월간 건축사 VOL. 654 October 2023 별책부록

쉽게 풀어쓴

건축분쟁 사례해설 소송판례집

법적 건축분쟁 사례해설,
소송판례집

건축 현장에서 실제 발생한
분쟁 사례에 대한
대법원 판례에 근거하여
건축분쟁의 쟁점과
해법에 대하여 기술

대한건축사협회

새로운 건축사 의무가입 시대
건축의 공공기여 길 넓히고, 각종 사회문제 대안 제시할 것
본 도서, 보다 나은 도시·건축공간을 만드는 데 도움 되길

'대한건축사협회 의무가입' 건축사법이 2022년 2월 3일 개정·공포, 지난 8월 3일 유예기간이 끝나며 '건축사 의무가입 시대'가 본격적으로 시작됐습니다.

의무가입 건축사법 개정은 다양한 공공적 가치를 건축에 반영하기 위한 건축사의 업무 경쟁력 제고가 사회적으로 필요해짐에 따라 건축사에게 필요한 높은 수준의 역량과 윤리의식을 자율적으로 함양하여 건축사의 사회적 책임과 역할을 다하기 위함입니다.

앞으로 우리 건축사는 이러한 법 개정 취지에 발맞춰 대한민국 건축계 통합의 계기를 만들기 위해 노력해야 하며, 국가 건축정책의 진정한 동반자 역할을 할 수 있는 공인으로서의 역할도 적극 펼쳐나가야 하겠습니다. 복지, 교육, 안전, 환경 등 여러 분야에서 건축이 국가 정책과 직간접적으로 연관된 만큼 청년 세대의 고민, 주거·부동산·고령화 문제에 대해서도 대안을 제시해야 하며, 또 우리 건축문화를 지키고, 계승·발전시켜 대한민국 건축문화를 세계에 알려야 합니다.

새로운 의무가입 시대를 맞아 이번 협회가 발간하는 「건축법령 질의회신집」과 「건축분쟁 사례해설·소송판례집」은 우리 건축사가 건축이 갖는 공공적 가치를 구현하고 주거 안정, 건축 안전에 대한 국민적 요구에 맞춰 공적 영역에서 국민에게 보다 품질 높은 건축환경을 제공하기 위한 노력의 일환입니다. 월간 건축사지 부록(9월, 10월)으로서 「건축법령 질의회신집」과 「건축분쟁 사례해설·소송판례집」 2권을 한 세트로 별도로 발간하여 상호보완될 수 있도록 했으며, 국토교통부 감수를 받아 법제처 법령해석 사례를 비롯하여 자문변호사의 법적 자문을 거쳐 건축 현장에서 실제 발생한 갖가지 분쟁사례에 관한 판례 및 의결에 근거하여 건축분쟁의 쟁점과 해법을 실무자의 입장에서 기술해 도움이 될 수 있도록 했습니다.

아무쪼록 이 책이 보다 나은 도시·건축공간을 만들어 나가는 데 도움이 되길 바라며, 건축에 대한 이해를 넓혀 건축문화 발전을 위한 밑거름이 되길 희망합니다. 대한건축사협회는 앞으로도 건축사가 '건축물과 공간 환경의 질적 향상, 건축문화 발전'이라는 사회적 책임과 의무를 다할 수 있는 제도적 기반을 마련하고, 건축 과정에서 부딪히는 문제해결을 돕기 위한 전문서적과 실무 경험을 망라한 실무서를 발간하는 데 앞장서겠습니다.

2023. 9.

대한건축사협회 회장 석 정 훈

CONTENTS

PART 1 건축분쟁 사례 해설

1. 건축사사무소 법인 구성원 변경 026
2. 건축사의 상인성 027
3. 설계 시 건축사의 주의 의무 029
4. 설계업무 중도타절 030
5. 설계 저작권 033

PART 2 건축 관련 소송 판례

* 2010년 이전 자세한 판결 내용은 '대법원 판례 검색'을 통해 살펴볼 수 있습니다

1장 건축사법 위반 및 업무정지 명령취소

1-1. 건축사법위반(대법원 2020. 3. 12. 선고 2018도20188) 036
건축사법 제10조에서 금지하는 '타인에게 자기의 성명을 사용하여 건축사의 업무를 행하게 하는 행위'에 타인이 자기의 이름을 사용하여 건축사의 업무를 하는 것을 양해 또는 허락하거나 이를 알고서 묵인한 경우가 포함된다.

1-2. 업무정지처분 및 건축사등록취소처분취소(대법원 2002.1.25 선고, 2001두1635) 038
감리자의 감리 이후 건축주와 시공사의 임의에 의한 무단증축 사항은 감리자의 불성실한 감리업무로 인한 것이라 할 수 없으며 그로 인한 업무정지처분은 위법이라 할 수 있다.

1-3. 영업정지처분취소(대법원 1991.8.27 선고, 91누3512) 038
건축사업무정지처분을 받은 건축사는 건축사업무정지명령에서 정한 정지기간이 도과하였다고 하더라도 그 처분으로 인하여 장래 건축사사무소등록취소라는 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있다면 건축사 업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.

1-4. 건축사사무소등록취소처분취소(대법원 1989.12.12 선고, 89누5249 판결) 038
건축사사무소폐쇄명령 이전에 설계업무를 위탁받아 완료하고 그 기간 종료 후에 건축허가신청업무 수행 시 이는 "건축사법 또는 건축법에 의한 명령 또는 처분에 위반한 때"에 해당하지 않는다.

1-5. 건축사사무소등록처분취소(대법원 1984.8.21 선고, 84누249) 039
완공되지 않은 주택을 완공된 것처럼 점검표에 서명날인한 확인건축사에 대한 건축사사무소 등록취소처분은 정당하고 재량권일탈의 위법이 있다고 볼 수 없다.

1-6. 건축사업무정지처분취소(대법원 2000.4.21 선고, 98두10080) 039
건축사 업무정지처분을 받고 정지기간이 지난 후 새로운 제재처분을 받을 우려가 없다면, 업무정지처분에서 정한 정지기간이 경과한 후에 업무정지 처분을 구할 법률상 이익이 없다.

1-7. 건축사업무정지명령처분취소(대법원 1993.10.8 선고, 93누15069) 039
건축사법 시행규칙 제22조의 규정은 건축사사무소의 등록취소 등에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것이므로 이 규칙은 행정조직 내부에서 관계 행정기관이나 직원을 기속함에 그치고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력은 없다.

1-8. 건축사업무정지처분취소(대법원 1992.11.24 선고, 91누12172) 039
건축사의 공사감리업무 종료시기는 준공검사에 합격됨으로써 더 이상 당해 건축물에 대한 감리를 필요하지 않을 때이다.

1-9. 건축사업무정지처분취소(대법원 1991.4.12 선고, 90누8886) 039
건축사가 공사감리자로서의 의무이행을 다하지 못하였다 하더라도, 시공위반의 정도가 경미하고, 위반내용의 시정을 위하여 노력하였으며 사후에 시정이 되어 준공검사까지 마쳤다면 그 건축사에 대한 1개월간의 건축사업무정지처분은 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다.

1-10. 건축사업무정지명령취소(대법원 1990.10.23 선고, 90누3119) 039
건축사업무정지명령에서 정한 정지기간이 도과하였다고 하더라도 그 처분을 받은 전력으로 인하여 건축사사무소등록취소라는 법률상의 이익이 침해되었다면 건축사 업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.

1-11. 건축사업무정지처분취소(서울고법 1990.4.12 선고, 89구14450) 039
일반공사감리자가 위법공사보고서의 제출의무를 게을리 한 것은 공사감리자의 의무이행을 게을리 한 경우에 속한다.

1-12. 건축사법위반, 뇌물공여(대법원 1997.12.26 선고, 95도2540) 040
건축사가 아니더라도 법인을 설립하고 그 법률상 대표자를 건축사로 하기만 하면 그 법인 명의로 건축사를 고용하여 건축사사무소를 개설·등록할 수 있다.

1-13. 건축사법위반(대법원 1993.10.12 선고, 93도1888) 040
건축허가나 준공검사 신청 시 관계서류에 허위의 사실을 기재하지 아니하였다면, 조사 및 검사를 허위로 한 것이라고 볼 수 없다.

1-14. 건축사법위반(대법원 1983.8.23 선고, 82도471) 040
건축사법 제4조 제1항의 "건축사가 아니면 할 수 없는 설계"란 건축허가를 받기 위하여 건축허가신청서에 첨부하여 제출하는 당해 설계도서를 의미하고 그 설계도서 작성을 위한 준비행위로서 작성한 기초도면은 이에 포함되지 않는다.

2장 설계용역비, 감리비 등

2-1. 감리비(대법원 2006.11.23 선고, 2004다3925) 040
감리계약이 감리인의 귀책사유 없이 도중에 종료한 경우, 이미 처리한 감리사무의 비율에 따라 정하여야 한다.

2-2. 감리비(대법원 2003.1.10 선고, 2002다11236) 040
주택건설촉진법상의 공동사업주체가 사업계획 승인권자의 감리자 지정에 따라 공동으로 감리계약을 체결한 경우 그 공동사업주체의 1인이 파산선고를 받은 것만으로 감리계약이 종료된다고 볼 수 없으므로 건축주는 감리자에게 감리비를 지급하여야 한다.

2-3. 용역비(대법원 2008.5.8 선고, 2008다1415) 040
건축주의 귀책사유로 설계업무가 중단되었다면, 건축주는 건축사에게 설계용역비를 지급할 의무가 있다.

2-4. 용역비(부산고등법원 2006.6.15. 선고 2005나20736) 041
건축사의 업무범위는 작업한 부분에 대하여 용역비지불기준에 따라 산정한 설계비를 지급할 의무가 있다.

2-5. 용역비(서울고등법원 2005.1.14 선고, 2004나4845) 041
건축주가 사업부지에 대한 소유권을 이전 받거나 토지사용승낙서를 받지 못하여 건축사의 업무이행이 중단되었다면, 건축주는 건축사에게 계약사항에 따른 용역비를 지급하여야 한다.

2-6. 용역비(대전지방법원 2004.7.22 선고, 2004나528) 041
건축설계 및 감리용역을 완수하였다면 설계 및 감리용역에 대한 미지급 용역대금을 지불하여야 한다.

2-7. 용역비(대법원 2003.10.23 선고, 2003다37662) 041
건축사의 귀책사유로 인하거나 쌍방의 귀책사유 없이 사전결정승인을 받지 못한 경우에는 계약금을 일부 반환하기로 약정하였으나, 발주자의 귀책사유로 사전결정신청이 반려되었다면 건축사는 계약금의 반환 의무가 없다.

2-8. 용역비(대법원 2003.4.11 선고, 2002다70884) 041
건축사 자격이 없는 사람이 마치 자격이 있는 것처럼 행세하면서 설계용역계약을 체결한 경우 건축주가 일으킨 착오는 계약을 취소할 수 있는 중대한 착오에 해당하고 일반인의 입장에서 건축사 자격증의 제시를 요구한다거나 건축사단체에 자격 유무를 조회하여 이를 확인하여야 할 주의의무가 있다고 볼 수는 없다.

2-9. 용역비(대법원 2002.9.10 선고, 2002다39357) 043
설계용역계약상의 지위를 승계하였다면 승계자는 용역비를 지불해야 한다.

2-10. 용역비(대법원 2002.2.8 선고, 2001다75554) 043
주택건설사업 진행 중 사업주체를 변경하는 사업계획의 변경이 있을 때, 새로운 사업주체와 감리자 사이에 신규의 감리계약을 체결하는 등의 별다른 사정이 없는 한, 사업주체 변경 후 준공에 이르기까지의 감리비는 당초 계약 내용에 따라 종전의 사업주체가 부담하여야 한다.

2-11. 용역비(대법원 2001.4.10 선고, 2001다1829) 044
다툼이 있는 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 정산합의를 하고 정산동의서를 작성한 것만으로 설계용역비 전체에 대한 정산이 완료되었다고 할 수 없다.

2-12. 용역비(대법원 2000.8.22 선고, 2000다19342) 044
건설공사감리계약이 도중에 종료된 경우 감리사무에 대한 보수는 감리기간, 인원수, 공사진척강도 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다.

2-13. 설계용역비청구(대법원 2006.1.12 선고, 2005다53385) 044
쌍방의 묵시적 합의에 의하여 계약이 해지되었을 경우, 건축주는 특별한 사정이 없는 한 건축사가 계약에 의하여 수행한 설계용역비 및 행정용역비를 지급할 의무가 없다.

2-14. 설계용역비(대법원 2001.4.10 선고, 2001다7711) 044
건축주가 설계계약을 한 A 건축사의 설계도면으로, B 건축사와 계약하여 건축물을 완성시켰다면, A 건축사는 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다.

2-15. 설계용역비(대법원 1996.6.11 선고, 95다29024) 044
건축사가 건축주의 의사에 따라 건축물에 대한 설계도 등 서류를 모두 완성하였고 '설계업무의 진행에 따라'의 시기가 도래되었다면 건축주는 건축사에게 설계비를 지급해야 한다.

2-16. 설계비반환(대법원 2005.2.17 선고, 2003다18371) 044
일반적인 설계용역계약에서 건축설계도서의 저작권은 건축사에게 있으며 설계도서를 작성한 건축사가 계약 상대방에게 독점적으로 그 설계도서를 이용하여 시공할 수 있는 권한을 부여한 것으로 볼 수 있다. 따라서 계약상대방이 그에 관한 정당한 이용 기회를 상실한 때 건축사가 다른 사람에게 그 설계도서의 이용을 허락하는 행위가 저작권 또는 이용권을 침해한 것이라고는 할 수 없다.

2-17. 설계비(대법원 2007.7.13 선고, 2007다31372) 044
업무의 위탁과 관련한 계약서를 작성하지 않았지만 건축사가 행한 업무는 건축사의 업무범위 내에 있고, 발주자를 위하여 업무를 행하였으므로 발주자는 건축사에게 보수를 지급할 의무가 있다.

2-18. 설계비(대법원 2002.9.6 선고, 2000다60777) 045
학교를 설립한 사람이 속한 법인의 대표자가 학교를 대표하여 경영에 최종적인 의사결정을 하였고 학교 설계와 관련하여 필요한 제반업무를 진행하였으며 그 증거가 확실하다면, 학교법인이 부담하는 설계비 지급 채무를 중첩적으로 인수하였다고 볼 수 있다.

2-19. 설계비(대법원 1999.7.27. 선고, 98다23447) 045
건축설계 계약 시 잔금의 지급을 공사착공 시 또는 허가일로부터 6개월 내에 지급하기로 약정한 경우 건축허가가 나지 아니하였더라도 건축허가에 필요한 실시설계도면을 제작한 건축사에게 설계비를 지급하여야 한다.

2-20. 설계대금(대법원 2001.11.27 선고, 2001다47641) 046
건축주가 설계변경요구 시 추가설계비의 액수조정 실패로 용역계약이 해제되었을 때, 건축사가 수행한 설계용역의 정도에 따라 설계용역대금을 정산하여야 한다.

2-21. 보증채무금(대법원 2000.7.4. 선고, 2000다16824) 047
공사감리계약은 감리대상이 되는 공사의 완성 여부나 진척 정도와는 독립된 별개의 용역을 제공

하는 것을 본질적 내용으로 하는 위임계약의 성질을 가진 것으로, 감리계약이 중단된 경우 그 사무에 대한 보수의 범위는 순전히 수행한 감리업무를 중심으로 정하여야 한다.

2-22. 보증채무금(대법원 2001.5.29 선고, 2000다40001) 047
감리계약이 감리인의 귀책사유 없이 도중에 종료한 경우, 그때까지의 감리사무에 대한 보수는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 이미 처리한 감리사무의 비율에 따라 정하여야 한다.

2-23. 공사대금(광주지법 1999.8.2 선고, 97가합8979) 049
설계물량의 증감의 가림은 실질적으로 설계를 하는데 계약 당시 예정하였던 것보다 더 많은 설계용역이 제공되었는지에 의해 판단하여야 한다.

2-24. 건축설계비청구(대법원 1997.6.10 선고, 97다3989) 051
발주처와 사업대행계약을 맺은 업체와 설계계약을 체결하였다면, 그 이후에 발주처와 사업대행업체 간의 계약이 파기되었다고 할지라도 계약상 효력을 인정한다.

2-25. 건축설계대금(서울남부지방법원 2007.2.15 선고, 2006나7728) 052
발주자의 남편과 적법하게 설계계약을 체결하였고, 이에 따라 설계도면을 작성한 후 관할구청장으로부터 건축허가를 얻는 등 설계계약에 따른 모든 의무를 이행하였으므로, 발주자는 원고에게 설계계약상의 설계용역대금을 지급해야 한다.

3장 손해배상, 저작권 등 기타 사례

3-1. 이행강제금부과처분취소(대법원 2010.10.14. 선고 2010두13340) 052
건축법 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자가 실제 건축주가 아니라고 하더라도, 원칙적으로 건축법 제79조 제1항에 의한 시정명령의 상대방이 되는 건축주에 해당한다고 본 판례(건물에 대한 건축허가를 받은 갑이 건축 중이던 건물 및 대지를 을에게 양도하였으나 을이 명의를 변경하지 아니한 채 사용승인을 받지 않고 건물을 사용하자, 행정청이 건물에 관한 소유권보존등기 명의자인 갑에게 시정명령을 한 후 이행강제금을 부과한 것이 시정명령의 상대방인 건축주 또는 소유자 등에 관하여 법리를 오해하였다고 한 사례)

3-2. 건축(신축)신고불가취소(대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결) 054
건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가 의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당하기 때문에, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우에는 행정청이 수리를 거부할 수 있다.

3-3. 이행강제금부과처분취소청구의소(대법원 2012.3.29. 선고 2011두27919) 056
1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정된 구 건축법 시행 이전에 건축된 건축물에 대하여 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 전부 개정된 현행 건축법 시행 이후 시정명령을 하고, 건축물의 소유자 등이 시정명령에 응하지 않은 경우, 현행 건축법에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다.

3-4. 이행강제금부과처분취소(대법원 2013.1.24. 선고 2011두10164) 058
신고 대상 건축물에 대하여도 건축법상 이행강제금을 부과할 수 있으며, 이 경우 신고를 하지 않고 가설건축물을 축조한 경우에 적용할 이행강제금 부과에 관한 근거 규정 판시.

3-5. 건축법위반(대법원 2013.6.27. 선고 2013도2630) 059
건축법상의 용도변경행위에는 유형적으로 건축물의 용도를 변경하는 행위뿐만 아니라 이미 용도변경된 건물의 승계인이 그 변경된 용도로 계속 사용하는 행위까지 포함된다.

3-6. 업무정지처분취소(대법원 2014.1.29. 선고 2011두29069) 060
구 건설기술관리법 제30조 제1항 제8호에서 감리전문회사에 대한 제재사유로 정한 '당해 시설물이 조잡하게 시공된 때'란, 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서 일반 상식 등에 반하여 시공됨으로써 건축물 자체의 안전성 등이 훼손된 것을 뜻한다.

3-7. 건축협의취소처분취소(대법원 2014.2.27. 선고 2012두22980) 062
구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 , 제2항 , 제11조 제1 항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있여 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다.

3-8. 소유권이전등기(대법원 2014.3.27. 선고 2011다107184) 064
택지를 조성한 후 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우, 명시적 약정이 없더라도 분양사업자가 수분양자에게 주택 건축 및 통행이 가능하도록 인접 부지에 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 원칙이다.

3-9. 건축법위반(대법원 2014.7.24. 선고 2013도13062) 066
'대지를 조성하기 위한 옹벽'이 건축물과 무관하게 미리 축조되거나 건축물이 건축된 이후 별도로 축조되는 경우, 건축물의 허가 또는 신고와 따로 신고를 하여야 한다.

3-10. 건축주변경신고수리처분취소(대법원 2014.10.15. 선고 2014두37658) 067
허가대상 건축물의 양수인이 구 건축법 시행규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장·군수 등 행정관청에 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 경우, 행정관청은 실체적인 이유를 내세워 신고 수리를 거부할 수 없다.

3-11. 건축물대장지번변경및건물철거등(대법원 2014.11.27. 선고 2014다206075) 069
자신의 토지가 건축물대장에 타인 소유 건축물의 대지로 잘못 기재된 경우, 그 대지 지번의 토지 소유자라고 주장하는 사람은 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번정정신청절차의 이행을 구할 소의 이익이 있다.

3-12. 시정명령취소청구의소(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두43640) 070
담장이 건물과 물리적 또는 기능적으로 일체가 되어 독립성을 상실한 경우에는 '건물에 딸린 시설물'에 해당하여 건축법 제79조 제1항에 의한 시정조치의 대상이 되지만 독립한 시설물인 경우에는 건축법 제83조 제1항에 따라 축조신고 대상이 되는 공작물에 해당하는 경우에만 시정조치의 대상이 될 수 있다.

3-13. 건축이행강제금부과처분취소(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017두30764) 072
용도변경된 건축물을 사용하는 행위가 건축법상의 용도변경행위에 포함된다.

3-14. 이행강제금부과처분취소(대법원 2017. 8. 23. 선고 2017두42453) 072
건축법 제19조 제3항에 따라 건축물대장 기재 내용의 변경을 신청해야 하거나 임의로 용도변경을 할 수 있는 경우에는 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 지구단위계획에 맞지 아니한 용도변경'이라는 이유로 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부과처분을 할 수 없다.

3-15. 건축법위반(대법원 2018. 10. 25. 선고 2017도7377) 075
구 건축법상 감리보고서에 기재가 요구되는 의견의 범위에 건축물이 설계도서대로 적법하게 시공되었는지를 확인한 내용이 포함되고, 이때 감리보고서 서식에서 각 항목별 보고를 요구하는 부분이나 건물의 배근, 보 등 건물의 안전과 관련된 부분 등의 변경시공에 관하여는 공사감리자의 의견 기재가 요구된다.

3-16. 시정명령취소청구(대법원 2020. 3. 26. 선고 2019두38830) 076
식품위생법상 일반음식점영업을 하려면 건축법상 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설로 변경하는 절차를 거치지 않은 채 단독주택에서 일반음식점영업을 할 수 없다.

3-17. 건축허가신청불허가통지처분취소(대법원 2020. 10. 15. 선고 2020두41504) 077
인허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정·시행되었다면, 그 신청에 대한 처분은 원칙적으로 변경된 법령 및 허가기준에 따라 해야 한다.

3-18. 공동주택관리법위반(대법원 2021. 6. 10.선고 2021도2436) 080
공동주택관리법은 증축 행위의 의미에 관한 정의 규정을 두고 있지 않지만, 건축법령상의 정의가 준용되는 것이기 때문에 건축법령이 정한 증축행위는 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호에서 정하는 허가 대상에 포함된다는 판례([2] 피고인이 관할관청의 허가를 받지 않고 공동주택의 외부 공간에 2층과 지상을 연결하는 길이와 높이가 각 1m를 초과하고 면적이 약 3㎡인 경량철골조 옥외계단을 설치하였는바, 이와 같은 옥외계단 설치 행위로 건축면적 등이 늘어났다면 건축법 시행령 제2조 제2호의 증축 행위로서 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호 에 따라 관할관청의 허가 대상이 된다고 봄.)

3-19. 시정명령및계고처분취소(대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두34756) 082
컨테이너를 설치하여 사무실 등으로 사용하는 갑 등에게 관할 시장이 건축법 제2조 제1항 제2호의 건축물에 해당함에도 같은 법 제11조에 따른 건축허가를 받지 않고 건축하였다는 이유로 원상복구 명령 및 계고처분을 하였다가 이에 대한 취소소송에서 같은 법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 사안에서, 당초 처분사유인 '건축법 제11조 위반'과 추가한 추가사유인 '건축법 제20조 제3항 위반'은 위반행위의 내용이 다르고 위법상태를 해소하기 위하여 거쳐야 하는 절차, 건축기준 및

허용가능성이 달라지므로 그 기초인 사회적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없어 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다.

3-20. 시정명령처분취소(대법원 2022. 10. 14. 선고 2021두45008) 085
대지 또는 건축물의 위법상태를 시정할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있지 않은 사람은 구 건축법 제79조 제1항에 따른 시정명령의 상대방이 될 수 없다.

3-21. 현상광고보수(대법원 2002.1.25 선고, 99다63169) 087
건축설계 우수현상광고에서 당선자가 보수로서 받는 '기본 및 실시설계권'이란 당선자가 광고자에게 우수작으로 판정된 계획설계에 기초하여 기본 및 실시설계계약의 체결을 청구할 수 있는 권리를 말한다.

3-22. 조사검사업무(대법원 1995.1.20 선고, 94도2195) 087
건축사사무소 개설자가 조사 및 검사업무를 대행할 수 없는 건축물에 대하여 조사 및 검사를 허위로 하였다고 하더라도 건축사법 제39조 제7호 위반죄로 처벌할 수는 없다.

3-23. 건축설계변경허가반려처분취소(대법원 1994.6.24 선고, 93누23480) 087
설계도서대로 시공을 하지 않았다 하더라도, 그 건축이 실체법규에 저촉되지 않는 경우라면, 그에 맞추어 설계변경허가신청을 할 수 있고, 행정청은 사후신청이라는 이유만으로 이를 거부할 수 없다.

3-24. 건축설계 저작권 불공정 약관심사청구(공정거래위원회 2009.5.25) 087
건축설계 입상작 저작권은 설계자에게 있다.

3-25. 저작권침해금지가처분(대법원 2000.6.13 선고, 99마7466) 087
건축주가 완성된 설계도서를 교부받아 설계비의 상당 부분을 지급하였고, 건축공사가 상당히 진척된 후 중단되었다면 설계도서 등에 관한 이용권은 건축주에게 유보된다.

3-26. 저작권법위반(대법원 2001.1.19 선고, 2000도5295) 087
공식적으로 공표 등록된 건축저작물과 유사형태의 건물을 건축하거나, 저작권 공표 후 등록 전에 복제하는 건축물 등은 저작권법의 위반사항이다.

3-27. 손해배상(기) (대법원 2009.4.9 선고, 2008다72776) 088
업무상 성실의무 위반에 따른 건축주의 재산상 손해배상책임의 각 주체로 정한 건축사는 계약 당사자로서의 건축사로 한정된다고 할 수 없다.

