

석사학위 청구논문

2013년도



## 공동주택의 하자담보책임에 관한 연구

- 판례를 중심으로 -

**A Study on Defects Liability for Multi-Dwelling Unit (MDU)**

- Focusing on the judicial precedents -

광운대학교 건설법무대학원

건설법무사법 전공

이 흥 우



공동주택의 하자담보책임에 관한 연구

- 판례를 중심으로 -

A Study on Defects Liability for Multi-Dwelling Unit (MDU)

- Focusing on the judicial precedents -

광운대학교 건설법무대학원

건설법무사범 전공

이 홍 우



# 공동주택의 하자담보책임에 관한 연구

- 판례를 중심으로 -

A Study on Defects Liability for Multi-Dwelling Unit (MDU)

- Focusing on the judicial precedents -

지도 권 헌 영 교수

이 논문을 석사학위논문으로 제출함

2013년 12월 일

광운대학교 건설법무대학원

건설법무사법 전공

이 홍 우



이홍우의 법학 석사 학위 논문을 인준함.

심사위원장 인

심사위원 인

심사위원 인

광운대학교 건설법무대학원

2013년 12월 일



## 감사의 글

건설관련 분쟁에 관심을 가지면서 건설법무대학원과 인연을 맺게 되었고, 정말 시간이 쏠살같이 흘러 이제 졸업을 앞두고 되었습니다. 대학원 시절은 다양한 경험을 가진 좋은 분들과 만나고, 서로의 경험을 공유하며, 관심 있는 분야에 대하여 공부할 수 있었던 의미 있는 시간이었습니다. 논문을 준비하면서, 그동안 실무에서 해왔던 것들이 전체적으로 정리가 되어 좋았고, 관행적으로 그냥 받아들이던 부분을 다시 생각해 보는 계기가 되었습니다.

무사히 대학원 생활을 마치고 논문이 완성될 수 있도록 도움을 주신 주위의 많은 분들에게 감사의 뜻을 전하고 싶습니다. 먼저 본 논문을 준비하는데 있어, 아낌 없는 격려로 지도를 해주신 권현영 교수님과 박상열 원장님께 감사드립니다. 그리고 항상 묵묵히 저를 후원해 주시는 부모님, 믿음과 사랑으로 저를 지켜봐 준 아내와 두 아들, 헌신적으로 아이들을 돌봐 주시는 장인, 장모님에게 사랑과 감사를 전합니다.



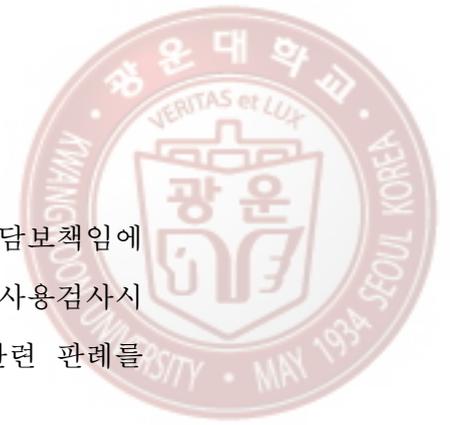
## 공동주택의 하자담보책임에 관한 연구

### - 판례를 중심으로 -

구분소유자는 집합건물의 분양자에 대하여 집합건물법 제9조 및 민법 제667조 내지671조에 따라 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 있다. 본 논문에서는 집합건물분양계약의 법적성질, 집합건물법상 하자담보책임의 법적성질, 내용, 존속기간을 살펴보고 하자담보책임의 제한 및 하자보수완료확인서의 효력을 검토하였다.

입주자대표회의등은 사업주체에 대하여 주택법 제46조에 따라 하자담보책임을 물을 수 있는바, 본 논문에서는 주택법상 사업주체의 하자담보책임의 성질, 내용 및 주택법시행령의 하자보수기간의 법적성격을 살펴보고, 집합건물법의 하자담보책임과 어떻게 다른지 비교하였다.

2005. 5. 26. 개정된 주택법 및 집합건물법은 공동주택의 하자담보책임에 관하여 주택법의 규정을 우선한다고 규정하였음에도, 주택법에 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 대하여 규정하지 않아, 이러한 경우 집합건물법이 여전히 적용되는지에 대하여 여러 견해 및 하급심 판례가 대립하였다. 이에 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결은 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 관하여 여전히 집합건물법이 적용된다고 하면서, 다만 사용검사 후 하자에 대하여는 주택법시행령상의 하자발생 기간내에 발생하여야 한다고 판시하였다. 이러한 법률규정



의 혼선에 대하여 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 분양자의 하자담보책임에 관하여 집합건물법이 적용됨을 분명히 하였다. 본 논문에서는 아파트 사용검사시기에 따라 주택법과 집합건물법의 적용이 상이하다는 점을 밝히고 관련 판례를 검토하였다.

건축경기가 나빠지면서 부도가 나거나 법정관리를 신청한 건설회사가 많아지고 있는데, 이 경우 구분소유자들은 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 없고, 부득이 보증기관에 대하여 하자보수보증책임을 물을 수 밖에 없다. 보증기관의 보증책임과 관련하여서는 보증기관의 책임범위와 관련하여 사용검사 후 하자의 의미, 각 연차별 하자가 주택법시행령의 하자보수 기간내에 발생하였는지에 대한 입증책임의 문제, 보증금의 전용, 하자보수종결합의서의 효력, 2005. 5. 26. 이후 사용검사를 받은 아파트의 10년차 하자에 대하여 공동주택이 무너지거나 무너질 우려가 있다고 판정이 된 경우에 한하여만 보증기관이 보증책임을 지는 지 여부, 분양자의 손해배상책임에 대한 책임제한을 일률적으로 보증기관의 보증책임에도 적용하는 것이 타당한지 여부등이 문제된다. 본 논문에서는 위와 같은 문제에 대한 학설, 판례를 검토하고 새로운 견해를 제시하였다.

국민의 주거생활 안정을 위하여 많은 임대아파트가 지어지고 있는 바, 사용하던 임대아파트를 분양받은 구분소유자들도 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 하자담보책임의 기산점을 '사용검사시' 로 보고 있으나, 이렇게 볼 경우 10년 임대 후 분양전환 되는 아파트의 구분소유자들은 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 있는 방법이 없게 된다. 본 논문은 이러한 문제점을 지적하고 바람직한 대안을 제시하고자 하였다.



주제어 : 공동주택, 하자담보책임, 분양자, 시공자, 사업주체, 구분소유자, 입주자대표회의, 집합건물법, 주택법, 하자보수청구권, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권, 하자보수보증책임, 보증기관



**ABSTRACT**

**A Study on Defects Liability for Multi-Dwelling Unit (MDU)**

**- Focusing on the judicial precedents -**

Unit owners have the right to ask unit developers for defects liability on aggregate buildings under the Aggregate Building Act Article 9 and the Civil Code Article 667 and 671. The aims of this paper are to review the followings; 1. The Legal Characteristics of Aggregate Building Sales Contract 2. The Legal Characteristics, Contents, and Maintenance period for Defects Liability based on Aggregate Building Act 3. The limitation of Defect Liability and Legal Effects of Confirmation Against Defaults Complete.

The committee of apartment dwellers representative and that sort of committee have the right to ask main participants for defects liability under the House Act Article 46, so that this paper includes the reviews on the legal characteristics and contents of defects liability, and characteristics for maintenance period under the House Act [Enforcement Ordinance](#) mainly from main participants' viewpoints, and compares differences with those of defects liability under the Aggregate Building Act.

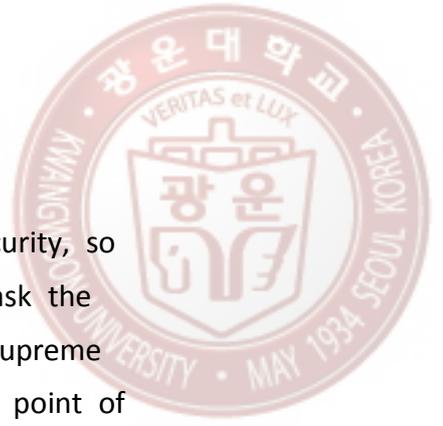
Although the Aggregate Building Act and the House Act, both amended on May 26<sup>th</sup>, 2005 define that the House Act is prior to other acts when it comes to defects liability for multi-dwelling unit, the House Act doesn't define the right to demand compensation equivalent to defects repair. Accordingly, it leads different viewpoints and precedents on whether the



right is applied to the Aggregate Building Act or not. In this regard, the Supreme Court's ruling on July 12<sup>th</sup>, 2012 for the 2010 da 108234 case, states that the right to demand compensation equivalent to defects repair is still applied under the Aggregate Building Act, and that the right for the defects after Acceptance of Work is applied only within the maintenance period under the House Act [Enforcement Ordinance](#). In order to avoid further confusions, the Aggregate Building Act amended on December 18<sup>th</sup> 2012 stated clearly that developers' defects liability is applied under the Aggregate Building Act. This paper finds that there are differences in application for the House Act and the Aggregate Building Act in accordance with the period of Acceptance of Work, and reviews related precedents.

As the construction business has been on a downturn, construction companies which are already bankrupt or under legal management have also increased. In this case, unit owners can't make unit developers take responsibility for defects liability. They can make a surety organization take responsibility for defects liability instead.

A surety organization's surety liability, much related to the scope of its liability depends on the definition of defects after the Acceptance of Work, supporting evidences to prove defects occurred within the maintenance period under the House Act [Enforcement Ordinance](#), deposits used for another purpose, effect of Agreement for defect repair conclusion, the validity on the liability and so on. This paper suggests new viewpoints on these issues by reviewing related theories and precedents.



A lot of leased apartments have been built to enhance housing security, so that the unit owners for leased apartments have the legal right to ask the unit developers for defects liability. Under this circumstance, the Supreme Court regards "the moment of Acceptance of Work" as the starting point of reckoning for the defects liability. However, it may not suggest any solutions for the unit owners who own the leased apartments, converted for sale after 10 years of rental period. This paper is to find out these problems and suggest appropriate solutions.

**Key words:** A multi-dwelling unit, A defects liability, A house (unit) developer, A constructor, A main participant, A unit owner, the committee of apartment dwellers representative, the Aggregate Building Act, the House Act, the Right to demand defects repair, the Right to demand compensation equivalent to defects repair, A surety liability for defect repair, A surety organization



# 목 차

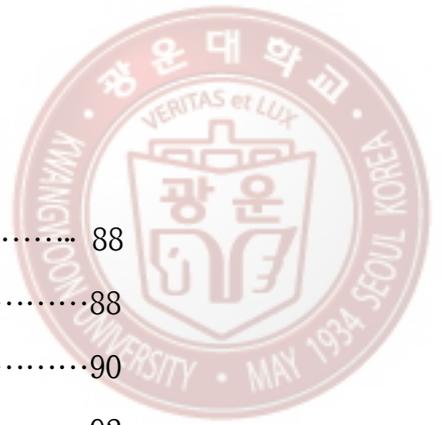
<b>제1장 서론</b> .....	1
제1절 연구의 배경 및 목적 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	2
제3절 논문의 구성 .....	3
<b>제2장 공동주택의 하자</b> .....	4
제1절 공동주택의 의의 .....	4
제2절 공동주택의 하자 .....	5
1. 하자의 의의 .....	5
2. 하자의 분류, 유형 .....	7
3. 하자의 판단기준 .....	10
4. 공동주택 하자의 특징 .....	17
<b>제3장 공동주택의 하자담보책임 적용법령</b> .....	19
제1절 관련법령의 내용과 적용범위 .....	19
1. 민법 .....	19
2. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 .....	20
3. 주택법령 .....	23
4. 건설산업기본법 .....	32
제2절 사용검사일에 따른 적용법령의 상이(相異) .....	33



1. 2005. 5. 26. 이전에 사용검사를 받은 아파트 .....	33
2. 2005. 5. 26. 이후 사용검사를 받은 아파트 .....	35
3. 2013. 6. 19. 이후 사용검사를 받은 아파트 .....	37
제3절 분양을 목적으로 하는지, 공동주택인지에 따른 적용법령의 상이(相異).....	38
<b>제4장 집합건물법상의 하자담보책임</b> .....	40
제1절 집합건물법상 분양계약의 법적성질 .....	40
1. 의의 .....	40
2. 집합건물 분양계약의 법적성질.....	40
제2절 집합건물법상 하자담보책임의 법적성격 .....	43
제3절 하자담보책임의 내용 .....	45
1. 하자보수청구 .....	45
2. 손해배상청구 .....	47
3. 수분양자의 계약해제권 .....	57
4. 수분양자의 대금감액청구 .....	58
제4절 하자담보책임의 존속기간 .....	59
1. 제척기간 .....	59
2. 소멸시효와의 관계 .....	61
제5절 하자담보책임의 배제, 제한 .....	63
1. 하자담보책임의 배제 .....	63
2. 하자담보책임의 제한(손해배상액 감액) .....	64



3. 하자보수완료확인서의 효력 .....	65
<b>제5장 주택법상 사업주체의 하자담보책임 .....</b>	<b>67</b>
제1절 주택법상 하자담보책임의 법적성질 .....	67
제2절 주택법상 하자담보책임의 내용 .....	67
1. 하자보수청구 .....	67
2. 손해배상청구 .....	74
3. 하자보수보증금예치의무 .....	76
제3절 주택법 시행령상의 하자담보책임기간의 법적성격 .....	77
제4절 집합건물법상의 하자담보책임과의 비교 .....	77
1. 2005. 5. 26.부터 2013. 6. 19. 이전에 사용검사를 받은 공동주택 에 적용되는 주택법령과 집합건물법에 의한 하자담보책임의 내용 .....	77
2. 2013. 6. 19. 이후 분양된 공동주택에 적용되는 주택법령과 집합건 물법에 의한 하자담보책임의 내용 .....	80
<b>제6장 주택법상 보증기관의 하자보수보증책임 .....</b>	<b>83</b>
제1절 하자보수보증금의 의의 .....	83
제2절 하자보수보증금의 법적성질 .....	84
1. 일반적인 하자보수보증의 법적성질 .....	84
2. 보증기관 하자보수보증의 법적성질 .....	85
제3절 하자보수보증금 청구권자 .....	88



제4절 하자보수보증책임의 범위 .....	88
1. 사용검사 후 하자 .....	88
2. 하자보수책임 기간 내에 발생한 하자 .....	90
3. 하자보증기간이 하자보수책임기간 보다 장기인 경우 .....	92
4. 보증금의 전용 .....	93
5. 보증기간이 5년, 10년인 보증서에 의하여 보증되는 하자의 범위 .....	96
6. 하자종결합의 .....	99
제5절 하자보수보증금청구권의 행사기간 .....	100
1. 소멸시효.....	100
2. 보증기관별 하자보수보증금 청구기간.....	101
제6절 하자보수보증금 채무의 부종성.....	104
1. 하자담보추급권과의 관계.....	104
2. 하자보수보증금채무의 부종성과 관련된 문제.....	105
제7장 임대후 분양전환아파트에 대한 하자담보책임.....	110
제1절 분양전환된 아파트에 대한 하자담보책임의 근거 법령.....	110
제2절 분양전환 아파트에 대한 하자담보책임 제척기간의 기산점.....	111
제8장 결론 .....	114



## 제1장 서 론

### 제1절 연구의 배경 및 목적

사람이 살아가는데 있어 필수적으로 필요한 것이 의·식·주인데, 그 중에서도 주(住), 즉 사람이 살아가는 장소가 현실적으로 가장 중요한 문제가 된다. 집은 단순히 거주 장소에 그치는 것이 아니라 인적교류 및 교육·문화생활 향유의 기초가 된다. 우리나라는 인구에 비해 땅이 협소하다. 특히 도시지역의 경우 집을 지을 장소가 부족하다 보니 아파트 등의 공동주택을 많이 지을 수 밖에 없다. 그 결과 우리나라 인구의 50% 이상이 아파트 등의 공동주택에 거주할 정도가 되었다.<sup>1)</sup>

우리나라 사람의 자산보유 형태를 보면 부동산의 비중이 가장 높으며, 부동산 중에서 단연 아파트가 대부분을 차지한다. 자기가 살면서 거주하는 아파트가 전 재산인 경우도 많다. 우리나라 도시지역에서 집을 마련할 때 가장 일반적인 모습은 아파트 등의 공동주택을 분양받거나 매수하는 것이다. 이 때 자신이 가진 전 재산을 투입하는 것도 모자라 대출까지 받아서 돈을 충당하는 것이 보통이다.

그런데 그렇게 힘들게 매수한 집(공동주택)에 균열, 누수 등의 하자가 발생한 경우, 공동주택의 입주자는 시공자에게 하자보수를 청구하게 되며, 시공자의 하자보수가 만족스럽지 않은 경우 하자담보책임을 묻는 소송을 제기하게 된다. 이 때 누구를 상대로 어떠한 내용의 하자담보책임을 물을 수 있는지, 하자담보책임에 대하여 어떠한 법률이 적용되는지 문제된다.

---

1) 통계청자료([www.kostat.go.kr](http://www.kostat.go.kr))에 의하면, 2012년 기준으로 주택법에 의한 사업계획승인을 받고 지어진 공동주택의 호수는 8,853,000호이다.

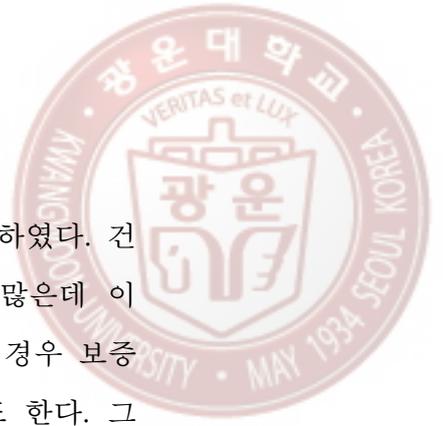


## 제2절 연구의 범위 및 방법

공동주택의 하자담보책임을 규율하고 있는 법률로는 민법, 집합건물의 소유 및 관리에 관한법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다), 주택법, 건설산업기본법이 있다. 민법에서는 매매계약 또는 도급계약을 전제로 매도인 또는 수급인이 계약상대방(매수인 또는 도급인)에 대하여 일정한 하자담보책임을 부담하게 하고 있으며, 집합건물법은 집합건물의 분양자가 구분소유자에게, 주택법은 주택건설사업을 시행하는 사업주체(분양을 목적으로 하는 공동주택의 건축주 및 공동주택을 신축·증축·리모델링 등을 한 시공자를 포함한다)가 입주자대표회의등에게, 서로 다른 내용의 하자담보책임을 부담하게 하고 있다. 그 결과 공동주택의 하자담보책임에 대하여 어떠한 법률이 적용되는가에 따라 공동주택의 구분소유자 또는 입주자가 누구를 상대로, 어떠한 내용의 하자담보책임을 물을 수 있는지가 결정된다.

집합건물법상의 하자담보책임과 주택법상의 하자담보책임은 유사한 내용이 많다. 그래서 종래 공동주택의 하자담보책임에 관한 논문은 하자담보책임의 내용(하자보수청구, 손해배상청구, 계약해제 등)을 기준으로 기술하는 경우가 많았다. 그러나 집합건물 분양자의 하자담보책임, 주택법상의 하자담보책임, 보증기관의 하자보수보증책임은 각기 별개의 책임으로서 하자담보책임의 주체, 상대방, 내용이 각기 다르므로, 다소 중복되는 느낌이 없지 않으나 각 적용 법률에 따라 하자담보책임의 내용을 기술하는 것이 공동주택 하자담보책임의 전체 구조를 이해하는데 도움이 될 것이다.

종래 집합건물 분양자의 손해배상책임과 보증기관의 보증책임이 어떠한 관계에 있는지에 대하여 많은 혼란이 있었으나, 대법원 2010. 9. 13. 선고 2009다23160 판결은 보증기관의 보증금 지급채무는 사업주체의 하자보수의무 불이행에 대한



보증채무라고 하여 분양자의 손해배상책임과는 별개의 것임을 분명히 하였다. 건설경제 불황으로 분양자인 건설회사가 법정관리에 들어가는 경우가 많은데 이 경우 보증기관만을 상대로 보증금청구를 하는 경우가 실제로 많고, 이 경우 보증기관으로부터 받은 보증금이 유일한 아파트 하자보수의 재원이 되기도 한다. 그만큼 보증기관에 대한 보증금청구가 중요하게 되었다.

본 논문은 집합건물 분양자의 하자담보책임 및 주택법상 사업주체의 하자담보책임의 내용을 비교·검토하고, 분양자 및 사업주체의 하자담보책임, 보증기관의 하자보수보증책임과 관련된 문헌과 법령, 학설, 판례를 소개하고, 견해가 대립되는 부분에 대하여는 나름의 의견을 제시하고자 하였다.

### 제3절 논문의 구성

이하에서는 공동주택 하자의 의의와 특징, 공동주택의 하자담보책임에 적용되는 법령, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 있어서 사용검사시기에 따른 적용 법령의 상이, 집합건물 분양자의 하자담보책임, 주택법상 사업주체의 하자담보책임, 주택법상 하자보증기관의 하자보수보증책임을 주로 살펴보고, 임대후 분양전환아파트의 하자담보책임에 대하여 언급하고자 한다.



## 제2장 공동주택의 하자

### 제1절 공동주택의 의의

#### 1. 개념

공동주택은 ‘건축물의 벽·복도·계단 등 시설의 전부 또는 일부를 공동으로 사용하는 각 세대가 하나의 건축물 안에서 각각 독립된 주거생활을 영위할 수 있는 구조로 된 주택을 말한다(주택법 제2조 제2호). 공동주택에는 아파트, 연립주택, 다세대주택, 기숙사 등이 있다.<sup>2)</sup>

#### 2. 집합건물과의 구별

공동주택과 구별해야 할 개념으로 ‘집합건물’이 있다. 1동(棟)의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립된 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 구분소유권의 목적으로 할 수 있는데(집합건물법 제1조), 이처럼 건물의 구조상 일부분이 다른 부분과 구분되어 구조상 및 이용상 독립성을 갖는 건물로서, 개개의 독립된 부분에 대하여 구분소유권이 성립될 수 있는 건물을 집합건물이라 한다.

---

2) 아파트는 주택으로 사용되는 층수가 5개 층 이상인 공동주택을 말하고, 4층 이하로서 주택으로 사용되는 1개동의 연면적이 660㎡를 초과하면 연립주택, 그 이하이면 다세대주택이다. 기숙사는 학교 또는 공장 등의 학생 또는 종업원 등을 위하여 사용되는 것으로서 공동취사 등을 할 수 있는 구조이지만 독립된 주거의 형태를 갖추지 아니한 것을 말한다(주택법 제2조 제2호, 주택법시행령 제2조 제1항 및 건축법시행령 제3조의 4 별표1 제2호 가목 내지 라목).



공동주택은 ‘건축법상 건물의 용도’에 따른 개념이고, 집합건물은 ‘건물의 구분소유’를 기준으로 한 개념이다. 아파트와 같은 공동주택은 구분소유를 전제로 하므로 집합건물에 해당한다. 집합건물에는 공동주택 뿐 아니라 상가도 포함되므로 공동주택보다 넓은 개념이라고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

## 제2절 공동주택의 하자

### 1. 하자의 의의

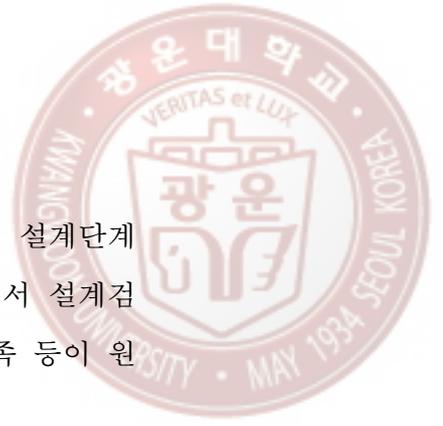
#### 가. 하자의 개념

건축물의 하자는 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 건축물이 갖추어야 할 내구성, 강도 등의 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 결과 그 사용가치 또는 교환가치를 감쇄시키는 결점을 뜻한다.<sup>4)5)</sup> 주택법시행령 [별표6]에서 하자의 범위를 “공사상의 잘못으로 인한 균열, 처짐, 비틀림, 침하, 파손, 붕괴, 누수, 누출, 작동 또는 기능 불량, 부착 또는 접지불량 및 결선불량, 고사 및 입사불량 등으로 건축물 또는 시설물 등의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장을 초래할 정도의 것”이라고 규정하고 있는데, 이는 하자의 개념을 구체화한 것이라고 할 수 있다.<sup>6)</sup>

3) 정희영, “공동주택의 하자담보책임”, 주택산업연구원, 2006. 4. 3면.

4) 윤재윤, “건설분쟁관계법”, 박영사, 262면(2012).

5) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결은 “건축물의 하자라고 함은 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는 것으로서, 하자여부는 당사자 사이의 계약 내용, 해당 건축물이 설계도대로 건축되었는지 여부, 건축 관련 법령에서 정한 기준에 적합한지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다”고 판시하였다.



하자는 여러 가지 원인이 복합적으로 작용하여 발생하는데, 기획 및 설계단계에서 사업기간의 무리한 설정, 부적당한 공사비, 설계누락, 시공과정에서 설계검토 미흡, 자재품질 미달, 전문지식 부족, 감리부실, 유지관리능력의 부족 등이 원인이 되어 설계, 시공, 유지관리의 각 단계에서 발생한다.

#### 나. 미완성과의 구별

공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우 이는 미완성으로, 예정된 최후의 공정을 일응 종료하였으나 시공 상태가 불완전하여 보수를 하여야 하는 하자과 구별된다. 하자가 발생한 경우라도 공사는 완료된 것이므로 수급인은 공사대금을 청구할 수 있으나, 미완성의 경우 공사대금청구권은 없고 기성부분에 대한 기성고를 청구할 수 있을 뿐이다. 또한 건물이 완성된 경우에는 공사도급계약을 해제할 수 없으나(민법 제668조 단서), 미완성의 경우에는 공사계약 해제가 가능하다.

개별적 사건에 있어서 예정된 최후의 공정이 종료하였는지 여부는, 공사도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단하여야 하는데, 건물에 대하여 사용검사를 받기 이전이라도 건물의 주요구조부분을 약정대로 시공하였다면 완성되었다고 보아야 할 것이다. 다만 사용검사를 받는 것을 수급인의 책임으로 하는 특약이 있는 경우에는 사용검사를 받기 전에는 건물이 완성되었다고 할 수 없다.<sup>7)</sup>

6) 이와는 달리 집합건물법상의 하자의 개념과 주택법령상의 하자의 개념을 구별하면서, 주택법령상의 하자는 주택법시행령 [별표6]에 정한 하자이고, 따라서 보증기관은 주택법이 정한 하자에 해당하는 경우에만 보증책임을 진다는 견해가 있다(이영규, “아파트 분양자의 하자보수책임”, 한양법학, 2009. 8., 515~548면).

7) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다54276판결



## 2. 하자의 분류, 유형

### 가. 하자의 분류

#### (1) 설계상 하자, 시공상 하자, 유지·관리상 하자

하자는 그 발생원인에 따라 설계상 하자, 시공상 하자, 유지·관리상 하자로 나눌 수 있다.<sup>8)</sup> 건축도급계약의 수급인은 도급계약에 따른 시공상의 위험만을 인수한 자이므로 시공상 하자에 대하여만 담보책임을 진다. 설계상의 하자에 대하여는 수급인이 그 설계상의 하자에 대하여 그 설계도의 결함을 알고도 이를 도급인에게 고지하지 않는 경우를 제외 하고는 담보책임을 지지 않는다(민법 제699조).<sup>9)</sup> 하지만 집합건물의 분양자 또는 주택건설사업의 사업주체는 시공은 물론이고 설계를 포함한 전체 공사과정을 자신의 책임영역에 두고, 하자 없는 집합건물 또는 공동주택을 제공해야 할 책임이 있는 자이므로, 시공상 하자는 물론이고 설계상하자에 대하여도 담보책임을 진다고 보아야 한다.<sup>10)</sup> 유지·관리상의 하자는 입주자의 관리부주의로 인한 것으로서 수급인이나 분양자 또는 사업주체의 책임영역을 벗어난 것이므로 수급인이나 분양자 또는 사업주체에게 담보책임을 물을 수 없다.

8) 정회영, 전계논문, 16면.

9) 대법원 1996. 5. 14. 선고 92다24975판결은 “거시 증거에 의하면 이 사건 건물의 설계도면상 위 유리를 끼울 알루미늄 유리틀에 대한 기재는 '120m/m×60m/m 효성제품'으로 되어 있었고, 원고는 그에 따라 알루미늄 유리틀을 시공한 사실을 엿볼 수 있는 바, 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 지을 수는 없다 할 것” 이라고 하였다.

10) 전현철, “공동주택의 하자담보책임” 중앙법학 2009. 4. 172면.



(2) 물리적 하자, 법률적 하자, 심리적 하자

하자는 그 성질에 따라 건물의 균열·파손·누수 등의 물리적 하자, 건축법령 위반 등의 법률적 하자, 해당 건물이 소위 불결하다는 등의 감정적인 결함인 심리적 하자로 나눌 수 있다.<sup>11)</sup> 물리적 하자에 대하여는 당연히 하자담보책임을 물을 수 있다. 법률적 하자는 건폐율, 용적률 등에 관한 건축관련 법령을 위반한 결과 건물의 철거, 이전, 개축이 불가피하여 건축된 대로 사용할 수 없게 된 경우를 뜻하는데 이 경우 하자담보책임도 문제될 것이나 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다. 심리적 하자는 하자담보책임을 대상은 아니다.

