

선진적인 집합건물 관리를 위한 법률 개정안*

- 하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단집회 등을 중심으로 -

한양대학교 법학전문대학원 부교수 **李 準 珩**

논문요약

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률은 지난 25년간 거의 별다른 개정 없이 시행되어 오고 있지만, 증대하는 집합건물의 중요성에 비추어 그 규범적 효력은 크게 약화되었다. 법원 등 실무의 노력에도 불구하고, 하자담보책임을 둘러싼 공법(주택법) 규정과의 갈등과 불명확함으로 구분소유자의 기본적 권리까지 위협받게 되었고, 관리계약의 체결을 둘러싸고 이웃 간의 불신과 반목이 끊이지 않으며, 정작 이러한 모든 문제를 해결해야 하는 관리단과 규약은 제대로 작동을 하지 않고 있다. 이제 집합건물법의

* 본 논문은 2011년 7월 21일에 개최된 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 개정을 위한 공청회”에서 발표한 발표문을 수정한 것이다. 공청회에서 좋은 토론을 해주신 고충정 부장판사(서울중앙지방법원), 박수곤 교수(경희대) 두 분께 감사드린다. 또한 특히 개정안 제9조의2 및 부칙 제6조와 관련하여서는 개정위원이었던 노정희 부장판사(당시 서울중앙지방법원)의 기여와 협조가 절대적이었음도 여기에 밝히고 謝意를 표한다.

끝으로 그 사이에 집합건물법 개정안의 일부조항이 수정되었다. 특히 개정안 제9조의2가 그러하다. 그럼에도 불구하고 법무부 집합건물법개정위원회의 개정안을 본문에서 인용하고 부칙간 조정을 거쳐 국무회의를 통과한 최종안을 각주로 처리한 것은 국토해양부의 반대의견에 결코 동의할 수 없음을 표시하고자 함이다. 그리고 개정안 제9조의2에 대하여는 지면 관계상 별도의 기회에서 이를 다룰 수밖에 없음에 독자의 양해를 구한다.

현대화는 국민의 인간다운 주거의 권리를 실효적으로 보장하기 위하여 더 이상 미룰 수 없는 과제가 되었다.

여기서 말하는 입법의 '현대화란, 아무런 법전도 아예 없는 상태에서 체계를 세우고 기본개념을 하나씩 정립하는 지난한 과정을 전제로 하는 이른바 '始原的' 法典化가 아닌, 기존의 체계와 개념을 전제로 하되 그 운용의 성과를 정리, 結晶化하여 기존의 체계와 개념을 다듬어서 보다 풍부하게 만드는 '派生的' 法典化를 말한다. 이를 위하여 지난 2011년 2월에 구성되어 4개월 남짓 활동하였던 법무부 집합건물법개정위원회는 다음과 같은 개정안을 작성하였다.

첫째, 하자담보책임의 주체를 분양자뿐만 아니라 시공자로 확대하고 그 내용도 민법을 전적으로 준용하는 방식에서 벗어나 기간 등을 세분화하였다. 이와 관련하여 주택법과의 관계에서 집합건물법의 기본법적 지위도 분명히 하였다.

둘째, 관리단에 의한 관리가 보다 실효적으로 이루어질 수 있도록 분양자에게 관리단 개최 등의 의무를 부과하였고, 또 관리단의 제한적 관리능력을 인정하였다. 정기 및 임시 관리단집회에 관한 규정을 손보고, 전자적 방법에 의한 의결권 행사를 인정한 것도 집합건물 관리의 현대화를 위한 조치이다.

셋째, 한편으로 결의를 통한 단체적 관리를 강화하면서도 다른 한편으로 이로 인한 소수자 권리의 침해를 막고 또 소수자의 권리 보호가 관리행위에 지장이 되지 않도록 하기 위하여 결의의 효력을 다룰 수 있는 방법과 기간을 개정안에서 규정하였다.

그러나 이번 개정안은 결코 완전한 것이 아니다. 다만 이를 계기로 대다수 국민의 주거와 영업의 기반이 되는 집합건물에 대한 보다 선진적인 법제가 마련되기를 기대한다.

[주제어] 집합건물법, 집합건물, 분양자 및 시공자의 하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단의 능력, 관리단집회, 결의취소의 소

Condominium Act, condominium, developer's or constructor's liability for building defects, developer's professional duties, legal capacities of the unit owners association, association meetings, action for revocation of resolution

* 논문접수 : 2012. 1. 9. * 심사개시 : 2012. 1. 13. * 게재확정 : 2012. 1. 31.

目 次

I. 서 론

V. 정기 관리단집회(개정안 제32조)

- II. 담보책임(개정안 제9조) 및 주택법과의 관계(개정안 제2조의2)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
 - 4. 개정시안의 변경(최종개정안)
 - III. 분양자의 의무(개정안 제9조의3)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
 - IV. 관리단의 능력(개정안 제23조의2)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
 - 4. 개정시안의 변경(최종개정안)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
- VI. 임시 관리단집회(개정안 제33조)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
 - VII. 의결권(개정안 제37조)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토
 - VIII. 전자적 방법의 도입(개정안 제38조 및 제41조)
 - IX. 결의최소의 소(개정안 제42조의2)
 - 1. 개정안의 주요내용
 - 2. 개정이유
 - 3. 비교법적 검토

I. 서론

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 집합건물법)¹⁾은 지난

1) 흥미로운 점은 현행 집합건물법을 제정할 당시부터 대법원안(1974년), 법무부안(1982년), 국회법사위안(1984년)의 3개의 안이 있었으나, 최종적으로 채택된 국회안이 등기부의 복잡화, 비대화를 피하기 위하여 일본의 법률을 답습한 결과 “구분소유자의 주거안정까지도 도모하려 한 정부안에 비하여 구분소유자 보호에 보다 소홀하였다는 비난을 면키 어렵다”는 평가를 받았다는 사실이다(양경승, “대지권에 관한 고찰”, 사법논집(제24집), 법원행정처(1993), 210-211면). 참고로 대법원안의 기초작업을 담당한 것

25년간 거의 별다른 개정 없이 시행되었지만, 그 사이에 우리의 집합 건물의 현실은 기술적으로나 사회적으로 현저한 변화를 겪었다. 현실과 규범 사이의 간극은 법원 등의 실무에 의하여 부분적으로 메워지기도 하였으나, 그 대부분은 메워지지 않은 채 남겨져있다고 평가할 수 있다. 구체적으로 보자면, 하자담보책임을 둘러싼 공법(주택법)규정과 민법의 갈등과 불명확함의 증대는 구분소유자의 기본적인 권리를 위협하는 수준에까지 접근하였고, 관리인 선임 내지 관리계약의 체결은 집합건물의 관리에 기여하기보다는 오히려 이웃 간의 불신과 반목을 조장하는 원인으로 지적되기도 하며, 이러한 모든 문제를 해결해야 하는 관리단과 규약은 재건축 국면의 경우를 제외하고는 체감할 수 있는 활동을 하지 못하고 휴면조직 내지 장식규범에 머물러 있다. 이제 지난 4반세기동안 법원 및 법무부 등 실무에서 쌓여왔던 판례와 질의회신의 성과를 다시금 입법의 차원으로 끌어와서 이를 조문화하는 것은 국민의 인간다운 주거의 권리를 실효적으로 보장하기 위하여 더 이상 미룰 수 없는 과제가 되었다.

다른 한편, 눈을 나라 밖으로 돌리면 1938년 프랑스의 아파트 법을 시초로 1950년대와 6,70년대에 각국에서 성립한 집합건물법제(1948년 오스트리아, 1951년 독일과 미국령 푸에르토리코, 1962년 일본, 1965년 프랑스와 스위스, 1980년 미국[UCA])는 이제 21세기에 넘어오면서 길게는 80년 이상 되는 경험을 “현대화(Modernisation)”하는 대규모 개정(Re-codification)을 겪고 있다. 일본과 영국, 오스트리아의 법률은 2002년, 프랑스의 법령은 2005년 말, 일본 구분소유법에 결정적

으로 짐작되는 실무자들의 연구성과(김정현·안우만·이원배·허정훈·이영준, “집합주택(아파트)의 소유, 관리에 관한 고찰(그 입법화와 관련한 문제점과 방향)”, 사법연구자료(제1집), 법원행정처(1974), 85-354면)를 보면 대법원안은 독일과 스위스의 법률을 모델로 한 듯하다.

인 영향을 주었다고 평가되는 독일의 법률은 2007년, 미국의 법률(CIOA)은 2008년 각각 대규모적으로(그 중 일부는 거의 전면적으로) 개정되었다. 1984년 제정된 우리의 현행 집합건물법은 당시 일본의 1965년 법률과 1983년 법률을 모델로서 작성된 것이다. 이 법률의 개정은 위에서 본 내부적인 필요성 외에도 이와 같은 국제기준의 변화에 대응한다는 측면을 가진다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

21세기 들어 대륙법의 본고장인 유럽을 중심으로 논의되고 있는 입법의 ‘현대화’란, 아무런 법진도 아예 없는 상태에서 체계를 세우고 기본개념을 하나씩 정립하는 지난한 과정을 전제로 하는 이른바 ‘始原的’ 法典化가 아닌, 기존의 체계와 개념을 전제로 하되 그 운용의 성과를 정리, 結晶化하여 기존의 체계와 개념을 다듬어서 보다 풍부하게 만드는 ‘派生的’ 法典化에 적용되는 개념이고, 법률의 현대화 능력이야말로 그 법공동체의 자생력 경쟁력을 보여주는 바로미터(barometer)가 된다. 이 글은 2011년 2월에 구성되어 4개월 남짓 활동한²⁾ 법무부 집합건물법개정위원회의 집합건물법 개정작업의 결과물이다. 물론 이번 개정안은 결코 완전한 것이 아니다.³⁾ 다만 이를 계기로 대다수 국민의 주거와 영업의 기반이 되는 집합건물에 대한 보다 선진적인 법제가 마련되기를 기대한다.

2) 개정위원회의 구성과 활동에 관하여는 동위원회 위원장이었던 박경량의 다음 보고를 참조. “집합건물법 개정작업의 배경과 경과”, 하계학술대회 자료집 제2권, 한국민사법학회(2011.6.17-18), 1-18면.

3) 필자는 개정위원회 출범 직전에 개정의 방향에 관한 글을 발표할 기회가 있었고(“集合建物法の 문제점과 바람직한 개정방향”, 법조(60권 1호), 법조협회(2011.1), 86-131면), 거기서 제안하였던 내용의 상당부분이 이번 개정안에서 포함된 것은 사실이다. 그러나 입법과정이란 여러 정치세력의 타협이 따를 수밖에 없는 것이고, 이번 집합건물법 개정안도 이로부터 자유로울 수가 없었다. 이번 개정안의 문제점에 관하여는 특히 II. 최종 개정안 제9조의2 제2항 2호 및 이 조항에 관한 4. 다.의 비판을 참조하라.

II. 담보책임(개정안 제9조) 및 주택법과의 관계(개정안 제2조의2)

현 행	개정시안
<p>제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용한다.</p> <p><신 설></p> <p><신 설></p> <p>② 제1항의 분양자의 담보책임에 관하여 「민법」에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.</p>	<p>제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 “분양자라 한다) 및 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 규모 이상의 시공자의 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조, 제668조 본문의 규정을 준용한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 권리는 인도 후 다음 각 호의 기간 내에 행사하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 건물의 안전성을 위태롭게 하는 내력구조부 및 지반공사의 하자는 20년 2. 1호 이외의 건물의 구조부분 및 지반공사의 하자는 10년 3. 1, 2호 이외의 하자는 10년 이내에 대통령령으로 정한 기간 <p>③ 제2항의 하자로 인하여 목적물이 멸실 또는 훼손된 때에는 그 멸실 또는 훼손된 날로부터 1년 내에 권리를 행사하여야 한다.</p> <p>④ 제1항 내지 제3항의 담보책임에 관하여 이 법과 민법에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.</p>

현 행	개정시안
[부칙] 제6조(주택법과의 관계) 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, <u>공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.</u>	제2조의2(주택법과의 관계) 집합주택의 관리방법과 기준, <u>하자담보책임에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.</u> <단서 삭제>

1. 개정안의 주요내용

(1) 담보책임을 부담하는 주체를 확대하였다. 즉, 기존의 분양자 외에 “분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 규모 이상의 시공자”를 추가하였다(제1항).

먼저 집합건물을 건축하여 분양한 자, 즉 분양자는 건물을 건축하여 토지소유권과 함께 이전하기로 하는 의무를 부담한다. 본래는 매도인이지만 수급인과 같은 담보책임을 지도록 한 이유는 일 완성 의무를 부담하기 때문이다. 상대방의 관점에서 분양자가 계약상 일 완성 의무를 부담한다고 볼 수 있다면 그것으로 족하므로, 가령 그가 실제로는 기존의 건물을 제공한 것이든(新築의무가 없는 한), 자신이 아닌 다른 사람을 통하여 일 완성 의무를 이행하든(直接이행의무가 없는 한) 분양자로 보는 데 지장은 없다. 반면에 기존의 임대아파트를 분양하기로 약정한 경우는 (별도의 改築의무를 부담하지 않는 한) 여기서 말하는 분양자는 아니다(따라서 통상적인 매도인의 담보책임을 부담할 뿐이다).

여기서 「시공자」라 함은 집합건물의 건축공사에서 직접 시공을 맡은 자를 말한다. 분양자 외에 시공자를 포함시킨 이유는 ① 분양이 끝나면 분양자가 아예 존속하지 않거나 존속하더라도 無資力이 되는 경우가 적지 않은데, 그로 인하여 시공자는 책임을 면하고 수분양자는 책임을 추급할 상대방이 없어지는 것은 부당하고, ② 분양자와 수분양자 사이의 분양계약에서 분양자가 시공자에 대하여 갖는 도급계약상의 권리(하자추급권)를 수분양자에게 명시적으로 양도하는 경우는 많지 않지만, 그럼에도 불구하고 그와 같은 양도의 합의가 있다고 보는 것(이른바 보충적 계약해석)이 합리적인 경우가 많기 때문이다. 분양자와 도급계약을 체결한 시공자는 당연히 여기에 포함되지만, 직접 분양자와 계약관계에 있지 않으면서 시공에 참여한 자(하수급인)는 포함되지 않는다. 또한 시공자 가운데 대통령령이 정하는 규모 이하의 영세한 자도 책임주체에서 제외하였다.

