

석사학위 청구 논문  
2012학년도

# 공동주택에서 하자담보책임과 하자보수보증책임에 관한 연구

A Study on Defects Liability System  
and Security Deposit for Repairing Defects  
in Apartment Houses

광운대학교 건설법무대학원  
건설법무 사법 전공  
박 영 규



# 공동주택에서 하자담보책임과 하자보수보증책임에 관한 연구

A Study on Defects Liability System  
and Security Deposit for Repairing Defects  
in Apartment Houses

광운대학교 건설법무대학원  
건설법무 사법 전공  
박 영 규



# 공동주택에서 하자담보책임과 하자보수보증책임에 관한 연구

A Study on Defects Liability System  
and Security Deposit for Repairing Defects  
in Apartment Houses

지도 권 헌 영 교수

이 논문을 법학 석사학위논문으로 제출함

2012년 12월 일

광운대학교 건설법무대학원  
건설법무 사법 전공  
박 영 규



박영규의 법학 석사 학위논문을 인준함.

심사위원장 \_\_\_\_\_인

심사위원 \_\_\_\_\_인

심사위원 \_\_\_\_\_인

광운대학교 건설법무대학원

2012년 12월 일



## 국문초록

### 공동주택에서 하자담보책임과 하자보수보증책임에 관한 연구

본 논문은 공동주택인 아파트에 대한 하자책임과 관련하여 집합건물법과 주택법령에서 인정하고 있는 하자담보청구권, 하자보수청구권과 하자보수보증금청구권에 대하여 검토하고, 집합건물법에서 인정하는 분양자의 구분소유자들에 대한 하자담보책임과 주택법령에서 인정하는 사업주체의 하자보수책임 및 하자보수보증책임의 법적해석에 대한 대법원 판례의 변화과정과 법적책임관계를 연구하여, 하자책임에 대한 문제점을 분석하고 이에 대한 해결방안을 제시하고자 한다.

2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에서 공동주택의 구분소유자들에 대한 하자담보책임을 분양자에게만 인정하고 시공자에게는 인정하지 않았던 문제점을 해결하기 위하여 시공자에게도 구분소유자들에 대한 하자담보책임을 인정하였다. 그러나 개정 집합건물법은 2013. 6. 19.부터 사용승인 받아 입주하는 공동주택의 구분소유자들에게 적용되므로 앞으로도 상당기간 동안은 개정 전 집합건물법이 적용되는바, 이 논문에서는 개정 전 집합건물법을 기준으로 연구하였다.

개정 전 집합건물법에 의하여 시공자의 구분소유자들에 대한 하자담보책임이 인정되지 아니함에 따른 구제방법, 아파트 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 인정하지 아니함에 따른 문제점과 그 대



책, 주택법령에서 인정하는 하자보수보증책임제도에 대하여 검토하고, 분양자의 하자담보책임과 비교, 분석하여 문제점을 도출하고 이에 대한 해결방안에 대하여 살펴보고자 한다.

위와 같은 연구를 위하여,

제2장 공동주택에서 건축물의 하자에 대하여, 하자의 개념과 발생원인, 공동주택에서 하자유형, 하자의 판정기준과 입증책임에 대하여 알아보았다.

제4장에서는 제3장에서 공동주택에서 하자담보책임의 관계법령을 검토한 것을 토대로 하여, 집합건물법상의 분양자의 하자담보책임은 법정책임으로서 최초 수분양자에 대하여 뿐만 아니라 전득자인 현 구분소유자들에게도 인정되는 점, 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 인정되는지 여부에 대하여 하급심 판결에서 엇갈리던 것을 대법원은 입주자대표회의에게 손해배상청구권을 인정하지 않는 것으로 판례로 정립시킨 것을 알아보았고, 이에 대한 문제점을 검토하였다.

또한, 제5장에서 주택법상으로 입주자대표회의에게 사업주체에게 인정되는 하자보수청구권의 내용과 그 법적성격에 대하여 검토하고, 집합건물법상 하자담보책임과 비교하였다.

제6장에서 집합건물법상 하자담보책임기간과 주택법령상의 하자책임기간에 대한 법적성질, 소멸시효와 관련된 소멸시효 기간과 그 기산점, 제척기간의 권리보전방법을 검토하였다. 소송실무상에서 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송을 진행하다가 구분소유자들로부터 손해배상



청구권을 양도받아 청구한 경우에 발생된 소멸시효와 제척기간 적용상의 문제점과 이에 대한 보완방법 등에 대하여 연구하였다.

제7장에서 공동주택에서 하자보수보증책임제도에 대하여 검토하면서, 하자보수보증책임과 손해배상책임의 관계에 대하여 시행자, 시공자, 보증회사 사이의 책임관계에 대한 대법원 판례 및 하급심 판결에 대하여 고찰하고 개선방안을 제시하였다. 최근 건설산업기본법 개정으로 건설공제조합의 보증채무의 소멸시효기간을 단축의 문제점을 지적하였다.

제8장의 결론에서, 집합건물법을 2012. 12. 18. 개정하여 아파트 구분소유자들에 대한 시공자의 하자담보책임을 인정하여 그동안의 문제점을 해결하기는 하였으나, 아파트 구분소유자들이 시공회사의 브랜드를 믿고 아파트를 구입하는 우리나라 실상을 고려하면, 시공자는 하자보수소송에 대하여 기획소송을 운운하면서 폄하할 것이 아니라 더 좋은 아파트를 건축하도록 노력하여야 할 것이고, 제도적으로 시공자의 하자보수에 대한 책임을 더 강화하여야 할 것이다. 또한, 공동주택의 하자보수보증책임의 중요성에 비추어 건설산업기본법을 개정하여 단축한 소멸시효기간을 다시 늘릴 필요성이 있다.

핵심되는 말 : 공동주택, 분양자(시행자), 시공자, 구분소유자, 아파트입주자대표회의, 하자담보책임, 집합건물법, 주택법, 건설산업기본법, 건축물의 하자, 하자책임기간, 하자보수청구권, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권, 하자보수보증책임, 보증회사



## **ABSTRACT**

### **A Study on Defects Liability System and Security deposit for repairing defects in Apartment Houses**

Park, Young-Keu

Major in Construction Private Law

The Graduate School of  
Construction Legal Affairs

Kwangwoon University

The aims of this paper are; related to defects liability in apartment houses, to review 1. Apartment House Law and the right to demand defects liability, 2. the right to demand defect repair and 3. the right to demand a security deposit for defect repair; to study the change in the Supreme Court precedents and the legal responsibilities to analyze problems and to suggest their solutions.

Aggregate Building Act amended in December 18th, 2012 authorized constructors' defects liability for unit owners in order to solve the drawback which had authorized defects liability for unit owners not of constructors but of apartment unit dealers. The problem is, however, for a considerable period of time the old Aggregated Building Act should be applied since the amended Aggregate Building Act, however, would be applied for unit owners of apartment houses which will have been sold since June 19th, 2013. That is why this paper studied the old Aggregate Building Act.





This paper plans to seek out measures to solve problems caused by the refusals of the old Aggregate Building Act to authorize constructors' defects liability for unit owners and the right to demand compensation equivalent to defect repair for the committee of apartment dwellers representative; and to find out problems and to come up with solutions to them by reviewing security deposits for defect repair and by comparing and analyzing apartment unit dealers' defects liability.

To this end, Chapter 2 dealt with 5 issues; one, what are defects in apartment houses; two, what cause defects; three, what kind of defects exist in apartment houses; four, what are the standards to judge defects; and five, who takes the responsibility to prove defects.

On the basis of the results from Chapter 3 which reviewed relevant Acts and subordinate statutes of defects liability in apartment houses, Chapter 4 figured out that although the Aggregate Building Act defines apartment unit dealers' liabilities for defect repair as a legal obligation, and makes sure that not only a present unit owner as a subsequent purchaser but also an apartment unit dealer should take the responsibility for defect repair, the Supreme Court does not authorize that the committee of apartment dwellers representative has the right to demand compensation equivalent to defect repair. And also lower courts have made mixed decisions for the right to demand compensation equivalent to defect repair. Thus, the chapter reviewed the issues.



Besides, Chapter 5 reviewed the right to demand the developer or the constructor for defect repair, which the Housing Act grants the committee of apartment dwellers representative to have, and its legality, comparing defects liability under the Aggregate Building Act.

Chapter 6 dealt with three issues; one, legalities of the defects liability period under the Aggregate Building Act and of the defects liability period under the Housing Act; two, their extinctive prescription periods and the start and end of the extinctive prescription period; and three, ways to preserve the right in the exclusion period. And also the chapter studied to find out the problems, which might be caused when the extinctive prescription period and the exclusion period are applied when the committee of apartment dwellers representative is handed over the right to demand compensation from unit owners while the committee is taking legal proceedings for the compensation equivalent to defect repair, and to come up with compensatory measures to the problems.

Chapter 7 reviewed the institution of defects liability for apartment houses, inquired into the Supreme Court precedents and lower courts findings on the relationships among developers, constructors and surety companies to suggest better measures. The chapter pointed out the problems caused by the recent amendment to the Framework Act on Construction Industry to shorten the extinctive period of surety



obligations of Construction Guarantee.

Chapter 8 came to the conclusion that although the amendment to the Aggregate Building Act made in December 18th, 2012 solved problems by authorizing the defects liability of constructors for unit owners, given the situation in Korea where unit owners of apartment houses believed the brand name of constructors so much as to purchase their units, constructors should make efforts to build better apartment houses, rather than belittling the defect repair lawsuit as a planned lawsuit. Institutionally the responsibility for defect repair by constructors should be enhanced. In addition, considering the importance of a security deposit for defect repair, it is necessary to amend the Frame Act on Construction Industry to extend back the shortened extinctive period.

Key words : Apartment houses, An apartment unit dealer(developer), A constructor, A unit owner, the committee of apartment dwellers representative, A defects liability, Apartment House Law, the House Act, the Framework Act on Construction Industry, Building defects, A maintenance period, The right to demand defects repair, The right to demand compensation equivalent to defects repair, A security deposit for defect repair, A surety company



# 목 차

|  |           |
|--|-----------|
| <b>제1장 서 론</b> .....                     | <b>1</b>  |
| 제1절 연구의 목적 .....                         | 1         |
| 제2절 연구의 방법 .....                         | 3         |
| <br><b>제2장 공동주택에서 건축물의 하자</b> .....      | <b>5</b>  |
| 제1절 집합건물과 공동주택의 개념 .....                 | 5         |
| 제2절 하자의 개념 및 발생원인 .....                  | 6         |
| 제3절 공동주택의 하자유형 .....                     | 6         |
| 제4절 하자의 판정기준과 입증책임 .....                 | 8         |
| 1. 하자의 판정기준 .....                        | 8         |
| 2. 하자의 입증책임 .....                        | 10        |
| 제5절 하자에 대한 담보책임의 유형 .....                | 10        |
| <br><b>제3장 공동주택에서 하자담보책임의 관계법령</b> ..... | <b>12</b> |
| 제1절 민법 .....                             | 12        |
| 1. 법령의 내용 .....                          | 12        |
| 2. 적용범위 .....                            | 13        |
| 제2절 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 .....           | 13        |
| 1. 개정 전 법률의 내용 및 적용범위 .....              | 13        |
| 2. 2012. 12. 18. 개정 법률의 내용 및 적용범위 .....  | 14        |
| 3. 부칙 제6조 개정과 삭제 .....                   | 15        |



|  |    |
|--|----|
| 제3절 구 주택건설촉진법 및 공동주택관리령 .....              | 16 |
| 1. 법령의 내용 .....                            | 16 |
| 2. 구법상 적용범위 .....                          | 17 |
| 제4절 주택법 및 주택법 시행령 .....                    | 17 |
| 1. 주택법의 제정 경위와 내용(2003. 5. 29. 전부개정) ..... | 17 |
| 2. 2005. 5. 26. 개정 주택법의 개정 경위와 내용 .....    | 18 |
| 3. 2005. 5. 26. 이후 주택법령 개정 .....           | 20 |
| 4. 2012. 12. 18. 개정 주택법의 주요내용 .....        | 23 |
| 제5절 건설산업기본법 .....                          | 24 |
| 1. 법령의 내용 .....                            | 24 |
| 2. 적용범위 .....                              | 25 |

## **제4장 집합건물법상의 하자담보책임 ..... 27**

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 제1절 개정 집합건물법 관련 .....           | 27 |
| 제2절 집합건물에 대한 분양계약의 성질 .....     | 28 |
| 제3절 분양자의 하자담보책임의 내용과 법적성질 ..... | 29 |
| 1. 서언 .....                     | 29 |
| 2. 책임의 법적성질 .....               | 29 |
| 3. 담보책임의 내용 .....               | 31 |
| 제4절 하자담보책임 청구권자 .....           | 34 |
| 1. 개요 .....                     | 34 |
| 2. 구분소유자와 관리단 .....             | 35 |
| 3. 전득자의 하자담보청구권 .....           | 36 |



|  |    |
|--|----|
| 4. 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권 인정여부 ..... | 38 |
|--|----|

## 제5장 주택법상의 하자관계책임 ..... 43

|   |    |
|---|----|
| 제1절 하자책임의 내용과 법적성격 .....                | 43 |
| 1. 개요 .....                             | 43 |
| 2. 주택건설촉진법 및 구 주택법상 하자책임의 법적성격 .....    | 43 |
| 3. 개정 주택법상 담보청구권의 법적성격 .....            | 45 |
| 4. 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법상의 하자책임의 비교 ..... | 48 |
| 제2절 하자보수청구권자 .....                      | 51 |
| 1. 법령의 규정 .....                         | 51 |
| 2. 입주자, 사용자 .....                       | 51 |
| 3. 입주자대표회의 .....                        | 52 |
| 4. 관리주체 .....                           | 54 |
| 제3절 하자보수절차 .....                        | 54 |

## 제6장 집합건물에 관한 하자담보책임기간과 공동주택에 관한 하자 책임기간 ..... 56

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 제1절 집합건물에 관한 하자담보책임기간의 법적성질 ..... | 56 |
| 1. 제척기간 .....                     | 56 |
| 2. 분양전환된 임대주택의 경우 .....           | 57 |
| 제2절 공동주택에 관한 하자책임기간의 법적성질 .....   | 58 |
| 1. 기간의 법적성격 .....                 | 58 |



|   |    |
|---|----|
| 2. 소송실무상 유의사항 .....   | 59 |
| 제3절 소멸시효와 관련된 문제 .....  | 59 |
| 1. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간 .....   | 59 |
| 2. 소멸시효의 기산점 .....  | 61 |
| 3. 소멸시효의 중단 .....   | 63 |
| 제4절 제척기간과 관련된 문제 .....  | 71 |
| 1. 제척기간의 권리보전방법 .....   | 71 |
| 2. 법원의 직권판단 여부 .....  | 72 |
| 3. 제척기간 내의 권리행사로 인한 권리보전 .....  | 74 |
| 4. 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송을 진<br>행하다가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 청구<br>한 경우 제척기간 문제 ..... | 76 |
| 제5절 하자보수완료확인서 .....   | 81 |

## **제7장 공동주택에서 하자보수보증책임 ..... 83**

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 제1절 하자보수보증금의 처리절차 .....  | 83 |
| 1. 하자보수보증금예치 .....       | 83 |
| 2. 청구권자와 상대방 .....       | 85 |
| 제2절 하자보수보증대상 하자 .....    | 86 |
| 1. 보증보험약관상의 보증대상 .....   | 86 |
| 2. 하자의 발생기간 .....        | 87 |
| 제3절 하자보수보증채권의 소멸시효 ..... | 90 |
| 1. 소멸시효 관련 법규 .....      | 90 |



|   |            |
|---|------------|
| 2. 소멸시효 적용의 문제점 .....   | 92         |
| 제4절 하자보수보증금의 지급범위와 반환 .....   | 96         |
| 1. 하자보수보증금의 법적성격 .....  | 96         |
| 2. 대법원 판례 .....   | 97         |
| 3. 하자보수보증금의 반환 .....  | 97         |
| 제5절 하자보수보증책임과 손해배상책임의 관계 .....  | 98         |
| 1. 문제의 제기 .....   | 98         |
| 2. 하자소송 당사자 .....   | 99         |
| 3. 시공자의 손해배상책임 .....  | 100        |
| 4. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 관계 .....   | 102        |
| 5. 시공자의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 시행자에 대한<br>공사대금채권 잔액으로 상계하였을 때 보증회사의 하자보수<br>보증금지급채무가 소멸하는지 여부 ..... | 104        |
| <b>제8장 결 론 .....</b>  | <b>107</b> |
| <b>참 고 문 헌 .....</b>  | <b>110</b> |





## 제1장 서 론

### 제1절 연구의 목적

공동주택이란 건축물의 벽·복도·계단이나 그 밖의 설비 등의 전부 또는 일부를 공동으로 사용하는 각 세대가 하나의 건축물 안에서 각각 독립된 주거생활을 할 수 있는 구조로 된 주택을 말하며(주택법 제2조 1항), 주택법의 적용을 받는 공동주택의 종류와 범위는 다음과 같다. ① 아파트 : 주택으로 쓰이는 층수가 5개 층 이상인 주택 ② 연립주택 : 주택으로 쓰이는 1개 동의 연면적(지하 주차장 면적을 제외한다)이 660㎡를 초과하고 층수가 4개 층 이하인 주택 ③ 다세대주택 : 주택으로 쓰이는 1개 동의 연면적(지하 주차장 면적을 제외한다)이 660㎡ 이하이고, 층수가 4개 층 이하인 주택 ④ 기숙사 : 학교 또는 공장 등의 학생 또는 종업원 등을 위하여 사용되는 것으로서 공동취사 등을 할 수 있는 구조이되, 독립된 주거의 형태를 갖추지 아니한 것을 말한다(건축법 시행령 별표 1 제2호 가목 내지 라목의 규정). 우리나라에서 공동주택에서 아파트는 주택으로서 가장 선호하고 있으며, 신도시건설, 재개발과 재건축 등에 의하여 대규모 아파트 단지로 조성되고 있다. 우리나라와 같이 국토가 협소한 경우에는 건축대지와 건축공사비를 절약하여 고층으로 많은 세대를 건축하는 아파트가 유용하며, 또한, 아파트는 일반 주택보다 주거비용을 절약하여 인기가 많다. 과거 아파트를 구입하여 살다가 형편이 나아지면 좀 더 넓은 아파트로 이사를 하고 이렇게 구입한 아파트의 가격이 상승하여 재산 1호로서 부를 축적하여 주었기 때문에 아파트 생



활에 커다란 불편이 없으면 소송을 하지 않았다. 그러나 최근에 아파트 수분양자 내지 구분소유자들은 아파트에 발생한 하자에 대하여 많은 관심을 가지고 최초 분양계약을 할 때 건본아파트와 다른 부분이 있는지, 사용승인 도면(준공도면)과 일치하는지 여부, 벽체에 많은 균열이 발생하였는지 등을 따지면서 소송까지 하는 등으로 하자보수에 대한 많은 관심을 가지게 되었다. 이렇게 아파트 하자보수소송을 함에 있어 아파트입주자대표회의를 원고로 하여 하자보수에 갈음하는 손해배상과 하자보수보증금을 청구하는 소송을 제기하였다. 법원은 이러한 소송에 대하여 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 인정하고, 시공자에게 손해배상책임 등에 대하여서도 인정하다가 대법원에서 입주자대표회의에게는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 인정하지 않고, 시공자는 분양자인 건축시행자로부터 일괄도급을 받은 시공자라고 하더라도 단순 수급인에게 불과하므로 공동주택의 구분소유자들에 대하여 직접적인 하자담보책임이 없다는 판단을 하였다. 물론 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하, ‘집합건물법’이라고 함)이 2012. 12. 18. 개정됨에 따라 시공자의 구분소유자에 대한 하자담보책임도 인정되게 되었지만 이 개정 법률이 시행되기 전에 분양된 공동주택의 경우는 여전히 시공자의 구분소유자에 대한 하자담보책임이 인정되지 않는다. 주택법령에서 아파트 등 공동주택의 경우 하자발생에 대한 보수를 보장하기 위하여 건축비용의 3% 정도에 해당하는 하자보수보증금을 예치토록 하여 하자보수를 보증하도록 하였다.

주택은 특성상 입지환경, 품질, 형태 등에 있어서 개별성이 강하고 설계부터 시공과 사후관리에 이르는 일련의 과정에서 연관분야가 많기 때문에 관련 공종의 어느 하나만 부실하여도 양질의 주택이 되기 어렵다. 이렇게 아파트의 부실시공 문제가 사회문제로 거론되면서 소비자들은 하자가 없는 주택을 분양받고 살기를 원하고 있는데, 부실주택은 개인에게 재산피해와 생활



의 불편을 가져오며, 사회적으로도 커다란 경제적 손실을 초래한다. 특히, 아파트 등의 공동주택은 경제적 피해뿐만 아니라 다수의 인명피해까지 문제될 수 있기 때문에 신속하고도 적절한 보수나 배상이 이루어져야 할 것이다. 이러한 측면에서 최근에는 공동주택(주로 아파트, 이하 ‘아파트’와 혼용합니다)에서 하자보수와 관련하여 소송이 증가하고 있는바, 공동주택에 대한 하자담보책임에 대하여 검토하고, 현재 소송에서 구분소유자들의 하자담보책임보장에 어떠한 문제점이 있는지, 주택법령에서 인정하고 있는 하자보수청구권과 하자보수보증금지급청구권에 대하여 살펴보고, 하자보수청구권, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 하자보수보증금 관계를 연구하여 주택 소비자들을 위하여 어떤 대책이 필요한 지에 대하여 연구하고자 한다.

## 제2절 연구의 방법

공동주택에 대한 하자담보책임에 대하여, 민법, 집합건물법과 주택법령에서 주로 살펴보고 구 주택건설촉진법 및 공동주택관리령, 건설산업기본법도 함께 검토하여, 집합건물법상의 하자담보책임의 내용과 법적성격, 하자담보책임의 청구권자, 하자담보책임기간의 법적성격을 연구하고자 한다. 주택법상의 하자보수책임에 대하여는 아파트 입주자대표회의가 어떤 지위에 있는지, 하자보수청구권의 의미와 하자보수에 갈음하는 손해배상책임과의 관계를 연구 검토하고, 소송실무상 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 때 발생하는 문제점과 그 극복방안을 살펴보고자 한다.

그리고 공동주택의 하자보수보증금 제도에 대하여 근거법령, 하자보수보증금의 처리절차, 청구권자와 상대방, 하자보수보증의 대상이 되는 하자, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과의 관계를 검토하고, 소송실무상에서 하자보수보증의 주채무자의 보증채무와 하자보수에 갈음하는 손해배상



채무에서 이중지급의 문제점 등에 대하여 연구하며, 최근에 건설산업기본법을 개정하여 건설공제조합의 경우 하자보수보증의 소멸시효를 2년으로 단축하였는데, 이에 대한 문제점 등을 검토하고, 집합건물법이 2012. 12. 18. 개정으로 분양자뿐만 아니라 시공자에게 구분소유자에 대한 하자담보책임을 인정하고, 담보책임기간을 확장한 것과 관련하여 연구하나, 개정 집합건물법은 2013. 6. 19.부터 시행되므로 그 이전에 사용검사를 받은 공동주택의 구분소유자에게는 적용대상이 되지 않기 때문에 주로 개정 전 집합건물법에 의한 판례 등을 분석하여 연구하고자 한다.



## 제2장 공동주택에서 건축물의 하자

### 제1절 집합건물과 공동주택의 개념

집합건물은 집합건물법 제1조에 ‘1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.’라고 되어 있듯이 건물 구조상 일부분이 벽, 문, 계층에 의하여 다른 부분과 차단되어 구조상 및 이용상 완전한 독립성을 갖는 건물을 말한다. 이러한 건물 중 독립부분을 목적으로 하는 소유권을 구분소유권이라고 하며 집합건물은 이와 같이 구분소유 여부를 기준으로 한 것이다.

공동주택은 건축법상 건물의 용도에 따른 개념으로서 위에서 살펴보았듯이 ① 아파트(주택부분 5층 이상), ② 연립주택(연면적 660㎡ 초과 4층 이하), ③ 다세대주택(연면적 660㎡ 이하 4층 이하), ④ 기숙사(학교 또는 공장 등의 학생 또는 종업원 등을 위하여 사용되는 것으로서 공동취사 등을 할 수 있는 구조이되, 독립된 주거의 형태를 갖추지 아니한 것) 등으로 구분된다(건축법 시행령 별표 1 제2호 가목 내지 라목의 규정).

양자의 관계를 보면 아파트 등의 공동주택은 구분소유를 전제로 하므로 당연히 집합건물에 해당함에 반하여, 집합건물은 공동주택뿐 아니라 업무시설이나 근린생활시설 등의 용도로도 사용되므로 공동주택이 아닌 경우도 많다. 최근에 주상복합아파트는 저층에 상가, 중간층에 오피스텔, 고층에 아파트 등을 한 동에 건축하여 전체가 집합건물이지만 공동주택은 아파트만 해당된다. 대규모의 주상복합의 경우에는 오피스텔과 아파트, 또는 상가, 오피스텔, 아파트 모두에 대하여 하자보수보증금을 예치하기도 하나, 하자보수보



증금 예치가 의무로 되어 있는 공동주택인 아파트에 대하여만 하자보수보증금을 예치하고 상가, 오피스텔에 대하여는 하자보수보증금을 예치하지 아니하는 경우가 많다.

## 제2절 하자의 개념 및 발생원인

건축물의 하자는 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 통상 건축물이 갖추어야 할 내구성, 강도 등의 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 결과 그 사용가치 또는 교환가치를 감쇄시키는 결점을 뜻하는 것으로서, 주택법 시행령 [별표6]에서 하자의 범위를 “공사상의 잘못으로 인한 균열, 처짐, 비틀림, 들뜸, 침하, 파손, 붕괴, 누수, 누출, 작동 또는 기능불량, 부착 또는 접지불량 및 결선불량, 고사 및 입상 불량 등으로 건축물 또는 시설물 등의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래할 정도의 것”이라고 정의하여 건축물의 하자를 구체화 하였다. 강학상으로는 도급계약상 목적물의 하자를 ‘목적물이 계약에서 정한 용도(用途)에 적합한 성상(性狀)을 결여하였거나 그 통상의 용도에 사용할 만한 성상을 갖지 못하는 경우’라고 정의하기도 한다.<sup>1)</sup>

이러한 건축물의 하자는 기획 및 설계단계에서 사업기간의 무리한 설정, 부적당한 공사비, 설계누락, 시공과정에서 설계검토 미흡, 자재품질 미달, 전문지식 부족, 감리 부실, 유지관리과정에서 유지관리능력 부족 등을 원인으로 하여, 설계, 시공, 유지관리의 각 단계에서 발생하게 된다.

