

논문 / ARTICLE

건축법과 주택법에서의 인허가권자

문제윤*

국문초록

건설행정의 인허가권자를 결정하기 위하여는 국가사무 및 지방자치단체 사무의 성격, 해당 행정행위의 성격, 법적 정당성과 체계적합성 및 행정의 편의와 효율성이 함께 고려되어야 한다.

건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인은 건축물의 출현을 예정하고 있는 대표적인 건설행정행위로, 건축허가는 원칙적으로 기속행위에, 사업계획승인은 재량행위에 해당한다. 건축법상 건축허가권자 및 주택법상 사업계획승인권자와 관련한 규정도 도시계획적 판단의 필요성에 따라 정비되었다. 그 예로 대규모 건축물의 건축허가권자는 그 외의 건축물의 건축허가권자와 다르게 규정되어 있는데, 이는 대규모 건축물의 건축허가의 경우 주택법상 사업계획승인과 마찬가지로 그 외의 건축물의 건축허가에 비하여 행정청이 누리는 도시계획적 재량이 더 커야 함을 보여준다.

준공검사 또는 사용검사는 허가나 승인을 받아 건축된 건축물이 허가(승인)사항대로 건축되었는지 여부를 확인하여 이를 사용, 수익할 수 있게 하는 법률허가를 발생시키는 확인행위로서 기속행위에 해당한다. 이와 관련하여 건축법은 사용승인권자를 건축허가권자와 일치시키고 있고 주택법은 사업계획승인권자와 준공검사권자를 서로 다르게 규정하고 있는데, 통일적인 규율이 필요한 것으로 보인다. 단순한 확인적 행정행위이자 기속행위인 준공검사권을 서로 다른 단위의 행정청이 나누어 맡을 필요는 건축허가 또는 사업계획승인 단계에 비하여 낮다고 생각하며, 기초자치단체장이 수행하도록 하는 것이 보다 적절하다고 생각한다.

한편 행정청은 건축물 또는 공동주택의 건축 단계에서와 달리 이미 지어진 건축물 또는 공동주택을 관리하는 단계에서 세부적인 관리권을 행사한다기보다는 수동적이고 간접적인 역할을 수행한다. 그럼에도 건축물 및 공동주택 관리 측면에서 행정청이 방향성을 설정하고 감독권을 행사하는 필수적인 역할을 적절하게 수행하기 위하여는 건물 관리 실태를 파악하고 관련 법령을 실정에 맞게 정비할 필요가 있다.

주제어 : 건축허가, 사업계획승인, 준공검사, 건축법, 주택법, 건축물관리법, 공동주택관리법

목차

I. 들어가며

II. 건축허가권자와 사업계획승인권자

III. 준공검사권자

IV. 건물과 공동주택 관리에서의 행정청

V. 결론

* 법무법인(세종), 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230002>

Received: February 27, 2023

Revised: March 07, 2023

Accepted: March 12, 2023

Copyright: © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium provided the original work is properly cited.

I. 들어가며

건설행정 영역에서 인허가권자를 누구로 할 것인가 하는 문제는 간단히 정할 수 있는 문제가 아니다. 기본적으로는 국가사무로 정할 것인지 지방자치단체의 사무로 정할 것인지를 결정하여야 하고, 허가, 특허, 확인 등 각각의 행정행위의 고유한 성격도 고려하여야 한다. 어떠한 건설행정행위의 인허가권한을 특정한 지방자치단체의 사무로 정한다고 하더라도, 세월의 변천에 따라 해당 사무를 상위기관에 귀속시킬지 하위기관에 귀속시킬지 하는 판단에 변화가 생길 수 있다. 또한 인허가권자를 누구로 정할 것인가의 문제는 행정의 영역에 있어 가장 실무적인 영역 중 하나이기 때문에 법적인 정당성과 체계적합성 외에도 행정의 편의와 효율성이 함께 고려되어야 하는 부분이기도 하다.

일반적인 건축물의 허가요건 및 허가절차에 관한 법규를 대상으로 하는 건축법과 아파트와 주택단지라는 특수한 건축물을 건설하기 위한 공법규정에 해당하는 주택법¹⁾은 가장 대표적인 두 가지 종류의 건설법에 해당한다. 건축법에서의 새로운 건축물의 출현은 행정청의 건축허가를 통하여 이루어지고, 주택법에서의 아파트와 주택단지의 출현은 사업계획승인 절차를 통하여 이루어진다. 또한 건설법의 특성상 허가 및 승인받은 사항대로 공사되었는지를 살펴보는 검사 절차가 공통적으로 필요한데, 이는 건설법에서 행정청이 갖는 주요 역할 중 하나이다.

이하에서는 건축법과 주택법의 주요 인허가인 건축허가·사업계획승인·준공검사의 법적 성질과 함께 인허가권자 관련 규정을 검토하고, 건설행정의 인허가권한이 각 건설행정행위의 성격을 반영하여 서로 다른 행정청에 배분되어 있는지를 살펴보고자 한다. 나아가 최근 들어 그 중요성이 커지고 있는 건축물 및 공동주택 관리에 있어서 행정청의 역할을 부수적으로 살펴보기로 한다.

II. 건축허가권자와 사업계획승인권자

1. 건축허가와 사업계획승인의 법적 성질

(1) 원칙적 기속행위·예외적 재량행위로서의 건축허가

건축법은 건축물의 위험방지를 목적으로 국민의 건축할 자유를 제한하는 법률이며, 건축허가제도를 통하여 위험한 건축물의 출현을 방지하는 경찰법으로서의 성격을 가지고 있다.²⁾ 이와 같은 허가제도는 자유권의 행사에 관하여 공익적 관점에서 그 행사의 일정한 제한을 가하는 것이므로, 관계법상의 허가요건이 충족된 경우 행정청은 허가를 하여야 할 기속을 받는다.³⁾ 건축허가와 관련하여 대법원은 건축허가권자는 건축허가신청이 관계 법규에서 정하는 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 건축허가를 하여야 하고, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다는 입장이다.⁴⁾ 이는 건축과 관련된 비리를 근절하고, 토지소유자에게 투명한 예측가능성을 보장하는 데 기여하기 위함이지만, 건축법이 미처 새로운 위험 상황을 예측해서 허가요건으로 정하지 않는 경우 사회적으로 용인하기 어려운 건축물의 건축을 저지할 수 없다는 한계도 갖게 된다.⁵⁾

건축법령 및 판례에서는 일정한 종류의 건축허가에 대하여 재량행위의 성격을 인정하고 있다. 먼저 건축법은 특정 용도의 건축물의 건축허가시 주변환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우, 침수 우려가 있는 지역에서 일부 공간을 주거용으로 사용하는 등의 경우 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있는데,⁶⁾ 이는 법률에서 예정하고 있는 재량행위로 해석되는 건축허가라고 볼 수 있다. 또한 건축허가에는 재량행위의 성격을 가진 다수의 인허가들이 의제되고 있으므로 이와 같은 인허가를 수반하는 건축허가 역시 재량행위의 일종으로 보아야 할 것이다.⁷⁾ 대표적인 예로 대법원은 토지형질변경허가의 경우 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 행정청에게 재량권이 부여되어 있으므로 토지형질변경행위를 수

1) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 4면.

