

제15호

제15호

일반논문

일반논문

일반논문

일반논문

일반논문

- 김종보 | 철거규제의 성립과 전개: 철거와 시공의 관계를 중심으로
- 채필호 | 기간 도과 후 분양계약을 체결한 조합원의 법적지위
- 신준섭 | 수용권 행사의 예외로서 존치제도
: 존치 거부에 대한 쟁송가능성을 중심으로
- 문제윤 | 산업단지 내 처분 및 임대 제한 체계와 최근 규제 완화에 관한 검토
- 김소연 | 공동주택관리법상 장기수선충당금의 공법적 의의
: 관리비(수선유지비)와의 관계를 중심으로

발행일자 | 2026년 3월 25일



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

목차

» 일반논문

- 1 철거규제의 성립과 전개: 철거와 시공의 관계를 중심으로
김종보
- 17 기간 도과 후 분양계약을 체결한 조합원의 법적지위
채필호
- 33 수용권 행사의 예외로서 존치제도: 존치 거부에 대한 쟁송가능성을 중심으로
신준섭
- 51 산업단지 내 처분 및 임대 제한 체계와 최근 규제 완화에 관한 검토
문제윤
- 67 공동주택관리법상 장기수선충당금의 공법적 의의: 관리비(수선유지비)와의 관계를 중심으로
김소연

» 부록

- 81 간행규정
- 85 논문투고지침
- 89 연구윤리규정

Contents

» Article

- 1 **The Establishment and Evolution of Demolition Regulations: Focusing on the Relationship Between Demolition and Construction**
Kim, Jong Bo

- 17 **Legal Status of Reconstruction Association Members with Overdue Housing Sales Contracts**
Chae, Pil Ho

- 33 **The Retention System as an Exception to Expropriation: The Justiciability of the Refusal of Retention**
Shin, Junseob

- 51 **Disposition and Lease Restriction System in Industrial Complexes and Recent Regulatory Relaxation**
Moon, Jeyoon

- 67 **The Public-Law Implications of the Long-Term Repair Allowance System under the Multi-Family Housing Management Act: Focusing on Its Relationship with Management Expenses (Repair and Maintenance Costs)**
Kim, Soyeon

» Appendix

- 81 **Publication Policy**
- 85 **Instructions to Authors**
- 89 **Publication Ethics**

논문 / ARTICLE

철거규제의 성립과 전개: 철거와 시공의 관계를 중심으로*

김중보**

국문초록

건축물을 건축하는 행위는 오래전부터 규제의 대상이었으나, 건축물을 제거하는 철거행위는 법학의 관심에서 상대적으로 소외되어 왔다. 철거와 시공이 시간상으로 연속하는 공사 현장에서도 철거공사는 건축허가 요건을 심사하는 설계도면의 검토 대상에서 제외되어 왔으며, 이러한 법적·기술적 괴리는 시공 중심의 규제 체계 내에서 오랜 기간 철거 규율의 공백을 초래하였다.

철거에 대한 규제는 면허법제와 허가법제가 갖추어지는 과정에서 성립했으나, 건설산업기본법상 건설공사의 개념 속에 철거의 개념이 불가분적으로 결합하지 못했고 실제 공정에서도 철거와 강제퇴거가 하나의 용역으로 통합되어 별도의 업체에 의해 수행되었다. 그로 인해 철거공사가 시공자의 건설공사와 결합하거나 혼화하는 것이 차단되었으며, 면허법상 철거면허의 기준이 과도하게 낮은 것도 규제의 공백을 키우는 데 일조했다.

철거공사는 다른 전문건설공사와 달리 건축허가의 내용에 포함되지 않고 별도의 해체허가를 받는 독립된 공사이며, 이러한 독립성은 건축물관리법의 제정으로 더욱 강화되었다. 건축물관리법상 해체허가에는 별도의 감리자를 두도록 정하고 있는데, 철거공사 중 붕괴사고로 해체허가의 감리자는 처벌될 수 있지만 시공자의 감리자는 처벌할 수 없다. 시공자의 건설공사는 착공신고조차 없어 시공자의 감리자가 감리할 대상이 존재하지 않기 때문이다. 이처럼 허가법상 철거공사는 시공자의 공사가 아니라는 점에서 철거 사고의 책임을 시공자에게 확대하기는 어렵다.

재개발사업에서는 도시 및 주거환경정비법에 의해 시공계약에 철거공사가 포함되지만, 이를 근거로 철거공사가 시공자의 것이라는 민사적 해석은 경계해야 한다. 민사상 철거계약이 시공계약에 포함되어도 공법적으로 철거공사가 시공자의 공사가 되는 것은 아니며, 해당 조항의 취지가 강제퇴거 문제를 해결하기 위한 것이었음을 고려하면 시공사의 철거공사에 대한 위험방지책임을 도출하는 것은 논리적으로 자연스럽게 아니다. 철거 사고를 방지하는 최선의 해결책은 면허제도를 강화하고 건축물관리법상 허가요건을 강화하는 것이다. 특히 재개발사업의 경우 해체허가의 특칙을 마련하여 요건을 강화해야 하며, 시공자에게 책임을 묻고자 한다면 명확한 의무 부과와 책임범위의 설정이 선행되어야 한다.

주제어: 철거, 시공, 건축물관리법, 해체허가, 재개발사업, 시공계약, 위험방지책임

목차

- I. 서론
- II. 철거규제의 성립
- III. 철거와 시공의 관계
- IV. 해체허가의 도입
- V. 재개발사업에서 철거와 시공
- VI. 결론

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

** 서울대학교 법학전문대학원 교수



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.1>

Received: February 23, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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

1960, 70년대에 건축물은 주로 저층의 주택이었고, 오래된 주택을 철거하는 작업에 대단한 기술이 요구되지 않았다. 그래서 건축물의 철거는 당사자 간의 계약에 따라 민사적으로 처리되었고, 철거에 대한 공법적 규제가 필요하다고 느끼지 못했다. 시간이 흐르면서 건축물이 고층화되고 건축물의 철거과정에서 인명사고가 발생하기 시작하자 철거에 대한 공법적 규제가 모색되기 시작했다. 철거에 대한 규제는 사회적인 관심을 끄는 사고가 발생할 때마다 그에 대응하는 방식으로 마련되었다.

건축물을 건축하는 행위는 건축허가나 사업승인의 대상으로 오래전부터 규제의 대상이었고, 이에 대해 많은 법리가 축적되어 있지만, 이와 달리 건축물을 제거하는 것을 목적으로 하는 철거행위는 법학의 관심에서 벗어나 있었다. 그래서 철거는 산발적으로 면허제 등 규제의 대상이 되었지만, 규제가 체계적이지 못해 이를 파악하기 쉽지 않다. 특히 철거공사는 건축물의 건축공사와 동시에 이루어지는 경우가 많은데, 이때 철거는 시공자의 건축행위와 섞여서 잘 구별되지 않고, 철거공사 중 사고에 대한 책임의 소재도 분명하지 않다. 철거에 대한 규제는 철거공사 중 발생한 인명사고에 대한 사회적인 비난과 반성으로부터 시작되어, 그 책임자와 책임의 범위를 강화하는 방식으로 마련된다.

철거는 건축물 또는 시설물 등 인공구조물의 일부 또는 전부를 부수거나 제거하는 행위를 말한다. 이런 의미에서 철거는 철거공사를 뜻하고 물리적인 공사와 이를 위한 면허 등이 요구되는 행위다. 다른 한편, 철거공사의 대상이 주거용 건축물일 때 건축물의 철거는 단순한 철거공사로 완결되기 쉽지 않았다. 건축물을 터전으로 살고 있는 소유자 또는 세입자가 철거에 동의하지 않고 저항하는 경우가 많았기 때문이다. 특히 1980년대 이후 광범위하게 이루어진 재개발사업에서 불량 주택의 철거는 심각한 폭력을 동반하며 인명사고의 원인이 되었고, 이를 규제하기 위한 조항이 뒤따랐다. 이런 점에서 철거는 좁은 의미의 ‘철거공사’라는 의미를 넘어 철거를 위한 ‘강제퇴거’를 포함하는 경우가 적지 않다. 철거와 관련된 규제와 법체계를 이해하려면 한편으로는 철거공사를, 또 다른 한편으로는 강제퇴거라는 요소를 함께 살펴야 한다.

2000년대 접어들어 국민의 안전에 대한 인식이 높아지고, 철거공사 중 건축물 붕괴로 인한 인명사고가 발생할 때마다, 책임자를 처벌하거나 안전을 확보하기 위한 규정을 마련할 것을 요청하는 목소리가 높아졌다.¹⁾ 기존의 「건축법」이나 「건설산업기본법」²⁾만으로 건축물 철거 중 붕괴사고를 막는 데 한계가 있었기 때문이다. 2020년 「건축물관리법」이 제정되면서 건축법상 철거신고에 갈음하여 해체허가 제도가 도입되고 건축물의 철거공사에 대해 최초로 허가제가 도입되었다(건축물관리법 제30조).

재개발사업을 규제하는 「도시 및 주거환경정비법」(이하 도시정비법)에는 철거와 관련된 다양한 조항이 마련되어 있다. 다만 이는 대부분 강제퇴거를 규제하기 위한 조항이고 철거공사 자체를 직접적으로 규제하려는 것은 아니다. 우선 도시정비법은 일출 전과 일몰 후 등에는 철거를 금지하고 있고(도시정비법 제81조 제4항 제1호), 손실보상이 완료되지 않으면 세입자 등의 사용수익이 정지되지 않는 것으로 정하고 있다(제81조 제1항). 특히 도시정비법이 조합과 건설사의 시공계약에 철거계약을 포함하도록 강제하고 있는 조항(제29조 제11항)은 다른 법률과 달리 정비사업에 대해서만 건설사와 철거업체를 계약으로 결합하는 특별한 조항이다. 이 특별한 조항은 철거와 시공의 관계를 정확하게 이해하는 것을 전제로 해석되어야 한다.

건축물의 철거는 다양한 상황에서도 이루어지지만, 건축물이 철거되는 목적과 건설공사의 연속 여부에 따라 크게 세 가지의 유형으로 나뉜다. 첫째, 건축물을 철거하는 것 그 자체가 목적이 되고 시설물 설치공사가 뒤따르지 않는 경우로서 예컨대 1990년대 중반 구 조선총독부 청사의 철거 등이 그것이다. 둘째, 「택지개발촉진법」이나 「공공주택 특별법」, 「도시개발법」에 따라 새롭게 택지를 조성하는 과정에도 기존 마을의 주택이나 공장 건물 등에 대한 철거가 이루어진다. 이때는 영업보상, 주거이전비 등 보상 문제가 전면에 등장하지만, 강제퇴거와 철거도 함께 이루어진다.³⁾ 이때 철거공사는 곧바로 아파트 건설공사와 연결되는 것은 아니고, 대규모 택지를 조성하기 위한 공사에 포함된 준비행위일 뿐이다. 셋째, 건축물을 철거하고 다시 건축물을 지을 때 철거와 신축이 시간상으로 연속하는 건설현장도 있다. 이 경우에는 철거현장에 철거업자 외에 시공자가 존재하는 경우가 일반적이고, 철거와 시공의 관계를 해명하는 작업이 매우 어렵다.

1) 유광희 외 6명, 『건축물 유지관리 및 해체 등에 관한 법령 정비 방안』, 건축도시공간연구소, 2017, 5면 등 참조.

2) 법률 명칭에 붙이는 기호는 편의상 처음 나오는 법률에 한정한다.

3) 참고판례, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다82950, 82967 판결 - LH의 행정대집행, 공장철거; 대법원 2014. 4. 24. 선고 2012다36340 판결 - SH의 철거대집행, 양여장 철거.

II. 철거규제의 성립

철거와 관련된 규제의 체계는 단순하게 철거공사에 국한되지 않고 강제퇴거의 영역에서도 발전되었다. 그래서 철거와 그 용역을 제공하는 철거업자에 대한 규제는 철거공사 못지않게 강제퇴거와 관련을 맺는다. 이런 점에서 철거규제는 시설물을 물리적으로 제거하는 철거공사와 철거를 위한 강제퇴거, 그리고 넓게는 철거공사에 수반해서 발생하는 폐기물처리까지 연결된다.

1. 철거공사의 규제

철거공사와 관련된 위험상황이 다양하게 발생하고 이를 통제해야 할 필요성이 높아지면서 여러 법률에서 철거에 대한 공법적 규제가 시작되었다. 철거공사에 대한 규제는 건축법, 건축물관리법과 같이 행위의 허용 여부와 절차를 규제하는 ‘허가법제’와 건설산업기본법과 같이 건설공사를 업으로 하는 자의 자격을 규제하는 ‘면허법제’에 따라 중첩적으로 규율된다.

(1) 건축법상 규제

건축법이 건축허가를 통해 건축행위를 규제하는 이유는 ‘완공된 건축물’에서 거주하거나 업무를 처리하는 사람의 안전을 보장하기 위해서이다. 당연히 건축법은 피난, 방화, 내진(耐震) 등 완공된 건축물이 갖추어야 할 위험방지요건을 집중적으로 정하고 있다. 그래서 초기의 건축법은, 건축물을 없애는 철거공사를 건축물의 건축행위와는 다른 이질적인 행위로 평가해 별도로 규제하지 않았다. 건축물의 철거에 대해서 건축법이 규제를 시작한 것은 건축법이 제정된 후 30년 정도가 지난 1992년이었으며, 뒤늦게 도입된 철거 조항도 철거 전에 행정청에 신고하도록 하는 의무를 부과하는 정도에 그쳤다(1992년 건축법 제27조). 건축법상 철거신고 제도는, 법률 차원에서 건축물의 철거행위가 위험하다는 인식이 거의 없고, 당연히 철거신고의 요건도 법률에 정해져 있지 않았다.⁴⁾

민사적인 면에서 건축물은 토지와 독립된 부동산으로 중요한 것이고, 이를 철거하기 위해 건축물 소유자의 의사가 절대적이다. 그래서 비교적 최근까지도 건축물의 철거는 민사적으로 자신의 부동산 소유권을 포기하는 행위라는 인식이 강했고, 이를 중요한 규제의 대상으로 인식하지 않았다. 1992년부터 2020년까지 건축법에 존재하던 철거신고는 건축물 소유자가 스스로 건축물을 철거할 것을 결정하고, 이를 행정청에 신고하는 제도 정도로 이해되었다. 철거신고는 행정청에 승인을 받기 위한 제도라기보다, 주로 건축물대장, 등기부 등 건축물의 존재를 전제로 한 각종의 공적 장부를 정리하기 위해 마련된 제도에 더 가까웠다. 30년 가까운 기간 건축법에 정해져 있던 철거신고 제도에도 불구하고, 건축법은 철거의 개념을 정의한 적이 없다.

(2) 건축물관리법의 제정

2020년 건축물관리법의 제정을 통해 철거행위에 대한 애매하고 제한적이던 규제가 전면적인 허가법제로 정비되고 건축법에 있었던 철거신고 제도는 삭제되었다. 이제 건축물관리법이 철거공사의 위험성을 통제하는 제1차적인 법원(法源)으로 기능하게 되었고, 철거공사에 대해 건설공사와 구별되는 별도의 규제체계가 갖춰졌다.⁵⁾ 현행법의 해석상 철거공사가 전제된 건설공사는 두 단계로 분리되어 건축물관리법상 해체허가⁶⁾와 철거(해체)공사, 건축법상 건축허가와 건설공사로 구성된다.

건축물관리법은 건축물의 철거에 대한 위험상황을 완결적으로 통제하는 법률이 없었다는 것에 대한 반성적 입법이다.⁷⁾ 건축법상 철거신고, 공사현장의 위험방지 조항 등이 산발적으로 존재하고 있었지만, 철거 중의 붕괴사고에 대한 책임을 묻기 충분하지 않았고, 따라서 붕괴사고에 대한 적절한 대책이 되기도 어려웠다. 새롭게 도입된 건축물관리법은 철거공사에 대한 일반법이므로 개축을 위한

4) 2010년대에 이르면 비록 서식의 내용이 불과하지만, 철거신고에 건축물 해체계획서를 제출하도록 하는 등 하위법령 차원에서 철거신고에 대한 통제가 강화된다(2017년 건축법 시행규칙, 서식 25, 첨부서류 1. 해체공사계획서: 증별·위치별 해체작업의 방법 및 순서, 건설폐기물의 적치 및 반출 계획).

5) 건축물관리법이 제정되기 전에도 대규모 철거공사에 대해서, 산업안전보건법에 따른 유해·위험방지계획서(법 제48조 및 규칙 제120조, 제121조, 제124조), 건설기술진흥법에 따른 관리계획과 적정통보(제62조 및 영 제98조 제4호의2 가목) 제도 등이 산발적으로 존재하고 있었다.

6) 용어에 관하여: 건축물관리법이 ‘철거’라는 용어 대신 ‘해체’라는 용어를 사용하고 있지만, 이 글에서는 주로 철거라는 용어를 사용하는데 철거를 규제하는 다양한 법제에서 여전히 철거라는 용어가 사용되고 있고 철거라는 개념이 해체보다 더 넓은 범위의 행위를 포괄하기 때문이다. 해체라는 용어도 건축물의 제거만을 뜻하는 중립적 개념일 것 같지만, 해체는 건축물을 이전해서 조립하기 위한 행위라는 의미를 내포한다는 점에서 건축물의 영구적인 제거를 의미하는 철거와 다르다. 일본 법제의 영향을 받아 토지보상법상 건축물은 이전 보상이 원칙인데(제75조 제1항), 해체는 건축물을 이전하는 행위의 일부를 구성하며, 목조 건축물 등의 이전을 위한 행위라는 여감을 갖는다. 다만 이하에서 철거(공사)와 해체는 동의어 정도로 이해해도 큰 문제는 없다.

7) 유광흠 외 6명, 앞의 글, 2면, 표 [1-2] 참조.

철거, 아파트 건설을 위한 철거, 택지조성을 위한 철거, 그리고 재개발사업의 철거공사 등에 포괄적, 완결적으로 적용되는 법률로서 모든 철거행위를 허가(신고)대상으로 삼는다.

건축물관리법이 제정되고 건축법은 건축물의 유지관리, 철거 등에 관한 조문을 건축물관리법으로 이관했다. 건축법에 있던 기존의 조문 중 건축물의 유지·관리에 관한 제35조, 주택의 유지·관리 지원에 관한 제35조의2, 철거신고에 관한 제36조, 기존 건축물에 대한 안전점검 및 시정명령에 관한 제81조, 빈집 정비에 관한 제81조의2와 제81조의3이 삭제되었다(2019년 4월). 다만 법률에 공사현장의 위해방지 조항은 남아있기 때문에(건축법 제28조) 시행령도 유지되면서, 철거를 해체로 바꾸는 정도로 개정되었다(건축법 시행령 제21조). 대체로 건축법은 철거에 대해 건축물관리법이 우선하는 것으로 물러나고 있으며, 양 법률이 중복되면 건축물관리법상 해체허가 조항이 우선한다.

(3) 면허 규제

건설산업이 시작되고 발전하던 초기부터 1990년대 중반까지는 현재와 같이 ‘철거’나 ‘해체’만을 전문으로 하는 독립된 면허제도가 존재하지 않았고, 이 시기의 철거는 건설공사를 위한 사실상의 과정 정도로 인식되었다. 1958년 제정된 「건설업법」에 건설업에 관한 면허제도가 도입되고 오랜 기간이 지나, 1994년 건설업 종류 구분에서 전문건설업의 일종으로 ‘비계·구조물해체공사업’이 처음 등장했다(건설업법 시행령 별표3 전문건설업 제7호). 철거면허가 필요한 구조물해체공사업은 1997년 건설산업기본법 제정 이후에도 동일한 형태로 유지되고 있다. 1999년 건설산업기본법이 전부 개정되면서 면허제에서 등록제로 명칭이 바뀌었고, 형식상 허가제로 이해되던 면허제도가 등록제도로 변경되었다. 다만 명칭의 변경에도 불구하고 등록과 면허가 본질에 있어서 큰 차이를 보이는 것은 아니다.

2. 강제퇴거의 규제

(1) 강제퇴거의 연혁

철거공사의 규제는 모두 건축물을 없애는 행위에 주목한 규제이지만, 넓은 의미의 철거에는 철거공사를 위해 이루어지는 점유의 박탈 또는 강제퇴거⁸⁾가 포함된다. 이런 의미의 철거에 대해서는 도시정비법이나 「행정대집행법」이 철거 관련 조항을 발전시켜 오고 있다. 다만 철거의 개념이 명확하지 못해, 강제퇴거와 관련된 사고가 발생해도, 이를 철거의 문제로 인식하고 철거행위를 규제하므로 원하는 규제 효과를 얻지 못하는 경우가 적지 않다.

한국 사회에서 강제퇴거 및 철거와 관련해 가장 첨예한 공방을 벌여온 영역은 재개발사업 또는 불량정착촌 정비사업이었으며, 이는 지금의 도시정비법상 재개발사업으로 이어져 오고 있다. 도시화, 산업화 과정에서 유입된 도시빈민들이 도심 공한지(空閑地)나 하천 등 국공유지에 판자촌을 이루어 거주하기 시작하자, 초기에는 서울시 등 자치단체가 불법건축물을 철거하고 거주민을 강제로 이주시켰다.⁹⁾ 1970년대 초반 시작된 재개발사업도 1980년대 중반까지 불량정착촌 정비사업의 일종으로 인식되어 국가나 자치단체가 강제퇴거와 철거를 주도하고 공권력이 동원되었다.¹⁰⁾ 이 시절 철거는 독자적인 업무영역이라기보다 건설공사를 시작하기 위한 준비행위 정도로 인식되었다.¹¹⁾

1980년대 중반에 이르면 조합과 건설사가 함께 진행하는 합동재개발 방식이 도입되면서,¹²⁾ 재개발사업이 활성화되고 그로 인해 도시 전역에서 광범위하게 철거가 이루어졌다. 재개발사업을 위한 철거과정에서 철거 용역업체에 의한 기습적 강제퇴거와 주택의 철거가 시도되고, 주민들이 이에 저항하면서 폭력사태로 이어졌다. 물론 건축물의 강제퇴거와 철거행위는 항상 병행하는 것이었지만, 초기 재개발사업에서 중요한 것은 강제퇴거였다. 그래서 한국 사회에서 사람이 다치는 일은 건축물의 철거공사보다는 건축물의 철거를 위한 강제퇴거로 인한 경우가 더 많았다. 강제퇴거와 폭력사태는 최근까지 이어져, 2009년 재개발사업의 세입자 보상과 철거를 둘러싼 용산참사가 발생했다.

8) 강제퇴거는 항상 불법을 전제로 한 것은 아니고, 민간부문에서 이루어지는 강제퇴거 이외에도 법원에 의한 철거, 자치단체에 의한 철거대집행에도 강제퇴거는 사용된다.

9) 김형국 / 하성규 편, 『불량주택재개발론』, 나남출판, 1998, 237면 이하 참조.

10) 고은, 『사당동 더하기 25』, 또하나의문화, 2012, 141면 이하.

11) 서울의 도시환경정비 정책사 정리는 1960~70년대를 “전면철거 재개발”을 통해 도심 현대화를 추진한 시기로 규정한다. 이 글은 철거를 “독립업역”으로 다루기보다 재개발 공정의 일부로 기술하고 있다: 양재섭, “서울의 도시환경정비정책”, 서울정책아카이브, 2015. 4. 16., <https://seoulsolution.kr/ko/content/%EC%84%9C%EC%9A%B8%EC%9D%98-%EB%8F%84%EC%8B%9C%ED%99%98%EA%B2%BD%EC%A0%95%EB%B9%84%EC%A0%95%EC%B1%85> (2026. 1. 6. 확인).

12) 김형국 / 하성규 편, 앞의 책, 270면; 안균오, “사회정의론의 정책규범을 활용한 도시재정비사업 평가와 정책대안 연구”, 세종대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 126-127면 참조.

(2) 강제퇴거의 규제

도시정비법은 일출 전과 일몰 후 등에는 철거를 금지하고 있고(도시정비법 제81조 제4항), 행정대집행법도 이와 유사한 철거규제 조항을 도입했다(행정대집행법 제3조).¹³⁾ 만약 이주가 자발적으로 이루어지고 나면 공사현장에서 야간에 철거공사가 이루어지는 것을, 법률 차원에서 특별히 금지할 이유는 없다. 이 조항은 철거공사의 시기를 규제하는 것이라기보다는, 인권침해를 막기 위해 야간에 이루어지는 강제퇴거와 철거를 묶어서 규제하려는 것이다. 철거의 시기를 규제하는 것은 물리적 공사로서 철거 못지않게, 야간 또는 새벽에 기습적으로 이루어지는 강제퇴거와 그로 인한 위험상황이 사회적 문제였다는 점을 보여준다. 또 2003년 도시정비법이 제정될 때 관리처분계획이 인가되기 전에 철거를 금지하는 조항이 도입되었고, 이는 현행법까지 이어지고 있다(현행 도시정비법 제81조 제2항). 재개발사업에서 권리배분에 대한 합의가 이루어지기도 전에, 기습적인 철거가 이루어지면서 조합원이나 세입자의 권익이 침해되었기 때문이다.

재개발사업이 진행되어 상당한 시간이 지나도 여전히 권리배분에 불만을 품는 세입자 등은 점유를 풀지 않는 경우가 많다. 도시정비법은 이 문제에 대응하기 위해서 관리처분계획이 인가되면 소유자, 점유자 등의 사용수익권이 정지되는 것으로 정하고 있고(법 제81조 제1항), 이를 근거로 조합이 민사상 인도소송을 제기할 수 있다.¹⁴⁾ 조합이 인도소송에서 승소하면 법원의 판결에 따라 강제퇴거가 집행되고 세입자 등은 점유를 잃게 되는데, 이는 모두 건축물을 철거하기 위한 전 단계로서 이루어지는 절차이다. 용산참사 이후 도시정비법은 토지보상법상 정당한 보상금이 지급되지 않으면, 사용수익권이 정지되지 않는 것으로 개정되었으며 대법원도 이 규정을 넓게 해석하고 있다.¹⁵⁾

도시정비법에 따르면 사업시행자는 시공자와 계약을 체결할 때 철거공사에 관한 사항을 포함시켜야 한다(제29조 제11항: 2010년 4월 신설). 용산참사로 시공계약을 통한 철거규제 조항이 신설된 계기도 철거행위 자체의 위험보다는 철거를 위한 강제퇴거의 위험성 때문이었다. 도시정비법은 철거용역업체가 사업 초기부터 조합과 유착하면서, 빠른 이주를 위해 강제퇴거를 주도해 온 것 등을 문제로 보고, 조합과 철거업체의 중간에 건설사를 개입시켜 이를 막아보고자 한 것이다. 그러나 이 조항의 도입에도 불구하고 실무에서는 철거와 관련된 용역 중 철거공사만 시공계약에 포함되고, 강제퇴거 용역은 이 조항의 규제 범위에서 벗어났다.

3. 규제의 상대방, 철거용역업

1980년대 중반 합동재개발 방식의 도입으로 재개발사업에 건설사의 자본이 투입되고 개발이익이 생겨나자, 독립적인 영역으로 분리된 철거업체는 서울 시내 주요 재개발 대상지역에서 철거용역을 본격적으로 수행하기 시작했다.¹⁶⁾ 철거용역의 주된 내용은 강제퇴거와 관련된 것이지만, 동시에 강제퇴거가 이루어진 건축물에 대한 철거공사도 철거용역의 내용을 구성했다. 철거공사에 대해 면허법이 철거업자의 자격을 규제하는 것과 다르게 강제퇴거 용역을 제공하는 자에 대한 자격 통제는 없었다.

철거업자는 철거공사를 위해 건설산업기본법상의 면허를 보유하고, 건축물관리법상의 해체허가를 받아야 한다. 이를 전제로 하면 이론상으로는 철거업자에게 철거공사만을 발주하는 계약이 체결되면 충분하다. 다만 재개발사업에서 보통 강제퇴거 없이는 철거공사가 불가능했고, 이주와 관련된 전문성과 물리력이 부족했던 재개발조합은 철거업체와 건축물 철거공사 계약을 체결할 때 철거공사와 이주업무까지 포괄하는 내용의 계약을 체결했다.¹⁷⁾ 이는 재개발사업에만 국한된 것은 아니고 택지를 조성하기 위한 사업에서도 강제퇴거 용역이 철거와 결합하였고,¹⁸⁾ 민영주택 건설사업을 위한 철거 등에도 퇴거와 철거공사에 대한 계약이 하나로 이루어지는 경우가 적지 않았다.¹⁹⁾

건축물이 철거되면 토지상에 건축물의 잔해가 남게 되는데, 건축폐기물을 어디론가 반출해야 철거공사가 완료된다는 점에서 폐기물을 처리하는 업무도 역시 넓은 의미에서 철거용역의 일부를 구성해 왔다. 건축물관리법이 해체계획서에 해체물 처리계획을 포함하

13) 도시정비법은 2012년, 행정대집행법은 2015년 이 조항을 도입했다.

14) 이 조항은 도시재개발법 시월부터 존재하던 조항이고(예컨대 1999년 시행되던 도시재개발법 제34조 제8항) 이를 명분으로 오랜 기간 법원의 판결도 없이 강제퇴거가 이루어지는 것이 일반적이었다.

15) 대법원이 이 조항에 따라 민사상 인도소송에서 보상과 인도의무를 동시이행 관계 또는 선이행 관계로 보기 시작한 것은 그러나 2020년대에 이르러서이다. 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 참조.

16) 김수현, “서울시 철거민 운동사 연구: 철거민의 입장을 중심으로”, 『서울학연구』 제13호(1999. 7.), 229면 참조.

17) 서울행정법원 2019. 11. 27. 선고 2017구합52351 판결 참조. 사안에서 도시환경정비조합이 2009년 철거업체와 철거공사/이주지원 용역계약을 통합해 체결하고 각각의 업무를 특정하고 있다.

18) 1989년 서울시는 ‘택지개발지구 내 불법시설 단속반 업무를 전문 용역회사에 위탁한다’는 정책을 발표했다. 동아일보, “분양권 노린 무허건물 월내 철거”, 1989. 7. 5. 강제퇴거를 전문으로 하는 용역업이 택지개발사업을 위한 단순 철거에도 활용되었음을 보여준다.

19) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도8743 판결 참조. 이 사안에서 아파트 건설사업의 철거공사 도급계약 속에 명도·이주용역이 포함되어 일괄 하도급계약이 체결되었다.

거나(시행규칙 제12조 제1항 제5호), 해체공사의 완료를 신고할 때 폐기물처리 확인서를 첨부하도록 요구하는 것도(시행규칙 제16조 제1항 제2호) 이를 반영한 것이다.

2005년 시행된 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」에 따르면 공공기관이 발주하는 건설공사에서 발생하는 건설폐기물의 예상량이 100톤 이상인 경우, 건설(철거)공사 계약과 건설폐기물 처리 용역 계약을 반드시 분리하여 별도로 발주해야 한다(법 제15조 제1항, 시행령 제11조). 분리발주 제도는 하나의 철거업체가 철거공사와 폐기물처리를 동시에 처리해 온 기존 관행에 제동을 걸기 위해 도입되었다.

철거공사는 주로 건축 구조물의 해체를 위한 기술력과 장비 등에 의존하는 전문적 공사이고, 퇴거용역은 물리력을 행사할 수 있는 인력을 중심으로 운영된다는 점에서 동일한 업종이라 보기 어렵다. 또 철거용역업에 대해 다양한 방면에서 규제가 강화되고 있기 때문에 철거업체들은 기존의 통합적 사업구조에서 벗어나 영역별로 별도의 법인을 설립하는 과정을 겪었다. 이런 이유로 오늘날 철거업은 퇴거용역, 철거공사, 폐기물처리라는 세 영역으로 분화되어 있지만, 이들은 하나의 뿌리를 공유하고 있으며 사업구조 면에서도 사실상 유기적으로 운영되는 경우가 많다.

III. 철거와 시공의 관계

1. 면허법상 철거와 시공

건설산업기본법은 건설공사를 위한 등록제를 정하면서 종합건설업과 전문건설업을 나누어 정하고 있으며, 전문건설업 중의 하나로 철거업이 규정되어 있다. 건설산업기본법은 타인을 위해 건설공사를 업으로 영위하는 자들에 대한 자격을 규제하는데, 연면적이 200제곱미터를 초과하는 건축물, 건축법상 공동주택, 다중주택, 다가구주택 등은 건설업자로 등록한 자들만 시공할 수 있고(건설산업기본법 제41조 제1항, 건축법 제21조 제5항), 등록 없이 건축물을 시공한 자는 3년 이하의 징역형에 처한다(건설산업기본법 제96조 제5호). 건설업자는 자신이 등록한 업종만 시공할 수 있으며(건설산업기본법 제16조), 시장에서 통상 시공자로 불리는 건설사는 종합건설업으로 등록되어 있고 철거업은 전문건설업의 일종으로 정해져 있다. 이렇게 면허 또는 등록제를 정하고 있는 건설산업기본법에 의해 철거와 시공은 연결된다.

구 건설업법은 건설공사를 토목·건축 기타 대통령령이 정하는 공사로 정하고(제2조 제1호) 대통령령 별표에서 건설공사의 종류를 나열하고 있었다. 해체공사가 전문건설업의 일종으로 규정되는 1994년 이전까지 건설공사의 개념은 ‘시설물의 설치공사’인 건축공사 또는 토목공사에 한정되어 있었다. 해체공사업이 전문건설업에 추가되자 건설공사의 개념에 해체공사가 포함되었으며, 그 이후부터 현행법에 이르기까지 ‘건설공사’는 토목공사, 건축공사 등 구조물의 설치 및 해체공사 등으로 정의되고 있다(법 제2조 제4호 참조).

건설산업기본법에서 철거공사를 건설공사의 개념에 포섭하는 가장 중요한 목적은 철거공사를 전문건설업으로 편입하고 면허제를 적용하기 위해서이다. 이에 따라 시설물 설치공사를 수반하지 않는 단순 철거현장에서, 철거공사도 건설공사의 일종이므로 면허제의 적용을 받게 되었을 뿐이다. 물론 철거와 시공이 연속하는 공사현장에서도 철거면허는 필요해졌다. 그러나 철거공사가 건설공사의 일종으로 분류된다고 해도, 항상 시공자의 건설공사에 포함되는 공사로 해석되는 것은 아니라는 점에 유의해야 한다.

현재 건설업자에 대한 공법적 규제의 체계는 건설업면허를 규율하는 건설산업기본법이라는 면허법제와 건축법, 건축물관리법, 도시정비법, 「주택법」, 도시개발법 등의 개발사업법(또는 허가법)으로 이원화되어 있다. 건설산업기본법은 건설업자가 어떠한 기술적 기준을 갖추어서 건설업면허를 발급받을 것인가에 주목하므로 개발사업의 현장에서 건설업자가 어떠한 행위규제를 받는가를 잘 알기 어렵다. 이렇게 면허법제와 사업법제가 나뉘면, 건설업자에 대한 규제가 파편화되고 규제의 체계를 이해하기 어렵게 된다. 개별적인 사업법에서 건설업자에게 의무를 부과했을 때 그 의무가 이행된 것인지 아니면 위반된 것인지에 대한 판단이 쉽지 않고, 그 의무위반이 건설산업기본법상 등록취소나 영업정지 등의 사유가 되는지를 밝히는 것도 쉽지 않다.

건설산업기본법이 건설업자의 영업정지 사유로 정하고 있는 건축물의 부실시공(건설산업기본법 제82조 제2항 제5호)은, 건축물의 사용 중 붕괴 위험을 포함해서 다양한 건축물의 하자를 구성하게 되고, 그로 인해 건축물의 사용에 중대한 차질을 가져온다. 부실시공이 영업정지 사유로 정해진 것은 물리적 공사의 품질을 보장하려는 면허제도의 기능에서 유래한다. 다른 한편 사업법제나 「산업안전보건법」 등 여타의 법률에서 정하고 있는 시공자의 의무가 위반되는 것은 원칙적으로 면허법상 불이익 처분과 직접 연결되지 않는 것이 원칙이다. 건축법상 건설현장의 위해방지 의무에 반하거나, 재개발사업에서 철거공사를 시공계약에 포함하지 않아 법률에 위반되어도 그것만으로 면허(등록)가 취소되거나 영업을 정지되는 사유가 되는 것은 아니다.

2. 건설공사와 철거공사의 관계

건축법상 건축물의 개축행위는 기존 건축물의 일부 또는 전부를 철거하는 행위를 당연히 전제하고 있으므로(건축법 시행령 제2조), 본격적인 건설공사가 시작되기 전에 철거공사가 필요하다. 또 도시정비법상 재건축사업과 재개발사업은 아파트를 철거하거나 기존 건축물을 철거하는 행위를 전제하고 있다. 이처럼 기존 건축물이 존재하는 토지에서 다시 건축물을 건축하는 공사를 보면 그 일련의 과정에서 건축물의 철거공사와 시설물을 설치하는 건설공사가 시간상으로 연속한다.

1990년대 중반 철거공사에 대해 면허제도가 도입되면서 시설물 설치를 중심으로 운영되던 건설공사에 더해서 건설공사의 전 단계에 해당하는 하나의 공정이 더 생겨났다. 비슷한 시점에 건축법에 도입된 철거신고와 함께 종합건설업자는 면허법상 새롭게 추가된 공정(철거공사)을 자신의 건설공사로 편입할 것인가, 아니면 전문건설업자인 철거업체에 일임하고 간여하지 않을 것인가에 대해 선택해야 하는 상황이었다. 특히 철거공사가 건설공사와 연속하는 개축, 재개발 현장에서 철거공사에 대한 시공자의 직접 시공 여부에 대한 선택은 불가피한 것이었다. 만약 시공자가 철거공사를 자신의 건설공사로 보고 시공능력까지 갖추려면 별도의 기술인력과 장비를 구비하고, 철거신고도 해야 할 의무가 있었다.

건설공사와 철거공사의 시간적 연속 여부와 무관하게, 건축허가의 설계도라는 관점에서 시공자의 건설공사와 철거업자의 철거공사는 물리적으로 결합하기 어려웠다. 시공자의 건설공사를 위한 건축허가는 건축물의 허가요건을 심사하기 위해 마련된 처분으로(건축법 제11조) 허가요건을 심사할 때 가장 중요한 서류가 건설공사를 위한 설계도면이다. 설계도면은 새롭게 지어질 건축물의 배치도, 평면도, 입면도 등을 포함하며, 건축허가 요건(건폐율, 용적률, 구조안전 등)을 심사하기 위해 가장 기본이 되는 자료이다. 또 설계도면은 감리제도가나 사용승인 제도 등에서도 중요한 기준이 된다.

설계도면은 새로운 시설에 대한 건축계획을 담지만, 철거업자의 철거계획이나 철거도면을 포함하지 않으며, 건축허가를 심의할 때 철거공사는 심의대상이 아니다. 이런 점에서 철거공사는 건설공사와 시간상으로 연속하는 경우에도, 시설물 설치를 위한 건축허가의 내용에 포함되지 않는다. 실내건축공사, 승강기 설치공사, 가스난방공사 등 일반적 전문건설업의 공사가 설계도에 포함되고, 자연스럽게 시공자의 건축허가와 건설공사, 도급계약에 포함되는 것과 달리 철거공사는 그것이 비록 전문건설업이라 해도 별도의 공정이 될 수밖에 없었다. 이런 이유로 철거면허와 철거신고 제도가 도입된 이후에도 건축법은 철거공사를 건축허가의 내용으로 편입하기 어려웠고, 결국 철거공사는 건축물관리법에 의해 별도로 해체허가의 대상이 될 때까지 규제의 사각지대에 놓여 있었다.

다른 한편 건설공사와 무관하게 철거공사만 이루어지는 공사현장은 상대적으로 규모가 크지 않고, 건설공사가 수반되지 않는다는 점에서 종합건설업자인 건설사가 철거공사를 수주할 필요가 높지 않았다. 또 상대적으로 철거공사의 물량이 많은 재개발사업의 현장에서도 철거는 강제되거를 수반하는 것이었기 때문에, 대형 건설사의 입장에서 철거는 물리적 폭력 사태로 사회적인 문제가 되거나, 형사처벌도 받을 수 있는 위험한 업무였다. 자연스럽게 건설사들은 철거나 퇴거용역 업무에 일정한 거리를 두고, 철거는 별도의 독립된 업체가 처리하는 관행이 자리 잡기 시작했다.

면허법상, 허가법상 그리고 기술상의 이유로 철거공사는 건설산업기본법상 면허제도와 건축법상 철거신고 제도가 도입된 이후에도 시공자의 건설공사에 포함되어 시공자에 의해 직접 시공되기보다, 별도의 업체에 의해 독립한 공사로 이루어졌다. 건축물관리법도 도입되기 이전에는 건축법상 철거신고를 하고, 면허를 가지고 있는 철거업자가 독립해서 철거공사를 수행하는 것으로 절차는 종결되었다.

3. 철거계약의 분리

건설산업기본법상 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 한다(제16조 제1항). 통상 종합건설업자는 기술인력 등을 보유해서 등록하면 전문건설업자의 자격을 포괄하므로 전문건설업을 각각 등록할 필요 없이 종합건설공사에 관한 도급계약을 체결할 수 있다. 종합건설업을 등록한 시공자가 종합건설공사 계약을 체결하면 보통은 전문건설업자의 공사도 도급계약의 내용에 포함되므로, 도급계약에 포함된 전문건설업자는 종합건설업자인 시공자와 하도급계약을 체결할 뿐 발주자와 직접계약을 체결하는 것은 아니다. 그러나 철거공사는 건축허가의 내용에 포함되지 않으므로 종합건설업자의 도급계약에 당연히 포함되었던 것은 아니다.

1994년 건설업법에 건설공사의 일종으로 철거공사가 포함될 때까지, 건설공사의 개념에 철거공사는 존재하지 않았으므로, 면허를 전제로 한 시공계약에 철거공사가 포함되기 어려웠다. 철거면허가 도입된 후에도 종합건설업자인 시공자는 철거공사를 위한 기술인력과 장비 등을 보유하는 경우가 거의 없고, 철거공사를 자신의 공사로 인식하지 않았다. 그래서 종합건설업자가 철거공사를 직접 수

행하려면, 추가적인 인력 등을 확보해 등록해야 하는가에 대해 논란이 있었다.²⁰⁾ 시간이 흐르면서 개발사업 과정에서 철거공사가 필요하면 이주용역을 포함해서 ‘건축주와 철거업자 사이에’ 철거계약이 체결되고, 철거공사도 시공자가 아닌 제3의 철거업자에 의해 수행되는 것이 일반화되었다. 이처럼 철거는 시공과 분리된 별개의 영역으로 인식되기 때문에 철거계약은 시공자와 무관하게 건축주와 체결되는 경우가 많고, 시공자의 시공계약에 포함되는 경우에도 시설물 설치공사와는 다른, 별개의 공사와 계약으로 인식된다. 시공자의 철거공사에 대한 면허 논란은 이러한 관행을 통해 자연스럽게 해소되었다.

건축물을 단순히 철거하고 그 이상의 공사를 예정하지 않는, 건설공사와 별도로 진행되는 철거도 있다. 또 신도시 또는 산업단지 등을 조성하기 위한 철거는 택지조성사업의 일환일 뿐, 철거공사가 아파트 건설사업, 건축물의 건축행위와 직접 연결되지 않는다. 이런 현장의 철거공사는 당연히 발주자와 철거업체가 별도의 계약을 체결하는데, 현장에 시공자가 없으므로 건설공사를 위한 시공계약은 없고, 철거계약만 존재하게 된다. 이러한 철거 현장에서 철거 중 붕괴사고가 나면 철거업자의 책임만이 문제 되고, 건설사의 책임 문제는 등장하지 않는다.

철거계약은 형식상 도급계약으로 이해되며, 특히 건설업자의 시공계약에 포함되어 계약이 체결되면 전형적인 도급계약으로 받아들여진다. 그러나 민사상 도급계약은 일의 완성을 약정하고 그 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약으로, 보수의 지급은 결과물을 인도하는 때에 이루어진다(「민법」 제664조, 665조). 우선 철거계약은 건축물의 제거를 목적으로 하므로 결과물을 인도하는 시점이 별도로 없다. 또 결과물을 건축물 또는 이에 준하는 것으로 보고 담보물권, 하자담보책임, 하자담보책임의 특칙 등을 정하고 있는 민법 도급계약 조항의 대부분도 역시 철거계약에는 적용되기 어렵다.²¹⁾ 건축물이 불안전하게 제거된 경우를 제외하고는 결과물에 하자가 존재하는 것이 불가능하므로, 하자담보책임의 전제가 존재하지 않기 때문이다.

그래서 건축물의 철거만을 목적으로 건축주와 철거업자 간에 맺어지는 계약은 도급계약의 형식으로 계약이 체결된다고 해도 이를 전형적인 도급계약이라 보기 어렵다.²²⁾ 그리고 철거계약으로 제공되는 용역이 단순한 철거공사를 넘어 강제퇴거나 폐기물처리까지 포함하면 철거계약은 도급계약의 성격에서 더욱 멀어진다.²³⁾ 철거공사를 위한 계약이 법적 성격상 전형적인 도급계약이 되기 어렵다는 점은 철거계약이 시공계약과 분리되어 체결되는 또 하나의 이유이다.

IV. 해체허가의 도입

1. 건축물관리법의 제정

철거면허가 도입된 후에도 건축허가 제도가 설계도면을 통해 철거공사를 하나의 공정으로 포섭하는 데 어려움을 겪자, 철거공사가 건설공사와 분리되고, 철거계약도 시공계약과 분리되었다. 이렇게 건설공사와 분리된 철거공사에 대한 규제로 철거신고 제도가 있었지만, 이는 철거공사의 위험을 방지하기 위한 수단으로 충분하지 않았다. 이 정도의 느슨한 규제 상황에서는 면허가 있는 철거업자가 철거신고를 했을 때, 철거공사 중 건축물이 붕괴해도 건설산업기본법이나 건축법 위반으로 처벌할 수 없었다. 면허를 갖추고 신고 절차를 모두 이행해 건설산업기본법과 건축법 위반이 없었기 때문이다. 철거공사와 건설공사가 연속하는 공사현장에서 이미 건축허가를 받은 시공자가 존재할 때도 시공자에게 건축물 붕괴 책임을 물을 수 있는 연결고리를 찾기 어려웠다. 이렇게 되면 철거업자를 업무상 과실치상 등 형법 위반으로 처벌하고 해체업 면허를 정지 또는 취소하는 것 이외에 별다른 수단은 없었다. 이에 대한 대응책으로 도입된 건축물관리법은 철거업자에게 해체허가를 통해 엄격한 공법상 책임을 정하는 동시에, 행정청에게 해체공사의 위험성을 심사해야 할 의무를 부여했다. 다만 건축물관리법은 철거공사에 후속하는 건설공사의 시공자를 규제의 대상으로 생각하지 않는데, 이는 입법자가 철거공사의 독립성과 완결성을 전제하고 있다는 것을 보여준다.

건축물관리법은 건축물의 철거 또는 해체로 인한 위험상황을 적극적으로 통제하기 위해 제정되었고, 철거자유의 원칙은 전면적 철거금지 원칙으로 전환되었다. 건축물관리법의 제정으로 건축법상 건축허가와와는 별도로 건축물 철거에 대한 독립적인 해체허가도

20) 국토교통부, “기존 건물의 철거공사와 신축공사를 하나의 통합된 공사로 발주하는 경우 시공자격 등에 관한 회신”, 건경-58070-586(1998). 기존 건물의 철거공사와 신축공사를 하나의 통합된 공사로 발주하는 경우에는 종합건설업자가 전체 공사를 수행할 수 있으나, 철거공사와 신축공사를 각각 분리하여 발주하는 경우에는 철거공사 부분은 구조물 해체공사업자에게 발주해야 한다.

21) 유형도급과 무형도급의 하자담보책임 적용 문제에 대해서는 이상현, 『도급에서 수급인의 책임』, 경인문화사, 2025, 105면 참조.

22) 굳이 도급계약이라 표현하는 경우에도 이는 노무도급이라는 개념에 더 가깝다. 이에 대해 자세히는 김봉수, “노무도급의 법적 성질 - 도급계약과 고용계약의 구별을 중심으로”, 『법학논총』 제26권 제3호(조선대학교 법학연구원, 2019. 1.), 147면; 박영복, “독일 도급계약법에서 완성한 일의 ‘인수’”, 『외법논집』 제45권 제3호(2021. 8.), 191면 이하 등 참조.

23) 서울행정법원 2019. 11. 27. 선고 2017구합52351 판결, 사건의 사실관계 참조.

입되었고, 철거에 대한 완결적 통제 가능성이 확보되었다. 건축물의 철거를 허용할 것인가, 허용한다면 어떠한 요건을 심사해야 할 것인가에 대해 독자적 심사절차가 마련된 만큼 철거와 관련된 위험상황은 건축물관리법의 규제에 따른다. 만약 제도적 결함이 있다면 건축물관리법을 개정하는 방향으로 제도가 개편되어야 하고, 현행 제도들의 불완전한 결합으로 입법적 공백을 해소하는 것은 올바른 방법이 아니다.

철거공사는 시공계약에 철거계약이 포함되는지 여부와 무관하게, 일반적 건설공사에 포함되는 공사가 아니라, 건축물관리법에 의해 별도의 허가를 받는 공사이다. 이는 일반적 전문건설업자의 공사가 시공자의 건설공사에 포함되어 하나의 건축허가 또는 사업승인을 받아 시공되는 것과 뚜렷이 구별된다. 건설업자의 건설공사에 대한 건축허가와 독립해서, 철거공사는 반드시 별도로 해체허가를 받아야 하는 공사라는 점에서 철거공사는 독립한 공사이다.