(3) 시설공사 하자, 내력구조부 하자

주택법은 하자를 ‘시설공사 하자’ 와 ‘내력구조부 하자’ 로 구분하고 있다(주택법 제46조 및 주택법시행령 제59조 제1항). 내력구조부 하자란 건축물에 작용하는 고정하중, 적재하중, 풍압, 토압, 수압, 지진 기타의 진동, 충격 등에 대하여 그 건축물을 지지하는 내력벽, 기둥, 보, 바닥, 지붕 등에 발생하는 하자를 말한다. 주택법상 내력구조부의 하자보수책임기간은 5년, 10년이나 시설공사의 하자는 공사별로 1년 내지 4년으로 차이가 난다(주택법시행령 제59조 제1항 별표 6, 7).

나. 하자의 유형

공동주택에 흔히 나타나는 하자를 건축공정 및 부위에 따라 분류하면 다음

11) 양관섭 외 6인, “공동주택의 하자평가 및 운용체계연구”, 건설교통부, 1997. 4. 11 면.



표12)와 같다.

[공동주택의 하자유형(1)]

구 분	세 부 항 목
구조결함	기초지반침하, 슬라브 처짐, 균열(수평 및 수직부채), 구조체의 탈락 및 파손
설비결함	배수불량, 배관누수, 배관스케일 및 녹물, 승강기 고장, 부품작동불량(수도꼭지, 샤워기, 계량기)
환경결함	결로(곰팡이, 얼룩), 벽체 및 천장의 누수, 방수(옥상, 욕실) 등
내·외장 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(씽크대, 욕조, 세면기, 부착기구 등)
기 타	놀이시설파손, 조경시설 부식과 파손(fence, 벤치, 조명 등), 보도 및 도로 불량, 용벽 및 담장의 균열과 파손 등

[ 공동주택의 하자유형(2) ]

하자유형	내 용	하자유형	내 용
구조체	1. 바닥의 처짐, 경사짐 2. 벽의 경사짐, 튀어나옴	누수	18. 급수관(상수관) 누수 19. 배수관(하수관) 누수 20. 온돌파이프 누수 21. 베란다 누수 22. 천장 누수 23. 벽체 누수(벽에 빗물 스며듦)
균열	3. 내벽의 갈라짐 4. 외벽의 갈라짐		
결로	5. 실내벽의 곰팡이 발생 및 습기로		

12) 윤재윤, 전계서, 265~266면.

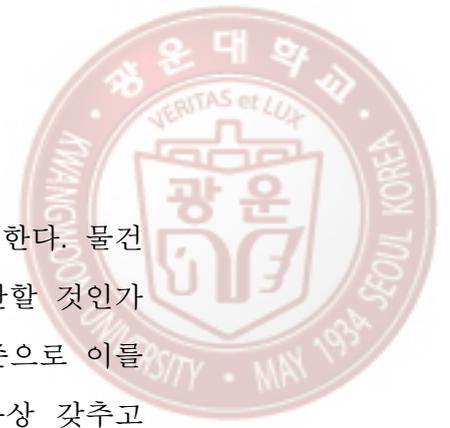


	6. 천정의 곰팡이 발생 및 습기로 썩음		
내장재	7. 도배, 장관 불량 8. 모노륨 불량 9. 타일부착불량(욕실, 다용도실, 현관, 베란다) 10. 바닥, 벽, 천장의 내장재 뜯음 11. 도장(칠) 불량	배수불량	24. 베란다 배수 불량 25. 부엌의 배수 불량 26. 욕조, 세면대, 화장실 바닥 배수 불량 27. 다용도실 배수 불량 28. 부엌, 요조에 의한 악취
창호	12. 문, 창문의 개폐 불량 13. 현관문의 개폐 불량		
소음	14. 위층 간의 소음 15. 옆집 간의 소음 16. 배수에 의한 소음(욕실 및 다용도실) 17. 보일러 등 난방장치에 의한 소음	부착기구 시설 불량	29. 수건걸이, 거울, 수납박스, 세면대, 양변기 등의 부착 불량 30. 신발장, 장식장, 싱크대 등 각종 시설 불량 31. 환기시설 불량 32. 수도꼭지 불량 33. 난방조절장치 시설 불량

### 3. 하자의 판단기준

#### 가. 하자판단 기준

하자란 목적물 자체에 흠결이 있는 것을 말하고, 목적물 자체에 흠결이 있다고



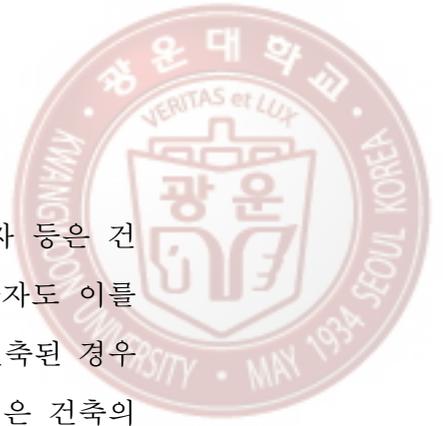
합은 물건의 상태가 통상 갖추어야 할 상태를 갖추지 못한 것을 의미한다. 물건이 통상 갖추어야 할 상태를 갖추지 못한 것을 무엇을 기준으로 판단할 것인가에 대하여, 계약당사자가 명시적 또는 묵시적으로 합의한 성상을 기준으로 이를 위반한 경우를 하자로 보는 견해(주관설), 물건이 일반거래관념상 통상 갖추고 있을 것으로 기대되는 성상을 갖추지 못한 것을 하자로 보는 견해(객관설), 주관설의 입장에 있으면서도 일정한 경우 예컨대 당사자의 합의, 계약의 내용, 계약의 목적 등 주관적 기준을 확정할 수 없을 때에는 객관설에 따라 물건의 품질, 성능 등을 갖추지 못한 것을 하자로 보는 견해(절충설)가 있다.

하자의 판단기준 가운데 ‘당사자가 계약으로 약정한 품질 또는 성능’이 주된 판단기준이 되고, ‘거래관념상 통상적으로 기대되는 품질 또는 성능’은 당사자가 계약으로 약정하지 않았거나 약정내용이 분명한 경우에 적용되는 보충적인 판단기준이 된다고 보는 것이 합리적이다. ‘당사자가 계약으로 약정한 품질 또는 성능’은 도급계약의 내용과 설계서, 시방서, 현장설명서 등을 통하여 확인할 수 있다. 시공내용이 설계도서와 불일치하는 경우 무조건 하자에 해당한다고 볼 수는 없는데, 불일치의 정도와 계약의 목적 등에 비추어 신중히 판단해야 한다. 설계도서와 달리 시공되었다 하더라도 동일 또는 상향시공을 하였고 기능, 미관, 안전상 지장이 없다면 이를 하자라고 할 수 없다.

그러나 원칙적으로 아파트를 분양하는 자는 특별한 사정이 없는 한 설계도의 내용대로 아파트를 건축하여 분양할 의무가 있고 수분양자 역시 사업주체가 사업계획 승인을 받을 때에 제출한 설계도의 내용대로 아파트가 건축되리라고 믿고 분양계약을 체결하는 것이므로, 설계도와 달리 시공된 부분은 하자라고 할 것이다.<sup>13)</sup>

‘거래관념상 통상적으로 기대되는 품질 또는 성능’을 갖추었는지 여부를 판

13) 이영규, “아파트 분양자의 하자보수책임”, 한양법학 2009. 8. 515~548면



단하는데 있어서는 건축관련 법령이 중요한 판단자료가 된다. 수분양자 등은 건축물이 최소한 건축관련 법령에 부합하게 건축될 것을 기대하고 시공자도 이를 보증한다고 보아야하기 때문이다. 따라서 건축관련 법령에 위반하여 건축된 경우 특별한 사정이 없는 한 하자가 인정될 수 있다. 그런데 건축관련 법령은 건축의 안전성을 확보하기 위한 최소한의 기준이므로, 건축관련 법령을 위반하지 않았더라도 설계도서와 달리 시공하였다면 하자로 인정될 수 있다.

이와 관련하여, 대법원은 선분양·후시공되는 대규모 아파트에서 분양광고, 분양안내책자, 모델하우스를 통한 홍보의 법적성질을 청약의 유인으로 보면서도, 아파트의 외형·재질에 관한 것으로 사회통념상 수분양자가 분양자에게 계약내용으로 이행을 청구할 수 있다고 보이는 사항은, 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적합의가 있는 것으로 보았다.<sup>14)</sup> 따라서, 사용검사도면대로 시공되기는

14) 대법원 2007. 6. 1선고 2005다5812,5829,5836판결은 “청약은 이에 대응하는 상대방의 승낙과 결합하여 일정한 내용의 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 확정적인 의사표시인 반면 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립하는 것으로서 서로 구분되는 것이다. 그리고 위와 같은 구분기준에 따르자면, 상가나 아파트의 분양광고의 내용은 청약의 유인으로서의 성질을 갖는데 불과한 것이 일반적이라 할 수 있다. 그런데 선분양·후시공의 방식으로 분양되는 대규모 아파트단지의 거래사례에 있어서 분양계약서에는 동·호수·평형·입주예정일·대금지급방법과 시기 정도만이 기재되어 있고 분양계약의 목적물인 아파트 및 그 부대시설(이하 아파트 및 그 부대시설을 포괄하여 ‘아파트’라고만 한다)의 외형·재질·구조 및 실내장식 등(이하 위 사항들을 포괄하여 ‘외형·재질 등’이라고만 한다)에 대하여 구체적인 내용이 기재되어 있지 아니한 경우가 있으나, 분양계약의 목적물인 아파트에 관한 외형·재질 등이 제대로 특정되지 아니한 상태에서 체결된 분양계약은 그 자체로서 완결된 것이라고 보기 어렵다 할 것이므로, 비록 분양광고의 내용, 모델하우스의 조건 또는 그 무렵 분양회사가 수분양자에게 행한 설명 등이 비록 청약의 유인에 불과하다 할지라도 그러한 광고 내용이나 조건 또는 설명 중 구체적 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로서 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약 내용으로서 이행을 청구할 수 있다고 보여지는 사항에 관한 한 수분양자들은 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자들도 이를 알고 있었다고 보아야 할 것이므로, 분양계약시에 달리 이의를 유보하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 분양자와 수분양자 사이에 이를 분양계약



하였으나 아파트의 외형, 재질에 관한 것으로서 분양광고의 내용과 다르게 시공되었다면 이는 하자에 해당한다.

나. 하자판단 기준도면<sup>15)</sup>

(1) 계약당사자가 명시적 또는 묵시적으로 합의한 성상을 위반한 경우 하자에 해당하는 바, 이와 관련하여 하자판정의 기준도면이 사용검사도면인지 사업계획승인도면 또는 착공도면인지 문제된다. 하지만 이는 일률적으로 정할 수 없으므로, 분양자와 수분양자 사이에 어떠한 도면을 기준으로 건축된 아파트를 분양하기로 약정하였는지에 의해 결정되는 것이라고 보아야 한다. 따라서 선분양·후시공 형태인지 아니면 선시공·후분양 형태인지에 따라 달리 보아야 할 것이다.

(2) 선시공·후분양 아파트의 경우

후분양되는 아파트의 경우, 수분양자들은 사용검사도면대로 아파트가 지어진

---

의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당하다”고 판시 하였다.

15) 건축법에 의하면 건축허가 신청시 ‘기본설계도면’과 ‘실시설계도면’을 제출하고, 착공신고시 ‘건축관계자 상호간의 계약서 사본’과 부속도서인 ‘구조계산서’, ‘시방서’, ‘실내마감도’, ‘건축설비도’, ‘흙막이구조도면’을 제출하게 되어 있다. 불가피하게 설계변경을 하게 될 경우 변경된 설계도서를 제출하되, 경미한 사항의 변경은 사용승인시 일괄처리가 가능하며, 사용승인 신청시 ‘공사감리자 완료 보고서’와 함께 설계변경사항이 반영된 ‘최종공사완료도서’를 제출하게 되어 있다(건축법 시행규칙 제6조, 14조, 16조 참조). 주택법에 의하면 사업계획승인신청시 ‘기본설계도면’만 제출하고, 착공신고시 ‘실시설계도면’과 ‘시방서’를 제출하도록 되어 있으며, 입주자모집공고를 받으려면 건본주택에 사용되는 마감자재의 규격·성능 및 재질을 적은 ‘마감자재목록표’와 ‘건본주택의 각 실의 내부를 촬영한 영상물’ 등을 승인권자에게 제출하여야 한다. 사용검사단계에서는 ‘감리자의 감리의견’ 외에 별다른 설계도서의 제출을 명하고 있지 않지만, 실무상 설계변경 사항과 설계변경을 요하지 않는 경미한 변경사항을 모두 반영한 설계도서를 관청에 제출하는데 이를 통상 ‘준공도면’ 또는 ‘사용검사도면’이라고 부르고 있다(주택법 제16조, 제38조, 시행규칙 제11, 12, 15조 참조).



것으로 기대하고 분양계약을 체결하는 것이 보통일 것이다. 따라서 사용검사도면이 하자판정 기준도면이 된다. 다만 임대후 분양전환 되는 아파트는 임대주택법에 의해 건설원가를 기초로 분양전환가격이 정해지고, 건설원가는 입주자모집 당시의 주택가격이 기준이 된다는 점에서<sup>16)</sup>, 수분양자는 아파트가 사업계획승인도면대로 지어진 것을 전제로 하여 산정된 분양전환가를 지급하고 분양을 받은 것이므로 사업계획승인도면을 기준으로 하자여부를 판정하여야 한다고 본다.

### (3) 선분양·후시공 아파트의 경우

종래 소송실무는 선분양·후시공 되는 아파트의 경우도 사용검사도면을 기준으로 하자여부를 판정하여 오는 것이 일반적이었다. 하지만, 법원이 반드시 사용검사도면만을 기준으로 하자여부를 판단한 것은 아니다.

대법원은, 사용검사도면대로 시공되기는 하였으나 아파트의 외형, 재질에 관한 것으로 분양광고나 모델하우스에 적시한 사항은 계약내용에 편입된 것으로 보아, 이와 달리 시공한 경우에는 하자에 해당한다고 보았다.<sup>17)</sup> 또한 선시공·후분양되는 아파트의 경우 사업계획승인도면을 기준으로 하자여부를 판정한 하급심판결이 과거에 있었고<sup>18)</sup>, 최근 서울고등법원 2012. 1. 18. 선고 2009나66558판결은

16) 임대주택법시행규칙 제3조의3 제1항 별표1에 의하면 분양전환가격은 건설원가(최초 입주자모집 당시의 주택가격+자기자금이자-감가상각)와 감정평가금액을 산술평균한 금액으로 하되, 임대주택의 건축비 및 택지비를 기준으로 분양전환 당시에 산정된 당해주택의 가격에서 임대기간 중의 감가상각비를 공제한 금액을 초과할 수 없다.

17) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812,5829,5836판결

18) 서울고등법원 2001. 5. 10. 선고 2000나41006판결은 “피고는 천장슬래브 하부단열재의 경우 구 건축법시행규칙(이 사건 아파트의 사업계획승인연도인 1990년에 시행되던 것으로서 1988. 12. 2. 건설부령 제443호로 개정된 것) 제19조 제1항 제2호에는 “온수온돌로 난방을 하는 공동주택에서 세대별 온수보일러를 설치하는 경우에는 거실의 바닥(최하층에 있는 거실의 바닥 및 외기에 면하는 바닥을 제외한다.)은 열관류율의 값이 1.0 이하인 구조로 하거나 별표 5에 정하는 단열재를 20mm 이상의 두께로 시공할 것”이라고 되어 있는바, 피고는 열관류율이 1.0 이하인 0.254가 되도록 기포콘크리트를 타설하여 열손실 방지를 위한 위 규칙에 적합한 공사를 하였으므로, 단지 설계도대



“이 사건 아파트와 같이 선분양·후시공의 방식으로 분양이 이루어지는 공동주택의 경우에는 분양계약이 체결될 당시 아직 착공전이거나 시공 중이기 때문에, 수분양자로서는 직접 분양 대상 아파트를 확인할 길이 없고, 오직 분양자가 관련 주택법령의 규정에 따라 사업승인을 받으면서 제출한 도면(기본설계도면)과 착공 신고를 하면서 제출한 도면(실시설계도면)에 따라 아파트를 건축할 것으로 기대하고 분양계약을 체결할 수 밖에 없다. 이러한 선분양·후시공의 분양관행에, 앞에서 적은 관련 주택법령이 이러한 분양방식을 허용하면서도 그 절차 및 그에 따라 제출할 도서를 엄격히 규정하고 있는 사정을 덧붙여 볼 때, 분양자에게는 특별한 사정이 없는 한 사업승인도면 및 착공도면의 내용대로 아파트를 건축할 의무가 부과되어 있다고 할 것이고, 그와 달리 시공된 부분은 그 변경 시공된 부분이 사업승인도면 및 착공도면에서 정한 것에 비해 성질이나 품질이 향상된 것이 아닌 한 당해 분양계약에서 보유하기로 한 품질이나 성상을 갖추지 못한 경우라고 볼 것이다. 그러므로 분양자는 그 부분에 관하여 하자담보책임을 부담한다.” 라고 하여, 선분양·후시공 되는 아파트의 경우 사업계획승인도면 또는 준공도면을 기준으로 하자여부를 판정하여 한다고 하였다.<sup>19)</sup>

이에 대하여, 주택법상 주택건설사업계획의 승인을 받고자 하는 자는 사업계획 승인신청서에 설계도면을 첨부하여 제출하여야 하고, 그 이후 사업주체가 주택건

---

로 단열재인 스티로폼을 시공하지 않은 것만으로 이를 하자라 할 수 없다고 주장한다. 그러므로 살피건대, 아파트의 수분양자 등은 사업승인된 설계도면에 의하여 목적물의 가치, 성상 등을 예정하여 이를 계약하는 것이라고 볼 수 있으므로 사업시행자는 위 설계도면에 따라 시공하여야 할 것이고 특별한 사정이 없는 한 이를 변경하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것인데, 건축법시행규칙은 건축물로서의 최소한의 기능 및 안전성을 보장하기 위하여 공법적 규제를 하는 것이므로 위 사유만으로 이와 같은 변경 시공이 하자가 아니라고 할 수는 없으며, 설사 단열효과에 있어서 아무런 차이가 없다고 하더라도 그 밖의 차음 등 다른 기능에서도 차이가 없다는 점이 분명하지 않은 이상 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다” 고 하였다.

19) 위 판결에 대하여 피고가 대법원 2012다18762로 상고하였는데 아직도 사건이 계류중이다.



설사업을 완료할 때에는 통상 주택건설과정에서 설계변경이 이루어진 내용을 모두 반영한 사용검사 당시의 도면에 의하여 사용검사를 받으며, 사용검사가 있는 이후의 하자보수는 통상 사용검사도면을 기준으로 실시하게 되는 점을 비추어 보면, 분양자가 사업승인도면에 기재된 특정한 시공내역 및 방법대로 시공할 것을 수분양자에게 광고하거나 분양안내서의 제공 또는 기본주택의 제시를 통해 개별적으로 약속하는 등으로 사업승인도면에 기재된 내용이 분양계약의 내용에 편입되었다고 볼 수 있을 만한 특별한 사정이 없는 이상 어떠한 시공내역 건축물에 발생한 하자인지 여부는 원칙적으로 사용검사의 기준이 된 사용검사도면에 의하여 판단함이 상당하므로, 공동주택이 사업승인도면과 달리 시공되었다고 하더라도 사용검사도면에 표기된 대로 시공되었다면 이로 인하여 건축물의 기능, 미관 또는 안전상 지장이 초래되지 않는 한 원칙적으로 이를 하자로 볼 수 없다고 한 판결이 있다.<sup>20)</sup>

결국, 선분양·후시공 되는 아파트의 경우 분양자와 수분양자 사이에 사업계획 승인도면 또는 착공도면대로 시공하기로 하는 명시 또는 묵시적약정이 있었는지, 아니면 수분양자들이 장래에 설계변경이 불가피하다는 사실을 인식하고 사용검사도면대로 시공한 아파트를 분양받기로 수인 하였는지에 따라, 하자판정의 기준도면이 결정된다고 할 것이다.

그런데, 선분양·후시공 방식의 아파트 분양에서 분양자에게는 특별한 사정이 없는 한 사업승인도면 및 착공도면대로 아파트를 건축할 의무가 있는 것이고(분양가의 기초가 되는 건축비가 이를 기준으로 산정된다), 설계변경이 불가피하더라도 수분양자에게 변경사실을 알리고 설명함으로써 이를 적극적으로 분양계약의 내용에 편입시키는 행위를 하여야 변경된 내용이 분양계약의 내용으로 편입

20) 수원지방법원 성남지원 2013. 10. 25. 선고 2012가합4233판결, 2013. 11. 20. 선고 2012가합51597판결, 대법원 1997. 7. 13. 선고 99다12888판결



된다고 보아야 한다. 이렇게 보지 않고 분양자가 분양계약 후 일방적으로 설계를 변경한 내용이 분양계약의 내용이 되었다고 해석한다면, 대규모로 이루어지는 아파트 분양계약에서 설계도면의 변경여부를 일일이 확인할 여력이 없는 수분양자들로서는 사업승인도면대로 시공될 것이라는 정당한 기대와 이익을 현저하게 침해받을 우려가 있고, 사업승인 및 그 변경절차를 까다롭게 규정하고 있는 주택법령<sup>21)</sup>의 취지까지 몰각될 수 있다.

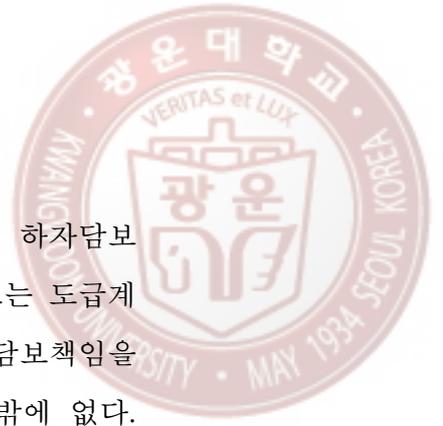
따라서, 정당한 설계변경의 절차 없이 사업계획승인도면 보다 하향 시공한 경우, 이러한 사항은 분양계약의 내용에 편입되었다고 할 수 없고, 따라서 미시공 하자에 해당한다고 할 것이다.

#### 4. 공동주택 하자의 특징

공동주택은 동일한 공간을 다수가 함께 사용하므로 일단 하자가 발생하면 피해범위가 광범위하고 다수의 피해자가 양산되는 경향이 있으며, 건축공사의 규모가 크고 여러 단계에 걸쳐 수십 개의 공정이 이루어지므로 하자의 발생 원인이 복잡적이고, 공동주택을 건축하여 분양하는 과정에서 분양자, 사업주체, 시공사, 수분양자, 입주자 등 다수의 이해관계인이 얽혀 있어 그 책임소재가 불분명하다. 따라서 공동주택에 하자가 발생하는 경우, 그 피해범위가 광범위하고 다수의 피해자가 생기므로 하자담보책임 인정을 통한 피해자 보호의 필요성이 크다. 그런

---

21) 장기간이 소요되는 아파트건축사업의 경우 불가피하게 설계변경을 해야 하는 경우가 발생할 수 있다. 사업주체가 승인받은 사업계획을 변경하려면 변경승인을 받아야 한다. 다만, 국토교통부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다(주택법 제16조 제5항). 사업주체가 입주자모집공고 후 설계변경을 하려면 입주예정자 4/5이상의 동의를 얻어야 설계변경을 할 수 있다. 단, 경미한 사항을 변경하는 경우에는 4/5 동의를 필요 없으나, 내장재료 및 외장재료의 변경시 재료의 품질이 사업계획의 승인을 얻을 당시의 재료와 같거나 그 이상인 경우에 한한다(주택법시행규칙 제11조 4항)



데 하자발생 원인이 복잡적이고 그 책임소재가 불분명하다는 점에서 하자담보 책임을 묻기 어려운 문제점이 있다. 이러한 점에서 특정한 매매계약 또는 도급계약이라는 특정한 계약관계를 전제로 그 계약상대방에 대하여만 하자담보책임을 묻는 민법의 규정만으로는 공동주택 입주자 보호에 한계가 있을 수 밖에 없다. 그에 따라 집합건물법과 주택법에서는 공동주택 수분양자 또는 입주자를 보호하기 위하여, 계약관계를 전제하지 않고 일정한 자에게 하자담보책임을 지우고 있다.<sup>22)</sup>

---

22) 전현철, 전계논문, 173면.



## 제3장 공동주택의 하자담보책임 적용법령

### 제1절 관련법령의 내용과 적용범위

#### 1. 민법

##### 가. 민법의 내용

민법 제580조 제1항은 매도인의 하자담보책임에 관하여 ‘매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.’ 라고 규정하고 있고, 민법 제667조는 수급인의 하자담보책임에 관하여 ‘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.’ 라고 규정하고 있는데, 토지, 건물의 경우 민법 제671조 제1항은 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다. ‘라고 규정하고 있다.

##### 나. 적용범위



건설도급계약의 경우 수급인의 담보책임규정이 적용되고 건축물 매매의 경우 매도인의 담보책임 규정이 적용된다. 그러나 하자담보책임에 관한 개별약정이나 특별규정이 있는 경우 그에 따르고 민법규정은 보충적으로 적용된다.

## 2. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

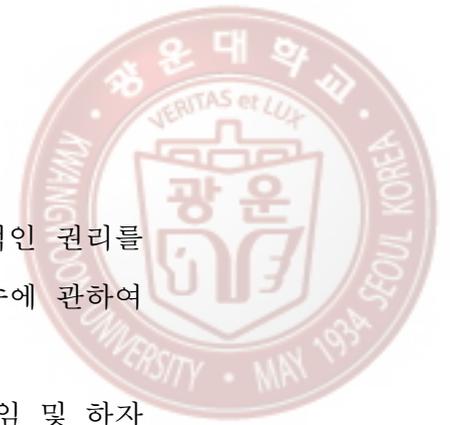
가. 2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정되기 전 법률의 내용 및 적용범위

집합건물법 제9조는 집합건물을 건축하여 분양한자의 담보책임에 관하여 수급인의 담보책임에 관한 민법 제667조 내지 571조의 규정을 준용하도록 하고 있으며, 분양자의 담보책임에 관하여 민법에 규정한 것보다 매수인에게 불리하게 한 특약은 그 효력이 없다고 규정하고 있다.

하자담보책임에 관한 주택건설촉진법과의 관계에 대하여 집합건물법 부칙 제6조는 ‘집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다’고 규정하고 있는 바, 하자담보책임은 집합건물의 관리방법과 기준에 관한 것이 아니므로 하자담보책임에 관하여는 주택건설촉진법이 아니라 집합건물법이 적용된다고 보아야 한다.

나. 2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정된 법률의 내용 및 적용범위

2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정된 집합건물법은 하자담보책임에 관한 제9조는 그대로 유지하였으나, 부칙 제6조를 ‘집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주



택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다’ 고 개정하였다.

위 개정된 부칙 제6조를 문언대로 해석할 경우, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조가 적용되므로 집합건물법은 적용될 여지가 없다. 그러나, 주택법 제46조는 내력구조부의 중대한 하자 이외의 하자에 대한 하자보수에 갈음한 손해배상청구에 대하여는 규정하지 않는 등 문제가 있어, 집합건물법과의 관계가 문제되었다.

다. 2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정된 법률<sup>23)</sup>의 내용 및 적용범위

2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정된 집합건물법은, 분양자 뿐 아니라 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한자(시공자)에 대하여도 하자담보책임을 인정하는 규정을 신설하였고, 하자담보책임의 주체가 구분소유자임을 분명히 하였다.<sup>24)</sup>

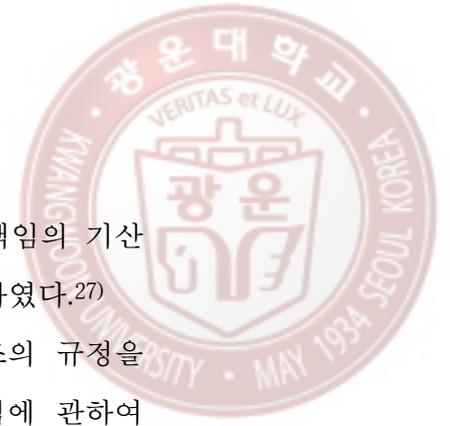
그리고, 담보책임의 존속기간에 관한 규정을 신설하여, 주요구조부 및 지반공사의 경우는 10년, 그 밖의 하자는 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고

23) 개정된 법은 공포일로부터 6월이 경과한 때부터 시행하므로, 2013. 6. 19.부터 시행된다.

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

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

③ 제1항 및 제2항에 따른 시공자의 담보책임 중 「민법」 제667조제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지며, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면(免)한다.



