

01 기획특집

- 부동산 개발사업의 위기와 법적 쟁점 (임성택 변호사)

08 건설부동산 칼럼

- 부동산 개발사업의 사업부지에 대한 보전처분 해소방안 (송한사 변호사)

14 최신법령소개

- 「건축사법」 일부개정 (법률 제10392호 시행일 2011. 1. 24.)
- 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률 시행령」 일부개정 (대통령령 제22329호 시행일 2010. 8. 11.)
- 「부동산투자회사법 시행령」 일부개정 (대통령령 제22280호 시행일 2010. 7. 15.)
- 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 일부개정 (대통령령 제22264호 시행일 2010. 7. 9.)
- 「주택법 시행령」 일부개정 (대통령령 제22254호 시행일 2010. 7. 6.)

21 화제의 뉴스

- 3조 '프라이머리CBO' 발행, 건설사 자금난 숨통트이나
- 은행권 PF 총당금 적립요건 강화
- 세대주 아닌 가족이 주택 소유... 법원 "임대주택 분양자격 없어"
- 부동산펀드 투자 깎깐해진다
- "미분양에 투자하자" 미분양 펀드 출시 붐물

25 최신판례소개

- 부당이득금반환 (대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결)
- 채무부존재확인 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2006다84126 판결)
- 부당이득금반환 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결)
- 건축주명의변경절차이행 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다67276 판결 판결)
- 과징금부과처분취소 (대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031 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.

(기획특집)

부동산 개발사업의 위기와 법적 쟁점



임성택 변호사

■ 휘청이는 부동산 개발사업

부동산 불패신화가 흔들리고 아파트 값이 떨어지더니, 크고 작은 부동산 개발사업이 좌초하고 있다. 용산 국제업무지구 개발사업이 중단될 위기라는 보도에 이어 양재동 화물터미널 개발사업, 판교 알파돔시티 개발사업 등이 언론에 오르내리고 있다. 급기야 택지공급, 도시개발을 담당하는 LH 공사도 여러 지구의 개발사업을 접어야 하는 상황이다.

이러한 위기는 글로벌 금융위기, 실물경기와 부동산 시장의 침체 등에서 원인을 찾을 수 있다. 개인적으로는 프로젝트 파이낸싱(Project Financing, PF)을 통한 부동산 개발사업의 구조적 원인도 무시할 수 없다고 본다. 본래 프로젝트 파이낸싱은 프로젝트의 자체의 수익성을 면밀히 검토해서 대출을 해주는 것이다. 그런데 한국의 프로젝트 파이낸싱은 사실상 담보대출과 다름없이 운영되어 왔다. 부동산에 대한 담보신탁은 기본이고, 시공사의 연대보증과 채무인수, 나아가 책임준공이라는 독특한 장치들을 통해 사실상 시공사의 담보로 대출이 이루어진 것이다. 그렇다 보니 프로젝트의 수익성에 대한 면밀한 평가와 검토가 이루어지지

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

못했고, 결과적으로 부실한 부동산 개발사업이 남발되게 되었다. 수익성 없는 개발사업에 대한 묻지마 투자가 이어졌으며, 시장의 공급과잉을 가져왔다. 불모로 잡힌 건설회사는 그로기 상태가 되었고, 건설회사가 흔들리다 보니 확실한 담보가 있다고 믿었던 금융기관도 휘청거리게 되었다. 한편 프로젝트 개발이나 건설사업 관리에 관한 전문성이 없는 영세한 시행사들도 이러한 위기에 한몫을 했다.

■ 부동산 개발사업의 다양한 관계자

부동산 개발사업에 관계하는 당사자는 매우 많다. 개발사업의 주체인 '시행사', 공사를 수행하는 '시공사', 파이낸싱을 맡는 '대주', 부동산 신탁을 담당하는 '신탁회사', 개발사업의 결과물을 분양받는 '수분양자'가 기본적인 당사자이다. 시행방식이 복잡해지면서 SPC(특수목적회사)나 PFV(Project Financing Vehicle)가 시행주체로 되는 경우도 많다. 대출도 토지비와 같은 초기자금을 빌려주는 브릿지 대출(Bridge Loan)과 공사비 조달까지 아우르는 본 PF 로 나뉘고, 대출채권을 유동화함에 따라(PF ABS, PF ABCP) 법률관계도 복잡해졌다. 펀드(간접투자기구)가 개발사업에 대출을 하게 되면서 펀드에 투자한 '투자자'와 펀드운동을 맡는 '집합투자업자(자산운용회사)', '신탁업자(수탁회사)' 등도 개입한다. 여기에 시행사의 투자자, 채권자들이 있고, 공사를 위한 하수급업체, 분양보증을 위한 대한주택보증 등도 참여한다. 이들 사이의 복잡한 이해관계를 조정하기 위해서 정말로 복잡한 법률 기술이 동원된다. 이하에서는 부동산 개발사업이 위기에 처했을 때 이해관계자들에 따라 어떤 법적 문제가 생기는지 살펴본다.

■ 시행사

시행사의 잘못으로 사업이 중단되는 경우가 많다. 토지소유권을 확보하지 못하거나, 인허가를 받지 못하는 경우, 자금압박으로 부도가 나는 경우 등이다. 이 때 시행사는 대주로부터 기한의 이익을 상실당한다(이른바 EOD 선언). 그 후 대주단

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

및 시공사는 시행권을 인수하는 절차에 착수하여 사업부지를 공매한다. 나아가 시행사의 주식에 설정된 질권 등을 실행하여 시행사 자체를 인수하기도 한다. 경우에 따라서는 채권자들이 시행사에 대한 파산신청을 할 수도 있다.

반면 시행사의 잘못 없이 사업이 중단되는 경우도 있다. 시공사가 부도가 나는 경우, 시공사가 본 PF 를 위한 협력을 하지 않거나 재대출(Refinancing)을 하지 못해 사업이 좌초되는 경우 등이다. 시공사가 부도를 맞거나 채무를 이행할 능력이 없어진 때에는 시공사의 시공권을 포기받거나 시공사를 교체한다. 나머지 경우에는 시공사에 대하여 협력의무 이행 또는 책임준공 의무이행을 법률상 청구할 수 있다. 시공사가 시공권을 포기하더라도 시공사의 하도급업자들이 유치권을 행사할 위험도 있다. 이와 같이 시공사의 부도 등의 사유로 사업이 중단되는 경우에도 대부분 EOD 선언을 할 수 있게 되어 있어서 귀책사유가 없다고 생각하는 시행사와 공매 등을 통해 시행권 및 사업부지 등을 매각하고자 하는 대주단간에 분쟁이 벌어지기도 한다.

대출을 해주기로 한 금융기관이 시장상황을 들어 대출을 하지 않는 경우도 발생한다. 물론 대출약정이 이미 이루어진 경우에는 약정에 따라 대출을 법률상 청구할 수 있지만, 양해각서나 MOU 의 형태로 구속력이 없는 약정을 한 경우에는 대출을 강제할 수 없다.

■ 시공사

시행사의 잘못으로 사업이 중단되는 경우 가장 큰 피해를 보는 것은 시공사다. 시행사를 위해 지급보증을 하거나 채무인수약정을 맺기 때문이다. 나아가 책임준공의무까지 부담하기 때문에 시공사는 대출채무도 인수하고, 울며 겨자먹기로 공사도 계속해야 한다. 물론 시행사와 대주단 사이에서 채무인수 및 책임준공을 둘러싸고 분쟁이 일어나는 경우도 종종 있다. 채무인수나 책임준공에

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

조건을 붙이는 경우가 있기 때문이다. 그런데 대부분은 시공사에게 불리하게 약정이 체결된 경우가 많아서 채무인수나 책임준공 의무 자체를 부정하기는 어렵다.

