

# 공동주택 하자담보책임 법제의 현황과 문제

- 2012년 집합건물법과 「주택법」 개정 사항을 중심으로 -

채 향 석\*

## 차 례

- I. 들어가는 말
- II. 공동주택 하자담보책임 법제의 연혁
  - 1. 「주택건설촉진법」 개정(1978. 12. 5.) 및 「공동주택관리령」 제정(1979. 11. 21)
  - 2. 집합건물법의 제정(1984. 4. 10.)
  - 3. 「주택법」으로 전부개정(2003. 5. 29.)
  - 4. 「주택법」의 일부개정(2005. 5. 26.)
  - 5. 집합건물법의 일부개정(2012. 12. 18.)
- III. 하자담보책임의 내용 및 법 적용 관계
  - 1. 개관
  - 2. 하자담보책임의 대상 범위와 법적 성질
  - 3. 하자담보책임기간
  - 4. 하자담보책임 관계자
  - 5. 손해배상청구권
  - 6. 사용검사 전 발생한 하자
- IV. 공동주택 하자담보책임 법제의 개선
  - 1. 공동주택 하자담보책임의 법체계상 문제
  - 2. 공동주택 하자담보책임 법제 정립 방안
- IV. 맺는 말

\* 법제처 경제법제국 법제관

접수일자 : 2013. 10. 13. / 심사일자 : 2013. 11. 30. / 게재확정일자 : 2013. 12. 10.

## I. 들어가는 말

우리나라는 1972년 12월 30일 「주택건설촉진법」을 제정하여 국민주택 건설과 보급을 본격 추진하면서 아파트를 중심으로 연립주택, 다세대주택 등 공동주택의 건축이 활발해 졌으며, 현재 우리 국민들의 대표적인 주거 방식은 아파트로 대표되는 공동주택이 되었다.<sup>1)</sup> 공동주택의 건설·공급에 관한 정책이 정부의 핵심정책 수단의 하나가 된 것도 이와 무관하지 않다고 하겠다. 이와 같이 공동주택은 오늘날 우리 국민들의 기초생활 공간이자 경제활동의 원천이 되고 있으며, 다른 한편으로는 중요한 재산적 가치를 가지고 있다. 이러한 공동주택에 하자가 발생하게 되면 그 재산적 가치의 감소는 물론이고 거주자의 주거안정에도 영향을 줄 수가 있다. 이에 따라 공동주택의 보존과 관리가 무엇보다도 중요한 문제가 되어 가고 있고, 공동주택의 하자로 인한 분쟁도 점점 증가<sup>2)</sup>하고 있는 추세이다.

그런데, 공동주택의 하자는 일반 건축물의 하자와는 구별되는 특징을 가지고 있다. 즉, 공동주택의 하자는 발생원인과 형태가 다양하고 범위가 광범위하여 하자감정이 기술적으로 매우 어렵고, 구분소유자 등 이해관계자가 다수이므로 통일적 처리가 어려우며, 또 공동주택은 사회적 보호필요성이 커서 입주자·세입자 등을 위한 특별한 보호가 필요하다는 점 등이 그것이다.<sup>3)</sup> 이러한 문제를 처리하기 위해 그 동안 공동주택과 관련한 하자에 대하여 「민법」, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 “집합건물법”), 「주택법」, 「건설산업기본법」 등 여러 법령에서 담보책임에 관한 규정들을 두고 있다. 이로 인해 각각의 법령에서 공동주택의 ‘하자담보책임’<sup>4)</sup>을 따로 규율하여 체계적이고 통일적인 법리를 구축하지 못하게

1) 우리나라는 5년마다 ‘인구주택총조사’를 실시하고 있는데, 2010년도 조사에 대한 잠정 집계 결과(2010. 12. 29. 통계청 보도자료)에 따르면, 우리나라 주택 유형 중 공동주택이 전체 주택(14,877천호)의 71%이고 이 중 아파트는 전체 주택의 58.3%로서, 2005년도에 비해 아파트만 24.5%(2005년 6,963천호→2010년 8,671천호) 증가한 것으로 나타났다.

2) 2007년 1월 현재 하자보수 이행청구 건수는 663건(225개 업체)이고, 관련 소송은 160건이 진행 중인 것으로 되어 있다(2008. 2. 국회 건설교통위원회, 주승용 의원 대표발의 「주택법」 일부개정법률안 심사보고서).

3) 윤재윤, 건설분쟁관계법, 박영사, 2011, 301쪽.

되었다. 그 결과 공동주택의 하자담보책임에 대하여는 실체법적으로나 소송실무상으로 관련 법령의 적용 관계에 대한 해석과 관련하여 복잡한 문제를 야기해 왔다.<sup>5)</sup>

이러한 법체계상의 문제를 해소하기 위하여 지난 2012년 12월 18일 집합건물법과 「주택법」의 개정이 이루어 졌다. 특히 집합건물법을 개정하여 「주택법」에 따른 공동주택에 대하여 집합건물법의 적용을 배제하던 규정을 삭제하고 공동주택, 오피스텔, 복합상가 등 모든 집합건물<sup>6)</sup>의 하자담보책임 범위와 책임기간을 일치시키는 등 그 동안 법체계상 논란이 되어 오던 문제를 정리하고자 하였다.

이에 2012년 집합건물법과 「주택법」의 개정으로 그 동안 논란이 되어 오던 공동주택의 하자담보책임에 대한 법적용 관계 문제가 해소되었는지를 분석하고, 이를 토대로 입법론적 관점에서 법제 정비방안을 제시함으로써 원활한 정책집행을 위한 방안을 모색해 보고자 한다. 이를 위해 아래에서는, 먼저 공동주택의 하자담보책임 관련 법제의 연혁을 살펴보고, 다음으로 공동주택 하자담보책임의 대상이 되는 하자의 개념과 법적 성질, 하자담보책임기간, 하자담보책임의 권리자와 의무자, 손해배상청구권 등 각각의 쟁점별 법적용 관계를 분석한 후, 공동주택 하자담보책임 법체계상의 문제와 법제 정립방안을 제시해 보려고 한다.

물론 하자담보책임 법제에 대하여는 기존에 다수의 논의와 연구 성과

4) ‘하자담보책임’은 하자보수, 손해배상 등을 포함하는 개념으로서 집합건물법에서는 ‘담보책임’이라는 용어를 사용해 왔고, 주택관계 법령에서는 구 「주택건설촉진법」에서 처음 ‘하자보수’라는 용어로 사용되다가 2005. 5. 26. 「주택법」 개정시 ‘담보책임’이라는 용어로 변경되었다.

5) 변우주, “집합건물의 하자담보추급권자에 대한 법적 문제점-최근 판례의 동향과 관련하여-”, 『동아법학』제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009. 2, 243-244쪽; 최정현 외 5명, “공동주택 하자분쟁의 법률적 쟁점사항 분석”, 『대한건축학회논문집 구조계』제25권제11호, 한국건축시공학회, 2009. 11, 145쪽.

6) ‘집합건물’은 ‘1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있는 것(집합건물법 제1조)’으로 이는 구분소유를 전제로 한 것이며, 공동주택뿐만 아니라 상가나 오피스텔 등을 포함한다. 한편, ‘공동주택’은 ‘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 주택(「주택법」 제2조제2호)’을 말하며, 이는 건물의 용도 및 형태를 기준으로 한 개념으로서 ‘아파트, 연립주택, 다세대주택’이 이에 해당한다. 따라서 ‘집합건물’이 ‘공동주택’보다 넓은 개념이다.

들이 발견된다. 그러나 공동주택 또는 집합건물의 하자담보책임에 관한 선행연구들을 살펴보면, 대부분 하자소송에 있어서의 법원 판결례를 중심으로 하자담보책임에 관한 주요 법률적 쟁점 사항들을 분석한 후 현행 법령의 조화로운 해석과 적용 방안, 법원의 판정기준 또는 판정체계의 개선방안을 제시하는 것들이 상당수를 점하고 있다. 선행연구 중에는 하자담보책임의 통일적 규율 필요성을 제안<sup>7)</sup>하고 있는 것도 보이긴 하나, 구체적인 하자담보책임 법체계 정립 방법까지 제시하고 있지는 못하다. 이에 본 논문에서는 그 동안의 선행연구들과 최근의 법령 개정사항 및 판례의 동향을 토대로 공동주택 하자담보책임의 법률적 쟁점을 정리해보고, 나아가 하자담보책임에 관한 현행 법체계상의 문제를 극복하기 위한 입법론적 방법을 좀 더 구체적으로 제시해 보려는 것이다.

## II. 공동주택 하자담보책임 법제의 연혁

### 1. 「주택건설촉진법」 개정(1978. 12. 5.) 및 「공동주택관리령」 제정(1979. 11. 21)

공동주택의 하자담보책임은 본래 분양자와 입주자간의 사법적 관계에 기초하여 민사법적 규율이 가해지는 것이었는데, 주택관계 법령에서 공동주택 관리의 일환으로 공법적 규율이 시작되었다. 1978. 12. 5. 법률 제3725호로 개정된 「주택건설촉진법」(제38조제6항)에서 사업주체(국가, 지방자치단체, 대한주택공사, 주택건설사업자)에게 공동주택과 그 부대시설 및 복리시설의 ‘하자보수 책임’을 부과한 것이다. 그 위임에 따라 제정된 「공동주택관리령」(1979. 11. 21. 대통령령 제9665호) 제11조와 「공동주택관리규칙」(1979. 12. 12. 건설부령 제257호) 제12조 및 별표 4에서 콘크리트공사 등 주요시설 공사는 2년, 도장공사 등 그 관리시설 공사는 1년으로 하자보수 청구기간을 세부적으로 정하고, 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 관리주체(입주자로 구성된 자치관리기구, 주택관리인)가 보수를 요구할 수 있도록 하였다.

7) 윤재운, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 『저스티스』제36권제3호 통권 제73호, 한국법학원, 2003. 6.

**「주택건설촉진법」(1978. 12. 5. 법률 제3725호)**

제38조 (공동주택의 관리) ⑥사업주체는 대통령령이 정하는 바에 따라 공동주택과 그 부대시설 및 복리시설의 하자를 보수할 책임이 있다.

**「공동주택관리령」(1979. 11. 21. 대통령령 제9665호)**

제11조 (사업주체의 하자보수) ① 법 제38조제6항의 규정에 의한 공동주택등의 하자보수기간은 주요시설인 경우에는 2년이상으로 하고, 그외의 시설인 경우에는 1년이상으로 하되, 하자보수대상시설의 종류 및 범위와 기간은 건설부령으로 정한다.

③제1항의 규정에 의한 기간내에 공동주택등의 하자가 발생한 때에는 관리주체는 사업주체에 대하여 이의 보수를 요구할 수 있으며 사업주체는 지체없이 이에 응하여야 한다.

「주택건설촉진법」에 따른 하자담보책임에 관한 규정은 이후 몇 차례 개정을 통해 하자담보책임의 의무자에 ‘건축주’를 추가하고, ‘하자보수보증금 예치제도’와 내력구조부의 중대한 하자에 대한 ‘손해배상책임제도’를 도입하였고, ‘하자보수기간’도 내력구조부의 경우 10년(기둥·내력벽) 또는 5년(보·바닥·지붕)으로, 그 밖에 시설공사별로는 1년에서 3년으로 더 세분하였다.

**「주택건설촉진법」(1981. 4. 7. 법률 제3420호 및 1994. 1. 7. 법률 제4723호)**

제38조 (공동주택의 관리) ⑭사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주를 포함한다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다. <신설 1981·4·7, 1987·12·4, 1991·5·31>

⑮제14항의 규정에 의한 사업주체와 건축주는 대통령령이 정하는 바에 따라 하자보수보증금을 예치하여야 한다. 다만, 국가·지방자치단체·대한주택공사 및 지방공사인 사업주체는 그러하지 아니하다. <신설 1981·4·7, 1987·12·4, 1992·12·8>

⑯제14항의 규정에 의한 사업주체와 건축주는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 10년의 범위내에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 구조별 하자보수기간과 하자의 범위는 대통령령으로 정한다. <신설 1994·1·7>

## 2. 집합건물법의 제정(1984. 4. 10.)

1960년대 후반 이후의 경제발전과 인구의 도시집중으로 인하여 대도시 에 아파트 등 집합건물이 급격히 증가함에 따라, 공동주택 생활 등을 합 리적으로 규율하고 그 권리관계를 간명히 공시할 수 있도록 집합건물법 이 제정(1984. 4. 10. 법률 제3725호) 되었다. 이때 제정된 집합건물법 제9 조에서 아파트 등 집합건물 분양자에게 「민법」상 도급에 관한 규정을 준 용하여 수급인의 하자담보책임을 부과하였다. 이는 종래 분양계약의 법적 성격에 대한 견해대립(매매계약설, 도급계약설, 혼합계약설)이 있었던 것 을 「민법」상 수급인의 담보책임 규정을 준용하도록 하여 입법적으로 해 결한 것으로 평가된다.<sup>8)</sup>

### 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(1984. 4. 10. 법률 제3725호)

제9조 (담보책임) ① 제1조의 건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하 여는 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용한다.

