찰에서는 이미 기소유예나 참고인 중지 등의 처분을 한 3만 건에 대해서도 무혐의 처분을 하겠다고 발표하였습니다. 이미 처벌을 받은 경우에도 법원에 재심을 청구하면 무죄선고를 받을 수 있습니다. 다만 헌법재판소가 관련 조항을 위헌으로 판단한 것은 법인에 아무런 잘못이 없을 때에도 처벌을 받는 것이 책임주의에 위반된다는 것이기 때문에 향후 법인이 감독 책임을 다하지 못한 경우에만 처벌한다는 내용으로 개정될 가능성은 있습니다. 현재 양벌규정이 있는 법률의 상당수는 법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 때에는 처벌할 수 있다는 내용으로 개정이 되고 있고, 만일 건설산업기본법도 이러한 내용으로 개정되는 경우에는 감독을 게을리했다는 사실이 증명되면 처벌받게 됩니다.

건설산업기본법 상의 벌칙 조항과 관련하여 자주 문제되는 또 하나의 쟁점은 심사평가위원들에 대한 금품 제공의 문제입니다. 건설산업기본


법 제38조의 2는 “도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인은 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여하여서는 아니된다”라고 규정하고 있고 제95조의 2는 위 규정에 위반하여 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여한 사람을 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있습니다. 그런데 대법원은 위와 같은 조항에 의해서 처벌되는 행위는 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인이 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위에 한정되고, 그와 달리 발주자 등의 사용인 기타 종업원 등이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 위 조항에 의하여 처벌되는 행위에 포함되지 않는다고 하면서 평가위원은 단순히 발주자의 사용인에 해당할 뿐이기 때문에 평가위원이 금품을 수수한 행위를 건설산업기본법상의 처벌조항에 의하여 처벌할 수는 없다고 판시하였습니다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도988).

다만 대법원은 평가위원에게 부정한 청탁을 하고 금품을 제공하는 행위는 형법상 배임증재죄에 해당한다고 판결하였습니다. 위 사건에서 입찰참가업체는 평가위원 후보자들과의 사전 접촉이 금지되어 있었음에도 평가위원 후보자 별로 전담직원을 정하고 그 전담직원들이 심의 전날까지도 수차례 후보자들을 찾아가 설계안에 대한 설명을 하고 선처를 부탁하였습니다. 또한 심의 당일 새벽에 후보자들에게 전화를 하여 평가위원으로 선정되었는지 확인한 후 다시 좋은 점수를 달라고 청탁을 하였으며, 그 후 평가위원으로 선정된 개인과 용역 계약을 체결하여 금품을 제공하였습니다. 대법원은 이러한 용역 계약 체결은 부정한 청탁에 대한 대가로 보아야 하고 따라서 입찰참가업체의 임직원들이 형법상의 배임증재죄를 범한 것이라고 판단한 것입니다.



## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

형법상의 배임증재죄로 처벌받는 것과 건설산업기본법 위반으로 처벌받는 것의 실제적인 차이는 양벌규정의 적용여부입니다. 건설산업기본법과는 달리 형법에는 배임증재죄가 성립하는 경우에도 양벌규정 자체가 없기 때문입니다. 따라서 현재의 대법원 판례에 따를 경우 심사평가위원회에 금품을 제공하더라도 법인에 대한 처벌은 불가능합니다.

다만 위 판결 선고 이후 언론 등에서는 심사평가위원회에 금품로비를 하더라도 법인이 처벌받지 않는 것에 대하여 많은 비판을 하고 있습니다. 또한 공기업이 발주하는 공사의 입찰 심사를 맡은 평가위원을 공무원으로 의제하여 뇌물죄로 처벌할 수 있도록 법을 개정해야 한다는 여론도 높습니다. 최근 논란이 되었던 심의위원회에 대한 로비 사건 등을 고려할 때 이러한 개정 여론은 현실화될 가능성도 높기 때문에 입찰 과정에서 투명한 경쟁이 이루어질 수 있도록 노력해나가야 할 것입니다. 

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 2. 정비산업)

## 주택재건축사업의 현안

### ◇ 도시 및 주거환경정비법의 개정내용

2009년 2월 6일 법률 제9444호로 도시 및 주거환경정비법 개정 법률(이하 "개정 법률")이 시행되었습니다. 정부는 이번 개정이 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업으로 분류되는 정비사업을 모두 규제하는 도시 및 주거환경 정비법이 복잡한 사업절차와 불합리한 중복규제를 하고 있다는 전제로 그러한 절차와 규제를 합리적으로 개선함으로써 도심에서의 안정적인 주택공급 확대의 기반을 마련하는 취지임을 밝혔습니다.

특히 개정 법률은 그 동안 논란을 빚었던 주택재건축사업에 관련된 규제를 대폭 완화하였습니다. 그 내용은 아래와 같습니다.

첫째로, 주택재건축조합 설립요건의 완화입니다(제16조 제2항). 구법은 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 주택단지안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지안의 복리시설 전체를 하나의 동으로 본다)별 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 동의와 주택단지 안의 전체 구분소유자 및 의결권의 약 4분의 3이상의 동의를 얻어야 했습니다. 그러나 개정 법률에서는 공동주택의 각 동별 의결권의 3분의 2 이상의 동의 규정을 토지면적의 2분의 1 이상의 동의로 완화하였습니다. 이는 의결권(지분면적)이 큰 소수 소유자의 '알박기' 때문에 재건축사업이 지연되는 것을 방지하기 위한 목적에서 개정되었습니다.


둘째로, 재건축사업의 시공사 선정시기를 사업시행인가 이후에서 조합설립인가 이후로 재개발사업의 경우와 동일하게 규정하였습니다(제11조 제2항). 이 개정의 목적은 주택 재건축사업에 있어서 시공사 선정시기를 조합설립인가 이후로 조기화하여 사업 초기의 자금 확보를 원활하게 함으로서 사업활성화를 기하고 조합의 전문성 보완을 통한 사업추진 능력을 향상시킬 수 있도록 하는 것입니다. 또한 개정 법률은 재건축사업에 있어 시공사 선정시기가 너무 늦어 사업이 제대로 진행되지 않을 것을 염려한 추진위원회가 미리 시공자를 선정해 두고 자금지원을 받는 것을 근본적으로 수정해보려는 의도도 가지고 있습니다.

셋째로, 주택재건축사업에만 부과되는 안전진단의 실시시기를 정비계획 수립시로 앞당겼습니다(제12조). 이 개정의 목적은 안전진단과정의 장기화됨으로써 재건축사업이 어려워지는 점을 미리 방지하고자 안전진단을 우선실시하도록 함으로써 사업장기화를 방지하고 주민들의 피해를 최소화하자는 것입니다.

넷째로, 재건축 조합원의 자격이전에 대한 규제완화입니다. 구법 제19조 제2항은 2003년 12월 31일자로 투기과열지구로 지정된 지역 안에서 주택재건축조합의 조합원 자격은 조합설립인가 이후에는 이전할 수 없도록 규정하였습니다. 이 부분에 대하여 조합원자격 이전금지 폐지는 재건축사업의 활성화에 절대적인 부분이라는 주장과 부동산투기만 조장할 뿐이라는 주장이 맞서 있었습니다. 그러나 지난 해 전국의 대부분(강남 3구를 제외)이 투기과열지구에서 제외되는 조치가 시행되자 개정 법률에서는 일부 조항만 개정하고 전면적으로 조합원자격 이전금지조치를 폐지하는 것은 삭제 되었습니다. 다만 개정 법률은 원래 세대원의 근무 등 이유로 세대원 전원이 당해 사업구역이 위치하지 아니한 특별시·광역시·시 또는 군으로 이전하는 경우에는 수도권 내여도 그 세대주 조합원으로부터 권리를 양수한 자에게 조합원지위를 인정하

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

고 있습니다. 또한 조합은 조합원지위 이전금지 대상인 양수인에 대한 현금청산기준일을 조합설립 인가일로 하지 않고 자율적으로 정할 수 있도록 개정하였습니다.

그러나 위와 같은 개정 법률에서의 규제 완화에 대하여 주택재건축관계자는 두 가지 중요한 점이 빠져있다고 비판 합니다. 그 첫째가 임대주택비율 문제고, 둘째가 조합원지위 이전 문제입니다. 현재 의원 법안으로 주택재건축사업때 부과되는 임대주택건설의무를 폐지하는 내용의 개정안이 국회에 제출되어 있습니다. 다만 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서 정한 용적율의 상한까지 재건축사업의 용적율을 완화하고, 그 용적율에서 정비계획의 용적율을 뺀 용적율의 30% 내지 50%를 주거전용면적 85㎡ 이하의 소형 주택으로 건설하도록 한 것입니다. 이렇게 되면 현재까지 규제되었던 주거전용면적 60㎡ 이하 소형주택은 건축대상에서 제외됩니다. 다만 조합원지위 이전문제는 이미 서울 강남, 송파, 서초구를 제외하고 다른 구의 경우 투기과열지구에서 모두 해제되었기 때문에 결국 그 문제는 소위 강남 3구에 대한 문제로 남아 있게 되었습니다. 정부는 국회에서 제외한 강남 3구의 조합원지위 이전건을 시행령으로 해결하여 재건축시장의 수요를 일으키기 위하여 도시정비법 시행령을 개정하려는 계획임을 밝혔습니다. 하지만 이러한 침체가 과거의 규제를 일시에 모두 완화하거나 폐지한다고 하여 즉시 극복되기는 힘들 것입니다. 또 여기에는 시·도조례를 개정하여야 하는 조항도 있어 피부로 규제완화를 느낄 수 있는 시기는 올해 중반을 넘어가야한다는 예상도 만만치 않습니다. 

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 2. 정비산업)

## 주택재개발사업 및 주택재건축사업을 위한 정비사업조합의 조세



류용현 회계사

### 1. 서언

「도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법)」상 정비사업을 시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 자가 시행하고자 하는 때에는 반드시 조합(이하 '정비사업조합')을 설립하여야 합니다(도시정비법 제8조 및 제13조). 정비사업조합은 다수의 조합원이 참여할 뿐만 아니라, 시공회사, 채권자 및 공공기관 등 다양한 이해관계자가 관련되므로, 정비사업조합의 회계 및 세무문제는 신중을 기하여 정확하게 처리할 필요가 있습니다.

특히 정비사업조합에 발생하는 다양한 세목의 조세를 세법에 따라 적정하게 처리하지 못하는 경우 가산세가 부과되는 등 조세상 불이익이 발생합니다. 그러므로 정비사업조합에 발생하는 다양한 조세에 대한 이해가 반드시 필요합니다.

따라서, 이하에서는 정비사업 중 특히 주택재개발사업 및 주택재건축사업(이하 '재개발·재건축 사업')을 위하여 설립된 정비사업조합이 부담하는 조세에 대하여 살펴보겠습니다.

## 2. 정비사업조합이 부담하는 조세들

### 가. 법인세

도시정비법에 따르면 정비사업조합은 법인으로 합니다(도시정비법 제18조). 이에 따라, 재개발·재건축 사업을 위한 정비사업조합에는 법인세법이 적용됩니다(법인세법 제2조). 따라서, 원칙적으로 정비사업조합이 재개발·재건축 사업으로부터 얻는 소득은 법인세가 과세됩니다.

그러나 정비사업조합은 2010년 12월 31일 이전에 끝나는 사업연도까지 법인세법에도 불구하고 비영리내국법인으로 보아 법인세법을 적용합니다(조세특례제한법 제104조의7 제2항). 이 경우 정비사업조합이 조합원에게 종전의 토지를 대신하여 토지 및 건축물을 공급하는 사업은 수익사업이 아닌 것으로 봅니다(조세특례제한법 시행령 제104조의4).

따라서, 정비사업조합이 일반분양을 하지 않는 경우 2010년 12월 31일까지 법인세 납세의무가 발생하지 않으나, 일반분양을 하는 때에는 일반분양과 관련된 소득에 대해 법인세 납세의무가 발생합니다.

그러므로 정비사업조합이 일반분양을 하는 때에는 각 사업연도 소득에 대한 법인세를 사업연도 종료일이 속하는 달의 말일부터 3개월 이내에 신고 및 납부하여야 합니다(법인세법 제60조).

### 나. 소득세

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

2003년 7월 1일 도시정비법 시행 이전의 재건축 조합은 법인격이 부여되지 않았습니다. 이에 따라, 도시정비법 시행 이전의 재건축 조합은 소득세법상 1거주자 또는 공동사업자로 보아 소득세 납세의무가 부여되었습니다(소득세법 제1조, 동법 시행규칙 제2조).

그러나 도시정비법 시행에 따라 2003년 6월 30일 이전에 주택건설촉진법에 따라 조합설립의 인가를 받은 재건축조합은 모두 법인으로 전환되어 법인세법의 적용을 받게 됩니다. 다만, 이와 같이 법인으로 전환된 재건축조합(이하 '전환정비사업조합')에 대해서는 법인세법에도 불구하고 전환정비사업조합 및 그 조합원을 소득세법상 공동사업장 및 공동사업자로 보아 소득세법을 적용받을 수 있습니다(조세특례제한법 제104조의7 제1항).

### 다. 부가가치세

재개발조합 또는 재건축조합이 공급하는 주택은 재화의 공급으로서 부가가치세 과세대상에 해당합니다(부가가치세법 제1조, 동법 시행령 제2조 제2항).

그러나 정비사업조합이 도시정비법에 의하여 당해 정비사업에 관한 공사를 완료한 후 그 관리처분계획에 따라 조합원에게 공급하는 것으로서 종전의 토지를 대신하여 공급하는 토지 및 건축물은 재화의 공급으로 보지 않아 부가가치세가 과세되지 않습니다(조세특례제한법 제104조의7 제3항). 나아가, 국민주택과 당해 주택의 건설용역에 대해서는 부가가치세가 면제됩니다(조세특례제한법 제106조 제1항 제4호).

따라서, 재개발조합 또는 재건축조합이 조합원에게 관리처분계획에 따라 공급하는 토지 및 건축물과 일반분양분 중 국민주택 규모 이하의

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

주택 외의 공급, 예컨대 일반분양분으로서 국민주택 규모를 초과하는 주택과 상가 등은 부가가치세가 과세됩니다.

### 라. 종합부동산세

도시정비법상 재개발조합 또는 재건축조합이 주택을 건설하기 위하여 주택법에 의한 사업계획의 승인을 받은 토지로서 주택건설사업(즉, 재개발·재건축 사업)에 공여되고 있는 토지는 재산세 분리과세대상토지에 해당하여 종합부동산세가 과세되지 않습니다(종합부동산세법 제11조, 지방세법 시행령 제132조 제5항 제8호).

그러나 재개발조합 또는 재건축조합이 현금청산과정을 통해 취득한 철거대상주택이 과세기준일(매년 6월 1일) 현재 멸실되지 않은 상태라면 이를 주택건설사업에 공여되는 토지로 볼 수 없으므로 당해 주택에 대해서는 종합부동산세가 과세될 수 있습니다(국심2007구492, 2007. 11. 13.).

한편, 재개발조합 또는 재건축조합이 취득하는 미분양주택의 공시가격 합계액이 6억원을 초과하는 경우 종합부동산세가 과세될 수 있습니다(종합부동산세법 제8조). 그러나 과세기준일(매년 6월 1일) 현재 사업자 등록을 한 주택법상 사업계획승인을 얻은 자 또는 건축법 제11조의 허가를 받은 자가 취득한 미분양주택 중 2005년 1월 1일 이후 재산세 납세의무가 최초로 성립하는 날부터 5년이 경과하지 않은 주택은 종합부동산세가 과세되지 않습니다(종합부동산세법 시행규칙 제4조). 이 경우 미분양주택에는 과세기준일 전에 분양계약을 체결하고 과세기준일 현재 잔금청산 등이 되지 않아 소유권이전등기가 되지 않은 주택을 포함합니다(서면5팀-2432, 2007. 8. 30.).



따라서, 재개발조합 또는 재건축조합이 취득한 미분양주택에 대해서는 2010년까지 종합부동산세가 과세되지 않습니다.

마. 지방세

재개발조합 또는 재건축조합과 관련하여 재개발조합 등이 조합원으로부터 취득하는 부동산에 대한 취득세 및 등록세 과세문제, 재개발조합 등이 신축한 건물을 취득하는 경우 취득세 및 등록세 과세문제가 발생합니다.

도시정비법에 따르면 관리처분계획인가시에 정한 바에 따라 분양받을 자에게 토지 및 건물의 소유권을 재개발조합의 조합원에게 이전하는 것은 환지로 보며, 그 외 보류지와 일반분양하는 대지 및 건축물은 보류지 또는 체비지로 봅니다(도시정비법 제55조 제2항).

이에 따라, 재개발조합은 사업시행과정에서 종전 부동산을 취득하거나 소유권을 이전한 사실이 없다고 보아 지방세법상 취득에 해당하지 않습니다. 따라서, 재개발조합의 경우 조합원의 종전 부동산의 사용과 관련한 취득세 및 등록세는 과세되지 않습니다.

또한, 재개발조합원이 종전 부동산에 대해 재개발사업을 통해 새로이 취득하는 토지 및 건물은 환지처분에 따라 조합원이 직접 취득하고 조합원 앞으로 보존등기되므로, 조합원에게 분양되는 토지 및 건물에 대한 재개발조합의 취득세 및 등록세 문제는 발생하지 않습니다. 다만, 일반분양하는 대지 및 건축물은 재개발조합에 취득세 및 등록세가 과세될 수 있으나, 이러한 대지 및 건축물은 보류지 또는 체비지로서 취득세가 비과세 되며 등록세는 면제됩니다(지방세법 제109조 제3항, 동법 제127조의2 제2항).

한편, 재건축조합이 조합원으로부터 종전 부동산을 신탁으로 인해 취득하는 경우 그 부동산과 관련한 취득세 및 등록세는 과세되지 않습니다(지방세법 제110조 제1호, 동법 제128조 제1호, 세정-3756, 2005. 11. 15.). 그러나 재건축조합이 취득한 부동산 중 조합원에게 귀속되지 않는 부동산(이하 '비조합원용 부동산')을 취득하는 경우에는 취득세가 과세됩니다(지방세법 제110조 제1호 단서).

또한, 재건축조합이 재건축사업을 통해 신축한 건물 중 재건축조합원에게 귀속되는 부동산은 그 조합원이 취득한 것으로 보므로 재건축조합에게 취득세 및 등록세가 과세되지 않습니다(지방세법 제105조 제10항, 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다47797 판결). 다만, 일반분양분 건물의 경우 별도의 비과세 규정이 없어, 취득세 및 등록세가 과세됩니다.

### 3. 마치며

지금까지 재개발·재건축 사업시행자인 재개발조합 및 재건축조합이 부담하는 다양한 조세문제에 대하여 살펴보았습니다. 그러나 실제 실무적용과 관련해서는 위에서 살펴본 내용 외에 각 세법의 해석 및 적용과 관련한 다양한 조세문제들이 추가로 발생하게 됩니다. 따라서, 재개발조합 및 재건축조합의 세무실무를 정확히 처리하기 위해서는 재개발조합 등이 부담하는 조세에 대한 충분한 이해를 바탕으로 다양한 세법 규정을 정확히 해석·적용하기 위한 노력이 필요하다고 할 것입니다.

is horizon

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 3. 부동산금융)

## PFV 제도의 개요 및 미래



황인영 변호사

대규모 프로젝트파이낸싱(이른바 PF)이 요구되는 사업의 경우, 다수의 사업자들이 공동으로 진행하는 경우가 많습니다. 이 경우 개별 사업주체들과 독립하여 안정적으로 사업이 추진될 수 있도록 하기 위하여, 사업자들은 공동으로 설립한 특수목적법인(이른바 SPC)을 통하여 목적 사업을 진행하는 것을 선호합니다. 그런데 SPC 방식으로 사업을 추진하는 경우, SPC 단계에서 사업이익에 대한 법인세를 부담하고, 개별 사업주체(SPC의 주주)가 받은(배당)이익에 대해 또다시 법인세를 부담해야 하는 이중과세 문제가 발생합니다.

이러한 문제로 인하여 기존 SPC 방식의 사업에 있어서는 각 사업주체가 담당하는 개별 역할(시공업무, 인허가업무 등)에 대한 대가(예컨대 시공비 등)를 부풀리는 방법으로 SPC 단계에서 발생하는 이익을 최소화하는 방식을 사용하는 사례가 많았습니다. 그러나 이러한 방식은 법인세법 제52조 소정의 부당행위계산부인 규정이 적용되어 무거운 조세

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

부담을 지게 될 우려가 있기 때문에 위험부담이 매우 큰 방식으로 이 해되고 있었습니다.

위와 같은 이중과세 문제를 해소하여 PF사업이 원활하게 추진될 수 있도록 하기 위하여, 2004년 12월 31일자 법인세법 개정으로, 제51조의 2 제1항 제6호에 의하여 설립 자본금이 50억원 이상이고, 금융기관의 참여지분이 5% 이상이며, 상당한 기간과 자금이 소요되는 특정사업을 영위하되, 자산관리회사와 자금관리회사를 두는 한시적 명목회사(이른바 paper company)로서 기타 법인세법에서 정하는 요건을 갖춘 이른바 프로젝트금융투자회사(이하 'PFV') 제도가 신설되었습니다. PFV에 대해서는 (i) 배당가능이익의 90% 이상을 배당하는 경우 그 금액을 사업연도의 소득금액에서 공제하고, (ii) PFV가 취득하는 부동산에 대한 취득세 및 등록세의 50%를 감면(대도시 부동산에 대한 3배 중과 규정도 적용 배제)하고, (iii) 수도권내 법인 설립시에도 3배 중과 규정을 배제하는 등 상당한 세제 혜택이 인정됩니다. 그에 따라 많은 사업주체들이 법인세법에서 정하는 바에 따라 PFV를 설립하여 대규모 개발사업을 추진해오고 있습니다.

기획재정부가 2008년 9월 2일 PFV제도를 폐지하는 내용의 법인세법 개정안을 입법예고 하였다가, 관련 업계 및 학계의 강력한 반발로 같은 달 22일 이를 철회하여, PFV 폐지에 관한 논의가 일단락되었습니다. 그러나 PFV 제도를 이용하여 사업을 진행하고 있거나, 진행할 예정인 사업주체의 입장에서는 기획재정부가 언젠가 또다시 PFV 제도를 폐지하려 하지 않을까 하는 우려를 하지 않을 수 없습니다.


기획재정부가 PFV 제도 폐지를 추진한 이유가 공개되지는 않았지만, PFV 제도가 받는 세제혜택에 비하여 PFV 관리를 위한 제도가 충분하지 못하고 그로 인하여 PF 부실에 큰 기여를 한 것이라는 생각에서 비

롯된 것으로 추측되고 있습니다. 그러나 PFV 제도 폐지와 관련하여 진행된 논쟁 과정에서, (1) PFV 제도는 투명한 PF 사업추진을 위한 제도로 이를 통하여 PF 대출의 부실을 오히려 완화할 수 있다는 점, 그리고 (2) 법인세의 2중 과세를 해소하는 것이 세계적인 과세흐름이라는 점 등에 대한 폭넓은 공감대가 형성되었기 때문에, 기획재정부가 이전과 같이 PFV 제도를 폐지하려 할 가능성은 희박한 것으로 보입니다.

다만 PFV 제도가 받는 세제혜택에 비하여 PFV 관리를 위한 제도가 충분히 마련되지 않은 점에 대해서는 개선이 요구됩니다. 현재의 제도에 의하면 법인세법이 정하는 요건을 갖추어 법인을 설립한 후 각급 세무관서에 명목회사설립신고서를 제출하는 것만으로 PFV로 인정받을 수 있도록 되어 있고, 그 밖에 PFV 관리를 위한 제도는 전혀 마련되어 있지 않은 것이 사실입니다. 이러한 사정으로 인하여 PFV 현황이 전혀 파악되지 않고 있으며, 심지어는 명목회사설립신고서를 제출한 회사가 PFV 요건을 갖춘 것인지도 공식적으로 확인되지 않는 것이 현실입니다. 이는 사회적으로 볼 때 PFV의 건전성을 담보하기 위한 관리감독 소홀로 PF 부실이 방지될 수 있다는 측면이 있고, 사업적인 측면에서 볼 때 PFV가 공적으로 확인받을 수가 없어 법적 안정성을 기대하기 어려운 측면이 있습니다. 이러한 제반 정황을 고려하여 PFV를 금융감독위원회 등 등록기관에 등록하도록 하고, 일정한 보고의무를 부과하는 한편, 감독기관이 PFV에 대하여 일정한 감독권한을 행사할 수 있도록 하는 등 제반 제도를 정비할 필요가 있습니다.