이 때 시공사는 시행권을 정확하고 신속하게 인수해야 사업을 계속할 수 있다. 시행권이란 개발사업을 위한 인허가권, 개발사업의 대상이 된 토지소유권을 포함하는 것으로 개발사업 시행을 위한 일체의 권리를 말한다. 시행사의 주식 또는 경영권을 인수하여 시행사 자체를 인수하거나, 시행사에 대한 파산신청을 통해 시행권을 정리하는 방법도 있다. 시행권 인수는 구체적으로는 토지소유권에 대한 이전등기청구, 인허가절차에 대한 협력의무청구 등을 구하는 것이므로 소송으로 갈 경우 판결이 확정되어야 집행할 수 있다. 이와 같은 판결이 확정되기까지에는 상당한 시간이 소요되므로 시행권 인수가 분쟁화될 경우 장기간 동안 사업이 중단될 수밖에 없다.

채무는 인수하고 시행권을 인수하지 못하는 경우에는 빚은 뒤집어 쓰고 사업권은 못 가져 오는 낭패를 보게 된다. 이 때 시공사는 대주에게 “시행권 인수가 채무인수의 조건이었다”고 주장하는 사례가 있다. 그런데 그와 같은 취지의 약정을 명확히 한 경우가 아니라면 그 주장이 받아들여지기는 어렵다. 시행권을 가져올 때에는 대출채무 이외의 시행사의 채무를 인수하지 않도록 주의해야 한다. 시행사의 주식 또는 경영권을 인수하는 경우에는 시행사의 채무 또한 안고 가야 하는 문제가 있다. 통상 시행사가 단독으로 체결한 각종 계약은 시행권을 가져온다고 당연히 따라오는 것은 아니다. 계약의 효력은 당사자 사이에만 미치기 때문이다. 심지어 시행사가 수분양자들과 맺은 계약도 시공사가 당연히 승계하는 것은 아니다.

시행권을 인수할 때 사해행위(詐害行爲)도 논란이 된다. 시행자의 채권자들은 시행사의 전 재산이 시공사로 넘어가는 것에 대해 반발하면서 사해행위라는 주장을 하게 된다. 그런데 시행사가 채무초과에 빠지기 전에 시행권 인수약정을 했고,

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

시행권 인수를 통해 개발사업을 계속할 수 있다면 사해행위로 보지 않는 사례가 많다.

시행권을 인수할 때 토지가 신탁된 경우에는 복잡한 문제가 발생한다. 통상 신탁회사가 시행사에게 소유권을 돌려준 후 다시 시공사로 이전해야 하는데, 시행사가 이 절차에 협력하지 않거나 시행사의 채권자들이 가처분을 통해 방해하는 경우가 있기 때문이다. 이를 피하기 위해서는 신탁계약에서 신탁회사가 직접 시공사에게 소유권을 넘겨줄 수 있도록 근거가 있어야 한다.

■ 대주

시행사 또는 시공사의 잘못으로 개발사업이 잘못된 경우, 대출을 해준 대주는 채권확보를 위해 여러 가지 조치를 취해야 한다. 우선 시행사에 대하여 기한이익 상실의 조치를 취하고, 시행사를 정리하기 위한 절차에 착수한다. 한편 시공사에게 약정에 따라 보증책임을 묻거나 채무인수를 요구한다. 다만, 대주 입장에서도 EOD 선언을 하는 경우 해당 대출채권이 부실채권으로 분류되어 추가적인 총당금을 쌓아야 하는 등의 부담이 있으므로 문제된 사유가 조기에 치유 가능하고 사업성이 있는 사업장 같은 경우에는 만기를 연장해 주는 경우가 많다. 지난 해 이루어진 대주단 협약과 같이 글로벌 금융위기로 인한 일시적인 자금 경색을 해소하고 건설산업 보호를 위해 정부 주도하에 일률적으로 만기가 연장되기도 한다.

공사가 계속 진행되는 것은 채권회수를 위한 중요한 발판이므로 책임준공이 문제가 된다. 준공이 되어야 분양도 가능하고 분양수입금도 들어올 수 있기 때문이다. 책임준공이란 불가항력인 경우를 제외하고는 공사비를 못 받았거나 민원이 있다는 등의 이유로 공사를 중단할 수 없고, 공사기간 안에 준공을 마쳐야 한다는 것을 말한다. 책임준공은 법률상으로 보면 뜨거운 감자다. 구체적 약정내용에 따라 분쟁이 일어날 가능성이 많다. 특히 책임준공의무를 이행하지 않았을 때 과연 어떤

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

권리를 청구할 수 있는지, 책임준공 자체를 소송상으로 구할 수 있는지, 손해배상을 구한다면 그 범위는 어떻게 되는지가 논란거리다.

대출채권이 유동화되어 있거나, 펀드가 대출을 한 경우에는 또 다른 복잡한 문제가 발생한다. 특히 펀드의 경우 투자자인 수익자와 집합투자업자 사이에 심각한 분쟁이 발생한다. 펀드는 기본적으로 대출과 달라서 원금손실의 위험을 않고 투자하는 것이지만, 집합투자업자가 펀드운용을 잘못된 것에 대하여 책임을 물을 수 있다. 이른바 선관의무 위반에 따른 책임을 묻는 것이다. 특히 공모형 펀드의 경우 소액 다수의 피해자들이 있기 때문에 분쟁이 많은 편이다.

공사가 계속되고 있다면 할인분양도 중요한 이슈가 된다. 분양이 저조하여 대출금 상환이 여의치 않은 것이므로 할인분양을 통해 손해를 만회하려는 대주단과 할인분양이 되면 공사비나 사업이익이 삭감되는 시공사, 시행사 사이에 분쟁이 생길 수밖에 없다. 그러나 대부분의 사업약정서에서는 할인분양 권한을 대주단에게 맡기고 있고, 구체적 절차와 방법을 마련하고 있다.

■ 수분양자

개발사업이 난항에 빠져 분양계약 이행이 지연되거나 난관에 봉착하면 수분양자는 분양계약을 해지할 수 있다. 그런데 시행사는 돈이 없고, 시공사는 분양계약의 상대방이 아니라는 이유로 책임을 지지 않는 경우가 많다. 결국 수분양자는 어디 가서 하소연하기 어려운 상황에 처할 수 있다. 분양대금도 돌려받지 못하고 분양계약은 이행되지 못하는.

다만 시공사가 수분양자에 대하여 책임준공을 약속한 경우에는 책임준공을 요구할 수 있다. 그런데 시공사가 대주단과는 책임준공 약정을 한 것이 분명하지만, 수분양자에게 법률상 책임준공을 약속한 것인지 논란이 되는 경우가 많다. 분양과

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

관련하여 아파트와 같이 대한주택보증이 보증을 선 경우에는 피해를 회복할 수 있다. 할인분양이 이루어진 경우 기존에 비싼 분양가로 분양을 받은 수분양자가 사기분양이나 손해배상을 주장하는 경우가 있는데, 이러한 주장은 받아들여지기 어렵다.

■ 부동산 개발사업의 법적 복잡성

앞에서 개괄적으로 이해관계자에 따른 법적 쟁점을 살펴보았다. 그런데 부동산 개발사업은 구체적 내용에 따라 그야말로 천차만별이다. 따라서 개발사업의 내용이 무엇인지, 아파트 개발사업인지, 상가 개발사업인지, 도시정비사업인지, 도시개발사업인지, 토지거래허가구역에서의 사업인지, 주택법에 따른 사업인지 등에 따라 법적 근거와 내용이 달라진다.

부동산 개발사업이 어느 단계로 진행되고 있는지에 따라서도 법적 검토가 달라질 수밖에 없다. 초기단계는 그 단계대로, 준공을 앞둔 마지막 단계는 그 단계대로 분쟁이 발생할 수 있고 이해관계자들은 충돌한다. 그 때마다 분쟁의 양상과 성격이 달라진다. 따라서 개별적인 사안에 따라, 입장과 위치에 따라, 단계에 따라 법률가의 조언을 받아 문제를 해결하여야 한다.

