

제16호

제16호

제16호

제16호

제16호

제16호

일반논문

- 김종보 | 아파트 하자소송의 적용법조
오원택 | 정비기반시설 무상귀속 제도의 형성과 전개
: 2026년 도시정비법 개정을 중심으로
이은노 | 공공주택 특별법상 행위허가의 법적성질과 허가기준
손건훈 | 도시정비사업에서 대지 확보를 위한 건물인도청구의 문제
: 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 중심으로
백다은 | 지역주택조합 분담금 규율의 구조적 한계와 공법적 전환

발행일자 |
2026년 9월 25일

사 단 법 인 | 건 설 법 학 회
CONSTRUCTION & URBAN DEVELOPMENT LAW ASSOCIATION

목차

» 일반논문

- 1 아파트 하자소송의 적용법조
 김종보
- 23 정비기반시설 무상귀속 제도의 형성과 전개: 2026년 도시정비법 개정을 중심으로
 오원택
- 39 공공주택 특별법상 행위허가의 법적성질과 허가기준
 이은노
- 55 도시정비사업에서 대지 확보를 위한 건물인도청구의 문제: 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 중심으로
 손건훈
- 73 지역주택조합 분담금 규율의 구조적 한계와 공법적 전환
 백다은

» 부록

- 93 간행규정
- 97 논문투고지침
- 101 연구윤리규정

Contents

» Article

- 1 **Applicable Legal Provisions in Apartment Defect Lawsuits**
Kim, Jong Bo
- 23 **The Formation and Development of the Gratuitous Vesting System of Urban Renewal Infrastructure:
The 2026 Amendment to the Urban Improvement Act**
Oh, Wontaek
- 39 **The Legal Character of Development Activity Permits and the Permit Standards under the Public
Housing Special Act**
Lee, Eun Noh
- 55 **The Problem of Claims for Delivery of Buildings to Secure Project Sites in Urban Improvement
Projects: Focusing on the Repeal of the Right to Demand Sale and the Introduction of Administrative
Vicarious Execution**
Son, Kun Hoon
- 73 **The Structural Limitations of the Regulation of Member Contributions in Housing Association
Projects and the Shift Toward Public-Law Control**
Baek, Da Eun

» Appendix

- 93 **Publication Policy**
- 97 **Instructions to Authors**
- 101 **Publication Ethics**

논문 / ARTICLE

아파트 하자소송의 적용법조*

김중보**

국문초록

아파트 하자책임이란 주택법에 따라 건설된 아파트의 하자로 인해 아파트를 건설·공급한 자가 입주자 또는 관리자에 대해 부담하는 책임을 말한다. 현행법상 공동주택의 하자에 대해서는 「공동주택관리법」의 하자 보수책임과 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법')의 하자담보책임이 병존하고 있으며, 판례는 두 책임을 별개의 독립된 제도로 파악하고 있다. 그 결과 아파트 하자분쟁은 공동주택관리법에 따른 실질적 하자보수보다는 집합건물법에 기한 금전적 손해배상청구를 중심으로 전개되어 왔다. 그러나 공동주택은 일반적인 집합건물과 달리 주택공급제도와 입주자대표회의 및 관리사무소를 중심으로 한 공법적 관리 체계 아래에 놓여 있다. 「공동주택관리법」은 이러한 공동주택의 특성을 반영하여 공동생활의 유지와 주거기능의 안정적 확보를 위한 관리 질서를 형성하고 있으며, 하자책임 역시 그와 같은 질서의 일부로 기능해야 한다. 이러한 관점에서 공동주택관리법의 하자책임은 하자의 보수에 중점을 두어야 한다. 동 법률이 사업주체에 하자보수의무를 부과하고, 하자보수명령, 행정제재, 하자보수보증금 제도 등을 규정한 이유도 하자보수 중심의 구조를 전제로 하기 때문이다. 따라서 손해배상은 하자보수가 불가능하거나 예외적인 경우에 한하여 보충적으로 인정되어야 한다.

초기 「주택건설촉진법」상의 하자책임 제도는 책임기간이 지나치게 단기로 설정되어 있었고, 하자보수 제도 역시 충분하지 않았다. 이러한 상황에서 판례는 입주자 보호를 위해 민사상 하자담보책임과 손해배상청구를 폭넓게 인정하는 방향으로 전개되었고, 그 결과 아파트 하자소송은 손해배상 중심의 구조로 정착하게 되었다. 이는 실제 하자의 제거보다 금전적 배상을 우선하는 결과를 초래하였으며, 공동주택관리법이 예정한 공법상 관리질서와 하자보수 체계를 약화시키는 원인이 되었다. 그러나 「주택법」에 따라 대량 공급되는 공동주택의 하자책임은 단순한 계약 이행을 위한 민사상 책임을 넘어, 공동주택의 안전한 관리를 위한 공법상 특별책임으로 재해석되어야 한다. 아파트 하자 분쟁은 일회적인 금전 배상이 아니라, 실제 하자보수를 통해 공동주택의 기능과 안전을 회복하는 방향으로 해결되어야 한다. 나아가 집합건물법은 공동주택관리법이 규율하지 못하는 오피스텔, 상가 등의 집합건물 영역에 관하여 보충적으로 적용되도록 향후 관련 법령의 해석과 입법적 정비가 이루어져야 한다.

주제어: 아파트 하자책임, 공동주택관리법, 집합건물법, 하자보수, 하자담보책임

목차

- I. 아파트 하자책임 제도와 판례의 전개
- II. 공동주택관리법과 집합건물법의 관계
- III. 하자책임의 법적 성질과 그 우열
- IV. 하자보수 우선주의
- V. 아파트 하자책임의 재구성
- VI. 결론 - 판례와 제도의 개선방향

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2026학년도 학술연구비 지원을 받았음(서울대학교 법학발전재단 출연).

** 서울대학교 법학전문대학원 교수



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.1>

Received: August 26, 2026

Revised: September 08, 2026

Accepted: September 11, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.



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

I. 아파트 하자책임 제도와 판례의 전개

1. 하자책임의 의의

아파트 하자책임이란 '주택법에 의해 건설된 아파트'의 하자로 인해, 아파트를 건설·공급한 자가 입주자 또는 관리자에 대해 지게 되는 책임을 말한다. 아파트도 매매계약으로 팔고 사는 물건이므로, 그 하자로 발생하는 법률관계는 특별한 규정이 없는 한 민법상 매매계약의 하자담보책임 조항(민법 제580조)에 따라 해결될 수 있다. 다른 한편 수백, 수천 세대가 하나의 단지 안에 묶여서 오랜 기간 공동으로 생활해야 하는 공동주택 단지라는 관점에서 보면, 아파트의 하자는 공동생활의 기초가 되는 '주거시설의 불안전성'을 의미한다. 아파트단지 내 공동생활에서 지속적인 불편이나 위험을 초래하는 아파트 하자 문제는, 계약관계에 대한 '일회적인 구제'와 '금전적 손해배상' 위주로 설계된 매매계약의 하자담보책임만으로 완벽하게 해결되기 어렵다. 아파트 하자를 이유로 손해배상을 받는 것만으로, 아파트의 기능상 불안전성이 치유되지 않기 때문이다.

2000년대 들어 입주 후 아파트에서 발견되는 하자를 둘러싸고 책임을 묻는 소송이 꾸준히 또 광범위하게 제기되고 있다. 민법 이외 아파트 하자에 대해서 특칙을 마련하고 있는 법률은 민법의 특별법으로 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법')이 있고, 공법 계열의 「공동주택관리법」¹⁾도 아파트 하자에 관한 규정을 두고 있다. 현행법상 민사법과 공법 계열의 하자책임 조항이 병존하고 있는데, 이 둘의 관계를 어떻게 해석해서 어느 법률에 따라 하자책임을 물어야 하는지가 가장 중요한 쟁점이다.

2. 하자책임 제도의 도입

(1) 주택법 계열의 하자책임

1972년 제정된 「주택건설촉진법」(이하 '주축법')으로 대규모 '단지형' 아파트가 다수 건설되고 많은 사람이 아파트에 입주해서 살게 되었다. 단지형 아파트란 하나의 부지를 공유하는 여러 동의 아파트 건물이 동시에 건설되며, 동시에 유치원, 상가 등이 공동생활을 위한 하나의 단지를 구성하는 공동주택을 말한다. 한국의 아파트는 대부분 여러 동으로 구성되는 단지형 아파트로 건설되며 규모가 큰 곳은 1만 세대를 넘고, 4, 5천 세대에 이르는 곳도 적지 않다. 단지형으로 지어진 대규모 아파트에서 다수 입주민이 공동생활을 하기 시작하자, 아파트의 관리제도가 아파트 건설 못지않게 중요하다는 사회적 인식이 생겨나기 시작했다.

이미 주축법에 존재하던 공동주택의 관리에 관한 일반조항에 더해, 1978년 주축법의 전문 개정으로 하자보수 위주의 하자책임이 법률에 도입되었다(제38조 제6항). 이에 뒤이어 1979년 주축법의 부속 법령으로 제정된 「공동주택관리령(대통령령)」은 공동주택 관리의 중요성을 인식하고 그에 대응하는 최초의 포괄적인 법령으로, 그 속에 사업주체의 하자책임에 관한 조항도 포함되었다(제정 공동주택관리령 제11조). 공법상 하자책임은 '공동주택 관리'를 목적으로, 또 관리에 관한 여러 조항 중의 하나로 도입되었다.

(2) 집합건물법상 하자책임

하자책임에 대해 공동주택관리령이 여러 조항을 두고 있었던 것과 대조적으로, 1984년 제정된 초기 집합건물법은 집합건물의 하자에 대해 거의 관심이 없었고 이에 관해 단 하나의 조항만을 마련하고 있었다. 집합건물의 하자에 대해서는 민사상 '매매계약의 하자책임'에 갈음해서 도급계약에서 '수급인의 하자책임'을 인정하는 조항이 그것이다(제정 집합건물법 제9조). 집합건물법 제정 당시에는 집합건물이나 공동주택에 대한 공급계약이 집중되던 시기여서 장기적 관점의 건물 관리보다는 건물이 매매되는 과정에 주목한 것이라 평가된다. 이 조항은 하자책임의 본질을 집합건물의 관리를 위한 것으로 이해하기보다, 민사상 계약관계를 전제로 계약의 완전한 이행 및 손해배상을 중심으로 설계하고 있다는 점이 특징이면서 또한 그 한계이기도 했다. 다만 매도인이 아닌 수급인의 하자책임을 정하고 있어서 손해배상과 더불어 '하자보수'의 의미가 강조되고 있다는 점은 주목할 만하다. 민사법의 특별법으로서 집합건물법은 하자책임을 새롭게 창설하기보다는, 민사상 계약관계의 연장선에서 인정한 것이므로 그 하자책임은 집합건물법 제9조와 민법의 결합으로 작동한다.

1) 1970년대 제정된 「주택건설촉진법」은 2003년까지 적용되다가 「주택법」으로 개명되었다. 「주택건설촉진법」과 주택법에 함께 포함되어 있었던 공동주택관리와 관련된 제도들이 2016년 「공동주택관리법」으로 분리되었다. 이하에서는 공동주택의 관리와 관련된 법률로 주택법, 공동주택관리법 등이 맥락에 따라 인용된다.

3. 판례와 입법의 전개

(1) 하자책임의 경합

주축법과 집합건물법의 법체계가 하자책임에 대해 서로 다르게 정하고 있었음에도, 그 우열이 불분명한 것은 다양한 위험을 내포하고 있었다. 주축법이 정한 하자책임은 공동주택 관리를 목적으로 하는 ‘하자보수’ 위주의 책임이었고 단기의 책임이었다. 그에 비해 집합건물법상 하자책임은 계약상 하자담보책임으로 주된 청구권이 ‘손해배상청구권’이었다. 또 민사상 수급인의 하자담보책임을 준용하므로 매매계약의 매수인에게 주어지는 단기 제척기간(안 날로부터 6개월: 민법 제582조)이 배제되며, 손해배상청구권도 10년의 제척기간을 적용받는다(민법 제671조). 가장 중요한 쟁점은 주축법의 하자책임 제도가 집합건물법의 하자책임 제도를 배척하는가였는데, 주축법이 정하고 있던 ‘단기의 책임기간’은 법원이 주축법의 배타적 적용을 망설인 결정적인 계기였다.²⁾ 초기의 하자소송은 건설·공급된 지 오래된 아파트들을 대상으로 하는 경우가 많아서 주축법이 우선하면 하자소송에서 원고가 승소할 가능성은 현저히 낮아졌기 때문이다.

(2) 병존주의 판결

양 법률의 관계에 관해 판단을 강요받게 된 법원은, 주축법의 하자보수 제도와 집합건물법상의 하자담보책임은 동일한 대상을 동일한 목적으로 규제하는 중첩적 제도가 아니라 보았다. 이에 따라 판례는 양 책임이 상호 배척관계가 아닌, 별개의 제도이므로 공법상 제도의 존재에도 불구하고 구분소유자 등 원고가 집합건물법이 정하는 장기의 손해배상 청구권을 행사할 수 있다고 해석했다.³⁾ 이로써 단기의 하자보수만을 정하고 있던 주축법의 조항은 힘을 잃게 되었는데, 전국적으로 제기된 기획소송의 특성상 원고의 대리인은 주축법이 정하고 있는 하자보수보다 돈을 받는 것을 선호했기 때문이다. 법원은 집합건물법과 주축법의 일반적 관계를 정하던 집합건물법상 부칙조항을 하자담보책임에 대한 것으로, 좁게 해석하는 방법을 동원했다.

(3) 주택법 우선주의

집합건물법상 하자담보책임은 주택법상의 단기 제척기간의 제한을 받지 않는다는 대법원의 판결이 선고되자(2004. 1.), 이 판결을 무력화하기 위한 법률 개정이 있었다. 2005년 주택법이 개정되어 집합건물법 제9조에도 불구하고 주택법의 단기 제척기간이 적용되도록 정해졌다(주택법 제46조 제1항, 2005. 5. 26. 개정). 동시에 집합건물법 부칙조항도 개정되면서 단서에 “공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관해서는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다”는 문구가 추가되었다.

판례에 의해 촉발된 단기 제척기간에 대한 적용법조의 문제가 입법적으로 해결되었고 최소한 하자책임에 대해서는 주택법이 집합건물법을 배척하는 특별법이라는 점이 확인되었다. 이와 더불어 판례가 생각한 것과는 달리 집합건물법과 주택법상의 하자책임 제도가 별개의 제도가 아니라, 하나의 대상을 공유하면서 중첩된다는 점이 입법을 통해 확인되었다. 판례와 같이 두 개의 제도가 전혀 별개의 목적으로 마련된 것이라면 두 법률이 판례의 영향을 받아 통일적으로 개정될 가능성은 거의 없었기 때문이다.

(4) 법률과 판례의 충돌

2005년 주택법과 집합건물법 개정으로 주택법 우선주의가 채택되었지만, 2012년 대법원은 다시 한번 주택법을 제한적으로 해석하면서, 아파트의 하자에 대해 집합건물법상의 하자책임이 주로 적용된다고 선언했다.⁴⁾ 판례에 따르면 주택법상 단기의 책임기간은 ‘하자발생기간’에 불과해서 그 기간에 발생한 하자에 대해 다시 집합건물법상 10년의 제척기간이, 그렇지 않은 하자는 이전과 같이 집합건물법상 10년의 기간이 적용된다.

이 판례 직후 집합건물법이 다시 부칙조항을 본문으로 편입하고,⁵⁾ 단서를 삭제함으로써 2005년 이후 이어지던 주택법 우선주의는 다시 입법적 교착 상태로 빠져들었다(제2조의2, 2012. 12. 18. 집합건물법 개정). 그 후 판례의 병존주의에 따라 하자소송은 대부분 민사상 하자담보책임을 위주로 해결되는 것이 실무의 일반적 관행으로 자리 잡게 되었다. 2016년 제정된 공동주택관리법도 판례에 영향

2) 이준형, “집합건물 신축시공자에 대한 구분소유자의 하자담보책임 추급가능성”, 『민사판례연구』 제39권(2017. 2.), 195면 참조.

3) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결(이하 ‘신동아 아파트 판결’).

4) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결.

5) 집합건물법 제2조의2(다른 법률과의 관계) 집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에 관한 「주택법」 및 「공동주택관리법」의 특별한 규정이 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다. <개정 2015. 8. 11.> [본조신설 2012. 12. 18.] [제목개정 2015. 8. 11.]

을 받아 민법에서 사용하는, ‘하자담보책임’이라는 용어를 받아들이는 등 혼란은 계속되고 있다.

II. 공동주택관리법과 집합건물법의 관계

하자책임에 대해 민사법 조항이 적용되는가 또는 공법상의 제도가 적용되는가의 문제는 단순히 하자책임의 문제에 국한되지 않는다. 공동주택관리법과 집합건물법이 공동주택 또는 집합건물의 관리에 대해 정하고 있고 그 관리제도의 하나로 하자책임도 정해진 것이기 때문이다. 그래서 아파트 하자책임의 적용법조를 확인하는 작업은 공동주택관리법과 집합건물법의 관계에 대한 일반적 이해를 출발점으로 한다.

1. 법률의 제정 경위

(1) 주축법의 제정

1) 주축법의 목적과 구성

1970년대는 한국의 산업화와 도시화가 가장 활발하게 진행되던 시기였고, 1972년 제정된 주축법은 아파트의 건설을 촉진하고, 시장에 아파트를 대량으로 공급하기 위해 제정된 특별법이다. 주축법은 ‘하나의 단지에, 여러 동’의 공동주택을 한 번에 허가하는 ‘주택건설 사업계획의 승인’(이하 ‘사업승인’) 제도를 도입했다. 건축허가를 대체한 사업승인의 요건 및 절차 등이 주축법의 핵심적인 내용을 구성했지만(주택건설기준에 관한 규정), 그와 더불어 아파트 건설을 활성화하기 위한 다양한 제도들이 함께 포함되었다. 그 결과 주축법에는 아파트 건설 자금을 지원하기 위한 ‘국민주택 기금제도’, 건설업자의 면허를 완화하는 ‘등록업자제도’, 무주택자에게 주택을 공급하기 위해 마련된 ‘주택공급제도’, 아파트가 건설·공급된 후 관리되기 위한 ‘공동주택 관리제도’ 등이 함께 도입되었다.

2) 공영주택법의 승계

주축법의 전신으로 1963년 제정되어 아파트를 건설하는 근거법으로 작동하던 공영주택법은 국가나 대한주택공사만이 사업주체가 되도록 정하면서(제정 공영주택법 제2조 제4호), 아파트가 완성된 후에도 사업주체가 관리를 계속하도록 정하고 있었다(제10조). 공영주택법에 따라 건설된 아파트도 분양 또는 매각되는 구조였지만(제16조), 소유권을 보유한 입주인이 존재해도 공동주택의 관리권은 공공에 속했다. 공영주택법을 이어받은 주축법의 공동주택 관리제도 역시 이러한 맥락에서 아파트의 관리권이 사업주체에 속했다가, 관리주체에 이전되는 구조로 설계되었고, 이 과정에서 소유권에 기초해서 공동주택을 관리한다는 인식은 거의 없었다.

3) 주택법과 공동주택관리법의 제정

주축법은 약 30년 가까이 적용되다 2003년 주택법이라는 이름으로 변경되었지만, 주축법 시절 주택공급을 위주로 설계되었던 법체계 대부분은 주택법에도 그대로 이어지고 있다. 아파트는 1970년대 주축법이 제정된 이래 한국 사회의 주류적 주거 형태로 자리 잡았고, 지금까지 1,200만여 세대의 아파트가 공급되었다. 초기부터 거대한 ‘단지형 아파트’를 원형으로 아파트가 건설되었고, 여러 동의 아파트가 하나의 단지로 묶이게 되므로 그에 대한 관리에 대해서도 역시 주축법과 주택법이 간여할 수밖에 없었다. 2016년 공동주택관리법이 별도로 제정되어 주택법에서 분리되었으며, 공동주택관리법도 주택법 계열의 법률이라는 점에서 주축법에서 시작된 공동주택 관리제도는 주택법을 지나 현재까지 이어지고 있다.

(2) 집합건물법의 제정

1970년대 주축법의 등장으로 서울의 강남 지역에 대규모의 단지형 아파트가 건설되고 분양됨으로써, 민사상으로도 아파트의 소유와 관리에 관한 특별한 규율이 필요하다는 인식이 퍼졌다. 아파트 이외에도 1980년대에 접어들면서 고층의 집합건물이 등장하고 있었고, 1962년 제정된 일본의 「건물의 구분소유 등에 관한 법률」(이하 ‘구분소유권법’)⁶⁾이 한국에 소개되면서⁶⁾ 민사법 학계를 자극했다. 1984년 아파트 및 고층빌딩에 관한 민사상의 특칙을 정하기 위해 집합건물법이 제정되어 구분소유권과 집합건물의 관리에 관한 조항

6) 최종길, “集合住宅(아파트)의 區分所有에 관한 比較法的 實態的 考察”, 『서울대학교 법학』 제11권 제2호(1969. 12.), 15면 이하 등 참조.

을 마련하게 되었다.⁷⁾ 집합건물은 다수의 구분소유자가 공용부분을 공유하면서 오랜 기간 함께 사용하는 건물이라는 점에서 이를 관리하는 문제에 대해서도 새로운 규율이 필요했고, 이런 이유로 집합건물법에는 집합건물의 관리에 관한 조항이 대다수를 이룬다. 집합건물법은 총칙(제1조 ~ 제9조)을 제외하면 재건축에 관한 조항(제47조 이하)까지 대부분 공용부분의 관리, 관리단 및 기구, 관리단 집회 및 규약에 관한 사항을 정하고 있다. 관리권에 대한 사항을 정하는 규약은 집합건물법이 보호하려고 하는 집합건물의 본질을 해하지 않는 범위에서 관리에 대한 사항을 정하거나 변경할 수 있다.

1984년 집합건물법이 처음 제정될 때 가장 중요한 집합건물은 아파트였고, 집합건물법의 제정 목적도 주로 아파트를 의식한 것이었다. 그러나 그 당시 이미 10년 넘게 아파트 건설과 공급을 주관하던 주축법이 아파트 관리에 관해서도 별도의 법률 조항을 두고 있었고 또 이와 더불어 공동주택관리령을 제정해서 상당히 자세히 규율하고 있었기 때문에, 두 제도의 충돌은 이미 예정된 것이었다. 집합건물법은 민법의 특별법으로 제정되어 소유권의 총합을 기초로 건물의 관리를 규율하지만, 주축법은 국토교통부가 주관하는 법률로서 공동주택의 관리권이 국가로부터 나온다는 사고에 기초하고 있었다. 생각의 출발점은 달랐지만, 두 법률이 아파트 관리에 대해 특별한 규정을 두고자 한다는 점에서 규율대상이 일치했다. 어느 제도가 시장에서 사실상 우위를 점하고 아파트 관리의 근간이 될 것인가는 결국 민법과 공법의 관계, 주축법의 기능, 아파트 관리 실무 등 다양한 요소에 의존했다.

2. 법률의 규율대상 - 집합건물과 공동주택의 구별

주택법상의 공동주택은 ‘건축물의 용도’를 의미하며 건축법상 주택의 일종에 해당하는 것이지만, 집합건물법상의 집합건물은 건축물의 용도와 무관하고 소유의 형태에 따른 개념이다. 주택법이 생각한 공동주택은 주거생활이 독립된 공간으로 분리되어 영위되지만 동시에 여러 세대가 벽과 복도, 승강기, 단지 내 도로, 공원, 상가, 관리사무소 등을 공동으로 사용하며 ‘공동으로 주거생활을 하는 여러 동의 건축물을 포함한 단지’를 의미한다(주택법 제2조 제3호 참조). 다른 한편 집합건물은 구분소유권의 개념을 정하고 공용부분 관리를 민사적으로 규율하기 위해 만들어진 개념이다. 집합건물법은 민사적으로 배타적 지배의 대상과(전유부분) 공유에 속하는 부분을(공용부분) 나누어 이를 구성요소로 하는 구분소유권을 정한다. 집합건물법은 ‘한 동의 건물 중 구조상 독립된 수 개의 부분이 독립한 건물로서 사용할 수 있을 때 그 각 부분’을 구분소유의 객체로 정하고 있다는 점에서(제1조) 단지 내 ‘여러 동의’ 공동주택을 전제로 하는 공동주택관리법과 큰 차이를 보인다.

이처럼 공동주택과 집합건물은 별개의 개념으로 출발했지만, 주택법에 의해 건설·공급된 공동주택은 초기부터 주거전용면적, 공용면적 등의 개념을 사용하고 있다는 점에서(현행 주택법 제2조 제6호, 주택법 시행규칙 제2조 제2호; 1976년 주축법 시행규칙 제6조 등 참조) 구분소유권을 전제하고 있으며, 결국 주택법상 공동주택은 집합건물의 일종으로 집합건물의 부분집합에 해당한다. 그리고 집합건물에는 건축법상 주택이 아니어도 구분소유의 대상이 될 수 있는 구조의 판매시설, 숙박시설, 업무시설 등 다양한 용도의 건축물이 포함될 수 있다.

3. 법률의 적용범위

공동주택관리법의 적용범위는 우선 주택법에 의해 사업승인을 받은 공동주택에 국한된다. 그리고 공동주택관리법은 사업승인을 받은 공동주택 중 300세대 이상의 아파트 또는 승강기가 설치된 150세대 이상의 아파트 등을 ‘의무관리대상 공동주택’으로 정하고 이들은 반드시 자신이 정한 공동주택관리 기준을 준수하도록 정하고 있다(공동주택관리법 제2조 제2호). 주택법에 의해 건설된 아파트 중에서 이에 속하지 않는 공동주택은 전체 입주자 등의 3분의 2 이상이 서면으로 동의하면 공동주택관리법에 따른 관리기준이 적용된다(시행령 제2조).⁸⁾

집합건물법은 원래 하나의 건축물이 하나의 대지에 건축되는 경우를 예정하고 입법된 것이라는 점에서 공동주택관리법과 크게 차이를 보인다. 그래서 집합건물법은 후반부에 단지형 아파트에 대한 특칙을 정하면서 단지관리단을 별도로 규정하고 있고, 관리단에 대한 조항을 준용한다(법 제51조). 이는 하나의 건축물을 대상으로 입법되었던 일본의 제정 구분소유권법의 영향을 받은 결과이다(일본의 제정 구분소유권법 제65조 이하 참조). 그러나 집합건물법은 단지형 아파트에 대해 총칙의 공용부분에 대한 조문을 준용하는 외에 제9조 하자책임에 대한 조항은 준용하고 있지 않은데(제52조), 이는 집합건물법 스스로 주축법에 의해 건설된 아파트에 대해 전적으로

7) “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률안”(의안번호: 110427, 1983. 1. 6. 제출) 의원문 중 ‘제안이유’ 부분.

8) 서울시의 아파트를 세대별로 보면 2, 3천 세대를 포함해서 300세대 이상의 아파트가 1,659단지이고, 300세대~150세대는 1,010단지, 100세대 이상 53단지, 50세대 이상 726단지, 50세대 이하 461단지로 공동주택관리법상 의무관리대상이 상당수를 차지하고 있음을 알 수 있다. 서울특별시, “서울특별시_공동주택 현황(세대수별) 통계”, 공공데이터포털, <https://www.data.go.kr/data/15047145/fileData.do> (2026. 8. 20. 확인).

적용되기 어렵다는 것을 인식하고 있다는 증거이다.

또 집합건물법은 이미 건축허가 등을 통해 완성된 건물을 전제로 '입주가 이루어진 후'부터 규율을 시작한다는 점에서 주택법상 주택의 건설·공급 과정과 연동된 공동주택관리법과 차이를 보인다. 형식상으로 보면 집합건물법은 특별히 적용범위에 관한 조항을 두지 않고, 구분소유의 대상이 되는 모든 건물에 대해 적용될 것을 예정하고 있다(예컨대 집합건물법 제1조). 그러므로 집합건물법은 구분소유의 대상이 될 수 있는 아파트를 포함해서 공동주택 중 다세대주택, 연립주택, 구분소유의 대상인 상가, 아파트형 공장, 리조트 등 집합건물로 분류되는 모든 건물에 대해 포괄적으로 적용될 것을 예정하고 있다. 아파트 이외에도 다양한 집합건물이 등장하고 있지만, 집합건물법과 연구자들은 여전히 아파트를 집합건물법의 주된 규율대상으로 인식함으로써 주택법 계열의 법률과 지속해서 충돌하고 있다.⁹⁾

4. 공동주택관리법과 주택법의 견련성

공동주택관리법과 집합건물법이 가장 큰 차이를 보이는 것 중의 하나는 주택법과의 연결성이다. 공동주택관리법은 주택법에 의해 건설·공급되는 아파트의 법률관계를 전제로 설계되어 있지만, 집합건물법은 건물의 건설과정과 무관하게 완성된 건물의 관리에 대해서만 규율할 뿐이다.

(1) 공동주택 건설과 관리의 연계

공동주택관리법은 주축법의 제정 후 주택법을 거쳐 독립되기 전까지 주택법 등의 구성요소였고, 주택법에 의한 주택의 건설·공급과 공동주택의 관리는 하나로 인식되었다. 공동주택관리법이 주택법에서 독립해서 별개의 법률로 제정되었지만, 그 규율의 대부분은 초기부터 주택법의 내용을 구성하던 주택의 건설·공급과 긴밀한 관계에 있었다. 현행 공동주택관리법은 주축법과 주택법의 한 내용을 구성하던 공동주택 관리제도를 승계하고 있는데, 이는 집합건물법이 마련되는 시점보다 7, 8년 앞설 뿐 아니라, 주택의 건설과 공급과정에서 존재하던 다양한 법률관계의 특수성과 연동된다.

그래서 공동주택의 관리에 대해 논할 때 이미 완성된 공동주택이라는 관점뿐 아니라 선행하는 주택건설과 공급과정에 대한 공법적 통제가 함께 고려되어야 한다. 민법에서 전통적으로 사용하던 도급인과 수급인, 매매계약이라는 용어는, 주축법이나 주택법에서 사업주체와 시공자, 주택공급이라는 용어로 변용되었고, 사업승인, 입주자모집 승인, 분양가 상한제 등 다양한 공법적 규제가 마련되어 있다. 이렇게 특수한 공급 절차와 행정처분을 매개로 건설·공급되는 공동주택의 관리제도는 그 전의 과정과 절연된 단순한 집합건물의 관리에 불과한 것이 아니라, 마치 '하나의 기차에 연결된 후미의 차량'처럼 주택의 건설제도, 공급제도 등과 하나의 맥락으로 연결된 제도의 결과물이다.

(2) 공동주택 매매계약의 특수성

초기부터 주축법이 건설업자에게 사업승인이라는 특혜를 주고 자금조달을 돕는 등 큰 이익을 준 반대급부로 마련한 강력한 규제가 있었는데, 그것은 무주택자에게 주택을 공급하기 위해 「주택공급에 관한 규칙」(이하 '주택공급규칙')에 마련된 '주택공급제도'였다. 주택공급제도의 가장 큰 특징은 공개경쟁을 통해 무주택자에게 저렴한 주택을 공급하도록 강제하는 것이었으며, 이는 현행 주택법에 그대로 승계되어 있다. 주택법이 매매라는 용어 대신 주택의 공급이라는 표현을 사용하는 이유는 국가가 제도를 통해 시장에 주택을 제공한다는 생각에 따른 것이고 일반적인 매매계약에 비해 광범위한 행정통제를 받도록 제도가 설계되어 있다.

우선 건설업자는 매매계약의 주요 내용에 대해 사전에 입주자모집 승인 절차를 통해 자치단체의 허락을 받아야 한다(주택법 제54조 제1항 제1호, 주택공급규칙 제20조 제1항). 또 사업주체는 상대방을 임의로 선택할 자유도 없으며, 법률이 정하는 일정한 자격의 무주택자에게 추천의 방법으로 주택을 제공해야 한다(주택공급규칙 제19조). 매도인의 입장에서 가장 중요한 분양가도 정부의 분양가 상한제라는 제도로 통제되어 건설업자가 임의롭게 결정할 수 없는 경우가 대부분이다(주택법 제57조). 최종적으로 당첨자와 체결되는 매매계약은 1대1의 신뢰를 바탕으로 한 계약이라기보다는 법령과 처분으로 이미 정해진 내용에 따라 대량으로 이루어지는 주택의 분양 절차이다. 그래서 주택법에 의해 주택을 공급받는 사람은 상대방을 물색해서 물건을 보면서 가격을 협상하는 등의 과정을 통해 계약을 맺는 전형적인 과정을 거치지 않는다. 공동주택의 당첨자는 국가가 공인하는 주택의 공급 내용에 따라 그리고 추천 과정에서 '주택을 이미 보유한 자를 배제하는 특혜'를 받으며, 낮은 가격으로 제공되는 대량의 아파트 분양 절차에서 당첨이라는 행운을 누린 사람이

9) 오피스텔, 대규모 점포 등의 관리에 대해 자세히는 김영두, "대규모집합건물의 관리에 관한 관련법제의 개선방향", 『집합건물법학』 제24집(2017. 11.), 13면, 21면; 박종두, "집합건물의 관리에 관한 법령과 적용", 『집합건물법학』 제7집(2011. 6.), 85면 이하 등 참조.

다. 공동주택의 공급은 주택법이 정하는 주택공급질서에 전적으로 의존해서 이루어진다는 점에서 일반적 집합건물의 매매계약과 커다란 차이를 보인다.¹⁰⁾

(3) 사업주체의 관리책임과 영업정지

공동주택관리법은 입주가 일정한 정도에 이르면 사업주체가 입주자에게 관리권을 이양하도록 정하면서, 관리권을 행사할 자로 입주자대표회의를 지목하고 있는데 이는 집합건물법의 관리단과 양립할 수 없는 규정이다(공동주택관리법 제11조). 공동주택관리법이 주택법에 의해 사업승인을 받은 사업주체를 전제로 하고 있다는 점에서 양 법률이 긴밀하게 연결되어 있음을 확인할 수 있다. 집합건물법이 공동주택관리법에 우선하고, 입주자대표회의 제도가 구분소유자의 본질적 권리를 해친다면 입주자대표회의가 일반화된 아파트 단지에서 관리단을 무력화시키고 독자적인 관리권을 행사하는 현행 질서를 설명할 수 없다.

또 초기부터 주축법에 도입되었던 하자책임도 주택의 건설과 관리가 깊게 연결되어 있음을 전제로 하고 있다. 하자보수를 하지 않는 사업주체에 영업정지를 내리도록 정하는 주택법은 공동주택의 건설·공급을 담당하는 사업주체가 아파트 관리와 긴밀하게 연결되어 있음을 보여주는 좋은 예이다.

(4) 관리사무소의 설치

집합건물법은 건물의 건설 과정에 간여하지 않고, 이미 완성된 건물을 중심으로 민사적 특례를 정하는 구조를 취하고 있지만, 공동주택관리법과 주택법은 상호 연결되어 주택의 건설과정에도 공동주택의 관리를 위한 시설이 예정되어 있다. 입주자대표회의와 긴밀히 협력하면서 아파트단지를 관리하는 관리사무소(공동주택관리법 제2조 제10호 가목)가 바로 그 대표적인 예인데, 관리사무소라는 물리적 공간은 주택법의 하위법령인 「주택건설기준 등에 관한 규정(대통령령)」에 의해 설치가 강제되고 있다(동 규정 제28조). 관리사무소는 주택의 세대수(50세대)에 비례해서 일정한 면적 이상으로 설치하도록 정해져 있고, 관리사무소의 종사자에 대해서도 휴게시설이 보장되어야 한다. 이를 정하는 주택건설기준은 주택법상 사업승인의 허가요건이면서 동시에 관리사무소의 기능을 보장하기 위한 물적 기초라는 점에서 주택법과 공동주택관리법이 긴밀히 연결되어 있다는 점을 잘 보여준다. 주택법에 의해 건설된 아파트에서 집합건물법에 따른 관리단이 성립하기 어려운 이유는 입주자대표회의와 관리사무소의 존재로 상징되는 주택법과 공동주택관리법의 긴밀한 연결성 때문이다.

5. 관리권의 근거

(1) 관리권의 개념

공동주택 또는 집합건물의 관리권이란 건물의 기능 유지를 위해 관리자에게 요구되는 권한과 책임을 뜻한다. 공동주택관리법은 공동주택의 기능을 유지하기 위한 모든 행위를 공동주택관리로 보며, 아파트단지 전체 시설의 정상적인 기능을 보장하고 ‘공동생활에서 입주민의 불편이 초래되지 않도록’ 아파트를 관리할 권한과 책임을 입주자대표회의에 부여한다. 집합건물법상 관리는 소유권의 객체로서 ‘건물의 경제적 활용과 가치의 보전’을 위한 행위로 이해되고 관리권은 소유자의 권한에 속한다. 집합건물법은 공동주택 이외 다양한 상가와 업무시설을 포괄하므로 반드시 공동생활이라는 개념을 전제할 필요는 없고, 다만 합리적인 공동사용을 위한 공동의 의사결정과 그 집행이 관리권한과 책임의 주된 내용을 이룬다.

(2) 집합건물 관리권의 근거

민사적 관점에서 단독으로 소유하는 건물의 관리 권한이 소유권의 한 권능이라 해석되는 것과 같은 차원에서 구분소유의 대상이 되는 건물의 관리권도 역시 구분소유권에서 도출된다. 그래서 민사법의 특별법인 집합건물법은 집합건물 관리 권한의 원천을 자연스럽게 소유권의 총합이라고 본다. 집합건물법은 하나의 대지에 지어진 하나의 집합건물을 전형적인 적용대상으로 생각하므로 상대적으로 적은 수의 구분소유자를 상정하고 이들 전체가 모여 관리단을 구성하도록 정하고 있다. 열 개의 구분소유권이 존재하는 집합건물에서 구분소유자의 소유권이 모두 합쳐지면 하나의 온전한 소유권이 도출될 수 있고 그 권능의 일부가 집합건물의 관리권이라 이해된다.

10) 집합건물 중 「건축물 분양에 관한 법률」에 의해 규율되는 3,000제곱미터 이상의 건물 등도 2005년 법률이 제정된 이후에 분양절차가 규율되기 시작했지만, 규율 밀도 면에서도 주택법상 주택공급질서에 훨씬 못 미친다.

(3) 공동주택 관리권의 근거

공동주택관리법이 정하는 입주자대표회의는 사업승인의 대상이 된 단지형 아파트를 전제로 다수의 동에서 동별대표자를 선출하는 방식으로 구성된다. 적게는 5, 6동, 많게는 20여 동으로 구성되는 단지형 아파트에서 수많은 세대 전체를 모아 의사결정을 하는 것이 거의 불가능에 가깝기 때문이다. 또 동별대표자는 상황에 따라 소유자가 아닌 세입자가 될 수도 있다는 점에서¹¹⁾ 소유권을 절대시하는 민사법과 차이를 보인다.

이런 점에서 공동주택관리법은 관리권의 원천을 소유권의 총합이라고 생각하지 않으며, 국가가 건설을 승인한 새로운 마을(아파트 단지)의 관리제도를 공법적으로 설계하고 있다. 공동주택관리법은 공동주택의 관리권이 국가의 권력으로부터 나오는 것으로 생각하고, 관리권을 부여하기 위해 새로운 조직을 만들어 내는 방식으로 입법되었다. 공동주택관리법에 의해 관리권이 부여된 입주자대표회의는 집합건물법과 같은 소유권 중심의 단체가 아니고, 특정한 목적을 위해 법률이 특별히 인정하는 공법상 단체에 더 가깝다. 그러므로 공동주택관리법에서 정하는 각종의 청구권은 공동주택을 관리하기 위해 만들어진 공적 단체(입주자대표회의)에 부여되는 것이며, 이는 소유자 청구권의 총합과 다르다. 입주자대표회의의 하자보수청구권도 소유권에서 도출되는 권한이 아니라 법률이 부여하는 권한이라는 점에 유의해야 한다.

주택법에 의해 건설·공급된 공동주택에서 현재 입주자대표회의가 유일한 관리조직으로 존재한다는 점은 단순히 관리자라는 측면에서 집합건물법과 공동주택관리법 중 어떤 법률이 선택되었는가를 보여주는 데 그치지 않는다. 공동주택의 관리에 대해 입주자대표회의의 구성, 관리사무소의 기능, 장기수선충당금 등의 다양한 기준이 모두 공동주택관리법에 따르게 되고, 집합건물법의 적용은 원칙적으로 배제된다. 법률의 규정과 실무가 공동주택관리법의 배타적 적용을 가리키고 있음에도 공동주택에 대해 집합건물법상의 관리단을 만들어 내려는 이론은 성공하기 어렵다.

6. 소결 - 집합건물법을 배척하는 공동주택관리법

특정한 사안에 대해 공법과 사법이 규율대상을 같이하고, 양립하기 어려운 규율 태도를 보이면 이때는 이론상 공법이 우선하는 것으로 해석하는 것이 원칙이다. 만약 공동주택관리법이 별도로 제정되어 있지 않았다면 집합건물법이 모든 아파트의 관리에 대한 일반법으로 해석되었을 것이다. 주축법과 그를 이은 주택법, 공동주택관리법은 공법으로 민사법과의 관계에서 일반법과 특별법의 관계에 놓이는데, 특별법이라는 의미는 민사법에 우선해서 적용된다는 것을 뜻한다. 집합건물법이 관리단에 관해 규정하고 있지만, 현재 대부분 아파트단지에 관리단이 존재하지 않고, 입주자대표회의가 아파트를 관리하고 있다는 사실은 공동주택관리법의 특별법적 성격을 잘 보여준다. 2012년 집합건물법에 하자분쟁조정위원회를 새로 도입했지만, 공동주택관리법에 따른 하자분쟁을 제외하는 것(집합건물법 제52조의2 제2항 제1호 단서) 역시 공동주택관리법이 집합건물법에 우선한다는 점을 보여준다.

주택법에 따라 사업승인을 받아 건설된 공동주택은 그 관리에 관해 전적으로 공동주택관리법의 적용을 받고, 집합건물법은 배제된다. 집합건물법이 생각하는 집합건물은 그 공급과정을 불문하고 새로 건설되어 매매계약에 의해 공급된 건물이면 충분하다. 집합건물법 속에 주축법이나 주택법이 정하는 특수한 규율을 고려한다는 의식은 없고 단지 주택법에 따라 공급된 아파트가 집합건물이므로 이 또한 적용 대상이라는 일반적 인식만 있을 뿐이다. 그래서 집합건물법에는 아파트를 건설하는 과정에 존재하던 행정청의 감독권이나 규제적 조치에 대한 고려는 없다. 이는 집합건물법이 주택법에 따라 공급된 아파트의 관리에 특화되어 있지 못한 중요한 이유이다. 그러므로 주택법에 따라 사업승인을 받은 공동주택의 관리에 대해서는 공동주택관리법이 특별법으로 우선 적용된다. 다만 공동주택관리법이 특별하게 정하고 있지 않은 사항에 대해 집합건물법이 보충적으로 적용될 여지는 여전히 남아 있다.

III. 하자책임의 법적 성질과 그 우열

1. 서론

일반론으로서 집합건물법과 공동주택관리법의 관계가 정리되고 나면 공동주택의 관리 차원에서 인정되는 하자책임과 관련해서도 역시 공동주택관리법이 집합건물법을 배척하는 관계에 있을 것이라는 추론이 설득력을 얻게 된다. 그러나 판례에 따르면 공동주택관

11) 공동주택관리법 제14조 제3항 단서 “입주자인 동별대표자 후보자가 없는 선거구에서는 다음 각호 및 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 사용자도 동별대표자로 선출될 수 있다”. 여기서 사용자는 임차인을 말한다(법 제2조 제1항 제6호).

리법의 하자보수 제도는 민사상 하자담보책임과 별개의 제도로 공동주택에 적용되는 것이기 때문에, 민사상 하자담보책임이 배척되지 않는다. 판례의 입장은 집합건물법이 공동주택에 관해 일반적으로 적용되는 법률이라는 전제에서 출발한다.

판례에 따르면 공동주택관리법의 단기책임 조항은, 장기로 정해진 민사상 손해배상청구권의 행사를 방해하지 않으며,¹²⁾ 아파트 입주 후 여러 차례 소유자가 변동되어도 현 소유자가 하자담보청구권을 행사할 수 있다.¹³⁾ 또 공동주택관리법의 하자보수 기간은 1년 또는 2년이 지나면 소멸하지만, 이와 별개의 제도인 민사상 하자담보책임은 별도로 존속해서 10년의 장기 제척기간이 적용된다. 판례는 물론 집합건물법이 새로 도입한 단기 제척기간은 하자책임을 제한하는 것으로 받아들인다.

2. 하자책임의 법적 성질

(1) 헌법상 국가의 주거생활 보장 의무

국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 ‘쾌적한 주거생활’을 할 수 있도록 노력하여야 하는데(헌법 제35조 제3항), 이는 공동주택의 관리에 대한 헌법적 근거이다. 공동주택관리법과 집합건물법은, 국가의 헌법상 의무를 구체화하기 위해 제정된 법률에 속하므로, 하자책임의 법적 성질을 해석할 때 헌법의 요청은 중요한 기준이 된다. 만약 아파트의 하자로 인해 주거생활에 장애가 초래된다면 국가는 공동주택의 합리적인 관리를 통해 그 장애가 해소되도록 제도를 운용할 의무가 있다. 이러한 헌법상의 의무는 공동주택관리법이나 집합건물법상의 하자책임을 해석할 때 가장 중요한 기준이 되어야 한다.

아파트에 대해 마련된 하자책임의 법적 성질을 ‘계약의 완전한 이행’을 실현하기 위한 제도로 볼 것인가(계약상 하자담보책임¹⁴⁾), 아니면 ‘아파트의 관리’를 목적으로 주어진 책임으로 볼 것인가에 따라 하자책임에서 하자의 개념, 청구권, 책임 기간 등이 달라질 수 있다.

(2) 집합건물법상 하자책임의 법적 성질

민사상 하자담보책임은 로마법에서부터 유래하며 그 의미는 등가성의 파괴에 대한 보전과 계약내용을 실현하는 데 있다.¹⁵⁾ 집합건물법상 하자책임을 하자담보책임으로 본다면 이 책임의 법적 성질은 계약의 완성을 위해 인정되는 계약상의 책임이다. 그리고 집합건물법이 매매계약이 아니라 도급계약상의 하자담보책임을 인정하고 있는 이유는(법 제9조), 집합건물이 건축의 초기 단계에 분양되는 경우가 많아서 목적물의 완성을 목적으로 한 도급계약적 측면을 반영하기 위한 것이다.¹⁶⁾ 또 하자보수는 민사적 관점에서 보면 매매계약보다는 도급계약상의 하자담보책임에 가깝다.

집합건물법이 하자책임을 매매계약이 아니라 도급계약의 하자담보책임으로 정한 것에 대해, 판례는 ‘건축업자 내지 분양자에게 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위한’ 것으로 보고 있으며, 민사상 학설의 대부분도 역시 이에 동조하고 있다.¹⁷⁾ 그러나 집합건물법은 집합건물의 ‘관리에 관한 특칙’을 정하기 위한 민사의 특별법으로서, 조항 대부분이 민사상 일반조항과 달리 집합건물의 관리를 위해 마련된 것¹⁸⁾이라는 점이 강조되어야 한다. 집합건물법은 구분소유권의 개념을 정하는 외에, 모두 집합건물의 관리를 위한 조항으로 구성되어 있다는 점에서, 하자책임에 관한 조항(제9조)도 구분소유권의 내용을 정하고 있는 조항이 아니라 집합건물의 보존 또는 관리를 위한 취지의 조항으로 해석해야 한다.¹⁹⁾ 하자가 있는 집합건물의 현 소유자가 하자를 이유로 금전배상을 받고 하자를 보수하지 않은 채 매각할 수 있도록 제도를 운용하는 것은 타당하지 않으며, 민사상으로도 도급계약의 하자담보책임을 추론해 하자보수가 우선하도록 해석하는 방향으로 나아가야 한다.

12) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

13) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결.

14) 민사법의 영역에서 다루어지는 ‘법정책임설’과 ‘채무불이행책임설’의 대립은 모두 계약의 완전한 이행을 목적으로 제도가 설계되었다고 전제하는 계약상 책임론이다. 예컨대 법정 책임이라는 입장의 판례, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결 등. 이에 대해 자세한 견해는 조정훈, “집합건물내 상업용 건물의 하자담보책임에 관한 연구 - 집합건물법 개선에 관한 연구 -”, 『비교법연구』 제18권 제3호(2018. 12.), 162면 이하 참조.

15) 이준형, “수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 97면 참조.

16) 조정훈, 앞의 글(주15), 171면 참조.

17) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결; 이준형, 앞의 글(주2), 199면 등 참조.

18) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결, “집합건물의 하자보수에 관한 행위는 집합건물의 보존행위에 해당하므로 구분소유자가 당연히 보존행위의 일환으로 하자보수청구를 할 수 있어야 한다.” 이 판례는 하자담보추급권에 대한 판례이지만, 집합건물의 하자보수가 관리행위라는 점을 지적하고 있다.

19) 1962년 제정되어 현재에 이르는 일본의 구분소유권법에서 집합건물의 하자를 공용부분의 하자로 추정하는 조항(제9조)도 역시 집합건물의 관리에서 중요한 역할을 한다. 일본의 구분소유권법은 한국의 집합건물법을 제정할 때 중요한 참고 대상이었다.

(3) 공동주택관리법상 하자책임의 법적 성질

공동주택관리법의 하자책임은 주택법에 의해 공급된 공동주택의 관리를 위해 마련된 공법상의 특별책임이다. 공동주택에 대한 하자책임은, 주택법에 의해 건설·공급 과정이 통제된 것과 긴밀히 연결되어, 사업주체가 아파트 관리를 위해 부담하는 공법상 특별책임이다. 하자책임이 공동주택관리를 위한 공법상 특별책임이므로, 이 책임과 동일한 목적을 갖는 민사상의 하자책임은 적용이 배제된다. 아파트의 하자에 대해서는 공동주택관리법의 하자책임만 인정되고 집합건물법의 민사상 책임은 성립하지 않는다.

3. 부칙조항의 의의

(1) 집합건물법 부칙조항의 내용

집합건물법은 주축법 등이 구분소유자의 소유권을 형해화할 수 있다는 점에 가장 큰 우려를 보이고, 이를 반영한 조항이 부칙조항이다. 집합건물법은 제정 초기부터 주축법과의 관계를 인식하면서 “집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다”는 조항을 마련했다(제정 집합건물법 부칙 제6조).²⁰⁾ 이 조항은 2012년 집합건물법의 개정을 통해 동일한 내용이 제2조의2에 신설되면서 법률 본칙으로 변경되었다.

(2) 부칙조항의 제정 목적

집합건물법의 부칙조항은 하자책임 등 특정한 조항에 한정해서 만들어진 것은 아니고, 양 법률 전체의 적용관계에 대한 조항으로 입법된 것이라는 점에 유의해야 한다. 구체적으로는 주로 구분소유자의 전유부분과 공용부분에 대한 소유권과 사용권이 주축법에 의해 훼손되지 않아야 한다는 의미 정도로 해석되어야 한다.²¹⁾ 집합건물법의 제정 당시 1970년대 광범위하게 건설·공급되었던 아파트가 존재하고 있었는데,²²⁾ 구분소유 등기도 통일성을 보이지 않았을 뿐 아니라, 대지사용권의 일체성 원칙(집합건물법 제20조 이하)이 강제되지 않는 등 구분소유권의 지위가 매우 불안정한 상태였다. 집합건물법 부칙이 우려했던 바는 주축법이 구분소유자의 소유권 범위와 대지사용권의 일체성 등을 존중하지 않을 수 있다는 점에 있었고, 이러한 우려가 부칙조항에 담긴 것이라 보아야 한다.

(3) 민사법에 의한 공법의 무효선언

부칙조항은(또는 다른 법률과의 관계 조항: 현행 집합건물법 제2조의2) 전체 법질서 또는 법체계라는 관점에서 볼 때 특이한 입법이다. 한국의 법체계하에서 민사의 특정한 조항이 공법이 마련한 제도에 대해 평가하고, 공법상의 제도를 무효로 선언하는 것은 매우 낯설다. 만약 주축법이나 그를 승계한 주택법 등이 ‘소유자의 기본적인 권리를 해한다면’ 주택법 등이 헌법에 반해서 위헌이 될 수 있고(헌법 제37조), 그렇게 되면 헌법재판소의 판단을 받아 위헌·무효로 선언될 수 있다. 그러나 그와 달리 민사법에서, 그것이 비록 민사특별법이라 해도, 주택법 등 공법상의 제도를 무효로 선언할 수 있는지에 대해서는 합의된 바가 없다. 이 조항은 그래서 민사법에 익숙한 사람들에게는 이상하게 보이지 않을지 모르지만, 공법적 관점에서 보면 쉽게 받아들이기 어려운 조항이다. 이 조항이 실제로 효력을 갖는 것이라면 위헌의 문제를 불러올 것이고, 선언적인 조항에 불과하다면 이 조항의 의미를 그렇게 크게 해석할 수 없다.

4. 공동주택관리법의 우위

(1) 특별법인 공동주택관리법

판례가 하자책임에 대해 병존주의를 취하고 있지만, 공동주택관리법과 집합건물법은 공동주택의 관리에 관해 충돌하는 법률이고 공동주택관리법이 특별법으로 집합건물법을 배척한다. 그러므로 집합건물법상의 하자책임이(제9조) 매매계약을 완성하기 위한 계약상의 책임인지 또는 집합건물의 관리를 위한 특별책임인지를 따질 필요 없이 공동주택에 대한 하자책임은 공동주택관리법에 따라 전

20) 집합건물법을 제정할 때 중요한 참조가 되었던 일본의 「건물의 구분소유 등에 관한 법률」에는 이와 유사한 부칙조항이 존재하지 않는다. 아마도 주축법과 같은 강력한 법률이 존재하지 않았다는 점에 연유한 것이 아닐지 짐작해 본다.

21) 만약 집합건물법이 주축법상의 관리방법 자체를 무효로 하려는 취지였다면, 아파트 관리방법의 가장 핵심적인 내용인 관리주체가 주축법에 의한 입주자대표회의로 운영되고 있는 현실을 설명할 수 없다. 입주자대표회의의 존재가 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 것이라면 하자책임 조항도 구분소유자의 권리를 해한다고 보기 어렵다.

22) 집합건물법 제정 이전에도 민법 제215조에 따라 구분소유권은 인정되고 있었다. 전해정, “집합건물법의 운영현황과 문제점”, 『법조』 제60권 제1호(2011. 1.), 10면.

적으로 규율되는 것으로 보아야 한다.

민사적 하자담보책임과 공동주택관리법의 하자책임은 별개의 제도라는 판례와 달리, 집합건물법과 공동주택관리법은 같은 방향으로 개정되었는데, 두 개의 제도가 하나의 대상을 공유하고 있기 때문이다. 2005년 법률의 개정은 배척되어야 하는 민사법 조항을 적용할 수 있다고 선언한 판결에 대한 입법적 대응이었고, 오랜 개정 과정을 통해 현재는 집합건물법과 공동주택관리법을 불문하고 단기의 책임기간이 정해져 있다. 그래서 현행법상 집합건물법과 공동주택관리법상 하자책임의 실질적 차이는 하자보수를 중시하는가, 손해배상을 중시하는가에 집중되고 나머지 문제에서는 큰 차이를 보이지 않는다.

(2) 손해배상의 한계

민사상으로는 하자담보책임을 행사할 때 바로 손해배상을 청구할 수 있었는데, 이는 하자소송이 전국적으로 제기되는 원인 중의 하나가 되었다. 대법원의 판결은 하자보수 위주로 단기의 책임기간을 정했던 공동주택관리법의 하자책임 제도를 사실상 사문화시키고 모든 하자소송을 민사상 하자담보책임을 묻는 소송으로 통일하는 역할을 했다. 그래서 현재의 하자소송은 집합건물법의 조항을 타고 민사상 손해배상청구권을 행사하는 방식으로 제기된다. 이렇게 손해배상 위주로 진행되는 하자소송은 소송 기간 중 하자의 보수를 사실상 중단시켜, 하자가 더 악화하는 원인이 되기도 한다. 무엇보다도 특정한 문제를 풀기 위한 공법상의 제도가 별도로 마련되어 있음에도 불구하고 민사상 제도에 계속 의존하는 것은, 사건의 제도적 해결을 막고 지속적이고 또 소모적인 소송을 조장한다.

(3) 단기 제척기간의 의의

수백 세대 이상 대량으로 주택을 공급하는 주택건설사업 제도가 설계될 때, 전국 단위의 손해배상 소송을 상정하기 어려웠고, 주축 법은 하자보수를 내용으로 하는 하자책임을 유용한 구제수단으로 인식했다. 건설과 준공이 막 종료된 직후에 하자보수를 요청하면 사업주체도 이에 대해 대응할 수 있다는 점에서 과도한 규제가 되지 않고, 입주자의 권리도 적절하게 보호된다고 이해되었다. 사업주체 또는 시공자의 책임을 단기로 정하고 있는 현행의 집합건물법을 보아도 공동주택의 하자책임을 단기로 정하는 것은 건설업자와 입주자의 권리를 적절하게 조절하는 기능이 있다는 것을 알 수 있다.