## 제3절 공동주택의 하자유형

---

1) 이준형, “수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문(2001), 104면



아파트 등의 공동주택에 흔히 나타나는 하자를 건축공종 및 부위에 따라 분류하면 다음과 같이 공동주택의 하자유형을 나누어 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

### 공동주택의 하자유형(1)

| 구분        | 세부항목  |
|-----------|---|
| 구조<br>결함  | 기초지반침하, 슬라브 처짐, 균열(수평 및 수직), 구조체의 탈락 및 파손   |
| 설비        | 배수불량, 배관누수, 배관스케일 및 녹물, 승강기 고장, 부품작동불량(수도꼭지, 샤워기, 계량기)  |
| 환경<br>결함  | 결로(곰팡이, 얼룩), 벽체 및 천장의 누수, 방수(옥상, 욕실)등   |
| 내외장<br>결함 | 도장변색 및 얼룩, 벽체 및 천장의 누수, 도배 및 장판의 얼룩과 들뜸, 타일부착불량, 창호작동 불량 및 고장, 철재류 및 PVC류의 부식 및 파손, 부착기구의 작동불량 및 파손(썩크대, 욕조, 세면기, 부착기구 등) |
| 기타        | 놀이시설파손, 조경시설 부식과 파손(fence, 벤치, 조명 등), 보도 및 도로불량, 옹벽 및 담장의 균열과 파손 등  |

### 공동주택의 하자유형(2)

| 하자<br>유형 | 내용                      | 하자<br>유형 | 내용                   |
|----------|-------------------------|----------|----------------------|
| 구조체      | 1. 바닥의 처짐, 경사짐          | 누수       | 18. 급수관(상수관) 누수      |
|          | 2. 벽의 경사짐, 튀어나옴         |          | 19. 배수관(하수관) 누수      |
| 균열       | 3. 내벽의 갈라짐              |          | 20. 온돌파이프 누수         |
|          | 4. 외벽의 갈라짐              |          | 21. 베란다 누수           |
| 결로       | 5. 실내벽의 곰팡이 발생 및 습기로 썩음 |          | 22. 천장 누수            |
|          | 6. 천장의 곰팡이 발생 및 습기로 썩음  |          | 23. 벽체 누수(벽에 빗물 스며듦) |

2) 윤재운, 「건설분쟁 관계법」, 박영사(2011), 265-266면에서 전재



|     |                              |                      |                                       |
|-----|------------------------------|----------------------|---------------------------------------|
| 내장재 | 7. 도배, 장판불량                  | 배수<br>불량             | 24. 베란다 배수 불량                         |
|     | 8. 모노륨 불량                    |                      | 25. 부엌의 배수 불량                         |
|     | 9. 타일부착불량(욕실, 다용도실, 현관, 베란다) |                      | 26. 욕조, 세면대, 화장실 바닥 배수 불량             |
|     | 10. 바닥, 벽, 천장의 내장재 들뜸        |                      | 27. 다용도실 배수 불량                        |
|     | 11. 도장(칠)불량                  |                      | 28. 부엌, 욕조에 의한 악취                     |
| 창호  | 12. 문, 창문의 개폐불량              | 부착기<br>구<br>시설<br>불량 | 29. 수건걸이, 거울, 수납박스, 세면대, 양변기 등의 부착 불량 |
|     | 13. 현관문의 개폐불량                |                      | 30. 신발장, 장식장, 싱크대 등 각종 시설 불량          |
| 소음  | 14. 위층 간의 소음                 |                      | 31. 환기시설 불량                           |
|     | 15. 옆집 간의 소음                 |                      | 32. 수도꼭지 불량                           |
|     | 16. 배수에 의한 소음(욕실 및 다용도실)     |                      | 33. 난방조절장치 시설 불량                      |
|     | 17. 보일러 등 난방장치에 의한 소음        |                      |                                       |

## 제4절 하자의 판정기준과 입증책임

### 1. 하자의 판정기준

하자여부의 판단은 목적물이 계약에서 정한 용도에 적합한 성상을 이루지 못하였거나, 그 통상의 용도에 사용할 만한 성상을 갖지 못하는 경우를 기준으로 함이 타당하다. 목적물에 관하여 계약당사자 사이에 약정한 성상을 흠결한 경우는 그 자체로서 하자가 된다고 할 것인바, 당사자 사이의 약정내용은 도급계약 및 첨부된 각종 서류에 의하여 확인된다. 설계도, 시방서, 표준명세서, 특기명세서, 현장설명서 등이 통상 계약서에 첨부된 서류들이고, 시방서상 기재된 품질등급, 단가, 공사물량 등과 설계도면의 설계내용은 우선적 기준





이 된다. 수급인이 공사계약에서 정한 설계도서의 기재내용대로 시공한 경우, 이는 도급인의 지시에 따른 것과 같아서 그로 인하여 건물에 하자가 생겼다고 하더라도 수급인에게 하자담보책임을 물을 수 없다<sup>3)</sup> 계약서나 설계도 등 서류만으로 구체적인 이행내용이 확인되지 않을 경우에는 계약해석의 일반원칙에 따라 판단해야 한다. 또한, 계약의 성질에 따라 하자판정 기준이 달라질 수 있다. 설계시공일괄입찰 방식의 계약의 경우에는 수급인에게 보다 엄격하게 책임을 묻게 된다.

통상의 용도에 사용할 성상을 결여한 하자에 대하여는 용도를 정하는 기준은 당사자 사이의 계약내용에 나타난 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다. 통상의 용도에 적합한 성상을 갖추었는가를 판단하는데 있어 관련 건축규정인 건축법, 건축법시행령, 건축물의 구조기준 등에 관한 규칙, 건축물의 구조내력에 관한 기준 등 건축관련법령에서 정한 기준에 부적합한 건축물은 특별한 사정이 없는 한 하자가 인정된다고 할 것이다. 건물로서 객관적으로 보통 갖고 있어야 할 품질과 기능의 최저한도를 지키지 못하는 기능상, 안전상의 문제점을 초래하는 절대적 하자라고 할 수 있는 누수, 균열, 배수불량, 침하 등은 계약내용과 상관없이 하자라고 할 것이다.

하자는 미완성과 구별되어야 하는데, 공사가 중단되어 예정된 최후의 공정이 종료되지 못한 경우가 미완성으로서 공사가 예정된 최후의 공정까지 일응 종료되었으나 시공상태가 불완전하여 보수를 하여야 할 경우인 하자와 구별된다. 하자가 발생한 경우는 일단 공사가 완공되었으므로 수급인에게 공사대금청구권이 발생하고, 이에 대하여는 도급인이 하자로 인한 손해배상 청구권 등을 가지고 동시이행항변권을 행사할 수 있으며 하자보수비를 감정

3) '수급인인 원고가 설계도면의 기재대로 알루미늄 유리틀을 설치한 것이라면 이는 도급인인 피고의 지시에 따른 것과 같아서 원고가 그 설계도면이 부적당함을 알고 피고에게 고지하지 아니한 것이 아닌 이상(피고는 그와 같은 주장을 하지 아니하였다) 그로 인하여 목적물에 하자가 생겼다 하더라도 수급인인 원고에게 하자담보책임을 지울 수는 없다 할 것이므로...' (대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다31747, 31754 판결 각 참조)



해야 하고, 미완성의 경우는 수급인이 공사대금청구권을 가지지 못하고 기성고 산정을 위하여 감정을 하여야 한다.

## 2. 하자의 입증책임

하자를 주장하여 하자담보책임을 묻는 도급인이 하자의 존재를 입증하여야 한다. 하자의 입증은 통상 하자를 주장하는 자가 감정이나 검증의 방법으로 하고, 하자의 발생원인은 입증대상이 아니다. 다만 하자의 발생기간과 관련하여, “하자의 존재는 원고가 입증해야 하는 반면, 입주자대표인 원고에게 하자의 발생 시기에 관하여 입증하도록 요구하기는 어려운 점, 사업주체인 피고 건설사들이 건설전문회사로서 그 분야의 경험 및 지식을 축적하고 있는 점 등을 고려하면 그 하자가 하자담보책임기간 내에 발생하지 않았다는 사실은 하자담보책임을 면하려는 위 피고들이 입증하도록 하는 것이 합리적이라 할 것이다”라는 하급심 판결이 있다.<sup>4)</sup>

이와 같이 하자의 존재를 입증하여야 하는 것은 도급인이 하여야 하나, 하자의 발생시기와 관련하여 하자담보책임기간 내에 발생하지 않았다고 하는 것은 시공전문가인 수급인인 건설회사가 하여야 하는 것이 타당하다.

## 제5절 하자에 대한 담보책임의 유형

공동주택에서 발생한 하자가 중요한 경우에는 하자보수를 하여야 하는 것이고, 중요하더라도 하자보수가 불가능한 경우에는 하자보수에 갈음하는 손해배상을 하여야 한다, 그러나 하자가 중요하지 아니한 하자의 경우에는 하자로 인한 손해를 배상으로서 교환가치를 인정할 수 있다. 이러한 하자담

---

4) 대전지법 2006. 11. 30. 선고 2004가합10668 판결



보책임의 유형별로 정리하는 아래 [하자담보책임의 유형별 정리] 표와 같다.<sup>5)</sup>

**[하자담보책임의 유형별 정리]**

| 보수 여부      | 하자의 중요성 | 보수비의 과다성 | 하자보수 청구 | 보수에 갈음한 손해배상          | 하자로 인한 손해배상                               |
|------------|---------|----------|---------|-----------------------|---|
| 불가능        |         |          | ×       | ×                     | ○   |
| 가능         | 중요 ○    | 적 정      | ○       | ○                     |   |
|            | 중요 ×    | 과 다      | ○       | ○                     |   |
|            |         | 적 정      | ○       | ○                     |   |
|            |         | 과 다      | ×       | ×                     | ○   |
| 기 능        |         |          | 이행 보증   | 이행 보증                 | 손해 보증                                     |
| 손 해 액      |         |          |         | 하자보수비 상당액             | 교환가치 차액 (공사비 차액)                          |
| 손 해 액 산정시점 |         |          |         | 하자보수 청구시 또는 손해 배상 청구시 | 감가 수정을 하지 않는 경우 건물완공시의 재조달 원가 비교 (공사비 차액) |

5) 윤재윤, 앞의 저서, 300면 ; 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회, 「건설감정실무」, 서울중앙지방법원(2011), 10면



### 제3장 공동주택에서 하자담보책임의 관계법령

#### 제1절 민 법

##### 1. 법령의 내용

민법에 하자담보책임에 대한 규정으로, ① 매도인의 하자담보책임에 대하여 제580조 제1항에서 ‘매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정<sup>6)</sup>을 준용한다.’고 규정하고 있고, ② 수급인의 담보책임에 대하여는 제667조의 제1항에서 ‘완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.’, 제2항에서 ‘도급인은 하자의 보수에 가름하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.’고 규정하였으며, ③ 수급인의 담보책임에 관한 토지, 건물 등에 대한 특칙으로 제671조의 제1항에서 ‘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 규정하였다.

---

6) 제575조(제한물권있는 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다. ② 전항의 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우에 준용한다. ③ 전2항의 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년내에 행사하여야 한다.



## 2. 적용범위

건축물을 매도한 매도인의 담보책임은 매도인의 담보책임규정이 적용되고, 건설도급계약에는 수급인의 담보책임규정이 적용된다. 민법은 기본적으로 적용되지만, 개별계약상 하자담보책임에 관한 약정 및 관계법령의 특별규정에 의하여 민법이 적용되는 범위가 상당히 줄어들게 된다.

## 제2절 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

### 1. 개정 전 법률의 내용 및 적용범위

집합건물법은 주택건설촉진법이 1972. 12. 30. 법률 제2409호로 제정되어 시행되고 있었던 중, 1984. 4. 10. 법률 제3725호로 제정되었다. 집합건물법 제9조에서 담보책임에 대하여, ‘제1조 또는 제1조의2<sup>7)</sup>의 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용한다.’(제1항), ‘제1항의 분양자의 담보책임에 관하여 「민법」에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.’(제2항)고 규정하였으며, 부칙 제6조로 주택건설촉진법과의 관계에 대하여 ‘집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.’고 규정하였다.

7) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제11555호 2012.12.18 일부개정) 제1조(건물의 구분소유) 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.  
제1조의2(상가건물의 구분소유) ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 "구분점포"라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다. 1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것, 2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 "판매시설등"이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것, 3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것, 4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



집합건물법은 구분소유권을 분양한 자의 하자담보책임에 관하여만 규정하고 있는바, 건축주와 시공사 사이의 공사도급계약을 기초로 한 수급인의 하자담보책임에 대하여는 이 법이 적용되지 않는다.

## 2. 2012. 12. 18. 개정 법률의 내용 및 적용범위

2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정된 집합건물법은 개정 전에 구분소유자에 대하여 분양자에게만 하자담보책임을 인정하였던 것을 시공사에게 확대하였다. 개정 집합건물법 제9조에서 하자담보책임의 주체 및 내용에 대한 규정으로서 원래 2개항으로 된 것을 4개항으로 구분하여 규정하였는바, 제1항은 ‘분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 “시공사”)는 담보책임을 진다. 이 경우 그 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조 및 제668조<sup>8)</sup>를 준용한다.’, 제2항은 ‘제1항에도 불구하고 시공자가 분양자에게 부담하는 담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 시공자는 그 법률에서 정하는 담보책임의 범위에서 구분소유자에게 제1항의 담보책임을 진다.’로서 신설하였고, 제3항은 ‘제1항 및 제2항에 따른 시공자의 담보책임 중 「민법」 제667조 제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지며, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면한다.’라는 규정으로서 신설하였으며, 제4항은 ‘분양자와 시공자의 담보책임에 관하여 이 법과 「민법」에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.’라는 규정이다. 개정 법률은 개정 전의 법률에서 구분소유자에 대한 하자담보책임

8) 민법 제668조(동전-도급인의 해제권) 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다



을 분양자에게만 인정하였던 것을 시공자에게로 확대하였으며, 시공자에 대한 민법 제667조 제2항의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 대하여는 위 법 제9조 제3항에서 구분소유자가 분양자에게 책임을 묻기 어려울 때에 한하여 인정하였다.

담보책임의 존속기간에 대하여는 제9조의2로서, 구분소유자의 권리행사 기간에 대하여 ① 「건축법」 제2조 제1항 제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자는 10년, ② 위 규정된 하자 외의 하자는 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간으로 하였으며(제1항), 담보책임 기간의 기산일은 ① 전유부분은 구분소유자에게 인도한 날, ② 공용부분은 사용검사일 또는 사용승인일로 규정하였고(제2항), 건물이 멸실되거나 훼손된 경우에는 그 멸실되거나 훼손된 날부터 1년 이내에 권리를 행사하여야 한다고 하였다(제3항).

개정 집합건물법에서 하자담보책임 이외에도 임차인 등에게 공용부분 관리 등에 관한 의결권 부여 조항, 집합건물분쟁조정위원회 설치 조항 등을 신설하였다.

### 3. 부칙 제6조 개정과 삭제

집합건물법과 주택법과 관련하여, 집합건물을 제정(제3725호 1984. 4. 10)할 때 부칙 제6조로 ‘집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.’고 하였다가 2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정된 부칙 제6조<sup>9)</sup>는 개정 전의 부칙 제6조에 단서 조항으로 ‘다만, 공동주택의 담

9) 집합건물법(제7502호 2005. 5. 26) 부칙 제6조(「주택법」과의 관계<개정 2005. 5. 26>) 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.



보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.’라고 추가하였다.

그러나 2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정된 집합건물법에서는 「주택법」과의 관계에 대한 부칙 제6조를 삭제하고, ‘집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에 관한 「주택법」의 특별한 규정은 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다.’라고 규정하였다(제2조의 2, 신설).

### **제3절 구 주택건설촉진법 및 공동주택관리령**

#### **1. 법령의 내용**

구 주택건설촉진법에서 공동주택의 관리에 관하여는 제38조로 규정하였는바, 그 중 제1항으로 ‘공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자·입주자대표회의 및 관리주체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 관리하여야 한다.’고 하였고, 제14항으로 ‘사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주를 포함한다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.’, 제15항으로 ‘제14항의 규정에 의한 사업주체(건설산업기본법 제28조의 규정에 의하여 하자담보책임이 있는 자가 따로 있는 경우에는 그 자를 말한다)는 대통령령이 정하는 바에 따라 하자보수보증금을 예치하여야 한다. 다만, 국가·지방자치단체·대한주택공사 및 지방공사인 사업주체는 그러하지 아니하다.’, 제16항으로 ‘제14항의 규정에 의한 사업주체와 건축주는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 10년의 범위 내에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.’고 하였다.

공동주택관리령 제16조에서 사업주체의 하자보수에 관하여 규정하였는





바, 제1항으로 ‘공동주택 등에 대한 하자보수기간은 그 사용검사일(단지안의 공동주택 등의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 임시사용승인일을 말한다)부터 주요시설인 경우에는 2년 이상으로 하고 그 외의 시설인 경우에는 1년 이상으로 하되, 하자보수대상인 주요시설 및 그 외의 시설의 구분 및 범위에 따른 기간은 별표 7과 같다.’, 제2항으로 ‘제1항의 규정에 의한 기간 내에 공동주택 등의 하자가 발생한 때에는 입주자·입주자대표회의 또는 관리주체(이하 이 조에서 “입주자대표회의등”이라 한다)는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있으며, 사업주체는 3일 이내에 이를 보수하거나 보수일정을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의등에 통보하여야 한다.’고 규정하였다.

## **2. 구법상 적용범위**

주택건설촉진법 및 공동주택관리령은 사업주체(주택건설촉진법 제3조 제5호, 제6호) 및 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하여 공동주택을 건축한 건축주가 구분소유권을 분양한 경우 사업주체 등 분양자의 수분양자 등에 대한 하자보수책임을 규정하고 있다. 20호 이상의 단독주택도 주택건설촉진법과 공동주택관리령이 적용된다(공동주택관리령 제2조 제1항, 주택건설촉진법 제33조 제1항, 시행령 제32조 제1항). 공동주택관리령은 하자보수책임만 규정하고 손해배상책임은 규정하고 있지 않으므로 이를 둘러싸고 논의가 있다. 또한 건축주(분양자)와 건축공사 수급인 사이의 건축공사로 인한 하자담보책임은 집합건물법과 마찬가지로 주택건설촉진법 등이 적용될 여지가 없다.

## **제4절 주택법 및 주택법 시행령**

### **1. 주택법의 제정 경위와 내용(2003. 5. 29. 전부개정)**



주택건설촉진법은 2003. 5. 29. 주택법으로 전부 개정되었고, 공동주택관리령은 종전 주택건설촉진법시행령과 통합되어 주택법 시행령으로 제정되었다. 그러나 하자책임에 관한 내용은 법조문의 정리만 되었다.

주택법 제46조에서 하자보수에 관하여, 제1항으로 ‘사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.’, 제3항으로 ‘제1항의 규정에 의한 사업주체는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 사용검사일(주택단지의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 그 임시사용승인일을 말한다)부터 10년 이내의 범위에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 구조별 하자보수기간과 하자의 범위는 대통령령으로 정한다.’고 규정하였다.

주택법 시행령 제59조에서 사업주체의 하자보수에 관하여 규정하였는바, 제1항으로 ‘법 제46조제1항의 규정에 의하여 사업주체(동조 제2항 본문의 규정에 의한 사업주체를 말한다. 이하 이 조와 제60조 및 제61조에서 같다)가 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 시설구분에 따른 하자보수책임기간 등은 별표 6과 같다.’, 제2항으로 ‘입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 집합건물법에 의하여 구성된 관리단은 제1항의 규정에 의한 하자보수책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다.’고 규정하였다.

## 2. 2005. 5. 26. 개정 주택법의 개정 경위와 내용

2005. 5. 26. 주택법 중 하자책임에 관하여 본질적인 부분의 개정이 되



었다. 이와 관련하여 집합건물법 부칙 제6조의 단서도 함께 개정되었다. 또한, 2005. 9. 16. 주택법 시행령 제59조도 개정되었다. 그러나 위헌문제가 제기될 정도로 문제가 복잡해지는 결과가 되었다. 개정된 주택법 부칙 제3조는 2008. 7. 31. 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 무효로 되었다.

개정 주택법 제46조에서 ‘담보책임 및 하자보수 등’에 관하여, 제1항으로 ‘사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 「민법」 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제9조의 규정에 불구하고 공동주택의 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 그 임시사용승인일을 말한다) 또는 「건축법」 제18조의 규정에 의한 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 때에는 공동주택의 입주자 등 대통령령이 정하는 자의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다.’, 제3항으로 ‘사업주체는 제1항의 규정에 의한 담보책임기간 안에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 하자발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.’고 규정하였다. 개정 주택법 부칙 제3항에서 ‘담보책임 및 하자보수에 관한 경과조치’에 관하여, ‘이 법 시행 전에 「주택법」 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 「건축법」 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정을 적용한다.’고 규정하였다.

개정 주택법과 관련하여 2005. 9. 16. 개정된 주택법 시행령 제59조에서 ‘사업주체의 하자보수’에 관하여, 제1항으로 ‘법 제46조제1항의 규정에 의하



여 사업주체(동조 제2항 본문의 규정에 의한 사업주체를 말한다. 이하 이 조와 제60조 및 제61조에서 같다)가 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 내력구조부별 및 시설공사별 하자담보책임기간 등은 별표 6 및 별표 7<sup>10)</sup>과 같다.', 제2항으로 '법 제46조제1항에서 "공동주택의 입주자 등 대통령령이 정하는 자"라 함은 입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 의하여 구성된 관리단(이하 이 조에서 "입주자대표회의 등"이라 한다)을 말한다.', 제3항으로 '입주자대표회의등은 제1항의 규정에 의한 하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다. 이 경우 사업주체는 하자보수요구를 받은 날(제4항의 규정에 의하여 하자판정을 하는 경우에는 그 판정결과를 통보받은 날을 말한다. 이하 제6항에서 같다)부터 3일 이내에 그 하자를 보수하거나 보수일정을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의등에 통보하여야 한다.'고 규정하였다.

### 3. 2005. 5. 26. 이후 주택법령 개정

2005. 5. 26. 주택법령 개정과 관련하여, 주택법 제46조 제1항에서 '...대통령령으로 정하는 하자가 발생한 때에는 공동주택의 입주자 등 대통령령이 정하는 자의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다.'라는 규정에서 하자보수청구권자인 '입주자 등 대통령령이 정하는 자'를 '1. 입주자, 2. 입주자대표

10) [별표 7] <개정 2005.9.16>

내력구조부별 하자보수대상 하자의 범위 및 하자담보책임기간

1. 하자의 범위

가. 내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우

나. 제62조제3항의 규정에 의한 안전진단 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우

2. 내력구조부별 하자보수기간

가. 기둥·내력벽(힘을 받지 않는 조적벽 등은 제외한다) : 10년

나. 보·바닥 및 지붕 : 5년



회의, 3. 관리주체(하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표회의를 대행하는 관리주체를 말한다), 4. 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따른 관리단'으로 열거하여 규정하고, 하자 분쟁조정에 관한 조항을 신설하는 등을 개정하였다.

2008. 11. 5. 개정 주택법 시행령 제59조 제항과 관련하여 주택법 제46조 제1항의 규정에 의하여 사업주체(동조제2항 본문의 규정에 의한 사업주체를 말한다. 이하 이 조와 제60조 및 제61조에서 같다)가 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 내력구조부별 및 시설공사별 하자담보책임기간 등은 별표 6(아래표)와 같다.

[별표 6] <개정 2008. 11. 5>

하자보수대상 하자의 범위 및 시설공사별 하자담보책임기간

1. 하자의 범위

공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착·접지 또는 결선 불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자

2. 시설공사별 하자담보책임기간

| 구 분              |                    | 하자담보<br>책임기간 |    |    |    |
|------------------|--------------------|--------------|----|----|----|
|                  |                    | 1년           | 2년 | 3년 | 4년 |
| 1. 대지조성공사        | 가. 토공사             |              | ○  |    |    |
|                  | 나. 석축공사            |              | ○  |    |    |
|                  | 다. 옹벽공사            |              | ○  |    |    |
|                  | 라. 배수공사            |              | ○  |    |    |
|                  | 마. 포장공사            |              |    | ○  |    |
| 2. 옥외급수·위생 관련 공사 | 가. 공동구공사           |              | ○  |    |    |
|                  | 나. 지하저수조공사         |              | ○  |    |    |
|                  | 다. 옥외위생(정화조) 관련 공사 |              | ○  |    |    |
|                  | 라. 옥외급수 관련 공사      |              | ○  |    |    |
| 3. 지정 및 기초       | 가. 직접기초공사          |              |    | ○  |    |
|                  | 나. 말뚝기초공사          |              |    | ○  |    |



|                         |                    |   |   |   |   |
|-------------------------|--------------------|---|---|---|---|
| 4. 철근콘크리트공사             | 가. 일반철근콘크리트공사      |   |   |   | ○ |
|                         | 나. 특수콘크리트공사        |   |   |   | ○ |
|                         | 다. 프리캐스트콘크리트공사     |   |   |   | ○ |
| 5. 철골공사                 | 가. 구조용철골공사         |   |   | ○ |   |
|                         | 나. 경량철골공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 다. 철골부대공사          |   | ○ |   |   |
| 6. 조적공사                 | 가. 일반벽돌공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 점토벽돌공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 다. ब्ल럭공사          |   | ○ |   |   |
| 7. 목공사                  | 가. 구조체 또는 바탕재공사    |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 수장목공사           | ○ |   |   |   |
| 8. 창호공사                 | 가. 창문틀 및 문짝공사      |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 창호철물공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 다. 유리공사            | ○ |   |   |   |
| 9. 지붕 및 방수공사            | 가. 지붕공사            |   |   |   | ○ |
|                         | 나. 흡통 및 우수관공사      |   |   |   | ○ |
|                         | 다. 방수공사            |   |   |   | ○ |
| 10. 마감공사                | 가. 미장공사            | ○ |   |   |   |
|                         | 나. 수장공사            | ○ |   |   |   |
|                         | 다. 칠공사             | ○ |   |   |   |
|                         | 라. 도배공사            | ○ |   |   |   |
|                         | 마. 타일공사            |   | ○ |   |   |
|                         | 바. 단열공사            |   | ○ |   |   |
|                         | 사. 옥내가구공사          |   | ○ |   |   |
| 11. 조경공사                | 가. 식재공사            |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 잔디심기공사          | ○ |   |   |   |
|                         | 다. 조경시설물공사         |   | ○ |   |   |
|                         | 라. 관수 및 배수공사       |   | ○ |   |   |
|                         | 마. 조경포장공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 바. 조경부대시설공사        |   | ○ |   |   |
| 12. 잡공사                 | 가. 온돌공사(세대매립배관 포함) |   |   | ○ |   |
|                         | 나. 주방기구공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 다. 옥내 및 옥외설비공사     |   | ○ |   |   |
|                         | 라. 금속공사            | ○ |   |   |   |
| 13. 난방·환기, 공기조화<br>설비공사 | 가. 열원기기설비공사        |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 공기조화기기설비공사      |   | ○ |   |   |
|                         | 다. 덕트설비공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 라. 배관설비공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 마. 보온공사            |   | ○ |   |   |
|                         | 바. 자동제어설비공사        |   | ○ |   |   |
| 14. 급·배수위생설비공사          | 가. 급수설비공사          |   | ○ |   |   |
|                         | 나. 온수공급설비공사        |   | ○ |   |   |
|                         | 다. 배수·통기설비공사       |   | ○ |   |   |
|                         | 라. 위생기구설비공사        |   | ○ |   |   |
|                         | 마. 철 및 보온공사        |   | ○ |   |   |
|                         | 바. 특수설비공사          |   | ○ |   |   |



|                        |                  |   |   |   |  |
|------------------------|------------------|---|---|---|--|
| 15. 가스 및 소화설비<br>공사    | 가. 가스설비공사        |   | ○ |   |  |
|                        | 나. 소화설비공사        |   |   | ○ |  |
|                        | 다. 제연설비공사        |   |   | ○ |  |
|                        | 라. 가스저장시설공사      |   |   | ○ |  |
| 16. 전기 및 전력설비<br>공사    | 가. 배관·배선공사       |   | ○ |   |  |
|                        | 나. 피뢰침공사         |   | ○ |   |  |
|                        | 다. 조명설비공사        | ○ |   |   |  |
|                        | 라. 동력설비공사        |   | ○ |   |  |
|                        | 마. 수·변전설비공사      |   |   | ○ |  |
|                        | 바. 수·배전공사        |   | ○ |   |  |
|                        | 사. 전기기기공사        |   | ○ |   |  |
|                        | 아. 발전설비공사        |   |   | ○ |  |
|                        | 자. 승강기 및 인양기설비공사 |   |   | ○ |  |
| 17. 통신·신호 및 방재<br>설비공사 | 가. 통신·신호설비공사     |   | ○ |   |  |
|                        | 나. TV공청설비공사      |   | ○ |   |  |
|                        | 다. 방재설비공사        |   | ○ |   |  |
|                        | 라. 감시제어설비공사      |   | ○ |   |  |
|                        | 마. 가정자동화설비공사     |   | ○ |   |  |
|                        | 바. 자동화채택지설비공사    |   |   | ○ |  |
|                        | 사. 정보통신설비공사      |   | ○ |   |  |
| 18. 지능형 홈네트워크<br>설비 공사 | 가. 홈네트워크망 공사     |   | ○ |   |  |
|                        | 나. 홈네트워크기기 공사    |   | ○ |   |  |
|                        | 다. 단지공용시스템 공사    |   | ○ |   |  |

헌법재판소가 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16 결정에서 2005. 5. 26. 개정 주택법 부칙 제3항에 대하여 위헌결정을 함에 따라 2010. 4. 5. “이 법 시행 전에 「주택법」 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 「건축법」 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정을 적용한다.”는 부칙 제3항을 “이 법 시행 전에 「주택법」 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 「건축법」 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.”고 개정하였다.