②제1항의 분양자의 담보책임에 관하여는 민법에 규정하는 것보다 매수인 을 불리하게 한 특약은 그 효력이 없다.

부칙 제6조 (주택건설촉진법과의 관계) 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.

### 「민법」

제667조(수급인의 담보책임) ①완성된 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.

②도급인은 하자의 보수에 가름하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

제671조(수급인의 담보책임-토지, 건물 등에 대한 특칙) ① 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이 와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다.

8) 변우주, 앞의 글, 각주 19) 참조.

이에 따라 공동주택 분양계약에는 「민법」 제667조에 따라 수급인의 담보책임 규정이 적용되어, 철근콘크리트 구조로 된 아파트의 담보책임기간은 「민법」 제671조제1항 후단에 따라 인도 후 10년으로 되었다. 또한 「민법」 제667조제2항에 따라 하자 보수에 갈음하여 또는 하자 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있게 되었다.

그런데, 집합건물법 제정 당시에 공동주택의 하자담보책임에 대하여 이미 「주택건설촉진법」이 시행중이었기 때문에 하자담보책임기간 등과 관련하여 법령 간 상충문제가 발생할 소지가 있었다. 이러한 충돌을 피하기 위하여 집합건물법 제정 시 부칙 제6조에 “집합주택의 관리방법과 기준에 관한 「주택건설촉진법」의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다.”고 규정하여, 집합건물법이 원칙적으로 「주택건설촉진법」보다 우선 적용된다는 취지를 명문화 하였다.<sup>9)</sup>

### 3. 「주택법」으로 전부개정(2003. 5. 29.)

「주택건설촉진법」과 「공동주택관리령」은 「주택법」(2003. 5. 29. 법률 제 6916호)과 「주택법 시행령」(2003. 11. 29. 대통령령 18146호)으로 전부개정되었는데, 이때 공동주택의 하자담보청구기간 등의 경우 종전의 규정이 거의 그대로 유지되었다. 아울러 「주택법 시행령」(제59조제2항)에서는 입주자대표회의 등이 사업주체에게 하자보수를 요구한 경우 3일 이내에 하자를 보수하거나 보수일정 등을 명시한 하자보수계획을 통보하도록 하는 등의 구체적 하자보수 절차를 신설하였다.

**「주택법」(2003. 5. 29. 법률 제6916호)**

제46조 (하자보수) ① 사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조제2항제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.

9) 이준형, “선진적인 집합건물 관리를 위한 법률 개정안-하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단집회 등을 중심으로-”, 「법조」제61권제3호, 2012. 3, 16-17쪽; 변우주, 앞의 글, 250-251쪽.

③제1항의 규정에 의한 사업주체는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 사용검사일(주택단지안의 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.

**「주택법 시행령」(2003. 11. 29. 대통령령 제18146호)**

제59조 (사업주체의 하자보수) ① 법 제46조제1항의 규정에 의하여 사업주체(동조제2항 본문의 규정에 의한 사업주체를 말한다. 이하 이 조와 제60조 및 제61조에서 같다)가 보수책임을 부담하는 하자의 범위, 시설구분에 따른 하자보수책임기간 등은 별표 6과 같다.

②입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 집합건물의소유및관리에관한법률에 의하여 구성된 관리단(이하 이 조에서 "입주자대표회의등"이라 한다)은 제1항의 규정에 의한 하자보수책임기간내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다. 이 경우 사업주체는 하자보수요구를 받은 날(제3항의 규정에 의하여 하자판정을 하는 경우에는 그 판정결과를 통보받은 날을 말한다. 이하 제5항에서 같다)부터 3일 이내에 그 하자를 보수하거나 보수일정을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의등에 통보하여야 한다.

한편, 「주택법」상 하자담보책임기간은 집합건물법에 따른 하자담보책임기간이 예외없이 10년인 것과 상충하는 측면이 있어 양 법률간 공동주택의 하자담보책임 적용관계에 대하여 하급심 판결과 학설상 견해가 나뉘게 되었다.<sup>10)</sup> 즉, ① 집합건물법상의 하자담보책임에 관하여도 「주택법 시행령」상 하자담보책임기간을 적용하여야 한다는 ‘「주택법」 우선설’, ② 「주택법 시행령」상의 하자담보책임기간은 집합건물법 부칙 제6조에 위반되어 무효라는 ‘집합건물법 우선설’, ③ 양 책임은 근거와 당사자가 모두 다른 별개의 권리로서 모두 성립한다는 ‘병립설’ 등으로 나뉘어 졌다.

이와 관련하여 대법원<sup>11)</sup>은 “「집합건물법 부칙 제6조가 집합건물의 관리방법과 기준에 관한 구 「주택건설촉진법」의 특별한 규정은 그것이 집합건물법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한도에

10) 윤재운, 앞의 책, 329쪽.

11) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.



서만 효력이 있다고 규정한 점까지 고려할 때, 구 「주택건설촉진법」 등의 관련 규정은 집합건물법 제9조에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자보수의무의 제척기간에는 영향을 미칠 수 없다.”고 판시하였다. 이로써 공동주택의 경우 집합건물법의 하자담보책임이 「주택법」상의 하자담보책임에 우선하여 10년의 하자담보책임기간이 적용되는 것으로 해석되었다.

#### 4. 「주택법」의 일부개정(2005. 5. 26.)

##### (1) 하자담보책임 적용관계에 관한 「주택법」 개정(2005. 5. 26.)

2004년 대법원 판결로 아파트 등 공동주택의 모든 시설공사 하자에 대하여 집합건물법(「민법」 준용)에 따라 10년의 하자담보책임기간이 적용되는 결과가 되었고, 이후 사용검사 또는 사용승인일부터 10년이 도과하지 않은 전국의 공동주택에 대한 하자보수를 요구하는 소송과 분쟁이 증가하였다.<sup>12)</sup>

이에 따라 정부는 공동주택에 관한 하자담보책임기간을 합리적으로 제한하고자 2005. 5. 26. 법률 제7520호로 「주택법」을 개정하여 공동주택의 하자담보책임에 대한 집합건물법의 적용을 배제하는 규정을 마련하였다. 즉, 「주택법」 제46조를 개정하여 집합건물법 제9조의 적용(「민법」 준용)을 명시적으로 배제하고, 집합건물법 부칙 제6조도 동시에 개정하여 “다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.”는 단서를 신설함으로써 「주택법」 제46조가 집합건물법 제9조에 우선하는 것으로 하였다.<sup>13)</sup> 한편, 「주택법」 부칙 제3

12) 신봉근, “공동주택의 하자보수책임에 관한 판례의 동향”, 『법학연구』제46집, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5, 144쪽; 박명화, “공동주택의 하자담보책임관련 개선방안 연구(개정 「주택법」 부칙 3항의 위헌결정과 관련하여)”, 『지역사회발전학회논문집』제34집제2호, 한국지역사회발전학회, 2009. 12, 161쪽.

13) 국회사무처, 제253회 국회(임시회) 제8차 법제사법위원회회의록, 2005. 5. 2, 96쪽. 이에 따르면, 당초 국회에 제출된 「주택법」 개정안 부칙 제4조에서는 “제46조의 개정규정에 대해서는 법률 제3725호 집합건물법 부칙 제6조의 규정을 적용하지 아니한다”고 되어 있는데, 당시 시행중인 집합건물법 부칙 제6조에서도 「주택법」 적용을 배제하고 있어 국회(법제사법위원회) 심의 과정에서 법체계상 문제가 제기되었고, 이러한 문제를 해결하기 위해 「주택법」 개정안 부칙 제4조를 삭제하고 대신에 집합건

항14)에 ‘경과조치’ 규정을 두어 2005. 5. 26.자 개정 「주택법」 시행 이전에 사용검사 등을 받은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여도 개정된 「주택법」 제46조의 규정을 소급적용하도록 하였다.

**「주택법」(2005. 5. 26. 법률 제7520호)**

제46조 (담보책임 및 하자보수 등) ① 사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조제2항제2호의 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.

부칙 ③(담보책임 및 하자보수에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 「주택법」 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 「건축법」 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규정을 적용한다.

**「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(2005. 5. 26. 법률 제7520호)**

부칙 제6조(주택법과의 관계) 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.

물법 부칙 제6조를 개정하였다.

- 14) 동 조항에 대하여는, 서울고등법원에서 위헌적인 소급입법이라는 이유로 직권으로 위헌 제청(2005. 7. 11.자 2004나68829 결정)을 하였고, 헌법재판소(2008. 7. 31.자 2005헌가16 결정)에서는 ‘구법 질서 아래에서 이미 형성된 공동주택의 소유자의 하자담보청구권이 소급적으로 박탈되는 결과가 되어 신뢰보호원칙에 위배된다’는 취지로 위헌무효의 결정을 하였다.

(2) 하자담보책임 법적용 관계에 관한 학설과 판례

이로써 「주택법」 개정으로 공동주택의 하자담보책임에 대한 법적용 관계 등의 논쟁이 표면적으로는 정리되었으나, 하자담보책임의 근거법령 등에 관한 해석상의 새로운 문제를 야기하게 되었다.<sup>15)</sup> 공동주택의 하자담보책임에 관하여 2005. 5. 26. 개정 「주택법」을 적용하는 것에 대하여는 세 가지 해석론이 제기되었는데, ① 「주택법」 제46조를 공동주택 사업주체의 하자담보책임을 정한 기본규정으로 보아야 한다는 입장(「주택법」 전면 적용설), ② 집합건물법상 하자담보책임의 주체나 내용에는 변경이 없고 「주택법」에 따른 하자책임기간만 단축된다고 보는 입장(「주택법」 부분 적용설), ③ 「주택법」 제46조와 집합건물법 제9조가 각각 독립적으로 적용되어 병존적으로 성립하며 「주택법」의 규정이 집합건물법에 제한을 가하지 않는다는 입장(「주택법」 별개 적용설)이 그것이다.<sup>16)</sup> 「주택법」의 개정취지로 보면 ①설이 타당해 보인다. 그러나 이러한 입장을 취하게 되면 각 법령의 합리적 해석이 어려우므로 ②설 또는 ③설을 현실적으로 받아들일 수밖에 없다는 견해<sup>17)</sup>가 유력하게 제기되었다.

한편, 대법원<sup>18)</sup>은 하자담보책임 관련 소송에서 두 법의 적용관계와 관련하여 “개정 집합건물법 부칙 제6조 단서가 ‘공동주택의 담보책임에 관하여는 개정 「주택법」 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다’고 규정하고 있고, 개정 「주택법」 제46조는 공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일부 터 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 때에 한하여 담보책임을 인정하고 있으므로, 개정 「주택법」 제46조에서 규정하는 하자에 대하여는 위 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 하자가 발생한 때에 한하여 개정 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.”고 판시하였다. 이와 같은 대법원의 입장은 집합건물법은 공동주택 소유자 개인의 권리에 기초한 하자보수청구권 및 그에 갈음하는 손해배상청구권 등 사법적 측면을, 「주택

15) 변우주, 앞의 글, 252쪽.

16) 윤재윤, 앞의 책, 331-332쪽.

17) 변우주, 앞의 글, 251쪽; 윤재윤, 앞의 책 332쪽.

18) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

법」은 입주자대표회의 등의 주택관리상 필요에 의한 하자보수청구권 등 공법적 측면을 각각 규율하는 별개의 것으로 보면서, 집합건물법 부칙 제 6조 단서와 「주택법」 제46조의 하자담보책임에 관한 규정을 조화적으로 해석해 보려는 시도로 보인다.

### 5. 집합건물법의 일부개정(2012. 12. 18.)

그러나 대법원의 판결에도 불구하고 하자담보책임에 관한 법 적용 관계에 대하여는 여전히 논란이 지속되었고, 「주택법」의 위헌성 해소 및 법체계상 혼란 제거를 위한 관계 법률의 재개정 필요성이 제기되었다.<sup>19)</sup> 이에 대한 논거는 서울고등법원의 위헌제청 이유서에 잘 표현되어 있다. 이를 요약하면, 첫째, 「주택법」과 집합건물법상의 각 하자담보책임은 성질이 전혀 다른 것인데도 「주택법」 제46조제1항은 양자를 같은 차원에 두고 「주택법」 규정이 집합건물법 규정보다 우선한다고 규정하여 하자의 발생 시점, 기간의 성격, 손해배상청구권의 인정 여부가 불분명해져 명확성 원칙에 위배될 소지가 있는 점, 둘째, 보호의 필요성이 가장 큰 공동주택의 하자보수기간이 오히려 가장 짧게 되는 모순이 발생하여 공동주택 구분소유자의 권리가 부당하게 제한받게 된 점 등이다.