근본적으로는 최초 계약 단계에서 법률가의 조언을 받는 것이 중요하다. 나아가 관계자들의 이익과 힘이 균형을 이뤄 합리적이고 공정한 계약이 맺어져야 한다. 이를 위해서는 현재와 같이 1 개의 법무법인이 대주, 차주 및 시공사 모두를 대리하여 계약서 작성을 하는 관행이 개선될 필요가 있다. 아울러 수익성과 분양성을 진정으로 갖춘 개발사업이 시도되고, 사실상의 담보대출이 아닌 진정한 프로젝트 파이낸싱이 이루어진다면 개발사업에 따른 법률문제도 적어질 것이라 생각된다.

is horizon

(건설부동산 칼럼)

부동산 개발사업의 사업부지에 대한 보전처분 해소방안



송한사 변호사

1. 들어가며

부동산개발사업은 시행사, 시공사, 대주를 비롯하여 수분양자에 이르기까지 다수의 이해를 포함하고 있기 때문에 사업진행에 차질이 발생할 경우 복잡하고 다양한 법률 분쟁이 발생할 수 있습니다. 최근 부동산 경기침체로 도산하거나 부도가 나는 시행사가 속출하자 이들의 일반채권자들은 부동산개발사업의 사업부지에 대한 보전처분을 통해 채권확보를 꾀하는 사례가 늘어나고 있습니다. 대주나 시공사의 경우 사업약정상 일정한 담보권을 보장받고 있으나 일반채권자들에게는 이러한 권리가 없을 뿐만 아니라 시행이익은 사업이익 중에서도 가장 후순위로 배당되기 때문에 시행이익을 통한 변제 또한 기대하기 어렵기 때문입니다. 이 경우 분양계약 이행에 차질이 발생하기 때문에, 분양대금을 통하여 채권을 회수해야 하는 대주나 시공사의 입장에서는 위와 같은 보전처분을 하루속히 해소할 필요가 있습니다. 이하에서는 부동산개발사업의 사업진행 방식별로 어떠한 보전처분이 문제되는지 살펴보고, 그에 대한 대응수단을 살펴보도록 하겠습니다.

2. 사업부지에 대한 보전처분 사례 및 해결방안

가. 신탁계약 해제에 기한 소유권이전등기 청구권 가압류

시행사가 사업주체로 사업을 진행하는 경우 사업부지는 PF자금 대출시 신탁사에 담보신탁하거나 사업 진행 중에 분양보증을 위해 대한주택보증 주식회사에게 신탁하게 됩니다. 이 경우 건물은 완공과 함께 건축주인 시행사에게 귀속되므로 시행사 명의로 보존등기를 마치고 수분양자들에게 이전하는데 문제가 없지만, 사업부지의 경우 대지권 등기를 위해서는 신탁계약을 해제하여 사업부지에 대한 소유권을 회복해야 합니다. 이 때 시행사가 신탁회사에 대하여 가지는 신탁해제에 기한 소유권이전등기청구권을 가압류하면 시행사는 신탁사로부터 사업부지에 대한 소유권을 이전 받을 수 없게 되어 수분양자들에게 대지권을 이전할 수 없게 됩니다.

위 가압류를 해소하는 방법으로는 가압류이의신청과 담보제공으로 인한 가압류 취소신청이 있습니다. 가압류이의신청의 경우 가압류 신청이 부당한 경우, 이를 소명할 수 있는 자료가 확보된 상태에서만 이용할 수 있는 한계가 있으며, 상대방이 다투는 경우 심문과정이 길어져 가압류 해소에 시간이 걸릴 수 있다는 단점이 있습니다. 그러나 큰 비용을 들이지 않고 가압류를 해소할 수 있다는 장점이 있습니다.

담보제공으로 인한 가압류 취소신청은 신청이유에 부당함이 없다고 하더라도 일정한 금원(이하 '해방공탁금')을 공탁하기만 하면 취소를 얻어낼 수 있으며, 상대방의 입장이 중요하지 않기 때문에 1회의 심문기일로 절차를 마무리할 수 있다는 장점이 있습니다.

다만 시행사가 해방공탁금을 납부할 자력이 없을 경우, 위 비용은 결국 가압류 해소에 이해관계가 큰 대주나 시공사의 부담이 될 수 밖에 없습니다. 위 절차에 의하여 납부하는 해방공탁금이 납부되면 사업부지에 대한 가압류는 위 금원에 대한 시행사의 출급청구권에 그 효력이 미치게 됩니다. 그러다 가압류 채권자가 본안 소송에 승소하면 위 채권에 대한 집행절차 즉 압류 및 추심 혹은 전부 명령을 받아 가압류 채권자의 채권에 충당되는 것입니다. 따라서 가압류채권자가 시행사의 정당한

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

채권자인 경우 위 해방공탁금을 실제로 부담한 대주 혹은 시공사는 위 금원을 회수하지 못할 가능성이 있습니다. 그러나 대주나 시공사가 시행사에 대하여 집행권원을 확보하고 있는 경우라면, 시행사가 해방공탁금을 납부함과 동시에 시행사의 공탁금출급청구권에 대한 압류 및 추심명령을 받으면 위 금원 중 일부를 회수할 수도 있습니다. 이 경우 공탁금출급청구권에 대한 집행이 개시되어 [가압류권자](#)¹와 추심권자가 안분 배당을 받게 되기 때문입니다.

나. 사해행위취소를 원인으로 한 사업부지에 대한 처분금지가처분

(1) 개발신탁의 경우

시행사가 사업부지를 신탁하면서 사업주체로서의 지위까지 신탁회사에 이전하여 신탁회사로 하여금 부동산개발사업을 진행하는 방식을 개발신탁이라고 합니다. 이 경우 시행사가 사업주체로서 가지던 모든 인허가 명의를 신탁회사 명의로 변경되며, 건물이 완공되는 경우 건물의 소유권 또한 건축주인 신탁회사에게 귀속됩니다. 따라서 개발신탁에서는 신탁계약을 해제하지 않은 채 분양계약의 주체인 신탁회사가 직접 건물과 사업부지를 수분양자에게 이전할 수 있습니다. 그러나 이 경우에도 시행사의 채권자가 개발신탁 약정에 의하여 이루어진 신탁계약 자체를 [사해신탁이라고 다루는 경우](#)²에는 위 사해행위 취소권에 기한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 한 처분금지가처분이 이루어질 수 있습니다. 이 경우 신탁회사의 처분행위가 금지되어 신탁회사는 분양계약을 이행할 수 없게 됩니다.

위와 같은 가처분을 해소하는 방법 또한 두 가지입니다. 가처분이의 신청과 특별사정에 의한 가처분취소 신청이 그것입니다.

가처분이의신청은 앞서 살펴본 가압류 이의와 같이 가처분 신청의 부당성을 이유로 한 가처분 해소절차입니다. 그러나 피보전채권에 관한 자료가 뒷받침되어야 하는 가압류이의와 달리 위와 같은 가처분의 부당성은 법리적인 관점에서 다루어 볼 수 있습니다. 처음부터 개발신탁의 방식으로 진행된 사업은 아니나 사업 중간에 추가

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

자금을 대여하기 위하여 개발신탁 방식으로 변경하여 진행한 부동산개발사업에 대하여 판례는 위와 같은 신탁이 채무자가 자력을 회복하기 위한 유일한 방법으로 사해행위에 해당하지 않는다고 판시한 바 있으며(대법원 2003. 12. 12. 2001다57884 판결), 최근에는 실제로 위와 같은 가처분에 대한 가처분이의가 받아들여진 사례도 여러 건 나오고 있기 때문입니다. 우리나라에서 이루어지는 대부분의 부동산개발사업은 PF대출에 의존하여 진행된다는 점 및 위와 같은 PF대출은 사업부지에 대한 신탁없이 이루어지기 어려우며, 대부분의 시행사들이 위와 같은 방식으로 사업을 진행하지 않을 경우 기존의 채무를 변제할 수 있는 자력을 갖출 수 없다는 사정을 고려한 것으로 보입니다. 다만, 이 경우에도 상대방이 다투는 정도에 따라 심문절차가 지연될 수는 있기 때문에 시급히 가처분을 해소해야 하는 경우에는 다음에서 살펴볼 특별사정에 의한 가처분 취소절차를 이용하는 것이 바람직합니다.