주택건설업자는 공동주택관리법이 정하는 단기의 제척기간으로 제한된 하자책임을 지는데, 이는 주택건설업자의 부담을 경감시키려는 취지도 동시에 담겨있다. 주택건설업자는 건물을 최초로 만들어 내는 자라는 점에서 제조물 책임법상 동산의 제조업자와 유사한 지위를 갖는데, 제조물 책임도 3년의 단기 시효를 정하고 있다(제7조). 또 건설업자는 제조업자이면서 동시에 도매업자에 준하는 자이지만, 입주자모집 승인이라는 처분의 절차를 통해 모든 유통과정을 생략하고 소비자나 직접 매매계약을 체결하도록 법적으로 강제되어 있다. 건설업자는 물론 주택의 건설·공급 과정에서 발생한 하자에 대해 책임이 있지만 민사법의 일반원칙에 따른 하자담보책임을 부담시키기에는 매우 특수한 법률관계에 놓여 있다는 점을 이해해야 한다.

(4) 공법상 하자책임의 배타적 적용

일반적인 건축물이나 심지어는 집합건물의 경우에도 주택법의 적용을 받지 않는 건축물은 계약과 이행과정에서 매수인에 대한 보호조항이 충분하지 않다. 이에 비해 주택법에 의해 공급되는 공동주택은 행정청에 의해 사업승인을 받을 때는 물론이고, 일정한 공정에 이르러 공급절차가 시작될 때도 계약의 내용을 이루는 입주자모집 공고의 내용을 섬세하게 정해서 승인받도록 정하고 있다(주택공급에 관한 규칙 제21조 제3항). 그 외에도 주택법령은 사업주체가 대지의 소유권을 확보하고 있어도 대지에 저당권 등이 존재할 때 입주자모집을 원칙적으로 불허하고 있다(주택공급에 관한 규칙 제16조 제1항). 이처럼 주택법은 아파트 건설업자에게 사업승인이라는 특권을 부여하는 것에 대응해서 다양한 규제를 마련하고 있는데, 이는 주택공급시장 전체의 질서를 구성한다. 분양가 상한제 등과 같이 주택건설업자에 대해 적용되는 다양한 규제가 존재하고 있고, 그 규제를 통해 공급된 공동주택을 관리하기 위해 공동주택관리법의 하자책임도 마련된 것이다. 따라서 주택법에 의해 공급된 공동주택의 하자에 대해서는 공동주택관리법의 하자책임 제도가 배타적으로 적용되고, 집합건물법의 적용은 배제되는 것으로 해석해야 한다.

IV. 하자보수 우선주의

아파트 하자소송에서 적용법조가 집합건물법이 아니라 공동주택관리법의 하자책임 조항이라고 이해할 때 논의의 중심에 하자보수라는 개념이 있다. 하자책임의 본질이 아파트의 관리를 위해 인정된 공법상 특별책임이므로, 이 하자책임은 매매계약의 이행이 아니라 공동생활의 유지를 위한 하자보수 중심의 제도이다. 하자가 보수되면 하자책임은 해소되므로 손해배상은 논의의 중심이 될 수 없다.

1. 하자보수 제도 일반

1978년 개정된 주축법에 따라 사업주체는 대통령령이 정하는 바에 따라 공동주택과 그 부대시설 및 복리시설의 하자를 보수할 책임을 지게 되었고(제38조 제6항), 뒤이어 1981년 하자보수보증금의 예치 의무도 도입되었다(제38조 제15항). 대통령령인 공동주택관리령은 법률의 위임에 따라 하자보수책임을 구체화하는데, 하자보수 기간을 1년 내지 2년으로 하고(주축법 시행령 제11조 제1항), 이 기간 내 하자가 발생하면, 관리주체의 요구로 사업주체가 지체 없이 하자를 보수하여야 한다(시행령 제11조 제3항). 이처럼 주축법의 하자책임 제도는 사업주체에 단기의 하자보수 책임을 정하고 그 기간이 지나도록 하자보수 요구가 없으면 책임이 소멸하는 것으로 제도가 설계되었다(제척기간). 1982년 전문 개정된 공동주택관리령에서 하자보수 청구권자로 정해진 자는 입주자대표회의였고, 만약 입주자대표회의가 구성되지 않았으면 개별 입주자, 그리고 위임을 받은 관리주체 등이 청구권자가 될 수 있도록 처음 명시되었다.²³⁾ 이처럼 주축법의 하자보수 제도는 입주자대표회의에 의해 주도되는 제도로서 소유자 보호 위주의 민사상 청구권과 다르게 설계된 아파트 관리를 위한 제도였다.

주축법이 처음 도입한 하자보수 제도 역시 사업주체를 건설업자로 보고, 도급계약과 유사하게 하자를 보수해야 한다는 생각에 기초한 것이라 해석된다. 초기 주축법은 민사상 하자담보책임이라는 법리만으로는 하자책임이 해결되지 않는다고 보고 이를 대체하기 위해 별도의 제도로서 하자보수책임을 제도화한 것이다. 공법상 하자책임의 입법자는 이 제도가 공동주택 수분양자를 보호할 수 있는 더 강력한 제도라고 생각했다. 다만 주축법이 초기에 설계했던 구도와 다르게 건설사인 시공자가 사업주체의 지위를 벗어나면서 건설사에 민사상, 주택법상 하자책임을 묻기 어려워진 것도 판례와 입법의 혼란을 초래한 원인 중의 하나이다.

2. 하자보수명령과 영업정지

주축법의 하자책임 제도가 단순히 민사상 계약 당사자 간의 문제와 다른 차원으로 설계되어 있다는 점은, 하자보수 과정에서 준공검사권자가 개입하고, 하자보수를 명하도록 정하는 조항(1981년 전부개정된 공동주택관리령 제16조 제4항)을 통해서도 잘 드러난다. 만약 하자보수를 명하는 준공검사권자의 처분에도 불구하고 사업주체가 하자보수 요구에 응하지 않으면 자치단체가 등록을 정지하거나 말소할 수 있도록 정해졌다(예컨대 1993년 2월 신설된 주축법 시행령 별표 1, 차). 이 제도는 현행 법제로 그대로 이어져 오고 있는데(현행 주택법 제94조, 시행령 별표 1 타 14),²⁴⁾ 다만 주택법에서 공동주택관리법이 분리되면서 하자보수를 명하는 근거 법률(공동주택관리법 제37조 제5항)과 등록정지 등의 근거 법률(주택법)이 분리되었을 뿐이다. 하자보수 청구와 의무위반자에 대한 등록정지 제도는 주택법과 공동주택관리법이 긴밀하게 연결되어 있음을 보여주는 좋은 예이다.

3. 하자보수보증금

주축법은 영업정지 제도와 더불어, 입주자대표회의가 하자보수를 청구했으나 사업주체가 이를 이행하지 않을 때를 대비해 하자보수보증금 제도를 마련했다. 공동주택관리령이 이른 시점(1981년)부터 사업주체에 하자보수보증금을 적립할 의무를 부과하고 있다는 점(동령 제11조 제2항)은 하자책임이 ‘하자보수 위주’로 설계된 제도임을 잘 보여준다. 관리주체가 하자보수 청구권을 행사할 수 있게 정해지고(제정 공동주택관리령 제13조 제3항), 사업주체가 하자보수에 응하지 않을 때 관리주체가 하자보수보증금²⁵⁾을 사용해 하자를 보수할 수 있도록 제도화되었다(1981년 개정된 공동주택관리령 제16조 제5항).

23) 1994년 개정을 통해 청구권자가 입주자, 입주자대표회의, 관리주체로 나열되는 형식을 띠게 된다(1994. 8. 3. 시행된 대통령령 제14352호).

24) 관련 판례로 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결 참조.

25) 하자보수보증금은 입법적으로 하자보수청구권이 손해배상청구권으로 전환될 수 있다는 것을 보여주는 좋은 예이다. 입주자대표회의가 스스로 하자를 보수하면 그만큼의 손해가 발생한 것이므로 하자보수보증금을 청구하는 것이고 이 청구권은 손해배상을 구하는 청구권이기 때문이다. 다만 하자보수보증금은 하자보수를 위해 사용되어야 한다는 점에서 개인들이 나누어 가질 수 있는 일반적 손해배상금과 구별된다.

4. 하자보수의 책임기간

초기 공동주택관리령이 정하는 하자조항은 아파트를 건설하고 분양한 사업주체에 대해 공동주택에 수분양자가 입주한 이후에도 '하자를 보수할 의무'를 정하고, 대신 그 기간을 단기로 1년 또는 2년으로 정했다(주축법 제38조 제6항, 공동주택관리령 제11조 제1항). 다만 하자보수책임의 기산점이 언제인지에 대해서까지 조항을 두고 있지는 않았다. 주축법의 체계상 하자가 있는 아파트는 원칙적으로 준공검사를 받을 수가 없으므로, 하자는 준공검사 후 입주가 이루어진 후에 발견된 하자를 주된 대상으로 한 것이다. 다만 준공검사 전에 이미 존재하고 있었지만, 준공 과정에서 발견되지 못한 하자도 단기의 기간 내에 발견되면 당연히 하자보수를 청구할 수 있다고 해석해야 한다. 이렇게 해석하면 원칙적으로 하자보수 청구권의 기산점은 준공검사 시이고 그로부터 1년 또는 2년의 기간이 지나면 기간이 만료된다. 단기의 책임기간은 제척기간으로 그 기간의 종료로 책임이 소멸하지만, 그 기간 안에 청구권을 행사하면 하자책임은 소멸하지 않는다.

5. 건물의 관리와 하자보수

공동주택은 입주 후에도 매매가 빈번할 뿐만 아니라, 아파트단지의 절반 정도에 소유자가 아닌 세입자가 살고 있다. 공동주택의 하자책임 문제는 소유자의 금전적 손해를 전보하기 위한 것으로 좁게 해석하기보다, 그곳에 거주하는 사람들의 쾌적한 주거와 공동생활의 기초로서 기능하는 공동주택에서 발생한 하자의 보수라는 관점에서 해석되어야 한다. 누군가 아파트의 하자로 돈을 받고 이사 가고 나면, 하자는 그대로 방치되고 그 아파트에 계속 거주해야 하는 주민들은 존속하는 하자로 불편을 감수해야 한다. 새로 아파트를 매수한 자에게 종전 소유자가 하자소송을 통해 손해배상을 받았고 전유부분에 하자가 존재한다는 점이 거래상 드러나기 쉽지 않다. 그리고 아파트의 하자가 만약 아파트의 구조안전 등 생명에 위협을 줄 수 있는 것이라면, 이를 돈 문제로 보고 손해배상으로 해결하는 것은 상식에 반한다.

집합건물법도 계약의 완성을 주된 관심사로 제정된 법률은 아니고, 갑작스럽게 대량으로 공급되는 공동주택 또는 집합건물을 장기적으로 어떻게 관리할 것인가를 고민하면서 제정된 법률이다. 집합건물법은 명칭에 '관리'를 위한 법률이라는 점이 명시되어 있고, 관리단에 관한 조항을 포함해 대부분을 집합건물의 관리에 관한 조항으로 규정하고 있다. 이러한 목적의 법률을 해석하면서 하자책임에 대해서만, 집합건물의 관리와는 절연된, 매매계약 또는 도급계약의 완전이행을 위한 것으로 판단하는 것은, 집합건물법의 제정취지와 맞지 않는다. 이미 본 바와 같이 단지관리단에 대해 하자책임 조항이 준용되지 않는다는 점도 고려의 대상이 되어야 한다. 공동주택관리법이 정하는 하자책임의 제도는 법률의 명칭이나 제도의 연혁이 선명하게 공동주택의 관리를 위한 제도라는 점에 다름이 있을 수 없다. 집합건물법상의 하자책임도 하자보수책임 위주로 해석하는 것이 더 옳은 방향이다.

6. 손해배상의 보충성

하자책임은 민사상 하자담보책임과 공동주택관리법상 하자보수 책임을 포함하는 상위의 개념이다. 우선 '하자담보책임'은 민법에서 사용되는 고유한 계약상의 책임을 지칭하는 용어로서 주로 민사상 매매계약이 불완전하게 이행되었을 때 발생하는 책임이다. 민사상 매도인의 하자담보책임에 대응하는 매수인의 권리는 주로 해제권과 손해배상청구권이고 하자보수청구권은 중요한 수단으로 인식되지 않는다. 이와 다르게 도급계약상의 하자담보책임은 건물의 하자를 예상하는 경우가 많고, 일단 완성된 건물에 대한 도급계약은 해제가 어렵다는 점에서 하자보수를 하자담보책임의 내용으로 포함하고 있다.

다른 한편 공동주택관리법에서 사용하는 하자보수 책임은 민사상 '하자담보책임'과 다른 용어로 출발했다. 내용도 역시 하자가 발생할 때 사업주체에 하자를 보수하도록 의무를 부여하고 이에 위반하면 공법상 불이익을 주는 방식으로 설계되었다. 2016년 공동주택관리법이 제정되어 최초로 '하자담보책임'이라는 표현을 사용하기 전까지 주택법은 항상 하자보수라는 용어를 사용했으며, 하자책임의 내용인 손해배상에 대해서도 주축법은 매우 인색했는데, 초기에는 손해배상청구권을 인정하지 않았다. 주축법이 1994년 개정을 통해 주요구조부의 중대한 하자에 대해서 제한적으로 손해배상청구권을 인정했지만, 손해배상청구권은 하자보수 청구에 대해 보충적인 지위에 있었다.²⁶⁾ 그 후 대법원 판례²⁷⁾의 영향을 강하게 받은 공동주택관리법은 내력구조부 이외의 하자에 대해 손해배상청구권의 행사

26) 1994년 추가된 주축법 제38조 제16항은 제14항의 규정에 의한 사업주체와 건축주는 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 때에는 10년의 범위내에서 이를 보수하고, 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 구조별 하자보수기간과 하자의 범위는 대통령령으로 정한다.

27) 판례는 민사상 청구권의 주체가 될 수 없는 입주자대표회의의 원고적격을 인정하기 위한 기교적인 논리로서 '(주택법상)하자보수에 갈음하는 손해배상'이라는 논리를 사용했다. 그러나 원고가 청구하는 것은 집합건물법에 근거한 민사상 청구권이고, 주축법상 하자보수에 갈음하는 손해배상은 아니었다는 점에서 이러한 해석은 무리였다. 어찌 되었거나 이를 통해 우리 법원은 주축법상 규정된 하자책임에서 손해배상청구권이 도출될

가 가능한 것으로 개정되었다(동법 제37조 제2항: 2017. 4. 18. 법률 제14793호).²⁸⁾ 이 조항은 하자보수를 위주로 설계된 공동주택관리법의 구조상, 명문의 규정은 없지만 하자보수 청구가 목적을 달성할 수 없을 때 보충적으로 적용되는 조항으로 해석해야 한다.

초기 주축법의 하자책임이 너무 단기로 설정되어 있고, 또 그 하자보수 제도가 충분히 정비되기 전에 대법원이 민사소송을 통해 아파트 하자 문제를 해결하려고 판단한 것은 이해할 수 있다. 그러나 아파트의 하자책임 제도가 매매계약의 완성을 위한 금전적 손해전보를 넘어 공동생활의 평온과 주거 안전을 도모하는 목적에 봉사해야 한다는 점을 언제까지나 무시할 수 없다. 아파트의 하자에 대한 사업주체나 시공자의 책임은 금전적 손해배상을 하는 것으로 해결될 수 없고 반드시 하자보수를 선행시키는 방향으로 해석되어야 한다. 이렇게 되면 손해배상은 하자보수가 불가능한 하자나 책임자의 하자보수를 기대할 수 없을 때 비로소 등장할 수 있다(손해배상의 보충성). 그리고 손해배상의 청구는 하자보수보증금으로 전보되지 않는 손해에 한정되는 것이 원칙이다.

공동주택관리법과 집합건물법이 판례에 따라 동요하면서 계속 관련 규정을 개정해 온 그간의 사실은 양 제도가 하나의 대상을 공유하고 있고, 그 대상을 서로 다르게 규율하기 어렵다는 것을 보여준다. 이런 점을 고려하면 이제 공동주택관리법에 존재하는 하자보수 제도가 집합건물법상 하자담보책임에 우선해서 적용되는 것으로 해석할 때가 되었다. 주택법에 의해 공급된 아파트의 하자책임은 공동주택관리법이 우선하고, 집합건물법은 공동주택관리법이 적용되지 않는 여타 집합건물의 관리 및 하자에 적용되는 것으로 해석해야 한다. 이 경우에도 역시 도급계약의 하자담보책임을 묻는 취지와 집합건물의 관리를 중시하는 해석에 따라 최대한 하자보수가 선행하도록 해석해야 한다.

V. 아파트 하자책임의 재구성

공동주택관리법의 하자보수를 중심으로 설계된 하자책임이 공동주택에 대해 배타적으로 적용되는 조항으로 해석하면 기존의 하자소송에서 논의되었던 하자의 개념, 청구권자, 청구권의 내용, 제척기간 등이 모두 새롭게 구성되어야 한다.

1. 하자의 개념

(1) 아파트 관리의 중요성

아파트는 건설되고 공급되는 과정이 길고 복잡하지만, 그에 못지않게 한 번 건설되면 50년 또는 그 이상 사용해야 하는 집합건물이고 공동주택이다. 공동주택관리법은 주택법에 의해 건설된 아파트를 합리적으로 관리하기 위해 마련된 법률이라는 점에 의문이 없다. 집합건물법도 역시 '이미 완성되어 공유되는' 집합건물의 관리에 대해 규율을 마련하기 위한 법률이다.

(2) 계약상 하자의 개념

아파트의 하자도 그 하자책임을 묻는 목적에 따라 다르게 정의될 수 있다. 만약 하자책임이 민사적 계약의 완전한 이행을 목표로 하는 것이라면 계약에서 정한 기준에 못 미치는 상태를 하자로 본다.²⁹⁾ 판례는 민사적 관점에서 공동주택의 하자를 '공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나 거래 관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것'으로 정의하고 있다.³⁰⁾ 판례는 계약과 거래를 전제로 한다는 점에서 계약상의 약속이 이행되지 않은 것을 해결하기 위해 아파트 하자의 개념을 정의하고 있다. 이런 하자개념은 도급계약과 매매계약의 하자를 염두에 두고 정의된 것으로, 공동주택을 도급계약의 대상 또는 매매의 객체로 인식하고, 그 하자를 도급계약 수급인의 불완전 이행 및 매매계약의 불완전 이행의 결과로 본다. 이렇게 발생한 하자는 주로 손해배상에 의해 해소되며 과거의 잘못을 바로잡기 위한 개념이다.

(3) 아파트 관리를 위한 하자와 판정기준

하자책임을 정한 목적이 아파트의 합리적이고 장기적인 관리라면 아파트 하자는 아파트 내 공동의 생활에 지장을 초래하는 결함으

수 있다는 논리를 만들어 냈다.

28) 손해배상을 인정하는 대법원 판례는 입법에 지속적인 압력으로 작용해서 공동주택관리법에도 손해배상에 대한 근거조항이 신설되는 결과로 이어졌다. 이에 따라 최근에는 공동주택관리법에 근거한 손해배상청구권을 인정하는 사례가 나타나고 있다. 서울중앙지방법원 2026. 3. 31. 선고 2023가합77069 판결.

29) 신미연, "공동주택의 하자담보책임에 관한 연구", 『동아법학』 제83호(2019. 5.), 163면 참조.

30) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2010다108272 판결.

로 정의할 수 있다. 공동주택관리법의 위임을 받아 하자판정 기준을 정하는 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 방법 및 하자판정기준」(이하 ‘하자판정고시’)은 ‘미시공 또는 설계도서와 다른 시공으로 인해 균열 등이 발생하여 건축물의 안전상, 기능상, 미관상 지장을 초래하는 결함’으로 정의하고 있다(동 기준 제2항 제3호, 제4호). 이는 공동주택 하자를 ‘사업승인의 내용과 다른 시공’으로 발생한 것으로, 보수해야 할 결함으로 인식하는 하자책임의 출발점이다. 주택법 제60조의 제3항이 2008년 신설되면서 하자분쟁 조정위원회 제도가 도입되고, 하자판정고시에 대한 근거조항이 신설되었으며 하자판정고시는 2014년 처음 제정되었다.

최근 하자판정고시에 위임하는 근거조항을 주택법 제39조(분쟁조정위 관련 조항)에서 제37조(하자보수)로 변경해서 하자판정고시의 법규성을 확보하기 위한 법개정이 이루어졌다.³¹⁾ 법원이 하자판정고시를 단순히 하자심사·분쟁조정위원회의 운영에 한정된 내부적 행정규칙으로 보고 일반적 구속력을 부인하면서,³²⁾ 서울중앙지방법원에서 발간한 건설감정실무에 주로 의존하는 것³³⁾에 대한 입법자의 우려를 반영한 것이다.

2. 하자보수의 청구권자, 입주자대표회의

(1) 하자보수의 책임자와 청구권자

1978년 개정을 통해 주축법의 입법자는 사업주체에 하자보수책임을 인정했는데, 이는 민사상 하자담보책임과 다르게 입법되었으며, 청구권의 법적 근거, 청구권자, 청구권 행사의 효과 등에서 민사상 책임과 차이를 보였다. 초기 주축법의 하위법령인 공동주택관리령은 원칙적인 청구권자를 입주자대표회의로 상정하고 있었으며(1981년 공동주택관리령 제16조 제2항), 현행 공동주택관리법은 청구권자를 입주자대표회의뿐만 아니라, 관리주체, 입주자³⁴⁾ 또는 집합건물법에 의해 구성된 관리단까지로 넓게 정하고 있다(법 제38조). 하자보수책임의 부담자 역시 “사업주체”라고 정했다가, 공동주택관리법을 제정하면서 공동주택의 시공자까지 포함했다(2017). 집합건물법이 2012년 개정되면서 시공자를 포함했던 것을 공동주택관리법도 반영한 것이다.

(2) 입주자대표회의와 관리단의 관계

입주자대표회의는 공동주택관리법에서 만들어 낸 아파트 관리의 책임자이며, 집합건물법에는 입주자대표회의라는 제도가 없고 이에 상응하는 관리단이라는 단체가 있을 뿐이다. 아파트의 관리에 대해 공동주택관리법과 집합건물법이 서로 경합하다 공동주택관리법이 적용되는 것으로 모든 실무가 정리되었지만, 법원만은 여전히 이와 다르게 관리단을 중요한 관리권자로 보고 있다.³⁵⁾ 현재 한국의 아파트에는 관리단이 거의 존재하지 않는다는 점에서, 입주인들이 생활하고 있는 아파트단지에서 소를 제기해서 원고가 될 수 있는 주체는 입주자대표회의일 뿐, 집합건물법의 관리단은 현실적으로 존재하는 실체가 아니다.³⁶⁾ 공동주택의 관리를 위한 제도로써 공동주택관리법의 관리제도가 집합건물법의 관리제도를 배제하고 우선 적용되고 있다는 의미이다. 그래서 법원도 하자소송의 주된 원고는 입주자대표회의이고 이들이 구분소유자의 채권을 이전받는 식으로 소송의 청구권이 부여된다고 해석하고 있다.³⁷⁾ 손해배상청구권이 집합건물법에 근거해 인정되어도 주축법에만 존재하는 입주자대표회의가 원고가 될 수밖에 없었던 것은 이 사건과 판결의 현실적인 한계였다.

(3) 입주자대표회의의 법적 성질

입주자대표회의는 아파트단지를 행정적으로 관리하는 공법에 근거한 단체이고, 집합건물법이 생각하는 소유권자의 총회가 아니다. 동별대표자라는 몇 명이 선출되어 아파트 관리책임을 지는 입주자대표회의를, 집합건물법의 관리단이라 간주하는 것도 전혀 실질과

31) 법률 제21630호로 2026. 5. 12. 공포되었고 2028. 5. 13. 시행 예정이다.

32) 서울고등법원 2022. 6. 17. 선고 2021나2009034 판결; 서울고등법원 2020. 6. 26. 선고 2019나2055591 판결; 부산고등법원 2017. 8. 31. 선고 2015나670 판결 등.

33) 광주고등법원 2021. 1. 20. 선고 2020나23133 판결; 서울중앙지방법원 2023. 6. 21. 선고 2020가합516709 판결; 대구지방법원 2022. 11. 28. 선고 2021가합204941 판결 등.

34) 판례가 최초의 매수인보다 현재의 입주자에게 권리를 인정하고자 했던 것도 하자보수청구권이라는 관점에서 보면 더 잘 이해될 수 있다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결).

35) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결, “입주자대표회의가 그 명칭과 형식적 구성원에도 불구하고 실질에 있어서는 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘집합건물법’)이라 한다)에서 정하는 관리단으로 기능하고 있을 뿐 아니라”.

36) 대법원은 원래 입주자대표회의의 민사상 청구권을 부인하였고, 실제 청구권자는 소유자라는 입장이었다. 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008다8836 8 판결 참조.

37) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17993·18002·18019 판결.

맞지 않는다. 만약 입주자대표회의가 하자과 관련해 권한을 보유한다면 그것은 공동주택관리법이 입주자대표회의에 부여한 하자보수 청구권이다. 하자보수청구권은 집합건물법 또는 그에 의해 적용되는 민법상 소유자의 권리가 아니라, 아파트에 살고 있는 입주민들의 쾌적하고 안전한 생활을 보장하기 위해 공법에 의해 특별히 인정된 청구권이라는 점을 이해해야 한다.

대법원이 어떤 단체를 권리능력 없는 사단으로 보는 경우는, 특정한 사안에서 민사상(또는 공법상) 권리의무를 귀속시켜야 할 필요가 있는 단체이지만, 그 단체가 법인으로 등록되지 않아 권리능력을 갖고 있지 못할 때이다. 그래서 판례가 입주자대표회의를 권리능력 없는 사단이라 판단하고 있는 사안들은,³⁸⁾ 입주자대표회의가 법인은 아니지만 권리의무가 귀속될 수 있는 단체라는 의미를 가질 뿐 그 단체의 법적 성질 전체를 밝히는 것은 아니다. 따라서 입주자대표회의가 권리능력 없는 사단이라는 점은 입주자대표회의가 공동주택관리를 위해 만들어진 공법상의 단체라는 사실과 모순되지 않는다.

3. 단기의 하자책임기간

(1) 하자소송의 최대 쟁점, 단기의 책임기간

초기 주택법은 하자보수책임에 대해 단기 제척기간을 마련했고(1978) 주요시설은 2년 이상, 그 외 시설 1년 이상으로 하되, 구체적인 사항은 대통령령에 위임했다. 1994년 주택법에 처음으로 내력구조부의 중대한 하자에 대한 10년의 보수기간이 정해지고, 이와 동시에 손해배상 책임이 규정되었다(법 제38조 제16항 신설). 초기 주택법에 단기의 하자책임이 마련되었지만, 그와 별도로 집합건물법의 하자담보책임기간은 10년의 제척기간으로 이해되고 있었다.³⁹⁾ 대법원은 경합하는 두 개의 제도가 배척관계가 아니라 별개의 제도로 병존할 수 있다고 선언하고, 민사상 손해배상청구권은 10년의 제척기간을 적용받는 것으로 해석함으로써, 공법이 정하고 있던 단기의 책임기간을 우회할 수 있는 길을 열었다. 주택법의 하자책임은 공법상의 제도로 그에 대해 단기의 제척기간이 마련된 것일 뿐, 민사상 하자책임은 민사법의 논리에 의해 도급계약의 제척기간을 적용한다는 논리였다.⁴⁰⁾

2003년 제정된 주택법은 하자보수 기간을 내력구조부에 발생한 하자의 경우에는 사용검사일로부터 5년 또는 10년, 그 밖의 하자는 사용검사일로부터 1~4년이라고 정했다(제정 주택법 제46조 제3항, 동법시행령 제59조, 제62조, [별표 6], [별표 7]). 또 2005년 주택법이 개정되면서 하자책임에 대해 주택법이 우선한다는 조항이 삽입되었고(법 제46조 제1항), 이때 집합건물법도 같이 개정되면서 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관해 주택법이 우선하도록 규정되었다(법 부칙 제6조 단서). 이를 통해 시장에 큰 파문을 일으켰던 병존주의 판례⁴¹⁾와 제척기간 문제는 입법적으로 해결되었다.⁴²⁾

그러나 대법원은 법률 개정의 취지를 받아들이지 않고, 주택법상 단기의 기간은 제척기간이 아니라 ‘하자발생기간’을 의미하는 것으로 해석했다.⁴³⁾ 하자발생기간이라는 해석은 준공검사 후 1년 또는 2년 내 발생한 하자에 대해 민사상 손해배상청구권을 10년 이내에 행사하면 된다는 의미였다. 판례는 이에 더 나아가 준공검사 이전에 발생한 하자(오시공·미시공 하자 포함)는 책임기간의 제한 없이 민사상 청구권을 행사할 수 있다고 해석했다. 이와 같은 판례의 해석은, 주택법이 하자소송에서 단기의 책임기간을 강제하려던 취지를 무력화시키고, 하자소송을 여전히 집합건물법 위주의 소송으로 지속시키는 역할을 했다.

(2) 집합건물법의 책임기간 단축

판례의 영향으로 2012년 집합건물법도 2년, 3년, 5년 등 독자적인 단기 제척기간을 정하면서(제9조의2 신설), 기존의 입장을 반복하고 주택법과의 관계에서 집합건물법이 우선함을 선언했다(제2조의2 신설, 부칙 제6조 삭제). 하자책임에 대해서 집합건물법이 아파

38) 이는 특정한 사람을 미성년자로 선언하는 것과 유사한 의미를 갖는다. 미성년자라는 개념은 일정한 자격 때문에 확인되는 지위일 뿐, 특정한 지위를 적극적으로 설명하는 기능을 갖지 못한다.

39) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결. 민법상 하자담보책임기간은 제척기간으로 그 기간의 도과로 하자담보추급권은 소멸한다는 취지의 판결.

40) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결, “공동주택의 하자에 관하여 주택법상의 하자보수책임 기간(1~4년, 5년, 10년)은 하자보수 등 행정적 절차와 관련된 제척기간으로, 민사상 손해배상책임에 대해서는 집합건물법에 의해 준용되는 민법상의 하자담보책임기간(10년; 제척기간)이 적용된다.” 초기의 판례는 주택법상의 기간도 역시 제척기간으로 보았으며, 하자발생기간이라는 이해하기 어려운 해석을 시도하지는 않았다.

41) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

42) 건설교통위원회, “주택법 일부개정법률안(의안번호: 171228) 심사보고서”, 2005. 4., 3면. 이러한 법률 개정은 주택법과 집합건물법상 하자책임이 전혀 별개의 제도라는 대법원의 해석과 완전히 반대의 견해다.

43) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결; 대법원 2024. 10. 8. 선고 2023다298892 판결 등. 대법원은 2004년 이를 제척기간이라 보았던 판례(2001다24891 판결)의 입장을 반복하고, 하자발생기간으로 보았는데, 이는 무리한 해석이다. 학설은 나뉘고 있으며 이에 대해 자세히는 이성진 / 정상현, “공동주택관리법의 하자담보책임과 제척기간 재검토”, 『동아법학』 제109호(2025. 11.), 168면 참조.

트에 대해 적용되는 법률임을 판례가 또다시 확인하자, 시장의 압력은 다시 집합건물법에 가해지고 그 하자책임이 단기화되는 결과로 이어졌다.

집합건물법에 새로 도입된 단기책임 기간에 관한 조항은 ‘권한을 행사해야 하는 기간’으로 정하고 있다는 점에서(법 제9조의2 제1항, 제3항),⁴⁴⁾ 제척기간으로 해석되고 판례도 같은 취지이다.⁴⁵⁾ 다만 공동주택관리법의 책임기간은 하자발생기간이라는 판례의 입장과 대비되어 논리의 일관성은 보이지 않는다. 집합건물법에 단기의 책임기간이 도입된 것은 공동주택의 하자책임에 대해 단기의 책임기간이 어느 정도 필요한 것이었다는 점을 보여준다. 이 조항의 도입으로 하자책임의 가장 중요한 쟁점이었던 단기 책임기간 문제는 공동주택관리법과 집합건물법이 큰 차이를 보이지 않게 되었다. 그러므로 이제 남아 있는 마지막 차이는 손해배상을 허용할 것인가 하자보수 위주로 제도를 운용할 것인가 여부이다.

집합건물법이 아파트의 하자책임을 규율하기 위해 단기의 책임기간을 도입한 것은 입법적 오류이다. 집합건물법은 이론상 공동주택관리법에 의해 배척되어 아파트의 하자책임을 규율할 수 없으므로 아파트 하자를 위한 단기책임 기간을 도입해도 아파트에는 적용될 수 없다. 오히려 집합건물법이 아파트 하자책임을 규율하기 위해 도입한 단기 책임기간은 집합건물법의 규율대상이 되는 광범위한 집합건물에 대해 하자책임을 단기화하는 효과를 갖는다. 아파트가 아닌 여타의 집합건물에서 하자책임을 단축할 것인가에 대한 실증적인 연구 없이 이루어진 개정이라는 점에서 위험한 입법이다. 집합건물법은 아파트가 아닌 집합건물의 하자에 대해 여전히 중요한 규율을 담고 있는 법률이기 때문이다.

(3) 소결 - 공동주택관리법의 배타적 적용

집합건물법의 개정에도 불구하고 주택법에 의해 건설·공급된 아파트의 하자책임은 공동주택관리법에 의해 배타적으로 규율된다. 주택법에 따라 사업승인 받은 내용과 다른 아파트의 하자가 있으면 준공을 받을 수 없고, 준공 당시에 하자를 발견하지 못했어도 준공 후 1, 2년 안에 하자보수를 청구해야 한다. 만약 그 기간이 하자보수 청구 없이 지나가면 하자보수 책임은 소멸하지만, 하자보수 청구가 그 기간 안에 이루어지면 사업주체는 하자를 보수해야 할 의무를 진다. 이런 점에서 공동주택관리법이 정하는 단기의 하자책임 기간은 ‘제척기간’이라 해석하는 것이 옳다.

4. 시공자의 하자 책임

(1) 시공자의 책임조항

현행 집합건물법은 집합건물을 시공한 자에게 하자담보책임을 지도록 특별규정을 만들고, 다만 사업주체의 무자력을 요구하고 있다(법 제9조 제3항). 시공자의 책임 조항은 2012년 집합건물법 개정을 통해 새로 정해진 것으로,⁴⁶⁾ 아파트 하자소송에서 자금력이 충분한 시공자에게 채권자 대위권 행사를 허용했던 대법원 판례⁴⁷⁾에 따른 입법이었다. 집합건물법에서 시공자의 책임을 명시적으로 인정하자, 이는 국토교통부에 대한 강력한 압력으로 작용해서 제정 공동주택관리법에 시공자도 책임을 지도록 제도가 개편되었다(제37조). 초기부터 하자보수 제도를 정하고 있었던 주축법과 주택법은 하자책임의 당사자를 주로 사업주체로 국한하고 있었지만, 판례에 의해 하자책임이 민사법 위주로 청구되었기 때문에 주택법 등의 규정은 실무상 큰 의미가 없었다.

(2) 기존 하자책임제도의 한계

주축법은 제정 직후 1978년 개정을 통해 비교적 이른 시기부터 독자적으로 등록업자제도를 마련하면서 사업주체와 관련된 조항을 마련하기 시작했다. 주축법의 적용 초기에 건설업자 이외의 자가 주택건설사업을 한다는 것은 상상하기 어려웠기 때문에, 건설업 면허가 있는 건설업자가 등록해서 사업주체가 되는 것이 일반적이었다. 이렇게 시공사인 건설업자가 주축법에 따라 등록하고 사업주체가

44) 다만 권리행사 기간을 정하도록 위임한 법률과 달리(동항 제2호), 대통령령이 이를 제척기간으로 정하지 않고, 하자발생기간처럼 정하고 있어서 문제이다(집합건물법 시행령 제5조). 이를 제척기간으로 해석해서 전유부분의 하자는 인도한 날부터 5년, 공용부분의 하자는 사용검사일 등으로부터 5년 내지 2년의 기간 안에 권리를 행사해야 하는 것으로 보아야 한다.

45) 광주고등법원 2018. 5. 25. 선고 2017나13037 판결, “피고의 이 사건 아파트 공유부분에 발생한 하자 중 사용승인 전 하자 및 2~5년 차 하자와 세대의 전유부분에 발생한 2년 차 하자에 관한 하자보수청구권은 제척기간의 경과로 소멸하였다”.

46) 이준형, “선진적인 집합건물 관리를 위한 법률 개정안 - 하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단집회 등을 중심으로 -”, 『법조』 제61권 제3호(2012. 3.), 17면 참조.

47) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등, “채권자 대위권 행사의 소송요건 중 하나인 ‘보전의 필요성’ 요건으로서 채무자의 무자력이 요구된다”.

되면, 사업주체와 시공자의 지위는 중첩되는 관계였다.⁴⁸⁾ 그러나 시간이 흐르면서 주축법이 생각했던 사업주체의 지위에서 건설사가 벗어나고 사업주체와 시공자 관계로 변경되면서, 자력이 충분한 시공자의 하자 관련 책임이 무력화되었는데, 이는 집합건물법이나 주축법 모두에서 나타나는 현상이었다. 대부분의 사업주체는 시행사에 불과해서 자력이 충분하지 않았고, 하자책임을 감당할 수 있는 자는 시공을 담당한 대형 건설사였기 때문이다.

(3) 시공자의 책임과 무자력 요건

법원은 민사상 손해배상책임의 당사자로 시공자를 끌어들이면서 채권자 대위의 법리를 활용했으며, 이 법리는 우선 집합건물법에서 받아들여졌다(2012년). 그 후 2016년 공동주택관리법이 제정되면서 시공자의 책임은 공동주택관리법에도 받아들여지게 되었고, 현행법상 시공자는 집합건물법이나 공동주택관리법을 불문하고 하자 책임자로 명시되었다. 집합건물법은 채권자 대위를 위한 요건(무자력 요건)을 하자담보책임의 전제로 요구하고 있지만, 공동주택관리법은 오히려 특별한 제한 없이 시공자에게 하자보수 책임을 인정하는 방식으로 규정되었다. 공동주택의 하자책임에 대해 공동주택관리법이 전적으로 적용되는 것으로 해석해도 시공자는 하자책임이 있을 뿐 아니라, 집합건물법상의 하자책임에 비해 무자력 요건이 필요하지 않다는 점에서 하자소송의 원고에게 더 유리하다.

VI. 결론 – 판례와 제도의 개선방향

1. 공동주택관리법의 배타적 적용

일반론으로 집합건물법과 공동주택관리법은 규율대상이 상호 중첩되고, 주택법에 의해 공급되는 아파트의 관리에 대해 공법인 공동주택관리법이 민사법인 집합건물법을 배척한다. 이와 같은 논리의 연장선상에서 공동주택관리법에 마련된 하자책임 제도는 집합건물법상 하자담보책임 조항을 배척하며 공동주택 하자소송의 적용법조이다.

2. 하자보수 우선

공동주택의 하자에 대해 공동주택관리법이 적용될 때 하자보수청구권이 손해배상청구권에 우선하며, 하자보수를 보충하는 한도에서 손해배상 청구권이 인정될 수 있다. 다만 이에 의해 확보된 배상액도 원칙적으로 하자보수를 위해 사용되어야 한다. 손해배상청구는 보충적이므로 건설사인 피고는 이를 항변사유로 주장할 수 있다.

3. 단기의 제척기간

집합건물법도 공동주택관리법과 유사한 단기의 책임기간을 설정하고 있는 만큼 공동주택관리법의 하자책임이 단기의 제척기간으로 정해져도 위헌은 아니며, 이는 손해발생기간이 아니라 제척기간이다.

4. 공동주택관리법의 개정방향

(1) 하자담보책임과 구별

공동주택관리법이 판례의 영향을 받아 하자담보책임이라는 용어를 채택한 것은 오해의 소지가 있으므로 삭제되어야 한다. 법률 자체는 손해배상을 명시적으로 인정하고 있지 않지만, 하자담보책임이라는 용어를 사용하는 순간 손해배상을 포함하는 것으로 오해될 수 있기 때문이다.

(2) 하자보수의 강조

하자책임이 하자보수 위주로 설계된 제도라는 점을 명확히 하고, 이를 보충하기 위해 하자보수보증금이 활용되어야 한다는 원칙도

48) 손정목, 『서울 도시계획 이야기 3』, 한울, 2003, 319면 이하(우성, 한신공영, 압구정 현대, 한양건설 등에 대한 설명 부분) 참조.

선언해야 한다. 건물 주요부의 하자를 이유로 하는 손해배상 청구도 역시 하자보수를 위해 사용되도록 정해야 한다.

(3) 하자보수 의무의 강화

입주자대표회의가 입주 후 1년 단위로 아파트 하자를 조사할 의무를 부과하고 사업주체 또는 시공자에게 하자보수를 요청하도록 의무화해야 한다. 손해배상 위주의 하자소송이 줄어들면서 건설사의 하자책임이 약화되지 않도록 제도가 정비되어야 한다. 시공자도 하자 책임자로 정해진 만큼 하자보수에 불응하는 시공자에 대한 행정제재 수단도 마련되어야 한다.

5. 집합건물법의 개정방향

(1) 집합건물법 적용범위의 한정

집합건물법은 공동주택의 관리에서 공동주택관리법과 경합하기보다 이를 제외한 다양한 집합건물에 대한 섬세한 규율을 담는 법률이 되어야 한다. 상가나 오피스텔 등 다양한 집합건물에 대해 법리를 발전시키고 관리제도를 마련하는 방향이 선택되어야 하고, 공동주택관리법의 무효를 선언하는 조항 등은 삭제되어야 한다. 집합건물이 최초로 건설·공급되는 계약을 제외하면, 공동주택을 포함한 집합건물의 매도인과 매수인 간의 하자담보책임에 대한 민사법 조항은 여전히 유효한 것으로 해석될 수 있다.

(2) 하자보수 위주의 제도개선

현행 집합건물법상 하자담보책임을 과도하게 계약책임으로 구성하는 이론상 한계를 극복하기 위해 입법적으로 집합건물의 관리를 위한 하자책임으로 재편해야 한다. 공동주택관리법의 예에 따라 하자보수를 원칙적인 것으로 손해배상의 청구를 보충적으로 설계하는 것을 고려할 수 있다.

(3) 하자기간의 재검토

집합건물법에 도입된 단기의 제척기간은 집합건물의 적용대상을 아파트로 집중하면서 하자책임기간을 과도하게 단축한 것일 수 있다. 집합건물법상 단기의 책임기간은 ‘공동주택’의 하자소송을 계기로 주택시장의 요청을 반영한 것이었는데, 집합건물법은 일반적 집합건물에 대해 널리 적용되는 법률이므로, 공동주택이 아닌 집합건물의 책임기간을 포함한 하자책임 제도에 대해 별도의 연구를 전제로 책임기간이 조정되어야 한다.

투고일 2026. 8. 26. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 11.

참고문헌

단행본

손정목, 『서울 도시계획 이야기 3』, 한울, 2003.

학위 논문

이준형, “수급인의 하자담보책임에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2001.

일반 논문

김영두, “대규모집합건물의 관리에 관한 관련법제의 개선방향”, 『집합건물법학』 제24집(2017. 11.).

박종두, “집합건물의 관리에 관한 법령과 적용”, 『집합건물법학』 제7집(2011. 6.).

신미연, “공동주택의 하자담보책임에 관한 연구”, 『동아법학』 제83호(2019. 5.).

이성진 / 정상현, “공동주택관리법의 하자담보책임과 제척기간 재검토”, 『동아법학』 제109호(2025. 11.).

이준형, “집합건물 신축 시공자에 대한 구분소유자의 하자담보책임 추급가능성”, 『민사판례연구』 제39권(2017. 2.).

이준형, “선진적인 집합건물 관리를 위한 법률 개정안 - 하자담보책임, 분양자의 의무, 관리단집회 등을 중심으로 -”, 『법조』 제61권 제3호(2012. 3.).

전혜정, “집합건물법의 운영현황과 문제점”, 『법조』 제60권 제1호(2011. 1.).

조정훈, “집합건물내 상업용 건물의 하자담보책임에 관한 연구 - 집합건물법 개선에 관한 연구 -”, 『비교법연구』 제18권 제3호(2018. 12.).

최종길, “集合住宅(아파트)의 區分所有에 관한 比較法的 實態的 考察”, 『서울대학교 법학』 제11권 제2호(1969. 12.).

ABSTRACT

Applicable Legal Provisions in Apartment Defect Lawsuits

Kim, Jong-Bo*

Defect liability for apartment buildings refers to the liability borne by the party that constructs and supplies an apartment under the *Housing Act* for defects in the property with respect to the occupants or management entities. Under the current legal framework, defect repair liability under the *Multi-Family Housing Management Act* and defect security liability under the *Act on Ownership and Management of Aggregate Buildings* (hereinafter the "Aggregate Buildings Act") coexist with respect to defects in multi-family housing. Judicial precedents likewise treat these two forms of liability as distinct and independent. Consequently, disputes concerning apartment defects have historically centered on claims for monetary damages under the *Aggregate Buildings Act* rather than claims seeking actual defect repairs under the *Multi-Family Housing Management Act*.

However, unlike general aggregate buildings, multi-family housing is governed under a public law management regime centered on the state's housing supply system, the council of occupants' representatives, and the housing management office. The *Multi-Family Housing Management Act* reflects these unique characteristics and establishes a regulatory order aimed at maintaining community life and stably securing residential functions. Therefore, defect liability must function as an integral part of such a public law management scheme.

Accordingly, defect liability under the *Multi-Family Housing Management Act* should primarily emphasize the actual remediation. The Act reflects this focus by imposing repair obligations on project developers and providing for defect repair orders, administrative sanctions, and security deposits. Therefore, compensation for damages should be recognized only complementarily in exceptional circumstances where defect repair is fundamentally impossible.

In the early stages, the defect liability system under the former *Housing Construction Promotion Act* suffered from overly short exclusionary periods, and the defect repair mechanisms were not sufficiently developed. Therefore, judicial precedents started broadly recognizing civil defect security liabilities and claims for damages to protect occupants, which prompted apartment defect litigation to entrench in a damage-centered paradigm. However, this resulted in prioritizing monetary compensation over the actual remediation, thereby undermining the public law management order and the defect repair system mediated by the *Multi-Family Housing Management Act*.

In conclusion, defect liability for multi-family housing—supplied in large quantities under the *Housing Act*—should be reinterpreted as a special public law liability for the safe management of collective housing, extending beyond mere civil liability for nonperformance of contract obligations. Thus, apartment defect disputes should be resolved not through one-time monetary compensation but by fully restoring the functionality and safety of multi-family housing. Furthermore, relevant statutes and legislative refinements should be interpreted such that the *Aggregate Buildings Act* applies complementarily only to aggregate building sectors that are not regulated by the *Multi-Family Housing Management Act*, such as officetels (commercial-residential buildings) and commercial buildings.

Keywords: Apartment Defect Liability, *Multi-Family Housing Management Act*, *Aggregate Buildings Act*, Defect Repair, Defect Security Liability

* Professor, School of Law, Seoul National University

논문 / ARTICLE

정비기반시설 무상귀속 제도의 형성과 전개: 2026년 도시정비법 개정을 중심으로*

오원택**

국문초록

도시정비법에 따른 정비기반시설 무상귀속 제도는 입법 연혁상 국토계획법에 따른 공공시설 무상귀속 제도를 근간으로 형성되었다. 두 제도는 개발사업 시행으로 설치되는 공공시설을 관리청에 귀속시키는 한편, 사업시행자가 새로 설치하는 시설의 가액에 상응하는 범위에서 종래의 시설을 무상으로 양도하도록 하는 대가적 구조를 공유하고 있다. 그러나 2008년 대법원 판례 이후 정비기반시설 무상양도의 요건과 범위가 국토계획법과 다르게 해석·운영되기 시작하면서, 동일한 입법 취지를 가진 두 제도 사이에 적용 결과가 달라지는 형평성 문제와 법체계 통일성에 관한 비판이 지속되어 왔다.

본 연구는 정비기반시설 무상귀속 제도가 판례로 인해 입법 취지와 달리 운영되던 부분이 어떻게 입법적으로 개선되었는지를 분석한다. 이를 위해 개별 법률의 입법 형태와 무상귀속 대상 범위를 기준으로 개발사업별 무상귀속 제도를 세 가지 유형으로 구분하고 정비기반시설 무상귀속 제도의 특수성을 검토하였다. 이를 바탕으로 2026년 도시정비법 개정사항의 입법 취지와 제도적 의미를 분석하였다.

2026년 도시정비법 개정은 두 가지 측면에서 평가할 수 있다. 첫째, 대법원 판례에 따라 무상양도 대상에서 제외되었던 국유지 소재의 현황도로와 도시계획시설로 결정되지 않은 종래의 정비기반시설도 무상양도 대상에 포함됨을 법률에 명시함으로써 판례로 인해 발생한 제도 운영상의 불합리를 입법적으로 보완하였다. 둘째, 무상양도하는 종래의 정비기반시설을 산정할 때 국토계획법 등 다른 법률과 달리 기부채납하는 기반시설의 설치비용까지 반영하도록 규정한 것은 무상귀속 제도의 취지를 보다 충실히 구현한 입법적 진전으로 평가할 수 있다. 다만 국유지 현황도로에 관한 개정 규정이 5년의 한시 특례로 운영된다는 점은 제도적 한계로 남으며, 향후 상시 제도로의 전환 여부에 대한 검토가 필요하다.

주제어: 정비기반시설, 공공시설, 무상귀속, 기반시설, 기부채납, 도시 및 주거환경정비법

목차

I. 서론

II. 공공시설 무상귀속의 구조와 의미

III. 개발사업별 공공시설 무상귀속 제도의 유형화

IV. 현행 정비기반시설 무상귀속 제도의 구조와 한계

V. 2026년 도시정비법 개정과 정비기반시설 무상귀속 제도의 변화

VI. 결론

* 본 논문은 2026년 2월 11일 국회 법제사법위원회를 통과한 「도시 및 주거환경정비법」 일부개정법률안(문진석 의원 대표발의, 의안번호 제2213386호)을 분석 대상으로 한다. 해당 법률안은 논문 제출 시점 현재 국회 본회의 심의를 앞두고 있다. 본 논문에서 ‘2026년 개정’, ‘개정 도시정비법’으로 지칭하는 것은 위 개정법률안을 의미한다.

** 국토교통부 과학기술서기관



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.2>

Received: August 13, 2026

Revised: September 08, 2026

Accepted: September 14, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.



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

I. 서론

1. 연구의 배경과 목적

「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다)에 따른 정비기반시설 무상귀속 제도는 재개발·재건축사업 등 정비사업에서 정비기반시설을 확보하기 위한 제도적 장치다. 그 연원은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’이라 한다)에 따른 공공시설 무상귀속 제도에 있다.

두 제도는 동일한 입법 취지에서 출발하였으나 2008년 도시정비법에 대한 대법원 판례를 계기로 무상양도의 요건과 범위가 서로 다르게 해석·운영되기 시작하였다. 그 결과 동일한 도시계획사업임에도 적용 법률이 국토계획법인지 도시정비법인지에 따라 사업시행자가 무상으로 양도받을 수 있는 범위가 달라지는 현상이 나타났다. 제도 간 형평성과 법체계의 통일성 측면에서 문제가 제기되어 왔다.

이 문제는 2017년 도시정비법 개정으로 일정 부분 해소되었다. 그러나 판례를 통해 형성된 제한적 해석의 영향은 완전히 걷히지 않았고 실무적 혼란이 이어졌다. 2026년 추가 개정은 그 연장선에서 이루어진 입법적 보완이다.

본 연구는 이 입법적 대응의 경과를 고찰한다. 정비기반시설 무상귀속 제도가 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도를 제도적 근간으로 형성·전개되어 왔다는 점에 주목하여 그 제도적 의미와 한계를 검토한다. 아울러 2026년 개정으로 도입된 새로운 규율 방식이 기존 판례 해석의 한계를 어느 범위에서 해소하는지를 분석하여 정비기반시설 무상귀속 제도의 합리적 운용을 위한 정책적 시사점을 도출하고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구는 비교법적 분석과 입법론적 분석을 주된 연구방법으로 삼는다.

비교법적 분석에서는 정비기반시설 무상귀속의 제도적 원형인 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도를 먼저 살펴봄으로써 제도의 출발점과 기본 구조를 확인한다. 나아가 개발사업에 보편적으로 적용되는 공공시설 무상귀속 제도를 유형별로 구분하고 정비기반시설 무상귀속 제도가 어떤 유형에 해당하는지를 분석한다. 도시정비법상 제도의 특수성과 국토계획법·다른 개발사업 법률상 무상귀속 제도와의 차이도 함께 검토한다.

입법론적 분석에서는 정비기반시설 무상귀속 제도의 주요 구성을 살펴보고 대법원 판례가 형성한 제한적 해석 구조와 그로 인한 국토계획법상 제도와의 괴리를 검토한다. 이어서 2017년 도시정비법 개정의 내용과 한계를 분석한 후 2026년 개정의 입법 취지와 제도적 의미를 평가한다. 판례가 형성한 제한적 해석을 입법이 어떤 방식으로 보완하였는지를 규명하는 것이 이 분석의 핵심이다.

분석 자료는 법령, 대법원 판례, 국회 입법자료(검토보고서)를 중심으로 하며 관련 학술논문과 실무 자료를 보완적으로 활용한다.

3. 선행연구 고찰

공공시설 및 정비기반시설 무상귀속 제도에 관한 선행연구는 연구 주제에 따라 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째는 무상귀속·무상양도의 법적 성격과 구조에 관한 연구, 둘째는 대법원 판례 비판을 중심으로 한 해석론적 연구, 셋째는 형평성 문제를 다룬 실증적 연구이다.

법적 성격과 구조에 관한 연구로는 김종보·윤지은(2007), 이현수(2011), 허승(2019), 이재훈(2025)이 있다. 김종보·윤지은(2007)은 정비기반시설 무상양도의 법적 성격을 분석하고 무상귀속과 무상양도를 대가적 관계로 구성한 입법 구조를 검토하였다. 2008년 대법원 판례 이전에 이루어진 연구로서 제도의 본래 취지와 운용 방향에 관한 기준점을 제시한다는 점에서 의의가 있다.

이현수(2011)는 정비기반시설 무상귀속 규정이 민법 제187조에 따른 물건변동으로 작동하는 구조를 분석하고 해당 규정의 합헌성 논란을 검토하였다. 무상귀속 규정이 강행규정으로서 위반 시 사법상 효력에 미치는 영향도 다루고 있어 무상양도 범위 해석 문제의 법적 전제를 이해하는 데 중요한 시각을 제공한다.

허승(2019)은 용도폐지 정비기반시설의 무상양도를 지방세법상 취득 유형의 관점에서 분석하고 이를 무상승계취득으로 보는 것이 타당하다고 결론지었다. 정비기반시설 무상양도의 법적 성격 논의를 세제 측면으로 확장한 연구로서 본 연구와 보완적 관계를 가진다.

이재훈(2025)은 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도를 중심으로 무상귀속이 민법 제187조에 따른 물건변동의 원인으로 기능하는 구조를 분석하였다. 무상귀속 제도가 사유재산권 제한이라는 점에서 가지는 구조적 한계를 지적하며 제도의 축소 또는 폐지까지 포

함한 근본적인 개선 가능성을 제시하였다.

판례 비판을 중심으로 한 해석론적 연구로는 김종보(2009)와 이상덕(2020)이 있다. 두 연구는 대법원 판례가 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도의 체계와 조화를 이루지 못한 결과 도시정비법상 무상귀속 제도가 과도하게 제한적으로 해석·운영되고 있다는 점을 공통적으로 지적하였다. 다만 두 연구 모두 판례의 문제점을 분석하는 데 집중하고 있어 이를 해소하기 위한 입법적 대응의 내용과 한계까지는 다루지 않았다.

형평성 문제를 다룬 실증적 연구로는 최재웅 외(2010)가 있다. 서울특별시의 무상양도 기준을 중심으로 대법원 판례 이후 국·공유지인 현황도로의 무상양도 여부가 달리 취급되면서 발생한 사업장별 형평성 문제를 실증적으로 분석하였다. 동일한 기능을 수행하는 도로임에도 토지 소유 형태에 따라 무상양도 여부가 달라지는 것은 합리적 근거가 부족하다고 비판하며 제도 개선의 필요성을 제기하였다.

이들 선행연구는 무상귀속·무상양도의 법적 성격, 판례 비판, 실증적 형평성 분석 등 다양한 관점에서 제도의 문제를 다루었다. 그러나 이들 연구는 개별 법률 차원의 분석에 집중하고 있어 도시정비법상 정비기반시설 무상귀속 제도를 「도시개발법」(이하 ‘도시개발법’이라 한다)·「공공주택 특별법」(이하 ‘공공주택법’이라 한다)·「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 ‘산업입지법’이라 한다) 등 다른 개발사업 법률과의 구조적 차이를 체계적으로 비교한 연구는 충분하지 않다.

또한 2026년 개정 도시정비법의 입법 배경과 주요 내용을 분석하고 그 제도적 의의를 평가한 연구는 현재까지 이루어지지 않았다. 본 연구는 이 두 가지 점에 주안점을 두고 선행연구의 미비한 부분을 보완하고자 한다.

II. 공공시설 무상귀속의 구조와 의미

1. 정비기반시설 무상귀속의 제도적 원형으로서 공공시설 무상귀속

정비사업은 국토계획법에 따른 도시계획사업의 하나로서 국토계획법상 도시계획체계에 법적 근거를 두고 있다.¹⁾ 이 구조는 입법 연혁상으로도 일관되게 유지되어 왔다. 현행 도시정비법과 국토계획법의 전신은 각각 구 「도시재개발법」(1976년 제정)과 구 「도시계획법」(1962년 제정)이다. 구 「도시재개발법」에 따른 재개발사업도 현행법과 마찬가지로 도시계획사업에 포함되었고 별도 규정이 없는 경우에는 구 「도시계획법」의 관련 규정이 적용되는 구조였다.