2) 김종보, 앞의 책, 111면.

3) 김동희/최계영, 『행정법 I (제26판)』, 박영사, 2021, 295면.

4) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누3038 판결 등.

5) 김종보, 앞의 책, 112면.

6) 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육 환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우, (ii) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제37조제1항제4호에 따른 방재지구(이하 "방재지구"라 한다) 및 자연재해대책법 제12조제1항에 따른 자연재해위험개선지구 등 상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물에 대하여 지하층 등 일부 공간을 주거용으로 사용하거나 거실을 설치하는 것이 부적합하다고 인정되는 경우(건축법 제11조 제4항)

7) 김종보, "건축허가에 존재하는 재량문제", 『행정법연구』 제3호(1998. 10.), 169-170면.

반하는 건축허가를 재량행위라고 보았다.⁸⁾

재량행위로 해석되어야 하는 건축허가 중 또 다른 사례는 대규모 건축물인데, 백화점 또는 주상복합건축물 등 대규모 시설이 건축되는 경우 건축허가라는 하나의 수단으로 대규모 건축물의 출현이 도시계획에 미치는 광범위한 영향을 통제하여야 하므로 대규모 건축물에 대한 건축허가를 재량행위에 해당하는 것으로 규율할 필요가 있다. 다만 아직 법령 및 판례에서 이를 명시적으로 선언하고 있지 않아 대규모 건축물의 건축허가가 재량행위에 해당하는지 여부는 공백으로 남아 있다.

(2) 재량행위로서의 사업계획승인

주택법에 따른 주택건설사업 또는 대지조성사업에는 국토계획법에 따른 개발행위의 허가, 농지법에 따른 농지전용의 허가, 산지관리법에 따른 산지전용허가 등이 의제되며, 필연적으로 토지에 건축허용성을 전면적으로 부여하는 과정이 수반된다. 이와 같이 다수의 필지에 건축허용성을 부여하고, 아파트를 건설할 수 있는 특권을 부여하는 주택건설사업은 다른 개발사업과 유사한 성격을 갖는다.⁹⁾ 나아가 주택법에 따라 승인을 받아야 하는 사업계획에는 단순한 건축물의 건축과 관련된 사항뿐만 아니라 대지의 조건, 부대시설, 복리시설 및 사업비/자금계획과 관련한 내용도 포함하여야 하는데(주택법 시행규칙 제12조 제1항, 별지 제15호 서식), 이는 전형적인 행정계획의 일종으로 다른 개발사업법에서의 도시계획과 유사한 성격을 가진다.¹⁰⁾ 그러나 신속한 아파트 건설을 위하여 구역지정을 위한 도시계획의 단계를 배제하였던 주택건설촉진법¹¹⁾은 다른 개발사업법들과 달리 자체적으로 구역을 지정하는 기능을 갖지 못하게 되었는데,¹²⁾ 이로 인하여 주택법은 완결적인 개발사업법으로서의 형태를 갖추지 못하게 되었다.

대법원 판례는 적극적으로 사업계획승인이 재량행위임을 인정하고 있다. 그 대표적인 이유로 사업계획승인이 권리나 이익을 부여하는 수익적 행정행위라는 점을 들고 있지만,¹³⁾ 도시계획 측면의 이유로 사업계획 승인을 거부한 경우에도 재량권의 일탈·남용에 해당하지 않는다고 본 다수의 판례에서는 사업계획의 도시계획적 성격을 인정하고 있는 것으로 보인다. 구체적으로는 사업계획의 사전결정의 재량권 일탈·남용 여부를 판단함에 있어 당해 토지의 입지, 건설될 주택단지의 규모, 주위 환경이나 경관과의 조화 등을 고려한 사례가 있다.¹⁴⁾ 사업계획승인권자는 사업계획의 승인에 있어 법령에 근거가 없는 입지심사 등의 절차를 거치게 하거나 법령에 근거가 없는 사유를 들어서도 거부할 수 있는 것으로 해석된다.¹⁵⁾ 물론 사업계획 승인처분을 포함하여 그에 부가된 부담에 재량권 남용이나 일탈에 해당하는 하자가 존재하는 경우 이는 위법한 것으로 평가된다.¹⁶⁾

2. 건축허가권자와 사업계획승인권자 규정의 변천

(1) 현행법상 건축허가권자 및 연혁

현행 건축법은 원칙적으로 허가권자를 시장·군수·구청장 및 특별자치시장·특별자치도지사로 정하면서도, 층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물¹⁷⁾을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장의 허가를 받도록 정하고 있다(건축법 제11조 제1항). 이와 같은 허가권자 규정을 통하여 건축법이 ‘층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물’을 도시계획적 판단의 필요 정도를 가르는 일종의 기준으로 삼고 있다는 점을 알 수 있다. 여기에선 다시 공장·창고·지방건축물위원회의 심의를 거친 건축물¹⁸⁾이 제외되는데, 주민의 일상 생활과 밀접한 시설이 아니거나 이미 도시계획적 판단을 받은 건축물

8) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결 등.

9) 김종보, 앞의 책, 753면.

10) 김종보, 앞의 책, 753면.

11) 2003년 주택법으로 전면 개정되었다.

12) 주택법과 구역지정에 관한 상세한 내용은 김종보, 앞의 책, 752면 이하 참고.

13) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결.

14) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결. 동 판례는 주택사업계획 승인 대상인 당해 토지가 개발제한구역 내의 야산인 모락산 자락에 자리잡고 있어 고층 아파트단지보다는 소규모 주택단지로의 개발이 주위 환경이나 경관과의 조화를 이룰 수 있고, 개설 중인 인접 우회도로에서의 조망을 확보할 수 있다는 점, 주택회사가 사전결정을 신청하기 이전부터 도시계획전문용역업체에 의뢰하여 당해 계쟁 토지 일대를 소규모 주택단지로 개발하기 위한 지적고시 작업을 지방자치단체장이 추진하여 온 점 등에 비추어 볼 때 위 회사의 주택건설사업계획사전결정 신청을 불허한 지방자치단체장의 처분은 재량권 일탈·남용이 아니라고 보았다.

15) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결 등.

16) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누13537 판결. 동 판례는 주택건설사업계획승인처분에 부가한 부담이 그로써 달성하려는 공익의 내용이나 정도에 비하여 그로 인해 입게 되는 사업자의 불이익의 내용 및 정도가 훨씬 심대하여 그 부담 부가행위가 재량권을 일탈하거나 남용하였다고 보았다.

17) 연면적의 10분의 3 이상을 증축하여 층수가 21층 이상으로 되거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상으로 되는 경우를 포함한다.