특별사정에 의한 가처분 취소는 가처분으로 인하여 채무자가 큰 손해를 입게 되거나 채권자의 피보전권리가 금전적 보상으로 종국적 만족을 얻을 수 있는 특수한 사정이 있을 경우 허용되는 절차입니다. 위 요건을 갖춘 채무자는 해방공탁금에 의한 가압류 취소 신청과 유사하게 법원이 명한 공탁금을 납부함으로써 가처분 취소 결정을 받을 수 있습니다. 사해행위취소권에 기한 처분금지가처분은 위 요건 중 금전적 보상이 가능한 전형적인 사례로 인정되어 왔기 때문에(대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결), 위 절차를 이용할 경우 가처분을 비교적 신속하게 해소할 수 있습니다. 다만, 이 때 공탁금출급청구권은 가처분의 채무자인 신탁회사에게 귀속되므로, 해방공탁금에 의한 가압류 취소의 경우와 같이 시행사에 대하여 집행권원을 확보한 채권자가 위 공탁금출급청구권을 집행의 대상으로 삼을 수는 없습니다.

(2) 처분신탁 약정에 기한 경우

시행사가 사업주체로서 부동산개발사업을 진행하는 경우 최초 사업약정 당시 일정 시점까지 PF자금 혹은 공사대금을 변제되지 않으면 미분양 건물을 처분신탁하여 그 처분대가를 위 채권에 충당하기로 미리 약정하는 예가 종종 있습니다. 위와 같은 약정에 의한 신탁은 신탁의 시점 자체가 대부분의 일반채권자가 성립한 후라 사해

행위로 판단될 여지가 많습니다.

그러나 이러한 경우에 대하여도 최근 하급심 법원은 신탁계약의 원인이 된 약정이 일반채권자의 채권 이전에 성립하고 있었다거나 애초에 위와 같은 약정을 하지 않았다면 PF대출이 성립되지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 한 이를 사해신탁이라고 볼 수 없다는 판단을 내어놓고 있습니다. 따라서 이러한 경우에도 시간적인 여유만 있다면 가처분의절차를 통한 가처분 해소를 고려해 볼 수 있겠습니다.

한편 부동산개발사업 중에는 위와 같은 미분양분 처분신탁에 관한 약정을 건물 준공 이후에 비로소 하는 경우도 있습니다. 이러한 경우는 기본적으로 사해행위를 해당한다는 것이 판례의 태도입니다. 다만 시공사가 유치권을 포기하는 대신 처분신탁의 우선수익권자가 되는 경우(대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다13709 판결)와 같이 위와 같은 약정이 아니라도 일반채권자보다 우선하는 법정 담보권을 가지는 자가 위 권리를 대체하는 수단으로 위와 같은 약정이 이루어진 경우에는 예외적으로 사해신탁이 아니라고 판단하였습니다. 따라서 위와 같은 요건을 갖춘 경우가 아니라면, 가처분 이익이 받아들여지지 않을 가능성이 높으므로, 가처분을 해소하기 위해서는 특별사정에 의한 가처분취소 절차를 선택하는 것이 바람직합니다.

3. 나가며

통상의 매매계약에서는 잔금지급의무와 소유권이전등기의무는 동시이행 관계이지만, 분양계약에서는 목적물 인도 의무 즉 입주를 잔금지급의무와 동시이행 관계인 것으로 설정하고, 소유권이전등기의무는 별도의 기한을 두어 후이행의무로 정한 경우가 많습니다. 이 때문에 잔금지급시에 완전한 소유권을 이전할 수 없다고 하여 분양자에게 바로 지체책임이 발생하지는 않으며, 보전처분만으로는 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠지는 것도 아니므로 이를 계약해제의 사유로 보지도 않습니다(대법원 1995. 4. 14. 선고 94 다 6529 판결).

그러나 현실적으로는 가처분 등기가 목적물의 처분에 제약을 주는 것이 사실이기

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

때문에 이를 이유로 소송을 제기하는 수분양자들이 늘고 있으며, 법원 또한 현실에 맞는 판단을 위해 조정 등의 수단을 택하는 사례 또한 많아지고 있습니다. 따라서 사업부지 이전에 위에서 살펴본 것과 같은 문제가 발생한 경우 사안별로 적절한 수단을 선택하여 가능한 신속하게 이를 해소하는 것이 바람직할 것으로 보입니다.

¹ 엄격하게 말해서 가압류권자에게 배당된 금액은 가압류권자가 집행권원을 받아 본 집행으로 나아가기 전까지 법원에 공탁됩니다.

² 사해행위 취소권은 사해행위 이전에 성립된 채권의 채권자에게만 인정되므로, 위와 같이 다툼을 제기할 수 있는 자는 신탁계약 이전에 시행사에 대하여 채권을 획득한 자여야 합니다.

(최신법령소개)

1. 「건축사법」 일부개정 (법률 제10392호 시행일 2011. 1. 24.)

(1) 개정이유

「정부투자기관관리기본법」이 폐지되고, 「공공기관의 운영에 관한 법률」로 변경됨에 따라 관련 조항을 정비하려는 것으로서 건축사업무 신고를 하지 아니하고 행할 수 있는 건축사 업무 대상기관에 대하여 현행의 '정부투자기관'을 '공공기관'으로 변경 하되, 범위가 확대되지 않도록 현행의 동질성을 유지하는 범위 내에서 공공기관 중 대통령령으로 정하는 기관으로 한정함.

한편, 건축사의 업무로 인한 건축주의 재산상의 손실에 따른 손해배상책임을 보장 하기 위하여 건축사가 보험 또는 공제에 의무적으로 가입하도록 하고, 건축사협회가 취급할 수 있는 공제사업의 범위에 입찰, 계약, 선급금 지급, 하자보수 등의 보 증을 추가하여 건축주의 재산과 생명의 보호를 제도적으로 구축하려는 것.

(2) 주요내용

가. 건축사 업무로 인한 손해배상책임을 보장하기 위하여 건축사가 보험 또는 공제 에 의무적으로 가입하도록 하고, 공공부문 발주사업의 경우 보험 또는 공제가입에 따른 비용을 용역비용에 계상하도록 함(안 제20조제3항 신설).

나. 건축사업무 신고를 하지 아니하고 건축사업무를 행할 수 있는 대상기관 중 현 행 정부투자기관을 공공기관 및 지방공기업 등으로서 대통령령으로 정하는 기관으 로 함(안 제23조제8항제3호).

다. 건축사협회의 공제사업 범위를 확대하여 입찰, 계약, 선급금 지급, 하자보수 등 의 보증업무도 가능하도록 함(안 제31조의2).

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「건축사법」](#)

2. 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률 시행령」 일부개정 (대통령령 제22329호 시행일 2010. 8. 11.)