더 나아가 PFV 제도가 특정의 공동사업만을 위한 특수목적법인으로 운영된다는 점을 고려하여, 공정거래법상 PFV 설립과 관련한 기업결합신고의무 및 계열회사에 대한 지급보증제한 등에 대한 예외규정을 두는 것도 검토해 볼 필요가 있습니다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

국제적인 금융위기로 PF를 통한 대규모 개발사업이 사실상 거의 중단된 상태입니다. 앞으로 PFV 제도가 보다 정비되어, PFV를 통하여 보다 투명하고 안정적으로 PF 사업이 추진될 수 있기를 희망합니다. 

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 3. 부동산금융)

## 국내 부동산개발금융 관련 소고



최진숙 변호사

국내 부동산개발금융은 IMF사태 이후 시작된 부동산개발 붐과 함께 부동산개발 자금을 조달하는 금융방식으로 발전해 왔습니다.

초기에는 개발업자(developer)가 보유하는 개발 대상 부동산을 담보로 하는 대출(담보대출)이나 건설업체의 자체 자금 대여, 건설업체의 지급보증을 통한 신용대출방식 등으로 전통적인 금융방식으로 진행하는 것이 일반적이었으나, 점차 프로젝트파이낸싱(project financing) 방식에 의한 자금조달 방식으로 발전해 왔습니다.

프로젝트파이낸싱(project financing) 방식에 의한 자금조달은, 자금 조달의 기초를 프로젝트를 추진하려는 개발업자(developer)의 신용이나 물적 담보의 가치에 두지 않고 동 프로젝트 자체에서 발생하는 미래의 현금수입을 주요 상환재원으로 합니다. 이에 따라 개발업자(developer)의 신용이나 물적 담보가 약한 위험사업(risky project)과 신규/대형투자사업, 장기투자사업 등에 자금조달이 가능하도록 하는 효과적인 수단이 되었습니다.

그러나, 우리나라에서는 최근 부동산경기가 장기 침체로 빠져들면서 프로젝트파이낸싱(project financing) 방식에 의한 대출금 상환에 문제가 발생하였고, 프로젝트파이낸싱(project financing) 금융기법 자체가 건설업체나 금융기관의 부실을 초래한 것으로 오해되는 측면이 있습니다.

우리나라 부동산개발금융은 프로젝트 자체에서 발생하는 미래의 현금 수입을 주요 상환재원으로 하고, 개발업자(developer)가 사업위험이나 상환 위험으로부터 분리되는 전통적인 의미의 프로젝트파이낸싱(project financing)과는 상당한 간격이 있고, 건설업체의 신용공여등을 기초로 하는 독특한 금융 방식으로 발전해 왔습니다.

특히, 부동산개발금융이 아파트 등 주거용 개발사업에 집중되어 있고, 개발업자(developer)의 미발달과 영세성으로 인해 프로젝트금융의 실질적인 주체가 건설업체가 되고 건설업체의 책임준공, 채무인수, 연대보증 등의 방식으로 차입에 대한 위험부담도 건설업체가 떠맡게 됨에 따라 분양 등 사업성의 약화가 곧바로 건설업체의 부실로 직결되고 궁극적으로 금융기관의 부실로까지 이어지게 되었습니다.

또한, 단기간의 개발이익을 추구하는 소규모 영세개발업자가 난립하여 투자자보호 등의 문제가 발생하고, 이중 분양, 사기 분양 등의 사회적 이슈가 계속하여 발생하게 되고, 개발업자도 사업이나 소구 위험으로의 분리가 명확하지 않아 사업실패가 그대로 개발업자의 실패로 연결되었습니다. 부동산개발금융을 제공하는 금융기관 및 보증기관의 측면에서도 담당 인력의 전문성 부족, 전문 평가기관의 부재 등으로 인해 해당 프로젝트에 부합하는 구조화된 금융조건 및 보증을 제공하지 못하고, 이에 따라 건설업체의 신용공여에 지나치게 의존하게 되었습니다.



## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

그렇지만, 프로젝트 자체에서 발생하는 미래의 현금수입을 주요 상환  
재원으로 자금을 조달하는 프로젝트파이낸싱(project financing)의 실익  
은 여전히 존재하므로, 부동산개발금융 방식으로서의 프로젝트파이낸  
싱(project financing)의 존재가치는 여전하다고 생각합니다. 따라서, 경  
제성 있는 사업의 분리 및 위험의 명확화, 프로젝트의 물적 자산 및  
수익에 기초한 대출회수 등의 보완을 통해, 개발업자(developer), 건설  
업체, 대출금융기관 모두가 Win-Win할 수 있는 해결책(solution)을 찾  
는데 노력을 경주해야 할 것입니다. is parton

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 3. 부동산금융)

## 제1호 미분양아파트 펀드의 출시에 즈음하여



이행규 변호사      길영민 변호사

정부는 올해 초부터 침체된 부동산경기를 회복시키고 신용경색으로 어려움을 겪고 있던 건설 산업을 지원 하기 위해 미분양아파트를 매입하는 펀드에 대해 취득등록세를 면제하는 등 세제지원정책을 발표하였고, 대한주택공사는 미분양아파트를 일정 가격에 매입하기로 약정하는 방식으로 미분양아파트의 취득 및 자금조달을 지원하기로 하였습니다. 이에 따라 대한주택공사는 증가 일로에 있던 미분양아파트를 부동산펀드를 통해 조속히 매입하기 위해 3개의 컨소시엄을 선정했고, 그 중 한 개의 컨소시엄에서 지난 8월 초 경상북도의 한 지방 미분양아파트를 매입하는 부동산펀드를 출시하여 매입을 완료하였습니다.

대한주택공사의 매입확약을 기본으로 하는 본건 거래의 기본적인 구조는, 부동산펀드가 시행사로부터 미분양아파트를 매입하되 시공사가 펀드의 유일한 수익자로 참여하고 일정 기간 동안 미분양아파트를 매각하거나 임대하여 얻은 수익을 수익자에게 지급하는 방식입니다. 펀드의 미분양아파트 매입 자금은 수익자의 펀드 설정금액과 외부 금융기

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

관으로부터의 차입금을 재원으로 하고, 외부 차입에 대한 담보로는 매입부동산에 대한 근저당권 설정 및 대한주택공사의 매입확약이 이루어졌습니다.

이러한 구조를 통해 시행사는 미분양아파트의 매매대금으로 기존 차입금을 상환하고 시공사에 대한 미지급 공사비를 지급하는 등 채무를 해소할 수 있고, 시공사로서는 공사비를 일부 회수하고 연대보증채무를 해소하는 한편 향후 회복될 것으로 전망되는 부동산시장에서 미분양아파트를 임대 또는 매각하여 일정한 투자수익을 거둘 수 있는 장점이 있습니다. 이러한 대한주택공사의 매입확약을 실질적인 신용보강으로 하는 이러한 종류의 미분양아파트 펀드는 특히 최근에 감지되는 경기 회복 신호에도 불구하고 여전히 그 수가 줄지 않고 있는 '지방 미분양아파트' 해소에 상당히 큰 효과가 있을 것으로 생각합니다. 다만, 이러한 미분양아파트 펀드의 출시 과정에서는 많은 어려움이 있었습니다.


본건 거래를 진행하는 과정에서 가장 문제가 된 것은 펀드가 매입한 미분양아파트를 제3자에게 매각할 경우 그 제3자가 양도소득세를 감면받을 수 있는지, 분양계약을 체결한 후 해제된 세대에 대해서도 취득세 면제가 적용될 수 있는지 등의 조세 문제였습니다. 미분양아파트에 투자하는 펀드의 입장에서 조세 혜택을 받을 수 있는지는 펀드의 수익률을 좌우할 수 있는 가장 중대한 문제였고, 이를 원만히 해결하기 위해서는 국토해양부, 행정안전부, 아파트 소재지 지방자치단체 등 관할 기관과의 협조가 절실했습니다. 그러나 중앙정부 입장도 그리 명확하지 못했고 지방자치단체 실무자들의 이해도는 더욱 낮았습니다. 이러한 미분양아파트 펀드가 주로 지방 미분양아파트를 대상으로 기능해야 한다는 점에 비추어 지방자치단체의 제도 전반과 조세 특례 기준 등에 대한 이해도를 높여야 할 것으로 보입니다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

또한 자본시장법에 따른 집합투자기구로 설정되는 본건 미분양아파트 펀드의 등록 및 사후 관리 등을 담당하고 있는 금융위원회 및 금융감독원의 조력도 매우 중요한 문제였습니다. 부동산펀드에 대한 단독수익자 문제, 펀드간 차입 문제, 펀드의 차입대상 문제 등 금융감독당국의 신속하고도 제도의 취지에 부합하는 적시성 있는 유권해석이 매우 중요했었습니다.

무엇보다도 본건 거래의 핵심은 대한주택공사의 매입확약이었기 때문에 대한주택공사의 매입확약율, 매입확약의 효력이 대한주택공사에 미치는지(한국토지주택공사의 출범 이후에도 효력이 있는지 등), 매입한 미분양아파트를 어떠한 기준과 책임하에 관리, 운영할 것인지 등이 중요한 문제였습니다.

그 밖에 미분양아파트에 대한 대한주택보증의 보증 지속 여부, 시행사의 적정한 의사결정 및 정산 문제 등이 실무적으로 고려될 수 있었습니다.

많은 우여곡절 끝에 대한주택공사가 매입확약을 하는 미분양아파트 1호 펀드가 설정되고 부동산을 매입하게 되었으나, 앞서 본 바와 같이 아직 해결해야 할 과제가 남아 있습니다. 특히 미분양아파트 펀드에 대한 세제 지원책이 올해 말까지 종료되므로 1호 펀드 출시과정에서 노정된 문제들이 조기에 정리, 수습되어 정부와 대한주택공사가 목표했던 바대로 다수의 미분양아파트 펀드들이 설정되어 미분양아파트로 인한 건설업 및 관련 금융시장의 위기가 좀더 원만히 해결될 수 있기를 기원해 봅니다. 

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 4. 해외부동산)

## 우즈벡 이야기



이승민 러시아변호사

사실 우리의 시각에서 미국, 중국, 일본, 유럽을 제외한 그외의 지역에는 그다지 관심이 높지 않은 것이 사실인 것 같습니다. 그나마 자원값 상승에 따라 최근 자원부국에 관심을 갖게 되면서 신흥시장 국가들-러시아, 카자흐스탄, 우즈베키스탄, 아제르바이잔 등-의 이름들이 일반인들에게 알려진 것 같습니다.

특히 관심이 집중되는 우즈베키스탄에 대해 공식자료를 살펴보면 다음의 몇가지 정보를 알 수가 있습니다. 우즈베키스탄은 중앙아시아 중부에 위치한 나라로서 동쪽은 키르기즈스탄과 타지키스탄, 남쪽은 아프가니스탄, 남서쪽은 투르크메니스탄, 북쪽과 북서쪽은 카자흐스탄과 국경을 접하고 있습니다. 인구는 약 2,730만명(08년 7월 1일 기준. 우즈베키스탄 통계위원회)으로 한국 4860만 7천명(2008년 말 기준)의 56% 수준이며, 국토의 크기는 447,400km<sup>2</sup>으로 규모 기준으로 했을 때는 전세계 56위입니다(한국 100,032km<sup>2</sup>, 108위).

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

언어는 공식적으로 우즈벡어를 사용하면서 러시아어를 공용어로 사용합니다. 다만 우즈벡 정부의 민족주의 노선에 따라 2004 년부터 모든 공식문서는 100% 우즈벡어로만 통용되고 있습니다.

우즈베키스탄을 조금이라도 더 알고 이해하려는 마음으로 약 3박 4일 일정으로 떠났습니다. 우즈베키스탄에 도착하여 공항의 좁다란 출입구에서 느껴지는 폐쇄적인 느낌과 관료들의 고압적인 분위기. 여느 구소련국가들에서 느껴지는 분위기였습니다. 호텔로 들어와 우즈베키스탄의 수도 타쉬켄트에서 밤을 맞았습니다.

그 다음 날부터 보게된 타쉬켄트는 생동감이 넘쳐 흐르는 나라였습니다. 거리의 상인들부터, 시장, 백화점 할 것 없이 모두 다 열심인 모습이었습니다. 사람들의 얼굴에는 어제의 딱딱함이 아님 생기가 넘치고 있었고, 동양의 이방인에게 끊임없이 인사를 건네는 모습은 인상적이기까지 했습니다.

타쉬켄트 사람들과의 에피소드 중 하나는 시내에서 있었습니다. 시내의 거리를 지나가는데 사람들이 웃으면서 '즈몽' 하고 지나가는 것이었습니다. 한두 사람이 아니라 눈이라도 마주치면 모두가 '즈몽' 하고 지나가는 것이었습니다. 인사말이겠거니 하다가 궁금해서 확인을 해보았더니, 얼마 전 우즈베키스탄 방송에서 한국 드라마 '주몽'을 방영했는데, 최고의 인기를 누렸다는 것이었습니다. 그래서 한국 사람처럼 생기면 인사하는 것이 '안녕하세요?' 가 아닌 '주몽' 이 되었다는 것이었습니다. 이처럼 한국 문화에 대한 호감을 포함하고 특히 한국 상품에 대한 호응도는 상당히 높은 수준이었습니다 .

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

이처럼 우즈베키스탄에서 '한국' 이라는 높은 브랜드파워를 기초로 최근 국내기업들의 대우즈베키스탄 투자는 466백만불(수출입은행 통계) 수준까지 성장하였습니다. 이러한 투자에는 제조업투자 뿐만이 아닌 부동산개발도 포함이 됩니다. 구소련의 주거타입만이 존재하였던 이곳에서 국내의 주거문화는 상당히 신선하고 매력있는 상품입니다. 특히 시장경제를 체제를 운용하면서 소득이 많아진 계층들은 보다 안락하고 다른 이들과는 구별되는 고급 부동산(주택)에 대한 관심이 많습니다. 다만 이러한 부동산 개발을 위해서는 우즈베키스탄의 부동산 관련 법률제도에 대한 충분한 이해를 바탕으로 이루어져야 할 것입니다.

우즈베키스탄은 1998년 4월 30일 토지법을 제정하고, 현재까지 4차례의 개정(2007년 12월 28일)을 거쳐 운용하고 있습니다. 이 법에 따르면 모든 토지는 국가의 소유이고, 법률에서 정한 경우를 제외하고는 토지는 매매, 교환, 증여, 저당이 될 수가 없습니다. 우즈베키스탄은 토지의 사유화가 진행된 기간이 짧고, 따라서 관련 법제도가 완전히 정비되지 않은 상태입니다. 특히 외국인에 의한 토지소유는 상당히 제한적인 상황하에서만 가능하도록 하고 있습니다.

토지법에 따른 토지보유 형태를 살펴보면 개인 및 법인은 장기사용권, 단기(임시) 사용권, 임대권, 소유권, 장기점유권 및 개인에게 상속가능한 점유권 등이 있습니다. 이 중에서도 우즈베키스탄에서 발달한 토지제도 중 하나는 장기 점유권 및 장·단기사용권 제도입니다. 장기 점유권은 농업을 영위하는 기업 및 단체에게 권리가 주어지며, 토지 장·단기사용권은 개인(외국인 포함) 및 법인이 취득할 수 있습니다. 단기 사용권은 3년 미만의 기간으로, 장기 사용권은 3년 초과 10년 미만의 기간으로 권리가 주어집니다. 토지에 비해 주택에 대해서는 외국인의 소유가 상대적으로 자유롭고, 주택 취득시 주택이 위치한 토지의 점유권 및 장·단기사용권도 함께 개인에게 이전이 됩니다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

우즈베키스탄에서 토지에 대한 권리 취득과 관련하여서는 중앙정부 및 지방자치단체의 권한이 나누어져 있어 이에 대한 충분한 이해가 있어야 할 것입니다. 그렇지 않은 경우, 각 기관 고유의 권한 이상의 행정 처분으로 취득한 각종 권리는 추후에 소멸될 수 위험이 있으므로 이러한 상황을 예방하기 위하여 법률적인 충분한 검토를 하여야 할 것입니다.

우즈베키스탄의 토지 사용은 유상으로 개인 및 법인은 토지료를 납부하여야 합니다. 토지에 관한 조세는 매년 납부하는 토지세 형식으로 부과되고, 토지세액은 토지의 질, 위치, 물공급 여부에 따라 결정됩니다. 우즈베키스탄은 농업이 아직도 국가산업에서 중요한 부분을 차지하고 있고, 물이 귀해서 토지에 대한 가치평가에 있어서도 물공급이 용이한가에 대한 척도도 평가에 있어서 중요한 항목인 것입니다. 토지세율, 산정 및 납부절차는 우즈베키스탄 세법 토지세편에서 정하고 있습니다.

우즈베키스탄의 토지제도를 간략히 살펴보았는데, 어떠한 제도를 이해하는 것은 상당한 노력이 필요하다고 생각합니다. 더욱이 이들을 상대로 우리의 '무엇'인가를 전달하고 판매하려 한다면, 곱절의 노력을 해야 할 것입니다. 일방적으로 우리 것이 좋다는 것이 아닌, 그들의 제도 가운데서 우리의 강점을 심어주고, 우리에게 부족한 것을 채워야 하지 않을까 싶습니다. [is Panfan](#)



(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 4. 해외부동산)

## 캄보디아 부동산 개발규제 동향



유정훈 변호사

국제적으로 기능하는 온전한 금융시장이 존재하지 않아 그런 것이기도 하겠지만, 전세계적 경제, 금융위기에도 불구하고 캄보디아에서는 부동산개발을 필두로 하는 개발 붐의 기세가 아직까지 꺾이지 않은 것처럼 보입니다. 물론 한국의 경우 국내 금융기관의 해외부동산투자 동결로 인하여 잠시 주춤하고 있는 것은 사실입니다. 하지만 투자기업의 대부분은 캄보디아 시장의 잠재성, 캄보디아 정부의 외국인 투자자에 대한 우호적인 태도, 외국환거래 및 부동산개발에 대한 규제법률 부존재 등과 같은 이점 때문에 대단히 매력적인 캄보디아에서의 사업을 쉽게 포기하기보다는 현재의 경제위기가 조금 누그러질 때까지 기다려 보자는 것이 대체적인 분위기입니다.

한편, 주목할 만한 것은 그 동안 부동산개발에 대한 규제가 전무하던 캄보디아에서 중국계 부동산개발업체의 수분양자에 대한 분양대금 사기행각을 계기로 캄보디아 재정경제부가 작년 7월 30일자로 주택개발 규제에 관한 재정경제부령(공식명칭 : Prakas No.548 on Housing

Development; 이하 “재경부령안”)을 공포하여 이를 시행하고자 하고 있다는 것입니다. 이에 대해 현지 부동산개발업체 및 건설업체는 그 목적의 정당성을 인정하면서도 캄보디아 정부의 규제능력 부재, 캄보디아 공무원에 대한 불신으로 상당히 우려를 표시하고 있습니다.

재경부령안의 골자는 ① 부동산개발 면허취득 및 갱신제도, ② 분양광고시 사전인가제도, ③ 표준분양계약서 사용강제제도, ④ 예치금제도(개발자금의 2%), ⑤ 부동산개발계좌 개설 및 자금인출 사전승인제도, ⑥ 외부감사 및 사업보고제도(3개월 단위), ⑦ 원칙적인 후분양 제도인데, 이 중 부동산개발업체들이 가장 우려하는 규제내용은 캄보디아 정부가 개발자금을 직접 통제하게 되는 예치금제도 및 부동산개발계좌 개설 및 자금인출 사전승인제도입니다.

다행히 재경부령안의 폐해를 우려한 한국계 부동산개발업체들이 한국 대사관의 도움으로 발빠르게 대응하여 위 재경부령안의 시행은 당분간 보류된 상황이며, 재경부는 예치금을 현금대신 은행보증으로 대체 가능하게 하고, 자금인출을 정부가 직접 통제하는 것을 포기하고 Independent Engineering Company를 통한 간접통제방식으로 규제를 완화하기로 하는 수정안을 내놓기는 하였습니다. 다만, 재경부는 여전히 Private Sector에서 2009년 6월말까지 재경부령안에 대한 최종적인 의견을 제출하도록 하는 등 그 시행 의지를 강력하게 표출하고 있는 상황입니다.

재경부령안에 대해 캄보디아 현지에서는 그 의도의 순수성을 의심하는 의견도 많습니다. 하지만 그것의 현실적인 필요성 여부와 관계없이 대부분의 법규정이 외국정부 및 외국기관의 원조에 의하여 제정되는 것과 달리 재경부령안은 캄보디아 정부가 사회에서 발생하는 폐해를 인지하고 스스로의 힘으로 법의 수범자들과 토론을 거쳐 현실에 맞게 제

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

정하고자 하는 몇 안 되는 법규정이라는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다고 생각합니다.

재경부령안의 향후 방향과 규제 정도는 자국 국민을 보호하고자 하는 캄보디아 정부의 의지뿐 아니라 외국인 투자자에 대한 정부의 태도를 엿볼 수 있는 잣대가 될 수 있어 그 귀추가 주목됩니다. 그리고 캄보디아 정부가 재경부령안을 개정하는 과정에서 우리나라의 부동산개발 현황을 시찰하고 우리기업의 의견에 성실하게 귀 기울이고 있다는 점에서 캄보디아가 우리에게 여전히 가능성과 기회의 땅으로 인식될 수 있다는 생각을 해 봅니다. is horizon

(특별기획 : 2009년 건설부동산 뉴스레터 기고모음 4. 해외부동산)

## 중국 사회기반시설 프로젝트에 대한 BOT 투자방식



김영동 중국변호사 김창화 중국변호사 김옥림 중국변호사

개혁개방 이후 중국경제의 신속한 발전과 더불어 사회기반시설에 대한 요구도 갈수록 높아지고 있습니다. 본 소고에서는 사회기반시설 프로젝트에 대한 투자방식 중 가장 전형적인 BOT방식을 중심으로 외국투자가가 중국 사회기반시설에 투자한 현황 및 BOT프로젝트 투자절차를 소개합니다.

### 1. 중국 사회기반시설의 발전현황

사회기반시설(Infrastructure)은 SOC(Social Overhead Capital)로 사회간접자본을 뜻하기도 합니다. 사회기반시설은 국민경제의 전반 이익 및 장래 이익과 관련되는 물질적 기초시설, 즉 직접생산에 종사하는 업체와 국민생활에 기초적 조건과 공공서비스를 제공하는 시설 및 기구를 말하며, 주로 교통, 체신, 수도, 전력, 상업서비스, 과학연구와 기술서비스, 조경사업, 환경보호, 문화교육, 위생사업 등 시정시설과 공공서비스 시설을 포함합니다.

중국정부는 사회기반시설건설에 필요한 자금을 조달하기 위하여 1978년 개혁개방 이후 민간자본이 사회기반시설 건설에 참여하는 방식을 검토하기 시작하였습니다. 중국에서 최초로 민간자본이 참여한 프로젝트는 1984년에 투자 건설한 광주불산디젤발전소 대야만핵발전소 등이 있으며, 2007년 말 현재, 민간자본이 참여한 사회기반시설 프로젝트는 782건에 달하며, 약996억 달러의 민간자본이 투입되었습니다.

