

34

35

36

37

38

발행일자 |  
2025년 9월 25일

제14호

### 일반논문

- 이지현 | 해지시지급금 약정이 포함된 개발사업의 법적 쟁점: 경남 마산로봇랜드 조성사업을 중심으로
- 김지아 | 집단환지에서의 공동주택건설사업
- 장재윤 | 공공주택 특별법 개정 이후 부도임대주택등에 대한 우선 분양전환에 관한 소고
- 박찬호 | 분양전환 공동주택 하자책임기간에 대한 연구: 하자책임 관련 공법적 규율의 확대 필요성
- 이용훈 | 입주자대표회의와 관리권
- 김종균 | 민간투자사업기본계획의 법적 성질과 그 적용에 있어 공법적 통제의 필요성
- 고준혁 | 토지등소유자 시행 도심재개발의 공공성 확보 기제



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



## 목차

### » 일반논문

- 1 해지시지급금 약정이 포함된 개발사업의 법적 쟁점: 경남 마산로봇랜드 조성사업을 중심으로  
이지현
- 19 집단환지에서의 공동주택건설사업  
김지아
- 37 공공주택 특별법 개정 이후 부도임대주택등에 대한 우선 분양전환에 관한 소고  
장재윤
- 53 분양전환 공동주택 하자책임기간에 대한 연구: 하자책임 관련 공법적 규율의 확대 필요성  
박찬호
- 67 입주자대표회의와 관리권  
이용훈
- 79 민간투자사업기본계획의 법적 성질과 그 적용에 있어 공법적 통제의 필요성  
김종균
- 91 토지등소유자 시행 도심재개발의 공공성 확보 기제  
고준혁

### » 부록

- 105 간행규정
- 109 논문투고지침
- 113 연구윤리규정

## Contents

### » Article

- 1      **Legal issues of development projects with termination payment clauses: Focusing on the Masan Robot Land Development Project**  
Lee, Jihyun
- 19     **Multi-family housing construction project in collective replotting**  
Kim, Jia
- 37     **A study on the preferential conversion for the sale of insolvent rental housing following the amendment of the Special Act on Public Housing**  
Chang, Jae Yeon
- 53     **A study on the defect liability period for housing units subject to conversion for sale: Necessity of expanding public law regulation on defect liability**  
Park, Chanho
- 67     **Residents' representative council and management authority**  
Lee, Yonghoon
- 79     **The legal nature of the Master Plan for Public-Private Partnerships in Infrastructure and the need for public legal control over its application**  
Kim, Jonggyun
- 91     **Mechanisms for securing public interest in urban redevelopment projects implemented by landowners**  
Go, Junhyeok

### » Appendix

- 105    **Publication Policy**
- 109    **Instructions to Authors**
- 113    **Publication Ethics**

## 논문 / ARTICLE

# 해지시지급금 약정이 포함된 개발사업의 법적 쟁점: 경남 마산로봇랜드 조성사업을 중심으로\*

이지현\*\*

## 국문초록

경남 마산로봇랜드 조성사업(이하 '본 사업')은 경상남도와 창원시의 역점사업으로 추진되었지만, 정부측 귀책을 이유로 한 해지시지급금 청구 소송에서 패소하여 경상남도, 창원시, 경남로봇재단이 연대하여 1,662억원의 배상책임을 부담하게 되었다. 이 사안의 해지시지급금은 본 사업이 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법')의 적용 대상이 아님에도 민간투자법에 따른 사업에서 활용되는 해지시지급금 약정을 변형하여 실시협약에 포함한 데에서 비롯되었다. 이 글은 본 사업을 중심으로 민간투자법에 근거하지 않은 사업이 민간투자법에 따른 사업 조건을 이른바 일부 준용함으로써 발생하는 법적 쟁점을 분석하기 위하여 민간투자제도 일반, 본 사업의 추진 근거가 된 지능형로봇법, 본 사업 분쟁 사례(부산고등법원 2023. 1. 12. 선고 (창원)2021나14598 판결)를 검토하였다.

검토 결과는 다음과 같다. 지능형로봇법은 민간사업자가 참여하는 개발사업의 근거 법률로 기능하기에는 불충분하다. 본 사업 실시협약은 법령에 직접적으로 근거하지는 않지만, 지방자치단체가 사업시행자의 지위에서 수행한 공행정작용의 일환으로 체결되었다는 점에서 공법적 성격을 인정할 수 있다. 해지시지급금 약정을 일부만 준용하는 것은 해지시지급금 약정의 필요성과 적절성을 간과하기 쉬운 우려가 있으므로 법령상의 근거 하에서 해지시지급금 약정이 포함되는 것이 바람직하다. 그리고 실시협약의 공법적 성격과 30년간의 장기, 계속적 계약의 속성, 해지시지급금의 기능, 민간투자법에 따른 해지시지급금 약정의 절차 규정으로부터 협약 당사자의 협력의무를 도출할 수 있다. 이러한 협력의무는 계약 내용에 충분히 반영되어야 하고, 행정 과정에서 해지시지급금 약정의 필요성과 적절성을 충분히 검토할 수 있는 제도적인 장치도 필요하다. 또한 일단 체결된 약정 해석 시에는 공익목적을 위해 계약을 체결하고 밀접한 협력관계 하에서 이행해 가는 장기, 계속적 계약의 속성을 적극적으로 고려하여 해석하는 것이 필요하다.

**주제어:** 민간투자사업, 민관협력사업(PPP), 민간투자법 준용, 해지시지급금, 협력의무

## 목차

### I. 서론

### II. 민간투자 방식을 활용한 개발사업

### III. 경남 마산로봇랜드 조성사업 분쟁 사례

### IV. 경남 마산 로봇랜드 조성사업의 법적 쟁점

### V. 결어



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.1>

Received: August 25, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 13, 2025

Copyright © 2025 Construction & Urban Development Law Association.

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

\* 이 글은 한국공공계약법학회 제4회 학술발표회 발표 자료와 이를 토대로 건설법학회 제187회 월례학술발표회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 두 학회에서 유익한 의견을 주신 모든 분들과 소중한 심사 의견을 주신 익명의 심사위원님들께 진심으로 감사드립니다.

\*\* 한국개발연구원 전문위원 / 변호사

## I. 서론

지방자치단체에서 민간 부문과 실시협약을 체결하여 추진하는 개발사업 중 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법'이라고 한다)을 근거로 하는 사업이 아님에도 민간투자법의 절차나 사업방식, 사업 조건 일부를 활용하는 사례들이 있다. 지방자치단체의 추진 의지는 높지만 투자 유인이 적은 사업은 민간 부문에서 투자위험 분담을 강력하게 요구하고, 지방자치단체는 이를 수용함으로써 결과적으로 큰 재정 부담을 지기도 한다. 투자 위험을 낮추기 위해 사업시행자의 대출채무에 대한 보증, 해지시지급금 약정 등이 활용되는데, 이 글에서 다루고자 하는 경남 마산로봇랜드 조성사업은 해지시지급금 약정이 문제가 되었다.

본 사업은 경상남도와 창원시의 역점사업으로 추진되었지만, 1단계 사업 운영개시 후 2개월이 채 지나지 않아 공공부문의 귀책을 원인으로 실시협약이 해지 되었다. 경상남도, 창원시, 그리고 경상남도와 창원시가 출연하여 설립한 경상남도로봇재단은 중도 해지로 인한 해지시지급금 등 청구 소송에서 패소하여 1,662억 원의 배상책임을 연대하여 지게 되었으며, 현재까지 2단계 사업은 추진하지 못한 상태이다.<sup>1)</sup> 소송 패소 이후 정부 측 담당자들이 징계 조치 되었고, 업무상 배임 등을 이유로 일부는 고발 조치 되었으나 업무상 배임은 무혐의로 종결되었다.<sup>2)</sup> 이러한 경과는 본 사업으로 인한 채무가 담당자의 업무 해태나 부패 등 행정의 영역에서만 기인한 것은 아님을 시사한다. 이 글에서는 경남 마산로봇랜드 조성사업을 중심으로 해지시지급금 약정을 포함한 개발사업의 쟁점을 공법적 관점에서 살펴보기로 한다.

## II. 민간투자 방식을 활용한 개발사업

### 1. 민간투자사업의 개념과 추진 근거

#### (1) 민간투자사업의 개념

민간투자사업은 전통적으로 정부의 역할에 속했던 사회기반시설의 건설과 운영을 민간 부분이 담당하여 추진하는 사업을 의미한다. 전통적인 공공 조달과의 차이점은 일정한 위험이 민간 부문으로 이전된다는 점에 있다.<sup>3)</sup> 민간투자법 제정 이전에도 민간투자 방식은 정부 재정을 보충하여 사회기반시설을 공급하고 정책적 목적을 달성하기 위해 추진되어 왔다.<sup>4)</sup>

#### (2) 추진 근거

##### 1) 민간투자법

민간투자법은 다양한 유형의 사회기반시설사업에 민간 재원을 활용하기 위해 제정된 법률로, 재원조달에 관한 법률에 해당한다. 민간투자법에 따른 사업추진 방식은 크게 이용자가 지불하는 사용료로 투자비를 회수하는 수익형 방식(BTO, BOT, BOO)과 국가나 지방자치단체가 지급하는 정부지급금으로 투자비를 회수하는 임대형 방식(BTL)으로 구분되며, 이 중 BTO 방식과 BTL 방식이 가장 널리 활용된다.<sup>5)</sup>

##### 2) 개별 시설법

민간투자법 제정 이전부터 민간투자사업(또는 민자유치사업)은 개별 시설법을 근거로 추진되고 있었다.<sup>6)</sup> 「항만법」과 「유료도로법」이 대표적이다.

1) 우귀화, “겨우 개장한 로봇랜드 테마파크도 고전...2단계 사업 불투명”, 경남도민일보, 2025. 7. 29.

2) 준공과 관련된 시설 일부를 누락한 경상남도로봇재단 직원 1명만 위계공무집행방해 혐의로 검찰에 송치되었다. 최상원, “1662억 세금 날린 마산로봇랜드 사업…경남도, 39명 징계·고발”, 한겨레신문, 2023. 4. 24.; 강정태, “1662억 혈세 날린 마산로봇랜드 사건, 배임 ‘무혐의’로 수사 종결”, 뉴스1, 2024. 5. 9.

3) M. Cangiano et al., 『Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk』, International Monetary Fund, 2006, 4 면.

4) “눈먼계획…民資(민자)사업”, 매일경제, 1969. 12. 11.; “민영고속도(民營高速道) 곧 착공”, 경향신문, 1969. 6. 16. 등 참조.

5) 민간투자법 제4조에 따라 사업방식은 크게 BTO(Build-Transfer-Operate), BTL(Build-Transfer-Lease), BOT(Build-Operate-Transfer), BOO (Build-Own-Operate)의 네 가지 방식으로 구분된다.

6) 항만법에 따른 민자유치 사업(비관리형 항만공사)은 1967년도에 도입되었다.

### 3) 공유재산법

「공유재산 및 물품관리법」(이하 ‘공유재산법’이라 한다.)은 민간투자법 제정 이전부터 민자투자 방식의 사업에 활용되어 왔다.<sup>7)</sup> 공유재산법은 공유재산의 취득 및 관리에 관한 사항을 규율하므로, 건설단계에는 국토계획법이나 개별 시설법이 적용된다. 공유재산법의 기부채납 규정(제7조) 및 기부채납한 자에게 수의방식으로 무상 사용·수익허가 할 수 있도록 한 규정(제20조)이 결합하여 민간투자 방식으로 활용되며, 실무상 이를 BTO 방식으로 칭하기도 한다.<sup>8)</sup> 민간 부문의 투자비 회수를 위해 무상 사용·수익 권한을 부여받는다는 점과 준공된 시설이 행정재산으로 귀속된다는 점은 민간투자법에 따른 사업과 큰 틀에서 같다.<sup>9)</sup> 대표적인 사례로는 1990년대 초반 도심 내 주차난 해소를 위하여 추진된 각종 민자 주차장 사업, 1988년도에 개장한 서울대공원 내 서울랜드 사업 등이 있다.<sup>10)</sup>

## 2. 대상시설 및 추진 주체

### (1) 대상시설

민간투자법에 따른 사업의 대상시설은 ‘사회기반시설’에 국한된다.<sup>11)</sup> 공유재산법을 근거로 한 민간투자사업은 행정재산일 것을 요건으로 한다. 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 아니한 경우에는 기부채납이 허용되지 않는다고 명시하고 있지만 실무상 기부채납 대상시설은 넓게 해석되어 온 것으로 보인다.<sup>12)</sup> 이러한 사업은 정부를 대신하여 기반시설을 공급하는 기능보다는, 공유지를 활용하여 정책적으로 필요한 사업을 지원하는 측면이 두드러진다.

### (2) 추진 주체

민간투자법의 주무관청은 관계법령에 따라 해당 사회기반시설의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 의미하며(민간투자법 제2조), 이에 따라 주무관청은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에 국한되는 것으로 해석된다.<sup>13)</sup> 반면, 개별 시설법에 근거하여 또는 내부 지침에 따라 사업을 추진하는 경우 공기업이 추진하는 민간투자사업 사례도 상당히 많다.<sup>14)</sup>

## 3. 근거 법률의 선택과 비교

### (1) 민간투자법과 공유재산법 등에 근거한 사업과의 비교

공유재산법을 근거로 하는 사업은 추진 사례가 많아 민간투자법을 적용하지 않은 민간투자사업의 대표적인 근거로 논의된다.<sup>15)</sup> 민간투자법에 따른 사업은 해지시지급금을 제도화하고 있고, 개별 사업의 해지시지급금에 관한 약정은 민간투자사업기본계획 및 표준 실시협약안과 대동소이하다.<sup>16)</sup> 반면, 공유재산법이나 다른 법률에 따라 추진 시 실시협약의 규율 내용에 편차가 크고, 해지시지급금 약정에 관해 법령이나 행정규칙을 통해 규율하고 있지 않다.<sup>17)</sup> 해지시지급금은 민간투자비를 모수로 하는데, 사업의 타당성 및 민간투

7) 지방재정법 시행령(1964. 1. 15. 대통령령 제1605호로 제정된 것) 제69조에서는 “행정재산으로 할 목적으로 기부를 채납한 공유 재산은 그 용도에 사용하지 아니하는 기간 중 이를 무상으로 그 기부인 또는 그 상속인 기타의 포괄승계인에게 사용을 허용할 수 있다.”고 명시하였다(공유재산법 제정 이전에는 지방재정법에서 공유재산법의 취득과 관리에 관하여 규율하였다). 이론상 국유재산법에 따른 민간투자 방식도 가능할 것이다. 실무상 공유재산법을 근거로 한 사례가 많으므로 공유재산법에 관하여 기술하기로 한다.

8) 공유재산법에서 BTO방식을 직접적으로 명시하고 있지는 않으므로, 개별 사업 추진 시 ‘유사 BTO 방식’과 같이 사업방식을 표기하기도 한다.

9) 황창용, “사회기반시설 민간투자사업에 대한 민간투자법과 다른 개별법률의 법체계 정비 방안”, 『원광법학』 제40권 제4호(2024. 12.), 165-186면.

10) “민자주차장 22곳 연내 설치”, 조선일보, 1990. 1. 26.

11) 민간투자법의 사회기반시설 개념이 포괄주의 방식으로 개정됨에 따라 ‘사회기반시설’의 범주는 점차 확장되고 있지만, 정부가 공급할 책무가 있는 시설인가, 시설의 공공성이 있는가를 기준으로 대상시설 해당여부를 판단한다(민간투자사업기본계획 별표 15).

12) 공유재산법 시행령 제5조 제4항.

13) 기획재정부 민원회신 민간투자정책과-590(2017. 8. 31.).

14) 인천공항공사가 추진한 스카이72 골프장(BOT), 국가철도공단이 추진한 각종 민자역사, 부산 블루라인파크(BOT) 등.

15) 김차, “공유재산법에 의한 민간투자사업 추진 가능성의 법적 고찰 -대상판결 : 대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결-”, 『저스티스』 제1 97호(2023. 8.), 272-306면; 주자홍 / 이세구, 『서울시 민간투자사업 추진을 위한 단계별 관리방안 연구』, 서울연구원, 2013, 1-221면.

16) 민간투자사업기본계획 제37조, 한국개발연구원 공공투자관리센터, “수익형 민간투자사업(BTO) 표준실시협약(안)-도로사업-”, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2020. 7, 1-71면. 개별 민간투자사업의 실시협약 내용은 한국개발연구원, “민간투자사업”, KDI 공공투자관리센터, <https://infrainfo.kdi.re.kr/> (2025. 9. 12. 확인) 참조.

17) 민간투자법 외 법률에 의한 민간투자사업 실시협약의 현황에 관하여는 김진 / 이세구, 『서울시 개별법 적용 민간투자사업 관리방안에 관한 연구』, 서울연구원, 2010, 63-64면 참조.

자비의 적정성을 사전에 면밀히 검증하지 않으면 해지 위험이 증가하거나 해지시지급금이 과다해질 수 있다.<sup>18)</sup> 민간투자법에 따라 사업 추진 시에는 사업의 타당성을 의무적으로 검증해야 하고, 사업 추진 단계별로(대상사업 지정, 사업자 공모, 실시협약 체결 등) 전문 기관의 검토를 받으며, 실시협약을 법률에 따라 공개한다. 공유재산법을 근거로 하는 사업은 사업 조건이나 절차 등에 관한 규율이 거의 없고, 전문기관의 관여가 의무화되어 있지 않아서 비교적 추진 주체의 재량이 크고 절차가 간소하나, 사업의 필요성, 투명성 등이 미흡한 것으로 평가된다.<sup>19)</sup>

## (2) 주무관청의 선택 재량

대상 시설이 사회기반시설에 해당하는 경우라면 주무관청은 민간투자사업 추진 근거 법률을 주무관청의 재량으로 선택할 수 있다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결 참조).<sup>20)</sup> 한편, 사회기반시설에 해당함에도 다른 법률을 근거로 사업을 추진하거나 사회기반시설에 해당하지 않는 사업에서 민간투자법의 절차나 사업 조건 등을 일부 활용하는 경우에는 민간투자법의 준용이 문제 된다.

# III. 경남 마산로봇랜드 조성사업 분쟁 사례

## 1. 로봇랜드 조성사업의 개요

### (1) 로봇랜드의 개념과 시설구성

「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」(이하 ‘지능형로봇법’)은 로봇랜드를 지역적 공간의 개념으로 정의하고 있고, 상부 시설의 유형과 범위를 직접 명시하고 있지는 않다(지능형로봇법 제2조). 다만, 조성계획의 승인을 받기 위해서는 ‘로봇 전시관, 로봇 체험관, 로봇 교육시설, 로봇 관련 기업 지원시설, 로봇 경기장, 로봇 놀이기구, 그 밖에 로봇 관련 시설과 이의 운영 및 관리를 위한 부대시설’이 포함되어야 하므로(지능형로봇법 제31조, 같은 법 시행령 제21조), 이러한 시설은 로봇랜드의 필수적인 시설로 이해된다.<sup>21)</sup>

한편, 지능형로봇법은 로봇랜드 시설 중 일부를 ‘공익시설’로 구분하고, 공익시설에 국한하여 토지의 사용 및 수용을 할 수 있는 권원을 부여하고, 국가 또는 지방자치단체의 재정지원을 받을 수 있도록 규정하고 있다(지능형로봇법 제34조, 제38조). 공익시설은 로봇 전시관, 로봇 경기장, 로봇 체험관, 로봇 교육시설, 로봇 관련 기업 지원시설 등이다(지능형로봇법 시행령 제22조).<sup>22)</sup> 법률의 구분에 따르면, 로봇 놀이기구는 조성계획 승인 신청 시에 포함되어야 하는 시설에는 해당하지만, 공익시설은 아니다. 로봇랜드 전체 시설 중 공공시설이 차지하는 비중이 20% 수준이고 대부분은 수익사업과 관련된 시설이라는 문제가 제기되어 공익시설을 별도로 정의하게 되었다.<sup>23)</sup>

### (2) 로봇랜드 조성사업의 사업시행자

사업시행자는 시·도지사, 공공기관, 지방공사 및 지방공단에 국한되며, 민간 부문은 사업시행자의 지위에서 사업에 참여할 수 없다(지능형로봇법 제31조). 당초 제정안은 ‘민간개발자인 법인’을 사업시행자의 범위에 포함하였으나, 조성실행계획의 책임성을 높이고, 토지 수용 및 사용 시 발생할 수 있는 재산권 침해 소지를 해소하기 위해 민간개발자를 제외하였다.<sup>24)25)</sup>

18) 세빛섬 감사보고서에서는 발주청의 책임 있는 사유가 아닌 사업자의 필요에 따라 발생한 비용을 총사업비에 포함하여 무상 사용기간이 증가하고, 그에 따라 해지시지급금이 증가한 문제점을 지적한 바 있다(서울특별시 감사관, “세빛등동섬 감사결과 보고”, 서울특별시, 2012. 6., 17면).

19) 황창용, 앞의 논문(주9), 178면. 개별법에 따라 추진된 민간투자사업의 문제점으로는 주재홍 / 이세구, 『서울시 민간투자사업 추진을 위한 단계별 관리방안 연구』, 서울연구원, 2013, 1-221면 참조. 민간투자법에 따른 사업의 문제점인 최소운영수입보장(MRG) 약정으로 인한 과다한 재정 지출, 경전철 사업의 수요 예측 실패 등 민간투자법에 따른 제도에 따른 사업 고유의 문제점은 이 글의 주제가 아니므로 별론으로 한다.

20) 부산 진구 도서관 및 상업시설 복합개발 사업에서도 같은 취지로 판시하였다(부산지방법원 2017. 7. 19. 선고 2016나53500 판결).

21) 인천 로봇랜드 조성사업은 로봇랜드의 필수시설 외에 로봇테마파크, 상업시설 등을 계획하고 있다. 산업통상자원부 / 인천광역시, “로봇랜드”, Robotland, <https://robotland.or.kr/index.php/investment/> (2025. 9. 12. 확인).

22) 공익목적을 달성하기 위하여 필요하다고 인정하는 시설은 현재 고시되어 있지 않다.

23) 국회 산업자원위원회, “지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법안 심사보고서”, 2008. 2., 19-20면.

24) 위의 심사보고서, 13면.

25) 법률 제정 과정에서 실제 로봇랜드 사업이 놀이공원 및 경진대회장을 통한 관광 수입 등을 주목적으로 하고 있어 로봇산업 진흥과는 거리가 있어 근본적인 검토가 필요하다는 문제의식도 제기되었으나, 구체적으로 다루어지지는 못하였다(위의 심사보고서, 16-17면).

### (3) 민간 부문의 역할

법률에서 공공부문만 사업시행자로 참여할 수 있도록 규정하고 있지만, 실제 로봇랜드는 민간 부문에서 조성하는 수익시설이 큰 비중을 차지한다.<sup>26)27)</sup> 그러나 법령은 민간 부문의 사업 참여방식, 관리·감독에 관한 사항은 별도로 규정하지 않았다.<sup>28)</sup> 사업시행자는 로봇랜드의 조성·관리·운영을 위하여 설립된 법인에게 조성·관리·운영을 위탁할 수 있으므로, 로봇랜드 조성사업에 참여하는 특수목적법인(PFV)이 수탁자가 될 수 있다고 해석할 여지도 있으나(지능형로봇법 제40조 제2항, 같은 법 시행령 제24조), 본 사업에서 경상남도와 창원시의 권한을 위탁받은 일차적인 주체는 경남로봇랜드재단이다.<sup>29)30)</sup> 경남로봇랜드재단과 실시협약을 체결한 민간사업자가 지능형로봇법에 따른 수탁자인지는 불명확하다.

### (4) 로봇랜드 조성 절차

로봇랜드 조성은 조성지역 지정, 조성실행계획 승인, 준공 확인의 절차로 진행된다. 조성지역은 시·도지사 신청으로 산업통상자원부장관이 지정한다(지능형로봇법 제30조). 산업통상자원부장관은 사업시행자가 작성하여 신청한 조성실행계획을 승인하고 이를 고시하여야 한다.<sup>31)</sup> 조성실행계획에는 사업시행기간 및 시행방법, 사업비 및 자금계획, 토지 이용 계획, 시설별 면적, 내용 및 공사계획, 사업 운영계획 등이 포함된다(지능형로봇법 제31조, 같은 법 시행령 제21조). 사업시행자는 조성사업에 관한 공사를 완료한 때에는 산업통상자원부장관에게 준공확인을 받아야 한다(지능형로봇법 제37조).

### (5) 소결

지능형로봇법은 사업시행자를 공공부문으로 국한하고, 공익시설에 한정하여 토지 수용권과 재정지원을 허용하여 일견 사업의 공익성을 확보한 것으로 보이지만, 개발사업 추진을 위한 완결성은 높지 않다. 필수시설 설치의무나 수익시설의 비중이 제한되지 않았다는 점에서 시설 구성과 운영에 관한 규율도 충분하지는 않다. 또한 로봇랜드는 민간사업자의 유치가 불가피함에도 민간사업자의 참여 절차 및 관리·감독 등에 대한 규율을 전혀 하지 않아 오히려 입법적 공백을 초래한 측면이 있다.

## 2. 대상 사업의 개요와 추진 경위

경남 마산로봇랜드 조성사업(이하 ‘본 사업’이라고 한다.)은 2007년도에 구 지식경제부의 로봇랜드 사업 공모에서 경상남도(마산시)와 인천시가 예비사업자로 선정되면서 추진 근거를 확보하였다. 2011년도에 민간 사업자와 실시협약을 체결하였으나, 시공사 부도로 사업이 중단되었다가 사업재개를 위해 2015년 9월 경상남도, 창원시, 경남로봇랜드재단(이하 ‘로봇재단’이라고 한다.)이 대우건설 컨소시엄과 실시협약을 체결하였다. 시설 개요는 아래 <표 1>과 같다.

26) 본 사업 예비타당성조사 신청 시 제출한 사업계획은 시설을 국가와 지방자치단체의 재원을 투입하는 ‘공익시설’과 민간 재원으로 조달하는 ‘수익시설’로 구분하고 있으며, 수익시설의 비중이 훨씬 크다. 예비타당성조사 시에는 공익시설에 국한하여 조사하였고, 민간 부문의 사업 참여 방 법은 구체적으로 제시되어 있지 않았다(한국개발연구원 공공투자관리센터, 『2008년도 예비타당성조사 보고서 - 경남 로봇랜드 조성사업』, 한국 개발연구원, 2008, 2-3면).

27) 당초 사업계획에 의하면, 로봇랜드는 20~30%의 공익시설과 70~80%의 수익시설로 구성되었다(동아경제, “인천·마산에 ‘로봇랜드’ 들어선다”, 2007. 11. 30.).

28) 산업자원부, “로봇랜드조성사업 설명서”, 산업자원부, 2007. 4. 30.

29) 경상남도, “로봇랜드 조성사업 관련 최종 감사결과 발표”, 경상남도 보도자료, 2023. 4. 24.

30) 본 사업 실시협약은 지능형로봇법 제40조에 따라 경상남도와 창원시가 로봇재단에 협약상의 권리·의무를 위탁함을 규정하였고, 민간 사업자 및 특수목적법인의 공공부문 시설의 시공, 민간부문 시설의 설계 및 시공, 민간부문 시설 및 위탁시설의 관리·운영에 대한 권리는 법률이 아닌 실시협약을 통해 부여되었다(실시협약 제6조).

31) 경남 마산로봇랜드 조성실행계획 승인 고시문(지식경제부고시 제2011-235호)에는 사업비 및 자금계획, 토지 이용 계획, 시설별 면적 등이 전혀 표기되어 있지 않다.

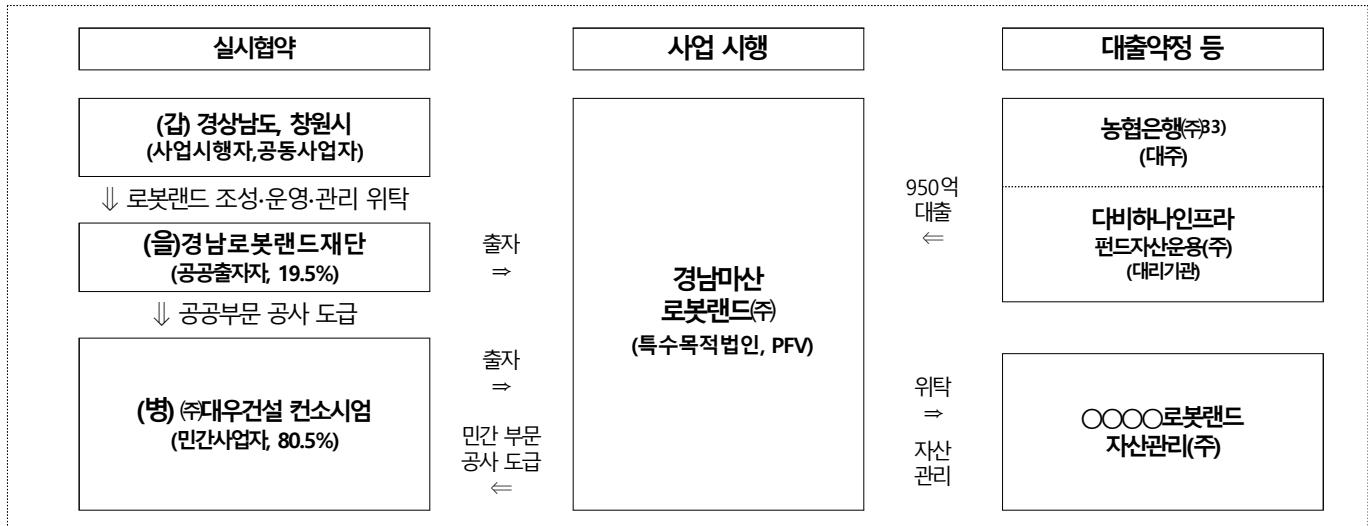
&lt;표 1&gt; 마산 로봇랜드 사업개요

내용		
위치	창원시 마산합포구 구산면 구복리·반동리 일원	
사업시행자	경상남도지사(창원시장은 공동사업자로 참여) <sup>32)</sup>	
시행수탁기관	공공부문 사업: 로봇재단, 민간부문 사업: 로봇재단, 민간 사업시행자	
사업기간	2009 ~ 2019년(1단계 2009 ~ 2018, 2단계 2016 ~ 2019)	
운영기간	30년	
사업면적	1,259,890m <sup>2</sup>	
사업비	7,000억 원(국비 560, 경남도 1,000, 창원시 1,100, 민자 4,340)	
사업내용	1단계	공공부문 R&D센터, 컨벤션센터, 로봇전시시설, 기반시설 등
		민간부문 BTO시설: 로봇 테마파크, 유스호스텔
	2단계	민간부문 BOO시설: 호텔, 콘도 등 숙박시설

출처: 창원시의회 환경해양농림축산위원회, “경남 마산로봇랜드 조성사업 실시협약 동의안 심사보고서”, 2015. 10. 16., 대상 판결문 참조.

BTO시설은 로봇재단 토지 위에 사업시행법인이 시설을 설치하여 준공 후 경상남도 및 창원시 또는 로봇재단에 기부채납하고 운영권을 부여받고, BOO시설은 시설의 준공 후 사업시행법인이 소유권을 가지고 분양 또는 운영하는 것으로 약정하였다(실시협약 제3조). BTO시설 부지는 로봇재단이 무상 공급하고, BOO시설 부지는 매각할 것을 약정하였다(실시협약 제22조). 대우건설컨소시엄과 그 권리를 승계한 사업시행법인[경남마산로봇랜드(주)]은 공공부문 시설의 시공 후 관리·운영을 위탁받고, 민간부문 시설의 설계 및 시공 후 관리·운영, 시설이용자에 대한 사용료 부과 및 징수에 관한 권리를 부여받았다(실시협약 제6조). 로봇재단과 대우건설컨소시엄은 공동으로 출자하여 경남마산로봇랜드(주)를 설립하였고, 경남마산로봇랜드(주)는 1단계 사업추진을 위하여 금융기관으로부터 950억 원을 대출받았다.

&lt;그림 1&gt; 본 사업 추진구조



출처: 경상남도, “로봇랜드 조성사업 관련 최종 감사결과 발표”, 경상남도 보도자료, 2023. 4. 24.

32) 지능형로봇법에 따른 조성계획승인을 받은 사업시행자는 경상남도지사이고, 창원시는 공동사업자로 참여하였다.

33) 농협은행은 경남마산 로봇랜드(주)의 재무적 출자자로 참여하고 투자 실행행위를 하지만 의사결정은 디비드하나인프라펀드자산운용(주)에 의해 이루어졌다.

### 3. 부산고등법원 2023. 1. 12. 선고 (창원)2021나14598 판결<sup>34)</sup>

#### (1) 사실관계

##### 1) 실시협약 관련 내용

로봇재단은 BTO부지와 매각부지로 구분하여 부지를 사업시행법인에 공급하되, 매각부지 중 펜션부지는 1단계 BTO 사업의 건설기간 중에 공급하기로 하였다(실시협약 제22조). 사업시행법인이 로봇재단으로부터 매입한 토지를 나대지 상태로 제3자에게 매각함으로써 발생하는 차익은 1단계 사업의 대출금 상환에 사용할 것을 예정하였다(실시협약 제26조). 로봇재단이 1) 매각부지에 대한 토지매매계약을 체결하지 않거나 매각부지에 대한 소유권 이전 의무 또는 본 사업부지의 사용승낙 의무를 위반하는 경우, 2) 경상남도, 창원시 또는 로봇재단(이하 ‘정부’)이 협약상 의무사항을 이행하지 않거나 정부 귀책사유로 본 사업추진이 불가능하다고 판단되는 경우(주) 대우건설컨소시엄 또는 사업시행법인이 실시협약을 중도 해지할 수 있다고 약정하였다(실시협약 제72조). 해지시지급금은 정부 귀책으로 실시협약이 운영기간 중 중도해지되는 경우 운영개시일로부터 1년간은 총 민간사업비(준공시점 기준 1,000억 원)이고, 사업시행자 귀책으로 해지 시에는 총민간사업비(조기상환된 대출금 공제)의 81.5%로 약정하였다. 1단계 사업의 구체적인 해지시지급금 약정 내용은 다음과 같다.<sup>35)</sup>

<표 2> 1단계 사업의 해지시지급금 약정 내용

구 분	건 설 기 간	운 영 기 간
사업자 귀책	총 민간사업비 <sup>1)</sup> ×81.5%	좌동의 정액법 상각잔액 <sup>4)</sup>
비정치적 불가항력	{총 민간사업비 <sup>1)</sup> × [1+표준차입이자율 <sup>2)</sup> ]}×75%	좌동의 정액법 상각잔액 <sup>4)</sup>
정치적 불가항력		
정부 귀책	총 민간사업비 <sup>1)</sup> ×[1+경상수익률 <sup>3)</sup> ]	상동의 정액법 상각잔액과 실적치에 근거한 미래기대현금흐름의 현재가치 <sup>5)</sup> 를 가중평균한 금액 <sup>6)</sup>

1. 총민간사업비는 준공시점 기준 일천억원으로 하고 조기상환된 대출금은 공제함  
 2~3. (생략)  
 4. 운영개시일로부터 1년간은 총 민간사업비를 적용함. \* 총 민간사업비는 준공시점 기준 일천억원으로 함  
 5~8. (생략)

#### 2) 실시협약 중도해지의 경위

사업시행법인은 2019. 9. 7. 테마파크를 개장함으로써 1단계 민간투자사업 운영을 개시하였다.<sup>36)</sup> 금융대리기관은 2019. 5. 21. 사업시행법인과 로봇재단에 대출금의 1회차 상환금 50억 원의 지급 예정일이 도과되었음을 알리면서 지급기일을 2019. 9. 30.까지 연장하여 줄 것이니, 2019. 8. 21.까지 펜션부지의 매입 진행상황, 펜션부지 조성원가 산정내역 등을 제출할 것을 요청하였다. 사업시행법인과 로봇재단은 펜션부지에 관한 매매계약 체결을 위한 협의를 진행했는데, 펜션부지(전체 16,500m<sup>2</sup>) 대부분은 소유권을 이전받았으나 임야 1,420m<sup>2</sup>가 창원시 소유인 사실이 문제가 되어 매매계약이 체결되지 못하였다.<sup>37)</sup> 금융 대리기관은 2019. 10. 1. 사업시행법인에 대출약정상 기한의 이익 상실을 통지하였고, 사업시행법인은 2019. 10. 23. 경상남도, 창원시, 로봇재단에 실시협약 해지를 통지하고, 해지시지급금 등을 구하는 소를 제기하였다.<sup>38)</sup> 문제가 된 창원시 소유 임야 1,420m<sup>2</sup>은 2019. 12. 4. 로봇재단으로 소유권이 이전되었다.

34) 2023. 1. 31. 판결 확정되었다.

35) 운영개시일로부터 1년간의 해지시지급금 산정액이 무엇인지 정부 측에서는 다투었으나, 법원은 운영개시일로부터 1년간은 “좌동의 정액법 상각잔액”을 적용하지 않고, 고정적으로 준공시점 기준 1,000억 원으로 정한다는 의미로 해석하였다.

36) 경상남도, “로봇랜드 조성사업 관련 최종 감사결과 발표”, 경상남도 보도자료, 2023. 4. 2.

37) 피고 재단은 1,420m<sup>2</sup>(이 사건 토지)가 창원시 소유로 되어 매매계약 체결이 불가하자, 대체부지를 제공하는 것으로 토지조서를 첨부하여 회신하였으나 원고는 당초 협의 내용과는 상이하므로 계약을 체결할 수 없다는 취지로 통보하여 매매계약 체결이 결렬되었다.

38) 당초 대리기관이 2019. 10. 1. 해지의 의사표시를 하였으나, 법원은 주주협약에서 해지청구에 관해서는 의사결정을 재무출자자에게 일임하였고, 본 건 약정해지권 행사는 주주협약에 따라 재무출자자가 의사결정을 하고 사업시행법인이 정부 측을 상대로 행사해야 한다고 보아 해지 통보 시점을 2019. 10. 23.로 판단하였다.

## (2) 쟁점 및 판결의 주요 내용<sup>39)</sup>

### 1) 실시협약 중도해지 사유(정부 귀책사유) 발생 여부

① 매각부지에 대한 토지매매계약을 체결하지 아니하거나 소유권이전의무를 위반하였는지

로봇재단의 펜션부지 공급의무는 '펜션부지를 사업시행법인에 매도하고 소유권을 이전해줄 의무'라고 해석함이 타당하고, 펜션부지는 조성계획 승인신청서 및 지구단위계획 결정도서에 표시되어 특정되어 있었다. 매각부지에 대한 토지매매계약을 체결하지 아니하거나 소유권이전의무를 위반한 경우를 정부 귀책사유로 규정한 협약 조항(제72조 제4항 제3호)과 펜션부지 공급의무 규정이 대주단 참여를 위해 마련된 중요 조항인 점을 고려하면, 이 펜션부지 공급의무는 실시협약상 주된 채무에 해당한다. 로봇재단은 2019. 9. 경까지도 창원시 토지 소유 문제를 정리하지 못하고 대체부지 매수를 제안하여 펜션부지 매매계약이 체결되지 못하였으므로 로봇재단의 귀책사유가 있다.

② 정부 귀책사유로 인하여 본 사업의 추진이 불가능하다고 판단되는 경우인지

로봇재단의 귀책사유로 인하여 원고가 대출금채무 950억 원에 관한 기한의 이익을 상실하였고, 대출약정상 '주무관청이 실시협약에 따른 중요 의무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니하거나 지체하여 본 사업의 시행에 장애가 발생한 경우'를 기한의 이익 상실 사유로 정하고 있다. 이에 따라 대리기관이 해지를 통지하였으므로 정부 귀책사유로 인하여 본 사업 추진이 불가능한 경우(실시협약 제72조 제4항 제4호 후단)에 해당하여 사업시행법인의 해지사유가 존재한다.

### 2) 해지를 위해 이행최고가 필요한지 여부

이 사건 실시협약 해지사유는 법정해지권을 주의적으로 규정한 것이 아니라, 실시협약에 특유한 해지사유를 정하고자 하는 쌍방의 의사에 따라 특별히 약정해지권을 규정한 것이고, 별도의 이행최고가 있어야 해지가 가능하다고 규정하고 있지는 않으므로, 실시협약 해지를 위해 민법 제544조에 규정된 이행최고 절차가 필요하다고 볼 수 없다.

## IV. 경남 마산로봇랜드 조성사업의 법적 쟁점

### 1. 민간투자법 및 민간투자사업기본계획의 준용

#### (1) 민간투자법과의 관계

본 사업은 '민간투자사업'이라는 명칭을 사용하고 있지는 않고, 근거 법률로 민간투자법을 명시하지는 않았으나, 실시협약에서 시설의 유형을 분류하면서 'BTO 시설', 'BOO 시설'이라고 하여 민간투자법에 따라 추진하는 사업방식을 적시하였다. 그리고 실시협약의 중도해지 시 민간투자사업기본계획(이하 '기본계획'이라고 한다.)에서 정한 해지시지급금 산정 기준과 유사한 방식으로 해지시지급금을 약정하였다.<sup>40)</sup> 본 사업은 민간투자법을 적용하여 추진하지도 않았고, 민간투자법을 적용하고자 했더라도 적용이 가능하지 않았을 것으로 판단된다. 본 사업 대상시설은 전체 로봇랜드 중 일부 수익시설(테마파크, 속박시설)에 국한되어 사회기반시설로서의 성격이 불분명하다. 또한 지능형로봇법은 공공부문만 사업시행자의 지위에서 사업을 추진할 수 있도록 규정하고 있으므로, 민간 부문이 민간투자법을 매개로 사업시행자의 지위를 부여받는 것은 지능형로봇법의 취지와 부합하지 않는다. 민간투자법의 적용대상에 해당하지 않거나, 대상에 해당하더라도 타당성조사 등의 선행절차를 이행하지 않은 사업은 민간투자법을 근거로 한 사업에 해당하지 않고, 주무부처가 민간투자법에 따른 민간투자사업으로 관리하지도 않는다.<sup>41)</sup>

39) 청구사항 중 주요 쟁점에 해당하는 해지시지급금 청구에 국한하여 정리하였다.

40) 해지시지급금은 민간투자법에서 명문으로 규정하고 있지는 않으나, 민간투자법의 하위 규정인 민간투자사업기본계획 [별표 4]에서 구체적인 산식을 규정하고 있고, [별표 4]가 통상 실시협약안에 수정 없이 반영된다.

41) 행정안전부, "사전 컨설팅감사 의견서 - 도시재생뉴딜사업 추진 시 민간투자법의 적용 여부", 2024. 12. 31., 1-6면.

## (2) 준용에 관한 쟁점

### 1) 민간투자법 준용 사례 및 효과

사전적 의미에서 준용의 개념은 '표준으로 삼아 적용'하는 것을 의미하고,<sup>42)</sup> 입법과정에서 '준용'은 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하도록 하는 것을 의미한다.<sup>43)</sup> 행정의 영역에서 다른 법률을 준용하는 것은 절차적, 내용적 공백을 다른 법률의 내용을 적용하여 형성하는 것으로 이해된다.<sup>44)</sup> 민간투자법을 근거로 하지 않는 민간투자사업은 관련 법령에 구체적인 내용이 없는 경우 민간투자법의 추진 절차 등을 활용하여 실시협약을 체결하며, 이를 민간투자법을 '준용'한다고 표기하는 사례들이 상당수 있다.<sup>45)46)</sup> 입법 기술을 칭하는 용어인 '준용'을 입법의 공백을 위해 행정 과정에서 활용하는 것이 적합한지 논의가 필요하나, 이 글에서는 실무상의 용례에 따르기로 한다.<sup>47)</sup> 일례로 어등산 관광단지 조성사업은 공모지침서에서 추진방식과 총사업비 항목을 정의하면서 추진방식은 민간투자법을 준용한 BOO 방식으로, 총사업비는 민간투자법의 총사업비 항목을 준용한 금액의 합계로 정의하였다.<sup>48)</sup> 이에 대하여 법원은 관광진흥법에 구체적인 규정이 없는 총사업비와 사업추진방식과 관련하여 그 세부적인 항목이나 방식을 구체화할 필요가 있어 그 부분에 한하여 민간투자법을 준용한다는 취지를 규정한 것이라고 판단하였다(광주고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022누11247 판결).

### 2) 행정상 준용의 일반적인 한계

사전적 의미에서 '준용'은 직접적인 '적용'과 구별되고, 입법 기술로 활용되는 준용 개념은 특정 규정들이 "적절하게" 혹은 "취지에 맞게" 적용되어야 한다고 규율하는 것을 포함한다.<sup>49)</sup> 행정의 영역에서 준용은 명문화된 규정 없이, 규정의 공백을 보충하기 위한 차원에서 이루어지는 것이므로, 준용의 개념과 효과를 해석하는 여지가 더 넓고 준용의 허용범위가 정해져 있지 않아 이를 통제하기도 어렵다. 준용한다는 표현은 준용의 목적과 효과를 명확하게 드러내지 못하기 때문에 왜곡의 여지가 높고, 해석상 논란이 발생할 가능성이 크다.<sup>50)</sup>

우선, 준용하는 법률과의 관계를 정확하게 설명하지 못할 우려가 있다. 본 사업은 총민간사업비를 규정하면서 민간투자법을 인용하였고, 민간투자법을 준용한다는 표현은 하지 않았지만 사업방식을 BTO, BOO로 명시하여 민간투자법의 사업방식을 활용하였다. 사회기반시설에 해당하지 않는 로봇랜드를 BTO 방식으로 추진한다는 것은 공유재산법을 근거로 한다는 것인지, 직접적인 근거 법률은 없이 임의로 해당 사업방식을 활용한다는 것인지 명확하지 않다. 무상 사용·수익 기간의 상한을 30년으로 정한 근거로 공모지침서를 통해 확인할 수 없다. BOO 방식은 민간투자법을 적용받지 않는 이상 BOO 방식이라고 지칭하는 실익이 없다. 민간이 자신이 건설한 시설을 소유하면서 운영하는 사업방식은 민간이 부지를 확보하여 개발사업을 시행하고 분양이나 임대 등을 통해 이윤을 얻는 통상적인 개발사업과 다르지 않다. 민간투자법을 근거로 하는 BOO 방식은 공공부문의 출자 비율 제한, 감독·명령, 공익을 위한 처분 등의 규정을 적용받는다는 특징이 있으나, 다른 법률은 근거로 하는 BOO 방식은 유사 민간투자사업의 외관을 하고 있으나 민간투자법과는 무관하다.

다음으로, 해석상 논란이 발생한 사례는 다음과 같다. 어등산 관광단지 조성사업에서는 민간투자법의 총사업비를 준용하였는데, 사업시행자는 민간투자법의 총사업비는 '사회기반시설사업에 소요되는 경비'를 의미하므로(민간투자법 제2조의2), 공모지침서에서 명시한 협약이행보증금(총사업비의 10%) 산정 시 수익시설을 제외한 기반시설 사업비의 10%만을 협약이행보증금으로 내면 된다고 주장하여 해석상의 다툼이 있었다.<sup>51)</sup> 본 사업의 경우에도 실시협약에서 '총 민간사업비'를 민간투자법 제2조의2 각 호에 물가변동비와

42) 국립국어원 표준국어대사전.

43) 법제처, 『법령입안 심사기준』, 2024, 797면.

44) 예를 들어, 공모지침서에서 민간사업자의 부실공사, 과다 공정지연 등에 대하여 지방계약법령, 건설기술진흥법령을 준용하여 제재조치를 취할 수 있다고 명시하는 경우가 이에 해당한다(인천도시공사, "제물포역 도심 공공주택 복합사업 개발리츠 공모지침서", 2023. 6., 1-37면).

45) 주재홍 / 이세구, 앞의 연구보고서(주15), 81면.

46) 광주시 광주광역시 친환경에너지타운 태양광발전사업 공모지침서에서 사업추진 방식을 유사 BTO 방식으로 칭하면서 '유사 BTO 방식이란 시설물의 건설 후 공유재산 및 물품관리법에 따라 시설물을 기부하여 시설물의 사용·수익하가 권한을 부여받는 방식을 말함'이라고 하였고, 제안서 평가 및 협상대상자 발표에 관하여 민간투자법 시행령 제7조 제9항을 '준용'하고, 사업시행자 지정에 관하여 민간투자법 제13조를 '준용'한다고 하였다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결).

47) '준용'은 명문의 규정으로 하는 입법 기술상의 방법이고, '유추'는 명문의 법규로 인정되지 않는 사례에 그와 비슷한 예에 관한 법규를 적용하는 것으로, 공모지침서에서 민간투자법을 준용한다고 명시한 것은 준용이 아닌 유추에 해당한다고 본 견해로는, 김차, 앞의 논문(주15), 298면.

48) 광주광역시, "어등산 관광단지 조성사업 민간사업자 사업제안 공모지침", 2019. 3. 22.

49) 이현수, "위임과 준용", 『토지공법연구』 제43집 제3호(한국토지공법학회, 2009. 2.), 761면.

50) 이로 인하여 어등산 관광단지 사례에서는 민간투자법을 준용한 총사업비가 기반시설의 총사업비를 의미하는지, 기반시설과 수익시설을 포함한 총사업비를 의미하는지에 관한 분쟁이 있었다(광주고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022누11247 판결).

건설이자를 합한 금액으로 정의하였는데, 본 사업은 민간투자법과 무관한 사업이기도 하고, 민간투자법에 따라 추진하는 사업이라 하더라도 민간투자법 시행령을 단순히 인용하지 않고 항목별 비용을 구체적으로 열거한다.<sup>52)</sup> 총사업비의 구성항목과 산정 기준을 직접 열거하는 것이 더 명확한 기술이다. 왜곡을 방지하기 위해서는 준용의 필요성과 적합성이 충분히 검토되어야 하고, 준용 시 그 목적과 효과는 무엇인지를 특정하여 제시하는 등 준용의 맥락을 명확히 하는 것이 필요하다.<sup>53)</sup>

### 3) 해지시지급금 약정 준용의 문제점

본 사업 실시협약 체결 동의안 검토 과정에서 시의회와 도의회는 본 사업 해지시지급금이 ‘민간투자법을 준용’한 것이라고 표현하였다.<sup>54)</sup> 그런데, 다른 법률에 근거한 사업에서 민간투자법의 하위 규정인 기본계획을 통해 구체화된 해지시지급금을 단순히 준용한다고 표현하는 것은 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 해지시지급금 약정을 해당 사업 약정에 포함하는 필요성과 적합성에 대한 충분한 검토가 간과될 우려가 있다.<sup>55)</sup> 행정청은 법령 등을 위반하지 않는 범위에서 행정목적 달성을 위해 공법상 계약을 체결할 수 있으므로(행정기본법 제27조 제1항), 다른 법률에서 정한 사업방식, 계약 조건을 참고하여 계약을 체결하는 것도 금지되지는 않을 것이다. 그러나 민간투자법에 따른 사업은 공익성이 높은 기반시설일 것과 타당성조사를 통해 타당성과 민간투자 적격성이 인정된 사업일 것을 전제로 해지시지급금 약정을 포함하는 반면에, 민간투자법이 적용되지 않는 사업은 사전 검증 절차가 필수적이지 않고 시설의 공익성도 논란이 있을 수 있다. 도의회에서도 본 사업 대상시설이 테마파크 등인데도 사회기반시설로 취급하여 민간투자법의 해지시지급금 약정을 준용하는 것이 적절한지 검토가 필요하다는 의견을 제시하였으나 추가적인 검토 없이 실시협약안은 월안 가결되었다.<sup>56)</sup>

둘째, 준용이라는 단순한 표현은 해당 약정의 내용이 구체적으로 무엇인지, 민간투자법에 따른 사업의 해지시지급금 약정과 어떠한 점이 다른지에 관한 차이를 정확히 전달하지 못한다. 본 사업 해지시지급금 약정이 건설 기간과 운영 기간을 구분하고, 귀책 사유별로 금액을 달리 산정하는 점은 민간투자법에 따른 사업과 동일하지만, 구체적인 산정 기준은 민간투자법에 따른 사업과 다르다.<sup>57)</sup> 기본계획 [별표 4]의 해지시지급금 산정 기준과 비교하면, 건설기간 중 해지시지급금은 민간투자법에 의한 사업보다 낮은 수준에서 설정되었으나, 본 사업 실시협약에 포함된 “운영개시일로부터 1년간은 총 민간사업비를 적용”하도록 한 규정은 기본계획에는 포함되어 있지 않은 내용이고, 2단계로 추진되는 본 사업에서 사업시행자의 도덕적 해이를 유발할 수 있는 조항에 해당함에도 실시협약 동의 과정에서 쟁점이 부각되지 않았다.셋째, 해지시지급금 약정과 불가분의 관계에 있는 해지 사유, 해지 절차, 해지시지급금 지급 절차 등과 같은 사업 조건은 포함하지 않은 채, 해지시지급금 산정 식만 일부 변형하여 차용하는 것은 해지시지급금 약정의 취지를 충분히 반영하지 못하고, 사업 조건을 왜곡할 소지가 있다.

## 2. 실시협약의 법적 성격

### (1) 공법상 계약의 개념과 판단기준

공법상 계약은 행정청이 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 체결하는 공법상 법률관계에 관한 계약을 의미한다(행정기본법 제27조). 대법원은 어떠한 계약이 공법상 계약에 해당하는지는 계약이 공행정 활동의 수행과정에서 체결된 것인지, 관계 법령에 따른 공법상 의무 등의 이행을 위해 체결된 것인지, 계약 체결에 공공의 이익 또한 고려된 것인지 또는 계약 체결의 효과가 공공의 이익에도 미치는지, 관계 법령에서의 규정 또는 그 해석 등을 통해 공공의 이익을 이유로 한 계약의 변경이 가능한지, 계약이 당사자들에게 부여한 권리와 의무 및 그 밖의 계약 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 기준을 제시하고 있다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다250025 판결). 대법원의 공법상 계약의 판단기준은 계약의 목적(공행정 활동 및 공법상 의무 이행을 위한 계약 체결, 공공의 이익을 위한 계약 변경)과 계약의 내용(공공의 이익을 고려한 것인지, 당사자들의 권리와 의무는 무엇인지)를 종합적으로 고려한 것으로 평가된다.<sup>58)</sup>

51) 광주고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022누11247 판결.

52) 수익형 민간투자사업(BTO) 표준실시협약(안)-도로사업 제3조 제90호.

53) 행정 과정에서 정책적 유추가 용인될 수 있지만 공유재산법이 자체적인 민간투자사업의 추진 체계를 갖추고 있지 못한 것은 자의적 법 집행 가능성을 열어두는 것이므로 입법적 개선이 필요하다는 견해(예: 공유재산법에서 민간투자법 관련 규정 준용)로는 김차, 앞의 논문(주15), 300면.

54) 창원시의회 환경해양농림축산위원회, “경남 마산로봇랜드 조성사업 실시협약 동의안 심사보고서”, 2015. 10. 16.; 경상남도의회 경제환경위원회, “경남 마산로봇랜드 조성사업 실시협약 동의안 심사보고서”, 2015. 11. 13.

55) 민간투자법의 해지시지급금 약정을 제한 없이 준용하는 것은 바람직하지 않다는 견해로 최지은 / 송지은, “민간투자법과 비교를 통한 개별법으로 추진하는 민간투자사업의 쟁점연구”, 『민간투자연구』 제2권 제1호(한국민간투자학회, 2024. 6.), 37면 참조.

56) 경상남도의회 경제환경위원회, 앞의 심사보고서(주54), 8면.

57) 기본계획 [별표 4] 참조.

## (2) 민간투자사업 사례

민간투자법에 따라 체결된 실시협약은 공법상 계약에 해당한다고 보는 것이 학계의 통설적 견해이고, 판례에서도 실시협약을 단순한 사법상 계약으로 보기는 어렵다고 판시하고 있다. 법원은 실시협약에 의한 사업 시행은 민간투자법 및 관련 법률에 정한 규정을 따라야 하고, 사업시행자는 사업시행자 지정 시 인정된 사업 외의 사업은 수행할 수 없으며, 관리운영권의 처분 시나 출자자 변경 시 주무관청의 사전 승인이 요구되는 등 제한 또는 수정 사항이 존재한다는 점 등을 근거로 사법상 계약과 구분된다고 보았다.<sup>59)</sup> 민간투자법에 따라 체결하는 도로 민간투자사업의 실시협약은 ‘교량건설이라는 공공성 있는 행정수요의 충족이라는 공법적 효과’의 발생을 목적으로 체결하는 계약이므로 공법상 계약에 해당한다는 취지로 판시하였다.<sup>60)</sup> 민간투자사업에 관한 분쟁은 민사소송으로 소가 제기되고 본안 판단을 받은 경우도 상당수 있었는데, 최근에는 당사자소송의 활용이 높아지는 추세로 파악된다.<sup>61)</sup>

민간투자법을 근거로 하지 않은 광의의 민간투자사업 실시협약의 법적 성격에 관한 법원의 판단은 일치하지 않는다. 명시적으로 계약의 성격을 논의하지 않은 다수 사건은 민사소송으로 제기되어 본안 판단을 받았다.<sup>62)</sup> 반면, 최근 공기업이 추진한 민간투자사업에 관한 분쟁에서 법원은 해당 계약이 공법상 계약임을 명시적으로 인정하였다. 한국공항공사와 민간사업자 간에 항공법에 따른 공항지원시설을 BOT 방식으로 건설 및 운영하기 위하여 체결한 실시협약은 계약의 근거, 공적 성격, 내용을 근거로 공법상 계약으로의 성격을 인정하였다.<sup>63)</sup> 또한 인천공항공사가 BOT 방식으로 실시협약을 체결한 스카이72 골프장 사안에서는 해당 공항시설(사회기반시설)이 공행정활동에 의해 설치되거나 운영됨이 원칙이라는 점, 공법상 계약에서 볼 수 있는 내용(행정주체의 건설 및 운영에 대한 지도·감독 권한, 사업시행자의 매출액 누락 시 경고 혹은 부과금을 부과 등)이 포함되어 있다는 점 등을 근거로 실시협약이 공법상 계약에 해당한다고 판시하였다.<sup>64)</sup>

## (3) 본 사업 실시협약의 경우

### 1) 공법상 계약으로의 인정 근거

본 사업 실시협약은 판례에서 제시한 공법상 계약의 판단 기표에 의할 때 공법상 계약의 성질을 갖고 있다. 첫째, 본 사업 실시협약은 국책사업인 마산로봇랜드 조성사업이라는 공행정활동의 수행 과정에서 체결되었다. 본 사업은 경상남도와 창원시가 사업시행자의 지위에서 추진하는 로봇랜드 조성사업의 부분 사업에 해당하고, 공공부문이 시행하는 공익시설과 민간부문이 시행하는 수익시설은 밀접 불가분의 관계에 있다. 본 사업 실시협약은 지능형로봇법 및 공모지침서에 따라 체결되었고(실시협약 제4조), 민간사업자의 권리는 지능형로봇법과 실시협약에 따라 인정되었다(실시협약 제6조). 조성사업은 지능형로봇법에 따른 사업시행자(경상남도)가 승인받은 조성실행계획에 따라 수행해야 한다(실시협약 제30조 제1항).

둘째, 본 사업 실시협약은 공공의 이익 실현을 위해 민간 사업자에게 다양한 혜택을 제공하였다. 본 사업은 구 지식경제부의 공모사업으로 선정되어 국비 560억원을 확보하였고, 사업추진을 통해 1만여명의 고용창출, 지역 활성화를 이끌고, 로봇산업의 마중물이 될 것을 목표로 사업을 추진하였다. 본 사업의 공익적 성격에 의하여 민간사업자는 공공부문 공사를 수의 방식으로 시공하였고, 각종 기반시설 설치 지원, BTO 부지의 무상 공급, BOO 부지의 조성원가 제공 등의 혜택을 제공받았다. 2011년도에 (주)우트라건설코소시엄과 체결하여 추진하던 사업이 시공사 부도로 중단되자 경상남도는 숙원사업의 계속 수행을 위하여 해지시지급금 약정을 추가하여 민간의 참여를 유인하고자 하였다. 경상남도, 창원시, 로봇재단은 본 사업의 추진이 공공의 이익이라는 판단하에 해지시지급금 약정을 체결하여 민간 사업자의 투자 위험을 분담하고, 중도해지 시의 재정적 부담을 감수하였다.

셋째, 사업의 추진과정에 정부가 깊이 관여한다. 사업시행자는 협약당사자 간의 합의를 거쳐 총사업비를 변경해야 하고, 준공 후 5% 이상 지분출자자 변경 시 승인을 받아야 하며, 대출 약정을 체결한 후 증빙서류를 경상남도와 창원시에 제출할 의무 등이 있다(실시협

58) 정의석, “공법상 계약의 판단기준과 해석방법 - 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다250025 판결에 대한 평석을 겸하여 -”, 『법조』 제74권 제1호 (법조협회, 2025. 2.), 342면.

59) 가축분뇨 공공처리시설 민간투자사업에 관한 사안에서는 실시협약의 형식, 내용, 체결방식, 대상 등을 종합하여 볼 때, 해당 실시협약은 명칭, 계약의 내용 등에 비추어 공법적 공법상 계약에 해당한다고 판단하였다(전주지방법원 2016. 8. 18. 선고 2015구합1035 판결).

60) 부산지방법원 2014. 8. 29. 선고 2013구합20609 판결, 서울행정법원 2015. 8. 21. 선고 2015구합57352 판결.

61) 대전지방법원 2023. 2. 2. 선고 2020구합107963 판결, 대전지방법원 2017. 2. 17. 선고 2015구합102285 판결 등. [김혜영 / 이지현, “민간투자사업의 실시협약과 관련 행정계약의 법적 성격에 관한 판례에 대한 비판적 고찰”, 『인권과 정의』 제527호(대한변호사협회, 2025. 2.), 142면].

62) 남원 관광지 민간개발사업(모노레일 및 에드벤처시설 설치사업)의 실시협약에 따른 손해배상 청구 사안(전주지방법원 남원지원 2024. 8. 22. 선고 2023가합1188 판결) 등.

63) 서울고등법원 2022. 5. 26. 선고 2020누65991(본소), 2020누66000(반소) 판결.

64) 인천지방법원 2021. 7. 22. 선고 2021구합50042(본소), 2021구합53812(반소) 판결.

약 제9조, 제12조, 제21조).<sup>65)</sup> 넷째, 민간 사업시행자는 지능형로봇법에 따라 입장료 등의 징수 권한을 부여받았다(지능형로봇법 제39조, 제40조).

## 2) 예상되는 반론의 검토

본 사업 민간사업자는 지능형로봇법에 따른 토지의 사용 및 수용 권한을 보유하고 있지 않고(이 점은 민간투자법에 따른 사업시행자와의 차이점이다), 지능형로봇법과 실시협약은 민간사업자에 대한 강력한 관리·감독이나 공공의 이익을 위한 계약 변경 조항을 포함하고 있지 않다. 본 사업 공모지침서는 민간사업자가 산정한 시설 이용료가 이용자의 편익을 현저히 저해할 우려가 있는 경우 정부와 협의하여 조정할 수 있다는 내용 등 비교적 약한 수준의 공법적 규율이 포함되어 있다.<sup>66)</sup> 이러한 점에서 본 사업은 공법상 계약의 속성이 없다는 반론도 제기될 수 있다. 그러나 지능형로봇법, 본 사업 공모지침서, 실시협약에서 적극적인 공법상 제재 수단을 포함하지 않은 것은 입법적 공백 및 협상력의 차이에서 비롯된 행정의 공백으로, 본 사업의 목적과 추진구조, 공공성에 입각한 각종 지원책, 해지시지급금 약정을 통해 행정주체가 부담한 리스크 등을 종합해 볼 때, 본 사업의 공법적 법률관계를 부정하기는 어렵다고 생각한다.

### (4) 공법상 계약으로 인정하는 경우의 실익

#### 1) 일반적 논의

소송법적 측면에서 공법상 법률관계에 관한 소송은 당사자소송의 대상이므로(행정소송법 제3조 제2호), 실시협약을 공법상 계약이라고 본다면 공법상 당사자소송으로 다루는 것이 타당하다.<sup>67)</sup> 공법상 계약도 계약 해석의 일반원칙은 큰 틀에서는 동일하다. 대법원은 공법상 계약의 해석 시 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 해석해야 하고, 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않으면 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 유사한 거래 선례, 해당 공법상 법률관계의 근거가 된 법령의 목적과 내용 등을 종합적으로 고찰하여 해석해야 한다고 판시하였다.<sup>68)</sup> 대법원이 설시한 판단기준 중 ‘해당 공법상 법률관계의 근거가 된 법령의 목적과 내용’은 사법상 계약의 해석 기준으로는 제시되지 않은 공법상 계약 특유의 기준이다.<sup>69)</sup>

#### 2) 민간투자사업의 경우

##### ① 구체적인 법리의 형성 필요성

민간투자사업의 자체상금의 존부가 문제된 사안에서 대법원은 민간투자법에 따른 실시협약 및 그에 기한 법률행위의 내용을 해석함에 있어서는 민간투자법 및 관련규정의 내용과 실시협약에서 정한 해석원칙에 벗어나지 않도록 해야 한다는 일반적 기준을 제시하였다.<sup>70)</sup> 그런데 ‘민간투자법 및 관련규정의 내용, 실시협약에서 정한 해석원칙’은 다소 추상적인 기준이므로 개별 사안에서 구체화가 필요하다.

해지시지급금 청구 사안에서 민간사업자의 해지권 행사가 공법상 법리에 의해 제한될 수 있는지 등에 관한 공법상의 법리는 아직 확립되어 있지 않다. 해지시지급금을 청구한 대전 노은주차장 민간투자사업 소송에서 대법원 별개의견은 공법상 계약으로서의 특수성과 민간투자법 관련 규정, 공익과 사익의 비교·형량 등에 비추어 볼 때, 파산관재인의 일방적인 해제·해지권을 인정하는 것은 공익에 대한 중대한 침해를 초래하므로 채무자회생법 제335조 제1항이 유추적용될 수 없다고 하였으나,<sup>71)</sup> 이는 다수의견과는 다른 논지라는 점

65) 본 사업 공모지침서에서는 건축물의 용도변경, 수익시설의 매각 및 임대 등 관리처분, 사업이익, 사업기간 변경 등 기타 중요한 사항의 변경 시에도 로봇재단의 승인을 받도록 하였다.

66) 주무관청은 본 사업 실시협약을 비공개처리하므로 실시협약 전문을 확인할 수 없는 관계로 공모지침서와 시의회 보고서에 수록된 실시협약 발췌 조항을 참고하였다.

