

## 02. (건설부동산 뉴스레터 칼럼)

조합설립 변경인가를 바라보는 법원의 관점

## 11. (최신법령 소개)

1. 친수구역 활용에 관한 특별법 시행령 - 2011. 4. 30. 시행
2. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 - 2012. 4. 15. 시행
3. 자연공원법 - 2011. 10. 6. 시행

## 19. (화제의 판결)

공공건설임대주택 분양전환가격 산정기준 초과분은 무효

## 24. (화제의 뉴스)

1. 개인들 리츠 투자 열기 후끈...36억 공모에 1800억 몰렸다
2. 1천가구 이상 아파트 분할준공 허용
3. "실제 전용면적 작다" 주상복합 아파트 줄소송 위기
4. 재개발 '일몰제'...4년간 진척 안되면 취소
5. "손실만회 위한 부동산취득도 종과세 대상"
6. 공공발주에 선금직불제 도입
7. 기촉법 재시행, 위기의 건설업계 '구원투수' 되나

## 33. (최신판례 소개)

1. 용역비
2. 가. 뇌물수수 나. 뇌물공여 다. 주택법위반
3. 임차보증금등반환
4. 손해배상(기)

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 법률자문 이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

(건설부동산 뉴스레터 칼럼)

## 조합설립 변경인가를 바라보는 법원의 관점



박성철 변호사

### 1. 들어가며

2009년 9월 24일, 대법원은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법')에 근거한 행정청의 조합설립 인가처분을 강학상 인가로 볼 수 없다고 판시했습니다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결). 대법원의 태도 변경은 일주일 전에 예고되었습니다. 조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회 결의의 효력을 다투는 소송 결과는 행정처분의 위법성에 직접 영향을 미치므로 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다고 판시한 것입니다(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결). 이로써 도시정비법과 관련된 다툼을 공법상 분쟁으로 바라보기 시작했습니다. 같은 관점에서 조합설립 인가처분의 법적 성격도 달리 보게 되었습니다.

대법원은 행정청의 조합설립 인가행위가 단지 사인(私人)들의 설립행위를 보충하는 데에 그치는 것은 아니라고 판시함으로써 종전 태도를 변경했습니다.<sup>1</sup> 인가행위는

---

<sup>1</sup> 종래 대법원은 "기본행위인 조합설립행위에 하자가 있는 경우에는 민사쟁송으로써 따로 그 기본행위의 취소 또는 무효확인 등을 구하는 것은 별론으로 하고 기본행위의 불성립 또는 무효를 내세워 따로 그에 대한 감독청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상 이익은 없다"고 보았습니다

조합에 공법인의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이라고 보았습니다. 그렇게 되면 조합설립 결의는 조합설립 인가처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과하게 됩니다. 조합설립 결의에 하자가 있더라도 항고소송의 방법으로 다투어야 합니다. 조합설립 결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라고 할 수 없기 때문에 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익이 인정되지 않습니다. 이후 같은 논지의 대법원 판례가 계속 이어졌습니다. 이제 실무상 조합설립 인가처분을 행정소송으로 다투어야 한다는 데에는 의문의 여지가 없습니다.

다만 최초의 조합설립 인가처분이 있고 난 후 몇 차례의 변경 인가처분이 있었을 때, 대상적격 및 소의 이익이 인정되는 처분이 무엇인지에 대해서는 아직 논의가 정립되지 않았습니다. 사업 현장을 보면 한 번의 조합설립 인가처분으로 사업이 마무리되는 경우는 거의 없습니다. 통상 수 차례 변경 인가처분이 이루어집니다. 그렇기 때문에 그 중 어떤 처분을 다룰 수 있는지 또는 다투어야 하는지는 매우 현실적 과제입니다. 행정소송이 적법하려면 크게 다섯 가지 요건이 충족되어야 합니다. ① '처분 등의 존재'라는 대상적격, ② 법률상 이익이 있는 자가 소를 제기해야 하는 원고적격, ③ 처분 등을 행한 행정청을 상대로 하여야 한다는 피고적격, ④ 권리보호의 필요라는 협의의 소의 이익이 인정되고 ⑤ 제소기간을 준수하여야 합니다. 변경 인가처분이 있는 경우, 이 중 대상적격과 소의 이익 요건이 특히 문제됩니다. 이와 관련해 최근 주목할 만한 판결들이 있었습니다. 순차로 봅니다.

## 2. 변경 인가가 있으면 종전의 인가를 다룰 수 없다는 하급심 판결

조합설립 인가처분과 그 이후 세 차례 변경 인가처분의 각 무효를 구한 사건에서, 서울행정법원은 최종 변경 인가를 제외한 나머지 처분의 무효확인을 구하는 청구를 각하했습니다(서울행정법원 2010. 6. 9. 2009구합43741 판결).<sup>2</sup> 이 사건은 조합 설립

---

(대법원 2000. 9. 5. 선고 99두1845 판결).

<sup>2</sup> 패소한 원고가 제기한 항소가 기각되었고(서울고등법원 2011. 3. 24. 선고 2010누24632판결), 현재

인가 후 정비구역이 확대된 사례였습니다. 조합은 새로 편입된 정비구역 내의 토지 등 소유자를 포함한 조합원을 상대로 동의서를 징구했습니다. 추가로 징구된 동의서를 기준으로 행정청은 1차 변경 인가를 했습니다. 이에 대해 서울행정법원은 1차 변경 인가는 최초 설립 인가를 그대로 두고 정비구역 확대에 따라 새롭게 편입된 토지 등 소유자에 대하여만 변경승인을 한 것이 아니라고 보았습니다. "최초 인가의 기초가 된 정비구역을 포함하여 면적이 확대된 새로운 정비구역 내의 토지 등 소유자 수와 동의자 수에 터잡아 다시 승인을 한 것"이라고 판단했습니다. 이렇게 보면 원칙적으로 설립 인가에 하자가 있다고 하더라도 1차 변경 인가에 영향을 미치지 어렵게 됩니다. 따라서 서울행정법원은, 정비구역의 확대에 따라 당초 정비구역이 새로운 정비구역에 흡수되어 일체가 된 상태에서 조합이 조합원 전체를 상대로 변경된 정비구역을 기준으로 동의서를 새롭게 징구하여 변경 인가를 신청하고 이에 따라 변경 인가가 내려진 이 사건의 경우, "정비구역 변경 전에 징구한 동의서의 하자를 다투면서 당초 인가의 효력 여부의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다"고 판단했습니다.

위 사건에서 서울행정법원은 2차 변경 인가를 다투는 청구 역시 소의 이익이 없다고 보았습니다. 조합은 1차 변경 인가의 유효 동의서 산정방식에 오류가 있음을 발견하고 2차 변경 인가를 했고, 같은 이유로 3차 변경 인가를 했습니다. 서울행정법원은 1차 변경 인가는 2차 변경 인가에 의해, 2차 변경 인가는 3차 변경 인가에 의해 각 직권취소 되었다고 보았습니다. 결국 1차 변경 인가와 2차 변경 인가에 대한 무효확인청구는 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 것이므로 소의 이익이 없다고 판단했습니다.

변경 인가가 있는 경우 앞선 인가의 무효를 다투는 소의 이익이 없다고 본 사례는 더 있습니다. 조합설립 인가처분의 효력을 다투는 소송이 제기되자, 조합이 다시 전체 조합원으로부터 도시정비법이 요구하는 동의율을 충족하는 동의서를 재차 징구한 사건입니다. 도시정비법 시행규칙이 요구하는 내용이 기재된 동의서를 새롭게 제출

---

대법원에 계속 중입니다(대법원 2011두8833사건).

받았고 그에 따라 행정청은 변경 인가를 했습니다. 이 사건에서 서울행정법원은 "조합은 사업시행구역의 조합원인 토지 등 소유자들로부터 조합설립 인가신청 당시와는 다른 도시정비법 시행규칙의 서식에 맞춘 동의서를 제출받고, 새로운 동의서를 첨부하여 변경 인가신청을 승인했고, 행정청이 현행 도시정비법 제16조에 기하여 변경 인가처분을 한 것이므로, 변경 인가처분은 구 도시정비법 제16조에 기한 조합설립 인가와와는 별개의 처분으로 봄이 상당하다"고 판시했습니다. 그렇기 때문에 변경 인가처분은 조합설립 인가처분의 하자를 치유하기 위하여 보충적으로 행하여진 것에 불과하다고 볼 수는 없다는 태도를 취했습니다. "당초의 처분과는 별개의 새로운 인가처분이 행하여지면 그와 배치되는 당초의 처분은 효력이 소멸한다"고 함으로써 변경 전 인가처분의 무효를 구하는 청구는 법률상의 이익이 없다고 보았습니다(서울행정법원 2010. 7. 15. 선고 2009구합48142 판결).<sup>3</sup>

요컨대, 행정청이 변경 인가를 한 경우 당초 처분의 하자를 치유하기 위하여 보충적으로 행한 것인지 아니면 애초 처분과는 별개로 새로운 인가처분을 한 것인지에 따라 후행 처분을 다투는 소의 적법 여부가 달라질 것입니다. 위 하급심 판례들은 후행 처분이 앞선 처분을 보충하는 데에 그치는 것은 아니라고 보았습니다. 후행 처분이 종전 처분을 직권 취소하고 별개로 새롭게 설권적 행위를 한 것이라는 입장을 취했습니다. 그러나 어떤 논리에 따라 그와 같은 결론에 이르게 된 것인지, 즉 후행 처분을 보충적 행위와 새로운 별개의 행정행위로 나누는 기준이 무엇인지에 대해서는 명확히 밝히지 않았습니다. 결국 변경 인가가 있으면 항상 앞선 처분은 모두 소멸하고 더 이상 다투는 소의 이익이 없는 것은 아닌지에 대한 의문을 해소하지는 못했습니다.