## 2. 중국 BOT의 정의

협의를BOT(Build - Operate - Transfer)는 직역하면 '건설-경영-양도'입니다. 즉, 사회기반시설에 대한 투자, 건설과 경영의 한가지 방식으로서 정부는 민간조직과의 협이에 근거하여 민간조직에게 공공시설을 경영하는 특별허가권을 부여하고, 민간조직은 일정한 기간 내에 자금을 조달하여 사회기반시설을 건설하고 동 시설의 경영 및 관련 제품과 서비스를 제공하는 것입니다. 정부는 민간조직이 제공하는 공공제품 및 서비스의 양, 가격에 대하여 제한하는 동시에 민간조직이 일정한 이윤을 취득할 수 있도록 보증합니다. 사회기반시설 프로젝트 시행의 전 과정에서 발생하는 리스크는 민간투자자와 정부가 분담하는 것을 원칙으로 하며, 특별허가기간이 만료된 후 정부는 본 사회기반시설을 회수하고 정부가 지정한 부서에서 경영 및 관리합니다.

광의의 BOT는 상술한 방식 이외에 그의 파생유형인 BT(Build-Transfer), BOOT(Build - Own - Operate - Transfer), BOO(Build - Own - Operate), BLT(Build - Lease - Operate) 및 TOT(Transfer - Operate - Transfer) 등도 포함합니다.

BOT방식은 정부와 민간투자자 사이의 이익을 함께 고려한 방식으로서 2008년 북경 올림픽 경기장 및 관련 사회기반시설의 건설 프로젝트에서도 광범위하게 이용되었습니다. 그 중 북경 올림픽 메인 경기장 프

로젝트, 북경이썬천연가스 프로젝트, 북경 지하철 4호선 및 복원오수처리장 프로젝트는 모두 BOT방식으로 건설되었습니다. 2005년 2월 19일 국무원에서 반포한 「국무원 개인사영등 비공유제경제의 발전을 장려지지 및 인도하는데 관한 약간 의견」에 따르면 정부는 민간자본이 전력, 전신, 철도, 민간항공, 석유 등 독점분야에 참여하는 것을 허용하고, 특별허가권경영제도를 신속히 정비하여 민간자본의 공공사업 및 사회기반시설에 대한 투자, 건설 및 운영을 지원하고 있습니다.

### 3. 중국 BOT프로젝트의 투자절차

1995년 8월 21일 중국 국무원 3개 관련 주무부서에서 연합 발표한「외상투자 특별허가 프로젝트 관리문제에 관한 통지」(이하 '관리통지')의 관련규정 및 실무경험에 따르면 BOT프로젝트의 진행절차는 입안, 입찰, 협상, 특수목적회사의 설립, 특별허가협의를 체결, 프로젝트 시행 등 단계로 나눌 수 있습니다.

#### 가. 입안

관리통지 제5조에 따르면, BOT프로젝트는 아래로부터 위로 올라가면서 각급 정부의 심의를 거쳐 선정되고 최종 선정된 프로젝트는 프로젝트 소재지 성급발전개혁위원회(이하 '발개위')와 동일 산업주무부서에서 공동으로 인가하거나 국가발전계획위원회에 인가를 신청하게 됩니다.

정부의 입안절차는 다음과 같습니다.

- (1) 프로젝트 건의서 제출
- (2) 타당성연구보고서
- (3) 타당성연구보고서에 대한 건설인가 취득

나. 입찰

- (1) 입찰 모집
- (2) 자격예비심사
- (3) 입찰문서의 평가

다. 협상

입찰 심사결과가 확정된 후 낙찰된 후보자는 BOT 프로젝트와 관련된 패키지 계약에 대해 정부와 협상을 진행하여야 합니다. 정부는 제1순위의 낙찰 후보자와 합의에 실패하면, 제2순위와 협상하는 순서로 순차적으로 낙찰 후보자와 협상하여 최종 합의를 달성한 후보자와 특별허가권 가협약을 체결합니다.

라. 특수목적회사(SPC)의 설립

협상이 완료되어 특별허가권 가협약을 체결한 후, 낙찰자는 특수목적 회사를 설립하여야 합니다. 관리통지 제1조에 따르면 외국투자자는 합작회사, 합자회사, 독자회사 형식의 특수목적회사를 설립할 수 있습니다.

마. 특별허가권 협의서 정식체결

관리통지 제8조에 따르면 지방정부 또는 관련산업주무부서는 가체결한 특별허가권 협약을 관할주무부서의 비준을 받은 후 특수목적회사와 정식으로 특별허가권협의서를 체결합니다. 특별허가권 협의서에는 경영기간, 정부가 제공한 각종 지원조건 또는 승낙, 특수목적회사의 의무, 프로젝트 파이낸싱 및 재무관리, 프로젝트의 건설, 경영 및 양도에 관


한 방안, 불가항력, 협의서의 변경, 해지 및 해제, 분쟁 해결 등에 대한 내용을 명확히 약정하여야 합니다.

바. 프로젝트의 시행(설계, 건설, 경영, 양도)

특수목적회사는 정부와 특별허가권 협의서를 체결한 후 프로젝트를 시행할 수 있습니다. 특수목적회사는 특별허가협의서와 관련 법률규정에 따라 자격이 있는 설계회사, 건설회사, 감리회사, 중요한 재료와 설비의 납품회사를 확정하여 프로젝트의 공정설계와 건설을 할 수 있습니다.

특수목적회사는 공사가 준공된 후 상업적 운영을 할 수 있으며 특별허가권협의서에 규정한 허가기간이 만료된 후 프로젝트 시설을 정부 또는 정부가 지정한 기구에 양도하여야 합니다.

#### 4. 마치며

본 문장은 외국투자자가 BOT방식으로 중국 사회기반시설에 투자시 투자관련 규정 및 그에 따른 절차를 소개하였습니다. 비록 BOT투자방식으로 중국에 투자하는데 여러 가지 문제점이 있지만 중국정부의 외국자본을 포함한 민간자본을 사회기반시설사업에 참여하게 하는 의지는 아주 확고합니다. 따라서 민간자본이 사회기반시설분야에 투자 시 적용되는 법률 및 정책환경의 개선에 많은 노력을 기울이고 있습니다. 최근 중국정부는 경기 부양책으로 자금을 대거 사회기반시설에 투입할 예정입니다. 이러한 추세에 맞춰 외국투자자가 BOT방식으로 중국의 사회기반시설에 투자함에 있어서는 좋은 기회라고 할 것입니다. 



(2009 년 변경된 건설부동산 법령 1)

**주택법(일부 개정 2009. 2. 3. 법률 제 9405 호 시행일 2009. 5. 4.)**


국토해양부는 주택법 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 그 내용은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

도시형 생활주택 도입, 주택조합에 대한 매도청구권 인정, 민간택지의 실매입가를 택지비로 인정시 가산비 인정, 주택과 주택 외의 시설을 동일 건축물로 건설할 경우("주상복합 건축물")의 임대주택 건설비용, 공동주택 관리비 공개 등을 주요내용으로 하는 『주택법』 개정안이 공포(법률 제 9405 호, 2009. 2. 3.)됨에 따라 개정 법률에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하고, 도시형 생활주택의 공급활성화를 위하여 주택건설기준 중 부대·복리시설의 설치요건을 완화하는 등 그간 제도 운용상 나타난 미비점을 개선하고, 공동주택 바닥충격음 규정의 적용기한을 연장하여 입주자의 주거안정을 도모하고자 하였습니다.

**(2) 주요내용**

제 16 조 제 2 항 개정

종전 매도청구권이 인정되지 않던 주택조합에 대하여도 사업부지의 100 분의 95 이상의 소유권을 확보하였을 경우 나머지 100 분의 5 토지소유자에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있도록 하였습니다. 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 2)

**도시및주거환경정비법(일부 개정 2009. 2. 6. 법률 제 9444 호 시행일 2009. 2. 6.) 개정**

국토해양부는 도시및주거환경정비법 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정내용은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

재개발·재건축사업에 대한 복잡한 사업절차와 불합리한 중복규제를 합리적으로 개선함으로써 도심에서의 안정적인 주택공급 확대의 기반이 마련될 수 있도록 하며, 정비구역 지정·고시 이전이라도 일정한 시점을 정하여 행위를 제한하고 신축 주택의 분양권을 제한함으로써 부동산 투기세력의 유입을 근본적으로 차단하면서 부동산 가격을 안정시켜 정비사업의 시행을 원활하게 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

**(2) 주요내용**

**가. 제 3 조 및 제 4 조**

정비계획수립시 인구 50 만 이상의 대도시 시장은 시, 도지사의 승인 없이 직접 기본계획을 수립할 수 있도록 하고, 정비계획 수립시 건축위원회 심의를 생략하였습니다.

**나. 제 5 조 제 7 항 신설**

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

기본계획공람중인 정비예정구역 또는 정비계획수립중인 지역은 3 년 이내의 기간을 정하여 건축이나 토지분할행위를 제한할 수 있도록 하였습니다.

### 제 8 조 제 4 항

장기간 사업추진이 지연되고 있는 지역에 공공기관의 사업시행자 참여 권을 규정하였습니다.

### 제 11 조 제 2 항

주택재건축사업의 시공사 선정시기를 조합설립인가 이후로 앞당기는 것으로 개정하였습니다.

### 제 12 조

재건축사업지의 정비계획수립시 미리 안전진단을 우선 실시하도록 하여 사업장기화를 방지하도록 하였습니다.

### 제 13 조 제 3 항

조합설립추진위원회의 구성에 동의한 토지 등 소유자의 경우에는 조합의 설립에 동의한 것으로 의제가 가능하도록 규정하였습니다.

### 제 16 조

재개발사업 및 도시환경정비사업의 경우 토지면적의 2 분의 1 이상의 동의 요건을 신설하여 많은 토지를 소유한 자의 권리침해를 방지하고, 재건축사업에서 공동주택 각 동별 의결권 3 분의 2 이상의 동의규정을 토지면적의 2 분의 1 이상의 동의로 완화하여 의결권이 큰 소수자로 인한 지연을 방지하였습니다.

제 20 조

조합이 정관을 변경하고자 하는 경우 총회를 개최하여 조합원 과반수 (중요한 사항은 3 분의 2) 동의를 얻어 시장군수의 인가를 받도록 하였습니다. 종래 서면동의서 규정은 삭제하였습니다.

제 48 조의 2 신설

사업시행자는 관리처분계획의 인가를 받은 후 기존 건축물을 철거하도록 명시하였습니다.

제 51 조 제 1 항

시공보증제도의 보증범위 상한을 총 공사금액의 100 분의 50 이하로 명시하고 하한을 대통령령으로 정하도록 하여 보증금액의 과다로 인한 시공자의 부담을 경감시키고 보증의 효과성을 살리도록 했습니다.

제 84 조의 2, 3

중요한 벌칙규정을 정비하였으며, 자세한 구성요건은 아래와 같습니다.

1. 5 년 이하 징역 또는 5 천만원 이하의 벌금-토지 등 소유자의 서면 동의를 위조한 자
2. 3 년 이하 징역 또는 3 천만원 이하의 벌금
  - 추진위원회의 승인을 받지 않고 정비사업전문관리업자를 선정한 자
  - 경쟁입찰의 방법에 의하지 않고 정비사업전문관리업자를 선정한 추진위원장
  - 토지등소유자의 서면동의서를 매도하거나 매수한 자 is Patron

(2009년 변경된 건설부동산 법령 3)

「도시재정비 촉진을 위한 특별법 시행령」(일부개정 2009. 3. 31. 법률 제 9321 호 시행일 2009. 4. 1.) 개정

국토해양부는 도시재정비촉진을위한특별법 시행령 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

### (1) 개정이유

주거여건이 열악한 지역인 경우에는 재정비촉진지구 지정을 위한 최소 면적기준을 완화하고, 도시영세민 집단이주지역의 기반시설 설치에 대한 국가의 지원을 의무화하는 내용으로 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」이 개정됨에 따라 같은 법에서 위임된 사항 및 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

### (2) 주요내용


가. 재정비촉진지구 지정요건인 최소 면적기준 완화(안 제 6 조제 2 항 제 3 호 및 제 4 호 신설)

기반시설이 열악한 낙후지역으로서 정비구역이 4 이상 연접한 지역인 경우와 산지·구릉지 등과 같이 주거여건이 열악하면서 경관을 보호할 필요가 있는 지역과 역세권 등과 같이 개발여건이 상대적으로 양호한 지역을 결합하여 재정비촉진사업을 시행하려는 지역인 경우에는 재정

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

비촉진지구의 면적기준을 주거지형은 15 만제곱미터 이상, 중심지형은 10 만제곱미터 이상으로 완화하였습니다.

### 나. 기반시설 설치비용의 국가지원(안 제 29 조제 2 항부터 제 6 항까지 신설)

국가는 도시영세민 집단이주지역, 노후 건축물이 100 분의 50 이상인 지역 등 낙후지역 또는 재정비촉진지구를 관할하는 시·군·구의 재정 수입 중 일반재원이 차지하는 비율인 재정자주도가 전국 평균 이하인 지역에서 설치하는 도로, 공원, 주차장 등 기반시설의 설치비용을 해당 시·군·구별 1,000 억원의 한도에서 지원하도록 하였습니다. 

(2009 년 변경된 건설부동산 법령 4)

**「도시재정비 촉진을 위한 특별법」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제9539 호 시행일 2009. 3. 25.) 개정**

국토해양부는 도시재정비촉진을위한특별법 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

2009년도 제281회 임시국회에서 의결되어 정부로 이송되어 온 도시재정비 촉진을 위한 특별법 일부개정법률을 헌법 제53조에 따라 공포하려는 것입니다.

**(2) 주요내용**

제32조 제3항 삭제

토지거래계약에 관한 허가가 필요한 구역의 면적기준을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 같게 하여 재정비촉진지구에 거주하는 주민 및 토지소유자 등의 재산권을 보장함으로써 재정비촉진사업의 추진을 원활하게 하려는 것입니다. is horizon

(2009년 변경된 건설부동산 법령 5)

**「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」(전부개정 2009. 3. 20. 법률 제9511호 시행일 2009. 4. 21.) 개정**

국토해양부는 국민임대주택건설등에관한특별조치법을 전부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

그동안 가구 소득수준에 비해 주택가격이 크게 상승하여 정부의 지원이 없을 경우 내집 마련이 어려운 무주택 저소득 가구가 약 292만가구에 달하고, 주택 청약자의 선호도가 높은 도심 인근지역의 경우에는 주택공급이 부족하여 여전히 주거불안 문제가 지속되고 있으며, 임대주택도 물량 위주로 대량 공급됨에 따라 계층 간 주거분리 현상 및 임대주택단지의 슬럼화 등의 문제가 대두되고 있는 상황입니다.

그에 따라, 무주택 서민과 저소득층의 주거문제 해결을 위하여 공공분양주택 및 다양한 유형의 임대주택을 수요자 맞춤형 보금자리주택으로 통합하여 도심이나 환경적으로 보전가치가 낮은 훼손된 개발제한구역 등 도시인근의 주거선호가 높은 지역을 중심으로 공공이 직접 신속하게 건설하고, 서민들이 부담 가능한 저렴한 가격으로 거주가 가능한 주택이 공급되도록 개선하려는 것입니다.

**(2) 주요내용**

**가. 법률 제명 변경(안 제명)**



법률 제명을 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」에서 「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」으로 변경하였습니다.

#### 나. 보금자리주택의 건설계획 및 재원(안 제3조)

국가 또는 지방자치단체의 장은 매년 보금자리주택 건설 또는 매입에 소요되는 자금을 세출예산에 반영하도록 노력하여야 하며, 국토해양부장관은 보금자리주택 건설 또는 매입에 국민주택기금을 우선 배정하도록 하였습니다.

국가 또는 지방자치단체의 장은 보금자리주택의 건설·취득 또는 관리와 관련한 국세 또는 지방세를 감면할 수 있도록 하였습니다.

#### 다. 주택지구 지정 등(안 제6조)

국토해양부장관은 지구조성사업을 추진하기 위하여 필요한 지역을 주택지구로 지정할 수 있으며 시행자는 주택지구의 지정·변경 또는 해제를 제안할 수 있도록 하였습니다.

주택지구 지정 이전에 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하며, 60일 이내에 심의를 완료하지 아니하면 심의를 한 것으로 보도록 하였습니다.

#### 라. 주택지구의 지정을 위한 사전협의(안 제8조)

주택지구를 지정하기 위해서는 주민 등의 의견청취 전에 관계 행정기관과 사전협의를 하여야 하고, 사전협의를 하는 경우에는 사전환경성검토 및 사전재해영향성검토에 관한 협의를 별도로 하도록 하였습니다.

주택지구가 대통령령으로 정하는 면적 이상인 경우로서 국무회의의 심의가 반드시 필요하다고 인정되는 경우에는 국무회의를 거쳐 주택지구의 지정여부를 결정할 수 있도록 하였습니다.

**마. 보안관리 및 부동산투기 방지대책(안 제9조)**

주택지구 지정을 위한 조사, 관계서류 작성, 사전협의, 심의 등에서 관련 정보가 누설되지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 하였습니다.

주택지구로 지정하고자 하는 지역 및 주변지역에 대하여 부동산 투기가 성행하거나 성행할 우려가 있는 경우에는 투기방지대책을 수립하도록 하였습니다.

**바. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 적용 특례(안 제13조)**

주택지구가 지정·고시된 때에는 도시기본계획이 수립 또는 변경되어 국토해양부장관 및 시·도지사의 승인을 받은 것으로 보도록 하였습니다.

**사. 오염총량관리 기본계획 및 시행계획에 반영(안 제14조)**

주택지구가 지정된 때에는 각 수계의 오염총량관리기본계획 및 오염총량관리시행계획에 반영하도록 하였습니다.

**아. 주택지구의 조성(안 제17조, 제22조부터 제25조까지, 제27조)**

국토해양부장관은 보금자리주택통합심의위원회의 심의를 거쳐 지구계획 개요, 토지이용계획, 인구·주택 수용계획, 기반시설 설치 계획, 환경계획 등을 포함한 지구계획을 승인하도록 하였습니다.

보전가치가 낮은 개발제한구역을 주택지구로 지정할 수 있도록 하고, 지구계획을 승인·고시한 때에는 개발제한구역의 해제를 위한 도시관리계획의 결정이 있는 것으로 보도록 하였습니다.

환경영향평가 협의에 대해 45일 이내에 의견을 통보하도록 하고 관련 서류의 보완을 1회에 한하여 요청할 수 있도록 하며, 주택지구 등에 대한 환경영향을 연 2회 이하 조사할 수 있도록 하였습니다.

대규모 개발사업에 해당되는 경우에는 국토해양부장관이 직접 광역교통개선대책을 수립하고 시행자로부터 의견을 제출받을 수 있으며, 국토해양부장관이 광역교통개선대책을 수립할 때에는 지구계획승인 이전까지 이를 확정하여 시·도지사에게 통보하도록 하였습니다.

국가·지방자치단체는 주택지구의 원활한 조성을 위해 도로·철도·공원 등을 우선적으로 설치하거나 설치비용을 보조할 수 있도록 하였습니다.

토지등을 수용·사용하는 경우 보상액 산정기준을 주민공람 이전에 고시된 것 중 가장 가까운 시점의 공시지가를 기준으로 하도록 하였습니다.

#### **자. 보금자리주택통합심의위원회(안 제33조 및 제34조)**


도시계획, 건축, 환경, 교통, 재해 등 지구계획 승인과 관련된 검토 및 심의사항을 통합심의하기 위하여 국토해양부에 보금자리주택통합심의위원회를 두도록 하였습니다. 통합심의위원회의 위원장은 민간 전문가 중에서 호선하고, 전문가, 시·도 도시계획위원, 교통영향분석·개선대책심의위원회의 위원, 에너지사용계획에 대하여 심의 권한을 가진 위원회의 위원, 대도시권광역교통위원회의 위원, 산지관리위원회의 위원 등으로 구성하도록 하였습니다.

통합심의위원회의 심의를 거친 경우에는 대도시권광역교통위원회, 교통영향분석·개선대책심의위원회, 에너지사용계획에 대하여 심의 권한을 가진 위원회, 산지관리위원회, 시·도학교보건위원회의 심의나 검토를 거친 것으로 보도록 하였습니다.

#### **차. 보금자리주택의 매입(안 제43조 및 제44조)**

시행자는 다가구 주택 등 기존주택을 매입하여 보금자리주택으로 공급할 수 있도록 하였습니다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

재개발 사업이나 도시재정비 사업을 통해 건설되는 임대주택을 시행자가 인수하여 보금자리주택으로 공급할 수 있도록 하였습니다. 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 6)

**「임대주택법」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제 9541 호 시행일 2009. 6. 26.) 개정**

국토해양부는 임대주택법 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

20 년의 범위에서 전세계약의 방식으로 공급하는 장기전세주택제도를 신설하여 원활한 주택 공급을 위한 법적 근거를 마련하고, 임대주택에 대한 분양전환승인 후 일정기간의 분양전환신청기간에는 임차인이 정당하게 임차한 것으로 의제하여 임차인 보호를 강화하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

**(2) 주요내용**

**가. 장기전세주택(안 제 2 조제 3 호의 2 및 제 16 조제 1 항제 2 호의 2 신설)**

국가, 지방자치단체, 대한주택공사 또는 지방공사가 임대할 목적으로 건설 또는 매입하는 주택으로서 20 년의 범위에서 전세계약의 방식으로 공급하는 장기전세주택제도를 신설하고, 장기전세주택의 매각제한 기간은 임대개시일로부터 20 년으로 하였습니다.

**나. 우선 분양전환의 자격(안 제 21 조제 1 항제 2 호부터 제 4 호까지)**

건설임대주택의 우선 분양전환 대상이 되는 임차인의 자격요건에 해당 임대주택 거주 요건을 명시하였습니다.

**다. 분양전환 임대주택의 임차인 보호(안 제 32 조제 5 항 신설)**

임대주택 분양전환 승인 후 90 일 이상 분양전환 신청기간을 부여하고 해당 기간에는 임대차 계약기간이 종료되었더라도 정당한 임차로 보도 록 하였습니다. is horizon

(2009년 변경된 건설부동산 법령 7)

「주택법 시행령」(일부개정 2009. 3. 18. 법률 제 9541 호 시행일 2009. 3. 18.) 개정

국토해양부는 주택법시행령 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

### (1) 개정이유

공동주택 하자담보책임에 관한 분쟁을 신속하게 해결하기 위하여 국토해양부에 하자심사·분쟁조정위원회를 설치하는 내용으로 「주택법」이 개정됨에 따라 같은 법에서 위임된 사항 및 그 시행에 필요한 사항을 정하고, 주택거래 및 주택시장 활성화를 위하여 수도권 분양가상한제 적용주택의 전매제한을 완화하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

### (2) 주요내용

#### 가. 리모델링 가능 연한 산정기준 합리화(안 제 4 조의 2)

사용검사를 받기 전에 주택단지 안의 공동주택 전부에 대하여 임시사용승인을 받은 경우에는 그 임시사용승인일부터 리모델링 가능 연한을 산정하도록 하였습니다.

#### 나. 수도권 분양가상한제 적용주택의 전매제한 완화(안 제 45 조의 2 제 2 항제 1 호)

수도권 분양가상한제 적용주택의 전매제한기간을 과밀억제권역의 공공택지에서 공급되는 주택은 주거전용면적이 85 제곱미터 이하인 경우에는 5 년, 85 제곱미터를 초과하는 경우에는 3 년으로 단축하고, 과밀억제권역이 아닌 공공택지에서 공급되는 주택은 주거전용면적이 85 제곱미터 이하인 경우에는 3 년, 85 제곱미터를 초과하는 경우에는 투기과열지구 및 투기과열지구 외의 지역은 1 년으로 단축하며, 과밀억제권역의 민간택지에서 공급되는 주택은 주거전용면적이 85 제곱미터 이하인 경우에는 3 년, 85 제곱미터를 초과하는 경우에는 투기과열지구 및 투기과열지구 외의 지역은 1 년으로 단축하였습니다.

**다. 하자심사·분쟁조정위원회의 운영 등(안 제 62 조의 2 부터 제 62 조의 5 까지 신설)**

하자심사·분쟁조정위원회는 하자보수 등과 관련한 심사·조정을 효율적으로 하기 위하여 그 심사·조정절차를 분리하거나 병합할 수 있도록 하고, 분쟁의 성질상 심사·조정을 하는 것이 맞지 아니하다고 인정하거나 심사·조정이 진행되는 도중 한쪽 당사자가 소를 제기하면 그 심사·조정을 거부하거나 중지하도록 하였습니다.

