creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

건설산업에 대한 공법적 규제에 관한 연구

- 면허법제와 사업법제를 중심으로 -

2017년 2월

서울대학교 대학원

법학과

정 수 호

건설산업에 대한 공법적 규제에 관한 연구

- 면허법제와 사업법제를 중심으로 -

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2016 년 10 월

서울대학교 법학전문대학원
법학과
정 수 호

정수호의 석사 학위논문을 인준함
2017 년 1 월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

건설산업은 국민의 안전과 밀접하게 관련되어 있고 국가경제에 지대한 영향을 미치기 때문에 이를 규제하여야 할 필요성이 크다. 그런데 건설산업에 대한 공법적 규제는 건설업자에 대한 규제로 이루어진다. 건설업자의 기능은 시행기능과 시공기능으로 나뉘는바 그 기능에 따라 달리 규제하여야 한다. 한편, 특정 산업을 규율하는 방법으로 면허법제와 사업법제를 이원화하여 규제하곤 한다. 면허법제는 일정한 기준을 충족시키지 못한 자에게 해당 산업에 대한 진입을 막는 것이고, 사업법제는 면허취득자들의 영업행위에 대하여 제한을 가하는 것이다.

건설산업에 대한 면허법제로는 대표적으로 「건설산업기본법」상 건설업등록이 있다. 일정한 기술능력과 자금능력을 갖추어 공사의 시공을 진행할 수 있는 자에게 건설업등록을 부여함으로써 사전적으로 규제하는 것이다. 그런데 「주택법」상 주택건설사업등록은 주택건설사업에 한하여 건설업등록보다 요건을 완화하여 시공능력을 부여한다. 이외에도 사후적인 규제수단으로 감리제도 등이 있고, 좁은 의미의 규제가 아니라 지원하는 내용의 개입수단으로 「건설기술 진흥법」에서 여러 기술규제를 규정하고 있다.

건설업자에 대한 사업법제로 「주택법」과 「도시 및 주거환경정비법」이 있다. 건설업자가 행하는 사업은 크게 주택건설사업과 도시정비사업으로 나뉘는데 전자는 「주택법」이 후자는 「도시 및 주거환경정비법」이 규제하는 것이다. 주택건설사업에 관하여는 사업계획승인 제도가 있는데 주택법은 도시계획적 판단을 가지는 것이므로 사업계획승인은 재량행위로서 행정주체가 계획재량을 가진다. 도시정비사업에 대하여는 건설업자의 지위와 관련하여 시행과 시공의 구별이 중요한 의미를 가진다. 건설업자는

공동시행자로 선정될 수도 있고, 시공자로 선정될 수도 있는데 각 경우의 요건이 상이할 뿐만 아니라 그 효과도 다르다. 즉, 건설업자가 시행자의 지위에 있다고 인정되면 건설업자는 사업의 성패에 대하여 조합과 동등한 책임을 지는 반면, 단순 시공자에 불과하다면 유한책임을 지게 된다.

주요어 : 건설산업, 면허법제, 건설업등록, 사업법제, 시행, 시공
학 번 : 2014-24550

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

I. 연구의 배경 ····· 1

II. 연구의 목적 및 범위 ····· 1

제 2 장 건설업자의 기능 및 역할과 공법적 규제 ····· 3

제 1 절 건설업자의 기능 및 역할 ····· 3

I. 건설업자의 기능 구별의 필요성 ····· 3

II. 건설업자의 주요한 두 가지 기능 ····· 4

1. 의의 ····· 4

2. 시공과 시행의 정의 ····· 5

3. 건설업자의 시공기능 ····· 6

4. 건설업자의 시행기능 ····· 8

제 2 절 공법적 규제 일반 ····· 8

I. 용어의 정리 ····· 8

II. 면허법제와 사업법제 ····· 9

1. 의의 ····· 9

2. 면허법제와 사업법제 일반 ····· 10

III. 소결 ····· 12

제 3 절 건설업자 역할의 한계 ····· 12

I. 의의 ····· 12

II. 공법적 규제의 필요성 ····· 13

1. 국민의 안전에 미치는 영향 ····· 13

2. 국가경제에 미치는 영향 ····· 14

III. 정리 ····· 15

제 4 절 소결 ····· 15

제 3 장 면허제와 기술규제 ····· 17
제 1 절 서설 ····· 17
I. 건설산업에 대한 규제의 필요성 ····· 17
1. 서론 ····· 17
2. 건설산업의 중요성 ····· 17
II. 건전한 건설산업을 위한 환경 조성 ····· 18
1. 도급질서 확립과 건전한 재무관리를 위한 지원 ····· 18
2. 도급계약 내용 규제를 통한 도급질서 확립 ····· 19
III. 규제 수단 개요 ····· 20
1. 서론 ····· 20
2. 면허법제 ····· 20
3. 기술규제 ····· 22
4. 감리제도 ····· 22
제 2 절 사전적 규제수단으로서의 면허법제 ····· 23
I. 건설산업에 대한 면허법제 개요 ····· 23
1. 면허법제의 의의 ····· 23
2. 적정한 시공을 위한 건설업 등록 ····· 24
II. 건설업등록의 법적 성질 ····· 26
1. 개관 ····· 26
2. 등록의 법적 성질 ····· 27
III. 건설업 등록의 요건 ····· 33
1. 개관 ····· 33
2. 시공 관련 제도 ····· 34
3. 건설기술자 제도 ····· 36
IV. 주택건설사업 등록의 법적 성격 ····· 37
1. 주택건설사업 등록의 연혁적 배경 ····· 37
2. 주택건설사업 등록과 시공기능 ····· 39
3. 다른 면허제도와의 관계 ····· 42
V. 주택건설사업 등록의 요건 및 효과 ····· 44
1. 등록기준 ····· 44
2. 등록의무자 ····· 44
3 주택건설사업 등록과 시공 ····· 46
VI. 소결 ····· 49

제 3 절 사후적인 규제수단 ····· 50
I. 서설 ····· 50
II. 감리제도 ····· 50
1. 감리제도 일반 ····· 50
2. 건설사업관리 제도 ····· 55
3. 주택법상 감리제도 ····· 56
III. 법위반에 대한 제재 ····· 57
제 4 절 그 밖의 사전적 개입수단 ····· 58
I. 개요 ····· 58
1. 규제와 개입 ····· 58
2. 의의 ····· 59
3. 목적 및 구성 ····· 60
II. 기술지원을 통한 간접적 개입 ····· 61
1. 서설 ····· 61
2. 건설기술의 연구·개발 지원 ····· 61
3. 건설기술자 육성 제도 ····· 62
III. 건설기술용역업 등록 제도 ····· 62
IV. 건설공사 관리 제도 ····· 63

제 4 장 건설업자에 대한 사업법제 ····· 64
제 1 절 서설 ····· 64
제 2 절 주택건설사업에 대한 공법적 규제 ····· 65
I. 서설 ····· 65
1. 주택법의 의의 ····· 65
2. 주택건설사업의 사업주체 일반 ····· 66
3. 주택건설사업에서의 시행과 시공 ····· 66
II. 주택법의 법적 성격 ····· 67
1. 법적 성격 일반 ····· 67
2. 주택법의 도시계획적 성격과 현행법의 문제점 ····· 68
III. 사업계획승인을 통한 주택건설사업의 규제 ····· 69
1. 서설 ····· 69
2. 사업계획승인의 법적 성격 ····· 70
3. 사업계획승인의 역할 ····· 73
4. 실효성 확보수단 ····· 75
5. 소결 ····· 77

IV. 공동사업시행의 허용 ····· 78
1. 의의 ····· 78
2. 공동사업주체와 시공기능 ····· 79
3. 공동사업주체에 따른 사업시행의 차이 ····· 80
V. 주택건설사업의 특수성에 따른 규제 ····· 81
1. 의의 ····· 81
2. 주택공급에 대한 규제 ····· 82
3. 자금조달에 대한 개입 ····· 85
제 3 절 도시정비사업에 대한 공법적 규제 ····· 86
I. 서설 ····· 86
II. 도시정비사업에서 건설업자의 지위 ····· 87
1. 의의 ····· 87
2. 시행과 시공 ····· 88
III. 건설업자의 공동시행 ····· 88
1. 공동시행의 의의 ····· 88
2. 공동시행자의 인허가 신청의무 인정 여부 ····· 89
3. 공동시행자의 선정시기 ····· 90
4. 공동시행과 도급계약 ····· 91
5. 소결 ····· 93
IV. 시공자로 선정된 건설업자 ····· 94
1. 시공자 선정을 위한 준비행위의 가능시기 ····· 94
2. 단순 시공자인 건설업자의 사전적 재정지원 가능 여부 ····· 95
3. 시공자로 선정된 건설업자의 시행행위 ····· 97
4. 조합이 없는 사업에서의 시공자 선정제한 ····· 99
V. 소결 ····· 100

제 5 장 결론 ····· 101

참 고 문 헌 ····· 104

Abstract ····· 107

제 1 장 서론

I. 연구의 배경

국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고(헌법 제10조 후문), 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다(헌법 제34조 제6항). 건설업자는 사적 이익을 추구하는 기업으로서 사경제 주체이지만, 국민이 거주하는 주택 등을 건설한다는 점에서 국민의 신체·생명·재산과 밀접한 관련을 가지고 있다. 위 헌법 규정을 염두에 두고 건축물이 국민의 기본권인 생명권, 재산권 등과 밀접한 관련이 있다는 점을 생각해보면, 국가는 국민을 보호하여야 하는 위 헌법상 의무를 실현하기 위해 건축물의 안정성을 확보하여 국민을 위험으로부터 보호하는 등을 내용으로 하는 건축물에 대한 공법적 규제를 하여야만 한다는 결론에 이르게 된다.

건축물을 만들어 내는 건축행위를 하는 주된 주체가 건설업자이다. 따라서 건설산업에 대한 국가의 공법적 규제는 건설업자를 중점적으로 이루어지게 된다. 건설업자를 규율하는 법률로는 「건설산업기본법」, 「건설기술 진흥법」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「주택법」, 「도시 및 주거환경정비법」, 「택지개발촉진법」, 「도시개발법」 등이 있다. 그런데, 각 법들에서 나타나는 건설업자에 대한 규제의 방법과 내용은 상이하다. 크게는 건설산업, 작게는 건설업자에 대한 공법적 규제를 체계적으로 이해하기 위해서는 흩어져 있는 여러 법들을 분류할 수 있는 어떠한 기준이 필요하다.

II. 연구의 목적 및 범위

건설산업은 국내총생산(GDP)의 20% 정도에 육박하며 국가산업의 토대가 되는 기간산업이며, 국가경제에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있다. 건설업에 등록한 업체는 2013년 기준으로 10,912개에 이를 정도로 건설산업의 규모는 상당히 크다.[1] 건설산업이 가지는 이러한 경제적 위상은 건설산업과 관련된 당사자들이 많다는 점으로 귀결된다. 위와 같은 점들에 착안한다면 건설산업을 경제학적으로 바라볼 수도 있고, 사회학적으로 바라볼 수도 있다. 이들의 중요성을 부인할 수는 없지만, 본 논문에서는 법학적 관점에 한정하여 건설산업을 살펴본다. 이때, 법학적 관점은 다시금 사인과 사인간의 자유로운 계약을 내용으로 하는 사법적인 관점과 사인과 국가와의 관계에 대한 공법적인 관점으로 나뉜다. 도급인과 수급인간의 도급계약, 수급인과 하수급인간의 하도급계약 등 건설산업에는 사법적인 요소가 존재함은 분명하다. 그렇지만, 본 논문에서는 국가와의 관계, 즉 공법적인 관점에 한정하도록 한다.

본 논문에서는 건설산업과 관련되어 있는 여러 법들을 건설업을 영위할 수 있는 자격을 규율하는 면허법제와 건설업자의 건설사업 행위를 규율하는 사업법제로 분류하고, 각 법률에서의 규정하고 있는 규제제도가 건설산업에 미치는 영향 등을 연구하는 것을 목적으로 한다. 면허법제에 해당하는 「건설산업기본법」, 「건설기술 진흥법」과 사업법제에 해당하는 「주택법」과 「도시 및 주거환경정비법」을 중점적으로 살펴보도록 한다.

1) 시도별 일반건설업 등록현황
(http://kosis.kr/statisticsList/statisticsList_01List.jsp?vwcd=MT_ZTITLE&parentId=H#SubCont)

제 2 장 건설업자의 기능 및 역할과 공법적 규제

제 1 절 건설업자의 기능 및 역할

I. 건설업자의 기능 구별의 필요성

건설업자에 대하여 공법적 규제를 하기 위해서는 건설업자가 하는 행위를 유형화할 필요가 있다. 법으로써 건설업자의 행위를 규제하는 것인데 건설업자가 성질이 다른 종류의 행위를 하고 있다면 그 규제 방법을 달리하여야 하기 때문이다. 건설업자가 담당하는 기능에 대하여 건설업자는 건물을 건축하는 행위, 즉 시공기능만을 한다고 오해하기 쉽다. 가시적으로 드러나는 행위가 시공 행위이기 때문이다. 그런데, 시공을 하기 이전에 사업 부지를 물색하고, 자금을 마련하는 등 사업을 위한 각종 행위도 건설업자의 주요한 기능이며, 이를 시행기능이라고 한다.[2] 즉, 건설업자의 기능은 크게 시공기능과 시행기능으로 구별된다. 두 기능 이외에도 건설업자가 담당하는 기능이 전혀 없는 것은 아니지만, 건설산업과 관련하여 건설업자가 담당하는 기능은 시공기능과 시행기능 둘 뿐이다. 아래에서 살펴보듯 시공은 시행을 제외한 모든 행위로 정의되기 때문이다.

한편, 물리적인 공사를 할 때의 시공과 그 외의 행위를 할 때의 시행에 대하여 요구되는 기준이 다를 수밖에 없다. 시공을 위해서는 기술적인 능력이 담보되어야 하지만, 시행을 위해서는 자금력 등 사업을 유지할 수 있는 능력이 담보되어야 한다. 두 가지 기능의 목적이 상이하

2) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 65면 참조

므로 그 기능에 대한 규제의 수단 및 내용 또한 달라져야 한다. 따라서 시행과 시공의 구별은 면허법과 사업법의 구별만큼 중요한 의미를 가진다.

II. 건설업자의 주요한 두 가지 기능

1. 의의

길을 다니다 보면 종합건설업자의 감독 아래 건설공사가 진행되는 시공현장을 쉽게 발견할 수 있다. 시공현장이 가시적으로 드러나기 때문에 건설업자가 시공 기능만을 담당하는 것으로 오해하기 쉽지만, 건설업자는 재건축·재개발 등 정비사업에서 시공 기능을 담당할 뿐만 아니라 이외에도 사업 전반에 절대적인 비중으로 사업에 참여한다. 정비사업에서 '조합'은 재정적 능력과 전문적 지식이 부족하여 사업을 독자적으로 이끌어 가기에는 어려움이 있어 건설업자의 도움이 절대적으로 필요하기 때문이다.[3] 건설업자의 이러한 적극적인 사업 참여는 정비사업에 한정되지 않는다. 건설현장이 없으면 건설업자가 할 수 있는 일은 극히 제한되기 때문에 건설업자는 스스로 건설현장을 만들어내곤 한다. 정비사업은 건설업자가 스스로 건설사업 현장을 만들어내는 것의 한 가지 예일 뿐이다.

건설업자에 적용되는 법령과 건설업자가 당사자가 되는 약정을 해석함에 있어 그 법적 지위에 따라 해석방법이 달라진다. 예컨대 건설업자의 법적지위를 '단순 수급인의 지위'라 본다면, 건설업자는 개발사업 자체에 대한 책임을 지지 않는다. 반면, 건설업자의 법적 지위를 '공동시행자의 지위'라 본다면, 건설업자는 개발사업에 모든 책임을 지게 된다. 건설업자의 법적 지위에 따라 법률관계가 크게 달라지는 만큼 건설업자

---

3) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교 법학』 제48권 제4호, 2007, 212면 참조

가 어떠한 공법적 규제를 받는지 파악하기 위해서는 각 상황마다 건설업자의 법적 지위를 규명하는 것이 필요적으로 선행되어야 한다. 건설업자의 법적 지위는 건설업자가 담당하는 '기능'과 관련이 깊다.

이와 같이 건설업자는 시행기능을 담당하는 사업의 시행자로서의 지위와 시공기능을 담당하는 공사수급인으로서의 지위가 혼재되어 다양한 법적 지위를 가지게 된다. 각 상황에서 건설업자의 법적 지위를 선명하게 분리해내기 위해서는 각 법적 지위의 핵심을 이루는 '시행'과 '시공'에 대한 명확한 개념정의가 필요한바 이를 살펴보도록 한다.

2. 시공과 시행의 정의

(1) 시공의 개념

시공자는 통상 건설공사를 직접 수행하는 자를 의미하며 건축주의 건축계획 또는 사업시행자의 사업계획을 물리적으로 완성하는 역할을 담당한다. 건축법은 공사시공자를 건설산업기본법에 따른 건설공사를 하는 자로 정의하는데(건축법 제2조 제1항 제16호), 이는 사업의 주체인 건축주에 대립하여 건설산업기본법에 의해 건설업등록을 한 자들이 건설공사를 하는 행위를 시공이라 보는 것이다.[4)]

시공을 문자 그대로 해석한다면 시공은 물리적 시설물을 설치하기 위한 '각종의 공사를 행하는 것'이라 할 것이다. 그런데 시공의 개념을 물리적 시설의 설치 공사에 한정하는 것은 건설산업의 현실에 부합하지 않는 해석이다. 이른바 대형건설업자인 종합건설업자가 직접 물리적인 공사를 수행하는 경우는 드물고, 전문건설업자에게 하도급을 주어 전문건설업자가 물리적인 공사를 수행하고, 종합건설업자는 전문건설업자를 관리·감독하는 역할만을 수행하는 경우가 대부분이기 때문이다. 오히

4) 정택용, 『건축법해설』, 한국법제연구원, 2006, 239면 재인용

려 종합건설업자가 행하는 시공관리 역시 '건축주의 건축계획 또는 사업시행자의 사업계획을 물리적으로 완성하는 것'에 포함된다고 보아야 한다. 작은 공사들이 적절한 순서에 따라 체계적으로 이루어져야만 하나의 건축물이 비로소 완성될 수 있는데 이러한 공사 순서의 배치, 관리는 시공관리를 통해 달성되기 때문이다. 즉, 시공은 물리적 시설의 설치 공사에 한한다고 볼 수 없고 '시행을 제외한 모든 기능'이라 보는 것이 건설산업의 현실에 부합하는 타당한 해석이라 할 것이다.[5]

(2) 시행의 개념

도시정비법은 시행과 관련하여 '사업시행자'를 정비사업을 시행하는 자로 정의하는데 그치고 있다(도시정비법 제2조 제8호). 관련 법령과 실무를 종합하여 보면, 사업시행은 사업의 기획, 토지소유권 확보 등 개발사업의 진행, 자금의 조달, 주택의 분양 등 개발사업의 전과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위라 정의할 수 있다.[6] 즉, 사업시행자는 개발사업에서 발생하는 책임을 모두 지면서 사업에서 발생하는 이익을 향유하는 주체이다. 이는 개별 건축물을 건축하였을 때의 '건축주'에 상응하는 개념이다.

3. 건설업자의 시공기능

건설현장에서 시공자, 또는 수급인의 역할을 하는 건설업자는 건설산업기본법에 의해 건설업 등록을 하고 타인의 건설공사를 수행하는 자를 말한다(건설산업기본법 제2조 제7호 참조).[7] 건설업의 종류는 종합공사를 시공하는 업종인 종합건설업과 전문공사를 시공하는 업종인 전문

---

5) 이와 달리 시공을 물리적 시설물을 설치하기 위한 각종의 공사를 행하는 것이라고 보는 견해로는 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 66~67면 참조
6) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 411면
7) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 418면

건설업으로 나뉜다(동법 제8조). 종합공사는 종합건설업자만이 도급받을 수 있고 전문공사는 전문건설업자만이 도급받을 수 있다(동법 제16조 제1항, 제2항). 여기서의 종합공사란 종합적인 계획, 관리 및 조정을 하면서 시설물을 시공하는 건설공사를 말하고(동법 제2조 제5호), 전문공사란 시설물의 일부 또는 전문 분야에 관한 건설공사를 말한다(동법 제2조 제6호).

건축주는 「건설산업기본법」 제41조의 규정에 위반하여 건축물의 공사를 하거나 하게 할 수는 없다(동법 제21조 제3항). 따라서 건설업자가 시공하여야 하는 건설공사를 건설업자가 아닌 건축주가 직접 시공할 수 없고, 건축주로서는 건설업자가 아닌 자로 하여금 시공하게 하여서도 안 되는 것이다.[8)]

한편, 도급계약은 "당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정하는" 계약을 말한다(민법 제664조). 민사적 관점에서 종합건설업자는 도급계약의 수급인으로서 공사를 완성해야 하는 지위에 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 종합건설업자가 물리적 시설의 설치 공사를 직접적으로 수행하는 경우는 드물다. 대부분의 경우 물리적 시설의 설치 공사는 종합건설업자로부터 하도급 받은 전문건설업자들에 의하여 이루어지고, 종합건설업자는 건축물의 적정하고 효율적인 완성이라는 큰 관점에서 전문건설업자들에 의한 작은 부분의 공사를 관리·조율하는 역할을 수행한다. 그렇지만 이러한 종합건설업자의 역할이 '일의 완성'에 필요적인 부분이라는 점은 앞서 살핀 바와 같다.

정리하자면, 종합건설업자는 종합공사를 도급받아 수급인의 지위에서 건축물의 완성을 위하여 건축공정별로 전문건설업자에게 하도급을 주고, 1) 그들에 의한 물리적 시설의 설치 공사가 적정히 이루어지게끔

8) 송현진·유동규, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009, 444면

관리하고, 2) 각 공사 간의 순서를 조율함으로써 효율적인 공사가 이루어지게 하는 시공기능을 수행한다. 한편 전문건설업자는 종합건설업자로부터 하도급 받은 바에 따라 물리적 시설을 직접 설치하는 좁은 의미의 시공기능을 수행한다.

4. 건설업자의 시행기능

민사적 관점에서의 건설공사는 도급계약에 의하여 이루어지는 것이 전부이다. 그런데, 건설공사가 단순히 발주자와의 도급계약에 의하여 이루어져서 건설업자가 단순 수급인에 불과하다면, 공사 현장에서 건설업자는 사업 전체에 대한 책임을 지지 않는다. 단순 수급인은 건설공사 그 자체에 대하여만 책임을 지는 것이기 때문이다.

그러나 현실은 건설업자가 그렇게 소극적이지만은 않다. 상당한 경제력과 기술력을 보유하고 있는 건설업자는 이익 극대화를 위하여 사업성이 있어 보이는 토지를 구입하여 스스로 발주자가 되어 공사를 진행하기도 한다. 이러한 공사만을 전문적으로 수행하는 회사는 실무에서 '개발사'로 불린다. 뿐만 아니라 건설업자는 각종 정비사업에서 조합을 도와 공동시행자로서 사업에 참여하기도 한다. 조합은 재정적 능력과 전문적 지식이 부족하기 때문에 대부분의 정비사업에서 건설업자는 공동시행자로서의 역할을 수행하고 있다.[9] 즉, 건설업자는 각종 사업 현장에서 사업의 전 과정에 관여하며 책임을 지는 시행기능을 수행하고 있다.

제 2 절 공법적 규제 일반

I. 용어의 정리

9) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교 법학』 제48권 제4호, 2007, 212면 참조

건설사는 건설을 업으로 하는 회사를 말한다. 그런데 건설사라는 용어는 실무상 건설회사(construction company)를 부르는 용어이고 법적 용어는 아니다. 「건설산업기본법」 제2조 제7호에서는 건설업을 하는 자를 '건설업자'라고 정의하고 있다. 즉, 실무에서 말하는 '건설사'는 법의 영역에서는 '건설업자'로 표현되고 있는 것이다. 따라서 본 논문에서는 건설을 업으로 하는 회사를 건설업자로 표현하기로 한다.

II. 면허법제와 사업법제

1. 의의

법이 특정 산업을 규율하여야 할 필요성이 제기될 때 그 산업을 어떠한 방법으로 규율할지 먼저 정해야 한다.[10] 산업을 규율하는 방법으로 여러 가지가 있겠으나, 면허법제와 사업법제로 나누어 이원적으로 규율하는 방법이 바람직하다.[11] 즉, 면허법제를 통하여 해당 산업에 일정한 진입장벽을 설정하여 수준 미달의 사업자를 배제함으로써 그 산업 종사자의 수준을 일정 정도 확보하고, 면허취득자들이 사업을 수행할 때에 그 기준과 내용을 사업법으로써 규율하는 것이다. 한편, 면허법제를 두지 아니하고 사업법제만 둔다면, 수준 미달의 사업 수행이 넘쳐나게 되어 그 많은 사업 중에서 사업법제의 통제를 빗겨간 일부가 현실화될 위험성이 있고, 면허법제만 둔다면 일단 면허만 취득하고 나서는 무분별하게 사업을 수행할 위험성이 있다. 그렇기 때문에 면허법제와 사업법제로, 이원적으로 산업을 규율하여야 하는 것이다.

이러한 두 가지 규제 방법이 하나의 법에 규정되어 있으면 별다

---

10) 경제규제의 방식을 여러 차원에서 검토하는 점에 대하여는 이원우, 「경제규제와 공익」, 『서울대학교 법학』 제47권 제3호, 2006, 101면 참조

11) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』제26호, 한국행정법연구소, 2010, 60면 참조

른 문제가 없다. 그러나 서로 다른 법률에서 규정되고 있다면 사업법은 어떠한 규율대상이 면허법에서 규제되기를 기대하고, 면허법은 그것이 사업법에서 규제되기를 기대하는 등의 이유로 규율의 공백이 생길 수 있다. 규율의 공백을 막기 위해서는 하나의 법률에 사업법과 면허법의 내용을 모두 규정되는 것이 바람직하다. 규제의 내용이 누락될 위험성이 줄어들기 때문이다. 그러나 해당 산업에서 이루어지는 사업의 종류가 한두 개가 아니라 다양하다면 하나의 법률에 수많은 사업을 모두 규율하는 것은 입법적으로 비효율적이기 때문에 각 사업마다 법을 따로 두는 편이 보다 효율적이다.

