

건설법연구 제6호 2021년 9월

Center for Construction & Urban Development Law, SNU

Construction & Urban Development Law Association

Construction and Urban Development Law Journal

Vol. 6, September 2021

건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합

건축주로서의 상가조합 및 사업주체로서의 지역조합에 대한 비교

임 민 희*

국문초록

건축법과 주택법은 모두 일정한 토지 지상에 건축물을 건축하는 개발행위를 규율하는 법률이라는 공통점을 가지나, 건축법이 일반적인 건축물의 건설을 규율하는 법률인 데에 반하여 주택법은 아파트와 주택단지에 한정하여 그 건설에 관한 사항을 규율하는 법률로서, 주택법은 건축법에 대하여 일반법과 특별법의 관계에 있다. 도시 및 주거환경정비법, 그리고 도시개발법에서는 개발사업을 주도하여 진행하고 사업의 성패에 책임을 부담하는 자를 ‘사업시행자’로 칭하고 있는데, 건축법상 건축주, 그리고 주택법상 사업주체가 이와 같은 사업시행자의 지위에 대응된다고 볼 수 있을 것이다.

본 글에서는 이와 같은 ‘사업시행자’로서의 건축법상 건축주와 주택법상 사업주체를 비교하는 데에서 출발하여, 각 법률의 규율에 따라 진행되는 개발사업의 과정 및 그 양상이 어떻게 나타나는지를 비교하여 살펴보았다. 특히, 건축법에 의하여 규율되는 건축주에 있어서는 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합을 중심으로 하여, 이를 주택법이 규정하는 사업주체로서의 지역조합과 비교하여 보았다. 상가조합은 생활대책용지 공급 공고에 따라 공급대상자들이 자율적으로 결성하는 조합이고, 지역조합은 동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립하는 조합으로, 양 조합에 관하여는 모두 그 성격이 민법상 비법인사단에 해당한다고 본 판례가 있으나, 각 조합의 등록 절차 및 각 조합을 필두로 한 개발사업의 세부적인 진행 과정은 상이하게 나타나며, 각 조합의 역할 및 시행과 시공의 분리 여부에 관하여도 상당한 차이점이 존재한다. 또한, 두 경우 모두에 있어 법규정이 예정하고 있는 바와 달리, 사업을 주도하려는 시행사와 시공사의 의도 하에 변질된 형태로 사업이 진행되는 경우가 증가하고 있다는 점도 살펴보았다.

* 변호사, 김·장 법률사무소

개발사업은 시대와 상황의 변화에 가장 민감하게 반응하는 사업들 중 하나일 것이고, 이에 현실에서 기존의 관행이나 법령에 의하여 규율되지 못하는 부분이 생기거나 법령의 미비가 발견될 경우, 이를 궁극적으로는 입법적 혹은 정책적으로 해결하여, 변화하는 현실 속에서 개발사업을 규율하는 각 법규의 도입 목적을 여실히 구현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

주제어 : 건축법과 주택법, 건축주, 사업주체, 상가조합, 지역조합

목 차

- I. 서론 - 연구의 범위 및 목적
- II. 상가조합과 주택조합이 진행하는 개발사업의 진행 절차
- III. 상가조합과 주택조합의 설립 및 그 법적 성격
- IV. 시공자의 책임 및 조합과 시공자의 법률관계
- V. 상가조합과 지역조합의 비교
- VI. 결론

I. 서론 - 연구의 범위 및 목적

[건축법과 주택법]

건설법¹⁾은 ① 일반적인 건축물의 허가요건 및 허가절차에 관한 법규를 대상으로 하는 ‘건축법’ 과, ② 아파트와 주택단지라는 특수한 건축물을 건설하기 위한 공법규정에 해당하는 ‘주택법’ 을 모두 포함하는 개념으로, 양자는 모두 일정한 토지 지상에 건축물을 건축하는 개발행위에 대한 공법적인 규율에 해당한다는 공통점이 있다.²⁾

그러나, 건축법은 ‘일반적인 건축물’의 건설을 규율하는 법률이고, 주택법은 ‘아파트와 주택단지’에 한정하여 그 건설에 관한 제반 사항을 규율하는 법률로서, 주택법은 건축

1) 건설법은 “택지의 조성, 아파트·영업시설·단독주택 등의 건축, 재건축·재개발, 공원·도로 등 도시의 기반시설설치 등 ‘도시의 물리적 공간형성에 간여하는 공법규정의 총체’”를 말하며, 건축법과 주택법은 이와 같은 건설법에 포함된다. 김종보, 건설법의 이해, 제6판, 피데스, 2018, 4면 참조.

2) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 4면 참조.

법에 대하여 일반법과 특별법의 관계에 있다. 이는 건축법이 ‘건축물의 대지·구조·설비 기준 및 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것’을 목적으로 하고 있고(건축법 제1조), 주택법은 ‘쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함’을 목적으로 하고 있는 점(주택법 제1조)에서도 명확하게 드러난다. 이에, 각 법령은 큰 틀에서는 유사한 구조를 지니고 있을지라도, 세부적인 측면에서는 상당한 차이를 보인다.

[개발사업의 사업시행자로서의 ‘건축주(건축법)’ 및 ‘사업주체(주택법)’]

한편, 개발사업을 정하고 있는 법률들은 그 사업을 주도하여 진행하고 사업의 성패에 책임을 부담하는 자를 정하고 있는데, 도시 및 주거환경정비법(이하 “도시정비법”이라 한다) 또는 도시개발법에서는 이를 ‘사업시행자’라고 칭하고 있다. 그러나 이와 같은 법령에서도 사업시행자라라는 단어를 사용하고 있을 뿐 그러한 ‘사업시행’이 의미하는 바가 무엇인지, 나아가 그 실질적인 범위가 어디까지인지에 관하여는 구체적으로 정의하지 못하고 있어서, 사업시행자라는 지위는 법적으로 상당히 모호한 측면을 가지고 있다.³⁾

이에, 건축법상의 ‘건축주’⁴⁾ 개념을 그 이해의 출발점으로 삼을 수 있을 것이다. 건축주는 개별 필지에 건축허가를 받아 건물을 건축함에 있어 행정청이 발급하는 건축허가의 상대방이 되는 자로서, ❶ 건물을 짓기 위한 대지를 구입하고, ❷ 자금을 조달하여 자재를 구입하며, ❸ 건설업자와 사이에 공사도급계약을 체결한 후 비용을 지불하여 건축공사를 진행하게 하는바, ‘건물이라는 물리적 시설을 만들어내기 위한 제반 과정에 있어 스스로의 책임과 비용에 기하여 건축을 진행하며, 동시에 법적인 권한과 책임이 귀속되는 자’에 해당한다.⁵⁾ 그리고, 이와 같은 건축법상 ‘건축주’의 개념 정의를 고려하면, 개발사업의 사업시행자는 ‘개발사업의 전 과정에서 토지의 소유권을 확보하고, 사업 비용을 조달하며, 행정청으로부터 그 스스로의 명의로 인, 허가를 득하여, 해당 사업 진행에 관하여 법적인 책임을 부담하면서 이를 총괄하는 자’로 정의할 수 있을 것이다.

그리고, 사업시행자로서의 건축법상 ‘건축주’는 주택법에서는 ‘사업주체’에 대응한다고 볼 수 있다. 주택법은 ‘사업주체’⁶⁾에 대한 정의로서, ‘주택법에 따른 주택건설사업계

3) 김종보, ‘건축주와 사업시행자’, 도시개발신문 게재 칼럼, http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo_table=colum02&wr_id=101&page=2 (최종 접속일 2021. 8. 6.)

4) **건축법 제2조(정의)** ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
12. “건축주”란 건축물의 건축·대수선·용도변경, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조(이하 “건축물의 건축등”이라 한다)에 관한 공사를 발주하거나 현장 관리인을 두어 스스로 그 공사를 하는 자를 말한다.

5) 김종보, 위의 칼럼 참조.

6) **주택법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 국가·지방자치단체, 한국토지주택공사·지방공사, 주택건설사업자 등'을 의미한다고 규정하고 있는데, 이러한 '사업주체'는 주택법에 의하여 사업시행자로서의 지위를 부여받아, 해당 법률에 따라 주택법의 규율을 받는 개발사업을 시행하는 자라고 할 수 있을 것이다.