67) 김대인, “채무자회생법의 공법상 계약에의 적용에 대한 고찰 - 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결에 대한 평석 -”, 『법학 논집』 제26권 제1호(이화여자대학교 법학연구소, 2021. 9.), 235-236면. 이 글에서는 판례가 민간투자법에 따른 민간투자사업의 실시협약을 공법상 계약으로 인정함에도 실시협약에 관한 분쟁을 당사자소송으로 다루기도 하고 민사소송으로 다루기도 하는데, 관할법원을 사안별로 예측하여 선택해야 하는 원고의 부담을 고려할 때 일관성 있게 당사자소송으로 다루는 것이 타당하다고 하였다.

68) 본 사안에서는 위의 해석원칙에 부가하여 “특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석해야 한다.”고 판시하였다(대법원 2024. 12. 12. 선고 2024두41816 판결).

69) 정의석, 앞의 논문(주58), 353면.

70) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다270121 판결.

71) 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결.

에서 일반화하기는 어렵다.

## ② '공익'과 '당사자의 권리' 간 균형

공법상 계약은 공공성과 제3자의 권리(제27조 제2항), 본 사업에서도 계약 해석 시 공익과 사익 간 비례심사가 행해져야 한다는 견해도 있다.<sup>72)</sup> 이 견해에서는 본 사업이 행정소송으로 진행되었다면 민간사업자가 투자한 투자금의 회수 기회에 대한 제한이라는 면에서의 사익 제한성과 민간투자사업을 통해 추구하고자 하는 공익 등의 형량이 이루어질 것이므로, 다른 결론에 이를 수도 있다는 가능성은 전망한다. 다만, 당사자의 대등한 지위를 전제로 하는 계약의 해석 시 공공성과 공익이라는 추상적인 개념은 개별적인 법리를 통해 구체화가 필요하다.<sup>73)</sup> 해지시지급금 약정은 투자 의사 결정에 결정적인 영향을 미치는 항목일 수 있으므로, 공공성과 공익의 내용은 구체적이고 설득력 있는 법리를 통해 설명되어야 한다. 본 사업과 관련하여 공법상 계약 특유의 법리를 구축하기 위해서 고려가 필요해 보이는 협력의무에 관해서는 후술하기로 한다.

## 3. 해지시지급금 약정의 허용성과 정당성

### (1) 해지시지급금 약정의 기능과 구성요소

민간투자사업에서 해지시지급금은 투자자의 리스크를 낮춤으로 참여 유인을 제공하고, 주무관청이 중도 해지 후 기부채납된 시설을 계속 소유하게 되는 경우 주무관청의 부당한 이득 수취를 방지한다는 측면에서 정당화된다.<sup>74)</sup> 민간투자법에 따른 해지시지급금은 선순위차입금(대략 민간사업비의 약 70% 수준)을 보장하는 수준에서 설계되었으며, 해지시지급금 약정으로 인해 차입금리를 인하하게 되고 결과적으로는 사용료나 건설보조금 인하 효과를 얻게 된다.<sup>75)</sup>

해지시지급금은 중도 해지 시 정부 측에서 사업시행자에게 지급하는 금액으로, 해지시지급금 약정에는 어떠한 경우에 해지시지급금을 지급해야 하는지(중도해지 사유), 중도해지 사유 발생 시 어떠한 사전절차를 거쳐야 하는지(중도해지 절차), 해지시지급금은 어떤 기준으로 산정되는지(산정방식), 해지시지급금 지급 시기와 지연이자율은 어느 정도인지(지급 절차), 다른 계약상의 금전배상 청구와 해지시지급금은 어떤 관계가 있는지 등의 내용이 실시협약에 포함된다.

### (2) 해지시지급금 약정의 허용성과 정당성

행정청은 법령등을 위반하지 않는 범위에서 행정목적 달성을 위해 공법상 계약을 체결할 수 있으므로(행정기본법 제27조 제1항), 중도해지 시 해지시지급금 약정은 법령상 금지된다고 보기 어렵다. 그러나 해지시지급금은 사업 참여자들의 이해관계에 중대한 영향을 미치고, 장래 국가나 지방자치단체의 금전채무를 유발할 수 있으므로 명시적으로 법률 근거를 마련할 필요가 크다.<sup>76)</sup> 현재 민간투자법에 근거한 사업도 법률상의 근거가 불충분한 채 기본계획을 통해서만 규율하고 있다는 점에서 개선이 필요하다. 민간투자법에 의하지 않는 사업들은 해지시지급금의 근거뿐만 아니라 추진 절차, 주요 사업 조건에 관한 근거가 전반적으로 미비하므로 전체적인 제도의 개편이나 정비가 필요하다.<sup>77)</sup> 종래 민간투자법을 근거로 하지 않은 사업에서 해지시지급금 약정의 위법성이 쟁점이 되지는 않았으나,<sup>78)</sup> 행정의 기준을 마련하고 당사자에게 예측가능성을 부여한다는 점에서 추진 근거를 명시하는 것은 실익이 있다. 해지시지급금의 형식 외에도 정부의 보증 약정 등이 수반되는 사례가 있으므로, 다양한 정부의 부담 형태를 포함하여 규율 방안을 논의하여야 할 것이다.<sup>79)</sup> 또한 해지시지급금 약정이 정당성을 갖기 위해서는 해지시지급금 약정의 각 요소들이 사업의 원활한 추진을 유도하고 협약 당사

72) 김경준, “공법상 계약에 관한 당사자소송 연구”, 부산대학교 법학전문대학원 법학과 박사학위논문, 2023, 14면, 99-100면, 176면. 이 견해에서는 본 소송 과정에서 계약서에 규정된 해지권의 요건에 해당하는 사실이 있는지에 대해서만 심리를 하였고, 해석 시 공법상 계약의 특수성(공공성, 제3자의 권리)이 고려되지 못한 문제가 있다고 보았다.

73) 사법과 구별되는 공법의 특수성은 1) 행정주체에 대한 특별한 권한의 부여와 2) 행정주체의 권한에 대한 특별한 제한 간의 균형, 다시 말해 공익추구와 국민의 권리보호 간의 균형에 있다[김대인, “채무자회생법의 공법상 계약에의 적용에 대한 고찰 - 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다27 3441 전원합의체 판결에 대한 평석 -”, 『법학논집』 제26권 제1호(이화여자대학교 법학연구소, 2021. 9.), 253면].

74) 김혜영 / 박지혜, 『민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구: BTO 사업을 중심으로』, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2015, 70-71면.

75) 금융기관 입장에서 해지시지급금은 정부지급보증과 유사한 보증 내지 담보성격이므로, 금리 등 금융조건이 완화되는 효과를 기대할 수 있다(위의 연구보고서, 61면).

76) 위의 연구보고서, 238면.

77) 개별법에 근거한 민간투자사업의 법체계 개편방안에 관해서는 황창용, “사회기반시설 민간투자사업에 대한 민간투자법과 다른 개별법률의 법체계 정비 방안”, 『원광법학』 제40권 제4호(2024. 12.), 165-186면 참조.

78) 서울중앙지방법원 2021. 6. 11. 선고 2020가합2682 판결(공유재산법에 근거한 BTO 방식으로 추진된 영등포 지하상가 해지시지급금 분쟁).

자의 리스크를 적절히 분배하는 방향으로 체결되었는지를 검토하는 제도적 장치도 요청된다.<sup>80)</sup> 본 사안의 경우 1, 2단계로 시기를 구분하여 실시협약을 체결하면서 해지시지급금으로 운영개시일로부터 1년간은 민간사업비 전액(1,000억 원)을 약정하였는데, 이러한 해지시지급금 약정은 협약 상대방의 도덕적 해이를 유발하기 쉽다는 문제가 있다.

## 4. 중도해지 절차와 당사자의 협력의무

### (1) 일반적 절차 규정

민간투자사업에서 계약의 중도해지 조항은 일반적으로 사업의 중단 위험을 효과적으로 완화하기 위한 추가적인 안전장치를 포함하는 것이 일반적이며, 채무불이행 치유 절차(default cure procedures)가 대표적이다.<sup>81)</sup> 기본계획은 중도해지에 앞서 협약의 이행을 위한 위험의 치유대책 협의 및 대체사업자 선정 등을 우선 강구하는 등 사업의 계속수행을 위하여 최선을 다해야 함을 규정하고 있다(기본계획 제36조). 민간투자법에 따른 사업에서 활용되는 표준실시협약안은 이를 구체화하여 협약을 중도에 해지하기 위해서는 ‘협약당사자가 문제해결을 위하여 최선의 노력을 다하였음에도 본 사업의 계속수행이 사실상 불가능하다고 판명되는 경우’를 전제로 하며, 해지 사유가 발생하면 해지 사유의 발생 사실과 90일 이내의 기간(치유 기간)을 정하여 당해 사유의 치유를 요구하거나 치유를 위한 협의를 서면으로 요청하여야 함을 명시하고 있다(표준실시협약안 제65조). 일반적으로 행정청은 실시협약 또는 관련 법률에 명시된 구체적인 계약 종료 절차를 숙지하여, 프로젝트 종료 위험을 효과적으로 완화할 것이 요청된다.<sup>82)</sup>

### (2) 본 사업의 경우

본 사업은 펜션부지에 관한 매매계약을 체결하지 못함으로 인해 예정했던 매매차익으로 1회차 대출 상환금을 변제하지 못했고, 금융 대리기관이 변제기의 다음날인 2019. 10. 1. 곧바로 대출약정의 기한의 이익 상실을 통지하고, 실시협약 해지를 통지하였다. 법원은 해지 실시협약에 별도의 규정이 있으므로 민법상의 이행 최고 절차가 불필요하다고 보았다. 본 사업 실시협약은 해지사유 발생 이후 해지사유의 치유를 위한 협약 당사자의 노력이 필요하다는 점이 명시되어 있지 않은 것으로 보이고,<sup>83)</sup> 판결문에 제시된 바로는, 당사자도 해지사유의 치유를 위한 절차에 관해서 주장하지 않았다.

그런데, 본 사업은 1, 2단계 사업을 합하여 민간사업자가 총 4,340억 원을 투자하기로 약정하였고, 1단계 사업을 위하여 약 1,000억 원을 투자하였는데 로봇재단이 소유권을 이전하기로 한 펜션부지( $16,500m^2$ )의 예정 매매가액은 조성원가인 약 20억 원이었다. 이 중 소유권이 창원시에 있다는 이유로 이전하지 못한 부지는 총 펜션부지 중  $1,420m^2$ 에 해당한다. 전체 사업 규모를 고려한 문제 토지의 매매가액, 공익시설의 건설이 완료된 점, 소유권 이전이 불가한 사유 및 당시의 소유자(문제 토지는 본 사업의 공동시행자이기도 한 창원시 소유였다)라는 점을 종합해 볼 때, 펜션부지의 소유권 문제가 본 사업을 해지에 이르게 할 만큼의 주된 채무에 해당하는지 의문이 있다.

### (3) 협력의무 관점에서의 검토

공공과 민간이 합동하여 추진하는 공모형 PF사업에서는 일반적으로 사업이 장기간에 걸쳐 대규모로 진행되어 장래 사정이 변동될 가능성이 높고, 투자 위험이 높으므로 당사자에게 사업환경의 중대한 변화가 발생하는 경우 성실하게 협의에 응하여 신의성실에 비추어 사업계획이나 협약을 조정할 의무가 있다고 인정된다.<sup>84)</sup> 이러한 협력의무는 통상 사업계획의 변경을 요청하는 사업시행자에 대하여 공공부문이 부담하는 의무의 관점에서 다루어지고, 협력의무가 있다고 하여 사업계획 변경 요청에 응할 상대방의 의무가 도출되는 것은 아니지만, 사업의 원활한 추진을 위한 절차적 장치로 기능한다. 이러한 당사자 간의 협력의무는 민관협력 방식의 다른 개발사업

79) 남원관광지 민간개발사업(모노레일 및 어드벤처 설치사업) 사례.

80) 본 사업은 해지시지급금의 연체이자율을 대출금의 이자율인 15%로 약정하였는데, 이는 민간투자법에 따른 표준실시협약안에서 정하고 있는 연체이자율(한국금융투자협회가 고시하는 신용평가등급 AA-인 3년 만기 무보증 회사채의 최종호가 유통수익률을 산출 평균한 율)보다 상당히 높은 수준이다.

81) Global Infrastructure Hub (GIH), 『Managing PPP Contracts After Financial Close』, GIH, 2018, 126면.

82) 위의 글, 126면. 이 글에 의하면, 채무불이행 당사자에게 시정할 수 있는 위반 사항에 대해서는 시정 기회를 부여하는 것이 일반적이고, 사업시행법인의 파산과 같이 시정 불가능한 사안은 즉시 계약을 종료할 권리가 발생할 수 있다고 한다.

83) 창원시의회의 앞의 심사보고서에 수록한 실시협약안 별첨 조항에도 정부 귀책으로 인한 해지 시 해지의 사전 절차가 규정되어 있지 않다. 반면, 실시협약 제72조 제2항은 민간 부문의 귀책으로 인한 해지 시에는 치유 기간을 부여할 수 있음을 명시하고 있다.

84) 대전지방법원 2021. 12. 15. 선고 2021구합100921 판결, 서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2015가합24688 판결 등.

에도 적용될 수 있을 것으로 생각된다. 본 사업 실시협약의 법적 성질이 공법상 계약에 해당하는지를 별론으로 하더라도 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 해당하고, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제6조 제1항 후단은 「당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행되어야 한다.」는 점을 명시하고 있다. 행정기본법 개정 과정에서도 「행정계약의 양 당사자는 계약의 내용을 신의성실 원칙에 따라 이행하여야 한다.」는 계약상의 일반원칙을 명문화하는 것이 논의된 바 있다.<sup>85)</sup>

본 사안에서 협력의무의 관점에서 검토가 필요하다고 생각되는 점은 다음과 같다. 첫째, 민간투자법에 따른 사업의 해지시지급금 약정을 준용했다고 하지만, 기본계획 및 표준실시협약안에 포함되어 있는 해지 이전에 문제해결을 위한 당사자 간 최선의 노력이 필요하고, 해지 이전에 치유 절차를 거쳐야 한다는 점을 계약 내용으로 명시하지 않은 점이다. 해지시지급금 산정 기준은 해지 사유나 해지 절차 등 해지에 관한 일련의 사업 조건과 불가분의 관계에 있으며, 해지시지급금 산정식의 구성 형태만을 차용하는 것은 부적절할 수 있음을 시사한다. 둘째, 행정에도 공백이 있었다. 본 사안에서 해지 사유 발생 후 정부 측에서 상대방의 협력을 촉구하는 적극적인 조치를 취하지 않은 것으로 보인다. 판결 확정 후 경상남도의 자체 감사 결과, 대리기관의 상환계획 제출 요청에도 로봇재단과 사업시행법인이 아무런 조치를 취하지 않은 점을 지적하고 있다.<sup>86)</sup> 이러한 사실관계는 행정의 책무에 공백이 발생하기 쉽고, 이를 보완하기 위한 방법도 고민이 필요하다는 점을 드러낸다. 셋째, 일단 체결된 계약을 최종적으로 판단하는 사법부의 역할이다. 정부 측 대응의 미흡함과는 별론으로, 일단 체결된 계약의 해석 시에는 공익적 목적을 실현하기 위하여 민간과 공공부문이 협력하여 장기간 동안 계약을 함께 이행해 가야 하는 계약의 속성을 적극적으로 고려하여 해석하는 것도 필요해 보인다. 실무상 해지 조항은 해지 위험이 있는 경우 당사자들(및 대출기관)이 계약을 어떻게 계속 유지할 수 있을지 논의를 시작하는 계기로 작용하며, 계약 당사자에게는 공적 서비스를 계속 제공할 의무도 있으므로, 합리적인 방식으로 계약을 지속하는 방안을 협상하는 것이 계약의 목적을 달성에 중요하다는 점이 강조된다.<sup>87)</sup> 본 사업 BTO 방식의 운영기간은 30년으로, 사업 규모와 계약 기간 등 사업의 속성에 비추어 볼 때, 이행 최고 절차가 해지시지급금 약정에 내포되어 있다고 해석하는 것도 해석론상 가능하다고 생각한다. 이행최고 절차가 필요한지 판단 시 단기 계약인지, 장기 계약인지, 당사자 간의 밀접한 협력관계를 전제로 하는 계약인지 등 사업의 속성도 판단의 하나의 기준이 될 수 있을 것으로 보인다. 민간투자법에 따른 해지시지급금 산정 방식을 일정 부분 활용한 이상 민간투자법이 적용되지 않더라도 당사자의 협력의무는 일반원칙으로 고려될 만하다. 협력의무를 일반원칙으로 고려한다면, 해지의 효과를 인정하는 경우 민법 제398조 제2항에 따라 손해배상예정액에 해당하는 해지시지급금을 감액함으로써 실질적인 공정성을 확보하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 사전적으로 규율과 검토가 충분하지 못한 여건하에서 사법기관은 최종적인 해석의 권한을 담당하고 있기 때문이다.

## 5. 공법적 통제수단

### (1) 지방의회 의결

본 사업은 지방자치법 동의가 필요한 제39조 제1항 제8호의 「법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산외의 의무부담이나 권리의 포기」에 해당되어 따라 경상남도, 창원시 의회의 동의 절차를 거쳤다. 의결 과정에서 지방자치단체 의회에서는 본 사업이 민간 귀책 시에도 정부가 총사업비의 81.5%까지 해지시지급금을 부담하는 것, 중도해지 사유의 적정성, 이른바 민간사업자의 먹튀 문제에 대한 대응책 등에 대하여 심도 있는 논의가 필요함을 지적하였으나, 결과적으로는 원안 가결이 되었다.<sup>88)</sup> 본 사안에서 문제가 된 「해지시지급금」이 운영개시일로부터 1년 동안은 1,000억 원(민간사업비 전액)이라는 점은 경상남도와 창원시의회의 실시협약 동의안 문건에 포함되지 않았다. 오히려, 감사 과정에서 「해지시지급금의 산정방식을 민간투자사업기본계획에 의거 해지사유별로 행정이 지급하되 18.5 ~ 25% 범위 적은 금액으로 지급」한다는 점만 강조하여 의회 동의안이 사실과 다르게 작성되었다는 문제가 지적되었다.<sup>89)</sup> 이러한 경위는 지방자치단체에서 역점사업으로 추진하는 사업에서 시의회 동의 절차가 마련되어 있다고 하더라도 세부적인 사업 조건을 검토하여 공공성을 구현하도록 하는 데에 한계가 있다는 점을 시사한다.

85) 김대인, 「행정기본법」상 공법상 계약에 대한 고찰, 『법조』 제71권 제6호(법조협회, 2022. 12.), 199면.

86) 경상남도, 「로봇랜드 조성사업 관련 최종 감사결과 발표」, 경상남도 보도자료, 2023. 4. 2.

87) World Bank Group, 『Guidance on PPP Contractual Provisions』, World Bank Group, 2019, 136면.

88) 경상남도 의회, 「경남 마산로봇랜드 조성사업 실시협약 동의안 심사보고서」, 2015. 10. 19.; 창원시의회, 「경남 마산로봇랜드 조성사업 실시협약 동의안 심사보고서」, 2015. 10. 16. 실시협약에 해지시지급금을 포함하는 것에 관하여 창원시도 반대입장을 표명하였으나, 경상남도의 공동사업 중단 의사표명에 대해 창원시가 사과의사를 표명함에 따라 실시협약 체결에 이르게 되었다(김해연, 「경남도 “더 이상 창원시와 공동사업 없다”」, 한국경제, 2015. 7. 23.).

89) 경상남도, 「로봇랜드 조성사업 관련 최종 감사결과 발표」, 경상남도 보도자료, 2023. 4. 24.

## (2) 보충적인 수단의 검토

지방자치단체가 개발사업을 추진하면서 체결하는 실시협약을 사전에 충실히 검토하기 위해서는 추가적인 공법적 통제 수단을 모색하는 것이 필요하다. 조례를 통해 민간투자사업을 관리하는 지방자치단체의 사례를 참고할 수 있다. 부산시의 「부산광역시 민간투자사업에 관한 조례」(이하 '부산시 조례')는 민간투자법에 따라 추진하는 사업과 시의 재정부담을 유발하는 민간투자사업을 함께 규율하며, 규율 대상에는 사업실시 협약을 해지하는 경우 해지시지급금이 발생하는 사업, 그 밖에 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산 외의 의무부담이 발생하는 사업 등이 포함된다(부산시 조례 제2조). 부산시는 조례에 따라 사업추진 단계별로 전문기관(부산연구원)의 검토를 필수적으로 수행하고, 100억 원 이상의 사업은 민간투자사업심의위원회 심의를 받도록 하였다(부산시 조례 제1조의2, 제5조의2, [별표] 민간투자사업 추진절차). 서울시도 조례에서 민간투자사업의 범위를 부산시와 동일하게 규정하고, 내부지침을 통해 개별 법률에 근거한 민간투자사업 추진 시 전문기관(서울공공투자관리센터)에서 적격성조사, 사업공고문 검토, 실시협약안 사전심사를 담당하도록 제도화하고 있다.<sup>90)</sup>

해지시지급금과 같은 지방자치단체의 우발채무를 관리하기 위해 투자심사의 내실화를 위한 제도개선의 움직임도 있다.<sup>91)</sup> 「지방재정법」에 따른 중앙투자심사를 우발채무의 발생 직전에 거치는 것은 실효적이지 않으므로 사전 검증 절차와 연계하여 우발채무를 검토·관리할 수 있도록 절차와 전문기관 등을 명확히 해야 한다는 개선안도 제시된 바 있다.<sup>92)</sup> 지방자치단체 내부 심의위원회, 전문기관의 검토 절차를 활용하는 것은 정부와 민간 부문의 전문성과 협상력의 차이가 큰 사안에서 공공성을 확보하도록 하는 보완재가 될 수 있을 것으로 생각된다. 물론 이 경우 절차로 인한 사업의 장기화, 제도의 경직성이라는 양면을 함께 고려하여 협력관계의 증진과 공익성 확보를 도모하여야 할 것이다.

## V. 결어

소송방식이 무엇이든지 계약이 공법적 특성을 갖는 이상 전적으로 민사적 관점에만 의존하는 것은 적절하지 않다.<sup>93)</sup> 해당 계약의 공법적 특징이 소송 과정에서 반영되어야 할 것이고, 해당 사업과 분쟁 사안의 공법적 특성이 충분히 규명되려면, 공공성이나 공익과 같은 추상적인 가치를 구체화할 수 있는 법리의 구축이 요청된다. 사전적인 관점에서는 리스크관리를 위해 행정법적 위험분담 법리를 적용하여 실시협약이 체결될 필요가 있다.<sup>94)</sup> 본 사업은 단계별로 사업이 추진되고 30년이라는 장기간 수행되는 특성이 있음에도 불구하고 협약 체결 시 사업 조건이 신중하게 검토되지 못하였고, 오히려 운영개시 초기 민간사업비 전액을 보장해주는 해지시지급금 약정을 통해 도덕적 해이를 유발한 측면이 있다. 실시협약의 명시적 조항이 없는 경우에도 중도해지 사유의 치유를 위한 사전절차를 계약의 신의성실의 원칙과 장기간 추진되는 민간투자사업에 내재된 당사자 간의 협력의무에서 도출할 수 있을 것으로 생각된다. 향후 내실 있는 민관협력사업의 추진을 위해 민간투자법에 따라 관리되지 않는 사업들에 대한 공법적 관리 수단을 어떻게 확충할 것인지 지속적인 논의가 필요하다.

투고일 2025. 8. 25. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 13.

90) 서울특별시, "2020 서울특별시 민간투자사업 실무지침", 서울특별시, 2020. 9.

91) 행정안전부는 2023년부터 매년 우발채무 사업 중 재정부담이 큰 사업을 중점관리 대상으로 선정하고 관리하고 있다(송지영 외 3명, 『지방재정 투자사업의 우발채무 관리방안 연구』, 한국지방행정연구원, 2024, 157면).

92) 위의 연구보고서, 156면.

93) 김종보, "공원특례사업에서 시행자지정처분의 법적 효과", 『서울대학교 법학』 제63권 제2호(2022. 6.), 133면.

94) 리스크 관리의 측면에서 표준실시협약을 분석한 글로는 송시강, "민간투자와 리스크 그리고 손실보상- 표준실시협약상 위험분담에 관한 공법적 해석", 『홍익 법학』, 제22권 제2호(2021. 6.), 257-318면 참조.

## 참고문헌

### 학위 논문

김경준, “공법상 계약에 관한 당사자소송 연구”, 부산대학교 법학전문대학원 법학과 박사학위논문, 2023.

### 일반 논문

권인석, “신공공관리론의 논리, 한계, 그리고 극복”, 『한국공공관리학보』 제18권 제2호(2004. 12.).

김대인, “행정기능의 민영화와 관련된 행정계약: 민관협력계약과 민간위탁계약을 중심으로”, 『행정법연구』 제14호(행정법이론실무학회, 2005. 10.).

김대인, “채무자회생법의 공법상 계약에의 적용에 대한 고찰 - 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결에 대한 평석 -”, 『법학논집』 제26권 제1호(이화여자대학교 법학연구소, 2021. 9.).

김대인, “『행정기본법』상 공법상 계약에 대한 고찰”, 『법조』 제71권 제6호(법조협회, 2022. 12.).

김종보, “공원특례사업에서 시행자지정처분의 법적 효과”, 『서울대학교 법학』 제63권 제2호(2022. 6.).

김차, “공유재산법에 의한 민간투자사업 추진 가능성의 법적 고찰 -대상판결: 대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결-”, 『저스티스』 제197호(2023. 8.).

김혜영 / 이지현, “민간투자사업의 실시협약과 관련 행정계약의 법적 성격에 관한 판례에 대한 비판적 고찰”, 『인권과 정의』 제527호(대한변호사협회, 2025. 2.).

박종준, “공법상 계약과 일부무효의 법리 적용 문제에 관한 고찰”, 『행정판례연구』 제30권 제1호(행정판례연구회, 2025. 6.).

송시강, “민간투자와 리스크 그리고 손실보상- 표준실시협약상 위험분담에 관한 공법적 해명 -”, 『홍익 법학』, 제22권 제2호(2021. 6.).

이현수, “위임과 준용”, 『토지공법연구』 제43집 제3호(한국토지공법학회, 2009. 2.).

정의석, “공법상 계약의 판단기준과 해석방법 - 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다250025 판결에 대한 평석을 겸하여 -”, 『법조』 제74권 제1호(법조협회, 2025. 2.).

최지은 / 송지은, “민간투자법과 비교를 통한 개별법으로 추진하는 민간투자사업의 쟁점연구”, 『민간투자연구』 제2권 제1호(한국민간투자학회, 2024. 6.).

황창용, “도로 지하도상가에 대한 법적 규율 - 기부채납 및 무상 사용·수익허가 방식을 중심으로 -”, 『원광법학』 제36권 제4호(2020. 12.).

황창용, “사회기반시설 민간투자사업에 대한 민간투자법과 다른 개별법률의 법체계 정비 방안”, 『원광법학』 제40권 제4호(2024. 12.).

### 기타 자료

김진 / 이세구, 『서울시 개별법 적용 민간투자사업 관리방안에 관한 연구』, 서울연구원, 2010.

김혜영 / 박지혜, 『민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구: BTO 사업을 중심으로』, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2015.

법제처, 『법령입안 심사기준』, 법제처, 2024.

송지영 외 3명, 『지방재정투자사업의 우발채무 관리방안 연구』, 한국지방행정연구원, 2024.

주재홍 / 이세구, 『서울시 민간투자사업 추진을 위한 단계별 관리방안 연구』, 서울연구원, 2013.

한국개발연구원 공공투자관리센터, 『2008년도 예비타당성조사 보고서 - 경남 로봇랜드 조성사업』, 한국개발연구원, 2008.

홍성필 / 김세용, 『수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약안 연구』, 한국개발연구원 공공투자관리센터, 2006.12.

Global Infrastructure Hub (GIH), 『Managing PPP Contracts After Financial Close』, GIH, 2018.

M. Cangiano et al., 『Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk』, International Monetary Fund, 2006.

OECD, 『Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money』, OECD Publishing, 2008.

World Bank Group, 『Guidance on PPP Contractual Provisions』, World Bank Group, 2019.

**ABSTRACT**

# **Legal issues of development projects with termination payment clauses: Focusing on the Masan Robot Land Development Project**

**Lee, Jihyun\***

The Masan Robot Land Development Project (hereinafter, "the Project"), promoted as a flagship initiative of Gyeongsangnam-do Province and Changwon City, resulted in the imposition of joint liability on Gyeongsangnam-do, Changwon City, and the Gyeongnam Robot Foundation for KRW 166.2 billion in termination compensation, following the government's loss in litigation over a termination payment claim arising from public sector fault. In this case, the termination payment originated from the project agreement's inclusion of a modified version of a termination payment clause typically employed under the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure (hereinafter, "PPP Act"), despite the fact that the Project did not fall within its scope. This paper analyzes the legal issues that arise when a project not based on the PPP Act adopts, in a so-called "analogous application," certain contractual structures and conditions developed under the PPP Act.

The review reveals the following: The Intelligent Robots Act is insufficient as a legal basis for development projects involving private sector participation. Despite the project implementation agreement, in this case, not being directly grounded in statute, it may be recognized as having a public law character insofar as it was concluded as part of an administrative act performed by the local government in its capacity as the project operator. Applying only part of the termination payment provisions risks overlooking their necessity and appropriateness; therefore, such provisions should ideally be included on the basis of statutory authority. Furthermore, from the public law nature of the implementation agreement; the long-term, continuous nature of a 30-year contract; the function of termination payments; and the procedural rules for termination payment agreements under the Act on Private Participation in Infrastructure, a duty of cooperation between the contracting parties can be derived. Such a duty of cooperation must be sufficiently reflected in the contract. Moreover, institutional mechanisms are required within the administrative process to adequately review the necessity and appropriateness of termination payment provisions. In addition, when interpreting an agreement once concluded, actively considering the characteristics of long-term and continuous contracts—which are entered into for public purposes and conducted under a close cooperative relationship—is essential.

**Keywords:** Public-Private Partnership(PPP), Application by Analogy of the PPP Act, Termination Payment, Robot Land, Duty of Cooperation

---

\* Attorney at Law / Specialist, Korea Development Institute(KDI)

## 논문 / ARTICLE

# 집단환지에서의 공동주택건설사업

김지아\*

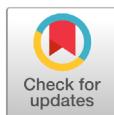
## 국문초록

환지방식 도시개발사업은 대규모 공동주택용지를 공급하기 위하여 '집단환지' 제도를 마련하였다. 그러나 정작 종전 실무에서는 통상적인 아파트 건설사업에서처럼 개별적인 토지소유자와 접촉하여 일일이 개별 토지사용승낙을 받아 토지를 '매집'하는 형태를 취하였다. 이로 인하여 집단환지가 당초 의도한 목적(원활한 공동용지 공급)에 어긋나는 양상을 보였다. 이는 단순한 사업 추진상의 불편함으로 그치지 않고, 단 1인의 토지소유자의 변심이나 고가 매수 요구로 인해 집단환지상의 공동주택건설사업이 사실상 봉쇄될 수 있다는 심각한 문제를 야기하였다.

그러나 도시개발사업의 집단환지는 애당초 집합건물을 건축할 용도로 계획되어 그 자체가 일단의 주택건설대지로서 조성되어, 그 위에 별도의 사업주체 의한 공동주택건설사업이 진행될 것을 예정하고 있다는 특수성이 있다. 즉, 도시개발사업과 공동주택건설사업은 상호 구별되는 별개의 법에 근거한 사업이지만, 상호 밀접한 관련을 갖는 한 쌍의 개발사업이라고 할 수 있는 것이다.

그러다 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두70946 판결(이하 '대상판결')은 집단환지 방식 도시개발사업의 특성을 최초로 설정하면서 도시개발조합의 집단환지 전체에 관한 사용승낙을 유효한 주택건설대지의 사용권원으로 해석하였다. 이 같은 대상판결은 집단환지상 공동주택건설사업 실무에 큰 반향을 일으켰다. 이처럼 대상판결 이후 집단환지 방식 사업의 특수성을 고려하여 주택건설대지 사용권원 확보 방안을 비롯하여 주택건설사업주체 선정 등 여러 측면에서 실무상 의미있는 개선과 더 많은 연구가 있을 것으로 보인다.

**주제어:** 집단환지, 도시개발사업, 주택건설대지 사용권원, 도시개발법, 주택법



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.2>

Received: August 24, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 12, 2025

Copyright © 2025 Construction & Urban Development Law Association.

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

## 목차

### I. 들어가며

### II. 청주 하트리움리버파크 아파트 및 대상판결 소개

### III. 도시개발사업을 통한 공동주택부지 조성 및 집단환지 방식의 특수성

### IV. 환지방식 도시개발사업의 시행자와 집단환지상 공동주택건설사업의 주체

### V. 집단환지에서의 주택건설대지 사용권원

### VI. 맺음말

\* 김·장 법률사무소 변호사

## I. 들어가며

환지방식 도시개발사업은 대규모 공동주택용지를 공급하기 위하여 '집단환지' 제도를 마련하였으나, 정작 종전 실무에서는 공동주택건설사업을 추진하려는 자가 일일이 집단환지를 신청한 개별 토지소유자들과 접촉하여 일일이 개별 토지사용승낙을 받아 주택건설 대지의 사용권원을 확보하였다. 이는 단순한 사업 추진상의 불편함으로 그치는 것이 아니라, 단 한 명의 토지소유자의 변심이나 고가 매수로 인해 집단환지상의 공동주택건설사업이 사실상 봉쇄될 수 있다는 심각한 문제를 초래하였다. 그러나 통상적인 아파트 건설과 달리 도시개발사업의 집단환지상의 아파트 건설은 애당초 집합건물(주로 아파트와 같은 공동주택)을 건축할 용도로 계획되어, 그 자체가 일단의 주택건설대지로서 1필지로 조성, 환지된 공동주택용지에서 이루어진다는 특수성을 갖고 있다. 즉 주택법에 따른 공동주택 건설사업에 앞선 도시개발법에 의한 환지방식 도시개발사업과 밀접 불가분의 관계를 갖고 있는 것이다. 따라서 집단환지상의 주택건설대지의 사용권원을 확보하는 방안이나, 주택건설사업주체를 선정하는 절차 등에서 집단환지의 특수성을 고려하여야 할 필요가 있다. 이 글에서는 이 같은 문제의식을 바탕으로 집단환지에서의 공동주택건설사업에 대하여 살펴본다.

## II. 청주 하트리움리버파크 아파트 및 대상판결 소개

### 1. 청주 방서지구 도시개발사업

대상판결(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두70946 판결)에서 문제된 청주 방서지구 도시개발사업(이하 '이 사건 도시개발사업')은 "청주 기본계획상 1단계 주거지역 주거용지로 계획된 지역이나 계획이 미수립되어 난개발이 예상되므로 계획적 개발을 유도함으로써 주변지역과의 균형개발을 도모하고 부족한 주택수요를 충족하여 지역주민의 안정되고 쾌적한 주거공간을 제공"<sup>1)</sup>하는 것을 목적으로 하며, 사업대상지 위치도 및 사업의 개요는 [별첨1], [별첨2]와 같다.

구역지정목적이나 토지이용계획에서 볼 수 있듯 이 사건 도시개발사업 시행의 가장 중요한 목적은 공동주택용지를 확보하여 공동주택을 공급하는 것이었다. 이 사건 도시개발사업구역 내 공동주택용지로 지정된 환지는 총 4개 블록으로, 체비지 2개 블록, 일반환지 2개 블록(집단환지 1개 포함)으로 구성되어 있었다. 위 공동주택용지에서 총 3개의 공동주택건설사업이 진행되었는데, 그 현황을 간략히 살펴보면 아래와 같다.

사업 토지이용계획도	완공 후 현황도 <sup>2)</sup>

- 1) 2012. 11. 30.자 청주 방서지구 도시개발사업 개발계획변경, 실시계획인가 및 지형도면 고시(청주시 고시 제2012-131호) 3. 도시개발구역의 지정 목적.
- 2) 현재 청주 방서지구 도시개발사업은 공사가 모두 완료되어 환지처분까지 모두 이루어졌다. 전창해, "청주 방서지구 도시개발사업 16년 만에 마무리", 연합뉴스, 2023. 1. 12.

- ① **블록(체비지 1개 블록, 83,987m<sup>3</sup>)**: 이 사건 도시개발사업의 시행대행사이자 시공사인 중흥건설은 그 공사대금으로 체비지 1개 블록을 분양받았고, 계열사인 중흥토건이 그 위에 '청주방서지구 중흥S-클래스 아파트(총 22개동 및 1,595세대)'를 건설했다(2018년 9월경 입주).
- ② **블록(일반환지 1개 블록, 체비지 1개 블록, 72,054m<sup>3</sup>)**: 이 사건 도시개발사업구역 내 토지를 상당히 보유했던 GS건설은 그 종전 토지에 대하여 공동주택용지 1개 블록을 환지로 배정받았고, 그 인접 지역에 지정된 체비지 1개 블록을 방서도시개발사업조합(이하 '방서조합')으로부터 매수하였다. 이로써 GS건설은 총 2개 블록의 연접한 공동주택용지를 확보하여 그 위에 '청주센트럴자이 아파트(총 16개동 및 1,500세대)'를 건설했다(2018년 9월경 입주).
- ③ **블록(집단환지 1개 블록, 30,642m<sup>3</sup>)**: 대상판결에서 문제된 사업부지로, 방서조합은 ③ 블록을 집단환지로 설정하였다. 평촌지역 주택조합(이하 '평촌조합')과 두진건설이 집단환지신청자들로부터 토지를 매입하는 한편, 방서조합의 토지사용승낙을 받아 주택법상 공동사업주체로서 ③ 블록 위에 '청주 하트리움리버파크 아파트(총 9개동, 600세대)'을 건설했고, 2019년 1월경 입주가 이루어졌다.

## 2. 대상판결 법원의 판단

### (1) 사건의 경위 및 쟁점

피고보조참가인(이하 '참가인') 평촌조합과 두진건설은 집단환지로 설정된 이 사건 도시개발구역 중 3블럭(이후 청주방서지구 29-1블록 1로트, 이하 '이 사건 사업부지')에서 공동주택건설사업을 추진하였는데, 이 사건 사업부지의 약 13%의 지분(권리금액 기준)을 가진 원고<sup>3)</sup>를 비롯한 일부 집단환지신청자(토지소유자)와 매매 협의가 이루어지지 않자 토지소유자의 개별 토지사용승낙을 받지 못한 채 방서조합으로부터 토지사용승낙을 받아, 그 토지사용승낙서만을 첨부한 채 청주시장으로부터 주택법상 공동주택건설사업 계획 승인(이하 '이 사건 처분')<sup>4)</sup>을 받았다. 이처럼 집단환지를 받게 될 원고 등 개별 토지소유자로부터 토지사용승낙을 받지 않고 도시개발사업조합(방서조합)으로부터 사업부지 전체에 대한 사용승낙을 받았을 뿐인 경우, 도시개발조합의 사용승낙이 구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 개정되기 전의 것)<sup>5)</sup> 제16조 제4항 단서 제2호<sup>6)</sup>에 따른 "주택건설대지를 사용할 수 있는 권원"으로서의 효력이 있다고 보아 주택건설사업계획승인이 적법하다고 볼 것인지가 쟁점이 되었다.

### (2) 관련 소송의 경과 및 법원의 판단

1심 법원(청주지방법원 2017. 3. 23. 선고 2016구합10782 판결)은 원고가 방서조합에 집단환지매도의향서를 제출하였다는 것만으로 방서조합에 이 사건 사업부지에 관한 사용승낙 권한을 이전하거나 위임하였다고 볼 수는 없다고 보아, 이 사건 처분이 구 주택법 제16조 제4항에 따른 소유권 또는 사용권원을 확보하지 못하여 위법하다고 보아 처분을 취소하였다.

그러나 원심(항소심) 법원[대전고등법원 2017. 11. 1. 선고 (청주)2017누2913 판결]<sup>7)</sup>은 방서조합이 원고로부터 집단환지예정지인 이 사건 사업부지의 지분에 관하여 사용승낙 권한을 포함한 포괄적인 사용권한을 부여받은 것으로 보아야 한다고 보았다. 따라서 원고의 사용승낙권한 위임에 기초한 방서조합이 참가인 평촌조합에게 원고의 소유 부분을 포함한 사업부지 전체에 관한 사용승낙을 한 것은 적법한 권한에 의한 것으로 유효한 사용권원에 해당하고, 이에 터 잡아 이루어진 이 사건 처분은 구 주택법 제16조 제4항 제2호에 따른 것으로 적법하다고 보아 1심 판결을 취소하고 원고 청구를 기각하였다.

3) 망 노원우는 이 사건 소송의 원고로서 1심 계속 중 사망하여 망인의 공동상속인들이 원고들로서 소송절차를 수계하였으나, 이하에서는 망 노원우를 편의상 '원고'라고 표시한다.

4) 이 사건 처분 당시 평촌조합은 권리금액 기준으로 환지예정지인 이 사건 사업부지의 약 76.2% 지분을 매수하였다.

5) 이 글에서는 2016. 1. 19. 법률 제13805호로 일부개정되기 전의 주택법을 '구 주택법'이라고 하여 현행 주택법과 구별하여 표기한다.

6) 구 주택법 제16조(사업계획의 이행 및 취소 등) ④ 제1항 또는 제3항에 따라 주택건설사업계획의 승인을 받으려는 자는 해당 주택건설대지의 소유권을 확보하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 사업주체가 주택건설대지의 소유권을 확보하지 못하였으나 그 대지를 사용할 수 있는 권원을 확보한 경우

7) 원심 법원은 크게 ① 이 사건 도시개발사업은 집단환지를 받은 조합원들이 자신의 토지를 주택건설사업주체에게 권리가액으로 매각하는 것이 전제되어 있고, 집단환지를 받은 토지소유자는 그 토지 내지 지분 자체를 주택건설사업자에게 매각하는 것이 유일한 권리실현 방법이라는 이 사건 도시개발사업의 특성, ② 원고는 2차례의 집단환지 신청, 매도의향서 제출을 통해 공동주택 건설이 예정된 토지의 공유지분을 받고 이를 주택건설사업자에게 매각하여 공동주택이 건립되게 하는 방식으로 도시개발사업이 진행되는 것에 동의한다는 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다는 점, ③ 집단환지로 지정된 사업부지의 사용수익에 관하여는 집단환지 신청자들이 사실상 아무런 이해관계가 없다는 점(토지 매각 외에는 권리실현방법이 사실상 없음)을 그 근거로 들었다.

대법원(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두70946 판결) 역시 방서조합으로부터 사업부지에 관한 토지사용승낙을 받은 것에 기초한 이 사건 처분이 적법하다고 보아 원심판결에 대한 원고의 상고를 기각하였다. 이 대법원 판결은 집단환지 방식의 도시개발사업에 관한 법리를 판시한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 의의가 있다. 대법원은 우선 집단환지 방식의 도시개발사업에 관하여 정의한 후, 집단환지 방식의 도시개발사업의 특성과 환지예정지 지정처분의 임시적·잠정적 성격을 고려하면 집단환지 방식으로 도시개발사업과 집합건물 건설사업이 혼합되어 진행되는 경우에는 원칙적으로 도시개발사업시행자에 의하여 집단환지 전체에 대한 권리가 일괄적으로 행사됨을 전제로 한다고 볼 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 토지소유자는 집단환지를 신청함으로써 이러한 사업진행 방식에 동의하는 것으로 볼 수 있어 환지예정지 지정처분이 있더라도 토지소유자들이 건설사업주체에게 집단환지 공유지분에 관한 사용권원을 부여하는 개별적인 토지사용승낙의 의사표시를 하여야 하는 것은 아니라고 보았다.

### III. 도시개발사업을 통한 공동주택부지 조성 및 집단환지 방식의 특수성

#### 1. 택지조성사업으로서 환지방식 도시개발사업과 공동주택부지

##### (1) 환지방식 도시개발사업의 구조

택지조성사업의 근거법률 중 「도시개발법」<sup>8)</sup>은 구 토지구획정리사업법상 토지구획정리사업을 ‘환지방식에 의한 도시개발사업’이라는 새로운 사업 명칭으로 규정하는데, 이러한 환지방식(구획정리방식) 사업은 오랜 기간 동안 이어져온 사업방식이다. 환지방식 도시개발사업은 사업시행자가 사업구역 내 토지를 수용하지 않고 기존 토지소유권을 그대로 유지시킨 채, 사업구역 내 토지의 효용을 증진시킬 수 있도록 토지를 대지로 형질변경하고, 공공시설을 설치하는 등 도시를 건설하거나 정비한 후에, 기존 토지소유자들에게 사업준공으로 새롭게 생성·구획된 토지를 환지(換地)로 배분해주는 사업이다.<sup>9)</sup>

도시개발사업의 조합원이 환지방식 도시개발사업에 참여하는 형태는 ① 개별환지, ② 집단환지, ③ 금전청산으로 구분된다(도시개발법 시행규칙 제27조 제5항, 제7항). ① 개별환지를 받든, ② 집단환지 신청을 통하여 공동주택용지의 공유지분을 받든, ③ 금전청산금을 받든, 환지방식의 도시개발사업에 참여하는 조합원들이 도시개발사업 참여를 통해 달성하는 경제적 이익(개발이익, 환지 전 토지 가액에 개발이익인 비례율을 가산한 가치)은 동일하다. 다만, 개별환지는 원칙적 형태로 환지처분 공고 후 환지 소유권을 받고, 집단환지를 신청한 조합원들은 공유지분의 매매대금(금전적 대가)을 환지처분 공고 전에도 공동주택건설 사업주체(매수인)로부터 지급받을 수 있으며, 금전청산을 신청한 조합원들은 원칙적으로 환지처분이 공고된 후 금전청산금을 도시개발사업조합으로부터 지급받게 된다는 점에서 차이가 있다.

##### (2) 택지조성사업으로서 환지방식 도시개발사업의 활용

환지방식(구획정리방식) 사업은 대지(垈地) 조성, 획지 분할 및 공공시설의 설치 등을 포함하는 종합적인 개발사업으로,<sup>10)</sup> 그 과정에서 결과적으로 택지도 공급하는 형태의 개발사업으로 자리잡았다.<sup>11)</sup> 환지방식(구획정리방식) 사업은, 과거에는 구획 정리를 위해 기존 시가지를 정비하는 기능을 주로 담당했으나, 현재는 미개발된 시가지나 농지를 택지로 조성하기 위한 사업, 즉 신도시의 개발을 위한 사업으로 활용되는 경향이 있다.<sup>12)13)</sup>

1960년대부터 1980년대까지 토지구획정리사업은, 서울시 택지공급의 약 절반가량을 담당하는 등 우리나라에서 가장 활발하게 활

8) 「도시개발법」은 다양한 도시개발사업을 일원화하려는 의도로 2000년 제정되었는데, 구 도시계획법상 도시개발사업(일단의 주택지·공업용지 조성 사업, 시가지조성사업)과 구 토지구획정리사업법상 토지구획정리사업을 통합하였고, 이로써 구 토지구획정리사업법은 폐지되었다[송현진 / 유동규 / 김명종, 『도시개발법 해설』(제3판), 진원사, 2014, 6-7면; 전연규 / 도시개발연구팀, 『도시개발법과 실무해설 I』, 한국도시개발연구포럼, 2011, 47면 참조].

9) 이수안, “도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2022, 98-99면; 이영은 외 3명, “택지개발 사업지구에서의 절충식 환지기법 적용 방안”, 주택도시연구원, 2006, 7면, 68면.

10) 김의원, “우리나라 토지구획정리사업의 도입과 전개”, 『도시문제』 제18권 제2호(1983), 22면 참조.

11) 이수안, 앞의 글, 17-18면.

12) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 2023, 북포레, 735면; 이영은 외 3명, 앞의 글, 7면.

13) 예컨대, 대상판결의 청주 방서지구 도시개발구역은 당초 개인 소유 대지, 전답, 임야 또는 하천부지, 국공유지 등이 혼재된 자연녹지 지역(전체 지역 중 녹지지역이 87.5%를 차지)이었는데[청주 방서지구 도시개발사업 도시관리계획결정(변경)도서(2017.3), 31면 참조], 이를 각종 기반시설 확충과 함께 주거지로 개발하기 위하여 도시개발사업이 진행되었다.

용되던 도시개발 방식으로 주로 택지를 마련하기 위한 방안으로 활용되었다.<sup>14)</sup> 그러나 사업기간의 장기화, 공공시설 비중 증가로 인한 감보율 상승 등의 문제로 1980년대 중반 이후 정체기에 접어 들었고, 2000년 도시개발법 제정 이후에도 별다른 변화를 보이지 않다가 2000년대 중후반부터 도시개발구역 지정이 활성화되기 시작하였다.<sup>15)</sup> 2017년 말 기준 211개 사업지구 69.8㎢(구역지정 수 대비 46.7%, 면적 대비 46.1%)가 도시개발법에 의한 도시개발사업 중 환지방식으로 진행되었거나 진행 중에 있다.<sup>16)</sup>

이처럼 환지방식 도시개발사업은 계속 증가하고 있는데, 특히 도시개발법은 택지 조성 측면에서 집단환지와 체비지를 적극적으로 활용하여 대규모 공동주택용지를 공급하는 기능을 담당하고 있다.<sup>17)</sup> 대상판결의 청주 방서지구 도시개발사업 역시 (일부 일반환지 외) 집단환지와 체비지를 활용하여 무려 아파트 3,695세대를 공급할 수 있는 공동주택용지를 개발하였다.

### (3) 택지조성사업인 환지방식 도시개발사업에 있어 공동주택건설사업의 중요성

우리나라는 택지조성사업(구 토지구획정리사업법, 택지개발촉진법, 도시개발법 등)과 주택건설사업(주택법)을 각 서로 다른 근거 법으로 분리하여 별도의 절차로 규율하는 입법<sup>18)</sup>을 취하고 있어, 도시개발법에 따른 도시개발사업과 주택법에 근거한 공동주택건설 사업은 법적으로 구별되는 별개의 사업이다. 그러나 후자(공동주택건설사업)의 성패는 사실상 전자(도시개발사업)의 성패와 밀접한 관련이 있다.<sup>19)20)</sup> 환지방식 도시개발사업(및 토지구획정리사업)은 사업구역 내 경지 정리, 도로, 인프라 등 기반시설을 설치하면서 종합적인 시가지를 개발하게 되는데, 이와 같은 시가지가 제대로 기능하기 위하여는 이를 이용하는 인구가 유입, 확보되는 것이 필요하고, 이를 위하여는 주거용지, 그중에서도 특히 공동주택용지를 공급하여 그 지상에 공동주택건설사업이 원활히 진행되는 것이 필수적이다.<sup>21)</sup> 결국, 양 사업은 서로 연결되어 있지 않으면 존재할 수 없는 한 쌍의 개발사업<sup>22)</sup>이라고 할 수 있다.

### (4) 환지방식 도시개발사업과 공동주택부지

환지방식 도시개발사업은 종합적인 시가지 개발사업으로서, 택지, 특히 공동주택부지 공급을 위한 주된 수단으로 사용되는데, 공동주택을 건설하려는 자가 환지방식 도시개발구역에서 주택건설부지를 확보하는 방법으로는 아래와 같은 다양한 방법이 있다.

첫째, 도시개발사업구역 내 토지를 매입하여 그 스스로 도시개발사업의 조합원으로서 일반환지를 받아 그 위에 공동주택건설사업을 시행하는 방법이다. 이는 주로 대규모 자금을 확보하였거나 동원할 수 있는 건설업체가 활용할 수 있는 방안인데, 대상사안(청주 방서지구 도시개발사업)의 2블록에 건설된 청주센트럴자이 아파트가 그 예이다. GS건설은 청주 방서지구 도시개발사업구역 내 토지를 계속 매입하여 상당한 토지를 보유한 도시개발사업 조합원으로서 환지대상자로서 공동주택을 건설할 수 있는 규모의 일반환지를 받았고, 그 지상에 공동주택건설사업을 추진하였다.

둘째, 체비지 또는 집단체비지를 활용하는 방법이다. 체비지란 도시개발사업으로 발생하는 사업비용을 충당하기 위하여 사업시행자(도시개발사업조합)가 취득하여 집행 또는 매각하는 토지를 말한다(도시개발법 제34조 제1항, 도시개발업무지침 4-6-1). 대규모 공동주택을 건설하고자 하는 자는 도시개발사업의 사업비용을 충당하기 위하여 설정된 체비지를 도시개발사업조합으로부터 매입하여 그 위에 공동주택건설사업을 시행한다. 대상사안(청주 방서지구 도시개발사업)의 2블록에서 공동주택건설사업을 추진한 GS건설 역시 자신이 보유한 토지에 대한 환지에 연접한 체비지를 감정평가에 따른 권리금액을 매수대금으로 지급하고 방서조합으로부터 매입하여 주택건설부지를 확보하였다. 한편, 구 토지구획정리사업법은 1970년대 집단체비지 제도를 도입하여 공동주택용 대규모 필지를 확보할 수 있는 여건을 마련하였고[구 토지구획정리사업법(1975. 12. 31. 법률 제2848호로 개정된 것 제54조 제2항)], 도시개발법에도

14) 김종보, 앞의 책, 737면.

15) 이윤상 / 최대식 / 안현, “환지방식의 실용성 제고방안 연구”, LH 토지주택연구원, 2020, 28면 [그림 2-5] 참조.

16) 이윤상 / 최대식 / 안현, 앞의 글, 61면.

17) 이수안, 앞의 글, 19면.

18) 김종보, 『건축행정법』(제3판), 학우, 2005, 462-463면.

19) 오미정, “환지방식 도시개발사업의 집단환지예정지에서 공동주택건설사업을 시행하는 경우 토지소유자들의 개별적인 토지사용승낙을 받아야 하는지 여부”, 『서강법률논총』 제11권 제3호(2022. 10.), 309면.

20) 대상판결의 원심(대전고등법원 (청주)2017누2913 판결), “개별환지를 하는 도시개발사업과 달리 처음부터 집단환지를 하기로 하고 추진된 이 사건 도시개발사업의 경우, 집단환지된 사업부지에 공동주택을 건축하는 주택건설사업은 이 사건 도시개발사업 자체와 서로 떼어놓고 생각할 수 없는 매우 밀접한 관련이 있다.”

21) 도시개발법에서는 도시개발사업의 제1차계획인 도시개발구역 지정 및 개발계획에 인구수용계획, 토지이용계획 등이 포함되어야 한다고 규정하고 (도시개발법 제5조 제1항 제6,7호), 도시개발업무지침에서는 주택계획을 포함한 인구수용계획의 수립기준을 상세하게 정하고(도시개발업무지침 2-8-4-2), 각 지역 별로 공동주택용지의 비율을 정하는 등 상세한 토지이용계획 수립기준을 정하고 있다(도시개발업무지침 2-8-5-3).

22) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 2023, 북포레, 733면.

그 근거를 마련하였다(도시개발법 제34조 제2항, 도시개발법무지침 4-6-3, 4-6-4, 4-6-5). 집단체비지란 주택법에 따른 공동주택 건설을 촉진하기 위하여 필요하다고 인정될 경우 관계청과 사전 협의를 거쳐 체비지 면적의 70% 범위 내에서 체비지 중 일부를 같은 지역에 집단<sup>23)</sup>으로 정하는 것으로, 집단체비지가 지정되면 종전의 비교적 작은 규모의 필지 토지들을 같은 지역에 환지함으로써 대규모 획지인 공동주택단지를 건설하는 하나의 대지를 조성할 수 있게 된다.<sup>24)</sup> 실제로 잠실지구 토지구획정리사업의 잠실 주공 1단지부터 5 단지를 들 수 있는데, 위 사업구역에서는 집단체비지를 조성하여 체비지에 공동주택용지를 마련하였고, 체비지 매수인이 그 지상에 위아파트를 건설하였다.<sup>25)</sup>

셋째, 집단환지 지상에 공동주택건설사업을 추진하는 것이다. 이에 대하여는 항을 바꾸어 더 자세히 살펴본다.

## 2. 집단환지에서의 공동주택건설사업

### (1) 집단환지의 개념, 법적 근거 및 연혁

집단환지란 환지계획 작성에서 사용되는 환지기법 중 하나로 집합건물을 건축할 용도로 계획되어 있는 환지다. 그 법적 근거인 도시개발법 시행규칙 제27조 제9항<sup>26)</sup>에 따르면 집단환지는 ① 집합건물(주로 공동주택)을 건축할 용도로 계획된 토지에 대한 환지이면서 동시에 ② 2인 이상의 토지소유자의 신청을 받아 공유로 지정되는 환지를 의미한다.<sup>27)</sup> 즉 집단환지는 뒤이어 공동주택의 건설이 이루어질 것을 예정하고 있는 환지방식이다.

구체적으로, 도시개발사업시행자는 사업지구 내 집합건물(주로 아파트와 같은 공동주택) 건설의 목적으로 계획된 환지의 조성을 위하여 환지계획 수립 이전에 토지소유자로부터 집단환지 신청을 받아 그 신청에 근거하여 집단환지 방식의 공동주택용지를 조성하는 내용으로 환지계획을 작성하게 된다(도시개발법무지침 4-3-2). 그리고 집단환지 방식의 환지 후 토지(공동주택용지)는 해당 토지 전체가 일단의 주택건설대지로서 1필지의 공유토지로서 환지되며, 집단환지 신청자들은 종전 토지에 대한 권리면적의 비율만큼의 공유지분을 배정받게 된다.

집단환지는 본래 공동주택의 건설을 촉진하기 위하여 주택건설사업주체가 사업구역 내 분산적으로 소유한 토지를 (제자리 환지하지 않고) 공동주택용지로 계획된 토지 위치에 모아서 집단으로 환지할 수 있도록 하는 환지기법으로 사용되었다. 그러나 구 토지구획정리사업법 시절 '토지구획정리사업에 관한 사무처리규정'이 1994. 12. 14. 집단환지에 관한 규정을 신설, 도입한 이래 도시개발법 시행규칙에도 이어졌는데, 집단환지에 관한 규정은 몇 차례 개정을 거쳐 '토지소유자들의 신청에 의하여' '집단환지를 공유하는 방식'으로 변화하였으며, 집단환지의 대상이 되는 토지 용도는 '공동주택용지'에서 '집합건물용지'로 확대되었다.<sup>28)</sup>

### (2) 집단환지 방식 도시개발사업

도시개발사업에 의하여 집단환지가 조성되는 경우, 도시개발사업의 시행자는 도시개발법에 따라 집단환지를 포함한 대지를 조성하고, 공공시설을 설치하고 기반시설을 확충하는 등 도시개발사업을 시행하고, 공동주택 건설사업주체는 주택법에 따라 집단환지 지상에서 공동주택(주로 아파트)을 건설하는 사업을 시행한다.

대상판결(대법원 2017두70946 판결)은 집단환지 방식의 도시개발사업을 "도시개발법 시행규칙 제27조 제9항에 근거하여 환지 방식의 도시개발사업과 집합건물(특히 공동주택) 건설사업이 혼합되어 진행되어, 도시개발사업의 시행자가 별도로 선정한 별도의 사업주체가 도시개발사업의 시행으로 조성된 일단의 토지에 곧바로 집합건물 건설사업을 시행할 수 있도록 하는 한편, 종전 토지의 토지소유자들에게는 그 일단의 토지에 대한 공유지분을 배분하여 그 공유지분을 집합건물 건설사업주체에게 매도하거나 출자하여 그 매매대금을 지급받거나 신축주택을 분양받도록 하는 방식으로 시행되는 사업방식"이라고 최초로 정의하였다.

23) '집단'이란 환지의 위치를 정할 때에 특정한 목적을 위하여 계획된 부지에 환지들을 같은 지역에 모아서 지정하는 것을 의미한다[오미정, 앞의 글, 319면].

24) 오미정, 앞의 글, 320면.

25) 이수안, 앞의 글, 71면, 194면.

26) 도시개발법 제27조(환지 계획의 기준) ⑨ 시행자는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 해당하는 건축물을 건축할 용도로 계획된 토지에 대하여 2 이상의 토지 소유자의 신청을 받아 공유로 환지를 지정할 수 있다.

27) 오미정, 앞의 글, 319면.

28) 집단환지 연혁의 구체적인 내용에 관하여는 오미정, 앞의 글, 321-324면 참조.

### (3) 집단환지를 통한 도시개발사업 및 공동주택건설사업 시행 과정<sup>29)</sup>

집단환지를 통한 도시개발사업의 시행 과정은 “① 토지소유자들의 도시개발조합에 대한 집단환지 신청 및 환지절차, ② 자력·시공 능력 등을 고려한 도시개발조합의 주택건설사업시행자 선정, ③ 주택건설사업시행자의 사업승인 획득, ④ 주택건설사업시행자에 대한 토지 등 권리 매각, ⑤ 주택건설사업시행자의 분양 및 건축의 단계”로 이루어진다(대상판결의 원심, 대전고등법원(청주)2017누2913 판결). 도시개발사업의 집단환지로 조성되는 토지 위에 공동주택을 건설하는 공동주택건설사업의 시행 모습을 보다 구체화하여 설명하면 아래와 같다.

우선, 도시개발사업 시행자(대개 조합)는 환지 전 종전 토지 소유자들로부터 **집단환지 신청**을 미리 받아두어 이를 기초로 공동주택 건설 목적의 집단환지를 지정하는 내용으로 **환지계획**을 작성한다. 특히 실무상 개발계획 수립단계에서부터 토지소유자들로부터 집단환지 신청서를 받아두기도 하고, 당해 도시개발사업구역 내에 대규모 아파트 단지를 건설하고자 하는 자는 구역 내 토지소유자들로부터 미리 종전 토지를 매입하는 동시에 집단환지 신청서를 징구하거나 추후 집단환지 신청할 것을 매매계약서상 의무 조항으로 삽입하기도 한다. 이처럼 집단환지를 기초로 환지계획이 작성되면, 환지계획의 인가를 통해 그 내용이 확정되어 **집단환지(1필지의 공동주택 용지)**가 지정되고 **환지예정지** 처분(공동주택 건설이 예정된 토지에 관한 공유지분의 배정)이 이루어진다.

공동주택 건설이 예정된 집단환지에서의 공동주택건설사업은 도시개발사업의 시행자와 별개의 사업주체(대개 등록사업자, 지역주택조합)가 시행하는데, 많은 경우 도시개발사업 시행자가 그 사업주체 선정에 관여한다. 집단환지 지상에 공동주택을 건설할 사업주체가 선정되면 그 사업주체에 대한 집단환지에 관한 공유지분 매각 절차가 진행되는데, (대상판결의 판시에 따르면) 공동주택건설 사업주체는 도시개발사업조합으로부터 집단환지 전체에 대한 토지사용승낙을 받아 사업부지에 관한 사용권원을 확보하여 주택건설사업 계획 승인을 받는다. 이후 공동주택건설사업주체는 주택법에 근거하여 집단환지(공동주택용지) 위에 공동주택을 건설하여 분양한다.

## IV. 환지방식 도시개발사업의 시행자와 집단환지상 공동주택건설사업의 주체

앞서 살펴본 것처럼 환지방식 도시개발사업과 주택건설사업은 그 근거법이 도시개발법과 주택법으로 법적으로 구별되고, 그 사업의 목적 역시 대지 조성, 획지 정리, 공공시설 설치 및 기반시설 확충 등 시가지 정비 및 종합적 개발인지, 공동주택의 건설 및 공급인지로 나뉜다. 또한, 전체 환지방식 도시개발구역 중 일부인 공동주택용지를 하나의 주택단지로 하여 공동주택건설사업이 진행되므로, 양자의 사업구역(범위) 역시 일치하지 않는다.

이 같은 경위로 환지방식 도시개발사업의 시행자와 공동주택건설사업의 사업주체는 다르다. 따라서 종전 토지의 토지소유자들이 ‘도시개발사업의 시행자’에게 집단환지를 신청한다고 하더라도, 추후 그 집단환지에 조성되는 공동주택용지 지상에서 ‘공동주택건설사업의 사업주체’에게 직접 대지 사용승낙을 한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 공동주택용지(집단환지) 지상에서 실제 공동주택건설 사업을 시행하는 자가 그 대지의 사용권원을 어떻게 확보할 것인가가 문제된다. 이는 결국, 환지방식 도시개발사업의 시행자와 집단환지상 공동주택건설사업의 주체가 서로 상이하다는 점에서 비롯된 문제인바, 이하에서는 집단환지에서의 주택건설대지 사용권원 확보에 관한 쟁점에 대하여 살펴보기에 앞서 각 사업주체(시행자)에 대하여 먼저 살펴보도록 한다.

### 1. 환지방식 도시개발사업의 시행자와 주택건설사업의 사업주체

도시개발사업 구역 전부를 환지 방식으로 시행하는 환지방식 도시개발사업은 우선적으로 토지소유자나 이들에 의해 설립되는 도시개발조합을 사업시행자로 지정하도록 규정하고 있고(도시개발법 제11조 제1항 단서), 환지방식의 도시개발사업의 원형인 구 토지구획정리사업에서도 마찬가지로 규정하고 있었다(구 토지구획정리사업법 제6조 제1항). 환지방식은 토지소유자보다는 대부분 조합을 결성하여 사업을 추진하고 있다.<sup>30)</sup>

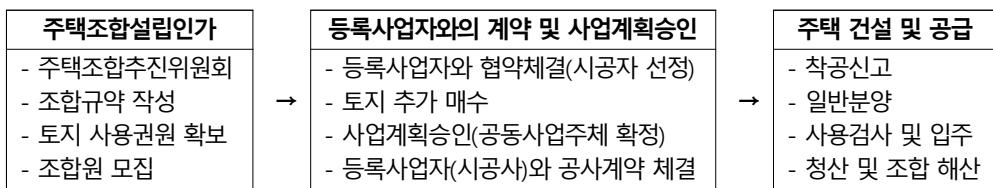
한편, 주택법은 ① 등록한 주택건설사업자 또는 대지조성사업자(이하 ‘등록사업자’, 대개 시공능력 있는 건설업체)가 토지소유권을 확보하여 단독으로 사업을 시행하는 경우를 원칙으로 상정하면서(주택법 제2조 제1항 제10호 다목, 제4조),<sup>31)</sup> ② 등록사업자와 공동

29) 집단환지를 통한 공동주택건설사업 시행 과정 중 주택건설대지의 사용권원을 확보하는 절차, 주택건설사업주체를 선정하는 절차는 집단환지에서의 공동주택건설사업에 관한 개별 쟁점을 다른 본 글의 IV.항, V.항에서 보다 상세히 살펴도록 하고, 여기에서는 간략히만 소개한다.

30) 전연규 / 도시개발연구팀, 앞의 책, 692면.

31) 김종보, “지역조합 사업주체의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(2007. 6.), 178면.