(1) 개정이유

물류단지를 원활히 개발하기 위하여 물류단지개발지침의 근거를 마련하는 등으로 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률」이 개정(법률 제10040호, 2010. 2. 4. 공포, 8. 5. 시행)됨에 따라 물류단지재정비사업의 구분 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 임대기간 만료에 따른 재계약 시 임대료 산정기준 구체화(안 제40조)

1. 현재는 물류단지의 최초 임대기간이 만료된 이후 재계약 할 경우 토지 임대료에 대한 산정기준만 규정되어 있고 토지와 시설물을 함께 임대하거나 시설물만을 임대하는 경우 적용기준이 없어 이를 마련할 필요가 있음.
2. 최초 임대기간 만료 후 토지와 시설물을 함께 임대하거나 시설물만을 재임대하는 경우 임대료는 감정평가액을 기준으로 산정하도록 함.
3. 임대료 산정기준을 토지와 시설물을 분리하여 구체화함으로써 시설물에 대한 임대료 산정기준에 대한 혼란이 해소될 것으로 기대됨.

나. 물류단지 전부 또는 부분 재정비사업의 기준(안 제42조의2제1항 및 제2항 신설)

- 토지이용계획 및 주요 기반시설계획의 변경을 수반하는 경우로서 단계적 정비를 포함하여 물류단지 면적의 100 분의 50 이상을 재정비하는 경우를 물류단지 전부 재정비사업으로 규정하고, 그 외의 물류단지재정비사업을 부분 재정비사업으로 구분하도록 함으로써 물류단지재정비계획이 필요한 물류단지재정비사업의 기준을 명확히 함

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률 시행령」](#)

3. 「부동산투자회사법 시행령」 일부개정 (대통령령 제22280호 시행일 2010. 7. 15.)

(1) 개정이유

부동산투자회사 등에 대한 인가·등록의 필요적 취소 사유에서 일시적인 인가·등록요건 미달의 경우를 제외하는 등의 내용으로 「부동산투자회사법」이 개정(법률 제10269호, 2010. 4. 15. 공포, 7. 16. 시행)됨에 따라 법에서 위임된 사항과 이를 시행하기 위하여 필요한 사항을 규정하고, 증권시장에 상장되지 아니한 부동산투자회사의 주식발행가액 결정을 다양화할 수 있도록 하는 한편, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장은 체계 등을 정비하여 간결하게 하는 등 국민이 법문장을 이해하기 쉽게 정비하고, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 주식발행가액 결정의 다양화(안 제15조)

1. 증권시장에 상장되지 아니한 부동산투자회사의 주식발행 시 주식의 종류 및 발행조건에 따라 발행가액을 다르게 정할 수 있도록 함.
2. 우선주·보통주, 의결권주·무의결권주 등 주식의 종류 및 발행조건에 따라 주식의 발행가액을 다르게 결정할 수 있도록 하여 부동산투자회사의 운영에 탄력성을 부여함.

나. 현물출자된 재산 평가 방법의 구체화(안 제16조)

1. 현물출자 대상이 부동산, 부동산에 대한 권리, 부동산신탁의 수익권으로 확대됨에 따라 현물출자된 재산의 평가 방법을 구체적이고 다양하게 할 필요가 있음.
2. 현물출자된 재산의 평가 방법에 관하여 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따른 감정평가준칙을 적용할 수 있도록 함으로써 현물출자에 대한 신뢰성을 높임.

다. 일시적 인가·등록요건 미달 시 필요적 취소 사유 예외 규정(안 제24조의2 및 제43조의2 신설)

1. 법률의 위임에 따라 부동산투자회사, 자산관리회사 등의 필요적 인가·등록 취소 예외 사유로서 일시적으로 자산운용 전문인력의 인적 요건을 충족하지 못한 경우를 규정함.
2. 인적 요건을 충족하지 못하는 경우 일정 준비기간을 둬으로써 과도한 필요적 취소 처분을 완화함.

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「부동산투자회사법 시행령」](#)

4. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 일부개정 (대통령령 제22264호 시행일 2010. 7. 9.)

(1) 개정이유

일정 규모 이상의 개발사업 지역에 공동구 설치를 의무화하는 등의 내용으로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 개정(법률 제9861호 2009. 12. 29. 공포, 2010. 6. 30. 시행)됨에 따라 공동구 설치가 의무화되는 사업의 규모 등 법률에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 공동구 설치가 의무화되는 개발사업 지역 및 규모(안 제35조의2 신설)

- 법률의 위임에 따라 법률에서 정한 도시개발구역, 택지개발예정지구, 경제자유구역, 정비구역 외에 보금자리주택지구, 도청이전신도시를 공동구 설치 대상 사업지역으로 정하고, 그 사업지역 중 규모가 2 백만제곱미터를

초과하는 지역에는 공동구를 의무적으로 설치하도록 함.

나. 공동구에 수용하여야 할 시설(안 제35조의3 신설)

- 공동구가 설치된 경우에는 전선로, 통신선로, 수도관, 열수송관, 중수도관 및 쓰레기수송관의 시설은 수용을 의무화하고, 공동구에 수용하기 위하여 안전 및 기술적인 고려가 필요한 가스, 하수관로 등의 시설은 공동구협회의 심의를 거쳐 임의적으로 수용할 수 있도록 함.

다. 공동구의 설치비용(안 제38조제2항)

- 공동구 점용예정자가 부담하여야 하는 공동구 설치비용은 해당 시설을 개별적으로 매설할 때 필요한 비용으로 하되, 공동구의 위치, 규모, 주변 여건 등을 고려하여 공동구협회의 심의를 거쳐 공동구관리자가 정하도록 함.

라. 공동구의 관리(안 제39조)

- 공동구관리자는 공동구협회의 심의를 거쳐 공동구 안전 및 유지관리계획을 수립하도록 하고, 공동구의 안전 및 관리를 위하여 정기점검은 6 개월에 1 회 이상, 정밀점검은 2 년에 1 회 이상, 긴급점검은 공동구관리자가 필요하다고 판단한 때에 각각 실시하도록 함.

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」](#)

5. 「주택법 시행령」 일부개정 (대통령령 제22254호 시행일 2010. 7. 6.)

(1) 주요내용

가. 준주택의 종류와 범위(안 제2조의2 신설)

1. 법률에서 주택으로 분류되지는 않고 있으나, 사실상 주거용으로 사용 가능한 시설에 대한 법상의 근거가 부족하여 부대시설 및 안전에 관련된 적절한 기준이 미비함.
2. 사실상 주거시설로 이용하고 있는 고시원, 오피스텔, 노인복지주택 등을 준주택의 종류와 범위로 설정하여 준주택에 대한 법적인 근거를 마련함.

나. 도시형 생활주택에 대한 주택건설사업자 등록기준 및 사업승인 요건 완화(안 제10조제1항 및 제15조제1항)

1. 도시형 생활주택의 사업승인 대상을 현행 20 세대 이상에서 30 세대 이상으로 완화하여 도시형 생활주택의 공급을 활성화시킴.
2. 도시형 생활주택의 사업승인 대상을 현행 20 세대 이상에서 30 세대 이상으로 완화함에 따라 주택건설사업자의 등록 기준도 이와 일치시켜 운영상의 혼란을 방지함.

다. 입주자대표회의 회장, 감사 및 동별 대표자 선출 방법 명시 및 동별 대표자의 임기 제한(안 제50조제6항 및 제7항 신설)

1. 입주자대표회의의 회장, 감사 및 동별 대표자는 공동주택에 관한 중요한 사항을 결정함에도 선출방식, 임기 등에 관한 규정이 명확하지 않아 혼란이 야기됨.
2. 500 세대 이상의 경우 입주자대표회의의 회장과 감사는 입주자들의 직접 투표를 통하여 선출하도록 하고, 동별 대표자의 임기는 2 년으로 하되 한차례만 중임할 수 있도록 명시적 규정을 둠.