려하여 5년내의 범위에서 대통령령으로 정하도록 하였으며<sup>25)26)</sup>, 담보책임의 기산점을 전유부분은 인도일, 공용부분은 사용검사일 또는 사용승인일로 하였다.<sup>27)</sup>

또한, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정을 우선하도록 규정한 부칙 제6조를 삭제하여, 공동주택의 하자담보책임에 관하여 집합건물법이 적용됨을 분명히 하였다. 다만 개정된 법이 시행되기 전에 분양된 건물의 담보책임에 관하여는 종전의 규정에 따르도록 하였다(개정된 집합건물법

- 25) 집합건물법 시행령 제5조(담보책임의 존속기간)법 제9조의2제1항제2호에서 “대통령령으로 정하는 기간“이란 다음 각 호의 구분에 따른 기간을 말한다.
1. 법 제9조의2제2항 각 호에 따른 기산일 전에 발생한 하자: 5년
  2. 법 제9조의2제2항 각 호에 따른 기산일 이후에 발생한 하자: 다음 각 목의 구분에 따른다.
    - 가. 대지조성공사, 철근콘크리트공사, 철골공사, 조적(組積)공사, 지붕 및 방수공사의 하자 등 건물의 구조상 또는 안전상의 하자: 5년
    - 나. 건축법 제2조제1항제4호에 따른 건축설비 공사(이와 유사한 설비공사를 포함한다), 목공사, 창호공사 및 조경공사의 하자 등 건물의 기능상 또는 미관상의 하자: 3년
    - 다. 마감공사의 하자 등 하자의 발견·교체 및 보수가 용이한 하자: 2년
- 26) 종래 공동주택의 모든 하자에 대하여 민법 제671조에 따라 10년간 하자담보책임을 지는 것은 부당하다는 비판이 있었는데, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 시설공사별로 담보책임기간을 상이하게 규정하였다. 그런데 집합건물법 시행령 제5조상의 하자담보책임기간과 주택법시행령 별표6의 하자보수책임기간과 일치하지 않아, 소송실무상 갑정인이 동일한 하자를 집합건물법상의 하자담보책임기간, 주택법시행령상의 하자보수책임기간별로 각각 구분하여 산정해야 하는 번거로움이 있을 것으로 예상된다.
- 27) 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
- ② 제1항의 기간은 다음 각 호의 날부터 기산한다.
1. 전유부분: 구분소유자에게 인도한 날
  2. 공용부분: 「주택법」 제29조에 따른 사용검사일(집합건물 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말하고, 「주택법」 제29조제1항 단서에 따라 분할 사용검사나 동별 사용검사를 받은 경우에는 분할 사용검사일 또는 동별 사용검사일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 사용승인일
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 제1항 각 호의 하자로 인하여 건물이 멸실되거나 훼손된 경우에는 그 멸실되거나 훼손된 날부터 1년 이내에 권리를 행사하여야 한다.



부칙 제3조).

### 3. 주택법령

#### 가. 구 주택건설촉진법 및 공동주택관리령

구 주택건설촉진법 제38조 제14항은 사업주체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 하자보수책임이 있다고 하였고, 제15항에서 사업주체의 하자보수보증금 예치 의무를 규정하고 있으며, 같은조 제16항은 사업주체와 건축주는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 10년의 범위내에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.<sup>28)</sup>

하자보수기간에 관하여 공동주택관리령 제16조 제1항은, 사용검사일로부터 주요시설인 경우에는 2년 이상으로 하고 그 외의 시설은 1년 이상으로 하되, 하자보수대상인 주요시설 및 그 외의 시설의 구분 및 범위에 따른 기간은 별표 7에서 규정하였다.

---

28) 구주택건설촉진법 제38조 (공동주택의 관리) ① 공동주택 및 부대시설·복리시설의 소유자·입주자·사용자·입주자대표회의 및 관리주체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 관리하여야 한다.

⑭사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주를 포함한다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공동주택의 하자를 보수할 책임이 있다.

⑮제14항의 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.

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.



나. 주택법 제정(2003. 5. 29. 법률 제1916호), 주택법시행령제정(2003. 11. 29. 대통령령 제18146호)

주택건설촉진법은 2003. 5. 29. 주택법이 제정되면서 폐지되었고, 공동주택관리령은 종전 주택건설촉진법시행령과 통합되어 주택법 시행령으로 제정 되었는데, 하자담보책임에 관한 내용은 법조문만 정리되었을 뿐 종전 주택건설촉진법의 내용과 별차이가 없다.

주택법 제46조 제1항은, ‘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’ 고 하였고, 같은조 제3항은 ‘제1항의 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’ 고 하였다.

주택법 시행령 제59조 제1항은, ‘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 하자보수 책임기간 등은 별표 6과 같다’ 고 하였고, 같은조 제2항은 ‘입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 집합건물의소유및관리에관한법률에 의하여 구성된 관리단(이하 이 조에서 “입주자대표회의등“이라 한다)은 제1항의 규정에 의한 하자보수 책임기간내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다’ 고 규정하였다.



다. 2005. 5. 26. 법률 제7520호로 개정된 주택법

2005.5. 26. 개정된 주택법 제46조 제1항은, ‘사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조제2항제2호의 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 건축물분양에 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’ 고 하여, 공동주택의 하자에 대하여 주택법의 규정이 집합건물법에 우선하도록 규정하였다.<sup>29)</sup> 그러나 개정주택법 제46조 제1항은 ‘하자를 보수하여야 한다’ 라고만 규정되어 있을 뿐 하자보수에 같음한다는 손해배상청구에 관하여는 규정하지 않아 이 규정을 근거로 손해배상청구를 할 수 있는지가 문제되었다.

개정주택법 부칙 제3조(담보책임 및 하자보수에 관한 경과조치)는 ‘이법 시행 전에 주택법 제29조의 규정에 의한 사용검사 또는 건축법 제18조의 규정에 의한 사용승인을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조의 개정규

29) 같은날 개정된 집합건물법은 부칙 제6조는 ‘집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다’ 고 하여, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여 주택법 제46조가 우선되는 것으로 규정하였다.



정을 적용한다’ 고 하였는데, 이는 개정주택법의 소급적용을 규정한 것으로, 위헌문제가 제기되었고, 결국 헌법재판소에서 위헌결정을 받았다.<sup>30)</sup>

개정 주택법과 관련하여 2005. 9. 16. 개정된 주택법 시행령 제59조 제1항은 ‘법 제46조제1항의 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] 및 [별표 7]<sup>31)</sup>과 같다’ 고 하였고, 같은 조 제2항은 주택법 제46조 제1항에 따라 하

30) 헌법재판소는 2008. 7. 31. 2005헌가16호로 부칙 제3조에 대하여 위헌결정을 하였는데, “신법이 시행되기 전에 이미 하자가 발생하였으나, 구법(집합건물법)에 의하면 10년의 하자담보책임기간 내이지만 신법에 의할 때 내력구조부가 아니어서 1년 내지 4년의 하자담보기간이 이미 경과된 경우, 공동주택의 소유자로서는 구법 질서 아래에서 이미 형성된 하자담보청구권이 소급적으로 박탈되는 결과가 되는데, 이는 소유자가 구법에 따라 적법하게 지니고 있던 신뢰를 심각하게 침해하는 것인 반면, 개정된 주택법이 추구하는 공익은 중대한 것이라 보기는 어렵다. 따라서 신법이 시행된 이후에 하자가 발생한 경우뿐만 아니라 이미 구법 아래에서 발생한 하자까지 소급하여 신법을 적용하게 할 필요성이 크지 않다. 그러므로 구법 아래에서 하자가 발생한 경우에 공동주택 소유자들이 지녔던 신뢰이익의 보호가치, 부칙 제3항이 진정소급입법으로서 하자담보청구권을 박탈하는 점에서의 침해의 중대성, 신법을 통하여 실현하고자 하는 공익목적의 중요성 정도를 종합적으로 비교衡量하여 볼 때, 부칙 제3항이 신법 시행전에 발생한 하자에 대하여서까지 주택법을 적용하도록 한 것은 당사자의 신뢰를 헌법에 위반한 방법으로 침해하는 것으로서, 신뢰보호의원칙에 위배된다.” 고 하였다.

31) [별표 7] <개정 2005. 9. 16.>

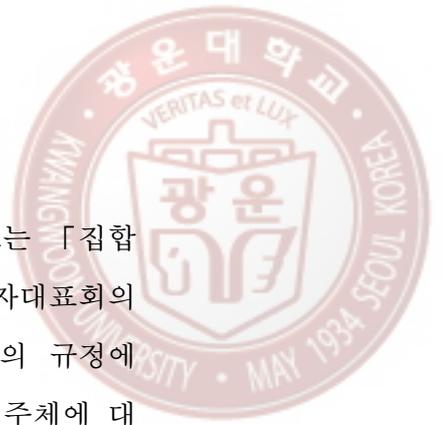
내력구조부별 하자보수대상 하자의 범위 및 하자담보책임기간  
(제59조제1항관련)

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



자보수를 청구할 수 있는자를 ‘입주자·입주자대표회의·관리주체 또는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 의하여 구성된 관리단(입주자대표회의 등)’으로 규정하였다. 같은 조 제3항은 ‘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 하였다.

주택법시행령 [별표6]은 하자보수대상 하자의 범위 및 하자담보책임기간을 규정하고 있는데, 이 하자담보책임 기간은 하자발생기간일 뿐 제척기간은 아니다. 하자담보책임기간을 분류하는데 있어서 종전에는 하자 항목을 1년, 2년, 3년, 5년, 10년으로 구분하였으나, 2007. 3. 16. 대통령령 제19935호로 개정된 주택법시행령은 하자항목을 1년, 2년, 3년, 4년, 5년, 10년으로 구분하였다. 그런데 2007. 3. 16. 개정된 주택법시행령 부칙 제4조는, ‘별표 6 제2호의 개정규정은 이 영 시행 후 최초로 법 제16조에 따른 사업계획승인, 법 제42조제2항제2호에 따른 허가 또는 「건축법」 제8조에 따른 건축허가를 신청하는 분부터 적용한다’고 규정하고 있으므로, 아파트 건축에 대한 사업계획승인 신청이 2007. 3. 16. 이전에 이루어진 것이라면 구 주택법시행령에 따라 1년차, 2년차, 3년차, 5년차, 10년차 하자보수비를 산정하고, 사업계획승인 신청이 2007. 3. 16. 이후에 이루어진 것이라면 2007. 3. 16. 개정된 주택법시행령에 따라 1년차, 2년차, 3년차, 4년차, 5년차, 10년차로 구분하여 하자보수비를 산출하여야 한다. 2008. 11. 5. 개정된 주택법시행령 별표6은 종전규정과 같으나, ‘18. 지능형 홈네트워크설비공사’ 항목을 2년차 하자로 신설하였다. 주택법시행령 [별표6]의 내용은 아래와 같다.



[별표 6] <개정 2008. 11. 5.>

하자보수대상 하자의 범위 및 시설공사별 하자담보책임기간  
(제59조제1항관련)

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		하자담보책임기간			
		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		○		



7. 목공사	다. 블럭공사		○		
	가. 구조체 또는 바탕재공사		○		
8. 창호공사	나. 수장목공사	○			
	가. 창문틀 및 문짝공사		○		
	나. 창호철물공사		○		
9. 지붕 및 방수공사	다. 유리공사	○			
	가. 지붕공사				○
	나. 홈통 및 우수관공사				○
10. 마감공사	다. 방수공사				○
	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 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 소화설비공사	가. 가스설비공사			○		
	나. 소화설비공사				○	
	다. 제연설비공사				○	
	라. 가스저장시설공사				○	
16. 전기 및 전력설비공사	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 방재설비 공사	가. 통신·신호설비공사			○		
	나. TV공청설비공사			○		
	다. 방재설비공사			○		
	라. 감시제어설비공사			○		
	마. 가정자동화설비공사			○		
	바. 자동화재탐지설비공사				○	



	사. 정보통신설비공사		○		
18. 지능형 홈네트워크 설비공사	가. 홈네트워크망 공사		○		
	나. 홈네트워크기기 공사		○		
	다. 단지공용시스템 공사		○		

라. 2012. 12. 18. 법률 제1155호로 개정된 주택법(2013. 6. 19.부터 시행)

2012. 12. 18. 개정된 주택법 제46조 제1항은 ‘건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조의 규정에 불구하고’ 라는 문구를 삭제하여 건축물 분양에 관한 담보책임에 관하여 주택법을 우선하도록 한 규정을 삭제하였고, 전유부분에 대하여는 인도일부터, 공용부분에 대하여는 사용검사일 또는 사용승인일부터 담보책임을 지는 것으로 명시하였다.<sup>32)</sup>

32) 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 내력 구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(沈下)·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.

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



#### 4. 건설산업기본법

##### 가. 법령의 내용

건설산업기본법은 건설공사수급인의 발주자에 대한 하자담보책임을 규정하고 있는데, 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우에는 건설공사의 완공일로부터 10년, 그 이외의 구조로 된 경우에는 건설공사 완공일로부터 5년의 범위내에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다(건설산업기본법 제28조 제1항). 건설산업기본법상 건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(민법 제670조 및 제671조는 제외한다)에 특별하게 규정되어 있거나 도급계약에서 따로 정한 경우에는 그 법령이나 도급계약에서 정한 바에 따른다(건설산업기본법 제28조 제3항).

##### 나. 적용범위

건설산업기본법은 수급인의 도급인에 대한 하자담보책임기간만을 정하고 있을 뿐 하자담보책임을 내용에 관하여 아무런 정함이 없으므로 하자담보책임을 내용은 계약내용 및 민법 규정에 의해 정해지게 된다. 또한 건설산업기본법은 건설업 등록을 한 건설업자가 수급받아 건축한 건축물에 관하여만 적용된다(건설산업기본법 제2조 제7호, 10호).<sup>33)</sup>

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

33) 건설업등록을 하지 않은 자가 행하는 소규모 건축(5,000만원 미만의 일반공사 또는



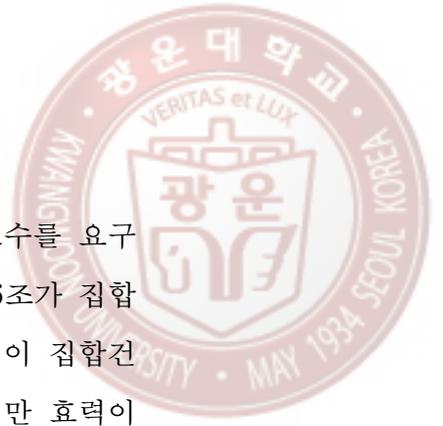
## 제2절 사용검사일에 따른 적용법령의 상이(相異)

### 1. 2005. 5. 26. 이전에 사용검사를 받은 아파트

가. 종래의 하급심 판결과 학설은 집합건물법상 하자담보책임과 주택법령상 하자책임의 관계에 대하여 ① 집합건물법상의 하자담보책임에 대하여도 주택법시행령상 하자책임기간을 적용하여야 한다는 설(주택법우선설), ② 주택법시행령상의 하자책임기간은 집합건물법 부칙 제6초 본문에 위배되어 무효라는 설(집합건물법 우선설), ③ 양책임은 근거와 당사자가 모두 별개의 권리로서 모두 성립한다는 설(병립설)로 나누어져 있었다.

나. 그런데, 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891판결은 “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 별다

1,000만원 미만의 건물공사)은 건설산업기본법이 적용되지 않는다.



른 법률관계를 맺지 않은 공동주택의 관리주체나 입주자대표회의도 보수를 요구할 수 있다는 취지라고 보아야 할 것이고, 아울러 집합건물법 부칙 제6조가 집합건물의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 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 없다고 할 것이다” 라고 판시함으로써 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법령상의 하자책임은 규율의 목적과 권리행사 주체가 다른 별개 차원의 권리로 보았다.

다. 따라서, 2005. 5. 26. 이전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 관하여 그 구분소유자가 집합건물법에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하는 경우에는 그 담보책임 및 하자보수에 관하여 2005. 5. 26. 개정된 주택법 제46조를 적용할 수 없고, 구집합건물법 제9조 및 그에 의해 준용되는 민법 제667조 내지 671조에 따라 하자담보책임의 내용 및 범위가 결정된다고 보아야 한다 (대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결). 즉 2005. 5. 26. 이전에 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택의 하자에 대하여는 원칙적으로 인도 받은 날로부터 10년 이내에 재판상 또는 재판 외에서 권리행사를 하면 되고, 주택법 및 주택법 시행령에 규정된 시설공사별, 내력구조부별 하자담보책임 기간의 적용을 받지 않는다.

사용검사일을 기준으로 하는 이유는, 사용검사는 집합건물의 건축이 완료된 후에 이루어지고 그 후에 바로 피분양자인 구분소유자에게 인도 되는데 하자발생의 원인이 되는 부실공사 등 공사의 잘못은 이미 그 때에 모두 발생되어 있어 그 당시에 적용되는 하자담보책임에 관한 법률을 일률적으로 적용하여 담보책임



을 묻는 것이 신뢰보호나 공평의 견지에서 타당하기 때문이다.<sup>34)</sup>

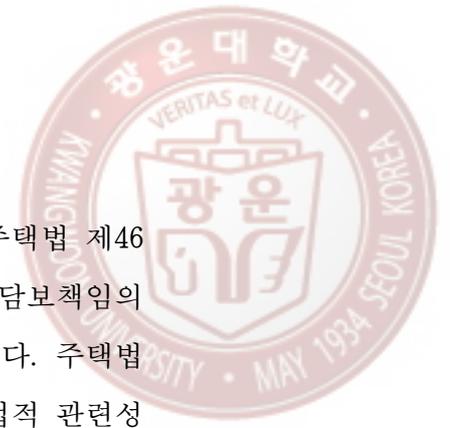
## 2. 2005. 5. 26. 이후부터 2013. 6. 19. 이전에 사용검사를 받은 아파트

가. 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891판결이 선고된 후, 건설회사들은 하자 보수기간이 무조건 사용검사일로부터 10년으로 정해진 것으로 받아 들였고, 결국 2005. 5. 26. 주택법 제46조의 개정입법이 이루어졌다. 개정주택법 46조는 사업주체는 집합건물법 제9조의 규정에도 불구하고 주택법 시행령에서 정한 하자담보 책임기간안에 발생한 하자에 대하여만 책임을 지도록 하였다. 아울러 개정 집합건물법 부칙 제6조 단서에서 “공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다”고 규정함으로써 법문상 주택법 제6조가 집합건물법 제9조에 우선하게 되었다.

나. 그런데 개정 주택법 제46조 제1항은 하자보수청구권에 대하여만 규정하고 있을 뿐이고, 같은조 제3항은 내력구조부의 중대한 하자에 대한 손해배상청구에 대하여 규정하면서도 손해배상청구의 주체에 대해 규정하지 않아, 구분소유자가 개정주택법령에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있는지에 대하여 많은 논란이 있었다.

① 주택법 전면적용설 : 주택법 제46조 제1항 및 집합건물법 부칙 제6조 단서 등 개정된 법령의 문면상 주택법 제46조가 사업주체의 하자담보책임을 전면적으로 규정하고 있고, 개정입법취지도 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 하자담보책임기간을 합리적으로 정하는데 있으므로, 주택법이 전면적용된다는 입장이다.<sup>35)</sup>

34) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439판결



② 주택법 부분적용설 : 집합건물법상 하자담보책임의 성립요건에 주택법 제46조 제1항의 ‘하자발생기간’이 추가됨으로서 집합건물법상의 하자담보책임의 주체나 내용에는 변경이 없고 하자담보책임기간만 단축된다는 입장이다. 주택법 제46조 제1항은 손해배상청구권이 빠져있고, 사업주체와 아무런 실제법적 관련성을 갖지 아니한 입주자대표회의나 관리주체 등에게 하자담보청구로서 손해배상청구권을 귀속시키기는 어려운 점, 주택법의 입법목적과 기능 등에 비추어, 주택법 제46조 제1항은 하자보수기간을 부분별로 나누어 규정함으로써 집합건물법상 10년의 하자담보책임기간을 합리적으로 조정하는 기능을 한다고 보는 것이다.<sup>36)</sup>

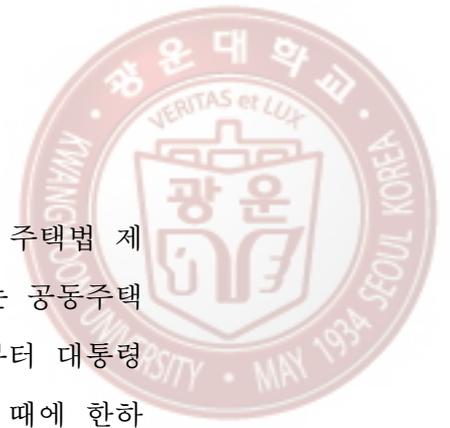
③ 주택법 별개 적용설 : 주택법 제46조와 집합건물법 제9조가 각각 독립적으로 적용되어 병존적으로 성립하며 주택법의 규정이 집합건물법에 제한을 가하지 않는다는 입장이다.<sup>37)</sup> 주택법 제46조 제1항의 하자책임기간은 하자보수청구에만 적용되고 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에는 적용되지 않는다는 것이다. 이 견해는 집합건물법 부칙 제6조 단서 규정을 무시한다는 문제가 있다.

다. 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결은 “본래 개정 집합건물법과 개정 주택법은 입법목적, 하자담보책임의 내용, 하자담보책임의 대상이 되는 하자의 종류와 범위, 하자담보책임을 추급할 수 있는 권리자와 그 의무자, 하자담보책임을 추급할 수 있는 권리의 행사기간 등을 달리 정하고 있으므로, 개정 집합건물법 제9조에 따른 하자보수청구권 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 개정 주택법 제46조에 따른 하자보수청구권 및 하자발생으로 인한 손해배상청구권은 독립적으로 행사할 수 있는 것이다. 다만 앞서 본 바와 같이 개정 집합건물

35) 전현철, 전계논문, 195면

36) 윤인태, “집합건물 분양자의 하자담보책임 -특히 아파트를 중심으로-”, 부동산판례연구회, 판례연구 12집(2001), 331면

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



법 부칙 제6조는 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 개정 주택법 제 46조의 규정이 정하는 바에 따른다고 규정하고, 개정 주택법 제46조는 공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일(이하 ‘사용검사일’ 이라고만 한다)부터 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 때에 한하여 담보책임을 인정하고 있으므로, 결국 개정 주택법 제46조에서 규정하는 하자에 대하여는 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 하자가 발생한 때에 한하여 개정 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있고, 그 밖에 개정 주택법 제46조에 규정하지 않는 사용검사일 전에 발생한 하자나 오시공·미시공 등의 하자에 대하여는 대통령령이 정하는 담보책임기간의 제한 없이 개정 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 볼 것이다 “라고 판시 하였다.<sup>38)</sup>

### 3. 2013. 6. 19. 이후 사용검사를 받은 아파트

입주자대표회의 등은 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있고, 사업주체는 내력구조부의 중대한 하자에 대하여 손해배상책임이 있다. 그런데 2012. 12. 18. 개정된 주택법은 종래 46조 제1항에서 규정하였던 ‘민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조의 규정에 불구하고’ 라는 규정을 삭제하였고, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 공동주택의 하자담보책임에 관하여 주택법 우선을 규정하였던 부칙6조를 삭제하여, 2013. 6. 19. 이후 분양된 아파트의 경우 분양자의 하자담보책임은 집합건물법에 의하여 규율됨을 분명히 하였다. 또한 개정 집합건물법 시행령 제5조는 시설공사별로 하자담보책임 기간을 구분하여 규정하였으므로 집합건물법상 분양자

38) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다18748판결도 같은 취지이다.



의 하자담보책임에 있어서 더 이상 주택법시행령상의 하자담보책임기간은 별 의미가 없게 되었다.

2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 분양자 뿐만 아니라 시공자에 대하여도 일정한 경우 하자담보책임을 부담하게 하였는 바, 구분소유자는 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우 시공자를 상대로 하여서도 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있다.

2012. 12. 18. 개정된 주택법에 의하여도 사업주체는 내력구조부의 중대한 하자에 대하여 손해배상책임을 지는바, 손해배상청구의 주체가 분명하지 않아 입주자 대표회의등이 주택법 제46조 제3항에 의하여 손해배상청구를 할 수 있는지에 대하여 여전히 문제될 수 있다.

### 제3절 분양을 목적으로 하는지, 공동주택인지에 따른 적용법령의 상이(相異)

집합건물을 건축하더라도 분양을 목적으로 하지 않는 경우에는 집합건물법이나 주택법이 적용되지 않으며 건축물에 하자가 있는 경우 민법의 하자담보책임 규정이 적용될 뿐이다. 또한 집합건물 중에 공동주택이 아닌 집합건물을 건축하여 분양한자에 대하여는 집합건물법이 적용될 뿐 주택법이 적용되지 않는다. 즉 주택법상의 사업주체<sup>39)</sup>에 해당하는 자가 집합건물을 건축하여 분양하는 경우에

39) 주택법 제16조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 국가·지방자치단체, 한국토지주택공사, 주택법 제9조에 따라 등록된 주택건설사업자 또는 대지조성사업자, 그 밖에 주택법에 따라 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하는 자(주택법 제2조제7호), 건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주, 건축법 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 말한다.



만 집합건물법과 주택법이 적용되는 것이다. 이를 표40)로 정리하면 아래와 같다.

		집합건물법 적용	주택법 적용
분양을 목적으로 하지 않는 집합건물을 건축한 자		×	×
집합건물을 건축하여 분양한 자	공동주택 이외의 집합건물을 건축하여 분양한 자(= 집합건물을 건축하여 분양한 자 중 '주택법 제46조에서 정한 사업주체' 에 해당하지 않는 자)	○	×
	공동주택을 건축하여 분양한 자	○	○

40) 김홍준, “건설소송의 법률적 쟁점과 소송실무”, 유료, 197면(2013).



## 제4장 집합건물법상의 하자담보책임

### 제1절 집합건물법상 분양계약의 법적성질

#### 1. 의의

공동주택의 분양계약이란 분양자가 신축중이거나 이미 신축된 아파트의 구분소유권을 수분양자에게 이전할 것을 약정하고, 수분양자는 그 대금을 지급하기로 약정함으로써 성립하는 계약이다. 구분소유권이란 집합건물의 구획된 일부분인 전유부분의 구분소유권 및 공용부분의 공유권, 그리고 대지의 공유권 및 대지사용권을 말한다(집합건물법 제2조).

공동주택은 완공한 경우에 분양하는 경우도 있지만, 분양자가 신문 등을 통해 어느 지역에 어떤 형태(몇 m<sup>2</sup>, 어떤 구조)의 공동주택을 몇 세대 분양한다는 광고를 하고, 수분양자는 모델하우스를 본 후 분양신청을 하면, 분양자는 추적을 통해 분양받는 사람과 분양계약을 체결하고, 수분양자는 수회에 걸쳐 분양금을 납부하고 건물이 완공된 후 잔금을 지급하면서 입주하는 것이 일반적이다.

#### 2. 집합건물 분양계약의 법적성질

##### 가. 후분양의 경우

건물을 완공한 후에 분양하는 경우에는 분양계약의 법적성질을 매개로 보는 것이 타당하다.



## 나. 선분양의 경우

아파트가 완공되기도 전에 모델하우스나 팜플렛 등만 보고 아파트 분양계약을 체결하는 경우로서 우리나라 아파트 분양계약은 대부분 이러한 형태를 띠고 있다. 이러한 경우 분양계약의 법적성질을 어떻게 볼 것인가에 대하여는 여러 학설이 대립하고 있다.

### (1) 매매계약설

신축중이거나 신축된 아파트라는 재산권을 취득하는 계약이므로 그 법률적 성질을 매매라고 보는 견해<sup>41)</sup>이다. 매매계약설은 다시, 분양받을 당시에 실제로 동과 호수(층수)가 지정되고 동일면적, 동일구조의 것이 많다고 하더라도 건축 장소, 층과 위치에 따라 차이가 있는 것은 어쩔 수 없으므로 특정물매매 또는 그 연장선상에서 파악해야 한다는 견해<sup>42)</sup>, 동과 호수의 지정은 공간적 위치에서 대개 어디쯤이라는 것뿐이고 같은 유형의 다른 구분건물의 구조나 면적, 그리고 사용되는 재료 등 거의 모두가 동일한 상품이므로 허공 중의 위치 하나만으로 목적물이 특정되었다고 보기는 어려우므로, 불특정물 또는 한정종류물 매매로 보아야 한다는 견해<sup>43)</sup>가 있다.

41) 김대정, “아파트분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 13권, 한독법률학회 534면(2002).

42) 下森定, “マンション賣買と瑕疵擔保責任”, JURIST 627호, 58면.; 안정호, “아파트 분양공고보다 공유대지면적이 감소된 경우의 법률관계”, 민사판례연구(X X I), 박영사, 1999. 7.

43) 打田峻一, “瑕疵擔保責任”, 實務法大系 1(マンション・建賣住宅); 256 권대우, “공동주택수분양자의 하자담보책임에 관한 연구”, 한국소비자보호원, 1968, 15면



### (2) 도급계약설

건물의 완공전에 또는 구분소유권의 성립 이전에 상당부분의 분양대금을 계약금, 중도금, 계약보증금 등의 명목으로 분양자에게 지급하고, 분양자는 이를 건축자금에 충당한다는 점을 들어 도급계약이라고 보는 견해이다.<sup>44)</sup>

### (3) 혼합계약설

분양계약은 소유권을 이전한다는 면에서는 매매이고, 아파트라는 건축물을 건축한다는 점에서는 도급의 성격을 갖는 혼합계약 또는 특수계약이라는 견해이다.<sup>45)</sup> 분양계약은 민법상 매매나 도급과 같은 전형적인 계약이 아니라 일종의 비전형 계약으로서 매매와 도급의 혼합적 계약이라고 보고, 나아가 매매로서의 성질은 분양계약의 성립과정에서 볼 때 특정물매매로 단정할 것이 아니고 오히려 불특정물매매로서의 성질이 강한 것이고, 도급으로서의 성질에서도 민법상 전형적인 도급이 아닌 일종의 제작물계약이 명백하므로, 결국 분양계약의 법률적 성질은 불특정물매매와 도급의 혼합계약인 제작물공급계약이나 통상 제작물공급계약보다는 매매의 성질이 강한 제작물공급계약이라고 해석하는 견해<sup>46)</sup>가 있고, 완공전의 분양계약은 건물의 완성을 의뢰하는 계약과 그 완성된 건물을 구입하는 두 가지 계약의 결합이라고 할 수 있고, 따라서 분양자는 약정기간 내에 건물을 완성해야 할 의무와 이를 인도해야 할 의무를 함께 지고, 건물을 완성해야 할 의무에 관하여는 수급인의 지위를, 목적물을 인도하여야 할 의무에 관하여는 매도인의 지위를 가진다고 할 것이므로, 완공 전 분양계약은 매매와 도급의 성격이

44) 淡路剛久, “製作物供給契約 マンション・建賣住宅を中心として”, 現代契約法大系 7권, 355면

45) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 「법조」, 제44권 12호, 법조협회 65면 (1995. 12.).