이러한 문제의 해소를 위해 법무부에서 집합건물법의 개정을 추진하여 「주택법」에 따른 공동주택에 대하여 집합건물법의 적용을 배제하던 규정(집합건물법 부칙 제6조 단서 등)을 삭제하고, 종전 부칙 제6조 본문에서 규정하던 (“「주택법」과의 관계”) 규정을 본칙(제2조의2)에 직접 규정하였다. 이를 통해 아파트 등 공동주택과 오피스텔, 복합상가 등 다른 집합건물의 하자담보책임 범위와 책임 기간을 집합건물법으로 일치시키고자 하였다.

「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(2012. 12. 18. 법률 제11555호)  
제2조의2(「주택법」과의 관계) 집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에  
관한 「주택법」의 특별한 규정은 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적

19) 윤재윤, 앞의 책, 332쪽.

인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다.

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

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

1. 「건축법」 제2조제1항제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자: 10년
2. 제1호에 규정된 하자 외의 하자: 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간

이상에서 살펴 본 공동주택 하자담보책임에 관한 법제의 변천과 시기별 법적용 관계에 대한 판례와 학설을 요약 정리해 보면 다음과 같다.

[공동주택 하자담보책임 적용법률 변화]

구분	2004 이전	2004	2005	2008	2012 이후
적용 법률	하급심판례 및 학설 대립	집합건물법 우선적용	하급심판례 및 학설 대립	‘05.5.26. 이전 사용검사: 집합건물법 적용 ‘05.5.26. 이후 사용검사:「주택법」 상 하자발생기간 적용	집합건물법 우선적용
근거	「주택법」전 부개정 및 집합건물법 제정	대법원 판결 (집합건물법 부칙 6조 근거)	「주택법」개정 및 집합건물법 부칙 6조 단서	헌법재판소 위헌 결정 및 대법원 판결	집합건물법 개정

### Ⅲ. 하자담보책임의 내용 및 법적용 관계

#### 1. 개관

앞서 살펴 본 바와 같이, 아파트 등 공동주택의 하자담보책임에 대하여는 「주택법」을 한 축으로 하여 집합건물법과 동법에서 준용되는 「민법」에 관련 규정들을 두고 있다. 이러한 이원적 관리체계를 규율하게 된 것은 두 법이 입법 목적을 서로 달리 하고 있기 때문이다.

먼저, 주택의 건설을 촉진하고 주택을 원활하게 공급함으로써 국민주거생활의 안정화를 목적으로 1972년에 제정된 「주택건설촉진법」은 주택공급방법, 주택조합의 설립 등 행정적 규제뿐만 아니라 입주자대표회의 구성, 하자담보책임 등 공동주택의 관리에 관한 사항을 공법적으로 규율하기 위해 제정되었다. 「주택건설촉진법」은 변화된 경제적·사회적 여건에 맞추어 2003년 「주택법」으로 전부개정 되었는데, 「주택건설촉진법」의 내용이 거의 그대로 유지되었다. 다음으로, 집합건물법은 아파트 등 공동주택이 급증하면서 고층건물의 소유와 이용형태가 종전과 달리 구분소유와 공동이용이라는 새로운 형태로 발전하고 있음에 반하여 이러한 새로운 생활관계를 규율할 「민법」 등 관련 사법규정이 불비하여 구분소유권의 대상과 한계, 구분소유자 상호간의 법률관계, 구분소유권과 그 공동이용 부분 및 그 대지에 대한 소유이용관계가 불분명하였고, 이를 개선하여 집합건물 내에서의 공동생활을 합리적으로 규율하기 위해 1984년 단행법으로 제정한 것이다. 집합건물법상 하자담보책임의 내용에 관하여는 「민법」상 수급인의 담보책임 규정을 적용하면서 하자담보책임 기간에 대하여는 「민법」의 특칙을 규정하고 있는 이른바 특별사법(特別私法)이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup>

이와 같이 「주택법」에 의한 하자담보책임 규정은 입주자 등을 위한 사회적 보호의 필요성에서 출발한 공법적 규율에 근거한 입법이고, 집합건물법상 하자담보책임 규정은 집합건물 구분소유자간의 권리관계를 포함

20) 김태관, “분양주택의 하자에 관한 건설회사의 주택취득자에 대한 책임”, 『강원법학』 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6, 125쪽 각주 12).

한 사법적 규율을 주된 대상으로 삼고 있다. 그러나 이러한 차이에도 불구하고 하자담보책임의 내용과 범위에 있어 두 법 간에 명확한 적용 관계의 설정이 이루어지지 않고 있어서 개별·구체적인 경우 어느 법률과 법규정을 적용해야 하는 지가 여전히 불분명하다.

아래에서는 현행 「주택법」과 집합건물법상 공동주택의 하자담보책임 대상 범위와 법적 성질, 하자담보책임의 기간 및 관계자, 손해배상청구권, 사용검사 전 발생한 하자의 담보책임 등 그간 학설과 판례에서 논란이 되었던 쟁점들을 중심으로 법적용관계를 분석해 보고, 필요한 제도개선 사항을 제시해 보고자 한다.

## 2. 하자담보책임의 대상 범위와 법적 성질

### (1) 하자의 개념과 범위

아파트 등 공동주택의 ‘하자’란 일반적으로 “건축물인 공동주택이 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적, 기능적 결함이 있거나 거래관념상 통상 건축물이 갖추어야 할 품질을 갖추지 못하여 그 사용가치나 교환가치를 감쇄시키는 것”으로 정의되어 진다.<sup>21)</sup> 대법원<sup>22)</sup>도 이와 같은 입장으로 “하자 여부는 당사자 사이의 계약 내용, 해당 건축물이 설계도대로 건축되었는지 여부, 건축 관련 법령에서 정한 기준에 적합한지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다”고 하고 있다. 공동주택의 경우는 일상생활을 영위하기 위한 건축물로서 갖추어야 할 구조 및 주거환경의 제반 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.<sup>23)</sup> 그러나 공동주택의 하자담보책임을 규정하고 있는 법률에서는 ‘하자’ 자체를 정의하고 있지는 않고, 다만, 「주택법 시행령」에서 공동주택의 하자의 범위에 관하여 정하고 있을 뿐이다.<sup>24)</sup> 이에 따르면 사업주체의 잘못으로

21) 변우주, 앞의 글, 246쪽; 변재윤, 앞의 책, 262쪽; 유어녕, 집합건물의 이론과 실무, 법률정보센터, 2011, 484쪽.

22) 대법원 2010.12.9. 선고 2008다16851 판결.

23) 박종두·박세창, 집합건물법, 삼영사, 2011, 307쪽.

24) 「주택법 시행령」 별표 6 제1호에서 ‘시설공사별 하자의 범위’는 “공사상의 잘못으로 인한 균열·처짐·비틀림·침하·파손·붕괴·누수·누출, 작동 또는 기능불량, 부착·접지

시공상의 문제가 있더라도 그로 인하여 아파트에 기능상, 미관상 또는 안전상의 문제가 생기지 않으면 하자담보책임을 지지 않게 된다.

한편, 최근 개정된 집합건물법령에서는 하자의 범위에 대하여 구조상 또는 안전상의 하자과 기능상 또는 미관상의 하자에 대하여 담보책임을 지도록 함으로써 기본적으로 주택법령의 하자 범위에 맞추고 있다. 따라서 공동주택의 하자에 대하여는 「주택법 시행령」 별표 6에 규정된 하자의 범위와 유형을 기준으로 판단할 수 있을 것이다. 다만, 「주택법 시행령」 별표 7에 따른 ‘내력구조별 하자보수대상 하자의 범위’는 그 범위를 공동주택이 무너진 경우 등으로 상당히 제한하고 있으므로, 집합건물법 제2조의2의 취지상 이에 대하여는 집합건물법에 따라 하자 여부가 판단되어야 할 것으로 보인다. 집합건물법에 따라 준용되는 「민법」 제667조제1항 단서에서는 ‘하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때’에만 하자보수를 청구할 수 없도록 되어 있기 때문에, 위 요건에만 해당되지 않으면 공동주택이 무너질 우려가 없는 경우에도 내력구조부의 하자에 대해 10년의 존속기간 동안 손해배상을 청구할 수 있게 된다.

## (2) 하자담보책임의 법적 성질

공동주택의 분양계약에 따른 하자담보책임에 대하여 종전에 ‘채무불이행설’과 ‘법정책임설’에 따른 판례가 각각 병존하였는데, 2009. 5. 28. 대법원 판결<sup>25)</sup>에서 “구 집합건물법(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전의 것) 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 「민법」상의 도급인의 담보책임

---

또는 결선 불량, 고사 및 입상불량 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자”로 규정하고 있고, 별표 7 제1호에서 ‘내력구조별 하자보수대상 하자의 범위’를 “내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우와 안전진단 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우”라고 규정하고 있다.

25) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결.



에 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 법정책임”이라고 판시함으로써 이를 정리하였다. 「민법」에 따른 도급인의 하자담보책임 내용을 여전히 준용하고 있는 현행 집합건물법에 의하더라도 이러한 원칙이 유지된다.

한편, 집합건물법의 적용을 받기 위한 사법적 관계를 전제로 하지 않은 경우로서 사업주체의 입주자대표회의 등에 대한 공동주택의 하자담보책임에 관하여는 「주택법」 적용의 여지가 있을 수 있는데, 이 경우 「주택법」에 따른 하자담보청구권은 계약관계를 전제로 하지 않은 것으로 행정적 차원에서 공법상 인정되는 ‘특별한 법정의 권리(또는 책임)’로서 집합건물법(「민법」)상 하자담보청구권과는 또 다른 법적성질을 갖는 것이다.<sup>26)</sup>

### 3. 하자담보책임기간

#### (1) 법령별 하자담보책임 기간의 구분

먼저, 「주택법」에 따른 하자담보책임기간은 「주택법」 제46조제1항에 따라 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 ‘전유부분’은 입주자에게 ‘인도한 날’부터, ‘공용부분’은 공동주택의 ‘사용검사일 또는 사용승인일’부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 종전에는 전유부분과 공용부분의 구분 없이 모두 사용검사일 또는 사용승인일을 하자담보청구의 기산점으로 하였으나, 개정법에 따라 전유부분은 인도한 날부터 기산하도록 명확히 하였다. 이러한 하자담보책임기간에 대하여는 「주택법 시행령」에서 세부적으로 정하고 있는데, 시설공사별 하자담보책임기간은 1년(마감공사 중 방수공사·칠공사·도배공사 등), 2년(대지조성공사, 조경공사 등), 3년(기초공사, 소화설비공사 등), 4년(철근콘크리트공사, 지붕 및 방수공사 등)으로 구분하고 있고, 내력구조부별 하자보수기간의 경우 ‘기둥·내력벽’은 10년,

26) 윤재윤, 앞의 글, 60쪽; 변우주, 앞의 글, 244쪽.

‘보·바닥 및 지붕’은 5년으로 규정하고 있다.

다음으로, 집합건물법에 따른 하자담보책임기간은 종전에 「민법」을 준용하여 일률적으로 10년을 적용해 왔는데, 「민법」상 하자담보책임기간은 1950년대 「민법」제정 시부터 규정된 것으로서 최근의 첨단 구조물의 마감재에도 동일하게 적용하는 것은 건설시장 전반의 환경변화를 반영하지 못하였다.<sup>27)</sup> 이에 따라 2012. 12. 18. 집합건물법이 개정되었으며, 주요구조부 및 지반공사 하자과 그 외의 하자를 구분하여 전자는 10년, 후자는 5년의 범위에서 시행령으로 정하도록 하였다. 또, 담보책임 존속기간의 기산점도 「주택법」과 일치시켰다. 당초 개정시안에서는 종전처럼 「민법」 제671조의 준용에 따라 제척기간의 기산점을 집합건물을 인도한 날부터 기산하도록 규정하려고 하였으나, 시공자가 책임주체로 추가되면서 분양기간의 장기화에 따른 부담을 떠안게 된다는 문제가 제기되어 전유부분만 인도시로 하고 공유부분은 「주택법」처럼 사용검사일 또는 사용승인일로 하는 것으로 되었다.<sup>28)</sup> 한편, 법률의 위임을 받은 집합건물법 시행령 제5조(담보책임의 존속기간)에서 대지조성공사, 철근콘크리트공사, 철골공사, 조적(組積)공사, 지붕 및 방수공사의 하자 등 건물의 구조상 또는 안전상의 하자는 5년으로, 건축설비 공사, 목공사, 창호공사 및 조경공사의 하자 등 건물의 기능상 또는 미관상의 하자는 3년으로, 마감공사의 하자 등 하자의 발견·교체 및 보수가 용이한 하자는 2년으로 각각 규정하고 있다.<sup>29)</sup>

## (2) 법령별 하자담보책임의 법적성질

집합건물법 제9조의2에서는 “제9조에 따른 담보책임에 관한 구분소유

27) 최정현 외 5명, 앞의 글, 152쪽.