새롭게 제정된 건축물관리법은 철거라는 용어 대신 '해체'라는 용어를 채택하면서 해체행위의 개념을 정의하고 있다. 이에 따르면 '해체'란 건축물을 건축·대수선·리모델링하거나 멸실시키기 위하여 건축물 전체 또는 일부를 파괴하거나 절단하여 제거하는 것을 말한다(건축물관리법 제2조 제7호). 건축물관리법의 제정과 해체의 정의 규정에 따라 이제 개축허가 또는 대수선 신고 등 건축물의 철거를 수반하는 공사는, 해체허가를 추가로 받아야 한다는 것이 명확해졌다.²⁴⁾ 이에 더해 건축물관리법은 건축물을 '멸실'시키기 위해 건축물을 철거하는 경우도 이를 해체로 정의하고 있다. 건축허가나 주택법상 사업승인을 받지 않고 이루어지는 단순한 철거가 있다는 것을 법률도 인식하고 있다는 것을 알 수 있다.

착공신고는 건축법상 건축허가를 받은 건축공사에 착수할 것을 행정청에게 알리는 행위를 말하며(건축법 제21조), 착공신고를 하지 않고 공사에 착수하면 5,000만 원 이하의 벌금에 처한다(건축법 제111조 제1호). 착공신고는 공사에 착수한다는 신고를 의미하므로 건축허가 이후 공사를 시작하기 전에 이루어지며, 건축물관리법 제정 전 착공신고는 건축법에만 존재하는 고유한 제도였다.²⁵⁾ 건축물관리법도 철거공사에 대해 해체허가를 받고 공사를 시작하기 전에 착공신고를 하도록 정하고 있다(건축물관리법 제30조의2). 또 건축법상 건설공사가 완료되면 사용승인을 신청하는 것(건축법 제22조)에 대응해서, 건축물관리법상 해체공사가 완료되면 공사완료를 신고해야 한다(건축물관리법 제33조). 이렇게 철거공사에도 착공신고와 공사완료 신고제도가 별도로 마련됨으로써 철거공사는 독립된 절차에 의해 통제되는 하나의 공사로서 완결성을 갖는다.

2. 해체허가와 건축허가의 관계

건축물관리법은 해체허가의 허가요건에 관한 조항을 별도로 독립해서 정하지 못하고, 신고대상을 정하는 절차 조항에 이를 같이 포함하고 있다. 건축물관리법상 소규모 건축물의 해체행위는 신고대상이지만(법 제30조 제1항), 건축물 주변에 버스정류장, 도시철도역사 출입구, 횡단보도, 넓은 도로가 있으면 다시 허가대상으로 변경된다(동조 제2항). 이 조항을 통해 해체허가의 보호범위가 철거공사를 행하는 자 등 공사관계자 이외에도 철거공사 주변 통행인의 인명 보호를 요건으로 한다는 것을 알 수 있다. 건축물관리법 제정 목적과 관련 조항의 취지를 종합하면 해체공사로 인한 일체의 위해를 방지하는 것이 해체허가 제도의 목적이고, 또 해체허가의 허가요건이다. 해체허가는 건축허가의 요건과 전혀 다른 허가요건을 두고 있고 이런 점에서 해체허가는 건축허가와 구분되는 처분이다.

건축법, 도시정비법 등에 따라 허가를 받아 이루어지는 건설공사는 건축물을 만들어낸다는 의미에서 건설사를 시공자로 칭하지만, 건축물관리법상 해체허가에 따른 철거공사에 관해서는 건축물을 제거하는 철거업자를 공사시공자로 부른다(법 제31조 제1항 괄호). 이 둘은 시공자라는 단어로 표현되어 동일한 자일 것 같지만, 건설공사의 시공자는 건축물을 적극적으로 만들어내는 공사자이고, 철거공사의 시공자는 건축물을 제거하는 자라는 점에서 전혀 다른 뜻을 갖는다.

건축물 해체공사의 허가권자는 건축물 해체공사에 대해 별도로 감리자를 지정해야 한다(건축물관리법 제31조). 시공자의 감리자가 건설공사가 설계도면대로 시공되는가를 점검하는 역할을 하는 것에 대응해서, 철거공사의 감리자는 철거공사가 해체계획서대로 진행되는가 등을 점검한다. 그러므로 철거공사 중 붕괴사고가 나면 철거업자가 책임을 지는 것은 물론이고, 해체공사의 감리자도 같이 책임을 진다. 그러나 철거 중 건축물이 붕괴해도 '시공자의 감리자'에 대해서는 철거사고에 대한 책임을 묻기 어려운데, 철거공사가 완료되지 않으면 건축법상 시공자의 건설공사는 착공도 하지 않은 상태이기 때문이다. 물론 철거가 완료되고 건설공사가 시작되면 시공자뿐 아니라 하도급받은 여타 전문건설업자의 공사에 대해서도 시공자의 감리자는 책임을 져야 한다. 병존하는 복수 감리자의 책임 범위

24) 건축법상 철거신고 제도 하에서 건축물을 개축하는 행위, 대수선, 리모델링 등의 행위는 철거가 수반되는 건축법상의 행위유형이었지만, 건축법상 철거신고와 명확하게 묶여 있지 않았다. 철거신고가 도입된 후 시간이 흐르면서 실무에서 자연스럽게 개축공사 등을 위해 추가로 철거신고를 하는 것으로 관행이 형성되었다. 참고판례 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015두40002 판결, "원고 등이 2012. 9. 7.이 사건 각 주택에 관한 건축물 철거신고를 하고 2012. 9. 12. 착공신고를 한 점."

25) 주택법, 도시정비법 등에도 착공신고에 대한 조항은 없고, 건축법 조항을 의제해서 착공신고를 할 뿐이다.

를 보면 철거공사와 시공자의 건설공사가 시간상 연속할 수 있지만, 철거공사를 시공자의 공사로 보기 어렵다는 것이 명확하게 드러난다.

해체허가의 발급여부를 심사하는 행정청은 당해 건축물의 해체로 인한 주변의 도로상황, 보행자의 위험, 버스정류장의 이전 필요성 등 위험상황을 점검해야 할 의무가 있다.²⁶⁾ 해체허가 과정에서 단순하게 건축물관리법이 정하고 있는 요건을 충족하는지에 대한 심사가 필요한 것은 물론이고, 해체행위로 인해 초래될 위험상황 전반에 대한 심사의무가 행정청에게 주어져 있다고 보아야 한다. 행정청은 해체허가를 심사하면서 건축물의 해체로 인해 주변 도로의 보행자 등에게 위해가 발생할 우려가 있으면 허가를 거부할 수 있고, 위해를 방지하기 위한 추가적 조치를 요구할 수도 있다. 철거공사 중 건축물이 붕괴하면, 해체허가를 발급한 공무원의 책임을 따져보아야 하지만, 건축허가를 발급한 공무원의 책임을 물을 수는 없다.

건축물관리법이 제정되면서 건축법에 있던 철거 관련 조항은 모두 삭제되었지만, 건축법상 공사현장의 위해방지 조항의 위임을 받은 시행령이 여전히 해체공사 현장의 위해방지 문구를 남겨두고 있다. 그러나 건축물관리법이 제정된 후에는 해체공사 현장에 대한 건축법 시행령의 조항은 사실상 사문화된 것이라 보아도 좋다. 건축물관리법상 해체허가 제도의 가장 중요한 목적은 해체공사와 그 공사현장의 위해를 방지하는 것이기 때문이다. 건축법에 있던 철거신고 등의 조항이 모두 이전되었음에도 불구하고, 건축법 시행령에 해체공사 현장의 위해방지 조항이 남아있는 것은, 입법적 오류이다.

공사현장의 위해 방지책은 제정 건축법 시절부터 규정되어 있었는데(제정 건축법 제51조), 이는 시설물 설치공사 과정의 위험을 막기 위해 '시공자'에게 부여된 의무였을 뿐, 철거공사를 특별히 의식해서 만들어진 것은 아니다.²⁷⁾ 건축법 시행령은 위해방지 의무를 시공에 더해 철거에 따른 위해방지 의무로 확대하고 있지만, 법률은 '시공자의 공사현장'으로 한정해서 위임한 것이므로, 이때 철거는 시공자가 건설공사의 일환으로 '직접 수행하는 철거'일 뿐, 시공에 선행해서 이루어지는 모든 철거를 포괄하는 것으로 보기는 어렵다.²⁸⁾ 이 조항의 위해방지 의무가 '제3자의 철거공사' 현장까지 포괄한다고 해석하는 것은 과도한 확장해석이 된다.

3. 해체허가와 붕괴사고의 책임자

오랜 기간 동안 건축물의 철거과정에서 붕괴사고를 막거나 사고가 났을 때 책임을 묻는 제도가 없었다는 점은 사회적으로 큰 문제였다. 그래서 건축물관리법이 제정되었고, 건축물의 붕괴사고는 건축물관리법의 가장 중요한 관심사로 책임자에 대한 형사처벌이 마련되어 있다(법 제51조 제1항 제9호 이하). 건축물관리법상 해체허가를 받은 철거업자가 철거공사 중에 건축물을 붕괴시키는 사고를 내면 철거업자는 책임을 져야 한다. 철거업자가 지는 책임은 건축물관리법상의 형사책임이 주된 것이고, 이에 더해 면허법상의 영업정지 등을 묻는 책임일 수도 있다. 문제는 이에서 더 나아가 철거공사 중 붕괴사고를 이유로 현장에 이미 존재하는 건설공사의 시공자에게도 형사상 책임 또는 영업정지 등 면허법상의 책임을 물을 수 있는가인데, 이는 철거와 시공의 관계를 전제로 한, 법체계의 해석 문제로 귀결된다.

건설공사가 뒤따르지 않는 단순 철거공사 중 건축물이 붕괴하면 이는 철거업자의 부실시공일 뿐 이에 더해 책임을 질 시공자는 존재하지 않는다. 이렇게 시공자가 존재하지 않는 철거현장에서 철거공사만이 유일한 독립 공사이고, 철거 중 붕괴사고는 철거업자의 부실시공으로 종결된다. 시설물 설치를 위한 전제로 철거공사가 필요한 때에도 이를 반드시 결합해서 진행해야 하는 것은 아니므로, 건축주의 선택에 따라 철거공사를 먼저 완료하고, 상당한 기간이 지난 후 비로소 시공계약과 건축허가가 뒤따를 수도 있다. 이처럼 철거와 시공이 시간상으로 절연되면 철거과정에 시공자가 존재하지 않으므로, 시공자는 책임을 따지는 대상도 될 수 없다.

'철거공사만 존재'하거나 '철거공사와 건설공사가 연속'하는 두 가지 상황에서 철거공사의 법적 성격(독립성)이 본질적으로 다르지 않으면, 건설공사와 철거공사가 연속한다는 이유만으로 철거업자의 책임을 시공자의 책임으로 확장하기는 어렵다. 철거공사와 건설공사가 연속하는 때에도 철거공사는 건축허가의 설계도에 포함되지 않는 별도의 공정이고, 별도의 시공능력과 철거면허가 요구되며, 해체허가를 받아야 하는 독립한 공사이다. 만약 이런 상황에서 철거공사의 독립성을 부인하고 철거공사에 대해서도 시공자의 책임을 묻는 것이 가능했다면, 건축물관리법을 제정하기 전에도 상당히 많은 현장에서 시공자에 대해 광범위한 형사상, 행정상 제재가 이루어

26) 건축물 해체계획서에는 해체공사의 공정 등 해체공사의 개요, 교통안전 방안, 안전통로 확보 및 낙하 방지대책 등 안전관리대책 등이 포함되어야 한다(건축물관리법 시행규칙 제12조).

27) 건축법에 철거신고 제도가 도입될 때 공사현장 위해방지에 관한 사항이 대통령령에 위임되면서, 건축법 시행령에 '철거'에 따른 위해방지 문구가 추가되고, 이에 대해 산업안전보건법의 기준에 따르도록 정해졌다(1992년 건축법 시행령 제21조).

28) 1992년 대통령령에 철거 문구가 처음 포함될 때 건설업법상 철거면허 제도조차 아직 도입되지 않아 철거는 사실상의 공사에 불과했기 때문에, 시행령은 '건축공사에 포함되는 간단한 철거'를 공사시공자가 담당할 것으로 보고 이에 대해서도 산업안전보건법을 적용한 것이다. 건축법상 위해방지 의무위반은 산업안전보건법상의 의무위반이 되기 위한 충분조건이고, 산업안전보건법상 의무위반은 건축법상 의무위반의 필요조건이다.

졌을 것이다. 그리고 그만큼 건축물관리법을 제정할 절박성도 줄어들었을 것이다. 건축물관리법 제정 전과 후를 불문하고 철거공사는 시공자의 건설공사와 독립한 공사이고, 그래서 철거공사 중 붕괴사고의 책임은 시공자의 법적 책임으로 확장되지 않는다.

일반적인 전문건설업자는 시공자의 도급계약 속에 공사의 내용이 포함되므로, 시공자와 항상 하도급 관계로 묶인다. 그러므로 종합건설업자인 시공자의 공사와 일반적인 전문건설업자의 공사는 포함관계에 놓이고, 전문건설업자의 부실시공으로 인한 책임이 종합건설업자에게도 연장되는 것이 원칙이다(건설산업기본법 제82조 제2항 제5호).

이와 달리 철거업자의 공사는 보통의 전문건설공사와 다른 별도의 공정에 해당하고, 건축허가의 내용에도 포함되지 않으므로 철거업자는 항상 시공자와 하도급 관계에 놓이는 것은 아니다. 건설공사가 연속하지 않는 단순 철거공사는 하나의 계약이 건축주와 철거업자 간에 체결되므로, 철거 중 붕괴사고에 대한 책임은 철거업자로 한정될 뿐 하도급 관계는 존재할 여지가 없다. 이처럼 건설공사의 도급계약과 무관하게 철거공사 계약만이 체결되는 경우가 널리 존재하는 것은 철거공사가 건설공사와 독립한 공사라는 것을 잘 보여준다. 철거공사와 건설공사가 연속하는 현장에서도 통상은 철거계약과 도급계약이 별도로 체결되고 이 경우에는 형식상으로도 시공자의 책임을 묻기 어렵다. 이는 일반 현장에서 철거계약이 시공계약에 포함되어 체결되었다고 해도 마찬가지이다.

V. 재개발사업에서 철거와 시공

1. 민사계약과 규제의 중첩

일반적인 철거상황에서 철거공사 중 붕괴사고가 나면 앞서 설명한 바와 같이 철거업자의 책임을 묻는 것으로 사건이 종결되는 것이 일반적이다. 그러나 재개발현장에서 철거 중 붕괴사고가 나면 상황이 달라질 수 있는데, 현장에서 철거와 시공이 법적으로 조금 더 복잡하게 결합해 있기 때문이다. 특히 재개발사업에서는 법률의 규정(도시정비법 제29조 제11항)에 따라 건설사의 시공계약 속에 철거계약이 포함되도록 강제되어 있다는 점에서, 철거공사는 '시공자의 공사'로 해석할 여지가 있다. 이렇게 되면 철거공사 과정에서 발생한 붕괴사고의 책임이 시공자에게 확장된다. 다만 민사적인 차원에서 시공계약에 포함된 철거계약을 이유로, 철거공사가 시공자의 공사라고 판단하는 것은 앞서 살펴본 공법상 규율 체계와 잘 맞지 않을 수 있다.

'공법적 관점'에서 철거공사가 시공자의 건설공사인지 판단하는 것은, 면허법제와 허가법제의 관계와 규율 목적 등에 의존한다. 민사계약으로 철거공사와 건설공사가 하나로 합쳐져도, 허가법적 관점에서 당연히 해체허가는 건축허가와 별도로 받아야 하고, 면허법상으로도 철거업자는 철거공사에 대해, 시공자도 종합건설공사에 대해 등록을 통해 각각 자격을 갖추어야 한다. 그리고 대형 건설사인 시공자는 통상 철거공사에 대한 기술인력이나 장비가 없고,²⁹⁾ 실무상으로 철거공사를 직접 수행하는 경우가 거의 없다는 점에서, 철거공사에 대해 사실상 면허를 보유하고 보기 어렵다. 도시정비법이 시공자에게 철거공사를 포함한 시공계약을 강제할 때 시공자의 직접 시공이나 철거면허를 전제하지 않는다는 점에서, 이 조항은 그 자체로 면허법제와 민사상 계약의 불일치를 예정하고 있다. 면허법제, 허가법제에서 정하는 내용과 민사상 계약이 불일치 하는 것은 각 법제가 서로 다른 목적으로, 서로 다른 차원을 규제하기 때문이다.

2. 철거공사를 포함하는 시공계약의 해석

용산참사는 6명의 사망자를 내면서, 사회적으로 강렬한 충격을 주었으며 그 여파로 정치권에서는 짧은 기간에 수많은 법 조항 개정이 추진되었다. 도시정비법의 대표적인 개정 내용 중의 하나는 2010년 조합과 시공자 간의 시공계약에 철거공사에 관한 사항을 포함하도록 한 것이다(법 제29조 제11항). 그리고 이에 위반하면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제136조 제2의2호). 이 조항은 역설적으로 재개발사업을 제외한 대부분의 철거현장에서 철거계약과 시공계약이 따로 체결된다는 것, 그리고 이 조항의 도입 전에는 재개발현장에서도 철거계약이 시공계약에 포함되지 않았다는 것을 확인해 준다.

철거와 시공계약을 결합하는 조항을 도입함으로써 도시정비법은 여타의 공사현장과 다르게 시공자의 시공계약에 철거공사에 관한 사항을 포함하도록 강제하고 있다. 그러나 철거공사가 포함된 시공계약을 이유로 철거공사를 시공자의 공사로 보고 철거 중 붕괴사고에 대한 책임을 시공자에게 확장하는 해석은 법률의 개정 취지에 맞지 않는다. 용산참사에서 인명사고는 철거공사가 아니라, 보상에 불만이 있는 세입자들의 강제퇴거 과정에서 일어난 사고였기 때문이다. 이 조항에서 철거공사의 위험방지 의무를 도출하거나 확장하

29) 국토교통부가 제공하는 『건축물 해체계획서 작성 및 검토 매뉴얼』(2023)을 보면, 이동용 크레인, 해체용 굴착기, 고소작업차 작업계획이 포함되어야 하는데(47면 이하), 이러한 장비와 이를 운용할 수 있는 기술인력을 갖추지 못하는 한 철거공사를 직접 수행하는 것은 불가능하다.

는 것은 정당한 해석이라 보기 어렵다.

철거를 포함하는 시공계약을 강제하는 이 조항은 도입 목적과 규율내용의 불분명성 때문에 해석이 어렵다.³⁰⁾ 이 조항의 목적이 철거공사비를 부풀리는 것을 막고 이를 통해 조합과 철거업체의 유착을 막기 위한 것이었다면, 그 취지에 따라 철거계약이 체결된 이상 특별한 의무위반은 없는 것으로 해석할 수 있다. 시공자가 철거업체를 선정하고 공사비를 산정할 때 적절한 통제가 이루어질 것으로 예상되기 때문이다. 이와 달리 이 조항의 취지를 넓게 해석해서 도시정비법이 시공자에게 철거공사와 관련된 공법상의 의무를 부과했다고 해석할 수도 있다. 이러한 해석에서 시공자의 공법상 의무라면 철거업자를 공정하게 선정하고 철거업자에 대한 감독권을 행사할 의무 정도일 것이다. 어떠한 해석을 취하건 일단 시공계약에 철거공사에 관한 사항이 포함되어 체결되면 시공자를 도시정비법 위반으로 처벌할 수 없다는 점에서는 차이를 보이지 않는다(법 제136조 제2의2호).³¹⁾ 다만 후자의 해석을 취하면 이 조항에서 시공자의 감독의 무가 도출될 수는 있다.

우선 강제퇴거를 규제하기 위한 조항에서 ‘철거공사’에 대한 시공자의 감독의무를 도출하는 것은 논리에 잘 맞지 않는다. 이런 한계를 넘어 철거를 포함하는 시공계약의 특성에 따라 감독의무가 있다고 해석해도, 시공자에게 구체적인 해체공법이나 기술적 안전성 판단까지 감독의무가 있다고 해석하기는 어렵다. 철거공사는 건축허가와 독립해서 해체허가를 받아야 하고, 별도의 면허와 기술이 필요한 또 다른 공사이기 때문이다. 그래서 철거공사에 대해 시공자의 일반적 감독의무를 인정하는 경우에도 그 수준은 해체허가를 발급한 행정청의 감독의무보다 약하거나 그에 준하는 정도일 것이다.

더 나아가 일반적 감독의무를 인정하고 그래서 감독의무 위반이 있다고 판단되어도, 그것은 감독의무의 위반일 뿐이다. 시공자의 감독의무를 이유로 철거공사가 시공자의 공사가 되거나, 붕괴사고가 시공자의 면허법 위반 사유가 되는 것은 아니다. 다만 감독의무 위반에 대한 민사상 책임 등이 추궁되는 것은 다른 차원의 문제이다.

3. 재개발사업에서 시공사 지위

시공계약이 철거공사를 포함하는 특수성에 더해서, 재개발사업은 조합과 시공자가 긴 기간을 같이 진행하는 사업이다. 단순한 건축공사에서 발주자와 시공자의 관계에 비해 재개발사업의 시공자인 건설사는 자연스럽게 사업의 전 과정에 걸쳐 사업시행자인 조합과 긴밀한 협력관계에 놓인다. 이런 이유로 재개발현장에서 다양한 업무들을 건설사가 지배하거나 또는 주관하는 것으로 보인다.

2003년 도시정비법이 제정될 때 건설사가 정비사업을 주도하고 재건축과열을 부추기는 주범이라는 인식이 강하게 법률에 반영되었고, 과거 재개발이나 재건축사업의 공동시행자 또는 공동사업주체로 사업시행의 책임을 담당했던 건설사는 단순 시공자의 지위로 물러나게 되었다(제정 도시정비법 제11조 및 제8조). 현행법상으로는 공동시행자에 대한 제한이 풀렸지만, 시공사 선정시기를 제한받는 건설사는 굳이 공동시행자로 사업의 책임을 분담할 필요를 느끼지 못했다. 그래서 대부분의 사업장에서 건설사는 단순 시공자로도 급계약의 상대방이 될 뿐 조합과 유사한 공동시행자의 지위를 갖지 못한다. 재개발사업에서 강제퇴거와 철거공사로 이어지는 과정은, 2010년 법개정(제29조 제11항) 전까지 아파트 건설공사를 위해 대지를 확보하는 작업으로 사업시행자인 조합이 책임지는 영역에 속했다.

정비사업에서 건설사가 단순 시공자에 머무르는 경우에도 철거공사 중 붕괴사고에 대해 일부라도 책임이 있는 것으로 판단되는 이유는, 사업이 진행되는 긴 기간 동안 건설사가 조합과 사실상의 협력관계 또는 계약에 따른 공동시행의 법률관계에 놓여 있기 때문이다. 사업시행자는 개발사업의 모든 책임과 이익이 귀속되는 주체이며, 사업시행자인 조합은 발주자로서 철거 중의 붕괴사고에 대해서도 포괄적인 책임이 있다. 이와 유사하게 조합과 협력관계 또는 공동시행의 관계에 있는 시공사도 역시 이에 대한 책임을 분담하는 것으로 해석될 여지가 있다. 다만 시공자인 건설사가 조합과 협력관계에 있거나 또는 더 나아가 공동시행자로 계약을 체결했다고 해도, 협력관계나 공동시행자의 지위에서 유래하는 책임은 시공이 아니라 시행의 영역에 속한다. 그래서 건설사가 ‘사실상’ 담당하기도 하는, 재개발사업에 대한 시행자 유사한 행위는 건설산업기본법상 건설업면허의 범위에서 이루어지는 건설공사는 아니며, 따라서 시공은 아니다. 이런 점에서 재개발현장에서 시공자가 부담하는 ‘시행자 유사한 책임’이 존재한다 해도, 이는 면허법상 의무위반과 직접 연결되는 것은 아니다.

철거공사가 시공자의 공사가 되기 어려우면 철거공사의 잘못을 시공자에 대한 영업정지 등 면허 책임으로 돌리기는 어렵다. 다만 도시정비법 자체에 시공자의 특수한 지위를 고려해 시행자 유사한 책임을 입법하는 것은 생각해 볼 수 있다. 정비사업에서 철거는 관리처

30) 2010. 4. 15. 개정된 도시정비법의 개정 이유에 이 조항의 도입 이유는 포함되어 있지 않다.

31) 또 하나 생각해 볼 수 있는 것은 철거공사를 시공자가 직접 하도록 의무화한 것이라는 해석인데, 이 조항을 직접 시공의무 조항으로 해석하는 것은 과도한 것이라 별도로 판단하지 않는다. 이렇게 해석하면 현재 재개발현장의 모든 철거공사는 이 조항 위반이 될 것이다.

분계획이 인가된 이후에 비로소 가능하므로 철거는 이미 시공자가 선정된 후에 이루어진다. 정비사업에서 시공자의 특수한 지위와 함께 시공계약에 철거공사가 포함되어 있다는 점까지 고려하면 입법적으로는 시공자에게 철거공사의 감독의무를 부여하고, 이에 따른 책임을 정할 수 있다. 예컨대 철거과정에 인명사고가 발생하면, 법률에 시공자를 재신임할 것인가를 묻는 조합원총회를 요구하고 일정한 비율의 동의를 받지 못하면 시공자의 지위를 잃게 하는 조항을 두는 방안이 고려될 수 있다.

4. 철거업의 독립성

종래 재개발사업의 현장에서 조합과 철거업체 간에 체결되던 철거계약에는 강제퇴거를 내용으로 하는 이주용역과 건축물의 철거를 내용으로 하는 철거공사가 함께 포함되어 있었다. 2003년 도시정비법이 제정된 후에도 철거업체의 선정시기는 제한대상이 아니었기 때문에, 시공자가 선정되기 전에도 철거업체는 선정될 수 있었다. 시공자 선정시기의 제한에 따라 자금 사정이 어려워진 조합이 철거업체로부터 미리 자금을 조달받고 철거용역비를 과다하게 지급하거나, 철거업체와 조합이 유착해서 부당한 강제퇴거와 철거가 이루어질 수 있다는 우려가 있었다.

용산참사 이후 철거계약이 시공계약에 포함되도록 정해지자, 철거계약은 이주용역 계약과 철거공사 계약으로 분화되고 철거공사 계약만 시공계약에 포함되는 것으로 실무가 운영되었다. 그 결과 철거공사 계약은 시공자 선정시기의 제한에 종속되어 사업시행인가 후 또는 조합설립 후에 체결되지만, 이주용역 계약은 선정시기의 제한을 받지 않고 여전히 자유롭게 체결되고 있다. 2018년 도시정비법이 전문 개정되어 조합의 협력업체 선정에 일반경쟁의 방법이 강제되었을 때(법 제29조 제1항) 이주용역업체도 '선정방법'의 제한을 받게 되었을 뿐이다. 계약만 분화된 것이 아니라 종전 계약의 당사자였던 용역업체도 이주용역업체와 철거업체로 분리 독립되어 도시정비법의 철거계약 관련 조항은 실효성을 갖기 더욱 어렵게 되었다.

30년 넘게 독립적으로 성장해 온 철거업체는 규제 환경에 따라 다양한 법인으로 분화하고 있고, 분야별로 전문성과 실무 경험을 보유하고 있다. 철거업체는 다양한 철거현장에서 강제퇴거와 철거공사의 용역을 함께 또는 따로 제공하며, 철거계약은 시공계약과 분리해서 건축주와 철거업체 사이에 별도로 체결되는 관행이 형성되었다. 특히 재개발사업에서 철거계약에는 이주용역 계약과 철거공사 계약이 동시에 포함되어 있었다는 점에서, 철거계약은 더욱 시공계약과 독립된 계약이었다. 2010년 시공계약에 철거공사를 포함하도록 정하는 조항이 도입되었지만, 이 조항만으로 시공자가 철거업체를 실질적으로 지배하거나 통제할 수 있다고 해석하기는 어렵다. 철거업체의 독립성은 재개발사업의 철거공사에 대한 시공자의 접근 또는 감독 기능이 온전하게 행사되기 어려운 중요한 이유 중 하나이다.

VI. 결론

1. 시공과 분리된 철거규제

철거에 대한 규제는 건설공사로서 면허법과 허가법제가 갖추어지는 과정으로 성립했고, 그 과정에서 시공과의 관계가 가장 중요한 역할을 했다. 초기에 철거공사에 대한 규제가 성립할 때 면허법과 허가법상 철거가 시공에 포함되는 방식으로 설계되거나 운영될 수 있었지만, 현실은 그렇지 못했다. 건설산업기본법상 건설공사의 개념 속에 철거의 개념이 불가분하게 결합하지 못했고, 건축법상 철거공사에 관한 사항이 건축허가의 설계도에 포함되기 어려웠기 때문이다. 또 철거공사와 강제퇴거는 보통 하나의 계약으로 통합되어 철거업체에 의해 수행되었고, 이는 철거공사가 시공자의 건설공사와 결합하거나 혼화하는 것을 막았다. 이런 이유로 철거에 대한 규제는 시공에 대한 일반적 규제에 편입되지 못한 채, 규율의 공백이 오랜 기간 지속되었다. 면허법상 철거면허의 기준이 과도하게 낮은 것도 철거에 대한 규제의 공백을 키우는 데 일조했다.

2. 철거공사의 독립성

철거면허는 전문건설업 면허지만, 철거공사는 다른 전문건설공사와 달리 건축허가의 내용에 포함되지 않고 별도의 해체허가를 받는 공사이다. 그래서 일반적 전문건설업자들의 공사가 종합건설공사에 포함되어 시공자의 책임이 되는 것과 달리 철거공사는 종합건설공사와 분리된 독립된 공사로 해석, 운영되고 있으며, 철거공사의 독립성은 건축물관리법의 제정으로 더욱 강화되었다.

건축물관리법을 제정한 이유 중의 하나는 독립한 철거공사에 대해 허가제도를 도입하기 위해서이다. 건축물관리법상 해체허가에는

별도의 감리자를 두도록 정하고 있는데 철거공사 중 붕괴사고로 해체허가의 감리자는 처벌될 수 있지만, 시공자의 감리자는 처벌할 수 없다. 시공자의 건설공사는 착공신고조차 없어 시공자의 감리자가 감리할 대상이 존재하지 않기 때문이다. 이처럼 허가법상 철거공사는 시공자의 공사로 보기 어렵다는 점에서 철거공사의 책임이 시공자에게 확대되기 어렵다.

3. 재개발사업에서 철거에 대한 시공자의 책임

도시정비법에 의해 재개발사업의 시공계약에 철거공사가 포함되지만, 이에 근거해서 철거공사가 시공자의 것이라고 보고 철거사고의 책임을 시공자에게 귀속시키는 해석은, 법률관계를 너무 단순화시키는 것이다. 민사상 철거계약이 시공계약에 포함되어도, 허가법제나 면허법제를 정하는 공법상으로 철거공사가 시공자의 공사가 되는 것은 아니다. 또 재개발사업에서 시공계약에 철거에 관한 사항이 포함되도록 정한 취지가 '강제되거'의 문제를 해결하기 위한 것이었다는 점을 고려하면, 이 조항에서 '철거공사'의 위험방지책임을 도출하는 것은 논리적으로 자연스럽지 않다.

4. 철거규제의 강화 방향

철거에 대한 규제가 면허법과 허가법상 마련되고 철거공사 중의 붕괴사고에 대한 책임이 지속적으로 강화되고 있음에도 불구하고, 철거사고는 빈번하게 발생하고 있다. 이는 우선 면허법상 철거업자의 자격 기준이 너무 낮다는 점에 기인하고 다른 한편, 건축물관리법상 해체허가요건의 불비 등 입법적 한계와 연결되어 있다. 이렇게 규제의 공백이 존재하면 철거사고의 책임을 확장해서 시공자인 건설사에 책임을 묻고자 하는 유혹이 강해지지만, 철거공사는 독립성이 강해서 철거사고의 책임을 시공자에게 확대하는 것은 쉽지 않다. 철거사고를 막기 위한 최선의 대책은 면허제도를 강화하고, 건축물관리법상 허가요건을 강화하는 것이다. 더 나아가 재개발사업에서 철거는 정비구역 전체에 대해 다수의 건축물 철거가 동시에 이루어지므로 해체허가의 특칙을 마련해 허가요건을 강화해야 한다.

5. 면허법제의 정비

건설산업기본법상 면허가 없는 자는 건설공사 계약을 체결할 수 없고, 이에 위반하면 처벌된다(제95조의2). 종합건설업 면허에 대부분의 전문건설공사가 포함되지만, 철거공사는 면허의 범위에 속하지 않으므로 종합건설업자도 철거공사에 관한 계약을 체결하면 해석상 처벌의 대상이 된다. 도시정비법상 철거공사가 시공계약에 포함되도록 강제되는 경우는 위법성 조각사유 등으로 종합건설업자를 처벌할 수 없겠지만, 그렇지 않은 일반적 건설공사에서는 처벌을 피하기 어렵다. 건설산업기본법상 건설공사 계약에 철거공사를 포함하지 못하도록 명시적인 규정을 마련하거나 또는 이를 허용하려면 명시적으로 예외 규정을 마련해서 '종합건설공사에 철거공사가 포함되는 경우를 제외한다'와 같은 문구를 삽입해야 한다(예컨대 제16조 제1항 각호).

투고일 2026. 2. 23. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

참고문헌

단행본

- 고은, 『사당동 더하기 25』, 또하나의문화, 2012.
- 김형국 / 하성규 편, 『불량주택재개발론』, 나남출판, 1998.
- 유광흠 외 6명, 『건축물 유지관리 및 해체 등에 관한 법령 정비 방안』, 건축도시공간연구소, 2017.
- 이상헌, 『도급에서 수급인의 책임』, 경인문화사, 2025.

학위 논문

- 안균오, “사회정의론의 정책규범을 활용한 도시재정비사업 평가와 정책대안 연구”, 세종대학교 대학원 박사학위논문, 2011.

일반 논문

- 김봉수, “노무도급의 법적 성질 - 도급계약과 고용계약의 구별을 중심으로”, 『법학논총』 제26권 제3호(조선대학교 법학연구원, 2019. 1.).
- 김수현, “서울시 철거민 운동사 연구: 철거민의 입장을 중심으로”, 『서울학연구』 제13호(1999. 7.).
- 박영복, “독일 도급계약법에서 완성한 일의 ‘인수’”, 『외법논집』 제45권 제3호(2021. 8.).

기타 자료

- 국토교통부, 『건축물 해체계획서 작성 및 검토 매뉴얼』, 국토교통부, 2023.
- 양재섭, “서울의 도시환경정비정책”, 서울정책아카이브, 2015. 4. 16., <https://seoulsolution.kr/ko/content/%EC%84%9C%EC%9A%B8%EC%9D%98-%EB%8F%84%EC%8B%9C%ED%99%98%EA%B2%BD%EC%A0%95%EB%B9%84%EC%A0%95%EC%B1%85> (2026. 1. 6. 확인).

ABSTRACT

The Establishment and Evolution of Demolition Regulations: Focusing on the Relationship Between Demolition and Construction

Kim, Jong Bo*

While the act of constructing buildings has long been a subject of regulation, the act of removing buildings through demolition has been relatively marginalized in legal scholarship. Even on construction sites where demolition and construction are temporally sequential, demolition work has been excluded from the review of design drawings used to assess building permit requirements. This legal and technical disconnect has resulted in a long-standing regulatory vacuum for demolition within a construction-centric regulatory framework.

Regulations on demolition emerged during the establishment of licensing and permitting systems. However, the concept of demolition was not inextricably linked to the concept of "construction work" under the Framework Act on the Construction Industry. In actual practice, demolition and forced eviction were often integrated into a single service and performed by separate contractors. This prevented demolition work from being combined or integrated with the main contractor's construction work. Furthermore, the excessively low standards for demolition licenses under the licensing law contributed to widening the regulatory gap.

Unlike other specialized construction works, demolition work is not included in the scope of building permits but is an independent project requiring a separate deconstruction permit. This independence was further reinforced by the enactment of the Act on the Management of Buildings. The Act on the Management of Buildings requires a separate supervisor for deconstruction permits. While the supervisor for the deconstruction permit can be penalized for collapse accidents during demolition, the contractor's construction supervisor cannot be penalized. This is because the contractor's construction work lacks even a commencement report at that stage, meaning there is no subject for the construction supervisor to oversee. Thus, under permit law, demolition work is not considered part of the contractor's project, making it difficult to extend liability for demolition accidents to the contractor.

In urban redevelopment projects, demolition work is included in the construction contract under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments. However, one must be cautious about an interpretation in the realm of civil law that demolition work is, therefore, the contractor's responsibility. Even if a demolition contract is included in the construction contract for civil purposes, it does not mean the demolition work becomes the contractor's work under public law. Considering the provision's intent was to resolve forced eviction issues, deriving the contractor's duty to prevent risks for demolition work lacks a logical nexus. The optimal solution for preventing demolition accidents is to strengthen the licensing system and enhance the permit requirements under the Act on the Management of Buildings. Particularly for urban redevelopment projects, special provisions for deconstruction permits should be established to tighten requirements. If liability is to be imposed on the contractor, clear imposition of statutory duties and the definition of the scope of responsibility must be prioritized.

Keywords: Demolition, Construction, Act on the Management of Buildings, Deconstruction Permit, Urban Redevelopment Project, Construction Contract, Duty to Prevent Risks.

* Professor, School of Law, Seoul National University

논문 / ARTICLE

기간 도과 후 분양계약을 체결한 조합원의 법적지위

채필호*

국문초록

조합원분양계약은 도시 및 주거환경정비법에서 규율하고 있는 재건축·재개발 정비사업에서 요청되는 필수적 절차가 아니다. 동법에서도 전혀 규정하고 있지 않는 조합원분양계약이라는 제도를 여전히 활용하여, 정비사업에서 가장 핵심 절차 중 하나이면서 정비사업 목적 자체라고 할 수 있는 종후 아파트 취득의 원인행위인 관리처분계획이라는 행정행위의 공정력에도 반하는 결론에 이르러 행정행위의 효력조차도 배제하는 사법적 우위의 결과를 초래하고 있어 이에 대한 근본적 검토가 필요하다.

위와 같이 조합원분양계약이라는 임의적인 사법상 행위를 통하여 종국적으로는 정비사업에서 요구되는 핵심적 절차 특히 행정행위의 일환으로 계획되고 통제되는 각종 행정계획이 사실상 부인되어 현금청산자의 지위(조합원지위 상실)로 전락하게 되는 부당한 결론에 이르게 되는데, 이는 사실상 쌍방 당사자 간 의사합치라는 표면적 형식적 이유를 내세워 사법적 효력을 사실상 최우선시 하고 있는 것이다.

이에 과연 조합원분양계약은 반드시 필요한 절차인지 법리적인 측면과 함께 실무적 관점에서도 검증할 필요성이 있다. 나아가 조합원분양계약의 현실적 필요성이 있다고 하더라도 관리처분계획의 효력과 관련하여 어떻게 해석되어야 하는지 검토가 필요하고, 이에 앞서 과연 조합원분양계약 제도와 이를 규율하고 있는 표준정관 자체가 유효한지 여부에 대해서도 선행적 논의가 필요해 보인다.

따라서 본 연구는 과연 조합원들이 수분양권을 가지게 되는 근본적 권능이 무엇인지 일반분양과 비교하여 살펴볼 필요성이 있으며, 조합원분양계약의 필요성과 연동하여 근본적으로 요구되는 현실적 문제점이 불가피하게 발생하게 되는데, 이러한 문제해결과 함께 사법적 계약을 통한 공법적 효력의 회피문제의 근본적인 문제해결을 위해서는 일본의 권리변환제외신청을 한 토지등소유자에 한하여 정비사업의 탈퇴를 인정하는 권리변환계획의 제도도입을 적극적으로 검토할 필요성이 요구된다.

주제어: 조합원분양계약, 표준정관, 관리처분계획, 공정력, 조합원분양, 일반분양, 현금청산자, 권리변환계획

목차

I. 서론

II. 관리처분계획과 조합원 분양

III. 조합원분양계약과 조합원의 법적지위

IV. 결어

* 법무법인 시을 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.2>

Received: February 15, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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. 현대 정비사업의 경향

속칭 재개발·재건축 사업으로 대표되는 정비사업 진행과 관련하여 그 성패는 속도전에 달려있다고 해도 과언이 아닐 정도로 사실상 정비사업의 실체는 민간사업과 많이 닮아 있다. 법리적으로나 연혁적 차원에서 보더라도 재개발사업은 공익성이 매우 강한 공익사업임에도 불구하고, 아이러니하게도 원활한 정비사업의 진행을 통하여 주거환경을 개선하고 토지의 합리적 이용에 이바지하는 공익 역시 실무현장에서는 수익창출의 가능성 여부에 상당 부분 의존하고 있는 것처럼 보인다.

본래 재개발사업 역시 그 출발점은 우리가 흔히 주변에서 목격하고 있는 정비기반시설이 낙후된 서울 강북지역의 어느 빌라 촌을 개발하여 번듯한 아파트를 짓는 주택재개발의 모습은 아니었다. 6.25 전쟁 이후 불량정착촌을 정비하기 위한 하나의 수단으로 등장¹⁾하였으나 그 근거법령이 도시계획법과 도시재개발법과 도시 및 주거환경정비법(이하 도시정비법)으로 이어지면서 현재의 모습에 이른 것이다. 통상 공익성이 매우 강하다는 재개발사업이 이러한 상황이므로 기존 아파트단지를 대상으로 한 재건축사업의 그것은 말할 나위가 없는 것이다.

그럼에도 불구하고 실제 정비사업의 법률관계를 따져 복잡하고도 다층적인 문제를 해결하기 위하여 시도되거나 요구하는 제반적 조치들은 너무 형식적이고도 무비판적인 과거의 특정 도그마에 매몰되어 오히려 공익사업을 그르치는 지경까지 이르는 모습을 종종 보곤 한다.

이러한 점들은 특히 입법적 연혁과 과정·취지를 전혀 무시한 채, 한번 확립된 이론이라는 외관을 띤 대법원 판례의 입장을 그대로 답습할 경우 그 이론적 비판은 차치하더라도 실무적 입장에서 도무지 납득하기 힘든 결론에 도달하여 당사자 전체를 당황스러운 환경에 빠뜨리곤 한다.

문제는 법리적으로 충실하면서도 구체적으로 타당한 결론에 이르러, 많은 기회비용 절감과 함께 사회적·경제적 차원에서 보더라도 손실 방지에 이바지하는 것이 아니라, 오히려 분쟁을 확대하고 재생산하여 추후에는 도무지 법리적으로도 통일성 있고 체계적인 해결 방안 자체를 찾기 어렵게 한다는 것에 있다.

2. 私法화 경향

도시정비법은 기본적으로 공법영역에 속한다고 할 수 있다. 이에 따라 상당 부분 행정법원의 관할로 변경되었지만 그럼에도 불구하고 공법상 법률관계에 속한 부분조차도 법률상 원인은 전혀 도외시한 채 그 법률효과에만 초점을 맞추어 공법상 당사자 소송²⁾ 등이 아닌 단순히 민사관할에 속한 민사소송이나 민사 가처분의 형태로 접근하는 것을 허용하여 더욱더 문제를 복잡하게 만들어 가고 있는 것이 아닌가 하는 인식이 상당하다.

아래에서 검토하고자 하는 사례 역시 재건축·재개발 사업에 있어서 조합원 지위 및 수분양권에 관한 사항은 기본적으로 관리처분계획에 관한 것이므로 그 법률상 원인은 공법상 법률관계라고 보는 것이 합당하다. 이에 유력한 학설³⁾과 우리 대법원⁴⁾은 조합설립인가 취소소송, 인가된 관리처분계획 취소소송 등에 대해서는 기존 태도와 달리 행정소송의 관할로 삼으면서도, 사실상 1회적 분쟁으로 종결되고 마무리되어지는 가처분재판에 대해서는 여전히 민사관할의 형태로 이어져 당해 정비사업의 성패 자체가 실질적으로 민사관할의 가처분 재판결과에 의존하게 되는 심각한 문제를 초래하는 상황을 종종 목격하게 된다.

1) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 400면 이하.

2) 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 『법조』 제57권 제1호(2007. 12.), 336-352면. 소송물이 공법상의 것은 물론, 사법상의 것일지라도 그 전제인 법률관계가 공법상의 법률관계이면 행정사건으로 볼 여지가 있다고 밝히고 있고, 조세환급청구소송의 경우에도 판례는 처분 등을 원인으로 하는 법률관계라도 그 소송물이 사법상의 법률관계이면 민사사건으로 처리하고 있으나 이에 대해서는 반대의견을 보이고 있다.

3) 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가”, 『행정법연구』 제10호(2003. 10.), 325-344면; 김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『서울대학교 법학』 제49권 제2호(2008. 6.), 193-216면; 노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 『사법』 제10호(2009. 1.), 211-248면.

4) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다 60568판결. “행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.” 이외에도 관리처분계획과 관련해서는 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결 참조.

3. 사건의 개요⁵⁾

갑과 을은 도시정비법에 따라 설립된 주택재건축정비사업조합의 조합원으로서, 당해 조합 임시총회의 조합장 선거에 출마하였다. 당해 조합은 사업시행인가 처분을 받은 후 조합원 분양신청을 받았다. 그 이후 관리처분계획 변경인가를 받았고, 이어서 조합원들에게 분양계약 체결기간을 정하여 통지하였다. 갑은 분양신청은 하였으나 분양계약체결기간 동안 분양계약을 체결하지 않고 그 계약기간을 넘어 조합과 조합원분양계약서를 작성하였다.

갑은 위 조합 임시총회에서 조합장으로 당선되었고, 을은 여기에서 낙선하였다. 이에 을은 갑이 적법한 분양신청은 하였으나 조합원 분양계약 체결기간 내 계약을 체결하지 않았으므로 당해 조합 정관 규정⁶⁾에 따라 분양계약체결 기간 다음날에 즉시 조합원의 자격을 상실하므로 피선거권이 부존재하여 갑의 당선은 무효이고, 을이 당해 조합의 대표로 선출되었다고 주장하였다.

이를 이유로 을이 갑을 상대로 제기한 직무집행정지 등 가처분신청 사건에서, 법원은 정관상 규정에 근거하여 설령 추후에 조합원분양계약을 체결하였다고 하더라도 갑은 조합원 분양계약 체결기간 다음날에 즉시 조합원지위를 상실하므로, 피선거권 부존재를 이유로 갑의 직무를 정지하는 가처분결정을 하였다.⁷⁾

II. 관리처분계획과 조합원 분양

1. 서론

도시정비법상 정비사업의 구성원으로 포함된 조합원은 당연한 권리로서, 종전 토지 또는 건축물에 대응하여 새롭게 건축된 종후채 산에 대한 소유권을 갖는다. 이는 쌍방 당사자가 자유로운 의사표시에 기초한 법률행위에 따른 것이 결코 아니고, 개발행위의 일환인 순차적으로 이루어지는 정비계획과 사업시행계획, 관리처분계획에 따른 매우 공법상 효과에 기초한 것이다.

이러한 일련의 행위는 행정계획과 그 집행행위의 일환으로 구성되며, 매우 중첩적이고도 다층적으로 이루어지는 경우가 다반사이다. 그럼에도 불구하고 특정 시점의 사법적 효력만을 강화될 경우 공법상 법률관계는 완전히 무시된 채 민사상 쌍방 당사자 간 합의에 따라 도시정비법에 나타난 모든 제도적 취지에 정면으로 반하는 행위마저 정당화시키는 부당한 결론을 이르게 된다.

2. 관리처분계획의 내용

(1) 일반분양과 조합원분양

1) 일반분양

일반분양이란 정비사업의 결과 조성된 대지 및 건축물 등을 조합원 아닌 자에게 분양하는 행위라고 칭하고 있다.⁸⁾ 일반분양은 정비사업의 비용을 조달하기 위한 것이고 사실상 정비사업 조합의 수익의 대부분을 차지하고 있다. 일반분양은 사업비용뿐만 아니라 보류지라도 밀접한 연관이 있으며, 결국 조합원들에게 분양하고 남은 아파트를 일반인에게 공급하게 되는 것이다.

그렇다고 하더라도 일반분양 역시 일정한 법률상 제한을 받게 되는데, 주택법과 주택공급에 관한 규칙에 따른 공급제한이 바로 그것이다. 그런데 이 경우에도 조합원에 공급하고 남은 잔여부분이 30세대 이상인 경우에 적용되며 30세대 미만인 경우에는 조합 임의대로 처분이 가능하게 된다(주택공급에 관한 규칙 제3조).

이러한 주택공급에 관한 규칙을 변칙적으로 활용하여 보류지를 이용한 조합원들의 부담금을 줄이고 정비사업의 이익을 극대화시키는 방향으로 약간은 편법적인 실무적 관행이 존재하고 있다. 특히 아파트 재건축정비사업은 다른 재개발사업과 달리 보류지의 필요성이 매우 적음에도 불구하고 고의적으로 도시정비법과 조례가 허용하는 최대치의 보류지(아파트)를 만들어 놓은 다음, 30세대 미만인 29세대⁹⁾를 보류지로 산정하여 주택공급에 관한 규칙상 제한을 피해 그 이익을 극대화시키는 방편으로 활용하고 있다는 점은 실무에

5) 실제 사안인 이유로 최대한 사실관계를 간략히 설명하고자 이해의 편의를 위하여 수정·보완하여 요약하였다는 점을 밝히고자 한다.