그렇다면 어떠한 것이 사업법으로 규율되어야 하고, 어떠한 것이 면허법으로 규율되어야 하는지 명확히 이해하여야 규율의 공백을 막을 수 있을 것이다. 각 내용을 이해하여야만 해당 법제에서 규율되어야 하는 내용을 다른 법제에서 규율될 내용으로 오해할 일이 없어질 것이기 때문이다. 이를 이해하기 위해서는 사업법과 면허법이 무엇인지 그 개념을 정확히 알아야하므로 이를 살펴보도록 한다.

2. 면허법제와 사업법제 일반

사업법제와 면허법제로 이원화되어 규율하고 있는 영역 중에 생활에 가까이 닿아있는 한 가지 예시로는 「도로교통법」이 있다. 「도로교통법」을 통해 사업법제와 면허법제를 설명하자면 우선, 사인이 운전을 하기 위해서는 우선 운전면허를 취득하여야 한다. 법은 운전면허를 취득하기 위해서는 필기시험, 실기시험 등을 거쳐 일정 정도의 기준을 충족할 것을 요구하고 있다. 그리고, 취득한 운전면허로 할 수 있는 행위의 범위가 법으로 정해져 있다. 예컨대 제1종 대형면허를 취득하였다면 버스를 운전할 수 있으나, 제2종 보통면허라면 버스는 운전할 수 없는 것 등이 정해져 있는 것이다(도로교통법 제80조 참조). 나아가 법은 취득한 운전면허를 가지고 운전을 하는 상황에서 필요한 사항들을 정하고

있다. 예컨대 난폭운전을 하여서는 아니 된다거나(동법 제46조의3), 사고 발생 시 구호조치 등을 해야 한다고 정하고 있는 것(동법 제54조) 등이 그것이다. 그렇다면 법은 운전행위와 관련하여 '운전면허와 관련된 것을 규율하는 부분'과 '운전면허 취득을 전제로 운전과 관련된 것을 규율하는 부분'으로 나누어진다고 볼 수 있다. 전자를 면허법제라 하고, 후자를 사업법제라 한다.[12)]

면허법제는 해당 사업에서 할 수 있는 행위의 범위를 면허로서 일반적·추상적으로 정하고, 그 면허를 취득하기 위한 기준을 정하는 법제이고, 사업법제는 면허 취득을 전제로 하여 취득한 면허에 의하여 정하여진 행위를 각 사업의 특성에 맞추어 개별적·구체적으로 행위의 정형과 방식을 규율하는 법제를 말한다 할 것이다. 통상의 경우는 위 「도로교통법」의 예시와 같이 하나의 법에 면허법제와 사업법제를 한꺼번에 규율하고 있다. 면허로 어떤 행위를 할 수 있는지 정하였다면, 그 행위에 대한 통제를 규율하는 것이 자연스럽기 때문이다. 그런데 현재 건설업자에 대한 공법적 규제의 체계는 「건설산업기본법」, 「건설기술 진흥법」 등의 면허법제와 「주택법」, 「도시 및 주거환경정비법」 등의 사업법제가 이원화되어 있다.

사업법과 면허법이 이원화되어 있는 것은 규율의 공백이 생길 가능성을 초래한다. 도시정비사업, 주택사업 등 개발사업에서 건설업자는 건설업면허를 보유한 것을 전제로 시공자의 지위를 누린다. 그렇지만, 개발사업법은 건설업자가 건설공사 자체를 어느 범위에서 직접 시공해야 하는지에 대해서는 규율하고 있지 않다. 이에 대한 규율은 「건설산업기본법」 등에 의하여 정해질 문제로 인식되기 때문이다. 다른 한편, 「건설산업기본법」은 개발사업의 현장에서 건설업자가 건설공사 이외에 어떠한 행위를 할 수 있는지에 대하여는 무관심하다. 위 법은 건설업자가

12) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 60면 참조

어떠한 기술적 기준을 갖추어서 건설업면허를 받을 수 있는가에 주목하기 때문이다. 이처럼 면허법제와 사업법제가 이원화되고 상호 조율되지 못하면 건설업자를 규율하는 공백이 존재하게 된다. 그 허점을 이용해 탈법적인 업무범위들이 생겨나게 되고 양쪽 법영역에서 예상하지 못한 문제점들이 발생할 수 있기 때문에 사업법제에서 정할 내용과 면허법제에서 정할 내용의 명확한 구분을 통해 규율의 공백을 메우는 작업이 필요한 것이다.[13)]

III. 소결

특정 산업을 규율하는 법은 자격에 관한 규율인지, 취득한 자격을 가지고 영리활동을 하는 것에 대한 규율인지에 따라 면허법제과 사업법제로 나뉜다. 정리하자면, 면허법제는 해당 사업에서 할 수 있는 행위의 범위를 면허로서 일반적·추상적으로 정하고, 그 면허를 취득하기 위한 기준을 정하는 법제를 말한다. 그리고, 사업법제는 취득한 면허에 의하여 정하여진 행위를 각 사업의 특성에 맞추어 개별적·구체적으로 행위의 정형과 방식을 규율하는 법제를 말한다. 면허법제와 사업법제가 하나의 법률에 규정되어 있지 않아 규율의 공백이 발생할 수 있다. 이를 방지하기 위해서는 각 제도의 이해가 필요하다. 이하에서는 건설업자에 관한 공법적 규제를 사업법제와 면허법제로 양분하여 살펴보도록 한다.

제 3 절 건설업자 역할의 한계

I. 의의

우리나라 헌법은 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상

13) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 60면

의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하고 있다(헌법 제119조 제1항). 또한, 헌법은 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다고 하여(헌법 제15조) 직업수행의 자유를 인정하고 있고, 해석상 법인도 직업수행의 자유의 주체가 될 수 있다고 본다.[14] 이에 따르면 건설업자 역시 법인으로서 직업수행의 자유의 주체이기 때문에 자유롭게 영업을 하며 이윤을 추구할 수 있어야 한다.

그렇지만, 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는 것이다(헌법 제37조 제2항). 그렇기 때문에건설업자의 역할에도 공공복리를 위하여 일정한 한계가 설정되게 된다. 건설업자는 국민의 안전과 직접적으로 관련되거나 밀접하게 관련되어 있는 건축물을 건축한다는 점에서 공공복리와 불가분의 관계에 있기 때문이다. 이하에서는 한계 설정의 근거가 되는 규제의 필요성을 자세히 살펴보도록 한다.

II. 공법적 규제의 필요성

1. 국민의 안전에 미치는 영향

건설산업은 인간이 인간으로서 생활하기 위하여 필요한 공간을 건축한다는 점에서 인간 생활과 밀접한 관련을 가지고 있다. 역사적으로 보았을 때 인간의 생활은 건축물 없이는 불가능하다. 외부 환경의 위험으로부터 벗어나기 위하여 인간은 원시적인 형태의 건축물에서부터 현재의 초고층 빌딩에 이르기까지 계속하여 건축물 내부에서 수많은 시간을 보내왔다. 그렇기 때문에 건축물의 구조적 안전성은 국민의 안전과 직결된다. 뿐만 아니라, 건축물이 붕괴된다면 국토의 대부분을 건축물이 덮고 있는 현실에 비추어 보았을 때 건축물 내부에 있는 국민은 물론 외부에 있는 국민의 안전도 보장할 수 없는 것이다.

---

14) 헌법재판소 2008. 7. 31.자 2007헌바90 결정

또한, 인간은 외부의 환경적 요인에 극히 취약하기 때문에 적정한 온도·습기 등을 유지하는 것이 인간의 안전에 필수적이다. 이는 건축물 내부의 환경적 요소를 통제함으로써 달성하게 된다. 이처럼 건설산업이 대상으로 하는 건축물은 구조적 요인이나 환경적 요인에서 모두 국민의 안전과 직접적이고 밀접하게 관련되어 있기 때문에 적정한 설계 및 시공으로 국민의 안전을 보장할 수 있는 건축물을 시공·관리하게끔 규제하는 것이 필요하다.

2. 국가경제에 미치는 영향

건설산업은 작게는 개인의 가계생활에서부터 크게는 국가건설에 이르기까지 인간생활과는 가장 밀접한 관계를 지닌 기초산업인 동시에 공공복지와 사회건설에 지대한 영향력을 가지고 있는 산업이다[15]. 건설산업은 국내총생산(GDP)의 20% 정도에 육박하며 국가산업의 토대가 되는 기간산업이며, 건설업에 등록한 업체는 2013년 기준으로 10,912개에 이를 정도로 건설산업의 규모는 상당히 크다.[16] 건설산업의 규모 자체에서부터 국가경제에 미치는 영향이 중대함을 알 수 있다.

그런데, 건설산업은 규모가 커서 관련되어 있는 사람들이 많다는 는 사실 뿐만 아니라, 산업이 노동집약적인 특성을 가지고 있어 자금이 위에서부터 아래로 고르게 흐르는 특징이 있다. 즉, 건설업자는 건설사업을 위하여 일용직 노동자 등을 상당수 고용할 수밖에 없고, 이들에게 각 임금을 지급함으로써 자금이 흐르게 되는 것이다. 게다가 이들은 소비를 주로 하는 계층이기 때문에 국가경제에 자금이 흐르게 하는 긍정적인 역할을 하는 것이다. 그렇기 때문에 건설산업에서의 이익이 대형 건설업자

15) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 59면
16) 시도별 일반건설업 등록현황
(http://kosis.kr/statisticsList/statisticsList_01List.jsp?vwcd=MT_ZTITLE&parentId=H#SubCont)

등이 독식하는 것을 막고, 자금이 아래로 흐르게끔 규제할 필요성이 상당한 것이다.

III. 정리

건설산업의 대상인 건축물은 인간이 생활하는 공간이라는 점에서 건축물의 안전성을 확보할 필요가 있고, 건설산업 그 자체가 국가경제에서 하나의 큰 축을 차지한다는 점에서 건설산업의 공정 및 발전을 담보할 필요가 있다. 위 요구를 충족시키는데 있어 건설산업 구성원의 자발적 의사에 의존하기에는 산업의 중요성이 현저하여 공법적으로 건설산업을 규율할 것이 강하게 요청된다. 국가는 국민의 안전을 보장하고 사회 경제의 발전을 도모해야 하는 의무를 지기 때문이다.

제 4 절 소결

건설산업에 대한 공법적 규제는 건설업자를 규제하는 것을 주된 내용으로 한다. 그렇기 때문에 건설업자의 규제에 대하여 살펴보아야 하는 것이다. 그런데, 건설업자가 담당하는 기능이 일원화되어 있지 아니하고, 시행기능과 시공기능으로 이원화되어 있다. 그렇기 때문에 각 기능에 따라 건설업자에 대한 규제의 방법 및 그 내용을 달리하여야 한다. 서로 다른 기능에 대하여 동일한 기준으로 규제를 할 수는 없기 때문이다. 따라서 건설업자가 담당하는 두 가지 기능인 시공기능과 시행기능을 구별하는 것은 중요한 의미를 가진다. 시공은 '시행을 제외한 모든 기능'이며, 시행은 개발사업의 전과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위라 정의할 수 있다.[17]

---

17) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 411면

한편, 건설업자의 기능은 국민의 안전과 불가분의 관계에 있고, 그 산업의 규모가 클 뿐만 아니라 자금이 아래로 고르게 흐른다는 산업의 특성상 국가경제에도 밀접한 관련이 있다. 따라서 헌법 제119조에서 경제의 자유를 보호한다고 규정하고 있지만, 건설업자에게 무한한 자유를 부여할 수는 없는 것이고(헌법 제37조 제2항 참조), 일정한 한계를 설정하여 산업을 규제하게 된다. 그 규제의 방법으로 면허법제와 사업법제가 있는 것인데, 면허법제는 건설산업에 대한 진입장벽으로서의 역할을 하여 진입규제를 하는 것이고, 사업법제는 건설업자의 사업행위에 대하여 규제를 가하는 것이다. 결국 이들은 건설업자의 직업수행의 자유를 제한하는 것이기 때문에 법률의 형식으로 규제를 가하는 것이고 공공복리 등의 정당화 요소를 갖춘 한도 내에서 작동하는 것이다.

제 3 장 면허제와 기술규제

제 1 절 서설

I. 건설산업에 대한 규제의 필요성

1. 서론

건설업자는 직업수행의 자유의 주체이며, 이는 헌법상 보장되는 기본권이기 때문에 이를 제한하기 위해서는 법률의 형식으로 공공복리 등의 요건을 갖추었을 때 비로소 그 제한이 정당화된다. 건설산업에의 진입을 무제한적으로 허용하면 무자격자에 의한 사업의 시공과 시행이 이루어져 사고의 위험성이 높아지기 때문에 진입규제를 할 필요가 있다. 그 필요성은 또한, 건설산업의 건전한 발전이라는 공공복리로 구체화되기도 하는바, 우선 건설산업의 건전한 발전을 살펴보고 이와 관련된 규제를 간략히 살펴본 이후, 건설산업에 대한 진입규제로서의 규제수단을 살펴보도록 한다.

2. 건설산업의 중요성

건설산업은 국내총생산(GDP)의 20% 정도에 육박하며 국가산업의 토대가 되는 기간산업이다. 건설업에 등록한 업체는 2013년 기준으로 10,912개에 이를 정도로 건설산업의 규모는 상당히 크다.[18] 이처럼 건설산업은 국가경제의 커다란 하나의 축으로서의 역할을 한다. 뿐만 아니라

---

18) 시도별 일반건설업 등록현황 (http://kosis.kr/statisticsList/statisticsList_01List.jsp?vwcd=MT_ZTITLE&parentId=H#SubCont)

건설산업은 다른 산업보다도 노동력을 직접적으로 더 많이 필요로 한다는 고유한 특수성을 가진다.

즉, 건설산업에는 다른 산업에 비하여 경제적 약자라 할 수 있는 일용직 노동자 등이 많이 참여하게 되어, 건설산업이 발전하면 할수록 경제적으로 약자인 계층에 돈이 고르게 흐르게 되는 순기능을 가진다. 따라서 건설산업이 국가 경제의 큰 축을 차지한다는 점과 돈이 고르게 흐르게 된다는 건설산업의 고유한 특징 때문에 건설산업의 건전한 발전은 국가적 차원에서 달성해야 하는 핵심과제 중 하나인 것이다.

건설산업은 경제적 약자에게 자본이 흐를 수 있는 고유한 특성을 가지므로 이를 훼손시키지 않는 것이 중요하다. 즉, 대형건설업자나 발주자가 하도급을 줌에 있어 상대적으로 약자인 중소건설업체에게 그 지위를 이용하여 불리한 계약을 체결함으로써 자본을 등에 업은 대형건설업자나 발주자가 건설공사를 통한 이익을 독식하는 결과를 막아야 하는 것이다. 이러한 요청에 건설산업기본법은 도급계약 및 하도급계약의 공정을 정하고, 경영합리화와 중소건설업자 지원을 정하고 있다.

II. 건전한 건설산업을 위한 환경 조성

1. 도급질서 확립과 건전한 재무관리를 위한 지원

건설업자는 도급질서를 확립하고 건설공사가 적절히 시공되도록 하고 건전한 재무관리가 이루어지게 하는 등 경영합리화와 건설기술의 개발을 위하여 노력할 의무가 있다(건설산업기본법 제45조). 즉, 건설업자가 노력해야 되는 부분은 크게 경영합리화에 대한 부분과 건설기술의 개발로 나뉜다고 할 수 있다. 도급만을 목적으로 하는 업자의 난립과 부실시공을 막기 위하여 경영합리화를 위해 노력할 것을 의무로 규정하고 있는 것이다.[19] 건설기술의 개발에 대하여는 특히 건설기술 진흥법에서

건설기술의 연구·개발·기술 등 구체적인 내용을 규정하여 제도적으로 뒷받침하고 있다(건설기술 진흥법 제2장 참조).

건설시장이 개방되고 건설업 등록이 자유로워짐에 따라 중소건설업체가 대폭적으로 증가되었고, 이로 인하여 중소건설업체간의 공사수주경쟁이 치열해졌다. 그 결과로 부도를 맞은 업체수가 늘어남에 따라 정부에서는 이들에 대한 지원대책을 마련할 필요성이 생기게 되었다.[20] 국토교통부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 중소건설업자에 대한 지원시책을 수립·시행할 수 있게 되었고(건설산업기본법 제46조 제1항), 국토교통부장관이 건설공사를 발주하는 국가기관 등에 중소건설업자의 참여기회를 확대할 것을 요청하는 등의 중소건설업자 지원을 가능하게 하였다(동법 제47조).

2. 도급계약 내용 규제를 통한 도급질서 확립

건설산업기본법은 건설공사에 관한 도급계약의 원칙을 천명하고 있다. 건설공사에 관한 도급계약의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고 신의를 지켜 성실하게 계약을 이행하여야 한다는 것이 그것이다(건설산업기본법 제22조 제1항). 이는 신의성실의 원칙이 건설산업기본법에 적용된 결과이다. 뿐만 아니라 건설산업기본법은 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우에 그 부분에 해당하는 계약의 내용을 무효로 한다고 정하고 있다(동법 동조 제5항). 나아가 수급인은 하수급인에게 하도급공사의 시공과 관련하여 하수급인에게 불리한 행위를 강요하여서는 아니된다고 규정하고 있다(동법 제38조 제1항). 수급인에게 불공정행위의 금지 의무를 부과하고 있는 것인데 발주자에게도 수급인과 하수급인 사이의 불공정행위가 있다면 수급인에게 내용변경을 요구하고, 해당 건설업자의 등록관청에 그 사실을 통

19) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 385면
20) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 386면

보하여야 할 의무를 부과하고 있다(동법 동조 제3항).

따라서 건설업자는 발주자와의 관계에서 위 규정을 주장하여 발주자가 건설업자에게 불리한 내용의 계약을 체결하려는 것을 막을 수 있다. 한편, 대형건설업자가 하도급을 주는 경우에서 대형건설업자는 하수급인에게 불리하게 계약을 체결할 수 없다. 즉, 건설업자는 발주자와의 관계에서는 위 규정들을 통하여 보호받을 수 있으나 하수급인과의 관계에서는 위 규정에 의하여 계약 내용을 자유롭게 할 수 없고 하수급인의 이익을 배려해야만 하는 지위에 있다.

III. 규제 수단 개요

1. 서론

행정행위는 명령적 행정행위와 형성적 행정행위로 분류할 수 있는데, 명령적 행정행위는 공공의 필요에 의하여 개인의 자유를 제한하거나 제한을 해제시켜주는 행위이며, 형성적 행정행위는 개인의 권리나 능력을 설정·변경·소멸시키는 행위이다.[21] 산업이 대상으로 하는 행위의 위험성이 없거나 현저히 작다면 그 행위를 자유롭게 할 수 있게 하고, 특별한 경우에 한하여 이를 금지한다. 그런데, 만일 그 행위의 위험성이 상당한 경우 법령 등에 의하여 당해 행위를 일반적으로 금지하고 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 허용하게 한다.[22] 즉, 대상행위의 위험성 등을 고려하여 법제는 당해 행위의 자유도를 결정하게 되며, 완전 자유의 영역에서 절대적 금지의 영역까지 존재하게 된다.

2. 면허법제

21) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016, 199면
22) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016, 200면 참조

건설산업은 국민의 신체·생명·재산과 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라 국가 경제에도 지대한 영향을 미치고 있다. 그렇기 때문에 건설산업을 법적으로 규율할 필요성은 대단히 높으며, 그 규율수단으로써 건설산업의 핵심 주체인 건설업자에게 일정한 자격을 갖출 것을 요구하는 것이 건설산업과 관련된 면허법제이다. 예를 들어 법조 직역 종사자의 적정한 수준을 보장하기 위하여 일정한 평가를 거쳐 취득할 수 있는 변호사 자격을 가져야만 변호사로서 활동할 수 있도록 규율하는 것처럼 건설업자가 건설업을 수행하기 위해서는 건설업자에게 일정한 자격을 갖출 것을 요구하는 것이다.

건설업자 자체에 일정한 규율을 가하는 법제, 즉 면허법제로는 「건설산업기본법」, 「건설기술 진흥법」 등이 있다.[23] 「건설산업기본법」은 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전의 도모를 목적으로 하여 건설업을 하기 위해서는 건설업 등록을 해야 한다는 것을 법의 골자로 한다. 「건설기술 진흥법」은 건설산업기본법의 핵심 목표 중 '적정한 시공'을 주요 목표로 하여 달성 수단을 자세히 규정하고 있다.

건설산업을 규제함에 있어 건설업자의 시공기능이나 시행기능 등에 대하여 어느 정도의 자유도를 설정할 것인지는 입법정책의 영역에 속한다. 아무런 규제 없이 자유롭게 건설산업에 종사할 수 있게 하는 방법부터 건설산업에 종사할 수 있는지 여부에 행정청의 재량이 개입되게 하는 강학상 특허로 운용하는 방법까지 다양하다. 우리 법은 그 중 일정한 요건을 갖추어 건설업 등록을 한 자에 한하여 건설산업에 종사할 수 있도록 하고 있다. 즉, '건설업등록'이라는 행정행위를 매개하여 건설산업을 규제하고 있는 것이다. 「주택법」에서는 건설업등록보다 완화된 요건으로 주택건설사업에 진입할 수 있게 하는 '주택건설사업 등록'이 면허제로 작동하고 있다.

---

23) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 60면 참조

3. 기술규제

건설업자가 시공기능을 수행할 때 행정주체가 건설업자에 대하여 공법적 규제를 가하려는 이유는 적정한 시공을 보장하여 국민의 안전을 보호하기 위함이다. 이를 위해서는 건설업자가 법규 등을 위반하여 시공을 해태하는 것을 막을 필요도 있지만, 충분한 기술력을 보유하고 있지 않다면 이를 지원하는 것도 필요하다. 후자를 위해서 「건설기술진흥법」은 건설기술의 연구·개발을 지원하고 건설기술자를 육성하며 건설공사 관리 제도 등을 두어 기술지원을 통해 건설업자에 간접적으로 개입하고 있다. 기술에 대한 행정주체의 공법적 관여라는 의미에서 기술규제라고 하지만, 세부적인 내용에 있어서 규제는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것이므로(행정규제기본법 제2조 제1항 제1호), 하위개념에서는 규제라는 용어 대신에 개입이라는 용어를 사용하도록 한다.

4. 감리제도

행정주체나 발주청으로서는 허가 내지 발주한 대로 시공이 이루어지고 있는지 확인할 필요가 있다. 당초의 계획에 따라 적정한 시공이 이루어지고 있지 않다면 사전적으로 규제한 각종 수단들이 무용지물이 되기 때문이다. 위 필요를 충족시키기 위해서 도입된 것이 감리제도이다. 감리제도는 공사감리자를 지정하고, 공사감리자로 하여금 시공자와 건축주를 지도하고, 시공계획 및 공사관리의 적정여부를 확인하는 등 공사의 시공이 법에 적합하게 유지되도록 하는 감독기능을 수행한다.[24]
감리제도는 건축물의 안전과 질적 향상을 도모하고, 나아가 위법건축물이 건축되는 것을 방지하는데 그 취지가 있는 것이다.[25]

---

24) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 144면
25) 송현진·유동규, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009, 448면

감리제도는 여러 법률에서 다양하게 규정되고 있다. 공사감리자에 대하여 규정하고 있는 현행 법령에는 「건축법」, 「주택법」, 「건설기술 진흥법」, 「정보통신공사업법」, 「소방시설공사업법」, 「전력기술관리법」 등이 있다.[26] 특히, 「건설기술 진흥법」에서는 건설사업관리 제도라는 이름으로 감리제도를 규정하고 있고, 「주택법」에서도 따로 감리제도가 별도로 규정되어 있다. 각 감리제도에 대하여는 제3절에서 자세히 설명하도록 한다.

제 2 절 사전적 규제수단으로서의 면허법제

I. 건설산업에 대한 면허법제 개요

1. 면허법제의 의의

1) 목적

「건설산업기본법」은 건설공사의 '적정한 시공'과 '건설산업의 건전한 발전의 도모'를 목적으로 한다(건설산업기본법 제1조). 법은 건설공사의 적정한 시공을 위하여 건설공사의 조사, 설계, 시공, 감리, 유지관리, 기술관리 등에 관한 기본적인 사항을 정하고, 건설산업의 건전한 발전의 도모를 위하여 건설업의 등록 및 건설공사의 도급 등에 필요한 사항을 정하고 있다. 이 법은 건설산업이 세계적으로 각 건설 분야에서 경쟁력을 갖출 수 있도록 발전시켜 국가의 경제를 발전시키고 적정한 시공을 통하여 국민의 안전을 담보하는 것을 기본이념으로 한다(동법 제3조).

2) 구성

26) 송현진·유동규, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009, 449면

건설산업기본법은 제1장 총칙, 제2장 건설업등록, 제3장 도급계약 및 하도급계약, 제4장 시공 및 기술관리, 제5장 경영합리화와 중소건설업자 지원, 제6장 건설업자의 단체, 제7장 건설 관련 공제조합 및 건설보증, 제8장 건설분쟁 조정위원회, 제9장 시정명령 등, 제10장 보칙, 제11장 벌칙으로서 총 11장의 장으로 구성되어 있다.

건설산업기본법의 목적과 구성을 종합하여 보면 건설산업기본법은 크게 ① 적정한 시공을 위하여 규정되어 있는 제도로서 건설업등록제도와 그 요건과 관련 있는 시공 관련 제도, 건설기술자 제도 등과 ② 건설산업의 건전한 발전 기능을 위하여 규정되어 있는 제도로서 계약의 공정 체결, 경영합리화와 중소건설업자 지원 제도 등으로 나누어진다. 이하에서는 각 제도에 대한 이론적인 문제들을 살펴보도록 한다.

2. 적정한 시공을 위한 건설업 등록

1) 적정한 시공과 안전

인간은 일을 하거나 수면을 하는 등 대부분의 시간을 건축물 안에서 보낸다. 심지어 야외에서 활동할 때에도 건축물은 인간의 옆에 우두커니 서있다. 이는 건축물의 구조적·환경적 위험은 인간의 생명·신체의 안전과 직결된다는 것을 의미한다. 건축물이 붕괴된다면 내부에 생활하던 사람뿐만 아니라 그 옆을 지나가던 사람도 현저한 위험에 처하게 되며, 건축물이 유해한 물질을 내뿜거나 온도·습도를 적정히 유지하는데 실패한다면 인간의 생명·신체의 건강은 심각한 위협을 받게 된다.

따라서 건축물의 구조적 안전을 의미하는 건축물의 안정성(stability)과 건축물이 적정한 환경을 유지하도록 하는 기능은 필요하다. 그리고 이는 설계를 올바르게 했다는 전제가 있다면 적정한 시공으로써

달성된다. 그렇기 때문에 건설관련 법제는 적정한 시공을 하나의 주요한 목적으로 설정하고 있는 것이다.