3-28. 손해배상(지) (서울중앙지방법원제8민사부2008.11.7 선고, 2007나30491) 088
건축물의 저작권자의 승낙을 받지 아니하고, 건축물을 TV광고, 인터넷 동영상 광고, 지면 광고의 배경으로 사용하면, 손해배상을 청구할 수 있다.

3-29. 손해배상(기) (대법원 2006.4.27 선고, 2005다11855) 088
건축주의 별도 용역보고서(지질조사자료)를 토대로 건축사가 설계 및 감리를 하였고, 건축상주감리, 설비, 전기감리로만 한정하여 감리용역계약을 체결한 상태에서 용역보고서의 결과를 넘어선 상황 발생으로 생긴 하자는 건축사에게 설계 및 감리상 과실이 있다고 보기 어렵다.

3-30. 손해배상(기) (서울지법 2000.5.17 선고, 99가합63195) 088
서류의 작성 및 제출행위만을 대행하는 법정감리자라 하더라도 그 감리업무에 행정적인 절차의 대행뿐만 아니라 시공에 대한 감시, 감독 등 실질적인 의미에서의 공사감리업무에 해당하는 사항도 포함되어 있었다면 그 감리상의 과실에 대하여 배상할 책임이 있다.

3-31. 손해배상(기) (대법원 1989.3.14 선고, 86다카2237) 088
건축주로부터 공사감리를 의뢰받은 건축사가 당해 건축물에 대하여 그와 같은 검사행위를 함에 있어 잘못이 있으면 그로 인하여 건축주뿐 아니라 그밖에 다른 사람이 입는 손해에 대하여도 이를 배상할 책임이 있다.

01
건축분쟁 사례 해설

글. 송봉준 대한건축사협회 수석자문변호사, 법무법인(유한) 바른

지난 2010년 대한건축사협회가 '건축 관련 소송판례집'을 출간한 이후 새로운 판례 또는 기존의 판례를 재확인하는 판례 등이 많이 생성되었고, 국토교통부 고시 '건축물의 설계표준계약서'도 2019년 개정되는 등 몇몇 사정이 변화되었기에, 이런 부분을 감안하여 기존 판례집에 이어 새로운 부분을 추가하게 되었습니다. 이에 추가된 부분이 가지는 의미를 간단히 설명하고자 합니다.

우선 건축사도 상인이 될 수 있는가, 즉 건축사를 업으로 할 경우 상법의 적용을 받을 것인지 민법의 적용을 받을 것인지에 관하여 검토를 해 볼 필요가 있어 '건축사의 상인성'에 대한 테마를 설정하여 설명했습니다. 결론적으로는 건축사업은 상법이 적용될 수 있다는 것으로서 이렇게 상법이 적용되면, 건축사나 건축사의 업무와 관련된 채권채무의 소멸시효가 민법의 10년이 아니고 상법이 정한 5년의 시효에 걸리게 되므로, 거래 당사자 모두 유의하여야 합니다.

나머지는 2010년 발간 판례집에도 거론된 바가 있는 내용들에 관한 것이기는 하나, 이후의 사정 변경 등을 감안하여 관점을 달리하는 등 새로운 시각에서 설명하는 부분이 있습니다.

첫째는 설계업무 중도타절의 경우에 관한 것으로서, 어떤 분쟁이 발생하고 어떤 법리를 통해 해결될 것인가에 관하여 새로운 관점에서 보다 자세히 설명해 보았습니다.

둘째, 이러한 설계업무 중도타절은 법인건축사 사무소의 경우 구성원 건축사가 달라질 경우에도 발생하는 문제이므로 이로 인한 분쟁의 가능성과 해결 원리에 대하여도 설명했습니다.

셋째, 설계 시 건축사가 지켜야 할 주의의무의 내용에 대하여 한 가지 사례를 들어 설명했습니다.

마지막으로는 강릉 소재 '테라로사' 커피숍 건물의 설계 및 디자인에 대한 저작권 문제와 설계업무 중도 타절 시 설계에 관한 저작권은 누구의 것이 되는지에 대한 문제를 추가해 보았습니다.

1 건축사사무소 법인 구성원 변경

■ 쟁점

법인 건축사사무소 구성원 변동과 설계업무의 인수인계 관련

■ 판단

법인 건축사사무소의 경우 대부분 주식회사 형태로 설립되고 있는 현실이고, 소속 건축사 20명 대형 법인의 예외적인 경우를 제외하고는 건축사가 법인의 대표이사가 되어야 한다. 그런데, 이와 같이 소속 건축사 20명 이상인 대형 건축사사무소 법인 외에 중소 법인 사무소의 경우에는 해당 법인 건축사무소의 구성원 건축사들의 개성이 강하고 그 실질은 구성원인 건축사들 사이의 동업적인 성격이 짙은 경우도 있고, 실적급의 형태 등 건축사별로 별산제로 운영되는 법인의 모습도 많다. 이 경우 영업을 하여 설계사무를 따낸 건축사가 타 건축사사무소로 이직을 하는 경우에 건축주에 대한 관계에서 몇 가지 문제가 발생한다.

건축물 설계표준계약서에 따르면 건축주의 허가 없는 '설계용역의 양도'는 계약의 해지 사유와 손해배상의 원인이 되기에, 함부로 원래 계약 당사자 법인에서 설계사무를 따낸 건축사가 이직한 사무소로 설계용역을 넘길 수는 없다.

우선 첫째 경우는 건축주의 양해가 있는 경우를 상정할 수 있는데, 많은 경우 소형 법인이나 별산제 법인의 경우 해당 설계사무를 따낸 건축사와 건축주 사이에 신뢰가 형성되어 있는 경우가 많기 때문에 건축주의 양해하에, 즉 승인하에, 그리고 동시에 해당 건축사사무소 법인의 양해하에 해당 설계업무를 이직하는 건축사가 새로 개설하거나 옮겨가는 사무소로 양도하는 것은 무방하다. 법률적으로는 건축주에 대한 관계에서 계약상 지위 승계 등 몇몇 법적 형식을 거치면 된다. 다만, 이 경우에도 계약상 지위를 이전할 때까지 이미 수행한 설계업무에 대한 대가, 법인세 등의 정산 문제는 이직하는 건축사와 남아 건축사들이 해결할 문제이다.

두 번째는, 건축주가 설계사무의 이전을 반대하는 경우이다. 이때는 이직하는 건축사가 설령 자신이 따낸 설계사무라고 하더라도 임의로 이전해 갈 수 없으며, 건축주에 대한 관계에서 계약 위반에 대한 책임을 지지 않으려면 기존 법인이 설계사무를 완수하는 수밖에 없다.

세 번째는, 이직하는 건축사도 설계업무를 가져가기를 원하고, 건축주도 그 건축사에게 계속 설계를 맡기고 싶어 하지만, 기존 건축사사무소에서 반대하는 경우이다. 이런 경우에는 기존 건축사사무소에서 일을 마무리하거나, 굳이 건축주가 기존 건축사사무소에 일을 맡기기를 반대한다면, 중도타절의 문제로서 해결하는 수밖에 없다.

■ 특약에 의한 대비

이러한 경우에 대비하여, 표준계약서 말미에 특약으로 몇 가지 경우를 미리 상정해 둘 수도 있다. 예를 들면, 건축주는 A라는 건축사사무소 법인과 계약을 하는 것이지만, 그 소속 담당 건축사 甲에 대한 신뢰관계가 있으므로, 만일 甲이 타 사무소로 이전할 경우, A 법인과 건축주는 이미 행해진 사무와 그에 해당하는 대금 외

에 잔존 사무와 대금에 대해서는 甲이 이전하거나 개설하는 타 사무소로 계약을 승계할 것을 확인한다는 정도가 될 것이다.

2 건축사의 상인성

■ 쟁점

건축사는 상인이 될 수 있는지 여부

■ 판단

➡ 판단 1 : 몇몇 다른 전문가 직군의 상인성 여부에 대한 판단

변호사에 관하여 대법원은 '변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정에 비추어 보면, 위임인·위촉인과의 개별적 신뢰관계에 기초하여 개개 사건의 특성에 따라 전문적인 법률지식을 활용하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 수행하는 변호사의 활동은, 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동을 벌이고, 자유로운 광고·선전활동을 통하여 영업의 활성화를 도모하며, 영업소의 설치 및 지배인 등 상업사용인의 선임, 익명조합, 대리상 등을 통하여 인적·물적 영업기반을 자유로이 확충하여 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 허용되는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이고, 변호사의 직무 관련 활동과 그로 인하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 아니 될 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수 도 없다. 따라서 근래에 전문직업인의 직무 관련 활동이 점차 상업적 성향을 띠게 됨에 따라 사회적 인식도 일부 변화하여 변호사가 유상의 위임계약 등을 통하여 사실상 영리를 목적으로 그 직무를 행하는 것으로 보는 경향이 생겨나고, 소득세법이 변호사의 직무수행으로 인하여 발생한 수익을 같은 법 제19조 제1항 제11호가 규정하는 '사업서비스업에서 발생하는 소득'으로 보아 과세대상으로 삼고 있는 사정 등을 감안한다 하더라도, 위에서 본 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고 볼 수는 없다 할 것이므로, 변호사는 의제상인에 해당하지 아니한다'라고 하면서 변호사는 상인이 될 수 없다고 판시함(대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정).

다음, 의사에 관하여 보면, '의사의 영리추구 활동을 제한하고 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이다. 또한 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 의료법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하면 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다'라고 하여 의사 또한 상인이 아니라고 판시함(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결).

➡ 판단 2 : 건축사의 상인성

건축사가 상인이 될 수 있는지에 관한 명확한 법률 규정이나 이 문제가 전제가 된 판례는 없는 상황이지만, 건축사사무소 법인의 경우 주식회사 형태로 설립된다는 점 등을 고려하면 다수 의견은 건축사는 상인이 될 수 있다는 논거가 성립한다. 왜냐하면 상법에 의할 때 '주식회사' 등 '회사'라는 이름을 가진 법인은 그 자체로 상인으로 보고 있기에(상법 제5조 2항 "회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다"), 그 구성원인 건축사 역시 상인이 될 수 있다고 볼 수 있는 것이다.

➡ 판단 3 : 건축사 업무와 의제상인

상법 제4조는 '자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라 한다'고 규정하고 있는데, '상행위'는 상법 제46조에 22가지로 한정되어 있고, 설계업무는 이 22가지에 포함되지 않는다. 그러나 상법은 제5조 제1항에서 '의제상인'이라고 하여 '점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 이 22가지에 해당하는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다'라고 규정하여 상인의 범위를 넓히고 있다.

의제상인의 요건을 좀 더 자세히 보면, 첫째 요건이 '점포 기타 유사한 설비에 의하여'인데, 이는 매장 기타 장소적 설비와 상업장부, 상호, 영업보조자 등을 갖춘 것을 말하는 것으로 대부분의 건축사사무소는 이 요건을 갖추고 있다고 보아야 한다. 둘째 요건은 '상인적 방법으로 영업을 하는 자'인데, 이 개념은, 취미나 봉사활동이 아니고, '영리의 목적으로 같은 종류의 행위를 반복, 계속적으로 하는 것'을 말하기에 대부분의 건축사사무소는 이 두 번째 요건이 충족된다고 할 것이다.

➡ 판단 4 : 설계비 채권의 시효

건축사사무소 법인(주식회사)들이 의뢰인에 대하여 가지는 설계비 채권의 시효는 민법 제163조 제3호가 따로 3년이라는 단기 소멸시효를 정하여 두고 있으므로, 건축사의 상인성 여부에 따라 그 시효가 달라질 여지가 없이 명확하다.

➡ 판단 5 : 기타 채권의 시효

건축사(건축사사무소 법인 포함)가 사무소를 운영하기 위하여 사무실을 임대하였을 때 그 임대보증금 반환채권의 소멸 시효, 건축사가 사무소를 차리기 위해 지인으로부터 돈을 빌렸을 때 그 차용금 채무의 소멸 시효, 건축사사무소에 들이기 위한 집기를 구매했을 때 그 구매대금 채무의 소멸 시효, 이웃 건축사사무소의 운영자금을 빌려주었을 때 그 대여금 채권의 소멸 시효, 건축사사무소에 근무하다가 퇴사한 건축사의 퇴직금 채권의 소멸 시효는 모두 건축사가 상인이 될 수 있는지 여부에 따라 달라진다. 건축사도 상인이 될 수 있다고 보는 견해에서는 이 모두에 5년의 소멸시효가 적용되는 것이고, 건축사는 상인이 될 수 없다는 견해에서는 10년의 소멸시효가 적용된다.

3 설계 시 건축사의 주의 의무

■ 쟁점

건축주가 희망하는 건축물의 용도와 설계 전문가인 건축사의 주의사항

■ 판단

➡ 사례

카페 신축공사의 설계를 의뢰받아 건축허가와 사용승인까지 완료하였는데, '안전시설 등의 설치·유지 기준'(제9조 관련)(다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행규칙)에 적합하게 계단을 설계하지 않는 바람에, 건축주가 그 이후 실제 업장 사용을 위하여 소방완비 증명신청을 하면서 2층에 비상구 및 발코니를 따로 설치해야 했고, 이로 인하여 건물미관이 훼손되고 그동안 영업도 하지 못하였다고 하면서 영업손실까지 고려한 손해배상을 청구를 하겠다고 하는 상황

➡ 검토

설계계약 시 건축주는 '카페' 용도로 설계를 의뢰하였고, 표준 설계계약서를 이용하여 작성된 설계계약서의 "1. 건축물의 명칭"에 "000 카페 신축공사"라고 되어 있고, "3. 설계 내용"의 "2) 용도"에 "제1종근린생활시설(휴게음식점)"이라고 명기되어 있었음.

건축물의 설계 표준계약서

1.건축물 명칭 : 카페 신축공사
2.대 지 위 치 : 번지외 1필지
3.설 계 내 용 : ☐신축 ☑증축 ☐개축 ☐재축 ☐이전 ☐대수선 ☐용도변경 ☐기타

1) 대지면적 : m²
2) 용 도 : 제1종근린생활시설(휴게음식점)
3) 구 조 : 일반철골 구조
4) 층 수 : 지하 0 층 지상 2 층
5) 건축면적 : m²(증축:)
6) 연면적의 합계 : m²(증축:)

이와 같이 계약서에 기재하는 건축물의 명칭에 "카페"가 들어가고 용도에 "휴게음식점"이 기재된다면, 전문가인 건축사는 비전문가인 건축주에게 그 의사를 명확히 물어보아, 신축하고자 하는 건축물의 용도와 규모가 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 제2조에서 정하는 안전시설을 해야 하는 용도와 규모인지 여부를 정확히 하여, 이에 해당한다면 법규가 요구하는 내용에 맞게 설계를 해야 하는 전문가로서의 의무가 있다고 할 것이어서, 이 의무를 소홀히 한 건축사에게 일정한 손배해배상책임이 발생할 수 있는 상황임.

4 설계업무 중도타절

■ 쟁점과 판단 1 : 설계계약의 법적 성질

설계를 한참 진행 중에 있는데 이러저러한 사정을 이유로 설계발주자가 설계업무 중도타절을 요구받는 경우가 있다. 이 경우 건축사가 이미 상당한 설계업무를 진행하였다면, 건축사는 발주자에 대하여 무엇을 요구할 수 있는지, 반대로 발주자는 중도타절 시 어떤 법적 위험에 놓이는지가 문제가 된다. 이는 설계계약의 성격이 '도급(민법 제9절)'인지 '위임(민법 제11절)'인지 여하에 따라 크게 달라지는 부분이 있는데, 설계계약은 도급의 성격과 위임의 성격이 공존하기 때문에 일률적으로 일도양단 식으로 어느 하나에만 해당한다고 볼 수는 없고, 두 성격을 겸유하면서 경우에 따라 계약의 내용에 따라 해결할 것이라고 보는 것이 실무이다. 그리고 요즈음 대부분의 설계계약은 국토교통부고시에 따른 '건축물의 설계 표준계약서'를 기초로 하여 계약을 체결하고 있기에, 많은 문제는 이 계약에 의하여 해결하면 된다.

■ 쟁점과 판단 2 : 건축주의 일방적인 중도타절 가능 여부

설계자가 아무런 잘못이 없는데, 발주자가 일방적으로 설계계약의 중도타절을 요구할 수 있는가에 관하여 살펴보면, 먼저 앞서 언급한 표준계약서는 제13조에서 '갑' 즉 발주자의 계약해제 내지 해지를 규정하고 있는데, 그 사유가 아래와 같이 한정되어 있다.

제14조("을"의 계약의 해제·해지)

① "을"은 다음 각 호의 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. "갑"이 "을"의 업무를 방해하거나 그 대가의 지불을 지연시켜 "을"의 업무가 중단되고 30일 이내에 이를 재개할 수 없다고 판단된 때
2. "갑"이 계약 당시 제시한 설계요구조건을 현저하게 변경하여 약정한 "을"의 업무수행이 객관적으로 불가능한 것이 명백할 때
3. "갑"이 상대방의 승낙없이 계약상의 권리 또는 의무를 양도한 경우
4. "갑"이 "을"의 업무수행상 필요한 자료를 제공하지 아니하여 "을"의 업무수행이 곤란하게 된 경우
5. 사망, 실종, 질병, 기타 사유로 계약이행이 불가능한 경우

② 천재지변 등 부득이한 사유로 계약이행이 곤란하게 된 경우에는 상대방과 협의하여 계약을 해제·해지할 수 있다.

그렇다면, 위 사유에 해당하지 않으면 발주자는 마음에 들지 않는 설계자와 사이의 설계계약을 중도에 해제·해지(이른바 '중도 타절')할 수 없는가? 그렇지는 않다고 본다. 왜냐하면, 설계계약의 성격을 위임으로 보건 도급으로 보건 어느 경우에나 발주자는 위임인 또는 도급인에 해당하여 민법 제673조(완성 전의 도급인의 해제권)와 제689조(위임의 상호해지의 자유)의 규정을 근거로 하여 설계자와 사이의 설계계약을 중도에 해제·해지할 수 있다고 보아야 한다.

제673조(완성전의 도급인의 해제권)

수급인이 일을 완성하기 전에는 도급인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다.

제689조(위임의 상호해지의 자유)

① 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다.
② 당사자 일방이 부득이한 사유없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다.

위 두 조항 모두, 그 성격이 도급이건, 위임이건 어느 경우이건 신뢰가 훼손된 상태에서 일을 계속하게 하는 것이 부당하다 할 것이므로 신뢰가 훼손된 경우에는 특히 일을 맡긴 쪽(도급인 또는 위임인)에서 계약의 구속에서 벗어날 수 있게 하려는 취지이다.

■ 쟁점과 판단 3 : 발주자의 일방적인 중도타절 시 설계에 대한 보수는?

가. 기성고의 경우

표준계약서에는 제13조에서 발주자에 의한 해제·해지를 규정하고, 제14조에서 설계자에 의한 해제·해지를 규정하면서, 제15조에서는 각 그 해제·해지 시 귀책사유 있는 상대방에게 손해배상책임을 규정하고 있고, 제17조에서는 이와 별도로 설계업무 중단 시 대가의 지불을 규정하고 있다.

제17조(설계업무 중단시의 대가지불)

① 제13조 및 제14조에 따라 설계업무의 전부 또는 일부가 중단된 경우에는 "갑"과 "을"은 이미 수행한 설계업무에 대하여 대가를 지불하여야 한다.
② "을"의 귀책사유로 인하여 설계업무의 전부 또는 일부가 중단된 경우에는 "갑"이 "을"에게 이미 지불한 대가에 대하여 이를 정산·환불한다.
③ 제1항 및 제2항에 따른 대가 지불 및 정산·환불은 제15조의 손해배상과는 별도로 적용한다.

즉 원칙적으로는 설계업무 중단 시까지 수행한 설계에 대한 대가는 지불되어야 한다는 것으로서 일견 타당하다고 할 수 있다. 비록 제17조나 제15조가 설계자에게 귀책사유가 없음에도 중도타절된 경우를 상정에 둔 규정은 아니지만, 이 경우에도 설계업무 중단 시까지 수행한 설계에 대한 대가는 지불되어야 한다고 봄이 타당하다. 건축물의 경우 공사가 중도타절된 경우 그때까지 시공된 부분이 건축주에게 유익하다고 보아 그때까지의 기성고에 대한 대가를 지급해야 한다는 판례와 같은 취지에서이다.

나. 기성고 외에 남아있는, 즉 수행되지 않은 설계 부분에 대한 대가 지급 여부

문제는 중도타절 시까지의 설계 기성고가 아니고, 나머지 수행하지 아니한 부분에 해당하는 설계대금도 지급되어야 하는가인데, 표준계약서에는 이에 대한 규정이 없다. 생각건대, 표준계약서를 바탕으로 개별 계약을 체결하면서 이에 관한 규정을 넣으면 그 규정에 따라 해결하면 될 터이고(앞서 언급한 민법 제673조나 제689조에서의 '손해배상' 내용은 이른바 '임의규정'으로서 당사자들이 민법의 내용과 다르게 정할 수 있다.), 개별 계약서에 이에 대한 규정을 하지 아니하였다면, 결국 이 문제는 설계계약의 성격에 따라 달라지게 된다. 즉 도급의 경우라면 발주자는 귀책사유 없는 설계자에게 나머지 수행되지 않은 설계 부분에 대하여도 설계자가 나머지 부분마저 수행하였더라면 얻을 수 있었던 순이익을 배상하여야 하고, 위임의 경우라면 발주자는 나머지 수행되지 않은 설계 부분에 대하여는 보수를 지급하지 않아도 된다고 할 것이다.

5 설계 저작권

■ 쟁점

설계 저작권

■ 판단 1 : 창작성

저작권법 제2조 제1호에 따르면, 저작권법이 보호하는 저작물이란 '인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물'을 뜻하고, 여기서 '창작물'이란 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 남의 것을 모방하지 않고 창작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현을 담고 있으면 충분하다는 것이고, 아울러 저작권법 제4조 제1항 제5호에서는 '건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물'을 저작물로 규정하고 있다. 다만, 건축저작물은 그림이나 노래와 같은 순수 미적인 저작물이 아니고, 사람들이 사용하기 위한 이른바 기능적 저작물로서 △건축분야의 일반적인 표현방법 △그 용도나 기능 자체 △저작물 이용자의 편의성 등에 따라 그 표현이 제한되는 경우가 많다. 2020. 4. 29. 대법원은 이른바 강릉 소재 카페 건물 '테라로사' 건축물 저작권위반 소송인 2019도9601 판결에서 '테라로사' 커피숍의 설계와 디자인이 저작권법상 보호받는 저작물에 해당하고, 따라서 이를 저작권자의 동의 없이 모방 설계한 건축사에 대하여 500만 원의 벌금형을 확정한 바도 있다.

■ 판단 2 : 등록 유무

그리고 저작물이 창작되어 표현되면, 굳이 저작권으로 등록하지 않더라도 그 순간 그 물건에 대한 저작권이 인정된다. 따라서, 도로를 달리다가, 길을 가다가, 다른 건물을 둘러보다가, 어떠한 건축물의 외관이나 또는 건물 내부 구조의 독창적인 부분을 보고 '아 참 좋구나, 나도 추후 비슷한 건물을 설계할 일이 생기면 참고하면 좋겠다'라고 하는 경우에는 한 번 정도 혹시 다른 사람의 저작권을 침해하는 것은 아닌지 생각해 보아야 한다.

■ 판단 3 : 설계계약과 저작권

'건축물의 설계에 관한 표준계약서'는 제18조에서 "이 계약과 관련한 설계도서의 저작권은 '을(건축사)'에게 귀속되며 '갑'은 '을'의 서면동의 없이 이의 일부 또는 전체를 다른 곳에 사용하거나 양도할 수 없다"고 규정하고 있는데, 이 규정은 발주자 측면에서 보면 원만히 설계계약이 완수되고 대금이 지급되면, 발주자는 이 도면을 건축사사무소로부터 받아서 세움터에 신고도 하고 시공사에게 전달하여 건축에 사용할 수 있다는 것으로서, 즉 해당 건축물을 건축하는 과정에서는 건축주가 얼마든지 이 설계도라는 저작물을 이용할 권한이 있다는 것이고, 다음으로 건축사 측면에서 보면, 설계대금을 모두 지급한 건축주라고 하더라도, 해당 건물을 건축하는 것에서 더 나아가, 예를 들어, 옆에 대지 소유자에게 이 설계도를 주면서 '이번에 내가 이 도면으로 신축하였는데, 참 예쁘니 당신도 이용해 보라'는 식으로 전달하는 것은 위 계약에도 위반하고 저작권법에도 위반하는 행동이 된다는 것이다.

판단 4 : 중도 타절의 경우

중도타절하기까지의 설계업무에 대한 대가를 건축주가 건축사사무소에게 주어야 하는 것이 원칙이므로 그 대가관계로 건축주는 중도타절 시까지 완성된 설계도는 이를 해당 건축을 위해 이용할 수 있다. 즉 건축주가 중도타절 시까지의 설계된 부분에 대한 대가를 지급하고, 그때까지의 설계도서를 넘겨받은 다음, 다음 건축사에게 이 도면을 주면서 이어서 도면을 완성하라고 하는 것까지는 허용된다고 볼 수 있을 것이다. 물론 해당 건물의 건축에 사용하는 것을 넘어서 다른 건물의 건축에 사용하는 것은 앞서 본 바와 같이 위법이다. 중도타절 시까지의 설계된 부분에 대한 대가를 지급하고, 그때까지의 설계도서를 넘겨받은 다음, 다음 건축사에게 이 도면을 주면서 이어서 도면을 완성하라고 하는 것까지는 허용된다고 볼 수 있을 것이다.

02

건축 관련 소송 판례

* 2010년 이전 자세한 판결 내용은 '대법원 판례 검색'을 통해 살펴볼 수 있습니다

1장 건축사법 위반 및 업무정지 명령취소

1-1. 건축사법위반 (대법원 2020. 3. 12. 선고 2018도20188)

건축사법 제10조에서 금지하는 '타인에게 자기의 성명을 사용하여 건축사의 업무를 행하게 하는 행위'에 타인이 자기의 이름을 사용하여 건축사의 업무를 하는 것을 양해 또는 허락하거나 이를 알고서 묵인한 경우가 포함된다.