라. 장기수선충당금 및 잡수입 등에 대한 인터넷 홈페이지 공개(안 제58조제8항, 안 제58조제9항 신설)

1. 현행법상 공동주택 관리비에 대해서는 인터넷 홈페이지에 공개하도록 되어 있으나, 장기수선충당금, 사용료 및 잡수입의 경우에는 공개의무가 없어 입주자들이 쉽게 알 수 없음.
2. 관리비와 사용료 등 부과되는 전 항목에 대하여 인터넷에 공개하도록 하고,

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

장기수선충당금과 잡수입 등에 대해서도 공개를 의무화하여 입주자들의 알권리를 보호하고 관리비 부과 절차를 투명화함.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [「주택법 시행령」](#)

is horizon

(화제의 뉴스)

1. 3조 '프라이머리CBO' 발행, 건설사 자금난 숨통트이나

정부가 '8·29 부동산대책'의 일환으로 3조원 규모 프라이머리 채권담보부증권(P-CBO) 발행을 추진함에 따라 일시적 유동성 부족을 겪는 건설사들의 자금난에 숨통이 트일 전망입니다.

P-CBO의 수혜 대상은 부실기업이 아니면서도 자금조달이 쉽지 않았던 신용등급 BBB급 회사들이 될 전망입니다. 그동안 A급 이상 건설사들은 은행 차입이나 관계사 대여, 채권 발행 방식으로 자금을 조달해왔습니다.

지난 6월 건설사 구조조정 명단 발표 이후 BBB급 회사채에 대한 투자 수요가 급감해 이 등급 건설사들은 신용경색을 겪어야 했습니다.

이번 P-CBO 발행에 따라 BBB급 건설사들도 신용보증기금의 신용보강을 거쳐 AAA등급의 우량 채권을 발행할 수 있는 길이 열린 것입니다. P-CBO란 기업이 발행하는 회사채를 증권사가 인수, 이를 유동화전문회사(SPC)에 매각하고 SPC가 이를 기초로 신용보증기금의 보증을 거쳐 발행하는 유동화채권입니다.

신용등급이 낮아 개별적으로 회사채 발행이 어려울 경우 공동으로 위험을 부담하고 정부가 보증해 자금을 조달하는 금융기법입니다.

▶ 관련기사 : [3조 '프라이머리CBO' 발행, 건설사 자금난 숨통트이나 - 건설경제신문 | 2010. 8. 30. \(월\) 오후 5:56](#)

2. 은행권 PF 총당금 적립요건 강화

22일 금융권에 따르면 은행권은 최근 부동산 PF대출에 대한 건전성 분류를 강화한 'PF대출 리스크 관리 모범 기준'을 잠정 확정된 것으로 전해졌습니다. 그동안 은행 자체적으로 사업성을 따졌지만 이번에 공통된 기준을 만들면서 총당금 적립 요건을 더욱 강화한 것

입니다.

우선 은행권 신용위험 상시평가 결과 C(워크아웃)나 D(법정관리)등급을 받은 건설사가 시공하는 PF사업장에 대해 건전성 분류를 '요주의'로 하되 총담금은 최고 효율로 쌓도록 했습니다.

금융감독원은 은행들로 하여금 정상여신의 0.85~6%, 요주의여신의 7~19%, 고정여신의 20~49%, 회수이문의 50~99%, 추정손실의 100%를 총담금으로 쌓도록 하고 있습니다. 따라서 요주의 여신의 경우 규정안에 따라 최고 적립효율을 적용하면 총담금은 19%를 쌓아야 합니다.

B등급인 건설사가 시공하는 PF사업장에 대해서도 사업계획서상 사업이 2년 이상 장기 지연되거나 분양률이 60% 미만이면 요주의로 분류하도록 했습니다. 이 같은 모범규준은 9월말 결산부터 적용됩니다.

또 기존 PF대출은 규모를 줄이기 위한 구조조정에 착수하고 신규 대출은 사실상 중단됩니다.

▶ [관련기사 : 은행권 PF 총담금 적립요건 강화 - 파이낸셜뉴스 | 2010. 8. 22. \(금\) 오후 5:36](#)

3. 세대주 아닌 가족이 주택 소유... 법원 “임대주택 분양자격 없어”

세대주가 아닌 다른 가족이 주택을 소유했다면 임대주택을 분양 받을 수 없다는 법원 판결이 나왔습니다. 2005년 임대주택법이 개정된 후 우선분양권을 취득할 수 있는 임차인의 범위에 대해 판단한 첫 사례입니다. 서울고법 민사50부(재판장 구육서 법원장)은 전씨 등 2명이 “주택을 보유한 전력이 없는 세대주에게 임대주택을 분양하라”며 한국토지주택공사(주공)를 상대로 낸 분양절차중지 등의 가처분 소송에서 원고패소 결정을 내렸다고 22일 밝혔습니다.

전씨 등은 2002년 7월 한국토지주택공사(당시 대한주택공사)와 경기도 동두천시에 위치

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

한 공공임대아파트를 두고 2009년 9월까지 만료되는 임대차계약을 맺었습니다. 기간만료 후 이들은 한국토지주택공사에 우선분양전환을 신청했지만 '전처 또는 배우자가 임대기간 중 다른 아파트를 소유한 사실이 있어 우선분양대상자가 될 수 없다'는 이유로 거절당했습니다.

이에 전씨 등은 지난해 "임대주택법이 2005년 7월 개정되면서 임대주택의 우선 분양전환 대상자가 '무주택세대주인 임차인'에서 '무주택자인 임차인'으로 확대돼 본인이 무주택자라면 우선분양신청권이 있다"며 소송을 냈습니다.

▶ [관련기사 : 세대주 아닌 가족이 주택 소유... 법원 "임대주택 분양자격 없어" - 서울경제 | 2010. 8. 22. \(금\) 오전 9:15](#)

4. 부동산펀드 투자 깡깡해진다

금융투자협회는 최근 자산운용사들에 적용될 부동산 프로젝트파이낸싱(PF) 리스크관리 모범규준 마련에 착수했다고 합니다. 지난 1월 증권사들이 PF 대출 리스크관리 모범규준 마련을 통해 자기자본대비 30%로 대출한도를 설정하고 투자심사 절차를 강화한 데 이어, 은행들이 PF 대출 평가기준을 강화하는 모범규준 마련 중인 데 따른 조치로 보입니다.

금투협 관계자는 "자산운용사들의 경우 자기자산이 아닌 펀드의 자산을 이용해 PF대출을 하게 되는데 아직 자산관리 절차와 관련한 명문화된 규정이 없는 상황"이라며, "한 명의 운용자나 특정인이 모든 투자의사결정을 좌지우지할 수 있도록 내버려두지 않고 사업 타당성을 검토할 때나 투자의사결정을 할 때 내외부 전문가들로 심사기구를 만들어 2~3종의 견제장치를 만들 것"이라고 말했습니다. 그는 "이 밖에 투자결정을 할 때 시공사의 보증 외에도 입지여건 등을 살피도록 해, 사업성 평가기준도 강화할 것"이라고 덧붙였습니다.

9월 13일 현재 금융투자협회 홈페이지에 의하면, 아직 위 모범규준이 제정되지 않은 것

으로 보입니다.

▶ [관련기사 : 부동산펀드 투자 간간해진다 - 연합뉴스 | 2010. 8. 17. \(화\) 오전 7:18](#)

5. “미분양에 투자하자” 미분양펀드 출시 봇물

미분양아파트에 투자하는 부동산펀드 잇따라 출시되고 있습니다. 지난달에만 'K사모펀드' 등 6개 펀드가 설정되었습니다. 8월 16일 금융투자협회와 자산관리업체 SIPM에 따르면 미분양 부동산펀드는 5월 말 8개에서 지난달 말 14개로 늘었다고 하며, 지난달 출시된 부동산펀드 12개 가운데 절반인 6개가 미분양에 투자하는 펀드입니다.

유진자산운용은 울산지역 미분양 219가구를 매입하는 '유진푸른하우징사모부동산투자신탁1호'를 출시했습니다. 펀드 만기 때까지 팔리지 않는 주택은 한국토지주택공사(LH)가 사주기로 약정해 투자 위험을 줄이는 구조이며, LH가 매입을 약속한 펀드는 작년 8월 설정된 '맵스하우징사모부동산펀드'에 이어 이번이 두번째입니다. 미래에셋맵스자산운용이 설정한 '맵스하우징1호'는 경북 경산 소재 신동아 파밀리에아파트 미분양 335가구를 매입했습니다.