2) 적정한 시공에 관련된 여러 주체

건축물의 위험은 건축물의 각종 단계, 즉 시공 단계, 유지·관리 단계, 철거 단계에서 모두 발생한다. 그러므로 각 단계에서 인간의 안전을 보장할 수 있는 체계적인 제도가 필요하다. 이러한 필요성에 대응하여 우리 법은 건축물의 건축에 책임을 지는 주체를 여럿 설정하여 각 주체에게 그에 맞는 의무를 부과하는데, 건축행위를 허가하는 행정주체와 시공을 담당하는 건설업자, 그리고 구조 설계를 포함하여 각종 설계를 수행하는 설계사들이 그 주체이다.

우선 행정주체는 건축법 등 건설관련 법령을 통하여 건축물의 안전에 관여한다. 건축법은 건축허가, 사용승인 등 각종 처분권한을 행정주체에게 부여함으로써 행정주체는 건축물의 건축에 직·간접적으로 관여하게 된다. 건축법은 건축물의 위험 방지를 목적으로 하는 법률로서 건축물의 안전과 관련된 각종 위험방지요건을 정하고 있다. 행정주체는 설계도 등을 심사하여 위험방지요건, 위생요건 등 건축법상 요건을 충족하게 되면 건축을 해도 좋다는 의미의 건축허가를 내어준다(건축법 제11조). 그리고 건축허가대로 시공이 되었는지를 확인하는 의미에서 사용승인을 한다(건축법 제22조).

행정주체가 설계도를 검토하여 안전한지를 판단하고 설계한대로 적정히 시공되었는지를 확인하는 것도 중요하지만, 건축행위의 전문성이나 그 규모를 고려한다면 행정주체가 혼자 힘으로 모든 건축물이 적정히 시공되었는지를 검토하여 건축물로부터의 위험을 방지해줄 것이라 기대하는 것은 비합리적이다. 그렇기 때문에 행정주체가 각 법에서의 요건을 검토하는 것과 별개로 설계사로 하여금 건축물의 안정성이 확보될 수 있

도록 설계하도록 하고, 건설업자로 하여금 설계도대로 적정하게 시공하도록 규율할 필요가 있는 것이다.

「건설산업기본법」은 건축물의 단계 중 시공 단계에서 시공사로서의 건설업자를 규율함으로써 적정한 시공이 이루어지도록 하는 역할을 수행하고 있다. 규율의 수단으로는 건설업등록 제도, 시공 관련 제도, 건설기술자 제도 등이 있다. 이하에서 살펴보도록 한다.

II. 건설업등록의 법적 성질

1. 개관

건설업 등록제도는 건설업을 하려는 자에게 '건설업 등록'을 요구하여 등록기준에 맞지 않는 건설업자의 건설업 참여를 제한하는 제도이다(건설산업기본법 제9조 제1항). 등록기준으로서 기술능력, 자본금, 시설 및 장비, 그 밖에 필요한 사항을 규정하고 있는데(동법 제10조) 기술능력이나 시설 및 장비가 건설업 등록에 요구된다는 점에서 건설업 등록제도는 적정한 시공 기능과 관련이 깊다는 것을 알 수 있다. 공사현장에서 시공을 함에 있어 기술력, 시설 및 장비가 필요하기 때문이다.

건설산업기본법이 원래부터 건설업 등록제도를 규정하던 것은 아니고 과거에는 건설업에 대하여 면허제도를 규정하고 있었다. 1999. 4. 15. 법개정으로 면허제도가 등록제도로 바뀐 것인데, 불합리한 규제제도를 폐지 또는 완화하여 건설업계의 자율성을 바탕으로 한 경쟁력 향상을 도모하기 위한 것이라고 개정 이유를 밝히고 있다.[27] 이는 1997년 말부터 몰아닥친 IMF외환위기로 인한 전 산업분야의 규제개혁 영향에 의한 것이다.

---

27) 「건설산업기본법」 [시행 1999.4.15.] [법률 제5965호, 1999.4.15., 일부개정] 개정이유

건설산업기본법상 건설산업은 직접 공사를 시공하는 '건설업'과 건설공사에 관한 용역을 제공하는 '건설용역업'으로 나뉜다(건설산업기본법 제2조 제1호). 건설용역업은 건설공사에 관한 조사, 설계, 감리, 사업관리, 유지관리 등 건설공사와 관련된 용역을 하는 업이며, 건설업은 건설공사를 하는 업을 말한다(건설산업기본법 제2조 제2호, 제3호). 건설업이 물리적 시설공사를 수행하는 반면, 건설용역업은 물리적 시설공사에 해당하지 않는 행위인 사업관리 등을 한다는 점에서 둘은 구별된다. 그러나 이들은 모두 넓은 의미의 시공의 개념에 포함된다고 할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 시공은 시행을 제외한 모든 기능이라 보는 것이 타당하기 때문이다.

건설공사를 시행하는 건설업자는 다시 건설공사의 종류에 따라 종합건설공사를 시공하는 자와 전문건설공사를 시공하는 자로 구분된다(건설산업기본법 제8조 및 동시행령 별표 1).[28] 건설산업기본법은 건설업에 대하여는 등록을 하여야 한다고 규정하고 있으나 건설용역업에 대하여는 아무런 규정이 없다. 반대해석상 건설용역업은 등록 없이 해당업을 할 수 있는지가 문제된다. 그런데 등록 제도는 아래에서 살펴보는 바와 같이 '수리를 요하는 신고'의 성질을 가지므로 다른 관련 법률에 규정이 없다면 자유롭게 할 수 있다고 보아야 한다. 다만, 건설기술과 관련하여 건설기술용역업의 등록에 대하여는 건설기술진흥법에서 규정되어 있다(건설기술 진흥법 제26조 참조).

2. 등록의 법적 성질

(1) 사전적 의미

등록의 사전적 의미는 "허가나 인정을 받기 위해 단체나 기관

28) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013 419면

따위의 문서에 이름을 올림, 이름을 올리다"[29]이다. 등록의 사전적 의미에 비추어 보았을 때 등록은 허가를 받기 위하여 단체 등의 문서에 이름을 올리는 것이므로 '허가'와 유사하다고 생각할 수 있다. 한편, 등록은 단체나 기관에 일정한 사실을 알린다는 점에서 '신고'와 유사하기도 하다. 각종 행정법에서 등록이라는 용어가 사용되고 있는데 그 법적 성질에 대해서는 견해가 분분하다. 등록이 강학상 수리를 요하는 신고와 유사한 성격이라고 보는 견해[30]와 허가와 유사한 성격이라 보는 견해[31]가 대립한다.[32]

(2) 허가와 신고

허가는 법규에 의한 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하여 주는 행위를 말한다.[33] 반면, 신고는 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하는 행위로서 법령 등이 정하는 바에 따라 당해 통지가 의무로 되어 있는 작용을 말하는데[34] 신고자체로 신고의무가 해소되는 자족적 신고와 행정주체가 수리를 해주어야만 신고의무가 해소되는 수리를 요하는 신고로 나뉜다.

신고는 원칙적으로 자족적 신고로 해석해야 한다는 것이 통설이나 실제로는 수리를 요하는 신고로 해석되는 경우가 적지 않다. 신고를 원칙적으로 자족적 신고로 해석해야 하는 이유는 경미한 사항의 경우 행정주체가 그 내용을 실질적으로 심사할 필요가 없어서 신고가 이루어지면 형식적 심사만을 통하여 국민에 대한 일반 금지의무를 간단히 해제하

---

29) Daum 어학 사전 (http://dic.daum.net/word/)
30) 홍정선, 『행정법특강(제13판)』, 박영사, 2014, 104면 재인용
31) 박균성, 『행정법강의(제10판)』, 박영사, 2013, 1232면 재인용
32) 류광해, 「영업상 등록제의 법적 성격」, 『법학연구』 제18집, 인하대학교 법학연구소, 2015, 251쪽
33) 김동희, 『행정법1』, 박영사, 2014, 284면
34) 김동희, 『행정법1』, 박영사, 2014, 399면

기 위함으로 이해된다.

(3) 수리를 요하는 신고와 허가

1) 서설

수리를 요하는 신고와 허가는 명칭을 달리하는데 그 차이점이 무엇인지 문제된다. 왜냐하면 두 경우 모두 행정청이 국민의 신고 내지 허가를 거부한다면 국민의 신고의무 내지 금지의무가 해제되지 아니하여 국민은 신고 내지 허가 신청을 통하여 하고자 했던 행위를 하지 못한다는 점에서 공통되기 때문이다. 그렇지만 원칙적으로 법조문이 용어를 달리 쓰고 있기 때문에 허가와 수리를 요하는 신고가 다름없이 같다고 말하기에는 어려움이 있다.

2) 차이를 인정하는 견해

수리를 요하는 신고와 허가의 차이에 대하여, 허가의 경우 허가요건에 대한 행정청의 심사는 실질적 심사이지만, 수리를 요하는 신고에 있어서 수리요건에 대한 행정청의 심사는 형식적·외형적 심사라고 하여 양자를 구별하는 견해가 있다.[35]

그러나 수리를 요하는 신고에 대한 심사가 형식적·외형적 심사라는 것은 인정하기 힘들다. 행정청이 실질적 심사를 하지 못한다는 말은 제출된 서류 등의 '형식'과 '외형'만 보고 그 '내용'을 심사하지 않는다는 의미인데 이와 같이 본다면 신고가 실질적인 요건을 충족하지 못하였더라도 행정청은 신고의 형식과 외형이 적법하다면 신고의 수리를 거부할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 규모가 작은 건축물의 건축의 경우 건축법은 건축신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 규정하고 있는데(건

35) 홍정선, 『행정법특강(제13판)』, 박영사, 2014, 228면 참조

축법 제14조), 설계도 등이 위험방지요건 등을 충족하지 못하였음에도 형식상 설계도 등을 제출하였다는 이유로 건축신고를 수리하여야 한다는 것은 법현실에 현저히 반하므로 위 견해를 받아들이기 어렵다.

대법원은 수리를 요하는 신고의 경우 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 한다고 보고 있다.[36] 대법원 역시 수리를 요하는 신고에 있어 실질적 심사를 배제하는 것은 실무에 현저히 반하기 때문에 허가와 수리를 요하는 신고는 최소한 심사 방식에서는 동일하다고 판단한 것으로 이해된다.

3) 허가와 수리를 요하는 신고의 유사점과 차이점

오히려 수리를 요하는 신고와 허가는 그 실질에 있어 크게 다르지 않다고 보아야 한다. 허가의 경우 일반적으로 금지된 행위의 금지의무를 해제하고자 국민이 행정주체에게 허가를 요청하면 행정주체는 허가요건의 충족여부를 심사하여 모든 요건을 충족한 것으로 판단되면 반드시 허가를 내주어야 한다. 수리를 요하는 신고의 경우에도 마찬가지로 행정주체는 신고요건의 충족여부를 심사할 것이고 그 요건이 충족된 것으로 판단되면 수리를 반드시 해주어야만 한다. 이는 허가와 수리를 요하는 신고 모두 행정주체에게 재량은 주어지지 않고 법이 정한 요건만 심사하여 요건이 충족된다면 허가 또는 수리를 해줌으로써 국민의 금지의무를 해제시켜주어야 하는 '기속행위'라는 것이다. 즉, 수리를 요하는 신고는 실질적으로 허가제와 마찬가지로 행정청의 수리가 있어야 당해 행위를 적법하게 할 수 있으므로, 수리와 수리 거부는 처분성이 긍정되는 등[37] 허가와 실질에 있어 상당 부분 동일하다.

다만, 허가와 수리를 요하는 신고는 국민이 하고자 하는 행위의

---

36) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결
37) 최계영, 「건축신고와 인·허가의제」, 『행정법연구』25호, 한국행정법연구소, 2009, 168면

‘정도’에 있어서 차이가 있다. 그 차이를 알기 위해서는 하나의 법률에 허가와 수리를 요하는 신고가 모두 규정되어 있는 경우를 살펴보아야 한다. 건축법에 있어 건축신고는 수리를 요하는 신고로 이해되므로[38] 건축법에는 허가의 성격을 가지는 건축허가와 수리를 요하는 신고의 성격을 가지는 건축신고가 같이 규정되어 있다. 건축법은 도시지역에서 건축허가를 받지 아니하고 건축한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처할 것을(건축법 제108조 제1항), 건축신고를 하지 아니하고 건축한 자는 500만 원 이하의 벌금에 처할 것을 규정하고 있다(동법 제111조).

이는 원칙적으로 건축을 하기 위해서는 건축허가를 받아야 하나 예외적으로 규모가 작은 경우(바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축·개축 또는 재축 등)에는 건축신고를 받아야 하는 것과 관련이 있다(동법 제14조). 즉, 건축허가를 받아야 하는 건축물의 규모가 건축신고를 하여야 하는 건축물의 그것보다 크기 때문에 건축허가를 받지 아니한 경우에 건축신고를 하지 아니한 경우보다 중하게 처벌하는 것이다. 이는 허가와 수리를 요하는 신고의 차이는 ‘정도의 차이’라는 점을 단적으로 보여준다.

4) 실무적인 차원

그러나 이론적인 차원과 실무적인 차원의 논의가 다를 수 있음을 이해하는 것이 중요하다. 이론적인 차원에서 허가가 규제개혁의 일환으로 신고로 바뀐 경우에 그 신고를 자족적 신고로 해석하게 되면 법규범의 목적에 부합하지 않기 때문에 그러한 경우 법문상의 신고를 수리를 요하는 신고로 해석한다. 그렇기 때문에 앞서 논의한 대로 수리를 요하

38) 논란이 있다. 대법원의 경우 의제조항이 있는 경우에만 건축신고가 수리를 요하는 신고로 보지만(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결), 의제조항 여부와 무관하게 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 견해가 있다(김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 138면 참조).

는 신고는 허가와 실질적으로 다름이 없다는 결론에 이른다.

그러나 분명히 해야 하는 것은 이는 어디까지나 이론적인 차원에서의 논의라는 것이다. 이론적인 해석이 그렇다고 하여 실무에서 허가와 수리를 요하는 신고를 실질적으로는 같게, '정도'에서만 차이를 두는 방식으로 운용되리라 기대하는 것은 곤란하다. 법을 집행하는 공무원들은 법규정이 신고로 되어 있다면, 설령 그 신고가 수리를 요하는 신고라 하더라도, 허가의 경우보다 더 기속적으로 느끼게 된다. 이는 제도와 사회가 맞닿아 있는 지점에 있는 공무원들이 수리를 요하는 신고가 허가보다 심사권이 더 적다고 느껴서 허가를 거부하는 것보다 신고의 수리를 거부하는 것에 더 큰 부담을 느낀다는 의미이다.

5) 정리

정리하자면, 이론적인 차원에서 허가와 수리를 요하는 신고는 실질적인 면은 같지만 정도의 차이는 있다. 그러나 그 제도를 집행하는 일선청의 공무원들은 수리를 요하는 신고가 허가보다 더 기속적이라 느끼는게 현실이므로 실무적으로는 수리를 요하는 신고가 허가보다 너그럽게 운용되는 경향을 보인다.

(4) 소결

과거 건설산업기본법은 건설업 면허 제도를 규정하고 있었다. 건설업 면허의 법적 성질이 허가라는 점에 대해서는 이견이 없었다. 그런데 1999년 규제개혁의 일환으로 건설업 면허 제도는 건설업 등록 제도로 바뀌었다. 앞서 살펴본 바와 같이 건설업 등록의 법적 성질이 허가인지 수리를 요하는 신고인지에 대한 견해 대립에 있지만 허가와 수리를 요하는 신고는 실질적인 점에 있어서 다르지 아니하고, 다만 그 정도에 있어 차이를 가질 뿐이다.

건설업 등록은 본래 허가였던 제도를 완화시켜준 것이라는 점에서 허가보다는 규제의 정도가 덜할 것이나 신고보다는 규제가 강할 것이므로, 건설업 등록은 수리를 요하는 신고와 허가의 중간적 성질을 지닌다고 할 것이다. 수리를 요하는 신고에서의 수리거부의 처분성이 인정되고 허가가 거부된 경우도 처분성이 인정되므로 등록이 거부된 경우도 처분성이 인정되는 것은 당연하다.

III. 건설업 등록의 요건

1. 개관

건설업 등록을 하기 위해서는 건축공사업을 기준으로 적극적 요건으로 「국가기술자격법」에 따른 건축분야의 건축기사 또는 「건설기술 진흥법」에 따른 건축 분야의 중급 이상의 건설기술자인 사람 중 2명을 포함한 건축 분야 초급 이상의 건설기술자 5명 이상의 기술능력을 갖출 것, 법인인 경우 5억 원 이상의 자본금과, 사무실이 요구된다(건설산업기본법 제10조, 동법 시행령 제13조 [별표 2]). 소극적 요건에 대하여는 동법 13조에서 나열하고 있다.

건설업 등록의 요건에서 중요한 것은 기술능력과 자본금이라고 할 것이다. 건설사업의 규모를 생각해보면, 건설사업을 시행하는 기능을 담당하기도 하는 건설업자에 일정 정도 이상의 자본금을 갖출 것을 요구하는 것은 당연하다. 일정 정도 이상의 금전을 보유하게 하는 것으로 시행의 안정성을 달성하려는 취지를 달성할 수 있으므로 법은 자본금에 대하여 더 이상 구체적으로 규정할 필요성이 적다. 한편, 기술능력의 경우 요건으로 건설기술자 등을 갖출 것을 요구하고 있지만, 어느 정도의 기술능력을 갖추었을 때 건설기술자로 인정할 것인지 별도로 규정할 필요가 있다. 또한, 기술자를 갖추었다 하더라도 적정한 시공이 확정적으로

담보되는 것은 아니므로, 기술능력을 건설업 등록의 요건으로 설정한 입법목적을 달성하기 위하여 각종 시공 관련 제도를 두고 있다.

이하에서는 시공자격 제도와 시공능력평가 및 공시제도, 소규모 공사의 경우 직접시공을 강제하는 제도와 건축물 시공자를 제한하는 규정과 건설기술자 제도를 자세히 살펴보도록 한다.

2. 시공 관련 제도

건설업자는 기본적으로 시공을 하는 주체이기 때문에 건설업자를 규율하면서 시공에 관련된 사항을 규율하지 아니할 수 없다. 건설산업기본법에도 시공과 관련된 조항이 분산되어 있는데, 이를 정리하자면 시공 관련 제도로는 시공자격 제도(동법 제16조), 시공능력평가 및 공시제도(동법 제23조), 직접 시공 제도(동법 제28조의2), 시공자의 제한 제도(동법 제41조) 등이 있다.

(1) 시공자격 제도

건설공사의 시공자격은 건설업 등록을 한 자에게 부여하고 있어 건설업 등록과 관련이 깊다(동법 제16조). 그런데 해당 조문은 시공에 관한 자격을 규정하는 것임에도 불구하고 시공자격이 없는 자에게 시공을 금지하는 것이 아니라 도급계약 자체를 금지하는 특이한 구조를 띠고 있다.[39] 따라서 건설업 등록을 하지 아니한 자는 건설공사의 시공자격이 없어 시공은 물론이고 해당 공사를 도급받을 수 없다.

(2) 시공능력평가 및 공시제도

건설업자가 자신의 시공능력을 초과하는 건설사업을 도급받게

39) 건설업 등록 조문의 위헌성에 대한 논의는 본 논문 제5장 참조

되면 적정한 시공이 이루어질 것이라 기대하기 힘들기 때문에 시공능력에 따른 건설공사의 도급제한이 필요하다. 이러한 요청에 대하여 과거에는 건설업자가 1건 공사를 도급받을 수 있는 한도액을 정하는 도급한도액제도(contracts limit amount)가 있었다. 도급한도액은 건설업자의 자본금과 건설공사의 실적 등에 따라 결정되었다. 이 제도는 건설업자가 개개의 공사를 도급받을 수 있는 시공능력을 객관적으로 평가하여 건설업자의 시공능력에 적합한 공사를 수주토록 하여 시공의 질을 향상시키기 위하여 마련된 제도였다.[40] 그런데 이 제도는 긍정적인 역할도 하였지만 대규모공사에 중소업체가 참여할 수 없는 이동장벽으로 기능하여 유사 기업군간 담합을 가능케 하는 문제점이 있었다.[41] 이러한 문제점 때문에 1996. 12. 30. 법개정을 통하여 도급한도액제도는 시공능력공시제로 바뀌게 되었다.

과거 도급한도액제도가 일률적으로 건설업자에 따른 적합한 공사의 범위를 설정하였다면, 시공능력공시제는 국토교통부장관이 건설업자의 시공능력을 평가하여 공시하는 방식을 취함으로써 시장에 건설업자에 대한 정보만 제공하고 발주자가 이를 자유롭게 판단할 수 있도록 하고 있다. 건설업자의 시공능력은 건설업자의 건설공사 실적, 자본금, 건설공사의 안전·환경 및 품질관리 수준 등에 따라 건설업자의 신청이 있는 경우에 한하여 평가하여 공시하게 된다(건설산업기본법 제23조). 즉, 시공능력공시제는 모든 건설업자에게 강제적으로 적용되는 것은 아니다. 다만, 시장에서 큰 공사일수록 건설업자의 시공능력을 알고자 하는 수요가 클 것이므로 대형건설업자들은 사실상 강제적으로 시공능력공시를 신청하게 된다.

(3) 소규모 공사의 직접시공

40) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 228면
41) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 228~229면

법은 공사의 금액이 50억원 미만인 건설공사를 도급받은 경우 일정 비율은 직접 시공하여야 한다고 규정하고 있다(건설산업기본법 제28조의2, 동법 시행령 제30조의2). 이는 시공능력이 없는 업체가 입찰 브로커화하여 수주한 공사를 직접 시공하지 않고 중간마진만을 챙긴 채 일괄하도급 하는 등의 불법행위를 막기 위한 것이다.[42]

그런데 모든 건설공사에 대하여 직접시공의무를 부과하는 것이 아니라 소규모 공사에 대하여만 직접시공의무를 부과한 것은 소규모 무자격부실업체가 많기 때문일 것이라 생각된다. 또한, 대형공사를 수주받는 대형건설업자의 경우 시공관리를 통하여 건설공사를 진행하는데 만일 대형건설업자가 일정 부분을 직접 시공을 해야 한다면 막대한 비효율이 초래된다는 점도 고려되었다고 본다.

(4) 건축물 시공자의 제한

건설공사는 건설업자만이 할 수 있는 공사와 건설업자가 아닌 건축주도 직접 시공할 수 있는 공사로 나뉜다(건설산업기본법 제41조). 연면적이 큰 주거용 건축물이거나 많은 사람이 이용하는 시설물 등이 전자에 해당한다(건설산업기본법 제41조 참조). 이는 건축물의 용도에 따른 안전중요성과 관련이 깊다. 주거용 건축물의 경우 사람이 오랜 시간을 보내기 때문에 적정한 시공을 기대할 수 있는 건설업자가 시공을 해야 할 필요성이 높고, 사람이 많이 이용하면 이용할수록 사람의 구조적 안전과 쾌적한 환경이 더 강하게 요구되기 때문에 건설업자가 시공해야만 하는 기준이 엄격해지는 것이다.

3. 건설기술자 제도

건설산업기본법은 건설기술자를 '건설공사에 관한 기술이나 기능

---

42) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 277면

을 가졌다고 인정된 사람'이라 정의한다(건설산업기본법 제2조 제15호). 그리고 건설기술 진흥법은 건설기술자를 '국가기술자격법 등 관계 법률에 따른 건설공사 또는 건설기술용역에 관한 자격, 학력 또는 경력을 가진 사람'이라 정의하고 있다(건설기술 진흥법 제2조 제8호).

건설업자는 건설공사 현장에 건설기술자를 1명 이상 배치하여 건설공사의 시공관리, 그 밖에 기술상의 관리를 도모해야 한다(건설산업기본법 제40조). 이와 같이 건설기술자를 지정·배치토록 한 것은 건설공사에 관한 기술이나 기능을 가진 건설기술자가 건설공사의 시공을 효율적으로 관리하여, 건설공사를 안전하고 적정하게 시공함으로써 부실공사를 방지하기 위한 것이라 할 것이다.[43]

IV. 주택건설사업 등록의 법적 성격

1. 주택건설사업 등록의 연혁적 배경

또한, 주택건설사업의 경우 그 등록은 진입규제로서 작동하려던 것이 아니라 건설업등록이라는 진입규제를 완화하기 위해서 만들어진 것이다. 주택법의 전신인 주택건설촉진법의 배경에는 노태우 정부가 주택 200만호 건설 정책이 있는데, 이를 위해서 요건을 상당히 완화하여 주택건설을 가능하게 한 것이다.

주택법의 전신인 주택건설촉진법은 1972. 12. 30. 법률 제2409호로 제정되어 1973. 1. 15.부터 시행되었다. 제정된 법률에는 자금조달을 수월하게 하는 내용만을 포함하다가 1977. 12. 31. 법률 제3075호로 전부개정되면서 구법 제6조에서 주택건설사업자 등록을처음으로 규정하였다. 그 기준을 시행령에 위임하였고, 구 주택건설촉진법 시행령(1978. 3. 14. 대통령령 제8888호로 전부개정된 것) 제9조 제2항 별표1은 자본금 2,000

43) 남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013, 354면

만 원 이상을 갖추고, 건설분야 기술자 1인 이상이 있고, 사무실이 33㎡ 이상이며 전화가 1대 이상 있을 것을 요구하였다. 당시 시행중이던 건설업법(1975. 12. 31. 법률 제2851호로 일부개정된 것) 제6조는 건설업 면허기준을 규정하면서 기준을 대통령령으로 위임하였고, 건설업법 시행령(1975. 5. 2. 대통령령 제7621호로 일부개정된 것) 제6조 별표2는 건축공사를 하기 위해서는 건축기술자 4인 이상이고, 법인인 경우 자본금 1,500만 원 이상이어야 하며, 사무실 33평방미터 이상, 전화 1대 이상, 콩크리트믹사(0.35 입방미터) 1대 이상, 바이브레타(2마력 이상) 1대 이상, 담푸트럭(6톤이상) 등 장비 중 1대 이상을 갖출 것을 요구하고 있었다. 이를 정리하면 아래 표와 같다.