### 3. 조합이 매도청구소송을 제기한 경우 소의 이익을 인정한 하급심 판결

원래 도시정비법 제16조에서 규정하고 있는 변경 인가는 당초의 조합설립 인가처분이 유효함을 전제로 하는 것으로 볼 수 있습니다. 종전 처분과 동일성을 유지하면서 이미 인가 받은 사항의 일부를 수정, 취소하거나 추가하는 행위를 상정한 것입

<sup>3</sup> 패소한 원고가 항소하여 2011년 5월 27일 선고를 앞두고 있습니다(서울고등법원 2010누25338사건).

니다. 이렇게 보면, 변경 인가처분은 새로운 인가처분이 아니며 독자적 처분으로서 평가될 수 없습니다. 설립 인가처분은 변경 인가처분에 흡수되지 않고 독립적 존재 가치를 지닙니다. 설권적 효력도 당초의 인가처분에 의하여 발생한다고 보는 것이 도시정비법의 취지에 더 부합합니다. 변경 인가처분으로 바뀐 내용이 당초 인가처분의 내용과 결합해 하나의 설립 인가처분을 구성한다고 보는 것이 논리적입니다.

서울고등법원도 위와 같은 전제를 받아들이는 판시를 한 바 있습니다. 다만 그러면서도 여전히 변경 인가를 다투어야 한다고 보았습니다. "당초의 조합설립 인가처분에 대하여 동의율에 관한 문제가 제기되어 조합이 동의서를 추가로 징구하여 제출하면서 조합설립 인가의 변경 인가처분을 구하고, 그에 대하여 행정청이 조합설립 인가의 변경 인가처분을 한 경우"는 변경 인가가 독자적 가치를 지닌다고 보았습니다. "변경 인가처분은 실질적으로는 새로운 인가 요건에 따라 이루어진 별개의 인가처분에 해당한 반면, 당초의 인가처분은 이러한 변경 인가처분으로 대체되었다고 보아야 할 것"이라고 판시했습니다(서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2009누37205 판결). 이와 같은 논리라면, 당초의 조합설립 인가의 하자를 다투는 것은 소의 이익이 없습니다. 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 셈이기 때문에 더 이상 무효 확인을 구할 법률상 이익이 없는 것이 원칙입니다.

그러나 위 사건에서 서울고등법원은 조합이 설립 인가처분에 기하여 매도청구를 한 경우에는 예외적으로 그 처분을 다툼 이익이 있다고 보았습니다. 설립 인가처분 이후 변경 인가처분이 이루어지기 전 사이에, 설립 인가처분에 기하여 조합이 어떤 권리를 행사한 경우는 달리 보아야 한다는 것입니다. 설립 인가처분의 효력 유무에 따라 조합이 권리를 행사할 당시 적법한 행정주체였는지가 달라지기 때문입니다.

도시정비법 제39조는 "사업시행자가 매도청구를 할 수 있다"라고 규정하고, 같은 법 제2조 제8호에서 "사업시행자라 함은 정비사업을 시행하는 자를 말한다"고 정하고 있습니다. 같은 법 제18조 제2항은 "조합은 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 주된 사무소의 소재지에서 대통령령이 정하는 사항을 등기함으로써 성립한다"라고 합니다. 따라서 조합은 조합설립등기를 마친 때부터 매도청구를 할 수 있습

니다. 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법') 제48조 제4항에서 매도청구권의 행사기간을 규정하고 도시정비법 제39조에서 집합건물법 제48조 제4항을 준용하도록 한 입법 취지에 비추어 볼 때, 조합은 조합설립등기를 마친 때로부터 2월 이내에 원고에 대하여 매도청구를 할 수 있습니다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다56572 판결). 조합설립등기는 당연히 유효한 조합설립 인가처분을 전제로 이루어집니다. 그렇다면, 변경 인가처분이 있기 전에 매도청구의 소를 제기한 사건에서, 설립 인가처분의 효력에 따라 조합이 원고에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있는지 판가름됩니다.

결국 설립 인가처분 이후에 변경 인가처분이 있고 변경 인가처분을 새로운 처분으로 볼 수 있더라도 애초 처분을 기초로 조합이 매도청구를 한 경우는 여전히 종전 처분을 다룰 이익이 있게 됩니다.

#### 4. 경미한 사항의 변경에 불과한 경우 변경 인가처분에 흡수되지 않는 설립 인가처분

대법원은 최근 2010년 12월 9일 보충적 의미에 불과한 변경 인가처분과 새로운 별개의 처분으로서의 성격을 지니는 변경 인가처분을 구분하는 일응의 기준을 제시하기 시작했습니다. 조합설립 인가처분이 있는 뒤 구역 내 건축물의 매매 등으로 토지 등 소유자의 수가 변경되었고, 추가로 동의서를 제출받아 조합설립 동의자 수가 변경되었음을 이유로 한 변경 인가신청이 있었던 사건입니다.

원심은, 앞선 판결처럼 설립 인가처분을 다룰 수 없다고 보았습니다. 변경 인가처분은 조합설립 인가처분에서 인가된 토지 등 소유자와 동의자를 초과하는 부분에 대하여만 변경 인가를 한 것이 아니라고 판단했습니다. 조합설립 인가처분에서 인가된 토지 등 소유자 수와 동의자 수에 추가로 제출된 동의서 등을 포함시켜 전체 토지 등 소유자 및 동의자 수를 다시 인가한 것이라고 본 것입니다. 그러면 조합설립 인가처분은 변경 인가처분에 흡수되었다는 입장을 취하게 됩니다. 조합설립 인가처분의 효력을 다투는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 각하했습니다.

원심은 이런 논리로 변경 인가처분의 효력을 다투는 부분에 대하여만 당부를 판단한 것입니다.

그러나 대법원은 달리 보았습니다. 그대로 옮겨보면 다음과 같습니다.

"도시정비법 제16조 제1항은 조합설립 인가처분의 내용을 변경하는 변경 인가처분을 함에 있어서는 조합설립 인가처분과 동일한 요건과 절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그런데 조합설립 인가처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 아니하는 도시정비법 시행령 제27조 각호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 조합설립의 변경 인가라는 형식으로 처분을 하였다 하더라도 그 성질은 당초의 조합설립 인가처분과는 별개로 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경 인가처분에 설권적 처분인 조합설립 인가처분이 흡수된다고 볼 것은 아니다."

위와 같은 논리로 대법원은 원심을 파기하고 대전고등법원으로 환송했습니다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결). 대법원이 내세운 잣대는 "도시정비법 시행령 제27조 각 호<sup>4</sup>에서 정한 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 변경 인가처분을 한 경우라면 조합설립 인가처분은 변경 인가처분에 흡수되지 않는다는 것입니다.

---

<sup>4</sup> 제27조(조합설립 인가내용의 경미한 변경) 법 제16조제1항 단서에서 "대통령령이 정하는 경미한 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 조합의 명칭 및 주된 사무소의 소재지와 조합장의 주소 및 성명
2. 토지 또는 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규 가입
- 2의2. 조합임원 또는 대의원의 변경(조합장은 법 제24조에 따라 총회의 의결을 거쳐 변경 인가를 받아야 한다)
- 2의3. 건설되는 건축물의 설계 개요의 변경
- 2의4. 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액의 변경
3. 법 제4조에 따른 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 변경되어야 하는 사항. 다만, 정비구역 면적이 10퍼센트 이상 변경되는 경우는 제외한다.
4. 그 밖에 시·도 조례로 정하는 사항



최근 2011년 4월 13일 서울고등법원도 대법원 판결의 취지에 따른 판시를 했습니다. 토지 등 소유자 1,448명 중 1,111명의 동의가 있었음을 전제로 조합설립 인가를 한 후, 토지 등 소유자 6명이 추가로 동의하였다는 이유로 한 변경 인가처분을 한 사건입니다. 서울고등법원은 추가동의로 동의자 수가 변경되었음을 이유로 변경 인가처분을 한 것은 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과해서 조합설립 인가처분이 변경 인가처분에 흡수되지 않는다고 판시했습니다. 결국 애초 설립 인가처분의 유효·적법 여부가 판단의 대상이 되는 것입니다.

#### 5. 수리를 요하는 신고로는 원칙적으로 치유되지 않는 종전 인가처분의 하자

나아가 위 사건에서 서울고등법원은 변경 인가처분을 통한 행정행위의 하자치유를 부정했습니다. 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 합니다. 처분 후 법령의 개폐나 사실 상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않습니다. 흠이 있는 행정행위의 치유나 전환은 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없습니다. 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 합니다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010두2579 판결 등). 서울고등법원은 이와 같은 하자치유의 법리를 전제로 "조합설립 인가처분은 설권적 처분의 성질을 갖고 있고, 흠 있는 조합설립 인가처분의 치유나 전환을 인정하더라도 원고를 비롯한 토지 등 소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없다"고 하여 행정청의 하자 치유 내지 요건 보완과 관련한 주장을 받아들이지 않았습니다.

#### 6. 나오며

이와 같은 최근 판례의 흐름을 종합해보면, 단순히 동의자 숫자의 증가만을 이유로 한 변경 인가는 행정청이 처분의 형식을 취하였더라도 신고의 수리에 불과해 종전 인가가 변경 인가에 흡수된다고 보기 어려워집니다. 따라서 종전 인가를 다투는 것

이 여전히 허용될 수 있습니다. 또한 변경 인가를 새로운 처분으로 볼 수 있는 경우에도, 조합이 설립 인가를 기초로 매도청구와 같은 어떤 권리를 행사했다면 설립 인가를 다룰 수 있는 소의 이익이 있습니다. 이와 같이 종전 처분의 유효·적법한 지가 다툼이 될 때에는 행정행위의 하자치유 내지 요건의 보완, 무효행위의 전환이 허용되는지가 쟁점이 됩니다.