공공시설 무상귀속 제도도 이 관계 속에서 형성되었다. 구 「도시계획법」은 1971년 개정(법률 제2291호, 1971. 7. 20. 시행)을 통해 도시계획사업의 시행으로 설치되는 공공시설을 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속시키는 제도를 도입하였다(법 제83조). 그 적용 범위는 전체 도시계획사업을 포괄하였다. 1995년 구 「도시재개발법」이 전부개정(법률 제5116호, 1996. 6. 30. 시행)되어 재개발사업에 관한 공공시설 무상귀속 제도가 별도로 규정되기 이전까지는 재개발사업에서 설치되는 공공시설의 무상귀속도 구 「도시계획법」의 규율을 따랐다.

이러한 입법 연혁과 제도적 연속성을 고려하면 현행 도시정비법에 따른 정비기반시설 무상귀속 제도는 국토계획법에 따른 공공시설 무상귀속 제도를 제도적 근간으로 한다고 평가할 수 있다. 두 제도가 동일한 법리적 구조를 가진다는 평가는 단순히 입법연혁상의 유래에만 근거하는 것이 아니라, 양 제도의 입법목적·기본 구조·법적 효과 측면에서의 규범적 공통성에도 기초한다. 이에 관해서는 후술하는 IV. 2. (1)에서 상세히 검토한다. 따라서 도시정비법상 정비기반시설 무상귀속의 구조와 해석을 검토하려면 국토계획법상 공공시설의 개념과 무상귀속 제도의 내용 및 운용 방식에 대한 이해가 선행되어야 한다.

2. 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도의 구조와 의미

(1) 공공시설, 기반시설, 도시계획시설의 개념 구분과 법적 관계

국토계획법 제2조는 공공시설·기반시설·도시계획시설의 개념을 정의하기보다 각각의 종류를 열거하는 방식으로 규정하고 있다. 공공시설의 대부분이 기반시설과 도시계획시설의 범주에 포함되는 만큼, 공공시설의 법적 성격을 명확히 하려면 세 개념의 상호 관계를

1) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

11. “도시·군계획사업”이란 도시·군관리계획을 시행하기 위한 다음 각 목의 사업을 말한다.

다. 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비사업

함께 검토할 필요가 있다.²⁾

국토계획법은 기반시설의 개념을 별도로 정의하지 않고 그 종류를 열거하는 방식으로 규정하고 있다. 기반시설은 도로·공원·학교 등 도시의 기능 유지와 형성에 필수적인 시설로서 도시 차원에서 계획적 관리가 요구되는 시설로 이해된다. 도시계획시설은 기반시설 중 각 지방자치단체가 수립하는 도시관리계획에 따라 도시계획으로 결정된 시설을 의미한다. 기반시설이 시설의 기능적·물적 개념이라면 도시계획시설은 그중 도시관리계획을 통해 설치의 필요성이 인정된 계획적 개념이다.

국토계획법 제43조는 기반시설을 설치할 때 원칙적으로 도시관리계획 결정을 거치도록 하면서 같은 법 시행령 제35조에서 도시계획시설 결정 없이 설치할 수 있는 시설(주차장·문화시설·공공청사 등)을 예외적으로 규정하고 있다.

기반시설을 도시계획시설로 결정하여 설치하는 것은 다음과 같은 법적 의미를 가진다. 첫째, 주민공람, 지방의회 의견청취, 도시계획위원회 심의 등 도시관리계획의 입안·결정 절차를 거침으로써 해당 시설의 설치 필요성과 실현 가능성이 도시 차원에서 검토·확인된다. 둘째, 도시계획시설로 결정된 시설에 대해서는 원활한 설치를 위하여 부지 내 행위 제한, 실시계획 인가 시 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지수용권 부여 등 각종 특례가 인정된다.

이러한 국토계획법 체계를 고려하면 공공시설과 도시계획시설 사이에는 직접적인 대응 관계가 있다고 보기 어렵다. 공공시설은 기반시설의 범주 안에서 파악되고 기반시설 중 일부가 도시계획시설로 결정되는 간접적인 구조로 이해하는 것이 타당하다. 공공시설에 해당하는 기반시설도 도시계획시설 결정 여부에 따라 설치 절차와 법적 효과가 달라진다.

(2) 공공시설 무상귀속의 법리

국토계획법은 정의 조항에서 도로·공원·철도 등 공공시설의 종류를 열거하는 한편 제65조에서 공공시설 무상귀속에 관한 사항을 규정하고 있다. 공공시설의 개념을 정의 조문에서 직접 규정하기보다는 무상귀속이라는 법적 효과를 통해 그 규범적 성격을 간접적으로 구성하는 방식이다.

국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도란 개발행위허가 등 각종 개발사업의 시행으로 새로 설치되는 공공시설의 소유권이 사업 완료와 함께 관리청에 무상으로 이전되도록 하는 것을 말한다. 이는 도로·공원 등 공공시설은 그 성격상 국가 또는 지방자치단체 등 공공이 소유·관리하는 것이 바람직하다는 인식에 기초한다.³⁾

공공시설 무상귀속 제도는 일방적인 재산권 이전에 그치지 않는다. 사업시행자가 새로 설치하여 관리청에 무상으로 귀속시키는 공공시설의 가액에 상응하는 범위 안에서 종전부터 있던 공공시설을 해당 관리청으로부터 무상으로 양도받을 수 있도록 하는 보완 장치를 함께 두고 있다. 이 제도는 개발사업 시행에 따라 필요한 공공시설을 안정적으로 확보하여 주민의 생활편익을 증진하는 한편 사업시행자의 개발이익에 상응하는 공공부담을 제도적으로 구현하려는 취지다. 공공성 확보와 형평성 보장이라는 두 가지 입법 목적을 가진 제도로 평가된다.⁴⁾

주목할 점은 새로 설치되는 공공시설의 관리청과 종전 공공시설의 관리청이 반드시 동일할 필요는 없다는 것이다. 국토계획법 제65조는 관리청의 동일성을 무상귀속 및 무상양도의 요건으로 요구하지 않는다. 이처럼 새로운 공공시설의 설치·제공과 종전 공공시설의 무상양도가 상호 대응하는 구조는 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도의 중요한 특징이다.⁵⁾

2) 국토계획법 제2조 제13호는 공공시설을 “도로·공원·철도·수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공용 시설”로, 제6호는 기반시설을 교통시설·공간시설·유통공급시설·공공문화체육시설·방재시설·보건위생시설·환경기초시설 등 7개 유형으로, 제7호는 도시계획시설을 “기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설”로 각각 규정하고 있다. 공공시설로 열거된 도로·공원·철도·수도 등은 기반시설의 교통시설·공간시설·유통공급시설에 해당하며, 이 중 도시관리계획으로 결정된 것은 도시계획시설이 된다.

3) 이재훈, “민법 제187조에 의한 물건변동 원인으로 공공시설의 무상귀속에 대한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제28권 제3호(민사법의 이론과 실무학회, 2025. 8.), 183-229면. 같은 취지로 이재훈은 “공급의 관점에서 보면, 누구나 설치할 수 있다는 점에서 기반시설과 공공시설이 공통하지만, 귀속의 관점, 즉 누가 관리·유지하면 좋을 것인가의 관점에서 보면 사적 부문이 아닌 공공 부문이 관리해야 한다는 점이 고려된 것이라고 생각한다”고 한다.

4) 이재훈, 위의 글, 183-229면.

5) 국토계획법 제65조는 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 새로운 공공시설을 설치하여 제공하는 자에게 종래의 공공시설을 무상양도토록 규정하고 있다. 즉, 종전 공공시설과 새로 설치되는 공공시설의 관리청이 동일한지 여부와 관계없이 무상양도 및 귀속이 가능하도록 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특칙을 규정하고 있다.

III. 개발사업별 공공시설 무상귀속 제도의 유형화

1. 개관

공공시설 무상귀속 제도는 정비사업, 공공주택사업, 산업단지개발사업 등 다양한 개발사업에 공통적으로 도입되어 있다. 다만 각 개발사업 법률에서 공공시설 무상귀속 규정이 동일한 방식으로 규율되고 있지는 않다.

개별 법률이 무상귀속 제도를 규율하는 방식은 두 가지 측면에서 차이를 보인다. 하나는 입법 형태로서 국토계획법 제65조를 직접 준용하는지 아니면 개별 법률에서 독자적으로 규정하는지 여부다. 다른 하나는 무상귀속 대상의 범위로서 국토계획법상 공공시설과 동일한 범위를 적용하는지 아니면 해당 사업의 특성을 반영하여 대상 시설을 달리 설정하는지 여부다. 두 요소는 무상귀속 제도의 법적 효과와 실무적 적용 범위를 결정하는 핵심 차이점이라는 점에서 유형 구분의 기준으로 삼는 것이 타당하다. 이에 따라 개발사업별 무상귀속 제도는 세 가지 유형으로 구분할 수 있다.

2. 유형 구분

(1) 국토계획법과 동일하게 규정하거나 국토계획법을 준용하는 유형

첫 번째 유형은 국토계획법 제65조와 동일하게 규정하거나 해당 조항을 준용하는 방식으로 공공시설 무상귀속을 규정하는 경우다. 도시개발법과 「주택법」(이하 ‘주택법’이라 한다)이 대표적이다. 주택법 제29조는 주택건설사업자가 사업계획승인을 받아 사업지구 내에 새로 공공시설을 설치하는 경우 해당 공공시설의 귀속에 관하여 국토계획법 제65조를 준용하도록 규정하고 있다.⁶⁾

이 유형에서는 무상귀속 및 무상양도의 요건·대상·범위가 국토계획법과 동일하게 적용된다.

(2) 국토계획법을 준용하되, 무상귀속 대상 범위를 일부 수정하는 유형

두 번째 유형은 국토계획법 제65조를 준용하면서도 무상귀속 또는 무상양도의 대상이 되는 공공시설의 범위를 일부 수정하는 경우다. 「택지개발촉진법」과 공공주택법이 대표적이다.

공공주택법 제29조는 공공시설의 귀속에 관하여 국토계획법 제65조를 준용하되 주차장·운동장을 공공시설 범위에서 제외하고 있다. 공공주택법은 국토계획법상 행정청을 사업시행자로 보도록 규정하고 있는데 국토계획법상 주차장·운동장은 행정청이 설치하는 경우에 한하여 공공시설로 인정되는 시설이다.

공공주택사업을 통해 조성된 토지 중 주차장이나 운동장은 지방자치단체에 무상귀속되지 않고 민간 또는 공공에 매각되는 경우가 일반적인 만큼 사업지구 내 기존 주차장·운동장이 사업시행자에게 무상양도되는 것을 제한하려는 입법적 고려에서 도입된 규정으로 볼 수 있다.

(3) 국토계획법과 유사하게 규정하되, 무상귀속 대상을 별도 규정하는 유형

세 번째 유형은 국토계획법 제65조와 유사한 무상귀속 구조를 개별 법률에서 독자적으로 규정하면서 무상귀속의 대상과 범위를 별도로 설정하는 경우다. 산업입지법과 도시정비법이 이에 해당한다.

산업입지법은 ‘공공시설’이라는 명칭을 사용하나 그 범위를 같은 법 시행령에서 도로·공원·하천 등 일정한 시설로 열거하여 국토계획법상 공공시설보다 좁게 설정하고 있다. 이는 산업단지의 기능 유지에 필수적인 시설에 한정하여 무상귀속을 인정하려는 취지로 이해할 수 있다.

도시정비법은 국토계획법상 ‘공공시설’ 개념을 그대로 사용하지 않고 무상귀속 및 무상양도의 대상을 ‘정비기반시설’로 별도 규정하고 있다는 점에서 특수성을 가진다. 도로, 공용주차장, 상·하수도, 구거, 공원, 공동구, 녹지, 하천, 공공공지, 광장 등 총 15개 시설을 정비기반시설로 규정하고 이들 시설을 무상귀속 및 무상양도의 대상으로 삼는다.

도시정비법은 사업시행자가 국가·지방자치단체 또는 공공기관이 아닌 경우에도 정비기반시설의 무상귀속 및 무상양도를 의무사항

6) 주택법 제29조는 공공시설의 귀속과 관련하여 국토계획법 제65조 및 제99조를 준용하도록 규정하고 있다. 국토계획법 제99조는 도시계획시설사업의 시행으로 설치되는 공공시설의 무상귀속에 관한 규정으로서 그 적용 시 같은 법 제65조를 다시 준용한다. 이 준용 구조를 고려하면 공공시설 무상귀속 제도의 실질적인 법적 근거는 국토계획법 제65조에 있다. 본 연구에서 검토 대상을 국토계획법 제65조로 한정하는 이유다.

으로 규정하고 있다. 이는 국토계획법이나 다른 개발사업 법률과 구별되는 지점으로 정비사업의 공공성과 주민 생활환경 개선이라는 목적을 고려하여 무상귀속을 임의규정이 아닌 강행규정으로 설정한 것이다.

<표1> 개발사업별 공공시설 무상귀속 규정 유형

구분	국토계획법	유형 1		유형 2	유형 3	
		도시개발법	주택법	공공주택법	산업입지법	도시정비법
규정방법	직접 규정	직접규정 (국토계획법 유사내용)	국토계획법 준용	국토계획법 준용	직접규정 (국토계획법 유사내용)	
무상양도 귀속 대상	공공시설 (26개 시설)	공공시설 (26개 시설)		국토계획법에 따른 공공시설로 규정 (주차장·운동장 제외한 24개 시설)	별도의 공공시설을 규정 (10개 시설)	공공시설이 아닌 정비기반시설로 규정(15개 시설)
사업주체별 적용방식 (강행/임의)	· 행정청 : 강행규정 · 비행정청 : 임의규정	· 행정청 : 강행규정 · 비행정청 : 임의규정	· 공기업 : 강행규정 · 그 외 : 임의규정	· 시행자 구분 없이 강행규정	· 행정청·공기업 : 강행규정 · 그 외 : 임의규정	· 시행자 구분 없이 강행규정

IV. 현행 정비기반시설 무상귀속 제도의 구조와 한계

1. 정비기반시설 무상귀속 제도의 구성과 기본 구조

도시정비법은 정비기반시설 무상귀속에 관한 사항을 국토계획법을 단순히 준용하지 않고 직접 규율하고 있다. 다만 그 기본 구조는 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도와 유사하게 사업시행자의 성격에 따라 무상귀속 및 무상양도 방식에 차이를 두는 이원적 구조를 취한다.

국토계획법은 사업시행자를 행정청(국가 또는 지방자치단체)과 행정청이 아닌 자로 구분하는 반면 도시정비법은 지방자치단체·공기업(한국토지주택공사·지방공사)과 그 외의 자로 구분한다. 공기업을 지방자치단체와 동일한 지위에서 취급하여 공권적 특례를 부여하는 입법 태도는 도시개발법, 주택법 등 다른 개발사업법에서도 공통적으로 확인되는 구조적 특징이다.

도시정비법 제97조 제1항은 사업시행자가 시장·군수 등 지방자치단체 또는 한국토지주택공사·지방공사인 경우를 규율한다. 사업시행자가 정비사업을 통해 새로 정비기반시설을 설치하거나 기존 정비기반시설을 대체하는 시설을 설치하면 종래의 정비기반시설은 사업시행자에게 무상으로 귀속되고 새로 설치된 정비기반시설은 관리청(국가 또는 지방자치단체)에 무상으로 귀속된다.

도시정비법 제97조 제2항은 사업시행자가 지방자치단체 또는 공기업이 아닌 조합 등 민간인 경우를 규율한다. 새로 설치된 정비기반시설은 관리청에 무상으로 귀속되며 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 정비기반시설은 ‘사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위에서’ 사업시행자에게 무상으로 양도된다.

국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도는 사업시행자가 행정청이 아닌 자인 경우 종전 공공시설의 무상양도를 행정청의 재량에 맡기는 임의규정으로 두고 있다. 반면 도시정비법은 민간 사업시행자에 대해서도 무상양도를 의무화하고 있다는 점에서 국토계획법과 중요한 차이를 보인다.

도시정비법상 무상양도 규정은 민간 사업시행자가 설치한 정비기반시설이 모두 관리청에 무상으로 귀속됨에 따라 발생하는 재산상 손실을 합리적인 범위에서 보전하려는 데 입법 취지가 있다. 대법원도 이러한 입법 취지를 확인하며 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는 재산상 손실을 고려하여 그 설치비용에 상당하는 범위에서 종래의 정비기반시설을 무상으로 양도하도록 한 것이라고 판시하였다.⁷⁾

7) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다205523 판결.

2. 대법원 판례에 따른 정비기반시설 무상귀속 제도의 운영 변화

(1) 대법원 판례에 따른 정비기반시설 무상양도 범위의 제한적 해석·적용

앞서 살펴본 바와 같이 도시정비법은 정비기반시설 무상귀속에 관한 사항을 국토계획법과 독립적으로 규율하고 있으며, 사업시행자 구분 방식이나 무상양도의 강행성 등 일부 차이도 존재한다. 그러나 이러한 차이는 제도 운용 방식의 차이일 뿐, 양 제도는 입법목적·기본 구조·법적 효과의 측면에서 공통된 규범적 기반을 가진다.

입법목적 측면에서 두 제도 모두 개발사업 시행으로 설치되는 공공시설을 안정적으로 확보하는 한편, 사업시행자의 개발이익에 상응하는 공공부담을 제도적으로 구현하려는 데 공통된 취지를 둔다. 기본 구조 측면에서는 두 제도 모두 새로운 공공시설의 제공과 종전 시설의 무상양도가 상호 대응하는 대가적 구조를 취하며, 관리청의 동일성을 요건으로 요구하지 않는다는 점에서도 일치한다. 법적 효과 측면에서는 두 제도 모두 개발사업 완료와 동시에 등기 없이 소유권이 이전되는 민법 제187조에 따른 법정 물건변동으로 작동한다.⁸⁾

이처럼 양 제도가 동일한 규범적 구조 아래에서 작동한다는 점은 개별 법률에서 달리 규정하지 않은 사항에 대해서는 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도와 동일한 법리와 운영 기준을 적용하는 것이 제도 체계상 타당하다는 근거가 된다.

그러나 정비사업에서는 2008년 대법원 판결 이후 국토계획법과 상이한 방향으로 정비기반시설 무상양도의 범위가 해석·운영되기 시작하였다. 대법원은 도시정비법 제97조 제2항에 따라 민간 사업시행자에게 무상으로 양도되는 ‘정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지자체 소유의 정비기반시설’의 범위를 사업시행계획인가 이전에 이미 국토계획법에 따라 도시관리계획으로 결정되어 설치된 시설로 한정하였다.⁹⁾

그러나 이 판결의 해석 논거는 도시정비법의 문언과 체계에 비추어 수긍하기 어렵다. 도시정비법 제97조 제2항은 무상양도 대상을 “정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설”로 규정하고 있을 뿐, 해당 시설이 도시관리계획으로 결정되어 설치된 것이어야 한다는 요건을 두고 있지 않다. 대법원이 도시계획시설 결정 여부를 무상양도의 요건으로 추가한 것은 법문에 없는 제한을 해석으로 도입한 것으로 법률 문언이 허용하는 해석의 범위를 벗어난 것이다. 이 점에 대하여 정비기반시설 개념은 도시계획시설과 별도로 도시정비법에 독립적으로 규정된 것임에도, 판례가 두 개념을 혼용하여 무상양도 범위를 축소한 것은 입법 취지를 몰각시킨다는 비판이 제기되었다.¹⁰⁾

대법원은 한 걸음 더 나아가 2011년 판결에서 무상양도 대상을 ‘도시계획시설에 해당하는 정비기반시설’로 한정하는 전제 아래 이른바 ‘현황도로’는 무상양도 대상이 되는 정비기반시설에 해당하지 않는다고 판시하였다.¹¹⁾ 이 역시 같은 맥락에서 비판을 피하기 어렵다. 현황도로는 도시계획시설 결정을 받지 않았을 뿐 기능적으로는 도로로서 공중의 통행에 제공되고 있는 시설이다. 그 실질이 정비기반시설로서의 요건을 갖추고 있음에도 행정계획 수립 여부라는 형식적 기준에 따라 무상양도 대상에서 배제하는 것은, 정비기반시설 개념의 실질을 도시계획시설 개념으로 대체하는 결과를 낳는다. 나아가 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도에서는 도시계획시설 결정 여부를 무상양도의 요건으로 삼지 않는다는 점에서, 동일한 입법 연혁과 규범적 구조를 가진 두 제도 사이에 이와 같은 해석상 차이를 두는 것은 제도 간 정합성 측면에서도 납득하기 어렵다.

이러한 판결들에 따라 정비사업에서는 종래의 정비기반시설이 국가 또는 지방자치단체 소유·관리 아래 있더라도 도시계획시설로 결정되어 있지 않은 경우 사업시행자에게 무상으로 양도되지 않았다. 다른 개발사업 법률이 적용되는 사업과 달리 정비사업에서는 사업시행자가 이를 유상으로 취득해야 하는 결과가 초래된 것이다.

(2) 판례에 대한 입법적 개선: 2017년 개정의 내용과 한계

이러한 문제의식을 반영하여 도시정비법은 2017년 법률 제14567호로 개정(2018. 2. 9. 시행)되면서 무상양도 대상이 되는 종래의 도로에 관한 별도 규정을 신설하였다.¹²⁾ 민간 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는

8) 이현수, “도시정비법상 정비기반시설의 법적 쟁점”, 『행정법연구』 제30호(행정법이론실무학회, 2011. 8.), 345-371면; 이재훈, 앞의 글(주3), 183-229면.

9) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두24289 판결.

10) 김종보, “정비기반시설에 대한 유상매입부관의 공정력과 한계”, 『행정판례연구』 제14권 제2호(한국행정판례연구회, 2009. 12.), 87-117면.

11) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두22498 판결.

12) 무상양도의 대상이 되는 종래 도로에 관한 규정은 2015년 도시정비법 개정(법률 제13508호, 2015. 9. 1. 개정, 2016. 3. 2. 시행)으로 신설되었으나, 그 적용 대상을 사업시행자가 지방자치단체 또는 토지주택공사 등 공공인 경우로 한정하였다. 이후 2017년 개정(법률 제14567호, 2017. 2. 8. 개정)을 통해 적용 대상이 조합 등 민간 사업시행자까지 확대되었다. 본 연구는 공공·민간 사업시행자 모두에게 적용되는 2017년 개정법

재산상 손실을 합리적인 범위에서 보전하려는 취지에서다.

2017년 개정된 도시정비법 제97조 제3항은 무상양도 대상이 되는 도로를 ① 국토계획법에 따라 도시관리계획으로 결정되어 설치된 도로, ② 도로법에 따라 도로관리청이 관리하는 도로, ③ 도시개발법 등 다른 법률에 따라 설치된 국가 또는 지방자치단체 소유의 도로, ④ 그 밖에 공유재산 중 일반인의 교통을 위하여 제공되고 있는 부지로 규정하였다.

이에 따라 도로법 등 개별 법률에 따라 설치된 도로는 도시계획시설 결정 여부와 관계없이 무상양도 대상에 포함되었다. 지방자치단체 소유의 공유지에 소재한 현황도로도 시·도 조례에서 정하는 사용 형태·규모·기능 등의 기준을 충족하는 경우 무상양도 대상에 포함되도록 제도가 개선되었다.

다만 당시 국유지에 소재한 현황도로에 대하여는 국유재산 무상양도의 엄격한 운영 필요성이 제기됨에 따라 이를 무상양도 대상에서 제외하는 입법적 선택이 이루어졌다.¹³⁾ 이는 동일한 정비구역 내에서도 현황도로의 소유 주체에 따라 무상양도 여부가 달라지는 새로운 형평성 문제를 야기하였다. 이처럼 남아 있는 한계가 결국 2026년 추가 개정의 배경이 되었다.

<표2> 공공시설, 정비기반시설 무상양도 비교(2026년 개정 이전, 도시정비법 기준)

구분	공공시설 무상양도	정비기반시설 무상양도
근거 법령	· 국토계획법	· 도시정비법
시설 종류	· 도로, 수도, 구거, 공원, 공용주차장, 공동구, 녹지, 하천, 공공공지, 광장 · 철도, 항만, 공항, 유수지, 저수지, 운동장, 장사시설 등 (총 26종)	· 소방용수시설, 비상대피시설, 가스공급시설, 지역난방시설 (총 15종)
종전 시설 요건	· 행정재산	· (원칙) 행정재산 중 도시계획시설 · (예외) 현황도로(도시계획 미결정)는 공유지도 인정

자료: 국토교통부 내부자료

V. 2026년 도시정비법 개정과 정비기반시설 무상귀속 제도의 변화

1. 2026년 개정의 입법 배경과 문제의식

2017년 도시정비법 개정을 통해 대법원 판례로 인하여 정비기반시설 무상귀속 제도가 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도와 달리 운영되던 문제는 일정 부분 해소되었다. 그러나 양 제도의 적용 구조와 해석 방식의 차이로 인한 문제점은 여전히 제기되어 왔다.

두 제도는 입법 취지가 실질적으로 동일하다. 그러나 법문상 용어가 ‘공공시설’인지 ‘정비기반시설’인지에 따라 현황도로의 무상양도 포함 여부가 달라지는 것은 법질서의 통일성 원칙과 일반인의 법 감정에 비추어 수긍하기 어렵다는 지적이 있었다.¹⁴⁾ 실무에서도 대법원 판례가 기존 실무와 상반되는 것이어서 정비사업 업계를 중심으로 문제점과 제도 개선 필요성이 제기되어 왔다.¹⁵⁾

이러한 제도적 불합리를 해소하기 위하여 도시정비법이 일부 개정되었고(의안번호 제2213386호, 법사위 통과 기준) 시행을 앞두고 있다. 이하에서는 정비기반시설 무상귀속과 관련된 주요 개정 내용을 중심으로 그 입법 취지와 제도적 의미를 살펴본다.

2. 정비기반시설 무상귀속 관련 개정 내용

(1) 국유지인 현황도로도 무상양도 대상에 포함(법 시행일로부터 5년 한시)

종전 도시정비법에서는 사업시행자가 새로 설치하는 정비기반시설의 규모나 가액과 무관하게 국유지에 해당하는 현황도로는 사업

을 분석의 기준으로 삼는다.

13) 국회 국토교통위원회, “도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안(의안번호: 1908974, 신동우 의원 대표발의) 검토보고”, 국토교통위원회, 2014.

14) 이상덕, “국토계획법상 신·구 공공시설 무상귀속·양도제도가 적용되는 개발사업의 의미”, 『대법원판례해설』 제121호(법원도서관, 2020. 6.), 166-198면.

15) 이철현, “현황도로의 무상양도성 부정한 대법원 판결에 대한 비판”, 하우징헤럴드, 2020. 9. 4., <https://www.housingherald.co.kr/news/articleView.html?idxno=39507> (2026. 8. 20. 확인).

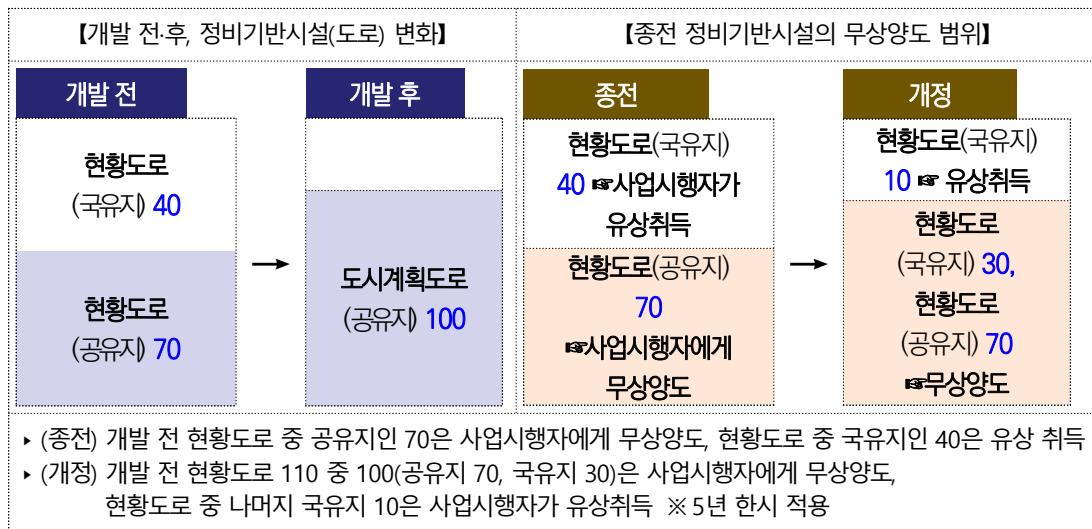
시행자가 유상으로 취득하여야 했다. 동일한 현황도로라 하더라도 소유 주체가 국가(국유지)인지 지방자치단체(공유지)인지에 따라 무상양도 가능 여부가 달라지는 불균형한 구조가 형성되었다.

이처럼 소유 주체에 따라 무상양도 여부가 달라지는 구조에서는 사업시행자가 도로 등 정비기반시설을 새로 설치하여 관리청에 무상으로 귀속시키는 경우에도 그에 상응하는 종래의 정비기반시설을 무상으로 양도받지 못한 채 국유지 현황도로를 유상으로 취득해야 하는 부담이 발생할 수 있었다. 정비기반시설의 설치 부담과 귀속 관계를 종합적으로 고려할 때 제도의 체계성과 합리성 측면에서 재검토가 필요하다고 지적되어 온 이유다.

이에 개정 도시정비법은 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설과 기부채납하는 기반시설의 설치비용 합계가 무상으로 양도받는 정비기반시설의 가액 이상인 경우 국유지 현황도로도 종래의 정비기반시설에 해당하는 도로로 간주하도록 규정하였다. 이로써 국유지 현황도로도 무상양도 대상에 포함된다.

무상양도 제도의 적용 기준을 개별 시설의 소유 형태가 아니라 사업 전체에서의 정비기반시설 설치 부담과 귀속 관계를 종합적으로 고려하여 판단하도록 전환하였다는 점에서 의의가 있다.

예를 들어 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용이 100이고 정비구역 내 현황도로의 가액이 국유지 40, 공유지 70인 경우를 가정하면 다음과 같다. 종전 도시정비법에 따르면 사업시행자는 공유지 현황도로 70에 대해서만 무상양도를 받을 수 있었고 국유지 현황도로 40은 유상으로 취득하여야 했다. 개정 도시정비법에 따르면 사업시행자는 공유지 현황도로 70에 더하여 관리청에 무상으로 제공한 정비기반시설 설치비용 100에 상응하는 범위에서 국유지 현황도로 중 30에 해당하는 부분을 추가로 무상 양도받을 수 있게 된다(<그림 1> 참조).



자료: 국토교통부, 국회 국토교통위원회(2025)를 바탕으로 필자 수정·재구성

<그림1> 무상양도 대상 확대(국유지 현황도로 포함) 개념도

개정 규정은 국유지 현황도로를 무상양도 대상에 포함한다는 점에서 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도와 기본적인 방향을 같이 한다. 다만 해당 규정이 5년의 한시적 특례로 운영된다는 점 그리고 공유지와 국유지 간 무상양도 적용에 일정한 우선순위를 두고 있다는 점에서는 국토계획법과 구별된다.

(2) 도시계획시설로 결정되지 않은 정비기반시설의 무상양도 인정

대법원은 2008년 이후 사업시행자가 무상으로 양도받을 수 있는 정비기반시설의 범위를 사업시행계획인가 이전에 이미 도시관리계획으로 결정되어 설치된 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설로 한정한다고 일관되게 판시하여 왔다. 이에 도시계획시설로 결정되지 않은 종래의 정비기반시설은 그 성격이나 기능과 관계없이 무상양도 대상에서 제외되어 왔다.

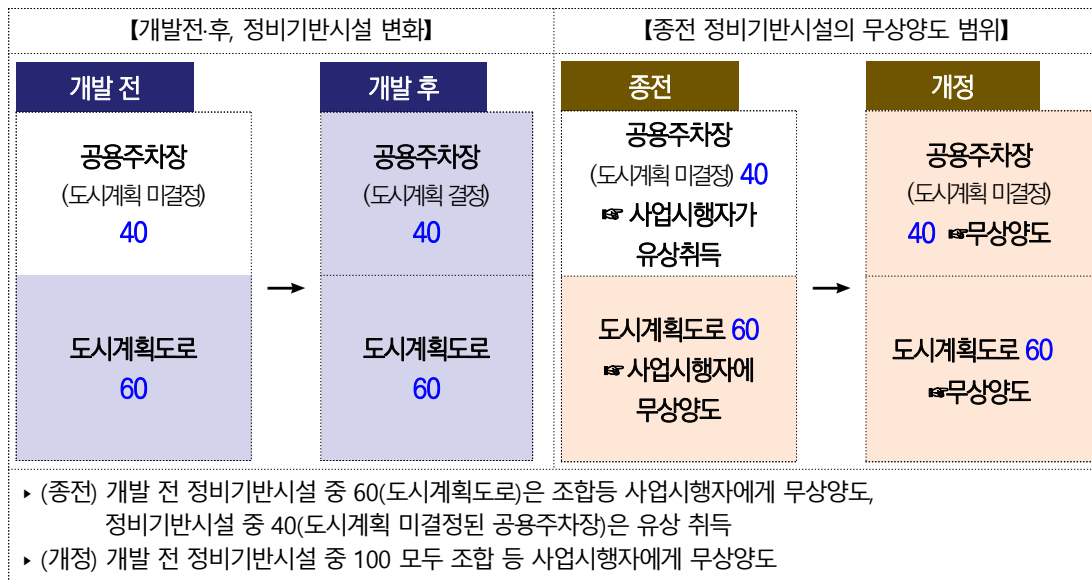
그러나 정비기반시설에는 공용주차장과 같이 도시계획시설 결정 없이도 설치가 가능한 시설이 있다. 해당 시설이 도시계획시설로

결정되었는지 여부에 따라 무상양도 여부가 달라지는 문제가 발생한 것이다. 실제 서울 A 재개발사업에서 정비구역 내 공용주차장이 도시계획시설로 결정되지 않았다는 이유로 사업시행자가 이를 유상으로 매입한 사례가 확인된다.¹⁶⁾

지방자치단체가 사전에 도시계획결정을 하였는지 여부에 따라 동일한 기능의 정비기반시설에 대한 무상 또는 유상 취득이 결정되는 구조는 새로운 정비기반시설을 설치하여 관리청에 무상으로 제공하는 사업시행자 입장에서 합리적이라고 보기 어렵다. 정비기반시설의 실질적 공공성이나 이용 실태가 아니라 행정계획 수립 여부라는 형식적 요소에 의해 법적 효과가 좌우된다는 점에서 입법 취지와 부합하지 않는 측면이 있다.

이러한 문제의식에 따라 도시정비법이 개정되었다. 개정 내용은 용도가 폐지되어 사업시행자에게 무상으로 양도되는 정비기반시설의 범위에 도시계획시설로 결정되지 않은 정비기반시설도 포함됨을 법률에 명시한 것이다. 종전 판례가 형성한 제한적 해석을 입법적으로 보완한 것으로 평가할 수 있다.

예를 들어 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설이 도시계획도로(설치비용 60)와 공용주차장(설치비용 40)이고 정비구역 내 종래의 정비기반시설로 도시계획도로 60과 도시계획시설로 결정되지 않은 공용주차장 40이 존재하는 경우를 가정하면 다음과 같다. 종전 도시정비법에 따르면 사업시행자는 도시계획도로 60을 무상으로 양도받고 공용주차장 40은 유상으로 취득하여야 했다. 개정 도시정비법에 따르면 도시계획시설로 결정되지 않은 공용주차장 40도 무상으로 양도받을 수 있게 된다(<그림 2> 참조).



자료: 국토교통부(국회 국토교통위원회, 2025 재인용)

<그림2> 무상양도 대상 확대(도시계획시설 미결정 정비기반시설 포함) 개념도

종래 정비기반시설의 도시계획시설 결정 여부와 관계없이 무상양도를 인정한다는 점에서 이 개정은 국토계획법에 따른 공공시설 무상귀속 제도와 그 취지를 같이한다. 다만 국토계획법에서는 해석으로 운용되는 반면 도시정비법은 이를 법률에 명확히 규율하였다는 점에서 입법 형식상 차이를 보인다.

(3) 기부채납하는 기반시설의 설치비용도 무상양도 산정에 반영

최근 도심 내 신규 가용토지를 확보할 수 있는 수단이 사실상 정비사업으로 한정되고 있다. 지방자치단체는 이를 활용하여 주민편의 시설 확보를 위한 기반시설 기부채납을 주요 정책 수단으로 삼고 있다. 이러한 경향에 따라 도로·공원·녹지 등 전통적인 정비기반시설 뿐만 아니라 문화시설·체육시설·사회복지시설 등 현행 법체계상 정비기반시설에 포함되지 않는 기반시설의 설치도 활발히 추진되고 있다.¹⁷⁾

16) 국회 국토교통위원회, “도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안(의안번호: 2213386, 문진석 의원 대표발의) 검토보고”, 국토교통위원회, 2025.

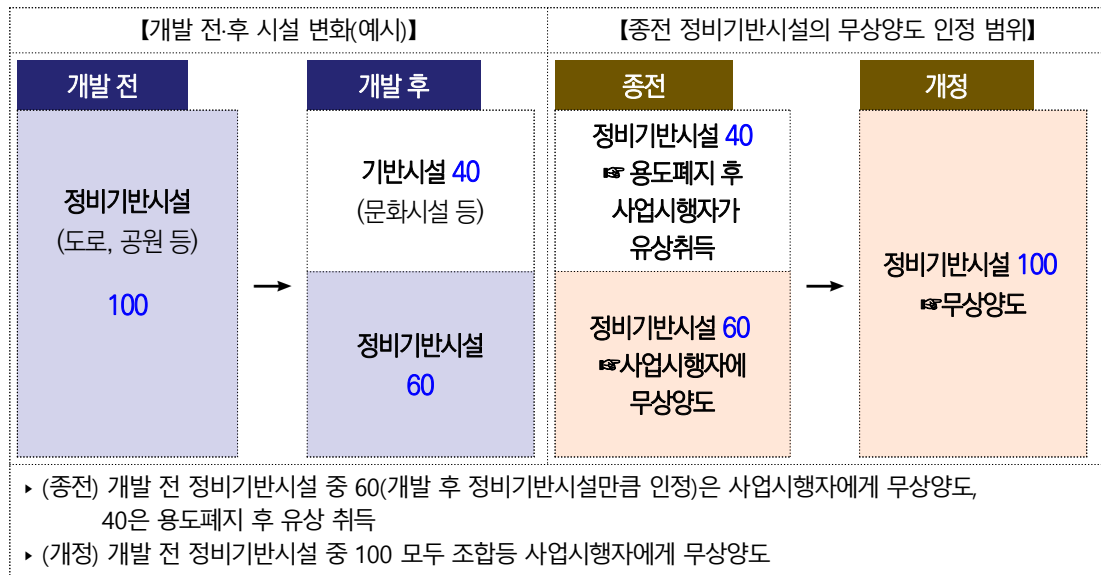
17) 한진리, “목동13단지, 49층·3751가구 재건축…기부채납으로 ‘사회복지시설’ 신설”, 이투데이, 2024. 10. 10., <https://www.etoday.co.kr/news/>

종전 도시정비법에 따르면 사업시행자가 공공청사·문화시설 등 정비기반시설이 아닌 기반시설을 설치하여 지방자치단체에 기부채납하더라도 해당 설치비용은 무상양도되는 종래 정비기반시설의 규모 산정에 반영되지 않았다. 기부채납하는 기반시설의 설치비용에 상응하는 종래의 정비기반시설이 존재함에도 그 일부를 사업시행자가 유상으로 취득해야 하는 부담이 발생했다.

이 구조는 사업시행자가 정비기반시설과 동일한 공익적 목적을 위해 기반시설을 설치하여 공공에 제공하더라도 그 기여가 무상양도 산정에 반영되지 않는다는 점에서 합리성과 형평성 모두에서 한계를 지닌다. 이를 법리적으로 살펴보면, 무상귀속·무상양도 제도의 본질은 사업시행자가 개발사업을 통해 공공에 제공하는 실질적 기여와 그에 상응하는 재산권 보전을 조정하는 데 있다. 무상귀속이 되는 정비기반시설 설치와 기부채납하는 기반시설 설치의 모두 개발사업 시행 과정에서 사업시행자가 공공에 제공하는 기여라는 점에서 본질적으로 동일하다. 이러한 관점에서 보면 기부채납하는 기반시설의 설치비용까지 무상양도 산정에 반영하도록 한 2026년 개정은 사업시행자의 실질적 공공기여를 종합적으로 고려한다는 무상귀속·무상양도 제도의 본질을 보다 충실히 구현한 것으로 평가할 수 있다.

이에 개정 도시정비법은 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 기부채납하는 기반시설의 설치비용까지 합산한 금액에 상당하는 범위에서 종래의 정비기반시설을 무상으로 양도받을 수 있도록 규정했다. 사업시행자의 실질적 공공기여를 무상양도 산정에 반영한 것이다.

예를 들어 정비구역 내 종래 정비기반시설의 가액이 100이고 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용이 60, 문화시설 등 기반시설의 설치비용이 40인 경우를 가정하면 다음과 같다. 종전법에 따르면 사업시행자는 정비기반시설 설치비용에 해당하는 60만큼만 무상으로 양도받고 나머지 40에 해당하는 종래 정비기반시설은 유상으로 취득해야 했다. 개정법에 따르면 정비기반시설과 기반시설의 설치비용 합계인 100에 상당하는 범위에서 종래의 정비기반시설 전부를 무상으로 양도받게 된다(<그림 3> 참조).



자료: 국토교통부(국회 국토교통위원회, 2025 재인용)

<그림 3> 무상양도 산정방식 변경(기부채납하는 기반시설의 설치비용 포함) 개념도

이 개정은 국토계획법에 따른 공공시설 무상귀속 제도에서는 아직 도입되지 않은 사항으로 현행 도시정비법에만 적용된다는 점에서 차별성을 가진다. 무상귀속 제도의 입법 취지에 비추어 사업시행자가 공공에 제공하는 실질을 충실히 반영함으로써 제도의 형평성과 합리성을 제고한 입법으로 평가할 수 있다.

3. 2026년 개정의 제도적 의의와 한계

정비기반시설 무상귀속과 관련한 2026년 도시정비법 개정은 정비사업에서 문제되어 온 무상양도의 범위와 기준을 재정립하였다는

점에서 중요한 입법적 의미를 갖는다. 그 주요 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 현황도로에 대한 무상양도 기준을 해당 시설의 소유 형태가 아니라 사업시행자가 부담하는 정비기반시설 설치 부담이라는 실질적 요소를 중심으로 재구성하였다. 국·공유지 여부를 기준으로 무상양도 여부를 판단하던 형식적 접근에서 벗어나 사업시행자의 실질적 부담을 고려한 기준을 도입하였다는 점에서 의미가 있다.

둘째, 대법원 판례가 형성해 온 제한적 해석을 보완하기 위하여 도시계획시설로 결정되지 않은 종래의 정비기반시설도 무상양도 대상에 포함된다는 점을 법률에 명시하였다. 판례 해석으로 인해 실제 정비사업에서 발생하던 불합리한 사항을 해소하고 무상귀속 제도의 적용 범위를 명확히 하려는 입법자의 의지가 반영된 결과로 평가할 수 있다.

셋째, 기부채납되는 기반시설의 설치비용을 무상양도되는 정비기반시설의 가액 산정에 포함하도록 규정함으로써 국토계획법에는 규정되지 않은 사항까지 입법적으로 보완하였다. 대법원 판례로 인해 발생한 문제를 해소하는 데 그치지 않고 정비사업의 실제 운영 특성을 반영한 제도 개선을 시도하였다는 점에서 주목된다.

다만 이번 개정이 모든 문제를 해소한 것은 아니다. 국유지 현황도로를 무상양도 대상에 포함하는 기간을 시행일로부터 5년으로 한정한 점은 제도적 한계로 남는다. 그 기간이 경과한 이후 유사한 해석상·운영상 문제가 재차 발생할 가능성을 배제하기 어렵다.

도시계획시설 결정 여부와 무관하게 무상귀속 대상에 포함시키는 사항은 국토계획법이 해석으로 운영해 온 것과 달리 도시정비법은 이를 명문 규정으로 직접 규율하였다는 점에서 입법 형식상 차이를 보인다. 해석상 분쟁의 여지를 줄인다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있으나 구체적 적용 과정에서 무상양도의 범위와 한계를 둘러싼 새로운 쟁점이 발생할 가능성도 있다.

사업시행자가 기반시설을 설치하여 공공에 제공하는 구조는 정비사업에만 고유의 것이 아니다. 국토계획법상 지구단위계획을 수반하는 개발사업을 비롯한 다른 개발사업에서도 기부채납을 통한 기반시설 제공이 광범위하게 이루어지고 있음에도 불구하고 해당 법률에서는 기부채납 설치비용이 무상양도 산정에 반영되지 않는다. 개발이익의 사회적 환수와 기반시설의 안정적 공급이라는 목적은 다른 개발사업에서도 동일하게 적용된다. 이번 도시정비법 개정의 방식은 관련 제도의 정합성 차원에서 다른 개발사업 법률로의 확산 가능성을 검토하는 데 유의미한 선례로 평가할 수 있다.

<표3> 국토계획법, 도시정비법(중전, 2026년 개정)에 따른 무상귀속 제도 비교

구분		현행 국토계획법	중전 도시정비법	2026년 개정 도시정비법
무상양도 대상	현황 도로	· 국·공유지 구분 없이 무상양도 대상에 포함	· 공유지만 무상양도 대상에 포함	· 국유지도 제한적으로 무상양도 대상에 포함 ※ 시행일로부터 5년 한시
	그 외	· 도시계획시설 결정과 관계 없이 무상양도 대상에 포함	· 도시계획시설 결정된 경우만 무상양도 대상에 포함	· 도시계획시설 결정 여부 관계없이 무상양도 대상에 포함
기반시설 설치비용		· 무상양도 받는 종래의 공공시설·정비기반시설 가액산정 시, 기부채납하는 기반시설 설치비용 미반영		· 기부채납하는 기반시설 설치비용도 반영하여 무상양도 받는 규모 산정

VI. 결론

본 연구는 도시정비법상 정비기반시설 무상귀속 제도가 어떠한 입법적 경로를 통해 형성·전개되어 왔는지를 살펴보고 2026년 개정을 중심으로 그 제도적 의미와 한계를 분석하는 데 목적이 있다.

정비기반시설 무상귀속 제도는 국토계획법상 공공시설 무상귀속 제도를 제도적 연원으로 하며 양 제도가 동일한 맥락에서 해석·운영될 필요가 있음을 확인하였다. 그러나 2008년 대법원 판례를 계기로 두 제도는 상이한 방식으로 해석·운영되기 시작하였고 제도 간 형평성과 법체계의 통일성 측면에서 지속적인 문제 제기가 이루어져 왔다. 새롭게 설치되는 정비기반시설을 모두 무상으로 귀속시키는 사업시행자에게 종래의 정비기반시설을 유상으로 취득하도록 요구하는 기존 해석은 합리성을 결여한다는 비판이 반복적으로 제기되어 왔다. 이 문제의식은 2017년 도시정비법 개정을 통해 일정 부분 해소되었으나 판례에 기초한 제한적 해석 구조 자체를 근본적으로 해소하기에는 한계가 있었다.

2026년 개정은 두 가지 측면에서 평가할 수 있다. 하나는 판례 해석의 보완이고 다른 하나는 제도의 독자적 발전이다.

첫째, 대법원 판례가 형성한 제한적 해석을 입법으로 보완하였다. 현황도로의 소유 주체 및 정비기반시설의 도시계획시설 결정 여부

에 구애받지 않고 무상양도 대상을 확대함으로써 제도 간 정합성을 회복하였다는 점에서 의의가 있다. 다만 국유지 현황도로를 무상양도 대상에 포함하되 그 적용기간을 시행일부터 5년으로 한정된 점은 제도적 한계로 평가된다. 5년의 한시 기간이 경과한 이후에는 종전과 유사한 형평성 문제가 재발할 가능성을 배제하기 어렵다. 한시 기간 도래 이전에 제도 운영 실태를 면밀히 점검하여 상시 제도로의 전환을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

둘째, 기부채납 기반시설의 설치비용을 무상양도 산정에 반영하는 방식으로 국토계획법보다 한 걸음 나아간 제도를 도입하였다. 국토계획법이나 주택법 등 다른 개발사업 관련 법률에는 아직 도입되지 않은 내용으로 정비사업의 실질을 반영한 독자적 발전으로 평가할 수 있다. 개발이익의 사회적 환수와 기반시설의 안정적 공급이라는 목적은 다른 개발사업에서도 동일하게 적용된다는 점에서 국토계획법을 비롯한 다른 개발사업 법률로의 확산 가능성을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

마지막으로 본 연구는 법령과 판례, 입법자료를 중심으로 제도적 의미를 분석하였다는 점에서 유상매입 대상이던 정비기반시설이 무상양도로 전환됨에 따라 관리청이나 조합 등 사업시행자에게 어떠한 재정적·운영상의 변화가 발생하는지에 대한 실증적 분석까지는 충분히 다루지 못한 한계를 지닌다. 이 실증 분석은 향후 한시 규정의 상시화 여부와 다른 개발사업 법률의 제도 개선 필요성을 검토하는 데 중요한 근거 자료가 될 수 있다. 후속 연구가 필요하다.

투고일 2026. 8. 13. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 14.

참고문헌

일반 논문

- 김종보, “정비기반시설에 대한 유상매입부관의 공정력과 한계”, 『행정판례연구』 제14권 제2호(한국행정판례연구회, 2009. 12.).
- 김종보 / 윤지은, “정비기반시설의 무상양도”, 『중앙법학』 제9권 제2호(중앙법학회, 2007. 8.).
- 이상덕, “국토계획법상 신·구 공공시설 무상귀속·양도제도가 적용되는 개발사업의 의미”, 『대법원판례해설』 제121호(법원도서관, 2020. 6.).
- 이재훈, “민법 제187조에 의한 물건변동 원인으로서 공공시설의 무상귀속에 대한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제28권 제3호(민사법의 이론과 실무학회, 2025. 8.).
- 이현수, “도시정비법상 정비기반시설의 법적 쟁점”, 『행정법연구』 제30호(행정법이론실무학회, 2011. 8.).
- 최재웅 외 3명, “정비기반시설 중 도로의 무상양도 조건에 관한 연구”, 『국토계획』 제45권 제5호(대한국토·도시계획학회, 2010. 10.).
- 허승, “용도폐지 정비기반시설 무상양도의 지방세법상 취득 유형과 취득세율에 관한 고찰”, 『저스티스』 제171호(한국법학원, 2019. 4.).

기타 자료

- 국회 국토교통위원회, “도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안(의안번호: 1908974, 신동우 의원 대표발의) 검토보고”, 국토교통위원회, 2014.
- 국회 국토교통위원회, “도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안(의안번호: 2213386, 문진석 의원 대표발의) 검토보고”, 국토교통위원회, 2025.

ABSTRACT

The Formation and Development of the Gratuitous Vesting System of Urban Renewal Infrastructure: The 2026 Amendment to the Urban Improvement Act

Oh, Wontaek*

The gratuitous vesting system of infrastructure facilities under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments (Urban Renewal Act) originated from the gratuitous vesting system of public facilities under the National Land Planning and Utilization Act. These systems share a reciprocal structure in which public facilities installed via development projects are vested in the competent authority, while the project operator receives gratuitous transfer of existing facilities within the scope corresponding to the installation costs of newly established facilities. However, since the Supreme Court rulings of 2008, the requirements and scope of gratuitous transfer under the Urban Renewal Act are interpreted and applied differently from those under the National Land Planning Act. This has prompted sustained criticism regarding inequities in application outcomes and lack of uniformity in the legal framework.

This research explores the improvement of the gratuitous vesting system of infrastructure facilities, which had been operating contrary to its legislative purpose because of judicial interpretation, via statutory reform. The study categorizes the gratuitous vesting systems across multiple development statutes into three types based on legislative form and scope of subject facilities, and examines the distinctive characteristics of the infrastructure vesting system under the Urban Renewal Act. Thus, it analyzes the legislative intent and institutional significance of the 2026 amendment to the Urban Renewal Act.

The 2026 amendment can be evaluated from two perspectives. First, it addresses the irrationalities arising from judicial interpretation by stipulating in law that State-owned de facto roads and existing infrastructure facilities not designated as urban planning facilities—previously both had been excluded from gratuitous transfer—are now included within the scope of transfer. Second, the provision requiring that the installation costs of dedicated facilities be reflected in the calculation of the scope of gratuitous transfer, unlike other statutes such as the National Land Planning Act, represents a legislative advancement that realizes the purpose of the gratuitous vesting institution more faithfully. However, the five-year sunset clause applicable to State-owned de facto roads remains a structural constraint. Further policy review regarding its conversion to a permanent provision will be necessary before the expiration of that period.

Keywords: urban renewal infrastructure, public facilities, gratuitous vesting, infrastructure dedication, Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments

* Senior Deputy Director, Ministry of Land, Infrastructure and Transport, Republic of Korea

논문 / ARTICLE

공공주택 특별법상 행위허가의 법적성질과 허가기준

이은노*

국문초록

공공주택 특별법을 비롯한 대부분의 개발사업법들은 해당 법률이 규율하는 개발사업의 원활한 추진을 위해 사업구역이 특정되는 일정 시기 이후부터는 구역 내에서의 일체의 개발행위를 원칙적으로 제한하고, 관할관청으로부터 허가를 받은 경우에만 예외적으로 이를 허용하는 규율체계를 취하고 있다. 이러한 개발행위의 제한은 공익사업에 해당하는 개발사업의 진행 과정에서 통상 구역 내 토지들은 사업시행자에 의해 수용되고, 기존 건축물 등은 새로운 공간 조성 및 시설물 건축을 위해 철거될 것이기에, 새로운 개발행위는 불필요한 사회·경제적 손실을 초래한다는 이유로 정당화된다.

최근의 개발사업법들은 보상투기 방지를 위해 예고 없이 밀행적으로 사업구역 지정에 관한 의견청취를 공고하는 방식으로 진행되며, 위 공고 시점부터 사업 구역 내에서의 일체의 개발행위가 제한된다. 법률에 명시적 근거가 존재하는 이상, 개발사업 시행이 공고된 이후에는 원활한 사업추진 및 사회·경제적 손실 방지를 위한 신규 개발행위 제한이 정당하고 필요하다는 점에 대하여는 별다른 이견이 없어 보인다.

그런데 단지 개발사업구역이 지정되었다거나 이에 관한 의견청취 공고가 이루어졌다는 사실만으로, 해당 구역 내의 신규 개발행위에 대한 일률적 제한이 정당화될 수 있는지에 관하여는 의문이 있다. 사업 구역 내 토지소유자가 인허가 등 개발행위에 필요한 공·사법적 지위를 단계적으로 취득하던 중 갑작스럽게 개발사업구역 지정이 공고되는 경우, 단지 사업구역 지정에 관한 공고가 이루어졌다는 이유만으로 지금까지 진행되어 온 개발행위의 후속진행을 불허하는 것은 토지소유자에게 지나치게 가혹한 결과를 가져올 수 있기 때문이다.

공공주택 특별법 제11조 제1항이 정하고 있는 행위허가 제도의 취지는 공공주택지구 내 신규 개발행위를 전면적·일률적으로 제한하는 것이 아니라, 개발행위와 관련된 공익과 사익을 구체적으로 비교·형량하여 일정한 경우에는 개발행위를 허용할 수 있도록 함으로써 토지소유자의 재산권을 보호하고, 사인의 재산권과 공공주택사업의 원활한 시행이라는 공익이 조화를 이루도록 하는 데 있다. 따라서 행정청이 단지 공공주택지구 지정되었거나 이에 대한 의견청취 공고가 이루어졌다는 사정만으로 구역 내 토지소유자의 개발행위를 전면적·일률적으로 제한하는 것은 타당하지 않으며, 토지소유자의 재산권이 부당하게 제한되지 않도록 행위허가의 기준이 보다 세심하게 마련될 필요가 있다.

주제어: 공공주택 특별법, 개발사업법, 행위허가, 개발제한, 허가기준

목차

I. 들어가며

II. 공공주택 특별법의 연혁 및 특징

III. 공공주택 특별법상 행위허가의 구조와 법적성질

IV. 공공주택 특별법상 행위허가의 허가기준

V. 결론

* 법무법인(유) 윤촌 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.3>

Received: August 26, 2026

Revised: September 08, 2026

Accepted: September 18, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.



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

I. 들어가며

공공주택 특별법을 비롯한 대부분의 개발사업법¹⁾들은 해당 법률이 규율하는 개발사업의 원활한 추진을 위해 사업구역 지정에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 이루어진 이후에는 구역 내에서의 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지의 분할·합병, 물건을 쌓아놓는 행위, 축목의 벌채 및 식재 등(이하 ‘개발행위’)을 원칙적으로 제한하고, 관할관청의 허가(이하 ‘행위허가’)를 받은 경우에만 구역 내에서의 개발행위를 허용하는 규율체계를 취하고 있다.²⁾

개발사업법에 따른 사업구역이 지정되고 본격적으로 개발사업이 추진되는 경우, 통상 구역 내 토지들은 사업시행자에 의해 수용되고, 건축물 등은 개발사업을 통한 공간 조성 및 신규 시설물 건축을 위해 철거된다. 이러한 이유로 사업구역이 지정된 이후에는 구역 내에서의 신규 개발행위가 허용되지 않는 것이 일반적이다.