반면, 공공 부문의 지원을 받지 않는 순수 민간 투자상품도 활발히 출시되고 있습니다. K자산운용은 첫 상품으로 'K사모부동산펀드' 1, 2, 3호를 잇따라 내놨습니다. 인천지역 미분양아파트를 매입하는 상품으로 설정액은 1455억원에 이릅니다.

K자산운용 관계자는 “수익률을 높이고 안정성을 갖추도록 구조화를 잘 짠 것이 성공 이유”라고 말했습니다. 일부 건설사는 미분양을 펀드에 넘긴 뒤 만기 전 다시 사는 옵션을 맺는 것도 구조화의 한 방법인 것으로 알려졌습니다. 건설사들은 재무구조를 개선하고 현금흐름을 확보하기 위해 사모 미분양 펀드에 관심을 보이고 있습니다.

▶ [관련기사 : “미분양에 투자하자” 미분양 펀드 출시 봇물 - 건설경제신문 | 2010. 8. 16. \(월\) 오후 6:48](#)

IS Horizon

(최신판례소개)

▣ 부당이득금반환

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결

1. 논점

공사도급계약의 해제 또는 해지 등으로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생한 경우, 별도의 상계 의사표시 없이 미지급 기성공사대금이 선급금으로 충당되는지, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금 내역의 산정 기준 및 정산하고 남은 선급금의 반환채무도 선급금과 같은 성질을 갖는지 여부

2. 요지 및 해설

(1) 요지

(i) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다. 그리고 그와 같이 정산하고 남은 선급금을 공사의 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선급금 그 자체와는 성질을 달리하는 것이다.

(ii) 甲과 乙이 공동수급체를 구성하여 도급받은 공사를 乙이 주관사가 되어 선급금 등을 지급받고 진행하다가 포기함에 따라 甲이 도급인 丙과 사이에 乙의 탈퇴 뒤 잔여공사를 시행하기로 하면서 체결한 약정에 의해 그 약정 당시 甲과 丙이 乙의 丙에 대한 미정산 선급금의 수액을 확정하고 그 반환채무를 甲이 승계하였다면, 丙의 甲에 대한 그 미정산

선급금 반환채권과 甲의 丙에 대한 공사대금채권이 서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 甲의 위 미정산선급금 반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산선급금이 乙의 미수령공사대금에 당연 충당된 것으로는 볼 수 없다.

(2) 해설

위 판결은 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사 표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담한다는 기존의 대법원 판례를 그대로 인정하였습니다. 다만, 甲과 乙이 공동수급체를 구성하여 도급받은 공사를 乙이 주관사가 되어 선급금 등을 지급받고 진행하다가 포기함에 따라 甲이 도급인 丙과 사이에 乙의 탈퇴 뒤 잔여공사를 시행하기로 하면서 체결한 약정에 의해 그 약정 당시 甲과 丙이 乙의 丙에 대한 미정산 선급금의 수액을 확정하고 그 반환채무를 甲이 승계하는 특별한 사정이 있는 경우에는, 丙의 甲에 대한 그 미정산 선급금 반환채권과 甲의 丙에 대한 공사대금채권이 서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 甲의 위 미정산선급금 반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산 선급금이 乙의 미수령 공사대금에 당연 충당된 것으로는 볼 수 없다고 판시하였습니다. 그리하여 위 미정산 선급금이 乙의 丙에 대한 미수령 공사대금에 당연 충당되어 甲이 승계한 그 미정산 선급금의 반환채무가 소멸되었다고 판단한 원심판결을 파기하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결](#)

(최신판례소개)

▣ 채무부존재확인

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 15. 선고 2006다84126

1. 논점

국가가 공군 전투기 비행훈련장으로 설치·사용하고 있는 공군기지의 활주로 북쪽 끝으로부터 4.5km 떨어진 곳에 위치한 양돈장에서 모돈(母豚)이 유산하는 손해가 발생한 사안에서, 그 손해는 공군기지에서 발생한 소음으로 인한 것인지, 당시의 소음배출행위와 그 결과가 양돈업자의 수인한도를 넘는 위법행위인지 여부

2. 요지 및 해설

(1) 요지

국가가 공군 전투기 비행훈련장으로 설치·사용하고 있는 공군기지의 활주로 북쪽 끝으로부터 4.5km 떨어진 곳에 위치한 양돈장에서 모돈(母豚)이 유산하는 손해가 발생한 사안에서, 위 공군기지에서 발생하는 소음의 순간 최대치가 양돈장 근처에서 모돈에 20~30% 정도의 유산을 일으킬 가능성이 있는 수치인 84 내지 94dB로 측정된 점, 역학조사 결과 모돈의 유산 원인은 질병이 아닌 환경요인에서 오는 스트레스로 추정되는데 위 소음 외에 양돈장에서 모돈에 스트레스를 줄 만한 다른 요인이 확인되지 않는 점 등에 비추어 위 손해는 공군기지에서 발생한 소음으로 인한 것으로, 당시의 소음배출행위와 그 결과가 양돈업자의 수인한도를 넘는 위법행위라고 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

(2) 해설

해미공군비행장 인근에서 양돈장을 하는 주민 홍모 씨의 2인은 2000년 5월부터 10월 사이에 전투비행기 소음으로 돼지 19마리가 유산으로 폐사를 하여 15,490,000원의 손해를 입었다고 주장하면서 중앙환경분쟁조정위원회에 분쟁조정신청을 하여 중앙환경분쟁조정위원회에서는 홍씨 등의 주장을 인정하여 유산으로 인한 재산피해 15,490,000원을 지급

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

하라는 결정을 하였습니다. 이에 국가는 지급을 거절하면서 채무부존재확인소송을 제기하였습니다. 1심에서는 국가가 승소하였으나 대전고등법원에서는 피해주민 홍씨등이 승소를 하였고, 다시 국가가 상고를 하여 손해배상청구 제기 10년만인 지난주에 대법원에서 최종적으로 국가의 상고를 기각하는 판결을 하였습니다.

대법원은 돼지의 유산이 항공기 소음이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 국가가 입증하지 못하는 이상 그 손해배상책임을 면할 수 없다고 판결을 하여 피해 주민의 입증 책임을 경감하여 주었습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 15. 선고 2006다84126](#)

is Partner

(최신판례소개)

▣ 부당이득금반환

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결

1. 논점

(i) 매매계약 등 쌍무계약이 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우, 그 계약에 관한 부제소합의의 효력

(ii) 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있는지 여부

2. 요지 및 해설

(1) 요지

(i) 매매계약과 같은 쌍무계약이 급부와 반대급부의 불균형으로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효라고 한다면, 그 계약으로 인하여 불이익을 입는 당사자로 하여금 위와 같은 불공정성을 소송 등 사법적 구제수단을 통하여 주장하지 못하도록 하는 부제소합의 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 무효이다.

(ii) 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다. 따라서 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립한다.

(2) 해설

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

대법원은 아파트재건축 사업 예정지 귀퉁이 땅 13평 지분을 1억 9천만 원에 사들인 뒤 5배 가까운 9억 원에 재건축조합에 되판 이들에게 부당이득을 반환하라는 판결을 내렸습니다. 소위 '알박기' 행위에 대하여 제재를 가한 것입니다.

