

제 9호

토지보상법

건축법

감리법

도시계획법

개발법

일반논문

- 강신은 | 토지보상법의 체계와 법적 개선방안
- 문제운 | 건축법과 주택법에서의 인허가권자
- 백민주 | 감리자 지정의 법적 성격과 감리자의 역할
- 김종우 | 용도구역제 도시계획 수립행위와 국제투자협정상 간접수용 제도의 관계  
- 공원녹지법상 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA의 간접수용 제도를 중심으로
- 박유나 | 재개발·재건축 사업 조합원의 지위와 분양신청권  
- 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결을 중심으로

발행일자 |  
2023년 3월 25일



## 목차

### » 일반논문

- 1 토지보상법의 체계와 법적 개선방안  
강신은
- 15 건축법과 주택법에서의 인허가권자  
문제윤
- 27 감리자 지정의 법적 성격과 감리자의 역할  
백민주
- 37 용도구역제 도시계획 수립행위와 국제투자협정상 간접수용 제도의 관계 - 공원녹지법상 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA의 간접수용 제도를 중심으로  
김종우
- 53 재개발·재건축 사업 조합원의 지위와 분양신청권 - 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결을 중심으로 -  
박유나

### » 부록

- 67 간행규정
- 71 논문투고지침
- 75 연구윤리규정

## Contents

### » Article

- 1      **The system of 『Act on Acquisition of and Compensation for Land etc. for Public Works Projects』 and legislative improving plan**  
Kang, Shin-Eun
- 15     **The Authority in the Building Act and the Housing Act**  
Moon, Jeyoon
- 27     **The Legal Character of the Appointment of a Construction Supervisor and the Role of the Supervisor**  
Baek, Min-ju
- 37     **A Study on the Relationship between the Establishment of Urban Planning for Use Zoning System and the Indirect Expropriation System in International Investment Agreements**  
- Focusing on the designation system of urban natural park zones under the Parks and Greenery Act and the indirect expropriation system of the Korea-US FTA –  
Kim, Jongwoo
- 53     **Status of Association Member and Right of application to purchase in Redevelopment·Reconstruction Projects: With Special Reference to the Supreme Court Decision 2023. 2. 23, 2020Du36724**  
Park, Yuna

### » Appendix

- 67     **Publication Policy**
- 71     **Instructions to Authors**
- 75     **Publication Ethics**

논문 / ARTICLE

# 토지보상법의 체계와 법적 개선방안

강신은\*

## 국문초록

토지보상법은 종전 토지수용법과 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법을 통합한 법률이지만, 그 체계나 주요 내용은 종전 법률들과 큰 차이가 없다. 미시적인 내용의 개정은 수시로 이루어져 왔지만 급변하는 보상환경에 맞춘 큰 틀의 변화는 없었다. 또한, 공익사업의 인허가를 규율하는 개발사업법들이 토지보상법상 사업인정을 의제하고, 손실보상의 기준과 절차에 대한 특별 규정을 늘림으로써 토지보상법상 체계가 훼손되고, 일반 국민이 토지보상법과 개발사업법 간의 관계를 이해하기 어렵게 만든 측면이 있다.

따라서 토지보상법상 사업인정 제도와 이를 형해화(形骸化)하는 개발사업법상 사업인정 의제 제도를 어떻게 합리적으로 조율할 것인지에 대한 진지한 고민이 있어야 한다. 아울러 물건 보상과 관련해서는 이전보상이 아닌 물건가격 보상이 원칙이 되어야 하고, 건축물에 대해서는 거래사례비교법을 우선 적용하여야 한다. 행정대집행에 관한 조문이 사문화(死文化)되는 것을 방지하기 위하여 인도소송과의 관계가 재정립되어야 하고, 이주대책에 따른 생활기본시설 비용 차감방법에 대한 제도개선도 필요하다. 주거이전비 등 지급 시기를 명확하게 규정하는 것도 필요하며, 손실보상에 관한 규정과 관련하여 과도하게 토지보상법 시행규칙에 구체적인 보상기준, 평가방법 등을 백지 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 반할 소지가 크므로 이에 대한 반성도 필요하다.

토지보상법은 사업시행자와 피수용자 간의 공정한 규칙(rule)을 만드는 것이 중요하다. 따라서 공익사업의 원활하고 빠른 시행 보장과 피수용자 재산권 보장이라는 두 측면을 합리적으로 충족할 수 있는 방향으로 토지보상법 개정이 추진되어야 한다.