28) 이준형, 앞의 글, 29쪽, 31쪽.

29) 법무부에서 법제처 심사시 제출(2013. 4.)한 집합건물법 시행령 제·개정이유서에 따르면, 담보책임 존속기간에 대하여 「주택법 시행령」 별표 6에 따른 18개 시설공사별 실제 하자 발생 기간을 조사한 결과[민간 12개 업체 179개 단지(128,655호)의 하자 1,458,959건을 조사한 결과]를 토대로 실제 측정된 하자발생기간과 동일하게 규정하거나 하자의 중대성을 고려하여 일부 하자는 일정기간을 더하여 산정한 것으로 되어 있다.

자의 권리는 담보책임 존속기간 내에 행사하여야 한다”고 규정하고 있으므로, 이에 따른 기간은 「민법」상 수급인의 담보책임과 같은 ‘제척기간’으로 보아야 할 것이다. 따라서 그 기간의 도과로 하자보수청구권 또는 손해배상청구권은 당연히 소멸한다고 보아야 할 것이다. 종래 「민법」상 수급인의 하자담보책임에 관한 기간이 재판상 청구를 위한 출소기간인지 여부에 대하여, 대법원<sup>30)</sup>은 「민법」상 수급인의 하자담보책임 기간은 제척기간으로서 ‘재판상 또는 재판외의 권리행사기간’이며, 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니라고 하였고, 「민법」과 동일한 방식으로 규정하고 있는 현행 집합건물법상 담보책임 존속기간도 그 법적성질이 동일하다고 하겠다.

한편, 「주택법」에 따른 하자담보책임기간에 대하여 ①하자보수청구권의 발생요건으로서 하자발생기간으로 보는 견해와 ②「민법」상 하자담보책임기간과 같은 제척기간으로 보는 견해로 나뉘어 있었는데, 대법원<sup>31)</sup>은 ‘구 「공동주택관리령」 제16조에 규정된 하자보수기간을 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 볼 수 없다’는 취지의 판결을 내렸다. 현행 「주택법 시행령」 제59조제3항에서도 입주자대표회의 등은 ‘하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우’에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 위 하자담보책임기간은 그 기간 안에 하자의 보수를 청구하여야 한다는 의미가 아니라 그 기간 안에 발생한 하자에 대하여 보수를 청구할 수 있다는 의미로서 ‘하자의 발생기간’으로 해석해야 할 것이다.<sup>32)</sup>

### (3) 하자담보책임기간에 대한 법 적용 관계

종래 집합건물법에서 「민법」상 수급인의 하자담보책임기간(10년)을 준용해오다가 2012. 12. 18. 집합건물법 개정으로 담보책임 존속기간을 집합건물법에서 직접 규정하고 있다. 그런데, 집합건물법 시행령에서 시설공

30) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

31) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다25632 판결, 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결.

32) 윤재윤, 앞의 책, 339쪽; 신봉근, 앞의 글, 153쪽.

사별 담보책임 존속기간을 「민법」과 달리 5년의 범위에서 세분화하였지만, 「주택법」에 따른 시설공사별 하자담보책임기간과 여전히 달라 두 법령상의 하자담보책임기간을 어떻게 적용할 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 현행과 유사한 법체계를 가지고 있던 2005. 5. 26. 이전 논의들이 같은 차원에서 적용될 수 있을 것이다. 즉, ① 「주택법」에 따른 하자담보책임은 집합건물법의 특별규정으로서 여전히 「주택법」을 우선 적용해야 한다는 입장, ② 「주택법 시행령」상 1년 내지 4년의 하자담보책임기간이 집합건물법 시행령상 담보책임 존속기간보다 단기간을 정한 규정은 집합건물법 제2조의2에 위반하여 무효이므로, 집합건물법상 제척기간만 적용된다는 입장, ③ 집합건물법상 담보책임 존속기간과 「주택법」상 하자담보책임기간은 성격이 다른 것으로 병존하므로 모두 유효하고 이를 별개의 권리로 보아야 한다는 입장 등이 있을 수 있다.

그런데 2012. 12. 18. 집합건물법 일부개정법률안에 대한 국회 심사보고서(2012. 11. 법제사법위원회)에 따르면, 집합건물법의 개정 취지는 「주택법」에 의한 공동주택의 하자담보책임기간 등 특별규정을 배제시키고 이를 오피스텔, 복합상가 등 다른 집합건물과 같이 집합건물법에 의하여 일괄 적용받도록 하려는 것이라고 밝히고 있다. 이러한 개정 취지에 맞게 담보책임 존속기간도 과거와 같이 「민법」을 준용하도록 하지 않고 실제 통계분석 결과를 토대로 집합건물법에 직접 규정하여 시설공사별 성격에 맞게 합리적으로 재조정하였다. 이러한 실증분석 결과와 개정취지를 고려해 보면, ②의 견해처럼 주택법령에 따른 하자담보책임기간이 집합건물법보다 단기의 기간을 정하고 있는 경우 원칙적으로 집합건물법상 제척기간이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다. 한편, ① 또는 ③의 입장에서 두 법을 조화적으로 해석하여 「주택법 시행령」상 1년 내지 4년의 기간 내에 발생한 하자에 대하여 집합건물법 시행령상 2년 내지 5년의 제척기간이 적용된다는 입장이 있을 수 있는데, 이는 집합건물법상 담보책임 존속기간이 장기인 10년일 당시는 타당성이 있으나, 담보책임 존속기간이 5년 이하로 단축된 현행 법체계하에서는 하자담보책임 청구권 행사기간이 짧아져 결과적으로 입주자 등에게 더 불리해 질 수 있는 문제가 있으므로

로, 이러한 견해도 받아들이기 어렵다.<sup>33)</sup>

#### (4) 소결

비록 「주택법」상 하자담보책임기간과 집합건물법상 담보책임 존속기간이 그 성격과 목적이 다르다고는 하더라도, 동일주체(특히 구분소유자의 경우), 동일대상(공동주택의 내력구조부와 시설공사별)에 대해서 서로 다른 하자담보책임 기간을 정하고 있음<sup>34)</sup>으로 인해 구분소유자(입주자)의 권리보호에 미흡함은 물론 분양자(사업주체)에게도 부담이 되고 있다. 즉, 하자보수청구권자 또는 손해배상청구권자 입장에서는 하자 발생 시 어느 법령에 따라 어떠한 범위로 청구할 것인지 명확히 알기 어렵고, 분양자 입장에서조차 어느 법령에 따라 언제 어떠한 청구가 될 것인지 예측할 수 없기 때문이다. 따라서 하자담보책임기간의 법 적용 관계에 대한 해석상, 실무상의 논란을 해소하기 위해서는 근본적으로 주택법령의 하자담보책임기간과 집합건물법령에 따른 담보책임 존속기간을 일치시킬 필요가 있다 하겠다.

다시 말해, 현행 집합건물법 시행령에서 세부적으로 정하고 있는 담보책임 존속기간이 「주택법 시행령」상 18개 시설공사별 실제 하자발생 기간에 대한 실증분석을 토대로 결정된 것인 점, 집합건물법 시행령상 기간

33) 「주택법 시행령」 개정안의 법제처 심사안(개정안 제59조제3항)에는 ‘법 제46조제1항에 따른 입주자대표회의등(이하 “입주자대표회의등”이라 한다)은 제1항에 따라 하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조의2제1항에 따른 담보책임존속기간 이내에서 그 하자의 보수를 청구할 수 있다.’고 규정하여 ‘「주택법 시행령」상 기간은 하자발생기간으로 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 집합건물법상 제척기간이 적용된다는 입장’을 반영하고 있었는데, 법제처 심사과정에서 공동주택 입주자에게 집합건물법에 따른 담보책임 존속기간만을 적용하는 것보다 더 불리해 질 가능성이 높다는 심사의견에 따라 추후 여러 가지 사정을 검토한 후 필요하면 다시 개정하기로 하고 일단 현행을 유지하게 되었다.

34) 법무부에서 법제처에 제출(2013.4.)한 집합건물법 시행령의 제·개정이유서에 따르면, 집합건물법 시행령의 담보책임 존속기간을 「주택법 시행령」의 하자담보책임기간과 동일하게 규정하는 방안을 검토하였으나, 「주택법 시행령」의 하자담보책임기간은 너무 단기여서 집합건물법에 따른 권리행사기간(제척기간)이 너무 짧아질 뿐만 아니라 「주택법 시행령」의 존재의의가 없게 된다는 이유로 서로 다르게 규정하게 된 것으로 되어 있다.

이 「주택법 시행령」보다 1~3년 정도 장기간이어서 입주자 보호에 유리한 점, 또 공동주택과 다른 집합건물의 하자담보책임기간을 달리할 이유가 적은 점 등을 고려하여, 「주택법」과 집합건물법상 공동주택의 하자담보책임기간을 일치시켜 혼란을 줄일 필요가 있다. 이 경우 하자담보책임기간의 법적 성질을 제척기간으로 통일할 것인지, 별개의 법적 성질을 그대로 유지할 것인지에 대하여도 함께 검토되어야 할 것이다. 사견으로는, 주택법령상 입주자 등을 보호하는 특별규정을 두는 차원에서는 「주택법」은 하자발생기간으로서의 법적 성질을 그대로 유지해도 무방할 것으로 보인다.

#### 4. 하자담보책임 관계자<sup>35)</sup>

##### (1) 하자보수 등 청구자

「주택법」 제46조제1항에서 공동주택의 하자에 대하여 ‘입주자, 입주자 대표회의, 관리주체 및 집합건물법에 따른 관리단’이 하자보수를 청구할 수 있도록 하고 있다. 한편, 집합건물법 제9조제1항에서는 분양자와 시공자는 ‘구분소유자’에게 집합건물의 담보책임을 지도록 하고 있다. 실무상으로는 입주자나 구분소유자 개인에 의한 하자보수 청구보다는 입주자대표회의에 의한 하자보수 등의 청구가 대부분일 것이다.

##### 1) 입주자

하자보수 등의 청구자로서 ‘입주자’란 ‘주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자나 직계존비속’이라고 정의(「주택법」 제2조제12호)하고 있다. 집합건물법에 따른 ‘구분소유자’에 해당한다고 할 것이다. 입주자는 공동주택의 하자보수청구권뿐만 아니라 하자담보추급권의 행사주체로서의 지위가 인정된다. 대법원<sup>36)</sup>은 “구분소유자 등 권리자는 각자에게

35) 윤재운, 앞의 책, 336-338쪽; 변우주, 앞의 논문, 252-258쪽; 전현철, “공동주택의 하자담보책임-판례를 중심으로-”, 『중앙법학』 제11집제1호, 중앙법학회, 2009. 4, 187-191쪽을 참고하여 작성된 것이며, 최근 법령 개정 사항 등을 보완한 것이다.

36) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160 판결.

분할 귀속된 하자담보추급권을 개별적으로 행사하여 분양자를 상대로 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다”고 판시하여 이를 확인하고 있다.

이에 반하여 「주택법」 제2조제13호에서 주택을 임차하여 사용하는 자 등을 ‘사용자’로 정의하여 ‘입주자’와 구분하고 있다. 세입자 또는 임차인 등과 같은 사용자는 소유권을 전제로 하지 않는 이상 소유자와 달리 직접 하자담보추급권을 행사할 수 없으며, 소유자의 위임을 받아야만 권리를 행사할 수 있을 것이다.<sup>37)</sup>

한편, 공동주택은 직접 분양을 받은 자가 매매 등을 통해 양도하는 경우가 빈번한데, 이러한 양수인(전득자)에게도 양도인(입주자 또는 구분소유권자)에게 인정되는 하자담보추급권이 인정되는지 문제가 된다. 이에 대하여 대법원<sup>38)</sup>은 “집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 집합건물의 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다고 보는 것이 원칙”이라고 판시하여, 집합건물 양도 당시 양도인이 하자담보추급권을 행사하기 위하여 이를 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양수인인 현재의 입주자 또는 구분소유자에게 귀속되는 것으로 하였다.