[건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합]

본 글에서는 이와 같은 '사업시행자'로서의 건축법상 '건축주'와 주택법상 '사업주체'를 비교하여, 각 법률의 규율에 따라 진행되는 개발사업의 과정 및 그 양상이 어떻게 상이하게 나타나는지를 살펴도록 한다. 특히, 건축법에 의하여 규율되는 건축주에 있어서는 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 '상가조합'을 중심으로 하여, 이를 주택법이 규정하는 사업주체로서의 '지역조합'⁷⁾과 비교하여 살펴도록 한다.

II. 상가조합과 주택조합이 진행하는 개발사업의 진행 절차

1. 공익사업에서의 생활대책과 상가조합 및 개발, 분양사업의 진행 절차

[생활보상 및 생활대책의 개념]

생활보상은 공익사업의 시행자가 개발사업을 진행함에 있어, 대규모 수용이 이루어짐에 따라 생활의 기초를 박탈당한 해당 지역 원주민들이 재산권에 대한 보상만으로는 종전과 같은 생활을 누릴 수 없게 되는 문제를 해결하기 위하여 등장한 개념으로, ① '주거'를 상실하게 된 자에 대한 보상인 '이주대책'과 ② '영업의 기반'을 상실하게 된 자에 대한 보상인 '생활대책'으로 나눌 수 있다.⁸⁾

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 "토지보상법"이라 한다)은

-
10. "사업주체"란 제15조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 다음 각 목의 자를 말한다.
 가. 국가·지방자치단체
 나. 한국토지주택공사 또는 지방공사
 다. 제4조에 따라 등록한 주택건설사업자 또는 대지조성사업자
 라. 그 밖에 이 법에 따라 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하는 자
- 7) 후술하겠지만, 주택법은 건설회사(등록사업자나 건설업자)에게 토지소유자 및 시공자로서의 지위를 중복하여 부여하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 예외적으로 주택조합 및 토지소유자들로 하여금 위 등록사업자 등과 공동으로 사업주체가 될 수 있도록 규정하고 있다. 이하 **본 글에서 '사업주체로서의 지역주택조합'은 '등록사업자 등과 공동사업주체의 지위에 있는 지역주택조합'을 의미하는 것으로 해석한다.**
- 8) 박현정, '공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사', 법학논총(제36권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2019, 45면.

제78조에서 “공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자”를 위하여 이주대책을 수립, 실시하도록 규정하고 있다. 이에 따라 이루어지는 이주대책은 공익사업의 시행으로 주거를 상실한 주거용 부동산 소유자들을 대상으로 ‘이주정착지’를 조성하여 제공하는 형태로 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나, 실제로는 댐건설 등 특별한 사업을 제외하면 사업시행자가 이주정착지를 조성하여 제공하는 경우는 많지 않으며, 토지보상법 시행규칙에 따라 택지개발촉진법 및 주택법 등 관계 법률이 정하는 ‘특별공급’을 함으로써 이주대책에 갈음하는 것이 일반적이다.⁹⁾

한편, 이주대책에 대응하는 개념으로서 생활대책이 등장하게 된다. 토지보상법에 따른 이주대책이 공익사업의 시행으로 주거를 상실한 ‘주거용 부동산’의 소유자들을 대상으로 진행되어 왔기 때문에, 동일하게 공익사업의 시행으로 영위하던 영업 등 생활의 기반을 상실하게 되었으나 주거용 부동산의 소유자에 해당하지 아니하여 이주대책의 혜택을 받지 못하는 지역 내 주민들에 대한 보호의 필요성이 제기되었고, 이에 이들에게도 이전과 같은 수준의 생활을 영위할 수 있도록 하는 대책이 마련되게 된 것이다. 이와 같은 생활대책에 관하여는 ‘공익사업으로 상실한 영업기반의 회복을 목적으로 하는 모든 대책’을 포괄하는 개념으로 보아, 이농비나 이어비 보상, 고용 및 취업알선 등의 일체의 행위를 포함한다고 보는 입장도 존재하나¹⁰⁾, 본 글에서는 생활대책을 “공익사업으로 영업의 기반을 상실한 원주민들에 대하여 용지나 상가를 특별공급하는 제도”로 한정하여 해석하기로 한다. 헌법재판소 또한 생활대책을 “영업·영농 등의 장소를 상실하게 된 자에 대하여 생계유지를 위한 기반시설로서 일정 규모의 점포 또는 상가용지 등을 직접 공급하는 제도”라고 한정적으로 해석한 사례가 있다(헌법재판소 2013. 7. 25.자 2012헌바71 결정).

[생활대책의 연혁 및 법적 근거]

생활대책은 분당·일산 등 1기 신도시 건설 당시 해당 사업지구 내 주민에 대한 특별 지원 대책의 일환으로 한국토지주택공사가 1991년에 내부규정을 신설하여 수립, 시행한 것이 그 시초로 알려져 있으나(헌법재판소 1996. 10. 4.자 95헌마34¹¹⁾ 참조), 현재까지도 토지보상법 등 관계 법령에 명시적인 근거규정은 존재하지 않는다.

기업도시개발 특별법, 주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법, 용산공원 조성 특별법 등 일부 개별 법령에서 근거 규정을 두어 사업시행자에게 생활대책 수립 및 시행의무를 부여한 사례가 존재하기는 하나 이는 일부 특별법령에 한정되는 것이

9) 박현정, 위의 글, 46면.

10) 박현정, 위의 글, 46면.

11) 당시 한국토지개발공사(LH 한국토지주택공사의 전신)는 분당·일산 등 신도시건설과 관련된 사업지구내의 주민에 대한 은혜적 배려로 특별지원대책 차원에서 피청구인이 1991. 6.경 자체 규정을 만들어 이주대책과는 별도로 “생활대책용지의 공급”이란 제도를 신설하였으며, 건설부장관의 지침으로 그 공급가액을 ‘감정가’로 하게 하였다,

고,¹²⁾ 이외에 개발사업에 관하여 일반적으로 적용되는 법령에서 이를 포괄적으로 규정한 사례는 없으며, 통상 한국토지주택공사나 서울주택도시공사 등 해당 공익사업을 시행하는 기업들은 내부적으로 생활대책에 관한 기준을 마련하여 이를 수립, 실시한다.

[한국토지주택공사의 생활대책]

이처럼, 생활대책으로 대상자들에게 공급하게 되는 ‘생활대책용지’는 신도시 택지개발 예정지구 내에서 기존에 영업을 하거나 농축산업을 하던 생업종사자에게 보상 차원에서 제공하는 근린상업용지 또는 근린생활시설용지에 대한 우선 분양권¹³⁾을 의미한다.

한국토지주택공사 등 공익사업을 시행하는 공기업 및 공공기관들의 경우 내부규정으로 그 공급 기준 등을 정하여 두는 경우가 일반적이데, 개별 사업마다 상이하겠지만 일반적으로 생활대책용지 공급대상자는 본인 소유의 모든 토지 및 물건 등을 협의에 의해 보상을 받은 사람으로 공람공고일 1년 전부터 이주주택지공급대상자, 영업 보상이나 축산 보상을 받거나 일정 규모 이상의 영농 또는 시설채소농 및 화훼농 등을 대상으로 한다. 생계보상 차원에서 1인당 공급되는 기준은 약 20~27㎡(6~8평) 정도이며, 단독으로 권리행사가 어렵기 때문에 생활 대책 보상자들이 조합을 결성해 총 661㎡(200평) ~ 991㎡(300평)의 상업용지를 공급받게 일반적이다.¹⁴⁾

한국토지주택공사 용지규정 및 동 규정 시행세칙

한국토지주택공사 용지규정 제23조(이주대책과 생활대책) ② 지역본부장은 원활한 사업추진을 위하여 사업지구 안에서 영업(영농, 축산 등을 포함한다)을 행한 자 등에 대하여 생활대책을 수립할 수 있다.

③ 이주대책기준일 등 이주대책과 생활대책의 수립에 필요한 사항은 사장이 따로 정한다.

한국토지주택공사 용지규정 시행세칙¹⁵⁾ 제85조(수의계약 등) ① 택지를 수의계약으로 공급할 수 있는 경우는 다음 각 호와 같다.

1. 이주대책으로 이주주택지를 공급하거나 생활대책으로 근린생활시설용지 등을 공급하는 경우. 이 경우 시행에 관하여 필요한 사항은 사장이 따로 정한다.

12) 박현정, 위의 글, 47면.

13) 속어로는 “상가딱지” 라고 칭하기도 한다.

14) ‘[강산의 돈되는 땅투자] 부동산 공동구매 끝판왕 생활대책용지 주목하라’, 이코노믹리뷰, 2016. 5. 16.

15) 용지규정 시행세칙 제206호(확정일 2021. 1. 14. 시행일 2021. 2. 1.)