주택건설촉진법(1997. 12. 31. 법률 제3075호로 전부개정된 것)	건설업법(1975. 12. 31. 법률 제2851호로 일부개정된 것)
• 자본금 2,000만 원 이상 • 건설분야 기술자 1인 이상 • 사무실 33㎡ 이상 • 전화기 1대 이상	• 자본금 1,500만 원 이상 • 건설분야 기술자 4인 이상 • 사무실 33㎡ 이상 • 전화기 1대 이상 • 콩크리트믹사 (0.35㎡) 1대 이상 • 바이브레타 (2마력 이상) 1대 이상 • 담푸트럭 (6톤 이상) 등 장비 중 1대 이상

위 표를 보면 구 건설업법에 따라 건설업 면허를 받아 시공을 할 수 있는 것보다 구 주택건설촉진법에 따라 주택건설사업 등록을 하여 시공을 할 수 있는 요건이 훨씬 완화되어 있다는 점을 확인할 수 있다. 자본금의 경우 후자가 높은 것은, 어느 정도의 자금만 있다면 그 기술력은 고려하지 않고 시공을 할 수 있게끔 허용해준 것이라고 이해할 수 있다. 건설업 면허를 받기 위해서는 각종 시공 장비가 필요하지만, 주택건설사업 등록을 위해서는 그러한 요건을 전혀 요구하지 않는다. 이러한 점을 종합적으로 고려하여 보면 주택건설사업 등록은 시공을 할 수 있는 기준을 상당히 완화하여 시공능력을 부여한 제도임을 알 수 있다.

2. 주택건설사업 등록과 시공기능

(1) 시행과 관련되는 규정

주택건설사업은 주택건설사업 등록을 한 사업주체에 의하여 진행된다. 그런데 주택법의 규정을 보면 주택건설사업 등록이 '시행자'의 지위를 부여하는 것으로 읽힐 여지가 없지는 않다. 법은 주택건설사업을 '시행'하려는 자는 주택건설사업 등록을 하여야 하고(주택법 제9조), 등록사업자는 토지소유자, 주택조합 등과 공동사업주체가 될 수 있다고 정하고 있다(동법 제10조). 그리고, 주택건설사업 등록으로 '시행'할 수 있는 권한이 생기는 것이고, 동법 제12조는 등록사업자를 건설업자로 보아 주택건설공사를 시공할 수 있다고 규정함으로써, 등록을 통하여 시행자의 지위를 얻은 자에게 시공권을 부여하는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 즉, 주택건설사업상 등록을 받아 시행의 권한을 부여받으면 이로써 시공을 할 수 있는 권한이 생기는 것으로 해석될 여지가 없는 것은 아니다.

(2) 등록의 시공자격 부여 기능

그런데 등록을 시행자의 지위를 부여하는 것으로 해석하여서는 아니 된다. 주택법상 주택건설사업 등록은 '시공'을 할 수 있는 자가 사업의 주체가 되어 '시행'할 수 있는 것을 전제하고 있다고 보아야 한다. 주택법의 전신인 「주택건설촉진법」은 그 법의 목표인 주택공급을 위하여 건설업등록을 받아 시공 능력을 가진 건설업자가 사업을 진행하는 것을 기본으로 하되 다만, 건설업 등록보다 등록요건이 완화된 주택건설사업 등록을 충족하더라도 시공능력을 부여하여 주택건설사업을 시행할 수 있게 한 것이기 때문이다. 그리고, 이후 사업시행자의 범위를 늘리기 위하여 공동사업주체 제도를 신설하였지만, 원칙적으로 사업은 시공능력을 가진 건설업자 등에 의해 이루어져야하기 때문에 토지소유자, 주택조합

등이 단독으로 사업주체가 되지 못하고 반드시 등록사업자와 공동으로 사업주체가 되어야 한다고 규정하였다는 점에서도 그러하다. 즉, 토지소유자, 주택조합 등은 예외적인 사업주체이고 원래의 사업주체인 건설업자 등의 등록사업자에 종속적인 사업주체인바[44], 등록은 '시공자'의 지위를 부여하는 것으로 해석되어야 한다.

즉, 사업주체가 된다는 것은 시공할 수 있는 자에게 시행할 수 있는 것을 의미하는 것으로, 시공자로서의 지위와 시행자로서의 지위가 혼화되는 것이다. 그런데, 시공자와 시행자가 분리되는 상황이 온다면 등록을 하여야 하는 주체가 누구인지가 문제된다. 시공자가 등록을 해야 하는지, 시행자가 등록을 해야 하는지, 아니면 둘 다 등록을 해야 하는지 결정하여야 하는 것이다. 이는 등록이 무슨 의미를 가지고 있는지와 관련이 깊은데, 등록이 시행자로서의 지위를 부여하는 것이라면 시행자가, 시공자로서의 지위를 부여하는 것이라면 시공자가 등록을 하면 되는 것이기 때문이다. 앞서 논한 바와 같이 사업주체에게 등록의무를 부과하는 것은 사업주체가 시공기능을 담당하는 주체이기 때문이므로, 시공자와 시행자가 분리되는 경우 시공자만이 등록을 하면 된다.

(3) 건설업등록의 법적 성격과 비교

주택건설사업의 등록의 법적 성격은 건설업 등록의 법적 성격과의 관계가 문제된다. 아래에서 살펴볼 바와 같이 주택건설사업의 등록은 건설업 등록을 한 건설업자에게 있어서는 단순히 확인적 성격을 가지는 것에 그치기 때문이다. 그런데 건설업 등록이 구법에서 건설업 면허로서 '허가제'로 운용된 이유는 사업자가 건설업 등록을 받아 건설업자가 되면 시공기능을 담당하기 때문이었다. 시공능력은 건물의 구조적 안전과 연결되고 이는 국민의 생명·안전에 직결된다는 점을 생각하면 된다. 그런데, 주택건설사업의 등록은 아래에서 살펴볼 바와 같이 '시공기능'을 부

44) 이러한 조합의 지위는 뒤에서 보는 도시정비법의 경우와 상반된다.

여하는 것이기 때문에 건설업등록과 본질적인 점에서 다르지 않다. 그렇다면 앞서 설명한 바와 같이 여기서의 등록도 수리를 요하는 신고와 허가의 중간적 성질을 가지고 있다고 볼 것이다.

(4) 소결

주택법상 주택건설사업의 원칙적인 주체는 '시공' 기능을 할 수 있는 건설업자이다. 시공을 할 수 있는 자에게 주택건설사업을 시행할 수 있는 권한을 수여하는 것이 주택건설사업 등록인 것이지, 주택건설사업 등록을 통하여 시행 권한을 부여받고 그 권한에서 시공할 수 있는 권한이 나오는 것이 아니다. 법은 일부 규정(법 제9조, 10조, 12조 등)에서 등록이 사업주체가 시행기능을 담당하기 때문에 하여야 하는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그런데 등록사업자가 토지소유자 등과 공동사업주체가 되는 경우 등록은 시공을 하는 '시공자'가 받는 것이라는 점과 연혁적인 이유를 고려하면 등록은 사업주체가 시공기능을 담당하기 때문에 하여야 하는 것이다. 입법론적으로 시공기능이 필요하기 때문에 등록의무를 부과한 것이라는 점을 분명히 할 필요가 있다.

생각건대 법이 이를 분명하게 규정하지 못한 것은 앞서 논한 바와 같이 면허법제와 사업법제가 이원화되어 있다는 점에서 기인한다. 건설업 등록를 한 건설업자가 주택건설사업을 하기 위하여 주택건설업 등록을 받아야 하는데, 아래에서 살펴보는 바와 같이 건설업 등록을 받은 건설업자에게 요건을 완화하여 준다는 것은 주택건설업 등록이 시공기능과 관련이 있다는 것을 의미한다. 그럼에도 주택건설업 등록을 시행과 연관짓는 것은 이를 망각한 것이라 볼 수밖에 없다. 주택법은 건설산업기본법 등의 면허법제에서 정한 건설업 면허를 전제로 이루어지는 건설사업 중 하나인 주택건설사업을 규율하는 것이라는 점을 유념하여 면허법제와 사업법제를 유기적으로 해석하는 것이 필요한 이유이다.

3. 다른 면허제도와의 관계

(1) 주택건설사업과 관련된 면허제도

주택건설사업과 관련된 면허로는 「주택법」이 규정하고 있는 주택건설 사업등록, 「건설산업기본법」이 규정하고 있는 건설업 등록이 있을 뿐만 아니라 「부동산투자회사법」이 규정하고 있는 부동산투자회사 등록(「부동산투자회사법」 제9조의2)도 있다. 주택법 시행령 제14조 제4항 제2호는 부동산투자회사가 주택건설사업의 등록을 하는 경우를 예정하고 있다는 점에서 이를 확인할 수 있다.

(2) 시공면허와 시행면허의 정의

그런데 각 법에서 정하고 있는 면허는 각 면허마다 성질을 달리한다. 앞서 살펴본 바와 같이 주택건설사업 등록은 '시공' 기능을 담당하는 사업주체에게 등록의무를 부과하면서 등록사업자가 되면 '시행' 기능을 할 수 있게끔 하여 시공기능과 시행기능이 혼화되어 있다. 반면, 건설업 등록은 시행과는 무관하고 시공기능만을 담당하고, 부동산투자회사는 부동산의 취득·관리·개량 및 처분, 부동산개발사업 등 자산의 투자·운용을 업으로 하는 등(「부동산투자회사법」 제21조) 그 등록은 시행기능만을 담당한다.

즉, 건설업 등록은 시공기능만을 가지고 있고, 부동산투자회사 등록은 시행기능만을 가지고 있고, 주택건설사업 등록은 본질적으로는 시공기능을 가지지만 시행기능도 겸하여 가지고 있는 것으로 정리된다. 이하에서는 시공기능과 관련된 면허를 시공면허라 하고, 시행기능과 관련된 면허를 시행면허라 하기로 한다.[45]

---

45) 면허의 종류를 나눌 수 있다는 점에 대하여는 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26호, 한국행정법연구소, 2010 참조

(3) 시공면허와 시행면허의 차이

건설업 등록은 시공면허이고, 부동산투자회사 등록은 시행면허임은 분명하다. 시공면허와 시행면허의 차이는 그 규정에서 확인된다. 「건설산업기본법」 제9조는 건설업을 하려는 자는 업종별로 국토교통부장관에 신청하여야 한다고 규정하고 있는 반면, 「부동산투자회사법」 제9조의2는 부동산투자회사가 특정 업무를 하려면 국토교통부장관에 등록하여야 하고, 이때 국토교통부장관은 각호의 사유가 없으면 등록을 거부하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

두 면허제의 큰 차이점은 부동산투자회사법상 등록에서는 국토교통부장관이 특정 사유가 아니면 거부하여서는 아니 된다고 명시적으로 규정하여 보다 더 기속적으로 운용하려는 의도가 보인다는 것이다. 이는 시공면허가 시행면허에 비하여 엄격하게 운용되고 있다는 것을 의미한다. 그리고 이는 주택법 시행령 제14조 제4항에서 건설업등록을 한 자의 경우는 기보유 자본금, 기술인력 및 사무실면적을 모두 포함하여 산정하는 반면, 부동산투자회사의 경우 자본금은 제외하고 기보유 기술인력 및 사무실면적만 포함하여 산정하는 점에서 확인된다.

주택건설사업 등록이 시공기능과 시행기능이 혼화되어 있지만 시공기능에 더 가깝다는 앞서의 결론이 여기서도 확인되는데, 시공면허인 건설업 등록은 주택건설사업 등록에 있어 동일한 수준으로 인정되지만, 시행면허인 부동산투자회사 등록의 경우 주택건설사업 등록을 위하여는 부동산투자회사 등록을 갖춘 것에 더하여 추가적인 자본금을 요구하기 때문이다. 즉, 주택건설사업 등록은 본질적으로 시공면허이며, 시공면허가 시행면허보다 엄격하게 운용되는 이상 시행면허인 부동산투자회사 등록을 받은 회사는 추가적인 요건을 갖추어야 주택건설사업 등록을 받을 수 있게 된다.

V. 주택건설사업 등록의 요건 및 효과

1. 등록기준

주택법에 의한 주택건설공사는 사업주체에 의하여 시행되는데 건설업자가 사업주체가 되기 위해서는 주택건설사업 등록을 하여야 한다(주택법 제9조). 주택건설사업에 등록 요건으로는 자본금 3억원(개인인 경우에는 자산평가액 6억원) 이상, 건축분야기술자 1인 이상, 사무실 면적 22제곱미터 이상을 갖출 것이 요구된다(동법 제9조 제2항, 동법 시행령 제10조 제2항). 건설산업기본법에 의하여 건설업 등록을 한 건설업자는 이미 보유하고 있는 자본금, 기술인력 및 사무실 면적을 기준으로 주택건설사업 등록을 할 수 있다(동법 시행령 제10조 제3항 제1호). 건설산업기본법에서 요구하는 건설업 등록기준이 대체로 주택건설사업 등록기준보다 엄격하므로 별도로 요건을 갖출 필요는 없으나, 건설산업기본법은 사무실과 관련하여 별도의 면적 규정을 두고 있지 않기 때문에 건설업 등록 기준에 추가로 22제곱미터 이상의 사무실 요건만 갖추면 된다(건설산업기본법 시행령 별표 2).

2. 등록의무자

앞서 살펴본 바와 같이 주택법상 사업주체가 되기 위해서는 주택건설사업 등록을 하여야 한다. 그렇다면 주택건설사업에서 '사업주체'로서 '시행 기능'을 담당하는 자는 주택건설사업 등록의무를 부담한다고 볼 수 있다. 따라서 건설업자가 주택건설사업에 참여하고 있을 때 '사업주체'로서 참여한다면 등록의무를 부담할 것이고, 단순 '시공자'로 참여하고 있다면 등록의무를 부담하고 있지 않다고 볼 것이므로, 주택법상 등록의무와 관련하여서 건설업자의 시공 기능과 시행 기능을 구별해내는 것이 특히 더 중요하다.

대법원은 건설업자가 주택법상 등록을 하지 아니하고 토지소유자들로부터 주택건설공사를 시공하기로 하고 대가를 지급받은 사안에서 “단순한 건설업자에 불과한 ‘주택건설공사를 도급받아 시공하고자 하는 자’는 건설산업기본법 제9조 제1항 소정의 ‘건설업을 영위하고자 하는 자’일 뿐, 주택법 제9조 제1항 소정의 ‘주택건설사업을 시행하고자 하는 자’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하므로 주택법 제91조 제1항에 의한 등록의무는 없다”고 판시하였다.[46] 즉, 대법원은 주택법상 주택건설사업 등록의무를 부담하는지 여부를 건설업자가 ‘시행 기능’을 담당하는지 ‘시공 기능’을 담당하는지 구분하여 전자라면 등록의무를 부담하고 후자라면 등록의무를 부담하지 않는다고 한 것이다.

그런데 건설업자가 담당하는 기능에 따라 등록의무 여부가 결정되는 것은 맞지만, 항상 그런 것은 아니다. 주택법 제9조 제1항은 주택건설사업 등록의 예외에 토지소유자를 포함하고 있지 아니하지만 동법 제10조 제1항에 의하면 토지소유자는 등록사업자를 공동사업주체로 한다면 사업주체가 될 수 있다고 보고 있다. 즉, 토지소유자가 사업을 시행하기 위해서는 반드시 등록사업자와 공동사업주체가 되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 토지소유자가 사업의 기획, 토지소유권 확보 등 개발사업의 진행, 자금의 조달, 주택의 분양 등 개발사업의 전과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하고, 건설업자는 단지 주택건설공사를 도급받아 단순 수급인의 지위에 있다고 하더라도, 이러한 사업이 주택법상 사업계획 승인을 받아야 하는 사업이라면 건설업자는 반드시 공동사업주체가 되어야 하므로 주택법상 등록의무를 지는 것이다.

따라서 위 대법원 사안의 경우 건설업자가 시공 기능을 담당하기는 하였지만, 건설업자는 ‘토지소유자’가 시행하는 주택건설사업에 참여한 것이므로 반드시 ‘공동사업주체’가 되어야 하고, 따라서 주택건설사

46) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도10491 판결

업 등록의무를 부담한다고 보아야 한다.

3 주택건설사업 등록과 시공

(1) 등록사업자의 시공가능성

사업계획승인을 받은 등록사업자가 주택을 분양하거나 임대할 목적으로 주택건설사업을 하는 경우에 등록사업자의 기술능력, 주택건설 실적 및 주택규모 등이 주택법 시행령이 정하는 일정한 기준을 충족하는 경우에는 그 등록사업자는 「건설산업기본법」 제9조에 따른 건설사업자로 보아 주택건설공사를 시공할 수 있는 능력이 인정된다(주택법 제12조). 즉, 건설산업기본법에 의하면 건설업 등록을 한 자에게만 시공능력이 인정되는 것이 원칙이지만, 주택법은 이에 대한 예외로서 등록사업자 제도를 두어 주택법에서 정한 일정한 요건을 갖추어 등록을 한 자들에게 주택건설사업에 대한 시공능력을 인정하고 있는 것이다.

그런데 주택법 제12조에 의하여 시공능력이 인정되는 것은 등록사업자가 '사업계획승인'을 받은 경우에 한한다. 반대해석상 '사업계획승인'을 받지 아니한 등록사업자는 동 규정에 의한 시공능력이 인정되는 혜택을 누리지 못하고 원칙으로 돌아가 건설산업기본법상 건설업등록을 하여야 시공할 수 있다고 봄이 타당하다. 주택법 제20조는 주택의 건설공사는 「건설산업기본법」 제9조에 따른 건설업자 또는 제12조에 따라 건설업자로 간주하는 등록사업자가 아니면 이를 시공할 수 없다고 하여 이를 분명히 하고 있다.

(2) 주택건설사업등록과 건설업등록의 비교

한편, 주택법 시행령 제13조에 따른 등록사업자의 요건은 자본금 5억 원, 건설기술관리법 시행령에 따른 건축분야 및 토목분야 기술자 3

인 이상, 최근 5년간 주택건설실적 100호 이상 등으로 규정되어 있는데, 이는 건설산업기본법 시행령 별표 2의 요건이 토목공사/건축공사에 자본금 7억원/5억원, 건축분야/토목분야 기술자 6인/5인 이상을 요구하는 것과 비교하여 완화된 것이다. 즉, 주택법상 등록사업자 요건이 건설산업기본법상 건설업등록 요건보다 갖추기 쉬운 것인데, 이는 주택법이 공동주택건설촉진을 위하여 건설업체들의 주택건설사업 진입을 용이하게 한 결과이다.[47]

건설산업기본법 (동법 제10조, 동법 시행령 제13조 제1항, 동법 시행령 별표 2)	주택법 (동법 제12조, 동법 시행령 제13조 제1항)
• 자본금 5억원 이상 (법인) • 건축기사·건축 분야의 중급 이상의 건설기술자 2명을 포함한 건축분야 건설기술자 5명 이상 (업종: 건축공사업) ※ 토목분야: 자본금 7억 이상(법인)/기술자 6인 이상	• 자본금 5억원 이상 (법인) • 건축기사·건축 분야의 중급 이상의 건설기술자 1명을 포함한 건축분야 건설기술자 3인 이상 • 최근 5년간의 주택건설실적 100호 또는 100세대 이상

건설산업기본법상 건설업등록 요건은 주택법상 주택건설사업자 등록기준을 상회하고 있기 때문에 건설업자는 당연히 주택법상 주택건설사업등록 요건을 갖추고 있다. 그렇다면, 건설업자는 주택법상 주택건설사업등록을 하여야만 그 등록이 인정되는 것인지, 아니면 별도로 등록절차를 밟지 아니하더라도 주택법상 등록사업자의 지위가 당연히 인정되는지가 불분명하다.

주택건설사업등록의 기준을 정하고 있는 주택법 시행령 제10조는 제3항에서 「건설산업기본법」 제9조에 따라 등록한 건설업자가 주택건설사업 등록을 하려는 경우에는 이미 보유하고 있는 자본금, 기술인력 및 사무실 면적을 등록 기준에 포함하여 산정한다고 정하고 있다. 그런

47) 고재현, '주택법상 사업주체와 등록사업자', 주택법세미나, 5면

데 같은 항 제2호에서 「부동산투자회사법」에 따른 부동산투자회사가 주택건설사업의 등록을 하려는 경우를 정하면서 그 회사가 보유하고 있는 기술인력 및 사무실면적을 포함하여 산정한다고 하여 자본금에 대하여는 침묵하고 있다. 이는 부동산투자회사의 경우 주택건설사업 등록기준 산정에 있어 자본금 요건은 별도로 충족하여야 함을 의미한다.

즉, 법은 동 조항에 의하여 등록절차가 면제되는 것은 아니라, 단지 그 등록기준의 산정에 있어 기보유 기술인력 등을 포함하여 산정하는 것에 불과하다는 것이다. i) 법에는 등록을 한 것으로 간주한다는 등의 등록절차의 면제조항은 없다는 점, ii) 법 시행령 제12조 제1호에서 등록사업자와 건설업등록을 한 건설업자를 별도로 규정하고 있다는 점 등에 비추어 보아도 그러하다. 그렇다면, 법은 「건설산업기본법」에서 건설업등록을 한 건설업자라 하더라도 별도의 등록절차를 예정하고 있다고 보는 것이 타당하다.

따라서 「건설산업기본법」에서 건설업등록을 한 건설업자도 주택건설사업상 사업주체가 되기 위하여는 별도로 「주택법」에서 정한 주택건설사업등록을 하여야 한다. 건설산업기본법상 건설업등록의 등록기준이 주택법상 주택건설사업 등록기준보다 엄격하기 때문에 건설산업기본법상 건설업등록을 가진 건설업자가 주택건설사업등록을 하는 경우에 주택건설사업 등록에 추가로 요구되는 것은 없고, 단지 확인적 성격만 가지고 있다. 결국 건설업자에게 두 번의 등록을 강제하는 것이 되기 때문에 입법론적으로 바람직한지는 의문이다.

(3) 정리

정리하자면, 건설산업기본법상 건설업등록을 한 건설업자는 주택건설사업 등록여부와 관계없이 주택법상 주택건설공사에 대한 시공능력을 가진다. 이는 건설산업기본법상 건설업등록을 하면 주택건설사업 등

록을 받은 것으로 의제된다는 의미가 아니라, 건설산업기본법으로부터 시공능력이 인정된다는 의미이다. 건설산업기본법상 건설업등록을 갖추지 못한 자는 원칙으로 돌아가 시공능력이 없다고 보아야 하지만, 주택법은 동법 제9조에 의한 주택건설사업 등록을 하고 동법 제16조에 의한 사업계획승인을 받는다면 동법 제12조에 의하여 건설산업기본법상 건설업등록보다 완화된 요건을 충족하여도 주택건설공사에 대한 시공능력이 인정된다고 하여 예외를 인정하고 있는 것이다.

VI. 소결

우리 법제는 건설산업에 대한 면허법제로 건설업등록을 주된 규제수단으로 규정하고 있다. 건설업등록은 과거 건설업면허였지만 IMF 이후 규제개혁의 일환으로 요건이 완화된 것이다. 그런데, 이는 시대의 흐름에 역행하는 것이라고 생각한다. 최근에 완공된 롯데월드타워는 지상 123층, 지하 6층 규모로 높이가 무려 555m에 달한다.[48] 이외에도 건축물은 초고층화 되어가고 있어 높은 기술적인 수준이 요구될 뿐만 아니라 이를 안정적으로 시행하기 위한 충분한 자본이 요구된다. 즉, 과거와는 달리 건설산업은 초고층빌딩 등의 대형 건설사업에 있어서 상당한 전문성과 자본이 필요하다. 그렇다면, 건설업에 진입하는 것이 적어도 대형 건축물을 건축하는데 있어서는 보다 더 엄격해져야 하는 것임에도 불구하고 우리 법은 규제를 완화한 것이다.

과거와 같이 작은 규모의 건축에 대해서는 엄격한 진입규제를 설정할 필요가 없으므로 현행의 건설업등록은 적절하다. 그렇지만, 그 규모가 일정 정도 넘어서면 과거의 그것과는 동일성을 상실하므로 같은 '면허'를 부여하는 것은 곤란하다. 행정주체가 건축물의 건축에 있어 강학상 신고인 건축신고, 강학상 허가인 건축허가으로 그 규모에 따라 나누고, 아파트 건설의 경우 강학상 특허인 사업계획승인으로 관여하는 것

48) 롯데월드타워(http://www.lwt.co.kr)

처럼 '면허'의 종류도 건축물의 규모에 따라 다양해질 필요가 있다. 운전면허의 종류가 여럿인 것처럼, 건설업 '면허'도 작은 규모의 건축에는 현행의 건설업등록이, 규모가 커지면 강학상 허가 내지 강학상 특허에 해당하는 성질의 건설업'면허'를 부여하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 생각한다.

제 3 절 사후적인 규제수단

I. 서설

건설사업을 일반적으로 금지하고 일정한 요건을 갖춘 자에 한하여 그 금지를 해제하여 주는 면허법제가 유지되기 위해서는 건설업 등록을 하지 아니하면 건설사업을 할 수 없음을 명확히 해야 한다. 즉, 건설업 등록을 하지 아니하거나, 요건을 충족시키지 못하였음에도 부정한 방법으로 등록을 하고 건설업을 한 자를 처벌하여야 한다.

뿐만 아니라, 적정한 시공이 이루어지기 위해서는 당초의 계획대로 시공이 잘 이루어지고 있는지, 그 과정이 효율적으로 이루어지고 있는지 감독할 필요가 있다. 비효율적인 시공은 국가적 차원에서 경제적 손실로 이어지고, 적정한 시공이 이루어지지 못하여 국민의 안전에 위협이 될 수 있기 때문이다. 위 두 가지 요구는 감리제도와 형사처벌로 이루어지는바 이들을 살펴보도록 한다.

II. 감리제도

1. 감리제도 일반

(1) 서설

감리제도는 여러 법률에서 다양하게 규정되고 있다. 공사감리자에 대하여 규정하고 있는 현행 법령에는 「건축법」, 「주택법」, 「건설기술 진흥법」, 「정보통신공사업법」, 「소방시설공사업법」, 「전력기술관리법」 등이 있다.[49] 특히, 「건설기술 진흥법」에서는 건설사업관리 제도라는 이름으로 감리제도를 규정하고 있고, 「주택법」에서도 따로 감리제도가 별도로 규정되어 있다. 각 법에서 규정되어 있는 감리제도의 취지나 특성은 크게 다르지 아니하므로, 주로 감리제도에 대하여 논의하고 있는 건축법상 감리제도에 대해서 설명하면서 감리제도를 살펴보고, 건설기술 진흥법상 건설사업관리 제도와 주택법상 감리제도를 살펴보도록 한다.