46) 박종두, 전제논문, 68면



복합된 하나의 무명계약이라고 할 수 있다는 견해<sup>47)</sup>가 있다.

#### (4) 소결

아파트 완공 전에 하는 분양계약은 단순히 아파트를 매수하는 것이 아니라, 아파트 완성을 의뢰하는 계약과 그 완성된 아파트를 구입하는 계약의 결합이라고 볼 수 있다. 따라서 분양자는 약정 기간내에 건축물을 완성해야 할 의무와 완성된 건축물을 인도해야 할 의무를 함께 지고, 건축물을 완성해야 할 의무에 관하여는 수급인의 지위를, 목적물을 인도해야 할 의무에 관하여는 매도인의 지위를 가진다. 따라서 아파트 완공전의 분양계약은 매매와 도급의 성격이 혼합된 하나의 무명계약이라는 견해가 타당하다고 본다.

### 제2절 집합건물법상 하자담보책임의 법적성격

분양계약의 법률적 성질을 매매로 보는 경우, 특정물매매로 본다면 매수인에게 손해배상청구권, 계약해제권, 대금감액청구권을 인정할 수 있으나(민법 제580조, 제575조), 하자보수청구권이 인정되는지에 대하여 법정책임설<sup>48)</sup>은 하자보수청구권을 부정하고, 채무불이행책임설<sup>49)</sup>은 하자보수청구권을 인정한다. 불특정물매매로 본다면 수분양자는 급부 받은 목적물에 하자가 있다면 하자 없는 물건의 급부를 청구할 수 있고, 그 일환으로 하자보수청구가 가능하다. 분양계약의 법률적

47) 윤인태, 전거서, 175면; 윤재윤 “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상쟁점”, 「저스티스」 73호(2003. 6.), 54면

48) 특정물도그마 인정하여, 매도인은 하자 없는 물건을 급부할 의무가 없고, 물건을 있는 상태대로 인도할 의무를 부담할 뿐이라고 본다.

49) 특정물도그마를 부정하여, 매매의 목적물이 특정물이든 불특정물이든 매도인은 ‘하자 없는 물건을 급부할 의무’가 있으므로, 하자의 보수가 가능하면 하자보수청구도 할 수 있다는 견해이다.



성질을 도급 또는 혼합계약으로 보는 경우, 아파트의 하자에 대하여 도급에 관한 하자담보책임 규정이 적용되므로 민법 제667조 제2항에 따라 하자보수청구가 가능하다.

그런데, 이상과 같은 논의는 큰 의미를 가지지 못하는데, 집합건물법 제9조가 집합건물을 건축하여 분양한 자의 담보책임에 관하여 민법 제667조 내지 제671조의 규정(수급인의 담보책임)을 준용한다고 규정하고 있어 아파트의 분양자는 민법상 수급인의 하자담보책임을 지기 때문이다. 수급인의 하자담보책임에 관한 민법 규정은 매매의 하자담보책임의 특칙으로 법정무과실책임이라는 것이 통설이다.<sup>50)</sup> 판례는 수급인의 하자담보책임을 무과실책임으로 보면서도 그 손해배상의 범위는 신뢰이익에 한하지 않고 이행이익에도 미치는 것으로 보고 있다.<sup>51)</sup>

그런데, 집합건물법 제9조 제1항 소정의 하자담보책임도 민법상 수급인의 하자담보책임의 내용과 동일한 것으로 분양계약에 기해 발생하는 것이라는 견해와 수분양자를 특별히 보호하고자 하는 집합건물법 제9조의 취지상 개별적인 계약관계를 전제로 하지 않는 특별한 법정책임이라는 견해가 대립되었다.<sup>52)</sup> 이에 대하여 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733판결은, “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 분양자

50) 박윤직, 채권각론(박영사), 311면

51) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2001다70337판결은, 액젓 저장탱크의 제작·설치공사 도급계약에 의하여 완성된 저장탱크에 균열이 발생한 경우, 보수비용은 민법 제667조 제2항에 의한 수급인의 담보책임 중 하자보수에 갈음하는 손해배상이고, 액젓 변질로 인한 손해배상은 위 하자담보책임을 넘어서 수급인이 도급계약의 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 인하여 도급인의 신체·재산에 발생한 손해에 대한 배상으로서 양자는 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다고 하였다.

52) 윤재윤, 전거서, 315면



가 부담하는 책임의 내용이 민법상의 수급인의 담보책임이라는 것이지 그 책임이 분양계약에 기한 책임이라는 것은 아니므로” 라고 하여, 분양자의 구분소유자에 대한 담보책임을 특수한 법정책임으로 보았다.

### 제3절 하자담보 책임의 내용

#### 1. 하자보수청구

##### 가. 의의

민법 제667조 제1항은 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 하자의 보수란 본래 아파트가 갖추고 있어야 하는 성능의 부족을 보완하거나 결함을 제거하는 것을 말한다.

수분양자가 분양자에게 하자보수청구를 하는 경우 상당한 기간을 정하여 하지 않으면 안된다. 수분양자가 정한 기간이 상당하지 않거나 기간을 정하지 않고 하자보수청구를 하는 경우, 분양자는 객관적으로 상당한 기간 내에 하자를 보수하면 되고, 수분양자로서는 상당한 기간을 경과한 후가 아니면 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 없다.<sup>53)</sup> 왜냐하면 수분양자에게 하자보수청구권과 손해배상청구권을 선택하여 행사하도록 하고 있으므로, 하나의 권리를 행사한 이상 거기에 구속되기 때문이다. 분양자가 상당한 기간 내에 하자보수를 하지 않는 경우 수분양자는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수도 있고, 상당한 기간

53) 조성민, “하자담보책임과 불완전이행-도급계약을 중심으로”, 법학논총(한양대학교 법학연구소) 제14집(1997. 10.) 84면



을 정하여 다시 하자보수청구를 할 수도 있다.

#### 나. 하자보수청구권행사의 제약

하자가 중요하지 아니하고 그 보수에 과다한 비용이 드는 경우에는 수분양자는 하자보수를 청구할 수 없고 손해배상만을 청구할 수 있다. 이러한 경우에도 하자보수청구를 인정하게 되면 무용의 사회적 손실을 초래하기 때문이다.

##### (1) 하자의 중요성 판단기준

하자가 중요한 것인지 여부는 그 계약을 한 목적, 목적물의 성질, 용도 기타 객관적인 사정에 의하여 정하여 진다.<sup>54)</sup> 건물의 기초부분, 골격부분 등에 하자가 있고, 안전성이나 내구연수에 영향이 있어 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 중요한 하자라 할 수 있고, 이에 반하여 재료의 종류나 공법 등이 지정된 것과 달리 시공된 경우에는 그것이 계약의 목적에서 보아 특히 중시되었다고 하는 특별한 사정이 없는 한 중요한 하자가 있다고 할 수 없다.<sup>55)</sup> 대법원은 건물의 주요 구조부에 관련된 것, 주택으로서의 기능에 현저한 장애를 주는 것을 중요한 하자라고 보고 있다.<sup>56)</sup>

54) 김주수, 채권각론, 삼영사, 375면(1993).

55) 이상태, “건축수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 서울대학교, 86면(1991).

56) 대법원 2000. 11. 14. 선고 99다49743판결, 구체적으로는 승객의 안전과 직결되는 승강기를 설치함에 있어 계약시 특별히 지정한 회사의 승강기를 설치하지 아니한 경우(대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975판결), 건물에 설치된 오수정화조가 전체 용량에 있어 원래의 설계도면 보다 38.9%나 작게 시공되고 방류조, 유량조정조, 최종침전조 등의 용량이 건물면적에 상응하는 처리대상 인원의 기준에도 미치지 못하는 등 정화조로서의 기능을 발휘하지 못하는 경우(대법원 1998. 9. 8. 선고 96다52892판결) 하자가 중요하다고 보았다.



## (2) 보수비용의 과다성의 의미

일반적으로 보수에 필요한 비용과 보수에 의하여 생기는 이익을 비교 형량 하여 정하고, 보수청구권을 행사하는 것이 분양자에게 가혹한 경우에는 과다한 비용이 된다는 견해가 있다.<sup>57)</sup> 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다45436판결은 화강석물갈기로 시공하도록 되어 있는 계단을 실제로는 인조석물갈기로 시공한 후 그 위에 바닥콘크리트를 타설하고, 창호공사로 설계도서상의 규격에 미달하는 알루미늄 새시와 유리를 사용하여 시공한 경우, 그 교환가치의 차액은 미미한 반면 이를 철거한 후 재시공하는데 소용되는 비용은 과다하다고 하여 하자보수나 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없다고 하였다.

## (3) 양자의 관계

두 요건은 별개의 것으로 독립된 것이므로, 하자의 보수에 과다한 비용이 소요되더라도 그 하자가 중요한 것이면 도급인은 하자보수를 청구할 수 있다.

## 2. 손해배상청구

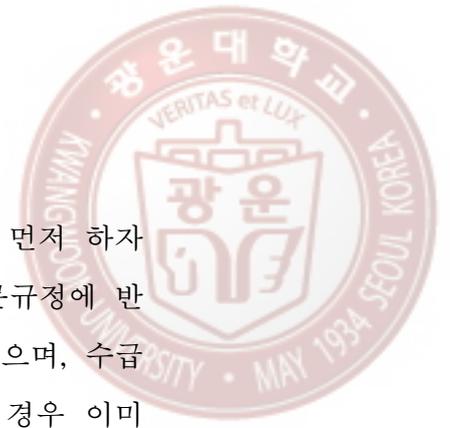
### 가. 손해배상청구의 유형

#### (1) 하자보수에 갈음하는 손해배상청구

도급인은 하자보수청구권 또는 손해배상청구권을 선택적으로 행사 할 수 있다. 완성물의 하자에 관하여 하자보수청구를 할 수 있는 경우에도 하자보수청구 없이 바로 하자보수에 갈음한 손해배상청구를 할 수 있다. 수급인이 하자보수의 의사와 능력이 있으며 수급인의 보수에 의하여 그 목적을 모두 달성할 수 있어 도

---

57) 조성민, 전계논문



급인에게 특별한 불이익이 발생하지 않는 경우에 도급인은 신의칙상 먼저 하자 보수청구를 해야 할 의무가 있다는 견해가 있으나,<sup>58)</sup> 이는 민법의 명문규정에 반하고, 신의칙을 근거로 하는 것도 현실적으로 타당한 경우가 많지 않으며, 수급인이 하자보수를 해주겠다고 함에도 도급인이 손해배상청구를 하는 경우 이미 당사자간의 신뢰관계가 깨어진 상태라고 보아야 하므로, 이 경우 도급인에게 먼저 하자보수청구의무가 있다고 보는 것은 바람직하지 않다고 본다.

### (2) 하자보수와 함께하는 손해배상청구

하자보수를 하더라도 전보되지 않고 남아 있는 손해에 대하여 손해배상을 구하는 것으로, 일의 완성이 지연되거나 완전한 보수가 불가능한 경우에 남게 되는 손해에 대하여 하자보수와 함께 손해배상청구를 할 수 있다.

### (3) 하자로 인하여 입은 손해배상청구

하자가 중요하지 않음에도 불구하고 그 보수에 과도한 비용을 요할 경우에 도급인은 하자보수나 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없고, 하자로 인하여 입은 손해배상만을 청구할 수 있다. 이 경우 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 도급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치와 하자가 있는 현재의 상태대로의 교환가치의 차액이 되며, 교환가치의 차액을 산출하기가 현실적으로 불가능한 경우 통상의 손해는 하자 없이 시공하였을 경우의 시공비용과 하자 있는 상태대로의 시공비용의 차액이다.<sup>59)</sup> 다만 중요한 하자인 경우에는 그 보수에 갈음하는 손해배상액 즉 실제로 보수에 필요한 비용을 청구할 수 있다.<sup>60)</sup>

58) 김증한 편집대표, 주석채권각칙(II), 392면

59) 대법원 1994. 10. 11. 선고 94다26011판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54376 판결; 2000. 11. 14. 선고 99다49743판결



나. 책임관계의 당사자

(1) 손해배상청구권자

(가) 수분양자 및 전득자

아파트 분양계약을 체결한 수분양자가 손해배상청구를 할 수 있음은 명백하다. 그런데 수분양자로부터 전유부분을 양도받은 자도 분양자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는지에 대하여, 하자담보책임의 한 내용인 손해배상청구권 역시 계약 당사자의 지위에서 주어지는 것이므로 분양계약 목적물의 소유권이 이전된다고 하더라도 그 목적물에 관한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 당연히 이전되는 것은 아니므로 이를 수분양자로부터 양수받는 등의 특별한 절차를 취하지 않는 한 손해배상청구권을 행사 할 수 없다는 견해가 있으나<sup>61)</sup>, 피분양자를 특별히 보호하고자 하는 집합건물법 제9조의 취지상 구분소유권의 양도 당시 수분양자가 손해배상청구권을 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 아파트의 소유권과 함께 이전되었다고 보는 것이 상당하다. 집합건물법에 의한 하자담보책임은 분양계약을 전제로 하지 않는 특별규정이기 때문이다. 이에 대하여 대법원은 전유부분의 전득자도 분양자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다고 판시한 바 있으며,<sup>62)</sup> 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법 제9조 제1항은 분양자가 ‘구분소

60) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345판결

61) 윤인태, 전계논문, 188면

62) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47333 판결은 “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 도급인의 담보책임이라는 것이지 그 책임이 분양계약에 기한 책임이라는 것은



유자’에 대하여 하자담보책임을 지는 것으로 명문화하였다.

전유부분의 하자에 대하여 구분소유자가 손해배상청구를 할 있음은 당연하나, 공용부분에 대하여 각 구분소유자가 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있는지에 대하여, 공용부분의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 관리단에 총유적으로 귀속된다는 견해도 있으나<sup>63)</sup>, 통설과 판례는 공용부분에 대한 손해배상청구도 금전채권으로서 구분소유자들의 공유에 속하는 가분채권이므로 구분소유자는 전유부분의 지분비율에 따라 손해배상청구를 할 수 있다고 본다.<sup>64)</sup>

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 하여금 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)” 라고 판시하였다.

63) 창원지방법원법 2000. 3. 30. 선고 95가합8782판결

64) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011다80531판결은, “구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2003. 7. 18. 법률 제6925호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 집합건물법’이라 한다) 제9조에 의한 하자보수를 갈음한 손해배상청구권, 즉 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 집합건물의 수분양자 내지는 현재의 구분소유자에게 귀속하는 것이므로 (대법원 2004. 12. 9. 선고 2004다37461 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결 등 참조), 구 집합건물법 제23조 제1항에 따라 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 설립되는 관리단은 구분소유자들로부터 그 권리를 양수하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 하자담보추급권을 가진다고 할 수 없다.” 고 하였다.



(나) 입주자대표회의

입주자대표회의가 분양자를 상대로 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있는가에 대하여, 입주자대표회의가 공동주택의 공용부분 또는 전유부분에 발생한 모든 하자에 관하여 분양자 등 사업주체에 대하여 그 보수를 청구할 수 있는 이상 하자보수에 갈음하는 손해배상청구도 가능하다는 견해(긍정설), 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 구분소유자에게 귀속되는 금전채권이므로 각 구분소유자가 그 권리를 행사할 수 있을 뿐이라는 견해(부정설), 공용부분의 하자를 이유로 하는 손해배상청구는 입주자대표회의가 할 수 있으나, 전유부분의 하자를 원인으로 하는 손해배상청구는 입주자대표회의가 할 수 없다는 견해(절충설)가 있다.

판례는, 하급심 판결이 엇갈리는 등 상당한 혼란을 보였는데, 대법원은 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조에 의한 하자담보추급권은 특별한 사정이 없는 한 집합건물 구분소유자에게 귀속하는 것이고, 비록 주택법 제46조 및 주택법 시행령 제59조 제2항이 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호로 전문 개정되기 전의 것) 소정의 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 없으므로, 공동주택에 하자가 있는 경우 입주자대표회의로서는 사업주체에 대하여 하자보수를 청구할 수 있을 뿐이며, 그에 갈음한 손해배상청구권을 가진다고 할 수 없다” 고 하였다.<sup>65)</sup>

65) 대법원 206. 8. 24. 선고 2004다20807판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490판결;



위와 같은 대법원 판결이 선고된 이후, 소송실무는 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 일일이 채권을 양도받아 양수금 청구를 하는 방식이 이용되었다. 이러한 방식의 소송에 대하여 피고측에서 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 채권양도 등이 이루어진 경우 그 채권양도가 신탁법상의 신탁에 해당하지 않는다고 하여도 신탁법 제7조가 유추 적용되므로 무효라고 주장하는 경우가 있다. 그러나 대법원은, 하자보수에 갈음한 손해배상채권의 양도 경위, 방식, 시기, 양도인 구분소유자와 양수인 원고의 관계, 하자보수의 효율성 등 제반 사정을 종합해 보면, 구분소유자로부터 원고에게 한 손해배상채권의 양도는 소송행위를 하게 하는 것이 주목적이라고 볼 수 없으므로 적법하다고 판단하였다.<sup>66)</sup>

(2) 손해배상의무자

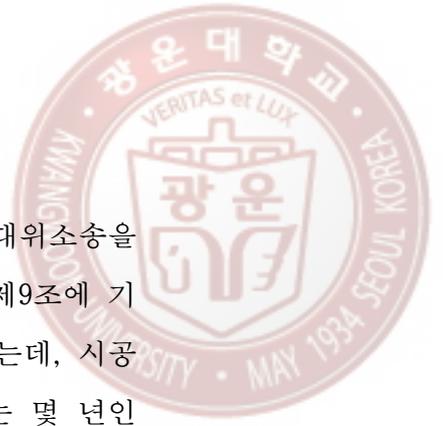
집합건물법상 하자담보책임의 의무자는 분양자이며, 원칙적으로 시공자는 구분소유자에 대하여 손해배상의무가 없다.<sup>67)</sup> 그런데 분양자(시행사)가 부도가 난 경우 또는 분양자가 재개발·재건축조합인데 이미 청산된 경우, 구분소유자들은 실질적으로 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 없게 된다.

그런데, 분양자는 시공자와 도급계약을 체결하고 시공자로 하여금 아파트를 건축하게 하므로, 시공자는 도급계약 또는 민법의 규정에 따라 수급인으로서 분양자(시행사)에 대하여 하자담보책임을 지게 된다. 따라서 구분소유자들은 분양자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 피보전채권으로 하고, 분양자의 시공자에 대

대법원 2. 12. 선고 2008다84229판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결.

66) 대법원 2006.8.24. 선고 2004다20807 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다84229판결

67) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111판결은 “집합건물법 제9조는 집합건물 ‘분양자’의 하자담보책임에 관하여 규정하고 있을 뿐이므로, 집합건물의 시공자는 그가 분양계약에 참여하여 분양대상인 구분건물에 대하여 분양에 따른 소유권이전의무를 부담하는 분양계약의 일방 당사자로 해석된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 집합건물법 제9조에 의한 하자담보책임을 부담하는 것으로 볼 수 없다”고 판시하였다.



한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 피대위권리로 하여 채권자대위소송을 제기할 수 있다. 이 때, 분양자가 구분소유자들에 대하여 집합건물법 제9조에 기해 부담하는 손해배상채무는 법정책임이므로 10년의 소멸시효에 걸리는데, 시공자가 분양자에 대하여 도급계약에 기하여 부담하는 채무의 소멸시효는 몇 년인지 문제된다. 대법원은 분양자와 시공자간의 도급계약은 상행위이고 도급계약의 이행과 관련된 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 5년의 상사시효가 적용된다고 보고 있으나<sup>68)</sup>, 이렇게 볼 경우 구분소유자들의 권리보호가 미흡하다는 점에서 문제가 있다.

분양자의 시공자에 대한 도급계약에 기한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효 기산점은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행되는데<sup>69)</sup>, 사용검사 전 하자에 대한 손해배상채권은 늦어도 사용검사를 받은 날로부터 진행하고, 사용검사 후의 년차별 하자에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 늦어도 각 년차가 끝나는 시점부터 진행된다. 따라서 구분소유자가 예비적 청구로 분양자의 시공자에 대한 손해배상채권을 대위하여 행사하는 경우, 그 예비적 청구가 시공자에게 송달된 때가 사용검사일 또는 년차별 하자담보책임기간 만료일로부터

68) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908판결은 “피고 에스케이건설이 피고 리얼리치에 대하여 부담하는 하자보수에 갈음하는 손해배상채무는, 피고 리얼리치가 구분소유자들에 대하여 집합건물법 제9조에 기하여 부담하는 손해배상채무와는 달리 집합건물법의 규정에 의한 법정책임은 아니고 집합건물법 제9조에 의한 분양자의 책임은 집합건물의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로 민법에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다(대법원 2009. 12. 11. 선고 2008다12439판결), 도급계약에 기하여 수급인이 도급인에 대하여 부담하는 하자담보책임이며, 그 본질은 불완전이행책임으로서 이는 도급계약 내용의 이행과 직접 관련된 책임이라 할 것이다. 그런데 피고 에스케이건설과 피고 리얼리치 사이에 체결된 이 사건 도급계약은 상행위에 해당하고, 이 사건 도급계약의 이행과 직접 관련된 위 손해배상채권은 상행위로 인한 채권이므로, 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사 소멸시효가 적용된다 할 것이며, 한편 하자보수에 갈음한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행된다고 할 것이다” 라고 판시하였다.

69) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다 83908 판결



터 5년이 경과하지 않도록 하여야 한다.<sup>70)</sup> 입주자대표회의가 구분소유자로부터 채권을 양도 받은 후 분양자를 대위하여 시공자를 상대로 소송을 제기하는 경우 분양자의 시공자에 대한 손해배상채권의 소멸시효는 중단된다고 보아야 할 것이나,<sup>71)</sup> 입주자대표회의가 채권양도를 받지 않은 상태에서 우선 채권자대위소송을 제기한 경우 입주자대표회의가 채권양도를 받기 전까지는 피보전채권을 가진다고 할 수 없으므로 분양자의 시공자에 대한 손해배상채권의 소멸시효가 중단된다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

수분양자들은 시공자의 브랜드를 보고 아파트를 분양받는 경우가 많다. 또한 분양자(시행사)는 자력이 부족한 반면 시공자는 거대기업인 경우가 많으며, 재개발·재건축조합이 시행사가 되어 짓는 아파트의 경우 입주가 완료되면 재개발·재건축조합은 청산절차를 거치게 되므로, 청산 후에는 재개발·재건축조합에 대하여 하자담보책임을 묻기 어렵다. 따라서 집합건물법상 시공자가 직접 구분소유자에 대하여 하자담보책임을 지게 할 필요가 있다. 이러한 요구에 부응하여 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법(법률 1155호, 2013. 6. 19.시행) 제9조제1항, 제3항은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우 구분소유자가 시공자를 상대로 하여서도 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있게 하였다. 그런데 위 개정 집합건물법은 부칙 제3조에 따라 2013. 6. 19. 이후 분양된 아파트에 대하여만 적용된다.

70) 서울남부지방법원 2009. 9. 11.선고 2007가합21321판결; 서울고등법원 2011. 4. 26.선고 2010나67496판결

71) 입주자대표회의가 채권양도만 받고 분양자인 채무자에 대하여 채권양도 통지를 하지 않아 채무자에 대한 대항력이 없다 하더라도, 채권양수인이 채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 채권양수인을 ‘권리위에 잠자는 자’ 라고 할 수 없으므로 소제기시에 피보전채권의 시효는 중단되었다고 보아야 한다(대법원 2005. 11. 10.선고 2005다41818판결).



## 라. 손해배상의 범위

### (1) 학설 및 판례

수급인의 하자담보책임을 무과실책임으로 보는 경우에도, 도급인이 계약의 존속을 전제로 하는 손해배상청구를 하는 경우, 손해배상의 범위에 관하여, 수급인은 일을 완성할 의무가 있으므로 그 책임은 하자에 의하여 생긴 모든 손해의 배상 즉 이행이익이라는 견해(이행이익설)<sup>72)</sup>, 수급인의 하자담보책임을 무과실책임으로 보는 이상 그 손해배상은 신뢰이익에 한하고, 다만 수급인의 귀책사유에 기한 하자의 경우에는 불완전이행을 이유로 이행이익의 배상을 구할 수 있다는 견해(신뢰이익설)<sup>73)</sup>가 대립한다.

도급계약에서는 수급인이 하자가 없는 완전한 일을 완성할 의무가 있으므로, 하자가 발생한 경우 수급인은 하자에 의하여 생기는 모든 손해의 배상 즉 이행이익의 배상을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 판례도 수급인의 하자담보책임을 무과실 책임으로 보면서도 이행이익 배상을 인정하고 있다.<sup>74)</sup>

### (2) 구체적인 범위

#### ① 재산상 손해

중요한 하자인 경우에는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 즉 실제 보수에 필요한 비용을 청구할 수 있고, 하자가 중요하지 않음에도 보수에 과다한 비용이 드는 경우 하자 없이 시공하였을 경우 목적물의 교환가치와 하자 있는 현상태의 교환가치의 차액을 배상할 책임이 있다. 만약 교환가치의 차액을 산정하는 것이 불가능한 경우 하자 없이 시공하였을 경우의 시공비용과 하자 있는 상태대로의

72) 김형배, 채권각론, 박영사(1997), 609면. ; 이은영, 채권각론, 박영사(1999), 524면.

73) 박윤직, 전계서, 313면

74) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2001다70337판결



시공비용의 차액을 배상할 책임이 있다.

목적물의 하자로 인하여 수분양자가 입은 손해에는 하자보수기간 중 목적물을 제대로 사용하지 못함으로 인하여 생긴 손해도 포함된다. 예컨대 하자를 수리하는 기간 동안 수분양자가 다른 주택을 빌려서 거주하게 된 경우의 주택임차료 등을 들 수 있다.<sup>75)</sup>

하자로 인하여 고유재산에 손해를 끼친 경우(적극적 채권침해로 인한 손해)에도 손해배상책임이 있다고 보아야 한다. 판례도 수급인은 목적물이 하자로 인하여 훼손된 경우 그 훼손된 부분을 철거하고 재시공하는데 드는 비용 상당액을 배상할 의무가 있고, 그 하자로 인하여 화재가 발생한 경우 그 화재 진압시 사용된 물이 유입됨으로써 훼손된 부분을 복구하는데 드는 비용상당액도 그 하자와 상당인과관계가 있는 손해에 해당한다고 한다.<sup>76)</sup>

## ② 위자료

일반채무불이행에 기한 정신적 손해에도 위자료 청구가 인정되고, 건축물의 하자로 인하여 정신적 손해를 입은 경우 위자료청구를 배제할 합리적인 이유가 없다는 이유로 위자료 청구를 긍정하는 견해가 있다.<sup>77)</sup> 다만, 아파트 하자로 인한 손해는 하자가 보수되거나 하자 보수에 갈음하는 손해배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 하므로, 하자의 보수나 손해배상으로도 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 분양자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 특별손해로 배상받을 수 있다.<sup>78)</sup>

75) 윤인태, 전계논문, 193면 재인용

76) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다4442판결

77) 윤인태, 전계논문, 195면

78) 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다19115판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다12798판결



#### 마. 손해배상액 산정의 기준시기

수분양자가 하자보수청구를 하였으나 분양자가 이에 응하지 않은 경우 손해배상액을 산정하는 기준시기는 하자보수청구시이다. 하자보수청구시에 보수의 범위, 내용이 구체적으로 정해지기 때문이다. 미리 하자보수를 청구하지 않고 바로 손해배상청구를 하는 경우에는 손해배상청구시를 기준으로 손해배상액을 산정한다.<sup>79)</sup> 따라서 손해배상을 청구한 후 물가가 오르더라도 증가된 보수비용을 손해배상으로 청구할 수 없다.

#### 바. 손해배상청구권 발생시기

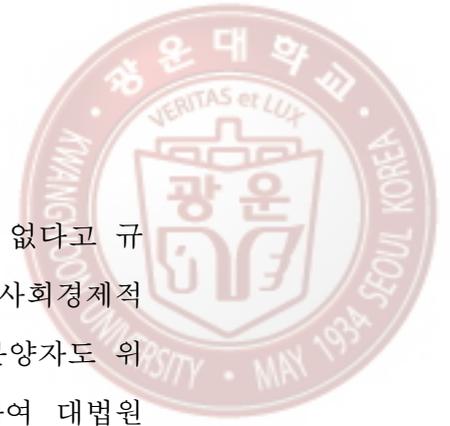
통상 수급인의 하자담보책임의 개시시기는 목적물 인도가 필요 없는 경우에는 일의 완성시, 목적물 인도가 필요한 경우에는 목적물 인도시이다. 그런데 일반적으로 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이므로, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자가 발생하여 보수가 필요하게 된 시점에서 성립된다고 봄이 상당하다.<sup>80)</sup> 따라서 아파트에 발생한 하자 중 사용검사 전 하자는 목적물 인도시에 손해배상청구권이 발생하고, 사용검사 후 하자는 하자가 발생한 시점에 손해배상청구권이 발생한다고 보아야 한다.