## 2) 입주자대표회의

「주택법」상 300세대 이상 공동주택 등에 대하여는 입주자대표회의<sup>39)</sup>를 의무적으로 구성하도록 되어 있다. 공동주택의 입주자대표회의는 공동주택 관리를 위하여 입주자나 사용자들이 선출한 대표들로 구성된 단체이다. 「주택법 시행령」 제50조에 따르면, 입주자대표회의는 4명 이상으로 구성하되, 동별 세대수에 비례하여 공동주택관리규약으로 정한 선거구에 따라 선출된 동별 대표자로 구성하도록 되어 있다. 입주자대표회의는 관리규약 개정, 공동주택 관리방법 등에 관한 의결권을 갖는 공동주택의 관

37) 윤재운, 앞의 책, 336쪽 각주 52); 변우주, 앞의 글, 253쪽.

38) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결; 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결 등.

39) 입주자대표회의는 1981. 4. 7. 개정된 구 「주택건설촉진법」과 그 법률에서 위임을 받아 1981. 10. 15. 개정된 구 「공동주택관리령」에서 처음 규정되었다.

리에 관한 ‘실질적 의사결정기관’으로서 소송상 당사자 능력을 가진 비법인 사단이다.<sup>40)</sup>

「주택법」은 공동주택의 입주자나 사용자들로 구성된 입주자대표회의에게 하자보수청구권을 부여하고 있다. 그런데, 공동주택의 소유자인 입주자뿐만 아니라 임차인과 같은 사용자까지 포함된 입주자대표회의에 하자보수청구권 외에 손해배상청구권까지 인정할 수 있는지가 종전에 문제되었다. 학설과 하급심 판례는 긍정설과 부정설로 나뉘었는데, 대법원<sup>41)</sup>에서는 공동주택의 입주자대표회의가 「주택법」에서 정한 사업주체에 대한 ‘하자보수청구권’ 외에 집합건물법 제9조에 의한 ‘하자담보추급권’도 갖는지 여부에 대하여, “공동주택에 하자가 있는 경우 입주자대표회의로서는 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있을 뿐이며, 그에 갈음한 손해배상청구권을 가진다고 할 수 없다”고 판시하여, 공동주택의 하자담보책임과 관련한 소송에서 입주자대표회의 명의의 하자담보추급권을 인정하지 않았다. 위 대법원 판결의 영향으로 입주자대표회의는 공동주택의 구분소유자들로부터 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 양도받아 양수금형태로 소송을 수행하게 되었다.<sup>42)</sup> 한편, 입주자대표회의가 소송을 제기하기 위해서는 원칙적으로 소송을 제기하기 전에 손해배상채권의 양도 절차가 종료되어야 함에도 불구하고, 입주자의 손해배상청구권 양도의 동의를 완료되지 않은 상태에서 우선 소송을 제기하고 나중에 채권양도를 받는 경우가 대다수이나 재판부는 이에 대해 대부분 입주자대표회의의 손해배상청구 권리를 인정해 주어 원고적격에 있어 관대한 모습을 보여 왔다.<sup>43)</sup>

그런데, 위 대법원 판결에 대하여 「주택법」상의 임차인 등의 사용자가 포함된 입주자대표회의와 집합건물법상 구분소유자 단체인 관리단(관리인)을 구분하여 하자담보추급권의 행사에 대한 차별을 하는 것은, 대규모

40) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결.

41) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다92466 판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다64863 판결 등.

42) 김태관, 앞의 글, 127쪽.

43) 박준모 외 5명, “공동주택 하자소송의 법률적 쟁점사항과 판정체계 분석”, 『한국건축시공학회지』제12권제1호, 한국건축시공학회, 2012. 12, 45쪽.



아파트의 경우 입주자대표회의가 사실상 관리단 역할을 하고 있는 현실에 비추어 지나치게 형식적인 판단이라는 비판이 있다.<sup>44)</sup> 이 견해에 따르면, 입주자대표회의가 소유자들의 대표성을 나타내고 있는 현실을 고려하여 집합건물법상 관리단과 같이 취급하여 소송상 하자담보추급권의 행사를 가능하게 할 수 있다고 한다. 법원이 입주자대표회의에 의한 소송에 대하여 손해배상채권 양도가 완전히 완료되지 않은 경우에도 손해배상청구권을 인정해 주고 있는 것도 참고할 수 있을 것이다. 이러한 점을 감안하면, 공동주택의 경우 일정 요건(가령, 입주자 및 사용자의 5분의 4 이상의 동의를 받은 경우)하에서 ‘입주자대표회의’에게도 하자담보추급권을 부여해야 할 것이다.

### 3) 관리주체

하자보수 등 청구권자로서 ‘관리주체’는 ‘공동주택의 관리사무소장, 주택관리업자 또는 임대사업자’ 등을 말한다(『주택법』 제2조제14호). 관리주체는 공동주택의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행 등의 업무를 수행하는 ‘집행기관’에 해당한다. 이 중에서 하자보수청구권자로서 의미가 있는 관리주체는 자치관리기구의 대표자인 공동주택의 ‘관리사무소장’일 것이다. 『주택법』 제43조제4항에 따르면, 입주자대표회의가 공동주택을 자치관리하려는 경우에는 공동주택의 관리사무소장을 자치관리기구의 대표자로 선임하고, 자치관리기구를 구성하도록 되어 있다. 의결기관인 입주자대표회의와 병존적으로 집행기관인 관리주체를 하자보수청구권자의 하나로 규정하고 있는 것이다. 이 경우 관리주체인 관리소장은 입주자 또는 입주자대표회의의 하자보수청구를 대행하는 경우에 한하여 하자보수청구를 할 수 있다는 한계가 있다. 한편, 관리주체는 하자보수청구권만 갖고 입주자 등의 손해배상채권 양도를 받더라도 집합건물법에 따른 손해배상청구는 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 입주자대표회의와 달리 그 관리의 범위를 넘어 입주자나 사용자의 권리를 대신 행사할 수 있는 기관은 아니기 때문이다.

44) 변우주, 앞의 글, 261쪽.

#### 4) 집합건물법에 따른 관리단

집합건물법(제23조)에서는 집합건물의 구분소유관계가 성립되면 구분소유자가 설립행위 등 어떠한 조직행위를 하지 않더라도 당연히 전원으로서는 건물 등의 관리를 행할 관리단이 구성되도록 의제하였다. 또, 구분소유자가 10명 이상일 때에는 관리단을 대표하여 관리단의 사무를 집행할 관리인을 선임하도록 하고, 관리인은 관리단의 사업 시행과 관련하여 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있도록 규정하고 있다. 한편, 2012. 12. 18. 집합건물법 개정으로 구분소유자의 승낙을 받아 전유부분을 점유한 자, 즉 임차인이나 세입자도 집합건물 관리에 필요한 의사결정과정에서 참여할 수 있는 권한을 부여하여 공용부분의 관리와 관리인 선임에 관한 관리단 집회에 참석하여 의결권을 행사할 수 있도록 하였다. 이로써 공동주택의 임차인 등도 관리인의 관리행위에 관여할 수 있게 되었다.

한편, 「주택법」에서는 집합건물법상 관리단도 하자보수청구권을 행사할 수 있는 주체로 명시하고 있다.<sup>45)</sup> 공용부분의 관리에 관한 사항을 통상의 관리단 집회 결의로써 결정하도록 한 집합건물법(제16조제1항)에 따르더라도 공용부분에 발생한 하자에 대한 담보청구권으로서 하자보수는 관리단(관리인)이 이를 행사할 수 있을 것이다. 그런데, 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 동시에 구하는 손해배상청구권의 허용 여부에 대하여는, 손해배상청구권은 금전채권으로서 관리단의 관리행위를 벗어나는 것이기 때문에 각 구분소유자만 행사할 수 있다는 입장과 각 구분소유자가 관리단에 의한 해결을 원하고 공동주택 관리에 더 효율적이므로 관리단에 총유적으로 귀속되어야 된다는 입장이 있을 수 있다.<sup>46)</sup> 사건으로는 집합건물법상 ‘공용부분’에 대한 관리는 구분소유자, 세입자 등이 참여하는 관리단 집회 결의로써 결정하도록 되어 있고, 관리인이 관리단을 대표하여 ‘공용부분의 보존·관리 및 변경 행위’를 할 수 있도록 되어 있으므로, 공

45) 관리단은 2005. 9. 16. 「주택법 시행령」 개정으로 하자보수청구권자에 포함되었으며, 2010. 4. 5. 「주택법」개정시 제46조제1항에 직접 규정하였다.

46) 윤재윤, 앞의 책, 318쪽.

용부분의 하자와 관련한 손해배상청구권은 허용된다고 본다.

## (2) 하자보수 등 의무자

「주택법」 제46조제1항에 따르면, 공동주택의 ‘사업주체(건축주 포함)’와 공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링하는 행위를 한 ‘시공자’는 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 입주자대표회의 등의 청구에 따라 하자를 보수하도록 의무화하고 있다. 「주택법」상 하자보수 의무자에는 분양자인 사업주체와 건설회사인 시공자가 종전부터 포함되어 있었다.<sup>47)</sup> 또한, 「주택법 시행령」 제59조제3항에 따라 사업주체나 시공자는 하자보수를 청구 받은 날부터 3일 이내에 그 하자를 보수하거나 하자 부위, 보수방법 및 보수에 필요한 상당한 기간 등을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의 등에 통보하여야 한다. 만약, 사업주체나 시공자가 3일 내에 하자보수를 이행하지 아니하거나 하자보수계획을 통보하지 아니한 경우에는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다.

한편, 종래 집합건물법에 따른 하자담보책임에 대하여는 분양자만 규정되어 있어서 시공자도 하자담보책임을 지느냐가 문제되어 왔었다. 통상적인 공동주택의 건설 및 공급 방식은 사업의 추진 및 분양 업무를 담당하는 시행사와 시공업무를 담당하는 건설사로 구분되는데, 집합건물법상 하자보수책임은 사업주체인 시행사(분양자)에게 있는 반면 하자의 실질책임은 시공사인 건설사이고 시행사가 하자담보책임을 부담할 여력이 없는 경우가 많았기 때문에 제기된 문제였다. 이에 대하여 대법원은 2011. 12. 8.자 2009다 2511 판결에서 “시공자는 특별한 사정이 없는 한, 구 집합건물법 제9조에 의한 하자담보책임을 부담하는 것으로 볼 수 없다”고 판시하였다. 이에 대하여는 입주자들의 손해보전을 강화하고 권익을 보호하기 위해 공동주택 분양자 외에 시공자에게도 연대 책임 등을 인정하여야 한다는 주장이 제기되었다.<sup>48)</sup> 시공자는 시행사와 직접 도급계약을 맺고 건

47) 특히 ‘시공자’는 2003. 5. 29. 「주택법」 전부개정시 하자보수 의무자에 포함되었다.

48) 신봉근, 앞의 글, 148쪽.

물을 건축한 자로서 건물의 안전, 기능 등에 대한 궁극적 책임을 져야 하는 주체이고, 실무상으로도 시공자가 수분양자에 대한 하자보수를 직접 담당하고 하자 보수에 갈음하는 손해배상청구 소송에서 보조참가인 등으로 참여하고 있는 경우가 많기 때문에, 시공자를 하자담보책임 의무자로 하는 것이 구분소유자의 권리보호에 충실하고 하자나 손해배상과 관련한 분쟁을 일거에 해결할 수 있다는 장점이 있다는 것이다.<sup>49)</sup>

이러한 문제인식에 따라 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법에서 구분소유자에 대한 하자담보책임 의무자로 ‘시공자’를 신설하였다. 공동주택의 경우 「주택법」에서 시공자에 대한 하자보수청구가 가능하였기 때문에, 오피스텔, 복합상가 등 다른 집합건물에까지 시공자에 대한 하자보수청구가 가능하도록 한 것에 의의가 있다 하겠다. 즉 분양이 끝난 후 분양자가 아예 존속하지 않거나 영세분양자가 분양 후 부도나는 경우에 구분소유자가 분양자를 거치지 않고 시공자에게 직접 하자담보책임을 물을 수 있게 된 것이다. 다만, 집합건물법에서는 시공자의 범위를 제한하고 있는데, 건물의 전부 또는 일부를 시공하여 완성한 자를 원칙으로 하고, 그 자가 담보책임을 질 수 없는 경우에는 예외적으로 그 자로부터 건물의 시공을 일괄 도급받은 자로 하였다. 이에 따르면 중간에 시공에 참여하였으나 완공하지는 아니한 건설사, 분양자와 계약에 따라 건물을 건축한 것이 아니라 건물을 완성하여 분양자에게 매도한 건설사는 제외되는 결과가 된다. 또, 시공자의 책임이 지나치게 확대되는 것을 우려하여 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力)이 있는 경우에 한정하고 있다. 이에 대하여는 구분소유자를 보호하려는 개정취지를 제대로 살릴 수 없으므로 분양자가 무자력 등이 아니더라도 책임을 지도록 할 필요가 있다는 반론도 있다.<sup>50)</sup> 집합건물법에 따른 ‘시공자’를 「주택법」에 따른 공동주택의 하자담보책임 의무자인 ‘시공자’와 차별할 합리적 이유가 없으므로, 타당한 지적으로 보인다.