으로 사업을 시행할 수 있는 사업주체인 주택조합(지역주택조합 등)을 예정하고 있다(주택법 제11조, 제5조 제2항). 주택법은 전문성이 없는 주택조합에게 아파트건설사업의 책임을 전적으로 부담시키기 어렵다는 점 때문에 등록사업자를 공동사업주체로 요구하고 있는 것으로, 법조문상으로는 주택조합이 주택법에 의하여 등록한 등록사업자로서 지위를 얻은 경우라면 단독사업주체가 되는 것도 가능할 것이나, 이러한 예는 실무상 거의 존재하지 않는다.<sup>32)</sup> 요컨대, 주택조합이 주택건설사업을 진행하는 경우 대부분 등록사업자(시공능력 있는 건설업체)와 공동으로 사업을 진행하게 되고, 이 경우 등록사업자가 사업을 기획해서 토지를 매입하고 조합을 설립하는 등 시행의 초기 단계부터 모든 절차를 사실상 주관하는 경우가 일반적이다.<sup>33)</sup> 등록사업자와 공동사업주체로서 진행하게 되는 지역주택조합사업의 시행 절차를 간략히 정리하면 아래<sup>34)</sup>와 같다.



## 2. 집단환지상 주택건설사업주체의 특수성

### (1) 별도의 주택건설사업주체(매수자) 선정의 필요성

만일 집단환지를 신청한 조합원들이 그 스스로 주택법 규정에 따라 주택건설사업자로 등록한 후 직접 주택건설을 시행할 수 있다면 그와 같은 방식이 금지되는 것은 아니다. 그러나 집단환지 공유지분을 배분받은 토지소유자들은 주택건설에 대한 전문성 및 시공능력이 없어 단독으로 주택건설사업을 시행하기가 어렵고, 주택법상 등록요건을 구비하는 것이란 현실적으로 불가능에 가깝다. 이러한 점에서 위 방안은 실현이 어렵다.<sup>35)</sup> 이런 경위로 실무상 집단환지 방식 사업에서는 별도의 단일한 건설사업주체를 예정하고 그 건설 사업주체에 집단환지상 공유지분을 매도하는 것을 전제하는 경우가 대부분이다.<sup>36)</sup>

### (2) 단일한 주택건설사업주체 선정의 필요성

환지방식으로 추진되는 도시개발사업에서 집단환지는 해당초 집합건물법이 정한 집합건물을 건축할 용도로 계획된 토지(환지계획상 '공동주택용지')에 대하여 도시개발조합의 조합원인 토지소유자의 신청에 의하여 지정된다. 그리고 집단환지 방식의 환지 후 토지(공동주택용지)는 해당 토지 전체가 일단의 주택건설대지로서 1필지의 토지로 환지되며, 집단환지 신청자들은 종전 토지에 대한 권리가액의 비율만큼의 공유지분을 배정받게 된다. 이처럼 집단환지는 도시개발사업 전체 조합원들 중 '일부'인 집단환지 신청 조합원들이 각 지분 별로 소유한 '하나의 공유토지'이다.

또한, 집단환지는 추후 선정될 공동주택건설사업주체(매수자)에 대한 매각이 예정되어 있는 토지로, 이때 집단환지 매수자는 '단일'한 주체여야 한다. 즉 집단환지 신청자 각각의 개별 의사에 따라 그 매도 상대방(매수자)을 각기 달리할 수 없다.<sup>37)</sup> 당해 집단환지 전체가 공동주택건설사업의 시행을 위하여 1필지의 공동주택용지로 제공되기 때문이다.

32) 김종보, 앞의 글, 178면.

33) 김종보, 앞의 글, 178-179면.

34) 국토교통부, 앞의 글, 18면 참조.

35) 대상판결의 원심판결(대전고등법원 (청주)2017누2913 판결) 역시 그러한 취지로 "집단환지를 하는 경우, 집단환지를 받은 공유지분권자들 스스로 공동주택 건설사업을 시행하는 것은 현실적으로 불가능하다. 또한 공유지분권자들이 자신들의 공유지분에 기하여 집단환지를 사용·수익할 수 있는 방법도 현실적으로 없으므로, 집단환지를 받은 토지소유자는 이를 그 토지 내지 지분 자체를 주택건설사업자에게 매각하는 것이 유일한 권리실험 방법이라고 볼 수 있다."고 판시하였다.

36) 오미정, 앞의 글, 325면.

37) 대상판결의 원심판결(대전고등법원 (청주)2017누2913 판결)도 "이 사건 도시개발사업이 완료되기 위하여는 집단환지 예정지인 이 사건 사업부지에 주택건설사업이 시행되어야 하는데, 이를 위하여는 단일한 공동주택건설사업주체가 이 사건 사업부지를 매수하여야 주택건설사업을 시행할 수 있다. 따라서 방서조합에서 집단환지를 받은 모든 조합원들은 반드시 단일한 매수인에게 자신들의 토지를 매각하여야 하고, 이러한 사정을 망인(원고)도 분명히 알고 있었다."고 판시하였다.

### (3) 도시개발사업 시행자의 주택건설사업주체 선정 절차 주관 필요성

집단환지인 주택건설사업부지는 집단환지를 신청하지 않은 나머지 도시개발조합 조합원들의 환지도 아니고, 체비지와 같이 도시개발조합이 취득하는 토지도 아니다. 집단환지를 신청한 조합원들이 그 스스로 직접 단일한 매수자(주택건설사업 시행자)를 선정하여 그에게 집단환지를 매각하는 절차를 추진할 수만 있다면 그와 같은 방식을 취하면 된다. 그러나 ① 집단환지 신청 조합원들은 자신의 집단환지 신청 내용대로 최대한 집단환지 공유지분을 조속히 매각하여 금전적 전보를 받는 데에만 관심이 있을 뿐, 집단환지 지상 공동주택건설사업의 시행 방식이 구체적으로 어떠한지, 그 사업주체는 누구인지에 대하여는 별다른 관심이 없다. 그런데 ② 수십 명에 이르는 집단환지 신청자들이 그 스스로 일치된 의사로 단일한 매수자를, 그것도 조속한 시일 내에 선정한다는 것은 현실적으로 극히 곤란하다. 게다가 ③ 도시개발사업구역 내 공동주택용지인 집단환지 지상의 주택건설사업이 신속히 진행되지 않으면 도시개발사업의 성패에도 치명적인 영향을 미친다. 그렇기에 도시개발사업의 시행자로서도 도시개발사업의 성공적인 마무리를 위하여 매수자(공동주택건설사업 사업주체) 선정을 방임할 수는 없다.

도시개발법무지침 4-3-5항은 “시행자는 집단환지의 사용 및 개발을 촉진하기 위해 집단환지로 지정받은 토지소유자 다수가 요청하면 토지소유자 소집·시공사 및 매수자 알선 등 적극적인 지원을 하여야 한다.”고 규정하고 있고, 실무상으로도 도시개발사업의 시행자가 집단환지 지상에 공동주택건설사업을 추진할 사업주체를 선정하는 업무를 주도한다. 대상판결(대법원 2017두70946 판결)도 집단환지 방식의 도시개발사업에서는 “도시개발사업의 시행자가 선정한 별도의 사업주체”가 도시개발사업의 시행으로 조성된 일단의 토지에 곧바로 집합건물 건설사업을 시행할 수 있도록 한다고 판시하였다.

## 3. 집단환지상 주택건설사업주체와 그 선정 절차

### (1) 집단환지상 주택건설사업주체

집단환지에서 공동주택건설사업을 시행하는 사업주체는 통상의 주택법상 공동주택건설사업의 그것과 크게 다르지 않아, 대개 건설사업을 시행할 시공능력 있는 등록사업자가 사업주체가 되고 사업 전반을 주도한다. 다만 집단환지 지상에서 공동주택건설사업을 등록사업자가 단독으로 시행할 것인지, 아니면 지역주택조합을 결성하여 그 조합과 등록사업자가 공동사업주체가 되어 시행할 것인지 는 개별 사업의 여건 및 수요에 따라 결정된다.

예컨대, 지역주택조합 아파트 형식으로 주택건설사업을 추진할 경우 지역주택 조합원들로서는 우선분양권을 통하여 잔여세대 일반 분양분보다도 양호한 호수를 배정받을 수 있고,<sup>38)</sup> 일반분양주택보다도 가격이 더 저렴한 등의 이점이 있어서 ‘지역주택조합’에 대한 요구가 있는 경우가 있는데, 대상판결의 사안(청주 하트리움리버파크 아파트)이 그러하다. 방서조합은 당초 3블록을 집단환지로 지정하면서, 그 부지 위에 이루어지는 주택건설사업을 지역주택조합의 결성 없이 일반분양, 즉 등록사업자가 단독 사업주체가 되는 형태로 진행하려고 하였는데, 집단환지를 신청한 방서조합 조합원들이 지역주택조합 형식으로 추진할 것을 강력히 요구하였고, 이에 따라 지역주택조합 형식으로 변경하게 되었다. 그리고 집단환지를 신청한 방서조합 조합원들 중 일부(약 80명)는 ‘평촌지역주택조합 추진위원회’를 결성한 후 일정 자격요건을 구비한 조합원들을 모집하여 평촌지역주택조합 설립인가를 받았다.

### (2) 집단환지상 주택건설사업주체의 선정 절차

앞서 검토한 바와 같이 실무상 도시개발사업구역 내 집단환지에서 공동주택건설사업을 시행할 사업주체를 선정하는 절차는 도시개발사업의 시행자(대개 도시개발조합)가 주관하게 된다. 주택건설사업주체를 구체적으로 어떠한 방식과 절차를 거쳐 선정할지는 개별 도시개발조합이 결정할 문제로 통일된 실무가 있는지는 확인하기 어렵다. 다만, 대상판결의 사안인 방서도시개발조합의 주택건설 사업주체 선정 절차 및 방식이 참고가 될 수 있으므로, 아래에서는 그 사례를 소개하고자 한다.

방서조합은 집단환지 신청 내용 등을 반영한 **환지계획이 인가되자 3블록(집단환지, 공동주택용지)의 매수자를 선정하기 위하여 (주)두진, 원건설, 포스코건설, 계룡건설 등 여러 업체로부터 집단환지 토지매입 의향서를 접수받아 이사회 결의를 통하여 (주)두진을 선정하였다.** 그러나 집단환지를 신청한 조합원들이 일반분양이 아닌 지역주택조합 형식으로 추진할 것을 강력히 요구하였고, 이에 방서조합은 다시 여러 업체로부터 집단환지 토지매입 의향서를 접수받았다. 그리고 그중 (주)광지투자개발<sup>39)</sup>은 지역주택조합 형식으로 주택

38) 주택법 제11조(주택조합의 설립 등) ⑥ 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다)은 그 구성원을 위하여 건설하는 주택을 그 조합원에게 우선 공급 할 수 있으며, 제5항에 따른 직장주택조합에 대하여는 사업주체가 국민주택을 그 직장주택조합원에게 우선 공급할 수 있다.

39) (주)광지투자개발, (주)두진과 같은 업체는 주택건설사업의 사업주체가 아니라 그로부터 용역업무를 위임받아 실무적인 업무(예컨대, 토지 매수 등)를 대행하는 시행대행업체이다.

건설사업을 추진할 계획을 밝히며 참가인 두진건설로부터 시공참여 의향서를 제출받아 위 매수자 선정에 참여하였다. 한편, 방서조합에 집단환지 토지매입의향서를 제출한 업체들 모두 집단환지에 대한 매수대금으로 동일한 금액, 즉 '각 집단환지 신청자들의 권리금액의 합계액'을 제안하였다. 다만, (주)광지투자개발의 경우 지역주택 조합원 우선분양권과 이주보상비 조건을 추가하였고, 다수 집단환지 신청 조합원들은 (주)광지투자개발이 매수자로 선정될 것을 강력히 요구하였다. 방서조합은 위와 같은 제반 사정을 고려하여 이사회 의결을 통하여 집단환지의 매수자를 (주)광지투자개발로 선정하고 양해각서를 체결하였다(이때 주택건설사업의 시공사는 참가인인 두진건설로 선정되었다). 이후 (주)광지투자개발은 집단환지 신청 조합원들 상당수를 주축으로 지역주택조합 추진위원회를 결성하고, 그 자신은 업무대행사로서 사업을 추진하여 오다가 (주)두진에게 업무를 인계하였고, 이 과정에서 다시 방서조합 이사회 의결을 거쳤다. 그 후 지역주택조합인 평촌조합이 설립되자 평촌조합은 주택법상 등록사업자인 두진건설과 공동사업주체로서 공동주택건설사업(청주 하트리움리버파크 아파트 건설사업)을 진행하였다.

## V. 집단환지에서의 주택건설대지 사용권원

### 1. 집단환지에서의 주택건설대지 사용권원 확보

#### (1) 주택건설을 위한 주택건설대지 소유권 또는 사용권원

대지는 건축물이 존립하기 위한 필수적인 기초 전제로서 대지 소유권이나 그 사용권원을 확보하지 못한 건축물은 불안정하므로, 법은 건축물을 건축하려는 자로 하여금 대지소유권을 확보하도록 함으로써 소유권의 객체인 필지와 허가요건인 대지의 소유·사용관계를 일치시키려는 노력을 기울이고 있다.<sup>40)</sup> 건축법 제11조 제11항, 주택법 제21조 제1항이 그것이다.

구 주택법(2005. 1. 8. 법률 제7334호로 일부 개정된 것)은 주택건설사업에 관한 사업계획승인을 받으려는 경우 주택건설대지의 소유권 확보에 관한 규정을 신설하였고(제16조 제2항), 위 규정은 현행 주택법 제21조 제1항에서 "대지의 소유권 확보 등"이라는 표제 하에 별도의 독립된 조문으로 규정되어 있다. 이같이 사업계획승인의 요건으로 사업주체로 하여금 주택건설대지의 소유권 또는 사용권원 등을 확보하도록 한 것은 주택건설사업을 원활하고 안정적으로 시행함과 동시에 입주예정자들의 재산권을 보호하려는 취지가 있다.<sup>41)</sup> 이처럼 공동주택(주로 아파트)건설사업을 시행할 때 가장 우선되는 절차가 바로 주택건설대지를 확보하는 것이고, 당해 사업부지의 안정적인 확보 여부는 사업의 성패를 좌우하는 결정적인 요소가 된다.

주택법 제21조 제1항<sup>42)</sup>(대상판결에서는 구 주택법 제16조 제4항)은 본문에서 주택건설사업계획승인의 요건으로 '해당 주택건설대지의 소유권'을 전부 확보하는 것을 원칙으로 규정하는 한편, 단서에서 예외적으로 '대지 면적 중 일정 비율 이상의 소유권 또는 사용권원을 확보하고, 나머지는 매도청구의 대상이 되는 경우(단서 제1호)'와 '소유권을 확보하지는 못하였으나 그 대지의 사용권원을 확보한 경우(단서 제2호)'에도 주택건설사업계획승인을 얻을 수 있도록 규정하고 있다.<sup>43)</sup>

집단환지에서 공동주택건설사업을 시행함에 있어 주택건설대지에 관한 사업계획승인 요건과 관련하여 주로 문제되는 것은 주택법 제21조 제1항 단서 제2호의 '대지의 사용권원'이다. 통상 토지 사용권원이란 그 토지를 점유 또는 사용, 수익하는 행위를 정당화하는

40) 김종보, 앞의 책, 51면.

41) 2018. 11. 2.자 법제처 질의회신[안건번호 18-0378, 안건명: 국토교통부-주택건설사업계획 승인을 위한 주택건설대지 소유권 확보의 의미(「주택법」 제21조 제1항 등 관련)].

42) 주택법 제21조(대지의 소유권 확보 등) ① 제15조제1항 또는 제3항에 따라 주택건설사업계획의 승인을 받으려는 자는 해당 주택건설대지의 소유권을 확보하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제49조에 따른 지구단위계획(이하 "지구단위계획"이라 한다)의 결정(제19조제1항제5호에 따라 의제되는 경우를 포함한다)이 필요한 주택건설사업의 해당 대지 면적의 80퍼센트 이상을 사용할 수 있는 권리(権原)(제5조제2항에 따라 등록사업자와 공동으로 사업을 시행하는 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다)의 경우에는 95퍼센트 이상의 소유권을 말한다. 이하 이 조, 제22조 및 제23조에서 같다)를 확보하고(국공유지가 포함된 경우에는 해당 토지의 관리청이 해당 토지를 사업주체에게 매각하거나 양여할 것을 확인한 서류를 사업계획승인권자에게 제출하는 경우에는 확보한 것으로 본다). 확보하지 못한 대지가 제22조 및 제23조에 따른 매도청구대상이 되는 대지에 해당하는 경우

2. 사업주체가 주택건설대지의 소유권을 확보하지 못하였으나 그 대지를 사용할 수 있는 권원을 확보한 경우

3. 국가·지방자치단체·한국토지주택공사 또는 지방공사가 주택건설사업을 하는 경우

4. 제66조제2항에 따라 리모델링 결의를 한 리모델링주택조합이 제22조제2항에 따라 매도청구를 하는 경우

43) 이처럼 주택건설대지의 소유권을 100% 확보하기 이전에 일정 면적 비율의 소유권을 확보하였거나 사용권원을 확보한 경우에도 사업계획승인을 받을 수 있도록 한 것은, 사업계획승인이 이루어져야 비로소 그에 기초하여 프로젝트 파일낸싱(PF)이 가능하고, 사업주체로서는 PF를 통해 확보한 대출자금으로 아직 소유권을 확보하지 못한 대지를 매수함으로써 소유권을 확보할 수 있게 된다는 현실적 고려가 반영된 것으로 보인다.

근거 또는 원인을 뜻하는 말로 소유권, 지상권, 전세권, 임차권, 사용대차 등이 있다. 대부분 주택건설사업주체는 토지 소유주가 자신이 소유하고 있는 토지의 사용을 허락하는 ‘토지사용승낙서’<sup>44)</sup>를 통해 토지 사용권을 확보하는데, 대개 이 같은 토지사용승낙서는 주택건설사업주체가 매매계약서 등 소유권 이전에 관한 계약을 체결하여 토지소유주로부터 토지를 매입하면서 그 토지를 주택건설을 위해 사용할 수 있다는 등의 내용이 포함된 것으로 받게 된다.<sup>45)</sup>

## (2) 집단환지상의 주택건설대지에 관한 사용권원 = 도시개발사업시행자에 의한 집단환지 전체에 관한 일괄적인 토지사용승낙

대상판결(대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두70946 판결)은 ① 집단환지 방식의 도시개발사업은 환지 방식의 도시개발사업과 집합건물(특히 공동주택) 건설사업이 혼합되어 진행되어, 도시개발사업으로 조성된 토지에 곧바로 집합건물 건설사업을 시행할 수 있도록 하면서, 종전 토지소유자들에게는 개별필지가 아니라 집단환지 건설사업 부지로 사용될 토지의 공유지분을 배분하여 이를 집합건물 건설사업주체에게 매도 또는 출자하고 그 금전적 가치만을 전보받도록 하는 사업방식이라는 점(집단환지 방식의 도시개발사업의 특성), ② 집단환지 방식에서 환지예정지 지정처분은 토지소유자가 장래 환지처분이 공고되면 집단환지예정지의 공유지분을 취득할 잠정적 지위에 있음을 알리는 것에 불과할 뿐, 토지소유자가 집단환지예정지의 공유지분에 관하여 현실적으로 사용·수익하거나 그 밖의 방법으로 권리행사를 할 수 있는 지위를 설정하여 주는 것은 아니라는 점(환지예정지 지정처분의 임시적·잠정적 성격)을 근거로, 집단환지 방식의 사업의 경우 토지소유자들이 집합건물 건설사업주체에게 집단환지예정지인 집합건물 사업부지의 공유지분을 개별적으로 매도·출자하거나 사용승낙을 하는 것이라기보다는 원칙적으로 도시개발사업의 시행자에 의해서 집단환지 전체에 대한 권리가 일괄적으로 행사됨을 전제로 한다고 판시하였다. 이로써 대법원은 아직 토지소유자들의 토지를 전부 매입하지 못한 상황에서(집단환지 공유지분권자인 토지소유자가 아니라) 도시개발조합으로부터 사용승낙만을 받아 주택건설사업계획승인을 받았더라도 그 처분은 구 주택법 제16조 제4항 제2호(현 주택법 제21조 제1항 제2호)가 정한 ‘주택건설대지 사용권원 확보’ 요건을 충족하여 적법하다고 보았다.

이처럼 대상판결은 집단환지에 관한 법리를 최초로 설시하면서, 도시개발사업의 집단환지에 관한 사용권원은 도시개발사업시행자에 의한 집단환지 전체에 관한 일괄적인 사용승낙으로 확보되는 것이 원칙임을 밝혔다.

집단환지 신청자는 자신의 신청으로 지정될 집단환지는 공동주택 건설이 예정된 부지로서, 공동주택건설사업을 위한 용도로 사용된다는 것에 승낙의 의사를 표시함으로써 그 스스로는 환지예정지(집단환지)를 사용·수익할 의사가 없고 단지 자신의 종전 토지(집단환지 공유지분)를 공동주택건설사업 시행자에게 매도하여 금전적 가치의 보전만을 받겠다는 의사를 분명히 한 것이라고 볼 수 있다. 그리고 집단환지 방식의 도시개발사업은 위와 같은 도시개발사업 조합원의 자발적인 집단신청으로부터 부여된 신뢰에 기초하여 추진되는 것이고, 이 같은 신뢰는 비단 도시개발사업시행자나 추후 주택건설사업주체에 대한 것만이 아니라 사업 지연 없이 당초 계획에 따라 사업이 원활하게 진행되어 신속한 환가를 기대한 집단환지 신청을 한 다수 토지소유자 집단에 대한 것이기도 하다. 즉, 집단환지 지상에 공동주택건설사업을 시행하기 위한 대지 사용권한 확보의 문제는 공동주택용지를 집단으로 환지받는 토지소유자들(집단환지신청자들) 집단의 이해관계<sup>46)</sup>도 얹혀있다.

따라서 집단환지 신청에는 집단환지가 공동주택건설사업의 부지로 제공되는 것에 대한 포괄적인 동의의 의사표시가 포함된 것이라고 봄이 타당하고, 그에 기초하여 도시개발조합이 집단환지에 대한 일괄 사용승낙을 하더라도 집단환지 신청자인 토지소유자의 환지예정지에 대한 사용수익권을 침해하지 않는다(집단환지 신청자는 그 스스로 환지예정지를 사용·수익할 의사가 없음을 밝혔으므로). 이 같은 점에서 대상판결의 판단은 타당하다고 생각된다.

## 2. 집단환지에서의 주택건설대지 사용권원 확보에 관한 실무 검토

### (1) 대상판결 전후 집단환지에서의 공동주택건설부지 확보에 관한 실무 검토

#### 1) 집단환지의 주택건설대지 사용권원 확보에 관한 종전 실무

대법원 2017두70946 판결이 최초로 집단환지에 관한 법리를 설시하기 이전에는, 실무상 도시개발사업구역 내 집단환지에서 공동주택건설사업을 추진하려는 대부분의 건설업체(시공능력 있는 등록사업자) 또는 주택조합은 집단환지를 신청한 개별 토지소유자들로

44) 주택법 제15조 제2항, 동법 시행령 제27조 제6항 카목 및 동법 시행규칙 제12조 제4항 제2호는 주택건설사업계획 승인신청 시 첨부하여야 할 서류로 ‘토지사용승낙서’를 첨부하도록 하고 있다.

45) 국토교통부, “지역·직장주택조합제도 해설서”, 국토교통부, 2022. 5., 31면 참조.

46) 신동진, “사업방식과 토지소유자 이해관계에 따른 신시가지 개발구역 지구단위계획 특성”, 『한국도시설계학회지』 제14권 제6호(2013. 12.), 97면.

부터 일일이 토지를 매수하면서 개별적인 토지사용승낙을 받아서 주택건설대지의 사용권원을 확보하였다. 즉 도시개발사업으로 공동주택용지로 조성된 토지를 '취득'한다기보다는, 일반적인 나대지에서 아파트를 짓는 사업처럼 다수 토지 소유자들과 접촉하여 토지를 '매집'하는 형태를 취한 것이다.

이처럼 집단환지를 신청한 토지소유자들의 개별적인 권리 행사를 전제로 한 과거 실무에서는, 집단환지 신청에 기초하여 환지계획이 확정되었음에도 토지소유자들이 고가 매수를 요구하거나 매도 의사를 철회하는 등 건설사업주체에 부당한 주장을 함에 따라 공동주택건설사업이 무한정 지연되는 문제가 있었고, 이는 도시개발사업의 성패에도 치명적인 영향을 미쳤다.

따라서 이를 방지하고자 실무상으로는 ① 집단환지신청서에서 '집단환지 신청 및 동의조건'이나 '유의사항'을 부가하였다. 예컨대, "주택법 규정에 의하여 공동주택(아파트)사업 시행자에게 매각 또는 공동시행을 동의하는 조건으로 집단환지를 신청한다."거나 "집단환지 신청자는 공동주택 건설이 원활하도록 노력할 의무가 있고, 집단환지로 지정된 토지소유자는 주택법 규정에 의한 공동주택(아파트) 사업시행자에게 집단환지된 토지를 매각하며, 이에 대한 이의를 제기할 수 없다."거나 "(위와 같은) 조건 불이행으로 인한 분쟁 또는 사업추진의 지연이 초래될 경우, 신청인은 당해 토지를 집단환지에서 제외한 후 금전청산 대상 토지로 환지계획 변경하는데에 동의하며 이에 대한 이의를 제기하지 않는다."는 식이다. 또한, ② 구 도시개발업무지침(2012. 9. 25. 국토교통부훈령 제893호로 개정되기 전의 것)은 제4편 제3장에서 집단환지 지정과 관련하여 정하면서, "시행자는 규약·정관·시행 규정에 공동주택 건설이 원활하도록 집단환지를 받은 토지소유자가 건설회사에게 고가 매수 또는 시공권의 요구 등 부당한 주장을 할 경우 이를 방지할 수 있는 대책을 사전에 마련하여 반영해야 한다.<sup>47)</sup>"고 규정하고 있었다(지침 4-3-5). 이에 도시개발사업조합 정관에서는 집단환지를 받은 조합원이 공동주택건설사업주체에게 고가매수나 시공권의 요구 등 부당한 요구를 하며 비협조적일 경우 해당 토지를 금전청산하거나 비환지(다른 자리 환지)한다는 규정을 두기도 하였다. 이 같은 '금전청산 전환' 규제를 담은 규정은 대상판결 사안인 청주 방서지구 도시개발사업 정관<sup>48)</sup><sup>49)</sup>에도 존재하였고, 지방자치단체 표준정관(인천광역시 도시개발사업 표준정관 제46조 제4항<sup>50)</sup>), 다른 도시개발조합 정관(한들 구역 도시개발사업조합 정관 제46조 제4항<sup>51)</sup>)에서도 확인된다.

## 2) 집단환지상 주택건설대지 확보 방안 관련 대상판결의 의의

앞서 살펴보았듯 도시개발법상 집단환지는 애당초 집합건물(주로 아파트와 같은 공동주택)을 건설할 용도로 계획된 토지로 그 전체가 한 필지의 공동주택용지로 지정됨에도 불구하고, 실무상 집단환지 지상에 주택건설사업을 추진하려는 사업주체로서는 일일이 개별 토지소유자들과 접촉하여 매매대금을 협상하고, 각 공유지분을 일일이 매수하여 개별 토지사용승낙서를 징구하여야 한다는 상당한 불편함이 있었다. 게다가 그 매수 과정에서 단 한 명의 토지소유자(집단환지 신청자)라도 환지계획 확정 이후 변심하여 돌연 매도 의사를 철회하거나 과다한 매매대금을 요구하게 되면, 사업비용이 무한정 증가하거나 사업이 지나치게 장기화되는 문제가 있었다. 그러나 대법원 2017두70946 판결에 따라, 집단환지 지상에 공동주택건설사업을 추진하는 사업주체로서는 도시개발사업조합으로부터 집단환지 전체에 대한 일괄적인 토지사용승낙을 받음으로써 대지의 사용권원을 신속하고 원활하게 확보할 수 있게 되었고, 종전의 불편과 문제를 상당히 해결할 수 있게 되었다.

47) 2012. 9. 25. 국토교통부훈령 제893호로 개정된 도시개발업무지침 4-3-5항에서는 위 규정을 "시행자는 집단환지의 사용 및 개발을 촉진하기 위해 집단환지로 지정받은 토지소유자가 다수가 요청하면 토지소유자 소집·시공자 및 매수자 알선 등 적극적인 지원을 하여야 한다."고 개정하였다.

48) 청주 방서지구 도시개발사업조합 정관 제40조(집단환지의 지정)

⑦ 제5항의 통보를 받은 조합원은 공동주택건설사업이 원활히 추진될 수 있도록 매각 등에 관한 의사를 2개월 이내에 결정하여야 한다.

⑧ 집단환지를 받은 조합원은 공동주택사업시행자에게 토지의 고가매수나 시공권의 요구 등 부당한 주장을 할 수 없으며 원활한 사업진행을 위하여 협조하여야 한다.

⑨ 제7항 및 제8항의 규정에 의하여 공동주택 건설의 원활한 사업진행에 방해가 되는 사실이 명백한 경우에는 조합장은 해당 토지에 대하여 금전청산 또는 다른 자리로 환지할 수 있다.

49) 이처럼 주택건설사업주체의 사업시행에 방해가 되는 집단환지 신청자를 금전청산 할 수 있도록 한 조합 정관(방서조합 정관 제40조 제9항)에 관하여 대상판결의 제1심판결은 효력이 없다고 볼 여지가 있다고 보았으나, 대상판결의 원심(항소심)판결은 유효임을 전제로 집단환지 방식의 사업 진행을 방해하는 조합원에 대한 금전청산이 가능하다고 보았다.

50) "집단환지를 받은 토지소유자는 원활한 사업진행을 위하여 협조하여야 하며, 사업진행을 방해하거나 건설 회사에게 고가매수나 시공권의 요구 등 부당한 주장을 할 경우 세칙에서 정하는 바에 따라 금전청산 또는 비환지한다."

51) "집단환지를 받은 토지소유자는 원활한 사업진행에 협조하여야 하며, 사업진행을 방해하거나 건설 회사에게 고가매수나 시공권의 요구 등 부당한 주장을 할 경우, 또는 집단환지된 권리면적의 2/3 이상과 환지대상자수의 1/2 이상의 의견에 반대하는 경우, 시행세칙 등에서 정하는 바에 따라 금전청산 또는 다른 위치로 환지를 지정한다."

### 3) 대상판결이 실무상 집단환지 사용권원 확보 과정에 미칠 영향

대상판결에 따를 경우 집단환지에서 공동주택건설사업을 추진하려는 자가 주택건설대지의 사용권원을 확보하는 절차는 아래와 같을 것으로 예상된다. 아래는 대상판결의 사안인 청주 방서 도시개발사업 및 청주 하트리움리버파크 아파트 건설사업에서 취한 방식이기도 하다.

집단환지에서 공동주택건설사업을 시행하려는 자(많은 경우 도시개발사업의 시행자가 선정한 자)는 **개별 집단환지 공유지분에 대한 매매대금 총액을 도시개발사업 시행자에게 지급하고, 도시개발사업 시행자는 공동주택건설사업주체에게 집단환지 전체에 대한 토지사용승낙을 한다**. 이때 지급되는 매매대금 총액은 ‘감정평가에 따른 권리가액’을 기준으로 정해질 것으로 보인다. 대상판결의 원심(대전고등법원 2017. 11. 1. 선고(청주)2017누2913 판결)은 “집단환지를 받은 조합원들이 감정평가를 거친 권리가액보다 고가매수를 주장하면서 자기 소유 토지 내지 집단환지된 공유지분을 매각하지 않을 경우 공동주택건설사업이 시행될 수 없고, 결국 이 사건 도시개발사업 전체가 진행될 수 없”면서 “도시개발사업 진행에 있어 집단환지를 받은 조합원들은 자신의 토지를 주택건설사업주체에게 감정평가에 따른 권리가액으로 매각하는 것이 전제되어 있”었다고 판시하였다 때문이다. 이처럼 공동주택건설사업을 시행하려는 자는 그 토지사용승낙서를 기초로 주택건설사업계획 승인을 얻어 집단환지(공동주택용지) 위에 공동주택을 분양하고 건설한다. 한편, 도시개발사업 시행자는 공동주택건설 사업주체로부터 지급받은 매매대금 총액을 각 집단환지 신청자(공유지분권자)에게 각 권리금액 별로 나누어 지급한다.

### (2) 대상판결 이후 집단환지상 주택건설대지 사용권원에 관한 후속 하급심 판례 경향 및 그에 관한 비판적 검토

앞서 살펴보았듯 종전 실무는 집단환지의 토지 사용권원을 토지소유자들로부터 개별적인 사용승낙을 받아 확보하였었는데, 대상판결이 2018. 3. 29. 선고된 아래 지역주택조합사업을 반대하는 이들이 대상판결을 원용하며 공동주택용지(집단환지)의 환지예정지 지정처분을 받은 토지소유자들의 개별적인 사용승낙을 받은 것만으로는 지역주택조합설립인가 요건인 ‘해당 주택건설대지의 80% 이상에 해당하는 사용권원’<sup>52)</sup>을 확보한 것이라고 볼 수 없다고 주장하며 그 효력의 무효를 구하는 소를 제기하는 경우가 다수 발생하였다.

이에 대하여 하급심 판례는 ① 대상판결인 대법원 2017두70946 판결을 원용하며 집단환지인 주택건설대지에 관한 사용권원을 확보하기 위하여는 그 토지의 공유지분권자들이 아닌 도시개발사업의 시행자의 사용승낙을 받아야 하고, 집단환지를 신청하여 환지예정지 지정처분을 받은 공유지분권자들로부터 개별적인 사용승낙을 받은 것만으로는 지역주택조합 설립인가에 필요한 토지의 사용권원을 확보하였다고 볼 수 없다고 보아 처분의 하자(위법성)를 인정하되, ② 다만 그와 같은 하자는 당연무효에 해당하는 중대·명백한 위법에 해당한다고는 볼 수 없다<sup>53)</sup>고 보는 태도를 취하는 것으로 보인다(인천지방법원 2020. 1. 10. 선고 2018구합55290 판결,<sup>54)</sup> 대구

52) 주택법 제11조(주택조합의 설립 등) ② 제1항에 따라 주택을 마련하기 위하여 주택조합설립인가를 받으려는 자는 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다. 다만, 제1항 후단의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 해당 주택건설대지의 80퍼센트 이상에 해당하는 토지의 사용권원을 확보할 것

2. 해당 주택건설대지의 15퍼센트 이상에 해당하는 토지의 소유권을 확보할 것

주택법 시행령 제20조(주택조합의 설립인가 등) ① 법 제11조제1항에 따라 주택조합의 설립·변경 또는 해산의 인가를 받으려는 자는 신청서에 다음 각 호의 구분에 따른 서류를 첨부하여 주택건설대지(리모델링주택조합의 경우에는 해당 주택의 소재지를 말한다. 이하 같다)를 관할하는 시장·군수·구청장에게 제출해야 한다.

1. 설립인가신청: 다음 각 목의 구분에 따른 서류

가. 지역주택조합 또는 직장주택조합의 경우

6) 해당 주택건설대지의 80퍼센트 이상에 해당하는 토지의 사용권원을 확보하였음을 증명하는 서류

7) 해당 주택건설대지의 15퍼센트 이상에 해당하는 토지의 소유권을 확보하였음을 증명하는 서류

53) 도시개발조합의 정관 및 사업시행세칙상 공동주택용지에 대하여 사용승낙할 의무가 있는 등 만일 도시개발사업 시행자가 토지사용승낙 요청을 받았다면 이를 승낙하는 의사표시를 하였을 것이라는 점에서 그 하자가 중대하다고 볼 수 없고, 주택법 제11조 제2항에서 지역주택조합이 토지의 사용권원을 확보하여야 하는 대상에 대하여 구체적인 규정을 두고 있지 않고, 대법원 2017두70946 판결을 통해서 비로소 관련 법리가 확립되었으니 그 이전까지는 그 하자가 명백하다고 볼 수 없다고 보았다.

54) 다만 위 인천지방법원 2018구합55290 판결의 형소심인 서울고등법원 2020. 8. 20. 선고 2020누33512 판결(원고들이 상고하지 않아 확정)은 제1심판결(인천지방법원 2018구합55290 판결)과 결론은 같이 하되, 판결이유를 고쳐 “토지 소유자들의 개별적인 사용승낙은 도시개발조합 총회의 결의를 거쳐 형성된 정관 및 사업시행세칙 규정에 근거한 사용승낙 방식에 의한 것이므로 이 같은 사용승낙이 이루어진 이상 구 주택법 제11조 제2항에 따른 토지의 사용권원을 확보한 경우에 해당하는 것으로 볼이 타당하다”는 판단을 주되게 설시한 후, “이와 달리 도시개발사업조합의 주택건설대지에 대한 별도의 명시적인 사용승낙의 의사표시가 필요하다고 가정하여 보더라도 하자가 중대·명백하지 않아 조합설립인가처분을 무효라고 볼 수 없다”는 취지의 가정적 판단을 덧붙였다.

그러나 이 같은 서울고등법원 2020누33512 판결 선고 이후에도 집단환지 공유지분권자들로부터 개별적인 사용승낙을 받은 것만으로는 지역주택조합설립인가에 필요한 토지의 사용권원을 확보한 것이라고 볼 수 없어 위법하다(다만, 그 하자가 중대·명백하지 않아 당연무효는 아님)는 판결이 선고되었고(대구지방법원 2022. 8. 17. 선고 2021구합23581 판결), 위 판결은 대한민국 법원 대국민서비스에서 ‘전국법원 주요판결’로 소개되었는바, 현재 하급심 판례는 집단환지 공유지분권자들의 개별적인 사용승낙은 주택건설대지의 사용권원을 확보한 것이라고 볼 수 없다는 태

지방법원 2022. 8. 17. 선고 2021구합23581 판결).

이처럼 대상판결 선고 이후 하급심 판례는 대상판결을 원용하면서 주택건설대지의 사용권원을 확보하여야 하는 대상(토지사용승낙의 주체)에서 집단환지의 공유지분권자인 토지소유자들을 완전히 배제하고, 도시개발사업의 시행자로만 한정시키고 있다. 그러나 이 같은 하급심 판례는 종전 실무와 법리에도 맞지 않을뿐더러, 대상판결의 사안과 그 판결 취지를 제대로 이해하지 못한 것으로서 타당하지 못하다. 무엇보다도 토지에 대한 사용승낙의 권한의 본래적 원천은 그 당해 소유자로부터 나오고, 도시개발사업의 시행자는 그러한 개개 소유자의 집단환지 신청을 통한 주택건설대지 사용승낙 권한을 위임받아 일괄 행사하게 되는 것이다. 이하에서 보다 구체적으로 살펴본다.

대상판결의 원심판결의 쟁점 정리에서 확인할 수 있듯 대상판결 사안은 ‘집단환지의 공유지분권자인 토지소유자가 본래 주택건설 대지 사용승낙을 할 수 있는 주체임’을 전제로 “대상판결의 원고가 방서조합에게 원고의 지분에 관한 사용승낙 권한을 부여하였는지 여부”가 쟁점이었다. 즉, 집단환지의 공유지분권자인 토지소유자는 그 소유권에 기하여 자신의 지분에 관한 본래적 사용승낙 권한을 보유함은 당연한 전제로 한 것이었다. 그리고 대상판결의 원심판결은 위와 같은 쟁점 정리하에, 집단환지 방식 도시개발사업의 특성 등 여러 사정을 종합할 때 “원고가 명시적으로 혹은 적어도 묵시적으로나마 방서조합에게 원고의 지분에 관한 사용승낙 권한을 부여한 사실”을 인정하여 “원고의 사용승낙권한 위임에 기초”한 방서조합의 사용승낙이 유효하다고 보았다.

그리고 대법원 판결은 위와 같은 원심판결의 판단은 적법하고 여기에 집단환지 방식 도시개발사업의 법적 성질, 구 주택법상 주택건설사업계획승인의 요건, 의사표시의 해석 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 판시하였다. 결국 대법원 판결의 판단 취지는 집단환지 방식의 도시개발사업에서는 “원칙적으로” 도시개발사업의 시행자에 의하여 집단환지 전체에 대한 일괄적인 사용승낙이 전제된다고 판단한 것이다. 실제로 대법원 판결의 판시 원문을 보면 “집단환지 방식으로 도시개발사업과 집합건물 건설사업이 혼합되어 진행되는 경우에는 집단환지의 공유지분을 배분반개 되는 토지소유자들이 집합건물 건설사업주체에게 공유지분을 개별적으로 매도·출자하거나 사용승낙을 하는 것이라기보다는 원칙적으로 도시개발사업의 시행자에 의해서 집단환지 전체에 대한 권리가 일괄적으로 행사됨을 전제로 한다고 볼 수 있다. 이러한 전제에 따르면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자는 집단환지를 신청함으로써 이러한 사업진행에 동의하는 것으로 볼 수 있고”라고 하였다. 즉, 대법원 판결의 취지는 반드시 토지소유자들로부터 개별적인 사용승낙을 받아야만 하는 것은 아니라고 판단한 것이지, 토지소유자들로부터 개별적인 사용승낙을 받았을 경우에는 이는 사용권원으로서 효력이 없다는 취지는 아닌 것이라고 봄이 타당하다.

결국, 집단환지 공유지분권자인 토지소유자가 자신의 집단환지 신청 취지에 맞게 주택건설사업주체에게 토지사용승낙을 하였고, 주택건설사업주체가 받은 개별적인 토지사용승낙이 법이 정한 일정 비율을 충족하였다면 당연히 주택건설대지의 사용권원 확보 요건을 충족하여 적법하다고 봄이 타당하다.

## VI. 맺음말

도시개발사업과 공동주택건설사업은 상호 구별되는 별개의 법에 근거한 사업이지만, 도시개발사업에 의하여 조성되는 택지(주로 공동주택용지)에서 위에 공동주택건설사업이 후속하고, 공동주택건설사업으로 유입되는 인구를 위한 도로, 공원 등 기반시설을 설치·확충하는 역할을 도시개발사업이 담당한다는 점에서 상호 밀접한 관련을 갖는 한 쌍의 개발사업이라고 할 수 있다. 특히 도시개발법상 집단환지는 해당초 그 위에 별도의 사업주체에 의한 공동주택건설사업이 진행될 것을 예정하여 하나의 대규모 필지로 조성되는 환지이다. 따라서 집단환지에서 이루어지는 공동주택건설사업은, 주택건설대지를 확보하거나 사업주체를 선정하는 사업의 초기 단계에서부터 집단환지 전체에 대한 권리가 일괄적이고 단일하게 행사되어야 할 특수성이 있다. 그럼에도 종전 실무에서는 통상적인 아파트 건설사업에서처럼 개별적인 토지소유자와의 협상을 거쳐 토지를 ‘매입’하는 형태를 취하는 등 집단환지가 당초 의도한 목적(원활한 공동주택용지 공급)에 어긋나는 양상을 보였다. 그러나 대상판결은 집단환지 방식 도시개발사업의 특성을 최초로 실시하면서 도시개발조합의 집단환지 전체에 관한 사용승낙을 유효한 주택건설대지의 사용권원으로 해석하였고, 이는 집단환지상 공동주택건설사업 실무에 큰 반향을 일으켰다. 이처럼 대상판결 이후 집단환지 방식 사업의 특수성을 고려하여 주택건설대지 사용권원 확보 방안을 비롯하여 주택건설사업주체 선정 등 여러 측면에서 실무상 의미 있는 개선과 더 많은 연구가 있을 것으로 보인다.

투고일 2025. 8. 24. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 12.

도를 취하는 것으로 보인다.

## 참고문헌

### 단행본

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

김종보, 『건축행정법』(제3판), 학우, 2005.

송현진 / 유동규 / 김명종, 『도시개발법 해설』(제3판), 진원사, 2014.

전연규 / 도시개발연구팀, 『도시개발법과 실무해설 I』, 한국도시개발연구포럼, 2011.

### 학위 논문

이수안, “도시개발법상 체비지의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2022.

### 일반 논문

김의원, “우리나라 토지구획정리사업의 도입과 전개”, 『도시문제』 제18권 제2호(1983).

김종보, “지역조합 사업주체의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(2007. 6.).

신동진, “사업방식과 토지소유자 이해관계에 따른 신시가지 개발구역 지구단위계획 특성”, 『한국도시설계학회지』 제14권 제6호(2013. 12.).

오미정, “환지방식 도시개발사업의 집단환지예정지에서 공동주택건설사업을 시행하는 경우 토지소유자들의 개별적인 토지사용승낙을 받아야 하는지 여부”, 『서강법률논총』 제11권 제3호(2022. 10.).

### 기타 자료

국토교통부, “지역·직장주택조합제도 해설서”, 국토교통부, 2022. 5.

이영은 외 3명, “택지개발사업지구에서의 절충식 환지기법 적용 방안”, 주택도시연구원, 2006.

이윤상 / 최대식 / 안현, “환지방식의 실용성 제고방안 연구”, LH 토지주택연구원, 2020.

**ABSTRACT**

## **Multi-family housing construction project in collective replotting**

**Kim, Jia\***

The replotting-type urban development project has introduced a "collective replotting" system to supply large-scale apartment land. Previously, however, projects proceeded like usual apartment developments, contacting individual landowners for purchase and land-use consent. As a result, collective replotting deviated from its original purpose of smoothly supplying common land. This created not only inconvenience in promoting the project but also serious risk: the apartment construction project on collective replotting could be stalled because of a single landowner's change of mind or demand for inflated prices.

However, the collective replotting of the urban development project was originally planned for the construction of collective buildings and was organized as a group of housing construction sites. A special characteristic is that apartment construction projects by separate entities are expected to be carried out on these sites. While urban development and apartment housing construction rest on different legal bases, they operate as paired projects that are closely related to each other.

In its Decision 2017Du70946 (March 29, 2018), the Supreme Court for the first time interpreted approval of the entire collective replotting project of the urban development association as a valid right to use housing construction sites, thereby stating the characteristics of the collective replotting method. This ruling significantly affected apartment housing construction projects through collective replotting. It is expected to foster meaningful improvements and more studies on various aspects, such as securing site-use rights and selecting the housing construction project entities, in consideration of the specific features of the collective replotting method after the judgment.

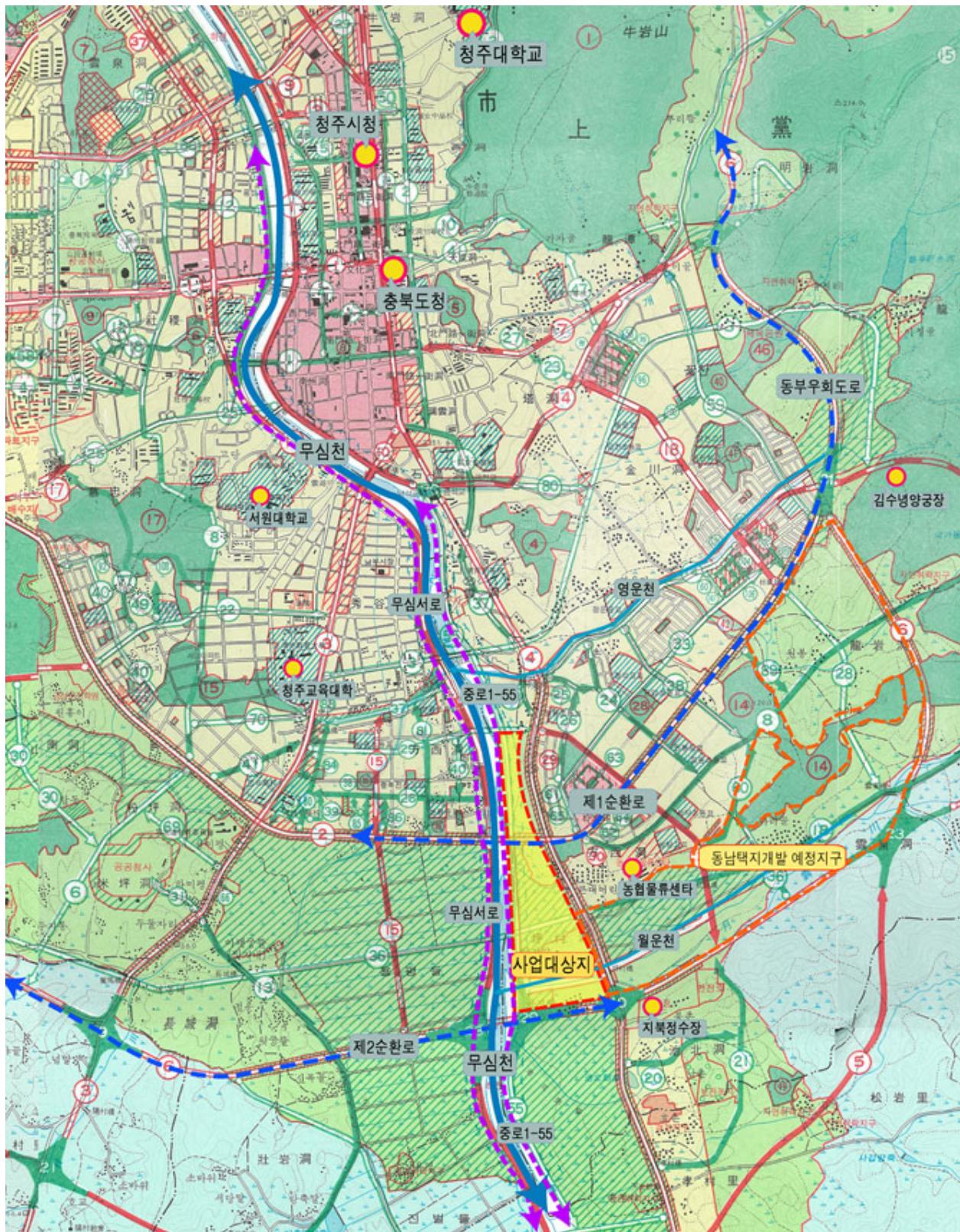
**Keywords:** collective replotting, urban development projects, right to use housing construction sites, Urban Development Act, Housing Act

---

\* Attorney at Law, Kim & Chang

## [별첨 1]

[청주 방서지구 도시개발사업 사업대상지 위치도]



## [별첨 2]

### [청주 방서지구 도시개발사업의 개요]

\*2021. 12. 17.자 청주 방서지구 도시개발사업 개발계획(10차) 및 실시계획(11차) 변경인가 및 지형도면 고시(청주시 고시 제2021-480호)

구역 명칭	청주 방서지구 도시개발구역
구역의 위치 및 면적	충청북도 청주시 상당구 방서동 232번지 일원 463,527m <sup>2</sup> (약 140천평)
사업시행자	방서도시개발사업조합
사업방식	환지방식
사업 시행기간	실시계획인가일(2012. 11.) ~ 환지처분일(2022. 6. 30.)
토지이용계획 및 기반시설계획	<p><b>주거용지 228,620m<sup>2</sup>(49.32%)</b>  : <u>공동주택 186,683m<sup>2</sup>(40.27%)</u>, 단독주택 8,640m<sup>2</sup>(4.86%), 준주거 33,297m<sup>2</sup>(7.18%)</p> <p><b>도시기반시설용지 230,978m<sup>2</sup>(49.83%)</b>  : 도로 109,229m<sup>2</sup>(23.56%), 주차장 6,127m<sup>2</sup>(1.32%), 공원 49,878m<sup>2</sup>(10.76%), 녹지 29,155m<sup>2</sup>(6.29%), 학교 12,001m<sup>2</sup>(2.59%), 하천 24,587m<sup>2</sup>(5.30%)</p> <p><b>기타시설용지 3,929m<sup>2</sup>(0.85%)</b>: 주유소 3,929m<sup>2</sup>(0.85%)</p>

## 논문 / ARTICLE

# 공공주택 특별법 개정 이후 부도임대주택등에 대한 우선 분양전환에 관한 소고\*

장재윤\*\*

## 국문초록

입법자는 2015. 8. 28. 전부개정된 법률 제13499호 민간임대주택법을 시행하면서, 그 이전에 이미 민간임대사업자가 공적 지원을 받아 건설한 임대주택은 계속하여 공공건설임대주택으로 간주하고 구법을 적용하도록 정하였다. 그런데 공공주택 특별법은 2020. 12. 22. 법률 제17734호로 개정되면서 종전의 경과규정에 따라 (간주)공공건설임대주택에 대하여도 개정된 분양전환 관련 규정이 적용되도록 하는 부칙을 두었으나, 구 임대주택법의 분양전환 관련 규정이 개정 공공주택 특별법의 분양전환 관련 규정으로 대체되는 것인지, 아니면 구 임대주택법의 분양전환 관련 규정도 신법에 저촉되지 아니하는 범위에서 계속 적용되는 것인지에 대하여 명확히 밝히지 아니하였다. 이에 그 해석에 대한 다툼이 첨예한 실정이다.

이와 관련하여, 헌법상 기본권인 재산권을 제한하기 위하여는 명확한 법률의 근거가 요구된다고 새겨야 하므로, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조가 구 임대주택법 제21조 제2항을 계속 적용시키는 것인지 여부가 명확하지 아니하다면, 재산권 제한을 수반하는 위 규정은 이제 적용되지 아니한다고 해석함이 타당할 것이다. 그리고 구 임대주택법 제21조와 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 그 표제나 내용이 대응 구조를 이루는 점에서 서로 대체적인 관계에 있는 규정으로 봄이 자연스럽고, 개정 공공주택 특별법 부칙의 내용상이 분양전환과 관련하여 부도임대주택등에 대하여만 구법을 계속 적용시키려는 의도로 볼 수도 없다.

한편, 만약 부도임대주택등에 대한 분양전환 근거 규정이 계속 적용되어야 한다면 그 법규성 확보를 위해 함께 계속 적용되어야 할 관련 형사처벌 조항에 대하여 입법자는 개정법에서 그 계속 적용을 명한 바가 없다고 보이는 등을 종합할 때, 구 임대주택법 제21조 제2항은 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 (간주)공공건설임대주택에 대하여는 더 이상 적용될 수 없다고 해석하여야 할 것이다. 다만, 이와 같은 해석상의 분쟁에 대한 근본적인 원인은 명확하지 아니한 경과규정의 입법에 있다고 보이는 점에서, 향후 더 섬세하고 정밀한 입법이 이뤄지기를 희망한다.

**주제어:** 임대주택, 우선 분양전환, 부도임대주택, 공공주택 특별법, 임대주택법



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.3>

Received: August 24, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 12, 2025

Copyright © 2025 Construction &amp; Urban Development Law Association.

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

## 목차

### I. 서론

### II. 임대사업자의 부도등 사유가 발생한 경우의 우선 분양전환

### III. 개정 공공주택 특별법의 적용으로 배제되는 부도등 우선 분양전환

### IV. 개정 공공주택 특별법 및 구 임대주택법에 대한 각급 법원의 대립

## V. 결론

\* 본 소고에서 주로 살펴볼 생점에 대하여, ‘분양전환이 완료되지 아니한’ 임대주택의 의미 등을 중심으로 2020. 12. 22. 개정된 공공주택 특별법의 소급적용 범위를 탐구한 논문으로서, 김진훈, “임대주택 분양전환에 관한 소급입법에 대한 소고”, 「건설법연구」 제13호(2025), 15-27면에서 간략히 언급된 바가 있음을 미리 밝히며, 본 소고에서는 위 논문에서 방론적으로 다뤄졌던 ‘개정 공공주택 특별법이 적용되는 경우의 임대사업자의 부도등 발생에 대한 우선 분양전환 가부’에 대하여 주로 살피고자 한다.

\*\* 법무법인(유) 광장 변호사. 본 연구의 견해는 소속 법무법인의 입장과 무관한 개인의 견해임을 밝힌다.

## I. 서론

국민의 주거안정을 도모하는 것은 우리나라의 국가적 과제로 인식되어 주거공급을 위한 정책이 다수 입법되고 강력하게 추진되어 왔다.<sup>1)</sup> 그 중 하나로서 임대주택 제도는 주거불안을 해소하기 위한 목적의 제도로, 1984년 임대주택건설촉진법, 1994년 임대주택법 및 2008년 전부개정, 2015년 민간임대주택에 관한 특별법(2015. 8. 28. 전부개정, 법률 제13499호, 이하 '민간임대주택법'이라고 한다)과 공공주택 특별법 등을 거쳐 지금에 이르기까지<sup>2)</sup> 여러 차례에 걸쳐 변화해왔다.

다만, 임대주택을 규율하는 법령으로서 제정된 임대주택건설촉진법은 민간부문의 참여를 활성화하지 못한 한계가 있었다. 이에 임대주택건설촉진법은 '민자에 의한 임대주택의 건설을 활성화하기 위한 기반 조성' 및 '무주택임차가구의 보호 강화'를 전부개정의 주된 목적으로 하여 임대주택법으로 전부개정되었다.<sup>3)</sup> 이처럼 임대주택 제도는 저소득층의 주거 안정을 도모함과 동시에, 임대주택 공급에 대한 민간의 참여를 독려하기 위하여 임대사업자의 재산권 내지 유인동기로서 경제적 이익을 함께 보장하는 방향으로 발전하였다.

한편 공공주택 특별법은 2020. 12. 22. 법률 제17734호로 일부 개정되었는데(이하 '개정 공공주택 특별법'이라고 한다), 이는 기존 제도를 크게 변동시키는 내용이었을 뿐만 아니라, 그 입법기술적인 측면에서도 다소 미비한 지점이 있어 상당한 혼란을 야기하였다.

예시적으로, 전부개정 민간임대주택법 부칙은 민간임대주택법 시행 당시 공공주택사업자가 아닌 자가<sup>4)</sup> 건설하였거나 건설한 공공 건설임대주택에 대하여는 종전의 임대주택법(이하 '구 임대주택법'이라고 한다) 제2조 제2호의2에 따른 공공건설임대주택으로(이하 이와 같은 경우의 임대주택을 '간주공공건설임대주택'이라고 한다) 보아 종전의 규정(구 임대주택법)을 계속 적용하도록 하는 경과조치를 두고 있었다(전부개정 민간임대주택법 부칙 제6조).<sup>5)</sup><sup>6)</sup> 그런데 개정 공공주택 특별법 부칙은 개정 공공주택 특별법 제50조의3 을<sup>7)</sup><sup>8)</sup> 분양전환이 완료되지 아니한 간주공공건설임대주택에 대하여까지 적용하도록 하는 일종의 소급입법에 해당하여서(개정 공공주

1) 임대주택 제도의 개관, 이와 관련한 정책적인 주택건설 및 임대주택 공급 촉진과 관련하여 김종보, "임대주택의 분양전환과 분양가격", 『서울대학교 법학』 제54권 제3호(2013. 9.), 729-762면 참조.

2) 공공건설임대주택과 관련한 법령의 연혁과 관련하여 김종보, 위의 논문, 738-741면 및 이중근, "공공건설임대주택 관련법의 위험성 및 개선방안 연구 – 구「임대주택법」의 '임차인 분양전환승인신청' 제도를 중심으로 –", 『경영법률』 제32권 제4호(한국경영법률학회, 2021. 7.), 523-526면 참조, 아울러 다수의 법령이 임대주택과 관련이 있기는 하나, 본 소고에서 다루고자 하는 우선 분양전환 제도와 관련하여서는 주로 임대주택법, 민간임대주택법 및 공공주택 특별법이 문제될 것이다.

3) 임대주택법(1993. 12. 27. 전부개정, 법률 제4629호) 개정이유 참조.

4) 이하 공공주택사업자가 아닌 임대사업자를 '민간임대사업자'라고 한다.

5) 전부개정 민간임대주택법 부칙(법률 제13474호, 2015. 8. 28.)

제6조(공공건설임대주택에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업자에 해당하는 자가 건설하였거나 건설하고 있는 주택은 「공공주택 특별법」의 규정을 적용한다.

② 이 법 시행 당시 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업자가 아닌 자가 건설하였거나 건설하는 주택으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 주택에 대하여는 종전의 「임대주택법」 제2조제2호의2에 따른 공공건설임대주택으로 보아 종전의 규정을 적용한다. 다만, 임대료 증액, 임대차계약 신고·변경신고 및 조정권고에 관해서는 그러하지 아니하다. <개정 2018. 1. 16., 2018. 8. 14., 2019. 4. 23.>

1. 이 법 시행 당시 국가·지방자치단체의 재정 또는 주택도시기금의 자금을 지원받아 공공건설임대주택으로 건설하였거나 건설하고 있는 주택  
2. 이 법 시행 당시 공공사업으로 조성된 택지에 「주택법」 제16조에 따라 공공건설임대주택으로 사업계획승인을 받아 건설하였거나 건설하고 있는 주택

3. 이 법 시행 당시 공공사업으로 조성된 택지를 공공건설임대주택 용도로 공급받아 이 법 시행 후 건설하는 주택

6) 위 부칙은 일부 개정되기는 하였으나, 2015. 8. 11. 당시부터 "이 법 시행 당시 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업자가 아닌 자가 건설하였거나 건설하는 주택으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 주택에 대하여는 종전의 「임대주택법」 제2조제2호의2에 따른 공공건설임대주택으로 보아 종전의 규정을 적용한다."는 부분은 동일하게 유지되어 온 것으로 보인다.

7) 개정 공공주택 특별법(법률 제17734호, 2020. 12. 22. 일부개정)

제50조의3(공공임대주택의 우선 분양전환 등) ① 공공주택사업자는 임대 후 분양전환을 할 목적으로 건설한 공공건설임대주택을 임대의무기간이 지난 후 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 우선 분양전환(이하 "우선 분양전환"이라 한다)하여야 한다. 이 경우 우선 분양전환의 방법·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2020. 12. 22.>

1. 분양전환 시점에 해당 임대주택에 거주하고 있는 임차인으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우  
가. 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주한 무주택자인 경우

나. 공공건설임대주택에 입주한 후 상속이나 판결 또는 혼인으로 다른 주택을 소유하게 되었으나 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주하면서 분양전환 이전까지 다른 주택을 처분한 무주택자인 경우

다. 제49조의4 단서에 따라 임차권을 양도받은 자로서 양도일부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 경우

라. 선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우

마. 분양전환 당시에 거주하고 있는 해당 임대주택이 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우

2. 분양전환 시점에 해당 임대주택의 임차인인 국가기관이나 법인

8) 이는 법개정 이후 6개월이 경과한 때로부터 적용되어, 2021. 3. 23. 시행되었다.

택 특별법 부칙 제6조<sup>9)</sup>), 그 타당성 여하 및 부칙규정에서 명시한 적용 대상으로서 ‘분양전환이 완료되지 아니한’ 간주공공건설임대주택의 의미에 대한 해석이 크게 문제된 바 있다.<sup>10)</sup>

위와 같은 개정 공공주택 특별법의 해석에 대한 혼란 및 그로 인한 법적 분쟁 중 일부로서, 임대사업자의 부도등 사유에 따른 우선 분양전환이 개정 공공주택 특별법 시행 이후로도 가능한 것인지 여부에 대한 혼란이 있다. 구 임대주택법은 임대사업자가 1년 6개월 이상 주택도시기금 융자금에 대한 이자를 내지 못하거나(이하 법문언을 따라 ‘부도등’이라고 한다), 파산하는 등의 경우에 대한 우선분양 전환의 근거규정을 두고 있으나(구 임대주택법 제21조 제2항<sup>11)</sup>), 개정 공공주택 특별법에는 그와 같은 규정을 두지 아니하고 있다. 이에 구 임대주택법 제21조 제2항이 지금도 적용 가능한 것인지, 아니면 개정 공공주택 특별법이 구 임대주택법의 관련 조항 일체를 대체함에 따라 적용될 수 없는 것인지 여부가 문제되고 있는 것이다.

이에 대한 소송이 여러 법원에 제기되어 있는바, 그 당사자인 임대사업자는 과거 일부 지방자치단체로부터 임대주택에 대한 입주자 모집승인신청을 부당하게 반려당한 적이 있는 자이다. 비록 법원은 그와 같은 입주자모집승인반려처분이 위법하다고 인정하고 이를 취소한 것이나,<sup>12)</sup> 해당 임대사업자는 부당한 처분으로 인하여 그 임대주택과 관련한 재산권을 상당 기간에 걸쳐 제대로 행사하지 못하였던바, 결국 회생절차가 개시될 정도로 재정상황이 악화되었다. 그와 같은 상황에서 주택도시기금 융자금의 기금수탁자들은 해당 임대사업자에 대하여 부도등 사유가 발생하였다고 판단한바, 관련된 임대주택 임차인들(임차인대표회의)의 신청에 따른 분양전환승인에 대한 구 임대주택법 제21조 제5항을 근거로 관할 행정청에 분양전환승인을 신청하여 승인받았다.

그러나 해당 임대사업자로서는 위법한 반려처분이 법원에 의하여 취소되기까지 자신의 재산권이 침해되는 사이에 발생한 사정을 들어 자신이 임대사업자의 부도등에 해당한다는 판단을 납득할 수 없을 뿐만 아니라, 부도등 사유에 따른 우선 분양전환이 더 이상 가능하지 아니하다면 해당 임대사업자는 그 의사와 무관하게 관련 임대주택을 강제적으로 처분하게 되는 결과에 이르지 아니하여 임대사업을 지속해나갈 수 있는 실익이 있다. 그리하여 ‘간주공공건설임대주택에 대하여 개정 공공주택 특별법이 적용된 이후로도 임대사업자의 부도등 사유가 발생한 경우에 대한 우선분양전환의 근거 규정으로서 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용될 수 있는지 여부’와 관련한 다수 소송이 진행 중에 있다. 이에 대하여는 하급심 법원들 사이에서 견해가 대립하는 상황으로, 현재 일부 사건이 상고심에 계속되어 해당 쟁점에 대한 대법원의 판단을 기다리고 있다.

이하 본 소고에서는 구 임대주택법 및 전부개정 민간임대주택법의 간주공공건설임대주택에 대한 규율 및 개정 공공주택 특별법 제50조의3에 따른 우선 분양전환에 대하여 개괄하고자 한다. 그리고 구 임대주택법 제21조 제2항이 개정 공공주택 특별법 시행 이후로도 간주공공건설임대주택에 대하여 계속해서 적용될 수 있는 것인지 여부에 대하여 대립하는 각 견해를 간략히 살핀 다음, 구 임대주택법 제21조 제2항은 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 간주공공건설주택에 대하여는 더 이상 적용될 수 없는 것으로 보아야 하는지 여부에 대하여 생각하고자 한다.

#### 9) 개정 공공주택 특별법 부칙(법률 제17734호, 2020. 12. 22)

제6조(공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환에 관한 적용례) ① 법률 제13499호 임대주택법 전부개정법률 부칙 제6조 제2항에도 불구하고 제50조의3, 제57조의3 및 제60조의 개정규정은 분양전환이 완료되지 아니한 법률 제13499호 임대주택법 전부개정법률 부칙 제6조 제2항에 따라 공공건설임대주택으로 보는 주택에 대해서도 적용한다. 이 경우 “공공주택사업자”는 “임대사업자”로 보고, “분양전환”은 “임대사업자 외의 자에게 매각하는 것”으로 보며, 제50조의3제2항 전단 중 “임대의무기간이 지난 후”는 “종전의 규정에 따라 분양전환 승인을 받은 후”로 본다.