#### 4. 2012. 12. 18. 개정 주택법의 주요내용

집합건물법이 2012. 12. 18. 개정됨에 따라 같은 날 개정된 주택법(제



11555호 2012. 12. 18 타법개정) ‘담보책임 및 하자보수 등’에 대하여, 제46조 제1항<sup>11)</sup>에서 2005. 5. 26. 개정 주택법에서 신설하여 규정한 “건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 「민법」 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제9조의 규정에 불구하고”를 삭제하고, 개정 집합건물법 제9조의 2 제2항에서 정한 담보책임기간의 기산일과 같이하는 규정으로 개정하였다.

## 제5절 건설산업기본법

### 1. 법령의 내용

건설산업기본법 제28조에서 ‘건설공사 수급인의 하자담보책임’에 관하여, 제1항에서 ‘수급인은 발주자에 대하여 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식 구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우 건설공사의 완공일로부터 10년의 범위 내에서, 기타 구조로 된 것인 경우에는 건설공사 완공일로부터 5년의 범위 내에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다.’, 제3항에서 ‘건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(「민법」 제670조 및 제671조는 제외한다)에 특별하게 규정되어 있거나 도

11) 주택법(법률 제11555호 2012.12.18 타법개정) 제46조(담보책임 및 하자보수 등) ① 사업주체(「건축법」 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조제2항제2호에 따른 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 같다)는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 전유부분은 입주자에게 인도한 날부터, 공용부분은 공동주택의 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말하고, 제29조제1항 단서에 따라 분할 사용검사나 동별 사용검사를 받은 경우에는 분할 사용검사일 또는 동별 사용검사일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(침하)·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 "입주자대표회의등"이라 한다)의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다.<개정 2009.2.3, 2010.4.5, 2012.1.26, 2012.12.18>





급계약에서 따로 정한 경우에는 그 법령이나 도급계약에서 정한 바에 따른다.’고 규정하였다. 또한, 위 법 제44조<sup>12)</sup>에서 건설업자의 손해배상책임에 관하여 규정하였다.

## 2. 적용범위

건설산업기본법은 수급인의 도급인에 대한 하자담보책임의 내용에 관하여는 아무런 정함이 없이 하자담보책임기간만을 정하였다. 또한 위 법은 건설업등록을 한 건설업자가 수급 받아 건축한 건축물에 관하여만 적용되므로<sup>13)</sup> 건설업등록을 하지 않은 자가 행하는 소규모 건축(5,000만 원 미만의 일반공사 또는 1,000만 원 미만의 전문공사)은 위 법의 적용대상이 될 수 없다. 건설산업기본법 제44조에 건설업자가 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있으나 이는 건설업자의 시공상 불법행위로 인한 손해배상책임을 정한 당연한 규정으로서 하자담보책임과 직접관련이 없다.<sup>14)</sup>

12) 건설산업기본법 제44조(건설업자의 손해배상책임) ① 건설업자가 고의 또는 과실로 건설공사를 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. ② 건설업자는 제1항에 따른 손해가 발주자의 중대한 과실로 발생하였을 때에는 발주자에 대하여 구상권(구상권)을 행사할 수 있다. ③ 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급받은 건설공사를 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. ④ 수급인은 제3항에 따라 손해를 배상하면 배상 책임이 있는 하수급인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

13) 건설산업기본법 제2조 제5호, 제10호, 제9조 시행령 제8조

14) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결은 「건설산업기본법 제44조 제3항은 “수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급받은 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있으므로 건설산업기본법이 적용되는 건설공사( 같은 법 제2조 제4호 본문 참조)의 하도급계약관계에서 하수급인이 고의 또는 과실로 그 공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 하수급인은 물론 거기에 귀책사유가 없는 수급인도 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 보아야 할 것인데, 여기에서 말하는 ‘공사의 시공을 조잡하게’ 한다는 것은 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서의 일반 상식 등에 반하여 공사를 시공함으로써 건축물 자체 또는 그 건설공사의 안전성을 훼손하거나 다른 사람의 신체나 재산에 위험을 초래하는 것을 뜻하는 것이다.」라고 판시하였다. (대법원 2001. 6. 12. 선고 2000다58859 판결, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결 참조)



이상 공동주택에 대한 각 법령에 의한 하자관계책임을 비교하면 보면 아래 표와 같다(단, 집합건물법은 2012. 12. 18. 개정 전의 법률을 기준).<sup>15)</sup>

### [공동주택의 하자관계법 비교]

| 구 분          | 민 법          | 집합건물법       | (구)주택법<br>주택건설촉진법 | 주택법(신)         | 건설산업기본<br>법             |
|--------------|--------------|-------------|-------------------|----------------|-------------------------|
| 조 문          | 제667조        | 제9조<br>부칙6조 | 제46조              | 제46조           | 제28조                    |
| 제 목          | 수급인의<br>담보책임 | 담보책임        | 하자보수              | 담보책임 및<br>하자보수 | 건설공사<br>수급인의<br>하자담보 책임 |
| 기 간          | 10년          | 10년         | 1~10년             | 1~10년          | 1~10년                   |
| 기간의<br>법적성질  | 제척기간         | 제척기간        | 하자발생기간            |                |                         |
| 권 리 의<br>내 용 | 하자담보<br>청구권  | 하자담보<br>청구권 | 하자보수 청구, 손해배상     |                | 하자담보<br>청구권             |
| 적 용<br>범 위   | 수급인          | 분양자         | 사업주체              | 사업주체           | 수급인                     |

15) 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회, 「건설감정실무」, 서울중앙지방법원(2011), 10면



## 제4장 집합건물법상의 하자담보책임

### 제1절 개정 집합건물법 관련

집합건물법상의 하자담보책임에 대하여는 2012. 12. 18. 개정 집합건물법에서 시공자에게 구분소유자에 대한 직접적인 하자담보책임을 인정하고, 하자담보책임기간을 명시하는 등의 점에서 개정 전 집합건물법과 다르다. 개정 집합건물법 제9조에 의하면 구분소유자에 대하여 분양자뿐만 아니라 시공자도 하자담보책임을 인정되지만, 민법 제671조 제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우 등에 한하여 시공자에게 인정하도록 하였다(개정 집합건물법 제9조 제3항). 또한, 하자담보책임 기간에 대하여는 개정 집합건물법 제9조의 2에서 책임기간을 확장하여 주택법과 주택법 시행령에서 공동주택의 구분소유자에게 하자담보책임을 제한하는 문제점을 완화시켰다. 개정 집합건물법은 하자담보책임 이외에도 임차인 등에게 공용부분 관리 등에 관한 의결권을 부여하는 조항을 신설하고(제16조 제2항, 제24조 제4항 및 제26조의 2 제2항), 전자투표제도 도입(제38조 및 제41조), 개정 집합건물법 ‘제2장의 2’를 신설하여 집합건물분쟁조정위원회 설치(제52조의 2 부터 제52조의 9까지) 하였으나, 이에 대하여는 본 논문에서 제외한다. 사실, 시공자의 구분소유자에 대한 하자담보책임을 인정하고, 담보책임기간을 확장한 개정 집합건물법은 2013. 6. 19.부터 시행되기 때문에 개정 전의 집합건물법상의 하자담보책임에 대하여 연구할 필요성이 있다. 따라서 여기서는 주로 분양자의 하자담보책임에 대하여 검토하고자 한다.



## 제2절 집합건물에 대한 분양계약의 성질

분양계약의 성질에 대하여 매매계약설, 도급계약설, 혼합계약설 3가지 견해가 있다. 분양의 사전적 의미는 ‘전체를 몇 개로 나누어 양도하는 것’이므로 분양계약의 의미는 ‘전체 중 일부를 독립적으로 분할하여 양도하는 계약’이라고 할 것이다. 매매계약설<sup>16)</sup>은 분양계약이 신축중이거나 신축된 집합건물의 구분소유권을 취득하도록 하는 것이므로 매매로 보아야 한다고 한다. 도급계약설<sup>17)</sup>은 건물이 완공되기 전에 또는 성립되기 전에 분양계약이 이루어져 대금이 지급되고 집합건물법상 구분소유건물에 민법상 도급에 관한 하자담보규정을 준용하도록 한 점을 근거로 한다. 혼합계약설<sup>18)</sup>은 분양계약은 건물 소유권의 이전이란 점에서는 매매이고, 건물의 건축이행이라는 점에서는 도급의 성격을 갖는 혼합계약이라고 본다.

사실, 완공 후의 집합건물(주로 공동주택인 아파트)의 분양계약은 후분양의 경우에는 특정물매매라고 볼 여지가 다소 있지만, 선분양의 경우는 완공전의 집합건물의 완성을 의뢰하는 계약과 그 완성된 집합건물을 구입하는 두 가지 계약의 결합이라고 볼 수 있는바, 분양자는 약정 기간 내에 건축물을 완성해야 할 의무와 이를 인도하여야 할 의무를 함께 지고, 건축물을 완성해야 할 의무에 관하여는 수급인의 지위를, 목적물을 인도하여야 할 의무에 관하여는 매도인의 지위를 가진다. 이와 같은 점에서 완공 전 분양계약은 매매와 도급의 성격이 복합된 위 혼합계약의 일종이라고 보는 것이 타당하다.<sup>19)</sup>

16) 김상용, 「채권각론」, 법문사(2003), 237면

17) 현재 우리나라에서는 분양계약의 성질에 대하여 순수 도급계약설을 주장하는 학자는 없어 보인다.

18) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 44권 12호(1995. 12.), 68면 ; 김도균, “아파트 분양자의 하자담보책임과 대한주택보증주식회사의 하자보수보증”, 실무연구Ⅲ(2003), 50면

19) 여훈구, “공동주택 분양자의 하자담보책임에 관한 몇 가지 문제점”, 민사재판의 제문제 제12권, 민사실무연구회(2003. 12.)



### 제3절 분양자의 하자담보책임의 내용과 법적성질

#### 1. 서 언

원래 공동주택의 분양자가 하자담보책임을 부담하게 될 것인지, 부담한다면 어떠한 내용의 책임을 부담하게 될 것인지는 분양계약의 법률적 성질을 어떻게 파악하느냐에 달려 있다고 볼 수 있다. 공동주택의 경우에 적용되는 집합건물법 제9조 제1항에서 민법 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용하므로 수급인의 담보책임규정에 따라 책임이 발생한다. 이는 집합건물이 부실 건축되는 경우 상대적으로 경제력이 약한 다수의 수분양자가 손해를 입게 되어 이것이 사회문제화되고 법적 분쟁으로까지 나아갈 위험성이 높으므로 수분양자를 보다 더 두텁게 보호할 필요성이 있게 되었는데, 앞서 본 바와 같이 집합건물의 분양실태상 목적물의 완성 전 건축의 초기단계에서 분양계약이 체결되는 경우가 많고, 그 법률관계는 매매계약적인 측면 이외에도 목적물의 완성을 목적으로 하는 도급계약적인 측면도 강하므로 집합건물의 분양으로 하여금 민법상의 매도인의 하자담보책임 규정이 아닌, 수급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 하여 그 하자담보책임의 내용을 명확히 한 것이다. 그와 동시에 민법에 규정하는 것보다 매수인(수분양자)을 불리하게 하는 특약은 그 효력이 없다고 규정하여 강행규정화 함으로써(집합건물법 제9조 제2항), 임의규정으로 파악되고 있는 민법상의 수급인의 담보책임 규정보다도 분양자의 담보책임을 강화하였다.

#### 2. 책임의 법적성질

##### 가. 견해의 대립



집합건물법상의 하자담보책임은 민법상 수급인의 하자담보책임과 동일한 것이고 이는 분양계약에서 발생하는 것으로 수분양자에게 귀속함이 원칙이므로 수분양자가 구분소유권을 전득자에게 양도하였다고 하더라도 양도당시에 하자담보청구권까지 양도하는 등 특별한 사정이 없는 한 하자담보청구권은 수분양자에게 그대로 귀속한다는 것으로서 집합건물법상의 하자담보책임을 분양계약에 기한 책임으로 보는 견해와 집합건물법 제9조가 계약관계를 전제로 하지 않는 특별규정이라고 보아 수분양자를 특별히 보호하고자 하는 집합건물법 제9조의 취지상 구분소유권의 양도 당시 하자담보청구권을 유보한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 현 구분소유자에게 귀속한다는 취지의 법정책임으로 보는 견해가 대립되어 있는데,<sup>20)</sup> 이는 하자담보청구권이 누구에게 귀속되는지의 문제와 관련되어 논의 되었다.<sup>21)</sup>

## 나. 판례

대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결에서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물 분양자의 담보책임에 관하여 민법상 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것으로서, 같은 조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로 이에 따른 손해배상청구권에 대하여는 민법 제

20) 윤재윤, 앞의 저서, 315면

21) 이재욱, “개정주택법의 적용범위와 하자담보책임의 소멸시효 및 제척기간” 판례연구 제22집 (2011), 96면



162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다.」고 판시하여, 집합건물의 분양자는 현재 구분소유자에게 하자담보책임을 부담한다는 취지로서 법정책임설을 따르고 있다.<sup>22)</sup>

## 다. 소결

집합건물법 제9조는 집합건물의 구분소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물 분양자의 담보책임에 관하여 민법상 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 하고 이를 강행규정화한 점 등의 취지에서 위 제9조의 하자담보책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이라고 할 것이다.

## 3. 담보책임의 내용

### 가. 하자보수청구권

집합건물법 제9조에 의하여 준용되는 민법 제667조 제1항에서 “완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.”고 정하고 있다. 우선 하자보수청구권의 성질상 하자보수가 객관적으로 가능해야 하며, 건물 완성 전이라고 하더라도 성취된 부분에 대한 보수청구도 가능하다. 중요한 하자이거나 보수에 과다한 비용이 들지 않아야 하는데, 하자의 중요성 여부는 하자보수청구권의 취지상 객관적인 하자의 상태와 내용을 주된 기준으로 하되, 계약을 한 목적과 내용 등 계약

---

22) 같은 취지의 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결, 이 판결에 대하여는 본 논문 26쪽 참조



상 주요사항도 보충적 기준으로 하여야 할 것이다. 경미한 하자의 경우의 보수에 과다한 비용이 드는지를 판단함에 있어서는 도급인이 수급인의 보수조치로 받게 되는 이익과 그에 드는 수급인의 비용을 비교하여 결정한다.

## 나. 손해배상청구권

민법 제667조 제2항에서 “도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.”고 하고 있다. 손해배상청구권의 유형을 나누어 볼 수 있다. 첫째, 하자보수에 갈음하는 경우는 하자가 중요하거나, 중요하지 않더라도 보수에 과다한 비용이 소요되지 않는 경우에 도급인은 하자보수를 청구할 수 있으나, 이에 갈음하여 곧바로 손해배상을 청구할 수 있다. 도급인도 이미 수급인과의 신뢰 관계가 깨진 상태에서 하자보수 청구보다는 금전배상청구를 선호하는 경향이 있다. 도급인에게 이와 같은 선택권을 인정하고 있는 점, 특히 손해배상은 객관적인 하자보수비 상당액이 되어 수급인이 직접 하자보수를 행할 때보다 높은 것이 일반적이라는 점에서 수급인에 비해 도급인을 보호하는 측면이 있다. 둘째, 하자보수와 함께하는 경우는 하자보수를 하더라도 전보되지 아니하는 손해, 즉 일의 완성이 지연됨으로써 발생하는 지연손해, 완전한 보수가 불가능한 경우에 발생하는 잔존손해, 하자로 인하여 계약상대자 이외의 자에게 발생한 확대손해 등을 하자보수이행과는 별개의 손해로서 하자보수와 동시에 청구할 수 있다. 셋째, 하자보수가 불가능한 경우로서 하자가 중요하지 아니하면서 동시에 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우에는 도급인은 하자보수나 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없고 그 하자로 인하여 입은 손해의 배상만을 청구할 수 있는데, 이러한 경우 그 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 수급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치





와 하자가 있는 현재 상태대로의 교환가치와의 차액이고, 한편 하자가 중요한 경우에는 그 보수에 갈음하는 즉 실제로 보수에 필요한 비용이 손해배상에 포함된다.<sup>23)24)</sup> 이 손해배상청구권의 손해액산정의 시기는 보수청구시 또는 손해배상청구시를 기준으로 하며 과실상계의 규정이 적용될 수 있다.<sup>25)</sup>

#### 다. 공사대금감액청구권

도급인이 건물의 인도를 받은 후 건물의 하자를 발견한 경우 하자보수청구나 손해배상청구를 하는 대신 곧바로 공사대금의 감액을 청구할 수 있는지에 대하여 우리 민법은 규정을 두고 있지 않다. 하자보수에 갈음한 손해배상청구권과 공사대금채권을 상계하는 것과 같은 효과가 있으므로 당사자의 의사에 따라 이를 인정할 수 있다는 견해도 있으나, 우리 대법원은 도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있는 것만을 이유로, 하자의 보수나 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하지 아니하고 막 바로 보수의 지급을 거절할 수 없다고 판시한 바 있다. 그러나 집합건물법에 의한 구분소유자는 분양자와의 관계이므로 이러한 경우가 발생되지는 않는다고 할 것이다.

#### 라. 계약해제권 인정여부

수급인의 하자담보책임에 관한 민법 제668조는 “도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 규정되어 있어 완성된 건물에 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수

23) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결 ; 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다18932,18949 판결

24) 본 논문의 앞 8쪽의 [하자담보책임의 유형별 정리] 표 참조

25) 박윤직(편집대표), 「민법주해 X V-채권(8)」, 박영사(2012), 459면



없는 경우에도 도급인은 계약을 해제할 수 없다고 규정하고 있다. 그러나 집합건물의 분양자가 전문적 대기업임에 반하여 수분양자는 당해 건물을 주요 재산으로 갖는 경제적 약자에 불과한 경우가 많으므로 분양건물의 하자가 중대하여 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 수분양자에 대한 보호의 필요성은 일반 건축계약과 달리보아야 한다.

분양계약이 혼합계약으로서 매매의 성질을 갖고 있고, 개정 전 집합건물법 제9조 제2항이 분양자의 담보책임특약이 민법상 규정보다 수분양자에게 불리하게 된 경우는 무효로 하는 점 등을 근거로 하여 민법 제668조 단서의 규정은 집합건물법 제9조의 준용대상에서 빠진다고 해석함이 타당하므로, 수분양자는 집합건물의 완공 후에도 분양목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 분양계약을 해제할 수 있다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

## 제4절 하자담보책임 청구권자

### 1. 개 요

공동주택에서 집합건물법상의 하자담보책임은 하자보수청구와 하자보수

26) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2002다2485 판결에서 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조 제1항이 위 법 소정의 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여 수급인에 관한 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 규정한 취지는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 민법상 수급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것으로서 분양자가 부담하는 책임의 내용이 민법상 수급인의 담보책임이라는 것이지 그 책임이 분양계약에 기한 것이라거나 아니면 분양계약의 법률적 성격이 도급이라는 취지는 아니며, 통상 대단위 집합건물의 경우 분양자는 대규모 건설업체임에 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 소유 및 관리에 관한 법률 제9조 제1항이 적용되는 집합건물의 분양계약에 있어서는 민법 제668조 단서가 준용되지 않고 따라서 수분양자는 집합건물의 완공 후에도 분양목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 분양계약을 해제할 수 있다.’ 고 판시하였다.



에 갈음하는 손해배상청구로 구분할 수가 있다. 이렇게 구분되는 하자담보 책임의 청구권자가 누가 되는지에 대하여 논란이 있다. 이에 수분양자, 집합 건물법상의 관리단, 수분양자로부터 소유권이전을 받은 전득자, 주택법상의 입주자대표회의등이 하자에 따른 하자보수청구와 손해배상청구의 주체로서 가능한지가 문제가 된다.

## 2. 구분소유자와 관리단

집합건물법 제23조에 의하여 집합건물이 완성되어 구분소유관계가 성립 되면 별다른 절차 없이 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단이 성립 된다. 관리단은 규약이나 관리인의 선임이 없더라도 당연히 설립되며 건물 및 대지와 부속시설의 관리를 목적으로 하는 권리능력 없는 사단이다. 구분 소유자가 10인 이상이 되면 반드시 관리인을 선임하여야 하고 관리인은 공용부분의 관리 등 관리업무의 수행과 관리단을 대표하는 업무를 수행한다. 관리인이 선임된 관리단의 사무집행은 관리인에 의하여서만 행하여진다. 관리인을 통하지 않은 구분소유자 개개인의 관리행위는 허용되지 않는다. 다만, 공용부분의 보존행위는 관리인 선임 여부를 불문하고 구분소유자 개인이 할 수 있다. 따라서 공용부분에 발생한 하자에 대한 담보청구권으로서의 하자보수는 관리단이나 관리인이 이를 행함이 원칙이지만 이는 보존행위에 해당하므로 구분소유자 개인도 행사할 수 있다. 즉 하자보수청구권은 구분 소유자 개인과 관리단에 모두에게 존재한다고 하겠다.<sup>27)</sup>

그러나 하자보수의 규모가 크거나 보수공사로 인하여 공용부분의 구조 변경이 불가피한 경우 등 구분소유자들의 의견을 모아야 할 경우에는 보존 행위를 벗어나 관리행위로 보아야 하므로 구분소유자 개인이 단독으로 행사

27) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 44권 12호(1995. 12.), 83면



할 수 없다고 하겠다. 전유부분에 대한 하자보수청구는 구분소유자 개인이 행사할 수 있음은 당연하다. 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 동시에 구하는 손해배상청구권은 각 구분소유자 개인에게 단독으로, 또는 공유적으로 귀속되므로 손해배상청구는 구분소유자가 행사하여야 하며, 이 경우에 자기 지분을 넘어서는 행사할 수 없다. 손해배상청구권이 금전채권이고 그 청구가 관리단의 관리행위를 벗어난다는 것이 근거이다. 따라서 관리단은 손해배상청구를 할 수 없다고 본다.<sup>28)</sup>

이에 대하여 소송실무상에서 각 구분소유자는 개별적 청구보다 관리단에 의한 해결을 원하고 이런 방법이 공동주택관리에 더 효율적이므로 공용부분의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 관리단에 총유적으로 귀속된다는 주장하기도 하였으나, 대법원에서 이를 인정하지 아니하여 별 의미 없게 되었다.

### 3. 전득자의 하자담보청구권

#### 가. 학 설

일반적으로 집합건물인 공동주택에서 하자담보청구권을 근거로 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 하는 경우 그 당시의 구분소유자들이 공동으로 분양자를 상대로 소송을 제기한다. 이에 집합건물을 수분양자로부터 매수한 전득자가 하자담보청구권을 취득하는지가 문제된다.

수분양자에게만 하자담보청구권이 있다는 입장은 집합건물법 제9조 제1항 소정의 하자담보책임은 민법상 수급인의 하자담보책임과 동일한 것이고, 이는 분양계약에서 발생하는 것으로 수분양자에게 귀속함이 원칙이므로 수분양자가 구분소유권을 전득자에게 양도하였다고 하더라도 양도

---

28) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807 판결 ; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490 판결 ; 대법원 20092. 12. 선고 2008다84229 판결



당시에 하자담보청구권까지 양도하는 등의 특별한 사정이 없는 한 하자담보청구권은 수분양자가 그대로 갖는다고 한다.<sup>29)</sup>

이에 반하여 전득자에게 하자담보청구권이 있다는 견해가 있다. 수분양자를 특별히 보호하고자 하는 집합건물법 제9조 제1항의 취지상 구분소유권의 양도 당시 하자담보청구권을 유보한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이는 구분소유권과 함께 양수인에게 이전된다고 본다. 이는 위 제9조 제1항을 계약관계를 전제로 하지 않는 특별규정이라고 보는 입장이다.

## 나. 대법원 판결

대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결에서 “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 것으로서, 이는 분양자가 부담하는 책임의 내용이 민법상의 수급인의 담보책임이라는 것이지 그 책임이 분양계약에 기한 책임이라는 것은 아니므로, 집합건물법 제9조의 담보책임에 따른 권리가 반드시 분양계약을 직접 체결한 수분양자에게 속한다고 할 것은 아니고, 오히려 집합건물법이 집합건물의 구분소유관계와 그 관리에 관한 법률관계를 규율하는 법으로서 집합건물의 구분소유 및 관리에 관한 권리·의무는 구분소유자에게 귀속하는 것을 전제로 하여 규정되어 있는 점, 집합건물의 하자보수에 관한 행위는 집합건물의 보존행위에 해당하므로 구분소유자가 당연히 보존행위의 일환으로 하자보수청구를 할 수 있어야 한다는 점, 집합건물법 제25조가 관리인으로 하여

29) 윤인태, “집합건물 분양자의 하자담보책임-특히 아파트를 중심으로”, 판례연구 제12집(조무제 대법관호갑기념호), 부산판례연구회(2001), 188면



금 공용부분의 보존을 위한 행위를 할 수 있도록 하고 있어 관리인이 공용부분의 보존을 위한 행위로서 분양자에게 하자보수 요구 등 담보책임을 추급할 경우 구체적인 하자담보추급권의 내용은 집합건물법 제9조에 의하여 정하여지게 될 것인바, 집합건물의 구분소유자가 할 수 있는 전유부분의 보존을 위한 행위에도 마찬가지로 하자담보추급권의 행사가 포함된다고 보아야 하고 그 내용은 역시 집합건물법 제9조에 의하여 정하여지게 될 것이라는 점 등에 비추어 보면, 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 집합건물의 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 양도 당시 양도인이 이를 행사하기 위하여 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다고 보아야 할 것이다(이러한 해석이 집합건물에 관한 수분양권 또는 소유권이 양도된 경우 일반적으로 양수인이 하자담보추급권을 가지고 있다고 여기는 거래관행 및 거래현실에도 부합한다).”고 판시하여, 전득자의 하자담보청구권을 인정하였다.<sup>30)</sup> 집합건물법 제9조의 법적 성격은 분양자와 수분양자 사이의 분양계약을 전제로 하여 분양계약상의 하자담보책임을 강화한 것이라고 할 것이고, 전득자에 대한 관계에서는 특별한 사정이 없는 한 구분소유권의 양도인은 전득자에게 하자담보청구권도 당연히 포함하여 묵시적으로 양도하는 것이 구분소유권의 양도의 관행이자 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이므로 별도의 유보의 의사표시가 없으면 하자담보청구권은 전득자에게 양도되었다고 할 것이다.

#### 4. 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권 인정여부

##### 가. 개 요

30) 같은 취지의 판례, 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결 ; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17993 판결 ; 대법원 2008. 12. 11. 선고 200812439 판결 ; 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결



입주자대표회의는 주택법령에서 인정하는 공동주택 자치관리기구로서 주택법 제46조 및 주택법 시행령 제59조 제2항에서 공동주택의 사업주체에 대한 하자보수청구권을 가지고 있다. 그러면 입주자대표회의에게 집합건물 법상의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 인정되는지가 문제가 된다.

## 나. 학 설

입주자대표회의가 주택법상으로 하자보수청구권을 가지고 있고, 공동주택의 공용부분 또는 전유부분에서 발생한 모든 하자에 대하여 사업주체에 그 보수를 청구할 수 있으므로 사업주체가 하자보수를 제대로 하지 아니할 경우에는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 보는 긍정설은 현실적으로 모든 구분소유자들이 같이 하자보수청구권을 행사하거나, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 행사하기 어려운 점, 입주자대표회의에게 공동주택에 발생한 하자의 보수를 요구하고 자신의 명의로 하자보수보증금을 예치, 보관할 수 있는 권한을 부여하고 있는 점 등을 근거로 하고 있다.<sup>31)32)</sup>

하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 구분소유자에게 귀속되는 금전채권이므로 각 구분소유자가 그 권리를 행사하여야 한다는 것을 전제로 하여, 아파트 입주자대표회의가 그 손해배상청구권을 갖는다고 보기 어렵다는 보는 경우에는 소송실무상 해결하기 위하여 입주자들이 자신들이 손해배상청구권을 입주자대표회의에게 양도하고, 입주자대표회의가 채권양수인으로서 양수금청구의 소를 제기하는 방법을 제시 한다.<sup>33)</sup> 공용부분의 하자를

---

31) 윤인태, 앞의 논문, 190면

32) 이재욱, 앞의 논문, 103면

33) 주택법령이 입주자대표회의에 대하여 공동주택의 관리에 관한 권한으로서 하자보수청구권을 인정하고 있는 것으로서 수급인이 담보책임에 해당하는 손해배상청구권과 발생근거와 기능이 다른 점,



이유로 하는 손해배상의 경우는 입주자대표회의가 청구할 수 있으나, 전유부분의 하자를 이유로 하는 손해배상청구권은 입주자대표회의가 행사할 수 없다는 입장이다. 이러한 경우는 전유부분과 공용부분의 구분이 곤란하며, 이렇게 나누어서 인정할 경우에는 복잡한 결과를 초래하는 문제가 있다.