49) 이준형, 앞의 글, 17-18쪽.

50) 2012. 11. 국회 법제사법위원회의 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 일부개정 법률안 심사보고서 참조.

## 5. 손해배상청구권

### (1) 청구권의 내용

공동주택의 하자담보책임의 내용으로서 손해배상청구에 관하여, 집합건물법 제9조에서는 담보책임에 관하여는 「민법」상 수급인의 하자담보책임을 준용하도록 하고 있는데, 「민법」 제667조제2항에서는 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 하자 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다고 되어 있다. 이에 따라 구분소유자는 분양자(시공자 포함)에 대하여 하자 보수에 갈음한 손해배상청구권을 행사할 수 있고 하자보수청구와 함께 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 하자보수에 갈음하여 손해배상을 인정하는 이유는 비용을 들여 하자보수를 하더라도 완전한 보수가 불가능할 경우에는 하자보수의 청구는 오히려 사회적 손실을 초래할 우려가 있기 때문이다. 또한, 하자의 보수와 함께 손해배상을 인정하는 이유는 하자의 보수가 지연되거나 보수 후 남게 되는 하자에 대한 손해의 배상을 인정할 필요가 있기 때문이다.<sup>51)</sup>

다만, 「민법」 제667조제1항 단서에 따라 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 하자보수를 청구할 수 없으므로, 이 경우에는 하자보수청구와 함께 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없고 하자로 인해 발생한 손해의 배상 청구만 허용된다고 하겠다. 이러한 손해배상액의 범위와 관련하여 대법원<sup>52)</sup>은 “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 교환가치와 하자가 있는 현재 상태 대로의 교환가치와의 차액이고, 한편 하자가 중요한 경우에는 그 보수에 갈음하는 즉 실제로 보수에 필요한 비용이 손해배상에 포함된다”고 판시

51) 변우주, 앞의 글, 249-250쪽.

52) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결.

하였다.

한편, 「주택법」 제46조제3항에서는 사업주체는 담보책임기간에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우 하자 발생으로 인한 손해만을 배상하도록 규정하고 있다. 집합건물법에 따른 손해배상청구가 하자의 중대성 여부와 관계없이 인정되고 있는 것과 비교하여 매우 제한적으로 인정되고 있어서, 대부분 집합건물법에 따라 손해배상청구를 하게 될 것이므로 아무런 의미가 없는 제46조제3항은 삭제하자는 의견<sup>53)</sup>이 있다. 타당한 지적으로 보이며, 이와 함께 「주택법」에서 집합건물법이나 「민법」을 준용하는 규정을 두어 하자 보수와 함께 또는 하자에 갈음한 손해배상청구가 가능함을 명확히 할 필요가 있겠다.

## (2) 소멸시효

공동주택의 하자소송의 경우 통상적으로 사용검사 후 상당한 기간이 경과한 후에 제기되는 경우가 많고 이로 인해 하자보수청구보다는 하자보수에 갈음한 손해배상청구 소송을 제기하는 사례가 많다. 이에 따라 손해배상청구권의 소멸시효가 문제되는데, 이에 대하여 상사소멸시효가 적용되는지 아니면 민사소멸시효가 적용되는 것인지에 대하여 다툼이 있었다. 대법원<sup>54)</sup>은 “집합건물법 제9조는 (중략), 같은 조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로 이에 따른 손해배상청구권에 대하여는 「민법」 제162조제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다”고 판시하였다.

한편, 종전에 구분소유자는 시공자에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 없었기 때문에 분양자의 도급계약상 건설회사에 대한 손해배상청구권을 대위 행사하는 경우가 많았다. 이러한 사안에서는 대법원<sup>55)</sup>은 “건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급

53) 이준형, 앞의 글, 25쪽 각주 19).

54) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결.

55) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결.

인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 따라 원칙적으로 5년의 상사시효가 적용된다”고 하여, 구분소유자가 분양자(도급인)를 대위하여 행사한 시공자(수급인)에 대한 손해배상청구권은 상사소멸시효인 5년의 소멸시효가 적용되는 것으로 하였다. 그런데 개정된 집합건물법에 따라 구분소유자가 일정한 요건 하에서 시공자를 상대로 직접 손해배상청구권을 행사할 수 있게 되었기 때문에 앞으로는 10년의 소멸시효를 적용할 수 있게 되었다.

## 6. 사용검사 전 발생한 하자

집합건물법에 따른 하자담보책임에 대하여는 「민법」의 준용에 따라 종전부터 사용검사 전 발생한 하자에 대하여도 10년의 하자담보책임기간을 적용해 오고 있었다. 그런데, 2013. 6. 17. 개정된 집합건물법 시행령(제5조제1호)에서는 사용검사 전에 발생한 하자에 대하여는 5년으로 단축하였다. 이는 시설공사별로 5년의 범위에서 하자담보책임 기간이 세분화되었기 때문에 10년을 그대로 유지하는 것은 형평에 맞지 않는 것으로 판단하여, 사용검사 전 발생한 하자에 대한 담보책임 존속기간을 5년으로 단축한 것이다.

한편, 「주택법」상 사용검사 이전에 발생한 하자에 대하여는 명확한 규정이 없어서 종전에 이에 대하여 하자보증의 대상이 되는 지에 관하여 문제가 되었다. 즉, 하자가 사용검사 이전에 이미 나타난 상태가 사용검사 이후까지 지속되어 주택의 기능상, 미관상 또는 안전상의 지장을 초래한 경우에도 하자보수 대상에 포함되는 지가 주로 문제되었다. 종래 대다수의 하급심판결은 이러한 경우도 하자보증대상에 포함된다고 보았다.<sup>56)</sup> 이에 대하여 대법원<sup>57)</sup>은 “피고의 보증대상이 되는 하자는 사용검사일 이후 하자보수책임기간이 종료되기 이전에 발생한 하자에 한정되고 사용검사가 완료되기 전에 이미 발생한 하자는 그것이 사용검사일 이후까지 존속한다고 할지라도 피고의 보증대상이 아니라 할 것”이라고 판시하였다.

56) 윤재윤, 앞의 글, 65쪽.

57) 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결; 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결 등.

이와 함께 부실시공 또는 변경시공 등의 공사상 잘못이 사용검사 전에 있었으나 그로 인한 주택의 기능상, 미관상 또는 안전상의 하자는 사용검사 후에 나타나는 경우에도 사용검사 전에 발생한 하자에 해당하는지 여부에 대하여 문제가 되었다. 위 판결에서 대법원은 “하자의 원인이 사용검사 전에 있었다고 사용검사 후에 하자가 비로소 나타난 경우에는 하자담보책임을 진다”고 하였다. 결국 「주택법」에 따른 하자담보책임을 하자의 원인이 언제 발생하였는지와 관계없이 하자가 사용검사 이후에 발생한 경우에는 책임을 물을 수 있고 사용검사 전에 발생한 하자에 대하여는 하자보수를 청구할 수 없게 된다.

결국 공동주택이라 하더라도 사용검사 전에 발생한 하자에 대해서는 집합건물법에 따라 하자담보청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. 그러나 입주자대표회의의 경우에는 집합건물법상 하자보수청구권이 없기 때문에 보호받기 어려운 문제가 발생한다. 따라서 「주택법」에 공동주택에 관한 하자담보책임을 충실히 규정하기 위해서는 사용검사 이전에 발생한 하자에 대한 담보책임 기간, 하자보수 처리절차 등을 직접 규정해야 할 것이다.

## IV. 공동주택 하자담보책임 법제의 개선

### 1. 공동주택 하자담보책임의 법체계상 문제

#### (1) 일반법과 특별법 관계에 저촉되는 문제

공동주택의 하자담보책임과 관련하여 집합건물법과 「주택법」은 일반법과 특별법의 관계를 갖는다고 볼 수 있다.<sup>58)</sup> “일반법”이란 어떤 사항에

58) 집합건물법이 집합건물의 관리에 관한 기본법으로서의 위상을 갖는다(이준형, 앞의 글, 25쪽)는 점을 고려하여 「주택법」과의 관계에서 집합건물법이 기본법적 지위를 갖는 것으로 볼 수도 있으나, ‘기본법’이란 통상 사회에 있어서 기본적인 원칙이나 준칙 내지 일정한 법분야에 있어서 제도, 정책 등에 관한 기본과 원칙, 기준 등에 관하여 정한 법률을 지칭하며, 「사회보장기본법」과 같이 정책입법·프로그램으로서의 기능과 성격을 가지는 독특한 입법형식, 즉 당해 정책의 이념이나 기본이 되는 사항을 정하고 그에 의거하여 시책을 추진하거나 제도 정비를 도모하는 입법유형을 말한다[박영도, 입법학 입문, 한국법제연구원, 2008, 127-129쪽]. 그러나 집합건물법이



관하여 널리 일반적으로 규정하는 법령을 말하며, “특별법”이란 그와 같은 사항에 관하여 특정한 대상, 지역, 기간 등을 한정하여 적용되는 내용을 규정하는 법령을 말한다.<sup>59)</sup> 집합건물법이 공동주택을 포함한 집합건물 전반에 적용되는 하자담보책임에 관한 일반적 규정을 두고 있고, 「주택법」은 집합건물 중 공동주택에 대하여 입주자대표회의에 하자담보청구권 부여, 하자보수절차 및 방법, 하자분쟁조정제도 등 집합건물법에 대한 특별 규정을 두고 있다. 즉 「주택법」의 하자담보책임에 관한 규정들은 집합건물법의 예외나 특칙을 규정하고 있다.

이와 같은 입법방식은 사회적 요구에 대응한 특수한 입법정책적 기능, 특정문제에 대한 강력한 정책추진 의지를 표명하는 상징적 기능, 그리고 입법기술적 측면에서 정책목적을 신속하고 효율적으로 수행하는 기능을 한다.<sup>60)</sup> 공동주택의 하자담보책임에 대한 「주택법」의 특별규정들도 위와 같은 기능을 수행하기 위해 도입 및 발전해 온 것이다. 다시 말해 우리 국민들의 일반적 주거형태가 된 공동주택의 공급 확대와 함께 하자 관련 분쟁이 증가하면서 민법이나 집합건물법에 따른 일반적 하자담보책임 규정들만으로는 공동주택의 특수한 상황들에 적절히 대처하기 어렵게 되었던 것이다. 이에 「주택법」에 하자담보책임에 대한 특별규정을 두고 이러한 사회적 문제에 탄력적으로 대응하고자 행정적 차원에서 공법적 규율을 하게 된 것이다.

한편, 일반법과 특별법을 구별하는 실익은 특별법이 일반법에 우선하여 적용된다는데 있다.<sup>61)</sup> 따라서 양자가 서로 저촉할 경우에는 특별법의 규

---

그에 해당하는 정도의 지위를 가진 법으로 보기는 어렵고 집합건물의 하자담보책임에 관한 일반적 규정을 두고 있는 정도의 일반법적 성격으로 보는 것이 적절하다 (2012. 11. 법제사법위원회의 집합건물법 개정안 심사보고서 7쪽 참고).

59) 박영도, 앞의 책, 469쪽.

60) 박영도, “특별법 입법체계 개선방안”, 한국법제연구원, 2012. 10, 27-28쪽.

61) 한편, 과태료 부과·징수 등에 관한 일반법적 성격을 갖는 「질서위반행위 규제법」은 제5조(다른 법률과의 관계)에서 “과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다”고 하여 일반법이면서도 개별법에 우선한다는 규정을 두고 있으나, 이는 어디까지나 과태료 부과·징수 절차 일원화 차원의 형식상의 문제이며 실체적 사항인 과태료 부과 사유나 금액에 대하여는 각 개별법에서 특수한 상황에 따라 따로 정할 수 있는 것이어서 실질적인 우선 적용 사례는 아니다.

정이 우선 적용되고 일반법은 특별법에 규정되어 있지 않은 사항에 대하여 보충적으로 적용된다. 집합건물법 제52조의2에서 공동주택의 담보책임 및 하자보수 등과 관련된 분쟁은 「주택법」에 따르도록 하고 있는 것도 이를 고려한 것이다. 그런데, 공동주택 하자담보책임에 관한 현행 법체계는 일반법에 해당하는 집합건물법이 특별법에 해당하는 「주택법」보다 우선 적용한다는 취지의 규정(집합건물법 제2조의2)을 두고 있다. 이는 통상의 일반법과 특별법의 관계에 맞지 않는 법체계이다. 다른 한편으로는 「주택법」의 특별규정으로 인해 공동주택의 하자담보책임 법제의 체계상 문제와 이로 인한 법집행상의 혼란이 가중된 측면도 없지 않다.