10) 개정 공공주택 특별법 제50조의3 및 그 부칙조항에 따른 소급입법으로 인하여 발생한 해석상의 혼란과 법적 분쟁 및 그에 대한 합헌적 해석론 등에 대하여는 김진훈, “임대주택 분양전환에 관한 소급입법에 대한 소고”, 「건설법연구」 제13호(2025), 15-27면 참조.

#### 11) 구 임대주택법(법률 제13328호, 2015. 5. 18. 일부개정)

제21조(건설임대주택의 우선 분양전환) ① 임대사업자가 임대의무기간이 지난 후 「주택법」 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 공공건설 임대주택을 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임차인에게 우선 분양전환하여야 한다.

1. 입주일 이후부터 분양전환 당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인  
2. 건설임대주택에 입주한 후 상속·판결 또는 혼인으로 인하여 다른 주택을 소유하게 된 경우 분양전환 당시까지 거주한 자로서 그 주택을 처분하여 무주택자가 된 임차인

3. 제19조 단서에 따라 임차권을 양도받은 경우에는 양도일 이후부터 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인

4. 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인

5. 분양전환 당시 해당 임대주택의 임차인인 국가기관 또는 법인

② 제1항에도 불구하고 임대사업자의 부도등(제2조제7호나목의 경우에는 같은 목에 따른 대통령령으로 정하는 기간에 1년을 더한 기간을 초과하여 이를 내지 아니한 경우에만 부도등으로 본다. 이하 이 조에서 같다), 파산, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양전환할 수 있다.

12) 광주지방법원 2020. 8. 13. 선고 2019구합14438 판결, 광주고등법원 2021. 9. 2. 선고 2020누11922판결, 대법원 2022. 2. 25.자 2021두56923 심리불속행 기각판결 참조.

## II. 임대사업자의 부도등 사유가 발생한 경우의 우선 분양전환

### 1. 분양전환 임대주택과 우선 분양전환에 대한 규율

#### (1) 임대주택의 분양전환과 우선 분양전환

구 임대주택법은 임대주택에 대하여 일정한 임대의무기간을 정하고 해당 기간이 지나기 전에는 (다른 임대사업자가 매입하는 경우 등의 예외를 제외하고는) 임대사업자에 의한 임대주택 처분을 금지하였다. 이처럼 구 임대주택법은 임대의무기간 내에는 임대주택을 처분할 수 없도록 정함으로써 해당 임대주택이 계속하여 임대사업에 공해지도록 하였다. 한편, 그 임대의무기간이 지나면 임대사업자는 더 이상 처분을 제한받지 아니하므로, 해당 임대주택을 분양전환할 수 있게 되는 것이다.

다만, 구 임대주택법은 주택도시기금의 자금 지원을 받아 건설된 등과 같이 공공성이 상대적으로 높은 공공건설임대주택의 경우에는 ‘일정한 요건을 충족한 임차인’(이하 ‘적격 임차인’이라고 한다)이 우선적으로 분양전환의 상대방(즉 매수인)이 되고, 이와 같이 적격임차인에게 분양전환될 때에는 그 임대주택의 분양전환가격은 법령상 기준에 따라 산정되는 분양전환가격(이하 ‘우선 분양전환가격’이라고 한다<sup>13)</sup>) 이하의 분양전환가격로 하도록 정하였다(구 임대주택법 제21조). 즉, 구 임대주택법에 의하면 공공건설임대주택은 임대의무기간이 지난 이후에도 적격 임차인에게 우선적으로 분양전환하여야 하고, 그 가격에 대하여 일정한 제한을 받게 되는데, 이것이 공공건설임대주택의 우선 분양전환 제도이다.

한편, 구 임대주택법은 임차인이 상당 기간 분양전환에 응하지 아니한 임대주택은 우선 분양전환가격의 제한을 받는 상태에서 제3자에게 매각하는 것을 허용하는 규정을 두고 있었다(구 임대주택법 제21조 제7항). 대법원은 해당 규정에서 말하는 ‘임차인’이란 우선 분양전환 대상인 임차인, 즉 적격 임차인을 의미하는 것으로, 우선 분양전환 자격을 갖추지 못한 임차인(이하 ‘부적격 임차인’이라고 한다)이 거주하던 임대주택의 경우에 우선 분양전환가격의 제한을 적용하는 규정은 아니라고 보았다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2017다221150 판결). 이에 따라 구 임대주택법에 따른 공공건설임대주택을 임대의무기간 경과 후 분양전환하는 임대사업자들은 부적격 임차인이 거주하였던 임대주택을 제3자에게 매각함에 있어서는 우선 분양전환가격의 제한을 받지 아니하고 매각할 수 있었다.

#### (2) 간주공공건설임대주택에 대한 개정 공공주택 특별법의 적용

한편, 민간임대주택법은 구 임대주택법을 전부개정하면서 민간임대주택에 대하여는 분양전환의무를 폐지한 것이다.<sup>14)</sup> 그 부칙은 공공주택사업자가 아닌 자가 이미 건설하였거나 건설 중인 공공건설임대주택에 대하여는 구 임대주택법(그리고 그에 포함된 우선 분양전환 제도)을 계속하여 적용하는 한편(전부개정 민간임대주택법 부칙 제6조 제2항), 공공주택사업자가 건설한 공공건설임대주택에 대하여는 공공주택 특별법을 적용하도록 정하였다(앞의 부칙 제6조 제1항).<sup>15)</sup>

이후 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 종전에는 구 임대주택법이 적용되던 간주공공건설임대주택 중에서 아직 분양전환이 마쳐지지 아니한 주택에 대하여는 동법 제50조의3을 적용한다고 정하였다.<sup>16)</sup> 이는 그 해석상 상당한 논란이 있는 부칙조항이기는 하나,<sup>17)</sup> 관할 행정청의 분양전환승인처분, 매매계약 체결, 이전등기 등 분양전환의 절차를 구성하는 어떠한 행위가 없었던 간주공공건설임대주택이라면 일정 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에 따라 신법이 적용된다고 볼 수 있을 것이다. 이하 본 글에서는 이처럼 ‘개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에 따라 개정 공공주택 특별법이 적용되는 대상에 해당함이 명확한 간주공공건설임대주택’에 한하여 논하고자 한다.

13) 실제 개별 분양전환의 ‘분양전환가격(일종의 매매가격)’과 이와 같은 법령상 기준에 따른 ‘우선 분양전환의 분양전환가격 상한선’을 구별하기 위하여 편의상 이와 같이 서술하기로 한다.

14) 민간임대주택법의 경우, 제43조에서 임대의무기간 및 양도 등에 대하여 정하면서, 임대사업자는 임대의무기간이 지난 후에 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하고 민간임대주택을 양도할 수 있음을 원칙으로 정하고 있고, 그 밖에 우선 분양전환에 대하여 정하고 있지 아니하다.

15) 이처럼 임대주택 제도는 2015년 이후 그 주체에 따라 공공주택 특별법과 민간임대주택법이 나누어 규율하게 되었고, 두 법령은 주로 사업주체의 성격을 기준으로 영역을 구분하는 것이다. 그 이전의 임대주택 관계 법령은 그 사업주체가 아니라 공적 자금이 투입되었는지 여부를 기준으로 공공건설임대주택을 정하고 있던 것으로 보이는바, 이와 같은 법체계의 개편에 따라 간주공공건설임대주택의 개념과 그에 대한 구별의 계속 적용을 정하는 경과규정을 두게 된 것으로 이해된다.

16) 개정 공공주택 특별법의 구체적인 입법 과정에 대하여는 김진훈, 앞의 논문, 19-20면 참조.

17) 본 소고의 서두에서 밝힌 바와 같이, 이와 관련하여 자세히 다룬 선행 연구로서 김진훈, 앞의 논문, 15-27면 참조.

## 2. 부도등 우선 분양전환을 규정하지 아니한 개정 공공주택 특별법<sup>18)</sup>

### (1) 구 임대주택법 제21조 제2항에 따른 부도등 우선 분양전환

법률 제7598호 임대주택법(2005. 7. 13. 일부개정)은 임대사업자의 부도 또는 파산으로 임대보증금의 반환이 곤란한 경우 등에는 ‘분양전환 당시 당해 임대주택에 거주하는 임차인’에게 우선 분양전환할 수 있다는 조항을 두었다(법률 제7598호 임대주택법 제15조 제2항 및 대통령령 제19051호 임대주택법 시행령 제13조 제2항). 이후 법률 제8966호 전부개정 임대주택법은 해당 규정을 제21조 제2항으로 옮겼다. 그리고 2009. 12. 29. 개정을 통해 1년 6개월 이상 주택도시기금 융자금의 이자를 내지 아니한 경우에만 부도등으로 보는 내용이 추가됨과 함께 임차인에 의한 직접분양전환승인신청의 근거 조항으로서 제21조 제5항이 신설되면서, 구 임대주택법의 임대사업자의 부도등 사유가 발생한 때에 대한 예외적인 우선 분양전환 제도가<sup>19)</sup> 갖춰지게 되었다(법률 제9863호 임대주택법 제21조 제2항 및 제5항 참조).

이상과 같은 구 임대주택법 제2항에 근거한 부도임대주택의 우선 분양전환에 대하여도 구 임대주택법 제21조 제1항 각 호의 우선 분양전환 요건이 갖춰져야 우선 분양전환 대상에 해당하는 것인지 여부의 해석이 문제되었다. 대법원은 구 임대주택법 제21조 제2항의 문언이 “제1항에도 불구하고” 임대사업자의 부도등의 경우에는 “해당 임대주택에 거주하는 임차인”에게 우선 분양전환할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 그 밖에 주택의 소유 여부 등을 요건으로 적고 있지 아니한 점 등을 들어<sup>20)</sup> 부도임대주택의 우선 분양전환에 있어서는 유주택자인 임차인이더라도 해당 임대주택에 거주한다는 요건만을 갖추면 우선 분양받을 권리가 인정된다고 해석하였다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결).

즉, 구 임대주택법 제21조 제2항의 효력이 미치는 부도임대주택은 시적 측면에서 임대의무기간이 도과하지 아니한 경우에도 우선 분양전환이 가능할 뿐만 아니라, 인적 측면에서 임대의무기간이 도과하여 분양전환이 이뤄지는 경우에 비하여 우선 분양전환권자의 범위가 확대되게 되는 점에서 일반적인 경우의 우선 분양전환과 차이가 있다.

### (2) 부도등 우선 분양전환을 명시하지 아니한 개정 공공주택 특별법

개정 공공주택 특별법은 간주공공건설임대주택의 우선 분양전환에 대하여도 개정 공공주택 특별법 제50조의3 등을 적용하도록 하는 부칙 제6조를 두고, 부적격 임차인이 거주하여 우선 분양전환권자가 없는 임대주택을 제3자에게 매각함에 있어서도 우선 분양전환 가격의 제한을 받는 규정을 추가하였다(개정 공공주택 특별법 제50조의3 제4항 등). 반면, 개정 공공주택 특별법은 구 임대주택법 제21조 제2항과 같은 “임대사업자의 부도등, 파산, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우”에 대한 우선 분양전환의 근거 규정을 별도로 두지 아니하였다.

그런데 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 “공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환에 관한 적용례”를 정하면서도, 기존의 경과규정에 따른 구 임대주택법의 규정 중 어떠한 규정이 적용 배제되는지에 대하여는 별도로 명시하지 아니하였다. 다만, 기존의 경과규정에도 불구하고 “제50조의3, 제57조의3 및 제60조”의 개정 규정을 분양전환이 완료되지 아니한 간주공공건설임대주택에 대하여 적용하도록 적고 있을 뿐이어서, 구 임대주택법의 규율 중 개정 공공주택 특별법이 적용됨에 따라 대체되는 범위는 해석에 맡기고 있다.

개정 공공주택 특별법은 “공공건설임대주택의 우선 분양전환을 둘러싼 임대사업자와 임차인 간의 분쟁을 예방하기 위하여 우선 분양전환자격이 있는 임차인의 요건을 법률에 명시”한다는 개정이유를 들고 있다. 그럼에도 불구하고, 그 부칙규정의 미비로 인하여 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되어야 하는 간주공공건설임대주택의 경우에 구 임대주택법 규정 중 어떠한 것이 더 이상 적용되지 아니하게 된 것인지에 대한 분쟁 가능성을 남겨두게 되었다.

18) 구 임대주택법 제2조 제8호는 ‘부도임대주택등’을 규정하며 “부도임대주택등이란 부도등이 발생한 임대주택을 말한다”고 정하고 있다. 여기서 말하는 ‘부도등’이란 대통령령으로 정하는 기간(6개월, 구 임대주택법 시행령 제3조 제2항 참조)을 초과하여 주택도시기금 융자금 이자를 내지 못한 경우를 가리키는 것인 한편, 구 임대주택법 제21조 제2항에서 말하는 ‘임대사업자의 부도등’ 사유란 위 기간에 1년을 더한 기간(1년 6개월)을 초과하여 이자를 내지 아니한 경우를 말하므로 ‘구 임대주택법 제21조 제2항에 따라 임대사업자의 부도등 사유로 우선 분양전환의 대상이 되는 주택’과 ‘부도임대주택등’은 엄밀히는 다소 상이한 개념이기는 하나, 본 글에서는 엄밀한 구분이 필요하지 아니한 범위에서 편의상 ‘구 임대주택법 제21조 제2항에 따라 임대사업자의 부도등 사유로 우선 분양전환의 대상이 된 주택’을 단순히 ‘부도임대주택’으로 적기로 한다.

19) 구 임대주택법 제21조 제2항에 따른 우선 분양전환을 편의상 ‘부도등 우선 분양전환’이라고 적기로 한다.

20) 그 밖에도 대법원은 구 임대주택법 제22조 제1항에 따라 부도임대주택의 경매에 대하여 우선매수권을 행사할 수 있는 임차인의 범위에 있어서도 유주택자를 구별하지 아니하는 것으로 보이는 점. 당시의 주택임대차보호법에도 불구하고 주택도시기금의 지원을 받아 건설된 공공건설임대주택은 선순위 근저당권이 설정된 경우가 일반적이므로 임차인 보호가 어려운 점 등을 함께 설시하였다.

### (3) 다수 법원에서 다투어지고 있는 관련 분쟁

대법원은 구 임대주택법 제21조 제2항이 적용되는 부도임대주택의 경우에는 (같은 조 제1항에 의하면 부적격 임차인으로 분류되어 우선 분양전환을 받을 수 없는) 유주택 임차인에 대하여도 우선 분양전환권이 인정된다고 보므로, 어떠한 부도임대주택에 대하여 구 임대주택법 제21조 제2항이 적용되는지 여부의 문제는 유주택 임차인의 우선 분양전환권 여부로 이어져 첨예한 대립을 냉고 있다.

이에 대한 하나의 입장은 ① 개정 공공주택 특별법 제50조의3과 구 임대주택법 제21조가 모두 ‘임대주택의 우선 분양전환(等)’에 대하여 정하고 있으므로 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 구 임대주택법 제21조 일체를 대체하는 것으로서, 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 간주공공건설임대주택에 대하여는 구 임대주택법 제21조 제2항은 적용이 배제된다고 보아야 한다는 입장이다. 그리고 다른 하나의 입장은 ② 개정 공공주택 특별법은 부도임대주택의 우선 분양전환에 대한 규정 등은 별도로 두고 있지 아니하므로 구 임대주택법 제21조 제2항을 비롯하여 구 임대주택법 제21조는 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 간주공공건설임대주택에 대하여도 명시적으로 상충되지 아니하는 범위에서는 계속하여 중첩적으로 적용된다는 입장이다.

## III. 개정 공공주택 특별법의 적용으로 배제되는 부도등 우선 분양전환

### 1. 경과규정 및 부칙규정의 해석에 비춰본 부도등 우선 분양전환의 가부

#### (1) ‘우선 분양전환’에 대한 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조

개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 ‘공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환에 관한 적용례’를 정하는 부칙이다. 한편, 임대주택법 전부개정법률(법률 제13499호 전부개정 민간임대주택법) 부칙 제6조 제2항은 간주공공건설임대주택에 대하여 전부개정 민간임대주택법의 시행 이후로도 구 임대주택법이 계속하여 적용될 수 있는 근거에 해당하는 경과규정이다.

앞서 살펴본 것처럼 구 임대주택법이 전부개정되면서 민간임대사업자의 임대주택에 대하여는 민간임대주택법이 적용되게 되었으나, 그 부칙조항에 따라 민간임대사업자가 건축한 공공건설임대주택은 계속하여 구 임대주택법이 적용되는 간주공공건설임대주택으로 남게 되었다. 본래 법령의 전부개정은 곧 기존의 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로서, 그에 따라 종전의 본칙과 부칙 모두가 소멸한다고 할 것이다(대법원 2018. 11. 27. 선고 2006두19419 판결 및 2013. 3. 28. 선고 2012재299 판결 등). 다만 별도의 경과규정이 있으면 그에 따라 과거의 법령이 적용될 수 있는 것이므로, 구 임대주택법이 간주공공건설임대주택에 대하여는 소멸하지 아니하고 적용될 수 있었던 이유는 오로지 전부개정 민간임대주택법 부칙 제6조의 효력에 기한 것이다.

그런데, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항은 “공공주택사업자가 아닌 자의 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환”에 대하여는 구 임대주택법의 계속 적용에 대한 근거인 전부개정 민간임대주택법 부칙 제6조 제2항에도 불구하고 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에 따른 적용례를 따를 것을 정하고 있고, 그에 대하여 별다른 예외 조항을 두지 아니하고 있다고 보인다.

그리고 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 ‘임대의무기간이 도과한 때의 우선 분양전환에 관한 적용례’가 아니라 단순히 ‘우선 분양전환에 관한 적용례’를 정하는 일반규정의 성격을 보이고 있으므로, 그 적용례의 해석에 있어서 ‘우선 분양전환’의 일종인 ‘부도임대주택의 우선 분양전환’만을 예외로 보기 어렵다. 그러므로 해당 부칙을 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 임대의무기간이 도과한 경우의 간주공공건설임대주택에 대하여만 구 임대주택법을 배제하고 적용되도록 하는 적용례로 제한하여 해석하기 어렵다고 보인다.

따라서 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항은 임대의무기간의 도과 뿐만 아니라 부도등의 경우를 비롯하여 간주공공건설임대주택의 ‘우선 분양전환’ 제도 전반에 대하여 구 임대주택법(특히 제21조)를 배제하고 개정 공공주택 특별법 제50조의3 등을 적용하고자 하는 취지로 해석함이 타당하다.

#### (2) 관련 제재조항의 계속 적용 가부에 비춰본 구 임대주택법 제21조 제2항의 적용 배제 필요성

나아가, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 간주공공건설임대주택에 대하여 제50조의3에 따른 우선 분양전환 제도가 적용될 것을 전제로, 그 강제력을 확보하기 위한 규정인 별칙 규정 제57조의3 및 과태료 규정 제60조를 함께 적용하도록 정하고 있다. 반면, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조는 구 임대주택법의 별칙 조항이 개정 공공주택 특별법 시행 이후로도 간주공공건설임대주택과 관련하여 적용될 수 있다는 등의 내용은 두고 있지 아니하다.

이와 관련하여, 대법원은 우선 분양전환권을 가진 적격 임차인이 거주하던 세대를 제3자에게 매각한 경우에 그 사법상의 효력 자체를 무효로 보지는 아니하는 입장이다(대법원 1997. 6. 13. 선고 97다3606 판결). 이러한 입장에 기하자면, 적격 임차인이 금전적 손해 배상을 받을 수 있음과 별개로 우선 분양전환 제도가 도모하는 적격 임차인의 주거권 내지 주거계속의 보호는 깨어진다. 이에 우선 분양전환제도와 관련하여서는 그 제도의 목적을 달성하기 위하여 금전 배상 이상의 법적 강제력이 동원될 필요가 있고, 이는 부도임대주택의 경우에 대한 우선 분양전환에 있어서도 다르지 아니할 것이다.

따라서, 만약 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에 따라 같은 법 제50조의3이 적용되게 된 간주공공건설임대주택에 대하여 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다고 본다면, 부도임대주택에 대한 우선 분양전환을 강제하기 위한 불이익 규정으로서 구 임대주택법 제21조 제2항 위반에 대한 구 임대주택법 제41조 제4항 제6호, 양벌규정인 제43조 등도 함께 계속 적용될 필요가 있다고 보인다.

그런데, 구 임대주택법 제41조 등은 형벌 법규로서 죄형법정주의의 원칙이 적용된다. 만약 입법자가 그 계속 적용을 의도한 것이라면 죄형법정주의의 원칙과 명확성의 원칙 등을 고려하여 (개정 공공주택 특별법 제57조의3에 대하여는 부칙 규정을 통하여 그 적용 여부를 명확히 입법한 것과 마찬가지로) 개정 공공주택 특별법 부칙 등에 명확한 근거를 두었을 것으로 봄이 상당하다. 그러나 입법자는 구 임대주택법 제41조 등에 대하여는 그 계속 적용을 명시하지 아니하였다. 그렇다면 입법자가 구 임대주택법 제41조 제4항 제6호 등이 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에서 말하는 간주공공건설임대주택에 대하여 계속 적용될 것을 의도하였다고는 해석하기 어렵고, 그 연장선에서 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용될 것을 의도하였다고도 보기 어렵다고 판단된다.

### (3) 법 개정 취지에 비춰본 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조의 해석

개정 공공주택 특별법의 개정이유는 “임대사업자와 임차인 간의 불필요한 분쟁을 예방하고 임차인을 보호하기 위하여 우선 분양전환 등 관련 제도를 보완”하기 위한 이유에서 “공공건설임대주택의 우선 분양전환을 둘러싼 임대사업자와 임차인 간의 분쟁을 예방하기 위하여 우선 분양전환자격이 있는 임차인의 요건을 법률에 명시”하였다. 또한 위 개정이유는 “임차인의 우선 분양전환 자격 유무와 관계없이 공공주택사업자가 해당 임대주택을 제3자에게 매각하는 경우에도 임차인에게 통보한 우선 분양전환 가격으로 매각하도록 하는 등 임차인 보호를 강화”하기 위하여 제50조의3, 제57조의3 및 제60조 제1항<sup>21)</sup> 등을 개정한다고 적고 있다.

이상과 같이 개정 공공주택 특별법은 그 개정이유가 임차인 보호를 강화함과 동시에 우선 분양전환의 대상이 되는 임차인의 요건을 ‘법률에 명시’하고자 이뤄진 것임을 명확히 하고 있다.<sup>22)</sup> 따라서 개정 공공주택 특별법을 해석함에 있어서는 오로지 임차인 보호의 관점에서만 살펴서는 안 되고, 임차인의 요건을 법률로 명확히 정하여 분쟁을 차단하기 위한 목적이 함께 고려되어야 할 것이다.

또한, 개정 공공주택 특별법 개정이유는 ‘임차인 보호를 강화’하기 위한 조치로서 ‘제3자 매각에 대한 우선 분양전환 가격의 제한’을 들고 있다. 구체적으로, 개정 공공주택 특별법 제50조의3 제4항을 간주공공건설임대주택에 대하여 적용하는 경우, 임대사업자는 본래 제3자에게 매각할 경우에는 더 높은 가격에 매각할 수 있었던 주택을 더 이상 그와 같은 가격에 매각할 수 없게 된다. 이에 따라 임대사업자가 기존의 임차인이 아닌 다른 제3자에게 임대주택을 매각할 유인이 경감되므로, 임차인의 보호가 강화되는 결과로 이어진다.

이상과 같이 임차인 보호를 위한 개정 공공주택 특별법의 개정은 제50조의3 제4항으로 도모된 것으로 보아야 하고, 입법자가 그 개정이유에서 ‘임차인 보호를 강화’하였다는 표현을 ‘제3자 매각에 대한 분양전환 가격의 제한 적용’에 대하여 언급하고 있는 점도 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

만약 구 임대주택법 제21조 제2항은 개정 공공주택 특별법의 적용 이후로도 계속하여 적용될 수 있다고 해석한다면, 구 임대주택법 제21조 제2항에 따라 우선 분양전환권을 가지는 자의 범위는 개정 공공주택 특별법에서 명시하고 있지 아니하므로, 결국 간주공공건설임대주택의 우선 분양전환 대상 범위는 개정 공공주택 특별법만으로는 명확히 알 수 없게 되는 결과에 이르게 된다. 이러한 점을 고려하면, 개정 공공주택 특별법 제50조의3 및 부칙 제6조와 관련한 입법자의 의사가 위와 같은 불확실성을 감수하면서까지 개정 공공주택 특별법이 아닌 별도의 법령(구 임대주택법)의 우선 분양전환에 대한 규정이 개정 공공주택 특별법 시행 이후로도 계속 적용될 것을 전제하였다고 보기 어렵다.

정리하면, 개정 공공주택 특별법 개정이유를 고려할 때, ‘개정 공공주택 특별법에서 우선 분양전환의 요건을 명확히 정함으로서 임대사업자와 임차인 사이의 분쟁을 차단’하고자 하는 입법 목적을 외면하고 ‘임차인 보호’라는 목적만을 우선시할 수는 없다고 보인다. 개정 공공주택 특별법은 그 자체에서 ‘우선 분양전환을 받을 수 있는 임차인의 범위’를 명확히 정하고자 한 것으로 보아야 하고, 그에

21) 해당 3개 조항은 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항에서 간주공공건설임대주택에 대하여도 적용됨을 명시한 규정이기도 하다.

22) 구 임대주택법 제21조 제2항의 계속 적용을 긍정하는 견해의 관점에서 이는 시행령으로 정하고 있던 요건을 법률에서 정하도록 개정한 것을 의미한다고 볼 여지도 있겠으나, 그와 같은 개정만으로 임대사업자와 임차인 사이의 분쟁 가능성이 경감된다고 보기 어려운 점에서, (간주)공공건설임대주택에 대하여는 향후 공공주택 특별법이 규율하도록 일원화하고자 한 것으로 봄이 더 타당할 것이다.

따라 구 임대주택법 제21조 제2항에 따른 우선 분양전환 대상의 확대는 배제된다고 봄이 타당할 것이다.

#### (4) 전부개정 민간임대주택법 부칙 제8조를 논거로 구 임대주택법 제21조 제2항의 계속 적용이 가능하다는 견해에 대하여

한편, 이하 IV항에서 살펴볼 것처럼, 하급심 법원은 “개정 공공주택 특별법이 전부개정 민간임대주택법 부칙 제8조를 배제한다는 규정을 두고 있지 아니하므로 부도임대주택에 대한 구 임대주택법의 규정은 계속 적용하여야 한다”고 보아야 한다고 판단한 경우가 있다.

민간임대주택법 부칙 제8조는 “이 법 시행 당시 종전의 임대주택법 제2조 제8호의 부도임대주택 등에 관해서는 종전 임대주택법 제21조의2, 제22조부터 제25조까지 및 제30조의 규정을 적용한다”는 경과규정이다. 해당 부칙규정은 제정 당시에는 단순히 부도임대주택에 대하여는 구 임대주택법의 규정을 적용한다는 내용이었으나, 2020. 6. 9. 개정되어 “종전의 「임대주택법」 제21조의2, 제22조부터 제25조까지 및 제30조의 규정을 적용”하는 것으로 개정되었다.

이처럼 입법자는 개정 공공주택 특별법의 개정 및 시행을 앞두고 종전의 경과규정으로서 민간임대주택법 부칙 제8조를 개정하였다. 해당 부칙은 2015년 전부개정과 함께 입법되어 계속되어 온 점, (새로운 경과규정을 정하거나 별도의 경과규정 없이 구별법을 폐지하고 신법을 입법하는 등의 입법방식과 달리) 구 법령에 대한 경과규정을 개정하는 것은 흔히 사용되는 입법기술이라고는 생각되지 아니하는 점을 고려하면, 입법자는 개정 공공주택 특별법 및 그에 따른 간주공공건설임대주택에 대한 제도 변화를 염두에 두고 간주공공건설임대주택에 대한 기존 경과규정을 명확히 다듬었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 입법자가 민간임대주택법상 경과규정의 명시적 적용 범위에서 구 임대주택법 제21조 제2항을 개정 공공주택 특별법의 시행을 앞두고 배제한 이상, 그와 달리 개정 공공주택 특별법 부칙의 취지가 구 임대주택법 제21조 제2항은 계속 적용하고자 함에 있다고 해석하기는 무리가 있다고 보인다.

나아가, 민간임대주택법이 계속 적용할 것을 정한 규정을 살피더라도, 구 임대주택법 제21조의2 및 제22조부터 제25조까지의 규정은 부도임대주택이 경매되거나 매각된 경우에 대한 규정이고, 제30조는 부도임대주택의 임차인대표회의에 대한 규정으로 보인다. 이러한 조항들이 부도임대주택의 우선 분양전환과 직접적인 관련이 있다고 보기 어려운 점에서, 개정 공공주택 특별법 부칙이 전부개정 민간임대주택법 부칙 제8조를 배제하지 아니하였다고 하여 구 임대주택법의 부도임대주택에 대한 우선 분양전환 특칙은 배제하지 아니하는 것으로 해석하기는 어렵다.

별론으로, 부도공공건설임대주택 임차인 보호를 위한 특별법(이하 ‘부도임대주택법’이라고 한다)은 “2005년 12월 13일 당시 임대 중인 공공건설임대주택”에 대한 임차인 보호를 위하여 2007. 1. 19. 제정되었다(제정 부도임대주택법 제2조 제1항). 그 적용의 시적 범위 기준인 2005. 12. 13.의 익일인 2005. 12. 14.에 대통령령 제19051호 임대주택법 시행령 제13조 제2항이 시행됨에 따라 구 임대주택법의 부도등 우선 분양전환 제도가 성립한 점에서, 부도임대주택법은 본래 부도등 우선 분양전환 제도 시행 이전에 성립한 공공건설임대주택에 대한 임차인 보호를 목적으로 하는 법으로 이해된다.

이상과 같이 입법자는 2005. 12. 13. 당시 임대 중인 공공건설임대주택의 임차인 보호와 관련하여서는 우선 분양전환 제도를 두지 아니한 것으로 보이는바, 임대주택의 임차인 보호를 위하여 반드시 우선 분양전환 제도가 요구된다고는 단정할 수 없다. 특히, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조와 충돌하지 아니하도록 다듬어진 전부개정 민간임대주택법 제8조에 따라 계속 적용되는 규정들로 충분히 임차인에 대한 보호를 확보할 수 있다고 보이는 점도 구 임대주택법 제21조 제2항의 계속 적용 필요성을 살피에 있어 참고될 수 있을 것이다.

## 2. 개정 공공주택 특별법 제50조의3에 비춰본 부도등 우선 분양전환의 가부

#### (1) 법체계 및 대응 관계에 비춰본 개정 공공주택 특별법 제50조의3 및 구 임대주택법 제21조의 관계

기존의 공공주택 특별법 제50조의3은 공공주택사업자의 우선 분양전환에 대한 제1항, 제3자 매각에 대한 제2항 및 분양전환가격 산정을 위한 감정평가에 대한 제3항으로 구성되어 있었다. 그러나, 개정 공공주택 특별법은 종전에는 시행령에서 정하고 있던 우선 분양전환을 받기 위한 요건을 법률로 격상시켰을 뿐만 아니라(개정 공공주택 특별법 제21조 제1항 각호), 분양전환의 세부 절차 등을 종전보다 더 상세히 규율하게 되었다.

이에 따라 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 구 임대주택법 제21조의 내용 중 상당 부분에 대응하는 내용을 규정하게 되었는데, (두 규정 사이에 다소간의 상이점은 있으나) 이를 간략히 정리하면 <표 1>과 같다.

&lt;표 1&gt; 구 임대주택법 제21조와 개정 공공주택 특별법 제50조의3 비교

구 임대주택법 제21조		개정 공공주택 특별법 제50조의3	
제1항	임대의무기간 도과시 우선 분양전환 및 그 요건	제1항	임대의무기간 도과시 우선 분양전환 및 그 요건
제2항	부도 등 분양전환의 요건		없음
제3항	분양전환 절차	제2항	분양전환 절차
제4항		제3항	
제5항	임차인의 분양전환승인 신청권		없음
제6항	제5항의 경우에 대한 임대사업자의 협조의무		
제7항	제3자 매각	제4항	제3자 매각
제8항	임차인의 매도청구		
제9항	분양전환가격 산정 및 재평가	제5항	분양전환가격 산정
제10항	시행령 위임조항	제6항	분양전환가격 재평가
			제1항에서 규정

이상과 같이, 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 구 임대주택법 제21조의 내용 중 부도등 우선 분양전환에 대한 내용을 제외하고 있는 하나, 그 외 간주공공건설임대주택에 대하여 적용되던 우선 분양전환의 규율에 대응하는 내용은 대부분 포함하고 있다.<sup>23)</sup> 뿐만 아니라, 두 조문은 그 표제 또한 건설임대주택의 우선 분양전환(구 임대주택법 제21조) 및 공공임대주택의 우선 분양전환 등(개정 공공주택 특별법 제50조의3)으로 서로가 대응되고 있다.

이처럼 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 공공건설임대주택에 대한 우선 분양전환을 규정하는 것으로, 곧 구 임대주택법 제21조에 대응하는 규정이다. 따라서 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조가 개정 공공주택 특별법 제50조의3을 그 ‘우선 분양전환에 대한 적용례’로 적용하라는 취지는 곧 구 임대주택법 제21조를 개정 공공주택 특별법 제50조의3으로 대체하고자 하는 의도로 해석함이 자연스럽다.

한편, 관련 법적 분쟁과 후술하는 바와 같은 하급심 법원의 상반된 판단을 살펴 때, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 및 제50조의3의 적용은 적어도 임대의무기간 경과에 따른 우선 분양전환에 관한 구 임대주택법 제21조 제1항의 적용을 배제하는 것임은 양측 입장 모두에서 특별히 이견이 없는 것으로 보인다.

그런데 구 임대주택법 제21조 제2항은 그 문언상 우선 분양전환을 받기 위하여는 일정한 요건을 요구하는 “제1항에도 불구하고” 부도임대주택에 대한 우선 분양전환의 범위를 확대하는 기능을 한다. 즉, 구 임대주택법 제21조 제2항은 해당(부도)임대주택이 원칙적으로는 같은 조 제1항에 따라 임대의무기간 경과시에 우선 분양전환의 대상이 되는 주택일 것을 전제로, 다만 임대사업자의 부도등이 발생한 경우에는 그 우선 분양전환의 시점과 대상을 완화하는 규정으로 이해된다.

이처럼 구 임대주택법 제21조 제2항은 제1항에 따른 원칙적인 우선 분양전환 범위를 전제로 예외적인 우선 분양전환 범위의 확대에 대한 규정인 점에서도, 구 임대주택법 제21조 제1항이 적용 배제되었음에도 불구하고 같은 조 제2항만이 독자적으로 계속 적용된다는 해석은 법률의 체계정합성에 어긋날 소지가 상당하다.

## (2) 임대사업자의 재산권을 존중하는 합헌적 법률해석의 필요성

임차인의 주거권, 특히 저소득계층에 대한 주거대책의 관점에서만 살피자면, 영구임대아파트와 같이 분양전환(매각)되지 아니하는 유형이 가장 유용하나, 이는 과도한 재정 부담을 야기한다. 한편, 민간에 의한 임대아파트의 공급은 그에 대한 적정한 수익이 보장되지 않는 한 기대하기 어렵다. 이와 같이 상반되는 필요 속에서 분양전환부 임대아파트는 공적 재정 부담을 줄이고 민간사업자의 참여 동기를 제공하는 제도로 자리잡았다.<sup>24)</sup>

23) 개정 공공주택 특별법은 임차인의 직접 분양전환승인 신청권도 포함하지 아니하기는 하나, 부도등 우선 분양전환 제도가 사라진다면 그에 대한 임차인의 신청권도 함께 삭제되어야 할 것인 한편, 임대의무기간 경과의 경우에 대하여는 해당 제도의 존속 필요성이 적어졌다고 보이는바, 이에 대하여는 별도 목차에서 살펴본다.

24) 분양전환부 단기임대아파트의 의의에 대하여 김종보, “임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 판결(전원합의체) -”, 『행정판례연구』 제22권 제2호(한국행정판례연구회, 2017. 12.), 478-480면 참조.

이러한 맥락에서, 분양전환 제도는 임대사업자로 하여금 일정한 임대의무기간 동안 임차인의 주거보장을 위한 공익적 목적으로 그 건축한 임대주택을 제공하도록 함과 동시에, 그 임대의무기간이 지나면 분양(전환)을 통하여 재산권을 회복시키는 제도로 보아야 한다. 즉, 분양전환 제도는 일정한 자격요건을 갖춘 임차인에 한해서 해당 임대주택에 대한 우선 분양전환권을 통해 주거를 보장받도록 정하여,<sup>25)</sup> 임대사업자의 재산권과 임차인의 주거권 사이의 균형을 도모한 것이다.

임대주택법은 주택도시기금의 융자금 지원 등 공공재원이 투입된 공공건설임대주택에 대하여 분양전환가격의 제한을 둔바, 이는 곧 해당 임대주택에 투입된 공공재원이 있었음을 근거로 그 가격을 통제하는 것이다.<sup>26)</sup> 그와 같은 가격통제는 그 공공적 성격에 비추어 적정한 범위에서 이뤄짐이 타당하다. 특히, 민간의 참여 확대를 도모한 법령 개정 연혁을 고려할 때에도, 민간임대사업자의 간주공공건설임대주택과 관련한 법령 해석에 있어 그 공공적 성격만을 살펴 민간임대사업자의 재산권에 대한 제한을 당연시할 수는 없다. 그러므로, 그 재산권 제한은 헌법의 요청에 따라 ‘법적으로 보호할 가치가 있는 저소득층의 주거 보장’라는 공공복리에 대한 목적에 부합하는 필요 최소한의 범위에 한하도록 해석될 필요가 있다.

이처럼 민간임대사업자의 (간주)공공건설임대주택에 대한 관계 법령의 취지는 임차인에 대한 편면적 보호를 제공하고자 하는 것은 아니고, 이에 구 임대주택법도 원칙적으로 (모든 임차인이 아니라) 일정한 요건을 갖추어 법적 보호 필요성이 인정되는 적격 임차인만을 우선 분양전환 대상으로 정한 것으로 이해된다. 뿐만 아니라, 전부개정 민간임대주택법은 (우선) 분양전환 제도는 민간임대사업자에게는 적용하기에는 과도한 규제라고 보아 삭제한 점에서도, 민간임대사업자에 대하여 적용되는 법령을 해석함에 있어서는 특별한 이유나 명문의 근거 없이 임대사업자의 재산권이 제한되도록 해석하는 것은 지양할 필요가 있다.

관련하여, 헌법 제37조 제2항은 기본권의 제한은 법률로써 하도록 정하였고, 헌법 제22조는 재산권 보장과 함께 그 내용과 한계 모두를 법률로 정하도록 명시하고 있다. 따라서 임대사업자의 소유물인 임대주택의 처분 제한, 즉 재산권의 제한은 반드시 명시적인 법률로써 이뤄질 필요가 있고, 그 법률은 명확할 것이 요구된다.

그런데, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조의 해석과 그에 따른 개정 공공주택 특별법 제50조의3 및 구 임대주택법 제21조 각 항의 관계, 구 임대주택법 제21조 제2항의 계속 적용 여부에 대하여 다수 법원들 사이에서 판단이 엇갈리고 있다. 또한, 개정 공공주택 특별법은 그 자체에서 임대사업자의 부도등 경우에 대한 재산권 제한을 명확히 밝힌 바가 없다. 한편, 구 임대주택법 제21조 제2항은 계속 적용된다고 보는 견해는 이러한 불명확성을 극복하기 위해 복잡하고도 다양한 해석 논거를 동원하고 있다. 이와 같은 상황에서 설령 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다고 해석할 수 있다 가정하더라도, 그 수법자의 입장에서 그와 같은 법률상 재산권 제한의 존재가 명확하다고 볼 수 있는지에 대하여는 의문이 있다.

어떠한 법률이 기본권 제한의 근거가 되는 법률인 이상, 법문언에 비춰볼 때 상대적으로 더 간명한 해석일 뿐만 아니라 기본권 제한의 정도가 더 경미하여 필요한 범위에서 그치는 방향의 법해석을 도모하는 것이 합헌적 법률해석의 요청이다. 이상을 종합할 때, 설령 임대사업자의 재산권을 제한하는 규정인 구 임대주택법 제21조 제2항이 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조에도 불구하고 계속 적용된다고 해석될 여지가 있더라도, 그러한 법적 제한이 수법자의 입장에서 명확하다고 보기 어려운 이상, 구 임대주택법 제21조 제2항의 적용을 배제하는 방향의 해석이 헌법의 요청에 더 부합한다고 보인다.

### (3) 구 임대주택법 제21조 제5항을 논거로 구 임대주택법 제21조 제2항의 계속 적용이 가능하다는 견해에 대하여

구 임대주택법 제21조 제5항은 임대사업자가 분양전환승인을 신청하지 아니하는 때에 임차인이 직접 신청할 수 있는 조항을 두고 있다. 그런데 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 그와 같은 규정을 두고 있지 아니한 점을 논거로 들어, ‘만약 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 구 임대주택법 제21조 일체를 대체하는 것으로 본다면 임대의무기간이 경과한 이후에 임차인의 직접 분양전환 신청권이 사라지는 결과에 이르므로, 임차인의 보호를 위하여 구 임대주택법 제21조 중 제1항 외의 조항은 계속하여 적용되어야 한다’는 견해가 제기될 수 있다.

위와 같은 임차인의 직접 신청권은 크게 임대의무기간이 도과한 경우와 부도등의 경우로 나누어 볼 수 있다. 만약 입법자의 의도가 구 임대주택법 제21조 제2항과 같은 부도등 우선 분양전환 제도는 삭제하고자 하는 취지였다고 본다면, 부도임대주택에 대한 임차인의 직접 분양전환 신청권도 함께 삭제되는 것이 어색하지 아니하다. 그러므로, 위 견해의 타당성 여부는 (개정 공공주택 특별법 제50조의3에 의하여 명시적으로 존치되는) 임대의무기간 경과시의 분양전환과 관련하여 임차인의 직접 분양전환 신청권이 삭제되는 것이 부당한지를 중심으로 살펴야 할 것이다.

25) 관련하여 이병준, “공공임대주택에서 우선분양전환권과 임차인의 의미”, 『재산법연구』 제35권 제4호(한국재산법학회, 2019. 1.), 84-87면 참조.

26) 관련하여 김종보, 앞의 논문(주24), 483면 참조.

관련하여, 분양전환형 공공건설임대주택 제도는 무주택 서민이 일정 기간 자격요건을 유지하면서 임대주택에 임대로 거주하면, 시세보다 저렴한 분양전환 가격으로 이를 매수하여 주거를 소유할 수 있도록 하는 정책적 목적이 있었다.<sup>27)</sup> 그런데, 구 임대주택법 제21조 제1항은 임대의무기간이 경과한 후의 분양전환을 가능하게 해주는 조항일 뿐이고, 분양전환을 강제하는 조항이 아니었다. 이에 임대사업자의 의사에 따라서는 분양전환을 하지 아니할 가능성이 있고, 이 경우 임차인의 우선 분양전환을 통한 안정적인 주거 확보라는 정책적 목적이 달성되지 아니할 우려가 있었다. 구 임대주택법이 임차인으로 하여금 분양전환승인을 직접 신청할 수 있도록 한 주된 이유는 이러한 상황을 고려한 것으로 이해된다.<sup>28)</sup>

그런데, 구 임대주택법 제21조 제1항은 그 우선 분양전환을 받을 수 있는 적격 임차인의 판단 시점을 “분양전환 당시”로 정하고 있다. 그러므로, 임대사업자가 특별한 이유 없이 임대의무기간이 도과하였음에도 불구하고 분양전환을 진행하지 아니하는 경우, 임차인의 입장에서는 그 우선 분양전환을 위한 요건을 계속 유지하여야 하는 부담을 안게 된다. 한편, 임대사업자의 입장에서는 그와 같이 분양전환이 지연되는 사이에 부적격 임차인이 된 임차인 거주세대가 증가할수록 이익을 얻게 되므로,<sup>29)</sup> 그 분양전환을 지연할 유인동기가 있을 수 있었다.

그러나, 구 임대주택법 제21조 제7항에 대한 법원의 해석과 달리, 개정 공공주택 특별법이 적용되는 간주공공건설임대주택의 임대사업자는 부적격 임차인이 거주하던 세대라고 하더라도 이를 제3자에게 매각함에 있어 우선 분양전환가격의 제한을 받게 된다. 그러므로 개정 공공주택 특별법이 적용되는 간주공공건설임대주택의 경우, 임대사업자의 입장에서 임대의무기간 도과 당시에는 적격 요건을 갖추었던 임차인이 분양전환이 지연됨에 따라 사후적으로 요건을 상실하더라도 달리 이익이 증대되기 어려운 점에서, 임대의무기간이 도과한 이후로 불필요하게 분양전환 절차를 지연할 유인동기를 찾기 어렵다. 이에 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 이상 분양전환 승인에 대한 임차인의 직접 신청권을 둘 실익은 적어졌다고 보인다.

이상과 같은 점에서 개정 공공주택 특별법이 구 임대주택법 제21조 제5항이 정하던 임차인의 직접 분양전환승인 신청에 대한 내용을 포함하지 아니한 점만으로 (개정 공공주택 특별법 제50조의3이 구 임대주택법 제21조를 대체하지 아니하고) 구 임대주택법의 내용 중 직접적으로 양립불가한 범위를 제외한 나머지가 계속 적용될 수 있다고 해석하기는 어렵다고 보인다.

## IV. 개정 공공주택 특별법 및 구 임대주택법에 대한 각급 법원의 대립

### 1. 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다는 견해

개정 공공주택 특별법 제50조의3과 구 임대주택법 제21조의 관계 해석이 다수 소송에서 문제되고 있고, 이상 살펴본 바와 같이 개정 공공주택 특별법이 적용되는 간주공공건설임대주택에 대하여는 더 이상 구 임대주택법 제21조 제2항 등이 적용될 수 없다고 봄이 타당하다. 다만 이에 대한 각급 법원의 견해는 서로 일치하지 아니하고 있는 상황으로, 그 대립된 견해를 간략히 살피면 아래와 같다.

우선 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다는 입장으로서, 광주고등법원은 “개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항은 구 임대주택법 제21조 제2항의 적용을 배제하고 있는 것으로 볼 수 없다”고 판단하였다(광주고등법원 2024. 12. 19. 선고 2024누10460 판결 및 2024. 12. 19. 선고 2024누10507 판결<sup>30)</sup>).

구체적으로 광주고등법원은 “개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항에 따라 간주공공건설임대주택에 대하여 적용되던 구 임대주택법 규정 중 공공주택 특별법 제50조의3에서 규정하고 있는 ‘임대의무기간 도과 후 우선 분양전환’에 관한 조항들의 적용이 배제되는 것은 명백”함은 인정하였다. 그러나, 해당 부칙 조항이 명시적으로 구 임대주택법 제21조 제2항의 적용을 배제한다고 적지 아니한 점, 부도임대주택에 대한 구 임대주택법 규정의 계속 적용을 정한 경과규정인 민간임대주택법 부칙 제8조를<sup>31)</sup> 배제하지 아니한 점을 논거

27) 다만, 2008년 임대주택법에 임차인의 직접 신청권이 입법되기 전에 임대의무기간이 만료된 단지를 중심으로 조사된 내용을 다룬 선행 연구에 의하면, 이와 같은 정책적 목표와 별개로 당시 대다수 임차인들은 분양전환을 받기보다 장기임대를 유지하는 것이 더 경제적으로 이익이라고 보아 임차 상태를 유지하기를 희망하였던 것으로 보인다. 관련하여 이병준, 앞의 논문, 541-542면, 546면, 552-553면 등 참조.

28) 관련하여 이병준, 앞의 논문, 538-539면 참조.

29) 앞서 살펴본 바와 같이, 대법원은 구 임대주택법이 적용되는 부적격 임차인 거주세대를 제3자에게 매각함에 있어서는 우선 분양전환가격의 제한이 적용되지 아니한다고 보았으므로, 임대사업자는 이를 희망하는 매매가격(분양전환가격)에 처분할 수 있으므로, 우선 분양전환하는 경우에 비하여 경제적으로 이익을 얻게 된다.

30) 각 항소심 사건의 원심인 광주지방법원 2024. 1. 12. 선고 2022구합14704 판결 및 2024. 1. 26. 선고 2023구합10808 판결도 결론에 있어 동일하다.

31) 전부개정 민간임대주택법 부칙(법률 제13474호, 2015. 8. 28.).

로 들어 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용될 수 있다고 보았다.

이에 더하여 광주고등법원은 공공주택 특별법의 목적, 개정 공공주택 특별법의 개정 이유와 주요 내용을 고려하면 해당 법개정은 “임대사업자와 임차인 간의 불필요한 분쟁을 예방하고 임차인을 보호하기 위한” 목적에서 이뤄진 개정임을 언급하였다. 이 중 임차인을 보호하기 위한 목적을 특히 강조하여, 개정 공공주택 특별법이 대체, 배제하고자 하는 구 임대주택법의 범위는 임차인의 주거안정 및 피해방지, 즉 임차인 보호를 중심으로 판단되어야 한다고 보았다.

나아가 광주고등법원은 구 임대주택법의 부도등 우선 분양전환은 임대의무기간이 도과한 경우의 우선 분양전환보다 더 완화된 요건을 정하고 있으므로, 입법자는 임대사업자의 부도, 파산 등의 경우에는 주거의 불안정성 해소를 위하여 같은 조 제1항의 우선 분양전환과는 구별되는 별도의 제도를 둔 것으로 보아야 한다고 해석하였다. 그리고 임대사업자가 부도에 이른 때에 그 보증금의 회수가 곤란하게 된 임차인의 보호 필요성을 고려할 때, 개정 공공주택 특별법의 시행 이후로도 간주공공건설임대주택에 대하여 구 임대주택법 제21조 제2항의 효력이 유지될 필요성이 있다고 보았다.

또한 광주고등법원은 ‘개정 공공주택 특별법이 별도로 임대사업자의 부도등 발생시에 대한 우선 분양전환을 규정하지 아니한 것은 공공주택사업자의 부도등을 상정하기 어려우므로 그 규정의 필요성이 없었기 때문일 뿐이고, (민간)임대사업자의 간주공공건설임대주택에 대하여까지 부도 등의 발생에 따른 우선 분양전환 제도를 배제하고자 하는 취지로 볼 수 없다’고 판단하였다.

한편, 대전지방법원도 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다는 입장으로, 개정 공공주택 특별법 제50조의3은 구 임대주택법 제21조 중 임대의무기간이 경과한 이후에 적격 임차인에 대한 우선 분양전환에 대한 규정, 즉 같은 조 제1항에 대하여만 대응하는 규정이라고 보고, 그와 별개의 우선분양전환권을 규율하는 같은 조 제2항을 대체, 배제하는 개정은 아니라고 판단하였다(대전지방법원 2025. 2. 13. 선고 2023구합201842 판결).

관련하여 대전지방법원은 개정 공공주택 특별법 제50조의3에는 관할관청의 우선분양전환승인에 대한 규정이 없는 점을 들어, 구 임대주택법의 부도임대주택에 대한 우선 분양전환이 개정 공공주택 특별법에 포함되지 아니한 주된 원인은 공공주택 특별법이 본래 민간사업자가 아니라 공공사업자를 전제하는 법령이기 때문이라고 전제하였다. 이에 위 사건에서 대전지방법원은 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항은 그 문언상 (구 임대주택법을 적용하지 않는다가 아니라) 개정 공공주택 특별법을 적용한다는 형태인 점과 함께 (광주고등법원이 언급한 논거와 유사한 논거로서) 민간임대주택법 부칙 제8조 및 임차인 보호에 대한 공공주택 특별법의 입법취지를 중심으로 판단한 것으로 이해된다.

## 2. 구 임대주택법 제21조 제2항은 적용이 배제된다는 견해

반면 개정 공공주택 특별법이 적용되는 이상 구 임대주택법 제21조 제2항은 적용배제되어야 한다는 입장으로서, 춘천지방법원은 “개정 공공주택 특별법이 시행된 2021. 6. 23. 이후에는 분양전환이 완료되지 아니한 간주공공건설임대주택에 대하여 구 임대주택법 제21조의 규정이 적용될 수 없고, 개정 공공주택 특별법 제50조의3에 따른 규정만이 적용된다고 봄이 타당”하고, 구 임대주택법 제21조 제2항 및 부도임대주택에 대한 임차인대표회의의 분양전환신청에 관한 제5항 등이 더 이상 적용될 수 없다고 보았다(춘천지방법원 2024. 1. 30. 선고 2023구합30787 판결).

구체적으로 춘천지방법원은 구 임대주택법으로부터 민간임대주택법을 거쳐 공공주택 특별법의 적용까지에 이르는 간주공공건설임대주택에 대한 법령개정의 연혁 등을 고려할 때, 개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항은 분양전환이 완료되지 아니한 간주공공건설임대주택에 관하여는 개정 공공주택 특별법 제50조의3만이 적용되도록 하는 규정으로 보았다. 또한, 춘천지방법원은 민간임대주택법 부칙 제8조는 부도임대주택에 대한 구 임대주택법 규정 다수에 대한 경과조치를 두면서도, 구 임대주택법 제21조의 관련 규정만은 제외하고 있는 점을 함께 논거로 들고 있다.

또한, 춘천지방법원 강릉지원도 개정 공공주택 특별법 시행 이후로는 분양전환이 완료되지 아니한 간주공공건설임대주택의 분양전환에 관하여는 공공주택 특별법 제50조의3만이 적용될 뿐, 더 이상 구 임대주택법 제21조 제2항이 적용될 수 없다고 보았다(춘천지방법원 강릉지원 2024. 1. 18. 선고 2023구합30414 판결). 춘천지방법원 강릉지원은 그 주된 논거로서 개정 공공주택 특별법 부칙이 “임

제8조(부도등에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 「임대주택법」 제2조제8호의 부도임대주택등에 관해서는 종전의 「임대주택법」 제21조의 2, 제22조부터 제25조까지 및 제30조의 규정을 적용한다. 종전의 「임대주택법」 제2조제2호의2의 공공건설임대주택 중 공공주택사업자가 아닌 자가 건설한 주택에 대하여 이 법 시행 후 같은 조 제7호의 부도등이 발생한 경우에도 같다. <개정 2020. 6. 9.>

{2020. 6. 9. 개정 전 : 제8조(부도등에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 「임대주택법」 제2조제8호의 부도임대주택등에 관해서는 종전의 규정에 따른다. 종전의 「임대주택법」 제2조제2호의2의 공공건설임대주택 중 공공주택사업자가 아닌 자가 건설한 주택에 대하여 이 법 시행 후 같은 조 제7호의 부도등이 발생한 경우에도 같다.}

대주택법 전부개정법률 부칙 제6조제2항에도 불구하고”라는 문언을 통해 구 임대주택법 부칙규정(전부개정 민간임대주택법 부칙 제6조 제2항)을 적용하지 아니한다고 정한 점, 공공주택 특별법 제50조의3은 구 임대주택법 제21조에 대응하는 조문인 점을 주로 지적하여, 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 이상 그와 대응 관계에 있는 구 임대주택법 제21조는 대체된 것으로 보았다.

한편, 민사사건에 대한 판단이기는 하나, 대전고등법원은 ‘개정 공공주택 특별법 부칙 제6조 제1항 및 제50조의3의 문언, 취지, 특히 개정 공공주택 특별법은 부도임대주택에 대하여 구 임대주택법 제21조 제2항과 같은 규정을 두고 있지 아니한 점 및 관련 법령의 개정 경위 등을 종합할 때, 개정 공공주택 특별법 제50조의3이 적용되는 간주공공건설임대주택에 대하여는 구 임대주택법 제21조 제2항이 적용되지 아니한다’고 판단하였다(대전고등법원 2023. 9. 20. 선고 2023나10991 판결<sup>32)</sup>).

## V. 결론

개정 공공주택 특별법이 적용되는 간주공공건설임대주택의 경우, 그에 대한 법적 규율을 해석함에 있어서는 우선 분양전환 대상을 간명히 하고자 한 개정 공공주택 특별법의 취지, 그 부칙조항의 해석, 개정 공공주택 특별법 제50조의3과 구 임대주택법 제21조의 관계를 충분히 고려할 필요가 있다. 또한 간주공공건설임대주택에 대한 제반 규율의 변화에 그에 따른 기존 제도의 존속 필요성이 계속하여 인정되는지 여부를 함께 살펴야 할 것이다.

나아가, 임대주택 제도는 임대사업자의 재산권과 임차인의 주거권 사이 균형을 도모하는 제도로, 헌법상 기본권에 해당하는 임대사업자의 재산권에 대한 제한은 명문의 법률로서 근거를 갖춰야만 한다. 특히, 기본권 제한의 존재는 수법자의 입장에서 명확히 인식되도록 입법되어야 하나, 설령 구 임대주택법 제21조 제2항이 계속 적용된다고 해석될 수 있다고 가정하더라도, 그러한 기본권 제한이 해석상 명확성을 갖췄다고 보기 어렵다. 이를 종합하면, 개정 공공주택 특별법의 시행 이후로 개정 공공주택 특별법 제50조의3 등이 적용되는 간주공공건설임대주택에 대하여는 구 임대주택법 제21조 제2항은 더 이상 적용되지 아니한다고 해석함이 타당하다.

다만 이와 같은 해석의 대립과 그에 따른 법적 분쟁의 본질적인 원인은 관계 법령의 제반 규정을 세심히 살피지 아니한 입법의 불비에 가장 큰 원인이 있다고 생각된다. 입법자가 개정 공공주택 특별법 제50조의3 제4항과 같은 강력한 규제를 과거 건설된 간주공공건설임대주택에 대하여도 소급하여 적용하고자 하는 정책적 목표에만 집중한 나머지, 간주공공건설임대주택에 대한 규율에 있어서 개정 공공주택 특별법과 구 임대주택법의 관계를 스스로 명확히 하지 아니한 결과인 것이다.

살피건대, 임대주택 관련 제도의 개정에 있어서 이와 같은 문제점이 다수 발생하는 까닭은 (법치주의 및 이를 구성하는 법치행정의 요청이라고도 할) 정합적인 법체계의 유지 및 법적 안정성의 요청보다, 정치적 내지 정책적 필요에 따른 영향을 더 크게 받아왔기 때문으로 보인다.<sup>33)</sup> 그러나 임대주택 제도와 관련하여 정책적 목표의 달성을 우선적으로 고려한 입법이 이뤄질 때마다 수법자들의 혼란과 법적 분쟁이 야기되어 왔고, 그에 따라 임대사업자의 재산권뿐만 아니라 임차인의 주거권 모두에 큰 피해가 발생하여 았음을 부정하기 어렵다.

물론 임차인의 주거안정과 임대사업자의 재산권, 관련 제도의 연혁과 경과규정 등에 따른 구법과 신법의 복잡다단한 적용이 얹혀있는 임대주택 관계 법령을 섬세하게 고려하는 것은 쉽지 않다. 그러한 어려움에도 불구하고, 임대주택 제도와 그 관계 법령의 개정에 영향을 받을 다수 국민들, 특히 주거 안정이 절실한 저소득층과 그 동반자라고도 볼 수 있을 임대사업자들에게 입법 과정에서 미처 고려되지 못한 미비점으로 인하여 발생할 피해와 혼란이 예방될 필요가 매우 높다. 부디 향후 관련 제도 일반에 있어서 더 사려 깊고 명료한 입법이 이뤄지기를 기원한다.

투고일 2025. 8. 24. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 12.

32) 해당 사건에 대하여도 상고심이 계속 중인 것으로 보인다.

33) 임대주택 관계 법령에 대한 정치적 관심과 그에 따른 잦은 법개정과 관련하여 장영수, “공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰”, 『고려법학』 제102호(2021. 9.), 1-44면 참조.

## 참고문헌

### 단행본

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

### 일반 논문

김종보, “임대주택의 분양전환과 분양가격”, 『서울대학교 법학』 제54권 제3호(2013. 9.).

김종보, “임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 판결(전원합의체) -”, 『행정판례연구』 제22권 제2호(한국행정판례연구회, 2017. 12.).

김진훈, “임대주택 분양전환에 관한 소급입법에 대한 소고”, 『건설법연구』 제13호(사단법인 건설법학회, 2025. 3.).

이병준, “공공임대주택에서 우선분양전환권과 임차인의 의미”, 『재산법연구』 제35권 제4호(한국재산법학회, 2019. 1.).

이중근, “공공건설임대주택 관련법의 위헌성 및 개선방안 연구 – 구「임대주택법」의 ‘임차인 분양전환승인신청’ 제도를 중심으로 –”, 『경영법률』 제32권 제4호(한국경영법률학회, 2021. 7.).

장영수, “공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰”, 『고려법학』 제102호(2021. 9.).

**ABSTRACT**

# **A study on the preferential conversion for the sale of insolvent rental housing following the amendment of the Special Act on Public Housing**

Chang, Jae Yeon\*

Pursuant to the enforcement of the wholly amended Special Act on Private Rental Housing (Act No. 13499) on August 28, 2015, the legislature stipulated that rental housing constructed by private rental business operators with public support prior to this date would continue to be (deemed) public rental housing subject to the former law. The amendment of the Special Act on Public Housing (Act No. 17734), on December 22, 2020, introduced a supplementary provision that applied the amended regulations on Conversion for Sale to (deemed) public rental housing pursuant to the previous transitional provisions. This did not clearly specify whether the Conversion for Sale regulations of the former Act on Rental Housing would be replaced by the Conversion for Sale regulations of the amended Special Act on Public Housing or if they would continue to be applied insofar as they do not conflict with the new law. However, a significant dispute over the interpretation of this issue exists.

In this regard, given that a clear legal basis is required to restrict property rights under the Constitution, it is reasonable to interpret that if Article 6 of the supplementary provisions of the amended Special Act on Public Housing is not clear about Article 21, Paragraph 2 of the former Act on Rental Housing, then the said provision, which entails a restriction of property rights, no longer applies. Article 21 of the former Act on Rental Housing and Article 50-3 of the amended Special Act on Public Housing have corresponding structures, and viewing them as in a substitutive relationship is natural. The supplementary provision also does not suggest an intent to maintain the application of the former law solely to insolvent rental housing in relation to conversion for sale.

Furthermore, if the Conversion for Sale of Insolvent Rental Housing remains applicable, related penal provisions pursuant to the principle of legality in criminal law should be stipulated. The legislature did not explicitly stipulate the continued application in the amended law. Based on these points, it should be interpreted that Article 21, Paragraph 2 of the former Act on Rental Housing is no longer applicable to the (deemed) public rental housing now governed by Article 50-3 of the amended Special Act on Public Housing. The fundamental cause of these issues is in the ambiguous nature of the transitional provisions, suggesting a need for more precise legislation in the future.

**Keywords:** Rental Housing, Preferential Conversion for Sale, Insolvent Rental Housing, Special Act on Public Housing, Act on Rental Housing

---

\* Attorney at Law, Lee & Ko LLC



## 논문 / ARTICLE

## 분양전환 공동주택 하자책임기간에 대한 연구: 하자책임 관련 공법적 규율의 확대 필요성

박찬호\*

### 국문초록

분양전환 공동주택 하자책임기간은 하자책임 존속 여부를 결정하는 핵심적 요건이다. 그럼에도 그 기산점이 집합건물법 및 공동주택관리법의 규정에 따라 전유부분 또는 공용부분별로 임차인 인도일, 구분소유자 인도일, 사용검사일 등 여러 시점으로 변경되었다. 어떤 규정도 공동주택 1동의 구분소유권 대상이 되는 각 호를 동일하게 규율할 수 없다는 형평성 문제가 존재하고, 구분소유자가 되는 날과 사용검사일의 시차가 커서 실무상 혼란도 있었다. 먼저, 하자책임기간이 제척기간인지 하자발생기간인지 법적 성격에 대한 견해 대립이 있어 공동주택관리법 규정상 제척기간으로 보는 것이 타당하다는 점을 밝혔다. 또한, 전유부분 및 공용부분 모두 구분소유자 인도일을 기산점으로 정하자는 민사법적인 입법론은 사업시행자에게 일방적으로 불리하여 부당하다. 근본적인 원인은 공동주택 하자책임 기산점을 소유 또는 인도라는 민사법적 기준으로 규율하는 것이므로 사용검사라는 공법적 기준으로 일원화할 필요가 있다. 집합건물법 적용에 따른 문제가 되는 사례는 개정 집합건물법 시행(2013. 6. 19.) 전후로 임대계약과 분양계약 시점이 엇갈린 경우이다. 부칙 제3조의 '이 법 시행 전에 분양된 건물에 대한 담보책임은 종전 규정에 따른다'는 조문 중 분양의 해석에 따라 동호별로 개정 전·후 법률의 적용 여부가 달라지는 형평성 문제가 있다. 결국 이 모든 문제는 집합건물법 적용에서 파생되므로 하자책임에 대한 공법적 규율을 강화하고 확대하는 것이 필요하다. 추가적으로 입주자대표회의가 1차적 하자책임 청구권자가 되고, 하자보수 우선원칙에 따라 하자보수충당금을 도입하는 입법적 개선이 바람직하다.



### Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.4>

Received: August 22, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 11, 2025

Copyright: © 2025 Construction &amp; Urban Development Law Association.

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

### 목차

#### I. 서론

#### II. 분양전환 공동주택 하자책임에 대한 집합건물법 적용의 문제

#### III. 하자책임 관련 공법적 규율 확대 가능성 검토

#### IV. 결론

\* 한국토지주택공사 사내변호사, 이 글은 소속기관과 상관없는 개인적인 의견입니다.

## I. 서론

국민 대다수가 아파트에 거주하는 ‘아파트 공화국’ 현실에서 공동주택은 가계의 큰 자산이다. 공동주택은 주거공간을 구조적으로 함께 소유하고 관리하므로 건축행정상 하자보수는 위, 아래 또는 옆에 거주하는 다른 입주자 및 향후에 거주할 입주자 등의 주거 안정, 주택 기능 및 미관에도 큰 영향을 미친다. 노후 공동주택의 재개발·재건축이 경제적으로 어려운 상황에서 하자 손해배상금을 실질적으로 하자보수에 활용하여 공동주택을 오랫동안 사용할 수 있도록 공법적인 관점에서 공동주택 관리를 적극적으로 고민할 시기가 되었다. 그런데, 공동주택 하자 관련 소송이 민사법에 따라 처리되어 하자보수보다는 하자보수에 갈음하는 손해배상에 집중되고, 하자 손해배상이 인정되는 경우 판결 당시 구분소유자에게 손해배상금으로 분배될 뿐 실제 하자보수는 이루어지지 않는 것이 실무의 큰 문제점이다.<sup>1)</sup> 하자책임(이하 하자보수책임 및 손해배상책임을 통합하여 지칭할 때는 ‘하자책임’이라 한다)을 오직 민사법적 관점에서 손해배상책임으로만 해결하는 것은 공동주택의 ‘관리’라고 볼 수 없고, 법리적으로도 문제가 있다. 이런 점을 명확하게 보여주는 사례가 분양전환 공동주택 하자책임에 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라고 한다)을 적용하는 것이다.