한국토지주택공사 보상정보 - 생활대책 대상자 및 생활대책용지 계약 방법¹⁶⁾

대상자	다음 각 호에 해당하는 분. 단, 2개 이상의 생활대책 대상에 해당하는 경우는 본인의 선택에 따라 어느 하나만을 적용합니다. ① 상가점포 공급대상자 기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 하고 「건축법」 제22조에 의한 사용승인을 받은 점포용 건물을 소유하여 「부가가치세법」에 의한 사업자등록을 하고, 직접 영업행위를 하는 분으로서 당해사업에 따라 그 건물이 철거되는 분 ② 근린생활시설용지 등 상가부지 공급대상자 기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 한 자 및 허가·면허·등록·신고 대상이 아닌 업종의 영업자로서 최초 보상개시일까지 본 사업지구 내에서 영업(영농, 축산 등을 포함)을 한 자로서 영업보상을 받은 분
생활대책용지 계약 방법	조합 또는 생활대책 대상자 공동 명의
생활대책용지 공급 시기	상업용지 등 일반 공급시
생활대책내용	- 상업용지: 18m² ~ 27m² - 종교용지: 공급면적 및 조건은 사업의 협조조건에 따라 차등적용

한국토지주택공사는 내부 규정인 용지규정 제23조에서 ‘사업지구 안에서 영업을 행한 자 등’에 대하여 생활대책 수립 여부를 결정할 권한을 지역본부장에게 부여하고 있고(제2항), 생활대책 수립에 필요한 사항은 사장이 따로 정하도록 규정하고 있다(제3항). 그리고, 한국토지주택공사가 공개한 ‘보상정보’에 따르면 “기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 하고, 「건축법」에 의한 사용승인을 받은 점포용 건물을 소유하여, 사업자등록을 하고 직접 영업행위를 하는 자로서 당해 사업에 따라 그 건물이 철거되는 자”는 ① ‘상가점포 공급대상자’로, “기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 한 자 및 허가 등 대상이 아닌 업종의 영업자이자 최초 보상 개시일까지 사업지구 내에서 영업(영농, 축산 등 포함)을 한 자로서 영업보상을 받은 자”는 ② ‘상가부지 공급대상자’로 각 인정되어, 상가점포 및 상가부지를 공급받을 수 있도록 하고 있다.

[생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합]

한편, 위 공급대상자가 생활대책용지를 공급받기 위하여는 대상자 개개인의 지위에서 이를 공급받는 것이 아니라, 대상자들끼리 ‘조합’을 결성하거나 대상자 ‘공동 명의’로 사업시행자와 사이에 분양계약을 체결하여야 한다. 그리고, 이와 같은 생활대책용지 공급대상

16) 한국토지주택공사 보상정보 홈페이지(http://bosang.lh.or.kr/info/bosang_count.asp, 최종 접속일 2021. 8. 6.) 기재 정보 참조.

자들은 자발적으로 ‘상가조합’을 구성하여 사업시행자와 사이에 상가용지 등에 대한 공급 계약을 체결한 후, 해당 용지 지상에 상가를 건축하고 조합원들에게 이를 분양하는 상가 개발사업을 진행하게 된다.

[시행조합과 처분조합]

이와 같은 상가조합은 그 사업의 목적을 기준으로 크게 두 가지 종류로 나눌 수 있는데, ‘시행조합’과 ‘처분조합’이다. 시행조합은 한국토지주택공사 등 해당 개발사업의 시행자 등으로부터 생활대책용지를 공급받은 후 조합이 주체가 되어 상가 건설 및 분양을 진행하여 그 이익금을 조합원과 배분하는 형식으로, 처분조합은 생활대책용지를 공급받은 후 바로 이를 제3자(건설사 혹은 시행사)에게 권리와 함께 매도하여 그 차익금을 조합원과 배분하는 형식으로 각 사업을 진행한다.¹⁷⁾

본 글에서는 조합이 직접 조합원들의 권리를 모아 ‘건축주’, 즉 ‘사업시행자’가 되어 상가개발사업을 진행하는 형태인 ‘시행조합’을 중심으로 살펴보기로 한다.

[상가조합의 건축법상 지위: 건축주]

시행조합은 직접 사업시행자가 되어 해당 용지 지상에 상가 건물을 건축하고 각 점포를 조합원들에게 분배하는 상가개발사업을 진행하기 위하여 설립된 조합이다. 그리고, 이와 같은 상가건물은 ‘아파트와 주택단지’를 건설하는 사업에 해당하지 않으므로 주택법이 아닌 건축법의 규율을 받게 되며, 해당 상가조합은 건축법상 ‘건축주’의 지위를 부여받게 된다.

즉, 상가조합은 해당 토지 지상에 상가를 건설하기 위한 자금을 조달하여 자재를 구입하고, 해당 필지에 그 명의로 건축허가를 신청하거나 건축신고를 진행하며, 건설업자와 사이에 공사도급계약을 체결하여 수급인인 건설업자에게 비용을 지불하게 되고, 상가 건축이 완료되면 분양절차를 진행한다. 상가조합은 상가 건설 및 분양의 전 과정에서 자신의 책임과 비용에 의해 ‘단독으로’ 건축을 진행하는 자이며, 민사·형사·공법상의 모든 권한과 책임도 부담하게 되는 ‘건축주’의 지위에 있게 되는 것이다.¹⁸⁾

[상가조합을 단독 사업시행자로 한 상가개발사업의 진행 순서]

상가조합(시행조합)이 생활대책용지에 관한 매매계약을 체결하고, 매매대금을 납부한 후 토지의 소유권을 조합 명의로 이전받으면, 조합은 상가개발사업을 본격적으로 진행하게 된다. 조합은 상가건축에 대한 설계(및 해당하는 경우 변경) 절차 및 예상 건축비를 결정하는 절차를 거친 후, 건축주인 조합의 명의로 건축허가를 신청하게 된다. 통상 건축허가 신청

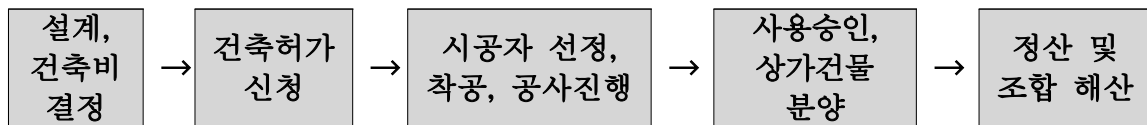
17) 이와 같은 ‘시행조합’과 ‘처분조합’은 강학상 사용되는 용어는 아니나, 생활대책용지 공급자들이 상가조합을 구성하여 사업을 진행함에 있어 실무적으로 널리 사용하는 용어에 해당한다.

18) 김종보, 위의 칼럼 참조.

절차와 함께 시공사 선정 절차를 진행하고, 건축허가를 득한 후에는 선정된 시공자와 사이에 공사도급계약을 체결하여, 상가건물 공사에 착공, 공사를 진행한다. 이와 같은 일련의 과정은 모두 조합 정관에서 정한 의사결정 방식(조합 총회 혹은 조합임원회 의결 등)을 정하여 결정한다.

준공이 되면, 조합은 관계 관청으로부터 상가건물의 사용승인을 받은 후, 완성된 상가건물을 조합원들에게 분양하고 임대하는 절차를 진행하고, 이 과정에서 분양대행사나 위탁관리사와 사업을 진행하는 경우 각 회사와 계약을 체결한다.

조합원에 대한 상가분배가 완료되면, 조합 정관에 정해진 바에 따라 분배완료일 혹은 건축준공일로부터 일정 기간 내에 본 정산 절차를 진행하고, 정산이 완료되면 조합은 그 업무를 다한 것이 되므로 총회의 결의로 해산하게 된다.



2. 주택법상 사업주체와 공동사업주체로서 주택조합이 진행하는 주택건설사업

[주택법의 원칙적 사업주체: 등록사업자 등]

주택법상 주택건설사업의 원칙적인 사업시행자, 즉 사업주체는 ‘등록사업자’이다. 주택법에서는 등록사업자를 포함하여 처음부터 ‘사업주체’¹⁹⁾가 될 수 있는 자를 한정적으로 열거하여 그 자격에 제한을 두고 있는데(제2조 제1항 제10호), 이는 건축법에서 건축주가 될 수 있는 자를 제한하고 있지 않은 것과 대조적이다. 나아가, 통상적인 개발사업에서 토지소유자가 결성하는 조합이 사업시행자가 되는 것과도 상이하게, 주택건설사업은 토지소유권을 확보한 등록사업자에게 ‘사업승인을 발급’하는 구조를 취한다(제2조 제1항 제10호 다.목, 제4조).