## 다. 대법원 판례

과거 판례에서 긍정설에 따른 판결<sup>34)</sup>과 부정설에 따른 판결<sup>35)</sup>로 나뉘었는데, 대법원은 ‘집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 집합건물의 구분소유자에게 귀속하고, 주택법 제46조 및 주택법 시행령 제59조 제2항 소정의 입주자대표회의로서는 공동주택의 사업주체에 대하여 하자보수청구권을 부여하고 있으나, 이는 행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수의 절차 방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정하는데 그 취지가 있을 뿐,

입주자대표회의는 입주자들이 선출한 동별 대표자들로 구성되어 독자적인 공동주택관리권을 갖는 비법인사단으로서 입주자 전원으로 구성되는 관리단과는 법률상 지위가 완전히 다른 점(변우주, 공동주택의 입주자대표회의의 법적지위, 재산법연구 24권 3호, 법문사(2008), 111면에서는 입주자대표회의를 구성하는 동별 대표자에는 소유자인 입주자뿐만 아니라 공동주택에 실제로 거주하고 있는 사용자까지도 포함하고 있다는 점에 주목할 필요가 있으며, 입주자대표회의가 단순한 구분소유자들만의 조직이 아님을 인하여, 하자담보추급권의 행사주체에 관한 인정여부에 대해 학설과 판례에서 대립된 견해를 제시하고 있다고 한다.), 입주자들이 동별 대표를 선출한 행위는 관리주체의 구성원을 뽑는 것에 불과하지 이로서 입주자대표회의에게 자신들의 고유한 손해배상청구권을 양도하였다고 볼 수 없는 점, 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하여 손해배상을 청구할 수 있는 권리에 관하여는 아무런 규정이 없는 점(여훈구, 앞의 논문) 등을 근거로 한다.

34) 서울고등법원 2004. 2. 4. 선고 2001다67340 판결, 부산지방법원 1999. 6. 3. 선고 98가합10239 판결, 부산고등법원 2000. 2. 14. 선고 99나7084판결, 서울지방법원 남부지원 2002. 10. 17. 선고 2000가합17071 판결(다만, 이 판결은 서울고등법원 2003. 12. 10. 선고 2002나69381 판결에 의하여 취소되었다)

35) 서울지방법원 2000. 11. 7. 선고 97가합26635 판결(주위적 주장인 하자보수에 갈음하는 손해배상청구는 배척하고, 예비적 주장인 양수금청구는 인용함), 서울고등법원 2001. 4. 4. 선고 2000나63686 판결, 서울지방법원 2002. 5. 29. 선고 2000가합74573, 2001가합361584(병합) 판결(확정), 서울고등법원 2003. 12. 10. 선고 2002나9831 판결(긍정설의 입장을 취한 서울지방법원 남부지원 2002. 10. 17. 선고 2000가합17071 판결의 항소심, 확정), 인천지방법원 2003. 12. 11. 선고 2000가합14749 판결





입주자대표회의에게 하자보수청구권 외에 하자담보추급권까지 부여하는 것이라고 볼 수 없다'고 판시하면서 공동주택에 하자가 있을 경우 입주자대표회의로서는 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있고, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 가질 수 없다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807 판결 참조)고 판시하여 종전의 논의를 정리하였다.<sup>36)</sup>

## 라. 소 결

입주자대표회의가 주택법령에서 공동주택의 관리를 위하여 사업주체에 게 하자보수청구권이 인정되고 있기는 하나, 하자보수청구권 이외에 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권까지 인정하는 규정이 없으며, 위 손해배상청구권은 민법 제667조 제2항에 근거가 있고 입주자대표회의에게 인정하는 하자보수청구권은 공동주택의 관리차원에서 행정적으로 인정된 것으로 행사기간과 행사권자, 행사효과 등이 민법상의 위 손해배상청구권과는 큰 차이가 있는 점, 집합건물법에 따라 인정되는 손해배상청구권은 수급인의 담보책임을 묻는 권리로서 원칙적으로 전유부분에 대한 손해배상청구권은 구분소유권에 기초한 것으로서 구분소유자에게 개별적으로 귀속되므로 그 권리의 행사는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자가 개별적으로 해야 하고, 공유부분에 대한 손해배상청구권은 공유지분에 기초한 것으로서 구분소유자 전원에게 그 지분비율에 따라 공동으로 귀속되므로 그 권리의 행사는 그 구분소유자가 직접 행사하는 것이 원칙인 점, 입주자들이 동별 대표자를 선출한 행위는 주택법 관련 규정에 따라 입주자대표회의의 구성원을 선임한 것에 불과하여 입주자들이 입주자대표회의에게 구분소유권 또는 공유지분권에 기초한

36) 기타 따름 판례 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490 판결 ; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결 ; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결 ; 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011다80531 판결



자신들의 고유한 손해배상청구권을 양도했거나 소송수행권을 부여하였다고 볼 수는 없는 점 등에서 보면, 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 가진다고 보지 않아야 할 것이다.<sup>37)</sup> 사실, 앞에서 살펴본 바와 같이, 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 가지지 않는다고 하더라도 구분소유자들인 입주민들에게 위 채권을 양도 받아 양수금청구의 소를 제기하여 해결할 수 있는바, 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 인정할 아무런 법적 근거가 없으므로 위 손해배상청구권을 인정하지 않는 것이 타당하다.

---

37) 이재욱, 앞의 논문 105면



## 제5장 주택법상의 하자관계책임

### 제1절 하자책임의 내용과 법적성격

#### 1. 개 요

주택건설촉진법과 공동주택관리령상 손해배상청구권은 내력구조부의 하자에 관한 손해배상청구권만 인정되고(주택건설촉진법 제38조 제16항), 그 이외의 부분에 관하여 하자보수에 갈음하거나 병행하는 손해배상청구권은 규정하고 있지 아니하므로 하자담보책임을 인정하지 않고 있다. 2003. 5. 29. 제정된 주택법 및 주택법 시행령상의 하자책임도 2005. 5. 26. 개전 전까지도 같다.

#### 2. 주택건설촉진법 및 구 주택법상 하자책임의 법적성격

주택건설촉진법과 공동주택관리령상 하자에 관한 권리는 입주자뿐 아니라 공동주택의 사업주체와 직접 법률관계를 맺지 않은 입주자대표회의나 관리주체에게도 인정되므로 도급이나 분양계약 당사자 간의 계약상 권리의무로 접근하는 민법상 하자담보청구권과는 다르다. 주택건설촉진법이 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 이를 위한 주택의 건설, 공급 등을 규율하고자 하는 행정목적 을 달성하기 위한 것이 주된 목적인 점, 공동주택관리령상 다수인의 이해가 관련된 공동주택에서 효율적 관리를 위하여 입주자대표회의라는 관리주체를 창안한 점, 하자보수보증금제도를 도입한 점 등을 모아보면, 공동주택관리령은 행정적 차원에서 공동주택의 하자보수절차를 정하고 하자보수보증금에 의한 신속한 하자보수 등 국민의 주거생활의 안정을 위한 최소한의 기준을 정한 것 인바, 공동주택관리령상의 권리행사주체가 위 법령상의 절차에 따라 하자보수



를 청구할 때만 적용되는 규정이라고 할 것이다. 따라서 주택건설촉진법 및 공동주택관리령상의 하자관련청구권은 계약관계를 전제로 하지 않은 특별한 법정의 권리로서 민법상 하자담보청구권과는 성질을 달리한다고 할 것이다.<sup>38)</sup>

민법 제671조의 하자담보책임은 도급계약의 효력에 따른 계약상 책임이고, 집합건물법 제9조의 하자담보책임은 구분소유자에게 인정되는 법정책임이고, 주택건설촉진법 및 전면 개정된 주택법상 하자책임은 법에서 정한 절차와 당사자에 의하여 행사되는 법정책임으로 보는 것이 일반적이었다. 이와 관련하여 집합건물법상 하자담보책임과 주택법상 하자책임의 관계에서 집합건물법상의 하자담보책임 기간에 관하여 주택법 시행령상 하자책임기간을 적용하여야 하는 지에 대하여 하급심 판결과 일부견해에서 논란이 있었으나, 대법원은 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결에서 “구 주택건설촉진법(1997. 12. 13. 법률 제5451호로 개정되기 전의 것), 구 공동주택관리령(1997. 7. 10. 대통령령 제15433호로 개정되기 전의 것), 구 공동주택관리규칙(1999. 12. 7. 건설교통부령 제219호로 개정되기 전의 것)의 관련 규정에 의하면, 공동주택의 입주자·입주자대표회의 또는 관리주체는 공사의 내용과 하자의 종류 등에 따라 1년 내지 3년(다만, 내력구조부의 결함으로 인하여 공동주택이 무너지거나 무너질 우려가 있는 경우에는 5년 또는 10년)의 범위에서 정하여진 기간 내에 발생한 하자에 대하여 사업주체에게 하자의 보수를 요구할 수 있는바, 이는 행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수 절차·방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정한 것으로서 위 법령에서 정하여진 기간 내에 발생한 하자에 대하여 입주자뿐만 아니라 사업주체와 별다른 법률관계를 맺지 않은 공동주택의 관리주체나 입주자대표회의도 보수를 요구할 수 있다는 취지라고 보아야 할 것이고, 아울러 집합건물법 부칙 제6조가 집합건물의 관리방법과 기준에 관한 구 주택건설촉진법의 특별

---

38) 윤재윤, 앞의 저서 329면



한 규정은 그것이 집합건물법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한도에서만 효력이 있다고 규정한 점까지 고려할 때 구 주택건설촉진법 등의 관련 규정은 집합건물법 제9조에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자보수의무의 제척기간에는 영향을 미칠 수 없다.”고 판시하여 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법상의 하자책임은 규율과 목적과 권리행사 주체가 다른 별개 차원의 것으로 정리되었다. 이에 하자보수기간에 대하여도 공동주택관리령상 각 기간은 집합건물법상 제척기간에 아무런 영향을 미칠 수 없음을 명백히 하여 양자의 관계에 관한 그 동안의 논란을 종결시켰다.<sup>39)</sup>

### 3. 개정 주택법상 담보청구권의 법적성격

#### 가. 개 요

2005. 5. 26. 개정 주택법 제46조과 관련하여, 공동주택의 분양자와 수분양자 사이에 적용되는 집합건물법상의 하자담보책임기간의 적용을 배제하고, 주택법 시행령에서 정한 각종 기간(1년 내지 10년) 이내에 발생하는 하자에 대하여만 책임을 지도록 한 것이다. 더 나아가 집합건물법 부칙 제6조 단서에서 “공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.”고 규정하여 문면상 주택법 제46조가 집합건물법 제9조에 우선하도록 하였다. 그러나 위 주택법 개정은 법체계와 하자담보책임 법리상 정상적인 해설을 할 방법이 없는 상황이고, 이러한 가운데 헌법재판소의 결정<sup>40)</sup>도 주택법 부칙에만 내려져서 혼란을 종식하지 못하였다. 이러한 법규정에 대하여 집합건물의 하자담보책임에 관하여 주택법을 적용하는데 세 가지 해석론이 제기되면서 집합건물법과 2005. 5. 26. 개정 주택법 사이의 적용

39) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003다7616 판결 ; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004다37461 판결

40) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16 결정



문제 등과 관련하여 위 개정 주택법이 많은 비판을 받았다.

그러던 중, 집합건물법이 2012. 12. 18. 개정됨에 따라 같은 날 개정된 주택법에서 ‘담보책임 및 하자보수 등’에 대하여, 제46조 제1항에서 2005. 5. 26. 개정 주택법에서 신설하여 규정한 “건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 「민법」 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제9조의 규정에 불구하고”를 삭제하고, 개정 집합건물법 제9조의 2 제2항에서 정한 담보책임기간의 기산일과 같이하는 규정으로 개정하였다. 따라서 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법과 주택법에 의하면, 공동주택의 구분소유자들에 대한 분양자와 시공자의 하자담보책임 발생과 하자담보책임 기간에 대하여 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자에 대하여는 10년으로 하고, 그 이외의 하자에 대하여는 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위 내에서 대통령령으로 정하는 기간으로 하고, 책임기간의 기산일에 대하여도 통일시켜서 그 동안의 논란을 어느 정도 정리하였다.

그러나 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법과 주택법이 2013. 6. 19.부터 입주하는 공동주택에 대하여 적용하므로 기존의 공동주택에 대하여는 위 개정전의 법률이 적용되므로 여전히 집합건물법과 주택법 적용 관계에 대하여 논란이 있는바, 2012. 12. 18. 개정 전 법률을 기준으로 아래에서 검토한다.

## 나. 주택법 전면 적용설

주택법 제46조의 법조문 제목이 개정 전에는 ‘하자보수’였는데, 2005. 5. 26. 개정법에서는 ‘담보책임 및 하자보수’로 바뀐 것을 비롯하여 주택법 제46조 제1항 및 집합건물법 부칙 제6조 단서 등 개정된 법령의 문언상 주택법 제46조가 사업주체의 하자담보책임을 전면적으로 규정한 것으로 보이는 점, 입법 자료에 의하여도 입법취지가 주택법 제46조상의 하자책임을 전



면적인 하자담보책임으로 바꾸는데 있었다고 보이는 점<sup>41)</sup> 등을 종합할 때 주택법 제46조를 공동주택 사업주체의 하자담보책임을 정한 기본 규정으로 보아야 한다는 입장이다.<sup>42)</sup>

#### 다. 주택법 부분 적용설

집합건물법상 하자담보책임의 성립요건에 주택법 제46조 제1항의 ‘하자발생기간’이 추가됨으로써 집합건물법상의 하자담보책임의 주체나 내용에는 변경이 없고 하자책임기간만 단축된다고 보는 입장이다. 주택법 제46조 제1항은 제3항과 달리 문언상 손해배상청구권이 빠져 있고, 사업주체와 아무런 실체법적 관련성을 갖지 아니한 입주자대표회의나 관리주체 등에게 하자담보청구로서 손해배상청구권을 귀속시키기는 어려운 점, 주택법의 입법 목적과 기능 등에 비추어, 주택법 제46조 제1항은 하자보수기간을 부분별로 나누어 규정함으로써 집합건물법상의 10년의 하자담보책임기간을 합리적으로 조정하는 기능을 한다고 보는 것이다.<sup>43)</sup> 집합건물의 하자담보책임에 관하여 여전히 집합건물법을 적용하되, 다만 주택법상의 하자발생기간만 추가되며 두 책임이 병존한다는 점에서 위 주택법 전면 적용설과 다르다.

#### 라. 주택법 별개 적용설

주택법 제46조와 집합건물법 제9조가 각각 독립적으로 적용되어 병존적으로 성립하며 주택법의 규정이 집합건물법에 제한을 가하지 않는다는 입

41) 국회건설교통위원회 개정법률심사보고서에 의하면, 국회 건설교통위원장은 제46조 제1항의 제안 이유에서 공동주택의 내력구조별 및 시설공사별로 내구수명 등을 감안하여 정하여야 하는데도 불구하고 집합건물법에서 일률적으로 10년을 규정하고 있으므로 이를 공동주택의 내력구조별 및 시설공사별로 하자담보책임기간을 합리적으로 정하고자 함에 있다고 명시적으로 밝히고 있다.

42) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16호 결정

43) 윤재윤, 앞의 저서, 331면



장에서 별개의 책임으로 보는 입장이다.<sup>44)</sup> 주택법 제46조 제1항에 손해배상 청구권이 빠져 있으므로 하자책임기간은 같은 항의 하자보수청구에만 해당되고 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에는 적용되지 않는다는 것이다.<sup>45)</sup> 결국 주택법 제46조 제1항의 2005. 5. 26. 개정내용은 당연한 것을 규정한 것에 불과하고 개정 전 상태로 돌아간 셈으로 집합건물법 부칙 제6조 단서규정을 무시하는 결정적인 약점이 있다.

## 마. 소 결

위 각 법령의 입법취지에 의하면 위 주택법 전면 적용설이 타당하지만, 이에 의할 경우에는 각 법령의 합리적 해석이 사실상 불가능하여 이를 인정하기가 어렵다. 위 주택법 부분 적용설과 주택법 별개 적용설도 법규정과 모순된다는 문제가 있지만 주택법의 취지가 원래 행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수의 절차, 방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정한 것으로서 집합건물법과는 입법목적을 달리하고 있는 점에 비추어 볼 때 현실적으로 이를 택할 수밖에 없다.

## 4. 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법상의 하자책임의 비교

주택법령의 하자보수책임에 관한 규정은 공동주택의 특성을 감안한 것으로서 입주자뿐만 아니라 공동주택의 분양 등과 관련하여 사업주체와는 직접 법률관계를 맺지 않은 공동주택의 관리주체나 입주자대표회의등에도 공동주택에 대한 하자보수청구권과 하자보수보증금에 대한 권리를 인정하고,

44) 이환승, “개정 주택법의 적용범위 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간”, 대법판례해설77호(2008 하반기), 법원도서관(2009. 7.), 524면

45) 서울고등법원 2010. 2. 11. 선고 2009나38799 판결





입주자대표회의등으로 하여금 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하였다. 이에 집합건물법상의 하자담보청구권은 계약이나 소유권과 같은 실체적 권리관계를 근원으로 한 전면적이고도 실체적인 권리이고, 주택법령상의 하자보수청구권은 행정적 차원에서 공동주택의 하자보수절차를 정하고 하자보수보증금에 의한 신속한 하자보수 등 절차를 규정한 것으로서 부분적인 권리에 불과하여, 그 취지와 권리의 내용 등을 달리하는 별개의 책임이라고 할 것이다. 이에 따라 실무상 개정 주택법상의 하자책임은 집합건물법상 하자담보책임과 구별하여 보면 아래 [양 책임의 비교]표와 같다.<sup>46)</sup> 다만, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에 대하여는 아래 표의 괄호 안에서 검토하였다.

#### [양 책임의 비교]

| 구 분   | ① 주택법령에 의한 책임                                     | ② 집합건물법에 의한 책임  |
|-------|---|---|
| 취 지   | 공동주택에 관한 부실시공방지, 경제적 약자인 다수의 수분양자 등 입주자 보호        | 집합건물의 분양에 따른 법률관계 도급계약과 유사하게 보아 민법상 수급인인 담보책임 조항을 준용하여 분양자의 책임을 명확히 함<br>(개정 법률에 의하여 시공자에 대하여도 구분소유자에 대한 하자담보책임 인정) |
| 권 리 자 | 수분양자/입주자/입주자대표회의/관리권을 위임받은 관리주체                   | 수분양자/구분소유자  |
| 의 무 자 | 주택건설사업 시행자 / 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 / 공동주택 시공자 | 집합건물을 건축하여 분양한 자, (개정 법률에서 시공자에게도 책임인정)   |

46) 이환승, 앞의 논문, 525면 ; 윤재윤, 앞의 저서, 335면



|                |  |   |
|----------------|--|---|
| 권리의 내용         | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 하자보수청구권</li> <li>■ 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우의 손해배상청구권</li> <li>■ 하자보수보증금으로 직접보수하거나 제3자에게 대행시킬 권리</li> <li>■ 준공검사권자에게 하자조사를 하고 보수를 명하도록 요구할 수 있는 권리</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 하자보수청구권</li> <li>■ 하자보수에 갈음하여 또는 그와 함께 하는 손해배상청구권</li> </ul> <p>(개정 법률에서 시공자에게도 하자담보책임을 인정하였으나, 하자보수에 갈음하는 손해배상은 분양자에게 책임을 묻기 어려운 경우에 한하여 인정, 제9조 제3항)</p> |
| 하자의 발생 시기 및 정도 | 주택법 시행령이 정한 보수책임기간 내 발생한 하자로서 기능상, 미관상, 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자  | 인도 후 10년간 발생한 모든 하자(중요하지 아니하고 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 제외),<br>(개정 법률에서 전유부분은 실제 수분양자에게 인도시부터, 공용부분에 대하여는 사용승인일부터)  |
| 하자보수책임기간/제척기간  | 주택법 시행령 등이 정한 기간(하자발생기간)   | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 10년(제척기간)</li> <li>■ 하자로 멸실·훼손된 때에는 그 날로부터 1년</li> </ul>   |
| 행정기관의 관여여부     | 관여 가능  | 관여할 수 없음  |

앞서 본 주택법 전면적용설의 입장에서는 위와 같은 구분은 의미가 없을 것이다. 주택법 별개적용설에서는 이와 같은 두 가지 책임이 병존하는 것으로 보므로 권리자가 양 권리를 모두 행사할 수 있다고 보며, 집합건물법 제9조에 따른 하자담보책임에서의 하자와 주택법 제46조에 따른 하자의 개념이 다르다고 본다. 주택법 시행령 별표에 따른 하자는 ‘시공상 잘못으로 발생한’ 하자라고 규정하고 있으나, 집합건물법 제9조에 따른 하자는 ‘공동주택이 통상 갖추어야 할 품질, 성능 등을 갖추지 못한 경우’도 하자로 본



다. 집합건물법상 분양자의 하자담보책임 규정을 매매계약상 하자에 대하여 담보책임기간을 가중하기 위하여 수급인의 하자담보책임 규정을 준용하는 것으로 이해하기 때문이다. 주택법 부분적용설에서는 하자책임기간에 관하여 주택법 별개적용설과 입장이 다르다. 하자책임기간은 양자가 사실상 동일한 것으로 본다. 먼저 사용검사일로부터 1년, 2년, 3년, 4년, 5년, 10년의 하자발생기간, 집합건물법상의 건축물 인도일로부터 10년의 제척기간, 하자발생일로부터 10년의 소멸시효기간이 있다.

## **제2절 하자보수청구권자**

### **1. 법령의 규정**

현행 주택법령 제46조 제1항에서 사업주체에 대한 하자보수청구권자로 ‘1. 입주자, 2. 입주자대표회의, 3. 관리주체(하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표회의를 대행하는 관리주체를 말한다), 4. 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따른 관리단’으로 규정하고 있다.

### **2. 입주자, 사용자**

입주자는 주택법 제2조 제12호 및 제13호에서 ‘주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속’, 사용자를 ‘주택을 임차하여 사용하는 자’라고 정의하고 있다. 입주자는 소유권을 전제로 하여 세입자는 이에 해당되지 않는다. 따라서 입주자는 사업주체에 대하여 공동주택의 구분소유자로서 세대별로 하자보수청구권이 인정된다고 할 것이다. 그러나 사용자는 사업주체에 대하여 소유자의 위임을 받아 하자보수청구권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 주택법 시행령 제50조 제2항에서 ‘입주자 또는 사용자’를 ‘입



주자 등'이라고 하였다.

### 3. 입주자대표회의

#### 가. 구성과 권한

입주자대표회의의 구성은 주택법 시행령 제50조에 의한다. 공동주택은 입주자대표회의를 구성할 수 있다고 하였고, 입주자 등(입주자 또는 사용자)은 입주자대표회의의 동별 대표자를 6개월 이상 거주하는 입주자 중에서 선출하고, 입주자대표회의에서는 동별 대표자 중에서 '회장 1명, 감사 1명 이상, 이사 2명 이상'의 임원을 구성원(관리규약으로 정한 정원을 말하며, 해당 입주자대표회의 구성원의 3분의 2 이상이 선출된 때에는 그 선출된 인원을 말한다. 이하 같다) 과반수의 찬성으로 선출한다. 다만, 500세대 이상인 공동주택은 전체 입주자등의 보통·평등·직접·비밀선거를 통하여 동별 대표자 중에서 회장과 감사를 선출한다.

입주자대표회의는 과반수의 찬성으로 주택법 시행령에 규정된 관리규약 개정안의 제안, 관리비 예산의 확정, 사용료의 기준, 자치관리기구의 직원의 임면, 공용부분의 보수, 대체 및 개량 등에 대한 의결권을 갖고 공동주택의 관리에 관한 실질적 의사결정권을 갖는다.

#### 나. 집합건물법상의 관리단과 관계

집합건물법상의 관리단은 주택법의 적용을 받는 공동주택에서 이론상으로는 구성원전원으로 성립할 수 있겠지만, 입주자대표회의가 주택법 시행령에 의하여 공동주택의 관리에 관한 권한을 갖기 때문에 관리단은 사실상 존재할 여지가 없다. 다만, 2005. 9. 16. 주택법 시행령이 개정으로 주택법



제46조 제1항의 하자보수청구권자에 포함시켰다.

대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결에서 “공동주택의 입주자가 법 제38조 제7항과령 제10조 제1항에 따라서 구성한 입주자대표회의는, 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐만 아니라, 또 현실적으로도 자치관리기구를 지휘·감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로, 특별한 다른 사정이 없는 한, 법인 아닌 사단으로서 당사자능력을 가지고 있는 것으로 보아야 할 것이다」고 판시하여 입주자대표회의는 기관이 아니라 독립적인 단체로서 당사자능력이 있다고 하였다. 한편, 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다17774 판결에서 「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.”고 판시하여 입주자대표회의와 관리단은 다른 실체임을 명시하였다.

#### 다. 하자보수청구 및 하자보수보증금청구

입주자대표회의는 주택법 제46조 제1항에 의하여 사업주체에 대하여 하자보수를 독자적으로 청구할 수 있고 공용부분, 전유부분에 대하여 하자



보수청구를 할 수 있다. 또한, 입주자대표회의는 하자보수보증인 즉, 하자보수보증금 예치증서를 발행한 금융기관을 상대로 한 하자보수보증금의 지급 청구권이 있다.

#### 4. 관리주체

주택법 제2조 제14호에서 관리주체는 입주자 자치관리기구의 대표자인 공동주택의 관리사무소장, 관리업무를 인계하기 전의 사업주체, 주택관리업자, 임대주택법에 따른 임대사업자를 말한다. 관리주체는 주택법 제46조 제1항에 의하여 하자보수청구를 할 권한이 있으며, 공동주택의 관리에 관한 집행기구적 성격을 갖는 것으로서 주택법 시행령 제55조 소정의 ‘공동주택의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 공동주택단지안의 경비·청소·소독 및 쓰레기수거, 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 관리규약으로 정한 사항의 집행, 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행, 그 밖에 국토해양부령이 정하는 사항’의 업무 등을 행하고, 이 경우 필요한 범위 안에서 공동주택의 공용부분을 사용할 수 있다.

#### 제3절 하자보수절차

입주자, 입주자대표회의, 관리주체, 관리단(이하 ‘입주자대표회의등’이라고 함)은 주택법 시행령 제59조 제1항에서 정한 하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있고, 입주자대표회의등과 사업주체는 위 담보책임기간 안에 발생한 하자의 책임범위에 대하여 분쟁이 발생한 때에는 하자심사·분쟁조정위



원회에 조정을 신청할 수 있다(주택법 제46조 제1항, 제6항).

사업주체는 하자보수를 청구 받은 날(주택법 제46조의7 제1항 후단에 따라 하자진단결과를 통보받은 때에는 그 통보받은 날)부터 3일 이내에 그 하자를 보수하거나 보수일정 등을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의등에 통보하여야 한다(주택법 시행령 제59조 제1항, 제3항). 사업주체가 하자보수계획을 이행하지 아니한 때나 사업주체가 조정결과에 따라 하자보수를 이행하지 아니한 경우에는 입주자대표회의등은 하자보수보증금으로 직접보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다(주택법 시행령 제59조의 2 제1항, 제2항).

하자의 발생이 없이 하자보수기간이 경과하면 주택법 시행령상의 하자보수책임은 소멸한다.