그런데 사인(私人)이 단계적으로 개발행위를 추진하는 과정³⁾에서 갑작스럽게 사업구역 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어진 경우에는, 후속 개발행위가 허용되는지 여부가 분명하지 않다. 개발사업법은 일반적으로 사업구역의 지정 및 고시 당시 이미 관계 법령에 따라 행위허가를 받아 공사에 착수한 경우 관할 행정청에게 신고한 후 해당 행위에 나아가는 것을 허용하고 있을 뿐,⁴⁾ 사인이 일련의 단계적인 허가절차를 통해 개발행위를 추진하는 과정에서 사업구역 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어지는 경우 등에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

토지소유자인 사인은 어떠한 개발행위를 추진함에 있어, 인·허가 의제절차를 활용하는 등의 방법으로 1회의 허가를 통해 개발행위에 나아갈 수도 있고, 개발행위에 필요한 허가들을 순차적·단계적으로 거칠 수도 있다. 이는 개발행위라는 동일한 목적 달성을 위한 절차적 선택의 차이에 불과하지만, 절차 진행 중 사업구역 지정에 관한 의견청취 공고 등이 이루어진 경우에는 후속 개발행위의 허용여부에 관하여 법적으로 다른 평가가 내려질 수 있고, 그로 인해 토지소유자의 재산권이 과도하게 침해될 가능성이 있다.

본 글에서는 공공주택 특별법의 연혁과 제정취지, 공공주택 특별법상 행위허가의 구조와 법적성질을 살펴보고, 이를 기초로 사업구역 내 토지소유자의 재산권을 합리적으로 제한하기 위한 행위허가의 허가기준 및 심사범위를 모색한다.

II. 공공주택 특별법의 연혁 및 특징

1. 공공주택 특별법의 연혁

공공주택 특별법은 서민의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하여 국민의 쾌적한 주거생활에 이바지함을 목적으로, ‘공공주택’의 원활한 건설과 효과적인 운영을 위해 필요한 사항들을 규율하고 있다(공공주택 특별법 제1조). 이때 ‘공공주택’은 공공주택사업자 등이 국가 또는 지방자치단체의 재정이나 주택도시기금을 지원받아 건설, 매입 또는 임차하여 공급하는 주택으로서, 임대 또는 임대한 후 분양전환을 목적으로 공급하는 ‘공공임대주택’과 분양을 목적으로 공급하는 ‘공공분양주택’으로 구분된다(공공주택 특별법 제2조 제1호).

공공주택 특별법은 2003. 12. 31. 제정된 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」에 기원을 두고 있다. 종래 ‘임대주택’에 관한 사항은 「임대주택법」을 통해 규율되고 있었는데,⁵⁾ 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」(이하 ‘국민임대주택법’)이 제정되어 국가 또는 지방자치단체의 재정 및 국민주택기금을 지원받아 건설 또는 매입되는 ‘국민임대주택’에 관한 사항들을 규율하기 시작했다. 이후 위 법률의 제명은 2009. 3. 20. 전부개정을 통해 「보증자리주택건설 등에 관한 특별법」(이하 ‘보증자리주택법’)으로, 2014. 1. 14. 개정을 통해 「공공주택건설 등에 관한 특별법」으로, 2015. 8. 28. 개정을 통해 공공주택 특별법으로 순차적으로 변경되어 현재에 이르고 있으며, 이에 따라 현재 「민간임대주택」에 관한 사항은 「민간임대주택에 관한 특별법」, ‘공공임대주택’에 관한 사항은 공공주택 특

1) 본 글에서는 ‘개발사업법’을 도시 등 물리적 공간 및 시설의 적극적 건설 또는 개발을 목적으로 제정된 법률을 의미하는 용어로 사용한다. 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 10-12면 참조.

2) 대표적으로 「공공주택 특별법」 제11조 제1항, 「도시개발법」 제9조 제5항, 「도시 및 주거환경정비법」 제19조 제1항 등. 이러한 법률이 규율하는 개발사업은 대부분 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조 제8호 [별표]에 규정된 공익사업에 해당한다.

3) 예를 들어, 농지를 개발하기 위해 「농지법」상 농지전용허가 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가를 먼저 받은 이후에 「건축법」상 건축허가에 나아가는 경우.

4) 대표적으로 「공공주택 특별법」 제11조 제3항, 「도시개발법」 제9조 제7항, 「도시 및 주거환경정비법」 제19조 제3항 등.

5) 「임대주택건설촉진법」이 1984. 12. 31. 제정되었고, 위 법률의 제명은 1993. 12. 27. 전부개정을 통해 「임대주택법」으로, 2015. 8. 28. 전부개정을 통해 「민간임대주택에 관한 특별법」으로 순차적으로 변경되어 현재에 이르고 있다.

별법에 의해 이원적으로 규율되고 있다.

2. 개발사업법으로서의 공공주택 특별법

종래 「임대주택법」은 임대주택의 우선건설, 건설재원, 임대사업자의 등록, 택지의 우선공급 등 임대주택의 건설·공급 및 관리와 주택임대사업에 필요한 사항을 규율하였고, 임대주택 건설사업의 추진에 관한 사항을 규율하지는 않았다. 즉, 종래의 「임대주택법」은 임대주택 건설사업의 지원, 건설된 임대주택의 운영 및 관리에 관한 법률이었을 뿐, 임대주택단지의 조성을 규율하는 개발사업법은 아니었던 것이다.⁶⁾

반면, 2003. 12. 31. 제정된 국민임대주택법은 종래의 「임대주택법」과는 달리 개발사업법적 요소를 다수 포함하고 있었다. 구체적으로 제정 국민임대주택법은 ‘국민임대주택건설사업’과 ‘국민임대주택단지조성사업’(이하 ‘단지조성사업’)을 구분하여 정의하고, 단지조성사업에 관하여는 ① 단지조성사업자 및 국민임대주택단지예정지구의 지정(법 제4조 및 제5조), ② 예정지구 내에서의 행위제한 및 단지조성사업자에 대한 수용권 부여(법 제9조 및 제17조), ③ 단지조성사업의 구체적인 내용을 담은 실시계획의 수립 및 승인(법 제11조) 등에 관한 규정을 두는 등 개발사업법의 전형적인 특징을 갖추고 있었다.

현행 공공주택 특별법은 이와 같은 국민임대주택법의 개발사업법 요소를 승계하고 있다. 구체적으로 공공주택 특별법은 국토교통부장관이 공공주택사업자와 공공주택지구조성사업을 추진하기 위해 필요한 지역을 공공주택지구로 지정하도록 하고(법 제4조 및 제6조), 지정된 공공주택지구 내 일체의 개발행위를 제한하며(법 제11조), 공공주택사업자에게 주택지구의 조성을 위해 필요한 경우에는 지구 내 토지를 수용할 권한을 부여하고 있고(법 제27조), 조성할 공공주택지구에 관한 세부사항을 담은 공공주택지구계획을 작성하여 국토교통부장관의 승인을 받도록 정하고 있다(법 제17조).

이러한 공공주택 특별법 중 ‘공공주택지구조성사업’을 규율하는 부분은 ‘택지개발사업’을 규율하는 「택지개발촉진법」(이하 ‘택촉법’)과 그 구조 및 내용이 매우 유사하다. 택촉법은 도시지역의 시급한 주택난을 해소하기 위해 필요한 ‘대규모 택지조성’을 목적으로 제정 및 시행되었는데, 공공주택 특별법도 이와 유사하게 서민의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하기 위해 필요한 ‘공공주택지구조성’에 관한 사항을 규율하고 있기 때문인 것으로 생각된다.⁷⁾

공공주택 특별법은 공공주택지구조성사업에 관한 사항 이외에도 공공주택의 건설, 도심 공공주택 복합사업, 공공주택의 매입 등에 관하여도 규율하고 있으나, 본 글에서는 공공주택 특별법 중 개발사업법의 성격을 갖는 ‘공공주택지구조성사업’으로 논의의 대상을 한정한다.

III. 공공주택 특별법상 행위허가의 구조와 법적성질

1. 공공주택 특별법상 행위허가의 구조와 작동방식

(1) 공공주택지구 지정에 따른 행위제한

공공주택 특별법 제11조 제1항은 ‘공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 지역’ 및 ‘공공주택지구’ 안에서 건축물의 건축 등 개발행위를 하고자 하는 자는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다고 정하고 있으며, 이를 위반하여 허가를 받지 아니하고 개발행위를 하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(공공주택 특별법 제58조 제1항 제1호).

이와 같은 행위제한의 효과는 공공주택지구 지정에 앞서 ‘공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 때’로부터 발생한다. 당초 제정 국민임대주택법은 예정지구 안에서의 개발행위를 원칙적으로 제한함으로써, 국민임대주택단지예정지구 지정·고시 시점에 행위제한의 효과가 발생하는 것으로 정하고 있었다. 그러나 국민임대주택단지예정지구 지정에 앞서 해당 지구 내에

6) 개발사업법의 주요 특징으로는 도시공간을 적극적으로 형성하기 위해 필요한 사업구역 및 사업시행자 지정, 사업시행자에 대한 수용권 등 부지 확보를 위해 필요한 권한 부여, 확보된 토지 지상에의 물리적 시설물 건설에 관한 규율 등을 들 수 있다. 김중보, 앞의 책, 11면 참조. 「민간임대주택에 관한 특별법」(2015. 8. 28. 법률 제13499호로 전부개정된 것)에 이르러서야 ‘기업형임대주택 공급촉진지구’에 관한 규정들이 도입되는 등 개발사업법적 요소들이 포함되기 시작하였다.

7) 이와 같은 택촉법과 공공주택 특별법의 목적, 구조 및 기능상의 유사성을 고려하면, ‘택촉법이 추구하는 공익은 헌법상 공공필요가 요구하는 강도를 충분히 충족한다고 보기 어렵다’는 비판은 공공주택 특별법에 관하여도 적용될 수 있다. 이에 관하여는 아래의 IV.3.(1)항에서 보다 구체적으로 살펴본다.

서 보상을 노린 건축행위 등이 성행하자, 이러한 보상투기 목적의 개발행위를 제한하기 위하여 행위제한 효과의 발생시점을 예정지구 지정일에서 주민 등의 의견청취 공고일로 앞당기는 내용으로 국민임대주택법이 개정되었고,⁸⁾ 「도시개발법」과 택촉법 등 다른 개발사업법의 경우에도 이와 유사한 내용의 개정이 이루어졌다.⁹⁾

이처럼 공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 이루어지기만 하면, 그 이후부터는 지구 내 일체의 개발행위가 원칙적으로 제한되는 강력한 법적 효과가 발생한다.¹⁰⁾ 공공주택 특별법은 주택지구의 지정 및 고시 당시 이미 관계 법령에 따라 행위허가를 받은 경우에는 관할 행정청에게 신고한 후 이를 계속 시행할 수 있는 것으로 정하고 있으나(법 제11조 제3항), 관계법령에 따른 적법한 허가를 받은 경우라고 하더라도, 이미 공사 또는 사업에 착수한 경우가 아니라면, 실무상 후속 개발행위를 위한 신고가 반려되는 것이 일반적이다.

이와 같이 공공주택 특별법에 따른 공공주택지구의 지정은 지구 내 개발행위 일체를 사실상 금지함으로써, 토지소유자들의 재산권에 중대한 제한을 가져오는 법적 효과를 발생시킨다.

(2) 공공주택 특별법상 행위허가의 구조와 절차

공공주택 특별법 제11조 제1항은 공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 지역 및 공공주택지구 안에서 건축물의 건축 등 개발행위를 하고자 하는 자는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다고 정하고 있다. 그런데 공공주택지구 지정 여부를 불문하고, 어떠한 토지 지상에 건축물을 건축하려는 자는 「건축법」에 따른 건축허가를 받아야 하므로, 공공주택지구 내에서 개발행위를 함에 있어, 해당 개발행위를 규율하는 법령상의 인허가와 공공주택 특별법상 행위허가의 관계가 문제된다.

입법목적 등을 달리하는 법률들이 일정한 행위에 관한 요건을 각기 정하고 있는 경우, 어느 법률이 다른 법률에 우선하여 배타적으로 적용된다고 풀이되지 아니하는 한 그 행위에 관하여 각 법률의 규정에 따른 인허가를 받아야 하는 것이 원칙이다.¹¹⁾ 따라서 공공주택지구라고 하더라도, 지구 내에서 개발행위를 하기 위해서는 기본적으로 해당 행위를 규율하는 법령에 따른 인·허가를 받아야 하고, 이에 더하여 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따른 행위허가를 받아야 하는 것이다. 「건축물의 건축」을 기준으로 살펴보면, 공공주택 특별법이 행위허가에 관하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’) 제57조 내지 제60조 및 제62조를 준용하고 있기는 하나(법 제11조 제5항), 위 조항들만으로는 건축물이 갖추어야 할 각종 요건들을 심사할 수 없다는 점에서도, 공공주택지구 내에서 건축물을 건축하려는 자는 입법목적·허가기준·허가효과가 다른 별개의 제도인 「건축법」상 건축허가와 공공주택 특별법상 행위허가를 모두 받아야 한다.¹²⁾

이와 같이 개별 개발행위를 규율하는 관계 법령에 따른 인·허가와 공공주택 특별법상 행위허가는 별개의 제도이지만, 실무적으로 공공주택 특별법상 행위허가는 독립적으로 존재하지 않는다. ‘건축물의 건축」을 기준으로 살펴보면, 공공주택지구 내 토지소유자가 「건축법」상 건축허가를 신청하면, 관할 행정청은 「건축법」상 허가요건의 충족여부를 심사함과 동시에 공공주택 특별법 시행령 제14조 제2항에 따라 공공주택사업자에게 의견을 조회하고,¹³⁾ 이를 고려하여 최종적으로 ‘건축허가’ 또는 ‘건축허가 거부처분’을 내리게 된다.¹⁴⁾

8) 구 국민임대주택법(2007. 10. 17. 법률 제8660호로 개정된 것) 개정이유 참조.

9) 「도시개발법」은 2008. 3. 21. 전부개정을 통해 제9조 제5항에, 택촉법은 2007. 4. 20. 개정을 통해 제6조 제1항에 행위제한 시점을 지구 또는 구역 지정에 관한 주민 등의 의견청취 공고 시점으로 앞당기는 내용이 반영되었다. 공공주택지구 지정 등 공익사업구역 지정에 관한 의견청취 공고는 보상을 목적으로 한 투기적 행위를 사전에 차단하기 위해 일반적으로 아무런 사전 예고 없이 밀행적으로 이루어지므로, 일반 국민은 위 공고 이전에 개발사업 추진여부를 파악하기 어렵다.

10) 공공주택 특별법 제11조 제1항의 문언에 따른 경우, ‘주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고’가 있기만 하면 지구 내에서 일체의 개발행위가 제한된다. 위 조항은 의견청취 공고가 당연히 공공주택지구 지정으로 이어질 것임을 전제한 규정으로 보이는데, 의견청취 공고 이후 상당한 기간 동안 공공주택지구 지정이 이루어지지 않거나 공공주택사업 추진이 좌초되는 경우에도 위 조항을 근거로 기한 없이 계속해서 구역 내에서의 개발행위가 제한되어 토지소유자의 재산권이 과도하게 제한될 수 있다는 문제가 있다. 이와 같이 지구 내 토지소유자의 재산권이 부당하게 제한되는 경우가 발생하지 않도록, 의견청취 공고 이후 공공주택지구 지정이 이루어지지 않은 경우에는 행위제한의 효과를 제한하는 등의 입법적 보완이 필요하다.

11) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008두22631 판결 등.

12) 공공주택 특별법상 행위허가가 문제된 사안은 아니었으나, 대법원은 ‘건축법상 건축허가를 받았으나 허가받은 건축행위에 착수하지 않고 있는 사이에 토지보상법상 사업인정고시가 이루어진 경우, 고시된 토지에 건축물을 건축하려는 자는 토지보상법 제25조에 정한 허가를 따로 받아야 한다’고 판단한 바 있다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013두19738·19745 판결).

13) 일반적으로 개별 개발행위의 허가권자와 공공주택 특별법상 행위허가의 허가권자는 동일하므로, 허가 과정에서 공공주택 특별법령상 의견청취가 누락되는 경우는 드물다. 그러나 허가권자가 공공주택(예정)지구 지정 사실을 알지 못하는 경우에는 이와 같은 의견청취 절차가 누락되어, 공공주택 특별법상 행위허가 여부에 대한 고려 없이 개별 개발행위에 대한 허가가 내려지는 경우들이 발생하기도 한다.

14) 예를 들어, 관할 행정청이 해당 토지 일원이 공공주택(예정)지구라는 이유로 건축허가를 거부하는 경우, 거부처분서에는 불허가사유로 ‘해당 부지는 ○○공공주택(예정)지구로 공공주택 특별법 제11조 및 같은 법 시행령 제14조에 따라 공공주택사업자의 의견조회 결과 행위제한 대상에 해

이처럼 공공주택 특별법 제11조 제1항의 행위허가는 문언상으로는 개별 개발행위에 대한 관계 법령상의 허가과 독립적인 별개의 허가인 것처럼 보이지만, 공공주택 특별법상 ‘행위허가’ 또는 ‘행위허가 거부처분’의 실체는 별도로 존재하지 않고,¹⁵⁾ 실질적으로는 개별 개발행위에 대한 관계 법령상 허가의 절차적·실체적 요건으로 기능하고 있는 것이다.

참고로 공공주택 특별법 시행령 제14조 제2항은 관할 행정청에게 행위허가를 함에 있어 공공주택사업자의 의견에 따를 의무가 아니라, 의견을 청취할 의무를 부과하고 있으므로, 위 조항의 취지는 행위허가의 이해관계자인 공공주택사업자의 의견을 참고하여 허가 여부를 결정하라는 것으로 이해함이 상당하다.¹⁶⁾ 이처럼 관할 행정청이 공공주택 특별법 제11조에 따른 행위허가를 함에 있어 반드시 공공주택사업자의 의견을 따라야 할 의무가 없음에도 불구하고, 실무상 관할 행정청은 대부분 독자적 판단 없이 공공주택사업자의 의견에 따라 행위허가 여부를 결정하고 있다.¹⁷⁾

2. 공공주택 특별법상 행위허가 제도의 취지

앞서 살펴본 바와 같이, 공공주택지구의 지정은 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 지구 내 개발행위 일체를 사실상 금지함으로써, 토지소유자들의 재산권에 중대한 제한을 가져오는 법적 효과를 발생시킨다.

공공주택 특별법 제11조 제1항과 같은 개발사업법상 행위허가 제도는 사업인정고시 이후 고시된 토지에 건축물의 건축 등 개발행위를 하려는 자에게 관할 행정청의 허가를 받도록 정하고 있는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’) 제25조 제2항에서 기원한 것으로 보인다. 이와 관련하여, 토지보상법은 제25조 제2항을 위반하여 허가를 받지 않고 건축물의 건축 등 개발행위를 한 자에게 원상회복 의무를 부과하고, 이에 관한 손실의 보상을 구할 수 없도록 규정할 뿐만 아니라(법 제25조 제3항), 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고도 규정하고 있다(법 제96조).¹⁸⁾

공익사업의 사업시행구역으로 결정된 토지에 새로이 건축물이 지어지는 경우, 이러한 건축물은 결국 수용 및 철거의 대상이 된다는 점에서 보상재원의 낭비 및 사회경제적 손실을 초래하게 될 가능성이 높다. 이러한 이유로 대부분의 수용보상법제는 사업구역(수용대상 토지의 범위)이 확정된 이후로는 수용개시일 이전까지 구역 내 일체의 개발행위를 금지하고, 이 단계에서 행해진 개발행위로 지어진 건축물 등은 보상의 대상에서 제외하도록 정하고 있다. 토지보상법의 전신인 구 「토지수용법」도 같은 취지에서 수용 또는 사용할 토지의 세목이 공고된 이후 해당 토지에 공작물의 신축 등 개발행위를 하려는 자는 미리 지방장관의 허가를 얻어야 하고(법 제21조 제2항), 이를 위반하여 개발행위를 한 토지소유자 또는 관계인은 이에 관한 손실의 보상을 청구할 수 없다고 규정하였으며, 이러한 규정은 현행 토지보상법 제25조로 계승되고 있다.¹⁹⁾

이상의 사정을 종합하면, 공공주택 특별법이 제11조 제1항의 행위허가 제도를 둔 취지는 ‘공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고’가 이루어지면 향후 공공주택사업 추진 과정에서의 보상을 노리고 무분별한 개발행위가 이루어지는 것이 통상적이므로, 이러한 보상을 목적으로 한 투기적 개발행위를 방지함으로써 공공주택지구 조성사업의 목적에 저촉되는 건축물의 출현을 막고, 보상규모의 부당한 확대를 방지하기 위함이라고 봄이 상당하다. 법원도 공공주택 특별법에 행위허가 제도를 둔 취지는 ‘공공주택지구 내의 토지 혹은 건물 등 지장물은 향후 수용 또는 사용될 것이 예정되어 있고, 해당 토지 혹은 건물 등의 소유자에게는 그에 따라 손실보상을 하게 되므로, 의견청취의 공고가 있는 후에는 가능한 추가적인 건축물의 신축을 억제함으로써 향후 손실보상 및 철거비용 등 사회적, 경제적 손실을 막기 위한 것’이라는 입장이다.²⁰⁾

당하므로 허가 불가’라는 내용이 기재되는 것이 일반적이다. 이는 건축법상 건축허가 절차에서 인허가 의제 제도를 통해 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가의 발급 여부가 동시에 심사·결정되는 구조와 유사하다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결).

15) 건축법 시행규칙이 건축허가 신청서 및 허가서 양식을 정하고 있는 것과 달리, 공공주택 특별법 시행규칙은 행위허가와 관련된 어떠한 서식도 규정하고 있지 않다.

16) 이와 관련하여, 대법원은 관계법령이 행정청이 허가 지정 등의 행정처분을 발급하기에 앞서 관계행정기관 등과 협의를 거칠 것을 규정한 경우, 이러한 규정의 의미는 “그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것”이라고 판단한 바 있다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두653 판결 등).

17) 관할 행정청의 의견 조회에 대하여, 공공주택 사업자는 공공주택 특별법 제11조 제1항을 근거로 ‘행위제한 대상’이라고 답변하고, 이에 따라 관할행정청은 행위허가를 거부하므로, 공공주택(예정)지구로 지정된 이상 해당 지구 내에서의 개발행위는 사실상 불가능해진다.

18) 이러한 점에서, 우리나라의 토지보상법 및 개별 개발사업법의 행위허가 제도는 일정 단계 이후 수용개시일 이전까지 사업구역 내 개발행위 자체를 금지하고, 이를 위반한 경우 보상대상에서 제외할 뿐만 아니라 처벌대상으로 삼는 강력한 건축금지의 입법형태를 취하고 있는 것으로 평가된다. 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2022, 156면 참조.

19) 위의 글, 155면.

20) 울산지방법원 2022. 6. 9. 선고 2021구합8584 판결; 인천지방법원 2024. 3. 28. 선고 2023구합53885 판결; 수원지방법원 2018. 8. 23. 선고 2018구합60848 판결 등.

이와 같이 공공주택 특별법상 행위허가는 보상을 노린 무분별한 개발행위를 근절하기 위해 도입된 제도이므로, 이러한 행위허가 제도가 공공주택사업을 저해하지 않고, 합리적 필요성이 인정되는 개발행위까지 제한하는 취지라고 보기는 어렵다. 즉, 공공주택 특별법 제11조 제1항을 근거로 공공주택지구 내에서의 모든 개발행위를 일률적으로 제한할 수는 없는 것이다.²¹⁾ 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」(이하 ‘개발제한구역법’) 제12조 제1항이 개발제한구역 내에서 건축물의 건축 등 개발행위를 원칙적으로 금지하고 있는 것과 달리 공공주택 특별법 제11조 제1항은 허가를 받아 개발행위를 할 수 있는 것으로 규정하고 있다는 점에 비추어 보더라도, 공공주택 특별법 제11조 제1항의 취지가 일체의 개발행위를 전면적·일률적으로 금지하는 것이 아님을 확인할 수 있다.²²⁾

<표1> 공공주택 특별법 제11조 제1항과 개발제한구역법 제12조 제1항의 비교

공공주택 특별법	개발제한구역법
제11조(행위제한 등) ① 제10조제1항에 따라 주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 지역 및 주택지구 안에서 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지의 분할·합병, 물건을 쌓아놓는 행위, 죽목의 벌채 및 식재 등 대통령령으로 정하는 행위를 하고자 하는 자는 시장(특별자치도의 경우에는 특별자치도지사를 말한다. 이하 같다)·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)의 허가를 받아야 한다 . 허가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 같다.	제12조(개발제한구역에서의 행위제한) ① 개발제한구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목(竹木)의 벌채, 토지의 분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제11호에 따른 도시·군계획사업(이하 “도시·군계획사업”이라 한다)의 시행을 할 수 없다 . 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있다.

3. 공공주택 특별법상 행위허가의 법적성질

공공주택 특별법 제11조 제1항은 공공주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고가 있는 지역 및 공공주택지구 안에서 건축물의 건축 등 개발행위를 하고자 하는 자는 관할 행정청의 허가를 받아야 하고, 이를 위반하여 허가를 받지 아니하고 개발행위를 하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 정하고 있다(공공주택 특별법 제58조 제1항 제1호).

이처럼 공공주택 특별법은 행위허가 없는 공공주택지구 내 개발행위를 형사처벌 대상으로 정하고 있으므로 ‘공공주택지구 내 개발 행위’는 억제적 금지(Repressive Verbote)의 대상이고, 사회적으로 바람직하지 않은 행위로 평가되어 법령상 원칙적으로 금지된 ‘공공주택지구 내 개발 행위’에 대하여, 예외적인 경우에 그 금지를 해제하여 주는 공공주택 특별법 제11조 제1항의 행위허가는 ‘예외적 승인(Ausnahmebewilligung)’에 해당한다.²³⁾

한편, 공공주택 특별법 제11조 제1항의 문언만으로는 공공주택 특별법상 행위허가가 재량행위인지 여부가 명확하지 않다. 다만, 개발행위를 예외적으로 허용할 것인지 여부를 판단함에 있어서는 행정청의 재량적 판단이 개입될 수밖에 없고,²⁴⁾ 공공주택 특별법은 행위허가에 대하여 재량행위인 국토계획법상 개발행위허가에 관한 규정들을 준용하고 있으며, 행위허가가 내려지는 경우 이를 국토계획법상 개발행위허가로 의제하고 있다는 점을 고려하면(공공주택 특별법 제11조 제5항 및 제6항), 공공주택 특별법상 행위허가는 재량행위라고 봄이 타당하다. 법원도 공공주택 특별법상 행위허가가 재량행위에 해당함을 전제로 행위허가 거부처분에 관한 허가권자의 재량권 일탈·남용 여부를 심사하고 있다.²⁵⁾

21) 법제처는 공공주택 특별법상 행위허가와 동일한 구조를 취하고 있는 도시개발법상 행위허가에 관하여, 이는 “도시개발구역 내에서 시장 또는 군수는 해당 도시개발사업에 미치는 영향 등을 고려하여 건축물의 건축을 허가할 수 있음을 전제”한 것이라는 유권해석을 내린 바 있다(법제처 법령해석 안전번호 20-0812(2020. 7. 13.)).

22) 개발제한구역법 제12조 제1항은 개발제한구역 내 개발행위의 금지를 명시적으로 선언하고 있다는 점에서, 공공주택 특별법 제11조 제1항에 비해 지구 또는 구역 내 개발행위를 더욱 강력하게 금지하고 있다. 이러한 점을 고려하더라도, 공공주택 특별법 제11조 제1항의 행위허가에 있어서는 개발제한구역법 제12조 제1항에 비해 지구 또는 구역 내 개발행위의 허용가능성이 보다 폭넓게 인정된다고 봄이 상당하다.

23) 김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023, 293-294면; 박군성, 『행정법론(상)』(제25판), 박영사, 2026, 400-401면 참조. 같은 취지의 견해로는 박건우, 앞의 글(주18), 157면; 정남철, “공공주택 특별법에 따른 토지이용제한과 재산권 침해”, 『부동산연구』 제32집 제2호(2022. 6.), 10면 참조. ‘억제적 금지’ 및 ‘예외적 승인’에 관한 보다 구체적인 논의로는 김중권, “行政法上 抑制的禁止에 대한 例外的承認 : 행정법상의 예방적 금지와 억제적 금지의 차이”, 『저스티스』 제31권 제1호(1998. 3.), 135-140면 참조.

24) ‘억제적 금지’의 본질에 비추어 그 해제에 있어 행정청에 재량을 부여함은 불가피하게 요구되는 측면이 있으므로, 법문상 재량이 명백히 부여되어 있지 않더라도 법문상 기속행위임이 분명하지 않는 한 예외적 승인은 재량행위로 보아야 한다는 견해로는 김중권, 위의 글, 143면 참조.

25) 울산지방법원 2022. 6. 9. 선고 2021구합8584 판결; 수원지방법원 2023. 8. 16. 선고 2022구합77294 판결; 인천지방법원 2024. 3. 28. 선고 2023구합53885 판결; 의정부지방법원 2020. 12. 1. 선고 2019구합14761 판결; 수원지방법원 2018. 8. 23. 선고 2018구합60848 판결; 수원지방법원 2024. 11. 21. 선고 2024구합63954 판결; 수원지방법원 2025. 4. 30. 선고 2024구합618 판결 등.

이처럼 공공주택 특별법상 행위허가는 예외적 승인으로서 재량행위에 해당하므로, 공공주택지구 내의 개발행위는 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 전면적·일률적으로 제한되는 것이 아니라, ‘공공주택사업의 원활한 시행’에 지장을 초래하지 않는 개발행위는 허가권자의 재량적 판단에 따라 허용될 수 있는 것이다.

IV. 공공주택 특별법상 행위허가의 허가기준

1. 공공주택 특별법상 행위허가의 심사대상 및 방법

공공주택지구 내에서 건축물을 건축하기 위해서는 「건축법」상 건축허가와 별도로 공공주택 특별법상 행위허가를 받아야 한다. 건축하고자 하는 건축물이 관계법령상 허가요건을 충족하는지 여부는 건축허가 과정에서 심사되므로, 결국 공공주택 특별법상 행위허가 과정에서는 허가대상 건축물을 건축하는 것이 보상을 노린 무분별한 개발행위로서 공공주택사업의 원활한 시행에 지장을 초래하는지 여부가 심사되어야 한다. 공공주택 특별법 제11조 제5항에 따라 준용되는 국토계획법 제58조는 도시·군계획사업의 시행에 지장이 없을 것(제3호)을 개발행위허가의 기준으로 정하고 있고, 공공주택 특별법상 행위허가 제도의 취지가 공공주택사업의 원활한 시행에 별다른 지장을 초래하지 않는 개발행위까지 전면적·일률적으로 제한하는 것은 아니라는 점에서도, 공공주택 특별법상 행위허가를 함에 있어서는 허가대상 개발행위가 공공주택사업에 지장을 초래하는지 여부가 면밀히 심사되어야 한다.

특히, 어떠한 토지 일원이 공공주택지구로 지정되는 경우, 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 지구 내 개발행위 일체가 사실상 금지되어 토지소유자들의 재산권에 중대한 제한이 발생하고, 공공주택사업자는 공공주택지구에서의 건물 신축이 사업시행에 구체적으로 어떠한 지장을 주는지 여부와 무관하게 장차 수용을 위해 보상해주어야 한다는 사정만으로도 반대할 유인이 상당하므로, 허가권자로서는 공공주택사업자가 행위허가에 반대하는 의견을 제시하더라도 반대 이유의 타당성을 살펴 비례의 원칙에 따라 허가 여부를 결정하여야 한다.²⁶⁾

만약 허가권자가 공공주택 특별법상 행위허가 여부에 관하여 허가대상 개발행위와 관련된 제반 사정을 충분히 살피지 않고, 만연히 공공주택사업자의 의견을 좇아 행위허가를 거부한다면, 이는 실질적으로 재량권 불행사와 다름없는 위법한 행위로 보아야 한다. 이와 관련하여 대법원은 ‘행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인한 나머지 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교衡量하지 않은 채 처분을 한 경우’만을 재량권 불행사로 보고 있어,²⁷⁾ 위와 같은 재량권 불행사의 법리는 그 문언상 ‘행정청의 자신에게 재량권이 없다고 오인’한 경우에만 적용되고, 실질적으로 재량권을 행사하지 않은 사안임에도 불구하고 행정청이 재량권의 존재를 인식한 사안에 대하여는 적용되지 않을 수 있다는 한계가 있다. 그러나 행정청이 재량권의 존재를 인식하였다는 사정만으로 재량권 불행사를 정당화하는 것은 결코 타당하다고 볼 수 없다.²⁸⁾

행정청의 적정한 재량권 행사는 법치행정의 원칙으로부터 도출되는 당연한 의무이며, 특히 헌법상 보장되는 국민의 재산권을 제한하는 처분을 함에 있어서는 해당 처분을 정당화할 수 있을 만한 합리적인 근거가 요구된다. 만약, 행정청이 재량처분을 정당화할 만한 합리적인 근거 없이 해당 처분을 내렸다면, 이는 재량권의 불행사 내지 해태로 보아야 한다.²⁹⁾ 이러한 사안에서 법원은 행정청이 내린 행정 결정의 과정에 대한 심사를 면밀히 진행할 수 있고, 행정청이 결정 과정에서 마땅히 고려했어야 할 사항을 고려하지 않은 경우에

26) 수원지방법원 2024. 11. 21. 선고 2024구합63954 판결. 실제로 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따른 행위허가 거부처분의 위법성이 다투어지는 경우, 행정청은 통상 공공주택 특별법 시행령 제14조 제2항에 따라 공공주택사업자에 대한 의견조회를 거쳐 거부처분을 내렸으므로, 공공주택사업자의 의견에 따른 거부처분은 재량권 불행사 또는 해태에 해당하지 않는다는 취지로 주장한다.

27) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022두44811 판결 등.

28) 현재의 재량권 불행사에 관한 법리는 행정청의 소극행정 및 책임회피를 정당화하는 논리로 악용될 소지가 상당하다. 이에 법치행정의 원리를 실현하고 구체적 타당성을 도모하는 차원에서 재량권 불행사에 관한 법리의 적용범위를 처분 과정에서 마땅히 고려하여야 할 사항들을 합리적인 수준에서 살피지 않은 ‘실질적인 재량권 불행사 내지 해태’로 확대할 필요가 있다.

29) 행정청이 감염병을 예방하기 위하여 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에서 정하는 여러 감염병 예방조치 중에서 ‘관내 종교시설에 대한 집합금지’ 등을 명하는 처분을 내린 것이 재량권 일탈·남용에 해당하는지 여부가 문제되었던 사안에서(대법원 2024. 7. 18. 선고 2022두43528 전원합의체 판결), 다수의견은 이러한 처분이 코로나19에 대한 정보가 부족하고 예방 백신이나 치료제가 없었던 코로나19 유행의 초기 단계에서 감염 경로를 파악하고 예측하는 것이 쉽지 않고, 불특정 다수가 급속히 감염될 가능성이 있으므로 발생 초기에 그 차단과 예방을 위한 선제적이고 강력한 조치가 필요할 수 있다는 점을 들어 집합금지 처분이 비례의 원칙에 반하지 않는다고 판단한 반면, 반대의견은 처분 과정에서 의학, 역학, 통계학 등 과학적 지식을 바탕으로 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대해 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였거나 최소한 이를 고려하였다고 볼 만한 자료를 찾기 어렵다는 점 등을 들어 피고가 이 사건 처분 과정에서 필요한 재량권을 행사하지 않았거나 해태하였다고 보는 것이 사리에 맞다는 취지로 판단하였다. 반대의견의 취지와 같이 행정청의 재량권 행사의 적정성에 관한 심리를 강화하는 것이 바람직하다.

는 이를 재량권의 불행사 또는 해태로 보아 재량권을 일탈·남용하였다고 판단할 수 있다.³⁰⁾ 이러한 맥락에서 허가권자가 ‘행위제한의 대상’이라는 공공주택사업자의 의견만을 근거로 어떠한 비교·형량 과정도 없이 토지소유자의 건축신고를 거부한 것을 재량권 일탈·남용에 해당한다고 판단한 하급심 판결례가 확인된다.³¹⁾

2. 행위허가 신청시점에 따른 심사기준

(1) 의견청취 공고 이후에 허가를 신청한 경우

토지소유자의 공공주택 특별법상 행위허가 신청에 대한 허가 여부를 판단함에 있어, 행위허가의 신청시점은 주된 판단기준으로 기할 수 있다. 먼저, 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어진 이후에는 특별한 사정이 없는 한 공공주택지구 내에서 새로이 추진되는 개발행위는 허용되지 않는다고 봄이 타당하다. 공공주택 특별법 제11조 제1항을 통해 ‘주택지구의 지정·변경에 관한 주민 등의 의견청취의 공고’가 이루어진 이후에는 개발행위가 제한된다는 점을 충분히 예상할 수 있고, 이러한 경우 허가신청과 관련하여 토지소유자의 보호가치 있는 신뢰 등이 존재한다고 보기 어렵기 때문이다. 실제로 공공주택 특별법상 행위허가 신청이 반려되는 대부분의 사안들은 이 경우에 해당한다.

(2) 허가절차 진행 중 의견청취 공고가 이루어진 경우

문제는 개발행위와 관련된 인·허가를 준비하던 중 갑작스럽게 해당 토지 일원이 공공주택지구로 지정된 경우이다. 예를 들어, 토지소유자가 상당한 비용을 들여 개발행위허가 또는 건축허가를 준비하던 중 해당 토지 일원에 대하여 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어지는 경우에는, 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 더 이상 개발행위를 진행할 수 없게 되어 결과적으로 토지소유자가 상당한 경제적 손해를 입게 되는 상황이 발생할 수 있기 때문이다.

이러한 경우, 토지소유자의 인·허가 준비 경위, 소요된 비용 규모 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 허가 여부를 판단하여야 하겠지만, 의견청취 공고 당시 토지소유자가 아직 추진 중인 개발행위와 관련하여 어떠한 인·허가도 받지 않은 상황이라면, 설령 공공주택 지구에 관한 의견청취 공고 이전에 인·허가에 대한 신청이 있었다고 하더라도, 개발행위가 허용되기는 어려울 것으로 생각된다. 이는 허가 신청 이후 관계 법령이 개정되는 경우에도, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한, 새로운 법령 및 허가기준에 따른 처분은 적법하다는 법리에도 일관된다.³²⁾

(3) 단계적 인·허가절차 진행 중 의견청취 공고가 이루어진 경우

한편, 토지소유자가 단계적으로 일련의 개발행위를 추진하고, 그 과정에서 개발행위에 필요한 일부 인·허가를 받은 상황에서 갑작스럽게 해당 토지 일원에 대하여 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어지는 경우에는, 앞서 살펴본 개발행위 관련 인·허가를 준비하던 중 해당 토지 일원이 공공주택지구로 지정된 경우에 비해 토지소유자의 재산권에 대한 보호필요성이 크다. 토지소유자가 개발행위를 위해 취득한 허가는 국가가 공법상 제한을 풀어 토지 사용·수익권의 범위를 넓혀준 것으로서 토지소유자가 자본과 노력을 투여해 정당하게 취득한 재산적 지위이므로 함부로 박탈할 수 없는 사익에 해당하고, 이와 같이 적법한 절차를 통해 형성된 기득의 권익을 무시하는 것은 헌법상 재산권 보장에 어긋날 소지가 상당하기 때문이다. 이러한 경우 토지소유자의 행위허가 신청에 대한 거부는 그의 사익의 침해를 정당화할 수 있을 만한 공익이 존재하는 경우에만 허용될 수 있다.³³⁾

이러한 경우의 예로, 지목이 ‘대’가 아닌 토지에서의 건축을 위해 순차적으로 개발행위(토지형질변경)허가와 건축허가를 별개의 절차로 진행하는 경우를 들 수 있다. 지목이 ‘대(垓)’가 아닌 토지에 건축물을 건축하기 위해서는 먼저 해당 토지에 ‘건축허용성’을 부여하는 절차가 선행되어야 하는데, 이러한 절차는 통상 국토계획법상 개발행위(토지형질변경)허가를 통해 이루어진다.³⁴⁾ 구체적으로 지목과 현황이 모두 전·답인 농지³⁵⁾에 건축물을 건축하기 위해서는 해당 토지를 건축이 가능한 상태로 변경하기 위한 부지조성공사(물리적 형상변경)와 부지조성이 완료된 토지의 지목을 건축물의 건축이 허용됨을 의미하는 ‘대’로 변경하여야 하는데(토지의 성질변경),³⁶⁾

30) 장운영, “행정재량에 대한 사법심사 강도의 세분화 방안 고찰”, 『법학논집』 제29권 제4호(이화여자대학교 법학연구소, 2025. 12.), 59면 참조.

31) 수원지방법원 2025. 4. 30. 선고 2024구합618 판결.

32) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94누10887 판결 등.

33) 수원지방법원 2024. 11. 21. 선고 2024구합63954 판결 참조.

34) 김종보 / 박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021. 3.), 52-53면 참조.

35) 농지법 제2조 제1호 가목.

건축법은 건축허가에 국토계획법상 개발행위허가를 의제시킬 수 있는 조항을 두고 있으므로(건축법 제11조 제5항 제3호), 건축주는 일반적으로 위 조항에 근거해 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위(토지형질변경)허가를 하나의 절차를 통해 발급받는다.³⁷⁾ 즉, 건축허용성이 부여되지 않은 토지에 건축물을 건축하는 경우에 있어 개발행위허가와 건축허가는 불가분의 관계에 있으므로, 이러한 건축허가와 토지형질변경허가를 동시에 또는 별개로 진행하는지 여부는 건축주의 선택에 따른 절차상의 차이에 불과하다.³⁸⁾

그런데 이와 같이 지목이 ‘대’가 아닌 토지의 경우, 대표적으로 지목이 전·답인 농지의 경우에는 통상적인 경우와 달리 ‘부지 확보’ 관련 리스크를 저감시키기 위해 개발행위(토지형질변경)허가를 완료한 후에 별도로 건축허가를 신청하는 방식으로 개발행위를 추진할 현실적 필요성이 존재하는 경우가 있다. 지목이 전·답인 농지의 지목을 ‘대’로 변경하거나, 적어도 위 토지들에 관한 개발행위(토지형질변경)허가 및 농지전용협의가 완료되어야 ‘부지 확보’ 관련 리스크 없이 개발행위를 추진할 수 있기 때문이다.³⁹⁾

이처럼 지목이 전·답인 농지에 건축물을 건축할 목적으로, 건축허가에 앞서 ‘부지 확보’를 위해 개발행위(토지형질변경)허가 및 농지전용협의를 완료하고, 후속하여 건축허가에 나아가려는 상황에서 갑작스럽게 해당 토지 일원에 대하여 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어지는 경우에는 후속 건축허가의 거부가 토지소유자의 사익을 과도하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다. 앞서 살펴본 다른 경우들과는 달리, 토지소유자는 개발행위를 위해 대상 토지에 관한 공·사법상 권리를 단계적으로 취득해 나가고 있었고, 이를 통해 개발행위에 관한 일정한 법적 지위를 확보한 상황이기 때문이다.

이러한 경우 행정청은 행위허가 신청을 거부함으로써 달성하는 공익과 이를 통해 침해되는 토지소유자의 사익을 정당하게 비교·량하여 허가 여부를 결정하여야 하고, 이와 같은 심사 과정에서 해당 공공주택지구 조성사업의 추진 계획 및 이에 따른 본격적인 사업 착수 전까지의 토지이용가능성, 토지소유자가 개발행위를 위해 투입한 시간과 비용 등이 종합적으로 고려되어야 한다. 구체적인 고려 사항에 대하여는 항을 바꾸어 살펴본다.

3. 행위허가 시 고려요소⁴⁰⁾

(1) 공공주택지구 조성사업을 통해 달성하려는 공익

공공주택 특별법 제11조 제1항에 따른 행위허가 거부처분의 위법성이 다투어지는 경우, 통상 이러한 거부처분이 달성하려는 공익으로서 ‘공공주택지구 내 토지소유자의 재산권 행사방법을 일부 제한함으로써 불필요한 사회적 비용의 지출을 절감하고 난개발을 방지’한다는 점이 제시된다.⁴¹⁾ 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고 및 그에 따른 지구 지정이 이루어진 이상 공공주택(예정)지구 내에서 이루어지는 모든 개발행위는 곧바로 ‘난개발’이자 ‘보상 확대를 위한 투기적 목적’에 따른 것이므로, 공공주택 특별법 제27조에 따른 수용 및 철거가 예정된 이상 해당 지구 내 건축물의 건축은 불필요한 사회·경제적 비용만을 초래한다는 것이다. 행정청은 통상 이러한 입장에서 행위허가를 신청한 토지소유자들의 개별적·구체적 특수성을 충분히 고려하지 않은 채, 행위허가 거부처분을 통해 달성되는 공익이 그로 인해 침해되는 토지소유자의 사익보다 우월하다는 판단을 내리곤 한다.

그러나 이러한 견해는 공공주택사업이 그 추진 자체만으로 의문의 여지 없이 상당한 공익성을 갖는다는 점을 당연한 전제로 삼고 있다는 점에서 결코 타당하다고 보기 어렵다.

공공주택 특별법에 따른 공공주택지구 조성사업이 공공주택 공급을 통한 서민 주거안정이라는 공익 실현에 기여한다는 측면이 있다는 사실 자체는 부인할 수 없다. 다만, 공공주택 특별법에 따른 행위허가 여부를 판단함에 있어 정부 시책으로 추진되는 사업이라는

36) 실무상 건축허가는 지목이 ‘대(垓)’인 경우에 한하여만 발급되고 지목이 ‘대’가 아닌 토지에 대하여는 건축허가가 발급되지 않는다. 김종보 / 박건우, 앞의 글, 46면; 박건우, “도시계획과 수용토지의 보상-건축허용성, 건축단위를 중심으로-”, 『행정판례연구』 제24권 제2호(2019. 1.), 379면 참조.

37) 건축법이 이와 같은 인·허가 의제 제도를 둔 취지는 인·허가 의제사항과 관련하여 건축행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하여 시간과 비용을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아니므로(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 등), 인·허가 의제를 통해 허가절차가 진행되더라도 국토계획법상 개발행위허가에 대한 심사가 배제되는 것은 아니다.

38) 이러한 맥락에서 대법원은 ‘부지 확보’란 건축주가 건축물을 건축할 토지의 소유권이나 그 밖의 사용권원을 확보하여야 한다는 점 외에도 해당 토지가 관계 법령상 건축물의 건축이 허용되는 법적 성질을 지니고 있어야 한다는 점을 포함한다고 판시하였다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결).

39) 예를 들어, 토지소유자가 상당한 비용을 들여 설계도면 등 건축허가에 필요한 사항까지 갖추어 인·허가 의제제도를 통해 건축허가와 개발행위(토지형질변경)허가를 동시에 진행하였으나, 개발행위(토지형질변경) 및 농지전용협의에 문제가 발생하여 개발행위가 좌초되는 경우에는 토지소유자가 막대한 경제적 손해를 입게 된다.

40) 본 항에서는 단계적으로 인·허가절차를 진행하는 과정에서 의견청취 공고가 이루어진 경우, 관할 행정청이 행위허가 여부를 심사함에 있어 구체적으로 고려할 만한 요소들에 관하여 살펴본다. 앞서 살펴본 바와 같이, 의견청취 공고 이후에 허가를 신청한 경우와 허가절차 진행 중 의견청취 공고가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 행위허가를 거부하는 것이 타당한 측면이 있으므로, 이 경우는 논의의 대상에서 제외한다.

41) 수원고등법원 2025. 10. 31. 선고 2024누16526 판결 등.

이유만으로 해당 사업이 의문의 여지 없이 상당한 공익성을 갖는다고 단정할 수 없으며, 이러한 사업을 통해 달성하고자 하는 정책적 취지 및 공적 목적만으로 토지소유자의 재산권에 대한 제한이 정당화될 수도 없다. 특히, 공공주택지구 조성사업의 공익성이 인정된다는 사정만으로 개별 개발행위의 제한 필요성까지 당연히 인정되는 것은 아니므로, 공공주택지구 내 행위허가의 전제가 되는 공공주택지구 지정 및 조성사업과 관련된 내용까지 종합적으로 고려되어야 비로소 행위허가와 관련된 공익과 사익이 정당하고 객관적으로 비교·교량될 수 있다.

이러한 관점에서 살펴보면, 공공주택 특별법에 따른 공공주택지구 조성사업은 수용을 통한 공공주택사업자의 강제적 토지소유권 취득을 전제로 진행되는 사업이므로, 이와 같은 사업 추진이 정당화되기 위해서는 해당 사업지구 내 토지소유자의 재산권 제한 또는 박탈을 정당화시킬 수 있을 정도의 ‘공공필요’가 인정될 수 있어야 한다. 헌법 제23조 제3항에서 규정하는 ‘공공필요’는 단순한 공익 또는 공적 목적이라는 개념보다 더 높은 강도를 요구하는 개념이고, 토지소유자의 소유권이라는 사적 이익을 압도할 수 있는 공동체의 절박한 필요로 해석되어야 하므로, 공공주택 특별법과 같이 재산권의 수용을 내용으로 하는 법률이 추구하는 공익이 헌법상 공공필요에 미치지 못하는 경우에는 위헌으로 판단될 수 있다.⁴²⁾

이러한 점을 고려할 때, 미임대 공공임대주택 가구 수가 5만 가구를 넘어서는 상황에서 일반 국민의 토지소유권을 상당 부분 제한하면서까지 대규모 공공주택지구를 건설할 정당성이 인정되기는 어렵다.⁴³⁾ 주택보급률이 100%를 상회하는 현재 상황에서 더 이상 토지소유자의 재산권 제한 또는 박탈을 정당화할 정도의 시급한 주택 공급의 필요성이 존재한다고 보기 어려우므로, 택촉법이 추구하는 공익이 과연 헌법상의 공공필요를 충족하는지 여부에 대한 의문이 제기되는 것처럼,⁴⁴⁾ 공공주택 특별법도 마찬가지로 그 추구하는 공익의 정당성에 대한 재검토가 요구되는 상황이다.

나아가 개별 공공주택지구 내 개발행위의 허용 여부를 판단함에 있어서는, 해당 공공주택지구 조성사업의 특성을 고려하여 해당 사업을 통해 달성되는 공익의 내용과 수준을 살펴보아야 한다. 예를 들어, 평택지체역세권 공공주택사업의 경우, 최근 평택시 일원에서 미분양 문제가 심각한 수준에 이르고 있는 상황에서 수용을 통해 시민들의 토지소유권을 강제적으로 박탈하면서까지 대규모 공공주택을 공급하여야 할 현실적 필요성에 관하여 심각한 의문이 제기되고 있다.⁴⁵⁾ 현재 상황에서 평택시 일원에 추가적인 대규모 신규 공공주택을 공급하게 되면, 서민 주거생활 안정이라는 입법목적 달성이기보다는 오히려 주택의 수급 불균형을 심화시켜 주택시장을 혼란에 빠뜨릴 가능성이 높기 때문이다.

본 항에서 살펴본 공공주택지구 조성사업의 공공필요 또는 해당 사업을 통해 달성하려는 공익은 공공주택지구 내 개별 개발행위에 대한 행위허가 또는 그 거부처분의 적법성보다는 공공주택지구 지정의 적법성 내지 합헌성과 더욱 밀접한 관련성을 갖는 요소이다. 그러나 공공주택지구 지정의 목적과 사업 추진의 필요성은 해당 지구 내 개발행위의 제한을 통해 달성하려는 공익의 내용 및 그 제한의 구체적 필요성과 밀접한 관련이 있다는 점에서, 공공주택지구 내 개별 개발행위에 대한 허가 여부의 판단과 결코 무관하지 않다.

행정청이나 공공주택사업자가 실무상 공공주택지구 지정의 목적과 사업 추진의 필요성을 근거로 공공주택지구 내 개발행위는 당연히 제한되어야 한다는 듯한 입장을 취하고 있다는 점을 고려하면, 공공주택지구 내 행위허가와 관련된 공익과 사익을 정당하게 비교·교량하기 위해서는 허가대상 개발행위뿐만 아니라 공공주택지구 조성사업의 목적·규모·추진 현황 및 해당 개발행위가 사업 시행에 미치는 구체적인 영향도 함께 고려될 필요가 있다. 이러한 요소를 종합적으로 고려함으로써, 공공주택지구 내 개별 개발행위의 제한이 해당 공공주택사업의 목적 달성을 위하여 실제로 필요한지, 나아가 그 제한을 통해 달성되는 공익이 토지소유자의 재산권 침해를 정당화할 수 있을 정도인지에 관한 합리적인 판단이 이루어질 수 있다.

이와 같은 요소들을 고려하지 않은 채 공공주택 특별법 제11조 제1항을 근거로 공공주택지구 내 모든 개발행위를 전면적·일률적으로 제한하는 것은 토지소유자에게 헌법 제23조 제2항에 따른 사회적 제약의 한계를 넘어서는 과도한 부담을 부과하는 것으로서, 위법을 면하기 어렵다.

42) 김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007. 5.), 299-300면 참조.

43) 정해용, “LH, 공공임대 공실 5만8000가구…5년간 임대료 손실 ‘3289억’”, 조선비즈, 2025. 10. 14., https://biz.chosun.com/real_estate/real_estate_general/2025/10/14/G2XEKJD6GVCOZKCO5OWCMJHXRA/ (2026. 9. 14. 확인).

44) 김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”(주42), 299-301면 참조. 앞서 II.2.에서 살펴본 것처럼 공공주택 특별법 중 공공주택지구 조성사업에 관한 부분은 그 목적이 ‘공공주택지구 조성 및 공공임대주택 공급’으로 변경되었을 뿐, 기본적으로는 서민의 주거생활 안정을 위한 ‘대규모 택지조성’을 목적으로 제정 및 시행된 택촉법과 기본적인 내용과 구조가 동일하다는 점에서, 택촉법의 헌법상 공공필요 충족여부에 관한 비판은 공공주택 특별법에 대하여도 마찬가지로 적용될 수 있다.

45) 김서경, “정부도 배신한 도시…집값 반토막 난 ‘전국 미분양 1위’ 도시의 굴욕”, 조선일보, 2025. 9. 7., https://reality.chosun.com/site/data/html_dir/2025/09/05/2025090502518.html (2026. 9. 14. 확인).

(2) 공공주택지구 조성사업 착수시점까지의 토지이용가능성

공공주택(예정)지구 내 개발행위의 경우, 이를 허용하여 건축물 등이 건축된다고 하더라도 향후 공공주택 특별법 제27조에 따른 수용 및 철거가 예정되어 이를 허가할 실익이 없고, 단지 불필요한 사회·경제적 비용을 초래할 뿐인 무익한 행위로 평가되는 것이 일반적이고, 이러한 평가는 지구 내 행위제한을 정당화시키는 강력한 근거로 기능한다.

그러나 공공주택지구 지정을 위한 의견청취 공고가 이루어진 이후, 해당 공공주택지구 조성사업의 본격적인 추진을 위한 지장물 철거에 이르기까지는 상당한 시간이 소요되므로, 향후 철거가 예정되어 있다는 점을 고려하더라도 구역 내 토지를 개발하여 일정 기간 동안 활용하는 것이 사회·경제적으로 보다 합리적인 토지이용방안이 될 수도 있다.⁴⁶⁾ 공공주택(예정)지구가 지정되면 지구 내에서의 추가적인 개발행위가 제한되고, 기존의 건축물 등은 철거가 예정되어 있으므로 해당 지역의 슬럼화가 가속되지만, 지구 내 토지를 개발하여 일정 기간 동안 활용하도록 하는 경우에는 이러한 슬럼화를 억제하고 해당 지역 활성화에 기여할 여지가 있기 때문이다. 법원의 일반적인 입장이라고 보기는 어렵지만, 이와 유사한 관점에서 ‘공공주택사업이 신속히 진행됨으로써 토지소유자의 건물이 신속되자마자 철거되어야 하는 등 사회·경제적으로 자원의 낭비에 불과해 이를 억제할 필요가 있다면 토지소유자의 신청을 거부할 공익의 하나로 고려할 수 있겠으나, 언제쯤 실제 지구조성 사업에 착수해 건물을 수용 후 철거하게 될 것인지 가능하기 어려우므로, 토지소유자의 건물 신축이 공익에 부합하지 않는다고 단정하기 부족하다’고 판단한 하급심 판결례도 확인된다.⁴⁷⁾

따라서 공공주택 특별법상 행위허가 여부를 결정함에 있어 해당 공공주택지구 조성사업의 구체적인 추진계획 및 경과 역시 고려되어야 한다. 공공주택지구가 지정된 경우, 기본계획, 보상계획 등 사업의 구체적 추진일정이 정해지고 비교적 가시적인 기간 내에 지구 내 지장물 등에 대한 철거가 이루어지는 것이 일반적이기는 하나, 공공주택지구가 지정되었음에도 불구하고 아직 기본계획조차 수립되지 않아 향후 구체적 사업추진 여부 및 일정이 불명확한 경우까지 해당 공공주택지구 내 개발행위를 일률적으로 제한하는 것은 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다.⁴⁸⁾ 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 내려지고 5년이 경과한 시점에서야 비로소 철거 등 본격적인 사업이 진행되는 경우를 가정하면, 토지소유자로서는 위 기간 동안 토지 및 건축물 등을 활용할 수 있는 기회를 부당하게 상실하게 되고, 이러한 기회비용이 보다 큰 사회적 비용을 초래할 가능성을 배제할 수 없다.⁴⁹⁾

아울러 공공주택 특별법 제11조 제1항은 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어진 이후에는 아직 공공주택지구 지정이 이루어지지 않았더라도 해당 지구 내 개발행위를 원칙적으로 제한하고 있으므로, 아직 공공주택지구 지정이 이루어지지 않은 상황에서는 향후 ‘공공주택지구 지정이 이루어지지 않을 가능성’도 감안될 필요가 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 공공주택(예정)지구 내 개발행위를 허용하는 것이 반드시 사회·경제적 낭비를 초래한다고 단정할 수는 없다. 따라서 공공주택 특별법상 행위허가 여부를 결정함에 있어 해당 공공주택지구 조성사업의 구체적인 추진계획 및 경과 등 제반사정을 고려하여, 해당 사업의 추진을 저해하지 않고 보상규모를 부당하게 확대하지 않는 범위 내에서 개발행위의 허용 가능 여부를 충분히 심사하여야 하고, 예외적 승인이자 재량행위에 해당하는 공공주택 특별법상 행위허가의 법적성질에 비추어 이러한 판단은 얼마든지 가능하다. 지구 내 개발행위를 일률적으로 제한하는 것보다 일정 범위 내에서의 개발행위를 허용하는 것이 사회·경제적으로 긍정적인 결과를 창출할 수 있으므로, 구체적인 이익형량 등의 근거 없이 지구 내 개발행위를 사회·경제적 낭비를 초래하고 공공주택지구 조성사업을 저해하는 난개발로 단정하는 행정청의 관행적인 판단은 정당화되기 어렵다.