등록사업자 이외에 국가나 지방자치단체, 한국토지주택공사 등도 단독으로 주택건설사업을 시행할 수 있지만(제2조 제1항 제10호 가., 나., 라.목), 등록사업자가 단독으로 시행하는 경우가 주택법상 주택건설사업의 전형적인 예라고 보아도 좋을 것이다.²⁰⁾

[주택법의 예외적 사업주체: 공동시행자로서의 주택조합]

19) 앞서 언급한 바와 같이, 주택법은 사업시행자라는 개념 대신 ‘사업주체’라는 용어를 사용하고 있지만, 사업시행자와 동일한 의미로 이해되어야 할 것이다.

20) 김종보, ‘지역조합 사업주체의 권한과 책임’, 지방자치법연구(제7권 제2호), 한국지방자치법학회, 2007, 178면.

한편, 주택법은 단독으로는 주택건설사업을 시행할 수 없으나, 위 등록사업자와 공동으로 사업을 시행할 수 있는 사업주체를 예외적으로 인정하고 있다. 토지소유자나 지역조합, 직장조합 등 ‘주택조합(제11조)’이 그 구성원의 주택을 건설하는 경우에는 등록사업자와 공동으로 사업을 진행할 수 있다고 보며, 이 경우 주택조합과 등록사업자를 공동사업주체로 본다(제5조21)).

이처럼, 주택법은 전문성이 없는 주택조합 등에게 주택건설사업의 책임을 전적으로 부담 시키기 어렵다는 점 때문에 등록사업자를 공동사업주체로 요구하고 있는 것으로, 법조문상으로는 주택조합이 주택법에 의하여 등록한 ‘등록사업자’의 지위를 득한 경우라면 단독사업주체가 되는 것도 가능할 것이나, 이러한 예는 실무상 거의 존재하지 않으며, 주택조합이 주택건설사업을 진행하는 경우 이는 대부분 등록사업자와 공동으로 사업을 진행하는 양상으로 나타난다.²²⁾

한편, 주택조합은 다시 지역조합, 직장조합 및 리모델링주택조합으로 구분되는데(제2조 제11호), 본 글에서는 ‘동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립된 조합’인 지역조합을 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

[주택법상 사업주체의 특수성: 사업시행자와 시공자 지위의 동시 보유]

건축주와 시공자가 별도로 존재함을 전제로 규정되어 있는 건축법 등의 다른 법령과 달리, 주택법의 사업주체인 등록사업자는 일반적으로 사업시행자로서의 지위와 시공자로서의 지위를 동시에 보유한다.²³⁾ 원칙적으로 등록사업자가 단독으로 사업을 진행하는 경우 및 예외적으로 주택조합과 공동으로 사업을 시행하는 경우 모두에 있어 등록사업자는 시공자의 지위를 겸하게 된다.

[공동사업주체로서 지역조합이 추진하는 주택건설사업의 진행 순서]

지역조합의 경우 조합원을 모집하고자 하는 지역조합의 발기인이 법령상 요건을 만족한 후 공개모집의 방법으로 조합원을 모집하게 되고, 관할 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장, 군수 또는 구청장 등으로부터 주택조합설립인가를 받으면 비로소 해당 지역조합은 주택

21) **주택법 제5조(공동사업주체)** ② 제11조에 따라 설립된 주택조합(세대수를 증가하지 아니하는 리모델링주택조합은 제외한다)이 그 구성원의 주택을 건설하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록사업자(지방자치단체·한국토지주택공사 및 지방공사를 포함한다)와 공동으로 사업을 시행할 수 있다. 이 경우 주택조합과 등록사업자를 공동사업주체로 본다.

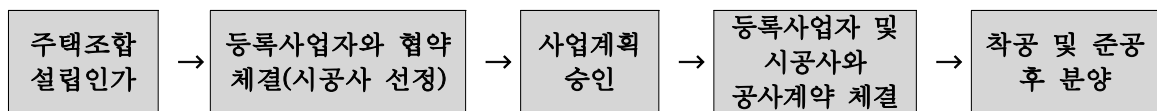
22) 김중보, 위의 글(2007), 178면.

23) 주택법은 등록사업자와 시공할 수 있는 등록사업자를 구분하고 있는바 시행자가 시공자의 지위를 동시에 가지는 것이 일반적이다. 이는 1970년대 당시 주택건설을 촉진하기 위하여 서울시 등이 보유하고 있는 공동주택용지를 건설사에게 매각하고 그 지상에 아파트를 지어 분양하도록 하는 방식이 건설사들에게 가장 유리하여 이와 같은 방식으로 사업을 진행하던 주택건설촉진법 시절의 유산인 것으로 보이나[김중보, 위의 책(2018), 755면 참조], 예외적인 경우도 물론 존재한다.

법상 적법한 사업주체가 된다. 그리고, 공동사업을 진행하려는 등록사업자를 선정하여 해당 등록사업자와 사이에 상호간 사업시행을 위한 협약을 체결하는데, 이는 사업비용의 조달 방법, 조합의 업무대행, 시행대금 등에 관한 ‘시행계약’으로서의 성격을 가진다.²⁴⁾ 통상 이때의 등록사업자는 시공능력이 있는 등록사업자인 경우가 대부분이다.

한편, 주택법 제15조에 따르면 공동주택을 건설하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 시장, 군수의 승인을 받아야 하고, 이러한 사업계획승인이 있어야 비로소 해당 지역조합과 등록사업자는 (공동)사업시행자로 확정된다.

이후 지역조합과 등록사업자는 위 사업계획승인의 내용을 바탕으로 주택건설공사에 대한 공사도급계약을 체결하게 된다(등록사업자와 최초에 체결하는 협약이 시행계약 및 시공계약으로서의 성격을 모두 포함하는 경우도 존재한다). 그리고, 공사도급계약에 따른 공사가 완료되면, 지역조합과 등록사업자는 이를 조합원 등에게 분양하는 절차를 진행하게 된다.



III. 상가조합과 주택조합의 설립 및 그 법적 성격

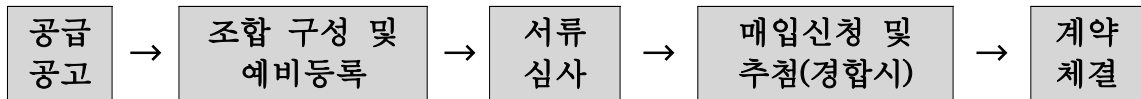
1. 상가조합의 구성 및 법적 성격

[상가조합의 구성 및 분양 절차 개괄]

살펴본 바와 같이, 개발사업을 진행함에 있어 생활대책용지를 공급하는 경우 그러한 공급 대상자와 공급의 내용 및 가격결정 기준, 절차 등 세부적인 사항은 사업별로 상이할 것이나, 대부분의 경우 근린생활 시설용지나 상업용지를 공급대상 토지로 하고, 동시에 생활대책용지 공급대상자들로 하여금 그들이 자율적으로 결성한 조합을 통하여만 해당 권리를 행사할 수 있도록 한다. 즉, 생활대책용지 공급대상자들이 관계 공고에 따른 요건을 충족하여 ‘조합’을 구성하면 ‘조합예비등록’ 절차를 진행하고, 그에 따라 결격사유가 없는 것으로 판정된 조합이 조합장 명의로 ‘생활대책용지 매입신청’을 하면, 관계 규정에 따른 절차에 의하여 ‘분양토지가 결정’되고, 조합과 사업시행자는 해당 분양토지에 관하여 ‘매매계약(분양계약)’을 체결하게 되는데, 복수의 조합이 결성되어 매입신청된 필지가 경합하는 경우 추첨에 의하여 공급 필지가 결정된다.

24) 김종보, 위의 글(2007), 181면.

한편, 상가조합의 경우 생활대책용지 공급대상자들이 자율적으로 모여 조합을 구성한 후 각 공고에 따라 등록 절차를 진행하면 그것으로 조합의 결성은 완료된 것이고, 이외에 행정 주체 등의 인가 등을 별도로 득하는 과정은 요하지 않는다.



[상가조합의 설립 및 조합의 구성 요건]

생활대책용지 공급 공고에서는 대부분 이와 같은 생활대책용지 공급대상인 ‘조합’의 구성원 자격 및 조합 설립 등에 관한 사항을 규정하고 있다.