## 제6장 집합건물에 관한 하자담보책임기간과 공동주택에 관한 하자책임기간

### 제1절 집합건물에 관한 하자담보책임기간의 법적성질

#### 1. 제척기간

대법원은 집합건물법 제9조에 의하여 준용되는 민법 제667조 내지 제671조의 수급인의 하자담보책임기간은 재판상 또는 재판외의 권리행사기간인 제척기간이므로, 그 기간의 도과로 하자담보추급권은 당연히 소멸한다고 하면서 아파트와 같은 콘크리트 구조물에 대해서는 민법 제671조 제1항 단서가 적용되어 그 하자담보책임기간은 인도 후 10년이라고 판시하고 있다.<sup>47)</sup> 대법원 판례와 같이 집합건물인 공동주택에 대하여 하자담보책임기간이 인도 후 10년의 제척기간으로 보는 데는 이견이 없다. 따라서 집합건물에 관한 하자담보책임기간은 제척기간이며 기산점은 인도시로 봄이 타당하다. 다만, 2012. 12. 18. 개정 집합건물법 제9조의 2 제2항에 의하면, 담보책임기간이 ① 전유부분은 구분소유자에게 인도한 날부터, ② 공용부분은 주택법 제29조에 따른 사용검사일 또는 건축법 제22조에 따른 사용승인일부터 기산된다고 할 것이다.

이에 대하여 다른 제척기간들, 취소권행사의 제척기간(민법 제146조의 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사), 점유회수청구권 행사의 제척기간(민법 제406조의 채권자취소권에서 소제기 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터

47) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결 ; 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결 ; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결 ; 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다65399 판결





터 5년), 동의 없는 혼인의 취소청구권 행사의 제척기간(민법 제819조의 동의 없는 혼인의 취소청구권은 그 당사자가 19세가 된 후 또는 성년후견종료의 심판이 있는 후 3개월이 지나거나 혼인 중에 임신한 경우에는 그 취소를 청구하지 못한다), 재산분할청구권 행사의 제척기간(민법 제839조의2의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년) 등과는 성격을 달리하여 권리행사기간으로서의 성격뿐만 아니라 수급인이 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 담보 책임을 부담한다는 의미도 있으므로 하자발생기간으로서의 성격도 겸유하고 있다는 견해가 있다.<sup>48)49)</sup>

제척기간은 일정한 권리에 관하여 법률이 예정하는 존속기간으로서 제척기간이 만료되면 그 권리가 소멸한다. 이 점에서 제척기간은 소멸시효와 동일하지만, 권리소멸에 소급효가 없는 점, 시효중단제도가 없어서 제척기간 내에 권리행사가 있어도 제척기간의 갱신이 일어나지 않는 점, 시효이익의 포기가 인정되지 않는 점 등에서 차이가 난다.

## 2. 분양전환된 임대주택의 경우

대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다66610 판결에서 「구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 집합건물법’이라 한다) 제9조가 준용하는 민법 제671조 제1항 단서는 하자의 종류나 하자의 발생 시점을 고려하지 않고 일률적으로 하자담보책임의 제척기간을 ‘인도’ 후 10년으로 정하고 있는데, 구 집합건물법 제9조와 민법 제667조 내지 제671조의 각 규정 내용에 비추어 위 ‘인도’는 인도의 원인관계를 불문하고 ‘건축 후 최초 인도’를 의미한다고 해석함이 타당하므로, 임대 후 분양 전환된 집합건물의 경우에도 분양전환 시점이 아닌 임대에 의하여 집합건물

48) 박윤직, 「민법총칙」, 박영사(2012) ; 박윤직, 「채권총론」, 박영사(2011)

49) 이환승, 앞의 논문



을 인도받은 시점부터 하자담보책임의 제척기간이 진행한다고 할 것이다.」라고 판시한 바와 같이,<sup>50)</sup> 임대 후 분양전환된 집합건물의 경우 하자담보책임의 제척기간 기산점은 최초 임대에 의한 집합건물 인도시로 봄이 타당하다.

## 제2절 공동주택에 관한 하자책임기간의 법적성질

### 1. 기간의 법적성격

주택법 및 주택법 시행령상 공동주택에 관한 하자보수책임기간은 사용검사일 또는 사용승인일로부터 내력구조부는 5년 또는 10년이고 나머지 공사는 종류에 따라 1년 내지 4년으로 정해져 있다. 이러한 기간을 하자보수청구권의 발생요건으로서 하자가 발생하는 기간으로 보는 견해,<sup>51)</sup> 민법상의 하자담보책임기간과 같은 제척기간으로 보는 견해도 있으나, 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다25632 보험금지급청구권부존재확인 판결에서 「구 공동주택관리령(1998. 12. 31. 대통령령 제16069호로 개정되기 전) 제16조는, 제1항에서 공동주택 등에 대한 하자보수기간은 그 사용검사일부터 주요시설인 경우에는 2년 이상으로 하고 그 외의 시설인 경우에는 1년 이상으로 하되 하자보수대상인 주요시설 및 그 외의 시설의 구분 및 범위에 따른 기간은 건설교통부령으로 정한다고 한 다음, 제2항에서 ‘제1항의 규정에 의한 기간 내에 공동주택 등의 하자가 발생한 때’에는 입주자대표회의등이 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 동안 담보책임이 있다고 규정하고

50) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다46036 판결

51) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결에서 ‘아울러 그 보증대상이 되는 하자는 위 관리령 및 관리규칙 소정의 하자보수의무기간을 도과하기 전에 발생한 것이어야 하고, 그 이후에 발생한 하자는 비록 그것이 의무하자보수보증계약에서 약정한 보증기간 내에 발생하였다 할지라도 그 보증대상이 되지 아니한다고 보아야 할 것이다.’라고 판시하였는바, 공동주택에 관한 하자보수책임기간은 하자발생기간으로 보았다.



있지는 않으므로, 위 하자보수기간을 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 해석할 수는 없다.」고 판시하여, 위 하자보수책임기간은 하자발생기간으로 보았다. 주택법 시행령 제59조 제2항의 문면상으로 ‘기간 내에 하자가 발생한 때’라고 규정하고 있으므로 이를 하자의 발생기간으로 봄이 타당하다.

## 2. 소송실무상 유의사항

공동주택이 하자소송 실무상에서 하자의 발생시점이 중요하다. 주택법 시행령상의 하자보수기간 내에 발생한 하자만이 보호되므로 하자보수비용 감정을 할 때 ① 하자발생시점이 사용검사 이전인지, 이후인지, ② 사용검사 이후라면 시행령상의 각 기간 내인지 후인지, ③ 하자의 발생 원인이 사용검사 이전에 존재하더라도 실제 하자가 사용검사 이후에 발생하였는지 등이 명시되어야 할 것이다. 실제로 구분이 어려운 경우가 대부분인데 이럴 때에는 감정결과에 대하여 법원에서 생활관계상 상식적인 차원에서 하자 항목별로 구분하여 판단하여야 할 것이다.

하자의 발생기간과 관련하여 소송상 많은 다툼이 있는데 하자의 존재는 입주자측에서 입증하되, 하자발생시기에 관하여는 분양자 내지 시공자가 건설회사로서 공동주택을 건축을 한 전문가인 점을 고려하여, 이러한 건설회사가 담보책임기간 내에 하자가 발생하지 아니한 사실을 입증하도록 하는 것이 타당하다. 이에 대하여는 본 논문 앞 8쪽에서 살펴본 바와 같다.

## 제3절 소멸시효와 관련된 문제

### 1. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간

#### 가. 종전전해



집합건물에 관한 하자담보책임기간이 제척기간이라고 하더라도 하자담보청구권은 별도로 소멸시효가 진행된다. 집합건물법에 의한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간에 관하여, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결 이전에는 하급심 판결에서 민사시효설과 상사시효설이 대립하고 있었다. 사실, 집합건물법에 기한 하자담보책임의 법적성질을 분양계약에 따른 책임으로 보는 견해에 따르면 위 논의가 의미가 있으나, 이를 법정책임으로 보는 판례의 태도<sup>52)</sup>에 따르면 비록 분양계약을 상행위라고 하더라도 5년의 상사시효가 적용될 수는 없다.

#### 나. 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결의 의미

위 대법원 판결에서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물 분양자의 담보책임에 관하여 민법상 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것으로서, 같은 조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로 이에 따른 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다.」고 판시하였다. 이에 하급심에서 논의 되던 기존 견해들에 대하여, 집합건물법 제9조에 의한 하자담보책임은 법정책임으로서 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간이 10년임을 명확히 한 판결이다.<sup>53)</sup>

52) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결

53) 이재욱, 앞의 논문 102면



## 2. 소멸시효의 기산점

### 가. 여러 가지 견해 및 판례

이렇게 집합건물법에 의한 하자보수에 갈음하는 손해배상책임은 법정 책임으로서 소멸시효가 10년인바, 이에 대한 소멸시효 기산점이 문제가 된다. 소멸시효 기산점에 대하여 첫째 하자의 발생시점부터 기산되어야 한다는 견해,<sup>54)</sup> 둘째 하자발생을 안 때부터 기산되어야 한다는 견해,<sup>55)</sup> 셋째 주택법상의 하자책임기간이 경과한 날부터 기산되어야 한다는 견해,<sup>56)</sup> 넷째 제척기간 내에 권리를 행사하면 하자보수청구권이 보전되고 일단 보전된 권리는 그때부터 소멸시효가 진행한다는 견해가 있다. 이에 대하여 대법원은 ‘집합건물의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행한다.’고 판시하여 소멸시효의 기산점을 명확히 하고 있다.<sup>57)</sup>

### 나. 검토

소멸시효는 채권자가 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다. 여기서 권리를 행사할 수 없는 경우란 권리행사에 법률적 장애사유가 있는 경우를 의미한다. 공동주택의 소유자로서는 다른 사정이 없는 한 하자가 발생한 시점부터 하자보수청구권을 행사할 수 있었다고 할 것이고, 하자가 발생한 사실을 몰랐다는 사정만으로 권리행사에 법률적 장애가 있었다고 볼 수

54) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결 ; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다92466 판결

55) 대법원 2003. 2. 11. 선고 99다66427 판결 ; 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957 판결

56) 대전고등법원 2007. 11. 2. 선고 2007나628 판결(아래 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결의 원심판결)

57) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결



없으며 시효의 진행에 영향을 미치지 아니하므로 하자발생을 안 시점을 기산일로 보는 견해는 타당하지 않다. 또한, 하자담보청구권이 담보책임기간의 종료일까지 발생한 하자에 관하여 인정되는 것이기는 하지만, 담보책임기간 종료일까지 발생한 모든 하자에 관하여 일괄적으로 시효가 진행된다고 볼 만한 근거가 없으므로 담보책임기간 만료일부터 비로소 소멸시효기간이 진행된다고 볼 수 없다. 제척기간 내에 재판상 또는 재판외에서 권리를 행사하면 하자보수청구권이 발생하는 것이 아니라 하자보수청구권은 하자의 발생 그 자체로 인하여 이미 발생한 것이므로 하자보수청구권을 행사하였을 때부터 소멸시효가 진행된다는 견해는 정확하지 않다. 따라서 소멸시효 기산점의 일반 이론에 따라 권리를 행사할 수 있는 때인 하자가 발생한 시점부터 위 손해배상청구권의 소멸시효가 진행된다고 할 것이다.

#### 다. 하자발생시기의 입증책임

소멸시효기산점, 즉, 하자발생시기에 대한 입증책임은 시효소멸의 이익을 주장하는 측, 소멸시효를 주장하는 측에서 입증하여야 한다.<sup>58)</sup> 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결에서 “민법 제174조에 규정된 시효중단 사유로서의 최고의 경우, 채무이행을 최고 받은 채무자가 그 이행의무의 준수 등에 대하여 조사를 해 볼 필요가 있다는 이유로 채권자에 대하여 그 이행의 유예를 구한 경우에는 채권자가 그 회답을 받을 때까지는 최고의 효력이 계속된다고 보아야 하고, 따라서 같은 조에 정한 6월의 기간은 채권자가

58) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41880 판결에서 ‘피해자가 부상을 입은 때로부터 상당한 기간이 지난 뒤에 후유증이 나타나 그 때문에 수상시에는 의학적으로도 예상치 아니한 치료방법을 필요로 하고 의외의 출비가 불가피하였다면 위의 치료에 든 비용에 해당하는 손해에 대하여서는 그러한 사태가 판명된 시점까지 손해배상청구권의 시효가 진행하지 아니하고, 따라서 후유장해의 발생으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효는 후유장해로 인한 손해가 발생한 때로부터 진행된다고 할 것이고, 그 발생시기는 소멸시효를 주장하는 자가 입증하여야 한다.’고 판시하였으며, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다21518판결에서 ‘불법행위 당시에는 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생하거나 예상외로 손해가 확대된 경우, 손해배상청구권의 시효소멸기간의 진행시점 및 그 증명책임은 시효이익을 주장하는 자가 입증하여야 한다.’고 판시하였습니다.



채무자로부터 회답을 받은 때로부터 기산되는 것이라고 해석하여야 한다.”라고 판시하는 등 대법원은 소멸시효제도 특히 시효중단제도는 그 제도의 취지에 비추어 볼 때 이에 관한 기산점이나 만료점은 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하고 있다.<sup>59)</sup>

따라서 하자발생 내지 하자존재에 대하여는 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하는 구분소유자나 입주자대표회의(구분소유자들로부터 채권양수를 받아 청구하는 경우)가 주장, 입증하여야 하는 것이고, 하자발생시기에 대하여는 하자발생책임기간 도과 내지 소멸시효완성을 주장하는 시효소멸 주장자가 입증하여야 하는 것이다. 실제 소송실무에 있어서 하자보수책임기간 내에 구분소유자나 입주자대표회의가 하자보수를 요청하였거나 이에 대하여 사업주체에서 하자보수를 해 준 사실이 인정되는 경우 그 책임기간 내에 하자가 발생한 것으로 추정되며, 이러한 하자보수청구에 대하여 각 하자부분에 대한 포괄적인 권리행사를 한 것으로 보기까지 사정에 비추어 보면, 손해배상청구권자에게 엄격한 주장, 입증을 요구하는 것은 적절하지 않다고 할 것이다.

### 3. 소멸시효의 중단

#### 가. 문제의 제기

앞에서 살펴보았듯이, 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 갖는지 여부에 대하여 과거에 학설 및 하급심 판결들이 엇갈려 왔으나 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807 판결로서 입주자대표회의는 위 손해배상청구권을 가질 수 없다고 판시하여 종전의 논의가 정리되었다.

---

59) 같은 취지 판례, 대법원 2006.6. 16. 선고 2005다25632 판결 ; 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다 24336 판결



이에 입주자대표회의는 위와 같이 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 인정되지 않는다는 대법원 판결이 선고되면서 소송진행 중에 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 채권양도통지를 한 후 청구취지 및 원인변경을 통해 양수금청구를 예비적으로 추가하게 되어, 소멸시효 중단에 대하여 문제가 발생되었는바, 이에 대하여 살펴보고자 한다.

## 나. 소멸시효의 중단시점에 대하여

### (1) 여러 가지 견해

입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구의 소를 제기하였다가 구분소유자들로부터 위 손해배상채권을 양도받은 양수금청구로 예비적 청구변경을 한 경우 소멸시효 중단 시점에 대하여 여러 가지 견해가 있다.

첫째, 최초 소제기 시점이라는 견해가 있다. 구분소유자들이 입주자대표회의를 통하여 소제기 시점에 자신들의 권리를 행사하였다거나 제반 사정을 고려할 때 채권양도 시점을 시효중단시점으로 보는 것은 신의칙에 위반되거나 집합건물법 제9조 제2항에 반하여 허용될 수 없다고 한다.<sup>60)</sup>

둘째, 청구취지 및 원인변경신청서가 제출된 시점이라는 견해가 있다. 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 보유하고 있음을 전제로 한 청구와 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 청구하는 양수금청구는 그 소송물을 달리하므로 입주자대표회의는 구분소유자들로부터 채권을 양도받아 채권양도통지 후 교환적 또는 추가적 청구원인 변경신청서를 법원에 제출한 때에 새로운 소제기 효과가 있으므로 이때 시효중단의 효력이 발생한다는 견해이다.

---

60) 대전고등법원 2007. 11. 2. 선고 2007나628 판결





셋째, 채권양도통지를 한 시점이라는 견해가 있다. 이는 최고는 그로부터 6개월 이내에 재판상 청구를 한 경우 시효중단의 효력이 있다는 민법 제174조에 착안하여, 소송계속 중 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 채권양도통지를 하면 최고의 효력이 있다고 보고, 그 통지시점으로부터 6개월 이내에 청구취지 및 청구원인변경신청서를 제출한 경우 채권양도시점에 시효중단의 효력을 인정해야 한다는 견해이다.

## (2) 대법원 판례

대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결에서 “하자보수에 갈음한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행되는 것이다. 그리고 입주자대표회의가 자신의 권원에 기한 손해배상청구소송 계속 중에 양수금청구로 청구원인을 변경하면 이는 소의 추가적 혹은 교환적 변경으로서 위 변경신청서를 법원에 제출한 시점에 소제기의 효과가 발생하여 양수금청구의 소멸시효가 중단된다고 할 것이다(민법 제168조 제1호 참조). 한편, 최고는 6월 내에 재판상의 청구 등을 하면 시효중단의 효력이 있으므로(민법 제174조 참조), 소송 계속 중 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양수하고 채권양도통지를 함으로써 최고의 효력이 생기고 그 통지시점으로부터 6월 이내에 청구취지 및 원인 변경신청서가 법원에 제출된 경우라면 위 채권양도통지 시점에 시효중단의 효력이 생겼다고 볼 수 있을 것이다.”라고 판시하였다.

## (3) 결 토

입주자대표회의는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 가지지 않기 때문에 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 채권양도를 받지 아니한 상태에서 당초 소제기 시점을 소멸시효 중단으로 보기 어렵다. 그러나 당초



소제기 시점을 소멸시효 중단시점을 앞당겨 소멸시효 항변을 배척함으로써 구체적 타당성을 도모하기 위한 방안으로 제시된 것으로 보이나, 당초 입주자대표회의의 소제기 시점에 시효중단의 효력이 발생한다고 보기 위해서는 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 행사할 권한을 부여받아 행사하는 등의 사정이 필요하다. 이에 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 행사할 소송수행권을 부여받았다고 볼 수 있는지, 이 경우 임의적 소송담당으로 인정될 수 있는지 여부 및 채권양도시점을 시효중단시점으로 보는 것이 신의칙에 반하는지 여부에 관하여 아래에서 항을 달리하여 살펴본다.

#### **다. 구분소유자들의 입주자대표회의에 대한 소송수행권 부여 및 임의적 소송담당 인정여부**

##### **(1) 대법원 판례에 대한 문제제기**

대법원 판례에서는 하급심에서 입주자대표회의의 청구권인을 명확히 정리하지 않은 경우에도 ‘입주자대표회의는 손해배상청구권을 가진다는 전제 아래’ 소를 제기한 것이라고 판시하고 있다.<sup>61)</sup> 사실, 이러한 태도는 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 귀속주체라고 명확히 밝히지 않고 소를 제기하는 것이 오히려 일반적인 것임에도 입주자대표회의가 손해배상청구권을 가진다는 전제하에 소를 제기하였다고 쉽게 판단하면서, 별도로 구분소유자의 위임장이 제출되지 않은 이상 입주자대표회의가 구분소유자의 손해배상청구권을 대신 행사한다고 보기도 어렵다고 본 점에 서 아쉽다. 즉, 이러한 판례는 입주자대표회의에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 귀속주체가 아니지만 실제로 입주자대표회의가 소를 제기할 때 구분소유자들에게 채권양도를 받지 아니하였다고 하더라도 소송제기의

61) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다88368 판결, 이 판결에 대한 자세한 판시사항에 대하여는 제4절 제척기간과 관련된 문제 4. 다. 참조



필요성을 알리고 동의를 구하는 절차(아파트 게시판이나 엘리베이터에 입주자대표회의 명의로 소제기의 필요성을 알리고 입주민들의 소제기 여부에 대한 의사를 묻는 질의서를 첨부하는 방법을 이용한다.)를 거치고 있음을 간과하였을 뿐 아니라, 그러한 절차의 진정한 법률적 의미가 무엇인지에 대하여 전혀 판단하지 아니하였다고 할 것이다.<sup>62)</sup>

## (2) 소제기에 동의를 소송수행권의 부여인지 여부

입주자대표회의가 손해배상청구권을 가진다고 보는 경우에는 소제기 대한 동의를 받을 필요가 없으며, 이는 단지 안내 및 주의를 촉구하는 정도에 불과한 것이다. 그러나 입주자대표회의가 아니라 구분소유자들에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 있는 상태에서 이러한 권리의 귀속주체인 구분소유자가 소제기 동의서를 작성해 주는 것은 중요한 의미가 있다고 할 것이다. 첫째, 다수의 구분소유자들이 1동의 건물의 각 세대를 구분하여 소유하고 있는 공동주택의 특성상 그 하자가 어느 특정부분만이 아니라 건물 전체에 걸친 광범위한 것인 경우가 많으므로, 손해배상청구를 구분소유자 개인에게만 맡겨 둘 경우 그들 사이의 의사불일치 등으로 인하여 소제기 절차가 제대로 이행되지 못할 염려가 있고, 개별 구분소유자가 하자조사나 소송수행을 하기도 사실상 어렵고 감정비용도 거액인 경우가 많아 개인이 부담하기는 곤란한 사정을 고려하여 구분소유자들의 의사를 모아 입주자대표회의를 통해 소송을 진행하려는 것이 구분소유자들의 실제의도인 점, 둘째, 통상 입주자대표회의는 먼저 사업주체 등을 상대로 하자보수청구를 하여 문제해결을 도모한 후 하자보수가 제대로 이루어지지 않을 때 비로소 손해배상청구소송에 이르게 되는데, 소제기 사실이 알려질 경우 아파트 가치에 미치게 되는 부정적인 영향으로 인하여 모든 구분소유자들이 소제기에 적극적이지만은 않을

---

62) 이재욱, 앞의 논문 110면



뿐만 아니라, 하자보수공사에 대한 구분소유자들의 만족도 여부에 따라 소제기 동의여부를 신중하게 판단하는 것이 일반적인 점, 셋째, 이런 사정에 비추어 볼 때, 손해배상청구소송의 제기에 동의하는 구분소유자들의 실제 의사는 하자보수가 제대로 행해지지 못하였다는 판단 하에 아파트 가격하락의 위험을 감수하고서라도 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송의 소송수행권을 입주자대표회의에 부여하여 소송을 수행하게 하고 그 결과로 얻게 되는 손해배상금액을 지급받겠다는 것이며, 실제로 하자담보추급권은 구분소유자들에게 귀속하고 입주자대표회의에게는 행정적 차원의 하자보수청구만 할 수 있을 뿐이라는 대법원 판례(2006. 8. 24. 선고 2004다20807 판결)가 있기 이전에 입주자대표회의에 의해 수행된 소송에서는 손해배상금도 입주자대표회의를 통하여 구분소유자들에게 배분되어 왔던 점, 넷째, 구분소유자가 입주자대표회의에 손해배상청구소송의 소송수행권을 부여하는데 어떠한 방식이 정해져 있지 않으므로 그 형식여하에도 불구하고 수권의사만 명확히 드러나면 충분히 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 구분소유자들의 소제기 동의는 실제로는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소송수행권을 부여하는 행위로 보이고, 구분소유자들의 개별적인 위임장 등이 제출되지 않았다고 하여 소송수행권의 수권을 쉽게 배척하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

### (3) 임의적 소송담당 인정 여부

임의적 소송담당은 실체법상 법률관계의 주체가 자신의 권리에 대한 소송수행권을 제3자에게 수여하는 것을 말하고, 이 경우 제3자가 소송을 수행하여 받은 판결의 효력은 권리주체에게 미치게 된다. 법률이 명문으로 임의적 소송담당을 인정한 예로 민사소송법 제53조의 선정당사자, 어음법 제18조의 추심위임배서의 피배서인 등이 있다.<sup>63)</sup>

63) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사 (2008), 131면



임의적 소송담당의 허용여부에 관하여는, 법률의 규정이 있는 경우에 한하여 허용하고, 변호사대리의 원칙 및 소송신탁 금지원칙이 회피될 우려가 있으므로 일반적으로 널리 인정할 수 없다는 견해와 변호사대리의 원칙이나 소송신탁금지 원칙에 위배되지 않고 이를 인정할 합리적 필요성이 있을 경우에만 인정하자는 견해가 있다. 판례는 민사소송 중 재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있다고 함이 원칙이나 비록 제3자라고 하더라도 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되는 경우와 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여 받음으로써 당사자적격을 인정하는 경우도 허용된다고 풀이할 것이다. 물론 이와 같은 임의적 소송신탁은 우리나라 법제 하에서는 그 허용되는 경우라는 것은 극히 제한적이라고 밖에 할 수 없을 것이나 탈법적 방법에 의한 것이 아니고(소송대리를 변호사에 한하게 하고 소송신탁을 금지하는 것을 피하는 따위) 이를 인정하는 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우가 있을 것이므로 따라서 민법상의 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기의 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기의 이름으로 소송을 수행하는 것은 허용된다고 판시하였다(대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결, 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다68924 판결). 따라서 임의적소송담당이 법률로 인정된 경우가 제한적이고, 선정당사자제도를 이용하기 곤란한 경우도 현실적으로 많은 사정을 고려할 때, 변호사대리 원칙이나 소송신탁 금지원칙을 회피할 염려가 없고 이를 인정할 합리적 필요가 있을 때에는 임의적 소송담당을 확대, 적용하는 것이 바람직해 보인다.

입주자대표회의는 하자보수 및 손해배상에 관한 권리의무관계의 발



생, 관리에 대하여 현실적으로 밀접하게 관여하여 권리주체인 구분소유자와 같은 정도로 그 권리관계에 밀접하게 관여하고 있으며, 입주자대표회의에 대한 임의적 소송담당을 인정함으로써 얻는 이익이 이를 인정함으로써 인하여 생길 수 있는 상대방의 불이익이나 소송제도의 건전성 침해 등의 폐단보다 훨씬 크다고 할 것이므로 이를 인정할 합리적 필요성이 있다고 할 것이다.<sup>64)</sup> 다만, 임의적 소송담당이 수권에 있어서는 개별적으로 하여야 할 것이며, 단체적 의사결정방법으로는 할 수 없다고 할 것이다.

따라서 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 소송수행권을 부여받아 본래의 소를 제기한 시점에 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 할 것이다. 다만, 입주자대표회의에 대한 수권 또는 사후의 추인을 입증하지 못하는 구분소유자들의 경우 이들은 자신의 손해배상청구권에 대한 수행권한을 여전히 보유하고 있으며 이를 행사하지 않았다고 할 것이므로 소멸시효는 중단되지 않을 것이다.<sup>65)</sup>

## 라. 신의칙위반 여부

### (1) 문제의 제기

입주자대표회의가 위 손해배상청구권의 주체가 될 수 있는지 논란이 해소되지 아니하여 신속한 해결을 위하여 구분소유자들로부터 위 손해배상채권을 양수받았는데, 이로 인하여 손해배상청구권의 행사가 지연된 책임을 구분소유자들에게 부담시키는 것은 부당하며, 또한, 입주자대표회의에게 위 손해배상청구권이 없다는 대법원 판결이 선고되기 전에 소가 제기되었으나, 소송진행의 지연으로 판결이 확정되지 않아 소멸시효 기간이 경과한 이후에야 비로소 손해배상청구권을 양도받는 절차를 취할 수밖에 없는 경우도 있

64) 이수철, “입주자대표회의의 소송수행권”, 판례연구(부산지법) 16집, (2005), 608면

65) 이재욱, 앞의 논문, 116면



는 사정 등을 반영하여 소멸시효항변의 적용을 제한하려는 시도에서 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 시효중단시점을 소제기시로 보지 않고 채권양도시로 보는 것이 신의칙에 위반의 문제가 제기 된다.

## (2) 겹 토

소멸시효 제도에 권리자와 의무자의 상호형평을 유지하기 위한 소멸시효의 중단과 정지, 시효이익의 포기 등을 두고 있는바, 이러한 조절장치를 우선적용하지 않고 신의칙을 전면에 내세워 해결하는 것은 바람직하지 않다는 견해<sup>66)</sup>도 있다. 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 행사할 수 있는지 여부에 대하여 법원이 재판을 신속히 진행했다면 승소판결이 내려질 수 있었을 것이라는 사정만으로는 소제기 시점을 시효중단시점으로 보지 않고 채권양도 또는 청구원인변경시점을 시효중단시점으로 보는 것이 신의칙에 위반한다고 보기 어렵다고 할 것이다.