(3) 단계적 인·허가절차 중단으로 인한 토지소유자의 재산권 침해 가능성

앞서 살펴본 바와 같이, 토지소유자가 단계적으로 일련의 개발행위를 추진하면서 이미 개발행위에 필요한 일부 인·허가를 받은 상황에서, 갑작스럽게 해당 토지 일원에 대하여 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고가 이루어져 당초 예정한 후속 인·허가를 진행할

46) 공공주택지구 지정이 이루어졌다고 하여 곧바로 조성사업이 본격적으로 시작되는 것은 아니다. 지구 내 토지 및 지장물에 대한 조사, 이에 대한 보상계획 공고 및 보상절차가 완료된 이후에야 비로소 지장물 철거 및 부지조성공사에 착수할 수 있다. 통상 공공주택지구 지정 이후 구역 내 토지 및 지장물에 대한 수용재결이 내려지기까지 3년 내외의 기간이, 지장물에 대한 철거는 이보다 더 오랜 기간이 소요되므로, 공공주택지구가 지정된다고 하더라도 철거 시점까지는 지구 내 토지와 건축물을 충분히 이용할 수 있다.

47) 수원지방법원 2024. 11. 21. 선고 2024구합63954 판결.

48) 평택지체역세권 공공주택사업의 경우, 2024. 12. 30. 공공주택지구 지정이 이루어진 이후, 1년 이상의 기간이 경과하도록 기본계획 및 기본설계조차 이루어지지 못했다. 위 사업의 경우 통상적인 사업에 비해 본격적인 사업 추진까지 훨씬 오랜 기간이 소요될 가능성이 높고, 지연된 사업 기간 동안 지구 내 토지를 사용하지 못함에 따른 기회비용의 규모는 더 커질 수밖에 없다. 특히, 평택지체역세권 공공주택사업의 경우, 토지소유자들의 격렬한 반대로 사업추진 자체가 좌초될 가능성을 배제할 수 없는 상황이다.

49) 법원도 같은 취지에서 ‘공공주택지구 지정 이후로도 실제 지구조성 사업에 착수하여 공장이 수용된 다음 철거될 때까지 상당한 시일이 소요될 것으로 보이고, 그 기간 동안 토지소유자가 그 소유의 부동산을 사용·수익할 이익이 위와 같은 공익보다 결코 작다고 보이지 않는다’고 판단한 바 있다(수원지방법원 2025. 4. 30. 선고 2024구합618 판결).

수 없거나 선행 인·허가가 무용해지는 결과가 초래되는 경우에는, 다른 경우에 비해 토지소유자의 재산권을 보호할 필요성이 크다. 토지소유자가 상당한 자본과 노력을 투여하여 정당하게 취득한 허가는 함부로 박탈할 수 없는 재산적 지위인데, 단계적으로 진행 중이던 개발행위가 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고로 인해 갑작스럽게 중단되게 되면, 토지소유자에게 막대한 경제적 손해를 초래할 수 있기 때문이다.

예를 들어, 건축허용성이 부여되지 않은 토지에 건축물을 건축하기 위해 먼저 개발행위(토지형질변경)허가를 받은 상황에서 후속 건축허가 신청에 앞서 해당 토지 일원이 공공주택(예정)지구로 지정되는 경우에는, 단지 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 건축허가만 거부되는 것이 아니라 기존에 취득한 개발행위(토지형질변경)허가까지 취소되는 상황이 초래될 수 있다. 건축허용성이 부여되지 않은 토지에서의 건축물의 건축을 위해서는 ‘건축물의 부지조성’을 목적으로 개발행위(토지형질변경)허가를 받게 되는데, 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따른 행위허가 거부로 인해 건축허가를 받지 못함에 따라 개발행위(토지형질변경)의 목적을 달성할 수 없게 된다. 이로 인해 관할 행정청으로부터 국토계획법 제62조에 따른 준공검사를 받을 수 없게 되고, 결국 허가기간 내에 개발행위(토지형질변경)를 완료하지 못했다는 이유로 개발행위허가가 취소되는 데까지 나아갈 수 있는 것이다(국토계획법 제133조 제1항 제5호의2).

건축허용성이 부여되지 않은 토지에 대하여 ‘건축물의 부지조성’을 목적으로 개발행위(토지형질변경)허가를 받은 경우, 해당 토지 지상에 건축물이 준공되지 않으면 실무상 ‘대(垓)’로의 지목 변경은 허용되지 않는다. 관계 법령에 따른 택지조성공사가 준공된 토지가 아닌 이상 영구적 건축물의 부지만 그 지목이 ‘대’가 될 수 있기 때문이다(「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 시행령」 제58조 제8호).

이와 같이 ‘건축물의 건축’을 목적으로 적법하게 선행 개발행위(토지형질변경)허가를 받았음에도 불구하고, 갑작스러운 공공주택(예정)지구 지정으로 인해 개발행위(토지형질변경)허가가 취소될 수 있고, 이 경우 해당 토지는 공공주택지구 조성사업 추진 과정에서 이루어지는 보상과정에서 개발행위(토지형질변경)허가가 내려지기 이전의 건축허용성이 부여되지 않은 상태대로의 지목과 현황대로 평가되므로, 토지소유자는 보상액 감소라는 경제적 손해까지 입게 된다. 토지소유자로서는 단지 공공주택(예정)지구가 지정되었다는 이유만으로 후속 개발행위에 나아가지 못하는 데 그치지 않고, 아무런 귀책사유 없이 적법하게 취득한 기득의 법적·재산적 지위까지 모두 박탈당하게 되는 불합리한 상황에 처하게 되는 것이다.

따라서 행정청으로서는 공공주택 특별법에 따른 행위허가 여부를 판단함에 있어, 이와 같이 갑작스러운 공공주택(예정)지구 지정으로 인해 토지소유자의 재산권이 과도하게 침해되는 사정이 존재하는지 여부를 살피고, 개발행위의 불허로 인해 토지소유자의 사익이 과도하게 침해되는 경우에는 이를 허가하는 방안을 적극 고려하여야 한다. 이러한 심사과정에서 토지소유자가 토지매입 및 기존 인허가를 취득하기 위해 투입한 비용, 준비기간, 후속 개발행위에 나아가지 못함으로 인해 토지소유자가 입게 되는 손해 등 제반 사정이 총체적으로 감안되어야 할 것이다.

4. 대안적 방식의 모색: 조건부 허가

지금까지 공공주택(예정)지구 지정에도 불구하고, 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따라 지구 내 개발행위를 허용하는 것이 타당한 경우와 행위허가 여부를 결정함에 있어 고려할 요소들을 살펴보았다. 공공주택(예정)지구가 지정되었다는 이유만으로 후속 개발행위에 나아가지 못하는 데 그치지 않고, 토지소유자가 아무런 귀책사유 없이 적법하게 취득한 기득의 법적·재산적 지위를 침해당하는 불합리한 경우에는 지구 내 개발행위를 허용함이 타당한 측면이 있으나, 이러한 경우에도 개발행위를 통해 건축된 건축물 등이 결국 공공주택지구 조성사업의 진행에 따라 조만간 철거될 수밖에 없다는 본질적 한계가 존재한다.

결국 공공주택 특별법 제11조 제1항에 근거해 지구 내 개발행위를 불허하는 경우에는 본격적인 공공주택지구 조성사업 착수 전까지의 토지이용가능성이 상실된다는 비판, 이례적으로 개발행위를 허용하는 경우에는 여차피 철거될 건축물의 건축을 허용하는 무용한 행위라는 비판으로부터 자유로울 수 없다.

공공주택 특별법 제11조 제1항에 근거해 지구 내 개발행위를 제한하는 핵심적 근거는 개발행위를 허용하더라도 이를 통해 조성된 건축물 등이 여차피 철거될 수밖에 없어 불필요한 사회·경제적 손실만을 발생시킬 뿐이라는 점과 새로이 조성된 건축물 등에 대한 보상금이 증액되는 등의 사정으로 인해 공공주택지구 조성사업의 원활한 추진이 저해될 수 있다는 점이 제시된다.

그런데 토지소유자에게 대상 토지를 이용하여야 할 상당한 현실적 필요성이 존재하는 경우라면, ① 단기간 사용에 적합하게 설계의 내용을 변경하고(규모 축소, 구조 및 자재 변경 등), ② 향후 조성되는 건축물 등에 대한 손실보상청구권을 포기하는 방식으로 지구 내 개발행위를 허용함에 따른 문제점들을 어느 정도 해결할 수 있다. 손실보상청구권 포기는 토지소유자가 보상투기를 목적으로 이와 같은 개발행위를 추진하는 것이 아님을 담보한다.

실제로 토지소유자가 공익사업구역으로 지정된 토지에 관한 허가를 받는 조건으로, 향후 해당 공익사업의 시행에 따른 일체의 손실 보상청구권을 포기하도록 하는 취지의 부관(허가조건)이 부가되는 사례들이 확인되며, 법원은 이와 같이 허가신청자가 허가에 따른 이익을 향유하는 대가로 손실보상청구권을 포기하는 불이익을 감수하는 내용의 부관을 유효한 것으로 판단하고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 부관은 공공주택 특별법에 따른 행위허가와 그 목적물이 동일하고 양자 사이에는 상당한 실질적 관련성이 인정된다는 점에서 부당결부금지 원칙에 위반될 가능성이 높지 않으며, 토지소유자는 행위허가에 따른 개발행위를 통한 이익을 얻는 대신 손실보상청구권을 포기하는 불이익을 부담하는 것이므로 해당 부관이 비례원칙에 위반될 가능성 역시 크지 않다.

결론적으로 이와 같은 방식의 조건부 허가는 공공주택(예정)지구 내 개발행위를 일률적으로 제한하는 것에 비해 토지소유자의 현실적인 필요를 만족시키고, 사회·경제적 손실을 최소화할 수 있는 합리적인 방안으로 생각된다.⁵¹⁾

V. 결론

공공주택 특별법 제11조 제1항은 공공주택(예정)지구 내에서의 개발행위를 하려는 자에게 허가권자의 허가를 받도록 요구하고 있다. 이와 같은 공공주택 특별법상 행위허가는 예외적 승인으로서 재량행위에 해당하므로, 이와 같은 행위허가 제도의 취지는 공공주택 지구 내 신규 개발행위를 전면적·일률적으로 제한하는 것이 아니라, 개발행위와 관련된 공익과 사익을 구체적으로 비교·형량하여 일정한 경우에는 개발행위를 허용함으로써 토지소유자의 재산권을 보호하고, 사인의 재산권과 공공주택사업의 원활한 시행이라는 공익이 조화를 이루도록 하는 데 있다고 봄이 타당하다.

그런데 이와 같은 공공주택 특별법상 행위허가 제도의 취지와는 달리, 현실에서는 단순히 공공주택지구 지정에 관한 의견청취 공고 일 이후의 지구 내 개발행위는 공공주택 특별법 제11조 제1항에 따른 행위제한 대상이라는 이유만으로 일률적으로 제한되고 있다. 공공주택(예정)지구 내에서의 개발행위는 토지소유자의 재산권 행사로서 존중받아야 할 이익이므로, 지구 내 개발행위 불허는 이에 따른 토지소유자의 사익 침해를 정당화할 수 있는 공익이 존재하는 경우에만 허용될 수 있다.

허가권자가 공공주택(예정)지구 내 개발행위를 제한하기 위해서는 이에 관한 합리적 이유제시가 요구되며, 이를 위해서는 공·사익 관련 형량요소 등 행위허가의 세심한 심사기준이 마련될 필요가 있다. 단지 공공주택(예정)지구로 지정되었다는 이유만으로 지구 내 개발행위를 일률적으로 제한하는 관행은 법치행정의 원칙에 정면으로 반하며, 더 이상 정당화되어서는 안 된다.

투고일 2026. 8. 26. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 18.

50) 서울고등법원 2016. 5. 19. 선고 2015누64604 판결; 광주지방법원 2015. 4. 23. 선고 2014구합11144 판결 등.

51) 프랑스와 일본의 경우, 사업예정지로 지정되었다고 하더라도 토지 및 지장물의 소유권이 사업시행자에게 이전되는 수용개시일까지는 토지소유자의 자유로운 토지이용을 제한하지 않고, 다만 손실보상의 증가를 목적으로 현재의 이용가치를 높이는 행위에 대하여는 이를 보상대상에서 제외하는 입법형태를 취하고 있다. 공공주택(예정)지구 내 개발행위를 허용하되, 이를 통해 조성되는 건축물 등을 보상대상에서 제외하는 조건부 허가는 이와 같은 입법례와 같은 취지의 접근으로 평가될 수 있다. 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”(주18), 156-157면 참조.

참고문헌

단행본

김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023.
김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.
박균성, 『행정법론(상)』(제25판), 박영사, 2026.

학위 논문

박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2022.

일반 논문

김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007. 5.).
김종보 / 박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021. 3.).
김중권, “行政法上 抑制的禁止에 대한 例外的承認: 행정법상의 예방적 금지와 억제적 금지의 차이”, 『저스티스』 제31권 제1호(1998. 3.).
박건우, “도시계획과 수용토지의 보상-건축허용성, 건축단위를 중심으로-”, 『행정판례연구』 제24권 제2호(2019. 1.).
장윤영, “행정재량에 대한 사법심사 강도의 세분화 방안 고찰”, 『법학논집』 제29권 제4호(이화여자대학교 법학연구소, 2025. 12.).
정남철, “공공주택 특별법에 따른 토지이용제한과 재산권 침해”, 『부동산연구』 제32집 제2호(2022. 6.).

ABSTRACT

The Legal Character of Development Activity Permits and the Permit Standards under the Public Housing Special Act

Lee, Eun Noh*

Most development project statutes, including the Special Act on Public Housing, adopt a regulatory framework under which, for the purpose of facilitating the smooth implementation of development projects governed by the relevant statute, all development activities within a designated project area are, in principle, restricted from the time the area becomes specified and are permitted only exceptionally upon authorization by the competent administrative authority. Such restrictions are justified on the grounds that, in the course of development projects deemed to serve the public interest, land within the project area is typically expropriated by the project implementer and existing buildings are demolished to create new spaces and facilities, and that newly undertaken development activities would cause unnecessary social and economic losses.

Recent development statutes, to prevent speculative activities aimed at increasing compensation, tend to proceed by publicly announcing a hearing for opinions regarding the designation of a project area without prior notice, and from the time of such announcement, all development activities within the project area are restricted. Given that there is an explicit statutory basis for such restrictions, there appears to be little disagreement regarding the legitimacy and necessity of limiting new development activities after relevant facts concerning a development project have been publicly announced, for the sake of smooth project implementation and the prevention of socioeconomic losses.

However, it remains questionable whether a uniform restriction on new development activities within the relevant area can be justified solely on the grounds that a development project area has been designated or that a public announcement for hearing opinions has been made. Where a landowner within the project area has been gradually acquiring the public- and private-law status necessary for development, such as permits and approvals, a sudden public announcement of the designation of a development project area may lead to excessively harsh consequences if the continuation of ongoing development activities is denied solely on the basis of such an announcement.

The purpose of the permit system under Article 11(1) of the Special Act on Public Housing is not to impose a comprehensive and uniform prohibition on new development activities within a public housing district, but rather to protect landowners' property rights and harmonize such private property rights with the public interest in the smooth implementation of public housing projects by allowing development activities in certain cases through a concrete balance of public and private interests involved in such activities. Accordingly, it is not appropriate for administrative authorities to impose blanket and uniform restrictions on the development activities of landowners within the area merely because a public housing district has been designated or a public announcement for hearing opinions has been made. There is a need to establish more detailed and carefully structured standards for granting permits—such as criteria related to balancing public and private interests—to prevent the undue infringement of landowners' property rights.

Keywords: Special Act on Public Housing, Development Project Law, Permit for Development Acts, Development Restrictions, Permit Standards

* Attorney at Law, Yulchon LLC

논문 / ARTICLE

도시정비사업에서 대지 확보를 위한 건물인도청구의 문제: 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 중심으로

손건훈*

국문초록

도시정비사업의 사업시행자는 신축 공사에 착수하기 위하여 정비구역 내의 토지와 건축물을 현실적으로 확보하여야 한다. 그러나 「도시 및 주거환경정비법」은 그 확보의 수단과 절차를 정면으로 규정하고 있지 아니하고, 실무는 재건축사업에서의 매도청구권 행사와 관리처분계획인가·고시의 효력에 근거한 건물인도 청구라는 두 가지 민사법적 수단에 의존하고 있다.

이 글은 위 두 수단이 모두 도시정비법의 공법적 성격에 부합하지 아니함을 밝히고자 한다. 첫째, 도시정비법은 정비구역 지정에서 이전고시에 이르는 사업의 전 과정을 행정처분의 연쇄로 구성하면서도, 정작 사업의 성패를 좌우하는 부지 확보 단계에서만 사법(私法)적 수단을 동원한다. 둘째, 도시정비법 제81조 제1항은 종전 관리자의 사용·수익 정지를 규정할 뿐 사업시행자에게 대세적 권원을 부여하지 아니하므로, 이를 소유물반환청구권의 근거로 삼는 것은 무리한 해석이다. 셋째, 매도청구권은 사업의 실체가 확정되기 전인 조합설립 단계의 미동의를 이유로 행사되면서도 생활보상을 결여하고 있다. 넷째, 인도청구는 민사소송으로, 주거이전비 등의 보상은 당사자소송으로 쟁송절차가 이원화되어 동일한 쟁점이 중복 심리된다.

이에 이 글은 ① 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정(도시정비법 제64조)을 삭제하고 분양신청 절차와 손실보상 협의로 일원화할 것, ② 토지등소유자의 지장물 철거·이전의무와 그 불이행에 대한 행정대집행의 근거를 도시정비법에 명문으로 신설할 것을 제안한다. 인도의무를 비대체적 작위의무로 보아 대집행에서 제외하는 판례를 전제하더라도, 정비사업이 지향하는 것은 점유의 이전이 아니라 지장물의 제거이므로, 의무의 내용을 '인도'가 아닌 '철거'로 재구성함으로써 대집행의 길을 열 수 있다. 대법원은 철거 대집행 과정에서 부수적으로 퇴거 조치를 할 수 있고 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시하였으므로, 철거의무가 법정되면 현행의 이중 절차는 하나의 공법적 절차로 통합된다.

주제어: 도시정비사업, 사업 부지 확보, 건물인도청구, 관리처분계획인가·고시, 매도청구권, 행정대집행, 대체적 작위의무, 손실보상, 주거이전비

목차

I. 들어가며

II. 도시정비법의 규율과 실무상 인정되는 사업 부지 확보 방안

III. 도시정비사업의 현행 사업 부지 확보 방식의 문제점

IV. 도시정비사업의 사업 부지 확보 방안 — 미동의자에 대한 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 인정 필요

V. 결론

* 춘천지방법원 원주지원 판사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.4>

Received: August 24, 2026

Revised: September 08, 2026

Accepted: September 11, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.



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

I. 들어가며

개발사업에서 사업 부지의 확보는 결정적인 문제이다. 부지 확보의 성공 여부에 따라 사업의 성패가 갈리는 경우가 많기 때문이다. 그렇기에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라고 한다), 「도시개발법」, 「주택법」 등 개발사업의 근거가 되는 법령은 예외 없이 사업 부지의 확보 수단을 규정하고 있다. 그 방식은 크게 사업시행자에게 수용권을 부여하는 방식과 사업시행자가 토지소유자와의 협의를 통하여 사업 부지를 매입하도록 하는 방식으로 나뉜다. 통상 개발사업이 공익적 성격을 갖는 경우에는 수용권이 부여되고 사적 개발의 성격을 띠는 경우에는 협의매수의 방식을 취한다고 설명되나, 개별 법령 문언의 형식만으로 수용권 부여와 협의매수 방식을 준별하는 것은 각 제도의 입법 취지와 실질적인 운용에 부합하지 아니한다.¹⁾

도시정비법이 적용되는 정비사업은 기성시가지 가운데 그 기능을 다하였거나 정상적인 기능을 하기 어려운 지역을 대상으로 한다. 따라서 그 사업 부지는 공지(空地)가 아니라 이미 건축물을 비롯한 지장물이 밀집하여 설치되어 있는 경우가 대부분이다. 그런데 대법원의 확립된 법리에 의하면, 도시정비법상 사업시행자는 민사법적 쟁송 수단인 건물인도청구를 통하여 토지 지상 건축물의 점유를 이전받는 방법으로 사업 부지를 확보하게 된다. 이러한 결론은 도시정비법의 명시적인 규정에 근거한 것이라기보다는 관리처분계획인가·고시의 효력에 관한 대법원의 해석에 근거한 것인데,²⁾ 그로 인하여 정비사업의 당사자인 사업시행자와 토지등소유자 사이의 분쟁은 크게 증가하고 정비사업의 기간과 비용 또한 늘어날 뿐만 아니라, 위 두 당사자 사이의 분쟁을 심판하는 법원에도 상당한 부담이 된다.

이에 더하여 도시정비법은 재건축사업에 관하여 사업시행자가 조합설립에 동의하지 아니한 토지등소유자를 상대로 매도청구를 함으로써 사업 부지를 확보할 수 있는 방안을 별도로 규정하고 있다. 이는 재건축사업에 특유한 제도로써, 관리처분계획인가·고시 후의 건물인도청구와 달리 사업시행계획인가·고시 직후라는 비교적 이른 시점에 사업 부지를 확보하는 수단이 된다. 다만 상대적으로 이른 시점에 토지를 취득하여야 하는 조합으로서의 재원 조달에 어려움을 겪게 되고, 토지등소유자로서는 판결에 의하여 매매계약이 성립하였음에도 매매대금의 지급 시점과 소유권 이전 시점을 예측할 수 없어 장기간 불안정한 지위에 놓이게 된다.

결국 현행 도시정비법의 문언과 그 해석을 통하여 인정되는 두 가지 사업 부지 확보 방안은 모두 민사법적 수단이라는 공통점을 갖는다. 이 글은 위 두 가지 수단이 도시정비법의 법적 성격과 부합하는지를 검토하고, 나아가 위 두 방법이 부지 확보 수단으로서 갖는 구조적 한계에 비추어 그 대안으로서 행정대집행을 도입할 가능성을 살펴보고자 한다. 이하에서는 먼저 현행법상 인정되는 두 가지 확보 방안의 내용과 법적 근거를 정리하고(II), 그 문제점을 도시정비법의 법적 성격, 청구권원의 존부, 매도청구제도의 구조, 집행 실무, 쟁송절차의 이원화라는 다섯 측면에서 분석한 다음(III), 입법론으로서 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 제안하기로 한다(IV).

II. 도시정비법의 규율과 실무상 인정되는 사업 부지 확보 방안

1. 도시정비사업에서의 사업 부지 확보 방안

도시정비사업을 시행하는 사업시행자는 공동주택을 신축하기 위하여 사업 부지를 확보하여야 한다. 그런데 정비사업이 진행되는 지역은 이미 주거지나 시가지가 형성되어 있는 지역이므로 사업 부지에는 건축물을 비롯한 지장물이 존재한다. 따라서 사업시행자로서는 이러한 지장물을 철거하거나 수거하도록 한 뒤에야 비로소 착공이 가능한 상태의 부지를 확보하게 된다.

실무상 사업 부지의 확보는 사업시행자가 사업 부지 내 건축물에 대한 인도를 청구하는 방식으로 진행된다. 이는 다시 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 조합원 임의가입제를 채택한 재건축사업에서³⁾ 사업시행계획인가·고시 후 조합설립미동의자를 상대

1) 예컨대 「도시개발법」은 수용 또는 사용 방식, 환지 방식, 혼용 방식을 모두 예정하고 있고(같은 법 제21조), 시행자가 민간인 경우에도 일정한 토지 소유 요건과 동의 요건을 갖추면 수용권이 부여된다(같은 법 제22조). 사업의 공익성 여부가 아니라 시행 주체와 동의 요건이라는 형식적 기준이 수용권 부여를 좌우하는 셈이다. 공용수용의 헌법적 요건인 ‘공공필요’의 판단이 개별 법령의 형식적 규율에 의하여 사실상 대체되고 있다는 문제의식으로는 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』 제48호(2007. 4.), 83면 이하 참조.

2) 관리처분계획 인가·고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향을 정면으로 분석한 초기의 연구로는 송명호, “관리처분계획의 인가·고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구”, 『인권과 정의』 제397호(2009. 9.), 63면 이하 참조.

3) 재개발사업은 정비구역 내 토지등소유자가 당연히 조합원이 되는 강제가입제를 취하는 반면(도시정비법 제39조 제1항 본문), 재건축사업은 조합설립에 동의한 자만이 조합원이 되는 임의가입제를 취한다(같은 항 단서). 조합설립미동의자라는 범주 자체가 재건축사업에만 존재하는 것은 이러한 차이에서 비롯된다. 동의의 요건과 그 평가가 정비사업의 구조 전반에서 차지하는 의미에 관하여는 김종보, “정비사업의 구조이론(構造理論)과

로 매도청구권을 행사하는 방식이고, 다른 하나는 재건축사업을 포함한 모든 정비사업에서 관리처분계획인가·고시의 효력을 근거로 건물인도를 청구하는 방식이다. 이러한 두 가지 방식은 각각 도시정비법의 명문 규정과 그에 관한 대법원의 해석에 근거하는데, 그 적정성과 타당성을 판단하기 위해서는 먼저 각 제도의 구체적인 법적 근거와 실제의 운영 방식을 살필 필요가 있다.

2. 재건축사업에서 조합설립미동의자에 대한 매도청구권의 행사

(1) 제도의 연혁과 취지

도시정비법 제정 당시 재건축사업에 반대하는 소유자의 토지를 확보하는 방안으로 토지수용권을 부여하는 안이 논의되었다. 그러나 재건축사업은 재개발사업에 비하여 사적 개발의 성격이 강하다는 이유로, 규제개혁위원회 심사 과정에서 토지수용권의 부여는 과도한 재산권 침해라는 지적이 제기되어 채택되지 아니하였다. 그 대안으로 도입된 것이 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라고 한다) 제48조를 준용한 매도청구권 제도이다.⁴⁾ 요컨대 매도청구권은 재건축사업의 공익성이 수용을 정당화할 정도에 이르지 못한다는 판단 아래 마련된 절충적 타협의 산물이었다.

(2) 행사의 요건과 절차

재건축사업의 사업시행자는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 조합설립에 동의하지 아니한 자(이하 ‘미동의자’라고 한다)를 상대로 매도청구권을 행사할 수 있다(도시정비법 제64조).⁵⁾ 사업시행자는 매도청구권의 행사에 앞서 사업시행계획인가 고시일부 30일 이내에 미동의자에게 조합설립 또는 사업시행자 지정에 관한 동의 여부를 회답할 것을 서면으로 촉구하여야 한다(같은 조 제1항). 이러한 회답의 촉구는 반드시 별도의 내용증명우편 발송 등의 방법에 의하여야 하는 것은 아니며, 매도청구의 소장 부분 송달로써 최고를 갈음할 수 있다. 이 경우 소 제기는 ‘피고가 2개월의 회답 기간 내에 동의하지 아니하는 것을 정지조건으로 하는 매도청구권의 행사’로 평가된다. 이와 같은 해석은 미동의자의 숙려 기간을 보장하면서도 소송경제에 부합하는 절차로 판단되어, 대법원뿐만 아니라 하급심에서도 널리 인정되고 있다.⁶⁾

회답을 촉구받은 미동의자는 2개월 이내에 회답하여야 하며, 그 기간 내에 회답하지 아니하면 동의하지 아니하겠다는 뜻을 회답한 것으로 본다(도시정비법 제64조 제2항, 제3항). 사업시행자는 회답 기간 만료일부터 2개월 이내에 법원에 매도청구의 소를 제기하여야 하는데, 이 기간은 제척기간에 해당한다(같은 조 제4항). 만약 소 제기의 방식으로 회답을 최고하였다면, 매매계약이 성립하는 시점은 소 제기 시점이 아니라 미동의자가 소장 부분을 송달받은 날부터 2개월의 회답 기간이 만료된 날의 다음 날이 된다.

이러한 매도청구권은 형성권으로서, 그 행사에 의하여 시가(市價)⁷⁾에 의한 매매계약이 강제로 성립한다. 시가는 소송 절차 내에서 이루어지는 감정평가를 통하여 법원이 확정한다. 따라서 미동의자의 소유권이전등기 및 인도 의무는 사업시행자의 매매대금 지급의 무와 동시이행의 관계에 있게 된다.

3. 관리처분계획인가·고시의 효력에 따른 건물인도 의무의 부과

(1) 도시정비법의 해석과 건물인도청구의 근거

실무상 도시정비법에 따른 건물인도청구의 근거는 관리처분계획인가·고시의 효력에서 찾는다. 도시정비법은 “종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조 제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있는 때에는 제86조에 따

동의(同意)의 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.), 137면 이하 참조.

4) 정영철, 『건설·부동산공법론』, 박영사, 2023, 410면.

5) 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 구 도시정비법 제39조에 해당하는 규정이다. 매도청구의 상대방에는 조합설립 또는 사업시행자 지정에 동의하지 아니한 토지등소유자뿐만 아니라 건축물 또는 토지만을 소유한 자도 포함된다(도시정비법 제64조 제4항). 조합설립 동意的 유효성과 매도청구권 행사의 관계에 관한 분석으로는 노경필, “도시정비법상 조합설립 동意的 유효성 및 매도청구권과의 관계”, 『사법』 제14호(2010. 12.), 199면 이하 참조.

6) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다63380 판결; 대구지방법원 2008. 6. 13. 선고 2005가합19587 판결; 서울고등법원 2016. 9. 7. 선고 2015나32440 판결.

7) 여기에서의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 토지나 건물의 객관적 거래가격으로서, 노후되어 철거될 상태를 전제로 하거나 주택재건축사업이 시행되지 아니한 현재의 현황을 전제로 한 거래가격이 아니라 그 토지나 건축물에 관하여 주택재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549·21556·21563 판결).

른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다”고 규정하고 있는데(도시정비법 제81조 제1항 본문), 이 규정이 사업시행자의 건물인도청구권의 근거로 인용된다.⁸⁾

민사상 건물인도청구의 요건사실은 ‘원고의 건물 소유’와 ‘피고의 건물 점유’로 구성된다. 그러나 정비사업에서 사업시행자는 관리처분계획인가·고시만으로 부동산의 소유권을 취득하는 것이 아니므로, 인도청구의 권원이 문제 될 수 있다. 이에 대하여 대법원은, 사업시행계획인가를 통하여 행정주체의 지위를 부여받은 사업시행자는 도시정비법 제81조 제1항에 따라 정비구역 내 부동산에 대한 배타적인 사용·수익권을 법률의 규정에 의하여 취득한다고 본다. 즉 대법원은 도시정비법이 규정한 관리처분계획인가·고시의 효력, 곧 토지·건축물 소유자 등의 사용·수익 정지 의무를 사업시행자의 건물인도청구권의 법적 근거로 해석하는 것이다. 이러한 대법원의 태도에 대하여, 사업시행자의 인도청구권은 민법상 소유권에 기한 것이 아니라 정비사업의 원활한 수행이라는 공익적 목적을 위하여 법률이 특별히 부여한 공법상 권능에 기초한다고 설명하는 견해가 있다.⁹⁾

이와 같이 사업시행자는 관리처분계획인가·고시으로써 점유자를 상대로 부동산의 인도를 구할 수 있는 권리를 취득하며, 이는 실무상 건물인도 소송의 근거가 된다. 그러나 이러한 인도의무의 강제적 실현은 행정대집행의 대상이 되지 아니하고, 민사소송인 인도청구의 소를 제기하여 집행권원을 확보한 뒤 민사집행법에 따른 강제집행 절차를 거쳐 이루어진다. 즉 권리의 발생 근거는 공법에 두면서도 그 실현 절차는 전적으로 사법(私法)에 의존하는 이원적 구조가 형성되어 있는 것이다.

(2) 손실보상의 완료와 인도의무 — 판례의 전개

재개발사업과 같이 수용 방식으로 진행되는 사업에서 토지등소유자가 사업시행자의 인도청구에 대항할 수 있는 가장 중요한 항변은 ‘손실보상이 완료되지 아니한 경우’에 해당한다는 주장이다(도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호). 토지등소유자는 손실보상으로 자신의 토지 및 건축물 등에 대한 소유권 상실의 대가인 손실보상금을 청구할 수 있고, 주거용 건축물의 세입자는 주거이전비와 이사비를,¹⁰⁾ 상가 세입자는 영업손실보상금의 지급을 각 손실보상으로 구할 수 있다.¹¹⁾ 손실보상은 사업시행자와 점유자 사이의 협의 또는 수용재결에서 정하여진 손실보상금 전액을 지급하거나 수령 거부 등을 이유로 공탁한 때에 완료된다.¹²⁾ 이 경우 토지등소유자는 보상금액이 적정하지 아니하다는 이유만으로 인도를 거부할 수는 없으며, 보상금액에 대한 불복은 보상금증감청구소송 등 별도의 절차로 다투어야 한다.

판례는 종전 권리자의 재산권을 보호하는 방향으로 발전하여 왔다. 대법원은 이미 손실보상의 완료가 사용·수익 정지의 예외로 명문화되기 전의 사안에서도, 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는 관리처분계획이 인가·고시된 것만으로는 부족하고 협의 또는 수용절차를 거쳐야 하며, 이렇게 보는 것이 국민의 재산권을 보장하는 헌법합치적 해석이라고 판시하였다.¹³⁾ 이후 대법원은 토지보상법 제78조가 정한 이주정착금·주거이전비·이사비 역시 도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호가 말하는 손실보상에 포함된다고 보아, 사업시행자와 현금청산대상자 또는 세입자 사이에 협의가 성립한 경우에는 주거이전비 등 지급의무와 부동산 인도의무가 동시이행의 관계에 있고, 재결절차 등에 의할 때에는 사전보상의 원칙에 따라 주거이전비 등의 지급절차가 부동산의 인도에 선행되어야 한다고 판시하였다.¹⁴⁾

위 법리는 인접한 여러 국면으로 확장되었다. 대법원은 주거이전비 등을 지급받지 못한 현금청산대상자가 부동산을 계속 사용·수익

8) 위 규정은 2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정되기 전에는 사업시행자의 동의가 있는 경우만을 사용·수익 정지의 예외로 규정하고 있었으나, 위 개정으로 ‘토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우’가 예외 사유로 추가되었다. 그 개정 경위와 실천적 의미에 관하여는 엄지아, “도시정비법 제81조 제1항에서 정한 ‘손실보상 완료’의 의미 — 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 —”, 『법원 학술발표문』(미간행), 2022. 9. 20. 발제, 7-9면 참조.

9) 김남철, 『행정법강론』(제10판), 박영사, 2024, 1368면; 전재우, 『도시 및 주거환경정비법』, 박영사, 2020, 530면; 박지환, 『도시정비법의 쟁점』, 박영사, 2022, 700-701면. 실제로 사업시행자는 수용을 원인으로 소유권을 취득한 경우 민법 제213조에 따른 소유물반환청구권에 기하여, 그러하지 아니한 경우에는 도시정비법 제81조 제1항에 따른 사용·수익권에 기하여 각각 인도를 구할 수 있으므로 종전 권리자의 인도의무를 반드시 사법상 의무로만 볼 수는 없다는 지적으로는 엄지아, 위의 글, 26면 참조.

10) 헌법재판소 2014. 7. 24.자 2012헌마662 결정 참조. 주거이전비는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제54조에 근거하며, 세입자에 대하여는 가구원 수에 따른 4개월분의 주거이전비가 보상된다. 주거이전비·이사비의 법적 성격을 생활보상의 관점에서 분석한 것으로는 엄정진, “손실보상 및 생활보상 논의에 대한 고찰: 주거이전비, 이사비를 중심으로”, 『법제』 제686호(2019. 9.), 176면 이하 참조.

11) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결.

12) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

13) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결. 같은 취지로 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다78415 판결.

14) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결. 위 판결에 대한 분석으로는 김종석, “주택재개발사업에서 부동산 인도와 주거이전비 등의 관계”, 『대법원판례해설』 제127호(법원도서관, 2021.), 267면 이하; 엄지아, 앞의 글, 16면 이하 참조. 주거이전비 등의 구체적 지급요건을 둘러싼 실무상 쟁점에 관하여는 이도행, “주택재개발사업에서의 주거이전비, 이사비 및 이주정착금과 관련된 실무상 문제점”, 『재판자료』 제139집: 행정재판실무연구 VI(법원도서관, 2020.) 참조.

하더라도 사업시행자에 대하여 부당이득반환의무나 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담하지 아니한다고 보았고,¹⁵⁾ 나아가 주거이전비 등을 포함한 손실보상이 완료되지 아니한 이상 토지 등을 인도하지 아니하였더라도 토지보상법 제43조 위반죄가 성립하지 아니한다고 판단하였다.¹⁶⁾ 요컨대 손실보상의 완료는 인도청구의 인용 여부뿐만 아니라 부당이득·손해배상·형사책임의 성부까지 좌우하는 관문(關門)으로 기능하게 되었다.

그러나 대법원은 재개발사업 등과 달리 재건축사업은 수용 방식에 의하지 아니하므로 미동의자는 도시정비법상 '손실보상' 규정을 원용하여 인도를 거부할 수 없다고 판단한다.¹⁷⁾ 도시정비법의 내용과 체계에 비추어 볼 때 손실보상 규정은 토지보상법상 수용 권한이 부여된 사업에 제한적으로 적용될 뿐 그 권한이 부여되지 아니한 주택재건축사업에까지 적용되거나 유추 적용되는 것으로 해석되지 아니한다는 점을 근거로 하는데, 이러한 해석은 결국 도시정비법상 매도청구를 사법상의 매매관계를 형성하는 제도로 보는 데에서 비롯된다. 그 결과 앞서 본 일련의 재산권 보호 법리는 재개발사업의 현금청산대상자와 세입자에게만 미치고, 재건축사업의 미동의자는 그 바깥에 남겨지게 된다.

한편 수용 방식으로 진행되는 사업에서 인도의무의 이행을 확보하는 또 다른 수단으로 형사처벌이 마련되어 있다는 점도 함께 지적할 필요가 있다. 토지보상법은 토지소유자 등이 수용 또는 사용의 개시일까지 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하도록 하고(제43조), 이를 위반한 자를 처벌하고 있는데(제95조의2 제2호), 헌법재판소는 위 조항들이 재산권 및 거주·이전의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.¹⁸⁾ 주목할 것은 헌법재판소가 그 논거로 '토지 및 건물의 명도의무는 비대체적 작위의무로서 행정대집행의 대상이 될 수 없다'는 점, 곧 행정적 강제수단의 부재를 명시적으로 들었다는 사실이다. 인도의무의 확보 수단으로 행정대집행이 봉쇄되어 있는 현행 체계에서 입법자가 그 공백을 형벌이라는 가장 강력한 수단으로 메우고 있다는 것은, 그 자체로 현행 제도의 불균형을 드러낸다. 대체적 작위의무가 아니라는 형식논리로 대집행을 배제한 결과 오히려 형사처벌이라는 더 무거운 제재가 동원되고 있는 것이다.

III. 도시정비사업의 현행 사업 부지 확보 방식의 문제점

1. 도시정비법의 법적 성격과 건물인도청구의 부정합

(1) 재건축 규율의 연혁 — 사법적 규율에서 공법적 규율로

과거 재건축사업은 주로 「주택건설촉진법」과 집합건물법에 의하여 규율되었다. 주택건설촉진법은 주택건설사업의 절차적 근거로서 사업계획승인 등을 규율하였고,¹⁹⁾ 사업 추진의 실체적 권리 확보는 집합건물법이 담당하였다. 특히 집합건물법 제47조 및 제48조는 재건축을 구분소유자들의 사적 합의를 통한 재산권 행사의 연장선으로 보아, 구분소유자 5분의 4 이상의 결의가 있으면 사업에 동의하지 아니하는 소유자의 부동산을 '시가'로 매도할 것을 청구하는 매도청구권 제도를 두었다. 이는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '토지보상법'이라고 한다)에 따른 수용이 아니라 사인(私人) 사이의 매매관계를 강제적으로 형성하는 사법상 형성권이라는 점에서 본질적인 차이가 있다. 요컨대 이 시기의 재건축사업은 노후 공동주택 소유자들의 사적 계약과 자율적 의사결정에 기반한 민간사업으로서의 성격이 강하였다.²⁰⁾

그러나 도시정비법은 재개발과 재건축을 '정비사업'이라는 단일한 법적 개념으로 포섭하면서 여러 제도적 장치를 통하여 공법적 성격을 강화하였다. 첫째, 도시정비법은 재건축조합을 포함한 정비사업조합을 관할 행정청의 감독 아래 정비사업을 시행하는 공법인으로 규정하였다. 특히 조합설립인가는 조합에 행정주체의 지위를 부여하는 설권적 처분(특허)으로 해석되는데,²¹⁾ 이는 조합의 설립 단계부터 행정청의 재량적 판단과 공법적 통제가 강하게 작용함을 의미한다. 둘째, 도시정비법은 과거 재개발사업에만 적용되던 공법적 절차를 재건축사업에까지 확대 적용하였다. 정비구역 지정 제도를 도입함으로써 재건축사업을 포함한 모든 정비사업은 행정청이 도

15) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다258798 판결; 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다300484 판결; 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다215039 판결 등. 다만 사업시행자가 수용개시일에 소유권을 취득하였음에도 종전 관리자가 부동산을 사용·수익하여 실질적 이익을 얻은 경우까지 부당이득의 성립을 부정하는 것이 종래의 법리와 정합하는지에 관하여는 추가적인 검토가 필요하다는 지적이 있다. 엄지아, 앞의 글, 41-43면.

16) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019도10001 판결. 같은 취지로 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019도13010 판결 등 다수.

17) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62561·62578 판결.

18) 헌법재판소 2020. 5. 27.자 2017헌바464·2017헌바537(병합)·2020헌가6(병합) 결정.

19) 윤재운, 『건설분쟁 관계법』(제9판), 박영사, 2025, 33-34면.

20) 양창수, 『민법주해(2)-총칙(2)』(제2판), 박영사, 2022, 405-406면.

21) 정영철, 『건설·부동산공법론』(제2판), 박영사, 2025, 468-469면.

시계획절차를 거쳐 지정·고시한 정비구역 내에서만 시행되도록 의무화되었고, 행정청의 인가·고시를 통하여 효력이 발생하는 구속적 행정계획이자 독립된 행정처분인²²⁾ 사업시행계획과 관리처분계획 또한 재개발·재건축사업 모두에 적용되게 되었다. 이러한 규정들은 조합원의 재산상 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 핵심적인 사업 절차가 사적 계약이 아닌 공법적 행정행위의 형태로 규율됨을 의미한다.²³⁾

(2) 부지 확보 수단의 이원화와 그 부정합

이러한 점에 비추어 보면, 정비사업의 원활한 추진을 위하여 사업에 반대하는 소유자의 권리를 강제적으로 취득하는 절차 역시 공법적 체계 내에서 규율되어야 한다. 실제로 재개발사업에는 여전히 토지보상법에 따른 수용권이 부여된다. 사업시행계획인가의 고시가 있으면 토지보상법상 사업인정이 있는 것으로 의제되어, 협의가 성립하지 아니할 경우 수용재결 절차를 통하여 소유권을 강제로 취득할 수 있다.²⁴⁾ 반면 우연한 입법적 계기에 의하여 사업 절차를 달리하게 된 재건축사업의 경우에는 수용권 대신 주택건설촉진법 이래의 매도청구권이 인정된다. 매도청구는 민사소송의 형식을 취하지만 사업에 동의하지 아니하는 자의 재산권을 강제적으로 박탈하는 수단이라는 점에서 그 본질은 수용과 유사하며,²⁵⁾ 도시정비법이라는 공법 체계 내에서 사업 추진을 위하여 제도화되었다는 점에서 공법적 성격이 강화된 측면을 보여준다.²⁶⁾ 학설상으로도 매도청구권은 사실상 공용수용과 다르지 아니한 기능을 수행함에도 수용에 요구되는 헌법적 통제와 보상 체계를 회피하고 있다는 점에서 그 위헌성이 지적되어 왔다.²⁷⁾

정비사업이 공법적 성격을 갖는 이상 그 부지를 확보하는 수단 또한 공법적 수단에 의하여야 한다. 그럼에도 재개발·재건축사업을 불문하고 현실의 부지 확보 수단은 민사소송인 건물인도청구의 소로 해결되고 있다. 이러한 해석은 적어도 도시정비법의 성격과 내용에 비추어 볼 때 그 입법 취지에 부합하지 아니한다.

이를 보다 구체적으로 살펴보면, 대법원의 해석과 같이 민사소송을 통하여 건물인도를 구한다면, 관리처분계획인가·고시가 있는 경우 토지등소유자의 자신의 토지 및 건물에 대한 사용·수익은 손실보상이 완료되지 아니하였더라도 정지될 수밖에 없다. 이는 토지 등에 대한 수용에 반드시 손실보상을 요구하는 토지보상법의 규정에 반한다. 대법원 또한 이러한 문제를 인식하여, 앞서 본 것과 같이 재개발사업에서는 손실보상의 완료를 인도청구의 실질적 요건으로 삼는 방향으로 법리를 형성하였다. 그러나 이러한 해석은 그나마 토지보상법이 준용되는 재개발사업에서만 한정적으로 적용될 수 있을 뿐, 사법적 법률관계로 해석되는 재건축사업에서는 적용될 여지가 없다.

오히려 재건축사업에서는 손실보상에 갈음하여 지급되는 매매대금과 건물인도의무가 상호 대응하는 동시이행의 관계에 놓이게 되는데, 이러한 결과는 사전보상의 원칙을 선언한 토지보상법 제62조의 취지뿐만 아니라 도시정비법이 지닌 공법적 성격에도 반한다. 즉 행정주체가 우월적 지위에서 사업예정지 내의 토지를 취득함에도 자신의 토지 등이 실질적으로 수용되는 토지등소유자는 소극적인 거부권의 행사에 그칠 수밖에 없으며, 손실보상의 내용 자체를 공법적 절차에서 직접 다룰 수 없다는 한계를 갖는다. 재개발사업의 현금 청산대상자가 보상금증감청구소송을 통하여 보상의 적정성을 다룰 수 있고 주거이전비 등에 관하여는 당사자소송을 제기할 수 있는 것과 대비하면, 재건축사업의 미동의자는 매도청구소송 내에서의 시가 감정이라는 단일한 통로에 의존할 수밖에 없어 절차적 지위가 현저히 열악하다.

2. 법적 근거의 문제

현행 대법원의 해석에 따른 건물인도청구는 그 형식에 있어 물권적 청구권인 소유물반환청구권을 근거로 한다(민법 제213조). 따라서 사업시행자가 건물인도를 구하기 위해서는 원고인 자신의 건물 소유 사실과 피고인 토지등소유자의 건물 점유 사실을 주장·증명하여야 한다. 그런데 이러한 건물인도청구권이 과연 도시정비법의 해석만으로 도출될 수 있는지 문제 된다.

22) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다97737 판결.

23) 박지환, 앞의 책(주9), 471-472면.

24) 김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022, 742면.

25) 헌법재판소 2014. 1. 28.자 2011헌바363 결정. 위 결정은 매도청구권이 재건축 불참자의 의사에 반하여 매매계약의 성립을 강제한다는 점에서 실질적으로 공용수용에 준하는 기능을 수행함을 전제로 그 합헌성을 심사하였다.

26) 김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022, 752-753면, 755-756면.

27) 성중탁, “매도청구권제도의 위헌성에 관한 소고”, 『성균관법학』 제24권 제2호(2012. 6.), 141면 이하. 위 논문은 부동산 개발사업에서 사업 부지를 확보하는 강제적 수단으로 수용과 매도청구가 병존하는 현행 법제를 비판적으로 검토하면서, 매도청구가 공공필요와 정당보상이라는 헌법적 요청을 충족하는지에 근본적인 의문을 제기한다.

도시정비법 제81조 제1항은 관리처분계획인가·고시의 효력으로서 토지등소유자의 토지 또는 건축물에 대한 사용·수익 권한의 정지를 규정하고 있고, 같은 조 제2항 이하의 사업시행자의 기존 건축물 철거에 관한 사항을 규정하고 있다. 그러나 도시정비법의 어떠한 규정을 살펴보다도 사업시행자가 사업 시행지 내의 지장물에 대하여 소유권과 같은 대세적 효력을 부여받았다고 볼 근거가 없으며, 사업시행자의 소유 사실을 추정하는 규정 또한 존재하지 아니한다. 결국 대법원이 말하는 ‘배타적 사용·수익권’은 종전 권리자의 권능이 정지된 결과 사실상 남게 되는 반사적 이익에 가까운 것이지, 제3자에 대한 대항력을 갖춘 독립한 권원이라고 보기 어렵다. 실제로 정비사업의 인도청구 실무에서는 사업시행자가 소유물반환청구권과 도시정비법 제81조 제1항에 따른 사용·수익권을 청구원인으로 혼용하는 경우가 적지 아니하고, 하급심 사이에서도 어느 것을 인도의무의 근거로 삼을 것인지에 관한 판단이 엇갈려 왔다.²⁸⁾ 이러한 혼란은 청구권원의 규범적 기초가 불분명하다는 사정을 증명한다.

무엇보다 실무상 사업시행자는 관리처분계획인가·고시가 있는 후 조속한 사업 시행을 위하여 소유자와 점유자를 불문하고 건물인도청구의 소를 제기하는 경우가 많다. 이로 인한 불필요한 비용 증가의 문제는 차치하더라도, 소유자가 건물을 직접 점유하지 아니한 경우 그가 과연 건물인도청구의 피고적격을 갖는지조차 의문이다.²⁹⁾

특히 민법상 소유물반환청구권은 본래 불법점유를 전제로 마련된 규정이다.³⁰⁾ 그런데 도시정비법에 따른 관리처분계획인가·고시가 있었다는 이유만으로, 적법한 소유권 및 점유권에 기초하여 자신의 토지 및 건물을 이용하여 오던 토지등소유자의 이용 관계가 어느 날 갑자기 불법점유로 전환된다는 것은 납득하기 어렵다. 관리처분계획인가·고시의 효력은 사업예정지 내의 토지 및 건물의 사용을 중지시키는 데 그치는 것으로서, 이는 사업 목적의 달성을 위하여 추가적인 토지 이용을 금지시키기 위한 것으로 해석하여야 한다. 이 규정 자체로 인하여 종전의 사용·수익 관계가 고시의 효력 발생일을 기준으로 갑자기 불법적인 것으로 변경된다고 보는 것은, 특히 토지등소유자에게 손실보상이 완료되지 아니한 경우를 전제로 한다면 정당한 보상이 전적으로 배제된 상황에서 토지 이용 권원만을 박탈하는 결과가 되므로 토지등소유자에게 일방적으로 불합리한 해석이 된다. 대법원이 주거이전비 등을 지급받지 못한 종전 권리자의 점유를 불법점유로 보지 아니하고 부당이득반환의무마저 부정한 것도,³¹⁾ 결국 이러한 문제의식을 판례의 차원에서 수용한 것으로 이해할 수 있다.

대법원의 이러한 해석은 종래 수용 절차를 거쳐 공익사업을 위한 토지를 확보하는 방식을 규율하는 토지보상법 제43조의 유추에 근거한 것으로 보인다. 토지보상법은 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 개시일 까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 한다고 규정하고 있고, 대법원은 위 규정과 관리처분계획인가·고시의 효력에 관한 도시정비법 제81조 제1항이 결합하여 사업시행자의 건물인도청구권이 발생한다고 본다.³²⁾

그러나 토지보상법 제43조는 공법상 권한을 행사하는 사업시행자가 우월적 지위에서 사업구역 내의 토지와 건물의 인도를 구할 수 있는, 즉 행정상 강제력 행사의 근거가 되는 규정으로 보아야 할 뿐이지, 대등한 당사자 사이의 지위를 전제로 하는 민사관계에서 소를 제기할 수 있는 권원이 된다고 보기에는 부족하다. 이는 토지보상법이 위 인도의무의 확보를 위하여 대집행 신청(제89조)과 형사처벌(제95조의2 제2호)이라는 공법적 수단을 별도로 마련하고 있다는 점에서도 뒷받침된다. 무엇보다 대법원의 해석에 의하면 재건축사업에는 토지보상법이 준용될 여지가 없으므로, 재건축사업에서야말로 건물인도를 구할 권원 자체가 존재하지 아니한다는 근본적인 문제가 발생한다.

3. 재건축사업에서 미동의자에 대한 매도청구의 문제

(1) 부지 확보 시점의 부정합

재건축사업의 사업시행자는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 미동의자에 대한 매도청구권을 행사할 수 있다. 그런데 이러한 시점의 매도청구가 반드시 필요한지 의문이다.

정비사업의 진행 과정에서 현실적으로 부지 확보가 필요한 시점은 관리처분계획의 인가·고시까지 모두 마쳐진 시점이다. 사업시행

28) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결의 사안에서도 제1심은 도시정비법에 근거한 인도의무를, 원심은 소유물반환청구권에 근거한 인도의무를 각 인정하는 등 청구원인이 혼재되어 있었다. 임지아, 앞의 글, 26면 각주 19 참조.

29) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다187 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결 참조. 약정에 의하여 부동산의 인도를 청구하는 경우에 한하여 그 상대방이 직접점유자로 제한되지 아니하고 간접점유자를 상대로 하는 청구도 허용될 뿐이다.

30) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다187 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결.

31) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다258798 판결 등. 종전 권리자는 손실보상이 완료될 때까지 부동산을 무상으로 사용·수익할 권리가 있으므로 그 점유에 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다는 취지의 하급심 판단으로 수원지방법원 2019. 7. 4. 선고 2018나74518 판결 참조.

32) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결.

계획이 인가되었다는 것만으로는 실제 시공 업무를 수행하는 시공자 등 협력업체와의 계약 체결이나 조합원들에 대한 권리 배분과 관련된 최소한의 절차조차 진행되지 아니한 상태이고, 사업의 전체적인 윤곽과 진행 계획만이 수립되었을 뿐이다. 특히 재건축조합은 이 시점에서 사업 진행을 위한 최소한의 재원조자 확보하지 못하여 시공 예정자로부터 사업비를 대출받아 충당하는 경우가 일반적이다. 그럼에도 부지 확보를 위한 비용조차 스스로 충당할 수 없는 재건축조합이 미동지자를 상대로 매도청구권을 행사할 수 있도록 하는 것은, 재건축사업으로부터 벗어나고자 하는 소유자로 하여금 불필요한 방어 비용을 지출하도록 강제하는 결과만을 낳는다. 또한 매도청구에 따른 매매대금 지급의무와 토지 및 건물의 인도무는 동시이행의 관계에 있게 되는데, 재건축조합의 매매대금 지급이 현실적으로 가능하게 되는 시점³³⁾ 관리처분계획인가 고시 이후라는 점을 감안하면 반드시 그 이전 시점에 매도청구권을 행사하도록 하여야 할 현실적인 필요도 없다.

(2) 사법적 형식과 공익사업적 실질의 괴리

이러한 문제에 더하여, 매도청구는 본질적으로 공익사업을 위한 강제적 재산권 취득 절차임에도 매매계약이라는 사법적 형식을 취하고 있어 그 자체로 불합리한 결과를 야기한다. 토지보상법에 따른 수용 절차는 토지·건물 자체의 가격 외에도 주거이전비, 이사비, 영업손실보상 등 생활보상의 측면을 포괄적으로 규율하여 피수용자의 생활 재건을 돕는다.³⁴⁾ 반면 매도청구는 오로지 시가에 의한 매매대금의 산정에만 초점을 맞춘다. 물론 대법원은 여기에서의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 객관적 거래가격으로서 재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 산정되는 가격, 즉 개발이익이 포함된 가격이라고 판단하고 있기는 하다.³⁵⁾ 그러나 주거이전비나 영업손실보상 등에 관한 명시적 규정이 없어 세입자나 영세상인 등은 충분한 보상을 받지 못한 채 삶의 터전을 잃게 될 위험이 크다. 개발이익이 반영된 시가는 소유자에 대한 대물적 보상일 뿐 세입자에 대한 생활보상을 대체할 수 없다는 점에서, 이는 사업의 공공성을 제대로 반영하지 못하는 명백한 입법적 한계이다.