하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용되기 어렵습니다. 예외적으로 행정행위의 불필요한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 허용하는 때에도 수범자의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로만 인정됩니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001두10684 판결). 다만 사업의 진행 정도에 따라서는 법원이 하자치유 여부를 더 섬세하게 검토할 필요가 있을 것입니다. 법적 안정성이라는 공익과 권리 침해라는 사익의 비교 형량을 통해 구체적 타당성을 도모하는 작업이 요청됩니다.

따라서 조합으로서도 일단 미흡한 상태로 설립 인가를 받은 후에 나중에 변경 인가를 받아서 보완하겠다는 태도를 처음부터 취하는 것은 바람직하지 않습니다. 물론 사업이 진행된 이후 하자가 발견된 경우에는 변경 인가를 통해서라도 흠을 바로잡으려는 노력이 필요할 것입니다. 이 때 하자치유라는 관점을 넘어 변경 인가가 새로운 처분으로 인정받을 수 있도록 더 세밀한 주의를 기울이는 것이 좋겠습니다. 나아가 행정청도 사인의 법률행위를 단지 동의로 보충해 행위의 효력을 완성시켜주는 강학상 인가행위를 하는 데에만 머물러서는 안 될 것입니다. 설권행위라는 법적 성격에 걸맞게 관련 법령의 충족 여부에 대한 심사함으로써 적법·유효한 처분을 할 필요가 있습니다. 또한 애초 설립 인가의 하자가 중대·명백하다면 변경 인가 형식을 취함으로써 분쟁의 씨앗을 남기기보다는 애초의 설립 인가처분을 직권취고하고 새로운 설립 인가처분을 함으로써 이때부터라도 하자가 문제 되지 않도록 하는 방법을 고민해 볼 필요도 있다고 생각합니다. [Jipyong & Jisung](#)

## (최신법령 소개)

1. 친수구역 활용에 관한 특별법 시행령 - 2011. 4. 30. 시행  
[대통령령 제22909호, 2011. 4. 28, 제정]

### (1) 제정이유

국가하천의 주변지역을 체계적이고 계획적으로 조성·이용하여 난개발을 방지하고 지속가능한 발전을 도모하며, 그에 따른 이익을 하천의 정비 및 관리 등에 활용하는 등의 내용으로 「친수구역 활용에 관한 특별법」이 제정(법률 제10421호, 2010. 12. 29. 공포, 2011. 4. 30. 시행)됨에 따라 친수구역의 범위와 규모를 정하고, 친수구역 조성의 기본방향 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하려는 것임.

### (2) 주요내용

#### 가. 친수구역의 범위(안 제2조)

- 1) 법률에서 하천경계로부터 일정 범위의 지역을 친수구역에 포함하도록 함에 따라 국가하천의 하천구역 경계로부터 양안 2킬로미터 범위 내의 지역을 100분의 50 이상 포함하여 친수구역을 지정하도록 함.
- 2) 친수구역의 범위를 명확히 함으로써 법 적용의 예측성이 높아질 것으로 기대됨.

#### 나. 친수구역의 규모(안 제3조)

- 1) 친수구역의 규모를 10만 제곱미터 이상으로 하되, 인구밀도 및 사업체 총종사자의 인구비율이 전국의 하위 100분의 30 미만에 속하는 지역 등인 경우에는 3만 제곱미터 이상으로 함.

- 2) 국가하천 주변 일정 면적 이상의 구역을 체계적으로 개발함으로써 소규모 난개발이 방지되고 지역균형발전에 이바지할 것으로 기대됨.

#### 다. 친수구역 조성의 기본방향(안 제5조)

- 1) 친수구역 조성은 다른 개발사업과 달리 하천에 대한 접근성과 하천과의 연계성이 최대화되어야 하므로 개발계획 단계부터 하천 및 주변 환경을 고려한 개발개념 정립이 필요함.
- 2) 친수구역에 대한 사업계획을 수립할 때에는 하천에 대한 접근성과 하천과의 연계성이 최대화되도록 할 것과 자연환경 및 문화유산을 최대한 보존할 수 있도록 할 것 등을 친수구역 조성의 기본방향에 추가함.
- 3) 친수구역 조성사업이 하천 주변 자연환경 및 문화유산에 미치는 부작용을 최소화하고 지속가능한 개발을 위한 친수구역 조성사업 계획을 수립하는 데 이바지함.

#### 라. 친수구역으로 지정될 지역에서의 행위허가의 대상(안 제9조)

- 1) 개발예정지역을 지정하는 경우 보상금을 노린 투기성 개발행위 등으로 예산 낭비 및 보상 관련 민원 등 사회경제적 손실이 발생하고 있어 이에 대한 규제가 필요함.
- 2) 친수구역의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 지역에서 시장·군수 또는 구청장에게 허가를 받아야 하는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위를 상세하게 규정함.
- 3) 친수구역 내에서의 투기성 개발행위를 제한하여 불필요한 사회적 비용 발생이 최소화될 것으로 기대됨.

#### 마. 친수구역 개발이익 산정을 위한 사업시행자의 적정수익(안 제24조)

- 1) 법률에서 친수구역개발이익을 하천관리기금으로 환수하도록 함에 따라 개발 이익 산정을 위한 사업시행자의 적정수익을 정하여 하천관리기금으로 환수할 금액의 기준을 마련할 필요가 있음.
- 2) 사업시행자에게 인정되는 적정수익을 친수구역개발이익 부과종료시점의 부과 대상 토지의 가액에서 부과개시시점의 부과 대상 토지의 가액 등을 뺀 금액의 100분의 10으로 함.
- 3) 사업시행자가 친수구역조성사업을 통하여 얻는 적정수익을 합리적으로 정함으로써 친수구역조성사업의 공공성을 확보하고 적정수익을 제외한 나머지 개발수익을 하천관리기금으로 환수하여 홍수방지 등을 위한 하천공사 및 그 시설 유지·보수에 필요한 재원을 안정적으로 조달하는 데 이바지함.

### (3) 개정안의 내용

상세내용 : [「친수구역 활용에 관한 특별법 시행령」](#)

## 2. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 - 2012. 4. 15. 시행 [법률 제10599호, 2011. 4. 14, 일부개정]

### (1) 개정이유

개별 법률에 분산 규정된 국토이용 관련 지역·지구 등의 해제 절차를 간소화하고, 지구단위계획의 형식적 구분을 폐지하며, 지구단위계획구역의 지정 대상을 확대하는 등 효율적인 국토공간구조의 창출을 위하여 복잡하고 경직적인 국토이용체계를 수요자의 요구와 지역실정에 맞는 토지이용이 가능하도록 통합·단순화하고 유연하게 개편하는 한편, 도시계획시설결정 등에 필요한 사항에 대한 조례제정의 근거를 법률에 규정하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

## (2) 주요내용

### 가. 농업진흥지역·보전산지 등의 해제에 따른 용도지역 변경 시 절차 간소화(안 제8조제4항·제5항 신설 및 안 제42조제4항)

- 1) 현재 다른 법률에 따라 지정된 토지 이용에 관한 구역 등을 변경하거나 해제하면서 용도지역 등의 변경이 필요한 경우 담당 기관과 절차 등이 서로 달라 적기에 용도지역 등의 변경이 이루어지지 않는 등 토지 이용에 혼선을 초래하고 있음.
- 2) 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 다른 법률에 따라 지정된 토지 이용에 관한 구역 등을 변경하거나 해제하려면 도시·군관리계획의 입안권자의 의견을 듣도록 하고, 의견 요청을 받은 도시·군관리계획의 입안권자는 용도지역 등의 변경이 필요하면 도시·군관리계획에 반영하도록 하고, 시·도지사가 농업진흥지역 또는 보전산지를 해제하면서 용도지역 변경을 위한 도시·군관리계획의 변경이 필요하여 시·도도시계획위원회의 심의를 거친 경우에는 시·도 농업·농촌 및 식품산업정책심의회 또는 지방산지관리위원회의 심의를 거친 것으로 보도록 함.

### 나. 도시·군계획시설 결정 관련 조례에 관한 위임근거를 법률에 규정(안 제43조제2항)

- 1) 도시계획시설의 결정·구조 및 설치에 관한 조례제정의 근거를 부령에 두고 있으나, 하위법령에 따라 조례 내용 및 존립 여부가 좌우되는 문제점을 해소하기 위하여 그 근거를 법률에 두어 지자체의 자주입법권을 강화할 필요가 있음.
- 2) 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치에 관한 조례제정의 근거를 법률에 직접 규정함.

## 다. 장기 미집행 도시·군계획시설결정의 해제권고제도 도입(안 제48조제3항부터 제5항까지 신설)

- 1) 현재 도시계획시설결정의 고시일부터 20년이 지날 때까지 도시계획시설사업이 시행되지 않으면 그 결정은 실효되나, 실효될 때까지의 기간이 너무 길어 국민의 재산권 침해를 최소화하기 위한 보완대책을 마련할 필요가 있음.
- 2) 도시·군계획시설결정의 고시일부터 10년이 지날 때까지 해당 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우에는 해당 지방의회가 그 시설의 해제를 권고할 수 있도록 하고, 해제를 권고받은 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 그 시설의 해제를 위한 도시·군관리계획을 결정하거나 도지사에게 그 결정을 신청하도록 함.