(2) 감리제도의 의의

발주청은 건설업자가 적정한 시공을 하고 있는지 확인할 필요가 있다. 위 필요를 충족시키기 위해서 도입된 것이 감리제도이다. 공사감리자는 시공자와 건축주를 지도하고, 시공계획 및 공사관리의 적정여부를 확인하는 등 공사의 시공이 법에 적합하게 유지되도록 하는 감독기능을 수행한다.[50]

감리제도는 건축물의 안전과 질적 향상을 도모하고, 나아가 위법건축물이 건축되는 것을 방지하는데 그 취지가 있는 것이다.[51] 대법원 역시 “건축법에 건축사를 공사감리자로 정하고 준공신고서에 건축사의 서명을 요하도록 한 취지는, 공사감리자인 건축사의 책임과 보증 하에 준공신고를 하도록 함이 위법건축물이 건축되는 것을 방지할 수 있어 공익을 위하여 적절하다는 데 있다”고 판시하였다.[52]

---

49) 송현진·유동규, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009, 449면
50) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 144면
51) 송현진·유동규, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009, 448면
52) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91누12172 판결

(3) 공사감리 대상 및 공사감리자의 자격

건축법은 엄격학 공사감리대상 건축물을 정하고 있다. 건축주는 대통령령이 정하는 용도·규모 및 구조의 건축물을 건축하는 경우에, 건축사 또는 대통령령이 정하는 자를 공사감리자로 지정하여 공사감리를 하게 하여야 한다(건축법 제25조). 이때 공사감리자는 건축주의 비용으로 공적임무를 수행하는 특별한 법적 지위를 지니게 된다.[53] 한편, 「주택법」에 의한 사업계획승인대상이거나 「건설기술 진흥법」에 의한 책임감리대상인 건축물의 감리에 대하여는 「건축법」을 적용하지 아니하고 그 법률이 정하는 바에 의한다(건축법 제21조 제9항).[54]

공사감리자는 시공자와 건축주를 지도하고, 시공계획 및 공사관리의 적정여부를 확인하는 등 공사의 시공이 건축법 등에 적합하게 유지되도록 하는 감독기능을 주된 업무로 한다(건축법시행규칙 제19조의2). 이를 보장하기 위해 건축법은 공사감리자의 시정 또는 재시공 요청권 및 공사중지 요청권을 명시적으로 정하고 있다(건축법 제25조).[55]

(4) 현행 감리제도의 한계

건설기술 진흥법상의 건설사업관리 제도는 건축물에 국한되지 않는 교량, 도로 공사를 위주로 감리를 이해하고 있다. 그렇기 때문에 건설기술 진흥법상의 건설사업관리 제도는 건축물의 감리로는 적합하지 않다. 한편, 주택법상의 감리제도는 대규모 아파트건설에 초점을 맞춘 감리이므로 건축물 전반에 대한 감리가 될 수 없다. 그렇다면, 건축물 전반에 대한 감리는 건축법에 의해서 규정되어야 한다. 그럼에도 불구하고, 건축법이 감리에 대하여 체계적인 규정을 두고 있지 않다. 감리가 건축물의

---

53) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 143면
54) 정태용, 『건축법해설』, 한국법제연구원, 2009, 243면
55) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 144면

시공에 있어 안전성을 담보하는 매우 중요한 제도라는 점을 염두에 두면, 입법론적으로 건축사법에 건축물에 대한 감리제도를 별도의 장에 규정하는 것이 타당하다.[56]

(5) 설계와 감리의 분리

1) 연혁

공사감리제도는 1972년 「건축법」에 처음 도입되었다. 부실시공을 막기 위함이었는데, 1983. 3. 강동구청에서 공사감리자가 되면 건축설계를 할 수 없다는 내용으로 설계자와 감리자를 구분하는 제도를 도입하였고, 1983. 11. 전국적으로 설계-감리 구분제도가 확대 운영되었다. 그러나 엄격한 감리에 대한 건축주의 불만이 지속적으로 제기되자 1994. 1. 설계-감리구분제도는 폐지되기에 이르러 설계-감리를 구분하지 않게 되었다.[57] 그런데, 최근에 다시금 설계와 감리를 구분할 것인지에 대한 논의가 이루어지고 있다.

2) 설계-감리 구분제도의 장단점

설계자와 감리자가 구분되지 않은 현행 제도에 있어서는 설계한 건축사가 현장에 참여할 수 있어 당초 설계한 의도대로 시공이 되는지를 확인할 수 있어 건축물의 완성도를 높일 수 있다는 장점이 있다. 뿐만 아니라, 건축주가 자유롭게 감리자를 선택할 수 있게 하여 건축주의 선택권을 침해하지 않는다. 그러나, 소규모 건축물의 경우 공사감리의 대가가 설계비에 포함되어 감리비를 제대로 받지 못한 채로, 감리자로 지정되어 책임만 지는 경우가 비일비재한 단점이 있다.[58]

---

56) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 144면 참조
57) 윤혁경, 「건축물의 안전과 품질확보 차원에서의 설계감리 구분」, 『건축과 사회』, 2015. 8., 42~43면 참조
58) 박중천, 「소규모 건축물 설계-감리 분리에 관하여」, 『건축과 사회』,

한편, 설계자와 감리자를 분리하게 되면 소규모 건축물의 경우, 설계비와 공사비가 분리되어 감리자로서는 감리대가를 제대로 받을 수 있게 된다. 적정한 대가의 지급은 엄격한 감리로 이어져 위법하거나 부실한 건축물을 예방하는데 큰 도움이 된다는 장점이 있다. 그렇지만, 설계자와 감리자가 분리되기 때문에 감리자로서는 설계자의 의도를 온전히 파악하기 어려워 설계자의 의도대로 시공되는지에 대한 감독이 불가능하며, 건축주로서는 당해 공사의 설계자를 감리자로 선택할 수 없게 되어 선택 권한을 제한받게 된다. 그리고, 당해 공사의 설계자가 그 감리자가 될 수 없게 된다면 건축사의 고유 업무에서 배제되어 감리회사, 시공·구조 기술사 등에게 입역을 잠식당할 수 있는 근거를 주게 된다는 단점이 있다.[59]

3) 소결

설계자와 감리자를 구분할지 여부를 결정함에 있어 가장 중요한 기준은 당초 감리제도의 취지에 어떤 것이 더 부합하는지가 되어야 한다. 감리제도의 취지는 적정한 시공을 보장하여 국민의 안전을 보장하는 것이다. 헌법재판소는 「주택법」에 따라 감리자를 사업주체가 아닌 사업승인권자가 지정하고, 또 감리비를 당사자 간에 결정하는 것이 아니라 국가가 고시한 기준에 따르도록 한 주택법 조항에 대하여 "이로써 보호하려는 공익은 보다 철저한 감리로 공동주택공사의 부실을 방지하고, 이로 인하여 공동주택 입주자 등의 생명과 신체의 안전을 보호하려는 것으로써, 이로 인한 공익이 사업주체가 침해받는 계약의 자유보다 더 크다"고 설시하였다.[60] 위 헌법재판소 결정례를 고려하면 그 기준은 국민의 안전 보장을 우선하여야 한다는 점이 명확해진다.

2015. 8., 64면 참조

59) 박중천, 「소규모 건축물 설계-감리 분리에 관하여」, 『건축과 사회』, 2015. 8., 64면 참조

60) 헌법재판소 2009. 6. 25. 자 2007헌바39 결정

그렇다면, 설계자와 감리자를 구분하는 것이 엄격한 감리가 이루어져, 건축주의 선택권을 침해하거나 설계자의 의도대로 시공이 이루어지지 않을 위험성이 있다 하더라도, 위법한 시공으로 인한 부실 시공을 예방하는데 보다 더 적절한 수단임은 분명하므로, 설계자와 감리자를 구분하는 것이 필요하다고 생각된다.

2. 건설사업관리 제도

과거 건설기술관리법에서는 감리제도를 두고 있었는데, 당시의 감리제도는 건설공사의 시공 단계에 국한되어 있었다. 과거 감리제도가 가지는 범위의 한계를 넘어서고, 발주청의 사업관리 역량을 강화하고 관련 업체의 해외진출을 활성화하기 위하여 건설기술 진흥법은 시공 단계에 국한되었던 감리제도를 건설공사의 기획단계부터 유지·관리 단계까지 포괄적·탄력적으로 적용될 수 있도록 건설사업관리로 통합하였다.[61] 발주청으로서는 시공뿐만 아니라 기획·유지·관리 등도 효율적으로 이루어지고 있는지 관여할 수 있는 길이 열린 것이다.

발주청은 설계·시공 관리의 난이도가 높아 특별한 관리가 필요한 공사거나 발주청의 기술인력이 부족하여 원활한 공사 관리가 어려운 공사 등 건설공사로서 그 건설공사의 원활한 수행을 위하여 발주청이 필요하다고 인정하는 건설공사의 경우에 건설공사를 효율적으로 수행하기 위하여 건설기술용역자로 하여금 건설사업관리를 하게 할 수 있다(건설기술 진흥법 제39조 제1항). 또한, 발주청은 대통령령으로 정하는 건설공사에 대하여는 법인인 건설기술용역업자로 하여금 건설사업관리를 하게 하여야 하고(동법 동조 제2항), 대통령령으로 정하는 설계용역에 대하여는 건설기술용역업자로 하여금 건설사업관리를 하게 하여야 한다(동법 동조 제3항). 그리고, 앞선 규정에 따른 건설사업관리 업무를 수행한 건

61) 건설기술 진흥법 [법률 제11794호, 2013. 5. 22., 전부개정] 개정이유

설기술용역업자에게 건설공사의 주요 구조부에 대한 시공, 검사 및 시험 등 세부적인 업무내용을 포함한 보고서를 작성하여 발주청에 제출하여야 하는 제출의무를 부과함으로써(동법 동조 제4항), 발주청이 건설업자에 의하여 적정한 시공 등이 이루어지고 있는지 확인할 수 있게 하는 구조를 만들었다.

건설기술용역업자에게 건설사업관리를 할 수 있다는 규정만 두어서는 건설사업관리의 실효성이 적다. 건설업자가 건설기술용역업자의 건설사업관리에 따르지 않고 공사를 진행할 가능성이 있기 때문이다. 이러한 문제를 제거하기 위하여 건설기술 진흥법은 건설기술용역업자에게 건설업자가 건설공사의 설계도서·시방서, 그 밖의 관계 서류의 내용과 맞지 아니하게 그 건설공사를 시공하는 경우에는 재시공·공사중지 명령 등을 할 수 있는 권능을 부여하고(동법 제40조 제1항), 건설업자에게는 위 명령을 따라야 하는 의무를 부과하고 있다(동법 동조 제2항).

3. 주택법상 감리제도

(1) 의의

사업계획승인권자는 주택건설사업계획을 승인하였을 때 「건설기술 진흥법」에 따른 감리자격이 있는 자를 해당 주택건설공사를 감리할 자로 지정하여야 한다(주택법 제24조 제1항). 이때 「건설기술 진흥법」에서 건설사업관리 제도를 두고 있는데 주택법상 감리제도와의 관계가 문제된다. 건설기술 진흥법상 건설사업관리 제도는 이전의 감리 제도를 개선한 것이므로 그 본질에 있어서는 감리 제도와 다르지 않기 때문이다.

(2) 건설사업관리 제도와의 관계

「주택법」에도 감리의 실효성 확보를 위하여 감리자가 위반 사항을 발견하였을 때에는 시공자 및 사업주체에게 위반 사항을 시정할 것을 통지하고(주택법 제24조 제4항), 통지를 받은 시공자 및 사업주체는 즉시 해당 공사를 중지하고 위반 사항을 시정한 후 감리자의 확인을 받아야 한다고 규정하고 있다(동법 제24조 제5항). 건설사업관리 중 공사중지 명령 등을 규정한 「건설기술 진흥법」 제40조에 대응하는 조항이다.

주택법상 감리자의 업무 수행 범위는 시공자가 설계도서에 맞게 시공하는지 여부의 확인, 시공자가 사용하는 건축자재가 관계 법령에 따른 기준에 맞는 건축자재인지 여부의 확인 등에 그친다(주택법 제24조 제2항). 한편, 건설기술 진흥법상 건설기술용역업자는 품질 및 안전관리 실태의 확인, 설계변경에 관한 사항의 확인, 준공검사 등 발주청의 감독권한대행 업무 등을 포함한다.

즉, 주택법상 감리자는 시공 단계에 한정하여 업무를 수행하지만 건설기술 진흥법상 건설기술용역업자는 시공 단계 뿐만 아니라 건설공사의 기획단계부터 유지·관리 단계까지 관여한다. 후자의 업무 범위가 전자의 그것을 포함한다고 볼 수 있으므로 건설기술 진흥법상 건설사업관리를 시행하면 별도로 주택법상 감리제도를 시행할 필요가 없다고 보아야 한다. 「건설기술 진흥법」 제42조는 건설사업관리를 시행하는 경우 「주택법」 제24조에 따른 감리를 한 것으로 본다고 하여 이를 규정하고 있다.

III. 법위반에 대한 제재

건설업 등록을 하지 아니하거나 부정한 방법으로 등록을 하고 건설업을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하여진다(건설산업기본법 제96조 제1호, 제9조 제1항). 이는 건설업을 하기

위해서는 건설업 등록을 하게끔 하여 건설산업을 규제하려는 면허법제가 제대로 작동하기 위한 필요적인 것이다. 뿐만 아니라, 건설기술자의 현장 배치를 하지 아니한자 등에 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하여 진다(동법 제97조 제4호). 적정한 시공이 이루어지기 위해서 법이 예정한 기능들이 실질적으로 작동하는 것을 강제하기 위함이다.

제재의 방식으로 과태료를 부과할 수도 있지만 법은 경하게는 벌금형, 중하게는 징역형까지 예정하고 있다. 건설산업의 경우, 일반적으로 금지하고 예외적인 경우에 해제하여 그 자유를 회복시켜주는 면허법제에서, 통제받지 않은 자유의 행사의 위험성이 특히 크기 때문에 중한 처벌로써 규제의 정상적 작동을 유지하려는 것이다.

제 4 절 그 밖의 사전적 개입수단

I. 개요

1. 규제와 개입

행정주체가 특정 산업에 관여하는 방법은 두 가지가 있을 수 있다. 하나는 국민의 자유로운 행위를 금지하고, 특정한 행위를 하게끔 강제하는 것과, 다른 하나는 국민에게 특정한 행위를 하게끔 지원하는 것이다. 통상 전자를 침익적인 것이라 부르고, 후자를 수익적인 것이라 부른다. 즉, 침익적 행정행위는 의무를 부과하거나 권리·이익을 침해·제한하는 등의 불이익 처분이며, 수익적 행정행위는 상대방에게 권리·이익을 부여하는 행정행위이다.[62]

62) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 246면

한편, 행정규제란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것(행정규제기본법 제2조 제1하 제1호)을 말한다. 위 정의에 따르면 행정주체가 사인에게 수익적인 내용의 처분을 하는 경우 이는 규제의 범위에 포섭되지 아니한다. 수익적 행정행위는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것이 아니라 오히려 그 반대이기 때문이다. 그런데, 앞서 말한 바와 같이 특정 산업에 관여하는 방법은 행위의 금지·강제 등으로 이루어지는 규제법제와 행위의 지원 등으로 이루어지는 진흥법제가 있다.[63] 진흥법제를 통하여 건설산업에 행정청이 관여하는 것을 규제로 표현할 수는 없고 상위의 개념이 필요하다.

행정청에 대하여 적극적으로 행정행위 기타 행정작용을 할 것을 구하는 적극적 공권을 행정개입청구권이라고 한다.[64] 행정개입청구권의 내용은 국민에게 침익적인 것뿐만 아니라 일부 수익적인 내용도 포함하고 있는바 개입은 침익적인 내용을 의미하는 규제뿐만 아니라 수익적인 내용도 포함하는 상위의 개념이라고 할 것이다. 이하에서는 건설기술을 지원하여 건설산업에 행정청이 관여하는 진흥법제인 「건설기술 진흥법」을 주로 살펴볼 것이므로, 이는 규제수단이라 하지 아니하고 개입수단이라고 부르도록 한다.

2. 의의

「건설기술 진흥법」의 옛 이름은 「건설기술관리법」이다. 건설기술관리법은 2013. 5. 22. 건설기술의 경쟁력을 강화하고 관련 산업의 발전을 도모하기 위하여 건설기술 관리체계를 규제 중심에서 관련 산업의 진흥과 지원 중심으로 전환하고, 세분화된 건설기술용역 업무 및 건설기술인력 분야를 통합하여 국내 건설기술산업의 해외진출과 경쟁력 향

63) 최철호 외 2인, 「규제 법제의 근본적 전환 가능성과 방안에 관한 연구」, 법제처·청주대학교, 2015 참조
64) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 101면

상을 도모하고자 제명을 건설기술 진흥법으로 변경하였다.[65]

3. 목적 및 구성

건설기술진흥법은 건설기술 수준을 향상시키고 이를 바탕으로 건설산업을 진흥함으로써 건설공사의 적정한 시공이 이루어지게 하고, 또한 적정한 시공에 따라 건설공사의 품질이 높아지고 안전이 확보됨으로써 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(건설기술 진흥법 제1조). 법에서는 '건설공사가 적정하게 시행'되어야 한다고 규정되어 있는데 정확히는 시행이 아니라 시공이 옳다고 할 것이다. 시행은 개발사업의 진행, 자금의 조달, 주택의 분양 등 개발사업의 전(全)과정을 진행하는 일체의 행위를 말하는데 건설기술의 연구·개발을 통해서 시행이 적정하게 이루어진다고 보기 어렵기 때문이다. 건설기술은 오히려 물리적 시설물의 공사나 시공관리와 관련이 깊다.

건설기술진흥법은 8개의 장으로 이루어져 있다. 제1장 총칙, 제2장 건설기술의 연구·개발 지원 등, 제3장 건설기술자의 육성 등, 제4장 건설기술용역 등, 제5장 건설공사의 관리, 제6장 건설기술용역업자 등의 단체 및 공제조합, 제7장 보칙, 제8장 벌칙이 그것이다.

목적과 구성을 종합하여 보면 건설기술 진흥법은 주로 건설공사의 적절한 시공을 위한 법이라는 점을 알 수 있다. 공공복리의 증진과 국민경제의 발전이 목적이라 밝히지만 이 역시 건설공사의 적정한 시공으로 이룰 수 있는 목적이고, 무엇보다 법에서는 건설기술에 관련된 내용들을 위주로 담아내고 있기 때문이다. 건설기술 진흥법은 크게 건설기술 연구·개발 지원 제도, 건설기술자 육성 제도, 건설기술용역업 등록 제도, 건설사업 관리제도, 건설공사 관리 제도 등으로 나뉜다.

---

65) 건설기술 진흥법[법률 제11794호, 2013. 5. 22. 전부개정] 개정이유

II. 기술지원을 통한 간접적 개입

1. 서설

건설기술 진흥법은 법의 명칭에서 알 수 있듯, 건설기술을 '진흥' 하는 법률이지 건설업자에게 어떠한 침익적인 행정행위를 예정하는 것은 아니다. 즉, 건설기술 진흥법의 여러 제도들은 건설업자에게 오히려 수익적이라고 할 수 있다. 그런데 규제(regulation)이 반드시 침익적인 것만을 의미한다고 할 수 없고, 넓은 의미에서 본다면 행정주체가 개입하는 것을 포괄한다고 볼 수 있다. 즉, 건설기술 진흥법과 관련하여 건설산업을 규제한다는 것은 직접적으로 건설업자에 일정한 의무를 부과하여 침익적인 형태로 이루어진다는 것이 아니라, 간접적으로 건설업자에게 기술을 지원하는 등의 수익적인 형태로 기술 발전을 이루어내어 건설산업을 통제한다는 의미이다.

2. 건설기술의 연구·개발 지원

건설기술 진흥법은 건설기술의 진흥을 위하여 건설기술의 연구·개발에 각종 지원 제도를 두고 있다. 우선, 국토교통부장관에게 건설기술의 연구·개발을 촉진하고 그 성과를 이용하여 건설 산업의 진흥을 도모하기 위한 건설기술진흥 기본계획(이하 "기본계획")을 5년마다 수립하여야 할 의무를 부과하고 있다(건설기술 진흥법 제3조). 이는 건설기술에 대한 지원이 국가적 차원에서 체계적으로 이루어지도록 하는 것이다.

위 기본계획을 토대로 각종 지원이 이루어지는데, 국토교통부장관은 기본계획을 추진하기 위하여 건설기술 발전에 필요한 건설기술 연구·개발 사업을 할 수 있다는 것이 그 중 하나이다(동법 제7조). 또한 국토교통부장관은 공공기관 등에게 건설기술개발을 위한 투자를 권고할 수 있고(동법 제8조), 관계 중앙행정기관의 장과 공동연구를 추진하거나 건

설기술연구기관의 건설기술 연구·개발을 지원할 수 있으며(동법 제9조), 건설기술연구기관에 연구시설 및 장비 등을 지원할 수 있다(동법 제10조). 뿐만 아니라 보다 적극적인 차원에서 국토교통부 장관은 건설기술 연구·개발 사업으로 개발된 건설기술을 적용하는 시범사업을 할 수 있으며 이에 재정적·행정적·기술적 지원을 할 수 있다(동법 제12조). 시범사업의 결과로 성능이 우수하다고 인정되는 건설기술에 대하여는 국토교통부장관이 해당 건설기술의 우선 활용을 권고할 수 있다(동법 제13조).

3. 건설기술자 육성 제도

과거 건설기술관리법에서는 건설기술자, 감리원 및 품질관리자 등이 있었다. 건설기술 진흥법은 설계 및 시공 등을 수행하는 건설기술자, 감리를 수행하는 감리원, 품질검사를 수행하는 품질관리자 등으로 구분되어 있던 건설기술인력을 체계적으로 관리하고 건설기술의 통합적 발전 기반을 마련하기 위하여 이들을 건설기술자로 통합하였다.[66]

건설산업기본법이 규정하는 건설기술자 제도는 공사현장에 배치되어야 하는 건설기술자의 수 등을 규율하여 건설기술자의 활용에 대한 부분에 관여한다. 반면, 건설기술 진흥법은 건설기술자의 육성 등 건설기술자 그 자체를 규율하여 건설기술자의 관리에 관여한다. 건설기술 진흥법은 국토교통부장관에게 건설기술자의 육성과 교육·훈련 등에 관한 시책을 수립·추진할 수 있는 권능을 수여하고 있고(동법 제20조), 건설기술자로 하여금 건설기술자의 근무처 및 경력 등을 국토교통부장관에게 신고하게 함으로써 국토교통부장관이 이에 대한 기록을 유지·관리하여 건설기술자를 관리할 수 있게 하고 있다(동법 제21조).

III. 건설기술용역업 등록 제도

66) 건설기술 진흥법 [법률 제11794호, 2013. 5. 22., 전부개정] 개정이유

건설산업기본법에서는 건설업에 대한 등록 규정을 두고 있을 뿐 건설용역업에 대하여는 침묵하고 있는데, 건설기술 진흥법에서 건설기술용역업을 수행하려는 자는 등록을 하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제26조). 따라서 건설기술 진흥법에 따라 건설기술용역업을 하려는 자는 건설기술용역업 등록을 받기 전까지는 해당 영업을 수행할 수 없다고 할 것이다. 등록의 법적 성질에 대해서는 견해 대립이 있지만 허가와 수리를 요하는 신고의 중간적 성질을 띤다고 할 것이다.[67]

IV. 건설공사 관리 제도

건설기술 진흥법은 건설공사에 드는 비용을 줄이고 시설물의 품질을 향상시키기 위하여 건설공사를 관리한다. 건설자재·부재의 치수 및 시공방법의 표준화에 대한 노력은 물론(동법 제43조), 건설공사 설계기준, 건설공사 시공기준 및 표준시방서 등, 그 밖에 건설공사의 관리에 필요한 사항에 대한 기준(이하 "건설기준")을 정할 수 있도록 하고 있다(동법 제44조). 건설공사의 관리에 있어서는 건설업자의 시공기능 뿐만 아니라 건설업자의 시행기능과도 관련이 있다. 법은 발주청에게 건설공사의 계획·조사·설계·시공·감리·유지·관리 등 건설공사의 전과정이 정해진 절차 및 기준에 따라 수행하여야 할 의무를 지우는데(동법 제46조) 건설공사의 시공은 시공기능이라 할지라도 계획·조사는 시행의 영역에 속함이 분명하기 때문이다.

67) 자세한 내용은 제3장 제2절 II. 3. 나. 참조

제 4 장 건설업자에 대한 사업법제

제 1 절 서설

건설업자는 기본적으로 시공을 업으로 하는 조직이다. 발주자로부터 공사를 수주하여 도급계약의 내용에 따라 도급대금을 지급받고 주택 등을 시공함으로써 수익을 창출한다. 이러한 구조에서 건설업자는 단순 수급인의 지위에 있기 때문에 해당 건설사업의 성패에 영향을 받지 아니하고 일정한 수익을 얻을 수 있다. 한편, 건설업자는 스스로가 건설사업을 만들어내기도 한다. 토지를 형질변경 등의 방법으로 조성하여 그 위에 주택 등을 시공하여 분양함으로써 수익을 창출하는 것이다. 이러한 구조에서 건설업자는 건설사업의 시공자인 동시에 시행자이기도 하여 사업이 성공하면 막대한 수익을 얻을 수 있기도 하지만, 사업이 실패하면 그 책임을 져야만 하는 지위에 있다.

과거 건설산업이 부흥하였을 때에는 주택을 건설할 부지도 넘쳐났고 주택에 대한 수요도 많았기 때문에 건설업자가 건설사업 현장을 스스로 만들어낼 필요성이 크지 않았다. 그러나 점점 주택이 늘어나면서 부지가 줄어들게 되었고, 과거 주택의 가격을 높이려던 정부의 정책 기조 또한 집값 안정화로 바뀌기 시작하면서 주택에 대한 수요도 줄어들게 되었다. 이는 건설업자가 수익을 얻을 수 있는 건설사업 현장이 줄어들게 되었다는 것을 의미한다. 따라서 건설업자로서는 스스로 건설사업 현장을 만들어 수익을 창출할 필요성이 커져서 기존의 소극적인 단순 수급인으로서의 시공자의 지위에서 벗어나 사업의 시행자로서의 지위를 가지는 현장이 점차 늘어나게 되었다.