【판시사항】

건축사법 제10조에서 금지하는 '타인에게 자기의 성명을 사용하여 건축사의 업무를 행하게 하는 행위'에 타인이 자기의 이름을 사용하여 건축사의 업무를 하는 것을 양해 또는 허락하거나 이를 알고서 묵인한 경우가 포함된다는 판례

【참조조문】

구 건축사법(2019. 8. 20. 법률 제16486호로 개정되기 전의 것) 제10조 (현행 제10조 제1항 참조), 제39조의2 제3호 [현행 제39조의2 제1호 (가)목 참조]

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지

건축사는 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하여 건축사 업무를 수행하게 하거나 자격증을 빌려주어서는 아니 된다. 그런데도 건축사인 피고인은 2015. 5.경 공소외 1 , 공소외 2 로부터 1,100만 원을 받고 그들이 피고인의 성명을 사용하여 인천 (주소 생략) 소재 공동주택 건축공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)의 공사감리 업무를 수행하게 하였다.

2. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 공소외 1 에게 피고인의 성명을 사용하여 피고인의 감리업무를 수행하게 한 사실이 인정된다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가. 공소외 1 은 이 사건 공사와 관련하여 피고인의 건축사 명의를 사용하여 감리업무를 수행하였다는 범죄사실로 형사재판을 받으면서 범행을 자백하였고, 유죄판결을 선고받아 그 판결이 확정되었다.

나. 공소외 1 은 ' ○○○ '라는 건축행정시스템에서 감리보고서를 작성해 피고인에게 결재를 올렸는데, 이때 단순히 준공 관련 첨부서류만 올린 것이 아니라, 감리보고서에 감리자가 확인·체크하도록 되어 있는 각 사항란을 공소외 1 자신이 직접 체크하였고, 단지 감리보고서의 '종합의견'란만을 공란으로 비워 두었다. 그러나 위 감리보고서상의 확인·체크 행위는 감리자인 피고인이 공사현장에 나가 건축물이 설계도대로 시공되었는지, 공사자재나 재료가 적합한 것인지 등을 비교, 확인한 후에 직접 기입하여야 할 사항이고, 이 사건 공사의 설계사인 공소외 1 이 사전에 체크해서는 안 될 사항이다.

다. 피고인은 공사감리일지(2015. 5. 26.~2016. 1. 13.)를 제출하였는데, 51회에 걸쳐 작성된 위 감리일지상 '특기

사항', '지적사항 및 처리결과', '비고'란에는 아무런 기재가 없어, 위 공사감리일지를 근거로 피고인이 실제 이 사건 공사현장에서 감리업무를 수행하였다고 보기에 부족하다. 위 감리일지의 '감리착안사항' 및 '감리내용'의 기재사항을 보더라도, 이 사건 건물에 필수적인 방화유리가 시공되었는지, 피고인이 이를 실제로 감리하였는지 알 수 있는 기재가 전혀 없다. 이 사건 공사의 설계도면에는 '방화유리'가 설치되어야 한다는 점이 크게 강조되어 기재되어 있는데도, 이 사건 건물에서 반드시 방화유리가 시공되어야 하는 위치에 모두 일반유리가 시공되는 등, 감리업무 시 가장 중요한 확인사항이라고 보이는 항목조차 감리가 이루어지지 않았다.

3. 대법원의 판단

가. 건축사법 제10조가 금지하고 있는 "타인에게 자기의 성명을 사용하여 건축사의 업무를 행하게 하는 행위"에는, 건축사가 타인으로 하여금 자기의 이름을 사용하여 건축사의 업무를 행하도록 적극적으로 권유·지시한 경우뿐만 아니라 타인이 자기의 이름을 사용하여 건축사의 업무를 하는 것을 양해 또는 허락하거나 이를 알고서 묵인한 경우도 포함된다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5044 판결 참조).
그리고 건축사법 제10조에 따라 감리업무를 수행하였는지 여부는 외관상 건축사가 직접 업무를 수행하는 형식을 취하였는지 여부에 구애됨이 없이 실질적으로 타인이 건축사의 명의를 사용하여 업무를 수행하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

나. ~~(중략) ~~

다. 그런데 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 1 , 공소외 2 가 피고인의 성명을 사용하여 이 사건 공사의 감리업무를 수행하였다는 사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

1) 공소외 1 , 공소외 2 는 인천지방법원 2016고단7493호 로 피고인의 성명을 사용하여 감리업무를 수행했다는 건축사법 위반죄로 유죄판결을 받아 그 판결이 확정되었다. 그러나 그 유죄판결의 범죄사실은 공소외 1 , 공소외 2 가 피고인을 포함한 7명의 건축사 성명을 사용하여 8회에 걸쳐 건축사 업무를 수행했다는 건축사법 위반 이외에도 건설산업기본법 위반, 건축법 위반, 사문서위조 및 위조사문서행사, 위계공무집행방해 부분이 포함되어 있다. 그런데 공소외 1 은 검찰 수사과정에서 피고인 등으로부터 자격증을 대여받았는지 여부에 관하여 진술하였을 뿐, 피고인 등의 감리업무를 실제 수행했는지 여부는 진술한 바 없다.

2) 공소외 1 은 경찰수사 및 검찰수사 초기 다른 범죄사실 부분과 달리 이 사건 건축사법 위반 부분에 대하여는 부인하였다가 수사검사로부터 자백 취지의 공소외 3 의 피의자신문조서를 제시받은 후 재판에 이르기까지 이를 자백하는 것으로 변경하였다. 그런데 공소외 1 은 제1심에서 다시 이 사건 공소사실을 부인하는 취지로 진술하였다.

3) 피고인은 이 사건 공사의 감리업무를 부족하나마 직접 수행하였다고 하면서 이 사건 공사와 관련된 도면, 보고서, 공사현장 사진, 자신의 명의로 작성된 확인서와 의견서 등을 제출하였다. 방화유리인지는 육안으로는 알 수 없다는 공소외 1 의 검찰 진술 및 건축주 공소외 4 의 제1심 법정진술에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 공사의 감리를 1회적으로 담당한 것이라면 건축주가 제출한 관련 자료와 현장 상황 점검만으로 방화유리 미설치 사실을 확인하기 어려웠을 가능성을 배제할 수 없다.

4) 피고인이 이 사건 공사의 감리업무를 미흡하게 수행하였다는 사정만으로 공소외 1 로 하여금 감리업무

를 수행하게 하였다고 인정할 수 없고, 공소외 1 이 실제로 감리업무를 수행하였음이 증명되어야 한다. 공소외 1 은 검찰 및 1심 법정에서 이 사건 공사의 설계자로서 확인사항을 예상하여 확인란에 표시하였다는 취지로 진술하였으므로, 공소외 1 이 감리보고서 중 확인사항란에 표시한 것만으로는 감리업무를 직접 수행하였다고 인정하기는 어렵다.

5) 피고인이 원심에서 제출한 공사감리일지에 '특기사항', '지적사항 및 처리결과', '비고'란에 아무런 기재가 없다고 하더라도, '감리내용'에 구체적 내용이 기재되어 있으므로, 일지의 기재가 미흡하다는 사정만으로 피고인이 이 사건 공사의 감리업무를 수행하지 않았다고 단정할 수는 없다.

6) 이 사건 외에도 건축사인 공소외 5 , 공소외 3 , 공소외 6 , 공소외 7 , 공소외 8 이 공소외 1 , 공소외 2 에게 감리업무를 수행하게 하였다는 부분에 대하여도 모두 무죄판결이 확정되었다.

라. 결국 공소외 1 , 공소외 2 에 대한 형사사건의 확정판결에서 인정된 사실만으로는 이 사건 공소사실을 유죄라고 인정하기에 부족한데도 원심은 위와 같이 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 건축사법 제10조 에서 정한 '명의대여'에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 이를 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김상환(재판장) 박상옥 안철상(주심) 노정희

1-2. 업무정지처분 및 건축사등록취소처분취소 (대법원 2002.1.25 선고, 2001두1635)

감리자의 감리 이후 건축주와 시공사의 임의에 의한 무단증축 사항은 감리자의 불성실한 감리업무로 인한 것이라 할 수 없으며 그로 인한 업무정지처분은 위법이라 할 수 있다.

1-3. 영업정지처분취소 (대법원 1991.8.27 선고, 91누3512)

건축사업무정지처분을 받은 건축사는 건축사업무정지명령에서 정한 정지기간이 도과하였다고 하더라도 그 처분으로 인하여 장래 건축사사무소등록취소라는 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있다면 건축사 업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.

1-4. 건축사사무소등록취소처분취소 (대법원 1989.12.12 선고, 89누5249 판결)

건축사사무소폐쇄명령 이전에 설계업무를 위탁받아 완료하고 그 기간 종료 후에 건축허가신청업무 수행 시 이는 "건축사법 또는 건축법에 의한 명령 또는 처분에 위반한 때"에 해당하지 않는다.

1-5. 건축사사무소등록처분취소 (대법원 1984.8.21 선고, 84누249)

완공되지 않은 주택을 완공된 것처럼 점검표에 서명날인한 확인건축사에 대한 건축사사무소 등록취소처분은 정당하고 재량권일탈의 위법이 있다고 볼 수 없다.

1-6. 건축사업무정지처분취소 (대법원 2000.4.21 선고, 98두10080)

건축사 업무정지처분을 받고 정지기간이 지난 후 새로운 제재처분을 받을 우려가 없다면, 업무정지처분에서 정한 정지기간이 경과한 후에 업무정지 처분을 구할 법률상 이익이 없다.

1-7. 건축사업무정지명령처분취소 (대법원 1993.10.8 선고, 93누15069)

건축사법 시행규칙 제22조의 규정은 건축사사무소의 등록취소 등에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것이므로 이 규칙은 행정조직 내부에서 관계 행정기관이나 직원을 기속함에 그치고 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력은 없다.

1-8. 건축사업무정지처분취소 (대법원 1992.11.24 선고, 91누12172)

건축사의 공사감리업무 종료시기는 준공검사에 합격됨으로써 더 이상 당해 건축물에 대한 감리를 필요하지 않을 때이다.

1-9. 건축사업무정지처분취소 (대법원 1991.4.12 선고, 90누8886)

건축사가 공사감리자로서의 의무이행을 다하지 못하였다 하더라도, 시공위반의 정도가 경미하고, 위반내용의 시정을 위하여 노력하였으며 사후에 시정이 되어 준공검사까지 마쳤다면 그 건축사에 대한 1개월간의 건축사업무정지처분은 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다.

1-10. 건축사업무정지명령취소 (대법원 1990.10.23 선고, 90누3119)

건축사업무정지명령에서 정한 정지기간이 도과하였다고 하더라도 그 처분을 받은 전력으로 인하여 건축사사무소등록취소라는 법률상의 이익이 침해되었다면 건축사 업무정지처분의 취소를 구할 이익이 있다.

1-11. 건축사업무정지처분취소 (서울고법 1990.4.12 선고, 89구14450)

일반공사감리자가 위법공사보고서의 제출의무를 게을리 한 것은 공사감리자의 의무이행을 게을리 한 경우에 속한다.

1-12. 건축사법위반, 뇌물공여 (대법원 1997.12.26 선고, 95도2540)

건축사가 아니더라도 법인을 설립하고 그 법률상 대표자를 건축사로 하기만 하면 그 법인 명의로 건축사를 고용하여 건축사사무소를 개설·등록할 수 있다.

1-13. 건축사법위반 (대법원 1993.10.12 선고, 93도1888)

건축허가나 준공검사 신청 시 관계서류에 허위의 사실을 기재하지 아니하였다면, 조사 및 검사를 허위로 한 것이라고 볼 수 없다.

1-14. 건축사법위반 (대법원 1983.8.23 선고, 82도471)

건축사법 제4조 제1항의 "건축사가 아니면 할 수 없는 설계"란 건축허가를 받기 위하여 건축허가신청서에 첨부하여 제출하는 당해 설계도서를 의미하고 그 설계도서 작성을 위한 준비행위로서 작성한 기초도면은 이에 포함되지 않는다.

2장 설계용역비, 감리비 등

2-1. 감리비 (대법원 2006.11.23 선고, 2004다3925)

감리계약이 감리인의 귀책사유 없이 도중에 종료한 경우, 이미 처리한 감리사무의 비율에 따라 정하여야 한다.

2-2. 감리비 (대법원 2003.1.10 선고, 2002다11236)

주택건설촉진법상의 공동사업주체가 사업계획 승인권자의 감리자 지정에 따라 공동으로 감리계약을 체결한 경우 그 공동사업주체의 1인이 파산선고를 받은 것만으로 감리계약이 종료된다고 볼 수 없으므로 건축주는 감리자에게 감리비를 지급하여야 한다.

2-3. 용역비 (대법원 2008.5.8 선고, 2008다1415)

건축주의 귀책사유로 설계업무가 중단되었다면, 건축주는 건축사에게 설계용역비를 지급할 의무가 있다.

2-4. 용역비 (부산고등법원 2006.6.15. 선고 2005나20736)

건축사의 업무범위는 작업한 부분에 대하여 용역비지불기준에 따라 산정한 설계비를 지급할 의무가 있다.

2-5. 용역비 (서울고등법원 2005.1.14 선고, 2004나4845)

건축주가 사업부지에 대한 소유권을 이전 받거나 토지사용승낙서를 받지 못하여 건축사의 업무이행이 중단되었다면, 건축주는 건축사에게 계약사항에 따른 용역비를 지급하여야 한다.

2-6. 용역비 (대전지방법원 2004.7.22 선고, 2004나528)

건축설계 및 감리용역을 완수하였다면 설계 및 감리용역에 대한 미지급 용역대금을 지불하여야 한다.

2-7. 용역비 (대법원 2003:10.23 선고, 2003다37662)

건축사의 귀책사유로 인하거나 쌍방의 귀책사유 없이 사전결정승인을 받지 못한 경우에는 계약금을 일부 반환하기로 약정하였으나, 발주자의 귀책사유로 사전결정신청이 반려되었다면 건축사는 계약금의 반환 의무가 없다.

2-8. 용역비 (대법원 2003.4.11 선고, 2002다70884)

건축사 자격이 없는 사람이 마치 자격이 있는 것처럼 행세하면서 설계용역계약을 체결한 경우 건축주가 일으킨 착오는 계약을 취소할 수 있는 중대한 착오에 해당하고 일반인의 입장에서 건축사자격증의 제시를 요구한다거나 건축사단체에 자격 유무를 조회하여 이를 확인하여야 할 주의의무가 있다고 볼 수는 없다.

【판시사항】

[1] 재건축조합이 재건축아파트 설계용역계약을 체결함에 있어서 상대방의 건축사 자격 유무에 관한 착오가 법률행위의 중요 부분의 착오에 해당하는지 여부(적극)

[2] 민법 제109조 제1항 단서 소정의 '중대한 과실'의 의미

[3] 건축사 자격이 없이 건축연구소를 개설한 건축학 교수와 재건축아파트 설계용역계약을 체결한 재건축조합이 상대방의 건축사 자격 유무를 조사하지 아니하여 그의 무자격을 알지 못한 것이 중대한 과실로 인한 착오에 해당하지 아니한다고 한 사례

【참조조문】

[1] 민법 제109조, 건축법 제19조, 건축법시행령 제18조, 건축사법 제4조 제1항, 제23조, 제39조 제2호 [2] 민법 제109조 [3] 민법 제109조

【이유】

1. 사실관계

원심은 채택 증거에 의하여, 원고는 건축사법에 의한 건축사 자격을 취득한 바는 없고, 다만 건축디자인연구, 건축컨설팅 등을 주된 목적으로 하는 '△△△건축연구소'를 운영하는 자로서, 2000. 5. 17. 피고의 전신인 이 사건 재건축조합 추진위원회와 사이에 재건축을 위한 기본설계도, 실시설계도, 기타 공사 실시에 필요한 설계도서를 작성하는 내용의 설계용역 가계약을 체결한 사실, 2000. 6. 18. 피고 조합이 결성되고 소외인이 조합장으로 선출되어 위 가계약을 본계약으로 승인한 사실(이하 위 가계약과 본계약을 통틀어 '이 사건 계약'이라 한다), 그런데 피고측은 2000. 8. 21. 원고에게 위 건축연구소가 건축사협회에 등록된 건축사사무소가 아닌 것으로 확인되었다면서 건축사 자격이 없는 원고가 이 사건 계약을 체결한 것은 건축사법 제4조, 제23조에 위배되어 재건축사업에 심각한 영향을 미칠 수 있으므로 같은 달 31.까지 이에 대한 소명과 함께 건축사 면허증과 건축사사무소 등록증 사본을 제시하라는 내용의 통지를 한 사실, 피고는 2001. 7. 25.자 답변서의 송달로써 피고측의 착오를 이유로 이 사건 계약에 이른 피고의 의사표시를 취소한 사실 등을 인정하였다.

2. 상고이유(기간경과 후의 보충상고이유는 보충의 범위 내에서)에 대한 판단

가. 원심은, 이 사건 계약은 재건축사업이 종료될 때까지 필요한 설계도면을 작성하고 또한 재건축사업에 필요한 건축행정에 관한 업무를 포함하는 계약인데, 재건축사업승인신청시나 그 후의 설계변경시에는 반드시 건축사가 설계하고 그 설계자를 표시한 설계도면을 첨부하여야 하므로, 만일 건축사가 설계한 것이 아니라거나 설계한 건축사를 표시할 수 없다면 재건축 추진은 곤란하게 될 것이고, 또한 건축사법상 건축사는 엄격한 시험을 거쳐 그 자격이 부여되며, 만일 건축사 아닌 자가 금지된 설계를 하면 이를 처벌하고, 더 나아가 그로 인하여 공중의 위험을 발생하게 하거나 사람을 사상에 이르게 한 경우에는 가중처벌하는 점에 비추어, 이 사건 재건축아파트와 같은 규모의 건축물의 설계에 있어서는 설계자인 원고의 설계능력뿐 아니라 이를 바탕으로 재건축사업을 효과적으로 추진할 수 있는 자격이 있는지가 이 사건 계약의 중요한 요소를 구성한다고 할 것인데, 원고는 이러한 자격을 갖추지 못하고 있고, 피고 조합은 이를 알지 못한 채 이 사건 계약을 체결하였으므로 이 사건 계약은 피고 조합이 중요 부분에 관하여 착오를 일으켜 체결한 것이라고 판단하였다.

법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있다고 하기 위하여는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하는바, 원심이 판시한 바와 같이 이 사건 설계용역에서 건축사 자격이 가지는 중요성에 비추어 볼 때, 피고가 원고에게 건축사 자격이 없다는 것을 알았더라면 피고만이 아니라 객관적으로 볼 때 일반인으로서도 이 사건과 같은 설계용역계약을 체결하지 않았을 것으로 보이므로, 이 사건에서 피고측의 착오는 중요 부분의 착오에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인, 중요 부분의 착오에 관한 법리오해, 이유모순 등 상고이유에서 주장하는 위법이 없다.

나. (1) 원심은, 피고가 이 사건 용역사업을 시작하던 시점이나 이 사건 계약 체결시점에 원고가 건축사가 아닌 사실을 알고 있었거나 충분히 예상할 수 있었을 것이라는 원고의 주장에 대하여, 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척하였는바, 이는 피고의 착오에 중과실이 있다는 주장에 대한 판단으로 보이므로, 원심판결에 이 점에 관한 판단누락이나 심리미진이 있다는 상고이유 주장은 이유 없다.

(2) 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 그 의사표시를 취소할 수 있으나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못하는 것인바, 여기서 '중대한 과실'이라 함은 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 것을 의미한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다64995 판결 등 참조).

원심 인정 사실과 기록에 의하여 인정되듯이 원고는 이 사건 계약 체결을 전후하여 건축사 자격이 없다는 것을 묵비한 채 자신이 미국에서 공부한 건축학교수이고 '△△△건축연구소'라는 상호로 사업자등록까지 마치고 건축설계업을 하며 상당한 실적까지 올린 사람이라고 소개하였다면, 일반인의 입장에서는 원고에게 당연히 건축사 자격이 있는 것으로 믿을 수밖에 없었을 것이므로, 피고측이 원고를 무자격자로 의심하여 건축사자격증의 제시를 요구한다거나 건축사단체에 자격 유무를 조회하여 이를 확인하여야 할 주의의무가 있다고 볼 수는 없고, 원고가 건축사의 자격을 기재함이 없이 '△△△건축연구소 대표 원고'라고 계약당사자 표시를 하여 이 사건 계약서를 작성하고 건축사의 표시가 없는 '△△△건축연구소'의 사업자등록을 피고측에게 교부하였다고 하더라도 이는 원고의 무자격을 알리기 위하여 한 행위가 아니므로, 상고이유에서 들고 있는 사정만으로 피고측이 주의를 현저히 결여하여 원고의 무자격을 알지 못하였던 것으로 볼 수는 없고, 달리 기록을 살펴보아도 피고가 중대한 과실로 인하여 착오에 이르게 되었음을 알아볼 만한 자료가 없다.

원심의 이유 설시가 미흡하기는 하나, 위의 설시에 비추어 볼 때 피고측의 착오가 그의 중대한 과실에 연유되었다는 원고의 주장을 배척한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인, 중과실에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 유지담(재판장) 조무제 이규홍 손지열(주심)

2-9. 용역비 (대법원 2002.9.10 선고, 2002다39357)

설계용역계약상의 지위를 승계하였다면 승계자는 용역비를 지불해야 한다.

2-10. 용역비 (대법원 2002.2.8 선고, 2001다75554)

주택건설사업 진행 중 사업주체를 변경하는 사업계획의 변경이 있을 때, 새로운 사업주체와 감리자 사이에 신규의 감리계약을 체결하는 등의 별다른 사정이 없는 한, 사업주체 변경 후 준공에 이르기까지의 감리비는 당초 계약 내용에 따라 종전의 사업주체가 부담하여야 한다.

2-11. 용역비 (대법원 2001.4.10 선고, 2001다1829)

다툼이 있는 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 정산합의를 하고 정산동의서를 작성한 것만으로 설계용역비 전체에 대한 정산이 완료되었다고 할 수 없다.

2-12. 용역비 (대법원 2000.8.22 선고, 2000다19342)

건설공사감리계약이 도중에 종료된 경우 감리사무에 대한 보수는 감리기간, 인원수, 공사진척 강도 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다.

2-13. 설계용역비청구 (대법원 2006.1.12 선고, 2005다53385)

쌍방의 묵시적 합의에 의하여 계약이 해지되었을 경우, 건축주는 특별한 사정이 없는 한 건축사가 계약에 의하여 수행한 설계용역비 및 행정용역비를 지급할 의무가 없다.

2-14. 설계용역비 (대법원 2001.4.10 선고, 2001다7711)

건축주가 설계계약을 한 A 건축사의 설계도면으로, B 건축사와 계약하여 건축물을 완성시켰다면, A 건축사는 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다.

2-15. 설계용역비 (대법원 1996.6.11 선고, 95다29024)

건축사가 건축주의 의사에 따라 건축물에 대한 설계도 등 서류를 모두 완성하였고 '설계업무의 진행에 따라'의 시기가 도래되었다면 건축주는 건축사에게 설계비를 지급해야 한다.

2-16. 설계비반환 (대법원 2005.2.17 선고, 2003다18371)

일반적인 설계용역계약에서 건축설계도서의 저작권은 건축사에게 있으며 설계도서를 작성한 건축사가 계약 상대방에게 독점적으로 그 설계도서를 이용하여 시공할 수 있는 권한을 부여한 것으로 볼 수 있다. 따라서 계약상대방이 그에 관한 정당한 이용 기회를 상실한 때 건축사가 다른 사람에게 그 설계도서의 이용을 허락하는 행위가 저작권 또는 이용권을 침해한 것이라고는 할 수 없다.

2-17. 설계비 (대법원 2007.7.13 선고, 2007다31372)

업무의 위탁과 관련한 계약서를 작성하지 않았지만 건축사가 행한 업무는 건축사의 업무범위 내에 있고, 발주자를 위하여 업무를 행하였으므로 발주자는 건축사에게 보수를 지급할 의무가 있다.

2-18. 설계비 (대법원 2002.9.6 선고, 2000다60777)

학교를 설립한 사람이 속한 법인의 대표자가 학교를 대표하여 경영에 최종적인 의사결정을 하였고 학교 설계와 관련하여 필요한 제반업무를 진행하였으며 그 증거가 확실하다면, 학교법인이 부담하는 설계비 지급 채무를 중첩적으로 인수하였다고 볼 수 있다.

2-19. 설계비 (대법원 1999.7.27. 선고, 98다23447)

건축설계 계약 시 잔금의 지급을 공사착공 시 또는 허가일로부터 6개월 내에 지급하기로 약정한 경우 건축허가가 나지 아니하였더라도 건축허가에 필요한 실시설계도면을 제작한 건축사에게 설계비를 지급하여야 한다.

【판시사항】

건축설계계약의 잔금지급에 관한 약정이 불확정기한부 약정에 해당한다고 본 사례

【참조조문】

민법 제152조

【이유】

상고이유를 본다.