조합의 구성에 관하여는 통상 조합의 조합장, 임원 및 조합원 전원은 해당 개발사업의 생활대책용지 공급대상자로 선정된 자여야 할 것이 요구되며, (i) 조합원 개인별 권리면적의 합계가 공급신청 필지면적의 일정 비율 이상이 되도록 하여야 한다는 조건, (ii) 다른 조합에 이종으로 가입할 수 없다는 조건 혹은 (iii) 조합 등록이나 매입신청 이후로는 탈퇴 등 조합원 변경이 제한된다는 조건이 부가되는 경우가 많다.

나아가, 조합 설립에 관하여는 대부분의 공급 공고에서 ❶ 조합 정관에 반드시 기재되어야 하는 사항, ❷ 조합장의 직무 중 조합정관에 반드시 명기되어야 하는 사항 및 ❸ 조합총회의 필수적 의결사항을 정하고 있다.

이 중 ‘조합 정관에 반드시 기재되어야 하는 사항’으로는 조합의 명칭·목적·소재지 등에 관한 사항, 자본의 구성 및 재산의 관리 등에 관한 사항, 조직의 구성(의사결정기관 및 대표기관) 등에 관한 사항, 의사결정 및 업무집행의 방법 등에 관한 사항, 조합원의 자격, 출자금, 조합원의 가입, 인적사항, 총회 및 임원의 선임·변경·직무에 관한 사항, 조합원의 가입·탈퇴 및 조합원의 변동에 관계없이 그 자체가 존속한다는 사실, 조합의 해산에 관한 사항, 존립시기 또는 해산사유의 정함이 있을 시 그 시기 또는 사유 등에 관한 사항, 토지 매입에 관한 사항 등 일반적으로 조합 정관에 필수적 기재사항으로 기재되는 사항들을 규정하고 있고, 상가건축에 관한 사항 및 조합 명의변경에 관한 사항을 부가하는 경우가 있다.

그리고, ‘조합총회의 필수적 의결사항’으로는 조합 정관의 제정, 임원의 선임 및 변경, 토지의 매입 및 양도에 관한 사항 등을 규정한다.

[상가조합의 법적 성격]

이 때 구성되는 ‘상가조합’은 생활대책용지 공급대상자들로 선정된 자들이 자율적으로 정관 제정 및 총회의결을 거쳐 구성한 조합으로, 이와 같은 조합은 민법상 비법인사단의 성격을 가진다는 대법원 판례가 존재한다.

대법원 1999. 7. 27 선고 98도4200 판결

기록에 의하면, 이 사건 농□지구 상가설립조합은, 대한주택공사로부터 농□지구 택지개발사업에 의한 생활보호대책의 일환으로 상업용지를 공급받는 수혜대상자를 조합원으로 하고(정관 제7조), 조합원의 상가건축 기타 필요한 사업을 목적으로 결성된 단체로서(정관 제2조), 정관에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고(제11조 내지 제19조), 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되며(제7조 내지 제10조), 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영(위 제11조 내지 제19조), 재산의 관리(제20조 내지 제32조) 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있다 할 것이므로 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 보아야 할 것이다.

위 판례는 해당 사안에서의 조합의 경우 ❶ 생활대책용지 공급대상자가 조합원으로 되어 있다는 점, ❷ 조합원의 상가건축 등 필요한 사업을 목적으로 한다는 점, ❸ 정관에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관 등 조직이 있는 점, ❹ 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체가 존속된다는 점, ❺ 단체로서의 주요사항이 확정되어 있다는 점 등을 들어 ‘비법인사단’으로서의 실체를 가진다고 판시하였다.

그리고, 위에서 살펴본 바와 같이, 대부분의 공급 공고에서는 조합 정관의 필수적 기재사항과 조합총회의 필수적 의결사항을 정하고 있고, 해당 요건을 만족하여 결성된 조합은 위 판례에서 인정하는 비법인사단으로서의 요건을 모두 구비하고 있다고 보아야 할 것이므로, 이와 같은 ‘상가조합’의 경우 일반적으로 비법인사단의 성격을 가진다고 볼 것이다.

2. 주택법상 지역조합의 구성 및 법적 성격

[지역조합의 설립]

주택법상 지역조합은 ‘동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립’하는 조합으로, 다른 종류의 주택조합과 마찬가지로 시장 등으로부터 인가를 받아 설립할 수 있다(주택법 제2조 제11호 가.목, 제11조). 즉, 이에 따라 조합설립인가를 득한 이후에야 해당 지역조합은 비로소 주택법상 ‘사업주체’로서의 지위를 보유하게 되며, 공동사업주체인 등록사업자와 공동으로 주택건설사업을 진행할 수 있게 되는 것이다.

이는 상가조합이 자발적으로 구성원들이 모여 조합을 결성하고 등록 절차를 완료하면 그 것으로 조합 결성이 인정되는 것과 대조적이다. 즉, 주택법상 지역조합의 경우 시장 등 행정주체로부터 조합설립인가를 득하는 행정절차가 추가되어야 설립이 완성되는 것이다. 이때 지역조합이 작성한 정관은 ‘기본행위’에 해당하고, 나아가 시장 등의 인가 절차는 이러한 기본 행정행위를 완성시켜 주는 ‘보충적 행위’에 해당한다고 볼 것이다.

[조합원 자격의 기준]

주택법은 지역조합을 포함한 주택조합의 구성원 자격 기준과 조합의 운영 및 관리에 관하여 특별한 제한규정을 두고 있는데, 특히 주택조합의 결성 목적이 ‘조합원들에게 주택을 공급’ 하려는 데에 있다는 점을 고려하여 조합원 자격을 상당히 엄격하게 정하고 있다(주택법 제11조 제7항, 동법 시행령 제21조 참조). 지역조합의 경우에는 ‘조합설립인가신청일 현재 일정 기간 동안 무주택자이거나 주거전용면적 85m² 미만의 주택을 소유할 것’을 요건으로 하고 있으며(시행령 제21조, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도267 판결 등 참조), 해당 요건 중 ‘무주택자’에 해당하기 위하여는 세대주를 포함하여 세대 구성원 모두가 주택을 소유하고 있지 않아야 하고, 이에 대한 판단은 형식적 요건인 등기를 기준으로 이루어져야 한다.²⁵⁾

조합원이 되려는 자는 가입 당시에 이와 같은 요건을 충족해야 하며, 해당 요건은 주택에 대한 입주가능일까지 유지되어야 함이 원칙이다.

[주택조합의 법적 지위: 비법인사단]

주택조합은 법인격이 인정되지 않는다는 점에서 도시개발법상 재개발조합이나 도시개발조합과는 차이가 있으나, 부분적으로는 사단의 성격을 갖는다는 점에서는 유사하다고 볼 수 있다. 이에, 주택조합에 관하여는 주택법령에서 특별하게 정하여진 것 이외에는 민법 중 사단법인에 관한 규정이 유추적용된다.²⁶⁾ 대법원 판결 중에서도 구 주택건설촉진법에 의한 주택조합의 경우 그 법적 성질이 비법인사단에 해당된다고 판시한 것들이 있다.²⁷⁾ 해당 사건에서 대법원은 ❶ 규약이 있는 점, ❷ 의사결정기관 및 대표자의 조직을 갖추고 있는 점, ❸ 가입탈퇴에 따른 변경에 무관하게 조합 자체가 존속하는 점 등을 들어 비법인사단으로서의 특징을 인정하였고, 이러한 점에서는 앞서 살펴본 건축법의 적용을 받는 ‘상가조합’과 일견 유사한 측면이 존재한다고 볼 수 있다.

3. 상가조합과 지역조합의 이중적 지위

[조합 및 사단의 이중적 지위]

상가조합 및 주택조합이 일응 민법상 ‘비법인사단’의 성격을 가진다는 점에 관하여는 위에서 살펴보았다. 그러나 이는 각 조합이 ‘단체’로서의 성격을 지닌다는 점에 착안하

25) 김중보, 위의 책(2018), 756면.

26) 김중보, 위의 책(2018), 755면.

27) “주택건설촉진법에 의하여 설립된 주택조합이 비록 조합이라는 명칭을 사용하지만 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관인 총회와 운영위원회 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 따라 행해지며 조합원의 가입탈퇴에 따른 변경에 관계없이 조합 자체가 존속하는 등 단체로서의 중요사항이 확정되어 있는 점에 비추어 그 명칭에 불구하고 **비법인사단**에 해당한다(대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721 판결).”

여, 그 구성원 개개인에게 민법상 권리, 의무를 일일이 귀속하기 어렵다는 측면에서 그렇게 본 것이며, 상가조합과 주택조합은 상당히 다층적인 법률관계를 가지고 있기 때문에 그 법적 성격을 이와 같이 단언하기는 어렵다.