대표적으로 건설업자는 재건축·재개발사업 등 도시정비사업에

관여하거나 주택사업에 참여하여 건설 현장을 적극적으로 만들어낸다. 이때 전자에 대하여 규율하는 것이 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법)이고 후자에 대하여 규율하는 것이 주택법이다. 위 규범들은 건설업자가 사업을 하는 사업행위를 규율하는 사업법제에 해당한다. 면허를 취득하였다 하더라도 건설업자의 사업행위를 아무런 규제 없이 자유롭게 허용한다면 당초 건축물의 안정성을 확보하고자 하는 목적을 달성할 수 없게 된다. 그렇기 때문에 법은 건설업자의 사업행위에 무제한적인 자유를 허용하는 것이 아니라, 그 행위에 일부 제한을 하여 공법적으로 규제하는 것이다.

건설업자는 각종 사업에 참여하지만, 주로 하는 사업은 주택건설사업과 도시정비사업이다. 즉, 건설업자의 사업행위는 위 사업을 진행하는 것을 말한다. 건설업자의 주택건설사업에 대하여는 주로 주택법이 그 행위를 규율하며, 도시정비사업에 대하여는 도시 및 주거환경정비법이 그 행위를 규율한다. 이하에서 이를 살펴보도록 한다.

제 2 절 주택건설사업에 대한 공법적 규제

I. 서설

1. 주택법의 의의

주택법은 국민의 주거를 안정화시키고 주거의 수준을 향상하는데 이바지하는 것을 목적으로 제정된 법으로(주택법 제1조), 국민의 쾌적한 주거생활에 필요한 주택의 건설·공급·관리와 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관한 사항을 정한다. 주택법은 형식상으로는 일정한 호수(30호), 또는 세대(30세대) 이상의 주택을 건설하는 경우 그에 대한 특례를 정하고 있지만(주택법 제16조 제1항, 주택법시행령 제15조 제1항), 사실

상 여러 세대가 건물설비의 전부 또는 일부를 공동으로 사용하는 공동주택, 그 중에서도 특히 아파트건설을 위한 특별법이라 할 수 있다.[68]

2. 주택건설사업의 사업주체 일반

주택법에 의한 주택건설사업의 사업주체로는 주택건설사업계획의 승인을 받은 국가·지방자치단체, 한국토지주택공사, 주택건설사업 등록자 등이 있다(주택법 제2조 제7호). 건설업자는 주택법에 의한 주택건설사업 등록을 하고(주택법 제9조), 일정한 요건을 갖추어 행정청으로부터 사업계획승인을 받는다면(주택법 제16조), 주택건설사업의 사업주체가 될 수 있다.

한편, 법은 건설업자가 단독으로 사업주체가 되는 경우뿐만 아니라 토지소유자, 주택조합, 고용자 등이 주택을 건설하는 경우에 등록사업자와 공동으로 사업을 시행하거나 일부 경우 반드시 공동으로 시행하여야 한다고 규정하여, 사업계획승인을 받지 않은 건설업자가 주택건설사업 등의 등록을 하여 공동사업주체가 될 수 있는 가능성을 열어두고 있다(주택법 제10조). 즉, 주택법에 의한 주택건설사업에서 원칙적으로 건설업자는 사업계획승인을 받아 단독으로 사업주체가 되는 것이지만, 사업계획승인을 받은 주택조합 등을 도와 공동사업주체가 될 수 있기도 한 것이다.

3. 주택건설사업에서의 시행과 시공

주택법 제22조는 주택의 설계 및 시공을 정하면서 '시공자'를 주택을 시공하는 자라고 하고 있다. 이는 법이 건설업자가 사업주체 또는 공동사업주체가 아닌 단순 수급인의 지위에서 주택건설사업에 참여하는 경우도 예정하고 있다는 것이다. 그렇다면 건설업자가 주택법에 의한 주

68) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 628면

택건설사업에서 담당하는 기능은 역시 크게 시공 기능과 시행 기능으로 구별된다. 건설업자가 단독으로 사업주체가 되는 경우, 주택조합 등에 더불어 공동으로 사업주체가 되는 경우, 단순 수급인의 지위에 있는 경우가 있는데, 각 경우에 있어 건설업자가 담당하는 기능이 달라진다. 이하에서는 주택법이 건설업자의 주택건설사업을 규제하는 장치들을 검토하되, 건설업자가 담당하는 기능이 시행인지, 시공인지를 구별하면서 살펴보도록 한다.

II. 주택법의 법적 성격

1. 법적 성격 일반

건축법은 건축행위의 목적인 건축물을 개별가구단위의 단독주택으로 상정하고 있는 반면, 주택법은 개별적 건축허가에 의한 건축물과 달리 집단적인 주거단지로서 아파트건설은 일종의 '마을'을 만들어내는 행위라는 점에서 도시계획적 판단을 받아야 한다.[69]

주택법도 결국 주택, 즉 주거용건축물의 건축에 관한 것이다. 따라서 주택법은 건축행위에 관하여 규율하고 있는 건축법의 특별규정으로서의 성격을 가진다.[70] 다른 한편 주택법은 여러 주택이 모여있는 '마을'을 만들어내는 것이므로 일단의 주거단지를 개발하는 면적위주의 개발사업을 규율하는 측면도 가진다. 전자의 특징에 따르면 주택법에 의한 사업승인은 건축허가와 유사한 것으로 평가되기도 하지만, 후자의 특징에 따르면 사업승인에서 거시적이고 도시계획적인 판단이 중요한 기능을 하기도 한다.[71] 즉, 주택법은 이중적인 성격을 가지고 있는 것이다.

---

69) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 630면
70) 강의성, 「주택법상 지역조합에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005., 11면
71) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 631면

2. 주택법의 도시계획적 성격과 현행법의 문제점

(1) 주택법의 도시계획적 성격

주택법은 집단적인 주거단지를 만들어내는 것이므로 도시계획적 성격을 가지고 있음을 부인할 수 없다. 즉, 주택법은 하나의 주택'단지'를 개발한다는 측면에서 토지의 합리적 이용에 관하여 규율하는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법'이라 한다)과 유사한 성격을 가진다.[72] 건축법이 규율하는 대상은 개별 건축물인 반면, 주택법이 규율하는 대상은 아파트로서 상당수의 주민을 수용할 수 있다는 점에서 공동체를 새로이 만들어내는 것이므로 도시계획적 성격을 가지는 것이다.

(2) 현행법의 문제점

그렇기 때문에 주택법상 아파트를 건설하기 위해서는 도시정비법에서 구역지정을 하는 것과 마찬가지로(도시정비법 제4조 참조) 아파트 건설사업을 위해서는 구역지정이 필요하다. 그런데, 불행히도 현행 주택법은 아파트건설사업을 구역지정 없이 가능하게 하고 있다.

앞서 논한 바와 같이 주택법의 전신인 주택건설촉진법은 신속한 아파트건설을 최우선의 과제로 삼았다. 이를 위해서 시공을 할 수 있는 요건을 완화하였을 뿐만 아니라, 입지선정과 관련된 도시계획적 판단을 배제하도록 특권을 부여했다. 이러한 특권은 당시 시대적 배경에서 예외적으로 허용되는 것에 그쳐야 하는 것이었지만, 상황이 변화하였음에도 불구하고 현행의 주택법에도 이어져왔다. 현행법이 주택건설사업을 쉽게 허용할 수 있는 것도 도시계획의 변경을 수반하지 않는 주택건설사업을

---

72) 권혁용, 「주택법상 등록사업자의 법적 지위」, 중앙대학교 석사학위논문, 2006., 11면

허용하고 있기 때문이다.[73] 그리고, 도시계획의 변경이 수반되지 않기 때문에 현행 주택법 하에서는 사업승인으로 기존의 도시계획이 정해놓은 용적률 등을 벗어날 수 있는 제도적 장치가 없다.[74] 그렇기에 입법론적으로 주택건설사업에 있어서도 도시계획적 판단이 있다는 점을 고려하여 구역지정 제도를 두는 것이 타당하다.

III. 사업계획승인을 통한 주택건설사업의 규제

1. 서설

주택법상 주택건설사업계획의 승인의 대상은 20호 또는 20세대 이상의 단독·공동주택이다(주택법 시행령 제15조 제1항). 건축법상 건축허가는 개별적인 건축행위를 대상으로 하는 것과 달리 주택법상 사업계획승인은 공동주택을 대상으로 하는 것이므로 그 사업이 완성되었을 때 발생이 예상되는 효과에 있어 후자의 파급력이 전자의 그것보다 크다. 그렇기 때문에 건설업자 등의 사업주체가 주택건설사업을 하는 경우 이를 공법적으로 규제하여야 할 필요성이 제기되는 것이다.

주택건설사업계획의 승인이란 아파트 등 공동주택을 건설하고자 하는 자가 주택건설사업을 시행하기 위해서 사업계획을 작성하여 시장·군수로부터 받는 승인을 말한다(주택법 제16조).[75] 사업계획승인을 받지 못한 경우 주택건설사업을 시행할 수 없는데 이를 통하여 행정주체가 주택건설사업에 사전적으로 규제하는 것이다. 이때 행정주체가 규제수단으로 행사하는 사업계획승인의 재량범위는 그 법적 성격에 따라 달라지므로 사업계획승인의 법적 성격을 살펴봄으로써 행정주체의 행정권 행사범위를 본다. 그 법적 성격이 규명되면, 사업계획승인의 역할과 당초 목

73) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 632면
74) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 632면 참조
75) 이기형, 「주택건설사업계획승인의 요건 및 절차」, 『법학연구』제50권, 2013, 480~481면

적의 실효성을 확보할 수 있는 수단에 대하여 차례대로 살펴보기로 한다.

2. 사업계획승인의 법적 성격

(1) 법적 성격 일반

행정행위의 법적 성격을 규명하는 이유는 당해 행정행위를 행하는 행정주체의 행정권 행사의 범위를 알기 위함이다. 행정행위는 기속행위와 재량행위로 분류할 수 있는데, 기속행위라면 행정주체의 재량권의 범위가 적고, 재량행위라면 행정주체의 재량권의 범위가 크다. 이때 기속행위란 근거법이 행위의 요건·내용을 엄격하게 규정하고 있어 행정청은 이를 적용할 따름이고 독자적 판단의 여지가 없는 행위를 말하고, 재량행위란 당해 행위의 요건·내용에 관한 근거법의 규정방식에 따라서는, 행정청에 일정한 한도의 재량권, 즉 독자적 판단이 인정되는 경우를 말한다.[76]

기속행위인지 재량행위인지 판단하는데 유용한 것은 강학상 허가와 강학상 특허를 구별하는 것이다. 통상적으로 강학상 허가는 기속행위로 강학상 특허는 재량행위로 이해되기 때문이다. 이때, 강학상 허가란 법령에 의한 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위를 말하고[77], 강학상 특허란 특정인을 위하여 새로운 권리를 설정하는 행위, 능력을 설정하는 행위, 포괄적인 법률관계를 설정하는 행위를 의미한다.[78] 한편, 대법원은 기속행위와 재량행위의 구분과 관련하여 “당해 행위의 근거가 된 법규의 체제 형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여야 한다”고 판시하고 있

76) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 245면
77) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016, 200면
78) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016, 210면

다.[79]

(2) 사업계획승인의 재량성

주택법상 사업계획승인은 건축법상 건축허가에 대응한다. 따라서 일정 규모 이상의 주택건설사업을 하기 위해서는 주택법상 사업계획승인을 받아야 한다(주택법 제16조). 한편, 건축법상 건축허가는 원칙적으로 기속행위로 이해된다. 모든 건축허가가 기속행위가 되는 것은 아니고, 국토계획법상 개발행위허가가 의제되는 경우 등에는 재량행위로 이해되기도 하지만,[80] 건축법상 건축허가는 일반적으로 강학상 허가로 보아 기속행위로 이해되고 있다.[81] 한편, 주택법상 사업계획승인에 대하여는 강학상 특허로서 재량행위라 본다.[82]

건축법상 건축허가는 기속행위 임에도 불구하고 주택법상 사업계획승인이 재량행위라는 결론에 이르게 된 주된 근거는 앞서 살펴본 바와 같이 주택법이 도시계획적 성격을 가지는 것과 관련이 깊다. 아파트를 건설할 수 있는 권능을 부여하는 사업계획승인 속에는 도시계획적 판단이 내재하기 때문에 이에는 광범위한 형량요소가 존재하고, 사업계획승인으로서 의제되는 행위의 실질을 감안하면 사업계획승인은 재량행위라고 판단할 수밖에 없는 것이다.[83]

그렇다면, 재량행위로 이해되는 사업계획승인에 대하여 행정주체가 행사할 수 있는 재량의 범위가 문제된다. 행정계획에 대하여 행정청

---

79) 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593
80) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결 등
81) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누3038 판결, 대법원 1992. 11. 24. 선고 92누12865 판결 등.
82) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결, 대법원 1996. 10. 11. 선고 95누9020 판결 등
83) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스 2013, 634면

에게는 광범위한 재량이 부여된다. 이에 대한 재량을 계획재량이라고 한다. 한편, 주택법상 사업계획도 일종의 행정계획이므로 행정청에게는 사업승인에 관한 광범위한 재량이 부여된다. 따라서 사업승인을 할 것인지의 여부는 행정청이 주거수요, 환경문제 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것인바, 행정청은 사업계획승인과 관련하여 계획재량을 가진다.[84] 이때 승인권자는 광범위한 재량을 가지므로 그 승인에 있어 법령에 근거가 없는 입지심사 등의 절차를 거치게 할 수 있다.[85] 뿐만 아니라 그 신청에 대하여 법령에 근거가 없는 사유를 들어서도 비례의 원칙 등 행정의 일반원칙에 위반된다는 특별한 사정이 없는 한 적법하게 거부할 수 있다.[86]

(3) 사업계획승인과 부관

행정행위의 부관이라 함은, 행정행위의 효과를 제한하거나 부가적 의무를 부과하기 위하여 행정행위의 주된 내용에 부가하는 부대적 규율을 말한다.[87] 통설에 의하면 부관은 법률행위적 행정행위에만 붙일 수 있으며, 기속행위에는 붙일 수 없고 재량행위에만 부관을 붙일 수 있다.[88][89] 한편, 그 내용에 있어서 완전한 자유가 인정되는 것이 아니라 부관의 내용은 적법하고 이행가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다는 한계가 존재한다.[90] 그리고, 사전적으로 부관을 부가하는 것이 일반적이지만 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우와 사정변경으로 인하여

---

84) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 636면
85) 대법원 1987. 9. 8. 선고 87누411 판결
86) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005두13315 판결, 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두10883 판결 등
87) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 299~300면
88) 이상철, 「기속행위와 재량행위」, 『월간 법제』. 2002, 9면
89) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016, 225면
90) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91누4300 판결

당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 사후적으로 부관을 부가할 수 있다.[91]

앞서 살펴본 바와 같이 사업계획승인은 재량행위이다. 그렇기 때문에 사업계획승인에 부관을 부가할 수 있다. 그런데, 그 내용에 있어서는 적법하고 이행가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도의 것이어야 한다는 한계가 있다.[92] 뿐만 아니라, 그 부관은 원칙적으로 사전에 부가되어야 하는 것이고, 사업계획승인을 하고 난 이후에 부관을 부가하기 위해서는 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우와 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에 해당한다는 사정이 인정되어야 한다.[93]

3. 사업계획승인의 역할

(1) 주택건설사업 규제

주택법상 주택건설사업은 공동주택, 즉 소위 '아파트'를 건설하는 것이므로 그 규모나 주변에 미치는 영향이 크다. 그렇기 때문에 이를 공법적으로 규제하여야 하는데, 주택법이 건설업자에 대하여 하는 규제의 방법이 사업계획승인이다. 즉, 사업계획승인을 받지 못할 경우 주택건설사업을 할 수 없게 하여 사업주체가 주택건설사업을 하기 위해서 법이 정한 요건을 충족시키고, 행정주체의 도시계획적 판단에 비추어 그 적정성이 인정되었을 때 비로소 사업이 허용하게 하는 것이다. 그 과정에서 행정주체는 사전적으로 건설업자 등의 사업주체의 주택건설사업에 대하

91) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결
92) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91누4300 판결
93) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결

여 공법적으로 규제를 하게 된다.

(2) 각종 인·허가 의제

사업계획승인권자에 의한 사업계획승인이 있으면 「건축법」상 건축허가, 건축신고, 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」상 공유수면의 점용·사용허가 등 각종 인·허가 등을 받은 것으로 의제한다(주택법 제17조 제1항). 이때 의제되는 인·허가에 따른 형식적·실체적 요건도 이를 심사하고 적용해야 하는 것인지 문제된다. 실체적 요건도 따로 심사할 필요가 없다고 한다면, 사업계획승인의 요건만 갖추면 다른 인·허가가 받은 것으로 모두 받은 것으로 의제된다. 이와 달리 실체적 요건은 따로 심사하여야 한다고 보면, 절차는 간소화되지만 의제받고자 하는 인·허가의 실체적 요건도 갖추어 사업계획승인을 신청하여야 하는 결론에 이르게 된다.

이에 대하여 대법원은 인·허가의제 효과가 수반되는 건축신고에 대하여 "건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여 그 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다"[94]고 판시하여 실체적 요건이 적용된다고 본다. 또한, 도시계획결정이 의제되는 주택건설사업계획승인의 경우 이 승인행위가 있으면 구도시계획법에 의한 계획결정절차를 거치지 아니하여도 도시계획결정이 의제된다고 판시하여[95] 의제되는 인·허가의 절차규정은 적용되지 아니한다고 하고 있다.

학계에서도 대법원과 같이 절차규정의 적용은 배제되지만 여전

94) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결
95) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결

히 실체적 요건은 준수해야 한다고 보는 견해가 다수이다.[96] 즉, 인·허가 의제제도의 목적은 주된 인·허가 외에 다른 여러 행정기관의 인·허가를 받아야 하는 경우, 이들 행정기관에 대한 인·허가신청절차를 거치지 않고 당해 사업을 할 수 있도록 절차를 간소화하고 그에 의하여 당해 사업 수행을 촉진하려는 것이라고 보아[97] 실체적 요건의 심사가 배제되는 것은 아니고 절차간소화 효과만 가진다고 제한하는 것이다.

따라서 주택건설사업계획승인을 받는 경우 다른 인·허가가 의제되는 경우 의제되는 인·허가에서 요구하는 절차적 요건을 충족할 필요는 없지만, 그 인·허가에서 요구하는 실체적 요건은 갖추어 주택건설사업계획승인을 받아야 한다.

4. 실효성 확보수단

(1) 형사처벌

주택건설사업을 하기 위해서 사업계획승인을 받을 의무를 부과하여 주택건설사업에 대하여 공법적 규제를 가하고 있다. 그런데, 사업계획승인을 받아야 한다는 의무를 부과하였음에도 불구하고 이에 위반하여 주택건설사업을 진행한 경우 그 의무를 위반한 건설업자 등 사업주체에게 가할 수 있는 제재수단이 없다면 당초 사업계획승인을 통하여 이루고자 했던 목적을 이룰 수 없게 된다. 따라서 주택법은 그 실효성을 확보하기 위해서 사업계획의 승인 또는 변경승인을 받지 아니하고 사업을 시행한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(주택법 제97조 제2호)고 규정하고 있다. 즉, 위반자에 대하여 형사처벌을 함으로써 실효성을 확보하고자 하는 것이다.

---

96) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 187면
97) 강현호, 「집중효」, 『공법연구』 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000. 1., 322면

(2) 직권취소 및 철회

직권취소란 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 성립상의 하자를 이유로 권한 있는 행정기관이 그 효력을 원칙적으로 기왕에 소급하여 상실시키는 별개의 행정행위를 말하는 것이고,[98] 행정행위의 철회라 함은, 하자 없이 즉 적법하게 성립한 행정행위를 행정청이 후발적 사유에 기하여 원칙적으로 장래에 향하여 그 효력을 상실시키는 별개의 행정행위를 말한다.[99] 직권취소는 성립상의 하자를 이유로, 철회는 후발적으로 발생한 하자를 이유로 한다는 점에서 하자 발생 시점에 차이가 있고, 직권취소는 소급적으로 소멸시키고, 철회는 장래를 향하여 효력을 소멸시킨다는 점에서 효과가 소급효를 가지는지 장래효를 가지는지에 차이가 있다.

사업계획승인과 같은 수익적 행정행위를 직권취소하거나 철회함에 있어 무제한적인 행정주체의 자유가 인정되는 것은 아니다. 대법원은 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상 필요가 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다고 판시하여[100] 행정주체의 직권취소권 행사에 제한을 설정하고 있다. 즉, 사업계획의 승인이 재량으로 해석된다고 하더라도 이미 발급된 사업승인에 대한 직권취소는 매우 제한적으로만 행사될 수 있는 것이다. 수익적 행정행위의 철회도 제한되는데, 인정되는 철회사유로는 법령에 철회사유에 관한 명시적 규정이 있는 경우, 철회권의 유보된 경우, 부담의 불이행, 근거법령의 변경, 사정변경, 중대한 공익상 필요이며 신뢰보호원칙이나 비례의 원칙 등에 의하여 그 행사가 제한된다.[101]

---

98) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 353면
99) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 360면
100) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90누9260 판결

한편, 사업계획승인권자는 사업주체가 법에 정한 기간 내에 공사를 시작하지 아니하거나 경매·공매 등으로 인하여 대지소유권을 상실한 경우, 또는 부도·파산 등으로 공사의 완료가 불가능한 경우 그 사업계획의 승인을 취소할 수 있다고 규정하고 있다(주택법 제16조 제12항).

(3) 사용검사

사업주체는 사업계획승인을 받아 시행하는 주택건설사업을 완료한 경우에는 주택에 대하여 시장·군수·구청장의 사용검사를 받아야 한다(주택법 제29조 제1항). 사업주체 또는 입주예정자는 위 사용검사를 받은 후가 아니면 주택을 사용하게 하거나 이를 사용할 수 없다(주택법 제29조 제4항). 사용검사는 완성된 주택이 사업계획의 승인내용에 따라 적법하게 시공되었는가를 확인한다.[102] 건축법에서 건축허가대로 건축이 됐는지 확인하기 위하여 건축공사가 완료된 이후 건축물의 사용승인을 받게 하는 것과 같은 것이다(건축법 제22조 제1항). 사업계획승인을 하고 승인 내용대로 공사가 완성된 것인지 여부를 확인하여 그 위반이 확인되면 사용할 수 없게 하고 후속조치를 취하기 위해서 사용검사를 하는 것이다. 따라서 건설업자 등 사업주체가 사업계획승인을 받아 공사를 완료하였음에도 그 완료된 공사가 당초 승인을 받았던 것과 다른 경우 행정주체로서는 사용검사신청을 거부하여야 한다.[103]

5. 소결

주택법상 사업계획승인의 대상이 되는 것은 '아파트'로서 수용하는 사람이 많아 그 사업으로 인하여 사회에 미치는 파급력이 크기 때문에 이를 제한할 필요성이 높다. 우리 법은 주택건설사업이 사전적으로

---

101) 김동희 『행정법 I』, 박영사, 2014, 362~365면 참조
102) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 637면
103) 대법원 1994. 11. 18. 선고 94누835 판결 참조

적합한지 여부를 행정주체가 판단하는 방법으로 사전적으로 규제하는 방법을 취하는데, 그 규제수단이 사업계획승인이다. 이때 행정주체가 사업계획승인을 하면서 재량권을 행사할 수 있는지, 행사할 수 있다면 어느 정도 행사할 수 있는지가 문제되는데 사업계획승인은 도시계획적 판단을 포함하고 있기 때문에 재량행위로 보아야 하고, 도시계획에 대하여는 행정주체가 광범위한 재량을 가지는바 계획재량을 가진다고 보아야 한다.

사업계획승인이 재량행위로 이해되기 때문에 이에 부관을 부가할 수 있으나 무제한적으로 허용되는 것은 아니고 비례의 원칙 등 일반행정원리의 제한을 받는다. 한편, 사업계획승인이 주택건설사업을 사전적으로 규제하려는 당초 목적을 이루기 위해서 실효성 확보수단으로 형사처벌과 직권취소나 철회, 사용검사 등을 예정하고 있다.

IV. 공동사업시행의 허용

1. 의의

토지소유자가 주택을 건설하는 경우에는 주택건설사업 등록을 한 자(이하 “등록사업자”라 한다)와 공동으로 사업을 시행할 수 있고, 이 경우 토지소유자와 등록사업자를 공동사업주체로 본다(주택법 제10조 제1항). 앞서 논한바와 같이 주택건설사업 등록은 시공면허이므로, 원칙적으로 주택건설사업은 시공능력을 가진 건설업자 등에 의하여 이루어져야 한다. 그런데 주택법은 사업시행자의 범위를 늘리기 위하여 위와 같은 제도를 신설하였다.

하지만, 주택건설사업을 위해서는 시공능력이 필요하고, 이는 등록사업자가 할 수 있다고 기대되는 것이므로, 토지소유자, 주택조합 등으로 사업주체의 범위를 늘렸음에도 여전히 그들이 단독으로 사업주체가 될 수는 없다. 따라서 토지소유자나 주택조합 등이 사업주체가 되기 위

해서는 반드시 등록사업자와 공동으로 사업주체가 되어야 하는 것이다. 주택법은 제10조에서 위와 같은 내용을 규정하고 있는 것이다. 위 규정과 주택건설사업이 진행되는 사정 등을 종합적으로 고려하여 보면, 토지소유자, 주택조합 등은 예외적인 사업주체이고 원래의 사업주체인 건설업자 등의 등록사업자에 종속적인 사업주체인 것이다.[104]

2. 공동사업주체와 시공기능

토지소유자·주택조합·직장조합은 자본력이 부족하고 주택건설사업 경험이 없는 경우가 많다. 이들에게만 주택건설사업을 맡긴다면 주택건설사업이 부실화될 우려가 크다. 그렇기 때문에 주택법은 제10조에서 공동시행을 정하면서, 일정한 조건을 갖춘 등록사업자와 사업을 시행하도록 하여 주택건설사업이 부실화 방지를 꾀하고 있다. 공동시행이란 토지소유자·주택조합·직장조합이 사업주체가 되어 주택건설사업을 시행하지만, 단독으로 사업주체가 될 수는 없고 등록사업자와 공동으로 시행하는 방식을 말한다.[105]

이때 주택법은 '주택을 시공하는 자'와 '사업주체'는 설계도서에 맞게 시공하여야 한다고 규정하고 있다(주택법 제22조 제2항). 공동사업주체도 역시 사업주체이기 때문에 위 규정에서 말하는 '사업주체'에 해당하여 설계도서에 맞게 시공하여야 하는 의무가 부과되고, 이는 곧 공동사업주체에게 시공능력이 부여되는 것으로 해석할 수 있는지 문제된다.