1. 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 건축설계계약시 잔금은 공사착공시 지급하고 다만 공사착공이 건축허가일로부터 6개월을 초과하는 경우에는 허가일로부터 6개월 내에 지급하기로 약정한 것은 건축설계계약이나 잔금지급채무에 대하여 건축허가를 받을 것을 조건으로 한 것인데 그 건축허가를 받지 못하였으니 원고의 잔금지급청구에 응할 수 없다는 피고의 주장에 대하여, 이 사건 건축설계계약의 잔금지급에 관한 약정의 경위에 관하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그와 같은 잔금지급약정의 경위와 이 사건 계약의 목적 등에 비추어 보면, 원고와 피고는 계약체결 당시 계약이나 잔금지급채무의 효력을 공사착공 또는 건축허가의 성부에 의존케 할 의사로 위와 같이 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 피고의 잔금지급채무를 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때로 유예 또는 연기한 것으로서 잔금지급채무의 시기에 관하여 불확정기한을 정한 것이지, 건축허가를 조건으로 붙인 것은 아니라고 판단하고 피고의 위 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 잔금지급약정의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고는 피고 및 소외 주식회사 부건(아래에서는 소외 회사라고 한다)을 위하여 건축허가에 관련된 업무를 대행함에 있어서 교통영향심의결과에 따른 도로확장 없이는 건축허가를 받을 수 없다는 점을 잘 알고 있었으므로 피고에게 도로가 확장되기 전에는 건축허가신청을 하지 말도록 조언

하여야 할 성실의무가 있음에도 불구하고, 대규모소매점 개설허가에 관하여 행정구제절차를 밟고 그 결과가 나올 때까지 건축관련 업무를 중단하겠다는 피고에게 도리어 대규모소매점 개설허가조건과 건축허가는 아무런 관계가 없으니 우선 건축허가를 받아 건축공사를 하고 그 사이에 도로확장이 되면 대규모소매점 개설허가도 가능할 것이라고 하면서 실시설계를 강행하였으니 적어도 실시설계에 대한 보수지급채무는 면책되어야 한다는 피고의 주장에 대하여, 원고가 피고의 의사와는 달리 실시설계를 강행하였다는 점을 인정할 수 있는 증거가 없고, 오히려 위에서 인정한 사실관계에 의하면, 피고 및 소외 회사는 대규모소매점의 개설허가를 받기 위하여 교통영향평가와 심의를 의뢰한 결과 주변도시계획도로가 확장되어야 한다는 취지의 통지를 받아 도로확장이 되지 아니하면 대규모소매점의 개설허가는 물론 건축물의 건축허가도 받을 수 없다는 점을 알았다고 할 것이고, 실제로 대규모소매점의 개설허가를 신청하였다가 그와 같은 이유로 개설허가를 받지 못함으로써 위 건축물에 대한 건축허가를 신청하더라도 건축허가를 받지 못할 것이 객관적으로 분명한 상황이었음에도 불구하고 자신의 판단에 따라 (소외 회사는 그 후 도로확장에 필요한 비용을 시행청에 기탁하겠다고 제안하기까지 하였다.) 무리하게 건축허가신청을 하고, 그 과정에서 원고에게 건축허가신청에 필요한 실시설계도면의 완성이라고 하는 계약상 채무의 이행을 청구하였으니, 그와 같은 채무를 지고 있는 원고에게 피고의 위 요구를 거절하고 채무를 이행하지 않을 것을 기대할 수는 없다고 하여 피고의 위 주장을 배척하였다.
기록에 비추어 살펴보면, 원심의 그와 같은 사실인정과 판단은 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

3. 제3점에 대하여
원심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사정에서는 피고에게 약정된 설계보수 전액의 지급책임을 지우는 것이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 비추어 불합리하다고 한 다음 그와 같은 사정 등을 참작하여 피고가 지급하여야 할 설계보수는 그 30%를 감액함이 상당하다고 판단하였는바, 기록에 나타난 모든 사정에 비추어 보면 원심이 인정한 감액 정도는 수긍할 수 있고 그 정도가 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 비추어 현저히 가벼워 불합리하다고는 보이지 아니하므로, 감액의 정도에 대한 상고이유 제3점의 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장) 박준서 신성택(주심)

2-20. 설계대금 (대법원 2001.11.27 선고, 2001다47641)

건축주가 설계변경요구 시 추가설계비의 액수조정 실패로 용역계약이 해제되었을 때, 건축사가 수행한 설계용역의 정도에 따라 설계용역대금을 정산하여야 한다.

2-21. 보증채무금 (대법원 2000.7.4. 선고, 2000다16824)

공사감리계약은 감리대상이 되는 공사의 완성 여부나 진척 정도와는 독립된 별개의 용역을 제공하는 것을 본질적 내용으로 하는 위임계약의 성질을 가진 것으로, 감리계약이 중단된 경우 그 사무에 대한 보수의 범위는 순전히 수행한 감리업무를 중심으로 정하여야 한다.

2-22. 보증채무금 (대법원 2001.5.29 선고, 2000다40001)

감리계약이 감리인의 귀책사유 없이 도중에 종료한 경우, 그때까지의 감리사무에 대한 보수는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 이미 처리한 감리사무의 비율에 따라 정하여야 한다.

【판시사항】

[1] 기간으로 보수를 정한 공사감리계약이 중도에 종결된 경우의 감리비 산정방법

[2] 감리비를 계약금, 1회부터 7회까지의 각 중도금, 잔금으로 분할하여 정기에 지급하기로 한 것이어서 민법 제686조 제2항 소정의 기간으로 보수를 정한 공사감리계약에 해당된다고 본 사례

【참조조문】

[1] 민법 제686조 제2항, 제3항, 건설기술관리법 제2조 제9호, 주택건설촉진법 제33조의6 제2항, 제3항, 제4항, 제5항, 제8항, 주택건설촉진법시행령 제34조의6 제3항, 제34조의7, 제34조의9, 제34조의10 [2] 민법 제686조 제2항

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점, 제3점에 대하여

기록에 의하면, 원고와 소외 주식회사 삼성기술단(이하 '삼성기술단'이라고 한다)은 공동으로 1998. 3. 6. 소외 주식회사 금정산업개발(이하 '금정산업개발'이라고 한다)과 금정산업개발이 충북 청원군 (주소 생략) 외 6필지 위에 건축하는 외천 ○○임대아파트 신축공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)에 대한 공사감리업무를 총 감리비 금 458,000,000원(원고의 감리비 400,000,000원 + 삼성기술단의 감리비 58,000,000원), 감리기간 같은 날부터 2000. 4. 30.까지로 정하여 수행하기로 하는 공사감리계약을 체결하면서, 원고는 일반건축부분에 대한 감리를, 삼성기술단은 전기부분에 대한 감리를 분담하여 맡기로 하되 다만 원고가 원고 및 삼성기술단(이하 원고 및 삼성기술단을 합하여 '원고 등'이라고 한다)을 대표하여 금정산업개발에 대하여 감리비 청구 등의 권한을 가지기로 약정한 사실, 위 공사감리계약 당시 금정산업개발은 원고 등에게 감리비로 계약시에 계약금 45,800,000원을, 1998. 6. 6.부터 매 3개월마다 7회에 걸쳐 감리중도금으로 각 금 51,525,000원을, 이 사건 공사의 사용검사 신청시에 잔금 51,625,000원을 각 지급하기로 약정한 사실, 주택사업공제조합(조직변경 전의 피고, 이하 '피고'라고 한다.)은 1998. 3. 6. 금정산업개발과 사이에 보증금액 금 412,200,000원, 감리사업명 이 사건 공사, 보증기간 같은 달 10일부터 2000. 4. 30.까지, 보증채권자 원고(원고가 원고 등을 대표하여 감리비 청구권한을 가지는 것을 전제로 하여 원고만을 보증채권자로 함)로 각 정하고 금정산업개발이 위 공사

감리계약에 따라 이행기일이 보증기간 내에 있는 감리비지급채무를 이행하지 아니함으로써 원고 등이 입게 될 손해를 위 보증금액 한도 내에서 보상하기로 하는 감리비예치보증계약을 체결한 사실, 원고 등은 1998. 3. 6.부터 금정산업개발이 시행하는 이 사건 공사에 대한 감리업무를 수행하던 중 같은 해 6월 9일 금정산업개발의 부도로 이 사건 공사가 중단됨에 따라 그 무렵 관할 관청인 청원군에 감리요원 철수 보고를 하고 감리업무를 중단한 후 같은 달 10일 감리원을 철수시킨 사실, 금정산업개발은 1998. 6. 6. 제1회 중도금으로 원고 등에게 지급하여야 할 감리비 금 51,525,000원을 지급하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

건설기술관리법 제2조 제9호, 주택건설촉진법 제33조의6 제2항 내지 제5항, 제8항, 같은법시행령 제34조의6 제3항, 제34조의7, 제34조의9, 제34조의10 등 제반 공사관계 법규의 규정들에 의하면 건설공사의 감리자는 제3자적인 독립된 지위에서 부실공사를 방지할 목적으로 정기적으로 당해 공사의 품질검사, 안전검사를 실시하여 만일 부적합한 공사가 시행되고 있는 경우라면 당해 공사에 대한 시정, 재시공, 중지 요청까지도 하여야 하는 등 공사의 진행에 제동을 걸어야 할 필요도 있고, 공정이 계획대로 진행되고 있는가를 면밀히 살펴 예정된 공기를 준수하지 못할 우려가 있는 경우에는 그 원인을 분석하고 그 결과를 보고하는 사무도 담당하고 있는 것이기 때문에 공사의 진척이 부진하거나 공정이 예정대로 진행되지 않는다고 하여 그에 병행하여 아무런 감리업무를 수행하지 아니한 채 이를 그대로 방치하거나 나아가 적법한 절차를 거치지 아니한 채 함부로 감리원을 공사현장에서 철수시켜서는 아니 되는 것을 그 기본적 사무의 내용으로 하고 있으므로, 감리의 대상이 된 공사의 진행 정도와 수행할 감리업무의 내용이 반드시 비례하여 일치할 수 없는 것은 그 업무의 속성상 당연하다 할 것이고, 따라서 주택 등 건설공사감리계약의 성격은 그 감리의 대상이 된 공사의 완성 여부, 진척 정도와는 독립된 별도의 용역을 제공하는 것을 본질적 내용으로 하는 위임계약의 성격을 갖고 있다고 봄이 상당하고, 한편 감리계약이 도중에 종료된 경우 그 사무에 대한 보수를 정함에 있어서는 민법 제686조 제2항 단서, 제3항의 규정에 따라 기간으로 보수가 정해진 경우에는 감리업무가 실제 수행되어 온 시점에 이르기까지 그 이행기가 도래한 부분에 해당하는 약정 보수금을 청구할 수 있고, 후불의 일시불 보수약정을 하였거나 또는 기간보수를 정한 경우에도 아직 이행기가 도래하지 아니한 부분에 관하여는 감리인에게 귀책사유 없이 감리가 종료한 경우에 한하여 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다고 할 것이다(대법원 2000. 7. 4. 선고 2000다16824 판결, 2000. 8. 22. 선고 2000다19342 판결 등 참조).

위 사실관계에 의하면, 이 사건 감리비는 계약금, 1회부터 7회까지의 각 중도금, 잔금으로 분할하여 정기에 지급하기로 한 것이어서 민법 제686조 제2항 소정의 '기간으로 보수를 정한 때'에 해당된다고 할 것이고, 앞서 본 법리에 의하면 기간으로 보수가 정해진 경우에는 감리계약이 도중에 종료된 경우라도 감리업무가 실제 수행되어 온 시점에 이르기까지 그 이행기가 도래한 부분에 해당하는 약정 보수비를 청구할 수 있다고 할 것이므로(이 사건 공사감리계약의 내용으로 되어 있는 공사감리업무 계약조항 제13조는 "건축주가 공사의 전부 또는 일부의 실시를 중지하거나 폐지하였을 경우라도 이미 수행한 감리업무에 대한 보수는 건축주와 감리자간 중도해약 시점을 기준으로 공정 또는 감리수행기간에 비례하여 감리자에게 지급하여야 한다."라고 되어 있으나, 이는 이행기가 도래한 보수 부분에 대하여는 그 적용이 없다고 할 것이다.), 금정산업개발은 원고에게 이 사건 감리비 중 1998. 6. 6. 이행기가 도래한 제1회 중도금 51,525,000원을 지급할 의무가 있다고 할 것인바, 금정산업개발이 이를 지급하지 아니하고 있는 이상 위 감리비지급채무를 보증한 피고가 원고에게 위 금원을 지급할 의무가 있다고 할 것이다.

그렇다면 원심의 판결이유가 이와 다르기는 하지만, 원고의 청구를 인용한 결론에 있어서는 정당하고, 이 법원의 인정 및 판단과 다른 전제에 서서 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인

한 사실오인, 심리미진 및 이유모순, 보증액수의 범위 및 감리행위의 내용에 관한 법리오해 등의 위법이 있다는 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여
원고가 원고 등을 대표하여 금정산업개발에 대하여 감리비 청구 등의 권한을 가지기로 삼성기술단, 금정산업개발과 약정한 사실, 피고가 1998. 3. 6. 금정산업개발과 이 사건 보증계약을 체결하면서 원고가 원고 등을 대표하여 감리비 청구권한을 가지는 것을 전제로 하여 원고만을 보증채권자로 하는 감리비예치보증서를 발급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로 금정산업개발을 보증한 피고로서는 원고에게 삼성기술단의 것을 포함하여 이 사건 제1회 감리중도금 51,525,000원을 지급할 의무가 있다고 할 것이다.
따라서 이 법원의 인정 및 판단과 다른 전제에 서서 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 처분문서의 효력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다는 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장) 유지담 배기원(주심) 박재윤

2-23. 공사대금 (광주지법 1999.8.2 선고, 97가합8979)

설계물량의 증감의 가림은 실질적으로 설계를 하는데 계약 당시 예정하였던 것보다 더 많은 설계용역이 제공되었는지에 의해 판단하여야 한다.

【판시사항】
[1] 설계용역 도급계약에 따라 기본설계를 완성한 후 도급인의 요청에 따라 지상 15층 건물을 지상 10층으로 기본설계를 변경한 경우, 위 도급계약조건 중 "계약체결 후 예정가격 또는 계약금액 결정에 하자 또는 착오가 있음이 발견되거나 과업지시서에 허용한 범위 이상의 설계물량이 증감되었을 시는 해당 금액을 당초 계약금액에서 증감하여 지급한다."는 취지의 설계용역비 증감지급요건에 해당한다고 보아 도급인은 위 기본설계변경에 따른 추가 설계용역비를 지급하여야 한다고 한 사례
[2] 설계용역 도급계약조건 중 "계약체결 후 예정가격 또는 계약금액결정에 하자 또는 착오가 있음이 발견되거나 과업지시서에 허용한 범위이상의 설계물량이 증감되었을 시는 해당 금액을 당초 계약금액에서 증감하여 지급한다."는 설계용역비 증감지급요건을 충족시키는 '설계물량의 증감'에 해당하는지 여부의 판단 기준
[3] 확정 공사비는 설계용역 도급계약 체결시의 추정 공사비보다 증가하였으나 설계할 대상 건축물은 지상 15층에서 10층으로 오히려 축소된 경우, 위 도급계약조건 중 "계약체결 후 예정가격 또는 계약금액 결정에 하자 또는 착오가 있음이 발견되거나 과업지시서에 허용한 범위 이상의 설계물량이 증감되었을 시는 해당 금액을 당초 계약금액에서 증감하여 지급한다."는 설계용역비 증감지급요건을 충족시키는 '설계물량의 증감'에 해당하지 않는다고 본 사례

【참조조문】

[1] 민법 제664조 [2] 민법 제664조 [3] 민법 제664조

【이 유】

1. 기초사실

증거: 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1호증의 1 내지 제30호증의 2의 각 기재, 증인 김현하의 증언 (일부 배척) 및 변론의 전취지.

가. 원고들은 1995. 7. 18.경 피고 소관의 소외 전남대학교로부터 전남대학교 자동차교육연구관 신축을 위한 설계용역을 그 설계용역비를 금 499,000,000원으로 정하여 공동으로(분배비율 원고 남상금 90%, 원고 장양순 10%) 도급받았는바, 그 계약특수조건 제2조 제1항에서 "계약체결 후 예정가격 또는 계약금액 결정에 하자 또는 착오가 있음이 발견되거나 과업지시서에 허용한 범위 이상의 설계물량이 증감되었을 시는 해당금액을 당초 계약금액에서 증감하여 지급한다"는 취지의 설계용역비 증감지급요건을 거시하여 약정하였다.

나. 원고들은 전남대학교로부터 교부받은 설계용역 과업지시서와 자동차교육연구관 신축설계용역계획서에 의하여 위 자동차교육연구관의 설계에 착수하여 기본설계를 완성하고 1996. 3. 22. 기본설계 도서를 납품하였는데, 전남대학교는 1996. 5. 3.에 이르러 위와 같이 기본설계는 완성하였으나 그 실시설계는 아직 착수하지 아니한 상태에 있던 원고들에게 위 자동차교육연구관 기본설계에 대한 교육부 심의결과에 따라 신축건물의 규모와 공간의 용도변경(안)을 제시하면서 기히 작성된 위 기본설계의 검토, 수정을 요구하였고, 실시설계는 위와 같이 변경된 기본설계에 기초하여 추진하도록 요청하였다.

다. 이에 따라 원고들은 당초 지하 1층, 지상15층으로 설계한 건물을 지하 1층, 지상 10층으로 5개층을 삭제함으로써 건물의 건축구조도면을 수정하고 건물의 구조계산작업을 다시 하였으며 기계설비, 전기, 통신, 소방설비 등을 수정하고 조감도를 수정하는 등 기본설계를 다시 하였고 이에 따른 실시설계를 1996. 6. 28.까지 완료하여 전남대학교에 납품하고 그 설계용역비로 금 499,000,000원을 지급받았으며, 원고들이 위 기본설계변경에 따라 더 제공한 설계용역비는 금 29,000,000원이다.

2. 원고들의 청구에 대한 판단

가. 기본설계변경에 따른 설계용역비

인정 사실 : 위에서 본 바와 같이 원고들이 1996.5.3. 전남대학교의 요청에 의하여, 기왕에 진행중이던 위 자동차교육연구관에 대한 기본설계를 단순히 수정함에 그친 것이 아니라, 일단 그 기본설계를 다 마친 상태에서 이를 변경하여 연구동의 상층부 5개층을 삭제하는등 위 '다'항 기재와 같이 또 다시 기본설계를 하였고, 이에 따라 원고들이 금 29,000,000원 상당의 설계용역을 더 제공하였다.

판단 : 위와 같이 원고들이 이미 그 기본설계를 다 마친 상태에서 이를 변경하여 또 다시 기본설계를 하였다면 이는 위 계약특수조건 제2조 제1항에서 정한 설계용역비 증감지급요건에 해당할 뿐만 아니라, 위 1996.5.3. 무렵 당사자 사이에 위와 같이 기본설계를 변경하기로 하면서 이에 따라 더 제공하게 되는 설계용역비 상당 금원을 추가 지급하기로 하는 묵시적 약정이 이루어졌다고 보여진다.

따라서 피고는 위 기본설계변경에 따른 설계용역비로 원고 남상금에게 금 26,100,000원, 원고 장양순에게 금 2,900,000원 및 위 각 금원에 대하여 1997. 7. 23.부터 1999.8.2.까지는 연 5푼, 그 다음날부터 완제일까지

는 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

나. 설계물량증가에 따른 설계용역비

원고들의 주장 : 위 자동차교육연구관 공사에 관하여 확정된 총공사비는 계약시 추정한 총공사비 금 12,400,000,000원보다 금 4,970,817,099원이 증가한 금 17,370,817,099원으로 들어났다.

그런데 (1) 이 사건 약정은 건축사의 보수금액을 공사비를 기준으로 하여 산정하는 방식의 대한건축사협회가 마련한 건축사업무및보수기준에 의하여 그 총공사비의 증감에 따라 최종 설계용역비를 산정하기로 한 것이다.

(2) 또한 위와 같은 총공사비의 증가는 위 계약특수조건 제2조 제1항에서 정한 설계용역비 증감요건을 충족시키기 위한 설계물량의 증감에 해당하고 이에 따라 그 설계용역비도 증가되는 것이다.

따라서 원고들은 위 약정에 따라 피고에게 위와 같이 증가된 공사비에 따른 설계보수금 195,797,337원 중 금 189,000,000원의 지급을 구한다는 것이다.

판단 : 위 (1)주장에 관하여 보면, 이 사건 약정 당시 위 건축사업무및보수기준에 의해 총공사비의 증감에 따라 최종 설계용역비를 산정하기로 당사자 사이에 합의가 있었다는 사실을 뒷받침할 뚜렷한 증거가 없고, 오히려 앞서 든 증거에 의하면 위 총공사비는 피고가 정하는 총예산액의 범위를 벗어나지 않도록 하여 그 설계를 하도록 약정한 사실이 인정될 뿐이므로 그 이유없다.

위 (2)주장에 관하여 보면, 위 계약특수조건 제2조 제1항에서 정한 위 증감요건을 충족시키기 위한 설계물량의 증감을 가림에 있어서는 단지 형식적으로 계약당시 예정하였던 공사비 액수보다 확정 공사비 액수가 증가하였는지 여부만을 가지고 판단할 것이 아니고, 당초 예정하였던 설계 면적,규모등 그 대상의 증감이나 변경 여부 및 그 정도, 건축물의 종류, 시설 및 구조, 용도등에 따른 설계의 난이도등을 확정공사비 액수와 함께 종합적으로 고려하여 실질적으로 설계를 하는데 계약당시 예정하였던 것보다 더 많은 용역이 제공되었는지를 살펴 판단함이 타당하다 할 것이다.

그런데 위에서 본 바와 같이 설계할 대상 건축물이 오히려 축소된 이 사건에 있어서는 그 주장과 같이 단순히 확정 공사비 액수가 증가하였다는 사정만을 가지고서는 실질적으로 더 많은 용역의 제공이 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거도 없으므로(단지 앞서 위 '가'항에서 인용한 기본설계 변경부분은 제외함) 그 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 각 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 정용상(재판장) 차행전 김정숙

2-24. 건축설계비청구 (대법원 1997.6.10 선고, 97다3989)

발주처와 사업대행계약을 맺은 업체와 설계계약을 체결하였다면, 그 이후에 발주처와 사업대행업체 간의 계약이 파기되었다고 할지라도 계약상 효력을 인정한다.

2-25. 건축설계대금 (서울남부지방법원 2007.2.15 선고, 2006나7728)

발주자의 남편과 적법하게 설계계약을 체결하였고, 이에 따라 설계도면을 작성한 후 관할구청장으로부터 건축허가를 얻는 등 설계계약에 따른 모든 의무를 이행하였으므로, 발주자는 원고에게 설계계약상의 설계용역대금을 지급해야 한다.

3장 손해배상, 저작권 등 기타사례

3-1. 이행강제금부과처분취소 (대법원 2010.10.14. 선고 2010두13340)

건축법 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자가 실제 건축주가 아니라고 하더라도, 원칙적으로 건축법 제79조 제1항에 의한 시정명령의 상대방이 되는 건축주에 해당한다고 본 판례 (건물에 대한 건축허가를 받은 갑이 건축 중이던 건물 및 대지를 을에게 양도하였으나 을이 명의를 변경하지 아니한 채 사용승인을 받지 않고 건물을 사용하자, 행정청이 건물에 관한 소유권보존등기 명의자인 갑에게 시정명령을 한 후 이행강제금을 부과한 것이 시정명령의 상대방인 건축주 또는 소유자 등에 관하여 법리를 오해하였다고 한 사례)

【판시사항】

건축법 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자가 실제 건축주가 아니라고 하더라도, 원칙적으로 건축법 제79조 제1항 에 의한 시정명령의 상대방이 되는 건축주에 해당한다고 본 판례 (건물에 대한 건축허가를 받은 갑이 건축 중이던 건물 및 대지를 을에게 양도하였으나 을이 명의를 변경하지 아니한 채 사용승인을 받지 않고 건물을 사용하자, 행정청이 건물에 관한 소유권보존등기 명의자인 갑에게 시정명령을 한 후 이행강제금을 부과한 것이 시정명령의 상대방인 건축주 또는 소유자 등에 관하여 법리를 오해하였다고 한 사례)

【참조조문】

건축법 제79조 제1항 , 제80조 제1항

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 건축법 제79조 제1항, 제80조 제1항 본문에 의하면, 허가권자는 대지나 건축물이 건축법 또는 그에 따른 명령이나 처분에 위반되면 건축법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 '건축주 등'이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있고, 위 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 이를 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 허가권자는 그 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 정해진 기준에 따라 이행강제

금을 부과한다고 규정되어 있다.
건축법의 관계 규정상 건축허가 혹은 건축신고 시 관할 행정청에 명의상 건축주가 실제 건축주인지 여부에 관한 실질적 심사권이 있다고 보기 어렵고, 또 명목상 건축주라도 그것이 명의대여라면, 당해 위반 건축물에 대한 직접 원인행위자는 아니라 하더라도 명의대여자로서 책임을 부담함이 상당한 점, 만약 이와 같이 보지 않을 경우 건축주는 자신이 명목상 건축주에 불과하다고 주장하여 책임회피의 수단으로 악용할 가능성이 있고, 또 건축주 명의대여가 조장되어 행정법 관계를 불명확하게 하고 법적 안정성을 저해하는 요소로 작용할 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 당해 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자는 명의가 도용되었다는 등의 특별한 사정이 있지 않은 한 건축법 제79조 제1항의 건축주에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두5639 판결 참조).

2. 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, 원심은 그 채택증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 이행강제금 부과처분의 전제가 된 시정명령 당시 원고는 이미 이 사건 건물을 소외 1에게 양도함으로써 이 사건 건물의 실질적인 건축주나 소유자라고 할 수 없고, 그에 따라 원고는 피고의 시정명령에 응할 수 있는 지위에 있지 않았으므로, 피고가 원고에 대하여 한 시정명령 및 이를 전제로 한 이 사건 처분 역시 부적법하다고 판단하였다.

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 위 법리와 기록에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다. 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, 원고는 소외 2와 함께 2000. 6. 23. 이 사건 건물에 대한 건축허가를 받은 공동 건축주인 사실, 채권자들의 가압류촉탁에 따라 2005. 12. 19. 이 사건 건물에 관하여 원고 및 소외 2 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌는데, 확정판결을 원인으로 2007. 11. 6. 소외 2 명의의 소유권보존등기가 말소됨으로써 그 이후에는 원고 명의의 소유권보존등기만 유지되고 있는 사실 등을 알 수 있다.
이러한 사실을 위 법리에 비추어 보면, 건축주 명의가 도용되었다는 등의 특별한 사정을 인정할 만한 자료가 없는 이상, 위반 건축물인 이 사건 건물의 건축주 명의를 갖는 자이자 부동산등기부등본상 소유자인 원고는 건축법 제79조 제1항 에 규정된 시정명령의 상대방인 건축주 또는 소유자가 될 수 있다고 봄이 상당하다.
그럼에도 불구하고 원심이 건축법 제79조 제1항에 규정된 시정명령의 상대방은 실질적인 건축주 또는 소유자 등이어야 한다는 전제하에, 그 판시와 같은 이유만을 들어 피고가 원고에 대하여 한 시정명령 및 이 사건 처분이 부적법하다고 판단한 것에는 위반 건축물에 대한 시정명령의 상대방이 되는 건축주 또는 소유자 등에 관하여 법리를 오해한 위법이 있다. 따라서 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장) 이홍훈(주심) 김능환 이인복

3-2. 건축(신축)신고불가취소 (대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결)

건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가 의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당하기 때문에, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우에는 행정청이 수리를 거부할 수 있다.