6) 표준정관규정과 동일하게, '조합원은 관리처분계획 인가 후 조합이 정하여 통지하는 기간 내에 분양계약을 체결하여야 하며, 분양계약을 체결하지 않은 경우 제4항(분양미신청자 등에 대한 현금청산규정)규정을 준용한다.'고 규정하고 있다.

7) 조금 더 깊게 들어가면 여러 쟁점이 있었으나, 아래에서는 조합원분양계약체결 쟁점에 한정하여 살피고자 한다.

8) 김종호 / 전연규, 『새로운 재건축-재개발 이야기 I -하권』, 한국도시개발연구포럼, 2010, 721면 이하 참조.

9) 과거에는 재개발-재건축 조합원에 공급하고 남은 잔여부분이 있으면 20세대 미만을 기준으로 보류지를 산정하여 임의처분을 실행하였다.

서는 공공연한 비밀이다.

2) 조합원 분양

조합원 분양은 사업시행자가 권리배분계획의 일환인 관리처분계획을 수립 후 관할 행정청으로부터 인가를 받고, 이에 따라 조합이 아파트를 조합원에게 배정하는 것으로 보면 된다. 전술한 바와 같이 조합원이 아닌 일반인에게 종후 부동산인 아파트를 공급하는 것과 구별 짓기 위한 명칭으로 보아야 할 것이고, 조합원 분양이라는 용어의 등장도 결국엔 조합원 분양계약이라는 법률행위를 통한 부수적 효과를 이끌어 내어 조합원들의 진정한 의사표시와 달리 사업시행자의 편법적이고도 우회적인 방법으로 도시정비법 체계 아래에서 사업시행자 등에게 부과된 여러 제한을 회피하기 위한 방편으로 활용되는 측면을 부인하기 힘들다.

실제로 우리 도시정비법에서 조합원분양계약에 관한 내용이나 구체적인 규정을 찾아볼 수 없다. 단지 도시정비법 제72조에서 투기과열지구의 정비사업에서 동법 제74조에 따른 관리처분계획에 따라 같은 조 제1항 제2호 또는 제1항 제4호 가목의 분양대상자 및 그 세대에 속한 자는 분양 대상자 선정일부터 5년 이내에는 투기과열지구에서 분양신청할 수 없다는 투기 방지 차원에서의 정책적 통제규정을 두면서, 대상자 선정일과 관련하여 일반분양자와 구별하기 위하여 ‘조합원 분양분의 분양대상자’라는 표현을 사용하고 있을 뿐이다(도시정비법 제72조 제6항).¹⁰⁾

재건축·재개발사업에서 조합원 분양은 정비사업의 궁극적 목적임과 동시에 정비사업의 절차 자체를 의미한다고 보아도 무방하다.¹¹⁾ 조합원이 정비사업의 결과 종후 아파트를 배분받는 것은 종전재산과 차액에 대한 금전적 부담을 모두 제공한 결과에 따른 것이지만 일반 민사적인 쌍방 간 의사표시 합치에 따른 법률행위의 효과에 기초한 것이 결코 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.

(2) 조합원분양계약과 관리처분계획

1) 조합원분양계약에 포함된 조합원 권리의 중심적 근거

재건축·재개발사업의 조합원이 정비사업에서 자신의 종전재산에 대응한 종후 부동산인 아파트를 분양받을 수 있는 근거를 관리처분계획임은 부인할 수 없는 사실이다. 이는 도시정비법에서 명시적으로 천명하고 있는 것이고(도시정비법 제79조 제1항, 제2항), 정비사업의 성질과 운영과정에 비추어 보더라도 지극히 당연한 것이다.

제79조(관리처분계획에 따른 처분 등) ① 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물은 관리처분계획에 따라 처분 또는 관리하여야 한다.
 ② 사업시행자는 정비사업의 시행으로 건설된 건축물을 제74조에 따라 인가받은 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 공급하여야 한다.

따라서, 그 조합원이 받을 수 있는, 또한 받게 되는 아파트와 관련하여 종전 재산의 가액과 차이 등에서 나오는 금전적 부담에 관한 내용 역시 관리처분계획에서 정해지는 것이지, 조합원 분양계약에 따라 창설적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니다.

2) 관리처분계획의 의의와 내용

① 개론

본래 대표적인 도시정비사업으로 칭하고 있는 재개발사업과 재건축사업은 구 도시재개발법과 구 주택건설촉진법에서 각기 상이한 형태로 규율되고 있었다. 재개발사업은 현재 도시정비법 체제와 마찬가지로 정비계획(1차계획), 사업시행계획(2차계획), 관리처분계획(3차계획)의 단계를 거쳐 분양처분과 분양고시로 마무리 되는 절차를 가지고 있는 반면, 재건축사업은 주택건설촉진법에서 공동의 주택 건설의 일환으로 단순히 사업시행계획인가 또는 사업계획승인에 초점을 두어 규율을 시도하고 있었을 뿐, 지금 같은 정비구역 및

10) 위 규정을 보더라도 조합원 분양분의 분양대상자는 최초 관리처분계획 인가일을 대상자선정일로 정한다고 하여, 관리처분계획이 조합원으로서 분양대상자 권리 여부를 결정하고 있다는 점을 여실히 보여주고 있을 뿐이다. 참고로 도시정비법 제72조 제6항은 “제3항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고 투기과열지구정비사업에서 제74조에 따른 관리처분계획에 따라 같은 조 제1항제2호 또는 제1항제4호가목의 분양대상자 및 그 세대에 속한 자는 분양대상자 선정일(조합원 분양분의 분양대상자는 최초 관리처분계획 인가일을 말한다)부터 5년 이내에는 투기과열지구에서 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른 분양신청을 할 수 없다. 다만, 상속, 결혼, 이혼으로 조합원 자격을 취득한 경우에는 분양신청을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

11) 김종보, 앞의 책 제650면.

정비구역지정과 관리처분계획 및 이에 대한 관할 행정청의 인가제도는 정식적인 법률적 근거와 통제는 없었다.¹²⁾ 이에 따라 재건축사업은 관리처분계획 수립에 관한 기준이나 그 내용에 관한 통제 방법이 역시 순수한 민사적 합의 또는 재건축결의에 기초한 민사적 통제 수단이 그 주를 이루고 있었을 뿐이다.

그러나, 2003년 도시정비법이 제정되면서 재건축사업과 재개발사업 등 여러 개발사업이 하나의 법률¹³⁾로 제정되었고, 그 공익성의 정도에 불구하고 재건축사업 역시 공익사업의 일종으로써 도시정비법을 통하여 재개발사업과 거의 동등하게 규범적 통제를 받게 되었다.

이에 따라 재건축사업 역시 권리배분에 관한 계획을 조합원들의 총의를 거쳐 수립한 후 행정청으로부터 인가를 받아 관리처분계획에 기초한 조합원에 대한 분양(소유권취득)이 이루어지게 된 것이다.

② 관리처분계획의 개념적 징표의 필요성

관리처분계획은 재건축·재개발사업 등의 공사가 완료된 이후 행하는 분양처분 및 청산 등에 관한 계획임과 동시에 공용환권계획이라고 칭하고 있는 견해¹⁴⁾도 있으나 그 개념적 정의가 매우 추상적이고 포괄적일 뿐만 아니라 그 법적성질과 관련해서도 동의하기 힘든 부분이 있으므로 보다 쉬운 개념적 징표에 따른 설명이 필요해 보인다.

우리나라 관리처분계획은 일본의 권리변환계획과 관리처분계획이 혼용되어 그 체계를 이해하기 난해하다는 입장¹⁵⁾도 있을 만큼 단번에 관리처분계획을 이해하기에는 어려운 부분이 있는 것도 사실이다. 통상 권리배분계획이라는 단어로 압축되어 설명을 시도하고자 하나, 현재 실무적 관행과 정비사업의 절차에 따른 측면에서 살펴보면 조금 선 듯 그 이해가 쉽지 않다.

사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 날로부터 90일 이내에 사업시행인가의 내용, 분양신청기간 및 장소, 분양대상 대지 또는 건축물의 내역, 개략적인 부담금 내역, 분양신청자격, 분양신청방법, 분양을 신청하지 아니한 자에 대한 조치내용 등을 토지등소유자에게 통지하고, 해당지역에서 발간하는 일간신문에 공고하는 절차와 함께 분양신청, 관리처분계획안에 대한 총회의결, 공람 및 의견취급, 관할 행정청의 인가 및 고시절차를 거쳐서 완성된다(도시정비법 제72조 및 동법 시행령 제59조 이하 참조).

위와 같이 관리처분계획이 권리배분계획이라고 하면서도, 구체적인 실상으로 들어가 살펴보면 조합원의 구체적인 동·호수 추첨이 관리처분계획의 인가 이후에 이루어지고 있어 만연히 권리배분계획이라는 단어로 함축되는 표현에 오히려 관리처분계획의 뜻이나 그 내용이 선뜻 다가오지 않는다.

③ 관리처분계획의 내용

임시총회를 통한 조합원들의 총의를 거쳐 수립된 관리처분계획안을 실제로 들여다보면, 관리처분계획은 분양대상자인 조합원들의 특정에서 출발하여, 종후 아파트 배정에 관한 기준과 정비사업비 등 비용 및 비례율로 대표될 수 있다. 다시 말해 누가 구체적으로 얼마의 금전적 부담(비용부담, 부담금)을 한 후 몇 동 몇 호의 아파트를 가지게 될 것인가에 대한 기준을 담고 있는 것이 관리처분계획안이다. 물론 이 부분은 향후 구체적인 동·호수 추첨 등을 통해서 더 구체화되고 있는 것이 현실이고, 최종적인 집행행위는 조합원분양계약이 아닌 이전고시(분양처분)와 청산금부과처분을 통해서 이루어지게 된다. 정리하자면 관리처분계획이 정하는 사항은 크게 핵심적인 사항만 보자면 소유권의 귀속 문제와 비용의 부담이라는 개념적 징표를 통하여 설명할 수 있어 보인다.

이러한 관리처분계획의 개념적 징표를 통하여 보더라도 관리처분계획의 내용을 담고 있는 도시정비법 제74조의 내용을 쉽게 설명할 수 있을 것으로 보인다. 동 규정에서 관리처분계획의 내용을 담고 있고, 관리처분계획에서 정해지고 있는 사항은 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액(임대관리 위탁주택에 관한 내용 포함), 보류지 등의 명세와 추산액 및 처분방법, 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물 명세 및 사업시행계획인가 고시가 있는날을 기준으로 한 가격, 정비사업

12) 물론 실무적으로 구 주택건설촉진법 상 정식적인 관리처분계획과 이에 대한 행정청의 인가 시스템은 없었지만 사업시행자의 임의적인 관리처분 계획 수립과 이에 기초한 분배가 없었던 것은 아니다.

13) 도시정비법 제정당시에는 도시재개발법에 의한 공장재개발과 도심재개발을 포함하여 도시환경정비사업으로 칭하였고, 결국 정비사업은 재건축사업, 재개발사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업으로 분류되었으나 그 후 가로주택정비사업, 주거환경정비사업이 추가되었다가 현재 빈집 및 소규모주택의 정비에 관한 특별법으로 이전되었고, 현행 도시정비법은 도시환경정비사업이 재개발사업으로 흡수되었다(김종보, 앞의 책 392면 각주 2) 참조).

14) 박균성, 『행정법론(하)』(제23판), 박영사, 2025, 661면; 홍정선, 『행정법특강』(제6판), 박영사, 2007, 1124면; 김동희, 『행정법Ⅱ』(제23판), 박영사, 2017, 427면-435면.

15) 강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구: 주택재개발·재건축사업을 중심으로”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 131면.

비의 추산액 및 그에 따른 조합원 부담규모 및 부담시기, 분양대상자의 종전 토지 또는 건축물에 관한 소유권 외의 권리명세, 세입자별 손실보상을 위한 권리명세 및 그 평가액 등이 있다.

3. 관리처분계획의 효과

(1) 총론적 개관

사업시행자는 사업시행인가 고시 후 토지등소유자에게 분양신청을 통지·공고하고, 이에 따라 토지등소유자가 분양신청을 하게 되면 종전 및 분양예정 자산에 대한 평가를 거쳐 관리처분계획안을 수립하게 되는데, 이는 총회의결 및 공람 등 절차를 거쳐 최종 인가·고시를 통하여 관리처분계획은 확정되게 된다.

인가된 관리처분계획은 고시되어 효력이 발생하는 것이고, 고시 없이 개별적 통지만으로 그 효력이 발생하지 않는다. 관리처분계획의 인가·고시가 있게 되면 그 효력으로 권리의 변환 및 확정, 종전의 토지 등의 사용·수익의 금지, 철거개시의 가능, 일반분양개시 등을 들 수 있다는 견해¹⁶⁾가 있다. 이에 대하여 관리처분계획 인가 자체에 대한 직접적인 효력과 그 이후의 집행행위에 따른 관리처분계획의 효력의 실현 등으로 나누어 설명하는 견해¹⁷⁾도 있다. 그러나 전자의 경우 마치 일본의 제1종 시가지재개발사업에서 권리변환계획에 따른 효과를 인정한 것¹⁸⁾처럼 보여 지고, 관리처분계획의 법적성질이 공용환권이라는 주장에 대한 반대의견을 가지고 있는 필자의 입장에서 보면 후자의 견해가 훨씬 논리적 적합성을 가지고 있는 것으로 보이므로 이에 근거한 관리처분계획의 효과를 살피고자 한다. 다만 조합원 분양계약서와 관련된 쟁점으로 한정시켜 보면 관리처분계획의 직접적 효력만으로 그 설명이 충분해 보이므로 이에 한정하여 살피고자 한다.

(2) 관리처분계획의 직접적 효과

1) 분양대상자의 확정

관리처분계획은 조합원들의 권리·의무관계에 직접적으로 영향을 미치는 행정처분이고, 결국 토지등소유자였던 조합원들은 오직 자신이 소유하고 있던 종전 부동산에 대응하여 어떠한 종후 부동산을 가지게 될 것인지 여부가 사실상 오묘한 관심사일 수밖에 없다. 정비계획과 사업시행계획 역시 최종적으로는 관리처분계획에서 정해지는 권리배분에 관한 사항의 수단으로 여겨질 정도로 통상 20년 전후에 걸쳐 정비사업이 진행되는 이유이기도 하다.

이와 같이 사업시행자가 수립한 관리처분계획(안)이 총회에서 의결된 후, 행정청의 인가와 고시가 있게 되면, 가장 큰 효력은 분양대상자가 확정된다는 것이다. 이러한 분양대상자의 확정도 관리처분계획이라는 행정처분의 직접적 효력이라고 봐도 되며, 이에 반하는 분양대상자 확정도 그 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

2) 분양받을 종후 부동산 등 확정

이 부분은 엄밀하게 말하자면 관리처분계획(안)이 행정청의 인가와 고시만으로 바로 그 효력이 발생하는 것은 아니라는 점은 이미 본 바와 같다. 원칙적인 관리처분계획의 내용과 모습은 이미 관리처분계획 인가 이전에 토지등소유자가 분양신청한 것을 토대로 한 동·호수 추첨까지 마친 후 관리처분계획에 대한 인가가 이루어지는 것이 마땅하나, 우리 실무에서는 분양받을 종후 부동산의 동·호수까지 포함한 권리배분은 관리처분계획에 대한 인가 이후 이루어진다는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 일본의 제1종 시가지개발사업과 같이 권리변환계획에서 정해지는 권리배분은 아니라는 점을 유의할 필요는 있다.

16) 조혜정, “재개발·재건축 사업의 관리처분계획에 관한 법적 쟁점 연구: 판례연구를 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2009, 18면.

17) 강신은, 앞의 책, 162면 이하 참조.

18) 실제로 위 전자의 견해에 따르면 관리처분계획을 공용환권의 법적성질을 가지고 있다고 밝히고 있다.(관리처분계획을 통해서 조합원의 권리가 그 이전의 토지 및 건물에 대한 소유권개념에서 분양권의 개념으로 전환되기 때문에 관리처분의 성격을 공용환권으로 본다. 관리처분계획인가고시를 기준으로 하여 종전의 토지 및 건축물의 소유자의 지위는 상실되고 분양자로서 지위에서 가지는 분양권 및 청산금에 대한 권리로 변환된다는 견해) 조혜정, 앞의 책, 11면, 18면 참조. 이에 대하여, 분양대상자는 이전고시 시점까지 종전 토지 또는 건축물의 소유권을 상실하지 않은 상태에서 분양예정인 건축물 및 그 부속토지를 취득할 수 있는 권리를 취득한다고 보고, 이러한 법적 효력은 일본 제2종 시가지개발사업에서 시행자가 모든 토지 및 건축물의 소유권을 취득한 후 관리처분계획에 따라 분양받을 권리를 배분하는 것과 다르며, 일본 제1종 시가지개발사업에서 권리변환계획에서 정한 권리변환기일에 토지의 소유권이 새롭게 정리되는 것과도 다른 형태이다.라고 밝히면서 이에 반대하는 입장이 있다. 강신은, 앞의 책, 163-164면.

분양예정 자산과 관련하여 관리처분계획의 인가 및 고시의 효과로 볼 수 있는 것은 종전의 부동산의 소유권을 '분양받을 권리로 변환시키는 내용의 처분'이라고 설명하는 견해¹⁹⁾가 적절해 보인다.

3) 종전 부동산에 대한 사용·수익의 정지 및 철거개시

종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있을 때에는 제86조에 따른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없고(도시정비법 제81조 제1항), 사업시행자는 제74조제1항에 따른 관리처분계획인가를 받은 후 기존의 건축물을 철거하여야 한다(동법 제81조 제2항). 이에 따라 사업시행자는 관리처분계획 인가를 받으면 재난및안전관리법·주택법·건축법 등 관계법령에서 정하는 기존 건축물의 붕괴 등 안전사고의 우려가 있거나 폐공가의 밀집으로 범죄발생의 우려가 있는 경우가 아닌 한 해당 건축물을 철거할 수 있게 된다.(동법 제81조 제3항 참조) 다만, 이는 토지등소유자의 재산에 대한 중대한 제한에 해당되고 일종의 공용사용이라고 볼 수 있으므로 이에 대해서는 정당한 보상이 이루어지는 것을 전제로 한 것이라고 보아야 한다. 이에 따라 도시정비법에서도 공익사업을 위한 토지등의 취득및보상에 관한 법률(이하 토지보상법)에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우에는 종전 부동산에 대한 사용·수익의 정지에 대한 예외를 인정하고 있다(동법 제81조 제1항 참조).

물론 이러한 보상규정에 대한 예외조항의 적용여부에 관련하여 수용을 전제하지 않고 있는 재건축 정비사업에 대해서는 위 손실보상규정이 적용되지 않는다고 보고 있으나, 재건축 정비사업에 있어서 매도청구소송 역시 넓게 보면 수용소송²⁰⁾이라고 볼 여지가 크며, 특히 지금은 사라졌지만 단독주택재건축사업과 같이 그 실질에 있어 임차인의 입장에서 보자면 사실상 재개발사업과 동일한 경우라면 손실보상규정의 적용은 완화하여 적용하는 것이 타당해 보인다.

이러한 필자의 개인적 소견은 이러한 사용 수익의 정지 규정이 기본적으로 구 토지구획정리사업법의 사용·수익 정지명령에 대한 조문들²¹⁾을 받아들인 것²²⁾과 연동되어 있는 점에 비추어 보더라도 적극적인 해석이 필요해 보인다고 생각한다.

4) 기타 (제한물권 등의 이전 등)

지금까지 살펴 본 관리처분계획의 효력 외에도 여러 가지 효력을 관리처분계획의 집행과 연동하여 설명하고 있다. 도시정비법은 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제86조제2항에 따라 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 「주택임대차보호법」 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다(동법 제87조 제1항).

이전고시가 있는 시점에 종전 부동산에 설정된 제한물권 등이 종후 부동산에 설정된 것으로 본다고 규정하고 있는 것은 사실이나, 이전고시는 행정처분이지만 관리처분계획의 집행행위에 해당하고 이미 관리처분계획의 내용 속에는 분양대상자의 종전 토지 및 건축물에 관한 소유권이외의 권리명세가 포함되어 있으므로 이를 관리처분계획의 효과로 볼 여지가 없는 것은 아니다.

19) 강신은, 앞의 책, 163면, 다만 이 견해는 그 표현에 있어 관리처분계획이 인가 고시되면 분양대상자가 확정될 뿐만 아니라, 분양받을 건축물, 종전자산 및 분양자산의 가액 및 부담금 등이 확정된다고 기재하고 있으나, 엄밀하게 말하자면 분양받을 건축물과 부담금 등은 인가 고시 시점에 바로 확정되는 것으로 보는 것이 어렵고, 이는 향후 등·호수 추첨 등을 통한 행위 등까지 모두 관리처분계획의 내용으로 포함하는 것으로 선택하는 것이 마땅해 보인다.

20) 김중보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.), 112면.

21) 구 토지구획정리사업법(법률 제3255호, 1980. 1. 4. 개정 이전의 법률)

제57조(지정의 효과) ① 환지에정지가 지정된 경우에는 종전의 토지에 관한 토지소유자 및 임차권자 등은 환지에정지의 지정의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 환지에정지 또는 그 부분에 대하여 종전과 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있으며, 종전의 토지에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다.

제58조(사용·수익의 정지) ① 시행자는 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지에 관한 토지소유자 또는 임차권자에게 기일을 정하여 그 날로부터 당해 토지 또는 그 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있다.

제60조(가정산) 시행자는 제56조제1항 또는 제58조제1항의 규정에 의한 처분을 한 경우에 필요한 때에는 제68조의 규정에 준하여 가청산금을 징수하거나 교부할 수 있다.

22) 강신은, 앞의 책, 제166면.

III. 조합원분양계약과 조합원의 법적지위

1. 가청산과 조합원분양계약

(1) 가청산의 의의

가청산이란 기본적으로 구 토지구획정리사업법에서 도출된 것으로, 과거 청산금에 관하여 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다고 하면서, 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여 환지처분시까지 기다리는 것이 아니라 그 이전에 청산금을 지급함으로써 환지를 받지 않기로 한 대상자에 대하여 먼저 마무리 짓는 제도이다.(구 토지구획정리사업법 제68조²³⁾ 단서) 후술하는 바와 같이 그 이후 구 도시재개발사업에서 이를 받아들여 가청산 제도를 여기에 변형을 가하여 도입하게 되었고, 도중에 도시재개발법이 개정되어 삭제되었다. 현재 도시정비법에서 가청산이라는 제도는 존재하지 않는다.

이는 우선 조합이 공사대금 등을 조달하여 지급하고 사업완료시에 조합원으로부터 현 청산금을 일시불로 지급받아 충당하도록 하는 경우에는 그 동안의 이자 등의 금융비용의 부담 내지 그에 따른 경제적 손실이 고스란히 조합원에게 돌아가게 될 것이므로 오히려 조합원에게 불리하게 될 수 있다는 점 등을 고려해서 도입한 것이다.²⁴⁾

(2) 가청산금의 연혁

도시주변과 시가지의 무질서를 정비하기 위한 차원에서 애초 규율하고 있었던 법률은 조선시가지계획령과 이를 이어 받은 구 토지구획정리사업법으로 보고 있는 것이 일반적이다. 그러나 이는 계속되는 도시의 팽창과 더불어 주로 평지를 이루고 있는 부지나 도시에서 건축물이 점점 건축되자 도시계획법에서 재개발사업으로 규율되던 것들이 여기에서 다시 독립하여 구 도시재개발법이 탄생하게 되었다. 이에 따라 구 도시재개발법의 가청산금을 비롯하여 여러 제반적 규정을 보다 잘 이해하기 위해서는 구 토지구획정리사업과 연동하여 그 이해의 폭을 넓힐 필요성이 있는 것이다.

본래 가청산금은 앞서 본 바와 같이 구 토지구획정리사업에서 청산금에 관한 규정을 두면서 그 단서에서 환지를 받지 않은 대상을 상대로 환지처분 이전에 가청산할 수 있도록 한 것이 본래 모습이었다. 그런데 재개발사업을 진행함에 있어 가장 중요한 사업비 마련과 관련하여 구 도시재개발법에서는 사업비용을 사전에 조합원들에게 부담시킬 요량으로 현금청산대상자 등 종후 아파트를 배정받지 못하는 경우에 한정시키지 않고, 관리처분계획을 통하여 종후 아파트를 배정받는 경우라도 관리처분계획에 대한 인가시 가청산금을 징수할 수 있도록 그 사유를 추가하였다(구 도시재개발법 제45조).²⁵⁾ 이 가청산금 제도는 1995년 구 도시재개발법 개정으로 삭제되었다.

(3) 가청산금 제도의 무분별한 확장

재개발사업에서 가청산금은 본래 그 명칭에서 알 수 있듯이 임시적인 청산금에 관한 것이고, 청산금이라 함은 청산을 전제로 한 용어이므로 정비사업을 진행함에 있어 그 목적달성 이후 이를 정리하는 단계에서 등장하는 것이 타당함에도 불구하고, 정비사업이 한참 진행 중인 가운데 단순히 사업비를 마련하기 위한 방편으로 사용된 측면이 없지 않았고, 이는 가청산금 제도가 1995년 구 도시재개발법이 개정되어 삭제된 마당에도 여러 방법을 통하여 어떻게 해서든지 가청산금을 유지하고자 했다.

이러한 가청산금의 무분별한 활용은 현장 곳곳에서 많은 잡음과 분쟁을 야기시켰고, 처음에는 가청산금 부과처분의 근거가 없어지거나 삭제되어 가청산금 부과처분이 부적법하거나 행정처분의 성질을 가질 수 없으므로 위법·취소되거나 또는 각하되어야 한다는 주장 등²⁶⁾이 있었음에도 불구하고 그 이후에도 여전히 정관 등에 가청산금에 관한 규정을 존치시키는 방법으로 여러 논란을 피하고자 했

23) 구 토지구획정리사업법

제68조(청산금) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 다만, 제49조 및 제50조제2항의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여는 환지처분 이전이라도 청산금을 교부할 수 있다.

24) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다67896 판결, 이 판결의 쟁점은 구 도시재개발법상 가청산금에 관한 규정이 삭제된 이후에도 조합의 정관, 총의 결의에 기하여 가청산금을 받는 것이 허용되는 여부에 관한 것 사안이었다.

25) 구 도시재개발법(법률 제5109호, 1995.12.29.로 개정되기 전의 것)

제45조(가청산) 시행자는 제41조제1항의 규정에 의한 관리처분계획의 인가가 있을 때 또는 제44조의 규정에 의한 청산을 함에 있어서 필요한 때에는 제53조의 규정에 준하여 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있다.

26) 하급심 판례 역시 서울행정법원 98구19079 판결은 1심에서 부적법 위법하므로 취소되어야 한다고 판시하였으나, 항소심인 서울고등법원 99누4503 판결에서는 처분성을 갖추지 못해 부적법 각하하였다. 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두6333 판결 역시 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

다.²⁷⁾

그러나, 현행 도시정비법은 물론 구 도시재개발법에 따르더라도 경비부과처분을 통하여 적법하게 사업 도중에 비용을 마련할 수 있는 근거가 있다고 할 것이므로 이러한 가청산금 형태를 이용한 사업비 제반 비용마련은 그 정당성을 유지하기 힘들어 보인다.²⁸⁾

(4) 가청산금 규정 삭제와 조합원분양계약의 남용

가청산금 규정은 정비사업 조합에서 그 명목이 무엇이든 간에 조합원으로부터 금전을 마련함에 있어 만능적인 수단인 것처럼 남용되어 왔고, 이에 대하여 수많은 이해관계인들로부터 법적 문제제기와 논란을 자초하였다. 그럼에도 불구하고 결론적으로만 보자면 어차피 정비사업의 마지막단계에서는 최종적으로 조합원들에게 그 부담이 귀속된다는 것과 여러 가지 이자 부담 등 더 많은 불이익이 발생할 수 있다는 명분을 들어 실무에서는 이에 대한 반성적 고찰 없이 가능한 한 적법하게 그 해석을 확장시켰다고 밖에 볼 수 없다.

가청산 규정 삭제 전후²⁹⁾를 불문하고 조합원분양계약이라는 제도를 자신들의 입맛에 맞게 이용한 것이 사실이지만, 결국 1995년 도시재개발법이 개정되면서 가청산에 관한 규정이 삭제되자 조합의 입장에서는 어디에도 그 근거를 찾기 힘든 조합원분양계약이라는 제도를 더욱더 활용하기 시작하였던 것으로 보이고, 이에 대한 어떠한 반성적 고려 없이 현행 도시정비법 체제하에서도 여전히 조합원 분양계약이라는 정체불명의 제도가 여전히 남용되고 있다.

2. 분양계약기간을 도과하여 체결한 조합원의 법적지위

(1) 조합원분양계약의 개관

1) 조합원 분양계약서 작성의 현실적 실무적 배경

지금까지 자세히 살펴 본 바와 같이 도시정비법 체제를 차치하고 정비사업의 연혁상 조선시가지계획령, 도시계획법, 구 도시재개발법 그 어디를 보더라도 공익사업의 일환으로 시작된 조합 방식의 정비사업에서 조합원들을 상대로 한 분양계약서 작성에 관한 어떠한 규정도 찾을 수 없다. 정비사업은 기본적으로 정비계획과 사업시행계획, 관리처분계획으로 이어지는 가운데 종국적으로는 권리배분을 단순히 구성원들의 동의에만 따르지 않고 이를 기초로 행정처분의 형태로 이루어지는 관리처분계획을 두고 조합원들에게 분양계약 체결을 강요하는 것은 험사리 법리를 떠나 납득하기 힘들다. 그런데 여기에서 한 발짝 더 나아가 행정처분에 해당하는 관리처분계획의 내용에 정면으로 반하는 조합원분양계약의 내용이 실질적으로 규범적 효력을 발휘하고 있다는 점은 도시정비법 자체를 무력화시키는 것을 넘어 공법적 효력 자체를 형해화시켜 많은 법리적 문제점을 담고 있다.

이러한 무리수를 여전히 남겨 놓은 채 도시정비법 등 근거법령에서 어떠한 근거를 찾을 수 없음에도 현재까지 끈질기게 고수하고 있는 조합원들에 대한 분양계약서 작성의 실무적 관행은 여러 가지 현실적인 몇 가지 사유를 들고 있는 것으로 보인다.

그 대표적인 예로 누구나 들고 있는 것이 공사비 등 비용선납에 대한 현실적 필요성이다. 조합방식 정비사업의 현실적인 진행절차와 구조를 보면 여러 가지 협력업체와 많은 제도를 가지고 있으나 결국엔 시공사인 건설사의 금전적 지원에 기대어 절차를 진행할 수밖에 없는 현실이다. 그런데 건설사 역시 여러 정비사업의 현장에서 시공사의 지위를 맡고 있는 가운데 정비사업 마무리 시점까지 계속해서 자금을 지원할 여력이 있는 곳은 사실상 전무하다고 할 것이므로 공사비 선납을 통한 시공사의 우선적 공사비 총당과 함께 비용을 사전에 마련할 필요성이 매우 커지게 된다. 두 번째로 관리처분계획이 확정되면 분양대상자 등이 확정되는 것이지만 소유자를 손쉽게 입증할 공적장부를 찾는 것도 매우 어렵다. 이미 관리처분계획이 인가·고시되면 철거에 들어가 건물의 경우 등기부등본이 폐쇄³⁰⁾되고, 단순한 토지 등기부만 남아 있는 상태이고, 이를 새로운 매수인에게 양도할 경우 종전 부동산이 아닌 종후 아파트에 대한 권리를 양도의 목적물로 삼고 싶어 하는 것이 당연하므로 이러한 차원에서 보더라도 분양계약서의 필요성은 일응 수긍이 간다. 이외에도 부담금 납부 등 조합 업무의 편의성과 시공사의 이익에 기초한 것들이 대부분이다.³¹⁾

27) 김의환, “도시재개발사업의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰-청산금을 중심으로”, 『특별법연구』 제7권(2005. 12.), 314-328면 참조.

28) 김종보, “도시재개발과 가청산”, 『인권과 정의』 제292호(2000. 12.), 114-117면.

29) 심지어 실무에서는 가청산 제도가 유지되고 있는 상황에서도 조합은 이마저도 그 편의성과 우월적 지위에서 조합원분양계약제도를 애용하였다.

30) 기존 다세대주택, 단독주택 등의 경우에는 그나마 토지 등기부 등본이라도 손쉽게 열람이 가능하며, 최소한이나 그 특정이 가능할 수 있지만, 재건축정비사업의 경우 그 주된 대상을 이루고 있는 강남아파트는 대부분이 집합건물법이 시행되기 이전에 준공된 아파트가 다수이므로 이 경우 토지등기부등본이 각 구분소유자가 전체 토지에 대한 공유지분의 형태로 매우 복잡하게 연결되어 있고, 심지어 법률전문가조차 그 공유관계를 제대로 파악하기 힘들다는 차원에서 보더라도 관리처분계획인가 후 철거가 진행된 가운데 새로운 제3자에게 매매가 이루어진 경우 분양계약서의 필요성이 커진다고 볼 수 있다.

31) 강신은, 앞의 책, 187면 참조.

2) 조합원 분양계약의 법적성질 등에 따른 한계 및 정관의 위법성

조합원들에게도 조합원분양계약서의 필요성은 이미 본 바와 같고, 정비사업의 절차진행과 관련하여 공사비 부담 등은 종국적으로 조합원들에게 귀속되므로 원활한 사업진행을 위해서라도 그 필요성이 없는 것은 아니라고 할 것이다. 다만 이러한 조합원 분양계약이라는 것도 엄밀히 말하자면 분양계약이라고 할 수 없고 분담금 계약³²⁾이라고 해야 할 것이므로, 공법상 법률관계 범위 안에 있는 이상 도시정비법과 행정처분의 효력에 반할 수 없는 것이므로, 그 한계를 분명하게 가질 수밖에 없다고 보아야 한다.

정비사업의 법률관계가 단순히 민사적인 규율에 그치는 것이 아니라, 조합원의 동의만으로 효력이 발생하지 않고 이를 요건으로 행정처분이 발급³³⁾되어야 효력이 발생하는 관리처분의 경우에는 단순한 사법관계라고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원은 조합원 분양계약의 근거나 체결경위, 필요성과 상당성, 쌍방 간 자유로운 의사표시에 따른 법률효과에 초점을 맞추어 조합이 조합원들에게 조합원 지위 상실과 현금청산이라는 무기를 내세워 사실상 조합원 분양계약을 강제하고 있음에도 불구하고 그 계약의 내용은 도외시한 채 그 유효성을 인정하고 있고,³⁴⁾ 조합원에게 관리처분계획이후에도 추가이탈의 기회를 보장한다는 이유를 들어 이러한 정관 역시 무효라고 볼 수 없다고 선언하고 있다.³⁵⁾

이에 대하여 많은 곳에서 비판적 견해가 등장하고 있다. 통상 조합원 분양계약이 문제되고 있는 것은 동·호수 추첨에 불만을 가지는 사람들이 속칭 '비대위'라고 불리고 있는 반대파를 구성하거나 의도적으로 정비사업 자체를 반대하면서 분양계약자체를 거부하는 경우가 종종 있는 것이 현상의 모습이다. 그렇다고 하더라도 분양계약체결을 거부함으로써 지금까지 장기간 진행해 온 다단계 행정행위 자체를 부인하는 방식으로 해석되어서는 안 된다고 할 것이다.

이는 도시정비법 체제 자체를 부인하는 것과 다름이 없는 것으로, 조합원분양계약의 기초가 된 표준정관 자체가 무효라고 보는 것이 마땅하다. 표준정관은 아무런 근거도 없이 현금청산에 관한 규정을 두면서, 조합에서 일방적으로 정한 분양계약서 작성기간 이내에 분양계약을 체결하지 않은 경우 현금청산에 관한 정관규정을 준용하도록 강제하고 있다. 그러나 이러한 표준정관은 도시정비법 제반 규정은 물론 그 취지에도 정면으로 어긋날 뿐만 아니라 주로 문제가 되고 있는 공사비 등 비용선납에 관한 사항을 임의적으로 규정하여 도시정비법상 부과처분 등을 통하여 충분히 해결할 수 있음에도 불구하고 이를 회피하는 것으로 자의적인 공법상 법률효과를 창설하고 있는 점, 정관에서 새롭게 효력이 부여될 수 있는 것들은 도시정비법에서 규율하고 있지 않는 범위 내에서 보충적인 규정에 그쳐야 한다는 점, 조합원 분양계약이 의사의 합치에 기초한 사법상 계약이라는 근거를 들고 있지만 사실상 계약체결이 강요되고 있다는 점 등을 고려하면 이러한 표준정관 자체는 무효³⁶⁾이고 이러한 정관에 기초한 조합원분양계약의 효과와 내용을 이루는 제반 조항들은 도시정비법에서 정하고 있는 확인적 의미의 규정과 이를 보충하는 정도에 이르는 것이 아닌, 전혀 새롭게 창설적 효력을 담고 있는 내용들은 모두 무효라고 보는 것이 타당하다.

(2) 분양계약기간을 초과하여 체결한 조합원의 자격 및 피선거권 상실여부

1) 분쟁의 변형 '분담금 선납'에서 '피선거권'으로

정비사업비와 관련된 분쟁과 법리의 전개는 통상 재개발사업에서 문제가 제기되어 이를 토대로 발전되어 왔다. 재건축사업은 2003년 재개발사업과 함께 도시정비법이라는 하나의 법률로 묶이기 전까지는 서로 다른 근거법률을 가지고 있었기 때문이다. 재건축사업은 재개발사업과 달리 정비계획, 관리처분계획 및 이에 대한 관할관청의 인가라는 제도자체가 없었고, 기껏해야 스스로 권리배분계획을 세웠을 뿐이다.

재건축사업은 구법 시대 당시에는 관리처분계획의 절차가 없는 결과 재건축결의 당시부터 비용분담에 관한 사항에 관하여 추후 다시 정할 필요가 없을 정도로 엄격한 요구를 받게 되었고, 사실상 분담금에 대하여 전혀 문제를 삼지 않았던 토지등소유자들조차 자신들

32) 장찬익 / 송헌진, 『재개발·재건축 이론과 실무』(개정판), 법률출판사, 2005, 619면 이하

33) 김종보, “정비사업의 구조이론과 동의를 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.), 145면 이하, 이를 처분동 의라고 하고 있으며, 일반동 의와 대립되는 개념으로 사용하고 있다.

34) 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)의 적용을 받는 재개발조합과 조합원이 도시재개발사업 시행 과정에서 시공사에 대한 공사비 지급, 신축건물에 대한 조합원의 입주 및 분양대금 납부 등을 둘러싼 권리·의무관계를 원활하게 조정하고 이를 구체화하기 위하여 사법상 계약의 형태로 개별적인 약정을 체결하는 것은 그것이 재개발조합과 조합원의 자유로운 의사의 합치에 기하여 이루어진 것이니 이상 총회결의 절차를 반드시 거쳐야 한다고 볼 수 없으며, 공사비 등의 지급을 위한 조합원의 급부의무의 부담 및 그 내용이 구 도시재개발법을 포함한 전체 법질서에 비추어 허용될 수 있고 그 사법상 계약의 체결에 이르게 된 동기, 경위 및 목적 등에 비추어 필요성과 상당성이 있다고 인정되는 때에는, 사법상 계약에서 조합원에게 정관이나 관리처분계획 등에서 예정하지 아니한 급부의무에 관하여 정하고 있다는 사정만으로 위 사법상 계약이 무효로 되는 것이 아니다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다73096 판결).

35) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

36) 김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 23호(2013. 3.), 26면 이하.

의 이익을 극대화시키는 요량으로 재건축결의가 무효라는 민사소송을 남발하는 사태가 발생하였고, 재건축사업에서 출발된 이러한 문제제기가 재개발사업에도 그대로 이어졌다. 그러나 이는 재건축사업에도 관리처분계획과 이에 대한 행정청의 인가 절차가 도입된 이상 더 이상 설득력이 없게 되었다.³⁷⁾ 이에 더하여 조합설립인가의 법적성질에 대한 대법원³⁸⁾ 입장변화와 함께 민사소송의 불허로 인하여 사실상 이에 관한 분쟁은 종결되었다.

이러한 비용분담론의 문제가 해결되자, 실무에서는 과거부터 아무런 반성적 고려 없이 관행적으로 이어져 오던 분담금의 납부시기와 관련된 분담금 선납이 여러 현장에서 문제되기 시작하였다. 도시정비법 체제 아래에서도 많은 규정이 있음에도 불구하고 사업시행자는 시공사와 함께 매우 손쉬운 방법으로 이익을 극대화시키기 위하여 여전히 조합원분양계약이라는 제도를 이용한 것이다. 이에 따라 근래에 이르기까지 표준정관과 조합원분양계약 제도의 무효 여부는 분담금 선납과 관련된 것이 주를 이루었다. 초기 도시재개발법 당시부터 유지되어 왔던 조합원분양계약과 관련된 대법원의 입장은 현행 도시정비법에 따르더라도 충분히 그 해결책이 있음에도 불구하고 아무런 비판 없이 과거 입장을 답습하는 결론에 이른 것이다.

문제는 토지등소유자의 분담금 선납문제를 넘어서 조합원 자격상실과 연동된 피선거권 문제까지 확대되었고, 도시정비법과 관련 법령 그 어디에서도 조합원분양계약체결이라는 내용을 찾을 수 없는 마당에, 조합원분양계약은 가장 핵심적인 조합원의 자격 또는 수분양권 존재여부, 피선거권 등 모든 공법적 규율을 넘어서는 법적 효과를 규율하는 초월적인 제도가 되어 버린 것이다. 대법원의 판시 문구에 지나치게 경도된 나머지 최소한의 도시정비법과 우리 헌법이 규정하고 있는 기본권마저 침해하는 해석을 자의적으로 확대시키고 있다는 점에서 그 문제의 심각성은 매우 크다. 아래에서는 과연 분양계약서를 작성했다고 하더라도 분양계약서 작성기간을 도과하였다면 향후 분양계약서 작성여부와 상관없이 작성기간을 도과한 즉시 (피선거권과 관련하여) 조합원지위를 상실하였는지에 관하여 큰 2개의 입장이 대립하고 있어 항을 바꾸어 살펴보고자 한다.

2) 기존 대법원의 판시사항과 사법적 효력에 경도된 입장

위에서 자세히 본 바와 같이 우리 대법원은 분담금 계약의 성질을 가지고 있고, 구체적으로 들어가면 분담금의 사전 납부에 관한 사항 등을 포함하고 있는 조합원분양계약에 관한 정관규정과 이에 기초한 분양계약에 대해서 단순히 당사자 쌍방 간 자유로운 의사표시에 따른 사법상 계약이라는 이유로 그 효력을 인정하고 있다. 이에 따라 대법원 판시 및 정관의 특정문구에 지나칠 정도로 의존하고, 이를 근거로 기계적인 적용을 넘어 무한대 확장을 시도한 결과 본래 대법원조차 의도하지 않은 결과를 초래하고 있다. 이는 재개발·재건축 사업 현장에서 마찬가지로 상당한 파장을 일으키고 있다.

우리 대법원은 이러한 사안까지 확대하여 전반적인 법 이론을 관통하는 의미로 판시한 것이 아니고, 기본적으로 토지등소유자인 조합원들의 권익보호차원에서 관리처분계획인가 이후에도 조합원 지위에서 이탈하여 현금청산을 받을 기회를 한번 더 보장하기 위한 차원에서 이러한 정관 및 조합원분양계약의 효력을 인정하고 있다.³⁹⁾ 위와 같은 입장에 선 견해⁴⁰⁾들은 당해 정관규정은 조합원으로 하여금 관리처분계획이 인가된 이후라도 현금청산을 받을 기회를 추가로 부여하기 위한 데 그 취지가 있으므로 구 도시정비법에 위배되어 무효라고 볼 수 없다고 하면서, 당초 분양신청을 했음에도 분양계약을 체결하지 아니함으로써 추가로 현금청산대자가 된 자에 대한 사업시행자의 청산금지급의무의 발생시기는 ‘분양계약체결기간의 종료일 다음날’이라고 보고 있다.

특정문구에 지나치게 치우친 나머지 심지어 대법원의 판결취지에도 반하는 해석을 무리하게 시도하고 있는 것이다. 청산금지급의무의 발생시기는 분양계약체결기간의 종료일 다음날이므로 분양계약체결기간의 만기가 지나는 순간 추후 계약체결여부와 상관없이 그 즉시 현금청산대상자가 되고 조합원의 지위를 상실한다고 보고 있다.

그러나, 이러한 견해는 근본적으로 도시정비법 제반 규정과 공법적 효력에도 반할 뿐만 아니라 과연 대법원의 취지와도 부합하는지 많은 의문이 제기되고 있다.

37) 이외에도 여러 비판이 존재하는데, 애초에 재개발사업은 조합원 강제주의가 적용되고 관리처분단계에서 분양신청을 통하여 참가여부가 결정되므로 이러한 비용분담론 주장은 적용되기 힘든 부분이 있다. 김종보, “재건축·재개발 비용분담론의 의의와 한계”, 『행정법연구』 제24호(2009. 8.), 154-156면.

38) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결.

39) 통상 이러한 입장에선 견해들이 주로 인용하고 있는 대법원 판례를 보더라도 모두 조합원들이 결국엔 조합의 구성원으로부터 이탈을 원하고 있는 가운데 조합원분양계약서를 작성하지 않거나 철회하는 방법으로 자신들에게 가장 유리한 청산금 또는 방어방법(청산금지급의무 발생 시기, 청산금지급을 상환으로 한 건물명도 의무 등)을 강구하기 위한 주장에서 비롯된 것이 주된 사실관계의 기초이다. 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두17936 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364판결.

40) 분양계약의 실무적 관점에서 매우 중요한 의미를 가지고 있고, 분양계약체결은 일종의 분양신청철회와 유사하고, 관리처분계획에 대한 인가가 보충행위에 불과한 이상 수립권자인 조합이 스스로의 정관으로 그 변경에 대하여 규정하는 것은 당연하므로 이를 지지하는 입장이 있다. 이우재 / 박치범, 『도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2022, 295-302면.

3) 도시정비법 제반 규정취지 및 공법적 효력에 기초한 입장

분양계약체결기간이 도과되는 순간 조합원의 지위를 상실한다는 입장에 대하여 많은 비판적 견해가 있다. 우선 조합원지위 상실 여부를 떠나 이에 기초되는 (표준)정관과 조합원분양계약자체가 위법하다는 것이다.

우리 도시정비법은 조합원 수분양권과 분담금 선납 등의 문제는 모두 매매계약의 형태가 아닌 처분의 형식을 예정하고 있으므로 이를 우회해서 현금청산의 불이익을 과하도록 정하는 것은 그 한계를 넘어서는 것이라고 보고 있다. 물론 조합원 지위와 관련해서도 도시정비법에서 정하지 않고 있을 뿐만 아니라 동법으로 위임받지 않은 사항을 정관에 기초하여 조합원지위를 상실하는 것 자체를 허용할 수 없다는 입장이다.⁴¹⁾

또 다른 입장은 2012. 2. 1. 개정된 도시정비법 제47조(현 도시정비법 제73조) 제1항에서 정한 분양신청철회 기한에서 이러한 (표준)정관과 조합원분양계약의 위법성을 찾는 견해⁴²⁾가 있다. 위 2012년 2월 개정으로 분양신청을 철회한자에 대한 현금청산지급의무 발생 시기는 분양신청기간 종료일의 다음날이라고 명시하고 있는 이상 분양신청의 철회의 종기에 반하는 정관은 무효라는 것이다. 이에 더하여 구 도시정비법 제20조(현 도시정비법 제40조)에서 정관 기재사항 등에 청산금의 징수·지급방법 및 절차 등은 규정되어 있으나 현금청산자의 범위에 대해서는 별다른 규정이 없다는 점도 근거로 들고 있다. 이러한 견해에 따르면 당연히 분양계약체결기간이 도과되어 계약을 체결하였다는 이유로 조합원지위는 상실하지 않는다.

(3) 사건

1) 도시정비법의 규정에 따른 법률효과

우리 도시정비법은 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물은 관리처분계획에 따라 처분 또는 관리하여야 하고(동법 제79조 제1항), 사업시행자는 정비사업의 시행으로 건설된 건축물을 제74조에 따라 인가받은 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 공급하여야 한다.(동법 제79조 제2항)고 규정하고 있다. 정비사업에서 조합원이 아파트를 분양받게 되는 법적 근거는 관리처분계획이고, 이러한 관리처분계획에 의하여 조합원과 조합 사이의 분양에 관한 법률관계가 확정되는 것이다.