분양전환 공공건설임대주택은 인도(입주)부터 소유(등기)까지 시차가 있다. 입주자는 추후 구분소유자로 승격되지만 잠정적으로는 임차인에 불과하여 공공은 상당히 긴 기간 동안 소유자로서 공동주택을 관리한다. 이로 인해 민사법적인 관점에서는 예상하지 못하였던 분양전환가격에 관한 분쟁부터 하자책임 제척기간 기산점에 관한 분쟁까지 공법적 규율이 필요한 쟁점들이 발생하였다. 특히 이 글에서 다루는 제척기간의 기산점은 전유부분과 공용부분에 따라 임차인에게 인도한 날, 구분소유자에게 인도한 날, 사용검사일 등으로 입법상·판례상 수차례 변경되어 민사법인 집합건물법으로는 하자책임을 완벽하게 규율할 수 없다는 것을 보여주었다. 구체적으로 집합건물법 적용이 쟁점이 된 사례는 임대계약이 2012. 12. 18. 법률 제11555호로 개정되고 2013. 6. 19. 시행된 집합건물법(이하 ‘개정 집합건물법’이라 한다) 시행 이전에, 분양계약이 개정 집합건물법 시행 이후에 각 체결된 경우이다. 이 경우 개정 집합건물법 부칙 제3조 ‘이 법 시행 전에 분양된 건물에 대한 담보책임에 관하여는 종전 규정에 따른다.’는 문구 해석에 따라 하자책임 제척기간 적용법률이 개정 전 또는 개정 후 집합건물법으로 달라지고 후술하듯이 어떤 법률을 적용해도 해결이 곤란한 문제가 남는다.

이 글은 하자책임과 관련하여 집합건물법에 따른 규율은 완벽하지 않기 때문에 공법적 규율을 강화해야 한다는 문제의식에서 시작되었다. 먼저, 분양전환 공동주택에 대하여 간략히 정리하고, 하자책임기간의 법적 성격을 집합건물법, 주택법 및 공동주택관리법 입법 연혁을 통하여 살펴본 후 분양전환 공동주택 하자책임기간의 법적 성격 및 민사적 관점에서 볼 때 발생하는 문제점을 밝혀본다. 또한, 판례를 통하여 분양전환 공동주택에 개정 전 또는 개정 후 집합건물법을 적용할 경우 발생하는 문제점도 살펴본다. 추가적으로 일반 공동주택 하자책임과 관련하여 민사적 해결 방식의 법리적 문제점에 대하여 개략적으로 논하고 공법적 규율을 확대하는 방안을 모색한다. 장기적으로는 공동주택 재건축이 도시 및 주거환경정비법의 정비사업 인가라는 틀을 통하여 일부가 공법의 영역에 포섭되었듯이 공동주택 관리도 하자책임에 관한 논의에서 출발하여 공법의 영역으로 포섭되길 기대한다.

## II. 분양전환 공동주택 하자책임에 대한 집합건물법 적용의 문제

### 1. 분양전환 공동주택

공공주택특별법 제2조 제1항 가목을 풀어보면, 분양전환 공동주택은 공공주택사업자<sup>2)</sup>가 재정 또는 주택도시기금<sup>3)</sup>을 지원받아 건설 및 임대한 후 일정 기간이 경과하면 특정 조건을 만족시킨 입주자에게 우선 분양전환<sup>4)</sup>을 하는 주택이다. 임대주택법이 「민간임대주

- 1) 김종보, “[기고]길 않은 아파트 하자소송”, 매일경제, 2024. 11. 26. 민사적 돈 문제가 아닌 공법적 주거의 문제로 바라보아야 한다는 취지이다.
- 2) 공공주택특별법 제4조 제1항 각 호에 해당하는 ① 국가 또는 지방자치단체, ② 한국토지주택공사, ③ 지방공사, ④ 공공기관 중 대통령령으로 정하는 기관 및 ⑤ ① 내지 ④가 총지분의 50을 초과하여 출자·설립한 법인, 주택도시기금 또는 ① 내지 ④가 총지분의 전부(도심 공공주택 복합사업의 경우에는 100분의 50을 초과한 경우를 포함한다)를 출자·설립한 부동산투자회사 및 공공주택특별법 제4조제2항에 해당하는 ⑦ ① 내지 ④와 같이 공동 공공주택사업자로 지정된 주택법 제4조에 따른 주택건설사업자를 말한다.
- 3) 재정이 투입된 사례는 거의 없다. 기금은 주택도시기금법에 따른 주택도시기금이고 종전 명칭은 국민주택기금이었다. 종전 국민주택기금을 포함하여 주택도시기금이라 통칭한다.
- 4) 공공주택특별법 제2조 제4호에 따라 분양전환은 공공 임대사업자가 공공 임대사업자가 아닌 자에게 매각하는 것을 의미하고, 같은 법 제50조의3에 따라 공공건설임대주택은 분양전환시 같은 조 제1항 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 자에게 우선 분양전환할 의무가 있다.
  - 가. 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주한 무주택자인 경우
  - 나. 공공건설임대주택에 입주한 후 상속이나 판결 또는 혼인으로 다른 주택을 소유하게 되었으나 입주한 후부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 계속하여 거주하면서 분양전환 이전까지 다른 주택을 처분한 무주택자인 경우

택에 관한 특별법」(2015. 8. 28. 법률 제13499호로 전부개정된 것)으로 전부개정될 때 종전 임대주택법이 규율하던 공공임대주택은 공공주택특별법 규정을 적용하도록 이관하고, 민간임대사업자가 주택도시기금의 지원을 받아 건설하거나 공공사업으로 조성된 택지에 건설한 민간임대주택은 우선 분양전환 규제를 폐지한 「민간임대주택에 관한 특별법」을 계속 적용하였다.

주택가격이 지속적으로 상승하였던 과거에는 분양전환 공동주택이 많이 공급되었다. 건설 시 주택도시기금 투입으로 공공주택사업자의 부담을 줄여 주택시장에 임대주택 공급이 늘어났다. 분양전환 시 통상 시장가격보다 낮은 분양전환가격으로 우선 분양전환을 받은 입주자에게 시세차익이 발생했다. 주택도시기금은 분양전환 시 회수되어 다시 임대주택 건설에 투입되는 선순환도 이루어졌다. 반면 문제점도 있었다. 분양전환 공동주택은 계약체결 이후 계약이행이 장기간 이연된 방식으로 공급되었기 때문에 임대계약 당시 향후 분양전환 시 감정가격 예측이 곤란하여 분양전환가격이 실제 기대와 다른 경우가 많았다. 강행규정으로 통제된 분양전환가격<sup>5)</sup> 관련 부당이득반환소송이 소멸시효가 완성되지 않은 거의 모든 단지에서 발생하였고, 자연스럽게 하자책임 관련 분쟁까지 이어지고 있다. 최근에는 10년 분양전환 공동주택 조기 분양전환의 경우 잔여기간(10년 - 조기 분양전환까지 기간) 동안 장래 발생할 도배·장판 보수비용까지 청구하는 등 관련 분쟁이 끊이지 않고 다양하게 발생하고 있다.

공동주택 구분소유자는 공동주택관리법 제36조 및 집합건물법 제9조에 근거하여 하자에 대한 보수 및 손해배상청구를 할 수 있고 양자는 별개의 권리이다.<sup>6)</sup> 분양전환 공동주택이 분양전환되기 전 입주자가 임차인으로서 공공주택사업자를 상대로 하자책임을 청구하는 근거는 집합건물법에 없고 공동주택관리법, 공공주택특별법 등 공법적 근거만 있다. 구체적으로 입주자는 공동주택관리법 제36조 제2항 및 제37조에 따라 손해배상은 청구할 수 없고, 하자보수만 청구할 수 있으며, 공공주택특별법 시행규칙 표준임대차계약서<sup>7)</sup>에 따라 주택의 보수와 수선은 임대인의 부담으로 한다. 분양전환 공동주택이 분양전환된 후 입주자가 구분소유자로서 공공주택사업자에게 하자책임을 청구할 수 있는지에 대한 명확한 규정은 없지만 계약이행이 장기간 이연된 계약 당사자이고 소유자이므로 당연히 가능하고 대법원 판례<sup>8)</sup>도 동일한 입장이다. 임차인으로서 하자책임 청구권은 구분소유자로서 하자책임 청구권보다 약할 수밖에 없다는 것은 논란의 여지가 없다. 같은 판례에서는 하자책임기간에 대하여 임차인으로서 점유를 이전받은 시점부터 제척기간을 기산하고 기간이 도과한 경우 구분소유자로서 하자보수청구권도 제한된다고 판단하였다.

## 2. 분양전환 공동주택 하자책임기간

### (1) 하자책임에 대한 민사법적 및 공법적 규제 개관

현재 하자책임을 규율하는 대표적인 민사법은 집합건물법이고 대표적인 공법은 공동주택관리법이다. 집합건물법은 공동주택으로 대표되는 구분소유권이 인정되는 부동산의 소유권에 관한 민법의 특별법으로 제정되었고, 부수적으로 민법상 하자담보책임에 대한 특별규정으로 하자책임을 규정하고 있다. 공동주택관리법은 비록 집합건물법과 동일하게 하자책임기간을 규정하고 있지만, 입주자대표회의 등 청구권자, 사업주체 등 상대방, 하자보수 우선, 지방자치단체장의 안전진단, 시정명령 등 다양한 공법적 규율을 구체적으로 규정하고 있다.

집합건물법 위주의 하자책임 실무는 앞에서 논한 것처럼 하자보수보다는 하자보수에 갈음하는 손해배상에 집중되는 문제가 있다. 집합건물법 자체도 당연히 민사법으로 구분소유자의 하자담보책임 위주로 규정하여 이러한 실무를 뒷받침하고 있을 뿐만 아니라 규정

- 다. 제49조의4 단서에 따라 임차권을 양도받은 자로서 양도일부터 분양전환할 때까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 경우
- 라. 선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우
- 마. 분양전환 당시에 거주하고 있는 해당 임대주택이 전용면적 85제곱미터를 초과하는 경우
- 5) 공공건설임대주택 임대기간 및 공급시기에 따라 상이하므로 자세히 다루지 않는다. 5년 후 분양전환되는 공공임대주택의 경우 (건설 시 실건축비 + 분양전환 시 감정평가금액)/2이고, 10년 후 분양전환되는 공공임대주택의 경우 (건설 시 감정평가금액 + 분양전환 시 감정평가금액)/2이며, 관련 강행규정에 관한 자세한 사항은 김종보, 「임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 판결(전원합의체) -」, 『행정판례연구』 제22권 제2호(2017. 12.), 475-500면 참조.
- 6) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다34405 판결.
- 7) 제9조(보수의 한계) ① 위 주택의 보수와 수선은 “임대인”的 부담으로 하되, 위 주택의 전용부분과 그 내부 시설물을 “임차인”이 파손하거나 멸실한 부분 또는 소모성 자재(「공동주택관리법 시행규칙」 별표 1의 장기수선계획의 수립기준상 수선주기가 6년 이내인 자재를 말한다)의 보수주기에서의 보수 또는 수선은 “임차인”的 부담으로 한다.
- ② 제1항에 따른 소모성 자재와 제1항에 따른 소모성 자재 외의 소모성 자재의 종류와 그 종류별 보수주기는 제16조에 따른 특약으로 따로 정할 수 있다. 다만, 벽지·장판·전등기구 및 콘센트의 보수주기는 다음 각 호와 같다.
  1. 벽지 및 장판: 10년(변색·훼손·오염 등이 심한 경우에는 6년으로 하며, 적치물의 제거에 “임차인”이 협조한 경우만 해당한다)
  2. 전등기구 및 콘센트: 10년. 다만, 훼손 등을 이유로 안전상의 위험이 우려되는 경우에는 조기 교체해야 한다.
- 8) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다66610 판결.

이 없는 부분에 대한 법률적 공백을 발생시키고 있다. 법원은 집합건물법 규정 및 현재 구분소유자의 청구에 따라 하자책임을 대부분 민사상 손해배상으로 처리하여 공동주택 하자책임에 대한 다양한 공법적 규율이 사문화되고 있는 실정이다. 공법적 규율이 강화되어 손해배상이 아닌 하자보수가 우선된다면 공동주택을 오랫동안 사용할 수 있는 사실상 효과가 있을 것이다. 더불어 공법적 규율에 수반되는 행정강제를 통하여 행정청의 개입이 활발해지고, 행정소송을 통하여 단순한 민사적 손해배상이 아닌 행정법 및 그 일반원칙을 적용한 공동주택 관리에 관한 법리가 발전하는 계기가 될 수 있다는 점도 공법적 규율을 검토하는 실익이 될 수 있다.

## (2) 집합건물법: 제척기간 및 개정에 따른 기산점 변경

2012. 12. 18. 개정되기 전 집합건물법(이하 '구 집합건물법'이라 한다) 제9조는 민법 제671조를 준용하여 하자책임기간은 출소기간이 아닌 재판상 또는 재판외의 권리행사기간인 제척기간이고,<sup>9)</sup> 기산점은 인도일이며, 제척기간은 10년이라고 보았다.<sup>10)</sup> 반면, 일부 판례는 하자책임기간을 소멸시효로 보기도 하였다.<sup>11)</sup> 2005. 5. 26. 법률 제7520호로 개정된 주택법<sup>12)</sup>(이하 '주택법'이라 한다) 규정에 따른 하자책임과 구 집합건물법에 따른 하자책임의 관계에 관하여 대법원은 주택법에 따른 하자책임기간을 하자발생기간으로 보아 주택법 제46조에서 규정한 사용검사 후 하자의 경우 주택법 시행령에서 정하는 담보책임기간에 하자가 발생한 때에 한하여 구 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다. 반면, 주택법 제46조에서 규정하지 않은 사용검사 전 하자의 경우 대법원은 주택법 시행령상의 담보책임기간과 관계없이 구 집합건물법 제9조에 따라 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다. 결국 제척기간 10년과 소멸시효 10년을 합쳐 최대 20년 동안 하자책임이 존속한다.<sup>13)</sup>

개정 집합건물법에서 신설된 제9조의2 제2항에서는 하자책임기간을 제척기간으로 직접 규정하였다. 전유부분은 구분소유자에게 인도된 날로부터 10년, 공용부분은 사용검사일로부터 하자책임기간을 공종별로 2, 3, 5, 10년으로 구분하였다.<sup>14)</sup> 분양전환 공동주택에 대한 대법원 판례도 개정 집합건물법에서 정한 공종별 담보책임기간 내에 하자보수 혹은 손해배상 청구 등 권리 행사를 한 사실이 인정되지 않으므로 제척기간 도과로 권리가 소멸하였다고 판단하여, 개정 집합건물법의 하자책임기간을 제척기간으로 해석하였다.<sup>15)</sup>

## (3) 주택법 및 공동주택관리법: 하자발생기간에서 제척기간으로 변경

주택법 및 공동주택관리법에 따른 하자책임기간이 하자발생기간인 경우 집합건물법에 따른 제척기간과 조화로운 해석을 모색해야 하고, 제척기간인 경우 집합건물법에 따른 제척기간과 직접 비교가 가능하므로 먼저 주택법 및 공동주택관리법 관련 규정을 살펴본다. 특히, 주택법은 하자책임기간을 하자발생기간으로 보았으나, 공동주택관리법이 제정되면서 이를 제척기간으로 변경하였는지가 핵심이다.

하자보수와 관련하여 사업주체<sup>16)</sup>는 담보책임에 관하여 민법 제667조부터 제671조까지의 규정<sup>17)</sup>을 준용하도록 한 집합건물법 제9

9) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결.

10) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결 등.

11) 구 집합건물법 제9조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이고, 이에 따른 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효기간이 적용된다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결). 소멸시효는 채권자가 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하는바, 아파트 구분소유자는 아파트를 인도받은 후, 인도 후 하자가 발생한 경우에는 각 하자가 발생한 때부터 하자보수청구권 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 행사하는데 아무런 법률상 장애사유가 없으므로 그때부터 소멸시효는 진행된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결).

12) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결에서 구 집합건물법에 따른 하자책임이 주택법상 하자책임에 우선하여 적용되는 것으로 해석하자 국회에서 일률적으로 10년의 제척기간이 불합리하다고 보고 공공주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 제46조가 집합건물법에 우선하도록 하였고 부칙 제3조에 법 시행 전에 사용검사 등을 얻은 공동주택의 담보책임 및 하자보수도 제46조의 규정을 적용하도록 하여 주택법 개정 전에 이미 하자책임이 발생한 경우에도 개정된 주택법이 소급적용되는지 논란이 있었던 법이고 결국 부칙 제3조는 헌법재판소 2008. 7. 31. 2005 헌가16 결정으로 위헌이 되었다.

13) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다108234 판결. 신미연, "집합건물의 하자담보책임에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2020, 90면.

14) 주요구조부, 지반 하자는 10년, 그 외 대지조성공사, 철근콘크리트공사, 철골공사, 조적공사, 지붕 및 방수공사의 하자 등 건물의 구조상 또는 안전상의 하자는 5년, 창호공사 및 조경공사의 하자 등 건물의 기능상 또는 미관상의 하자는 3년, 마감공사의 하자 등 하자의 발견·교체 및 보수가 용이한 하자는 2년.

15) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다245184 판결.

16) 주택법 및 공동주택관리법에 정의된 사업주체에 대하여 이 글에서 자세히 논하지는 않지만 하자책임청구의 상대방이고, 하자책임의 주체이다. 사업시행자, 건축주, 시공자 등을 포함하는 개념이다.

17) 민법 규정에는 발생이라는 용어는 쓰이지 않는다.

제667조 (수급인의 담보책임) ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.

조에도 불구하고, 주택법 제46조는 담보책임 기간에 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 입주자 등의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 하고, 공동주택의 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우에는 하자 발생으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하였다. 하자책임기간에 관하여 공종별로 1, 2, 3, 4, 5, 10년으로 구분하였고 판례는 이를 하자발생기간으로 보았다.<sup>18)</sup>

주택법에서 분화된 공동주택관리법<sup>19)</sup>은 주택법과 (개정 전후와 무관하게) 집합건물법 사이 하자책임기간이 상이함으로 인해 초래된 혼란을 해소하기 위하여<sup>20)</sup> 개정 집합건물법의 하자책임기간에 맞추어 동일한 기간으로 규정하였다. 공동주택관리법 제37조는 주택법과 유사하게 하자보수청구권 및 손해배상청구권을 규정하면서, 시행령 제38조 제1항 및 제39조 제1항 제2호 규정<sup>21)</sup>에 담보책임 기간 내 하자보수청구를 하도록 하고 신청하지 않으면 청구할 권리가 없어진다는 사실을 통보하도록 하였다. 2017. 4. 18. 공동주택관리법이 개정되면서<sup>22)</sup> 손해배상책임에 관하여 민법 제667조를 준용하여 내력구조부에 중대한 하자가 발생한 경우를 포함하여 모든 하자에 대하여 손해배상청구를 가능하게 하였고, 청구권자에 임차인을 추가하였지만 임차인에게는 하자보수청구권만 인정하고 손해배상청구는 인정하지 않았다.

공동주택관리법에 따른 하자책임기간이 제척기간인지 여부에 대하여 '담보책임 기간에 하자가 발생한 경우'라는 제37조 제1항 규정이 주택법과 동일한 점 및 구분소유자의 권리 보호를 고려하여 여전히 하자발생기간이라고 보는 견해도 있다.<sup>23)</sup> 그러나 ① 앞에서 살펴본 공동주택관리법과 집합건물법 하자책임기간이 일치하지 않았을 때 주택법 및 구 집합건물법 관계에 관한 판례에 따르면 공동주택관리법에 따른 하자책임기간 내 발생한 하자라면 더 장기인 집합건물법에 따른 제척기간 내 (구 집합건물법이 적용된다면 제척기간이 인도일로부터 10년이므로 한꺼번에 모든 하자에 대한) 손해배상청구를 할 수 있었기 때문에 실익이 크겠지만 현재는 기간이 동일 하므로 실익이 없고, ② 제척기간이라고 해석하여도 실무적으로 구분소유자들이 입주자대표회의에게 하자보수를 요청하는 것이 통상적이고 이에 따라 채권양도 이전에라도 입주자대표회의가 공공주택사업자에게 하자보수를 요청한 것은 각 하자부분에 대한 포괄적인 권리행사를 한 것으로 보아야 한다는 집합건물법 판결<sup>24)</sup> 및 하자책임기간이 재판상 및 재판외 권리행사기간이라는 견해에 따르면 입주자 권리 보호에 문제가 없으며, ③ 공동주택관리법의 하자책임기간을 하자발생기간으로 보면서 기간 내에 청구를 하지 않으면 구제 받지 못한다는 견해<sup>25)</sup>에 따르면 공동주택관리법 관련 규정은 권리행사기간을 연장하는 효과가 없고, 반대로 하자책임기간을 기산점으로 10년의 소멸시효를 인정하여 결국 권리행사기간을 연장하는 취지로 보면 혼란을 해소하기 위하여 기간을 통일시킨 공동주택관리법 개정 취지 및 기간별 하자책임 만료 전에 기간이 도과하면 소멸한다는 통지를 하는 등 담보책임 종료를 위한 절차를 규정하여 사업주체의 담보책임 소멸 시기를 명확히 하고자 한 같은 법 시행령의 취지와 맞지 않기 때문에<sup>26)</sup> 하자발생기간이 아닌 제척기간으로 해석하는 것이 타당하다.

② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다.

제668조(동전-도급인의 해제권) 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

제669조 (동전-하자가 도급인의 제공한 재료 또는 지시에 기인한 경우의 면책) 전2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

18) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다69662 판결.

19) 2015. 8. 11. 법률 제13474호로 제정되어 2016. 8. 12. 시행. 시행일 이후 사용검사 또는 사용승인을 받은 공동주택에 적용.

20) 신미연, "공동주택의 하자담보책임에 관한 연구 - 집합건물법과 공동주택관리법의 하자담보책임기간 해석을 중심으로 -", 『동아법학』 제83호(20 19. 5.), 177면. 개정 집합건물법은 하자의 공종별로 하자책임기간을 2, 3, 5, 10년으로 규정하고, (제척기간인)하자책임기간 내내에만 하자보수 청구가 가능하다. 반면 주택법은 하자책임기간을 1, 2, 3, 4, 5, 10년으로 규정하고, 하자가 하자책임기간 내에 발생하였음을 입증하면 하자책임 기간 이후라도 하자보수 청구가 가능하다.

21) 제38조 (하자보수 절차) ① 입주자대표회의등은 공동주택에 하자가 발생한 경우에는 담보책임기간 내에 사업주체에게 하자보수를 청구하여야 한다.

제39조(담보책임의 종료) ① 사업주체는 담보책임기간이 만료되기 30일 전까지 그 만료 예정일을 해당 공동주택의 입주자대표회의등에 서면으로 통보하여야 한다. 이 경우 사업주체는 다음 각 호의 사항을 함께 알려야 한다.

2. 담보책임기간 내에 하자보수를 신청하지 아니하면 하자보수를 청구할 수 있는 권리가 없어진다는 사실

22) 2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정되어 2017. 10. 18. 시행.

23) 신미연, "공동주택의 하자담보책임에 관한 연구 - 집합건물법과 공동주택관리법의 하자담보책임기간 해석을 중심으로 -", 『동아법학』 제83호(20 19. 5.), 178면.

24) 구 집합건물법 관련 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결 등, 개정 집합건물법 관련 원주지원 2024. 9. 5. 선고 2022가합50556 판결.

25) 이범상, "공동주택관리법과 집합건물법상의 하자담보책임기간의 법적 성격", 법조신문 616호, 2016. 11. 26. 이 글은 "공동주택관리법상 하자책임기간 내에 하자가 발생하였다면 집합건물법상 하자책임기간 내에 재판상 또는 재판외의 방법으로 하자보수청구를 하여야 하고, 만일 하자책임 기간 내에 하자가 발생하였음에도 하자책임기간 내에 재판상 또는 재판외의 하자보수청구를 하지 않았다면 권리를 구제받지 못하게 되며, 하자책임기간 내에 재판 외의 방법으로 하자보수청구를 하였으나 사업주체 등이 하자보수를 하여 주지 않을 경우에는 하자발생일로부터 10년이 지나기 전에 재판상 청구를 하여야 한다."고 본다.

26) 황의관, "공동주택 하자분쟁해결 제도의 현황 및 개선방안 연구", 『법학논총』 제31권 제1호(조선대학교 법학연구원, 2024. 4.), 263-292면.

#### (4) 분양전환 공동주택 하자책임기간에 대한 집합건물법 적용의 문제

구 집합건물법 관련 대법원 판례에 따르면 인도는 원인관계를 불문하고 건축 후 최초 인도를 의미하고 분양전환 시가 아닌 임차인에게 인도된 날을 제척기간 기산점으로 보아 10년의 제척기간을 인정하였다.<sup>27)</sup> 구 집합건물법이 적용되는 경우에는 분양전환 공동주택 전유부분 하자책임기간은 일반분양주택보다 짧았다. 개정 집합건물법에서 신설된 제9조의2 제2항은 전유부분의 경우 구분소유자에게 인도한 날을 제척기간 기산점으로 보고 10년의 제척기간을 규정하여 분양전환 공동주택에 대하여 일반분양주택과 동일하게 규정하였다. 공동주택관리법은 전유부분에 대한 임차인으로서 하자보수기간은 임차인에게 인도한 날로부터 기산한다는 규정을 제외하면 개정 집합건물법과 동일하다. 개정 집합건물법 및 공동주택관리법이 적용되는 경우에는 분양전환 공동주택 공용부분 제척기간은 사용검사일로부터 기산되어 사용검사일로부터 2, 3년 등 제척기간이 짧은 하자책임기간은 임차인이 구분소유자가 되기 전에 도과된다. 이런 일반분양주택과 차이 및 소유자별로 동호별로 기산점이 달라진다는 문제로 인하여 집합건물법 개정 전 또는 개정 후 및 공동주택 관리법 개정 이후에도 여전히 분양전환 공동주택 하자책임기간 입법론이 제기된다.

#### (5) 집합건물법 입법론 비판 및 하자책임기간에 대한 공법적 기준 마련 필요성

민사법적 측면에서 제시된 입법론은 입주자 관점에서 보면 입주자-공공주택사업자 및 입주자-(공공주택사업자)-시공자 관계에서는 하자 발견 가능성 및 미분양 리스크 등을 입주자가 부담하는 것이 부당하므로 전유부분 및 공용부분 모두 제척기간 기산점을 인도일로 하여야 하고 시공자 관점에서 보면 입주자에 대한 책임은 법정책임이므로 입주자가 아닌 분양자에게 인도한 날을 기산점으로 삼아 미분양 리스크를 시공자가 부담하지 않도록 해야 한다고 한다.<sup>28)</sup> 이 입법론은 모든 문제를 민사법적 관점에서만 판단하여 동일한 하자에 대하여 이해관계인에 따라 기산점이 달라진다는 문제가 있다. 실무적으로는 입주자대표회의가 하자소송을 전담하고 제소 전 또는 소송상 감정을 통하여 각 단지 및 세대에서 발생한 하자를 확인하기 때문에 입주자가 직접 하자를 발견할 필요와 실익이 없으므로 입주자에 대한 인도가 하자 발견 가능성 기준이 되지도 않는다. 공공주택사업자 관점에서 살펴보면 입주자의 하자보수 및 손해배상 청구가 없어 하자 존재를 인지하지 못한 공공주택사업자가 내부적으로 책임이 있는 시공자에게 행사할 수 있는 구상권은 건설산업기본법 및 국가계약법에 따른 5년의 상사 소멸시효 기간이 도과되어 소멸되는 반면, 입주자에 대한 하자책임기간이 5년을 초과하는 경우에는 공공주택사업자는 여전히 책임지고 시공자는 면책되는 불합리한 결과도 발생할 수도 있다. 또 다른 입법론은 분양전환 공동주택에 공동주택관리법을 적용하도록 집합건물법을 개정하면 사업주체와 입주자가 서로 유리한 법률 적용을 주장하면서 발생하는 분쟁을 줄일 수 있다고 한다.<sup>29)</sup> 이 입법론에서 적용 조문으로 제시한 것으로 보이는 공동주택관리법 제37조 제2항 임차인 부분<sup>30)</sup>은 임차인으로서 하자보수청구에 한정되는 조문으로 하자책임 전반에 적용할 수는 없다. 또한, 분양전환 공동주택 전유부분의 경우 하자 발견 가능성 상당 부분은 현재 거주하고 추후 우선 분양전환을 받을 권리가 있는 입주자도 부담하여야 하므로 입주자가 임차인으로서 인도받은 날로부터 제척기간이 기산되는 것이 타당하고, 종전 대법원 판례도 이를 긍정하였음에도 개정 집합건물법이 입주자를 두텁게 보호하려는 취지로 하자책임기간 기산점을 구분소유자로서 인도받은 날로 변경한 것을 반하여 다시 구 집합건물법 당시로 돌아가는 것에 불과하다.

공동주택은 민사법적인 구분소유권 관점에서만 바라볼 수 없는 분양전환 공동주택, 분양주택과 임대주택이 혼합된 신혼희망타운 등 다양한 유형이 존재하므로 공법상 독자적인 기준에 따라 사용검사일을 제척기간 기산점으로 설정하는 것을 제안한다. ① 민사법적 및 공법적 견해 모두 하자책임을 법정책임이라고 보고 있는데 반드시 민사적 개념인 인도를 기준으로 삼아야 하는지 의문이고, ② 법정책임이므로 최초 구분소유자로부터 전득한 현재 구분소유자가 하자책임을 청구할 수 있다는 점에 이견이 있는데 현재 구분소유자는 최초 구분소유자의 인도일을 정확히 모르기 때문에 하자책임 소송실무상 이미 사용검사일이 일정의 제척기간 기준으로 작동하고 있으며, ③ 하나의 설계도를 바탕으로 동일한 공법에 따라 동질의 재료를 사용하여 건축되는 단지는 하자담보 제척기간도 동일한 것이 타당하고, ④ 앞에서 살펴본 입법론도 결국 일반분양주택이나 분양전환 공동주택에 대하여 하자책임기간을 일치시키고자 하였는데 이미 신혼희망타운 등 동일 단지에 일반분양주택과 분양전환 공동주택이 혼합되어 있는 상황에서 그 필요성은 더욱 크며, ⑤ 사용검사는 주

27) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다66610 판결, 1997. 6. 30. 사용검사일 무렵에 인도가 이루어졌고, 인도로부터 10년이 경과한 2008. 8. 12. 이후 구분소유자가 채권양도 통지를 하였고 2008. 8. 21. 소송을 제기하였다.

28) 이준형, “집합건물법상 하자담보책임규정의 개정 필요성과 그 성과”, 『민사법학』 제64호(2013. 9.), 87-143면.

29) 김나래, “집합건물법의 하자담보책임기간의 기산점 -분양전환 공공임대주택을 중심으로 -”, 『법학연구』 제68집(전북대학교 법학연구소, 2022. 5.), 279면.

30) 제1항에도 불구하고 공공주택 특별법 제2조 제1호 가목에 따라 임대한 후 분양전환을 할 목적으로 공급하는 공동주택(이하 “공공임대주택”이라 한다)을 공급한 제1항제1호의 사업주체는 분양전환이 되기 전까지는 임차인에 대하여 하자보수에 대한 담보책임(제37조 제2항에 따른 손해배상 책임은 제외한다)을 진다.

택법 제49조 제1항에 따라 건축허가의 내용과 일치하는지 판단하는 행정법상 준법률행위인 확인행위<sup>31)</sup>로 사용검사 이후부터 건물을 사용, 수익할 수 있는 법률효과가 발생하기 때문에 어떤 기준을 택하든 입주자별로 달라지는 민사법적 기준이 아닌 사용검사라는 공법적 기준이 타당하다고 본다.

위에서 한 주장을 순서대로 요약하면 다음과 같다. ① 분양전환 공동주택 하자책임은 일반분양주택과는 달리 임차인에게 인도한 날, 구분소유자에게 인도한 날(구분소유자가 되는 날)이 차이가 있어 제척기간 기산점이 일반분양주택과 달리 전유부분은 소유자에게 유리하고 공용부분은 소유자에게 불리하다. 이에 소유자뿐만 아니라 공공주택사업자 모두 불만이 있어 분쟁이 지속적으로 발생하게 되는데 이는 소유권이라는 민사적 기준에 따른 개정 집합건물법 적용에 한계가 있기 때문이다. ② 이를 해결하기 위한 다양한 입법론이 있는데 모든 하자에 대하여 공법상 기준인 사용검사일을 제척기간 기산점으로 설정하는 입법론이 타당하다. 물론 사용검사일로부터 충분한 기간을 주고, 임차인으로서 하자보수를 청구하는 것도 허용하여야 할 것이나 임차인이라는 점을 감안하여 하자 손해배상청구는 제한되어야 할 것이다. 그렇다면 분양전환 공동주택 하자책임은 더 이상 개정 집합건물법에 따라 규율할 필요가 없고 공동주택관리법만으로 규율하는 것이 법리적으로 타당하다. 이는 구분소유권에 기반한 집합건물법이 모든 공동주택 관리에 관하여 규율할 수 없다는 본질적인 한계를 드러내는 것으로 공동주택에 대한 공법적 규율이 시작되는 단초가 될 수 있다. 구체적으로 집합건물법 적용범위에서 분양전환 공동주택을 제외하여 같은 법 제2조의2 저촉규정<sup>32)</sup> 문제를 해결하고, 공동주택관리법에 분양전환 공동주택에 대한 특칙을 두어 사용검사일을 제척기간 기산점으로 하는 방식이 타당하다. 소유권 취득일이 아닌 주택의 하자 자체 및 노후도를 하자보수 기준으로 삼아야 적기 하자보수 및 사업주체의 책임 제한에 부합하기 때문이다.

### 3. 분양전환 공동주택에 대한 개정 전후 집합건물법 적용의 문제

#### (1) 논의의 필요성 및 사실관계

공동주택 하자책임을 집합건물법으로 해결하는 실무에서 위에서 논한 분양전환 공동주택 하자책임기간 기산점에 대해서 미세하게 입법적으로 조정하고 그 밖의 모든 문제를 집합건물법에 따라서 법리적으로 문제없이 해결할 수 있다면 공동주택에 대한 공법적 규율의 필요성을 논할 실익이 크지 않다고 볼 수도 있다. 하지만, 집합건물법을 분양전환 공동주택에 적용할 때 법률 규정 자체가 쟁점인 사례를 통하여 공동주택에 대한 공법적 규율의 필요성을 도출하고자 한다.

대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다245184 판결 사례에서 분양전환 공동주택 임대계약은 개정 집합건물법 시행 이전인 2009. 3. 20. (사용승인을 받은 후에) 체결되었고, 분양계약은 개정 집합건물법 시행 이후인 2014년 8월경 이루어졌고 피고는 개정 집합건물법에 따라 2, 5년차 하자에 관하여 손해배상청구권이 제척기간 도과로 소멸되었다고 주장하였다. 개정 집합건물법 부칙 제3조<sup>33)</sup>는 2013. 6. 19. 이 법 시행 전에 '분양'된 건물의 담보책임은 종전의 규정에 따른다고 규정하였다. 개정 집합건물법이 제척기간을 인도일로부터 10년에서 전유부분은 구분소유자에게 인도일로부터 10년, 공용부분은 공종별로 사용검사일로부터 최대 10년으로 변경하였기 때문에 개정 집합건물법이 적용될 경우 공용부분의 일부 하자는 제척기간이 도과되어 하자보수 및 손해배상을 청구할 수 없게 되므로 하자책임 제척기간에 대한 적용 법률이 무엇인지 쟁점이 되었고 대법원은 분양전환이 개정 집합건물법 이후에 된 경우 개정 집합건물법을 적용해야 한다고 판시하였다.

#### (2) 집합건물법 적용의 문제점 및 공법적 규율의 필요성

개정 집합건물법 부칙 제3조 분양의 의미는 일반분양의 경우 분양계약 체결일인지, 입주자 모집공고일<sup>34)</sup>인지 논란이 되었다. 심지어 동별로 일부 세대에 대하여 이미 분양계약이 체결되었다면 구 집합건물법이 적용되는지<sup>35)</sup>까지 논의되었지만 적용 법률이 동호별

31) 김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023, 154면.

32) '집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에 관한 「주택법」 및 「공동주택관리법」의 특별한 규정은 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다.' 이 규정이 특별법 우선원칙, 공법/사법 적용 순위 등 여러 문제가 있어 부당하다는 점은 별론으로 한다.

33) 제3조 (담보책임에 관한 경과조치) 제2조의2, 제9조, 제9조의2, 법률 제3725호 집합건물의소유및관리에관한법률 부칙 제6조(법률 제7502호 집합건물의소유및관리에관한법률 일부개정법률에 따라 개정된 내용을 포함한다)의 개정규정 및 부칙 제4조에도 불구하고 이 법 시행 전에 분양된 건물의 담보책임에 관하여는 종전의 규정에 따른다.

34) 이재민, "제9조 [담보책임]", 온주편집위원회 엮음, 온주 집합건물의소유및관리에관한법률, 6, [https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?sId=J001001262\\_0\\_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05](https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?sId=J001001262_0_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05) (2024. 10. 28. 확인). 서울중앙지방법원 2018. 7. 24. 선고 2016가합576049 판결, 서울중앙지방법원 2019. 10. 10. 선고 2017가합558789 판결.

35) 이재민, "제9조 [담보책임]", 온주편집위원회 엮음, 온주 집합건물의소유및관리에관한법률, 6, [https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?sId=J001001262\\_0\\_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05](https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?sId=J001001262_0_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05) (2024. 10. 28. 확인).

로 달라질 수 있어 형평성 문제는 남는다. 분양전환 공동주택의 경우 분양에 분양전환이 포함되는지를 살펴보면 사용승인 당시 시행된 법률이 적용되어야 하므로 개정 집합건물법 시행 전에 체결된 임대차계약도 포함된다는 취지의 견해<sup>36)</sup>도 있지만, 법문상 명확한 사법상 분양을 공법상 사용승인이나 임대차계약과 동일하게 볼 수 없으므로 개정 집합건물법 시행 전에 사용검사 또는 승인을 받거나 최초로 임대차계약을 체결했더라도 개정 집합건물법 시행 후에 분양전환된 경우에는 개정 집합건물법이 적용되도록 해석하는 것이 법문에 맞는 해석이다.<sup>37)</sup> 다만, 이렇게 해석하면 호별로 적용되는 법률이 달라진다. 최근 분양전환 공동주택 관련해서 다른 판결<sup>38)</sup>은 공공분양과 동일하게 분양된 건물이란 1동의 건물 전체를 기준으로 일부라도 분양이 이루어진 경우를 의미한다고 판시하고 단지 중 3개 동은 구 집합건물법을, 나머지 동은 개정 집합건물법을 적용하였는데 이는 동별로 적용되는 법률이 달라지고 한 주택의 분양이 다른 주택의 분양으로 간주되는 것으로 부당하다. 국토교통부는 이에 대한 해결책으로 위 판결 이전에는 '사용승인일'이 2013. 6. 19. 이후인 집합건물이 개정 집합건물법의 적용대상인 것으로 보았다.<sup>39)</sup> 구분소유자별 분양계약 체결일과 집합건물 사용승인일이 일치하지 않는 현실에서 집합건물별로 일괄적인 시점을 설정하고자 했고, 주택법 부칙 소급입법에 따른 위험결정을 감안한 해석이지 않았을까 추정된다. 그러나 이는 공법적 기준이라는 점에서 타당하긴 하지만, 법률 규정에 부합하지 않는 것으로 입법론적으로만 가능한 해석이다. 굳이 일반분양과 같이 구분소유자별로 다른 분양전환계약 체결일이 아닌 일괄적인 시점을 찾아야 한다면 공공주택특별법 제50조의3 제2항<sup>40)</sup>에 따라 우선 분양전환에 관한 사항을 통보한 날이 시행일 이후이면 개정 집합건물법을 적용하는 것을 고려할 수 있다.

개정 집합건물법에 따라 사용검사일로부터 2, 3년 등 제척기간이 짧은 공용부분에 대한 하자책임은 분양전환 전에 이미 제척기간이 도과하여 소멸되므로 구 집합건물법에 따라 임차인으로서 인도를 받은 날부터 10년인 제척기간 내에 있어 이미 발생한 하자책임을 개정 집합건물법이 소급하여 소멸시킨 것인지도 쟁점이 되었다. 분양전환 공동주택의 구분소유자는 소유자가 되기도 전부터 이미 하자책임기간은 진행하게 되어 권리가 소멸하였다고 해석하는 것은 부당하고, 추후 구분소유자가 되어 손해배상청구권을 실제로 취득하고도 소제기 시점까지의 손해배상청구권은 이미 제척기간 도과로 전부 소멸하게 되어 사실상 집합건물법의 개정으로 구분소유자의 손해배상청구권이라는 재산권을 박탈해 버리는 결과를 초래하였다는 견해도 있다.<sup>41)</sup> 그러나 분양전환이 되기 전까지 임차인에 불과한 입주자는 집합건물법에 따른 하자책임의 청구권자가 아니므로 이미 발생한 권리를 박탈하는 소급입법은 아니다. 만약 개정 집합건물법이 공용부분 하자책임기간을 사용검사일로부터 공종별로 2, 3, 5, 10년으로 단축한 것이 소급입법이라면 전유부분 하자책임기간을 구분소유자로서 인도받은 날로 연장한 것도 소멸된 사업주체의 의무를 소급적으로 부활시킨 것으로 동일하게 소급입법이다.

위에서 한 쟁점별 분석을 요약하면 개정 집합건물법 부칙 제3조 분양의 의미를 어떻게 해석하든 단지별로 통일된 해석이 불가능하고, 개별 구분소유권이 기준인 집합건물법의 성격 및 법문에 비추어 분양계약별 등기를 기준으로 판단하여야 한다. 집합건물법에 따르면 호별로 적용법률을 판단해야 하고, 구 집합건물법이 적용되면 전유부분 하자책임기간이 임대차계약에 따른 인도일부터 10년으로 짧아지는 반면, 개정 집합건물법이 적용되면 전유부분 하자책임기간이 분양전환일로부터 10년이 되어 사업주체가 장기간으로 하자책임을 부담하거나, 공용부분 하자책임기간은 사용검사일로부터 최대 10년이 되어 임차인으로 하자보수를 청구하기보다는 우선 분양전환을 받아 구분소유자가 된 후 일반 공동주택 구분소유자처럼 한꺼번에 손해배상을 청구하는 실무에서 2, 3년 등 제척기간이 짧은 공용부분 하자의 경우 제척기간 도과로 입주자가 하자보수 및 손해배상을 청구할 수 없게 된다. 이 결과는 형평성 문제가 있어 법리적으로 부당하지만 집합건물법 자체 해석론으로는 해결할 수가 없고, 이제 소급입법 문제가 있어 집합건물법 입법론으로도 해결할 수도 없다. 결국 이는 분양전환 공동주택에 집합건물법을 적용하여 발생한 문제이므로 앞에서 살펴본 것처럼 공동주택관리법에 분양전환 공동주택에 적용되는 제척기간을 사용검사일을 기준으로 규정하는 등 공법적 규율을 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

36) [http://www.sdb.or.kr/PrintView?slId=J001001262\\_0\\_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05](http://www.sdb.or.kr/PrintView?slId=J001001262_0_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05) (2024. 10. 28. 확인). 서울중앙지방법원 2021. 5. 12. 선고 2018가합592298 판결.

37) 신미연, "임대 후 분양전환된 집합건물의 하자담보책임에 관한 연구 : 2013. 6. 19. 이후 분양전환된 아파트를 중심으로", 『법학연구』 제21집 제1호(인하대학교 법학연구소, 2018. 3.), 269-296면.

38) 김나래, "집합건물법의 하자담보책임기간의 기산점 -분양전환 공공임대주택을 중심으로 -", 『법학연구』 제68집(전북대학교 법학연구소, 2022. 5.), 272면.

39) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2021다219215 판결.

40) 신미연, "집합건물의 하자담보책임에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2020, 58면.

41) 공공주택사업자는 공공건설임대주택의 임대의무기간이 지난 후 해당 주택의 임차인에게 우선 분양전환 자격, 가격 등 우선 분양전환에 관한 사항을 통보하고 이 경우 우선 분양전환 자격이 있다고 통보받은 임차인이 우선 분양전환에 응하려는 경우에는 그 통보를 받은 후 6개월(임대의무기간이 10년인 경우 12개월) 이내에 우선 분양전환 계약을 하여야 한다.

42) 신미연, "집합건물의 하자담보책임에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2020, 202면.

### III. 하자책임 관련 공법적 규율 확대 가능성 검토

#### 1. 개요

더 크고 비싼 아파트로 자주 옮겨가는 경향이 뚜렷했던 과거에는 하자책임 종료기의 구분소유자는 하자보수보다는 손해배상에 관심이 있었던 것이 당연하고, 주택이 구조적으로 노후화되지 않은 상황에서는 하자보수가 되더라도 공용부분보다는 전유부분 위주로 이루어졌던 것도 이해할 수 있다. 이렇게 보면 종전에 하자보수가 구분소유권을 중심으로 민사적 관점에서만 처리되었던 것은 어떻게 보면 자연스러운 것이다. 그렇지만 구분소유자가 기획소송을 통하여 집합건물법상 손해배상청구권만 행사하고 배상받은 금전이 실제로 하자의 보수를 위해 사용되지 않는다는 실무는 하자가 있는 위험한 건물을 존속시키는 결과를 낳고 있다. 이는 향후 큰 사회적 문제가 될 거라는 점은 명확하다. 공동주택 하자 관리는 개인의 재산권의 관리라는 사법적 측면뿐만 아니라, 그 자체로 공익의 실현과 관련된 공법적 성격이 있고, 특히 집단이 거주하는 단지 규모의 주거로서 우리나라의 아파트의 하자관리는 ① 건축물의 위험방지를 통해 사회공공의 안녕과 질서에 이바지하고, ② 아파트에 거주하는 입주민의 주거권을 보호하며, ③ 도시환경의 조성과 관리라는 공익에 직접적으로 연관되어 있다.<sup>42)</sup> 이런 상황과 더불어 민사법인 집합건물법만으로는 해결할 수 없는 공동주택 하자책임 문제가 있다는 점을 앞에서 밝혔으므로 추후 민사적 해결이 아닌 공법적 규율을 확대해 하자책임을 해결하는 것을 모색할 필요가 있다.

집합건물 관리라는 말은 사실상 공유하는 부분을 관리한다는 것이다. 집합건물 관리에 관하여 법적 개입이 필요한 이유부터가 집합건물에서는 독립된 소유권 행사의 대상이 아닌 공유하는 부분이 존재하고 있기 때문이고, 집합건물의 안전을 확보하기 위하여 다수의 구분소유자 사이의 이해관계를 합리적으로 조율하여 재산권 충돌을 예방할 필요가 있기 때문이다.<sup>43)</sup> 이러한 이해관계 중 가장 핵심은 건물의 존속과 안전이고, 이를 위한 것이 하자보수이다. 사실 공동주택관리법 제정 이유도 공동주택을 오랫동안 안전하게 사용할 수 있는 기반을 마련하고 국민의 주거수준 향상에 이바지하기 위한 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 민사적 손해배상재권의 만족을 넘어서 적정한 하자보수를 하기 위하여 민사적 해결 방안의 법리적 문제점 중 하나인 하자책임 청구의 주체를 논하여 입주자대표회의가 최소한 공용부분에 대하여 독자적이고 1차적인 하자책임 청구의 주체임을 주장하고, 하자보수 우선의 원칙을 살펴보며, 하자보수보증금과 유사한 하자보수충당금을 운영하는 방안까지 간략히 제시해본다.

#### 2. 하자책임 청구의 주체

현재 집합건물법 및 공동주택관리법 모두 하자책임 청구 당시 구분소유자가 당연히 주체인 것으로 인정하고 있지만 민사적 관점에서 보더라도 당연한 것은 아닐 수 있다. 하자책임 청구권이 소유권 이전 당시 당사자 사이 약정에 의하여 유보될 수 있는지에 대하여 우리 법은 명확히 규정하고 있지 않고, 대법원 판결<sup>45)</sup>은 그 가능성은 인정하고 있다. 이에 대한 민사적 관점의 학설은 프랑스 법과 위 대법원 판결의 법리 사이에 ① 근거 조문의 취지를 부실건물의 방지로 보고 ② 따라서 근거 조문을 강행법규로 이해하며 ③ 법체계상 사업주체 책임에 특별한 지위(프랑스에서는 “일반채무 불이행책임과 구별되는”, 우리나라에서는 “분양계약에 기한 책임이 아닌”)를 부여하고 ④ 그리하여 집합건물의 전유부분에 대한 하자담보추급권은 원칙적으로 현재의 그 구분소유자에게 귀속하는 것으로 보면서도 당사자 사이의 약정(내지 “직접적이고도 명백한 이익”)에 의한 유보가능성을 인정한다는 점 등에서 공통된다고 보는 견해가 있다.<sup>46)</sup> 또 다른 견해는 하자보수청구권이 분리되어 기존 양도인에게 존재한다고 해석하면 계약자가 아닌 현재의 소유자는 사업주체에게 하자보수를 청구할 수 없게 되어 불완전한 권리자가 되고 양도인에 대한 매매계약의 담보책임만을 추궁할 수 있게 되는데 이는 거래의 현실에 비추어 부당하며 구분소유자의 보호에도 미흡하므로 소유권 취득 방법이 매매이든 경매이든 상관없이 현재의 구분소유자가 청구권자라는 것이다.<sup>47)</sup> 이상의 논의를 정리하면, 구분소유자 위주의 민사적 해결은 법리적으로 문제가 있다고 생각된다. 첫째, 부실방지를 위한 강행규정인데 약정에 의하여 유보가능성을 인정하는 것은 부당하다. 종전 소유자는 하자보수를 청구할 이유가 없고, 손해배상금을 받아도 현재 건물 하자보수에 이를 사용하지 않을 것이 명확하기 때문이다. 또한 이를 허용한다면 하자 손해배상금이 고액화되는 추세에서 종전 소유자가 금전적 이득만을 노리고 약정으로 하자손해배상청구권을 유보하는 등 악용될 우려도 있다. 둘째, 그렇다면 현재

42) 서울대학교 건설법센터, “공동주택의 하자분쟁 저감 및 합리적 하자보수에 관한 연구”, 서울대학교 건설법센터, 2025. 2.

43) 송호열, “집합건물법상의 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』 제46호(2010. 2.), 246-247면.

44) 공동주택관리법 (2015. 8. 11. 법률 제13474호로 제정된 것) 제정·개정이유.

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

46) 이준형, “건물의 양도시 하자담보추급권자 - 프랑스 법으로부터의 시사와 집합건물법 제9조의 적용 확대 가능성 -”, 『비교사법』 제15권 3호(2008. 9.), 259-293면.

47) 신봉근, “공동주택의 하자담보추급권의 주체에 관한 고찰”, 『법학연구』 제52호(한국법학회, 2013. 12.), 145면.

구분소유자만 하자책임을 청구할 수 있어야 하고, 이는 민사적으로 허용되는 유보가능성을 법률로 제한하는 것이므로 민사적 관점이 아닌 공법적 관점에서 이를 설명하는 것이 타당하다.

집합건물법을 통한 공동주택 관리의 근간은 구분소유자들의 소유권을 합치면 거기에서부터 자연스럽게 관리권이 나올 것이라는 관점에서, 집합건물의 구분소유자들이 모두 모이면 그 집합건물의 운명을 결정할 수 있다는 것이다.<sup>48)</sup> 이런 관점에서 보면 하자책임은 구분소유자가 행사하는 것이기 때문에 입주자대표회의<sup>49)</sup>는 구분소유자의 채권양도를 받아야 하자책임을 청구할 수 있는 것이 당연하고, 입주자대표회의가 하자책임의 독자적인 청구권자가 되거나 나아가 공용부분에 대한 하자 손해배상금의 최종적인 처분권자가 되는 것은 이상한 것이다. 공동주택관리법도 입주자대표회의가 독자적인 청구권자까지만 인정하고 있지만, 실무적으로는 쓰이고 있지 않은 상황이다. 하자 손해배상금이 하자보수에 쓰이지 않은 상황을 바로잡기 위하여 최소한 공용부분 하자 손해배상금에 대하여는 구분소유권자가 아닌 입주자대표회의가 관리할 필요가 있다는 주장이 제대로 작동하기 위해서라도 우선 입주자대표회의 주체성을 확립할 필요가 있고, 이는 입주자대표회의가 독자적인 하자책임 청구권자가 될 뿐만 아니라 후술하는 하자보수 우선의 원칙에 따라 공용부분에 대한 1차적 청구권자가 될 수 있도록 법령을 정비하는 것까지 이어져야 한다.

### 3. 하자보수 우선의 원칙 및 하자보수충당금 운영

계약관계에서 계약에 적합하지 않은 이행이 있는 경우에 손해배상이나 계약해제보다 계약의 내용에 따른 이행이 이루어지는 것이 1차적 구제수단으로 인정되어야 한다. 이를 이행청구권 우선의 원칙이라고 하고, 비록 하자책임은 계약상의 담보책임은 아니지만, 하자가 발생한 경우에도 우선적으로 하자가 보수되도록 하는 것이 바람직하다.<sup>50)</sup> 이를 하자책임에 적용하면 하자보수 우선의 원칙이 된다. 그러나 민법은 도급계약에 대하여 하자보수와 손해배상을 선택적인 관계로 규정하고 있으며, 집합건물법도 담보책임에 대하여 민법상 도급계약 규정을 준용하고 있기 때문에 결국 구분소유자들은 하자보수와 손해배상을 선택적으로 행사할 수 있다. 만약 하자보수 우선의 원칙이 관철된다면 이러한 선택적 행사는 제한되어야 한다.<sup>51)</sup> 결론적으로, 공용부분에 대한 하자에 대해서 우선적으로 하자보수를 청구하여 하자보수가 종료된 후에만 손해배상을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다.

하자 손해배상금이 실제 하자보수에 사용되도록 하기 위한 공법적 개선 방안으로 장기수선충당금과 유사한 하자보수충당금을 신설하고 단기적으로는 장기수선충당금 예치 계좌를 활용하는 등 실무적인 제도적 개선도 필요하다. 크게 구분하면 사용 용도를 제한하는 것과 관리방안을 강화하는 것이다. 먼저, 용도제한은 하자 손해배상금을 하자보수에 사용하도록 하고 하자보수보증금<sup>52)</sup>과 유사하게 하자보수충당금 전용 예치 계좌를 활용하는 것이다. 하자 손해배상금이 지급된 경우, 하자보수계획을 장기수선계획의 내용에 반영하여 공용부분 하자보수를 위해 사용하고 다른 용도로의 전용을 금지하는 규정을 마련해야 한다.<sup>53)</sup> 다음, 관리방안 강화는 공동주택관리법 제93조 제1항 제6호의 ‘그 밖에 감독을 위해 필요한 경우’를 활용하여 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출이나 그 밖에 필요한 명령을 통하여 입주자대표회의는 하자 손해배상금 사용 내역을 공시하고 입주자와 관할 자자체에 정기적으로 보고하도록 의무화하며, 이를 지원하기 위하여 한국토지주택공사 중앙공동주택관리지원센터 등을 통한 하자보수 의무 이행 감

48) 김종보, “아파트의 관리권”, 도시개발신문, 2008. 7. 29. [http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo\\_table=colum02&wr\\_id=24&page=6](http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo_table=colum02&wr_id=24&page=6) (2025. 9. 12. 확인) 참조.

49) 입주자대표회의 구성원은 구분소유자의 배우자가 될 수 있어 반드시 구분소유자이어야 하는 것도 아니다.

50) 김영두, “공동주택의 하자에 있어서 하자보수우선의 원칙에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제28권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2020. 1.), 1-22면.

51) 김영두, 앞의 논문, 11-12면. 우리 민법은 상당한 기간을 정하여 최고한 후에 이행에 갈음한 손해배상 및 계약해제를 할 수 있다고 하고, 일본 및 독일 민법도 마찬가지다. 유럽민법통합을 위해서 유럽집행위원회(European Commission)의 지원하에 작성된 “공통참조기준초안”(Draft of a Common Frame of Reference)은 채권자가 채무자에게 다시 한 번 이행을 할 수 있는 기회를 주는 것을 넘어서, 채무자가 적극적으로 이행이나 추완을 할 수 있는 권리를 허용하고 있다. 사실 이를 위해서는 사업주체의 적극적인 하자보수 의지도 필요할 것이다.

52) 공동주택관리법 제38조(하자보수보증금의 예치 및 사용) ② 입주자대표회의등은 제1항에 따른 하자보수보증금을 제39조에 따른 하자심사·분쟁조정위원회의 하자 여부 판정 등에 따른 하자보수비용 등 대통령령으로 정하는 용도로만 사용하여야 하며, 의무관리대상 공동주택의 경우에는 하자보수보증금의 사용 후 30일 이내에 그 사용내역을 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 공동주택관리법 시행령 제43조(하자보수보증금의 용도) 법 제38조제2항에서 “하자심사·분쟁조정위원회의 하자 여부 판정 등에 따른 하자보수비용 등 대통령령으로 정하는 용도”란 입주자대표회의가 직접 보수하거나 제3자에게 보수하게 하는 데 필요한 용도로서 하자보수와 관련된 다음 각 호의 용도를 말한다.

1. 법 제43조제2항에 따라 송달된 하자 여부 판정서(같은 조 제8항에 따른 재심의 결정서를 포함한다) 정본에 따라 하자로 판정된 시설공사 등에 대한 하자보수비용

2. 법 제44조제3항에 따라 하자분쟁조정위원회가 송달한 조정서 정본에 따른 하자보수비용

2의2. 법 제44조의2제7항 본문에 따른 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 재정에 따른 하자보수비용

3. 법원의 재판 결과에 따른 하자보수비용

4. 법 제48조제1항에 따라 실시한 하자진단의 결과에 따른 하자보수비용

53) 서울대학교 건설법센터, “공동주택의 하자분쟁 저감 및 합리적 하자보수에 관한 연구”, 서울대학교 건설법센터, 2025. 2.

시제도 활용을 확대하는 것도 필요하다. 마지막으로 하자 손해배상금 용도 외 사용에 대한 제재 강화도 중요하다. 하자 손해배상금을 하자보수 이외의 목적으로 유용했을 때 이에 대한 제재를 명확히 규정하고, 제재 수위를 강화하는 방안을 통해 하자 손해배상금이 실제 용도에 사용되도록 유도할 수 있다. 제재 방안으로는 불법적인 사용이 적발될 경우 입주자대표회의 또는 관련자에게 벌금을 부과하거나 하자 손해배상금을 반환하도록 요구하는 등의 조치를 포함할 수 있다.

## IV. 결론

분양전환 공동주택은 계약체결 이후 계약이행이 장기간 이연된 계약으로 입주부터 소유까지 시차로 인하여 공공이 주택을 관리하고 입주자가 구분소유자가 아닌 기간이 반드시 존재하므로 입주자가 구분소유자라는 전제를 깔고 있는 민사법적 관점에서는 하자책임을 법리적으로 명확히 해결할 수 없다. 개정 집합건물법 부칙 제3조에서 개정 전 또는 개정 후 법률 적용 기준을 '분양'으로 정한 당시에는 생각하지 못했던 분양전환 공동주택 임대계약이 개정 집합건물법 시행 이전에 분양계약이 개정 집합건물법 시행 이후에 각 이루어진 경우 하자책임기간 및 기산점 적용 법률 관련 쟁점을 민사법적으로 해결하면서 같은 단지임에도 동호별로 기간 및 기산점이 달라진다는 문제점을 드러냈다. 입법론적으로는 분양전환 공동주택은 집합건물법 적용범위에서 제외하고 공동주택관리법을 개정하여 제척기간 기산점을 사용검사일로 일원화하는 하는 것을 제안한다. 장기적으로는 분양전환 공동주택과 일반분양주택 하자책임 기산점을 모두 사용검사일로 하는 방안도 연구할 필요가 있다.

공공주택에 대한 하자책임 손해배상금액이 점점 늘어가는 상황에서 특정 시기 구분소유자가 금전적 보상을 독식하지 않도록<sup>54)</sup> 입주자대표회의를 독자적인 하자책임 청구권자이면서 최소한 공용부분 하자보수의 경우 1차적 청구권자로 인정하는 방식으로 하자보수와 손해배상 사이의 우선순위를 입법적으로 설정하는 것이 필요하다. 추가적으로 입주자대표회의를 실무적으로 지원하기 위하여 시행자, 시공자 및 입주자 모두로부터 독립적인 공공기관 또는 부동산투자회사 또는 정비사업전문관리업자와 유사한 전문회사를 만들어 하자 감정 및 보수공사 감독을 맡게 하는 방안을 조심스럽게 제시한다. 구조적으로 연결되어 있는 집합건물은 장기간에 걸쳐 여러 사람이 함께 머무는 공간이고 시간이 지나면서 소유자가 변경되기도 하는데 현재 구분소유자 입장에서는 하자 존재 여부 및 보수 여부도 알기 어렵다는 점에서 하자보수 우선의 원칙에 따라 적어도 공용부분에 발생한 하자에 대하여는 1차적으로 하자보수가 이루어지도록 하는 것이 바람직하고, 이와 유사한 견해<sup>55)</sup>가 민사법 학계에도 있다. 또한, 하자 손해배상금 중 공용부분에 해당하는 금전이 추후 적당한 시기에 실제로 하자보수에 쓰일 수 있도록 하자보수로 용도를 한정하여 전용 계좌에 예치하도록 하고, 이에 대한 공시 및 보고를 의무화하며, 이를 감독하고 이행하지 않았을 경우 행정상 강제할 수 있는 제도를 도입하는 등 하자보수의 공법적 성격을 더 명확히 하는 것이 바람직하다.

투고일 2025. 8. 22. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 11.

54) 시장가격보다 낮은 분양전환가격에 하자로 인한 감액분은 모두 반영되어 있지 않기 때문에 하자보수 및 손해배상 청구가 당연히 인정되는 것도 동일하게 사법상 매매가격에 특정 소유자가 손해배상을 받은 것이 반영되어 있는 것은 아니다. 하자보수가 되지 않는 공동주택은 결국 부실해지고 사회적 비용을 발생시킨다.

55) 김영두, "공동주택의 하자에 있어서 하자보수우선의 원칙에 대한 고찰", 『법학연구』, 제28권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2020. 1.), 1-22면; 이준형, "집합건물법상 하자담보책임규정의 개정 필요성과 그 성과", 『민사법학』 제64호(2013. 9.), 129면; 이 논문에 따르면 학설 가운데에는 아예 현행민법상 수급인의 하자책임의 해석으로서 하자보수의 우선행사를 주장하는 입장도 있다. 예를 들어 김형배, 『채권각론[계약법]』, 박영사, 1997, 611면 참조.

## 참고문헌

### 단행본

- 김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023.  
김형배, 『채권각론[계약법]』, 박영사, 1997.

### 학위 논문

- 신미연, “집합건물의 하자담보책임에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2020.

### 일반 논문

- 김나래, “집합건물법의 하자담보책임기간의 기산점 -분양전환 공공임대주택을 중심으로 -”, 『법학연구』 제68집(전북대학교 법학연구소, 2022. 5.).
- 김영두, “공동주택의 하자에 있어서 하자보수우선의 원칙에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제28권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2020. 1.).
- 김종보, “임대아파트의 분양가와 강행법규이론 - 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 판결(전원합의체) -”, 『행정판례연구』 제22권 제2호(2017. 12.).
- 송호열, “집합건물법상의 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』 제46호(2010. 2.).
- 신미연, “임대 후 분양전환된 집합건물의 하자담보책임에 관한 연구 : 2013. 6. 19. 이후 분양전환된 아파트를 중심으로”, 『법학연구』 제21집 제1호(인하대학교 법학연구소, 2018. 3.).
- 신미연, “공동주택의 하자담보책임에 관한 연구 - 집합건물법과 공동주택관리법의 하자담보책임기간 해석을 중심으로 -”, 『동아법학』 제83호(2019. 5.).
- 신봉근, “공동주택의 하자담보추급권의 주체에 관한 고찰”, 『법학연구』 제52호(한국법학회, 2013. 12.).
- 이준형, “건물의 양도시 하자담보추급권자 - 프랑스 법으로부터의 시사와 집합건물법 제9조의 적용 확대 가능성 -”, 『비교사법』 제15권 3호 (2008. 9.).
- 이준형, “집합건물법상 하자담보책임규정의 개정 필요성과 그 성과”, 『민사법학』 제64호(2013. 9.).
- 황의관, “공동주택 하자분쟁해결 제도의 현황 및 개선방안 연구”, 『법학논총』 제31권 제1호(조선대학교 법학연구원, 2024. 4.).

### 기타 자료

- 김종보, “[기고]길 잊은 아파트 하자소송”, 매일경제, 2024. 11. 26.
- 서울대학교 건설법센터, “공동주택의 하자분쟁 저감 및 합리적 하자보수에 관한 연구”, 서울대학교 건설법센터, 2025. 2.
- 이범상, “공동주택관리법과 집합건물법상의 하자담보책임기간의 법적 성격”, 법조신문 616호, 2016. 11. 26.
- 이재민, “제9조 [담보책임]”, 온주편집위원회 엮음, 온주 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률, 6, [https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?slid=J001001262\\_0\\_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05](https://www.lawnb.com/ConService/ContentPrintView?slid=J001001262_0_0^N^11&sFolderIdxs=&pType=VIEWMY05) (2024. 10. 28. 확인).

**ABSTRACT**

## **A study on the defect liability period for housing units subject to conversion for sale: Necessity of expanding public law regulation on defect liability**

**Park, Chanho\***

The statutory defect liability period for housing units subject to conversion for sale constitutes a fundamental element in determining the persistence of the obligor's liability. Nevertheless, its commencement point has been inconsistently defined under the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings and the Multi-Family Housing Management Act, which adopt the tenant's delivery date, the transferee's delivery date, or the date of use inspection for sections for exclusive possession and common use, respectively. Such inconsistencies have produced inequitable treatment among unit owners and considerable uncertainty in practice, particularly due to the substantial temporal gap between the transfer of ownership and the use inspection dates. Doctrinal controversy has also arisen regarding whether the defect liability period should be construed as a preclusive period or a period of defect occurrence. It would be more persuasive to construe this as a preclusive statutory period under the Multi-Family Housing Management Act. However, the civil law-based legislative approach, which designates the delivery date as the point of commencement for both sections for exclusive possession and common use, imposes a disproportionate burden on developers. The underlying cause of such problems lies in regulating the commencement of liability through private law concepts, namely, ownership or delivery. Accordingly, it is necessary to unify the commencement point based on a public law criterion, specifically, the inspection date. Further difficulties have emerged in cases where lease agreements and sales contracts overlapped before and after the enforcement of the amended Act on Ownership and Management of Condominium Buildings (June 19, 2013). Article 3 of its Addenda, which stipulates that liability for buildings "sold" prior to the amendment shall follow the former provisions, has given rise to interpretive disputes over the meaning of "sale," thereby resulting in unequal application of the law among different units. Ultimately, as these problems originate from the civil law framework of the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, strengthening and expanding public law regulations over defect liability are necessary. Legislative reform should designate the Council of Occupants' Representatives as the primary holder of the right to claim defect liability and introduce both the principle of priority in defect remediation and the establishment of a mandatory defect repair reserve fund.