대법원은 ① 사업계획승인조건에 따라 원고가 재건축사업을 계속추진하기 위하여는 반드시 이 사건 토지를 매수하여야 했던 점, 이 사건 토지를 제외한 나머지 부분으로 사업범위를 축소·변경하여 사업계획승인을 받는 것은 사실상 불가능하여 이 사건 각 지분을 매수하지 못할 경우 사업계획승인이 취소될 상황에 처하게 된 점, 원고로서는 재건축사업을 위하여 피고들이 요구하는 가격으로 이 사건 각 지분을 매수하는 외에는 다른 대안이 없었던 점 등을 볼 때, 매매계약 당시 원고(재건축조합)가 궁박한 상태에 있었고, ② 원고가 재건축사업을 수행하기 위하여 이 사건 토지가 반드시 필요하다는 사정을 피고들이 알고 있었다고 보이는 점, 원고가 이 사건 토지의 종전 공유자들을 상대로 매매협상을 하다가 선행 1차 소송을 제기할 즈음 피고들이 그 공유자 중 1인으로부터 이 사건 각 지분을 매수한 점, 이 사건 토지는 면적이 비교적 작고 그 지목이 임야로 이 사건 각 지분만으로 피고들에게 별다른 효용이 없는 점 등을 고려하여 볼 때 피고들(토지소유자)에게 원고의 궁박한 상태를 이용하고자 하는 폭리행위의 악의가 있었고, ③ 피고들이 이 사건 각 지분을 각 1억 9천만 원에 매수하여 각 9억 원에 매도한 점에 비추어 볼 때 이 사건 매매계약의 급부인 이 사건 각지분과 반대급부인 매매대금 사이에는 객관적으로 현저한 불균형이 존재한다고 판단하였습니다.

대법원은 이와 같이 재건축사업조합과 토지의 소유자가 체결한 매매계약은 민법 제104조에 정하는 '불공정한 법률행위'로서 무효라고 하면서도 그 매매대금을 적정한 금액으로 감액하여 매매계약의 유효성을 인정한 원심판결을 수긍할 수 있다고 하여 상고를 기각하였습니다. '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다고 본 것입니다.

다만 대법원은 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우를 판단할 때, 가정적 의사에 기한 계약의 성립 여부 및 그 내용을 발굴·구성하여 제시하게 되는 법원으로서 그 '가정적 의사'를 함부로 추단하여 당사자가 의욕하지 아니하는 법률효과를 그에게 또는 그들에게 계약의 이름으로 불합리하게 강요하는 것이 되지 아니하도록 신중을 기하여야 한

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

다고 판시하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결](#)

is Patron

(최신판례소개)

■ 건축주명의변경절차이행

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다67276 판결

1. 논점

- (i) 건축 중인 집합건축물의 일부 전유부분을 양수받은 자가 건물 완공 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위한 방법
- (ii) 다세대주택 중 소유권보존등기가 되지 아니한 일부 전유부분에 관한 건축주명의변경절차의 이행을 구할 소의 이익이 있다고 한 사례

2. 요지

(i) 집합건축물을 신축함에 있어서 건축주명의자 아닌 자에게 일부 전유부분을 양도하는 합의가 유효하다고 하더라도, 건축허가는 하나의 건축물에 대하여 주어지는 것이고(건축법 제11조, 제2조 제1항 제2호) 건축허가의 특성상 전유부분별로 나눌 수 없음이 원칙이므로, 건축 중인 집합건축물의 일부 전유부분을 양수받은 자가 건물 완공 후 자신의 명의로 소유권보존등기를 하기 위하여는 사용승인 전에 건축법 시행규칙 제11조에 따른 건축관계자변경신고에 따라 자신을 건축물 전체에 관한 공동건축주로 추가하여야 하고, 그 후 사용승인 신청시 건축법 시행규칙 제16조 [별지 제17호 서식]에 공동건축주들이 전유부분별로 소유자를 구분하여 기재함으로써 사용승인 후 작성될 집합건축물관리대장에 양수인을 특정 전유부분에 관한 소유자로 등재되게 하여 해당 전유부분에 관한 보존등기를 할 수 있다.

(ii) 원심이 다세대주택 중 소유권보존등기가 되지 아니한 6채에 관하여 건축주명의변경절차의 이행을 명한 것은 피고에게 원고를 위 다세대주택 전체에 관한 건축허가의 공동건축주로 추가하고 사용승인 신청시 특정 전유부분을 원고에게 귀속시킬 의무가 있음을 나타내는 취지로 볼 수 있고, 최소한 원심판결이 건축법 시행규칙 제11조에서 말하는 건축

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

관계자명의변경신고에서 원고를 공동건축주로 추가할 권리관계의 변경사실을 증명할 수 있는 서류의 역할을 할 수 있어 집행가능성이 없다고는 볼 수 없으므로, 건축주 명의변경을 구하는 소의 이익이 있다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다67276 판결](#)

is Patron

(최신판례소개)

▣ 과징금부과처분취소

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031 판결

1. 논점

(i) '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령' 제3조의2 단서의 과징금 임의적 감경 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 과징금을 감경하지 않은 경우, 그 과징금 부과처분이 재량권을 일탈·남용한 위법한 것인지 여부

(ii) 명의신탁자에 대한 과징금 부과처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법한 경우, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수 있는지 여부

2. 요지 및 해설

(1) 요지

(i) 실권리자명의 등기의무를 위반한 명의신탁자에 대하여 부과하는 과징금의 감경에 관한 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령' 제3조의2 단서는 임의적 감경규정이 명백하므로, 그 감경사유가 존재하더라도 과징금 부과관청이 감경사유까지 고려하고도 과징금을 감경하지 않은 채 과징금 전액을 부과하는 처분을 한 경우에는 이를 위법하다고 단정할 수는 없으나, 위 감경사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 과징금을 감경하지 않았다면 그 과징금 부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다.

행정청이 출연재산인 부동산을 명의신탁한 사회복지법인에 대하여 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' 제3조를 위반하였다는 이유로 같은 법 시행령에 의하여 산정된 과징금 전액을 부과한 사안에서, 위 사회복지법인은 법인 설립허가조건의 불이행에 따른 설립허가 취소라는 행정처분을 피할 목적으로 부동산을 명의신탁한 것이지, 조세를 포탈하거나

법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 명의신탁하였다고 볼 수 없어 위 시행령 제3조의2 단서의 과징금 감경사유가 있음에도, 과징금 부과 관청이 과징금을 산정하면서 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인하여 과징금 전액을 부과한 것으로 보이므로, 위 과징금 부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이다.

(ii) 명의신탁이 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아니어서 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행령' 제3조의2 단서의 과징금 감경사유가 있는 경우 과징금 감경 여부는 과징금 부과 관청의 재량에 속하는 것이므로, 과징금 부과 관청이 이를 판단하면서 재량권을 일탈·남용하여 과징금 부과처분이 위법하다고 인정될 경우, 법원 으로서는 과징금 부과처분 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다.

(2) 해설

원심법원은 과징금 부과처분이 임의적 감경사유를 고려하지 않아 위법하다고 하면서, 원 고에게 부과된 과징금 중 정당한 과징금 액수를 산정하고, 이를 초과하는 부분의 부과처 분만을 취소하였습니다. 그러나 대법원은 과징금 부과처분이 위법하다고 인정될 경우, 부 과처분 전부를 취소하여야 하고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만을 취 소할 수 없다고 판시하면서 원심판결을 파기하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031 판결](#)



지평지성
JISUNG HORIZON

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

법무법인 지평지성

주사무소

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩 8, 11층 Tel : (02)6200-1600 Fax : (02)6200-0800

강북분사무소

(100-161) 서울 중구 봉래동 1가 25 HSBC빌딩 15층 Tel : (02)6200-1800 Fax : (02)6200-0830

글로벌 비즈니스 센터

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩 11층 Tel : (02)6200-0880 Fax : (02)6200-0804

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

#1605, Centec Tower, 72-74 Nguyen Thi Minh Khai Street, Ward 6, District 3, 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-Shinoh 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, Nong bon Road, Saysetha District, Vientiane, Laos Tel : 070-8275-4940 Fax : 856-21-264-344