이러한 보상의 공백이 초래하는 결과는 결코 추상적이지 아니하다. 재개발사업의 철거 현장에서 발생한 비극적 사건들의 근저에는 세입자에 대한 보상의 내용과 절차를 명확하게 정하지 아니한 법제의 불비가 자리하고 있다는 지적이 오래전부터 제기되어 왔다.³⁶⁾ 재건축사업에서는 이러한 보상 규정 자체가 준용되지 아니하므로 그 공백은 한층 더 크다.

4. 현행 집행 실무의 문제

건물인도 소송에서 승소한 사업시행자는 건물인도청구권에 관한 집행권원을 확보한다. 그러나 사업의 궁극적 목적은 건물을 인도받는 것이 아니라 토지 위의 건물을 철거하여 착공 가능한 상태의 부지를 확보하는 것이다. 민사집행을 통한 건물인도청구권의 실현은 이러한 목적과 수단 사이의 간극을 해소하지 못한다. 현행법상 인정되는 민사상 건물인도무는 점유자가 자발적으로 점유를 이전하지 아니하는 한 법원의 집행관이 직접적인 실력을 행사하여 점유를 배제하여야 하므로, 타인이 대신할 수 없는 비대체적 작위의무이기 때문이다.

이로 인하여 사업시행자는 먼저 민사집행법에 따라 인도 집행을 완료한 후 별도로 철거 절차를 진행하여야 하는 이중의 부담을 진다. 인도 집행 과정에서 점유자의 저항이 있을 경우 물리적 충돌과 추가적인 시간 지연이 발생하며, 이는 신속한 사업 추진에 큰 걸림돌이 된다. 즉 현행 제도는 사업의 본질인 철거가 아니라 부수적 절차인 인도에 집행을 초점을 맞추고 있어 비효율적이다. 뒤에서 보듯이 대법원은 철거의무를 대집행의 방법으로 실현할 수 있는 경우라면 그 과정에서 부수적으로 점유자에 대한 퇴거 조치를 할 수 있으므로 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시하고 있는데,³⁷⁾ 이는 현행 정비사업의 이중 절차가 제도 설계의 문제일 뿐 논리적 필연이 아님을 역설적으로 보여준다.

33) 도시정비법 제92조, 제93조에 따라 정비사업비는 원칙적으로 사업시행자가 부담하는데, 관리처분계획의 인가 후에야 비로소 정비사업비의 구체적인 금액이 확정되어 금융기관으로부터의 본격적인 사업비 대출이 가능해지기 때문이다.

34) 수용으로 상실된 생활기반의 재건을 위한 보상을 '생활보상'으로 포섭하는 학설의 전개에 관하여는 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2015, 79-80면; 김중권, 『행정법』, 법문사, 2016, 802면; 박균성 / 도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2021, 1231면, 1234면 참조. 헌법 제23조 제3항의 '정당한 보상'을 종전 생활 수준의 재건으로 이해하여야 한다는 견해로는 박균성, "손실보상제도의 몇 가지 쟁점", 『법제』 제579호(2006. 3.), 11면; 엄장진, 앞의 글, 179면.

35) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549·21556·21563 판결.

36) 김중보, "재개발사업의 철거와 세입자보상", 『행정법연구』 제23호(2009. 4.), 109면 이하. 위 논문은 세입자 보상의 문제가 단순한 사실상의 갈등이 아니라 재개발사업의 절차, 수용과 보상의 법체계, 생활권보상의 헌법적 문제, 철거의 절차 등이 얹힌 법적 문제임을 지적하면서, 불분명한 공법상 보상체계와 법적 불안정성이 오히려 기습적 철거를 조장한다고 분석한다.

37) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결.

그렇기에 사업시행자로서는 사업 절차의 지연을 막기 위하여 본안 소송의 제기와 함께 또는 그에 선행하여 건물인도를 구하는 가처분을 신청하게 되는데, 건물인도를 구하는 가처분은 단행적 가처분으로서 사실상 종국적 만족을 목표로 하는 가처분이다(민사집행법 제300조 제2항). 따라서 사업시행자로서는 보전 단계에서부터 본안 소송과 동일한 수준의 준비를 할 수밖에 없고, 만약 단 1건의 가처분 신청이 기각된다고 하더라도 사업 부지의 온전한 확보가 불가능해져 후속 사업 절차의 진행에 심각한 차질이 초래된다. 요컨대 정비사업에서 부지 확보 수단으로 건물인도청구를 인정하는 것은 동일한 목적을 위하여 이중의 절차를 요구하는 것으로서, 다수 당사자가 얹혀 있는 정비사업에서 심각한 사업 지연과 사업시행자에 대한 막대한 금전적 부담을 가져온다.

정리하면, 민사상 건물인도청구권은 불법점유자로부터 건물의 점유를 회복하는 것을 목표로 하는 권리이다. 그럼에도 정비사업에서 부지 확보를 위한 수단으로 건물인도청구권을 원용하다 보니 그 실제의 운용이 권리의 본래적 성격과 맞지 아니하게 되었고, 집행과정에서도 구조적인 난점이 발생하게 되었다.

5. 쟁송절차의 이원화와 심리의 중복

현행 제도의 또 다른 문제는 하나의 분쟁이 성질을 달리하는 두 개의 소송절차로 나뉘어 다루어진다는 점이다. 사업시행자의 건물인도청구는 민사소송에 의하는 반면, 종전 권리자의 주거이전비 등 보상청구권은 공법상의 권리로서 그에 관한 소송은 행정소송법상 당사자소송에 의하여야 한다.³⁸⁾ 그런데 앞서 본 판례에 의하면 인도청구를 심리하는 민사법원은 종전 권리자의 선이행 항변의 당부를 판단하기 위한 전제로서 그가 주거이전비 등의 지급대상에 해당하는지 여부를 스스로 심리·판단하여야 한다. 다만 민사법원이 직접 주거이전비 등의 지급을 명하거나 그 보상에 관한 재결의 당부를 심리·판단할 수는 없다.³⁹⁾

그 결과 동일한 당사자 사이의 동일한 쟁점, 즉 주거이전비 등의 지급대상 해당 여부와 그 정당한 액수가 민사법원과 행정법원에서 각각 심리된다. 민사판결에서 선이행 또는 동시이행의 대상으로 판단한 주거이전비 등의 액수에는 기판력이 미치지 아니하므로, 종전 권리자는 그와 별도로 당사자소송을 제기할 수 있다. 변론주의가 지배하는 민사소송과 직권심리가 가능한 행정소송(행정소송법 제26조)의 차이로 인하여 두 법원의 판단이 어긋날 가능성도 배제할 수 없는데, 이는 재판에 대한 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라 동일 쟁점에 대한 중복 심리라는 비효율을 낳는다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 관련청구소송의 이송 및 병합에 관한 행정소송법 제44조 제2항, 제10조 제1항을 개정하여 인도청구소송을 그 대상에 포함시키는 방안이 제안되기도 하였다.⁴⁰⁾

그러나 이러한 개별적 조정만으로는 문제의 뿌리에 이르지 못한다. 쟁송절차가 이원화된 것은 부지 확보라는 공법적 과정을 민사소송이라는 그릇에 담은 데에서 비롯된 것이므로, 부지 확보 절차 자체를 공법적 절차로 재구성하여 보상의 완료 여부와 의무의 이행을 하나의 행정절차 및 그에 대한 항고소송 내에서 통합적으로 심사하도록 하는 것이 근본적인 해결책이 된다. 뒤에서 제안하는 행정대집행의 도입은 바로 이러한 통합을 지향한다.

IV. 도시정비사업의 사업 부지 확보 방안 — 미동의자에 대한 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 인정 필요

1. 미동의자에 대한 매도청구 규정 삭제의 필요

(1) 사업 초기 단계에서의 부지 확보의 불필요 및 과도한 재산권 제한

현행 매도청구권은 사업의 구체적인 내용이 확정되지 아니한 조합설립 단계의 미동의를 이유로 행사된다. 이 단계에서 토지등소유자는 추정분담금 외에 정확한 건축계획, 자금조달계획, 분담금 규모, 권리변환의 구체적 내용 등을 알 수 없다. 이러한 정보의 부재 속에서 단지 조합설립에 동의하지 아니하였다는 이유만으로 소유 부동산의 매도를 강요당하는 것은, 정보에 기반한 합리적 의사결정의 기회를 박탈하고 헌법상 재산권을 과도하게 제한하는 것이다.

종래 헌법재판소는 도시정비법상의 매도청구권 조항을 합헌으로 결정하였으나,⁴¹⁾ 반대의견은 도시재생 법제 등 대안이 마련된 상

38) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2018두55326 판결 참조.

39) 대법원 2021. 8. 26. 선고 2019다235153 판결.

40) 엄지아, 앞의 글, 44면. 다만 위 견해도 인도청구소송을 법령에서 특정하는 문제, 소 제기의 선후 문제 등 해결하여야 할 쟁점이 많다는 점을 함께 지적하고 있다.

황에서 공용수용과 유사한 매도청구권을 정당화할 우월한 공익이 있다고 보기 어렵고 법익의 균형성을 충족하지 못하여 재산권을 과도하게 제한한다고 비판하였다. 이러한 반대의견의 문제의식은 매도청구권의 행사 시점이 사업의 실체가 확정되기 이전이라는 점과 결합할 때 더욱 설득력을 갖는다.

사업의 실체가 확정되기 전에 부지를 확보하도록 한 결과는 소송의 양상에서도 드러난다. 매도청구 소송은 조합설립결의의 하자, 총회결의의 무효, 최고 절차의 적법성 등 사업 추진 과정의 모든 절차적 흠결을 다투는 장으로 변질되는 경우가 많고,⁴²⁾ 2개월의 짧은 제척기간을 놓치면 다시 조합설립변경결의 등의 절차를 거쳐야만 새로운 매도청구권을 행사할 수 있어 불필요한 절차의 반복을 낳는다.⁴³⁾ 결국 현행 매도청구권은 토지등소유자의 법적 지위를 장기간 불안정하게 만들면서도 사업시행자에게는 금융비용의 증가만을 안기는 것이어서, 어느 쪽에도 이익이 되지 아니한다.

(2) 재산권 보장의 미흡 및 공용수용과의 불균형

매도청구권은 매매의 형식을 취하므로 토지보상법상의 각종 손실보상 규정이 직접 적용되지 아니한다. 토지보상법은 토지·건물 가격에 대한 정당한 보상 외에도 주거이전비, 이사비, 영업손실보상, 농업손실보상 등 생활보상적 차원의 두터운 보상 체계를 갖추고 있다. 그러나 매도청구 소송에서는 오직 시가에 따른 매매대금만이 쟁점이 될 뿐 이러한 생활보상은 보장받기 어렵다.

재개발사업과 재건축사업 모두 도시환경의 개선이라는 공공적 목적을 추구함에도, 부지 확보 방식이 재개발은 수용, 재건축은 매도청구로 이원화되어 보상 수준에 심각한 불균형이 발생한다. 이러한 차별은 재건축사업의 공공성이 재개발사업보다 약하다는 추상적 인식에 기반하나,⁴⁴⁾ 재산권 보장이라는 헌법적 가치에 비추어 정당화되기 어렵다. 더욱이 오늘날 재건축사업은 기반시설의 설치 부담, 임대주택의 공급 의무, 초과이익의 환수 등 재개발사업에 준하는 공적 부담을 지고 있어, 공공성의 강약을 이유로 한 구별은 그 실질적 근거를 상당 부분 상실하였다.

특히 2017년 전부 개정된 도시정비법은 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치와 관련하여 종전의 '현금청산'이라는 용어를 삭제하고 '손실보상에 관한 협의'로 용어를 일원화하였다(도시정비법 제73조). 이러한 변화는 단순한 용어의 통일 이상의 의미를 갖는다. 현금청산이 특히 사적 개발의 성격이 강한 재건축사업에서 사인 사이의 금전적 해결을 의미하였다면, 손실보상은 적법한 공권력 행사로 인한 재산권 침해를 전보(填補)한다는 의미를 갖는 공법적 해결을 의미하기 때문이다. 위 개정으로 재개발과 재건축을 포함한 모든 정비사업에서 분양 미신청자에 대한 후속 절차가 손실보상 협의라는 공법적 틀 안으로 포섭되게 되었다. 이는 정비사업의 공공성을 강화하고 절차적 통제를 일원화하려는 입법자의 의도를 명확히 드러낸 것으로 볼 수 있다.⁴⁵⁾

(3) 소결 — 분양신청 절차로의 일원화

이상의 논의를 종합하면, 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정은 삭제하는 것이 타당하다. 도시정비법은 이미 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 손실보상 협의와 그에 이은 매도청구 내지 수용의 절차를 마련하고 있으므로(도시정비법 제73조), 조합설립 단계의 미동의자 역시 분양신청 기간까지 사업 참여 여부를 최종적으로 선택하도록 하고 그 이후에야 비로소 부지 확보 절차에 나아가도록 하는 것이 사업의 실질에 부합한다. 실제로 판례 역시 매도청구소송에서 승소판결이 확정되었다도 사업시행자가 매매대금을 지급하지 아니하여 토지등소유자가 소유권을 보유하고 있는 동안에는 분양신청 기간까지 조합설립에 동의함으로써 조합원이 될 수 있다고 보아, 조합설립 단계의 미동의자가 갖는 종국성을 완화하고 있다. 이렇게 하면 토지등소유자는 관리처분계획의 수립에 필요한 정보를 확보한 상태에서 사업 참여 여부를 결정할 수 있게 되고, 사업시행자는 재원이 확보된 시점에 일괄하여 부지 확보 절차를 진행할 수 있게 되어 양측 모두에게 이익이 된다.

2. 행정대집행의 법적 근거와 현행 판례

(1) 행정대집행의 의의와 요건

행정대집행이란 행정법상의 의무 중 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무, 즉 대체적 작위의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우에

41) 헌법재판소 2020. 11. 26.자 2018헌바407·408 결정.

42) 서울고등법원 2011. 4. 7. 선고 2010나73378 판결.

43) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2012다90047 판결.

44) 정영철, 앞의 책(주21), 496면.

45) 정영철, 앞의 책(주4), 421-422면.

행정청이 스스로 또는 제3자를 통하여 그 의무의 내용을 실현하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 행정상 강제집행 수단이다. 이는 행정의 실효성을 확보하기 위한 제도로써, 그 법적 근거는 행정대집행법이라는 일반법과 개별법상의 규정에 있다.

행정대집행을 실시하기 위해서는 다음의 요건이 갖추어져야 한다. 첫째, 공법상 대체적 작위의무의 불이행이 있어야 한다. 대체적 작위의무란 철거, 원상복구 등 타인이 대신할 수 있는 작위의무를 의미한다. 둘째, 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하여야 한다. 비권력적 수단이나 사적 자치에 의한 해결로는 공공 목적을 달성할 수 없어야 한다는 보충성의 요건이다. 셋째, 그 불이행을 방지함이 심히 공익을 해할 것으로 인정되어야 한다. 소수 불이행자의 이익보다 그로 인하여 침해되는 공익이 현저히 커야 한다는 것으로서, 공익과 사익을 이익형량하는 요건으로 기능한다. 넷째, 의무 부과와 대집행의 법적 근거가 모두 존재하여야 한다. 행정대집행을 실행하기 위해서는 의무를 부과하는 법령과 대집행을 허용하는 법령이 함께 필요하다.

(2) 인도의무에 대한 대집행을 부정하는 판례와 그에 대한 비판

현행법상 인정되는 인도의무는 점유자가 자발적으로 점유를 이전하지 아니하는 한 집행기관이 직접적인 실력을 행사하여 점유를 배제하여야 하므로, 타인이 대신할 수 없는 비대체적 작위의무에 해당한다. 반면 철거의무는 소유자가 아니더라도 제3자가 건물을 해체하는 행위를 대신할 수 있으므로 대체적 작위의무에 해당한다.

대법원은 행정대집행은 대체적 작위의무의 불이행에 대해서만 가능하다는 전제 아래(행정대집행법 제2조), 토지나 건물의 인도(명도)의무는 그것을 강제적으로 실현하는 데 직접적인 실력 행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행의 대상이 될 수 없다는 입장을 일관되게 유지하고 있다.⁴⁶⁾ 나아가 하급심은 토지보상법 제89조가 대집행 신청에 관한 규정을 두고 있다고 하더라도, 위 규정은 대집행에 관한 개별적 근거 규정을 마련함과 동시에 행정대집행법상의 요건 및 절차에 관한 일부 규정을 준용한다는 취지에 그칠 뿐, 대체적 작위의무에 속하지 아니하여 원칙적으로 대집행의 대상이 될 수 없는 다른 종류의 의무에 대해서까지 강제집행을 허용하는 취지는 아니라고 판시하고 있다.⁴⁷⁾ 한편 행정심판 실무 역시 토지보상법 제43조가 피수용자에게 인도의무를 부과하고 있을 뿐 나아가 적극적으로 지장물을 스스로 철거할 의무까지 규정한 것으로는 볼 수 없다고 보아, 인도의무를 대상으로 한 계고처분을 위법하다고 판단하였다.⁴⁸⁾

이에 대하여 학설상으로는, 토지보상법 제43조가 토지나 물건의 인도·이전의무를 규정하고 제89조가 그 불이행에 대한 대집행 신청을 규정하고 있는 이상, 인도·이전의무가 비대체적 작위의무의 성격을 갖더라도 위 제89조에 의하여 예외적으로 대집행이 가능한 것으로 규정한 것이라고 해석하여야 하며, 그렇게 보지 아니하면 제89조가 유명무실해진다는 유력한 비판이 제기되어 왔다.⁴⁹⁾ 실제로 헌법재판소가 인도의무 위반에 대한 형사처벌 조항을 합헌으로 판단하면서 행정대집행이라는 실효성 확보 수단의 부재를 그 논거로 삼았다는 점을 고려하면,⁵⁰⁾ 판례의 태도는 결과적으로 인도의무의 확보 수단을 형벌로 몰아가는 부작용을 낳고 있다. 더욱이 앞서 본 것과 같이 주거이전비 등이 지급되지 아니한 경우에는 그 형사처벌마저 성립하지 아니하므로,⁵¹⁾ 현행 제도 아래에서 사업시행자에게 남은 수단은 사실상 민사소송과 민사집행뿐이다.

생각건대 대법원의 판단은 형식논리에 치우쳐 사업의 본질을 간과한 것이다. 앞서 지적하였듯이 사업시행자가 건물을 인도받으려는 궁극적 목적은 그 건물을 사용·수익하기 위한 것이 아니라 사업계획에 따라 철거하기 위한 것이다. 즉 인도는 철거라는 최종 목표를 달성하기 위한 부수적 절차에 불과하다. 그럼에도 인도라는 행위의 형식적 측면에만 집중하여 이를 비대체적 작위의무로 판단함으로써, 사업의 본질인 철거를 신속히 이행할 길을 스스로 막고 있는 것이다.

이 점은 대법원 자신의 판시에 비추어 보아도 분명하다. 대법원은 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다고 보면서, 건물의 점유자가 철거의무자인 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있으므로 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 아니하고, 행정청은 건물철거 대집행의 과정에서 부수적으로 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있으며, 점유자들이 적법한

46) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결; 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결 등.

47) 서울행정법원 2010. 1. 7. 선고 2009구합32598 판결 참조.

48) 국민권익위원회 2008. 4. 29.자 2008-04897 재결(행정대집행 계고처분 취소청구) 참조. 위 재결은 토지보상법 제43조가 인도의무를 규정하고 있을 뿐 지장물의 철거의무를 규정한 것은 아니라는 점을 전제로, 인도의무의 불이행을 이유로 한 계고처분을 위법하다고 보았다. 이는 현행법상 토지등소유자에게 부과되는 의무가 '인도'에 그치고 '철거'에 이르지 아니한다는 점을 단적으로 보여준다.

49) 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2009, 480면 참조. 이러한 비판은 토지보상법 제89조의 문언이 '이 법 또는 이 법에 의한 처분으로 인한 의무'를 대집행의 대상으로 삼고 있다는 점에 주목한다.

50) 헌법재판소 2020. 5. 27.자 2017헌바464·2017헌바537(병합)·2020헌가6(병합) 결정.

51) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019도10001 판결.

대집행을 위력으로 방해하는 경우에는 공무집행방해죄가 성립한다고 판시하였다.⁵²⁾ 즉 의무의 내용이 ‘철거’로 구성되기만 하면 ‘인도’ 내지 ‘퇴거’는 그 안에 흡수되어 별도의 절차를 요하지 아니한다는 것이다. 현행 정비사업에서 인도와 철거라는 두 개의 절차가 순차로 요구되는 것은 결국 토지등소유자에게 부과되는 의무가 ‘인도’에 머물러 있기 때문이지, 사물의 본성에서 비롯된 필연이 아니다.

또한 대법원의 해석에 의하면 소수의 미동의자에게 장기간의 민사소송 및 집행 절차를 통하여 사업 전체를 지연시킬 수 있는 과도한 수단이 허용되는 결과가 된다. 사업시행자가 사업으로부터 탈퇴하고자 하는 자를 상대로 건물인도의 소를 제기하는 경우, 상대방은 건물인도를 저지하기 위하여 보전소송 단계에서부터 강제집행의 정지를 신청할 수 있는 지위에 있다. 토지나 지장물에 대한 감정 등을 명목으로 하는 강제집행정지 신청은 빈번하게 이루어지는데, 재판청구권의 보장이라는 명목 아래 별다른 통제 없이 인정되어 온 측면이 있다. 종국적으로 사업으로부터 탈퇴하고자 하는 자는 정당한 보상을 받되 건물을 인도할 의무를 부담하게 되는데, 그때까지의 사업 지연은 사업시행자에게 막대한 금융비용의 증가와 공사기간의 지연을 가져오고, 결국 사업에 참여하는 조합원들이 부담하여야 하는 피해로 귀결된다. 그럼에도 토지등소유자는 판례의 해석에 근거하여 이러한 피해에 대하여 아무런 부담을 지지 아니한 채 자신의 재산권을 명목으로 사업 전체를 지연시킬 수 있는 사실상의 권한을 갖게 된다.

3. 행정대집행의 인정 필요성과 근거 규정의 정비

(1) 행정대집행의 인정 필요성

앞서 본 것과 같이 도시정비법은 정비구역의 지정에서부터 개별 사업 단계마다 행정청의 인가를 받도록 함으로써 정비사업의 구조를 사실상 일원화하였고, 이는 정비사업을 강력한 공법적 통제 아래에 두었음을 의미한다(III. 1.). 그럼에도 부지 확보의 방안에 관하여는 재개발사업에 손실보상에 관한 토지보상법의 상당 부분이 준용되는 것과 달리, 재건축사업은 여전히 사법적 계약의 방식에 의한 진행만이 강조되고 있다.

이러한 점에 더하여, 공익 목적의 사업에서 인도의무에 대한 대집행을 인정하지 아니하는 판례에 따라 정비사업에서는 지속적으로 건물인도를 구하는 소송이 제기되고 있다. 실제 사례들을 살펴보다도 하나의 정비사업 구역 내에서 제기되는 건물인도청구의 소의 건수는 세대수를 상회하는 경우가 적지 아니하다. 특히 재개발구역의 경우 사업구역 내 건축물의 노후화로 인하여 불법 증축 등이 잦고 등기부나 건축물대장상의 현황과 실제 현황이 일치하지 아니하는 경우가 많다 보니, 사업 지연을 막기 위하여 점유자에 해당하는지를 불문하고 점유를 하는 것과 같은 외관을 보이는 자에게는 무차별적으로 소를 제기하는 것이 통상적인 실무 관행이다. 여기에 관리처분 계획인가·고시 이후 발생하는 사업비 대출 이자를 줄이기 위하여 사업시행자로서는 조속한 사업 진행을 위한 무리한 소송 진행을 할 수밖에 없는데, 결과적으로 이러한 비용은 모두 조합원들에게 전가된다.

주목할 만한 것은, 정비구역 내에 불법으로 건축된 건축물의 철거에 관하여는 이미 하급심에서 토지보상법 제25조 제2항·제3항의 원상회복의무와 제89조의 대집행 규정을 근거로 그 철거는 행정대집행에 의하여야 하고 민사소송에 의한 철거청구는 소의 이익이 없다고 판단한 예가 있다는 점이다. 이는 동일한 정비구역 내에서 적법 건축물에 대하여는 민사소송이, 불법 건축물에 대하여는 행정대집행이 각각 적용되는 기이한 결과를 낳는다. 부지 확보 수단의 규율이 정합성을 잃고 있음을 단적으로 보여주는 사례라 할 것이다.

이러한 측면에서 정비사업의 부지 확보 수단으로 민사법적 권리구제 수단을 이용하는 것은 법 체계상의 문제가 있을 뿐만 아니라, 공익사업이라는 취지에도 부합하지 아니한다. 따라서 하나의 절차 내에서 의무의 확정과 집행이 모두 이루어지는 공법상 수단인 행정대집행을 실질적인 부지 확보 수단으로 이용하도록 하는 것이 바람직하다.

(2) 철거의무의 인정 근거와 입법적 정비

도시정비법 제81조에는 토지등소유자에게 철거의무를 부과하는 명문의 규정이 없다. 오히려 철거의무는 사업시행자에게 부과되어 있을 뿐이다. 따라서 도시정비법의 해석론만으로 토지등소유자에게 철거의무를 인정할 수 있는지가 문제 된다. 도시정비법 제81조 제1항은 토지등소유자의 사용·수익 중지 의무를 규정하고 있고, 토지보상법 제43조는 토지 등의 인도·이전의무를 규정하고 있다. 위 규정들의 문언만으로 철거의무가 곧바로 도출될 수는 없으나, 공익사업의 성격상 사용·수익의 중지와 인도는 궁극적으로 철거를 목적으로 하는 것이므로 위 각 규정으로부터 철거의무가 간접적으로나마 도출된다고 볼 여지도 있다.

52) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결. 위 판결은 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결에 대하여, 그 사안은 적법한 건물에서 처분상대방의 점유를 배제하고 점유이전을 받기 위하여 계고처분을 한 것으로서 처분의 주된 목적이 ‘건물의 인도’라는 비대체적 작위의무의 실현에 있었기 때문에 대집행의 대상이 될 수 없다고 본 것이라고 설명하고 있다. 의무의 내용을 어떻게 구성하는가에 따라 대집행의 가부가 갈린다는 점을 대법원 스스로 밝힌 것이다.

그러나 앞서 본 행정심판 실무의 태도에서 드러나듯, 현행법의 해석만으로 토지등소유자에게 철거의무를 인정하기는 어렵다. 재산권 보장의 취지에 비추어 보더라도 개인의 재산권을 제약하는 의무의 부과는 보다 명확한 규정에 의하여야 한다. 따라서 추상적이고 추가적인 해석의 여지를 낳는 사용·수익 중지 의무를 철거의무로 해석하기보다는, 이를 법률에 명확히 규정하는 것이 필요하다. 다만 현행 도시정비법상 철거의무를 이행하고 그 비용을 부담하는 주체는 사업시행자이므로, 도시정비법의 개정으로 철거의무를 토지등소유자에게 부과하는 것은 토지등소유자에게 지나친 재산권적 제약을 추가로 부담하게 하는 것이라는 비판의 여지가 있으며, 특히 헌법상 보장된 정당한 보상을 침해할 소지가 있다. 그러나 도시정비법에 따른 철거의무는 공익사업을 위하여 인정되는 것으로서 토지보상법이 규정한 이전의무와 실질적으로 동일한 개념이므로, 토지보상법에서와 같이 이전비 보상에 관한 규정을 함께 두는 것으로 충분할 것으로 보인다.

이처럼 의무의 내용을 인도가 아닌 철거로 명확히 규정하고, 이를 불이행할 경우 행정대집행을 할 수 있다는 명문 규정을 둔다면, 향후 대집행의 대상 여부에 관한 불필요한 논의 없이도 행정대집행의 적법성을 인정할 수 있을 것이다. 구체적으로는 도시정비법에 다음과 같은 취지의 규정을 신설하는 방안을 생각할 수 있다.⁵³⁾ 즉 ① 관리처분계획인가의 고시가 있을 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·점유자는 사업시행자가 정하여 통지한 기한까지 해당 건축물 및 그 밖의 지장물을 철거하거나 이전하여야 한다는 의무 규정을 두되, ② 손실보상이 완료되지 아니한 경우에는 그 의무의 이행을 청구할 수 없도록 하여 사전보상의 원칙을 명문화하고, ③ 의무자가 그 의무를 이행하지 아니하거나 이행하더라도 완료하기 어려운 경우 또는 그 의무를 이행하게 하는 것이 현저히 공익을 해한다고 인정되는 경우에는 사업시행자가 시장·군수등에게 행정대집행법에 따른 대집행을 신청할 수 있도록 하며, ④ 철거·이전에 소요되는 비용은 사업시행자가 보상하도록 하는 것이다.

이와 같은 입법이 이루어지면, 앞서 본 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결의 법리에 따라 철거의무에는 퇴거의무가 포함되므로 사업시행자는 별도로 인도 내지 퇴거를 구하는 민사소송을 제기할 필요가 없게 된다. 나아가 대집행의 절차가 인정되는 이상 민사소송에 의한 이행 청구는 소의 이익이 없어 부적법하게 되므로, 현행 실무에서 문제 되는 무차별적 인도소송의 제기 역시 제도적으로 차단된다.

(3) 대집행 도입에 따른 권리보호 장치의 정비

행정대집행의 도입은 사업시행자의 부지 확보를 용이하게 하는 만큼 토지등소유자의 권리 보호 장치를 함께 정비할 것을 요구한다. 첫째, 앞서 본 것과 같이 손실보상의 완료를 철거·이전의무의 발생 요건 내지 대집행의 선행 요건으로 법률에 명시하여야 한다. 대법원이 재개발사업에 관하여 확립한 사전보상의 법리를⁵⁴⁾ 법률의 차원으로 끌어올리는 것이다. 둘째, 철거·이전에 소요되는 비용과 세입자에 대한 주거이전비·영업손실보상 등 생활보상을 재건축사업에도 동일하게 적용하여, 사업 유형에 따른 보상의 불균형을 해소하여야 한다. 이는 세입자 보상의 공백이 기습적 철거와 물리적 충돌을 낳아 왔다는 그간의 문제의식에 대한 응답이기도 하다.⁵⁵⁾ 셋째, 대집행의 계고와 대집행영장의 통지는 각각 독립한 항고소송의 대상이 되는 처분이므로, 토지등소유자는 이에 대하여 취소소송을 제기하면서 집행정지를 신청할 수 있다. 이는 민사집행 절차에서의 강제집행정지와 달리 공익과 사익의 형량을 예정하고 있다는 점에서 오히려 절차적 합리성을 높인다.

요컨대 행정대집행의 도입은 토지등소유자의 권리를 일방적으로 축소하는 것이 아니라, 현재 민사소송이라는 우회로에 흠여져 있는 분쟁을 공법적 절차로 수렴시켜 그 안에서 보상과 집행을 일체로 통제하는 것이다. 앞서 지적한 쟁송절차 이원화의 문제 또한 보상의 완료 여부가 대집행의 적법성을 다투는 항고소송 내에서 심사됨으로써 상당 부분 해소될 수 있다. 오히려 현행 제도야말로 손실보상의 적정성을 다툰 통로를 재건축사업의 미동지로부터 사실상 박탈하고 있다는 점에서 권리 보호에 미흡하다.

4. 강제집행정지와 행정소송법상 집행정지의 차이

정비사업에서 부지 확보 수단으로 행정대집행을 도입한다면, 토지등소유자의 방어 수단으로서의 집행정지 제도가 현행 민사집행 절차의 강제집행정지와 어떻게 다른지를 비교할 필요가 있다. 민사집행 절차에서의 강제집행정지는 그 요건에 대한 소명만으로 충분하므로 상대적으로 쉽게 인정될 수 있기 때문이다.

53) 토지보상법 제43조, 제89조 및 제75조의 규율 방식을 정비사업의 특수성에 맞추어 도시정비법에 편입하는 것으로서, 별도의 일반법 개정 없이 개별법의 정비만으로 가능한 방안이다.

54) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결.

55) 김종보, 앞의 글(주 36), 109면 이하.

실무상 법원은 집행정지 신청이 이유 있다고 판단하더라도 사업시행자가 집행 지연으로 입게 될 손해를 담보하기 위하여 토지등소유자에게 상당한 금액의 현금 공탁을 조건으로 집행정지 결정을 내리는 것이 일반적이다. 그러나 현금 공탁의 액수가 토지 등의 가액을 현저히 초과하지 아니하는 것이 통상적이므로, 소유 지분이 적은 토지등소유자일수록 오히려 손쉽게 집행정지 결정을 받아낼 여지가 크다. 이러한 법원의 판단은 채권자의 손해 담보라는 사적 이익의 조정에 초점을 맞출 뿐 사업 전체의 공익적 측면을 고려하지 아니하기 때문에 발생하는 것이다. 따라서 행정대집행에 대한 집행정지가 민사집행법상 강제집행정지보다 엄격한 요건 아래 인정된다면, 행정대집행을 통한 부지 확보의 취지 또한 보다 명확히 실현될 수 있다.

사업시행자의 부지 확보 방안으로 행정대집행 절차가 도입되면, 토지등소유자는 철거의무를 부과하는 행정처분 내지 대집행의 개고에 대하여 취소소송을 제기하면서 행정소송법에 따른 집행정지를 신청할 수 있다. 행정소송법은 집행정지의 적극적 요건으로 ① 처분 등의 존재 및 본안 소송의 계속, ② 처분 등으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 긴급한 필요가 있을 것을 규정하고 있다(행정소송법 제23조 제2항). 회복하기 어려운 손해란 금전보상으로는 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 의미하는데,⁵⁶⁾ 건물이 철거되는 경우는 그 대표적인 예에 해당한다.

그런데 행정소송법상 집행정지 제도의 가장 큰 특징은 소극적 요건, 즉 “집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다”는 점에 있다(행정소송법 제23조 제3항). 이는 법원이 집행정지 여부를 판단할 때 신청인 개인이 입게 될 회복하기 어려운 손해와 그 집행이 정지됨으로써 발생할 공공복리에 대한 중대한 영향을 비교형량하여야 함을 의미한다. 정비사업의 경우 소수 미동의자의 건물 철거가 정지될 경우 사업 전체의 중단 또는 지연, 그로 인한 다수 조합원의 재산상 손실 및 주거 불안정의 심화, 금융비용의 증가에 따른 사업성 악화, 노후 주거환경의 방치로 인한 공공의 안전 문제 등 공공복리에 미치는 중대한 영향을 고려할 수 있다. 따라서 법원은 신청인의 손해가 인정되더라도 그로 인하여 침해되는 공익이 더 크다고 판단할 경우 집행정지 신청을 기각할 가능성이 높다. 이는 민사집행에서의 집행정지가 주로 사적 이익 사이의 조정에 머무는 것과 근본적인 차이를 보인다.

나아가 명문의 규정은 없으나 집행정지 제도의 취지상 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 아니하여야 한다는 점도 소극적 요건으로 요구된다.⁵⁷⁾ 즉 본안 소송에서 승소할 가능성이 전혀 없는 경우에는 집행정지가 인정되지 아니한다. 공익사업의 경우 형식적으로나마 손실보상이 이루어졌다면⁵⁸⁾ 그 액수를 보상금증명청구소송에서 다투는 것과는 별개로 사업시행자는 사업예정지의 확보를 위한 집행절차에 착수할 수 있는데,⁵⁹⁾ 이러한 법리는 집행정지의 국면에도 그대로 적용될 수 있다. 손실보상이 이루어진 이상 더 이상 집행정지 절차를 통하여 사업을 지연시키기는 어렵게 되는 것이다.

이러한 점들을 고려할 때 행정대집행에 대한 집행정지는 민사집행법상의 강제집행정지에 비하여 훨씬 엄격한 요건 아래 인정되는 점을 알 수 있다. 이는 정비사업의 부지 확보 수단으로서 행정대집행이 도시정비법의 입법 목적과 규정 취지에 부합할 뿐만 아니라, 실제 운용에 있어서도 보다 효율적인 수단이 될 수 있음을 시사한다. 동시에 그 판단이 공익과 사익의 명시적 형량을 거쳐 이루어진다는 점에서, 결과의 예측 가능성과 절차적 정당성 또한 현행 제도보다 높다고 평가할 수 있다.

V. 결론

정비사업을 수행하는 사업시행자는 도시정비법에 근거하여 사업 부지를 확보한다. 그러나 도시정비법에 규정된 재건축조합의 매도청구권과 해석상 인정되는 건물인도청구는 모두 민사법적인 수단으로서, 도시정비법과 정비사업의 법적 성격에 부합하지 아니할 뿐만 아니라 정비사업의 전체적인 진행 과정을 고려하지 못한다. 그로 인하여 정비사업의 현장에서는 불필요하게 과도한 분쟁이 발생하고, 사업시행자로서는 건물인도와 철거라는 두 개의 절차를 순차로 진행하는 과정에서 상당한 사업 지연을 감수하게 된다. 여기에 인도청구는 민사소송으로, 주거이전비 등의 보상은 당사자소송으로 각각 다루어짐에 따라 동일한 쟁점이 두 개의 재판절차에서 중복 심리되는 비효율까지 더해진다.

이에 이 글은 이러한 문제를 해결하되 도시정비법이 갖는 공법적 성격을 고려하여, 정비사업의 부지 확보 방안으로 행정대집행을 도입할 것을 제안하였다. 물론 대체적 작위의무에만 대집행을 인정하는 판례의 해석에 따라 경우 토지등소유자의 건물인도의무와 같은

56) 대법원 2008. 12. 29.자 2008무107 결정.

57) 대법원 1992. 6. 8.자 92두14 결정.

58) 토지수용위원회에서 결정된 손실보상금이 전액 공탁된 경우를 포함한다.

59) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결 참조. 수용재결에 따른 보상금이 지급되거나 공탁된 이상 그 증액에 관한 소송이 계속 중이더라도 사업시행자는 부동산의 인도를 구할 수 있다는 것이 확립된 실무이다.

비대체적 작위의무의 집행에 대집행을 활용할 수는 없다. 그러나 정비구역 내의 부지 확보는 궁극적으로 지장물의 철거를 통한 새로운 주택단지의 조성을 목적으로 한다는 점에서, 대체적 작위의무에 해당하는 철거의무를 매개로 대집행 제도를 활용할 수 있다. 대법원이 철거의무의 대집행 과정에서 부수적으로 점유자에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시한 이상, 의무의 내용을 철거로 재구성하는 것만으로도 현행의 이중 절차는 하나로 통합될 수 있다.

다만 토지등소유자에 대한 철거의무 부과는 도시정비법과 토지보상법 전체의 취지에 비추어 해석상 인정될 여지가 있다고 보이나, 행정심판 실무가 현행법상 인도의무에서 철거의무를 도출할 수 없다고 보고 있고 무엇보다 개인의 재산권에 직접 영향을 미치는 사항이므로, 입법적 개선을 통하여 명확한 법적 근거를 마련하는 것이 바람직하다. 아울러 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정은 삭제하고 분양신청 절차와 손실보상 협의로 부지 확보 절차를 일원화함으로써, 재개발사업과 재건축사업 사이의 보상 불균형을 해소하고 토지등소유자에게 충분한 정보에 기반한 선택의 기회를 보장하여야 한다.

정비사업은 다수의 이해관계인이 얽힌 장기간의 사업이다. 이러한 사업에서 부지 확보라는 핵심적 국면만을 사법(私法)의 영역에 방치하는 것은, 사업의 공공성을 강화하여 온 도시정비법의 발전 방향과 조화되기 어렵다. 부지 확보 절차를 공법적 통제 아래로 편입시키는 것은 사업시행자의 편익을 위한 것이 아니라, 보상과 집행을 하나의 절차 안에서 통합적으로 심사받도록 함으로써 토지등소유자의 권리 보호를 실질화하는 길이기도 하다는 점을 강조하고자 한다.

투고일 2026. 8. 24. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 11.

참고문헌

단행본

- 김남철, 『행정법강론』(제10판), 박영사, 2024.
김중권, 『행정법』, 법문사, 2016.
김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022.
박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2009.
박균성 / 도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2021.
박지환, 『도시정비법의 쟁점』, 박영사, 2022.
양창수, 『민법주해(2)-총칙(2)』(제2판), 박영사, 2022.
윤재윤, 『건설분쟁 관계법』(제9판), 박영사, 2025.
전재우, 『도시 및 주거환경정비법』, 박영사, 2020.
정영철, 『건설·부동산공법론』, 박영사, 2023.
정영철, 『건설·부동산공법론』(제2판), 박영사, 2025.
홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2015.

일반 논문

- 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』 제48호(2007. 4.).
김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.).
김종보, “정비사업의 구조이론(構造理論)과 동의(同意)의 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.).
김종석, “주택재개발사업에서 부동산 인도와 주거이전비 등의 관계”, 『대법원판례해설』 제127호(법원도서관, 2021.).
노경필, “도시정비법상 조합설립 동의의 유효성 및 매도청구권과의 관계”, 『사법』 제14호(2010. 12.).
박균성, “손실보상제도의 몇 가지 쟁점”, 『법제』 제579호(2006. 3.).
성중탁, “매도청구권제도의 위헌성에 관한 소고”, 『성균관법학』 제24권 제2호(2012. 6.).
송명호, “관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구”, 『인권과 정의』 제397호(2009. 9.).
엄장진, “손실보상 및 생활보상 논의에 대한 고찰: 주거이전비, 이사비를 중심으로”, 『법제』 제686호(2019. 9.).
이도행, “주택재개발사업에서의 주거이전비, 이사비 및 이주정착금과 관련된 실무상 문제점”, 『재판자료』 제139집: 행정재판실무연구 VI (법원도서관, 2020.).

기타 자료

- 엄지아, “도시정비법 제81조 제1항에서 정한 ‘손실보상 완료’의 의미 - 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 -”, 『법원 학술발표문』(미간행), 2022. 9. 20. 발제.

ABSTRACT

The Problem of Claims for Delivery of Buildings to Secure Project Sites in Urban Improvement Projects: Focusing on the Repeal of the Right to Demand Sale and the Introduction of Administrative Vicarious Execution

Son, Kun Hoon*

A project implementer under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments (hereinafter, the "Urban Improvement Act") must obtain the actual possession of the land and buildings within an improvement zone before construction can begin. The Act, however, does not squarely regulate the means and procedures for doing so. In practice, implementers rely on two private-law devices: the right to demand sale against non-consenting owners in reconstruction projects and a claim for delivery of buildings grounded in the effect of the authorization and public notice of the management and disposal plan.

This article argues that neither device coheres with the public-law character of the Act. First, the Act structures the entire project—from designating the improvement zone through the transfer notice—as a chain of administrative dispositions; however, private-law instruments are deployed precisely at the stage that determines the fate of the project. Second, Article 81(1) merely suspends the former right holder's use and profit; it confers no title effective against third parties. Therefore, treating it as the basis of a proprietary claim for the return of possession is a strained construction. Third, the right to demand sale is exercised on the ground of non-consent at the association-formation stage, before the substance of the project is fixed, and lacks any provision for livelihood compensation. Fourth, a delivery claim proceeds as a civil action, while compensation, such as housing relocation expenses, proceeds as public-law party litigation; therefore, the same issue is examined twice before different courts.

The article, therefore, proposes repealing Article 64, consolidating site acquisition into the parceling-out application procedure and the ensuing consultation on compensation, and expressly providing for landowners' obligation to remove or relocate obstacles together with a statutory basis for administrative vicarious execution. Even accepting that an obligation to deliver is non-substitutable and, thus, outside the scope of vicarious execution, an improvement project ultimately seeks not the transfer of possession but the removal of structures. Recasting the obligation as one of "removal" instead of "delivery," thus, opens the path to vicarious execution. The Supreme Court has held that, where removal may be carried out by vicarious execution, occupants may be evicted incidentally without a separate enforceable title; once the removal obligation is codified, today's duplicated proceedings can be merged into a single public-law procedure.

Keywords: urban improvement project, securing project site, claim for delivery of building, authorization and public notice of management and disposal plan, right to demand sale, administrative vicarious execution, substitutable obligation, compensation for losses, housing relocation expenses

* Judge, Wonju Branch, Chuncheon District Court

논문 / ARTICLE

지역주택조합 분담금 규율의 구조적 한계와 공법적 전환

백다은*

국문초록

현행법상 지역주택조합은 비법인사단으로 이해되어 분담금의 책정과 증액이 규약과 총회결의라는 사적 자치에 맡겨져 있다. 그러나 총유 법리와 총회결의는 의사결정의 절차적 정당성을 확인할 뿐 산정의 적정성을 담보하지 못하고, 조합설립 이전 단계에서 업무대행자 주도로 형성되는 비용을 통제할 기준이 존재하지 않으며, 민사소송 중심의 사후구제는 총회결의의 절차적 하자를 중심으로 심사하는 데 그친다. 한편 지역주택조합은 주택법이 형성한 주택공급방식으로서 사업 전반에 걸쳐 공적 규율을 받고, 매도청구권과 같은 강력한 사업수행수단까지 부여받고 있음에도 그 과정에서 발생한 비용과 위험을 조합원에게 귀속시키는 단계에는 이에 상응하는 공적 확인절차가 충분히 결합되어 있지 않다. 그렇기에 재건축사업 등 주요 조합형 개발사업과 비교할 때 주목할 것은 관리처분계획이라는 제도 자체가 아니라, 사업의 진행에 따라 비용부담의 기준을 단계적으로 형성·갱신하고 그 기준으로부터 중대한 변동이 발생한 경우 강화된 검증을 결합하는 연속적인 통제구조이다. 2027년 3월 시행 예정인 2026년 개정 주택법은 모집광고에 사업비 구성표와 그 산출근거를 기재하도록 하고, 사업비가 일정 비율 이상 증가하는 경우 강화된 총회결의를 요구하며, 공사비 증액에 외부검증을 결합하는 등 이러한 문제의식을 일부 수용하였다. 그러나 사업비 증가율을 산정할 비교 기준이 명확하지 않고, 외부검증의 대상이 공사비에 한정되며, 각 사업단계에서 형성되는 비용자료를 하나의 연속된 기준으로 연결하는 구조까지는 마련하지 못하였다. 이에 본고는 모집신고 단계에서 최초분담금의 산정근거를 객관화하여 최초 기준을 형성하고, 조합설립인가와 사업계획승인 단계에서 이를 갱신하며, 중대한 증액에 대하여는 강화된 검증이 결합되는 연속적 통제구조를 제안한다. 이러한 공법적 전환은 사적 자치를 대체하려는 것이 아니라, 사적 자치가 실질적으로 작동할 수 있는 전제를 마련하는 데 그 의의가 있다.

주제어: 지역주택조합, 추가분담금, 업무대행자, 관리처분계획, 공법적 통제

목차

I. 서론

II. 지역주택조합 분담금의 사법(私法)상 통제 및 구조적 한계

III. 지역주택조합 분담금에 관한 공법적 통제의 정당성

IV. 지역주택조합 분담금 규율의 공법적 전환

V. 결어

* 법무법인(유) 엘케이파트너스 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.5>

Received: August 24, 2026

Revised: September 08, 2026

Accepted: September 15, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.

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

I. 서론

1. 현재 지역주택조합사업의 경향

지역주택조합은 무주택 서민이 청약 경쟁을 거치지 않고 조합을 결성하여 저렴한 비용으로 주택을 마련할 수 있도록 한 제도이다.¹⁾ 일반분양이나 정비사업과는 다른 경로를 통하여 실수요자에게 주택확보의 가능성을 열어 준다는 점에서, 지역주택조합 제도 도입 당시 일정한 정책적 의미를 가지고 있었다.

그러나 ‘원수에게 권한은 제도’라는 오명이 붙을 만큼, 현실의 지역주택조합사업은 제도 도입 당시 기대와는 다른 양상으로 전개되었다.²⁾ 사업추진 과정에서 토지확보의 지연, 인허가 문제, 공사비 인상 등으로 사업비가 증가하고, 그 결과 조합원에게 추가분담금이 부과되는 사례가 빈번하게 나타나고 있다.³⁾ 특히 조합원은 가입 당시 제시된 분담금을 기준으로 가입하지만, 이후 상당한 규모의 추가 비용을 부담하게 되는 경우가 적지 않다.⁴⁾

문제는 이러한 갈등이 특정 사업장에 한정된 예외적인 현상이 아니라는 점에 있다.⁵⁾ 추가분담금을 둘러싼 분쟁은 여러 지역주택조합사업에서 반복적으로 나타나고 있기에 단순히 사업운영의 미숙이나 일부 업무대행자의 일탈로만 설명하기 어려운 부분이 존재한다. 결국 지역주택조합사업에서 나타나는 반복된 분쟁은, 지역주택조합이라는 제도가 어떠한 구조 속에서 운영되고 있고 조합원에게 귀속되는 비용부담이 어떠한 방식으로 형성·변경되고 있는지를 다시 검토할 필요성을 제기한다.

2. 지역주택조합 규율의 연혁

지역주택조합 제도는 주택건설촉진법이 1980. 1. 4. 법률 제3250호로 개정되면서 제3조 제9호 및 제44조를 통하여 도입되었다. 당시 입법취지는 무주택자들이 스스로 아파트 건설에 참여하여 이를 분양받을 수 있도록 하기 위함이었으며, 초기의 주택조합사업은 영세한 자본의 소규모 조합이 도시 변두리의 작은 필지 몇 개를 매입하여 진행하는 형태가 일반적이었다.⁶⁾

이후 2003년 주택건설촉진법이 주택법으로 전면 개편되고 2002년 말 제정된 도시 및 주거환경정비법이 시행되면서 주택 관련 사업에 대한 법적 구조에도 변화가 이루어졌다. 이 과정에서 재건축사업은 주택법 체계에서 분리되어 도시 및 주거환경정비법의 적용을 받게 된 반면, 지역주택조합사업은 그대로 주택법 체계 안에 남게 되면서 이에 따라 지역주택조합사업은 조합설립인가와 사업계획승인을 중심으로 규율되는 구조를 유지하게 되었다.⁷⁾

그 후 주택법은 여러 차례 개정되었는데, 2016년 개정에서는 업무대행자의 업무범위와 책임,⁸⁾ 조합원 모집 신고 및 공개모집 의무 등이 도입되었고,⁹⁾ 2020년을 전후한 연이은 개정에서는 조합가입비의 예치기관 보관,¹⁰⁾ 조합원 모집신고 시 토지사용권원 확보 요

1) 박은정, “지역주택조합 제도의 의의와 한계”, 『부동산법학』 제30집 제2호(한국부동산법학회, 2026.), 122면, 125-127면.

2) 노철중, “‘원수에게 권한’은 지주택사업, 45년 만에 ‘사기꾼’ 손볼까”, M이코노미뉴스, 2025. 7. 18., <https://www.m-economynews.com/news/article.html?no=57332> (2026. 8. 24. 확인). 지역주택조합사업은 사업추진의 불확실성, 토지확보의 어려움, 사업시행 단계에서의 공사비 증가 등으로 사업 성공 확률이 낮아 ‘원수에게나 권한은 지주택’, ‘지옥주택조합’ 등으로 불리기도 한다.

3) 전성재 / 최진 / 박천규, 『지역주택조합의 현황 및 이슈와 정책 방향』(국토이슈리포트 제89호), 국토연구원, 2025, 4-5면(대구 소재 D지역주택조합에서 시공사가 당초 공사비 대비 약 30% 증액된 674억 원을 요구하여 조합원 1인당 평균 1억 8천만 원 규모의 추가분담금이 발생한 사례를 소개하고 있다).

4) 강석점, “주택법상 지역주택조합사업의 문제점과 개선방안 연구”, 『동아법학』 제76호(동아대학교 법학연구소, 2017.), 99면.

5) 노철중, 앞의 기사(주2). 국토교통부가 2025년 7월 발표한 전국 지역주택조합 분쟁 현황조사에 따르면, 전국 618개 조합 중 30.2%에 해당하는 187개 조합에서 총 293건의 분쟁이 발생한 것으로 나타났다.

6) 김종보, “지역조합 사업추진의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(한국지방자치법학회, 2007.), 178면. 주택건설촉진법(1980. 1. 4. 법률 제3250호로 개정된 것) 제3조 제9호 및 제44조는 ‘동일 또는 인접한 시·군에 거주하는 주택이 없는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합’을 지역주택조합으로 정의하였고, 제도 도입 초기의 지역주택조합사업이 “영세한 자본의 소규모 조합이 도시 변두리의 작은 필지 몇 개를 매입해서 진행하는 형태”로 이루어졌다.

7) 김종보, “지역조합 업무대행자의 개념과 법적 지위”, 『건설법연구』 제13호(건설법학회, 2025.), 7면.

8) 주택법(법률 제14344호, 2016. 12. 2., 일부개정, 시행 2017. 6. 3.)은 업무대행자가 대행할 수 있는 업무의 범위를 조합원 모집·토지확보·조합설립인가 신청 등으로 구체화하고, 업무대행자의 귀책사유로 인한 조합 또는 조합원의 피해에 대하여 손해배상책임을 부과하는 내용의 제11조의2를 신설하였다. 이는 종전 주택법이 등록사업자에 한하여 업무대행 자격을 부여하고 있었음에도 불구하고 현실에서는 무자격 업무대행자에 의한 조합원 모집과 사업시행이 이루어져 조합원 피해가 누적되던 실태를 시정하려는 것이다. 국토교통부, 『지역·직장주택조합제도 해설서』, 2016. 12., 27면.

9) 주택법(법률 제14344호, 2016. 12. 2., 일부개정, 시행 2017. 6. 3.) 제11조의3의 신설에 따라, 지역·직장주택조합 설립인가를 받기 위하여 조합원을 모집하려는 자는 시장·군수·구청장에게 신고한 후 공개모집의 방법으로 조합원을 모집하여야 한다. 이 규정은 조합설립인가 이전 단계에서 관할 행정청이 관내 지역주택조합의 추진 현황을 파악할 수 있는 제도적 장치가 없어, 같은 대지에 복수의 조합이 중복 설립되거나 이른바 연합주택조합의 형태로 조합원이 편법 모집되는 피해 사례가 반복된 점을 배경으로 한다. 국토교통부, 위의 자료, 26-27면.

건,¹¹⁾ 사업 지연 시 해산 절차¹²⁾ 등이 마련되었다. 이와 같이 지역주택조합과 관련한 규율은 사업추진 과정에서 나타난 각 문제에 대응하면서 점차 보완되어 왔는데, 다만 이러한 개정은 주로 모집절차, 업무대행자의 책임, 자금 보관 등 사업운영의 외부적인 부분을 보완하는 데 집중되어 있었고, 조합원에게 귀속되는 분담금의 산정과 증액의 적정성에 관한 통제구조는 현재까지도 충분히 정비되지 않은 채 남아 있다.¹³⁾

3. 연구의 목적과 범위

기존의 선행 연구에서도 지역주택조합에서 사업비 산정의 객관화와 단계별 비용관리의 필요성은 지속적으로 지적되어 왔고,¹⁴⁾ 이는 조합원 모집 단계에서 제시되는 최초분담금과 사업 진행 과정에서 부과되는 추가분담금이 지역주택조합사업의 핵심적인 분쟁요소로 작용하여 왔음을 보여준다. 따라서 문제는 단순히 추가분담금의 발생 자체에 있는 것이 아니라, 조합원이 부담하게 되는 비용이 어떠한 기준과 절차에 따라 산정·증액되는지에 관하여 공법적 구조 안에서 파악할 수 있는지에 있다.

이에 기존 연구가 사업운영의 투명성 확보를 위한 개별적 제도개선의 필요성을 제시하였다면, 본고는 이러한 논의를 바탕으로 분담금의 산정과 증액을 관통하는 규율구조 자체를 검토하고자 한다. 이를 위하여 우선 지역주택조합과 분담금의 법적 성격 및 현행 사법상 통제구조를 살펴보고, 현행 구조가 분담금의 적정성을 통제하는 데 어떠한 한계를 가지는지 분석한다. 이어 조합원의 자기책임이 정당화되기 위한 객관적 기준의 필요성, 지역주택조합사업에 관한 공적 규율의 성격 및 재건축사업과의 비교를 통하여 분담금에 관한 공법적 통제의 필요성과 범위를 검토한 후, 이를 토대로 비용부담 기준의 형성·갱신을 중심으로 한 연속적 통제구조를 제안하고자 한다.

II. 지역주택조합 분담금의 사법(私法)상 통제 및 구조적 한계

1. 지역주택조합의 법적 성격

(1) 비법인사단으로서의 성격

주택법 제2조 제11호는 지역주택조합을 “주택을 마련하기 위하여 설립한 조합”으로 정의하고 있으나, 그 명칭에도 불구하고 판례는 이를 법인격 없는 사단으로 본다. 대법원은 ‘주택법에 따라 설립된 주택조합이 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관과 집행기관을 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 다수결의 원칙에 따라 업무집행이 이루어지며, 조합원의 가입·탈퇴에도 불구하고 조합 자체가 존속하는 점’을 들어 비법인사단성을 인정하고 있다.¹⁵⁾

이처럼 지역주택조합을 비법인사단으로 이해하게 되면, 그 조직 운영과 재산 관계는 원칙적으로 단체 내부의 자치와 총회결의를 중

10) 가입비 예치 제도는 주택법(2019. 12. 10. 법률 제16811호로 개정되고 2020. 12. 11. 시행된 것)에 의하여 제11조의4(조합 가입 철회 및 가입비 등의 반환)로 신설되었고, 이후 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정된 것)에 의하여 제11조의6으로 조문이 이동되면서 일부 개정되었다. 동 개정의 입법취지는 “주택조합 가입 신청자의 재산권 보호 및 피해 방지를 위해” 가입비 등의 예치 및 반환 절차를 마련하려는 데에 있다. 주택법 시행령 일부개정령(안) 입법취지(법률 제16811호 및 제16870호의 시행을 위한 시행령 개정이유에서 상위 법률 개정의 입법취지가 정립되어 있음).