### 3. 수분양자의 계약해제권

수급인의 담보책임에 관하여 민법 제668조는 완성된 목적물의 하자로 인하여

79) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80다923판결; 1998. 3. 13. 선고 95다30345판결

80) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55632 판결



계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에도 도급인이 계약을 해제할 수 없다고 규정하고 있다. 해제를 인정하여 완성된 건축물을 철거하게 하는 것은 사회경제적 손실이 크기 때문에 이를 막기 위한 것이다. 그런데 집합건물의 수분양자도 위 규정에 따라 계약을 해제할 수 없는 것인가가 문제된다. 이에 대하여 대법원 2003. 11. 14. 선고 2002다2485판결은 “통상 대단위 집합건물의 경우 분양자는 대규모 건설업체임에 비하여 수분양자는 경제적 약자로서 수분양자를 보호할 필요성이 높다는 점, 집합건물이 완공된 후 개별 분양계약이 해제되더라도 분양자가 집합건물의 부지사용권을 보유하고 있으므로 계약해제에 의하여 건물을 철거하여야 하는 문제가 발생하지 않을 뿐만 아니라 분양자는 제3자와 새로 분양계약을 체결함으로써 그 집합건물 건축의 목적을 충분히 달성할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 집합건물법 제9조 제1항이 적용되는 집합건물의 분양계약에 있어서는 민법 제668조 단서가 준용되지 않고 따라서 수분양자는 집합건물의 완공 후에도 분양 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 분양 계약을 해제할 수 있다고 할 것이다” 라고 판시한 바 있다.

#### 4. 수분양자의 대금감액청구

하자보수청구 및 손해배상청구 외에 대금감액청구권을 인정할 수 있는지에 대하여 이를 부정하는 견해도 있으나, 이를 긍정하는 견해가 유력하다.<sup>81)</sup> 대금감액청구를 하자보수에 갈음하는 손해배상청구의 의사표시로 볼 수 있고, 도급인은 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 자동채권으로 하여 수급인의 공사대금채권과 상계할 수도 있으므로<sup>82)</sup>, 집합건물의 수분양자는 분양자에 대하여 대금감액

81) 민법주해 X V, 460면

82) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다7250판결은, 도급인의 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 동시이행의 관계에 있고, 도급인은 이러한 항변권이 부착된 채권을 자동채권



청구를 할 수 있다고 본다.

## 제4절 하자담보책임의 존속기간

### 1. 제척기간

#### 가. 기간

수급인의 하자담보책임기간은 목적물을 인도받은 날로부터 1년이나(민법 제670조 제1항), 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다(민법 제671조 제1항). 집합건물법 제9조 제1항은 집합건물을 건축하여 분양자의 담보책임에 관하여 수급인의 담보책임에 관한 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용한다고 규정하면서, 같은 조 제2항은 “제1항의 분양자의 담보책임에 관하여는 민법에 규정하는 것보다 매수인에 불리하게 한 것은 효력이 없다”고 규정하고 있으므로, 콘크리트로 지어지는 아파트 분양자의 담보책임기간은 민법상의 10년이라고 보아야 한다.

#### 나. 기간의 성질

통설 및 판례는 민법 제670조, 제671조에 규정된 하자담보책임기간을 장기간이 경과하여 하자판정이 곤란하게 되는 것을 피하고 권리관계를 조속히 확정하는

---

으로 상계할 수 있으며, 그 때부터 지체책임을 지게 된다고 하였다.

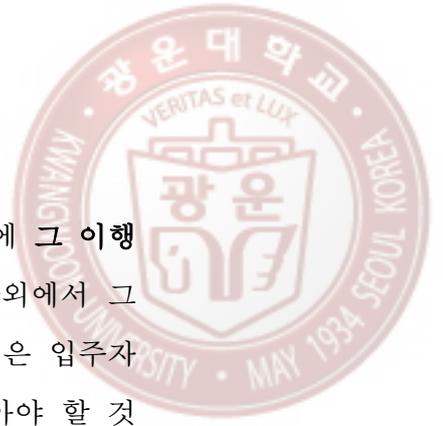


것을 목적으로 한 제척기간으로 보되, 재판상 또는 재판외의 권리행사기간으로 보고 있다.<sup>83)</sup> 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권은 하자보수를 청구하거나 그에 갈음하여 또는 그와 함께 손해배상을 청구할 수 있는 권리이므로, 제척기간 내에 직접 위 손해배상청구권이 행사된 경우뿐만 아니라 그 하자보수청구권이 행사된 경우에도 본조의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 제척기간은 준수된 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 “입주자대표회의가 그 자신의 이름으로 사업주체에 대하여 하자보수청구를 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 입주자대표회의가 자신의 권리를 행사한 것으로 보아야지, 이를 입주자대표회의가 구분소유자들을 대신하여 하자보수를 청구하였다거나 구분소유자들이 그들의 하자보수청구권을 입주자대표회의를 통하여 행사하였다고 볼 수 없다” 고 하였다.<sup>84)</sup>

입주자대표회의에 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 부정하는 대법원 판결 이후, 소송실무에서 입주자대표회의는 아파트 구분소유자들로부터 채권양도를 받아 분양자에게 그 통지를 마친 후 소 변경을 하게 되었는데, 이 경우에 채권양도 통지를 재판 외 권리행사로 볼 수 있는지가 문제되었다. 이와 관련하여 대법원 2012. 3. 22. 선고 2010다28840 전원합의체 판결은 “채권양도의 통지는 그 양도인이 채권이 양도되었다는 사실을 채무자에게 알리는 것에 그치는 행위이므로, 그것만으로 제척기간의 준수에 필요한 권리의 재판외 행사에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 집합건물인 아파트의 입주자대표회의가 스스로 하자담보추급에 의한 손해배상청구권을 가짐을 전제로 하여 아파트의 분양자를 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였다가, 그 소송계속 중에 정당한 권리자인 구분소유자들로부터 그 손해배상채권을 양도받고 분양자에게 그 통지가 마쳐진 후 그에 따라 소를

83) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891판결; 2009 5. 28. 선고 2008다86232판결

84) 대법원 2011. 3. 11. 선고 2010다27229판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405판결



변경한 경우에는, 그 채권양도통지에 채권양도의 사실을 알리는 것 외에 그 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여지거나 그 밖에 구분소유자들이 재판외에서 그 권리를 행사하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 손해배상청구권은 입주자 대표회의가 위와 같이 소를 변경한 시점에 비로소 행사된 것으로 보아야 할 것이다 ” 라고 판시한 바 있다.

제척기간내에 권리를 행사하였다고 하려면 하자를 특정하여 하자보수청구를 하거나, 그 보수에 갈음하는 손해배상액을 명시하여 그 이행을 구하거나, 상계를 주장해야 한다는 견해가 있으나<sup>85)</sup>, 소송실무상 아파트 하자보수에 갈음하는 손해배상 사건은 그 하자 및 손해액을 확정하기 위하여 법원의 하자감정을 거치는 것이 통례인 점에 비추어, 하자감정 결과에 따라 청구금액을 확장하겠다는 뜻이 소장에 명백히 표시되어 있었고 그 후 실제로 감정 결과에 따라 청구금액을 확장하였다면, 비록 그 청구금액이 확장된 시점만을 기준으로 하여 보면 제척기간이 경과하였다고 하더라도, 소제기시에 제척기간이 준수 되었다면 그 제척기간은 준수된 것으로 보아야 한다<sup>86)</sup>

## 2. 소멸시효와의 관계

하자담보책임기간 안에 권리를 행사하는 경우에는 그 청구권은 시효로 소멸할 때까지 존속한다.<sup>87)</sup> 집합건물법에 의한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간에 관하여 대법원은 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조

85) 동경지판 소화 47. 2. 29.(판례시보 1141호 99면)

86) 대법원 2011. 8. 18.선고 2010다52737판결

87) 대법원 1992. 10. 13.선고 92다4666판결은 징발재산정리에 관한 특별조치법 제20조 소정의 환매권 행사로 인하여 발생한 소유권이전등기청구권은 환매권을 행사한 때로부터 일반채권과 같이 민법 제162조 소정의 10년의 소멸시효 기간이 진행된다고 보았다.



는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축이 된 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 위 법률 제9조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결 참조). 따라서 이에 따른 손해배상청구권에 대해서는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다.” 고 판시하였다.<sup>88)</sup>

이 경우 소멸시효의 기산점이 문제되는데, 주택법상의 하자책임기간이 경과한 날부터 기산되어야 한다는 일부 하급심 판례가 있으나<sup>89)</sup>, 대법원은 하자의 발생시점부터 기산되어야 한다고 보고 있다.<sup>90)</sup> 도급인이 제척기간내에 하자보수청구를 하여 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 보전되었다 하더라도 하자발생시점부터 10년이 경과한 경우 손해배상청구권은 시효로 소멸한다고 보아야 할 것이다. 다만 그 하자가 집합건물의 인도 당시부터 이미 존재하는 경우 이와 관련된 하자담보추급권의 소멸시효 기간은 집합건물의 수분양자인 구분소유자들이 해당세대를 인도받은 날로부터 진행된다.<sup>91)92)</sup>

입주자대표회의가 자신에게 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 있음을 전제로 손해배상청구를 하였다가 소송 도중에 구분소유자들로 채권양도를 받아 양

88) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2998다12439판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다48490판결

89) 대전고등법원 2009나 944판결

90) 대법원 209. 2. 26. 선고 2007다83908판결

91) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2009다65515판결

92) 제척기간의 기산점은 소멸시효의 기산점과 같거나(하자가 집합건물의 인도 당시에 이미 존재하는 경우), 소멸시효의 기산점보다 앞서므로(하자가 집합건물 인도 후 발생하는 경우), 제척기간 도과 이전에 소멸시효가 완성되는 경우는 없다.



수금청구로 소 변경을 한 경우, 대법원은 “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.<sup>93)</sup>

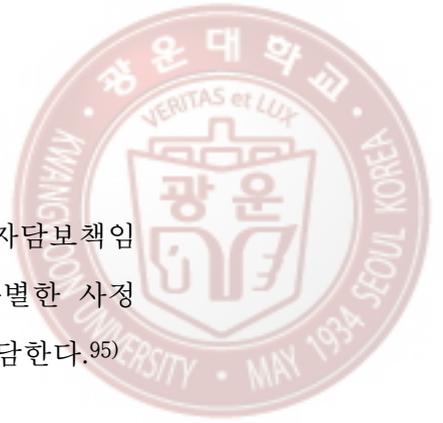
## 제5절 하자담보책임의 배제, 제한

### 1. 하자담보책임의 배제

민법상 수급인의 하자담보책임 규정 중 도급인의 해제권 배제규정(민법 제668조 단서)을 제외한 나머지 규정은 임의규정이므로 계약자유의 원칙상 당사자가 하자담보책임을 제한 또는 배제하거나 감경, 가중하는 특약은 유효하다. 다만 담보책임기간을 단축하는 등 법에 규정된 담보책임을 제한하는 약정을 한 경우에도 수급인이 알고서도 고지하지 않은 사실에 대하여 그 책임을 제한하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다면 민법 제672조의 취지를 유추하여 담보책임이 제한되지 않는다고 보아야 한다.<sup>94)</sup>

93) 대법원 2009.2.26. 선고 2007다83908 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다27229판결

94) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다19032판결



집합건물의 분양계약에서 민법보다 수분양자에게 불리하게 정한 하자담보책임의 감면특약은 집합건물법 제9조 제4항 위반으로 무효이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 아파트 분양자는 아파트 인도시부터 10년간 담보책임을 부담한다.<sup>95)</sup>

## 2. 하자담보책임의 제한(손해배상액 감액)

아파트 하자소송의 실무상, 법원은 하자감정서에 기초하여 하자보수에 갈음하는 손해배상액을 정한 후 거의 예외 없이 ‘책임제한’이라는 이름하에 손해배상액을 감경하고 있다. 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다12888판결은 “담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상 하자 발생 및 그 확대에 가 공한 수분양자의 잘못이 있다면 이를 참작하여 손해배상의 범위를 정할 수 있다고 할 것”이라고 판시 하였고, 대법원 2009.6.11. 선고 2008다92466 판결은 “손해배상책임을 인정하면서 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한하는 경우, 그 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속하는바(대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결 등 참조), 피고회사들이 원고의 하자보수요청에 따라 여러 차례에 걸쳐 하자보수공사를 시행하였고, 1998년경 이 사건 아파트 외벽에 전면도장을 시행하였으며, 자연발생적인 노화현상도 하자의 일부 원인이 되었을 것으로 보이는 점 등을 참작하여 피고들의 책임을 하자보수비용의 70%로 제한한 원심의 조치는 위와 같은 법리에 비추어 수긍이 되고, 거기에 상고이유와 같은 채증법칙 위반이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다”고 판시하였다.

판례는 손해분담의 공평이라는 손해배상 제도의 이념을 근거로, 사업주체가 하

---

95) 윤인태, 전계논문, 204면



자보수를 해 주었다거나, 아파트가 사용검사를 받은 지 오래되어 자연적인 노화 현상이 발생할 수 있다거나, 도색의 경우 아파트주민의 스스로 해야 할 의무가 있다거나, 아파트 유지·관리상 잘못으로 인하여 아파트의 하자가 확대되었을 가능성을 배제할 수 없다는 점 등을 이유로 손해배상액을 감액하는 것이 일반적이다.

아파트 하자의 경우 하자발생 원인이 다양하고, 하자인지 여부가 분명치 않은 경우가 있으므로 책임제한이 불가피한 면이 있다. 하지만 판례는 사용검사 전, 후 하자를 불문하고 전체 손해배상액에서 책임제한을 하고 있는 바 이는 부당하다. 미시공·변경시공·부실시공과 같은 사용검사전 하자는 이미 사용검사 전에 하자가 발생한 것으로서 그 하자가 전적으로 분양자의 시공 잘못으로 발생한 것이라는 점, 구분소유자는 사용검사전 하자 발생에 기여한 바가 전혀 없다는 점, 구분소유자들은 사용검사전 하자로 인해 오랫동안 불편을 감수하며 살아왔다는 점, 이에 대하여 오히려 위자료 청구를 인정해 주는 것이 타당하다는 점에서, 사용검사전 하자에 대한 손해배상액에 대하여 까지 일률적으로 책임을 제한하는 것은 부당하다고 하지 않을 수 없다.

### 3. 하자보수완료확인서의 효력

아파트 입주자대표회의가 시공회사에게 하자보수가 끝난 뒤에 하자보수완료 확인서를 작성하여 주는 경우가 많다. 소송실무에서 피고는 이런 경우 하자보수가 실제로 완료되었으므로 하자보수청구권이 소멸하였다고 주장하나, 하자보수완료 확인의 의미는 피고가 아파트에 발생한 하자의 보수를 위한 공사를 수행하였음을 입주자대표회의 등이 확인하였다는 것에 불과할 뿐, 구분소유자들이 그 하자보수에도 불구하고 여전히 존재하고 있는 하자 또는 새로이 발생한 하자에 대



한 하자보수청구권까지 포기한다거나 이에 대한 피고의 담보책임을 면제한다는 의미로 해석할 수는 없다.

하자보수완료 확인은 보통 입주자대표회의 회장이 작성하는 경우가 많은데, 입주자대표회의는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 없으므로, 입주자대표회의가 작성한 하자보수완료 확인서는 구분소유자들의 손해배상청구권 행사에 아무런 영향을 미칠 수 없다.<sup>96)</sup>

최근 들어 주택법 시행령 제60조의 4 제5항이 “하자보수종료의 확인을 위해서는 국토해양부령으로 정하는 하자보수종료확인서에 입주자 또는 그 대리인의 서면확인서(공용부분은 전체 입주자의 5분의 4 이상의 서면확인서를 말한다)를 첨부하여야 한다.” 라고 규정하고 있어 이를 근거로 사업주체가 하자보수종결합의시 서면동의 80%이상을 요구하고 있는 바, 위 서면동의가 첨부된 하자보수종결합의의 법적 성격이 문제될 수 있다. 그러나, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권의 근거법령을 집합건물법 제9조로 보는 한 구분소유자 아닌 입주자의 서면동이는 처분권한 없는 자의 행위이므로 무효이고, 설령 구분소유자인 입주자가 서면동의를 하였다고 하더라도 이를 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 포기로 해석한다면 그 서면동이는 집합건물법 제9조 제4항에 반하는 것으로 무효가 될 수 있다.

---

96) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807판결은, “아파트의 입주자대표회의가 시공사와 사이에 하자보수와 관련하여 차후 문제를 제기하지 아니하기로 약정한 것은 **입주자대표회의 자신이 시공사에 대하여 가지는 하자보수청구권을 포기한 것으로 볼 수는 있으나**, 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 그 손해배상청구권에 관한 처분권한을 위임 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 구분소유자들이 아파트의 하자로 인하여 취득한 손해배상청구권에 관하여 원고가 이를 포기하거나 이와 관련한 부제소 합의 등을 할 수 없다” 고 판시하였다.



## 제5장 주택법상의 하자담보책임

### 제1절 주택법상 하자담보책임의 법적성질

주택법과 주택법시행령상 하자에 관한 권리는 입주자 뿐 아니라 공동주택의 사업주체와 직접적인 법률관계를 맺지 않은 입주자대표회의나 관리주체에게도 인정되므로, 아파트 수분양자와자 분양자간의 분양계약을 전제로 하는 집합건물 법상의 하자담보청구권과는 차이가 있다. 즉 집합건물법 제9조의 하자담보책임은 수분양자 또는 전득자에게 인정되는 법정책임인데 반해, 주택법상의 하자담보책임은 주택법에서 정한 절차와 당사자에 의하여 행사되는 법정책임이다.<sup>97)</sup>

그런데 주택법이 사업주체의 하자담보책임에 관하여 사업주체는 ‘공사상 잘못으로’ 발생한 하자에 대하여 보수할 책임이 있다고 규정하고 있으므로(주택법 제46조 제1항), 주택법상 사업주체의 하자담보책임을 과실 책임으로 해석할 여지가 있다. 그러나 하자담보책임은 무과실책임으로 이해되어 왔는데 유독 주택법상의 하자담보책임만을 과실 책임으로 보아야 할 이유가 없고, 오히려 입주자를 위하여 주택법이 특별히 인정한 책임이라는 점에서 집합건물법이나 민법상 하자담

97) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891판결은 “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 것” 이라고 판시하였다.



보책임과 마찬가지로 무과실책임으로 보아야 할 것이다. 여기서 ‘공사상 잘못’이란 과실의 개념으로 이해하기 보다는 사업주체의 통제영역 안에서 발생한 하자에 대한 객관적인 책임귀속의 근거로 이해하는 것이 타당하다면서, 불가항력적인 사유나 입주자의 사용상 부주의 등으로 발생한 하자는 사업주체의 통제영역을 벗어난 것이므로, 이에 대하여 사업주체는 책임을 지지 않는다는 의미로 이해되어야 한다는 견해가 있다.<sup>98)</sup>

## 제2절 주택법상 하자담보책임의 내용

### 1. 하자보수청구

#### 가. 하자보수청구권자

주택법 제46조 제1항은 ‘사업주체는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 전유부분은 입주자에게 인도한 날부터, 공용부분은 공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(沈下)·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 ‘입주자대표회의등’에 해당하는 자로 입주자, 입주자대표회의, 관리주체(하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표회의를 대행하는 관리주체를 말한다), 집합건물법에 따른 관리단을 열거하고 있다. 주택을 임차하여 사용하는 자는 ‘입주자대표회의등’에 포함되지 않는다(주택법 제2조 제13호).

98) 전현철, 전계논문, 182면



## 나. 입주자대표회의등

### (1) 입주자

현행 주택법 제2조 12호는 주택법의 각 개별규정에 따라 입주자의 정의를 달리 규정하고 있다. 주택법 제46조 제1항의 입주자가 무엇을 의미하는지 주택법 제12호에서 규정하고 있지 않으나, 공동주택의 관리와 관련된 입주자를 ‘주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속’으로 보고 있으므로, 주택법 제46조 제1항의 입주자는 주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속을 의미한다고 보아야 한다.

### (2) 입주자대표회의

대통령령으로 정하는 공동주택을 건설한 사업주체는 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지 그 공동주택을 직접 관리하여야 하며, 입주예정자의 과반수가 입주하였을 때에는 입주자에게 그 사실을 알리고 그 공동주택을 관리할 것을 요구하여야 한다. 입주자는 그 요구를 받은 날부터 3개월 이내에 입주자대표회의를 구성하여야 한다(주택법 제43조). 입주자대표회의는 4명 이상으로 구성하되 세대수에 비례하여 선거구에 따라 선출된 대표자로 구성한다. 동별 대표자는 동별 대표자 선출공고일 현재 당해 공동주택 단지안에서 주민등록을 마친 후 계속하여 6개월 이상 거주하고 있는 입주자 중에서 선거구 입주자등의 보통·평등·직접·비밀선거를 통하여 선출한다(주택법시행령 50조 제3항). 입주자대표회의에서는 동별 대표자 중에서 회장 1명, 감사1명 이상, 이사 2명 이상을 구성원 과반수의 찬성으로 선출하여야 한다(시행령 제50조 제5항). 그런데 50세대 이상인 공동주택은 전체 입주자등의 보통·평등·직접·비밀선거를 통하여 동별 대표자



중에서 회장과 감사를 선출한다(시행령 제50조 제6항).

입주자대표회의는 공동주택의 관리 방법을 결정하고(시행령 52조), 자치관리기구를 지휘·감독하며(시행령 제53조), 구성원과반수의 찬성으로 공동주택의 관리에 관한 사항을 의결하는 등 공동주택의 관리업무를 수행한다(시행령 제51조). 이처럼 입주자대표회의는 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐 아니라, 자치관리기구를 지휘·감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로, 법인 아닌 사단으로서 당사자능력이 인정된다.<sup>99)</sup>

### (3) 관리주체

관리주체란, 공동주택을 관리하는 자치관리기구의 대표자인 공동주택의 관리사무소장, 관리업무를 인계하기 전의 사업주체, 주택관리업자, 임대주택법에 의한 임대사업자를 말한다(주택법 제2조 제14호). 관리주체는 공동주택 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 공동주택단지안의 경비·청소·소독 및 쓰레기수거, 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행 등의 업무를 한다(시주택법시행령 제55조 제1항).

### (4) 집합건물법에 따른 관리단

건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 설립된다(집합건물법 제23조 제1항). 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로서 성립하는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 당

99) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다6291판결; 2001. 1. 5. 선고 2000두2686판결; 1997. 11. 28. 96다2236판결



연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체이다.

아파트 입주자대표회의는 동별 대표자로 구성되나 관리단은 구분소유자 전원으로 구성되고, 입주자대표회의는 공동주택의 관리에 관한 사항을 의결하여 시행할 권한이 있을 뿐이나 관리단은 관리단 집회 결의에 따라 공용부분의 방해배제 청구, 전유부분의 사용금지청구 등 구분소유자에게 고유하게 귀속되는 권리를 행사할 수 있으며(집합건물법 제25조 제1항, 제43조 내지 46조), 입주자대표회의의 경우에는 구분소유자 뿐 아니라 사용자도 선출권을 갖지만 관리단의 경우 구분소유자만이 관리인을 선출권을 갖는다는 점에서 차이가 있다. 그런데 아파트에서는 입주자대표회의만 구성될 뿐 관리단이 구성되는 경우는 거의 없다. 입주자대표회의와 관리단은 구별되는 것이지만, 입주자대표회의 구성원 가운데 구분소유자인 구성원만으로 관리단이 구성된 것으로 보아 입주자대표회의가 관리단의 기능을 겸하는 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>100)</sup>

#### 나. 하자보수의무자

주택법상 하자담보책임은 지는 자는 사업주체인데, 일반적으로 사업주체는 주택법 제16조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 국가·지방자치단체, 한국토지주택공사, 주택법 제9조에 따라 등록된 주택건설사업자 또는 대지조성사업자, 그 밖에 주택법에 따라 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하는 자를 말하나(주택법 제2조 제7호), 주택법 제46조에서 말하는 사업주체란 주택법 제2조에서 말하는 사업주체(협회의 사업주

100) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다 27199판결은 “구분소유자로 구성되어 있는 단체로서 집합건물법 제23조 제1항의 취지에 부합하는 것이면 그 존립형식이나 명칭에 불구하고 관리단으로서의 역할을 수행할 수 있으며, 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 겸유할 수 있다” 고 하였다.



체) 외에도 ‘건축법 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주’ 및 ‘주택법 제42조 제2항 제2호에 따른 행위를 한 시공자’ 를 포함하는 개념이다.

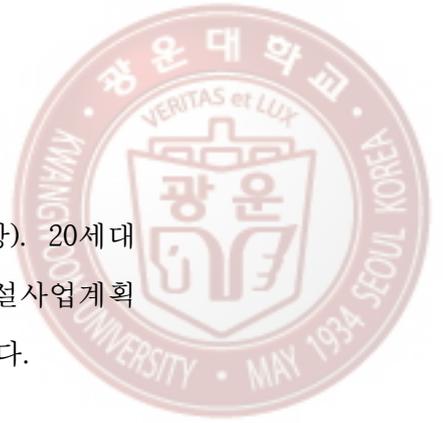
(1) 협의의 사업주체

주택법 제16조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 국가·지방자치단체, 한국토지주택공사, 주택법 제9조에 따라 등록된 주택건설사업자 또는 대지조성사업자, 그 밖에 주택법에 따라 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하는 자를 말한다.

단독주택의 경우에는 20호(공공택지를 개별필지로 구분하지 아니하고 일단의 토지로 공급받아 단독주택을 건설하는 경우에는 30호), 공동주택의 경우에는 20세대 이상의 주택건설사업을 시행하고자 하는 경우에는 국토해양부장관, 시장 등 사업계획승인권자로부터 주택건설사업계획승인을 받아야 한다(주택법 제16조). 단, 도시지역 중 상업지역(유통상업지역은 제외) 또는 준주거지역에서 30세대 미만의 주택과 주택외의 시설을 동일건축물로 건축하는 경우로서, 1세대당 주택의 규모가 주택법 시행령 제21조 제1항의 규정에 의한 공동주택의 규모에 적합하고, 당해 건축물의 연면적에 대한 주택연면적 합계의 비율이 90%미만인 경우에는 사업승인계획의 대상에서 제외하므로(주택법 제16조 단서, 주택법시행령 제15조 제2항), 이에 해당하지 않는 ‘주택과 주택외의 시설을 동일 건축물로 건축한 건축물’ (주상복합건물)을 사업계획승인을 받아 건축한 자도 사업주체에 해당한다고 보아야 한다.

(2) 건축허가를 받아 분양 목적의 공동주택을 건축한 건축주

건축법상 허가를 받아 분양을 목적으로 공동주택을 건축한 건축주도 사업주체



에 포함되어 주택법상 하자담보책임을 부담한다(주택법 제46조 제1항). 20세대 미만의 공동주택을 건축하여 분양하고자 하는 자는 주택법상 주택건설사업계획 승인을 받지 않고 건축법상 건축허가를 받아 공동주택을 건축할 수 있다.

(3) 주택법 제42조 제2항 제2호에 따른 행위를 한 시공자

공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링하는 행위를 하는 시공자도 사업주체에 포함되어 주택법상 하자담보책임을 부담한다(주택법 제46조 제1항).

다. 하자보수절차

입주자대표회의등은 주택법시행령 제59조 제1항에 따라 하자담보책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 이 경우 사업주체는 하자보수를 청구받은 날부터 3일 이내에 그 하자를 보수하거나 하자 부위, 보수방법 및 보수에 필요한 상당한 기간 등을 명시한 하자보수계획을 입주자대표회의등에 통보하여야 한다(주택법시행령 제59조 제3항).

입주자대표회의등은 하자보수청구를 한 후 사업주체가 주택법시행령 제59조제3항에 따른 기간 내에 하자보수를 이행하지 아니하거나 하자보수계획을 통보하지 아니한 경우에는 하자보수보증금을 사용하여 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 할 수 있다(주택법시행령 59조의2 제1항). 입주자대표회의등은 하자보수보증금의 사용내역을 사업주체에게 통보하여야 한다(주택법시행령 제59조의2 제4항).

입주자대표회의등은 하자보수보증금을 하자심사·분쟁조정위원회의 하자 여부



판정에 따른 하자보수비용 등 대통령령으로 정하는 용도로만 사용하여야 하며, 주택법 제43조제1항에 따른 공동주택<sup>101)</sup>의 경우에는 하자보수보증금의 사용 후 30일 이내에 그 사용내역을 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(주택법 제46조 제7항).

## 2. 손해배상청구

### 가. 주택법 제46조 제1항에 의한 손해배상청구권

주택법 제46조 제1항에 의하여 ‘입주자대표회의등’이 사업주체에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는지 문제되는데, 2012. 12. 18. 주택법 및 집합건물법이 개정되기 전에는 공동주택의 하자담보책임에 관하여 주택법을 우선하는 법문의 규정이 있어 논란이 있었다. 주택법전면적용설을 취할 경우 가능하다고 보았고, 주택법 부분적용설이나 별개적용설의 의할 경우 허용되지 않는다고 보았다.

주택법 제46조 제1항에는 하자보수청구권만 규정되어 있을 뿐 손해배상청구권은 규정되어 있지 않다는 점, 손해배상청구권은 금전채권으로서 구분소유자 개개인에게 귀속되는 것이라는 점, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법 및 주택법은 공동주택의 하자담보책임에 관하여 주택법이 우선적용된다는 규정을 삭제하였다는 점을 고려하면, ‘입주자대표회의등’ 뿐 아니라 구분소유자도 주택법 제46조 제1항을 근거로 손해배상청구를 할 수는 없다고 보아야 한다.

101) 300세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택, 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택, 「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물



나. 주택법 제46조 제3항에 의한 손해배상청구권

주택법 제46조 제3항은 ‘사업주체는 제1항에 따른 담보책임기간에 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에는 하자 발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다’고 규정하고 있고, 주택법시행령 제59조 제1항 [별표7]은 내력구조부별 하자보수대상 하자는 ‘내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 공동주택이 무너지거나 안전진단 실시결과 무너질 우려가 있다고 판정된 경우’로 한정하고 있다. 주택법 제46조 제3항은 사업주체의 손해배상책임만을 규정하고 있을 뿐, 손해배상청구권의 주체에 대하여 아무런 언급이 없는데, 손해배상청구권은 금전채권으로서 구분소유자들의 고유한 권리라는 점에서, ‘입주자대표회의 등’은 손해배상청구권이 없고 공동주택의 구분소유자에 한해 손해배상청구권이 있다고 보아야 할 것이다.