18) 특별시 또는 광역시의 건축조례로 정하는 바에 따라 해당 지방건축위원회의 심의사항으로 할 수 있는 건축물에 한정하며, 초고층 건축물은 제외한다.

에 대하여는 새롭게 특별시장이나 광역시장의 판단을 받을 필요가 낮다고 보기 때문인 것으로 보인다. 이하에서는 편의상 층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물 중 공장·창고 등 용도에 해당하지 않고 지방건축물위원회의 심의도 거치지 않은 건축물을 ‘대규모 건축물’이라고 부르기로 한다.

대규모 건축물이라고 하더라도 특별시나 광역시에 건축하지 않는 경우 소규모 건축물과 마찬가지로 시장·군수가 여전히 허가권을 보유한다. 다만 절차적인 측면에서 시장·군수가 미리 도지사에게 일정한 서류를 갖추어 사전승인을 신청하여야 한다는 제약을 받는데(건축법 제11조 제2항), 이러한 사전승인은 행정 내부적인 승인에 불과하여 건축주에게 별도의 법적 효력을 가지지 않는 것으로 해석해야 한다.¹⁹⁾

대규모 건축물의 경우 허가권자를 별도로 정하는 규정은 1999년 개정 법률에 처음 존재하였고, 20여년간 도시 및 건축 환경이 상당 부분 변경되었음에도 그 당시의 규모 요건이 현재까지도 변경되지 않고 동일하게 유지되고 있다. 건축법에서 층수에 따라 건축물의 종류를 정하는 용어로는 아래와 같이 ‘고층건축물’, ‘초고층 건축물’, ‘준초고층 건축물’ 등이 있는데 초고층 건축물의 경우 지방건축위원회의 심의를 받았다고 하더라도 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다는 규정 외에는 특별히 허가권자를 나누는 데 사용되지는 않고, 주로 피난, 승강기, 공사감리 등에 있어 높은 수준의 안전을 요구하는 규정과 관련된다.²⁰⁾

<표 1> 고층건축물·초고층 건축물·준초고층 건축물의 분류

고층건축물 (건축법 제2조 제1항 제19호)	층수가 30층 이상이거나 높이가 120미터 이상인 건축물
초고층 건축물 (건축법 시행령 제2조 제15호)	층수가 50층 이상이거나 높이가 200미터 이상인 건축물
준초고층 건축물 (건축법 시행령 제2조 제15호의2)	고층건축물 중 초고층 건축물이 아닌 것

(2) 현행법상 사업계획승인권자 및 그 연혁

현행 주택법상의 사업계획승인권자는 ‘대지면적’ 및 ‘공공성’이라는 두 가지 기준에 의하여 분류되고 있다(주택법 제15조 제1항). 주택법에 의하면, 주택건설사업 또는 대지조성사업으로 해당 대지면적이 10만제곱미터 이상인 경우 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 ‘시·도지사’라 한다) 또는 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시의 시장이 승인권자이고, 10만제곱미터 미만인 경우 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수가 승인권자이다. 즉 특별시와 광역시의 경우 차이가 없지만, 그 외의 지역에서는 광역자치단체장과 기초자치단체장으로 사업계획승인권자가 구분된다. 이와 관련하여 인구 50만 이상의 대도시의 시장에게 승인권한을 부여한 것은 인구 50만 이상의 시의 경우 독립적인 도시형성 및 관리가 가능하여 주택 행정의 자율성과 지역 여건에 대한 적합성을 제고할 필요가 다른 시·군에 비하여 상대적으로 높기 때문에 시·도와 대등한 승인권을 부여하고자 하는 취지이다.²¹⁾ 이는 인구 50만 이상의 대도시의 시장의 경우 자체적인 도시계획적 판단이 가능하다고 보는 것이며, 사업계획승인과 관련한 재량권의 행사를 허락하는 의미가 있다.

사업계획승인권자를 분류하는 주택법의 또 다른 축은 공공성으로, 시행자, 사업지의 성격 및 사업 목적을 고려하여 공공성이 특히 높은 경우 국토교통부 장관으로 하여금 사업계획을 승인하도록 정하고 있다. 이는 이와 같이 공공성이 특히 높은 경우에는 사업계획승인과 관련하여 특정 광역자치단체 또는 지방자치단체에 재량권 행사를 전적으로 맡길 수 없고, 보다 거시적인 차원에서의 도시계획적 판단이 필요하다는 것을 전제하고 있는 것으로 보인다.

공공성은 사업시행자·사업지·사업 목적의 성격 등을 기준으로 판단할 수 있다. 먼저 주택건설사업의 사업시행자 측면에서 국가 및 한국토지주택공사(이하 ‘LH’라 한다)가 시행하는 경우가 이에 해당한다. 또한 시행령에서 정하고 있는 대규모²²⁾로 택지개발사업 또는 도시개발사업을 추진하는 지역 중 국토교통부장관이 지정·고시하는 지역에서 주택건설사업을 시행하는 경우와 수도권 또는 광역시 지역의 긴급한 주택난 해소가 필요하거나 지역균형개발 또는 광역적 차원의 조정이 필요하여 국토교통부장관이 지정·고시하는 지역에서 주

19) 김종보, 앞의 책, 121면.

20) 건축법 제50조의2, 건축법 제64조 제3항, 건축법 시행령 제91조의3 제5항 등.

21) 송현진/유동규, 『주택법 해설(제4판)』, 진원사, 2014, 200면.

22) 330만 제곱미터 이상의 규모.

택건설사업을 시행하는 경우는 각각 사업지의 성격 및 사업 목적의 측면에서 공공성이 높은 경우에 해당한다. 마지막으로 국가, 지방자치단체, LH 및 지방공사 등이 단독 또는 공동으로 총지분의 50퍼센트를 초과하여 출자한 위탁관리부동산투자회사²³⁾가 공공주택건설사업을 시행하는 경우가 이에 해당하는데, 이는 시행자 및 사업의 성격 모두 공공성이 높은 경우라고 볼 수 있다.