11) 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되고 2020. 7. 24. 시행된 것) 제11조의3 제1항 개정으로, 조합원을 모집하려는 자는 해당 주택건설대지의 100분의 50 이상에 해당하는 토지의 사용권원을 확보한 후 관할 시장·군수·구청장에게 신고하도록 규정되었다. 아울러 같은 개정으로 제11조 제2항 제2호가 신설되어 주택조합 설립인가 요건에 해당 주택건설대지의 100분의 15 이상 토지소유권 확보가 추가되었다. 동 개정의 입법취지는 “주택조합설립인가 요건 강화 등을 통해 조합원의 재산권을 보호하고, 사업추진의 투명성과 안정성을 제고”하려는 데에 있다. 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정된 것) 제 개정이유 참조.

12) 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되고 2020. 7. 24. 시행된 것) 제14조의2의 신설로, 주택조합은 설립인가일부터 3년이 되는 날까지 사업계획승인을 받지 못하는 경우에는 총회의결을 거쳐 해산 여부를 결정하여야 하며(제1항), 주택조합의 발기인은 조합원 모집신고가 수리된 날부터 2년이 되는 날까지 조합설립인가를 받지 못하는 경우에는 가입 신청자 전원으로 구성되는 총회의 의결을 거쳐 주택조합사업의 종결 여부를 결정하여야 한다(제2항). 동 신설 규정의 입법취지는 “장시간 사업 지연 시 해산 절차 마련 등을 통해 조합원의 재산권을 보호하고, 사업추진의 투명성과 안정성을 제고”하려는 데에 있다. 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정된 것) 제 개정이유 참조.

13) 최근 2026년 9월 8일 공포된 주택법(2026. 9. 8. 법률 제21902호로 개정된 것)에서 지역주택조합의 비용규율에 관한 부분을 정한 바 있어, 이 부분은 IV.1.에서 자세히 언급하도록 한다.

14) 박지후 / 이범용 / 강정규, “지역주택조합사업의 추가분담금 변화 특성에 관한 연구”, 『주거환경』 제18권 제4호(한국주거환경학회, 2020.), 283-286면, 293면. 특히 동 연구의 전문가 조사에서는 조합설립인가 단계의 사업비 산출이 객관적·합리적이었는지에 대한 응답이 85%였고, 초기 조합설립인가 및 사업계획승인 단계의 사업비 검증이 필요하다는 응답이 90%로 나타났으며, 추가분담금 항목의 구체화·통일을 통한 표준화 필요성도 제시되었다.

15) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다17924 판결 등.

심으로 파악하게 되고 지역주택조합의 운영방식을 설명하는 데 일정한 의미가 있다. 다만 문제는, 비법인사단이라는 분류는 특정한 법률관계를 정리하기 위한 기능적 개념이라는 점에서, 지역주택조합이 비법인사단이라는 명제로부터 곧바로 그 사업에 관한 모든 규율이 단체 내부의 자치에 맡겨져야 한다거나, 외부의 공적 통제가 배제된다는 결론까지 도출할 수는 없다는 점이다.

(2) 사적 자치 중심의 통제

지역주택조합은 본래 무주택 서민들이 자발적으로 결합하여 주택을 마련하고자 하는 민간형 사업모델을 전제로 도입된 제도이므로, 그 운영 역시 기본적으로 사적 자치의 원리에 의존하여 왔다. 조합원 간, 조합과 업무대행자, 조합과 시공사 등의 관계가 모두 사법상 계약관계로 구성되고, 사업의 주요 내용도 조합 규약, 조합가입계약, 총회결의 등을 통하여 형성된다.¹⁶⁾ 이러한 구조 아래에서는 분담금 역시 조합원의 출자이자 공동사업 수행을 위한 내부의 재원이므로, 그 책정과 증액도 원칙적으로는 단체 내부의 의사결정에 맡겨지게 된다.

물론 지역주택조합사업에도 행정청의 조합설립인가(주택법 제11조)와 사업계획승인(주택법 제15조)이라는 행정처분 절차가 존재한다. 그러나 문제는 이러한 행정적 통제가 조합원에게 귀속되는 분담금의 적정성까지 미치지 않는다는 점이다. 조합설립인가는 주택건설대지의 80% 이상에 해당하는 토지의 사용권원 확보, 15% 이상의 토지 소유권 확보, 주택건설예정세대수의 50% 이상의 조합원 구성 등 자격과 형식적 요건의 구비 여부를 확인하는¹⁷⁾ 기속행위에 가깝고, 사업계획승인도 그 실질이 건축법상 건축허가와 유사하여, 용적률·건폐율·높이·기반시설 등의 도시계획 요소를 심사하는 절차에 그친다. 다시 말해, 행정청의 심사 범위는 ‘대지·건축물·도시계획’에 한정될 뿐, 조합원에게 최종적으로 어떠한 기준과 자료에 따라 얼마의 분담금이 부과되는지, 최초분담금 이후 어떠한 사정으로 얼마만큼 증액될 수 있는지까지는 심사하지 않는다.

결국, 현행법상 지역주택조합사업은 행정청이 관여하는 외부적 측면과 행정청이 관여하지 않는 내부적 측면으로 분리되어 있다. 조합설립인가와 사업계획승인은 전자에 해당하지만, 조합원에게 가장 직접적이고 중대한 영향을 미치는 분담금의 산정·증액·집행의 영역은 후자에 속하고, 그 후자의 영역은 사적 자치의 수단에 전적으로 의존하고 있다.

2. 지역주택조합 분담금의 법적 성격

(1) ‘총유재산’으로서의 분담금

지역주택조합이 비법인사단으로 이해되는 이상 그 재산관계는 민법 제276조 제1항에 따른 총유의 법리를 따른다. 이에 따라 조합원 분담금으로 형성된 자산은 특정 임원이나 업무대행자의 소유가 아니라 조합원 전원의 공동재산에 속하고, 그 관리와 처분에는 원칙적으로 조합원 총회의 결의가 요구된다. 최근 대법원이 ‘지역주택조합의 조합원 분담금은 조합가입계약에 의하여 그 범위와 지급 시기, 보관방법이 정해져 있고, 그 용도가 토지매입비, 건축공사비 등 조합사업을 위하여 특정된 금원으로서 조합원들의 총유물’이라고 판시한 것도 이러한 이해를 재확인한 것이다.¹⁸⁾

이러한 총유 법리는 주택법 시행령과 시행규칙을 통하여 보다 구체화되는데, 주택법 시행령은 국토교통부령으로 정하는 사항에 대하여 반드시 총회의 의결을 거치도록 규정하고(제20조 제3항), 주택법 시행규칙(제7조 제6항¹⁹⁾)은 그 대상으로 ‘자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법(제2호)’, ‘예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결(제3호)’, ‘사업비의 조합원별 분담 명세 확정 및 변경(제6호)’, ‘사업비의 세부항목별 사용계획이 포함된 예산안(제7호)’ 등을 열거하고 있다. 이는 조합원의 재산권에 직접적 영향을 미치는 행위를 총회 필수 의결사항으로 강제함으로써 집행부의 독단적인 자금집행을 차단하기 위한 장치라 할 수 있다. 그러나 총유 법리와 총회결의를 중심으로 하는 이러한 규율이 보장하는 것은 분담금에 관한 의사결정이 조합원들의 공동의사에 기초하여 이루어졌느냐는 절차적 정당성일 뿐이고, 그 자체만으로 분담금이 당초 어떠한 근거와 자료에 따라 산정되었는지, 증액이 합리적 사업비 증가에 비례하는지까지 당연히 보증하는 것은 아니다.

나아가 이러한 한계는 현행법이 성질을 달리하는 두 국면을 실질적으로 동일한 의사결정 방식에 맡기고 있다는 점에서 더욱 분명하게 드러난다. 이미 형성된 자금을 어떻게 사용할 것인가의 문제(관리·처분의 문제)와 아직 현실화되지 않은 장래의 비용을 조합원에게

16) 이제희, “지역주택조합에 대한 법적 연구”, 『토지공법연구』 제98집(한국토지공법학회, 2022.), 82면.

17) 주택법 제11조 제2항, 같은 법 시행령 제20조 제1항 및 제2항.

18) 대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다292679 판결.

19) 주택법 시행규칙 제7조 제6항의 경우 2024. 6. 19. 개정 전까지 제7조 제5항이었으나, 같은 개정으로 제7조에 제3항이 신설되면서 이후의 항이 순차로 이동하였기에, 종전 문헌 및 판결에서 인용되는 ‘제7조 제5항’은 현행 제7조 제6항에 해당함을 주의한다.

새로운 부담으로 귀속시키는 문제(책정·증액의 문제)는 그 통제대상과 요구되는 판단의 내용이 서로 다르다. 그럼에도 주택법 시행규칙 제7조 제6항은 ‘자금의 차입(제2호)’이나 ‘예산안의 승인(제7호)’과 함께 ‘사업비의 조합원별 분담 명세 확정 및 변경(제6호)’을 같은 층위의 총회의결사항으로 정하고 있고, 그 결과 자금의 ‘집행’에 적합한 통제수단인 총회결의가 ‘부담’의 국면에서도 사실상 유일한 통제수단으로 기능하게 된 것이다.

결국, 총유 법리는 조합원의 공동의사를 확인하는 ‘절차’를 제공할 뿐, 그 공동의사에 기초한 의사결정 내용의 적정성까지 직접 담보하지는 못하고, ‘총유’라는 성격만으로는 지역주택조합 분담금 문제를 충분히 설명할 수 없다.

(2) ‘출자금’으로서의 분담금

지역주택조합의 조합원은 흔히 자신이 납부하는 분담금을 일반 아파트 분양에서의 매매대금과 유사하게 인식하는 경우가 많으나 양자는 법적 성질이 완전히 다르다.²⁰⁾ 일반분양에서 수분양자가 납부하는 금원은 이미 완성된(또는 완성될) 상품에 대한 ‘대가’이며, 시행사가 사업의 위험을 부담하는 대신 수분양자는 확정된 분양가를 지급하고 아파트를 인도받는다. 이 경우 수분양자는 소비자의 지위에 있을 뿐, 사업비 구조나 시행사의 자금 운용에 대하여 직접적으로 통제할 위치에 있지 않다.²¹⁾

반면 지역주택조합의 조합원은 완성된 상품을 구입하는 소비자가 아니라, 스스로 사업주체가 되어 자신의 주택을 공동으로 건설하는 지위에 선다.²²⁾ 따라서 조합원이 납부하는 분담금은 이미 완성된 상품에 대한 대가가 아니라, 자신의 사업을 진행하기 위하여 부담하는 ‘사업비’, 즉 출자금의 성격을 가진다. 그리고 이러한 관점을 극단으로 밀고 나가면, 지역주택조합은 조합원들이 공동으로 출연한 재원을 바탕으로 부동산 개발사업을 수행하고 그 성과와 손실을 함께 부담하는 일종의 ‘투자 펀드’로도 파악할 수 있다. 이러한 구조는 최초에 제시된 분담금이 일반분양의 확정된 분양가격과 달리 사업 진행 과정에서 변동될 수 있고, 사업비 증가나 사업실패에 따른 위험 역시 궁극적으로 조합원에게 귀속된다는 점을 설명한다.²³⁾ 즉 사업비 증가나 사업실패로 인한 손실은 출자자인 조합원이 인수한 사업 위험이 현실화된 결과이므로, 분담금의 산정과 증액 역시 조합 내부의 사적 자치에 맡기고 그 결과를 조합원의 자기책임으로 귀속시키면 충분하다는 논리로 이어질 수 있다.

그러나 이러한 투자 펀드적 성격은 분담금의 변동성과 위험의 최종적 귀속 주체를 설명하는 데 유용할 뿐, 조합원이 출자자로서 사업위험을 부담한다는 사실만으로 사업과정에서 발생한 모든 비용이 당연히 조합원에게 귀속된다고는 볼 수 없다. 자기책임의 원칙이 정당화되기 위해서는, 적어도 자신이 인수하는 위험의 종류와 범위를 판단할 수 있는 정보가 제공되고, 이를 기초로 그 위험을 부담할 것인지 결정할 수 있어야 한다. 특히 시장변동 등 객관적 사정이나 사업과정에서 불가피하게 발생한 비용과 최초 사업비를 산정하면서 통상적으로 예상할 수 있는 비용을 누락하거나 수입을 과도하게 추계하여 발생한 부족분은 그 성격이 서로 다른데, 그 발생 원인과 성격을 구별하지 않은 채 모든 비용 증가를 출자자인 조합원의 자기책임으로 귀속시키는 것은 타당하지 않다.

결국, 출자금이라는 개념은 ‘누가 사업위험의 최종적인 부담자가 되는가’를 설명하는 데에는 유용하지만, 그것만으로 ‘어떠한 위험까지 조합원이 인수한 것으로 볼 것인가’가 결정되는 것은 아니다.

3. 분담금의 책정·증액의 구조와 한계

(1) 조합설립 이전 단계의 자금 형성과 소진

분담금을 둘러싼 분쟁은 대체로 사업 후반부에 추가분담금이 현실화되는 시점에 표면화되지만, 그 원인의 상당 부분은 조합설립 이전 초기 단계에서 이미 형성된다. 조합설립인가 이전부터 분담금의 일부가 납입되고, 그 자금이 토지확보 업무, 홍보관 운영, 조합원 모집, 각종 용역비와 업무대행비 등으로 지출되기 때문이다. 그 결과 사업이 좌초되거나 장기간 지연된 시점에는 최초 납입금의 상당 부분이 이미 소진되어 반환 재원이 남아 있지 않고, 개별 지출의 적정성을 사후적으로 다투더라도 실질적인 회복이 어려운 경우가 적지 않다. 실제로 2024년 말을 기준으로 전체 조합의 절반 이상이 조합설립인가에 이르지 못한 채 모집 단계에 머물러 있고, 주요 분쟁 유형으로 초기 단계의 부실한 조합운영과 탈퇴·환불 지연이 확인된 것도 이러한 구조와 무관하지 않다.²⁴⁾

20) 김종보, 앞의 글(주6), 177면.

21) 이제희, 앞의 글(주16), 82면.

22) 박은정, 앞의 글(주1), 125-126면, 133면.

23) 임숙녀, “지역주택조합에 관한 문제점 및 개선방안”, 『토지공법연구』 제105집(한국토지공법학회, 2024.), 116면.

24) 국토교통부, 『지역주택조합 피해예방 및 사업정상화 방안』, 2026. 4., 1-2면. 동 자료에 따르면 2024년 말 기준 운영 중인 조합은 총 618개소(약 36만 세대, 조합원 약 26만 명)이고, 그중 모집단계에 머물러 있는 조합이 316개소로 전체의 51.2%에 이르며, 조합설립인가 단계가 136개소(22.0%), 사업계획승인을 받은 조합이 166개소(27.0%)이다. 또한, 동 자료는 지역주택조합사업의 주요 문제로 ①토지 사용권원만 확보하면 조

그리고 이러한 초기 국면의 중심에는 업무대행자가 존재한다. 업무대행자는 본래 지역주택조합사업의 법정 주체로 예정된 존재라 기보다, 조합설립 이전 단계에서 토지확보, 조합원 모집, 사업비 산정과 각종 계약 체결 등을 사실상 주도하면서도 명확한 법적 지위 없이 음성적으로 활동해 온 주체였다.²⁵⁾ 그러나 사업 초기 단계에서 업무대행자의 실질적인 영향력에도 불구하고 이를 규율할 법적 근거가 충분하지 않다는 문제가 지속되었고, 이에 2016년 주택법 개정을 통하여 업무대행자의 업무 범위를 법정화하고 그에 따른 손해배상책임을 명시하기에 이르렀던 것이다. 물론 이는 종래 법적 규율 밖에서 사업을 실질적으로 주도하던 업무대행자를 공식적인 규율 대상으로 포섭하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나 다른 한편으로는, 사실상 존재하던 업무대행자의 사업상 역할을 법률이 명시적으로 인정함으로써 결과적으로 그들의 실질적인 사업주도 지위를 제도적으로 가시화하고 승인하는 역설을 낳았다.²⁶⁾

그리고 문제는 업무대행자의 역할을 제도화하면서도 그 역할이 사업비의 형성과 조합원의 비용부담에 미치는 영향에 상응하는 통제장치까지 함께 마련하지는 않았다는 데 있다. 조합설립 이전에 지출할 수 있는 비용의 항목이나 규모에 관한 구체적인 기준이 없고, 업무대행비를 어느 사업단계에서 어느 정도 지급할 것인지 역시 기본적으로 당사자의 계약에 맡겨져 있으며, 장래 조합에 상당한 비용 부담을 발생시키는 계약을 체결할 때 가입 신청자들의 별도 동의나 외부적 확인을 요구하는 일반적인 절차도 마련되어 있지 않다.²⁷⁾ 그 결과 사업의 성립 여부조차 확정되지 않은 초기 단계에서 상당한 비용이 먼저 발생·소진되고, 이러한 비용이 이후 조합의 전체 사업비에 그대로 편입되는 구조가 형성될 수밖에 없는 것이다.²⁸⁾

결국, 조합설립 이전 단계의 규율상 공백은 단순히 업무대행자의 자금집행이 불투명하다는 데 그치지 않는다. 보다 본질적인 문제는 사업의 실질적 주도자는 제도화되었음에도, 그 주도자가 형성하는 초기비용의 범위와 그 비용을 장래 조합원에게 귀속시키는 기준은 충분히 제도화되지 않았다는 점에 있다.²⁹⁾

(2) 최초분담금 책정의 불확실성

조합설립 이전 단계에서 형성되는 비용구조가 이후 전체 사업비의 기초를 이룬다면, 다음으로 문제되는 것은 그 비용을 토대로 조합원에게 최초로 제시되는 분담금이 어떠한 기준과 자료에 따라 산정되는가이다. 지역주택조합에서 최초분담금은 조합원 모집과 가입 여부를 결정하는 핵심적인 가격정보이지만, 그 금액이 제시되는 시점에는 토지확보비, 공사비, 금융비용, 기반시설 설치비, 일반분양 수입 등 사업수지를 구성하는 주요 요소들이 아직 확정되지 않은 경우가 대부분이다. 따라서 이 단계의 분담금은 본질적으로 여러 가정과 전망을 기초로 산정된 추정치에 불과하다. 그럼에도 실무에서는 조합원 모집과 가입계약 체결을 위하여 일정한 금액이 제시되고, 조합원은 이를 사실상 자신이 부담할 '총액'에 가까운 것으로 인식하곤 한다. 특히 실질적으로 지역주택조합사업을 주도하는 업무대행자가 이러한 추정 분담금을 기초로 홍보물과 모집 광고를 제작하면서 이를 마치 '확정 분담금' 또는 일반분양의 '분양가'처럼 제시하는 경우가 많고,³⁰⁾ 실무상 변동 가능성에 관한 고지도 다수의 서류에 형식적으로 확인 표시하는 수준에 머무는 경우가 많아, 그 결과 조합원은 변동 가능성을 내포한 추정치를 사실상 확정가격처럼 받아들이며 가입계약을 체결하게 된다.

문제는, 이러한 추정치가 사실상 확정가격처럼 기능함에도, 그 산정의 기준과 위험의 수준에 대하여 어느 단계에서도 실질적인 공법적 확인이 작동하지 않는다는 점이다. 물론 조합원 모집 단계는 아직 조합설립인가나 사업계획승인 이전이므로 금액 자체를 확정적으로 보증하는 것은 당연히 어려울 수밖에 없다. 그러나 이 단계에서 요구되는 것은 미래가격의 보증이 아니라, 적어도 토지확보 정도, 공사비 추정의 근거, 일반분양수입 전망, 기반시설 부담의 반영 여부, 향후 증액 가능성과 그 사유에 관한 고지가 객관적인 자료에 기초하고 있는지는 점검될 수 있어야 한다는 점이다.

그러나 현행 주택법령상 조합원 모집신고는 발기인 자격, 토지사용권원 확보, 모집공고안의 형식적 구비 여부를 확인하는 데 주로 머물고,³¹⁾ 조합설립인가와 사업계획승인 단계에서도 최초분담금의 산정근거와 그 이후의 변동 내역을 하나의 연속된 기준으로 확인

합원 모집이 가능한 낮은 진입장벽과 그에 따른 자금 편취 ②업무대행비 등 초기 비용의 과도한 지출로 인한 사업종결·탈퇴 시의 납입금 손실 ③사업 기간 장기화에 따른 토지매입 가격 및 금융비용 상승으로 당초 분담금을 크게 상회하는 추가분담금의 발생을 지적하고 있다.

25) 김중보, 앞의 글(주7), 5면.

26) 박은정, 앞의 글(주1), 127-130면.

27) 김중보, 앞의 글(주7), 9-10면.

28) 국토교통부, 앞의 자료(주24), 2면.

29) 김중보, 앞의 글(주7), 11면.

30) 전성제 / 최진 / 박천규, 앞의 글(주3), 5면. 동 보고서는 “지역주택조합 모집 과정에서는 ‘서울시 최초’, ‘100% 확정 분양’, ‘무조건 당첨’ 등의 과장된 광고가 성행하며, 소비자는 실제 리스크를 인지하지 못한 채 조합원으로 참여하게 되고 사업에 대한 정확한 이해와 위험성에 대한 인지를 어렵게 함”을 지적하고 있다.

31) 주택법 시행규칙 제7조의3은 조합원 모집신고서의 첨부서류를 발기인 명단, 주택건설예정지 정보, 해당 주택건설대지의 50% 이상에 해당하는 토지의 사용권원 확보 증명서류, 모집공고안 등을 첨부하도록 하고, 같은 규칙 제7조의4 제2항의 모집공고 필수 기재사항도 분담금의 납부시기·

하는 별도의 절차는 마련되어 있지 않다. 결국, 최초분담금은 불확실성의 내용과 범위, 그리고 최초 금액을 구성한 비용과 수입의 전체가 객관화되지 않은 채 확정적으로 제시되고 있고, 이는 추가분담금의 정당성을 판단하는 단계에서도 그대로 한계로 이어지게 된다.

(3) 추가분담금의 부과 구조

추가분담금은 법률상 정의된 개념은 아니지만, 최초 가입 당시 예정된 분담금으로는 전체 사업비를 충당할 수 없게 된 경우 그 부족분을 보전하기 위하여 조합원에게 추가로 부과되는 금원을 의미한다. 토지 매입가 상승, 공사비 인상, 금융비용 증가, 전 집행부의 노력 또는 착오로 인한 사업비 재계상 등이 전형적인 발생 사유인데, 실무상 추가분담금을 조합원들에게 부과하기 위해서는 업무대행자가 전체 사업비를 다시 산정한 뒤 그 결과를 토대로 '1인당 ○○만 원 증액' 또는 '평당 ○○만 원 추가 부담'과 같은 내용의 안건을 마련하여 총회에 상정하고, 총회의결을 거쳐 정당화하는 방식이 통상 활용된다. 그리고 이러한 총회결의 방식 자체가 문제라고 볼 수는 없다. 총회는 조합원들이 공동으로 수행하는 지역주택조합에서 사업비와 구성원의 부담을 최종적으로 결정하는 원칙적인 의사결정 기관이기 때문이다.

그러나 핵심은 총회가 추가분담금의 산정근거와 적정성을 실질적으로 심의할 수 있는 조건이 갖추어져 있는지에 있다. 사업비 산정에 필요한 토지비·공사비·금융비용 등의 핵심 자료는 업무대행자, 시공사, 집행부에 편중되어 있고, 일반 조합원에게는 총회에서 제시된 증액안의 타당성을 독자적으로 검증할 수 있는 자료가 충분히 제공되지 않는 경우가 많다.³²⁾ 또한, 이러한 정보의 비대칭에 더하여, 다수의 조합원이 통상 위임장만을 제출하면서 그 의사결정에 참여하고 있는 현실까지 고려하면, 총회의 실질적 심의 기능이 형식화되어 있다고 볼 수밖에 없다.

결국, 추가분담금에 대한 총회결의는 자율적 사적 통제처럼 보일지 모르지만, 실질적으로는 이미 업무대행자 주도로 마련된 사업비 추정안과 추가분담금 안건을 조합원이 단순 추진하는 절차로 기능할 뿐이고, 현실에서는 분담금 산정의 적정성을 감시하고 견제하는 기능을 실질적으로 수행하지 못하고 있다.

(4) 민사소송 중심 사후구제의 한계

이와 같은 상황에서 조합원은 추가분담금 부과에 불복하더라도 현행법상 이를 다투는 방법은 총회결의무효확인 등의 민사소송밖에 없다는 점도 문제이다. 왜냐하면, 민사 법원은 애초에 추가분담금 분쟁을 '추가분담금 산정의 적정성' 자체가 아닌 '그와 같은 부담을 발생시킨 총회결의의 효력' 문제로만 다루기 때문이다. 추가분담금과 관련된 민사소송에서 통상 법원의 심사는 주로 총회 소집절차, 의사정족수, 결의요건 충족 여부, 규약 위반 유무 등 절차적·형식적 하자에 집중되어 있고, 분담금 액수 자체가 합리적인지, 그 산정의 기초가 된 토지비·공사비 등이 타당한지까지는 심사하지 않는 경향을 보인다.³³⁾ 그렇다 보니 민사소송을 통해 위법한 총회결의를 무효화할 수는 있더라도, 결국 패소한 조합 집행부(실제로는 업무대행자)는 절차를 보완한 새로운 총회를 열어 동일한 증액 결의를 시도할 수 있다.

또한, 법원이 예외적으로 내용적 통제에 나아간다고 하더라도, 민사 법리하에서는 분담금의 증액이 여전히 "예측가능성의 범위 내"로 취급되는 등 조합원이 서명·날인한 변동가능성 고지와 총회결의의 외형만 갖추어지면 분담금 증액의 실제적 합리성은 거의 통제되지 못한다.³⁴⁾ 더욱이 최초분담금이 어떠한 기초로 형성되었는지, 이후 각 사업비가 어떠한 사유로 얼마나 변동하였는지가 객관적인 기

납부방법 등 형식적 사항에 그칠 뿐이어서, 분담금 산정의 근거자료나 그 합리성에 관한 사전심사는 법정 심사대상에 포함되어 있지 않다.

32) 전성제 / 최진 / 박천규, 앞의 글(주3), 5면. 동 보고서는 "형식상 조합이 사업주체이지만, 실제로는 업무대행사가 토지매입, 조합원 모집, 시공사 선정 등 주요 절차를 주도하며, 조합은 이들 사항 등을 법령으로 승인하는 방식"으로 사업이 운영되는 구조적 특징을 지적하면서, 이로 인해 사업비 과다 계상이나 운영·집행의 투명성 부족 등 구조적 문제가 발생할 수 있다는 우려와 함께 일부 사업장에서는 초기부터 준공까지 정보 공개 미흡, 운영 불투명, 조합원 대상 설명 부족이 나타남을 진단하고 있다.

33) 서울중앙지방법원 2011. 8. 25. 선고 2010가합132690 판결 및 그 항소심인 서울고등법원 2012. 11. 21. 선고 2011나70970 판결. 동 판결은 "지역주택조합이 조합원 개개인과 사이에 추가분담금을 부과하지 않기로 하는 개별적인 약정을 체결한 경우라 하더라도, 당해 지역주택조합이 총회의결을 통해 당초의 개별적인 약정과 다르게 추가분담금을 부담하는 내용의 결의를 하였다면, 그 총회의결에 절차상 또는 내용상 하자를 다투는 것은 별론으로 하고, 조합원들은 위 결의에 따라 추가분담금을 부담할 의무가 있는 것이다"라고 판시함으로써, 개별 약정의 존재 여부와 무관하게 총회결의라는 절차적 외형만 갖추어지면 증액된 분담금 부담의무가 성립된다는 법리를 보였다. 항소심은 제1심이 인정한 복합적 하자 중 내용적 하자 부분은 판단에 나아가지 아니한 채 오로지 서면결의서 매수로 인한 의사정족수 미달이라는 절차적 하자만으로 결의 전부를 무효로 확정하였는바, 이는 추가분담금 분쟁이 종국적으로 '분담금 산정의 적정성' 문제가 아닌 '그와 같은 부담을 발생시킨 총회결의의 효력' 문제로 심사되는 구조를 전형적으로 보여주고 있다.

34) 의정부지방법원 남양주지원 2023. 9. 21. 선고 2022가단33658 판결. 동 판결에서는 분담금이 320,000,000원에서 676,135,000원으로 약 2.1배 증액되는 극단적인 상황에서도, 법원은 계약서상 변동 가능성 고지 문구와 총회결의(찬성 175표, 반대 4표)의 외형을 확인하는 것으로 조합원의 청구를 기각하였다. 그 외에도 창원지방법원 진주지원 2021. 4. 28. 선고 2020가단30190 판결; 수원지방법원 평택지원 2024. 7. 3. 선고 2023

준으로 정리되어 있지 않다면, 법원으로서도 증액된 사업비의 실질적 합리성을 독자적으로 판단하기란 쉽지 않다. 결국, 민사소송의 한계는 법원의 심사 태도뿐 아니라, 증액의 합리성을 심사할 수 있는 객관적 준거 자체가 사전에 형성되어 있지 않다는 데에 있다.

한편, 민사소송은 사후구제라는 점에서도 근본적 한계를 가지는데, 추가분담금 분쟁은 이미 결의가 이루어지고 납부의무가 현실화된 이후에야 소송으로 제기될 수밖에 없다는 점이다. 그 결과 조합원은 총회의결에 따른 분담금을 먼저 납부하거나 또는 납부를 거절한 상태에서 제명 등의 위험을 감수하면서 소를 제기하게 되고,³⁵⁾ 소송이 계속되는 동안에는 분담금의 부과나 집행을 실질적으로 중단시킬 수 있는 장치도 충분하지 않아 사실상 쟁송의 실효성이 없다고 보아야 한다. 따라서 민사소송은 위법한 부담의 발생을 미리 통제할 수 있다기보다, 이미 귀속된 부담을 뒤늦게 다투는 방식에 머무를 수밖에 없다.

4. 지역주택조합 규율의 연혁적 한계

이와 같은 통제 실패의 원인은 우연한 입법 누락이나 개별 조문의 흠결이 아니라 지역주택조합 제도가 도입될 당시 전제되었던 사업 모델과 현재의 사업 현실 사이의 괴리에 있다고도 볼 수 있다.

앞서 본 바와 같이 지역주택조합은 소규모 민간형 주택건설사업을 전제로 도입되었고, 이러한 전제 아래에서는 분담금 문제를 정관과 총회결의에 맡기는 구조가 일정 부분 자연스러울 수 있었다. 그러나 이후 지역주택조합사업에서 업무대행자가 실질적으로 사업을 주도하면서 수백 또는 천 세대 이상 규모의 대형 사업으로 확대되었으며,³⁶⁾ 사업비의 규모와 구조 역시 도시계획·기반시설·금융비용과 결합된 복합적 성격을 띠게 되자 초기 입법의 전제가 맞지 않게 된 것이다.

이 지점에서 재건축사업의 법제적 연혁은 시사하는 바가 크다. 재건축사업 역시 본래 구 주택건설촉진법상³⁷⁾ 재건축조합의 형태로 지역주택조합과 유사한 민간 자율조합에서 출발하였으나,³⁸⁾ 사업 규모의 확대와 자금구조의 복잡화, 그리고 주거환경 개선이라는 공공적 기능이 강화됨에 따라 2002년 도시 및 주거환경정비법 제정을 계기로 공법적 사업주체로 재편되었고, 관리처분계획 인가제도를 통하여 비용분담 구조 자체가 공법적 확정의 대상이 되었다.³⁹⁾ 즉 재건축사업의 공법적 전환은 권리변환이라는 법기술적 요청 때문만이 아니라, 대규모화된 사업 규모와 비용구조(위험)에 대응하기 위한 법제적 선택이었다. 이에 비추어 보면 지역주택조합 역시 이미 오래전에 같은 방식의 재편이 요청되는 단계에 이르렀다고 보아야 하는데, 단지 권리변환이 직접적으로 수반되지 않는다는 형식적 차이를 이유로 정관과 총회 중심의 자율규율에 방치되었고, 그 결과 오늘날 대규모 개발사업으로 변모한 지역주택조합에도 여전히 소규모 민간형 주택건설사업을 전제로 한 통제방식이 적용되고 있는 것이다.⁴⁰⁾

III. 지역주택조합 분담금에 관한 공법적 통제의 정당성

1. 조합원의 자기책임과 공적 기준형성의 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 조합원이 사업위험의 최종적 부담자라는 사실만으로 사업과정에서 형성된 모든 비용이 자기책임으로 귀속되는 것은 아니다. 조합원이 부담하여야 하는 것은 적어도 자신이 어떠한 비용구조와 위험을 전제로 사업에 참여하였는지, 이후 어떠한 사정의 변화로 비용이 증가하였는지를 식별할 수 있는 ‘기준’에 따른 위험이지, 그렇지 않은 비용까지 당연히 포함하는 것은 아니기 때문이다.

문제는 이러한 위험 귀속의 기준을 조합 내부의 자치만으로 형성하는 데에는 구조적 한계가 있다는 점이다. 그리고 그 한계는 지역주택조합사업에서 ‘기준이 형성되어야 할 시점’과 ‘조합원이 조합의 의사결정에 참여할 수 있는 시점’이 서로 일치하지 않는다는 데에

가단51388 판결; 서울남부지방법원 2024. 9. 26. 선고 2023가단283429 판결 등 참조.

35) 노철중, 앞의 기사(주2). 실제로 조합설립인가조차 받지 못하였고 토지주 20% 이상이 동의를 철회하거나 매매계약 해지 소송을 진행 중인 조합에서, 추가분담금을 납부하지 않은 조합원에게 제명 및 기납입 지분의 상실을 예고하는 내용증명을 발송한 사례가 보고되고 있다.

36) 서동한, “지역주택조합사업의 이해와 위험요인 점검”, KB금융지주 경영연구소, 2015. 12. 14., <https://www.kbfg.com/kbresearch/report/reportView.do?reportId=1003196> (2026. 8. 24. 확인). 이 자료는 2010년 이전 평균 사업규모가 약 268세대였으나 이후 평균 600세대를 상회하고 1,000세대 초과 대형 사업장이 증가하였다고 설명한다.

37) 구 주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 일부개정된 것) 제3조 제9호 참조(주택조합을 지역조합, 직장조합, 재건축조합으로 분류하여 동일한 법률에서 규율).

38) 홍성진 / 조명수, “주택법상 지역주택조합 개선방안 연구”, 『부동산연구』 제25권 제3호(한국부동산연구원, 2015.), 137면.

39) 최영찬, “도시 및 주거환경정비법 해설”, 『법제』 제548호(법제처, 2003. 8.), 71-87면.

40) 임숙녀, 앞의 글(주23), 131면.

서 비롯된다. 가입 여부를 결정하는 모집 단계에서 가입 예정자는 아직 조합원이 아니므로, 총회나 규약을 통하여 사업비 산정기준이나 그 근거자료의 형성을 요구할 지위 자체를 갖지 못하고, 이미 업무대행자 등이 일방적으로 마련한 추정 사업비를 전제로 가입 여부를만을 선택할 수 있을 뿐이다.⁴¹⁾ 반대로 조합원의 지위를 취득한 이후에는, 총회에 참석할 수는 있으나, 앞서 본 바와 같이 그 시점에는 이미 상당한 비용이 지출된 이후이므로 그 참여는 형성된 비용구조를 사후적으로 승인하거나 변경하는 방식으로 이루어질 수밖에 없다.⁴²⁾

결국, 이러한 시점의 불일치는 가입 당시 업무대행자의 설명의무나 정보공개를 강화하는 방식 또는 사후적으로 민사책임을 확대하는 방식만으로는 충분히 해결하기 어렵다. 설명과 공개가 실효성을 가지기 위해서는 무엇을 어떤 기준에 따라 설명해야 하는지가 먼저 정해져 있어야 하고, 사후적으로 책임을 판단하려면 당초의 비용과 위험을 비교할 기준이 존재하여야 하는데, 지역주택조합에서 가장 부족한 것이 바로 이러한 '기준'이기 때문이다.⁴³⁾ 따라서 조합원의 자기책임을 실질적으로 정당화하기 위해서는, 단순한 정보제공의 확대를 넘어 비용과 위험의 범위를 판단할 수 있는 객관적 기준이 선행적으로 마련되어야 한다.

2. 지역주택조합의 공공성

한편, 조합원의 자기책임을 정당화하기 위한 객관적 기준점의 필요성으로부터 곧바로 기준의 형성과 확인을 공적 절차에 맡겨야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 그렇기에 지역주택조합이 주택법 체계에서 어떠한 제도적 지위를 가지고, 그 사업이 어떠한 방식으로 주택공급질서에 편입되어 있는지를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

(1) 지역주택조합의 제도적 기능

지역주택조합은 판례상 비법인사단으로 이해되고 있으나, 그 제도적 존재 이유는 단순한 사적 공동사업에 있지 않다. 지역주택조합은 무주택자 등이 스스로 주택을 마련할 수 있도록 하기 위하여 도입된 제도로서(주택법 제2조 제11호), 기존의 주택공급방식이 미치지 못하는 영역을 보완하여 왔다.⁴⁴⁾ 민영주택 분야이 청약제도와 가점체계에 따라 운영되고 공공주택 공급 또한 자격요건과 물량의 한계를 지니는 상황에서 청약시장 밖에 놓인 실수요자에게 주택확보의 또 다른 통로를 제공하는 한편,⁴⁵⁾ 정비사업의 요건을 충족하지 못하는 지역이나 소규모 택지에서는 그 자체로 사실상 유일하게 가까운 공급수단으로 기능하여 왔다. 반복된 피해에도 정부가 제도의 폐지가 아닌 정상화를 선택하여 온 이유 역시, 지역주택조합이 단순한 사적 결사체에 그치는 것이 아닌 국가의 주택공급정책을 보완하는 제도적 공급수단으로 기능하고 있기 때문이다.

따라서 이러한 이해에 따를 때, 여기서 인정되는 공공성은 조합의 법적 성격에서 비롯되는 '주체의 공공성'이 아니라, 법이 일정한 요건과 절차 아래 형성한 주택공급경로로서 수행하는 '임무의 공공성'이다. 그리고 그 임무가 갖는 공적 성격은, 사업의 실패가 단순히 개별 조합원 사이의 사적 손실에 머무는 것이 아니라, 다수 조합원의 재산상 피해와 사업의 장기표류를 거쳐 주택공급질서 자체의 불안정으로 확장될 수 있다는 점을 통해서도 확인된다. 이는 지역주택조합의 내부관계 전부를 공법적으로 규율하여야 한다는 의미가 아니고, 적어도 주택공급이라는 제도적 기능과 직접 관련된 특정 국면에 공적 규율을 결합할 수 있음을 의미한다.

(2) 주택법 체계상의 공적 규율

지역주택조합의 공공성은, 추상적인 존재 의의에 머무르는 것이 아니라, 주택법의 규율구조 속에서도 구체적으로 나타난다. 우선 조합원의 자격은 누구에게나 주어지는 것이 아닌, 무주택자 등 법령이 정한 범위로 제한된다.⁴⁶⁾ 조합원 모집 역시 단순한 광고행위가 아니라 공개모집과 신고의 대상으로 규율되며, 거짓 또는 과장된 모집행위에는 형사처벌까지 예정되어 있다.⁴⁷⁾ 조합의 설립단계에서

41) 홍성진 / 조명수, 앞의 글(주38), 136면.

42) 김종보, 앞의 글(주7), 10면.

43) 김종보, 앞의 글(주7), 9면.

44) 박은정, 앞의 글(주1), 122면, 124면, 126-127면.

45) 강석정, 앞의 글(주4), 98면.

46) 주택법 시행령 제21조 제1항은 조합원의 자격을 해당 지역에 6개월 이상 거주한 무주택 세대주 또는 주거전용 면적 85㎡ 이하 1주택 소유 세대주로 한정하고 있다. 사적 자치의 측면에서 본다면 단체의 구성원을 누구로 할 것인가는 조직 스스로 정할 사항이지만, 지역주택조합에서는 구성원의 자격 자체를 법률이 직접 규정하고 있다.

47) 주택법 제11조의3은 조합원 모집 시 공개모집과 신고를 의무화하고, 동법 제11조의4는 분담금의 납부예정금액·납부시기·납부방법 등에 대한 설명의무를 부과하며, 동법 제11조의5는 거짓·과장 광고를 금지하고 있다. 동법 제102조 제2호 및 제2호의2는 이에 위반한 모집·광고를 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다. 국가가 형벌권까지 동원하여 개입한다는 것은 국가적 통제가 정당화되는 영역이라는

는 토지 사용권원과 소유권 확보, 조합원 수 충족 등 엄격한 요건을 갖추어 행정청의 설립인가를 받아야 하고, 사업수행 단계에서도 사업계획승인을 통해 주택건설사업으로서의 적법성을 확인받아야 한다. 게다가 사업계획승인에는 다수의 인·허가가 의제되고,⁴⁸⁾ 사업은 도시계획, 교통, 기반시설, 환경과 결합된 형태로 진행된다.

그리고 이러한 결합은 결국 지역주택조합의 분담금 성격에도 영향을 미친다. 형식적으로는 분담금이 조합원 자신의 주거를 마련하기 위하여 조합에 출연하는 사적 출자금이지만, 실제 그 용처를 살펴보면 순수한 사적 출자금으로만 보기 어려운 지점들도 발견할 수 있다.⁴⁹⁾ 지역주택조합사업은 사업계획승인을 매개로 도시계획적 규율과 결합된 개발행위로 수행되고, 그 결과 분담금은 토지매입비와 건축공사비뿐 아니라 학교·도로·공원 등 기반시설의 설치비용까지 포함하여 총당하게 된다. 또한, 용적률 완화 등 공법적 특혜에 대한 반대급부로서 이루어지는 기부채납의 비용도 분담금을 통하여 부담되는데,⁵⁰⁾ 결국 분담금 그 자체가 공법상 금전이라고는 볼 수 없지만, 주택법에 따라 형성되고 공적으로 규율되는 개발사업의 비용과 위험을 개별 조합원이 부담하게 하는 핵심재원이라는 점에서, 공법적 규율과 밀접한 관련이 있을 수밖에 없다.⁵¹⁾

따라서 지역주택조합에 대하여 단순히 '사적 결사체이므로 사적 자치에 맡기면 된다'라는 식의 이해는, 이미 법령이 예정하고 있는 공공성의 밀도를 충분히 반영하지 못한 것이다.

3. 권한과 비용통제의 비대칭

한편 지역주택조합에 대한 공적 비용통제의 필요성을 검토하기 위해서는, 법이 사업수행을 위하여 어떠한 권능을 부여하고 있는지를 뿐 아니라 그 권능의 행사로 형성되는 비용과 위험이 종국적으로 누구에게 귀속되는지도 함께 살펴볼 필요가 있다. 다만, 여기서 비교의 기준은, 그 사업이 사업에 참여하지 않은 자의 재산권을 강제로 변동시키는지가 아니라, 매도청구권이나 수용권과 같은 수단을 행사하여 발생한 비용이 종국적으로 누구에게 돌아가는지, 그리고 그 부담을 정하는 절차가 조합 외부에서 확인될 수 있도록 하고 있는지에 있다.

(1) 매도청구권의 법적 성격

주택법 제22조 제1항은 사업계획승인을 받은 사업주체가 주택건설대지 중 사용할 수 있는 권원을 확보하지 못한 토지의 소유자를 상대로 그 토지를 시가에 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있고, 이 규정은 2005년 주택법 개정으로 지역주택조합이 활용할 수 있는 사업수단으로서 도입되었다.⁵²⁾ 대법원⁵³⁾이 매도청구권을 공공수용과 유사한 것으로 파악하고, 헌법재판소⁵⁴⁾ 역시 매도청구권에 관하여 공용수용에 준하는 심사구조를 전제해 온 점을 고려하면, 지역주택조합이 부여받은 매도청구권은 단순한 계약상 청구권과는 그 성격을 달리한다. 즉 이는 법률이 주택건설사업의 원활한 수행을 위하여 특별히 사업주체에게 부여한 강력한 토지확보수단으로서, 지역주택조합이 단순한 부동산 개발의 투자 편드가 아니라 법이 형성한 개발사업의 틀 안에서 사업을 수행하는 주체임을 보여준다.

다만, 이러한 권한의 존재로부터 곧바로 공적 비용통제의 필요성이 도출되는 것은 아니다. 매도청구권은 지역주택조합에만 부여되는 특유한 권능이 아니라 사업계획승인을 받은 사업주체 일반에게 인정되는 것으로서, 요건을 갖춘 민간 시행사도 이를 행사할 수 있다는 점 때문이다.⁵⁵⁾ 그러므로 민간 시행사와 구별되는 지역주택조합의 특수성은 '그러한 권능을 가지고 있는가'에서 찾는 것이 아니라, '그 권능이 행사됨으로써 형성되는 비용이 누구에게 귀속되는가 그리고 그 귀속을 확정하는 절차가 결합되어 있는가'에서 찾아야 한다.

것을 반영한다.

48) 주택법 제15조, 제19조 제1항.

49) 이재희, 앞의 글(주16), 85면.

50) 주택법 제17조 제1항은 사업계획승인권자가 해당 주택건설사업과 직접적으로 관련이 없거나 과도한 기반시설의 기부채납을 요구하여서는 아니 된다고 규정하여 그 한계를 설정하고 있으나, 이는 기부채납이 일정한 범위에서 수반됨을 전제로 한 것이다. 이러한 기부채납은 용적률 완화 등에 따른 개발이익의 독점을 제한하는 공법적 기제로서, 그 비용은 결국 분담금을 통하여 조합원에게 귀속된다. 이재희, 앞의 글(주16), 90면.

51) 이재희, 앞의 글(주16), 85면.

52) 지역주택조합의 매도청구권은 2005년 1월 8일 주택법 일부개정(법률 제7334호)으로 제18조의2(매도청구 등)에 신설되어 2005년 3월 9일부터 시행되었고, 2016년 1월 19일 주택법(2005. 1. 8. 법률 제7334호로 개정되고 2005. 3. 9. 시행된 것) 제18조의2(매도청구 등)로 신설되었고, 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부개정되고 2016. 8. 12. 시행된 것)으로 현행 제22조로 조문이 이동되었다. 법률 제7334호 부칙 제2항은 "매도청구·주택감리·분양가상한제 및 분양가격 공개 등에 관한 적용례"로 "제16조·제18조의2·제24조 및 제38조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 사업계획승인을 신청하는 분부터 적용한다"라고 규정하여 제18조의2의 신설을 확인하고 있다.

53) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549·21556·21563 판결.

54) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2008헌마571 결정; 헌법재판소 2012. 12. 27. 2012헌바27 결정; 헌법재판소 2017. 10. 26. 2016헌바301 결정 등.

55) 주택법 제22조 제1항 및 제21조 제1항 제1호.

(2) 조합형 사업의 비용위험 귀속

이러한 기준에서 보면 민영주택사업과 조합형 사업 사이에는 중요한 차이가 존재한다. 민간 시행사가 매도청구권을 행사하여 시가로 토지를 매수하는 경우 그로 인한 토지비의 증가는 원칙적으로 사업주체인 시행사 자신에게 귀속된다. 그렇기에 그 권능의 행사로 비용이 증가하더라도 그것은 사업주체의 손익에 반영될 뿐, 토지 확보 과정에서 발생하는 비용위험을 수분양자별로 확정시키는 공적 절차가 필요 없다.

반면 조합형 사업의 경우, 별도의 독립된 사업자에게 개발이익과 손실이 최종적으로 귀속되는 구조가 아니기에, 사업에 드는 비용과 그 증가위험이 종국적으로 구성원에게 귀속되고, 그 부담은 조합원 개인의 추가적 금전 부담으로 전환될 수밖에 없다. 따라서 조합형 사업에서는 사업수행 과정에서 비용이 발생하였다는 사실뿐 아니라 그 비용을 어떠한 기준에 따라 구성원에게 귀속시킬 것인지가 독립적인 규율의 문제로 등장하게 된다. 즉 보호의 대상인 조합원이 그와 동시에 사업의 주체이자 사업위험의 부담 주체가 되는, 보호받는 자와 규제받는 자가 분리되지 않는 구조로 인하여, 여기에서의 공법적 통제는 ‘사업자를 상대로 한 외부적 규제’가 아닌 ‘사업구조 자체에 내재된 통제’로 그 성격이 전환되어야 하는 것이다.⁵⁶⁾ 그리고 이는 조합원에게 재산상 부담을 귀속시키는 절차 안에 공적 확인 단계가 결합되는 방식으로 작동될 수 있다.

(3) 권능과 비용확정의 결합원리

한국 공법이 조합형 개발사업에서 강제적 권능과 공법적 비용확정절차를 결합시켜온 것도 이러한 구조를 반영한 결과로 이해된다. 도시정비법상 재건축조합은 매도청구권을 부여받는 동시에 관리처분계획 인가라는 공법적 비용확정절차를 거치고, 재개발조합은 수용권을 부여받는 동시에 역시 관리처분계획 인가절차를 거친다. 도시개발법상 도시개발사업조합도 환지 방식으로 사업을 시행하면서, 조합원의 종전 토지와 사업 후 권리·부담 관계를 환지계획으로 구체화하고 이에 대하여 행정청의 인가를 받는다. 즉 행정청이 아닌 조합 형태의 사업주체에게 타인의 재산권에 강제적 효과를 미치는 권능이 부여되는 경우, 그 권능 행사에 수반되는 비용 귀속의 적정성을 공적으로 확인하는 절차가 결합되어 왔다. 이는 개별 사업법 차원에서 우연히 유사한 제도를 반복적으로 채택한 것이 아니라, 사업비 증가의 위험이 종국적으로 구성원에게 귀속되는 사업유형에서 권한-비용확정의 결합원리가 반복적으로 구현되어 온 것으로 이해될 수 있다.

<표1> 사업주체별 권한-비용확정절차의 구조

사업주체	강제적 권한	비용위험의 귀속	공법적 비용확정절차
재건축조합	매도청구권 ⁵⁷⁾	조합원	관리처분계획 인가 ⁵⁸⁾
재개발조합	수용권 ⁵⁹⁾	조합원	관리처분계획 인가 ⁶⁰⁾
도시개발사업조합	환지 ⁶¹⁾	조합원	환지계획인가 ⁶²⁾
민간시행사	매도청구권 ⁶³⁾	시행사 자신	구성원별 비용귀속절차는 문제되지 않음
지역주택조합	매도청구권 ⁶⁴⁾	조합원	총회결의 중심

그러나 지역주택조합의 경우에는 매도청구권이 부여되면서도 그에 상응하는 비용확정절차는 도입되지 아니하였다.⁶⁵⁾ 이는 주택법

56) 김중보, 앞의 글(주6), 186-187면.

57) 도시 및 주거환경정비법 제64조.

58) 도시 및 주거환경정비법 제74조.

59) 도시 및 주거환경정비법 제63조.

60) 도시 및 주거환경정비법 제74조.

61) 도시개발법 제11조 제1항 제6호, 제21조 제1항.

62) 도시개발법 제28조, 제29조 제1항.

63) 주택법 제22조.

64) 주택법 제22조.

65) 다만 주택법상 리모델링주택조합 역시 매도청구권을 가지면서도 이에 상응하는 비용확정절차를 두고 있지 않다는 점에서(주택법 제22조 제2항), 이러한 결합이 모든 조합형 사업에서 관찰되어 있는 것은 아니다. 그러나 리모델링주택조합 또한 주택법 체계 안에서 지역주택조합과 동일한 구조적 공백이 존재한다는 점에서, 이는 본고의 문제제기에 대한 반례라기보다 그 문제가 주택법 전반에 걸쳐 있음을 보여주는 사례로 생각할 수 있다.

이 사업주체의 유형을 구별하지 않은 채 사업계획승인을 받은 사업주체 일반에게 매도청구권을 인정하는 과정에서, 그 행사로 형성된 비용이 시행자 자신에게 귀속되는 민영사업과 종국적으로 구성원에게 귀속되는 조합형 사업 사이의 구조적 차이가 고려되지 아니한 데에서 비롯된 것으로 보인다. 그 결과 지역주택조합은 '사업을 추진하기 위한 수단으로서의 권능'과 '그 과정에서 발생한 비용을 조합원에게 귀속시키기 위한 기준의 형성'이 서로 분리된 규율 영역에 놓이게 되었고, 이는 권능과 비용통제의 구조적 비대칭으로 볼 수 있다.

(4) 처분 중심형 권한과 정관 중심형 통제의 부정합

이러한 구조적 비대칭은 '처분 중심형 사업구조'와 '정관 중심형 사업구조'의 구별을 통해서도 설명될 수 있다.⁶⁶⁾ 재건축사업 등 도시정비법상 정비사업은 정비구역 지정에서 관리처분계획 인가에 이르기까지 단계별 행정처분을 통해 사업이 진행되는 처분 중심형 구조를 가진다. 이에 반해 지역주택조합은 설립인가와 사업계획승인 외에는 사업의 핵심 진행이 정관과 총회결의에 위임된 정관 중심형 구조이다. 문제는 지역주택조합에 수용 유사한 매도청구권이라는 처분 중심형 사업의 핵심 요소가 부여되어 있음에도, 이를 통제할 처분 중심의 비용확정절차는 함께 도입되지 않았다는 점이다. 그 결과 지역주택조합은 '처분 중심형의 권한'과 '정관 중심형의 통제'가 하나의 사업주체 안에 공존하는 비정형적 구조를 갖게 되었고, 권한은 공법적으로 강화되었으나 비용통제는 여전히 비법인사단 내부의 자치에 머물러 있게 되었다.

더욱이 이와 같은 불일치는 업무대행자 중심의 사업구조와 결합할 때 더욱 심각해지는데, 형식상으로는 총회결의가 존재하더라도 분담금 산정의 핵심 자료와 사업비 추정안이 업무대행자 중심으로 형성되고 조합원이 이를 독립적으로 검증할 수 없는 실무의 현실상,⁶⁷⁾ 정관 중심형 통제는 실질적으로 실현되지 않고 있다. 결국, 지역주택조합의 문제는 권한의 행사와 통제의 구조가 합치되지 않는 '체계적 부정합'에 있다.

4. 재건축조합 사업과의 비교

(1) 비교의 의의와 한계

앞서 본 체계적 부정합은 지역주택조합에 공법상 비용확정절차가 결합되어 있지 않다는 사실을 확인시켜준다. 그러나 이러한 절차의 필요성을 확인하는 것과 실제 어떠한 내용과 기능을 가진 절차를 마련할 것인지는 별개의 문제이므로, 이하에서는 재건축조합 사업의 구조와 비교함으로써 공법상 비용부담에 관한 통제구조가 어떠한 방식으로 작동하는지를 살펴보고자 한다.

물론 재건축사업과 지역주택조합사업은 동일한 제도는 아니다. 재건축사업에서는 정비구역 안의 토지등소유자가 기존 토지·건축물의 소유권을 기초로 사업 관계에 편입되고, 조합설립에 대한 동의 여부에 따라 그 법적 지위가 달라지는 반면, 지역주택조합의 조합원은 사업대상 토지에 관한 종전 권리와 무관하게 가입계약과 금전출자를 통하여 공동사업의 구성원이 될 뿐이다.⁶⁸⁾ 따라서 권리변환을 전제로 한 관리처분계획의 구체적인 내용을 지역주택조합에 그대로 원용할 수는 없고, 공법적 통제가 정당화되는 근거 역시 동일하게 적용될 수 없다.

그러나 이러한 제도적 차이로부터 지역주택조합에서 조합원 내부의 비용부담을 전적으로 사적 자치에 맡겨야 한다는 결론이 도출되지는 않는다. 재건축사업에서도 관리처분계획을 통하여 정하는 것은 조합설립에 동의하여 분양신청까지 마친 자들 사이에서의 비용 귀속에 관한 것이고, 동의하지 않은 토지등소유자 또는 분양신청을 하지 않은 조합원은 그 부담 관계에 편입되지는 않기 때문이다.⁶⁹⁾ 즉 사업 관계에 편입되는 방식이 비자발적이라는 사정은 사업에 참여할 것인지를 정하는 국면에서만 의미가 있을 뿐, 참여가 결정된 이후 구성원 사이의 비용부담을 어떠한 기준에 따라 정할 것인지는 그 국면을 달리한다.

그러므로 이러한 차이는 재건축사업과의 비교 필요성을 약화시키는 것이 아니라 오히려 비교의 초점을 명확하게 한다. 두 사업 모두 토지비·공사비·금융비용 등이 늘어나면 그 부담이 결국 조합원에게 돌아간다는 점에서는 같지만, 조합원의 부담을 판단하는 기준을 형성하는 방식에는 중요한 차이가 있기 때문이다. 따라서 비교의 핵심은 재건축사업의 관리처분계획을 지역주택조합에 그대로 도입할 수 있는지가 아니라, 각 사업에서 조합원이 자신의 부담을 무엇을 기준으로 판단하고, 그 기준이 어느 시점에 형성되어 이후의 비용변

66) 김종보, 앞의 글(주7), 7면.

67) 박은정, 앞의 글(주1), 130-132면.

68) 김종보, 앞의 글(주7), 7면.

