

제10호

도시개발법 연구

일반논문

- 이재훈 | 최근 국토교통부가 발표한 도시계획 혁신방안에 대한 小考
- 전진원 | 도시계획의 적용 예외에 관한 한국과 미국의 비교연구
- 정수호 | 입주자대표회의와 관리단의 비교
- 유현정 | 신탁재산의 공시수단인 체비지대장과 체비지 소유권 취득의 관계
- 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018도13604 판결에 대한 대응
- 신준섭 | 수용재결 전치주의의 적용범위와 예외
- 생활보상을 중심으로

발행일자 |
2023년 9월 25일

목차

» 일반논문

- 1 최근 국토교통부가 발표한 도시계획 혁신방안에 대한 小考
이재훈
- 23 도시계획의 적용 예외에 관한 한국과 미국의 비교연구
전진원
- 39 입주자대표회의와 관리단의 비교
정수호
- 55 신탁재산의 공시수단인 체비지대장과 체비지 소유권 취득의 관계 - 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018도13604
판결에 대한 대응 -
유현정
- 69 수용재결 전치주의의 적용범위와 예외 - 생활보상을 중심으로 -
신준섭

» 부록

- 83 간행규정
- 87 논문투고지침
- 91 연구윤리규정

Contents

» Article

- 1 **A Study on the Recently Announced Plans for Urban Planning Innovation by the Ministry of Land, Infrastructure, and Transport**
Lee, Jae Hoon

- 23 **Comparative Analysis of Exceptions to Planning in the U.S. and South Korea**
Jeon, Jinwon

- 39 **Comparison between Council of Occupants' Representatives and Managing Body**
Jeong, Sooho

- 55 **A Book of the Land for Project Cost as a Method of the Notice Principle, and its Impact on the Acquisition of the Ownership of the Land for Project Cost**
- A counter-plan to Supreme Court Decision 2018Do13604, Decided October 14, 2022
Yu, Hyun-Jeong

- 69 **Scope and exceptions to acceptance Adjudication Prior to Compensation**
Shin, Jun Seob

» Appendix

- 83 **Publication Policy**
- 87 **Instructions to Authors**
- 91 **Publication Ethics**

논문 / ARTICLE

최근 국토교통부가 발표한 도시계획 혁신방안에 대한 小考*

이재훈**

국문초록

현행 용도지역제는 토지의 용도를 주거, 상업, 공업을 위주로 엄격하게 구분하고, 용도의 구분에 따라 건축물의 종류와 건폐율·용적률을 정하기 때문에 토지의 활용성을 제한하는 측면이 있다. 최근 국토교통부는 이러한 용도지역제의 경직성을 탈피하고 공간에 대한 대폭적인 자율성 부여를 골자로 하는 “도시계획 혁신방안”을 발표하였다.

국토교통부가 발표한 “도시계획 혁신방안”의 주요 내용은 공간규제를 완화하는 도시혁신구역, 복합용도구역, 도시계획시설입체복합구역을 도입하여 공간의 자율성을 높이고자 하는 것이다.

우선, 도시혁신구역은 창의적이고 혁신적인 도시공간의 개발을 목적으로 지정하는 용도구역이다. 도시혁신구역은 현행 입지규제최소구역을 전면 개편한 것으로, 용도지역제에 따른 건축제한, 건폐율, 용적률 규제가 적용되지 않고, 구역지정과 계획내용에도 별도 제한을 두지 않아 자유로운 공간활용이 가능하다. 또한, 도시혁신구역 지정 및 계획수립을 제안한 경우, 해당 제안자에게 「도시개발법」상 사업시행 자격까지 부여하여 민간 참여를 활성화하였다.

다음으로, 복합용도구역은 주거·상업·산업·교육·문화·의료 등 다양한 도시기능이 융·복합된 공간의 조성을 목적으로 지정하는 용도구역이다. 까다로운 용도지역 변경 절차 없이 구역 지정만으로 다양한 시설들이 입지할 수 있고, 건폐율과 용적률도 해당 용도지역의 법정 최대한도까지 완화할 수 있다는 점이 특징이다.

셋째로, 도시계획시설 입체복합구역은 도시계획시설의 기능을 고도화·복합화하기 위해 도시계획시설부지의 건축제한과 건폐율·용적률 제한을 완화하는 용도구역이다. 도시계획시설 입체복합구역 내에 비도시계획시설도 설치할 수 있고, 건폐율과 용적률도 2배까지 완화된다.

넷째로, 신설된 3가지 용도구역 중에서 도시혁신구역과 복합용도구역은 공간재구조화계획을 통해 지정한다. 공간재구조화계획은 기존 도시계획절차의 특례로서, 도시·군기본계획과 도시군관리계획을 동시에 변경하지 않고, 공간재구조화계획을 결정·고시한 후에는 소멸한다.

이와 같은 도시혁신구역, 복합용도구역 및 도시계획시설 입체복합구역 지정 등으로 발생한 개발이익은 현행 국토계획법 제52조의2에 따른 공공시설등 설치의무를 부과함으로써 환수한다.

주제어 : 도시계획 혁신방안, 도시혁신구역, 복합용도구역, 도시계획시설 입체복합구역, 공간재구조화계획

목차

- I. 서론
- II. 우리나라의 용도지역제
- III. 도시계획 혁신방안 및 국토계획법 개정안의 내용
- IV. 결론

* 이 글은 국토교통부의 공식입장이 아님을 밝힙니다.

** 국토교통부 사무관



Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230006>

Received: August 25, 2023

Revised: September 06, 2023

Accepted: September 11, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://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

지난 1월 5일 국토교통부는 “도시계획 혁신방안”(이하 ‘혁신방안’이라 함)을 발표하였다. 현행 도시계획 체계가 제4차 산업혁명, 디지털 전환 등 경제·사회구조의 변화를 제대로 담아내지 못하기 때문에 직주근접, 고밀·복합 개발 등 새로운 공간 전략이 요구된다는 것이 그 배경이다.

사실 우리나라 도시계획 또는 토지이용규제의 기초를 이루는 용도지역제는 토지의 용도를 주거, 상업, 공업을 위주로 엄격하게 구분하고, 용도의 구분에 따라 건축물의 종류와 건폐율·용적률을 정하기 때문에 토지의 활용성을 제한하는 측면이 있다.

이러한 용도지역제는 과거처럼 일터와 집, 여가 공간 등이 구분된 생활양식에 적합하였을지는 모르나, 일과 여가, 주거공간이 융합되어가고 있는 최근의 추세에는 맞지 않는 측면이 있다. 가령 정보통신기술의 발달로 이제는 업무처리도 직장이라는 고정된 공간이 아닌 집, 카페 등 언제 어디서나 처리할 수 있다. 이제 공간이 시민의 활동을 규제하는 것이 아니라, 시민이 필요한 공간을 만들고 소비하는 시대가 온 것이고, 이번 혁신방안은 이러한 사회적 수요에 부응하기 위하여 마련된 것이다.

물론, 현재도 고밀·복합공간을 위한 제도가 없지는 않다. 뒤에서도 보겠지만, 2015년에 도입된 “입지규제최소구역”이 용도지역제를 뛰어넘어 자유로운 공간 활용을 가능하게 하는 수단으로 도입되었고, 그 외에도 지구단위계획구역, 준주거지역, 준공업지역, 복합용도 지구 등도 그러한 역할을 부분적으로 수행하고 있다.

그러나, 기대와 달리 입지규제최소구역은 활용도가 낮고, 지구단위계획을 포함한 다른 수단들은 기본적으로 용도지역의 틀 안에서 부분적 완화수단이지, 공간에 대한 전면적인 자율성을 허용하는 제도가 아니라는 점에서 근본적인 한계를 보인다.

이번 혁신방안은 공간의 자율성을 높이기 위해 여러 제도들을 고치고 도입하는데, 기존 용도지역제의 한계를 조금씩 고치는 ‘땀질식 처방’이 아니라, 용도지역제의 한계를 일거에 뛰어넘어 새로운 공간의 장을 열어주는 ‘구조적 개편’이라는 점에서 혁신적이라 할 수 있다.

이 글은 이러한 배경과 관점 하에서, 이번 혁신방안 및 이에 대한 후속 입법인 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’이라 함) 일부개정법률안(의안번호 2120320, 김정재 의원 대표발의, 이하 ‘개정안’이라 함)의 내용을 살펴볼 것이다.¹⁾

주요 내용은 다음과 같다.

우선, 이번 혁신방안이 현행 용도지역제의 문제점에서부터 출발한 만큼 현행 용도지역제 체계를 간략하게 개관한다.

다음으로, 이 글의 핵심내용인 혁신방안에 대하여 살펴본다. 도시혁신구역, 복합용도구역, 도시계획시설 입체복합구역(이하 3개 구역을 묶어 ‘공간혁신구역’이라 함)을 도입하는 것이 혁신방안의 주된 내용으로, 개정안 내용을 중심으로 지정요건, 절차, 내용 등을 살펴볼 것이다. 또한 공간혁신구역 중 도시혁신구역, 복합용도구역의 경우 공간재구조화계획을 통해 지정하고 계획을 수립하도록 하였는데 이에 대하여도 살펴보기로 하고, 공간혁신구역에 확대적용되는 공공시설등 설치의무의 내용도 소개하기로 한다.

마지막으로, 이번 혁신방안의 기대효과를 살펴봄으로써 글을 마무리하고자 한다.

II. 우리나라의 용도지역제

1. 용도지역 현황

우리나라의 도시계획은 용도지역을 빼놓고 이야기할 수 없다. 용도지역은 “토지의 이용 및 건축물의 용도, 건폐율(「건축법」 제55조의 건폐율을 말한다. 이하 같다), 용적률(「건축법」 제56조의 용적률을 말한다. 이하 같다), 높이 등을 제한함으로써 토지를 경제적·효율적으로 이용하고 공공복리의 증진을 도모하기 위하여 서로 중복되지 아니하게 도시·군관리계획으로 결정하는 지역”을 말한다(국토계획법 제2조제15호).

용도지역은 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역으로 크게 나누어지고, 도시지역은 주거, 상업, 공업, 녹지로, 관리지역은 계획관리, 보전관리, 생산관리로 각각 나누어지는데, 국토전체에 중복 없이 지정되어 있다. 즉 전 국토(약 11만km²)는 위 용도지역 중 하나에 해당하고, 그 용도에 해당하는 건축제한(건축물 종류제한 혹은 입지), 규모제한(건폐율·용적률·높이)을 가지고 있게 되는 것이다.

1) 개정안은 올해 2. 27.에 발의되었고, 같은 해 4. 20. 국토교통위원회 회부되어 현재 계류 중에 있다. 개정안은 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)에서 확인가능하다.

이러한 용도지역의 목적은 무분별한 토지이용혼용의 방지이다. 즉, 용도지역제는 열악한 주거환경 및 주변 환경과의 부조화를 막거나, 2) 주거지역에 외부불경제를 야기할 수 있는 건축물의 침해를 막아 주거환경을 보호하는³⁾ 등 토지이용혼재를 막는 배타적인 제도이다.⁴⁾

이처럼 용도지역제는 토지이용혼재 방지를 주된 임무로 하다 보니, 토지에 부여된 용도에 위배될 수 있는 건축물이나 구조물의 설치를 허용하지 않고, 그 규모도 제한하는 것이다.

<표 1> 용도지역별 건폐율과 용적률.

구분		건폐율(%)	용적률(%)
도시지역	주거지역	제1종전용	50 ~ 100
		제2종전용	50 ~ 150
		제1종일반	100 ~ 200
		제2종일반	100 ~ 250
		제3종일반	100 ~ 300
		준주거지역	200 ~ 500
	상업지역	중심상업	200 ~ 1,500
		일반상업	200 ~ 1,300
		근린상업	200 ~ 900
		유통상업	200 ~ 1,100

구분		건폐율(%)	용적률(%)
도시지역	공업지역	전용공업	150 ~ 300
		일반공업	150 ~ 350
		준공업	150 ~ 400
	녹지지역	보전녹지	50 ~ 80
		생산녹지	50 ~ 100
		자연녹지	50 ~ 100

구분		건폐율(%)	용적률(%)
관리지역	보전관리지역	50 ~ 80	
	생산관리지역	50 ~ 80	
	계획관리지역	50 ~ 100	
	농림지역	50 ~ 80	
	자연환경보전지역	50 ~ 80	

우리나라 용도지역의 현황(2022년 기준)을 보면, 도시지역이 전 국토에서 차지하는 면적은 16.7%, 관리지역이 25.7%, 농림지역이 46.4%, 자연환경보전지역이 11.2%로 농림지역이 차지하는 비율이 높다.

<표 2> 용도지역별 현황(2022년말 기준).

구분	내용	면적(k㎡) (비율)		
도시지역	인구와 산업이 밀집되어 있거나 밀집이 예상되는 지역에 체계적인 개발·정비·관리·보전 등이 필요한 지역	17,792 (16.7%)		
주거지역	거주안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위해 필요한 지역	2,753 (2.6%)		
	전용주거	양호한 주거환경 보호를 위해 필요한 지역	50	
		1종	단독주택 중심의 양호한 주거환경보호 위해 필요한 지역	37
		2종	공동주택 중심의 양호한 주거환경보호 위해 필요한 지역	13
	일반주거	편리한 주거환경을 조성하기 위해 필요한 지역	2,505	
		1종	저층 주택 중심으로 편리한 주거환경조성 위해 필요한 지역	755
		2종	중층 주택 중심으로 편리한 주거환경조성 위해 필요한 지역	1,228
		3종	중고층 주택 중심으로 편리한 주거환경조성 위해 필요한 지역	522
	준주거	주거기능을 위주로 이를 지원하는 일부 상업·업무기능을 보완하기 위해 필요한 지역	198	
	상업지역	상업이나 기타 업무의 편익증진을 위해 필요한 지역	343 (0.3%)	
중심상업		도심부도심의 상업·업무 기능의 확충 위해 필요한 지역	35	

2) 정원욱, “도시 내 토지이용혼재의 특성분석”, 건국대학교 석사논문, 2011, 2면.
 3) 민태욱, “도시 토지이용통제수단으로서의 용도지역제”, 『부동산학연구』, 제13호 제1집(2007), 10면.
 4) 김동근 / 김중은, 『비도시지역 개별입지시설의 집합적 개발 유도 방안 연구』, 국토연구원, 2016, 61면.

구분	내용	면적(k㎡) (비율)	
	일반상업	일반적 상업업무 기능을 담당하게 하기 위해 필요한 지역	277
	근린상업	근린지역에서의 일용품 및 서비스 공급 위해 필요한 지역	16
	유통상업	도시내 및 지역간 유통기능 증진 위해 필요한 지역	15
공업지역	공업지역	공업의 편익증진을 위해 필요한 지역	1,253 (1.2%)
	전용공업	주로 중화학·공해성공업 등을 수용 위해 필요한 지역	85
	일반공업	환경을 저해하지 않는 공업의 배치 위해 필요한 지역	961
	준공업	경공업·기타 공업을 수용하되 주거·상업업무 기능 보완 필요지역	207
	녹지지역	자연환경·농지 및 산림의 보호, 보건위생, 보안과 도시의 무질서한 확산 방지를 위해 녹지보전이 필요한 지역	12,581 (11.8%)
	보전녹지	도시 자연환경·경관·산림·녹지공간 보전 필요지역	1,691
	생산녹지	주로 농업적 생산을 위해 개발 유보 필요지역	965
자연녹지	녹지공간 확보, 도시확산 방지, 장래 도시용지 공급 등을 위한 보전 필요지역으로 불가피한 경우에 한해 제한적 개발 허용	9,925	
	관리지역	도시지역의 인구·산업 수용을 위해 체계적 관리 및 농림업 진흥, 자연환경·산림보전 등을 위해 관리가 필요한 지역	27,304 (25.7%)
농림지역	도시지역에 속하지 않는 농지법에 의한 농업진흥지역 또는 산림법에 의한 보전임지 등	49,244 (46.4%)	
자연환경보전지역	자연환경·수자원·해안·생태계·상수원·문화재 보전과 수산자원 보호·육성 등을 위해 필요한 지역	11,871 (11.2%)	

출처: 국토교통부

한편, 도시지역 중 대부분의 실질적인 생활공간에 해당하는 주거지역, 상업지역, 공업지역은 전 국토의 4.1%에 불과한데, 이 점은 도시공간을 보다 효율적이고 압축적으로 사용할 필요가 있다는 점을 시사한다.

2. 용도지역과 중층적 토지이용규제 체계

위와 같이 용도지역은 전국에 걸쳐 지정되어 있지만, 용도지역별로 토지의 이용, 건축물의 용도, 건폐율, 용적률만을 대략적으로 규정하는 탓에 다양한 토지이용 수요를 충족할 수 없고, 토지이용을 구체화하고 세밀화 하는데 한계가 있다.

이러한 한계를 보완하기 위해 국토계획법에서는 용도지구와 지구단위계획 등의 장치가 있고, 각 개별법에서는 보전, 개발사업 등 개별법이 추구하는 목적에 따라 각종 지역·지구를 신설한다. 즉 용도지역 자체는 없앨 수 없기 때문에, 용도지역 위에다 그 때 그 때 필요한 지역·지구를 얹는 이른바 중층적 규제구조가 발생하는 것이다. 이러한 중층적 규제구조에 동원되는 지역지구 수는, 국토계획법상 용도지역을 포함해서 336개에 달한다(토지이용규제기본법 [별표] 참고).

3. 공급자 중심의 규제에서 수요자 중심의 규제

이처럼 전국을 뒤덮고 있는 용도지역은 행정기관(국가 또는 지방자치단체)이 결정하는 하향적 규제이다. 즉, 행정기관이 공동체의 이익을 위해 토지용도를 부여하고 행위를 제한하는 것이고, 해당 토지의 소유자나 이해관계자는 행정기관이 내려주는 범위에서만 토지를 이용할 수 있다.

그러나, 틀에 박힌 하향식 규제는 시민의 창의와 활력을 억제한다. 주어진 공간이 아니라, 시민 스스로가 공간을 선택하고, 그 안에서 필요한 규율을 만드는 토지이용제도가 요청된다. 이를 위해서는 공간에 대한 자율성 부여가 필요하고, 용도지역제의 한계를 뛰어 넘는 혁신적인 조치가 필요하다. 이번 혁신방안은 바로 시민이 공간을 선택하고 설계할 수 있도록 제도적 길을 터주려는 것이다. 다음에서 이러한 혁신방안과 혁신방안을 담은 개정안을 살펴보고자 하겠다.

III. 도시계획 혁신방안 및 국토계획법 개정안의 내용

1. 개요

도시계획 혁신방안의 핵심은 달라진 사회·경제적 환경변화에 걸맞은 도시공간을 제공하는 것이다. 개정안의 제안이유에서도 보듯이 현행 “용도지역제는 일, 주거, 여가의 경계가 허물어지고 있는 최근 추세에 맞지 않을 뿐 아니라, 코로나 19로 인한 주거지 중심의 생활 양상과, 4차 산업혁명 등 기술진보로 인한 직주복합적 경제활동 등 시민 생활의 다양성을 담아내는데 적지 않은 제약요소로 작용”하고 있다. 그 이유는 현행 용도지역제가 토지용도(도시지역의 경우 주거·상업·공업·녹지지역)와 밀도(용적률·건폐율)를 엄격하게 구분하여 운영하고 있기 때문이다.

이번 혁신방안은 이러한 현행 용도지역제의 경직성을 탈피하기 위하여 도시혁신구역, 복합용도구역, 도시계획시설 입체복합구역이라는 특례적 구역을 도입하였다. 이하에서는 각 용도구역의 내용을 살펴본다.

2. 도시혁신구역

(1) 개념 및 도입배경

도시혁신구역은 “창의적이고 혁신적인 도시공간의 개발을 목적으로” 지정하는 용도구역이다(개정안 제2조 제5의5 참고). 도시혁신구역은 민간의 자유롭고 창의적인 개발이 가능하도록 기존 입지규제최소구역을 개편한 것으로 ‘한국형 화이트 존(White-Zone)’⁵⁾이라 할 수 있다.

2015년에 도입된 입지규제최소구역(국토계획법 제40조의2)⁶⁾은 토지를 압축적·효율적으로 이용하고 창의적인 도시공간을 조성할 수 있도록 토지이용규제를 보다 유연하게 하는 것을 목적으로 도입되었지만, 제약적 성격의 지정기준과 민간이 참여할 인센티브가 부족하여 활용이 저조하다는 평가를 받고 있다(2022년 기준으로 총 5곳이 지정되었으며, 이 중 4곳이 해당 지방자치단체나 LH 등 공공이 시행하고 있다).

<표 3> 입지규제최소구역 문제점⁷⁾

지정요건	· 도심, 철도역사 등 지역거점, 대중교통 결절지 등 공급자 중심의 지정요건을 규정하고 있어, 제도 도입취지와 달리 민간의 창의성 제약
사업성	· 전체 연면적 중 주거 비율이 40%로 제한되어 있어 사업성 확보에 제약
민간 참여유인	· 민간기업도 입지규제최소구역 제안이 가능하나, 개발사업과 연계되지 않아 제안실익이 적음(그간 지정된 5곳 중 민간제안이 한 건도 없음) · 공공선정부지와 민간선호부지의 불일치

출처: 국토교통부

이에, 입지규제최소구역의 문제점을 보완하고 보다 자유롭고 창의적인 공간활용을 위해 도시혁신구역을 도입하게 되었다.

(2) 지정대상

입지규제최소구역이 지정대상을 세세하게 열거⁸⁾하여 활용성을 저해하였던 점을 고려하여 도시혁신구역에서는 별도의 지정요건을

- 5) 화이트존이란, 민간자본을 통해 주거, 상업, 업무 등 다용도 융복합 개발이 가능하도록 지정한 지역으로, 싱가포르의 마리나베이샌즈와 일본의 롯폰기힐스가 대표적인 사례이다(네이버 지식백과).
- 6) 입지규제최소구역으로 지정되면, 용도지역 등에 따른 입지규제를 적용받지 않고 건축물의 허용용도, 용적률, 건폐율, 높이 등을 별도로 정할 수 있다(국토계획법 제80조의3).
- 7) 국토교통부 보도자료(2023. 1. 6.자) 인용.
- 8) 제40조의2(입지규제최소구역의 지정 등) ① 제29조에 따른 도시·군관리계획의 결정권자(이하 “도시·군관리계획 결정권자”라 한다)는 도시지역에서 복합적인 토지이용을 증진시켜 도시 정비를 촉진하고 지역 거점을 육성할 필요가 있다고 인정되면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역과 그 주변지역의 전부 또는 일부를 입지규제최소구역으로 지정할 수 있다.
 1. 도시·군기본계획에 따른 도심·부도심 또는 생활권의 중심지역
 2. 철도역사, 터미널, 항만, 공공청사, 문화시설 등의 기반시설 중 지역의 거점 역할을 수행하는 시설을 중심으로 주변지역을 집중적으로 정비할 필요가 있는 지역
 3. 세 개 이상의 노선이 교차하는 대중교통 결절지로부터 1킬로미터 이내에 위치한 지역

나열하지 않았다. 다만, 도시혁신구역의 경우, 도시혁신구역 및 계획을 제안한 사업자에게 시행자격을 부여하는 만큼, 철도정비창 등 민간이 선호하는 도심 내 유희부지 등에 업무, 호텔, 주거, 병원, 공원 등을 개발하는데 도시혁신구역이 이용될 것으로 기대된다.

(3) 도시혁신구역 내 계획기준

도시혁신구역 내에 용도지역등 규제는 없다. 즉, 용도지역, 용도지구에 따른 토지용도, 건폐율, 용적률, 높이 등의 각종 제한이 적용되지 않고, 도시계획을 수립·결정하는 주체(관할 지방자치단체의 장)가 자유롭게 정할 수 있다. 개정안에서도 ‘도시공간의 창의적이고 혁신적인 개발이 필요하다고 인정되는 지역’이라는 표현 외에 다른 별도의 지정기준을 규정하지 않고 있다(개정안 제40조의3 참고).⁹⁾ 다만, 구체적인 계획내용은 중앙도시계획위원회의 심의를 받기 때문에 극단적이고 무분별한 토지이용규제 완화는 사실상 어려울 것으로 판단된다.

한편, 민간의 자유롭게 창의적인 개발을 도모한다는 도입취지에 맞지 않게 수익성이 좋은 주택만 들어서는 이른바 ‘주거혁신구역’이 되지 않도록, 중심기능 2개 이상이 복합되도록 하고, 단일용도는 최대 70%까지 제한하도록 향후 지침에서 정할 계획이다. 또한 입지규제최소구역은 주거비율을 연면적의 40%로 제한하였으나, 도시혁신구역은 주거비율을 연면적 50%를 기준으로 하되, 필요시에 50%를 초과할 수 있도록 한다. 도시혁신구역의 취지를 살리기 위한 필요최소한의 규제라고 생각한다.

(4) 지정절차

원래 용도구역은 도시·군관리계획으로 지정한다(국토계획법 제2조제4호, 제17호). 도시혁신구역도 용도구역의 일종(개정안 제2조제4호 사목)이므로 도시·군관리계획으로 지정해야 하나, 개정안은 공간재구조화계획의 입안과 결정을 통해서 도시혁신구역의 지정하고 계획을 수립하도록 하고 있다(개정안 제35조의2 참고). 뒤에서 설명하겠지만, 공간재구조화계획은 도시·군기본계획과 도시·군관리계획을 통합하여 변경하는 절차 특례적 성격도 가지고 있다.

공간재구조화계획에 대해 조금만 덧붙이면, 도시혁신구역처럼 도시·건축 규제가 대폭 완화되어 파급력이 큰 경우에 해당 구역 외에 다른 지역에 미치는 영향, 즉 도시혁신구역 지정으로 인근 지역의 주거·교통·기반시설 등에 미치는 영향을 검토하여 해당 도시혁신구역 및 계획의 타당성 등을 검토하는 절차로서, 무분별한 구역지정으로 인한 난개발등을 방지하기 위한 절차이다. 또한, 민간제한도 허용된다(개정안 제35조의3).

이러한 공간재구조화계획은 도시·군계획처럼 계속 존속하는 계획이 아니라, 도시혁신구역과 복합용도구역 및 그에 따른 계획 수립 후 사라지는 절차적·수단적 계획으로, 공간재구조화계획 수립 후에 도시혁신구역 등에 변경 등 관리는 도시·군기본계획과 도시·군관리

4. 「도시 및 주거환경정비법」 제2조제3호에 따른 노후·불량건축물이 밀집한 주거지역 또는 공업지역으로 정비가 시급한 지역
5. 「도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법」 제2조제1항제5호에 따른 도시재생활성화지역 중 같은 법 제2조제1항제6호에 따른 도시경제기반형 활성화계획을 수립하는 지역
6. 그 밖에 창의적인 지역개발이 필요한 지역으로 대통령령으로 정하는 지역
- 9) 개정안 제40조의3(도시혁신구역의 지정 등) ① 제35조의6제1항에 따른 공간재구조화계획 결정권자(이하 “공간재구조화계획 결정권자”라 한다. 이하 이 조 및 제40조의4에서 같다)는 도시공간의 창의적이고 혁신적인 개발이 필요하다고 인정되는 지역을 도시혁신구역으로 지정할 수 있다.
 - ② 도시혁신계획에는 도시혁신구역의 지정 목적을 이루기 위하여 다음 각 호에 관한 사항이 포함되어야 한다.
 1. 용도지역·용도지구, 도시·군계획시설 및 지구단위계획의 결정에 관한 사항
 2. 주요 기반시설의 확보에 관한 사항
 3. 건축물의 건폐율·용적률·높이에 관한 사항
 4. 건축물의 용도·종류 및 규모 등에 관한 사항
 5. 제83조의3에 따른 다른 법률 규정 적용의 완화 또는 배제에 관한 사항
 6. 도시혁신구역 내 개발사업 및 개발사업의 시행자 등에 관한 사항
 7. 그 밖에 도시혁신구역의 체계적 개발과 관리에 필요한 사항
 - ③ 제1항에 따른 도시혁신구역의 지정 및 변경과 제2항에 따른 도시혁신계획은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 공간재구조화계획으로 결정한다.
 1. 도시혁신구역의 지정 목적
 2. 해당 지역의 용도지역·기반시설 등 토지이용 현황
 3. 도시·군기본계획 등 상위계획과의 부합성
 4. 주변 지역의 기반시설, 경관, 환경 등에 미치는 영향 및 도시환경 개선·정비 효과
 5. 도시의 개발 수요 및 지역에 미치는 사회적·경제적 파급효과
 - ④ 다른 법률에서 제35조의6에 따른 공간재구조화계획의 결정을 의제하고 있는 경우에도 이 법에 따르지 아니하고 도시혁신구역의 지정과 도시혁신계획을 결정할 수 없다.
 - ⑤ 공간재구조화계획 결정권자가 제3항에 따른 공간재구조화계획을 결정하기 위하여 제35조의6제2항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의하는 경우 협의 요청을 받은 기관의 장은 그 요청을 받은 날부터 10일(근무일 기준) 이내에 의견을 회신하여야 한다.
 - ⑥ 도시혁신구역 및 도시혁신계획에 관한 도시·군관리계획 결정의 실효, 도시혁신구역에서의 건축 등에 관하여 다른 특별한 규정이 없는 한 제53조와 제54조를 준용한다. 이 경우 “지구단위계획구역”은 “도시혁신구역”으로, “지구단위계획”은 “도시혁신계획”으로 본다.
 - ⑦ 도시혁신구역의 지정 및 변경과 도시혁신계획의 수립 및 변경에 관한 세부적인 사항은 국토교통부장관이 정하여 고시한다.

계획의 결정절차에 따른다(개정안 제37조의7 제5항). 공간재구조화계획의 위상, 절차, 효력에 대하여는 뒤에서 따로 살펴보기로 한다.

(5) 도시개발사업과 연계

파격적인 규제완화와 함께 도시혁신구역의 주요 특징이 바로 사업시행과 연계이다. 입지규제최소구역의 경우, 규제완화만 있을 뿐 규제완화를 제안한 제안자에게는 아무런 인센티브가 없었다. 즉 민간이 입지규제최소구역과 계획을 제안한다고 하더라도, 제안한 민간이 사업을 시행한다는 보장이 없었다. 뿐만 아니라, 제안자는 입지규제최소구역을 지정하는 절차를 밟고, 다시 사업시행자 지정절차를 밟는 이중의 절차를 거쳐야 하므로, 시간과 비용 소모가 크다.

이러한 문제점을 해소하기 위하여, 도시혁신구역에서는 민간이 도시혁신구역 지정과 계획을 제안하고, 그 제안이 받아들여지는 경우에는 도시혁신구역 지정 및 계획을 도시개발구역의 지정과 도시개발계획 수립으로 의제하고, 제안자를 사업시행자로 의제하도록 하였다(개정안 제83조의3 제4항).¹⁰⁾ 도시개발법에 따른 개발사업만 의제한 이유는 도시개발사업은 국토계획법에 따른 도시·군계획사업(국토계획법 제2조 제11호 나목)의 하나로, 국토계획법과의 연계성이 높고, 개발대상도 협소하지 않아 활용성이 높기 때문이다.

이와 관련하여, 같은 도시·군계획사업인 도시·군계획시설사업, 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비사업의 경우에는 구역지정 및 사업시행자를 의제하지 않는지에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나, 도시·군계획시설사업의 경우, 대부분 공공성 높은 시설로서 민간제안의 범위가 상대적으로 제한적이고, 또한 뒤에서 서술할 도시계획시설 입체복합구역(이하 ‘입체복합구역’이라 함)에 연계하여 시행될 가능성이 높아 굳이 의제할 필요가 없다. 또한, 정비사업은 도시기능 회복, 노후 주택개량 등을 목적으로 하므로 도시혁신구역의 취지에 다소 부합하지 않는 측면이 있어 의제하는 것이 타당하지 않으므로, 제외하는 개정안의 태도가 옳다.

(6) 각종 도시·건축 규제의 배제 및 완화 특례

도시혁신구역은 현행 입지규제최소구역이 정한 특례를 그대로 물려받았을 뿐 아니라, 추가로 공원녹지법상의 녹지확보기준, 학교시설기준 등 적용제외에 관한 특례도 규정하였다.¹¹⁾ 한편 개정안에는, 입지규제최소구역에서 인정되고 있는 도시계획위원회 심의 시의 학교환경위생정화위원회, 문화재위원회와 공동심의를 통한 학교환경위생 정화구역에서의 행위제한과 역사문화환경 보전지역에서의 행위제한 완화에 관한 특례(제83조의2 제2항)¹²⁾가 빠져있는데, 향후 추가가 필요해 보인다.

(7) 입지규제최소구역과의 비교

도시혁신구역은 현행 입지규제최소구역 개편한 것이다. 그런 이유로 개정안에서는 도시혁신구역을 신설하면서 입지규제최소구역

10) 개정안 제83조의3(도시혁신구역에서의 다른 법률의 적용 특례) ①~③ (생략)

④ 도시혁신구역에서 「도시개발법」에 따라 사업을 추진할 경우에는 도시혁신구역의 지정·변경 및 도시혁신계획 결정의 고시를 「도시개발법」 제9조 제1항에 따라 도시개발구역의 지정 및 도시개발계획 수립(「도시개발법」 제5조에 따른 개발계획의 내용에 부합하는 경우에 한한다)의 고시로 본다. 이 경우 도시혁신계획에서 정한 시행자가 「도시개발법」 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 도시개발사업의 시행자로 지정된 것으로 본다.

11) 개정안 제83조의3(도시혁신구역에서의 다른 법률의 적용 특례) ① 도시혁신구역에 대하여는 다음 각 호의 법률 규정에도 불구하고 도시혁신계획으로 따로 정할 수 있다.

1. 「주택법」 제35조에 따른 주택의 배치, 부대시설·복리시설의 설치기준 및 대지조성기준
2. 「주차장법」 제19조에 따른 부설주차장의 설치
3. 「문화예술진흥법」 제9조에 따른 건축물에 대한 미술작품의 설치
4. 「건축법」 제43조에 따른 공개 공지 등의 확보
5. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제14조에 따른 도시공원 또는 녹지 확보 기준
6. 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제3조에 따른 학교용지의 조성·개발기준

12) 제83조의2(입지규제최소구역에서의 다른 법률의 적용 특례) ① 입지규제최소구역에 대하여는 다음 각 호의 법률 규정을 적용하지 아니할 수 있다. <개정 2016. 1. 19., 2021. 1. 12.>

1. 「주택법」 제35조에 따른 주택의 배치, 부대시설·복리시설의 설치기준 및 대지조성기준
2. 「주차장법」 제19조에 따른 부설주차장의 설치
3. 「문화예술진흥법」 제9조에 따른 건축물에 대한 미술작품의 설치
4. 「건축법」 제43조에 따른 공개 공지 등의 확보

② 입지규제최소구역계획에 대한 도시계획위원회 심의 시 「학교보건법」 제6조제1항에 따른 학교환경위생정화위원회 또는 「문화재보호법」 제8조에 따른 문화재위원회(같은 법 제70조에 따른 시·도지정문화재에 관한 사항의 경우 같은 법 제71조에 따른 시·도문화재위원회를 말한다)와 공동으로 심의를 개최하고, 그 결과에 따라 다음 각 호의 법률 규정을 완화하여 적용할 수 있다. 이 경우 다음 각 호의 완화 여부는 각각 학교환경위생정화위원회와 문화재위원회의 의결에 따른다.

1. 「학교보건법」 제6조에 따른 학교환경위생 정화구역에서의 행위제한
2. 「문화재보호법」 제13조에 따른 역사문화환경 보전지역에서의 행위제한

③ 입지규제최소구역으로 지정된 지역은 「건축법」 제69조에 따른 특별건축구역으로 지정된 것으로 본다.

④ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 「건축법」 제70조에 불구하고 입지규제최소구역에서 건축하는 건축물을 「건축법」 제73조에 따라 건축기준 등의 특례사항을 적용하여 건축할 수 있는 건축물에 포함시킬 수 있다.

에 관한 조항은 삭제하였다. 양자의 내용을 비교하면 아래 표와 같다.

<표 4> 입지규제최소구역과 도시혁신구역의 비교

	입지규제최소구역(현행법)	도시혁신구역(제정안)
지정대상	• 대중교통 결절지로부터 1km 이내, 도시재생활성화지역, 소규모주택정비사업시행구역 등 구체적이고 제한적 열거	• 별도 지정요건 없음
지정절차	• 국토계획법 절차에 따라 도시·군관리계획으로 결정 • 타 사업법을 통해 의제 불가	• 국토계획법 절차에 따라 공간재구조화 계획으로 결정
사업연계	• 구역지정 및 계획 입안 제안 가능 • 별도 사업연계 없음	• 민간이 제안시 구역지정 이후 도시개발사업법상 사업시행자 지정 및 개발구역 지정 의제
계획기준 (지침)	• 주거비율상한(연면적의 40%) • 임대주택 확보의무(30%) • 중심기능 2개이상 복합(단일기능 최대 60%)	• 주거비율상한(연면적의 50%+a) • 중심기능 2개 이상 복합(단일기능 최대 70%)
인센티브	• 건축물 용도, 건폐율, 용적률, 높이 등의 제한 완화 또는 배제 • 특별건축구역 지정의제 및 주차장 설치기준, 주택건설기준 등 완화특례	• 기존 인센티브(좌동) • 추가로 공원녹지법상 녹지확보기준, 학교시설기준 등 인센티브 추가

출처: 국토교통부

3. 복합용도구역

(1) 개념 및 도입배경

복합용도구역은 “주거·상업·산업·교육·문화·의료 등 다양한 도시기능이 융·복합된 공간의 조성을 목적으로” 지정하는 용도구역이다 (개정안 제2조 제5의6 참고). 현재 용도지역은 도시관리 목적에 따라 주거·상업·공업 등 용도지역을 지정하고, 그에 맞도록 설치가능한 건축물과 밀도(건폐율, 용적률)를 다르게 허용하고 있다.

그러나, 경제활동 형태가 다양해지는 만큼, 주거와 업무, 문화생활이 복합된 공간 수요가 늘어나고 있는 추세이다. 이는 코로나 19 이후 재택근무 증가, 워케이션 등 예전과 달리 직(Work)·주(Live)가 분리되지 않은 상황에서는 더욱 그러하다.

이러한 시대적 변화를 반영하여 도입한 것이 복합용도구역이다. 복합용도구역은 도시혁신구역과 달리, 생활상의 변화에 따른 점진적 도시계획의 변화를 염두에 두었다. 그래서 도시혁신구역과 달리 사업을 연계하지 않고, 현행 용도지역제의 용도와 규모를 완화하는데 초점을 맞추었다.

(2) 지정대상

개정안에서는 복합용도구역도 세세한 지정요건을 개정안에 정해 놓지 않았다. “융·복합된 공간 조성이 필요”한 경우라면 어디든지 지정할 수 있다고 규정할 뿐이다(개정안 제40조의4).¹³⁾ 그러나 이렇게 요건을 개방할 경우 오히려 일선 지방자치단체 등 현장에서는 어

13) 제40조의4(복합용도구역의 지정 등) ① 공간재구조화계획 결정권자는 융·복합된 공간 조성이 필요하다고 인정되는 지역을 복합용도구역으로 지정할 수 있다.

② 복합용도계획에는 복합용도구역의 지정 목적을 이루기 위하여 다음 각 호에 관한 사항이 포함되어야 한다.

1. 용도지역·용도지구, 도시·군계획시설 및 지구단위계획의 결정에 관한 사항
2. 주요 기반시설의 확보에 관한 사항
3. 건축물의 용도별 복합적인 배치비율 및 규모 등에 관한 사항
4. 건축물의 건폐율·용적률·높이에 관한 사항
5. 제83조의4에 따른 특별건축구역계획에 관한 사항
6. 그 밖에 복합용도구역의 체계적 개발과 관리에 필요한 사항

③ 제1항에 따른 복합용도구역의 지정 및 변경과 제2항에 따른 복합용도계획은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 공간재구조화계획으로 결정한다.

1. 복합용도구역의 지정 목적
2. 해당 지역의 용도지역·기반시설 등 토지이용 현황
3. 도시·군기본계획 등 상위계획과의 부합성
4. 주변 지역의 기반시설, 경관, 환경 등에 미치는 영향 및 도시환경 개선·정비 효과

④ 복합용도구역 및 복합용도계획에 관한 도시·군관리계획 결정의 실효, 복합용도구역에서의 건축 등에 관하여 다른 특별한 규정이 없는 한 제53

느 곳을 지정해야 하는지 예측할 수 없어 혼란이 발생할 수 있으므로, 입법과정 또는 향후 지침 마련을 통해 어느 정도의 가이드라인을 주는 것이 필요할 것으로 보인다.

다만, 복합용도구역의 도입취지를 고려하면, 복합용도구역이 지정될만한 곳은 산업구조 또는 경제활동의 변화로 복합적 토지이용이 필요하거나 노후 건축물 등의 밀집하여 단계적 정비가 필요한 곳 정도가 되지 않을까 한다. 즉, 노후 공장 또는 상가 밀집지역처럼 경제적 여건 변동되어 기존보다 용·복합된 공간이 필요할 경우가 복합용도구역이 지정하면 적정할 것이다.

(3) 복합용도구역 내 계획기준

복합용도구역 내에서는 용도지역을 바꾸지 않고, 건축물 등 시설물을 설치할 수 있다. 가령, 공업지역을 복합용도구역을 지정할 경우에 주거지역이나 상업지역에서만 설치할 수 있는 시설들로 설치할 수 있게 된다. 아래의 표에서 보는 바와 같이, 개별 용도지역에 설치할 수 없는 시설들이 있는데, 복합용도구역 지정을 통해 복합용도계획으로 해당 시설 설치가 가능하다. 이 경우 원래 용도지역은 변경되지 않는다.

<표 5> 용도지역별 입지제한 예시

일반주거지역 불가시설	일반상업지역 불가시설	일반공업지역 불가시설	준공업지역 불가시설
- (자동차) 폐차장, 매매장, 정비공장 등 - (산업등 시설) 여객자동차터미널, 철도역 - (문화시설) 관람석 바닥면적 1,000㎡ 이상 관람장·체육관·운동장, 야외음악당, 어린이회관, 관광휴게시설 - (영업시설) 도매시장, 숙박시설 - (교육·복지시설) 격리병원(전염병원, 마약진료 등)	- 관광숙박시설, 공장 - 조례로 단독주택, 공동주택(주상복합 제외), 수련시설 등 불허 - (서울시 사례) 다른 용도와 복합되지 않은 단독·공동주택 불허	- (문화시설) 공연장, 집회장, 관람석 바닥면적 1,000㎡ 이상 관람장·체육관·운동장, 동·식물원, 관광휴게시설 - (영업시설) 운동시설, 숙박시설 - (교육·복지시설) 격리병원(전염병원, 마약진료 등) - (주택) 기숙사만 가능	- 위락시설, 묘지관련 시설 - 조례를 통해 주택, 문화, 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운동시설, 숙박시설, 동물·식물 관련 시설, 교정시설, 국방·군사시설, 관광휴게시설 등 제한가능 - (서울시 사례) 준공업지역 공장부지(이적지)에는 공동주택 원칙적 불허 -> 지구단위계획으로 공동주택은 50%이내로만 가능

출처: 국토교통부

복합용도구역 내의 건폐율과 용적률은 국토계획법에 따른 용도지역(주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역 등)의 최대한도까지 완화된다(개정안 제80조의5 제2항 참고).¹⁴⁾ 아래의 표에서 보듯이, 현재 제1종일반주거지역에 용적률은 100~200%인데, 복합용도구역을 지정할 경우 복합용도계획으로 500%까지 용적률이 완화된다.

<표 6> 용도지역별 입지제한 예시

구분	국토계획법	국토계획법 시행령	조례(서울특별시)
주거지역	용적률 500%이하	제1종전용주거지역	100% 이하
		제2종전용주거지역	120% 이하
		제1종일반주거지역	150% 이하
		제2종일반주거지역	200% 이하
		제3종일반주거지역	250% 이하
		준주거지역	400% 이하

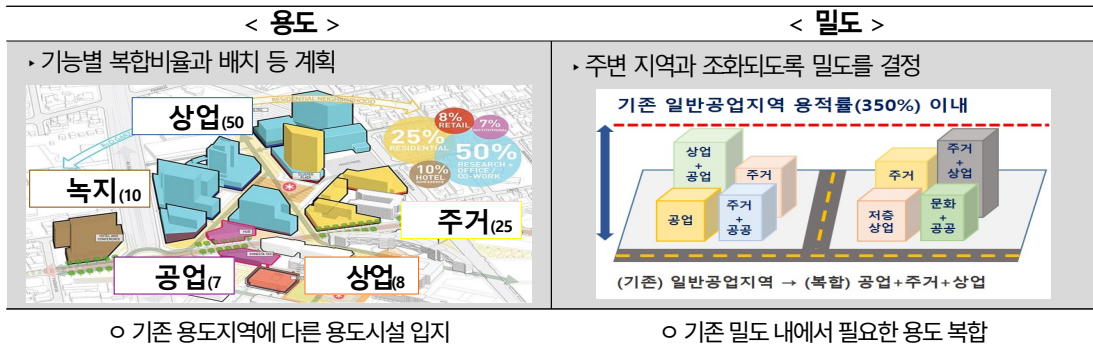
출처: 국토교통부

조와 제54조를 준용한다. 이 경우 “지구단위계획구역”은 “복합용도구역”으로, “지구단위계획”은 “복합용도계획”으로 본다.
 ⑤ 복합용도구역의 지정 및 변경과 복합용도계획의 수립 및 변경에 관한 세부적인 사항은 국토교통부장관이 정하여 고시한다.
 14) 제80조의5(복합용도구역에서의 행위 제한) ① 용도지역 및 용도지구에 따른 제한에도 불구하고 복합용도구역에서의 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항은 대통령령으로 정하는 범위에서 복합용도계획으로 따로 정한다.
 ② 복합용도구역에서의 건폐율과 용적률은 제77조제1항 및 제78조제1항 각 목에 따른 용도지역별 건폐율과 용적률의 최대한도의 범위에서 복합용도계획으로 정한다.