**라. 발코니 확장 등 동의요건 합리화(안 별표 3 제 3 호란 및 제 5 호란)**

발코니의 확장 등을 위하여 공동주택의 일부를 파손 또는 철거하거나 비내력벽을 철거하려면 해당 동에 거주하는 입주자 또는 사용자 2 분의 1 이상의 동의를 받도록 하였습니다. is horizon



(2009년 변경된 건설부동산 법령 8)

## 「주택법」(일부개정 2009. 4. 1. 법률 제 9602 호 시행일 2009. 4. 1.) 개정

국토해양부는 주택법 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.


### (1) 개정이유

도시화 정도, 인구규모 등을 고려하여 인구 50 만 이상 시에 대해 일반 시와 차별화된 권한을 부여하는 대도시 특례를 인정하고 있으나, 대도시 특례 기준을 자치구가 아닌 구를 둔 시로 규정함에 따라 대동 제(大洞制) 운영을 통해 인력·예산의 절감을 추진하는 일부 인구 50 만 이상 시의 경우 특례가 인정되지 않는 역차별이 발생하고 있습니다.

따라서 대도시 특례기준을 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50 만 이상의 대도시로 정비하여 대도시 특례 인정의 본래 취지를 살리려는 것입니다.

### (2) 주요내용

#### 제 16 조 제 1 항 제 1 호

「지방자치법」 제 3 조제 3 항에 따라 자치구가 아닌 구를 둔 시"를 "「지방자치법」 제 175 조에 따라 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50 만 이상의 대도시"로 하는 것으로 개정하였습니다. 

(2009 년 변경된 건설부동산 법령 9)

**「주택 공급에 관한 규칙」(일부개정 2009. 4. 1. 법률 제 111 호 시행일 2009. 4. 1.) 개정**

국토해양부는 주택공급에관한규칙 일부개정안에 대해 공고하였습니다. 개정안은 다음과 같습니다.

**(1) 개정이유**

주택청약기회를 확대하고 입주자저축을 활성화하기 위하여 국민주택 등에 청약이 가능한 청약저축에 민영주택 청약이 가능한 청약예금과 청약부금의 기능을 추가한 주택청약종합저축을 신설하고, 주택시장의 거래를 활성화하기 위하여 분양가상한제 적용주택의 재당첨 제한기간을 단축하며, 국가유공자 등의 주거안정을 도모하기 위하여 국민주택 및 국민임대주택에 대한 특별공급을 확대하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

**(2) 주요내용**

**가. 주택청약종합저축 신설(제 5 조제 4 호 및 제 5 조의 4 신설)**

국민주택 등과 민영주택 모두 청약이 가능하고, 무주택 여부와 연령에 관계없이 가입이 가능한 주택청약종합저축을 신설하였습니다.


**나. 주택공급 면적의 표기 방법 개선(제 8 조제 7 항)**

공동주택의 공급면적을 세대별로 표시하는 경우에는 주거의 용도로만 쓰이는 주거전용면적으로 표시하도록 하되, 계단, 복도, 현관 등 공동주택의 지상층에 있는 주거공용면적과 지하층, 관리사무소, 노인정 등 그 밖의 공용면적을 별도로 표시할 수 있도록 하였습니다.

**다. 국가유공자 등에 대한 주택 특별공급 확대(제 19 조제 11 항, 제 31 조제 5 항 및 제 32 조제 6 항 신설)**

사업주체가 국민주택등을 건설하여 분양하는 경우에는 국가유공자 등 및 그 유족에게 그 건설량의 5%를 특별공급할 수 있도록 하고, 공공건설임대주택, 영구임대주택 또는 국민임대주택을 건설하여 공급하는 경우에는 그 건설량의 10%를 우선공급할 수 있도록 하였습니다.

**라. 재당첨 제한기간 완화 및 적용 배제(안 제 23 조제 1 항 및 부칙 제 6 조)**

분양가상한제 적용주택에 당첨된 자에 대한 다른 분양주택의 재당첨 제한기간을 과밀억제권역에서 전용면적 85 m<sup>2</sup> 이하인 주택에 당첨된 경우는 5 년, 전용면적 85 m<sup>2</sup>를 초과하는 주택에 당첨된 경우는 3 년으로 완화하고, 과밀억제권역이 아닌 지역에서 전용면적 85 m<sup>2</sup> 이하인 주택에 당첨된 경우는 3 년, 전용면적 85 m<sup>2</sup>를 초과하는 주택에 당첨된 경우는 1 년으로 완화하며, 분양가상한제 적용주택에 당첨된 자가 민영주택에 청약하는 경우에는 2011 년 3 월 31 일까지 재당첨 제한을 적용하지 아니하도록 하였습니다. 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 10)

「도시및주거환경정비법」(일부개정 2009. 4. 22. 법률 제9632호 시행일 2009년 4월 22일 외)

**1-(1) 개정이유 및 주요 내용(시행일 2009년 4월 22일)**

재건축 사업은 도심지 내 주택공급이라는 순기능에도 불구하고 과거 주택가격 급등기에 마련된 과도한 규제로 더 이상 추진되지 못하고 있는 바, 재건축사업에 대한 임대주택 건설의무를 폐지하고 용적률을 완화함으로써 장기적인 주택 수급 안정을 통해 도심지 내 재건축 소형주택의 공급기반을 구축하고 경기를 활성화하기 위해 주택재건축사업의 주택규모 및 건설비율을 합리적으로 개선·보완하려는 것임(법 제30조의 3 신설).

**2-(1) 개정이유(시행일 2009년 11월 28일)**

세입자보호를 위한 법적 근거를 마련함으로써 재개발·재건축 추진 시 사회적 약자에 대한 적절한 보호가 수반되도록 하고 세입자문제가 사회적인 문제로 확대되는 것을 예방하며, 공공부문에게 주택재개발사업을 통하여 건설되는 임대주택을 인수할 의무를 부여하고, 인수된 임대주택을 토지임대부 분양주택으로 활용할 수 있는 근거를 마련하려는 것임.

**2-(2) 주요내용**

가. 정비계획을 수립할 때 그 내용을 정비구역 안의 주민에게 서면으로 통보하도록 함(법 제4조 제1항).

나. 총회 의결 시 조합원의 의사를 명확하게 반영하고자 일정 비율의 조합원이 총회에 출석한 경우에 한하여 의결을 할 수 있도록 하고, 조합원의 재산에 중대한 영향을 미치는 관리처분계획을 수립하거나 변경하는 경우에 총회의 의결 정족수를 엄격히 함(법 제24조).


다. 세입자의 이주대책을 사업시행계획에 반영하도록 함(법 제30조 제4호).

라. 일정한 기준 이상의 세입자 보호대책을 마련한 정비사업의 경우에는 시·도 조례로 용적률을 완화하여 정할 수 있도록 함(법 제40조의2 신설).

마. 감정평가업자를 시장·군수가 선정·계약하도록 하고, 시장·군수가 선정·계약한 감정평가업자의 평가대상에 세입자보상을 명시하도록 함(법 제48조 제5항).

바. 조합이 요청하는 경우에는 국토해양부장관 등이 주택재개발사업으로 건설된 임대주택을 의무적으로 인수하도록 하고, 인수 절차 및 방법, 인수 가격 등 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 함(법 제50조 제3항).

사. 국토해양부장관 등이 인수한 재개발 임대주택을 정비구역 안의 세입자와 영세주택 소유자를 위한 토지임대부 분양주택으로 활용할 수 있도록 함(법 제50조 제7항 신설).

아. 토지임대부 분양주택을 공급받는 세입자와 영세주택 소유자에게 국가 또는 지방자치단체로 하여금 공급비용의 전부 또는 일부를 보조 또는 용자할 수 있도록 함(법 제63조 제6항 신설). 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 11)

「주택법 시행령」 일부개정(일부개정 2009. 4. 21. 대통령령 제21444호 시행일 2009. 4. 21.)

(1) 주요내용

가. 도시형 생활주택의 유형(영 제3조 신설)

도시형 생활주택을 사업계획승인을 받아 도시지역에 건설하는 단지형 다세대주택, 원룸형 주택 및 기숙사형 주택으로 구분하고, 하나의 건축물에는 도시형 생활주택과 그 밖의 주택을 함께 건축할 수 없으며, 단지형 다세대주택과 그 밖의 도시형 생활주택을 함께 건축할 수 없도록 함.

나. 주택조합의 사업계획승인 신청요건 완화(영 제12조 제2호)

지역주택조합 또는 직장주택조합이 등록사업자 등과 공동으로 주택건설사업을 시행하는 경우에는 해당 주택건설대지의 100분의 95 이상의 소유권을 확보하면 사업계획승인을 신청할 수 있도록 사업계획 승인요건을 완화함.


다. 주택건설예정세대수 변경에 따른 조합원수 조정 허용(영 제37조 제3항, 영 제39조 제1항 제5호 신설)

주택조합의 주택건설예정세대수가 설립인가 이후 사업계획승인 등의 과정에서 변경된 경우에는 변경된 세대수에 맞춰 조합원수를 조정할 수 있도록 함.

**라. 민간택지 실제 매입가격의 택지비 인정범위 제한(영 제42조의2 제 2항)**

민간택지 실제 매입가격의 인정범위를 법률에서 택지비에 포함하도록 규정한 택지 관련 가산비용은 제외하고 해당 택지를 감정평가한 가액의 100분의 120의 상당하는 금액 이내로 조정함.

**마. 주택건설사업 등에 따른 임대주택 의무공급비율(영 제42조의16 신설)**

주택과 주택 외의 시설을 동일 건축물로 건축하면서 주택건설물량 중 일정비율을 임대주택으로 공급하는 경우에는 완화된 용적률의 100분의 30 이상 100분의 60 이하의 범위에서 시·도의 조례로 정하는 비율 이상에 해당하는 면적을 임대주택으로 공급하도록 함. 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 12)

「도시 및 주거환경 정비법」일부개정(일부개정 2009. 4. 22. 법률 제 9632호 시행일 2009. 4. 22.)

(1) 주요내용

가. 시장은 필요한 경우 예산의 범위 안에서 임대주택 매입 선급금 지급시기를 조정할 수 있도록 함(제20조제1항제5호 신설).

나. 단독주택재건축사업으로 건립되는 공동주택의 분양대상자와 지분 쪼개기 방지를 위한 사항을 신설함(제24조의2 신설).

다. 단독주택재건축 분양대상 기준에도 불구하고, 단독주택 또는 다가구주택이 건축물 준공이후 다세대주택으로 전환된 경우는 이 조례 시행 후 다세대주택으로 전환한 분부터 적용하고, 단독주택 또는 비주거용 건축물을 공동주택으로 신축한 경우 이 조례 시행 후 최초로 건축허가를 신청하는 분부터 적용함.

라. 종전 「서울특별시주택개량재개발사업시행조례」 제4조 제2항에 따라 건축된 협동주택으로서 1988년 5월 7일 전에 지분 또는 구분소유 등기를 필한 세대는 사실상 구분된 가구수에 한하여 각각 1인을 분양대상자로 하고, 이 개정규정은 이 조례 시행 당시 최초로 조합설립인가를 신청하는 분부터 적용함.

마. 1997년 1월 15일 전에 가구별로 지분 또는 구분소유등기를 필한 다가구 주택의 경우 다가구 주택으로 건축허가 받은 가구수에 한하여 가구별 각각 1인을 분양대상자로 함. is horizon



(2009년 변경된 건설부동산 법령 13)

「항공철도 사고조사에 관한 법률」(일부개정 2009. 3. 25. 법률 제9541호 시행일 2009. 6. 26.)

### (1) 개정이유 및 주요내용

항공·철도사고에 대한 신속한 조사와 예방체계를 강화하기 위하여 항공·철도사고 등이 발생한 것을 알게 된 항공·철도의 운영자 등은 그 사실을 항공·철도사고조사위원회에 통보하도록 하고, 양벌(兩罰)규정에서 법인 또는 영업주가 종업원 등에 대한 관리·감독상 주의의무를 다한 경우에는 처벌을 면하게 함으로써 양벌규정에 책임주의 원칙이 관철되도록 하는 한편, 「질서위반행위규제법」의 제정(법률 제8725호, 2007. 12. 21. 공포, 2008. 6. 22. 시행)으로 불필요해진 과태료의 부과·징수 절차 등에 관한 내용을 정비하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

#### □ 제36조의2 신설

(사고발생 통보 위반의 죄) 제17조 제1항 본문을 위반하여 항공·철도 사고등이 발생한 것을 알고도 정당한 사유 없이 통보를 하지 아니하거나 거짓으로 통보한 항공·철도종사자등은 500만원 이하의 벌금에 처한다. is kofran

(2009년 변경된 건설부동산 법령 14)

「외국인토지법 시행령」(일부개정 2009. 6. 9. 대통령령 제21531호 시행일 2009. 6. 27.)

### (1) 개정이유

외국인의 토지취득 절차를 간소화하기 위하여 부동산거래 신고 등을 한 경우에는 토지취득 신고의무를 면제하도록 「외국인토지법」이 개정(법률 제9186호, 2008. 12. 26. 공포, 2009. 6. 27. 시행)됨에 따라 행정기관의 외국인 토지취득에 관한 기록·관리방법을 보완하고 신고의무 위반에 대한 과태료 부과기준을 합리적으로 조정하는 한편, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며 길고 복잡한 문장은 간결하게 하는 등 국민이 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하려는 것임.

### (2) 주요내용

#### 가. 외국인의 토지취득에 관한 관리방법 변경(영 제4조 제2항)

「외국인토지법」의 개정으로 부동산거래 신고 등을 한 경우에는 토지취득 신고를 하지 않도록 함에 따라, 시장·군수 또는 구청장은 부동산거래 신고 등을 받은 때에는 그 내용을 토지취득 관리대장에 기록함으로써 종전과 동일하게 외국인등의 토지취득 현황을 파악·관리하도록 함.

#### 나. 계약 외의 토지취득 신고대상 추가(영 제6조)

외국인등이 법인을 합병함에 따라 토지를 취득하는 경우에는 계약 외의 토지취득 신고를 하도록 명시함으로써 운영상 혼란을 방지함.

**다. 과태료 부과기준 정비(영 제7조, 영 별표 2 신설)**

종전에 내부지침으로 규정하여 운영하던 과태료 부과기준을 이 영에서 규정하고, 계약에 따른 토지취득 신고의무 위반 시의 과태료 금액을 부동산거래 신고의무 위반 시와 연계하여 정하는 등 과태료 부과기준을 투명하고 합리적으로 정비함. is horizon

(2009년 변경된 건설부동산 법령 15)

「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률 시행규칙」(일부개정 2009. 6. 5. 국토해양부령 제134호 시행일 2009. 6. 5.)

**(1) 개정이유 및 주요내용**

외국인의 부동산개발업 등록 시 제출할 수 있는 서류의 범위에 외국의 공문서, 공증서류 등에 대해 우리나라 영사의 확인을 받은 경우 외에도 「외국공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약」에 따른 아포스티유(Apostille) 확인서를 발급받은 경우까지 포함시킴으로써 외국인의 부동산개발업 등록편의를 도모하는 한편, 경미한 위반행위에 대하여는 업무정지 처분 이전에 경고를 하여 자발적으로 시정할 수 있는 기회를 부여하는 등 행정처분기준을 합리화하려는 것임. is pantron

(2009년 변경된 건설부동산 법령 16)

「부동산투자회사법 시행령」(일부개정 2009. 4. 30. 대통령령 제21466호 시행일 2009. 4. 30.)

### (1) 개정이유

부동산투자회사의 주식을 인수할 경우, 부동산투자회사에 대하여 주식 공모의무를 지우지 아니하는 주주의 범위에 대한지방행정공제회, 군인공제회 등을 포함시킴으로써 부동산투자회사에 대한 투자 확대와 기금 등의 자금운영 다양성을 도모하고, 부동산투자회사가 취득한 부동산에 대한 처분제한 기간을 국내외로 구분하여 국외에 있는 부동산의 경우 그 기간을 부동산투자회사의 정관으로 정하도록 함으로써 해외 부동산에 대한 투자를 활성화하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

### (2) 주요내용

가. 대한지방행정공제회 등의 부동산투자회사 주식인수 시 부동산투자회사에 대하여 주식 공모의무 면제를 인정(영 제12조의2)

1. 국민연금관리공단 등의 주식인수 시에만 부동산투자회사에 대하여 주식 공모의무를 예외적으로 면제하여 줌에 따라 이와 성격이 유사한 다른 공적 연기금 등의 적극적인 투자를 유도하지 못하는 문제가 있음.
2. 국민연금관리공단 등과 공공적 성격 및 수익 배분의 효과가 유사한 대한지방행정공제회, 새마을금고연합회(공제사업만 해당한다) 등에 대하여도 부동산투자회사의 발행주식의 30퍼센트 이상을 인수하는 경우에 부동산투자회사는 주식의 공모를 하지 아니하여도 되도록 함.

3. 대한지방행정공제회 등 공적 연기금의 부동산투자회사에 대한 투자 확대와 자금운영 다양성을 확보할 수 있을 것으로 기대됨.

**나. 주주의 주식매수청구에 대한 주식매수가격 산정시점을 이사회 결의일 전일로 정함(영 제17조 제2항)**

1. 부동산투자회사의 존립기간을 연장하는 등의 이사회 결의에 대하여 반대하는 주주가 주식매수청구를 하는 경우, 이사회 결의일로부터 최소 54일이 경과한 매수일 전일이 주식매수가격 산정시점이 됨으로 인하여, 그 기간 동안 주식가격의 급변동 시 매수가격 산정에 어려움이 있음.


2. 주식매수가격 산정시점을 매수일 전일에서 주식매수청구의 원인이 되는 결의가 있는 이사회 결의일 전일로 변경함.

3. 존속기간 연장 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권 행사 시 주식매수가격 산정과 관련한 다툼을 최소화함.

**다. 부동산의 처분에 대한 제한기간을 국내외로 구분(영 제26조 제1항)**

1. 부동산투자회사의 부동산 처분에 대한 제한기간을 해당 부동산의 국내외 소재 여부에 관계없이 3년으로 일원화함에 따라 국외에 있는 부동산에 대하여도 해당 국가의 시장상황에 대처한 탄력적인 처분이 이루어지지 못하는 문제가 있음.

2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」상의 집합투자업과 유사하게, 국내에 있는 부동산의 처분 제한기간은 3년으로, 국외에 있는 부동산의 처분 제한기간은 부동산투자회사의 정관으로 정하도록 함.

3. 국외에 있는 부동산에 대한 처분 제한기간을 시장상황에 맞게 정하도록 함으로써 부동산투자회사의 국외 부동산에 대한 투자 확대 및 투자수익률 제고가 기대됨. 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 17)

「택지개발촉진법 일부개정법률(안) 입법예고」(일부개정 2009. 7. 21.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

정부, 지방자치단체, 공기업만 할 수 있는 공공택지 개발사업 시행에 대하여 민간기업에 개방.

공기업과의 공동파트너십을 원칙으로 하며, 민간·공공간 택지개발체제는 2012년부터 도입.

운영방식은 공공택지의 지구지정을 제안하는 대한주택공사, 한국토지공사가 개발계획수립 단계에서 민간사업자로부터 개발계획안과 예상조성원가 등 제안서를 접수받아 최적의 사업자를 공동시행사로 지정하는 형태로 진행.

평가공정성 확보를 위해 공기업은 도시계획 전문가 중심의 평가위원회를 구성해야 하고 공공과 민간 간의 사업방식(지분참여, 면적분할, 절충방식 등), 참여지분율, 역할배분 등은 상호 협상을 통해 결정.

### (2) 개정안의 내용

상세내용 : [택지개발촉진법 일부개정법률\(안\) 입법예고](#) 



(2009년 변경된 건설부동산 법령 18)

「도시 및 주거환경정비법 시행령 개정」일부개정(일부개정 2009. 8. 11.  
대통령령 제21679호 시행일 2009. 8. 11.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

도시·주거환경정비기본계획 및 구역지정절차의 공람대상자인 주민에  
세입자를 추가.

정비계획에 있어 기존 정비구역의 분할 외에 서로 떨어진 둘 이상의  
정비구역을 결합하여 정비사업을 시행하는 방식(결합방식)의 도입.

조합원 100명 이하의 정비사업의 경우 주민대표회의 추천 및 주민총회  
의결로 선정.

경쟁입찰의 방법 명시(일반경쟁·제한경쟁·지명경쟁입찰 명시, 일간신문  
사 입찰공고 및 현장설명회, 입찰제안서에 대한 토지등소유자의 투표  
절차 명시).

조합원 지위 양도가능시기요건 완화(조합설립 인가와 사업시행 인가  
후 후속절차가 3년 이상 지연돼야 전매가 허용됐지만 이를 2년으로 줄  
이고, 전매 허용 소유기간 요건도 5년에서 2년으로 단축함, 건축물의  
경매·공매로 인한 양도가능).

재건축소형주택의 공급절차 명시.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [도시 및 주거환경정비법 시행령 개정 일부개정](#) 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 19)

「서울시 도시 및 주거환경정비조례 일부개정조례(안) 재입법예고」(일부개정 2009. 5. 7.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용


도시환경정비사업을 시행함에 있어 일반주거지역 외에 준공업지역에도 200세대 이상의 공동주택을 건립하는 경우 임대주택을 의무적으로 건립토록 신설하고, 준주거·상업지역의 임대주택 의무건립대상 200세대에서 100세대로 확대하고, 주택규모별 건설비율은 85㎡이하 주택을 전체세대수에 60%이상 건설토록 함.

도시경관 또는 문화재 등의 보호를 위해 토지이용이 제한되는 지역과 토지의 고도이용이 가능한 역세권지역을 결합해 정비사업을 추진할 수 있도록 결합정비사업의 시행방법 및 절차를 신설.

도시 및 주거환경정비법 개정에 따라 정비계획으로 정한 용적률을 초과해 건축코자 할 경우 법정 상한용적률에서 정비계획으로 정해진 용적률을 뺀 용적률의 30~50% 범위 안에서 조례로 정하는 면적만큼 재건축소형주택을 건축해야 한다는 취지에 따라 그 범위를 50%이하로 정함.

조합원에게 분양하고 남은 상가에 대해 상가세입자에게 우선 분양할 수 있는 규정을 신설하여, 상가세입자의 재정착을 유도.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [서울시 도시 및 주거환경정비조례 일부개정조례\(안\) 재입법 예고](#) 

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

(2009년 변경된 건설부동산 법령 20)

「주택법 시행령 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 25.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

수도권 내 개발제한구역을 해제하여 공급하는 보금자리주택과 민영주택에 대한 전매제한을 강화.

복잡하게 열거되어 있던 전매제한 기간을 별표 형식으로 수정.

### (2) 개정안의 내용

상세내용 : [주택법 시행령 일부개정령\(안\)](#) 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 21)

「주택공급에 관한 규칙 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 17.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

1세대 2임대주택 이상 당첨시 그 중 1주택만 계약체결하고 나머지 주택은 당첨되지 아니한 것으로 관리하며, 임대주택 입주세대가 다른 주택에 입주하는 경우에는 명도의무를 부여함으로써 1세대 1주택 기준으로 임대주택을 공급하도록 함.

3자녀 이상 무주택 세대주에게 제공하는 주택 특별공급 및 우선공급 확대.

「보금자리주택 건설 등에 관한 특별법」의 제정(법률 제9511호, 2009. 4. 21.)에 따라 보금자리주택의 입주예약신청 대상, 자격, 절차 등에 관한 세부적인 사항을 정함.

### (2) 개정안의 내용

상세내용 : [주택공급에 관한 규칙 일부개정령\(안\)](#) 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 22)

「주택공급에 관한 규칙 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 28.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

근로자 또는 자영업자로서 생애 최초로 주택을 구입하는 자에 대한 주택공급기회를 확대.

청약실적이 저조한 신혼부부 특별공급 비율을 축소.