2) 분양계약의 보충성

조합원 분양계약은 조합과 조합원 사이에 체결되는 사법상의 계약에 불과한 것으로, 관리처분계획에서 이미 확정된 조합원의 수분양권이나 분담금의 내용을 관행적으로 다시 확인하는 '분담금 납부에 관한 계약'의 성질을 가지는 것이고, 이미 관리처분계획에 따라 형성된 분양에 관한 법률관계를 보충하는 계약의 의미를 갖는 것에 불과하다.⁴³⁾ 따라서 도시정비법에서 정하고 있는 범위를 넘어서 정관을 통하여 창설적인 법률관계를 형성하는 것은 허용될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

3) 관리처분계획의 공정력 또는 처분적 효력

위와 같이 정비계획, 사업시행계획, 관리처분계획이라는 순차적인 행정행위에 따라 이루어진 정비 사업에 관한 제반 계획은 행정행위 또는 행정처분으로써 효력을 가지는 것이 원칙⁴⁴⁾이며, 이는 특별한 사정이 없는 한 토지등소유자를 기속한다 할 것이다. 그런데 관리처분계획이 수립된 이후에 비로소 구체적인 동·호수 추첨을 통해 종후 아파트에 대한 배정이 이루어진다는 점에서 이를 불만삼아 합부로 관리처분계획에서 정해진 법률관계를 부정하는 것은 강요된 매매계약을 가지고 공법적 효력을 완전히 부인하는 매우 부당한 결과를 초래한다는 점에서도 조합원의 자격상실과 피선거권이 박탈된다는 견해에는 찬동하기 힘들다.

4) 정비사업의 실무

우리 도시정비법은 분양신청행위에 대해서 너무 강조한 나머지 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않는 경우 현금청산 대상자⁴⁵⁾

41) 김종보, 앞의 글(조합원분양계약의 위법성), 22면 이하.

42) 김중하 / 김재호, "주택재개발사업에서 분양계약 미체결자의 법적지위 및 개선방안", 『토지공법연구』 제57집(2012. 5.), 158-160면.

43) 같은 취지, 부산지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018가합46380 판결.

44) 물론 정비사업의 본질상 단체성을 가지고 있고, 해당 법률관계가 다층적이므로 내부적으로 민사법적 관계에 따라 규율되는 부분이 없는 것은 아니나, 조합원의 지위 상실 또는 수분양권 여부는 기본적으로 처분행에 속한다고 할 것이다.

45) 법리적으로는 현금청산이라기보다는 손실보상이라는 표현이 적절하며, 이에 따라 실제로 현행 도시정비법에서도 손실보상이라는 용어를 사용하고 있다.

로 규정하고 있다.(도시정비법 제73조) 이에 대하여 분양신청행위는 자신의 희망평형을 밝히는 것에 불과한 것⁴⁶⁾으로 법률적의미를 너무 강조하는 것은 너무 과하다는 주장이 있다. 도시정비법상 관리처분계획은 조합원의 분양신청 상황을 기초로 수립하도록 되어 있다. 이 때 분양신청기간을 보면 통지한 날로부터 30일 이상 60일 이내로 하면서 분양신청기간을 20일의 범위 내에서 연장할 수 있도록 하여, 최장 80일로 규정하고 있다.

이에 비하여, 조합원 분양계약서 체결기간과 관련하여 정비사업 현장에서는 통상 3-4일이고, 심지어 COVID-19 당시에도 20일을 넘기지 않고 있었다. 분양신청을 한 조합원들도 여러 사정에 비추어 조합이 정한 분양계약체결기간을 초과하여 구체적인 계약서를 작성한 경우는 다반사이며, 실제로 모든 조합원들이 조합원분양계약체결기간 내에 계약을 마무리하는 재건축·재개발 현장을 찾아보기 힘들 정도이다.

3. 소결

우선 대법원의 입장과 조합원분양계약이 유효함을 전제로 이를 충실히 따르는 입장에서 보더라도, 과연 조합과 분양신청까지 적법하게 마친 조합원들 사이에 합의에 따라 분양계약체결기간을 초과하여 계약서를 작성하였다면 온전한 양 당사자 합의에 따른 것으로 이를 무효로 돌리거나 이에 기초한 효력을 부인할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 대법원의 입장에 따르더라도 그 취지는 조합원들의 추가적인 이탈의 기회를 보장하기 위한 차원에서 비롯된 것이므로, 조합과 토지등소유자가 현금청산하지 않기로 하고 조합이 이를 수용하여 조합원 분양계약을 체결하기로 예정한 기간을 넘어 분양계약을 체결하는 것까지 금지하는 것으로 볼 수 없기 때문이다.⁴⁷⁾

통상 실무적으로 조합원분양계약서 체결기간을 3일 또는 최대 20일을 넘기지 않고 있고, 이미 종전 부동산의 경우 철거가 진행되어 새로운 아파트가 건축되고 있는 가운데, 상당수의 토지등소유자가 사업구역 외에서 멀리 떨어진 곳에 거주하거나 해외에 거주하는 경우도 많아 단순히 조합원분양계약체결기간을 초과한 순간 즉시 조합원 지위를 상실하고 피선거권이 부존재하다고 보는 것은 구체적 타당성 측면에서 보더라도 전혀 실무와 동떨어진 해석이 아닐 수 없다.

특히, 조합원지위 상실 또는 박탈은 조합원 자격과 신분에 관한 것으로, 단체법적 질서 내에서 제명과 그 궤를 같이한다고 해석될 수 있다고 본다. 그렇다면 조합원의 지위를 박탈하는 것은 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 한하여 최종적인 수단으로 인정되어야 하고,⁴⁸⁾ 특별한 사정이 없는 한 조합과 토지등소유자 사이에 합의에 기초하여 비록 분양계약체결기간을 초과하여 계약을 체결하였다든 이유만으로 조합원지위를 박탈할 것인지 여부는 매우 엄격하게 제한적으로 해석되는 것이 타당하다.

따라서 비록 대법원의 입장과 사법적 효력을 중시하는 입장에 따른다고 하더라도 토지등소유자가 분양계약체결기간을 초과하였다 고 하더라도, 조합과 사이에 분양계약을 체결한 이상 기존 조합원의 지위는 그대로 유지된다 할 것이므로, 조합원의 자격과 분양권 등은 상실되지 않고, 피선거권 역시 그대로 유지된다고 보아야 할 것이다.

IV. 결어(입법론 및 일본의 권리변환방식 도입 검토)

우리나라의 재건축·재개발사업으로 대표되는 정비 사업은 복잡한 연혁을 거쳐 매우 혼란스럽게 전개되어 왔다. 재개발 사업 역시 도시계획법에서 출발되었으나 1976. 12. 31. 도시재개발법이 제정된 이후 조합을 중심으로 한 주택재개발사업이 그 주를 이루었고, 주택재건축사업 역시 사실상 민간영역에 가까울 정도로 주택건설촉진법에 그 근거를 두고 있었으나, 집합건물법을 준용하여 공법적 통제보다는 구성원들 사이에 합의에 기초한 사업으로 진행되어 왔다. 이러한 가운데 2003년 도시정비법이라는 하나의 법률로 위 양대 정비 사업이 묶이면서 여러 가지 엄청난 변화를 가져왔을 뿐만 아니라, 소송의 형태 역시 여러 학자들의 연구에 따라 기존 민사소송의 형태에서 공법상 법률관계에 기초한 행정사건으로 변화되기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 여전히 과거의 연혁적 기초에서 보듯 아직까지도 도시정비법의 규정이나 그 취지 등은 전혀 도외시 한 채 조합과 구성원들 사이에 그 근거를 찾기 힘든 쌍방 간 계약이라는 이름을 빌려 사법적 효력에 전적으로 의존시키는 관행적 태도를 벗어나지 못하고 있다.

46) 이와 관련하여, 분양신청제도는 주로 사업시행자인 조합과 사업의 편익을 위한 것일 뿐 조합원의 권리를 보호하기 위한 것이 아니고, 분양미진 청자 역시 조합이 청산을 선택할 수 있다는 의미로 보는 것이 타당하며, 기존 정비사업에서 자신의 불이익을 고려하여 사업에서 이탈하기 위한 수단으로 해석하는 것이 온당치 않다는 견해가 있다. 김종보, 앞의 글(정비사업의 구조이론과 동의를 평가), 158-159면.

47) 같은 취지, 서울고등법원 2015. 11. 11. 선고 2014누7802 판결 참조.

48) 피고조합과 같은 단체의 구성원인 조합원에 대한 제명처분이라는 것은 조합원의 의사에 반하여 그 조합원인 지위를 박탈하는 것이므로 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 최종적인 수단으로서만 인정되어야 할 것이다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다21750 판결).

이러한 사법적 계약을 통한 공법적 효력에 대한 회피의 문제는 도시정비법 제반규정의 미비에서도 그 원인을 찾을 수 있는데, 정비사업에 있어서 토지등소유자들의자격 상실 및 재산권 행사의 절대적 제한 등 중대한 사항은 도시정비법에서 명확한 규정을 두는 것이 바람직해 보인다. 앞서 본 여러 견해 중 도시정비법 규정과 공법적 효력을 강조하고 있는 입장들도 입법적 개선방안을 제시하고 있는데, 조합원분양계약에서 정하고자 하는 청산금 선납과 이와 연동된 조합원 자격상실 등 중요내용은 법률에서 규정하자는 것과, 조합의 운영과 관련된 내용은 차치하더라도 조합원의 자격 등 사업의 추진과 관련된 필요한 사항은 이를 정관에서 정하게 되면 행정처분의 효력을 부인하는 결과를 초래할 수 있으므로 도시정비법에서 구체적으로 명확하게 규정하는 것이 타당하다는 입장과의 견해를 같이한다.

나아가 분양신청과 분양계약 단계에서 발생하는 탈퇴의 문제와 관련⁴⁹⁾하여, 일본의 제1종 시가지재개발제도와 같이 일단 공익사업에 구성원으로 편입된 이상 권리변환계획에 따라 모든 토지등소유자의 종전 부동산은 이에 상응하는 종후 부동산으로 변환되는 것을 원칙으로 하고, 정비사업에서의 탈퇴는 적극적으로 권리변환제외신청을 한 토지등소유자에 한하여 인정되는 것으로 전면적인 제도적 개편을 검토할 필요성이 상당해 보인다.

투고일 2026. 2. 15. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

49) 이는 기본적으로 재개발·재건축 등 정비사업의 시행방식과 관련이 있는 것이다. 일본에서 초기 재개발은 구획정리법이 규정해 두었던 입체환지의 수법을 준용했다가, 1961년에는 시가지개조법과 방재건축가구조성법을 제정했고, 1971년 위 두 법률은 도시재개발법으로 통합되었다(손정목, 『서울 도시 계획이야기 2』, 한울, 2003, 104면). 그 후 1975년 위 일본 도시재개발법은 법률개정으로 통해 제2종 시가지재개발사업을 도입하여 제1종 시가지재개발사업(권리변환방식)과 제2종 시가지재개발사업(관리처분방식)으로 구분하고 있다.

참고문헌

단행본

- 김동희, 『행정법 II』(제23판), 박영사, 2017.
김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.
김종보 / 전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권』, 한국도시개발연구포럼, 2010.
박균성, 『행정법론(하)』(제23판), 박영사, 2025.
손정목, 『서울 도시 계획이야기 2』, 한울, 2003.
이우재 / 박치범, 『도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2022.
장찬익 / 송현진, 『재개발·재건축 이론과 실무』(개정판), 법률출판사, 2005.
홍정선, 『행정법특강』(제6판), 박영사, 2007.

학위 논문

- 강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구: 주택재개발·재건축사업을 중심으로”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012.
조혜정, “재개발·재건축 사업의 관리처분계획에 관한 법적 쟁점 연구: 판례연구를 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2009.

일반 논문

- 김의환, “도시재개발사업의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰-청산금을 중심으로”, 『특별법연구』 제7권(2005. 12.).
김종보, “도시재개발과 가청산”, 『인권과 정의』 제292호(2000. 12.).
김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가”, 『행정법연구』 제10호(2003. 10.).
김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『서울대학교 법학』 제49권 제2호(2008. 6.).
김종보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.).
김종보, “재건축·재개발 비용분담론의 의의와 한계”, 『행정법연구』 24호(2009. 8.).
김종보, “정비사업의 구조이론과 동의를 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.).
김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 23호(2013. 3.).
김종하 / 김재호, “주택재개발사업에서 분양계약 미체결자의 법적지위 및 개선방안”, 『토지공법연구』 제57집(2012. 5.).
노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 『사법』 제10호(2009. 1.).
안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 『법조』 제57권 제1호(2007. 12.).

ABSTRACT

Legal Status of Reconstruction Association Members with Overdue Housing Sales Contracts

Chae, Pil Ho*

A combination residential supply agreement (the "Combination Member Sales Contract") is not a mandatory procedure prescribed under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments. Despite the absence of explicit statutory grounds, this practice persists in reconstruction and redevelopment projects. This leads to legal outcomes where private law contracts supersede the "public power" (Gungjeong-ryeok) of the Management and Disposal Plan, which is an administrative action that serves as the core procedure and the very purpose of improvement projects for acquiring newly constructed apartments. Consequently, a fundamental review of this phenomenon is required.

Through the arbitrary private law act of the Combination Member Sales Contract, essential administrative plans, which should be controlled and planned as part of administrative actions, are effectively denied. This results in the unjust outcome whereby members are relegated to the status of persons entitled to cash compensation (loss of member status). This situation prioritizes judicial effectiveness under the superficial and formal pretext of mutual "meeting of minds" between the parties.

Accordingly, A need exists to verify whether the Combination Member Sales Contract is a truly indispensable procedure from both legal and practical perspectives. Furthermore, even if its practical necessity is recognized, how the contract should be interpreted in relation to the validity of the Management and Disposal Plan must be examined. Preceding this, a discussion on the validity of the Combination Member Sales Contract system itself and the Standard Articles of Association that regulate it is warranted.

Therefore, this study compares the fundamental powers through which members acquire the right to receive an allotment versus general subscribers. It addresses the inevitable practical issues linked to the necessity of these contracts. To resolve the fundamental problem of evading public law effects through private contracts, the introduction of the Japanese "Right Conversion System" should be actively considered. Specifically, this study proposes adopting a mechanism that allows the withdrawal from an improvement project only for landowners who have applied for exclusion from the right conversion plan.

Keywords: Member Sales Contract, Standard Articles of Association, Management and Disposal Plan, Presumption of Validity / Official Power, Member Sales, General Sales, Cash Liquidator, Right Conversion Plan

* Attorney at Law, LAW FIRM SIYUL

논문 / ARTICLE

수용권 행사의 예외로서 존치제도: 존치 거부에 대한 쟁송가능성을 중심으로*

신준섭**

국문초록

현대 도시개발 및 공익사업의 추진 과정에서 피수용자는 단순한 금전적 보상을 넘어, 자신의 생활 터전이나 사업장을 유지하고자 하는 '존속보상(存續補償)'의 관점에서 건축물의 '존치(存置)'를 요구하는 경우가 빈번해지고 있다. 특히 공공주택 특별법 등에서는 공익사업 시행자의 수용권 행사에 대한 예외로서 '존치제도'를 규정하고 있으나, 그동안의 논의는 주로 존치부담금 등 경제적 측면에 치우쳐 왔으며 존치 거부에 대한 법리적 쟁송 가능성에 관한 연구는 미비한 실정이었다.

본 연구는 공공주택지구 조성사업의 추진 과정에서 발생하는 건축물 등 존치의 법적 성격을 체계적으로 규명하고, 존치 요건을 충족하였음에도 행하지는 사업시행자의 자의적인 수용권 행사를 통제할 수 있는 사법적 대안을 모색하는 데 목적이 있다. 이를 위해 우선 존치라는 단어의 개념을 통해 여러 법률에서 활용되고 있는 존치라는 표현을 법적으로 정의하였고, 공공주택 특별법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치는 수용권 행사의 예외가 되는 존치제도로 활용되고 있음을 확인하였다. 이러한 정리를 통해 현행 판례가 공공주택 특별법 등에 따른 존치 신청 거부의 처분성을 부정함으로써, 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 맡기고 있는 구조적 공백을 확인하였다.

이에 본 글에서는 존치 거부행위의 처분성을 인정하기 위한 요건으로서 존치제도와 관련한 기존의 신청권 논리에 대한 인식 변화를 촉구한다. 건축물 등의 존치는 단순한 반사적 이익이 아니라 헌법상 보장된 재산권의 실질적 가치를 실현하는 수단이므로, 국민의 기본권 보호 측면에서 거부처분에 대한 사법적 통제가 실질화되어야 함을 제안한다. 본 연구의 결과는 향후 공공주택지구 내 건축물 존치제도의 합리적 운영과 피수용자의 권익 구제 범위 확대를 위한 법적 근거로 활용될 수 있을 것이다.

주제어: 존치제도, 수용, 거부처분, 신청권, 공공주택 특별법

목차

I. 서론

II. 수용권 행사의 예외로서 존치제도

III. 공공주택사업자의 시혜적 행위로 통용되는 존치제도

IV. 건축물 등의 수용 및 활용 가능 범위

V. 존치 거부에 대한 쟁송 가능성

VI. 결론

* 본 논문은 한국토지주택공사 토지주택연구원에서 수행 중인 수시실용과제 『공공주택지구 기존 건축물 활용 및 존치제도 개선 방안』과 관련하여 필자가 수행한 “공공주택지구 건축물 개선 관련 법률 검토” 중 일부를 발췌, 수정·보완 및 새로운 견해를 추가하여 작성하였다.

** 행정법 박사, 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.3>

Received: February 25, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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

현대 도시개발 및 각종 공익사업의 과정에서 피수용자는 단순한 금전적 보상을 넘어, 자신의 생활 터전이나 사업장을 유지하고자 하는 '존속보상(存續補償)'의 관점에서 건축물의 '존치(存置)'를 적극적으로 요구하고 있다. 사전적으로 '존치'는 “제도나 설비 따위를 없애지 않고 그대로 둌”¹⁾으로 정의된다. 표준국어대사전에서는 '존치'의 용례로 “건축물의 존치 여부를 두고 시와 주민 간 의견 차이가 좁혀지지 않고 있다”는 문장을 들고 있는데, 이러한 용례가 보여주듯이 '존치'라는 단어는 각종 법령에서도 다양하게 활용되고 있다. 가설건축물의 존치 기간부터, 도시재정비촉진지구 내에서의 존치지역 또는 공익사업 시행자의 수용권 행사의 예외를 인정하는 수단에 이르기까지 그 양태가 다양하다. 특히 공공주택 특별법 등에서는 피수용자의 헌법상 재산권을 보호하고 무분별한 공용수용을 방지하기 위한 목적으로 공익사업 시행자의 수용권 행사의 예외를 규정하는 이른바 '존치제도'를 두고 있다.

현실의 사업 추진 과정에서는 존치제도가 그 본연의 목적을 상실한 채, 공익사업 시행자의 자의적인 시혜적 조치로 전락하는 구조적 문제가 발생하고 있다. 더욱 문제되는 것은 존치제도와 관련하여 사업시행자의 자의적인 수용권 남용 및 존치 거부 행위를 통제해야 할 법원이 이른바 '신청권 법리'에 매몰되어 있다는 점이다. 현행 판례는 건축물 등 소유자에게 존치를 요구할 법규상·조리상 신청권이 없다는 이유로 존치 거부 행위의 처분성을 부정하며 소를 각하하고 있다. 이는 결과적으로 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 방치하는 심각한 권리구제의 공백을 야기한다. 그동안 존치제도와 관련하여 존치부담금 등 경제적 측면에 대한 논의²⁾는 존재하였으나, 이처럼 존치 거부로 인해 발생하는 기본권 침해와 사법 통제의 사각지대에 대한 법리적 비판과 쟁송가능성에 관한 연구는 미비한 실정이었다.

이에 본 연구는 공공주택 특별법상 존치제도의 본질이 '피수용자의 존속보장'에 있음을 명확히 하고, 사업시행자의 위법한 수용권 행사를 통제하기 위한 사법적 대안을 모색하는 데 그 목적이 있다. 구체적으로는 판례의 신청권 이론이 존치제도에서 갖는 모순을 비판적으로 검토하고, 국민의 기본권 보호를 위해 제한적으로나마 조리상 신청권이 인정되어야 함을 논증할 것이다. 나아가 중대한 사정변경이 발생한 경우 사후적으로 수용권 행사의 적법성을 다룰 수 있는 쟁송 방안을 제시함으로써, 공공주택지구 내 피수용자의 권익 구제를 위한 실제적 법리를 구성하고자 한다.

II. 수용권 행사의 예외로서 존치제도

1. 건설법에서 확인되는 '존치'

건설법의 영역에서 존치라는 단어를 가장 쉽게 확인할 수 있는 영역은 건축법에 따른 가설건축물의 신고 또는 허가와 관련된 부분이다. 가설건축물을 건축하려는 자는 3년 이내의 기간으로 '존치기간'을 정하여 신고하거나 허가를 받아야 하고(건축법 제20조 제1항, 건축법 시행령 제15조 제1항 제2호), 이는 가설건축물의 존치기간을 연장하고자 하는 경우에도 동일하다(건축법 시행령 제15조의2 제3항). 이에 따라 '존치'와 관련하여 검색되는 대부분의 판례는 가설건축물의 존치기간 연장 불허가 처분을 취소하고자 하는 소송에서 집적되고 있다.³⁾

도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 '도시재정비법'이라 한다)에서는 재정비촉진지구에서 재정비촉진사업을 할 필요성이 적어 재정비촉진계획에 따라 존치하는 지역을 '존치지역'으로 정하도록 하고(도시재정비법 제2조 제6호), 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자로 하여금 주택지구 내에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하는 경우에는 이를 '존치'하게 할 수 있도록 정하고 있다(공공주택 특별법 제27조의2). 현행법에서는 공공주택 특별법에서와 같이 건축물 존치를 규정하고 있는 법률이 상당히 많이 확인되는데, 관련 규정은 1990년 제정된 산업입지 및 개발에 관한 법률 제30조(기존 공장의 존치 등)로 처음 도입되어 택지개발촉진법 제12조의2(건축물등의 존치)를 거쳐 공공주택 특별법을 비롯한 도시개발법⁴⁾, 도

1) 국립국어원 표준국어대사전, “존치”, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EC%A1%B4%E C%B9%98> (2026. 2. 10. 확인).

2) 관련 연구보고서들에서도 존치부담금에 대한 내용을 주로 다루고 있음을 확인할 수 있다(석호영 외, 『존치요건 세부기준 수립 등을 위한 연구용역 연구용역보고서』, 한국토지공법학회, 2022. 최수 / 김승종 / 배유진, 『보금자리지구 존치건축물 관련제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2012.).

3) 창원지방법원 2021. 12. 9. 선고 2021구합50701 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2022. 5. 26. 선고 2022구합10 판결, 서울행정법원 2023. 9. 19. 선고 2023구합56408 판결, 수원지방법원 2024. 1. 25. 선고 2023구합62 판결 등 참조.

4) 도시개발법 시행령 제8조(개발계획에 포함될 사항), 도시개발법 시행령 제20조(실시계획 인가신청서) 등에서 존치하는 기존 건축물 및 공작물 등

시 및 주거환경정비법⁵⁾ 등에도 도입되기에 이른 것으로 확인된다.⁶⁾

2. 존치 관련 규정의 분류

현행법에서 ‘존치’라는 단어는 예외적으로 기존의 권리 관계를 유지시키기 위하여 활용되고 있다. 이러한 존치 관련 규정들은 존치 대상의 발생 근거가 되는 인·허가와 같은 특정한 권리의 발생 근거를 유지하기 위한 것이거나 존치 대상의 소유권을 강제적으로 박탈되는 것을 방지하여 존치 대상의 소유권 자체를 유지하기 위한 목적으로 규정되어 있다.

건축법에 따른 기한부건축물의 허가와 관련된 존치는 인·허가와 같은 특정한 권리의 발생 근거를 유지하기 위하여 사용되었다.⁷⁾ 건축법에 따른 기한부건축물은 원칙적으로 일정한 기간 내에 철거할 것을 조건으로 허가받거나 신고하여 설치하는 것으로, 기한부건축물의 존치 기간이 연장되지 않고 만료되면 기한부건축물을 설치한 자는 이를 철거하여야 한다. 따라서 건축법에 따른 기한부건축물의 ‘존치’는 원칙적으로 철거되어야 할 기한부건축물을 그 설치의 근거가 된 허가의 효력 기간을 연장하는 방법으로 향후에도 존치되게끔 하는 것이다. 이 경우 존치되는 것은 기한부건축물이지만 건축법의 존치 관련 규정에 영향을 받는 것은 기한부건축물의 소유권이 아니라 기한부건축물의 설치 근거가 된 허가이다.

재정비촉진지구에서 재정비촉진사업을 할 필요성이 적어 재정비촉진계획에 따라 재정비촉진사업을 하지 않기로 결정하거나(도시재정비법 제2조 제6호) 공익사업의 진행으로 인하여 수용 대상인 건축물이나 그 밖의 시설이 일정한 요건을 충족한 경우에 수용하지 않도록 하기 위해서도(공공주택 특별법 제27조의2, 택지개발촉진법 제12조의2 등) 존치가 활용된다. 이들의 공통점은 공익사업 시행자의 수용권 행사에 의하여 소유권을 강제적으로 박탈당하게 될 상황에서 특정 지역을 공익사업의 대상지에서 제외하거나 건축물 등을 수용권 행사의 대상에서 제외하는 방식으로 기존의 소유권을 존치시킨다는 데에 있다. 다만, 이들의 차이점은 전자의 경우 재정비촉진계획 등 공익사업의 수립 단계에서 공익사업의 대상이 아닌 존치지역으로 지정하는 방식으로 공익사업 시행자에게 해당 지역에 대한 수용권 자체를 부여하지 않는 것에 반하여 후자의 경우에는 공익사업 시행자가 이미 사업인정을 받아 이미 수용권을 부여받은 상황에서 특정 건축물에 대하여 수용권 행사의 예외를 인정하는 차이가 있다는 점이다.

3. 존치제도의 개념정의

위와 같이 공공주택 특별법, 택지개발촉진법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치 관련 규정은 같은 존치라는 용어를 사용하고는 있지만 건축법에서 및 도시재정비법에서의 존치 등과는 구별되는 특징을 가진다.

기한부건축물은 처음부터 존치기간을 조건으로 내려진 허가를 바탕으로 설치된다. 이에 따라 인허가 유지형 존치규정과 관련해서는 기한부건축물의 건축허가를 받은 자가 존치기간 만료에 따라 허가권자에게 존치기간의 연장을 신청하여 신청이 거부되는 경우 해당 거부처분의 취소를 다투는 경우가 대부분이다.⁸⁾ 즉, 허가권자인 행정청의 처분에 따라 기한부건축물의 존치 여부가 결정되는 것일 뿐, 기한부건축물의 존치로 인하여 기한부건축물의 건축허가 외의 특별한 법적 효과가 발생하는 것은 아니다.

도시재정비법은 도시재정비법의 적용범위가 전국으로 확장됨에 따라 실질적으로 재개발사업 등이 요구되지 않는 양호한 지역까지도 재정비촉진지구에 포함됨에 따라 특정한 지역을 재정비촉진사업을 진행하지 않는 존치지역으로 지정하기 위하여 도입된 것이다.⁹⁾ 이러한 존치지역은 재정비촉진계획에 따라 존치하는 구역에 해당하므로 특정 지역이 존치지역으로 지정된다고 하더라도 해당 지역 내의 토지 등 소유자들의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과가 발생하지 않는다고 보는 것이 일반적이다.¹⁰⁾

에 관한 계획을 개발계획에 포함하도록 규정하고 있다.

- 5) 도시 및 주거환경정비법 제85조(사업시행인가의 특례) 제1항에서 사업시행자에게 일부 건축물의 존치에 관한 내용을 사업시행계획서에 포함하도록 하고 있다.
- 6) 예시로 든 법률 외에도 물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률, 경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률, 혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법, 민간임대주택에 관한 특별법, 지역개발 및 지원에 관한 법률, 연구개발특구의 육성에 관한 특별법 등에서 건축물등의 존치에 관한 규정을 두고 있다.
- 7) 가설건축물에 대하여 규정하고 있는 건축법 제15조에 관한 규정은 두 개의 상이한 목적과 연혁으로 현재에 이르고 있다. 건축법 제15조 제2항에 따라 건축물의 성립요건을 갖추었으나 토지에 정착한다는 요소를 결하고 있는 건축물을 좁은 의미의 가설건축물이라 하고, 토지에 정착하는 건축물이지만 존치기간의 제약을 받는 건축물을 기한부건축물이라고 정의한다. 이에 따라 이하에서 건축법에서의 존치 관련한 건축물은 가설건축물이 아니라 기한부건축물이라고 표기하기로 한다(김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(행정법이론실무학회, 2004. 10.), 350면 이하 참조).
- 8) 인천지방법원 2014. 1. 23. 선고 2013구합1304 판결, 대전지방법원 2016. 11. 9. 선고 2015구합105192 판결, 서울행정법원 2023. 9. 19. 선고 2023구합56408 판결, 수원지방법원 2024. 1. 25. 선고 2023구합62 판결 등 참조.
- 9) 김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제35집(한국토지공법학회, 2007. 2.), 88면 이하 참조.

상태가 양호한 주거지역을 존치지역으로 지정하지 않은 경우에 행정주체의 행정계획결정을 위법하다고 본 사례도 존재한다.¹¹⁾ 다만, 이러한 경우에도 도시재정비법의 법률 규정으로 인하여 존치와 관련된 특정한 법적 효과를 발생시키는 것이라기보다는 행정청의 계획 재량에 따라 도시재정비사업의 계획이 결정되는 것일 뿐이다.

그런데 공공주택 특별법에서의 존치는 이들과는 구별되는 특징을 가진다. 공공주택 특별법은 공공주택사업자에게 주택지구의 조성 또는 공공주택건설에 필요한 경우 수용권을 부여하는 조항을 두고 있고(제27조), 일정한 요건을 충족하는 건축물 등의 경우에는 공공주택지구 내에 위치한 건축물 등이라고 할지라도 이를 이전하거나 철거하지 아니하고 존치하게 할 수 있다(제27조의2). 건축물 등의 소유자가 건축물 등의 존치를 신청하여 공익사업 시행자가 해당 건축물 등을 존치하기로 결정하는 경우 이미 부여된 수용권 행사의 예외가 발생하게 되는 것이다. 즉, 해당 규정은 기존의 권리관계와는 다른 특별한 법적 효과를 발생시키며 ‘존치’ 그 자체에 대한 내용과 요건, 법적 효과를 규율의 대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 이에 따라 이하에서는 공공주택 특별법에서 규정하고 있는 건축물의 존치 등에 관한 규정을 ‘존치제도’라고 구분하여 칭하도록 한다.¹²⁾

4. 공공주택 특별법상 존치제도의 대표성

앞에서 확인한 것과 같이 현행법에서 확인되는 존치제도는 1990년 제정된 산업입지 및 개발에 관한 법률 제30조(기존 공장의 존치 등)로 처음 도입되어 택지개발촉진법 제12조의2(건축물등의 존치)를 거쳐 공공주택 특별법을 비롯한 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법 등에도 도입되기에 이르렀다. 그런데 수용권 행사의 예외로서 기능하는 존치와 그 요건, 효과 등을 규정하고 있는 공공주택 특별법 제27조의2, 택지개발촉진법 제12조의2와는 달리 도시개발법 및 도시 및 주거환경정비법 등에서는 존치하는 건축물 등에 대한 계획을 개발계획 또는 사업시행계획에 포함하도록 규정하고 있을 뿐, 존치제도의 내용을 상세히 정하고 있지는 않다. 택지개발촉진법의 경우 2000년대 이후부터 택지개발사업이 점차 활용되지 않고 있고, 실제로 2014년에는 택지개발촉진법의 폐지가 논의되기도 하였으며, 현재에는 개발사업을 위한 목적으로 택지개발촉진법이 활용되고 있지 않은 현실을 고려할 때,¹³⁾ 현행법에서 실질적으로 기능하고 있는 존치제도의 모습을 살피기 가장 용이한 것은 공공주택 특별법에서의 존치제도라고 할 수 있다. 이에 따라 이하에서는 공공주택 특별법을 중심으로 존치제도 내용과 효과, 문제점 등을 확인할 것이다.

III. 공공주택사업자의 시혜적 행위로 통용되는 존치제도

1. 공공주택 특별법의 수용 및 보상 관련 규정

공공주택 특별법은 구 국민임대주택건설등에관한특별조치법에서부터 두고 있었던 수용 관련 규정을 지금까지 그대로 유지하고 있다. 공공주택 특별법은 공공주택의 원활한 건설과 효과적인 운영을 위하여 제정된 법률로, 공공임대주택, 공공분양주택, 공공건설임대주택, 공공매입임대주택, 지분적립형 분양주택, 이익공유형 분양주택 등을 건설하는 것을 목적으로 한다(공공주택 특별법 제1조, 제2조). 공공주택 특별법에서는 이를 위하여 공공주택지구, 도심 공공주택 복합지구 등을 지정하고 고시할 수 있도록 하고 있고, 공공주택 특별법에 따라 공공주택사업을 시행하고자 하는 공공주택사업자는 공공주택지구를 조성하거나 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 공공주택지구 내에 위치한 토지와 건축물 등을 수용할 수 있다(공공주택 특별법 제27조 제1항). 공공주택 특별법 제27조 제6항에서는 “토지등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률을 적용한다”고 규정하고 있으므로, 공공주택 특별법에서 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)과 다른 내용을 규정하고 있는 것이 아니라면 공공주택 특별법에 따른 공공주택사업이라고 하더라도 토지등의 수용 및 보상에 대한 내용은 원칙적으로 토지보상법에 따라야 한다.¹⁴⁾

10) 서울행정법원 2016. 10. 21. 선고 2015구합78908 판결 참조.

11) 서울행정법원 2018. 9. 14. 선고 2017구합80233 판결 참조.

12) 기존 연구용역보고서 등에서도 공공주택 특별법 제27조의2를 ‘존치제도’라고 칭하고 있는 것을 확인할 수 있다(석호영 외, 앞의 글, 7면 이하 참조).

13) 주동진, “아파트건설사업 유형에 관한 공법적 연구-아파트 용지확보 제도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2023, 210면 참조.

14) 일반적으로 토지보상법은 수용 및 보상제도와 관련하여 공공주택 특별법과 같은 개발사업법의 일반법으로 이해되고 있다(김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023, 583면 참조, 신준섭, 「수용재결 전치주의에 관한 연구-판례에 대한 비판적 고찰을 중심으로」, 서울대학교 대학원 법학박사

토지등의 수용 또는 사용과 관련하여 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자로 하여금 주택지구의 조성 또는 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하고(제27조 제1항), 주택지구를 지정하거나 주택건설사업계획을 승인하여 고시한 때에는 토지보상법에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 보는 사업인정의제 제도를 두고 있다(제27조 제2항). 나아가 공공주택 특별법에 따른 수용 또는 사용에 대한 재결의 신청은 지구계획 또는 주택건설사업계획에서 정하는 사업의 시행기간 내에 할 수 있도록 하여 수용 또는 재결 신청 기간에 대한 특별규정을 두는 등(제27조 제3항), 수용 및 보상과 관련하여 토지보상법의 내용과는 다른 내용을 규정하고 있다. 이는 공공주택 특별법과 같은 개발사업법에서 토지보상법을 준용하여 수용 및 보상에 대한 내용을 규정하는 일반적인 방식으로, 개발사업을 위하여 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하면서 별도의 사업인정의제 조항을 두는 방식이다.

공공주택 특별법에서는 위와 같은 사업인정의제 조항에 더하여 공공주택 특별법 제27조의2¹⁵⁾를 통해, 토지보상법에서 아예 규정하고 있지 않은 특수한 내용을 규정하고 있는데 그것이 바로 건축물 등의 존치, 존치제도이다. 공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 공공주택사업자에게 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 위와 같은 내용은 토지등의 수용 및 보상에 관한 법률을 규정하고 있는 토지보상법에는 존재하지 않는 내용으로, 공공주택 특별법 제27조 제2항 내지 제5항의 내용과 같이 동법 제27조 제6항에 따라 토지보상법에 우선하여 적용된다.

2. 공공주택 특별법 제27조의2의 내용

(1) 존치 요건

공공주택 특별법에서는 공공주택사업자에게 주택지구의 조성 또는 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 토지등을 수용 또는 사용할 수 있는 권한을 부여하되(공공주택 특별법 제27조 제1항), 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있도록 하여 공공주택 특별법 제27조에도 불구하고 수용의 대상이 되는 건축물이나 그 밖의 시설을 존치하도록 할 수 있는 제도를 두고 있다(공공주택 특별법 제27조의2). 이 조항이 공공주택 특별법에서 예정하고 있는 공공주택지구에서의 기존 건축물 존치제도에 해당한다.

공공주택 특별법에 따라 기존의 건축물이나 그 밖의 시설(이하 ‘건축물 등’이라 함)을 존치하기 위해서는, 우선 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정되어야 하고, 대통령령으로 정하는 요건을 충족하여야 한다. 공공주택 특별법 시행령에서는 해당 요건으로, 먼저 건축물 및 영업장 등이 관계 법령에 따라 인·허가 등을 받고(공공주택 특별법 시행령 제21조 제1항 제1호 가목), 주택지구의 토지이용계획상 받아들일 수 있으며(동호 나목), 해당 건축물 등을 존치하는 것이 공익상 또는 경제적으로 현저히 유익하고(동호 다목), 해당 건축물 등이 해당 지구조성사업의 준공 이후까지 장기간 활용될 것으로 예상될 것을 요구한다(동호 라목). 또는 관계 행정기관의 장이 문화적·예술적 가치가 있다고 인정하여 존치를 요청하는 경우로서 통합심의위원회나 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회 심의를 거친 경우에도 해당 건축물 등을 존치시킬 수 있다. 이때의 ‘존치’란 해당 건축물에 대하여 공공주택사업자가 공공주택 특별법 제27조 및 토지보상법에 따른 본인의 수용권을 행사하지 않는 것을 의미한다. 즉, 공공주택 특별법 제27조의2의 경우 공공주택지구 조성사업에도 불구하고 지구 내에 위치한 존치 대상 건축물 등의 기존 소유권이 유지된다.

(2) 존치 절차

공공주택 특별법 제27조의2에서는 제1항에서 공공주택사업자가 일정한 요건을 충족하는 기존의 건축물 등을 존치하게 할 수 있다고 정하고, 동조 제2항에서 존치하게 된 시설물의 소유자에게 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있다고만 정하고 있을 뿐 건축물 등의 존치에 필요한 상세한 절차를 규정하고 있지 않다. 그런데 공공주택 특별법 시행령 및 동법 시행규칙에서도

학위논문, 2025, 59면 참조).

15) 공공주택 특별법 제27조의2(건축물의 존치 등) ① 공공주택사업자는 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다.
 ② 공공주택사업자는 제1항에 따라 존치하게 된 시설물의 소유자에게 도로, 공원, 상하수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있다.
 ③ 제2항에 따른 비용 부담의 기준·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

건축물 존치에 필요한 절차에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않고, 국토교통부훈령인 공동주택 업무처리지침과 한국토지주택공사의 용지규정도 절차 관련 규정은 존재하지 않는다. 공공주택 특별법 제27조의2에 따른 건축물 등의 존치에 필요한 절차를 확인할 수 있는 것은 한국토지주택공사의 공공주택지구 존치건축물 및 존치부지 처리지침(이하 ‘존치지침’이라 한다)이 유일하다.

존치지침에 따르면 지역본부장은 존치 대상 건축물이 있는 경우 존치 대상 건축물 조서를 작성하고(존치지침 제9조 제1항), 소유자의 존치 신청이 있는 경우에는 건축물 존치신청서와 이에 따른 각서¹⁶⁾를 받아야 하며(동조 제2항), 이를 통해 존치계획 기초 자료를 작성하여 의견을 조회하여야 한다(동조 제3항). 이후 지역본부장은 위 의견을 반영한 건축물 존치계획을 수립하여 사업담당부서장에게 송부하고 사업담당 부서장은 이를 지구계획 승인 신청서에 반영하여야 한다(동조 제4항). 이 과정에서 지역본부장은 건축물 존치계획 수립을 위하여 외부 전문기관에 용역 및 자문을 시행할 수 있고(동조 제5항), 사업담당부서장은 건축물 존치심의위원회 심의를 요청할 수 있다(동조 제6항).

건축물 존치계획이 반영된 지구계획이 승인되어 고시되면 존치계획이 확정되나(존치지침 제11조), 존치계획 확정 이후 6개월 이내에 존치 대상 건축물 소유자와 협의하여 존치약정을 체결하여야 하고(존치지침 제11조 제2항 제1호, 제12조), 존치부담금을 산정하여 존치 대상 건축물 소유자에게 부과하여야 한다(존치지침 제16조). 또한 존치 대상 건축물 부지 중 존치부지를 제외한 공급부지에 대하여 존치 건축물 소유자와 매매계약을 체결하여 공급부지를 공급해야 한다(존치지침 제11조 제2항 제2호, 존치지침 제18조).

<그림 1> 건축물 등의 존치 절차



(3) 존치의 효과

공공주택 특별법상 존치제도에 따라 건축물 등을 존치하는 경우, 우선적으로 공공주택사업지구에 포함된 건축물 등이 수용되거나 이전되지 않은 채로 공공주택사업지구에 존치된다. 이때 존치 대상 건축물의 소유자가 건축물의 존치에 필요한 토지를 소유하고 있지 못하거나 건축물의 존치에 필요한 면적 이상으로 토지를 소유하고 있는 경우에는 사업지구 토지이용계획 차원에서 획지정리를 하여 기존 존치 대상 건축물이 위치한 부지(기존부지) 중 일정한 토지는 존치 대상 건축물 소유자의 소유로 존치시키고(존치부지), 일정한 토지는 사업시행자가 취득하며(취득부지), 존치 대상 건축물의 유지에 필요한 부지를 공급하기도 한다(공급부지). 이에 따라 공공주택 사업지구에 포함된 건축물 등을 존치시킴에도 불구하고 공공주택사업지구 내 획지정리가 가능해진다.¹⁷⁾

이 과정에서 사업시행자는 건축물 등 소유자에게 도로, 공원, 상하수도 등 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있고, 이때 부과되는 비용을 존치부담금이라고 칭한다(공공주택 특별법 제27조의2 제2항, 제3항, 공공주택특별법 시행령 제21조 제3항 [별표4] 참조).

16) 건축물 존치신청에 따라 한국토지주택공사의 존치결정에 이의를 제기하지 않고, 존치 약정서를 체결하며, 존치에 필요하지 않은 부지를 양도하고, 존치부담금을 부담하겠다는 내용으로 구성된다(존치지침 제9조 제1항 [별지 제3호서식] 참조).

17) 이와 관련된 내용은 공공주택 특별법 시행령 제21조 제3항 [별표4]에서 존치부담금 단가산정방식 및 존치부지범위 등의 적용기준을 정하면서 부수적으로 규율되고 있고, 존치지침에서도 관련 내용을 포함하고 있다.

3. 존치제도와 관련하여 현존하는 갈등

존치제도와 관련하여 주로 발생하는 갈등은 존치 결정에 대한 문제, 취득부지에 대한 보상금액에 관한 문제, 존치부담금에 대한 문제 등이 대표적이다.¹⁸⁾ 이러한 문제 발생에는 공공주택 특별법에서 존치제도와 관련된 절차를 구체적으로 규율하고 있지 않다는 점이 큰 영향을 미친 것으로 보이는데, 한국토지주택공사는 2021. 2. 공공주택 업무처리지침 개정을 통한 존치 심의위원회 구성 근거 마련 이후 존치업무의 효율성 등을 감안하여 2022. 12. 존치지침을 신규 제정하였고, 여러 연구용역 등을 거친 끝에 2024. 11. 존치지침을 대폭 개정하여 현재에 이르고 있다. 존치지침의 제정과 개정을 통하여 공공주택 특별법에서 정하는 존치요건을 세부적으로 규율하고, 존치에 필요한 행정 절차를 상세하게 정리하여 존치제도의 불확실성은 상당 부분 해소되었다.

그러나 여전히 존치제도에 대한 민원은 지속되고 있는 것으로 보인다. 먼저, 취득부지에 대한 보상금액에 관한 문제와 존치부담금에 대한 문제는 어느 개발사업에서도 쉽게 찾아볼 수 있는 문제들로 존치제도 자체에 대한 것이라고 보기는 어렵다. 다만, 존치 결정에 대한 문제는 이들과는 좀 다른 차원의 문제이다. 이는 근본적으로 개발사업 대상부지에서 존치가 단순히 기존 토지 등 소유자의 소유권 존치를 넘어 일정한 혜택으로 받아들여지고 있는 데에서 기인한다. 실제로 존치 대상 건축물의 소유자는 개발사업으로 인하여 개발사업 대상부지가 개발되고 공공시설 등이 설치되어 발생하는 개발이익을 그대로 향유하게 되고, 이는 존치 대상 건축물의 소유자가 존치 부담금을 납부하는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 건축물 등의 소유자는 공공주택 특별법에 따른 존치제도를 통하여 본인의 건축물 등이 존치되기를 바라고, 건축물 등의 존치가 받아들여지지 않는 경우 이를 다투고자 하는 것이 보통이다. 다만, 법원에서는 사업시행자의 존치 결정에 대하여 제기되는 건축물 등 소유자의 소를 대부분 각하하고 있다.¹⁹⁾

IV. 건축물 등의 수용 및 활용 가능 범위

1. 공공주택사업자의 권한 범위

공공주택 특별법상 존치제도와 관련하여 2022. 12. 존치지침 제정 이후 존치심의위원회는 3개의 공공주택지구에서 6개의 건축물 등의 존치 여부를 심의하여 3건의 존치 의결을 한 것으로 확인된다.²⁰⁾ 그러나 최근 기성 시가지로부터 밀접한 지역에 다수의 공공주택 지구들이 지정되는 과정에서 공공주택사업지구 내에 양호한 건축물 등이 밀집된 지역들²¹⁾이 다수 포함되었고 이들 사업지구에서는 건축물 등 소유자의 존치 신청이 증가할 것으로 예상된다. 존치 지침에 따르면, 건축물 등이 존치되기 위해서는 건축물 등 소유자의 동의를 전제로 한 존치약정의 체결이 필수적이다. 이는 공공주택사업자가 자의적으로 일정한 요건을 충족하는 건축물 등을 존치시킬 수 있도록 규정하고 있는 공공주택 특별법과는 비교되는 부분이다. 다만, 공공주택 특별법에서 명시적으로 건축물 등 소유자의 신청 또는 동의 요건을 두고 있지는 않으나, 공공주택 특별법 제27조의2 제2항에서 공공주택사업자가 존치하게 된 건축물 등의 소유자에게 공공시설의 설치 등에 필요한 비용을 부담시킬 수 있도록 규정하고 있는 점, LH공사 용지규정 제69조 제3항에서 정하는 바와 같이 존치되는 건축물 등의 소유자는 LH공사로부터 당해 건축물의 유지관리에 소요되는 부지를 공급받게 된다는 점 등을 고려하면 존치 지침에서 정하고 있는 건축물 등 소유자의 동의 요건은 처음부터 공공주택 특별법 제27조의2에 내포되어 있는 요건이라고 볼 수도 있다.

따라서 현행 존치제도는 기본적으로 존치 요건을 충족하는 건축물 등의 소유자가 존치를 원하는 경우에만 적용될 수 있는 것인데, 사업시행자의 입장에서는 양호한 건축물 등이 밀집된 구역에서 일부 소유자만이 존치를 신청하고 다른 소유자는 존치를 신청하지 않는 경우, 사업의 추진을 위하여 존치를 신청한 소유자의 요건 충족 여부와 관계없이 건축물 등을 존치시킬 수 없는 상황이 발생한다. 이러한 경우 공공주택사업자가 소유자의 존치 신청이 없었던 건축물 등을 수용하여 철거하지 않고 존치시켜 활용할 수 있는 것인지, 소유자의 존치 신청에도 불구하고 이를 수용하여 사업시행자가 활용할 수 있는 것인지 등이 문제된다.

18) 석호영 외, 앞의 책, 3면 참조; 최수 / 김승종 / 배유진, 앞의 책, 2면 참조.

19) 수원지방법원 2022. 6. 8. 선고 2021구합75888 판결, 인천지방법원 2023. 11. 17. 선고 2022구합57545 판결 등 참조.

20) 한국토지주택공사, “정보공개 사전정보공표 부동산 정보 중 위원회 심의결과”, https://www.lh.or.kr/board.es?mid=a10103040000&bid=0007&list_no=654643&act=view (2026. 2. 23. 확인).

21) 김포한강2 공공주택 조성사업, 용인이동 공공주택지구 조성사업, 화성진안 공공주택지구 조성사업, 서울서리풀1,2 공공주택지구 조성사업 등이 대표적이다.

2. 건축물 등의 수용

(1) 지장물인 건축물

토지보상법에서는 공익사업에 필요한 ‘토지 등’을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정한다(토지보상법 제1조). 이때 토지보상법을 통해 취득하거나 사용할 수 있는 ‘토지 등’에는 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목, 건물, 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 광업권·어업권·양식업권 또는 물의 사용에 관한 권리, 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈에 관한 권리 등이 모두 포함된다(토지보상법 제3조). 하지만 약칭에서 알 수 있듯이 토지보상법은 제도의 중심을 ‘토지’의 수용 및 손실보상에 두고 나머지는 토지에 관한 규정을 준용하고 있다.²²⁾

일반적인 공익사업에서 공익사업의 시행자가 수용하여 활용하기를 원하는 것은 피수용자가 소유하고 있는 토지이고, 그 토지의 지상에 위치한 건축물, 입목 등 지장물을 필요로 하는 경우는 매우 적다. 공익사업으로 진행되는 대부분의 개발사업은 특정한 구역 내에 위치한 토지를 수용하여 그 위의 지장물 등을 철거하거나 이전한 후의 빈 땅을 대지로 조성하여 그 위에 기반시설을 설치하거나 택지 등을 만드는 것을 내용으로 하기 때문이다.²³⁾ 따라서 토지보상법은 원칙적으로 건축물을 비롯한 지장물을 사업구역 바깥으로 이전하는 방식으로 처리하도록 하고 있고, 이에 따라 사업시행자가 사업구역 내에 위치한 건축물을 수용하는 방식으로 사업을 진행하는 경우는 매우 드물다.