주택법은 쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있고(주택법 제1조), 주택법에서 해결해야 할 가장 중요한 문제는 주거 부족이다. 주거 부족의 문제는 그 성격상 토지의 합리적 이용과 긴밀하게 연결되고, 집단적인 주거단지로서 아파를 건설하여 일종의 ‘마을’을 만들어 낸다는 측면에서 건축법에 비하여 거시적인 차원의 도시계획적 판단이 중요하다²⁴⁾는 점을 앞서 살펴본 바와 같다. 1973년 제정된 주택건설촉진법에서는 이와 같은 목적이 더욱 두드러지는데, 제정 주택건설촉진법 제1조는 ‘주택이 없는 국민에 대한 계획성 있는 주택의 공급’을 목표로 한다고 정하고 있어, 국가적 차원의 주택 공급에 초점을 맞추고 있다. 따라서 제정 주택건설촉진법 시행 당시부터 주택건설촉진법이 주택법으로 전면 개정 시행되기까지 사업계획의승인권은 건설부장관(현 국토교통부 장관)에 전속하고 있었다.²⁵⁾ 이후 2003년 전면 개정 시행된 주택법에서 공공성 기준을 도입하여 공공성이 특히 높은 경우를 제외하고는 시·도지사에게 사업계획승인권이 부여되었고, 이후 2008년 개정에서는 현재의 대지면적 기준을 도입하여 대지면적 10만제곱미터를 기준으로 사업시행권자를 분류하게 되었다. 이는 지방자치단체의 건설 행정이 점차 전문화됨에 따라 주거 문제를 해결하는 데에도 지방자치단체의 자체적인 재량권 행사와 도시계획적 판단이 보다 중요해지고 있는 과정을 보여준다.²⁶⁾

(3) 사업계획승인권한의 위임에 관한 문제

공공성 기준에 의하여 국토교통부 장관에 사업계획승인권이 전속하는 주택건설사업의 경우에도, 국토교통부 장관은 주택법의 권한의 위임 규정을 통하여 시·도지사에게 이를 위임할 수 있다(주택법 제89조 제1항, 동법 시행령 제90조 제2호).²⁷⁾ 장관 권한의 위임에 관한 규정은 사업계획승인권이 건설부장관에게 전속하였던 주택건설촉진법 시행 당시에도 존재하였는데, 주택건설촉진법 및 동법 시행령은 건설부장관이 도지사에게 사업계획승인권한을 위임할 수 있다고 정하면서도, 국가·대한주택공사 또는 한국토지개발공사가 아파트지구개발사업시행자로 되는 경우에는 위임할 수 없다고 정하여 현재의 공공성 기준과 유사한 기준에 의하여 위임 가부를 정하고 있었다.

이와 같은 위임은 국가가 행정권한의 일부를 지방자치단체나 그 기관에 위임할 수 있다고 규정한 정부조직법 규정에 근거하고 있다(정부조직법 제6조 제1항). 또한 지방자치법은 지방자치단체의 관할구역 내에서 시행하는 국가행정사무는 법령에 다른 규정이 없으면 당해 자치단체의 장에게 위임하여 행하도록 정하고 있는데(지방자치법 제102조), 현재 행하여지고 있는 위임의 대부분은 이러한 기관 위임이다. 지방자치단체의 고유사무와 마찬가지로 자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 단체위임사무와 달리, 기관위임사무의 경우 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에 서게 되어 상급국가기관의 지휘·감독을 받게 된다.²⁸⁾ 이러한 기관위임사무의 특성상 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 하급행정기관에게 재위임할 수는 없고, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙에 의해서만 재위임될 수 있다고 이해되고 있는데,²⁹⁾ 대법원은 구 주택건설촉진법에 따른 사업계획승인권한의 위임에 관하여도 동일한 입장을 밝힌 바 있다.³⁰⁾ 즉 공공성 기준에 따라 사업계획승인권한이 국가에 전속하는 경우, 주택법 규정을 통하여 지방자치단체에 위임이 가능하다고 하더라도 국가가 지휘·감독권을 행사할 수 있다는 점에서 최종적인 도시계획적 판단의 권한은 국가에 있다고 보아야 할 것이다.

23) 해당 위탁관리부동산투자회사의 자산관리회사는 LH이어야 함.

24) 김종보, 앞의 책, 751면.

25) 이와 같이 사업계획승인권이 장관에게 전속하고 있었다고 하더라도 권한의 위임 자체가 가능하지 않은 것은 아니다. 사업계획승인권한의 위임에 관한 문제는 아래에서 후술하기로 한다.

26) 2008. 3. 28. 일부 개정되어 2008. 9. 29. 시행된 주택법(법률 제9046호)의 개정이유에 의하면, 주택건설사업계획승인 권한 및 감리자 지정권한 등을 시·군 등으로 이양하여, 주택건설사업 인·허가 절차를 촉진하여 민간주택 건설 활성화에 기여하고자 하는 데에 개정 목적이 있다.

27) 다만, 이 경우에도 택지개발사업을 추진하는 지역 안에서 주택건설사업을 시행하는 경우와 국가·지방자치단체 등이 50퍼센트를 초과하여 출자한 위탁관리부동산투자회사가 공공주택건설사업을 시행하는 경우의 사업계획승인권한은 위임할 수 없다(주택법 시행령 제90조 제2호 단서).

28) 김동희, 『행정법 II(제26판)』, 박영사, 2021, 24면.

29) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결.

30) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92주31 판결. 동 판례에서 대법원은 입지심의회운영조례안이 규정하는 구 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 건설부장관 소관의 국가사무로서 단체장인 원고에게 위임된 이른바 기관위임사무이고 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가 아님이 명백하므로, 위 조례안은 조례로 제정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위반되어 위법하다고 보았다.

3. 대규모 건축물 건설의 특징과 인허가권자

대규모 건축물의 규모 및 그에 따른 영향을 고려하였을 때 대규모 건축물을 건축하는 개발사업에는 다양한 이해관계자들이 개입하고, 인근 주민의 민원 등 여러 분쟁이 예상되므로 보다 강한 공법적 통제가 필요하다. 대규모 건축물에 대한 공법적 통제의 다른 축으로서는 도시계획적 요소의 고려가 있는데, 구체적인 고려사항으로는 대규모 건축물의 건축을 위하여 여러 대지를 통합하여 하나의 대지가 생겨나면서 복수의 토지단위가 하나로 합쳐질 때의 건축허용성의 문제, 교통영향 및 기반시설의 수용능력 등이 있다.³¹⁾

대규모 건축물이 주민생활에 미치는 중대한 영향은 건설법이 아닌 타 법의 입법례를 통해서도 알 수 있다. 교육환경 보호에 관한 법률(이하 ‘교육환경법’이라 한다)에서는 건축법 제11조 제1항 단서에 따른 규모의 건축을 하려는 자는 관할 교육감에게 교육환경에 미치는 영향에 관한 평가서를 제출하고 그 승인을 받아야 한다고 정하고 있는데(교육환경법 제6조 제1항 제5호), 이러한 승인제도는 대규모 건축물과 관련하여 단순히 건축물이 안전 및 기능을 갖추었는지 여부뿐만 아니라 도시환경에 미치는 영향을 폭넓게 고려하여야 한다는 점을 잘 보여준다.³²⁾

대법원 판례가 명시적으로 대규모 건축물에 대한 건축허가가 재량행위에 해당한다는 점을 선언하지는 않았지만, 대규모 건축물을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 하고 다른 지역에 건축하는 경우에도 도지사의 사전 승인을 받아야 한다는 인허가권자 관련 규정에 이미 대규모 건축물의 경우에도 주택 건설과 같이 광역적인 차원의 도시계획적 조정이 필요하다는 정신이 반영되어 있다. 대규모 건축물의 건축을 통제하는 제도는 경찰법적 성격뿐만 아니라 개발사업법적 성격 및 도시계획법적 성격을 동시에 지니고 있으므로, 대법원의 판례 변경 등을 통하여 대규모 건축물의 건축허가가 재량행위에 해당한다는 점 등이 명시적으로 선언되어야 한다.³³⁾ 즉 대규모 건축물에 대한 건축허가의 경우 인허가권자 관련 규정 등을 고려하였을 때 그와 규모가 유사한 주택법상의 사업계획승인과 통일적으로 이해할 수 있는 것이다.³⁴⁾