### (2) 개정안의 내용

상세내용 : [주택공급에 관한 규칙 일부개정령\(안\)](#) 

(2009년 변경된 건설부동산 법령 23)

「기업도시개발 특별법 시행령 일부개정령(안)」(일부개정 2009. 9. 29.)

### (1) 개정이유 및 주요 내용

「기업도시개발 특별법」이 개정(법률 제9728호, 2009. 5. 27. 개정, 11. 28. 시행)됨에 따라 같은 법에서 위임한 사항 및 시행에 필요한 사항을 구체적으로 정함. 수도권 이전기업에 대한 개발면적 기준을 기존 최소 개발면적의 3분의 2 이상으로 완화하고, 해당 조항을 적용하기 위한 수도권 이전기업의 요건을 정함.

개발계획 승인 고시사항에 규제특례계획을 추가하고 필요한 규제특례의 적용을 위한 제출서류 등 세부사항을 정함.

선수금 환불 담보를 위한 보증서 제출의무의 대상에서 시행자에 대한 지방자치단체·공기업 등의 출자비율이 20% 이상인 경우 또는 일정요건 이상의 기업이 연대보증을 하는 경우는 제외하고, 사업시행자·토지소유자 및 저당권자가 공동약정서를 제출할 경우 해당 토지에 설정된 소유권 확보 및 저당권 말소 의무를 완화.

### (2) 개정안의 내용

상세내용 : [기업도시개발 특별법 시행령 일부개정령\(안\)](#) 



(2009년 변경된 건설부동산 법령 24)

재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 시행령 일부개정령(안) (일부 개정 2009. 10. 7.)

(1) 개정이유 및 주요 내용

상업기반시설 현대화사업의 지원제외 대상(시·도지사가 승인·고시한 시장정비구역에 포함된 시장 등 중소기업청장이 정하여 고시하는 시장 내의 상업기반시설) 명시.

시장정비사업추진시 하나의 건축물을 수인이 공유하는 경우 그 수인을 1인으로 보되 소유자 총수의 5분의 3 이상에 해당하는 자의 동의를 받도록 명시.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 시행령 일부개정령\(안\)](#) 

(2010년 변경될 건설부동산 제도 1)

## 1. 정비사업 분쟁조정을 위한 도시분쟁조정위원회 설치·운영

### (1) 주요 내용

「도시 및 주거환경정비법」의 개정으로 2010. 1. 1. 부터는 재개발·재건축사업 등 정비사업으로 인해 발생하는 각종 분쟁의 조정을 위해 정비구역이 지정된 시·군·구에 "도시분쟁조정위원회"가 설치되어 운영됩니다.

그동안 정비사업 추진과정에서 주민 간 갈등 발생 시 각종 분쟁을 조정·해결할 수 있는 창구의 부재로 사업추진이 장기 지연되는 사례가 빈번히 발생하였습니다. 이에 정비사업 구역 주민들의 각종 분쟁을 효율적으로 조정할 수 있도록 해당 시·군·구에 "도시분쟁조정위원회"가 의무적으로 설치되어 운영됩니다.

조정위원회는 부시장·부구청장 또는 부군수를 위원장으로 10인 이내의 위원으로 구성되며, 정비사업 시행과 관련한 분쟁사항을 심사·조정하되 관계법률에 따라 설치된 위원회의 심사대상에 포함되는 사항은 제외됩니다. 자세한 사항은 시·도 조례에서 정하게 됩니다.

### (2) 관련법규

: 도시 및 주거환경정비법(2010. 1. 1. 시행)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 2)

## 2. 검측관리원 등급 신설 및 교육훈련 근거 마련

### (1) 주요 내용

현재 감리원의 등급이 3 단계로 이루어져 주로 현장에서 구조물의 규격 확인, 품질시험 등의 검측업무에 수석감리사 등의 고급인력이 투입되어 감리업무의 효율성이 저하되고 있었습니다.

이에 검측업무의 전문화를 유도하고 발주청의 공사관리방식 선택의 탄력성을 부여하기 위하여 검측업무만을 전담하는 검측감리원을 신설하였습니다.

### (2) 관련법규

: 건설기술관리법 시행령, 건설기술관리법 시행규칙(2010. 1. 1. 시행)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 3)

### 3. 민자사업의 감리자 선정방법 개선

#### (1) 주요 내용

현재는 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 의한 사회기반시설 건설공사의 책임감리업체 선정은 당해 공사를 인·허가 또는 승인한 주무관청에서 하고, 감리계약은 사업시행자와 직접 체결하게 되어 있습니다.

2010년 상반기에는 공사를 인·허가 또는 승인한 주무관청에서 사회기반시설 건설공사의 책임감리업체 계약을 직접 계약할 수 있도록 변경될 예정입니다. 주무관청의 감독권을 강화하고 감리자의 독립성을 확보하려는 목적입니다.

#### (2) 관련법규

: 건설기술관리법 시행령(2010. 상반기 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 4)

#### 4. 공사 중 안전점검 업체 발주자가 직접 선정·계약

##### (1) 주요 내용

현재는 공사 중 안전점검 시 안전점검업체를 시공사가 직접 선정하고 발주자는 승인하도록 되어 있는데, 2010. 7. 1. 부터 공사 중 안전점검 업체를 발주자가 직접 선정하도록 변경됩니다.

발주자가 발주청인 경우에는 발주자가 직접 안전점검업체를 선정하고, 발주자가 발주청이 아닌 경우에는 당해 건설공사를 허가·인가·승인한 행정기관의 장이 안전점검업체를 선정하게 됩니다.

##### (2) 관련법규

: 건설기술관리법(2010. 7. 1. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 5)

## 5. 시공평가의 객관적인 평가기준 마련

### (1) 주요 내용

시공평가결과는 공사 입찰 시 반영됩니다. 그런데 시공평가의 항목이 포괄적이어서 평가자 개인의 주관적 판단에 따라 평가되어 신뢰성 및 변별력이 부족하다는 지적을 받았습니다.

이에 평가항목을 100% 정량화하고, 평가방법에 대한 세부기준을 마련한 시공평가 운영지침을 제정하며, 시공평가 대상금액을 현재 50억 원 이상에서 200억 원 이상으로 조정할 예정에 있습니다.

### (2) 관련법규

: 건설기술관리법(2010. 상반기 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 6)

## 6. 품질검사전문기관 평가기관 신설

### (1) 주요 내용

현재는 품질검사전문기관의 등록 및 관리업무를 각 지방국토관리청이 수행하고 있습니다. 그런데 ISO 9001 규격의 도입 등 건설환경의 변화에 능동적으로 대응하지 못하였으며 영세한 규모, 과대한 경쟁, 저가수주, 시험결과에 대한 신뢰성 저하 등으로 품질시험 전문기관에 대한 신뢰성이 떨어진다는 지적이 있었습니다.

이에 건설공사 품질확보를 위한 중요한 역할을 가진 품질검사전문기관의 능력향상을 위하여 품질검사전문기관 평가기관을 신설하여 효율적 체계 구축 및 능력 향상 등을 유도할 예정입니다.

### (2) 관련법규

: 건설기술관리법(2010. 2. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 7)

## 7. 산업단지 개발방식에 대한 사업시행자의 선택권 인정

### (1) 주요 내용

현재는 산업단지 개발 시 2008. 9. 6. 이후 신규로 지정되는 산업단지에 대하여 모두 「산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법」을 적용하도록 일률적으로 정해져 있어 산업단지 개발방식에 대한 다양한 요구를 수용하기 어려웠습니다.

이에 사업시행자가 시행여건 등 편의에 따라 「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법」중 적절한 사업방식을 선택할 수 있도록 개선할 예정에 있습니다.

또한, 산업단지와 관련하여 2011. 12.까지 한시적으로 산업단지 관련 기업활동 규제를 대폭 완화하도록 개정될 예정입니다.

① 종전에는 국가, 지자체, 공기업, 공공기관이 20% 이상 출자한 법인만 건축사업을 할 수 있었으나, 공공지분 확보가 곤란한 민간기업에도 이를 한시적으로 허용하여 민간사업시행자도 건축사업을 시행할 수 있도록 변경됩니다.

② 종전에는 국가, 지자체, 공기업이 사업을 시행하는 경우에만 입주자 대행개발을 허용하였으나, 입주기업 수요를 반영한 맞춤형 개발, 공기단축을 통한 비용절감 등을 위해 민간사업시행자도 2011.



12.까지는 산업단지개발사업 일부를 당해 산업단지 입주자로 하여금 대행할 수 있도록 변경됩니다. 다만, 민간시행자는 지정권자의 승인을 받아 대행개발을 할 수 있습니다.

③ 산업단지 내에 아파트형 공장을 건설하는 경우 그중 일부를 임대용으로 공급하도록 한 의무임대비율의 적용을 2011. 12.까지 한시적으로 유예됩니다.

## (2) 관련법규

: 산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법, 산업입지 및 개발에 관한 법률

(2010. 상반기 시행예정 - 현재 국회 계류 중)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 8)

## 8. 노후산업단지 재정비(재생)사업 대상지역 확대

### (1) 주요 내용

지금까지 재정비사업은 산업단지에 국한되어 대규모 공익사업은 사실상 산업단지와 유사함에도 불구하고 체계적 정비가 시행되기 곤란하였고, 산업단지 주변에 협력업체 등이 입주하면서 발달한 개별 공장 난립지역도 산업단지와 별개로 관리되는 문제점이 있었습니다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 재생사업지구를 일반 공업지역까지 확대하여 일반적인 공업지역이 산업단지 수준으로 정비되도록 하고 산업단지와 난개발된 주변지역을 통합개발할 수 있도록 「산업입지 및 개발에 관한 법률」이 개정되었습니다.

### (2) 관련법규

: 산업입지 및 개발에 관한 법률(2010. 3. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 9)

## 9. 낙후지역의 신발전지역 전환 추진

### (1) 주요 내용

2008. 12. 30. 1 차로 목포시, 무안군·신안군 및 그 인접 지역(해남·영암·진도군 일부)이 서남권 종합발전구역으로 지정된 바 있습니다.

현재 신발전지역 추가지정을 받기 위해 경북도, 전북도 및 충북도 등이 연구용역을 추진 중에 있으며 2010년 1/4 분기에 국토해양부에 신발전지역 종합발전구역 지정 및 종합계획(안) 승인을 요청할 예정입니다.

국토해양부는 신청서가 접수되는 대로 1~2 곳을 추가로 신발전지역 종합발전구역으로 지정할 예정에 있으며, 신발전지역에 입주하는 내·외국 입주기업 및 사업시행자에 대해 조세감면 혜택을 부여할 예정에 있습니다.

### (2) 관련법규

: 신발전지역육성을 위한 투자촉진 특별법(2010. 6. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 10)

## 10. 공동주택 피난시설 종류 확대

### (1) 주요 내용

현재 아파트 피난대책으로는 발코니에 대피공간(2 m<sup>2</sup> 이상)을 설치하거나, 옆 세대로 피난할 수 있는 피난구를 설치하도록 규정되어 있습니다.

그런데 기술개발 등으로 다양한 피난시설이 만들어지고 있어 이를 반영하여 다양한 대피수단을 선택적으로 적용하여 공간 활용도 및 피난활동에 유리하게 공동주택 피난시설을 확대·운영할 예정에 있습니다.

하양식 피난구의 규모는 직경 60 cm 이상으로 하고, 사생활 보호를 위해 피난구 덮개를 개방할 시 경보음이 울리도록 하고 아래층에서는 위층 피난구를 열 수 없는 구조로 하도록 할 예정입니다.

### (2) 관련법규

: 건축법 시행령(2010. 2. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 11)

## 11. 보금자리주택 거주 의무기간 마련

### (1) 주요 내용

보금자리주택은 주변 시세의 50%~70% 수준으로 공급되기 때문에 투기세력이 유입될 가능성이 있습니다.

이에 「보금자리주택 건설 등에 관한 특별법」을 개정하여 보금자리주택 입주자에 대하여 5년간의 거주 의무를 부과하고, 의무거주 기간 내 이전하는 경우 사업시행자가 분양가에 선매권을 행사하여 시세차익을 환수하도록 변경됩니다. 또한, 실제 거주 여부 확인을 위해 지자체 등에 서류 제출 요구 및 당해 주택 출입권한이 부여됩니다.

### (2) 관련법규

: 보금자리주택 건설 등에 관한 특별법(2010. 4. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 12)

## 12. 주택거래신고지역의 지정요건 변경

### (1) 주요 내용

현행 주택거래 신고지역은 소득세법 제 104 조의 2 에 따른 지역(투기지역) 중에서만 지정할 수 있습니다. 2010. 7. 부터는 투기지역 지정여부와 관계없이 주택에 대한 투기가 성행하거나 성행할 우려가 있는 지역은 주택거래 신고지역으로 지정할 수 있도록 변경됩니다.

### (2) 관련법규

: 주택법(2010. 7. 1. 시행예정)

(2010년 변경될 건설부동산 제도 13)

### 13. 기타

#### (1) 지적측량성과도(경계복원측량) 측량현장에서 즉시 교부

지적측량 후 우편발송 또는 신청인이 직접 방문하여 수령하도록 하던 지적측량(경계복원측량) 성과도를 측량 현장에서 즉시 교부하도록 변경됩니다.

#### (2) 전국 읍면동에서도 지적도 발급 확대

현재 지적(임야)도는 시·군·구에서만 제공하고 있으나, 2010. 1. 부터는 지적(임야)도 민원발급 서비스를 읍·면·동에서도 발급받을 수 있으며, 2010. 5. 중에는 온라인 발급이 가능해집니다.

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 1)

**I. 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007 다 2428 전원합의체 판결 : 도시정비법 사건**

**II. 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008 다 60568 판결**

이 사건은 그동안 논란이 되어 왔던 도시정비법상의 관리처분계획 및 그에 대한 총회결의무효확인소송의 법적 성격과 허용범위에 대하여 대법원이 전원합의체 판결로 명확히 하였다는 점에 의미가 있습니다. 2009년 가장 주목할 만한 판결로 선정할 만한 합니다.

재건축조합인 피고가 도시정비법에 따라 작성한 관리처분계획안에 대해 조합총회결의가 있자, 조합원인 원고들은 조합총회결의에 하자가 있다고 주장하며 그 총회결의의 무효확인을 구하는 소송을 제기한 사건입니다. 원심은 이를 민사소송으로 보고 민사법원에 제소된 이 사건에 대해 본안 판단을 하였으나 대법원은 이러한 종래 쟁송방법의 틀을 변경하는 판단을 한 것입니다.

**1. 이 사건의 배경과 쟁점**

대법원은 도시정비법의 전신인 도시재개발법상의 재개발조합이 수립하는 관리처분계획이 구속적 행정행위로서 행정처분에 해당한다고 판시하여 왔습니다. 그러면서도 한편으로 재개발조합이 수립한 관리처분계획안에 대한 조합총회결의무효확인소송은 민사소송의 대상이고, 또 관리처분계획에 대한 행정청의 인가·고시가 있는 후에도 그러한 소송은 허용된다는 입장이었습니다.



관리처분계획안에 대한 조합총회결의는 관리처분계획이라는 행정처분의 절차적 요건에 해당하기 때문에 만약 위법하여 효력이 없다면 관리처분계획도 역시 위법합니다. 그런데도 그러한 총회결의의 효력을 다투는 소송을 민사소송으로 보는 것이 과연 타당한지, 나아가 관리처분계획이 행정처분으로 효력이 발생한 이후에도 관리처분계획 자체를 다투는 소송 외에 그 절차적 요건에 불과한 총회결의 효력을 다투는 소송을 허용할 필요가 있는지에 대하여 논란이 있어 왔습니다.

이 판결은 그러한 논란에 종지부를 찍고 향후 도시정비법상 쟁송의 관할을 변경하였다는 데에 의미가 있습니다.

## 2. 대상판결의 요지

이와 같은 논란에 대하여 이번 대법원 판결은 다음과 같이 정리하였습니다.

행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

그리고 이러한 소송은, 관리처분계획이 인가·고시되기 전이라면 위법한 총회결의에 대해 무효확인 판결을 받아 이를 관할 행정청에 자료로 제출하거나 재건축조합으로 하여금 새로이 적법한 관리처분계획안을 마련하여 다시 총회결의를 거치도록 함으로써 하자 있는 관리처분계획이 인가·고시되어 행정처분으로서 효력이 발생하는 단계에까지 나아

가지 못하도록 저지할 수 있고, 또 총회결의에 대한 무효확인판결에도 불구하고 관리처분계획이 인가·고시되는 경우에도 관리처분계획의 효력을 다투는 항고소송에서 총회결의 무효확인소송의 판결과 증거들을 소송자료로 활용함으로써 신속하게 분쟁을 해결할 수 있으므로, 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있기 전에는 허용할 필요가 있다.

그러나 나아가 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다.

대법원은 위와 같이 종래 판결과는 다른 견해를 취하며 기존의 판례를 변경하였습니다.

재개발조합의 관리처분계획안에 대한 총회결의 무효확인소송을 민사소송으로 보고 또 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있는 후에도 여전히 소로써 총회결의의 무효확인을 구할 수 있다는 취지로 판시한 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004 다 13694 판결과 이와 같은 취지의 대법원 판결들을 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경한 것입니다.

### 3. 검토 및 평가

위 판결에 따르면, 관리처분계획안에 대한 총회결의무효확인소송은 행정소송의 일종인 당사자 소송이 됩니다. 따라서 서울은 서울행정법원이, 지방은 각 지방법원의 본원이 제 1 심 전속관할법원이 됩니다. 이를 위반할 경우에는 전속관할위반으로 절대적 상고이유가 될 것입니다. 이 전원합의체 판결로 도시정비법 사건의 관할이 완전히 변경되었습니다.

앞으로 이 사건과 같은 총회결의 무효확인소송은 관리처분계획에 대한 행정청의 인가·고시가 있을 때까지만 허용되고, 행정청의 인가·고시가 있는 후에는 허용되지 않습니다. 행정청의 인가·고시가 있고 나서 제기되는 총회결의 무효확인소송은 부적법하여 각하될 수밖에 없습니다.

만약 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있기 전에 총회결의 무효확인소송을 제기하여 그 소송이 법원에 계속 중인데 행정청의 인가·고시가 있었다면 더 이상 그러한 소송도 허용되지 않으므로, 이를 관리처분계획에 대한 취소 또는 무효확인소송으로 변경할 필요가 있습니다.

또한 위 판결이 선고되고 일주일 후 대법원은 조합설립결의를 다투는 소송 역시 위와 동일한 논리로 민사소송이 아닌 행정소송으로 보아야 한다고 판시하였습니다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008 다 60568 판결).

특히 이 판결에서 조합설립인가를 강학상 인가로 보던 종래 태도를 변경하여 "행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 도시정비법상 주택 재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공

법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다."라고 판시하여 인가 자체를 처분으로 다룰 수 있는 길을 열었다는 것은 큰 의미가 있습니다.

보전처분 방법에도 역시 변화가 있게 됩니다. 지금까지는 조합설립 인가 및 나아가 관리처분계획인가까지 났는데도 그 전제가 되는 조합설립 또는 사업시행계획 내지 관리처분계획수립을 위한 조합총회결의의 잘못을 이유로 총회결의등확인인 민사소송 및 그 결의의 집행을 금지하는 가처분이 가능하였으나, 앞으로는 모두 행정소송 및 행정소송법상의 집행정지로 해결하여야 할 것입니다.

다만 2009. 9. 24.자 2009 마 168, 169 결정에서 재개발조합이 공법인이라는 사정만으로 조합 임원의 선임·해임을 둘러싼 다툼이 공법상 법률관계에 해당한다거나 해당 소송이 공법상 당사자 소송에 해당한다고 볼 수 없고 따라서 그 지위를 다투는 소송은 민사소송에 의하여야 한다고 하였습니다. 그렇다면 조합규약 또는 관리처분계획의 인가·고시에 따른 도시정비법 제 49 조 제 6 항 등에 기한 명도 의무를 이유로 한 점유이전금지, 처분금지 및 명도단행 가처분은 여전히 가능할 것입니다.

한편 임시의 지위를 정하는 가처분이 인정되는 피보전권리에는 당사자 소송을 본안으로 하는 공법상의 권리관계도 포함됩니다. 그렇기 때문에 조합원 지위를 임시로 정하는 가처분, 주거이전비 지급을 구하는 단행가처분, 인가가 이루어지기 전까지의 관리처분계획안에 대한 결의의 효력을 구하는 가처분은 가능하다고 생각합니다.

"집행정지 규정이 준용되지 않는 당사자 소송에는 민사집행법상의 가처분규정이 준용되지 않을 이유가 없고, 따라서 행정처분과 관계없는 공법상 금전채권에 대한 가처분 등은 가능하다"는 것이 다수의 견해이므로, 앞으로는 행정법원에 임시지위를 정하는 가처분을 제기하는 것도 검토해 볼만하다고 생각합니다.

#### 4. 다운로드

: [대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 판결 총회결의무효확인](#)

: [대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결 재건축결의부존재확인](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 2)

**Ⅲ. 대법원 2009. 7. 16. 선고 2007 다 15172 전원합의체판결  
: 취득시효 완성자와 제 3 취득자의 관계 사건**

▣ '취득시효'는 타인의 물건 또는 권리를 일정기간 점유하면, 점유한 자가 그 물건이나 권리를 취득할 수 있도록 하는 제도입니다. 오랜 기간 유지된 현상대로 권리를 인정해 사회질서 안정을 도모하고 점유자의 입증곤란을 구제할 뿐 아니라 소유자가 권리행사를 태만히 한 데에 제제까지 하는 것이 제도의 취지입니다. 우리 민법도 취득시효제도를 받아들여, '점유로 인한 부동산 소유권의 시효취득'에 대해 "20 년간 소유의 의사로 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다"고 규정합니다(민법 제 245 조 제 1 항). 이와 같이 취득시효 완성으로 소유권을 취득하려면 시효기간이 완성되는 것으로는 부족하고 점유자 명의로 '등기'까지 요구하고 있습니다.

그렇기 때문에 '취득시효가 완성된 후 등기가 되기 전 사이에' 복잡한 법률관계가 생길 수 있습니다. 대상 판결도 이와 관련된 논점 중 하나를 다루고 있습니다. 대상판결은 1994 년 전원합의체 판결 이후 형성되어 오던 대법원 판례를 다시 변경한 새로운 전원합의체 판결입니다.

**1. 이 사건의 배경과 쟁점**

A 는 이 사건에서 다툴 대상이 된 토지(이하 '이 사건 대지')를 1961 년 1 월경부터 점유하여 여태 사용하고 있었고, 20 년이 되는 1981 년 1 월경에 취득시효를 완성(이하 '1 차 취득시효완성')하였는데 등기는 미처 하지 않고 있었습니다. 그러던 중 이 사건 대지에 대하여 1982 년

2 월경 B 명의로, 1988 년 3 월경 C 명의로, 1988 년 9 월경 다시 D 명의로 소유권이전등기가 경료되어 현재 D 가 등기 명의자입니다.

A 가 1 차 취득시효를 완성한 후 이 사건 대지 소유자는 몇 번 변경되었습니다. 그런데도 A 가 D 에게 2 차 취득시효완성(이하, 취득시효가 완성되고 소유자 변경된 후 재차 취득시효가 완성되면 '2 차 취득시효 완성'이라고 합니다)을 원인으로 소유권이전등기청구를 할 수 있는지가 쟁점입니다.

## 2. 대상판결의 요지

### (1) 변경 전 판례의 태도

종래 판례는, 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2 차의 취득시효 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다는 취지로 판시해왔습니다. 대표적 판례를 옮겨보면 다음과 같습니다(대법원 1999. 2.12. 선고 98 다 40688 판결)

취득시효가 완성된 후에 제 3 취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 또 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는 취득시효를 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있지만, 이 경우에도 그 점유 기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다.

이런 종래 판례에 의하면, A 는 D 에게 시효취득을 주장할 수 없게 됩니다. 원심도 기존 판례에 따라서 A 의 D 에 대한 취득시효 완성 주장을 배척하였습니다.

## (2) 대상판결의 태도

대상 판결은 종래 판시를 변경하였습니다.