우선, 상가조합이 진행하는 상가건설사업의 경우, 각 조합원들은 자신이 추후 상가를 분양받을 지위에 있게 되므로, 해당 사업을 진행함에 있어 자신의 의사를 표현하고 발언권을 적극적으로 행사하게 되는바, 그러한 점에서 조합원 개개인의 권리와 의무가 강조되는 측면이 있다. 주택조합 역시 등록사업자와 공동사업주체가 되어 주택건설사업을 진행하므로, 조합원은 단순한 주택매수인에 그치는 것이 아니라 사업주체를 구성하여 자신의 의사를 관철시키는 적극적 지위를 보유하고 있다는 점, 조합원에게 분양되는 공동주택은 조합원 개개인에게 원시취득되고 조합원명의로 보존등기가 이루어진다는 점 등을 고려할 때, 주택조합 역시 그 조합원과의 내부관계의 측면에서 ‘조합’의 성격을 지닌다.

동시에, 사업주체로서의 상가조합 및 주택조합은 조합 구성원 개개인으로부터 독립된 실체로서의 성격도 지닌다. 상가조합이 상가 건축을 마치고 이를 분양하는 절차에 있어, 각 조합원들에게 분양하는 ‘조합원 분양분’도 있겠지만, 조합원이 아닌 다른 일반인에게 분양을 진행하는 ‘일반분양분’도 존재한다. 주택조합의 사업에서도 일반분양분이 존재하는데, 이와 같은 일반분양분의 경우 조합이 이를 취득하여 일반분양자에게 이전하는 점, 일반분양분은 조합명의로 등기된다는 점을 고려할 때 각 조합은 구성원들로부터 독립된 단체성을 보유한 독자적인 행위주체로서의 ‘사단’으로서의 성격을 지닌다고도 볼 수 있다.²⁸⁾

따라서, 각 조합이 일률적으로 ‘비법인사단’의 성질을 가진다고 단언하기는 적절하지 않을 것이며, 각 조합이 진행하는 사업의 절차와 문제되는 이해관계 등 제반 사정을 고려하여 ‘사단’과 ‘조합’ 중 어떠한 측면에서의 성격이 강조되는지를 판단하여야 할 것으로 보인다.

IV. 시공자의 책임 및 조합과 시공자의 법률관계

1. 독자적인 건축주로서의 상가조합과 시공자

[독자적인 건축주로서의 상가조합의 역할]

이와 같은 일련의 상가개발사업 진행 과정에 있어, 상가조합은 독자적인 사업시행자, 즉 건축법상 ‘건축주’로서의 지위에서 사업 진행을 총괄하고, 그로부터 파생되는 권리와 의

28) 김종보, 위의 글(2007), 185~186면.

무의 전적인 주체로 기능한다.

우선 상가조합은 ❶ 건축법상 건축허가(제11조) 및 건축신고(제14조)의 주체이자 명의자가 되고, 시공자를 선정한 후 공사에 착공함에 있어서는 ❷ 착공신고(제21조)의 의무자이다. 그리고, ❸ 공사 진행 과정에 있어서도 시공자의 설계변경 요청에 동의하여 줄 의무(제24조 제3항), 공사 현장의 공정 및 안전 관리를 위하여 현장관리인을 지정할 의무(제24조 제6항), 공사감리자를 지정하여 감리업무를 수행하게 할 의무(제25조) 등 각종 의무를 부담하고, 나아가 ❹ 건축물의 준공 후 사용승인(제21조)을 받음에 있어서도 그 신청의 주체이자 명의자가 되어, 해당 사용승인 서류를 통하여 작성된 건축물대장상 건축물의 최초 소유권자가 된다. 아울러, ❺ 이와 같은 건축법상 의무를 위반하는 경우 상가조합은 건축주로서의 책임을 부담하게 되는데, 공사중지 등 조치(제79조), 이행강제금(제80조) 및 각종 벌칙(제106조 이하)의 부과 대상이 된다.

이와 같이, 상가조합은 원칙적으로 상가개발사업의 독자적인 사업시행자로서 건축법의 규율에 따라 자신의 이름과 책임으로 개발사업 전체를 주도적으로 진행하고 그에 따른 책임을 부담하여 상가건물을 건축하고, 이를 조합원들에게 분양하게 된다.

[상가조합과 시공자와의 관계(‘시행’과 ‘시공’의 명확한 구분)]

건축법상 사업시행자인 ‘건축주’와 실제로 공사를 진행하는 ‘시공자’는 명확하게 구분되는 개념이다. 건축법 제2조 제1항 제12호는 ‘건축주’를 “건축물의 건축·대수선·용도변경, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조에 관한 공사를 발주하거나 현장 관리인을 두어 스스로 그 공사를 하는 자”로, 동조 제1항 제16호는 ‘공사시공자’를 “「건설산업기본법」 제2조 제4호²⁹⁾에 따른 건설공사를 하는 자”로 각 구분하여 정의하고 있다. 그리고, 건축법상 (ㄱ) 건축주는 건축사업의 진행을 총괄하는 사업시행자로서의 의무를 부담하도록 되어 있고[인·허가(제11조, 제14조, 제21조 및 제22조), 공사의 총괄 및 관리의무(제24조 제6항, 제25조 등) 및 위반시의 각종 제재나 벌칙 등의 부과(제79조, 제80조 및 제106조 이하)], (ㄴ) 공사시공자는 건축시공과 직접 관련된 의무(제24조, 제25조 제3항, 제28조, 제41조, 제52조의4 제1항 등)에 한정하여 그 역할을 부여하고 있어, 양 주체의 구별을 분명히 하고 있다. 무엇보다, 제15조 제1항은 ‘건축관계자’의 역할에 대하여 규정하면서, 제2항에서 ‘건축주와 공사시공자’의 계약으로 그 책임에 관한 내용과 범위를 정한다고 하여, 양 주체의 역할이 구분된다는 점을 명확히 하고 있다.

29) 건설산업기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "건설공사"란 토목공사, 건축공사, 산업설비공사, 조경공사, 환경시설공사, 그 밖에 명칭과 관계없이 시설물을 설치·유지·보수하는공사(시설물을 설치하기 위한 부지조성공사를 포함한다) 및 기계설비나 그 밖의 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공사는 포함하지 아니한다(각 목 생략).

‘건축주’의 권리·의무 관련 조항	‘공사시공자’의 권리·의무 관련 조항
제11조(건축허가) 제14조(건축신고) 제16조(허가와 신고사항의 변경) 제17조의2(매도청구 등) 제21조(착공신고 등) 제24조(건축시공) 제6항: 현장관리인 지정의무 제25조(건축물의 공사감리) 제42조(대지의 조정) 제64조(승강기) 제75조(건축주 등의 의무) 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) 제1항 제106조(벌칙), 제110조(벌칙)	제24조(건축시공) 제25조(건축물의 공사감리) 제3항: 감리자의 재 시공 요청 및 건축공사 중지요청에 응할 의무 제28조(공사현장의 위해 방지 등) 제41조(토지 굴착 부분에 대한 조치 등) 제52조의4(건축자재의 품질관리 등) 제1항 제75조(건축주 등의 의무) 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) 제1항 제106조(벌칙), 제110조(벌칙)

따라서, 건축주로서의 상가조합은 사업을 진행함에 있어 시공자인 건설회사와 명확하게 구별된 역할을 수행하며, 시공자의 공사 진행을 관리하고 감독하는 업무를 하게 된다. 이는 주택법의 사업주체가 사업시행자로서의 지위 및 시공자로서의 지위를 이중적으로 보유하는 것과 다소 대조적이다. 이에 관하여는 주택조합 부분에서 후술한다.

[보론: 상가조합과 시행사, 시공사와의 관계]

한편, 이와 같은 상가조합은 조합원들로부터 분담금을 받아 조합 자체적으로 조달한 자기 자본으로 개발사업을 진행하는 경우도 있지만 이는 사실상 예외적인 경우에 해당한다. 상가 개발사업에 있어서는 조합비, 토지매입비, 상가건축비 등 개발비용이 적지 않게 들어가는데, 조합원들의 분담금이나 은행 대출만으로 이를 해결하기는 쉽지 않기 때문이다. 이에, 많은 경우 사업 경험이 있는 시행사나 시공사들로부터 시행대행이나 공동사업을 전제로 자금을 지원받아 사업을 진행하게 된다.