이와 관련하여 두 가지 제안이 있었는데, ① 먼저 주택법 제46조에서 처럼 설계자나 감리자도 포함시켜서 양쪽에서 담보책임을 지는 자의 범위를 일치시키자는 제안에 대해서는 계속해서 검토하기로 하였다. ② 다음으로 지금처럼 분양자가 원칙적으로 책임을 지되, 시공자는 다만 분양자에 대한 책임추궁이 어려운 때(가령 분양자가 자력이 없는 때)에 한하여 보충적인 책임을 지는 데 그치도록 하자는 제안에 대해서는 수분양자와 그 승계인(구분소유자)의 권리구제를 보다 용이하게 하도록 한다는 취지에서 받아들이지 않기로 하였다.

(2) 담보책임의 내용과 관련하여 기존의 민법 준용 방식을 그대로 유지하되, 준용의 범위를 축소하고 그 대신 직접 규정하는 쪽으로 전환하였다. 그 결과, 현행법에서 준용되던 조항 가운데에서 민법 제

668조 단서(토지공작물의 경우 해제권의 배제), 제669조(도급인의 지시 또는 재료로 인한 경우의 면책), 제670조 및 제671조(담보책임의 존속기간)는 더 이상 준용되지 않게 되었다(제1항).

완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에도 그 목적물이 건물 기타 토지의 공작물인 때에는 계약을 해제할 수 없도록 한 민법 제668조 단서의 준용을 삭제하는 데에 대해서는 이미 학설⁴⁾과 판례⁵⁾가 “분양계약은 실질적으로 매매이지 도급이 아니”라는 이유로 현행법조문과 상관없이 지금도 동조의 적용을 부정하고 있으므로, 이것은 실질적 의미의 개정이라고는 볼 수 없다.

제669조의 준용을 삭제하는 것에 대해서는 반대 의견이 없지 않았으나, 집합건물의 경우 수분양자가 재료를 제공하거나 지시를 하는 경우란 많지 않고,⁶⁾ 더구나 그로 인하여 하자가 발생하는 경우는 더

4) 주석민법(박준서 편집대표/이태운 집필부분), “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조”, 민법: 물권2, 한국사법행정학회(2000), 177면; 법원행정처, 집합건물의 등기에 관한 해설, (1985), 44면

5) 大判 03. 11. 14, 2002다2485(公2003下, 2329) : “통상 대단위 집합건물의 경우 분양자는 대규모 건설업체에 비하여 수분양자는 경제적 약자로서 수분양자를 보호할 필요성이 높다는 점, 집합건물이 완공된 후 개별분양계약이 해제되더라도 분양자가 집합건물의 부지사용권을 보유하고 있으므로 계약해제에 의하여 건물을 철거하여야 하는 문제가 발생하지 않을 뿐 아니라 분양자는 제3자와 새로 분양계약을 체결함으로써 그 집합건물 건축의 목적을 충분히 달성할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 집합건물의 소유및관리에관한법률 제9조 제1항이 적용되는 집합건물의 분양계약에 있어서는 민법 제668조 단서가 준용되지 않고”(後略)

6) 최근 분양되는 공동주택 가운데에는 분양자가 구조나 설비 등의 옵션(Option)을 제공하는 경우가 늘고 있지만, 이것은 어디까지나 분양자가 제시한 선택지 가운데 수분양자가 선택을 하는 것이지 이것을 「지시」라고 보기란 어려울 것이다. 적어도 담보책임을 인수하는 효과가 있는 지시라고 볼 수 있으려면 그에 상응하는 통제권을 갖는 정도에 이르러야 하기 때문이다. J. Sweet, “Defects: A Summary and Analysis of American Law”, in: P. Gauch and J. Sweet(eds.), *Selected Problems*

욱 드물며, 설령 그와 같은 사정이 있다고 하더라도 제669조 단서에 의하여 분양자가 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 수분양자에게 고지하지 아니한 때에는 담보책임을 여전히 지게 되는데, 이 또한 담보책임에 관한 일반법원칙(가령 外因이나 인과관계의 항변)에 의하여 처리하면 충분하다고 보았기 때문이다.

(3) 담보책임의 존속기간에 대하여 직접 규율하는 방식을 취하여 특별규정을 신설하였다(제2항). 이에 따라서 ① 담보책임기간의 기산점은 기존과 동일하게 인도시로 하였다. 주택법의 기준(사용승인시)은 전유부분이 많은 경우에 통일적인 획정이 가능하다는 장점이 있기는 하지만, 사법상의 권리의무관계를 결정하는 기준으로서는 적당하지 않아서 이를 취하기 어렵다. 결국 법원의 실무에 맡겨서 구체적인 개별 사안별로 검토할 수밖에 없을 것이다. 다만, 분양자 외에 시공자를 책임주체로 추가한 이상, 「인도」를 분양자의 경우와 시공자의 경우를 다르게 볼 것인가, 아니면 동일하게 볼 것인가도 문제될 수 있다. 前者의 경우는 각 수분양자에 대한 인도라고 보면 되겠지만, 後者の 경우는 前者와 동일하게 볼 것인지 아니면 분양자에 대한 인도라면 보면 되는지 견해가 갈릴 수 있다. 수분양자의 보호라는 측면에서는 양자를 동일하게 보는 쪽이 유리하지만, 분양을 직접 하지 않는 시공자의 입장에서 분양기간의 장기화에 따른 부담을 고스란히 떠안는 결과가 될 수 있다. 개정시안에 따르면 결국 이것은 법률의 해석 문제가 될 터인데, 적어도 주택법에 따른 하자보수의무의 경우보다 시공자에게 유리하게 해석하기란 곤란할 것이다.

② 그 기간은, 먼저 하자가 구조부분(structural components), 즉 건

of Construction Law: International Approach(1983), p. 75 참조.

축물 부분이 무너지지 않도록 하는 데 필요하고 또 건물을 비바람을 막을 수 있는 상태로 유지시켜주는 부분(지반, 내력벽, 기둥, 외벽, 천정, 바닥 등)에 대한 것이냐, 아니냐에 따라서 분류하고, 다시 前者를 건물의 안정성과 직결되는 기둥 및 보, 내력벽, 지반공사 등의 구조부분과 그 밖의 구조부분으로 나누어서 규정하였다. 이에 따라서 건물의 안정성을 위태롭게 하는 하자의 경우는 책임기간이 지금보다 2배인 20년으로 늘어나는 대신에 구조부분 이외의 하자는 “10년 이내에서 대통령령으로 정한 기간”으로 현행보다 단축되어 차별화되게 되었다.

하자로 인하여 목적물이 멸실 또는 훼손된 때에는 그 멸실 또는 훼손된 날로부터 1년 내에 권리를 행사하도록 한 것(제3항)은 현행법에서 민법 제671조 제2항을 준용하고 있는 것을 그대로 유지한 것에 불과하다. 물론 이에 대해서도 집합건물의 특성에 비추어 1년이라는 기간제한이 타당하냐 하는 문제 제기가 있을 수 있겠지만, 이 점에 관해서는 이번 개정에서는 다루지 아니하였다.

(4) 민법상의 담보책임 규정과 달리 집합건물법 제9조는 현행법 본조 제2항에서 강행규정으로 입법되었고, 또 실무에서도 그렇게 다루어져왔다.⁷⁾ 개정시안 본조 제4항은 이 점을 그대로 유지한 것이다. 다만, 위 (3)에서 본 내용이 보기 따라서는 수급인에게 불리한 것이라고도 할 수 있으므로, 여기에서 “이 법과”라는 부분을 추가하였다.

7) 大判 03. 2. 11, 2001다47733(集51-1, 民1) : “집합건물법 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 민법상의 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것”

(5) 현행 부칙 제6조 단서가 지난 2005.5.26. 제4차 개정에서 신설되었던 이유 중 하나는 “공동주택의 하자담보 책임기간을 내력구조 부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 합리적으로 정하려는 주택법 일부개정법률안의 입법 취지를 살리”기 위함이었다.⁸⁾ 그런데 이번 개정시안에서 제9조 제3항을 둠으로써 집합건물법 내에서 담보 책임기간의 합리화를 추구할 수 있게 되었다. 이에 따라서 부칙 제6조 단서를 삭제하고, 조문을 본문에 포함시켰다.

이와 같은 삭제에 의하여 주택법 제46조의 내용 가운데 법원이 볼 때에 구분소유자의 기본적인 권리를 해하는 것으로 판단되는 것은 그 적용을 배제할 수 있게 된다. 단서를 존치할 경우에 가장 문제가 될 수 있는 것은 바로 2003.5.29. 전문개정시 신설된 주택법 제46조 제1항, 제3항이다. 공동주택의 하자보수와 내력구조부 중대하자로 인한 손해배상청구에 관하여 주택법 제46조 제1항, 제3항에 따르게 하고, 주택법 제46조 제1항의 기간을 권리행사기간으로 해석할 경우에는 ① 하자보수청구의 권리행사기간과 보수에 갈음하는 손해배상청구의 권리행사기간이 다르다는 것인지가 문제되고, ② 주택법은 내력구조부 중대 하자로 인한 손해청구의 기간에 관하여 5/10년으로 규정하고 있는데, 이는 중대하지 않은 구조부분 하자에 관하여 권리행사기간을 10년으로 정한 개정시안 제9조 2호와 모순되며, ③ 공동주택과 그 외 집합건물 간의 불균형이 더욱 심화되는 결과가 되기 때문이다.

본문에 “하자담보책임”을 추가한 것은 사실상 실질적인 변경은 아니다. 이미 2005.5.26. 이전부터 담보책임 및 하자보수는 관리방법과 기준의 일부라고 보았고, 그렇기 때문에 단서 형태로 조문이 마련된 것이었기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 따로 표시한 것은 그 사이에

8) 이에 관하여는 아래 2. 나. (2) ① 참조

있었던 일련의 사정으로 인한 것으로 이해하면 될 것이다. 이렇게 할 경우 하자의 「발생기간」을 제한한 주택법 규정은, 당해 건물부분 및 시설부분의 성질이나 그 자재의 내구성 등에 비추어 시공상 부실로 발생할 수 있는 하자의 범위를 지나치게 제한함으로써 구분소유자의 기본적인 권리를 해한다고 보이지 않는 한, 효력을 가지게 됨을 분명히 한다는 의미가 있을 것이다.

2. 개정이유

가. 담보책임을 부담하는 주체의 확대

시공자는 분양자와 직접 계약을 체결한 자가 아니다. 또한 분양자의 소멸 내지 무자력(재건축, 재개발조합의 해산, 시행사의 파산, 시행사가 사실상 당해 분양사업만을 목적사업으로 하는 일시적 회사였던 경우 등)의 때에 수분양자는 분양자에 대한 하자담보추급권을 보전하기 위하여 분양자를 대위하여 분양자의 시공자에 대한 하자담보추급권을 행사할 수 있을 것이다.

그러나 대위행사의 경우 각 하자담보추급권의 소멸시효나 제척기간이 상이할 수 있어 수분양자의 하자담보추급권이 보호받을 수 없는 경우가 발생한다. 무엇보다 시행자와 직접 도급계약을 맺고 건물을 건축한 시공자는 건물의 안전성, 견고성, 용도적합성, 그리고 설비의 기능적 정상작동을 담보해야 할 궁극적인 책임주체이다. 현재의 실무상으로도 시공자는 수분양자에 대한 하자의 보수를 직접 담당하고, 하자 보수에 갈음하는 손해배상청구 소송에서 보조참가인 등으로 참여하여 부실시공 여부나 손해배상액수의 적절성 등을 주도적으로 주장, 입증하고 있는 경우가 다수다.

따라서 구분소유자의 시공자에 대한 하자담보추급권을 인정하는 것은 구분소유자의 권리보호를 충실하게 할뿐 아니라, 책임 부담의 주체들간의 책임소재, 하자의 범위나 손해배상액수 등에 관한 다툼을 일거에 해결할 수 있다는 장점이 있다. 2003.5.29. 전문개정된 주택법 제46조는 시공자도 사업주체의 하나로서 구분소유자 및 입주자대표회의 등에게 하자보수 및 내력구조부 중대 하자발생으로 인한 손해배상책임을 부담하도록⁹⁾ 하였다(프랑스 민법 제1792조 및 제1792조의1도 참조).

나. 부칙 제6조 단서의 삭제

(1) 2005.5.26. 개정 전 집합건물법 및 주택법령의 상황

민법 제670조는 하자보수청구권과 하자보수와 함께 하는 손해배상청구권, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 한꺼번에 규정하면서 그 권리행사기간을 동일하게 규정하고 있다. 그리고 구 집합건물법 제9조가 위 법조 등을 준용함으로써 판례¹⁰⁾는 집합건물 분양자의 하자담보책임기간은 목적물의 인도일로부터 10년이고, 그 법적 성격은 제척기간으로 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간으로 보았다.