대규모 건축물의 건축을 주택법상 사업계획승인 제도와 건주어 볼 때 헌법상 주거권과 밀접한 관련이 있는 아파트 공급의 공공성을 예컨대 대형 쇼핑물 공급의 공공성과 동일하게 평가할 수는 없다. 대규모 건축물의 건축과 공동주택 건설이 거시적인 측면에서의 도시계획적 판단을 필요로 한다는 점에서 유사하다고 하더라도, 대규모 건축물의 경우 공급의 양(量)적인 측면이 고려되어야 한다는 헌법적 요청의 정도가 낮으므로 도시의 이용·개발 및 보전을 위한 계획 수립이라는 질(質)적인 부분에 좀 더 초점을 맞출 수 있다.

다만 주택법 역시 국가가 주택개발정책 등을 통하여 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다는 헌법적 요청³⁵⁾에서 출발하여 제정되었지만, 그 관심사는 점차 공동주택의 신속한 공급에서 주거복지, 환경, 관리로 옮겨가고 있다. 기존 주택의 리모델링, 유지보수 등에 관한 규정이 다수 정비된 것도 이와 밀접한 관련이 있다. 이는 점차 주택 보급률이 높아짐에 따라³⁶⁾ 공동주택의 신속한 공급뿐만 아니라 주거의 질 개선과 주거복지에 관한 요구가 점차 커지는 추세를 반영한 것이고, 주택 정책의 방향 전환이 양(量)에서 질(質)로 나아가고 있음을 잘 보여주는 부분이기도 하다.³⁷⁾ 이를 미루어 볼 때 공동주택 건설과 관련하여서도 전에 비하여 점차 섬세하고 다양한 도시계획적 판단의 필요성이 증대되고 있다는 것을 알 수 있고, 대규모 건축물의 건축과 공동주택 건설 간 도시계획적 고려 요소들의 차이점이 점차 줄어들고 있다고도 해석할 수 있다.

III. 준공검사전자

1. 준공검사의 의의

(1) 준공검사의 개념과 법적 성질

사전적 의미의 준공이란 “공사의 완료”를 의미하므로, 준공검사는 “공사의 완료에 대한 검사”로 이해할 수 있다. 건설법에서는 준공검사, 사용승인 및 사용검사가 큰 구분 없이 혼용되어 사용되고 있는데,³⁸⁾ 절차적으로는 건축주가 건축물의 사용을 위한 감리완료보고

31) 김중보, 앞의 책, 113면.

32) 법제처 법령해석(안건번호 17-0145, 회신일자 2017. 5. 24.)

33) 김중보, 앞의 책, 114면.

34) 김중보, 앞의 책, 114면.

35) 헌법 제35조 제3항

36) 인구 1,000명당 주택수는 1995년 214.5호에서 2021년 423.6호로 증대되었다(국토교통부, 「주택보급률」)

37) 송현진/유동규, 앞의 책, 4면.

38) 연혁적으로는 1995년 건축법 개정 이전에는 사용승인절차가 준공검사 또는 사용검사라는 확인행위를 통해 이루어져 왔고, 사용검사라는 표현은

서 등을 첨부하여 관할 행정청에 승인을 얻는 절차라는 점에서 동일하고, 그 법적 성격 등에 있어서도 실질적인 차이는 없다.³⁹⁾ 다만, 준공검사라고 하면 공사의 완료를 검사한다고 측면에서 과거지향적인 성격이 있는 반면, 사용검사는 장래를 향한 적합성 검사의 성격이 있고, 사용승인까지 나아가면 공사완료에 대한 검사라는 측면보다 장래를 향한 행정청의 승인의 의미가 부각된다는 정도의 차이가 있다.⁴⁰⁾ 사용승인의 경우 준공검사의 확인적 성격에 더하여, 건축물의 사용에 대한 행정청의 명시적인 허락까지 포함하는 것으로 볼 수 있는 것이다.⁴¹⁾ 이상과 같이 섬세하게 살펴보면 각 제도의 성격에 일부 차이가 있으나, 이하에서는 준공검사, 사용승인 및 사용검사를 포괄하는 용어로 강학상 “준공검사”라는 용어를 사용하기로 한다.

준공검사는 건축허가를 받아 건축된 건축물이 “건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가 여부를 확인”하고 준공검사필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 “건축한 건축물을 사용·수익할 수 있게 하는” 법률효과를 발생시킨다.⁴²⁾ 이는 특정한 사실 또는 법률관계에 관하여 의문이 있는 경우에 공적 권위로서 판단하는 준법률행위적 행정행위 중 확인행위로, 일정한 사실 또는 법률관계의 존부 또는 정당성이 객관적으로 확정되는 경우, 행정청은 확인을 하여야 하는 기속을 받는 기속행위이다.⁴³⁾ 준공검사는 건축허가와 독립된 별개의 처분이지만 건축허가에 종속적인 관계로 볼 수 있는데, 허가관청은 특단의 사정이 없는 한 건축허가내용대로 완공된 건축물의 준공을 거부할 수 없고, 건축허가 자체에 건축관계법령에 위반되는 중대한 하자가 있는 경우에 한하여 건축허가를 취소할 수 있고, 준공검사도 거부할 수 있다고 보았다.⁴⁴⁾ 이와 같은 준공검사의 종속성으로 인하여 건축허가사항의 범위 내에 준공검사가 머무는 한 이를 다투고자 하는 이웃은 준공검사에 대한 취소소송이 아닌 건축허가 취소소송으로 다투어야 한다.⁴⁵⁾

(2) 주택법상 준공검사 제도(사용검사)

1970년대의 주택건설촉진법은 독립적인 준공검사 제도를 두고 있지 않았다. 1980년에 개정된 주택건설촉진법에서 건축법의 규정에 의한 준공검사 또는 중간검사를 하는 때에는 주택 및 그 부대시설과 복리시설의 설치에 관한 사항을 검사하여야 한다고 규정하여 처음으로 준공검사를 언급하였으나 여전히 건축법상의 준공검사 제도에 의존하고 있었다. 다만, 1980년 개정 법률은 주택건설촉진법상 사업계획의 승인을 얻어 건설하는 주택에 대하여는 부대시설과 복리시설에 대한 준공검사도 하여야 한다고 정하고 있어 건축법상 준공검사와의 차이를 처음으로 언급하였다. 이후 1981년 개정 법률에서는 주택건설사업 중 건축물에 대하여는 건축법에 의한 준공검사를 받고, 대지조성사업과 부대시설 및 복리시설의 경우 시행령이 정하는 바에 의하여 준공검사를 받아야 한다고 정하여 건축법에 의하여 준공검사를 받는 대상과 주택건설촉진법에 의하여 준공검사를 받는 대상을 이원화하였다.