**Keywords:** Conversion for Sale Housing, Defect Liability, Defect Liability Period, Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, Multi-Family Housing Management Act

---

\* Attorney at Law, Korea Land and Housing Corporation



## 논문 / ARTICLE

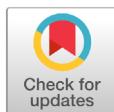
# 입주자대표회의와 관리권\*

이용훈\*\*

## 국문초록

공동주택단지의 관리에 관한 주요한 의사결정은 입주자등으로 구성된 자치 의결기구인 입주자대표회의에 의해 이루어지고, 입주자대표회의의 의결에 의한 공동주택 관리에 관한 주요 사항은 공동주택단지의 관리사무소에 의해 집행된다. 공동주택관리법은 관리주체라는 개념을 사용하면서 관리주체를 관리사무소장 등으로 규정하고, 입주자대표회의는 관리주체의 범위에 포함하지 않고 있다. 그러나 관리사무소장 등은 입주자대표회의의 의결사항을 집행하는 집행기관의 성격을 가질 뿐이고, 입주자대표회의는 공동주택 관리의 주체로서 관리권을 갖는 동시에 공동주택의 관리에 관한 주된 의사결정을 주관하는 실질적 역할을 수행하고 있다. 이처럼 공동주택 관리의 핵심적 역할을 하는 입주자대표회의의 관리권에 대하여 공동주택관리법은 선명히 규정하고 있지 않다. 그 결과 공동주택 관리의 책임 귀속의 문제 등과 같이 관리주체의 범위에 관한 분쟁이 발생하고 있다. 입주자대표회의와 관리사무소간 권한의 충돌 상황에 대하여 대법원은 공동주택의 관리주체의 범위에 입주자대표회의가 포함되지 않는다고 판단하고 있다. 법제와 실무의 혼란을 해소하기 위해서는 공동주택의 관리에 관해 입주자대표회의의 관리권을 선명히 규명하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 공동주택관리법상 관리권은 공법상의 규율로부터 도출된다는 점을 우선 인식해야 한다. 구분소유자의 권리와 의무에 터 잡아 집합건물법상의 관리단과는 달리 입주자대표회의는 공법상 규율 아래에서 공익의 목적으로 건물의 관리를 한다는 점에서 그 관리권의 원천이 있다. 입주자대표회의는 공동주택 관리의 의사결정의 권한을 보유하고 있기 때문에 관리의 주체로서 실질적 역할을 수행하고 있으며, 그 관리권과 관리주체로서의 성격은 인정되는 것이 타당하다. 다만 현재의 법령과 판례의 입장과 같이 일률적으로 그 성격을 부정하거나 인정하는 것은 바람직하지 않다. 섬세한 규율을 위해서는 입주자대표회의의 관리권을 권한과 책임의 측면으로 나누어 보아야 한다. 공동주택의 관리에 관한 의사결정 권한과 관리사무소의 업무 내용에서 정하고 있는 공동주택의 관리에 관한 내용에 대한 권한적 측면에서는 공동주택 관리의 의사결정 권한의 귀속 주체로서 권한적 측면의 관리권만으로도 입주자대표회의를 관리주체로 판단하는 것이 필요하다. 대법원 판결과 같이 입주자대표회의에 대하여 침익적 처분을 내리거나 공법상의 의무 등을 부과하는 공법상 책임적 측면의 관리권에서는 권한적 측면의 관리권과 책임적 측면의 관리권을 종합적으로 판단하여 그 관리권의 적용과 관리주체로서의 판단을 신중히 분별할 수 있도록 규율하는 것이 법제와 실무의 충돌을 줄일 수 있는 방안으로 기능할 수 있을 것이다.

**주제어:** 입주자대표회의, 관리사무소, 관리권, 관리주체, 공동주택관리법



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.5>

Received: August 24, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 12, 2025

Copyright © 2025 Construction & Urban Development Law Association.

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

## 목차

### I. 서론

### II. 관리권이 귀속되는 입주자대표회의

### III. 관리사무소의 집행기관적 성격

### IV. 입주자대표회의의 관리권

### V. 결론

\* 본 논문은 필자가 2024학년도 2학기 서울대학교 일반대학원 법학과 '행정법특수연구(공동주택의 관리)' 수업을 수강하면서 문제의식을 갖게 된 내용을 바탕으로 2025. 8. 23. 서울대학교 법학전문대학원 제3회 학문후속대양성센터 학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완한 글입니다.

\*\* 서울대학교 법학전문대학원 연구펠로우

## I. 서론

「공동주택관리법」상 공동주택단지의 관리에 관한 의사결정은 입주자등으로 구성된 자치 의결기구인 입주자대표회의에 의해 이루어지고,<sup>1)</sup> 입주자대표회의의 의결사항은 단지 내 관리사무소에 의해 집행된다. 공동주택관리법은 관리주체라는 개념을 사용하면서 관리주체를 관리사무소장, 관리업무를 인계하기 전의 사업주체, 주택관리업자, 임대사업자, 주택임대관리업자 등으로 규정하고, 입주자대표회의는 관리주체의 범위에 포함되지 않고 있다.<sup>2)</sup> 또한 공동주택의 관리권의 개념도 선명히 규정하지 않고 있다. 그 결과 미화와 경비업무와 같은 용역계약관계에서 당사자 문제, 공동주택 관리의 책임 귀속의 문제 등과 같이 관리주체의 범위에 관한 분쟁이 발생하고 있다. 이러한 분쟁에 대하여 대법원은 공동주택의 관리주체의 범위에 입주자대표회의가 포함되지 않는다고 판단하고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 혼란은 공동주택관리법에서 관리사무소에 관리주체라는 용어를 사용하면서 비롯된 것으로 보인다. 관리주체의 문언상 의미가 주체적인 권한과 책임이 있는 것 같은 개념이라는 인식을 갖게 하면서 단지 집행기구의 실질을 갖는 관리사무소의 기능과 권한에 혼동이 생긴 것이다.<sup>4)</sup> 그러나 입주자대표회의는 공동주택 관리의 주체로서 관리권을 갖고, 관리사무소는 입주자대표회의의 의결사항을 집행하는 집행기관의 성격을 갖는 것으로 보아야 한다.<sup>5)</sup> 따라서 본 글에서는 이와 같은 법제와 실무의 혼란을 해소하기 위하여 공동주택관리법상 입주자대표회의와 관리사무소의 법적 성질을 밝히고, 공동주택의 실질적 관리권한을 행사하고 있는 입주자대표회의의 관리권의 성격을 보다 선명히 규명하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 입주자대표회의와 관리사무소의 입법 연혁, 업무 범위 등 실체적 측면과 의결방법, 구성 등 절차적 측면을 개관하고, 입주자대표회의가 갖는 관리권의 의미에 대하여 살펴본 뒤 입주자대표회의가 가지고 있는 관리 권한을 분별하여 분석하고자 한다.

## II. 관리권이 귀속되는 입주자대표회의

### 1. 공동주택관리법제와 입주자대표회의의 연혁

공동주택의 관리에 관한 법제는 주택의 공급과 도시의 성장에 행정력이 집중된 개발시대부터 도시와 주택을 관리하는 일로 관심이 옮겨진 현재까지 그 시대의 요구에 따라 변화되어 왔다.<sup>6)</sup> 공동주택의 관리를 위한 공법적 규율은 구 공영주택법에 처음 마련되었는데,<sup>7)</sup> 당시 구 공영주택법에서는 공영주택의 입주자에게 건설부령과 사업주체가 정하는 규정에 따라 선량한 관리자의 주의의무로 공영주택과 복리시설을 보관, 유지하여야 한다고 정하고 있었다.<sup>8)</sup> 당시 공영주택의 관리에 관한 사항은 각 령에서 정해진 공영주택과 복리시설의 관리에 관한 내용을 기준으로 사업주체가 관리방법 등을 관리규정으로 정하고, 이를 건설부장관에게 인가를 받는 순서로 이루어졌다. 이 과정에서 사업주체에게는 공영주택의 관리에 적정을 기하면서 운영의 합리화를 도모해야 하는 의무가 주어져 있었다.

이와 같은 규정을 보면 공영주택에 관해서는 원칙적으로 입주민보다 사업주체에게 그 관리에 대한 주체성을 부여하고 있는 것으로 보인다. 현행 입주자대표회의가 자치적 의결기구라는 점에 비추어 당시 입주민에게는 사업주체가 정한 공영주택 관리규정을 준수해야 하는 의무가 주어진 것에 불과하기 때문에 현행 제도와 같은 자치성은 부여되어 있지 않았던 것을 알 수 있다. 이후 제정된 주택건설촉진법은 그 입법 목적이 주택의 관리보다 공급에 있었기 때문에 관리사무소 등에 대한 명확한 규정 없이 주택 공급에 주된 역할을 하는 사업주체에 대한 정의만 내리고 있었고,<sup>9)</sup> 다만 입주자는 사업주체가 정하는 바에 따라 선량한 관리자의 주의로 국민주택 등을 보관·

- 1) 공동주택관리법 제2조 제1항 제5호 내지 제8호에 따르면 입주자란 공동주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속을 말하고, 사용자는 공동주택을 임차하여 사용하는 사람을 뜻한다. 입주자등은 입주자와 사용자를 의미한다.
- 2) 공동주택관리법 제2조 제1항 제10호.
- 3) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결.
- 4) 공동주택관리법 제2조 제1항 제10호의 규정에서 공동주택의 관리주체의 의미는 실정법상 형식적 의미의 용어이다. 본 글에서는 관리사무소장 등은 관리주체가 아닌 공동주택 관리의 집행기구라는 실질적 의미라는 견지에서 입주자대표회의와 혼동을 피하고 그 개념을 선명하게 비교하기 위해 이하에서는 관리주체를 관리사무소로 통칭하여 부르고, 관리주체라는 용어는 법문언상 형식적 의미를 나타낼 때만 사용한다.
- 5) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 810-811면.
- 6) 우리나라 최초의 단지형 공동주택으로 평가받는 마포아파트는 1962년 준공되었다. 장박원, “[아파트 이야기] ③ 1962년 첫 대규모단지 ‘마포아파트’”, 매일경제, 2009. 6. 1. <https://www.mk.co.kr/news/mki/4590470> (2025. 8. 7. 확인).
- 7) 공영주택법 (1963. 11. 30. 법률 제1457호로 제정된 것).
- 8) 공영주택법 (1963. 11. 30. 법률 제1457호로 제정된 것) 제13조.
- 9) 주택건설촉진법 (1972. 12. 30. 법률 제2409호로 제정된 것) 제2조 제3호에 따르면 사업주체는 국민주택을 건설, 공급하는 국가, 지방자치단체, 대한주택공사와 기타의 사업자를 말한다고 규정하고 있다.

유지하여야 한다고 규정하고 있었다.<sup>10)</sup> 이 두 조항은 구 주택건설촉진법과 구 주택법을 거쳐 현행 공동주택관리법에 이르기까지 공동주택의 관리에 관한 최초의 규정으로 볼 수 있다.

현행 법제의 입주자대표회의와 유사한 성격을 가진 단체는 구 공동주택관리령에서 처음 나타난다. 구 공동주택관리령에서는 자영회라는 명칭으로 공동주택의 입주자로 구성되는 단체를 규정하면서, 사업주체는 공동주택단지안의 입주예정자의 과반수 이상이 입주하면 자영회 구성에 협력해야 하고, 자영회가 공동주택을 관리하는 경우에 규약에 포함되어야 하는 사항을 정하고 있었다.<sup>11)</sup> 자영회는 입주자대표회의의 전신이라고 볼 수 있으나 한시적으로 사용된 명칭이며, 공동주택 관리에 대한 권한도 현행 입주자대표회의에 비하여 제한적이었다.

입주자대표회의라는 용어는 구 주택건설촉진법에서 처음으로 등장했는데,<sup>12)</sup> 같은 해 개정된 구 공동주택관리령에서 자영회에 관한 규정이 입주자대표회의로 명칭이 변경되면서 그 내용이 구체화 되었다. 다만 입법 초기의 입주자대표회의의 개념은 공동주택을 건설한 사업주체가 입주자에게 공동주택의 관리의 권한을 입주자에게 이전하기 위해 단지 입주자의 대표성을 가진 입주자단체를 표현한 것으로서 입주자대표회의의 의미와 기능을 명확히 한 규정은 아니었다.

현행 공동주택관리법은 입주자대표회의를 공동주택의 입주자 등을 대표하여 관리에 관한 주요사항을 결정하기 위해 구성하는 공동주택의 자치 의결기구로 규정하고 있다.<sup>13)</sup> 구 주택건설촉진법과 구 주택법에서는 개별 조항에서 입주자대표회의라는 표현이 사용되었지만, 입주자대표회의의 의미를 정하는 정의 규정은 제정 공동주택관리법에서 신설되었다.<sup>14)</sup> 이는 공동주택관리법의 제정이유에서 밝히고 있듯이 입주자대표회의의 구성, 운영 및 관리비 등에 관한 잣은 민원 및 분쟁의 발생 등 공동주택의 관리 문제를 해결하기 위하여 입주자대표회의의 의미에 관해 명확히 하고 그에 따르는 구체적 규정을 마련한 것으로 볼 수 있다.<sup>15)</sup> 다만 법문상 관리주체에 관한 정의는 관리사무소장, 주택관리업자, 임대사업자 등으로 그 범위를 설정하는 것에 그치고 있기 때문에,<sup>16)</sup> 관리사무소와 입주자대표회의의 관리권의 차이가 법문에서 드러나고 있지 않다.

## 2. 입주자대표회의의 법적 성질과 관리권의 귀속

### (1) 입주자대표회의의 법적 성질

입주자대표회의의 성격에 관하여 민사적 관점에서 학설과 판례는 입주자대표회의를 법인 아닌 사단으로 해석하고 있는데, 학설은 입주자대표회의는 의사결정기관, 대표기관, 감사로 조직화되어 관리업무를 수행하는 독자적 조직체로서 비법인사단의 성격을 갖는다고 설명하고 있다.<sup>17)</sup> 대법원은 입주자대표회의를 비법인사단으로 보면서, 공동주택의 입주자가 구성한 입주자대표회의는 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐만 아니라, 현실적으로도 자치관리기구를 지휘·감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로 특별한 다른 사정이 없는 한 법인 아닌 사단으로서 당사자능력을 가지고 있다고 보았다.<sup>18)</sup>

이와 같이 학설과 판례는 민사적 관점에서 입주자대표회의의 성격을 비법인사단으로 해석하고 있는데, 비법인사단이라는 성격만으로는 공동주택 관리의 본질을 선명하게 파악하기 어렵다. 민사적 관점의 해석과 달리 대법원은 공법의 규율대상인 공동주택관리법상 관리주체의 범위에 관해 입주자대표회의는 관리주체에 포함되지 않는다고 판결한 바 있다.<sup>19)</sup> 공동주택의 관리는 공법으로서 공동주택관리법상 규정된 절차에 의하여 입주자대표회의라는 의결기구가 만들어지고, 공법 질서 아래에서 입주자대표회의에게 부여된 권한에 의하여 입주자대표회의가 직접 혹은 관리사무소를 통하여 해당 공동주택을 관리하는 것이기 때문에 공동주택의 관리는 공법상 부여된 권한이라는 성질을 갖는다.<sup>20)</sup> 따라서 입주자대표회의는 공법상의 단체로서 성질을 갖는다고 보는 것이 관리권에 대한 논의에서

10) 주택건설촉진법 (1972. 12. 30. 법률 제2409호로 제정된 것) 제22조 내지 제23조.

11) 공동주택관리령 (1979. 11. 21. 대통령령 제9665호로 제정된 것) 제6조(자영회) ① 공동주택의 입주자는 당해 공동주택단지안의 입주예정자의 과반수 이상이 입주를 완료한 때에는 자영회를 구성할 수 있다. ② 사업주체는 공동주택단지안의 입주예정자의 과반수 이상이 입주한 날로부터 3 월내에 제1항의 자영회가 구성될 수 있도록 협력하여야 한다.

12) 주택건설촉진법 (1984. 4. 10. 법률 제3724호로 개정되기 전의 것)은 제38조에서 공동주택을 건설한 사업주체는 입주예정자의 과반수가 입주를 완료한 때 입주자에게 공동주택을 관리할 것을 요구해야 하고 입주자는 그 요구를 받은 날로부터 1월 이내에 입주자대표회의를 구성하고, 당해 공동주택의 관리방법을 결정하여 사업주체에게 통지하고, 관할시장 또는 군수에게 신고하여야 한다고 규정하고 있다.

13) 공동주택관리법 제2조 제1항 제8호.

14) 공동주택관리법 제2조 제1항 제8호.

15) 공동주택관리법(2015. 8. 11. 법률 제13464호로 제정된 것) 제정·개정이유.

16) 공동주택관리법 제2조 제1항 제10호.

17) 진상욱, “입주자대표회의의 법적 지위 - 공동주택관리법을 중심으로 -”, 『토지법학』 제31권 제2호(2015. 12.), 42면.

18) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다6307 판결.

19) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결.

공동주택의 관리에 관한 권한과 책임의 관계를 선명히 파악할 수 있다.

## (2) 입주자대표회의와 관리단의 차이

공동주택의 관리에 관한 사항은 민사상의 법제로서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 집합건물법이라고 한다)이 공법상의 공동주택관리법과 병존하고 있다. 집합건물법상 공동주택의 관리는 공동주택의 소유권의 총합으로 공동주택단지의 관리권이 도출될 수 있음을 전제하고 있으며, 집합건물의 구분소유자 전원의 의사로 해당 집합건물에 관한 의사결정을 할 수 있다는 사고에 기초를 두고 있다.<sup>21)</sup> 입주자대표회의의 공법적 성질은 집합건물법상 관리단과의 차이에서 선명하게 드러난다.<sup>22)</sup> 집합건물법은 관리단의 개념에 대하여 정의하고 있지 않지만 관리단의 의무조항을 통해 관리단의 개념을 이해할 수 있다. 집합건물법은 관리단의 의무에 대하여 건물의 관리 자체에 대하여 규정하지 않고, 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 그 목적으로 정하고 있다. 이를 위하여 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사 혹은 이행하도록 규정하고 있다.<sup>23)</sup> 이는 공동주택의 관리 자체를 목적으로 하는 공동주택관리법상 입주자대표회의와 구별되는 차이점이다. 위에서 살펴본 것과 같이 공동주택관리법상 입주자대표회의는 공법상 단체의 실질을 갖는 반면,<sup>24)</sup> 집합건물법상 관리단은 사법상의 단체의 성질을 갖는다.<sup>25)</sup> 판례는 입주자대표회의의 성격을 공법상 단체로 보는 것에 비추어 관리단에 대하여 구분소유관계가 성립된 집합건물에 대하여 건물과 그 부속시설의 권리에 관한 사업의 시행을 목적으로 구분소유자 전원으로 당연설립되는 사법상의 단체라고 보았다.<sup>26)</sup> 공법상 단체인 입주자대표회의가 단지 내 공공의 목적인 공동주택의 관리를 종국목적으로 하는 것과 달리 관리단은 해당 건물의 권리에 관한 사업의 시행 자체를 목적으로 하기 때문에 민사상 권리를 행사하는 단체로 보아야 하는 점에서 양자는 차이가 있다.

# III. 관리사무소의 집행기관적 성격

## 1. 입주자대표회의의 권한

### (1) 입주자대표회의의 구성

입주자대표회의는 독립적인 하나의 조직으로서의 외형이 구성되어 있고, 공동주택의 관리에 관한 의사결정을 하기에 합당한 조직을 갖추고 있다고 볼 수 있다.<sup>27)</sup> 입주자대표회의의 회장은 입주자대표회의를 대표하고 그 회의의 의장으로서 역할을 하며, 의결사항은 입주자대표회의 구성원 과반수의 찬성으로 의결한다.<sup>28)</sup> 공동주택의 관리방법에 대해서는 입주자등이 공동주택을 자치적으로 관리하는 자치관리와 주택관리업자에게 위탁하여 관리하는 위탁관리의 방식으로 나누고 있다.<sup>29)</sup>

20) 공법관계와 사법관계를 구별하는 실익은 적용법리의 결정, 소송절차, 행정강제 등에 있다. 김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023. 75면 참조.

21) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포래, 2023, 805면.

22) 공동주택관리법은 국토교통부 소관의 법률이고, 집합건물법은 법무부 소관의 법률이라는 점에서 양 법이 규율하는 목적의 차이가 뚜렷하게 나타난다. 오피스텔과 같은 주택 외 시설을 주택과 동일한 건축물로 건축한 경우에 오피스텔의 소유자도 입주자대표회의를 구성하는 입주자의 범위에 포함되는지 문제 된 사안에서 법제처는 오피스텔의 소유자는 입주자대표회의를 구성하는 입주자의 범위에 포함되지 않고, 주택 외 시설 부분의 소유자는 당연설립되는 관리단을 통하여 건축물을 관리할 수 있다고 해석하였다. 법제처 2011. 7. 7. 회신 11-0297 해석례 참조.

23) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제23조 내지 제23조의2.

24) 입주자대표회의는 공법적 단체로서 주택단지라는 소규모 단체에서 입주자등을 대표하는 동별 대표자로 조직되는 대의기관에 해당한다는 견해가 있다. 정수호, “입주자대표회의와 관리단의 비교”, 『건설법연구』 제10호(2023. 9.), 46-47면 참조.

25) 공동주택법관리상 입주자대표회의와 집합건물법상 관리단의 관계에 있어 양 제도는 별도의 사상적 토대로 독자적으로 발전되어 온 것이기 때문에 양자를 조화시키려는 시도는 바람직하지 않고 집합건물법과 공동주택관리법이 중첩적으로 적용되는 의무관리대상 공동주택의 경우 공법상 관리주체인 입주자대표회의의 우위를 인정하고 입주자대표회의만을 관리주체로 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있다. 정복현, “공동주택의 관리권에 관한 공법적 연구 - 공동주택관리법과 집합건물법의 관계를 중심으로 -”, 서울대학교 법학전문대학원 석사학위 논문, 2024, 66-69면 참조.

26) 서울행정법원 2007. 3. 16. 선고 2006구합39086 판결.

27) 공동주택관리법에서 입주자대표회의의 구성은 4명 이상으로 하고, 동별 세대수에 비례하여 관리규약으로 정한 선거구에 따라 선출된 동별 대표자로 이루어지며, 그 임원으로 회장 1명, 감사 2명 이상, 이사 1명 이상을 둘 것을 규정하고 있다. 공동주택관리법 제14조 제6항 및 공동주택관리법 시행령 제12조 제1항.

28) 공동주택관리법 시행령 제14조 제1항 및 공동주택관리법 시행규칙 제4조 제1항.

29) 이와 같은 공동주택 관리방법의 결정 또는 변경은 입주자대표회의의 의결로 제안하고 전체 입주자등의 과반수가 찬성하거나 전체 입주자등의 10분의 1이상이 서면으로 제안하고 전체 입주자등의 과반수가 찬성하는 방법으로 한다. 공동주택관리법 제3조 내지 제7조 참조.

## (2) 입주자대표회의의 권한과 기능

입주자 등을 대표하여 공동주택의 관리에 관한 사항을 의논하여 결정하는 것이 입주자대표회의의 핵심 기능이다. 입주자대표회의의 권한은 공동주택 관리에 관하여 의결할 수 있는 사항을 통해 나타난다. 입주자대표회의의 의결사항은 시행령에서 다양하게 나열되어 있으나,<sup>30)</sup> 그 내용은 ①관리규약, ②관리비, ③장기수선계획 그리고 ④기타 시설관리에 관한 사항 등으로 이루어진다.

관리규약이란 공동주택의 입주자 등을 보호하고 주거생활의 질서를 유지하기 위하여 입주자 등이 정하는 자치규약을 의미한다. 광역 자치단체장은 관리규약의 제정을 위한 관리준칙을 작성하고, 입주자 등은 해당 관리준칙에 따라 관리규약을 정하게 된다.<sup>31)</sup> 예컨대 서울특별시 공동주택 관리규약 준칙의 경우 입주자의 권리와 의무, 입주자대표회의 구성원의 의무 및 책임과 같이 권한과 의무에 관한 사항부터 동별 대표자의 구성에 관한 사항, 위·수탁관리계약에 관한 사항, 관리비에 관한 사항, 회계처리기준에 관한 사항, 장기수선충당금의 요율 및 사용절차, 공동주택의 층간소음에 관한 사항까지 폭넓은 내용에 대한 관리규약의 기준을 정하고 있다.<sup>32)</sup> 이러한 내용으로 정해지는 관리규약에 대하여 입주자대표회의는 관리규약 개정안의 제안, 관리규약에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 규정의 제정·개정·폐지 등을 의결하여 정할 수 있고, 그밖에 공동주택의 관리와 관련하여 관리규약으로 정하는 사항도 의결사항으로 포함하고 있다.<sup>33)</sup>

관리비의 개념은 법에서 정의하고 있지 않지만, 공동주택의 입주자가 공동주택의 유지·관리를 위해 필요한 관리비를 관리주체에게 납부하여야 한다는 내용으로 나타난다.<sup>34)</sup> 관리비에 포함되는 내용은 동법시행령에서 정하고 있으며,<sup>35)</sup> 이와 같이 관리비에 포함되는 내용과 문언상 해석을 통하여 관리비는 공동주택의 유지와 관리를 위하여 필요한 비용이라는 개념으로 이해될 수 있다. 관리비는 공동주택의 관리에 있어 잦은 분쟁의 대상이 되고 있는데, 대체로 관리비의 징수 권한에 대한 분쟁과 관리비의 사용, 관리비의 체납에 관한 분쟁의 유형으로 나타난다.<sup>36)</sup> 입주자대표회의는 관리비와 관련하여 관리비 등의 집행을 위한 사업계획 및 예산의 승인, 관리비 등의 회계감사 요구 및 회계감사보고서의 승인, 관리비 등의 결산 승인의 사항을 의결한다.

장기수선계획은 공동주택을 안전하고 효율적으로 관리하기 위해 필요한 주요 시설의 교체, 보수 등에 관하여 수립하는 장기계획을 의미한다.<sup>37)</sup> 장기수선계획은 미리 수립된 계획에 따라 비용을 효율적으로 적립하고, 계획에 맞추어 수선 공사 등을 시행할 수 있게 함에 따라 공동주택의 수명을 연장하기 위한 것에 의의가 있다.<sup>38)</sup> 입주자대표회의는 장기수선계획·안전관리계획의 수립 또는 조정과 장기수선계획에 따른 공동주택 공용부분의 보수, 교체 및 개량을 그 의결사항으로 하고 있다.

기타 시설관리를 위하여 입주자대표회의는 공용시설물 이용료 부과기준의 결정, 단지 안의 전기·도로·상하수도·주차장 등의 유지·운영 기준의 마련과 자치관리를 하는 경우 자치관리기구 직원의 임면에 관한 사항 등 시설관리와 관리주체의 구성에 관한 사항까지 의결로 정할 수 있다. 관리규약, 관리비 등의 주요 내용 외에도 입주자대표회의는 공동주택의 관리에 관하여 광범위한 내용을 의결사항으로 정할 수 있다. 하자담보책임과 관련하여 공동주택 공용부분의 담보책임 종료 확인을 의결할 수 있고, 행위허가와 관련하여 공동주택 공용부분의 행위허가 또는 신고 행위의 제안을 의결할 수 있다.<sup>39)</sup>

30) 해당 조항에서 입주자대표회의의 의결사항은 1) 관리규약 개정안의 제안, 2) 관리규약에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 규정의 제정·개정·폐지, 3) 공동주택 관리방법의 제안, 4) 관리비 등의 집행을 위한 사업계획 및 예산의 승인, 5) 공용시설물 이용료 부과기준의 결정, 6) 관리비 등의 회계감사 요구 및 회계감사보고서의 승인, 7) 관리비 등의 결산의 승인, 8) 단지 안의 전기, 도로, 상하수도, 주차장, 가스설비, 냉난방설비 및 승강기 등의 유지·운영 기준, 9) 자치관리를 하는 경우 자치관리기구 직원의 임면에 관한 사항, 10) 장기수선계획에 따른 공동주택 공용부분의 보수, 교체 및 개량, 11) 공동주택 공용부분의 행위허가 또는 신고 행위의 제안, 12) 공동주택 공용부분의 담보책임 종료 확인, 13) 주민공동시설 위탁 운영의 제안, 14) 인근 공동주택단지 입주자등의 주민공동시설 이용에 대한 허용 제안, 15) 장기수선계획 및 안전관리계획의 수립 또는 조정, 16) 입주자 등 상호간에 이해가 상반되는 사항의 조정, 17) 공동체 생활의 활성화 및 질서유지에 관한 사항으로 정하고 있고 그밖에 공동주택의 관리와 관련하여 관리규약으로 정하는 사항을 의결사항으로 정하고 있다. 공동주택관리법 시행령 제14조 제2항 참조.

31) 공동주택관리법 제18조.

32) 서울특별시 공동주택 관리규약 준칙(2024) 전문 참조.

33) 공동주택관리법 시행령 제14조 제2항.

34) 공동주택관리법 시행령 제23조.

35) 동법 시행령에서 관리비에 포함되는 내용을 1) 일반관리비, 2) 청소비, 3) 경비비, 4) 소독비, 5) 승강기유지비, 6) 지능형 홈네트워크 설비 유지비, 7) 난방비, 8) 급탕비, 9) 수선유지비, 10) 위탁관리수수료로 정하고 있다. 다만 장기수선충당금, 안전진단실시비용과 같은 비용과 전기료, 수도료, 가스사용료와 같은 사용료의 경우 관리비와 구분하여 징수하여야 한다는 점을 규정하고 있다. 공동주택관리법 시행령 제12조 제1항 내지 제3항 참조.

36) 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다274171 판결; 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다222328 판결; 대법원 2024. 12. 12. 선고 2024다283033 판결 등 참조.

37) 공동주택관리법 제2조 제1항 제18호.

38) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 812면.

39) 공동주택관리법 시행령 제14조 제2항.

## 2. 관리사무소의 업무와 권한

관리사무소의 업무에 관해서는 공동주택관리법과 동법 시행규칙에서 그 상세한 내용을 정하고 있으나,<sup>40)</sup> 업무 내용은 ① 공동주택의 일상적인 유지·관리 업무와 ② 입주자대표회의의 의결사항의 집행·대행 업무로 나누어 볼 수 있다. 법령에서 규율하고 있는 공동주택의 공용부분의 유지·보수·안전관리, 공동주택단지 안의 경비·청소·소독·쓰레기 수거, 공동주택관리업무의 공개·홍보 등은 시설의 유지와 관리를 위한 내용으로 볼 수 있다. 이와 같은 규율은 관리사무소에게 업무 집행에 관한 재량이 인정되는 일상적인 공동주택의 유지·관리 업무로 평가할 수 있다. 주목할 점은 공동주택의 일상적 유지·관리 업무 외에는 입주자대표회의 의결사항의 집행과 대행으로 관리사무소의 업무가 이루어진다는 점이다. 법령에서는 관리규약으로 정한 사항, 입주자대표회의에서 의결한 사항 등 입주자대표회의가 정한 사항의 집행을 그 업무내용으로 정하고 있고, 관리비·사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 하자보수청구 등의 대행 등 공동주택 관리에 관한 업무를 대행하도록 규정하고 있다. 관리사무소의 업무를 총괄하는 관리사무소장의 업무 범위에 대하여도 입주자대표회의에서 의결하는 공동주택의 운영·관리 등에 관한 사항, 관리비·장기수선충당금 등에 대한 사항의 집행을 주요 업무 사항으로 다루고 있다.<sup>41)</sup> 결국 관리사무소가 주체적으로 재량을 갖고 수행하는 업무는 공동주택의 일상적 유지·관리를 위한 업무로 한정되고, 관리규약, 관리비, 장기수선충당금 등 주요한 업무는 입주자대표회의의 의결사항을 집행하는 기구로 관리사무소가 기능하는 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>42)</sup> 이 같은 업무 구조는 관리비 예치계좌의 직인과 관련한 사항에서도 나타난다. 법령에서 관리비와 장기수선충당금의 예치·관리를 위한 계좌의 직인은 관리사무소장의 직인 외에 입주자대표회의 회장의 인감을 복수로 등록할 수 있도록 규정되어 있으나,<sup>43)</sup> 실무에서는 관리비예치계좌에서 지출되는 관리업무 집행비용에 대한 지출서류는 입주자대표회의의 회장의 인감을 날인하는 것으로 이루어지고 있다.<sup>44)</sup>

## 3. 관리사무소의 집행기관적 성격

입주자대표회의의 의결사항을 살펴보면 입주자대표회의는 공동주택 관리의 근간을 이루는 관리규약의 개정에 관한 사항부터 입주자 상호 이해가 상반되는 사항의 조정, 공동체 생활 활성화, 시설 관리까지 공동주택의 관리 전반에 관한 사항에 관하여 폭넓은 의사결정을 내릴 수 있는 권한을 가진 것을 알 수 있다. 이에 반하여 관리사무소는 관리규약, 관리비, 장기수선충당금 등 공동주택의 관리를 위한 주요 업무에 대하여는 입주자대표회의의 의결사항을 집행하는 역할에 그친다. 관리사무소가 주체적으로 수행할 수 있는 일은 이러한 주요 업무 외에 단지 내 경비·청소·시설보수 등 공동주택의 일상적인 유지와 관리를 위한 업무로 그 권한이 제한된다. 따라서 실무의 관리사무소 운영실태와 그 업무와 권한을 고려하면 입주자대표회의는 공동주택 관리의 최종 의사결정 주체로서 그 권한과 기능이 있다는 점을 확인할 수 있고, 관리사무소는 입주자대표회의의 의결사항을 집행하는 역할로서 집행기관적 성격을 갖고 있다고 보아야 한다.

40) 공동주택관리법과 동법 시행규칙에서는 관리주체의 업무 내용에 관하여 1) 공동주택의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 2) 공동주택단지 안의 경비·청소·소독 및 쓰레기 수거, 3) 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 4) 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 5) 관리규약으로 정한 사항의 집행, 6) 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행, 7) 공동주택관리업무의 공개·홍보 및 공동시설물의 사용방법에 관한 지도·계몽, 8) 입주자등의 공동사용에 제공되고 있는 공동주택단지 안의 토지, 부대시설 및 복리시설에 대한 무단 점유행위의 방지 및 위반행위시의 조치, 9) 공동주택단지 안에서 발생한 안전사고 및 도난사고 등에 대한 대응조치, 10) 하자보수청구 등의 대행 등으로 정하고 있다. 공동주택관리법 제63조 제1항, 공동주택관리법 시행규칙 제29조 참조.

41) 공동주택관리법 제64조 제2항.

42) 민사상 계약에 관한 사항에서 대법원은 관리사무소를 집행기관으로 보았다. 대법원은 관리사무소장이 공동주택의 관리업무를 집행하면서 체결한 계약에 기한 권리와 의무는 비법인사단으로서 입주자대표회의에 귀속된다고 판단한 사안에서, 자치관리기구인 관리사무소와 입주자대표회의의 관계에 대하여 관리사무소는 피용자의 지위에 있다고 확인하면서, 구 주택법과 관리규약에서 관리사무소에게 부여한 일정 부분의 관리 업무에 독자성을 부여한 것은 주택관리사 등 주택관리의 전문가에 의한 업무집행을 통해 공동주택의 적정한 관리를 도모하기 위한 취지일 뿐이라고 판시하면서, 업무집행기관에 해당할 뿐이라고 판시한 바 있다. 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다62657 판결 참조.

43) 공동주택관리법 시행령 제23조 제7항.

44) 조명한, “공동주택의 관리에 있어서 입주자대표회의의 법적지위에 관한 연구 -당사자 적격을 중심으로-”, 강원대학교 정보과학·행정대학원 석사학위 논문, 2010, 17-18면 참조.

## IV. 입주자대표회의의 관리권

### 1. 관리권의 근거

공동주택관리법상 공동주택의 관리란 하나의 사업승인에 의하여 건설된 주택단지 내에 위치한 주택, 부대시설, 복리시설 등을 관리하기 위한 권한과 책임을 포괄하는 개념으로 볼 수 있다.<sup>45)</sup> 공동주택을 관리할 수 있는 권한이 관리권이라고 보면 관리권은 공동주택 관리의 본질적 성격을 갖는 요소가 되고, 공동주택의 관리에 관한 권한과 책임에 대한 논의는 관리권으로부터 비롯된다고 보아야 하지만 공동주택관리법은 관리권에 대하여 규정하고 있지 않다.<sup>46)</sup> 다만 공동주택 관리를 위한 일의 권한과 책임이 관리사무소의 업무 내용과 입주자대표회의의 의결사항에 나누어져 규정되어 있는 정도에 그치고 있다. 이와 같이 나열되어 있는 의결사항과 업무내용을 통해 관리사무소와 입주자대표회의가 그 내용을 수행할 권리가 있다고 추론할 수 있을 뿐이다.

대법원은 입주자대표회의가 구 주택법에서 정하고 있는 입주자 및 관리주체에 해당하는지에 대하여 문제가 된 사안에서,<sup>47)</sup> 구 주택법의 내용을 위반한 입주자대표회의에 대하여 행정청이 공사의 중지, 원상복구, 그 밖의 필요한 조치를 하였으나, 입주자대표회의가 당해 조치명령을 따르지 않았더라도 입주자대표회의는 입주자 및 관리주체를 규정하고 있는 구 주택법 규정의 수법자로서 입주자 또는 관리주체에 해당하지 않기 때문에 그 조치명령은 위법한 것으로 판단하고 입주자대표회의에게 구 주택법의 벌칙규정을 적용하여 처벌할 수 없다고 보았다.<sup>48)</sup> 대법원은 입주자대표회의가 구 주택법상 입주자 및 관리주체에 해당하는지에 대하여 구 주택법상 입주자는 주택을 공급받는 자나 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속이라고 정의하고 있고,<sup>49)</sup> 구 주택법 소정의 관리주체는 입주자대표회의가 구성한 자치관리기구나 주택관리업자를 의미한다고 보면서, 입주자대표회의가 구 주택법상 관리주체에 해당하지 않는다고 보았다. 대법원 판결의 의의는 공동주택관리법에서 관리사무소와 입주자대표회의의 관계에 대해 선명하게 밝히고 있지 않은 상황에서 문언적 해석으로 관리주체의 범위에 입주자대표회의는 포함되지 않는다고 선언하면서 시정명령과 같은 침익적 제재의 상대방으로서 입주자대표회의는 적합하지 않다는 점을 확인한 것에 있다.

다만 형식적 법문상 관리주체의 범위나 개념에 입주자대표회의에 포함되어 있지 않더라도, 앞서 검토한 바와 같이 제도의 실질과 운영 구조 내에서는 입주자대표회의에게 관리권이 있다는 점을 알 수 있다. 또한 공동주택관리법은 문언상 관리권의 개념을 선명하게 드러내고 있지 않지만, 공동주택의 관리권은 우리 헌법이 국민에게 부여한 인간다운 생활을 할 권리,<sup>50)</sup> 행복추구권을 실현하기 위하여 국가에 부여한 충분한 주택을 공급해야 할 의무와 함께 공급된 주택을 관리할 의무도 국가가 아울러 가지게 된다는 점에서 비롯된다고 보아야 한다.<sup>51)</sup> 따라서 공동주택의 관리권은 헌법적 근거와 공법상 공동주택관리법에서 그 개념을 도출할 수 있고, 입주자대표회의의 관리권은 공법적 규율의 범위 안에 포함되어야 한다.

위에서 살펴본 바와 같이 입주자대표회의가 공동주택의 관리에 실질적인 주체로서 역할을 하고 관리사무소는 집행기관으로서 그 기능을 하는 것으로 이해할 수 있다. 이와 같은 구조의 근원은 공법상 공동주택관리법이 입주자대표회의에게 부여한 권한에 의한 것이고, 그 공법상 규율의 틀은 관리규약으로 구체화된다. 따라서 관리규약은 공동주택의 관리에 구체적인 치침 역할을 수행하게 된다. 예컨대 제헌의회가 제헌 헌법을 제정하는 것과 같이 공동주택이 준공되고 입주자대표회의가 처음 구성되면 공동주택 관리의 관리규약을 마련하고 공동주택은 그 관리규약에 따라 관리되기 때문에 관리규약은 공동주택 관리 권한의 근원이 되는 것이다. 이 같은 관리 권한의 근원은 입주자대표회의에게 있고 이를 행사하는 것도 입주자대표회의라고 보아야 한다. 다만 입주자대표회의에 종속된 관리사무소가 집행기구로서 공동주택 관리 업무의 집행 역할을 하는 것으로 이해되어야 한다.

45) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 805면.

46) 관리권은 소유권의 권능에 속한 것이기 때문에 소유자가 행사하는 것이고 관리의 전문성을 고려하여 제3자에게 위임할 수 있을 뿐이지 제3자가 주체가 되지 않는다는 점에서 공동주택관리법이 관리사무소장 또는 주택관리업자를 관리권의 주체로 한 것은 입법상 오류라는 견해가 있다. 이 흥장 / 박세창, “입주자대표회의의 지위 개선에 관한 고찰”, 『부동산경영』 제16호(2017. 12.), 146-147면 참조.

47) 주택법(2007. 4. 20. 법률 제8384호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 내지 제2항.

48) 본 사안의 사실관계는 입주자대표회의의 회장이 공동주택단지 내 주민공동시설을 골프연습장으로 운영하기 위하여 특정 업체에 운영을 위탁하였으나, 해당 업체가 입주민뿐만 아니라 외부인에게도 시설을 개방하여 월 회비를 받아 운영한 사안에서, 행정청이 해당 시설이 공동주택을 수익사업으로 이용한 것으로 보고 원상복구 명령을 하였으나 이행이 되지 않은 사안이다. 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결.

49) 구 주택법상 규정으로 입주자와 사용자를 구분한 것과 관련하여 입주자는 소유권을 전제로 하는 개념이기 때문에 소유권 이외의 권리에 대한 것은 사용자로 구분하여 규정하고 있는 것이 입주자대표회의의 법적 성격과 지위에 관한 논란의 일부분을 구성한다는 견해가 있다. 나병진, “입주자대표회의의 계약체결권에 관한 연구 - 대법원 판례를 중심으로 -”, 『부동산중개학회지』 제6집(2012. 12.), 219-232면 참조.

50) 대한민국헌법 제34조 제1항.

51) 대한민국헌법 제10조.

## 2. 입주자대표회의의 관리 권한의 귀속

### (1) 입주자대표회의의 관리권

공동주택의 관리를 문언상 의미로만 살펴보면 공동주택의 시설이나 물건의 유지, 개량 따위의 일을 맡아서 하는 것으로 이해할 수 있다. 입주자대표회의를 법문상 관리주체로 볼 수 있는지에 대한 기준 민사상 논의는 관리권을 소유권의 권능 중 하나로 본다는 전제로 관리권에 관하여 주된 의사결정을 하는 주체의 성격에 대한 판단으로 이루어졌다. 입주자대표회의를 관리주체로 볼 수 있는지에 관하여 기준의 학설은 긍정설과 부정설<sup>52)</sup>로 나누어지는데, 다수의 견해는 입주자대표회의에 대하여 관리주체성을 긍정하는 견해를 취하고 있다. 주요 논지로는 자치관리기구로서의 관리사무소장 또는 위탁관리의 주택관리업자는 관리업무의 집행기관에 불과하기 때문에 공동주택관리법상 관리사무소장과 주택관리업자를 관리권의 주체로 본 것은 입법상 잘못이라는 점<sup>53)</sup>과 공동주택의 관리는 그 시설의 유지, 개량 등을 하는 것을 말하기 때문에 소유권의 한 권능인 사용에 상응하는 개념이고, 공유물의 사용에 따른 반대급부로서 그 유지, 관리의 비용부담 문제를 규율하는 것이기 때문에 공동주택의 관리책임은 궁극적으로 구분소유자에게 있다고 보았다.<sup>54)</sup> 그러나 대법원의 경우 공동주택의 관리주체에 입주자대표회의는 포함되지 않는다고 보고 있다.<sup>55)</sup>

그러나 관리권의 내용을 살펴보면 권리의 귀속과 관리의 책임이 궁극적으로 입주자등에게 있다는 점에 비추어 볼 때 입주자대표회의가 공동주택의 관리업무를 관리사무소에게 위탁하였다고 하여 그 권한과 책임이 주요 의사결정을 갖는 주체성을 갖는 정도에 이를 정도로 관리사무소에게 이전되었다고 보기 어렵다. 공동주택관리법상 입주자대표회의의 의결사항과 관리사무소의 업무 범위의 규율 내용을 살펴보면 입주자대표회의의 의결이 없으면 실무상 관리사무소는 주요 업무를 독자적으로 집행할 수 없기 때문에 입주자대표회의의 관리 권한은 관리사무소에 비하여 막강한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 입주자대표회의의 관리 권한을 일체 부정하는 것은 타당하지 않다.

### (2) 관리권의 분별: 권한과 책임의 측면

제정 주택건설촉진법부터 현행 공동주택관리법까지 법령의 변화와 대법원 판결에서 보는 것과 같이 입주자대표회의의 관리권은 뚜렷한 개념 정립 없이 혼란한 상황이나 현행 법령과 판례의 입장은 선명한 규정 없이 일관되게 입주자대표회의는 관리주체가 아니라는 점만 선언하고 있다. 이는 제도 운용의 실질을 기준으로 판단하기보다 문언 해석을 통한 형식적 판단에 근거한 것으로 볼 수 있다. 명확한 규정 없이 관리주체의 성격만 판단하고 이를 부정하고 있다는 점에서 그 혼란의 책임은 입법의 미비에 있다고 볼 수 있으나, 일면으로는 그 규정에 타당한 부분이 있다. 공법상 실체가 분명치 않고 사법상 비법인사단의 실질 정도를 지난 입주자대표회의에게 공법인 공동주택관리법에 근거하여 공법상 의무를 부과하거나 그 이행을 기대하는 것은 어렵다는 점과 행정청이 처분의 상대방으로서 비법인사단에 불과한 입주자대표회의에 대하여 시정명령과 같은 침익적 처분을 내려야 한다는 점에서는 입주자대표회의를 관리주체로 인정하는 것이 적합하지 않을 수 있기 때문이다. 대법원 판결 또한 조치명령과 같은 침익적 처분을 받은 입주자대표회의에 대하여 그 처분은 위법한 것으로 판단하여 별칙규정을 적용할 수 없다고 판시한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.<sup>56)</sup>

그러나 입주자대표회의가 실질적 관리권을 행사하면서 관리의 주체적 성격을 갖는다는 점에서 그 관리권을 선명하게 인정할 필요가 있다. 다만 입주자대표회의가 갖는 공법상 관리권은 다면의 표지를 갖고 있기 때문에 이를 규율하기 위해서는 신중하게 접근해야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 입주자대표회의는 공법상의 권리와 공동주택의 관리에 관한 의사결정 권한의 귀속 주체라는 점에서 관리권을 인정할 필요가 있으나, 공법상 책임의 대상이 되기에는 적합하지 않은 성격을 갖고 있다. 따라서 입주자대표회의의 관리권은 권한과 책임의 측면으로 분별하여 적용하는 것이 타당하다. 공동주택관리법상 입주자대표회의의 의결사항에서 정하고 있는 바와 같이 공동주택의 관리에 관한 의사결정 권한과 관리사무소의 업무 내용에서 정하고 있는 공동주택의 관리에 관한 내용에 대하여 권한적인 측면에서는 공동주택 관리의 의사결정 권한의 귀속 주체로서 권한적 측면의 관리권만으로도 입주자대표회의를 관리주체로 판단하는 것이 필요하다. 이와 반대로 대법원 판결과 같이 입주자대표회의에 대하여 침익적 처분을 내리거나 공법상의 의무 등을 부과하는 공법상 책임적 측면의 관리권에서는 권한적 측면의 관리권과 책임적 측면의 관리권을 종합적으로 판단하여 그 관리권의 적용과 관리주체로서의 판단을 신중히 분별할 수 있도록 규율하는 것이 법제와 실무의 충돌을 줄일 수 있는 방안으로 기능할 수 있을 것이다. 다만 그 책

52) 김영두, “집합건물 관리단과 입주자대표회의의 관계”, 『법학연구』 제18권 제1호(2007. 6.), 163-167면 참조.

53) 송호열, “집합건물법상 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』 제46호(2010. 2.), 262-269면.

54) 박종두 / 박세창, “‘공동주택관리법’ 관리체계의 검토”, 『집합건물법학』 제16권(2015. 1.), 12면.

55) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결.

56) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결.

임과 권한의 관계에 관한 내용은 섬세한 규율이 필요하다. 현행 공동주택관리법이 관리사무소장의 업무의 권한과 전문성을 보장하기 위하여 부당간섭배제를 규정하는 조항을 마련하고 있지만,<sup>57)</sup> 실무에서는 이 조항이 입법 취지와 달리 입주자대표회의와 관리사무소 간 충돌의 근거가 되고 있다. 특히 입주자대표회의에 대한 공법상 책임과 권한이 인정되고 강화될수록 그 범위와 한계에 관한 내용은 또 다른 충돌의 사유가 될 수 있다. 이러한 충돌의 방지를 위해서는 입주자대표회의와 관리사무소의 권한과 책임의 관계에 대한 공법상 자치적 규율을 정교하게 설계하는 작업이 선행되어야 한다. 앞서 살펴본 공동주택관리를 위한 공법상 규율의 틀인 관리규약은 자치규범이자 구체적 운영지침으로서 양자의 관계를 규정하는 실질적 기능을 할 수 있다. 그러므로 관리사무소와 입주자대표회의의 권한과 책임의 관계에 관한 사항을 관리규약에 명시하여 상호 관계를 명확하게 정할 필요가 있다. 현행 서울특별시 공동주택 관리규약 준칙상 입주자대표회의와 관리사무소의 책임과 의무 등을 규정하는 조항은 마련되어 있으나 양자의 권한과 책임의 관계에 관하여는 선명히 정하고 있지 않다.<sup>58)</sup> 따라서 의사결정기관으로서 입주자대표회의와 집행기관으로서 관리사무소의 관계를 규정하고 그 권한과 책임을 분별하는 관리규약상 규정의 마련이 필요하다.

## V. 결론

공동주택의 관리에 관해 입주자대표회의의 관리권을 선명히 규정하는 것은 법제와 실무의 혼란을 해소하기 위하여 필요하다. 이를 위해서는 우선 공동주택관리법상 관리권이 공법상의 규율로부터 도출된다는 점을 선명히 인식해야 한다. 구분소유자의 권리와 의무에 터 잡아 운용되는 집합건물법상의 관리단과는 달리 입주자대표회의는 공법상 규율 아래에서 공익의 목적으로 건물의 관리를 한다는 점에서 그 관리권의 원천이 있다. 또한 헌법상 인간다운 생활을 할 권리와 행복추구권의 보호를 위하여 관리권이 행사되어야 하는 점에서도 공동주택의 관리권은 공법상의 규율이라는 점에 터 잡아 입주자대표회의와 관리주체의 관계를 중심으로 검토되어야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 입주자대표회의는 공동주택의 주요 의사결정의 권한을 보유하고 있고, 관리사무소는 그 의사결정의 집행기관의 성격을 갖는다. 따라서 입주자대표회의는 관리의 주체로서 실질적 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있기 때문에 그 관리권과 관리주체로서의 성격은 인정되는 것이 타당하다. 다만 관리권과 관리주체로서의 성격을 인정하는 것에 있어서 현재의 법령과 판례의 입장과 같이 일률적으로 그 성격을 부정하거나 인정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 보다 섬세한 규율을 위해서는 입주자대표회의의 관리권을 권한과 책임의 측면으로 나누어 보아야 한다. 공동주택 관리에 관한 의사결정의 귀속주체로서 권한적 측면의 관리권과 침익적 처분의 상대방으로서의 관리권은 책임적 측면의 관리권으로 보고 각 측면에 따라서 분별하여 법을 적용하고 해석하는 것이 필요하다.

투고일 2025. 8. 24. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 12.

57) 공동주택관리법 제65조(관리사무소장의 업무에 대한 부당 간섭 배제 등) ① 입주자대표회의(구성원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 입주자 등은 제64조제2항에 따른 관리사무소장의 업무에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 이 법 또는 관계 법령에 위반되는 지시를 하거나 명령을 하는 등 부당하게 간섭하는 행위 2. 폭행, 협박 등 위력을 사용하여 정당한 업무를 방해하는 행위

58) 서울특별시 공동주택 관리규약 준칙(2024상) 입주자대표회의의 의무와 책임(제46조)을 정하고 있고, 이와 별도로 관리주체의 의무와 책임(제96조)을 정하고 있다. 해당 조항은 각 주체가 선량한 관리자의 주의의무로 그 업무를 집행하여야 한다는 내용의 규정으로 양 주체의 권한과 책임에 관하여는 선명히 알 수 없다.

## 참고문헌

### 단행본

김동희 / 최계영, 『행정법 I』(제27판), 박영사, 2023.

김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

### 학위 논문

정복현, “공동주택의 관리권에 관한 공법적 연구 - 공동주택관리법과 집합건물법의 관계를 중심으로 -”, 서울대학교 법학전문대학원 석사학위 논문, 2024.

조명한, “공동주택의 관리에 있어서 입주자대표회의의 법적지위에 관한 연구 -당사자 적격을 중심으로-”, 강원대학교 정보과학·행정대학원 석사학위 논문, 2010.

### 일반 논문

김영두, “집합건물 관리단과 입주자대표회의의 관계”, 『법학연구』 제18권 제1호(2007. 6.).

나병진, “입주자대표회의의 계약체결권에 관한 연구 - 대법원 판례를 중심으로 -”, 『부동산중개학회지』 제6집(2012. 12.).

박종두 / 박세창, “『공동주택관리법』관리체계의 검토”, 『집합건물법학』 제16권(2015. 1.).

송호열, “집합건물법상 관리단과 주택법상의 입주자대표회의의 법률적 관계의 재정립”, 『동아법학』 제46호(2010. 2.).

이홍장 / 박세창, “입주자대표회의의 지위 개선에 관한 고찰”, 『부동산경영』 제16호(2017. 12.).

정수호, “입주자대표회의와 관리단의 비교”, 『건설법연구』 제10호(2023. 9.).

진상욱, “입주자대표회의의 법적 지위 - 공동주택관리법을 중심으로 -”, 『토지법학』 제31권 제2호(2015. 12.).

### 기타 자료

장박원, “[아파트 이야기] ③ 1962년 첫 대규모단지 ‘마포아파트’”, 매일경제, 2009. 6. 1. <https://www.mk.co.kr/news/mki/4590470> (2025. 8. 7. 확인).

**ABSTRACT**

## **Residents' representative council and management authority**

**Lee, Yonghoon\***

Under the Multi-Family Housing Management Act, the statutory "Management Entity" is defined as the head of the management office; the Council of Occupants' Representatives is excluded from that definition. In practice, however, the management office functions merely as an executive arm, implementing the Council's resolutions, while the Council is the principal decision-making body in apartment complexes. The Act's failure to specify the Council's authority has generated recurring disputes over the scope of the management entity and the attribution of responsibility, a tension reflected in Supreme Court rulings that excluded the Council from the statutory category when conflicts with the management office arose. To reconcile legal doctrine with practice, this article clarifies the legal basis and contours of Council authority. This authority rests on public law regulation oriented toward the public interest, in contrast to governance under the Act on Ownership and Management of Condominium Buildings, which derives from the private law rights and obligations of unit owners. The article advances a dual-aspect framework for "management authority": (i) an authority dimension—competence to adopt binding decisions on apartment management—and (ii) a responsibility dimension—exposure as the addressee of adverse administrative measures. Interpreting the Act through this dual lens avoids the unhelpful dichotomy of either denying or uniformly recognizing the Council as a management entity. It also enables a more precise allocation of powers and liabilities in apartment governance.

**Keywords:** Council of Occupants' Representatives, Management Office, Management Authority, Management Entity, Multi-Family Housing Management Act

---

\* Research Fellow, Seoul National University School of Law



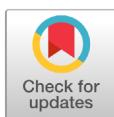
## 논문 / ARTICLE

# 민간투자사업기본계획의 법적 성질과 그 적용에 있어 공법적 통제의 필요성

김종균\*

## 국문초록

민간의 투자를 재원으로 사회기반시설을 건설·운영하는 데에 중심적인 역할을 하는 「사회기반시설에 대한 민간투자법」은 민간으로부터의 재원 조달을 중심으로 내용이 구성되어 있어 일종의 재정 절차법적 성격을 강하게 드러내고 있다. 따라서 행정청이 중심이 되어 진행되는 재정사업과 달리 민간투자사업은 행정청으로부터의 '처분'을 매개로 권리의무관계가 규율되지 않고 '실시협약'이라는 공법상 계약을 기초로 민과 관의 관계가 정의된다. 그런데 아직 실시협약이 체결되기 이전의 상황이라면 어떠한 법률관계도 형성되지 않은 상황에서 민간투자사업기본계획이 민간사업자에게 영향을 미치게 되는데, 이러한 기본계획은 행정규칙에 불과하여 원칙적으로 대외적 구속력을 갖지 못한다. 그러나 민간사업자에게 불리하게 개정된 민간투자사업기본계획이 민과 관의 협상 과정에서 민간사업자에게 사실상 불리한 결과를 초래하는 경우가 발생하곤 한다. 이를 최근 민자적격성 재조사 요건과 관련하여 민간투자사업기본계획이 개정된 사례를 통해 살펴보자 한다. 민자적격성 재조사 제도를 일부 보완하기 위하여 민간투자사업기본계획이 2023년 개정되었으나 이 과정에서 재정사업의 경우와 차이가 발생하였다. 재정사업은 국가재정법이 적용됨으로써 타당성 재조사와 관련한 구체적인 법령의 규정이 존재하나, 민간투자사업에서는 이러한 근거 법령이 없고, 결국 민간투자사업기본계획의 개정 과정에서 발생한 제도적 공백이 해석상 문제가 되는 상황이 발생하였다. 이러한 사례를 통해 「사회기반시설에 대한 민간투자법」이 갖는 재원 조달 목적의 절차법적 한계를 공법상 계약을 기초로 한 공법적 규율을 통해 극복하는 방안을 논의해보자 한다.



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2025.14.6>

Received: August 24, 2025

Revised: September 04, 2025

Accepted: September 12, 2025

Copyright: © 2025 Construction &amp; Urban Development Law Association.

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

## 목차

### I. 들어가며

### II. 민간투자법상 민간투자사업의 추진구조

### III. 민간투자사업기본계획의 법적 성질과 한계

### IV. 사례: 민자적격성 재조사 요건에서의 보상비 증가분 제외 여부

### V. 마치며

\*지에스건설(주) 변호사

## I. 들어가며

「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 ‘민간투자법’이라 한다)은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 정부의 재정이 아닌 민간의 투자를 바탕으로 사회기반시설의 확충 등과 관련한 사업을 추진하는 만큼, 사업을 계획·선정하여 추진 주체를 정하고 건설 및 운영에 이르는 단계에서 일반적인 재정사업과는 확연히 구별되는 절차에 의하게 된다. 민간투자사업(Public-Private Partnership)의 의미상 민(Private)과 관(Public)의 대등한 협력관계(Partnership)를 전제로 추진되는 것이므로, 쌍방이 대등한 관계에서 체결한 ‘실시협약’을 통해 재원 조달부터 건설·운영, 위험분담에 이르는 모든 사항을 세밀하게 규정하게 된다.

그렇다면 실시협약이 체결되기 이전에는 어떠한 법적 상태에 있는 것일까? 본고에서는 민과 관 사이에 아직 어떠한 민사적(내지는 대등한) 법률관계도 형성되지 않은 단계인 ‘협상’ 과정에서 어떤 방식으로 공법적 통제가 작동할 수 있는지 등을 살펴보고자 하며, 이 과정에서 민간투자법의 하위 행정규칙인 ‘민간투자사업기본계획’이 어떤 기능을 하는지 간략히 검토하고자 한다. 나아가 사업 추진 과정에서 민간투자사업기본계획이 변경되는 경우 어떤 영향이 발생하는지 구체적으로 살펴보는 것이 필요하다. 최근 민간투자사업기본계획의 개정으로 민자적격성 재조사 요건이 변경되었다. 법규의 공백으로 이해될 여지가 있는 상황에서 사업 추진에 대한 공법적 통제가 어떤 방식으로 이루어져야 하는지를 아울러 살펴보고자 한다.

## II. 민간투자법상 민간투자사업의 추진구조

### 1. 민간투자사업의 개념과 사업 추진 유인 등

민간투자법은 ‘민간투자사업’을 민간부문의 사업 제안에 따라 추진되거나 주무관청의 민간투자시설사업기본계획에 따른 사업시행자가 시행하는 사회기반시설사업으로 정의하고 있다(동법 제2조 제6호). 여기서 사회기반시설사업은 사회기반시설의 신설·증설·개량 또는 운영에 관한 사업으로(동조 제3호), 사회기반시설이란 각종 생산활동의 기반이 되는 시설, 해당 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민생활의 편익을 증진시키는 시설로서, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설을 말하는 것으로 법상 예시적으로 열거되어 있다(동조 제1호 가목 내지 다목).

- 가. 도로, 철도, 항만, 하수도, 하수·분뇨·폐기물처리시설, 재이용시설 등 경제활동의 기반이 되는 시설
- 나. 유치원, 학교, 도서관, 과학관, 복합문화시설, 공공보건의료시설 등 사회서비스의 제공을 위하여 필요한 시설
- 다. 공공청사, 보훈시설, 방재시설, 병영시설 등 국가 또는 지방자치단체의 업무수행을 위하여 필요한 공용시설 또는 생활체육시설, 휴양시설 등 일반 공중의 이용을 위하여 제공하는 공공용 시설

이처럼 법에서 정한 내용들을 살펴보면 민간투자법상 민간투자사업이 단순히 민간의 투자만으로 성립할 수 있는 것은 아니고, 공공성을 전제한 ‘사회기반시설’의 설치 및 운영과 관련한 민간의 투자이어야 한다는 점을 확인할 수 있다.

민간투자법의 내용을 구체적으로 살펴보면, 기본적으로 민간에 의한 ‘재원 조달’과 관련한 내용적·절차적 규제가 민간투자법의 핵심 규율 대상으로 구성되어 있다. 법 체계상으로 사회기반시설사업을 시행할 사업시행자에 대한 규정들 이후로는 재원 조달과 관련한 규정들이 빼곡하게 이어지는 것을 확인할 수 있다. 물론 모든 민간투자사업이 반드시 민간투자법에 의해 시행되는 것은 아니다. 일반적인 의미에서 민간투자사업이라 함은 민간의 투자를 재원으로 하여 일정한 개발사업을 추진하는 것을 포괄한다. 따라서 민간투자법 이외에도 「공유재산 및 물품 관리법」(이하 ‘공유재산법’이라 한다)이나 개별 개발사업법 등에 따라 민간의 투자 방식으로 사업 추진이 가능하다. 이를테면 공유재산법에 따라 개발 시설의 기부채납을 조건으로 시설의 사용·수익권을 얻어 민간이 투자한 재원을 회수하는 방식이 가능하다(동법 제7조, 제20조 등).

이와 같은 배경에서, 민간투자법에 따른 민간투자사업이 어떠한 유인으로 추진되는지 살펴볼 필요가 있다. 사회기반시설의 건설을 위해 막대한 재원을 투자하는 민간사업자의 입장에서는 해당 시설의 공공성을 고려하여 사용료 인상은 한계가 있을 수밖에 없고 결국 해당 시설의 사용·수익기간을 길게 가져가는 것이 거의 유일한 투자금 회수 방안이 된다. 따라서 공유재산법에 따른 사용허가기간은 20년을 넘을 수 없는 반면(공유재산법 제21조 제1항), 민간투자법은 원칙적으로 50년까지 사용이 가능하도록 정하고 있고, 요금 인하 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우에는 이를 연장할 수 있도록 하고 있다(민간투자법 제25조 제3항). 국가가 재정사업으로 추진하

였어야 할 사회기반시설의 설치를 상당 부분 민간의 재원에 의한 만큼 장기간의 사용기간을 인정한 것이다.

한편 이러한 장기간의 사용기간이 수요예측 실패 등의 상황에서는 오히려 족쇄가 될 수도 있는데, 민간사업자로서는 상당한 장기간에 걸친 운영기간 중 사업이 불안정해지거나 사업에서 최종적으로 이탈하게 되어 재원 회수가 불가능해질 때의 위험을 고려할 수밖에 없다. 이에 대한 안전장치로 민간투자법은 민간투자사업기본계획에서 투자위험분담금 제도,<sup>1)</sup> 해지시지급금 제도 등을 두고 있다.

## 2. 민간투자법상 민간투자사업의 유형과 사업 추진의 개요

민간투자법상 사업 유형과 추진방식의 기본적 내용은 법정되어 있는바(동법 제4조 각 호), 주된 방식은 BTO와 BTL 두 가지로 구별해볼 수 있다. BTO(Build-Transfer-Operate, 민간투자법 제4조 제1호)는 사회기반시설의 준공(build)과 동시에 해당 시설의 소유권이 국가 등에 귀속되고(transfer) 사업시행자에게 일정 기간 시설관리운영권을 인정하는(operate) 방식으로, 해당 시설관리운영권에 기초하여 사업시행자가 시설사용자로부터 사용료를 받아 투자 재원을 회수한다. 반면 BTL(Build-Transfer-Lease, 동조 제2호)은 사회기반시설의 준공(build)과 동시에 해당 시설의 소유권이 국가 등에 귀속되고(transfer) 사업시행자에게 일정 기간 시설관리운영권이 부여되는 것까지는 BTO와 일견 동일하나, 해당 관리운영권에 기초하여 사업시행자가 국가 등에게 다시 시설을 임대(lease)하여 그로부터 임대료를 받아 투자 재원을 회수한다.

BTO와 BTL 양자는 결국 국가 등이 소유권을 취득한 뒤에도 일정 기간 사업시행자가 요금을 받는다는 점에서는 결과적으로 차이가 없어 보인다. 다만 BTO는 사용료의 변동폭이 클 수 있어 고위험 고수익인 반면, BTL은 상대적으로 저위험 저수익에 해당한다는 사실상의 차이가 있고, 법적으로는 민간투자법상 관리운영권은 물권으로 보므로(동법 제27조 제1항) BTO는 사업시행자가 공법상 창설된 물권에 따라 거의 소유권에 준한 권한을 행사하여 요금을 징수하는 반면, BTL은 시설임대계약이라는 별도의 채권적 관계를 매개로 한다는 차이점이 있다.