【판시사항】

건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'에 해당하기 때문에, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우에는 행정청이 수리를 거부할 수 있다고 본 판례

【참조조문】

건축법 제11조 제5항 제3호 , 제14조 제2항 , 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조 , 제58조 제1항 제4호

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 관하여

건축법은 제11조 제1항에서 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다고 규정하고, 제14조 제1항에서 제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 일정 규모 이내의 건축물에 대하여는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하면 건축허가를 받은 것으로 본다고 규정하고 있다.

이와 같이 건축법이 건축물의 건축 또는 대수선에 관하여 원칙적으로 허가제로 규율하면서도 일정 규모 이내의 건축물에 관하여는 신고제를 채택한 것은, 건축행위에 대한 규제를 완화하여 국민의 자유의 영역을 넓히는 한편, 행정목적상 필요한 정보를 파악·관리하기 위하여 국민으로 하여금 행정청에 미리 일정한 사항을 알리도록 하는 최소한의 규제를 가하고자 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 건축법 제14조 제1항의 건축신고 대상 건축물에 관하여는 원칙적으로 건축 또는 대수선을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고를 하면 행정청의 수리 등 별도의 조처를 기다릴 필요 없이 건축행위를 할 수 있다고 보아야 한다.

그러나 한편, 건축법 제11조 제5항 (이하 '인·허가의제조항'이라고 한다)에서는 제1항에 따른 건축허가를 받으면 각 호(이하 '인·허가의제사항'이라고 한다)에서 정한 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다[국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라고 한다) 제56조의 규정에 의한 개발행위허가가 그 대표적인 예이다]고 규정하면서, 제14조 제2항에서는 인·허가의제조항을 건축신고에 준용하고 있고, 나아가 건축법 시행령 제11조 제3항, 제9조 제1항, 건축법 시행규칙 제12조 제1항 제2호에서는 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제조항에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 한다고 규정하고 있다.

건축법에서 이러한 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의

관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다.

원심판결 이유에 의하면, 이 사건 건축신고는, 연면적 합계 100㎡ 이하인 건축물의 신축에 관한 것으로서 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토계획법 제56조 제1항 제1호에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제됨을 알 수 있으므로, 위와 같은 법리상 수리를 요하는 신고로 봄이 상당하다.

같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 건축신고의 법적 성격에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 관하여

앞서 본 바와 같이 일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토계획법 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토계획법상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서는 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다.

그런데 원심판결 이유에 의하면, 너비 약 3m인 이 사건 토지의 소유자이었던 소외인 은 1991. 7.경 이 사건 토지와 인접한 용인시 기흥구 ○○ 동 180-7, 180-8 각 토지상에 건축되는 다세대주택의 건축허가를 위하여 이 사건 토지를 진입도로로 사용할 것을 승낙하였고, 그 후 이 사건 토지는 이 사건 건축신고 수리거부처분이 있은 2009. 3. 6.까지 약 17년 7개월 동안 아스팔트 및 콘크리트 포장이 된 상태로 다세대주택의 거주자들이 공로에 이르는 유일한 통행로로 사용되어 왔으며, 한편 원고는 2006. 3. 7. 이 사건 토지를 경매절차에서 취득하였는데, 원고가 이 사건 건축신고 내용대로 이 사건 토지상에 건물을 신축하면 다세대주택의 거주자 등 인근주민들이 공로에 이르는 유일한 통행로가 막히게 됨을 알 수 있다.

이와 같이 이 사건 토지는 원래의 소유자의 의사에 기하여 인근주민들의 통행에 제공되었고, 그에 따라 현재에 이르기까지 장기간 인근주민들의 통행로로 사용되어 왔는데, 이곳에 이 사건 건축신고 내용대로 건물이 신축되면 인근주민들이 공로에 이르는 유일한 통행로가 막히게 될 것이다. 그리고 일반적으로 경매에 의하여 토지의 소유권을 취득하려는 자는 매각기일의 공고내용이나 매각물건명세서 또는 집행기록의 열람 등의

방법에 의하여 해당 토지의 위치, 현황과 부근 토지의 상황 등을 미리 점검해 볼 것이 경험칙상 당연히 예상되기 때문에, 원고도 이 사건 토지가 인근주민들의 통행로로 제공되고 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 소유권을 취득하였다고 볼 수 있어 원래의 소유자와 마찬가지로 이 사건 토지에 대한 인근주민들의 통행을 수인하여야 한다고 볼 여지도 있다. 이처럼 인근주민들이 이 사건 토지를 통행로로 사용하는 현재의 토지이용실태가 위법하다고 판명되지 아니한 이상, 이 사건 건축신고 대상 건축물의 건축은 이 사건 토지를 통행로로 사용하는 주변 지역의 토지이용실태 등과 조화를 이룬다고 보기 어려워 국토계획법 제58조 제1항 제4호에서 정한 개발행위허가의 기준을 갖추었다고 할 수 없다. 따라서 이를 이유로 한 이 사건 건축신고 수리거부처분은 적법하다.
원심판결의 이 부분 이유 설시에 다소 미흡한 점이 있기는 하나, 이 사건 건축신고 수리거부처분이 적법하다고 하여 원고의 청구를 배척한 결론은 정당하다. 원심판결에 상고이유로 주장하는 건축신고 수리거부에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다.

3. 결론
그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견이 있는 외에는 관여 대법관들의 의견이 일치되었고, 다수의견에 대한 대법관 양승태, 대법관 김지형의 보충의견이 있다.
~~(반대의견 및 보충의견 생략)~~

대법원장 이용훈(재판장) 양승태(주심)
박시환 김지형 이홍훈 김능환 전수안 안대희 차한성 양창수 신영철 민일영 이인복

3-3. 이행강제금부과처분취소청구의소 (대법원 2012.3.29. 선고 2011두27919)

1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정된 구 건축법 시행 이전에 건축된 건축물에 대하여 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 전부 개정된 현행 건축법 시행 이후 시정명령을 하고, 건축물의 소유자 등이 시정명령에 응하지 않은 경우, 현행 건축법에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다.

【판시사항】
1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정된 구 건축법 시행 이전에 건축된 건축물에 대하여 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 전부 개정된 현행 건축법 시행 이후 시정명령을 하고, 건축물의 소유자 등이 시정명령에 응하지 않은 경우, 현행 건축법에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다는 판례

【참조조문】
행정소송법 제27조 [행정소송재판일반], 구 건축법(1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정되기 전의 것) 제56조의2 (현행 제113조 참조), 구 건축법(2005. 11. 8. 법률 제7696호로 개정되기 전의 것) 제83조 (현행 제80조 참

조), 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8941호로 전부 개정되기 전의 것) 부칙(1991. 5. 31.) 제6조

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 적용 법규에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두8918 판결 등 참조), 위법 상태의 법적 성격은 특별한 사정이 없는 한 그 당시 시행되는 법령에 따라 판단되어야 한다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2010두8072 판결 참조). 한편 법률을 개정하면서 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전부 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지이어서 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 하므로 종전 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효되는 것이 원칙이다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결 참조). 다만 전부 개정된 법률에서 종전 법률 부칙의 경과규정을 계속 적용한다는 별도 규정을 두거나, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전 경과규정의 입법 경위 및 취지, 전부 개정된 법령의 입법 취지 및 전반적 체계, 종전 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지 여부, 그 밖의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 종전 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 효력이 존속한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19419 판결 참조).

나. 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정되어 1992. 6. 1.부터 시행된 건축법(이하 '개정 건축법'이라 하고, 개정되기 전의 것을 '구 건축법'이라 한다)에 따르면, 건축법이나 건축법에 의한 명령이나 처분을 위반한 건축물(이하 '위반 건축물'이라 한다)에 관한 시정명령 위반자에 대해 이행강제금을 부과할 수 있게 되었는데(개정 건축법 제83조), 구 건축법상으로는 과태료 부과 대상이었다. 개정 건축법 부칙 제6조 는 '기존의 위반 건축물에 대한 이행강제금처분에 관한 경과조치'라는 제목으로 "이 법 시행 전에 종전의 규정을 위반한 건축물에 관한 처분에 관하여는 제83조 의 규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다."고 규정하였다. 그런데 2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정된 건축법(이하 '현행 건축법'이라 한다)은 시정명령 위반자에 대한 이행강제금 제도를 존속하면서도 기존의 위반 건축물에 대한 아무런 경과규정을 두지 않았다. 이행강제금 제도는 위반 건축물의 방치를 막고자 행정청이 시정조치를 명하였음에도 건축주 등이 이를 이행하지 아니한 경우에 행정명령의 실효성을 확보하기 위하여 시정명령 이행 시까지 지속해서 부과함으로써 건축물의 안전과 기능, 미관을 높여 공공복리의 증진을 도모하는 데 그 입법 취지가 있고(대법원 2002. 8. 16.자 2002마1022 결정 참조), 위반 건축물의 소유자 등이 위반행위자가 아니더라도 행정청은 그에 대하여 시정명령을 할 수 있는 점, 건축법의 전부 개정으로 개정 건축법 부칙 제6조가 실효되더라도 시정명령을 위반한 때의 건축법령에 따른 처분을 할 수 있으므로 법률상 공백상태가 발생한다고 볼 수도 없는 점 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하면, 기존의 위반 건축물에 관한 경과규정인 개정 건축법 부칙 제6조가 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 특별한 사정이 없어 그 경과규정은 건축법 전부 개정으로 실효되었다고 할 것이다. 따라서 위반 건축물이 개정 건축법 시행 이전에 건축된 것일지라도 행정청이 현행 건축법 시행 이후에 시정명령을 하고, 그 건축물의 소유자 등이 그 시정명령에 응하지 않은 경우에는 행정청은 현행 건축법에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다.

다. 원심이 같은 취지에서, 이 사건 건물이 개정 건축법 시행 전의 위반 건축물이지만 현재까지 위법 상태가 계속되고 있어 행정청인 피고가 그 소유자인 원고에게 원상회복의 시정명령을 하였음에도 원고가 이에 응하지 아니하자, 피고가 현행 건축법을 적용하여 이 사건 이행강제금 부과처분을 한 것이 적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 적용 법규에 관한 법리오해의 위법이 없다.

2. 증축행위 시기에 관한 채증법칙 위배의 사실오인 주장에 대하여
이 부분 상고이유 주장은 사실심인 원심의 전권사항인 증거의 취사선택과 사실인정을 탓하는 것에 불과하여서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 결론
그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박일환 신영철(주심) 민일영

3-4. 이행강제금부과처분취소 (대법원 2013.1.24. 선고 2011두10164)

신고 대상 건축물에 대하여도 건축법상 이행강제금을 부과할 수 있으며, 이 경우 신고를 하지 않고 가설건축물을 축조한 경우에 적용할 이행강제금 부과에 관한 근거 규정 판시.

【판시사항】
신고 대상 건축물에 대하여도 건축법상 이행강제금을 부과할 수 있으며, 이 경우 신고를 하지 않고 가설건축물을 축조한 경우에 적용할 이행강제금 부과에 관한 근거 규정

【참조조문】
건축법 제80조 제1항 제1호

【이유】
상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 컨테이너가 건축법상의 가설건축물에 해당되는지 여부에 관하여
원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 컨테이너가 건축법 시행령 제15조 제5항 제8호의 "컨테이너 또는 이와 비슷한 것으로 된 가설건축물로서 임시사무실·임시창고 또는 임시숙소로 사용되는 것"에 해당되어 건축법 제20조 제2항 이 정한 가설건축물이라고 판단하였는바, 원심이 이 사건 컨테이너를 가설건축물이라고 판단한 근거로 들고 있는 사유에 일부 부적절하거나 미흡한 부분이 있기는 하지만, 이 사건 컨테이너가 건축법 시행령 제15조 제5항 제8호 의 가설건축물에 해당된다고 본 원심의 결론은 정당하다.
따라서 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

2. 이 사건 컨테이너에 대한 이행강제금 부과처분의 허부 및 이행강제금 부과기준에 관하여
이행강제금 부과 근거규정인 건축법 제80조 제1항 제1호는 "건축물이 제55조와 제56조에 따른 건폐율이나 용적률을 초과하여 건축된 경우 또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 지방세법에 따라 해당 건축물에 적용되는 1㎡의 시가표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액 이하"의 이행강제금을 부과하도록 규정하고 있는바, 건축법이 이와 같이 건축물이 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에도 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 건축법상의 이행강제금은 허가 대상 건축물뿐만 아니라 신고 대상 건축물에 대해서도 부과할 수 있다고 할 것이고, 한편 신고를 하지 아니하고 가설건축물을 축조한 경우에는 건축법 제80조 제1항 제1호에 따라 '지방세법에 따라 해당 건축물에 적용되는 1㎡의 시가표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액 이하'의 이행강제금을 부과하여야 할 것이지, 같은 항 제2호에 따라 이행강제금을 부과할 것이 아니다.
그럼에도 불구하고 원심은 이와 달리 건축법상의 이행강제금은 허가 대상 건축물에 한하여 부과할 수 있고, 신고 대상 건축물에 대해 이행강제금을 부과할 수 있다고 하더라도 가설건축물의 경우에는 일반 건축물과는 달리 건축법 제80조 제1항 제2호 에 따라 이행강제금을 부과하여야 한다고 판단하고 이 사건 컨테이너에 대해 건축법 제80조 제1항 제1호 에 따라 이행강제금을 부과한 이 사건 처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였는바, 원심판결에는 건축법 제80조 제1항 에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론
그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장) 이인복 박보영(주심) 김신

3-5. 건축법위반 (대법원 2013.6.27. 선고 2013도2630)

건축법상의 용도변경행위에는 유형적으로 건축물의 용도를 변경하는 행위뿐만 아니라 이미 용도변경된 건물의 승계인이 그 변경된 용도로 계속 사용하는 행위까지 포함된다.

【판시사항】
이미 용도변경된 건물의 승계인이 변경된 용도로 계속 사용하는 행위가 건축법상 용도변경행위에 포함되는지 여부(적극)

【참조조문】
구 건축법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제19조 제2항 제2호 , 건축법 제108조

【참조판례】
대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1647 판결 (공1992, 3042), 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도3990 판결 (공2001하,

2397), 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4592 판결 (공2005하, 1744)

【이유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 피고인의 탄원서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

건축법상의 용도변경행위에는 유형적으로 건축물의 용도를 변경하는 행위뿐만 아니라 이미 용도변경된 건물의 승계인이 그 변경된 용도로 계속 사용하는 행위까지 포함된다(대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1647 판결, 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4592 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리와 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 건축법 제108조 , 제19조 의 '용도변경'에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이상훈(재판장) 신영철 김용덕 김소영(주심)

3-6. 업무정지처분취소 (대법원 2014.1.29. 선고 2011두29069)

구 건설기술관리법 제30조 제1항 제8호에서 감리전문회사에 대한 제재사유로 정한 '당해 시설물이 조잡하게 시공된 때'란, 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서 일반 상식 등에 반하여 시공됨으로써 건축물 자체의 안전성 등이 훼손된 것을 뜻한다.

【판시사항】

구 건설기술관리법 제30조 제1항 제8호에서 감리전문회사에 대한 제재사유로 정한 '당해 시설물이 조잡하게 시공된 때'란, 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서 일반 상식 등에 반하여 시공됨으로써 건축물 자체의 안전성 등이 훼손된 것을 뜻한다.

【참조조문】

구 건설기술관리법(2009. 12. 29. 법률 제9848호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 제8호

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 구 건설기술관리법(2009. 12. 29. 법률 제9848호로 개정되기 전의 것, 이하 '건설기술관리법'이라 한다) 제30조 제1항 제8호(이하 '이 사건 조항'이라 한다)는 감리전문회사에 대한 제재사유로 '책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 공중에 위해를 끼치거나 당해 시설물의 주요구조부가 조잡하게 시공된 때'를 규정하고 있다.

여기서 '당해 시설물이 조잡하게 시공된 때'라 함은, 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서의 일반 상식 등에 반하여 시공됨으로써 건축물 자체의 안전성 등이 훼손된 것을 뜻한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결 참조).

한편 건설기술관리법은 "건설기술의 연구·개발을 촉진하고 이를 효율적으로 이용·관리하게 함으로써 건설기술수준의 향상과 건설공사 시행의 적정을 기하고 건설공사의 품질과 안전을 확보하여 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함"을 목적으로 하고 있고(제1조), 건설공사 등을 발주하는 국가, 지방자치단체 등(이하 '발주청'이라 한다)으로 하여금 대통령령이 정하는 일정 규모 이상의 공사에 대한 감리전문회사의 책임감리를 의무화하고 있으며(제27조 제1항), 그에 따라 감리전문회사에 소속된 감리원에 대하여 건설업자가 건설공사의 설계도서, 시방서 기타 관계서류의 내용과 적합하지 아니하게 당해 건설공사를 시공하는 경우에는 재시공·공사중지명령 기타 필요한 조치를 할 수 있는 권한을 부여하는 등(제28조의4 제1항) 발주청의 감독권한을 대행하도록 하고 있다.

이러한 건설기술관리법의 입법 취지, 책임감리제도의 도입 목적, 감리전문회사 및 감리원의 권한과 역할 등에 비추어 이 사건 조항에서 책임감리 불성실로 인한 시공결과에 대한 감리전문회사의 제재를 규정한 취지는, 감리전문회사에 대하여 그 소속 감리원을 통하여 공사의 모든 단계에 걸쳐 광범위하고 즉각적인 감독권한을 행사하도록 한 만큼, 그러한 권한의 행사를 게을리 하여 야기된 결과에 대하여는 그에 상응하는 엄격한 책임을 묻고자 함에 있다.

따라서 이 사건 조항에서 주요구조부가 '조잡하게 시공되었는지' 여부는, 당초의 잘못된 시공 상태를 기준으로 하여 그러한 상태가 건축법 등 각종 법령·설계도서·건설관행·건설업자로서의 일반 상식 등에 어긋나는지, 그로 인하여 건축물 자체의 안전성 등이 훼손되었는지 여부로 판단하여야 한다. 다만, 이미 시공된 부분에 대한 보완공사가 진행되었거나 예정된 때에는 과도한 비용이나 시간을 들이지 않고 원래 설계내용대로 보완이 가능하다는 등의 특별한 사정이 있는 경우 그러한 사정을 위 판단에 고려할 수 있다.

~~(중략)~~

앞서 본 법리에 비추어, 원고가 감리를 맡은 이 사건 공사가 '조잡하게 시공되었는지' 여부는 문제된 위 터널 굴착공사 및 라이닝 콘크리트 타설 공사 당시의 시공 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 앞서 본 사실관계를 통하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 그 당시 이 사건 공사는 전 구간에 걸쳐 터널 선형이 당초 설계에 비하여 큰 폭의 편차가 발생하여 보완시공 없이는 당초 설계대로 열차 선로(궤도)를 부설할 수 없는 상황이었던 점, ② 그에 따라 당초의 설계내용에 가까운 전면 재시공안 및 일부 재시공안 등까지 검토되었으나 여수엑스포 일정 내에 공사를 마칠 수 없어 채택이 되지 못한 점, ③ 이 사건 처분 당시 채택이 검토되었던 일부 보완시공안의 경우 당초 설계된 곡선 선행을 변경함에 따라 안정성, 승차감 등 저하의 문제가 지적되어 채택되지 못하였고, 실제로 시공에 채택된 수정된 보완시공안의 경우 그 시공에 따른 비용으로 19억 6,700만 원의 다액이 소요되고 공사기간도 당초 예정된 2009. 12. 31.보다 1년 이상 지체된 점, 그 밖에 앞서 본 이 사건 공사의 내용·경위, 이 사건 공사 중 감리업무의 범위와 대상, 원고와 그 소속 감리원의 업무 수행 내역 등에 비추어 보면, 원고가 감리를 맡은 이 사건 공사는 건설기술관리법에 정한 처분 요건인 '책임감리 등을 성실하게 수행하지 아니함으로써 당해 시설물의 주요구조부가 조잡하게 시공된 때'에 해당한다고 봄이 상당하다.

그런데도 원심이 이와 달리 앞서 본 것처럼 판단하고 말았으니, 이러한 원심판단에는 이 사건 처분 요건 및 그 포섭에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 박병대 고영한(주심) 김창석

3-7. 건축협의취소처분취소 (대법원 2014.2.27. 선고 2012두22980)

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 , 제2항 , 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있여 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다.

【판시사항】

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 , 제2항 , 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 않으므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 않으면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 따라서 건축협의 취소는 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있여 관할 허가권자인 지방자치단체의 장을 상대로 항고소송을 통해 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다고 판단

【참조조문】

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 , 제29조 제1항 , 제2항 , 행정소송법 제2조 제1항 제1호

【이유】

1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

구 건축법(2011. 5. 30. 법률 제10755호로 개정되어 2011. 12. 1. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제1항, 제2항, 제11조 제1항 등의 규정 내용에 의하면, 건축협의의 실질은 지방자치단체 등에 대한 건축허가와 다르지 아니하므로, 지방자치단체 등이 건축물을 건축하려는 경우 등에는 미리 건축물의 소재지를 관할하는 허가권자인 지방자치단체의 장과 건축협의를 하지 아니하면, 지방자치단체라 하더라도 건축물을 건축할 수 없다. 그

리고 구 지방자치법 등 관련 법령을 살펴보아도 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체를 상대로 한 건축협의 취소에 관하여 다툼이 있는 경우에 그 법적 분쟁을 실효적으로 해결할 구제수단을 찾기도 어렵다.
따라서 이 사건 건축협의 취소는 비록 그 상대방이 다른 지방자치단체 등 행정주체라 하더라도 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사'(행정소송법 제2조 제1항 제1호)로서 처분에 해당한다고 볼 수 있고, 지방자치단체인 원고가 이를 다툴 실효적 해결 수단이 없는 이상, 원고는 피고를 상대로 항고소송을 통해 이 사건 건축협의 취소의 취소를 구할 수 있다고 봄이 타당하다.
같은 취지인 원심판단은 정당하고, 거기에 건축협의 취소의 처분성, 항고소송에서의 원고적격 내지 관할 위반 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

2. 상고이유 제3, 4, 5점에 대하여

가. 당해 법령 자체에 그 법령에서 사용하는 용어의 정의나 포섭의 구체적인 범위가 명확히 규정되어 있지 아니한 경우 법령상 용어의 해석은 그 법령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법령을 종합적으로 고려하여 해석하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두3978 판결 참조).
구 자연공원법(2011. 4. 5. 법률 제10548호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제10호 , 제18조 제2항 제5호 (가)목 , 제20조 제1항 , 구 자연공원법 시행령(2011. 9. 30. 대통령령 제23194호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제7호 , 제15조 제1항 제3호 는 공원관리청이 아닌 자가 자연공원 내 공원집단시설지구 중 숙박시설지에서 시행하는 공원사업과 관련하여 허용되는 공원시설로 '호텔·여관 등의 숙박시설'을 규정하고 있을 뿐, 공원시설로서 숙박시설에 관한 별도의 정의규정을 두고 있지 아니하다. 한편 구 건축법 제2조 제2항 제15호 , 구 건축법 시행령(2011. 12. 8. 대통령령 제23356호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조의4 [별표 1] 제15호는 숙박시설을 "일반숙박시설(호텔, 여관 및 여인숙), 관광숙박시설(관광호텔, 수상관광호텔, 한국전통호텔, 가족호텔 및 휴양 콘도미니엄), 고시원(제2종 근린생활시설에 해당하지 아니하는 것을 말한다), 그 밖에 위 시설과 비슷한 것"이라고 규정하고 있다.
이와 같은 구 자연공원법령에서 정한 공원시설에 관한 규정 형식, 내용 및 입법 취지 및 구 건축법령의 규정 내용을 종합하면, 구 자연공원법 시행령 제2조 제7호에서 말하는 '숙박시설'은 구 건축법 시행령 제3조의4 [별표 1] 제15호에서 정한 '숙박시설'로서 구 자연공원법의 입법 취지에 부합하는 시설을 의미한다고 보아야 한다.
그런데 원심판결의 이유에 의하면, 이 사건 건축물은 지상 2층, 지하 1층, 연면적 2,243.81㎡의 규모로, 지하층에는 발전기실, 기계실, 전기실, 저수조, 계단실 등이, 지상 1층에는 관리사무실, 재활치료실, 세미나실, 식당, 취미실, 화장실, 캠핑 지원시설, 계단실, 로비 등이, 지상 2층에는 가족실, 단체실, 계단실, 홀 등이 배치될 예정이라는 것인바, 이와 같은 이 사건 건축물의 설계개요에 의하면, 이 사건 건축물은 '숙박'을 주된 목적으로 하는 시설로서 구 건축법령에서 말하는 숙박시설에 해당함이 분명하다고 보인다. 비록 이 사건 건물 1층에 재활치료실이 계획되어 있다고 하여도 그 면적은 100.77㎡에 불과하므로 그 규모로 볼 때 이것은 이 사건 건축물의 주된 이용자가 장애인이라는 특수한 사정을 고려하여 그 편익을 도모하기 위한 부대시설에 불과할 뿐 이것만으로 이 사건 건축물이 장애인의 재활치료를 주된 목적으로 하는 시설이라고 보기 어려워 이 사건 건축물의 설치가 구 자연공원법령의 입법 취지에 반한다고 보이지도 아니한다. 따라서 이 사건 건축물은 결국 자연공원법 시행령 제2조 제7호 에서 말하는 '숙박시설'에 해당하여 자연공원 내 공원집단시설지구 중 숙박시설지에 설치될 수 있다고 할 것이다.