이들은 조합비 면제, 토지매입비 및 건축비 대납, 추가분담금 대납 등을 조건으로 제시하고, 심지어는 조합 결성 단계에서부터 주도적으로 생활대책용지 공급대상자들을 유치하고자 경쟁하기도 한다. 개발 이익이 상당할 것이라고 예측되는 소위 ‘인기 지역’에서는 시행사들이 서로 자신이 결성하는 조합에 더 많은 조합원들을 유치하기 위하여 과하게 경쟁하게 되고³⁰⁾, 그러한 과정에서 각 시행사나 시공사들이 무리하게 조달하여 사용한 자금 문제에 조합 임원이나 간부가 잠적하는 문제도 발생한다.³¹⁾ 대부분의 생활대책용지 공급 대상 사업의 경우 대상자들의 조합 중복 가입을 규제하고 있기 때문에, 이 경우 조합원들은 진퇴양난의 상황에 처하게 되고, 이미 가입한 조합의 행정업무 마비로 인하여 타 조합으로 이전

30) 판교신도시의 경우 약 15개 이상의 (예비) 조합이 결성되었다.

31) ‘판교 상가조합 조합원 유치전 치열’, 성남일보, 2007. 8. 23.

하는 등 사업 진행 과정에서 혼란이 초래된다.

뿐만 아니라, 분명 상가조합이 사업시행자의 지위에 있고, 사업 진행에 관한 의사결정을 하는 주체는 대상 생활대책용지의 권리자인 개별 조합원들 및 이들로 구성된 조합임에도 불구하고, 자금을 조달하여 주는 시행사 혹은 시공사가 조합의 의사를 사실상 독단적으로 결정하게 되거나 조합원들의 의견을 묵살하는 경우도 발생한다.

2. 지역조합에서의 시행과 시공의 모호한 경계

[지역조합과 등록사업자와의 관계(‘시행’과 ‘시공’의 모호한 경계)]

‘사업시행’과 ‘시공’은 명확히 구별되는 개념이다. ‘사업시행’이란 사업의 기획, 주택의 건설 및 분양, 자금의 조달 등 주택건설사업의 전 과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위를 의미하는 것으로³²⁾, 시공사 선정 및 협약 체결 등의 행위를 포함하는 주택건설사업과 관련된 일체의 업무를 포함하며, 나아가 사업주체가 등장하기 이전 단계에서의 토지소유권 확보 및 지역조합 설립 준비행위와 같은 행위도 넓은 의미에서는 사업시행에 포함될 수 있을 것이다. 그리고, ‘시공’이란 건축법의 정의규정을 참고하면, 건설산업기본법에 규정된 건설업면허를 가지고 있는 자들이 물리적인 시설공사를 하는 행위라고 정의할 수 있으며, 이는 주택법상의 시공에도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.³³⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 건축법상 사업시행자인 ‘건축주’와 실제로 공사를 진행하는 ‘시공사’가 명확하게 구분되어 있는 것과 달리, 주택법은 시행과 시공행위를 명확하게 구별하고 있지 않다. 제2조의 정의규정에서 사업시행자에 해당하는 ‘사업주체(제10호)’에 대한 정의를 하고 있기는 하나, 건설공사를 진행하는 주체인 ‘시공사’ 및 유사 개념에 관한 정의규정은 두고 있지 않다. 제4절 ‘주택의 건설’ 중 ‘제33조(주택의 설계 및 시공)’ 제2항에서 “제1항에 따른 주택을 시공하는 자(이하 “시공사”라 한다)와 사업주체는 설계도서에서 맞게 시공하여야 한다”고 규정하여, 해당 조항을 통하여 주택을 시공하는 자와 사업주체가 개념상 분리된다는 것을 알 수 있을 뿐이다.

이와 같이, 주택법에서 사업시행과 시공을 명확하게 구별하려는 시도를 목도하기 어려운 것은, 주택법상 원칙적인 사업시행자인 ‘등록사업자’가 단독으로 사업을 시행하는 경우 사업주체와 시공자의 지위를 겹치게 되고, 시행과 시공이 등록사업자라는 단일한 주체에 의하여 이루어지기 때문에 둘을 구별할 실익이 크지 않아서인 것으로 판단된다.

그러나, 예외적으로 지역조합이 등록사업자와 공동사업주체가 되어 사업을 진행하는 경우에는, ❶ 등록사업자가 지역조합과 함께 시행업무를 진행하면서, 동시에 ❷ 시공사로서 지

32) 김종보, 위의 글(2007), 179면.

33) 김종보, 위의 글(2007), 180면.

역조합과 사이에 공사도급계약을 체결하게 되어, 등록사업자가 시행자와 시공자로서의 이중적 지위를 겸하게 되는 경우가 발생하게 된다.³⁴⁾ 이에, 지역조합과 등록사업자 사이에 주택건설사업의 책임영역에 관하여 분쟁이 발생한 경우, 해당 영역이 ‘시행’의 영역인지 혹은 ‘시공’의 영역인지를 구별하여야 할 필요가 있을 것이다.

대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다19410 판결

이 사건 보증서 발급 당시에 시행되던 구 주택건설촉진법(1999. 2. 8. 법률 제590호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 및 그 시행령(1999. 4. 30. 대통령령 제16283호로 개정되기 전의 시행령, 이하 ‘시행령’이라고 한다)은 주택사업공제조합이 행하는 보증사업의 범위를 제한적으로 열거하면서 그 각 보증의 정의를 구체적으로 규정하고 있으므로(법 제47조의7 제1항 제1호 및 시행령 제43조의5 제1항), 주택사업공제조합은 법에 열거되어 있는 보증 이외의 보증은 행할 수 없다고 할 것인데(대법원 1993. 7. 27. 선고 92누15673 판결 참조), 법 시행령은 주택사업공제조합이 행하는 보증 중 주택조합 등과 공동으로 주택을 건설하고자 하는 주택건설사업자가 그 공동사업과 관련하여 주택조합 등에 제출하는 보증으로는, 주택의 사용검사가 완료된 후에 발생하는 하자의 보수에 대하여 책임을 지는 하자보수보증과 주택의 시공이행을 담보하기 위한 시공보증만을 규정하고 있을 뿐(시행령 제34조의4 제3호, 제43조의5 제1항 제1호, 제5호), 주택건설사업자가 공동사업약정에 기하여 주택조합 등에 대하여 부담하는 일체의 채무를 담보하기 위한 공동사업약정 자체에 관한 이행보증은 이를 보증의 종류로 규정하고 있지 아니하므로, 주택사업공제조합이 원고 조합과 공동으로 주택을 건설하고자 하는 소외 화인건설 주식회사(이하 ‘소외 회사’라고 한다)의 위탁에 의하여 원고 조합에게 발급한 이 사건 보증서에 의한 보증은 소외 회사가 이 사건 공동사업약정에 기하여 원고 조합에 대하여 부담하는 일체의 채무를 담보하기 위한 것으로 보기는 어렵고, 이는 기껏해야 소외 회사의 원고 조합에 대한 주택의 시공이행만을 담보하기 위한 것에 불과하다고 보아야 할 것이다.

구 주택건설촉진법이 시행될 당시의 대법원 판결례 중에서는, 해당 사건에서 문제가 된 주택사업공제조합의 보증에 관하여, 주택조합과 등록사업자가 체결한 공동사업약정 중 등록사업자의 조합에 대한 주택의 시공이행만을 담보하기 위한 것이라고 하여, 지역조합과 등록사업자가 체결한 협약 중 ‘시공’ 부분을 별도의 부분으로 인정하는 듯이 판시한 것이 있다.

다만, 해당 판결은 기본적으로 ‘관계 법령이 공동사업약정 자체에 관한 이행보증’을 규정하고 있지 않고, 하자보수 및 시공보증만을 열거적으로 규정하고 있다는 점에 착안하여 이와 같은 판시를 한 것이므로, 해당 판결을 들어 주택법상 ‘시행’과 ‘시공’ 개념이 대법원에 의하여 명확하게 구별되었다고 단언할 수는 없을 것이다.

그렇지만, 이와 같이 공동사업주체 사이에 책임의 소재가 문제되는 일이 발생할 수 있고, 주택조합을 통하여 주택건설사업을 진행하는 추세가 갈수록 증가하고 있는 점을 고려할 때, 사업주체 간의 원활한 책임 분배 및 분쟁 해결을 도모하기 위해서라도 양 개념은 명확히 구별되어야 할 것이고, 이는 궁극적으로는 입법적 해결을 통하여 그 해결책이 모색되어야 할 것으로 판단된다.

34) 김종보, 위의 글(2007), 180면.