즉, 점유취득시효가 완성되었으나 소유권이전등기는 하지 않고 있는 사이 제 3 자 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌을 때, "당초 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과하면 점유자로서는 제 3 자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2 차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다"고 합니다. 판결 요지를 추려보면 다음과 같습니다.

취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 위와 같이 새로이 2 차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.



변경된 판례에 따르면, A는 D에게 취득시효완성을 원인으로 소유권이 전등기청구권을 행사할 수 있게 됩니다.

### 3. 검토 및 평가

대상판결에는 3인의 반대의견이 있습니다. 반대의견은, 취득시효제도를 해석할 때에는 부동산 물권의 득실변경에 관한 형식주의 대원칙이 훼손되지 않도록 하고 거래의 안전이 위협받는 것을 최소화할 필요가 있다고 합니다. 그러면서 점유취득시효제도를 지나치게 넓게 인정하면 타인의 재산권을 부당히 침해할 여지가 크므로 시효취득요건을 엄격히 해석하여야 한다는 점 등을 논거로 종전 판례가 유지되어야 한다고 합니다.

다수의견에 대한 반대의견의 비판 중에 특히 눈에 띄는 주장으로는, "1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우에 등기부상의 명의 변경 시점을 새로이 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 설명이 없다"는 지적입니다.

만일 당초 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 점유를 개시했다면 타주점유에 해당하고, 그렇지 않고 애초 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 볼 아무런 이유가 없다는 주장입니다.

물론 이에 대하여는 다수의견이 보충의견으로 재반박하고 있으나, 반대의견이 지적하는 문제점을 완전하게 해명하지는 못하는 것으로 보입니다. 보충의견이 들고 있는 논리를 따르더라도 2차 취득시효에서 기산점을 정하는 방법은 1차 취득시효의 경우와 일관되지 않는 면이 있

기 때문입니다. 1 차 취득시효기간은 점유자가 자주점유를 시작하는 시점부터 바로 시작되므로 점유자의 점유 개시 시점이 기산점이 되고 점유 도중에 제 3 자에게 소유권이 이전되더라도 그 때를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼지는 않습니다. 그런 점에서 2 차 취득시효 완성을 인정할 때에 그 기산점을 제 3 취득자가 생긴 시점으로 잡는 것에 대한 설명이 더 필요할 것입니다.

종래 판례는 1 차 취득시효 진행과 2 차 취득시효 진행을 합리적 이유 없이 차별하면서까지 취득시효제도를 제한하려고 했다는 점에서, 변경된 판례의 결론은 타당합니다. 더구나 기존 판례에 따르면 점유를 더 오래한 자가 보호되지 못하고 오히려 점유기간의 장단에 따라 보호 정도가 역전되는 결과마저 생기게 되므로 이번 판례 변경은 불가피해 보입니다. 다만 1 차 취득시효완성 때와는 다른 잣대로 2 차 취득시효 완성의 기산점을 삼는 문제에 대하여는 차후 더 깊은 논의가 있어야 할 것입니다.

**4. 다운로드 :** [대법원 2009. 7. 16. 선고 2007 다 15172 점유토지반환및 손해배상](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 3)

#### IV. 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009 도 988 판결

: 건설산업법위반 무죄, 이른바 동남권 유통단지 사건

이른바 동남권 유통단지 사건으로 불리는 사건으로 국내 대형 건설사 7 곳이 관련되어 주목을 받았습니다. 건설산업기본법(이하 '건산법') 처벌규정 문언의 해석이 문제된 사건으로 1 심 법원은 건산법위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였는데, 2 심 법원은 이를 파기하고 재판하였습니다. 물론 2 심에서 공소장변경이 있어서 심판대상이 달라지기는 했으나, 공소장 변경이 된 부분까지 1 심에서 아울러 판단하였으므로 1 심 법원과 2 심 법원은 정반대의 결론을 취한 셈입니다. 이에 대법원은 새로운 관점에서 2 심 판결을 파기하고 환송하였습니다. 각 심급별 판결의 쟁점을 살펴보면, 건산법 처벌규정 문언의 의미를 확정할 수 있습니다.

### 1. 사건의 배경과 쟁점

(1) 해석에 다툼이 있는 건산법 조문

문언의 뜻이 문제된 건산법 조문은 다음과 같습니다.

"도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인은 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여하여서는 아니된다(건산법 제 38 조의 2)."

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

건산법은 위 규정에 위반하여 "부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 공여한 자"에 대하여 5 년이하의 징역 또는 5 천만원 이하의 벌금에 처하도록 합니다(건산법 제 95 조의 2).

건산법은 양벌규정도 두고 있습니다. "법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제 95 조의 2 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 당해 법인이나 개인에 대하여도 5 천만원 이하의 벌금형을 과한다"고 규정합니다(건산법 제 98 조 제 2 항).

### (2) 쟁점이 된 공소사실의 요지

이 사건에서 각 피고인들의 행위가 위 규정에 위반되었는지가 논점이 되었습니다. 피고인은 6 인입니다. A 건설회사, A 건설회사의 상무 ㉠, B 건설회사, B 건설회사의 차장 ㉡, C 건설회사의 팀장 ㉢, 안전진단평가위원으로 위촉된 모대학교 교수 D 입니다.

공소사실은 이러합니다.

A 및 B 건설회사의 "사용인 기타 종업원"인 피고인 ㉠ 및 ㉡, 그리고 건산법 제 38 조의 2 의 "수급인"인 C 회사의 "사용인 기타 종업원"인 피고인 ㉢가 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 수급인을 정하는 평가위원 피고인 D 에게 각자 부정한 청탁을 하면서 재물을 공여하였고, 피고인 D 는 부정한 청탁에 의한 재물을 취득하였다는 것입니다.

즉 ㉠, ㉡, ㉢가 D에게 각자 부정한 청탁을 하면서 재물을 공여하고 D는 이를 취득한 사건입니다.

### (3) 대상판결의 요지

대법원은 건산법위반의 논점에 대하여 직권으로 다음과 같이 판시하였습니다.

① 건산법 제 38 조의 2 문언상 처벌대상이 되는 행위는 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인(이하 '발주자 등')이 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위에 한정되고, 발주자 등의 사용인 기타 종업원 등이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 처벌되는 행위에 포함되지 아니한다.

② 양벌조항에 의하여 발주자 등의 대표자, 대리인, 사용인 기타 종업원(이하 '사용인 등')도 건산법 제 38 조의 2 와 제 95 조의 2 에 의한 처벌대상이 될 수 있다. 그러나 건산법 제 38 조의 2 와 제 95 조의 2 에 의하여 처벌되는 행위는 발주자 등이 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 이를 공여하는 행위에 한정되므로, 양벌조항이 적용되는 사용인 등의 행위 역시 객관적으로 보아 발주자 등이 스스로 영득하기로 하는 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 이를 공여하는 행위로 평가 될 수 있는 경우에 한정되고, 그와 달리 사용인 등이 개인적으로 영득하기 위하여 배임수증재적

명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위는 이에 포함시킬 수 없다.

이와 같은 이유로 대법원은 건산법위반죄 부분에 대한 무죄취지로 파기환송하였습니다. 1 심 및 2 심 판결과 함께 살펴봅니다.

## 2. 1 심 및 2 심 판결의 요지

### (1) 1 심 판결의 요지

건산법위반죄로 공소제기된 부분에 대하여 1 심 법원도 형사소송법 제 325 조 전단 무죄를 선고하였으나, 전혀 다른 논리를 취하였습니다. 돈을 받은 피고인 D 는 건산법 제 38 조의 2 가 규정하는 "발주자" 또는 "이해관계인"에 해당하지 않는다는 이유를 들었습니다.

물론 공사를 낙찰받은 C 건설회사가 "수급인"에 해당한다거나 응찰하였다가 낙찰을 받지 못한 A 및 B 건설회사가 건산법 제 38 조의 2 "이해관계인"에 해당하는 데에는 의문의 여지가 없을 것입니다. 그러나 피고인 D 가 발주자 또는 이해관계인에 해당하는지에 대하여는 의문이 들 수 있는데, 1 심 판결은 이와 같은 문언의 모호함에 대하여 다음과 같이 답하였습니다.

건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 위하여 건설산업 기본법이 제정된 점, 건설업자의 건설공사 수주와 관련한 뇌물수수 등의 부패행위를 근절하고 부실시공 등을 방지하기 위하여 제 38 조의 2 가 신설된 점, 위 조항 자체의 구조가 "발주자, 수급인, 하수급인" 등

행위주체를 열거한 다음 "이해관계인"이라는 행위주체를 실시한 점에 비추어, "이해관계인"을 해석함에 있어서도 "발주자, 수급인, 하수급인"과 같은 정도로 건설산업에 관련이 있는 자로 제한적으로 이해하는 것이 필요한 점 등을 고려하여 보면, 위 조항에서의 "이해관계인"이라 함은 '도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공으로 인하여 자신의 일정한 법률적·경제적 이해가 엇갈리는 자로서 최소한 건설산업에 종사하는 자'를 의미한다고 해석하여야 한다.

교수의 신분을 가지고 있는 피고인 D 를 '건설산업에 종사하는 자'로 볼 수는 없고, 단순히 하루 정도 설계적격 심의위원회의 일원으로서 활동한 후 수당 등을 수령한 것에 불과한 피고인 D 가 이 사건 공사에 관한 '도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공으로 인하여 일정한 법률적·경제적 이해가 엇갈리는' 위치에 있다고도 볼 수 없다. 결국 평가위원인 피고인 D 는 위 법 제 38 조의 2 의 "이해관계인"에 해당하지 아니한다.

결국, ① 피고인 D 에 대하여는 법 제 38 조의 2 의 발주자 및 이해관계인 그 어디에도 해당하지 아니한다는 이유로, ② 피고인 ㉠, ㉡에 대하여는 그들이 재물을 제공한 대상이 발주자 및 이해관계인에 모두 해당하지 않는다고 하여서, ③ 피고인 A, B 회사에 대하여는 그 사용인 기타 종업원들인 피고인 ㉠, ㉡가 발주자 또는 이해관계인에게 재물을 제공한 것이 아닌 까닭으로, 각 건산법 제 38 조의 2, 제 95 조의 2 의 구성요건에 해당하지 않는다고 보았습니다.

(2) 2 심 판결의 요지

2 심 법원은 이런 1 심 판결을 파기하여 재판하였습니다. 2 심 도중 검사는 2 차례에 걸쳐 공소장변경허가신청을 하고 법원은 이를 허가하였는데, 그 중 건산법위반의 점과 관련된 부분은 피고인 D 에 대하여 건산법 제 98 조 제 2 항(양벌규정)에 의율하도록 한 것입니다. 따라서 건산법위반의 점에 대한 심판대상이 1 심과 2 심이 완전히 동일하지는 않습니다. 하지만 법 제 98 조 제 2 항은 법 제 38 조의 2 금지규정 위반을 전제로 하므로 논리적으로 연결되어 있습니다. 그런 까닭에 2 심의 쟁점에 대하여 1 심도 방론으로 설시한 바 있습니다. 먼저 2 심 판결의 요지를 봅니다.

법 제 38 조의 2, 제 95 조의 2 의 벌칙규정에서 그 적용대상자를 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인 등 일정한 업무주로 한정된 경우에 있어서, 법 제 98 조의 양벌규정은 업무주가 아니면서 당해 업무를 실제로 집행하는 자가 있는 때에 위 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 그 적용대상자를 당해 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써 그러한 자가 당해 업무집행과 관련하여 위 벌칙규정의 위반행위를 한 경우 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 업무주에 대한 처벌규정이라고 할 것이다.

따라서, 여기에서 말하는 '사용인'에는 발주자 등 업무주와 정식 고용계약이 체결되어 근무하는 자뿐만 아니라 그 법인의 업무를 직접 또는 간접으로 수행하면서 법인의 통제·감독하에 있는 자도 포함되고(대법원 2006. 2. 24. 선고 2003 도 4966 판결), 이와 같이 법인의 통제·감독하에 있으며 그 법인의 사무를 처리하는 이상 비록 타인과 근로계약관계를 체결하였다고 하더라도 업무주의 '사용인'에 해당한다(대법원 1995. 1. 12. 선고 93 도 3509 판결 참조).



피고인 D가 비록 서울시에 의하여 평가위원으로 위촉되었고 그 기간도 단 하루에 불과하다 하더라도 발주자의 사무를 위임받아 처리한 것은 분명하고 또한 평가위원의 평가업무 자체는 그 특성상 자신의 전문 지식 및 식견에 의하여 자유로이 이루어진 것이라 할지라도 결국 이는 발주자 및 서울시의 통제·감독 하에 일정한 제한 내에서 이루어지는 것이므로, 평가위원인 피고인 이석하는 발주자의 '사용인'에 해당한다고 할 것이다.

결국 2심 법원은 피고인들 모두에 대하여 법 제 98 조 제 2 항(양벌규정)을 근거로 건산법위반죄를 인정하였습니다.

### 3. 쟁점별 검토 및 대상판결의 요지

#### (1) 문제의 소재

이 사건에서 문언해석과 관련해 드러난 쟁점은 피고인 D가 법 제 38 조의 2 이해관계인에 해당하는지, 법 제 98 조 제 2 항의 사용인에 해당하는지입니다. 또한 그 이면에는 법 98 조의 적용범위를 정하는 데에 제 38 조의 2가 어떻게 작용하는지라는 논점이 숨어 있습니다. 쟁점별로 봅니다.

#### (2) 피고인 D가 법 제 38 조의 2 이해관계인에 해당하는지

발주자, 수급인, 하수급인에 대하여는 법 제 2 조에서 모두 정의규정을 두고 있으나, "이해관계인"에 대하여는 아무런 정의규정이 없습니다. 검사는 애초 평가위원인 피고인 D가 "이해관계인"에 해당함을 전제로

이 부분 공소를 제기하였습니다. 법 자체에서 개념을 규정하지 않고 있으면, 그 법의 제정목적, 보호법익, 다른 조항과의 관계 등을 고려하여 합목적적으로 그 개념을 도출하여야 할 것입니다.

1 심 법원도 이러한 여러 요소를 고려하여 "이해관계인"은 "발주자, 수급인, 하수급인"과 같은 정도로 건설산업에 관련이 있는 자로 제한적으로 이해할 필요가 있다고 보았습니다. 그리고선 피고인 D 에게는 이런 이해관계가 없다고 판단하였습니다. 이 점에서는 2 심 법원도 동일하게 이해관계인에 해당하지 않는다고 보았습니다.

이 사건에서 이해관계인의 예를 들어보면 A, B 회사가 될 것입니다. 도급계약 체결을 하기 위해 낙찰된 자와 함께 입찰하였다가 탈락된 A, B 회사는 '발주자로부터 건설공사를 도급받은 건설업자'인 수급인에는 해당하지 않으면서도 '도급계약의 체결로 인하여 자신의 일정한 법률적·경제적 이해가 엇갈리는 자로서 최소한 건설산업에 종사하는 자'에 해당합니다. 법 제 38 조의 2 의 이해관계인에 해당하는 전형적인 사례입니다. 만약 낙찰받은 C 회사가 자신의 낙찰을 위하여 이해관계인인 낙찰 탈락자 A, B 회사에 부정한 청탁을 하면서 금품을 제공했다면 법 제 95 조의 2, 제 38 조의 2 에 의하여 처벌될 수 있는 것입니다.

(3) 피고인 D 가 법 제 98 조의 사용인에 해당하는지

2 심 법원은 피고인들에 대하여 건산법위반죄를 유죄로 인정하면서 피고인 D 를 사용인으로 보았습니다. 피고인 D 의 업무가 발주자로부터 통제·감독을 받으면서 일정한 제한 내에서 이루어지는 이상 평가위원인 피고인 D 는 발주자의 '사용인'에 해당한다는 입장입니다.

그러나 이런 2 심의 판단은 의문입니다. 기본적으로 사용인으로 인정되기 위하여는 '법인의 업무를 직접 또는 간접으로 수행하면서 법인의 통제·감독 아래에 있어야' 합니다. 그런데 평가위원인 피고인 D 는 발주자의 통제·감독을 받는 위치에 있었다기보다 개인적 식견·전문지식에 따라 자유로이 위임받은 평가업무를 수행한 것으로 보입니다. 일정한 기준에 의하여 평가위원이 선정된 후 오히려 발주자는 객관적이고 공정한 평가를 위하여 평가위원들에게 적격업체 선정업무를 완전히 위임함으로써 평가업무에 대한 지휘·통제 가능성을 배제하였습니다.

또한 만일 평가위원인 피고인 D 를 발주자의 사용인에 해당한다고 해석하면 논리적으로 볼 때 법 제 98 조 제 2 항에 의하여 발주자도 처벌하여야 하는데, 이런 결론이 타당한지는 의문입니다.

#### (4) 재물 취득자 및 공여자에게 모두 자격요건이 필요한지

법 제 38 조의 2 를 해석할 때에, 행위주체가 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인" 중 어느 하나에 해당하면 재물이나 재산상 이익을 제공받은 상대방은 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인"에 해당하지 않더라도 위 조항에 의하여 처벌할 수 있는 것이 아닌지라는 문제제기가 있을 수 있습니다.

고등법원 판결 중에는 재물이나 재산상 이익을 제공받은 상대방이 위 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인" 중 어느 하나에 해당하면 이를 제공한 주체가 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인"에 해당하지 않더라도 위 조항에 의하여 처벌하는 데에는 지장이 없다는 견해를 취한 사례도 있습니다(서울고등법원 2007. 6. 28.선고, 2006 노 2571 판결).

이러한 해석론에 따르면 이 사건의 경우 비록 평가위원 피고인 D 가 이해관계인 또는 발주자에 해당하지 않더라도, 재물을 제공한 ㉠, ㉡, ㉢가 수급인이나 이해관계인의 사용인 기타 종업원에 해당하므로 법 제 95 조의 2, 제 38 조의 2 에 의하여 처벌할 수 있다는 결론에 이르게 됩니다.

1 심 법원은 이런 논점에 대하여도 판단하였는데, 다음과 같이 위 해석론을 비판하였습니다.

첫째, 위 조항이 신설될 때 제안된 개정법률안 제 22 조의 2 는 "건설업자는 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 발주자, 수급인 또는 이해관계인에게 부정한 청탁에 의한 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나 공여하여서는 아니된다"라고, 제 95 조의 2 는 "제 22 조의 2 의 규정에 따른 건설공사에 관한 도급계약에 있어 다음 각호의 1 에 해당하는 행위를 한 자는 5 년 이하의 징역 또는 5 천만 원 이하의 벌금에 처한다. 1. 부정한 청탁을 받고 수급인이나 하수급인으로부터 재물이나 재산상의 이익을 취득한 자, 2. 부정한 청탁을 하고 발주자나 수급인에게 재물이나 재산상의 이익을 공여한 자"라고 규정되어 있었습니다.

이와 같이 행위주체 및 객체가 명확히 특정되어 있던 개정법률안은 2005. 4. 20., 같은 달 21. 및 22. 3 차례에 걸쳐 열린 법안심사위원회에서 개정법률안 중 행정처분의 소급적용조항(안 부칙 제 2 항)은 법적 안정성 및 예측가능성을 훼손할 우려가 있다는 이유로 삭제되고, 나머지 조항은 별다른 언급 없이 체계(제 22 조의 2 를 제 38 조의 2 로 변경)와 자구만을 수정하여 그대로 통과되었습니다. 따라서 법 제 95 조의 2, 제 38 조의 2 를 해석할 때에도 행위주체 및 객체를 발주자, 수급인, 하수

급인, 이해관계인으로 한정하여서 해석해야만 위 조항의 입법취지 및 연혁에 부합할 것으로 보았습니다.

둘째, 만약 위 고등법원 판결이 취한 해석론처럼 행위의 주체 및 객체 어느 일방만 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인"에 해당해도 처벌할 수 있다고 풀이하면 법적 안정성을 해치게 되는 문제가 발생한다고 보았습니다. 예를 들어 수급인이 건설공사의 도급을 받기 위하여 발주자에게 큰 영향력을 행사하는 그 처에게 재물 등을 공여한 경우에, 위 해석론에 의하면 도급을 받기 위하여 부정한 청탁을 한 수급인을 처벌하여야 하는 등, 수급인이 처벌받을 수 있는 상대방이 무한정 확대될 수밖에 없게 됩니다.

따라서 위 해석론은 '가벌성이 인정될 수 있는 상대방의 범위'에 대하여 논란을 불러 일으킬 수밖에 없고, 이는 결국 죄형법정주의에 어긋나게 되는 결과를 낳게 될 것입니다. 따라서 행위주체, 객체를 "발주자, 수급인, 하수급인"으로 특정하고 여기에 흡수되지 않는 나머지 행위 주체, 객체들을 "이해관계인"이라는 포괄적 개념으로 흡수시킨 뒤 그 범위는 법관의 합리적 해석에 맡기려는 것이 법 제 38 조의 2 의 근본취지라고 이해됩니다.

그렇다면 행위의 주체 및 객체 양쪽 모두가 "발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인" 중 어느 하나에 해당하여야만 법 제 95 조의 2, 제 38 조의 2 에 의하여 처벌할 수 있다고 해석하는 것이 타당한다는 결론에 이르게 됩니다. 1 심 법원의 위와 같은 논리는 합리적인 것으로 충분히 수긍할 수 있습니다.

(5) 발주자를 위한다는 주관적 의사가 필요하거나 이익귀속주체가 발주자일 필요가 있는지

검사는 법 제 98 조 제 2 항의 양벌규정으로 행위자인 '사용인'을 처벌할 때에 '사용인'이 업무주의 '업무와 관련하여' 금품을 수수하는 것으로 족하고 '업무주를 위하여' 수수한다거나 금품수수의 이익귀속주체가 업무주일 것을 필요로 하지 않는다고 주장하였습니다.

반면 피고인은 '사용인'에게 '업무주를 위하여' 금품을 수수한다는 주관적 의사를 요구한다는 전제 하에, 피고인 D가 발주자를 위한다는 의사 없이 피고인 D 개인을 위하여 금품을 수수한 것에 불과하므로 양벌규정에 의하여 처벌할 수 없다고 주장하였습니다. 그러나 2심 법원은 피고인의 주장을 받아들이지 않았습니다.

위 양벌규정의 문언상 업무주의 '업무에 관하여'라고 명시하고 있는 점, 나아가 법 제 38 조의 2의 금지규정은 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공과 관련하여 부정한 청탁에 의한 재물의 취득을 금지하는 규정으로서 이는 통상의 행정벌에 관한 양벌규정이 기본적 업무에 부수하는 금지의무를 위반한 범칙행위 등을 규율하는 것과 달리 도급계약의 체결 또는 건설공사의 시공이라는 기본적 업무와는 전혀 별개인 부정한 청탁에 의한 재물의 취득이라는 형사별적 범죄행위에 대한 금지의무를 부과하는 규정이라는 점 등에 비추어 '사용인'이 재물을 취득할 당시에 업무주를 위한다는 의사가 있어야 한다거나 재물 취득의 이익귀속 주체가 업무주인 경우에 한정하여야 한다고 해석할 수는 없다.

따라서 이 사건의 경우와 같이 피고인 D가 자신의 이익을 위하여 부정한 청탁을 받고 금품을 취득하여 배임적 행위를 한 경우에도 건설법 위반죄의 성립에 영향이 없다고 보았습니다.

그러나 대법원은 2 심의 판단과 견해를 달리 하였습니다. 이 부분이 이 사건 대법원 판결의 핵심 요지입니다. 법 제 38 조의 2 에 근거하여 처벌되는 행위는 발주자, 수급인, 하수급인, 이해관계인이 스스로 영득하려고 취득 또는 공여하는 행위에 한정된다고 보았습니다. 법 제 98 조에 의하여 처벌하는 때에도 마찬가지로 사용인이 개인적으로 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 같은 명목으로 공여하는 행위는 이에 포함시킬 수 없다고 보았습니다.

"발주자 등이 스스로 영득하려고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위(①행위)"와 "사용인 등이 배임수증재적 명목으로 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 그와 같은 명목으로 이를 공여하는 행위(②행위)"는 그 본질, 성격과 내용을 전혀 달리하는 별개 행위라는 판단입니다. 만약 양벌조항을 매개로 삼아 ①행위를 처벌하는 조항으로 위 ②행위까지 처벌할 수 있게 된다면 양벌조항은 단순히 처벌조항주체를 확장시키는 정도를 넘어 전혀 다른 새로운 구성요건을 창출하는 셈이 됩니다. 죄형법정주의의 원칙상 허용되기 어렵습니다.