## 제4절 제척기간과 관련된 문제

### 1. 제척기간의 권리보전방법

제척기간은 기간 내에 재판상 권리를 행사해야 하는 출소기간으로 보아 권리보전을 위해서는 소제기가 필요하다고 보는 것이 다수 견해이고, 이를 재판의 권리행사기간으로 보는 것은 소수견해이다. 그러나 판례는 권리의 구체적 내용에 따라, 권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률관계를 변동시키는 일반적 형성권 즉, 법률행위취소권,<sup>67)</sup> 대물변제예약완결권,<sup>68)</sup> 보험

66) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구(26권 1호) 법문사 (2009. 6)

67) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다52795 판결

68) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다12488 판결



계약의 해지권<sup>69)</sup> 등은 재판상·재판외 권리행사가 가능하다고 하는 반면, 법원의 판결에 의해서만 법률관계가 변동되는 형성소권에 대하여는 이를 출소기간<sup>70)</sup>이라고 한다. 청구권은 그 성질에 따라 출소기간 여부를 나누고 있는데, 재판상 권리행사를 요하는 점유보호청구권,<sup>71)</sup> 상속회복청구권<sup>72)</sup> 등은 출소기간으로 재판외 권리행사로도 충분한 하자담보책임에 관한 청구권은 출소기간이 아니라고 판시하였다.

## 2. 법원의 직권판단 여부

### 가. 여러 견해

제척기간에 의한 권리의 소멸은 당사자가 소송에서 주장하지 않더라도 법원은 직권으로 고려하여야 한다. 이에 대하여 제척기간을 재판상 청구를 출소기간인 경우와 재판상·재판외의 권리행사기간인 경우로 나누고 그에 따라 소송상 취급도 달리 해야 한다는 견해가 있다. 출소기간의 경우에는 제척기간의 준수 여부가 직권조사사항이므로, 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 이를 조사하여 제척기간이 도과하였다면 소송요건의 흠결을 이유로 소를 각하<sup>73)</sup>해야 하는 반면, 재판상·재판외 권리행사기간인 경우에

69) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결

70) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결

71) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097,8103 판결

72) 대법원 2006. 9. 8. 2006다26694 판결

73) 민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해를 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈 당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그 대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로 일정한 기간을 지난 후에는 원상회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판외에서 권리행사하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를





는 제척기간의 도과는 항변사항으로서 그 요건사실에 대하여 당사자의 주장을 기다려서 판단하여야 하고, 제척기간을 도과한 것이 인정될 경우에는 청구기각의 판결을 선고하여야 한다는 견해이다. 이에 따르면 제척기간이 도과여부는 권리소멸 항변에 해당하므로, 그 기산점과 기간경과사실은 소멸을 주장하는 측에서 입증해야 하고, 제척기간 경과사실이 밝혀지면 상대방은 그 기간 내에 권리를 행사하였음을 입증해야 한다고 한다.<sup>74)</sup>

## 나. 판례

출소기간이 아닌 제척기간에 대해서도 법원의 직권조사사항으로 본 사례가 다수이나,<sup>75)76)77)</sup> 그 행사기간 경과로 소멸된 권리를 청구원인으로 소를 제기한 경우 소자체가 부적법한 것은 아니므로 청구기각하면 된다고

---

제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다 할 것인바, 원심이 이 사건 15토지에 대하여 그 점유침탈 내지 점유방해 행위가 종료된 지 1년이 지나서 소가 제기된 것으로 부적법하다고 하여 그 부분 소를 각하한 조치는 위의 법리에 따른 것으로서 정당하다고 판시하였다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097,8103 판결)

74) 노종찬, “공동주택의 하자담보책임기간”, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원 (2006), 81면

75) 민법 제146조는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는 바, 이 때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25371 판결).

76) 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년 내에 행사하여야 하고 그 기간이 경과하면 소멸되어 이를 청구할 수 없는바, 이때의 2년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려할 사항이다(대법원 1994. 9. 9. 선고 94다17536 판결).

77) 매매의 일방예약에서 예약자의 상대방이 매매예약완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸하는 것이며(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다44766, 44773 판결, 1997. 7. 25. 선고 96다47494, 47500 판결 등 참조), 또한 이러한 매매예약완결권의 제척기간이 도과하였는지 여부는 소위 직권조사 사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 하므로, 상고법원은 매매예약완결권이 제척기간 도과로 인하여 소멸되었다는 주장이 적법한 상고이유서 제출기간 경과 후에 주장되었다 할지라도 이를 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99다18725 판결).



한다.<sup>78)</sup> 한편, 사해행위 취소소송에서 그 소의 제척기간의 도과 여부가 당사자 사이에 쟁점이 된 바가 없음에도 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사함이 없이 제척기간의 도과를 이유로 사해행위 취소의 소를 각하한 원심을 파기한 판례가 있다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다37185 판결).

#### 다. 검토

제척기간은 그 기간의 경과에 따라 당사자의 별다른 주장 없이도 권리가 소멸하고, 이에 대하여는 원칙상 법원이 직권으로 고려해서 판단하는 것이 원칙적인 것이나, 실제 소송진행에 있어서는 기간경과 사실이 명백한 경우보다도 제척기간의 기산점이나 기간경과에 대하여 당사자 사이에 다툼이 있는 경우가 보다 일반적일 것이므로 오히려 제척기간의 기산점 및 그 기간경과에 대한 주장이 필요한 경우가 많다고 할 것이다.

### 3. 제척기간 내의 권리행사로 인한 권리보전

#### 가. 권리행사의 정도

공동주택의 분양자는 집합건물법에 따라 인도 후 10년간 발생한 하자에 대한 담보책임을 부담하고, 권리자가 담보책임기간 내에 재판상 또는 재판외에서 권리를 행사하면 하자담보청구권 및 이에 갈음하는 손해배상청구권은 보전된다. 재판외에서의 권리행사는 단순히 하자가 있다는 통지를 한 것으로는

78) 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 소정의 환매권 행사기간의 경과로 인하여 소멸된 환매권의 행사를 청구원인으로 하는 소송을 제기한 경우, 소 자체가 부적법한 것이 되는 것은 아니고 단지 환매권의 행사로서 형성하려는 법률관계인 매매의 효과가 발생하지 않는 데 그쳐 그 청구원인 사실이 인정되지 않는다는 이유로 당해 청구를 기각하면 된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98다46945 판결).



부족하고 하자의 종류와 범위를 특정하여 하자의 보수를 청구하는 것인지, 하자에 갈음하는 손해배상을 청구하는 것인지 여부를 명백히 하여야 한다.

## 나. 보전된 권리의 내용

보전된 권리에 대하여는 그때부터 소멸시효가 진행된다고 할 것인데,<sup>79)</sup> 하자보수청구권을 행사한 경우에는 그 하자보수청구권은 일반 채권과 같이 그 목적달성이나 소멸시효 완성까지 존속하고 이 경우 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권 내지 보수와 함께 하는 손해배상청구권도 제척기간 경과 후에 행사하는 것을 방해하지 않는다는 견해도 있다.<sup>80)</sup>

## 다. 권리의 일부를 청구한 경우의 권리보전효과

권리의 일부를 행사한 경우 소멸시효의 경우와 같이 일부 청구된 부분에 한하여 제척기간 준수로 인한 권리보전의 효력이 있다.<sup>81)</sup> 다만, 이러한 일부 청구로 인하여 나머지 권리가 전부 소멸하는 효과가 발생하는 사정을 고려하여 구체적 사정에 따라 일부 청구에 불과한지 여부를 엄격히 판단할 필요가 있다.<sup>82)</sup>

79) 윤인태, 앞의 논문 202면

80) 주석민법, 「채권각칙(4)」, 한국사법행정학회(1999), 269면

81) 대법원 1981. 6. 9. 선고 80므84,85,86,87 판결에서 재산상속에 관하여 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장하고 참칭상속인 또는 자기들만이 재산상속을 하였다는 일부 공동상속인들을 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 기타 지분권의 반환 등을 구하는 경우에는 그 소유권 또는 지분권 등이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조 소정의 상속회복청구의 소라고 해석함이 상당하고, 이와 같은 경우에는 민법 제999조에 의하여 준용되는 민법 제982조 제2항 소정의 제척기간의 적용이 있으며, 또 상속재산의 일부에 대하여 제소하여 제척기간을 준수하였다 하여 그로써 다른 상속재산에 대한 소송에 그 기간 준수의 효력이 생기지 아니한다 함은 당원이 판례로 하는 견해라고 판시하였다.

82) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757,2764 판결에서 상속회복청구권의 경우 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였을 때에는 청구의 목적물로 하지 않은 나머지 상속재산



## 라. 제척기간의 기산점

제척기간의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때라고 할 것이다.<sup>83)</sup> 집합건물법상의 하자보수청구권은 민법 제671조에 따라 건물을 인도받은 후부터 10년 이내에 권리를 행사하여야 한다. 위 건물 인도시점은 실제로 구분소유자가 건물을 인도받은 날을 의미하므로 단순히 사용승인일을 기준으로 제척기간을 기산해서는 아니 된다. 제척기간의 기산점을 제척기간 도과로 인한 권리소멸을 주장하는 측에서 입증해야 한다. 다만, 개정 집합건물법 제9조의 2 제2항에서 담보책임기간에 대한 기산일을 전유부분에 대하여는 구분소유자에게 인도한 날, 공용부분에 대하여는 사용검사일 또는 사용승인일로 규정하였는바, 개정 집합건물법이 적용되는 경우에는 위 기산일을 제척기간의 기산점으로 보아야 할 것이다.

## 4. 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송을 진행하다가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 청구한 경우 제척기간 문제

에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없고(대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2141 판결, 1981. 6. 9. 선고 80므84, 85, 86, 87 판결 등 참조), 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급청구권의 경우도 민법 제999조 제2항의 제척기간이 도과되면 소멸하므로 그 기간 내에 한 청구채권에 터 잡아 제척기간 경과 후 청구취지를 확장하더라도 그 추가 부분의 청구권은 소멸한다고 할 것이나(대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1680 판결, 1972. 2. 29. 선고 71다1998 판결 등 참조), 만일 상속분상당가액지급청구권의 가액 산정 대상 재산을 인지 전에 이미 분할 내지 처분된 상속재산 전부로 삼는다는 뜻과 다만 그 정확한 권리의 가액을 알 수 없으므로 추후 감정결과에 따라 청구취지를 확장하겠다는 뜻을 미리 밝히면서 우선 일부의 금액만을 청구한다고 하는 경우 그 청구가 제척기간 내에 한 것이라면, 대상 재산의 가액에 대한 감정결과를 기다리는 동안 제척기간이 경과되고 그 후에 감정결과에 따라 청구취지를 확장한 때에는, 위와 같은 청구취지의 확장으로 추가된 부분에 관해서도 그 제척기간은 준수된 것으로 봄이 상당하다 할 것이라고 판시하였다.

83) 대법원 1995. 11. 10. 선고 94다22682, 22699(반소) 판결



## 가. 문제의 제기

입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구소송을 진행하다가 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 청구한 경우, 사업주체 측에서 손해배상청구권이 제척기간 도과로 소멸했다고 주장하는 경우가 있다. 이러한 경우 임의적 소송담당 및 입주자대표회의가 구분소유자들을 대리하여 손해배상청구권을 행사한 것으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 검토하기로 한다.

## 나. 임의적 소송담당에 해당하는 경우

입주자대표회의가 제척기간 경과 이전에 구분소유자들로부터 소제기 동의를 받아 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 소송을 제기한 경우에는 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 하자보수청구권의 소송수행권을 부여받아 이를 재판상 행사함으로써 그 권리는 보전되었다고 볼 것이다. 다만, 임의적 소송담당이 수권에 있어서는 개별적으로 하여야 할 것이며, 단체적 의사결정방법으로는 할 수 없다고 할 것이다. 따라서 입주자대표회가 구분소유자들로부터 소송수행권을 부여받아 본래의 소를 제기하였다고 보므로 제척기간에 걸리지 않는다고 할 것이다.

## 다. 입주자대표회의가 구분소유자의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 대리행사한 것으로 볼 수 있는지 여부

### (1) 관련판례의 내용

하급심 판례를 보면, 입주자대표회의가 아파트 하자보수와 관련하여 구분소유자들에 대하여 대리인의 지위를 가진다고 볼 수 있다거나,<sup>84)</sup> 입주



자대표회의가 공동주택의 관리에 대한 실질적 의사결정권을 갖고, 구분소유자들은 하자가 발생한 경우 관리주체인 입주자대표회의를 통하여 사업주체 측에 대하여 하자보수를 요청하여 입주자대표회의의 하자보수청구는 주택법령에 따른 권한이면서 구분소유자들에 대한 의무이므로 입주자대표회의가 업무로 하는 하자보수요청은 결국 구분소유자들의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 포함한 하자담보추급권을 대리하여 행사한 것이라거나,<sup>85)</sup> 구분소유자들이 동별 대표자로 구성된 입주자대표회의를 통하여 각 하자부분에 대한 자신들의 권리를 재판외에서 포괄적으로 행사하였다고 선해함이 상당하다<sup>86)</sup>는 등으로 판시한 바 있다.

대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결에서 “집합건물법 제9조에 의하여 준용되는 민법 제671조에서 정한 하자보수 및 그에 갈음한 손해배상청구권은 10년의 기간이 경과하기 전에 행사하면 되는바(대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다15371 판결 참조), 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도 원고가 이 사건 아파트의 인도일로부터 10년이 경과하기 전에 이 사건 아파트의 구분소유자들을 대신하여 피고에게 위 하자의 보수를 요청하였음이 명백하므로, 이 사건 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 일부 인용한 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하다”고 판시하여 ‘입주자대표회의가 구분소유자들을 대신하여 사업주체에게 하자보수를 요청하였다’고 표현하였으나, 이 사안에서는 제척기간이 경과하기 전에 채권양도가 이루어졌으므로, 이러한 표현만을 근거로 입주자대표회가 구분소유자들의 하자보수청구권을 포괄적으로 위임받아 대리행사한다거나<sup>87)</sup> 하자보수에 갈음하는 손해배상청

84) 부산고등법원 2008. 10. 7. 선고 2005나5270 판결

85) 서울고등법원 2009. 9. 17. 선고 2009나12049 판결

86) 서울고등법원 2009. 5. 12. 선고 2008나681 판결,

87) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다17774 판결에서, “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



구권을 대리행사할 수 있음을 밝힌 것이라고 보기 어렵다.

그 이후 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다88368 판결에서, 서울고등법원이 “원고가 이 사건 아파트의 사용검사일로부터 10년이 경과하기 이전에 수회에 걸쳐서 피고에게 하자의 보수를 요구하였다가 피고가 이에 응하지 않자 구분소유자들을 대표하여 이 사건 소를 제기한 점, 증명 및 소송수행의 어려움 등으로 구분소유자 개개인이 소송을 제기하기 어려운 실질적인 사정, 이러한 사정 때문에 원고가 구분소유자들을 대표하여 이 사건 소를 제기하였다고 볼 수 있는 점, 이 사건 소제기 당시에는 원고와 같은 입주자대표회의가 하자보수에 갈음한 손해배상청구권을 행사할 주체가 될 수 있는지에 관하여 개정 주택법 등 관련 규정이 모호하여 법률가들 사이 및 법원 내부에서조차 견해가 일치되고 있지 않았던 사정 등에 비추어 보면, 구분소유자가 직접 피고를 상대로 소를 제기하지 않고 원고를 통하여 소를 제기하였다가 나중에 자신들의 피고에 대한 채권을 원고에게 양도한 이 사건과 같은 경우에도 원고의 소 제기 당시에 원고를 통하여 자신들의 권리를 행사하였다고 볼 수 있다고 판단하고, 피고의 제척기간 도과의 항변을 배척한<sup>88)</sup>” 상고심에서, “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 정하는 데 그 취지가 있을 뿐, 입주자대표회의에게 하자보수청구권 외에 하자담보추급권까지 부여하는 것이라고 볼 수는 없다. 그러므로 공동주택에 하자가 있는 경우 입주자대표회의로서는 주택법 및 주

---

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.”고 판시하였다.

88) 서울고등법원 2008. 11. 4. 선고 2007나117551 판결(원고 입주자대표회의, 피고 대한주택공사)



택법 시행령이 정한 바에 따라 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있을 뿐이며, 구 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권인 손해배상청구권을 가진다고 할 수 없다.” 판단하고 “입주자대표회의인 원고는 당초 자신이 위 손해배상청구권을 가진다는 전제 아래 소를 제기하였으며, 이러한 경우 당초에 제기한 이 사건 소는 그 권리 없는 자가 한 것이어서 원심이 든 앞서 본 바와 같은 사정만으로 이와 달리 볼 수 없으며, 달리 위 구분소유자들이 별도로 손해배상청구권을 행사하였다는 등의 사정이 없는 한, 위 손해배상청구권은 원고가 이를 양수하여 양수금의 청구를 구하는 취지의 준비서면을 제출한 시기에야 비로소 행사된 것으로 봄이 상당하다”고 판시하면서 위 서울고등법원의 판결을 배척하였다.<sup>89)</sup>

## (2) 검토

위에서 살펴본 하급심 판결들은 입주자대표회의 공동주택 관리에 관한 실질적 권한 및 하자보수청구에 있어서의 역할과 기능을 고려하여, 입주자대표회의가 구분소유자들을 대리하여 재판외에서 하자보수청구권을 행사했고, 재판상 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권도 행사한 것으로 보고 있다. 그러나 입주자대표회의가 구분소유자들의 권한을 대리행사하기 위한 법률의 근거규정이 없는 이상 구체적인 권한위임이 필요하다고 할 것이므로,<sup>90)</sup> 달리 권한위임을 인정할 주장·입증이 없는 이상, 단순히 포괄적 대리권이 있고 이를 기초로 손해배상청구권을 대리행사하였다고 보기는 어려워 보인다.<sup>91)</sup>

89) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결

90) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다17774 판결에 비추어 보면 관리규약에 이런 포괄적 대리권부여 조항이 있다고 하더라도 그 효력을 인정하기가 어렵다고 할 것이다.

91) 이재욱, 앞의 논문, 139면





## 제5절 하자보수완료확인서

공동주택의 시공자는 아파트 입주자나 입주자대표회의에게 하자보수요청에 따라 하자보수를 하고 하자보수완료확인서 작성요구를 하고, 이에 대하여 입주자대표회의등은 하자보수완료확인서를 작성하여 주게 된다. 하자보수소송에서 이를 근거로 하여 하자보수가 실제로 완료되었으므로 하자보수청구권이 소멸되었다고 주장한다. 그러나 이는 단순히 하자보수작업을 하였다는 사실의 확인에 불과하고 이로써 하자보수가 완료되어 하자보수의무가 종료되었다고 해석하기가 어렵다. 이런 하자보수완료확인서 등의 서류가 있다고 하더라도 하자보수가 제대로 이행되지 아니하여 하자보수기간 내에 다시 하자가 발생할 수도 있는데 이러한 경우에는 다시 하자보수를 하여야 하는 것이다.

사실, 입주자들과 분양자 사이에 아파트의 하자과 관련하여 향후 일체의 청구를 하지 않기로 최종적인 하자보수 종결합의를 하고 하자보수완료확인서를 작성하는 경우도 있기 때문에 주의하여야 한다. ‘소 제기 이전에 입주자대표회의와 아파트의 시공자 사이에 아파트의 하자과 관련하여 향후 일체의 청구를 하지 않기로 하는 취지의 하자보수 종결합의가 이루어졌다고 하더라도, 입주자대표회의가 입주자들로부터 권한을 위임받아 위 합의를 한 것이 아닌 이상 그 합의의 효력이 입주자들의 손해배상청구에 영향을 미칠 수는 없다’고 판단한 대법원 판례<sup>92)</sup>가 있는바, 시공자는 입주자대표회의와 하자종결합의를 할 경우에는 입주자들로부터 하자보수완료합의에 관한 권한을 위임받았는지 확인할 필요가 있다고 할 것이다. 이와 관련하여 주택법시행령을 2010. 7. 6. 법률 제22254호로 개정하여 ‘하자보수종료의 확인을 위해서는 국토해양부령으로 정하는 하자보수종료확인서에 입주자 또는 그 대

92) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004다35625 판결



리인의 서면확인서(공용부분은 전체 입주자의 5분의 4 이상의 서면확인서를 말한다)를 첨부하여야 한다.’는 규정을 신설하였다(주택법 시행령 제60조의2의 제5항).<sup>93)</sup>

---

93) **주택법 시행령 제60조의2(하자보수의 종료)** ① 사업주체는 제61조 각 호의 구분에 따라 순차적으로 하자담보책임기간이 만료되기 30일 전까지 그 사실을 입주자대표회의(입주자대표회의가 구성되지 아니한 경우에는 법 제46조제1항제3호에 따른 관리주체를, 「건축법」 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따른 관리단을 각각 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 통지하고, 하자담보책임기간이 만료된 때에는 제59조제3항 전단에 따라 입주자대표회의등이 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보수를 청구한 경우에는 지체 없이 보수를 완료한 후 그 결과를 입주자대표회의등에 통지하여야 한다. ② 입주자대표회의등은 사업주체로부터 제1항에 따라 하자보수완료 통지를 받은 날부터 30일 이내에 문서로 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 사업주체는 이의제기를 받은 날부터 3일 이내에 하자를 보수하거나 하자보수계획을 통지하되, 하자가 아니라고 판단되는 사항에 대해서는 그 이유를 기재하여 통지하여야 한다. ③ 사업주체는 제2항 전단에 따른 이의가 없는 경우에는 제59조제1항에 따른 하자담보책임기간별로 순차적으로 주거전용부분과 공용부분으로 구분하여 하자보수종료 확인을 입주자대표회의등에 요구할 수 있다. ④ 제3항에 따른 요구가 있는 경우에는 입주자대표회의등은 입주자가 그 취지를 알 수 있도록 서면으로 고지하여야 한다. ⑤ 하자보수종료의 확인을 위해서는 국토해양부령으로 정하는 하자보수종료확인서에 입주자 또는 그 대리인의 서면확인서(공용부분은 전체 입주자의 5분의 4 이상의 서면확인서를 말한다)를 첨부하여야 한다



## 제7장 공동주택에서 하자보수보증책임

### 제1절 하자보수보증금의 처리절차

#### 1. 하자보수보증금예치

사업주체(건설산업기본법 제28조에 의하여 하자담보책임이 있는 자로서 사업주체로부터 일괄 도급받은 경우는 그 시공사)는 주택법 제46조 제2항과 주택법 시행령 제60조에 의하여 공동주택을 완공하면 사용검사 신청시 사용검사권자가 지정하는 금융기관에 사용검사권자 명의로 하자보수보증금을 예치한 예치증서를 제출하여야 하며, 위 예치증서는 현금, 또는 은행의 지급보증서, 보증보험증권, 건설공제조합 등이 발행하는 보증서로 예치한다. 또한, 사용검사권자는 입주자대표회의가 구성되면 지체 없이 하자보수보증금의 권리자 명의를 입주자대표회의로 변경한다.<sup>94)95)96)</sup> 하자보수보증금은 경우에

94) 주택법 제46조(담보책임 및 하자보수 등) ② 제1항에 따른 사업주체(「건설산업기본법」 제28조에 따라 하자담보책임이 있는 자로서 사업주체로부터 건설공사를 일괄 도급받아 건설공사를 수행한 자가 따로 있는 경우에는 그 자를 말한다)는 대통령령으로 정하는 바에 따라 하자보수보증금을 예치하여야 한다. 다만, 국가·지방자치단체·한국토지주택공사 및 지방공사인 사업주체의 경우에는 그러하지 아니하다.

95) 건설산업기본법 제28조(건설공사 수급인의 하자담보책임) ① 수급인은 발주자에 대하여 다음 각 호의 범위에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다. 1. 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우: 건설공사의 완공일로부터 10년, 2. 제1호 이외의 구조로 된 것인 경우: 건설공사 완공일로부터 5, ② 수급인은 다음 각 호의 어느 하나의 사유로 발생한 하자에 대하여는 제1항에도 불구하고 담보책임이 없다. 1. 발주자가 제공한 재료의 품질이나 규격 등이 기준미달로 인한 경우, 2. 발주자의 지시에 따라 시공한 경우, 3. 발주자가 건설공사의 목적물을 관계 법령에 따른 내구연한(내구연한) 또는 설계상의 구조내력(구조내력)을 초과하여 사용한 경우, ③ 건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(「민법」 제670조 및 제671조는 제외한다)에 특별하게 규정되어 있거나 도급계약에서 따로 정한 경우에는 그 법령이나 도급계약에서 정한 바에 따른다.

96) 주택법 시행령 제59조의2(입주자대표회의등의 직접 보수) ① 입주자대표회의등은 제59조제3항 후단에 따라 하자보수청구를 한 후 사업주체가 제59조제3항에 따른 기간 내에 하자보수를 이행하지 아니하거나 하자보수계획을 통보하지 아니한 경우에는 법 제46조제2항 본문에 따른 하자



따라 다르지만 총건축비의 100분의 3 정도에 해당하는 금액이 된다. 입주자, 입주자대표회의, 관리주체, 관리단 등은 사업주체가 하자보수계획을 이행하지 아니한 때에는 하자보수보증금으로 직접 보수하거나 제3자에게 대행시킬 수 있다. 입주자대표회의등은 하자보수기간 내에 발생한 하자에 대한 사업

보수보증금(이하 "하자보수보증금"이라 한다)을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다. 다만, 법 제46조의7제1항에 따라 하자진단을 실시하는 경우에는 당사자 간에 합의가 있는 경우에만 이를 할 수 있다. ② 입주자대표회의등은 사업주체가 법 제46조의4제8항에 따른 조정결과에 따라 하자보수를 이행하지 아니한 경우에는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다. ③ 제2항에 따라 입주자대표회의등이 하자보수보증금을 청구한 경우 현금을 보증금으로 예치한 금융기관 또는 하자보수보증금의 보증서 발급기관은 입주자대표회의등에 법 제46조제2항의 사업주체가 예치한 보증금 또는 보증서의 보증금액의 범위에서 하자보수보증금을 청구일부터 30일 이내에 지급하여야 한다. <신설 2012.7.24> ④ 입주자대표회의등은 제1항 및 제2항에 따른 하자보수보증금의 사용내역을 사업주체에게 통보하여야 한다. <개정 2012.7.24>

**제60조(하자보수보증금)** ① 법 제46조제2항 본문에 따라 사업주체(임대를 목적으로 하는 공동주택의 경우에는 건설임대주택을 분양전환하려는 자를 말한다)는 사용검사권자가 지정하는 은행(「은행법」에 따른 은행을 말한다. 이하 같다)에 현금 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 하자보수보증금의 보증서 발급기관에서 발행하는 보증서를 사용검사권자의 명의로 예치하고, 그 예치증서를 사용검사신청서(단지안의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 받으려는 경우에는 임시사용승인신청서를 말하며, 건설임대주택을 분양전환하려는 경우에는 「임대주택법」 및 같은 법 시행령에 따른 분양전환 승인신청서, 분양전환 허가신청서 또는 분양전환 신고서를 말한다)를 제출할 때 사용검사권자에게 제출하여야 한다. 1. 대한주택보증 주식회사가 발행하는 보증서, 2. 「건설산업기본법」에 따른 건설공제조합이 발행하는 보증서, 3. 「보험업법」 제4조제1항제2호라목에 따른 보증보험업을 영위하는 자가 발행하는 이행보증보험증권, 4. 금융기관의 지급보증서, ② 사용검사권자는 입주자대표회의(법 제46조제1항제4호에 따른 관리단을 포함한다. 이하 이 조 및 제61조에서 같다)가 구성된 때에는 지체없이 제1항에 따른 하자보수보증금의 예치명의를 당해 입주자대표회의의 명의로 변경하여야 하며, 입주자대표회의는 사업주체의 하자보수책임이 종료되는 때까지 하자보수보증금을 금융기관에 예치하여 보관하여야 한다. ③ 제1항에 따른 하자보수보증금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액의 100분의 3으로 한다. 다만, 건설임대주택이 분양전환되는 경우에는 본문에 따른 금액에 임대주택 세대 중 분양전환을 하는 세대의 비율을 곱한 금액으로 한다. 1. 대지조성과 함께 공동주택을 건설하는 경우 : 사업계획승인서에 기재된 해당 공동주택의 총사업비[간접비(설계비, 감리비, 분담금, 부담금, 보상비 및 일반분양시설경비를 말한다)는 제외한다. 이하 이 항에서 같다]에서 해당 공동주택을 건설하는 대지의 조성전 가격을 뺀 금액, 2. 대지조성을 하지 아니하고 공동주택을 건설하는 경우 : 사업계획승인서에 기재된 당해 공동주택의 총사업비에서 대지가격을 뺀 금액, 3. 법 제42조제2항제2호의 규정에 의하여 공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링하는 경우 및 동조제3항의 규정에 의하여 리모델링을 하는 경우 : 허가신청서 또는 신고서에 기재된 당해 공동주택의 총사업비, 4. 「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 분양을 목적으로 공동주택을 건설하는 경우 : 사용승인을 신청할 당시의 「임대주택법 시행령」 제13조제5항에 따른 공공건설임대주택 분양전환가격의 산정기준에 의한 표준건축비를 적용하여 산출한 건축비



주체의 보수책임이 종료된 때에는 당초 예치한 하자보수보증금을 순차적으로 사업주체에게 반환하여야 한다.