## 라. 지구단위계획의 형식적 구분 폐지 및 지구단위계획구역의 지정 대상 확대(안 제49조, 제51조제1항·제3항 및 현행 제51조제4항 삭제)

- 1) 지구단위계획을 제1종과 제2종으로 구분함에 따라 도시지역과 계획관리지역의 개발수단으로만 인식하는 한계를 극복하고, 기후변화에 대응한 기존 시가지의 압축도시(Compact City) 개발, 용도지역상의 제한을 넘는 복합용도 개발, 유희부지 및 입지 부적격시설의 이전·재배치를 통한 도심재개발 등 새로운 도시개발방식을 수용하기 위한 제도적 근거를 마련할 필요가 있음.
- 2) 제1종 지구단위계획과 제2종 지구단위계획의 형식적 구분을 폐지하는 대신 지구단위계획구역의 지정 목적 및 중심기능, 해당 용도지역의 특성 등을 고려하여 지구단위계획을 수립하도록 하고, 준산업단지, 관광단지, 도시지역 내 복합적인 토지이용 증진을 위한 체계적인 개발이 필요한 지역, 도시지역 내 유희토지의 효율적 개발 등을 위한 정비가 필요한 지역에도 지구단위계획구역을 지정할 수 있도록 함.

## 마. 용도지역 및 기반시설 등에 따른 개발행위허가 기준의 차등화 등(안 제58조제3항)

- 1) 용도지역의 구분 목적과 상관없이 개발행위 허가기준을 획일적으로 적용할 경우 개발이 필요한 지역에는 상대적으로 개발이 엄격하게 제한되고, 보전이 필요한 지역은 오히려 난개발 되는 결과가 발생하는 등의 문제가 있음.
- 2) 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 개발행위 허가기준을 시가화 용도, 유보 용도, 보전 용도로 구별하여 다르게 정할 수 있도록 함.

### (3) 개정안의 내용

상세내용 : [「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」](#)

### 3. 자연공원법 - 2011. 10. 6. 시행 [법률 제10548호, 2011. 4. 5, 일부개정]

#### (1) 개정이유

자연공원의 보전·관리를 강화하고 자연공원 내 대표적인 문화유산인 지정문화재를 보유한 사찰 및 전통사찰의 발전에 기여하기 위하여 자연공원의 5개 용도지구 중 공원밀집마을지구 및 공원집단시설지구를 폐지하고 공원문화유산지구를 신설함으로써 4개의 용도지구로 개편하고, 훼손된 자연공원을 친환경적으로 복원·관리하기 위하여 종전의 출입 또는 통행 제한·금지지역을 자연공원특별보호구역 또는 임시출입통제구역으로 지정하여 생태계 복원사업을 효율적으로 추진할 수 있도록 하며, 국가는 사찰의 환경개선에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있도록 하는 등 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.



## (2) 주요내용

가. 공원관리청이 전통사찰의 경내지(境內地)를 대상으로 공원계획의 결정·변경, 공원별 보전·관리계획의 수립 등을 하려는 경우 및 국가·지방자치단체, 공공기관이 시행하는 사업에 경내지가 포함되는 경우에는 해당 사찰 주지의 의견을 수렴하도록 함(안 제17조의3 및 제71조제1항 후단 신설).

나. 자연공원의 보전과 관리를 강화하고 지정문화재를 보유한 사찰과 전통사찰의 발전에 기여하기 위하여 공원자연보존지구, 공원자연환경지구, 공원자연마을지구, 공원밀집마을지구 및 공원집단시설지구 등의 5개 용도지구로 구분되던 자연공원구역의 공원자연보존지구, 공원자연환경지구, 공원마을지구 및 공원문화유산지구의 4개 용도지구로 개편함(안 제18조제1항).

다. 지정문화재를 보유한 사찰과 전통사찰의 경내지 중 문화재 보전에 필요하거나 불사(佛事)에 필요한 시설을 설치하고자 하는 지역을 공원문화유산지구로 지정하도록 하고, 공원문화유산지구에서는 불교의 의식(儀式), 승려의 수행·생활과 신도의 교화를 위한 시설 및 그 부대시설의 신축·증축·개축·이축 행위를 할 수 있도록 함(안 제18조제1항).

라. 자연공원의 보호와 훼손된 자연의 회복 등을 위하여 소극적으로 공원구역에 대한 사람의 출입 또는 차량의 통행을 제한하는 현행 제도를 개선할 필요가 있으므로, 자연공원을 보다 효율적으로 관리하고 훼손된 자연의 복원사업을 효과적으로 추진할 수 있도록 자연공원특별보호구역 또는 임시출입통제구역을 지정하여 멸종위기종의 복원, 외래 동식물의 제거 등의 사업도 추진할 수 있도록 개선함(안 제28조).

마. 공원문화유산지구 내 문화재사찰 또는 전통사찰의 주지는 공원관리청과 협의하여 공원문화유산지구에 입장하는 자로부터 입장료를 징수할 수 있으며, 동 입장료는 공원문화유산지구의 유지·관리비용으로 사용하도록 함(안 제37조제2항 및 제42조제2항 단서 신설).

바. 국가는 예산의 범위에서 제18조제1항제6호에 따른 공원문화유산 지구에 있는 사찰의 환경개선에 관한 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있도록 함(안 제43조).

사. 공원문화유산지구에서 허용되는 행위에 관하여는 관계 행정기관의 장의 허가를 받은 경우에는 이 법에 따라 공원관리청의 허가를 받은 것으로 보도록 함(안 제71조제2항).

아. 공원관리청이 자연공원의 경관과 생태적 환경을 훼손하지 않는 범위 내에서 생태체험사업을 시행할 수 있도록 함으로써 국민이 자연공원을 건전하게 이용하고 생태체험을 통하여 자연생태계 보전에 대한 국민의 관심과 의식을 높이고자 함(안 제73조의3 신설).

### (3) 개정안의 내용

상세내용 : 「[자연공원법](#)」 [Jipyong & Jisung](#)

## (화제의 판결)

### 공공건설임대주택 분양전환가격 산정기준 초과분은 무효

☞ 대상판결 : 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 판결

#### 1. 사실관계

(1) 대한주택공사(이하 '주공'이라고 한다)는 2000. 6. 5. 광주 광산구(이하 생략) 소재 공공임대아파트(32평형, 이하 '본건 아파트'라 한다)를 5년간 임대하기 위하여 '주택 공급에 관한 규칙' 및 '임대주택법 시행규칙'에 따라 입주자모집공고를 하면서 '분양 전환 예정시기 및 분양전환가격 산정기준'으로 "① 분양전환시기 : 최초 입주지정기간 만료일 다음달부터 5년 후, ② 분양전환가격 산정기준 : '임대주택법 시행규칙'에 의거 건설원가와 감정평가가격의 산술평균 가격으로 하고, 다만 이 경우에도 분양 전환 당시에 산출한 당해 주택의 분양(예정)가격에서 임대기간 중의 감가상각비를 공제한 금액을 초과할 수 없음, 임대시행 당시의 분양가격(분양전환 가격산정의 기초가 되는 금액, 최초 입주자 모집공고 당시의 건설원가이고, 향후 분양전환가격은 이 금액을 기초로 다시 산정함) : 택지비 18,219,000원(B형 : 18,195,000원), 건축비 65,359,000원(B형 : 65,274,000원), 지하주차장 4,607,000원(B형 : 4,606,000원) 합계 88,185,000원(B형 : 88,075,000원)"이라고 공고하였다.

(2) 그 후 주공은 원고들과 임대차계약을 체결하고 임대의무기간인 5년 동안 본건 아파트를 임대하였는데, 그 계약서 제12조에서는 그 임대목적 아파트가 임대 주택법 시행령 제9조 제1항 제2호 및 제3호의 임대주택에 해당하는 경우 위 주택은 최초 입주지정기간 종료 후 5년 후 매각하되, 매각가격 산정기준은 입주자모집공고안에서 정한 바에 따른다고 정하고 있다.

(3) 주공은 2006. 10. 9. 본건 아파트에 관한 분양전환 공고를 내고, 본건 아파트의 감정가와 건설원가를 산술평균 내어 분양전환가격을 결정하였는데, 이때 건설원가

를 계산하면서 택지비를 주공이 개발한 원가의 100%로 보았고, 건축비는 건설교통부장관 고시의 표준 건축비를 기준으로 하였다. 그 후 주공은 2007. 9. 14. 임차인들에게 2007. 10. 31.까지 분양전환신청을 할 것을 공고하였다.

(4) 원고들은 위 건설원가가 법령의 규정에 위반하여 부당하게 높은 가격으로 산정되었음을 이유로 위 가격에 따른 분양전환신청을 거부하고, 자신들이 산정한 정당한 분양대금을 지급받음과 동시에 원고들에게 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구하는 이 사건 소를 제기하였다가 소송 계속 중 주공이 원고들에 대하여 우선분양권을 포기한 것으로 취급하여 임대차계약을 해지한 후 건물명도소송을 제기하자 부득이 2009. 7.경까지 주공과의 사이에 위 각 분양전환가격에 따라 위 각 아파트에 관한 분양계약을 체결하고, 주공에게 각 분양대금을 납입하였다.

## 2. 이 사건의 주요쟁점

이 사건에서는 임대아파트의 분양전환가격을 산정할 때 필요한 건축원가의 산정방식 및 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환 가격산정기준을 초과하는 금액으로 체결된 분양계약의 효력이 문제되었다.

(1) 택지비의 경우, 사기업체가 국가나 주공 등으로부터 택지를 공급받아 임대주택을 건설할 경우에는 택지개발업무처리지침에 따라 택지조성원가의 80%를 택지비로 정하고 있는데, 주공이 직접 개발한 택지에 임대주택이 건설된 경우에는 위 지침을 적용하지 않고 택지조성원가의 100%를 택지비로 정할 수 있는지가 문제되었다.