#### 4. 검토 및 평가

1 심 및 대법원의 판단은 타당한 것으로 보입니다. 그렇다고 처벌에 공백이 생긴다고 보기는 어렵습니다. 2 심은 피고인 D 에게 배임수재, 피고인 ㉠, ㉡, ㉢에게는 배임증재가 성립한다고 보았는데, 환송심에서도 이와 같은 결론은 뒤바뀌기 어렵습니다. 죄형법정주의의 원칙상 형사 처벌규정은 법문언의 의미를 엄격하게 해석할 수밖에 없습니다. 다만 이 법문 제정과정에서 법안 심사 중 변경이 있었던 것처럼 법규정 자체에 대한 개정논의는 가능할 것입니다.

5. 다운로드 : [대법원 2009. 5. 28. 선고 2009 도 988 판결](#)



(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 4)

**V. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009 다 51288 판결**

**: 국가계약법상 요건과 절차를 흠결한 계약의 효력 사건**

▣ 종래에는 국가계약법의 성질을 특별사법으로 보아 국가계약법을 사법의 일종으로 보는 견해가 우세하였으나, 최근에는 국가계약법의 공법적 특성을 널리 인정하고 있습니다. 이 판결도 국가계약법의 공법적 특성에 따른 강행규정성을 인정한 것으로 보입니다. 다만 국가계약법에 위반한 계약의 효력과 낙찰 및 그에 따른 계약의 효력의 차이를 달리 인정하는 기준과 이유에 대하여는 더 연구할 필요가 있다고 생각합니다.

**1. 사건의 배경과 쟁점**

가. 원고는 독일 기업과 분뇨 및 축산폐수처리시설에 사용되는 특정 공법에 관한 기술협약을 맺어서 국내 독점사용권을 취득한 법인이었습니다. 지방자치단체인 피고는 분뇨처리시설보강 등 사업을 하는 데에 위 공법을 채택하기로 하고 관계법령에 따른 설계작업이 완료된 후 원고와 위 공법을 이용한 시설공사(이하 '이 사건 공사')계약을 체결하기로 하였습니다. 그런데 공사기간을 단축하기 위하여 원고는 기계장비(이하 '이 사건 기계장비')를 미리 주문·제작하며 만약 피고의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 못하면 피고가 선발주 기계설비 대금 등 원고가 입은 손해를 배상하기로 하는 기술공동개발협약(이하 '이 사건 협약'이라고 한다)을 맺었습니다.

나. 이후 피고는 사업의 타당성 조사 기본 및 실시설계 용역을 발주하였고 해당 업체로부터 설계도서를 최종 보고받은 후 상급 지자체에 3차례에 걸쳐 사업 시설의 설치승인을 신청하였으나 모두 반려되거나 보완요구를 지시 받았습니다. 한편 원고는 신용장을 개설하는 등 이 사건 기계장비의 주문·제작을 위한 절차를 진행하여 기계장비를 부산항을 통하여 수입하였습니다.

다. 이후 피고는 원고로부터 시설공사계약의 체결을 독촉 받자 피고의 사정으로 사업이 지연되고 있으나 조속한 시일 내에 절차를 추진할 것이라고 통보하다가, 이 사건 사업과 관련하여 특혜의혹이 있다는 언론 보도가 나오고 관련 공무원들에 대한 경찰수사가 개시되자, 더 이상 사업을 추진하지 않고 원고와의 계약체결을 거부하고 있었습니다.

이 때 이 사건 협약의 유효성이 쟁점이 되었습니다.

## 2. 1심 및 2심 판결의 요지

### (1) 원고의 주장

피고의 귀책사유로 시설공사계약이 체결되지 못하였으므로, 피고는 이 사건 협약에서 약정한 바에 따라 기계대금 등 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다는 것이 원고의 주장이었습니다.

### (2) 원심 법원의 판단

이에 대하여 1심 법원은 다음과 같이 판단하였습니다.

원고와 피고는 이 사건 협약에서 원고가 공사기간 단축을 위하여 기계장비를 미리 주문·제작하며 피고 측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 아니하는 경우에는 피고가 선발주 기계설비 대금 등 원고의 손해를 배상하기로 약정한 사실, 피고는 현재 이 사건 사업을 더 이상 추진하지 않은 채 원고와의 계약체결을 거부하고 있는 사실을 인정하고, 각 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하면 피고 측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 못하게 된 것이므로 피고는 이 사건 협약에서 약정한 바에 따라 기계대금 등 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였습니다.

항소심 법원도 손해배상의 범위에 대한 판단만 달리 하였을 뿐, 기초 사실 및 피고의 손해배상책임 여부에 대하여는 1 심 법원의 판단을 그대로 인정하였습니다.

### 3. 대상판결의 요지

그러나 대법원은 원심 법원과 판단을 달리하여 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심 법원에 환송하였습니다. 대법원 판단의 요지를 옮겨 보면 다음과 같습니다.

'국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률' 제 11 조 제 1 항, 제 2 항에 의하면 지방자치단체가 계약을 체결하고자 할 때에는 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 위험부담, 지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여야 하고, 그 담당 공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다고 규정하고 있는 바, 위 각 규정의 취지에 의하면 지방자치단체가 사경제의

주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인 사이에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 효력이 없다고 할 것이다.

그런데 이 사건 협약서를 보면 이 사건 공사의 대금이나 이를 확정할 방법과 기준 등에 관한 아무런 규정이 없고, 피고 측의 사정으로 시설 공사계약이 체결되지 아니하는 경우에 피고가 배상하기로 한 기계설비 대금 등 원고의 손해액이 얼마인지 정해져 있지 않을 뿐 아니라 이를 특정할 기준이나 방법도 정해져 있지 않았기 때문에, 이 사건 협약서는 구 지방재정법이 준용하는 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에서 정한 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약으로서 효력이 없다고 보았습니다.

#### 4. 검토 및 평가

지방재정법 및 국가계약법상의 요건과 절차를 거치지 않고 체결된 지방자치단체와 사인 사이의 사법상 계약의 효력이 무효라는 대법원 판례는 종래에도 있었습니다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004 다 30811,30828 판결 등). 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결하는 데에 따라야 할 요건과 절차를 규정한 관련 법령은 계약 내용을 명확히 하고 지방자치단체가 사인과 사법상 계약을 체결함에 있어 적법한 절차에 따를 것을 담보하기 위한 것으로서 강행규정이라고 본 것입니다.

나아가, 강행규정에 위반된 계약의 성립을 부정하거나 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 위와 같은 입법취지를 몰각시키는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 그런 주장이 신의칙에 위반된다고 볼 수도 없다고 판시하였습니다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003 다 14812 판결 등).

이러한 대법원 판례가 있는데도 서울중앙지방법원과 서울고등법원이 이 사건 협약의 효력을 인정한 것은 강행규정으로 인정되는 국가계약 법령의 범위와 의미를 달리 보았기 때문입니다. 1심 법원은, "국가계약법 제 11 조, 제 12 조 등은 지방자치단체가 사인과 계약을 체결함에 있어서 그 계약내용을 명확히 하고 적법한 절차에 따를 것을 담보하기 위하여 일정한 사항을 기재한 계약서를 반드시 작성하도록 하는 데에 그 취지가 있다"고 하면서, "계약의 목적, 당사자의 의무 및 의무위반시의 손해배상책임 등을 명백히 규정한 협약서가 작성된 이상, 정식 시설공사계약에 앞서 체결된 협약의 특성 때문에 계약금액, 이행기간 등을 구체적으로 정할 수 없어 이를 기재하지 않았다고 하여 이 사건 협약이 국가계약법 제 11 조, 제 12 조에 위반되어 무효라고 볼 수는 없다"고 보았습니다. 협약을 체결할 당시 손해액을 특정하거나 그 기준을 정하기 어려웠다는 구체적 사정도 감안한 것으로 보입니다.

이에 반해 대법원은 국가계약법 중 강행규정의 성격이 인정되는 '요건'과 '절차' 규정의 범위를 원심 법원 보다 더 넓게 인정한 것으로 볼 수 있습니다. 국가계약법령에 대하여 공법으로서의 강행규정성을 폭넓게 인정하는 것은 국가계약의 적법성을 통제한다는 점에서 바람직하다고 생각합니다. 다만 대법원은 국가계약법령상의 입찰절차나 낙찰자 결정 기준에 관한 규정의 성질을 국가 내부규정에 불과하다고 보면서 계약 담당공무원이 입찰절차에서 국가계약법에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무

효가 되는 것은 아니라는 태도를 취하고 있습니다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001 다 33604 판결 등 다수). 국가계약법령에서 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있는데도 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다고 보는 것입니다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95 다 11436 판결 등).

이와 같은 판례의 태도까지 감안해 본다면 국가계약법령에 대한 대법원의 해석은 사인보다는 국가에 유리하게 풀이되는 것은 아닌지 의문이 듭니다. 국가계약법령의 강행규정성을 어느 범위에서 인정할지, 특히 특정 국가계약의 효력을 어디까지 부인할지를 정할 때에는 계약의 효력이 부인됨으로써 추구하는 공익과 침해되는 사익의 형량에 대한 고민이 더 필요하다고 생각합니다.

5. 다운로드 : [대법원 2009. 12. 24. 선고 2009 다 51288 판결 손해배상](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 5)

## VI. 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009 두 8946 판결 : 건축허가 거부처분의 위법성 판단 사건

▣ 건축허가 거부처분의 적법성에 대하여 서울고등법원과 대법원이 견해를 달리 한 사건입니다. 원심은 "건축허가신청이 시장이 수립하고 있는 도시·주거환경정비 기본계획에 배치될 가능성이 높은 경우" 건축허가신청을 반려할 중대한 공익상의 필요가 있다고 본 반면, 대법원은 이와 같은 사유만으로는 건축허가신청을 반려할 정도의 공익상 필요가 있다고 보기 어렵다고 판단하였습니다. 건축허가에서 재량행위의 일탈·남용을 판단하는 데에 구체적인 기준을 제시하였다고 볼 수 있습니다.

### 1. 사건의 배경과 쟁점

원고는 2008년 3월경 안양시 만안구청장에게 다세대 주택 및 근린생활시설을 신축하는 것을 내용으로 하는 건축허가신청을 하였으나, 구청장은 "이 사건 신청지 주변은 2020 안양 도시·주거환경 정비기본계획 수립 시 우선검토 대상지역이므로, 신청지에 건축이 된 후 향후 주변 택지에 아파트가 건립되면 일조권, 조망권 등 이행상충의 직접 피해 등이 우려되고 분재의 소지가 다분하여 신청지 주변 주택택지의 도시·환경정비 기본계획을 수립하면서 연계하여 검토하여야 할 것으로 판단된다"는 이유를 들어 원고의 신청을 반려하였습니다.

이에 대해 원고는, 건축허가권자는 건축법, 도시계획법 등 관계법규에서 정하는 어떤 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 건축허가를 하여야

하고 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없으므로, 피고가 아직 입안되지도 않은 도시계획을 언급하면서 장래에 발생할지도 모르는 막연한 피해나 분쟁가능성 등을 이유로 거부처분을 한 것은 위법하다고 주장하였습니다.

## 2. 대상판결의 요지

먼저 1 심 및 2 심 법원의 판단을 보면, 다음과 같습니다.

### (1) 1 심 및 2 심 법원의 판단

1 심은 "건축허가권자는 건축허가신청이 건축법 등 관계법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않은 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고, 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006 두 1227 판결 등)"는 기존 대법원 판례를 원용하면서, "이 사건 신청이 건축법 등 관계법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치된다고 볼 아무런 자료가 없고, 이 사건 신청지에 대한 도시·환경정비기본계획이 수립되지도 않은 상태에서 이 사건 건축허가신청을 불허할 중대한 공익상의 필요가 있었다고 보이지도 않으므로, 이 사건 신청을 거부할 수는 없다"고 판단하였습니다.

반면 고등법원은 제 1 심 판결을 취소하였는데, 이 사건의 경우에는 예외적으로 중대한 공익상의 필요가 있는 때에 해당한다고 보았습니다. 즉 ① 이 사건 신청지는 이 사건 거부처분 당시 안양시장이 수립하고 있는 '2020 안양 도시·주거환경정비 기본계획' 대상지역에 포함될 가



능성이 높았던 점, ② 이러한 상황에서 기존 건축물의 세대수를 증가시키는 이 사건 건축허가신청이 받아들여질 경우 불량주택개발로 인한 주거환경개선이라는 도시관리계획사업의 공익적 취지가 몰각되고 사업비 부담이 증가하는 등 사업시행 자체에도 중대한 지장이 초래될 가능성이 높은 점, ③ 원고가 건축허가를 받더라도 이 사건 신청지 일대에 대한 개발행위허가의 제한이 고시된 이상 구 건축법 제 12 조 제 2 항에 의하여 건축물의 착공을 제한받을 가능성이 농후할 뿐만 아니라, 원고가 신축하고자 하는 건축물이 준공되더라도 이 사건 신청지 일대가 도시·주거환경정비계획 기본계획 대상지역으로 지정되고 이를 근거로 정비사업이 진행될 경우 신축한 건축물이 철거될 가능성이 높아 불필요한 자원낭비가 초래될 가능성이 높은 점 등을 종합하면, 이 사건 거부처분은 공익과 사익의 정당한 형량에 따른 적법한 처분이라고 판단하였습니다.

## (2) 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하고 환송하였습니다.

구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제 63 조가 도시기본계획 등을 수립하고 있는 지역으로 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대하여 개발행위를 제한하고자 하는 때에는 '제한지역·제한사유·제한대상 및 제한기간을 미리 고시'하도록 규정한 취지를 고려할 때, 건축허가신청이 시장이 수립하고 있는 도시·주거환경정비 기본계획에 배치될 가능성이 높다고 하여 바로 건축허가신청을 반려할 중대한 공익상의 필요가 있다고 보기 어렵다.

## 법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

이 사건 거부처분 당시 시행되고 있던 구 국토계획법 제 63 조 제 1 항 제 3 호는 다음과 같이 규정하고 있었습니다.

"국토해양부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 도시기본계획 또는 도시관리계획을 수립하고 있는 지역으로서 당해 도시기본계획 또는 도시관리계획이 결정될 경우 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역으로서 도시관리계획상 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 1 회에 한하여 3 년 이내의 기간동안 개발행위허가를 제한할 수 있다. 다만, 제 3 호 내지 제 5 호에 해당하는 지역에 대하여는 1 회에 한하여 2 년 이내의 기간동안 개발행위허가의 제한을 연장할 수 있다."

또한, 같은 조 제 2 항은 "국토해양부장관,시·도지사,시장 또는 군수는 제 1 항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 제한지역·제한사유·제한대상행위 및 제한기간을 미리 고시하여야 한다"고 규정하고 있었습니다.

이 사건의 경우, 안양시장은 2008 년 7 월경 안양시 고시로 이 사건 신청지 등에 대하여 '2020 안양 도시·주거환경정비 기본계획'을 수립하였는데, 다음과 같은 행위 제한 규정을 두었습니다.

"검토대상지역 건축물의 건축(신·증축), 토지분할 등의 개발행위를 제한함으로써 기본계획을 수립함에 있어 장기적인 도시발전 방향을 제시하고 다수 주민들의 재산권 보호 및 불필요한 자원 낭비 예방을 위하

여 건축물의 신·증축, 토지분할 등의 행위를 고시일로부터 1 년간 제한한다."

위와 같은 고시와 위 국토계획법 제 63 조가 도시기본계획 또는 도시관리계획을 수립하고 있는 지역으로서 당해 도시기본계획 또는 도시관리계획이 결정될 경우 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역으로서 도시관리계획상 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 때에는 제한지역·제한사유·제한대상행위 및 제한기간을 미리 고시하도록 규정한 취지를 고려할 때, 이 사건 거부처분 당시 이 사건 건축허가신청 내용이 안양시장이 수립하고 있는 '2020 안양 도시·주거환경 정비기본계획'에 배치될 가능성이 높다고 하여 맞바로 이 사건 건축허가신청을 반려할 중대한 공익상의 필요가 있었다고 보기 어렵다고 본 것입니다.

### 3. 검토 및 평가

건축법상 건축허가를 기속행위로 보는 종래 대법원의 일관된 견해는 건축허가 속에 여타의 처분들이 의제되지 않는 시점에 유지될 수 있는 입장입니다. 건축법상의 건축허가가 위험방지의 건축허가 요건만을 심사하던 시절에는 그 요건이 충족되는 한, 행정청이 반드시 허가를 발급해야 한다고 말하는 것이 원칙적으로 타당합니다.

그러나 건축허가 속에 무수히 많은 재량행위가 의제되고 있는 오늘날 현행법 체계에서는 더 이상 건축허가를 기속행위로 단정 짓는 것은 무리입니다. 대법원도 공익상 필요에 의해 건축허가를 하지 않을 수 있다는 점을 인정하고 있습니다.

다만 '공익상 필요'의 범위를 어디까지 확장할 것인지는 구체적 사실관계에서 다툼이 될 수 있는데, 이 사건에서 대법원은 국토계획법에서 근거한 고시의 내용에서 행위제한의 시점을 도출했다는 데에 의미가 있습니다.

행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 당시의 법령과 사실상태를 기준으로 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않습니다. 그렇기 때문에 이 사건 처분 이후 위 신청지에 대한 도시·주거환경 정비기본계획 수립을 위한 용역계약이 체결되었고, 위 신청지 일대가 개발행위 허가제한구역으로 지정되었다고 하여 이 사건 처분이 적법하게 되는 것도 아니라는 점까지 감안한 것으로 볼 수 있습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2009. 9. 24. 선고 2009 두 8946 건축허가거부처분 취소](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 6)

**VII. 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009 다 53437 판결**  
**: 채권자취소권의 대상이 되는 사해신탁 판단기준 사건**

시공사, 시행사, 대주단, 신탁회사가 사업약정을 맺고 추진되는 개발 사업에서 사업의 기반이 되는 시행사의 토지가 임의로 매도되는 것을 막기 위하여 통상 사업부지 및 신축부동산은 신탁회사에 수탁이 됩니다. 이와 같이 시행사가 위탁자로서 신탁회사에 수탁하는 일련의 신탁 계약이 시행사의 채권자에 대한 사해행위가 아닌지 자주 문제되고 있습니다. 이 사건은 사해신탁을 판단하는 일응의 기준을 제시하였다는 데에 의미가 있습니다.

**1. 사건의 배경과 쟁점**

(1) 기초 사실은 다음과 같습니다.

① A 회사는 2003 년경 8 층 규모의 상가(이하 '이 사건 상가') 신축분양사업을 시행하였는데, 2004. 8. 13. 화성시장으로부터 이 사건 상가의 사용승인을 받았습니다.

② A 회사는 2004. 9. 10. 이 사건 상가에 대한 소유권보존등기를 경료하면서, 화성시장에게 등록세·취득세·농어촌특별세를 자진 신고한 후, 납부기한을 2004. 9. 12.까지로 하는 납부고지서를 받았습니다.

③ 그런데 A 회사는 2004. 9. 10. 소유권보존등기를 경료할 때 등기에 필요한 등록세만을 납부한 후, 취득세 및 농어촌특별세를 납부하지 않았습니다.

④ 한편 A 회사는 이와 같이 2003. 3.경부터 이 사건 상가의 신축분양 사업을 시행하면서, 대출기관으로부터 90 억 원을 한도로 대출을 받기로 하였고, 같은 무렵 대출기관 및 시공사와 다음과 같은 내용의 사업약정을 체결하였습니다.

- ▷ 시공사는 A 회사의 대출기관에 대한 대출금 채무를 연대보증한다.
- ▷ A 회사는 이 사건 토지에 관해 대출기관 앞으로 근저당권을 설정해 주고, 그 후 이 사건 토지의 관리를 위해 '토지'를 부동산신탁 회사에게 신탁한다.
- ▷ 이 사건 상가의 사용승인 후에 A 회사의 대출기관에 대한 채무가 남아 있을 경우, A 회사는 이 사건 상가의 미분양 부분을 대출기관이 지정한 부동산신탁 회사에게 담보 또는 처분 신탁한다.

이에 따라 A 회사는 2003. 3. 27. 신탁회사와 수익자를 A 회사로 하여 이 사건 토지의 관리 등을 위한 신탁계약(이하 '이 사건 제 1 차 신탁계약'이라고 한다)을 체결하고, 2003. 3. 31. 이 사건 토지에 관해 신탁회사 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료해 주었습니다.

⑤ A 회사는 2004. 9. 10. 신탁회사와 사이에서 '이 사건 상가'에 관하여 아래와 같은 신탁계약(담보신탁 내지 처분신탁, 이하 '이 사건 2 차 신탁계약') 계약을 체결하고, 같은 날 신탁회사에게 이 사건 상가에 대하여 위 계약을 원인으로 한 신탁등기를 경료하였습니다.

제 1 조(신탁목적) 이 신탁은 신탁부동산의 소유권 관리와 A 회사가 부담하는 채무 내지 책임의 이행을 보장하기 위하여 신탁회사가 신탁부동산을 보전·관리하고 채무 불이행시 환가·정산하는데 그 목적이 있다.

제 2 조(신탁기간) ① 신탁기간은 2004. 9. 10.부터 2007. 9. 30.까지로 한다.

② 제 1 항의 신탁기간 종료 전에 우선수익자의 요청 등에 의하여 신탁부동산을 처분한 경우에는 매수인에게 소유권이전 등기를 마친 때에 이 신탁계약이 종료되는 것으로 본다.

제 3 조(수익자) 제 1 순위 농업협동조합중앙회(대출기관) 수익권금액 : 7,800,000,000 원, 제 2 순위 주식회사 풍산종합건설(시공사) 수익권금액 : 3,542,550,000 원, 제 3 순위 농업협동조합중앙회(대출기관) 수익권금액 : 5,000,000,000 원

제 21 조(처분대금 등 정산) ① 수탁자가 신탁부동산을 환가하여 정산하는 경우의 순위는 다음 각호에 의한다.

1. 신탁계약 및 처분절차와 관련하여 발생된 비용과 신탁보수
2. 제 3 호에 우선하는 임대차보증금
3. 신탁계약 체결전 설정된 저당권자 등의 채무(채권최고 한도내)
4. 신탁회사회사가 인정한 임대차계약 체결된 임차인의 임차보증금
5. 신탁회사회사가 발행한 수익권증서상의 우선수익자의 채권(증서금액 한도내)
6. 제 1 호 내지 제 5 호의 채무를 변제한 후 잔여액이 있을 경우 A 회사에게 지급

⑥ A 회사가 이 사건 2 차 신탁계약을 체결할 당시 소극재산이 적극재산보다 많아서 채무초과상태에 있었으며, A 회사는 2007. 3. 31.경 이 사

건 조세채권을 비롯한 각종 체납세금 등을 납부하지 않은 채 폐업하였습니다.

## (2) 사건의 쟁점

당사자의 주장을 통해 드러나는 사건의 쟁점은 다음과 같습니다.

### ① 원고(화성시)의 주장

A 회사는 신탁법상 신탁 전에 발생한 권리로는 신탁재산에 대하여 압류나 교부청구 등이 불가능하다는 점을 악용하여 조세채권을 회피할 목적으로 신탁회사와 통모하여 2 차 신탁계약을 체결하고 같은 날 신탁등기를 경료한 것이므로, 이는 사해신탁으로서 취소되어야 한다고 주장하였습니다.

### ② 피고(신탁회사)의 주장

A 회사는 조세채권이 발생하기 이전인 2003. 3. 27.경 신탁회사와 사이에 상가를 신축하기 위한 자금확보를 위해 신축건물에 대한 보존등기 시 A 회사에 대한 대출원리금 및 공사대금미지급금이 잔존하는 경우 보존등기와 동시에 담보신탁을 경료하기로 한 약정한 사실이 있고, 이에 따른 채무이행의 일환으로 2004. 9. 10. 신탁회사와 2 차 신탁계약을 체결하고 상가에 대한 신탁등기를 경료한 것이므로 사해신탁이 아니라고 주장하였습니다.