1994년 개정 법률에서 비로소 주택건설사업 또는 대지조성사업의 완료시 주택·부대시설·복리시설 및 대지에 대하여 시행령에 따라 사용검사를 받아야 한다고 규정함으로써 주택법령은 건축법상 준공검사 제도에 의존하지 않고 주택건설촉진법의 독자적인 준공검사 제도를 마련하게 되었다. 주택건설촉진법은 사용검사를 받은 경우 건축법의 규정에 의한 사용검사를 받은 것으로 본다는 의제 조항을 함께 두었으며, 사용검사권자는 시장·군수·구청장이었다. 2003년 주택건설촉진법이 주택법으로 전면 개정됨에 따라 사용검사권자는 원칙적으로 시장·군수·구청장으로 정하되, 사업계획승인권자가 건설교통부장관인 경우 건설교통부장관에 의하여 사용검사를 받도록 하는 조항을 두게 되었다.⁴⁶⁾ 2003년 전면 개정된 주택법에서 준공검사와 관련한 내용이 정비된 이후 현행 주택법까지도 준공검사 관련 규정은 크게 변경되지 않았다. 한편 주택법에서 사용검사라는 명칭을 사용하게 된 것은 특별한 이유가 있어서는 아니고, 1994년 개정 주택건설촉진법에서 독자적인 준공검사 제도를 마련할 당시 건축법에서 준공검사 또는 사용승인이라는 용어가 아닌 사용검사라는 명칭을 사용하고 있던 시기였기 때문인 것으로 보인다.

1991년 개정에 의해 채택된 용어이며, 그 이전에는 준공검사라고 하는 표현이 건축법 제정 당시인 1962년 이후 일반적으로 사용되고 있었다. 김종보, 앞의 책, 150-151면.

39) 송현진/윤동규, 앞의 책, 479면

40) 김종보, 앞의 책, 151면

41) 김종보, 앞의 책, 151면

42) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두15283 판결 등

43) 김동희/최계영, 앞의 책, 304면-305면

44) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누5358 판결 등. 동 판례는 허가관청이 당초 도시계획사업에 의거하여 택지를 수용하여 주겠다고 하면서 주택의 건축을 지시하였다가 일방적으로 도시계획사업을 취소하였고, 그 후에도 공유자 3분의 2 이상의 사용 승낙을 받으면 준공검사를 해 주겠다고 약속하였으며, 주택의 대지 353㎡ 중 약 5㎡만 소유권을 확보하지 못하고 있는 사안에서, 건축허가를 취소한다거나 건축허가에 하자가 있다는 이유로 준공검사를 거부한다면 그로 인하여 건축주가 입게 될 불이익이 건축행정상의 공익 및 대지 소유자의 불이익에 비해 월등히 클 뿐만 아니라 신뢰의 원칙에도 위배되는 결과가 되므로 허용될 수 없다고 보았다.

45) 김종보, 앞의 책, 153면

46) 한편, 2003년 전면개정된 주택법은 사용검사 대상을 ‘주택 또는 대지’로만 정하고 있으나, 해당 조항의 ‘주택’에는 부대시설 및 복리시설이 포함된다(2003년 전면개정 주택법 제22조 제1항 참고).

2. 사용승인권자와 사용검사권자 규정의 검토

(1) 건축법상 사용승인권자

건축법상 사용승인권자는 건축허가권자와 일치한다. 즉 일반적으로는 시장·군수·구청장 또는 특별자치시장·특별자치도지사가 사용승인권자에 해당하고, 대규모 건축물을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장이 사용승인권자에 해당한다. 준공검사가 확인행위라는 점과 건축허가에 종속적인 행정행위라는 점을 고려하면 건축허가권자가 준공검사권을 갖는 것은 자연스럽게 느껴진다. 특히 준공검사에서는 (i) 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지 여부, (ii) 감리완료보고서, 공사완료도서 등의 서류 및 도서가 적합하게 작성되었는지 여부 등 기계적이고 전문적인 부분을 살펴본다는 점에서 건축허가 내용을 가장 잘 알고 있는 행정기관이 준공검사 업무를 수행하는 것이 타당하다.

한편 건축법상 대규모 건축물의 경우 그 허가에 있어 건축물의 위험방지라는 목적 외에 도시계획적 재량이 요구됨에 따라 특별시장이나 광역시장에게 건축허가권이 부여된 것인데, 대규모 건축물에 대한 준공검사의 경우에도 건축허가권자가 담당하도록 하여야 하는지에 대하여는 의문이 있다. 대규모 건축물의 건축허가 과정에서 행정청의 도시계획적 판단과 재량 행사가 이미 반영되었으므로, 그 내용에 따라 완공된 대규모 건축물의 준공검사는 건축법의 주요 목적인 건축물의 위험방지에 있다는 점에서 다른 건축물들과 차이가 없다. 따라서 대규모 건축물이라고 하더라도 준공검사권한은 광역자치단체장이 아닌 해당 대규모 건축물의 관할 기초자치단체장이 보유하고 규정하는 것도 어색하지 않다. 다만 건설법의 인허가권자를 정하는 문제에는 행정의 효율성과 편의성도 충분히 고려되어야 하므로 건축허가권한을 가진 행정기관이 준공검사권한을 행사하는 현행 규정도 합리적인 측면이 있다.

(2) 사업계획승인권자와 사용검사권자

주택법상 주택의 사업계획 승인은 행정청의 도시계획적 판단과 재량 행사를 전제로 한다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그런데 주택법은 사업계획승인권자와 준공검사권자를 일치시키고 있지는 않다. 주택법이 사업계획승인권한을 대지면적을 기준으로 시·도지사 또는 대도시의 시장과 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수로 나누고 부여하고 있는 것에 반하여, 준공검사권한은 시장·군수·구청장에 통일적으로 귀속시키고 있다. 대규모 건축물의 경우와 마찬가지로, 주택의 건설에 개발사업법에서 요구되는 계획재량이 결부되어 있다고 하더라도 이는 사업계획 승인 단계에 한정되어야 하는 것이고, 확인적 행정행위인 준공검사의 단계에서는 행정청의 재량권 행사를 전제할 필요가 없다.

주택법은 이러한 취지로 사업계획승인권자와 준공검사권자를 구분하여 규정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 그와 동시에 사업주체가 국가 또는 LH인 경우, 택지개발사업 또는 도시개발사업을 추진하는 지역에 주택건설사업을 시행하는 경우 또는 긴급한 주택난 해소나 지역균형개발 또는 광역적 차원의 조정이 필요한 경우 등 특별한 공공성으로 인하여 도시계획적 판단의 중요성이 높은 주택건설사업의 경우에는 또 다시 국토교통부장관이 준공검사권한을 갖는다고 규정하고 있는데, 이는 대지면적 기준에 관계 없이 준공검사권한을 기초자치단체장에게 부여하는 것으로 일원화한 것과 상충되는 태도를 보인다.