(2) 건축비의 경우, 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환 가격산정기준이 건축비에 관하여 상한가격을 건설부 장관이 고시하는 가격(이하 '표준건축비'라 한다)에 의한다고 하고 있는데, 위 규정에 의할 때 분양전환 가격의 산정기준이 되는 건축비는 표준건축비의 범위 내에서 건축원가로 정하여야 하는 것이 아닌지 문제되었다.

(3) 과거 대법원 판결(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다33605 판결)에 의하면 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환 가격산정기준에 위반하여 산정된 분양전환가격으로 체결된 분양계약은 사법상 유효하며, 분양전환가격이 지나치게 높아 임차인의 우선분양권을 박탈하는 정도에 이르는 경우에만 무효이므로, 본건의 경우 분양전환가격이 임대주택법 시행규칙이 정한 기준에 위배되더라도 유효하다고 보아야 하는 것인지 문제되었다.

### 3. 대상판결의 요지

제1심 재판부는 과거 대법원 판결에 따라 본건에 체결된 분양계약이 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환가격 산정기준에 위배된다고 하더라도 유효하다고 판단하였으나, 항소심 재판부는 주공의 분양전환가격 산정이 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환가격 산정기준에 위배되며, 이와 같이 위 기준에 위배되는 금액을 체결된 분양계약은 무효라고 판단하였다.

이에 대법원은 다음과 같은 취지로 판시하면서 항소심의 판결을 지지하였다.

○ 임대사업자가 임대주택법 시행규칙이 정한 분양전환가격 산정기준에 기속되지 않는다고 해석하면 구 임대주택법의 입법목적이 본질적으로 침해될 우려가 있으므로, 이를 방지하기 위해서는 위 기준을 위반한 임대사업자를 형사적으로 처벌하는 것만으로는 부족하고, 위 기준에 위반하여 정한 분양전환가격에 의한 경제적 이익이 임대사업자에게 귀속되는 것을 금지시킬 필요가 있다. 따라서 분양전환가격 산정기준에 관한 구 임대주택법등 관련 법령의 규정들은 강행법규에 해당한다고 보아야 하고, 그 규정들이 정한 기준에 따라 산정된 금액을 초과한 분양전환가격으로 체결된 분양계약은 그 초과하는 범위 내에서 무효라고 보아야 한다. 위 견해에 배치되는 범위 내에서 기존 대법원 판결(2004. 12. 10. 선고 2004다 33605 판결)은 변경하기로 한다.

○ 택지비의 경우, 주공이 민간사업자가 조성한 택지 위에 임대주택을 건설할 때에는 할인된 조성원가를 적용하면서 스스로 개발한 택지 위에 임대주택을 건설하는 경우에는 그 이상의 조성원가를 적용하는 것은 합리적인 이유도 없고 형평에도 반한다. 따라서 주공이 스스로 개발한 택지 위에 임대주택을 건설하는 경우에도 택지개발업무처리지침에 따른 할인가격을 적용해야 한다.

○ 건축비의 경우, 임대주택법 시행규칙이 규정한 '표준건축비'는 분양전환가격에 반영되는 건축비의 상한가격을 의미하는 것으로 건축비와는 명확히 구별되고, 분양전환가격 산정의 기초가 되는 건설원가는 표준건축비가 아닌 건축비 기준을 하고 있음이 분명하다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 분양전환가격 산정의 기초가 되는 건축비는 표준건축비의 범위 내에서 실제로 투입된 건축비를 의미하는 것으로 보아야 한다.

그 외에도 대법원은 위 판결에서, '입주자모집공고 당시 분양전환가격 기준을 공고하였다 하더라도, 그 후 임대주택법 등 관련 법령이 개정되면 개정된 법률에 별도의 경과규정이 존재하지 않는 한 임대주택의 분양전환에 관한 법률 관계에 관하여는 개정된 법령이 적용되는 것이 원칙'이라고 판시하였다. 다만 개정 전 규정의 존속에 대한 임대사업자의 신뢰가 개정 규정이 이루고자 하는 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에는 그러한 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 여지가 있다고 보았다.

#### 4. 해설

임대주택법은 주택을 소유할 자력을 갖추지 못한 저소득 국민들의 주거생활안정을 위하여 임대주택을 보급하고, 임대의무기간 경과 후에도 무주택 임차인에게 임대주택의 우선분양전환권을 인정하였습니다. 그리고 분양전환가격의 산정기준을 상세히 규정함으로써 임대사업자가 자의적으로 분양전환가격을 정하는 것을 방지하여 합리적인 가격으로 분양계약이 체결되도록 보호하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 대법원은 위 규정에 위반되는 분양전환가격에 따라 체결된 분양계약의 효력을 인정하고

있어, 위 규정의 의미는 사실상 많이 퇴색되었습니다. 이로 인해 무주택 임차인들의 보호를 위한 임대주택법이 임대사업자의 경제적 이익달성 수단으로 전환되었다는 문제 제기가 늘어나게 되었고, 대법원은 임대주택법의 관련규정이 강행규정이라고 선언함으로써 위와 같은 문제를 법률적으로 해소하고자 한 것으로 보입니다. 그러나 위 판결은 향후 진행될 임대사업뿐만 아니라 기존에 이미 분양이 완료된 사업에도 영향을 미쳐, 앞으로 분양전환가격 초과분의 반환을 구하는 소송이 대거 이어질 것으로 보입니다. [Jipyong & Jisung](#)

## (화제의 뉴스)

### 1. 개인들 리츠 투자 열기 후끈...36억 공모에 1800억 몰렸다

요즘 리츠(부동산투자회사) 상품에 개인투자자들의 자금이 몰리고 있습니다. 5월 3~4일 일반 개인투자자들을 대상으로 공모를 실시한 광희 리츠는 36억원 모집에 1800억여원이 몰려 51대 1의 청약 경쟁률을 기록했으며, 앞선 2월 일반 공모주 청약을 진행한 이코리아 리츠는 2.7대 1의 경쟁률로 청약을 마감했고, 3월 주식시장에 상장된 뒤에는 7거래일 연속 상한가 행진을 했습니다. 리츠가 이처럼 일반인들의 인기 투자상품으로 떠오른 건 최근의 일입니다.

국토해양부 부동산산업과 관계자는 "사업자로서는 프로젝트파이낸싱(PF)을 통한 부동산 사업자금 조달이 여의치 않아졌고, 개인투자자 입장에서는 예전처럼 직접 부동산을 사들여 수익을 올리기가 어려워지자 리츠가 대안으로 떠올랐다"고 분석하고 있습니다. 사업자에게는 자금조달 창구로, 개인투자자에게는 불확실한 부동산시장에서 수익을 기대할 수 있는 간접투자상품으로서 리츠가 부각되는 것이라고 전망하고 있습니다.

일반인이 리츠에 투자하는 방법은 두 가지인데, 공모주 청약에 참여하는 것과 증권거래소에 상장된 주식을 사는 것입니다. 리츠는 부동산투자회사법상 수익의 90%를 투자자들에게 현금으로 배당하기 때문에 주식과 달리 시세차익보다는 배당수익률이 중요합니다.

어떤 상품에 투자할 것인지도 꼼꼼히 따져야 하는데, 개인이 투자할 수 있는 리츠 상품은 자산관리전문회사(AMC)가 위탁받아 운영하는 위탁관리리츠와 5인 이상의 전문인력이 직접 운영하는 자기관리리츠로 나누어 지며, 또 각각의 리츠 중에서 개발사업 투자 비중에 따라 개발사업에 총자산의 100%를 투자할 수 있는 개발전문과 투자 범위가 30% 이내로 제한되는 일반 리츠로 다시 구분됩니다.



전문가들은 자기관리리츠의 경우 인건비와 사무실 유지비 등의 고정비가 나가므로 리츠 규모가 커야 안정적인 배당을 기대할 수 있으며, 개발전문리츠는 고위험·고수익 상품이므로 투자 대상이 무엇인지와 어떤 전문가 그룹이 운영하는지를 잘 살펴야 한다고 조언하고 있습니다.

리츠 시장은 이제 태동 단계이며, 일반인을 대상으로 공모해 상장된 리츠가 코크렙 8호·케이알2호·다산·골든나래·코크렙15호·이코리아 6개에 불과할 정도로 출시된 상품이 많지는 않습니다. 특히 개인투자자들의 관심이 쏠리고 있는 자기관리리츠는 지난해 상장된 골든나래가 처음이지만 올 하반기부터는 리츠 상품이 잇따라 나올 전망입니다. 국토부로부터 영업인가를 받고 출시를 준비 중인 자기관리리츠가 18개나 되며 오피스텔이나 도시형 생활주택에 투자하겠다는 리츠가 대부분이라고 합니다.

▶ [관련기사 : 개인들 리츠 투자 열기 후끈...36억 공모에 1800억 몰렸다 - 중앙일보 | 2011. 5. 12. 00:02AM](#)

## 2. 1천가구 이상 아파트 분할준공 허용

국토해양부는 앞으로 1천가구 이상의 공동주택을 건설할 경우 사업주체가 주택단지를 최대 3회까지 분할 건설 및 준공할 수 있도록 하는 내용의 주택법 개정안을 5월 13일 입법예고 하였습니다. 또한 주택건설과 관련된 도시계획 및 건축, 교통 심의 등을 일괄 심의하는 '통합심의제도'를 도입하여 주택건설 인허가를 종전보다 6개월 가량 단축시킬 계획이라고 합니다.