## 2. 대상판결의 요지



대상판결의 요지를 보기에 앞서 1심 및 2심 법원의 판단을 먼저 살펴볼 필요가 있습니다.

(1) 1심 법원의 판단

1심 법원은, A 회사가 2003. 3. 27. 대출기관과 시공사 사이에 '상가부지'에 대하여 신탁회사에게 신탁등기를 경료하면서, 향후 이 사건 상가에 대한 보존등기경료시 대출원리금 및 공사대금 미지급금이 잔존하는 경우 상가보존등기와 동시에 담보신탁(또는 처분신탁)을 경료하기로 약정하였던 사실, 이 사건 상가에 대한 보존등기를 경료할 당시 대출원리금 및 공사대금 미지급금이 잔존하던 사실을 인정하였습니다.

그러나 ① 조세채권은 상가에 대한 소유권을 취득하면 지방세법에 의하여 당연히 발생하는 법정채권으로서, A 회사가 2003. 3. 27.경 이 사건 상가신축사업을 시행할 때부터 채권발생이 이미 예견되어 있었던 점, ② 지방세법 제 30 조 제 1 항 제 1 호는 '납세의무자가 과세표준과 세액을 지방자치단체에 신고납부하는 지방세에 있어서는 이를 신고하는 때 그 세액이 확정된다'고 규정하고 있는바, 조세채권의 법정기일은 A 회사가 상가에 대한 과세표준과 세액을 신고한 2004. 9. 10.이 되어, 그 뒤에 추가로 담보권을 취득한 채권자들보다 우선적으로 채권을 징수할 수 있었던 점, ③ 그럼에도 A 회사와 신탁회사는 2004. 9. 10. 신탁계약을 체결하면서 우선 징수권이 있는 조세채권의 변제 및 정산방법에 대하여는 아무런 조항을 두지 아니하였고, A 회사는 같은 날 발생한 등록세만을 납부한 채 신탁회사에게 신탁등기를 경료함으로써 원고에 의한 압류 및 조세징수절차를 원천적으로 봉쇄한 점, ④ 신탁계약에 의하면, 조세채권은 법정기일과 상관없이 신탁회사의 신탁비용채권, 상가에 대하여 추가 담보를 확보하게 되는 수익증권상의 우선수익채권보다 항상 후순위가 되는데, 이는 채권상호간의 우열관계를 당사자의 합의에 의

하여 마음대로 변경하는 결과를 초래하여, 사실상 조세채권 우선의 원칙을 규정한 지방세법 제 31 조 제 2 항 제 3 호 가목 규정 등을 잠탈하게 되는 점, ⑤ A 회사는 이 사건 조세채권을 비롯한 각종 조세채권을 납부하지 않은 채 신탁계약이 종료되기 이전에 폐업신고를 함으로써 조세납부능력을 완전히 상실하였던 점 등의 사정을 근거로 A 회사는 채무초과 상태에서 우선 징수권이 있는 조세채권자를 해할 의사로 상가에 대한 이 사건 2 차 신탁계약을 체결하였다고 넉넉히 추인할 수 있다고 보았습니다.

따라서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 2 차 신탁계약은 취소되어야 하고, 원상회복으로서 신탁회사는 A 회사에 대하여 각 상가 부동산의 소유권이전등기 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였습니다.

## (2) 2 심 법원의 판단

A 회사는 2003. 3.경부터 이 사건 상가의 신축·분양 사업을 시행하면서 그 무렵 대출채권자 및 시공사와 사업약정을 체결하여, 이 사건 상가의 사용승인 후에 A 회사의 대출채무가 남아 있을 경우 이 사건 상가를 농협이 지정한 부동산신탁 회사에게 신탁하기로 하였고, A 회사가 2003. 3. 27. 신탁회사와 사이에 이 사건 제 1 차 신탁계약을 체결하고 이에 따라 상가의 부지인 토지를 신탁회사에게 신탁하였고, 이후 2004. 5. 17. 신탁회사와 추가 약정을 체결하여, 이 사건 상가의 소유권보존등기시까지 A 회사의 대출기관에 대한 채무가 남아 있을 경우 상가를 신탁회사에게 신탁하기로 하였으며, 이러한 추가 약정에 따라 A 회사가 2004. 9. 10. 신탁회사와 사이에 이 사건 상가를 신탁회사에게 신탁하기로 하는 제 2 차 신탁계약을 체결하고, 그에 따른 신탁등기를 신탁회사 앞으로 경로해 준 사실을 인정하였습니다.

그렇다면, A 회사와 신탁회사 사이에 2004. 9. 10. 체결된 제 2 차 신탁계약은, 그로부터 약 1 년 6 개월 전인 2003. 3.경 A 회사와 농협 사이에 체결된 사업약정, 2003. 3. 27. 위 사업약정에 따라 A 회사와 신탁회사 사이에 체결된 이 사건 제 1 차 신탁계약, 2004. 5. 17. 역시 위 사업약정에 따라 A 회사와 신탁회사 사이에 체결된 추가 약정을 거치는 일련의 과정에 연속하여 체결된 계약으로서, 2004. 8. 13. 사용승인을 받은 상가를 A 회사가 취득하여 취득세 등의 납세의무가 성립하기 이전에 체결된 법률행위를 이행한 것일 뿐이라고 보았습니다.

이와 같은 맥락에서, 2 차 신탁계약은 납세의무가 성립하기 이전에 체결된 법률행위의 이행이라고 보았기 때문에 사해행위가 될 수 없다고 판단하여(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000 다 43352 판결 참조), 원고의 청구를 기각하였습니다.

### (3) 대법원의 판단

대법원은 2 심 판결을 파기하여 환송하였는데, 그 이유는 다음과 같습니다.

우선 원심이 인정한 사실관계에 의하면, A 회사가 상가에 대하여 사용승인을 받은 2004. 8. 13. 당시 취득세 및 농어촌특별세 채권은 채권자 취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 보았습니다.

또한 ① A 회사는 2003. 3.경부터 이 사건 상가의 신축·분양 사업을 시행하면서, 대출기관으로부터 90 억 원을 한도로 대출을 받기로 하였고, 같은 무렵 대출기관 및 시공사와 사업약정서를 체결하였는데 사업약정서 제 17 조 제 2 항에서, 'A 회사는 건물 보존등기시 대출원리금 및

공사대금 미지급금이 잔존하는 경우 보존등기함과 동시에 담보신탁(또는 처분신탁)을 경료키로 한다'고 약정한 사실, ② A 회사는 2003. 3. 27. 신탁회사와 이 사건 상가부지가 될 토지에 대하여 부동산관리신탁계약(제 1 차 신탁계약)을 체결하고 2003. 3. 31. 위 토지에 관해 '2003. 3. 27. 신탁'을 원인으로 신탁회사 앞으로 신탁등기를 마친 사실, ③ A 회사는 2004. 5. 17. 신탁회사와 제 1 차 신탁계약을 변경하여, '이 사건 상가 신축건물의 보존등기시까지 A 회사의 농협에 대한 채무가 완제되지 않았을 경우, 보존등기와 동시에 미분양물건에 대한 담보신탁계약을 체결하기로 한다'는 약정을 한 사실, ④ A 회사는 상가에 대하여 2004. 8. 13. 사용승인을 받은 다음 2004. 9. 10. 신탁회사와 사이에 상가 신축건물 61 개 점포 전부에 대하여 부동산담보신탁계약(제 2 차 신탁계약)을 체결하고, 같은 날 61 개 점포 전부에 대하여 '2004. 9. 10. 신탁'을 원인으로 피고 앞으로 신탁등기를 마친 사실을 인정하였습니다.

대법원은 위와 같은 사실관계를 전제로 다음과 같이 판단하였습니다. 2003. 3.경 체결한 사업약정서는 A 회사와 대출기관, 시공사 사이에 체결된 것으로서 신탁회사는 당사자가 아니고, 제 1 차 신탁계약은 이 사건 상가부지가 될 토지에 대한 부동산관리신탁에 지나지 않으며, 2004. 5. 17.자 변경약정과 위 사업약정서 제 17 조 제 2 항은 '이 사건 상가 신축건물의 보존등기시까지 A 회사의 대출기관에 대한 채무가 완제되지 않았을 경우'라는 조건부로 담보신탁계약을 체결할 의무를 부과하는 약정에 불과하여 향후 체결할 담보신탁계약의 신탁재산, 신탁기간, 수익자 등 구체적인 내용에 관하여 전혀 정함이 없으므로, 이 사건 제 2 차 신탁계약과 종전의 일련의 위와 같은 약정은 동일한 법률행위라고 볼 수 없다고 판단하였습니다.

채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있는 요건을 갖추었는지를 비롯하여 사해의사 등 사해행위에 대한 판단은 종전의 일련의 약정과는 별도

로 이 사건 상가에 대한 신탁등기의 원인이 된 법률행위인 제 2 차 신탁계약 당시를 기준으로 판단하여야 본 것입니다.

이와 같은 논리에서, 원심이 제 2 차 신탁계약은 종전 약정과 일련의 과정에 연속하여 체결된 계약으로서 취득세 등의 납세의무가 성립하기 이전에 체결된 법률행위의 이행이라고 보아 사해행위로서 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 판단한 데에는, 채권자취소권의 대상에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판시하였습니다.

### 3. 검토 및 평가

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있습니다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000 다 37821 판결 등 참조). 따라서 취득세 및 농어촌특별세 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 본 데에는 아무런 문제가 없습니다.

다만 당사자들이 일련의 약정과 그 이행으로 최종적인 법률행위를 한 경우, 일련의 약정과 최종적인 법률행위를 동일한 법률행위로 평가할 수 없다면, 일련의 약정은 별도로 최종적인 법률행위에 대하여 사해행위의 성립 여부를 판단하여야 하는데, 2 차 신탁계약을 그 전 약정들과 동일한 법률행위로 평가할 수 있는지가 문제된 것입니다.

이와 같은 판단은 당사자가 같은지, 일련의 약정에서 최종적인 법률행위의 내용이 특정되어 있거나 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있는지, 조건 없이 최종적인 법률행위가 예정되어 있는지 등을 종합하여 가늠하게 되는데, 2심 법원과 대법원이 그 판단을 달리한 것입니다. 대법원은 ① 종전 계약과 2차 신탁계약은 계약 당사자가 다른 점, ② 일련의 약정에서 2차 신탁계약의 내용을 특정하지는 않은 점, ③ 2차 신탁계약은 조건부로 체결하기로 되어 있는 점을 참작하여 2차 신탁계약은 앞선 법률행위와는 구분되는 것으로 보았습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2009. 11. 12. 선고 2009 다 53437 사해신탁취소](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 7)

**Ⅷ. 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다36081 판결 : 관급공사계약 연대보증인의 책임범위 사건**

통상 공사도급계약을 체결할 때에 수급인의 의무를 보증하기 위해 도급인은 연대보증인과 보증계약도 함께 체결하는 일이 흔합니다. 더구나 국가가 발주하는 관급공사에서는 연대보증계약 체결이 강제되고 있습니다.

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법')」 시행령 제 52 조에 의하면, "중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약을 체결하고자 하는 경우 계약상대자로 하여금 당해 계약상의 의무이행을 보증하는 1인 이상의 연대보증인을 세우도록 하여야" 합니다.

이때 보증책임의 범위가 어디까지인지 다툼이 되는데, 대상판결은 국가계약법이 적용되는 보증인의 책임범위를 명시적으로 판단하였다는 데에 의미가 있습니다.

**1. 사건의 배경과 쟁점**

연대보증인의 보증책임 범위는 공사목적물의 완성 및 하자보수의무에 미치는데, 이런 시공의무 외에 나아가 선급금 반환채무나 계약보증금 지급채무 등 금전지급의무에까지 미치는지가 쟁점입니다.

이에 대해, 연대보증인의 의사는 도급계약상 피보증인의 모든 채무를 보증한다는 취지이고 손해배상의무와 시공의무를 구분할 근거가 없으므로 보증계약에서 계약보증금 지급채무 등 금전배상의무를 배제한다는 특약이 없는 한 모든 채무에 미친다고 보아야 한다는 견해가 있습니다.

대법원은 "민간공사" 도급계약 연대보증인의 보증책임에 대하여 "각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증경위 등을 참작하여 개별적으로 구체적인 사안에 따라 법률행위의 해석에 의하여 판단되어야 하지만, 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 금전채무보증과 시공보증을 포함한다고 보아야 한다"고 판시(대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 55134 판결)하여 위와 같은 견해를 지지한 바 있습니다.

반면, 보증계약상 연대보증의 규정과 선급금 책임, 계약이행보증금 책임의 취지에 비추어 볼 때 공사도급계약 연대보증인의 보증책임 범위는 수급인의 공사시행에 관한 의무보증에 한정되고 수급인의 선급금 반환채무나 계약이행보증금의 지급채무는 부담하지 않는다고 보는 견해도 유력합니다. 대상 판결도 관급공사의 경우에는 이와 같은 해석이 타당하다고 동의하고 있습니다.

## 2. 대상판결의 요지

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제 52 조에 의하면, 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약을 체결하고자 하는 경우 계약상대자로 하여금 당해 계약상의 의무이행을 보증하는 1인 이상의 연대보증인을 세워야 하는데, 이와 같은 관청 공사도급계약의 연대보증인의 보증책임은 특별한 사정이 없는 한 시공보증에 한정되고, 지체



상금에 관한 약정은 수급인이 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서, 지체상금 지급채무의 보증은 공사목적물의 완성이나 하자보수를 내용으로 하는 시공보증의 범주에 속하지 않으므로, 관청 공사도급계약의 연대보증인의 보증책임은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 지체상금 지급채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2009. 8. 20. 2009 다 36081 판결).

연대보증인의 책임 범위에서 지체상금 지급채무는 제외된다고 명확하게 판시한 것입니다.

### 3. 검토 및 평가

이와 같은 대법원의 태도가 새로운 것은 아닙니다. 종래 "지방자치단체와 건설업체 사이의 공사도급계약에 관하여 수급인과 연대하여 도급계약상의 의무를 이행하기로 한 연대보증인의 보증책임의 범위에 수급인의 선급금 반환채무는 포함되지 않는다"고 본 사례(대법원 1999. 10. 8. 선고 99 다 20773 판결)가 있었고, 민간공사도급계약의 연대보증책임 범위를 실시하면서, "관청공사 도급계약의 연대보증인의 보증책임은 특별한 사정이 없는 한 시공보증에 한정된다"고 판단한 사례(대법원 2005. 3. 25. 선고 2003 다 55134 판결)가 있었습니다.

기획재정부 회계예규인 관급공사 표준도급계약서 및 정부계약 유권해석상 연대보증인의 책임 범위에서 금전책임 부분은 제외하는 것으로 지침을 정하고 있으므로, 이에 부합하는 대법원의 해석은 타당한 것으로 보입니다.

관급공사의 경우에는 대상판결의 태도에 따라 연대보증인의 책임 범위가 비교적 분명하게 정하여집니다. 이와 같은 판례에 따를 때, 분쟁의 여지는 많지 않습니다.

다만 민간계약에서는 통상 계약 문언이 "도급계약상 수급인의 채무를 연대보증한다."고 확정적으로 되어 있는 이상, 보증인의 책임 범위에서 금전채무를 제외하기는 어렵습니다. 물론 각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증의 경위 등을 참작하여 계약해석을 하여 개별적 사정에 따라 구체적 범위를 정하여야 할 것입니다.

4. 다운로드 : [대법원 2009. 8. 20. 2009 다 36081 공사대금](#)

(2009년 건설부동산 분야 주요판례 분석 8)

**IX. 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009 다 26145 판결**

**: 집합건물법상 대지사용권을 취득한 선의의 제 3 자 범위 사건**

▣ '집합건물 전유부분과 대지사용권의 일체성'을 규율하는 제 20 조에 대하여는 지금까지 적지 않은 대법원 판결이 있었습니다. 다만 종래 판례는 대지사용권 분리 처분의 허용여부에 논점이 국한되었던 데에 반해, 대상 판결은 분리 처분된 물권을 취득한 제 3 자가 보호받을 수 있는 '선의'의 의미에 대하여 구체적으로 판시했다는 데에 의미가 있습니다.

**1. 사건의 배경과 쟁점**

이 사건에서 쟁점이 된 집합건물법의 대상 조문을 옮겨보면 다음과 같습니다.

**제 20 조(전유부분과 대지사용권의 일체성)**

- ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.
- ② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제 2 항 본문의 분리처분금지는 그 취지를登記하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제 3 자에 대하여 대항하지 못한다.

제 1 항은 대지사용권의 전유부분에 대한 종속성의 원칙을 명시한 것입니다. 대지사용권은 전유부분에 종속하여서 법률적 운명을 같이 하는 것이 원칙입니다. 그런데 집합건물의 공용부분에 대한 '공유부분'이 전유부분의 처분에 종속하는 법리가 공용부분의 성질상 당연한 결과임에 반하여 이와 같이 '대지사용권'이 전유부분의 처분에 종속하도록 하는 것은 다소 정책적인 이유 때문입니다. 전유부분과 대지사용권의 괴리현상을 막아 그에 따른 폐해를 최소화하고, 등기부의 복잡성·방대성을 완화하여 등기절차의 합리화를 꾀하고자 하는 이유입니다.

따라서 위와 같은 필요가 크지 않으면 일체성의 원칙이 완화될 수 있습니다. 예컨대, 소규모 연립주택과 같이 구분소유자의 수가 많지 않아 토지등기부가 복잡·방대하지 않거나 단기간 내에 건물이 철거되어 다른 용도로 사용될 것이 예정된 경우에는 위 원칙을 강요할 필요가 없습니다. 대규모 아파트 단지 등의 사례에서도 건물이 없는 공지에 별도의 구분소유건물을 신축하거나 기존의 건물에 증축을 하는 때에는 신축 또는 증축되는 전유부분의 소유자에게 대지사용권을 부여하기 위해 기존 전유부분의 소유자가 갖는 대지사용권의 일부를 분리하여 양도할 수 있도록 하는 수밖에 없습니다. 이런 까닭으로 집합건물법은 전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙을 채택하면서도 제 2 항 단서에서 예외를 두고 있습니다.

한편, 분리처분금지 규정에 위반하여 행한 처분은 무효이지만 획일적으로 적용하게 되면 선의의 제 3 자에게 예기치 못한 손해를 입히게 될 수 있습니다. 즉 어느 건물이 구분소유권의 목적으로 되어 있는 건물인가 아닌가는 구분건물로서의 등기가 행하여지기 전까지는 제 3 자에게 명백하지 않은 경우가 많을 것입니다. 설령 제 3 자가 구분건물이라는 사실은 인식하였더라도 유효한 분리처분가능규약이 설정되었다고 믿고 거래한 경우도 있을 수 있습니다. 집합건물법은 이런 경우 선의

의 제 3 자를 보호하기 위하여 분리처분금지는 그 취지를登記하지 않으면 선의로 물권을 취득한 제 3 자에 대하여 대항하지 못하도록 하고 있습니다. 대상판결은 이 때 선의의 의미에 대하여 구체적으로 판시하고 있는 것입니다.

## 2. 대상판결의 요지

### (1) 원심의 판단

이 사건 사실관계는 이러합니다. 원고는 집합건물의 전유부분을 경매절차에서 취득하였는데, 전유부분 소유권을 얻음으로써 대지사용권까지 함께 취득한 것으로 볼 수 있다고 주장하면서, 토지지분만을 경매절차에서 따로 취득했던 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구한 것입니다.

이에 원심은, 집합건물법 제 20 조 제 3 항 소정의 '선의'는 '분리처분금지 제약의 존재를 알지 못하는 것'을 의미한다고 전제한 다음, 피고가 이 사건 토지 지분을 취득할 당시 등기부상 분리처분금지의 취지가 기재된 바 없고 법원의 경매절차에 참가한 피고로서는 이 사건 토지 지분을 적법한 경매목적물로 인식하였을 것이라는 사정을 보면 피고는 분리 처분금지의 제약을 알지 못한 채 이 사건 토지 지분을 취득한 선의의 제 3 자로 인정된다고 판시하였습니다.

따라서 원고가 집합건물의 전유부분을 경매절차에서 취득함으로써 대지사용권까지 취득한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 선의의 제 3 자인 피고에게는 대항할 수 없다고 보아서, 결국 이 사건 토지 지분에 관한 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 원고의 청구를 배척하였습니다.

(2) 대법원의 판단

그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기하고 원심법원에 환송하였습니다.

대지사용권은 구분소유자가 전유부분 소유를 하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서(집합건물법 제 2 조 제 6 호) 그 성립을 위해서는 집합건물의 존재와 구분소유자가 전유부분 소유를 위하여 당해 대지를 사용할 수 있는 권리를 보유하는 것 이외에는 다른 특별한 요건이 필요치 않은 사정을 고려하면, 집합건물법 제 20 조 제 3 항 소정의 '선의'의 제 3 자라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제 3 자를 의미한다 할 것이다.

이와 같이 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득하여야만 선의의 제 3 자로 인정된다면, 이 사건 피고는 보호받을 수 있는 제 3 자가 될 수 없게 됩니다. 이 사안에서처럼 피고가 경매절차 진행 당시 등기부등본, 경매물건 명세서, 현황조사보고서, 평가서 등을 통하여 대상 토지가 집합건물의 대지로 사용되고 있다는 사정을 알았다면, 피고는 원고가 대항할 수 없는 '선의'의 제 3 자가 아닌 것입니다.

**3. 검토 및 평가**

집합건물법의 규정내용과 입법 취지 등을 종합하여 볼 때, 경매절차에서 전유부분을 낙찰받은 사람은 대지사용권까지 취득하는 것이고(대법

원 2008. 9. 11. 선고 2007 다 45777 판결 등 참조), 규약이나 공정증서로써 다르게 정하였다는 특별한 사정이 없는 한 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수는 없으며, 이를 위반한 대지사용권의 처분은 법원의 강제경매절차에 의한 것이라 하더라도 무효라고 보게 됩니다 (대법원 2006. 3. 10. 선고 2004 다 742 판결 등 참조).

아울러 대지사용권이 성립되기 위해 '집합건물의 존재'와 '구분소유자가 전유부분 소유를 위하여 당해 대지를 사용할 수 있는 권리를 보유하는 것' 이외에 다른 특별한 요건이 필요치 않은 사정까지 고려하면 대상판결과 같이 선의의 의미를 다소 엄격하게 해석하는 것이 타당하다고 봅니다.

4. 다운로드 : [대법원 2009. 6. 23. 선고 2009 다 26145 판결 소유권이전  
등기말소](#)



지평지성  
JISUNG HORIZON

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

## 법무법인 지평지성

### 주사무소

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩 7, 11층 Tel : (02)6050-1600 Fax : (02)6050-1700

### 강북분사무소

(100-161) 서울 중구 봉래동 1가 25 HSBC빌딩 15층 Tel : (02)6230-7400 Fax : (02)6230-7599

### 상해 사무소

Room 2310, Shanghai Maxdo Center, No.8 Xing Yi Road, Shanghai China Tel : 86-21-5208-2800 Fax : 86-21-5208-2807

### 호치민 사무소

#2205 Saigon Trade center 37 Ton Duc Thang St., Dist. 1, Ho Chi Minh City Vietnam Tel : 84-8-3910-7510 Fax : 84-8-3910-7511

### 하노이 사무소

Suite 1003, 10th Fl., Daeha Business Center, 360 Kim Ma St., Ba Dinh Dist., Hanoi, Vietnam Tel : 844-6266-1901 Fax : 844-6266-1903

### 캄보디아사무소

SK-Shinah Office, 2F No.797, Monivong Blvd. & St. 484, Phsar Doeum Thkov, Khan Chamkarmon, Phnom Penh, Cambodia Tel : 855-23-726-897 Fax : 855-23-726-457

### 라오스사무소

LLC Bldg, Nongbone Road, Ban Nongbone Saysetha District, P.O.BOX 925 Vientiane, Lao PDR Tel : 070-8275-4940 Fax : 856-21-264-344