이처럼, 복합용도구역은 기존 용도지역을 변경하지 않고도 용도혼합, 밀도 완화를 통하여 공간의 활용성을 높인다는 점이 특징적이다. 다만 도시혁신구역과 마찬가지로, 복합용도구역이 주택용도를 위한 용적률 완화 수단으로 오용되는 것을 방지하기 위해, 하위법령이나 지침으로 단일용도에 70% 상한을 두되, 주거용도는 50%로 제한하고 임대사업 등 공공사업을 추가할 경우에만 주거용도의 허용비율을 추가하도록 할 방침이다.

(4) 지정절차

복합용도구역도 도시혁신구역과 마찬가지로 용도구역이지만, 공간재구조화계획으로 구역을 지정하고 계획을 입안·결정한다(개정안 제35조의2 참고). 이에 대하여는 도시혁신구역 부분에서 논의한 내용과 같으므로 여기에서는 생략한다.



<그림 1> 적용예시. 출처: 국토교통부

(5) 도시·건축 규제의 배제 및 완화 특례

복합용도구역이 지정되면 건축법에 따른 특별건축구역(건축법 제69조)으로 지정된 것으로 보고, 건축기준의 특례사항(건축법 제73조)을 적용한다.

(6) 복합용도지구와 비교

복합용도구역은 전면적인 개발보다는 점진적이고 융합적인 전환이 필요한 지역에 적합한 용도구역이다. 사실 이러한 요구에 부응하는 용도지구가 현재 있기는 하다. 바로 2017년에 도입한 복합용도지구가 그것인데, 적용대상이 제한적이고, 지정기준이 협소해 현재 크게 활용되지 못하고 있다.¹⁵⁾ 아래의 표를 보면 복합용도지구와 복합용도구역의 차이가 드러난다.

<표 7> 복합용도지구와 복합용도구역 비교

구분	복합용도지구(현행)	복합용도구역(개정안)
지정대상	· 일반주거, 일반공업, 계획관리지역으로 해당 용도지역 면적의 1/3 미만	· 주거, 상업, 공업 등 시가지지역 중심
지정기준	· 교통 결절지(結節地) 등 토지이용 및 교통 여건 변화가 큰 지역 · 용도지역 간의 경계지역, 가로변 등 효율적 토지 활용 필요성이 있는 지역	· 산업구조 또는 경제활동의 변화로 복합적 토지이용이 필요한 지역 등
입지구제	· 일반주거는 준주거, 일반공업은 준공업에서 입지 가능한 시설 허용 · 계획관리는 음식점, 숙박시설, 판매시설, 유원시설 허용	· 다른 용도지역의 가능 허용 - 단일 기능은 70% 이내 (주거는 50%+a)
밀도규제	없음	· 해당 용도지역별(주거지역 등) 최대한도 내에서 건폐율·용적률 결정

자료: 국토교통부

15) 구리시에 4건 정도 지정되어 있다.

4. 도시계획시설 입체복합구역

(1) 개념 및 도입배경

도시·군계획시설(이하 ‘도시계획시설’이라고만 함)은 각종 생산·경제활동 지원 및 국민의 생활편익 증진을 위해 요구되는 기반시설 중 도시공간구조나 도시환경에 중대한 영향을 미칠 수 있어 도시·군관리계획으로 결정할 필요가 있는 시설을 의미한다.¹⁶⁾

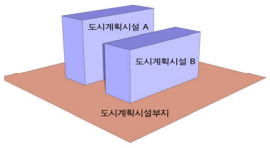
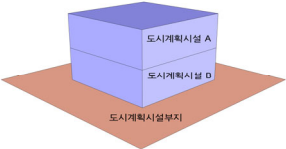
현재 국토계획법에는 아래 표에서 보는 바와 같이 46종의 기반시설을 열거하고 있는데, 이러한 기반시설 중에서 도시·군관리계획으로 결정한 시설을 도시계획시설이라고 한다.

<표 8> 국토계획법상 기반시설 종류

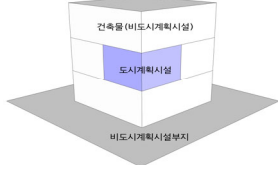
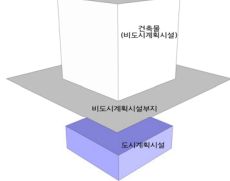
구분	종류
교통시설(8)	도로, 철도, 항만, 공항, 주차장, 자동차 정류장, 궤도, 차량검사 및 면허시설
공간시설(5)	광장, 공원, 녹지, 유원지, 공공공지
유통공급시설(9)	유통업무설비, 수도공급설비, 전기공급설비, 가스공급설비, 열공급설비, 방송통신시설, 공동구, 시장, 유통저장 및 송유설비
공공문화체육시설(8)	학교, 공공청사, 문화시설, 공공필요성이 인정되는 체육시설, 연구시설, 사회복지시설, 공공직업훈련시설, 청소년수련시설
방재시설(8)	하천, 유수지, 저수지, 방화설비, 방풍설비, 방수설비, 사방설비, 방조설비
보건위생시설(3)	장사시설(화장장·공동묘지·봉안시설 등), 도축장, 종합의료시설
환경기초시설(5)	하수도, 폐기물처리 및 재활용시설, 빗물저장 및 이용시설, 수질오염방지시설, 폐차장

위 표에서 보는 바와 같이, 도시계획시설은 주로 교통시설, 공간시설, 공공·문화체육시설 등 시민들의 접근과 활용도가 높은 공공재로서 입지조건이 우수한 경우가 많다. 현행 국토계획법도 도시계획시설의 활용성을 높이기 위해 중복·입체결정제도(도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙 제3조, 제4조)와 공간적 범위 결정(국토계획법 시행령 제61조) 제도를 두고 있는데, 장황한 설명을 피하기 위해 아래 표로 설명을 대신한다.

<표 9> 중복·입체결정과 공간적 범위 결정

구분	내용	비고
중복 결정	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 도시계획시설 + 도시계획시설 - 둘 이상의 도시계획시설을 같은 토지에 함께 결정 - 도시계획시설간의 복합화 ※ 평면적 중복결정: 둘 이상의 도시계획시설이 같은 토지에 평면적으로 복합 예) 면형시설(공원 등)에 건축물 형태의 시설이 지상에 동시에 입지하는 경우 ※ 수직적 중복결정: 둘 이상의 도시계획시설이 같은 토지에 상·하의 형태로 복합 예) 동일한 건축물에서 하부는 청사가 입지하고 상부는 문화시설 등이 입지하는 경우 	<p><평면적></p> 
		<p><수직적></p> 

16) 김중은 외 3명, 『사회적 요구를 반영한 도시계획시설 제도개선 방안 연구』, 국토교통부, 2016, 32-33면.

구분	내용	비고
입체적 결정	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 일반토지 + 도시계획시설 <ul style="list-style-type: none"> - 도시계획시설이 비도시계획시설의 일부공간에 설치되어 복합되는 형태 예1) 비도시계획시설인 일반건축물의 일부 공간에 문화시설이나 체육시설 등을 도시계획시설로 결정하는 경우 예2) 지하철이나 지하도로 등이 민간부지의 지하를 통과하는 경우 	
공간적 범위 결정	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 도시계획시설부지 + 일반건축물 <ul style="list-style-type: none"> - 도시계획시설 부지 내에 일반건축물 설치 - 도시계획시설 부지 내에서는 일반건축물 원칙상 불가(개발행위허가 필요) 예) 철도차량기지의 상부에 인공지반을 설치하여 임대아파트 등을 건축하는 경우 	

출처: 서울특별시, 2011.

이처럼 도시계획시설에 대한 입체·복합적 활용제도가 마련되어 있음에도, 그 활용은 매우 저조하다. 조사결과(2022년 8월 기준)에 따르면 도로, 하천을 제외한 도시계획시설 110,915개 중 중복·입체결정(공간적 범위결정 포함)은 3,879개로 3.5%에 불과하다.¹⁷⁾ 활용이 저조한 이유로는 입체·복합 개념에 대한 법률적 근거가 미흡하고, 입체·복합적 활용에 대한 세부적인 규정이나 지침이 부족하다는 점 등을 들 수 있다.¹⁸⁾ 물론 도시계획시설이 가지는 공공성 때문에 다양한 시설, 특히 수익시설의 설치가 제한되고, 도시계획시설이 가지는 고유한 기능과 관계없이 해당 용도지역의 건폐율, 용적률의 제한을 받는 점도 간과할 수 없을 것이다. 어쨌든 입지가 좋고 시민들의 이용도가 높은 도시계획시설을 방치하는 것은 사회적 후생을 증대시킬 수 있는 좋은 기회를 스스로 저버리는 행위로서 반드시 개선해야 할 부분이다.

지금 소개할 도시계획시설 입체복합구역(이하 ‘입체복합구역’이라고만 함)은 바로 이러한 도시계획시설의 한계를 극복하기 위해 도입된 용도구역이다. 입체복합구역은 도시계획시설 부지의 용도와 밀도를 완화함으로써 도심 내 가용공간을 확충하고, 공공서비스를 비롯하여 시민이 필요로 하는 다양한 수요에 대응하는데 목적이 있다.

(2) 지정대상

입체복합구역은 도시계획시설 부지에만 지정할 수 있다(개정안 제40조의5).¹⁹⁾ 따라서 도시계획시설 부지가 아닌 토지는 입체복합구역으로 지정할 수 없고, 먼저 도시계획시설 결정절차를 거쳐야 한다. 이러한 입체복합구역의 특성은 도시계획시설이라는 공공적 공간을 시민에게 더 개방하겠다는 목적에서 비롯된 것이다.

한편, 개정안에서는 입체복합구역의 경우 일정한 지정기준을 규정하고 있다. 부분별한 지정 남발을 예방하기 위한 것인데, 준공 후 10년이 경과하여 시설의 개량과 정비가 필요한 경우, 도시계획시설 주변지역의 정비 및 복합적 활용이 필요한 경우, 첨단기술을 적용한

17) 이다에 외 3명, 『도시계획시설 입체·복합화를 위한 제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2022, 44면.

18) 이다에 외 3명, 앞의 연구서, 59면.

19) 개정안 제40조의5(도시계획시설입체복합구역의 지정) ① 제29조에 따른 도시·군관리계획의 결정권자(이하 “도시·군관리계획 결정권자”라 한다)는 도시·군계획시설의 입체복합적 활용을 위하여 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에 도시·군계획시설이 결정된 토지의 전부 또는 일부를 도시·군계획시설입체복합구역(이하 ‘입체복합구역’이라 한다)으로 지정할 수 있다.

1. 도시계획시설 준공 후 10년이 경과한 경우로서 해당 시설의 개량 또는 정비가 필요한 경우
2. 주변지역 정비 또는 지역경제 활성화를 위하여 기반시설의 복합적 이용이 필요한 경우
3. 첨단기술을 적용한 새로운 형태의 기반시설 구축 등이 필요한 경우
4. 그 밖에 효율적이고 복합적인 도시계획시설의 조성을 위해 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

새로운 형태의 기반시설 구축이 필요한 경우 등을 열거하고 있다(개정안 제40조의5 제1항).



<그림 2> 적용예시. 출처: 국토교통부

(3) 지정절차

입체복합구역의 지정은 도시·군관리계획으로 한다(개정안 제40조의5 제4항).²⁰⁾ 이 점은 앞선 도시혁신구역, 복합용도구역과 다른 점이다. 입체복합구역의 경우 도시혁신구역, 복합용도구역과 달리 도시계획시설 부지에만 지정할 수 있는데, 도시계획시설 대부분이 국·공유재산일 뿐 아니라, 도시계획시설이 가지는 공공성 때문에 도시·군관리계획으로도 충분히 무분별한 개발을 방지할 수 있다는 점이 고려된 것이다. 그 결과, 입체복합구역은 공간재구조화계획절차에서 거쳐야 하는 중앙도시계획위원회 심의를 받지 않아도 된다.

(4) 입체복합구역 내 도시규제 완화

입체복합구역으로 지정되면, 용도지역에 따른 건폐율과 용적률 제한을 받지 않는다. 개정안은 건폐율과 용적률 상한을 대통령령에 위임하고 있다(개정안 제40조의5 제2항). 2023. 1. 6.자 국토교통부 보도자료에 따르면 최대 2배까지 완화할 것으로 예상된다.²¹⁾

또한, 원래 도시계획시설에는 국토계획법상 건축제한 규정이 적용되지 않는다.²²⁾ 그러나, 「도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치 기준에 관한 규칙」(이하 ‘도시계획시설규칙’이라고 함)에는 도시계획시설에 대한 용도지역별로 건축제한 규정을 두고 있을 뿐 아니라, 편익시설의 경우에는 해당 용도지역의 적용을 받도록 하고 있다(도시계획시설규칙 제6조의2 제2항 제3호). 입체복합구역은 이러한 규제의 적용을 배제하고 있고, 구역 내에 비도시계획시설의 건축도 허용하고 있다. 다만, 비도시계획시설을 어느 정도 허용해 줄 수 있을 것인지는 개정안 국회통과 후 하위법령을 기다려 보아야 할 것으로 생각된다.



<그림 3> 적용예시. 출처: 국토교통부

20) 개정안 제40조의5(도시계획시설입체복합구역의 지정) ③ 제1항에 따른 입체복합구역의 지정 또는 변경과 제2항에 따른 입체복합구역 내 건축제한, 건폐율, 용적률, 높이 등에 관한 사항은 도시·군관리계획으로 결정한다.
 21) 개정안 제40조의5(도시계획시설입체복합구역의 지정) ② 이 법 또는 다른 법률의 규정에도 불구하고 입체복합구역에서의 도시계획시설과 도시계획시설이 아닌 시설에 대한 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한(이하 이 조에서 ‘건축 제한’이라 한다), 건폐율, 용적률, 높이 등은 대통령령으로 정하는 범위에서 따로 정할 수 있다. 다만 다른 법률에 따라 정해진 건축제한, 건폐율, 용적률, 높이 등을 완화하는 경우에는 미리 관계기관의 장과 협의하여야 한다.
 22) 국토계획법 제83조(용도지역·용도지구 및 용도구역안에서의 건축제한의 예외 등) ①용도지역·용도지구안에서의 도시·군계획시설에 대하여는 제71조 내지 제82조의 규정을 적용하지 아니한다.

(5) 기타

입체복합구역은 기반시설인 도시계획시설의 활용성을 제고하여 시민 편익을 증대시킨다는 목적으로 도입되었다. 이와 별개로, 설치 후 유지·보수비가 지속 소요되는 도시계획시설은 국가 및 지자체의 재정 부담으로 작용한다. 기반시설의 지속가능한 유지관리를 위해서는 입체복합구역을 통한 수익성 제고도 고려해 볼만하다. 즉, 입체복합구역의 지정을 통해 적절한 수익시설을 설치하여 시민 편익을 확대를 도모하는 동시에, 시설 자체의 수익성 제고로 국가와 지자체 등의 재정부담을 완화하는 계기로 삼을 필요가 있다.

한편, 입체복합구역 내 소유·사용관계도 세밀하게 규율될 필요가 있다. 시설 내 국·공유시설과 사유시설이 혼재되어 있을 경우, 각 시설에 적용하는 법률과 관리청이 서로 다를 것이므로, 구역 내 사고나 시설물의 하자 등이 발생할 경우, 소유·사용 주체 간의 복잡한 분쟁이 발생할 가능성이 높다. 따라서 미리 권한과 책임을 규정하여 분쟁상황을 방지하는 것이 필요하다. 입체복합구역 내 소유·사용주체 간의 권리·의무관계를 규율할 공동관리지침 마련도 생각해 볼만 하다.

또한, 이번 개정안에서는 도시계획시설규칙에 규정된 중복·입체적 결정에 관한 규정도 국토계획법에 명시하였다(개정안 제43조 제2항).²³⁾

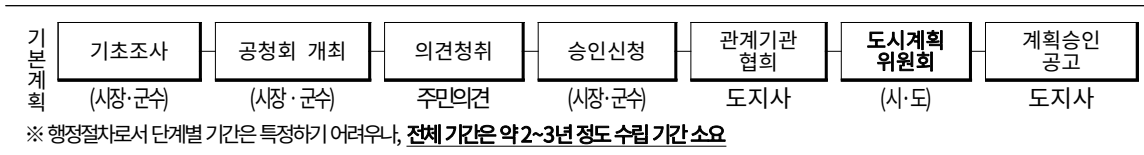
5. 공간재구조화계획

(1) 개념 및 도입배경

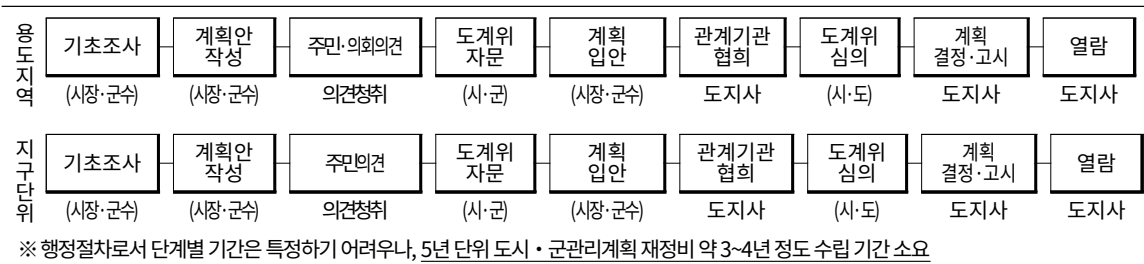
앞에서도 언급했듯이, 도시혁신구역과 복합용도구역은 용도구역의 일종이지만, 도시·군관리계획이 아닌 공간재구조화계획으로 지정하고 계획을 수립한다.²⁴⁾ 사실 도시혁신구역과 복합용도구역은 규제완화 효과가 파격적이어서 주변에 미치는 영향도 상당할 것이다. 그렇기 때문에 위 용도구역 지정에 따른 주거·교통계획, 기반시설 등 변화를 미리 검토하고 타당성을 평가할 필요가 있는데, 검토범위가 도시·군관리계획을 넘어서 도시·군기본계획까지 확장될 수도 있다.

절차적 신속성도 제고할 필요가 있다. 만약 도시혁신구역 및 복합용도구역의 지정과 계획수립을 현행 도시·군관리계획 절차로 진행하는 경우, 상위계획인 도시·군기본계획의 변경이 필요한 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 도시·군기본계획과 도시·군관리계획의 각 변경이 필요한데, 여기에 소요되는 기간이 실무상 짧게는 4년, 길게는 6년 정도로 예상된다. 이렇게 기간이 많이 소요되면 아무리 좋은 제도라도 활용하기가 꺼려진다. 특히, 이는 신속한 사업추진을 위해 제안자에게 도시개발구역 지정 및 계획, 사업시행자 자격까지 의제하고 있는 도시혁신구역의 도입 취지와도 맞지 않다.

<도시·군기본계획 절차>



<도시·군관리계획 절차>



<그림 4> 도시군 기본계획 및 관리계획 절차. 출처: 국토교통부

23) 제43조(도시·군계획시설의 설치·관리) ① (현행과 같음)
 ② 효율적인 토지이용을 위하여 둘 이상의 도시·군계획시설을 같은 토지에 함께 결정하거나 도시·군계획시설이 위치하는 공간의 일부를 구획하여 도시·군계획시설을 결정할 수 있다.
 24) 개정안 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 5의4. “공간재구조화계획”이란 토지의 이용 및 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·건폐율·용적률·높이 등을 완화하는 용도구역의 효율적이고 계획적 관리를 위하여 수립하는 계획을 말한다.

이러한 제도 운영상의 문제점을 개선하고 도시계획의 유연성을 부여하기 도입된 것이 공간재구조화계획이다. 이번 개정안에서 공간재구조화계획 내용은 별도의 절(제1절의2)을 만들어 총 8개 조문으로 구성되었다.

(2) 대상

공간재구조화계획은 도시혁신구역과 복합용도구역을 대상으로 한다(개정안 제35조의2 제1항). 즉 도시혁신구역의 지정과 그 계획의 입안과 결정, 복합용도구역의 지정과 그 계획의 입안과 결정은 반드시 공간재구조화계획 절차에 따라야 한다.²⁵⁾

(3) 입안 및 입안의 제안

공간재구조화계획 절차는 대부분 도시·군관리계획 절차를 준용한다(개정안 제35조의2 제2항). 따라서 입안권자도 도시·군관리계획의 입안권자(특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수, 예외적으로 국토교통부장관, 도지사)와 동일하다. 다만, 개정안은 지방자치단체의 장이 요청하는 경우에도 공간재구조화계획을 입안할 수 있도록 하고 있다(개정안 제35조의2 제3항). 지방자치단체의 공간재구조화계획 수립을 지원하기 위한 조항이다.

민간은 공간재구조화계획의 입안을 제안할 수 있다(개정안 제35조의3). 도시혁신구역과 복합용도구역은 공간재구조화계획을 통해서만 지정되고 계획을 수립할 수 있으므로, 도시혁신구역과 복합용도구역의 지정 등을 제안하려는 자는 공간재구조화계획의 입안을 제안해야 한다. 아울러, 개정안은 공간재구조화계획의 입안을 제안하는 경우, 제3자 공고절차를 거치도록 하고 있다.²⁶⁾ 그 구체적인 대상과 절차 등은 하위법령에 위임하고 있으나, 토지소유자가 해당 소유토지에 대하여 공간재구조화계획 입안을 제안하는 경우와 같이 제3자 공고의 필요성이 없는 경우에는 제외하는 것이 타당할 것이다.

(4) 결정 효력

입안된 공간재구조화계획은 기초조사, 의견청취, 관계기관의 장과 협의 및 중앙도시계획위원회 심의를 거쳐 시·도지사(예외적으로 국토교통부장관)가 결정한다(개정안 제35조의6).

공간재구조화계획 결정의 효력은 지형도면을 고시한 날부터 발생하고(개정안 제35조의7 제1항), 고시한 내용에 따라 도시·군기본계획의 수립·변경과 도시·군관리계획의 결정을 고시한 것으로 본다(같은 조 제2항). 이 조항은 공간재구조화계획의 절차특례적 성격을 나타낸 것으로 도시계획 변경에 신속성과 유연성을 부여하기 위해 신설한 조항이다.

또한, 공간재구조화계획을 고시할 당시에 이미 사업이나 공사에 착수한 자(이 법 또는 다른 법률에 따라 허가·인가·승인 등을 받아야 하는 경우에는 그 허가·인가·승인 등을 받아 사업이나 공사에 착수한 자를 말한다)는 그 공간재구조화계획 결정과 관계없이 그 사업이나 공사를 계속할 수 있다(같은 조 제4항).

(5) 결정고시 후 효력과 불복

이처럼 공간재구조화계획은 절차적 트레이지, 독립적으로 존속하는 실체적 계획이 아니다. 따라서 공간재구조화계획이 결정고시된 후에는 더 이상 유효하게 존속하지 못하고, 도시·군기본계획 및 도시·군관리계획 절차에 따라야 한다. 개정안은 이를 “고시된 공간재구조화계획의 내용은 도시·군계획으로 관리하여야 한다”라고 표현하고 있다(개정안 제35조의7 제5항). 그래서 개정안에는 공간재구조화계획 변경에 관한 규정이 없다.

한편, 공간재구조화계획이 결정고시된 경우라도 공간재구조화계획의 수립이나 결정과정에 하자가 발견되었다면, 해당 공간재구조화계획 결정의 위법성을 이유로 공간재구조화계획의 취소를 구할 수 있을 것으로 생각된다. 공간재구조화계획 결정고시를 형성된 법률

25) 제35조의2(공간재구조화계획의 입안) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 다음 각 호 중 어느 하나의 용도구역을 지정하고 해당 용도구역에 대한 계획을 수립하기 위하여 공간재구조화계획을 입안하여야 한다.

1. 제40조의3에 따른 도시혁신구역 및 도시혁신계획
2. 제40조의4에 따른 복합용도구역 및 복합용도계획

26) 제35조의3(공간재구조화계획 입안의 제안) ① 주민(이해관계자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 제35조의2제1항 각 호의 용도구역 지정을 위하여 공간재구조화계획 입안권자에게 공간재구조화계획의 입안을 제안할 수 있다. 이 경우 제안서에는 공간재구조화계획도서와 계획설명서를 첨부하여야 한다.

② 제1항에 따라 공간재구조화계획의 입안을 제안받은 공간재구조화계획 입안권자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제안자 외의 제3자에 의한 제안이 가능하도록 제안 내용의 개요를 공고하여야 한다.

③ 공간재구조화계획 입안권자는 제1항에 따른 최초 제안자의 제안서 및 제2항에 따른 제3자 제안서에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 제출한 제안서 내용의 전부 또는 일부를 공간재구조화계획의 입안에 반영할 수 있다.

④ 공간재구조화계획 입안권자가 제안서 내용의 채택 여부 등을 결정한 경우에는 그 결과를 제안자와 제3자에게 알려야 한다.

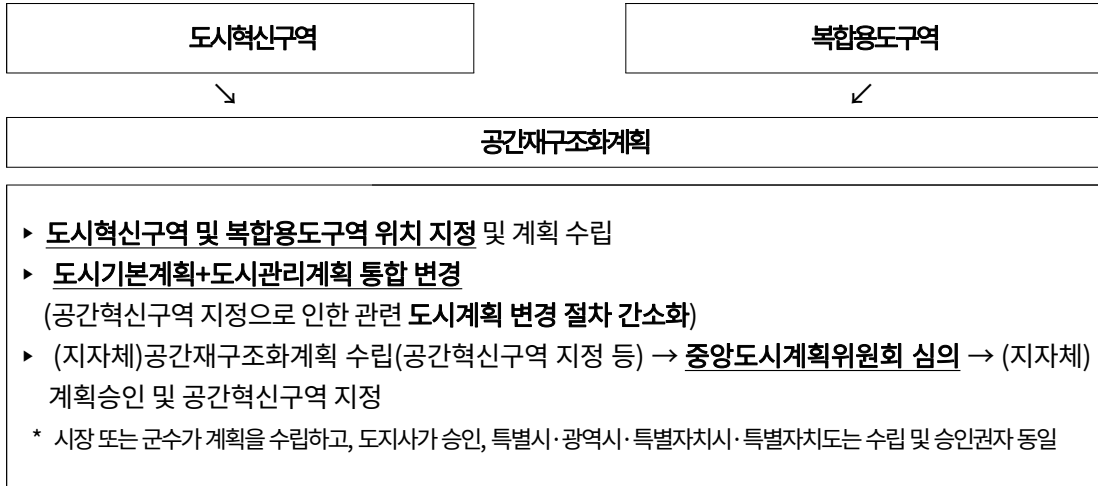
⑤ 공간재구조화계획 입안권자는 제안자 또는 제3자와 협의하여 제안된 공간재구조화계획의 입안 및 결정에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 제안자 또는 제3자에게 부담시킬 수 있다.

⑥ 제1항부터 제5항까지 규정된 사항 외에 공간재구조화계획 제안의 기준, 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

관계는 존속하고 있는 이상, 해당 공간재구조화계획의 위법성을 소송물로 하여 다룰 실익은 여전히 있기 때문이다.

(6) 참고

도시혁신구역 및 복합용도구역과 공간재구조화계획의 관계를 도식화하면 아래와 같다.



<그림 5> 도시혁신구역·복합용도구역과 공간재구조화계획과 관계

6. 공공시설등 설치의무(국토계획법 제52조의2)의 적용

(1) 적용배경

공간혁신구역은 도시·건축규제를 대폭 완화하기 때문에 지가상승을 수반한다. 또한, 도시공간의 고밀복합적 이용으로 기반시설 수요도 야기한다. 따라서 공간혁신구역의 지정으로 발생하는 (계획) 이익을 적정하게 환수하여 공공시설등 설치에 사용할 필요가 있다.

도시계획의 변경으로 발생하는 이익을 환수하는 전통적인 수단은 기부채납이다. 즉, 인허가자가 인허가를 해주는 대신 인허가를 받은 상대방으로 하여금 필요한 기반시설 등을 설치하도록 하게 하는 것인데, 법적성질은 재량행위이다.

한편, 국토계획법은 지구단위계획 변경에 따른 공공시설등의 설치의무(이하 ‘공공시설등 설치의무’라 함)를 별도로 규정하고 있다(제52조의2). 즉, 지구단위계획으로 용도지역을 변경하여 용적률이 상향되거나 도시·군계획시설결정을 변경하여 행위제한을 완화하는 경우에는 지가상승의 범위에서 공공시설, 기반시설 등을 설치하도록 하고 있다(같은 조 제1항).²⁷⁾ 실무에서 ‘공공기여’라고 널리 불리는 이 규정은 공공시설 등의 기부채납 한도를 ‘지가상승분’으로 정한 점과 해당 지구단위계획구역에 공공시설 등이 충분한 경우 현금

27) 제52조의2(공공시설등의 설치비용 등) ① 제51조제1항제8호의2 또는 제8호의3에 해당하는 지역의 전부 또는 일부를 지구단위계획구역으로 지정함에 따라 지구단위계획으로 제36조제1항제1호 각 목 간의 용도지역이 변경되어 용적률이 높아지거나 건축제한이 완화되는 경우 또는 제52조제1항에 따른 지구단위계획으로 제43조에 따른 도시·군계획시설 결정이 변경되어 행위제한이 완화되는 경우에는 해당 지구단위계획구역에서 건축물을 건축하려는 자(제26조제1항제2호에 따라 도시·군관리계획이 입안되는 경우 입안 제안자를 포함한다)가 용도지역의 변경 또는 도시·군계획시설 결정의 변경 등으로 인한 토지가치 상승분(「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」에 따른 감정평가법인들이 용도지역의 변경 또는 도시·군계획시설 결정의 변경 전·후에 대하여 각각 감정평가한 토지가액의 차이를 말한다)의 범위에서 지구단위계획으로 정하는 바에 따라 해당 지구단위계획구역 안에 다음 각 호의 시설(이하 이 조에서 “공공시설등”이라 한다)의 부지를 제공하거나 공공시설등을 설치하여 제공하도록 하여야 한다.

1. 공공시설
2. 기반시설
3. 「공공주택 특별법」 제2조제1호가목에 따른 공공임대주택 또는 「건축법」 및 같은 법 시행령 별표 1 제2호라목에 따른 기숙사 등 공공필요성이 인정되어 해당 시·도 또는 대도시의 조례로 정하는 시설

② 제1항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 지구단위계획구역 안의 공공시설등이 충분한 것으로 인정될 때에는 해당 지구단위계획구역 밖의 관할 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군에 지구단위계획으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사업에 필요한 비용을 납부하는 것으로 갈음할 수 있다.

1. 도시·군계획시설결정의 고시일부터 10년 이내에 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니한 도시·군계획시설의 설치
2. 제1항제3호에 따른 시설의 설치
3. 공공시설 또는 제1호에 해당하지 아니하는 기반시설의 설치

으로도 납부가능하다는 점에서 통상적인 기부채납과 구분된다(국·공유재산법상 현금은 기부채납 대상이 아니므로,²⁸⁾ 기부채납 명목으로 현금을 지급할 수 없다. 국가나 지방자치단체에 현금을 지급하려면 기부금품법에 따라야 한다).

통상적인 기부채납과 달리, 공공시설등 설치의무는 법령에서 환수범위와 절차를 비교적 상세히 규정하고 있고, 현금대납도 가능하다는 점에서 도시계획으로 발생하는 이익을 환수하기에 기부채납보다 진일보하고, 우수하다. 이러한 이유로, 개정안은 공공시설등 설치의무를 공간혁신구역에도 적용하도록 하였다.

이하에서는 현행 공공시설등 설치의무의 대상, 환수범위, 절차 등에 대하여 간략히 살펴본다.

(2) 현행 공공시설등 설치의무 적용 대상

현행 공공시설등 설치의무(국토계획법 제52조의2)는 지구단위계획과 관련이 있는 제도이다. 즉, ① 지구단위계획으로 용도지역을 변경하여 용적률을 상향하거나 건축제한을 완화하는 경우, ② 지구단위계획으로 도시·군계획시설 결정을 변경하여 행위제한을 완화하는 경우에 적용된다.

여기서 주의할 것은 공공시설등 설치의무가 모든 지구단위계획 변경에 적용되는 것은 아니라는 점이다. 법문을 자세히 살펴보면, 용도지역을 변경하여 용적률을 상향하거나 건축제한을 완화하는 대상은 “제51조제1항제8호의2 또는 제8호의3에 해당하는 지역”에 한정되고, 용도지역 변경도 “제36조제1항제1호 각 목 간의 용도지역” 변경만 대상으로 한다는 점을 알 수 있다. 좀 더 자세히 설명하면 다음과 같다.

우선, 법문에서 적시한 “국토계획법 제51조제1항 제8호의2와 제8호의3에 해당하는 지역”²⁹⁾은 쉽게 말해서 도시지역 내 역세권(제8호의2)과 교도소·군부대가 이전하고 남은 토지 등 유휴부지(제8호의3)를 말한다. 즉 도심 내 입지가 우수하고, 활용성이 높은 땅을 대상으로 하는 것이다.

다음으로, 이러한 지역에서 용도변경을 하더라도, 주거지역에서 상업지역, 녹지지역에서 공업지역과 같이 “제36조제1항제1호 각 목 간의 용도지역”을 변경해야 공공시설등 설치의무를 부담하는 것이지, “제36조제1항제1호 각 목 내의 용도지역” 변경, 예컨대 제1종 일반주거지역에서 준주거와 같이 주거지역 내 용도변경은 공공시설등 설치의무대상에 포함하지 않는다. 이는 원칙적으로 지구단위계획으로 ‘각 목 간의 용도지역 변경’은 허용되지 아니하나, “제51조제1항제8호의2 또는 제8호의3에 해당하는 지역”만큼은 이 ‘각 목 간의 용도지역 변경’을 허용하고 있다(국토계획법 제45조제2항 단서)는 점과 관련이 있다.

즉, 입지조건이 우수하고, 활용성이 높은 경우 지구단위계획을 통해 규제완화를 하도록 하되, 그에 따른 지가상승분만큼은 환수하겠다는 것이 공공시설등 설치의무의 취지이다.

(3) 공공시설 등 설치 및 비용납부 등

28) 공유재산법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. “기부채납”이란 지방자치단체 외의 자가 제4조제1항 각 호에 해당하는 재산의 소유권을 무상으로 지방자치단체에 이전하여 지방자치단체가 이를 취득하는 것을 말한다.

제4조(공유재산의 범위) ① 공유재산의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 부동산과 그 종물(從物)
 2. 선박, 부잔교(浮殘橋), 부선거(浮船渠) 및 항공기와 그 종물
 3. 공영사업 또는 공영시설에 사용하는 중요한 기계와 기구
 4. 지상권·지역권·전세권·광업권과 그 밖에 이에 준하는 권리
 5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 권리(이하 “지식재산”이라 한다)
 - 가. 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 및 「상표법」에 따라 등록된 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권
 - 나. 「저작권법」에 따른 저작권, 저작인접권 및 데이터베이스제작자의 권리 및 그 밖에 같은 법에서 보호되는 권리로서 같은 법 제53조 및 제112조제1항에 따라 한국저작권위원회에 등록된 권리(이하 “저작권등”이라 한다)
 - 다. 「식물신품종 보호법」 제2조제4호에 따른 품종보호권
 - 라. 가목부터 다목까지의 규정에 따른 지식재산 외에 「지식재산 기본법」 제3조제3호에 따른 지식재산권. 다만, 「저작권법」에 따라 등록되지 아니한 권리는 제외한다.
 6. 주식, 출자로 인한 권리, 사채권·지방채증권·국채증권과 그 밖에 이에 준하는 유가증권
 7. 부동산신탁의 수익권
 8. 제1호 및 제2호의 재산으로 건설 중인 재산
 9. 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 배출권
- 29) 제51조(지구단위계획구역의 지정 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역의 전부 또는 일부에 대하여 지구단위계획구역을 지정할 수 있다.
- 8의2. 도시지역 내 주거·상업·업무 등의 기능을 결합하는 등 복합적인 토지 이용을 증진시킬 필요가 있는 지역으로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 지역
 - 8의3. 도시지역 내 유휴토지를 효율적으로 개발하거나 교정시설, 군사시설, 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설을 이전 또는 재배치하여 토지 이용을 합리화하고, 그 기능을 증진시키기 위하여 집중적으로 정비가 필요한 지역으로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 지역

지구단위계획변경으로 발생한 지가상승분 만큼 공공시설등 설치의무를 부담한다. 지가상승분은 감정평가로 정하되, 기준시점은 지구단위계획 변경일(도시·군관리계획 결정일)이다.

이렇게 지가상승분이 정해지면, 인허가를 받은 자(보통 사업시행자)는 기반시설, 공공시설, 공공임대주택, 기숙사 등을 설치할 의무를 부담하는데, 지방자치단체에 따라서는 부담규모와 설치할 시설의 종류 및 이행방법 등을 협상을 통해(지구단위계획으로) 정한다. 해당 지방자치단체³⁰⁾는 이러한 협상절차를 조례나 지침으로 정해 운영하고 있다.

또한, 지구단위계획구역 내에 공공시설등이 충분하다고 인정되면, 현금으로도 납부가 가능하다(제52조의2 제2항). 납부한 현금은 장기미집행시설 등에 사용되는데, 특별시와 광역시, 시·군에 귀속되고, 특별시와 광역시에 귀속된 현금 중 20~30%는 자치구에 배분된다.

(4) 기타

공공시설등 설치의무처럼 지가상승분을 환수하는 제도가 바로 개발부담금 제도이다. 지가상승분을 환수대상으로 삼는다는 점에서 목적이 같기 때문이다. 아직까지는 양자 간의 적용상 문제가 크게 드러나고 있지는 않다. 아마도 공공시설등 설치의무 대상이 지구단위 계획 중에서도 일부에만 적용되고 있기 때문일 것이다. 다만, 앞으로 공간혁신구역이 광범위하게 적용될 경우, 양 제도 간 관계설정이 문제될 수 있다. 향후 연구대상이라고 생각한다.

<표 10> 공공시설등 설치의무와 개발부담금 비교

구분	공공기여	개발부담금
목적	▸ 도시계획 변경에 따른 계획이익 환수	▸ 개발사업에 따른 개발이익 환수
대상	▸ 지구단위계획 변경으로 이전적지·복합개발·도시계획시설 해제 등 ▸ 공간혁신구역	▸ 택지·산단·관광단지·교통·물류시설용지·체육시설 부지 등 개발사업 ▸ 지목변경이 수반되는 사업(예, 임야→공장)
환수기준	▸ 도시계획 변경에 따른 지가상승분 ※ 도시계획 변경일 전후 감정평가 차액	▸ 개발사업으로 인해 정상지가상승분을 초과하는 지가상승분 ※ [종료시점 공시지가 - 개시시점 공시지가 - 정상지가상승분 - 개발비용] × 20~25%
비용공제	-	기부채납 등 공제
환수율	협상으로 결정	20~25%
부과시기	도시계획변경일	사업준공일
환수시기	(산정) 도시계획 변경일 (납부) 준공신청 전	(산정) 사업준공일 이후 (부과) 준공일부터 5개월 (납부) 부과일부터 6개월

IV. 결론

이번 혁신방안으로 기대되는 점은 다음과 같다.

첫째, 다양한 도시 모습이 나타날 것이다. 이번 혁신방안 주어진 틀에 민간의 아이디어를 가두는 것이 아니라, 민간이 공간을 계획하고 설계할 수 있도록 하였다. 그에 따라 더 독창적이고 창의적인 건축물, 랜드마크가 될 건축물도 기대해 볼 수 있을 것이다.

둘째, 공간구조의 신속한 재편이 가능하여, 도시가 보다 역동적으로 변모하게 될 것이다. 앞서 언급하였다시피, 공간재구조화계획은 도시·군기본계획과 도시·군관리계획을 한 번에 변경하도록 하여 도시계획 변경에 소요되는 기간을 단축하였고, 도시혁신구역의 경우에는 도시개발사업과 연계를 통해 신속한 개발이 가능하도록 하였다.

셋째, 도시의 생산성이 높아질 것이다. 압축적인 공간 활용으로 낭비되는 공간없이 도시민의 필요를 충족시킬 수 있게 된다. 가령 상업시설의 옥상 또는 지하정원을 통해 일과 쉼터, 문화 공간이 한데 어우러지는 효율화되고 편리한 공간이 한정된 공간에 조성될 수 있게 된다.

30) 현재 서울, 부산, 대구, 인천, 광주, 세종, 고양, 성남, 화성, 평택, 부천, 포천, 충주, 천안, 나주, 수원, 안성 등 17곳 정도가 관련 조례, 지침을 만들어 운영하고 있다.

넷째, 대폭적인 규제완화로 발생하는 이익은 적정하게 환수하여 다른 지역에 투자하게 함으로써, 도시계획 변경에 따른 특혜시비를 막고 도시 내 고른 발전을 촉진할 것으로 기대한다.

아울러, 이 글의 주제와는 별도로, 행정주체가 공간의 용도와 밀도를 정하거나 부여해 주는 것이 아닌, 사용하지 않는 공간을 자유롭게 거래할 수 있는 이른바 “용적이양제(TDR, Transfer of Development Rights)”도 도시계획의 역동성을 부여할 수 있는 제도로 생각된다. 용적이양제는 ‘개발권양도제’ 또는 ‘개발권이양제’로도 불리는데, 토지상부를 활용할 수 있다는 ‘공중권(Air Rights)’이라는 의미로 볼 수 있다.³¹⁾

우리나라에서도 TDR 도입논의가 있었지만,³²⁾ 공간의 일부를 양도하는 것이 - 공법적 영역과 사법적 영역에서 - 어떤 의미인지, 구분지상권과 같은 제한물권 체계와 어떤 관계를 맺을 것인지, 국가에 전속된 계획고권과의 관계는 어떻게 풀어나갈지, 현행 재산법적 체계에서 어떤 방식으로 자리매김하고, 어떻게 공시할 수 있을지 등 논란도 많아 도입이 그리 쉽지 않아 보인다.

그러나 각종 토지이용규제로 재산권 행사에 제약을 받고 있는 소유자들의 효과적인 보상수단일 뿐 아니라, 공급자(官)중심의 획일적인 토지이용규제에서, 수요자(民) 중심의 시장 원리와 구체적 타당성에 바탕을 둔 토지이용규제로 전환을 꾀할 수 있다 측면에서 단계적인 도입도 검토해 볼 수 있다고 생각한다.

투고일 2023. 8. 25. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 11.

31) 김지엽 / 송시강 / 남진, “용적이양제 도입을 위한 법적 타당성과 법리구성”, 『국토계획』 제48권 제1호(2013), 83면.

32) 우리나라에는 이러한 개념의 일부를 활용하여 2006년 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」시행령을 통해 ‘결합개발제도’로 도입되기도 하였다.

참고문헌

- 김지엽 / 송시강 / 남진, “용적이양제 도입을 위한 법적 타당성과 법리구성”, 『국토계획』 제48권 제1호(2013).
- 김동근 / 김중은, 『비도시지역 개별입지시설의 집합적 개발 유도 방안 연구』, 국토연구원, 2016.
- 김중은 외 3명, 『사회적 요구를 반영한 도시계획시설 제도개선 방안 연구』, 국토교통부, 2016.
- 민태욱, “도시 토지이용통제수단으로서의 용도지역제”, 『부동산학연구』, 제13호 제1집(2007).
- 정원욱, “도시 내 토지이용혼재의 특성분석”, 건국대학교 석사논문, 2011.
- 이다예 외 3명, 『도시계획시설 입체·복합화를 위한 제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2022.

ABSTRACT

A Study on the Recently Announced Plans for Urban Planning Innovation by the Ministry of Land, Infrastructure, and Transport

Lee, Jae Hoon*

The current zoning system involves stringent categorization of land use, mostly for residence, commerce, and industry. Additionally, it determines the type, building coverage ratio, and floor area ratio of a building according to categories, thus restricting land utilization.