그런데 구 주택법령이 이와 다른 하자보수책임기간을 두고 있었으므로, 구 집합건물법 및 구 주택법령상 하자담보책임의 관계와 각 법

9) 주택법 제46조 ① 사업주체(...건축주 및 제42조 제2항 제2호에 따른 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 같다)는 ...공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(沈下)·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에는 ...자의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다. (中略)

③ 사업주체는 제1항에 따른 담보책임기간에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에는 하자 발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

10) 大判 04. 1. 27, 2001다24891(公2004上, 430)

령이 규정하고 있는 기간의 성질과 관련하여, ① 주택법시행령상 기간은 하자발생기간으로 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 민법상 제척기간이 적용된다는 견해, ② 주택법시행령상 하자보수책임기간은 민법상의 5년 또는 10년보다 단기간이므로 집합건물법 부칙 제6조에 위반하여 무효라는 견해, ③ 민법상 하자담보책임기간과 주택법상 하자보수책임기간은 성격이 다른 것으로 병존하므로 주택법시행령상 기간은 그 자체로 유효하고 이를 발생 및 제척기간으로 보아야 한다는 견해, ④ 주택법 시행령에서 1, 2, 3년으로 된 기간은 집합건물법 부칙 제6조에 저촉되지 아니하지만, 내력벽의 하자에 관하여 하자담보책임기간을 5년으로 정한 부분은 민법상 제척기간인 10년보다 짧아 무효라는 견해 등이 있었는데,¹¹⁾ 大法院은 공동주택의 하자보수와 관련한 구 주택건설촉진법(구 주택법) 및 하위법령의 규정은 “행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수절차, 방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정한 것”으로 “구 주택건설촉진법 등의 관련규정은 집합건물법 제9조에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자보수의무의 제척기간에는 영향을 미칠 수 없다”고 선언하고,¹²⁾ “구 공동주택관리령¹³⁾ (1998.12.31. 대통령령 제16069호로 개정되기 전의 것) 제16조는 … 제2항에서 ‘제1항의 규정에 의한 기간 내에 공동주택 등의 하자가 발

11) 윤재윤, 건설분쟁관계법: 건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무(보정판), 박영사(2008), 288면; 이환승, “개정 주택법의 적용범위 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효”, 대법원판례해설 77호(2008하반기)(2009. 7.), 526면

12) 앞의 주 10 판결

13) 이 판결은 구 공동주택관리령이 적용된 사안이나, 구 공동주택관리령과 구 주택법시행령의 문언이 대동소이하므로, 구 주택법시행령상 하자담보책임기간의 법적 성격도 동일하게 볼 수 있다.

생한 때'에는 입주자대표회의 등이 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 동안 담보책임이 있다고 규정하고 있지는 않으므로 위 하자보수기간을 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 해석할 수는 없다”고 판시하였다.¹⁴⁾ 이상의 판례에 따라서 사업주체 등은 구 주택법시행령에서 정한 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 민법상의 10년의 제척기간 내에 하자보수책임을 졌다.

(2) 2005.5.26. 개정 이후의 혼란

① 2005.5.26. 개정 경위 및 내용

2005년 5월 2일 제253회 국회(임시회) 법제사법위원회 제2차 법안심사제2소위원회는 건설교통위원회에서 제안하여 2005년 4월 22일 회부된 주택법 일부개정법률안(대안)에 대한 심사과정에서 同법률안과 집합건물법이 상충되는 문제 제기가 있었고, 이를 해소한다는 이유로 그 자리에서 집합건물법개정안을 성안하였다.

같은 날 이어서 열린 제8차 법제사법위원회는 법안심사제2소위원회 위원장 張倫碩으로부터 “이 법률안[주택법개정안]에 대해서는 법률 간의 모순과 충돌 문제, 즉 이 법률안 부칙 제4조가 담보책임 및 하자보수 등을 규정하고 있는 제46조의 개정 규정에 대해서는 법률 제3725호 집합건물의소유및관리에관한법률 부칙 제6조의 규정을 적용 배제하고 있고, 다른 한편 집합건물의소유및관리에관한법률은 부칙 제6조에서 주택법을 배제하고 있어 법체계상 문제가 전체위원회에서 제기된 바 있”어서 “공동주택의 하자담보 책임기간을 내력구조 부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 합리적으로 정하려는

14) 大判 06. 6. 16, 2005다25632(公2006下, 1327)

주택법 일부개정법률안의 입법 취지를 살리면서 법률체계상의 문제점을 해결하기 위해서는 문제조항인 주택법 일부개정법률안 부칙 제4조를 삭제하고 대신에 집합건물의소유및관리에관한법률을 개정하여 주택법 일부개정법률안 부칙 제4조의 내용을 반영해 주는 것이 타당하다”는 보고를 받고, 다시 말해서 주택법 제46조 개정에 따른 부대조치로서 — 다시 말해서 집합건물법의 내부적 필요가 아닌 외부적 조정을 위하여 — 부칙 제6조 단서의 신설을 결의하였다.¹⁵⁾

공식적인 제안이유는 다음과 같다. “공동주택의 하자담보책임기간을 내력구조별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 합리적으로 정하려는 주택법 제46조의 개정안이 통과되더라도 법률 제3725호 集合建物の所有및管理에관한法律 부칙 제6조에 의하여 주택법 개정안이 적용되지 않을 가능성이 있으므로 集合建物の所有및管理에관한法律 부칙 제6조를 동시에 개정하여 법률 상호간의 모순과 충돌을 배제하고자 함.”

② 견해의 대립으로 인한 혼란

2005.5.26. 집합건물법과 주택법이 동시에 개정되면서 주택법 제46조 제1항에는 집합건물법 제9조를 배제하는 문구(“『민법』 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 『집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률』 제9조의 규정에 불구하고”)가 추가되고, 집합건물법 부칙 제6조에도 “공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.”는 단서 규정이 추가되면서, 문면상으로는 공동주택의 하자보수뿐만 아니라 하자담보책임 일반에 관하여 집합건물법의 적용을 일체 배제하고 주택법이 적용되는 듯한

15) 국회사무처, 第253回國會(臨時會)法制司法委員會會議錄(第8號), 대한민국 국회(2005. 5), 96면(의사일정 제43항, 제44항)

의양을 보이게 되었다.

결국 위 개정시 함께 규정된 부칙 제3항(‘이 법 시행전에 사용검사 등을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정을 적용한다’)에 대해서는 헌법재판소¹⁶⁾가 위헌결정을 하기에 이르렀다. 2005. 5. 26. 법률개정 직후 서울고등법원은 부칙 제3항과 함께 주택법 제46조 제1항, 제3항에 대한 위헌을 제청하면서 그 사유로서 ① 주택법 조항에 의하면 가장 보호필요성이 큰 아파트의 하자담보책임기간이 단독 주택 등 일반건물(민법), 빌딩 내 사무실(집합건물법)에 비하여 훨씬 짧아지는 모순이 발생하는 점, ② 사용검사 이전에 발생한 하자는 집합건물법에 의하여 10년의 하자담보책임기간이 적용됨에 반하여, 그 이후에 발생한 하자는 내력벽 등 주요 부분이 아닌 한 1년 내지 4년의 짧은 기간이 적용되게 되는데 하자의 발생시점이 언제인가라는 우연한 사정에 따라 하자책임기간이 완전히 달라진다는 것도 모순이라는 점 등을 들면서, 이는 민법상 하자담보책임기간인 10년이 획일적이고 길다는 이유만으로 전혀 다른 목적으로 제정된 주택법의 조항, 그것도 시행령의 조항으로 해결하고자 한 것이 법체계의 혼란을 가져온 것이라고 지적하였고, 이를 헌법재판소가 받아들인 것이다. 다만, 당시에 서울고등법원은 부칙 제3항 외에도 주택법 제46조 제1항 및 제3항에 대하여도 위헌심판제청을 하였는데, 헌법재판소는 부칙 제3항이 위헌인 이상 신법이 시행되기 전에 하자가 발생한 당해 사건에 있어서는 개정된 위 규정이 적용되지 아니하므로, 당해 사건에서 주택법 제46조 제1항 및 제3항 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하다는 이유를 내세워 각하하였다.

결국 현행 집합건물법 부칙 제6조 단서와 주택법 제46조의 규정으

16) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16 전원재판부

로 인한 혼란상황에 그대로 유효하고, 2005.5.26.의 법 개정 이후 오히려 공동주택 하자담보책임의 근거법령 및 그 기간과 관련한 혼란은 더욱 가중된 상태이다.¹⁷⁾

③ 집합건물법 개정의 필요성 및 방향

문제는 집합건물법 및 그에 의하여 준용되는 민법상 책임기간이 획일적이고 길다는 이유로 그 문제를 주택법의 개정만으로 해결하려는 데에 있다. 가령 2005.9.16. 대통령령 제19053호로 주택법시행령

17) 2005.5.26.의 법 개정 이후 공동주택 또는 공동주택을 포함한 집합건물의 하자담보책임의 근거법령, 청구권자, 의무자, 책임의 존속기간 등을 둘러싸고, ① 집합건물법 및 주택법의 개정으로 공동주택의 하자담보책임에 관한 한 주택법이 명실상부한 근거법률이 되어 주택법상의 하자담보에 관한 권리가 종전의 공동주택관리상 인정된 제한적 권리에서 집합건물법상의 권리를 대체하여 본격적으로 하자담보책임을 구하는 전면적 권리로 변환되었다고 하면서 개정 주택법상 하자담보책임기간은 하자발생기간일 뿐만 아니라 제척기간으로 보아야 한다는 견해, ② 집합건물법상의 하자담보청구권과 주택법상의 하자보수청구권은 병존하고, 다만 개정된 집합건물법 부칙 제6조에 의하여 공동주택에 관한 하자담보청구권의 내용이 종전과 달리 민법 제667조가 아니라, 주택법 제46조의 내용에 따라 정해진다고 하면서 다시 그 기간에 대하여 ㉠ 사용검사일로부터 1, 2, 3, 4, 5, 10년의 하자발생기간, ㉡ 건축물 인도일로부터 10년의 제척기간(집합건물법상 하자담보책임), ㉢ 하자발생일로부터 10년의 소멸시효기간이 존재하고, 즉 하자발생기간 이내에 발생한 하자에 대하여 그때부터 소멸시효가 진행되며 집합건물법상 권리는 10년의 제척기간 이내에 행사하는 구조라고 보는 견해, ③ 개정 주택법 제46조, 개정 주택법시행령 제59조에 정해진 하자담보책임기간은 보수책임이 인정되는 하자의 범위를 결정하기 위한 하자발생기간일 뿐 제척기간이 될 수는 없다는 견해, ④ 주택법 및 집합건물법 개정 이후에도 사법상의 권리인 집합건물법상의 하자담보청구권과 공동주택의 관리상의 필요에 따른 주택법상의 하자보수청구권은 병존하고, 다만 공동주택의 담보책임 및 하자보수는 주택법 제46조가 정하는 범위 내에서만 인정된다는 견해 등이 법원 안팎에서 제기되고 있는 형편이다.

제59조 제1항과 관련 있는 [별표 6]의 내용 중 일부가 변경되었는데, 그것은 바로 제목 및 구분란 중에서 “하자보수책임”을 “하자담보책임”으로 모두 변경한 것이었다. 특히 2005.5.26. 개정 주택법 제46조에서 신설된 제3항은 “사업주체는 제1항의 규정에 의한 담보책임기간 안에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 하자발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있는바, 개정 전 규정은 “사업주체는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 사용검사일(…)부터 10년 이내의 범위에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.”였다. 즉, 「하자보수로 인한 손해」가 갑자기 「하자발생으로 인한 손해」로 둔갑하면서 주택법 제46조 전체가 집합건물법의 담보책임 중에서 하자보수책임을 보충하는 조문에서 하자담보책임 전체를 대체하는 조문으로 성격이 크게 변질되었고, 그것은 필연적으로 구분소유자의 권리를 약화시키는 결과를 가져왔다.

집합건물법 및 주택법의 모순, 저축의 문제로 인하여 야기되는 문제는 ① 입주자대표회의가 사업주체에게 손해배상청구권을 행사할 수 있는가, ② 시공사에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는가, ③ 내력구조부 하자가 그로 인하여 공동주택이 무너졌거나 무너질 우려가 있는 정도에 이르지 않은 경우 및 내력구조부가 아닌 다른 부분에 발생한 하자에 대하여 손해배상책임을 인정할 것인가,¹⁸⁾ ④ 사용검사 전에 발생한 하자가 담보책임의 대상이 되는가 등이 있으므로, 공동주택의 하자담보책임과 관련하여 발생한 혼란을 불식하기 위하여는

18) 주택법 제46조 제3항, 시행령 제59조 제1항 별표 7에 의하면, ‘내력구조부의 결함으로 공동주택이 무너졌거나, 안전진단실시 결과 무너질 우려가 있다고 판정된 경우’에 한하여 손해배상책임을 인정하도록 되어 있다.

다음과 같은 점들이 고려되어야 한다.

첫째, 집합건물법과 주택법의 모순, 충돌을 해소하되, 집합건물법이 집합건물에 관한 기본법이라는 위상에 걸맞게 집합건물법을 하자담보책임의 근거 모범으로 만들어야 한다. 이를 위하여 집합건물법의 개정과 함께, 주택법 제46조를 공동주택 관리차원의 신속한 하자보수를 위한 규정으로 삼고, 제46조 제1항은 하자보수보증금 범위 내의 하자보수책임임을 명기하며, 제3항은 삭제함이 옳다는 견해¹⁹⁾에 귀 기울일 필요가 있다.

둘째, 하자담보책임기간의 성격 및 하자담보청구권자, 의무자를 분명히 할 필요가 있다. 즉, 기간의 성격이 하자발생기간인지, 제척기간인지 여부, 하자담보청구권, 특히 공용부분에 대한 하자담보청구권을 관리단에게도 인정할 것인지 여부, 시공자를 의무자에 포함시킬 것인지 여부를 고려하고, 그 장단점 및 이론적 문제점 등을 판단하여야 한다.

셋째, 하자담보책임기간의 장단은, 하자담보책임기간이 길어질수록 공동주택의 수분양자 또는 거주자 보호가 강화되는 측면이 있는 반면, 사업주체나 분양자의 재정상 또는 경영상 부담이 가중되고 일부 부담의 경우 새로 분양되는 공동주택의 분양가에 전가되는 측면이 있으므로²⁰⁾ 이를 고려하여야 한다. 하자담보책임기간을 일률적으로 10년으로 정하고 있는 집합건물법 제9조, 그에 의하여 준용되는 민법 제671조에 대하여는 건축기술의 발달 등에 비추어 지나치게 장기이고 구조별 및 시설공사별로 내구수명 등을 감안하지 아니하여 불합리하다는 비판이 있고, 반면 일부에서는 골조와 배관공사에 대하여는 더 장기간의 책임기간을 정하자는 주장도 제기되고 있다.