## (2) '체계 정당성의 원칙'에 반하는 문제

공동주택의 하자담보책임에 대한 현행 법체계는 「주택법」에 따른 특별규정이 구분소유자에게 집합건물법보다 유리한 경우에만 보충적으로 「주택법」에 따르도록 하고 있다. 그런데, 개별 사안이 발생할 때마다 어느 법률 또는 규정의 적용이 유리한 지는 법령상 규정만으로 판단하기란 쉽지 않다. 현행 법체계는 일부 보완되기는 하였으나 구체적인 법률 규정의 적용에 있어서 각 법령상 규정을 조화롭게 해석하는 것이 불가능할 정도로 모순이 많기<sup>62)</sup> 때문이다. 입법은 그 뜻이 불분명한 경우 입법자나 이에 관여한 자와 동떨어진 법원 등의 국가기관만이 구속력을 갖는 해석 권한을 갖게 되므로, 입법은 가능한 한 사후적으로 오해의 소지가 없게 이루어지는 것이 바람직하다.<sup>63)</sup> 아무리 입법의 목적이 타당하고 정당하다 하더라도 특별법이나 특별규정으로 인해 다른 법령이나 규정과 상호 모순이나 저촉이 발생하면 결코 좋은 법이라 할 수 없는 것이다. 그럼에도 공동주택 하자담보책임의 현행 법체계는 쟁점별로 적용관계가 불명확하여 구체적인 법적용 관계에 대한 해석기준의 정립을 법원의 판결에 의존케 하는 결과를 초래하였다.

62) 윤재윤, 앞의 책, 352쪽.

63) 최대권, “입법학 연구-입법안 작성을 중심으로”, 『서울대학교 법학』 96, 서울대학교 법학연구소, 1994. 12, 50쪽.

이러한 측면에서 현행 공동주택 하자담보책임에 관한 법체계는 ‘체계 정당성의 원리’라는 입법의 원칙<sup>64)</sup>에 부합하지 못하다는 문제를 제기할 수 있다. ‘체계 정당성의 원리’는 개별법령 규정이 상호 유기적으로 결부하면서 종합적 법체계를 구성하는 것이며, 이들 규정 사이에 조화의 관계 내지는 균형관계가 존재해야 한다는 원칙이다.<sup>65)</sup> ‘체계 정당성의 원리’와 관련하여 우리 헌법재판소<sup>66)</sup>는 “동일 규범 내에서 또는 상이한 규범간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청이며, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것”이라고 판시하고 있다. ‘체계 정당성의 원리’에 따르면 개별 법률규정이나 개별법은 다른 법률규정 및 법률과의 관계에서 모순이 발생하지 않도록 입법되어야 한다.<sup>67)</sup> 입법에 있어 이러한 법령 상호간의 체계 정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성과 예측가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이라 하겠다. 따라서 공동주택의 하자담보책임은 비록 일부에 대하여 공법적 규율이 행해지고 있지만 본질적으로는 사법상의 문제로서 집합건물법과 민법에서 정하고 있는 일반적 규정들과 조화와 균형을 이루고 오피스텔 등 다른 집합건물들과의 법집행상 형평성이 유지 되도록 하여야 한다. 입법단계에서 이러한 요청을 충족시키기 위하여 국회와 법제처 입법실무 지침서<sup>68)</sup>에서도 ‘체계 정당성의 원리’를 입법의 중요한 기준으로 삼고 있다.

이러한 법률간 체계 정당성의 요청과 달리 공동주택 하자담보책임을 규율하는 현행 「주택법」과 집합건물법은 하자담보책임기간, 하자담보 청

64) 입법의 원칙은 시대에 따라 논자에 따라 다양한 견해가 있을 수 있는데, 체계 및 형식면에서의 입법의 원칙의 하나로 통상 “체계 정당성의 원리”를 든다(홍완식, “입법의 원칙에 관한 연구”, 『월간법제』, 2006년 2월호, 법제처, 2006. 2, 81-82쪽).

65) 박영도, 앞의 글, 71쪽.

66) 헌법재판소, 2005. 6. 30. 선고 2004헌바40 결정.

67) 홍완식, 앞의 글, 86쪽.

68) 국회 법제실의 『법제실무』(2011)에서 법률안 입안의 기본원리로서 헌법상 주요원칙인 ‘체계 정당성의 원리’를 들고 있으며(68-69쪽), 법제처의 『법령입안심사기준』(2012)에서도 입법형식의 선택 기준의 하나로 ‘체계 정당성의 원리’를 들고 있다.

구권자, 손해배상책임 범위 등에 대한 상충과 모순이 존재한다. 특별법은 어떤 법령이나 규정에 대한 특례나 특별한 조치를 규정하는 것을 목적으로 하기 때문에 필연적으로 충돌이 발생할 수밖에 없는 구조여서 특별규정을 도입함에 있어 처음부터 이와 같은 문제가 발생하지 않도록 해야 한다. 그럼에도 입법자인 국회와 집행기관인 행정부는 이러한 체계 정당성의 문제를 해소하려는 노력보다는 어느 하나의 법률에 다른 법률의 적용을 일방적으로 배제하는 방식으로 문제해결을 시도함으로써 법적용상의 혼란과 모순이 가중되어 온 것이다. 이러한 문제가 지속되어 온 데는 여러 가지 이유가 있겠으나, 집합건물법을 소관하는 법무부는 공동주택 특유의 가치와 특성을 고려하지 않은 채 오피스텔이나 복합상가 등 다른 집합건물과 동일한 적용에 중점을 두어 왔고, 「주택법」을 소관하는 국토교통부는 공동주택의 고유한 특성을 지나치게 강조하여 오피스텔 등 다른 집합건물에 대한 특별한 취급을 하고자 한 데서 오는 이해상충이 주요한 원인으로 파악된다. 또한, 국토교통부 입장에서는 주택의 건설·공급자인 사업주체의 부담도 감안하여 입주자 보호 위주로만 치우칠 수 없는 정책적 고려가 있었던 것으로 보인다. 공동주택 하자담보책임에 관한 법률간 불일치와 부조화를 해소하려면, 이와 같은 부처 간의 정책적 입장을 고려하면서 공동주택의 하자담보책임에 관한 규범 상호간 충돌이나 모순이 없는 법률 체계로 재정립되어야 한다.

## 2. 공동주택 하자담보책임 법제 정립 방안

### (1) 공동주택 하자담보책임 법제 일원화 방안

공동주택의 하자담보책임에 대한 법령간 불일치 및 부조화를 해소하기 위해 하자담보책임에 관한 규정을 집합건물법이나 「주택법」의 어느 하나로 일원화하는 방안이 있을 수 있다. 우선, 공동주택과 오피스텔, 복합상가 등 다른 집합건물의 하자담보책임기간을 달리 적용할 절대적인 이유가 없고 하자담보책임은 기본적으로 사법상의 법률관계라는 측면에서 집합건물법으로 일원화하는 방안<sup>69)</sup>이다. 이는 공동주택과 오피스텔 등 다른 집합건물과의 하자담보책임에 대한 차별이 없어지고 법적용 관계가 명료

해진다는 장점이 있으나, 공동주택 특유의 가치와 특성을 고려할 수 없다는 단점이 있다. 다음으로, 공동주택을 다른 집합건물과 분리하여 「주택법」에 하자보수, 손해배상 등을 완결성 있게 규정하는 방안이다. 이는 공동주택의 특성을 고려하여 하자담보책임에 대한 특별 규율이 가능하다는 점에서 특별법으로서의 장점을 살릴 수 있으나, 오피스텔 등과 다른 집합건물과 차별 취급됨으로써 형평성의 문제가 제기될 수 있다. 특히, 최근 주거용 오피스텔이 다양한 공법 규정에서 공동주택과 같이 취급<sup>70)</sup>되고 있는 추세에 부합하지 않는 문제가 있다. 한편, 공동주택을 포함한 집합건물의 하자담보책임 등을 포함한 집합건물 관리에 관한 새로운 통일법 체계를 생각해 볼 수도 있는데<sup>71)</sup>, 소관부처가 각각 다른 집합건물법과 「주택법」에서 공동주택의 관리에 관한 사항만을 분리하여 따로 규정하기 어려워 실현 가능성이 낮다.

사건으로는 어느 하나의 법률에만 공동주택의 하자담보책임에 관한 규정을 일원화하고 다른 법률에서 완전히 배제하는 방식은 적절하지 않다고 본다. 공동주택에 대한 하자담보책임에 관하여 규정하고 있는 현행 집합건물법과 「주택법」은 각각의 고유한 정책 목적을 가지고 있기 때문이다. 따라서 공동주택의 특유한 가치와 특성을 반영한 「주택법」의 특별법적 지위와 하자담보책임에 관한 기본적 사항을 규율하고 있는 집합건물법의 일반법적 지위를 유지하면서 법적용 관계의 불일치와 부조화를 해소하는 방식으로 법체계를 정립하는 것이 적절하다.

## (2) 법체계 정립에 있어 고려사항

### 1) 「주택법」의 특별법으로서의 지위 확립

「주택법」에 공동주택의 하자담보책임에 대한 특별법으로서의 지위를

69) 윤재윤, 앞의 글, 75쪽; 박명화, 앞의 글, 162쪽.

70) 주거용 오피스텔은 「주택법」(제2조제1호의2)상 준주택으로서 건설·구입 등에 국민주택기금의 지원대상이며, 「임대주택법」(제2조제3호)상 매입임대주택의 하나로 인정되며, 「소득세법」(제52조제4항)상 85제곱미터 미만의 주거용 오피스텔에 해당하면 아파트와 같이 월세액을 소득공제 받을 수 있다.

71) 한삼인·강용암, “집합건물 관리구조의 개선방안: 분양공동주택을 중심으로”, 「법학연구」 제43권0호, 부산대학교 법학연구소, 2011. 8, 168쪽.

부여하기 위해서는 특별규정을 두어야 할 필요성이 인정되어야 한다. 즉 앞서 언급한 바와 같이 다른 집합건물과 구분되는 공동주택 특유의 가치와 특성이 전제되어야 한다. 우리나라는 공동주택 주거 형태의 비율이 70%를 넘은 지 오래고, 현재 아파트 등 공동주택은 중산층의 보편적인 주거형태로 자리매김하고 있다. 이처럼 아파트 등 공동주택은 국민들의 경제·사회·문화적 제반 활동을 위한 기본적인 생존기반의 하나로 기능한다고 볼 수 있다. 한편, 공동주택은 이와 같은 기초 생활공간으로서의 의미뿐만 아니라 ‘자산의 소유와 자산의 증식’이라는 의미를 갖고 있으며, 특히 중산층 이상에서는 아파트의 소유가 자산의 증식과 사회적 위상을 나타내는 의미까지 띠게 되었다.<sup>72)</sup> 따라서 공동주택에 하자가 발생한 경우 구분소유자 또는 입주자에게 이는 기초적인 주거안정 문제와 직결될 뿐만 아니라 상품으로서의 재산적 가치가 감소하게 되는 중요한 문제가 되는 것이다.

이와 같이 공동주택은 업무활동이나 경제활동을 위해 주로 사용되는 오피스텔, 복합상가 등의 다른 집합건물과 구별되는 독특한 특성이 있다. 따라서 입주자의 생존권 차원이나 사회경제적 측면에서 특별한 의미가 있는 공동주택에 대하여 특별법적 지위에서 집합건물법상의 다른 집합건물과 구별되는 특별한 규정을 둘 필요가 있다. 다만, 특별규정을 두더라도 일반법인 집합건물법의 하자담보책임 규정에 대하여 반드시 필요한 예외적 상황이나 내용만을 규정하여 법체계의 복잡성, 적용대상 간 불합리한 차별 등의 문제가 발생하지 않도록 해야 한다.

이러한 점을 감안하여 특별법인 「주택법」에 필요한 한도에서 규정할 내용들을 예시해 보면 다음과 같다. 먼저, 용어 사용과 관련하여 입주자, 사업주체 등 공동주택의 건설·공급에 관련한 특성을 나타내는 용어들은 그대로 유지해도 될 것이다. 또, 임차인 등이 포함된 입주자대표회의는 공동주택의 관리에 있어 가장 중요한 단체이므로 하자담보청구권(손해배상청구권 포함)을 특별히 부여하고, 하자담보책임을 지는 시공자의 범위도 현행 집합건물법보다 확대된 현행 수준을 유지해도 될 것이다. 아울러

72) 박소진·홍선영, “주거를 통한 사회적 과시의 한국적 특수성-일본과의 비교”, 『담론 201』 제11권4호 통권33호, 한국사회역사학회, 2009. 2, 41-42쪽.