Recently, the Ministry of Land, Infrastructure, and Transport announced the “Plans for Urban Planning Innovation.” It mainly increases the autonomy of spaces by introducing urban innovation zones, complex use zones, and mixed use zones for urban planning facilities to mitigate space regulations.

First, the urban innovation zones are designated to develop creativity and innovation in urban spaces. These zones fully reorganize the current minimum site regulation zones and facilitate free space utilizations. This is because there is no application of permissible building, building coverage ratio, and floor area ratio regulations according to the zoning system. Additionally, there are few limitations on the zoning and planning contents. Those who make a proposal to designate and plan an urban innovation zone can obtain the business enforcement qualification based on the Urban Development Act to vitalize private participation.

Next, the complex use zones aim to create spaces featuring the convergence of various urban functions including residence, commerce, industry, education, culture, and medicine. Such zones can accommodate diverse facilities merely through zone designation without a complex procedure to change land use and increase building coverage ratio and floor area ratio up to the legal maximum limit for a given use.

Third, the mixed use zones for urban planning facilities alleviate the restrictions on buildings, building coverage ratios, and floor area ratios at an urban planning facility site for the advanced and complex functions of urban planning facilities. Such zones facilitate non-urban planning facilities and alleviate the building coverage ratio and floor area ratio two-fold.

Finally, the urban innovation zones and complex use zones of the three new zone types are designated through a space restructuring plan, which is a regulation covering special cases based on the old urban planning procedure. Although it changes both the basic urban and country plan and the urban and county management plan, it disappears after the determination and announcement of an urban restructuring plan.

Development gains from the designation of urban innovation zones, complex use zones, and mixed use zones for urban planning facilities will be redeemed by the obligatory installation of public facilities based on Article 52, Clause 2 of the National Land Planning Act.

Key word : Plans for Urban Planning Innovation, Urban Innovation Zones, Complex Use Zones, Mixed Use Zones for Urban Planning Facilities, Urban Restructuring Plan

* Deputy Director, Ministry of Land, Infrastructure and Transport.

논문 / ARTICLE

도시계획의 적용 예외에 관한 한국과 미국의 비교연구*

전진원**

국문초록

도시계획은 사전에 일정한 지리적 범위에 대하여 개발의 구체적인 요건이나 모습을 규율하는 기능을 담당하고, 이러한 측면에서 한국의 도시관리계획 - 특히, 그중에서도 용도지역제 도시계획과 미국의 조닝(zoning)은 유사한 역할을 수행하는 것으로 이해되어왔다. 그러나, 용도지역과 조닝이 과연 동등한 혹은 유사한 지위에 놓일 수 있는 것인지는 비판적으로 검토되어야 하고, 양자의 차이는 용도지역과 조닝의 한계적(marginal) 측면, 달리 말해 기준에 수립되어있는 용도지역이나 조닝의 규율 내용에 대한 예외나 수정의 허용성이나 그 수단과 절차를 비교하고 살펴봄으로써 파악될 수 있다. 결론적으로 말하자면, 미국의 조닝은 그 내용을 수정하지 않더라도 개별적인 사안에 대하여 variance나 special permit이라는 수단을 통한 적용 예외의 허용이 가능한 반면, 한국의 경우에는 도시계획의 수정 및 변경을 위한 절차에 의하지 아니하고서는 개별적으로 이러한 예외를 부여하는 것이 가능하지 않다. 이러한 차이의 의의는 양국에서 각 제도가 놓여진 맥락을 분석함으로써 이해할 수 있는 바, 미국의 경우 소유권 보호적 경향을 고려할 때 그에 대한 제약에 해당하는 조닝의 정당성 확보를 위한 안전 장치로서 위와 같은 예외적 수단들이 필요하게 된 것이라 볼 수 있고, 때문에 실무적으로도 variance가 다소 관용적으로 발급되었던 사례들도 발견되는 것이라 이해할 수 있다. 그 외에도 variance나 special permit의 본질은 도시계획권한의 분배나 사법심사의 기준, 참여적 요소 등에 관한 미국적 맥락을 종합적으로 접근하여야 파악될 필요가 있다. 이러한 측면에서 상대적으로 소유권 보호 강도가 덜하고 도시관리계획의 강한 구속력이 인정되는 한국에서는 미국과 같은 예외적 수단들의 필요성이 비교적 적었다고 볼 수 있고, 때문에 특별히 실정법상 미국과 유사한 제도들이 발견되지 않는 것이라 추론해볼 수 있다.



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230007>

Received: August 24, 2023
Revised: September 6, 2023
Accepted: September 11, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://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.

주제어: 미국의 도시계획, 조닝, 용도지역, 지구단위계획, 비교도시계획법

목차

- I. 서론
- II. 연구방법론; 도시계획법에 대한 비교적 접근의 의의
- III. 도시계획에 대한 한계적 접근; 예외적 허용에 관한 비교분석
- IV. 도시계획법제와 한미 양국의 맥락
- V. 결론

* 본고는 저자가 Boston University의 Planning and Land Use Law 과목 (2023년 봄학기)에서 제출한 Comparative Analysis of Exceptions to Planning in the U.S. and South Korea을 수정 보완한 것임.

** 법무법인(유) 올촌 변호사.

I. 서론

도시계획은 재산권, 그중에서도 토지재산권과 밀접하게 관련된다.¹⁾ 도시계획이 존재하지 아니하는 선형적인 상태를 가정한다면, 소유권자 혹은 재산권자는 민법 혹은 영미식의 불법행위법(torts)과 같은 사적인 법률관계에 대한 원칙들에 저촉되지 아니하는 한도 내에서는 원하는 방식대로 그 재산권을 향유할 수 있게 될 것이라 상상해볼 수 있다.²⁾ 그러나, 도시화가 본격화되던 근대 초기부터의 실증적인 경험과 사례들은 이러한 규제되지 않는 토지의 이용방식들이 환경오염 등과 같은 다양한 문제를 초래할 수 있음을 보여주어 왔고, 때문에 토지이용에 대한 정부의 개입과 간섭은 일반적인 것으로 정착되기 시작했다. 이러한 개입의 대표적인 형태가 바로 ‘도시계획’이라 할 수 있는데, 특히 토지의 이용방법 중에서도 가장 적극적인 형태가 건축물과 같은 (반)영구적이면서 인위적인 구조물을 설치하는 것인 만큼, 이러한 개입은 건축물이 등장할 수 있는 조건들에 초점을 맞추게 된다. 이는 소유권의 행사와 정면으로 충돌하는 것이라 볼 소지가 있겠으나, 공공복리와 같은 정당화 논거들이 그러한 개입의 근거를 보충하고 공고화하여 왔다.³⁾

물론 이러한 개입의 형태와 방법, 내용, 수준 등은 국가 혹은 도시계획과 관련한 입법권한을 가진 법역(jurisdiction)별로 다양할 수 있다. 예컨대, 어떤 종류의 건축요건을 규율할 것인지부터, 보다 근본적으로는 도시계획이라는 수단 자체에 부여된 권한이나 법적 지위 등에 있어서도 차이를 보일 수 있다. 그리고 이러한 차이는 다시금 각 국가 혹은 법역별로 소유권의 강도(strength⁴⁾)를 어떻게 인정하는지와 관련될 수 있는데, 가정적으로 강력한 소유권을 바탕으로 하는 법역에서는 건축허가요건이 보다 관용적으로 규율되고, 도시계획의 구속력 또한 상대적으로 약화될 가능성이 있을 것이다.⁵⁾ 이를 달리 이해하면, 건축허가요건의 강도(intensity)나 도시계획의 효력은 해당 국가 또는 법역에서 재산권에 대한 인식을 분석하는데 중요한 요소가 된다. 그리고 이러한 강도(intensity)를 확인할 수 있는 가장 좋은 방법 중 하나는 바로 기존에 존재하는 도시계획의 내용에 대한 예외의 가능성이 어느 수준으로 인정될 수 있는지를 살펴보는 것이다. 소유권자가 현행 도시계획에 대한 예외 또는 변경을 신청하는 것이 가능한지, 가능하다면 어느 정도 수준으로 허용가능한지를 살펴보는 것이다. 이를 수학적, 경제학적으로 개념으로 비유하면, 현행 도시계획의 그 자체보다도, 도시계획의 한계적(marginal) 측면을 살펴보는 것이 되고, 이러한 ‘한계적 분석’이 바로 해당 국가 또는 법역의 도시계획 제도를 깊이 이해하는 방법이 될 수 있다는 것이다.

흔히 미국의 경우 J. S. Mill의 자유권적 사상 또는 이론의 영향을 받은 것으로 이해되고는 하는바⁶⁾, 도시계획법의 영역에서도 재산권에 대한 보호적인 미국적 경향을 설명해줄 수 있는 바탕이 된다. 이는 기존의 도시계획제도 혹은 도시계획법에 대한 비교연구들에서 유럽대륙의 국가들과 비교하여 미국에서의 재산권이 상대적으로 강력하게 취급됨을 논증하는 주요한 철학적, 인식론적 근거로 사용되었다.⁷⁾ 그러나, 이러한 인식이 실재(實在)하는지 여부는 도시계획의 한계적 측면을 비판적으로 분석함으로써 확인될 수 있는 것이고, 그렇기에 미국에서도 variance⁸⁾나 rezoning⁹⁾, special permit¹⁰⁾와 같이 그러한 ‘한계적 측면’에 놓여있는 제도들에 대한 연구가 꾸준히 있어 왔던 것이라 추론할 수 있다.¹¹⁾

1) Donald A. Krueckeberg, “The difficult character of property: To whom do things belong?”, *Journal of the American Planning Association*, Vol. 61 No. 3(1995), 301면.

2) Jinwon Jeon, “Methodology and Framework of Comparative Urban Planning Law”, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 15 No. 2(2023), 47면.

3) 미국의 경우 이러한 도시계획의 정당성을 공공복리의 관점에서 확립하여 준 판결이 바로 Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926) 판결이다.

4) 본 문단에서 “소유권의 강도”의 경우 소유권이 얼마나 강력하게 행사될 수 있는지의 관점에서 strength라는 표현을, “건축허가요건의 강도”의 경우 건축허가요건이 얼마나 밀도있고 강력하게 그 법률관계를 규율하는지의 관점에서 intensity라는 표현을 사용하였다.

5) 이와 같은 각 요소들에 대하여는 Jeon, 앞의 글, 55-58면 참조.

6) Richard K Norton / David S. Bieri, “Planning, Law, and Property Rights: A US-European Cross-national Contemplation”, *International Planning Studies*, Vol. 19 No. 3-4(2014), 5면 참조.

7) Norton/Bieri, 위의 글, 8면.

8) 본고에서 미국의 variance, special permit에 대한 번역어를 제시하고 사용할 것인지에 대하여 고민이 많았으나, 기존에 미국의 zoning을 용도 지역과 같은 우리식 용어로 번역함에 따라 양자의 법적 지위나 기능적 차이가 무시되거나 잘 부각되지 못하는 위험을 초래하였던 점, 때문에 상당 수 연구들에서도 조닝이나 zoning이라는 용어로 사용하는 점, 특히 variance나 special permit 모두 기능적으로 보면 ‘예외적 승인’ 또는 ‘특별 승인/허가’ 등으로 번역하는 것도 생각할 수 있으나 이 경우 양 제도의 사이의 차이 또한 잘 부각되지 못하는 점 등을 고려하여 미국의 용어를 그대로 사용하고자 한다. 참고로 현재 한국인용색인(KCI)상으로 ‘미국 zoning variance’나 ‘미국 special permit’이라는 키워드로 발견되는 선행연구는 발견되지 아니하는 것으로 보인다.

9) 또는 기존에 지정된 zone을 다른 분류의 것으로 재지정한다는 취지에서 reclassification으로 지칭되기도 한다.

10) 또는 실정법상 혹은 문헌상으로 special exception으로 지칭되기도 한다. 미국의 경우 기본적으로 도시계획에 관한 입법권이 주정부에 부여되어 있기에 실정법상 용어의 차이가 빚어지기도 한다.

11) 예컨대 Robert J. Carson, “Reclassification, Variances, and Special Exceptions in Maryland”. *Maryland Law Review*, Vol. 21 No. 4 (1961), 307면 참조.

반면, 한국의 상황은 다소 복잡하다. 기본적으로 한국의 법체계는 공, 사법 모두를 아울러 유럽 대륙법계 전통(Civil Law tradition)의 영향을 많이 받은 것으로 이해되는데, 대한민국 헌법은 여타 대륙법계 헌법들과 유사하게 소유권 행사의 한계와 제한에 대하여 명시적인 조문을 두고 있다(제23조 제2항).¹²⁾ 이에 기초하여 ‘토지공개념’의 인정 여부와 같은 논의들도 촉발되어왔다.¹³⁾ 나아가 실정법적인 측면에서 보더라도 한국법은 한정적인 범위 내에서 기존 도시계획의 변경 신청권을 규정하고 있기는 하지만(국토의 계획 및 이용에 관한 법률¹⁴⁾ 제26조 제1항), 미국의 variance나 special permit에 대응되는 제도가 특별히 발견되지는 않는 상황이다. 다만, 이러한 재산권에 관한 헌법적 규정과 실정법의 실질적인 운영방식이 과연 미국과 비교하여 훨씬 재산권 제약적인 도시계획제도의 운용을 초래하고 있는 것인지는 단언하기가 어렵다.

본고에서는 한국과 미국의 도시계획의 한계적 측면, 달리 말해 기존 도시계획에 대한 예외를 허용하기 위한 제도적 수단의 존재 및 그 실제 운용양태를 비교적으로 분석하고자 한다. 이를 통해 확인가능한 양국의 공통점과 차이점들을 다각적인 시선에서 분석함으로써 한미 양국의 토지재산권에 대한 인식과 도시계획의 운용에 대한 보다 본질적인 이해의 수준을 높일 수 있을 것이다. 특히, 한국의 경우 도시계획의 입법 및 운용 과정에서 해외 제도 및 사례를 참조하는 경우가 잦은 만큼, 미국 도시계획제도의 보다 밀도 깊은 이해는 추후 정책입안자들이 보다 정확한 시선에서 양국 제도의 이동(異同)을 이해하고 접근하는 것에 도움을 줄 수 있을 것이다.

이하에서는 먼저 본고의 연구방법론에 대하여 간략히 언급한 다음, 한미 양국에서 기존 도시계획의 예외를 허용하는 것과 관련된 법적, 제도적 수단들을 비교 분석하고, 그 다음 각 제도가 놓여있는 맥락적인 요소들을 종합적으로 분석하여 비교의 함의를 도출하고자 한다.

II. 연구방법론; 도시계획법에 대한 비교적 접근의 의의

비교도시계획법이라 부를 수 있는 논의와 연구들은 다양하게 이루어져 왔으나, 도시계획법에 대한 비교법적 방법론은 아직 명확하게 정립되었다거나 방법론 자체에 대한 논의가 활발하다고 보기는 어렵다.¹⁵⁾ 비교도시계획법의 상위 개념¹⁶⁾이라 할 수 있는 비교행정법 연구에 대하여 일부 해외 문헌에서는 그간의 연구경과에 대한 비판적인 주장이 발견되기도 한다.¹⁷⁾ 그렇다면 비교도시계획법의 영역에서 확고한 법학적 기반이 마련되어왔을 것이라 기대하기는 쉽지 않다. 나아가 비교도시계획법 영역의 연구들이 그간 주로 법학자들이나 법률가들보다는 도시계획학계에 의하여 주로 이루어져 왔음을 부인하기 어렵고, 비교법과 비교도시계획법의 거리가 과연 좁혀져 왔는지도 확인하기가 어렵다.

현재까지의 연구들 중 가장 종합적인 관점에서 비교도시계획법적 분석을 진행한 것은 Alterman의 2011년 연구¹⁸⁾라고 사료되는데, 해당 연구는 13개 나라에서 도시계획의 수립 및 변경에 따라 초래되는 규제 또는 제한이 발생하는 공통의 상황을 전제한 다음, 이를 각국에서 어떻게 해결하는지를 비교분석하는 접근방식을 취하였다. 해당 연구는 비교도시계획법 영역에서 체계적인 접근을 시도한 거의 첫 번째 사례였다는 점에서 그 의미를 낮게 평가할 수 없으나, 해당 연구가 시도한 대규모 비교가 과연 의미있는 결론의 도출에 이르렀는지는 여전히 비판의 소지가 남아있다. Alterman (2011)의 접근방식 자체는 비교법 연구방법론에서 흔히 논의되는 주류적 방법론 중 하나인 기능주의(functionalism) - 곧, 각 나라, 법역에서 기능적인 유사성을 지니는 법적 해결방안들을 비교하는 방법론¹⁹⁾에 근접해있는 것으로 이해되기는 하지만, Alterman (2011)의 연구에서 명시적으로 기능주의와의 접점을 상세히 논하는 내용은 발견되지 않고, 이후의 연구들에서 비교법 이론들과 도시계획법 연구들의 접점을 논하는 것들 또한 특별히 찾기가 어렵다.

비록 Radbruch의 전통적인 비판과 같이 방법론 자체에 대한 논의가 지나치게 복잡하게 전개되는 것을 부정적인 시선으로 바라볼 수도 있겠지만²⁰⁾, 최소한의 분석의 틀이나 연구목적조차 고민되지 아니한 상태에서 비교법 연구들은 서로 파편적으로 존재할 수밖에 없

12) 해당 조항은 독일 기본법 제14와 사실상 유사한 조문구조를 지닌다.

13) 최정희/이윤환, “헌법상 토지공개념에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제18권 제3호(2018), 374면 참조.

14) 이하 ‘국토계획법’이라고 한다.

15) 비교도시계획법 논의들이 체계적으로 수행된 경우가 많지 않았음에 관한 비판으로는 Alterman, Rachele, “Guest editorial: Comparative research at the frontier of planning law: The case of compensation rights for land use regulations”, *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 3 No. 2(2011), 101면 참조.

16) 물론 도시계획법을 단순히 행정법 또는 공법의 하위 분야로서 이해해야 하는지에 대해서는 여러 비판적 시선이 있을 수 있다.

17) John S. Bell, “Comparative Administrative Law”, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann 편, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, 2019, 1251면 참조.

18) Alterman, 앞의 글.

19) 이러한 기능주의의 요지와 내용은 국내외의 많은 교과서와 문헌에서 소개하고 있으나, 한국 문헌으로는 김도균, “법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론”, 『법사학연구』, 제34권(2006), 296-298면 참조.

20) Radbruch는 방법론을 이해하는데 많은 시간을 할애해야 하는 학문을 병든 학문(sick science)라고 비판하였고, 이는 비교법 방법론 논의에 대

고, 나아가 보다 깊은 수준의 분석을 이끌어내는 것에 한계를 초래할 것임이 자명하다. 이러한 측면에서 연구 목적, 사례 선택과 같은 비교도시계획법의 방법론적 기초를 비판적으로 논의하고, 분석의 틀을 확립하고자 시도한 최근의 연구²¹⁾를 참조할 수 있겠다. 해당 연구는 비교도시계획법의 표준화되고 구조화된 분석의 틀을 구축하려 시도한 것인데, 직접적인 비교의 대상 - 곧, 개별 비교연구에서 대상으로 삼는 특정 제도 또는 법을 비교하는 것 이외에 5가지의 맥락을 함께 비교할 것을 제안하고 있다. 5가지의 맥락이란 “소유권의 강도, 사법적 개입의 정도, 도시계획의 구속력, 도시계획권한의 분배, 참여적 요소의 수준”등이다.²²⁾

본고는 해당 연구의 방법론적 논의에 기초하여, 본고의 직접적 비교대상 - 곧, 한미 양국에서 기존에 존재하는 도시계획이 요구하는 건축허가요건에 대한 예외를 허용하는데 사용되는 법적 수단들에 관하여 한미 양국의 법 문헌과 그에 대한 해설서, 논문 등의 2차 문헌을 비교분석한 다음, 위 5가지의 맥락들을 분석 비교함으로써, 한미 양국의 제도의 직접적 비교를 통하여 도출되는 유사성과 차이점을 종합적으로 이해하고 설명하는 방식으로 논의를 진행하려고 한다.

III. 도시계획에 대한 한계적 접근; 예외적 허용에 관한 비교분석

1. 논의의 개관

도시계획 의의는 토지이용에 관련된 어떠한 조건들을 사전적으로 규율함으로써 재산권의 행사에 개입하는 것에 있다고 볼 수 있다. 이러한 도시계획의 의의를 실현하기 위해서는, 도시계획이 규율하고자 하는 토지이용이 일어나기 앞서서 수립되어 있을 것이 필요하고, 이는 곧 도시계획 자체가 여러 나라 혹은 법역에서 토지이용의 선결적인 요건으로 요구되고 있음을 뜻하기도 한다.

도시계획의 가장 기초적인 골격은 건축물의 용도나 형태, 밀도, 규모 등과 같은 건축의 요건들을 규율하는 것이라 할 수 있고²³⁾, 개별적인 건축행위의 신청 및 인허가 과정에서 그 준수 여부를 평가하고 심사하게 된다. 만일 건축행위가 도시계획이 선결적으로 정해놓은 요건을 충족한다면, 법역에 따라 수권된 권리(vested rights)로서 보호되는 경우가 있을 수 있고, 최소한 그렇지 아니한 경우와 비교하여 해당 행위가 허용될 가능성은 상대적으로 높을 수밖에 없다. 미국의 도시계획법²⁴⁾ 논의에서는 도시계획-특히 조닝(zoning)이 정한 요건을 충족하는 형태의 건축행위 또는 개발을 종래 “as of right”라고 지칭하여왔다.²⁵⁾ 이는 해당 개발행위가 최소한 조닝이 정한 바를 충족하는 범위 내에서는 이미 토지를 이용할 권한 또는 권리가 일정부분 부여된 것이라는 의미를 함축하는 것으로, 후속하는 허가절차가 특별한 사정이 없는 한 문제 없이 진행될 수 있을 것이라는 기대를 담고 있는 표현이기도 하다. 반면 한국의 경우 미국에서 논의되는 “as of right”에 대응하는 개념을 특별히 찾기는 쉽지 않다. 예컨대 도시계획 수단 중 비교적 상세하게 건축허가 요건을 정하는²⁶⁾ 지구단위계획의 경우에 관하여도 대법원은 당해 지구단위계획이 권장용도를 정하여놓은 것만으로는 해당 용도 건축물의 건축허가가 발급될 것이라는 공적 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다고 실시한 사례를 참조할 수 있겠다.²⁷⁾

그런데, 논의를 달리하여 만일 사인이 의도하는 토지이용이 기 수립된 도시계획의 내용을 준수하지 아니하는 경우는 어떻게 보아야 하는가? 도시계획의 구속력이 인정되는 한, 그에 후속하는 토지이용이 당해 계획을 충족하지 아니하는 경우에는 이는 원칙적으로는 허

한 고전적인 비판 중 하나로 소개되고 있다. 대표적으로 Konrad Zweigert / Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd ed.), Oxford University Press, 1998, 33면.

21) Jeon, 앞의 글.

22) Jeon, 앞의 글, 54면. 해당 문헌의 요지를 간략히만 정리하면 다음과 같다. 기존 비교법 방법론에 관한 논의들은 각국에서 특정한 문제 또는 이슈에 대해 기능하는 법적 장치(solutions)들을 비교의 대상으로 삼아야 한다거나 (기능주의적 관점), 비교대상의 범위를 확장하여 맥락이나 정신(mentality), 혹은 모든 것에 대한 비교에 이르러야 한다는 등의 주장이 제기되어왔다. 그러나 문제는 비교도시계획법이 실제 법실무와 정책형성과 같은 현실적 층위에서 의미를 갖기 위해서는 비교대상의 무한한 확장이 용인되기 어렵고, 이러한 한계를 극복하기 위해서는 도시계획법의 가장 원형적인 모습으로부터 도출될 수 있는 표준화된 맥락들을 제시하여, 이들을 비교의 대상으로 삼으면서 법 비교를 통해 발견되는 유사성과 차이점을 설명하는 중간자(intergrades)들로 삼자는 것이다. 해당 문헌은 도시계획법의 가장 원형적인 모습은 토지소유자와 정부 사이의 소유권과 계획권한의 대립적 관계로 이해한 다음, 그 관계에 작용할 수 있는 1차적인 요소들, 예컨대 소유권이 얼마나 강하게 보호되는지, 정부는 누가 어떠한 수단을 통해 어떠한 심사를 받으면서 도시계획권한을 행사하는지, 제3자는 이 관계에 개입되는 것이 어느 수준으로 인정되고 있는지 등을 표준화된 맥락으로 제시하고 있다.

23) 물론 도시계획의 개념요소로는 건축단위, 건축허용성, 건축허가요건 등이 논의된다. 김종보, 『건설법의 이해』, 제6판, 피데스, 2018, 196면.

24) 미국의 경우 도시계획법을 연구하는 학문영역을 지칭하는 어떠한 합의된 용어가 존재한다고 보기는 어렵다. 다만 미국 로스쿨이나 도시계획대학원들의 교과목 명칭 및 각종 교과서들의 명칭을 고려하면 대체로 Land use law, Land use planning law, Urban planning law 등의 용어가 주로 사용되고 있는 것으로 보인다. 본고에서는 이러한 명칭의 다양성에도 불구하고 편의상 도시계획법이라는 용어로 미국의 해당 학문영역을 명명하기로 한다.

25) David Callies / Robert Freilich / Shelley Saxer, *Land Use Cases and Materials* (7th ed.), West Academic Publishing, 2017, 97면.

26) 김종보, 앞의 책, 210면 참조.

27) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두6822,6839,6846 판결

용되지 아니하여야 하는 것이고, 나아가 위법²⁸⁾한 것에 이를 수 있다. 미국의 경우 ‘도시계획’이라는 용어 자체의 용법에 혼란이 있고, 때문에 종합계획(comprehensive plan, master plan)만을 협의의 도시계획으로 이해한 다음 그 구속력을 부정하는 주장이 존재하기도 하지만²⁹⁾ 최소한 조닝의 구속력에 대해서는 논란이 없다. 한국의 경우 조닝에 비견³⁰⁾되고는 하는 용도지역제 도시계획의 경우 실정법상 도시관리계획으로 분류되고 이는 분명하게 그 구속력이 인정되고 있다.³¹⁾ 요컨대, 기 수립된 도시계획의 허용범위를 벗어난 토지이용이 정당화되고 합법화될 수 있기 위해서는 도시계획 자체가 변경되거나, 또는 기존의 도시계획을 그대로 유지하면서도 그에 대한 예외를 허용해주기 위한 다른 법적인 수단이 필요하게 된다.

2. 미국 도시계획법상의 논의

(1) 예외적 수단들의 개관

미국의 경우 위와 같은 예외적 허용을 위한 법적 수단으로서 3가지 제도가 흔히 언급된다. 첫째, 가장 직접적인 방안으로서 조닝 그 자체를 변경하는 방법으로서 흔히 rezoning이나 reclassification으로 명명된다. 둘째, variance이다. 이는 기존에 수립, 지정된 조닝의 내용 자체는 변경하지 않으면서 허용용도나 건축허가요건에 예외를 인정해주는 법적 수단을 의미한다. 셋째, special permit으로, 흔히 특별히 허용되는 예외(special exception) 또는 조건적 용도 허가(conditional use permit) 등으로도 불리기도 하는³²⁾ 제도가 논의되고 있다.

위 3가지의 수단들 중에서는 variance와 special permit이라는 2가지 수단이 조닝 그 자체를 변경하지 않으면서 조닝에 유연성을 부여하는 제도로 이해될 수 있겠다.³³⁾ 물론 이 둘의 경우에도 그 용어적인 유사성으로 인하여 그 구분을 명확히 하는 것에 어려움이 있다.³⁴⁾ 예컨대 주(state)에 따라서는 variance와 special permit을 모두 합쳐서 special exception이라는 용어로 지칭하는 경우도 발견된다.³⁵⁾ 그럼에도 불구하고 양자는 몇 가지 중요한 차이점을 지니고 있다. 무엇보다도 variance와 special permit은 요건에 있어서 차이를 보인다. Variance의 경우 주로 각 주(state)의 조닝의 근거법률이 되는 조닝수권법(State Zoning Enabling Act)에 근거를 두고 있는데, 해당 주법에서 통상(조닝의 요건을 그대로 적용하는 것이) “불필요한 어려움(unnecessary hardship)”을 초래할 것과 같은 매우 일반추상적인 요건을 요구하고 있고³⁶⁾, 문헌들의 논의 또한 해당 요건의 해석과 적용에 주로 초점을 맞추고 있다. 반면 special permit의 경우에는 variance에 비해서는 보다 상세한 요건들을 규정하는 경우가 많은데³⁷⁾, 이는 special permit은 입법부가 사전에 상세하게 마련, 제시하는 요건이 충족된 경우 입법부가 직접 허용해준 예외라고 이해되는 반면, variance는 위와 같은 일반추상적 요건에 대하여 다른 기관(예컨대 zoning board of adjustment)의 판단을 거쳐서 발급 여부가 판단되는 것으로 이해되기 때문이다.³⁸⁾

이러한 차이점은 흔히 SZE라는 약칭으로 명명되는 표준 주 조닝 수권법(Standard State Zoning Enabling Act)³⁹⁾상으로도 확인 가능한데, SZE 제7조 제2항은 special permit을 법령이 규정한 바가 충족되면 조닝위원회 등이 이를 발급할 것이 “요구되는” 것이라고 규정⁴⁰⁾하고 있는 반면, 동조 제3항은 variance에 관하여 단지 “공익”이나 “불필요한 어려움”과 같은 일반추상적인 요건들만을 규정하고 있는 것에 불과하다. 달리 말하면, variance와 달리 special permit은 조닝의 시행지침(ordinance⁴¹⁾)에 의하여 분명하게 예상되

28) 예컨대, 한국의 경우 개발행위허가의 기준으로 도시관리계획에 어긋나지 않을 것이 명문의 규정으로 입법되어 있으므로 (국토계획법 제58조 제1항 제2호), 기존에 존재하는 도시관리계획에 명백히 부합하지 아니하는 개발행위의 경우 ‘위법’한 것이라고도 평가할 수 있을 것이다.

29) Julian Juergensmeyer / Thomas Roberts / Patricia Salkin / Ryan Rowberry, *Land Use Planning and Development Regulation Law* (4th ed.), West Academic Publishing, 2018, 34면.

30) 김승중, “미국의 토지이용 규제체계에 관한 연구”, 『부동산연구』, 제24권 제3호(2014), 88면 참조. 해당 연구의 경우 미국의 조닝을 용도지역으로 번역한다.

31) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

32) Callies 등, 앞의 책, 139면.

33) Jonathan E. Cohen, “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 22(1994), 331면 참조.

34) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 131면.

35) Callies 등, 앞의 책, 139면, 227면.

36) Cohen, 앞의 글, 331-332면.

37) Cohen, 앞의 글, 331면 참조.

38) 이상 Sandra K. Carlson, “Seeking a Variance as a Prerequisite to Challenging a Zoning Ordinance”, *Wayne Law Review*, Vol. 45 No. 4(2000), 2011면 참조.

39) “Act”라는 명칭과 달리 이는 실정법이 아니라 연방정부가 제시하는 일종의 가이드라인 혹은 우리의 ‘표준조례’와 같은 것에 불과하다. 관련하여 Juergensmeyer 등, 앞의 책, 47면을 참조.

40) SZE상의 원문 규정은 “which such board is required to pass under such ordinance” 이다. 즉, “required to pass”는 우리식으로 이해하면 일종의 기속행위와 유사하게 파악할 수 있겠다.

고 예견된 예외에 해당한다는 것이다.⁴²⁾ 그렇다면, 기존의 조닝에 의하여 예상되거나 예견되지 못한 예외적인 경우를 규율한다는 측면에서는 variance는 오히려 조닝의 변경(rezoning)과 그 특성을 공유하는 측면이 존재한다.

(2) 실정법상의 근거

미국의 경우 대부분의 사례에서 조닝은 그 자체로 입법행위(legislative act)로 분류되고 이해된다.⁴³⁾ 즉, 지자체의 입법부가 조닝에 관한 도시계획권한을 행사하는 것으로 그 법적 성질을 파악하는 것이다(SZEA 제2조 참조).⁴⁴⁾ 조닝을 변경하는 행위(rezoning)의 경우에는 그 법적 성질이 입법행위인지 아니면 준사법적(quasi-judicial) 행위인지에 대한 쟁점이 존재하기는 하지만, 이 또한 대체로는 입법행위로 이해되고 있는 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 이와 같이 조닝의 변경 또한 도시계획권한을 수권한 주 입법 그 자체에 근거하고 있는 것이라고 보아 그에 의하여 이미 부여된 도시계획권한을 행사하는 것에 지나지 않는다고 이해한다면, 조닝의 변경을 위하여 특별한 다른 추가적인 입법적인 근거가 요구된다고 보기는 어렵다.

반면, variance와 special permit의 경우에는 제반사정이 다르다. 이들의 경우에는 본래 도시계획권한을 가진 입법부가 다른 기관 - 예컨대 조닝위원회에 그 발급 권한을 대리 또는 위임한 것으로 이해되고 있으므로⁴⁶⁾, 위임의 근거가 되는 명시적인 법적 근거가 필요하게 된다. 이와 같이 variance와 special permit의 발급에 관한 행정청의 권한을 입법권의 위임이라는 구조로 이해하는 경우 2가지의 쟁점이 고민될 필요가 있다. 첫째, variance나 special permit의 발급이 위임받은 입법권의 행사의 법적 실질을 지니는 것인지, 아니면 그와 명확히 구분되는 행정청의 행위로 취급하여야 하는 것인지가 쟁점이 될 수 있다. 미국의 각급 판례들은 입법적 성질의 행위(legislative action)와 행정적인 행위(administrative action)에 대한 위법성 판단의 강도, 보다 정확하게는 입법부와 행정청의 판단에 대한 사법적 존중(deference⁴⁷⁾)의 수준을 달리하고 있는바⁴⁸⁾, 이는 다툼의 대상이 되는 행위의 위법성 판단결과에 직접적인 영향을 미칠 수밖에 없게 된다. 둘째, 이러한 위임에 대하여 어느 정도 특정된 수권이 이루어져야 하는지가 쟁점이 될 수 있다. 미국 도시계획법 교과서상으로 소개되는 몇몇 사례들에서 이미 special permit의 발급에 관한 조항이 지나치게 추상적이어서 포괄적 수권(unchecked delegation)에 해당한다는 이유로 위법하다고 판단된 사례들이 언급되고 있다.⁴⁹⁾

현재까지 미국에서의 법학적 논의는 주로 special permit 보다는 variance에 초점을 맞추어온 것으로 사료된다. 대부분의 주(state)들은 SZEA의 문언을 그대로 수용하여 ‘불필요한 어려움’의 초래 여부만을 요건으로 정하고 있기에, 실제 사례에서 이를 어떻게 적용, 운용하여야 하는지가 중요한 논의의 대상이 되어온 것이다. 구체적으로는 (i) 조닝에 의하여 지정되어 있는 주거지역, 상업지역, 공업지역과 같은 zone 자체에 의하여 정해지는 허용용도에 대한 예외를 허용하는 것(이른바 ‘use variance’)과, (ii) zone은 유지하되 그 중 일부 건축허가요건에 대해서만 예외를 허용하는 것(이른바 ‘area variance’ 또는 ‘dimensional variance’)의 요건을 구분하여 접근하여야 하는지가 쟁점이 되었다.⁵⁰⁾ 전자의 경우 주변환경의 본질적 변화를 초래할 수 있음⁵¹⁾을 고려하면 이는 상대적으로 큰 위험을 초래할 가능성이 존재하고⁵²⁾, 따라서 많은 주들에서는 전자에 대하여 상대적으로 엄격한 기준을 도입하고 있는 것으로 소개된다.⁵³⁾ 이러한 구분은 판례상으로도 확인될 수 있고⁵⁴⁾, 나아가 주 입법 사례들(예컨대 뉴욕주)이 후자에 대해서 실무적인 어려움(practical

41) 외형상 한국의 도시관리계획들 중 상세한 내용을 담고 있는 시행지침과 같은 것으로 이해할 수 있겠다. 다만, 미국의 zoning은 그 자체로 입법행위로 이해되기 때문에 zoning ordinance 또한 한국행정법상의 행정계획의 개념이 아니라 그 자체로 시의회가 제정한 입법 그 자체로 이해된다.

42) David M. Friebus, “A New Uncertainty in Local Land Use: A Comparative Institutional Analysis of State v. Outagamie County Board of Adjustment Note”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2003 No. 3(2003). 588면 참조.

43) Callies 등, 앞의 책, 194면.

44) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 47면.

45) Callies 등, 앞의 책, 194면.

46) Callies 등, 앞의 책, 149면; Juergensmeyer 등, 앞의 책, 131면.

47) 미국의 법원 또한 deferential view라고 하여, 한국 판례와 같이 계획재량 행사에 대한 위법성 판단에 소극적인 태도를 보이고 있다. 이에 대해서는 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021, 43면 참조.

48) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면.

49) Callies 등, 앞의 책, 151면; Juergensmeyer 등, 앞의 책, 173면.

50) Randall W. Sampson, “Theory and Practice in the Granting of Dimensional Land Use Variances: Is the Legal Standard Conscientiously Applied, Consciously Ignored, or Something in Between?”, *The Urban Lawyer*, Vol. 39 No. 4(2007), 882면 참조.

51) Derek M. Van de Walle, “Peculiar Problems with Variance Ordinances”, *Maryland Bar Journal*, Vol. 51 No. 5(2018), 25면.

52) Osborne M. Reynolds, “The ‘Unique Circumstances’ Rule in Zoning Variances—An Aid in Achieving Greater Prudence and Less Leniency”, *The Urban Lawyer*, Vol. 31 No. 1(1999), 131면.

53) 관련하여 Cohen, 앞의 글, 339면; Friebus, 앞의 글, 574면; Sampson, 앞의 글, 891면; Van de Walle, 앞의 글, 25면; Alan R. Madry, “Judging Ziervogel: The Twisted Path of Recent Zoning Variance Decisions in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, Vol. 91 No.2(2007), 489면. 모두 유사한 견해를 설명하고 있다.

54) Madry, 위의 글, 489면; Sampson, 앞의 글, 891면.

difficulties)이나 통상의 이익형량(balancing test)과 같은 완화된 기준을 정해두고 있다는 점⁵⁵⁾에 의해서도 확인될 수 있다.

(3) 실무의 운용 및 비판

학술문헌들에서는 variance가 지나치게 남발되고 있다는 취지의 비판들이 발견된다.⁵⁶⁾ 예컨대 과거 몇몇 주들에서는 variance의 승인율이 대략 90%에 육박하는 경우들이 발견되었던 바 있고, 최근 연구에서도 과도한 발급현상을 비판적으로 조명하는 것이 발견된다.⁵⁷⁾ 대표적으로 메인 주의 포틀랜드 시의 경우에는 1968년 한해 dimensional variance의 승인율이 92%에 이르기기도 하였다.⁵⁸⁾ 이러한 실무적 운용경과에 비추어 상당수의 문헌들은 이를 남발현상이라고 명명하면서 이것이 이론과 실무의 불일치에서 빚어진 것으로 분석한다.⁵⁹⁾ 즉, 조닝위원회들이 실정법에서 정한 요건의 취지를 제대로 고려하지 아니한 채 variance의 요건이 충족되었는지 여부가 불분명한 경계선상에 놓인 사안들에 대해서 이를 거부하기보다는 승인하는 쪽으로 실무를 운용하여 왔다는 것이다.⁶⁰⁾

전술한 바와 같이 variance의 요건 자체가 ‘불필요한 어려움’과 같이 일반추상적인 상황에서, 비유컨대 그 발급 여부를 판단하는 위원회들이 ‘의심스러울 때에는 신청인의 이익으로’와 같은 태도를 보여온 것은 아닐지 조심스럽게 추측해볼 수도 있겠다. 이는 결과적으로 직접적인 도시계획권한이 없는⁶¹⁾ 조닝위원회가 variance의 남발을 통해 사실상 입법부의 도시계획권한을 침해하는 것이 아닌지의 비판으로도 연결될 수 있고⁶²⁾, 나아가 일부 미국 문헌들은 variance의 요건에 대한 엄격한 판단과 적용을 요구하여야 한다거나⁶³⁾, 보다 실질적인 심사가 이루어질 수 있도록 하여야 한다⁶⁴⁾는 취지의 주장을 개진하고 있다.

3. 한국 도시계획법상의 논의

(1) 예외적 수단들의 개관

한국의 경우 도시계획은 실정법상 크게 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분된다. 전자의 경우 도시의 전반적 발전 방향이나 정책 목표 등에 대한 추상적 내용을 담고 있는 경우가 많고⁶⁵⁾ 후자의 경우에는 용도지역제 도시계획이나 지구단위계획과 같이 용적률, 건폐율, 허용용도와 같은 보다 실질적인 건축허가요건에 대한 내용을 담고 있다(국토계획법 제52조 제1항, 제76 내지 78조). 이에 대법원은 후자에 대해서는 그 구속력을 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 각 도시계획적 수단들의 규율 내용이나 구속력 등을 고려하면, 한국에서의 도시계획에 대한 예외적 수단에 관한 논의를 위해서는 주로 도시관리계획과 그 예외에 대하여 초점을 맞추어야 할 것이라 사료된다.

그런데, 한국의 경우 도시관리계획을 재수립하는 방법을 제외하고는 현행법상 기존 도시관리계획의 내용 자체는 유지하면서 개별 사례에 대하여 예외를 인정해줄 수 있는 수단은 특별히 발견되지 아니한다. 실정법상 미국법의 variance나 special permit에 대응될만한 제도가 특별히 발견되지는 아니한다는 것이다. 국토계획법은 도시관리계획의 적용과 효력과 관련하여 그 적용을 개발 사안별로 혹은 일시적으로 배제하는 것을 허용하는 조문을 마련하고 있지 아니하다. 구체적으로 살펴보면, 국토계획법령은 용도지역제 도시계획에 대해서는 각 용도지역에서 적용되는 건축허가요건들의 대강을 정하면서(동법 제76 내지 78조), 각 지방자치단체가 그 범위 내에서 조례로 이를 확정토록 하고 있을 뿐, 조례 이외에 개별적 행정처분의 형태로 용도지역상의 건축허가요건에 대한 예외를 인정할 수 있는 권한이나 절차 등에 대해서 규정하지 않는다. 단지 도시관리계획 결정 당시 이미 진행 중이던 사업에 대한 적용의 예외(국토계획법 제31조 제2항), 도시계획시설로 결정된 부지에서의 예외적인 개발행위허가(동법 제64조) 등만을 규정하고 있는 것에 불과하다. 때문에 한국의

55) Sampson, 앞의 글, 892면.

56) Sampson, 앞의 글, 880면; Johannessen, Kim Maree, “Zoning Variances: Unnecessarily an Evil”, *Land Use Law & Zoning Digest*, Vol. 41 No. 7(1989), 3면 참조.

57) John J. Infranca/Ronnie M. Farr, “Variances: A Canary in the Coal Mine for Zoning Reform?”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 50 No. 3(2023), 446면. 물론 여기서 학계와 실무의 인식 차이가 발견되기는 한다. 도시계획법 실무를 다루는 변호사의 경우에는 토지소유자가 variance의 요건을 입증하는 것이 쉬운 것은 아니라는 점을 강조하기도 한다. 예컨대 Westfall Law PLLC, “Getting a Zoning Variance—What Steps do I Need to Take?”, URL: <https://www.westfalllaw.com/getting-a-zoning-variance-what-steps-do-i-need-to-take/> 참조.

58) Sampson, 앞의 글, 899면.

59) Reynolds, 앞의 글, 140면; Sampson, 앞의 글, 899면.

60) Cohen, 앞의 글, 333면 참조.

61) 미국의 도시계획권한은 경찰권(police power)으로서 기본적으로 입법부에 부여된 것이지, 개별 조닝위원회에 부여된 것은 아니다. 조닝위원회들은 입법부의 권한을 위임받아 행사할 뿐인 것이다.

62) Madry, 앞의 글, 491면.

63) Reynolds, 앞의 글, 140면, 147면.

64) Michael D. Donovan, “Zoning Variance Administration in Vermont Note”, *Vermont Law Review*, Vol. 8 No. 2(1983), 405면.

65) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결 참조.

66) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

경우 기존의 도시관리계획에 위배되는 형태의 개발행위를 하기 위해서는 해당 개발사업자 혹은 건축주로서는 기존 도시관리계획을 변경하거나 대체할 법적인 수단들을 강구하여야 한다.