19) 윤재훈, “건설소송 심리상의 유의사항”, 2011년 건설실무 법관연수 자료, 사법연수원(2011), 22면

20) 2005.5.26. 법 개정 당시 검토보고서에서 인용

집합건물이 성질이 다른 여러 구성부분의 결합체로서의 성격을 가지고 있고, 그 각 구성부분 중 일부는 독립적인 기능을 하고 교체나 분리 등도 가능하므로 하자담보책임기간을 정함에 있어서도 이를 분리하여 차등적으로 정함이 합리적이라 할 것이다.

넷째, 구체적인 하자 및 그 기간은 시행령에 위임하더라도, 위임입법의 한계상 구성부분 또는 하자의 중요성, 내구연한, 교체 가능성 등에 따라 최소한의 기준을 법률에서 정한 뒤에 위임함이 바람직하다.

(3) 권리행사기간의 합리화

현행 집합건물법 제9조가 준용하고 있는 민법 제671조는 “토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도 후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다.”고 규정하고 있다.

실무상 견고 건물의 하자담보책임에 관하여 건물의 구성부분과 기타 설비부분의 담보책임기간을 구분하지 않고 일률적으로 10년으로 파악하여 적용하는 경우가 적지 않았고, 그 합리화에 대한 요구가 주택법의 개정을 불러왔음은 앞서 말한 바와 같다.

기본적으로 건물 자체의 하자과 창호나 벽지, 타일, 페인트 등, 주방가구나 조명기구처럼 건물과 불가분적 관계가 없어 분리, 교체가 가능하고 그 성질상 사용상 마모가 불가피하거나 내구연한이 짧은 부분의 하자는 구분되어야 한다.

먼저 건물의 안전성과 관련이 있는 내력구조부의 중대한 하자는 집합건물이 다수의 인명과 재산에 미치는 영향, 건축기술의 발달 등을 고려할 때 일반건물(단독주택 등)에 비하여 보다 장기로 규정할 필요

가 있다. 지반공사 또한 집합건물의 경우 건물 자체의 안전성, 견고성을 침해하는 중대한 하자이므로 건물의 내력구조부와 동일하게 취급되어야 한다. 반면, 설비의 정상작동을 저해하는 경미한 하자는 합리적으로 단축할 필요가 있으나, 다만 그 구체적인 기간은 설비 등의 차이, 건축기술의 발달 등에 맞춰 유연하게 규율할 필요가 있다.

이에 개정시안은 하자가 구조부분(structural components), 즉 건축물 부분이 무너지지 않도록 하는 데 필요하고 또 건물을 비바람을 막을 수 있는 상태로 유지시켜주는 부분(지반, 내력벽, 기둥, 외벽, 천정, 바닥 등)에 대한 것이냐, 아니냐에 따라서 분류하고, 다시 前者를 건물의 안전성과 직결되는 내력구조부와 그 밖의 구조부분으로 나누었다.

3. 비교법적 검토

가. 프랑스 민법

▶ 제1792조 : ① 건축수급인은 도급인과 이후 취득하는 자에 대하여 건축물의 견고성이 위태롭게 됨으로써 발생한 손해, 건축물의 구성물이나 부속설비에 영향을 미침으로써 건축물이 그 목적에 부합하지 않게 되어 발생한 손해 등에 대해서 당연히 배상할 책임이 있다.

② 건축수급인이 손해가 외래적 요인에 의해 발생한 것이었음을 입증한 경우에는 전항의 손해배상책임이 발생하지 않는다.

▶ 제1792조의1 : 다음의 자는 건축수급인으로 본다.

1. 건축사, 수급인, 엔지니어 등 다른 건축도급계약에 기하여 도급인에 대한 의무를 부담하는 자
2. 스스로 건축물을 완성시키거나 다른 사람으로 하여금 건축물을 완성하도록 한 후 이를 매도한 자

3. 수급인과 유사한 의무를 수행하는 모든 자. 그가 목적건축물 소유자의 수임인 자격으로 업무를 수행한 경우도 마찬가지이다.

▶ 제1792조의2 : ① 제1792조의 책임의 추정은 건축물의 택지, 지반, 골조, 벽 및 지붕 등과 불가분을 이루는 부속설비의 견고성이 위태롭게 됨으로써 입은 손해에 대해서도 확장된다.

② 건축물을 손상하거나 건축물 재료를 제거하지 않고는 부속설비를 제거, 분해, 대체하는 것이 불가능할 경우 당해 부속설비는 건축물의 택지, 지반, 골조, 벽 및 지붕 등과 불가분을 이루고 있는 것으로 본다.

▶ 제1792조의3 : 건축물의 기타 부속설비는 수령일로부터 최소 2년간 원활한 기능의 담보의 목적이 된다.

나. 일본 住宅의 品質確保의 促進等에 關한 法律

▶ 제94조(주택의 신축 공사의 도급인의 하자담보책임의 특례) ① 주택을 신축하는 건설 공사의 도급계약(이하에서 “주택신축도급계약”이라고 한다)의 경우에 수급인은 주문자에게 인도한 때부터 10년간 주택 중 구조 내력상 주요한 부분 또는 빗물의 침수를 방지하는 부분으로서 정령으로 정한 것(이하에서 “주택의 구조 내력상 주요한 부분 등”이라고 한다)의 하자(구조 내력 또는 빗물의 침수에 영향이 없는 것을 제외한다. 다음조에 있어 동일)에 관하여 민법(1896년 법률 제89호) 제634조 제1항 및 제2항 전단에 규정한 담보의 책임을 진다.

▶ 제95조(신축 주택의 매도인의 하자담보책임의 특례) ① 신축 주택의 매매계약의 경우에 매도인은 매수인에게 인도한 때(해당 신축 주택이 주택 신축 도급계약에 근거하고 도급인으로부터 해당 매도인에게 인도된 것인 경우에 있어서는 그 인도의 때)로부터 10년간 주

택의 구조 내력상 주요한 부분 등의 숨은 하자에 관하여 민법 제570조에서 준용한 동법 제566조 제1항 및 동법 제634조 제1항 및 제2항 전단에 규정한 담보의 책임을 진다. 이 경우에 있어 동조 제1항 및 제2항 전단 중 “도급인”이라고 되어있는 것은 “매수인”으로, 동조 제1항 중 “수급인”이라고 되어있는 것은 “매도인”으로 한다.

▶ 제97조(하자담보책임의 기간의 연장 등의 특례) 주택 신축 도급계약 또는 신축 주택의 매매계약에 있어서는 수급인이 제94조 제1항에 규정한 하자 그 밖의 주택의 하자에 관하여 동항에 규정한 담보의 책임을 져야 하는 기간 또는 매도인이 제95조 제1항에 규정한 하자 그 밖의 주택에 숨은 하자에 관하여 동항에 규정한 담보의 책임을 져야 하는 기간은 주문자 또는 매수인에게 인도한 때부터 20년 이내로 할 수 있다.

4. 개정시안의 변경(최종개정안)

(1) 작년 하반기 입법과정에서 이 개정시안은 국토해양부와 건설업계(한국주택협회 등)의 반대에 시달려야 하였다. 시공자의 이익을 대변하는 유관단체의 비판은 제반 사정을 감안하고 경청하면 되는 것이었지만, 부처간 협의과정에서 국토해양부의 반대(특히 시공자의 책임을 기존의 代位 구성에서 이를 가중하는 것을 반대하고 심지어는 판례에 의하여 인정받은 계약해제권의 명문화까지도 반대한 것)는 이해하기 힘들었다.

그러나 입법에는 결국 정치적 타협이 따를 수가 있어서 부처간 협의를 거쳐서 지난 12월 중순 법제처심의를 마친 개정안은 다음과 같이 변경되었다(밑줄친 부분은 개정시안과 달라진 부분).

제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 “분양자”라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 “시공자”라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다. 이 경우 그 담보책임에 관하여는 민법 제667조 및 제668조를 준용한다.

② 제1항에도 불구하고 시공자가 분양자에게 부담하는 담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 시공자는 그 법률에서 정하는 담보책임의 범위에서 구분소유자에게 제1항의 담보책임을 진다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 시공자의 담보책임 중 민법 제667조 제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 희생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지며, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면(免)한다.

④ 제1항에 따른 분양자와 시공자의 담보책임에 관하여 이 법과 민법에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.

제9조의2(담보책임의 존속기간) ① 제9조에 따른 담보책임에 관한 구분소유자의 권리는 다음 각 호의 기간 내에 행사하여야 한다.

1. 「건축법」 제2조 제1항 제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자: 10년

2. 제1호에 규정된 하자 외의 하자: 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간

② 제1항의 기간은 다음 각 호의 날부터 기산한다.

1. 전유부분: 구분소유자에게 인도한 날

2. 공용부분: 「주택법」 제29조에 따른 사용검사일(집합건물 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 사용승인일

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 제1항 각 호의 하자로 인하여 건물이 멸실 또는 훼손된 경우에는 그 멸실 또는 훼손된 날부터 1년 이내에 권리를 행사하여야 한다.

(2) 일단 책임의 주체 및 내용과 책임기간을 나누어 각각 별도의 조문으로 구성하였다. 둘째, 책임의 내용에서 민법 제668조 단서를

되살린 것은 실제로는 큰 의미가 없다. 왜냐하면 현행법 하에서도 법원은 적어도 분양자에 대한 분양계약의 해제는 인정하고 있기 때문이다. 구분소유자가 하자를 이유로 시공계약을 해제하는 것은 생각하기 어렵고 실익도 없으므로, 현재의 법상태에 변동은 없을 것이다. 셋째, 제9조 제2항은 시공자가 건설산업기본법 제28조 제2항에 기한 면책을 구분소유자에게 주장할 수 있으리라는 기대 하에서 둔 규정이다. 넷째, 제9조 제3항 전단은 구분소유자가 시공자에게 손해배상 책임(하자보수의무가 아닌!)을 물을 수 있는 경우를 제한하는 규정이다(동조항 후단은 이중변제를 막기 위한 것이라고 하는데, 필자가 보기에는 무의미한 규정이다).

(3) 특히 제9조의2 제2항 제2호는 정말 문제가 많은 조항이라고 생각한다. 원래 개정시안에서는 “인도”라고 하고 대통령령에서 이를 공용부분에 대하여는 관리주체가 분명해진 시점(아래 III. 개정안 제9조의3 제3항도 참조)으로 하고자 하였으나, 국토해양부의 끈질긴 반대로 국민의 재산권의 기본내용(형성된 기본내용에 대한 제한이 아니고 아예 형성 자체가)이 공법규정에 의하여 정해지는 회한한 입법이 이루어지게 되었고, 보다 문제는 미분양의 리스크를 분양자가 아닌 구분양자가 안게 되어서 극단적인 경우에 권리를 행사할 주체가 없는 상태로 권리행사기간이 도과할 위험성마저 있게 되었다.

III. 분양자의 의무(개정안 제9조의3)

현 행	개정시안
<신 설>	제9조의3(분양자의 의무) ① 분양자는 제23조 제1항에 따른 관리단

	<p><u>이 관리를 개시할 때까지 선량한 관리자의 주의로 건물과 대지 및 부속시설을 관리하여야 한다.</u></p> <p>② <u>분양자는 제28조 제4항에 따른 표준규약을 참조하여 공정증서로써 규약에 상당하는 것을 작성하고, 분양계약을 체결하기 전에 분양을 받을 자에게 주어야 한다.</u></p> <p>③ <u>분양자는 예정된 매수인의 2분의 1 이상이 이전등기를 한 날로부터 3개월 이내에 구분소유자가 규약 설정 및 관리인 선임(제24조제1항의 경우에만 해당한다)을 하기 위한 관리단집회를 소집하지 아니하는 경우에는 지체 없이 이를 위한 관리단집회를 소집하여야 한다.</u></p>
--	---

1. 개정안의 주요내용

(1) 집합건물에 대한 구분소유권을 창설하는 구분행위의 일부를 이루는 분양계약에 관한 규율을 집합건물의 소유 및 관리에 속한다고 볼 것인지는 別論으로 하더라도, 적어도 집합건물의 관리에 필요한 최소한 범위 내에서 개정시안을 마련하고자 하였다. 다른 나라의 입법례와는 달리 우리 입법자는 이미 제정 당시부터 분양자의 담보책임에 관한 규정(제9조)을 두었고, 이번 개정시안에서는 관리와 관련

한 분양자의 의무를 다음과 같이 몇 가지 추가하였다.

(2) 먼저 당사자들이 정한 분양계약의 내용과 관계없이 관리단이 관리(위탁관리를 포함한다)를 개시할 때까지 분양자에게 건물 및 그 대지와 부속시설을 관리할 의무를 부과하였다(개정시안 본조 제1항). 분양계약은 매매, 도급, 위임의 요소가 모두 포함되어 있지만, 구체적인 계약의 내용에 따라서 각 요소들 사이의 重點이 달라질 수 있다. 그러나 이와 같은 관리의무를 부과함으로써 분양자는 목적물의 인도와 등기까지 모두 마친 다음에도 일정한 기간동안 수분양자에 대한 의무를 부담한다는 점을 분명히 하였다. 분양자가 반드시 직접 관리행사를 하여야 하는 것은 아니지만, 적어도 분양자의 책임 아래 관리가 진행되어야 하고, 이때의 주의의무는 추상적 주의의무이다(민법 제681조 참조).

이와 같은 관리의무는 어디까지나 임시적인 것이다. 분양자의 관리는 관리단에 의한 관리로의 이양을 목적으로 하기 때문이다. 그와 같은 이유에서 분양자에게 관리의무와 별도로 규약의 작성 및 교부 의무(제2항)와 관리단집회 소집의무(제3항)를 부과하였다. 다만, 제2항과 제3항의 의무 역시 제1항과 목적을 같이 하는 것이기 때문에 보기에 따라서는 제1항의 구체화된 조문이라고 볼 수 있고, 그런 의미에서 제2항과 제3항의 의무를 이행함에 있어서도 선량한 관리자의 의무를 다할 것은 공통적으로 적용된다.