그런데, 위 규정에서의 사업주체에는 토지소유자 주택조합 같이 단독으로 사업주체가 될 수 없고 공동사업주체만 될 수 있는 자는 포함되지 않는다고 해석함이 타당하다. 주택법은 공동사업주체에게 등록사업

---

104) 이러한 조합의 지위는 뒤에서 보는 도시정비법의 경우와 상반된다. 또한, 이러한 점은 앞서 주택건설사업 등록이 '시공자'의 지위를 부여하는 것으로서 시공면허로 이해되어야 한다는 것의 근거가 된다.
105) 장찬익·송현진, 『주택법 해설』, 진원사, 2004, 208면.

자와 공동으로 사업을 '시행'할 수 있는 권능을 부여한 것이지 '시공'할 수 있는 권능을 부여한 것은 아니기 때문이다. 또한, 주택법은 사업주체가 아닌 등록사업자에게 시공능력을 부여하였다(주택법 제12조). 즉, 위 규정에서의 '사업주체'는 주택법 제12조에 의하여 시공능력이 인정되는 자를 말하고, '주택을 시공하는 자'는 건설산업기본법상 건설업등록을 한 자를 의미한다고 보아야 한다. '주택을 시공하는 자'를 별도로 규정한 이유는 건설업자가 공동사업주체가 되거나 단순 수급인의 지위에 있는 경우가 있기 때문에 이를 포섭하기 위함이다. 이러한 해석은 등록사업자 아닌 공동사업주체에 대하여 시공능력과 관련한 그 어떤 규제가 있지 않다는 점에서 지극히 타당하다고 생각된다.

한편, 주택법에서 별도로 건설업자의 시공기능에 대한 규정을 두어 규제를 가하고 있지는 않다. 그렇다고 하여 건설업자의 시공기능에 대하여 아무런 규제가 없다고 해석할 수는 없고, 건설산업기본법 등 기타 건설업자의 시공 기능을 규제하는 법률이 그대로 적용될 것이라 봄이 타당하다. 뿐만 아니라 시공능력이 간주되는 '사업주체'도 주택을 건설하는 이상 건설산업기본법 규정의 적용을 받는다(주택법 제12조 제2항).

3. 공동사업주체에 따른 사업시행의 차이

(1) 사업 참여도의 차이

토지소유자가 등록사업자와 공동시행하는 경우를 생각해보면, 토지소유자는 주택건설사업의 진행을 할 자금력이나 경험이 부족하여 시행능력이 결여되어 있는 경우가 대다수이다. 그럼에도 불구하고 토지소유자 등이 주택건설사업의 공동사업주체가 되어 사업에 참여하려는 이유는 그 사업을 통하여 개발이익의 획득을 목적으로 하고 있기 때문이다.

따라서 토지소유자는 대부분의 경우에 있어 개발이익의 획득만

을 목적으로 하고 있으므로 개발사업의 구체적인 진행방법 등에는 무관심하며 그 시행능력 또한 가지고 있지 않다. 그렇기 때문에 공동사업주체가 된 등록사업자가 주택건설사업 진행의 대부분을 담당하는 경우가 대다수이다. 즉, 공동시행자인 등록사업자가 전체적인 사업을 진행해나가고 토지소유자는 후에 사업에 따른 이익을 분배받는 것만을 목적으로 하는 경우가 많다는 것이다.[106]

반면, 민사상 비법인 사단의 성격을 가지는 주택조합은 주택이 없는 조합원의 주택을 마련하기 위해 또는 노후, 불량한 주택을 철거하고 새로운 주택을 건설하기 위해 결성된 인적 결합체이다. 따라서 주택조합은 개발이익의 획득을 목적으로 하는 것이 아니라 주택건설사업의 결과로 새로이 만들어지는 주택을 분양받는 것을 목적으로 한다. 그렇기 때문에 개발이익 획득만을 목적으로 하는 토지소유자와는 달리 실질적으로 주택에 대한 수요를 가지고 사업에 참여하기 때문에[107] 사업의 전반적인 시행에 대한 관심도가 토지소유자의 그것보다 크다.

(2) 소유권 확보 요건의 차이

한편, 토지소유자등이 공동시행을 하기 위해서 토지소유자는 주택건설대지의 소유권을 모두 확보하고 있어야 하는 반면, 주택조합은 일정한 사업에서는 100분의 95 이상의 소유권을 확보하는 것으로 족하다. 이때 그 주택건설대지에 저당권 등의 제한물권이 설정되어 있다면 이를 말소하거나 제한물권자로부터 해당 사업의 시행에 대한 동의를 받아야 한다(주택법 시행령 제12조 제2호, 제3호).

V. 주택건설사업의 특수성에 따른 규제

106) 권혁용, 「주택법상 등록사업자의 법적 지위」, 중앙대학교 석사학위논문, 2006, 34면

107) 강의성, 「주택법상 지역조합에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005

1. 의의

건설업자가 주택건설사업을 하는 이유는 결국 이윤을 추구하기 위함이다. 그런데 주택건설사업의 이익은 사업의 결과물인 주택을 일반에 공급함으로써 이익이 창출된다. 그런데, 주택은 국민이 거주하는 곳이고 그 가액이 국민 재산의 상당 부분을 차지하는 만큼 주택은 여타 재화와 같게 취급할 수는 없고, 공적인 성격을 일부 가지게 된다. 그렇기 때문에 주택법은 사인인 건설업자 등이 주택을 자유롭게 공급하도록 내버려두지 아니하고 일정 부분 관여하게 된다. 또한, 주택건설사업은 대규모로 진행되는 경우가 많기 때문에 많은 자본이 필요하다. 그렇기 때문에 주택건설사업 등록에서는 일정 수준 이상의 자본금을 갖출 것을 요구하지만, 주택이 가지는 공적 성격을 고려하여 이를 사인인 건설업자에게 모두 부담시키도록 하지 아니하고 여러 방법으로 자금 조달을 지원하게 된다.

주택공급과 자금 조달은 다른 산업에서는 살펴볼 수 없는 특수한 제도이고, 자금 조달은 사업의 시작이고 주택공급은 사업의 끝이라 할 수 있으므로 이하에서 살펴보도록 한다.

2. 주택공급에 대한 규제

통상 건축법에 의해 건축되는 건축물은 그 건축과정만이 규율되고, 분양 또는 매매와 관련된 영역은 건축주와 분양대상자간의 자유로운 계약의 문제이지 건축법이 개입하지 아니한다. 이와 대조적으로 주택법은 주택법 자체가 추구하는 공익의 특수성 때문에 주택공급에 관해 자세한 조항을 두고 있다.[108] 법은 주택을 건설·공급하거나 주택을 공급받음에 있어 그 주택의 공급조건·방법·절차 등을 법은 국토교통부령으로 위

108) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 582면

임함으로써 자세하게 정하고 있다(주택법 제38조, 주택공급에 관한 규칙). 주택공급 규제와 관련하여 공급질서교란금지, 분양가상한제, 투지과열지구와 전매금지가 있는데 이를 간략히 살펴보도록 한다.

(1) 공급질서교란금지

누구든지 사위 기타 부정한 방법으로 주택법에 의하여 건설·공급되는 주택을 공급받거나, 공급받게 하여서는 아니 된다.[109] 사위 기타 부정한 방법은 주택을 공급받을 지위 등을 양도·양수 또는 이를 알선하거나 이들을 목적으로 하는 광고를 하는 행위 등을 포함한다(주택법 제39조 제1항). 이를 위반하여 주택을 공급받을 지위에 있게 되었거나 주택을 공급받은 자에 대하여는 그 주택 공급을 신청할 수 있는 지위를 무효로 하거나 이미 체결된 주택의 공급계약을 취소할 수 있다(동법 제39조 제2항). 그렇지만, 사업주체가 공급질서를 교란한 자에게 주택가격에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 사업주체가 당해 주택을 취득한 것으로 본다(동법 제39조 제3항).

규정의 해석상 법은 동법 제39조 제1항을 위반한 행위를 효력규정 위반으로 보아 당연 무효로 보는 입장을 취하지 아니하고, 대신 사업주체의 사후적인 조치 여하에 따라 주택공급을 신청할 수 있는 지위를 무효로 하거나 이미 체결된 주택의 공급계약을 취소하는 등으로 위반행위의 효력 유무를 좌우할 수 있도록 하는 입장을 취하고 있다고 해석된다. 따라서 주택법 제39조 제1항의 금지규정은 단순한 단속규정에 불과할 뿐 효력규정이라고 할 수는 없다.[110] 그러므로 당사자가 이에 위반한 약정을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없을 것이다.

---

109) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 584면
110) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다10291 판결

(2) 분양가상한제

공공택지나 분양가상한제 적용 지역에 해당하는 지역에서 공급하는 주택의 경우에는 분양가상한제가 적용된다. 분양가상한제 적용 지역은 주택가격이 급등하거나 급등할 우려가 있는 지역 중 일정 기준을 충족한 지역에 지정된다(주택법 제38조의3). 법은 분양가상한제 적용주택의 분양가격은 택지비와 건축비로 구성된다고 정하고, 구체적인 방법은 국토부령에 위임하고 있다(동법 제38조의2 제3항). 위 조항의 위임을 받은 것이 '공동주택의 분양가격의 산정 등에 관한 규칙'이고, 위 규칙은 분양가격을 산정하는 방식을 자세히 정하고 있다. 분양가상한제 적용주택에 해당하는 경우 일정기간 전매를 금지하고 있는데 이는 아래에서 투기과열지구와 같이 논하도록 한다(동법 제41조의2 제1항 제2호).

(3) 투기과열지구와 전매금지

주택법은 투기과열지구를 지정하여 당해 지구내 전매만을 제한하고 있을 뿐 일반적 전매제한제도를 두고 있지는 않다.[111] 국토부장관은 주택에 대한 투기가 성행하고 있거나 성행할 우려가 있는 지역 중 주택가격의 안정을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 일정 절차를 거쳐 투기과열지구로 지정할 수 있다(주택법 제41조). 그리고, 위와 같이 지정된 지구 내에서의 전매는 일정 기간 동안 제한된다(동법 제41조의2 제1항 제1호). 대법원은 위 조항을 단속규정으로 보면서, 전매금지조항에 위반한 매매행위의 사법상 효과는 영향이 없고, 다만 사업주체에게 대항할 수 없는 것이라고 보면서, 전매행위가 전매제한기간 내에 이루어지더라도 그 후에 위 전매제한기간이 경과된 경우, 전매수인과 당초 수분양자와 사이에 효력이 발생한 전매의 법률관계를 사업주체에게도 주장할 수

---

111) 구법하에서는 주택의 입주자로 선정된 자는 자신의 지위 또는 주택을 일정한 기간동안 전매하거나 전대하는 것이 금지된 바 있다(구 주택건설촉진법 제38조의3 제1항) (김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 585면)

있다고 보고 있다.[112]

3. 자금조달에 대한 개입

주택건설사업은 비용부담 및 위험부담이 크기 때문에 민간 금융기관의 직접적이고 적극적인 참여를 기대하기는 힘들다. 이에 주택도시보증공사나 주택도시기금이 등록사업자 등에게 주택보증 또는 융자를 제공하고 있다.

(1) 주택보증

주택도시보증공사는 주택건설사업과 관련한 각종 보증을 통하여 주택건설사업자의 원활한 사업을 지원하고 있다. 주택분양보증, 기금건설자금대출보증 등 각종의 보증을 제공하고 있는데, 각 보증마다 필요로 하는 요건이 다르다. 주택분양보증의 경우 사업부지의 소유권을 전부 확보할 것을 원칙으로 하고, 만일 미확보 부지가 있다면 담보물을 제공할 것을 요구하고 있다. 그리고, 사업부지에 대한 제한물권 등이 있다면 이는 모두 말소하여야 하고, 사업부지에는 주택법 제40조 제3항에 따른 금지사항등기를 하여야 한다고 하며, 보증료는 대지비부분과 건축비부분을 나누어 건축비부분은 기업의 신용평가등급에 따라 달리 정하고 있다.[113]

(2) 융자

주택법은 등록사업자가 자금을 마련하는 방법으로 주택으로 상환하는 사채인 주택상환사채의 발행을 예정하고 있다. 등록사업자는 자본금이 5억 원 이상이고, 「건설산업기본법」 제9조에 따라 건설업 등록을 한 자이며, 최근 3년간 연평균 주택건설실적이 300세대 이사인 경우

---

112) 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다47343 판결
113) 주택도시보증공사(http://www.khgc.co.kr)

금융기관 또는 주택도시보증공사의 보증을 받아 주택상환사채를 발행할 수 있다(주택법 제69조, 동법 시행령 제99조). 그리고, 주택상환사채의 납입금은 택지의 구입 및 조성, 주택건설자재의 구입, 건설공사비에의 충당 등의 용도 외에는 사용할 수 없다고 법에서 정하고 있다(동법 제70조 제3항, 동법 시행령 제102조 제1항).

주택도시기금은 국민주택채권, 청약저축, 복권기금 등으로 자금을 조성하여 국민주택 및 임대주택 건서를 위한 등록사업자 등에게 자금을 지원한다. 구체적으로는 임대주택, 분양주택, 다세대/다가구건설을 함에 있어 융자를 한다. 예를 들어 임대를 목적으로 주택건설사업계획 승인을 받아 주택을 건설하는 등록사업자에게 사업계획서 등을 제출받은 다음 연 2.0~4.0%의 금리로 융자를 제공한다. 이때 전용면적이 증가할수록 호당 대출한도가 증가하고 대출금리 역시 높아지며, 기업형임대주택보다 단기임대주택이나 준주택의 경우가 호당 대출한도가 적고 대출금리가 높다.[114]

제 3 절 도시정비사업에 대한 공법적 규제

I. 서설

「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법')은 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 주거환경이 불량하거나 도시기능의 회복이 필요한 지역을 계획적으로 정비하고 이를 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항들을 규정하고 있다(도시정비법 제1조). 위 목적을 이루기 위하여 정비기반시설을 정비하거나 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 사업을 정비사업이라 하는데, 정비사업에는 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환

114) 주택도시기금 (http://nhuf.molit.go.kr)

경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업이 있는데(동법 제2조 제2호) 그중 주택재개발사업과 주택재건축사업이 특히 중요하다.

정비사업은 결국 건설공사를 필요적으로 수반하므로 건설업자는 정비사업에 어떠한 경위로든 관여할 수밖에 없다. 건설업자가 시공기능을 수행하는 것은 자명하다. 그렇지만 건설업자가 정비사업에서 시공기능을 넘어 시행기능을 하는지는 분명하게 알기 어렵다. 도시정비법도 다른 법률들과 마찬가지로 시공과 시행을 혼동하는 태도를 보여 왔기 때문이다. 한편, 정비사업은 건설업자 매출의 상당부분을 차지하고 있어 정비사업은 건설업자에게 중요하다. 그렇기 때문에 정비사업에서 건설업자가 할 수 있는 것과 그렇지 않은 것을 선명하게 이해하는 것은 중요하다.

II. 도시정비사업에서 건설업자의 지위

1. 의의

건설업자가 정비사업에서 차지하는 비중은 절대적이다. 도시정비법은 정비사업의 주체로 토지등소유자의 조합으로 상정하고 있지만, 조합은 재정적 능력과 전문적 지식이 부족하기 때문에 대부분의 정비사업에서 건설업자는 공동시행자로서 사업을 기획하고 조합 자체를 조직하는 역할을 담당해왔다. 그런데 이후 재건축과열을 초래한 주범을 건설업자로 보고 법은 이를 억제하기 위하여 건설업자를 시공자로 규정하고 그 선정시기를 사업시행인가 이후로 정하였다.[115] 하지만, 정비사업에서 건설업자의 비중은 절대적이기 때문에 위 조항을 엄격하게 해석하여 건설업자가 사업시행인가 이후에만 개입할 수 있다는 것은 사실상 정비사업을 금지하는 것과 다름없었다. 결국 주택재건축사업 등 정비사업이 사업성 저하 및 주민 갈등 등으로 지연·중단되었다. 이에 정비사업을 원활하

115) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교법학』 제48권 제4호, 2007, 206면 참조

게 추진하게 하는 것을 목적으로 법은 여러 번의 개정에 거쳐 현행 도시정비법에 이르게 되었다.[116]

2. 시행과 시공

현행 도시정비법 제8조는 주택재개발사업 및 주택재건축사업 모두 건설업자와 공동으로 시행할 수 있도록 명시적으로 허용하고 있다. 그리고 동법 제11조에서 시공자의 선정을 정하면서 주택재개발사업 및 주택재건축사업 모두 조합설립인가 이후 건설업자를 시공자로 선정하여야 한다고 정하고 있다. 공동시행을 할 수 있는데, 그 방법은 시공자로 선정하여야 한다고 규정하고 있는 것인데 이는 여전히 현행 법에서도 시행과 시공을 혼동하고 있다는 것을 의미한다. 도시정비법이 시행과 시공을 혼동하고 있기 때문에 건설업자가 할 수 있는 일의 범위에 대하여 각종 논란이 생기고 있다.

III. 건설업자의 공동시행

1. 공동시행의 의의

공동시행 제도는 조합이 도시정비사업에 대한 전문성과 재정력이 부족하기 때문에 그 사업에 대하여 전문성을 갖추고 충분한 재정력을 가지고 있는 건설업자가 조합의 능력을 보완해주기 위해 만들어진 제도이다.[117] 도시정비법은 주택재개발·재건축사업은 조합이 시행하는 것이 원칙이지만, 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻은 경우 건설업자 또는 등록사업자 등과 이를 공동으로 시행할 수 있다고 하여 공동시행을 명문의 규정으로 허용하고 있다(도시정비법 제8조 제1항, 제2항).

---

116) 도시 및 주거환경정비법[법률 제13508호, 2015. 9. 1., 일부개정] 개정이유
117) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면

건설업자가 조합과 도시정비사업에 있어 공동시행을 하는 이유는 도급공사의 수주경쟁이 치열하였기 때문이다. 즉, 건설업자로서는 스스로 새로운 시공현장을 만들어내거나 또는 도시정비사업의 초기에 조합과 접촉함으로써 시공권을 확보함으로써 이익을 창출한다.[118] 건설업자에 있어서는 공사현장이 창출되고 시공권을 미리 확보할 수 있는 기회를 가질 수 있고, 조합으로서는 정비사업을 진행할 수 있는 능력이 부족하였음에도 이를 보완할 수 있는 기회를 가질 수 있어, 공동시행의 양 당사자인 건설업자와 조합 모두 공동시행 제도를 이용할 충분한 유인을 가진다. 그런데 이와 관련하여 법문은 '시행'이라고 규정하고 있는바 그 의미가 건설업자를 둘러싼 법률관계에서 명확히 관철되고 있는지 살펴보도록 한다.

2. 공동시행자의 인허가 신청의무 인정 여부

사업시행은 사업의 기획, 토지소유권 확보 등 개발사업의 진행, 자금의 조달, 주택의 분양 등 개발사업의 전과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위라 정의됨은 앞서 밝혔다.[119] 그렇다면 사업시행자가 된다는 의미는 자기의 계산으로 사업에 참여하는 것은 아니라 하더라도 자기의 명의, 즉 책임의 주체로서 참여한다는 것을 뜻한다. 그렇기 때문에 공동시행자는 원칙적 사업시행자인 조합과 공동으로 사업을 시행할 수 있는 지위에 있는 자로서[120] 주된 시행자인 조합과 공동으로 사업을 시행할 권한과 책임을 갖는 것으로 해석되어야 한다.[121]

한편, 각종의 인허가 과정에서 주된 시행자인 조합과 공동시행자인 건설업자가 공동명의로 인허가를 신청하여야 하는지 여부는 해석에

118) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면
119) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 411면
120) 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기 I-상권』, 한국도시개발연구포럼, 2010, 235면
121) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면

맡겨져 있다. 현재 실무는 반드시 주된 시행자인 조합과 공동시행자인 건설업자가 공동명의로 인허가를 신청하는 것뿐만 아니라, 주된 시행자인 조합이 단독으로 인허가를 신청하는 것을 허용하고 있다. 실무에 따르더라도 결과적으로 공동시행자에게도 책임을 물을 수 있다면 위와 같이 해석하는 것이 불가능한 것은 아니다. 그렇지만, 공동시행자도 '시행자'이므로 이론적으로는 개발사업의 주된 내용은 공동으로 해야 하는 것이 옳고, 따라서 도시정비사업에서 중요한 의미를 가지는 인허가 신청 역시 주된 시행자인 조합과 공동시행자인 건설업자가 공동명의로 신청하는 경우만 허용함이 옳다.[122]

3. 공동시행자의 선정시기

사업법제에서 공동시행자제도를 규정하고 있는 경우에도 공동시행자를 언제 선정할 수 있는지에 대해서는 명시적인 규정이 없다(주택법 제10조, 도시정비법 제8조 참조). 따라서 특별한 사정이 없는 한 공동시행자를 선정할 수 있는 시기에 대해서는 아무런 제한이 없는 것으로 해석되어야 한다. 주택건설사업에서의 공동사업주체 선정의 경우 공동사업주체를 선정할 수 있는 시기에 대해서 아무런 제한이 없다고 보아야 한다.

한편, 도시정비사업의 경우 공동시행자의 선정시기에 대하여 일정한 제한이 있다고 생각된다. 도시정비법 제11조는 시공자의 선정시기를 조합설립인가를 받은 이후로 제한하고 있는바 그 해석상 조합설립인가 이후 시공자를 선정하는 총회에서 공동시행자가 정해지어야 한다고 보는 견해가 있다.[123]

이에 대해서 전적으로 동의하기는 어렵지만 결론에 있어서는 동

---

122) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면
123) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면

의한다. 시공자를 선정하는 것과 시행자를 선정하는 것은 이론적으로는 구별할 수 있기 때문에 시공자 선정시기를 제한한 조항이 시행자 선정시기의 제한의 근거가 될 수는 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 결론에 있어서 동의하는 이유는 도시정비법 제8조는 공동시행할 수 있는 주체를 '조합'이라고 규정하고 있기 때문이다. 도시정비사업에서 토지등소유자는 추진위원회를 구성하였다가 이후 행정청의 조합설립인가가 있는 경우에 비로소 조합이 된다. 이를 생각해보면 법문이 공동시행 선정의 주체를 '조합'이라고 명문으로 규정하고 있으므로, 그 해석상 당연히 조합설립인가 이후에서야 비로소 시행자 선정이 가능하다고 이해된다고 생각된다. 국토교통부의 유권해석 역시 "도시정비법 제8조 제1항에 따른 공동사업시행자는 조합설립인가 후 선정하는 것이며, 조합설립인가 전 단계에서의 공동사업시행자 참여에 대해서는 이를 법에서 규정하고 있지는 아니하나, 조합설립인가 후 조합원 과반수의 동의를 반드시 얻어야 하는"[124] 것이라고 하여 같은 결론을 내리고 있다.

4. 공동시행과 도급계약

(1) 도급계약 체결의 자유도

도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 계약이다(민법 제664조)[125]. 공사계약은 건축물의 완성을 목적으로 하는 것이므로 개발사업의 시행자와 건설업자는 사업의 일정단계에 이르면 도급계약을 체결한다.[126] 이때 뒤에서 살펴보겠지만, 도시정비사업의 경우 시공자 선정시기가 조합설립인가 이후로 제한되어 있기 때문에(도시정비법 제11조), 일반 민법상 계약과는 달리 당사자가 자유로이 계약체결의 시기를 결정할 수 있지는 않다.

---

124) 건교부 주환 2005. 11. 4.
125) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다75356 판결
126) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면

또한, 도급계약은 건축물의 완성을 목적으로 하는 것이고, 이는 '시공'을 통해서 이루어지는 것이다. 그런데 앞서 면허법제에서 살펴본 바와 같이 시공기능은 사인이 자유롭게 할 수 있는 것이 아니다. 이를 자유롭게 허용하면 국민의 안전이 위협받을 수 있으므로 일정한 요건을 갖춘 자가 건설업등록을 한 경우에 비로소 시공을 할 수 있다는 점을 살펴보았었다. 이 점을 염두에 두면, 민사상 도급계약은 당사자의 자격에 아무런 제한이 없는 것이 일반적이지만, 건축물의 시공을 내용으로 하는 도급계약에 있어서 건축물의 완공이라는 의무를 부담하는 당사자는 건설업등록을 받은 건설업자로 제한된다.[127]

(2) 시행계약과 시공계약

원칙적 사업시행자인 조합이 도시정비사업에 대한 전문성과 재정력이 부족하다.[128] 그렇기 때문에 건설업자가 사업시행자와 계약을 체결하는 경우 건설업자는 단순 시공자에 그치지 않고 공동시행자가 되는 경우가 더 일반적이다.[129] 이는 건설업자가 공동시행자로 선정되는 경우에 시행기능을 수행한다는 것에 한정되지 아니하고, 건설업자가 형식상 시공자로 선정되는 경우에도 실무에서는 사업시행기능을 사실상 포함한

---

127) 건설산업기본법은 등록을 하지 아니한 자의 시공자격을 박탈하여 도급을 받지 못하게 규정하고 있다(건설산업기본법 제16조). 이 조항은 시공행위를 제한하는 것이 아니라 도급계약의 체결을 제한한다는 점에서 독특하다. 그 취지는 적정한 시공을 보장하여 국민의 안전을 보장하기 위한 것이지만, 이는 도급계약의 독점을 보장하는 방식이 아니라 시공만을 제한하는 것으로도 달성 가능하다. 즉, 국민의 안전 보장이라는 목적의 정당성은 인정되지만, 사인의 영업의 자유을 보다 덜 침해할 수 있는 수단, 예컨대 도급계약은 자유롭게 인정하되 시공은 건설업등록을 한 자에게만 한정하는 방법이 있음에도 기본권을 보다 더 제한하는 방법을 택하였으므로 침해의 최소성 원칙에 위반하였다고 볼 여지가 있다. (보다 자세히는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 420-421면 참조)
128) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 68면
129) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 69면

다는 것을 의미한다.

따라서 건설업자와 사업시행자인 조합의 계약은 이중적인 내용이 담겨져 있게 된다. 사업시행을 위한 계약인 시행계약과 건축물의 건축이라는 일의 완성을 목적으로 하는 시공에 관한 사항을 다루는 시공계약이 그것이다.[130] 그런데 법현실에 있어서 사업시행자인 조합과 시공자 사이의 계약을 시공계약과 시행계약으로 구분하여 체결하는 것이 아니라 하나의 계약으로 체결하므로 외관상 이를 두 개의 계약으로 포착하기 어렵다.