(2) 실정법의 체계와 태도

이상의 논의를 고려하면, 한국의 경우 논의의 초점을 기 수립되어 있는 도시계획을 변경하는 법적인 절차에 대한 것으로 맞출 수밖에 없다. 그리고 이는 토지소유권자와 같은 사인들이 도시계획의 변경을 신청할 법적인 권리가 존재하는지 여부와 연관된다. 국토계획법은 도시계획의 입안신청권에 대한 명시적인 조문을 마련하고 있기는 하나(동법 제26조 제1항), 문제는 입안제안의 대상이 될 수 있는 도시계획의 종류가 국토계획법 제26조 제1항 제1호에 열거되어 있는 것들로 한정되어 있다는 점이다. 즉, 일반 국민으로서는 도시계획시설계획, 지구단위계획, 제한된 범위에서의 용도지구의 지정 및 변경에 대한 입안제안만을 할 수 있는 반면, 용도지역에 대해서는 입안제안권을 행사할 명시적 근거가 존재하지 아니하는 것이다.⁶⁷⁾

그렇다면, 한국 도시계획법제 및 체계를 고려할 때 사인의 입장에서 이와 같은 현행 입안제안권 제도가 기 수립된 도시계획의 내용을 극복할 충분한 수단이 될 수 있다고 보기는 어렵다. 전술한 바와 같이 한국의 도시계획은 크게 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분되고, 도시관리계획에는 용도지역, 용도지구, 지구단위계획 등 다양한 종류의 계획들이 속하여 있다(국토계획법 제2조 제4항). 통상 이들 중 미국의 zoning제도와 흔히 비교되기도 하는⁶⁸⁾ 용도지역제 도시계획이 실질적으로 도시계획체계의 기초를 이루고 있는데, 그에 의하여 건폐율, 용적률, 허용용도와 같은 건축허가요건이 원칙적으로 규율되므로 용도지역제 도시계획에 대한 변경을 신청할 법적 지위가 인정되지 아니한다는 것은 기존의 건축허가요건들의 변경을 신청할 지위가 부존재함을 의미한다.

다만 용도지역제 도시계획을 다른 도시관리계획의 수립을 통하여 변경, 대체하는 경우를 상정할 수는 있을 것인데, 용도지역이 도시관리계획의 지위를 갖는 이상 신(新)계획으로서 구(舊)계획을 대체하는 방법이다. 기존의 용도지역제 도시계획의 내용은 새로 수립되는 도시관리계획의 내용과 배치되는 한도 내에서 대체되는 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 이 때 새로 수립되는 계획은 기존의 용도지역제 도시계획이 규율하던 내용, 다시 말해 건축허가요건에 관한 규율을 포함하고 있어야 하고, 사인이 그러한 계획의 입안 또는 수립을 신청할 법적 지위가 있어야 한다. 결과적으로 두 요건 모두를 충족하는 것이 지구단위계획의 입안제안일 것인데(국토계획법 제26조 제1항, 제52조 제1항 제4호)⁷⁰⁾, 문제는 지구단위계획의 경우 도시지역 외에서는 최소 면적의 제한이 있고(지구단위계획수립지침 2-2-10. 제1 내지 2항), 도시지역 내에서 명시적인 제한이 없다고 하더라도 사인이 개별 획지 또는 필지 단위만을 대상으로 입안제안을 하는 경우를 현실적으로 상정하기가 쉽지 않다는 점이다. 나아가 지구단위계획을 수립하더라도 용도지역을 변경할 수 있는 범위 자체도 원칙적으로는 제한되어 있으므로(지구단위계획수립지침 3-3-3. 참조), 원칙적으로는 기존의 설정된 용도지역의 범위를 크게 벗어나는 것도 상정하기가 쉽지 않다. 요컨대, 지구단위계획의 입안제안의 기능이나 실질을 미국의 variance나 special permit에 대응시키기는 어려운 측면이 많다.

그 외, 사인인 개발사업자나 토지등소유자가 주택법, 도시정비법, 도시개발법 등 개발사업법상의 절차를 이용하여, 그 신청에 의하여 수립되는 개발계획으로 기존의 도시관리계획을 변경하는 경우를 생각할 수 있다.⁷¹⁾ 이러한 개발계획 또한 도시관리계획의 지위를 갖는 것이기 때문이다(국토계획법 제2조 제4호). 다만, 이 또한 계획수립에 준하는 요건과 절차를 요하는 것이므로 한국법상 현재로서는 새로운 계획의 수립에 준하는 절차를 벗어나서는 기존 도시계획에 대한 예외를 인정받는 것은 법적으로 가능하다고 보기 어렵다. 개별 개발사업법령들의 개발계획은 대부분 개별 필지 단위를 넘어서는 수준의 대규모 개발사업의 시행을 전제로 하는 경우가 많으므로, 이러한 절차가 개별 필지 단위에서 기 존재하는 도시계획을 수정하고 변경하는 수단으로 사용될 수 있다고 이해하기는 어렵기도 하다.

(3) 실무의 운영

이와 같이 한국의 도시계획법 체계상 기존 도시계획의 내용을 극복하기 위해서는 전면적으로든 부분적으로든 새로운 도시계획의 수립이 요구된다고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 이는 도시계획권한을 보유한 행정청의 계획재량⁷²⁾의 문제를 벗어나기 어려운바, 전술한 variance의 남발과 같은 상황은 애당초 상정되기가 어려울 수밖에 없다. 달리 말하면, 행정청의 계획재량이 인정되는 이상 사인으로서 입안을 제안하거나 신청할 법적 지위를 갖는다고 하더라도, 행정청이 최종적으로 이를 거부할 경우 재송 등의 수단을 통해 다룰 수 있

67) 전진원, 앞의 책, 244면. 다만, 해당 문헌에서 소개하고 있는 바와 같이 하급심 판례(전주지방법원 2008. 5. 22. 선고 2007구합1894 판결) 중에서는 입안신청권의 부존재에도 불구하고 용도지역 변경신청을 거부한 처분 자체의 대상적격은 인정된 사례가 발견되기는 한다.

68) 예컨대, 김승종, 앞의 글, 88면 참조.

69) 전진원, “도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합”, 『건설법연구』, 제2호(2019), 102면.

70) 그 외, 도시계획시설 설치를 위한 입안제안을 하는 경우를 생각해볼 수도 있겠으나, 이는 공공성을 갖춘 기반시설에 한정된 것이므로, 통상적으로 사인이 용도지역의 건축허가요건을 회피하기 위하여 도시계획시설계획을 입안제안 하는 경우를 상정하기는 어려울 것이다.

71) 이러한 개발계획과 도시관리계획의 대체, 변경 관계에 대하여는 전진원, 앞의 글 참조.

72) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결 등.

는 가능성이 현실적으로 묘연하게 된다는 것이다. 따라서 통상적인 도시계획 수립절차와 마찬가지로 행정청이 절차와 내용에 관한 주도권을 가지게 되고, 사인이 변경 결과에 대한 어떠한 기대나 신뢰를 형성하기가 쉽지 않다.

IV. 도시계획법제와 한미 양국의 맥락

앞서의 논의들을 통하여 한미 양국의 제도의 차이점들을 법제도와 실무 각각의 측면에서 확인할 수 있었다. 대체로 미국의 경우 도시계획 자체를 변경하지 아니하면서 개별적인 절차로서 그 적용을 배제해줄 수 있는 제도들이 존재하고, 그러한 예외적 허용이 이루어지고 있는 반면, 한국의 경우 도시계획 자체의 수정 및 변경 없이는 개별적 처분으로 그 예외를 허용할 수단이 부존재하고 따라서 도시계획 권한을 지닌 행정청의 판단이 매우 중요한 의미를 지닐 수밖에 없다. 본 장에서는 이러한 제도적 차이를 둘러싼 각국의 맥락의 차이를 소유권의 강도, 사법적 개입의 정도, 도시계획의 구속력, 도시계획권한의 분배, 참여적 요소의 수준이라는 5가지의 항목⁷³⁾에서 비교 분석하고자 한다.

1. 소유권의 강도

미국의 경우 소유권을 강력하게 인정하는 국가의 하나로 이해되기도 하는데⁷⁴⁾, 특히 재산권의 사회적 측면을 강조하는 유럽대륙국가들⁷⁵⁾과 비교하여 이러한 차이가 부각되고는 한다. Lubens (2007)에 의하면 미국에서는 재산권의 핵심적 목적 또는 의의를 “개인의 선호를 충족시키는 것”에 있다고 이해하는 경향이 존재하는바⁷⁶⁾, 기본적으로는 재산권의 근본적인 취지 자체가 이를 행사하는 개인의 관점 - 그 중에서도 개인의 경제적인 이해관계에 맞추어져 있음을 알 수 있다. 그리고 재산권을 경제적 이익의 관점에서 조명⁷⁷⁾하는 이러한 관점으로부터 미국의 재산권 보호적 태도의 근거를 확인할 수 있다.

이러한 태도의 철학적 또는 사상적 근원으로 Norton과 Bieri (2014)는 크게 “Adam Smith의 신고전파 경제학, Jeremy Bentham의 공리주의, 그리고 John Stuart Mill의 자유에 대한 관념”⁷⁸⁾ 등을 언급하면서도, 특히 현대 미국에서의 재산권 보호 경향을 가장 잘 설명할 수 있는 것으로서 Mill의 자유주의를 강조한다.⁷⁹⁾ 즉, 다른 사람의 자유나 권리를 침범하지 않는 한도 내에서는 공동체 또는 사회적인 관점에서 토지재산권의 행사와 이용을 규제하고 개입할 명분이 있는지에 대한 비판적 인식이 미국에서의 도시계획과 재산권에 대한 논의의 기저에 존재한다고 볼 수 있는 것이다.⁸⁰⁾ 물론, 소유권 보호적 경향이 짙은 것으로 평가되는 미국에서도 공동주택의 건설 등과 같은 영역에서는 자유로운 개발과 토지이용이 제한되는 현상을 확인할 수 있겠으나⁸¹⁾, 이 또한 ‘다른 사람의 자유나 권리를 침범’하는 영역에 속하는 것이므로 소유권 보호적 경향의 근본 취지에서 이미 벗어난 것이기에 그러한 제약이 정당화되는 것이라 이해할 소지도 있다. 요컨대, 미국의 경우 소유권 보호적 경향이 최소한 원칙적인 모습을 이루고 있다는 점을 부인하기는 어렵다고 사료되고, 결국 도시계획에 대한 개별적인 예외를 허용함으로써 도시계획을 강요할 수 없는 어려움이 있는 영역⁸²⁾에서 소유권 보호와의 충돌을 피할 수 있는 수단을 마련한 것⁸³⁾이라는 해석도 가능할 것이라 판단된다.

한편, 한국의 경우에는 과연 다른 사람의 권리를 침범하지 아니하는 범위에 속한다고 하더라도 토지이용이 자유롭게 보장 또는 보호되는 것이라 단언할 수 있을 것인지에 대하여 논란의 소지가 매우 크다. 대한민국 헌법은 명시적으로 재산권의 행사가 “공공복리에 적

73) Jeon, 앞의 글, 54면 참조.

74) Alterman, 앞의 글, 107면 참조.

75) Rebecca Lubens, “The social obligation of property ownership: A comparison of German and US law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24(2007), 389면 참조.

76) Lubens, 위의 글, 417면.

77) Lubens, 위의 글, 418면.

78) Norton/Bieri, 앞의 글, 6면에서 직접인용.

79) Norton/Bieri, 앞의 글, 8면.

80) Norton/Bieri, 앞의 글, 8면 참조.

81) 이러한 경향의 실증적인 사례에 대해서는 Alexander Von Hoffman, *Creating an Anti-Growth Regulatory Regime: A Case from Greater Boston [Arlington]*, Joint Center for Housing Studies of Harvard University and Rappaport Institute for Greater Boston, Kennedy School of Government, Harvard University, (2006). 참조.

82) 전술한 바와 같이 미국 SZEAs는 도시계획의 내용을 그대로 적용하는 것에 불필요한 어려움이 초래되는 경우에 대하여 variance를 허용하고 있음을 고려할 수 있겠다.

83) 때문에 미국 문헌들 중에는 variance를 헌법적 안전장치 (“constitutional safety valve”)라고 설명하는 경우도 발견된다. Nathan T. Boone, “Varying the Variance: How New York City Can Solve Its Housing Crisis and Optimize Land Use to Serve the Public Interest”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 81(2015), 839면; Sampson, 앞의 글, 889면; Cohen, 앞의 글, 308면; Johannessen, 앞의 글, 3면 등.

합”할 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라(동법 제 23조 제2항), 근본적으로 재산권의 내용과 한계가 법률에 의하여 정해지는 것이라고 규정하고 있다(동조 제1항). 이를 적극적으로 해석하면 재산권이라는 관념이 자연적이고 선형적으로 존재하는 상황에서 그 행사를 제한하는 것이라, 재산권의 구체적인 모습이 실정법에 의하여 정해지고 그 행사 또한 공공복리의 관점에서 재차 제약될 수 있다는 논지도 이어질 가능성이 있는 것이다.⁸⁴⁾ 그 외에도 한국에서는 토지의 공적인 성격(대한민국 헌법 제120조 제2항, 제122조 참조)을 강조하여 토지공개념이라는 관점에서 토지재산권을 한정적인 것으로 취급하는 논의⁸⁵⁾ 또한 대두된 바 있다. 이렇듯 재산권 보호의 관점이 미국과 상이한 이상, 적법한 절차를 거쳐서 수립된 도시계획의 내용을 이행하는 것이 재산권 제한에 대한 헌법적 한계(강제수용)를 벗어나지 않는 한 그 이행에 어려움이 존재한다는 개별적인 사정을 고려한 예외들을 인정할 필요성이 상대적으로 낮다고 이해될 소지가 있겠다.

2. 사법적 개입의 정도

대체로 한국과 미국 모두 도시계획에 대한 사법존중적인 태도를 인정하고 있다는 점에서는 큰 틀에서의 유사성을 보인다.⁸⁶⁾ 다만, 전술한 것과 같이 미국의 경우 법원은 대체로 입법적 행위와 행정적 행위를 구분하는 태도를 보이면서, 후자에 비해 전자에 대하여 상대적으로 더 그 판단을 존중하는 태도를 취하는 것으로 설명된다.⁸⁷⁾ 그런데 그 자체로 입법부에 부여된 도시계획권한의 행사에 해당하는 rezoning이나⁸⁸⁾ 입법부 스스로에 의하여 상세한 요건이 미리 정해지는 special permit과는 달리 variance의 경우에는 이를 행정적 행위로 취급하고 있으므로, 이러한 수단들 사이에서도 사법심사의 강도가 달라질 수 있게 된다. 다만 각 수단이 입법적, 행정적, 혹은 준사법적 행위들 중 어떠한 성질을 가지는 것인지 자체가 여전히 쟁점으로 논의되고 있고, 애당초 variance나 special permit의 개념은 미국 각 주에서 도시계획에 관한 입법이 등장하던 시점(SZEA가 작성되던 시점)에 이미 그 내용으로 포함되어 있었던 것임을 고려하면 이들 간에 어떠한 연관관계를 추단하기는 어려운 것으로 사료된다.

한국의 경우 도시계획이나 행정계획에 대한 계획재량이 일반적으로 인정⁸⁹⁾되는 것 이외에 특별히 최초의 행정계획의 수립과 기 수립된 행정계획의 변경행위를 구분하여 차등적으로 계획재량을 인정한다거나 사법심사의 기준을 달리한다는 등의 논의는 특별히 발견되지 아니한다. 물론 행정계획이라는 관념 자체가 행정입법과 행정행위의 관계에서 어떠한 법적 성질을 지니는 것인지는 한국에서도 하나의 논점으로 다루어지고 있기는 하나⁹⁰⁾, 대체로 일반적인 재량행위와 비교하여 행정계획의 계획재량이 훨씬 넓은 것으로 인정되고는 있다.⁹¹⁾ 그러나 이러한 논의와 도시관리계획에 대한 개별적인 예외를 인정하고 있지 않은 실정법의 태도의 연관성을 추단하기란 쉽지 않다. 다만 개념상 행정계획이 어떠한 행정적 목표 달성을 위한 기준을 설정하는 행위로서 의미를 지닌다는 점을 고려하면⁹²⁾ 개별적 획지나 필지의 사정을 고려하여 그러한 기준에 예외를 인정하는 수단을 두는 것이 다소 행정계획의 기능과 성질에 부합할 수 있을지는 의문이 있다.

3. 도시계획의 구속력

한국과 미국 모두 도시계획이 개별적인 건축행위가 일어나기 이전에 사전적으로 건축허가요건을 정하여두는 역할을 하고, 후속된 행

84) 참고로 Norton/Bieri (2014)는 유럽대륙국가들에서의 재산권 관념을 Hegel의 관점에서 분석하고 있는데, 즉 자유라는 것을 공동체적 의무와 연관지어 이해한 Hegel의 관점에 기초하여 유럽대륙국가들에서 재산권의 사회적 성격을 강조한 철학적 근거를 설명한 것이다. Norton/Bieri, 앞의 글, 9면 참조. 다만, 해당 문헌에서 Norton/Bieri는 유럽대륙국가들의 정의나 범위를 특별히 엄밀하게 정의하고 있는 것으로 보이지는 아니하고, 유럽대륙국가들에 속할 수 있는 각국의 실제적 차이에 대해서는 크게 관심을 두고 있지 아니한 것으로 보인다. 다만 Norton/Bieri 또한 독일 기본법상의 재산권 관련 규정을 주요하게 논의하고 있는 만큼, 그와 유사한 문언을 지닌 우리 헌법을 해석, 이해함에 있어서도 그 논의를 참조할 수는 있겠다.

85) 최정희/이윤환, 앞의 글, 375면 참조.

86) 관련하여 전진원, 앞의 책, 43면의 논의 참조.

87) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면 참조.

88) Ashira P. Ostrow, “Judicial review of local land use decisions: Lessons from RLUIPA”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31(2008), 731면 각주 55 참조. 다만, 판례 중에는 특정한 토지(specific property)에 대한 rezoning 결정은 입법적인 행위가 아니라 행정적(administrative) 또는 준사법적 행위(quasi-judicial)로 보아 사법적 심사기준을 달리하여야 한다는 당사자의 주장을 인용하면서 이를 준사법적 행위라 인정한 사례가 발견된다. *Cooper v. Board of County Commissioners*, 101 Idaho 407, 614 P.2d 947 (Idaho 1980).

89) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

90) 김재호, “한국의 행정계획”, 『서울행정학회 학술대회 발표논문집』, 서울행정학회 (2007), 521면 참조.

91) 헌법재판소 2007. 10. 4. 선고 2006헌바91 전원재판부 결정 참조. “행정계획을 수립함에 있어서는 일반 재량행위의 경우에 비하여 더욱 광범위한 판단 여지 내지는 형성의 자유, 즉 계획재량이 인정되는바, 이 경우 일반적인 행정행위의 요건을 규정하는 경우보다 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여야 할 필요성이 더욱 커진다.”

92) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

정절차에서 그 준수 여부가 주요하게 다루어진다는 점에서, 개별적인 개발행위의 통제⁹³⁾ 보다는 기본적으로는 계획의 운용에 초점이 맞추어져 있다는 공통점을 지니기는 한다. 그러나 전술한 논의들을 고려하면 미국의 경우 도시계획에서 정한 건축허가요건에 대한 개별적인 예외를 인정하는 것이 가능하고 실무적으로도 상대적으로 용이하게 일어났던 경향도 발견되는바, 이를 달리 설명하면 미국의 조닝이 갖는 대외적인 구속력의 수준이 한국의 용도지역제 도시계획이나 그 밖의 도시관리계획에 비하여는 다소 낮은 편인 것으로 평가할 수 있다.

이러한 특성은 본 장에서 분석한 다른 맥락적 요소들과도 복합적으로 작용하는 것이라 설명할 수 있다. 도시계획의 본질이 결국 소유권에 대한 제약을 의미하는 것임을 고려하면⁹⁴⁾ 소유권에 대한 보호적인 태도는 곧 도시계획의 구속력을 약화시킬 수밖에 없고, 역으로 도시계획의 구속력이 강력하기 위해서는 소유권에 대한 보호적 태도가 강력한 수준으로 유지될 수는 없을 것이다. 미국의 경우 토지소유권에 대한 관념이 확립되어 있던 상황에서 1920년대에 이르러 지금과 같은 조닝 제도가 생겨난 것이므로 그러한 선후 관계상 소유권에 대한 보호적 태도가 조닝의 구속력에 영향을 미쳤을 것이라 추단해볼 수 있고, 나아가 조닝의 강화나 완화에 따른 보상이나 쟁송 문제가 적극적으로 논의될 수 있는 경향⁹⁵⁾에도 영향을 미쳤을 것으로 사료된다.

4. 도시계획권한의 분배

미국의 경우 도시계획권한은 경찰권(police power)에 속하는 것으로서 본질적으로는 주(state) 정부의 권한에 속한다.⁹⁶⁾ 그리고 주 정부는 다시금 각 주의 도시계획법을 통하여 이를 지방자치단체에 그 권한을 분배하는 형태를 취하고 있다. SZEА 제2조는 지방자치단체의 입법부("local legislative body")가 그 관할권역을 구역을 구분하고 각 구역에 대한 건설, 용도 등을 규제할 권한이 있다는 표현을 사용하고 있다.

나아가 SZEА는 도시계획 수립과정에서의 일종의 자문(recommendation) 기관으로서의 zoning commission과(제6조), 도시계획의 집행과정에서 발생하는 이의사건에 대한 결정을 담당하고, 전술한 variance와 special permit의 심사 및 발급권한을 지니는 zoning board of adjustment(제7조)를 언급하면서, 이들을 입법부가 창설할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 그 외 SZEА상으로는 입법부에 의하여 수립되는 조닝의 구체적인 집행기관의 창설과 수권에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 아니하나, 본문에서 행정공무원(administrative official)이라는 표현을 사용하거나 그가 행한 결정에 대해 제기되는 이의사건을 zoning board of adjustment가 심사할 수 있도록 정하고 있는바, 기본적으로는 각 지방자치단체의 행정공무원들이 행하는 구체적인 집행행위에 의하여 조닝의 내용이 실현되는 것임을 예정하고 있는 것으로 이해된다.

요컨대, 미국의 경우 조닝을 둘러싼 권한의 행사와 분배는 각 지방자치단체의 입법부를 중심으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 조닝이 입법행위로 이해되는 것⁹⁸⁾ 또한 바로 이러한 특성에서 기인하고, 법원은 이러한 입법행위를 존중하는 태도⁹⁹⁾를 취하게 되는 것이다. 더욱이 variance와 special permit에 관한 권한을 행사하는 board of adjustment의 창설은 입법부의 재량 또는 선택에 속하는 것으로 이해되는바(SZEА 제7조), board of adjustment가 내리는 결정의 정당성의 근원도 결국 연원적으로 입법부로부터 나오게 된다. 때문에 입법부와 board of adjustment 사이의 긴장관계 – 곧, variance의 운용이 실질적으로 입법부의 권한을 침범하는 것은 아닌지와 같은 논점¹⁰⁰⁾이 지속적으로 등장할 수밖에 없는 것이기도 하다. 이러한 의미에서 variance는¹⁰¹⁾ 입법과 집행(행정) 또는 입법과 준사법적 작용 사이의 긴장관계에 놓여있는 제도로서 그 본질을 이해하는 것이 필요하다.

한편 한국의 경우 최소한 도시계획의 변경과 관련하여서는 미국과 유사한 권한의 분배, 긴장, 또는 갈등은 특별히 발견되지는 않는 것으로 보인다. 국토계획법은 도시계획의 입안권과 결정권을 구분하고 있으나(동법 제24조, 제29조), 도시계획의 변경과 관련하여 중요한 의미를 갖는 지구단위계획의 경우에는 그 입안, 결정권이 모두 시장 또는 군수에게 일원적으로 부여되어 있고(동법 제29조 제1항 제

93) Jeon, 앞의 글, 57면에서는 도시계획이 중심이 되는 시스템(plan-led)과 구분하여 개발 중심(development-led) 시스템이라는 용어를 사용하였는데 주로는 계획허가제도가 중심이 되는 영국의 경우가 후자로 분류된다.

94) Krueckeberg, 앞의 글, 301면 참조.

95) Norton/Bieri, 앞의 글, 10면 참조.

96) Barlow Burke, *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*, LexisNexis, 2013, 3면.

97) 다만, SZEА는 zoning commission에 대해서는 그 창설을 기속적(shall)으로 언급하고 있는 반면, zoning board of adjustment에 대해서는 재량적(may)인 것으로 언급하고 있다.

98) Callies 등, 앞의 책, 194면.

99) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면.

100) Madry, 앞의 글, 491면 참조.

101) 반면, special permit의 경우에는 입법부 스스로 상세한 요건을 정하여 예외를 허락하는 것이므로 이러한 권한 갈등의 문제에서 상대적으로 자유로운 것으로 사료된다.

1호), 다른 종류의 도시관리계획의 결정권들에 대해서도 각 광역지방자치단체의 조례에 의하여 권한이 시장, 군수, 구청장 등에게 위임되어 있는 경우가 다수 발견된다. 아울러 수립된 도시계획을 집행하는 처분(개발행위허가)의 권한 또한 기본적으로 시장, 군수에게 부여되어 있으므로(동법 제56조 제1항), 미국과 같이 계획의 수립(입법)과 집행(행정 또는 준사법)의 갈등과 유사한 성질의 갈등이나 긴장이 발생하기가 어렵다.

한편, 도시관리계획의 지위를 갖는 개별 개발사업법상의 개발계획 또는 실시계획 등의 경우에는 이와 같은 입안, 결정권의 구분과 관계없이 그 수립 권한이 다양한 층위의 행정청에 부여되어 있다. 물론 정비사업과 같이 광역-기초 지방자치단체장 간의 정책적 견해차들이 존재할 수 있고 그에 따른 긴장 관계의 발생 가능성을 배제할 수는 없겠으나, 광역-기초 지방자치단체장 간의 관계를 미국 지방자치단체 내의 입법부와 그에 의해 설립된 위원회와의 관계와 같은 위임 또는 상하 관계와 동일시하기는 어려울 것으로 사료된다.

5. 참여적 요소의 수준

한국과 미국 모두 도시관리계획의 수립이나 zoning의 수립에 관하여 주민참여절차가 예정되어 있다(국토계획법 제28조 제1항, SZA 제4조). 그런데 미국의 경우 variance나 special permit은 개별적 행위이므로 zoning이나 rezoning과 달리 주민참여절차가 반드시 요구되지는 아니하는 것으로 보인다. 때문에 미국 문헌들 중에는 variance라는 제도 자체가 주민의 의사를 청취하고 반영하는 기회 자체를 박탈하는 것이라는 취지로 비판하는 것들이 발견된다.¹⁰²⁾

다만, 이들에 대하여 명시적인 주민참여절차가 요구되지 않는다고 하더라도 이것이 반드시 주민들의 개입가능성을 차단하는 것이라 보기는 어렵다. 대표적으로 보스턴 근교의 알링턴의 사례와 같이 공동주택 건설을 반대하는 주민들의 여론이 거센 상황에서, 기존의 special permit 발급 권한을 가지고 있던 위원회를 대체한 다음 오히려 복잡하고 절차와 모호한 요건들에 기초해 그 발급을 억제해온 경우가 발견되기도 한다.¹⁰³⁾ 즉, 이러한 여론적 요소들은 명문의 규정이 아니라 정치적이고 사실적인 측면에서 발현되기도 하는 것이다. 다만, 이러한 여론이 형성되지 아니하는 영역에서는 variance나 special permit에 대한 참여적 요소들이 작동하기는 쉽지 않을 것으로 보이고, 그 결과 여러 실증적 연구에서 높은 variance 발급비율이 확인되었던 것¹⁰⁴⁾으로 추정된다.

한국의 경우에는 도시관리계획을 수정, 변경하는 것 이외에 개별적인 처분의 방법으로 도시계획의 적용을 배제할 수단이 존재하지 아니하고, 도시관리계획의 변경에 대하여도 원칙적으로 주민참여절차가 요구된다. 그러나, 국토계획법은 경미한 변경사항에 대해서는 예외를 두고 있으므로(동법 제28조 제1항 단서), 개별 사안에서 변경내용이 경미한 사항에 해당하는 것인지가 쟁점이 될 가능성을 배제할 수는 없다.

V. 결론

앞서 검토한 바와 같이, 미국의 경우 조닝을 변경하지 아니하고 개별적인 예외를 인정할 수 있는 수단(variance, special permit)을 마련하고 있는 반면, 한국의 경우에는 그와 유사한 제도들을 찾아보기는 어렵고 도시계획 자체의 수정 및 변경이 요구될 수밖에 없다는 점에서 뚜렷한 차이를 보인다. 실무의 운영경과를 보더라도 미국에서 위와 같은 제도들이 매우 활발하게 작동하고 있음을 알 수 있는 반면, 한국의 경우 도시계획의 변경절차들이 미국의 variance 수준으로 빈번하고 관용적으로 작동하고 있다고 보기는 어렵다.

이러한 차이는 소유권에 대한 보호적 태도나 도시계획, 그중에서도 특히 조닝이 갖는 구속력의 강도와 같은 맥락적인 요소들과 연동되어 있는 것으로 사료된다. variance를 ‘헌법적 안전장치’라고 표현하는¹⁰⁵⁾ 것처럼 도시계획을 통한 규제와 소유권의 행사가 충돌할 수밖에 없는 상황에서, 강력한 소유권의 관념에 의해 도시계획의 정당성이 계속적인 다툼의 대상이 되는 것을 방지하기 위해서라도 이러한 예외적 수단들을 마련해둘 필요가 있었던 것이다. 반면, 미국과 같은 강력한 소유권의 관념이 존재하지 않는 곳에서는 그와 유사한 예외적 수단들이 반드시 필요한 것인지에 대해서는 의문의 소지가 있다.

나아가 특히 그 요건이 매우 일반추상적인 variance의 경우 본래 조닝의 수립권한을 보유한 입법부와의 긴장 관계에 놓여있을 수밖에 없는바, 특히 조닝과 달리 variance에 대한 명시적인 주민참여절차가 부재하다면 variance에 대한 정당성 논의가 초래될 가능성이 있을 것이다. 이러한 긴장관계는 variance의 구체적인 운영 양태에도 영향을 미칠 수 있는데, 소유권 보호적인 태도를 견지하는데 특별

102) Infranca/Farr, 앞의 글, 503면.

103) Von Hoffman, 앞의 글, 10-11면 참조.

104) Infranca/Farr, 앞의 글, 446면; Sampson, 앞의 글, 899면.

105) Boone, 앞의 글, 839면.

히 논란이 없는 상황에서 variance는 대체로 문제없이 발급되어 높은 발급율을 기록할 수 있겠으나, 공동주택 건설과 같이 주민들의 거센 여론이 촉발될 수 있는 상황에 이르면 이러한 긴장 관계는 결국 관련된 기관들의 권한 행사를 소극적으로 만들 수 있다. 달리 말하면, 여론의 관심이 집중되는 대규모 개발사업에 이르러서는 이러한 variance나 special permit과 같은 예외적 수단들이 유연하게 작동하기는 쉽지 않다는 것이다.

이렇듯 한미 양국의 제도적 차이는 각국의 제도들을 둘러싼 맥락들 속에서 이해되어야 한다. 혹여라도 추후 한국에서 미국식의 variance나 special permit을 도입하여야 한다는 논의가 촉발되더라도 이는 위와 같은 맥락의 차이를 고려하여 신중히 고민되어야 한다.

투고일 2023. 8. 24. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 11.

참고문헌

- 김도균, “법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론”, 『법사학연구』, 제34권(2006), 285-319.
- 김승중, “미국의 토지이용 규제체계에 관한 연구”, 『부동산연구』, 제24권 제3호(2014), 87-101.
- 김재호, “한국의 행정계획”. 『서울행정학회 학술대회 발표논문집』, 서울행정학회(2007), 517-530.
- 김종보, 『건설법의 이해』, 제6판, 피데스, 2018
- 전진원, “도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합”, 『건설법연구』, 제2호(2019), 90-112.
- 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021
- 최정희/이윤환, “헌법상 토지공개념에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제18권 제3호(2018), 369-394.
- Rachelle Alterman, “Guest editorial: Comparative research at the frontier of planning law: The case of compensation rights for land use regulations”, *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 3 No. 2(2011), 100-112.
- John S. Bell, “Comparative Administrative Law”, Reimann, Mathias/Reinhard Zimmermann 편, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, 2019.
- Nathan T. Boone, “Varying the Variance: How New York City Can Solve Its Housing Crisis and Optimize Land Use to Serve the Public Interest”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 81(2015), 837-863.
- Barlow Burke, *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*, LexisNexis, 2013
- David Callies/Robert Freilich/Shelley Saxer, *Land Use Cases and Materials (7th ed.)*, West Academic Publishing, 2017.
- Sandra K. Carlson, “Seeking a Variance as a Prerequisite to Challenging a Zoning Ordinance”. *Wayne Law Review*, Vol. 45 No. 4(2000), 2011-2038.
- Robert J. Carson, “Reclassification, Variances, and Special Exceptions in Maryland”. *Maryland Law Review*, Vol. 21 No. 4(1961), 306-319.
- Jonathan E. Cohen, “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 22(1994), 307-364.
- Michael D. Donovan, “Zoning Variance Administration in Vermont Note”, *Vermont Law Review*, Vol. 8 No. 2(1983), 371-406.
- David M. Friebus, “A New Uncertainty in Local Land Use: A Comparative Institutional Analysis of State v. Outagamie County Board of Adjustment Note”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2003 No. 3(2003). 571-612.
- John J. Infranca/Ronnie M. Farr, “Variances: A Canary in the Coal Mine for Zoning Reform?”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 50 No. 3(2023), 443-504.
- Jinwon Jeon, “Methodology and Framework of Comparative Urban Planning Law”, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 15 No. 2(2023)
- Johannessen M. Kim, “Zoning Variances: Unnecessarily an Evil”, *Land Use Law & Zoning Digest*, Vol. 41 No. 7(1989). 3-7.
- Julian Juergensmeyer/Thomas Roberts/Patricia Salkin/Rowberry, *Ryan, Land Use Planning and Development Regulation Law (4th ed.)*, West Academic Publishing, 2018.
- Donald A. Krueckeberg, “The difficult character of property: To whom do things belong?”, *Journal of the American Planning Association*, Vol. 61 No. 3(1995), 301-309.
- Rebecca Lubens, “The social obligation of property ownership: A comparison of German and US law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24(2007), 389-450.
- Alan R. Madry, “Judging Ziervogel: The Twisted Path of Recent Zoning Variance Decisions in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, Vol. 91 No.2(2007), 485-534.
- National Land Planning and Utilization Act
- Richard K. Norton/David S. Bieri, “Planning, Law, and Property Rights: A US-European Cross-national Contemplation”, *International Planning Studies*, Vol. 19 No. 3-4(2014), 379-397.
- Ashira P. Ostrow, “Judicial review of local land use decisions: Lessons from RLUIPA”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31(2008), 717-160.
- Osborne M. Reynolds, “The “Unique Circumstances” Rule in Zoning Variances—An Aid in Achieving Greater Prudence and Less Leniency”, *The Urban Lawyer*, Vol. 31 No. 1(1999), 127-148.
- Randall W. Sampson, “Theory and Practice in the Granting of Dimensional Land Use Variances: Is the Legal Standard Conscientiously Applied, Consciously Ignored, or Something in Between?”, *The Urban Lawyer*, Vol. 39 No. 4(2007),

877-958.

Derek M. Van de Walle, “Peculiar Problems with Variance Ordinances”, *Maryland Bar Journal*, Vol. 51 No. 5(2018), 24-27.

Alexander Von Hoffman, *Creating an Anti-Growth Regulatory Regime: A Case from Greater Boston [Arlington]*. Joint Center for Housing Studies of Harvard University and Rappaport Institute for Greater Boston, Kennedy School of Government, Harvard University, (2006).

Westfall Law PLLC, “Getting a Zoning Variance—What Steps do I Need to Take?”, URL: <https://www.westfalllaw.com/getting-a-zoning-variance-what-steps-do-i-need-to-take/>

Konrad Zweigert/Hein Kotz, *An Introduction to Comparative Law (3rd ed.)*, Oxford University Press, 1998.

ABSTRACT

Comparative Analysis of Exceptions to Planning in the U.S. and South Korea

Jeon, Jinwon*

Urban planning involves determining in advance the developmental requirements for a specific geographic area. In this regard, the functions of Korea's urban management plan—especially, the special purpose area—and the U.S. zoning are comparable. However, it is debatable whether the special purpose area and zoning can be comprehended at the same—or comparable—level. Additionally, their mutual differences can be studied from the marginal aspect of both institutions, that is, the admissibility of exceptions to the existing plan and the means and procedures for allowing exceptions. In short, zoning in the U.S. can permit exceptions to application through variance or special permit for individual cases even if the contents of zoning itself are not modified. However, In Korea, it is impossible to grant these exceptions through individual administrative procedure without the procedure for modification and change in the urban management plan itself. Examining the contexts in which each system is situated in both countries explains this difference. As a “safety valve” to ensure the legitimacy of zoning, which is an intervention and limitation on property rights in the U.S., exceptional measures, such as variance and special permit, are necessary. From this protective viewpoint, it is also possible to infer the reason for the generous practice of the grant of variance. Additionally, the essence of variance or special permit must be comprehended through a comprehensive approach to the U.S. context in terms of the distribution of planning authority, standards for judicial review, and participatory factors. In this regard, it can be inferred that the need for exceptional measures similar to those in the U.S. was relatively less in Korea, where the protection of property rights is relatively weaker and urban management plans are acknowledged to have significant binding power.

Key word : Variance, Special Permit, Rezoning, Special-Purpose Area, District Unit Plan

* Attorney at Law, Yulchon LLC.

논문 / ARTICLE

입주자대표회의와 관리단의 비교

정수호*

국문초록

공동주택 관리권에 대해서는 크게 두 가지의 서로 다른 시각, 즉 공동주택은 집합건물로서 구분소유권을 모두 모으면 공동주택단지의 관리권이 도출될 수 있다는 관점(민사적 접근)과 공동체 또는 국가의 권력이 일부 나눠져서 공동주택단지로 넘겨진 것이라는 관점(공법적 접근)이 있다. 집합건물법은 집합건물의 관리를 민사적으로 접근한 것으로, 집합건물의 관리를 소유권의 권능에 상응하는 개념으로 접근한다. 이 경우 공동주택의 관리 주체는 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단이 된다. 반면, 공동주택관리법은 공동주택에 대한 국가의 관리권이 입주자대표회의 등에 위탁된 것으로 보아 공동주택의 관리를 공법적으로 바라본다.

관리단의 법적 성질과 관련하여 관리단이 조합적 성격을 가진다는 견해가 있으나, 관리단은 규약을 가지고 있고 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등 조직을 갖추고 있으며 구분소유 건물의 관리에 관한 권한 및 책임은 관리단에 귀속된다는 점에서 비법인사단으로 파악하는 것이 타당하다. 그리고 입주자대표회의의 법적 성질과 관련하여 입주자대표회의가 관리단과 동일하다거나 관리단의 집행기관에 불과하다는 견해가 있으나, 구분소유권의 행사를 위한 사법상 단체인 관리단과 국가의 관리권을 위탁받은 공법적 성격이 강한 단체인 입주자대표회의를 동일선 상에서 비교하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 입주자대표회의의 관리권한이 공동주택관리법에 의해 비로소 창설된다는 점 등을 고려하여 보면, 입주자대표회의는 주택단지라는 소규모 단체에서 입주자들을 대표하는 동별 대표자로 조직되는 대의기관에 해당한다고 봄이 타당하다.

특정승계인에 대한 체납관리비의 청구 문제는 관리단과 입주자대표회의의 관리비의 법적 성질을 파악함으로써 해결할 수 있다. 집합건물법상 관리단이 행사하는 관리비 징수권은 민법 제266조에 근거한 공유자의 청구권에 해당한다. 그리고 집합건물법 제18조는 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다고 규정하고 있는바, 집합건물법상 관리단은 위 규정에 근거하여 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비 중 공용부분에 해당하는 관리비에 대한 납부를 청구할 수 있다. 반면, 공동주택관리법상 입주자대표회의가 행사하는 관리비 징수권은 입주자대표회의의 법적 성질 등을 고려하여 보면 공법적 성격이 강한 것으로 보인다. 그렇기 때문에 입주자대표회의는 공동주택관리법이 정한 범위를 넘어서서 관리비 징수권을 행사한다고 볼 수 없고, 공동주택관리법은 집합건물법 제18조와 같은 규정을 두고 있지 않은바, 입주자대표회의는 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비에 대한 납부를 청구할 수 없다고 봄이 타당하다.

주제어: 관리단, 입주자대표회의, 집합건물법, 공동주택관리법, 관리비

목차

- I. 서론
- II. 공동주택 관리의 법체계
- III. 입주자대표회의와 관리단의 법적 성질
- IV. 입주자대표회의와 관리단 관리비의 법적 성질
- V. 결론

* 부산지방법원 동부지원 판사




Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230008>

Received: August 20, 2023
Revised: September 6, 2023
Accepted: September 10, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://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

우리나라 국민의 약 70퍼센트가 공동주택에 거주하고, 공동주택의 관리비, 사용료, 장기수선충당금 등 공동주택 관리와 관련된 비용만도 연간 11조 6천억 원에 이르는 등 공동주택 관리의 중요성은 과거 어느 때보다도 커지고 있다. 이러한 공동주택(내지 집합건물¹⁾) 관리는 건축법에 따라 건축허가를 받아 건축된 집합건물과 주택법에 따라 사업승인을 받아 건설된 공동주택에서 다른 형태로 이루어지고 있다.

건축법은 건축물로부터 오는 위험을 방지하기 위한 법률로서 그 허가요건을 위험방지 및 위생요건 등으로 정하여 건축물의 안전을 보장하기 위한 법이다.²⁾ 이러한 건축법은 위험방지를 위해 건축행위를 규제하는 주된 대상으로 삼고 있고, 위험방지와 관련이 없는 완성된 건축물에 대한 관리는 건축법의 주된 관심사에 해당하지 않는다.³⁾ 건축법에 따라 건축허가를 받아 건축된 집합건물의 관리는 건축법의 규율을 받지 않고, 그 관리는 사적 자치의 영역에서 민사법에 해당하는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 “집합건물법”)의 적용을 받는다.

주택법은 건축물 중 주택, 그중에서도 특히 공동주택의 건설과 공급, 관리를 규율하기 위해 제정된 법률로서 30세대 이상의 공동주택을 건설하는 경우 건축허가의 대상에서 제외시켜 사업계획의 승인을 받도록 정하고 있다(주택법 제15조). 주택법상 사업승인의 대상이 되면 주택의 건설기준, 공급기준, 관리기준의 세 측면에서 주택법의 규율을 받게 된다.⁴⁾ 주택법이 규율하던 공동주택에 대한 관리를 보다 체계적·효율적으로 관리하기 위하여 2015. 8. 11. 공동주택관리법이 제정되었고, 주택법상 사업승인을 받은 공동주택은 공동주택관리법에 의하여 관리된다.

공동주택의 관리권자로 집합건물법은 관리단을, 공동주택관리법은 입주자대표회의를 각각 규정하고 있다. 대체로 건축법에 따른 건축허가로 건축된 집합건물은 집합건물법상 관리단에 의해 관리되고, 주택법에 따른 사업승인으로 건설된 공동주택은 공동주택관리법상 입주자대표회의에 의해 관리된다. 이에 이하에서는 공동주택 관리의 법체계를 살펴본 다음, 관리비와 관련하여 입주자대표회의와 관리단을 비교하기로 한다.

II. 공동주택 관리의 법체계

1. 민사적 접근과 공법적 접근

[공동주택 관리의 의의]

아파트와 같은 공동주택은 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있는 건물인 집합건물에 해당한다(집합건물법 제1조). 이러한 공동주택은 건설과 공급만으로 법적 문제가 모두 해소되지 않는다. 다수의 세대가 동일한 주택단지에서 공동의 시설을 사용하고 관리비를 내야 하는 등 공동주택의 관리와 관련된 법적 쟁점이 중요한 의미를 갖기 때문이다.⁵⁾ 구분소유자들이 각자의 구분소유권의 목적인 건물부분인 전유부분에 대한 관리권을 가진다는 점은 명확하나, 전유부분 외의 건물부분인 공용부분에 대한 관리권의 주체가 누구인지는 불명확하다.

[공동주택 관리에 대한 두 가지 관점]

공동주택 관리권에 대해서는 크게 두 가지의 서로 다른 시각이 있을 수 있다. ‘공동주택은 집합건물로서 구분소유권을 모두 모으면 공동주택단지의 관리권이 도출될 수 있다는 관점’과 ‘공동체 또는 국가의 권력이 일부 나뉘어져 공동주택단지로 넘겨진 것이라는 관점’이 바로 그것이다. 전자는 민사적 접근으로, 이런 사고에 기초해 만들어진 집합건물법은 구분소유자들이 모두 모이면 그 집합건물의 운명을 결정할 수 있다는 전제하에 입법되어 있다. 후자는 공법적 접근으로 주택단지의 관리권이 공동주택관리법에 의해 비로소 창설된다는 입장에 기초하고 있다.⁶⁾

- 1) 주택법상 공동주택은 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있는 경우에 해당하므로, 집합건물법상 집합건물에 해당한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조). 이하에서는 공동주택과 집합건물이라는 용어를 맥락에 따라 선택적으로 사용한다.
- 2) 김종보, “주상복합건축물의 개념과 특례”, 『법학논문집』 제30권 제2호(중앙대학교 법학연구원, 2006.), 92-93면.
- 3) 한편, 건축물관리법은 건축물의 ‘안전’을 확보하기 위한 목적으로 해당 건축물이 멸실될 때까지 유지·점검·보수·보강 또는 해체하는 행위로서의 ‘건축물관리’에 대한 내용을 규정하고 있다. 그러나 건축물관리법에서도 건축물의 ‘사용’과 관련된 관리에 대한 내용은 규정하고 있지 않은 것으로 보인다.
- 4) 김종보, 앞의 글, 93면.
- 5) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018, 766면.