(3) 현행법상 규약의 설정은 임의사항이며(제28조 제1항 및 제2항 참조), 원칙적으로 관리단집회에서 특별결의요건에 따라 설정하도록 되어 있으므로(제29조 제1항), 적어도 2인의 구분소유자의 존재를 전제로 한다(제23조 제1항 참조). 그런데 현행법에 따르더라도 집합건

물을 건축하여 분양하고자 하는 자는 “건물부분의 전부를 소유하는 자”에 해당하기 때문에 “공정증서로써 규약에 상당하는 것”을 정할 수 있다(제3조 제3항 및 제56조 제2항 참조). 이처럼 현재에는 임의 사항으로 되어 있는 것을 이번에 의무사항으로 바꿈(개정시안 본조 제2항)으로써 다음의 두 가지 변화를 꾀하였다.

① 먼저 분양이 시작됨으로써 구분소유관계가 성립하고 따라서 관리단이 성립하였음에도 불구하고 규약이 없는 상황이 일어나는 것을 미연에 방지하고자 하였다. 물론 “건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호간의 사항 중”(제28조 제1항 참조) 법률에서 규정하지 아니한 사항은 관리인에게 위임하거나 관리단집회의 결의에 의하면 처리할 수가 있다(제31조 참조). 그렇지만 관리인에게 위임하는 것은 자칫 자의로 흐르기 쉽고, 또 관리단집회는 개최하여 결의를 얻어낸다는 것도 쉬운 일이 아니다. 결국 가장 비용이 적게 들고 또 합리적인 것은 규약을 통한 관리라고 할 수 있다. 이런 이유로 구분소유관계가 성립되는 분양단계에서 분양자에게 규약에 상당하는 것을 작성하도록 의무를 부과하였다.

물론 구분소유관계가 성립한다고 해서 언제나 이러한 의무를 부과하여야 하는 것은 아니다. 구분소유자 사이에 면적이 있는 등으로 상호 협조를 기대할 수 있는 경우, 가령 기존 건물의 공유자들이 구분소유의 합의와 구분등기만으로 구분행위를 하는 경우와 같이 관리인 내지 관리단집회를 통한 관리를 기대할 수 있는 때에는 굳이 규약을 통한 관리를 강요할 필요가 없다. 개정시안에서 「분양자」, 즉 집합건물을 건축하여 분양한 자라고 한 것도 이와 같은 경우를 배제하고자 함이다.

오늘날 특히 상가분양의 경우에 분양자가 이른바 “규약”이라는 것을 만들어 분양계약을 체결하면서 동의를 얻는 것(또는 그 변형태로

서 분양계약서에 규약사항, 특히 이용규제조항을 포함시켜서 계약하는 것)이 일반적이다. 그와 같은 동의를 어떻게 볼 것인지와 관련하여 관리계약이론을 확장하여 제3자를 위한 계약이론으로 설명하는 입장,²¹⁾ 사정을 알면서 분양받은 자는 그러한 제한을 수인할 것에 묵시적으로 동의한 것으로 보는 단체적 질서에의 편입이론,²²⁾ 자신의 선행행위(분양받은 행위)에 모순하는 행위(제한을 부정하는 것)는 허용되지 않는다고 하는 선행행위 모순금지의 원칙에서 찾는 견해²³⁾가 있지만, 적어도 이를 유효하다고 보는 것이 일반적인 학설과 판례의 태도이다. 이번 개정에서는 분양자들의 편의를 위하여 행해지는 이와 같은 현실의 관행을 아예 의무로 하되, 표준규약을 참고하도록 하였다.²⁴⁾

21) 박종두, “집합건물의 관리에 관한 법리연구”, 중앙대학교 박사학위논문(1988), 187-190면에 따르면 ① 분양자의 관리계약체결에 대한 대리권행 사설(분양자가 피분양자들로부터 순차적으로 이용규제에 관한 합의를 성립시킬 수 있는 대리권을 수여받은 것으로 보고, 최후의 피분양자로부터 대리권 수여가 있으면 피분양자 전원을 당사자로 한 합의가 성립된다는 설), ② 피분양자의 추가적 가입설(분양자와 최초의 피분양자 사이에 이용규제에 대한 합의가 성립되고, 그 후의 피분양자들이 최초의 합의에 대하여 추가적 당사자로서 가입한다는 설), ③ 분양자지위분열설(분양자와 최초의 피분양자 사이에 이용규제에 대한 합의가 성립되고, 그 후의 피분양자들은 순차적으로 분양자의 지위 일부를 취득하여 당사자가 된다는 설) 등이 있으나, 어느 설에 의하더라도 이것은 계약당사자 및 그 포괄승계인을 구속하는 채권계약에 지나지 않고, 따라서 그 이외의 구분소유자의 특정승계인 등에까지 당연히 그 효력이 미치는 것이 아니라고 설 명하면서, 구분소유자의 특정승계인에게까지 그 효력을 미치게 하는 방법으로 ‘제3자를 위한 계약’으로 이론구성할 수 있다고 한다.

22) 大判 96. 7. 26, 96다1771(未公刊)은 “분양계약이나 상가관리규약에 규정된 업종제한 등의 의무를 수인하겠다는 점에 관하여 묵시적 동의를 한 것”이라고 본 원심판결(서울고판 95. 12. 1, 95나25826)의 결론을 수긍하였다.

23) 大判 1990. 7. 24, 89누8224(公880, 1817); 大判 95. 9. 29, 94다55354(公1995, 3604); 大判 95. 9. 26, 94다54160(公1995, 3519); 大判 94. 9. 27, 94다20617(公1994, 2811); 大判 94. 8. 26, 93다20191(公1994, 2510); 大判 94. 8. 23, 94다18966(公1994, 2506); 大判 93. 12. 24, 93다42603(公1994, 503)

그리고 일단 규약에 상당하는 것이 공정증서에 의하여 정해진 이상, 분양자는 개정시안 본조 제1항에 따른 관리를 행함에 있어 그 규약을 준수하여야 하며, 이를 위반하면 동조항에 따른 의무의 불이행으로서 수분양자 및 그 승계인(구분소유자)에 대하여 책임을 져야만 한다.

② 다음으로 수분양자(장래의 구분소유자)로 하여금 구분소유관계의 내용(가령 용도 제한의 유무, 애완동물 사육의 허용 여부 등)을 충분히 알고 분양계약을 체결하도록 필요한 정보를 제공할 의무를 분양자에게 제공하였다. 이를 통하여 부족하지만 외국의 법제(가령 미국의 declaration 제도)에서 볼 수 있는 보다 투명한 정보 제공에 접근하기 위한 첫 발걸음을 내딛은 것이라고 볼 수 있다.

(4) 결국 관리단에 의한 관리가 실효적인 것이 되려면 무엇보다도 관리인의 선임과 규약의 설정이 필요한데, 이를 위해서는 관리단집회가 개최되어야 한다. 여기서 모든 수분양자와 분양계약을 체결한 분양자에게 그와 같은 관리단집회의 소집의무를 부과하였다(개정시안 본조 제3항). 개정시안에 따르면 “예정된 매수인의 2분의 1 이상이 이전등기를 한 날”을 기준으로 하고 있는데, 모든 전유부분이 동일한 면적이라고 가정하면 이런 경우에 분양자는 절반 가까운 의결권을 갖고 있는 셈이다. 따라서 분양자에 의한 관리단집회의 소집을 인정한 것은, 구분소유자 및 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자만이 임시관리단집회를 소집할 수 있도록 한 제33조 제4항의 예외를 인정한 셈이 된다.

현행 주택법시행령(주택법이 아니라!) 제57조 제2항에 따르면 “공동주택 분양 후 최초의 관리규약은 사업주체가 제안한 내용(관리규약의 준

24) 이와 별도로 약관규제법의 적용이 문제될 수 있는데, 이것은 입법의 영역이라기보다는 법적용의 문제라고 판단된다.

칙에 따라 입주예정자와 관리계약을 체결하는 때에 제안한 내용을 말한 다)을 당해 입주예정자의 과반수가 서면동의하는 방법으로 이를 결정한다.”고 되어 있는데, 이로 인한 부작용(사업주체가 주도하는 것을 막기 위한 통제장치의不在 등)을 막을 방안을 입법화하고자 한 것이다.

2. 개정이유

현재 실무에서는 분양광고를 둘러싼 법률문제에 관한 판례의 축적이 상당 수준에 이르렀지만, 여전히 구분소유권의 거래, 그 중에서도 특히 우리 현실에서 큰 부분을 차지하는 先분양의 경우에는 현존하지 않는 장래의 집합건물을 둘러싸고 일부 분양자의 비양심적 행위 내지 無資力 위험(그리고 그로 인한 분양대금의 반환불능)에 수분양자가 아무런 보호 없이 노출되어 있는 경우가 허다하다. 일단 구분소유관계가 성립하면 관리단(공동주택의 경우는 입주자대표자회의)이 있지만, 분양단계에서는 분양자를 감시하거나 견제할 수 있는 아무런 법적 장치도 인정되어 있지 않기 때문이다. 수분양자의 입장에서는 공사비 절감을 위한 부실시공이나 일방적인 설계변경을 막을 수 있는 방법도 없고, 아파트의 경우 입주자는 입주 직전에 이른바 “규약”을 비로소 처음으로 보게 되는 것이 대부분이다.

그럼에도 불구하고 현행법은 관리단의 당연설립만을 선언하고 있을 뿐(제23조 제1항), 모든 것을 구분소유자들에게 맡겨놓고 물러나 있다. 물론 관리단의 의사결정을 위한 집회를 개최하려면 반드시 관리인이 있어야 하는 것은 아니고, 현행법에 따르더라도 구분소유자 및 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자가 이를 소집할 수 있지만(제33조 제4항), 현실적으로 기대하기가 어렵다. 이 때문에 공동주택의 경우는 주택법 제43조에서는 사업주체로 하여금 입주예정자의 과반수가 입주할 때가

지 그 공동주택을 직접 관리하도록 하고, 그 후에는 입주자들에게 관리할 것을 요구하여야 하며(제1항), 입주자들이 이에 응하지 않을 경우 주택관리업자를 선정한 후 입주자들에게 이를 통지하도록 하였다(제5항). 실제로 위탁관리회사 간의 경쟁이 치열해짐에 따라서 분양자가 자신에게 유리하거나 자신이 선호하는 관리업자를 선정하고, 그 과정에서 리베이트나 염가입찰로 얼룩지는 분쟁 사례가 적지 않다.

3. 비교법적 검토

외국의 경우는 수분양자에게 단체 결성의 길을 열어주거나(프랑스) 수분양자의 권리를 토지 위에登記할 수 있게 하거나(네덜란드) 특별법을 제정하여 분양행위를 중개행위와 함께 직접 규율(독일)함으로써 수분양자의 권리를 보호하고 있다.

가. 단일법전 또는 상세한 규정을 두는 경우(브라질, 독일, 프랑스)

비교법적 차원에서 자주 언급되는 것은 브라질의 1964년 법률인데, 여기에서는 한 절(제28조 내지 제64조)를 두고 분양업자(incorporador)의 권리(권한)와 의무(제31조 내지 제47조),登記절차, 분양업자의 채무불이행을 이유로 하는 수분양자의 해제와 그로 인한 법률문제, 공사완공의 방식 등(제48조 내지 제62조)에 관한 상세한 규정들을 두었기 때문이다.²⁵⁾

또한 독일과 프랑스도 각각 중개업 및 분양업법(Makler- und Bauträgerverordnung)이라는 단일법과 1978년 5월 31일 건축 및 주거기준법(Code de la construction et de l'habitation) 제L.222조의1 내지 제L.222조의7 및 제R.222조의1 내지 제R.222조의14의 여러 규정

25) 그 소개로는 Bärmann/Pick/Merle, *WEG-Kommentar*(4. Aufl.), C. H. Beck(1980), Einführung Rn. 514, 516 참조

들을 갖고 있다.

나. 네덜란드 민법 제5:107조 내지 제5:109조

제5:107조 : 소유자, 임차인, 지상권자는 그가 건축하거나 그 형상을 변경시키고자 하는 건축물 및 그 부속시설에 대하여 가지는 권리를 배타적 구분사용권으로 구분할 수도 있다. 이 때 건축물에는 그 대지도 포함되며, 부속시설은 대지 및 건축물 양자를 포괄한다. 이와 같은 구분행위의 경우에 배타적 구분사용권은 구분도서를 등기함으로써 성립한다.

제5:108조 : ① 구분소유자는 건축물의 건축 및 변경, 건축물의 변경, 대지의 변경 또는 지정이 구분도서에서 정한 내용대로 착수되고 유지되도록 해야할 의무를 상호간에 부담한다. (後略)

제5:109조 : ① 구분행위는 이를 내용으로 하는 공정증서와 이에 따른 등기부예의 등재로 인하여 효력을 발생한다. (後略)

IV. 관리단의 능력(개정안 제23조의2)

현 행	개정시안
<신 설>	제23조의2 (관리단의 능력) ①다른 법률 또는 규약에서 달리 정함이 없는 한 관리단은 제23조 제1항의 목적 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다. ②구분소유자에 속하는 권리 또는 의무로서 건물의 관리 및 사용에 관한 공동의 이익에 필요한 것은 관리단이 이를 행사할 수 있고 이행하여야 한다.

1. 개정안의 주요내용

(1) 본래 제안된 표제는 관리단의 능력이었다. 대부분의 입법례가 관리단에 법인격을 인정하고 있고, 독일과 같이 소극적이었던 나라에 서조차 현실의 필요성을 인정하고 법인격을 제한적으로 인정하는 법률개정(2007년)을 하였다. 일본도 법률개정(1983년)에서 이러한 경향을 받아들여서 관리단이 일정한 요건(결의 등)을 갖추면 법인화될 수 있는 길을 열어주었다. 이러한 경향을 참조하되, 프랑스와 같은 전면적 인정 방식이나 일본과 같은 Two Track 방식이 아닌, 독일 내지 스위스 식의 제한적 인정 방식을 제안한 것이다. 즉, 관리단의 능력을 확일적으로 인정하되, 다만 관리단의 목적인 「집합건물의 공동관리」라는 제한된 범위 내에서 법인격을 부여하고자 하였다. 이로써 자치조직보다 권한과 책임을 분명히 할 수 있는 장점이 있고, 관리업자·제3자 등 외부적 관계에서만뿐만 아니라 구분소유자와 같은 내부적 관계에서도 법률관계를 명확하게 할 수 있을 것으로 기대하였기 때문이다.