(3) 규정의 통일 필요성

공동주택과 공동주택이 아닌 건축물에 대한 건설 허가 과정에서는 건축물의 목적 및 규모에 따라 서로 다른 도시계획적 판단이 필요하고, 건축허가권자 또는 사업계획승인권자 규정도 이에 따라 분류할 필요가 있다. 그러나 준공검사 제도에 있어서는 주택과 주택이 아닌 건축물에 대한 준공검사의 법적 성질을 분류할 필요가 크지 않고, 앞서 살펴본 것과 같이 주택법상 사용검사 제도는 그 연원을 건축법상 준공검사 제도에 두고 있다. 따라서 상대적으로 일원적인 성격을 가진 준공검사권자에 관련한 규정을 반드시 건축허가권자 또는 사업계획승인권자에 관한 규정과 일치시킬 필요는 없다고 본다.

대규모 건축물의 건축과 공동주택의 건설은 모두 도시계획적 성격을 가지고 있으므로 행정청은 건축허가 또는 사업계획승인을 통하여 적극적으로 재량을 행사하여야 한다. 그러나 허가 또는 승인받은 사항대로 건축행정목적에 적합한가 여부를 살펴보는 것에 목적이 있는 준공검사 과정에서 행정청은 건축물의 성격과 관계없이 제반 사실에 대한 전문적이고 기술적인 판단만을 하여야 한다. 또한 준공검사가 기속행위이자 확인적 행정행위에 해당한다는 점을 고려하면 행정청이 이를 넘어서는 역할을 수행하는 것이 오히려 부적절한 것으로 생각한다. 이러한 기능은 대부분의 경우 기초자치단체에서도 충분히 수행할 수 있을 것이다. 따라서 대규모건축물이나 특별한 공공성을 가진 주택건설사업의 경우에도 준공검사권한은 기초자치단체에 전속하도록 통일적으로 규율하는 것이 보다 적절한 것으로 생각한다.

IV. 건물과 공동주택 관리에서의 행정청

1. 건축물 관리와 행정청의 역할

건축물과 관련한 위험방지를 실현하기 위하여는 건축법상 허가요건들을 충족하는 안전한 건축물을 건축하는 것뿐만 아니라 이미 건축한 건축물을 유지관리하는 것과 안전하게 철거하는 것도 매우 중요하다. 이에 2019년 건축법에 산재하던 건축물 관리에 관한 규정들이 건축법으로부터 분리되어 건축물관리법이 제정되었는데, 건축물관리법의 주된 목적은 건축물의 안전을 확보하고 그 사용가치를 유지·향상하기 위하여 필요한 사항을 정하여 건축물을 과학적이고 체계적으로 관리함으로써 국민의 안전과 복리 증진에 이바지하는 데에 있다.⁴⁷⁾ 건축물관리법은 구체적으로 건축물의 관리 체계를 건축물관리 기반 구축·건축물관리점검 및 조치·건축물의 해체 및 멸실·건축물관리 지원 등으로 나누어 규율하고 있다.

건축물관리법에서 건축물의 관리책임을 부담하는 주체는 원칙적으로 건축물의 관리자이며, ‘관리자’란 원칙적으로 관계 법령에 따라 해당 건축물의 관리자로 규정된 자 또는 해당 건축물의 소유자를 말하고, 소유자와 관리계약 등에 따라 건축물의 관리책임을 지는 자 역시 관리자로 본다(건축물관리법 제2조 제2호). 건축물의 관리자는 건축물관리계획을 수립하고 적시에 검토할 책임, 관계 법령에 적합하게 건축물을 유지·관리할 책임, 정기점검 및 안전진단을 실시할 책임, 건축물에 대하여 사용제한·사용금지·해체 등의 조치를 취할 책임 등을 모두 부담한다. 즉 건축물 관리의 일차적인 책임은 법령 또는 사법적 관계에 의하여 관리자가 된 자에 있다고 볼 수 있다.

건축물 관리에 있어 행정청은 사전적·사후적으로 감독 권한을 행사한다고 볼 수 있는데, 건축주가 건축물관리계획을 수립하여 건축허가권자에게 제출하는 규정(건축물관리법 제11조 제1항), 긴급한 경우 행정청이 건축물의 관리자에게 건축물의 구조안전, 화재안전 등을 점검하도록 요구할 수 있는 규정(동법 제14조 제1항), 건축물에 중대한 결함이 발생한 경우 등에 있어 행정청이 관리자에게 안전진단을 실시할 것을 요구할 수 있는 권한(동법 제16조 제2항) 등이 이에 해당한다. 즉 건축물관리법은 건축물의 관리 책임을 개별적인 건축물의 관리자에게 맡기는 것을 원칙으로 하되, 건축물의 안전에 중대한 영향이 발생할 것이 우려되는 경우 점검 요구 등을 할 수 있는 감독 권한은 행정청이 가지는 것으로 정하고 있다.

2. 공동주택 관리와 행정청의 역할

건축물관리법의 제정 이전인 2015년에 주택법에 부속되어 있던 공동주택에 관한 규정이 주택법으로부터 분리되어 공동주택관리법이 제정되었다. 이러한 공동주택관리법의 제정은 주택법을 통한 아파트 공급의 결과 국민의 약 70퍼센트가 공동주택에 거주하게 되었으나, 아파트들 중 대다수가 시간이 흐름에 따라 노후화되었고, 공동주택의 관리비, 사용료, 장기수선충당금 등 공동주택 관리에 관련된 비용도 연간 11조 6천억원에 이르는 등 공동주택 관리의 중요성이 커지고 있는 상황을 반영한 것으로 보인다.⁴⁸⁾ 공동주택관리법은 모든 소유자가 아닌 각 동별 대표 몇 명만으로 입주자대표행위를 구성하도록 하고 있고, 이들에게 아파트관리권을 부여하고 있는데(공동주택관리법 제14조), 이는 공동주택의 소유권을 모두 모으면 주택단지의 관리권이 도출할 수 있다는 민사적 사고와는 배치되는 것이며, 공법에 의하여 아파트관리권을 갖는 주체를 창설하고 있는 규정이다.⁴⁹⁾

건축물 관리와 마찬가지로 공동주택의 관리에 있어서도 행정청은 세부적인 관리권을 행사한다기 보다는 공동주택 관리의 큰 방향성을 설정하고 감독권을 행사하는 정도의 역할을 담당한다. 대표적으로 입주자등이 해당 공동주택의 관리방법을 결정한 경우에는 이를 행정청에 신고하여야 하고(공동주택관리법 제11조 제3항), 행정청은 입주자대표회의의 구성원에게 입주자대표회의의 운영과 관련한 교육을 실시하며(동법 제17조 제1항), 공동주택의 관리 또는 사용에 관하여 준거가 되는 관리규약의 준칙을 정하는 역할(동법 제18조 제1항) 등을 수행한다. 공동주택관리법은 사업계획승인을 얻어 건설된 공동주택을 전면철거 후 재건축하기 전까지는 공동주택관리법 제35조의 규정에 의한 허가를 받거나 신고하도록 규정하고 있다. 이와 같은 행위허가 및 신고는 공동주택의 관리차원에서 건축물의 일부에 대한 공사를 별도 절차를 통하여 통제하는 데 그 목적이 있으며,⁵⁰⁾ 공동주택 관리에 있어 행정청의 가장 중요한 역할 중 하나라고 볼 수 있다.