## 2. 청구권자와 상대방

일반적으로 건설산업기본법 제28조에 의하여 하자담보책임을 지는 일괄 하도급 받은 시공자는 주채무자가 되어 보증회사를 채무자, 보증채권자를 입주자대표회의(단, 입주자대표회의 구성하기 전에는 사용검사권자)로 하는 하자이행에 대한 하자보수보증계약을 한다.

따라서 보증채권자인 입주자대표회의가 하자보수보증금의 청구권자이다. 입주자대표회의등(입주자, 입주자대표회의, 관리주체, 관리단)은 사업주체가 법 제46조의4 제8항에 따른 조정결과에 따라 하자보수를 이행하지 아니한 경우에는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있으나, 하자보수보증금의 권리자는 입주자대표회의에 한정되므로 청구권자는 입주자대표회의로 한정된다고 할 것이다. 하자보수보증금 청구의 상대방은 하자보수보증계약의 채무자인 보증회사가 된다. 실무상에서는 건설공제조합과 대한주택보증 주식회사, 서울보증보험 주식회사가 보증회사로서 하자보수보증계약의 채무자가 된다. 건설공제조합은 건설산업기본법 제54조<sup>97)</sup>에 의하여, 대한주택보증 주식회사(종전에는 주택사업공제조합)는 주택법 제76조<sup>98)</sup>에 의하여 각 설립된 법인이다. 서울보증보험 주식회사

97) 건설산업기본법 제54조(공제조합의 설립) ① 건설업자 상호간의 협동조직을 통하여 자율적인 경제 활동을 도모하고 건설업 운영에 필요한 각종 보증과 자금 융자 등을 위하여 건설업자는 공제조합을 설립할 수 있다. ② 제1항에 따른 공제조합은 법인으로 한다. ③ 공제조합은 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다. ④ 공제조합 조합원의 자격, 임원에 관한 사항, 출자 및 융자에 관한 사항 및 공제조합의 운영에 관한 사항은 정관으로 정한다. ⑤ 공제조합 정관의 기재 사항, 보증대상 및 보증한도는 대통령령으로 정한다.

98) 주택법 제76조(대한주택보증 주식회사의 설립) ① 주택건설에 대한 각종 보증을 함으로써 주택분양계약자를 보호하고 주택건설을 촉진하며 국민의 주거복지 향상 등에 기여하기 위하여 대한주택보증 주식회사를 둔다. ② 대한주택보증 주식회사는 정관으로 정하는 바에 따라 본점의 소재지에서



는 보험업법에 의한 보증보험회사로서 하자보수이행에 대한 보증인이 된다.

## 제2절 하자보수보증대상 하자

### 1. 보증보험약관상의 보증대상

입주자대표회의가 보증채무자인 하자보수보증인에게 하자보수보증금을 청구하려면 하자가 주택법 시행령의 하자보수기간 내에 발생하고 이에 대하여 주채무자인 사업주체가 하자보수를 이행하지 아니하여 손해를 입증하여야 한다. 이와 관련하여 실무상 보증보험회사의 약관을 살펴보면, 대한주택보증 주식회사인 경우 하자보수보증약관에서 “보증사고”를 주택법 시행령 [별표6] 및 [별표7]에서 정한 하자보수대상시설공사에 발생한 하자로서 각 공종별 하자보수책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증채권자의 하자보수청구에도 불구하고 주채무자가 정당한 사유없이 하자보수를 이행하지 아니하는 경우라고 하고, 이러한 경우 하자보수를 이행하거나 하자보수비용을 지급하는 채무를 부담한다고 하고 있으며, 건설공제조합은 하자보수보증약관에서 하자보수보증내역서에 기재 공사 등의 사용검사 또는 검수를 받은 후 하자담보책임기간 내에 사용검사(준공)시의 설계도서를 기준으로 발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써 보증채권자에게 부담하는 채무를 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급한다고 규정하고 있다. 위 두 보증회사와 다소 성격이 다른 회사인 서울보

등기함으로써 성립한다. ③ 대한주택보증 주식회사는 정관을 제정하거나 변경하려는 경우에는 국토해양부장관의 인가를 받아야 한다.

제77조(업무) ① 대한주택보증 주식회사는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 사업주체가 건설·공급하는 주택에 대한 분양보증, 하자보수보증, 그 밖에 대통령령으로 정하는 보증업무, 2. 제1호에 따른 보증을 이행하기 위한 주택의 건설 및 하자보수 등의 업무, 3. 국가·지방자치단체·공공단체 등이 위탁하는 업무, 4. 제40조제6항에 따른 주택건설대지 신탁의 인수업무, 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 업무, ② 제1항에 따른 업무를 수행하기 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



증보험 주식회사는 하자보수보증에 대하여 이행(하자)보증보험증권을 발급하면서 이행(하자)보증보험 보통약관 중요내용으로 “보상하는 손해”에 대하여 ‘보험계약자가 도급계약 또는 매매계약에 대하여 준공검사 또는 검수를 받은 후 하자담보책임기간 안에 발생한 하자에 대하여 그 보수 또는 보완청구를 받았음에도 불구하고 보험증권에 기재된 계약에 따라 이를 이행하지 아니함으로써 채권자인 피보험자가 입은 손해를 보험증권에 기재된 사항과 이 약관에 따라 보상하여 드립니다.’라고 규정하고 있다.

실무상으로 하자보수보증계약을 하는 위 보증(보험)회사들은 모두 공동주택을 건설한 하자담보책임을 부담하는 시공회사인 주채무자가 하자담보책임기간 내에 발생한 하자를 제대로 이행하지 아니함으로써 발생하는 하자보수비용이 하자보수보증의 대상이 되는 것임을 알 수 있다. 그렇다면 입주자대표회의가 하자보수보증금으로 청구하기 위한 하자발생에 대하여 주장·입증을 하여야 하는 것인바, 하자의 발생기간에 대하여 많은 논의가 있어 아래에서 살펴본다.

## 2. 하자의 발생기간

하자보수보증대상에 대하여 하자의 발생기간을 고려하여 보면, 사용검사 이후에 발생한 하자, 사용검사 이전에 이미 하자의 원인이 존재하고 있었다고 하더라도 그로 인한 균열, 작동 또는 기능불량 등이 사용검사 후에 나타난 경우에 대하여는 하자보수보증대상이 되는 하자발생임에는 특별한 문제가 없다. 그러나 미시공, 변경시공, 부설시공 등 사용검사 이전에 이미 나타난 상태가 사용검사 이후까지 지속되어 주택의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래한 경우는 하자보수보증 대상의 하자의 발생으로 볼 수 있는지에 대하여 문제가 된다.





이에 대하여 대법원은 보증대상이 되는 하자는 사용검사일 이후에 발생한 하자이어야 하므로 공사상의 잘못으로 주택의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래하는 균열 등이 사용검사 후에 비로소 나타나야만 한다 할 것이고, 사용검사 이전에 발생한 미시공이나 사용검사 이전에 나타난 균열 등은 그 상태가 사용검사 이후까지 지속되었다고 하더라도 보증대상이 되지 못한다고 판시하였다.<sup>99)</sup> 사실, 사용검사(또는 임시사용승인)일을 기준으로 하여 하자보수보증계약을 하여 하자보증을 하므로 하자보수보증책임을 지나치게 확장할 경우 나타나는 보증기피현상과 보증수수료 고액화 등 부작용을 막기 위하여 범위를 한정할 필요가 있다는 점에서 위 대법원 판례와 같이 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다. 다만, 일부 하급심에서는 개정 주택법 제46조의 ‘사용검사일’은 담보책임기간의 기산일이 아니라 담보책임기간의 만료일을 계산하기 위한 기준일에 불과하다고 보아 주택법 적용을 주장하지만, 이러한 해석은 ‘위 기간 이내에 발생한 하자’를 책임의 대상으로 정한 법규정에 반하여 부당하다고 할 것이다.<sup>100)</sup>

99) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다77848 판결에서 “... 위 관리령 및 관리규칙에서는 하자보수대상인 시설공사의 구분 및 하자의 범위와 그 하자보수책임기간을 규정하면서, 하자의 범위를 ‘공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·들뜸·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착 또는 접지불량 및 결선불량, 고사 및 입상불량 등으로 건축물 또는 시설물 등의 기능상·미관상 또는 안전상 지장을 초래할 정도의 하자’라고 규정하고 있으므로, 결국 보증대상이 되는 하자는 미시공, 변경시공 그 자체가 아니라, ‘공사상의 잘못으로 인하여 건축물 또는 시설물 등의 기능상·미관상 또는 안전상 지장을 초래할 수 있는 균열·처짐 등의 현상이 발생한 것’을 의미한다고 보아야 할 것이고, 그 공사상의 잘못이 미시공이나 변경시공이라 할지라도 달리 볼 것은 아니라 할 것이어서, 비록 미시공이나 변경시공으로 인하여 건축물 자체에 위와 같은 균열 등이 발생할 가능성이 내재되어 있었다고 할지라도 그 자체만으로 보증대상이 되는 하자가 사용검사 이전에 발생한 것이라고 볼 것은 아니라 할 것이며, 그와 같은 균열 등이 실제로 나타나서 기능상·미관상 또는 안전상 지장을 초래하게 되었을 때 하자가 발생하였다고 보아야 할 것이고, 한편, 그 보증대상이 되는 하자가 되기 위해서는 보증계약에서 정한 보증기간 동안에 발생한 하자로서 사용검사일 이후에 발생한 하자이어야 하므로, 공사상의 잘못으로 주택의 기능상·미관상 또는 안전상 지장을 초래하는 균열 등이 사용검사 후에 비로소 나타나야만 한다 할 것이고, 사용검사 이전에 나타난 균열 등은 그 상태가 사용검사 이후까지 지속되어 주택의 기능상·미관상 또는 안전상 지장을 초래한다 할지라도 이는 위 의무하자보수보증계약의 보증대상이 되지 못한다.”고 판시하였다. 유사 판례는, 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69660 판결 ; 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결 ; 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다15988 판결

100) 윤재윤, 앞의 저서, 343면





하자보수보증계약상 보증기간을 주택법 시행령상의 하자보수기간과 달리 정한 경우에는 어떤 것이 우선하는지가 문제된다. 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결(원고 입주자대표회의, 피고 건설공제조합, 보증금지급 청구 사건)에서 “사업주체가 공동주택의 사용검사권자에게 사용검사신청서를 제출하면서 위 규정에 따라 건설공제조합(피고)이나 주택사업공제조합으로부터 하자보수보증서를 발급받아 이를 예치한 경우, 그 하자보수보증서에 의하여 보증대상이 되는 하자의 보수책임기간도 사용검사일로부터 구 공동주택관리규칙 제11조 제1항 [별표 3]에 규정된 바와 같이 각 세부항목별로 1년 또는 2년, 3년으로 한정된다고 보아야 하며, 설령 그 하자보수보증서에 구 공동주택관리규칙 [별표 3]에 정해진 1년 또는 2년, 3년의 하자보수책임기간에 관계없이 모든 하자에 대한 보증기간이 3년으로 기재되어 있다고 하더라도 보증대상이 되는 하자는 구 공동주택관리규칙 [별표 3]에 정해진 하자보수책임기간을 도과하기 전에 발생한 것이어야 하고 그 이후에 발생한 하자는 비록 그것이 하자보수보증서에 기재된 보증기간 내에 발생하였다 할지라도 그 보증대상이 되지 않는다고 보아야 한다(대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결 등 참조).”라고 판시하면서 보증인인 건설공제조합이나 주택사업공제조합의 채무범위가 주채무자인 사업주체의 채무범위를 넘을 수는 없다는 전제로서 주택법 시행령(공동주택관리령)상의 기간이 우선함을 명백히 하였다.<sup>101)</sup>

그러나 위 대법원 판례에 대하여, 주택법 시행령의 입법취지상 개별약정으로 하자보수기간을 관리령상 기간보다 더 늘리는데 반대할 이유가 전혀 없고, 보증계약체결시나 하자보수청구시에 관리령상의 다양한 각종 하자보수기간을 인식한다는 것이 현실적으로 어려우므로 약정 보증기간 내에 발생한 하자는 공동주택관리령상 기간에 관계없이 모두 보증대상이 된다고 해석

101) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2002다 4290 판결



하는 것이 옳다고 보는 견해가 있다.<sup>102)</sup>

동일한 하자에 관하여 각 하자보증기간이 3년 및 10년인 보증계약이 병존하는 경우에 각 보증계약상 대상이 되는 하자의 범위는 어떻게 되는지가 문제된다. 이에 대한 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다76020 판결에서 “주택사업공제조합과 사업주체가 보증계약 체결시 정하는 보증기간이 구 공동주택관리령 제16조에서 정한 하자보수책임기간에 의하여 제한된다고 볼 것은 아니므로 주택사업공제조합과 사업주체 사이에 특별히 보증계약으로 보증하고자 하는 하자의 내용을 정하지 않고 단지 보증기간만을 정하는 경우에는 그 보증계약상의 보증금액에 의하여 보증되는 하자는 그 보증기간 내에 발생한 하자보수책임기간 내의 모든 하자를 의미한다고 볼 것이고, 당해 보증계약이 보증기간으로 정한 기간 내에 속하는 단기인 다른 보증계약의 보증기간을 제외한 나머지 기간 중의 하자만을 보증하는 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시하여, 장기인 보증계약은 단기인 다른 보증계약의 보증기간을 제외한 나머지 기간 중의 하자만을 보증하는 것이 아니라 모든 하자를 보증하는 것이라고 하였다.<sup>103)</sup>

### **제3절 하자보수보증채권의 소멸시효**

#### **1. 소멸시효 관련 법규**

하자보수보증계약의 보증회사는 대한주택보증주식회사의 전신이라고 할 수 있는 주택공제사업조합, 건설산업기본에 의한 건설공제조합 그리고 서울보증보험 주식회사가 있는바, 이에 대한 소멸시효에 대한 관련 법률을 보면 다음과 같다.

---

102) 윤재윤, 앞의 저서, 344면

103) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다63728 판결 ; 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결



주택사업공제조합은 구 주택건설촉진법에 의하여 주택건설 등록업자들이 상호 협동조직을 통한 신용도를 높이고 자율적인 경제활동을 도모하기 위하여 주택사업에 관한 의무이행에 필요한 각종 보증 및 자금의 융자 등을 행하기 위하여 설립된 조합<sup>104)</sup>으로서 하자보수보증을 하였는바, 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항으로 보증채권자가 조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하였다. 그러나 1999. 2. 8 법률 제5908호로 개정된 구 주택건설촉진법에 의하여 위 주택공제사업조합이 대한주택보증 주식회사로 바뀌면서 위 소멸시효에 관한 규정이 없어졌다.<sup>105)</sup>

건설공제조합은 2011. 5. 24. 개정 전의 건설산업기본법에 의하여 “보증채권자가 공제조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간만료일부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”라고 하였으나, 2011. 5. 24. 개정되어 “보증기간 만료일부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”라고 하여 소멸시효 기간을 대폭 단축하였다.<sup>106)</sup>

서울보증보험 주식회사는 상법의 적용을 받는 바, 상법 제662조에 의하

104) 구 주택건설촉진법 제47조의6(주택사업공제조합의 설립) ① 등록업자는 상호 협동조직을 통한 신용도를 높이고 자율적인 경제활동을 도모하기 위하여 주택사업에 관한 의무이행에 필요한 각종 보증 및 자금의 융자등을 행하는 주택사업공제조합(이하 "조합"이라 한다)을 설립할 수 있다. ② 조합의 인가절차 및 정관의 기재사항, 임원에 관한 사항, 보증의 대상·수수료 및 출자자와 조합의 설립·운영 및 감독등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 제47조의7(사업) ① 조합은 다음 각호의 사업을 행한다. 1. 하자보수보증·손해배상보증·지급보증·분양보증 및 기타 보증,

105) 구 주택건설촉진법(제5908호 1999.02.08 일부개정) 제47조의6(대한주택보증 주식회사의 설립) ① 주택건설에 대한 각종 보증을 행함으로써 주택분양계약자를 보호하고, 주택건설을 촉진하여 국민의 주거복지향상과 균형있는 국민경제의 발전에 기여하기 위하여 대한주택보증 주식회사(이하 "회사"라 한다)를 둔다. 제47조의7(업무) ① 회사는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각호의 업무를 수행한다. 1. 사업주체가 건설·공급하는 주택에 대한 분양보증, 하자보수보증 및 기타 대통령령으로 정하는 보증, 2. 제1호의 규정에 의한 보증이행을 위한 주택의 건설 및 하자보수등

106) 건설산업기본법 제10719호 2011.05.24 일부개정, 제67조(공제조합의 책임) ① 공제조합은 보증한 사항에 관하여 법령이나 그 밖의 계약서 등에서 정하는 바에 따라 보증금을 지급할 사유가 발생하였을 때에는 그 보증금을 보증채권자에게 지급하여야 한다. ② 제1항에 따라 보증채권자가 공제조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.



면 채권자가 보험사고 발생일로부터 2년간 청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 하였으며, 이행(하자)보증보험약관 제4조 제2항에 의하여도 보험금 청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정되어 있다.

## 2. 소멸시효 적용의 문제점

### 가. 소멸시효의 기산점

소멸시효 기산점은 주택사업공제조합의 하자보수보증은 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항으로 보증채권자가 조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일로부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하였고, 건설공제조합의 하자보수보증은 건설산업기본법 제67조에 의하여 “보증기간 만료일로부터 2년간(2011. 5. 24. 개정 전에는 5년간) 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”고 규정하였는바, 모두 소멸시효의 기산점을 보증기간 만료일부터라고 명확하게 하였기 때문에 달리 문제가 되지 않는다.

대한주택보증 주식회사의 하자보수보증책임에 대하여는 과거 주택사업공제조합과 달리 주택법상에 소멸시효에 관한 규정이 없기 때문에 소멸시효의 기산점은 보증사고가 발생한 날부터라고 하여야 할 것이고, 서울보증보험 주식회사의 이행(하자)보증보험책임에 대하여는 상법과 약관에 의하여 보증사고 내지 보험사고가 발생하였다고 할 수 있는 채권자가 하자보수청구에도 불구하고 시공자(주채무자)가 하자보수를 제대로 이행하지 아니하였을 때, 즉, 시공자가 하자보수의무를 불이행한 때로부터 소멸시효가 진행한다고 할 것이다.



## 나. 소멸시효기간

하자보수보증채권의 소멸시효기간에 대하여 개정된 건설산업기본법 제67조에 보증기간 만료일로부터 2년간, 상법 제662조에 보험사고 발생일로부터 2년간이라고 규정되어 있어 문제되지 않는다고 할 수 있으나, 과거 주택사업공제조합의 경우에는 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항에 의하여 보증기간 만료일로부터 5년간으로 규정되었다가 위 주택건설촉진법이 1999. 2. 8 법률 제5908호로 개정되면서 주택사업공제조합이 없어지고 대한주택보증 주식회사로 되면서 위 소멸시효에 관한 규정도 없어졌기 때문에 대한주택보증 주식회사의 하자보수보증채무의 소멸시효기간이 민사상 10년인지 아니면 상사상 5년인지 문제되었으나, 이에 대하여는 대법원 판례에서 상사소멸시효를 적용하여 보증사고일로부터 5년으로 보았다.

## 다. 대법원 판례

대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다76020 판결에서 「하자보수보증금채권의 소멸시효기간 및 기산일은 그 채권이 발생할 당시 시행·적용되던 법률에 따라 정하여지는 것이고, 그 후 그 법률이 개폐되었다거나 적용 법률이 달라지게 되었다하여 개정 법률이나 신법 또는 새로 적용될 법률에 따라 그 기간이 정하여질 수 없음은 법률불소급의 원칙상 당연하다(대법원 1996. 6. 28. 선고 96다2453 판결). 이 사건 보증계약이 체결될 당시 시행·적용되던 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항에는 ‘보증채권자가 하자보수보증계약에 따라 가지는 보증금에 관한 권리에 대하여 보증기간 만료일부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.’라고 규정되어 있었는데, 구 주택건설촉진법이 1999. 2. 8. 법률 제5908호로 개정되면서 위 규정이 삭제되고, 그 개정된 주택건설촉진법은 같은 해 3. 1.부터 시행되었다(부칙 제1조).



위 법리에 비추어 볼 때, 우선 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항이 시행·적용되던 1999. 2. 28.까지 발생한 원고의 하자보수보증금채권의 소멸시효기간은 위 규정에 따라 5년이라 할 것이고, 그 소멸시효의 기산일은 위 규정이 민법에 우선하여 적용되어 보증사고의 발생일과 관계없이 보증기간 만료일이라 할 것이다. 반면, 위와 같이 개정된 주택건설촉진법이 시행된 1999. 3. 1. 이후에 발생한 원고의 하자보수보증금채권에 대하여는 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항이 적용될 수 없고, 민법 등의 규정에 따라 소멸시효기간 및 기산일을 정하여야 하는데, 이 사건 보증계약은 주택사업공제조합과 주식회사 연합주택 사이에 체결된 제3자를 위한 계약이라 할 수 있고, 주식회사 연합주택에 대하여 상행위에 해당하는 이 사건 보증계약에 기하여 취득하는 원고의 하자보수보증금채권은 상사채권에 해당한다 할 것이므로, 그 소멸시효기간은 상법 제64조에 의하여 5년이며, 그 소멸시효의 기산일은 이 사건 보증계약에서 정한 보증사고의 발생일이라 할 것이다.」라고 판시하였다.<sup>107)</sup>

따라서, 원심으로서는 이 사건 아파트에 발생한 하자보수책임기간이 1년, 2년 또는 3년인 하자에 관한 원고의 하자보수보증금채권을 구 주택건설촉진법 제47조의12 제2항이 시행·적용되던 때에 발생한 부분과 그 후에 발생한 부분으로 나누어 각각 적용될 소멸시효기간 및 기산일을 정한 다음, 나아가 그 하자보수보증금채권이 시효로 소멸하였는지 여부를 판단하였어야 했다.

## 라. 소멸시효 중단

입주자대표회의는 사업주체(분양자)에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 주체가 되지 아니하므로 앞에서 살펴본 바와 같이 입주자대표

---

107) 대법원 2009.2.26. 선고 2007다83908 판결



회의가 사업주체에게 하자보수청구를 하였다고 하더라도 위 손해배상청구권의 소멸시효나 제척기간이 중단되지 아니한다고 할 것이나, 하자보수보증금 지급청구에 대하여는 채권자이므로 입주자대표회의가 채무자인 보증회사에게 하자보수보증금 지급청구를 하였을 때 소멸시효가 중단된다고 할 수 있다.

#### 마. 건설공제조합의 소멸시효 기간 단축의 문제점

건설공제조합은 2011. 5. 24. 개정 전의 건설산업기본법 제67조에 의하면 “보증채권자가 공제조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간만료일부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”라고 하였으나, 2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되어 “보증기간 만료일부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”라고 하여 소멸시효 기간을 대폭 단축하였으며, 위 법 부칙 제1조에 의하여 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고 있다.

대한주택보증 주식회사의 하자보수보증채무는 상사채무로서 보증사고가 발생한 날부터 5년의 소멸시효기간이 적용되며, 서울보증보험 주식회사의 이행(하자)보증보험채무는 상법(보험법)에 의하여 보험사고(보증사고)가 발생한 날로부터 2년의 소멸시효기간이 적용되어 하자보수보증채권자에 대한 권리가 어느 정도 보장되지만, 건설공제조합의 하자보수보증채무는 위 법 제67조에 의하여 보증기간 만료일부터 2년의 소멸시효가 적용되므로 보증채권자인 입주자대표회의가 사업주체에게 하자보수청구를 하고 기다리다 보면 하자보수보증채권의 소멸시효가 경과되고, 그러던 중, 사업주체가 도산하게 되면 하자보수를 보장할 수 없게 되어 상당한 문제가 발생한다. 이에 공동주택의 입주자대표회의는 사업주체에게 하자보수청구를 하면서 보증기간 만료 후 2년 이내에 건설공제조합을 상대로 하자보수보증금 청구의 소송



을 제기하여 소멸시효 완성을 막아야 할 것인바, 현재보다도 건설공제조합에 대한 소송이 많아질 것으로 보인다.

따라서 건설산업기본법 제67조를 개정하여 소멸시효기간을 5년으로 연장하든지 소멸시효 기산점을 보증기간 만료일부터로 할 것이 아니라 보증사고 발생일로 하여야 할 것이다.

## **제4절 하자보수보증금의 지급범위와 반환**

### **1. 하자보수보증금의 법적성격**

공동주택에 하자가 발생하였을 때 사업주체가 하자보수를 이행하지 않는 경우 하자보수보증금의 지급은 실제로 하자보수를 하는데 드는 실손해액에 한정되는지, 보증금 전체의 지급의무가 발생하는지의 문제가 있으나, 특별한 약정이 없다면 하자보수보증금의 지급의무는 실손해액에 한정된다고 할 것이다. 만일 실제 드는 하자보수비용이 하자보수보증금을 초과하더라도 그 초과부분에 대하여는 지급의무가 없으며, 이에 대하여는 사업주체가 부담하여야 한다. 그러나 하자보수보증 약정에 “하자가 발생한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다.”라는 조항이 있다면 하자보수보증금이 위약벌 또는 손해배상액의 예정이 되는지 문제가 된다. 민법 제398조 제4항에 의하여 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로 특별한 약정이 없으면 손해배상액의 예정으로 보게 된다. 양자구별의 중요한 차이는 위약금 이외에 별도의 손해배상을 구할 수 있는가와 손해배상에 대하여 감액이 가능한가에 있으므로 일응 보증금의 귀속과 별도로 손해배상책임약정이 있거나, 별도의 제재가 부과될 정도로 하자보수의무의 이행이 특별히 강조되는 사정이 있다면 이 경우는 위약벌로 볼 가능성이 높다고 할 것이다.





## 2. 대법원 판례

대법원 2002. 7. 12. 선고 2000다17810 판결에서 “공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이고( 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001다14689 판결 참조), 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.”고 판시하여, 하자보수보증인에 대하여는 보증금액을 초과하는 손해배상을 구할 수 없으나, 수급인에 대하여는 위 보증금액을 초과하는 실손해에 대하여 손해배상을 구할 수 있다고 보았다.

## 3. 하자보수보증금의 반환

입주자대표회의는 공동주택에 하자보수책임기간 내에 하자가 발생하지 않았거나, 하자가 발생하였다고 하더라도 사업주체가 하자보수를 하였을 경우에는 사업주체가 예치한 하자보수보증금을 다음 각 호의 구분에 따라 순차적으로 사업주체에게 반환하여야 한다. 이 경우 주택법 시행령 제59조의2에 따라 하자보수보증금을 사용한 경우에는 이를 포함하여 다음의 비율을 계산하되, 이미 사용한 하자보수보증금은 이를 반환하지 아니한다(주택법 시행령 제61조).

1. 사용검사일부터 1년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 10
2. 사용검사일부터 2년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 25



3. 사용검사일부터 3년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 20
4. 사용검사일부터 4년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15
5. 사용검사일부터 5년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15
6. 사용검사일부터 10년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15

## 제5절 하자보수보증책임과 손해배상책임의 관계

### 1. 문제의 제기

공동주택에서 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 구분소유자들에게 있고, 입주자대표회의에게는 위 손해배상청구권의 주체가 인정되지 않는다. 입주자대표회의는 하자보수보증계약의 보증채권자 내지 피보험자로서 하자보수보증금의 채무자인 보증인(실무상으로 대한주택보증 주식회사, 건설공제조합, 서울보증보험 주식회사)을 상대방으로 하는 하자보수보증금 청구권자이다.