[민사적 접근 - 집합건물법]

집합건물법은 민사법상 물건, 특히 소유권을 중심으로 집합건물의 공용부분에 대한 공동소유권을 어떻게 합리적으로 행사할 것인가라는 관점에서 집합건물의 관리문제를 종속시키고 있다.⁷⁾ 즉, 집합건물법은 공동주택인 집합건물의 관리를 소유권의 권능 중의 하나인 사용에 상응하는 개념으로서 접근하고 있다.⁸⁾ 이와 같은 민사적 접근방법에 의하면, 공동주택의 관리주체는 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단이 된다(집합건물법 제23조). 집합건물법은 집합건물의 공용부분과 대지사용권 등에 관한 일반규정을 두고, 구체적인 관리문제는 관리규약과 관리단집회의 의결을 통하여 해결하도록 하고 있다. 이 과정에서 모든 문제는 사적 자치의 범주 안에서 해결되는 것이고, 구분건물의 건축물대장에 관한 규정을 제외하면 행정청이 개입할 수 있는 어떠한 공법적 근거규정도 두고 있지 않다.⁹⁾

[공법적 접근 - 공동주택관리법]

공동주택관리법은 공동주택 관리권이 원칙적으로 국가에 있으나 이를 법률의 규정에 의하여 권한의 일부를 입주자대표회의 등에게 위탁한다는 개념으로 접근하고 있다(공동주택관리법 제3조 등 참조).¹⁰⁾ 즉, 공동주택을 투명하고 안전하며 효율적으로 관리할 수 있게 하여 국민의 주거수준 향상에 이바지함을 목적으로 하는 공동주택관리법은 국가가 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다는 헌법상의 의무(헌법 제35조 제3항)를 구현하기 위해 공동주택에 대한 관리권이 국가에 있으나 공법인 공동주택관리법의 규정에 의해 그 일부를 입주자대표회의 등에게 위탁하는 것으로 볼 수 있다. 공동주택의 공용부분 등에 대한 관리를 사적 자치의 원칙에 입각하지 않고, 공공재적 성격¹¹⁾을 동시에 가지는 공용부분에 대한 관리를 통해 공동주택의 안전을 확보하고, 구분소유자 사이의 이해관계를 조절할 필요가 있기 때문에¹²⁾ 그 관리를 법률이 규정하고 있다.

2. 공동주택관리법에 의한 공동주택의 관리 체계

(1) 공동주택관리법 입법 연혁

공동주택의 관리에 관하여는 구 주택건설촉진법에 근거한 공동주택관리령(1979. 11. 21. 대통령령 제9665호로 제정된 것)에서 최초로 규정되었는데, 2003. 5. 29. 전면 개정되고 2003. 11. 30. 시행된 주택법에 그 내용이 흡수되었다(구 주택법 제42조 이하). 이후 공동주택 관리는 2015. 8. 11. 법률 제13474호로 제정되고 2016. 8. 12.부터 시행된 공동주택관리법에 의해 이루어지게 되었다.

입주자대표회의에 관한 내용은 집합건물법이 제정된 1984년 이전에 이미 공동주택의 관리체계로서 주택건설촉진법과 그 하위 법령에 규정되어 있었다.¹³⁾ 입주자대표회의는 1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 구 주택건설촉진법에서 처음으로 공동주택의 관리와 관련한 실체로서 규정되었고(구 주택건설촉진법 제38조 제7항, 제8항, 제9항, 제11항), 1981. 10. 15. 대통령령 제10484호로 전면 개정된 구 공동주택관리령에서 그 구성 등에 관한 내용이 규정되었다(구 공동주택관리령 제10조). 이후 주택법의 적용대상이 되었는데, 공동주택관리법에서는 입주자대표회의에 관한 정의 규정이 신설되었다(공동주택관리법 제2조 제1항 제8호).¹⁴⁾

(2) 공동주택관리법의 적용범위

[의무관리대상 공동주택과 비의무관리대상 공동주택]

공동주택관리법은 의무관리대상 공동주택을 별도로 규정하고 있는데, 30세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택 등이 의무관리대상 공동주택에 해당한다(공동주택관리법 제2조 제1항 제2호). 세대수 요건에 해당하지 않더라도, 공동주택 중 전체 입주자등¹⁵⁾의 3분의 2 이상이 서면으로 동의하여 정하는 경우에는 의무관리대상 공동주택에 해당할 수 있다(동법 제2조 제1항 제2호 마목 및 동법 시행령 제2조).

6) 김종보, “아파트의 관리권”, 『도시개발신문』; 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018, 767면.
 7) 송호열, “집합건물법상의 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』 제46호(동아대학교 법학연구소, 2010.), 270면.
 8) 최창렬, “공동주택인 집합건물의 관리주체에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제79권(한국토지공법학회, 2014.), 4면.
 9) 송호열, 앞의 글, 270면.
 10) 송호열, 앞의 글, 273면.
 11) 진상욱, “입주자대표회의의 법적 지위”, 『토지법학』 제31권 제2호(한국토지법학회, 2015.), 22면.
 12) 김종보 / 이준형 / 강신은, 『공동주택관리에 관한 제도적 개선방안(연구보고서)』, 국회사무처 법제실, 2006, 5면 : 송호열, 앞의 글, 273면에서 재인용.
 13) 최창렬, 앞의 글, 14면.
 14) 문영화, “입주자대표회의의 임의적 소송담당”, 『성균관법학』 제30권 제3호(성균관대학교 법학연구원, 2018.), 118면.
 15) “입주자등”이란 입주자와 사용자를 말한다(공동주택관리법 제2조 제1항 제7호).

이때 공동주택관리법은 공동주택의 관리방법(제5조 이하), 입주자대표회의(제14조 이하) 및 관리규약(제18조 이하), 관리비 및 회계운영(제23조 이하), 공동주택의 전문관리(제52조 이하), 공동주택관리 분쟁조정(제71조 이하), 협회 규정(제81조 이하)은 의무관리대상 공동주택에 한하여 적용됨을 분명히 하고 있어 이 부분은 비의무관리대상 공동주택에는 적용되지 않는다.¹⁶⁾ 그렇다면 결국 공동주택관리법에서는 위 규정을 제외한 나머지 부분만 비의무관리대상 공동주택에 적용된다고 할 것이고, 따라서 장기수선계획(제29조), 행위허가(제35조), 하자담보(제36조 이하)와 관련된 정도의 규정만 적용된다.¹⁷⁾

[주상복합건축물의 입주자대표회의]

상가, 오피스텔 또는 사무실 등의 주택 이외의 시설과 함께 주택이 동일 건축물로 건축되는 주상복합건축물에 공동주택관리법상 입주자대표회의가 구성될 수 있는지에 대한 의견 대립이 있었다. 공동주택의 비율이 다수라는 측면에 착안하여 입주자대표회의를 구성하여 관리하여야 한다는 주장과 주상복합건축물은 건축법에 의한 건축허가를 받아 건축된다는 측면에서 집합건물법이 적용되어야 한다는 주장이 대립하였던 것이다.¹⁸⁾ 이에 대하여 대법원은 건축법에 의한 건축허가를 얻어 건설된 공동주택에 대하여는 입주자대표회의에 관한 규정들이 적용되지 아니하고, 집합건물법의 관리단에 관한 규정만이 적용된다고 하면서 주상복합건축물은 주택건설사업계획승인을 얻어 건축된 공동주택이 아니라 건축법에 의한 건축허가를 받아 건설한 공동주택이므로 입주자대표회의 등에 관한 규정이 적용될 수 없다고 판단하였다.¹⁹⁾

그러나 주상복합건축물의 경우에 주택 이외의 부분은 일부에 불과하고 주택 부분이 대부분이고, 실제로 다수의 주상복합건축물의 경우 입주자대표회의를 구성하여 관리업무를 운영하고 있는 것이 현실이다. 이를 반영하여 임의단체에 불과하여 법적 근거가 뒷받침되지 못하던 주상복합건축물의 입주자대표회의의 구성에 대한 법적 근거를 부여하기 위하여 2007. 4. 20. 주택법 제43조 제1항²⁰⁾이 개정되어 건축법에 따라 건축허가를 받은 주상복합건축물의 경우에도 주택법상 공동주택 관리규정이 적용되게 되었다.²¹⁾ 그리고 위와 같은 내용은 공동주택관리법에도 반영되어(공동주택관리법 제2조 제1항 제1호 나목, 제2호 라목) 위 대법원 결정은 더 이상 유지될 수 없고, 주상복합건축물은 공동주택관리법의 적용을 받는다.

(3) 공동주택관리법상 공동주택의 관리권자

1) 입주자대표회의

[입주자대표회의의 의의]

입주자대표회의는 공동주택의 입주자들을 대표하여 관리에 관한 주요사항을 결정하기 위하여 구성하는 자치 의결기구를 의미한다(공동주택관리법 제2조 제1항 제8호). 공동주택에 입주가 시작되어 입주예정자의 과반수가 입주를 완료한 때에는 사업주체가 입주자들에게 그 사실을 통보하고 공동주택을 관리할 것을 요구하여야 한다(동법 제11조 제1항). 이러한 요구를 받은 입주자들은 3개월 이내에 입주자대표회의를 구성하고, 당해 공동주택의 관리방법을 결정하여 사업주체에게 통보하고, 관할 시장 등에게 신고하여야 한다(동법 제2항, 제3항). 입주자대표회의는 주택단지를 자치관리할 것인지 주택관리업자에게 위탁관리할 것인지를 정할 수 있다. 입주자대표회의는 일정한 기술인력 및 장비를 갖춘 자치관리기구를 구성해 자치관리하거나, 주택관리업자에게 위탁관리한다(동법 제6조, 제7조).²²⁾

[입주자대표회의의 구성]

입주자대표회의는 4명 이상으로 구성하되 동별 세대수에 비례하여²³⁾ 관리규약으로 정한 선거구에 따라 선출된 대표자로 구성하며,

16) 헌법재판소 2012. 3. 29.자 2010헌바671 결정 참조 (이 사건 심판대상조항은 모두 법률상 입주자대표회의를 구성하여야 할 공동주택을 전제로 하는바, 그와 같은 입주자대표회의를 구성하여야 할 공동주택의 범위는 주택법상 의무관리 대상인 규모의 공동주택에 한한다고 봄이 상당하다.).

17) 서울특별시 주택정책과-15726 (2018. 9. 6.) 질의회신 [비의무관리대상 입주자대표회의의 관련 질의].

18) 강원일, “주상복합건축물의 관리주체에 관한 문제”, 『지평지성 건설부동산Newsletter』 제20호(2012. 3.), 2면.

19) 대법원 2007. 10. 15.자 2006마73 결정.

20) 구 주택법(2007. 4. 20. 법률 제8383호로 일부개정된 것) 제43조 (관리주체 등) ① 대통령령이 정하는 공동주택(「건축법」 제8조의 규정에 따라 허가를 받은 주택외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축하는 경우와 부대시설 및 복리시설을 포함하되, 복리시설 중 일반에게 분양되는 시설을 제외한다. 이하 같다)을 건설한 사업주체는 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지 당해 공동주택을 직접 관리하여야 하며, 입주예정자의 과반수가 입주한 때에는 입주자에게 그 사실을 통지하고 당해 공동주택을 제2항의 규정에 의하여 관리할 것을 요구하여야 한다.

21) 강원일, 앞의 글, 3면.

22) 김중보, 앞의 책, 769면.

23) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2011다101032 판결은, 구 주택법 시행령(2010. 11. 10. 대통령령 제22479호로 개정된 것) 제50조 제1항에서 동별 대표자를 ‘동별 세대수에 비례하여’ 정한 선거구에 따라 선출하도록 한 규정 부분은 동별 대표자 선출을 위한 선거에서의 투표가치의 평등을 규

동별 대표자는 원칙적으로 해당 공동주택단지 안에서 주민등록을 마친 후 6개월 이상 거주하고 있는 입주자 중에서 선출한다(공동주택관리법 제14조 제1항, 제3항 및 동법 시행령 제11조 제3항). 다만, 입주자인 동별 대표자 후보자가 없는 선거구에서는 주민등록을 마친 후 6개월 이상 거주하고 있는 사용자가 대통령령으로 정하는 요건²⁴⁾을 갖춘 경우 동별 대표자로 선출될 수 있다(동법 제14조 제3항 단서). 입주자대표회의에는 회장 1명, 감사 2명 이상, 이사 1명 이상을 임원으로 둔다(동법 제14조 제6항 및 동법 시행령 제12조 제1항).

2) 관리주체

[관리주체의 의의]

공동주택관리법상 관리주체는 자치관리기구의 대표자인 관리사무소장, 관리업무를 인계하기 전의 사업주체, 주택관리업자, 임대사업자 등으로 규정되어 있다(공동주택관리법 제2조 제1항 제10호). 의무관리대상 공동주택의 입주자등이 공동주택을 자치관리할 것을 정한 경우에는 입주자대표회의는 사업주체의 요구가 있는 날부터 6개월 이내에 공동주택의 관리사무소장을 자치관리기구의 대표자로 선임하고, 대통령령으로 정하는 기술인력 및 장비를 갖춘 자치관리기구를 구성하여야 한다(동법 제6조 제1항). 의무관리대상 공동주택의 입주자등이 공동주택을 위탁관리할 것으로 정한 경우에는 입주자대표회의는 법령이 정하는 입찰방식에 따라 주택관리업자를 선정하여야 한다(동법 제7조 제1항).

[관리주체의 업무]

관리주체는 공동주택의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 공동주택단지 안의 경비·청소·소독 및 쓰레기 수거, 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 관리규약으로 정한 사항의 집행, 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 사항 등의 업무를 수행한다(공동주택관리법 제63조).

3) 관리주체와 입주자대표회의의 관계

[입주자대표회의의 집행기관으로서의 관리주체]

입주자대표회의는 공동주택관리법상 주택관리와 관련된 주된 사항들을 정하는 의결기관이므로 주택단지의 종국적인 관리책임은 입주자대표회의에 있다. 공동주택관리법은 관리주체의 범위에 관리사무소장, 주택관리업체 등을 포함시키고 있는데(제2조 제1항 제10호), 관리사무소장이나 주택관리업체는 입주자대표회의의 사무국 또는 이에 준하는 집행기관적 성격을 갖는다. 따라서 이들을 관리주체로 표현한 것은 적절하지 않다.²⁵⁾ 이러한 표현에 대한 오해에 비롯하여 입주자대표회의가 관리사무소장 등과 같은 관리주체에 해당한다는 견해²⁶⁾가 있으나, 이는 명문의 규정에 반하는 해석으로 타당하다고 보기 어렵다. 대법원 역시 입주자대표회의가 공동주택관리법에서의 관리주체에 해당하지 않는다고 판단하고 있다.²⁷⁾

[관리사무소장의 업무에 대한 부당 간섭 배제]

관리사무소장은 입주자대표회의의 집행기관으로서 주택관리업무를 집행기능을 담당하지만 대외적으로는 주택단지를 대표할 수 없어 경비, 청소 등 개별적인 용역계약을 체결함에 있어서는 입주자대표회의의 회장명의를 사용한다. 또 공동주택관리법의 구조상 입주자대표회의의 의결이 없으면 관리주체가 어떠한 관리행위도 하기 어려워 관리주체를 별도로 두고 전문성을 요구하는 취지와 모순된다.

정한 것으로서 강행규정이라 할 것이고, 동별 세대수에 비례한 대표자 선출이라고 하기 위하여는 대표자 1명당 세대수가 산술적으로 동일할 것까지 요구되는 것은 아니지만 대표자 1명당 세대수에 있어 합리성을 인정할 수 없을 정도의 편차가 있어서는 아니 된다고 하면서, 대표자 1명당 최소세대수(20세대)와 최대세대수(78세대) 사이에 1:3.9의 편차가 발생하는 것은 인정될 수 없다고 판단하였다.

24) 공동주택관리법 시행령 제11조 (동별 대표자의 선출) ② 사용자는 법 제14조제3항 각 호 외의 부분 단서 및 같은 조 제9항에 따라 2회의 선출공고(직전 선출공고일로부터 2개월 이내에 공고하는 경우만 2회로 계산한다)에도 불구하고 입주자(입주자가 법인인 경우에는 그 대표자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)인 동별 대표자의 후보자가 없는 선거구에서 직전 선출공고일로부터 2개월 이내에 선출공고를 하는 경우로서 같은 조 제3항 각 호와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 요건을 모두 갖춘 경우에는 동별 대표자가 될 수 있다. 이 경우 입주자인 후보자가 있으면 사용자는 후보자의 자격을 상실한다.

1. 공동주택을 임차하여 사용하는 사람일 것. 이 경우 법인인 경우에는 그 대표자를 말한다.
2. 제1호 전단에 따른 사람의 배우자 또는 직계존비속일 것. 이 경우 제1호 전단에 따른 사람이 서면으로 위임한 대리권이 있는 경우만 해당한다.

25) 김종보, 앞의 책, 771면.

26) 강혁신, “주택법상의 입주자대표회의와 2013년 개정 집합건물법상의 관리위원회와의 법률적 지위에 관한 비교 고찰”, 『민사법의 이론과 실무』 제17권 제3호(민사법의 이론과 실무학회, 2014.), 45면.

27) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결 (주택법 소정의 관리주체는 입주자대표회의가 구성한 자치관리기구나 주택관리업자를 의미하고, 달리 입주자대표회의가 주택법 제42조 제1항 및 제2항 소정의 수범자에 해당한다는 점을 인정할 증거가 없다).

이러한 점 때문에 입주자대표회의가 관리업무에 세세하게 개입할 수 있고, 관리주체의 전문적인 지식이나 기술이 활용될 수 있는 여지가 줄어든다.²⁸⁾ 이러한 배경에서 공동주택관리법은 입주자대표회의가 관리사무소장의 업무에 부당하게 간섭하여서는 아니 된다는 규정을 두고 있는 것으로 보인다(공동주택관리법 제65조).

3. 집합건물법에 의한 집합건물의 관리 체계

(1) 집합건물법의 적용범위

[일반법과 특별법의 관계에 있는 집합건물법과 공동주택관리법]

집합건물법은 업무시설, 주택, 판매시설 등 용도를 불문하고 구분소유의 대상이 될 수 있는 집합건물 전체를 규율 대상으로 한다. 한편, 공동주택관리법의 규율을 받는 공동주택은 집합건물에 해당하기도 하는데, 그렇다면 공동주택에 대하여 공동주택관리법과 집합건물법 간의 관계는 어떻게 되는지 문제된다.

집합건물법 제2조의2는 “집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에 관한 「주택법」 및 「공동주택관리법」의 특별한 규정이 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다”고 규정하고 있다. 공동주택관리법이 집합건물법의 특별법에 해당한다고 하면서도 일반법에 해당하는 집합건물법에서 정하는 구분소유자의 기본적인 권리는 특별법에 우선한다고 정하고 있는 것이다. 위와 같은 규정은 특별법 우선의 원칙에 반한다는 비판을 면하기 어려워 보이나²⁹⁾, 공법인 공동주택관리법으로 구분소유자의 민사상 권리관계를 본질적으로 변경할 수는 없다는 의미로 이해된다.³⁰⁾ 그렇다면, 공동주택관리법의 적용을 받는 공동주택인 집합건물에는 구분소유자의 민사상 권리관계가 본질적으로 변경되지 않는 한 공동주택관리법이 집합건물법에 우선하는 것으로 보인다.

(2) 집합건물법상 집합건물의 관리권자

1) 관리단

[관리단의 의의]

건물에 대하여 구분소유 관계가 성립하게 되면 별도의 설립절차 없이³¹⁾ 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속 시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 집합건물의 관리단이 구성된다(집합건물법 제23조 제1항). 관리단은 집합건물의 재산에 관한 관리 및 운영에 대한 궁극적인 책임을 부담하는 단체로서 집합건물, 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사업시행을 목적으로 하는 단체에 해당한다.³²⁾

[관리단의 구성]

관리단이라는 단체의 성립을 위하여 특별한 설립절차를 취할 필요가 없고(이른바 “당연설립”) 구분소유자는 당연한 권리로 관리단과의 관계에서 구성원권을 갖게 된다. 또한, 수분양자가 분양대금을 완납하였음에도 분양자의 사정으로 소유권이전등기를 경료받지 못한 경우에도 관리단의 구성원이 될 수 있고,³³⁾ 집합건물의 분양이 개시되고 입주가 이루어져서 공동관리의 필요성이 생긴 때에는 그 당

28) 김종보, 앞의 책, 772면.

29) 김종보 / 이준형 / 강신은, 앞의 책, 15~16면 : 송호열, 앞의 글, 250면에서 재인용(공동주택관리법의 특별한 규정이 구분소유자의 기본적인 권리를 해하는 경우 무효라는 의미이지만, 이는 특별법 우선의 원칙에 반할 뿐만 아니라 구분소유자의 기본적인 권리라는 개념 자체도 매우 추상적이고 불명확하여 주택법상의 조문들의 법률적 위상만 약화시키고 있다고 본다).

30) 김종보, 앞의 책, 768~769면(공동주택관리법은 주택법에 의해 사업승인을 받은 주택단지의 관리에 대해 특별조항을 마련하고 있는 것이므로, 일반적인 건축물의 소유 및 관리를 정하는 집합건물법에 대해서도 특별법적 지위에 있다고 평가하는 것이 옳다. 다만 양법은 제정의 계기나 규율의 대상면에서 정확하게 일치하지 않으므로 일반법과 특별법의 관계를 가급적 좁게 해석하는 것이 원칙이다. 특히 공동주택관리법이 공법이라는 점을 고려해서 민사상 소유권의 범위나 민사상 채권채무관계가 공동주택관리법의 관리제도에 의해 본질적으로 변경되지 않도록 유의해야 한다).

31) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다27199 판결 (집합건물의 소유및관리에관한법률 제23조 제1항 소정의 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물에 있는 경우 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체라 할 것이고, 구분소유자로 구성되어 있는 단체로서 같은 법 제23조 제1항의 취지에 부합하는 것이면 그 존립형식이나 명칭에 불구하고 관리단으로서의 역할을 수행할 수 있으며, 구분소유자와 구분소유자가 아닌 자로 구성된 단체라 하더라도 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 겸유할 수도 있다).

32) 박태신, “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 그 개선방안에 관한 연구”, 『홍익법학』 제9권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2008.), 64-65면.

33) 대법원 2005. 12. 16.자 2004마515 결정.

시 미분양된 전유부분의 구분소유자도 관리단에 포함된다.³⁴⁾ 그러나 구분소유자 이외에 임차인은 집합건물에서 관리단의 구성원이 될 수 없다.³⁵⁾

2) 관리인

[관리인의 의의]

구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리인을 선임하여야 한다(집합건물법 제24조 제1항). 관리인은 관리단집회에 의해서 선임되거나 해임된다. 관리인은 공용부분의 보존행위, 공용부분의 관리 및 변경에 관한 관리단집회 결의를 집행하는 행위, 공용부분의 관리비용 등 관리단의 사무 집행을 위한 비용과 분담금을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위, 관리단의 사업 시행과 관련하여 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판 외의 행위 등을 할 수 있는 권한이 있다(동법 제25조 제1항).

[관리단과 관리인의 관계]

집합건물법 제24조 제1항은 명시적으로 “관리단을 대표하고 관리단의 사무를 집행할 관리인”을 선임하여야 한다고 규정함으로써 관리인이 관리단의 대표기관이자 집행기관임을 규정하고 있다. 관리인과 관리단의 관계는 집합건물법과 관리규약 등에 의해 규제를 받기도 하지만 그 이외에 민법의 위임에 관한 규정(민법 제680조 이하) 등도 적용될 수 있다. 따라서 관리인은 민법상 선량한 관리자의 주의의무를 부담하므로 이에 위배되는 행위를 하여서는 아니 된다. 매년 1회 이상 구분소유자에게 사무보고를 하여야 할 의무 이외에(집합건물법 제26조) 민법상 보고의무도 있다고 보아야 할 것이다(민법 제683조).³⁶⁾

3) 관리위원회

집합건물법에는 관리위원회에 관한 규정을 마련하고 있다. 관리단은 규약으로 정하는 바에 따라 관리위원회를 둘 수 있으며, 이에 해 설치된 관리위원회는 관리인의 사무 집행을 감독한다(집합건물법 제26조의3 제1항, 제2항). 관리위원회를 구성하는 위원은 구분소유자 중에서 관리단집회의 결의를 통해 선출하고, 이를 규약으로 달리 정하는 것도 가능하다(동법 제26조의4).³⁷⁾

III. 입주자대표회의와 관리단의 법적 성질

1. 관리단의 법적 성질

(1) 의의

관리단의 법적 성질에 대하여, 관리단은 독립된 자산이나 공시방법이 없고 관리단의 채무에 대하여 구분소유자는 무한책임을 부담한다(집합건물법 제27조)는 점에서 조합이라는 견해, 단체구성의 면에서는 사단성을 갖지만 관리단의 채무라는 측면에서는 구성원의 무한책임을 요구되는 조합적 성격을 함께 가진다는 견해가 있다. 그러나 다수의 견해는 관리단은 규약을 가지고 있고, 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등 조직을 갖추고 자치적 관리를 시작한 이상 구분소유 건물의 관리에 관한 권한 및 책임은 동 관리단에 귀속된다는 점에서 비법인사단으로 파악하는 것이 타당하다고 보고 있다.³⁸⁾

(2) 비법인사단으로서의 관리단

[조합과 비법인사단의 구별 기준]

민법상의 조합과 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는 것으로서, 조합은 2인 이상의 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되면서도 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여 비법인사단은 구성원의 개인성과는

34) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002다45284 판결.

35) 서울민사지방법원 1993. 2. 2. 선고91가합38971 판결 : 진상욱, 앞의 글, 26면.

36) 박태신, 앞의 글, 72-73면.

37) 강혁신, 앞의 글, 42면.

38) 진상욱, 앞의 글, 26-27면.

별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다. 외형상 단체로 보이는 경우에도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있어야만 비로소 비법인사단이라고 볼 수 있다.³⁹⁾

[관리인 선임에 따른 관리단의 법적 성질]

집합건물법상 관리단은 집합건물 및 그 대지와 부속시설의 관리를 목적으로 하고, 그 의사결정기관인 관리단 집회에서는 다수결의 원칙이 적용되며, 구분소유자는 당연히 관리단의 구성원이 되므로 구분소유자의 변경이 있더라도 그 단체는 그대로 존속하고, 관리단의 대표의 방법으로 관리인 제도가 있으며, 규약 및 집회의 규정이 있다.⁴⁰⁾ 관리단이 비록 규약이나 집회에 관한 구체적인 정함이 없더라도 구분소유자들의 변경에 관계없이 관리단은 존재하는 것이고, 그 목적이나 권한 등이 집합건물법에 규정되어 있으므로, 관리인을 선임하여야 하는 구분소유자가 10인 이상인 관리단은 특별한 사정이 없는 한 비법인사단으로 볼 수 있다.⁴¹⁾ 구분소유자가 10인 이상에 해당한다면 실제로 관리인이 선임되어 있지 않더라도, 그 관리단은 관리인을 선임하여야 하는 의무를 부담하고 있다는 점에서 비법인사단이라고 봄이 보다 타당하다.

한편, 구분소유자가 10인 미만인 관리단의 경우 그 목적이나 권한에 있어서는 구분소유자가 10인 이상인 관리단과 다르지 않으나, 관리인 선임에 대한 의무를 부담하지 않는다. 구분소유자가 10인 미만인 경우라도 관리인을 선임하였다면 그 관리단의 법적 성격은 구분소유자가 10인 이상인 관리단과 달리 볼 이유가 없다고 할 것이나, 만약 관리인을 선임하지 않았다면 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있지 않고, 그럴 의무도 없는 것이므로 비법인사단에 해당한다고 보기 어렵다. 즉, 구분소유자가 10인 이상인 관리단의 법적 성격은 비법인사단으로 볼 수 있고, 10인 미만인 경우에는 관리인의 선임 여부 등에 따라서 조합 또는 비법인사단으로 보아야 할 것이다.⁴²⁾

2. 입주자대표회의의 법적 성질

(1) 의의

[관리단과의 관계를 바탕으로 한 견해 대립]

입주자대표회의의 법적 성질에 대하여는 관리단과의 관계에서 논의가 이루어지고 있다. 즉, 입주자대표회의는 관리단의 기관으로 보아야 하므로 당사자능력이 인정될 수 없다는 입장(“내부기관설”)과 입주자대표회의가 관리단에 해당하는 실체를 갖는다고 보아야 하므로 당사자능력이 인정된다는 입장(“관리단동질설”) 등의 견해가 대립한다.⁴³⁾ 대법원은 입주자대표회의는 관리규칙을 제정하고 집행기구로서 집합건물의 관리사무소를 설치·운영하고 있는 법인 아닌 사단의 일종으로 당사자능력을 가지고 있다고 한다.⁴⁴⁾

[내부기관설과 관리단동질설]

내부기관설은 공동주택의 경우도 집합건물이므로 당연히 집합건물법 제23조 제1항에 의해 구분소유자 전원으로 관리단이 구성되고, 주택법상 입주자대표회의는 관리단이 설립된 것을 전제로 관리단의 관리행위를 위해 그 내부기관으로 구성되는 것이며, 그 대표기관으로서 집행기관인 임원(회장·이사·감사 등)의 선출 등을 규정한 것이라고 한다. 반면, 관리단동질설은 하나의 단체인 입주자대표회의는 공법상 표현이고 사법상으로는 관념적 단체인 관리단의 구체적 실현형태이므로, 공법상 공동주택의 관리권을 행사할 경우에는 입주자대표회의로서, 사법상 권한을 행사할 경우에는 관리단으로서 각 권한을 행사하는 것이라고 한다.⁴⁵⁾

39) 대법원 2001. 9. 28. 선고 99다27705 판결 등.

40) 송호열, 앞의 글, 255면.

41) 송호열, 앞의 글, 256면.

42) 진상욱, 앞의 글, 26~27면.

43) 문영화, 앞의 글, 129~130면.

44) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결.

45) 김봉채, “관리단과 입주자대표회의의 관계”, 『집합건물법학』 제7권(한국집합건물법학회, 2011.), 48면.

(2) 공법적 시각으로 바라본 입주자대표회의의 법적 성질

[내부기관설과 관리단동질설의 부당성]

먼저 입주자대표회의는 입주자등을 구성원으로 하는 단체가 아니라 입주자등에 의하여 선출된 동대표를 구성원으로 하는 점(공동주택관리법 제14조 제1항)에서 관리단과 법률적으로도, 실질적으로도 동일하다고 보기 어려운바, 관리단동질설은 타당하다고 보기 어렵다. 또한 관리단의 법률상 대표자 및 업무집행기관은 관리인이므로(집합건물법 제25조) 입주자대표회의를 관리단의 집행기관으로 보는 내부기관설도 타당하지 않다. 덧붙여 공동주택관리법상의 입주자등은 소유자 이외에 사용자를 포함하므로 집합건물법상의 구분소유자와는 차이가 있어서 구분소유자들의 관념상 단체인 관리단을 입주자등을 총원으로 하는 단체와 동일시할 수는 없기 때문에 법률적으로도 입주자대표회의를 관리단의 기관이라고 할 수도 없다.⁴⁶⁾

[공법적 단체로서의 입주자대표회의]

공동주택관리법은 공법적 성격을 가진 법, 즉 헌법상 국가의 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다는 이념(헌법 제35조 제3항)을 실현하기 위한 법으로 공법적 성격이 강한 법인데, 사법적 시각만을 가지고 파악하려는 입장에는 문제가 있는 것으로 생각된다. 공동주택도 집합건물에 해당하지만, 집합건물법과 공동주택관리법은 일반법과 특별법의 관계에 있으므로 공동주택관리법에서 정하고 있는 공동주택 관리에 대한 내용에 있어서는 공동주택관리법이 집합건물법에 우선한다.⁴⁷⁾ 공동주택 관리에 있어 입주자대표회의의 권한이 관리단의 권한에 우선하는 것으로, 입주자대표회의는 관리단과 구별되는 단체에 해당한다. 공동주택관리법에 공동주택의 관리권한을 부여하고 있는 이상 관리단은 아무런 관리권한이 없어서 사실상 존재할 여지가 없다.⁴⁸⁾

국가는 헌법 제35조 제3항에 따른 헌법상 의무로서 공동주택의 관리에 관한 의무를 부담하는데(공동주택관리법 제3조 제1항) 입주자대표회의의 공동주택 관리권한은 공동주택관리법에 의해 비로소 창설되는 것인 점, 입주자대표회의의 구성원인 동별 대표자는 선거구 입주자등의 보통·평등·직접·비밀선거를 통하여 선출된다는 점(동법 제14조 제3항), 동별 대표자 등의 선거에는 선거관리위원회에 의한 엄격한 선거관리가 이루어진다는 점(동법 제15조, 제16조), 시장·군수·구청장은 입주자대표회의의 구성원에게 입주자대표회의의 운영과 관련하여 필요한 교육을 실시하여야 한다는 점(동법 제17조), 지방자치단체의 장은 조례로 정하는 바에 따라 공동주택의 관리에 필요한 비용의 일부를 지원할 수 있다는 점(동법 제85조) 등을 종합적으로 고려하여 보면, 입주자대표회의는 주택단지라는 소규모 단체에서 입주자등을 대표하는 동별 대표자로 조직되는 대의기관에 해당한다고 봄이 타당하다.

IV. 입주자대표회의와 관리단 관리비의 법적 성질

1. 관리비의 개념

(1) 집합건물법상 관리비

집합건물법은 관리비에 관한 규정을 두고 있지 않다. 다만 집합건물법 제17조는 “각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담하며 공용부분에서 생기는 이익을 취득한다”고 규정하고, 동법 제25조 제1항 제2호는 관리인의 권한과 의무로 “공용부분의 관리비용 등 관리단의 사무집행을 위한 비용과 분담금을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위”라고 규정하고 있다. 위와 같은 규정을 바탕으로 살펴보면, 집합건물법상 관리비란 규약 또는 집회의 결의에 따라 관리단 등이 정기적으로(일반적으로 매월마다) 각 구분소유자에게 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용을 위하여 청구하여 징수하는 채권을 의미하는 것이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

(2) 공동주택관리법상 관리비

[공동주택관리법상 관리비의 의의]

공동주택관리법상 관리비는 당해 공동주택을 유지하고 관리하기 위하여 필요한 비용으로서 공동주택관리법이 정하는 비용을 말하고, 공동주택의 입주자등은 관리비를 관리주체에게 납부해야 한다(공동주택관리법 제23조 제1항). 관리주체가 관리비를 부과할 수 있

46) 문영화, 앞의 글, 130면.

47) 김봉채, 앞의 글, 51면.

48) 김종보 / 이준형 / 강신은, 앞의 책, 45면; 송호열, 앞의 글, 268면에서 재인용.

49) 박태신, "집합건물의 관리비에 관한 연구", 『집합건물법학』 제1권(한국집합건물법학회, 2008.), 52~53면.

는 법적 근거가 필요하고, 관리비의 내용에 부당한 항목이 포함되지 않도록 제한할 필요가 높아서 공동주택관리법에서 상세하게 규율하고 있다(동법 제23조 제2항 및 동법 시행령 제23조).⁵⁰⁾

[공동주택관리법상 관리비의 내용]

공동주택관리법은 관리비라는 명목으로 부과할 수 있는 비용의 세부항목들을 정하고 있다. 관리비는 집합건물의 입주자들이 한달 또는 일년 동안 집합건물의 관리활동을 지속적으로 유지하는데 필요한 인력·기술·장비에 소요되는 일체의 비용으로 사용한 전기·수도 등의 제반비용을 의미하는 사용료와 구분된다. 공동주택법상 관리비는 일반관리비, 청소비, 경비비, 소독비, 승강기유지비, 지능형 홈 네트워크 설비 유지비, 난방비, 급탕비, 수선유지비(냉방·난방시설의 청소비를 포함한다), 위탁관리수수료의 월별 금액의 합계액으로 하며, 비목별 세부내역은 공동주택관리법 시행령 [별표 2]와 같다(공동주택관리법 시행령 제23조 제1항).⁵¹⁾

2. 공동주택관리법과 집합건물법에 따른 관리비 징수

(1) 관리비 징수권자

[관리인과 관리주체의 관리비 징수]

집합건물법 제25조 제1항은 관리인의 권한과 의무로 “공용부분의 관리비용 등 관리단의 사무집행을 위한 비용과 분담금을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위”로 규정하고 있고, 공동주택관리법 제63조 제1항은 관리주체의 업무로 “관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행”을 규정하고 있다. 위 규정에 따라 집합건물법상 관리인과 공동주택관리법상 관리주체는 각각 집합건물법과 공동주택관리법에서 정한 관리비를 징수할 수 있는 권한을 가진다.

[관리비 채권의 귀속주체]

입주자대표회의가 주택관리업자를 선정하여 공동주택을 관리하게 하는 경우 관리비 징수는 주택관리업자의 업무에 속하는 것이기는 하나, 이러한 주택관리업자의 관리비 징수는 입주자대표회의로부터 그 징수업무를 위임받아 수행하는 데 지나지 아니하여 관리비 채권은 입주자대표회의에 귀속한다.⁵²⁾ 입주자대표회의가 자치관리하는 경우에도 마찬가지라 할 것이고, 따라서 관리주체가 관리비 징수업무를 수행한다고 하더라도 관리비 채권은 입주자대표회의에 귀속하는 것이라 봄이 타당하다.⁵³⁾

관리인은 관리단을 대표하고 관리단의 사무를 집행하는 자에 해당하는바(집합건물법 제24조), 관리인이 집합건물법상 관리비 징수업무를 수행한다고 하더라도, 관리비 채권이 관리단에게 속하는 것은 당연하다.

(2) 관리비 부담의무자

[집합건물법상 관리비 부담의무자]

집합건물법상 관리비의 징수권자인 관리인은 관리단의 집행기관에 해당한다. 앞서 살펴본 바와 같이 관리단은 구분소유자로만 구성되어 있고, 임차인 등을 구성범위에 포함하고 있지 않다. 임차인 등이 관리단의 구성원에 포함되지 않은 이유로 집합건물법 제17조는 “각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담하며 공용부분에서 생기는 이익을 취득한다”고 규정하여 공용부분의 관리비용을 각 공유자, 즉 집합건물의 구분소유자들에게 부담시키고 있을 뿐, 임차인 등 점유자를 관리비 부담의무자로 직접 예정하고 있지는 않은 것으로 보인다. 그렇다면 집합건물법상 관리비의 부담의무자는 원칙적으로 임차인 등이 아닌 구분소유자에 해당한다.

그러나 관리단은 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호간의 사항에 관하여 구분소유자 이외의 자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 관리규약으로 이를 정할 수 있고(집합건물법 제28조), 점유자는 구분소유자가 건물이나 대지 또는 부속시설의 사용과 관련하여 규약 또는 관리단집회의 결의에 따라 부담하는 의무와 동일한 의무를 부담하므로(동법 제42조 제2항) 관리단은 집합건물의 관리규약으로 구분소유자와 함께 그의 승낙을 얻어 실제 집합건물을 현실적으로 이용하여 이익을 향수 받는 임차인 등

50) 김종보, 앞의 책, 772면.

51) 김종보, 앞의 책, 772면.

52) 수원지방법원 1999. 12. 선고 99나4587 판결.

53) 공동주택관리법상 관리비 채권이 입주자대표회의에게 귀속된다는 점은 입주자대표회의의 법적 성질이 집합건물법상 관리단의 집행기관에 불과하다는 견해를 반박하는 논거에 해당하기도 한다.

점유자에 대하여 직접 관리비 지급의무를 부과하는 규정을 둘 수 있다. 실제로 대부분의 집합건물의 관리규약에는 구분소유자와 함께 임차인 등 점유자의 관리비 지급의무를 규정하는 것이 보통이다.⁵⁴⁾

[공동주택관리법상 관리비 부담의무자]

공동주택관리법은 의무관리대상 공동주택의 '입주자등'은 당해 공동주택의 유지관리를 위하여 필요한 관리비를 관리주체에게 납부하여야 한다고 규정하고 있다(공동주택관리법 제23조 제1항). 관리비 지급의무를 부담하는 입주자등은 공동주택의 소유자 등을 의미하는 입주자와 공동주택을 임차하여 사용하는 사람 등을 의미한다(동법 제2조 제1항 제5호 내지 제7호). 이와 달리 장기수선충당금에 대한 납부의무는 해당 주택의 소유자가 부담한다(동법 제30조 제1항).

사용자가 관리비를 납부하지 않은 경우 최종적인 관리비 납부의무자를 관리규약에 정하지 않았다면 그 납부의무자가 누가 되는지 불분명하다. 공동주택관리법은 집합건물법과 달리 관리비의 납부의무자로 입주자와 사용자 모두를 포함하고 있기 때문이다. 이에 대하여 관리비는 사용자 부담의 원칙에 따라 징수해야 할 것이므로 사용자가 관리비를 납부하지 않는다고 하여 소유자에게 부과할 수 없다는 해석이 있을 수 있다. 공동주택관리법은 소유권과 관련이 깊은 장기수선충당금은 주택의 소유자만이 부담하는 것으로 명확히 하면서 관리비는 입주자등이 납부하여야 하는 것으로 규정하고 있다는 점을 고려하여 볼 때 관리비 납부의무는 점유 자체에 근거하여 발생하는 것이라 봄이 타당한바, 이와 같은 해석은 타당한 것으로 보인다.

3. 체납관리비와 특정승계인을 통해 본 관리비의 법적 성질

(1) 특정승계인에 대한 체납관리비의 청구 문제

전(前) 소유자가 관리비를 체납한 공동주택에 대하여 경매 등에 의해 이러한 사실을 알지 못하는 경락자가 경락받은 경우 경락인이 전 소유자에 의해 체납된 관리비를 승계하는지 여부가 문제된다. 여기에서 말하는 특정승계인이란 개별적으로 권리를 취득한 자로 매매·증여 등의 거래에 의해 권리를 승계한 자, 강제경매 등의 실행으로 경매에 의해 매수한 자를 모두 포함한다.⁵⁵⁾ 그리고 이와 같은 문제는 관리단과 입주자대표회의의 관리비의 법적 성질을 파악함으로써 해결될 수 있는바, 이하에서는 그 법적 성질을 중심으로 이를 살펴보기로 한다.

(2) 특정승계인에 대한 집합건물법상 체납관리비의 청구

[집합건물법상 관리비의 법적 성질]

집합건물법 제18조는 “공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다.”고 규정하고 있다. 대법원은 위 규정을 근거로 집합건물법상 체납관리비와 특정승계인 문제를 해결하는데, 이는 관리단이 행사하는 관리비 징수권은 공유자의 민사상 청구권에 기초한 것이라는 점을 전제로 한다. 즉, 대법원은 “피고와 같은 관리단은 집합건물법 제18조가 규정한 공유자는 아니라고 할지라도, 원래 각 공유자는 민법의 공유관계 규정에 따라 공용부분을 관리하여야 하고 자기 지분을 넘는 비용을 지출한 공유자는 그렇지 아니한 다른 공유자에 대하여 이를 청구할 수 있는데(민법 제266조 참조), 집합건물의 구분소유자의 단체인 피고와 같은 관리단 등이 행사하는 공용부분에 대한 관리비 징수권은 위와 같은 각 공유자의 청구권에 기초하여 부여된 것이라고 할 것이므로, 피고는 집합건물법 제18조 소정의 채권을 행사할 수 있는 공유자에 준한 지위를 가진다고 보아도 무방할 것이다.”고 판단하고 있다.⁵⁶⁾

관리단은 집합건물의 공용부분을 공유하는 구분소유자들로 이루어진 단체이고, 민법의 특별법에 해당하는 집합건물법은 관리비에 대해 별다른 규정을 두고 있지 않다는 점 등을 고려하여 보면, 집합건물법상 관리비 징수권은 민법 제266조에 근거한 공유자의 청구권에 해당한다고 봄이 타당하다.

[공용부분 관리비의 특정승계인으로서의 승계]

집합건물법 제18조⁵⁷⁾는 집합건물의 공용부분은 전체 공유자의 이익에 공여하는 것이어서 공동으로 유지·관리해야 하고 그에 대한

54) 박태신, 앞의 글, 55면.