원심이 '구 자연공원법 시행령은 숙박시설지에 신축될 수 있는 시설에 관하여 호텔, 여관 등 숙박시설이라고 정하고 있어, 그것이 반드시 구 건축법 시행령 제3조의4 [별표 1] 제15호에서 정하는 숙박시설에 해당하여야만 한다고 단정할 수 없다'고 판시한 것은 부적절하지만, 이 사건 건축물이 구 자연공원법 시행령 제2조 제7호 에서 정하는 '숙박시설지'에 신축이 가능한 '숙박시설'에 해당한다는 결론은 정당하므로, 거기에 상고이유의 주장과 같이 구 자연공원법 시행령 제2조 제7호 소정의 숙박시설에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 나머지 상고이유는 이 사건 건축물이 위 숙박시설지에 설치될 수 없는 시설임을 전제로 한 주장이거나 원심의 가정적 판단에 대한 것이므로, 나아가 살필 필요가 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 신영철(주심) 이상훈 김소영

3-8. 소유권이전등기 (대법원 2014.3.27. 선고 2011다107184)

택지를 조성한 후 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우, 명시적 약정이 없더라도 분양사업자가 수분양자에게 주택 건축 및 통행이 가능하도록 인접 부지에 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 원칙이다.

【판시사항】

택지를 조성한 후 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우, 명시적 약정이 없더라도 분양사업자가 수분양자에게 주택 건축 및 통행이 가능하도록 인접 부지에 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 원칙이라는 판례

【참조조문】

민법 제105조 , 제219조 , 건축법 제2조 제11호 , 제44조 제1항

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. ~~(중략)~~

2. 나머지 청구에 관한 상고이유에 대하여

가. 기록에 의하면, 원고들은 청구원인으로 피고가 택지분양계약을 체결한 당사자로서 '522-25 현황토지'에

도로개설을 하여 주기로 약정하였다고 주장하면서, 도로의 개설, 도로 사용의 승낙, 통행권의 확인 청구(이하 '도로개설 등 청구'라 한다)를 하였다. 그런데 원심은 원고들과 피고 사이에 '522-25 현황토지'에 관한 지분을 매도하기로 하는 약정이 인정되지 않는다는 이유만으로 도로개설 등 청구를 배척하였다. 이러한 원심의 판단은 지분 이전 약정과 별도로 도로개설 약정을 원인으로 청구하는 원고들의 주장을 오해하여 도로개설 약정에 판단을 누락한 것이므로 위법하다.

나. (1) 주택의 부지로 사용되는 택지에 공로에 이르는 도로가 설치되어 있지 않다면 그러한 택지는 정상적인 사용을 할 수 없으므로 택지에는 도로가 필수적이다. 이에 따라 민법 제219조는 어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에, 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있도록 정하고 있다. 또한 택지에 주택 등 건축물을 건축하기 위해서는 건축법에 정한 바에 따라 관할 관청으로부터 건축허가를 받거나 건축신고를 하여야 하는데, 건축법 역시 이러한 도로의 필요성을 반영한 규정을 두고 있다. 즉 건축법은 도로를 보행과 자동차 통행이 가능한 너비 4미터 이상의 도로로서 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도로법, 사도법, 그 밖의 관계 법령에 따라 신설 또는 변경에 관한 고시가 된 도로라고 정의하면서(제2조 제11호), 통상적인 경우에 건축물의 대지는 2미터 이상이 도로에 접하여야 한다고 규정함으로써(제44조 제1항), 도로에 접하지 아니하는 토지에는 건축물을 건축하는 행위를 허용하지 않고 있다.

이러한 택지와 도로의 관계 및 관련 법률 규정에 비추어 보면, 택지를 조성하여 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우에, 그 택지를 맹지로 분양하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없다면, 분양계약에 명시적인 약정이 없더라도 분양사업자로서는 수분양 택지에서의 주택 건축 및 수분양자의 통행이 가능하도록 조성·분양된 택지들의 현황에 적합하게 그 인접 부지에 건축법 등 관계 법령의 기준에 맞는 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 그 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 하여 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 거래상의 관념에 부합되고 분양계약 당사자의 의사에도 합치된다(대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다8802 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 위의 법리에 비추어 살펴보면 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

~~(중략)~

3. 결론

그러므로 원심판결 중 도로개설 등을 구하는 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 원고들의 나머지 상고는 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영

3-9. 건축법위반 (대법원 2014.7.24. 선고 2013도13062)

'대지를 조성하기 위한 옹벽'이 건축물과 무관하게 미리 축조되거나 건축물이 건축된 이후 별도로 축조되는 경우, 건축물의 허가 또는 신고와 따로 신고를 하여야 한다.

【판시사항】

'대지를 조성하기 위한 옹벽'이 건축물과 무관하게 미리 축조되거나 건축물이 건축된 이후 별도로 축조되는 경우, 건축물의 허가 또는 신고와 따로 신고를 하여야 한다는 판례

【참조조문】

구 건축법(2014. 1. 14. 법률 제12246호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제2호 , 제11조 제1항 , 제5항 제2호 , 제14조 제1항 , 제23조 제1항 , 제83조 제1항 , 제106조 제1항 , 제107조 제1항 , 건축법 시행령 제118조 제1항 제5호 , 건축사법 제4조 제1항 , 제39조 제2호

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1 에 대한 상고이유에 관하여

가. 구 건축법(2014. 1. 14. 법률 제12246호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 제107조 제1항, 제106조 제1항의 벌칙규정은 법 제23조 등을 위반하여 설계 등을 함으로써 공사가 부실하게 된 경우를 요건으로 규정하고 있고, 법 제23조 제1항은 법 제11조 제1항에 따라 건축허가를 받아야 하거나 제14조 제1항에 따라 건축신고를 하여야 하는 건축물의 설계 등을 건축사가 아니면 할 수 없도록 규정하고 있다. 건축사법 제39조 제2호의 벌칙규정은 건축사법 제4조를 위반하여 건축물의 설계 등을 한 경우를 요건으로 규정하고 있고, 건축사법 제4조 제1항은 법 제23조 제1항에 따른 건축물의 건축 등을 위한 설계는 제23조 제1항 또는 제8항 단서에 따라 신고를 한 건축사 또는 같은 조 제2항에 따라 건축사사무소에 소속된 건축사가 아니면 할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 법 제23조 제1항에서 규정한 건축물에 관한 경우에만 법 제107조 제1항, 제106조 제1항, 건축사법 제39조 제2호의 각 벌칙규정에 의하여 처벌할 수 있다.

그리고 법 제23조 제1항에서 규정한 건축물이란 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물을 의미한다(법 제2조 제1항 제2호). 한편 법 제83조 제1항 "대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조, 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다"고 규정하고 있고, 건축법 시행령 제118조 제1항은 "법 제83조 제1항에 따라 공작물을 축조(건축물과 분리하여 축조하는 것을 말한다)할 때 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고를 하여야 하는 공작물은 다음 각 호와 같다"고 규정하면서 제5호에서 '높이 2미터를 넘는 옹벽 또는 담장'을 신고대상 공작물로 규정하고 있으며, 법 제11조 제5항은 "제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다"고 인·허가를 의제하는 규정을 두고 있는데 제2호에서 " 제83조 따른 공작물의 축조신고"를 열거하고 있다.

위 규정들을 종합하여 볼 때, '대지를 조성하기 위한 옹벽'이 법 제2조 제1항 제2호에서 규정한 건축물과 함께

축조되는 경우에는 별도로 법 제83조에 따른 신고를 할 필요가 없지만, 건축물과 무관하게 미리 축조되거나 건축물이 건축된 이후 별도로 축조되는 경우에는 건축물의 허가 또는 신고와는 따로 신고를 하여야 한다고 해석되는바, '대지를 조성하기 위한 옹벽'은 법 제83조 제1항에 따라 신고대상이 되는 공작물에 해당할 뿐 법 제23조 제1항에서 규정된 건축물, 즉 법 제11조 제1항에 따라 건축허가를 받아야 하거나 제14조 제1항에 따라 건축신고를 하여야 하는 법 제2조 제1항 제2호 소정의 건축물에 해당하지는 아니한다고 할 것이다.

그런데 원심판결 이유 및 기록에 의하면, ○○외국어고등학교 신축공사 현장 중 균열이 생기고 붕괴된 교사동 좌측 보강토옹벽(길이 약 80m, 높이 약 16m, 이하 '이 사건 옹벽'이라고 한다)은 교사동을 지을 수 있는 대지를 조성하기 위한 옹벽인 사실을 알 수 있고, 위 교사동과는 물리적 또는 기능적으로 일체가 되어 독립성을 상실한 옹벽으로는 보이지 아니한다.

사실관계가 이러하다면 위 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 옹벽은 법 제2조 제1항 제2호의 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것에 딸린 시설물에 해당한다고 볼 수 없으므로 법 제23조 제1항 의 적용대상이 되는 건축물이 될 수 없다.

같은 취지에서 피고인 1이 설계도서를 작성한 이 사건 옹벽이 법 제107조 제1항, 제106조 제1항, 제23조 제1항 및 건축사법 제39조 제2호, 제4조 제1항, 법 제23조 제1항의 구성요건을 이루는 '건축물'에 해당하지 않는다고 본 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 건축법상 건축물의 개념에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

~~(중략)~~

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 고영한 김창석(주심) 조희대

3-10. 건축주변경신고수리처분취소 (대법원 2014.10.15. 선고 2014두37658)

허가대상 건축물의 양수인이 구 건축법 시행규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장·군수 등 행정관청에 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 경우, 행정관청은 실체적인 이유를 내세워 신고 수리를 거부할 수 없다.

【판시사항】

허가대상 건축물의 양수인이 구 건축법 시행규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장·군수 등 행정관청에 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 경우, 행정관청은 실체적인 이유를 내세워 신고 수리를 거부할 수 없다는 판례

【참조조문】

구 건축법(2014. 1. 14. 법률 제12246호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 , 구 건축법 시행령(2012. 12. 12. 대통령

령 제24229호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항 제3호 , 제4항 , 구 건축법 시행규칙(2012. 12. 12. 국토해양부령 제522호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항

【이유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 건축주 명의변경신고 수리의 요건에 관한 상고이유에 대하여

가. 구 건축법(2014. 1. 14. 법률 제12246호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제16조 제1항 본문은 건축주가 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 그 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가권자의 허가를 받거나 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있고, 구 건축법 시행령(2012. 12. 12. 대통령령 제24229호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제12조 제1항 제3호 는 건축주를 변경하는 경우에는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다고 규정하면서, 제4항 에서는 건축물의 건축허가를 받으려는 자가 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 건축허가신청서에 관계 서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다는 제9조 제1항 의 규정을 허가나 신고사항의 변경에 관하여도 준용한다고 규정하고 있다. 아울러 구 건축법 시행규칙(2012. 12. 12. 국토해양부령 제522호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제11조 제1항 은 건축 또는 대수선에 관한 허가를 받거나 신고를 한 후에 건축 또는 대수선 중인 건축물을 양수하거나 허가를 받거나 신고를 한 건축주가 사망하거나 또는 허가를 받거나 신고를 한 법인이 다른 법인과 합병을 한 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하거나 합병에 의하여 설립되는 법인은 그 사실이 발생한 날부터 7일 이내에 [별지 제4호 서식]의 건축관계자 변경신고서에 '변경 전 건축주의 명의변경동의서' 또는 '권리관계의 변경사실을 증명할 수 있는 서류'를 첨부하여 허가권자에게 제출(전자문서로 제출하는 것을 포함한다)하여야 한다고 규정하고, 제3항 은 이러한 건축관계자 변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 [별지 제5호 서식]의 건축관계자 변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다고 규정하고 있다.

이와 같은 구 건축법과 구 건축법 시행령 및 구 건축법 시행규칙의 규정 내용에 비추어 보면, 구 건축법 시행규칙 제11조 의 규정은 단순히 행정관청의 사무집행의 편의를 위한 것에 지나지 아니한 것이 아니라, 허가대상 건축물의 양수인에게 건축주의 명의변경을 신고할 수 있는 공법상의 권리를 인정함과 아울러 행정관청에게는 그 신고를 수리할 의무를 지게 한 것으로 봄이 타당하므로, 허가대상 건축물의 양수인이 구 건축법 시행규칙에 규정되어 있는 형식적 요건을 갖추어 시장·군수 등 행정관청에 적법하게 건축주의 명의변경을 신고한 때에는 행정관청은 그 신고를 수리하여야지 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91누4911 판결 참조).

~~~~(중략)~~~~

3. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조희대(재판장) 신영철 이상훈(주심) 김창석
~~~~

3-11. 건축물대장지번변경및건물철거등 (대법원 2014.11.27. 선고 2014다206075)

자신의 토지가 건축물대장에 타인 소유 건축물의 대지로 잘못 기재된 경우, 그 대지 지번의 토지 소유자라고 주장하는 사람은 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번정정신청절차의 이행을 구할 소의 이익이 있다.

【판시사항】

자신의 토지가 건축물대장에 타인 소유 건축물의 대지로 잘못 기재된 경우, 그 대지 지번의 토지 소유자라고 주장하는 사람은 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번정정신청절차의 이행을 구할 소의 이익이 있다는 판례

【참조조문】

건축법 제38조 , 제39조 , 건축법 시행령 제25조 , 건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙 제6조 , 제21조 , 민법 제211조 , 제212조 , 제389조 , 민사집행법 제263조

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 건축법 제38조, 제39조와 건축법 시행령 제25조의 위임에 따른 국토교통부령인 '건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙'(이하 '건축물대장규칙'이라고 한다) 제21조에 의하면, 건축물대장의 지번에 관한 사항에 잘못이 있는 경우 건축물대장 소관청은 직권에 의한 정정을 제외하고는 건축물 소유자의 신청에 의해서만 그 잘못된 부분을 정정할 수 있다. 따라서 건축물대장에 건축물 대지가 아닌 토지가 그 건축물지번으로 잘못 기재되어 있음을 이유로 그 잘못 기재된 지번의 토지 소유자가 건축물대장 소관청에 대하여 지번의 정정을 신청하더라도, 그 소관청으로서는 건축물 소유자의 정정신청이 없다면 그 지번을 정정할 수 없다.
또한 동일 대지에 기존 건축물대장이 존재하는 경우 그 대장을 말소하거나 폐쇄하기 전에는 새로운 건축물대장을 작성할 수 없다는 건축물대장규칙 제6조에 비추어, 건축물대장에 건축물 대지가 아님에도 그 건축물지번으로 잘못 기재된 토지가 있는 경우에 그 건축물 소유자가 그 지번의 정정신청을 거부하고 있다면, 그 잘못 기재된 지번의 토지 소유자는 사실상 그 토지 위에 건축물을 신축할 수 없고 그에 따른 소유권보존등기를 마칠 수도 없는 불이익을 받고 있다고 볼 수밖에 없다. 이러한 결과는 건축물대장에 건축물 대지로 잘못 기재된 지번의 토지 소유자가 가지는 토지의 사용·수익이라는 소유권에 대한 건축물 소유자의 방해 행위로 평가할 수 있다.
사정이 이러하다면, 건축물대장에 건축물 대지로 잘못 기재된 지번의 토지 소유자라고 주장하는 자가 그 지번의 정정신청을 거부하는 건축물 소유자를 상대로 건축물대장 지번의 정정을 신청하라는 의사의 진술을 구하는 소는 그 토지 소유권의 방해배제를 위한 유효하고도 적절한 수단으로서 소의 이익이 있다고 할 것이다.

2. 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 그 이유 설시에 다소 부적절한 점이 있으나, 원고승계참가인이 피고를 상대로 이 사건 각 건물의 건축물대장에 등재된 이 사건 토지 지번의 말소신청절차의 이행을 구하는 소에 소의 이익이 있다고 판단하여 피고의 본안전항변을 배척한 결론은 정당하고, 거기에 상고이

유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 필요한 심리를 다하지 아니하고 소의 이익 등에 관한 법리를 오해하거나 대법원판례를 위반하는 등의 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김창석(주심) 조희대

3-12. 시정명령취소청구의소 (대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두43640)

담장이 건물과 물리적 또는 기능적으로 일체가 되어 독립성을 상실한 경우에는 '건물에 딸린 시설물'에 해당하여 건축법 제79조 제1항에 의한 시정조치의 대상이 되지만 독립한 시설물인 경우에는 건축법 제83조 제1항에 따라 축조신고 대상이 되는 공작물에 해당하는 경우에만 시정조치의 대상이 될 수 있다.

【판시사항】

담장이 건물과 물리적 또는 기능적으로 일체가 되어 독립성을 상실한 경우에는 '건물에 딸린 시설물'에 해당하여 건축법 제79조 제1항 에 의한 시정조치의 대상이 되지만 독립한 시설물인 경우에는 건축법 제83조 제1항 에 따라 축조신고 대상이 되는 공작물에 해당하는 경우에만 시정조치의 대상이 될 수 있다는 판례

【참조조문】

건축법 제2조 제1항 제2호 , 제47조 제1항 , 제79조 제1항 , 제83조 제1항 , 제3항 , 건축법

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

가. 건축법(이하 '법'이라 한다) 제2조 제1항 제2호는 "건축물이란 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가(고가)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다."고 정의하고 있고, 법 제47조 제1항은 "건축물과 담장은 건축선의 수직면을 넘어서는 아니 된다."고 규정하고 있으며, 법 제79조 제1항은 "허가권자는 대지나 건축물이 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 건축주 등에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다."고 규정하고 있다. 한편, 법 제83조 제1항은 "대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조, 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다."고 규정하고 있고, 건축법 시행령 제118조 제1항 은 "법 제83조 제1항에 따라

공작물을 축조(건축물과 분리하여 축조하는 것을 말한다)할 때 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고를 하여야 하는 공작물은 다음 각 호와 같다."고 규정하면서 제5호에서 '높이 2미터를 넘는 옹벽 또는 담장'을 신고대상 공작물로 규정하고 있으며, 같은 조 제3항은 제1항 각 호의 공작물에 대하여 법 제83조 제3항에 따라 법 제47조 , 제79조를 준용하고 있다.

이와 같은 건축법령의 규정 내용 및 체계 등을 종합하면, 법 제79조 제1항에서 정한 시정조치의 대상이 되는 '건축물'이란 법 제2조 제1항 제2호가 정의한 건축물만을 의미하므로, 법 제47조 제1항을 위반하여 설치된 담장이라 하더라도, 그 담장이 '토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것'(이하 '건물'이라 한다)과 물리적 또는 기능적으로 일체가 되어 독립성을 상실한 것으로서 '건물에 딸린 시설물'에 해당하는 경우에는 건축법 제2조 제1항 제2호가 정한 '건축물'에 해당하므로 법 제79조 제1항에 의한 시정조치의 대상이 된다고 할 것이나, 이에 해당하지 아니하는 담장은 법 제83조 제1항에 따라 축조신고 대상이 되는 공작물에 해당하는 경우에만 법 제83조 제3항의 준용규정에 따라 법 제79조 제1항에 의한 시정조치의 대상이 될 수 있다.

나. 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 의하면, ① 이 사건 도로는 원고 소유의 토지 위에 설치된 건축법상 도로로서 원고 소유의 남양주한양병원 대지와 피고보조참가인들 소유의 토지 사이에 설치되어 있는 사실, ② 이 사건 도로는 위 병원 입구 부근부터 병원 대지의 한쪽 면을 따라 길게 설치된 막다른 도로인 사실, ③ 이 사건 담장은 이 사건 도로와 피고보조참가인들 소유의 토지의 경계를 따라 설치된 사실을 알 수 있는바, 이 사건 담장은 이 사건 도로를 위 병원의 구내 도로로 이용되도록 하면서 위 병원과 그 외부를 경계 짓는 역할을 하고 있으므로 그 물리적·기능적 관점에서 살펴볼 때 '병원 건물에 딸린 시설물'로서 법 제2조 제1항 제2호 의 건축물에 해당한다.

다. 그렇다면, 원심이 법 제79조 제1항 의 '건축물'에 법 제47조 제1항 의 제한을 위반하여 설치된 담장이 당연히 포함된다고 본 것은 잘못이나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 담장이 '병원 건물에 딸린 시설물'로서 건축법상 건축물에 해당하는 이상, 법 제79조 제1항 에 의한 시정조치의 대상이 된다고 본 원심의 결론은 정당하므로, 원심의 이 부분 잘못은 판결 결과에 영향이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 시정조치로 얻는 공익과 이로 인하여 원고가 입게 될 불이익 사이의 이익형량에 잘못이 없다고 보아 원고의 재량권 일탈·남용 주장을 배척한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박상옥(재판장) 이상훈 김창석(주심) 조희대

3-13. 건축이행강제금부과처분취소 (대법원 2017. 5. 31. 선고 2017두30764)

용도변경된 건축물을 사용하는 행위가 건축법상의 용도변경행위에 포함된다.

【판시사항】

용도변경된 건축물을 사용하는 행위가 건축법상의 용도변경행위에 포함된다는 판례

【참조조문】

[1] 건축법 제19조 / [2] 건축법 제80조 제1항 제2호 , 지방세법 제4조 제2항 , 지방세법 시행령 제4조 제1항 제1호

【이유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 지하 1층 용도변경에 대한 이행강제금 부과요율이 위법하다는 상고이유에 관하여

가. 건축법상의 용도변경행위에는 유형적인 용도변경행위뿐만 아니라 용도변경된 건축물을 사용하는 행위도 포함된다. 따라서 적법한 용도변경절차를 마치지 아니한 건축물은 원상회복되거나 적법한 용도변경절차를 마치기 전까지는 그 위법상태가 계속되고, 그 위법상태의 법적 성격은 특별한 사정이 없는 한 그 법적 성격 여하가 문제 되는 시점 당시에 시행되는 건축법령에 의하여 판단되어야 한다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2010두8072 판결 참조).

나. 원심이 인용한 제1심판결은 그 판시와 같은 사정을 들어 원고의 무단 용도변경행위에 대하여 단속연도인 2012년을 기준으로 부과요율 등을 적용한 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다. 위 법리에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 건축법상 용도변경에 대한 이행강제금 부과요율을 정하는 기준시점에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

~~~(중략)~~~

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 김신 김소영(주심) 이기택

3-14. 이행강제금부과처분취소 (대법원 2017. 8. 23. 선고 2017두42453)

건축법 제19조 제3항에 따라 건축물대장 기재 내용의 변경을 신청해야 하거나 임의로 용도변경을 할 수 있는 경우에는 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 지구단위계획에 맞지 아니한 용도변경'이라는 이유로 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부과처분을 할 수 없다.
~~~

【판시사항】

건축법 제19조 제3항에 따라 건축물대장 기재 내용의 변경을 신청해야 하거나 임의로 용도변경을 할 수 있는 경우에는 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 지구단위계획에 맞지 아니한 용도변경'이라는 이유로 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부과처분을 할 수 없다는 판례

【참조조문】

건축법 제19조 제2항 , 제3항 , 제4항 , 제7항 , 제79조 제1항 , 제80조 제1항 , 건축법 시행령 제14조 제4항 , 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제54조

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 건축법상 이행강제금 부과대상인 용도변경의 의미를 살펴본다.

(1) 건축법 제79조 제1항 , 제80조 제1항 본문에 의하면, 허가권자는 대지나 건축물이 '이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반'될 경우 그 건축물의 건축주 등에게 공사중지명령 등 필요한 조치를 명할 수 있고(이하 '시정명령'이라 한다), 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니하면 다시 일정한 절차를 거쳐 이행강제금을 부과하도록 규정하고 있다.

(2) 건축법 제19조 제2항 , 제3항 , 제4항 및 건축법 시행령 제14조 제4항 의 규정에 의하면, 건축물은 그 용도별로 9가지 시설군(시설군)으로 분류되고(법 제19조 제4항 , 이하 '시설군 분류조항'이라 한다), 사용승인을 받은 건축물의 용도를 변경하려는 자는 그 변경하려는 내용에 따라 다음과 같은 절차를 거쳐야 한다.

첫째, 시설군 분류조항의 하위군에 속하는 건축물의 용도를 상위군에 해당하는 용도로 변경하는 경우에는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다(법 제19조 제2항 제1호).

둘째, 시설군 분류조항의 상위군에 속하는 건축물의 용도를 하위군에 해당하는 용도로 변경하는 경우에는 관할 행정청에 신고하여야 한다(법 제19조 제2항 제2호).

셋째, 시설군 분류조항 중 같은 시설군 안에서 용도를 변경하려는 때에는 관할 행정청에 건축물대장 기재 내용의 변경을 신청하여야 한다(법 제19조 제3항 본문).

넷째, 시설군 분류조항 중 같은 시설군이면서 동시에 건축법 시행령 [별표 1]의 같은 호에 속하는 건축물 상호 간에는 아무런 절차를 거치지 않고도 임의로 용도변경을 할 수 있다(법 제19조 제3항 단서, 시행령 제14조 제4항 제1호).

(3) 건축법 제19조 제7항 에 의하면 ' 제2항 에 따른 건축물의 용도변경'에 관하여는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 제54조 가 준용되고, 위 국토계획법 제54조 본문에 의하면 지구단위계획구역에서 건축물을 건축 또는 용도변경하거나 공작물을 설치하려면 그 지구단위계획에 맞게 하여야 한다.

(4) 위와 같은 관련 법령 규정의 내용과 체계 및 취지를 종합하면, 건축법 제19조 제7항에 따라 국토계획법 제54조가 준용되는 용도변경 즉, 건축법 제19조 제2항에 따라 관할 행정청의 허가를 받거나 신고하여야 하는 용도변경의 경우에는 국토계획법 제54조를 위반한 행위가 곧 건축법 제19조 제7항을 위반한 행위가 되므로, 이에 대하여 건축법 제79조, 제80조에 근거하여 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부

과처분을 할 수 있다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두1327 판결 참조). 그러나 국토계획법 제54조가 준용되지 않는 용도변경 즉, 건축법 제19조 제3항에 따라 건축물대장 기재 내용의 변경을 신청하여야 하는 경우나 임의로 용도변경을 할 수 있는 경우에는 국토계획법 제54조를 위반한 행위가 건축법 제19조 제7항을 위반한 행위가 된다고 볼 수는 없으므로 '국토계획법상 지구단위계획에 맞지 아니한 용도변경'이라는 이유만으로 건축법 제79조, 제80조에 근거한 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부과처분을 할 수는 없다고 보아야 한다.

나. 원심이 일부 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 원고는 연면적 451.34㎡에 지상 3층인 이 사건 건물에 관하여 2011. 12. 30. 사용승인을 받은 다음 2012. 7.경 제2종 근린생활시설(일반음식점) 용도인 1층 부분을 자동차영업소를 운영하는 임차인에게 임대하여 자동차영업소로 사용하게 하였다.