내력구조부의 하자인데 무너지거나 무너질 우려에 이르지 못하거나 내력구조부가 아닌 다른 부분에 발생한 하자에 대하여 손해배상책임을 인정할 것인가에 대하여, 2002. 12. 18. 주택법 및 집합건물법이 개정되기 전에는 법문의 문리해석을 근거로 내력구조부의 중대한 하자에만 손해배상책임을 인정하는 견해, 내력구조부에 발생한 모든 하자에 대하여 손해배상책임을 인정된다는 견해, 내력구조부의 중대한 하자는 5년, 10년간 담보책임을 지고 중대하지 않은 하자는 시행령 별표6에 따라 1년내지 4년간 담보책임을 진다는 견해가 있었다.

그런데 2002. 12. 18. 개정된 집합건물법에 의하면 구분소유자가 분양자 또는 시공자에 대하여 내력구조부의 하자인데 무너지거나 무너질 우려에 이르지 못하거나 내력구조부가 아닌 다른 부분에 발생한 하자에 대하여 손해배상책임을 물을 수 있음이 분명해 졌으므로, 2013. 6. 19. 이후 분양된 아파트의 경우 주택법



제46조 제3항에 의한 사업주체의 손해배상책임은 내력구조부의 중대한 하자가 발생한 경우로 제한하는 것이 타당하다고 본다.

### 3. 하자보수보증금 예치의무

사업주체(건설산업기본 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(주택법 제46조 제2항).

사용검사권자는 입주자대표회의가 구성된 때에는 지체 없이 하자보수보증금의 예치명의를 당해 입주자대표회의의 명의로 변경하여야 하며, 입주자대표회의는 사업주체의 하자보수책임이 종료되는 때까지 하자보수보증금을 금융기관에 예치하여 보관하여야 한다(주택법시행령 제60조 제2항). 하자보수보증금은 당해 공동주택의 총사업비에서 대지가격 등을 공제한 금액의 3%에 해당하는 금액으로 한다(주택법시행령 제60조 제3항).

그러나 실제 하자보수보증금을 현금으로 예치하는 경우는 거의 없다. 현금으로 예치하기에는 거액이어서 거의 대부분의 경우 대한주택보증, 건설공제조합, 서울보증보험 등 보증기관으로부터 하자보수보증서를 발급받아 현금예치에 갈음하고 있다(주택법 시행령 제60조 제4항). 하자보수보증서는 공동주택 건축공사를 한 시공자가 보증기관으로부터 발급받아 사용검사 신청시 사용검사권에게 제출한다. 입주자대표회의는 사업주체가 예치한 하자보수보증금을 사용검사일로부터 1, 2, 3, 4, 5, 10년이 경과된 때마다 순차적으로<sup>102)</sup> 사업주체에게 반환하여야 한다(주

102) 사용검사일(단지안의 공동주택 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 임시



택법시행령 제61조).

### 제3절 주택법 시행령상의 하자담보책임기간의 법적성격

주택법이 규정하고 있는 하자담보책임기간은, 시설공사의 하자의 경우에는 각 공사공종별로 1년 내지 4년 이내이고(주택법 제46조 제1항, 주택법시행령 별표6), 내력구조부 하자의 경우에는 보·바닥·지붕은 5년 이내, 기둥·내력벽(힘을 받지 않는 조적벽등은 제외한다)은 10년이내이다(주택법시행령 별표7).

주택법 제46조는 ‘공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일부터 10년 이내의 담보책임기간안에 공사상 잘못으로 인한 하자가 발생한 때에 사업주체는 입주자 등의 청구에 따라 하자를 보수하여야 한다’ 고 규정하고 있으므로 하자담보책임기간은 그 문언상 제척기간으로 보기는 어려우며 하자발생기간으로 보아야 한다.

주택법 시행령상의 하자담보책임기간의 법적성격 및 하자담보책임기간 내에 하자발생사실에 대한 입증책임의 문제는 주로 주택법상 보증기관의 하자보수보증책임에 대하여 문제되므로, 자세한 내용은 하자보수보증책임 부분에서 후술한다.

### 제4절 집합건물법상의 하자담보책임과의 비교

#### 1. 2005. 5. 26. 이후부터 2013. 6. 19. 이전에 사용검사를 받은 공동주택에 적용

사용승인일을 말한다. 이하 이 조에서 같다)부터 1년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 10, 사용검사일부터 2년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 25, 사용검사일부터 3년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 20, 사용검사일부터 4년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15, 사용검사일부터 5년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15, 사용검사일부터 10년이 경과된 때 : 하자보수보증금의 100분의 15



**되는 주택법령과 집합건물법에 의한 하자담보책임의 내용**

주택법의 하자담보책임과 집합건물법상의 하자담보책임은 구별되는바, 각 법령의 제정취지 및 내용을 종합적으로 비교하면 아래 표<sup>103)</sup>와 같다. 개정주택법이 전면적용 된다는 입장에 의할 경우 이러한 구분은 의미가 없을 것이나, 주택법부분적용설이나 별개적용설에 의하는 경우 각 법령의 비교하여 살펴볼 필요가 있다. 주택법 별개적용설에 의할 경우 양 법령에 의한 책임을 별개로 물을 수 있다는 것이므로 하자의 개념을 달리 본다. 주택법시행령 별표6에 따른 하자는 ‘공사상 잘못으로 인한’ 하자라고 규정하고 있으나<sup>104)</sup>, 집합건물법 제9조에 따른 하자는 ‘아파트가 통상 갖추어야 할 품질, 성능을 갖추지 못한 경우’도 하자로 본다.<sup>105)</sup>

	주택법령에 의한 책임	집합건물법에 의한 책임
취지	공동주택에 관한 부실시공 방지, 경제적 약자인 다수의 피분양자 등 입주자 보호	집합건물의 분양에 따른 법률관계를 도급계약과 유사하게 보아 민법상 수급인의 담보책임조항을 준용하여 분양자의 책임을 명확히 함
하자	· 하자보수대상 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,	공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나(주관적 하자), 거래 관념상 건축물이 통상 갖추어야 할 내구성·강도 등의 품질을 갖추고 있지 아

103) 김홍준, “건설소송의 법률적 쟁점과 소송실무”, 유료(2013), 234면

104) 앞서 본 바와 같이 ‘공사상 잘못’이란 과실의 개념으로 이해하기 보다는 사업주체의 통제영역 안에서 발생한 하자에 대한 객관적인 책임귀속의 근거로 이해하는 것이 타당하다.

105) 윤재윤, 전계서, 334면



<p>의 의미 (범위)</p>	<p>미관 또는 안전상의 지장을 초래할 정도의 하자 · 내력구조부별 하자보수대상 하자의 범위 ① 내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우 ② 제62조 제3항의 규정에 의한 안전진단 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우</p>	<p>니한 결과 그 사용가치 또는 교환가치를 감쇄시키는 결점(객관적 하자)</p>
<p>권리 자</p>	<p>입주자/입주자대표회의/하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표 회의를 대행하는 관리주체/관리단</p>	<p>수분양자/소유자</p>
<p>의무 자</p>	<p>사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 주택법 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 포함)</p>	<p>집합건물을 건축하여 분양한 자</p>
<p>권리 의 내용</p>	<p>· 사용검사일 또는 사용승인일부터 주택법 시행령이 정한 담보책임기간(1, 2, 3, 4, 5, 10년) 내에 발생한 하자에 관한 하자보수청구 · 특히 위 담보책임기간(내력구조부의 경우 5, 10년) 내에 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에는 하자발생으로 인한 손해배상청구도 가능 · 하자보수보증금으로 직접 보수하거나 제3자에게 대행시킬 수 있다. · 준공검사권자에게 하자 조사를 하고 보수를 명하도록 요구할 수 있다.</p>	<p>사용검사일 또는 사용승인일 전후를 불문하고 집합건물에 발생한 모든 하자에 관하여, 담보책임 존속기간 내에, · 하자보수청구(하자가 중요하지 아니하고 그 보수에 과도한 비용을 요할 때는 제외) · 하자보수에 갈음한 손해배상청구(하자 가 중요하지 아니하고 그 보수에 과도한 비용을 요할 때는 제외) 또는 하자보수청구와 함께하는 손해배상청구</p>
	<p>하자 발생기간</p>	



담보 책임 기간	① 내력구조부 - 기동, 내력벽 : 10년 - 보, 바닥, 지붕 : 5년 ② 기타 : 1~4년 * 기산일 : 사용검사일 또는 사용승인일	담보책임의 존속기간(제척기간) - 10년 - 하자로 멸실·훼손된 때에는 그날로부터 1년 * 기산일 : 인도일
----------------	---	---

**2. 2013. 6. 19. 이후 분양된 공동주택에 적용되는 주택법령과 집합건물법에 의한 하자담보책임의 내용**

2012. 12. 18. 개정된 주택법은 종래 46조 제1항에서 규정하였던 ‘민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하도록 한 집합건물법 제9조의 규정에 불구하고’ 라는 규정을 삭제하였고, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 공동주택의 하자담보책임에 관하여 주택법 우선을 규정하였던 부칙6조를 삭제하여, 2013. 6. 19. 이후 분양된 아파트의 경우 분양자의 하자담보책임은 집합건물법에 의하여 규율됨을 분명히 하였던 바, 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법 및 주택법에 의한 하자담보책임의 내용을 정리하면 아래 표<sup>106)</sup>와 같다.

	주택법령에 의한 책임	집합건물법에 의한 책임
취지	공동주택에 관한 부실시공 방지,경제적 약자인 다수의 피분양자 등 입주자 보호	집합건물의 분양에 따른 법률관계를 도급계약과 유사하게 보아 민법상 수급인의 담보책임조항을 준용하여 분양자의 책임을 명확히 함

106) 김홍준, 전계서, 238면



권리자	입주자/입주자대표회의/하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표 회의를 대행하는 관리주체/관리단	수분양자/소유자
의무자	사업주체(건축법 제8조의 규정에 의하여 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 주택법 제42조 제2항 제2호의 행위를 한 시공자를 포함)	집합건물을 건축하여 분양한 자(분양자)/분양자와의 계약에 따라 건물의 전부 또는 일부를 시공하여 완성한 자(건물의 전부 또는 일부를 시공하여 완성한 자가 담보책임 질 수 없는 경우에는 그로부터 건물의 시공을 일괄 도급받은 자)
권리의 내용	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 전유부분에 관하여는 인도받은 후, 공용부분에 관하여는 사용검사일 또는 사용승인일부터 주택법 시행령이 정한 담보책임기간 내에 발생한 하자에 관한 하자보수청구</li> <li>· 특히 전유부분에 관하여는 인도받은 후, 공용부분에 관하여는 사용검사일 또는 사용승인일부터 주택법 시행령이 정한 담보책임기간 내에 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에는 손해배상청구도 가능</li> <li>· 하자보수보증금으로 직접 보수하거나 제3자에게 대행시킬 수 있다.</li> <li>· 준공검사권자에게 하자 조사를 하고 보수를 명하도록 요구할 수 있다.</li> </ul>	<p>인도받기 전·후, 사용검사일 또는 사용승인일 전·후를 불문하고 집합건물에 발생한 모든 하자에 관하여, 담보책임 존속기간 내에,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 하자보수청구(하자가 중요하지 아니하고 그 보수에 과다한 비용을 요할 때는 제외)</li> <li>· 하자보수에 갈음한 손해배상청구(하자가 중요하지 아니하고 그 보수에 과다한 비용을 요할 때는 제외) 또는 하자보수 청구와 함께하는 손해배상청구</li> </ul> <p>* 다만 시공자가 분양자에게 부담하는 담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있으면, 시공자는 그 법률에서 규정하는 담보책임의 범위에서 구분소유자에게 담보책임을 지고./ 시공자의 담보책임 중 민법 제667조 제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 희생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우우에만 지며, 시공자가</p>



		<p>이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면(免)함.</p>
<p style="text-align: center;">담보 책임 기간</p>	<p>하자 발생기간</p> <p>① 내력구조부 - 기둥, 내력벽 : 10년 - 보, 바닥, 지붕 : 5년</p> <p>② 기타 : 1~4년</p> <p>* 기산일 : 전유부분에 관하여는 인도일, 공유부분에 관하여는 사용검사일 또는 사용승인일</p>	<p>담보책임의 존속기간(제척기간)</p> <p>· 건축법 제2조 제1항 제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자 : 10년</p> <p>· 그 외의 하자:</p> <p>① 기산일 전에 발생한 하자 : 5년</p> <p>② 기산일 이후에 발생한 하자</p> <p>i) 대지조성공사, 철근콘크리트공사, 철골공사, 조적공사, 지붕 및 방수공사의 하자 등 건물의 구조상 또는 안전상의 하자 : 5년</p> <p>ii) 건축법 제2조 제1항, 제4호에 따른 건축설비 공사(이와 유사한 설비공사를 포함한다), 목공사, 창호공사, 및 조경공사의 하자 등 건물의 기능상 또는 미관상의 하자 : 3년</p> <p>iii) 마감공사의 하자 등 하자의 발견·교체 및 보수가 용이한 하자 : 2년</p> <p>* 기간일 : 전유부분에 관하여는 인도일, 공용부분에 관하여는 사용검사일 또는 사용승인일</p> <p>· 하자로 멸실·훼손된 때에는 그날로부터 1년</p>



## 제6장 주택법상 하자보수보증책임

### 제1절 하자보수보증금의 의의

하자보수보증금은 사업주체의 하자보수의무 이행을 담보하기 위한 것으로, 사업주체(사업주체로부터 건설공사를 일괄 도급받아 건설공사를 수행한 시공자가 있는 경우에는 시공자를 말한다)는 하자보수보증금을 예치할 의무가 있다(주택법 시행령 제46조 제2항). 하자보수보증금은 사용검사 신청시 사용검사권자가 지정하는 금융기관에 사용검사권자 명의로 예치하고, 이후 입주자대표회의가 구성되면 예치명의를 입주자대표회의 명의로 변경하여야 한다. 입주자대표회의는 사업주체의 하자보수책임이 종료되는 때까지 하자보수보증금을 금융기관에 예치하여 보관하여야 한다.

사업주체는 보증기관(대한주택보증, 건설공제조합, 서울보증보험)<sup>107)</sup>으로부터 하자보수보증서를 발급받아 예치하는 것이 보통이다. 하자보수보증서를 교부받은 입주자대표회의는 공동주택에 하자가 발생한 경우 보증기관에 하자보수보증금의 지급을 청구하여 받은 보증금으로 직접 하자보수를 하거나 제3자로 하여금 보수하게 할 수 있다. 입주자대표회의는 하자보수 기간내에 발생한 하자에 대한 사업주체의 보수책임이 종료한 때에는 당초 예치한 하자보수보증금을 순차적으로 사업주체에게 반환하여야 한다.

107) 하자보수보증을 하는 보증기관으로는 건설공제조합, 전문건설공제조합, 대한설비건설공제조합등의 공제조합과 서울보증보험주식회사, 대한주택보증주식회사, 일반금융기관(산업은행, 수출입은행 등)과 일반보험회사가 있으나, 아파트 하자소송에서는 주로 건설공제조합, 대한주택보증, 서울보증보험 중 한곳이 보증서를 발행하는 경우가 대부분이다.



## 제2절 하자보수보증계약의 법적성질

### 1. 일반적인 하자보수보증의 법적성질

공사도급관계에서 수급인이 제출하는 하자보수보증약정을 보면 대부분 ‘수급인이 하자담보책임기간 중 도급인으로부터 하자보수 요구를 받고 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다’는 몰취규정을 두는 것이 일반적이는데, 이 경우 하자보수보증금의 성질을 ‘손해배상액 예정’으로 볼 것인지 ‘위약벌’로 볼 것인지 문제된다. 하자보수보증금이 ‘손해배상액 예정’이라면 손해가 보증금을 초과하더라도 별도로 손해배상을 청구할 수 없고 손해가 보증금보다 작더라도 보증금을 돌려줄 필요가 없으며, 법원은 직권으로 손해배상액을 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항). 그런데 ‘위약벌’이라고 본다면 보증금 외에 별도의 손해배상청구가 가능하고 법원은 직권으로 감액할 수 없다.

판례는 건설회사(피고)가 시공한 부분에 하자가 발생하였는데 하자보수의무를 이행하지 못하자 하자보수보증약정에 따라 보증금을 몰취하고 별도의 손해배상을 청구한 사건에서, 원심인 부산고등법원 2000. 2. 18선고 98나11963판결은 하자보수보증금은 위약벌 내지 제재금으로 귀속되어 이를 하자보수의무불이행으로 인한 손해액에서 공제할 수 없다고 하였으나, 대법원 2002. 7. 12.선고 2000다17810판결은 하자보수보증약정을 특수한 손해배상액의 예정으로 보면서 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 인정한 바 있다.

이에 대하여 하자보수보증금은 실손해만 배상하면 족한 것이지 실손해 이상의 배상은 인정할 필요가 없다는 이유로 이를 손해배상금의 선급으로 파악하여 하자보수 후 남은 것이 있으면 돌려주고, 부족하면 부족한 만큼 손해배상을 청구할



수 있다고 해석하는 견해가 있다.<sup>108)</sup> 보증기관의 하자보수보증도 실손해 이상을 지급하지는 않는다면 점에서 손해배상금의 선급 또는 실손해배상의 약정으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

## 2. 보증기관 하자보수보증의 법적성질

사업주체가 현금으로 하자보수보증금을 예치하는 경우는 거의 없으며, 대한주택보증이나 건설공제조합, 서울보증보험과 하자보수보증(보험)계약을 체결하고 보증서(보증보험증권)를 발급받아 사용검사권자에게 제출한다. 이러한 하자보수보증계약의 법적성질에 관하여 견해의 대립이 있는 바, 각 보증기관별로 보증의 성질을 살펴본다.

### 가. 건설공제조합의 하자보수보증의 법적성질

건설공제보험의 보증에 대하여는 보증계약설과 제3자를 위한 보험계약설이 대립하는 바, 보증계약설은 건설공제조합의 보증은 그 성격이 민법상 보증인 점, 우연한 사고에 대처하기 위한 보험제도와 성격을 달리하고, 공제조합의 보증에는 대수의 법칙에 의한 보험기법이 전혀 활용되지 않는다는 점을 근거로 한다<sup>109)</sup>. 보험계약설은 건설공제조합의 보증서에 계약자가 보증을 신청한 조합원으로 되어 있고, 조합원이 조합으로부터 받은 보증서를 보증채권자에게 제공하는 방식으로 계약이 이루어 질뿐 조합과 보증채권자 사이에 직접적인 계약체결에 관한 행

108) 이영규, “아파트 분양자의 하자보수책임”, 한양법학 제20권 제3집 2009년 8월 (515~548)

109) 신용석, “기관보증과 주계약상 보증인에 대한 구상권의 존부”, 민사재판의 제문제 14권(2005. 12.), 1456면 이하



위가 존재하지 않는 점, 약관의 내용<sup>110)</sup>, 목적에 있어서 보증보험과 유사하다는 점을 근거로 한다.<sup>111)</sup>

대법원 판결 중에는 보증계약설을 취한 판례<sup>112)</sup>와 보험계약설을 취한 판례<sup>113)</sup>가 혼재하고 있는데, 대법원 2005. 8. 19. 선고2002다59764판결은 보증채권자가 조합원(수급인)에게 주계약상의 이행기를 당초의 보증기간 이후로 연기하여 준 사안에서, ‘공제조합의 보증은 상호보험으로서 보험법리를 적용하여야 한다’고 판시하였고, 대법원 2008. 6. 19. 선고 2005다37154 전원합의체판결은 건설공제조합과 주계약상 보증인 사이의 구상권 성립여부가 문제된 사건에서 건설공제조합의 보증계약은 그 실질이 보증의 성격을 가지므로 민법의 보증에 관한 규정이 준용되어 구상권이 인정된다고 판시하였다.

#### 나. 대한주택보증주식회사 보증의 법적성질

건설공제조합 보증의 법적성질에 관한 논의는 대한주택보증주식회사의 보증의 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다24508판결은 “구 주택건설촉진법(1999. 2. 8. 법률 제5908호로 개정되기 전의 것)상의 주택사업공제조합이 조합원으로부터 보증수수료를 받고 조합원이 주택건설사업과 관련하여

110) 건설공제조합의 하자보수보증약관 제1조(보증책임)는, ‘건설공제조합(이하 “조합”이라 한다)은 계약자(이하 “채무자”라 한다)자 앞면 기재공사등의 사용검사 또는 검수를 받은 후 하자담보책임기간내에 사용검사(준공)시의 설계도서를 기준으로 발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써(이하 “보증사고”라 한다) 그 상대방(이하 “보증채권자”라 한다)에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다’라고 기재되어 있다.

111) 김형천, “건설공제조합의 하자보수보증의 법적성격 및 건설공제조합과 주계약상 보증인 사이의 구상권에 관하여” 판례연구 21집(2010. 02.) 부산판례연구회, 402면 이하

112) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다36617판결; 2002. 11. 26. 선고 2002다34727판결

113) 대법원 2001. 6. 1. 선고 2000다63882판결; 2002. 7. 26. 선고 2001다36450판결; 2003. 11. 13. 선고 2001다33000판결



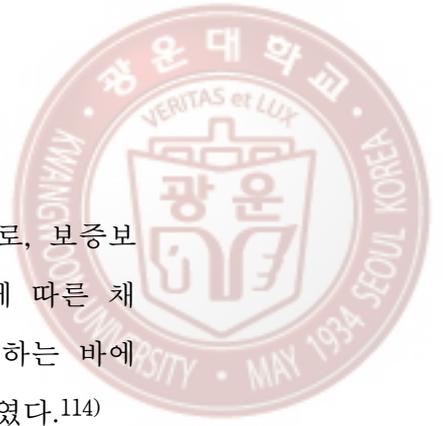
주택건설자재를 구입하는 경우에 채권자에 대하여 하는 채무보증인 ‘기타지급 보증’은 그 성질에 있어서 조합원 상호의 이익을 위하여 영위하는 상호보험으로서 보증보험과 유사한 것이라고 할 것이므로 이에 대하여도 보험의 법리가 적용된다.”고 판시한 것이 있고, 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다19479판결은 대한주택보증에 감리비 선급금 지급이행을 보증한 사건에서 대한주택보증의 보증이 제3자를 위한 계약이라고 판시하였다.

대한주택보증 주식회사가 발행하는 하자보수보증약관 제2조(보증채무의 성립)는 “보증회사의 보증채무는 주채무자가 보증서 발급일로부터 30일 이내에 사용검사(임시사용승인을 포함한다. 이하 같다) 또는 분양전환을 필한 경우에 유효하게 성립하며, 사용검사일 또는 분양전환일로부터 효력이 발생합니다.”라고 기재되어 있는 바, 보증채권자(사용검사권자 또는 입주자대표회의)는 보증계약 성립에 전혀 관여하지 않는다는 점에서 대한주택보증의 하자보수보증계약은 제3자를 위한 보험계약이라고 할 것이다.

#### 다. 보증보험회사의 보증보험의 법적성질

보증보험은 보험회사가 다수의 가입자를 모아 유상으로 보증을 인수하는 제도로서 보험자가 보험료를 받고 채무자인 보험계약자가 채권자인 피보험자에게 계약상의 채무불이행 또는 법령상의 의무불이행으로 손해를 입힌 경우에 그 손해를 보상할 것을 목적으로 한 보험업법상의 보험이다(보험업법 제4조).

대법원 판례는 “보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나, 실질적으로는



보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로, 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 약관이 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위내에서 보상하는 것이다” 라고 하였다.<sup>114)</sup>

### 제3절 하자보수보증금 청구권자

주택법 제46조 제1항은 ‘입주자대표회의등’ (입주자, 입주자대표회의, 관리주체, 집합건물법에 따른 관리단)을 하자보수청구권자로 규정하고 있으며, 주택법 시행령 제59조의2 제3항은 ‘입주자대표회의등’ 이 하자보수보증금을 청구한 경우, 현금을 보증금으로 예치한 금융기관 또는 하자보수보증금의 보증서 발급기관은 ‘입주자대표회의등’ 에 법 제46조제2항의 사업주체가 예치한 보증금 또는 보증서의 보증금액의 범위에서 하자보수보증금을 청구일부터 30일 이내에 지급하여야 한다고 규정하고 있다.

입주자나 관리주체는 위 주택법령에 따라 하자보수보증금을 사용할 수 있으나, 보증기관에서 발행하는 하자보수보증서에는 채권자가 사용검사권자로 되어 있고, 사용검사권자는 입주자대표회의가 구성되면 채권자를 입주자대표회의로 변경하므로(주택법시행령 제60조 제3항), 하자보수보증금의 실질적인 청구권자는 입주자대표회의로 한정된다고 보아야 한다.

### 제4절 하자보수보증책임의 범위

#### 1. 사용검사 후 하자

114) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다70156; 2001. 2. 9. 선고 2000다55089판결



주택법 제46조 제1항에 의하면, 사업주체는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 전유부분은 입주자에게 인도한 날부터, 공용부분은 공동주택의 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일) 또는 「건축법」 제22조에 따른 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(沈下)·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에 입주자대표회의 등의 청구에 따라 하자를 보수하여야한다고 규정하고 있으며, 각 보증기관의 하자보수보증약관은 사용검사 이전에 발생한 하자에 대하여 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 하자보수보증기관은 사용검사 전 하자에 대하여는 보증책임을 지지 않는다.

사용검사 전 하자는 사용검사가 완료되기 전에 이미 발생한 하자를 말하는 바, 사용검사일 전에 이미 발생한 하자는 그것이 사용검사일 이후까지 존속한다고 하더라도 사용검사전 하자에 해당하므로 보증대상이 아니다.<sup>115)</sup>

그러나 부실시공 등의 공사상 잘못이 사용검사 이전에 이미 있었다라도, 그로 인한 균열 등의 하자나 주택의 기능상, 미관상 또는 안전상 지장이 사용검사 후에 나타나는 경우는 사용검사가 완료되기 전에 발생한 하자에 해당한다고 볼 수 없다.<sup>116)</sup> 대법원 판결에 의할 경우 미시공, 변경시공의 하자는 사용검사전 이미 발생된 것이므로 사용검사전 하자로서 보증대상이 되지 않음이 분명하다. 다만 부실시공의 경우 부실시공이 사용검사전에 이미 발생하였다면 사용검사전하자로

115) 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결은, 주택법 제46조 제1항의 규정 및 이 사건 하자보수보증약관의 기재를 종합하여 보면, 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 아니라고 판시하였다.

116) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결



서 보증대상이 되지 않지만, 사용검사 후에 발생한 경우에는 사용검사후 하자로서 보증대상이 된다.

## 2. 하자보수책임 기간 내에 발생한 하자

### 가. 하자보수책임기간의 의미

주택법 제46조 제2항은, 제1항의 규정에 의한 하자보수책임기간 내에 공동주택의 하자가 발생한 경우에는 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다고 규정하고 있는데, 주택법의 하자보수책임기간의 의미에 대하여, 이는 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다는 의미이거나 그 기간 동안 담보책임이 있다는 의미는 아니므로 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 해석할 수는 없고, 그 기간 안에 발생한 하자에 대하여 하자보수를 청구할 수 있다는 의미로 보아야 한다. 즉 주택법령상의 하자보수책임기간은 ‘하자 발생기간’을 의미한다.<sup>117)</sup>

주택법이 규정하고 있는 하자담보책임기간은, 시설공사의 하자의 경우에는 각 공사공종별로 1년 내지 4년 이내이고(주택법 제46조 제1항, 주택법시행령 별표6),

117) 대법원 2006.6.16. 선고 2005다25632 판결은 “구 공동주택관리령(1998. 12. 31. 대통령령 제16069호로 개정되기 전의 것) 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 입주자대표회의 등이 사업주체에 대하여 그 하자의 보수를 요구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 동안 담보책임이 있다고 규정하고 있지는 않으므로, 위 하자보수기간을 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 해석할 수는 없다.”고 판시하여 하자보수책임기간을 제척기간으로 보는 견해를 명시적으로 배척하였다.



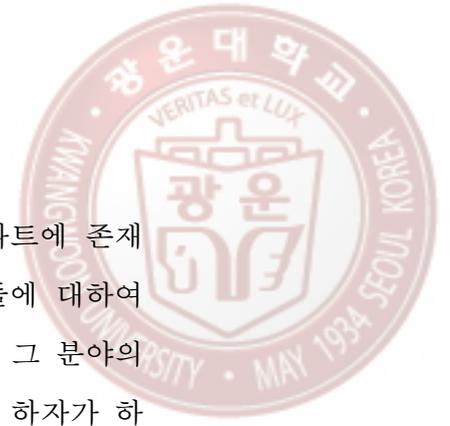
내력구조부 하자의 경우에는 보·바닥·지붕은 5년 이내, 기둥·내력벽(힘을 받지 않는 조적벽등은 제외한다)은 10년 이내이다(주택법시행령 별표7).

나. 하자발생시기에 대한 입증책임

주택법시행령상의 하자담보책임기간 안에 하자가 발생하였다는 사실에 대한 입증책임은 원칙적으로 원고에게 있다. 하지만 실무상 법원은 하자발생시기의 입증책임을 완화하고 있는데, 대법원 2007.1.26. 선고 2002다73333 판결은 “입주자대표회의는 건축에 관한 전문가가 아니기 때문에 공동주택에 발생한 모든 하자를 특정하고 그 구체적인 내용을 밝혀 하자보수청구권을 행사할 것을 요구하는 것은 합리성이 없다고 할 것이므로 입주자대표회의가 사업주체에게 이미 발생한 전반적인 하자를 지적하고 그 대책을 요구하였다면 각 하자 부분에 대한 포괄적인 권리행사를 한 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다.” 라고 판시한 바 있다.