공동주택 건설의 경우 행정청이 전면적으로 나설 필요성이 있지만 그 관리는 사적 소유권의 문제와 밀접한 관련이 있어 행정청은 현

47) 2019. 4. 30. 건축물관리법(법률 제16416호) 제정 이유.

48) 2015. 8. 11. 공동주택관리법(법률 제13474호) 제정 이유.

49) 김종보, 앞의 책, 767면.

50) 김종보, 앞의 책, 775면.

행 법령처럼 간접적이고 사후적인 역할을 수행할 수 밖에 없다. 다만 공동주택과 관련하여서는 공동주택의 적절한 관리가 국민의 주거 권 향상과 밀접한 관련이 있고, 규제의 중점이 주택공급에서 주택관리로 이동하고 있다는 점을 고려하였을 때 국가 및 지방자치단체의 공동주택 관리 기능도 보다 강화되어야 한다. 예컨대 공동주택관리법 시행령 제31조 제3항 후단은 장기수선충당금의 적립금액과 관련하여 국토교통부 장관이 주요시설의 계획적인 교체 및 보수를 위해 최소 적립금액 기준을 정해 고시하는 경우에는 그에 맞아야 한다고 규정하고 있으나, 해당 고시가 제정되지 않아 실제로는 공동주택 관리현장에서 옆 단지의 적립단가를 감안하여 장기수선충당금의 적절한 적립단가가 결정되고 있는 실정이다.⁵¹⁾ 행정청의 간접적인 공법적 통제에 있어 공동주택 관리의 현황 파악과 적절한 법령 정비가 요구되는 시점으로 보인다.

V. 결론

주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정하여 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 것을 목적으로 하는 주택법은 건축물의 위험 방지를 주된 목적으로 하는 건축법에 비하여 도시계획적 성격을 강하게 가지고 있으며, 일단의 토지에 건축 허용성을 부여한다는 점에서 개발사업법적 성격도 가지고 있다. 이러한 사업계획승인과 관련하여 행정청은 광범위한 도시계획적 재량을 누리게 된다. 그런데 건축법에 따라 건축되는 대규모 건축물의 경우에도 여러 대지를 합병하여 건축하는 경우가 빈번하고 주변의 교통 수요 및 생활 환경에 미치는 영향이 상당하다는 측면에서 점차 도시계획적 재량 행사의 요구가 커지고 있다. 건축법의 건축허가권자 또는 주택법의 사업계획승인권자는 이와 같은 도시계획적 판단의 필요성에 따라 규정되고 있다. 다만 이를 명확하게 하기 위하여 법령이나 판례를 통하여 주택 건설 및 대규모 건축물의 건설과 관련한 도시계획적 재량을 보다 명확하게 선언하는 것이 필요해 보인다.

주택법은 제정 당시에는 독자적인 준공검사 제도를 가지고 있지 않았고, 건축법의 준공검사 제도에 의존하고 있었다. 그러나 주택의 준공 검사시 주택 자체뿐만 아니라 부대시설과 복리시설을 검사할 필요가 발생하였고, 처음에는 준공검사의 대상을 부대시설과 복리시설로 확대 하였다가 결국 주택법 독자적인 준공검사 제도를 마련하게 되었다. 이러한 과정에서 주택법은 도시계획적 판단의 필요성이 큰 정도에 따라 사업계획승인권자와 마찬가지로 사용검사권자도 분류하게 되었고, 건축법의 사용승인권자와 허가권자가 동일한 것과 달리, 사업계획승인권자와 사용검사권자가 달라지는 경우도 발생하게 되었다. 다만, 단순한 확인적 행정행위이자 기속행위인 준공검사권을 서로 다른 단위의 행정청이 나누어 맡을 필요는 건축허가 또는 사업계획승인 단계에 비하여 낮다고 생각하며, 기초자치단체장이 수행하도록 하는 것이 보다 적절하다고 생각한다.

투고일 2023. 2. 27. 심사완료일 2023. 3. 7. 게재확정일 2023. 3. 12.

51) 한대철 장기수선기술원 본부장, “장충금 적정한 적립단가 산정해야”, 한국아파트신문, 2021년 9월 13일자, <https://www.hapt.co.kr/news/articleView.html?idxno=153450>

참고문헌

김동희/최계영, **행정법 I** (제26판), 박영사, 2021.

김동희, **행정법 II** (제26판), 박영사, 2021.

김종보, **건설법의 이해** (제6판), 피데스, 2018.

송현진/유동규, **주택법 해설** (제4판), 진원사, 2014.

김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, **행정법연구** 제3호(1998. 10.).

한대철 장기수선기술원 본부장, “장충금 적정한 적립단가 산정해야”, **한국아파트신문**, 2021년 9월 13일자.

ABSTRACT

The Authority in the Building Act and the Housing Act

Moon, Jeyoon*

In determining who holds authority in administrative areas related to construction, the nature of state and local government affairs, the nature of administrative acts, and legal legitimacy, compatibility with the legal system and convenience and efficiency of administration should be considered together.

Building permits under the Building Act and the approval of project plans under the Housing Act are two representative administrative acts related to the emergence of buildings. A building permit is a binding act in principle, whereas the approval of project plans is a discretionary act. Regulations regarding the permitting or approving authority under the Building Act and Housing Act have been organized according to the level of urban planning discretion. For instance, the permitting authority for large-scale buildings is different from that for other buildings; this shows that the administrative agency should show greater discretion regarding building permit for large-scale buildings.

Completion inspection or use inspection is a binding act for checking whether a building built with permission or approval has been constructed in accordance with such permission (approval); it has a legal effect that allows the owner to use buildings. Unity of regulations is necessary because the permitting authority and the person authorized to conduct the completion inspection are the same under the Building Act, whereas the approving authority and the person authorized to conduct the use inspection are different under the Housing Act. It seems more appropriate for the elementary local government to hold authority over completion inspection, which is a simple confirmatory administrative act and a binding act.

Unlike in the construction stage of buildings or multifamily housing, the administrative agency plays a passive and indirect role in the management stage. Nevertheless, for the administrative office to play an essential role in setting direction and exercising supervisory authority in terms of the management of buildings and multifamily housing, it is necessary to organize relevant laws and regulations to reflect the actual conditions of management.

Key words : building permit, approval of project plans, completion inspection, Building Act, Housing Act, Building Management Act, Multi-family Housing Management Act

* SHIN & KIM LLC., Attorney