(2) 먼저 제1항에서 “제한적 권리능력”을 선언하였다. 이에 따라서 관리단은 다음과 같은 권리를 갖는다. ① 관리비(체당금 포함)채권, ② 수선충당금, ③ 관리단의 업무집행과정에서 그 이름으로 체결한 계약상 채권채무(가령 공용부분에 대한 손해보험계약상의 채권채무),²⁶⁾ ④ 개별 구분소유자에게 속하는 공용부분의 하자담보책임추급권 중 관리단이 양도받은 권리, ⑤ 제3자에 대한 불법행위채권 및 채무(가령 민법 제756조 내지 제758조), ⑥ 관리단의 업무수행과정에서 취득한 대지권 등(부동산등기법 제30조 참조)²⁷⁾

26) 이와 관련하여 제27조 제1항과 관계는 별 문제 없이 설명 가능하리라 생각한다.

(3) 다음으로 제2항에서 구분소유자에게 귀속하는 권리 또는 의무 가운데에 관리단의 업무집행에 필요한 경우에는 별도의 수권이 없더라도 관리단이 이를 행사하거나 이행하도록 하였다. 현행법 제5조에 따라서 구분소유자에게는 “구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위를 하여서는 아니” 될 의무가 있기는 하지만, 구분소유자에게 공유지분에 기하여 귀속되는 권리의무라 하더라도 그것이 동시에 관리인(다시 말해서 관리단)의 직무범위에 속하는 경우에는 이를 관리인이 자신의 권한에 기하여 이를 행사할 수 있고 또 이행하여야 할 것인데, 그 전제로서 관리단에게 그와 같은 권한이 있음을 밝힌 것이다. 가령 제3자에 대한 방해배제청구권이나 공용부분에 대한 하자보수청구권이 여기에 해당할 것이다.

2. 개정이유

(1) 현행법을 보면 관리의 권한과 의무의 귀속주체로서 관리단(제23조 제1항²⁸⁾)과 구분소유자(제10조 제1항,²⁹⁾ 제16조 제1항 단서³⁰⁾, 제17조³¹⁾)를 각각 들고 있다. 다만 현행법은 관리단의 권한에 관하여 구체적으로 선언하지 않고, 단지 “관리에 관한 사업의 시행”이라고만 하고 있을 뿐이다.

그러나 관리단에 관한 규정이 없다고 할 수 없는데, 결국 집회(그

27) 이것과 대지 및 공용부분의 소유권(이른바 관리소유권) 문제는 구별하여야 한다.

28) 구분소유자는 전원으로서 ... 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 구성한다.

29) 공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한다.

30) 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다.

31) “각 공유자는 규약에 달리 정함이 없는 한 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용 기타 의무를 부담”

의사결정기관) 및 관리인(그 대표기관 및 집행기관)의 권능에 관한 규정은 관리단의 권능을 전제로 하기 때문이다(제31조³²⁾).³³⁾

(2) 관리단의 능력에 관하여는 법률에 직접적인 규정이 따로 있지는 않고, 다만 재산을 소유할 수 있고 관리인의 대표를 받았다고만 되어있다(제27조 제1항³⁴⁾; 제25조 제1항 3호³⁵⁾; 제25조 제2항³⁶⁾).

그 법적 성질과 관련하여, 학설의 일부³⁷⁾처럼 설립행위가 없음을 이유로 대표기관의 유무에 따라서 민법상 조합으로 볼 경우에는 구분소유권의 양도 등에 의하여 소유자가 교체될 경우에 공용부분의 공유자도 함께 바뀌는 것으로 의제하여야 하고, 이른바 ‘단체적 질서에의 편입’을 시사하는 규정(예를 들어 제27조 제2항³⁸⁾)을 설명하기 곤란하다.

반면에 다수설과 판례³⁹⁾처럼 관리단을 자치조직(입주자대표자회의 등)과 마찬가지로 일괄적으로 법인격 없는 사단으로 볼 경우에는 법적 규율이 여전히 성문법 체계 밖에 있게 되어 그 권한의 범위(특히 민법 제34조 소정의 “목적의 범위”)가 어디까지인지가 여전히 불명확하다. 물론 부동산등기법 제30조(법인 아닌 사단 등의 등기신청인)⁴⁰⁾

32) 관리단의 사무는 이 법 또는 규약으로 관리인에게 위임한 사항외에는 관리단집회의 결의에 의하여 행한다.

33) 물론 이러한 전제가 언제나 인정되는 것은 아니다. 예를 들어 스페인 구분소유법 제14조(총회의 역할)는 관리단의 권리주체성을 부정하고 관리단이 아닌 관리단집회를 종국적 관리권의 귀속주체로 본다.

34) “관리단이 그의 재산으로”

35) “관리단을 대표하여”

36) “관리인의 대표권”

37) 김영두, 집합건물법연구, 법원사(2008), 106면

38) 구분소유자의 특별승계인은 승계 전에 발생한 관리단의 채무에 관하여도 책임을 진다.

39) 大判 95. 3. 10, 94다49687,49694; 법원행정처(주 1), 46면; 김황식, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구[XII], (1990), 369-370면

40) ① 종중(宗中), 문중(門中), 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌

와 민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력)⁴¹⁾에 의하여 등기능력과 당사자능력이 인정되고 있기는 하지만, 이들 능력은 모두 실체법상 능력을 전제로 하는 것이므로, 보다 근본적인 기준의 제시가 필요한 것으로 보인다.

(3) 나아가 관리단 자체에 귀속되는 권리, 의무 외에도, 비록 구분소유자 개개인에게 귀속되지만 관리단이 자기의 이름으로 행사하거나 이행할 권리, 의무도 있다는 사실도 고려하여야 한다.

大判 2003. 6. 24, 2003다17774⁴²⁾도 아파트대지의 일부에 가스공급 시설과 부대시설물을 설치하여 점용하고 있는 도시가스 공급회사에 대한 입주자대표회의의 시설물철거청구 및 부당이득반환청구 내지 손해배상 청구사건에서 다음과 같이 이를 선언하였다. “집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 법률관계는 구분소유자에게 단체적으로 귀속되는 법률관계가 아니고 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이어서 그와 같은 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 동시에 법률상 당연히 구분소유자의 전원으로 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사항의

사단(社團)이나 재단(財團)에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다.

② 제1항의 등기는 그 사단이나 재단의 명의로 그 대표자나 관리인이 신청한다.

41) 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.

42) 集51-1, 民383

시행을 목적으로 하는 단체인 관리단이 구성되고, 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다.”⁴³⁾

3. 비교법적 검토

(가) 독일 주거소유권법(WEG) 제10조(2007년 전면개정)

① 본법의 규정에 기한 권리와 의무, 특히 전유부분소유권과 공동재산의 보유자는 주거소유자이다. 그러나 이 법률에 다른 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다. (中略)

⑥ 주거소유자공동체는 공동재산의 관리의 전범위에 걸쳐서 제3자 및 주거소유자에 대하여 독자적으로 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있다. 주거소유자공동체는 공동체로서 법률에 기하여 창설되거나 법률행위에 기하여 취득하는 권리 및 의무의 귀속자가 된다. 주거소유자공동체는 주거소유자공동체에 관한 권리의 행사와 의무 이행 외에도 주거소유자의 다른 권리의무도 그것이 공동으로 행사되거나

43) 그리고 이러한 이유로 “주택건설촉진법 제38조, 공동주택관리령 제10조의 규정에 따라 성립된 입주자대표회의는 공동주택의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권한만을 가질 뿐으로 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 공용부분 등의 불법 점유자에 대한 방해배제청구 등의 권리를 재판상 행사할 수 없고, 또 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 부칙 제6조에 따라서 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 위 법률에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하면 효력이 없으므로 공동주택관리규약에서 입주자대표회의가 공동주택의 구분소유자를 대리하여 공용부분 등의 구분소유권에 기초한 방해배제청구 등의 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 이러한 규약내용은 효력이 없다.” 이에 관한 평석으로 이수철, “입주자대표회의의 소송수행권: 임의적 소송담당의 관점에서”, 판례연구(16집), 부산판례연구회(2005), 575-620면 참조

이행되어야 하는 한도에서 이를 행사하거나 이행할 수 있다. 공동체는 공유부지의 특정표시에 “주거소유자공동체”란 명칭을 붙여서 사용하여야 한다. 공동체는 소송의 원고가 될 수도, 피고가 될 수도 있다.

⑦ 관리재산은 주거소유자공동체에 귀속한다. 관리재산은 공동재산의 관리의 전범위에 걸쳐서 법률의 규정에 기하여 취득하거나 법률행위에 의하여 취득한 물건 및 권리, 발생한 채무로 구성된다. 관리재산에는 특히 제3자 및 주거소유자와 관계에서의 권리관계에 기한 청구권 및 권한, 또 징수한 금전이 포함된다. 주거소유권 전체가 1인에게 귀속한 때에는 관리재산은 토지의 소유자에게 이전한다.

나. 스위스민법 제712조의(공동체의 행위(권리)능력)

① 공동체는 그의 이름으로 분담금채권과 같이 관리행위로부터 발생하는 재산을 취득하고 보수기금과 같이 분담금채권으로부터 발생하는 처분 가능한 자산을 취득한다.

② 구분소유자의 공동체는 그의 이름으로 소송을 제기, 수행하고 물건의 소재지에서 피고가 되어 소송을 수행할 수 있다.

다. 오스트리아 주거소유권법(WEG) 제18조 제1항

제18조(구분소유자조합의 권리능력과 대리) ① 부동산의 관리와 관련하여 구분소유자조합은 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있고, 또 원고가 되거나 피고가 될 수 있다. 구분소유자조합을 피고로 하는 소는 부동산이 소재한 곳의 관할법원에 제기할 수 있다. 구분소유자조합이 원고가 되어 구분소유자에게 제기하는 소도 마찬가지이다. 구분소유자조합을 채무자로 하는 채권을 개별 구분소유자에게 행사하는 것은 제3항 2문의 한도 내에서만, 그것도 별개의 소로써만 허용된다.

라. 프랑스 1965년 법(현행법) 제14조 내지 제16조

제14조(구분소유자조합) ① 구분소유자 전체는 민사상 인격을 갖는 조합(syndicat)을 구성한다.

② 조합은 이 법에서 규율하는 협동조합(syndicat coopératif)의 형식을 취할 수 있다. 구분소유규약은 이러한 관리양태를 명시적으로 규정하여야 한다. (1985년 12월 31일 법률 제1470호)

③ 조합은 필요한 경우에는 구분소유규약을 정하고 변경한다.

④ 조합은 부동산의 보존 및 공용부분의 관리를 목적으로 한다. 조합은 건축물의 하자 또는 공용부분 유지의 잘못으로 구분소유자 또는 제3자에게 발생한 손해에 대한 책임을 진다. 그러나 이를 모두 구상받기 위한 소송에는 영향을 주지 않는다.

제15조(조합의 소송능력) ① 조합은 원고 또는 피고로서, 그리고 구분소유자 중 1인에 대해서도 재판상 행위를 할 수 있는 자격이 있다. 조합은 특히 부동산과 관련한 권리의 보호를 위하여 구분소유자 1인 또는 수인과 공동으로 또는 공동으로 하지 아니하고 행위할 수 있다.

② 그러나 모든 구분소유자는 관리자에게 통지할 것을 전제로 자기 구분의 소유 또는 향수에 관한 소권을 단독으로 행사할 수 있다.

제16조(조합에 의한 처분행위) ① 공용부분의 취득 및 양도 또는 공용부분의 이익 및 부담에 있어서 모든 부동산물권의 설정은 제6조, 제25조 및 제26조에서 규정한 바에 따라서 조합 자신의 이름으로 유효하게 할 수 있다.

② 조합은 전유부분을 유상 또는 무상으로 직접 취득할 수 있다. 전유부분은 그로 인하여 그 專有的 성격을 잃지 아니한다. 조합은 전유부분을 제1항에서 규정한 바에 따라서 양도할 수 있다. 조합은 조합이 취득한 전유부분을 권원으로 하여 집회에서 의결권을 갖지 아니한다.

마. 네덜란드 신민법 제5:124조 제1항

- ① 구분소유자들의 단체는 법인격을 갖는다.

4. 개정시안의 변경(최종개정안)

작년 하반기 입법과정에서 개정시안은 다음과 같이 변경되어 최종 개정안으로 확정되었다. 그러나 제한적 권리능력의 한도를 강조한다는 측면에서 또한 권리와 함께 의무의 주체가 되기도 한다는 사실을 표시하는 데에 보다 편리하다는 측면에서 교리상의 다툼이 우려되는 ‘능력’이라는 표현보다는 ‘의무’란 표현으로 바꾼 것일 뿐, 그 내용은 개정시안의 그것에서 크게 벗어나지 않는다고 생각한다.

제23조의2(관리단의 의무) 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사하거나 이행하여야 한다.

V. 정기 관리단집회(개정안 제32조)

현행	개정시안
제32조(정기 관리단집회) 관리인은 매년 1회 일정한 시기에 정기 관리 단집회를 소집하여야 한다.	제32조(정기 관리단집회) 관리인은 회계연도 종료 후 3개월 이내에 정기 관리단집회를 소집하여야 한다.

1. 개정안의 주요내용

개정시안 제26조(관리인의 보고의무 등)와 연동하여 관리인으로 하여금 관리사무의 정기적 보고를 하도록 하고, 그 가운데에 결의가 필

요한 부분(특히 예결산)에 대하여는 관리단집회에서 이를 의결할 수 있도록 현행법상 관리인에게 부과되는 정기집회의 소집의무는 그대로 유지하기로 하였다.