위와 같은 판례의 태도에 따라 소송실무상 공동주택의 관리주체 또는 입주자대표회의가 사업주체 또는 시공사에게 하자보수를 요청한 공문의 발송시기에 대략 그 하자가 발생하였다는 사실을 추정하고 있고, 문제가 되는 하자 모두를 망라하여 하자보수요청을 하지 아니하였다 하더라도 대략적으로 하자를 지적하였다면 일응 하자발생시기가 입증된 것으로 보고 있다.<sup>118)</sup>

118) 서울고등법원 2005. 7. 12. 선고 2004나74394 판결은 “입주자대표회의인 원고가 일부 구체적이고 상세하게 하자내역을 기재하여 하자접수철을 작성하거나 하자보수요청 공문을 발송하지 않았다고 하더라도 위 공문 등에서 관련 하자 부분에 대한 개략적인 내역을 기재하였다면 위 문서작성 시점에 즈음하여 당해 하자가 발생한 사실을 추정할 수 있다. 즉, 공동주택의 하자보수청구의 경우에 건설에 관한 전문지식이 없는 입주자들의 단체에 불과한 입주자대표회의에게 그 하자의 원인이 되는 각 부실공사 부분을 주택법시행령 등이 정한 바에 따라 정확하고 세밀하게 특정할 것을 요구하는 것은 합리성이 없고, 입주자대표회의는 사업주체 등에게 이미 발생한 전반적인 하자를 지적하고 그 대책을 요구함으로써 각 하자 부분에 대하여 포괄적인 권리행사를 한 것



건축에 관한 전문지식이 없는 입주자대표회의 또는 입주자들이 아파트에 존재하는 하자들을 일일이 특정하여 그 발생 시기를 입증한다거나, 하자들에 대하여 구체적으로 보수 요구를 하는 것을 기대하기는 어려운 반면, 시공사는 그 분야의 경험 및 지식을 축적하고 있는 점 등을 고려하면, 원고로 하여금 당해 하자가 하자담보책임기간 내에 발생하였음을 추단할 수 있는 여러 간접사실들을 입증하게 함으로써 이를 추인함이 상당하다. 따라서 아파트에 여전히 하자가 존재하고 있는 사실, 시공사가 하자보수 요구에 따라 하자보수공사를 실시하여 온 사실을 원고가 입증한다면, 아파트에 발생한 하자들이 주택법시행령에 따른 각 하자담보책임기간 내에 각 발생한 것으로 추인된다고 보아야 할 것이다.<sup>119)</sup>

### 3. 하자보증기간이 하자보수책임기간 보다 장기인 경우

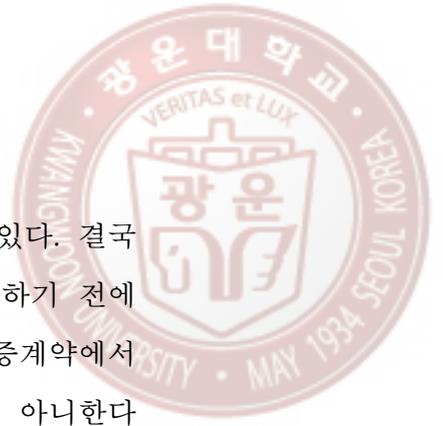
하자보수보증계약상의 보증기간이 주택법시행령상의 하자보수책임기간 보다 장기여서 공동주택의 하자가 주택법령상 하자보수책임기간은 도과였으나 약관에서 정한 보증기간은 아직 도과하지 않은 경우 보증기관이 책임을 지는지가 문제된다. 이에 대하여 판례<sup>120)</sup>는 보증대상이 되는 하자는 주택법 시행령 제59조 제1항 별표6에서 규정하고 있는 하자이어야 하는데, 동시행령에서는 하자보수대상인

---

이라고 보아야 할 것이고, 이로서 당해 하자발생사실 또한 추정될 수 있다”고 판시한 바 있으며, 이에 더 나아가 대전지방법원 2006. 5. 18.선고 2004가합10538판결, 같은 취지의 대전고등법원 2004나74394판결은 “이 사건 아파트에 위와 같은 하자가 존재함은 이 사건 감정결과에 의하여 명백하게 입증된 점, 입주자대표인 원고에게 하자의 발생시기에 관하여 입증하도록 요구하기는 어려운 점 및 통상 사업주체인 위 피고들이 건설전문가인 점 등을 고려하면 그 하자가 담보책임기간 내에 발생하지 않았다는 사실은 담보책임을 면하려는 위 피고들이 입증하도록 하는 것이 합리적”이라고 판시한 바 있다.

119) 서울중앙지방법원 2011. 4. 21.선고 2008가합29395판결

120) 대법원 2003. 8. 22.선고 20002다4290판결; 대법원 2002. 2. 8.선고 99다69662판결



시설공사의 구분 및 하자의 범위와 그 하자보수의무기간을 규정하고 있다. 결국 그 보증대상이 되는 하자는 별표6에 정해진 하자보수책임기간을 도과하기 전에 발생한 것이어야 하고, 그 이후에 발생한 하자는 비록 그것이 하자보증계약에서 약정한 하자의 보증기간 내에 발생하였다고 할지라도 보증대상이 되지 아니한다고 본다. 이러한 판례에 대하여 주택법시행령의 입법취지상 개별약정으로 하자보수기간을 주택법시행령상의 기간보다 늘리는 것을 반대할 이유가 없고, 보증계약 체결시나 하자보수청구시 주택법시행령상의 다양한 하자보수기간을 인식한다는 것이 현실적으로 어려우므로 보증기간내에 발생한 하자는 주택법시행령상 기간에 관계없이 모두 보증대상이 된다는 견해가 있다.<sup>121)</sup>

#### 4. 보증금의 전용

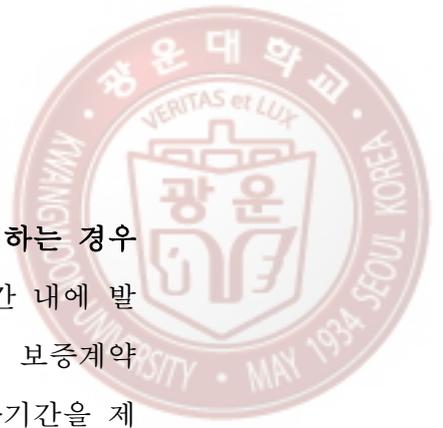
##### 가. 보증대상공사를 특정하지 않고 보증기간만 정한 경우

주택법령에 의거 입주자대표회의를 채권자로 하는 하자보수보증계약의 경우 보증대상공사를 특정하지 않고 단지 보증기간만을 단기와 장기로 구분하여 그에 따라 보증계약을 체결하는 경우, 전체공사에 대한 하자보수보증금을 편의상 보증기간에 따라 나눠 놓은 것에 불과하므로 개별보증계약의 한도에 구애받지 않고 전체 하자보수금에 대하여 전체 보증한도액 내에서 보증책임을 지울 수 있다고 보아야 한다.

대법원 2001다63728판결은, “주택공제조합과 사업주체가 보증계약체결시 정하는 보증기간이 공동주택관리령 제16조에서 정한 하자보수책임기간에 의하여 제한된다고 볼 것은 아니므로, 사업주체와 주택공제조합 사이에 특별히 보증계약으

---

121) 윤재윤, 전계서, 344면



로 보증하고자 하는 하자의 내용을 정하지 않고 단지 **보증기간만을 정하는 경우**에는 그 보증계약상의 보증금액에 의하여 보증되는 하자는 그 보증기간 내에 발생한 하자보수책임기간내의 모든 하자를 의미 한다고 볼 것이고, 당해 보증계약이 보증기간으로 정한 기간 내에 속하는 단기인 다른 보증계약의 보증기간을 제외한 나머지 기간 중의 하자만을 보증하는 것은 아니라고 할 것이다.” 라고 판시한 바 있다.

대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다76020판결은, “주식회사 연합주택이 피고(주택사업공제조합)와 사이에 보증기간이 3년인 제1보증계약과 보증기간이 10년인 제2보증계약을 각 체결하면서, 각 보증계약 사이에서 보증기간이나 보증대상이 중복되는 것을 배제하기로 하는 등의 특별한 약정을 하였음을 인정할 만한 자료는 보이지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한, 하자보수책임기간이 5년 또는 10년인 하자가 제1보증계약의 보증기간인 1996. 11. 2.부터 1999. 11. 1.까지(3년) 사이에 발생하였다면 그 하자는 제1보증계약의 보증대상에도 해당한다고 할 것이다. 따라서, 원심으로서 이 사건 아파트에 발생한 하자보수책임기간이 5년 또는 10년인 하자 중 제1보증계약의 보증기간인 3년 내에 발생한 하자가 있는지, 그 하자를 보수하는 비용은 어느 정도인지를 더 심리하여 보고, 그러한 하자 및 보수비용이 인정된다면 피고로 하여금 제1보증계약에 기하여도 그 보수비용에 상응한 하자보수보증금을 지급하도록 명하였어야 했다. 그럼에도 원심이, 하자보수책임기간이 5년 또는 10년인 하자는 제1보증계약의 보증대상에 해당하지 아니함을 전제로 하여 위와 같은 점을 심리·판단하지 아니한 채 이 사건 아파트에 발생한 하자보수책임기간 5년 또는 10년의 하자에 대한 보수비용으로 제2보증계약의 보증금액만을 인용한 조치는 하자보수보증계약의 보증대상에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.” 라고 판시하였다.<sup>122)</sup>



나. 보증기간과 보증대상을 특정하여 보증계약을 체결한 경우

미장·타일공사는 1년, 토공·조적·전기공사는 2년, 주요구조부철근콘크리트 공사는 10년으로 각각 보증계약을 체결하는 경우, 개별보증계약상 보증한도액을 초과하는 하자보수비가 발생한 경우 다른 보증계약상의 보증금을 전용할 수 있는지 문제되는데, 주택법시행령상 단위공사에 따라 담보책임기간을 달리하였고 보증계약을 따로 체결한 당사자의 의사가 별도 처리하기로 하였다고 볼 것이므로 개별보증금의 전용은 허용되지 않는다는 견해가 있다.<sup>123)</sup>

그러나 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27356 판결은 “앞서 본 바와 같이 법리 및 기록에 비추어 살펴볼 때, 한국건설 주식회사와 피고(건설공제조합) 사이에 **보증기간과 보증 대상을 특정**하여 이 사건 각 보증계약을 체결하면서, 달리 각 보증계약 사이에서 보증기간이나 보증 대상이 중복되는 것을 배제하기로 하는 등의 특별한 약정을 하였음을 인정할 만한 자료는 보이지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 원심이 인정한 위와 같은 사실관계에 의하더라도, 이 사건 아파트의 주동 외벽 건식균열의 하자는 이 사건 제3보증계약(하자보수책임기간이 3년인 철근콘크리트공사의 하자를 보증 대상으로 하고 있는 보증계약. 이하 같다)의 보증 대상에 해당함과 동시에 이 사건 제1보증계약(하자보수책임기간이 10년인 기둥·내력벽의 하자를 보증 대상으로 하고 있는 보증계약. 이하 같다)의 보증 대상에도 해당하고, 이 사건 아파트의 지하주차장 천장 건식균열의 하자는 이 사

122) 이에 의하면 주택법령상의 하자보수책임기간이 5년, 10년인 하자가 보증기간3년 이내에 발생하였다면, 보증기간이 5년, 10년인 보증서 뿐만 아니라 보증기간이 3년인 보증서에 의하여도 보증금을 지급받을 수 있다.

123) 이창현, “하자보수보증책임에 관한 실무상 쟁점들”, 건설재판실무논단(2006), 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회



건 제3보증계약의 보증 대상에 해당함과 동시에 이 사건 제2보증계약(하자보수책임기간이 5년인 보·바닥·지붕의 하자를 보증 대상으로 하고 있는 보증계약. 이하 같다)의 보증 대상에도 해당한다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 위와 같은 하자가 이 사건 제1, 2보증계약의 보증 대상에 해당할 뿐 이 사건 제3보증계약의 보증 대상에는 해당하지 아니한다고 보아 위 하자에 대하여 이 사건 제3보증계약에 의한 보증금을 지급할 수 없다고 판단한 원심판결에는 하자보수보증계약의 보증 대상에 관한 법리오해로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 원고의 상고이유의 주장은 이유 있다.” 라고 판시하였는 바,<sup>124)</sup> 보증대상이 특정되어 있더라도 각 보증계약 사이에서 보증기간이나 보증 대상이 중복되는 것을 배제하기로 하는 등의 특별한 약정을 한 바 없다면, 하나의 하자가 2개 이상의 각 보증계약의 보증대상에 중복적으로 해당되는 경우가 발생할 수 있고, 이 경우 각 보증계약 보증금액 상호간의 전용이 가능하다.<sup>125)</sup>

## 5. 보증기간이 10년인 보증서에 의하여 보증되는 하자의 범위

주택법 제46조 제1항 및 주택법시행령 제59조 제1항 [별표 7]에 의하면, 사업

124) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다63728 판결, 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결도 같은 취지임

125) 강승준, “건설공제조합의 하자보수보증계약에 있어서 보증대상의 특정과 중복의 가부”, 대법원 관례해설 77호(2008년 하반기)에서는, 주택법 시행령에서 정하고 있는 1, 2, 3, 4년차 하자는 모두 ‘공사의 성질’ (토공사, 석축공사, 옹벽공사, 미장공사, 철공사, 도배공사 등)을 기초로 분류하고 있는 반면, 5년차 하자(보·바닥·지붕), 10년차 하자(기둥·내력벽)는 공사의 성질이 아니라 ‘하자의 발생부위’를 기초로 분류하고 있어서 그 분류의 기준이 다르므로, 분류기준의 동일한 1, 2, 3, 4년차 하자나 5, 10년차 하자 상호간에는 중복되지 않고 배타적인 관계에 있으나, 분류기준이 상이한 1, 2, 3, 4년차 하자과 5, 10년차 하자 사이에서는 그 하자의 내용들이 중복될 가능성이 있다고 한다.



주체가 하자보수의무를 부담하는 내력구조부 하자의 범위는 내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우와 안전진단의 실시결과 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판정된 경우로 한정되어 있다. 소송실무에서 이러한 규정을 근거로 보증기관들은 보증기간이 5년, 10년인 보증서는 내력구조부에서 ‘공동주택이 무너지거나 무너질 우려가 있다고 판정된’ 하자가 발생한 경우에만 보증책임을 부담하는 것이라고 주장하는 경우가 많다.<sup>126)</sup>

그러나 ① 5, 10년의 하자담보책임기간이 적용되는 내력구조부의 하자를 공동주택이 무너졌거나 무너질 우려가 있는 경우로 한정하여 본다면 3년이라는 단기간 내에 발생하지 않은 내력구조부의 하자에 대하여는 공동주택의 붕괴에 이를 때까지 그 하자의 보수의무를 인정하지 않고 방치하는 것이 되고, 이는 공동주택의 안전에 있어서 가장 중요한 부분인 내력구조부의 하자 보수를 소홀히 함으로써 상당수 국민의 주거생활에 큰 위협을 초래할 수 있는 결과가 된다는 점, ②

126) 부산고등법원(창원) 2012나4049판결은 “대법원은 2005. 5. 26. 이전에 사용승인이 있었고, 개정 주택법이 적용되지 아니한 사안에서, 당시의 주택법령이 의무하자보수보증의 범위를 주택이 무너졌거나 무너질 우려가 있는 경우로 한정하고 있지 아니하다는 이유로, 보증기간을 5년 또는 10년으로 정한 의무하자보수보증의 보증대상은 결국 내력구조부에 발생한 모든 하자라는 취지로 판시하였다(대법원 2002. 2. 8. 선고 99다 69662판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다 15988판결 등 참조). 그러나 이 사건의 경우, 위 판례의 사안과 달리 2005. 5. 26. 후에 사용승인이 있었고, 하자보수보증약관은 하자보수보증 대상 하자의 범위를 내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너지거나 안전진단 실시결과 무너질 우려가 있다고 판정된 경우로 한정하는 것으로 바뀐 개정된 주택법령의 내용을 규정하고 있으므로 위 판례는 이 사건에서는 그대로 원용할 수 없다” 고 하였다.

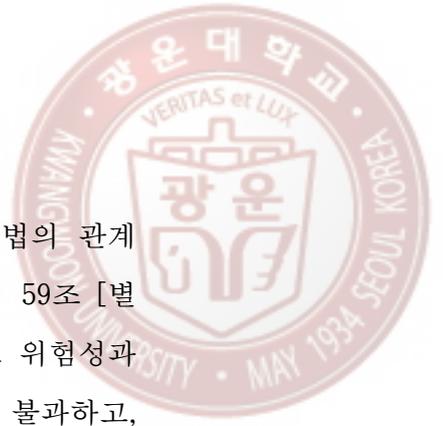
그러나 과거 주택건설촉진법시행령이 공제조합이 행할 수 있는 보증을 의무하자보수보증(공동주택관리령 제16조의 규정에 의한 하자보수의무 기간 중 발생한 하자에 대한 보증)으로 하여, 대한주택보증의 하자보수보증약관에서 정하고 있는 보증대상(주택법시행령 별표7)과 다르다고 하더라도, 사업주체의 하자보수책임에 관한 개정 주택법 제46조 제1항부터 3항과 시행령 제59조 제1항 별표7의 규정은, 과거 주택건설법시행령 제38조 제14항부터 16항과 공동주택관리령 제16조의 2의 규정과 거의 같은 바, 위 대법원 판결의 ‘내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 주택이 무너지거나 무너질 우려가 있는 중대한 하자에 대한 해석’ 은 개정된 주택법령 하에서도 그대로 유효하다고 할 것이다.



구 주택법 시행령 [별표 6]이 공동주택의 구조상 하자보다 비교적 경미한 시설물들에 대한 하자를 규정하면서 시설물들의 기능·미관 또는 안전상의 지장을 가져올 정도의 일반적 하자만으로도 사업주체로 하여금 하자보수의무를 부담하도록 규정하고 있는 것과 균형이 맞지 않는 점을 종합하면 구 주택법 시행령 각 규정의 취지는 내력구조부의 결함과 같은 중대한 하자에 대하여는 그 위험성과 중요성에 비추어 특히 가중책임을 지게하려는 것이지, 내력구조부에 대해서는 공동주택이 무너지거나 우려가 있는 경우와 같은 중대한 하자에 대해서만 책임을 부담하는 것으로 제한하려는 취지는 아니라고 보는 것이 상당하다.<sup>127)</sup>

또한, 5, 10년의 하자담보책임기간이 적용되는 내력구조부의 하자를 공동주택이 무너지거나 무너질 우려가 있는 경우로 한정하여 그 경우에만 보증책임을 진다고 한다면 실제로는 5, 10년차 하자에 대한 피고의 보증책임을 부정하는 결과가 될 것이고(아무리 부실하게 지은 아파트라도 사용검사까지 받은 아파트가 5, 10년만에 무너지거나 무너질 우려가 있다고 판정받는 경우는 없다고 보아야하므로, 보증기관은 보증수수료만 받고 5, 10년차 보증책임은 지지 않는 결과가 된다), 사용검사 후 3년이 지나서 내력구조부에 하자가 발생한 경우 주택이 붕괴에 이를 정도가 되더라도 보증채권자가 5, 10년차 보증금청구를 할 수 없다면 이는 공동주택을 붕괴에 이를 때까지 방치하는 것과 다르지 않으며, 상가 등의 집합건물의 분양자는 인도 후 10년간 하자담보책임을 지며 보증기관도 그에 따른 보증책임을 지는데 비하여 가장 보호의 필요성이 큰 공동주택은 다른 종류의 집합건물에 비하여 불리하게 된다는 점에서 균형이 맞지 않으며, 2005. 5. 26. 개정된 주택법의 취지는 구집합건물법이 공동주택의 하자담보책임기간을 내력구조부별 및 시설공사별 내구수명의 고려 없이 10년으로 정함으로써 발생하는 불합리성을

127) 서울고등법원 2013. 8. 23. 선고 2012나92403판결, 이 사건은 2005. 5. 26. 개정된 주택법령이 적용된 이후 사용검사를 받은 아파트의 보증금청구에 관한 판결이다.



제거하고 아울러 하자담보책임기간에 관한 종전의 주택법과 집합건물법의 관계에 대한 해석상 혼란을 해결하기 위한 것이라는 점에서, 주택법시행령 59조 [별표 7]의 규정은 내력구조부의 결함과 같은 중대한 하자에 대하여는 그 위험성과 주요성에 비추어 특히 가중책임을 진다는 것을 주의적으로 밝힌 것에 불과하고, 사업주체는 내력구조부에 발생한 모든 하자에 대하여 하자보수책임을 지며, 주택법시행령 [별표 7]에 따라 보증책임을 지는 대한주택보증도 내력구조부에 발생한 모든 하자에 대하여 하자보수보증책임을 진다고 보아야 할 것이다.

## 6. 하자종결합의

입주자대표회의가 하자보수에 갈음한 손해배상청구에 대하여 구분소유자들을 대신하여 하자종결합의서를 작성할 권한이 없으나,<sup>128)</sup> 입주자대표회의는 주택법상 하자보수보증금청구권의 주체이므로 입주자대표회의가 보증기관에 대하여 하자보수완료확인서 또는 하자종결합의서를 작성하여 준 경우 보증기관에 대한 보증금청구권이 소멸하는지 문제된다.

하자보수완료 확인의 의미는 시공사 등이 아파트에 발생한 하자의 보수를 위한 공사를 수행하였음을 입주자대표회의 등이 확인하였다는 것에 불과할 뿐, 구분소유자들이 그 하자보수에도 불구하고 여전히 존재하고 있는 하자 또는 새로이 발생한 하자에 대한 하자보수청구권까지 포기한다거나 이에 대한 보증기관의

---

128) 아파트의 입주자대표회의가 시공사와 사이에 하자보수와 관련하여 차후 문제를 제기하지 아니하기로 약정한 것은 **입주자대표회의 자신이 시공사에 대하여 가지는 하자보수청구권을 포기한 것으로 볼 수는 있으나**, 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 그 손해배상청구권에 관한 처분권한을 위임 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 구분소유자들이 아파트의 하자로 인하여 취득한 손해배상청구권에 관하여 원고가 이를 포기하거나 이와 관련한 부제소 합의 등을 할 수 없다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다20807판결).



보증책임을 면제한다는 의미로 해석할 수는 없다.<sup>129)</sup> 그러나 단순히 하자보수완료 확인이 아니라 하자보수보증책임을 소멸되었음을 확인하는 내용의 문서를 작성, 교부하였다면 하자보수보증금 채권을 포기한 것으로 볼 수 있다. 입주자대표회의가 하자보수종결합의를 하고 하자보수종료확인원 및 보증서를 사업주체에게 교부하여 주었다면 하자보수보증계약이 해지된 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 하자보수종결합의를 하였으나 하자보수가 이루어지지 아니한 채 하자보수종료확인원 및 보증서를 반환한 경우라면 달리 보아야 할 것이다.

## 제5절 하자보수보증금청구권의 행사기간

### 1. 하자보수보증금청구권의 소멸시효

주택법에는 하자보수보증금청구 기간에 대하여 별도의 규정이 없는 바, 따라서 입주자대표회의가 보증기관에 대하여 하자보수보증금을 청구할 수 있는 기간은, 사업주체와 보증기관간에 체결한 하자보수보증계약에 의하여 정해지게 된다. 하자보수보증계약에서 청구기간에 대하여 특별한 규정이 있는 경우 그에 따라 청구기간이 결정될 것이나, 특별한 규정이 없다면 권리의 존속기간에 관한 일반이론에 따라 그 성질이 민사채권인 경우 10년, 상사채권인 경우 5년의 소멸시효에

129)서울지방법원 97가합26635판결;성남지원 2012. 8. 22.선고 2010가합6815판결; 서울고등법원 2001. 5. 10. 선고 2000나41006판결은 “이 사건 아파트의 입주자대표회의 등이 위와 같이 피고에게 일부하자에 대한 하자보수완료확인서를 작성하여 준 것만으로 이 사건 하자에 대한 보수가 완료되었다고 볼 수 없고, 설령 준공검사권자인 사하구청장이 피고로부터 하자보수완료보고를 받고 피고에게 하자보수를 명한 바 없다거나 하자보수보증인이 하자보수보증을 해지한 바 있다 하더라도 그것만으로 준공검사권자인 하자보수의 종료사실을 확인한 것이라거나 하자보수가 완료된 것이라고 볼 수도 없다” 고 하였다.



결리게 된다. 사업주체는 아파트의 건축 및 분양을 업으로 하는 경우가 대부분이고 보증기관 역시 보증을 업으로 하는 상인이므로 입주자대표회의의 보증기관에 대한 하자보수보증금청구권은 5년의 상사소멸시효에 걸린다.

이때 소멸시효의 기산점이 언제인지 문제되는데, 하자보수를 청구하여야만 하자보수청구권이 발생하는 것이 아니라, 주택법령상의 하자보수책임 기간내에 하자가 발생한 경우 그때부터 하자보수청구권이 발생하므로, 하자 발생시부터 하자보수보증금청구권의 소멸시효가 진행된다고 보아야 할 것이다.

## 2. 보증기관별 하자보수보증금 청구기간

### 가. 대한주택보증의 경우

하자보수보증금채권의 소멸시효기간 및 기산일은 그 채권이 발생할 당시 시행·적용되던 법률에 따라 정하여지는 것이다. 구 주택건설촉진법의 개정으로 같은 법 제47조의 12 제2항(보증채권자가 하자보수보증계약에 따라 가지는 보증금에 관한 권리에 대하여 보증기간 만료일부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다)이 삭제되기 전인 1998. 2. 28.까지 발생한 하자보수보증금채권에 대하여는 개정 전 규정에 따라 보증기간 만료일부터 5년간의 소멸시효기간이 적용되고<sup>130)</sup>, 1999. 3. 1. 이후 발생한 하자보수보증금채권에 대하여는 위 규정이 적용될 수 없고 상사채권으로서 보증사고 발생일로부터 5년간의 소멸시효기간이 적용된다.<sup>131)</sup>

사업주체와 대한주택보증간의 하자보수보증계약은 제3자를 위한 계약으로서,

130) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2008다85598판결

131) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다76020 판결



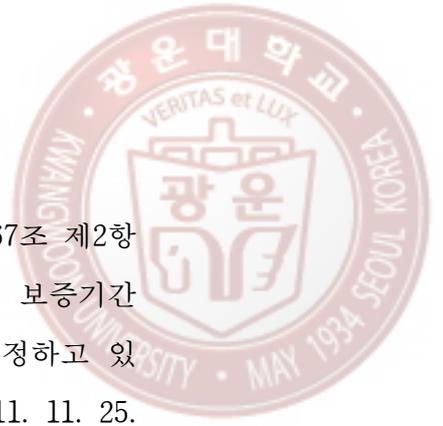
하자보수보증계약은 상행위에 해당하므로, 하자보수보증계약에 의하여 취득하는 하자보수보증금채권은 상사채권에 해당하다. 따라서 그 소멸시효기간은 상법 제 64조에 의하여 5년이며, 그 소멸시효의 기산일은 하자보수보증계약에서 정한 보증사고의 발생일 이므로, 대한주택보증에 대한 하자보수보증금채권은 보증사고<sup>132)</sup>가 발생한 때로부터 5년의 소멸시효가 적용된다.<sup>133)</sup>

#### 나. 건설공제조합의 경우

구건설공제조합법 제39조 제3항에 보증기간 만료일로부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다고 규정하고 있고, 위 규정의 의미에 대하여 대법원 2007.1.26. 선고 2002다73333 판결은, “구 건설공제조합법(1995. 1. 5. 법률 제4922호로 개정되기 전의 것) 제39조 제3항은 ‘보증채권자가 조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일로부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.’ 고 규정하고 있는바, 이 사건 제1보증서에 보증기간이 3년으로 기재되어 있음에도 불구하고 구 공동주택관리규칙 제11조 제1항 [별표 3]에 정해진 하자보수책임기간 안에 발생한 하자의 보수만이 보증의 대상이 된다고 함은 앞서 본 바와 같으므로 위 규정에서 정한 보증기간 만료일도 구 공동주택관리규칙 제11조 제1항 [별표 3]에 정해진 하자보수책임기간 만료일과 같은 의미로 해석하여야 한다.” 고 판시하여 주택법시행령상의 하자보수책임기간 만료일로부터 5년의 소멸시효가 적용된다고 보고 있다.

132) 대한주택보증의 하자보수보증약관 제1조(용어의 정의) 제5호에서 “보증사고라 함은 주택법 시행령 별표6 및 별표7에서 정한 하자보수대상시설공사에 발생한 하자로서 각 공종별 하자보수책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증채권자의 하자보수청구에도 불구하고 주채무자가 정당한 사유없이 하자보수를 이행하지 아니하는 경우를 말한다” 라고 규정하고 있다.

133) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다76020 판결



그런데 구건설공제조합법은 폐지되었는 바, 현행 건설산업기본법 제67조 제2항은 “보증채권자가 공제조합에 대하여 가지는 보증금에 관한 권리는 보증기간 만료일부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다”고 규정하고 있다(2011. 5. 24.전문개정, 공포일로부터 6개월 후부터 시행). 이로서 2011. 11. 25. 이후 발생한 하자보수보증금채권의 소멸시효는 보증기간만료일부터 2년이다. 그러나 이러한 법률 개정은 보증채권자의 권리를 지나치게 제한하는 것으로 다른 보증기관과의 형평을 고려하여 보더라도 부당하다. 소멸시효의 기산점을 대한주택보증이나 서울보증보험과 마찬가지로 ‘보증사고일’로 개정해야 한다고 본다.