[보론: 변형된 지역조합사업]

지역조합과 등록사업자가 공동사업주체의 지위에서 주택건설사업을 진행하는 경우, 주택법은 지역조합이 사전에 구성원들을 모아 대상 토지의 소유권을 적법하게 확보하고, 이를 토대로 등록사업자를 물색하여 사업 시행에 관한 협약을 체결한 후 공동으로 사업을 추진할 것을 예정하고 있다. 즉, 원칙적으로는 지역조합이 설립되어 조합설립인가를 득한 후 적법하게 개최된 조합 총회에서 공동사업주체인 등록사업자가 선정되어야 한다. 그러나, 주택법은 법령의 미비 등을 이유로 지역조합이 공동사업주체인 등록사업자(시공사)를 선정하는 시기 및 방법에 대한 규정을 거의 두고 있지 않으므로, 이에 따라 실제로는 등록사업자가 당초부터 사업을 기획하여 토지소유자들을 유치하고, 토지를 매입하여 조합을 설립하는 등, 지역조합의 설립 단계부터 주도적으로 참여하여 진행하는 경우가 상당하다.³⁵⁾ 즉, 조합원이 주택사업건설의 진행을 위하여 자발적으로 조합을 만드는 것이 아니라, 등록사업자의 자본이 먼저 투입되어 그들이 계획한 대로 조합원을 모집하거나, 건설사 또는 시행사들이 먼저 땅을 마련해 놓고 조합원을 모집하여 그들에게 땅의 지분을 넘겨주는 ‘변형적’인 형태로 사업이 변질되는 것이다.

이 경우, 법적으로 지역조합과 등록사업자는 공동사업주체의 지위에 있지만, 사실상 지역조합이 등록사업자에 종속되고 등록사업자가 독단적으로 사업을 진행하는 형국이 되므로, 조합원들은 자신들이 분양받게 될 주택을 건설하는 사업임에도 불구하고 주도적으로 발언권을 행사하거나 의사 결정권을 행사하기 어렵게 된다.

V. 상가조합과 지역조합의 비교 종합

이상 살펴본 바와 같이, 건축법에 따라 ‘상가조합’이 건축주가 되어 진행하는 상가건설사업 그리고 주택법에 따라 ‘지역조합’이 사업주체가 되어 진행하는 주택건설사업을 비교한 결과를 정리하여 보면 아래와 같다.

	건축법 및 동법에 의하는 상가조합	주택법 및 동법상 지역조합
사업시행자 개념	• 건축주 (건축법 제2조 제1항 제12호)	• 사업주체 (주택법 제2조 제10호)
사업시행자	• 상가조합(단독 건축주의 지위) • 생활대책용지 공급대상자들로 구성	• 원칙: 등록사업자 등의 단독시행 • 예외: 등록사업자와 주택조합의 공동시행(공동사업주체의 지위)

35) 김종보, 위의 글(2007), 179면 및 188면 참조.

조합의 구성 및 법적 성격	• 생활대책용지 공급 공고에 따라 공급 대상자들이 자율적으로 조합을 결성하여 등록절차를 진행 • 조합원들이 직접 권리를 모아 건축주가 되어 상가개발사업을 진행(시행조합) • 민법상 비법인사단(판례)	• 지역조합은 동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립하는 조합으로, 조합설립인가를 득하여야 사업주체가 됨 • 민법상 비법인사단(판례) • 그러나 사실상 조합 및 사단으로서의 이중적 지위를 가짐
개발사업의 진행 과정	• 크게 생활대책용지 분양절차 및 상가건설사업 진행절차로 구별 가능 • 생활대책용지 분양절차: 상가조합 구성 및 등록, 조합 명의로 매입신청 및 추첨, 용지에 관하여 매매계약 체결 및 대금 납입 절차 진행 • 상가건설사업 진행절차: 설계, 건축허가 신청, 시공사 선정, 착공 및 공사진행, 사용승인 및 분양/임대 절차	• 주택조합설립인가를 통하여 주택조합이 설립되고, 등록사업자와 사이에 공동사업의 시행을 위한 협약을 체결 • 사업계획을 작성하여 시장, 군수의 사업시행계획승인을 득함 • 주택건설공사에 관하여 도급계약 체결 • 공사 진행하여 준공한 후 조합원 등에게 분양하는 절차 진행
조합의 역할 및 시행과 시공의 분리 여부	• 사업 진행 과정에 있어 상가조합은 독자적인 사업시행자인 ‘건축주’의 지위에서 사업 진행을 총괄하고 그로부터 파생되는 권리, 의무의 주체가 됨 • 건축법은 법규정상으로 ‘시행’과 ‘시공’의 개념 및 주체를 분명하게 구분하고, 각 영역에서의 권리, 의무를 명확하게 규정하고 있음.	• 건축법과 달리 주택법은 시행과 시공 행위를 명확하게 구별하고 있지 않음 • 주택법령이 시행된 연혁상 원칙적으로 등록사업자가 단독으로 사업을 시행하는 경우 사업주체와 시공자의 지위를 겹치게 되므로 양자를 구별할 실익이 크지 않아서인 듯함 • 공동사업주체 사이에 책임의 소재가 문제되는 경우가 있을 수 있으므로 궁극적으로는 입법을 통하여 각 개념과 주체의 명확한 구별이 필요함
변형된 조합사업	• 원칙적으로 상가조합이 독자적인 사업시행자의 지위에 있음에도 불구하고 시행(대행)사들이 사업 진행을 독단적으로 이끌어나가는 경우가 발생하고 있음.	• 원칙적으로는 지역조합의 설립 및 인가 이후 등록사업자를 공동사업주체로 선정하여야 하나, 실제로는 등록사업자가 조합의 설립 단계부터 주도적으로 사업을 진행하여, 조합원들이 의사결정권을 행사하기 어려운 경우가 발생하고 있음.

VI. 결론

개발사업을 진행하는 사업시행자는 건축법상 ‘건축주’와 주택법상 ‘사업주체’로 정의될 수 있고, 이에 착안하여 본 글에서는 (ㄱ) 건축법에 따른 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합과 그를 중심으로 하여 진행되는 상가개발사업, 그리고 (ㄴ) 주택법상 지역

조합을 중심으로 진행되는 주택공급사업을 비교하여 보았다.

상가조합과 지역조합은 모두 개발사업의 사업시행자 지위에 있다고 볼 수 있으나, 건축법과 주택법의 각기 다른 규율 체계로 인하여 사업 진행 과정에서의 세부적인 측면에서 차이점이 드러나며, 이에 따라 사업의 진행 양상 또한 다르게 나타남을 발견할 수 있다. 그리고, 양 사업 모두에 있어서 관계 법규정이 예정한 바와 달리, 사업을 주도하려는 시행사와 시공사의 의도 하에 변형된 형태로 사업이 진행되는 경우가 증가하고 있다는 점도 살펴보았다.

개발사업은 시대와 상황의 변화에 가장 민감하게 반응하는 사업들 중 하나일 것이다. 이에, 현실에서 기존의 관행이나 법령에 의하여 규율되지 못하는 부분이 생기거나 법령의 미비가 발견될 경우, 이를 궁극적으로는 입법적 혹은 정책적으로 해결하여, 변화하는 현실 속에서 개발사업을 규율하는 각 법규의 도입 목적을 여실히 구현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018.

[논문]

김대호, ‘도시개발사업에서 정당한 보상을 위한 생활보상제도 개선방안 연구’, 한국 지역개발학회 학술대회, 한국지역개발학회, 2010.

김승중, ‘생활보상의 법적 성격에 관한 연구’, 『서울법학(제23권 제1호)』, 서울시립 대학교 법학연구소, 2015.

김종보, ‘지역조합 사업주체의 권한과 책임’, 지방자치법연구(제7권 제2호), 한국지방 자치법학회, 2007.

박용한, ‘이주자 생활대책 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구 - SH공사 문정지구 를 중심으로’, 한국전자통신학회논문지(제7권 제6호), 한국전자통신학회, 2012.

박현정, ‘공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사’, 법학논총 (제36권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2019.

[칼럼]

김종보, ‘건축주와 사업시행자’, 도시개발신문 게재 칼럼

김종보, ‘수상한 지역조합’, 도시개발신문 게재 칼럼

김종보, ‘지역조합제도의 폐해’, 도시개발신문 게재 칼럼

[신문기사]

‘판교 상가조합 조합원 유치전 치열’, 성남일보, 2007. 8. 23.

‘[부동산가이드] 상가딱지가 뭐지?’, 프라임경제, 2008. 3. 25.

‘[강산의 돈되는 땅투자] 부동산 공동구매 끝판왕 생활대책용지 주목하라’, 이코노 믹리뷰, 2016. 5. 16.