이러한 차이점에 근거하여 도로, 터널, 항만, 지하철 등 자체 운영수입 창출이 가능하나 수요 위험을 민간이 부담하는 사업은 BTO 방식으로, 학교, 복지시설, 하수관, 군 병영 등 자체 운영수입 창출이 어려우나 민간이 수요 위험을 지지 않고 운영수입을 확정할 수 있는 사업은 BTL 방식으로 추진하게 된다. 그렇다면 결국 민간사업자가 적어도 BTO 방식의 사업을 추진할지 여부를 결정하는 과정에서 총사업비의 결정과 미래 기대수익의 예측은 대단히 중요해지며, 설령 민간사업자가 사업을 먼저 제안한 경우라 할지라도 협상 과정에서 다양한 변수로 기대수익이 예측을 하회하는 결과가 도출될 경우 사업을 추진할 동력을 상실하게 된다. 이러한 경우 민간사업자와 주무관청은 실시협약 체결로 나아가기 어렵다.

## 3. 민간투자법상 실시협약의 역할과 성질

민간투자법은 민과 관이 대등한 관계에서 ‘실시협약’을 체결하도록 예정하고 있다. 민간투자법상 ‘실시협약’이란 동법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말하는데(동법 제2조 제7호), 주무관청은 법에 따라 지정된 협상대상자(우선협상대상자)와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하게 된다(동법 제13조 제3항). 결국 이와 같은 실시협약이 체결되기 전까지는 민과 관 사이에 ‘계약’이 존재하지 않고, 주무관청의 시설사업기본계획(정부고시사업) 또는 제3자 제안공고(민간제안사업)와 같은 행정규칙과, 우선협상대상자 지정 ‘처분’을 통한 주무관청의 공법적 규제만이 존재할 뿐이다. 즉, 실시협약을 체결함으로써 민과 관은 대등한 파트너쉽을 이루게 되는 것이다.

이러한 실시협약의 법적 성질이 공법상 계약인지 사법상 계약인지 견해가 대립하였으나, 현재 판례는 대체적으로 이를 공법상 계약으로 보는 것으로 파악된다.<sup>2)3)</sup> 특히 과거 실시협약 해지에 따른 해지시지급금청구소송이나 최소운영수입금(MRG)지급청구소송 등 금전지급 관련 소송이 민사사건으로 처리되는 듯한 모습을 보였으나, 최근에는 대부분 공법상 당사자소송으로 처리되고 있는 것으로 보이고,<sup>4)5)</sup> 특히 민간투자법이 아닌 개별 개발사업법에 따라 실시협약이 체결된 경우에도 마찬가지로 동일한 경향이 나타나고 있는 것

1) 이와 관련하여 사업시행자에게 최소한의 수입(이윤)을 보장하던 최소운영수입보장(Minimum Revenue Guarantee, MRG) 제도가 존재하였으나 2009년 이후로 새로 실시협약이 체결되는 사업부터는 해당 제도가 폐지되었고, 현재는 순수 운영 비용만을 보전하는 최소비용보전(Minimum Cost Compensation, MCC) 제도를 통해 운영단계의 적자를 일정 부분 보전하는 정도로 운영되고 있다.

2) 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결 (의정부경전철 사건): 사업시행자 지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다고 본 사례.

3) 부산지방법원 2014. 8. 29. 선고 2013구합20609 판결 (부산 북항대교 사건): “이 사건 실시협약은 지방자치단체인 피고가 교량건설이라는 공공성 있는 행정수요의 충족이라는 공법적 효과의 발생을 목적으로 사업시행자와 체결하는 공법상 계약의 일종”.

으로 확인된다.<sup>6)</sup> 결국 대법원은 실시협약에 의하여 형성되는 법률관계는 사법상 대등한 당사자 사이에서 체결되는 계약에 의하여 형성되는 것과는 내용 및 성질을 달리한다는 점을 분명히 하였다(대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결<sup>7)</sup>).

이처럼 실시협약으로 민간투자사업의 대부분의 내용이 규율된다는 점은 현행 민간투자법이 기본적으로 민간의 투자라는 재원 조달과 관련한 재정절차법적 성격을 짙게 띠고 있기 때문이다(민간투자법은 사회기반시설의 건설 및 운영과 관련한 구체적인 내용을 규정하고 있지 않다). 결국 민간투자법의 주무부처인 기획재정부는 산하기관인 한국개발연구원 공공투자관리센터(KDI PIMAC)를 통해 사업유형별 표준실시협약(안)을 보급하는 한편, 민간투자사업기본계획을 수립하여 매년 기획재정부공고로 공고하고 있다. 민간투자법이 법률과 시행령 외에 시행규칙을 두지 않고, 기획재정부가 행정규칙에 불과한 민간투자사업기본계획을 매년 공고하는 방식으로 제도를 운영하는 것은 결국 ‘실시협약’이라는 공법상 ‘계약’을 매개로 주무관청과 사업시행자 사이의 권리관계가 규율되고 확정되기 때문이다.

그렇다면 결국 공법상 ‘계약’을 매개로 민과 관 사이의 위험 분담 등이 규율되는 만큼, 공법적 원칙과 더불어 민사법에 기초한 위험 분담의 법리가 사업의 착수부터 건설 및 운영에 이르는 장기간에 걸쳐 적용되게 된다. 민간투자사업의 위험을 합리적으로 얼마나 줄일 수 있는지 여부가 결국 안정적인 민간투자사업의 진행과 궁극적인 민관협력계약의 성공을 담보한다고 할 수 있는 만큼,<sup>8)</sup> 위험에 대한 세밀한 규정을 둔 실시협약의 존재는 매우 중요하다.

### III. 민간투자사업기본계획의 법적 성질과 한계

#### 1. 민간투자사업기본계획의 역할과 성질

민과 관 사이의 공법상 계약에 해당하는 실시협약이 체결되기 이전인 협상 과정에서 민간투자사업과 관련한 우선협상대상자와 주무관청 사이의 의견 대립이 있는 경우 이를 조율하는 것은 상당한 난항을 겪게 된다. 물론 실시협약 체결 후에도 사업시행자와 주무관청 사이에는 다양한 대립 양상이 존재할 수 있으나, 이러한 경우는 대부분 실시협약 자체에서 예정한 내용과 절차에 따라 의견을 조율하고 분쟁 해결이 가능하다. 그러나 실시협약이 체결되기 이전이라면, 대부분 주무관청의 제3자 제안공고라는 ‘공고’와 민간투자사업 기본계획(이하 ‘기본계획’이라 한다)이라는 ‘공고’에 따라 주무관청의 입장이 정해질 텐데, 위 공고들은 원칙적으로 행정기관에 대한 내부적 구속력을 가질 뿐으로 우선협상대상자를 구속할 수는 없다.

대법원은 기본계획이 비구속적 행정계획에 불과하다고 명시적으로 판시하였고,<sup>9)</sup> 따라서 우선협상대상자는 실시협약 등에서 별도로 기본계획의 내용을 계약으로 편입한다는 취지의 합의가 없는 한, 적어도 위 공고들과 관련한 법령상·계약상 의무를 부담한다고 볼 수 없다. 나아가 대법원은 설령 실시협약 체결 후라 할지라도 기본계획의 대외적 구속력이 없으므로, 실시협약 체결 후 개정된 기본계획이 당연히 민간사업자에게 적용되는 것은 아니라는 취지로 판시하였다.<sup>10)</sup>

4) 수원지방법원 안산지원 2012. 4. 26. 선고 2010가합8829 판결 (안산시 시민공원 골프연습장 사건): “민간투자사업을 위하여 준공되어 기부채납된 시설물에 대한 사업시행자의 무상사용·수익 기간 등과 관련한 사항은 공법관계에 관계되는 소송으로서 이에 대한 다툼은 민사소송이 아니라 행정 소송을 통하여 해결하여야 한다.”

5) 이와 관련하여, “주무관청은 협상대상자와 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다(민간투자법 제13조 제3항)”고 되어 있으므로 실시협약이 체결되면자동적으로 사업시행자로 간주되는 것이고 사업시행자의 자격취득에 별도의 처분이나 통지가 필요한 것은 아니라고 해석되므로, 수익형 민간투자사업의 경우 실시협약의 체결은 사업시행자 지정처분이라는 행정행위 효과를 가져옴과 동시에 장래 건설될 사회기반시설의 이용자에게 사용료의 부담 의무를 부과하는 일반적, 개별적 처분, 즉 일종의 ‘일반처분(一般處分)’의 효과를 가져온다고 보는 견해는 의미가 있다. 윤성철, “민간투자사업에서 사정변경과 손실보상 - BTO 수익형 민간투자사업을 중심으로-”, 『한국토지공법학회 제114회 공동학술대회 자료집』(2019. 6.), 76면.

6) 인천지방법원 2023. 10. 6. 선고 2022구합55303 판결 (인천국제공항공사의 소유권이전등기청구 사건): 이 사건 실시협약은 민간투자법이 아닌 수도권신공항법에 기초하여 체결된 것이기는 하나 공항시설을 건설하는 사업의 시행이라는 공행정 활동의 수행 과정에서 체결되었다는 점, 이 사건 사업의 목적은 수도권신공항건설사업을 효율적으로 추진하여 수도권의 항공수요에 대비하고 국민경제의 발전에 이바지하는데 있는 점, 공익을 이유로 실시협약을 변경할 수 있도록 한 약정은 사법상 계약에서는 상정하기 어려운 점 등을 고려할 때, 이 사건 실시협약은 공법상 계약이며 계약 상 소유권이전등기절차 이행의무의 존부에 관한 분쟁은 공법상 당사자소송의 대상이 된다고 판시하였음.

7) 한편 이 사건에서 공법상 계약에 대해 계약이나 법률행위에 대한 민사상 규정이 적용될 수 있는지와 관련하여 대법관들 사이에 견해가 나뉘어졌다. 공법상 계약이 사법과 공법이 교차하는 성질을 갖는 이상 이와 관련한 논의가 향후 더 진행될 필요가 있다고 사료된다.

8) 흥성필 / 윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 법과 교육, 2014, 669면.

9) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017두48925 판결.

10) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015두54902 판결.

한편, 공공투자관리센터<sup>11)</sup>의 표준실시협약(안)<sup>12)</sup>에서는 기본계획을 “민간투자법 제7조(민간투자사업기본계획의 수립)에 의하여 공고되는 민간투자사업기본계획을 말한다.”라고 정의하고 있고(안 제3조 제30호), 별도로 개정이력에 따른 공고를 특정하고 있지는 않다. 이는 동일한 안에서 시설사업기본계획을 “[ ]부 고시 제O호(0000년 0월 0일) 0000도로 시설사업기본계획을 말한다”라고 정의한 것과는 차이가 있는데(안 제3조 제67호), 이러한 차이에 대해 기본계획의 개정이 소급적으로 사업에 적용될 수 있도록 의도한 것이라는 해석이 가능할 수 있다. 그러나 대법원의 판시와 같이 기본계획이 행정계획에 불과한 이상, 실시협약 체결 후 사업시행자에게 불리하게 개정된 기본계획이 당연히 사업시행자에게 적용된다고 할 수는 없다. 이는 개별 개정 기본계획의 부칙에서 시행일과 적용범위를 각각 달리 정하고 있다 하더라도 마찬가지다.

## 2. 민간투자사업기본계획에 근거한 행정청의 행위에 대한 검토

민간투자사업은 기술, 재무·회계, 금융, 법률, 보험 등 각 분야 전문가의 유기적인 협력관계로 진행되는 종합적인 공공건설 프로젝트 파이낸싱(Project Financing)으로서의 성격을 지님에도 불구하고, 순환 근무하는 주무관청의 공무원들이 현실적으로 민간부문만큼의 전문성을 확보하기가 어렵고 실시협약 체결에 관한 정보에 있어 열위에 있는 경우가 많다는 측면이 있다.<sup>13)</sup> 결국 이러한 현실적인 이유로 인하여 주무관청은 기본계획과 표준실시협약(안)을 기본으로 하여 개별 민간투자사업의 특수성을 반영하여 일부 조항을 수정하는 방식으로 실시협약을 체결하고 있다.<sup>14)</sup> 결국 기본계획의 내용은 이론적으로 법규성이 없다 할지라도 대부분 실시협약을 통해 해당 민간투자사업에 있어 계약상 효력의 방식으로 작용하게 된다.<sup>15)</sup>

그렇다면 결국 우선협상대상자와 같은 민간의 입장에서는 주무관청과 대등한 입장에서 실질적인 협상이 이루어져야만 실시협약 체결에 다다를 수 있다. 그러나 상당수의 경우 주무관청은 ‘표준’ 실시협약(안)의 표준성을 들어, 실무상 반복적으로 체결되어 온 표준(안)의 수정 내지 변경에 소극적인 태도를 보이고는 한다. 실시협약을 체결하여 민간투자사업이 추진되려면 결국 기획재정부의 민간투자사업심의위원회를 통과하여야 하므로 주무관청은 결국 기획재정부의 영향을 받을 수밖에 없어 기획재정부의 기관에서 발표한 표준(안)에 수정을 가하는 것에 소극적으로 될 수밖에 없는 한계가 존재한다.

물론 대부분의 경우 민과 관 사이의 섬세한 협상을 거쳐 양측이 각각 반드시 관철시켜야 할 내용은 협약에 포함시키는 방향으로 의사가 조율되기는 하겠으나, 법령상의 근거가 아닌 타 중앙행정기관의 행정규칙에 따라 공법상 계약이 체결되는 양상은 충분히 정치한 협약에 이르게 하기에는 다소 부족한 측면이 있다. 또한 민과 관 사이의 대등한 협상 과정에서 만약 공백이 있거나 일정한 계약 문언 해석 등이 필요한 경우, 일반적인 민사법상 계약 해석의 법리보다 기본계획과 같은 행정규칙이 우선적으로 적용될 수밖에 없는 구조는 어느 정도 민간에 불이익한 결과로 이어지게 될 가능성이 있다. 결국 실시협약 체결에 이르는 ‘협상 과정’이 얼마나 ‘민사적’이냐 또는 ‘공법적’이냐와 관련한 문제가 아울러 발생하는 것이다.

이를테면, 기본계획에서는 위험의 처리 및 분담원칙을 정하여 이를 표준화하고 있는데(기본계획 제31조), 정치적 불가항력과 비정치적 불가항력을 나누어 분담비율을 달리 정하고 있다. 그러나 이에 대해서 개별 실시협약 및 불가항력의 특성을 충분히 반영하지 못한다는 점에서 개선이 요망된다는 비판이 제기된다.<sup>16)</sup>

## 3. 민간투자사업 추진 과정에서의 공법적 여백 내지 간극에 의한 위험성

민간투자법에 따라 우선협상대상자와 주무관청이 사업을 추진하고 협상하는 과정은 결국 대부분 기본계획에 의해 좌우되게 된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 기본계획은 대외적 구속력이 없을뿐더러, 민간투자법의 주무부처에 의해 매년 비교적 손쉽게 내용이 개정되는데,<sup>17)</sup> 여기서 사업을 시행하고자 하는 민간사업자에게 불리한 내용이 있는 경우가 문제 된다.

11) 공공투자관리센터는 기획재정부가 매년 기본계획을 공고하면 그에 근거하여 표준실시협약(안)이라는 세부요령을 작성하며, 이러한 업무범위 또한 기본계획에 포함되어 있다.

12) 이하 2020. 7. 공고된 <수익형 민간투자사업(BTO) 표준실시협약(안) - 도로사업>을 기준으로 하였다.

13) 이동훈, “실시협약을 통한 민간투자사업에서의 합리적인 위험배분 -민간투자법령 및 민간투자사업기본계획, 표준실시협약안을 중심으로-”, 『고려법학』 제80호(2016. 1.), 203면.

14) 이동훈, 위 논문, 204면.

15) 박현석 / 김태건 / 안성현, 『민간투자법 해설과 실무』, 삼일인포마인, 2019, 103면.

16) 김대인, “프랑스 행정계약상 불가항력에 대한 연구”, 『공법연구』 제51집 제3호(2023. 2.), 531면.

17) 기획재정부장관은 민간투자사업기본계획 수립 과정에서 관계 중앙행정기관의 장과 협의하고, 기획재정부, 교육부, 국방부, 환경부, 국토교통부, 해양수산부의 각 차관이 참여하는 민간투자사업심의위원회의 심의를 거치도록 되어 있기는 하다(민간투자법 제7조 제1항, 동법 시행령 제5조 제1항, 민간투자법 제6조 제1항, 동법 시행령 제3조 제1항).

이를테면 국가 또는 지방자치단체의 재정사업의 경우 국가계약법 및 지방계약법에서 입찰부터 계약 체결 및 대금 집행 전 과정에 걸친 자세한 내용을 규율하고 있고, 국가재정법에서 사업추진과 관련한 총사업비의 관리와 타당성재조사 요건 등을 아울러 법정하고 있다(국가재정법 제50조, 동법 시행령 제22조 등). 그러나 민간투자사업은 민간투자법 수준에서 위와 같은 내용을 규정하고 있지 않고, 이는 대부분 기본계획에 규정되어 있다. 결국 사회기반시설을 국가 재정사업으로 건설하는 경우에는 국가계약법이 적용되고, 민간의 자본을 활용하여 건설하는 경우에는 민간투자법이 적용되는데, 후자의 경우 전자보다 추진과정상의 절차와 방법에 대해 주무관청에 상당한 재량권이 부여되게 된다.<sup>18)</sup> 민간투자법이 민간의 투자를 촉진함에 방점을 두고 다양한 지원제도를 규정하면서 추진절차상의 세부적인 내용은 해당 민간투자사업의 특성에 맞게 주무관청이 정할 수 있도록 한 것이므로 이러한 차이는 일견 이해가 가는 측면이 있다. 그러나 추진절차상의 세부적인 내용을 협상하는 과정에서 결국 기본계획이라는 행정규칙에 많은 부분이 좌우된다는 점이 경우에 따라 한계로 작용하는 문제점이 있는 상황이다.

그런 점에서 기획재정부의 기본계획 변경이 사업시행자에 미치는 영향은 적어도 협상 과정에서는 일정 부분 제한적이어야 함에도 실제로는 막대하게 작용하는 상황은 다소 논쟁적이다. 특히 기본계획의 개정은 민간투자법의 주무부처인 기획재정부가 소관하는데, 제3자 제안공고를 낸 주무관청이 다른 행정청일 경우 동일한 ‘공고’ 사이의 우열관계에서도 실무상 이견이 발생할 가능성이 생긴다. 이에 다음 장에서는 최근의 기본계획 개정 사례를 통하여 문제상황을 구체적으로 살펴보자 한다.

## IV. 사례: 민자적격성 재조사 요건에서의 보상비 증가분 제외 여부

### 1. 문제상황의 개요

표준실시협약(안)을 비롯하여 민간투자사업의 제반 규정에 있어 원칙적으로 총사업비가 20% 이상 증가한 경우에는 민간투자사업 기본계획에 따라 민자적격성재조사를 실시하도록 되어 있다(안 제13조의2 제1항 등). 그런데 2023. 4. 13. 기본계획 제58조(민자적격성 재조사)가 개정되면서 민자적격성 재조사를 간소화하여 사업 규모 및 총사업비 변경의 적정성만을 검토하여 사업을 추진할 수 있는 근거를 마련하였다(제58조 제2항 신설, 기존 제2항은 제3항으로 이동). 그런데 이 과정에서 재검증 대상의 요건에 대한 조항 내용이 일부 수정되었는데(제58조 제1항), ‘보상비를 제외한 사업물량 등의 규모 증가로 인하여 총사업비가 20% 이상 증가’에서, ‘물가인상분 및 지가상승분을 제외한 사업물량 또는 토지 등의 규모 증가로 인하여 총사업비가 20% 이상 증가’로 요건이 변경되었고, 이는 ‘보상비를 제외한’이라는 문언이 삭제되어 마치 총사업비 증가분 산정시 당초 보상비를 제외하던 것에서 보상비를 포함하는 것으로 변경하는 것처럼 해석되는 상황을 초래하였다. 구체적인 개정 내용은 아래와 같다.

#### ■ 개정 전 민간투자사업기본계획 제58조(민자적격성 재조사)<sup>19)</sup>

- ① 주무관청은 해당 사업추진단계에서 당초 시설사업기본계획 고시 또는 제3자 제안공고와 비교하여 보상비를 제외한 사업물량 등의 규모 증가로 인하여 총사업비가 100분의 20이상 증가하거나, 추정 수요량(실시협약이 체결된 경우에는 실시협약시 수요량)이 100분의 30이상 감소된 경우 등 사업의 주요 내용이 변경된 경우에는 제65조에 따른 민자적격성이 확보되는 지의 여부를 공공 투자관리센터의 장 또는 전문기관 등에 재검증을 의뢰하여야 한다. 다만, 제38조에 따른 심의위원회의 심의대상사업의 경우에는 기획재정부장관과 협의 후 공공투자관리센터의 장에게 민자적격성 재조사를 의뢰하여야 한다. <개정 2014.5.12., 2015.4.20.>
- ② 제1항에 따른 재조사 의뢰 이후의 수행절차는 제57조제2항 내지 제5항을 준용한다. <신설 2014.5.12.>

#### ■ 개정 후 민간투자사업기본계획 제58조(민자적격성 재조사)<sup>20)</sup>

- ① 주무관청은 해당 사업추진단계에서 당초 시설사업기본계획 고시 또는 제3자 제안공고와 비교하여 물가인상분 및 지가상승분을 제외한 사업물량 또는 토지 등의 규모 증가로 인하여 총사업비가 100분의 20이상 증가하거나, 추정 수요량(실시협약이 체결된 경우에는 실시협약시 수요량)이 100분의 30이상 감소된 경우 등 사업의 주요 내용이 변경된 경우에는 제65조 제2항 제1호 내지 제3호에 따른 민자적격성이 확보되는 지의 여부를 공공투자관리센터의 장 또는 전문기관 등에 재검증을 의뢰하여야 한다. 다만, 제38조에 따른 심의위원회의 심의대상사업의 경우에는 기획재정부장관과 협의 후 공공투자관리센터의 장에게 민자적격성 재조사를 의뢰하여야 한다. <개정 2014.5.12., 2015.4.20., 2023.4.13.>

18) 박현석 / 김태건 / 안성현, 위의 책, 109면.

② 제1항에 따라 재검증을 수행하는 공공투자관리센터의 장 또는 전문기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 제65조 제2항 제1호의 타당성 판단의 실익이 없다고 인정되는 경우에는 제65조 제2항 제1호의 타당성 판단을 생략하고, 사업 규모 및 총사업비 변경의 적정성을 검토해야 한다. <신설 2023.4.13.>

1. 물가인상분 및 지가상승분을 제외한 사업물량 또는 토지 등의 규모 증가로 인해 총사업비가 100분의 20이상 증가하여 민자 적격성 재조사가 의뢰되었으나, 기존 시설이 공사 중 또는 운영 중인 사업으로서 증가된 총사업비 규모가 300억원 미만이고, 당초 사업비의 50% 미만인 토목사업 및 정보화 사업. 다만, 총사업비가 여러 차례에 거쳐 증가할 경우에는 증가 금액의 누계액을 기준으로 한다.
  2. 추정 수요량(실시협약이 체결된 경우에는 실시협약시 수요량)이 100분의 30이상 감소되어 민자적격성 재조사가 의뢰되었으나, 수요 재추정 결과 수요 감소량이 100분의 30 미만인 경우
  3. 그 밖에 매몰비용이 크거나, 법정사항을 반영하는 등 타당성 판단의 실익이 없다고 인정되는 경우
- ③ 제1항에 따른 재조사 의뢰 이후의 수행절차는 제57조 제2항 및 제3항, 제5항을 준용한다. <신설 2014.5.12., 개정 2023.4.13.>

그런데 위 기본계획 제58조 개정에 대한 기획재정부의 개정이유<sup>21)</sup>에 의하면 '총사업비 증가분 산정 기준을 재정사업과 일치시키기 위함'을 명시하고 있고, 따라서 재정사업의 경우를 살펴볼 필요가 있다. 재정사업에 적용되는 「총사업비 관리지침」(기획재정부훈령 제668호로 2023. 9. 20. 일부개정된 것) 제49조(타당성재조사의 요건) 제1항 제3호<sup>22)</sup>는 "물가인상분과 지가상승분을 제외한 사업물량 또는 토지 등의 규모 증가로 총사업비가 기획재정부장관과 협의를 거쳐 확정된 총사업비 대비 10%부터 20%까지의 범위에서 기획재정부장관이 대상 사업의 총사업비 규모에 따라 정하는 비율 이상 증가한 사업"으로 되어 있는바, 결국 개정 기본계획은 위 관리지침의 표현을 그대로 따른 것으로 이해된다.

## 2. 재정사업에 있어 체계적 법령 검토 결과

그러나 위 총사업비 관리지침 제49조 제1항은 국가재정법 제50조, 동법 시행령 제22조 등에 근거하는데, 국가재정법 제50조 제2항 제3호<sup>23)</sup> 및 동법 시행령 제22조 제1항<sup>24)</sup>에 따르면 "물가인상분 및 공익사업의 시행에 필요한 토지 등의 손실보상비 증가분을 제외한 총사업비가" 10%부터 20%까지의 범위에서 증가한 경우를 타당성재조사의 대상으로 삼고 있다. 즉, '보상비를 제외한 총사업비' 취지의 문언이 법령에 이미 기재되어 있으므로 관리지침(훈령)에는 그 기재가 되어 있지 아니한 것으로 해석된다.

결국 기본계획 개정은 단순히 그 문언을 재정사업에 적용되는 총사업비 관리지침에 맞춘 것일 뿐, 기준을 재정사업과 일치시킨다는 취지를 고려한다면 상위법에서 보상비를 제외한 재정사업의 경우와 달리 민간투자사업의 경우 상위법상 규정이 존재하지 않는 상황임

19) 기획재정부공고 제2022-123호, 2022. 7. 18. 일부개정, 2022. 7. 24. 시행.

20) 기획재정부공고 제2023-84호, 2023. 4. 13. 일부개정, 2023. 4. 19. 시행.

21) 【제정·개정이유】

◇ 주요내용

다. 적격성재조사 개선 (안 제58조 제1항, 제2항)

- 총사업비 증가분 산정 기준을 재정사업과 일치시키고, 공사 중인 일정규모 미만 증액사업 등에 대한 절차 부담 완화

22) 총사업비 관리지침 제49조(타당성재조사의 요건) ① 기획재정부장관은 「국가재정법」 제50조제2항 및 같은 법 시행령 제22조에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 타당성재조사를 시행하여야 한다.

3. 물가인상분과 지가상승분을 제외한 사업물량 또는 토지 등의 규모 증가로 총사업비가 기획재정부장관과 협의를 거쳐 확정된 총사업비 대비 100분의 10 부터 100분의 20 까지의 범위에서 기획재정부장관이 대상 사업의 총사업비 규모에 따라 정하는 비율 이상 증가한 사업

23) 국가재정법 제50조(총사업비의 관리)

② 기획재정부장관은 제1항의 규정에 따른 사업 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 및 감사원의 감사결과에 따라 감사원이 요청하는 사업에 대하여는 사업의 타당성을 재조사(이하 "타당성재조사"라 한다)하고, 그 결과를 국회에 보고하여야 한다.

1. 총사업비 또는 국가의 재정지원 규모가 예비타당성조사 대상 규모에 미달하여 예비타당성조사를 실시하지 않았으나 사업추진 과정에서 총사업비와 국가의 재정지원 규모가 예비타당성조사 대상 규모로 증가한 사업

2. 예비타당성조사 대상사업 중 예비타당성조사를 거치지 않고 예산에 반영되어 추진 중인 사업

3. 총사업비가 대통령령으로 정하는 규모 이상 증가한 사업

4. 사업여건의 변동 등으로 해당 사업의 수요예측치가 대통령령으로 정하는 규모 이상 감소한 사업

5. 그 밖에 예산낭비 우려가 있는 등 타당성을 재조사할 필요가 있는 사업

24) 국가재정법 시행령 제22조(타당성재조사) ① 법 제50조제2항제3호에서 "대통령령으로 정하는 규모 이상 증가한 사업"이란 물가인상분 및 공익사업의 시행에 필요한 토지 등의 손실보상비 증가분을 제외한 총사업비가 기획재정부장관과 협의를 거쳐 확정된 총사업비 대비 100분의 10부터 100분의 20 까지의 범위에서 기획재정부장관이 대상 사업의 총사업비 규모에 따라 정하는 비율 이상 증가한 사업을 말한다.

을 간과한 것으로 파악된다. 즉, 재정사업에서는 국가재정법 시행령 제22조에 따라 ‘보상비를 제외한 총사업비’를 타당성재조사 실시의 기준으로 삼고 있듯이, 민간투자사업에서도 의미상 보상비를 제외한 총사업비를 민자적격성 재조사 실시의 기준으로 삼아야 할 것으로 보이고, 이것이 ‘총사업비 증가분 산정 기준을 재정사업과 일치시키기 위함’이라는 기본계획 개정의 목적에도 부합하는 것으로 이해된다. 이는 총사업비 관리지침이 국가재정법령의 위임에 근거한 것이나, 기본계획은 민간투자법령에서 해당 내용에 관한 실질적 내용을 위임받지 아니함을 간과함에 따른 입법 미비로 봄이 타당하다. 이와 같은 개정 규정의 목적과 형식의 불일치 상황과 관련하여 대법원은 상·하규법 사이의 충돌은 최대한 배제하여야 하고, 하위법령의 규정은 상위법령에 합치되도록 해석하여야 하며, 법해석 시 문언에만 구속되지 않아야 한다는 입장임을 아울러 고려할 필요가 있다.<sup>25)</sup>

재정사업	국가재정법	국가재정법 시행령	총사업비 관리지침
	제50조 제2항 제3호	제22조 제1항	제49조 제1항 제3호
민자사업	민간투자법	민간투자법 시행령	민간투자사업기본계획
	총사업비 증가분 산정 기준에 대한 내용 없음		제58조

나아가 본 사안에서는 손실보상업무의 법적 성격을 고려하더라도 ‘보상비 증가분을 제외한 총사업비’를 민자적격성 재조사 실시의 기준으로 삼아야 할 것으로 판단된다. 사업시행자는 민간투자법령과 실시협약에 따라 주무관청으로부터 민간투자사업을 시행할 수 있는 권한을 부여받고,<sup>26)</sup> 그 권한에 의하여 수용권을 행사하여 토지수용자에게 보상을 진행하는바, 따라서 보상업무의 실질은 본질적으로 주무관청인 행정청의 권한에 속하는 것이나 이것이 사업시행자에게 위탁된 것으로 보아야 한다. 관련하여 민간투자법 제20조 제3항에서 토지등의 수용 또는 사용과 관련한 업무를 사업시행자가 주무관청에게 위탁할 수 있다고 정하고 있다 하여 원칙적으로 보상업무가 사업시행자의 업무에 해당한다고 보아서는 안 되며, 이는 민간투자법에 따라 사업시행자의 지위가 부여된 민간사업자가 보상업무를 일괄 처리하게 됨에 따라 부득이 문언이 위와 같이 표현된 것으로 해석하여야 한다.<sup>27)</sup>

### 3. 공법적 통제의 가능성 및 필요성

살펴본 바와 같은 문제상황은 결국 민간투자사업 추진 과정에 있어 규범의 공백 상황을 어떻게 해소할 것인지와 관계된다 할 것이다. 민간투자법 자체가 민간재원 조달 목적의 절차법적 규율에 그치고 있는 상황에서, ‘공법상 계약’의 체결을 위한 협상 과정에서 발생하는 분쟁상황을 어떻게 통제할 것인지에 대한 고민이 필요한 것이다. 위 문제상황은 입법미비에 따른 합목적적 법령 해석을 통해 해소될 여지가 있겠으나, 본질적으로 행정계획에 불과한 기본계획이 세심하게 규율되지 못할 때에 어떠한 규범을 기초로 문제를 해결하여야 하는지에 대해 논의가 필요해 보인다.

관련하여 실시협약의 법적 성질이 공법상 계약이라는 점 이외에도, 민간투자법의 입법 목적과 취지를 고려할 때 일정한 공법적 통제가 정당화될 수 있는 여지는 충분하다고 판단된다. 민간투자법 제7조 제2항은 “민간투자사업기본계획은 사회기반시설과 관련된 중기·장기계획 및 국가투자사업의 우선순위에 부합되도록 하여야 하며, 민간의 창의와 효율이 발휘될 수 있는 여건을 조성하면서 공공성이 유지되도록 노력하여야 한다”라고 규정하고 있고, 대법원은 헌법재판소의 결정을 인용하면서, “‘민간투자’는 국가 또는 지방자치단체 등(아래에서는 ‘국가 등’이라 한다) 공행정의 주체가 공공시설의 건설·운영을 통하여 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용을 위하여 그 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인으로부터 조달하고 그에게 일정한 범위 내에서 시설의 운영 및 수익권을 보장하는 제도이다. 이와 같이 사회간접자본시설의 확충과 운영에 민간의 자본과 기술을 활용하는 것은 급격한 산업화와 경제규모의 신장에 따르는 사회간접자본에 대한 투자 확대의 필요성에 대응하면서, 이에 대한 공공부문의 재원부족과 비효율성을 극복하려는 데에 그 목적이 있다. 이를 제도적으로 뒷받침하기 위하여 민간투자법이 시행되고 있다(헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63 결정 참조)”라고 판시하

25) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014두44502 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결.

26) 부산지방법원 2017. 6. 1. 선고 2016구합23876 판결: “사업시행자 지정행위는 민간투자법 및 실시협약에 의하여 당해 사회기반시설의 건설, 관리 · 운영 등 당해 사회기반시설사업을 시행할 수 있는 독점적이고 배타적인 권리를 설정하여 주는 강학상 특허의 성격을 가지는 수익적 행정처분에 해당한다.”

27) 관련하여 법제처는 ‘민간투자법 제20조 제3항에서 주무관청이 민간투자사업에 필요한 토지매수업무 등을 위탁받아 수행하도록 한 것은 민간과 달리 최고도의 공공성을 가진 행정기관이 그 조직과 경험을 통하여 토지매수관련업무를 효율적으로 추진함으로써 사업의 원활한 시행을 도모하고자 하는 것’이라고 법령해석하였으나(2009. 5. 22.자 법령해석, 안건번호: 09-0139), 토지매수관련업무의 ‘공공성’을 고려할 때 민간보다는 주무관청이 이를 처리하는 것이 적합하다는 취지로 해석되며, 토지수용의 전면적·처분적 기능을 고려하면 그 업무의 주체는 주무관청으로 봄이 타당하다.

며 그 공법적 측면에 주목한 바 있다.<sup>28)29)</sup>

나아가, 본 사안과 같은 문제상황 외에도, 실시협약이라는 공법상 계약을 해석하는 과정에서 기본계획이라는 행정규칙이 사실상 큰 영향력을 발휘하는 상황하에서는 다양한 원인에 의한 총사업비 변경 목적의 실시협약 변경 시에도<sup>30)</sup> 공법적 통제가 자칫 소홀해질 수 있는 문제가 동일하게 남는다. 기본계획에서는 일정한 경우 실시협약 변경 시 민간투자사업심의위원회의 심의를 거치도록 하고는 있으나, 그 구체적인 절차나 한계를 규정하고 있지는 않고, 민간투자법령 수준에서는 더더욱 정해진 바가 없다. 국가 재정사업이었다면 국가계약법에 따른 절차가 적용될 수 있을 것이어서 계약금액 변경과 관련한 내용을 적용할 수 있을 것인데 민간투자사업의 경우 전적으로 민과 관 사이의 사적 자치에 맡겨져 있는 것이다. 이러한 경우 상당 부분은 실질적으로 발주자의 지위<sup>31)</sup>에 있는 주무관청에게 유리한 상황이 펼쳐진다.

이러한 공백 상황에 대해 국가계약법과 민간투자법이 이원적으로 운영되고 있는 측면이 있으나 양자의 차이점을 지나치게 강조하기보다는, 민간투자법이 국가계약법의 특별법으로 기능한다 하더라도 계약의 변경과 관련하여서는 국가계약법에 보다 포괄적인 규정을 두고 민간투자법에도 이를 준용하는 형태를 취하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.<sup>32)</sup> 민간재원 조달을 위한 절차법적 성격의 민간투자법의 현실적 한계를 고려할 때, 공법적 통제가 필요한 부분에 대해서는 국가계약법 등을 보충적으로 준용하도록 하는 방안은 적정한 대안이 될 수 있을 것으로 사료된다.<sup>33)</sup> 이러한 접근을 기초로 한다면 ‘협상’ 과정에서도 공법적 체계가 일정한 기준으로 작용할 수 있도록 하는 방안을 고민해볼 수 있을 것으로 기대된다.<sup>34)</sup> 장기적으로는 결국 민간투자법은 공행정주체가 급부행정작용을 하기 위해 민간으로부터 재원을 조달하는 법에 그쳐서는 안 되고, 민간투자법상 실시협약이라는 공법상 계약을 체결하기 위한 협상 과정부터 계약의 이행에 이르기까지의 내용을 공법적 견지에서 규율할 필요가 있어 보인다.

## V. 마치며

최초의 민간투자법인 「사회간접자본시설에 대한 민자본유치촉진법」이 1994. 11. 4. 시행된 이후 30년이 흘렀다. 최초의 민간투자법은 사업시행자 지정 ‘처분’을 매개로 하여 민간사업자가 사업을 추진하도록 하였으나, 민과 관의 대등한 협력관계를 강조하기 위하여 1998. 12. 31. 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」으로 개정하면서 실시협약을 체결함으로써 민간사업자가 사업시행자의 지위를 갖도록 체계가 변경되었다. 이 과정에서 실시협약이 사법상 계약인지 공법상 계약인지 논의가 촉발되었고, 현재는 민간투자사업의 공공성 등에 비추어 공법상 계약에 해당한다는 점은 비교적 이론의 여지가 없게 되었다. 이는 아무리 민과 관이 대등한 협력관계에 있다고 하더라도 사회기반시설의 설치·운영이라는 공공성을 고려할 때 포기할 수 없는 공법적 가치가 작용하였기 때문일 것이다.

그렇다면 지금의 민간투자법이 단순히 민간의 투자와 관련한 내용만을 담는 데에 그치고 있는 것은 여려모로 아쉬운 부분이 많다. 또한 단순한 행정계획에 불과한 민간투자사업기본계획에서 사업 대부분의 내용이 규정됨으로써, 주무부처가 매년 기본계획을 개정함에 따라 민간사업자, 나아가 다른 주무관청까지 큰 영향을 받게 되는 것은 민간투자법의 목적인 ‘민간의 투자 촉진’과 ‘창의적이고 효율

28) 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결 (대전 노은역 지하주차장 사건).

29) 헌법재판소 2007헌바63 결정은 민간투자법이 포괄위임법금지원칙에 위반되지 않는다고 판시하면서 민간투자법의 민간재원 조달 절차법적 성격에 주목한 듯한 태도를 보이기는 하였으나, 대법원은 민간투자법이 공행정주체가 급부행정작용을 위하여 존재한다는 점을 분명히 하였다.

30) 가장 대표적인 경우로 공사기간 연장에 따른 실시협약 변경을 들 수 있다. 주무관청과 사업시행자가 공사기간 연장을 합의하는 경우 실무상 일단 기간을 연장하는 실시협약 변경을 하고, 공사기간 연장의 원인에 대한 구체적인 판단은 귀책사유를 따져 준공에 즈음하여 결정하게 되는 경우가 많은데, 주무관청으로서는 공사기간 연장에 따른 간접비 증가분을 사업시행자에게 건설보조금으로 지급할지 여부, 건설보조금으로 지급하지는 않고 운영기간을 연장하는 등의 조치에 응할지 여부, 아니면 어떠한 종류의 보전조치도 없이 총사업비 변경 없이 모든 부담을 사업시행자가 지게 할지 여부 등을 따져 협의를 진행하게 된다.

31) 엄밀히는 공사도급계약의 발주자는(도급인) 사업시행자(주로 특수목적법인)이고 수급인은 건설사업자가 될 것이나, 실시협약의 측면에서는 주무관청이 실질적으로 발주자의 지위에 있는 것과 유사한 상황이 된다.

32) 김대인, “공공조달계약과 공익 - 계약변경의 한계에 관한 우리나라와 독일법제의 비교를 중심으로 -”, 『행정판례연구』 제22권 제2호(2017. 1 2.), 186면.

33) 민간투자법은 제3조(관계법률과의 관계 등)에서 이미 다른 법률과의 특별법 관계를 규정하고 있고, 제17조(다른 법률에 따른 인가·허가 등의 의제)에서는 민간투자법에 따른 실시계획 고시가 이루어지는 경우의 인허가 의제에 대한 규정을 두고 있는 만큼, 공법적 공백이 있는 부분에 대해 선별적으로 다른 법률을 준용하도록 하는 입법은 충분히 가능할 수 있을 것으로 사료된다.

34) 다만, 판례는 국가계약법 자체를 사법상 규정으로 이해하고 있으므로(대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결 등 참조), 국가계약법령을 준용하는 것이 전적으로 공법적 통제라고 평가될 수 있을지는 다소 논쟁적일 수 있다는 점은 주의가 필요하다. 한편 앞서 II-3. 부분에서 살펴본 대법원 2017다273441 전원합의체 판결에서 공법상 계약에 대해 사법상 원칙이 그대로 적용될 수 있는지에 대해 견해가 나뉘어졌듯이, 향후 국가계약법령이 적용되는 공공조달계약이 단순히 사법상 계약이 아닌 공법상 계약으로 평가되는 변화가 감지된다면 이 부분에 있어 좀 더 다양한 논의가 가능해질 수 있을 것으로 기대된다.

적인 사회기반시설의 확충·운영'에도 도움이 되지 않는다.

결국 향후 민간투자법의 체계 전반에서 법령 개정을 포함한 공법적 통제에 대한 진지한 고민이 필요하다고 사료된다. 민과 관이 상당한 재량을 갖고 대등한 관계에서 실시협약 체결에 이르는 과정에서 기본계획만 존재하여 겪게 되는 대외적 기준의 공백 상황을 타개함과 동시에, 실시협약 변경 등 상황에서 민간투자법 자체의 미비에 따른 공법적 기준의 여백을 보충하기 위한 여러 대안이 필요하다. 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위해서는 민과 관 사이의 대등한 협력이 필수적이고, 이 과정에서 민간사업자에게는 적어도 재정사업과 비교할 때 더 불리하지 않은 사업 여건과 법적 체계가 뒷받침될 필요가 있어 보인다.

투고일 2025. 8. 24. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 12.

## 참고문헌

### 단행본

박현석 / 김태건 / 안성현, 『민간투자법 해설과 실무』, 삼일인포마인, 2019.

홍성필 / 윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 법과 교육, 2014.

### 일반 논문

김대인, “공공조달계약과 공익 - 계약변경의 한계에 관한 우리나라와 독일법제의 비교를 중심으로 -”, 『행정판례연구』 제22권 제2호(2017. 12.).

김대인, “프랑스 행정계약상 불가항력에 대한 연구”, 『공법연구』 제51집 제3호(2023. 2.).

이동훈, “실시협약을 통한 민간투자사업에서의 합리적인 위험배분 -민간투자법령 및 민간투자사업기본계획, 표준실시협약안을 중심으로-”, 『고려법학』 제80호(2016. 1.).

### 기타 자료

윤성철, “민간투자사업에서 사정변경과 손실보상 - BTO 수익형 민간투자사업을 중심으로-”, 『한국토지공법학회 제114회 공동학술대회』 자료집(2019. 6.).

**ABSTRACT**

# **The legal nature of the Master Plan for Public-Private Partnerships in Infrastructure and the need for public legal control over its application**

Kim, Jonggyun\*

The Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure, which plays a central role in building and operating infrastructure with private investment funds, is structured around raising funds from the private sector, revealing a strong characteristic of financial procedure laws. Unlike government-funded projects centered on an administrative agency, private investment projects do not regulate rights and obligations through "disposition" from the administrative agency, but define relations between the public and private sectors based on contracts under public law called "concession agreements." If a concession agreement is not yet signed, the Master Plan for Public-Private Partnerships in Infrastructure affects private businesses in a situation where no legal relationship has been formed, but the Master Plan is only an administrative rule and is in principle not externally binding. In negotiations between the public and private sectors, the Revised Master Plan for Private Investment Projects often has adverse consequences for private businesses. We examine this through the recent revision of the Master Plan for Private Investment Projects in connection with the requirements for a Re-investigation of Private Investment Qualification. The Master Plan for Private Investment Projects was revised in 2023 to partially supplement the Re-investigation of Private Investment Qualifications; however, this process differs from the case of government-funded projects. For government-funded projects, specific laws and regulations related to feasibility re-examinations exist because of the application of the National Finance Act, but there is no such supporting law for private investment projects, and the institutional void that occurred in the process of revising the Master Plan for Private Investment Projects became an interpretation problem. Through these examples, we discuss ways to overcome the procedural legal limitations of the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure for financing purposes based on contracts under public law.

**Keywords:** Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure, Private Investment Business, Master Plan for Public-Private Partnerships in Infrastructure, Concession Agreement, Re-investigation of Private Investment Qualification

---

\* Attorney at Law, GS Engineering & Construction Corp.

## 논문 / ARTICLE

# 토지등소유자 시행 도심재개발의 공공성 확보 기제

고준혁\*

## 국문초록

도심재개발 사업은 주택재개발과 구별되는 특수성을 지니며, 사업시행자 측면과 기능 측면에서 발생하는 복합적 요인으로 인해 위헌성 논란이 제기되고 있다. 토지등소유자가 직접 사업을 시행하며 수용권을 행사하는 과정에서 사업의 공공필요가 헌법상 재산권 보장 원칙과 조화를 이루는지 여부가 핵심 쟁점이다. 2011년 헌법재판소 결정은 조합 설립 과정이 없는 토지등소유자에 의한 시행을 합헌으로 판단하였으나, 이는 사업의 소규모 특성과 감독 체계, 손실보상 등을 근거로 한 것으로, 개발회사 주도의 현대적 사업 형태에 대한 재검토가 요구된다.

사업시행자의 형태는 공공성 판단의 주요 기준으로 작용한다. 정비구역 내 토지등소유자 전원이 시행하는 경우 지역경제 활성화라는 공공성이 높아 위헌에 해당할 여지가 적지만, 소수 대토지소유자나 외부 개발회사가 사업을 주도할 경우에는 사적 이익 추구로 인한 공공성 약화 우려가 크다. 도시정비법은 이러한 문제를 동의율 요건으로 보완한다. 사업시행인가 신청 시 사업시행자의 형태와 무관하게 토지등소유자 4분의 3 이상 및 토지면적 2분의 1 이상의 동의를 요구함으로써 수용권 부여의 기반이 되는 공공성을 확보한다. 나아가 사업시행인가는 토지보상법상 사업인정을 의제하여 사업의 공공성을 공적으로 확인하는 역할을 수행한다.

기능적 측면에서 도심재개발은 노후·불량 건축물을 제거하여 쇠락한 도시 기능을 회복하고 상권을 활성화하는 정비사업으로서의 본질을 지닌다. 이 때문에 단순히 업무시설이나 판매시설을 신축하는 민간 건축사업과는 구별되는 공익성을 내포하며, 도심지의 상업·업무 기능 집적 특성상 이러한 용도의 건축이 오히려 공공성에 부합하는 측면도 있다.

그러나 사업의 전제가 되는 정비구역 지정은 사업의 공공성을 뒷받침하는 동시에, 구역 내 군소필지 소유자에 대해서는 잠재적 수용 효과를 발생시켜 재산권을 제약한다. 개발회사 주도 사업 구조하에서 이들은 사업 참여 기회가 사실상 배제된 채 토지 매도 압박과 마주하게 되지만, 취소소송의 제소기간 도과나 무효 등 확인소송에서 입증의 어려움 등으로 인해 정비구역 지정의 효력을 다툴 실효성 있는 법적 수단은 부족하다.

결론적으로 도심재개발 사업은 동의율 요건과 정비사업으로서의 본질을 통해 수용권 행사의 헌법적 정당성을 확보하고 있다. 하지만 개발회사 주도 형태의 사업 과정에서 드러난 군소필지 소유자의 권리 보호 미흡 문제는 사업의 공공성을 희석시키므로, 이들의 사업 참여 기회를 보장하고 공공기여를 강화하는 등 제도적 보완이 요구된다.

**주제어:** 도심재개발, 토지등소유자, 수용권, 공공성, 동의율, 정비구역, 위헌성

## 목차

### I. 서론

### II. 토지등소유자에 의한 수용의 헌법적 정당성

### III. 정비구역 지정에 내재된 토지소유권의 제한

### IV. 결론

\* 부산고등검찰청 공익법무관

## I. 서론

도심재개발<sup>1)</sup>은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 「도시정비법」)이 예정하고 있는 정비사업의 한 종류이다. 그러나 도심재개발은 주택재개발이나 재건축 등의 정비사업과는 여러 가지 면에서 다른 특징을 보인다. 당초 도심재개발은 재개발 사업의 원형으로 도입되었지만, 오늘날 시장에서 주택재개발이 재개발 사업의 주류적 위치를 점함에 따라 도심재개발은 오히려 특수한 형태의 재개발로 인식기도 한다.

재개발 사업의 단계를 크게 조합설립, 사업시행인가, 관리처분인가 단계로 나누어 볼 때, 도심재개발 사업은 각 단계마다 주택재개발과는 다른 특이성을 보인다. 그리고 이러한 특이성은 도심재개발 사업에 잠재적 위험성이 존재하는 것이 아니냐는 의구심을 불러일으킨다. 특히 토지등소유자가 직접 시행하는 재개발에서 사업시행자 지위를 득한 토지등소유자가 수용권을 직접 행사하는 단계에 이르면 사업의 근원적 위험성에 대한 의구심은 더욱 강해진다.

2011년 헌법재판소에서도 토지등소유자가 조합을 설립하지 않고 도심재개발<sup>2)</sup> 사업을 실시하는 것이 사업에 동의하지 않는 토지등소유자의 재산권을 침해하는지가 다투어졌다. 위 사안에서는 「조합설립 없이」 토지등소유자에 의한 직접 시행이 가능하다는 점이 주된 쟁점이 되었고, 헌법재판소는 위와 같은 형태의 사업을 합헌으로 판단하였다.<sup>3)</sup>

그러나 도심재개발 사업의 위험성이 논란이 되는 이유는 비단 위 사업에 조합설립 절차가 배제되어 있다는 점에만 기인하는 것은 아닌 것으로 보인다. 오늘날 도심재개발 사업에 대해 위험 논란이 제기되는 결정적인 이유는 위 사업이 지난 여러 법적, 사실적 특수성이 복합적으로 작용하기 때문이다. 특히 2011년 헌법재판소의 합헌 결정 이후, 사업의 양상이 소규모 토지등소유자 주도에서 거대 자본을 동원한 외부 개발회사 주도로 변화함에 따라 기존의 법적 통제 장치가 실효성을 갖는지에 대한 근본적인 재검토가 요구된다. 헌법재판소는 당시 토지등소유자 시행 방식이 비교적 소규모로 진행된다는 특성과 관할청의 감독·통제, 손실보상 등 구제방안이 마련되어 있다는 점을 근거로 합헌 결정을 내렸으나, 오늘날 개발회사가 사업 전반을 주도하는 형태는 이러한 전제와는 상당한 괴리를 보이고 있다.

이에 이 글은 토지등소유자 시행 도심재개발 사업에서 공공성을 담보하기 위한 핵심 기제인 「동의율 제도」와 「정비구역 지정」의 법적 성격과 현실적 한계를 심층적으로 분석한다. 이를 통해 개발회사 주도 사업에서 공공성이 확보되는 구체적 메커니즘을 규명하고, 현행 법의 해석 및 비교법적 검토를 통해 토지소유자의 권리를 보장할 수 있는 법적 대안을 모색함으로써 현행 제도의 헌법적 정당성을 재평 가하고 개선 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

## II. 토지등소유자에 의한 수용의 헌법적 정당성

앞서 지적한 바와 같이 도심재개발 사업에 대해 위험 논쟁이 제기되는 결정적인 이유는 위 사업이 지난 여러 법적, 사실적 특수성 때문이다. 그중에서도 도심재개발 사업이 지난 「사업시행자 측면의 특수성」과 「사업기능 측면의 특수성」이 맞물려 작용하여 위 사업의 위험성에 대한 의구심을 격화시킨다.

예컨대 사업시행자 측면에서 근래 진행되는 도심재개발 사업은 특정 개발회사가 정비구역 또는 지구 내 대부분의 토지 지분을 흡수하여 사업시행자가 되는 형태가 많다. 이때 위 개발회사가 곧바로 수용권을 행사하는 것은 마치 특정 개발회사의 사적 이익을 위해 사업에 반대하는 군소필지 소유자의 소유권을 박탈하는 듯한 인상을 준다. 게다가 사업기능 측면에서도 사업의 결과 탄생하는 신축건물이 대개 업무시설 내지 판매시설로서 위 시설이 과연 수용을 통해 개인의 소유권을 박탈하면서까지 지어져야 할 정도의 공공성을 담보

1) 도심재개발은 1971년 도시계획법에 재개발 사업의 형태로 도입된 이래 여러 법률을 거치며 다양한 이름으로 불려 왔다. 현행 도시정비법은 주택재개발과 도심재개발을 구분하지 않고 「재개발사업」이라는 동일한 명칭하에 규정하고 있다. 그러나 개별 자자체 도시정비조례는 대개 재개발사업을 주택정비형 재개발사업과 도시정비형 재개발사업으로 구분하고 있고, 이 중 도시정비형 재개발사업이 도심재개발 사업에 해당한다. 이 글에서는 도시기능의 회복 및 상권 활성화 등을 위해 도시환경을 개선·정비하는 일련의 사업을 포괄하여 「도심재개발」이라는 강학상 용어를 사용한다.

2) 해당 사안에서는 도시정비법상 「도시환경정비사업」이 진행되었다.

3) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2009헌바128·148(병합) 결정. 헌법재판소는 토지등소유자가 조합설립 없이 직접 사업시행자가 되는 경우에도 ① 위와 같은 사업 형태는 소수의 대토지소유자와 몇몇 소필지 소유자가 존재하는 지역에서 비교적 소규모로 진행된다는 사업상 특수성을 고려한 것이라는 점, ② 조합설립 절차를 제외하고는 조합이 시행하는 경우와 마찬가지로 군소필지 소유자의 사업절차 참여권이 인정되고 관할청의 감독·통제가 이루어지는 점, ③ 범국가적 차원의 사업으로서 빠른 시간 내 개발 필요성이 요구되는 공익적 필요가 있고 사업 시행에 동의하지 않는 토지등소유자에 대해서는 손실보상 등의 구제방안을 마련하고 있다는 점을 고려해 도심재개발 사업이 토지등소유자의 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

하고 있는지 의문이 제기될 수 있다. 따라서 도심재개발 사업상 수용권 행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서도 위 사업이 지닌 사업시행자와 사업기능상 특수성이 모두 충분히 고려되어야 한다.

## 1. 도심재개발 사업의 수용 절차

우리 헌법은 모든 국민의 재산권 보장을 천명하면서도, '공공필요'에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 정당한 보상을 법률로써 규정할 수 있도록 하고 있다(헌법 제23조 제1항, 제3항). 여기서 재산권 수용의 정당성을 뒷받침하는 핵심 요건은 공공필요이다.<sup>4)</sup> 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '토지보상법')은 헌법상 허용되는 수용과 그 보상에 관한 일반적인 내용을 규율하여 수용 및 보상에 관한 일반법으로 기능한다.<sup>5)</sup> 토지보상법은 일정한 범위의 사업들을 헌법상 공공필요를 충족하여 수용권이 행사될 수 있는 '공익사업'으로 정해두고(토지보상법 제4조), 사안별로 특정 사업이 공익사업에 해당하는지를 가려 만약 공익사업에 해당하는 경우 수용권을 부여하는 식으로 작동한다.

토지보상법 체계에서 특정 사업이 공공필요를 충족하는지를 확인하고 수용권을 부여하는 핵심적인 행정처분은 '사업인정'이다.<sup>6)</sup> 사업인정은 공법적 차원에서 해당 사업이 토지를 수용할 만한 공익성을 갖추었음을 확인하고 사업시행자에게 수용권을 설정해주는 형성적 행정행위이다. 그러나 모든 공익사업이 개별적으로 사업인정을 받는 것은 아니다. 다수의 개별법에서는 특정 인허가가 있으면 토지보상법상 사업인정이 있는 것으로 간주하는 사업인정 의제 조항을 두고 있고, 도심재개발 사업 역시 이러한 의제 조항의 적용을 받는다. 도시정비법은 사업시행자가 정비사업을 시행하기 위해 필요한 경우 토지보상법에 따라 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있다고 규정하고 있고(도시정비법 제63조), 도심재개발 사업은 사업시행인가를 받은 때에 토지보상법에 의한 사업인정이 있는 것으로 의제되므로(도시정비법 제65조 제2항), 도심재개발의 사업시행자는 사업시행인가 시점 이후로 수용권을 행사할 수 있게 된다. 이는 도심재개발 사업에서 사업시행인가가 단순한 사업 계획의 승인을 넘어 해당 사업의 공공성을 행정청이 확인하고 사업시행자에게 수용권이라는 강력한 공권력을 부여하는 법적 의미를 지니고 있다는 뜻이다.

따라서 도심재개발 사업의 위헌성 여부는 결국 사업시행인가 단계에서 사업의 주체와 기능 양 측면에서 해당 사업이 헌법상 요구되는 '공공필요'를 충족하는지 여부에 따라 결정된다고 할 수 있다. 특정 사업의 진행을 위해 수용권이 행사되는 경우 공공필요를 충족하였는지 여부는 크게 사업을 시행하는 주체가 누구인지와, 당해 사업이 수행하는 기능이 무엇인지 측면에서 살펴볼 수 있다. 이에 이하에서는 도심재개발 사업이 각 측면에서 공공필요를 갖춘 사업에 해당하는지를 살펴본다.

## 2. 사업시행자의 공공성 확보 기제

### (1) 사업시행자의 다양성과 공공성

사업시행자의 형태는 해당 사업의 목적과 성격을 규정하고 공공성을 판단하는 중요한 기준이 된다. 사업시행자의 성격과 목적은 구체적인 사업의 진행 내용과 방식에 영향을 미치므로, 사업시행자가 누구인가는 그 사업시행자가 시행하는 사업의 내용과도 불가분적으로 연결될 수밖에 없다. 즉, 사업시행자가 누구인가는 궁극적인 사업의 공공성을 판단하는 데 중요한 지침을 제공한다. 우선, 도심재개발 사업의 시행자는 크게 세 가지 형태로 나누어 볼 수 있다. 첫째로 정비구역 내 토지등소유자 전원이 사업시행자가 되는 것이다. 둘째는 소수의 대토지소유자가 사업시행자가 되어 주도권을 쥐고 사업에 반대하는 군소필지 소유자들의 토지를 수용하여 사업을 진행하는 형태이다. 셋째는 정비구역 외부의 개발회사가 정비구역 내 토지 지분 등을 매집해 사업시행자 지위를 취득하고 사업이 반대하는 자들에 대해서는 수용권을 행사하는 형태이다.<sup>7)</sup>

4) 헌법상 공공필요는 단순히 공익과 동일한 개념이 아니라 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘어서는 특별한 희생을 정당화하는 더욱 강화된 공익을 의미한다. 공공필요의 충족 여부 판단에 있어서는 사업의 공익성 외에도, 수용을 통해 침해되는 사유재산권의 보호 필요성, 양 법의 간 균형성 등을 종합적으로 고려할 필요가 있다. 김연태, "공용수용의 요건으로서의 '공공필요'", 『고려법학』 제48호(2007. 1.), 88-89면 참조.

5) 김동희, 『행정법II』(제26판), 박영사, 2021, 388면.

6) 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023, 353면.

7) 최근 입법된 「도심 복합개발 지원에 관한 법률」은 이러한 민간 주도 개발의 흐름을 더욱 가속화할 전망이다. 이 법은 기존의 공공주도 사업을 민간 부문에 확대 적용하기 위해 추진되었으며, 사업시행자로 토지등소유자 외에 신탁업자, 리츠(REITs) 등 전문 개발 주체를 전면에 내세우고 조합설립 절차를 배제하는 것을 특징으로 한다. 이는 구역 외부의 개발회사가 주도하는 사업 형태가 재개발 사업에서의 특수한 사례를 넘어 별도의 법률로 제도화되는 경향을 보여준다. 다만 복합개발사업의 경우에는 주된 사업시행자가 신탁업자 또는 리츠라는 점을 고려하여 (수용권과 매도청구권의 실질적 효과가 어떻게 다른지는 별론으로 하더라도) 수용권이 아닌 매도청구권이 부여되고 있다. 자세한 내용은 강신은, "도심복합개발법의 주요 내용과 개정 방향", 『건설법연구』 제12호(2024. 9.), 1-4면 참조.

가령 정비구역 내 토지등소유자 전원이 사업시행자가 되는 경우, 사업은 이들의 이해관계를 반영하고 지역경제를 활성화하기 위한 목적으로 진행될 가능성이 높다. 이러한 사업 형태와 목적은 높은 공공성을 지니므로, 사업의 위헌성이 쉽게 인정되지 않을 것이다. 반면, 소수의 대토지소유자나 개발회사가 사업시행자가 되는 경우 사업은 대토지소유자들과 개발회사의 개발이익 확보라는 사적 목적을 우선하게 되므로 공공성이 약화될 우려가 크다.<sup>8)</sup> 물론 사업시행자가 누구인가가 사업의 위헌 여부를 판단하는 유일한 기준은 아니지만, 사업시행자의 형태는 사업의 내용과 밀접하게 관련되어 있으므로 사업시행자가 누구인가는 위헌성 판단의 중요한 기준이 되는 것이다.

그런데 과연 도심재개발 사업이 도시계획법상 재개발의 형태로 처음 규정될 때부터 도시정비법 및 도시정비조례상 도시정비형 재개발사업으로 발전해 올 때까지 우리 법이 도심재개발의 사업시행자 형태를 어디까지 예상하였는지는 불분명하다.

도시계획법은 1971년 주택재개발과 도심재개발을 구분하지 않고 도심계획사업의 일종으로서 '재개발 사업'을 도입하였다. 이때 도시계획법이 예정한 원칙적인 사업시행자는 행정청이었고,<sup>9)</sup> 예외적으로 재개발구역 안의 토지등소유자 또는 그들로 구성된 조합이나 법인이 사업시행자가 될 수도 있었다.<sup>10)</sup> 당시 재개발 사업이 예정하는 것은 불량정착촌의 정비로,<sup>11)</sup> 강력한 전면철거 및 재개발 형태의 사업 실시를 위해 행정청을 원칙적인 사업시행자로 규정한 것으로 보인다.

이때부터 법이 토지등소유자에 의한 직접 사업 시행을 예정하고 있다는 점도 특기할만하다. 다만 당시 도심재개발이 불량정착촌의 정비사업으로 인식되고 있던 것을 고려하면, 토지등소유자에 의한 직접 시행은 전면 철거에 반대하는 토지등소유자 등 원주민들이 사업에 참여할 수 있는 방법을 열어준 것에 가깝고, 오늘날처럼 토지 지분을 매집한 소수의 대토지소유자나 개발회사에 의한 시행을 염두에 둔 것까지는 아닌 것으로 보인다.

1977년 도시재개발법이 제정되면서 행정청이 일차적 사업시행자이고, 예외적으로 토지등소유자나 조합에 의한 시행이 가능하다는 원칙이 뒤바뀌게 된다. 도시재개발법이 토지등소유자 또는 그들이 설립하는 조합이 원칙적 사업시행자가 된다고 규정했기 때문이다.<sup>12)</sup> 이때 토지등소유자에 의한 직접 시행은 주택재개발과 도심재개발을 구분하지 않고 가능하였고, 이처럼 토지등소유자에 의한 직접 시행은 2003년 도시정비법의 제정으로 도시재개발법이 폐지될 때까지 유지되었다.

2003년 구법시대를 종결시키고 등장한 도시정비법은 기존 도시재개발법상 도심재개발 사업을 '도시환경정비사업'이라는 새로운 명칭으로 변경시켰다. 그러나 도시환경정비사업은 도시기능이 쇠락한 도심 지역의 기능을 회복하고 상권을 활성화시키는 사업으로, 기존 도심재개발 사업이 수행하던 역할을 그대로 물려받았다. 사업시행자 측면에서 제정 도시정비법은 주택재개발에 대해서는 조합을 원칙적인 사업시행자로 채택했으나<sup>13)</sup> 도시환경정비사업에 있어서는 조합 또는 토지등소유자가 시행할 수 있다고 규정하여,<sup>14)</sup> 기존 도시재개발법상 도심재개발과 큰 틀에서 유사한 형태를 유지하였다.

2018년 도시정비법은 전부개정을 통해 기존의 도시환경정비사업을 폐지하고, 도심재개발과 주택재개발을 합하여 하나의 재개발 사업으로 통합시켰다. 이에 도심재개발과 주택재개발은 법률 단위에서는 더 이상 명시적으로 구분되지 않는다.<sup>15)</sup> 다만 도시정비법은 정비구역 내 토지등소유자가 20인 미만인 경우 토지등소유자에 의한 직접 시행을 허용하고 있는데(도시정비법 제25조 제1항 제2호), 일반적인 주택재개발구역의 규모를 고려하면 이는 기존 도시환경정비사업에서 토지등소유자에 의한 직접 시행 방법을 유지하기 위한 것으로 보인다.

도심재개발 사업을 규율하는 법 제도에 대한 일련의 변화 과정을 살펴보면 우리 법이 도심재개발 사업에 있어서 토지등소유자에 의한 직접 시행을 허용한 이유는, 도심재개발 사업이 대개 소규모 구역에서 진행되어 구역 내 토지등소유자의 수가 많지 않고 조합을 결

8) 이처럼 이윤 추구를 기본 목적으로 하는 민간기업에게 수용권을 부여하는 것에는 공공성의 약화에 대한 우려가 가장 기본적인 문제로 제기된다. 민간기업은 결국 이윤 추구의 목적이 강하므로 이와 같은 민간기업이 개인의 토지를 수용하는 경우 지역발전이나 고용증대 등 공익사업의 본래 목적이 부수적인 효과로 전락하게 될 수 있다는 것이다. 이재삼, "공익사업에 있어서 사인의 수용권에 관한 연구 - 공익사업을위한토지등의취득 및 보상에관한법률을 중심으로 -", 『토지공법연구』 제43집 제1호(2009. 2.), 270면.

9) 구 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정된 것) 제23조 제1항.

10) 구 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정된 것) 제32조.