(2) 이전주의 원칙의 예외로서 건축물 등의 수용

토지보상법 제3조에서는 “사업시행자가 다음 각 호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 취득하거나 사용하는 경우에는 이 법을 적용한다”고 규정하면서, 동조 제2호에서 “토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목(立木), 건물, 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리”를 두어 건축물 등의 취득에도 토지보상법을 적용할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 토지보상법 제75조 제1항에서는 “건축물·입목·공작물과 그 밖에 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 한다”고 규정하여 건축물 등의 이전과 이전비 보상을 원칙으로 규정하고 있다.

동항 단서에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하여야 한다”고 규정하여 예외적으로 가격보상을 하는 경우를 두고 있는데, 동항 제1호는 건축물 등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우이고, 동항 제2호는 건축물 등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우이므로, 여전히 건축물 등의 이전을 전제하여 그 보상만을 가격 보상으로 하도록 하는 규정이다. 동항 제3호에서는 “사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우”를 두어 사업시행자가 건축물 등의 소유권을 취득하는 경우 해당 건축물 등의 가격으로 보상하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 이전주의 원칙을 채택하고 있는 토지보상법에서 예외적으로 사업시행자가 건축물 등을 취득할 수 있는 규정을 두고 있는 규정이다. 토지보상법 제75조 제1항은 건축물 등의 수용에 관한 규정이라기보다는 건축물 등의 보상에 관한 규정이라는 하나, 토지보상법 제75조 제1항 제3호에서 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 건축물을 취득하는 경우를 규율하고 있으므로 토지보상법에서 사업시행자에게 건축물의 취득을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

이처럼 토지보상법에서는 원칙적으로 건축물 등을 포함한 지장물을 이전하도록 하고 이에 따라 건축물 등의 소유자에게 이전보상을 지급하도록 하고 있다. 이 경우에는 건축물 등의 소유권이 사업시행자에게 이전되지 않는다. 다만, 우리나라 수용 및 보상 실무에서 사업시행자가 지장물인 건축물에 대한 보상으로 이전비를 지급하는 예는 거의 존재하지 않고, 건축물의 가격인 취득비를 보상으로 지급하는 것이 보통이다. 그런데 대법원에서는 “사업시행자가 사업시행에 방해가 되는 지장물에 관하여 법 제75조 제1항 단서 제2호에 따라 이전에 소요되는 실제 비용에 못 미치는 물건의 가격으로 보상한 경우, 사업시행자가 물건을 취득하는 제3호와 달리 수용 절차를 거치지 아니한 이상 사업시행자가 보상만으로 물건의 소유권까지 취득한다고 보기는 어렵”다고 판시하였다.²⁴⁾ 즉, 단순히 건축물 등에 대하여 가격 보상을 한 경우까지도 사업시행자가 건축물 등을 수용하여 소유권을 취득하였다고는 볼 수 없고, 건축물 등에 대한 별도의 수용재결을 거쳐야 한다는 것이다.

22) 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2022, 18면 이하 참조.

23) 위의 글, 53면.

24) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다94960 판결.

(3) 취득보상과 수용재결 절차의 유리

사업시행자가 건축물 등에 대하여 가격 보상을 하더라도 건축물 등에 대한 별도의 수용재결 없이는 건축물 등의 소유권을 취득한다고 보기 어렵다. 토지보상법에 따르면 토지보상법 제75조 제5항에서는 “사업시행자는 사업예정지에 있는 건축물등이 제1항 제1호 또는 제2호에 해당하는 경우에는 관할토지수용위원회에 그 물건의 수용재결을 신청할 수 있다”고 규정하여 이전보상이 아니라 취득보상을 지급해야 하는 경우에 사업시행자가 수용재결을 신청하여 건축물 등의 소유권을 취득할 수 있도록 규정하고 있으나, 토지보상법 제75조 제5항은 제75조 제1항 제1호 및 제2호에 해당하는 경우 반드시 수용재결을 신청하도록 규정하고 있지 않고, 제75조 제1항 제3호의 경우에는 수용재결을 신청할 수 있도록 하고 있지 않다. 토지보상법 제75조 제5항은 토지보상법 제정 당시에는 법률에 존재하지 않고 시행령에 위치하였으나, 2007년 10월의 법률 개정으로 신설된 조항이다. 해당 조항에서는 지장물 수용의 요건으로서 “제1항 제1호에 해당하는 경우”를 들어 건축물의 이전불능으로 인한 수용청구를 규정하고, “제1항 제2호에 해당하는 경우”를 두어 이전비 과다로 인한 수용청구에 해당하는 유형을 건축물 등의 수용청구 유형으로 두고 있다. 하지만 토지보상법 제75조 제5항은 “수용 재결을 신청할 수 있다”고만 정하고 취득보상을 지급해야 하는 제75조 제1항 제1호 및 제2호의 경우에 수용 재결을 신청하여야 한다고 규정하지 아니하여 취득보상과 수용재결 절차의 제도적 유리를 가져오게 되었다.²⁵⁾ 즉, 이 경우에 지장물 이전이 현저히 곤란하거나 이전비가 가격을 넘는 경우 사업시행자는 지장물에 대한 별도의 수용재결을 신청하는지 여부와 무관하게 지장물의 이전비가 아니라 가격을 보상금으로 지급할 의무를 부담하게 되는 것이다. 이처럼 토지보상법은 사업시행자가 건축물 등의 가격을 보상하는 절차와 건축물 등의 소유권이 이전되는 절차를 연동시키고 있지 않다.

위와 같은 제도적 결함이 지금까지 크게 문제되지 않은 것은 대부분의 사업시행자가 사업예정지에 위치한 건축물 등을 철거하거나 폐기할 목적으로 재결을 신청하기 때문에, 굳이 건축물 등을 별도로 수용하여 건축물 등의 소유권을 확보할 필요성을 느끼지 못하기 때문이다. 반대로 사업시행자에게 건축물 등을 수용당하는 피수용자 역시 건축물 등이 위치한 토지를 수용당하는 입장에서 건축물 등이 얼마에 수용당하는지 여부가 중요할 뿐, 건축물 등의 소유권이 법적으로 사업시행자에게 어떻게 이전되는지 신경쓰지 않는다. 이로 인하여 실무상 사업시행자는 건축물 등을 수용당하는 피수용자에게 건축물 등의 가격을 보상하면서도 건축물 등에 대한 별개의 수용재결을 신청하지 않는 것이 보통이다. 사업시행자와 피수용자 모두 어차피 철거될 건축물 등의 소유권에는 크게 관심이 없기 때문이다.

대법원에서는 사업시행자가 지장물인 건축물의 취득가격 전액을 보상하였더라도, 토지와 별도로 지장물에 대한 명시적인 수용재결을 신청하지 않은 이상 사업시행자는 지장물의 소유권을 취득하지 못한다고 보고,²⁶⁾ 중앙토지수용위원회에서도 사업시행자가 토지와 별도로 지장물의 수용재결을 신청하여 재결을 받은 경우에 한하여 지장물의 소유권을 취득한다고 해석하고 있으나,²⁷⁾ 소유권을 취득하지 못한 사업시행자도 건축물 등을 이전하거나 제거할 수는 있다고 보고 있다.²⁸⁾

3. 공공주택사업자의 건축물 등의 수용 및 활용 가능성

(1) 토지보상법에 따른 건축물 등의 수용 및 보상

건축물 등의 존치와 관련하여, 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자가 일정한 요건을 충족하는 건축물 등 소유자와 협의하여 건축물 등을 존치할 수 있다고 규정할 뿐, 공공주택 특별법 제27조에 따라 공공주택사업자의 건축물 등 수용과 관련하여 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 공공주택사업자가 건축물 등을 수용할 수 있는지 여부는 토지보상법에서 정한 바에 따를 수밖에 없다.

앞에서 확인한 것과 같이 토지보상법은 공익사업의 시행자로 하여금 원칙적으로 수용 또는 사용할 토지에 있는 건축물 등을 사업구역 바깥으로 이전하도록 하고 있고, 이에 따라 실무적으로도 사업구역 내에 위치한 건축물 등에 대해서는 별도의 수용재결을 신청하지 않는 것이 보통이다. 그러나 토지보상법 제75조 제1항 단서에서는 “다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하여야 한다”고 규정하여 이전비 보상 원칙의 예외인 가격 보상을 정하고 있다. 가격 보상의 대상이 되는 건축물 등은 크게 “폐기형 지장물”과 “사용형 지장물”로 구분될 수 있는데,²⁹⁾ 폐기형 지장물은 토지보상법 제1항 제1호 및 제2호에 해당하는 것으로, 건축물등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우나 건축물등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우를 의미하고, 사용형 지장물은 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우를 의미한다. 즉, 토

25) 박건우, 앞의 글, 81면.

26) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다94960 판결.

27) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2026 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2025, 354면.

28) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다89549 판결.

29) 박건우, 앞의 글, 85면.

지보상법에 따라 건축물 등을 수용하기 위해서는 토지보상법 제1항 제3호에 따라 공익사업의 시행자가 ① 공익사업에 ② 직접 사용할 목적으로 ③ 수용재결을 거쳐 ④ 가격 보상을 지급하는 방법으로 취득하여야 한다.

(2) 건축물 등 수용의 요건

토지보상법 제75조 제1항 제3호는 “사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우”에 건축물 등을 해당 물건의 가격으로 보상하도록 규정한다. 따라서 공공주택사업자가 토지보상법 제75조 제1항 제3호에 따라 수용재결을 신청하여 가격을 보상한 건축물 등에 대해서는 공공주택사업자의 소유권 취득 및 사용이 허용된다. 다만, 토지보상법에서는 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’의 취득만 허용하고 있으므로, 공공주택지구 조성사업을 진행하는 공공주택사업자가 공공주택사업지구 내에 위치한 건축물 등을 수용하여 활용하는 것이 ‘공익사업’에 ‘직접 사용할 목적’에 해당하는지가 문제된다.

1) 공공주택 특별법에서의 공익사업

공공주택 특별법 제2조 제3호에서는 공공주택사업을 정의하면서, 공공주택사업에는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업, 도심공공주택복합사업이 해당된다고 밝히고 있다. 공공주택 특별법은 토지의 합리적 이용을 위하여 행정주체 또는 공공단체가 사업의 주체가 되어 도시를 개발하거나 재정비하는 사업 등의 근거가 되는 법률이므로 개발사업법에 해당하고, 공공주택 특별법에서 규정하는 공공주택사업은 개발사업에 해당한다고 볼 수 있다.³⁰⁾ 그러나 개발사업법에서 규정하는 모든 개발사업이 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 공익사업에 해당하는 것은 아니다. 실제로 토지보상법 제4조 제8호 별표에서는 공공주택 특별법의 이름을 확인할 수 있으나, 공공주택 특별법 제2조 제3호에서 정의된 모든 사업의 명칭이 확인되지는 않는다. 토지보상법 제4조 제8호 별표의 2. (7)에서는 “공공주택 특별법 제2조 제3호 가목에 따른 공공주택지구조성사업, 같은 호 나목에 따른 공공주택건설사업 및 같은 호 마목에 따른 도심 공공주택 복합사업”만을 규정하고 있을 뿐이다. 공공주택 특별법이 개발사업법이고 공공주택 특별법에서 정하는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업, 도심 공공주택 복합사업은 개발사업일 수는 있으나, 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 도심 공공주택 복합사업이 아닌 공공주택매입사업과 공공주택관리사업은 토지보상법에 따른 공익사업에 해당하지 않는다. 따라서 공공주택사업자는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 도심 공공주택 복합사업에 ‘직접 사용할 목적’으로 건축물 등을 수용할 수는 있으나, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업에 ‘직접 사용할 목적’으로 건축물 등을 수용할 수는 없다.

2) 직접 사용할 목적

토지보상법에서 건축물을 포함한 지장물의 경우에는 이전비를 보상하도록 하고 있다는 점을 감안하면, 예외적으로 사업시행자가 건축물을 공익사업에 직접 사용할 목적으로 수용재결을 통해 취득할 때의 요건은 엄격하게 해석되어야 할 필요가 있다. 이전비를 지급하도록 하는 이전재결의 경우에는 타인의 소유권을 제한하는 데에 그치지만, 가격을 보상하여 건축물의 소유권을 수용하는 수용재결의 경우에는 타인의 소유권을 완전히 박탈한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 토지보상법 제75조 제1항 제3호에서 말하는 ‘직접 사용’은 원칙적으로 건축물 등의 수용 자체가 공익사업의 목적에 완전히 부합한다거나, 수용된 건축물 등이 공익사업의 진행에 있어 도구적으로 활용되는 정도에 한정된다고 해석하는 것이 타당하다.

이와 관련하여 문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률(이하 ‘문화유산법’이라 한다) 제83조에서는 “국가유산청장이나 지방자치단체의 장은 문화유산의 보존·관리를 위하여 필요하면 지정문화유산이나 그 보호구역에 있는 토지, 건물, 나무, 대나무, 그 밖의 공작물을 토지보상법에 따라 수용(收用)하거나 사용할 수 있다”고 규정하여 문화유산의 보존 및 관리를 위하여 건축물을 수용할 수 있도록 하고 있다. 이는 건축물 등의 수용 자체가 공익사업의 목적에 완전히 부합한다는 점, 문화유산인 건축물의 보존 및 관리를 위하여 건축물의 수용이 필수적이라는 점 등을 고려하면 토지보상법 제75조 제1항 제3호의 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’이라는 요건을 충족시키는 것이라고 할 것이다. 문화유산법에서의 건축물 등의 수용과 유사한 것으로 고도 보존 및 육성에 관한 특별법 제17조에 따른 고도에 존재하는 역사적 건축물의 수용이나 관광진흥법 제61조에 따른 관광자원인 건축물 등의 수용 등을 들 수 있다. 고도 보존 및 육성에 관한 특별법에서의 공익사업은 고도보존육성사업으로 고도에 존재하는 역사적 건축물의 수용은 고도보존육성사업에 필수적이고, 관광진흥법에서의 공익사업은 관광지 조성사업으로 관광지 조성사업에 관광자원인 건축물을 수용하는 것 역시 관광지 조성이라는 목적 자체

30) 김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023, 397면 참조.

에 부합하는 것이다. 이처럼 공익사업에 직접 사용할 목적이라는 요건이 충족되기 위해서는 공익사업의 목적이 건축물에 내재하는 고유한 가치를 활용하여 달성될 수 있는 것이어야 하고, 그러한 목적을 달성하기 위하여 건축물의 수용이 필요하여야 한다.

다만, 공익사업의 사업시행자가 특정한 건축물 등을 공익사업에 직접 사용할 목적으로 수용재결을 통해 취득하는 경우는 거의 찾아보기 어렵다. 일반적인 공익사업은 대부분 그 토지를 활용하기 위한 목적으로 토지 등을 수용하기 때문에 지장물을 필요로 하는 경우가 거의 없기 때문이다. 또한 기본적으로 공공수용에는 강한 공익성이 요구되므로 사업시행자 입장에서는 이전재결 또는 협의매수가 아니라 굳이 더 강한 공익적 판단을 요하는 지장물에 대한 수용재결을 청구할 유인이 매우 적다.

(3) 공공주택사업에 직접 사용할 목적으로의 건축물 등의 수용

공공주택 특별법 및 토지보상법에 따라 경우, 공공주택사업자는 수용하고자 하는 건축물 등을 공공주택지구조성사업에 직접 사용할 것이라는 점을 주장하고 입증하여 중앙토지수용위원회에 해당 건축물 등에 대한 수용재결을 신청하고 수용재결을 받은 이후 해당 건축물 등의 전 소유자에게 해당 건축물 등의 가격을 보상하여 건축물 등을 수용할 수 있다. 문제는 문화유산의 보존 및 관리를 위하여 건물을 수용할 수 있도록 규정하고 있었던 문화유산법 제83조와 달리 공공주택 특별법 제27조는 주택지구의 조성을 위하여 토지등을 수용할 수 있다고 규정하고 있다는 점이다.³¹⁾ 즉, 토지보상법 제75조 제1항 제3호의 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’을 공공주택 특별법 제27조와 연결지어 해석하게 되면, 공공주택사업자는 주택지구의 조성을 위하여 직접 사용할 목적으로 건축물 등을 수용하여야 한다.

기본적으로 주택지구의 조성은 공공주택지구로 지정된 부지를 전부 수용하고 부지 위에 존재하는 지장물, 즉 건축물 등을 사업부지 외부로 이전하거나 철거하여 공공주택을 건설할 수 있는 택지를 조성하는 것을 의미한다. 따라서 문화유산법에서의 그것과는 달리 건축물 등의 잔존은 공공주택지구조성사업의 목적과 상충하는 것으로 보일 수 있다. 다만, 토지이용계획 및 지구단위계획에서부터 공공주택지구 내에 단독주택용지로 지정된 구역 내에 위치한 단독주택 등을 집단적으로 존치하여 해당 지역을 단독주택용지에 적합하게 획지를 정리하거나, 건축물 등을 수용하여 도구적인 의미로 공공주택지구조성사업에 직접 사용하는 경우 등은 충분히 주택지구의 조성에 건축물 등을 직접 사용하는 것이라고 볼 여지가 있다. 따라서 공공주택사업자는 일정한 조건 하에 공공주택사업에 직접 사용할 목적으로 건축물 등을 수용할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 수용한 건축물 등의 활용 가능성

공공주택 특별법에서는 공공주택사업자가 소유한 건축물을 재분양하거나 상업적으로 활용하는 것 자체를 금지하는 규정은 존재하지 않고, 다른 관련 법률에서도 공공주택사업자가 소유한 건축물의 활용 자체를 금지하는 규정은 찾아보기 어렵다. 따라서 공공주택사업자가 소유한 건축물을 재분양하거나 상업적으로 활용할 수 있는지 여부는 공공주택사업자의 이러한 활용이 토지보상법에서 예정하는 수용제도에 부합하는 것인지를 검토하여 확인할 필요가 있다.

공공주택지구조성사업 대상 부지에 위치한 건축물 등을 수용한 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 철거하지 않고 활용한다는 것은 결국 해당 건축물 등이 공공주택 특별법령 및 존치지침 등에서 정하고 있는 존치에 필요한 모든 요건을 충족한다는 것을 의미한다. 해당 요건을 충족시키는 건축물 등의 소유자가 존치제도에 따른 존치 신청을 하지 않은 경우에는 공공주택사업자가 건축물 등을 수용하여 공공임대주택 등의 공익적 목적으로 활용할 수는 있겠으나, 해당 건축물 등의 소유자가 건축물의 존치를 신청한 경우에는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 매우 희박해진다. 특히, 공공주택사업자가 공공주택지구조성사업을 목적으로 수용권을 부여받아 수용한 건축물 등을 철거하지 않고 상업적 목적으로 활용하는 것은 헌법 및 토지보상법에서 제한적으로 공익사업을 위한 수용권을 부여하고 있는 공용수용 제도의 취지에 정면으로 반하는 것이다. 이러한 행위가 허용된다면 공공주택사업자를 비롯한 공익사업의 시행자는 공익사업시행 부지 내에서 공익사업 시행자가 원하는 목적으로 활용하기 위하여 다른 사람의 소유권을 박탈할 수 있는 권한을 얻는 것이고, 이는 그 자체로 초헌법적인 권한으로 허용되기 어렵다.

다만, 건축물 등의 소유자가 존치를 신청하지 않은 건축물 등을 공공주택사업자가 수용하고 이를 집단적인 단독주택단지 등을 조성하여 공공임대주택 등으로 활용하는 경우와 같이 공익사업에 직접 활용할 목적으로 수용하여 공익성 및 공공필요가 인정되는 활용의 경우까지 금지된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

31) 공공주택 특별법에서는 공공주택 특별법 제27조 제1항에서 수용할 수 있다고 규정하는 ‘토지등’이 정확하게 무엇을 의미하는지 전혀 규정하고 있지 않다. 다만, 수용 및 보상의 일반법으로 활용되는 토지보상법에서는 ‘토지등’이 토지보상법 제3조 각호에 기재된 토지, 물건 및 권리를 말한다고 규정하고 있으므로 공공주택 특별법에 등장하는 ‘토지등’ 역시 건축물 등을 포함하는 개념으로 해석할 수 있다.

V. 존치 거부에 대한 쟁송 가능성

1. 일반적인 수용 관련 소송과 구별되는 소송물

공공주택사업자가 건축물 등 소유자의 존치 신청에도 불구하고 해당 건축물 등을 수용하고 이를 상업적으로 활용하는 등의 공익성이 인정되기 어려운 행위를 한다고 하더라도, 건축물 등 소유자가 이를 법적으로 다투는 것은 쉽지 않다. 기본적으로 수용권 부여에 있어 특정한 공익사업의 공공성 또는 공공필요의 충족 여부를 판단하는 단계는 사업인정의 단계이다.³²⁾ 공공주택 특별법에서는 사업인정의제 조항을 두고 있으므로, 공공주택지구를 지정하는 단계에서 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 의제된다.³³⁾ 이에 따라 공공주택지구가 지정되면 공공주택사업자는 공공주택지구 전체에 대하여 포괄적인 수용권을 부여받게 되며, 이후 사업인정의제에 기초하여 개별적인 수용재결이 내려지게 된다. 공공주택 특별법에서는 주택지구가 지정·고시된 날부터 1년 이내에 지구계획을 수립하여 국토교통부장관에게 승인을 신청하도록 하고 있으므로,³⁴⁾ 공공주택사업자는 공공주택지구 전체에 대하여 이미 수용권을 부여받은 상태에서 개별 건축물 등의 존치 여부를 결정하게 되는 것이다. 건축물 등의 소유자 입장에서 공공주택사업자가 수용한 건축물을 철거할 것인지 어떠한 목적으로 활용할 것인지를 사업인정 단계, 특히 사업인정의제 단계에서 미리 아는 것은 사실상 불가능한 일에 가깝고, 대법원에서는 사업인정 자체를 무의미하게 하여 사업의 시행을 불가능하게 하는 재결은 행할 수 없다³⁵⁾고 보아 수용재결 및 수용재결에 대한 항고소송에서는 사업인정에 속하는 부분을 다룰 수 없도록 하고 있으므로 수용재결 단계에서 이를 다투는 것도 불가능하다.

따라서 건축물 등 소유자가 공공주택사업자에게 건축물 등의 존치를 신청하였다가 거절되어 이를 다투고자 하거나, 존치신청에도 불구하고 건축물 등이 수용된 이후에 이를 철거하지 않고 공공주택사업자가 사용하는 행위 등을 다투고자 할 경우에는 사업인정 및 수용재결 등을 다투던 기존과는 다른 방법을 강구해야 한다.

2. 기존 판례의 태도

공공주택 특별법에 따른 존치제도와 관련하여 건축물 등 소유자가 건축물 등의 존치를 신청하였으나 공공주택사업자가 이를 반려한 경우, 이를 다투는 사례는 크게 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 유형은 건축물 등 소유자의 존치 신청을 반려한 공공주택사업자의 행위를 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분으로 보아 이에 대한 거부처분 취소소송을 제기하는 것이고,³⁶⁾ 두 번째 유형은 건축물 등에 대한 존치를 심의하는 과정에서 건축물 존치 심의위원회를 개최하지 않은 행위를 문제 삼아 이를 건축물 존치 심의위원회 개최 신청에 대한 거부처분으로 보고 이에 대한 거부처분 취소소송을 제기하는 것이다.³⁷⁾

첫 번째 유형에서 법원은, 공공주택 특별법 제27조의2 및 동법 시행령 제21조 제1항의 각 규정만으로는 주택지구에 포함된 건물의 소유자인 원고에게 개별적으로 그 건물의 존치를 요구할 법률상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 볼 수 없고 원고의 신청을 받아들이지 아니한다는 통보가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 판단하였다. 두 번째 유형에서는 ‘건축물 존치 심의위원회’는 공공주택 특별법 및 대통령령 등이 아니라 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침에 근거를 두고 있고, 건축물 등의 존치 여부를 결정하기 위하여 반드시 개최하여야 하는 것도 아니며, 공공주택사업자가 건축물 존치 심의위원회의 결정에 반드시 기속되는 것도 아니므로 건축물 존치 심의위원회는 행정청 내부의 심의기관에 불과하여 이는 원고의 법률상의 지위를 변동시키거나 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니라서 개최 여부에 대한 회신이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 보았다.

위 두 가지 유형에 관련된 법원의 판단은 원고의 청구를 각하하는 것으로 동일하나, 위 두 가지 유형은 분명하게 구분될 수 있다. 우선 첫 번째 유형에서 원고가 다투는 대상은 원고의 존치 신청에 대한 공공주택사업자의 거부행위이고, 여기에서의 쟁점은 공공주택사업자의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지이다. 대법원에서는 도시계획시설 변경신청을 거부한 사안에 관하여 도시계획 영역에서의 계획변경신청을 부정하는 논리로서 이른바 ‘신청권 이론’을 도입하였고³⁸⁾ 이러한 판례 이론은 현재까지 유지되고 있으므로,³⁹⁾ 건축물 등 소유자인 원고에게 건축물 등의 존치를 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 있는지 여부가 결국 문제된다.

32) 김중보, 앞의 책, 582면.

33) 공공주택 특별법 제27조 제2항.

34) 공공주택 특별법 제16조 제1항.

35) 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두8538 판결 등 참조.

36) 대표적으로 인천지방법원 2023. 11. 17. 선고 2022구합57545 판결 참조.

37) 대표적으로 수원지방법원 2022. 6. 8. 선고 2021구합75888 판결 참조.

38) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결 참조.

39) 이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 『행정법연구』 제63호(행정법이론실무학회, 2020. 11.), 67면 참조.

이와 달리 두 번째 유형에서는 건축물 존치 심의위원회 개최 여부에 관한 회신 자체가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 보았는데, 이는 거부행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부가 문제되는 첫 번째 유형과 달리 건축물 존치 심의위원회 개최 자체가 처분에 해당하지 않는다고 판단한 것에 가까운 것으로 보인다.

3. 존치제도에서의 신청권 인정 여부

(1) 판례의 신청권 이론

거부처분의 처분성 인정요건으로 신청권을 요구하는 판례의 태도에 대해서 학계에서는 꾸준한 비판의 목소리가 있어 왔다.⁴⁰⁾ 그러나 판례의 신청권 이론을 옹호하는 견해도 존재하고,⁴¹⁾ 여러 비판적인 지점이 있다고 하더라도 판례의 신청권 이론이 나름의 사명을 충실히 해왔다고 평가하는 견해 역시 존재한다.⁴²⁾ 최근에는 거부처분에 대한 취소소송에서 신청권 이론을 언급하지 않는 판례들이 등장하기도 하였으나,⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 적극적으로 신청권 이론에 관련된 판례법리가 변경될 가능성은 높지 않을 것으로 보이는 것이 사실이다.⁴⁴⁾ 이러한 점을 고려하면 존치제도에서 건축물 등 소유자에게 과연 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는 것인지 여부를 검토할 필요가 있다.

(2) 법규상 신청권 여부

공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 “공공주택사업자는 주택지구 내에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다”고 규정하고 있다.

법률에서 그 요건의 판단 또는 효과의 결정에 있어 행정청에게 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있는 경우 당해 행위를 재량행위라 한다.⁴⁵⁾ 그런데 공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 “공공주택사업자는 주택지구 내에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 기본적으로 건축물 등의 존치 여부를 결정하는 것은 행정청인 공공주택사업자의 재량행위라고 할 것이다. 그러나 행정청에 부여되어 있는 재량권은 법적 한계 내의 것이고,⁴⁶⁾ 행정청의 재량권 행사가 그 법적 한계를 벗어나는 것과 같은 재량권의 일탈은 사법심사의 대상이 되므로,⁴⁷⁾ 공공주택사업자에게 존치 여부를 결정할 재량이 있다는 점이 건축물 등 소유자의 신청권을 부인할 근거는 될 수 없다.⁴⁸⁾ 다만, 공공주택 특별법 제27조의2 제1항 및 동법 시행령 제21조에서는 건축물 등 소유자가 공공주택사업자에게 건축물 등의 존치를 신청할 수 있다는 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로, 법규상 신청권이 인정되지는 않는다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 이는 건축물 존치 심의위원회 개최에 대해서도 마찬가지이다.⁵⁰⁾

40) 박정훈, “취소소송의 4유형-취소소송의 대상적격과 원고적격”, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006, 86면 이하 참조; 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』 제8호(행정법이론실무학회, 2002. 8.), 254면 참조; 최계영, “용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성”, 『행정법연구』 제14호(행정법이론실무학회, 2005. 10.), 440면 참조; 이상덕, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 ‘신청권’ 이론에 관한 비판적 고찰”, 『사법』 제55호(사법발전재단, 2021. 1.), 1087면 참조.

41) 백윤기, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 신청권”, 『행정법연구』 제1호(행정법이론실무학회, 1997. 6.), 230면 이하 참조.

42) 이은상, 앞의 글, 79면 참조.

43) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017두47465 판결 참조.

44) 이은상, 앞의 글, 82면 참조.

45) 김동희 / 최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2023, 262면.

46) 위의 책, 278면.

47) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83누451.

48) 최계영, 앞의 글, 440면 참조.

49) 앞에서 확인한 것과 같이 공공주택 특별법 및 시행령에서는 건축물 등 소유자의 존치 신청에 대해 전혀 규정하고 있지 않고, 한국토지주택공사에서 제정한 존치지침 제9조 제1항 단서에서 “소유자의 신청에 의하여 존치를 검토하는 경우에는”이라는 문구를 두어 건축물 등 소유자가 존치를 신청할 수 있다는 사실을 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다.

50) 건축물 존치 심의위원회의 경우 공공주택 특별법 및 시행령에서는 그 내용이 확인되지 않고, 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침 제12조의 5 제4항에서 “공공주택 특별법 시행령 제21조 제1항 제1호 각 목의 요건에 따른 해당 건축물의 존치여부를 공공주택사업자가 판단하기 위하여 필요한 경우 별도의 ‘건축물존치 심의위원회’를 구성하여 심의를 통해 해당 건축물의 존치여부를 결정할 수 있다”고만 규정하고 있을 뿐이다.

(3) 조리상 신청권 인정 요건

법령상 신청권이 규정되어 있지 않는 경우에는 조리상 신청권이 인정될 수 있는지를 확인하여야 한다. 일반적으로는 처분신청을 통해 보호받을 법적 이익이 있는 자에게는 명문의 규정이 없는 경우에도 조리상 신청권이 인정된다.⁵¹⁾ 대법원에서는 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이라고 판시하고 있고,⁵²⁾ 판례해설에서는 조리상 신청권의 인정기준으로 ① 거부에 대하여 항고소송으로 다투는 이외에 다른 권리구제방법이 없는 경우, ② 관계 법규의 해석상 행정청이 그 행정처분을 하여야 할 의무가 있음이 명백한 경우, ③ 행정청이 그러한 권한을 행사하지 아니함으로써 국민이 입는 불이익이 부득이한 것으로 용인될 수 없을 정도로 매우 큰 경우 등을 제시하고 있다.⁵³⁾

위와 같은 기준으로 존치제도와 관련하여 건축물 등 소유자에게 존치 결정에 대한 조리상 신청권이 인정될 수 있는지를 살펴보면, 공공주택 사업자는 이미 공공주택사업지구 지정으로 인하여 사업인정을 의제받아 수용권을 부여받았으므로 건축물 등 소유자가 사업인정의제 당시에 이를 다투지 아니한 경우 존치 거부에 대하여 항고소송으로 다투는 이외에 다른 권리구제방법은 존재하지 않는다. 다만, 관계 법규의 해석상 공공주택사업자가 건축물 등을 존치하여야 할 의무가 있음이 명백한지 여부와 공공주택사업자가 건축물 등을 존치하지 아니함으로써 건축물 등 소유자가 입는 불이익이 용인될 수 없을 정도로 매우 큰 경우인지는 사안에 따라 달라질 수 있다. 특히 일반적인 거부처분과 달리 존치제도의 경우에는 이미 사업인정을 통하여 공공주택사업자에게 수용권이 부여되어 있으므로, 존치 거부에 관한 일반적 신청권을 허용하는 경우에는 앞에서 살펴본 것과 같이 이미 다툴 수 없게 된 사업인정처분 혹은 사업인정이 의제되는 처분에 대하여 사후적인 취소소송을 허용하는 것과 동일한 결과를 가져올 수 있으므로, 이를 신중히 고려하여야 한다.⁵⁴⁾

건축물 존치 심의위원회의 경우, 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침에 따르면이라도 공공주택사업자가 ‘필요한 경우’ 건축물 존치 심의위원회를 구성하여 심의를 통해 해당 건축물의 존치여부를 ‘결정할 수 있다’고 규정하고 있고, 건축물 존치 심의위원회 개최로 인하여 건축물 등 소유자의 법률상의 지위가 변동되는 등의 법률효과를 가져오는 것이 아니므로 이 자체가 처분이라고 보기 어렵다. 따라서 건축물 존치 심의위원회가 개최되지 않더라도 이것이 건축물 등의 존치를 거부하는 처분이라고 볼 수 없고, 이에 대한 조리상 신청권이 인정된다고 볼 수 없다.

(4) 공공주택사업자가 건축물 등을 활용하기 위하여 수용할 경우의 조리상 신청권

토지보상법 및 공공주택 특별법에 따라 공공주택사업자는 공공주택지구 조성사업에 직접 사용할 목적으로 건축물 등의 가격을 보상하고 건축물 등의 소유권을 취득할 수 있다. 이때 공공주택사업자가 수용하여 활용하고자 하는 건축물 등이 건축물 등의 소유자가 존치를 신청하고 공공주택사업자가 이를 거부한 건축물 등이라면 다른 문제가 발생할 수 있다.

공공주택 특별법 제27조의2 제1항 및 동법 시행령 제21조에 따른 존치 요건은 건축물 등의 인·허가 여부, 토지이용계획 적합 여부, 공익상 또는 경제적으로 유익한지 여부, 장기간 활용 여부, 문화적·예술적 가치가 인정될 경우 등이다. 그런데 공공주택사업자가 공공주택지구 조성사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 건축물 등은 당연히 관계 법령에 따라 인·허가를 받았어야 하고, 주택지구의 토지이용계획상 받아들일 수 있어야 하며, 공익상 또는 경제적으로 존치가 유익하여야 하고, 장기간 활용될 수 있어야 한다. 따라서 일반적으로 공공주택사업자가 수용재결을 통하여 수용하는 건축물 등은 존치제도에 규정된 존치 요건을 충족하는 건축물 등일 수밖에 없다.

공공주택 특별법 제27조의2 제1항에 따른 공공주택사업자의 존치 결정은 재량행위이므로, 건축물 등이 존치 요건을 충족하였다고 하여 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 반드시 존치하여야 하는 것은 아니다. 그러나 건축물 등에 대한 존치 거부 이후에 공공주택사업자가 해당 건축물을 활용하기 위한 목적에서 수용하는 경우는 다른 관점에서 바라볼 필요가 있다. 기본적으로 헌법에서는 공공필요에 의한 재산권의 수용과 보상에 관해서 법률이 정하도록 명하고 있고, 그 근본적인 취지는 재산권을 보호하기 위해 재산권의 박탈은 법률로서만 하도록 제한하는 것이다.⁵⁵⁾ 이에 따라 토지보상법에서는 공익사업의 공공성 또는 공공필요의 충족 여부를 판단하여 수용권을 부여하는 사업인정 제도를 두고 있는 것이기도 하다.⁵⁶⁾ 그런데 공공주택 특별법 및 동법 시행령에서 규정하고 있는 존치요건을

51) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 1206면.

52) 대법원 2009. 9. 10. 2007두20638 판결 참조.

53) 노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제68호(법원도서관, 2007.), 421면.

54) 이는 도시계획변경거부의 처분성에 대한 논의에서 확인되는 도시계획변경거부의 특수성과 유사한 모습을 가진다(김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.), 260면 참조).

55) 김종보, 앞의 책, 579면.

갖춘 건축물 등을 공공주택사업자가 존치시켜서 활용하는 경우에는 공공주택사업자가 법률을 이용하여 건축물 등의 소유권을 박탈할 뿐 이를 통해 기존보다 더 나은 공익이 추구되거나 공공필요가 충족되는 것이라고 보기는 어렵다. 즉, 공공주택사업자가 직접 건축물 등을 수용하여 활용하고자 하는 목적으로 건축물 등 소유자의 존치 신청을 거부하는 경우에는 공공주택사업자가 건축물 등 소유자의 존치 신청을 받아들여 건축물 등을 존치하여야 할 의무가 있는 경우이고, 공공주택사업자가 이러한 권한을 행사하지 아니하여 건축물 등 소유자가 입는 불이익이 용인될 수 없을 정도로 매우 크다고 보는 것이 타당하다.

이에 따라 건축물 등이 존치 요건을 충족하였으나 공공주택사업자가 건축물 등에 대한 존치 신청을 거부한 이후에 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 활용하기 위한 목적으로 수용하는 행위는, 기존 사업인정 단계에서 해당 건축물 등을 사업에 직접 활용할 목적으로 수용할 것임을 명시적으로 밝힌 것이 아닌 이상, 사업인정을 통해 확인된 공익성과 공공필요에 대해 의구심이 발생할 정도의 중대한 사정변경으로 보아야 할 것이다.

4. 제한적으로 인정될 필요가 있는 조리상 신청권

존치제도와 관련하여 법원은 기본적으로 건축물 등의 소유자에게 건축물 등의 존치를 요구할 법률상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다고 보고 있고, 건축물 존치 심의위원회의 개최에 대해서도 마찬가지로 판단하고 있다. 그러나 공공주택사업자가 상태가 양호한 건축물 등을 공공주택지구 조성사업에 직접 활용할 목적으로 수용하는 경우에는 건축물 등 소유자에게 건축물 등의 존치를 요구할 조리상 신청권이 제한적으로 인정된다고 볼 필요가 있다.⁵⁷⁾ 이를 개별 당사자의 주관적 사정 등에 의하여 신청권이 좌우되고 이에 따라 거부처분의 처분성 여부가 달라진다고 평가할 수 있겠으나, 대법원에서 인정되고 있는 조리상 신청권 자체가 당사자의 개별적이고 구체적인 상황에 따라 좌우되는 경향이 있으므로, 존치제도에 관련된 문제라기 보다는 판례가 주창하는 신청권 이론 자체의 문제라고 볼 수도 있을 것이다.⁵⁸⁾

VI. 결론

본 글에서는 공익사업, 특히 공공주택 특별법에 따른 공공주택지구 조성사업의 추진 과정에서 발생하는 건축물 등 존치의 법적 성격을 체계적으로 규명하고, 특히 존치 요건을 충족하였음에도 불구하고 행해지는 사업시행자의 자의적인 수용권 행사를 통제할 수 있는 사법적 대안을 모색하였다.

첫째, 건축물 존치의 법적 유형화를 통해 사법 통제의 사각지대를 식별하였다. 본 연구는 존치라는 단어의 개념을 통해 여러 법률에서 활용되고 있는 존치라는 표현을 법적으로 정의하였고, 공공주택 특별법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치는 수용권 행사의 예외가 되는 존치제도로 활용되고 있음을 확인하였다. 이러한 정리를 통해 현행 판례가 공공주택 특별법 등에 따른 존치 신청 거부의 처분성을 부정함으로써, 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 맡기고 있는 구조적 공백을 확인하였다.

둘째, 거부행위의 처분성 인정 요건으로서 ‘신청권’ 논리에 대한 전향적인 인식 변화가 필요하다. 건축물 존치는 단순한 반사적 이익이 아니라 헌법상 보장된 재산권의 실질적 가치인 ‘존속보상’과 직결되는 문제이다. 법령이 정한 존치 요건을 객관적으로 충족한 국민에게조차 ‘신청권’이라는 형식적 문턱을 이유로 사법 심사의 기회를 박탈하는 것은 재판받을 권리에 대한 본질적 침해가 될 수 있으므로, 제한적으로라도 조리상 신청권을 인정하여야 할 필요가 있다.

셋째, 사업시행자가 존치 요건을 갖춘 건축물을 강제로 수용한 뒤, 이를 철거하지 않고 직접 사용하는 경우에는 수용의 전제가 되었던 공공필요와 최소침해의 원칙이 사후적으로 붕괴될 수 있다. 이와 같은 중대한 사정변경이 발생한 경우, 사업인정의 불가쟁력에 구애받지 않고 존치 신청 거부나 수용권 행사의 적법성을 본안 심사에서 다룰 수 있도록 길을 열어주어야 한다.

결론적으로, 존치제도는 단순한 행정의 시혜적 조치가 아니라 헌법적 재산권 보호의 구체적 실현 수단으로 보아야 한다. 공공주택 특별법 등 관련 법령의 해석에서 ‘존치’를 사업시행자의 고유 권한으로만 보지 않고, 국민의 재산권을 최소한으로 침해해야 한다는 행

56) 위의 책, 582면 참조.

57) 이와 유사하게 도시계획의 종류에 따라 법원의 통제가 필요하고 토지소유자가 현재의 도시계획을 다투어야 할 법적 근거를 갖고 있는 경우를 찾아 해석을 통해 제한적으로 조리상 신청권을 인정할 수 있다는 견해가 있다(김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.), 261면 참조).

58) 박정훈, 앞의 글, 86면 참조.

정법상 일반 원칙이 구체화된 결과로 인식할 때 비로소 진정한 법치 행정이 구현될 수 있을 것이다.

투고일 2026. 2. 25. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

참고문헌

단행본

- 김동희 / 최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2023.
김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023.
박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021.
박정훈, “취소소송의 4유형-취소소송의 대상적격과 원고적격”, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.

학위 논문

- 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2022.
신준섭, “수용재결 전치주의에 관한 연구-판례에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2025.
주동진, “아파트건설사업 유형에 관한 공법적 연구-아파트 용지확보 제도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2023.

일반 논문

- 김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.).
김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(행정법이론실무학회, 2004. 10.).
김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제35집(한국토지공법학회, 2007. 2.).
노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제68호(법원도서관, 2007.).
백윤기, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 신청권”, 『행정법연구』 제1호(행정법이론실무학회, 1997. 6.).
이상덕, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 ‘신청권’ 이론에 관한 비판적 고찰”, 『사법』 제55호(사법발전재단, 2021. 1.).
이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』 제8호(행정법이론실무학회, 2002. 8.).
이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 『행정법연구』 제63호(행정법이론실무학회, 2020. 11.).
최계영, “용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성”, 『행정법연구』 제14호(행정법이론실무학회, 2005. 10.).

연구보고서

- 국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2026 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2025.
석호영 외, 『존치요건 세부기준 수립 등을 위한 연구용역 연구용역보고서』, 사단법인 한국토지공법학회, 2022.
최수 / 김승종 / 배유진, 『보금자리지구 존치건축물 관련제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2012.

기타 자료

- 국립국어원 표준국어대사전, “존치”, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EC%A1%B4%EC%B9%98> (2026. 2. 10. 확인).
한국토지주택공사, “정보공개 사전정보공표 부동산 정보 중 위원회 심의결과”, https://www.lh.or.kr/board.es?mid=a10103040000&bid=0007&list_no=654643&act=view (2026. 2. 23. 확인).

ABSTRACT

The Retention System as an Exception to Expropriation: The Justiciability of the Refusal of Retention

Shin, Junseob*

In the process of modern urban development and public interest projects, displacees are increasingly demanding the "retention" of their buildings based on the perspective of "compensation for continued existence," ultimately seeking to maintain their livelihoods or business sites beyond simple monetary compensation. Although the Special Act on Public Housing (Special Act) prescribes a "retention system" as an exception to the exercise of expropriation rights by public interest project implementers, previous discussions primarily focus on economic aspects, such as retention levies. Consequently, legal research regarding the possibility of litigation against the refusal of retention remains insufficient.

This study systematically clarifies the legal nature of building retention occurring in the process of public housing district development projects and seeks judicial alternatives to control the arbitrary exercise of expropriation rights by project implementers, even when the requirements for retention are met. Accordingly, the term "retention" is first legally defined as used across various laws and the retention of buildings under the Special Act confirmed to function as a specific "retention system" that serves as an exception to the exercise of expropriation rights. This analysis identifies a structural gap where current precedents deny the administrative dispositivity of refusal of retention applications under the Special Act, thereby leaving the protection of property rights solely to the discretion of the project implementer.

This study calls for a shift in the perception of the existing "right to apply" logic as a requirement for recognizing the dispositivity of a refusal of retention. Moreover, since the retention of buildings is not merely a reflective interest but a means of realizing the substantive value of constitutionally guaranteed property rights, judicial control over refusal dispositions must be substantiated to protect fundamental rights. The findings can serve as a legal basis for the rational operation of the building retention system and expansion of the scope of rights remedies for displacees in public housing districts.

Keywords: Retention System, Expropriation, Refusal Disposition, Right to Apply, Special Act on Public Housing

* Ph.D. in Law, Attorney at Law

논문 / ARTICLE

산업단지 내 처분 및 임대 제한 체계와 최근 규제 완화에 관한 검토*

문제윤**

국문초록

「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」(이하 "산업집적법")은 제조업 등 산업활동을 하는 기업들이 해당 산업을 지원하기 위한 시설들과 함께 일정한 지역에 모여 상호 연계를 통한 상승효과를 창출하는 것을 주된 목적으로 하는 법률이다. 산업집적법은 입주기업체가 일정 기간 동안 분양받은 사업용지나 공장 등 시설을 처분하는 것을 제한하고, 공장 등을 한 차례 실사용한 후에만 임대사업을 영위할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 규제 역시 실수요자에 의한 산업집적체 형성이라는 목적을 달성하기 위한 규제에 해당한다.

산업집적법이 추구하는 공익을 고려하였을 때 처분 제한과 임대 제한은 필요한 제도이지만, 투자자들의 투자 수요와 입주기업체의 자금 조달 수요가 높아지는 상황에서 경직적인 규제는 다양한 방식의 투자를 고려함에 있어 제약이 될 수 있다. 2024년에 이루어진 산업집적법 및 같은 법 시행령의 개정도 새로운 투자 방식의 도입과 유휴 부지 활용을 촉진하여 산업단지 내 효율성을 높이고자 하는 노력의 결과로 볼 수 있다. 산업집적법령 개정 사항 중 공동출자법인에 대한 현물출자 허용은 처분 제한 규제의 완화에 해당하고, 연접한 나대지의 공장용지를 임차할 수 있도록 하는 것은 임대 제한 규제의 완화에 해당하며, 매각 후 임차 방식(Sale and Lease Back)의 투자를 허용하기 위해 처분 제한 규제와 임대 제한 규제를 동시에 완화하였다.

이 글에서는 산업집적법상 처분 제한과 임대 제한의 법적 의의와 주요 내용을 논의한다. 이어 2024년 산업집적법령 개정의 주요 내용 중 처분 제한 규정과 임대 제한 규정의 완화와 관련된 사항을 중심으로 살펴보면, 처분 제한과 임대 제한 규정이 나아가야 할 방향에 대하여 생각해보고자 한다. 과도한 규제로 제도가 형해화되지 않도록 하면서도, 투기 수요가 확대되어 본래의 실수요자 중심 클러스터 형성이라는 목적이 훼손되지 않도록 균형 있게 제도를 운영하기 위해서는 산업단지 현장과 긴밀하게 소통해 나가면서 법령의 명확성을 높일 필요가 있다.

주제어: 산업단지, 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률, 처분 제한, 임대 제한, 자산유동화

목차

- I. 들어가며
- II. 산업용지 등의 처분 및 임대 제한
- III. 처분 및 임대 제한 규제의 완화
- IV. 맺음말

* 본 논문은 2025년 5월 23일 건설법학회 제190회 월례학술발표회에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것이며, 소속 법무법인의 입장과 무관한 개인적 견해를 밝힙니다.

** 법무법인(유한) 세종 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.4>

Received: February 28, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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

1960년대부터 조성되기 시작한 산업단지는 2025년 3분기 기준 총 1,349개에 이르고, 지정면적은 1,486km²에 달하며, 산업단지에는 총 129,922개 사의 입주업체가 입주해 있다.¹⁾ 비중 측면에서 살펴보면, 2022년 기준 산업단지는 전체 제조업 생산의 60.6%, 수출의 65.1% 및 고용의 47.9%를 담당하고 있다.²⁾ 국내 경제에서 산업단지가 차지하는 중요한 역할을 고려할 때 산업단지와 관련한 법 제제도 새로운 경제 및 산업수요에 지속적으로 대응할 수 있어야 하나, 산업단지 관리에 관한 법령 등은 수십 년간 큰 변화 없이 유지되어 왔다.