(2) 피고는 '지구단위계획상 이 사건 건물은 단독주택용지에 속하여, 그 허용용도에 일반음식점은 포함되나 자동차영업소는 포함되어 있지 않다'는 이유로 원고의 위 용도변경에 대하여 시정명령을 거쳐 2015. 9. 4. 건축법 제79조 , 제80조 에 따라 이행강제금을 부과하는 이 사건 처분을 하였다.

(3) 한편 건축법 시행령 [별표 1]에 의하면, '일반음식점' 및 '자동차영업소로서 같은 건축물에 해당 용도로 쓰는 바닥면적의 합계가 1천㎡ 미만인 것'은 모두 제4호(제2종 근린생활시설)에 속해 있다.

다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 원고가 사용승인을 받은 이 사건 건물 중 1층 부분을 '일반음식점' 용도에서 '바닥면적의 합계가 1천㎡ 미만인 자동차영업소' 용도로 변경하는 행위는 건축법상 시설군 분류조항의 같은 시설군(7. 근린생활시설군)이면서 동시에 건축법 시행령 [별표 1]의 같은 호(4. 제2종 근린생활시설)에 속하는 건축물 상호 간의 용도변경이므로, 관할 행청청의 허가나 신고 또는 건축물대장 기재 내용의 변경 없이 임의로 할 수 있다. 따라서 비록 그 행위가 국토계획법에 따른 지구단위계획에 위반되어 국토계획법 제54조 에 저촉된다고 하더라도, 그로써 곧 건축법 제19조 제7항 을 위반한 행위가 된다고 볼 수는 없다.

따라서 원고의 이 사건 건물 제1층 부분의 용도변경은 건축법 제79조 , 제80조 에 근거한 시정명령과 그 불이행에 따른 이행강제금 부과처분의 대상에 해당하지 아니한다.

그럼에도 원심은 국토계획법상 지구단위계획에 위반되는 용도변경 행위가 곧 건축법 위반이 된다는 전제하에 건축법상 이행강제금을 부과한 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 건축법상 이행강제금의 부과대상인 용도변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조재연(재판장) 고영한 조희대(주심) 권순일

3-15. 건축법위반 (대법원 2018. 10. 25. 선고 2017도7377)

구 건축법상 감리보고서에 기재가 요구되는 의견의 범위에 건축물이 설계도서대로 적법하게 시공되었는지를 확인한 내용이 포함되고, 이때 감리보고서 서식에서 각 항목별 보고를 요구하는 부분이나 건물의 배근, 보 등 건물의 안전과 관련된 부분 등의 변경시공에 관하여는 공사감리자의 의견 기재가 요구된다.

【판시사항】

구 건축법상 감리보고서에 기재가 요구되는 의견의 범위에 건축물이 설계도서대로 적법하게 시공되었는지를 확인한 내용이 포함되고, 이때 감리보고서 서식에서 각 항목별 보고를 요구하는 부분이나 건물의 배근, 보 등 건물의 안전과 관련된 부분 등의 변경시공에 관하여는 공사감리자의 의견 기재가 요구된다는 판례

【참조조문】

구 건축법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 , 제25조 제5항 (현행 제25조 제6항 참조), 제66조 (현행 녹색건축물 조성 지원법 제15조 참조), 제110조 제6호 , 구 건축법 시행규칙(2014. 9. 17. 국토교통부령 제123호로 개정되기 전의 것) 제19조 제3항 , [별지 제21호 서식], [별지 제22호 서식]

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 가. 이 사건 공소사실의 요지는, 피고인들이 이 사건 다가구주택 옥상과 벽체의 철근 배근, 단열재, 복도 창문이 건축허가 당시의 설계도서대로 시공되지 않았음에도 불구하고 공사감리자인 피고인 2가 2012. 1. 10. 위 주택이 건축설계 및 관계 법령에 적합하다는 내용으로 감리중간보고서를, 2012. 3. 23. 동일한 내용의 감리완료보고서를 각 작성한 후 건축주 피고인 1 명의로 광주서구청장에게 제출함으로써, 피고인들이 공모하여 감리중간보고서 및 감리완료보고서를 거짓으로 작성·제출하였다는 것이다.

나. 이에 대하여 원심은, 건축법 시행규칙의 감리보고서 서식에 관계 법령에 적합 여부에 관하여 기재하도록 되어 있을 뿐 설계도서대로 시공되었는지 여부에 관한 의견까지 기재하도록 되어 있지 아니한 점 등에 비추어 감리보고서에 기재가 요구되는 의견의 범위에 설계도서대로 시공되었는지 여부에 관한 내용이 포함되지 아니함을 전제로, 이 사건 다가구주택이 설계도서대로 시공되지 않았다는 것만으로 이 사건 감리보고서의 내용이 거짓이라고 단정할 수 없고, 검사 제출 증거만으로 피고인들이 어떠한 특정 관련 법령의 기준에 부적합하다는 것을 알면서 이 사건 감리보고서를 거짓으로 작성하였다는 점을 인정하기 어렵다는 이유로, 피고인들에게 건축법 위반죄가 성립할 수 없다고 판단하였다.

2. 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 건축법상 공사감리자의 주된 업무는 공사시공자가 건축물을 설계도서에 적합하게 시공하고 있는지 여부를 확인하는 것인 점, 감리보고서는 건축물이 설계도서대로 적합하게 시공되었는지 여부를 조사하는 중간검사제도와 사용검사제도를 대체하여 도입된 점 등에 비추어 감리보고서에 기재가 요구되는 의견의 범위에는 당해 건축물이 설계도서대로 적법하게 시공되었는지를 확인한 내용도 포함된다(대법원 2004.

8. 16. 선고 2004도1341 판결 참조).

다만 건물의 시공 부분이 당초 설계도서대로 되지 않았다고 해서 공사감리자에게 모든 사항에 대하여 보고의무를 부과할 수 없을 것이나, 감리보고서 서식에서 각 항목별 보고를 요구하는 부분이나 건물의 배근, 보 등 건물의 안전과 관련된 부분 등의 변경시공에 관하여는 기재가 요구되고, 건축법 제16조 단서에 따라 허가 또는 신고가 필요치 않은 경미한 사항이라거나 구조상 안전에 문제가 없다는 이유만으로 그 의견을 기재할 필요가 없다고 볼 수 없다.

나. (1) 제1심과 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실 또는 사정을 알 수 있다.

① 이 사건 다가구주택에 시공된 옥상과 벽체의 배근간격은 허가받은 설계도서의 배근간격을 크게 초과하여 단순 시공상의 오차라고 보기 어렵고, 건물의 안전과 직접적인 관련이 있는 부분이며, 실제 준공 이후 2년 만에 위 주택의 벽 등에 균열이 발생하였다.

② 단열재 두께와 창문의 열관류율은 구 건축법 제66조 (현행 「녹색건축물 조성 지원법」 제15조)에 따른 「건축물의 에너지절약 설계기준」에서 정한 기준에 따라야 하고, 이는 감리보고서의 '열손실방지 조치'란에 해당하는 부분이다(이 사건 다가구주택에 시공된 단열재와 복도 창문은 일응 위 기준에 미달하고, 변경시공에도 불구하고 감리보고서 작성 당시 위 기준 충족 여부에 관한 별도의 검토도 없었던 것으로 보인다).

③ 피고인 1은 시공자 겸 건축주였고, 피고인 2는 설계자 겸 공사감리자로서 위 사정을 잘 알면서 이 사건 감리보고서에 설계도서대로 적법하게 시공되었는지 여부를 기재하지 아니하였고, 오히려 공사감리자 확인란과 종합의견란에 '적합'으로 기재하였다.

(2) 위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 당초 허가받은 설계도서와 달리 배근간격, 단열재, 창문이 시공되었다면 피고인 2 는 이 사건 감리보고서에 위 부분이 설계도서대로 적법하게 시공되었는지 여부에 관한 의견을 기재하였어야 한다. 그럼에도 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 감리보고서에 설계도서대로 시공되었는지 여부에 관한 의견을 기재할 의무가 없음을 전제로 피고인들이 거짓으로 이 사건 감리보고서를 작성한 것으로 볼 수 없다고 단정한 것은, 건축법상 감리보고서의 기재사항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조재연(재판장) 김소영(주심) 박상옥 노정희

3-16. 시정명령취소청구 (대법원 2020. 3. 26. 선고 2019두38830)

식품위생법상 일반음식점영업을 하려면 건축법상 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설로 변경하는 절차를 거치지 않은 채 단독주택에서 일반음식점영업을 할 수 없다.

【판시사항】

식품위생법상 일반음식점영업을 하려면 건축법상 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설로 변경하는 절차를

거치지 않은 채 단독주택에서 일반음식점영업을 할 수 없다는 판례

【참조조문】

건축법 제2조 제2항 , 제19조 제2항 제1호 , 건축법 시행령 제3조의5 [별표 1] 제4호 (자)목, 제14조 제5항 , 식품위생법 제36조 제2항 , 식품위생법 시행령 제21조 제8호 (나)목

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. ~~(중략)~~

나. 이 사건의 쟁점은, 이 사건 시정명령 당시를 기준으로 원고에게 제3건물에서의 일반음식점영업에 관하여 식품위생법 제37조 제4항 에 따른 영업장 면적 변경신고 의무가 있는지 여부이다.

2. 영업장 면적 변경신고 의무가 있는지 여부

가. 관련 규정과 법리

~~(중략)~~

영업장 면적이 변경되었음에도 그에 관한 신고의무가 이행되지 않은 영업을 양수한 자 역시 그와 같은 신고의무를 이행하지 않은 채 영업을 계속한다면 시정명령 또는 영업정지 등 제재처분의 대상이 될 수 있다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2012두18882 판결 등 참조).

(3) 한편 건축법 제2조 제2항, 제19조 제2항 제1호, 같은 법 시행령 제3조의5 및 [별표 1] 제4호 (자)목, 제14조 제5항에 따르면, 일반음식점은 건축물의 용도가 제2종 근린생활시설이어야 하고, 단독주택(주거업무시설군)에 속하는 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설(근린생활시설군)로 변경하려면 시장 등의 허가를 받아야 한다. 따라서 일반음식점영업을 하려는 자는 용도가 제2종 근린생활시설인 건축물에 영업장을 마련하거나, 제2종 근린생활시설이 아닌 건축물의 경우 그 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설로 변경하는 절차를 거쳐야 한다. 미리 이러한 건축물 용도변경절차를 거치지 않은 채 단독주택에서 일반음식점영업을 하는 것은 현행 식품위생법과 건축법하에서는 허용될 수 없다.

~~(후략)~~

대법관 김상환(재판장) 박상옥 안철상(주심) 노정희

3-17. 건축허가신청불허가통지처분취소 (대법원 2020. 10. 15. 선고 2020두41504)

인허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정·시행되었다면, 그 신청에 대한 처분은 원칙적으로 변경된 법령 및 허가기준에 따라 해야 한다.

【판시사항】

인허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정 · 시행되었다면, 그 신청에 대한 처분은 원칙적으로 변경된 법령

및 허가기준에 따라 해야 한다는 판례

【참조조문】

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호 , 제3항 , 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2] 제1호 (라)목 , 제2호 (가)목 , 행정소송법 제1조 [행정처분일반]

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

~~(생략)~~

2. 관련 규정과 법리

가. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법'이라고 한다) 제58조 제1항 제4호 는 개발행위허가의 신청 내용이 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이루어야 한다고 규정하고 있고, 제3항 은 그 허가의 기준은 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 그 위임에 따른 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제56조 제1항 [별표 1의2] '개발행위허가기준' 제1호 (라)목 (1), (2)는 개발행위로 건축 또는 설치하는 건축물 또는 공작물이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이 · 형태 및 색채가 주변건축물과 조화를 이루어야 하며, 도시 · 군계획으로 경관계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 적합하여야 하고, 개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변지역에 대기오염 · 수질오염 · 토질오염 · 소음 · 진동 · 분진 등에 의한 환경오염 · 생태계파괴 · 위해 등이 발생할 우려가 없어야 한다고 규정하고 있고, 특히 2017. 12. 29. 대통령령 제28553호 개정을 통해 신설된 '개발행위허가기준' 제2호 (가)목 (3)은 '특정 건축물 또는 공작물에 대한 이격거리, 높이, 배치 등에 대한 구체적인 사항은 도시 · 군계획조례로 정할 수 있다. 다만 특정 건축물 또는 공작물에 대한 이격거리, 높이, 배치 등에 대하여 다른 법령에서 달리 정하는 경우에는 그 법령에서 정하는 바에 따른다.'고 규정하고 있다. 특정 건축물 · 공작물의 이격거리에 관한 규정은 '주변 환경 및 경관과 조화를 이루고 환경오염 · 생태계파괴 · 위해 등이 발생할 우려가 없어야 한다'는 개발행위허가기준을 구체화한 것으로서, 위 시행령 개정으로 신설된 조항은 이를 주의적 · 확인적으로 규정한 것에 불과하다(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두40744 판결 참조).

그 위임에 따른 구「전주시 도시계획 조례」(2018. 2. 28. 조례 제3466호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 제1호는 '자연취락지구로 결정된 지구의 경계로부터 200m 이내'의 지역에서는 건축법 시행령 [별표 1] 제26호의 묘지 관련 시설 등을 설치하는 개발행위를 할 수 없도록 규정하였다(이하 '개정 전 조례조항'이라고 한다).

그러나 2018. 2. 28. 개정 · 시행된 '개정 후 조례조항'은 묘지 관련 시설 등을 설치하는 개발행위를 금지하는 지역을 '10호 이상 주민이 거주하는 주거밀집지역 내 경계 또는 자연취락지구로 결정된 지구의 경계로부터 200m 이내'라고 규정하여 개발행위 제한지역의 범위를 확대하였는데, 그 시행 전에 이미 개발행위허가 신청이 있었던 경우에 관하여 별도의 경과규정을 두지는 않았다.

나. 인허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정 · 시행된 경우 개정된 법령의 부칙에서 그 시행 전에 이미 인허가 신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 특별히 두지 아니한 이상, 행정처분은 그 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이다. 따라서 관할 행정청이 인허가 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 관계 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한, 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분을 위법하다고 할 수 없다. 다만 개정 전 허가기준의 존속에 관한 국민의 신뢰가 개정된 허가기준의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에는 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 개정된 허가기준의 적용을 제한할 여지가 있을 뿐이다(대법원 2005. 7. 29. 선고 2003두3550 판결 등 참조).

3. 이 사건에 관한 판단

가. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 거부처분이 신뢰보호원칙을 위반하였거나 재량권을 일탈 · 남용하여 위법하다고 판단하였다.

(1) '개정 전 조례조항'의 존속에 관한 원고의 신뢰가 '개정 후 조례조항'의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있으므로 이 사건 신청에 대해서는 '개정 후 조례조항'을 적용하여서는 안 되며, 제3처분사유는 인정되지 않는다.

(2) ~~(생략)~~

나. 그러나 원심판결의 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 아래 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

(1) 지방자치단체는 개발행위허가에 관한 세부기준을 조례로 정함에 있어서 광범위한 재량을 가진다. '개정 후 조례조항'은 지방자치단체가 이러한 광범위한 재량을 토대로, 전주시 내 동물화장시설 등이 주변 환경 및 경관과 조화를 이루고 환경오염 · 생태계파괴 · 위해발생 등의 우려가 없도록 하기 위한 공익 목적을 달성하기 위하여 국토계획법령의 위임범위 내에서 그 세부기준을 구체화한 것이다.

'개정 후 조례조항'은 국토계획법령이 추구하는 위와 같은 공익 목적을 달성하고 지방자치단체가 그 지역 특성에 맞추어 신청지 인근 주민의 환경권을 보호하기 위하여 개발행위가 제한되는 이격거리기준을 다소 강화한 것으로, '개정 후 조례조항'에서 정한 이격거리기준이 국토계획법령에 반하거나 객관적인 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없다.

또한 이 사건 신청 당시 '개정 전 조례조항'이 시행되고 있었다는 사정만으로 이 사건 신청 당시를 기준으로 피고가 원고에게 그 허가 여부에 관하여 어떠한 보호가치 있는 신뢰를 부여하였다고 볼 수 없다. 왜냐하면 어떤 개발행위허가 신청의 내용이 이격거리기준을 충족한다고 하여 '주변환경과의 조화', '환경오염 발생 우려'와 같은 개발행위허가기준 충족 여부에 관한 심사가 면제되거나 개발행위허가 발급이 보장되는 것은 아니기 때문이다.

(2) 오히려 기록에 의하면, 전주시장은 '국토계획법에서 위임된 내용을 정비하고 조례 운영상 나타난 미비점을 보완하여 효율적인 조례운영을 도모'하려는 목적에서 '개정 조례안'을 2017. 12. 15. 입법예고하면서 '개정 후 조례조항'의 구체적인 내용을 포함하였음을 알 수 있다. 이를 통해 장차 개정될 조례의 수범자에게 이격거리기준이 강화되리라는 점이 사전 고지된 상황에서 원고가 2018. 1. 31. 이 사건 신청을 하였으므로, 이 사건 신청 당시를 기준으로 '개정 전 조례조항'의 존속에 관한 원고의 신뢰에 보호가치가 크다고 보기는 어렵다.

(3) 원고는 이 사건 신청 전에 피고로부터 개발행위허가를 발급받을 수 있을 것으로 예측하여 이 사건 신청지를 매수하고, 이 사건 동물화장시설의 건축을 위한 계획을 수립하거나 설계 용역계약을 체결하였으나, 이 사건 거부처분으로 인하여 그 공사에 착수하지 못한 이상 원고로서는 이 사건 신청지를 매도하는 방법으로 매수자금을 회수할 수 있으므로, 이 사건 거부처분으로 인하여 원고에게 발생하는 불이익이나 금전적 손해가 크다고 보기도 어렵다.

(4) 이 사건 신청이 있은 때로부터 약 한 달 후에 '개정 후 조례조항'이 시행되었고, 그 후 피고가 도시계획위원회의 심의 등을 거쳐 약 6개월 후 이 사건 처분을 한 점 등에 비추어 보면, 피고가 정당한 이유 없이 이 사건 신청의 처리를 지연하였다고 볼 수도 없다.

(5) 요컨대, 이 사건에서 '개정 전 조례조항'의 존속에 관한 원고의 신뢰가 '개정 후 조례조항'이 추구하는 공익보다 더 보호가치가 있다고 할 수 없으므로, 피고가 이 사건 신청에 대하여 처분 당시의 법령인 '개정 후 조례조항'을 적용한 것이 신뢰보호원칙을 위반한 것이라고 볼 수는 없다. '개정 후 조례조항'은 상위법령의 위임에 근거하여 전주시가 제정한 조례로서 대외적으로 구속력 있는 법규이고, 만약 이 사건 신청지가 '개정 후 조례조항'에서 정한 '10호 이상 주민이 거주하는 주거밀집지역 경계로부터 200m 이내인 지역'에 해당한다면 거기에서 동물화장시설을 설치하는 개발행위는 '개정 후 조례조항'에 의하여 금지되어 있으므로, 전주시 소속 행정청인 피고는 '개정 후 조례조항'에 의하여 이 사건 신청을 불허하는 처분을 할 수밖에 없고, 그에 관하여 어떠한 재량이 있다고 볼 수 없다.

다. 그런데도 원심은 이 사건 신청에 대하여 '개정 후 조례조항'이 적용될 수 없다고 보아 제3처분사유가 인정되지 않는다고 판단하고, 나아가 제1, 제2, 제4처분사유가 모두 인정되지 않으므로 이 사건 거부처분은 재량권을 일탈 · 남용한 위법한 처분이라고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 허가 신청 후 허가기준이 변경된 경우에 적용되는 법령과 신뢰보호원칙 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리 · 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김선수(재판장) 이기택(주심) 박정화 이흥구

3-18. 공동주택관리법위반 (대법원 2021. 6. 10.선고 2021도2436)

공동주택관리법은 증축 행위의 의미에 관한 정의 규정을 두고 있지 않지만, 건축법령상의 정의가 준용되는 것이기 때문에 건축법령이 정한 증축행위는 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호에서 정하는 허가 대상에 포함된다는 판례([2] 피고인이 관할관청의 허가를 받지 않고 공동주택의 외부 공간에 2층과 지상을 연결하는 길이와 높이가 각 1m를 초과하고 면적이 약 3㎡인 경량철골조 옥외계단을 설치하였는바, 이와 같은 옥외계단 설치 행위로 건축면적 등이 늘어났다면 건축법 시행령 제2조 제2호의 증축 행위로서 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호 에 따라 관할관청의 허가 대상이 된다고 봄.)

【판시사항】

공동주택관리법은 증축 행위의 의미에 관한 정의 규정을 두고 있지 않지만, 건축법령상의 정의가 준용되는 것이기 때문에 건축법령이 정한 증축행위는 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호에서 정하는 허가 대상에 포함된다는 판례 ([2] 피고인이 관할관청의 허가를 받지 않고 공동주택의 외부 공간에 2층과 지상을 연결하는 길이와 높이가 각 1m를 초과하고 면적이 약 3㎡인 경량철골조 옥외계단을 설치하였는바, 이와 같은 옥외계단 설치 행위로 건축면적 등이 늘어났다면 건축법 시행령 제2조 제2호 의 증축 행위로서 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호 에 따라 관할관청의 허가 대상이 된다고 봄)

【참조조문】

공동주택관리법 제2조 제2항 , 제35조 제1항 제2호 , 구 공동주택관리법 시행령(2019. 10. 22. 대통령령 제30147호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 [별표 3], 건축법 제2조 제1항 제2호 , 건축법 시행령 제2조 제2호

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고인의 행위가 공동주택관리법상 허가 대상인지 여부(상고이유 제1점)

가. 공동주택관리법상 허가 대상이 되는 증축의 개념

공동주택관리법 제35조 제1항 제2호, 구 공동주택관리법 시행령(2019. 10. 22. 대통령령 제30147호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 [별표 3]은 일정한 공동주택의 증축 행위에 관하여 관할관청의 허가를 받도록 하고 있으나, 공동주택관리법은 증축 행위의 의미에 관한 정의규정을 두지 않은 채 "이 법에서 따로 정하지 아니한 용어의 뜻은 주택법에서 정한 바에 따른다."라고 규정하고 있다(제2조 제2항). 그런데 이에 따라 준용되는 주택법에서도 증축 행위에 관한 정의규정을 발견할 수 없다.

한편 공동주택관리법 제2조 제1항 제1호 (나)목, 주택법 제2조 제1호 등 관계 법령 체계상 공동주택관리법은 스스로 정의하지 않은 사항에 관하여는 건축법령상의 정의가 준용될 수 있음을 전제하고 있는데, 건축법 제2조 제1항 제2호는 건축물을 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소 · 공연장 · 점포 · 차고 · 창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것으로 정의하고 있고, 건축법 시행령 제2조 제2호에 따르면 증축이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다. 따라서 건축법령이 정한 증축 행위는 체계적 · 논리적 해석 원리상 특별한 사정이 없는 한 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호의 허가 대상에 포함된다고 해석함이 타당하다.

나. 이 사건에 관한 판단

원심판결 이유 및 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2019. 1. 초순 원심 판시 공동주택의 외부 공간에 길이(수평 거리)와 높이(수직 거리)가 각 1m를 초과하고 면적이 약 3㎡인 경량철골조 옥외계단을 설치한 사실, 위 옥외계단은 원심 판시 공동주택의 외부 공간에 고정된 채 2층에 있는 위 공동주택과 지상을 연결하는 통로로 이용된 사실이 인정된다.

피고인이 설치한 위 옥외계단에 지붕이나 기둥, 벽 등을 두고 있지 않더라도, 위와 같은 용도와 현황 등에 비추어 볼 때 이는 기존 건축물에 딸린 시설물로서 건축법 제2조 제1항 제2호 가 정한 건축물에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 피고인의 옥외계단 설치 행위로 말미암아 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이가

늘어났다면, 건축법 시행령 제2조 제2호 의 증축 행위로서 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호 에 따라 관할관청의 허가 대상이 될 수 있다.
원심은 같은 전제에서 피고인의 옥외계단 설치 행위로 건축면적 등이 증가하였다는 이유로 피고인이 관할관청의 허가 없이 공동주택 증축 행위를 하였다고 판단한 제1심 결론을 그대로 유지하였다.
이러한 원심판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 증축에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 피고인의 행위가 정당행위에 해당하는지 여부(상고이유 제2점)
관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인의 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 정당행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 결론
그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 천대엽(재판장) 조재연 민유숙(주심) 이동원

3-19. 시정명령및계고처분취소 (대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두34756)

컨테이너를 설치하여 사무실 등으로 사용하는 갑 등에게 관할 시장이 건축법 제2조 제1항 제2호의 건축물에 해당함에도 같은 법 제11조에 따른 건축허가를 받지 않고 건축하였다는 이유로 원상복구명령 및 계고처분을 하였다가 이에 대한 취소소송에서 같은 법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 사안에서, 당초 처분사유인 '건축법 제11조 위반'과 추가한 추가사유인 '건축법 제20조 제3항 위반'은 위반행위의 내용이 다르고 위법상태를 해소하기 위하여 거쳐야 하는 절차, 건축기준 및 허용가능성이 달라지므로 그 기초인 사회적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없어 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다.

【판시사항】
컨테이너를 설치하여 사무실 등으로 사용하는 갑 등에게 관할 시장이 건축법 제2조 제1항 제2호 의 건축물에 해당함에도 같은 법 제11조 의 따른 건축허가를 받지 않고 건축하였다는 이유로 원상복구명령 및 계고처분을 하였다가 이에 대한 취소소송에서 같은 법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 사안에서, 당초 처분사유인 ' 건축법 제11조 위반'과 추가한 추가사유인 ' 건축법 제20조 제3항 위반'은 위반행위의 내용이 다르고 위법상태를 해소하기 위하여 거쳐야 하는 절차, 건축기준 및 허용가능성이 달라지므로 그 기초인 사회적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없어 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다고 한 판례

【참조조문】
행정소송법 제19조 , 행정소송법 제27조 [행정소송재판일반]

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

가. 원고들은 2019. 4.경부터 이 사건 부지 지상에 이 사건 컨테이너를 설치하여 일부는 사무실, 식당, 화장실로 사용하고, 나머지는 창고로 임대하기 시작하였다.