개정안에 따르면 앞으로 일정규모 이상의 주택단지는 공구별로 공사를 진행하고, 공구별로 사용검사(입주)를 할 수 있는 '분할 사용검사 제도'가 도입되는데, 현재는

사업계획 승인을 받는 아파트는 가구수와 관계없이 한꺼번에 건설하고, 일시에 입주해야 해 미분양·미입주에 따른 건설사의 자금 부담이 커지는 문제가 있었습니다.

국토해양부는 이에 따라 사업계획승인은 단지 전체를 받도록 하되, 착공이나 입주자모집, 사용검사(준공)는 나눠서 할 수 있도록 허용하기로 하였으며, 대상 단지는 시행령에서 마련되는데 국토해양부는 1천가구 이상 공동주택을 최대 3회까지 분할할 수 있도록 하되, 공구별 최소 단위는 300가구 이상으로 제한할 방침이라고 합니다. 또 첫번째 착공일로부터 최대 2년 이내에 마지막 공구의 착공이 이뤄지도록 규정할 계획입니다.

국토부 관계자는 "이번 조치로 건설사의 자금 부담을 덜어주면서 소비자의 주택 청약기회는 확대하는 효과가 있을 것"이라고 말하고 있으나, 하지만 이 경우 공사가 장기화되면서 공사 소음 등 민원 발생과 편의시설 부족 등으로 입주민들의 불편이 가중될 수 있다는 지적이 있습니다. 국토부는 이에 따라 주택건설기준 등을 통해 상가, 경로당, 어린이 놀이터 등 주민공동시설은 첫번째 공구가 입주할 때 모두 준공하도록 해 입주민의 불편을 최소화한다는 방침이라고 합니다.

개정안은 이와 함께 주택사업을 부동산 신탁사에 위탁할 경우 사업주체가 신탁사로 변경되는 것을 감안해 부동산 신탁사도 주택사업주체에 포함시켜 직접 입주자 모집을 할 수 있도록 허용하기로 하였습니다.

국토해양부는 이번 주택법 개정안을 6월 국회에 제출하고, 하위법령 개정에도 나설 방침이라고 합니다.

▶ [관련기사 : 1천가구 이상 아파트 분할준공 허용 - 연합뉴스 | 2011. 05. 12. 14:26PM](#)

### 3. "실제 전용면적 작다" 주상복합 아파트 줄소송 위기

주상복합 아파트(저층은 상가, 고층은 아파트로 구성된 건축물)의 실제 주거전용면적이 분양면적보다 좁으니 분양대금 일부를 돌려달라는 소송이 잇따르고 있는데, 전문가들은 똑같은 분쟁을 막기 위해 관련법 개정이 시급하다는 지적입니다.

최근 서울 용산구 한 주상복합 아파트의 입주민은 최근 A 건설사를 대상으로 실제 주거전용면적이 분양면적보다 6.6㎡(2평) 정도 작다며 분양금 일부를 돌려달라는 소송을 제기했는데, 만약 전 가구가 소송에 참여해 승소할 경우 건설사가 돌려줘야 하는 금액은 가구당 3000만원 정도로 총 60억원 이상으로 추정됩니다. 올해 초에는 울산의 한 주상복합 아파트 입주민들이 B건설사에게 똑같은 소송을 냈고, 울산지법은 건설사에 가구당 1800만~4000만원을 지급하라는 판결을 내렸습니다.

면적을 둘러싼 소송이 벌어지는 이유는 아파트 입주민과 건설업체가 전용면적을 서로 다르게 산출하기 때문인데 일반적인 아파트나 300가구 이상인 주상복합 아파트는 문제가 없지만, 300가구 미만의 주상복합 아파트가 논란의 대상입니다.

건설사들은 300가구 미만의 주상복합 아파트는 주택법이 아니라 건축법에 따라 짓고 있는데, 주택법 시행령 제15조가 '상업지역이나 준주거지역에서 300세대 미만의 주택을 지을 경우 사업계획승인대상에서 제외한다'고 돼 있기 때문입니다. 주상복합 아파트는 상업지역에 들어서기 때문에 300가구 미만일 경우 주택법(사업계획승인대상)의 적용을 받을 필요가 없다는 게 건설사 측 주장입니다.

문제는 전용면적을 산출하는 방식이 주택법과 건축법이 다르다는 점인데, 올해 1월 울산지법은 "상가부문은 건축법을 적용하더라도, 주택은 주택법을 적용해 분양면적을 산정해야 한다"고 판결하였습니다.

즉, 주택법은 주거전용면적을 '외벽의 내부선을 기준으로 산정한 면적'으로 규정하지만, 건축법은 주거전용면적에 대한 언급이 없고 바닥면적, 건축면적을 산정할 때 외벽의 중심선을 기준으로 한다고 되어 있습니다. 만약 외벽의 두께가 50cm라고 하

면 내부선(실내 공간에 접한 선)을 기준으로 할 때와 중심선을 기준으로 할 때, 외벽을 둘러싸고 25cm씩 차이가 생기는 것입니다. 부동산전문업체에 따르면 전국의 300가구 미만인 주상복합 아파트는 총 917개 단지, 9만1200여 가구이며, 이 중 서울·경기·인천의 수도권이 681개 단지, 6만1600여 가구로 70%가량을 차지한다고 합니다.

건설사들은 이들 주택 대부분이 건축법에 따라 주거 전용면적을 산출했을 것으로 추정하고 있는데, "300가구 미만 주상복합 아파트도 주택법에 따라 주거 전용면적을 산출해야 한다"는 최종 판결이 나오면 줄소송이 이어질 것으로 전망됩니다.

부동산 전문가들은 소규모 주상복합 아파트에 관한 전용면적 산출방식에 관한 주택법 및 건축법에 관한 현 규정은 불명확한 부분이 있어 이를 명확하게 개정할 필요가 있다고 지적하고 있습니다.

▶ [관련기사 : "실제 전용면적 작다" 주상복합 아파트 줄소송 위기 - 조선일보 | 2011. 5. 12. 11:44AM](#)

#### 4. 재개발 '일몰제'...4년간 진척 안되면 취소

국토해양부는 재개발·재건축을 위해 조합설립 인가를 받아 놓고 4년 넘게 사업시행 인가를 신청하지 못하면 사업이 자동 취소되며 조합 인가 때 동의한 조합원 중 3분의 2 이상이 원하면 조합을 해산할 수 있도록 하는 내용과 도시정비 관련법 통합 방안을 담은 '도시재생 법제 개편 방향'을 5월 11일 발표하였습니다.

국토해양부는 12일 공청회를 여는 등 의견 수렴 과정을 거쳐 상반기 '도시 및 주거환경재생법(가칭) 제정안'을 마련, 국회에 제출할 계획입니다.

정부는 앞으로 신규 지정하는 재개발·재건축 등 정비구역 및 예정구역에 일몰제를 도입, 사업 진척이 더디면 구역 지정을 해제하고 조합·추진위원회를 자동 해산하기로 하고, 일몰제 대상은 '조합설립 인가일로부터 4년 내에 사업시행인가 신청을 못하는 단지' 등을 검토 중이며 구체적인 기준과 내용은 법령에 규정할 예정입니다.

또한 국토해양부는 재개발·재건축 구역이라도 수익성 하락과 주민 갈등 등으로 사업이 늦어지면 조합 인가 때 동의한 조합원의 3분의 2 이상이 원할 경우 조합·추진위원회를 해산할 수 있도록 한다는 방침입니다.

사업 방식도 '전면 철거'에서 '개발 및 관리'로 바꾸고, 서울시가 시행 중인 휴먼타운처럼 저층 주택단지에 지방자치단체가 기반시설을 설치하고 토지·건물 소유자는 주택을 수리·개량하는 주거환경관리 사업 방식을 도입하기로 하였습니다. 뉴타운·재개발·재건축 사업에 적용하던 '도시 및 주거환경정비법'과 '도시재정비 촉진법'을 '도시 및 주거환경재생법'으로 통합하기로 하였습니다.

국토해양부 관계자는 "실행 가능한 재개발·재건축 단지는 신속하게 사업을 추진하고 지지부진한 곳은 신속하게 걸러내 시장 불안이나 주민 재산권 행사 제한 등의 부작용을 줄이기 위해 제도를 개편하기로 했다"고 설명했습니다.

▶ [관련기사 : 재개발 '일몰제'...4년간 진척 안되면 취소 - 한국경제 | 2011. 5. 12. 10:33AM](#)

## 5. "손실만회 위한 부동산취득도 종과세 대상"

최근 미회수 채권의 손실을 만회하기 위한 대도시의 부동산 취득도 지방세법에 따른 종과세 대상이 된다는 대법원 판결이 나왔습니다.

대법원 1부(주심 이인복 대법관)는 장례서비스 업체인 0000개발이 돌려받지 못한 임대차보증금을 만회하고자 취득한 부동산에 대한 중과세 부과처분을 취소하라며 의정부시장을 상대로 낸 소송에서 원고 패소로 판결한 원심을 확정했는데, "원고가 임대차보증금 등의 채권을 회수하지 못해 입게 된 손해를 전매차익으로 만회하고자 소유권이전등기(건물취득)를 했지만, 이는 중과세 제외 대상인 '채권을 보전하거나 행사할 목적으로 하는 등기'에 해당하지 않는다고 본 원심 판결은 정당하다"고 10일 밝혔습니다.

지방세법은 대도시의 과밀 현상을 억제하기 위해 '법인이 본점을 대도시로 전입한 후 5년 이내 취득하는 부동산등기는 등록세를 중과하지만, 채권을 보전하거나 행사할 목적으로 하는 부동산등기는 제외한다'고 규정하고 있습니다.