69) 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자는 매도청구의 상대방이 되어 시가에 의한 매매대금을 받고(도시 및 주거환경정비법 제64조), 분양신청을 하지 않은 조합원은 현금청산의 대상이 될 뿐이다(도시 및 주거환경정비법 제73조).

동 및 최종 부담과 어떠한 방식으로 연결되는지를 밝히는 데 있다.

(2) 공적 통제의 기준점 형성의 필요성

두 사업을 비교할 때 우선 주목하여야 할 것은, 관리처분계획과 같은 특정 절차의 존재 여부 자체가 아니라, 조합원이 자신의 부담을 판단하고 이후의 변동을 비교할 수 있는 ‘기준’이 어디에서 형성되고 어떠한 방식으로 구체화되는가에 있다.

재건축사업의 경우에는 조합원이 사업에 참여하기 이전부터 종전자산이라는 선행적인 재산적 기초를 가지고,⁷⁰⁾ 그 종전자산은 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준으로 평가되어 이후 권리·부담 관계를 산정하는 출발점이 된다.⁷¹⁾ 다만, 종전자산의 존재와 그 평가만으로 조합원이 최종적으로 어떠한 권리를 취득하고 얼마의 비용을 부담하게 되는지가 곧바로 확정되는 것은 아니고, 이후 사업이 진행되는 과정에서 정비사업비 및 분양예정 자산의 가치 그리고 조합원별 부담의 규모가 단계적으로 산정되는데, 그 구체적인 내용은 아래 (3)에서 살펴본다.

반면 지역주택조합에서는 이와 같은 선행적인 재산적 기초가 존재하지 않는다.⁷²⁾ 조합원은 종전자산을 기초로 사업에 참여하는 것이 아니라 금전을 납입함으로써 사업에 참여하고, 총사업비에서 일반분양수입 등을 공제한 나머지를 조합원들이 부담하는 구조를 취하기 때문이다. 그 결과 조합원이 자신의 부담을 가늠할 수 있는 최초의 기준은 사실상 모집 단계에서 제시되는 분담금뿐인데, 앞서 살펴본 바와 같이 최초분담금은 업무대행자 등이 장래의 사업비를 추정하여 산정한 금액이고, 그 금액이 어떠한 비용 항목과 가정을 토대로 형성되었는지, 어느 부분이 확정되어 있고 어느 부분이 불확실한지를 객관적으로 확인할 수 있는 기준은 형성되어 있지 않다.⁷³⁾

이러한 차이는 지역주택조합에 필요한 공적 통제의 내용뿐만 아니라 그 개입 시점까지도 보여준다. 재건축사업에서는 이미 존재하는 종전자산과 그 평가를 기초로 조합원의 권리와 비용부담 기준을 형성하는 것이 문제라면, 지역주택조합에서는 그보다 앞서 조합원이 사업에 참여하는 시점부터 자신의 부담을 판단할 최초의 기준 자체를 형성할 필요가 있다. 따라서 지역주택조합에 대한 공적 통제는 가입 여부를 결정하는 모집 단계에서 제시되는 최초분담금의 산정근거와 비용구조를 객관화하는 데서 출발하여야 하고,⁷⁴⁾ 이후의 사업비 변동과 추가 부담의 정당성을 판단할 수 있는 기준점을 형성하는 것까지 포함하여야 한다.

(3) 관리처분계획을 중심으로 한 단계적 통제

재건축사업에서의 관리처분계획에는 분양대상자별 종전자산의 가격과 분양예정 대지 또는 건축물의 추산액, 정비사업비의 추산액 및 그에 따른 조합원별 분담규모와 분담시기 등이 함께 반영된다.⁷⁵⁾ 이는 관리처분계획이 단순히 종전자산을 평가하거나 신·구 권리를 변환하는 데 그치지 않고, 사업에 참여할 당시의 재산적 기초와 사업과정에서 형성된 비용, 그리고 그 결과 조합원이 취득하게 될 권리와 추가로 부담하게 될 금액을 하나의 계획안에서 연결함을 의미한다.⁷⁶⁾ 그리고 관리처분계획이 행정청의 인가를 받고 그에 관한 총회 결의의 효력을 행정소송으로 다투게 된다는 점은,⁷⁷⁾ 이러한 권리·부담 관계가 외부적으로 객관화됨을 뜻한다.

특히 더욱 주목할 것은 이러한 비용기준의 형성과 확인이 관리처분계획이라는 하나의 시점에서 비로소 이루어지는 것이 아니라는 점이다. 도시정비법은 조합설립에 동의하는 단계에서부터 정비사업비와 그 비용분담에 관한 사항을 제시하도록 하고,⁷⁸⁾ 사업시행계획서에 정비사업비를 포함하도록 하며,⁷⁹⁾ 분양신청에 앞서 분양대상자별 분담금의 추산액을 통지하도록 한 후,⁸⁰⁾ 관리처분계획에서 정비사업비의 추산액과 그에 따른 조합원별 분담규모 및 분담시기를 다시 구체화하도록 하고 있다.⁸¹⁾ 즉 사업의 진행과 사업계획의 구

70) 김종보, 앞의 글(주7), 7면.

71) 도시 및 주거환경정비법 제74조 제1항 제5호.

72) 김종보, 앞의 글(주7), 10면.

73) 김종보, 앞의 글(주6), 190면.

74) 김종보, 앞의 글(주7), 9면.

75) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 601-604면. 도시 및 주거환경정비법 제74조 제1항 제3호(분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액), 제5호(분양대상자의 종전의 토지 또는 건축물 명세 및 사업시행계획인가 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격), 제6호(정비사업비의 추산액 및 그에 따른 조합원 분담규모 및 분담시기).

76) 관리처분계획을 “종전의 토지 및 건축물의 소유권과 지상권·전세권·임차권·저당권 등 소유권 이외의 권리를 정비사업으로 새롭게 조성된 토지와 축조된 건축시설에 대한 권리로 변환시켜 배분하는 일련의 계획”으로 정의하는 것으로 홍성진 / 조명수, 앞의 글(주38), 138면 각주 18.

77) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

78) 도시 및 주거환경정비법 제35조 제9항 및 같은 법 시행령 제30조 제2항.

79) 도시 및 주거환경정비법 제52조 제1항 제12호.

80) 도시 및 주거환경정비법 제72조 제1항 제1호 및 제2호.

81) 도시 및 주거환경정비법 제74조 제1항 제6호.

체화에 따라 비용과 부담에 관한 기준이 단계적으로 형성되고 갱신되는 구조를 취하고 있는 것이다.

그리고 이처럼 형성된 선행 기준은 이후 중대한 비용변동을 통제하는 준거로도 기능하는데, 도시정비법은 정비사업비 또는 조합원 분담 규모가 일정 수준 이상 증가하는 경우에 관리처분계획의 인가에 앞서 별도의 타당성 검증을 거치도록 하고,⁸²⁾ 정비사업비가 일정한 범위 이상 증가하는 경우에는 강화된 총회의결을 요구하면서,⁸³⁾ 이미 형성된 비용기준과의 '차이'를 토대로 통제의 강도를 결정하는 단계적 통제구조를 보여준다.⁸⁴⁾

결국, 재건축사업의 비용통제 구조에서 참고할 것은 관리처분계획이라는 단일한 제도 자체가 아니라, 사업의 진행에 따라 비용과 부담의 기준을 구체화·갱신하고, 그 기준과 최종적인 권리·부담 관계를 관리처분계획을 통하여 객관화하며, 중대한 비용변동에는 다시 강화된 검증을 결합하는 연속적인 통제구조이다. 그리고 이러한 통제원리는 구체적인 제도적 형식에는 차이가 있더라도 지역주택조합사업의 분담금 규율에 충분히 참고할 수 있다.⁸⁵⁾

IV. 지역주택조합 분담금 규율의 공법적 전환

1. 2026년 개정 주택법의 의의와 한계

(1) 비용규율의 공법적 전환

앞서 살펴본 지역주택조합 분담금 규율의 문제는 최근 입법에서도 직접적인 개선대상으로 다루어졌다. 정부는 2026년 4월 「지역주택조합 피해예방 및 사업정상화 방안」을 통하여 사업지연과 과도한 추가분담금, 업무대행비 등 초기비용의 과도한 지출, 불투명한 조합운영과 불공정한 계약에 따른 사업비 증가 등을 주요 문제로 지적하고, 업무대행자 규율 강화, 공사비 검증, 사업비 산출근거의 공개 및 중요사항에 관한 총회의결요건 강화 등을 제시하였으며, 이러한 방안의 상당 부분은 2026년 9월 8일 공포된 주택법 일부개정법률⁸⁶⁾에 반영되었다.

개정 주택법은 우선 조합원 모집광고에 포함하여야 할 사항으로 '사업비 구성표(토지매입비, 공사비, 업무대행비, 금융비용 등 구분) 및 구성항목별 구체적인 산출근거 등 국토교통부령으로 정하는 사항'을 추가하였고(제11조의5 제1항 제3호의2), 주택조합사업에 드는 비용이 생산자물가상승률을 제외하고 10% 이상 증가하는 경우 총회의결을 거치도록 하면서, 조합원 3분의 2 이상의 출석과 출석 조합원 3분의 2 이상의 찬성이라는 강화된 의결요건을 신설하였으며(제12조의2), 나아가 일정한 공사비 증액이나 조합원 5분의 1 이상의 요청이 있는 경우 한국부동산원·한국토지주택공사 또는 지방공사에 공사비 검증을 요청하고, 검증결과를 공개한 후 공사비 증액 계약 전에 다시 총회의결을 거치도록 하고 있다(제14조의5). 그 밖에 행정청이 관계 공무원과 전문가로 구성된 점검반을 통하여 모집주체와 주택조합에 대한 현장조사를 할 수 있도록 한 것도(제14조 제5항) 조합운영에 대한 공적 관여를 확대한 것으로 볼 수 있다.

이러한 개정은 분담금의 형성과 증액을 더 이상 조합 내부의 자율적 의사결정에만 맡겨두기 어렵다는 강한 입법적 판단을 보여준다. 특히 모집 단계에서 사업비의 구성과 산출근거 자체를 법정 정보로 요구하고, 일정한 규모 이상의 사업비 증가를 통상의 총회의결과 달리 취급하며, 공사비 증가에 외부 전문기관의 검증을 결합한 것은 비용부담의 문제가 단순한 내부 자금집행의 차원을 넘어 별도의 규율 대상이 된다는 점을 확인한 것으로 볼 수 있다. 그런 점에서 2026년 개정은 본고가 제기하는 공법적 비용통제와 별개의 방향이라고 보아도 그 문제의식을 실제 입법이 일부 수용한 것으로 평가할 수 있다.

82) 도시 및 주거환경정비법 제78조 제3항 및 같은 법 시행령 제64조.

83) 도시 및 주거환경정비법 제45조 제4항.

84) 도시 및 주거환경정비법 제78조 제3항 제1호의 비교기준인 '제52조 제1항 제12호에 따른 정비사업비'에 관하여, 법제처는 이를 최초로 사업시행계획인가를 받은 사업시행계획서상의 정비사업비를 의미하는 것으로 해석하고 있다(법제처 법령해석 안전번호 18-0509(2018. 12. 3.)). 이는 선행 단계에서 형성된 비용기준이 후행 단계의 비용변동을 판단하는 준거로 기능할 수 있음을 보여주는 것으로서, 비용통제가 실효성을 가지기 위해서는 각 단계의 비용정보가 단절되지 않고 비교 가능한 기준으로 연결될 필요가 있음을 시사한다.

85) 김중보, 앞의 책(주75), 603면. 재건축사업에서도 관리처분계획 중심의 비용확정 구조는 2002. 12. 30. 도시 및 주거환경정비법 제정(법률 제6852호, 시행 2003. 7. 1.)을 계기로 비로소 결합된 것이고, 그 이전에는 주택건설촉진법상 비용부담이 정관과 총회의결에 맡겨져 있었다. 이 점에서 지역주택조합에 관한 위와 같은 제도 설계는, 주택조합에서 유래한 사업유형에 대하여 이미 한 차례 이루어진 입법적 판단을 비용확정의 국면에서 확인하는 것으로 볼 여지가 있다.

86) 주택법(2026. 9. 8. 법률 제21902호로 개정되고 2027. 3. 9. 시행되는 것). 다만 제21조 제1항의 개정규정은 같은 법 부칙 제1조 단서에 따라 2026. 9. 8.부터 시행되었다. 이하 이를 '개정 주택법'이라 하며, 별도의 법률명 표시 없이 조문만 기재한 경우에는 개정 주택법의 조문을 가리킨다.

(2) 개정 주택법의 한계

그러나 문제는 ‘개정 주택법이 비용통제의 개별 수단을 도입하였다는 것’과 ‘분담금 규율의 구조적 문제가 해소되었다는 것’은 별개라는 점이다. 오히려 개정 주택법을, 조합원이 자신의 부담과 그 변동을 판단할 ‘기준’이라는 관점에서 살펴본다면, 각각의 통제수단을 서로 연결하는 준거가 여전히 충분하게 형성되어 있지 않다.

우선 사업비 구성표와 구성항목별 산출근거를 모집광고의 법정 기재사항으로 도입하였으나, 그 자료를 조합설립인가와 사업계획승인 단계에서 계속 갱신하여 이전 단계의 자료와 대비하도록 하는 구조까지 마련한 것은 아니다. 따라서 모집 당시의 사업비 구성과 산출근거가 단순한 가입 단계의 정보제공에 그치지 않고 이후 비용을 판단하는 실질적인 비교기준으로 기능하기 위해서는, 각 사업단계 사이에 그 기준이 연속적으로 이어지고 갱신되는 구조가 추가로 필요한 상황이다.

또한, 주택조합사업에 드는 비용이 10% 이상 늘어나는 경우 강화된 총회의결을 요구하면서도, 그 증가율을 산정하기 위한 기준 시점은 별도로 정하고 있지 않다. 모집 당시의 총사업비인지, 조합설립인가 당시의 사업비인지, 직전 총회에서 승인된 사업비인지에 따라 10% 기준의 실제 의미는 달라질 수밖에 없는데, 특히 사업비가 여러 차례에 걸쳐 소폭씩 증액되는 경우에는 개별 증액분만을 기준으로 판단할 것인지, 아니면 최초 기준으로부터의 누적 증가폭까지 함께 고려할 것인지도 명확하지 않다.

게다가, 개정 주택법이 도입한 외부검증은 공사비에만 한정된다는 점에서도 한계가 있다. 지역주택조합의 추가분담금은 공사비뿐 아니라 토지매입비, 금융비용, 기반시설 비용, 업무대행비의 증가 또는 일반분양수입의 감소 등이 복합적으로 작용하여 발생하는데, 개정 주택법은 도급계약이라는 기준이 존재하는 공사비에 대해서만 비교기준과 외부검증을 결합하였을 뿐, 전체 사업비의 변동을 구성항목별로 추적하여 최종적인 조합원 부담과 연결하는 구조까지 마련한 것은 아니다.

따라서 2026년 개정 이후의 과제는 새로운 통제수단을 계속 추가하는 데 있다기보다, 이미 도입된 사업비 산출근거의 공개, 강화된 총회의결 및 공사비 검증 등을 서로 연계하여 이들이 하나의 연속적인 비용부담 기준 아래 실질적으로 작동하도록 하는 데 있다.

2. 비용부담 기준의 형성과 갱신

(1) 공법적 비용통제의 기본방향

앞서 살펴본 바와 같이 지역주택조합 분담금의 문제는 사업비가 증가한다는 사실 자체에 있는 것이 아니라 조합원이 어떠한 비용구조와 위험을 전제로 사업에 참여하였고, 이후 어떤 사정의 변화로 부담이 증가하였는지를 판단할 기준이 충분히 형성되어 있지 않다는 데 있다. 따라서 여기서 요구되는 공적 통제는 행정청이 적정한 분담금의 액수를 직접 결정하거나 조합원이 부담하는 사업위험을 제거하는 방식이 되어서는 안 되고, 이후 추가분담금 등 비용변동을 비교·확인할 수 있는 기준을 형성하고 갱신하는 방식이 되어야 한다.

다만, 그렇다고 하여 지역주택조합의 내부관계 전반을 공법적으로 재편하거나 관리처분계획과 같은 별도의 제도를 그대로 도입하는 것은 아니다.⁸⁷⁾ 이미 형성된 자금을 어떠한 항목에 사용할 것인지 등은 얼마든지 총회와 규약에 따른 자율적 의사결정에 맡길 수 있고, 필요한 공적 통제는 이미 존재하는 모집신고,⁸⁸⁾ 조합설립인가⁸⁹⁾ 및 사업계획승인⁹⁰⁾의 각 단계에서 비용기준을 형성하고 갱신할 수 있기 때문이다. 즉 공적 확인의 기본방향은 모집 단계에서 최초의 기준을 형성하고, 사업의 구체화에 따라 이를 갱신하며, 이후 그 기준으로부터 중대한 변동이 발생한 경우 변화의 원인과 부담 귀속의 근거를 다시 확인하는 연속적인 구조를 마련하는 것에 있다.

(2) 모집 단계에서 최초 기준의 형성

공적 확인이 가장 먼저 작동하여야 할 시점은 조합원이 가입 여부를 결정하는 모집 단계이다. 재건축사업과 달리, 지역주택조합에는 선행적인 재산적 기준이 존재하지 않기 때문에, 모집 단계에서 제시되는 분담금이 사실상 조합원 자신의 부담을 판단하는 최초의 기준이 될 수밖에 없다.⁹¹⁾ 그렇기에 2026년 개정 주택법에서도 사업비 구성표와 그 구성항목별 산출근거를 모집광고의 기재사항으로 도입한 것(제11조의5 제1항 제3호의2)이고, 이러한 기준 형성의 필요성을 일정 부분 반영한 것으로 볼 수 있다.

다만 이와 같은 절차가 단순한 정보제공에 그치는 것이 아닌, 비용변동을 판단하는 기준으로 기능하려면, 모집신고 단계에서 제시되

87) 김종보, 앞의 글(주7), 7면.

88) 주택법 제11조의3 제1항(조합원 모집 신고 및 공개모집).

89) 주택법 제11조 제1항(주택조합의 설립인가).

90) 주택법 제15조 제1항(사업계획의 승인).

91) 김종보, 앞의 글(주7), 10면 및 같은 면 각주 17.

는 최초의 사업비 구성표와 그 산출근거가 하나의 기준점으로 형성되어 이후 각 사업단계에서 지속적으로 비교·갱신될 수 있어야 한다. 그리고 이를 위해서는 각 비용 항목 가운데 이미 확정된 부분과 아직 추정에 머무는 부분을 명확히 구별하여 표시할 필요가 있다. 구체적으로 개정 주택법이 모집신고 단계에서부터 사업대지의 80% 이상에 관한 권원을 확보하도록 한 것과 관련하여(제11조의3 제1항), 사유지의 경우 이미 소유권을 확보한 토지에 대해서는 실제 취득가액을, 매매계약을 체결한 토지에 대해서는 계약금액과 지급조건을 각각 제시하도록 하고, 아직 소유권이나 매매계약을 확보하지 못한 토지에 대해서는 그 면적과 예상 취득단가 및 산정근거를 별도로 표시하도록 하여야 할 것이다. 그리고 이와 같이 이미 가격이 확정되거나 구체화된 부분과 장래의 협상이나 매도청구 등에 따라 가격이 변동될 수 있는 부분을 구별하여 표시한다면, 최초분담금에 포함된 토지비 가운데 어느 부분이 확정되어 있고 어느 부분에 불확실성이 남아 있는지를 조합원이 가입 단계에서부터 확인할 수 있게 된다.

물론 모집 단계에서는 상당한 토지가 아직 확보되지 않았기 때문에 향후의 토지매입가격 등을 신뢰성 있게 예측하는 데는 본질적인 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 이 단계에서는, 장래 가격을 보증하라는 것이 아니라, 오히려 아직 확정되지 않은 부분이 무엇인지, 미확보분의 규모가 어느 정도인지, 그리고 그 부분에 예상 단가를 어떻게 적용하였는지를 명확하게 드러냄으로써, 조합원이 적어도 자신이 인수하는 불확실성이 어느 항목에 얼마나 집중되어 있는지를 알고 가입 여부를 결정할 수 있게 하는 데 그 목적이 있다.

이와 함께 행정청은 이 단계에서 관련 자료의 제출 여부와 자료 간의 기본적인 정합성만을 확인하되, 무엇보다 이러한 산정근거가 이후 추가분담금의 발생 원인과 그 귀속을 판단하는 비교기준으로 기능한다는 점을 법률상 명확히 할 필요가 있다. 이를 통하여 업무대행자 등 산정에 관여하는 자에게 최초분담금의 산정근거가 단순한 모집자료가 아닌 향후 비용변동을 판단할 기준을 형성하는 자료임을 인식하게 하고, 그 작성에 상응하는 주의와 책임을 부담하도록 할 수 있을 것이다.

(3) 조합설립인가 단계 및 사업계획승인 단계에서의 기준 갱신

조합설립인가 단계에서는 설립 이전에 실제로 발생한 주요 비용과 조합이 승계할 계약·채무의 명세를 제출하도록 하고, 이를 모집 단계에서 공시된 사업비 산정기준과 대비하여 확인하도록 할 필요가 있다. 이때 행정청은 개별 지출의 적정성을 일일이 승인할 필요는 없고, 여기에서 중요한 것은 모집 당시 예정되었던 비용과 실제 발생한 비용 사이에 어떠한 차이가 발생하였고, 그 차이가 어떠한 사유에서 형성되어 향후 조합원의 부담에 반영되는지를 객관적으로 드러내는 데 있다. 이를 통하여 모집 단계에서 형성된 최초의 비용기준이 조합설립과 함께 소멸하는 것이 아니라, 실제 지출과 계약관계를 반영하여 다음 단계의 비교기준으로 갱신되도록 하는 것이 가장 중요하다.

한편, 모집 단계에서 형성된 기준은 가정에 기초한 잠정적인 것이므로, 조합설립 이후 토지확보나 인허가 등이 진행되는 과정에서 계속 변동될 수밖에 없다. 따라서 대지와 건축계획, 기반시설 부담 등 사업의 주요 내용이 구체화되는 사업계획승인 단계에서는 그때까지의 변동을 반영한 비용기준을 다시 정식화할 필요가 있다. 구체적으로는 사업계획승인 신청 시 당시의 총사업비와 예상수입, 조합원별 분담금의 산정근거를 제출하도록 하고, 앞선 모집 및 조합설립인가 단계에서 형성된 기준과 비교하여 어떠한 항목이 얼마나 변동하였는지와 그 원인을 함께 제시하도록 할 수 있다.

이처럼 모집 단계에서 형성된 최초 기준이 조합설립인가와 사업계획승인을 거치면서 갱신되고 단계별 변동 내역이 축적된다면, 최초분담금과 이후의 추가분담금은 서로 단절된 금액으로 존재하지 않고 하나의 연속된 비용구조 안에서 파악될 수 있게 된다. 특히 토지비의 경우 모집 단계에서의 계약금액과 예상취득비, 조합설립인가 단계에서의 실제 취득비용과 미확보 토지의 예상 비용, 사업계획승인 단계에서의 확정·추정 토지비가 순차적으로 대비됨으로써, 어느 부분이 이미 확정되었고 어느 부분이 여전히 장래의 가격변동 위험에 노출되어 있는지가 드러나게 되는 것이다. 그 결과 이후 발생한 추가 부담이 조합원이 당초 인수한 불확실성의 현실화인지, 최초 산정 당시 이미 반영되었어야 할 비용인지, 아니면 사업 진행 과정에서 새롭게 발생한 비용인지를 구별할 수 있는 기준도 형성될 수 있다. 그리고 이러한 연속성이 전제되어야 개정 주택법상 강화된 총회의결 요건인 10%의 사업비 증가가 무엇을 기준으로 판단되어야 하는지 명확해지고, 공사비 이외의 비용항목에서 발생한 변동도 동일한 기준 아래 비교·평가할 수 있을 것이다.

3. 추가분담금의 귀속과 공적 확인

(1) 추가분담금의 원인별 확인

비용부담의 기준이 형성되었다면, 이후의 과제는 그 기준으로부터 발생한 비용변동을 어떠한 근거로 조합원에게 귀속시킬 것인지에 있다. 조합형 사업에서는 사업비의 변동과 이에 따른 추가분담금의 발생 자체를 피하기는 어렵지만, 그렇다고 모든 증가분이 당연

히 조합원의 자기책임으로 귀속될 수는 없기 때문이다.

따라서 추가분담금이 발생한 경우, 직전의 비용기준과 비교하여 어떠한 항목이 얼마나 증가하였는지뿐만 아니라 그 증가가 어떠한 원인에서 비롯되었는지를 함께 소명하도록 할 필요가 있다. 예를 들어, 물가·금리 등 외부적 사정의 변화, 인허가·설계 및 기반시설 부담의 변경, 최초 사업비 산정 당시의 비용 누락이나 예상수입의 과대추계, 사업집행 또는 업무대행 과정의 지연이나 계약상 불이익 등은 서로 구별될 수 있다. 물론 이러한 구분이 곧바로 각 비용의 최종 부담 주체를 결정하는 것은 아니지만, 그 비용이 당초 예측할 수 있었던 것인지, 기존의 기준에 반영되어야 했던 것인지, 특정 주체의 귀책이 있는지를 판단하는 출발점이 될 수 있을 것이다.

결국, 이러한 과정을 통하여 모든 비용 증가를 막연한 ‘사업비 증가’로 묶어 조합원에게 전가하는 것이 아닌, 공적으로 확인된 비용 기준과의 관계에서 그 부담을 귀속시킬 근거를 개별적으로 확인할 수 있게 된다.

(2) 중대한 증액에 대한 강화된 통제

추가분담금 증액의 모든 경우를 일률적으로 공적 확정의 대상으로 삼을 것이 아니라, 일정한 중요성이 있는 경우에 한하여 통제의 강도를 높이는 방식이 타당하다. 그리고 이를 실행하기 위해서는 먼저 증액을 판단할 비교기준이 형성되어 있어야 하는데, 개정 주택법에 따른 사업비 증가율에 관해서는 원칙적으로 직전 단계에서 형성·갱신된 비용기준을 토대로 산정하되, 최초 모집 단계에서 형성된 기준과 비교한 누적적 증가폭도 함께 제시하도록 하는 방안을 고려해볼 수 있다. 이렇게 하면, 사업의 진행에 따라 불가피하게 기준이 갱신되는 점을 인정하면서도, 여러 차례의 소규모 증액을 통하여 최초 부담에서 크게 이탈하는 결과를 방지할 수 있다.

또한, 증가율이 법정 증액기준인 10%에 미치지 않더라도, 직전 단계에서 형성된 비용기준의 주요 전제나 사업수지의 구성요소가 변경되어 조합원별 분담금의 산정구조 또는 위험배분이 실질적으로 달라지는 경우에는 강화된 확인절차의 대상으로 삼을 필요가 있다. 여기에서 말하는 중대한 변동은 단순히 특정 비용항목의 금액이 증가하였다는 사실만을 의미하는 것이 아니라, 사업수지의 기초가 된 수입·비용의 전제나 부담배분 방식이 변경되어 종전의 비용기준만으로는 조합원의 부담을 설명하기 어려워지는 경우를 의미한다. 예컨대 일반분양 세대수나 예상 분양가의 변경으로 일반분양수입이 매우 감소한 경우, 협의 매수를 전제로 하던 토지의 상당 부분이 매도 청구 등 다른 취득방식으로 전환된 경우, 시공범위나 계약조건의 변경으로 공사비 산정구조가 달라진 경우 또는 사업계획승인 과정에서 예상하지 못한 기반시설 부담이 새롭게 부과되거나 확대된 경우 등이 이에 해당할 수 있다.

따라서 이러한 경우에는 총회에 단순히 증액된 총액만을 제시할 것이 아니라, 직전 단계에서 형성된 비용기준과 변경된 비용구조를 항목별로 대조할 수 있는 비교표와 변동원인에 관한 소명자료를 함께 제시하도록 할 필요가 있다. 특히 공사비에 관하여는 개정 주택법상 외부검증제도(제14조의5)를 활용할 수 있고, 토지비·금융비용·업무대행비 또는 예상수입의 변동에 대해서도 필요한 범위의 전문적 확인을 결합할 수 있을 것이다.

V. 결어

지역주택조합에서 추가분담금 문제가 반복되는 근본적인 원인은 개별 업무대행자의 일탈이나 총회 운영의 부실에만 있지 않다. 보다 본질적인 문제는, 업무대행자가 사실상 사업을 주도하고 사업비가 도시계획 및 기반시설 부담 등과 결합하여 형성되는 오늘날의 구조를 여전히 비법인사단과 사적 자치를 중심으로 한 과거의 구조로 규율하고 있다는 데 있다. 그 결과 조합원은 사업비 증가의 위험을 최종적으로 부담하면서도, 자신이 어떠한 비용구조를 전제로 사업에 참여하였고 그 부담이 이후 어떠한 원인으로 증가하였는지를 판단할 기준을 갖지 못하였던 것이다.

이러한 규율의 공백은 지역주택조합이 이미 상당한 정도의 공적 규율 아래 놓여 있다는 점에서 더욱 선명하게 드러난다. 지역주택조합은 주택법이 마련한 주택공급 방식으로서 조합원 자격, 모집신고, 조합설립인가, 사업계획승인, 자금관리와 정보공개에 이르기까지 사업의 전 과정에서 공적 규율을 받고 있고, 특히 2026년 개정으로 그 밀도는 한층 높아졌다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 사업과정에서 형성된 비용을 조합원에게 귀속시키는 핵심 단계에서는 그 부담의 기준을 공적으로 형성하거나 확인하는 절차가 충분히 마련되어 있지 않다. 개정 주택법이 모집 단계의 사업비 산출근거, 일정 비율 이상 증액에 대한 강화된 총회의결, 공사비에 대한 외부검증이라는 수단을 각각 도입하면서도 그 증가율을 어느 시점의 사업비와 비교할 것인지를 정하지 못한 것은, 각 단계의 비용자료를 연속적인 비교기준으로 연결하는 규율구조가 아직 충분히 마련되지 않았음을 보여준다. 결국, 문제는 지역주택조합에 공적 개입이 가능한지 여부가 아니라, 이미 존재하는 공적 규율을 비용부담의 형성과 변경 단계에까지 어떻게 연결할 것인지에 있다.

이에 본고는 지역주택조합 분담금 규율을 비용기준의 형성과 갱신을 중심으로 한 연속적인 통제구조로 재구성할 것을 제안하였다. 지역주택조합에는 수용권이 없고 토지매입도 완결되지 않은 상태에서 사업이 시작되는 이상 비용의 변동 자체는 피할 수 없으며 본고의 제안 역시 그 변동을 없애려는 것은 아니다. 다만, 여기서 요구되는 기준은 그 불확실성이 어디에 어느 정도로 놓여 있는지를 드러내고 이후의 변동을 그 전제와 대조할 수 있게 하는 데 있다. 그리고 이러한 대조가 가능할 때 비로소 개별 비용의 증가가 조합원이 당초 인수한 사업위험의 현실화에 해당하는지 아니면 그 범위를 벗어난 것인지를 구분할 수 있게 된다.

물론 이러한 제안이 일정한 규제비용을 수반한다는 점은 부인하기 어렵다. 자료의 작성과 외부검증에 소요되는 비용은 결국 사업비에 반영되어 조합원의 부담으로 귀속될 수 있고, 절차의 추가는 그만큼 의사결정을 지연시키며, 모집 단계의 요건 강화는 신규 조합의 진입을 위축시킬 가능성도 있다. 그러나 본고가 제안하는 공적 확인은, 이미 존재하는 모집신고·조합설립인가·사업계획승인 절차에 비용자료의 제출과 단계별 비교를 결합하는 방식이다. 더욱이 개정 주택법의 시행까지는 일정한 시간이 남아 있고, 모집 단계에서 제시하여야 할 사업비 구성표의 구체적인 내용도 국토교통부령에 위임되어 있기에, 하위법령을 설계하는 과정에서 본고가 제안한 방식으로 구체화한다면, 개정 주택법이 도입한 개별 통제수단들도 하나의 연속적인 비용통제 구조 안에서 작동할 수 있을 것으로 생각한다.

결국, 조합원이 어떠한 전제로 무엇을 인수하였는지를 알 수 있을 때만 그 동의를 자기책임의 근거로 삼을 수 있고, 총회의 결의 역시 기준과 자료를 토대로 이루어질 때 추가부담을 정당화할 수 있다. 따라서 지역주택조합 분담금 규율의 공법적 전환은 사적 자치를 대체하려는 것이 아니라, 오히려 사적 자치가 실질적으로 작동할 수 있는 전제를 마련하는 데 그 의의가 있다.

투고일 2026. 8. 24. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 15.

참고문헌

단행본

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

일반 논문

강석점, “주택법상 지역주택조합사업의 문제점과 개선방안 연구”, 『동아법학』 제76호(동아대학교 법학연구소, 2017.).

김종보, “지역조합 사업주체의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(한국지방자치법학회, 2007.).

김종보, “지역조합 업무대행자의 개념과 법적 지위”, 『건설법연구』 제13호(건설법학회, 2025.).

박은정, “지역주택조합 제도의 의의와 한계”, 『부동산법학』 제30집 제2호(한국부동산법학회, 2026.).

박지후 / 이범웅 / 강정규, “지역주택조합사업의 추가분담금 변화 특성에 관한 연구”, 『주거환경』 제18권 제4호(한국주거환경학회, 2020.).

이제희, “지역주택조합에 대한 법적 연구”, 『토지공법연구』 제98집(한국토지공법학회, 2022.).

임숙녀, “지역주택조합에 관한 문제점 및 개선방안”, 『토지공법연구』 제105집(한국토지공법학회, 2024.).

최영찬, “도시 및 주거환경정비법 해설”, 『법제』 제548호(법제처, 2003. 8.).

홍성진 / 조명수, “주택법상 지역주택조합 개선방안 연구”, 『부동산연구』 제25권 제3호(한국부동산연구원, 2015.).

기타 자료

국토교통부, 『지역·직장주택조합제도 해설서』, 2016.

국토교통부, 『지역주택조합 피해예방 및 사업정상화 방안』, 2026.

서동한, “지역주택조합사업의 이해와 위험요인 점검”, KB금융지주 경영연구소, 2015. 12. 14., <https://www.kbfg.com/kbresearch/report/reportView.do?reportId=1003196> (2026. 8. 24. 확인).

전성제 / 최진 / 박천규, 『지역주택조합의 현황 및 이슈와 정책 방향』(국토이슈리포트 제89호), 국토연구원, 2025.

ABSTRACT

The Structural Limitations of the Regulation of Member Contributions in Housing Association Projects and the Shift Toward Public-Law Control

Baek, Da Eun*

Under the current law, a housing association is understood as an unincorporated association, and the determination of members' financial contributions, and increments thereof, are primarily left to private autonomy exercised via the association's bylaws and resolutions. However, the doctrine of collective ownership and resolutions adopted at general meetings merely ensure the procedural legitimacy of collective decision-making, and not the substantive fairness of the amount imposed on individual members. Furthermore, there exists no standard for controlling project costs under the initiative of the outsourcee before the housing association is formally established, while ex post remedies through civil litigation are generally limited to reviewing procedural errors in general meeting resolutions.

At the same time, the housing association project—a statutory form of housing supply established under the Housing Act—is subject to extensive public regulation throughout the project duration. Although the housing association, as the project entity, is also granted significant means of project implementation, including the right to demand sale of land, the process of allocation of project costs and risks to association members lacks a corresponding public verification mechanism. Therefore, in comparison to reconstruction projects and other major association-based development projects, what merits attention is not the management and disposal plan itself, but the continuous control framework underlying such projects: a benchmark for members' financial burdens is established and updated at successive stages of the project, and material deviations are subject to enhanced scrutiny.

The 2026 amendment to the Housing Act, scheduled to take effect in March 2027, partially reflects this concern. It requires recruitment advertisements to disclose the composition of and calculation rationale underlying project costs, imposes enhanced voting requirements at general meetings when project costs exceed the prescribed threshold, and introduces external verification of increase in construction costs. Nevertheless, the amendment does not explicitly identify the benchmark against which the rate of increase in project costs is to be measured, limits external verification to construction costs, and fails to establish a framework that incorporates cost information generated at different stages of the project into a continuous benchmark.

This article proposes a continuous control framework for members' financial contributions in housing association projects. At the member recruitment notification stage, the rationale underlying the initial contribution should be objectively documented to establish the initial benchmark. Thereafter, the benchmark should be updated at the stages of housing association establishment authorization and project plan approval, while material increases in members' financial burdens should be stringently verified. This public-law approach does not aim to replace private autonomy; rather, it aims to establish the informational and procedural conditions necessary for the effective operation of private autonomy.

Keywords: Housing association, Additional financial contribution, Project outsourcee, Management and disposal plan, Public-law control

* Attorney at Law, LK Partners LLC

『건설법연구』 간행규정

2023. 1. 1. 제정

2026. 7. 24. 개정

제1조 (목적) 본 규정은 ‘사단법인 건설법학회’(이하 “학회”라 한다)가 학회지를 간행하는 데에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회)

- ① 학회지의 편집·간행에 관한 업무를 관장하기 위해 편집위원회를 둔다.
- ② 편집위원회는 다음 각 호에 명시된 직무를 수행한다.
 1. 학회가 발행하는 학회지에 기고된 논문의 심사
 2. 위 논문의 심사를 위한 심사위원을 지정하고 위촉하는 일
 3. 위 심사위원들의 심사결과를 최종 사정하고 게재여부를 결정하는 일
 4. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재취소 여부를 결정하는 일

제4조 (간행주기)

- ① 학회지는 매년 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
- ② 학회지에 게재된 저작물에는 접수일(2***년 *월 *일), 심사완료일(2***년 *월 *일), 게재확정일(2***년 *월 *일)을 기재한다.
- ③ 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다.

제6조 (수록물)

- ① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 학회자료 및 기타자료를 수록한다.
- ② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.
 1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
 2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자)

- ① 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 공인된 국내외 대학교 법학석사과정생, 공인된 법률 및 관련 분야 종사자 등에 해당하는 비회원도 논문을 투고할 수 있다.
- ② 논문투고자는 동편의 학회지에 1편의 논문만을 투고할 수 있다. 저자가 다수인 경우에도 같다.

제8조 (원고수집) 출판이사는 간행일 2월 전에 수록물의 종류, 원고의 제출기한·방법 등을 공고한다.

제9조 (편집위원회의 구성 및 운영)

- ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 5~10인 내외의 위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장이 필요하다고 판단하는 경우 편집위원회 회의를 소집할 수 있다.

제10조 (편집위원회 위원 및 위원장의 선임 및 임기)

- ① 위원은 학회의 정회원 또는 학문적 업적과 신망이 높은 전문가 중에서 회장이 위촉하며, 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.
- ② 위원장은 위원 중에서 회장이 위촉한다.

제11조 (논문게재요건) 학회지에 수록할 논문은 국내외의 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구로서 다른 학술지 등에 발표한 적이 없는 것이어야 한다. 다만, 수록할 가치가 있는 것으로 편집위원회가 인정할 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조 (게재결정) 편집위원회는 투고된 논문의 게재 여부를 결정한다.

제13조 (심사회부)

- ① 편집위원회는 투고된 논문을 심사하기 위하여 논문별로 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 2인 이상의 심사위원을 위촉한다.
- ② 편집위원회는 심사의 공정성을 도모하고 이해충돌을 방지하기 위해 다음 각 호에 해당하는 심사위원을 위촉할 수 없다. <개정 2026. 7. 24.>
 1. 자신이 제출한 원고의 심사자
 2. 투고자와 동일기관 소속 심사자
 3. 투고자와 특수관계인(배우자, 자녀 및 4촌 이내의 혈족)에 해당하는 심사자
 4. 투고자가 학문적 관계 등 공정성을 기대하기 어려운 사유로 배제심사자를 신청하여 편집위원회가 이를 인정할 경우
- ③ 심사위원은 제14조의 기준에 따라 투고논문을 심사하고 '논문심사서'를 작성한다. <개정 2026. 7. 24.>
- ④ 편집위원장은 심사위원의 선정 및 논문심사의 진행 등에 관한 사항이 외부로 누설되지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ⑤ 심사위원은 논문투고자의 인적사항이 삭제된 심사용 논문에 따라 심사를 하고, 심사사실 및 심사결과 등 논문심사에 관한 사항 및 그에 따라 알게 된 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

제14조 (심사기준)

- ① 학회지에 게재할 논문을 심사함에 있어서는 다음 각호의 기준에 따라 논문의 게재 여부를 심사하되, 심사위원은 심사할 논문을 생성형 인공지능(AI) 도구에 입력(업로드)하지 말아야 한다. <개정 2026. 7. 24.>
 1. 학회지 게재 논문으로서의 적합성
 2. 논문의 학문적 기여도
 3. 논문주제의 창의성
 4. 논문의 논리적 체계성
 5. 이론적 근거 제시의 적절성
 6. 각주/참고문헌의 정확성 및 완전성
 7. 기타 논문투고지침 준수
- ② 편집위원회가 판례연구의 게재 여부를 의결함에는 제1항을 준용한다.

제15조 (심사위원별 심사판정) 심사위원은 제14조의 심사기준에 의거하여 다음 각호와 같이 판정을 한 다음, 그 판정결과와 의견을 편집위원회에 통보한다.

1. 게재적합: 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
2. 수정 후 게재: 논문의 경미한 수정·보완 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
3. 수정 후 재심사: 상대적으로 논문의 중요한 부분에 대한 지적사항의 대폭적인 수정·보완이 필요하여, 그 수정·보완에 대한 심사 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
4. 게재부적합: 학회지에 게재가 부적합하다고 판단하는 경우

제16조 (편집위원회의 종합판정 및 재심사)

- ① 편집위원회는 심사위원 2인 이상의 논문심사서가 접수되면 각 심사위원들의 심사결과를 기초로 하여 ‘게재확정’, ‘수정 후 게재’, ‘수정 후 재심사’ 또는 ‘불게재’로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.
- ② 편집위원회의 종합판정 결과, ‘수정 후 재심사’로 판정된 논문에 대하여는 재심사절차를 진행한다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정된 논문이 상당한 기간 내에 수정·보완이 불가능하다고 판단되는 등의 특별한 사유가 있는 경우에는 이를 차호의 심사절차로 회부할 수 있다.
- ③ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 ‘불게재’로 최종 판정한다.
- ④ 게재된 논문에 표절이나 중복게재의 의심이 있거나, 이를 이유로 필자 스스로 논문의 게재취소를 요청하는 경우 편집위원회는 게재취소 여부를 심사하여 결정할 수 있다. 편집위원회가 게재취소 결정을 하는 경우 그 내용을 본인에게 통지하고 차호 학회지에 공지하여야 한다.

제17조 (이의제기)

- ① 논문투고자는 편집위원회의 종합판정 결과 통지 후 7일 이내 편집위원회에 그 사유를 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.
- ② 편집위원장은 이의신청 접수 후 14일 이내에 편집위원회를 소집하고, 편집위원회는 이의제기 내용을 종합적으로 검토해야 한다.
- ③ 편집위원회는 이의제기한 논문투고자에게 검토결과를 통보한다.

제18조 (원고의 편집) 학회지의 체계적이고 일관적인 편집을 통해 가독성을 높이기 위하여 편집위원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 논문투고지침에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

제19조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 제1저자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

제20조 (정족수) 편집위원회의 의결은 본 규정에 다른 정함이 없으면 서면, 이메일 등을 통해 재적위원 과반수의 찬성에 의한다.

제21조 (공고 및 통지 방법)

- ① 공고는 인터넷상의 학회 홈페이지에 게재하여 할 수 있다.
- ② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

제22조 (저작권 및 게재료)

- ① 개별 논문 집필자는 논문의 투고와 동시에 저작권의 이용을 학회에 허용한 것으로 보며, 학회는 학회지와 그 수록된 개별 논문에 대한 편집저작권을 보유한다.

- ② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.
- ③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.
- ④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의의 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문(학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다.
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 복제, 전송, 배포할 일체의 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 권리를 주장하지 아니한다.

제23조 (규정개정) 본 규정은 편집위원회의 의결로 개정할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

본 규정은 2026년 7월 24일부터 시행한다.

『건설법연구』 논문투고지침

2023. 1. 1. 제정

2026. 1. 23. 개정

제1조 (목적)

본 지침은 ‘건설법연구’ 투고 논문의 작성 및 문헌 인용방법, 투고 절차에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (원고제출)

- ① 투고원고는 건설법 관련 분야에 관한 것으로 기존에 발표된 것이 아닌 독창성을 갖는 것이어야 한다. 다만 다음 각호의 기준을 갖춘 경우에도 투고할 수 있다.
 1. 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하여 새로운 학술적 논점을 추가시켜 분석하고 있는 저작물은 그러한 작성경위를 적시하여야 한다.
 2. 단행본이나 정기학술지에 출간되지 않은 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성된 저작물에 대하여도 제1호와 같은 기준이 적용된다.
 3. 타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 서면동의서가 첨부되어야 한다.
- ② 투고자는 원고 마감기한 내 다음 각 호의 파일을 제출함을 원칙으로 한다.
 1. 원고파일. 단, 원고파일에는 필자가 누구임을 알 수 있는 사항(성명, 소속, 직위, 연구비 지원 등)이 기재되어서는 안 된다.
 2. 논문투고신청서
 3. 연구윤리 서약서 및 저작권 활용동의서
 4. KCI(한국학술지 인용색인) 논문유사도검사 결과보고서
- ③ 투고원고 파일은 다음 각 호의 형식에 따라 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 제출한다.
 1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
 2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트(단, 각주는 10포인트)
 3. 줄간격 : 160%
- ④ 투고원고의 분량은 도표, 사진, 참고문헌 등을 포함하여 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 한다.
- ⑤ 초록의 분량은 글자수 800자에서 1,000자 내외를 원칙으로 한다. <개정 2026. 1. 23.>

제3조 (논문 작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서 『건설법연구』 「간행규정」, 「연구윤리규정」, 및 본 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 『제목(로마자 표기법) - 저자(로마자 표기법) - 국문 요지 - 국문 주제어(5개 이상) - 목차(로마자 표시만) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지 - 외국문 주제어(5개 이상)』의 순으로 작성한다.
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 및 기타 논문 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.
- ⑤ 논문의 저자는 그 소속과 직위를 함께 표시하여야 한다. 논문의 저자가 2인 이상인 경우 제1저자(First Author)와

공동저자(Corresponding Author)를 구분하고, 제1저자·공동저자 순으로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 제1저자로 본다.

- ⑥ 목차는 로마숫자(보기 : I, II), 아라비아숫자(보기 : 1, 2), 괄호숫자(보기 : (1), (2)), 반괄호숫자(보기 : 1), 2)), 원숫자(보기 : ①, ②)의 순으로 하며, 그 이후의 목차번호는 논문제출자가 임의로 정하여 사용할 수 있다.

제4조 (문헌의 인용)

- ① 다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단을 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.
2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(“”)를 사용하여 표시한다.
3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(…)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 ([])를 하여야 한다.
4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.

- ② 타인의 저작물을 재인용하는 경우 반드시 그 사실을 밝혀야 한다.

제5조 (각주의 작성)

- ① 각주는 다음과 같은 기본원칙을 준수하도록 한다.

1. 본문과 관련한 저술을 소개하거나 부연이 필요한 경우에는 각주로 처리한다. 단, 각주는 일련번호를 사용하여 작성한다.
2. 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 가급적 한글로 표기한다. 예) ○쪽, ○○○염음, ○○○옴김, 앞의 책, 위의 책 등.
3. 외국 잡지의 경우 처음 인용시 잡지명을 전부 기재하고 그 이후 각주에서는 약어로 표시한다. 예) Harvard Law Review → H. L. R.
4. 필자의 표기는 다음과 같이 한다.
 - 가. 필자가 복수인 경우 필자의 이름을 모두 밝히고, 제1저자, 제2저자 등을 표기한다.
 - 나. 기관 저자일 경우 해당 기관명을 표기한다.
 - 다. 3인 공저까지는 저자명을 모두 표기하되, 저자간의 표시는 /로 구분하고, / 이후에는 한 칸을 띄어쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.
 - 라. 외국인의 이름은 처음에는 이름과 성을 온전히 표기하되, 중간이름은 첫글자만 표기한다. 그 이후에는 이름의 경우 약자로 표기할 수 있다. 일본인의 경우 이름은 모두 붙여 쓴다.
5. 글의 성격상 전거만을 밝히는 각주가 많을 경우 약자를 사용하여 본문에서 그 전거를 밝힐 수 있다.
6. 여러 문헌의 소개는 세미콜론(;)으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(:)으로 연결한다.

- ② 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.

1. 저서 : 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수
 - 가. 서구문헌의 경우 저자의 이름은 앞에 성을 뒤에 표시하며, 서명은 다른 표식 없이 이탤릭체로 표기한다.
 - 나. 번역서의 경우 저자명은 본래의 이름을 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 이름을 쓰고 “옮김”으로 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.
 - 다. 엮은 책의 경우 저자명과 서명 사이에 엮은이의 이름을 쓰고 “엮음”을 덧붙인다. 저자와 엮은이가 같을 경우에는 엮은이를 생략할 수 있다.
2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○○권 제○○호(출판년월), 면수

- 가. 필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다.
- 나. 서구문헌의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 다. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
3. 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(○○○선생○○기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수
- 가. 서구논문의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 나. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
4. 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
- 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 ○○두○○○○○ 판결
- 결정 : 대법원 2000. 00. 00.자 ○○아○○○○○ 결정
- 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00.자 ○○헌가○○ 결정
- 단, 헌법재판소의 판례인용은 경우에 따라 다음과 같이 할 수 있다.
- 헌법재판소판례집, 제○권 ○집, 결정년도, ○쪽(결정문의 시작 쪽수) 아래 ○쪽
5. 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
6. 외국판결 : 외국의 판례인용은 그 나라의 표준적인 방법에 의하되 앞서의 원칙을 유지하면서 우리말로 바꿀 수 있는 것은 최대한 바꾼다.
- 예) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973, 114쪽.
- 예) 독일판례의 경우 판례집의 군수와 쪽수 등. BverfGE 제79권, 1988, 129쪽.
7. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면~122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135면) 또는 S.(S. 120, S. 121ff.)로 인용면수를 표기한다.
8. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기한다
9. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.
- ③ 앞의 각주를 그 다음에 대사 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
 2. 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 3. 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 4. 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
 5. 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
 6. 외국문헌 : 그 나라의 표준 표기방식에 의한다.
- ④ 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).
- ⑤ 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, ○○○○년 ○○월 ○○일자. 단, 필요한 경우에 글쓴이와 글제목을 밝힐 수 있다.
- ⑥ 생성형 인공지능(이하 “AI”라 한다) 도구로 생성한 문장 및 자료 등을 사용할 경우, 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. AI 도구 회사. 연도, AI 도구 이름(버전, 출시일자/활용일자), [자료유형], URL, 활용방법. <신설 2026. 1. 23.>
- 예) OpenAI.(2025), ChatGPT(5.0, 2025.08.08.), 대형언어모델(LLM), <https://chatgpt.com/>, 법체계 작성시 도식화를 위해 AI 도구를 활용하였음.

제6조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 한다.

- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 “[이하 ○○○이라고 한다]”고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 “제○조 제○항 제○호”의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제7조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표1>, <그림1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 표시하여야 한다.

부 칙

이 지침은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 지침은 2026년 1월 23일부터 시행한다.

『건설법연구』 연구윤리규정

2023. 1. 1. 제정

2025. 5. 1. 개정

2026. 4. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 건설법학회(이하 “본 학회”라 한다) 회원의 연구 윤리를 확립하고 연구 진실성 검증을 위한 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)에 관한 기본적인 사항을 정하며, 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 투고 및 수록되는 학술 논문 등 저작물의 연구윤리를 정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용대상) 이 규정은 본 학회의 회원과 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 논문 등 저작물을 투고한 자(이하 “투고자”라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (적용범위) 연구윤리 확립 및 연구진실성 검증과 관련하여 다른 특별한 규정이 없는 한 이 규정에 따른다.

제4조 (연구부정행위의 범위) “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 행하여진 위조·변조·표절·부당한 중복게재·부당한 논문 저자표시행위 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말하며, 이는 다음 각 호와 같다.

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
4. “부당한 중복게재”라 함은 자신의 논문이 타 학술지 등에 게재된 사실을 숨기고 게재하는 것을 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
6. 기타 연구부정행위는 다음 각 목과 같다.
 - 가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
 - 나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위
 - 다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

제5조 (기능) 위원회는 본 학회의 회원 또는 투고자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항

5. 기타 위원장이 부의하는 사항

제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 부회장, 출판이사, 감사 5인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다. <개정 2025. 5. 1.>
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제7조 (회의)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석케 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개로 원칙으로 한다.

제8조 (위원회의 권한과 의무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 조사 및 심의에 성실히 임하고, 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제9조 (연구부정행위의 조사 개시)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위의 존재 여부를 조사하여야 한다. 연구부정행위의 검 증시효는 없다. <개정 2026. 4. 1.>
- ② 위원장은 본 학회 회장과 협의하여 예비조사를 실시할 수 있다.

제10조 (출석 및 자료제출 요구)

- ① 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ② 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ③ 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.

제11조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다. 다만 제보 사실이 이미 다른 방법으로 공개되었거나 그 밖에 제보자의 신원노출이 제보자에게 불이익을 초래하지 않는다고 위원회가 결정한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 연구부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제12조 (제척·기피·회피)

- ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.
- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안건의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

제13조 (이의제기 및 진술기회의 보장) 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제14조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.

제15조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다. 필요한 경우 둘 이상의 조치를 병과할 수 있다.
 1. 논문의 게재취소
 2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지 또는 학회지에 공지
 3. 향후 3년 이상 논문투고 금지
 4. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
 5. 회원자격의 박탈 또는 정지
 6. 기타 필요한 조치
- ② 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ③ 위원회는 본 학회의 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제16조 (결과와 통지) 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제17조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제16조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제19조 (이해상충과 특수관계인 공동저자의 관리) <개정 2026. 4. 1.>

- ① 논문의 저자는 연구 과정에서 발생했거나 발생할 가능성이 있는 이해상충에 관한 사항을 해당 논문투고시 학회에 밝혀야 한다.
- ② 미성년자(만 19세 이하인 자) 또는 가족(배우자, 자녀 및 4촌 이내의 혈족)(이하 “특수관계인”이라 한다)이 공동저자가 되는 경우, 특수관계인 공동저자 연구부정행위를 방지하기 위하여 해당 논문투고시 관련 개인정보를 제공하고 저자별 기여율과 특수관계인 저자 포함 사유를 제시해야 한다.
- ③ 특수관계인은 연구내용 또는 결과에 대하여 명확한 기여가 있어야 한다.
- ④ 특수관계인 공동저자의 연구부정행위가 확인된 경우, 위원회는 특수관계인 저자가 해당 논문으로 이익을 취한 관계기관(입사·진학 등 관련 학교, 연구기관 등)에 그 판정을 통보한다.

제19조의2 (생성형 인공지능 도구의 책임 있는 사용)

- ① 논문의 저자는 논문 작성 과정에서 생성형 인공지능(이하 “AI”라 한다) 도구를 사용한 경우, 각주 또는 참고문헌에 AI 도구 사용내역을 표기해야 한다.
- ② 논문의 저자는 연구의 전 단계에서 AI 도구를 사용할 경우, 저자가 직접 출처를 검증하여 자료의 신뢰성 및 타당성을 확인하고 연구 윤리 위반 가능성을 점검하여야 한다.
- ③ 논문의 저자는 연구의 전 단계에서 AI 도구를 사용할 경우, 중요한 연구정보가 유출되지 않도록 주의해야 하며, 연구자료를 AI 도구에 업로드하여 연구정보 유출이 발생할 경우 AI 도구를 활용한 연구자에게 책임이 있다.

[본조 신설 2026. 4. 1.]

제20조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 편집위원회와 이사회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

부 칙 (2023. 1. 1.)

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙 (2025. 5. 1.)

본 규정은 2025년 5월 1일부터 시행한다.

부 칙 (2026. 4. 1.)

본 규정은 2026년 4월 1일부터 시행한다.

건설법연구 원고 모집 안내

(사)건설법학회에서는 건설법연구에 게재할 원고를 모집합니다.
원고 내용은 국내외 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구나 판례분석 등입니다.
건설법연구는 매년 3월 25일과 9월 25일에 발행하며, 원고 마감은 발행일 약 30일 전입니다.

기타 자세한 사항은 (사)건설법학회 홈페이지(<https://www.cudla.or.kr>)를 참조하시거나,
(사)건설법학회 출판팀 이메일(cudla.lawreview@gmail.com)로 문의하시기 바랍니다.

건설법연구

(2026년 9월 제16호)

발행일	2026년 9월 25일
발행	사단법인 건설법학회
발행인	김종보 (08826) 서울특별시 관악구 관악로 1 Tel: 02-880-9097 Fax: 02-873-6269 E-mail: cudla.lawreview@gmail.com
편집·인쇄	주식회사 도큐헛 Tel: 02-2274-6771 Fax: 02-6902-0698 E-mail: project@docuhut.com

- ※ 본지에 게재된 논문의 내용은 본 학회의 의견이 아니며, 각 필자가 그 내용에 대하여 책임을 진다.
- ※ 본 학회의 서면 허가 없는 무단 복제, 전송, 배포를 금지한다.
- ※ This paper meets the requirements of KS X ISO 9706, ISO 9706-1994 and ANSI/NISO Z.39.48-1992 (Permanance of Paper)

제16호

제16호



사 단 법 인 | 건 설 법 학 회
CONSTRUCTION & URBAN DEVELOPMENT LAW ASSOCIATION