11) 처음 도입된 재개발 사업의 목적이 사대문 내 불량정착촌 정비였던 만큼, 당시 입법자들이 생각한 재개발 사업의 원형은 오늘날 도심재개발에 가까운 것으로 보인다.

12) 구 도시재개발법(1976. 12. 31. 법률 제2968호로 제정된 것) 제9조.

13) 구 도시정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 것) 제8조 제1항.

14) 구 도시정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 것) 제8조 제2항.

15) 다만 대부분의 지자체는 도시 및 주거환경정비 조례 차원에서 재개발사업을 주택정비형 재개발사업과 도시정비형 재개발사업으로 구분하고 있다. 여기서 도시정비형 재개발사업은 상업지역·공업지역 등에서 도시 기능의 회복 및 상권 활성화 등 도시환경을 개선하기 위하여 시행하는 재개발사업으로, 이는 2018년 도시정비법 전부개정 이전의 도시환경정비사업의 정의와 일치한다. 즉 법률 차원에서는 주택재개발과 도심재개발의 명시적인 구분이 사라졌으나, 각 지자체 정비조례 차원에서는 양자의 구분이 계속되고 있다.

성하는 것이 오히려 불필요하거나 번거로운 경우가 많음을 고려한 것이다.<sup>16)</sup> 도시정비법이 2018년 전부개정 과정에서 토지등소유자가 '20인 미만'인 경우에만 직접 시행을 허용한 것은 이러한 입법 취지를 명확히 한 것으로 볼 수 있다.

이러한 법의 취지에 비추어 보면 우리 법은 정비구역 내 토지등소유자 전원이 사업시행자가 되는 것뿐만 아니라, 소수의 대토지소유자가 사업시행자가 되어 그 위주로 사업이 진행되는 것을 허용하는 것으로 보는 것이 타당하다. 우리 법이 도심재개발 사업에 추진위원회 설립승인이나 조합설립인가 등의 공법적 규제를 강제하지 않는 이유는 토지등소유자 수가 소규모인 사업장에서 이를 강제하는 것이 오히려 불필요한 번거로움을 요구하는 것이기 때문이다. 그러나 정비구역 내 토지등소유자의 수가 많으면 많을수록 조합설립의 필요성은 커지므로, 우리 법이 조합설립상 번거로움을 고려한 전형적인 경우도 대체로 5인 이하의 대토지소유자와 몇몇 소필지소유자가 존재하는 지역에서 소규모로 진행되는 도심재개발 사업이었던 것으로 보인다.

다만 정비구역 외부의 제3자인 개발회사가 정비구역 내 토지를 취득해 사업시행자가 되는 형태는 도시정비법이 기존에 예정하고 있던 형태의 도심재개발은 아니며, 도심재개발 사업상 수용권 행사의 위험성을 분석함에 있어서도 이처럼 사업시행자에 따른 차이를 섭세히 구분하여 파악하는 것이 필요하다.

특히 개발회사가 주도하는 도심재개발 사업에서 공공성 약화가 우려되는 지점은 사업의 준비 단계에서부터 드러난다. 그리고 그 핵심에는 '인가 전 사업시행자'의 활동과 그로 인한 사업 구조의 변질이 자리 잡고 있다. 개발회사는 사업시행계획인가라는 공법적 지위를 획득하기 이전부터 인가 전 사업시행자로서 사실상의 사업 주체로 활동하는 경우가 많다.<sup>17)</sup> 이들은 자본력을 바탕으로 정비구역 내 토지를 매입하는 이른바 '지주작업'을 진행한다.<sup>18)</sup> 이 과정은 단순히 사업 동의를 얻기 위한 설득 작업을 넘어서, 동의의 주체가 되는 기존 토지등소유자를 대체시켜 사업의 소유 구조를 재편하는 과정으로 볼 여지가 많다.<sup>19)</sup> 이처럼 외부의 개발회사가 사업시행인가 이전부터 사실상의 사업 주체로 활동하는 과정에서 공공성이 약화될 수 있다는 우려가 제기된다.

## (2) 동의율에 의한 공공성의 보완

토지등소유자가 도심재개발 사업을 시행하려면 사업시행계획인가를 신청하기 전에 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지 면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 받아야 한다(도시정비법 제50조 제6항).<sup>20)</sup> 이처럼 도시정비법이 사업시행자에게 일정 수준의 동의율을 갖추도록 요구하는 이유는 도시정비법이 동의율에 의해 공공성의 보완이 이루어짐을 인식하고 있기 때문이다. 동의율에 의해 공공성의 보완이 이루어진다는 것은 민간시행자에 의한 도시계획시설 사업의 경우와 비교해보면 더욱 뚜렷해진다.

도시계획시설사업은 행정주체가 시행하는 것이 원칙이지만, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법')은 일정한 경우 사인에 의한 시행을 예정하고 있다(국토계획법 제86조 제7항). 다만 사인이 사업시행자가 되기 위해선 도시계획시설사업의 대상인 토지 면적의 3분의 2 이상의 소유권과 토지소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 한다(국토계획법 제96조 제2항). 국토계획법이 사인이 시행하는 도시계획시설사업에 대해 별도의 동의율을 요구하는 이유는 행정주체가 시행하는 통상의 도시계획시설사업에 비해 공공성이 약하다는 것을 의식하고 있기 때문이다.<sup>21)</sup>

도심재개발 사업 또한 도시계획시설사업과 마찬가지로 그 뿌리를 도시계획사업에 두고 있다. 1971년 재개발 사업이 도시계획법에 처음 규정될 당시 재개발 사업에 관한 조문들은 도시계획사업의 시행에 관한 장 아래에 규정되었고,<sup>22)</sup> 당시 도시계획법은 명시적으로

16) 실제로도 소필지소유자가 수백 명 이상 존재하는 주택재개발 사업과 달리 도심재개발은 대체로 5인 이하의 대토지소유자와 몇몇의 소필지소유자가 존재하는 지역에서 진행되어 왔다. 이처럼 사업 참여자 측면에서 비교적 소규모인 도심재개발 사업은 이해관계인이 많지 않고, 정비구역은 넓은 면적에 걸쳐 있더라도 그 구역이 다시 여러 개의 지구로 분할되어 진행된다는 점에서 굳이 조합을 결성할 필요성이 높지 않았다. 자세한 내용은 김종보, "도시환경정비사업에서의 시행자와 사업절차의 특수성", 『법학논문집』 제31집 제1호(2007. 1.), 6면 참조.

17) 이른바 인가 전 사업시행자에 관한 자세한 내용은 이규황, "도심재개발사업에서 인가 전 사업시행자의 實在", 『건설법연구』 제13호(2025. 3.), 45-58면 참조. 해당 논문에서는 현대 도심재개발 사업에 요구되는 막대한 자본과 전문 역량을 고려할 때 기존 토지등소유자나 행정청의 힘만으로는 사업 추진이 어렵다는 점이 잘 지적되고 있다. 제3자인 개발회사는 사업 최초의 위험을 감수하며 초기 비용을 투입하여 사업을 구체화시키는 필수적인 기능을 수행하기 때문이다. 문제는 이러한 개발회사에 의한 사업 주도 그 자체가 아니라 이들의 활동을 규율하고 공법적으로 통제 할 제도적 정체가 부족하다는 점이다.

18) 실무상으로는 외부 전문업체(1차 회사)가 지주작업을 통해 동의율을 확보한 뒤, 실제 사업을 시행할 개발사업자(2차 회사)에게 사업권을 양도하는 방식으로 이루어지기도 한다. 이수안, "도심재개발의 사업시행자로서 '토지등소유자'의 개념", 『행정법연구』 제74호(2024. 8.), 176면 참조.

19) 한편으로 사업시행자가 이처럼 매집한 토지는 사실상 사업시행자의 기본재산으로 기능하는 측면도 있다. 토지등소유자가 시행하는 도심재개발 사업에서 사업시행권한의 실질적 근거가 되는 대토지소유자의 토지지분은 단순한 개인적인 지분이라기보다는 사업시행자의 기본재산으로서의 성격을 동시에 띠기 때문이다. 김종보, 위의 논문, 25-26면 참조.

20) 조합이 실시하는 재개발의 경우 조합설립인가시에 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 받아야 하는 반면(도시정비법 제35조 제2항), 토지등소유자가 시행하는 도심재개발의 경우 별도의 조합설립 절차가 없으므로 사업시행인가 시에 일정 수준의 동의율을 충족하도록 요구하고 있다.

21) 김종보, "도시계획시설의 공공성과 수용권", 『행정법연구』 제30호(2011. 8.), 290면.

재개발 사업을 ‘도시기능을 회복시키거나 새로운 기능으로 전환시키기 위하여 실시하는 도시계획사업’으로 정의하고 있었다.<sup>23)</sup>

비록 도심재개발이 도시계획법, 도시재개발법, 도시정비법을 거치며 여러 명칭과 내용의 변화를 겪었지만, 그 과정에서 사업시행인 가를 위해 동의율이 요구되어 온 것은 그대로 유지되었다. 동의율에 의해 어느 정도는 사업 주체 측면에 대한 공공성의 보완이 이루어져 온 것이다. 또한 동의율에 의한 공공성의 보완은 사업시행자의 형태를 막론하고 작동한다. 즉 사업시행자가 토지등소유자 전원이거나 소수의 대토지소유자인 경우뿐만 아니라, 개발회사가 단독 사업시행자가 되는 경우에도 동의율 요건은 동일하게 적용되고 그에 따른 공공성의 보완 기제 또한 동일하게 작동한다. 따라서, 도시정비법에서 요구하는 동의율은 사업시행자가 누구인지와 상관없이 일정 수준의 공공성을 보장하는 중요한 요소로 작용한다. 비록 도시정비법이 개발회사에 의한 사업 시행까지 예정하고 있던 것은 아니라도, 동의율에 의한 공공성의 보완을 통해 사업주체 측면의 공공성은 일정 부분 확보된 셈이다.

다만 개발회사가 사업시행자인 경우도 동일한 동의율을 적용하는 것이 적절한지에 대해서는 문제를 제기할 소지도 있다. 개발회사는 자본력을 동원해 토지를 직접 매수함으로써 동의의 주체인 ‘토지등소유자’를 대체할 수 있기 때문이다. 개발회사에 의한 사업구역 내 토지의 매집이 진행될수록 개발회사는 스스로가 다수의 토지등소유자이자 과반의 토지면적 소유자가 될 수 있다. 이 단계에 이르면 동의율의 충족은 더 이상 다양한 이해관계자들의 집단적 의사결정 과정이 아니라, 개발회사가 자신의 사업 계획에 스스로 동의하는 형식적인 절차로 전락할 위험도 존재한다.<sup>24)</sup> 그럼에도 불구하고 개발회사의 매집은 강제적인 수용이 아닌 사적 자치에 따른 계약 행위이자 토지등소유자의 처분권 행사에 따른 결과라는 점을 고려하면,<sup>25)</sup> 여러 현실적 한계에도 불구하고 동의율 제도는 여전히 사업 추진의 법적 정당성을 부여하는 최소한의 요건으로서 중요한 헌법적 기능을 수행하는 것으로 볼 수 있다. 결국 동의율 제도는 현실에서 그 기능이 약화될 수 있다는 점을 인정하되, 그 제도가 갖는 핵심적인 공공성의 담보 기능 그 자체를 부정하기는 어렵다.

동의율에 의해 공공성의 보완이 이루어진다는 점은 사업시행인가에 필요한 동의율 요건을 자치규약에서 정하도록 한 것이 헌법에 위반된다는 헌법재판소 판례<sup>26)</sup>에서도 잘 드러난다. 종래 도시정비법은 사업시행인가 신청에 필요한 동의율을 토지등소유자들이 정하는 자치규약에서 정하도록 규정했는데,<sup>27)</sup> 헌법재판소는 이것이 법률 유보 원칙에 위반된다고 판단하였다. 즉 토지등소유자가 사업시행인가를 받으면 정비구역 내 토지등소유자를 상대로 수용권을 행사하는 등 각종 행정처분을 발하는 행정주체의 지위에 서게 되는데, 이처럼 사업시행자를 지정하는 사업시행인가에 필요한 동의율 요건은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적, 본질적 사항으로 국민의 대표인 국회가 직접 규율하여야 한다는 것이다.<sup>28)</sup>

이는 동의율 요건이 단순한 사업시행인가 신청을 위한 절차적 요건에 불과한 것이 아니라, 수용권 행사가 가능한 행정주체의 탄생을 뒷받침하는 공공성의 기반이 된다는 점을 고려하여 자치규약 등 불안정한 수단이 아닌 법률적 차원에서의 규율이 요구됨을 선언한 것이다.

22) 구 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정된 것) 제31조 내지 제53조.

23) 구 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정된 것) 제2조 제1항 제5호.

24) 개발회사가 사업시행자가 되는 경우 사업의 공공성이 상대적으로 약해질 수 있다는 점을 고려하여 이러한 경우에는 토지등소유자의 동의율을 현재보다 더 높게 설정하여 사업의 공공성을 강화하는 방안을 고려해야 한다는 주장도 제기될 수 있다. 그러나 이러한 방안에는 주의가 필요하다. 정비구역 내 토지등소유자 수가 적은 도심재개발 사업에서는 동의율을 지나치게 강화할 경우 필요한 동의율을 갖추지 못해 사업 추진이 지연되거나 사업 자체가 무산될 위험도 있다. 따라서 동의율을 수정하거나 강화하는 결정은 도심재개발 정비구역 지정상 존재하는 다양한 요인과 현실을 고려하여 신중하게 검토되어야 한다.

25) 개발회사의 매집에 대해서는 두 가지 상반된 견해가 존재할 수 있다. 하나는 개발회사의 토지 취득 비율이 높아짐에 따라 군소필지 소유자가 자신의 토지 매도에 관하여 사실상의 제약을 받는다는 것이다. 개발회사가 사업시행인가의 동의율에 필적할 정도로 구역 내 토지를 취득하게 되면 추후 사업시행인가를 받아 수용권을 취득하고 이를 토대로 군소필지 소유자를 사업에서 축출할 수 있게 된다. 수용권을 실제로 행사하기 전에 협의매수 절차를 거치길 해야 하지만, 사업자가 수용권을 발동하게 되면 결국 시가 이하의 보상금을 받게 되므로 군소필지 소유자는 사업시행자의 매수요청에 응해야 할 사실상의 압박을 받게 된다는 것이다. 이 견해에 관해서는 이규항, “도심재개발사업에서 인가 전 사업시행자의 實在”, 『건설법연구』 제13호(2025. 3.), 49면 참조. 한편 민간기업에 수용권을 부여하기에 앞서 일정 비율 이상의 토지소유권을 협의취득하도록 규정하는 것이 오히려 공공성 확보에 도움이 된다는 분석도 있을 수 있다. 토지취득 요건이 부과되면 그 비율을 충족하기 위한 협의매수 과정에서 토지 가격이 상승하고, 나머지 토지의 수용보상금 또한 상승하게 되므로 피수용자의 피해를 줄여 공익성을 보완한다는 것이다. 이와 같이 보상금의 상승에 따라 피해가 완화되는 것은 수용의 합헌성 판단 기준인 공공필요나 정당한 보상의 판단과 직결되는 것은 아니나, 해외의 경우 사인을 위한 수용에 있어서는 통상의 수용과는 달리 보상기준을 높여야 한다는 주장도 있으므로 이러한 점은 공공성 판단에 있어 간접적으로 고려될 수 있다. 최계영, “民間企業에 의한 收用”, 『행정판례연구』 제16권 제1호(2011. 1.), 258-263면 참조.

26) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2009헌바128·148(병합) 결정.

27) 구 도시정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되기 전의 것) 제28조 제4항 본문.

28) 이후 도시정비법은 토지등소유자가 시행하는 도시환경정비사업에서 사업시행인가 신청 시 토지등소유자 4분의 3 이상의 동의를 얻을 것을 규정하였다. 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 것) 제28조 제7항.

### (3) 사업시행인가의 법적 성질

앞서 언급한 것처럼 도심재개발 사업에 대해 사업시행인가가 있으면 토지보상법상 사업인정이 의제된다. 도심재개발 사업에서 사업시행인가는 토지등소유자라는 사인에게 사업시행자로서 수용권을 비롯한 각종 행정처분을 발할 수 있는 행정주체의 지위를 부여하는 설권적 기능을 수행하는 것이다.<sup>29)</sup> 이처럼 사업시행인가는 토지등소유자에게 타인의 재산권을 근본적으로 제한할 수 있는 막강한 권한을 부여하므로, 사업의 공공성을 담보하고 헌법상 재산권 보장의 원칙을 준수하기 위해서는 그 과정에 엄격하고 실질적인 행정적 통제가 요구된다.

본래 특정한 사업이 토지보상법상 수용권을 행사하기 위해 요구되는 공공성을 갖추었는지 확인하는 절차는 '사업인정'이다. 토지보상법은 일정 수준의 공공성은 갖춘 것으로 볼 만한 일련의 사업군을 공익사업으로 나열하고 있으나, 특정 사업이 공익사업에 해당한다는 사실만으로 곧바로 수용권이 부여되지는 않는다. 구체적인 수용권 부여를 위해선 당해 특정 사업에 대해 사업인정이 요구된다. 그리고 이러한 사업인정은 행정청의 심사를 거쳐 발급된다(토지보상법 제20조 제1항, 동법 시행령 제10조).

도심재개발 사업은 사업시행인가에 의해 사업인정이 의제되는 사업이므로, 토지보상법상 사업인정의 역할을 사업시행인가가 대체한다. 즉 행정청이 특정 도심재개발 사업에 대해 사업시행인가를 발한다는 것에는 토지보상법상 사업인정 절차와 마찬가지로 당해 사업이 수용권 부여에 필요한 공공성을 갖추었음을 확인하는 절차가 수반된다는 것이다. 이는 구체적으로는 행정청이 사업시행인가 과정에서 동의율의 총족 여부를 확인함으로써 이루어진다. 즉 행정청이 별도로 도심재개발 사업의 공공성을 확인하기 위한 절차를 마련하고 있는 것은 아니지만, 행정청이 동의율의 총족에 의해 공공성이 확보되었음을 공적으로 확인함으로써 일정 부분 당해 사업의 공공성을 담보하는 역할을 수행하게 된다.

또 다른 통제 장치의 하나로, 토지보상법상 중앙토지수용위원회와의 협의 절차를 주목할 필요가 있다. 토지보상법은 사업인정이 의제되는 사업계획인가를 하려는 경우 인가권자가 중앙토지수용위원회와 의무적으로 협의하도록 규정하고 있다. 이 협의 과정에서 중앙토지수용위원회는 사업의 공공성, 수용의 필요성, 이해관계인 의견수렴 절차 이행 여부 등을 독립적으로 검토하여 의견을 제시하게 된다(토지보상법 제21조 제2항, 제3항).<sup>30)</sup> 이와 같은 협의 절차는 인가권자인 행정청이 지역 개발 실적이나 세수 증대와 같은 목적에 치우쳐 사업의 공공성을 소홀히 심사할 수 있는 구조적 위험을 견제하고, 수용권의 남용을 방지하기 위한 역할을 수행한다. 중앙토지수용위원회의 협의 의견이 인가권자를 법적으로 직접 기속하는 것은 아니지만, 협의 절차를 누락하거나 부실하게 진행한 사업시행인가는 추후 행정소송에서 재량권의 일탈·남용에 해당하는 것으로 판단될 소지가 높다. 결국 중앙토지수용위원회와의 협의 의무는 인가권자에게 상당한 정치적·행정적 부담으로 작용할 뿐만 아니라, 법적 구속력 유무를 떠나 동의율 제도와 더불어 사업 주체 측면의 공공성을 보완하는 중요한 제도적 장치에 해당한다.

## 3. 도심재개발의 정비사업으로서의 본질

도심재개발 사업에서 토지등소유자에 의한 수용의 위헌 여부와 관련하여서는 도심재개발 사업의 기능상 특수성이 위헌성 논란을 가중시키는 또 하나의 요인이 된다. 이는 앞서 살펴본 도시계획시설사업과의 차이점을 비교함으로써 더욱 명확해진다.

도시계획시설사업은 기반시설에 해당하는 도시계획시설을 설치하는 사업이다. 국토계획법은 기반시설의 규범적 의미를 명확히 규정하는 대신, 기반시설에 해당하는 일련의 시설들을 나열하는 형태로 기반시설을 정의하고 있다.<sup>31)</sup> 다만 일반적으로 기반시설이란 도시민의 기본적 생활 수요에 부응하고 도시기능의 원활한 작동을 위해 필요한 필수 시설로서, 그 설치에는 강력한 공공성이 담보된다. 반면 도심재개발의 경우 위 사업이 전형적으로 예정하고 있는 신축건물은 업무시설 또는 판매시설이다. 기반시설 가운데에서도 시설의 종류와 기능에 따라 당해 시설이 갖는 공공성의 정도가 달라질 수 있음을 고려하면,<sup>32)</sup> 기반시설에도 해당하지 않는 업무시설이나

29) 또한 토지등소유자가 직접 시행하는 도심재개발 사업에서는 별도의 조합설립인가 단계가 없으므로 사업시행인가는 사업시행계획을 승인하는 효과에 더불어 당해 토지등소유자 단체를 사업시행자로 확정하는 복합적인 처분으로서의 성격을 띤다. 김종보, "도시환경정비사업에서의 시행자와 사업절차의 특수성", 『법학논문집』 제31집 제1호(2007. 1.), 17면 참조.

30) 과거에는 이와 같은 외부적 통제 장치가 미비하여 인가권자의 자의적 판단에 대한 견제가 어려웠으나, 2018년 토지보상법 개정을 통해 사업인정이 의제되는 모든 사업에 대해 중앙토지수용위원회와의 협의가 의무화되었다.

31) 국토계획법(2022. 12. 27. 법률 제19117호로 개정된 것) 제2조 제6호, 국토계획법 시행령(2023. 7. 18. 대통령령 제33637호로 개정된 것) 제2조 제1항. 교통시설(도로, 철도, 항만, 공항 등), 공간시설(광장, 공원 등), 유통·공급시설(유통업무설비, 수도·전기 등 공급설비 등), 공공·문화체육시설(학교, 공공청사, 문화시설 등), 방재시설(하천, 유수지, 저수지, 방화설비 등), 보건위생시설(장사시설, 도축장, 종합의료시설), 환경기초시설(하수도·폐기물처리 및 재활용시설 등) 등이 기반시설에 해당한다.

32) 기반시설 사이에서도 공공성의 정도에 차이가 존재한다는 사실은 반드시 도시계획시설결정을 거쳐 설치해야 하는 기반시설과 건축허가만으로도 설치할 수 있는 기반시설이 구분되어 있다는 점을 통해서도 알 수 있다(국토계획법 제43조 제1항 단서, 국토계획법 시행령 제35조). 김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포래, 2023, 352면 참조.

판매시설은 당해 시설이 지난 공공성의 정도가 더욱 약한 것으로 파악될 수 있다.

그러나 도심재개발 사업의 기능상 공공성을 분석하기 위해서는 도심재개발이 도시정비사업의 한 유형으로서 갖는 본질적 특성과 이 사업이 추구하는 궁극적 목적을 파악하는 것이 선행되어야 한다. 가령, 일반적인 도시계획시설사업의 경우 사업의 공공성은 새로이 설치되는 시설물 자체의 공익적 성격에 의해 좌우되는 경향이 짙다. 즉 도로, 공원, 공공청사와 같이 그 용도가 명백히 공공의 이익에 부합하는 시설물을 건설하는 것이 사업의 핵심이다. 이러한 맥락에서 사업대상지가 갖는 의미는 해당 도시계획시설의 입지로서 적합한가에 대한 판단 정도이고, 대상지 자체가 사업의 공공성을 규정하는 핵심 요소가 되지는 않는다.

반면 도심재개발은 본질적으로 도시정비사업에 해당한다. 정비사업은 도시 내 특정 구역이 도시 전체의 계획적 관점에서 요구되는 기능을 더 이상 수행하지 못하고 쇠락한 상태에 이르렀을 때 이를 적극적으로 개선하는 데 있다. 즉, 정비구역 내에 존재하는 노후·불량건축물을 체계적으로 제거하고, 해당 지역에 요구되는 새로운 건축물을 조성하여 지역 전체의 기능을 정상화시키는 것이 핵심 과업이다. 따라서 정비사업의 공공성은 ‘무엇을 새로 짓는가’의 문제와 더불어 ‘어떤 부정적 상태를 해소하는가’라는 문제와도 불가분적으로 연결된다. 기존의 낡고 위험한 건축물들이 철거되고, 그로 인해 쇠퇴하였던 도시기능이 회복되면 그 과정 자체가 수용권 행사의 전제가 되는 강력한 공공성을 내포하고 있다고 평가할 여지가 있다.

또한 도심재개발의 사업 목적을 고려할 때 업무시설이나 판매시설을 설치하는 것이 오히려 사업의 공공성 확보에 더욱 적극적으로 기여하는 측면이 존재한다. 도심재개발 사업의 목적은 결국 도심(都心)의 도시 기능을 회복하고 고도화하는 데 있다. 도심지는 본래 중심 상업 및 핵심 업무 기능의 집적지이므로, 이러한 도심의 정체성과 본질적 기능을 회복하기 위해서는 주거시설보다는 업무시설이나 판매시설을 공급하는 것이 사업 목적에 충실한 접근 방식이라 할 수 있다.

도심재개발 사업이 정비사업의 일종으로서 수용권 부여가 정당화될 수 있다는 점은 민간사업자에 의한 일반 주택건설사업과 정비사업으로서 주택재개발사업 간 수용권 부여 여부의 차이를 통해서도 잘 드러난다. 두 사업 모두 결과적으로는 새로운 공동주택을 공급한다는 공통점을 지니지만, 그 법적 성격과 공공성의 기반에 있어서는 차이가 크다. 일반적인 민간사업자의 주택건설사업에서는 별도의 개발사업 등이 개입하지 않는 한 택지 확보 과정에서 수용권이 부여되지는 않는다.<sup>33)</sup> 반면 주택재개발사업에서는 사업 시행의 주체가 조합이라 할지라도 정비구역 내 사업에 반대하는 토지등소유자의 재산권에 대해 법적 요건을 갖추어 수용권을 행사하는 것이 허용된다(도시정비법 제63조, 제65조). 이러한 차이를 발생시키는 근본적인 이유는 주택재개발사업이 단순히 새로운 주택을 짓는 행위를 넘어, 노후화된 주거환경을 개선하고 도시 기반시설을 확충함으로써 도시 기능의 회복과 공공복리의 증진에 기여하는 정비사업에 해당하기 때문이다.<sup>34)35)</sup>

결론적으로, 도심재개발 사업은 도시정비사업의 일종으로서 쇠락한 도심지의 기능 회복이라는 공익적 목적을 달성하기 위한 핵심적인 도시 정책 수단이다. 따라서 사업의 결과 신축되는 건물이 업무시설이나 판매시설의 형태를 떨지라도, 사업의 공공성은 최종 건축물의 용도라는 단편적 기준이 아닌 사업이 수행하는 총체적 기능과 사회적 기여도를 바탕으로 종합되어야 한다는 점을 고려하면, 도심재개발 사업의 기능적 공공성은 충분히 인정될 수 있다.

## 4. 소결

도심재개발 제도의 발전 과정을 살펴보면 입법자는 주로 토지등소유자 전원이 직접 사업시행자가 되거나, 구역 내 소수의 대토지소유자가 사업을 주도하는 경우 정도를 예상한 것으로 보인다. 그러나 오늘날의 도심재개발 현장에서는 이러한 예상과는 다른 양상이 빈번하게 나타나고 있다. 특히 정비구역 외부의 전문 개발회사가 자본력을 바탕으로 구역 내 토지를 취득하여 사업시행자 지위를 확보하고, 이를 근거로 수용권을 행사하여 사업을 추진하는 사례가 증가하고 있다.

그러나 도시정비법은 도심재개발의 사업시행자 형태가 어떠한지를 불문하고 사업시행인가 단계에 이르러서는 반드시 일정 비율이

33) 30호 이상의 공동주택을 건설하기 위한 경우 주택법상 사업승인을 받아야 하나(주택법 제15조 제1항, 동법 시행령 제27조 제1항 제2호), 일반적인 경우에 위 사업승인에 토지보상법상 사업인정의 효과까지 의제되지는 않는다. 다만 국가나 지자체 등 행정주체에 의해 국민주택이 건설되는 경우 주택법상 사업승인을 받으면 토지보상법상 사업인정이 있는 것으로 본다(주택법 제24조 제2항, 제27조 제2항).

34) 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 96헌가3·96헌바70(병합) 결정에서도 재개발사업의 본질은 행정주체에 의해 시행되어야 하는 공공사업을 조합 등이 위탁받아 시행하는 것과 다름없으므로, 주택조합에 의한 주택건설사업과는 토지수용권 부여 등에서 차이가 존재할 수 있다고 판시하였다.

35) 공용수용의 정당성이 사업의 종류에 따라 다르게 평가될 수 있다는 것에 대한 자세한 내용은 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』 제48호(2007. 1.), 99-100면 참조. 국가나 지자체가 직접 시행하는 전통적 공익사업은 공공필요의 인정이 비교적 용이하나 사업의 기업활동과 같이 사경제적 요소가 강한 사업의 경우 그 사업 활동이 가져오는 고용 창출, 세수 증대 등 간접적이거나 부수적 공익만으로는 공공필요를 인정하기 어렵고 공공의 이익이 사업의 주된 목적이 되어야 한다. ‘정비사업’으로서 도심재개발과 단순 민간사업자의 주택건설사업이 차이를 보이는 것도 바로 이러한 점이다.

상의 토지등소유자의 동의를 확보하도록 요구하고 있다. 이러한 동의 요건은 사업의 직접적인 이해관계자인 토지등소유자의 집단적 의사를 확인하는 핵심적인 절차로서, 외부 개발회사가 사업을 주도하는 경우에도 사업의 공공성을 확보하는 최소한의 안전장치 역할을 수행한다. 나아가 행정청의 사업시행인가는 이러한 동의율 충족을 통해 사업시행자 측면에서 절차적 공공성이 확보되었음을 공적으로 확인하는 역할을 수행한다.

더욱 근본적으로, 도심재개발은 사업의 기능적 측면에서 정비사업으로서의 본질을 지니고 있고, 이 점이 수용권 부여에 필요한 공공성을 내재하고 있음을 시사하기도 한다. 물론 도심재개발을 통해 신축되는 건물의 주된 용도가 업무시설이나 판매시설이라는 점에서, 도로나 공원과 같은 전통적인 도시계획시설에 비해 그 시설물 자체가 담보하는 공공성은 상대적으로 낮게 평가될 수 있다. 그러나 도심재개발의 공공성은 단순히 특정 용도의 건물을 신축하는 행위에 국한되지 않는다. 이 사업의 핵심은 물리적·기능적으로 쇠락한 도심 지역을 체계적으로 정비하여 도심의 핵심 기능을 회복하는 데 있다. 다시 말해 도심재개발 사업에서는 노후·불량 건축물을 철거하고 도시 환경을 개선하는 과정 자체가 중요한 공익적 활동으로서, 이 사업의 공공성을 파악함에 있어서도 이와 같은 도심재개발의 정비사업으로서의 본질을 고려하는 것이 반드시 필요하다.

### III. 정비구역 지정에 내재된 토지소유권의 제한

도심재개발 사업의 정비구역 지정과 관련하여서는 크게 두 가지 쟁점이 존재한다. 하나는 도심재개발 사업이 정비사업으로서의 본질을 충족하기 위한 전제로서 정비구역의 지정이 적절한 기준 아래 이루어지고 있는지의 문제이고, 다른 하나는 이러한 정비구역 지정이 사실상 수용의 개시와 같은 효과를 발생시켜 구역 내 토지등소유자의 재산권을 제약할 소지가 있으므로 이것이 사업의 공공성에 어떠한 영향을 미치느냐에 관한 문제이다.

#### 1. 정비구역 지정의 법적 성격과 재산권 제한 효과

정비구역의 지정은 도심재개발 사업의 출발점이자 사업의 공공성을 구체화하는 첫 단계에 해당한다. 따라서 도심재개발이 쇠락한 도심지의 도시기능을 회복하는 정비사업으로서 제대로 기능하기 위해서는 그 대상이 되는 정비구역의 지정이 합리적이고 명확한 기준에 따라 이루어져야 한다. 정비사업으로서의 본질을 지닌 도심재개발이 일반적인 업무시설이나 판매시설의 건축사업과 근본적인 차이를 보이는 지점도 바로 어떤 지역을 사업대상지로 선정하느냐에 있기 때문이다. 특히 정비구역 지정의 타당성 문제는 앞서 논의한 수용권 행사의 기반이 되는 공공성의 충족 문제와 직결되므로 이는 도심재개발 사업상 수용권 행사의 위험 여부를 판단하는 중요한 요소가 된다.

도시정비법과 그 시행령은 재개발 사업의 정비구역 지정에 관하여 주택재개발과 도심재개발을 명확히 구분하지 않고 정비구역이 지정될 수 있는 일련의 기준을 나열하고 있다. 이 가운데 도심재개발에 주로 사용되는 정비구역의 지정 요건은 건축물의 과도한 밀집으로 인한 토지의 합리적 이용 저해 지역, 인구·산업의 과밀로 인한 도시기능의 회복 필요 지역 또는 역세권 개발 필요 지역 등이다.<sup>36)</sup>

더 구체적인 도심재개발의 정비구역 지정 기준은 지자체별 정비기본계획을 통해 확인할 수 있다. 일례로 서울시는 용도지역상 상업지역, 준주거지역, 준공업지역 가운데 도시기본계획상 지구중심 이상 지역 등을 대상으로 정비가능구역을 지정하도록 규정하고 있다.<sup>37)</sup> 이외에도 구체적인 정비구역을 지정함에 있어서는 건물의 노후도, 과소 필지의 밀집 정도, 토지 저밀 이용 건축물의 비율, 10년 이내 신축건축물의 비율 등이 고려 요소가 된다.<sup>38)</sup>

도시정비법령이 규정하는 도심재개발의 정비구역 지정 요건은 다소 추상적이고, 지자체의 정비기본계획이 정하는 정비구역 지정 요건은 지나치게 공학적이어서 그 자체로 정비구역 지정의 공공성을 판단하기엔 부족하다. 결국 실제 정비구역이 지정된 후에 당해 사업이 공익사업으로서 갖추어야 할 공공성을 갖추었는지를 사안별로 평가해야 한다.<sup>39)</sup> 이는 아래 서술할 이유와 결합하여 정비구역 내

36) 도시정비법(2023. 7. 18. 법률 제19560호로 개정된 것) 제8조 제1항, 도시정비법 시행령(2023. 8. 22. 대통령령 제33677호로 개정된 것) 제7조 [별표 1]. 모든 정비계획은 노후·불량건축물의 수가 전체 건축물 수의 3분의 2 이상일 것을 전제로 한다.

37) 서울특별시, “2030 서울특별시 도시주거환경정비기본계획 (도시정비형 재개발사업 부문)”, 서울특별시, 2025, 35면. ‘정비가능구역’이란 ‘정비예정구역의 가능구역’을 지칭하고, 서울시는 정비가능구역에 대해서는 정비예정구역 결정절차 없이 정비구역이 지정될 수 있도록 규정하고 있다. 결국 정비가능구역이 실질적인 정비예정구역의 역할을 수행하고 있는 것으로 보인다.

38) 노후도(30년 이상 경과 건축물 비율이 60% 이상일 것), 최소필지(150m<sup>2</sup> 미만 필지 비율이 40% 이상일 것), 저밀이용(2층 이하 건축물 비율이 50% 이상일 것), 신축건축물 비율(10년 이내 신축건축물 비율이 15% 미만일 것) 등이 구체적인 요건이다.

토지등소유자들이 정비구역 지정 단계를 직접 다투도록 유도하는 요인이 된다.

## 2. 정비구역 지정에 대한 불복 수단의 한계

당초 도심재개발 사업에 수용권이 인정된 이유는 사업에 반대하는 자들의 소유권을 확보하여 사업을 원활히 진행하기 위한 것이었다. 그러나 점차 대토지소유자 또는 개발회사 위주로 도심재개발 사업이 진행되며 도심재개발 사업이 실질적으로 수용방식의 개발사업과 유사한 형태로 진행되게 되었다. 특히 1인의 대토지소유자만이 사업시행자가 되는 도심재개발 사업에서는 관리처분계획을 생략하는 것이 가능하므로<sup>40)</sup> 개발회사로서는 신속한 사업의 시행과 법률상 위험 제거 등을 위해 정비구역 내 전체 토지 지분을 취득하고자 하는 강력한 유인을 받게 된다.<sup>41)</sup> 개발회사는 이를 위해 적극적으로 지주작업에 돌입하게 되고, 군소필지 소유자로서도 새로이 건축될 건축물의 용도가 업무시설이나 판매시설로서 관리처분을 통해 이익을 실현할 가능성이 적은 점<sup>42)</sup> 및 향후 개발회사가 사업시행인가를 받아 자신의 토지를 수용할 것이라는 걱정 등을 고려하여 자신의 토지를 매도하는 것이 사실상 강제된다.<sup>43)</sup> 즉, 도심재개발 사업에 있어서는 수용권을 부여하는 사업시행인가보다 훨씬 전의 정비구역의 지정 자체만으로도 구역 내 군소필지 소유자에 대해서는 사실상 토지소유권의 상실이 예정되는 셈이다. 이 때문에 정비구역 내에 토지소유권을 지닌 자들 가운데 자신의 토지가 수용당하길 원하지 않는 자들로서는 정비구역 지정 단계부터 다툴 유인이 발생하게 된다.<sup>44)</sup>

행정청의 정비구역 지정은 국민의 권리와 의무에 대한 구속적 사항을 정하는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다. 다만 서울 사대문 내에 존재하는 대부분의 정비구역은 매우 오래전인 1973~1983년 사이에 지정되었고, 현재 존재하는 75개 정비구역 가운데 6개 구역을 제외하고는 모두 2020년 이전에 정비구역이 지정되었다. 따라서 대부분의 정비구역 지정처분에 대해서는 이미 취소소송의 제소기간이 도과되었고, 무효등확인소송의 제기는 가능하나 정비구역 지정처분에 무효 사유가 인정될지는 불분명하다. 더구나 정비구역의 지정에는 행정청의 폭넓은 계획재량이 인정되므로 이를 고려하면 이미 지정된 정비구역 지정처분에 무효 사유를 인정하기는 더욱 어렵다.

다만 도시정비법은 정비구역 내 토지등소유자 30% 이상이 정비구역의 해제를 요청하는 경우 정비구역의 지정권자는 도시계획위원회 심의를 거쳐 정비구역을 직권 해제할 수 있도록 규정하고 있다(도시정비법 제21조 제1항 제3호). 다만 해당 규정은 추진위원회가 구성되지 않은 지역을 대상으로 하므로 비교적 사업 초기의 정비구역이나 구역 지정 이후 장기간 추진위원회가 설립조차 되지 않은 구역을 대상으로 하는 것으로 보인다. 그러나 도심재개발 사업의 경우에는 토지등소유자가 시행하는 경우 별도의 추진위원회 설립 절차가 없으므로, 위 규정의 적용상 해석이 문제된다.

생각건대 해당 규정의 취지가 정비구역 지정 직후 내지는 장기간 사업이 사실상 진행되지 않은 구역을 대상으로 한다는 점을 고려할 때, 도심재개발 사업에 위 규정을 적용함에 있어서는 최소한 사업시행인가 전까지만 적용되는 것으로 제한하여 해석하는 것이 타당할 것이다. 정비구역 지정 직후에는 정비구역 지정처분 취소소송을 별도로 제기할 수 있으므로, 결국 위 규정은 도심재개발 정비구역이 지정된 후 장기간 사업시행인가 단계로 넘어가지 못해 사실상 사업이 무산된 구역에서 활용될 수 있을 것이다.

주목할 것은 다른 주택재개발이나 주택재건축과 같은 정비사업에서 일반적으로 정비구역의 지정은 당해 정비구역 내 토지등소유자에 대해 수익적 처분으로 여겨진다는 것이다. 정비구역 지정에 앞선 정비예정구역의 지정만으로도 해당 지역에 대한 개발가능성의 기대감으로 토지 가액이 상승하기 때문이다.<sup>45)</sup> 이들 사업에서는 정비구역이 지정되었음에도 장기간 사업이 진행되지 않아 발생하는 정

39) 도시정비법에 따른 도심재개발 사업의 대상 지역은 최근 유사한 목적을 지닌 다른 개발 사업들과 사업대상지 측면에서 경합하는 경향을 보인다. 예를 들어, 도심복합개발법상 성장거점형 복합개발사업의 대상지는 도시정비법상 도심재개발 사업과 유사하다. 다만 도시정비법상 재개발 사업은 정비기본계획 기준에 부합해야 하고 별도의 정비구역 지정 요건을 충족해야 하는 반면, 도심복합개발혁신지구의 경우 재개발 사업과 비교하여 지구 지정 요건이 다소 느슨하다는 차이는 있다. 다만 이처럼 사업 목적이 유사한 타 개발사업의 지구 지정 요건은 도시정비법상 도심재개발 사업의 지구 지정이 적절히 이루어졌는지에 대한 참고가 될 수 있다. 강신은, “도심복합개발법의 주요 내용과 개정 방향”, 『건설법연구』 제12호 (2024. 9.), 14면 참조.

40) 과거 도심재개발이 도시재개발법에 규정되어 있었던 당시에는 사업시행자 외의 토지등소유자가 없는 경우에는 관리처분계획인가를 생략할 수 있다고 규정하였다. 현행 도시정비법은 이에 관한 명시의 규정을 두고 있지 않으나, 국토부는 이와 같이 1인의 대토지소유자만이 사업을 시행하는 경우 관리처분계획을 수립하지 않아도 무방하다는 입장인 것으로 보인다. 유권해석 건설교통부 주거환경팀-1451(2005. 11. 14.) 참조.

41) 이규항, “도심재개발사업에서 인가 전 사업시행자의 實在”, 『건설법연구』 제13호(2025. 3.), 48면 참조.

42) 김종보, “도시환경정비사업에서의 시행자와 사업절차의 특수성”, 『법학논문집』 제31집 제1호(2007. 1.), 688면 참조.

43) 이규항, 앞의 논문, 48면 참조.

44) 다만 사대문 내 대부분의 도심재개발 정비구역은 매우 오래전인 70~80년대에 지정되었고, 이때에는 지정과 동시에 수용에 가까운 토지소유권의 제한이 초래되었다고 보기 어렵다. 이러한 구역의 경우에는 정비구역 지정된 이후 수십 년간 사업이 미시행되는 동안 토지소유권자들은 사실상 평온한 토지소유권 행사가 가능했을 것이다. 다만 외부사업자에 의한 급격한 사업 진행 단계에 접어들어 정비구역 지정 처분을 다툴 유인이 비로소 발생하게 되는 것이다.

비구역의 해제 문제를 둘러싸고 침익적 처분의 허용성이 다투어지지만, 도심재개발 사업에서는 그와 반대로 정비구역의 지정 자체가 침익적 처분으로 다루어질 수 있는 것이다.

정비구역 지정처분의 취소·무효를 다투기 어려운 정비구역 내 토지등소유자가 정비구역에서 자신의 토지를 제외하는 방식으로 정비구역의 변경을 청구하는 것은 가능한가? 즉 정비구역 내 토지등소유자에게 정비구역의 지정권자에 대한 정비구역의 변경 청구권이 인정되는지 문제된다. 이는 정비구역의 변경을 청구하였으나 거부된 토지등소유자가 정비구역 변경 청구 거부처분 취소소송을 제기 할 수 있는지의 문제와도 연결된다. 도시정비법은 정비구역의 변경지정 절차를 명시적으로 규정하고 있는 것은 아니지만 정비구역의 지정을 위한 도시계획위원회 심의 절차나 정비구역의 지정 고시 등에 있어 변경지정도 동일하다고 규정하여(도시정비법 제16조 제1항, 제2항), 정비구역의 변경지정에 있어서도 일반적인 정비구역 지정과 같은 절차를 거쳐야 하는 것으로 이해된다. 나아가 도시정비법은 토지등소유자에게 정비계획의 입안 제안을 허용하고 있고, 그 구체적 사유 가운데에는 토지등소유자가 3분의 2 이상의 동의로 정비계획의 변경을 요청하는 경우도 포함된다(도시정비법 제14조 제1항 제6호).

그러나 도시정비법상 위 규정은 정비계획의 수립권자에 대한 정비계획의 입안을 제안할 수 있는 근거 정도를 마련하는 것에 불과하고, 정비계획이나 정비구역의 변경을 직접 청구할 법적 권리는 없는 것으로 보인다. 정비계획의 입안 제안이 있는 경우에도 수립권자로서는 입안 제안을 받아들일지 여부를 결정해야 할 정도의 의무만을 부담하고(도시정비법 시행령 제12조 제2항), 이를 반드시 수용해야 할 의무까지 지는 것은 아니라는 점에서도 그러하다. 더구나 정비구역이 이미 지정된 뒤에 이에 반대하는 토지등소유자가 정비구역의 변경을 별도의 제한 없이 청구할 수 있다고 보면, 정비구역 지정처분에 따른 법적 안정성이 심각하게 저해될 수 있다.

### 3. 토지소유권의 제한과 사업의 공공성

앞서 살펴보았듯 개발회사 주도의 사업이 일반화되면서 정비구역의 지정이 구역 내 토지등소유자에게 미치는 법적 효과는 과거와 다른 양상을 띠게 되었다. 과거의 도심재개발이 토지등소유자들의 자발적 참여를 기반으로 진행되었다면, 오늘날 개발회사가 주도하는 사업은 사업시행인가를 통한 수용권 확보를 목표로 신속하고 전면적으로 추진되는 경향이 있다. 이러한 사업 구조 하에서 정비구역의 지정은 단순한 개발계획의 수립을 넘어 구역 내 모든 토지를 잠재적인 수용 대상으로 확정하는 효과를 발생시킨다.

이러한 상황에서 토지등소유자가 자신의 재산권을 보장받기 위한 가장 근본적인 구제수단은 사업의 전제가 되는 정비구역 지정 자체의 효력을 다투는 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 취소소송의 제소기간 도과, 무효등확인소송의 높은 입증 책임, 정비구역 해제·변경 요청의 제한적 적용 등으로 인해 현행법상의 구제수단은 충분한 실효성을 갖기 어렵다. 따라서 한편으로는 이러한 제도적 공백을 메우고 토지등소유자의 재산권을 실질적으로 보장할 수 있는 새로운 대안의 모색이 필요하고, 동시에 이와 같은 토지소유권의 제한 효과가 사업 전체의 공공성에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 분석이 요구된다.

도심재개발 사업이 현실에서 전개되는 과정에서 관찰되는 특성 중 하나는 군소필지 소유자로서는 사실상 사업에 참여할 수 있는 방법이 없다는 점이다. 즉, 군소필지 소유자로서는 개발회사의 지주작업에 동의하여 자신의 토지를 넘기거나, 사업에 반대하여 사업시행인가 이후 수용 등의 수단으로 사업에서 축출되게 된다. 이때 군소필지 소유자가 자신의 토지 소유권을 유지한 채 개발회사가 주도하는 도심재개발 사업에 사업시행자로서 함께 참여하는 것은 쉽게 상상하기 어렵다.<sup>45)</sup> 이는 일반적인 주택재개발 사업에서 구역 내 토지등소유자 전원이 일단 조합원 지위를 획득하고, 사업에 찬성하는지 반대하는지에 따라 사업에 대한 참여 여부를 조합원 스스로 결정할 수 있는 것과는 대비된다.

따라서 이와 같은 사업 구조가 과연 헌법상 수용권의 부여를 정당화할 정도의 공공성을 담보하는지에 대한 평가는 복합적일 수밖에 없다. 현실적으로 현대 도심재개발 사업에 요구되는 막대한 초기 자금 조달 능력과 사업 수행에 요구되는 전문성을 고려할 때, 외부 개발회사의 역할은 사업 추진을 위해 필수적인 측면이 있다. 이들의 개입 없이는 장기간 방치된 도심의 정비 자체가 불가능한 경우가 많다는 점을 정책적으로 외면하기 어렵다. 결론적으로 현행 토지등소유자 시행 도심재개발 사업은 동의율 요건과 정비사업으로서의 본질을 통해 수용권 행사를 정당화할 최소한의 공공성은 확보하고 있다고 평가할 수 있다. 그러나 정비구역 지정이 군소필지 소유자에게 미치는 잠재적 수용 효과와 이들의 사업 참여 기회 부재는 그 공공성을 다소 모호하게 만드는 지점이다. 수용권이라는 강력한 공권력이

45) 김종보, “정비구역의 해제와 행정소송”, 도시개발신문, 2011. 6. 17., [http://udp.or.kr/g4/bbs/board.php?bo\\_table=colum02&sca=&sfl=wr\\_subject&stx=%C1%A4%BA%F1%B1%8%BF%AA%C0%C7+%C7%D8%C1%A6%BF%CD+%C7%E0%C1%A4%BC%D2%BC%DB&sop=and&x=8&y=22](http://udp.or.kr/g4/bbs/board.php?bo_table=colum02&sca=&sfl=wr_subject&stx=%C1%A4%BA%F1%B1%8%BF%AA%C0%C7+%C7%D8%C1%A6%BF%CD+%C7%E0%C1%A4%BC%D2%BC%DB&sop=and&x=8&y=22) (2025. 8. 15. 확인).

46) 이는 사업수지 측면에서 개발회사는 사업상 위험을 부담하고 사업에 착수하는 반면 군소필지 소유자는 개발이익의 배분에만 참여하는 모양새가 되어, 사업시행자 입장에서는 군소필지 소유자의 사업 참여가 무임승차에 불과하여 개발이익을 분배할 이유가 없다는 점이 지적되고 있다. 이규황, “도심재개발 사업에서 인가 전 사업시행자의 實在”, 『건설법연구』 제13호(2025. 3.), 48면 참조.

실질적으로는 개발회사의 이익을 위해 작동하는 듯한 외관을 완전히 지우기 어렵기 때문이다.

사업의 헌법적 정당성을 강화하기 위해서는 추가적인 제도적 보완이 필요하다. 일정 지분 이하의 소유자에게 현물보상이나 공동사업 참여 등 다양한 선택지를 제공하여 군소필지 소유자의 사업 참여 기회를 보장하는 방안을 고려할 수 있다. 또한 사업시행인가 단계에서 행정청이 사업의 공공성을 보다 엄격히 심사하도록 중앙토지수용위원회와의 협의 절차를 내실화하고, 특히 개발회사가 사업시행자인 경우 그 이익의 일부를 기반시설 확충 등으로 환수하는 공공기여를 강화하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

## IV. 결론

도심재개발 사업은 쇠락한 도시의 기능을 회복하고 상권을 활성화한다는 고유의 목적을 가지며 이는 주택 공급 중심의 정비사업과는 뚜렷이 구별된다. 그러나 사업 목적의 차이에도 불구하고, 두 사업 모두 도시 환경을 개선하는 정비사업으로서의 본질을 공유하며, 이러한 사업의 본질 자체가 수용권 행사에 필요한 공공성의 일차적 기반이 된다.

도심재개발 사업의 공공성은 사업시행자와 사업기능이라는 두 축을 통해 확보된다. 사업시행자 측면에서는 법률로 정해진 동의율 요건과 행정청의 사업시행인가가 절차적 정당성을 부여하는 핵심 기제로 작동한다. 기능적 측면에서는 노후·불량 건축물을 제거하고 도심의 기능을 정상화하는 과정 자체가 중요한 공익적 활동으로 평가된다. 하지만 오늘날 외부의 개발회사가 사업 전반을 주도하는 현실은 이러한 도심재개발 사업의 공공성 확보 기제에 균열을 야기하고 있다. 정비구역 지정이 사실상 수용의 개시와 같은 효과를 낳아 군소필지 소유자의 재산권을 제약하는 측면이 있지만 현행법상 권리 구제 장치는 실효성을 갖기 어렵다. 또한 개발회사가 구역 내 토지 지분 매입을 통해 동의율 요건을 스스로 충족시키는 과정에서 이해관계자들의 집단적 의사결정이라는 동의율 제도의 본래 취지 또한 퇴색될 수 있다.

결론적으로 현행 제도는 최소한의 헌법적 정당성을 유지하고 있으나 개발회사 주도 사업 모델이 야기하는 공공성의 약화와 토지소유자 권리 보호의 사각지대는 더 이상 외면하기 어려운 과제이다. 향후 사업의 헌법적 정당성을 강화하기 위해서는 군소필지 소유자에게 실질적인 사업 참여 기회를 보장하거나, 사업시행인가 단계에서 행정청이 공공성을 더욱 엄격히 심사하고 개발이익의 일부를 기반시설 확충 등으로 환수하는 공공기여를 강화하는 등의 제도적 보완이 요구된다.

투고일 2025. 8. 24. 심사완료일 2025. 9. 4. 게재확정일 2025. 9. 12.

## 참고문헌

### 단행본

김동희, 『행정법II』(제26판), 박영사, 2021.  
김종보, 『건설법의 이해』(제7판), 북포레, 2023.

### 일반 논문

강신은, “도심복합개발법의 주요 내용과 개정 방향”, 『건설법연구』 제12호(2024. 9.).  
김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』 제48호(2007. 1.).  
김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8.).  
김종보, “도시환경정비사업에서의 시행자와 사업절차의 특수성”, 『법학논문집』 제31집 제1호(2007. 1.).  
이규황, “도심재개발사업에서 인가 전 사업시행자의 實在”, 『건설법연구』 제13호(2025. 3.).  
이수안, “도심재개발의 사업시행자로서 “토지등소유자”의 개념”, 『행정법연구』 제74호(2024. 8.).  
이재삼, “공익사업에 있어서 사인의 수용권에 관한 연구 – 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률을 중심으로 –”, 『토지공법연구』 제43집 제1호(2009. 2.).  
최계영, “民間企業에 의한 收用”, 『행정판례연구』 제16권 제1호(2011. 1.).

### 기타 자료

김종보, “정비구역의 해제와 행정소송”, 도시개발신문, 2011. 6. 17., [http://udp.or.kr/g4/bbs/board.php?bo\\_table=colum02&sca=&sfl=wr\\_subject&stx=%C1%A4%BA%F1%B1%B8%BF%AA%C0%C7+%C7%D8%C1%A6%BF%CD+%C7%E0%C1%A4%BC%D2%BC%DB&sop=and&x=8&y=22](http://udp.or.kr/g4/bbs/board.php?bo_table=colum02&sca=&sfl=wr_subject&stx=%C1%A4%BA%F1%B1%B8%BF%AA%C0%C7+%C7%D8%C1%A6%BF%CD+%C7%E0%C1%A4%BC%D2%BC%DB&sop=and&x=8&y=22) (2025. 8. 15. 확인).  
서울특별시, “2030 서울특별시 도시주거환경정비기본계획 (도시정비형 재개발사업 부문)”, 서울특별시, 2025.

**ABSTRACT**

## **Mechanisms for securing public interest in urban redevelopment projects implemented by landowners**

Go, Junhyeok\*

Urban redevelopment projects have distinct characteristics that differentiate them from residential redevelopment projects. Owing to the complex factors related to the project implementer and its functions, controversies regarding their constitutionality have been raised. The core issue is whether the public necessity of these projects, especially when landowners directly implement them and exercise the right of eminent domain, aligns with the constitutional principle of guaranteeing property rights. A 2011 Constitutional Court decision ruled that implementation by landowners without forming a cooperative is constitutional. However, this ruling was based on the small-scale nature of such projects, the existence of supervisory systems, and loss compensation, necessitating a re-examination of modern, developer-led project types.

The type of project implementer serves as a major criterion for determining the public interest. When all landowners within a redevelopment district jointly implement a project, the high level of public interest in revitalizing the local economy makes it less likely to be deemed unconstitutional. However, when a few large landowners or external developers lead a project, there is a significant concern that the pursuit of private interests could weaken its public nature. The Urban Improvement Act addresses this issue by using the consent rate requirement. Securing project implementation approval requires the consent of at least three-quarters of the landowners and the owners of at least one-half of the land area, regardless of the implementer's form. This secures the public interest, which forms the basis for granting the right of eminent domain. Furthermore, this approval is deemed as project authorization under the land compensation law, officially confirming the project's public nature.

Functionally, urban redevelopment is a rearrangement project that restores deteriorated urban functions and revitalizes commercial districts by removing old buildings. This gives such projects a public interest that distinguishes them from private construction projects. Moreover, given the concentration of commercial and business functions in downtown areas, constructing buildings for these purposes can align with the public interest.

However, the designation of a redevelopment district, a prerequisite for such a project, also restricts the property rights of small parcel owners by creating the potential effect of expropriation. Under a developer-led structure, these owners are often excluded from participation and face pressure to sell their land. However, effective legal means to challenge the district's designation are lacking, owing to the expiration of filing periods for cancellation lawsuits and the difficulty of proof in nullification lawsuits.

In conclusion, urban redevelopment projects secure constitutional legitimacy by exercising the right of eminent domain through consent rate requirements and their inherent nature. However, the inadequate protection of small parcel owners' rights in developer-led projects dilutes the public interest, highlighting the need for institutional improvements such as guaranteeing their participation and strengthening public contributions.

**Keywords:** Urban redevelopment project, Landowners, Right of eminent domain, Public interest, Consent rate, Redevelopment district, Unconstitutionality

\* Public Legal Officer, Busan High Prosecutors' Office

## 『건설법연구』 간행규정

2023. 1. 1. 제정

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

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회)

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

제4조 (간행주기)

- ① 학회지는 매년 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
- ② 학회지에 게재된 저작물에는 접수일(2\*\*\*년 \*월 \*일), 심사완료일(2\*\*\*년 \*월 \*일), 게재확정일(2\*\*\*년 \*월 \*일)을 기재한다.
- ③ 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다.

제6조 (수록물)

- ① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 학회자료 및 기타자료를 수록한다.
- ② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.
  1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
  2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자)

- ① 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다. 다만 편집 위원회의 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』 논문투고지침’에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

##### 제19조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 제1저자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

##### 제20조 (정족수) 편집위원회의 의결은 본 규정에 다른 정함이 없으면 서면, 이메일 등을 통해 재적위원 과반수의 찬성에 의한다.

##### 제21조 (공고 및 통지 방법)

- ① 공고는 인터넷상의 학회 홈페이지에 게재하여 할 수 있다.
- ② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

##### 제22조 (저작권 및 게재료)

- ① 개별 논문 집필자는 논문의 투고와 동시에 저작권의 이용을 학회에 허용한 것으로 보며, 학회는 학회지와 그 수록된 개별 논문에 대한 편집저작권을 보유한다.
- ② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.
- ③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.
- ④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의의 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문 (학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다.
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 복제, 전송, 배포할 일체의 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 권리를 주장하지 아니한다.

제23조 (규정개정) 본 규정은 편집위원회의 의결로 개정할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

## 『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 : 휴면명조체 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 표시만) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지 - 외국문 주제어(5개 이상)』의 순으로 작성한다.

③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 및 기타 논문 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.

④ 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.

⑤ 논문의 저자는 그 소속과 직위를 함께 표시하여야 한다. 논문의 저자가 2인 이상인 경우 제1저자(First Author)와

공동저자(Corresponding Author)를 구분하고, 제1저자·공동저자 순으로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 제1저자로 본다.

⑥ 목차는 로마숫자(보기 : I, II), 아라비아숫자(보기: 1, 2), 팔호숫자(보기 : (1), (2)), 반팔호숫자(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 띠우고 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, ○○○엮음, ○○○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 띠어쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.
  - 라. 외국인의 이름은 처음에는 이름과 성을 온전히 표기하되, 중간이름은 첫글자만 표기한다. 그 이후에는 이름의 경우 약자로 표기할 수 있다. 일본인의 경우 이름은 모두 붙여 쓴다.
5. 글의 성격상 전거만을 밝히는 각주가 많을 경우 약자를 사용하여 본문에서 그 전거를 밝힐 수 있다.
6. 여러 문헌의 소개는 세미콜론(;)으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(:)으로 연결한다.

② 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.

1. 저서 : 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수
  - 가. 서구문헌의 경우 저자의 이름은 앞에 성을 뒤에 표시하며, 서명은 다른 표식 없이 이탤릭체로 표기한다.
  - 나. 번역서의 경우 저자명은 본래의 이름을 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 이름을 쓰고 “옮김”으로 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.
  - 다. 엮은 책의 경우 저자명과 서명 사이에 엮은이의 이름을 쓰고 “엮음”을 덧붙인다. 저자와 엮은이가 같을 경우에는 엮은이를 생략할 수 있다.
2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○○권 제○○호(출판년월), 면수

- 가. 필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다.
- 나. 서구문헌의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 다. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
3. 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(○○○선생○○기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수  
 가. 서구논문의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.  
 나. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
4. 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
- 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 ○○두○○○○ 판결  
 결정 : 대법원 2000. 00. 00. 자 ○○아○○○○ 결정  
 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00. 자 ○○헌가○○ 결정  
 단, 헌법재판소의 판례인용은 경우에 따라 다음과 같이 할 수 있다.  
 헌법재판소판례집, 제○권 ○집, 결정년도, ○쪽(결정문의 시작 쪽수) 아래 ○쪽
5. 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
6. 외국판결 : 외국의 판례인용은 그 나라의 표준적인 방법에 의하되 앞서의 원칙을 유지하면서 우리말로 바꿀 수 있는 것은 최대한 바꾼다.  
 예) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973, 114쪽.  
 예) 독일판례의 경우 판례집의 군수와 쪽수 등. BverfGE 제79권, 1988, 129쪽.
7. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면~122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135면) 또는 S.(S. 120, S. 121ff.)로 인용면수를 표기한다.
8. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기한다
9. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.
- ③ 앞의 각주를 그 다음에 대사 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
  2. 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
  3. 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
  4. 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
  5. 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
  6. 외국문헌 : 그 나라의 표준 표기방식에 의한다.
- ④ 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).
- ⑤ 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, ○○○○년 ○○월 ○○일자. 단, 필요한 경우에 글쓴이와 글제목을 밝힐 수 있다.

## 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 아래부분에 그 출처를 표시하여야 한다.

부 칙

이 지침은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

## 『건설법연구』 연구윤리규정

2023. 1. 1. 제정

2025. 5. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 건설법학회(이하 “본 학회”라 한다) 회원의 연구 윤리를 확립하고 연구 진실성 검증을 위한 연구윤리 위원회(이하 “위원회”라 한다)에 관한 기본적인 사항을 정하며, 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 투고 및 수록되는 학술 논문 등 저작물의 연구윤리를 정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용대상) 이 규정은 본 학회의 회원과 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 논문 등 저작물을 투고한 자(이하 “투고자”라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (적용범위) 연구윤리 확립 및 연구진실성 검증과 관련하여 다른 특별한 규정이 없는 한 이 규정에 따른다.

제4조 (연구부정행위의 범위) “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 행하여진 위조·변조·표절·부당한 중복게재·부당한 논문 저자표시행위 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말하며, 이는 다음 각 호와 같다.

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
4. “부당한 중복게재”라 함은 자신의 논문이 타 학술지 등에 게재된 사실을 숨기고 게재하는 것을 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
6. 기타 연구부정행위는 다음 각 목과 같다.
  - 가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
  - 나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위
  - 다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

제5조 (기능) 위원회는 본 학회의 회원 또는 투고자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항

## 5. 기타 위원장이 부의하는 사항

### 제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 부회장, 출판이사, 감사 5인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다. <개정 2025. 5. 1.>
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

### 제7조 (회의)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석케 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 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 재심의를 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

#### 제19조 (특수관계인 공동저자 연구부정행위)

- ① 미성년자(만 19세 이하인 자) 또는 가족(배우자, 자녀 및 4촌 이내의 혈족)(이하 “특수관계인”이라 한다)이 공동저자가 되는 경우, 특수관계인 공동저자 연구부정행위를 방지하기 위하여 해당 논문투고시 관련 개인정보를 제공하고 저자별 기여율과 특수관계인 저자 포함 사유를 제시해야 한다.
- ② 특수관계인은 연구내용 또는 결과에 대하여 명확한 기여가 있어야 한다.
- ③ 특수관계인 공동저자의 연구부정행위가 확인된 경우, 위원회는 특수관계인 저자가 해당 논문으로 이익을 취한 관계기관(입시·진학 등 관련 학교, 연구기관 등)에 그 판정을 통보한다.

#### 제20조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 편집위원회와 이사회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

#### 부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

본 규정은 2025년 5월 1일부터 시행한다.

---

## 건설법연구 원고 모집 안내

---

(사)건설법학회에서는 건설법연구에 게재할 원고를 모집합니다.

원고 내용은 국내외 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구나 판례분석 등입니다.

건설법연구는 매년 3월 25일과 9월 25일에 발행하며, 원고 마감은 발행일 약 30일 전입니다.

---

기타 자세한 사항은 (사)건설법학회 홈페이지(<https://www.cudla.or.kr>)를 참조하시거나,

(사)건설법학회 출판팀 이메일(cudla.lawreview@gmail.com)로 문의하시기 바랍니다.

---

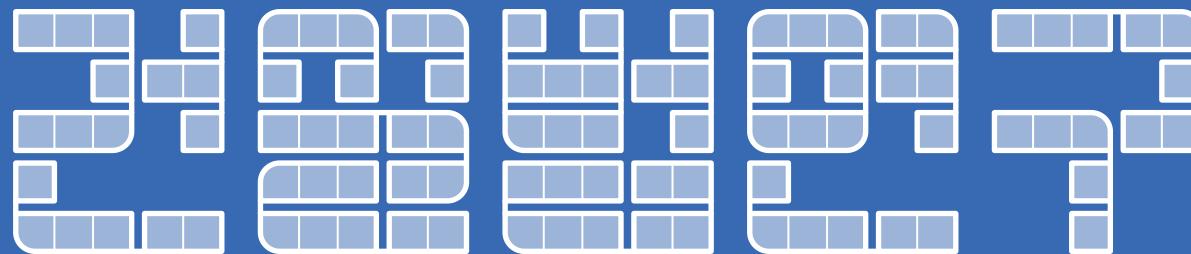
## 건설법 연구

(2025년 9월 제14호)

발행일	2025년 9월 25일
발행	사단법인 건설법학회
발행인	김종보 (08826) 서울특별시 관악구 관악로 1 Tel: 02-880-9097 Fax: 02-873-6269 E-mail: cudla.lawreview@gmail.com
편집·인쇄	주식회사 도큐헛 Tel: 02-2274-6771 Fax: 02-6902-0698 E-mail: project@docuhut.com

- ※ 본지에 게재된 논문의 내용은 본 학회의 의견이 아니며, 각 필자가 그 내용에 대하여 책임을 진다.  
※ 본 학회의 서면 허가 없는 무단 복제, 전송, 배포를 금지한다.  
※ This paper meets the requirements of KS X ISO 9706, ISO 9706-1994 and ANSI/NISO Z.39.48-1992 (Permanance of Paper)





제14호