55) 박태신, 앞의 글, 59-61면.

56) 대법원 2001. 9. 20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결.

57) 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 집합건물의 적정한 유지와 관리를 위한 재원 확보를 위하여 특별승계인에게 전 구분소유자가 미납한 공용부분에 관한 관리비를 부담하도록 하고 있다. 체납관리비를 누가 부담할 것인지는 당사자들 사이의 이해관계, 체납관리비의 성격 등을 고려하여 결

적정한 유지·관리를 도모하기 위하여는 소요되는 경비에 대한 공유자간의 채권은 이를 특히 보장할 필요가 있어 공유자의 특별승계인에게 그 승계사유의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 특별규정을 둔 것에 해당한다. 다만, 공용부분에 대한 비용과 관계없는 전 소유자의 전유부분에 대한 체납관리비에 대해서까지 이를 제3자에게 승계시키는 것은 특별승계인에게 지나친 손해를 입게 하는 것이 되므로 그 조화를 꾀하고, 집합건물의 특별승계가 이루어질 경우 체납관리비에 대한 공시제도가 마련되지 않아 특별승계인에게 발생할 수 있는 불이익도 고려하여 승계되는 채무의 범위를 공용부분 관리비에 한정하려는 규정이다.⁵⁸⁾ 따라서 집합건물법상 관리단은 집합건물법 제18조에 근거하여 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비 중 공용부분에 해당하는 관리비에 대한 납부를 청구할 수 있다.

(3) 특정승계인에 대한 공동주택관리법상 체납관리비의 청구

[공동주택관리법상 관리비의 법적 성질]

공동주택관리법상 관리비 징수권은 민법 제266조에 근거한 공유자의 청구권에 해당한다고 보기 어렵다. 집합건물법은 관리비의 원칙적인 부담주체를 공용부분의 공유자에 해당하는 구분소유자로 규정하고 있는 반면, 공동주택관리법은 관리비의 부담주체를 입주자 등으로 하여 공용부분의 공유자에 해당하지 않는 사용자를 포함시키고 있기 때문이다.

앞서 살펴본 바와 같이 공동주택관리법상 입주자대표회의는 주택단지라는 소규모 단체에서 입주자들을 대표하는 동별 대표자로 조직되는 대의기관에 해당한다고 봄이 타당하다. 이와 같은 입주자대표회의의 법적 성질을 기준으로, 집합건물법과 달리 공동주택관리법은 입주자대표회의가 징수할 수 있는 관리비의 내용을 자세하게 정하고 있다는 점(공동주택관리법 제23조 제2항, 동법 시행령 제23조), 국가 또는 지방자치단체인 관리주체가 관리하는 공동주택의 관리비가 체납된 경우 국가 또는 지방자치단체는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 관리비를 강제징수할 수 있다는 점(공동주택관리법 제91조) 등을 고려하여 볼 때, 입주자대표회의가 공동주택관리법에 기하여 행사하는 관리비 징수권은 공법적 성격이 강한 것으로 보인다.

[공동주택관리법에 정하지 아니하는 관리비 징수의 불가]

입주자대표회의가 공동주택관리법에 기하여 행사하는 관리비 징수권은 공법적 성격을 가지므로, 입주자대표회의는 공동주택관리법에서 정한 범위를 넘어서서 관리비 징수권을 행사할 수 없다. 아울러 관리단과 입주자대표회의가 행사하는 관리비 징수권의 법적 성질이 서로 다른 이상, 공동주택관리법상 입주자대표회의의 관리비 징수권에 대하여 특별승계인에 대한 집합건물법상 관리비의 청구 근거가 되는 집합건물법 제18조가 적용될 여지도 없다.

공동주택관리법에는 집합건물법 제18조와 같은 규정이 존재하지 않는다. 공동주택관리법 제18조 제4항은 “관리규약은 입주자들의 지위를 승계한 사람에 대하여도 그 효력이 있다”고 규정하고 있다. 그러나 위 규정은 체납관리비의 특정승계에 대한 근거가 되지 못한다. 대법원 역시 공동주택관리법 제18조 제4항과 유사한 내용인 공동주택관리령 제9조 제4항⁵⁹⁾은 공동주택 입주자들이 공동주택의 관리, 사용 등의 사항에 관하여 관리규약으로 정한 내용은 그것이 승계 이전에 제정된 것이라고 하더라도 승계인에 대하여 효력이 있다는 뜻으로서, 관리비와 관련하여서는 승계인도 입주자로서 관리규약에 따른 관리비를 납부하여야 한다는 의미일 뿐, 그 규정으로 인하여 승계인이 전 입주자의 체납관리비까지 승계하게 되는 것으로 해석할 수는 없다고 판단하였다.⁶⁰⁾

그렇다면 공동주택관리법에는 승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비를 청구할 근거규정이 존재하지 않고, 입주자대표회의의 관리비 징수에 있어 집합건물법 제18조를 적용할 수도 없으므로, 공동주택관리법상 입주자대표회의는 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비에 대한 납부를 청구할 수 없다고 보아야 한다.⁶¹⁾

정하여야 할 것인데, 체납관리비의 채무자인 전 소유자로부터 소유권을 취득한 특별승계인은 전 소유자에 대하여 구상권을 행사하는 것이 비교적 용이한 점, 체납관리비는 특별승계인이 취득한 구분소유권과 관련하여 집합건물의 유지·관리에 사용된 비용이어서 다른 구분소유자들이 공통으로 부담할 성격의 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 전 소유자의 체납관리비를 특별승계인에게 승계시킨 것이 부당하다고 할 수 없다. 이 사건 법률조항으로 제한되는 이익은 체납관리비를 지급한 다음 전 구분소유자로부터 구상을 받지 못할 위험에 처하는 것이다. 그런데 이는 계약 시 조금만 주의를 기울이면 매매과정이나 경매 시 입찰과정에서 고려될 수 있으므로, 이 사건 법률조항으로 달성하려는 집합건물의 적정한 유지·관리라는 공익에 비하여 중하다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 재산권을 침해하지 아니한다”고 하였다(헌법재판소 2013. 5. 30.자 2011헌바201 결정).

58) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결.

59) 공동주택관리령(2003. 6. 30. 대통령령 제18044호로 개정된 것) 제9조 (공동주택관리규약) ④ 관리규약은 입주자의 지위를 승계한 자에 대하여도 그 효력이 있다.

60) 대법원 2001. 9. 20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결.

61) 서울시 공동주택 관리규약 제26조 제1항은 “관리주체는 입주자의 지위를 승계한 자에 대하여도 관리비등의 채권을 행사할 수 있다”고 규정하고, 동조 제2항은 “관리비등을 입주자들이 체납한 때에는 입주자의 지위를 승계한 자가 부담하여야 한다. 특별승계인의 경우에는 집합건물법 제18조를 준용한다”고 규정하고 있으나, 위와 같은 규약의 내용은 관리규약에서 정할 수 있는 범위를 넘어서는 것으로 무효라고 보아야 한다.

V. 결론

집합건물법의 관리단은 구분소유자 전원을 구성원으로 결성된 단체로서 건축법에 의한 건축허가를 얻어 건축된 집합건물에 대한 관리를 담당한다. 반면, 공동주택관리법의 입주자대표회의는 입주자들을 대표하는 동별 대표자 등으로 구성된 단체로서 주택법에 의한 사업승인을 받아 건설된 공동주택에 대한 관리를 담당한다.

집합건물법은 집합건물의 관리를 민사적으로 접근한 것으로, 집합건물의 관리를 소유권의 권능에 상응하는 개념으로 접근한다. 반면, 공동주택관리법은 공동주택에 대한 국가의 관리권이 입주자대표회의 등에 위탁된 것으로 보아 공동주택의 관리를 공법적으로 바라본다. 입주자대표회의의 법적 성질과 관련하여 입주자대표회의가 관리단과 동일하다거나 관리단의 집행기관에 불과하다는 견해가 있으나, 구분소유권의 행사를 위한 사법상 단체인 관리단과 국가의 관리권을 위탁받은 공법적 성격이 강한 단체인 입주자대표회의를 동일선 상에서 비교하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 입주자대표회의의 관리권한이 공동주택관리법에 의해 비로소 창설된다는 점 등을 고려하여 보면, 입주자대표회의는 주택단지라는 소규모 단체에서 입주자들을 대표하는 동별 대표자로 조직되는 대의기관에 해당한다고 봄이 타당하다.

집합건물법상 관리단이 행사하는 관리비 징수권은 민법 제266조에 근거한 공유자의 청구권에 해당한다. 그리고 집합건물법 제18조는 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특정승계인에 대하여도 행사할 수 있다고 규정하고 있는바, 집합건물법상 관리단은 위 규정에 근거하여 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비 중 공용부분에 해당하는 관리비에 대한 납부를 청구할 수 있다. 반면, 공동주택관리법상 입주자대표회의가 행사하는 관리비 징수권은 입주자대표회의의 법적 성질 등을 고려하여 보면 공법적 성격이 강한 것으로 보인다. 그렇기 때문에 입주자대표회의는 공동주택관리법이 정한 범위를 넘어서서 관리비 징수권을 행사한다고 볼 수 없고, 공동주택관리법은 집합건물법 제18조와 같은 규정을 두고 있지 않은바, 입주자대표회의는 특정승계인에 대하여 전 입주자의 체납관리비에 대한 납부를 청구할 수 없다고 보아야 한다.

투고일 2023. 8. 20. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 10.

참고문헌

- 김중보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018
- 김중보, “주상복합건축물의 개념과 특례”, 『법학논문집』, 제30권 제2호(중앙대학교 법학연구원, 2006.)
- 강원일, “주상복합건축물의 관리주체에 관한 문제”, 『지평지성 건설부동산Newsletter』, 제20호(2012. 3.)
- 강희신, “주택법상의 입주자대표회의와 2013년 개정 집합건물법상의 관리위원회와의 법률적 지위에 관한 비교 고찰”, 『민사법의 이론과 실무』 제17권 제3호(민사법의 이론과 실무학회, 2014.)
- 김봉채, “관리단과 입주자대표회의의 관계”, 『집합건물법학』, 제7권(한국집합건물법학회, 2011.)
- 문영화, “입주자대표회의의 임의적 소송담당”, 『성균관법학』, 제30권 제3호(성균관대학교 법학연구원, 2018.)
- 박태신, “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 그 개선방안에 관한 연구”, 『홍익법학』, 제9권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2008.)
- 박태신, “집합건물의 관리비에 관한 연구”, 『집합건물법학』, 제1권(한국집합건물법학회, 2008.)
- 송호열, “집합건물법상의 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』, 제46호(동아대학교 법학연구소, 2010.)
- 진상욱, “입주자대표회의의 법적 지위”, 『토지법학』, 제31권 제2호(한국토지법학회, 2015.)
- 최창렬, “공동주택인 집합건물의 관리주체에 관한 소고”, 『토지공법연구』, 제79권(한국토지공법학회, 2014.)

ABSTRACT

Comparison between Council of Occupants' Representatives and Managing Body

Jeong, Soho*

There are two perspectives regarding the right to manage an apartment complex. First, the management right of an apartment complex can be derived by collecting all divided ownership rights as an apartment building (a civil approach). Second, the power of the community or the state is partially divided and handed over to the apartment complex (public law approach). The Act on Ownership and Management of Condominium Buildings is a civil approach to the management of collective buildings. It addresses the issue of management of collective buildings as a concept corresponding to the authority of ownership. In this case, the managing body of the collective buildings becomes a management group comprising all the divided owners. In contrast, the Multi-Family Housing Management Act views the management of apartments as public law, considering that the government's right to manage apartments is entrusted to the council of occupants' representatives.

Regarding the legal nature of the management group, there is a view that the management group has a cooperative nature. However, this group has rules and an organization, such as having a representative who is a decision-making body and an executive body. It is reasonable to identify it as an unincorporated association, in that it belongs to the management group. Regarding the legal nature of the council of occupants' representatives, there is a perspective that the council of occupants' representatives is the same as the management group, or it is merely an executive body of the management group. It is difficult to see that it is reasonable to compare the council of occupants' representatives, which is an organization with a strong character, on the same line. Considering the fact that the management authority of the council of occupants' representatives is only established under the Multi-Family Housing Management Act, it is reasonable to consider that the council of occupants' representatives corresponds to a representative organization created by representatives of occupants in a small group called a housing complex.

The problem of claiming management expenses in arrears against a specific successor can be resolved by identifying the legal nature of management expenses of the management group and the council of occupants' representatives. Under the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, the right to collect management fees exercised by the management group corresponds to the claim of co-owners based on Article 266 of the Civil Act. Additionally, Article 18 of the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings stipulates that the claim that a co-owner has against another co-owner in relation to a common part can be exercised against the special successor. One can claim payment of the management fee corresponding to the common part of the management fee in arrears. In contrast, the right to collect management fees exercised by the council of occupants' representatives under the Multi-Family Housing Management Act tends to have a strong public law character, considering the legal nature of the council of occupants' representatives. Therefore, it cannot be considered that the council of occupants' representatives exercises the right to collect management fees beyond the scope defined in the Multi-Family Housing Management Act. Additionally, as the Multi-Family Housing Management Act does not have the same provisions as Article 18 of the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, the council of occupants' representatives cannot be regarded as exercising the right to collect management fees beyond the scope defined in the Multi-Family Housing Management Act. It is reasonable to assume that one cannot claim payment of the management fee for arrears.

Key word : Management Group, Council of Occupants' Representatives, Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, Multi-Family Housing Management Act, Management Fee

* Judge, Busan District Court Eastern Branch Court.

논문 / ARTICLE

신탁재산의 공시수단인 체비지대장과 체비지 소유권 취득의 관계 - 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018도13604 판결에 대한 대응 -

유현정*

국문초록

최근 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018도13604 판결로 도시개발법상 체비지 양수인은 채권적 청구권을 취득하였다가 사업시행자로부터 소유권이전등기를 받아 소유권을 취득하게 될 뿐이며, 구 토지구획정리법상 해석론에 따라 체비지대장 등에 기재하여 공시할 경우 물권 유사 사용수익권을 취득할 수 있다는 법리는 더 이상 인정될 수 없다는 점이 분명해졌다. 한편, 신탁법은 현행 법령상 유일하게 체비지대장에 관한 규정을 두고 있다. 신탁법은 체비지대장 기재를 통해 신탁재산을 공시하여 제3자에게 대항할 수 있도록 한다. 그러나 아직 양수인이 체비지의 소유권을 취득하지 못한 상태라면 체비지가 신탁재산임이 공시되더라도 특별한 효용이 없다. 결국 사업시행자가 체비지를 임의로 제3자에 매각하는 것을 통제할 방안이 필요하다. 가처분 및 정관 개정 등으로 이러한 위험을 저감할 수는 있지만, 사업시행자가 제3자에게 소유권이전등기를 마친 경우 그 효력을 부정할 수 없다는 한계가 있다. 체비지 소유권의 귀속에 관한 불안정성은 체비지의 가치를 떨어뜨린다. 도시개발사업에서 체비지를 두도록 한 취지를 고려하여 입법적 개선이 필요하다.

주제어 : 도시개발법, 체비지, 체비지대장, 물권 유사 사용수익권, 신탁재산, 공시의무



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230009>

Received: August 16, 2023

Revised: September 6, 2023

Accepted: September 11, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://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.

목차

- I. 문제의 소재
- II. 체비지대장과 신탁재산의 공시의무
- III. 체비지에 대한 담보가치 확보 방안
- IV. 결론

* 법무법인(유) 지평 변호사

I. 문제의 소재

1. 도시개발법 제정 후 체비지에 관한 견해의 대립

도시개발법에 따른 도시개발사업은 수용 방식이나 환지 방식 또는 이를 혼용하는 방식으로 시행할 수 있다(도시개발법 제21조). 환지 방식은 권리배분계획인 환지계획을 수립한 후(도시개발법 제28조), 환지계획에 따른 집행행위인 환지처분(도시개발법 제40조)에서 토지 소유권의 변경이나 생성, 소멸 효과를 부여한다는 점에서 수용 방식과 차이가 있다.¹⁾ 환지 방식에서는 사업비용을 충당하기 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 보류지로 정해 남길 수 있으며, 사업시행자는 그중 일부를 체비지로 정하여 매각할 수 있다(도시개발법 제34조).

그런데 도시개발법에 따른 환지 방식의 도시개발사업에서 체비지가 환지처분 이전에 매각된 경우, 매수인이 취득하는 권리에 관해 견해의 대립이 있다. 도시개발법 제정 이전, 구 토지구획정리사업법²⁾에 따른 사업에서는 체비지 매수인이 토지 인도 또는 체비지대장 등재 중 어느 하나의 공시방법을 갖추었다면 물권 유사의 사용·수익권을 취득하고, 환지처분 공고일 다음 날에 소유권을 원시취득한다는 대법원 판례에 근거해 체비지에 관한 법률관계가 정리되어 있었다.³⁾ 그런데 체비지의 소유권 취득에 관해 구법과 도시개발법상 문언에 차이가 있어(도시개발법 제42조 제5항), 매수인이 매매계약에 기한 채권적 청구권만을 보유한다는 해석론이 유력하게 제기되었고, 하급심의 결론도 나뉘었다.⁴⁾

2. 관련 쟁점에 관한 최근 대법원 판결

최근 대법원에서는 “체비지 매수인이 갖는 권리는 매매계약에 기한 채권적 청구권이므로 공시방법이 요구되지 않고, 사업시행자가 체비지대장상 양수인의 명의를 말소하더라도 배임죄가 성립하지 않는다”는 판결을 선고했다(대법원 2022. 10. 14. 선고 2018도13604 판결, 이하 ‘대상판결’).

가. 관련 법리

2) 구 토지구획정리사업법 제57조 제4항은 토지구획정리사업의 시행자로 하여금 사업에 소요되는 비용을 충당하기 위하여 체비지로 지정한 토지를 환지처분 전에 제3자에게 사용 또는 수익하게 하거나 이를 처분할 수 있도록 규정하였으나, 체비지의 소유권 취득에 관하여 같은 법 제62조 제6항은 “제54조의 규정에 의한 체비지(제57조 제4항의 규정에 의하여 이미 처분된 것을 제외한다)는 시행자가, 보류지는 환지계획에 정한 자가 환지처분의 공고가 있는 날의 익일에 각각 그 소유권을 취득한다.”고만 규정하였다. 이에 따라 대법원은, 토지구획정리사업의 시행자가 환지처분 전에 체비지 지정을 하여 이를 제3자에게 처분하는 경우 매수인이 토지의 인도 또는 체비지대장상의 등재 중 어느 하나의 공시방법을 갖추었다면 매수인은 당해 토지에 관하여 환지처분 시 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로서 물권 유사의 사용수익권을 취득하여 당해 체비지를 배타적으로 사용·수익할 수 있음은 물론이고 다시 이를 제3자에게 처분할 수도 있는 권능을 가지며, 그 후 환지처분공고가 있으면 그 익일에 최종적으로 체비지를 점유하거나 체비지대장에 등재된 자가 소유권을 원시적으로 취득하게 된다고 보았다(대법원 1995. 3. 10. 선고 93다57964 판결, 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다44886 판결 등 참조).

그런데 구 토지구획정리사업법이 폐지되고 2000. 1. 28. 법률 제6242호로 도시개발법이 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행되었으나, 현행 도시개발법은 체비지의 소유권 취득에 관하여 제42조 제5항에서 “제34조에 따른 체비지는 시행자가, 보류지는 환지 계획에서 정한 자가 각각 환지처분이 공고된 날의 다음 날에 해당 소유권을 취득한다. 다만, 제36조 제4항에 따라 이미 처분된 체비지는 그 체비지를 매입한 자가 소유권 이전 등기를 마친 때에 소유권을 취득한다.”고 규정함으로써 구 토지구획정리사업법 제62조 제6항의 규정과 달리 도시개발사업의 시행자로부터 환지처분 이전에 체비지로 지정된 토지를 매수한 자는 환지처분의 공고가 있는 후 그 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 경우에 소유권을 취득한다는 점을 분명히 하였다. 따라서 도시개발법에 따라 이루어진 도시개발사업의 시행자는 체비지로 지정된 토지에 관하여 환지처분 공고 다음 날에 소유권을 원시적으로 취득하게 되나, 당해 체비지를 매수한 자는 토지를 점유하거나 체비지대장에 등재되었다고 하더라도 소유권이전등기를 마친 때에 비로소 소유권을 취득하게 된다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2016다233729 판결 참조).

따라서 환지처분 전 시행자로부터 체비지를 매수한 자 또는 그 전매수인이 자신의 매도인에 대하여 가지는 체비지에 관한 소유권이전등기청구권 등의 권리는 모두 매매계약에 기한 채권적 청구권으로서, 이를 행사하기 위하여 체비지대장상의 등재와 같은 공시방법이 별도로 요구되는 것이 아니다.

1) 수용방식의 도시개발사업은 실시계획까지만 진행되고 권리배분에 관한 절차는 없다. 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 754면.

2) 1966. 8. 3. 법률 제1822호로 제정되어, 2000. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지되었다. 이하 문맥에 따라 ‘구법’이라고도 한다.

3) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87다카1149 판결 등 다수.

4) 도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 논의는 이수안, “도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2022 ; 이동진, “체비지의 소유권 귀속·변동 및 그에 대한 보전처분·강제집행”, 『재판과 판례』, 대구판례연구회(2014) ; 허승, “체비지에 관한 법률관계와 그 강제집행 및 보전처분”, 『민사집행법연구』 제13권, 한국사법행정학회(2017) 참조.

대상판결에서 A도시개발사업조합은 B회사와 공사도급계약을 체결하고 기성금 명목으로 체비지대장에 B회사를 소유권 취득자로 등재해주었다(소위 ‘대물변제’). 이후 B회사는 이를 제3자 C에게 전매했다. 준공 무렵 A의 조합장은 공사비가 과다하다는 이유로 B에게 민사소송을 제기하면서 승소할 경우 채권 확보를 위해 C의 동의 없이 B와 C의 체비지대장상 명의를 각 말소했다. 이러한 사실관계를 전제로 대법원은 체비지대장에의 등재가 환지처분 전 체비지 양수인이 취득하는 채권적 청구권의 공시 방법이라고 볼 수 없으므로, A 도시개발사업조합은 체비지 전매수인인 피해자와의 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자가 될 수는 없고, A 조합이 B 내지 C의 체비지대장상 명의를 말소한 행위만으로 피해자의 재산상 실해 발생의 위험이 야기되었다고 볼 수는 없다고 판단했다.

특히 대법원은 체비지 양수인인 C가 가지는 권리는 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 등 채권적 청구권이고, A조합으로부터 직접 체비지를 취득한 B 역시 A조합에 대해 체비지 양도계약에 따른 소유권이전등기청구권 등 채권적 청구권을 지닐 뿐이고, 이에 대해 체비지대장은 어떤 역할도 하지 못한다는 점을 분명히 하였다. 대상판결에 대하여 대법원 공보연구관실에서 발행한 보도자료에서도 공보관의 주석을 달아 “체비지대장에의 등재가 환지처분 전 체비지 양수인이 취득하는 채권적 청구권의 공시방법이라고 볼 수 없다”는 것은 “체비지 양수계약에 의해 취득하는 채권적 청구권과 소유권이전등기에 의해 취득하는 소유권의 중간 단계에서의 물권 유사 사용수익권이라는 것은 인정되지 않는다는 취지”라는 점을 분명히 했고, “구 토지구획정리사업법에 따라 체비지대장에 등재된 체비지 양수인의 법적 지위와 달리, 현행 도시개발법에 따라 체비지대장에 등재된 체비지 양수인의 법적 지위는 물권 유사 권리의자가 아니라 매매 등 계약에 기한 채권적 청구권자에 불과”하다고 정리했다.⁵⁾

3. 쟁점

대상판결로 인해 현재 대법원이 도시개발법상 환지처분 전 체비지 양수인의 권리를 채권적 소유권이전등기청구권으로 파악하고 있다는 점은 분명해졌다. 대상판결의 타당성에는 상당한 반론이 제기될 수 있다.⁶⁾ 그럼에도 대법원은 도시개발법 제42조 제5항의 문언 및 민법상 소유권 이전의 일반원칙 등을 따른다면 구 토지구획정리사업법상 해석론을 변경하는 것이 불가피하다고 판단하였다.⁷⁾

대법원의 입장처럼 도시개발법상 환지처분 전 체비지 양수인의 권리가 채권적 소유권이전등기청구권이라면 매수인(양수인)은 제3자와 비교해 우선적 권리를 주장하기 어렵다. 이에 체비지를 매각하여 그 대금을 취득하거나 담보로 제공하는 등 도시개발법이 예정하는 체비지의 목적을 달성하는 데 중대한 장애가 초래될 가능성이 있다.

한편, 신탁법 제4조는 체비지대장에 신탁재산임을 표시할 경우 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다고 한다.⁸⁾ 대항력은 일반적으로 자신이 보유한 권리를 제3자에게 주장할 수 있는 법률상의 힘을 의미한다. 그렇다면 신탁법에 따라 신탁재산임을 공시할 경우 수탁자는 제3자에 대하여 체비지에 대한 우선적 권리를 주장할 수 있는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

결론부터 말하자면 신탁법에 있어서 신탁재산의 공시의무와 권리변동을 위한 공시는 그 목적과 효과가 다르므로 체비지에 대해 우선적 권리를 주장할 수는 없다. 그러나 대상판결로 인해 초래된 체비지 처분에 있어서의 어려움을 극복할 수 있는 방안은 여전히 필요하다. 도시개발사업조합이 체비지를 통해 비용을 조달해야 할 필요성이 상존하고, 체비지 매수인의 권리가 취약하다면 이를 담보로 조달할

5) 대법원 공보연구관실, 2022. 11. 10.자 대법원 2018도13604 배임 사건 보도자료.

6) 각주 4번 참조. 하급심 판결 중에서는 대구지방법원 포항지원 2019. 11. 21. 선고 2019가단101531 판결 및 대구지방법원 포항지원 2019. 11. 21. 선고 2018가단107341 판결에서 그 이유가 자세히 실시되어 있다. 요약하자면 ① 체비지가 아닌 환지에정지에 대한 피지정자의 사용수익권과 체비지의 사용수익권의 성격을 달리 취급할 근거가 없다는 점, ② ‘처분’의 의미상 환지처분 이전에 시행자가 가지고 있던 권리가 이전된다고 보아야 한다는 점, ③ 도시개발법 제42조 제5항 단서는 등기를 마치기 전까지 체비지의 사용·수익권의 취득에 대해서 직접 정하고 있지 않으므로 체비지 매수인의 소유권 취득시만을 규정한 것으로 해석할 수 있다는 점 ④ 체비지의 입법목적상 교환가치를 최대로 할 필요가 있다는 점이다.

7) 대법원의 결론을 뒷받침하는 이유들은 부산고등법원 2021. 5. 6. 선고 2019노470 판결에서 확인할 수 있다. 요약하자면 ① 배타적 권리인 ‘물권 유사 사용수익권’을 취득한 제1차 매수인과 소유권을 취득한 제2차 매수인 사이의 권리관계를 가릴 수 없고 ② 제1차 매수인이 ‘물권 유사 사용수익권’을 소유권자인 제2차 매수인에게까지 대항할 수 있다고 하면, ‘사용수익권 없는 소유권’ 내지 ‘부동산의 사용수익권’이라는 물권을 창설하는 결과가 되고 ③ 현행 도시개발법상 체비지의 점유 또는 체비지대장상 소유자로 등재된 매수인에게 당해 체비지의 소유권 원시취득을 인정할 수 없으므로, 아무리 체비지 매수인에게 ‘물권유사의 사용수익권’이라는 대체적 권리를 인정하여 그의 지위를 보호하고자 하여도 종국적으로 환지처분이 이루어진 뒤에 이중매수인 등 다른 사람이 적법한 원인에 기하여 소유권이전등기를 마치고 소유권을 취득하는 것을 막을 수 없다는 것이다.

8) 신탁법 제4조(신탁의 공시와 대항) ① 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다.

② 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 관하여는 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다.

③ 제1항의 재산권에 대한 등기부 또는 등록부가 아직 없을 때에는 그 재산권은 등기 또는 등록할 수 없는 재산권으로 본다.

④ 제2항에 따라 신탁재산임을 표시할 때에는 대통령령으로 정하는 장부에 신탁재산임을 표시하는 방법으로도 할 수 있다.

수 있는 금융의 규모도 작아질 것이기 때문이다. 현행 법률의 합목적적 해석으로 문제를 해결할 수 없다면, 이를 보완할 수 있는 다른 수단이 있는지 모색해본다.

우선 체비지대장의 현행법상 지위를 살펴보고, 그 후 신탁법상 신탁재산과 공시의무 조항의 적용 가능성을 검토한다. 그리고 이를 보완하기 위한 수단 및 입법론에 대해 살핀다.

II. 체비지대장과 신탁재산의 공시의무

1. 체비지대장의 법적 지위

(1) 도시개발법상 근거

도시개발법 및 같은 법 시행령에는 ‘체비지대장’이 등장하지 않는다. 정의규정도 없고, 그 내용이나 서식도 정하고 있지 않다. 다만 도시개발법은 환지계획에 “체비지 또는 보류지의 명세”를 포함하도록 한다(도시개발법 제28조 제1항 제4호). 환지계획이란 도시개발사업으로 인하여 조성된 대지를 어떻게 분배할 것인지 초점을 맞추어 사업시행자가 입안하고 시장·군수의 인가를 통하여 확정되는 행정계획이다. 환지계획에는 정리된 구획에 따라 새로운 토지의 소유자를 확정하는 사항이 담긴다.⁹⁾ 특히 환지의 경우에는 새로운 소유자가 환지계획에 명시된다. 그러나 환지와 달리, 체비지 또는 보류지는 환지계획에 특정한 구획(예컨대, A블록 B롯트)이 체비지 또는 보류지로 정해진다는 점은 기재되지만 해당 체비지나 보류지가 귀속될 소유자에 관한 내용이 포함되지는 않는다.

도시개발법에서 정하는 서류 중 체비지에 관한 것으로는 “체비지 매각 내역서”도 있다. 도시개발법상 사업시행자는 도시개발사업의 시행에 관한 사항을 공개해야 할 의무가 있는데(도시개발법 제72조 제2항), 이때 공개 대상 문서 중 체비지 매각 내역서가 포함되어 있다. 그러나 도시개발법령상 체비지 매각 내역서에 대해서도 정해진 서식이 있는 것은 아니다. 또한 국토교통부훈령인 도시개발업무지침에서는 국가나 지방자치단체가 아닌 사업시행자가 용역비, 공사비 등을 현물로 지급하려고 하는 경우에는 관할 시·도지사로부터 확인을 받아야 한다고 정하면서(제3장, 7-3-2), 별지 제2호서식으로 체비지 확인서를 제공하고 있다.

[별지 제2호서식] 체비지 확인서 (7-3-2. 관련)

지구명	위치		면적 (㎡)	비고
	블록	롯트		

위 토지는 도시개발법 제28조의 규정에 따라 환지계획으로 정한 ○○도시개발사업의 체비지임을 확인함.

<그림 1> 도시개발업무지침상 체비지 확인서. 출처 : 도시개발업무지침

그리고 체비지의 관리·처분은 시행자가 정관으로 정하여 시행할 사항이다(도시개발법 제44조). 인천광역시에서 제공한 표준정관에서는 “체비지 등의 처분방법”을 총회의결사항으로 하고 있고(표준정관 제19조), 체비지 등 관리 및 처분 매각의 기준 등에 대하여는 세칙으로 정하도록 하고 있다(표준정관 제48조).¹⁰⁾ 조합 방식의 사업에 적용되지는 않지만, 지방자치단체가 시행자가 되는 경우 체비지의 관리를 위한 조례 또는 도시개발사업의 시행을 위한 조례를 따로 제정하는 경우도 있다. 비교를 위해 살펴보면 「서울특별시 도시개발 체비지 관리 조례 시행규칙」에서는 관리자에게 체비지총괄대장, 체비지매각대장, 체비지매각총괄대장 등을 작성하여 비치할 의무를 부과하고 있으며 각 서식을 제공하고 있다(시행규칙 제15조, 1 내지 3호).

9) 김종보, “환지계획의 처분성 - 대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결 평석”, 『행정판례평선(개정판)』, 한국행정판례연구회(2011), 1231면.

10) 인천광역시, 인천광역시 도시개발 표준정관, <https://www.incheon.go.kr/build/BU070201/1494344> (2023. 8. 3. 검색).

[별지 제24호서식]

체비지 총괄대장									
구역명	공구	구획 번호	호수	면적 (㎡)	책정 년월일	매각 년월일	현황	분할 유무	비고 (변경사유)

<그림 2> 서울시 도시개발 체비지 관리 조례상 체비지 총괄대장. 출처:서울특별시 도시개발 체비지 관리 조례 시행규칙

[별지 제25호서식]

매 각 대 장

구역	구획		호		예정면적 ㎡		비고		환 지 처 분	확 정 일	증 정 주	정산		이 전 등 기	월 일	등 기 번호	취 득 자
	구획	사정단가	계약일자	계약금	매수자주소	비고	월일	정수				지분					
No	면적(㎡)	총금액	잔금납부일자	잔금	성명	명 의 변 경 관 계											

<그림 3> 서울시 도시개발 체비지 관리 조례상 체비지 매각대장. 출처:서울특별시 도시개발 체비지 관리 조례 시행규칙

사업시행자는 보통 위 체비지 총괄 대장과 유사한 대장을 두어 조합 내부적으로 체비지의 현황을 관리하고, 필요에 따라 도시개발법에서 정하는 체비지매각내역서나 체비지 확인서를 발급하고 있는 것으로 보인다. 조합이 내부적으로 관리하는 체비지 현황 관리를 위한 문서를 ‘체비지대장’이라고 지칭하게 된다.

(2) 체비지대장의 권리이전 증명 기능 수행 가능성

토지구획정리사업법상의 체비지를 사업시행자로부터 양도받은 시공회사가 이를 제3자에게 재차 양도한 경우, 체비지대장에 그 제3자 명의로 등재되었다면 환지처분 공고가 있는 날의 익일에 그 제3자가 체비지에 대한 소유권을 취득하는 것이므로, 체비지에 대한 등기는 곧바로 위 제3자 명의의 소유권보존등기를 하게 된다(등기선례 제5-778호). 이때 사업시행자는 스스로 작성한 체비지의 처분 및 전전 이전된 사실을 증명하는 서면을 첨부하여 단독으로 최종 소유자 명의의 소유권보존등기를 신청하는 것이 원칙이었다. 사업시행자가 양수인이 기재된 체비지매각내역서와 체비지대장을 제출하여 최종 소유자 명의의 소유권보존등기를 신청하였다. 이미 사업시행자 명의로 소유권보존등기가 경료된 경우에, 공동으로 소유권이전등기를 신청하는 것을 허용하는 방식이었다(등기선례 제9-380호 참조).¹¹⁾

11) 구 「토지구획정리사업법」상의 체비지가 환지처분의 공고일 이전에 양도된 경우의 등기절차. 제정 2011. 2. 14. [등기선례 제9-380호, 시행] (...) 2. 구법상의 체비지에 대한 소유권은 환지처분의 공고일의 익일에 최종적으로 체비지를 점유하거나 체비지대장에 등재된 자가 원시적으로 취득하므로(2007. 9. 21. 선고 2005다44886 판결) 사업시행자가 작성한 체비지의 처분 및 전전 이전된 사실을 증명하는 서면을 첨부하여 사업시행자가 최종 소유자 명의로 소유권보존등기를 하여야 하나, 이미 사업시행자 명의로 체비지에 대한 소유권보존등기가 경료된 경우에는 사업시행자와 위 최종 소유자가 공동으로 진정명의회복을 등기원인으로 하여 소유권이전등기를 신청할 수 있다. (...)

그런데 토지개발법 시행 이후, 환지 처분 공고 전 체비지를 매입하고 체비지대장에 등재를 마친 체비지 매수인은 등기원인을 증명하는 서면으로 사업시행자가 교부한 체비지 매매계약서를 첨부하여 사업시행자와 공동으로 소유권이전등기신청을 하여야 한다. 체비지 관리대장만으로는 변경된 매수인 앞으로 소유권이전등기를 신청할 수 없고, 등기신청서에 첨부된 체비지 매매계약서상의 매수인을 등기권리자로 하여야 한다. 그리고 소유권보존등기가 이루어지지 않은 체비지에 대하여는 등기원인이 환지처분의 공고일 이전에 생긴 것임을 증명하여도 이에 따른 소유권이전등기를 신청할 수 없다(등기선례 제8-328호 참조)¹²⁾

따라서 현재는 체비지의 소유권보존등기와 체비지에 대한 소유권이전등기 절차에 있어서 ‘체비지대장’이 수행하는 기능이 없다.

2. 신탁재산과 공시

(1) 신탁재산의 공시방법 중 하나인 체비지대장

신탁법 제4조는 신탁의 공시와 대항에 대해서 정하면서, 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있고 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 관하여는 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다고 정한다. 그리고 제1항의 재산권에 대한 등기부 또는 등록부가 아직 없을 때에는 그 재산권은 등기 또는 등록할 수 없는 재산권으로 보고, 제2항에 따라 신탁재산임을 표시할 때에는 대통령령으로 정하는 장부에 신탁재산임을 표시하는 방법으로도 할 수 있다.

이때 신탁법 시행령 제2조 제5호는 「도시개발법」 제2조 제1항 제2호에 따른 도시개발사업, 「농어촌정비법」 제2조 제5호, 제10호 및 제18호에 따른 농업생산기반 정비사업, 생활환경정비사업 및 한계농지등의 정비사업, 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제2호 가목 및 나목에 따른 주거환경개선사업 및 재개발사업 등 법령에 따른 환지(換地) 방식의 사업을 할 때 환지, 체비지(替費地) 및 보류지(保留地)의 관리를 위하여 작성·관리하는 장부를 포함시키고 있다.

신탁법 시행령 제2조(신탁재산의 표시 방법) 「신탁법」(이하 “법”이라 한다) 제4조제4항에서 “대통령령으로 정하는 장부”란 다음 각 호의 장부를 말한다. 이 경우 제2호의 건축물대장과 제4호의 토지대장 및 임야대장은 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제76조의3에 따른 부동산종합공부로 대체할 수 있다. <개정 2014. 1. 17., 2015. 6. 1., 2018. 2. 9.>

1. 법 제79조제1항에 따른 수익자명부
2. 「건축법」 제20조에 따른 가설건축물대장 및 같은 법 제38조에 따른 건축물대장
3. 「상법」 제352조에 따른 주주명부 및 같은 법 제352조의2에 따른 전자주주명부
4. 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제71조제1항에 따른 토지대장 및 임야대장
5. 「도시개발법」 제2조제1항제2호에 따른 도시개발사업, 「농어촌정비법」 제2조제5호, 제10호 및 제18호에 따른 농업생산기반 정비사업, 생활환경정비사업 및 한계농지등의 정비사업, 「도시 및 주거환경정비법」 제2조제2호가목 및 나목에 따른 주거환경개선사업 및 재개발사업 등 법령에 따른 환지(換地) 방식의 사업을 할 때 환지, 체비지(替費地) 및 보류지(保留地)의 관리를 위하여 작성·관리하는 장부

“신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다”는 신탁법상 문언의 의미가 무엇인지 문제된다. 현재 체비지에 대한 물권적 사용수익권이 인정되지 않는 경우, 가장 큰 문제점은 매수인 내지 수탁자가 독점적인 권리를 취득할 수 없다는 것이다. 특히 수탁자의 경우, 체비지를 직접 이용한다기보다는 체비지의 목적에 따른 이용 - 비용 조달 - 을 위한 역할을 수행한다. 따라서 만일 위 조항에 따라 수탁자가 체비지에 대해 취득하는 권리가 ‘배타적’으로 제3자에게 체비지에 관한 권리를 대항할 수 있는 효력을 갖는다면 도시개발법 시행에 도 불구하고 적어도 신탁의 관계에서는 의미를 지닐 수 있게 된다.

(2) 신탁재산 공시의 의미 및 물권변동을 위한 공시와의 구분

신탁재산은 수탁자 명의의 재산이지만 수탁자의 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행 등을 할 수 없으며, 수탁자가 파산하는 경우

12) 체비지에 대한 소유권이전등기 방법, 제정 2006. 10. 4. [등기선례 제8-328호, 시행] 1. 체비지는 시행자가 환지처분의 공고가 있는 날의 다음 날에 당해 소유권을 취득하고, 당해 체비지가 이미 처분된 경우에는 이를 매입한 자가 소유권이전등기를 마친 때에 이를 취득하므로(도시개발법 제41조 제5항), 체비지 매입자는 등기원인을 증명하는 서면으로 사업시행자가 교부한 체비지 매매계약서를 첨부하여 사업시행자와 공동으로 소유권이전등기신청을 하여야 하고, 2. 체비지에 관하여 양도양수가 이루어진 경우 최종 매수인이 변경등록된 체비지관리대장을 첨부하여 그 변경된 매수인 앞으로 소유권이전등기를 신청할 수 없고, 등기신청서에 첨부된 체비지 매매계약서상의 매수인을 등기권리자로 하여야 하며, 3. 환지처분에 따른 등기는 사업시행자가 신청 또는 촉탁하여야 하므로(같은 법 제42조 제1항), 사업시행자가 환지등기의 촉탁을 하지 않는다면 체비지 매입자가 사업시행자를 대위하여 체비지에 대한 소유권보존등기를 신청할 수 없고, 4. 환지처분의 공고가 있는 날부터 환지등기가 있는 때까지는 다른 등기를 할 수 없지만 같은 법 제42조 제3항 단서에 의하여 종전 토지에 대하여 등기원인이 환지처분의 공고일 전에 생긴 것임을 증명하면 이에 따른 등기신청을 할 수 있으나, 소유권보존등기가 이루어지지 않은 체비지에 대하여는 등기원인이 환지처분의 공고일 이전에 생긴 것임을 증명하여도 이에 따른 소유권이전등기를 신청할 수 없다. (2006. 10. 04. 부동산등기과 - 2974 질의회답). 허승, 앞의 글, 84면 참조.

파산재단을 구성하지 않는 등 수탁자의 고유재산과 분리되어 독립적으로 존재하므로 거래의 안전과 신탁의 남용방지를 위하여 해당 재산이 신탁재산이라는 사실을 공시할 필요가 있다. 개정 전 신탁법은 등기·등록할 수 있는 재산권에 관해서는 제3자에 대한 대항요건을 규정하고 있으나, 등기·등록이 가능한 재산권 이외의 재산권에 관하여 제3자에게 신탁재산임을 대항할 수 있는 요건에 관한 규정이 없어서 공시방법 등에 관해 견해 대립이 있었다.¹³⁾

신탁의 공시는 효력발생요건이 아니라 대항요건이다. 수탁자는 신탁의 공시 여부와 상관없이 신탁재산에 대한 완전한 권리를 행사할 수 있으나, 신탁의 존재 여부를 다투는 제3자가 있는 경우, 공시 여부에 따라 신탁재산임을 주장할 수 있는지가 달라진다. 이에 등기·등록할 수 없는 재산권의 경우 ① 신탁을 공시할 수 있는 방법이 없으므로 제3자에게 대항할 수 없다는 견해, ② 공시방법이 없다는 이유로 신탁법이 인정하는 신탁재산의 독립성을 주장할 수 없다는 것은 신탁의 효력을 부정하는 부당한 결과가 되므로 신탁재산을 표시·증명할 수 있으면 대항할 수 있다는 견해(통설)가 있었다.¹⁴⁾

특히 신탁법 개정 전, 등기부가 편철되기 전의 신탁부동산의 보호문제가 크게 대두되었다고 한다. 신탁회사에 의한 재개발·재건축 과정에서 등기부가 편철되기 전에 파산한 신탁회사의 채권자로부터 건축중인 신탁부동산을 보호해야 할 필요가 있었다는 것이다.¹⁵⁾ 지적 정비 미완 등의 사유로 보존등기부가 편성되지 않은 토지와 건물을 신탁재산으로 규율하기 위해서 해당 조항이 신설되었다.

그런데 신탁법이 정하는 공시는 물권변동을 위한 공시와 달리, 수탁자 명의로 되어 있는 재산이지만 그것이 고유재산이 아니라 신탁재산임을 알리는 기능만을 하는 제도로서 물권변동과는 직접적인 관련이 없다.¹⁶⁾ 수탁자에 대한 권리가전이 선행되어야 하고, 그래야 위탁자와의 관계에서 신탁재산이 된다. 신탁재산이 되면 신탁의 공시와 무관하게 신탁재산은 대내적인 신탁관계에서는 영향을 받지 않는다. 다만 수탁자가 권리 이전을 하더라도, 신탁의 공시를 하지 않는 한 대외적으로 제3자에 대해 대항하지 못한다는 것이다.¹⁷⁾

3. 검토

체비지를 신탁할 필요가 발생하는 것은 체비지의 처분에 관한 ① 매매형, ② 대물변제형, ③ 담보형의 세 유형 중 ③ 담보형의 경우이다.¹⁸⁾ 사업시행자인 조합은 시행대행사 등으로부터 사업비를 차입하면서 체비지를 담보로 제공하거나, 또는 체비지 매수인이 매매대금을 조달하기 위해 자금을 차입하면서 체비지를 담보로 제공하기도 한다. 그러면서 체비지를 담보목적으로 신탁하고, 체비지대장을 이를 기재하는 것이다.