하자보수 절차와 방법, 하자보수보증금 청구 등 하자보수에 관한 행정적 차원의 특별규정도 그대로 유지할 필요가 있다. 한편, 현재 「주택법」에 전반적으로 단기간으로 되어 있는 하자담보책임기간을 집합건물법에 일치시킬 필요가 있는데, 그 대신 법적 성격은 ‘제척기간’이 아닌 ‘하자 발생 기간’으로 하더라도 입주자 등에게 불리하지 않을 것이므로 달리 규정 가능하다고 하겠다. 그러나 공동주택 내력구조부의 중대한 하자에 대하여만 손해배상청구를 인정하고 있는 규정(제46조제3항) 등 집합건물법을 직접 적용 가능한 「주택법」상 규정들은 삭제 또는 집합건물법을 준용하는 방식으로 개정해야 한다.

## 2) 집합건물법의 일반법으로서의 위상 정립

집합건물법이 일반법으로서 위상을 갖기 위해서는 공동주택을 포함한 모든 집합건물의 하자담보책임에 관한 일체의 규정을 상세히 규정할 필요가 있다. 「주택법」에 공동주택의 하자담보책임에 관한 특별규정을 두는 경우에도 원칙적으로 집합건물법의 일반적 규정들을 적용하도록 하되 특별히 달리 취급할 사항에 대하여만 예외를 규정하게 하는 것이다. 즉 현재 규정되어 있는 하자담보책임기간, 손해배상청구의 내용과 범위, 사용 전 발생하자의 담보책임 등은 현행과 같이 유지하되, 하자의 개념과 범위 규정 신설, 하자담보 청구권자로서 입주자대표회의 추가 및 하자담보책임 의무자인 시공자 범위 확대 등은 집합건물법의 정비를 통해 개선해야 한다. 한편, 집합건물법에 “집합건물의 하자담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 이 법률에 따른다”고 하는 “(다른 법률과의 관계)” 규정을 신설하여 일반법으로서의 지위를 법적으로 명확히 할 필요가 있다. 이와 함께 특별법인 「주택법」의 적용을 원칙적으로 배제하고 있는 현행 집합건물법 제2조의2(「주택법」과의 관계) 규정을 삭제해야 한다. 이로써 공동주택의 하자담보책임에 대한 해석·적용 시 법규정간 모순, 충돌이 일어나지 않도록 해야 한다.

#### IV. 맺는 말

아파트 등 공동주택은 입주민의 인간다운 주거의 권리를 실효적으로 보장하는 수단이라는 점에서 우리 국민들의 삶에서 차지하는 비중이나 가치의 측면에서 특별히 취급될 필요가 있다는 점을 부인하기는 어렵다. 따라서 공동주택의 건설, 공급, 관리 등에 관한 사항을 정하고 있는 「주택법」에 쾌적하고 안전한 주거생활을 보장하는 공동주택의 하자담보책임에 관한 특별규정을 두는 것은 불가피하다고 하겠다. 즉, 공동주택의 하자담보책임을 계약관계에 기초한 민사적 차원을 넘어 공동주택의 하자 발생 시 하자담보청구권자 대상 확대, 특별한 하자보수청구 절차와 방법 등에 관한 공법적 측면의 운용이 요청된다. 이에 집합건물법은 공동주택을 포함한 집합건물의 하자담보책임에 관한 일반적 사항을 규정하고, 「주택법」은 공동주택 특성을 고려한 특별 규정을 두고 있는 것이다.

이러한 차원에서 집합건물법과 「주택법」은 일반법과 특별법의 관계로 볼 수 있는데, 현행 법체계는 일반법인 집합건물법이 특별법인 「주택법」에 우선 적용되도록 함으로써 통상의 일반법·특별법 체계에 맞지 않는 측면이 있다. 또한, 현행 법체계는 「주택법」의 특별규정으로 인해 하자담보책임에 관한 각 법령상 규정을 상호 조화롭게 해석하기 어려울 정도로 상충·모순되는 규정들이 존재한다. 따라서 공동주택 하자담보책임에 관한 현행 법제를 일반법·특별법의 관계로 재정립하고, 입법의 원칙의 하나인 ‘체계 정당성의 원리’에 따라 공동주택의 하자담보책임에 관한 규범 상호 간 충돌이나 모순이 없도록 법률 체계가 재정비되어야 한다. 다만, 「주택법」에 공동주택의 하자담보책임에 대한 특별규정을 유지하려는 경우 다른 집합건물들과의 형평성, 구분소유자 또는 입주자의 특별한 보호 필요성 등을 신중히 고려하려는 노력이 필요하다.

한편, 법체계 일원화 또는 법령 정비를 함에 있어서, 입법과정은 다양한 의견을 조정하고 그것을 입법에 반영시킴으로써 갈등의 처리나 사회통합에 이바지 하는 기능을 수행한다는 점<sup>73)</sup>을 특히 유념해야 한다. 따라

73) 박영도, “입법과정 연구의 입법학적 접근시각”, 『법과 사회』10, 법과사회이론학회, 1994. 11, 175쪽.



서 이러한 입법과정에 관계기관, 이해당사자, 전문가들이 적극 참여하도록 하여 상호 양보와 합의를 통해 입주자 보호와 주택건설시장 활성화에 도움이 되는 방향으로 해결책이 모색되어 져야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 박영도, 입법학 입문, 한국법제연구원, 2008
- 박종두·박세창, 집합건물법, 삼영사, 2011
- 유어녕, 집합건물의 이론과 실무, 법률정보센터, 2011
- 윤재윤, 건설분쟁관계법, 박영사, 2011
- 김태관, “분양주택의 하자에 관한 건설회사의 주택취득자에 대한 책임”, 『강원법학』제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6.
- 박소진·홍선영, “주거를 통한 사회적 과시의 한국적 특수성-일본과의 비교”, 『담론 201』제11권4호 통권33호, 한국사회역사학회, 2009. 2.
- 박영도, “입법과정 연구의 입법학적 접근시각”, 『법과 사회』10, 법과사회이론학회, 1994. 11.
- \_\_\_\_\_, “특별법 입법체계 개선방안”, 한국법제연구원, 2012. 10.
- 박준모 외 5명, “공동주택 하자소송의 법률적 쟁점사항과 판정체계 분석”, 『한국건축시공학회지』제12권제1호, 한국건축시공학회, 2012. 12.
- 박명화, “공동주택의 하자담보책임관련 개선방안 연구(개정 「주택법」 부칙 3항의 위헌결정과 관련하여)”, 『지역사회발전학회논문집』제34집제 2호, 한국지역사회발전학회, 2009. 12.
- 변우주, “집합건물의 하자담보추급권자에 대한 법적 문제점- 최근 판례의 동향과 관련하여-”, 『동아법학』제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009. 2.
- 신봉근, “공동주택의 하자보수책임에 관한 판례의 동향”, 『법학연구』제46집, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5.
- 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 『저스티스』제36권제3호 통권제73호, 한국법학원, 2003. 6.
- 이준형, “선진적인 집합건물 관리를 위한 법률 개정안-하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단집회 등을 중심으로-”, 『법조』제61권제3호, 법조협회, 2012. 3.
- 전현철, “공동주택의 하자담보책임-판례를 중심으로-”, 『중앙법학』제11집제 1호, 2009. 4.
- 최대권, “입법학연구-입법안 작성을 중심으로”, 『서울대학교 법학』96, 서울대학교 법학연구소, 1994. 12.

- 최정현 외 5명, “공동주택 하자분쟁의 법률적 쟁점사항 분석”, 『대한건축학회논문집 구조계』제25권제11호, 대한건축시공학회, 2009. 11.
- 한삼인·강용암, “집합건물 관리구조의 개선방안: 분양공동주택을 중심으로”, 『법학연구』제43권0호, 부산대학교 법학연구소, 2011. 8.
- 홍완식, “입법의 원칙에 관한 연구”, 『월간법제』2006년 2월호, 법제처, 2006. 2.

〈참고자료〉

- 국회 건설교통위원회, 주승용 의원 대표발의 「주택법」 일부개정법률안 심사보고서, 2008. 2.
- 국회 법제사법위원회, 정부제출 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 일부개정법률안 심사보고서, 2012. 11.
- 국회 법제실, 『법제실무』, 2011.
- 국회사무처, 제253회 국회(임시회) 제8차 법제사법위원회회의록, 2005. 5. 2.
- 법제처, 『법령입안심사기준』, 2012.
- 통계청, 2010. 12. 19. 보도자료[2010 인구주택총조사 표본집계 결과(주거실태 부문)].

## <국문초록>

오늘날 우리 국민들의 대표적 주거방식은 아파트 등 공동주택이다. 공동주택은 입주자들에게 있어 기초적인 생활공간이면서 재산적 가치를 갖는 상품으로서의 의미를 갖는다. 이에 공동주택의 보존과 관리가 매우 중요한 문제가 되었고, 공동주택의 하자로 인한 분쟁도 점점 증가하고 있다. 이러한 공동주택의 하자 문제를 처리하기 위해 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」, 「주택법」에서 담보책임에 관하여 각각 규정하고 있다. 그 결과 공동주택의 하자담보책임에 대하여는 관련 법령의 적용 관계에 혼란이 존재해 왔다. 이러한 법체계상의 문제를 해소하기 위해 여러 차례 집합건물법과 「주택법」의 제·개정이 추진되었고, 지난 2012년 12월 18일에도 동일한 차원의 법개정이 이루어 졌다.

그러나 현행 집합건물법과 「주택법」은 여전히 법체계상의 문제가 존재한다. 두 법은 일반법과 특별법의 관계로 볼 수 있는데, 현행 법체계는 일반법인 집합건물법이 특별법인 「주택법」에 우선 적용되도록 함으로써 통상의 일반법·특별법 체계에 맞지 않는 측면이 있다. 또한, 현행 법체계는 하자담보책임에 관한 각 법령상 규정을 상호 조화롭게 해석하기 어려울 정도로 상충·모순되는 규정들이 존재한다. 따라서 공동주택 하자담보책임에 관한 현행 법제를 일반법·특별법의 관계로 재정립하고, 입법의 원칙의 하나인 ‘체계 정당성의 원리’에 따라 공동주택의 하자담보책임에 관한 규범 상호간 충돌이나 모순이 없도록 법률 체계가 재정비되어야 한다. 즉 집합건물법에 집합건물의 하자담보책임에 관한 모든 사항을 상세히 규정하고, 「주택법」은 입주자 보호 등을 위해 특별히 필요한 예외적 사항만을 규정하도록 하여 법원의 해석이 아닌 입법을 통해 법체계상의 문제를 해소해야 한다.

**주제어** : 공동주택, 집합건물, 하자담보책임, 하자담보추급권, 구분소유자, 입주자대표회의, 입법의 원칙, 체계 정당성의 원리

## Current state and problems of the warranty liability legislation of apartment houses

- Focused on the amendments of the Act on the Ownership and Management of Aggregate Buildings and the Housing Act in 2012 -

Chae, Hyang-Seok\*

The people's typical way of residence is an apartment house like an apartment today. The apartment houses have meanings as the valuable goods as well as the basic living place for residents. Accordingly, the maintenance and management of the apartment houses are very important matters, and disputes over the defects in the apartment houses increase gradually. The Act on the Ownership and Management of Aggregate Buildings and the Housing Act respectively prescribe the warranty liability in order to deal with the defect issues in the apartment houses. As a result, there have been confusions about the application of the relevant laws on the warranty liability of the apartment houses. The several rounds of enactments and amendments of the Act on Ownership and Management of Aggregate Buildings and the Housing Act were performed in order to solve legislative system problems, and the Acts were revised again in terms of solving legislative system problems on December 18th of 2012.

However, the existing Acts still have legislative system problems. Although the two Acts can be considered 'general law-special law relations', the current legislative system on the warranty liability is incompatible with normal 'general law-special law relations' in some aspects by the Act on Ownership and Management of Aggregate Buildings, general law, being applied in preference to the Housing Act, special law. Furthermore, the current legislative system has contradictory provisions, which make harmonious legal interpretation of the provisions on the warranty liability difficult. Therefore, the current legislative system on the apartment houses' warranty liability should be reestablished to original 'general law-special law relations', and be reorganized according to 'the principle of systematic legitimacy', one of the principles of lawmaking, so that

---

\* Legislation Director General, Legislation Bureau of Economic Affairs,  
Ministry of Government Legislation

contradictions on the warranty liability between the two Acts does not occur any more. In other words, all matters on the aggregate buildings' warranty liability should be described in detail in the Act on Ownership and Management of Aggregate Buildings, and only exceptional matters for residents' protection should be prescribed in the Housing Act so that the legislative system problems need to be solved not through judicial interpretation but through enactment.

**Key Words** : apartment house, aggregate building, warranty liability, overtaking right of defects, owner of divided property, representative of apartment building, the principle of lawmaking, the principle of systematic legitimacy