0000개발은 2004년 본점 소재지를 서울시로 옮긴 이듬해 임대보증금과 대여금 30억원을 회수하지 못하자 의정부시 소재 관련 건물을 경매로 취득하고 1억 9천만원의 등록세를 납부했으나, 시 당국이 지방세법을 적용해 5억원을 중과세하자 소송을 제기하였는데, 1심 재판부는 임대차보증금 손해를 만회하고자 건물을 취득한 것이어서 중과세 제외 대상이라며 원고 승소로 판결했으나, 2심은 채권 회수불능에 따른 손실을 만회하기 위한 부동산등기는 채권 보전·행사 목적의 등기와 달라 중과세 제외 대상이 아니라며 이를 뒤집었습니다.

▶ [관련기사 : "손실만회 위한 부동산취득도 중과세 대상" - 연합뉴스 | 2011. 3. 10. 00:09AM](#)

## 6. 공공발주에 선금직불제 도입

기획재정부는 5월 12일 원수급자(하도급자)와 하수급자 간 공정거래를 위해 선금직불제를 도입하고 하도급대금 지급확인제를 확대하는 등의 내용을 담은 계약예규 개정안을 시행한다고 밝혔습니다.

현재 발주기관은 계약상대방인 원수급자에 계약금액의 30~50%를 선금으로 지급해야 하고 원수급자는 선금을 하수급자에 배분해야 하지만 배분되지 않을 때에 대한 조치사항은 없는데, 개정안은 원수급자가 선금을 하수급자에게 15일 안에 지급하지 않으면 발주기관에서 선금을 회수해 하수급자에 직접 지급하는 선금직불제를 시행하기로 하였습니다.

또 공사계약에만 적용하던 하도급대금 지급확인제도를 물품구매와 제조계약, 용역계약 등에도 확대하기로 했는데, 하도급대금 지급확인제란 통장 등 증빙서류를 통해 원수급자의 하도급대금 지급 내역과 하수급자의 수령 내역을 확인해 하도급대금이 지급되지 않은 것이 확인되면 발주기관이 직접 지급하는 제도입니다.

이밖에 개정안은 공공발주 공사에서 원수급자가 하수급자나 건설기계장비임대업자와 계약할 때 표준계약을 사용하는 비율이 낮다는 지적에 따라 표준계약을 사용하는 업체에 대해 입찰참여 때 가점을 주기로 하였습니다.

▶ 관련기사 : [공공발주에 선금직불제 도입 - 매일경제 | 2011. 5. 12. 10:29AM](#)

## 7. 기축법 재시행 , 위기의 건설업계 '구원투수' 되나

부활한 기업구조조정촉진법(이하 기축법)이 건설경기 침체와 프로젝트파이낸싱(PF) 대출 중단 등으로 '이중고'를 겪고 있는 건설업계에 '구원투수'가 될 수 있을지 관심이 쏠리고 있습니다.

건설업계는 오는 6월 금융권의 대대적인 구조조정을 앞두고 기축법이 시행되면 기업개선작업(워크아웃)이라는 '완충장치'를 통해 희생의 기회를 한 번 더 얻을 수 있다는 것을 최대 장점으로 받아들이고 있습니다.

하지만 은행 등 채권단이 워크아웃에 들어간 건설사의 영속성을 보장하지 않은 채 채권회수에만 집착해 기업을 서서히 말려죽인 과거 사례를 감안하면 기대만 할 수 없다는 주장도 제기되고 있습니다.

전문가들은 기촉법이 시행되면 건설사들은 일종의 안전장치를 마련할 수 있고 은행 등 채권단도 건설사가 기업회생절차(옛 법정관리)를 택하는 것보다 워크아웃을 시행하는 것이 채권 등의 손해를 덜 보기 때문에 나쁠 게 없다고 진단하고 있는데 다만 기촉법이 안착되기 위해서는 금융권과 건설사 간 신뢰관계 구축은 물론 기업의 회생을 위한 상호 역할 정립이 제대로 이뤄져야 한다고 주장하고 있습니다.

중견건설사의 한 관계자는 "기촉법 부활이 건설경기 침체로 어려움을 겪고 있는 건설사들을 위한 근본적 대책이 될 순 없지만 견실한 중견기업이 자금 압박을 겪고 법정관리를 신청하는 것은 막을 수 있을 것으로 본다"고 의견을 제시했고, 워크아웃을 받고 있는 한 건설사 관계자는 "채권단은 물론 금융당국도 워크아웃에 대한 시각이 바뀌어야 한다"면서 "워크아웃에 들어간 건설사의 채권만 회수하려는 식의 접근보다 기업이 정상적으로 기업활동을 영위할 수 있도록 하는 노력도 병행해야 한다"고 강조했습니다.

건설산업연구원 관계자는 "기촉법이 도입되면서 건설사들은 부실을 덜고 부채를 조정해 나갈 수 있는 기회가 생겼다"면서 "하지만 결국 기촉법이 잘 운영될 수 있는 관건은 건설경기"라고 설명하였습니다.

▶ [관련기사 : 기촉법 재시행, 위기의 건설업계 '구원투수' 되나 - 파이낸셜뉴스 | 2011. 5. 10. 16:09PM](#) [Jipyong & Jisung](#)



## (최신판례 소개)

### 1. 용역비

- 대상판결 : 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다105112 판결

### 1. 논점

- (1) 도시정비법 제24조 제3항 소정의 총회 의결 사항인데도 총회 의결 없이 이루어진 계약의 효력
- (2) 도시정비법 제24조 제3항 제5호에서 말하는 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'의 의미

### 2. 요지 및 해설

#### (1) 요지

(가)도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)은 제24조 제3항 제5호에서 예산으로 정한 사항 외에 조합원의 "부담이 될 계약"은 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하는 한편 제85조 제5호에서 제24조의 규정에 의한 총회의 의결을 거치지 아니하고 제24조 제3항 각호의 사업을 임의로 추진하는 조합의 임원을 형사처벌하도록 하고 있다. 위와 같이 도시정비법 제24조 제3항에서 총회 의결을 거치도록 한 취지는 조합원들의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 사항에 대하여 조합원들의 의사가 반영될 수 있도록 절차적 보장을 하기 위한 것이다. 이러한 규정의 취지에 비추어 보면, 도시정비법에 의해 설립된 재건축정비사업조합이 조합원 총회의 결의를 거치지 아니하고 예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약을 체결한 경우에

는 그 효력이 없다고 할 것이다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도14296 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다61008 판결 등 참조).

(나) 도시정비법 제24조 제3항 제5호에서 말하는 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'이라 함은 조합의 예산으로 정해진 항목과 범위를 벗어나서 금원을 지출을 하거나 채무를 짐으로써 조합원에게 그 비용에 대한 부담이 되는 계약을 의미한다고 볼 수 있다.

## (2) 해설

원고는 피고조합의 전 조합장과 체결한 피고조합의 임시총회의 홍보 및 안건에 대한 서면결의서를 받는 업무에 관한 용역계약에 기해 피고조합을 상대로 용역대금청구를 하였습니다.

피고조합은 이 사건 용역계약은 도시정비법 제24조 제3항 제5호의 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하여 총회의 결의를 거쳐야 하는데, 전 조합장이 조합 총회를 거치지 아니하고 이 사건 용역계약을 체결하였고 그 후 이 사건 용역계약에 관하여 조합 총회의 추인을 얻은 바도 없으므로, 이 사건 용역계약은 도시정비법에 위배되어 효력이 없다고 주장하였습니다.

원심은 용역계약이 유효하다고 보았습니다. 피고조합은 조합원 총회 의결을 통하여 정비사업과 관련한 예상하지 못한 사업 경비로 예비비를 운용하고 사업진행에 있어서 필요하고 경미한 집행은 정비사업 전체를 종합하여 3,175,748,000원의 한도 내에서 대의원회에 그 권한을 위임하였다고 할 것인데, 이 사건 용역계약은 재개발정비사업으로 재건축아파트를 건축하려던 피고의 업무를 위하여 예상하지 못한 긴급한 사무로서 그 사업경비는 예비비에 해당함이 분명하고 그 집행금액 역시 경미하므로 대의원회가 위임받은 사무에 해당하고, 이 사건 용역계약 당시 피고 조합의 예비비가 이미 소진되었다는 것은 피고의 내부사정에 불과하고 그러한 사정만으로

는 예비비 항목의 지출이 총회 의결을 요하는 것으로 전환되는 것도 아니라고 보았습니다.

그러나 대법원은 피고조합의 예산으로 정해진 예비비 항목이 이미 모두 지출되어 소진된 상태에서 이 사건 용역계약이 체결된 것이라면 이 사건 용역계약은 도시정비법 제24조 제3항 제5호에서 말하는 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하여 피고조합의 조합원 총회를 거치지 아니한 이상 무효로 보아야 할 것이라고 판단하였습니다. 대법원은 도시정비법 제24조 제3항 제5호의 규정내용과 입법취지 등에 비추어 보면, 조합원 총회 의결을 거친 예산상 정해진 항목이 아닌 것을 위하여 조합 예산을 지출하는 것은 그것이 정당한 예비비의 지출로 인정되지 않는 한 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하므로 원칙적으로 조합원 총회의 의결을 거쳐야 할 것이고, 예비비 항목의 금원 지출의 경우에도 예산으로 정해진 범위를 벗어나는 금원 지출이나 채무 부담 역시 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하여 조합원 총회의 의결을 거쳐야 하는 것으로 해석해야 한다는 입장입니다. 통상적으로 예비비 항목의 예산으로 지출되어 온 업무에 대한 금원 지출 내지 계약 체결이라는 이유만으로 총회 의결 없이 예산으로 정해진 예비비의 범위를 벗어나서 집행할 수 있는 것은 아니라는 것입니다.