그렇다면 도시개발법에 따를 때, 체비지대장상 기재를 통해 신탁재산에 편입되는 대상은 무엇인가.

구법의 경우, 체비지대장상 기재를 통해 사업시행자가 취득하는 물권 유사의 사용수익권의 권리가전을 위한 공시라는 요건이 충족되고, 해당 사용수익권이 이전된다고 보았다. 즉, 체비지 대장 기재를 통해 수탁자는 신탁재산으로서 체비지에 대한 물권 유사의 사용수익권을 취득하며, 체비지 대장 기재를 통해 이를 신탁재산으로서 공시할 수도 있게 되는 것이다.

그런데 도시개발법 및 대상판결에 의하면, 수탁자가 취득할 수 있는 것은 체비지에 대한 소유권이전등기청구권이므로 체비지에 대한 물권은 확정적으로 이전받을 수 없다. 신탁재산이 수탁자에게 이전되기 전까지는 신탁재산이전청구권을 최초의 신탁재산으로 보아야 하며 위 권리에도 신탁재산의 독립성이 인정되어야 한다는 견해도 있으나, 통설적 견해는 아닌 것으로 보인다.¹⁹⁾ 즉, 수탁자가 신탁재산이전청구권만을 보유하는 상황이라면 아직 체비지가 신탁재산이 되었다고 볼 수 없으므로, 신탁재산의 분별 및 공시의무가 문제될 여지도 없다. 수탁자는 사업시행자의 여러 채권자 중 하나로서, 위탁자에 대하여 신탁계약에 따라 신탁재산의 이전을 구할 수 있을 뿐인데 다른 채권자에 비해 우월한 지위를 가진다고 볼 특별한 근거는 없는 것이다.

반면, 상황에 따라 부동산에 대한 소유권이전등기청구권 자체가 신탁재산이 될 수도 있다. 부동산 매매대금을 조달하기 위한 PF에서 소유권이전등기청구권의 신탁이 이용되고 있다. 매도인은 매수인과 부동산매매계약을 체결하고, 매수인이 대주로부터 매수자금을 차입하면서 차입금채무를 담보하기 위하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 수탁자에게 신탁하는 것이다.²⁰⁾

13) 김상용, 『신탁법 해설』, 법무부(2012), 44-45면 ; 같은 글, 48면.

14) 김상용, 위의 책, 48면. 이에 이미 해석으로도 인정되고 있는 것을 굳이 입법화할 필요가 없다는 반대견해도 있었다고 한다.

15) 이중기, “공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계 - 동산과 유가증권을 중심으로”, 『신탁연구』 제3권 제1호, 한국신탁학회(2021), 192면.

16) 이연갑, “공시원칙과 신탁법 개정안”, 『법학논총』 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소(2011), 91면.

17) 이중기, “신탁재산의 공시에 관한 연구”, 『홍익법학』 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소(2010), 429면.

18) 사업시행자가 체비지를 처분하는 방식은 ① 매각형 ② 대물변제형 ③ 담보제공형으로 분류할 수 있다(이수안, 앞의 책, 200-201면).

19) 이근영, “신탁법상 신탁의 성립과 신탁재산 공시를 둘러싼 문제점에 관한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회(2019), 120면.

20) 신영수/윤소연, “부동산신탁의 쟁점”, 『Business, Finance & Law』 제62호, 서울대학교 금융법센터(2013), 61면.

다만 소유권이전등기청구권을 양도할 경우 통상의 채권양도와 달리 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않고 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 하므로(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다67653 판결 등), 토지소유자인 사업시행자의 동의 내지 승낙을 받아야 한다. 그리고 시행자가 체비지대장에 체비지 양도/신탁 사실을 기재하는 행위를 충분히 매도인의 동의 내지 승낙으로 볼 수 있을 것이라는 점에서 체비지대장의 기재가 권리 획득에 기여하는 면이 있다. 그런데 채권양도를 제3자에게 대항할 수 있으면 확정일자 있는 증서에 의해야 한다. 확정일자란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되고 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 의미하는데,²¹⁾ 시행자가 체비지대장을 직접 관리하기 때문에 체비지대장 상 날짜를 적는 것이 확정일자 있는 증서라고 보기 어려울 수 있다. 또한 설령 별도의 수단을 통해 확정일자를 수반한 동의나 승낙을 받더라도, 사업시행자가 제3자에게 소유권이전등기를 경료해버리면 이를 다룰 방법이 없다는 점은 마찬가지이다.

체비지에 대한 담보신탁을 통해 대주는 체비지를 책임재산으로 파악해 조합의 일반채권자를 배제하고 독점적인 만족을 얻고자 할 것이다. 그런데 조합의 일반채권자들의 경우, 어차피 체비지에 대한 소유권보존등기가 있기 전까지 체비지 자체를 목적물로 하는 (가)압류는 허용되지 아니한다.²²⁾ 따라서 사업시행자인 조합의 채권자들도 체비지에 대한 보존등기가 있기 전까지는 체비지에 대한 강제집행을 할 수 없게 된다. 참고로 환지처분공고가 이미 이루어져 14일 이내에 체비지에 대한 등기가 촉탁·신청될 예정임에도 불구하고, 환지처분공고가 이루어진 날과 같은 날에 신청한 가압류에 대해 가압류 결정은 내려졌으나, 관할 등기소에서 등기촉탁을 각하하여 체비지에 대한 가압류가 이루어지지 못한 사례가 있다. 이때 등기소의 각하결정이유를 보면, 체비지에 관한 소유권보존등기절차도 환지등기절차에 따라 하여야 해서 환지에 관한 등기는 직권으로 할 수 없다는 점을 들고 있다.²³⁾

결국 체비지에 관하여, 조합의 일반채권자와 우열은 문제될 소지가 적다. 그렇다면 시행자 리스크, 즉 조합이 보존등기 후 임의로 제3자에게 소유권이전등기를 경료해줄 위험을 통제하는 것이 가장 중요하다.

III. 체비지에 대한 담보가치 확보 방안

1. 시행자의 제3자에 대한 처분을 막기 위한 조치

(1) 총회개최금지가처분 내지 효력정지가처분, 체비지 처분금지가처분

도시개발사업조합을 설립한 경우, 법 제44조에 따른 체비지 등의 처분방법은 총회의 의결 대상이다(도시개발법 제15조 제3항, 도시개발법 시행령 제35조 제8호). 총회 또는 총회의 권한을 대행하는 대의원회의의 의결을 받지 않고 체비지를 처분할 경우, 체비지 처분 및 이를 통한 자금 조달이 도시개발사업에서 갖는 중요성 및 이에 대하여 총회 의결을 받도록 하는 도시개발법의 취지를 고려할 때 효력이 없다고 볼 수 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다22494 판결).²⁴⁾ 정비사업조합의 경우에도 사전에 총회 의결을 받지 않은 계약 체결은 일부 예외를 제외하고는 무효라고 보고 있다(대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다64112 판결).

따라서 총회의 개최를 금지하여, 체비지 양도에 관한 총회 또는 대의원회의의 결의를 막는다면 결국 조합이 총회결의 없이 체비지를 처분하게 되어 이를 무효라고 주장할 수 있다. 이에 체비지에 대한 권리가 소유권이전등기청구권이라는 채권적 권리에 불과하더라도, 체비지를 제3자에 매각하기 위한 총회개최금지 가처분(내지 효력정지가처분)으로 보호받을 수 있다는 의견이 있다.²⁵⁾ 총회개최금지가처분이 아니어도 체비지에 대한 처분금지가처분도 같은 기능을 할 것으로 보인다.²⁶⁾

이에 관해서는 우선 가처분의 요건을 충족될 수 있는지 여부가 문제된다. 총회개최금지가처분의 경우, 임시의 지위를 정하는 가처분이다. 따라서 다툼이 있는 권리관계가 있어야 한다. 꼭 분쟁 중이어야 하는 것은 아니고, 이행기 도래 또는 위법한 침해의 위험이 가까워진 것도 다툼 있는 경우에 포함된다.²⁷⁾ 그러나 조합이 실제로 체비지의 처분을 위한 총회를 소집한 상황이 아니라 이중매도의 위험을 방

21) 김용덕 편집대표, 『주석민법(제5판)』, 한국사법행정학회, 2020, 577면.
 22) 미등기토지의 경우 즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류를 첨부할 수 있으면 강제집행의 대상이 되지만(민사집행법 제81조 제1항 제2호), 체비지의 경우 즉시 채무자의 명의로 등기될 수 없으므로 강제집행의 대상이 될 수 없다.
 23) 김순태/한재경, “도시개발사업에서 체비지 담보신탁 수익권 확보방안 - 위탁자인 조합의 체비지 임의매각 사례를 중심으로”, 『일감부동산법학』 제22호, 건국대학교 법학연구소(2021), 157-158면.
 24) 구법상 총회 의결 없이 체비지 처분과 동일한 결과를 가져오는 체비지 이전 채무의 이행보증을 한 경우 이는 무효라고 판단한 바 있다(대구고등법원 2002. 12. 12. 선고 2002나381 판결).
 25) 한국경제, 2002년 6월 20일자, 김은유, “[김은유의 보상과 재건축] 이미 처분된 체비지 소유권 관련 채권자 보호방안”
 26) 처분금지가처분은 그 집행인 등기에 의하여 가처분채무자 및 제3자에 대하여 구속력을 갖게 되는데, 등기부상 공시할 방법이 없고 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달할 수밖에 없으므로 처분행위의 효력을 부정할 수 없다. 따라서 총회개최금지가처분과 그 효과에 있어서 차이가 없다.
 27) 법원행정처, 『법원실무제요 민사집행[IV]』, 사법연수원(2020), 59면.

지하기 위해 포괄적·사전적으로 총회개최금지가처분을 신청하는 경우에는 보전의 필요성이 인정되기 어려울 것이다. 한편 처분금지가 처분의 경우, 체비지에 대한 이전등기청구권을 보유하게 된 원인(매매계약, 대물변제, 담보)에 따라 보전의 필요성이 달리 판단될 것으로 보인다. 매매계약의 경우 계약금만 받은 경우에는 해제가 가능하기 때문이다.

다만 문제는, 가치분 결정을 받더라도 이에 반하는 처분행위의 효력이 바로 부정되지는 않는다는 점이다. 총회의 개최금지처분이 인용되었음에도 불구하고 그 가치분결정에 반하여 총회 결의가 이루어진 경우의 효력도 문제된다. 명확한 판례는 없으나 주주총회의 경우, 본안에서 피보전권리가 인정되지 않는 경우 가치분에 위반한 주주총회 개최만으로 결의의 효력이 부인되지는 않고, 그 결의의 효력 여부에 관한 본안소송에서 패소 확정판결을 받아 피보전권리가 없는 것으로 밝혀지면 소급적으로 무효가 된다는 잠정적 무효설이 통설인 것으로 보인다.²⁸⁾ 그런데 체비지 처분에 있어서 총회의결을 거쳤다면, 절차적 요건을 충족한 이상 총회의결이 무효가 된다고 보기 어렵다. 그에 따라 제3자에게 소유권이전등기가 경료된 경우, 그 결의가 위법하다는 본안판단이 내려질 가능성은 높지 않다. 소유권이전등기청구권의 처분금지처분의 경우에도 제3자에 대해 소유권이전등기를 경료하더라도 제3자 명의의 등기는 유효하다(대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카6488 판결).

물론 가치분 결정을 받으면 적어도 사업시행자인 조합에게 그 사실이 고지되므로 체비지의 무단 처분을 자제하는 일정한 효과가 있을 수 있다. 그러나 조합이 제3자에게 체비지에 대한 소유권이전등기를 경료하는 것을 봉쇄할 수 있는 수단은 되지 못하고, 가치분 결정에 반하여 소유권이전등기를 경료하더라도 그 이전등기를 무효로 할 수 있는 사유가 되지는 않을 것으로 보인다.

(2) 정관 개정을 통한 체비지 매각에 관한 권리 제한

시행자는 체비지나 보류지를 규약·정관·시행규정 또는 실시계획으로 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 처분하거나 관리하여야 하므로(도시개발법 제44조 제1항), 조합의 정관을 개정하여 체비지에 대한 매각이 완료되었다거나 체비지가 이미 신탁되었다는 점을 기재하도록 강제하는 방안을 생각해볼 수 있다. 그런데 정관에 기재하는 것만으로 제3자에 대한 처분금지효가 발생한다고 볼 근거는 없다.

다만 도시개발사업조합의 경우에도 조합에 관하여 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용하므로(도시개발법 제15조 제4항), 정관에 기재된 대표권 제한이 등기된 경우에는 제3자에게 대항할 수 있다(민법 제41조, 민법 제60조). 그러나 등기실무상 대표권의 유무 및 공동대표 규정 외에 대표권의 범위 내지 행사방법에 관한 사항은 등기사항으로 보지 않고 있다.²⁹⁾ 결국 정관에 체비지 처분을 제한하는 내용을 두더라도, 등기할 수 없어 제3자에 대해서는 효력이 없다.

(3) 보류지를 확대하여 환지계획에 반영하는 방안

도시개발법 제34조 제1항에서는 “필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 실시계획으로 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 보류지로 정할 수 있으며, 그 중 일부를 체비지로 정하여 도시개발사업에 필요한 경비에 충당할 수 있다”고 정하고 있어, 체비지는 보류지에 속한다고 보고 있다. 구 도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 전부개정되기 전의 것) 제33조 제1항에서는 체비지와 보류지가 병렬적으로 열거되어 있었으나, 당시에도 체비지는 보류지에 포함되는 것으로 해석했다(법제처 2006. 4. 17. 자 06-0036 회신 참조).

도시개발법 자체에서 체비지와 보류지의 개념에 대해 정의하고 있지는 않다. 다만 체비지는 토지구획정리사업 시행자가 사업에 필요한 경비를 충당하기 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 지정하지 아니하고 시행자가 매각처분할 수 있도록 남겨둔 토지를 말하는 것이므로, 보류지는 사업시행자가 사업경비충당목적 이외에 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니한 것으로 이해되고 있다(헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2005헌바82 전원재판부 결정).

그런데 도시개발법 제42조 제5항 단서는 “제36조제4항에 따라 이미 처분된 체비지는 그 체비지를 매입한 자가 소유권 이전 등기를 마친 때에 소유권을 취득”한다고 정하지만, 본문에서는 “보류지는 환지 계획에서 정한 자가 각각 환지처분이 공고된 날의 다음 날에 해당 소유권을 취득”한다고 하여 보류지의 경우 환지계획에서 정한 자가 소유권을 취득하는 것으로 하고 있다. 따라서 환지계획에서 ‘보류지’를 귀속받는 자로 정해질 경우, 소유권을 원시취득할 수 있게 된다.

현재 도시개발법 및 도시개발업무지침상 체비지는 사업경비 충당 목적을 위해 미리 매각하는 토지, 보류지는 공공시설 용지 등으로 사용될 토지로 분리해서 운용되고 있다. 현재 도시개발법 제34조 제1항의 문언상, 도시개발사업의 경비 충당이 목적인 토지는 체비지

28) 전후재, “주주총회 관련 가치분에 관한 연구”, 『사법』통권 제57호, 사법발전재단(2021), 197면.

29) 권오복, 『민법법인과 등기』, 육법사, 2008, 458면.

이고 이를 보류지로 취급할 수 없다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 보류지에 대한 권리를 취득하여 환지계획에서부터 보류지의 권리자로 반영하도록 한다면 사업시행자의 임의 처분을 저지할 수 있다는 강점이 있다. 환지계획에서 정한 자에게 바로 보존등기를 경료할 수 있어서 구 토지구획정리사업법에 따른 효과를 그대로 누릴 수 있게 된다.

체비지와 보류지의 개념과 운용 방식은 법에서 엄밀히 정하고 있지 않다. 미리 규약이나 정관, 시행규정 또는 실시계획에서 해당 용지의 매각 및 사용 등에 관해 정하는 것을 전제로 보류지의 개념을 넓게 해석하는 것도 충분히 가능할 수 있다. 특히 매매대금을 모두 납부한 매수인이거나, 담보목적의 수탁자이거나, 공동주택의 대지로 사용될 예정이거나 하여 매수인의 지위를 보호해야 할 필요가 크고 임의로 처분된다면 공익에 현저히 반할 우려가 있는 경우에는 이를 보류지로 보아 미리 환지계획에 반영할 수 있도록 하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다.

2. 입법론

(1) 도시개발법 제42조 제5항 개정

기존 판례 법리에 따라 도시정비법 제42조 제5항을 체비지 매수인이 공시요건을 충족한 경우에는 환지처분 다음날 체비지를 원시취득한다는 내용으로 개정하고, 이에 따라 체비지매각대장의 등재절차, 시행자의 체비지매각대장 작성의무, 체비지대장에 기재된 가압류 사실 등을 부동산등기부에 기재할 수 있는 절차에 관한 규정을 도시개발법 및 시행령에 신설하여야 한다는 주장이 있다.³⁰⁾ 구체적으로, 도시개발법 제42조 제5항 단서를 아래와 같이 개정하자는 입법제안이 있다.³¹⁾

<표 1> 도시개발법 제42조 제5항 단서 개정안

현행	개정안
⑤ 제34조에 따른 체비지는 시행자가, 보류지는 환지 계획에서 정한 자가 각각 환지처분이 공고된 날의 다음 날에 해당 소유권을 취득한다. 다만, 제36조 제4항에 따라 이미 처분된 체비지를 매입한 자가 소유권 이전 등기를 마친 때에 소유권을 취득한다.	⑤ ----- ----- ----- 다만, 제36조 제4항에 따라 이미 처분된 체비지는 체비지 관리대장의 기재를 통해 등기원인이 생긴 것임을 증명함으로써 그 체비지를 매입하거나 담보권 등을 설정한 자가 소유권 이전 및 담보권 설정 등에 관한 등기를 마친 때에 소유권 및 담보권 등을 취득한다.

(2) 정보공개 의무 미이행시 형사처벌조항 신설

도시개발법 제72조 제2항에서는 문서 등 공개의무를 부과하고, 제3항에서 그 방법을 정하고 있다. 체비지 매각 내역서 역시 공개 대상 내용에 포함된다(도시개발법 시행령 제85조의5).

<p>도시개발법 제72조(관계 서류의 열람 및 보관 등)</p> <p>② 시행자는 토지 소유자와 그 밖의 이해관계인이 알 수 있도록 관보·공보·일간신문 또는 인터넷에 게시하는 등의 방법으로 다음 각 호에 관한 사항을 공개하여야 한다.<개정 2011. 9. 30.></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 규약·정관 등을 정하는 경우 그 내용 2. 시행자가 공람, 공고 및 통지하여야 하는 사항 3. 도시개발구역 지정 및 개발계획, 실시계획 수립·인가 내용 4. 환지 계획 인가 내용 5. 그 밖에 도시개발사업의 시행에 관하여 대통령령으로 정하는 사항 <p>③ 시행자는 제2항 각 호에 관한 서류나 도면 등을 도시개발사업이 시행되는 지역에 있는 주된 사무소에 갖추어 두어야 하고, 도시개발구역의 토지등에 대하여 관리자가 열람이나 복사를 요청하는 경우에는 개인의 신상정보를 제외하고 열람이나 복사를 할 수 있도록 하여야 한다. 이 경우 복사에 필요한 비용은 실비의 범위에서 청구인의 부담으로 할 수 있다.<신설 2011. 9. 30.></p>
--

30) 허승, 앞의 글, 88면 ; 같은 글 93면.

31) 김순태/한재경, 앞의 글, 161면. 그외에도 김순태/한재경은 체비지대장을 공공기관에서 관리하도록 해야하고, 「토지개발 등기규칙」 및 「환지등기 절차 등에 관한 업무처리지침」을 개정하여 체비지 관리대장을 소유권보존등기 신청시 첨부서류로서 등기소에 제공하도록 하여야 한다고 주장한다. 도시개발법 제42조 제5항이 개정되는 것을 전제로 한 제안으로 보인다.

제85조의5(관계 서류의 열람 및 보관 등) 법 제72조제2항제5호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 사항을 말한다. 다만, 제2호, 제3호 및 제5호는 도시개발구역의 전부 또는 일부를 환지 방식으로 하여 도시개발사업을 시행하는 경우로 한정한다.

1. 도시개발사업에 관한 공사의 감리보고서
2. 체비지(건축물을 포함한다) 매각 내역서
3. 회계감사보고서
4. 준공조서
5. 조합 총회, 대의원회, 이사회 및 규약·정관 등에서 정한 회의의 회의록
6. 그 밖에 지정권자가 필요하다고 인정한 사항

[본조신설 2012. 3. 26.]

그런데 제72조 제2항의 공개의무의 경우에는, 형사처벌 조항이나(도시개발법 제79조의2 내지 제82조) 과태료 조항도 없다(도시개발법 제85조). 도시정비법의 경우에는 관련 자료 공개의무를 부과하고 있고 이를 위반할 경우 형사처벌을 받는다는 점에서 차이가 있다. 만일 공개의무를 엄격하게 하고, 위반시 처벌받는다면 체비지 매각내역을 확인할 수 있고, 조합으로서는 자신의 행위가 적발될 위험이 높다는 점에서 이종으로 토지를 매각하지 않을 것이다.³²⁾ 그러나 역시, 형사처벌 조항이 있다는 것만으로 사법상 법률행위의 효력이 부정되지는 아니하므로 조합의 처분행위 및 이에 기한 이전등기를 무효로 돌릴 수는 없다.

(3) 거래허가 내지 신고제 도입

건물은 새로 지을 수 있지만, 땅은 처음부터 존재하는 것이다. 부동산 중 토지가 새로 발생하게 되는 상황을 상정하기 어렵다. 물리적으로 토지가 새롭게 생겨나는 경우로는, 공유수면을 매립하는 경우가 있다. 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률(이하 ‘공유수면법’)에서 매립지의 소유권 취득에 대해 규율하는데, 여기에서도 준공검사확인증을 받은 때에 매립면허취득자, 즉 사업시행자가 매립지의 소유권을 취득한다고 정하고 있다(공유수면법 제46조 제1항 제3호). 다만 매립면허를 포함한 공유수면매립에 관한 권리는 이전할 수 있는데(공유수면법 제43조 제1항, 같은 법 시행령 제49조의2 제1호), 이전 후에는 이를 매립면허관청에 신고해야 한다(공유수면법 제43조 제2항). 구 공유수면매립법상 권리이전에 관해서는 면허관청의 인가를 받았어야 했는데, 면허관청의 인가는 효력요건이고 위 각 규정은 강행규정이므로 면허관청의 허가 없는 공유수면매립면허의 양도는 무효라는 판결이 있다(대법원 1984. 12. 11. 선고 81다630 판결, 대법원 1991. 6. 25. 선고 90누5184 판결).³³⁾ 이처럼 체비지 거래 시 신고/인가의무를 부여하여 이중양도를 막고 이를 위반하여 경료한 소유권이전등기는 무효라고 판단할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있다.

IV. 결론

결국 현행 도시개발법에 대한 대상판결의 해석론에 따르면, 신탁법 시행령에서 체비지대장을 신탁재산의 공시수단으로 적시한 의미가 없게 된다. 신탁법이 2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부개정되고, 이에 따라 신탁법 시행령이 2012. 7. 23. 대통령령 제23969호로 전부개정된 것은 도시개발법의 제정 및 시행 이후이긴 하지만, 위 점을 고려하면 신탁법은 구법과 도시개발법 사이에 체비지 매수인의 권리에 관한 취급이 변하지 아니하는 것을 전제로 입법되었을 가능성이 크다. 신탁법 전부개정 과정에서 이루어진 논의 내역을 더 상세히 검토해볼 필요가 있어보인다.³⁴⁾

조합 외 공적 주체가 시행하는 도시개발사업의 경우에도 일정 요건을 충족하면 환지 방식으로 시행할 수 있다. 그 경우에도 시행자가 소유권을 취득하고, 매수인은 이전등기를 받아야 소유권을 취득하게 된다. 그러나 시행자가 임의로 제3자에게 처분하는 상황이 발생하지 않을 것이므로, 시행자 리스크를 통제할 필요성이 크지 않다. 이러한 점을 고려하면 매수인이 소유권이전등기를 해야 권리를 취득한다는 도시개발법의 내용 자체에 근본적인 오류가 있다기보다는, 시행자에 대한 적절한 통제 방안이 더 긴요해 보인다. 체비지의 권리 이전에 관하여 물권변동의 예외를 인정하는 방향의 해석·입법이 어렵다면, 적어도 시행자의 일탈행위를 제재할 수 있는 방향의 입법은 이루어져야 할 것으로 생각된다.

32) 다만 도시정비법의 경우 위 공개의무는 일반분양자들에 대한 것이 아니라 조합원들에 대한 공개의무라는 점에서 차이가 있다.

33) 현행법상 공유수면매립면허의 양도는 신고의무로 변경되었다(공유수면법 제43조 제2항).

34) 본 논문 작성 과정에서 인용한 단행본과 논문에서는, 신탁법 전부개정 과정에서 체비지대장을 적시할 때 구법과 도시개발법의 차이를 고려하였는지 여부를 확인할 수 없었다.

체비지 매수인이 사업시행자의 일반 채권자보다 우월적인 지위에 있기 때문이 아니라, 체비지 매수인의 지위가 보호될수록 사업의 안정성이 보장되고, 결과적으로 개발사업 제도가 토지소유자의 이익이 되는 방향으로 작동된다.³⁵⁾ 사업비 조달이라는 체비지 본래의 목적을 최대한 잘 살릴 수 있는 방향으로 도시개발법을 운용해야 할 것이다.

투고일 2023. 8. 16. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 11.

35) 이수안, 앞의 책, 66면.

참고문헌

- 김상용, 『신탁법 해설』, 법무부, 2012
- 김중보, 『건설법의 이해』, 제7판, 북포레, 2023
- 권오복, 『민법법인과 등기』, 육법사, 2008
- 법원행정처, 『법원실무제요 민사집행[IV]』, 사법연수원, 2020
- 김용덕 편집대표, 『주식민법』, 제5판, 한국사법행정학회, 2020
- 김순태/한재경, “도시개발사업에서 체비지 담보신탁 수익권 확보방안 - 위탁자인 조합의 체비지 임의매각 사례를 중심으로”, 『일감부동산법학』, 제22호, 건국대학교 법학연구소(2021), 139-168
- 김중보, “환지계획의 처분성 - 대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결 평석”, 『행정판례평선』, 개정판, 한국행정판례연구회, 2011
- 신영수/윤소연, “부동산신탁의 쟁점”, 『Business, Finance & Law』, 제62호, 서울대학교 금융법센터(2013), 47-57
- 양진호/김태현, “체비지 매수인의 법적 지위에 대한 소고”, 『동북아법연구』, 제15권 제3호(2022), 327-348
- 이근영, “신탁법상 신탁의 성립과 신탁재산 공시를 둘러싼 문제점에 관한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』, 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회(2019), 103-139
- 이동진, “체비지의 소유권 귀속·변동 및 그에 대한 보전처분·강제집행”, 『재판과 판례』, 대구판례연구회(2014), 39-67
- 이연갑, “공시원칙과 신탁법 개정안”, 『법학논총』, 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소(2011), 89-118
- 이중기, “공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계 - 동산과 유가증권을 중심으로”, 『신탁연구』, 제3권 제1호, 한국신탁학회(2021), 191-221
- 이중기, “신탁재산의 공시에 관한 연구”, 『홍익법학』, 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소(2010), 425-453
- 전후재, “주주총회 관련 가처분에 관한 연구”, 『사법통권』, 제57호, 사법발전재단(2021), 173-215
- 허승, “체비지에 관한 법률관계와 그 강제집행 및 보전처분”, 『민사집행법연구』, 제13권, 한국사법행정학회(2017) 62-100
- 이수안, “도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2022
- 대법원 공보연구관실, 2022. 11. 10.자 대법원 2018도13604 배임 사건 보도자료

ABSTRACT

A Book of the Land for Project Cost as a Method of the Notice Principle, and its Impact on the Acquisition of the Ownership of the Land for Project Cost - A counter-plan to Supreme Court Decision 2018Do13604, Decided October 14, 2022

Yu, Hyun-Jeong*

Recently, the Supreme Court of Korea reached a decision under the Urban Development Act, stating that the purchaser of “Chebiji,” also known as the “Land for Project Cost,” is regarded as a creditor until ownership acquisition through registration from the project operator. This decision marks a departure from the previous notion that the rights obtained by recording the purchaser’s name on the “Chebiji Daejang,” or “Book of the Land for Project Cost” were akin to property rights, following the precedent set by the formal Land Readjustment Project Act.

Conversely, the Korean Trust Law and its Enforcement Decree are the sole legislative instruments that address the Book of the Land for Project Cost. The Korean Trust Law permits a specific type of property, classified as trust property, to contest against a third party if this fact is duly indicated in a book stipulated by Enforcement Decree. Notably, the Enforcement Decree includes the Book of the Land for Project Cost. However, the act of designating it as trust property holds no practical value for the purchaser prior to gaining full ownership of the land. Consequently, there exists a risk wherein the Project Operator could engage in double-selling of the Land for Project Cost, thereby diminishing the value of the land itself.

While avenues such as seeking injunctions or proposing amendments to the rules of the Urban Development Association may offer mitigation measures, they do not provide a comprehensive solution. This is because they fail to prevent third parties from attaining ownership. Considering the original legislative intent behind the Land in the Urban Development Act, a revision of Article 42 (5) of the Urban Development Act becomes imperative.

Key words : Chebiji, Land for Project Cost, Land Allotted by Authorities in Recompense for Development Outlay, Urban Development Act, Replotting Method, Notice Principle, Korean Trust Law

* Attorney at Law, Jipyong LLC.

논문 / ARTICLE

수용재결 전치주의의 적용범위와 예외 - 생활보상을 중심으로 -

신준섭*

국문초록

대법원에서는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 손실보상금은 토지수용위원회의 재결 절차를 거쳐서 판단을 받아야만 하고, 보상권리자가 재결을 거치지 않고 바로 사업시행자를 상대로 보상금을 청구하는 것은 허용되지 않는다는 판단을 내렸다. 이른바 수용재결 전치주의로 칭해지는 이러한 대법원의 논리는 현재 영업보상, 영농보상 등 생활보상의 영역에도 점차 확장되어 적용되고 있다.

동시에 대법원은 생활보상 항목 중 주거이전비, 이사비 등의 보상 항목에 대해서는 수용재결 전치주의가 적용되지 않는다고 판시하여 토지수용위원회의 재결 없이도 피보상자가 당사자소송을 통해 직접 청구할 수 있다거나, 사업시행자가 토지보상법에 따른 공탁을 진행할 수 있다고 판단하였다.

생활보상의 영역 중 수용재결 전치주의가 적용되는 영업보상, 영농보상과 주거이전비, 이사비 등의 법적 성질을 비교해보면, 이들은 모두 간접보상이자 생활보상에 해당하여 큰 차이가 없으며, 보상에 감정평가가 필요한지 여부의 문제 역시 수용재결 전치주의의 적용 여부와 큰 관련이 없음을 확인할 수 있다. 이를 통하여 수용재결 전치주의의 적용범위는 생활보상 항목들의 법적 성질이나 특성에 따라 결정되는 것이 아니라, 토지보상제도와 실무의 근본적인 괴리를 해결하여 구체적 타당성을 도모하기 위한 대법원의 판단에 따라 결정되는 것임을 알 수 있다.

대법원의 이러한 수용재결 전치주의를 통해 주거이전비 등을 포함한 모든 토지보상 항목의 보상 절차를 일원화하기 위해서는 수용재결 전치주의에서 '재결'의 범위를 확대 해석하고, 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 '손실보상'을 넓게 보아 토지수용위원회가 재결신청권자의 개별 항목의 신청이 없더라도 주거이전비 등을 고려한 '손실보상'의 증액재결을 할 수 있도록 하는 등 여전히 기존의 실무관행 및 절차를 바꾸어야 하는 상황을 만나게 된다. 이러한 점을 고려하면 대법원의 수용재결 전치주의는 한정된 상황에서만 허용될 수 있는 논리이며, 이를 확장하여 토지보상절차 전반에 적용하기에는 무리가 있는 것으로 보인다.

주제어: 토지보상법, 수용 및 보상, 수용재결 전치주의, 생활보상, 주거이전비

목차

- I. 서론
- II. 재결전치주의의 의의
- III. 수용재결 전치주의와 생활보상
- IV. 생활보상에의 수용재결 전치주의의 적용
- V. 결론

* 법무법인 함백 변호사




Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230010>

Received: August 18, 2023
Revised: September 6, 2023
Accepted: September 10, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

 This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://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

2008년 대법원에서는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’)에 따른 손실보상금¹⁾은 일단 토지수용위원회의 재결 절차를 거쳐서 판단을 받아야만 하고, 보상권리자가 재결을 거치지 않고 바로 사업시행자를 상대로 보상금을 청구하는 것은 허용되지 않는다는 판단을 내렸다. 대법원은 위 판례에 기초하여 영업보상, 영농보상, 잔여 영업손실 보상 등에 관한 사안에서도 토지수용위원회의 재결 절차가 필수적으로 요구된다는 법리를 확장하여 적용하기 시작하였다.

다른 한편 대법원은 주거이전비, 이사비 등이 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’)에서 말하는 토지보상법에 따른 손실보상에 포함된다고 해석하여 주거이전비, 이사비 등이 지급되기 전에는 부동산 인도 의무가 없다는 취지의 판단을 내렸다. 주목할 만한 점은 2008년 이후 토지수용위원회의 재결 절차를 거쳐야만 보상금 증액 소송을 할 수 있다고 판단하였던 대법원이 주거이전비, 이사비, 이주정착금 등에 대해서는 토지수용위원회의 재결 없이도 피보상자가 당사자소송을 통해 직접 청구할 수 있다거나, 사업시행자가 토지보상법에 따른 공탁을 진행할 수 있다고 판단했다는 점이다.

이하에서는 수용재결 전치주의의 개념과 생활보상의 관계를 확인하고, 주거이전비를 비롯한 생활보상에 수용재결 전치주의가 어떻게 적용되고 있는지 확인하여 다른 보상항목들과 주거이전비, 이사비가 다르게 취급받은 이유를 검토할 것이다. 나아가 주거이전비, 이사비와 같은 생활보상 항목에서도 수용재결 전치주의가 적용될 가능성이 있는지, 복잡하게 전개되고 있는 토지보상법의 권리구제절차가 수용재결 전치주의의 방법으로 일원화될 방법이 있는지 검토하여 수용재결 전치주의의 한계를 확인해보고자 한다.

II. 재결전치주의의 의의

1. 재결전치주의 개념의 정리

[재결전치주의]

토지보상법에서의 재결전치주의는 토지보상법에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 행정소송을 통한 권리구제를 받을 수 있다는 것²⁾으로, 토지보상법과 관련된 특유한 제도이다. 다만, 토지보상법이나 관련 법령에서 재결전치주의를 명시적으로 규정하고 있는 조항은 존재하지 않고, 재결전치주의의 개념과 그 적용 범위는 판례를 통해 정립된 것으로 보인다.

일반적으로 정의되던 재결전치주의는 1994. 7. 27. 법률 제4770호로 개정되기 이전의 구 행정소송법 제18조 제1항³⁾에서 규정하고 있던 행정심판 전치주의를 뜻한다. 그러나 1994. 7. 27. 개정된 행정소송법 제18조 제1항⁴⁾은 행정심판의 재결을 거치지 아니하고도 취소소송을 제기할 수 있는 것으로 규정하여 행정심판 전치주의에서 행정심판 임의주의로 전환하였으므로, 다른 법률에서 특별히 정하지 아니하는 경우 행정소송에서 재결전치주의는 적용되지 않는다. 즉, 구 행정소송법 제18조 제1항을 통해 규정되었던 재결전치주의에서 ‘재결’은 행정심판을 뜻한다.

[재결전치주의와 이의재결 전치주의]

구 행정소송법 제18조 제1항에서 규정되던 재결전치주의와는 달리 토지보상법에서의 재결전치주의에서의 ‘재결’이란 원칙적으로 토지보상법 제34조에 의한 원처분인 수용재결을 의미한다. 오히려 토지보상법 제84조에서 규정하고 있는 이의재결의 법적 성질이 행

- 1) 토지보상법령에서 정하고 있는 손실보상의 종류는 매우 다양한데, ‘취득하는 토지의 보상’, ‘사용하는 토지의 보상’, ‘잔여지 등의 보상’, ‘물건의 보상’, ‘권리의 보상’, ‘영업 등의 보상’, ‘이주대책 등’ 등의 항목으로 구성된다. 이하에서 주로 언급되는 영업보상, 영농보상 등은 ‘영업 등의 보상’에 포함되는 항목이며, 주거이전비, 이사비 등은 ‘이주대책 등’에 포함되는 항목이다. 토지보상법령에서 정하는 각종 보상들을 어떤 범주로 구분하는지는 학자마다 이견이 존재하나 이들을 크게 재산권보상과 생활보상으로 구분하고 생활보상에 ‘권리의 보상’, ‘영업 등의 보상’, ‘이주대책 등’ 등의 항목을 포함시키는 것이 일반적이다.
- 2) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006두19495 판결 : “토지소유자가 사업시행자로부터 공익사업법 제73조에 따른 잔여지 가격감소 등으로 인한 손실보상을 받기 위해서는 공익사업법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 공익사업법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐, 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다고 봄이 상당하다”.
- 3) 구 행정소송법 제18조 ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에는 이에 대한 재결을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.
- 4) 행정소송법 제18조 ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

정심판법 제4조에서 규정하고 있는 특별행정심판에 해당하므로 이의재결 전치주의를 규정하고 있었던 구 토지수용법 제75조의2와 구 행정소송법 제18조 제1항의 재결전치주의가 일맥상통하는 것이라고 볼 수 있다. 구 토지수용법을 대신하여 토지보상법이 시행된 것이 2003년이므로, 1994년 행정소송법 개정 이후부터 토지보상법이 시행된 2003년 이전까지 구 토지수용법 제75조의2의 이의재결 전치주의는 행정소송법 제18조 제1항 단서에 따른 특별규정으로 운영되었던 것이다.

[재결전치주의와 수용재결 전치주의]

위와 같이 구 행정소송법에서의 재결전치주의와 토지보상법에서의 재결전치주의는 ‘재결’⁵⁾이라는 용어가 표상하고 있는 대상과의 미가 완전히 다르므로, 이 둘을 구분하여 표시할 필요가 있다. 그런데 행정소송법 제19조를 원처분주의라고 칭하고 예외적으로 소 제기 전 행정심판을 먼저 거치도록 강제하는 것을 재결주의라고 칭하는 것이 학계의 정립된 용어인 것으로 보인다.⁶⁾ 이에 따라 재결이라는 명칭을 가지고 있음에도 행정심판이 아니라 원처분에 해당하는 수용재결의 특수성을 고려하여 이하에서는 토지보상법상에서의 재결 전치주의를 “수용재결 전치주의”⁷⁾라고 구별해서 칭하도록 한다.

재결전치주의는 특정한 행정처분에 대해 취소소송을 제기하기 위해서는 재결이라는 행정심판을 전치하여야만 한다는 제도이고, 수용재결 전치주의는 피수용자에게 발생한 보상청구권을 당사자소송을 통해 직접 청구하는 것을 금지하고 수용재결이라는 원처분에 대해 형식적 당사자소송 또는 행정소송을 제기하도록 하는 제도이다. 재결전치주의와 수용재결 전치주의 모두 행정소송을 통한 권리 구제 방법을 규율하고 있다는 공통점이 존재한다.

재결전치주의는 구 행정소송법 제18조 제1항에 의해 규정되어 있었으나, 수용재결 전치주의는 명문의 규정이 없다. 수용재결 전치주의와 관련하여 토지보상법 제85조를 그 근거로 드는 경우가 있으나, 수용재결 전치주의의 성질을 검토해보면 토지보상법 제85조는 토지보상법에 따른 행정소송 또는 보상금 증감소송을 진행하기 위해서는 수용재결을 거치라는 것일 뿐, 실질적 당사자소송이 가능한 경우에 이를 직접 청구하는 것까지 금지하고 있는 것은 아니다. 수용재결 전치주의가 적용되는 보상항목에서는 수용재결을 거치지 않은 행정소송은 금지된다. 즉, 취소소송의 제약사유를 정하고 있는 재결전치주의와 달리 수용재결 전치주의는 청구권행사의 제약사유를 정하고 있는 것이다. 특히 수용재결 전치주의는 그 적용 여부에 따라 진행할 수 있는 행정소송의 종류가 달라지거나(당사자소송과 행정소송·형식적 당사자소송), 행정소송에서의 소송물이 무엇인지(개인별, 목적물별, 재결별)에 대한 논의를 불러일으키게 된다.

2. 수용재결 전치주의의 의의

[수용재결 전치주의의 도입]

수용재결 전치주의는 ① 토지보상법에서 공익사업의 원활한 진행과 법적 안정성 확보를 위하여 불복의 절차와 방법을 정하고 있는 바, 이를 준수하지 않을 경우 토지보상법의 취지가 몰각되고 법적 불안정 상태가 장기화할 수 있다는 점, ② 손실보상청구권의 존재 여부와 범위가 법령에 의하여 바로 확정된다고 보기 어려운 부분이 있어 감정평가 또는 사실조사가 필요한 경우가 많으므로 절차의 효율적인 운영을 위하여 재결절차가 필요하다는 점, ③ 재결절차를 거치는 것이 피수용자 등에게 특별히 불리하다고 보기 어렵다는 점 등을 이유로 대법원에서 본격적으로 인정되기 시작한 것으로 보인다.⁸⁾

[수용재결 전치주의의 의의]

위와 같은 사실적인 이유로 도입된 수용재결 전치주의는 소송법적 측면에서는 크게 두 가지 정도의 의미를 가진다. 첫째로, 수용재결 전치주의의 도입으로 인하여 기존 보상금 증액소송에서 허용되던 보상항목의 추가가 어려워지게 되었다. 수용재결 전치주의의 도입 이전 대법원 판례⁹⁾는 편입토지 및 지장물의 보상금 증액 소송에서 수용재결 및 이의재결을 거치지 않은 잔여지 수용청구에 대해서도 보상금액을 다투는 방식으로 실질적으로 보상항목을 추가할 수 있도록 하고 있었다.

5) 다만, 국가 또는 시·도가 사업시행자이거나 수용토지가 둘 이상의 시·도에 걸쳐 있어 수용재결과 이의재결을 모두 중앙토지수용위원회가 담당할 경우, 이의재결 단계에서 어떤 보상항목에 관하여 처음 판단한 경우에는 예외적으로 재결을 거친 것으로 볼 필요가 있다는 전제 재결 기준설이 존재한다. 이상덕, “일부 수용에 따른 잔여 영업시설 손실보상의 요건”, 『대법원 판례해설(117)』, 법원도서관, 2018, 737면 참조.

6) 김동희/최계영, 『행정법 I』(제26판), 박영사, 2021, 724-726면 참조.

7) 이미 이와 관련된 법리를 수용재결 전치주의라고 칭하고 있다. 김은유/임승택/김태원, 『실무 토지수용보상』, 파워에셋, 2019, 854면 참조.

8) 김용하, “영업손실보상에서 재결을 거쳐야 하는지 여부”, 『대법원 판례해설(89)』, 법원도서관, 2011, 775-777면 참조.

9) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누7259 판결 등 참조.

두 번째로, 수용재결 전치주의의 도입으로 인하여 여러 방법으로 진행되던 손실보상에 관한 소송 방식이 정리되는 측면도 있다. 통상 넓은 의미에서 생활보상으로 불리는 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(이하 '공특법')상 보상항목들은 토지보상법령에서 수용재결에 판단대상에 포함되지 않음 강제하는 조항을 찾을 수 없고, 해당 보상 항목들의 구제를 위하여 민사소송, 당사자소송, 수용재결 이후의 보상금 증액소송 등이 다양하게 진행되어 왔다.¹⁰⁾ 그러나 수용재결 전치주의의 도입 이후로 생활보상 항목들에 대하여도 수용재결 전치주의가 적용된다는 판례들이 형성되기 시작하였고, 이에 따라 생활보상 항목들 역시 수용재결의 대상으로 보상금 증액소송을 통하여 다투게끔 되고 있다. 수용재결 전치주의가 토지보상법에 규정되었다기보다는 대법원의 판례에 의하여 형성되었기 때문에, 현 상황은 수용재결 전치주의의 적용범위가 정리되는 과정이라고 볼 수 있다.