아파트 입주자대표회의는 아파트의 공용부분 또는 전유부분에 하자가 발생하였을 때 사업주체에게 하자보수요청 공문을 보내는 등으로 하자보수청구권을 행사한다. 이와 같이 사업주체가 입주자대표회의 또는 관리주체로부터 하자보수요청 공문을 받고서도 아파트에 발생한 하자에 대하여 보수를 제대로 이행하지 아니하는 경우에는 아파트 입주자들에 의하여 선출된 동별 대표자들로 구성된 입주자대표회의에서 하자보수금청구를 위한 소송을 준비하게 된다.

아파트 입주자대표회의는 소송을 하기 위하여 사실 하자진단업체에게 아파트 하자발생에 대한 하자보수비용을 적출하고, 이렇게 하자보수비용을 산출한 자료를 사업주체 특히 시공자인 건설사에게 보내서 하자보수청구를 한다. 이러한 절차에도 사업주체가 입주자대표회의의 하자보수청구에 불응



하게 되면 입주자대표회의는 소송을 하게 되는데, 이때 입주자대표회의가 원고로 하고, 분양자인 건축주, 시공사, 그리고 하자보수보증인을 상대로 소를 제기한다. 이런 소송에 있어서 당사자 문제, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 하자보수보증금 지급청구권과의 관계 등이 문제가 된다. 이에 대하여 항목을 바꾸어서 검토한다.

## 2. 하자소송 당사자

### 가. 청구인 - 원고

아파트에 발생한 하자에 대하여 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 소송을 함에 있어, 구분소유자들이 원고로 하여 소송을 제기하는 경우도 있으나, 이러한 경우 원고들의 수가 너무 많아 소송 진행의 어려움 때문에 아파트 입주자대표회의를 원고로 하여 소송을 하게 된다. 이러한 경우 입주자대표회의는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 주체가 될 수 없기 때문에 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양도받아 양수금청구를 하면서, 아울러 하자보수보증금 지급청구도 같이 한다. 소송실무에서는 아파트 입주자대표회의가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구와 하자보수보증금 지급청구를 병행하여 하는 것이 일반적이나, 이에 대하여 살펴본다.

### 나. 상대방 - 피고들

입주자대표회의는 공동주택 아파트를 신축하여 분양한 건축주인 시행사, 시행사로부터 일괄도급을 받아 아파트를 건축한 시공사 그리고 하자보수보증인을 상대로 하여 소송을 한다. 이에 건축주인 분양자, 시공사 그리고 보증사가 소송의 상대방으로서 피고들이 된다. 사실, 근래부터 구분소유자들



의 시공자에게 직접 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 인정되지 않기 때문에 시공자를 제외하고 분양자와 보증인을 상대로 소송하기도 한다.

### **3. 시공자의 손해배상책임**

#### **가. 개정 집합건물법에 의한 구분소유자에 대한 책임**

2012. 12. 18. 개정 전의 집합건물법에 의하면 시공자는 구분소유자에 대한 직접적인 하자담보책임이 없기 때문에 하자보수에 갈음하는 손해배상 책임은 당연히 구분소유자에게 책임을 부담하지 않는다. 이와 관련하여 분양자가 도산하는 등으로 인하여 하자담보책임자에게 자력이 없게 되는 경우에 구분소유자는 시공자에게 직접적으로 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 하지 못하는 문제점이 있으며, 공동주택이 아닌 상가, 오피스텔의 집합건물의 경우에는 하자보수보증금 예치가 강제되지 아니하여 하자보수를 어렵게 하는 등의 문제점이 노출되었다. 이에 대하여 개정 집합건물법 제9조에서 시공자에게 구분소유자에 대한 하자담보책임을 인정하고, 민법 제667조 제2항에 의한 손해배상청구권에 대하여는 분양자가 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 위 손해배상책임을 인정하도록 하였다. 따라서 기존에 구분소유자가 분양자를 대위하여 시공자에게 손해배상책임을 묻는 번거로움이 해소되었다. 그러나 위 개정 집합건물법이 시행되는 2013. 6. 19.부터 사용승인을 받아 입주하는 집합건물에 적용되므로 기존 집합건물법이 적용되는 경우에는 위에서 검토한 문제점이 그대로 존재한다.

#### **나. 시공자의 도급인에 대한 책임**



공동주택을 건축한 시공자는 시행자로서 분양자인 건축주의 도급계약에 의한 수급인으로서 도급인에 대한 하자담보책임이 있다고 할 것이다. 다만, 종래 하급심 판결에서 시공자에게 구분소유자들에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상책임을 분양자와 공동책임으로 인정하였으나, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다12507 판결에서 “주택법 제46조 제1항은 시공자를 포함한 사업주체의 ‘하자보수의무’만을 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우 시공자를 포함한 사업주체의 손해배상의무를 규정하고 있으며, 한편 집합건물법 제9조는 ‘공동주택을 건축하여 분양한 자’의 하자담보책임에 관하여 규정하고 있을 뿐이므로, 위 각 조항을 근거로 시공자에게도 하자보수에 갈음한 손해배상의무가 있다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 근거가 없다.”고 판시하였는바, 현재 소송실무에서는 구분소유자들과 아무런 계약관계가 없는 시공자에게 주택법 제46조 제1항, 집합건물법 제9조 등에서 손해배상책임을 근거가 없어 그 책임을 인정하지 않고 있다.

소송실무상 입주자대표회의는 분양자인 건축시행자, 시공자 그리고 보증인을 상대로 소송을 제기하기 때문에 비록 시공자에 대한 책임이 인정되지 않는다고 하더라도 분양자인 건축주에 대한 책임이 인정되므로 위 분양자에게 자력이 충분하다면 별다른 문제가 되지 않는다.

#### 다. 시공자의 채권자대위책임

시공자는 도급인인 분양자에 대한 수급인으로서 하자보수에 갈음하는 손해배상책임을 부담하므로, 공동주택 분양건축주에게 자력이 없는 경우는 구분소유자들이 집합건물법 제9조 및 민법 제667조 내지 제671조에 의하여 분양자에게 가지는 손해배상채권을 양도 받은 입주자대표회의에 대하여 채권자대위책임을 부담한다고 할 것이다. 이때 채권자대위책임을 주장하는 입



주자대표회의가 분양자의 무자력을 입증하여야 할 것이다.

시공자는 분양자와의 도급계약에 의한 수급인으로서 하자담보책임을 부담하는바, 도급인과의 공사도급계약에 의한 책임은 상사거래관계에서 비롯된 것이므로 상사소멸시효에 해당하여 그 소멸시효기간은 5년이라고 할 것이다. 따라서 구분소유자들의 분양자에 대한 공동주택에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 집합건물법에서 인정하는 법정책임으로서 민법상의 10년의 소멸시효에 해당하는 것과 다름에 유의하여 할 것이다.

#### 4. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 관계

##### 가. 인정근거 및 권리관계 당사자가 다른 청구권

공동주택에서 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 집합건물법에 의한 것으로서 구분소유자들의 사업주체(분양자)에 대한 청구권이고, 하자보수보증금 지급청구권은 주택법령을 근거로 하는 것으로서 보증인(대한주택보증주식회사, 건설공제조합, 서울보증보험 주식회사)이 보증채권자(피보험자)를 입주자대표회의로 하고, 시공자의 하자보수이행채무를 보증하는 보증(보험)계약에 의하여 입주자대표회의가 보증인을 상대로 하자보수보증금 지급청구를 하는 것인바, 손해배상청구권과 보증금지급청구권은 근거법령이 달라 인정근거가 다르며, 권리관계 당사자와 책임내용도 다른 별개의 청구권이다.

소송실무에서 입주자대표회의가 구분소유자들의 시행자인 분양자에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 양도받아 이에 대한 양수금청구를 하면서, 보증회사를 상대로 하자보수보증금 지급청구를 하는 것이 일반적이다. 입주자대표회의는 1개의 소송으로 분양자에게는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 구분소유자들에게 양도받은 양수금청구를, 보증회사에게는 하자보수보증계약에 의한 보증금지급청구를 한다. 보증회사의 하자



보수보증금채무는 ‘하자보수에 갈음하는 손해배상’이 아니라 ‘하자보수를 이행하지 아니함에 따른 손해배상채무’를 주채무로 하는 보증채무로서 하자보수에 갈음하는 손해배상채무와는 성격이 다르다고 할 것이다.

## 나. 대법원 판례

대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160 판결에서 “입주자대표회의가 주택법령에 근거하여 피고 조합에 대하여 가지는 보증금청구권은 사업주체의 하자보수의무를 주채무로 한 보증채무의 성격을 가지는 것일 뿐 집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과는 무관한 것이다. 다시 말해 집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과 주택법령에 의한 입주자대표회의의 하자보수이행청구권 및 보증금지급청구권은 그 인정 근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 책임이다. 또한 원고 입주자대표회의에 대한 피고 조합의 보증금지급채무는 피고 회사의 하자보수이행의무에 대한 보증채무일 뿐이고 이 사건에서 원고 입주자대표회의가 주장하는 피고 회사의 손해배상채무가 그 주채무인 것은 아니므로, 원고 입주자대표회의가 피고 회사에 대하여 주장하는 손해배상청구권과 피고 조합에 대하여 주장하는 보증금지급청구권 사이에도 법률상의 직접적인 연계관계는 없다.”고 판단하고, “원심이 입주자대표회의의 을 회사에 대한 청구는 기각하고 예비적 청구인 구분소유자들의 청구는 일부 인용하면서 입주자대표회의의 건설공제조합에 대한 보증금 지급청구도 일부 인용한 사안에서, 원심이 입주자대표회의의 건설공제조합에 대한 청구와 구분소유자들의 을 회사에 대한 청구를 병렬적으로 인용한 것을 잘못이라 할 수 없고, 다만 원심이 인정한 위 각 책임은 그 대상인 하자가 일부 겹치는 것이고 그렇게 겹치는 범위 내에서는 결과적으로 동일한 하자의 보수를 위하여 존재하는 것이므로,



향후 원고들이 그 중 어느 한 권리를 행사하여 하자보수에 갈음한 보수비용 상당이 지급되면 그 금원이 지급된 하자과 관련된 한도 내에서 다른 권리도 소멸하는 관계에 있지만, 이는 의무 이행 단계에서의 조정에 관한 문제일 뿐 의무의 존부를 선언하는 판결 단계에서 상호 배척 관계로 볼 것은 아니므로, 원심이 위 각 청구를 함께 인용한 것이 중복지급을 명한 것이라고 할 수 없다.”고 판시하였다.

##### **5. 시공자의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 시행자에 대한 공사대금채권 잔액으로 상계하였을 때 보증회사의 하자보수 보증금 지급채무가 소멸하는지 여부**

하자보수에 갈음하는 손해배상채무와 하자보수보증금 지급채무는 그 인정근거가 다르고, 청구권자와 그 상대방 및 책임내용도 전혀 다른 별개의 채무이다. 이는 위 2항에서 살펴본 대법원 판례에서도 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 하자보수보증금청구권은 별개의 책임으로서, 양 청구권 모두 인정한다고 하더라도 비록 하자에 의한 채권으로서 일부 겹친다고 하더라도 권리존부를 선언하는 판결 단계에서는 중복판결은 아니라고 하였다.

그러나 최근 서울고등법원 판결에서 “집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과 주택법령에 의한 입주자대표회의의 하자보수이행청구권 및 보증금지급청구권은 그 인정근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 책임이나, 사업주체의 하자보수에 갈음하는 손해배상책임과 보증회사의 하자보수보증금지급책임은 그 대상인 하자가 일부 겹치는 것이고 그렇게 겹치는 범위 내에서는 결과적으로 동일한 하자의 보수를 위하여 존재하는 것이므로, 그 중 어느 한 권리가 행사되어 하자보수에 갈음한 보수비용 상당이 지급되면 그 금원이 지급된 하자과 관련된 한도 내에서





다른 권리도 소멸하는 관계에 있다.”<sup>108)</sup>고 보고, 시공자가 시행자(분양자)에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 시행자(분양자)에 대한 공사대금 채권 잔액으로 상계하여 그 상계부분에 대하여 시공자의 위 손해배상채무가 소멸되었다고 할 것이므로, 보증채권자(피보험자)인 입주자대표회의에게 지급하여야 할 보증금지급채무도 일부 겹치는 하자로 인하여 발생한 채무이기 때문에 하자보수보증금 지급채무를 인정하는 판결을 하게 된다면 이중지급 판결을 하는 것이므로 권리존부를 선언하는 판결단계에서 보증금지급채무가 소멸하였다고 판단하였다.

그러나 위 판결은 보증채무자가 보증채권자(피보험자)인 입주자대표회의에게 시공자의 하자보수이행채무를 보증채무로 한 것으로서 시공자가 하자보수이행채무를 하지 아니함에 따라 보증금지급채무가 있는데, 그 인정근거와 권리당사자, 책임의 내용도 다른 시공자의 시행자에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채무가 공사대금채권 잔액으로 상계하여 소멸하였기 때문에 위 보증금지급채무도 소멸되어야 이중지급을 막을 수 있다고 판단한 것인바, 이는 시공자의 하자보수의무불이행에 의하여 보증회사가 보증채권자인 입주자대표회의에게 하자보수보증금이 지급하게 되면 사후 시공자가 보증회사에게 구상금을 지급하게 되어, 시공자는 실질적으로 하자보수비용을 이중으로 지급하는 결과를 초래하므로 이러한 이중지급을 막기 위한 판단으로 보이나, 이 판결은 시공자가 보증회사에 대한 구상채무가 없어지나, 시공자의 하자보

---

108) 서울고등법원 2012. 10. 17. 선고 2011나97029 판결, 이 판결에서 대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160 판결과 관련하여, “이 판결은 구분소유자들의 사업주체에 대한 손해배상청구와 입주자대표회의의 보증회사에 대한 하자보수보증금청구가 동일한 하자의 보수를 위한 것이라고 하더라도 의무의 존부를 선언하는 판결 단계에서 상호 배척관계에 있다고 할 수 없어 위 두 청구를 병렬적으로 인용하는 것을 두고 중복지급을 명하는 것이라고 할 수 없다는 취지의 설시를 하고 있기도 하나, 이 사건과 같이 관리단대표회의가 구분소유자들로부터 사업주체(분양자)에 대한 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 양도받아 분양자를 대위하여 시공자(이 사건 각 보증계약의 피보증인)인 피고 건설사에게 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구함과 아울러 피고 건설사의 시공상 하자에 대한 보증회사인 피고 보증사에게 피고 건설사와 각자 동일한 하자의 보수비용에 해당하는 하자보수보증금의 지급을 구하는 사건에서는 판결단계에서 고려되는 것이 마땅하다.”판단하였다.



수이행채무를 불이행하도록 하는 결과를 초래하여 결국 공동주택에 대한 하자보수보장이 되지 아니하게 되어, 공동주택에 대한 하자보수이행을 보장하기 위한 주택법령상의 하자보수보증금제도가 무의미하게 만들어 입법취지에도 맞지 아니하며, 손해배상청구권과 보증금지급청구권은 그 인정근거, 권리당사자, 그리고 책임내용이 다른데도 각 청구권의 대상이 하자로서 일부 겹치는 부분을 근거로 하는 것에 대하여는 비판의 여지가 있다고 할 것이다.

시공자가 시행자에게 가지는 공사대금채권 잔액으로 시행자에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 상계하는 경우에 보증회사의 입주자대표회의에 대한 하자보수 보증금지급채무는 소멸되지 않는다고 할 것이다. 위 손해배상청구권과 보증금지급청구권은 그 인정근거, 권리당사자, 책임내용이 전혀 다른 채무이기 때문에 시공자와 시행자 사이에서 공사대금채권 잔액으로 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 상계되어 소멸되었다고 하더라도 하자보수 보증금지급청구권은 하자보수의무를 이행하여야 하는 보증채무의 주채무자가 시공자인바, 이는 보증채무의 부종성에 해당되지도 아니할 뿐만 아니라 하자보수이행 보장을 위하여서라도 보증금지급채무가 소멸되었다고 할 수 없는 것이다.



## 제8장 결 론

집합건물인 공동주택의 하자담보책임 문제는 국민의 주거생활에 직접적으로 막대한 영향을 미친다고 할 것이다. 과거 공동주택인 아파트를 구입하는 그 자체가 중요하게 여겨졌을 때는 공동주택에 발생한 사소한 하자에 대하여는 특별하게 소송으로까지 가지 않았으나, 근래에는 공동주택의 소비자들인 구분소유자(입주자)들은 어렵게 마련한 아파트에 대한 품질을 따지게 되었고, 아파트 자치관리기구인 입주자대표회의를 통하여 분양 시행자나 건축시공자에게 하자보수요청을 하다가 하자보수이행이 미흡하게 되면 적극적으로 하자소송(하자보수에 갈음하는 손해배상청구 및 하자보수보증금청구 소송 등을 총괄하는 의미)을 제기하기에 이르렀다.

공동주택에 대한 하자담보책임에 대하여 집합건물법상의 하자담보책임, 주택법상의 하자관계책임과 이와 관련하여 아파트 입주자대표회의에게 인정되는 주택법상의 하자보수청구권과 집합건물법상의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 인정여부 및 이에 대한 문제점과 하자책임기간에 대하여 살펴보고 하자보수보증책임과 이에 대한 관련성에 대하여 검토하였듯이, 입주자나 입주자대표회의가 하자보수소송을 제기함에 따라 하급심 판결에서 엇갈리는 판결이 나오게 되었고, 대법원은 이러한 하급심 판결에 대하여 엇갈리는 법률적용 및 법리해석을 정리하는 판결을 하였다. 그러던 중, 대법원은 입주자대표회의가 제기한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 소송에 있어서 입주자대표회의에게 위 손해배상청구권의 주체를 인정하지 아니하는 판결과 분양자가 아닌 시공자는 구분소유자들에게 직접적으로 하자보수에 갈음하는 손해배상책임이 없다는 판결을 하였다. 이에 입주자대표회의는 구분소유자들로부터 손해배상채권을 양도받아 분양자에게 위 양수금 청구



소송을 하게 되었고, 이러한 소송에서 발생하는 집합건물법상의 제척기간과 소멸시효에 대한 해석이 대법원 판례로서 정리되면서 현행 집합건물법과 주택법령에 입법 문제를 어느 정도 해결하였다.

이러한 가운데, 법무부에서 집합건물법에 대한 개정안 발의에 따라 집합건물법이 2012. 12. 18. 개정되어, 개정 전 집합건물법에서 공동주택의 구분소유자가 시공자에게 하자담보청구권을 인정하는 근거규정이 없어, 분양자에게 자력이 없는 경우에는 분양자를 대위하여 시공자에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 해야 하는 문제점을 개선하였으나, 개정 집합건물법이 2013. 6. 19. 시행되기 때문에 기존의 구분소유자에 대하여는 여전히 시공자에 대하여 직접적인 하자담보청구권이 없는 문제점을 가지고 있다. 아파트 수분양자들인 구분소유자들은 아파트 이름이 시공자의 브랜드이고 시공자의 아파트로 알고 분양계약을 하였고, 최초 수분양자들이 아닌 구분소유자들도 시공자의 브랜드를 믿고 아파트를 매수하였는데, 이러한 아파트의 시행자가 부도가 났을 때 구분소유자들(입주자대표회의는 구분소유자들로부터 채권양도를 받은 양수금 청구)은 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 분양자인 시행자에게 있고 시공자에게는 직접적인 청구권이 없기 때문에 결국 위 시행자의 무자력을 이유로 채권자대위청구를 할 수 밖에 없다. 이러한 경우 시공자가 시행자에 대한 공사대금채권 잔액으로 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 상계하게 되면 그 상계금액에 대하여는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 인정되지 아니한다. 또한, 아파트 구분소유자들은 사업주체(시행자, 시공자 포함)들이 아파트를 건축하여 분양한 후 하자담보책임 기간 이내에 도산하는 경우에는 하자보수보증금에 의존하게 되는데, 최근 건설공제조합의 하자보수보증책임의 소멸시효를 2년으로 단축하도록 건설산업기본법을 개정하여 시공자의 책임을 경감시키고 구분소유자들에 대한 하자보수보증을 약화시키는 결과를 초래하였는바, 이는 재고되어야 할 것이다.



구체적인 법률의 적용에 있어서는 각 법령상 규정을 조화롭게 해석하는 것이 불가능할 정도로 모순이 많은 점은 위에서 살펴본 바와 같다. 입법적으로 주택법상 하자보수책임과 민법상 하자담보책임관계의 정립, 주택법상 각종 권리의 행사주체 및 방법의 정비, 하자담보책임기간의 정비 등이 중요한 쟁점이라고 할 것인바, 이러한 쟁점을 정리하려면 주택법과 집합건물법 중 하자담보책임에 관한 부분을 통일적으로 규율하는 법령의 개정이 필요하다고 할 것이다. 물론 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에서는 시공자에게 구분소유자에 대한 하자담보청구권을 인정하고, 하자담보책임기간을 명시적으로 입법하여 지금까지의 문제점은 어느 정도 해결하였다고 할 수 있다.

그러나 공동주택의 수분양자 내지 구분소유자들에게 하자보수를 보장하기 위하여서는 시공자의 하자담보책임과 보증회사의 하자보수보증책임을 더 강력하게 하여야 할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 최근에 건설공제조합의 하자보수보증책임을 소멸시효를 2년으로 단축시킨 건설산업기본법을 개정하여 5년으로 늘려야 할 것이다. 또한, 아파트 건설사들은 하자소송에 대하여 기획소송을 운운하면서 소송제기 자체에 대하여 폄하하거나 하자보수에 대한 책임을 경감시키는데 주의를 기울일 것이 아니라 아파트를 건축하여 분양함에 있어 아파트 품질을 높여서 공동주택 소비자들에게 만족을 주도록 노력하여야 할 것이며, 더 나아가 하자보수에 갈음하는 손해배상에서 단순한 하자보수비용에 국한될 것이 아니라 구분소유자들의 하자발생으로 인한 정신적 고통에 대한 위자료를 인정하여 건설사들의 하자담보책임에 대하여 만전을 기하도록 노력하여야 할 것이다.



## 참 고 문 헌

### [단 행 본]

- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2012
- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2011
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해[Ⅲ] 총칙(3)」, 박영사, 2012
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해[XV] 채권(8)」, 박영사, 2012
- 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003
- 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회, 「건설감정실무」, 서울중앙지방법원, 2011
- 윤재운, 「건설분쟁 관계법」, 박영사, 2011
- 이범상, 「건설관련소송」, 법률문화원, 2010
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2008
- 주석민법, 「채권각칙(4)」, 한국사법행정학회, 1999

### [논 문]

- 강현구, “공동주택의 하자담보책임 : 재판 실무상 쟁점을 중심으로”, 전  
북대학교 학위논문(석사), 2009
- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구(26권 1호) 법문사, 2009
- 구재균, “공동주택분양자의 하자담보책임기간에 관한 연구 : 헌법재판



- 소 2008.7.31. 선고 2005헌가16 결정과 관련하여”, 외법논집 제33권 제1호 한국외국어대학교 법학연구소, 2009
- 노종찬, “공동주택의 하자담보책임기간”, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원, 2006
- 문성제, “하자담보책임법 개정을 위한 논의와 방향성을 위한 소고 : 독일 개정민법의 내용을 중심으로”, 재산법연구 제27권 제2호 한국재산법학회, 2010
- 박수곤, “주택하자담보책임의 법이론의 발전과 내용 - 私法을 중심으로” 토지법학 제24-1호 한국토지법학회, 2008
- 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 44권 12호, 1995
- 변우주, “공동주택의 입주자대표회의의 법적지위”, 재산법연구 24권 3호, 법문사, 2008
- 여훈구, “공동주택 분양자의 하자담보책임에 관한 몇 가지 문제점”, 민사재판의 제문제 제12권, 민사실무연구회, 2003
- 윤인태, “집합건물 분양자의 하자담보책임-특히 아파트를 중심으로”, 판례연구 제12집(조무제 대법관화갑기념호), 부산판례연구회, 2001
- 윤일구, “하자담보책임의 고찰과 입법적 제언”, 전남대학교 법학논총 제30집 제1호, 2010
- 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임”, 사법논집 38집, 법원도서관, 2004
- 이수철, “입주자대표회의의 소송수행권”, 판례연구(부산지법) 16집, 2005
- 이재욱, “개정주택법의 적용범위와 하자담보책임의 소멸시효 및 제척기간”,



판례연구 제22집, 2011

이준형, “수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 박사학위논문 서울대학교, 2001

이환승, “개정 주택법의 적용범위 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권  
의 소멸시효기간”, 대법원판례해설 77호, 2009

전현철, “공동주택의 하자담보책임 : 판례를 중심으로”, 중앙법학 제11집  
제1호 통권 제31호, 2009

주영달, “아파트 분양계약에서의 하자담보책임”, 석사학위논문 연세대학교, 2006

진무성, “집합건물 하자담보책임과 관련한 법률적 쟁점”, 인권과 정의 356호,  
대한변호사협회, 2006

## **[참고판례]**

### **□ 대법원 판결**

대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1680 판결

대법원 1972. 2. 29. 선고 71다1998 판결

대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2141 판결

대법원 1981. 6. 9. 선고 80므84, 85, 86, 87 판결

대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41880 판결

대법원 1992. 7. 28. 선고 91다44766, 44773 판결

대법원 1993. 7. 27. 선고 92다52795 판결

대법원 1994. 9. 9. 선고 94다17536 판결

대법원 1995. 5. 12. 선고 94다24336 판결

대법원 1995. 10. 13. 선고 94다31747, 31754 판결





대법원 1995. 11. 10. 선고 94다22682, 22699(반소) 판결  
대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975 판결  
대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25371 판결  
대법원 1997. 6. 27. 선고 97다12488 판결  
대법원 1997. 7. 25. 선고 96다47494, 47500 판결  
대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결  
대법원 1999. 4. 9. 선고 98다46945 판결  
대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결  
대법원 2000. 10. 13. 선고 99다18725 판결  
대법원 2001. 6. 12. 선고 2000다58859 판결  
대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결  
대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다8097,8103 판결  
대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다63728 판결  
대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결  
대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결  
대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다17774 판결  
대법원 2003. 8. 22. 선고 2002다 4290 판결  
대법원 2003. 11. 14. 선고 2002다2485 판결  
대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결  
대법원 2004. 4. 9. 선고 2003다7616 판결  
대법원 2004. 12. 9. 선고 2004다37461 판결  
대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결  
대법원 2005. 6. 10. 선고 2004다35625 판결



대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결  
대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다77848 판결  
대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다25632 판결  
대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26694 판결  
대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17993 판결  
대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결  
대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757,2764 판결  
대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결  
대법원 2008. 12. 11. 선고 200812439 판결  
대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490 판결  
대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229 판결  
대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결  
대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다15988 판결  
대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결  
대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결  
대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다92466 판결  
대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다18932,18949 판결  
대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다88368 판결  
대법원 2011. 12. 13. 선고 2011다80531 판결  
대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다65399 판결  
대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다46036 판결  
대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160 판결



## □ 헌법재판소 결정

헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌가16 결정

## □ 하급심 판결

서울고등법원 2001. 4. 4. 선고 2000나63686 판결

서울고등법원 2003. 12. 10. 선고 2002나9831 판결

서울고등법원 2003. 12. 10. 선고 2002나69381 판결

서울고등법원 2004. 2. 4. 선고 2001다67340 판결

서울고등법원 2008. 11. 4. 선고 2007나117551 판결

서울고등법원 2009. 5. 12. 선고 2008나681 판결

서울고등법원 2009. 9. 17. 선고 2009나12049 판결

서울고등법원 2012. 10. 17. 선고 2011나97029 판결

부산고등법원 2000. 2. 14. 선고 99나7084판결

부산고등법원 2008. 10. 7. 선고 2005나5270 판결

대전고등법원 2007. 11. 2. 선고 2007나628 판결

서울지방법원 2000. 11. 7. 선고 97가합26635 판결

서울지방법원 2002. 5. 29. 선고 2000가합74573, 2001가합361584(병합) 판결

서울지방법원 남부지원 2002. 10. 17. 선고 2000가합17071 판결

인천지방법원 2003. 12. 11. 선고 2000가합14749 판결

부산지방법원 1999. 6. 3. 선고 98가합10239 판결

대전지방법원 2006. 11. 30. 선고 2004가합10668 판결