3. 다운로드 : [대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다105112 판결](#)

2. 가. 뇌물수수 나. 뇌물공여 다. 주택법위반

- 대상판결 : [대법원 2011. 3. 24. 선고 2009도7230 판결](#)

### 1. 논점

구 주택법 제39조 제1항의 '거짓 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받게 한 행위'의 의미와 부작위에 의한 소극적 행위도 포함하는지 여부

## 2. 요지 및 해설

### (1) 요지

구 주택법(2009.2.3.법률 제9405호로 개정되기 전의 것,이하 같다)제39조 제1항은 "누구든지 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 의하여 건설·공급되는 증서나 지위 또는 주택을 공급받거나 공급받게 하여서는 아니된다"고 규정하고 있고, 구 주택법 제96조 제1호는 그 위반행위를 처벌하고 있는바<sup>5</sup>, 위 제39조 제1항에서 말하는 '거짓 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받거나 받게 하는 행위'라 함은 같은 법에 의하여 공급되는 주택을 공급받을 자격이 없는 사람이나 그러한 사람에게 그 자격이 있는 것으로 가장하는 등 정당성이 결여된 부정한 방법으로 주택을 공급받거나 공급받게 하는 행위로서 사회통념상 거짓,부정으로 인정되는 모든 행위를 말하며,적극적 행위뿐만 아니라 부작위에 의한 소극적 행위도 포함한다고 할 것이다.

### (2) 해설

피고인은 이 사건 아파트의 일반 분양 당첨자 중 부적격자가 적발되어 해약된 아파트로서 예비당첨자에게 공급되어야 할 아파트 8세대를 예비당첨자에게 공급하지 아니하고 임의로 자신의 지인들로 하여금 분양받도록 하여, 주택법 제39조 제1항 위반죄로 기소되었습니다.

대법원은 '거짓 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받거나 받게 하는 행위'라 함은 같은 법에 의하여 공급되는 주택을 공급받을 자격이 없는 사람이나 그러한 사람에게 그 자격이 있는 것으로 가장하는 등 정당성이 결여된 부정한 방법으로 주택을 공급받거나 공급받게 하는 행위로서 사회통념상 거짓,부정으로 인정되는 모든 행위를 말하며,적극적 행위뿐만 아니라 부작위에 의한 소극적 행위도 포함한다고 판시하면서 피고인의 행위는 '거짓 그 밖의 부정한 방법으로 주택을 공급받게 한 행위'

<sup>5</sup> (주1) 현 주택법도 동일하게 규정되어 있습니다.

에 해당한다고 보았습니다. 또한 이러한 행위가 반드시 투기의 목적으로 이루어져야 하는 것은 아닐 뿐 아니라 위 조항 중 '거짓 그 밖의 부정한 방법'이 무엇을 의미하는지에 대하여 한정적으로 열거하고 있지 아니하였다고 하여 위 규정이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수도 없다고 판시하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2011. 3. 24. 선고 2009도7230 판결](#)

### 3. 임차보증금등반환

- 대상판결 : [대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062](#)

#### 1. 논점

임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임대차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우, 임대차보증금 반환의무와 전세권설정등기 말소의무가 동시이행관계에 있는지 여부

#### 2. 요지 및 해설

##### (1) 요지

임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임대차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우 임대차보증금은 전세금의 성질을 겸하게 되므로, 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 임대차보증금 반환의무는 민법 제317조에 따라 전세권설정등기의 말소의무와도 동시이행관계에 있다.

##### (2) 해설

임대차계약이 종료에 의해 발생한 임대인의 연체차임을 공제한 나머지 보증금의 반환의무와 임차인의 임차목적물 반환의무는 동시이행관계에 있습니다. 나아가 대법원은 본 사안에서 임대인과 임차인이 임대차계약을 체결하면서 임대차보증금을 전세금으로 하는 전세권설정등기를 경료한 경우, 임대차보증금 반환의무와 전세권설정등기 말소의무도 동시이행관계에 있다고 판단하였습니다.

참고로 임대인의 임대차보증금 반환의무와 임차인의 주택임대차보호법 제3조의3에 의한 임차권등기 말소의무는 동시이행관계에 있지 않다는 것이 대법원 판례의 입장입니다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다4529 판결). 주택임대차보호법 제3조의3 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 수 없다는 것입니다. 대법원은 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무라고 판시하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062\\_](#)

#### 4. 손해배상(기)

- 대상판결 : 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405

#### 1. 논점

(1) 공동주택의 담보책임 및 하자보수와 관련한 적용 법률

(2) 아파트입주자대표회의가 자기 이름으로 분양자에게 하자보수를 요구한 경우, 이로써 구분소유자들의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 행사가 있는 것으로 볼 수 있는지 여부

## 2. 요지 및 해설

### (1) 요지

(가) 개정 주택법 부칙 제3항에 대한 위헌결정의 취지와 그 개정경과, 그리고 신뢰보호 및 공평의 관념에 비추어 볼 때, 개정 집합건물법 부칙 제6조의 규정은 개정 주택법과 개정 집합건물법이 공포·시행된 2005.5.26.이후에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 관하여만 적용된다고 보아야 할 것이다.

따라서 2005.5.26.이전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 개정 집합건물법 부칙 제6조의 규정에도 불구하고 여전히 종전의 규정이 적용된다.

(나) 구 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 입주자대표회의가 아니라 집합건물 구분소유자에게 귀속하는 것이다. 구 주택건설촉진법 제38조 제14항, 구 공동주택관리령 제16조 제2항이 입주자대표회의에게 공동주택의 사업주체에 대한 하자보수청구권을 부여하고 있으나 이는 행정적인 차원에서 공동주택 하자보수의 절차·방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정하는데 그 취지가 있을 뿐(대법원 2009.2.12.선고 2008다84229판결 참조), 구분소유자의 하자담보추급권과 입주자대표회의의 하자보수청구권은 그 근거법령과 입법취지 및 권리관계의 당사자와 책임내용 등이 서로 다른 전혀 별개의 권리이므로, 특별한 사정이 없는 한, 원고[입주자대표회의]가 피고에 대하여 하자보수청구를 하였다고 하여 이를 원고가 구분소유자들을 대신하여 하자

담보추급권, 즉 하자보수에 갈음한 손해배상청구권을 행사한 것으로 볼 수는 없다. 또한 피고가 원고에 대하여 구 주택건설촉진법 및 구 공동주택관리령에 의한 하자보수책임을 승인하였다고 하더라도, 이로써 피고가 구분소유자들에게 대하여 구 집합건물법에 의한 하자담보책임까지 승인하였다고 볼 수도 없는 것이다.

## (2) 해설

### (가) 공동주택의 담보책임 및 하자보수와 관련한 적용 법률

2005년 5월 26일 집합건물법 부칙 제6조는 "집합주택의 관리방법과 기준에 관한 「주택법」의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다"고 개정되었습니다. 대법원은 개정 집합건물법 부칙 제6조의 규정은 개정 주택법과 개정 집합건물법이 공포·시행된 2005.5.26.이후에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 관하여만 적용된다고 판단하였습니다.

다만 본 사안에서 쟁점이 된 아파트는 2005.5.26.이전에 사용검사를 받은 아파트여서, 대법원은 2005.5.26.이후에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 관하여 개정 집합건물법 부칙 제6가 적용되는 의미에 대해서는 판단을 하지 않았습니다. 개정 집합건물법 부칙 제6조 "공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다"는 조항을 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 집합건물법은 배제되고 주택법 제46조만 적용된다고 해석한다면 구분소유자의 하자담보추급권은 아예 배제됩니다. 그러나 현재 하급심 판결은 주택법 및 집합건물법의 개정에도 불구하고 공동주택의 수분양자 또는 소유자는 여전히 사법적 권리에 기한 집합건물법상 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 가진다는 입장입니다. 다만 개정 집합건물법 제9조에 의해 하자보수에 갈음하는 손해배상이



인정되는 하자도 위 주택법 시행령에서 인정되는 것에 한하게 되는 것입니다. 이 부분에 대해서는 명확한 대법원 판례를 기다려보아야겠습니다.

#### (나) 제척기간 내 권리행사 방법

본 사안에서 피고는 제척기간이 도과하였다는 항변을 하였습니다. 집합건물법 제9조에 의하여 준용되는 민법 제670조와 제671조의 하자담보책임기간은 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간인 제척기간에 해당되고, 아파트와 같은 콘크리트 구조물의 제척기간 아파트 인도 후 10년이 됩니다. 이에 대하여 원고인 입주자대표회의는 원고가 제척기간 내에 권리행사, 즉 하자보수를 요청한 사실이 있다고 재항변하였습니다.

원심에서는 원고가 하자담보추급권의 주체인 구분소유자들을 대신하여 시공회사들에게 하자담보추급권을 행사한 것으로 보았고, 따라서 제척기간 내 권리 행사 사실을 인정하였습니다.

그러나 대법원은 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 입주자대표회의가 아니라 집합건물 구분소유자에게 귀속하는 것이므로 구분소유자들에 의하여 행사되어야 한다고 판단하였습니다. 입주자대표회의가 피고에 대하여 하자보수청구를 하였다고 하여 이를 입주자대표회의가 구분소유자들을 대신하여 하자담보추급권을 행사한 것으로 볼 수는 없다고 본 것입니다. 보통 구분소유자가 아닌 입주자대표회의가 하자보수요청을 하는 경우가 많은 데, 이는 '구분소유자의 하자담보추급권 행사'로 인정되지 않아 제척기간이 도과하는 경우가 많아질 것으로 보입니다.

### 3. 다운로드 : [대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405](#) [Jipyong & Jisung](#)