#### 다. 서울보증보험의 경우

하자보수이행보증보험 약관에 명시적으로 보험사고가 발생한 때로부터 2년의 소멸시효가 적용된다고 규정하고 있다.<sup>134)</sup> 대법원 2012. 8. 23.선고 2012다18748 판결은 “이 사건 보증보험계약의 보험사고는 ‘준공검사 후 하자담보책임기간 안에 하자가 발생하고 보험계약자가 그 하자에 대한 보수 또는 보완청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니하는 것’을 의미하고, 한편 보험금청구권의 소멸시효는 특별한 사정이 없는 한 민법 제166조 제1항의 규정에 의하여 보험사고가 발생한 때로부터 진행하며, 그 소멸시효의 기산점에 관한 증명책임은 시효의 이익을 주장하는 사람에게 있다”고 판시한 바 있다. 따라서 보증채권자는 보증보험

134) 서울보증보험은 하자보수보증보험약관 제1조(보상하는 손해)는 “우리회사는 채무자인 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 있고, 제4조에서 “이 보험계약과 관련된 보험금 청구권은 2년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성한다”고 규정하고 있다.



기간이 만료된때가 아니라 보험사고가 발생한 때로부터 2년간 하자보수보증보험금을 청구할 수 있다.

## 제6절 하자보수보증금 채무의 부종성

### 1. 하자담보추급권과의 관계

실무상 아파트하자 관련 소송은, 아파트입주자대표회의가 구분소유자들로부터 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 양도 받아 분양자를 상대로 손해배상청구를 하고, 이와 더불어 입주자대표회의가 하자보증기관을 상대로 하자보수보증금청구를 하는 것이 보통이다. 이때 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 하자보수보증금청구권과의 관계가 문제된다.

집합건물법에 의하여 하자담보추급권으로 인정되는 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 구분소유자들에게 귀속되는 것이고 입주자대표회의에게는 그 권리가 없고, 주택법령에 의하여 입주자대표회의가 가지는 권리는 사업주체에 대한 하자보수의 이행을 청구할 수 있는 권리뿐이고 그에 갈음한 손해배상을 청구할 권리는 인정되지 않는다. 또한 입주자대표회의가 주택법령에 근거하여 보증기관에 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. 다만 그 대상인 하자가 일부 겹치는 것이고 그렇게 겹치는 범위내에서는 결과적으로 동일한 하자의 보수를 위하여 존재하는 것이므로, 향후 입주자대



표회의가 그 중 어느 한 권리를 행사하여 하자보수에 갈음한 보수비용 상당이 지급되면 그 금원이 하자과 관련된 한도 내에서 다른 권리도 소멸하는 관계에 있다.<sup>135)</sup> 즉, 집합건물법에 의하여 인정되는 분양자의 손해배상채무와 주택법령에 의하여 보증기관이 입주자대표회의에 부담하는 하자보수보증금 지급채무는 부진정연대채무 관계에 있다.<sup>136)</sup>

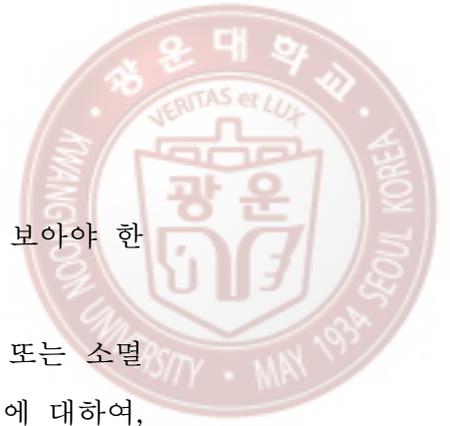
## 2. 하자보수보증금채무의 부종성과 관련된 문제

가. 손해배상청구권이 소멸시효완성 등으로 소멸한 경우 하자보수보증금채무의 존부

입주자대표회의는 하자보수보증계약에 따라 보증기관에 대하여 보증금청구를 할 수 있는데, 하자보수보증금채무의 주채무가 무엇인지 문제된다. 분양자(사업주체)의 구분소유자에 대한 손해배상채무와 보증기관의 보증금지급채무는 그 인정근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 것이고, 보증기관의 하자보수보증금지급채무는 입주자대표회의가 주택법령 및 개별 하자보수보증약관에 기해 사업주체에 대하여 하자보수청구를 하였음에도 사업주체가 하자보수의무를 이행하지 않을 경우 보증금 지급을 통하여 담보하는 것이므로, 하자보

135) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2009다23160판결은, 이를 의무 이행단계에서의 조정에 관한 문제일 뿐 의무의 존부를 선언하는 단계에서 상호 배척 관계로 볼 것이 아니라면서, 원심이 구분소유자의 분양자에 대한 청구를 인용하면서 입주자대표회의의 건설공제조합에 대한 청구를 인용한 것이 중복지급을 명한 것이라고 할 수 없다고 하였다.

136) 부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립한 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요하지 않는다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861판결).



수보증금지급채무의 주채무는 ‘사업주체의 하자보수 이행의무’ 라고 보아야 한다.

구분소유자들의 사업주체에 대한 하자담보추급권이 제척기간 만료 또는 소멸시효 완성으로 소멸한 경우, 보증기관의 보증금지급채무도 소멸되는지에 대하여, 사업주체의 하자보수의무 불이행에 따른 손해배상채무는 실질적으로 사업주체의 구분소유자들에 대한 손해배상채무와 실질이 동일하므로 구분소유자들의 하자담보추급권이 제척기간의 도과로 소멸한 경우 보증금지급채무도 부종성에 의하여 소멸한다고 본 하급심 판례<sup>137)</sup>가 있었다. 그러나 사업주체의 손해배상채무와 보증기관의 보증금지급채무는 부진정연대채무 관계에 있으므로, 사업주체의 손해배상채무가 제척기간의 만료 또는 소멸시효 완성으로 소멸하더라도 보증금지급채무가 소멸하는 것은 아니다.<sup>138)</sup> 최근 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다65436판결은 “구분소유자가 구 집합건물법 제9조 제1항, 민법 제667조에 의하여 집합건물을 건축하여 분양한 자에 대하여 가지는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 제척기간의 도과로 소멸하더라도, 입주자대표회의가 구 주택건설촉진법 제38조 제14항, 구 공동주택관리령 제16조 제2항에 의하여 사업주체에 대하여 가지는 하자보수청구권이나 사업주체의 하자보수비용 지급채무를 보증한 대한주택보증 주식회사에 대하여 가지는 하자보수보증채권이 그에 따라 소멸한다고 볼 수 없다.”고 판시하여 이점을 분명히 하였다.

137) 서울고등법원 2010. 4. 6. 선고 2009나98678판결, 이판결은 사업주체의 하자보수의무 불이행에 대한 손해배상청구권은 하자담보추급권과 마찬가지로 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 대리권을 수여받는 등의 특별한 사정이 없는 한, 입주자대표회의가 스스로 행사할 수 없고, 구분소유자들만이 행사할 수 있는 것으로 보아야한다고 한다.

138) 부진정연대채무의 경우 급부의 실현을 가져오는 변제, 대물변제, 공탁, 상계의 경우는 절대적효력이 있으나, 이행청구, 경계, 면제, 혼동, 소멸시효, 채권자지체는 상대적효력이 있을 뿐이라는 것이 통설이다.



나. 손해배상채권의 양도비율에 따라 하자보수보증책임이 제한되는지 여부

아파트 하자소송은 통상 입주자대표회의가 구분소유자들로부터 채권을 양도 받아 사업주체를 상대로 하자담보추급권을 행사하는데, 이 경우 공용부분 하자에 대한 손해배상청구권은 채권양도율에 의하여 제한을 받는다.<sup>139)</sup> 이 때 하자보수보증금채무도 채권양도율에 의해 제한을 받는지 문제된다. 이와 관련하여 일부 하급심 판결 중에는 채권양도율에 따른 제한을 보증금채무에 대하여도 인정한 것이 있으나,<sup>140)</sup> 대부분의 하급심 판례는 이를 인정하지 않고 있다.<sup>141)</sup>

집합건물법에 의한 구분소유자들의 손해배상청구권과 주택법령에 의한 입주자대표회의의 보증금지급청구권은 그 인정 근거와 권리관계의 당사자 및 책임내용 등이 서로 다른 별개의 책임이며, 구분소유자의 채권양도율과 보증기관의 보증금지급채무는 아무런 관계가 없으므로 보증금지급채무가 채권양도율에 의해 제한된다고 할 수 없다.

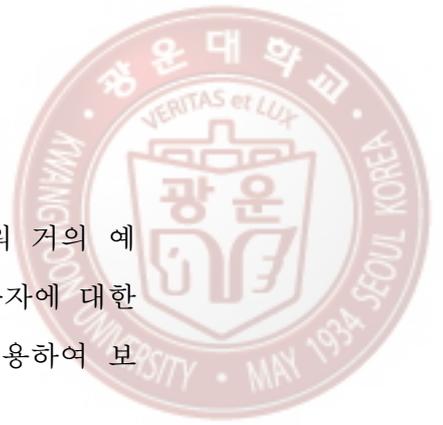
다. 손해배상채무에 대한 책임제한이 하자보수보증금채무에도 적용되는지 여부

아파트 하자소송의 판결을 보면, 법원은 사업주체의 원고에 대한 손해배상액을

139) 전용부분 하자보수금은, 전체 전용부분하자보수금액에서 채권미양도세대 하자보수금 합계액을 공제하여 산정한다.

140) 서울고등법원 2010. 4. 6. 선고 2009나98678판결

141) 서울중앙지방법원 2010가합68539 판결은, ‘피고 조합은 원고의 피고 조합에 대한 보증금청구에 있어서도 실질적인 채권의 귀속주체는 구분소유자들이라고 할 것이므로 채권양수도비율에 따른 손해배상금의 범위내로 한정하여 이 사건 보증금액을 산정하여야 한다고 주장하나, 이 사건 각 보증계약의 보증채권자는 개별 구분소유자들이 아닌 원고이므로, 원고는 구분소유자들로부터 채권을 양도받았는지 여부에 관계없이 이 사건 각 보증계약에 기하여 직접 피고 조합에 대하여 하자보수보증금의 지급을 구할 수 있다고 할 것이다. 따라서 피고 조합의 위 주장은 이유 없다’ 고 하였다.



확정한 다음 손해의 공평한 부담이라는 하자담보책임의 원리를 앞세워 거의 예외 없이 책임제한을 하고 있다.<sup>142)</sup> 그런데 법원은 사업주체의 구분소유자에 대한 손해배상채무에 적용한 책임제한 비율을 일률적으로 보증채무에도 적용하여 보증책임을 제한하고 있다.

하지만, 사업주체와 보증기관의 하자보수보증계약은 제3자를 위한 보험계약의 성질을 가진다는 점, 사업주체의 구분소유자들에 대한 손해배상금채무와 보증기관의 입주자대표회의에 대한 보증금지급채무는 그 인정근거와 권리관계의 당사자, 책임의 내용이 다른 별개의 책임이라는 점, 하자보수보증금은 사업주체의 하자보수의무 불이행을 보증하기 위한 것으로 사업주체의 구분소유자들에 대한 손해배상채무와 무관하다는 점, 하자보수보증금은 사업주체의 손해를 전보해 주는 손해담보약정으로서 사업주체의 실손해액 한도 내에서 책임을 지는 것이라는 점에서, 사업주체의 구분소유자들에 대한 손해배상책임을 제한하기 위한 책임제한 비율을 하자보수보증금채무에 일률적으로 적용하는 것은 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

하자보수보증책임이 사업주체의 손해배상채무액을 넘어 설수는 없을 것이나, 보증채무액이 책임제한을 한 분양자의 손해배상액보다 작은 경우 책임제한을 자체할 필요가 있다. 예컨대 3년차 하자에 대한 하자보수금이 1억원, 3년차 하자에 대한 보증금이 7,000만원, 분양자의 책임을 80%로 제한하는 경우, 종래 판결례는 보증금에 대하여도 일률적으로 80% 책임제한을 하여 산출한 5,600만원(7,000만원 × 80%)과 분양자의 배상액 8,000만원(1억원 × 80%) 중 작은 금액인 5,600만원을 3

142) 법원은, 사용검사일로부터 실제 하자감정시점까지 상당한 기간이 경과하여 하자에는 자연발생적인 노화현상으로 인한 것이 포함되어 있을 가능성이 있는 점, 하자들 가운데 공사상 잘못으로 인한 부분과 자연발생적인 노화현상으로 인한 부분을 엄격히 구분하는 것이 현실적으로 매우 어려운 점, 원고 입주자들의 사용·관리상의 잘못으로 인하여 하자가 확대되었을 가능성을 전혀 배제할 수 없는 점, 환경적요인 및 재료의 특성에 따라 콘크리트의 미세균열이 발생할 수 있는 점 등을 이유로 책임제한을 한다.



년차 하자에 대한 보증금으로 인정하나, 보증금액 7,000만원이 분양자의 3년차 하자에 대한 배상액 8,000만원보다 작으므로 보증금액 7,000만원이 모두 보증기관의 3년차 하자에 대한 하자보수보증금액으로 인정되어야 할 것이다. 왜냐하면 하자보수보증은 실손해액 담보약정이므로 실손해액인 8,000만원 한도 내의 보증금액 전액에 대하여 보증책임을 진다고 보는 것이 하자보수보증책임의 본질에 부합하기 때문이다.



## 제7장 임대 후 분양전환아파트에 대한 하자담보책임

### 제1절 분양전환된 아파트에 대한 하자담보책임의 근거 법령

임대주택의 임차인들이 분양전환을 받은 후 임대사업자 겸 분양자를 상대로 하자보수에 갈음한 손해배상청구를 하는 경우, 임대주택의 분양을 전후로 한 임대사업자의 하자담보책임에 관한 명확한 규정이 없어, 구분소유자들이 일반 분양 아파트와 마찬가지로 집합건물법 제9조에 의한 하자담보책임을 물을 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 소송실무에서 분양자(임대사업자)는, 분양전환된 아파트와 같이 장기 임대하였다가 분양전환 된 경우에는 분양전환시 이미 준공된 아파트의 현재 상태로의 분양계약을 체결하는 것이므로 순수한 매매계약적 요소만이 존재하고, 따라서 매도인의 담보책임이 문제될 뿐 분양자의 수분양자에 대한 하자담보책임에 관한 집합건물법의 규정이 적용될 여지가 없다고 주장한다.

그러나, ① 집합건물법 제9조에 의하면 “집합건물을 건축하여 분양한 자”의 담보책임에 관하여 민법 제667조부터 제671조를 준용하도록 규정되어 있는 바, 여기서 ‘분양’이란 집합건물의 전유부분을 수분양자들에게 나누어 판다는 의미로 사전분양 및 사후분양을 포함하는 개념으로 해석되는데, 사후분양의 경우는 그 성질이 개별적 매매계약과 다름이 없고, 임대 후 분양전환에 의한 분양이 집합건물법 제9조에서 규정한 ‘분양’의 개념에 해당하지 않는다고 볼 근거가 없는 점, ②임대주택의 분양전환가격의 산정에 관하여 그 기준을 정하고 있는 임대주택법 시행규칙 제3조의3 제1항 별표1에 의하면 ‘분양전환가격은 건설원가(최초 입주자모집 당시의 주택가격+자기자금이자-감가상각비)와 감정평가금액을 산술평균한 금액으로 하되, 임대주택의 건축비 및 택지비를 기준으로 분양전환 당



시에 산정한 당해 주택의 가격에서 임대기간 중의 감가상각비를 공제한 금액을 초과할 수 없다' 고 규정되어 있는바, 이에 비추어 보면 분양전환가격을 결정함에 있어 아파트의 노후 정도는 이미 평가되었다고 하더라도 부실시공으로 인한 아파트의 하자들까지 모두 반영되어 그 가격이 결정되었다고 단정할 수 없는 점, ③분양전환되기 이전의 임차기간 동안 입주자들이 임대차계약에 기해 하자보수를 요구할 수 있다고는 하나, 임차인의 지위에서 인정되는 하자보수청구권과 분양을 받은 소유자의 지위에서 인정되는 하자보수청구권은 그 법적 성질 및 기능이 동일하지 아니한 점, ④집합건물법 제9조는 집합건물을 건축하여 분양하는 자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물을 건축하여 분양하는 자의 담보책임에 관하여 수급인의 담보책임에 관한 민법 제667조 내지671조의 규정을 준용하는 한편 이를 강행규정화 하였으며, 위 규정에 의한 하자담보추급권은 현재의 집합건물의 소유자에게 귀속되는 점 등에 비추어 볼 때, 분양전환된 임대아파트의 경우에도 집합건물법상의 손해배상청구권 규정 및 주택법상의 담보책임 규정이 적용된다고 할 것이다.<sup>143)</sup>

## 제2절 분양전환 아파트에 대한 하자담보책임 제척기간의 기산점

임대아파트의 경우 5년, 10년 동안 임대한 후 분양전환을 하는데, 이 경우 분양전환된 아파트의 구분소유자가 하자담보책임을 행사할 수 있는 기산점이 사용검사일인지 아니면 분양전환 시인지 문제된다. 이에 대하여 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다72301, 2011다72318(병합) 판결은 “분양전환된 임대아파트의 경우에도 구 집합건물법 제9조 제1항 및 그에 의하여 준용되는 민법 제667조 내지 제

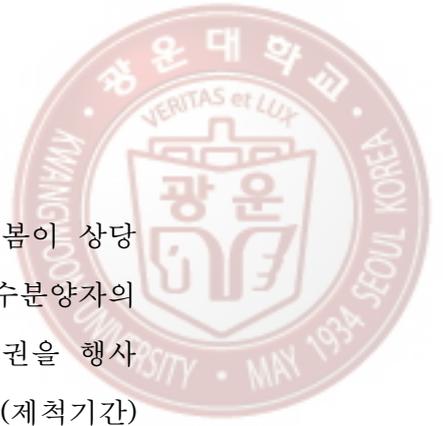
143) 서울고등법원 2011. 7. 15. 선고 2010나124221 판결



671조가 적용되고 그 하자담보책임기간은 민법 제671조 제1항 단서에 의하여 최초 임차인들에게 인도된 때부터 10년간이라고 봄이 상당하다” 고 하여 제척기간의 기산점을 임대아파트이 사용검사일로 보았다.<sup>144)</sup>

그러나, 대전고등법원 2011. 2. 9.선고 2008나8933판결은 “살피건대, ①제척기간은 권리자로 하여금 당해 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정 시키려는데 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 권리 소멸의 효과를 낳는 것과는 달리 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리소멸의 효과를 낳는 것이므로 그 기간 진행의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때로 보아야 하는 점(대법원 1995. 11. 10.선고 94다22682, 22699 판결 참조), ② 집합건물법 제9조에 의한 책임은 분양계약이나 임대차계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이므로(대법원 2009. 5. 28.선고 2009가5939판결 참조), 임대아파트에 관한 임차인의 지위에서는 같은 조에 의한 하자담보추급권을 행사할 수 없는 점, ③ 앞서 본 것처럼 분양전환되기 전의 임차기간 동안 입주자들이 임대차계약에 기해 하자보수요구를 할 수 있다고는 하나, 임차인의 지위에서 인정되는 하자보수청구권과 분양을 받은 소유자의 지위에서 인정되는 하자보수청구권은 그 법적 성질 및 기능이 동일하지 아니한 점 등에 비추어 보면, 이 사건과 같이 임대아파트가 분양전환된 경우에는 분양을 받은 구분소유자들에게 목적물이 인도되어 소유자로서의

144) 대법원 2012. 5. 10.선고 2010다10100 판결은, “구집합건물법 제9조가 준용하는 민법 제671조 제1항은 하자의 종류나 하자의 발생시점을 고려하지 않고 일률적으로 하자담보책임의 제척기간을 ‘인도’ 후 10년으로 정하고 있는데, 구 집합건물법 제9조와 민법 제667조 내지 671조의 각 규정 내용에 비추어 위 ‘인도’는 ‘인도’의 원인관계를 불문하고 ‘건축 후 최초 인도’를 의미한다고 해석함이 타당하므로, 임대 후 분양전환 된 집합건물의 경우에도 분양전환 시점이나 분양전환으로 인한 소유권 취득시점이 아닌 임대에 의하여 아파트를 인도받은 시점부터 하자담보책임의 제척기간이 진행된다고 할 것이다.” 라고 판시 하였다.



권리를 행사하는 것이 가능한 시점이 제척기간의 기산점으로 된다고 봄이 상당하다. 결국 이 사건 아파트의 구분소유자들은 분양전환으로 인하여 수분양자의 지위를 취득한 시점 이후에야 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권을 행사할 수 있으므로, 민법 제671조 제1항 단서에 의한 하자담보책임기간(제척기간) 역시 위 권리가 발생한 때인 분양전환시부터 진행된다고 보아야 한다”고 판시하였다.

임대아파트의 임차인이 임대차계약에 기해 청구하는 하자보수청구와 분양 후 소유자의 지위에서 인정되는 하자담보추급권은 그 법적성질과 기능이 동일하다고 볼 수 없다는 점에서 집합건물법 제9조가 준용하는 민법 671조에서 정하는 ‘인도 후’의 의미는 ‘수분양자로서 인도 받는 것’을 의미한다고 보아야 하고, 임차인으로 ‘인도’ 받은 것을 기준으로 할 경우 10년 임대 후 분양전환 받은 구분소유자는 분양자에 대하여 하자담보청구권을 행사할 수 있는 길이 원천적으로 불가능하게 된다는 점에서 부당하므로, 임대 후 분양전환 되는 아파트의 하자담보책임의 기산점은 분양전환시라고 보는 것이 타당하다고 본다. 향후 대법원 판례의 변경을 기대해 본다.



## 제8장 결 론

공동주택의 하자담보책임에 관하여 집합건물법과 주택법이 적용되는 바, 관련 규정을 통일적으로 해석하는데 상당한 어려움이 있는 것이 사실이다. 2005. 5. 26. 이전에 사용검사를 받은 아파트에 대한 하자담보책임에 대하여는 집합건물법이 우선하여 적용된다. 그러나 2005. 5. 26. 이후 사용검사를 받은 아파트의 경우 집합건물법 부칙 제6조, 주택법 제46조에서 주택법이 우선 적용된다고 규정하면 서도, 주택법 제46조는 내력구조부의 중요한 부분을 제외한 나머지 하자에 대한 손해배상청구에 대하여는 규정하지 않아, 이 경우 어떠한 법률이 적용되는지에 대하여 견해의 대립이 있었다. 그런데 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결은 개정 주택법 제46조에서 규정하는 하자에 대하여는 대통령령이 정하는 담보책임기간 안에 하자가 발생한 때에 한하여 개정 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있고, 그 밖에 개정 주택법 제46조에 규정하지 않는 사용검사일 전에 발생한 하자나 오시공·미시공 등의 하자에 대하여는 대통령령이 정하는 담보책임기간의 제한 없이 개정 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 하였다.

2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 부칙 제6조를 삭제하였고, 같은날 개정된 주택법은 주택법 우선적용 규정을 삭제하였으므로, 개정된 법이 시행되는 2013. 6. 19. 이후에 분양된 아파트의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 대하여는 집합건물법이 적용됨을 분명히 하였다.

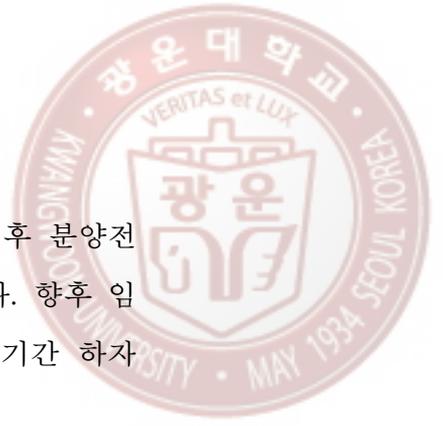
집합건물법상 손해배상의무를 부담하는 자는 분양자이나, 분양자가 재개발·재건축조합이거나 자력이 부족한 시행사인 경우 실질적으로 하자담보책임을 물을 수 없게 되는 경우가 많다. 이 경우 부득이 채권자대위소송의 형식으로 하여야



하나, 분양자의 무자력을 입증하여야 한다는 점, 분양자의 시공자에 대한 도급계약에 기한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권이 5년의 상사소멸시효에 걸리게 되어다는 점에서 구분소유자들의 권리보호에 미흡한 점이 있다. 2012. 12. 18. 개정된 집합건물법은 일정한 경우 시공자가 구분소유자에 대하여 직접 하자담보책임을 진다고 규정함으로써 이러한 문제를 해결하였다.

대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결은 집합건물법상의 하자담보책임과 주택법령상의 하자담보책임은 별개의 권리라는 점을 분명히 하였다. 따라서 입주자대표회의등은 주택법에 기하여 사업주체에 대하여 하자보수청구를 할 수 있으며, 보증기관은 주택법령에 따라 사업주체의 하자보수의무 불이행에 대하여 보증책임을 지는 것이므로 원칙적으로 분양자의 손해배상책임과는 관련이 없다. 다만, 하자가 중첩되는 범위내에서 어느 일방이 책임을 지면 중복하여 책임을 지지 않게 될 뿐이다. 이처럼 보증기관의 보증책임을 성격이 규명되면서 이와 관련하여 집합건물법상 분양자의 하자담보책임에서의 하자과 보증기관이 보증책임을 지는 하자가 같은 것인지, 10년차 하자에 대한 보증기관의 보증책임을 내력구조부에 발생한 하자로서 건물이 무너졌거나 무너질 우려가 있다고 판정된 경우에 한정되는 것인가가 새로운 문제로 부각되고 있다. 주택법령의 문언대로 해석하여 보증기관의 책임을 한정할 경우 보증기관은 10년차 하자의 경우 보증책임을 거의 부담하지 않게 되는 바, 이는 하자보수보증금예치제도를 둔 주택법령의 취지를 몰각시키는 것으로 부당하다. 불명확하고 모호한 부분에 대하여는 법령을 개정해야 할 것이나, 그 전까지는 보증기관의 보증책임을 하자보수보증금 예치제도를 주택법에 둔 취지에 맞게 합리적으로 조정하는 방향으로 해석할 수 밖에 없을 것이다.

임대아파트의 경우 국민주거생활의 안정을 위해 향후에도 더 많이 지어질 것으로 보인다. 그런데, 대법원 판결은 제척기간의 기산점을 분양전환시가 아니라



임대아파트 사용검사시라고 보고 있는 바, 이렇게 될 경우 10년 임대 후 분양전환되는 아파트의 수분양자들은 하자담보책임을 물을 수 있는 길이 없다. 향후 임대주택법에 하자담보책임에 관한 규정을 신설하여 수분양자들이 일정기간 하자담보책임을 물을 수 있는 길을 열어 주어야 할 것이다.



## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 곽윤직, 채권각론, 박영사(1991)  
김주수, 채권각론, 삼영사(1993)  
김형배, 채권각론, 박영사(1997)  
김홍준, 건설소송의 법률적 쟁점과 소송실무, 유로(2013)  
이범상, 건설관련소송실무, 법률문화원(2004)  
이은영, 채권각론, 박영사(1997)  
유어녕, 집합건물의 이해와 실무, 법률정보센터(2011)  
윤재운, 건설분쟁관계법, 박영사(2012)

### [논문]

- 강승준, “건설공제조합의 하자보수보증계약에 있어서 보증대상의 특정과 중복의 가부”, 대법원 판례해설 77호(2008년 하반기)  
김대정, “아파트분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 13권, 한독법률학회 (2002)  
김형천, “건설공제조합의 하자보수보증의 법적성격 및 건설공제조합과 주계약상 보증인 사이의 구상권에 관하여”, 부산판례연구회, 판례연구 21집 (2010. 02.)  
박수곤, “주택하자담보책임의 법이론의 발전과 내용”, 토지법학 24-1호(2008.



6.)

- 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 , 제44권 12호, 법조협회 (1995. 12.)
- 변우주, “공동주택의 입주자대표회의의 법적지위- 하자담보추급권의 행사가능성 여부와 관련하여-”, 재산법연구 24권 3호(2008. 2.)
- 신봉근, “공동주택의 하자보수책임에 관한 판례의 동향”, 법학연구 46권, 한국 법학회(2012)
- 신용석, “기관보증과 주계약상 보증인에 대한 구상권의 존부”, 민사재판의 제 문제 14권 (2005. 12.)
- 양관섭 외 6인, “공동주택의 하자평가 및 운용체계연구”, 건설교통부(1997. 4.)
- 여환구, “공동주택 분양자의 하자담보책임에 관한 몇가지 문제점”, 민사재판의 제문제 제12권(2003. 12.)
- 윤인태, “집합건물 분양자의 하자담보책임 -특히 아파트를 중심으로-”, 부산판례 연구회, 판례연구 12집(2001)
- 윤재윤 “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상쟁점”, 저스티스 73호(2003. 6.)
- 이상태, “건축수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 서울대학교(1991)
- 이승환, “개정주택법의 적용범위 및 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 소멸시효기간(2008. 12. 11.선고 2008다12439판결 : 공2009상, 24)”, 대법원판례해설 77호(2009. 7.)
- 이영규, “아파트 분양자의 하자보수책임”, 한양법학 제20권 제3집(2009. 8.)
- 이창현, “하자보수보증책임에 관한 실무상 쟁점들”, 건설재판실무논단(2006), 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회
- 전현철, “공동주택의 하자담보책임 -판례를 중심으로” 중앙법학 제11집 제1호



(2009. 4.)

정희영, “공동주택의 하자담보책임”, 주택산업연구원(2006. 4.)

조성민, “하자담보책임과 불완전이행-도급계약을 중심으로”, 법학논총(한양대학교 법학연구소) 제14집(1997. 10.)

진무성, “집합건물 하자담보책임과 관련한 법률적 쟁점”, 대한변호사협회, 인 권과 정의 356호(2006. 4.)