산업단지를 규율하는 대표적인 법률로는 산업단지의 지정과 개발에 관한 법률인 「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 “산업입지법”이라 한다), 산업입지법상 개발 인·허가 절차를 간소화하기 위한 특례를 규정한 「산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법」 및 공장의 설립, 산업의 집적과 산업단지 관리에 관한 내용을 규율하는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」(이하 “산업집적법”이라 한다) 등이 있다. 위 법률들이 수행하는 역할은 조금씩 차이가 있지만, 산업입지법과 산업집적법은 모두 토지의 합리적 이용을 목적으로 하는 국토계획법제 중에서도 적극적으로 개발사업의 근거를 마련하는 개발사업법에 해당하는 법률로서 건설법의 법원(法源)으로서의 기능을 한다.³⁾

산업단지 관련 법률 중에서도 준공된 산업단지에 입주하여 경제활동을 하고자 하는 입주기업체의 입장에서는 분양받은 산업용지 등의 처분 제한 규정 등을 두고 있는 산업집적법이 가장 직접적인 규제로 다가오게 된다. 입주기업체는 산업단지 내 산업시설용지를 조성(월가)⁴⁾에 분양받을 수 있고(산업입지법 시행령 제40조), 이와 같은 인센티브를 부여하는 것은 해당 입주기업체가 산업단지 내에서 최소 일정한 기간 동안 다른 기업체와 시너지를 발휘하며 활발한 산업활동을 하도록 유도하기 위함이다. 그런데 저가에 산업용지를 분양받은 자가 부동산의 매각차익이나 임대수익만을 누리고 산업집적에 기여하지 못한다면 산업단지의 가장 큰 조성 목적을 달성할 수 없고, 산업용지는 투기의 대상으로 전락할 우려가 있다. 이에 따라 산업집적법의 가장 큰 고민은 실수요자에게만 산업단지 내 부동산을 공급할 수 있도록 하는 방법을 구현하는 것이었으며, 처분 제한 규정 등 관련 규제들은 이를 목적으로 하여 발전해 왔다.

산업단지의 성장에 따라 입주기업체들이 영위하는 업종은 전통적인 제조업에서 첨단, 바이오, 데이터 산업 등으로 고도화되어 가고, 이에 따라 산업단지의 입주 및 운영의 각 단계에서 입주기업체들의 자금 조달 수요도 증대되어 왔다. 다만 처분 제한 규정과 임대 제한 규정은 그 목적상 내재된 경직성으로 인하여 산업단지 내 부동산 금융, 신탁, 합작투자 등을 활용한 다양한 방식의 투자를 제한하는 측면이 있었다. 이에 실수요자 위주의 공급이라는 기존 목적을 해치지 않는 범위 내에서 입주기업체의 자금 조달 수요와 입주기업체에 투자하고자 하는 투자자의 수요를 동시에 만족하는 개선방향에 대한 고민이 필요하였으며, 최근의 법률 개정은 이러한 고민의 흔적을 잘 보여준다.

II. 산업용지 등의 처분 및 임대 제한

1. 처분 및 임대 제한의 의의

(1) 산업단지 관련 법령에서의 ‘처분’ 및 ‘임대’의 개념

민법은 소유자가 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다고 정하고 있다(민법 제211조). 이 중 사용·수익은 목적물을 물질적으로 사용하거나, 또는 목적물로부터 생기는 과실을 거두어들이는 것으로서 물건의 사용가치를 실현하는 것이고, 처분은 물건이 가지는 교환가치를 실현하는 것으로서 물건의 소비·변형·개조·파괴 등의 사실적 처분과 양도·담보설정 그 밖의 법률적 처분을 포괄하는 개념이다.⁵⁾ 부동산과 같은 물건의 경우 양도는 교환가치 실현이라는 측면에서 대표적인 처분에 해당하고, 임대는 물건

1) 산업통상자원부(현 산업통상부), 한국산업단지공단, “전국산업단지 현황통계(요약)”, 2025년 3분기, 4면.

2) 산업통상자원부(현 산업통상부), “정부, 지자체 함께 노후 산업단지를 첨단사업 혁신거점으로 확 바꾼다”, 2024. 4. 29.자 보도자료, 9면.

3) 김중보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 21-22면.

4) 「산업입지의 개발에 관한 통합지침」에 의하면, 조성원가는 산업단지개발·조성과정에 직·간접적으로 관련되어 투입된 총비용으로서 직접비와 간접비로 구성되며, 직접비는 용지취득 및 조성공사를 위하여 직접 소요된 비용으로 용지비·용지부담금·조성비·기반시설설치비·직접인건비·이주대책비로 구성되고, 간접비는 사업시행자의 영업활동과 관련하여 발생하는 비용으로 판매비·일반관리비·자본비용·그 밖의 비용으로 구성된다(「산업입지의 개발에 관한 통합지침」 제26조의2 제1항, 제2항).

5) 박윤직 / 김재형, 『물권법』(제9판), 박영사, 2024, 225면.

의 사용가치 실현이라는 측면에서 대표적인 사용·수익 방법에 해당한다. 산업단지에서의 ‘처분’과 ‘임대’의 제한은 사법관계(私法關係)에서의 재산권 행사를 제한하는 것이라는 측면에서 민법상 처분과 임대의 개념을 바탕으로 이해할 수 있으나, 산업단지에서 주로 문제될 수 있는 산업용지 및 공장 등의 처분과 임대 양상 및 공법적 규율의 필요성을 반영하여 보다 명확하고 실무적으로 정의될 필요가 있다.

산업단지 관련 법률 중 산업입지법은 산업단지 조성을 위한 토지공급과 산업단지 개발을 주로 규율하는 법률에 해당한다. 이에 따라 산업입지법에서 ‘처분’의 개념은 산업단지개발사업의 사업시행자가 개발한 토지 및 시설 등 중 산업단지기본계획이 수립된 지역 안의 토지 및 시설 등을 공급하고자 할 때 문제된다. 산업입지법상 ‘처분’은 사업시행자의 ‘분양’, ‘임대’ 및 ‘양도’를 포괄하는 개념으로 정의되며, 사업시행자는 원칙적으로 처분계획을 작성하여 관리기관⁶⁾과 협의하여야 한다(산업입지법 제38조 제1항). 이처럼 산업입지법상 처분은 사업시행자가 개발한 산업용지 등을 개별 실수요자가 사용할 수 있도록 공급하는 비교적 초기 단계에서 등장하는 개념으로 볼 수 있으며, 처분의 범위를 넓게 정의하여 분양, 임대 및 양도 등 다양한 방식의 공급을 예정하고 있다.

이에 반해, 산업단지의 관리와 산업단지 내 공장 설립을 주로 규율하는 산업집적법에서는 입주기업체가 분양받은 산업용지 또는 공장을 매각하는 것을 제한하는 맥락, 즉 실수요자에 의한 산업단지의 토지 및 시설 사용을 관리하는 단계에서 ‘처분’의 개념이 문제된다. 한편 사업시행자가 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하고자 하는 경우, 즉 자신이 개발한 토지 및 시설을 직접 사용하는 경우에는 분양받은 입주기업체와 마찬가지로 토지 및 시설의 사용 단계에서의 관리가 문제되고, 산업입지법은 이러한 경우에 대하여 산업집적법상 처분 제한과 유사한 내용의 처분 제한 규정을 두고 있다(산업입지법 제38조 제9항 등 참조).

산업집적법은 산업입지법과 달리 ‘처분’을 별도로 정의하고 있지 않아, 문언상으로는 산업입지법과 같이 ‘처분’의 개념에 소유권 이전뿐만 아니라 임대 등도 포함되는지 여부가 명확하지 않다. 다만 산업집적법 제39조 제1항은 일정한 기간 내 산업용지 또는 공장등을 처분하려는 경우로서 시행령에서 정하는 경우만을 처분 제한의 대상으로 정하고 있고, 해당 조항의 위임을 받은 동법 시행령 제49조 제1항은 ‘입주기업체가 분양받은 산업용지 및 공장등의 소유권을 이전하는 것’⁷⁾만이 처분 제한 규정의 대상이 됨을 명확히 하고 있다. 산업통상자원부⁸⁾ 고시인 「산업단지 관리지침」(이하 “관리지침”이라 한다)은 이에 덧붙여 산업용지 및 공장 기타시설(건설 중인 것을 포함한다)의 소유권이 등기에 관계없이 양도, 교환, 증여 등으로 인하여 사실상 이전되는 경우도 처분 제한 규정의 ‘처분’에 포함한다고 규정하고 있다(관리지침 제11조 제1항 제1호).⁹⁾ 산업입지법과 산업집적법 간 관계의 기본 체계상 산업입지법을 중심으로 하여 제정하면서 산업집적법적 내용은 산업입지법의 내용을 준용하거나 의제하고 있는 경우가 많아,¹⁰⁾ 산업집적법에서도 처분 개념 자체는 산업입지법에서 정의된 넓은 의미로 사용하되, 실질적 규율 대상은 시행령에서 정하는 형식을 취한 것으로도 볼 수 있다. 이러한 체계상 산업집적법은 양도 제한 또는 소유권 이전 제한으로서의 처분 제한(제39조), 임대 제한(제38조의2) 및 분할 제한(제39조의2)을 각각 다른 조항에서 규정하고 있다. 처분 제한이 사인의 재산권에 미치는 중대한 영향을 고려하였을 때 적어도 처분 제한 규정이 적용되는 ‘처분’의 정의 및 범위를 법률에서 명확하게 규정하고, 시행령에서는 특별히 예외를 적용할 필요가 있는 경우만 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.¹¹⁾

산업집적법상 규율의 대상이 되는 ‘임대’는 산업용지 및 공장등의 임대사업을 하는 경우와 입주계약에 따른 다른 사업을 하면서 해당 산업용지 및 공장등의 일부만 임대하는 경우로 구분된다. 산업집적법상 임대 제한에 관한 규정들은 주로 부동산임대업 자체를 목적으로 하는 전자의 ‘임대사업’을 대상으로 하며, 후자의 이른바 ‘부분임대’의 경우 관리기관에 대한 임대신고서 제출이라는 간략한 규율만 두고 있다(산업집적법 시행령 제48조의3 제4항 등). 다만 ‘임대사업’과 ‘부분임대’를 나누는 명시적인 기준은 산업집적법령 등에서 찾아볼 수 없고, 유권해석에 의하면 산업단지 내 산업용지를 부분 임대하는지 또는 전체 임대하는지 여부는 해당 산업단지 관리기관이

6) “관리기관”이란 산업단지의 관리업무를 수행하는 자로서, (i) 관리권자, (ii) 관리권자로부터 관리업무를 위임받은 지방자치단체의 장, (iii) 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 공단 또는 산업단지관리공단, (iv) 관리권자로부터 관리업무를 위탁받은 입주기업체협의회, (v) 관리권자로부터 관리업무(일반산업단지, 도시첨단산업단지 및 농공단지의 관리업무만 해당한다)를 위탁받은 기관으로서 대통령령으로 정하는 기관 등을 의미한다(산업집적법 제2조 제17호, 제30조 제2항).

7) 또한 최근 법제처는 입주기업체가 산업시설구역등의 산업용지를 분양받은 후 해당 산업용지에 대한 소유권을 취득하기 전에 분양권을 이전하는 경우와 같이 소유권이 아닌 채권적 권리인 분양권을 처분하는 경우는 포함되지 않는다고 해석하였다(법제처 2023. 11. 3. 회신 법제처 23-0587 해석례).

8) 2025. 10. 1. 산업통상부로 개편되었다.

9) 산업집적법 시행령 제49조(산업용지의 처분제한) ① 법 제39조제1항 각 호 외의 부분 및 같은 조 제3항 본문에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 입주기업체가 분양받은 산업용지 및 공장등의 소유권을 이전하는 것을 말한다.

10) 이상천, “「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에서의 의제규정에 관한 고찰”, 『동아법학』 제48호(동아대학교 법학연구소, 2010. 8.), 225면.

11) 기본권 실현에 있어 당해 사항에 대한 법적 규율이 당사자 개인 내지 국민일반에 대하여 본질적인 것으로 판단되는 사항은 원칙적으로 법적 규율을 요한다고 본다(김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023, 41-42면).

기업체가 제출한 사업계획서를 토대로 판단해야 하는 사안(추후 현장 확인 가능)에 해당하여,¹²⁾ 관리기관에 상당한 재량권이 부여되어 있다.

(2) 재산권 행사 제한으로서의 처분 및 임대 제한

산업입지법상 ‘산업단지’는 공장, 지식산업 관련 시설, 문화산업 관련 시설, 정보통신산업 관련 시설, 재활용산업 관련 시설, 자원비축시설, 물류시설, 교육·연구시설 등과 이와 관련한 교육·연구·업무·지원·정보처리·유통 시설 및 이들 시설의 기능 향상을 위한 주거·문화·환경·공원녹지·의료·관광·체육·복지 시설 등을 집단적으로 설치하기 위하여 포괄적 계획에 따라 지정·개발되는 일단(一團)의 토지로 정의된다(산업입지법 제2조 제8호). 정의에서 확인할 수 있듯이 산업단지의 가장 중요한 속성은 산업단지개발계획이라는 도시계획을 통하여 산업시설 및 지원시설 등을 인접한 장소에 집적시키는 것이고, 산업입지법과 산업집적법은 각각 이와 같은 집합체의 입지를 정하고 개발하기 위한 법률과 집합체를 관리하기 위한 법률로 이해할 수 있다. 산업집적법은 ‘산업집적’을 기업, 연구소, 대학 및 기업 지원시설이 일정 지역에 집중함으로써 상호연계를 통하여 상승효과를 만들어 내는 집합체를 형성하는 것으로 정의하고 있는데(산업집적법 제2조 제6호), 산업입지법과 산업집적법이 의도하는 토지의 합리적 이용방식을 잘 드러내는 개념으로 볼 수 있다.

헌법은 모든 국민의 재산권을 보장하면서 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 하여 법률로 재산권을 제한할 수 있음을 명확히 하고 있다(헌법 제23조 제1항). 특히 헌법은 토지에 관하여 일반적인 재산권 규정과 별도로 국민에게 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있음을 명시하고 있다(헌법 제122조). 처분 제한과 임대 제한은 앞서 살펴본 소유권의 내용인 사용, 수익, 처분을 제한하는 내용으로서 전형적인 재산권 제한에 해당한다. 이 때 토지 재산권의 내용과 한계를 법률에 의하여 정하는 경우 사유재산권의 본질적인 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하는 정도로 침해하는 입법을 할 수 없고, 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)에도 반하지 않아야 한다(헌법 제37조 제2항).¹³⁾ 즉 국민의 기본권을 제한하는 입법으로서 처분 및 임대 제한도 그 목적이 정당해야 하고, 방법이 적합하여야 하며, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추어야 한다.

이 중 법익의 균형성에 중점을 두어 살펴보면, 산업단지 관련 법령의 처분 제한 및 임대 제한 규제가 보호하려는 공익은 매각차익 또는 임대차익만을 목적으로 산업용지 등을 취득하는 것을 억제함으로써 산업단지가 본래의 조성 목적인 산업집적에 부합하게 활용되도록 하는 데에 있다. 이러한 법익은 산업단지가 사회적 비용을 투입하여 조성된다는 점과 다른 산업단지 입주기업체 전반에 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려하였을 때 그 비중이 상당히 큰 것으로 이해된다. 반면 산업집적법은 조성원가에 토지를 분양받아 이미 효용을 누린 소유자에게 실사용이 요구되는 5년의 처분 제한 기간을 정하고 있고, 산업집적법상 처분제한기간 내의 처분이라고 하더라도 처분이 전면적으로 제한되는 것은 아니며, 특히 산업용지 및 공장등을 한 차례 실사용한 뒤의 임대사업 영위는 허용하고 있다는 점에서 처분 제한 및 임대 제한은 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위에 속하는 규제라고 볼 수 있다. 따라서 산업집적법상 처분 제한 및 임대 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익과 재산권의 침해 정도를 비교형량하였을 때, 양자 사이에 적정한 비례관계가 성립한다고 평가할 수 있다.

한편 토지거래허가제에 관한 헌법재판소 결정은 상황과 정도에 따라 새로운 정책이 입안되고 그에 따라서 새로운 조치나 수단이 취해지거나 기존 제도의 내용이 변경될 수 있음을 전제하고 있다.¹⁴⁾ 처분 및 임대 제한 규제 역시 입법 당시의 형태에 머물러서는 안 되며, 제반 상황의 변경을 반영하여 사회적 합의를 이룰 수 있는 방향으로 제도 개선을 지속적으로 모색할 필요가 있다. 산업단지 실태 변화와 자금 조달 및 투자 방식의 다양화는 특히 빠르게 변화하는 영역이므로, 이를 종합적으로 고려할 때에도 현행 제도가 재산권 최소 침해의 요구를 충족하는 최선의 방법인지 여부 등을 비례의 원칙을 기준으로 지속적으로 평가할 필요가 있다.

2. 산업집적법상 산업용지 등의 처분 제한

(1) 처분 제한 규정의 주요 내용

산업시설구역 등의 산업용지 또는 공장등을 소유하고 있는 입주기업체가 공장설립등의 완료신고 전 또는 신고 후 5년이 지나기 전에 분양받은 산업용지 또는 공장등을 처분(소유권 이전)하거나, 사업개시의 신고 전 또는 신고 후 5년이 지나기 전에 분양받은 산업용지 또는 공장을 처분하는 경우에는 산업용지 또는 공장등을 관리기관에 양도하여야 한다(산업집적법 제39조 제1항, 동법 시행령 제49

12) 산업통상자원부(현 산업통상부), 『산업집적법 길라잡이(유권해석집)』, 산업통상자원부, 2015, 102면.

13) 토지거래허가제에 관한 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 전원재판부 결정, 개발제한구역의 지정에 관한 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 전원재판부 결정 등 참조.

14) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 전원재판부 결정.

조 제7항). 앞서 살펴본 것과 같이 처분 제한 규정의 대상이 되는 처분은 입주기업체가 분양받은 산업용지 및 공장등의 소유권을 이전하는 것을 말한다(산업집적법 시행령 제49조 제1항).

처분 제한 규정은 과거에는 규제의 필요성이 높은 공장설립등의 완료신고 ‘전’의 처분행위를 그 대상으로 삼았으나, 2009. 2. 6. 산업집적법 개정을 통해 공장설립등의 완료신고 이후 일정 기간(10년 내에서 대통령령으로 정하는 기간) 내의 산업용지 또는 공장등의 처분행위에 대하여도 동일한 규제가 적용되도록 변경되었고, 시행령에서 처분제한기간을 구체적으로 정하게 되었다. 제조업을 영위하는 입주기업체의 ‘공장설립등의 완료신고’(산업집적법 제15조 제1항) 또는 제조업 외 사업을 영위하는 입주기업체의 ‘사업개시의 신고’ 절차(산업집적법 제15조 제2항)는 모두 시설의 설치를 완료하여 사업을 개시할 수 있음을 확인받는 절차로, 처분 제한 규정의 가장 주요한 취지는 사업을 개시한 때로부터 5년까지는 제3자에게 소유권을 이전하지 않고 부동산을 ‘실사용’하라는 것이다.

처분 제한 규정은 적용대상을 ‘산업시설구역 및 복합구역’으로 제한하고 있어, 산업시설 내 입주업체와 근로자를 지원하기 위한 시설을 설치하기 위하여 정한 구역인 ‘지원시설구역’ 내 용지에는 적용되지 않는다. 구 공업배치 및 공장설립에 관한 법률에서는 지원시설에도 처분 제한 및 임대 제한이 적용되었으나, 1999. 2. 8. 법률 제5827호를 통한 개정에서 산업시설구역 및 복합구역으로 그 범위가 제한되었다. 처분 제한 규정의 취지는 조성원가로 산업용지를 분양받은 자로 하여금 실사용 없이 매각 차익을 누리지 못하도록 하는 것인데, 지원시설용지의 경우 산업입지법 시행령에 따라 조성원가가 아닌 감정평가액으로 분양받게 되므로(산업입지법 시행령 제40조 제6항) 사전에 인센티브를 받은 자에 해당하지 않는 지원시설용지 수분양자는 실사용을 강제할 규제 대상도 아니라고 보는 것이다.

처분 제한 규정은 처분제한기간 내 처분을 전면적으로 금지하는 것은 아니나, 처분상대방과 처분가격에 관한 제한을 두고 있다. 처분제한기간 내 처분을 하고자 할 경우 관리기관 또는 유관기관¹⁵⁾에게만 양도할 수 있고, 그 가격도 산업용지의 경우 취득가격에 이자 및 비용¹⁶⁾을 합산한 금액으로, 공장등의 경우 감정평가법인의 시가 감정액을 고려하여 결정한다(산업집적법 제39조 제1항, 제2항 및 제5항). 유관기관이 매수한 경우 매수한 날로부터 1년 이내에 유관기관이 매수한 금액에 추가로 일정한 이자와 비용만 합산하여 입주기업체·지원기관·기타 해당 산업단지에 입주자격이 있는 자에게 양도할 의무를 부담한다(산업집적법 시행령 제52조의2). 이를 통하여 실질적으로 공장등을 실사용할 자에게 다시 인센티브가 부여될 수 있도록 하는 취지이다. 처분신청자가 관리기관 또는 유관기관에게 양도할 때에는 법에서 정한 가격 이상으로 매도하는 것은 가능하지 않으나, 입주기업체의 요청이 있는 경우 취득가격에 이자 및 비용을 합산한 금액 이하로 정하는 것은 가능하다(산업집적법 제39조 제5항 단서). 유관기관 중 ‘관리기관이 매수신청을 받아 선정한 다른 기업체’의 경우 원칙적으로 관리기관에 선정권이 있으나, 처분신청인에게 귀책사유가 없다고 볼 수 있는 경우¹⁷⁾에는 처분신청자가 추천한 자를 양도대상자로 선정할 수 있도록 정하고 있어(산업집적법 시행령 제49조 제3항), 처분신청자에게 과도한 권리 침해가 되는 것을 방지하고 있다.

처분제한기간이 지난 후에는 관리기관에 대한 신고만으로 처분할 수 있다(산업집적법 제39조 제3항). 산업용지 또는 공장등을 이미 산업단지에 입주한 기업체나 같은 업종을 운영하려는 자에게 처분하려는 경우에는 신고도 면제되는데, 유권해석은 처분신고 절차 자체가 매수자가 해당 산업단지 관리기본계획에 부합하지 않는 사업을 하는지만을 확인하고자 하는 제도인데, 기존 입주기업이거나 동일한 입주 업종인 경우 이러한 절차 없이도 이미 계획에 부합한다고 가정하여 완화하는 취지라고 설명하고 있다.¹⁸⁾

(2) 처분 제한 규정 형식의 문제점

처분 제한 규정의 운영과 관련하여서는 방대한 유권해석이 축적되어 있어, 실무적으로는 많은 모호한 부분들이 해소되었으나, 입법 형식의 측면에서는 여전히 개선될 수 있는 부분이 있다. 대표적으로, 분양받은 산업용지와 함께 처분 제한의 대상이 되는 ‘공장등’이라는 용어가 산업집적법의 전반적인 구조와 맞지 않는다는 점을 들 수 있다.

- 15) “유관기관”이란 (i) 관리기관이 매수신청을 받아 선정한 다른 기업체나 (ii) 중소벤처기업진흥공단, 한국토지주택공사, 한국수자원공사, 「은행법」 제8조에 따라 설립인가를 받은 은행(「중소기업은행법」 등 법률에 따라 설립된 은행을 포함한다), 신용보증기금, 기술보증기금, 한국자산관리공사, 농업협동조합중앙회, 지방공사, 기타 관리기관이 해당산업단지의 관리를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 기관 등을 의미한다(산업집적법 제39조 제2항, 동법 시행령 제49조의2).
- 16) ‘이자 및 비용’이란 (i) 양도할 산업용지의 취득가격에 그 취득일로부터 양도일까지의 기간 중의 생산자물가총지수를 곱하여 계산한 금액, (ii) 양도할 산업용지의 취득에 소요된 취득세, 그 밖의 제세공과금(다만, 산업용지를 취득한 자의 귀책사유로 추정된 세금은 제외) 및 (iii) 양도할 산업용지의 유지·보존 또는 개량을 위하여 지출한 비용을 의미한다(산업집적법 시행령 제52조).
- 17) (i) 처분신청인의 구조조정으로 인하여 처분을 신청한 경우, (ii) 처분신청자의 공장과 인접하여 일련의 제조공정을 이루는 공장의 설립이 필요한 경우, (iii) 미분양된 산업용지가 있는 등 관리기관이 양도할 대상자를 선정하는 것이 부적절하다고 판단되는 경우 및 (iv) 관리기관이 정당한 사유 없이 산업통상자원부령으로 정하는 기간 내에 양도대상자를 선정하지 아니한 경우에 해당하는 경우를 의미한다(산업집적법 시행령 제49조 제3항).
- 18) 산업통상자원부, 앞의 책, 78면.

산업집적법은 전반적으로 제조업을 영위하는 자와 제조업 외의 사업을 하는 자를 이원적으로 규율하는 체계를 가지고 있다. 예를 들면 산업집적법 제38조 제1항은 제조업을 하거나 하려는 자는 입주계약을 체결하여야 한다고 규정하면서, 제38조 제3항에서 제조업 외의 사업을 하는 자에게도 이를 준용하는 형식을 취하고 있다. 또한 제조업을 하거나 하려는 자는 산업집적법 제15조 제1항에 따른 공장 설립등의 완료신고를 하도록 하는 반면 제조업 외의 사업을 하는 자는 같은 조 제2항에 따른 사업개시 신고를 하도록 하여, 제조업과 제조업 외의 사업에 대하여 서로 다른 신고 절차를 정하고 있다.

처분 제한 규정의 대상이 되는 ‘공장등’은 산업단지의 국유 또는 공유 토지의 매각 및 임대를 규정한 산업집적법 제34조 제2항에서 ‘공장 및 건축물과 그 밖의 시설’을 ‘공장등’으로 정의한 약어를 그대로 사용하고 있다. 이에 따라 ‘공장등’이라는 용어는 공장을 처분하는 경우를 규정한 산업집적법 제39조 제1항 제1호와 공장 외 산업시설을 처분하는 경우를 규정한 동조 제1항 제2호에서 동일하게 사용되고 있다. 이처럼 산업집적법의 이원적 규율체계와 달리, ‘공장등’의 정의는 제조업을 위한 공장과 기타 다른 산업시설들을 포괄하여, 제조업을 영위하는 입주기업체에 대한 처분 제한 규정과 제조업 외 사업을 영위하는 입주기업체에 대한 처분 제한 규정에 동일하게 사용되고 있다. 이에 대하여 규정상 편의를 위해 규율의 대상을 지나치게 간결하게 표현하여 규제법규의 명확성이 훼손되었다는 견해가 있다.¹⁹⁾ ‘공장등’과 같은 포괄적인 용어만 두는 대신, 제조업에 사용되는 공장과 관련 건축물은 ‘공장’으로, 기타 제조업 외 산업 활동에 필요한 시설은 ‘산업시설’로 각각 정의하고, 필요에 따라 이를 총칭하는 별도의 용어를 규정하는 것이 규제 범위를 명확히 하는 측면에서 보다 적절할 것으로 보인다.

(3) 입주기업의 지배권 변동 허용 및 기타 적용 예외

구 산업집적법 시행령(2016. 2. 29. 대통령령 제27027호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항은 ‘입주기업체가 분양받은 산업용지 및 공장등의 소유권을 이전하는 것’뿐만 아니라 ‘법인인 입주기업체의 출자총액 또는 발행주식 100분의 50 이상을 소유한 자가 변경되는 경우’ 역시 처분 제한의 대상에 포함되었다. 이는 처분 제한의 취지가 기본적으로 낮은 가격으로 산업용지를 공급받는 등 경제적 혜택을 받은 자로 하여금 산업용지 등을 실사용하도록 하는 데에 있다는 점에 주목하여, 동일한 법인격이 유지되더라도 지배권 변동으로 경제적 이익의 실질적 귀속주체가 달라지는 경우를 산업용지 등의 소유자가 변경된 경우와 동일하게 보는 입장을 반영한 것으로 볼 수 있다. 그러나 회사 제도는 본질적으로 회사가 법인격을 통하여 주주 등 출자자와 독립된 권리·의무의 귀속 주체로 기능하는 것을 전제하고 있고, 실무상으로도 동일한 사업을 영위하면서 다양한 필요에 의하여 투자자만 교체되는 경우는 빈번하므로, 지배권 변동까지 일률적으로 처분으로 보는 것은 산업단지에 대한 투자를 위축시킬 우려가 있는 과도한 제한으로 평가될 수 있다. 입주기업체의 주식 이전을 처분 제한의 대상에서 제외한 구 산업집적법 시행령(대통령령 제27027호, 2016. 2. 29. 일부개정) 개정이유에서도 입주기업체의 주식 거래를 활용한 경영활동 촉진의 필요성을 언급하고 있다.

한편 입주기업체에게 산업용지 및 공장등을 처분하여야 하는 부득이한 사정이 있거나, 입주기업체가 산업용지 및 공장등의 소유권을 여전히 보유하고 있다고 볼 수 있는 경우 또는 입주기업체와 사실상 동일하다고 평가할 수 있는 자에게 처분하는 경우에는 처분 제한 규정을 적용하지 않아야 할 필요성이 있다. 이러한 취지를 반영하여 산업집적법 시행령은 상속 또는 법인의 분할·합병으로 소유권을 이전하는 경우, 법인이 아닌 입주기업체가 산업용지 및 공장등 전부의 현물출자 또는 포괄양수도 방식으로 법인으로 전환하는 경우, 신탁계약을 통하여 소유권을 이전하는 경우 등에 대한 예외를 인정하고 있으며(산업집적법 시행령 제49조 제1항), 뒤에서 살펴볼 내용과 같이 개정 산업집적법 시행령에서 공동 출자법인에 대하여 현물출자를 하는 경우까지 확대되었다.

3. 산업집적법상 산업용지 등의 임대 관련 제한

(1) 임대 제한 규정의 주요 내용

산업집적법은 산업단지의 산업시설구역 및 복합구역에서 산업용지 및 공장등을 제조업 등으로 한 차례 실사용하지 않은 자의 임대 사업 영위를 금지하고 있다(산업집적법 제38조의2 제1항). 목적사업에 맞게 한 차례 실사용하였는지 여부는 처분제한에서와 같이 산업집적법상 ‘공장설립등의 완료신고’ 또는 ‘사업개시의 신고’를 하였는지 여부로 판단한다. 이는 실제로 건축물 또는 제조시설을 설치하고 가동하였는지 여부를 살펴보기 위함이며, 만일 임대를 주기 위해 허위로 가동하지 않는 공장에 대하여 완료신고를 제출한 경우라면 임대사업 관련 규정을 위반하여 산업용지 및 공장 등의 임대사업을 하는 것으로 판단되어 과태료의 대상이 될 수 있다(산업집적법 제55조 제1항).²⁰⁾ 처분 제한과 마찬가지로 임대 제한 규정 역시 그 대상을 ‘산업시설구역 및 복합구역’으로 제한하고 있고, 지원시설구

19) 김차, “산업집적법에 따른 공장 개념의 비판적 고찰”, 『법과 기업 연구』 제13권 제1호(서강대학교 법학연구소, 2023. 4.), 104면.

역 내 용지에는 적용되지 않는다. 따라서 지원시설구역의 경우 처음부터 임대사업을 목적으로 용지를 분양받아 지원시설을 개발하여, 준공과 동시에 임대하여 임대수익을 얻는 것도 법령상 가능하다.²¹⁾

산업집적법상 산업용지 등의 처분 제한은 공장설립등의 완료신고 또는 사업개시의 신고로부터 5년 동안 계속하여 적용되는데, 임대사업의 경우 공장설립신고등의 완료신고 또는 사업개시의 신고가 있으면 바로 가능하다는 점에서 차이가 있다. 두 규정의 목적은 모두 실제 제조업 용도로 사용하고자 하는 자에게 산업용지를 공급하는 데에 있으나, 임대수익의 취득은 매각차익에 비하여 규제의 정도를 완화한 취지로 보인다. 산업집적법은 임대사업을 하려는 자는 임대사업을 목적으로 관리기관과 입주계약을 체결하도록 하고 있다(산업집적법 제38조의2 제1항). 산업용지 및 공장을 처분하여 매각차익을 실현하고 규제의 대상에서 벗어나는 경우와 달리, 산업단지 내에서 임대사업을 영위하는 경우에는 관리기관과 체결한 입주계약 및 아래에서 살펴볼 여러 규제들을 통하여 계속하여 관리기관의 감독을 받게 된다는 점에서, 처분과 임대의 제한 기간을 달리할 수 있는 근거가 된다.

한편 산업집적법은 임대제한 규정의 적용 대상을 '산업용지 및 공장의 임대사업을 하려는 자'로 정하고 있어, 산업용지만을 단독으로 임대하는 것이 가능한지 여부는 문언상 분명하지 않다. 이와 관련한 유권해석에서는 공장설립등의 완료신고 후 산업용지와 공장등을 함께 임대하여야 한다고 규정하면서, 그 취지를 특정기업이 과도한 산업용지를 확보 및 임대하는 것을 방지하고, 실수요 중소기업이 산업용지를 취득할 수 있도록 하기 위함이라고 설명하고 있다.²²⁾ 임대제한 규정은 임대사업을 하기에 앞서 '공장설립등의 완료신고' 또는 '사업개시의 신고'를 할 것을 요구하고 있는데, 이는 모두 시설의 준공을 전제로 하는 개념이다. 이러한 점에 비추어 보면 산업용지만의 임대를 허용하는 것은 이미 지상건축물이 존재하는 토지만을 제3자에게 임대하는 것이라는 측면에서도 자연스럽지 않다. 다만 연접한 입주기업체가 특정한 목적으로 산업용지를 임대할 수 있도록 임대 제한 규정을 완화한 내용은 뒤에서 살펴보기로 한다.

(2) 산업단지 내에서의 임대차 법률관계

산업집적법은 임대제한 외에도 산업단지 내 임대차 법률관계에 대하여 특별한 조항을 두고 있다. 산업용지 및 공장등의 임대차계약 기간은 5년 이상이어야 하며, 임차인을 보호하기 위한 규정 취지상 임차인의 요청이 있는 경우 1년 이상으로 할 수 있되 임차인이 계약 갱신을 요구하면 전 임대계약과 동일한 조건으로 5년까지 갱신할 수 있다(산업집적법 제38조의2 제2항).²³⁾ 한편 상가건물 임대차보호법은 10년의 계약갱신요구권을 두고 있는데(상가건물 임대차보호법 제10조 제2항), 산업단지 내 공장에 상가건물 임대차보호법도 적용될 수 있는 경우 두 규정이 중첩적으로 적용되는지 문제된다. 대법원 판례는 상가건물 임대차보호법이 적용되는 '상가건물'인지 여부는 공부상 표시가 아닌 건물의 현황·용도 등에 비추어 영업용으로 사용하느냐에 따라 실질적으로 판단하여야 한다고 보며, 상품의 보관·제조·가공 등 사실행위만이 이루어지는 공장·창고 등은 영업용으로 사용하는 경우라고 볼 수 없으나, 그곳에서 사실행위와 더불어 영리를 목적으로 하는 활동이 함께 이루어진다면 상가건물 임대차보호법 적용 대상이라고 보고 있다.²⁴⁾ 산업집적법상 임대차계약 기간에 관한 규정과 상가건물 임대차보호법상 계약갱신요구권 모두 임차인을 보호하기 위한 취지의 규정임을 고려할 때, 단순히 제조업만 이루어지는 공장의 경우에는 산업집적법상 5년의 규정이 적용되나 공장 내에서 일부 영업도 이루어지는 경우라면 상가건물 임대차보호법에 따른 10년의 계약갱신요구권이 적용된다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

임차인에게 5년의 임대차기간이 실질적으로 보장되려면 임대인도 5년 이상 임대사업을 영위할 것이 요구된다. 산업집적법령은 이를 위하여 관리기관과 임대사업자가 체결하는 부동산 임대업을 목적으로 하는 입주계약의 계약기간도 5년 이상으로 하도록 규정하고 있다(산업집적법 제38조의2 제3항, 동법 시행령 제48조의4 제1항). 임대사업자가 관리기관과 정한 입주계약상 계약기간을 지키지 못하고 만료 전에 산업용지 또는 공장등을 양도하려는 경우에는 처분 제한 규정이 동일하게 적용된다(산업집적법 제38조의2 제4항). 즉 임대사업자는 산업용지 또는 공장등을 관리기관에 일정가격 이하로 양도하여야 하며, 관리기관이 매수할 수 없는 경우 관리기관이 매수신청을 받아 선정한 다른 기업체나 유관기관에 양도하여야 한다. 산업통상자원부(현 산업통상부)는 해당 양도 제한 규정의 취지에 관하여, 임차인을 보호함과 동시에 임대사업 자체를 억제하는 데 그 목적이 있다고 설명하고 있다.²⁵⁾

20) 산업통상자원부, 앞의 책, 97면.

21) 다만 부동산 임대업은 임차인이 영위하는 사업과 별개의 사업이므로, 임대인이 영위하는 사업(부동산 임대업) 및 임차인이 영위하는 사업 모두 해당 산업단지의 관리기본계획상 허용되는 업종이어야 할 것이 요구된다.

22) 산업통상자원부, 앞의 책, 97면.

23) 해당 내용은 시행령에 규정되어 있었는데, 2014. 12. 30. 법률 제12929호로 일부개정되면서 법률에 명시되었다. 임대차계약기간 및 갱신권이 소유자에게 미치는 중대한 영향을 고려하였을 때 이는 법률에 의하여 규율될 필요가 있다.

24) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다40967 판결 등 참고.

25) 산업통상자원부, 앞의 책, 76면.

산업단지 내 임차인은 산업집적법에 의해 보호를 받지만, 임대사업자와 마찬가지로 관리기관의 관리·감독의 대상이 되기도 한다. 산업집적법령은 임대사업을 하려는 자뿐만 아니라 산업용지 및 건축물에 입주하는 임차인의 경우에도 관리기관과 입주계약을 체결하도록 하고 있다(산업집적법 제38조의2 제3항, 동법 시행령 제48조의3 제3항). 임대사업을 하기 위하여는 해당 산업시설구역 또는 복합시설구역 내 입주대상업종으로 '부동산 임대업'이 포함되어야 하는데, 임차인 역시 관리기본계획에 따라 해당 산업단지에 입주할 수 없는 업종을 영위할 수 없다. 또한 임대사업자가 산업용지 및 공장등을 임대하는 경우 임대차의 내용은 해당 산업단지의 관리기본계획 뿐만 아니라 임대사업자가 체결한 입주계약의 내용에도 부합하여야 한다(산업집적법 제38조의2 제3항, 동법 시행령 제48조의3 제2항).

III. 처분 및 임대 제한과 관련한 규제 완화

1. 산업집적법령 개정을 중심으로 한 최근의 산업단지 규제완화

국토교통부와 산업통상자원부(현 산업통상부)는 2023. 8. 24. 20여개의 산업단지 규제 완화 사항을 포함한 개편 방안을 발표하였고, 규제 완화의 목적을 (1) 첨단·신산업의 입주와 투자가 촉진되는 산업단지, (2) 산업·문화·여가가 어우러져 청년이 찾는 산업단지, (3) 중앙정부에서 지방정부가 주도하는 산업단지 세 가지로 제시하였다.²⁶⁾ 관련 보도자료에서 20건의 개편 방안 중 13가지는 산업집적법 개정사항으로, 4가지는 산업입지법 개정사항으로, 나머지는 기타 고시 등의 개정사항으로 반영할 것을 예고하였다. 규제 완화 방안의 상당 부분이 산업집적법령의 개정을 통하여 추진되었음을 알 수 있다.

위 개편방안의 발표 이후 산업집적법이 개정되었고(법률 제19955호, 2024. 1. 9., 일부개정, 이하 "개정 산업집적법"이라 한다), 후속 법령의 정비로 산업집적법 시행령이 개정되었다(대통령령 제34639호, 2024. 7. 2., 일부개정, 이하 "개정 산업집적법 시행령"이라 한다). 개정 산업집적법의 주요 내용은 (1) 산업단지 입주업종 관련 규제 개선, (2) 비수도권 산업단지 입주기업의 자산유동화 허용 등 처분 제한 완화, (3) 연접 입주기업체에 대한 산업용지의 임대 허용 등 임대 제한 완화 등이며, 개정 산업집적법 시행령에는 이를 구체화하는 내용이 포함되었다. 주요 개정사항을 간략히 표로 정리하면 다음과 같다.

26) 국토교통부, "산업단지 3대 킬러규제 혁파", 2023. 8. 24.자 보도자료, 3-4면.

<표 1> 개정 산업집적법 및 개정 산업집적법 시행령의 주요 개정사항

법률 개정 사항	시행령 개정 사항
<p>(1) 입주업종 관련 규제 개선</p> <ul style="list-style-type: none"> 관리기관으로 하여금 산업입지법 제6조 및 제7조에 따라 지정된 산업단지 중 대통령령으로 정하는 산업단지에 대하여 5년 단위로 입주대상업종의 변경을 검토하도록 하였으며, 주요 유지업종의 변경이 필요한 경우 해당 산업단지 지정권자에게 변경을 요청할 수 있도록 규정함(산업집적법 제33조 제13항 신설). 한국산업단지관리공단의 사업에 '산업단지 입주업종 판단 등을 위한 심의기구의 운영'을 추가하여, 신규 산업이 산업단지 내 신속한 입주를 할 수 있도록 지원함(산업집적법 제45조의21 제3호의2 신설). 	<ul style="list-style-type: none"> 산업집적법 제33조 제13항과 관련하여, "대통령령으로 정하는 산업단지"란 산업입지법에 따라 산업단지개발사업의 준공인가를 받은 날로부터 10년이 경과된 사업단지 중 관리권자²⁷⁾가 정기적으로 입주대상업종의 변경을 검토할 필요성이 인정되어 지정·고시하는 산업단지를 의미함을 명확히 규정함(산업집적법 시행령 제43조의3 신설). 산업단지에 입주할 수 있는 업종에 범부 관련 서비스업, 회계 및 세무 관련 서비스업, 기타 금융투자업을 추가하는 등 입주업종을 확대함(산업집적법 시행령 제6조 제5항 제13호 내지 제16호 신설).
<p>(2) 처분 제한 완화 관련</p> <ul style="list-style-type: none"> 수도권 지역 외 입주기업체가 공장설립의 완료신고 또는 사업개시의 신고 후 소유하고 있는 산업용지 및 공장등을 자산유동화나 그 밖에 대통령령으로 정하는 부동산금융의 방법을 활용하여 처분 후 임차하는 조건으로 자금을 조달할 수 있도록 함(산업집적법 제44조의2 신설). 	<ul style="list-style-type: none"> '대통령령으로 정하는 부동산금융의 방법'을 (i) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조에 따른 금융투자업자, (ii) 「부동산투자회사법」 제2조제1호에 따른 부동산투자회사, (iii) 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관에게 입주기업체가 소유하고 있는 산업용지 및 공장등을 처분하고 이를 임차하는 조건으로 자금을 조달하는 방법으로 구체화하고, 금융투자업자 등이 계약의 중단 또는 종료로 산업용지 및 공장 등을 처분하려는 경우 그 산업용지 및 공장 등을 임차한 입주기업체와 우선적으로 협상한다는 내용을 계약서에 포함하도록 함(산업집적법 시행령 제57조의2 신설). 처분제한 규정에 따라 입주기업체는 공장설립 등의 완료신고 또는 완료신고 후 5년 이내에는 관리기관 및 유관기관 외의 자에게 산업용지 및 공장 등을 처분할 수 없으나, 입주기업체가 지분을 소유하고 있는 공동출자법인에게 산업용지 및 공장 등을 현물출자하는 경우에 한하여 처분제한기간 이내라도 산업용지 및 공장 등을 처분할 수 있도록 함(산업집적법 시행령 제49조 제1항 제2호의3 신설).
<p>(3) 임대 제한 완화 관련</p> <ul style="list-style-type: none"> 입주기업체가 산업용지만을 임대하는 행위는 제한되나, 입주기업체로 하여금 자신이 소유하고 있는 산업시설구역등의 산업용지에 대하여 연접한 입주기업체가 기존 제조시설과 물리적 또는 기능적으로 연계하여 제조시설 또는 부대시설(관리지침으로 정하는 요건을 충족하는 경우에 한정함)을 설치하려는 경우에는 해당 산업용지의 일부를 연접한 입주기업체에 임대할 수 있도록 함(산업집적법 제38조의3 신설). 	

이하에서는 2024년에 이루어진 산업집적법령 개정 사항 중 처분 제한 및 임대 제한과 관련된 규제 완화를 중심으로 살펴본다.

2. 처분 및 임대 제한의 완화 - 매각 후 임차 방식의 투자 허용

(1) 산업단지 내 자산유동화 방식의 활용

산업단지 규제완화의 내용 중 가장 주목할 만한 변화는 입주기업이 자산유동화 방식을 통해 자금을 조달할 수 있도록 허용한 점이다. 넓은 의미의 '자산유동화'는 금융기관 또는 일반기업이 보유하고 있는 비유동성 자산을 시장에서 판매하기 용이한 증권으로 변환하여 이를 현금화하는 일련의 과정을 의미한다.²⁸⁾ 이 중 개정 산업집적법에서 허용한 매각 후 임차 방식(Sale and Lease Back) 투자

27) "관리권자"란 산업단지의 관리권한을 가진 자로, 국가산업단지의 경우 산업통상자원부장관, 일반산업단지 및 도시첨단산업단지의 경우 시·도지사(시장·군수·구청장이 지정한 산업단지의 경우 시장·군수·구청장), 농공단지의 경우 시장·군수·구청장을 의미한다(산업집적법 제2조 제16호, 제30조 제1항).

는 부동산의 소유자가 부동산을 매각한 후 해당 자산을 재임차하는 방식으로, 매도인 입장에서는 현금 흐름을 확보하여 재무상황을 개선하면서도 계속하여 부동산을 사용할 수 있고, 매수인 입장에서는 매입과 동시에 임차인을 확보하여 안정적인 임대수익을 얻을 수 있다. 통상적인 매각 후 임차 방식 거래에는 임대기간 만료 후에도 임차인에게 계약연장권을 부여하여 장기로 임대할 수 있도록 하거나, 임차인이 매각했던 자산을 특정한 가격에 다시 재매수할 수 있는 우선매수권 조건을 포함한다. 계약연장권 및 우선매수권 조건과의 결합을 통해 소유자는 자산을 활용하여 현금을 조달하면서, 이자비용과 유사한 임대료 비용을 부담하여 자산을 계속하여 사용하고, 이후 정해진 가격으로 자산의 소유권을 회복할 수 있으므로, 실질적으로 담보대출 거래와 유사한 자금 조달 효과를 얻는다.

개정 산업집적법에는 수도권²⁹⁾ 외 지역의 산업단지의 산업용지 및 공장 등을 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산유동화나 산업집적법 시행령에서 정하는 부동산금융의 방법(이하 “자산유동화등”이라 한다)을 활용하여 처분한 뒤, 이를 임차하는 조건으로 자금을 조달할 수 있다는 조항을 신설하였고(산업집적법 제44조의2 제1항), 개정 산업집적법 시행령에서는 입주기업체가 소유하고 있는 산업용지 및 공장 등을 처분할 수 있는 투자자의 범위를 (i) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조에 따른 금융투자업자, (ii) 「부동산투자회사법」 제2조 제1호에 따른 부동산투자회사 또는 (iii) 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관으로 명확히 하였다(산업집적법 시행령 제57조의2 제1항). 매각 후 임차 방식 투자의 허용 범위를 비수도권 산업단지로 한정하는 것은 입주기업체의 비수도권 산업단지로의 이전을 장려하고자 하는 취지로 이해된다.³⁰⁾

매각 후 임차거래를 할 수 있는 거래상대방으로는, 부동산을 주된 투자대상으로 삼을 수 있어 투자수요가 있는 부동산투자회사 또는 증권회사 등 투자자와 정책적인 차원에서 입주기업체에 자금 조달을 할 수 있는 공공기관³¹⁾ 등을 포함한 것으로 보인다. 한편 부동산 투자의 주요 시장 참여자인 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”이라 한다)에 따른 부동산 펀드는 명시적으로 규정되어 있지 않은데, 펀드를 운용하는 집합투자업자는 위 ‘금융투자업자’의 범위에 포함되기는 하나 부동산 펀드에 매각할 수 있도록 하기 위하여는 ‘부동산을 주된 투자대상으로 하는 자본시장법에 따른 집합투자기구’가 투자자의 범위에 명확히 포함되어야 할 것이다.

매각 후 임차 방식은 소유권 이전과 임대차를 모두 포함하므로, 이를 허용하기 위하여 처분 제한과 임대 제한 규제 모두에 대한 예외가 규정되었다. 구체적으로 매각 후 임차는 입주기업체의 공장설립등의 완료신고 또는 사업개시의 신고 후 바로 가능하므로, 5년의 처분제한기간이 적용되지 않는다. 다만 처분제한기간 내에 처분하는 경우 자산유동화를 위하여 금융투자업자, 부동산투자회사 또는 공공기관 등에 양도하더라도 처분가격에 관한 제한은 여전히 준용된다(산업집적법 시행령 제57조의2 제3항). 입주기업의 입장에서는 5년의 처분제한기간 내에는 상한이 있는 가격이라고 하더라도 재무구조를 개선하면서 동시에 산업단지 내에서 계속하여 제조업 등 사업을 할 수 있는 선택권이 생긴 것으로 볼 수 있다. 한편 입주기업과 매매계약 및 임대차계약을 체결하여 임대인의 지위를 보유하게 되는 금융투자업자, 부동산투자회사 및 공공기관은 원칙적으로 산업단지 내에서 임대사업을 하는 자에 해당하지만 투자자의 지위에서 입주기업체와 자산유동화등 계약을 체결한 것이므로 산업단지를 한 차례 실사용하는 자가 될 수 없다. 따라서 이들 임대인은 공장설립등의 완료신고 또는 사업개시의 신고 후 임대를 하여야 한다는 규정과 관리기관과 임대사업을 목적으로 하는 입주계약을 체결하여야 한다는 규정 등 산업집적법상 임대제한 관련 규정의 적용을 받지 않는다(산업집적법 시행령 제57조의2 제4항).