다만, 기존의 “매년 1회 일정한 시기”로 추상적으로 규정되어 있던 부분을 “매회계연도 종료 후 3개월 이내”라는 구체적인 기한을 명시하였다. 이것은 회계보고를 염두에 두고 마련된 규정이다.

각 구분소유자는 매회계연도 종료 후 3개월이 지나도록 관리인이 정기집회를 소집하지 않을 경우에는 관리인을 상대로 정기집회 소집을 청구할 수 있다. 이러한 청구는 다음 조문(제33조)에서 보는 임시 관리단집회가 아니라 법률에 따라서 관리인에게 부과되는 정기집회 소집의 요구이므로, 5분의 1 이상과 같은 추가적인 요건이 필요하지 아니하다.

지금 현재 시안에는 이 규정을 강행규정으로 하고 있다. 여기에 “규약에서 다른 정함이 없는 때에는”이란 문구를 추가하여야 하는 것은 아닌지 하는 제안도 있을 수 있겠지만, 적어도 현행법에서 매년 1회 개최를 요구하고 있고, 이 점은 타당하다고 생각된다. 물론 매년 1회 이상 개최하되, 그 개최시기를 가령 매년 “5월 1일”과 같은 식으로 규약으로 정하는 것도 생각해볼 수 있겠으나, 회계보고를 회계연도 종료 후 3개월 이내에 하도록 하는 것은 그로 인한 失보다는 得이 많다고 판단된다.

2. 개정이유

현행규정에 따르면 관리인이 정기집회 소집의무를 게을리 하였는지 여부는 굳이 연말까지 기다리지 않으면 이를 확정할 수가 없었다. 관리인이 제26조 제1항의 보고의무를 정기집회가 아닌 방식으로 하는 것을 선호하는 경향도 있다. 이를 방지하여 위하여 현재의 확실

또한 소집시기가 규약에 정해져 있지 않은 경우에도 관리인이 임의로 정할 수는 없고 “결산기 등에 맞추어 종전의 관행에 따라야 한다”고 본다.⁴⁴⁾ 이 점을 조문화할 필요가 있다.

3. 비교법적 검토

가. 독일 주거소유권법(WEG) 제24조 제1항

제24조(집회의 소집, 주재, 장소) ① 관리인은 관리단집회를 적어도 1년에 1번 이상 소집하여야 한다.

나. 프랑스 1967년 데크레 제7조 제1항

제7조 ① 모든 관리단은 적어도 매년 1회 이상 관리단집회를 개최하여야 한다.

다. 미국 UCA § 3-108

§ 3-108(집회) 관리단집회는 적어도 매년 1회 이상 개최하여야 한다.

라. 일본 구분소유법 제34조

제34조(집회의 소집) ① 집회는 관리자가 소집한다.

② 관리자는 적어도 매년 1회 집회를 소집하여야 한다.

마. 기 타

벨기에 1974년 초안 제577조의4 제1항

네덜란드 1983년 모델규약 제33조 제2항

44) 주석민법/이태운(주 3), 236면

VI. 임시 관리단집회(개정안 제33조)

현 행	개정시안
<p>제33조(임시 관리단집회) ① 관리인은 필요하다고 인정할 때에는 관리단집회를 소집할 수 있다.</p> <p>② 구분소유자의 5분의 1 이상으로서 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자가 회의의 목적 사항을 구체적으로 밝혀 관리단집회의 소집을 청구하면 관리인은 관리단집회를 소집하여야 한다. 이 정수(定數)는 규약으로 달리 정할 수 있다.</p> <p>③ 제2항의 청구가 있는 후 1주일 내에 관리인이 청구일부터 2주일 이내의 날을 관리단집회일로 하는 소집통지 절차를 밟지 아니하면 소집을 청구한 구분소유자가 관리단집회를 소집할 수 있다.</p> <p>④ 관리인이 없는 경우에는 구분소유자의 5분의 1 이상 및 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자는 관리단집회를 소집할 수 있다. 이 정수는 규약으로 달리 정할 수 있다.</p>	<p>제33조(임시 관리단집회) ①(현행과 같음)</p> <p>② 구분소유자의 5분의 1 이상인 회의의 목적 사항을 구체적으로 밝혀 관리단집회의 소집을 청구하면 관리인은 관리단집회를 소집하여야 한다. 이 정수(定數)는 규약으로 <u>감정</u>할 수 있다.</p> <p>③ 제2항의 청구가 있는 후 1주일 내에 관리인이 청구일부터 2주일 이내의 날을 관리단집회일로 하는 소집통지 절차를 밟지 아니하면 소집을 청구한 <u>구분소유자는 법원의 허가를 받아</u> 소집할 수 있다.</p> <p>④ 관리인이 없는 경우에는 구분소유자의 5분의 1 이상은 관리단집회를 소집할 수 있다. 이 정수는 규약으로 <u>감정</u>할 수 있다.</p>

1. 개정안의 주요내용

(1) 임시집회를 소집할 수 있는 소수구분소유자의 기준을 현행의 “구분소유자 및 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자”를 “구분소유자 5분의 1 이상”으로 완화하였다(제2항 및 제4항). 이로써 임시집회를 소집할 수 있는 소수구분소유자인지를 판정하는 것이 보다 용이해지고, 적어도 —의결권이 아닌 소집권의 차원에서는— 이른바 평등주의(人頭主義, Kopfprinzip)가 적용된다.

(2) 소수구분소유자의 기준을 정하는 定數(5분의 1 이상)는 규약으로써 이를 감경할 수만 있을 뿐, 이를 가중할 수는 없도록 하였다(제2항 및 제4항). 이 역시 소수자를 보호하기 위한 조치이다. 이로써 현행법 하에서 학설이 분열되었던 조문상의 근거를 삭제하였다.

(3) 관리인이 있는 경우에 임시집회 소집정수에 달하는 소수구분소유자의 소집청구에도 불구하고 관리인이 집회를 소집하지 않은 경우에 소집을 청구한 구분소유자는 “법원의 허가를 얻어서” 집회를 소집할 수 있도록 하였다. 법원의 통제를 개입시킴으로써 한편으로는 관리인측과 소수자측의 불필요한 분쟁의 발생을 줄이고, 소수자에 의한 집회소집 공고의 공신력이 높아질 것을 기대한다.

이와 관련하여 “법원에 그 소집을 청구할 수 있다”는 제안도 있었으나, 이를 위한 절차의 마련이나 기타 후속조치가 추가적으로 필요하기 때문에 이번 개정에서는 유보되었다(프랑스 1967년 데크레 제50조 참조).

(4) 또한 관리위원회에 집회소집권을 부여할 것인가도 논의가 있었으나, 이에 관해서도 좀 더 검토해 보기로 하였다.

2. 개정이유

(1) 주지하듯이 현행 집합건물법은 의결요건으로서 “구분소유자 및 의결권”의 이중요건을 요구하고 있다(가령 제15조, 제16조 등). 이것은 평등주의와 실질부담주의를 조화하기 위함이다. 그런데 결의가 아닌, 단순히 집회를 소집하는 데에도 이와 같은 이중요건을 반드시 내걸 필요는 없을 것이다(독일 WEG 제24조 제1항 참조). 무엇보다도 정수의 계산을 간편하게 할 필요가 있는바, 소수구분소유자가 의결권의 5분의 1 이상을 계산하기란 현실적으로 쉽지 않은 경우가 있을 수 있기 때문이다(대규모 단지의 경우).

내부적으로 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자에게도 소집권한을 부여하자는 제안이 있었으나, 구분소유자의 5분의 1 이상의 제한이 없는 의결권의 5분의 1 이상만을 내걸 경우에는 수개의 전유부분을 가진 자(특히 분양 초기의 분양자)의 전횡이 우려되므로, 다른 제한이 있는 法制가 아니라면 그와 같은 의결권 요건만으로 집회소집권을 부여하는 것은 곤란하다고 생각한다(가령 프랑스 1967년 데크레 제8조 참조).

3. 비교법적 검토

가. 독일 주거소유권법(WEG) 제24조 제2항, 제3항

제24조(집회의 소집, 주제, 장소) ② 주거소유권자들이 합의로써 정해 놓은 경우에 주거소유자의 4분의 1 이상이 서면으로 목적 사항을 밝혀 관리단집회의 소집을 청구하면 관리인은 관리단집회를 소지하여야 한다.

③ 관리인이 없거나 의무를 위반하여 관리단입회를 소집하지 않은 경우는 관리자문회가 설정된 때에는 그 의장이나 그 대리인이 관리

단집회를 소집할 수 있다.

나. 프랑스 1967년 데크레(Décret) 제8조, 제50조

▶ 제8조 ① 관리인에 대하여, 관리위원회가 있으면 同위원회의 요구가 있거나, 규약에 그보다 낮은 定數가 없는 한 전체 구분소유자의 의결권의 4분의 1 이상을 가진 구분소유자의 요구가 있는 때에는 [관리인은] 집회를 소집하여야 한다. 관리인에 대한 요구 속에는 집회 당일의 의안으로 할 것을 요구하는 내용을 명시하여야 한다.

② 제1항의 경우에 관리인이 소집요구를 받고도 8일 이상 응하지 않은 때에는 관리위원회가 있으면 同위원회의 의장이 집회를 유효하게 소집할 수 있다.

③ 제2항의 경우에 관리위원회가 없거나 관리위원회의 위원이 선정되지 않았거나 관리위원회의 의장이 집회를 소집하지 않은 때에는 각 구분소유자는 이 데크레 제50조 소정의 절차에 따라서 당해 [집회의] 소집을 행할 수 있다.

④ 본조의 적용에 의하여 집회가 소집된 때에는 관리인에게 그 소집 사실을 통지한다.

▶ 제50조 ① 앞서 제8조(제3항) 소정의 요건을 갖춘 때에는 本院 (grande instance) 법원장은 각 구분소유자의 신청이 있으면 速審 (matière de référé)[절차]의 개시를 명하고 구분소유자 중 1인 또는 私法대리인에게 집회소집의 권한을 부여할 수 있다. 이 경우 법원장은 대리인에게 집회의 의사진행의 임무를 부과할 수 있다.

② [제1항의] 권한부여에 앞서 관리인, 그리고 경우에 따라서는 관리위원회 의장에 대한 소집요구가 먼저 있었고 또 8일 이상의 시간이 경과하였어야만 한다. 그러나 그들이 소집요구를 受理할 수 없는

상태에 있는 경우는 그러하지 아니하다. 권한부여 사실은 관리인, 그리고 경우에 따라서는 관리위원회 의장에게 통지한다.

다. 미국 UCA § 3-108

§ 3-108(집회) 특별집회는 의장, 이사회 다수, 의결권의 20퍼센트를 가지고 있는 구분소유자 또는 규약에서 이보다 적은 퍼센트를 규정하고 있는 경우는 그 퍼센트를 가지고 있는 구분소유자가 이를 소집할 수 있다.

라. 일본 구분소유법 제34조 제3항 내지 제5항

제34조(집회의 소집) ③ 구분소유자의 5분의 1 이상으로 의결권의 5분의 1 이상을 가지는 가진 자는 관리자에게 회의 목적의 사항을 제시하면서 집회의 소집을 청구할 수 있다. 다만, 이 정족수는 규약으로 축소할 수 있다.

④ 前項의 규정에 의한 청구가 있었으나 2주 이내에 그 청구일로부터 4주 이내의 일자를 회의일로 하는 집회의 소집통지가 발송되지 않은 때에는 그 청구를 한 구분소유자는 집회를 소집할 수 있다.

⑤ 관리자가 없는 때에는 구분소유자의 5분의 1 이상으로 의결권의 5분의 1 이상을 가진 자는 집회를 소집할 수 있다. 다만, 이 정족수는 규약으로 축소할 수 있다.

VII. 의결권(개정안 제37조)

현행	개정시안
제37조(의결권) ① 각 구분소유자의 의결권은 규약에 특별한 규정이 없	제37조(의결권) ① (현행과 같음)

<p>으면 제12조에 규정된 지분비율에 따른다.</p> <p>② 전유부분을 여럿이 공유하는 경우에는 공유자는 관리단집회에서 의결권을 행사할 1인을 정한다.</p> <p><신 설></p>	<p>② (현행과 같음)</p> <p>③ 전유부분을 직접 점유하지 않는 구분소유자의 승낙을 얻어 전유부분을 점유하는 자가 수인인 경우에는 제16조제2항, 제24조제3항 또는 제26조의2제3항에 따라 해당 구분소유자의 의결권을 행사할 1인을 정하여야 한다.</p>
---	--

1. 개정안의 주요내용

(1) 개정시안 제16조 제2항, 제24조 제3항, 제26조의2 제3항에서 임차인 등의 관리참여를 인정함에 따라서 의결권행사권자가 수인인 경우에 발생할 수 있는 의결권의 계산 및 행사방법에 관한 규정을 두었다. 본조항에서는 이와 같은 경우에도 본조 제2항과 마찬가지로 1인만이 의결권을 행사하도록 하였다. 이 경우 누가 어떤 방식으로 그 1인을 결정할지는 내부관계에 따라서 정해질 것이고, 이렇게 정해진 자는 통상의 임의대리에 준하여 집회진행자 앞에서 자신의 의결권한을 입증하여야 할 것이다.

(2) 이와 관련하여 다음과 같은 제안이 있어서 좀 더 검토하기로 하였다. 즉, 상법 제368조의2(의결권의 불통일행사) 제1항은 “주주가 2이상의 의결권을 가지고 있는 때에는 이를 통일하지 아니하고 행사할

수 있다. 이 경우 주주총회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면 또는 전자문서로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다”고 규정하고 있다. 전유부분의 수와 상관없이 각 구분소유자는 1개의 의결권만 갖는 집합권물법에서는 2 이상의 의결권을 가지는 경우란 있을 수 없지만, 의결권을 행사할 권한 있는 자가 수인인 경우는 현재 개정시안의 임차인 등 외에도 가령 대리인이 수인인 경우 등이 있을 수 있다. 대리인이 수인인 때에는 민법 제119조 본문에 따라서 “각자가 본인을 대리”하는 것이 원칙이지만, 판단단집회에서 의결권 행사의 경우는 이러한 원칙을 받아들일 수 없다. 그러므로 다음과 같이 통일행사를 원칙으로 한다는(다시 말해서 불통일행사를 할 경우에 그 의결권행사는 효력이 없다는) 규정으로 일반적으로 규정하는 것이 타당하다는 것이다.