최근에 등장하는 일부 판례¹¹⁾에서는 토지보상법 제85조 제1항이 수용재결 전치주의를 규정하고 있다고 실시하기도 한다. 그러나 토지보상법 제85조 제1항은 원칙적으로 특별행정심판인 이의재결 전치주의를 규정하고 있었던 구 토지수용법 제75조의2 제1항과 달리 이의재결을 거치지 않고 수용재결을 대상으로 행정소송을 제기할 수 있도록 개정된 것으로, 토지보상법 제85조 제1항으로부터 바로 수용재결 전치주의가 도출된다고 해석하기 위해서는 토지보상법의 모든 보상금에 수용재결 전치주의가 적용될 수 있는지의 문제가 먼저 해결되어야 한다. 물론 하급심에서는 “토지보상법상 각종 보상금은 우선 토지보상법에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제85조에 따라 권리구제를 받을 뿐, 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용할 수 없다”고 판시하기도 하였으나,¹²⁾ 이 역시 수용재결 전치주의의 예외를 인정하고 있는 대법원 판례와는 상반된다.

III. 수용재결 전치주의와 생활보상

1. 생활보상의 개념

생활보상은 일반적으로 공익사업을 위한 수용으로 인하여 생활의 기초를 상실하게 되는 주민들에게 이전과 같은 수준의 생활을 영위할 수 있도록 보장하기 위한 보상이라고 정의되고 있으나, 토지보상법 등의 실정법에서 체계화하여 규정하고 있지 않기 때문에, 이를 정의하는 학자마다 그 개념과 범위에 조금씩 차이가 발생한다.¹³⁾¹⁴⁾

생활보상을 광의의 생활보상과 협의의 생활보상으로 나누어 협의의 생활보상에는 생활기반 상실에 따른 총체금액을 보상하는 항목들, 예를 들면 이주정착금¹⁵⁾, 주거이전비¹⁶⁾ 등을 포함시키고 이주대책 등의 생활재건조치는 광의의 생활보상으로 분류하는 견해가 유력하다.¹⁷⁾ 또한 기존의 재산권보장 이론으로 설명 가능한 항목들은 재산권보상의 범주에 포함시키고 생활재건조치를 중심으로 생활보상을 파악하는 견해도 존재하며,¹⁸⁾ 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(이하 '구 공특법')에 정해져 있던 보상조항들을 중심으로 생활보상을 정리하는 견해도 존재한다.¹⁹⁾

2. 생활보상 영역에서의 수용재결 전치주의

생활보상을 구 공특법에 규정되어 있었던 보상항목을 중심으로 한 보상이라고 정의한다면, 대법원이 수용재결 전치주의를 명시적으로 채택한 이후의 판례 흐름은 생활보상 항목에도 수용재결 전치주의가 적용될 수 있는지를 확인하는 과정이라고 볼 수 있다. 대법원은 영업손실보상²⁰⁾, 농업보상²¹⁾ 등의 영역에서 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다.

10) 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2022, 106면 참조.

11) 대전고등법원 2022. 9. 15. 선고 2022누10564 판결 등 참조.

12) 서울행정법원 2013. 12. 19. 선고 2013구합51312 판결 참조.

13) 박현정, “공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사”, 『법학논집』, 제36집 제2호(한양대학교 법학연구소, 2019.), 45면 참조.

14) 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결 참조.

15) 토지보상법 시행령 제41조, 동법 시행규칙 제53조.

16) 토지보상법 시행규칙 제54조.

17) 김동희/최계영, 앞의 책, 620-624면 참조.

18) 박현정, 앞의 글, 45면 참조.

19) 김중보, “공익사업에서 점유이전과 생활보상”, 『서울대학교 법학』, 제62권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2021.), 89면 ; 박건우, 앞의 글, 106면 참조.

20) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009두10963 판결.

21) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다43461 판결.

반면, 주거이전비의 경우에는 대법원은 수용재결 전치주의의 예외를 인정하고 있다. 대법원에서는 주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송에 의하되, 주거이전비 보상에 관하여 재결이 이루어진 다음 세입자가 보상금의 증감 부분을 다투는 경우에는 토지보상법 제85조 제2항 보상금 증감소송으로, 그 이외의 부분을 다투는 경우에는 동법 제85조 제1항 행정소송으로 다룰 수 있다고 판단하였는데, 이는 다른 생활보상 항목의 영역에서 대법원이 엄격하게 수용재결 전치주의를 관철하였던 것과는 상반되는 태도이다.²²⁾

주거이전비와 다른 생활보상 항목에 대하여 수용재결 전치주의의 적용 여부가 다르게 판단된 것과 관련하여 대법원 판례해설에서는 잔여지 수용청구, 영업손실보상, 농업보상 등(이하 ‘영업보상 등’)은 토지 등에 대한 보상에 부수하는 간접손실(부수적 손실)로서 생활보상인 주거이전비와는 차이가 있고, 특히 주거이전비는 토지보상법 시행규칙에 정해진 요건만 충족하면 소정의 주거이전비를 바로 청구할 수 있어 실질적 당사자소송에 적합하며, 형식적 측면만을 중시하여 주거이전비에 대한 재결을 거치는 것이 타당한지 여부에 관한 의문이 있기 때문이라고 보고 있다.²³⁾

3. 영업보상 등과 주거이전비 등의 구별 가능성

[영업보상 등의 보상절차]

영업보상 등과 주거이전비, 이주정착금, 이사비 등(이하 ‘주거이전비 등’)은 모두 구 공특법 시행규칙에 규정되어 있었던 보상항목으로, 토지보상법의 제정 및 시행으로 인하여 구 공특법의 보상항목들이 그대로 이식된 것으로 볼 수 있다. 다만 구 공특법은 기본적으로 구 토지수용법에 정한 수용절차에 의하지 아니하고 협의에 의하여 사업시행자가 토지등을 취득하거나 소멸시키는 것을 기본 골자²⁴⁾로 하고 있어, 구 공특법에 따른 보상항목들이 토지보상법에 제대로 이식되기 위해서는 그 보상절차와 방법을 세밀하게 정리할 필요가 있었으나 현 토지보상법에서는 그러한 내용이 누락되어 있다. 그로 인하여 주거이전비를 포함한 구 공특법에 따른 보상항목들은 상당수가 수용재결의 내용이 되지 못한 채 별도의 지급절차에 따라 지급되었다.²⁵⁾

실제로 토지보상법의 문언에 따르면 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고·통지 및 열람, 이의제기 절차와 협의, 감정평가업자의 평가에 의한 보상액 산정, 재결신청 등의 대상이 되는 것은 취득 또는 사용할 토지·물건 및 권리이다. 영업보상 등과 주거이전비 등은 취득 또는 사용의 대상이 되는 것이 아니라, 토지·물건 및 권리 등이 취득 및 사용됨으로 인하여 부수적으로 발생하는 손실을 보상하는 항목이므로 토지보상법에 따라 사업시행자 또는 손실을 입은 자가 재결을 신청할 수 있다는 명문 규정이 없는 것은 동일하다.

[영업보상 등의 구별가능성]

대법원에서는 “영농보상은 농민이 기존 농업을 폐지한 후 새로운 직업 활동을 개시하기까지의 준비기간 동안에 농민의 생계를 지원하는 간접보상이자 생활보상으로서의 성격을 가진다”고 판시하여 간접보상과 생활보상을 명확하게 구별하고 있지 않다.²⁶⁾ 나아가 토지수용 업무편람에서는 주거이전비를 주거용 건축물의 거주자에 대한 주거 이전에 필요한 비용의 보상으로 보상금수령 후 새로운 주택을 취득하거나 임차하는 기간 동안의 임시거주에 소요되는 비용을 보상하는 것이라고 정의하고 있는데²⁷⁾, 이러한 정의는 주거이전비 역시 토지 등의 취득으로 인하여 발생한 거주자의 간접적인 비용손실을 보상하는 것으로 해석하기에 충분하다. 이러한 점을 고려하면 위 대법원 판례해설의 구별은 생활보상의 정의와 그 범위를 어떻게 정의하느냐에 따라 달라지는 것일 뿐, 구 공특법에 같이 규정되었던 주거이전비 등과 영업보상 등을 구별하는 기준으로 사용되기에는 불충분하다.

주거이전비 등의 경우 토지보상법 시행규칙 제54조 등에서 아주 상세하게 보상기준과 보상액의 산정방법 등을 규정하고 있어 주거이전비의 보상 요건에만 해당할 경우 그 보상액을 산정하는 것에는 어려움이 없다는 특이점이 존재한다. 실제로 주거이전비 등은 행정소송법 제3조 제2호에 따른 당사자소송을 통해 권리를 구제받는 경우가 빈번하다. 최근 대법원 역시 주거이전비의 경우 수용재결 전치주의가 적용되지 않는다는 기존 판례를 인용하여 주거이전비에 대한 법리는 주거용 건축물의 소유자가 사업시행자를 상대로 이주정착금, 주거이전비 및 이사비의 보상을 구하는 경우에도 그대로 적용된다고 판시하였다.²⁸⁾

22) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결 참조.

23) 김용하, 앞의 글, 771면 참조.

24) 구 공특법 제1조(목적) 이 법은 공공사업에 필요한 토지등의 협의에 의한 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상에 관한 기준과 방법을 정함으로써 공공사업의 원활한 수행과 손실보상의 적정을 기함을 목적으로 한다.

25) 김종보, 앞의 글, 89면 참조.

26) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019두32696 판결 참조.

27) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2023년 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2022, 483면 참조.

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

영업보상 등의 경우에도 토지보상법 시행규칙 제45조, 제46조, 제47조 등에서 보상액의 산정 및 평가방법, 보상기준 등을 구체적으로 규정하고 있는 것은 마찬가지이다. 다만 영업보상 등의 경우에는 감정평가를 거쳐야만 정당한 보상액이 평가될 수 있다는 특이점이 존재하고, 토지보상법 시행규칙 역시 토지, 건축물, 영업에 대해서는 ‘평가’라는 단어를 사용하여 감정평가사의 평가를 전제로 규정하고 있고 주거이전비나 이사비에 대해서는 단순히 보상이라는 제목을 사용하고 있다.²⁹⁾ 그렇다면 감정평가사의 감정평가여부가 영업보상 등과 주거이전비 등으로 대표되는 생활보상을 구별할 수 있는 기준이 될 수 있는 것일까?

토지보상법 시행규칙 제48조 농업의 손실에 대한 ‘보상’의 경우, 보상기준, 보상액의 산정 등에 대해 구체적으로 규정하고 있으면서도 주거이전비와 동일하게 ‘평가’가 아니라 ‘보상’이라고 표시하여 감정평가사의 감정평가를 요하지 않는다. 그런데 이러한 영농보상과 관련하여 대구고등법원에서는 영농보상에도 수용재결 전치주의가 적용된다는 전제 하에 영농보상이 재결절차를 거처으므로 행정소송을 통하여 다툴 수 있다는 취지의 판결을 내린 바 있고,³⁰⁾ 대법원에서는 협의 또는 재결절차를 거쳐 당시의 사정을 기준으로 영농보상금액이 구체적으로 산정되기 전에는 농민과 사업시행자 사이의 영농보상에 관한 법률관계가 완성된 것이 아니라고 판시하여 협의가 성립되는 것이 아닌 이상 재결절차를 거치는 것이 필수적인 절차인 것처럼 판시하기도 하였다.³¹⁾

현재 대법원은 영업보상 등과 주거이전비 등을 구별하여 영업보상 등에는 수용재결 전치주의를 엄격하게 적용하고, 주거이전비 등에는 수용재결 전치주의를 적용하지 않고 있다. 그러나 영업보상 등과 주거이전비 등이 모두 구 공특법에 규정되어 있던 보상항목이라는 점, 실질적으로 간접손실과 생활보상을 나누어 생각하는 것이 어렵다는 점, 주거이전비 등과 마찬가지로 감정평가를 요하지 않는 영농보상은 수용재결 전치주의를 적용하고 있다는 점 등을 고려하면 각 보상항목의 어떠한 법적 성질에 따라 수용재결 전치주의의 적용 여부를 결정한 것이 아니라, 생활보상의 보상항목 중 주거이전비 등이 가진 다른 성질이나 현상이 존재하기 때문인 것으로 보인다.

4. 실무에서의 주거이전비 등의 지위

[영업보상 등의 지급 방법]

기본적으로 생활보상은 구 공특법과 동법 시행규칙 등을 통해 도입되었던 보상항목으로 사업에 자발적으로 협력하여 임의로 토지를 제공하는 자들에게 협력의 유인 또는 특별보상으로 제공되는 시혜적인 성격의 보상금으로 분류되었다.³²⁾ 이에 따라 구 공특법에 따른 사업시행자는 폭넓은 재량을 가지고 독자적인 절차에 따라 보상하였으며, 보상금의 지급시기 역시 구 공특법 시행규칙 제5조의10³³⁾ 제2항에 따라 착공 이전에만 지급하면 되는 것으로 규정되어 있었다.

그러나 1981. 12. 31.자로 구 토지수용법이 개정되면서 구 토지수용법 제57조의2에서 손실보상액의 산정방법 및 기준 등에 관하여는 구 공특법을 준용하게 되고, 이후 2003. 1. 1. 토지보상법이 시행되면서 영업보상 등과 주거이전비 등의 실무상 지위에 변화가 발생하였다. 영업보상 등과 주거이전비 등의 수용재결에 대한 근거조항 및 요건 등이 규정되어 있지 않은 것은 동일하였으나, 실무적으로 영업보상 등은 영업보상 등의 인정 혹은 증액을 위하여 감정평가가 필요하였으므로 사업시행자의 재결신청 또는 재결 과정에서의 피수용자의 영업보상 평가 요청 등을 통하여 수용재결을 거치는 것이 관행으로 굳어진 것으로 보인다.³⁴⁾ 이에 따라 영업보상 등은 수용재결을 거쳐 편입토지 등의 보상금과 함께 또는 별도로 지급되었다.

주거이전비 등은 영업보상 등과 달리 보상금액을 산정함에 있어 감정평가를 필요로 하지 않았으므로 소유자나 세입자가 재결 과정에서 주거이전비 등의 지급을 요청하는 경우가 적었고, 사업시행자의 경우에도 굳이 주거이전비를 재결에 포함하여 일찍 지급하고자 할 유인이 없었기 때문에 수용재결의 영역에서 주로 다루어지지 않았다. 따라서 소유자나 세입자가 특별히 당사자소송을 통하여 주거이전비 등의 지급을 다투는 것이 아닌 이상, 주거이전비는 실무상 사업시행자가 소유자나 세입자의 이주가 끝나고 주민등록등본을 확인한 이후에 지불하는 것으로 운영되었다.³⁵⁾ 이런 실무상 관행은 매우 확고하게 정립되었으나 법원에서 인정받지는 못하였다.³⁶⁾

29) 김종보, 앞의 글, 90면 참조.

30) 대구고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누3890 판결 : 하천환경정비사업 시행자가 갑과 영농손실보상금에 대하여 협의가 성립되지 않자 영농손실보상금을 누락한 채 갑에 대한 수용재결을 신청하였는데, 수용재결에서 영농손실보상에 대하여는 판단하지 않고 토지 및 지장물에 대한 손실보상만을 판단하자 갑이 실제소득에 따라 산정한 영농손실보상금의 지급을 주장하며 이의신청을 하였고, 이의재결에서 통계소득에 따라 산정한 방법이 적절하다는 이유로 이의신청을 기각하자 갑이 영농손실보상금 등의 지급을 구하는 소송을 제기하였는데, 갑이 영농손실보상금 청구 소송 전에 재결절차를 거쳤는지가 문제 된 사안에서, 갑이 소송을 제기하기 전에 영농손실보상금 부분에 대하여 재결절차를 거쳤다고 한 사례.

31) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019두32696 판결 참조.

32) 박건우, 앞의 글, 102면 참조.

33) 구 공특법 제5조의10 ② 사업시행자는 소유자등에 대하여 보상액의 전액을 지급한 후가 아니면 공사에 착수할 수 없다. 다만, 소유자등의 승낙이 있을 때에는 그러하지 아니하다.

34) 대법원 1990. 10. 10. 선고 89누7719 판결 : 대법원 2000. 1. 28. 선고 97누11720 판결.

35) 김종보, 앞의 글, 91면 참조.

또한 2009. 5. 27.자 개정된 구 도시정비법 제49조 제6항³⁷⁾에서 손실보상이 완료되지 않은 기존 권리자의 사용 수익권이 정지되지 않는다고 규정하였음에도 불구하고, 대법원은 ‘토지보상법상 손실보상’을 축소해석하여 수용재결에서 정한 손실보상금을 공탁하였다면 토지보상법에 따른 손실보상을 완료한 것으로 보거나³⁸⁾ 주거이전비 보상청구권은 정책적인 목적과 사회보장적 목적을 위하여 인정되는 공법상의 권리이므로 수용보상금을 지급받은 사용자가 부담하는 부동산 인도 의무와 이행상의 견련관계가 인정되지 않는다고 판단하였다.³⁹⁾ 이때까지 대법원은 주거이전비가 수용재결을 통하지 않고 지급되는 수용보상금이나 손실보상금이 사회 정책적인 시혜로 판단하였던 것으로 보인다.

[주거이전비의 특수성]

최근 대법원은 기존의 입장을 변경하여 구 도시정비법 제49조 제6항은 사업시행자의 현금청산대상자나 세입자에 대한 주거이전비 등의 지급을 실질적으로 보장할 수 있는 방향으로 해석되어야 한다고 하였다.⁴⁰⁾ 이에 따라 대법원은 토지보상법의 주거이전비 등의 보상항목은 토지보상법에서 명문으로 규정하는 손실보상에 해당하고, 주거이전비 등의 지급 의무는 부동산 인도에 선행되어야 하는 의무라고 판단하였다. 해당 판례로 인하여 기존의 대법원 판례와 달리 주거이전비 등은 도시정비법이 준용하는 토지보상법의 손실보상 항목으로 인정되었으며, 사업시행자는 주거이전비 등에 대하여 재결을 신청할 수 있고, 관할 토지수용위원회는 주거이전비 등에 대하여 재결의무가 있음이 확인되었다.

하지만 위와 같은 대법원 판례가 있기 한참 전에도 사업시행자가 주거이전비 등에 대하여 재결을 신청하고, 주거이전비가 수용재결에서 다루어진 사례들이 존재하고,⁴¹⁾ 이후 대법원 판례들에서도 재결을 거치지 않았더라도 합당한 주거이전비가 지급된 경우 손실보상이 완료된 것으로 보거나 주거이전비 등은 행정소송법 제3조 제2호에서 정하는 당사자소송으로 청구할 수 있다는 기존 판례를 원용하고 있다.⁴²⁾ 결국 위 대법원 판례는 도시정비법이 준용하는 토지보상법에 따른 손실보상에 주거이전비 등이 포함된다는 부분을 변경한 판례이고, 여전히 주거이전비 등에 수용재결 전치주의를 적용하지 않는 기존 태도는 유지되고 있다고 할 수 있다.

[수용재결 전치주의와 구체적 타당성]

구 공특법의 보상항목인 생활보상으로서의 주거이전비 등은 협의취득에 협력하는 자들에 대해 충분한 보상을 보장하기 위하여 도입된 것이었기 때문에 어떻게 수용재결을 통해 지급될 수 있는지를 규정할 수 없었고, 구 토지수용법과 토지보상법 모두 수용재결 절차에 구 공특법의 보상항목들을 포섭하는 규정을 두지 않았다. 이에 따라 실무에서는 기존의 실무 관행대로 구 공특법의 보상항목들을 수용재결에 포함하기도 하고 별도로 취급하기도 하였으며, 법원은 법원대로 각 항목이 문제 될 때마다 수용재결 전치주의를 적용하거나 예외를 만드는 방법으로 구체적 타당성을 지켜온 것으로 보인다.

특히, 주거이전비 등과 관련하여 현재까지도 수용재결 전치주의의 예외를 인정하여 세입자는 수용재결을 거치지 않고 당사자소송을 통해 주거이전비를 지급받을 수 있다거나, 사업시행자가 협의나 재결 없이도 토지보상법 시행규칙에서 정하는 주거이전비를 공탁한 경우에는 손실보상이 완료된 것으로 보는 대법원의 태도는 법적 안정성보다는 기존에 이미 공익사업을 진행하였거나 하는 사업시행자와 주거이전비 청구권자를 고려하여 구체적 타당성과 권리구제를 우선시하는 것으로 해석된다.

36) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015두46673 판결 참조. 세입자들의 이주와 동시에 주거이전비와 이사비 지급의무를 부담할 뿐이라는 취지의 피고 조합의 주장을 배척한 판례.

37) 현행 도시정비법 제81조 제1항.

38) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결 참조.

39) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643 판결 참조.

40) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 참조.

41) 행정심판 재결 사건 04-15959. 주거이전비에 대한 세입자의 재결신청청구를 거부한 사업시행자의 거부처분을 취소하고 주거이전비에 대한 재결 신청 이행을 명한 사안.

42) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022다228186 판결 참조.

IV. 생활보상에의 수용재결 전치주의의 적용

1. 실무상 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리

[생활보상과 수용재결 제도의 괴리]

생활보상의 영역에 수용재결 전치주의가 예외 없이 적용되기 어려운 지점은, 생활보상과 수용재결의 관계가 명확하게 규정되어 있지 않다는 데 있다. 앞서 살핀 바와 같이 생활보상으로 분류되는 구 공특법의 보상항목들, 특히 주거이전비 등은 사업시행자에게 토지보상법에 따른 수용재결 신청 의무가 있는 것도 아니거니와 사업시행자 입장에서 수용재결을 통해 판단 받아야만 하는 현실적인 필요성이 부족하였으므로 아예 수용재결을 신청하지 않는 경우가 많았고, 수용재결의 심리대상을 사업시행자에 의하여 수용재결 신청된 것으로 한정하는 토지보상법 제50조 제2항⁴³⁾에 따라 사업시행자가 신청하지 않은 보상항목은 판단의 대상에서 배제되었다.

따라서 현재 생활보상항목을 수용재결을 통해 보상받고자 하는 자는 사업시행자를 상대로 일단 재결신청의 청구를 하고, 사업시행자가 재결신청을 거부하면 사업시행자를 상대로 재결신청거부처분에 대한 취소소송 또는 부작위위법확인소송을 제기하여야 하며, 사업시행자의 거부처분이 취소되거나 부작위가 위법하다는 판단이 내려져 사업시행자가 수용재결 신청을 하게끔 하는 방법을 이용하여야 한다. 즉, 현재의 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리를 그대로 방치하고 수용재결 전치주의를 예외 없이 도입할 경우 실질적으로 생활보상, 특히 주거이전비 등의 보상금 청구권은 실현 가능성이 사라지게 된다.⁴⁴⁾

[당사자들의 권리 구제를 위한 수용재결 전치주의의 예외]

이러한 점을 고려할 때, 법원에서 주거이전비 등에 수용재결 전치주의의 예외를 인정하고 있는 것은 주거이전비 등의 고유한 법적 성질에 의한 것이라기보다는 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리를 인정하면서 기존의 실무 관행을 존중하고 그에 따라 형성된 당사자들의 권리를 구제하기 위한 것으로 보인다. 궁극적으로는 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리를 해소하기 위하여 토지보상법이 개선되는 것이 모든 문제 해결의 첩경이겠으나 짧은 시일 내에 그러한 급격한 개정이 있기는 쉽지 않아 보인다. 따라서 장기적인 제도 개선의 관점에서 보았을 때는 주거이전비 등에만 수용재결 전치주의의 예외를 인정하기보다는 주거이전비 등 역시 점진적으로 수용재결 전치주의의 제도에 포섭시킬 방안을 고려해야 한다.

토지보상법 제도 개선 이전에 주거이전비 등을 점진적으로 수용재결 전치주의에 포섭시키기 위해서는 사업시행자가 수용재결 신청을 하지 않아 재결 과정에서 피보상자가 이의신청 등을 통하여 보상항목을 주장한 경우를 어떻게 처리할 것인지, 피보상자가 이의신청 등을 통하여 보상항목을 주장하였음에도 지방토지수용위원회 또는 중앙토지수용위원회에서 판단하지 않은 경우를 어떻게 할 것인지를 고민할 필요가 있다.

2. 수용재결 전치주의에서 ‘재결’의 범위

[수용재결과 이의재결의 판단 범위]

앞에서 정리한 수용재결 전치주의의 개념에 따르면 수용재결 전치주의는 행정심판 전치주의를 지칭했던 재결전치주의와는 다른 제도로, 수용재결 전치주의의 ‘재결’은 기본적으로 원처분인 수용재결을 칭한다. 이러한 관점에서 살피면 수용재결 전치주의에서 ‘재결’의 범위에 특별행정심판인 이의재결을 포함하기는 것은 어려워 보인다. 따라서 원칙적으로 수용재결 전치주의의 ‘재결’은 원처분인 수용재결을 의미하고, 수용재결을 거쳐야만 행정소송을 통한 권리구제가 가능하고 이의재결을 필수적으로 거칠 필요는 없다고 보는 것이 타당하다.

이를 다른 측면에서 고려하면, 수용재결에서 판단받지 않았으나 이의재결에서만 판단된 경우는 재결을 거쳤다고 볼 수 있는 것인지의 문제가 발생한다. 대표적으로 사업시행자의 수용재결 신청이 없었으나 피보상자가 이의신청을 통하여 보상항목을 주장하고 이의재결에서야 비로소 다루어지는 사례가 해당한다.⁴⁵⁾ 원칙적으로 이의재결은 수용재결에서 이미 판단된 내용을 심리하는 특별행정심판이므로 수용재결을 거치지 않은 보상항목을 이의재결 단계에서 주장하는 것은 허용될 수 없는 것이나 실제로 실무에서는 이의재결 단계에

43) 토지보상법 제50조 ② 토지수용위원회는 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인이 신청한 범위에서 재결하여야 한다. 다만, 제1항 제2호의 손실보상의 경우에는 증액재결을 할 수 있다.

44) 박건우, 앞의 글, 110면 참조.

45) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2016두58796 판결 ; 대구고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누3890 판결.

서 새로이 판단되는 보상항목이 적지 않다.

[‘재결’에 대한 견해의 대립]

대법원을 비롯한 각급 법원에서는 수용재결 권한과 이의재결 권한이 모두 중앙토지수용위원회에 귀속되어 있는 경우, 사업시행자가 영업보상 등의 보상항목에 대한 수용재결 신청을 하지 아니하여 수용재결 단계에서 판단되지 않은 경우에도 피보상자의 이의신청을 통하여 이의재결 단계에서 판단되었다면 수용재결 전치주의에서 말하는 ‘재결’을 거친 것으로 판단하고 있는 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 이러한 법원의 태도를 전체 재결 기준설이라고 부르는데,⁴⁷⁾ 전체 재결 기준설의 경우 위 판례들과 같이 중앙토지수용위원회가 수용재결과 이의재결을 모두 담당할 경우에 한하여 채택할 수 있는 것인지 아니면 지방토지수용위원회가 수용재결을 담당하고 중앙토지수용위원회가 이의재결을 담당할 경우에도 채택할 수 있는 것인지에 의문이 있다. 현재까지 지방토지수용위원회가 수용재결을 담당하고 중앙토지수용위원회가 이의재결을 담당할 경우에도 전체 재결 기준설이 채택된 판례를 찾지 못하였으나, 굳이 경우를 나누어 전체 재결 기준설이 중앙토지수용위원회가 수용재결과 이의재결을 모두 담당할 경우에 한하여 채택한다고 한정할 이유는 없는 것으로 보인다.

다만 전체 재결 기준설은 토지보상법 제50조 제2항 본문에서 규정한 내용을 위반하는 것이 아닌지에 대한 반박이 존재한다. 토지보상법 제50조 제2항에 따라 토지수용위원회는 재결신청권자가 신청한 범위에서 재결하여야 한다는 제약을 받으므로 토지수용위원회가 이의재결 등에서 피보상자의 추가 주장에 대해 판단하였더라도 재결절차를 거친 것으로 볼 수 없다는 견해(= 재결신청 기준설)이 그것이다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 그러나 재결신청 기준설은 행정소송의 심판 범위에 토지수용위원회의 심리 및 판단 여부보다 재결신청권자의 신청 여부를 행정소송의 심판 범위 확정에 더욱 중요하게 고려한다는 단점이 존재하고, 토지수용위원회가 피보상자의 추가 주장을 인용하여 보상금을 인정한 경우에는 그 부분의 재결을 논리적으로 다루기 어렵다는 맹점이 있다. 이러한 점을 고려할 때 토지보상법 제50조 제2항의 내용에도 불구하고 토지수용위원회가 심리 및 판단을 하였다라는 점이 확인된다면, 수용재결 전치주의에서 ‘재결’을 거쳤다고 보는 것이 타당할 것이다.

전체 재결 기준설이 지방토지수용위원회가 수용재결을 담당할 경우에도 채택된다고 가정하면, 수용재결 전치주의는 수용재결 또는 이의재결에서 판단받은 보상항목의 경우는 행정소송을 통해 구제받을 수 있다는 결론이 도출되므로 수용재결 전치주의는 그 사전적인 개념보다 더 넓은 적용 범위를 가지게 된다. 그러나 이는 토지보상법에서 명확한 규정을 두고 있지 아니하여 실무상 관행과 사안에 따른 법원의 판단에 맡겨져 운용되고 있는 생활보상항목의 보상 실무에 따라 부득이하게 수용재결 전치주의의 범위를 넓히는 것이라고 볼 여지도 있다. 하지만 이는 과도기적인 것으로 토지보상법의 재산권보상 항목과 같이 생활보상에도 수용재결신청 및 수용재결 판단을 강제하는 제도가 장기적으로 도입된다면, 굳이 전체 재결 기준설을 도입하여 특별행정심판인 이의재결에서 처음으로 다루어진 보상항목이 수용재결 전치주의의 ‘재결’을 거친 것이라는 확장 해석을 할 필요성 역시 낮아질 것이다.⁵⁰⁾

3. 수용재결 판단의 누락의 경우

[재결의 유탄]

수용재결 판단의 누락은 사업시행자가 토지수용위원회에 수용재결을 신청하였으나 토지수용위원회가 신청된 보상항목에 대한 판단을 유탄한 경우를 말한다. 이 경우는 토지보상법 제37조에서 “토지수용위원회가 신청의 일부에 대한 재결을 빠뜨린 경우에 그 빠뜨린 부분의 신청은 계속하여 그 토지수용위원회에 계속된다”고 규정하고 있으므로 크게 문제될 여지가 없다.

[추가적인 보상항목 주장에 대한 판단 누락]

그런데 재결신청권자가 수용재결 신청을 거부하거나 누락하여 피보상자가 재결 단계에서 추가적으로 보상항목을 주장한 경우에 토지수용위원회에서 해당 주장의 판단을 누락한 경우는 토지보상법 제37조가 적용되기 어렵다. 토지수용위원회는 재결신청권자가 재결을 신청한 항목에 대해서는 심리·판단할 의무가 있으나, 재결 단계에서 피보상자가 추가 주장한 보상항목에 대해서는 심리·판단의무가

46) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2016두58796 판결 ; 대구고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누3890 판결.

47) 이상덕, 앞의 글, 737면 참조.

48) 이상덕, 앞의 글, 738면 참조.

49) 일부 지방법원에서는 “재결절차를 거쳤는지 여부는 재결신청이 있었는지를 기준으로 판단하여야 한다”고 하여 재결신청 기준설을 취하기도 하였다(광주지방법원 2015. 11. 26. 선고 2014구합11540 판결).

50) 실제로 전체 재결 기준설이 채택된 사안에서는 피보상자의 요청에도 불구하고 사업시행자가 생활보상 항목에 대한 수용재결 신청을 하지 아니하였고 수용재결에서도 생활보상 항목이 판단되지 않았다(대법원 2018. 7. 20. 선고 2016두58796 판결 참조).

인정되지 아니하므로 이를 재결의 유탈로 보아 관할 토지수용위원회에 계속된다고 보면 해당 보상항목은 법의 사각지대에 지속해 표류할 수밖에 없기 때문이다.

이와 관련하여 일선 법원에서는 재결 단계에서 피보상자가 추가로 주장한 보상항목에 대해서 수용재결위원회가 판단하지 아니한 경우, 이를 적법한 재결절차를 거치지 않은 것으로 보아 각하하는 것이 대부분이다.⁵¹⁾ 실제로 이와 같이 판단한다고 해도 큰 문제가 발생하지는 않는 것으로 보인다. 재산권보상항목이나 생활보상 중 영업보상 등의 보상항목은 다시금 재결신청 청구 또는 재결신청을 통해서 정식의 수용재결의 판단을 받을 가능성이 매우 높고, 주거이전비 등의 보상항목은 재결을 통하기보다는 당사자소송 또는 공탁으로 해결하는 것이 쉽고 간편하기 때문이다.

위와 같은 법원의 판단은 토지수용위원회의 결정에 따라 보상금 증감 소송의 소송대상 및 각급 법원의 심판범위가 좌우된다는 단점이 존재한다. 특히 재결 단계에서 피보상자가 추가로 주장한 보상항목에 대해서는 토지수용위원회는 이를 판단하지 않아도 되고 시혜적으로 판단해도 되는 위치에 있게 되는데, 토지수용위원회의 결정에 따라 피보상자가 보상금 증감소송을 할 수 있을지 수용재결 신청 청구를 해야 할지 당사자소송을 제기해야 할지가 결정되는 것이다.

[토지보상법 제50조 제1항 제2호의 확장 해석 가능성]

하지만 보상금 증감 소송은 원래 토지수용위원회가 정한 보상금에 대해서 다투어 판단하는 소송형태이므로 토지수용위원회의 판단 여부에 보상금 증감 소송 여부가 좌우되는 것이 큰 문제라고 보기는 어렵다. 나아가 최근 대법원 판례는 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 손실보상의 범위를 넓게 보아 주거이전비 등도 모두 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 손실보상에 해당하므로 토지수용위원회의 재결사항에 해당한다고 판시한 바 있다.⁵²⁾ 이를 고려하여 생활보상 중 기존의 재산권보상 이론과 같이 금전으로 치환되는 영역들은 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 손실보상에 해당한다고 해석하면,⁵³⁾ 토지수용위원회는 재결신청권자가 신청하지 않은 보상항목들 역시 손실보상의 일부로 인정하여 증액재결을 할 수 있는 권한이 있다고 볼 수 있다.

궁극적으로는 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리를 해결하는 제도 개선으로 위와 같은 문제가 해결되어야겠으나, 현실적으로 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 손실보상을 넓게 보아 생활보상의 항목 중 금전으로 보상할 수 있는 영역이 ‘손실보상’에 포함된다고 해석하면 토지수용위원회의 판단 범위를 넓혀 피보상자가 재결 단계에서 추가적으로 주장한 보상 항목에 대한 판단이 재결 단계에서 최대한 이루어지게끔 할 수 있을 것으로 생각된다.

4. 수용재결 전치주의의 확장 가능성

도시정비사업에서 발생하는 주거이전비 등의 경우를 보면, 최근 대법원 판례로 인하여 주거이전비 등의 지급과 인도 의무가 동시 이행 관계에 놓이게 되자 사업시행자들은 수용재결 신청 시 주거이전비를 포함하여 신청하거나, 수용재결 보상금 공탁 시에 토지보상법에 따른 주거이전비를 변제공탁하는 방법으로 사업을 진행하고 있다. 주거이전비 등의 경우 대법원 판례에서 여전히 수용재결 전치주의의 예외를 인정하고 있으므로 굳이 수용재결을 거치지 않는 사례가 많은 것이지만, 이제는 주거이전비 등에 수용재결 전치주의가 적용된다고 하더라도 빠른 사업 진행을 원하는 사업시행자와 조속한 주거이전비 등의 지급을 원하는 피보상자 간 서로의 필요가 맞아떨어지므로 굳이 수용재결 전치주의의 예외를 인정할 필요가 없어질 수 있다.

물론 수용재결 전치주의의 예외를 인정하지 않기 위해서는 생활보상과 수용재결 제도 사이의 괴리점이 해결되어야 한다. 다만 최종적인 제도 개선에 앞서서, 수용재결 전치주의에서의 ‘재결’의 범위를 조금 확장 해석하고 토지보상법 제50조 제1항 제2호 ‘손실보상’의 범위를 넓게 해석하여 주거이전비 등의 지급 방법을 최대한 수용재결을 거칠 수 있도록 유도할 수는 있을 것이다.

V. 결론

수용재결 전치주의를 채택한 2008년 대법원판결 이후 대법원은 각종 생활보상 항목에 관한 판단에서 수용재결 전치주의의 적용 범위를 넓혀왔다. 그러나 유독 주거이전비 등과 관련해서는 대법원은 수용재결 전치주의의 예외를 인정하여 주거이전비 등은 수용재결을

51) 대전지방법원 2020. 9. 10. 선고 2019구합105138 판결 ; 대구지방법원 2014. 4. 25. 선고 2012구합5116 판결 등 참조.

52) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 참조.

53) 박현정, 앞의 글, 45면 참조.

통해서 지급될 수도, 당사자소송을 통하여 지급될 수도, 협의나 재결 없이 사업시행자의 일방적인 공탁으로 해결될 수도 있는 상황이 전개되었다.

대법원의 주거이전비 등에 대한 수용재결 전치주의의 적용 예외는 주거이전비 등의 본질적인 법적 성질에 따른 것이라기보다 구 공특법에 규정되어 있던 생활보상 항목들이 토지수용법, 토지보상법으로 이전되면서 여전히 수용재결 제도와 정합성을 보이지 못하고 있다는 데에서 비롯된다. 대법원은 기존의 실무 관행과 이를 신뢰하여 행동한 사업시행자, 피보상자, 토지수용위원회 등을 고려한 구체적 타당성 있는 판결을 이끌어 내기 위해 주거이전비 등에는 수용재결 전치주의를 적용하지 않았던 것으로 보인다.

이러한 문제는 수용재결 제도와 생활보상 항목들의 괴리로 인하여 발생한 것이고, 이를 교정하기 위해 수용재결 전치주의를 도입하고, 다시 수용재결 전치주의의 예외를 계속 만들어 내는 것은 법적 안정성에 심각한 문제가 될 수 있다. 이러한 문제의 해결방안을 모색하기 위하여 가장 효율적인 방법은 토지보상법 제도의 근본적인 개정이다. 그러나 토지보상법 제도의 변화는 쉽게 이루어질 수 있는 것이 아니므로, 본 논문에서는 현재 대법원이 도입한 수용재결 전치주의로 토지보상 절차가 일원화 될 수 있는지를 확인해 보았다.

그러나 수용재결 전치주의 하에 주거이전비 등의 생활보상 항목을 모두 포섭하기 위해서는 앞서 살핀 바와 같이 수용재결 전치주의에서 '재결'의 범위를 확대 해석하고, 토지보상법 제50조 제1항 제2호의 '손실보상'을 넓게 보아 토지수용위원회가 재결신청권자의 개별 항목의 신청이 없더라도 주거이전비 등을 고려한 '손실보상'의 증액재결을 할 수 있도록 하는 등 여전히 기존의 실무관행 및 절차를 바꾸어야 하는 상황을 맞닥뜨리게 된다. 이러한 점을 고려하면 대법원의 수용재결 전치주의는 한정된 상황에서만 허용될 수 있는 논리이며, 이를 확장하여 토지보상절차 전반에 적용하기에는 무리가 있는 것으로 보인다.

현행 토지보상법 제도에서는 구 공특법에서부터 규정되었던 생활보상 항목들이 과연 어떤 절차를 거쳐 보상이 이루어질 수 있는 것인지, 피보상자는 어떤 절차를 통하여 이에 대해서 다툴 수 있는 것인지를 명확하게 규정하고 있지 않다. 이로 인하여 실무상 보상제도 운용은 기존 관행을 존중하는 방식으로 이루어졌고, 법원 역시 기존 관행을 인지하면서 구체적 타당성을 충족시키기 위한 방법으로 수용재결 전치주의와 같은 법리를 고안하게 되었다. 그러나 실무상 관행 및 수용재결 전치주의와 같은 법리는 토지보상제도 전반에 적용될 수 있는 법적, 논리적 기반을 가지고 있지 못하다. 그러므로 토지보상법령은 개정을 통해 각 생활보상 항목들이 정확하게 어떤 절차를 통해 보상될 수 있는지 정의되어야 한다. 즉, 생활보상 항목들이 재산권보상과 같이 수용재결 절차를 통해 보상되도록 할 것인지, 아니면 별개의 절차를 거치거나 혹은 사업시행자와 법원에 보상 절차를 맡길 것인지를 명확히 정리하여야 하고, 이에 따라 피보상자들이 어떤 방식으로 다툴 수 있게 될 것인지도 확인될 수 있을 것이다.

투고일 2023. 8. 18. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 10.

참고문헌

- 국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2023년 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2022
- 김동희/최계영, 『행정법 I』, 제26판, 박영사, 2021
- 김은유/임승택/김태원, 『실무 토지수용보상』, 파워에셋, 2019
- 김중보, 『건설법의 이해』, 제7판, 피데스, 2023
- 김용하, “영업손실보상에서 재결을 거쳐야 하는지 여부”, 『대법원 판례해설(89)』, 법원도서관, 2011
- 김중보, “공익사업에서 점유이전과 생활보상”, 『서울대학교 법학』, 제62권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2021.)
- 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2022
- 박현정, “공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사”, 『법학논집』, 제36집 제2호(한양대학교 법학연구소, 2019.)
- 이상덕, “일부 수용에 따른 잔여 영업시설 손실보상의 요건”, 『대법원 판례해설(117)』, 법원도서관, 2018

ABSTRACT

Scope and exceptions to acceptance Adjudication Prior to Compensation

Shin, Jun Seob*

The Supreme Court has ruled that compensation for land acquisition and for public projects under the Act on Acquisition and Compensation of Land for Public Works Projects must be adjudicated by the Land Tribunal. It has been determined that compensation claimants cannot directly claim compensation from the project operator without following the adjudication process. This rationale, known as the principle of “adjudication prior to compensation” has been gradually extended to areas such as business compensation, agricultural compensation, as well as compensation for livelihoods.

At the same time, the Supreme Court has indicated that for compensation items such as relocation expenses and moving costs within the category of compensation for livelihoods, the principle of adjudication prior to compensation does not apply. This implies that affected parties can directly claim compensation through individual lawsuits without waiting for the Land Tribunal's adjudication, or the project operator can proceed with compensation according to the Land Compensation Act.

When comparing the legal nature of compensation categories such as business compensation and agricultural compensation, where the principle of adjudication prior to compensation applies, with categories such as relocation expenses and moving costs, it becomes evident that they all fall under indirect compensation for livelihoods. There is little relevance between the application of the principle of reconsideration prior to compensation and the issue of whether appraisal is required for compensation. This clarifies that the scope of application of the principle of adjudication prior to compensation is determined not by the legal nature or characteristics of compensation categories, but by the Supreme Court's judgment aimed at resolving fundamental inconsistencies between the land compensation system and the practice to achieve concrete validity.

Based on the Supreme Court's principle of adjudication prior to compensation, to unify the compensation process for all land compensation categories, including items such as relocation expenses, it becomes necessary to interpret the scope of “adjudication” more expansively within the principle of adjudication prior to compensation. This may involve interpreting Article 50, Paragraph 1, Subparagraph 2 of the Land Compensation Act to allow the Land Tribunal to make increased adjudication for “loss compensation,” even without individual applications for adjudication, to account for items such as relocation expenses. However, this would still necessitate changing existing practical norms and procedures. Considering these points, the Supreme Court's principle of adjudication prior to compensation appears to be applicable only in specific circumstances, and extending it to the entire land compensation process seems impractical.

Key word : Act On Acquisition Of And Compensation For Land For Public Works Projects, Acquisition and Compensation, Adjudication Prior to Compensation, Livelihood Compensation, Relocation Expenses

* Attorney at Law, HamBaek Law Firm.

『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 회원을 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

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. 영문초록도 이에 준한다.

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, 99쪽.
- 예) 독일판례의 경우 판례집의 군수와 쪽수 등. BverfGE 제79권, 1988, 129쪽.
7. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면~122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135면) 또는 S.(S. 120, S. 121ff.)로 인용면수를 표기한다.
8. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기한다
9. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.
- ③ 앞의 각주를 그 다음에 대사 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
 2. 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 3. 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
 4. 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
 5. 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
 6. 외국문헌 : 그 나라의 표준 표기방식에 의한다.
- ④ 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).
- ⑤ 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, ○○○○년 ○○월 ○○일자. 단, 필요한 경우에 글쓴이와 글제목을 밝힐 수 있다.

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.

『건설법연구』 연구윤리규정

2023. 1. 1. 제정

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 연구결과를 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, 기획이사, 출판이사, 감사 5인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다.
- 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.

건설법연구 원고모집 안내

(사)건설법학회에서는 건설법연구에 게재할 원고를 모집합니다.
원고내용은 국내외 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구나 판례분석 등입니다.
건설법연구는 매년 3월 25일과 9월 25일에 발행하며, 원고마감은 각 권 발행일 약 30일 전입니다.

논문투고에 관하여 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

(2023년 9월 제10호)

발행일	2023년 9월 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)

제 10 호

제10호



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