(2) 입주기업체의 우선협상권과 토지가액 차액의 기부

개정 산업집적법령은 산업단지 내 자산유동화 방식의 투자에 있어서도 일반적인 매각 후 임차 거래에서와 같이 금융투자업자, 부동산투자회사 및 공공기관이 계약기간 종료에 따라 산업용지 및 공장등을 처분하는 경우 제3자에 우선하여 해당 산업용지 및 공장등을 임차한 입주기업체와 협상하여야 한다고 정하고 있다(산업집적법 제44조의2 제5항, 동법 시행령 제57조의2 제5항 제1호). 이 경우 매매가격은 해당 입주기업체와 계약상대방이 선정한 2인 이상의 감정평가법인의 감정평가금액의 산술평균으로 산정한다(산업집적법 시행령 제57조의2 제5항 제2호).

위 규정은 ‘우선협상권’과 ‘매매계약 체결시 매매대금’만 정하고 있을 뿐, 협상의 구체적인 절차나 협상이 결렬되었을 때 바로 제3자에게 매각할 수 있는지 여부 등에 관하여는 규정하고 있지 않아, 현재로서는 투자자(임대인)과 입주기업체(임차인) 간의 계약에 이와

28) 노상범 / 고동원, 『부동산금융법 이론과 실무(제4판)』, 박영사, 2020, 283면.

29) 「수도권정비계획법」 제2조 제1호에 따른 수도권을 의미한다.

30) 국토교통부 보도자료에 의하면, “산단 입주기업의 매각 후 임대 방식의 자산 유동화를 비수도권 산단부터 허용”한다고 하고 있어, 추후 허용 범위가 확대될 가능성이 있는 것으로 보인다(국토교통부, 앞의 글, 1면 참고).

31) 국내에서 매각 후 임차(Sale and Lease Back) 거래가 정책적으로 가장 활발히 사용된 사례는 한국자산관리공사가 재무적 곤경에 처한 중소기업의 자산을 매입하고, 이후 임차권을 부여하여 재무구조개선과 핵심 영업자산의 사용권 유지를 동시에 달성할 수 있도록 지원하는 한국자산관리공사의 세일앤리스백 프로그램이다(윤효중·정찬식·김순호, “세일앤리스백을 통한 중소기업 구조조정에 관한 사례 연구”, 『경영컨설팅연구』 제19권 제2호(한국경영컨설팅학회, 2019. 5.), 237면 참고).

같은 내용을 자유롭게 구성할 수 있다. 이로 인하여, 양자 간 계약 협상력에 따라 재매각 협상이 되지 않는 경우 사전에 정해진 조건으로 무조건 재매각할 의무를 규정하는 방식과 같이 아주 강력한 우선매수권으로 구현할 수도 있고, 우선협상권을 행사할 수 있는 기간을 매우 짧게 규정하는 등 사실상 유명무실한 규정으로 만들 수도 있다. 사인 간의 계약에 포함될 사항을 산업집적법령에 어느 정도까지 구체적으로 규정하여야 하는지와 관련하여서는 세심한 입법적 고려가 필요하다. 다만 입주기업체에게 소유권 회복의 가능성을 제공하여 사실상 담보대출과 유사한 방식으로 자금조달 효과를 누리도록 지원하는 것이 규정의 취지라면, 우선협상권의 내용을 보다 구체화할 필요도 있다고 생각한다.

산업집적법령상 처분 제한의 가장 중요한 목적이 실사용 없이 매각차익 등 투자수익만을 누리는 것을 억제하기 위함이라는 점에서, 개정 산업집적법령은 관리권자가 입주기업체의 계약상대방인 투자자로부터 일정한 범위의 토지가격 차액분을 기부받아 (i) 산업단지의 용지 및 시설의 매각·임대 및 사후관리업무 및 (ii) 입주기업체 및 지원기관의 사업활동 지원 업무에 사용할 수 있도록 정하고 있다(산업집적법 제44조의2 제4항). 공공기관의 경우 처음부터 토지가격 차액을 목적으로 투자하였다고 보지 않아 기부 주체에서 제외하고 있으며, 기부금액은 자산유동화등의 계약 후 5년이 경과한 시점에서 산업용지 감정평가액³²⁾에서 처분제한기간 동안 적용되는 산업용지의 양도가격을 뺀 금액의 100분의 50으로 정하고 있다(산업집적법 시행령 제57조의2 제6항). 토지가격 차액분의 기부 규정이 본격적으로 적용된 사업장은 아직 없을 것으로 이해되나, 산업단지 내 자산유동화 거래에서 토지가격 차액분의 기부가 일반화되는 경우 투자자들은 특히 지가 상승기에는 해당 기부금액을 고려하여 투자 수익률을 산정하고, 이를 토대로 산업단지 내 투자와 산업단지 외의 다른 투자처를 비교하게 될 것으로 보인다.

3. 처분 제한의 완화 – 공동출자법인에 대한 현물출자 허용

처분 제한 규정은 산업집적법 시행령 개정 전에도 입주기업체와 사실상 동일하다고 평가할 수 있는 자에게 처분하는 경우에는 처분 제한 규정의 적용을 배제하고 있었다. 예컨대 개인인 입주기업체가 소유한 산업용지 및 공장등의 전부를 현물출자하여 법인으로 전환하는 경우 또는 입주기업체가 발기인이 되어 법인을 설립하고 순자산가액 이상을 출자한 뒤 3개월 이내에 산업용지 및 공장등에 사업에 관한 권리와 의무를 포괄적으로 양도하는 경우 등은 사실상 입주기업체와 경제적 실질 측면에서 동일한 법인에 권리, 의무를 양도하는 경우에 해당한다(산업집적법 시행령 제49조 제1항 제2호, 제4호).

개정 산업집적법에서는 ‘입주기업체가 지분을 소유하고 있는 공동출자법인에 산업용지 및 공장등을 현물출자하는 경우’가 예외로 추가되어 합작 투자 및 현물출자 방식에 의한 투자의 경우에도 처분 제한 규정이 적용되지 않게 되었다(산업집적법 시행령 제49조 제1항 제2호의3). 이 때 ‘공동출자법인’은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다)상 개념인데, 경영에 영향을 미칠 수 있는 상당한 지분을 소유하고 있는 2인 이상의 출자자가 계약 등의 방법으로 출자지분의 양도를 현저히 제한하고 있어 출자자 간 지분변동이 어려운 법인을 의미한다(공정거래법 제18조 제1항 제1호). 투자자가 소수로 이루어져 있고 그 지분의 양도가 계약 등으로 제한되는 경우 기존 입주기업체는 공동출자법인의 의사결정에 지속적으로 관여하게 되며, 경제적 이해관계의 측면에서도 주요 2인 출자자 중 1인이라는 점에서 해당 법인과 상당히 밀접한 관계를 가지게 된다. 이러한 취지를 종합하면 입주기업체가 합작 투자를 통하여 자금 조달 수요를 충족하면서도 합작투자법인을 통하여 기존 사업을 계속 영위해 나갈 수 있도록 제도를 정비한 것은 규제 완화 목적상 합리적이라고 평가할 수 있다.

4. 임대 제한의 완화 – 연접한 내대지 공장용지의 임차 허용

산업시설구역 및 복합구역에서는 한 차례 실사용을 개시한 후 산업용지 및 공장등을 함께 임대하는 것만이 가능하고, 산업용지만의 임대는 허용되지 않는다. 그러나 입주기업체가 분양받은 산업용지 중 아직 개발이 진행되지 않은 유휴부지가 있을 경우 산업단지 내 다른 입주기업체로 하여금 이를 사용하도록 하는 것이 공익에 부합하는 측면이 있다. 이를 반영하여 개정 산업집적법에서는 입주기업체가 임대 제한 규정에도 불구하고 자신이 소유하고 있는 산업시설구역 및 복합구역의 산업용지에 대하여 연접한 입주기업체가 기존 제조시설과 물리적 또는 기능적으로 연계하여 제조시설 또는 부대시설을 설치하려는 경우에는 해당 산업용지의 일부를 연접한 입주기업체에 임대할 수 있다는 매우 간단한 조항으로 추가되었다(산업집적법 제38조의3).

산업집적법 제38조의3은 개정 산업집적법 시행 이후 실무상 수요를 추가로 반영하여 2025. 1. 21. 법률 제20696호로 전면 개정되

32) 이 경우 감정평가액은 자산유동화등의 계약 후 5년이 경과하기 전 3개월 이내의 범위에서 2 이상의 감정평가법인등이 평가한 금액의 산술평균치로 정한다(산업집적법 시행령 제57조의2 제6항).

었다. 연접한 기업체가 제조시설 또는 부대시설을 설치하려는 경우뿐만 아니라(산업집적법 제38조의3 제1항 제1호), (i) 공장등을 신설 또는 증설하기 위하여 산업용지를 재료 적치장 또는 주차장 등으로 사용하는 경우로서 관리권자가 필요하다고 인정하는 경우(제2호) 및 (ii) 산업단지개발사업의 시행자가 산업단지에 입주함과 동시에 직접 개발한 산업시설구역등의 산업용지를 다른 입주기업체 또는 해당 산업단지에 입주하려는 기업체에게 임대하는 경우(제3호)도 허용되는 범위에 추가되었다. 또한 이 경우 임대 제한이 적용되지 않아 실사용 전에도 임대를 목적으로 하는 입주계약을 체결할 수 있다는 점을 명확히 하였다(산업집적법 제38조의3 제2항).

연접 기업체가 주차장, 재료 적치장 사용을 위해서가 아니라, 산업시설 설치를 위하여 임대하고자 하는 경우 임대 제한이 완화되는 범위는 기존 제조시설과 물리적 또는 기능적으로 연계된 ‘제조시설’ 또는 ‘부대시설’을 설치하는 경우로 한정되고, 이 중 부대시설의 범위는 다시 ‘관리지침으로 정하는 요건을 충족하는 경우’로 한정된다. 관리지침에서 ‘부대시설’이 언급되는 조항은 입주기업체의 부대시설의 범위를 정한 제5조 제6항³³⁾과 도로, 구거 등으로 연접하여 분리된 반대쪽 산업용지에 부대시설을 물리적 또는 기능적으로 설치, 증설하여 해당 제조시설과 연계하려는 경우 입주계약을 하나로 체결할 수 있다는 내용 등의 제9조 제6항³⁴⁾이 있는데, 관리지침이 2026년 2월 25일 개정되기 전까지는 이 중 어느 기준에 의하여야 하는지가 명확하지 않았다.³⁵⁾

2026. 2. 25. 산업통상부고시 제2026-15호로 일부개정된 관리지침은 제13조 제3항을 신설하여, 산업집적법 제38조의3 제1항 제1호에 따른 연접한 입주기업체에는 도로, 구거 등으로 연접하여 분리된 반대쪽 산업용지에 입주한 자도 포함한다고 정하였고, 부대시설은 제9조 제6항 각 호에 따른 요건을 갖추어야 한다는 점을 명확히 하였다. 관리지침 제9조 제6항 제1호도 산업집적법 제38조의3 제1항 제1호와 유사한 취지로 기존 제조시설과 연계하려는 경우의 부대시설 요건을 규정하는 조항이므로, 부대시설의 요건에 적용되는 관리지침 조항을 명시함으로써 종전의 불명확한 규정으로 인하여 발생하던 실무상 혼선이 상당 부분 해소될 것으로 보인다. 다만 관리지침 제9조 제6항 제1호의 “관계 법령에 따라 설치가 의무화된 시설이 수반·포함되는 경우”의 요건을 기준으로 하는 경우 사용 중인 공장의 연구시설 등 설치의 필요성이 비교적 높은 시설의 경우에도 법령상 설치가 의무화된 시설에 해당하지 않으면 인접 유희부지를 임대하여 설치하는 것이 제한된다고 해석될 가능성이 높다. 지나치게 엄격한 규율로 인하여 규정의 실효성이 저하되는 것을 방지하기 위하여, 합리적 필요성이 인정되는 시설을 포섭할 수 있도록 부대시설의 요건에 관한 규정을 보다 유연하게 정비할 필요가 있다.

IV. 맺음말

산업집적법령은 실수요자 위주의 클러스터 형성에 따른 효율성 달성이라는 목표를 가지고 규제를 발전시켜 왔고, 이와 같은 공익은 산업용지 등을 분양받은 자의 토지소유권을 제한할 수 있는 근거가 되었다. 1964년 「수출산업공업단지개발조성법」이 제정되고 1호 공업단지인 구로수출공업단지가 조성된 때³⁶⁾로부터 60년이 넘는 기간 동안 산업단지가 지속적으로 발전하고 다양한 업종의 기업이 입주하면서, 산업단지 내 투자 자금 유통 방법의 다양화와 유희부지 활용 등이 효율성과 관련한 새로운 목표로 떠오르게 되었다.

규제 완화를 주요 내용으로 하는 산업집적법령 개정도 역시 현장에서서의 필요를 반영하여 시장에서 이미 활용되고 있는 금융기법으로 예외를 확대하되 지역과 방식에 일정한 제한을 두는 방법으로 조심스러운 접근을 취하였다. 법령 시행 이후, 투자자들과 자금 수요를 가지고 있는 입주기업들이 규제 완화가 의도한 투자 방식을 활발하게 이용하는지 여부를 검토하면서 미비한 부분을 보완해나갈 필요가 있다. 지나치게 엄격한 규정으로 유명무실한 규제 완화에 머물지 않도록 하되, 투자의 효율성 증대를 명목으로 투기 수요의 집중

33) 산업단지 관리지침 제5조(산업시설구역에서 제조업의 업종에 대한 기준건축면적률 등) ⑥ 법 제38조제3항에 따라 입주계약을 체결한 입주기업체의 부대시설 범위에 관하여는 규칙 제2조를 준용한다.

34) 산업단지 관리지침 제9조(입주계약 시기 등) ⑥ 관리기관은 산업시설구역에서 입주기업체가 제조업 등의 사업을 하면서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 산업단지 관리 등에 지장이 초래되지 않고 그 필요성이 인정되는 범위에서 입주계약을 하나로 체결할 수 있다.

1. 도로, 구거 등으로 연접하여 분리된 반대쪽 산업용지에 부대시설(관계 법령에 따라 설치가 의무화된 시설이 수반·포함되는 경우에 해당한다)을 물리적 또는 기능적으로 설치·증설하여 해당 제조시설과 연계하려는 경우
2. 농공단지에서 부대시설만 설치하기 위해 하나의 산업용지를 추가하는 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

가. 기존 공장 등의 「건축법」 제55조에 따른 건축물이 50%(건축물이 여러 개인 경우 사업장 내 모든 건축물의 건축물의 평균값을 말한다)를 초과한 경우

나. 법 제11조 및 제12조에 따라 산정한 부지 대비 공장(사업)건축물 등의 면적 비율이 100%를 초과한 경우

35) 관리지침 제5조 제6항은 부대시설의 범위를 산업집적법 시행규칙 제2조에 따르도록 하고 있는데, 그 범위는 사무실, 창고, 주차장 등 관리·지원 시설뿐만 아니라 종업원의 복지후생증진에 필요한 시설까지 포함하고 있어 상당히 넓고, 그에 반하여 관리지침 제9조 제6항 제1호는 부대시설의 요건을 ‘관계 법령에 따라 설치가 의무화된 시설이 수반·포함되는 경우’로 매우 엄격히 보고 있어, 관리지침의 조항이 명시되지 않았을 때에는 관리지침의 어느 조항을 적용하는지에 따라 허용되는 부대시설의 범위가 크게 달라질 수 있었다.

36) 이슬기, “가발 팔던 한국, 첨단제조강국으로…산업단지 60년”의 수출입국”, 연합뉴스, 2024. 9. 12., <https://www.yna.co.kr/view/AKR20240912066100003> (2026. 2. 28. 확인).

을 유발하여 산업집적법령이 본래 의도한 실수요자 위주의 클러스터 형성이라는 목표에서 멀어지지 않도록, 제도 운용에 대한 지속적이고 균형적인 점검이 필요할 것으로 생각된다.

투고일 2026. 2. 28. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

참고문헌

단행본

- 곽윤직 / 김재형, 『물권법』(제9판), 박영사, 2024.
김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023.
김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.
노상범 / 고동원, 『부동산금융법 이론과 실무』(제4판), 박영사, 2020.
산업통상자원부(현 산업통상부), 『산업집적법 길라잡이(유권해석집)』, 산업통상자원부, 2015.

일반 논문

- 김차, “산업집적법에 따른 공장 개념의 비판적 고찰”, 『법과 기업 연구』 제13권 제1호(서강대학교 법학연구소, 2023. 4.).
윤효중 / 정찬식 / 김순호, “세일앤리스백을 통한 중소기업 구조조정에 관한 사례 연구”, 『경영건설팅연구』 제19권 제2호(한국경영건설팅학회, 2019. 5.).
이상천, “「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에서의 의제규정에 관한 고찰”, 『동아법학』 제48호(동아대학교 법학연구소, 2010. 8.).

기타 자료

- 국토교통부, “산업단지 3대 킬러규제 혁파”, 2023. 8. 24.자 보도자료.
산업통상자원부(현 산업통상부), “정부, 지자체 함께 노후 산업단지를 첨단사업 혁신거점으로 확 바꾼다”, 2024. 4. 29.자 보도자료.
산업통상자원부(현 산업통상부), 한국산업단지공단, “전국산업단지 현황통계(요약)”, 2025년 3분기.

ABSTRACT

Disposition and Lease Restriction System in Industrial Complexes and Recent Regulatory Relaxation

Moon, Jeyoon*

The Industrial Cluster Development and Factory Establishment Act (the "Act") is designed to promote industrial clustering by encouraging enterprises engaged in manufacturing and other industrial activities to concentrate within designated areas with supporting facilities, thereby generating synergistic effects through interaction and functional integration. To this end, the Act imposes restrictions on resident enterprises within industrial complexes, including limitations on the disposition of industrial sites and factory facilities for a specified period and the prohibition of leasing until such facilities have been put to actual use. These regulatory measures are intended to ensure that industrial clusters are formed and maintained by genuine end-users rather than speculative investors.

While such restrictions are justified in light of the public interests underlying the Act, rigid regulations may constrain diverse investment structures at a time when both investor demand and resident enterprises' financing needs are increasing. The 2024 amendments to the Act and its Enforcement Decree reflect legislative efforts to enhance efficiency within industrial complexes by introducing new investment mechanisms and facilitating the utilization of idle land. In particular, permitting in-kind contributions to jointly established corporations constitutes a relaxation of disposition restrictions; allowing the leasing of adjacent vacant factory sites represents a relaxation of lease restrictions; and the introduction of sale-and-leaseback arrangements simultaneously mitigates both disposition and leasing constraints.

This study examines the legal foundations and key aspects of the disposition and lease restrictions under the Act. It further analyzes the 2024 amendments, focusing on the relaxation of these regulatory frameworks, and considers how the regulations governing disposition and leasing might evolve. To prevent the regulatory framework from becoming ineffective owing to excessive restrictions, while also guarding against the expansion of speculative demand that could undermine the original objective of forming clusters centered on actual end-users, the system must be administered in a balanced manner. This requires sustained and close engagement with stakeholders in industrial complexes, together with efforts to enhance the clarity and precision of the relevant legal provisions.

Keywords: industrial complexes, the Industrial Cluster Development and Factory Establishment Act, disposition restrictions, lease restrictions, asset-backed securitization

* Attorney at Law, Shin & Kim LLC

논문 / ARTICLE

공동주택관리법상 장기수선충당금의 공법적 의의: 관리비(수선유지비)와의 관계를 중심으로

김소연*

국문초록

장기수선충당금 제도는 공동주택의 공용부분을 그 기능이 완전히 다하기 전에 적시에 수선함으로써 공동주택의 수명을 늘리고 주거의 질을 유지하기 위하여 공동주택관리법에 마련된 공법적 규율이다. 공동주택 공용부분 주요시설에 대한 일정한 비경상적 수선 공사에 대하여는 반드시 장기수선계획이 수립되어야 하고, 공동주택의 관리주체는 그 계획을 바탕으로 매월 소유자로부터 장기수선충당금을 징수하여 적립해야 하며, 그 적립된 장기수선충당금을 장기수선계획에 따라 지출해야 한다.

한편, 공동주택관리법상 공동주택 공용부분의 관리를 위한 비용을 조달하는 다른 수단으로 관리비가 있다. 관리비는 소유자와 세입자로부터 징수할 수 있고, 그 세부 사용 목적이 열 가지로 한정되어 있다. 그중 특히 공용부분의 수선과 관련한 항목으로서 장기수선충당금과의 관계가 중요한 것이 '수선유지비'다. 수선유지비는 '장기수선계획에서 제외되는 공동주택 공용부분의 수선, 보수에 소요되는 비용'으로 규정되어 있기 때문에, 장기수선충당금과 수선유지비는 공동주택 공용부분의 수선 비용을 조달하는 방법들로서 상호배타적 관계에 있다. 수선유지비와 비교할 때, 장기수선계획 수립 대상으로 규정되어 있는 수선 공사들은 그 성질상 해당 시설의 자본적 가치를 상승시키는 비경상적 행위로서 그 비용을 세입자에게 부담시킬 당위가 상대적으로 약하고, 실제로 장기수선충당금은 소유자에게만 부과할 수 있도록 규정되어 있다. 그 결과 장기수선충당금 제도는 공동주택 공용부분 관리를 위한 비용 중 소유자로부터만 징수할 만한 것과 세입자로부터도 징수할 만한 것을 경계 짓는 기능 또한 하게 된다.

이러한 관계를 고려하여 관계 법령을 해석하면, 공동주택관리법에 장기수선계획 수립 대상으로 규정되어 있는 유형의 수선 행위를 하는 경우, 장기수선계획 수립 대상으로 규정되어 있는 시설을 신설하는 경우나 임차하여 설치하는 경우 모두 관리비를 재원으로 삼을 수는 없다고 해석함이 타당하다. 다만 법문언상 이러한 점이 명확하다고 보기는 어려우므로 입법적으로 보완하는 것이 바람직하다.

주제어: 공동주택관리법, 공용부분, 장기수선충당금, 관리비, 수선유지비

목차

I. 서론

II. 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도 개관

III. 장기수선충당금과 관리비(수선유지비)의 관계

IV. 장기수선충당금 사용 범위와 관련된 몇 가지 문제

V. 결론

* 청주지방법원 판사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.5>

Received: February 28, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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

건물이 오랫동안 기능을 다하려면 적절한 관리가 이루어져야 한다. 일상적으로는 청소나 경미한 보수 등을 할 필요가 있을 것이고, 시설이 전체적으로 노후화되거나 큰 고장이 발생하는 경우 시설의 전부나 일부를 교체하여 그 기능을 회복할 필요도 있게 된다. 이러한 관리에는 비용이 소요되는데, 그중에서도 여럿이 공동으로 사용하는 건물 부분에 대한 관리 행위는 그 관리를 위한 자금의 조달이 순탄하지 않을 가능성이 상대적으로 높다. 여러 이해관계자 사이에 해당 관리 행위의 시급성에 대한 인식, 지출에 대한 부담감, 해당 관리 행위로부터 누가 얼마나 이익을 보게 되며 누가 얼마나 비용을 부담해야 타당한지에 대한 생각 등이 다를 수 있기 때문이다. 이에 여럿이 공동으로 사용하는 건물 부분에 대한 관리가 원활하게 이루어지도록 하기 위해서는 그 자금의 조달에 관한 규율을 별도로 마련할 필요가 있다.

공동주택은 우리나라 전체 주택 중 약 80%를 차지하는 주된 주거 형태이므로¹⁾ 공동주택이 적절하게 관리될 수 있도록 제도를 설계하는 것은 국민의 전체적인 주거 환경에 미치는 영향이 상당하다. 특히 자금 조달의 어려움으로 인하여 주요 공용 시설이 적시에 수선되지 못하게 되면 안전하고 쾌적한 주거 환경을 크게 해칠 가능성이 있으므로, 수선 자금의 조달과 관련하여 일정한 수준의 규율을 마련할 필요가 더욱 크다. 현행법상으로는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’)이나 공동주택관리법(이하 ‘법’으로 약칭할 시 공동주택관리법을 의미한다) 등에 그러한 목적의 규정들이 마련되어 있다.

이 글에서는 공동주택의 공용 부분의 관리를 위한 자금을 조달하는 제도 중 하나인 장기수선충당금 제도에 관하여 살펴보고자 한다. 먼저, 장기수선충당금 제도의 목적과 그 구체적인 내용을 개괄적으로 정리하고(Ⅱ), 현행 공동주택관리법상 관리비를 이루는 항목 중 하나인 수선유지비와 장기수선충당금의 법률적 관계를 바탕으로²⁾ 장기수선충당금 제도의 공법적 의의를 보다 넓은 관점에서 살펴본 후(Ⅲ), 장기수선충당금을 사용하여 수행하여야 하는 수선 행위의 범위와 관련하여 실무상 문제 될 수 있는 상황을 몇 가지 검토하고자 한다(Ⅳ).

II. 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도 개관

1. 입법 취지

공동주택이 노후화 등으로 그 기능을 완전히 상실하기 전에 적시에 수선을 진행하면, 상실되어 가던 공동주택의 기능을 효율적으로 회복하고 공동주택의 수명을 연장할 수 있다.³⁾⁴⁾ 앞서 언급한 바와 같이 공동주택 중 공동으로 사용하는 부분의 경우 그 성능의 유지나 회복을 위하여 일정한 관리 행위가 필요한 상황이 발생하더라도 자금 조달의 어려움 등으로 인하여 당사자들의 자유로운 의사결정에 맡긴 상태에서는 그 행위가 적시에 이루어지기를 기대하기 어려우므로, 공법적 규율의 개입을 고려할 만하다.

공동주택관리법은 공동주택을 투명하고 효율적으로 안전하게 관리한다는 목표로 공동주택의 관리에 관하여 여러 사항을 정하는 것을 그 목적으로 하는 법률이다(법 제1조). 공동주택관리법은 공동주택의 공용 부분이 적시에 수선되도록 할 방법으로서, 해당 공동주택의 공용 부분을 장래 수십 년 동안 언제, 얼마에, 어떻게 수선할 것인지에 대한 계획을 세워 그 계획을 바탕으로 매월 그 수선을 위한 자금을 적립하고, 그 적립된 자금을 그 계획에 따라 지출하는 규정을 두고 있다. 공동주택관리법상 위 계획의 명칭이 ‘장기수선계획’⁵⁾이고,

1) 서지영, “공동주택, 전체 주택 중 79.2% 차지”, 아파트관리신문, 2024. 8. 9., <https://www.aptn.co.kr/news/articleView.html?idxno=106999> (2026. 2. 2. 확인).

2) 이 글에서는 장기수선충당금과 수선유지비의 법률적 관계에 논의의 초점을 맞추었다. 장기수선충당금과 관리비의 관계에 대한 실증적 분석을 시도한 연구로는 최진호, “공동주택 양태별 장기수선충당금과 수선유지비의 합리적 운영방안”, 충북대학교 대학원 박사학위논문, 2020; 신창득, “공동주택의 관리방식에 따른 공동관리비와 장기수선충당금에 대한 연구 - 서울시를 대상으로 -”, 한성대학교 대학원 박사학위논문, 2017 등 참조.

3) 중앙공동주택관리지원센터, 『2022 장기수선계획 실무가이드라인』, 중앙공동주택관리지원센터, 2022, 4면; 김선국 / 나효신 / 한충희, “공동주택 장기수선계획의 시스템화 연구”, 『대한건축학회논문집 구조계』 제19권 제1호(2003. 1.), 113면 참조.

4) 김중보, 『건설법의 이해』(제7판), 피데스, 2023, 813면 참조. 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도의 모태인 구 주택건설촉진법(1978. 12. 5. 법률 제3137호로 개정된 것)상 특별수선충당금 제도의 입법 목적 또한 ‘공동주택 주요시설의 교체 및 보수에 따른 일시적 부담을 경감하기 위하여 특별수선충당금을 적립’한다는 것이었다.

5) 다만, ‘장기수선계획’이라는 명칭 자체는 집합건물과 관련된 법령에만 사용되는 것은 아니다. 예를 들어 건축물관리법에서도 건축물관리계획에 건축물의 장기수선계획에 관한 사항을 포함시키도록 규정하고 있다(건축물관리법 제11조 제2항 제4호). 그러나 건축물관리법상의 장기수선계획은 건물의 주요 설비의 수선 그 자체에 대한 계획에 초점이 맞추어져 있고(건축물관리계획 작성기준(2020. 5. 1. 국토교통부고시 제2020-316호로 제정된 것) 참조), 건물의 공용 부분의 적시 관리를 위한 자금 조달 제도의 일부로서 기능하는 공동주택관리법 등의 장기수선계획과는 차이가 있다.

위 계획에 따라 적립하게 되는 자금의 명칭이 ‘장기수선충당금’이다(법 제2조 제1항 제18호, 제30조 등).

2. 다른 법령상 유사 제도

(1) 집합건물법상 수선적립금

집합건물법은 공동주택의 소유 및 이용 행태가 한 동의 건물을 수십 내지 수백 명이 구분소유하고 공동으로 이용하는 형태로 새롭게 발전함에 따라 구분소유권의 대상과 한계, 구분소유자들 간의 법률관계, 구분소유권과 공동 이용 부분 및 그 대지에 대한 소유·이용관계, 등기 방법을 규명, 개선하여 집합건물에서의 공동생활을 합리적으로 규율하고 그 권리관계를 간명하게 공시하기 위하여 1985년 제정된 법률이다.⁶⁾ 집합건물법은 집합건물이라는 특수한 소유권 구조를 가진 물건에 관하여 그 구분소유자들과 사용자들 사이의 법률관계를 일반적으로 규율한다. 주택의 안전하고 효율적인 관리, 국민의 주거수준 향상이라는 목적에서 입법되어 공법적 성격이 강한 공동주택관리법과 비교할 때 상대적으로 민사법적 성격이 강하다.

집합건물법에도 건물의 관리 비용에 관한 규정이 존재하지만, 공동주택관리법의 규정보다 규율의 정도가 약하고 구분소유자들이 자율적으로 결정할 수 있는 영역이 넓다. 집합건물의 각 공유자는 공용부분의 관리 비용을 원칙적으로 각자의 지분 비율에 따라 부담한다(집합건물법 제17조: 규약으로 이와 달리 정할 수 있다). 집합건물의 관리단⁷⁾은 집합건물 공용부분의 보존, 관리, 변경을 위한 행위를 할 권한과 의무가 있고, 그 사무 집행을 위한 부담금액과 비용을 각 구분소유자에게 청구, 수령할 권한과 의무가 있다(집합건물법 제23조의2, 제24조 제1항, 제25조 제1호, 제1호의2, 제2호 참조). 그리고 집합건물의 점유자⁸⁾는 구분소유자가 건물, 대지, 부속시설의 사용과 관련하여 규약 또는 관리단집회의 결의에 따라 부담하는 의무와 동일한 의무를 부담한다(집합건물법 제42조 제2항). 이에 따라 관리단은 건물의 보존과 관리를 위한 행위를 하는 데 필요한 비용을 구분소유자와 점유자 모두를 상대로 걷을 수 있게 된다.⁹⁾

초기 집합건물법에는 위와 같은 규정들 외에 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도와 유사한 규정은 없었으나, 2020년 개정으로 ‘수선적립금’에 관한 규정이 신설되었다(집합건물법 제17조의2). 수선적립금 규정의 요지는, 관리단은 규약에 달리 정한 바 없으면 관리단집회 결의에 따라 건물, 대지, 부속시설의 교체와 보수에 관한 ‘수선계획’을 수립할 수 있고(같은 조 제1항), 규약에 달리 정한 바 없으면 관리단집회의 결의에 따라 구분소유자로부터 ‘수선적립금’을 징수하여 적립할 수 있으며(같은 조 제2항 본문, 제3항), 이 수선적립금은 위 수선계획의 이행과 자연재해 등 예상하지 못한 사유로 인한 수선공사를 위하여 사용할 수 있다는 것이다(같은 조 제4항). 다만, 다른 법률에 따라 장기수선을 위한 계획이 수립되어 충당금이나 적립금이 징수된 경우에는 위 규정이 적용되지 않는다(제2항 단서). 따라서 공동주택관리법상 장기수선충당금 규정의 적용을 받는 건물에 대해서는 원칙적으로 장기수선충당금 규정만이 적용된다.

수선충당금 제도는 특정한 주체에게 건물 공용부분의 교체와 보수에 사용할 자금을 미리 계획하여 적립할 권한을 부여하였다는 점에서 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도와 유사한 점이 있다. 그러나 장기수선충당금 제도와는 달리 그 금원의 징수와 적립이 법령상 의무가 아니라 권한으로만 규정되어 있고, 구체적인 징수 내용 또한 관리단집회 결의를 통해 자율적으로 결정할 수 있는 범위가 상대적으로 넓다. 이는 사람의 기초적인 생활에 있어 쾌적하고 안전한 주거 환경의 중요성을 고려하여 공동주택의 경우에는 수선 자금의 적립을 의무적으로 하도록 하고,¹⁰⁾ 그 밖의 건물들의 경우에는 각자의 사정에 따라 필요한 경우에 자금을 징수할 법적 근거는 마련하여 두되, 실제 징수 여부나 구체적인 징수 내용은 소유자들의 자율에 맡긴 것으로 이해하여 볼 수 있다.¹¹⁾

(2) 공공주택 특별법 및 민간임대주택에 관한 특별법상의 각 특별수선충당금

일정한 규모 이상¹²⁾의 공공임대주택의 공공주택사업자는 그 주택의 주요 시설을 교체하고 보수하는 데 사용할 자금으로서 특별수

6) 집합건물의소유및관리에관한법률(1984. 4. 10. 법률 제3725호로 제정된 것) 제정이유 참조.

7) 건물에 대하여 구분소유관계가 성립하면 구분소유자 전원을 구성으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 ‘관리단’이 설립된다(집합건물법 제23조). 대법원은 이를 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 별도 조직행위 없이 당연히 성립되는 단체로 본대(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다49687, 49694(병합) 판결 등).

8) 집합건물의 전유부분을 점유하는 자로서 구분소유자 아닌 자를 의미한다(집합건물법 제5조 제4항).

9) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2017다234262 판결도 참조.

10) 다만, 현행법상 모든 공동주택이 의무적으로 장기수선충당금을 적립하여야 하는 것은 아니고, 세대 수나 승강기 설치 여부 등을 기준으로 일정한 범위의 공동주택만이 적용 대상이 된다(아래 2. 가. 1) 참고).

11) 여기서 구분소유자들의 의사에 맡긴다고 함은, 관련 법령에 따른 적법한 의사결정 절차를 거치면 된다는 의미이고, 구분소유자들 전원의 의사가 일치되어야 한다거나 수선적립금의 적립에 동의한 소유자들로부터만 수선적립금을 징수할 수 있다는 의미는 아니다.

12) 현행 법령상 (1) 300세대 이상이거나 (2) 승강기가 설치되어 있거나 (3) 중앙집중식 난방방식인 공동주택으로 규정되어 있어, 공동주택관리법상

선충당금을 적립할 의무가 있다(공동주택 특별법 제50조의4 제1항). 이는 그 주택을 오랫동안 안전하고 효율적으로 사용하기 위함이다.¹³⁾ 공공임대주택을 건설한 공공주택사업자는 해당 주택의 공용부분, 부대시설, 복리시설에 대하여 공동주택관리법 제29조에 따른 장기수선계획을 수립하여야 한다(공동주택 특별법 시행령 제57조 제2항), 그 계획에 포함되어야 하는 교체 및 보수 항목들은 공동주택관리법 시행규칙 [별표1]에 규정되어 있고(위 제2항), 매달 적립하여야 하는 금액도 표준건축비¹⁴⁾의 일정한 비율로 법정되어 있다(같은 조 제5항). 공공주택사업자는 특별수선충당금을 금융회사 등에 예치하여 따로 관리하여야 하고, 특별수선충당금을 사용하려면 해당 주택의 주소지 관할 행정청과 협의하여야 함이 원칙이다.

한편 일정한 규모 이상¹⁵⁾의 민간임대주택의 임대사업자도 그 주택의 주요 시설을 교체하고 보수하는 데 사용할 자금으로서 특별수선충당금을 적립할 의무가 있다(민간임대주택에 관한 특별법 제53조 제1항). 위 임대사업자는 해당 주택의 공용부분, 부대시설, 복리시설에 대하여 공동주택관리법 제29조에 따른 장기수선계획을 수립하여야 한다(민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제43조 제1항). 그 계획에 포함되어야 하는 교체 및 보수 항목들은 공동주택관리법 시행규칙 [별표1]에 규정되어 있고(민간임대주택에 관한 특별법 시행규칙 제24조), 매달 적립하여야 하는 금액도 사업계획 승인 당시 표준건축비의 일정한 비율로 법정되어 있다(민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제43조 제3항). 적립한 특별수선충당금은 임대사업자와 해당 주택의 소재지 관할 시장·군수·구청장의 공동 명의로 금융회사 등에 예치하여 따로 관리하여야 한다(같은 조 제4항).

이처럼 공동주택 중 임대주택에 관하여는 위 각 법령에 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도와 유사한 특별수선충당금 제도가 규정되어 있다. 특별수선충당금 제도의 목적 또한 공용부분 수선을 위한 대규모 비용 지출에 대비함으로써 주택의 수명을 늘리고 주거의 안정을 도모하겠다는 것으로서¹⁶⁾ 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도의 목적과 동일하다. 특별수선충당금 계산의 전제가 되는 장기수선계획도 공동주택관리법령에 마련된 장기수선계획 수립 기준에 따르도록 되어 있으므로, 장기수선계획을 수립할 의무가 있는 시설 공사의 상세도 서로 동일하다.

다만 공동주택관리법상 장기수선충당금의 경우에는 요율을 관리규약으로 자율적으로 정하도록 한 반면, 각 특별수선충당금은 그 요율을 법령에 정하여 둠으로써 임대사업자가 충당금의 적립 속도를 임의로 정할 수 없게 하였다. 또한 민간임대주택의 경우 특별수선충당금을 별도 계좌에 예치하여 따로 관리하도록 하는 것을 넘어 그 계좌의 명의를 임대사업자와 관할 행정청의 공동명의로 하도록 함으로써 더 강하게 규율하고 있다. 이는 일반적인 분양주택에 비하여 임대주택의 경우 주요시설의 설비가 열등한 경우가 많아 수선의 필요성이 발생할 개연성이 크다는 등의 특성을 고려하여,¹⁷⁾ 특별수선충당금이 임대사업자의 의사에 좌우되지 않고 보다 충실하고 예측 가능하게 적립, 사용되도록 하려는 것으로 이해하여 볼 수 있다.

2. 구체적 규율 내용

(1) 장기수선계획의 수립

장기수선충당금은 그 매월 적립할 금액의 구체적 액수가 장기수선계획에 따라 결정되므로, 장기수선계획에 대하여 먼저 살핀다.

1) 장기수선계획의 의미 및 수립 의무

공동주택관리법상 장기수선계획이란 공동주택 중 공용부분 주요시설을 언제 어떻게 수선할 것이며 그 비용으로 지출할 장기수선충당금을 얼마씩 적립해 나갈 것인지 대한 장기의 계획을 말한다(법 제2조 제1항 제18호, 제29조 제1항, 제3항, 제30조 제1항 등 참조). 일정한 규모 이상의 공동주택이나 소정의 시설이 설치되어 있는 공동주택¹⁸⁾이라면 장기수선계획이 반드시 수립되어야 한다.

의 기준과 동일하다.

13) 국토교통부 공공주택총괄과, “공공임대주택의 특별수선충당금 개요”, 국토교통부, 2018. 12. 11., <https://www.molit.go.kr/USR/policyTarget/dtl.jsp?idx=891> (2026. 2. 24. 확인) 참조.

14) 국토교통부장관이 고시한다.

15) 현행 법령상 (1) 300세대 이상이거나 (2) 150세대 이상이면서 승강기가 설치되어 있거나 (3) 150세대 이상이면서 중앙집중식 난방방식 또는 지역난방방식인 경우로 규정되어 있다(민간임대주택에 관한 특별법 제53조 제1항, 제51조 제2항, 민간임대주택에 관한 특별법 시행령 제41조 제3항).

16) 헌법재판소 2023. 5. 25. 선고 2019헌바132·180·463, 2020헌바183·366, 2021헌바243(병합) 전원재판부 결정 4. 가. 참조.

17) 위의 결정 4. 가. 참조.

18) 300세대 이상의 공동주택, 승강기가 설치된 공동주택, 중앙집중식 난방 방식 또는 지역난방 방식의 공동주택, 건축법 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일 건축물로 건축한 건축물, 주택법 제66조 제1항 및 제2항에 따라 리모델링을 하는 건축물을 말한다(공동주택관리법 제29조 제1항).

최초의 장기수선계획을 수립할 의무는 해당 공동주택을 건설·공급하는 사업주체(또는 주택법 제66조 제1항 및 제2항에 따라 리모델링을 하는 자)에게 있다(법 제29조 제1항 1문 전단). 해당 공동주택의 사용승인권자가 위 사업주체가 작성한 장기수선계획을 해당 공동주택의 관리주체에게 인계하면(같은 항 1문 후단), 이후로는 해당 공동주택의 입주자대표회의와 관리주체가 장기수선계획을 검토하고 조정할 의무를 부담한다. 장기수선계획을 수립하지 않는 경우 과태료가 부과된다(법 제102조 제3항 제10호, 법 시행령 [별표] 2. 파).

2) 장기수선계획의 수립 대상 및 내용

장기수선계획은 그 공동주택에 존재하는 모든 공용부분에 대한 모든 수선 행위에 대하여 수립되어야 하는 것은 아니다. 공동주택관리법령은 장기수선계획에 포함되어야 하는 수선 행위들을 일반조항 없이 열거식으로 규정하고 있다(법 제29조 제1항, 법 시행령 제31조, 법 시행규칙 제7조 제1항, 제8조 제1항 및 [별표1]).¹⁹⁾ 위 수선 행위들은 경미한 하자의 보수 등 비교적 일상적인 수선이 아닌, 시설의 교체 내지 대규모 보수 등 시설의 수명을 연장하고 감가상각된 가치를 회복시키는 상대적으로 비일상적인 것들이다.²⁰⁾²¹⁾²²⁾

장기수선계획에는 수선 행위별 수선시기와 수선비용, 그리고 장기수선충당금의 적립금액에 대한 사항이 포함되어야 한다(법 제29조 제1항, 법 시행령 제30조, 제31조 제3항, 법 시행규칙 제7조 제1항, [별표1]). 장기수선계획을 작성하여야 하는 수선 행위들이 법정되어 있음은 앞서 살펴보았고, 각 수선 행위의 주기도 법정되어 있다(법 시행규칙 [별표1]). 해당 공동주택의 장기수선계획 수립 대상 시설의 현황이 파악되고, 각 시설들과 관련하여 언제 얼마의 비용이 드는 수선을 할 것인지가 위 기준들에 따라 정해지면, 전체 계획기간 중 필요한 총 수선비용을 산출할 수 있다.

이처럼 산출된 총 수선비용을 연차별로 얼마씩 나누어 적립할 것인지를 비율로 표현한 것을 요율이라고 한다. 요율은 공동주택관리법령에 구체적으로 정해져 있지 않고, 관리규약으로 정한다(법 시행령 제31조 제1항).²³⁾ 앞서 산출한 총 수선비용에 요율을 적용하면 연차별로 적립해야 하는 장기수선충당금의 금액을 구할 수 있다. 현행 공동주택관리법령은 각 세대별로 공급면적에 비례하여 장기수선충당금을 분담하도록 정하고 있으므로(법 시행령 제31조 제3항),²⁴⁾ 연차별로 적립할 장기수선충당금 금액이 산출되면 그로써 월간 세대별 장기수선충당금액도 산출할 수 있다.²⁵⁾

19) 아파트 외부의 페인트 전면 도장, 변전설비 중 변압기의 전면교체, 소화설비 중 소화펌프의 전면교체 등 크게 63개의 수선 행위가 공동주택관리법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획의 수립 대상으로 되어 있다.

20) 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 수선 행위들의 예상 수선 주기는 5년~30년으로 장기간이다.

21) 한국토지주택공사가 운영하는 중앙공동주택관리지원센터는 '장기수선계획'을 "공동주택의 공용부분에 대하여 수선·교체공사를 통한 건물의 장수 선화를 위하여 40년 정도의 기간을 기준으로 수선항목과 수선주기를 예상하여 수선일정을 미리 계획하는 것"이라고 정의한다. 중앙공동주택관리지원센터, 앞의 글, 5쪽.

22) 구 주택법 당시에는 장기수선계획 수립 대상 수선 유형이 147개로 훨씬 많았고, 전면 수선과 일부 수선이 모두 장기수선계획 수립 대상으로 되어 있는 유형도 더 많았으나, 현실에 맞게 조정한다는 이유로 2016. 8. 12. 공동주택관리법 시행규칙 제정 당시 감소, 정리되었다.

23) 정책적 필요에 따라서는 요율 또한 법령으로 구체적으로 정하여 둘 수 있을 것이지만 현행 공동주택관리법은 이를 자율에 맡기고 있다.

24) 공급면적 기준 분담 원칙은 본래 2003년부터 공동주택관리법 시행규칙 [별표1]에 포함되어 있었다. 이때 소유자들이 공급면적 외에 다른 분담기준을 관리규약으로 정할 수 있는지에 대하여 해석상 논란이 있다, 이에 대해 법제처는 '법 시행규칙 [별표1]의 산식(공급면적에 비례하여 분담) 규정은 관리규약에 별도 정함이 없는 경우에 이에 따르라는 의미이므로 관리규약으로 세대별 분담 비율을 달리 정할 수 있다'고 해석하였다(법제처 법령해석 2020. 8. 10.자 안건번호 20-0110).

그러나 이러한 해석상 혼란을 해결하겠다는 취지에서 공동주택관리법 시행령이 2021. 10. 19. 개정되어, 당초 법 시행규칙 [별표1]에 규정되어 있던 위 내용을 법 시행령 제31조 제3항이 규정하게 되었다(공동주택관리법 시행령 일부개정령안 재입법예고(국토교통부공고 제2021-1362호)). 위 개정 이후 법제처는, 시행령 제31조 제3항의 산식(공급면적에 비례하여 분담) 규정은 세대별 장기수선충당금 금액의 산정 방법을 일률적으로 정한 것이므로 관리규약으로 이를 달리 정할 수 없다고 해석하여 오고 있다(법제처 법령해석 2023. 8. 28.자 안건번호 23-0395). 그리고 이러한 해석은 공동주택단지 중 승강기가 설치된 동과 아예 설치되지 않은 동이 섞여 있는 경우에도 마찬가지로, 승강기가 없는 동의 소유자도 공급면적을 기준으로 장기수선충당금을 분담하여야 하고, 승강기가 없다는 이유로 분담 금액을 조정할 수는 없다고 한다(법제처 법령해석 2024. 6. 11.자 안건번호 24-0319). 어느 구분소유자가 1층을 소유함으로써 승강기를 사용할 일이 없는 경우도 마찬가지다.

면적을 기준으로 분담하는 것의 일반적인 타당성, 면적이라는 단순한 기준을 일률적으로 적용하는 것의 효율성, 소유자에게 자율적 결정의 여지를 넓게 인정하였을 때의 부작용 발생 가능성 등을 고려하면, 위와 같이 면적 기준을 일률적으로 적용하는 것도 입법적으로 가능한 선택으로 생각된다(승강기 사용량을 고려하지 않고 공급면적에 비례하여 세대별 장기수선충당금 금액을 정하더라도 위법하지 않다고 판단한 사례로 수원지방법원 2022. 8. 25. 선고 2021나64702 판결(원고가 상고하였으나 심리불속행 기각되었다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2022다276550 판결)) 참조. 이는 공동주택관리법 시행령 제31조 제3항이 현행과 같이 개정되기 전의 사안이다. 다만 위 승강기 사안과 같이 전유부분과 해당 공용시설의 물리적 관계로 인하여 특정 구분소유자가 해당 공용시설을 사용할 일이 없는 경우가 실제로 존재하고, 이러한 경우 면적 기준이 그 타당성을 일부 상실하는 것도 사실이므로, 이러한 상황에서의 구체적 타당성을 제고할 수 있는 입법적 보완이 가능할지도 검토해 볼 만하다.

25) 국토교통부장관은 최소 적립금액의 기준을 정하여 고시할 수 있으나(법 시행령 제31조 제4항 2문), 다만 아직 최소 적립금액 기준이 고시된 것은 없다.

3) 장기수선계획의 조정

입주자대표회의와 관리주체는 장기수선계획을 정기적으로²⁶⁾ 검토하고 필요한 경우 그 내용을 조정하여야 하며, 그 검토한 내용을 기록하고 보관하여야 한다(법 제29조 제2항). 장기수선계획을 검토하지 않거나 검토 내용을 기록·보관하지 않는 경우 과태료가 부과된다(법 제102조 제3항 제10호, 법 시행령 [별표9] 2. 파).