2. 개정이유

이번 개정시안에서 구분소유권의 의결권행사권을 임차인 등에게 부여하는 방식으로 이루어졌다. 따라서 임차인 등은 구분소유자와는 별도의 고유한 의결권을 갖는 것이 아니라 단지 임차인 등 자신의 이름으로 구분소유자의 의결권을 행사할 수 있는 권한만을 가질 뿐이다. 그러므로 구분소유자가 갖는 의결권의 개수(1개)와 크기(제12조에 의한 지분)에는 변경이 없다.

그럼에도 불구하고 가령 1인의 구분소유자가 3개의 전유부분을 각각 다른 임차인에게 임대한 경우 또는 1개의 전유부분을 3명의 임차인에게 (분리하여 혹은 공동으로) 임대한 경우에 기존의 1개의 의결권이 3번 행사되는 것을 막을 필요가 있다. 또한 3개의 전유부분을 2명 혹은 4명이 공유하면서 이를 수인의 임차인에게 임대한 경우에 의결권의 개수와 그 행사방법을 명확히 정해놓는 필요도 있다.

3. 비교법적 검토

스위스민법 제712조의o(구분소유자총회; 의결권의 행사) ① 수인이 하나의 층실을 공유하는 때에는 의결권은 1개이고, 대리인도 1인이 이를 대리한다.

② 마찬가지로 층실의 소유자와 용익권자도 결의권 행사에 관한 사항을 결정하여야 한다. 이러한 결정이 없을 때에는 순전히 유익적인 건축행위 또는 미관과 편의를 위한 건축행위를 제외한 나머지 모든 관리 문제에 대하여 용익권자가 의결권을 가진 것으로 본다.

VIII. 전자적 방법의 도입(개정안 제38조 및 제41조)

현 행	개정시안
<p>제38조(의결 방법) ① 관리단집회의 의사는 이 법 또는 규약에 특별한 규정이 없으면 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수로써 의결한다.</p> <p>② 의결권은 서면으로 또는 대리인을 통하여 행사할 수 있다.</p> <p><신 설></p>	<p>제38조(의결 방법) ① (현행과 같음)</p> <p>② 의결권은 서면이나 전자적 방법(전자정보처리조직을 사용하는 방법 기타 정보통신기술을 이용하는 방법으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다. 이하 같다)으로 또는 대리인을 통하여 행사할 수 있다.</p> <p>③ 제34조에 따른 관리단집회의 소집통지나 소집통지를 갈음하는 게시를 할 때에는 제2항에 따라 의결권을 행사할 수 있다는 내용과 구</p>

<p><신 설></p>	<p><u>체적인 의결권 행사 방법을 명확히 밝혀야 한다.</u></p> <p>④ <u>제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 의결권 행사를 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</u></p>
--------------------	--

<p>현 행</p>	<p>개정시안</p>
<p>제41조(서면에 의한 결의 등) ① 이 법 또는 규약에 따라 관리단집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 관하여 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상이 <u>서면으로</u> 합의하면 관리단집회에서 결의한 것으로 본다. 다만, 제15조제1항제2호의 경우에는 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수가 <u>서면으로</u> 합의하면 관리단집회에서 결의한 것으로 본다.</p> <p>② 구분소유자들은 미리 그들 중 1인을 대리인으로 정하여 관리단에 신고한 경우에는 그 대리인은 그 구분소유자들을 대리하여 관리단집회에 참석하거나 서면으로 의결권</p>	<p>제41조(서면에 의한 결의 등) ① 이 법 또는 규약에 따라 관리단집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 관하여 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상이 <u>서면이나 전자적 방법 또는 서면과 전자적 방법으로</u> 합의하면 관리단집회에서 결의한 것으로 본다. 다만, 제15조제1항제2호의 경우에는 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수가 <u>서면이나 전자적 방법 또는 서면과 전자적 방법으로</u> 합의하면 관리단집회에서 결의한 것으로 본다.</p> <p>② 현행과 같음)</p>

<p>을 행사할 수 있다.</p> <p>③ 제1항의 <u>서면에</u> 관하여는 제30조를 준용한다.</p> <p><신 설></p>	<p>③ 제1항의 <u>서면 또는 전자적 방법으로 기록된 정보에</u> 관하여는 제30조를 준용한다.</p> <p>④ 제1항의 <u>서면 또는 전자적 방법에 의한 결의 절차와 그 밖에 필요한 사항</u>은 대통령령으로 정한다.</p>
---	--

이들 개정안에 대해서는 이미 발표된 별도의 논문이 있으므로,⁴⁵⁾ 설명을 거기에 미루고 여기에서는 생략한다.

IX. 결의취소의 소(개정안 제42조의2)

현 행	개정시안
<p><신 설></p>	<p><u>제42조의2(결의취소의 소) 구분소유자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 집회 결의 있음을 안 날로부터 2월 내에, 결의의 날로부터 6월 내에 결의 취소의 소를 제기할 수 있다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <u>1. 집회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 규약에 위반하거나 현저하게 불공정한 때</u> <u>2. 결의 내용이 규약에 위반한 때</u>

45) 전해정, “집합건물법상 전자적 방법에 의한 의결권 행사의 도입”, 민사법학(제55호), 한국민사법학회(2011.9), 419-454면

1. 개정안의 주요내용

(1) 먼저 소제기 사유에 관련하여, 대부분의 나라에서 결의취소의 소는 두 가지 이유, 즉 필요한 다수결 요건을 갖추지 못하였기에 관한 밖(ultra vires)이라는 이유와 갖춰야할 방식(예를 들어 적절한 총회의 통지)을 갖추지 못하였다는 이유에서 제기할 수 있도록 하였다. 그밖에 결의 내용이 법률과 규약에 위반되는 경우 가운데 법률 위반의 경우는 제외하고 규약 위반에 대해서만 출소기간의 제한을 두도록 하였다.

그밖에도 결의가 신의성실의 원칙에 반한다거나 아니면 보다 객관적으로 구분소유자의 공동의 이익이 명하는 바와 합치하지 않는다는 이유로 결의를 다룰 수 있는가에 대해서는 이를 따로 규정하지 않기로 하였다.⁴⁶⁾

(2) 다른 나라의 예를 좇아서 결의를 다룰 수 있는 구분소유자의 범위를 원칙적으로 당해 결의에 반대한 자와 총회에 결석하여 기권하지 아니한 자로 제한할 것인가도 검토하였으나, 좀 더 신중히 검토하기로 하였다.

(3) 소제기 기간은 비교법적으로 20일(포르투갈), 1달(네덜란드, 스페인 등), 2달(프랑스) 이내 등 여러 가지가 있지만, 상법과의 균형을 고려하여 결정하였고, 기산점은 일반적인 예를 좇아서 결의일 또는 결석자에게 결의의 통지가 있는 날로 하였다.

46) Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht* Band II, 2. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft(1986), no. 3 C 267에 따르면 프랑스 법원은 가령 건물의 공용부분의 유지에 필요한 수선을 총회가 거부한 사안에서 다수의 남용(abus de majorité)을 인정하였다고 한다.

(4) 일부 나라의 경우(프랑스)에서처럼 결의는 긴급한 경우가 아닌 한 위 기간이 경과하여야 비로소 집행할 수 있도록 할 것인가, 또는 다른 일부 나라의 경우(이탈리아, 네덜란드, 포르투갈, 스페인)처럼 일단 결의는 집행할 수 있되, 다만 법원이 집행유예를 명하는 경우에만 그러하지 아니하도록 할 것인가도 검토하였으나, 일반원칙에 따르기로 하였다.

(5) 소의 관할을 집합건물의 소재지(둘 이상의 관할에 속할 경우는 그 중 속한 면적이 큰 쪽)로 표시할 것인지도 검토하였다. 이 점은 상법의 경우처럼 별도의 등기부가 따로 있지 않으므로, 규정이 필요하다고도 볼 수 있기 때문이다. 또한 1심법원의 관할로 할지, 단체의 결의를 다루는 만큼 보다 상급법원의 관할로 할지도 남은 문제이다.

2. 개정이유

가령 집회에서 만장일치의 결의가 있었다고 하더라도 그 내용이 강행법규나 민법 제103조, 제104조에 위반되는 경우는 효력이 없다. 그러나 이와 같이 명백한 무효 사유가 있는 경우가 아닌 때에는 결의의 효력을 둘러싸고 이해당사자 사이에 대립이 발생할 수 있다.

그렇지만 민법의 법인 규정에도 총회의 결의를 다룰 경우에 관한 규율이 따로 존재하지 아니한다.⁴⁷⁾ 집합건물법에도 제47조 등에서 실제법적 결의요건만을 정하고 있을 뿐, 집회의 소집절차나 결의방법이 절차요건을 위반하거나 결의 내용이 법령이 아닌 규약 위반에 그치는 경우에 그 결의를 다룰 수 있는 절차에 대해서는 따로 규정이 없다.

반면에 상법은 제376조(결의취소의 소) 제1항에서 “총회의 소집절

47) 최근에 있었던 법무부 민법개정위원회의 법인법 개정작업과정에서도 이러한 규정을 두자는 제안이 있었으나, 받아들여지지 아니하였다.

차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다.”고 명시적인 규정을 두었다.

3. 비교법적 검토

가. 독일 주거소유권법(WEG) 제46조

제46조(취소의 소) ① 구분소유자들의 결의가 무효임을 구하는 소를 1인 또는 수인의 구분소유자가 제기하는 경우는 나머지 구분소유자들을 상대로 소를 제기하여야 하며, 관리인이 그러한 소를 제기하는 경우는 구분소유자들을 상대로 하여야 한다. 그 소는 결의가 있는 날로부터 1개월 이내에 제기하여야 하고, 같은 날로부터 2개월 이내에 근거를 제시하여야 한다. 민사소송법 제233조 내지 제238조를 준용한다.

② 원고가 결의를 무효로 만드는 사실을 간과하였음이 명백한 때에는 법원은 이를 적시하여야 한다.

나. 스위스민법 제712조의m에 의한 제75조의 준용

제712조의m(구분소유자총회; 권한과 법적 지위) ②법률에 특별한 규정이 없으면 구분소유자총회 및 위원회에 대하여는 사단법인의 기관에 관한 규정과 사단법인의 결의취소에 관한 규정을 적용한다.

제75조(사원지위의 보호) 결의가 법령 또는 정관에 위반하는 경우, 동의를 하지 아니한 각 구분소유자는 그 사실을 안 때로부터 2개월 이내에 결의취소의 소를 제기할 권리를 법률상 당연히 갖는다.

다. 프랑스 1965년 법률 제42조(출소기간 등)

① 본법의 적용에 의하여 구분소유자 사이 또는 구분소유자와 조합 사이에서 발생하는 對人訴權은 10년의 기간에 의하여 시효에 걸린다. 그러나 보다 단기의 기간을 정한 특별한 법률의 적용은 방해하지 아니한다.

② 총회의 결의를 다투는 것을 목적으로 하는 소는 총회개최일로부터 2개월 내에 그 의결에 반대하거나 결석한 구분소유자가 제기하여야 한다. 그러하지 아니하면 다툴 수 없다. 긴급한 경우가 아닌 한 제25조 및 제26조의 적용에 의하여 총회에서 결정한 공사는 본항 1문에서 기재한 기간이 만료될 때까지 관리자가 그 집행을 정지한다.

[참고문헌]

국회사무처, 第253回國會(臨時會)法制司法委員會會議錄(第8號), 대한민국국회(2005. 5).

김정현·안우만·이원배·허정훈·이영준, “집합주택(아파트)의 소유, 관리에 관한 고찰(그 입법화와 관련한 문제점과 방향)”, 사법연구자료(제1집), 법원행정처(1974), 85-354면.

김황식, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구(XII), 박영사(1990), 359-374면.

박경량, “집합건물법 개정작업의 배경과 경과”, 하계학술대회 자료집(제2권), 한국민사법학회(2011. 6. 17-18), 1-18면.

박종두, “집합건물의 관리에 관한 법리연구”, 중앙대학교대학원 박사학위논문(1988).

박준서 편집대표, 주식민법 물권(2): §262~§278, 한국사법행정학회(2000) 법원행정처, 집합건물의 등기에 관한 해설, 법원행정처(1985).

양경승, “대지권에 관한 고찰”, 사법논집(제24집), 법원행정처(1993), 197-305면

- 윤재윤, 건설분쟁관계법: 건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무(보정판), 박영사(2008).
- _____, “건설소송 심리상의 유의사항”, 2011년 건설실무 법관연수 자료, 사법연수원(2011).
- 이수철, “입주자대표회의의 소송수행권: 임의적 소송담당의 관점에서”, 판례연구(16집), 부산판례연구회(2005), 575-620면.
- 이준형, “集合建物法の 문제점과 바람직한 개정방향”, 법조(60권 1호), 법조협회(2011. 1), 86-131면
- 이환승, “개정 주택법의 적용범위 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효”, 대법원판례해설 77호(2008하반기), 법원도서관(2009. 7), 508-575면.
- 전혜정, “집합건물법상 전자적 방법에 의한 의결권 행사의 도입”, 민사법학(제55호), 한국민사법학회(2011. 9), 419-454면.
- Bärmann(J.)/Pick(E.)/Merle(W.), *WEG-Kommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck, 1980.
- Ferid(M.)/Sonnenberger(H.J.), *Das französische Zivilrecht Band II Teilband 2*, 2. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, 1986.
- Gauch(P.) and Sweet(J.) (eds.), *Selected Problems of Construction Law: International Approach*, University Press in Fribourg, 1983.