나. 피고는 2019. 4. 29. 원고들에 대하여 건축허가를 받지 아니하고 이 사건 컨테이너를 설치한 것이 구 건축법(2019. 4. 23. 법률 제16380호로 개정되기 전의 것, 이하 '건축법'이라고 한다) 제11조 위반이라는 이유로 원상복구의 시정명령을 할 것임을 사전통지하면서 의견이 있을 경우 2019. 5. 14.까지 제출할 것을 통보하였다.

다. 원고들은 2019. 5. 14. 피고에게 이 사건 컨테이너 중 창고로 이용되는 부분은 불법시설물로 볼 수 없으므로 다시 한번 검토해 줄 것을 요청하면서, 이 사건 컨테이너 중 사무실, 식당, 화장실로 이용되는 부분은 2019. 6. 30.까지 원상복구하고 증빙자료를 제출하겠다는 의견을 제출하였다.

라. 피고는 2019. 5. 20. 원고들에게 이 사건 컨테이너가 건축법 제2조 제1항 제2호 의 건축물에 해당함에도 같은 법 제11조 에 따른 건축허가를 받지 아니하고 이를 건축하였다는 이유로 건축법 제79조 에 근거하여 원상복구를 명하면서, 만약 위 기한 내에 원상복구를 하지 않을 경우에는 행정대집행을 통하여 이 사건 컨테이너를 철거할 것임을 계고하였다(이하 '이 사건 처분'이라고 한다).

마. 원고들은 2019. 6. 10. 피고에게 이 사건 부지 지상에 이 사건 컨테이너를 축조하는 내용의 가설건축물 축조신고를 하였다. 그러나 피고는 2019. 6. 25. 원고들에게 이 사건 컨테이너는 건축법 제2조 제1항 제2호 에 따른 건축물에 해당하므로 건축법 제11조 에 따른 건축허가를 받아야 한다는 등의 이유로 위 축조신고를 반려하였다.

2. 처분사유 추가·변경이 허용되는지 여부(상고이유 제2점)

가. 관련 법리

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가 또는 변경할 수 있고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되므로, 추가 또는 변경된 사유가 처분 당시에 이미 존재하고 있었다거나 당사자가 그 사실을 알고 있었다고 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있다고 할 수 없다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009두19021 판결 등 참조).

처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없으므로 행정청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실에 대하여 처분 후에 추가·변경한 법령을 적용하여 그 처분의 적법 여부를 판단할 수 있다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87누632 판결 등 참조). 그러나 처분의 근거 법령을 변경하는 것이 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름없는 경우에는 허용될 수 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010두28106 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은, 피고가 당초 ' 건축법 제11조 위반'을 이유로 이 사건 처분을 하였다가 원심에 이르러 ' 건축법 제20조 제3항 위반'을 처분사유로 추가하는 것은 동일한 사실관계에 대하여 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가하는 것으로서 이를 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없어 허용된다고 판단하였다.

다. 대법원의 판단

그러나 앞서 본 사실관계를 위와 같은 관련 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 원심에 이르러 건축법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 것은 당초의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 아니한 새로운 처분사유를 추가하는 것으로서 허용되지 않는다고 봄이 타당하므로 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 이 사건 처분의 당초 처분사유는 "이 사건 컨테이너가 건축법 제2조 제1항 제2호 의 건축물에 해당함에도 건축법 제11조 를 위반하여 건축하였다."라는 것이고, 추가된 처분사유는 "이 사건 컨테이너가 가설건축물에 해당함에도 건축법 제20조 제3항 을 위반하여 축조신고를 하지 아니하고 축조하였다."라는 것이다.

건축법은 '건축물'의 건축허가(제11조 제1항)와 '가설건축물'의 축조신고(제20조 제3항)에 관하여 그 절차와 요건 등을 달리 정하고 있다. '건축물'은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 고가(고가)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말하는데(제2조 제1항 제2호), 이와 같은 건축물을 건축하려는 자는 건축법 제11조 제1항 에 따른 허가를 받아야 한다. 반면 건축물의 요건 중 토지에 정착한다는 요소를 결하고 있어 건축법상 '건축물'에 해당하지 않는 가설건축물은 건축허가나 건축신고 없이 설치할 수 있는 것이 원칙이고, 다만 건축법 제20조 제3항 은 건축물에 준하여 위험을 통제할 필요가 있는 일정한 가설건축물을 축조신고 대상으로 규율하고 있다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2015두35116 판결 참조).

건축허가의 경우 허가권자는 건축기본법 제25조 에 따른 한국건축규정의 준수 여부를 확인하여야 하고(건축법 제11조 제4항), 해당 건축물이 건축법령이 정하고 있는 요건, 즉 건축물의 대지와 도로(제4장), 건축물의 구조 및 재료 등(제5장), 지역 및 지구의 건축물의 요건(제6장), 건축설비에 관한 기준(제7장) 등을 충족하는지 확인하여야 한다. 반면 축조신고 대상인 가설건축물에 대해서는 이와 같은 건축물의 요건에 관한 규정 중 대부분의 규정이 적용되지 아니한다[건축법 제20조 제5항 , 구 건축법 시행령(2019. 10. 22. 대통령령 제30145호로 개정되기 전의 것) 제15조 제6항]. 그 밖에도 가설건축물은 축조신고 외에 착공신고나 사용승인을 별도로 받을 필요가 없고(건축법 제21조 제1항 , 제22조 제1항), 축조신고를 하더라도 건축허가와 달리 관련 인허가가 의제되지 않으며, 이에 따라 행정청은 가설건축물 축조신고에 대해서 관련 인허가의 요건을 구비하지 못하였음을 이유로 그 수리를 거부할 수 없다는 점에서도(대법원 2019. 1. 10. 선고 2017두75606 판결 참조) 건축허가 대상인 건축물과 차이가 있다.

위와 같은 건축법상 건축물·가설건축물의 구별, 건축허가와 축조신고의 절차·요건 등에서의 차이를 고려하여 보면, 이 사건 처분에 관한 당초의 처분사유와 원심에서 피고가 추가한 처분사유는 그 위반행위의 내용이 다르고, 그에 따라 위법 상태를 해소하기 위하여 거쳐야 하는 절차, 건축기준 및 허용가능성이 달라지므로 결국 그 기초인 사회적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다.

2) 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있다(대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등 참조).

앞서 본 사실관계에 비추어 볼 때, 피고가 이 사건 소송의 원심에 이르러 처분 당시와는 달리 이 사건 컨테이너가 가설건축물에 해당함을 전제로 처분사유를 추가하는 것은 원고들의 방어권을 침해하는 것으로 볼 수 있으므로, 이 점에서도 처분사유 추가·변경이 허용된다고 보기 어렵다.

3) 그런데도 원심은, 피고가 이 사건 소송에서 건축법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가하는 것이 허용된다고 보고, 추가된 처분사유에 근거하여 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 처분사유 추가·변경의 제한에 관한 법리를 오해한 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김재형(재판장) 안철상 노정희(주심) 이흥구

3-20. 시정명령처분취소 (대법원 2022. 10. 14. 선고 2021두45008)

대지 또는 건축물의 위법상태를 시정할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있지 않은 사람은 구 건축법 제79조 제1항에 따른 시정명령의 상대방이 될 수 없다.

【판시사항】

대지 또는 건축물의 위법상태를 시정할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있지 않은 사람은 구 건축법 제79조 제1항에 따른 시정명령의 상대방이 될 수 없다는 판례

【참조조문】

구 건축법(2019. 4. 23. 법률 제16380호로 개정되기 전의 것) 제79조 제1항

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 가. 구 건축법(2019. 4. 23. 법률 제16380호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 건축법'이라고 한다) 제79조 제1항은 '허가권자는 대지나 건축물이 건축법 또는 건축법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 건축법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.'고 규정하고 있다.

위 규정에 따른 시정명령은 대지나 건축물이 건축 관련 법령 또는 건축 허가 조건을 위반한 상태를 해소하기 위한 조치를 명하는 처분으로, 건축 관련 법령 등을 위반한 객관적 사실이 있으면 할 수 있고, 원칙적으로 시정명령의 상대방에게 고의·과실을 요하지 아니하며 대지 또는 건축물의 위법상태를 직접 초래하거

나 또는 그에 관여한 바 없다고 하더라도 부과할 수 있다. 그러나 건축법상 위법상태의 해소를 목적으로 하는 시정명령 제도의 본질상, 시정명령의 이행을 기대할 수 없는 자, 즉 대지 또는 건축물의 위법상태를 시정할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있지 않은 자는 시정명령의 상대방이 될 수 없다고 봄이 타당하다. 시정명령의 이행을 기대할 수 없는 자에 대한 시정명령은 위법상태의 시정이라는 행정목적 달성을 위한 적절한 수단이 될 수 없고, 상대방에게 불가능한 일을 명령하는 결과밖에 되지 아니하기 때문이다.

나. 원심판결의 이유와 기록에 의하면, 원고는 타 업체들과 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 2011. 12. 21. 시행자인 대전도시공사와 사이에 ○○지구 5블록 분양아파트(△△△△△ 5단지 아파트, 이하 '이 사건 아파트'라고 한다)의 건설공사 도급계약을 체결한 공사시공자인 사실, 이 사건 아파트에 관하여 2014. 6. 27. 사용검사가 완료되어 그 무렵 이 사건 아파트에 대한 수분양자들의 소유권 이전등기 및 입주가 완료되었고, 이 사건 아파트의 입주자와 사용자 등을 대표하는 자치의결기구인 입주자대표회의가 구성되어 이 사건 아파트의 관리에 관한 사항을 결정해오고 있으며, 이 사건 아파트의 자치관리기구의 대표자인 관리사무소장이 공동주택관리법상 관리주체로서 이 사건 아파트를 실제로 관리하고 있는 사실, 한편 이 사건 아파트 입주자대표회의의 민원에 따라 진행된 감사 결과 이 사건 아파트에서 건축법 및 주택법 등 규정에 위반되어 시공된 부분이 확인된 사실, 이에 이 사건 아파트 입주자대표회의는 대전도시공사에 감사에서 지적된 사항에 대한 보완공사를 요청하였고, 대전도시공사는 다시 원고에게 해당 부분의 보완공사를 요청한 사실, 피고는 2018. 8. 30. 원고와 대전도시공사에 대하여 구 건축법 제79조 제1항 등에 근거하여 건축법 관련 법령 위반사항에 대하여 시정명령을 한 사실(이하 원고에 대한 부분을 '이 사건 처분'이라고 한다), 원고는 이 사건 아파트 입주자대표회의의 협조 아래 이 사건 처분 사유 중 상당 부분에 대한 시정절차의 이행에 착수하여 이 사건 처분을 전후하여 보완공사계획을 제출하였고 일부 보완공사를 마친 사실, 그러나 이 사건 아파트 입주자대표회의가 이 사건 처분 사유 중 '피난계단을 돌음계단으로 설치하였다.'는 부분(이하 '이 사건 피난계단 부분'이라고 한다)에 대하여는 안전 문제 등을 이유로 보완공사계획을 승인하지 않아 원고가 공사를 시행하지 못한 사실을 알 수 있다.

이에 비추어 보면, 공사시공자인 원고는 이 사건 아파트의 공사가 완료되고 분양이 마쳐져 입주자 등이 이 사건 아파트를 소유·관리하고 있었던 이 사건 처분일인 2018. 8. 30.경에는 이미 이 사건 아파트를 처분하거나 관리할 수 있는 권한을 가지고 있다고 보이지 않는다. 더군다나 이 사건 피난계단 부분의 위법사항 시정 방안에 관하여 이 사건 아파트 입주자대표회의 측과 이견이 있는 상태에서 원고가 이 사건 아파트의 입주자 등의 협조 없이 임의로 이 사건 피난계단 부분에 관하여 이 사건 처분을 통하여 지적된 위법사항을 시정하기 위한 조치를 취할 수 있는 지위에 있었다고 단정하기 어렵다.

다. 앞서 본 법리에 따르면 원심으로서는 원고가 이 사건 아파트의 공사시공자였다고 하더라도 이 사건 피난계단 부분의 시정을 명하는 이 사건 처분을 할 당시 원고가 그 시정명령을 이행할 수 있는 법률상 또는 사실상의 지위에 있었는지를 심리·판단하였어야 한다.

그럼에도 원심은 이와 달리, 공사 완료 후 건축물이 공사시공자의 관리를 떠나 건축주 또는 제3자의 관리하에 놓여있는지 여부를 불문하고 공사시공자는 구 건축법 제79조 제1항 에 따른 시정명령의 상대방이 될 수 있다는 취지로 판단하였으니, 이와 같은 원심판단에는 건축법상 시정명령의 상대방에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결의 원고 패소 부분 중 이 사건 피난계단 부분

을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조재연(재판장) 민유숙 이동원(주심) 천대엽

3-21. 현상광고보수 (대법원 2002.1.25 선고, 99다63169)

건축설계 우수현상광고에서 당선자가 보수로서 받는 '기본 및 실시설계권'이란 당선자가 광고자에게 우수작으로 판정된 계획설계에 기초하여 기본 및 실시설계계약의 체결을 청구할 수 있는 권리를 말한다.

3-22. 조사검사업무 (대법원 1995.1.20 선고, 94도2195)

건축사사무소 개설자가 조사 및 검사업무를 대행할 수 없는 건축물에 대하여 조사 및 검사를 허위로 하였다고 하더라도 건축사법 제39조 제7호 위반죄로 처벌할 수는 없다.

3-23. 건축설계변경허가반려처분취소 (대법원 1994.6.24 선고, 93누23480)

설계도서대로 시공을 하지 않았다 하더라도, 그 건축이 실체법규에 저촉되지 않는 경우라면, 그에 맞추어 설계변경허가신청을 할 수 있고, 행정청은 사후신청이라는 이유만으로 이를 거부할 수 없다.

3-24. 건축설계 저작권 불공정 약관심사청구 (공정거래위원회 2009.5.25)

건축설계 입상작 저작권은 설계자에게 있다.

3-25. 저작권침해금지가처분 (대법원 2000.6.13 선고, 99마7466)

건축주가 완성된 설계도서를 교부받아 설계비의 상당 부분을 지급하였고, 건축공사가 상당히 진척된 후 중단되었다면 설계도서 등에 관한 이용권은 건축주에게 유보된다.

3-26. 저작권법위반 (대법원 2001.1.19 선고, 2000도5295)

공식적으로 공표 등록된 건축저작물과 유사형태의 건물을 건축하거나, 저작권 공표 후 등록 전에 복제하는 건축물 등은 저작권법의 위반사항이다.

3-27. 손해배상(기) (대법원 2009.4.9 선고, 2008다72776)

업무상 성실의무 위반에 따른 건축주의 재산상 손해배상책임의 각 주체로 정한 건축사는 계약 당사자로서의 건축사로 한정된다고 할 수 없다.

3-28. 손해배상(지) (서울중앙지방법원제8민사부2008.11.7 선고, 2007나30491)

건축물의 저작권자의 승낙을 받지 아니하고, 건축물을 TV광고, 인터넷 동영상 광고, 지면 광고의 배경으로 사용하면, 손해배상을 청구할 수 있다.

3-29. 손해배상(기) (대법원 2006.4.27 선고, 2005다11855)

건축주의 별도 용역보고서(지질조사자료)를 토대로 건축사가 설계 및 감리를 하였고, 건축상주감리, 설비, 전기감리로만 한정하여 감리용역계약을 체결한 상태에서 용역보고서의 결과를 넘어선 상황 발생으로 생긴 하자는 건축사에게 설계 및 감리상 과실이 있다고 보기 어렵다.

3-30. 손해배상(기) (서울지법 2000.5.17 선고, 99가합63195)

서류의 작성 및 제출행위만을 대행하는 법정감리자라 하더라도 그 감리업무에 행정적인 절차의 대행뿐만 아니라 시공에 대한 감시, 감독 등 실질적인 의미에서의 공사감리업무에 해당하는 사항도 포함되어 있었다면 그 감리상의 과실에 대하여 배상할 책임이 있다.

3-31. 손해배상(기) (대법원 1989.3.14 선고, 86다카2237)

건축주로부터 공사감리를 의뢰받은 건축사가 당해 건축물에 대하여 그와 같은 검사행위를 함에 있어 잘못이 있으면 그로 인하여 건축주뿐 아니라 그밖에 다른 사람이 입는 손해에 대하여도 이를 배상할 책임이 있다.

알기 쉬운 5인 미만 사업장 근로기준법 안내

글. 신항철 _ 삼정노무법인 대표 공인노무사

현행 「근로기준법」은 5인 미만 사업장이 대부분 영세사업장이라는 점을 감안하여 영세사업주의 부담을 완화하기 위하여 근로시간, 연차휴가 등 일부 규정을 적용하지 않고 있다.
그러나, 지난해 국가인권위원회는 "기본권 보장을 위해 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업장에도 근로기준법이 확대 적용해야 한다"는 의견을 밝혔고, 올해 초 고용노동부는 '2023 주요 업무추진계획'에 5인 미만 사업장에도 「근로기준법」을 단계적 확대 적용하겠다고 발표했다.

「근로기준법」 확대 적용과 관련하여 소상공인계, 경영계, 노동계 등에서 다양한 의견들이 나오고 있고, 근로기준법 확대 적용에 대한 구체적인 방향은 나오지 않았지만, 사업주는 현행법을 기준으로 5인 미만 사업장에 어떠한 규정이 적용되는지 또는 적용되지 않는지를 알아두어야 향후 법이 개정되더라도 빠르게 대응할 수 있다. 따라서 이번 인사노무상식 시리즈에서는 현행법을 기준으로 5인 미만 사업장의 「근로기준법」 적용에 대해 알아보고자 한다.

■ 상시 사용하는 근로자 수 산정 방법

상시 사용하는 근로자 수 5인 이상 여부에 따라 「근로기준법」 중 일부 규정은 적용되지 않으므로, 사업주는 사업장에 상시 사용하는 근로자 수가 몇 명인지 파악하고 있어야 한다. 원칙적으로 '상시 사용하는 근로자 수'는 사업장에서 법 적용 사유(휴업수당 지급, 근로시간 적용, 연차휴가 발생 등) 발생일 전 1개월(사업이 성립한 날부터 1개월 미만인 경우에는 그 사업이 성립한 날 이후의 기간) 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동일수로 나누어 산정한다(「근로기준법 시행령」 제7조의2 제1항 참조).

예컨대 2023년 8월 1일 법 적용 사유가 발생한 경우 2023년 7월 1일부터 2023년 7월 31일 기간 동안 사업장을 21일 가동하고, 이 중 11일은 5명 출근, 10일은 4명 출근한 경우 상시 사용하는 근로자 수는 4.47명(={11일*5명 + 10일*4}/21일)으로 산정된다.
그러나, 유의하여야 할 점은 원칙적인 산정 방법에 따라 ① 산정한 결과가 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하지 않는 경우에도 산정기간에 속하는 일(日)별로 근로자 수를 파악하였을 때 법 적용 기준에 미달한 일수(日數)가 2분의 1 미만인 경우에는 법 적용 사업장으로 보고, ② 산정한 결과가 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하는 경우에도 산정기간에 속하는 일별로 근로자 수를 파악하였을 때 법 적용 기준에 미달한 일수가 2분의 1 이상인 경우에는 법 적용 사업장으로 보지 않는다는 점이다(「근로기준법 시행령」 제7조의2 제2항 참조).

즉, 앞서 설명한 사례를 기준으로 원칙적인 산정 방법에 따라 산정한 상시 사용하는 근로자 수는 4.47명이므로 법 적용 사업장에 해당하지 않지만, 법 적용기준(5인)에 미달한 일수가 가동일수 21일 중 10일로 2분의 1 미만인 경우이므로 법 적용 사업장으로 본다.

■ 5인 미만의 사업장에 적용되는 법 규정

「근로기준법 시행령」 [별표1]에 따라 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에도 근로기준법 중 일부 규정은 적용된다. 5인 미만의 소규모 사업장에 적용되는 주요 규정을 설명하면 아래와 같다.

1. 근로계약서 작성(「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조)

사업주는 근로자와 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가, 취업의 장소와 종사해야 할 업무에 관한 사항 등을 명시하여 근로계약을 체결해야 하며, 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가에 관한 사항은 서면으로 근로계약서를 작성해 근로자에게 교부해야 하고, 기간제근로자의 경우에는 근로계약기간, 단시간근로자의 경우에는 근로계약기간, 근로일 및 근로일별 근로시간에 관한 사항을 서면으로 명시해야 한다. 사업주가 근로계약서를 미작성 한 경우에는 500만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있으며(「근로기준법」 제114조), 기간제 및 단시간근로자의 근로계약서를 미작성 한 경우에는 500만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다. (「기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률[기간제법]」 제24조)

2. 최저임금 준수 및 임금명세서 교부(「근로기준법」 제48조)

「최저임금법」은 상시 사용하는 근로자 수와 관계없이 모든 사업 또는 사업장에 적용되므로, 소규모 사업장에서 근로하는 근로자에게도 최저임금 이상을 지급해야 한다. 또한 근로자에게 임금을 지급하는 때에는 근로자에게 임금의 구성항목·계산방법, 공제 내역 등에 관한 사항을 적은 임금명세서를 서면으로 교부해야 한다. 사업주가 임금명세서를 교부하지 않은 경우에는 500만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(「근로기준법」 제116조).

3. 주휴수당 지급(「근로기준법」 제55조, 「근로기준법 시행령」 제30조)

근로자에게 1주에 평균 1회 이상 휴일을 보장해야 하며, 근로자가 1주 동안의 소정근로일을 개근한 경우에는 유급휴일로 보장해야 한다. 예컨대 1주 동안의 소정근로일이 5일인 근로자가 5일 모두 개근하였다면 1일 소정근로시간에 시간급 통상임금을 곱하여 주휴수당으로 지급해야 한다. 사업주가 주휴수당을 지급하지 않은 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. (「근로기준법」 제110조)

4. 해고의 예고(「근로기준법」 제26조)

상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업장의 경우 「근로기준법」 제23조(해고 등의 제한)는 적용되지 않지만, 근로자를 해고하는 경우에는 적어도 30일 전에 해고의 예고를 하여야 하고, 해고예고를 하지 않은 때에는 30일분의 통상임금을 해고예고수당으로 지급해야 한다. 다만, 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우, 천재·사변·그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우, 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우에는 해고의 예고 적용이 제외된다. 사업주가 해고의 예고를 하지 않거나 해고예고수당을 지급하지 않은 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. (「근로기준법」 제110조)

5. 퇴직급여제도 설정(「근로자퇴직급여 보장법」 제4조, 제9조 및 제10조)

「근로자퇴직급여 보장법」은 상시 사용하는 근로자 수와 관계없이 모든 사업 또는 사업장에 적용되므로, 사

업주는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정해야 하고, 퇴직금제도를 설정한 사업주는 근로자의 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직일로부터 14일 이내에 근로자에게 지급해야 한다. 사업주가 퇴직금을 지급하지 않은 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. (「근로자퇴직급여 보장법」 제44조)

■ 5인 미만의 사업장에 적용되지 않는 법 규정

「근로기준법」은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되므로, 「근로기준법 시행령」 [별표1]에 명시된 규정 이외의 규정은 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업장에는 적용되지 않는다. 5인 미만의 소규모 사업장에 적용되지 않는 주요 규정을 설명하면 아래와 같다.

1. 근로시간, 연장근로의 제한

상시근로자 5인 미만의 사업장의 경우 「근로기준법」 제50조(근로시간), 「근로기준법」 제53조(연장근로의 제한)가 적용되지 않는다. 따라서, 당사자 간 합의하면 1주 12시간을 초과하여 연장근로가 가능하다. 다만, 연소자(18세 미만)의 경우 1일 1시간 1주 5시간 한도로 연장근로가 가능하고(「근로기준법」 제69조), 임신 중인 여성 근로자의 경우 연장근로가 금지되며(「근로기준법」 제74조 제5항), 산후 1년이 경과하지 않은 여성 근로자의 경우 1일 2시간, 1주 6시간, 1년 150시간을 초과하여 연장근로가 금지되므로 유의해야 한다.

2. 공휴일 및 연장·휴일·야간근로 가산수당

상시근로자 5인 미만 사업장의 경우 「관공서의 공휴일에 관한 규정」에서 정하는 공휴일 및 대체공휴일을 유급휴일로 보장하지 않아도 된다. 또한 법정 근로시간을 초과하여 근로하는 경우 지급해야 하는 연장근로 가산수당, 법정 또는 약정 휴일에 근로하는 경우 지급해야 하는 휴일근로 가산수당, 오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로하는 경우 지급해야 하는 야간근로 가산수당을 지급하지 않아도 된다.

3. 해고 등의 제한 및 부당해고 등의 구제신청

상시근로자 5인 이상 사업장의 경우 사업주는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못하고, 사업주로부터 부당해고등을 당한 근로자는 노동위원회에 부당해고등 구제를 신청할 수 있다. 그러나, 상시근로자 5인 미만 사업장의 경우 해고등의 제한이 적용되지 않고, 상시근로자 5인 미만의 사업장에서 근무하였던 근로자는 부당해고등 구제를 신청할 수 없다(근로자가 부당해고등 구제를 신청하더라도 각하된다).

4. 연차유급휴가

상시근로자 5인 이상 사업장의 경우 사업주는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의(계속근로연수에 따라 가산휴가 부여) 연차유급휴가를 주어야 하고, 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 연차유급휴가를 주어야 한다. 그러나, 상시근로자 5인 미만 사업장의 경우 연차유급휴가를 부여하지 않아도 된다.

2023년도 제13차 대한건축사협회 건축자재추천社

대한건축사협회는 우수한 건축자재를 발굴, 추천하여 회원분들에게 건축자재 정보를 제공하고 이에 대한 홍보를 통해 건축물의 품질 향상과 건축산업 발전에 기여하고자 건축자재추천을 시행하고 있습니다. 올해 건축자재추천社 중 '건축법령 질의회신집', '건축분쟁 사례해설 소송판례집' 제작 후원을 한 업체를 소개합니다.

SUPER ELECTO (주)한진테크 HANJIN TECH CO.,LTD.

삼한C1

HOYA Ondol 호야온돌

신영목재 FINEST NATURALWOOD MANUFACTURER SINCE 1994

Gong Gan 공간테크

(주)아세아방재 ASIA FIRE PROTECTION CO.,LTD.

대한건축사협회