한편 정기 검토 시기가 도래하기 전이라도 장기수선계획을 조정할 필요가 있다면 입주자²⁷⁾ 과반수의 서면 동의를 받아 수시로 조정할 수 있다(같은 조 제3항). 장기수선계획은 이행되어야 하므로(법 제29조 제2항 후단), 장기수선계획상의 수선시기가 도래하였으나 그 계획한 수선을 진행할 필요가 없을 정도로 시설의 상태가 양호하여 그 계획한 수선을 진행하지 않으려고 하거나, 기존 장기수선계획상의 수선시기가 아직 도래하지 않았지만 수선할 필요가 발생하였고 그 수선에 장기수선충당금을 사용하려는 상황 등에서 이러한 수시 조정이 필요할 수 있다.

(2) 장기수선충당금의 징수

공동주택의 관리주체는 장기수선계획에 따라 소유자들로부터 매월 장기수선충당금을 징수하여 적립해야 하고(법 제30조 제1항), 소유자가 아닌 사용자(세입자²⁸⁾)에게 납부를 요구할 수는 없다.²⁹⁾ 달리 말하면 장기수선충당금을 납부할 공법적 의무를 부담하는 자는 해당 공동주택의 소유자다.³⁰⁾ 이와 관련하여 법 시행령은 장기수선충당금을 사용자가 대신하여 납부한 경우 소유자가 그 금액을 반환하여야 한다고 규정하여(법 시행령 제31조 제8항), 관리주체가 장기수선충당금을 징수할 수 있는 대상이 소유자라는 점을 재차 확인하고 있다.

관리주체는 장기수선충당금의 적립 내역을 공동주택관리법이 정한 소정의 방법으로 공개하여야 한다(법 제23조 제4항 제4호). 장기수선충당금은 법 제23조 제1항의 관리비³¹⁾와 구분해서 징수하여야 하고(법 시행령 제23조 제2항 제1호), 관리비를 비롯하여 관리주체가 징수할 수 있는 각종 여타 금원³²⁾과 분리하여 별도의 계좌에 예치하여야 한다(같은 조 제7항 1문 후단).

(3) 장기수선충당금의 사용

입주자대표회의와 관리주체는 장기수선계획에 따라 주요시설³³⁾을 교체하거나 보수하여야 한다(법 제29조 제2항 1문 후단). 장기수선계획에 따라 주요시설을 교체하거나 보수하지 아니하는 경우 과태료가 부과된다(법 제102조 제2항 제4호, 법 시행령 [별표9] 2. 하).

장기수선충당금은 장기수선계획에 따라서 사용하여야 한다(법 제30조 제2항 본문). 문언상 법 제30조 제2항에서 말하는 ‘장기수선계획에 따른 사용’의 의미 범위가 분명하지는 않으나, 최소한 장기수선충당금을 용도 외로 사용하는 행위는 원칙적으로 과태료 부과 대상이다(법 제102조 제2항 제9호³⁴⁾).³⁵⁾ 장기수선충당금을 장기수선계획에 따라 사용하고자 하는 경우에도 해당 지출 건에 대한 관

26) 현행법상으로는 3년마다 검토하여야 한다.

27) 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속을 의미한다(법 제2조 제1항 제5호).

28) 공동주택관리법 제2조 제6호 “사용자”란 공동주택을 임차하여 사용하는 사람(임대주택의 임차인은 제외한다) 등을 말한다.

29) 다만, 분양 전 세대의 장기수선충당금은 사업주체가 부담한다(법 시행령 제31조 제6항).

30) 법 제30조 제1항은 ‘관리주체가 소유자로부터 장기수선충당금을 징수하여 적립할 의무를 규정하고 있고, 법 제102조 제3항 제11호는 ‘제30조에 따른 장기수선충당금을 적립하지 아니한 자’에게 과태료를 부과한다고 규정하고 있을 뿐이어서, 장기수선충당금을 미납하지 않은 소유자에 대한 직접적인 제재 규정은 존재하지 않는 상황이다. 만약 관리주체가 소유자로부터 관리비예치금을 징수하여 둔 것이 있는 경우에는, 소유자가 공동주택의 소유권을 상실한 때에 그때까지 미납한 장기수선충당금을 관리비예치금을 가지고 정산할 수 있을 뿐이다(법 제24조 제1항, 제2항).

31) 관리비의 의미 및 장기수선충당금과의 관계에 대하여는 아래 III.에서 구체적으로 본다.

32) 법 제23조 제1항에 따라 공동주택의 입주자나 세입자가 관리주체에게 납부하여야 하는 관리비, 법 제23조 제3항에 따라 공동주택의 관리주체가 입주자나 세입자로부터 받아 대행하여 납부할 수 있는 사용료, 법 시행령 제23조 제4항에 따라 관리주체가 주민공동시설 이용자에게 따로 부과할 수 있는 이용료, 법 시행령 제23조 제5항에 따라 관리주체가 2세대 이상의 공동사용에 제공되는 시설을 직접 보수한 후 부과할 수 있는 보수 비용.

33) 공동주택관리법 제29조 제2항 제1문은 “장기수선계획에 따라 주요시설을 교체하거나 보수하여야 한다”고 규정하고 있고, 제102조 제2항 제4호는 “장기수선계획에 따라 주요시설을 교체하거나 보수하지 아니한 자”에게 과태료를 부과한다고 규정하고 있다.

여기서 말하는 ‘주요 시설’의 의미가 분명하지는 않으나, 공동주택의 공용부분 중 그 수선에 대비하여 자금을 미리 적립할 필요가 있을 정도의 중요도가 인정되는 시설을 의미한다고 이해하여 볼 수 있을 것이다. 공동주택관리법 제2조 제1항 제18호가 ‘장기수선계획’을 “주요 시설의 교체 및 보수”등에 관한 계획이라고 정의하고 있는 점, 공동주택관리법 제30조 제1항이 관리주체에게 “장기수선계획에 따라 공동주택의 주요 시설의 교체 및 보수에 필요한 장기수선충당금”을 징수하여 적립할 의무를 부과하고 있고, 같은 조 제3항이 “주요 시설의 범위, 교체·보수의 시기 및 방법 등에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다”고 하고 규정하고 있으며, 그 위임을 받은 법 시행규칙 제9조가 ‘주요 시설의 범위, 교체·보수의 시기 및 방법 등’을 [별표1]에 따른다고 규정하고 있는 점을 고려하면, 이러한 ‘주요 시설’의 범위가 법 시행규칙 [별표1]에 의하여 구체화되고 있는 것으로 보인다.

34) “9. 제90조제3항을 위반하여 관리비·사용료와 장기수선충당금을 이 법에 따른 용도 외의 목적으로 사용한 자”. 장기수선계획에서 정한 수선 공

리주체의 사용계획서 작성과 이에 대한 입주자대표회의의 의결이 필요하다(법 시행령 제31조 제5항). 장기수선충당금을 공동주택관리법에 따른 용도 외의 목적으로 사용하는 경우 과태료가 부과된다(법 제102조 제2항 제9호, 법 시행령 [별표9] 2. 소).

그리하여 장기수선계획이 수립되어 있는 어떠한 시설에 대하여 수선의 필요성이 발생하였으나 그 시기가 장기수선계획에 계획된 시기와 일치하지 않는다면, 그 수선에 장기수선충당금을 사용하는 것은 장기수선계획에 따라 장기수선충당금을 사용하는 것이 아니어서 위법하다. 이러한 경우 먼저 장기수선계획을 조정하여 그 수선 공사를 장기수선계획의 내용에 포함시킨 다음 장기수선충당금을 사용하여야 한다.³⁶⁾ 한편, 장기수선계획에 특정 시점에 수선을 하겠다고 계획되어 있는 한 그 계획된 수선 시점이 도래하면 그 계획에 따라 수선을 하여야 하고, 해당 시설이 여전히 기능을 하고 있다는 사정만으로 수선의무를 면하게 되지는 않는다. 수선이 불필요하다고 판단된다면 장기수선계획을 조정함으로써 수선 시기를 미룰 수 있다.

3. 소결

이상으로 장기수선충당금 제도는 공동주택의 공용부분을 그 기능이 완전히 다하기 전에 적시에 수선함으로써 공동주택의 수명을 늘리고 주거의 질을 유지하기 위하여 공동주택관리법에 마련된 공법적 규율이라는 점을 살펴보았다. 공동주택의 공용부분의 교체나 대규모 보수 등 비일상적 수선에는 많은 비용이 드는 경우가 일반적이어서 별도의 규율이 없는 상태에서는 수선 자금 부족으로 인하여 최적의 수선 시기를 놓치기 쉬운 한편, 안정적이고 쾌적한 주거 환경 확보의 중요성이 상당하므로, 이에 국가가 개입하는 것이다.

III. 장기수선충당금과 관리비(수선유지비)의 관계

1. 공동주택관리법상 관리비(수선유지비)의 의미

공동주택관리법상 관리비란 공동주택을 유지하고 관리하기 위한 비용으로서 의무관리 공동주택³⁷⁾의 관리주체가 입주자(이하 ‘소유자’)와 세입자에게 징수할 권한을 갖는 금원이다(법 제23조).³⁸⁾ 건물의 관리로 인하여 소유자만 이익을 얻는 것이 아니라 그 건물을 점유하고 사용하는 세입자도 그 이익의 전부 또는 일부를 향유하므로, 건물의 관리를 위한 자금을 징수할 수 있는 대상에 세입자를 포함시키는 것도 일응의 타당성을 인정할 수 있다.

관리비의 내용은 법 시행령 제23조 제1항 및 [별표2]에 의하여 열 가지 항목³⁹⁾으로 정해져 있다. 이에 관리주체는 소유자나 세입자로부터 위 열 가지 항목에 속하지 않는 금액을 관리비로서 징수할 수 없다. 관리주체는 소유자나 세입자로부터 징수한 관리비를 위 열 가지 항목 외의 목적으로 사용하여서는 아니 되고, 이러한 관리비의 용도 외 사용 행위는 과태료 부과 대상이다.

관리비를 구성하는 대부분의 항목들은 그 지출에 따른 효용이 장기간 지속되지 않는 소비성 항목들이지만(일반관리비, 청소비, 경비비, 소독비, 난방비, 급탕비, 위탁관리수수료 등), 수선유지비는 공동주택의 자본적 가치를 증가시킬 가능성이 있는 항목으로서 다른 항목들과 상대적으로 구별된다. 수선유지비는 보다 세부적으로 “법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획에서 제외되는 공동주택의 공용부분의 수선, 보수에 소요되는 비용”{법 시행령 [별표2] 9. 가.}, “냉난방시설의 청소비, 소화기충약비 등 공동으로 이용하는 시설의

사를 진행하면서 그 공사에 당초 계획에 정한 것보다 더 많은 금액의 장기수선충당금을 사용하였다는 이유로 법 제102조 제2항 제9호에 따라 과태료가 부과된 사안에서, 장기수선충당금 초과 사용 행위는 공동주택관리법 제30조 제2항의 위반으로 볼 여지는 있으나 이를 법 제102조 제2항 제9호에 따른 과태료 부과 대상으로는 볼 수 없다고 법원이 판단한 예가 있다[김상호, “‘장충금 초과 공사 과태료 1000만원’ 법원 항고심서 ‘취소’”, 한국아파트신문, 2025. 6. 4., <https://www.hapt.co.kr/news/articleView.html?idxno=165408> (2025. 10. 22. 확인)].

35) 예외적으로 장기수선계획에 정하지 않은 용도로 사용할 수 있는 경우가 있으나 사유가 한정되어 있고, 그 경우에도 입주자 과반수의 서면 동의가 필요하다(법 제30조 제2항 단서 및 각 호).

36) 이에 관하여 국토교통부에서는, 장기수선계획을 수립할 때 그 내용으로 ‘중요 시설에 대하여 예기치 못하게 공사를 할 필요가 발생하거나 소액 공사의 필요가 예기치 못하게 발생하는 경우에는 장기수선충당금을 우선 집행한 후 사후적으로 장기수선계획을 사후적으로 조정하는 것도 허용한다’는 취지를 포함시켜 두었다면 실제로 그러한 일이 발생하였을 때 장기수선계획을 조정하기 전에 장기수선충당금을 우선 집행하는 것이 가능하다고 해석한다(중앙공동주택관리지원센터, 위의 글, 19-21쪽). 공동주택의 적시 수선이라는 궁극적인 목적을 달성하기 위해서는 위와 같이 유연한 운용의 여지를 남겨두는 것이 제도 전체적으로는 바람직할 수 있으나, 이는 법령에 명문으로 규정된 의무의 범위를 입주자대표회의와 관리주체가 경우에 따라 자율적으로 축소시킬 수도 있다는 의미가 되므로, 법규범의 명확성을 제고하고 해석상 논란을 줄이기 위해서는 입주자대표회의와 관리주체가 자율적으로 정할 수 있는 범위와 기준을 입법적으로 규정할 필요가 있다.

37) 법 제2조 제1항 제2호 참조.

38) 김중보, 앞의 책, 811쪽 참조.

39) 일반관리비, 청소비, 경비비, 소독비, 승강기유지비, 지능형 홈네트워크 설비 유지비, 난방비, 급탕비, 수선유지비, 위탁관리수수료.

보수유지비 및 제반 검사비”(같은 항 나.), “건축물의 안전점검비용”(같은 항 다.)으로 구성된다. 이 중 장기수선충당금과의 관계에 있어 특히 유의미한 부분은 ‘법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획에서 제외되는 공동주택의 공용부분의 수선, 보수에 소요되는 비용’(같은 항 가.) 부분이다. 논의의 편의상 아래에서는 ‘수선유지비’라고 하는 경우 위 부분을 의미한다.

2. 장기수선충당금과 관리비(수선유지비)의 관계

(1) 공용부분 수선을 위한 상호배타적 자금 조달 방식

최소한 공동주택 공용부분의 수선, 보수, 유지와 관련하여서는, 장기수선충당금과 수선유지비는 상호배타적 관계에 있다. 수선유지비의 목적이 ‘법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획에서 제외되는 공동주택 공용부분의 수선·보수’라고 하여 장기수선계획의 여집합 형식으로 규정되어 있고, 관리비의 용도 외 사용이 금지되어 있으므로, 장기수선계획에 포함되는 수선 행위에 수선유지비를 재원으로 사용하는 것은 관리비를 그 용도에 맞지 않게 사용하는 것이어서 위법하다. 결국 장기수선계획에 포함되는 수선 행위는 장기수선충당금만을 재원으로 삼을 수 있다. 장기수선충당금과 수선유지비 중 어느 쪽을 재원으로 삼아도 무방한 수선 행위란 존재하지 않고, 공용부분의 수선과 보수에 필요한 비용은 장기수선충당금으로 조달할 수 있는 것과 수선유지비로 조달할 수 있는 것 2개의 범주로 나누어진다.

관리주체는 관리비와 장기수선충당금을 구분하여 징수해야 하고(법 시행령 제23조 제2항 제1호), 장기수선충당금을 예치하는 계좌는 관리비를 예치하는 계좌와 별도로 두어야 한다(같은 조 제7항). 이처럼 관리비와 장기수선충당금을 철저히 분리하여 관리하도록 규정하고 있는 것 또한 수선유지비와 장기수선충당금이라는 두 가지 재원 조달 방식의 상호배타적 성격을 드러낸다.

(2) 소유자로부터 자금을 조달하여야 하는 수선 행위의 범위 확정

장기수선계획을 수립할 의무가 있는 수선 행위들은 해당 시설의 전체 또는 일부를 아예 교체하거나 그에 준하는 것으로 평가할 만한 행위들로서 시설의 자본적 가치를 상승시키는 것들이다. 예상 수선 주기도 수년에서 수십 년으로 매우 길다(현행 법령상으로는 5~30년이다). 소비성 지출의 효용이 그 지출 시점에 즉각적으로 발생하고 지속시간이 길지 않아 세입자가 그 지출의 효용을 상당 부분 향유한다고 평가할 수 있는 반면, 장기수선계획의 수립 대상이 될 정도의 수선 행위를 통한 자산 가치의 증가는 그 비용을 지출하는 시점의 세입자가 누리는 효용과 괴리가 발생할 가능성이 상대적으로 높다. 이러한 측면에서 장기수선충당금은 수선유지비에 비하여 이를 세입자로부터 징수할 타당성이 상대적으로 약하다.

앞서 살펴본 바와 같이 공동주택관리법령은 관리주체에게 관리비를 소유자와 세입자 중 누구를 상대로도 징수할 권한을 부여한 반면, 장기수선충당금은 소유자로부터만 징수할 수 있도록 하였다. 결국 세입자로부터 징수할 타당성이 비교적 약한 일련의 수선 행위들이 법 시행규칙 [별표1]에 규정되고, 이 일련의 수선 행위들을 위해서는 장기수선충당금이 적립되므로 수선유지비를 지출할 수 없으며, 결과적으로 위 수선 행위들을 위한 자금은 소유자로부터만 징수된다.

그렇다면 장기수선충당금의 제도의 주된 목적이 적립식 자금 마련을 통한 공동주택 공용부분의 적시 수선이라고 하더라도 장기수선충당금 제도의 기능을 그에만 국한하여 볼 것은 아니고, 공동주택 공용부분 관리를 위한 지출 중 자본적 지출의 성격이 상대적으로 뚜렷한 항목들을 위한 자금이 소유자로부터만 조달되도록 하는 기능까지 수행한다고 이해된다. 요컨대, 현행법상 장기수선충당금 제도는 공동주택의 관리 비용 중 소유자로부터만 징수할 만한 것과 세입자로부터도 징수할 만한 것을 경계 짓는 역할을 하는 것이다.

IV. 장기수선충당금 사용 범위와 관련된 몇 가지 문제

앞서 살펴본 바와 같이 공용부분의 수선 및 보수와 관련하여 장기수선충당금을 사용하여야 하는 행위와 수선유지비를 사용하여야 하는 행위의 범위가 상호배타적으로 규정되어 있고, 장기수선충당금의 용도 외 사용과 관리비의 용도 외 사용이 각각 과태료 부과 대상으로 규정되어 있다(법 제102조 제2항 제9호). 따라서 어떤 아파트에서 공용 시설의 전체나 일부 교체 또는 그에 준하는 성격의 행위를 위하여 비용을 지출하고자 할 때 그 행위가 장기수선충당금과 관리비 중 무엇을 재원으로 삼을 수 있는 행위인지에 대한 판단은 곧 과태료 부과 문제로 연결된다.

실제로 관리비를 사용하여서는 안 되는 공사에 관리비를 사용하거나 장기수선충당금을 사용하여서는 안 되는 공사에 장기수선충당

금을 사용하였다는 이유로 공동주택관리법 제102조 제2항 제9호에 따른 과태료가 부과되는 일이 드물지 않다.⁴⁰⁾ 그러나 현행 공동주택관리법령의 문언만으로는 공동주택 관리 현장에서 장기수선충당금과 관리비 중 무엇을 사용하여야 하는지를 판단하기가 언제나 쉽지 않은 않다.⁴¹⁾ 이에 이 장에서는 현실에서 장기수선충당금과 관리비 중 무엇을 재원으로 삼아야 하는지가 문제 되는 상황을 몇 가지 살펴보고자 한다.

1. 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 공사라면 장기수선충당금만을 재원으로 하여야 하는지

법 시행규칙 [별표1]에 정한 기준에 따라 적법하게 장기수선계획을 수립하였으나, 당초 계획에 반영한 수선 시점에 비해 이른 시점에 수선이 필요해지거나 당초 계획한 것보다 더 많은 비용이 필요할 것으로 드러난 경우, 관리비를 재원으로 삼을 수 있는가? 이 질문에 답하는 것은 장기수선충당금의 부족⁴²⁾을 포함하여 장기수선충당금의 구체적인 지출 근거가 부재하는 경우에 관리 현상이 어떤 조치를 취해야 하는지를 판단하는 출발점이 될 수 있다.⁴³⁾ 현행 공동주택관리법령이 직접 ‘법 시행규칙 [별표1]에 규정된 공사는 장기수선충당금을 지출하여 하여야 한다’고 규정하지 아니하고, 법 시행규칙 [별표1]에 정한 수선행위에 관하여 장기수선계획을 수립할 의무, 장기수선계획을 이행할 의무, 장기수선충당금을 장기수선계획에 따라서 지출할 의무를 개별적으로 규정함에 따라 이러한 해석상 문제가 발생한다.

법문언상으로는, 위 상황에서 장기수선충당금을 재원으로 삼지 않는 행위가 장기수선충당금과 관련된 의무 규정을 위반하였다고 보기는 어렵다. 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 수선 행위에 관하여 장기수선계획을 적법하게 수립하였고, 아직 장기수선계획상의 수선 시점이 도래하지 아니하였으므로 장기수선계획을 이행하지 않았다고 평가하기도 어려우며, 장기수선충당금을 장기수선계획에서 정한 금액을 초과하여 사용하는 것도 아니므로 장기수선충당금을 장기수선계획에 반하여 사용하는 것이라 평가하기 어렵기 때문이다.

다음으로 위 상황에서 수선유지비를 지출하는 것이 관리비의 용도 외 사용에 해당하는지를 본다. 수선유지비는 ‘법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획에서 제외되는 공동주택의 공용부분의 수선·보수에 소요되는 비용’으로 정의되어 있다. 여기서 ‘법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획’을 그 시점에 수립되어 있는 구체적인 장기수선계획을 의미한다고 해석한다면, 그 장기수선계획에 계획된 것보다 이른 시기에 하게 된 수선 공사나 그 장기수선계획에 계획된 비용을 초과하는 부분을 ‘장기수선계획에서 제외된 부분’에 해당하는 것으로 보고 수선유지비를 재원으로 삼을 수 있다는 결론에 이를 수 있을 것이다.

그러나 장기수선충당금과 수선유지비의 관계, 장기수선충당금의 입법 취지의 관철 필요성 등을 고려하면, 원칙적으로는 위 상황에서 장기수선계획의 초과분을 관리비로 지출할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다. 장기수선충당금 제도가 제대로 작동하려면 장기수선계획의 충실한 작성⁴⁴⁾과 조정을 통한 합리적인 월 적립금액 산출이 전제되어야 한다. 위와 같은 경우에 수선유지비를 사용할 수 있다고 해석하게 되면 장기수선계획의 수립 의무나 조정 의무를 부담하는 주체들이 장기수선계획을 충실하게 작성하거나 조정할 이유가 없게 되므로, 공동주택 공용부분이 적시에 수선되도록 하겠다는 제도의 목적을 달성하게 어렵게 된다. 장기수선계획을 조정하여 장기수선충당금을 사용하기까지의 절차가 상대적으로 번거롭다는 점,⁴⁵⁾ 관리비의 경우 실제 거주자가 납부하는 경우가 많으므로 관리비로의 도피가 쉬운 방향으로 규정을 해석하는 경우 소유자로부터 그 자금이 조달되도록 한 수선 행위를 위한 자금이 결국 세입자로부터 징수될 우려가 커진다는 점도 고려되어야 한다.

이처럼 위 상황에서는 관리비를 사용할 수 없으므로 장기수선충당금을 사용하게 될 것이다.⁴⁶⁾ 결국, 법 시행규칙 [별표1]은 단순히

40) 최인진, “경기도, 관리비 용도 외 사용 등 아파트 부적정 관리 701건 적발”, 경향신문, 2022. 9. 14., <https://www.khan.co.kr/article/202209141323001#ENT> (2026. 3. 15. 확인); 박재순, “경비비로 장기수선항목 임대료 집행, 과태료 불복 이의신청 내용은?”, 한국아파트신문, 2025. 7. 10., <https://www.hapt.co.kr/news/articleView.html?idxno=165833> (2026. 3. 15. 확인) 등 참조.

41) 중앙공동주택관리지원센터, 『2025 장기수선계획 실무 가이드라인』, 중앙공동주택관리지원센터, 2025. 82-85면의 질의회신 사례 등 참조.

42) 관리비를 그 정해진 용도에 맞지 않게 사용하였다고 지적받은 공동주택 관리 현장에서 그 위반 경위로 ‘장기수선충당금이 부족하여 관리비를 사용하게 되었다’고 주장하는 경우가 왕왕 있다. 최모란, “장기수선충당금 낮추고 왜 관리비로 공사했나? 충당금 부적정 관리한 아파트 무더기 적발”, 중앙일보, 2017. 8. 23., <https://www.joongang.co.kr/article/21867371> (2026. 3. 15. 확인) 참조.

43) 관련하여 법제처 법령해석 2014. 2. 27.자 안건번호 14-0076도 참조. 주택법 시행규칙 [별표5]에 규정되어 있는 공동주택 공동부분 주요시설의 수선공사를 하려는 경우 이를 장기수선계획에 반드시 반영하여야 한다는 취지다.

44) 이를 위하여, 어떤 시설들에 관한 어느 정도 규모의 공사를 장기수선계획 수립 대상으로 할 것인지, 각 시설의 수선 주기를 어느 정도로 하여 장기수선계획을 수립하도록 하여야 할 것인지 등 장기수선계획의 수립 기준의 현실화를 위하여 연구들이 이루어진다. 이석제 외 6명, 『공동주택 장기수선충당금의 효율적 관리 및 운영 방안 연구』, 한국토지주택공사 토지주택연구원, 2021. 12-18면 참조. 최근인 2025년에도 법 시행규칙 [별표1]이 개정되어 장기수선계획 수립 대상인 공사 항목과 수선 주기가 조정된 바 있다.

45) 고경희, “경기도, 아파트 장기수선 ‘부적정 165건’ 적발…원인은?”, 아파트관리신문, 2017. 9. 6., <https://www.aptn.co.kr/news/articleView.html?idxno=52505> (2026. 3. 16. 확인).

46) 장기수선충당금은 장기수선계획에 따라 사용하여야 하므로, 장기수선계획을 먼저 조정하여야 한다.

장기수선계획의 수립 기준에 불과한 것이 아니라, 수선유지비를 재원으로 사용할 수 없는(달리 말하면, 장기수선충당금을 재원으로 사용할 수 없는) 수선 행위의 범위를 규정하는 것이다. 수선유지비를 재원으로 삼을 수선 행위인지 또한 법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획의 수립 대상으로 규정된 유형의 수선 행위인지가 기준이 되며, 현재의 장기수선계획에 계획되어 있는 행위인지 여부가 기준이 되는 것은 아니다.

다만, 법문언상 '현재 수립되어 있는 구체적인 장기수선계획'과 '법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획 수립 대상으로 규정된 수선 행위'가 분명하게 구분되고 있지 아니하므로, 이를 입법적으로 정비하여 수범자의 의무의 내용을 보다 명확하게 하는 것이 바람직하다. 한편, 세입자 또한 그 거주 기간 동안 해당 공동주택을 직접 사용하며 공동주택의 노후화에 기여하는 자라는 점에서, 자본적 지출의 성격을 갖는 비용이라고 하더라도 그 일부를 세입자에게 부담시키는 것이 상대적으로 그 타당성이 약한 것일 뿐 절대적으로 부당하다고 볼 것은 아니다. 그러므로 어떠한 수선 비용을 세입자로부터도 징수할 수 있도록 할 것인지는 당해 시설의 성질과 사용 양태, 당해 시설의 관리 책임에 관한 다른 법령상의 규정, 공동주택 관리 현장의 여건 등을 종합적으로 고려하여 정책적으로 결정할 수 있는 영역이며, 입법자로서는 공동주택의 안전하고 효율적인 관리라는 목적을 달성하기 위하여 필요하다면 일정한 요건⁴⁷⁾하에서 관리비의 사용을 허용하는 제도 설계도 가능할 것이다.

2. 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설의 신규 설치 비용의 조달

입주자대표회의나 관리주체가 그 공동주택에 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설을 새롭게 설치하려는 경우 그 자금을 어떻게 조달할 수 있는가?⁴⁸⁾ 예컨대 CCTV나 주차 차단기가 없던 아파트 단지에서 이를 신설하려고 하거나 CCTV의 설치 대수를 늘리려고 하는 경우를 생각하여 볼 수 있다. 이에 대한 중앙공동주택관리지원센터의 입장은, 분명하지는 않으나, 장기수선충당금을 재원으로 하여야 한다는 것으로 이해된다.⁴⁹⁾

우선, 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설을 신설함에 있어 관리비를 재원으로 삼을 수 있다고 보기는 어려워 보인다. 수선유지비는 '법 제29조 제1항에 따른 장기수선계획에서 제외되는 공동주택의 공용부분의 수선, 보수에 소요되는 비용'으로 규정되어 있는데, '교체 및 보수'라는 문언의 통상적 의미에 '신설'이 포함된다고 보기는 어렵다. 관리비는 그 지출 용도가 열 가지로 한정되어 있는 점, 장기수선충당금에 비하여 관리비의 징수 및 지출 절차가 덜 번거로운 점, 관리비의 징수 대상에 세입자도 포함되어 있는 점을 고려하면, 수선유지비로 지출할 수 있는 항목을 확대하여 해석하는 것은 신중할 필요도 있다.

그러나 현실적으로 다수의 구분소유자들의 의사가 합치하여 신규 시설의 설치 자금을 모으기를 기대하기 어려운 이상, 일정한 요건 하에서 시설의 신설을 위한 자금을 징수할 방법 또한 필요하다. 그러므로 이러한 시설의 신설 행위를 장기수선계획에 반영하고 그에 따라 장기수선충당금을 징수하는 것을 허용할 만한지를 이어서 살펴볼 필요가 있다.

공동주택관리법 문언상 장기수선충당금 또한 공동주택 주요 시설의 '교체 및 보수'에 필요한 비용으로 규정되어 있고(법 제30조 제1항 참조) 그 용도에 시설의 '신설'은 명시되어 있지 않다. 관련 법률 규정의 위임을 받아 장기수선계획 수립 대상 시설과 수선 내용의 상세를 규정한 법 시행규칙 [별표1]에도 시설을 신설하는 공사는 포함되어 있지 않고, 다만 영상정보처리기기의 경우 법 시행규칙 제8조에서 그 시설의 신설도 장기수선계획 수립 대상으로 규정하고 있다.

그러나 장기수선계획은 관리규약의 개정을 통해 법 시행규칙 [별표1]에 규정되어 있는 수선 행위가 아닌 다른 수선 행위들도 반영하는 것이 가능하도록 열려 있고(관리비의 용도를 자율적으로 확대할 수 없는 것과는 다르다),⁵⁰⁾ 장기수선충당금은 소유자를 상대로만 부과할 수 있으므로 그 대상 시설을 자율적으로 늘리더라도 부담 주체의 타당성 문제가 발생하지 않는다. 시설의 신설은 그 시설의 자본적 가치를 증가시킨다는 점에서 시설의 교체(수선)와 본질적으로 유사한데, 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설이라면 그 시설의 자

47) 예를 들어 이미 적립된 장기수선충당금이 부족하여야 한다는 등 필요성을 요구하거나, 당장 장기수선계획의 조정을 기다리기 어렵다는 등 시급성을 요구하는 방법을 생각하여 볼 수 있을 것이다.

48) 이때 공동주택관리법상 관리주체에 부여된 권한의 행사 없이 소유자들이 자발적으로 충분한 자금을 모아 시설을 설치할 가능성은 논외로 한다.

49) 중앙공동주택관리지원센터, 위의 글, 84-85면(CCTV를 추가로 설치하는 경우 장기수선충당금을 재원으로 사용하여야 한다는 취지), 88면(주차차 단기를 전면교체하는 경우뿐만 아니라 신설하는 행위도 장기수선계획의 수립 대상에 포함되므로 주차차 단기를 신설하기 전에 장기수선계획에 반영하여야 한다는 취지), 반면, 82면에서는 '장기수선충당금은 장기수선계획에 따라 주요시설의 교체 및 보수에 필요한 비용을 소유자로부터 징수하여 적립하는 것이므로 주민운동시설의 운동기구 구입을 위하여 장기수선계획을 조정하여 장기수선충당금을 사용하는 것은 타당하지 않다'고 하는데, 그 이유가 주민운동시설이 법 시행규칙 [별표1]에 열거되어 있지 않기 때문인지, 시설의 교체나 보수가 아닌 신설이기 때문인지는 분명하지 않다.

50) 중앙공동주택관리지원센터는 많은 비용이 소요되고 공동주택의 가치를 증진하는 내용의 공사라면 장기수선계획에 반영하여 장기수선충당금을 사용하여 시행하는 것이 바람직하다는 입장을 밝히고 있다(중앙공동주택관리지원센터, 위의 글, 77면 참조).

본적 가치를 증가시키는 행위에 필요한 자금의 조달은 수선유지비보다 장기수선충당금으로 하는 것이 더 적절하다는 입법적 판단이 이미 한번 이루어진 것이기도 하다. 신설 공사를 장기수선계획에 반영한다고 하여 장기수선충당금 제도의 목적에 배치된다고 단정하기도 어렵다. 이러한 점을 종합하면, 위와 같은 시설의 신설은 장기수선충당금을 재원으로 하여 진행할 수 있다고 봄이 상당하다.

다만, 해당 시설의 신설을 위한 장기수선충당금의 충분한 징수가 이루어지기 전에 기존 장기수선충당금을 해당 시설을 위하여 사용하게 되면 기존 시설의 수선에 사용할 장기수선충당금이 부족하게 될 우려가 있으므로, 장기수선계획의 조정과 장기수선충당금의 적립이 충실하게 이루어질 수 있도록 주의가 필요할 것이다. 장기적으로는 공동주택관리법이 공용 시설의 신설 비용을 소유자들로부터 조달할 유효한 수단을 제공하면서도 장기수선충당금의 부실화 위험을 줄일 수 있도록 입법적 보완이 이루어지는 것이 바람직하다.

한편, 위와 같이 장기수선충당금을 재원으로 삼을 수 있다고 하더라도 그것이 곧 법 시행규칙 [별표1] 규정 시설의 신설 행위에 대하여 (시설 교체나 보수와 같이) 장기수선계획을 수립할 의무가 있다는 것을 의미하지는 않는다.⁵¹⁾ 장기수선계획을 수립, 조정하지 않는 행위는 과태료 부과라는 제재로 이어지므로 그 근거 규정의 확대 해석에는 신중할 필요가 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 ‘교체 및 보수’의 통상적 의미에 ‘신설’이 포함된다고 보기는 어렵다. 장기수선계획의 수시 조정 가능성을 규정하고 있는 법 제29조 제3항이 ‘입주자대표회의와 관리주체는 주요시설을 신설하는 등 관리여건상 필요하여 전체 입주자 과반수의 서면동의를 받은 경우에는 3년이 지나기 전에 장기수선계획을 조정할 수 있다.’라고 하여 주요시설의 ‘신설’을 언급하고 있기는 하지만, 이는 시설을 신설함에 따라 그 시설에 관하여 발생하게 될 교체 및 수선 수요를 장기수선계획에 반영하라는 뜻으로 해석함이 문언상 자연스럽다. 물론, 시설의 신설에 장기수선충당금을 사용하기 위해서는 그 지출 근거의 마련을 위하여 장기수선계획에 그 신설에 관한 내용을 반영하여야 하므로, 결국 시설의 신설에 대한 장기수선계획을 작성할 의무가 있다고 해석하는 경우와 외관상으로는 사실상 동일한 결과에 이르게 될 것이다. 그러나 장기수선계획의 조정 없이 장기수선충당금을 시설의 신설에 사용하였다면 이는 장기수선충당금의 용도 외 사용으로 보면 충분하고, 장기수선계획 수립 의무의 위반으로 볼 필요는 없다.

3. 법 시행규칙 [별표1] 규정 시설을 임차하는 경우 그 자금을 관리비로 조달할 수 있는지

공동주택에서 여러 사람이 함께 사용할 시설을 타인에게 소유권이 유보되어 있는 상태에서 임차만 하여 설치하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 그런데 해당 시설이 법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획 수립 대상으로 규정되어 있는 시설인 경우, 해당 시설의 임차 비용을 관리비로 지출하는 것이 가능할까? 대표적인 사례가 경비구역 제공 업체가 CCTV 등 방범 설비를 공동주택 단지에 임대, 설치, 관리하여 주는 경우다.⁵²⁾ CCTV는 영상정보처리기기의 하나로서 법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획 수립 대상 시설로 규정되어 있다.

앞서 장기수선충당금 제도가 일정한 공동주택 공용부분 주요 시설의 비경상적 수선 비용이 소유자로부터만 징수되도록 하는 기능을 하고 있음을 살펴보았다. 관련 법령들을 관리비로의 도피가 쉬운 방향으로 해석하는 것은 장기수선충당금 제도의 취지와 배치되는 결과를 가져올 우려가 있고, 관리비를 사용할 수 있는 항목의 범위를 확장 해석함에 있어서는 신중할 필요가 있다는 점도 언급하였다.

공동주택관리법령이 CCTV를 법 시행규칙 [별표1]에 장기수선계획 수립 대상 시설로 규정한 것은 CCTV 설비의 교체 비용을 소유자로부터 징수하도록 한 것이다. 이를 수선유지비로 지출할 수 있다고 해석하면, 공동주택 관리의 관점에서 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 행위와 실질적으로 동일한 행위임에도 불구하고 그 비용을 세입자로부터도 징수할 수 있게 된다. 이러한 해석은 공동주택관리법령이 예정한 결과에 반하고, 제도를 잠탈하는 수단으로 활용될 우려가 크다. 그러므로 그 교체 비용이 명목상 임대료의 형태를 취하고 있더라도 그것이 실질적으로 시설의 교체 비용을 월 단위로 분산한 것에 불과한 이상 이는 관리비로 지출할 수 없다고 해석함이 상당하다.

이러한 임차 비용을 관리비로 지출할 수 있다는 논거로, 장기수선계획을 수립할 시설은 구분소유자의 소유권이 미치는 시설로 한정되므로 그 시설이 구분소유자들이 소유자로서 관리하여야 하는 시설이 아니라 임차한 것에 불과하다면 그에 대한 장기수선계획을 수립할 의무도 발생하지 않는다는 주장이 가능할 것으로 생각한다. 공동주택관리법 제29조 제1항에 따르면 장기수선계획은 ‘공동주택의 공용부분’에 대한 것이고, 공동주택관리법상 ‘공용부분’에 대한 정의가 별도로 되어 있지는 않으나 이 ‘공용부분’은 집합건물법상의 ‘공용부분’을 의식하며 사용된 개념으로 생각되는데, 최소한 집합건물법상 공용부분은 그 소유권이 구분소유자들에게 있음을 전제로 한다(집합건물법 제10조 제1항). 이러한 집합건물법상의 공용부분의 법적 성질, 공동주택관리법 제29조 제1항의 문언, 그리고 장기수선충당금 제도가 그 징수의 상대방을 소유자로 한정하는 것에는 그 시설의 수선을 통하여 증가하게 되는 자산 가치가 그 시설의 소유자에게 귀속된다는 점이 고려되었음을 종합하면, 여럿이 공동으로 사용하는 시설이더라도 그 시설이 구분소유자들이 공유하는 시설은 아

51) 물론 신설된 시설의 교체 및 보수에 대한 내용은 장기수선계획에 반영하여야 한다.

52) 서울중앙지방법원 2024. 12. 10. 자 2024과54608 결정, 서울동부지방법원 2025. 7. 10. 자 2025과50464 결정 등.

나라면 그 시설에 관하여 장기수선계획을 수립할 의무가 발생하지 않고 따라서 그 시설과 관련된 비용을 관리비에서 지출할 수 있다는 것이다.⁵³⁾

그러나 공동주택관리법 제29조 제1항의 ‘공동주택의 공용부분에 대한 장기수선계획’의 의미를 반드시 ‘공유자들이 공유하는 대상으로서의 공용부분’으로 한정할 필요는 없다고 본다. 공동주택을 투명하고 안전하며 효율적으로 관리하겠다는 공동주택관리법의 공법적 목적을 고려하면, 전유부분과 그 외의 부분을 서로 다르게 규율할 필요가 발생하는 근본적인 지점은 그 부분을 각 구분소유자(또는 세입자)가 각자 사용하는 것인지 또는 여럿이 공동으로 사용하는 것인지에 있고, 그 부분이 구분소유자들이 소유하는 것인지 임대한 것인지는 비교적 부차적인 사정이다. 그렇다면 위 규정에서의 공용부분이 공유 관계를 전제한다고 볼 명시적인 근거가 없는 상황에서, 위 공용부분은 공동주택 중 여럿이 공동으로 사용함에 따라 그러한 특성에 적합한 관리의 필요성이 발생하는 부분을 의미한다고 이해하여 볼 수 있을 것이다.

그러므로 최소한 현행 법령하에서는 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설의 임차에 관리비를 사용하는 것은 원칙적으로 관리비의 용도 외 사용에 해당한다고 해석함이 타당해 보인다.⁵⁴⁾ 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 공용부분의 관리와 관련된 비용의 일부를 세입자에게 부담시키는 것이 반드시 부당한 것은 아니고, 이는 시설을 신설하는 경우라고 하여 다르지 않으며, 시설 가치의 감가상각분을 매월 나누어 부담하는 구조라면 세입자로서도 자신의 주거 기간 동안 자신이 사용·수익하는 경비 장비에 대한 대가를 합리적으로 지급하는 것이라고 볼 측면도 있다. 그러므로 입법자로서는 아직 장기수선충당금이 충분히 적립되지 못하였다는 등 일정한 요건하에서 시설 임차료를 관리비로 지출하는 것을 허용하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

한편, 위와 같이 장기수선계획의 수립 대상이 반드시 구분소유자들이 공유하는 시설이어야 할 필요는 없다는 전제에서는, 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설을 임차 방식으로 설치할 때 관리비를 사용할 수는 없다고 하더라도, 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설은 반드시 구분소유자들이 그 소유권을 취득하는 방식으로만 설치할 수 있고 임차 방식으로는 설치할 수 없다고까지 해석할 필요는 없을 것이다. 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설을 임차 방식으로 설치하더라도, 그 비용 중 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 내용에 준하는 부분을 장기수선계획에 반영하고 그에 따라 장기수선충당금을 집행하여 설치하였다면, 이를 장기수선계획 조정 의무 위반이나 장기수선충당금의 용도 외 사용으로 보아 과태료를 부과하기에는 현행 법령상 근거가 부족해 보인다.

V. 결론

지금까지 공동주택관리법상 장기수선충당금 제도가 단순히 공동주택의 적시 수선을 위한 자금 적립 제도에 그치는 것이 아니라, 공동주택 공용부분 관리를 위한 자금 징수 방법으로서 수선유지비(관리비)와 함께 상호배타적으로 두 축을 이루면서, 소유자로부터만 그 재원을 징수할 수 있는 관리 행위의 경계를 설정하는 기능을 수행하고 있음을 살펴보았다. 한편으로, 현행 법령의 문언만으로는 공동주택 관리 현장에서 발생하는 다양한 상황에서 무엇을 재원으로 시설을 신설하거나 교체할 수 있는지가 명확하지 않은 부분이 다수 존재한다는 점도 살펴보았다.

관련 규정들의 위반이 과태료 부과라는 불이익 처분으로 이어지게 된다는 고려할 때, 궁극적으로는 현장에서 자주 발생하는 쟁점 사항들에 대하여 입법적 보완을 통해 규율 내용을 명확하게 하는 것이 바람직하다. 만약 필요하다면, 시설 관리를 위하여 일정한 비용을 지출할 합리적인 이유가 발생하였으나 현실적으로 장기수선충당금을 사용하기 어렵다는 등 특수한 상황에 대비하여 예외 규정을 마련하여 두는 것도 가능할 것이다. 정부에서 장기수선충당금 제도에 대한 현장 인식 제고 및 장기수선계획 수립 기준의 합리성 제고를 위하여 노력하여 오고 있는바, 장기수선충당금 제도가 자리를 잡아 갈수록 관련 법령 정비의 필요도 높아질 것이다.

투고일 2026. 2. 28. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

53) 해당 시설의 소유권이 구분소유자들에게 귀속되지 않는 이상 그 설치 비용을 반드시 장기수선충당금으로 지출해야 하는 것은 아니라고 판시한 과태료 사건이 있다[김선형, “CCTV 등 보안·방범시설은 반드시 장기수선충당금 사용해야”, 아파트관리신문, 2024. 11. 8., <https://www.aptn.co.kr/news/articleView.html?idxno=107681> (2026. 2. 28. 확인) 참조].

54) 국토교통부 또한 원칙적으로 법 시행규칙 [별표1]에 규정된 시설을 임대 방식으로 설치하면서 그 임대 비용을 관리비로 지출하는 것은 허용되지 않는다는 입장이고[경기도 공동주택과, 『2016 경기도 바른 공동주택 관리 매뉴얼』, 경기도 공동주택과, 2016. 94면: 위의 기사 참조], 현장에서는 장기수선충당금이 부족한 신축 아파트에서 신속히 CCTV 등 시설을 설치해야 할 필요가 있는 경우에 임대 방식으로 이를 설치하는 것을 예외적으로 허용하여 준 사례가 있는 것으로 보인다(서울중앙지방법원 2024. 12. 10. 자 2024과54609 결정의 결정문 중 부산광역시 연제구청, 서구청의 회신자료에 대한 부분 참조).

참고문헌

단행본

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 피데스, 2023.

학위 논문

신창득, “공동주택의 관리방식에 따른 공동관리비와 장기수선충당금에 대한 연구 - 서울시를 대상으로 -”, 한성대학교 대학원 박사학위논문, 2017.

최진호, “공동주택 양태별 장기수선충당금과 수선유지비의 합리적 운영방안”, 충북대학교 대학원 박사학위논문, 2020.

일반 논문

김선국 / 나효신 / 한충희, “공동주택 장기수선계획의 시스템화 연구”, 『대한건축학회논문집 구조계』 제19권 제1호(2003. 1.).

기타 자료

경기도 공동주택과, 『2016 경기도 바른 공동주택 관리 매뉴얼』, 경기도 공동주택과, 2016.

법제처 법령해석 2020. 8. 10.자 안건번호 20-0110.

법제처 법령해석 2023. 8. 28.자 안건번호 23-0395.

법제처 법령해석 2024. 6. 11.자 안건번호 24-0319.

이석제 외 6명, 『공동주택 장기수선충당금의 효율적 관리 및 운영 방안 연구』, 한국토지주택공사 토지주택연구원, 2021.

ABSTRACT

The Public-Law Implications of the Long-Term Repair Allowance System under the Multi-Family Housing Management Act: Focusing on Its Relationship with Management Expenses (Repair and Maintenance Costs)

Kim, Soyeon*

The long-term repair allowance system constitutes a public-law regulatory mechanism established under the Multi-Family Housing Management Act (hereinafter "the Act"). Its purpose is to extend the lifespan of multi-family housing and maintain the quality of residence by ensuring timely repair of common areas before their functions are exhausted. Regarding certain substantial repair works pertaining to major facilities of the common areas of multi-family housing, a long-term repair plan must be formulated. Based on such a plan, the management entity of the relevant multi-family housing is required to collect and accumulate a long-term repair allowance from the owners on a monthly basis, and the accumulated allowance must be expended in accordance with the long-term repair plan.

Meanwhile, under the Act, "management expenses" serve as another means of financing the costs required for the management of the common areas of multi-family housing. Management expenses may be imposed on both owners and tenants, and their detailed purposes of use are limited to 10 statutory categories. Among these, the key item pertaining to the long-term repair allowance is "repair and maintenance costs." Since repair and maintenance costs are defined as "costs incurred for the repair and maintenance of common areas of multi-family housing that are excluded from the long-term repair plan," the long-term repair allowance and repair and maintenance costs form a mutually exclusive relationship as methods of financing repair costs for common areas.

Additionally, repair works subject to the mandatory establishment of a long-term repair plan are, by their nature, substantial acts that enhance the capital value of the relevant facilities. Accordingly, the normative justification for imposing such costs on tenants is relatively weak. Indeed, as the Act provides that long-term repair allowance may be imposed only on owners, the long-term repair allowance system also functions to demarcate, among the costs required for the management of common areas of multi-family housing, those that may be appropriately collected exclusively from owners and those that may also be collected from tenants.

In the context of this structural relationship, a proper interpretation of the Act suggests that management expenses may not serve as the financial source in any of the following cases where repair works whose kinds are designated as subject to a long-term repair plan are undertaken, where facilities designated as subject to a long-term repair plan are newly installed, and where such facilities are leased and installed. However, as this conclusion cannot be regarded as definitive based on the statutory text alone, legislative clarification would be desirable.

Keywords: Multi-Family Housing Management Act, common areas, long-term repair allowance, management expenses, repair and maintenance costs

* Judge, Cheongju District Court

『건설법연구』 간행규정

2023. 1. 1. 제정

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 인정한 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 심사위원은 제14조의 기준에 따라 투고논문을 심사하고 ‘논문심사서’를 작성한다.
- ③ 심사위원은 자신이 제출한 원고를 심사하지 아니한다.
- 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 심사한다.
 - 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 명의로 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.

『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 표기법) - 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, ○○○옮김, 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 대서 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

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 건설법학회(이하 “본 학회”라 한다) 회원의 연구 윤리를 확립하고 연구 진실성 검증을 위한 연구윤리 위원회(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 중복 게재·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 비공개를 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.
- 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 (결과의 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 재심을 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 (특수관계인 공동저자 연구부정행위)

- ① 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.
- ② 특수관계인은 연구내용 또는 결과에 대하여 명확한 기여가 있어야 한다.
- ③ 특수관계인 공동저자의 연구부정행위가 확인된 경우, 위원회는 특수관계인 저자가 해당 논문으로 이익을 취한 관계기관(입시·진학 등 관련 학교, 연구기관 등)에 그 판정을 통보한다.

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

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

본 규정은 2025년 5월 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 3월 제15호)

발행일	2026년 3월 25일
발행	사단법인 건설법학회
발행인	김중보 (08826) 서울특별시 관악구 관악로 1 Tel: 02-880-9097 Fax: 02-873-6269 E-mail: cudla.lawreview@gmail.com
편집·인쇄	주식회사 도큐hut 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)

건설법학

제15호



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