(3) 공동시행과 시행계약

대법원은 공동시행자 아닌 자가 시행기능을 수행할 수 있다는 전제 하에서 형식상 공동시행자로 선정된 것이 아닌 이상 실질적으로 시행기능을 수행하였더라도 시행자와 동등한 책임을 진다고 할 수 없다고 판시한 바 있다.[131] 이 판례는 공동시행자에 대한 명시적인 규정이 없었을 때 판시한 것이지만, 형식논리에 의하여 실질을 외면한 것이라 생각된다.[132]

한편, 도시정비법 제8조는 명시적으로 공동시행자가 되기 위해서는 조합원 과반수의 동의를 요건으로 하고 있고, 시공자 선정에 있어서는 이러한 제한이 없다. 위 규정에 따르면 시행계약을 체결하기 위해서는 조합원 과반수의 동의가 있을 경우에 비로소 가능하다고 할 것이다. 그렇지 않으면 위 규정의 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 도시정비법 제8조가 있는 이상 위 대법원 판례는 더 이상 유지되기 어려울 것이라 판단된다. 공동시행자로 선정되지 아니하였는데 시행기능을 수행할 수 있는 가능성이 봉쇄될 것이기 때문이다.

---

130) 김종보, 「시행과 시공의 구별」, 『행정법연구』 제26권, 2010. 4., 69면
131) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다79729 판결
132) 이에 대하여 자세한 논의는 본 논문 제4장 제2절 IV. 3. 참조

5. 소결

정비사업이 무사히 성공하기 위해서는 조합만의 능력으로는 부족하고, 전문성과 충분한 자산을 갖춘 건설업자의 사업참여가 필요적이다. 이를 위해서 도시정비법은 공동시행 제도를 명문으로 규정한 것이다. 그런데 이 경우 사업에 참여하는 건설업자는 '시행자'라는 점을 명심하여야 한다. 시행자는 자기의 명의로 사업을 진행하는 것이므로 이에 대한 이익이 귀속되는 것일 뿐만 아니라 그에 대한 책임을 져야 한다. 즉, 사업이 실패하였을 경우 조합만 책임을 지고 건설업자는 이른바 '단순 수급인의 항변'을 통해 무한책임에서부터 회피하는 것은 금지되어야 하며 조합과 마찬가지로 무한한 책임을 지는 것이 옳다고 생각된다. 건설업자가 공동시행자로 선정된 경우에는 건설업자에게 책임을 묻는 것이 수월하겠지만 시공자로 선정되었지만 실질에 있어서는 시행기능을 수행한 경우가 문제되는데 이에 대하여는 항을 바꾸어 아래에서 자세히 살펴보도록 한다.

IV. 시공자로 선정된 건설업자

1. 시공자 선정을 위한 준비행위의 가능시기

(1) 문제점

법은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 경쟁입찰의 방법으로 건설업자를 시공자로 선정하여야 한다고 하여(법 제11조 제1항), 조합설립인가 이전의 시공자 선정행위를 금지하고 있다. 그런데 시공자 선정은 단일한 행위에 의하여 이루어지는 것이 아니라 입찰공고 등의 준비행위를 거쳐 총회결의로 이루어진다. 그렇다면 시공자 선정은 조합설립인가 이후에 이루어졌어도 조합설립인가 이전에 시공자를 선정하기 위한

준비행위가 있었다면 이를 법적으로 어떻게 취급할 것인지 문제된다.[133] 법이 금지하고 있는 것은 시공자 선정행위이지 이를 위한 준비행위를 명시하고 있지는 않기 때문이다.

(2) 조합설립인가 전 시공자 선정의 준비가능성

도시정비법 제14조 제4항은 조합설립추진위원회의 업무를 규정하고 있다. 위 규정은 토지등소유자의 비용부담을 수반하는 업무에 관하여는 일정 비율 이상의 토지등소유자의 동의를 얻도록 하고 있는데, 그 비용부담을 수반하는 업무에 시공자에 관한 업무는 포함되어 있지 않다. 따라서 추진위원회가 시공자 선정을 위해 주민총회를 소집할 권한은 없다고 보아야 한다. 같은 법 제8조가 주택재개발사업 등의 시행자는 원칙적으로 조합이라고 규정하고 있는 점, 같은 법 제24조가 조합총회의 의결사항으로 시공자 선정을 명시적으로 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면 시공자의 선정은 추진위원회 또는 추진위원회가 개최한 주민총회의 권한이 아니라 앞으로 설립된 조합원 총회의 고유한 권한이라고 봄이 상당하다. 대법원 역시 같은 결론을 내리고 있다.[134]

조합설립인가 이전에 시공자 선정행위를 위한 준비행위를 하였다면, 준비행위는 추진위원회에 의하여 이루어진 것이다. 추진위원회가 수행할 수 있는 업무는 조합설립의 추진을 위하여 필요한 업무인데(도시정비법 제14조 제1항), 시공자 선정행위를 위한 준비행위가 조합설립의 추진을 위하여 필요하다고 해석되는 것은 무리가 있다. 따라서 추진위원회가 시공자 선정과 관련된 업무를 수행할 권한은 없다고 보아야 한다. 그러므로 조합설립인가 이전에 이루어진 시공자 선정의 준비행위는 도시정비법 제11조에 위반하였다고 보기는 어렵다고 볼 수는 있더라도 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것이므로 그 효력이 부정된다고 해석됨이 타

---

133) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교법학』 제48권 제4호, 2007, 218면 참조

134) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다6298 판결

당하다.

2. 단순 시공자인 건설업자의 사전적 재정지원 가능 여부

도시정비법의 개정으로 건설업자는 정비사업의 공동시행자가 될 수 있다. 그렇기 때문에 조합설립인가 이전에도 재정적 지원을 할 가능성이 열려있다. 그런데 건설업자가 공동시행자가 되기 위하여는 어디까지나 조합원 과반수의 동의를 얻어야 한다(도시정비법 제8조 참조). 조합원 과반수의 동의를 얻지 아니한 건설업자, 혹은 시행자로서 사업에 참여하지 아니하고 단순 시공자로서 참여하고 싶은 건설업자가 조합설립인가 이전에 추진위원회에 재정적 지원을 할 수 있는지 문제된다.

법은 조합설립인가 이후에 건설업자를 시공자로 선정할 수 있다고만 규정하고 있다(도시정비법 제11조). 즉, 시공자로 선정되는 것만을 금지하고 있는 것이므로, 건설업자 등이 시공자로 선정되지 않은 채 조합이나 추진위원회에 재정적 지원만을 하는 행위를 막을 수 없다. 이에서 더 나아가 건설업자가 재정적 지원과 함께 장래 시공자로 선정되기 위한 각종의 보장장치를 마련하게 되는데 그 효력이 문제된다.[135] 이에 대하여 조합이 설립인가 이후에 시공자로 선정하지 아니하면 조합에 위약금 등을 부과하는 것은 결국 시공자로 선정되는 것을 보장하는 효과를 가져오고, 이는 사실상 시공자 선정에 다름 아니므로 조합설립인가 이전의 시공자 선정을 금지하는 도시정비법 제11조에 위반된다고 보는 견해가 있을 수 있다.

도시정비법 제11조가 건설업자가 사전적으로 재정지원을 막을 수 없는 이상 그 부수적인 약정도 금지할 수 없다고 보아야 한다. 뿐만 아니라, 조합으로서는 설립인가 이후 위약금 등을 지급하더라도 사전적

---

135) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교법학』 제48권 제4호, 2007, 218면

으로 재정지원 받은 것을 돌려주는 것에 불과하므로, 위약금 등이 과도하지 아니하다면, 조합으로서는 다른 건설업자를 시공자로 선정할 여지가 충분히 있으므로 사전적 재정지원을 한 건설업자가 시공자로서의 지위가 사실상으로도 확정되었다 보기 어렵다.[136] 따라서 건설업자가 재정적 지원과 함께 장래 시공자로 선정되기 위하여 설정한 각종의 보장장치는 유효하다.

3. 시공자로 선정된 건설업자의 시행행위

(1) 시공자선정 후의 시행행위 가능성

조합설립인가 이후에 건설업자는 정비사업의 시공자로 선정될 수 있다(도시정비법 제11조). 반면, 건설업자는 그 시기에 관계없이 조합원 과반수의 동의를 얻어 정비사업의 공동시행자가 될 수 있다(같은 법 제8조). 즉, 법은 시공자로서의 건설업자와 시행자로서의 건설업자를 구분하고 있다. 그렇다면 조합원 과반수의 동의를 얻어 정비사업의 공동시행자가 되지 아니한 이상, 시공자로 선정된 건설업자는 정비사업의 시행기능을 할 수 없는지 문제된다. 대법원은 아래 판례에서 알 수 있듯 사업시행자가 아니면서 '시행 기능'을 할 수 있다는 것을 전제하는 것으로 보이기 때문이다.

대법원은 공동시행자에 관한 규정이 없었을 때 "재개발사업에 참여조합원으로 가입한 시공사가 재개발조합의 전문성 및 재정적 능력 부족을 보완하기 위하여 재개발사업의 시행준비 단계에서부터 입주 단계에 이르기까지 재개발조합을 대행하여 주도적으로 재개발사업의 시행에 간여하고 공사대금 지급에 관하여 지분도급제 방식을 채택함으로써 재개발사업의 성패가 곧장 시공사의 경제적 이익 또는 손실로 귀속되게 된다

136) 시공자로 선정되기 위한 다른 건설업자가 조합이 이전에 받은 재정지원을 사후적으로 해줄 가능성이 있다.

는 사정만으로는 시공사와 재개발조합이 재개발사업에 관하여 공동시행자로서 동등한 권리의무를 가지고 동등한 책임을 진다고 할 수 없다"고 판시하였다.[137] 이는 건설업자가 시행기능을 수행했다고 하더라도 공동시행자로 선정된 것이 아닌 이상 시행자로 볼 수 없다는 것을 의미한다. 즉, 대법원은 공동시행자 아닌 자가 시행기능을 수행하는 것을 전제하고 있다.

공동시행자가 아닌 시공자로 선정된 건설업자가 시행기능을 수행하는 것을 금지하는 규정은 없다는 점과 대법원 판례의 태도에 비추어 보면 조합원 과반수의 동의를 얻어 공동시행자의 지위를 얻지 아니한 건설업자도 현재 실무에서는 시행기능을 수행할 수 있다고 인정할 것이다. 그렇지만 이는 공동시행자가 되기 위해서는 조합원 과반수의 동의를 얻어야 한다는 도시정비법 제8조의 취지에 위반되는 것으로 평가될 여지가 충분하므로, 그 효력을 전면적으로 부인할 수는 없더라도 행정주체로서는 도시정비법의 취지를 살리기 위해서 관리처분계획의 인가나 준공인가의 단계에서 공동시행자가 아님에도 시행에 관여한 것이 도시정비법에 반하는 것으로 판단하여 행정상 불이익처분을 할 수는 있을 것이다.[138]

(2) 현행 법해석의 문제점

위의 논의에 따르면 도시정비법 제8조에 위반하여 건설업자가 시행기능을 수행할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 그리고, 법 위반에 대하여는 후행되는 행정처분에 대하여 행정상 불이익처분만을 할 가능성만 인정될 뿐이다. 이는 도시정비법 제8조를 어디까지나 간접적으로 강제할 뿐이므로 위 규정에 위반하여 시행기능을 수행할 수 있는 가능성을 봉쇄하는 직접적인 결론이 바람직하다. 앞선 논의에서 이처럼 우회하는 결론에 이를 수밖에 없는 이유는 대법원이 건설업자가 실질적으로 시행기능

137) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다79729 판결
138) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교법학』 제48권 제4호, 2007, 219면

을 수행하였다고 하더라도 형식적으로 공동시행자가 아니라면 시행자로서의 책임을 부담하지 않는다고 판시한 데에 있다.

대법원은 공동시행자가 아니라 시공자로서 참여한 건설업자는 조합을 대행하여 사업을 주도적으로 시행하여 재개발사업의 성패가 곧장 시공사의 경제적 이익 또는 손실로 귀속되게 된다고 하더라도 여전히 단순 수급인의 지위에 있다고 보고 있는 것이다. 이는 건설업자가 형식적으로 시공자라는 점을 강조한 것인데 실질보다 형식을 우선하여야 하는 어떠한 공익적 이유가 있는지 의문이다. 사실상 시행기능을 수행한 건설업자가 형식상 시공자라는 이유로 시행자로서의 책임이 부정된다면 건설업자는 정비사업에서의 이익은 누리되 그 손실에 대하여는 일정 부분을 넘어서서는 책임을 지지 않게 된다. 정비사업의 이익은 그 비율대로 취하면서 손실에 있어서는 유한책임을 진다는 의미이다. 건설업자가 정비사업의 실패에 대한 책임을 지지 아니하면 그 책임은 유일한 형식상 시행자인 조합이 모두 부담하게 되고, 이는 토지등소유자의 부담으로 이어져 오히려 공익에 반하는 결과에 이르게 된다.

그러므로 건설업자의 지위는 형식이 아니라 실질로 판단되어야 한다. 형식상 시공자라고 하더라도 그 시공자가 사업의 시행에 관여하였다면 이는 시행자로서의 기능을 수행한 것이므로 시행자로서의 책임을 져야 한다. 이러한 해석론을 연장한다면, 도시정비법 제8조가 조합원의 과반수의 동의를 얻어야만 건설업자가 공동시행자가 될 수 있다는 의미는 형식상 공동시행자가 될 수 있다는 의미가 아니라, 그 동의가 있어야만 건설업자가 시행기능을 수행할 수 있다고 해석된다. 그렇다면 시공자로 선정된 건설업자로서는 공동시행자로 선정되지 않았다면 시행기능을 수행할 수 없다고 보아야 한다.

4. 조합이 없는 사업에서의 시공자 선정제한

시공자의 선정을 제한하고 있는 조항은 그 제한대상을 조합으로만 한정하고 있다. 그렇기 때문에 조합이 아닌 사업시행자에 대해서는 그 조하이 그대로 적용되기 어렵다고 보아야 한다. 따라서 조합이 결성되지 않는 주거환경개선사업, 토지등소유자가 시행하는 도시환경정비사업, 주택공사 등이 단독으로 시행하는 도시정비사업에 있어서는 위에서 논의한 시공자 선정제한 조항이 적용되지 않는다.[139]

V. 소결

도시정비사업에서 건설업자는 시공기능을 수행할 뿐만 아니라 원칙적 사업시행자인 조합이 사업에 대한 전문성이 부족하고 재정능력이 부족하기 때문에 그 능력의 흠결을 보완하여 시행기능을 수행한다. 사실상 건설업자가 시행기능을 수행하지 아니하면 도시정비사업은 성공하기 어렵다. 그렇지만, 여전히 도시정비법은 원칙적인 사업시행자를 조합이라고 보고 있다. 주택법은 '시공능력'이 있는 자에게 사업을 진행할 수 있는 능력을 부여하는 것이어서 건설업자가 주된 사업주체가 되는 것과 달리 도시정비법은 사업과 보다 깊은 이해관계를 맺고 있는 조합이 원칙적인 사업주체이고, 건설업자는 이에 종속하는 정도로 하고 있다. 이 점에서 주택건설사업과 도시정비사업에서 건설업자의 지위가 다르다.

한편, 지금까지 도시정비사업에 대하여 건설업자가 시행기능을 가지고 있음을 간과한 경우가 많았다. 건설업자를 단순 수급인으로 이해하여 그 책임을 한정하였던 것이 대표적이다. 그러나 도시정비법은 공동시행 제도를 명시적으로 도입하기에 이르렀으므로, 공동시행자로 선정되지 않은 건설업자는 오로지 시공기능만을 수행할 수 있다고 보아야 한다. 반면, 공동시행자로 선정되었다면 건설업자는 더 이상 단순 수급인이 아니라 조합과 동등한 위치에서 사업의 성패에 대한 책임을 진다고 보아

139) 김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교법학』 제48권 제4호, 2007, 219면 참조

야 한다.

제 5 장 결론

이상에서 건설산업에 대한 공법적 규제를 살펴보았다. 건설산업은 건설업자를 빼놓고는 논의할 수 없는 것이므로, 건설산업을 공법적으로 규제하는 것은 건설업자를 규제함으로써 상당 부분이 이루어질 수 있다. 그런데 건설업자의 기능이 서로 성질을 달리하는 두 가지로 나뉜다면 하나의 수단으로 규율하는 것은 적절하지 않으므로 그 기능에 따라 달리 규율하여야 한다. 그렇기 때문에 건설업자의 기능을 구별할 필요성이 제기되는데, 건설업자의 기능은 크게 시행기능과 시공기능으로 나뉜다. 시행기능은 사업을 자기 책임하에 진행하는 것으로서 자금조달 등이 포함되는 것이고, 시공기능은 시행기능을 제외한 나머지 모든 것이라 할 텐데 대표적으로 건축물을 물리적으로 공사하는 것을 의미한다.

한편, 특정 산업을 규율하는 방법으로 면허법제와 사업법제를 이분하는 것이 많이 이용된다. 면허법제는 일정한 자격요건을 갖추어야 해당 산업에 진입할 수 있게 하여 일종의 진입장벽을 설정하는 기능을 한다. 사업법제는 자격요건을 갖춘 자에게 무한한 자유를 부여할 수는 없는 것이므로 그 이후의 영업행위에 대하여 일정한 제한을 가하는 법제이다. 건설업자는 사경제 주체로서 헌법에 의하여 보장되는 영업의 자유를 누리는 주체이지만, 그 영업의 내용이 국민의 안전에 밀접하게 관련되어 있고, 국가의 기간산업으로서 국가경제에 미치는 영향이 상당하여 일정한 제한을 가할 필요성이 생기게 된다.

건설산업에 대한 면허법제로는 대표적으로 「건설산업기본법」과 「건설기술 진흥법」이 있다. 「건설산업기본법」에는 대표적으로 건설업등록에 관한 규정이 있는데 일정한 기술요건과 자금요건을 갖추어 시공할 수 있는 능력을 갖춘 경우에 건설업등록을 주는 것이다. 건설업등록을 받지 못한 자는 시공을 할 수 없게 함으로써 행정주체가 사전적으로 건설산업을 규제한다. 그런데 이와 관련하여 「주택법」의 주택건

설사업 등록은 건설업등록의 요건을 완화하여 주택건설사업을 허용하는데, 이는 당초 법의 취지가 아파트 건설을 촉진하려는 것이었기 때문이다. 사후적으로는 적정한 시공이 이루어졌는지 확인하기 위한 감리제도가 있고, 법을 위반했을 시에는 각종 제재처분이 예정되어 있다. 이외에도 반드시 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규제로서가 아니라 기술발전을 지원하는 진흥법으로서 「건설기술 진흥법」이 있다. 크게는 기술규제로 명명할 수 있겠는데, 세부적으로는 규제라는 용어보다 개입이 적절하다.

면허법제의 규제를 통과한 건설업자가 무제한적으로 건설사업을 할 수 있는 것은 아니다. 건설업자의 사업은 크게 주택건설사업과 도시정비사업으로 나뉘는데 전자에 대하여는 「주택법」이, 후자에 대하여는 「도시 및 주거환경정비법」이 제한을 가하고 있다. 이들이 건설업자에 대한 사업법제이다.

「주택법」상 주택건설사업은 하나의 '마을'을 만들어내는 것이므로 도시계획적 성격을 가지고 있다. 위 법은 건설업자가 주택건설사업을 하기 위해서는 사업계획승인을 받아야 한다고 규정하여 규제를 가하고 있다. 사업계획승인은 도시계획적 판단이 수반되는 것이므로 재량행위이며 계획재량을 가진다. 사업계획승인으로서 얻고자 하는 목적을 달성하기 위하여 형사처벌, 직권취소 및 철회, 사용검사를 예정하고 있다. 또한, 주택건설사업을 공동으로 사업시행하는 것을 허용하고 있다. 이외에도, '아파트'가 가지는 공익적 특성상 주택공급에 일정한 제한이 가하여지고 있고, 다른 사업과는 다르게 자금조달을 지원하고 있다.

「도시 및 주거환경정비법」은 건설업자의 도시정비사업에 대하여 규제를 가하고 있다. 도시정비사업에서 건설업자의 지위가 문제된다. 시행과 시공의 구별이 중요한 의미를 가지는데 건설업자가 공동시행자로 선정될 수도, 단순 시공자로 선정될 수도 있기 때문이다. 그런데, 도시정

비사업의 원칙적 사업주체인 조합은 도시정비사업에 대한 전문성이 부족하고 이를 시행할 자금이 부족하기 때문에 건설업자가 이를 보완할 필요성이 상당하다. 그렇기 때문에 건설업자는 형식상 시공자라 하더라도 실질에 있어서는 시행자로서 참여한 경우가 많다. 건설업자와 조합이 체결한 공사계약은 외관상 하나의 계약으로 보이지만 그 실질에 있어서는 시공계약과 시행계약으로 나뉘어 있었다는 것이다. 그렇다면 형식적으로 시공자라 하더라도 그 실질이 시행자라면 사업의 성패에 따른 책임을 지는 것이 논리적으로 타당함에도 과거 판례가 이에 반하는 해석을 한 것은 문제가 있다. 이는 도시정비법이 공동시행자 제도를 명시적으로 규정한 이상 더 이상 유지되기는 힘들다고 판단된다.

건설산업에 대한 규제의 필요성은 분명하다. 그렇지만 이에 대하여 무제한 적으로 과도한 규제를 가하는 것은 건설업자가 가지는 헌법상 기본권을 침해할 여지가 있다. 그렇기 때문에 공익만을 고려하여 규제의 강도를 높여나갈 것이 아니라 건설업자의 사익도 고려하여 공익과 사익을 형량한 후 규제의 정도를 결정하여야 한다.

참 고 문 헌

<단행본>

김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014.
, 『행정법 II』, 박영사, 2014.
김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013.
김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기 I』, 한국도시개발연구포럼, 2010.
남진권, 『건설산업기본법 해설』, 도서출판 금호, 2013.
박균성, 『행정법강의(제10판)』, 박영사, 2013.
유동규·송현진, 『건축법 이론과 실무』, 법률출판사, 2009
장찬익·송현진, 『주택법 해설』, 진원사, 2004
전연규, 『도시및주거환경정비법 조문해설(上)』, 진원사, 2014
정태용, 『건축법해설』, 한국법제연구원, 2006.
정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2016
홍정선, 『행정법특강(제13판)』, 박영사, 2014.

<논문>

강의성, 「주택법상 지역조합에 관한 연구」, 중앙대학교, 2006
김시격·이석종, 「개정 건설기술 진흥법에 대한 소고」, 『한

국지반공학회지』제31권, 2015
김종보, 「정비사업의 시공자 선정과 형사처벌」, 『서울대학교 법학』제48권 제4호, 2007
, 「시행과 시공의 구별」,『행정법연구』제26호, 한국행정법연구소, 2010
, 「아파트시장에서 건설법의 역할과 향후 입법과제」, 『행정법이론실무학회』, 2012
권혁용, 「주택법상 등록사업자의 법적 지위」,『중앙대학교』, 2006
류광해, 「영업상 등록제의 법적 성격」, 『법학연구』 제18집, 인하대학교 법학연구소, 2015
최계영, 「건축신고와 인·허가의제」, 『행정법연구』25호, 한국행정법연구소, 2009
이기형, 「주택건설사업계획승인의 요건 및 절차」, 『법학연구』50권, 2013
이상철, 「기속행위와 재량행위」, 『월간 법제』, 2002
이상헌, 「하도급법상 직불청구권과 건산법상 직불청구권」, 『법조』 제62권 제5호, 법조협회, 2013
이원우, 「경제규제와 공익」, 『서울대학교 법학』 제47권 제3호, 2006

<기타 참고자료>

건설기술 진흥법[법률 제5965호, 1999. 4. 15., 일부개정] 개정

이유
건설기술 진흥법[법률 제11794호, 2013. 5. 22., 전부개정] 개정이유
고재현, '주택법상 사업주체와 등록사업자', 주택법세미나
도시 및 주거환경정비법[법률 제13508호, 2015. 9. 1., 일부개정] 개정이유
시도별 일반건설업 등록현황
(http://kosis.kr/statisticsList/statisticsList_01List.jsp?vwcd=MT_ZTITLE&parentId=H#SubCont)
주택도시보증공사(http://www.khgc.co.kr)
주택도시기금(http://nhuf.molit.go.kr)

Abstract

A Study on Public Law Regulation for Construction Industry

- Focusing on licensing and business law-

Jung Soo Ho
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

The construction industry is closely related to the safety of the people and has a great influence on the national economy, so there is a great need to regulate the construction industry. However, public law on construction industry is regulated by the construction company. The function of the constructor shall be differentiated according to the functions of the enforcement function and the construction function. On the other hand, it is regulated by dualizing licensing and business legislation in a way that regulates a specific industry. The license law is to prevent the entry into the industry for those who do not meet certain criteria, and the business law is to impose restrictions on the business activities of licensees.

As a license system for the construction industry, the construction industry is registered as a representative of the "Basic Act on the Construction Industry". It is to regulate the construction industry by registering construction business with those who can carry out the construction work with certain technical ability and financial ability. However, registration of the housing construction business under the 「Housing Act」 is limited to the housing construction business, and it will give the construction ability by easing the requirements than the construction business registration. In addition, there are supervisory systems as post-regulation means, and various technical regulations are stipulated in the "Construction Technology Promotion Act" as a means of intervening contents to be supported rather than narrow

There are "Housing Law" and "Urban and Residential Environment Improvement Act" as the business law for constructors. The construction industry is divided into the housing construction business and the urban maintenance business. The former is regulated by the "Housing Act" and the latter is regulated by the "Urban and Housing Environmental Improvement Act". As for the housing construction business, there is a business plan approval system. Since the housing law has a city planning decision, approval of the business plan is discretionary act and the administrative entity has planning discretion. For city maintenance projects, the distinction between implementation and construction is important in relation to the status of construction companies. The construction company may be selected as a co-operator or a contractor, but the requirements of each case are different and their effects are different. In other words, if the contractor is recognized as being in the status of the

contractor, the contractor shall bear the same responsibility as the union for the success or failure of the project, but shall be liable only if it is merely a contractor.

keywords : construction industry, license law system, construction business registration, business law system, enforcement, construction
Student Number : 2014-24550