**주제어:** 토지보상법, 공용수용, 사업인정, 행정대집행, 이주대책, 손실보상



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230001>

Received: February 24, 2023

Revised: March 06, 2023

Accepted: March 13, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.



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

## 목차

### I. 들어가는 말

### II. 헌법상 수용과 토지보상법의 지위

### III. 토지보상법의 체계와 개발사업법과의 관계

### IV. 토지보상법상 주요 내용에 대한 개선방안

### V. 맺음말

\* 한국토지주택공사, 법학박사

\* 이 글은 2022. 4. 2. 대한변호사협회 변호사연수원에서 실시한 제362기 수용 및 보상 특별연수에서 강의한 원고를 수정·보완한 것이다.

## I. 들어가는 말

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)은 종전 「토지수용법」과 종전 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」(이하 “공특별법”이라 한다)을 통합한 법률로서 2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되어, 제정된 지 벌써 20여 년이 흘렀다. 1962. 1. 15. 제정되어, 1962. 1. 1.부터 시행된 종전 토지수용법은 사업인정과 수용재결 절차(사업인정 후 협의는 수용재결 절차 속에 포함되어 있다) 위주로 구성되어 있었으며, 1975. 12. 31. 제정되어, 1976. 7. 1.부터 시행된 종전 공특별법은 공익사업에 필요한 토지를 빨리 취득하기 위한 사업인정 전 협의절차와 손실보상의 기준을 정하고 있었다. 이후 1981. 12. 31. 종전 토지수용법 개정으로 공특별법의 손실보상의 기준을 수용재결(사업인정 후 협의를 포함한다)에 따른 재산권 취득에 대한 보상기준으로 준용하게 되면서 두 법률 간의 연계성이 더욱 강화되었고,<sup>1)</sup> 결국 법률 통합이라는 결과를 낳았다.

하지만 토지보상법은 종전 토지수용법 체계에 공특별법 사업인정 전 협의절차가 추가된 것으로 종전 토지수용법과 종전 공특별법의 내용에서 크게 벗어나지 않는다. 결국 토지보상법은 1960년대와 1970년대의 수용과 보상환경에서 제정된 후 50여 년 이상의 시간이 흘렀음에도 불구하고 제도적으로 큰 변화는 없었던 셈이다.<sup>2)</sup> 이 글은 토지보상법이 제정·시행된 지 20여 년이 흐른 현시점에서 토지보상법의 체계, 특히 개발사업법과의 관계를 살펴보고, 변화된 보상환경에서 토지보상법이 어떤 문제점을 갖고 있고, 어떻게 변화해야 하는지를 주로 살펴보고자 한다.

## II. 헌법상 수용과 토지보상법의 지위

### 1. 헌법상 재산권 보장과 수용(광의의 개념)

헌법 제23조는 제1항에서 국민의 재산권을 보장한다는 원칙적인 조항을 두고, 제3항에서 예외적으로 공공필요에 따라 재산권의 침해가 법률로 가능하도록 규정하면서 재산권자의 의사에 반하는 재산권의 강제적 박탈에 대하여 ‘수용’이라는 용어를 사용하고 있다. 헌법에서 규정된 수용이란 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)이 채택하고 있는 수용재결이라는 행정처분만 지칭하는 것은 아니고 공공필요에 의한 재산권 박탈 일반을 의미하는 것으로 도시개발사업에서의 환지처분이거나 주택재건축사업에 있어서의 매도청구 역시 헌법이 규정한 수용의 개념에 포섭되는 것이다.<sup>3)</sup> 이 글에서는 헌법상 수용을 광의의 개념의 수용이라 하며, 뒤에서 후술하는 공용수용, 공용환지 및 공용환권을 포함하는 것을 말한다.

### 2. 공용수용(협의의 개념)과 공용환지, 공용환권의 관계

공용수용은 행정법에서 공용부담법으로 논의되는데, 공용부담은 국가, 지방자치단체 등 공익사업자가 일정한 공공복리를 적극적으로 증진하기 위하여 개인에게 부과되는 공법상의 경제적 부담을 말한다.<sup>4)</sup> 일반적으로 공용부담은 인적 공용부담과 물적 공용부담으로 대별되며, 물적 공용부담에는 공용제한, 공용사용, 공용수용, 공용환지 및 공용환권이 포함된다.

공용수용은 공익사업을 시행하기 위하여 공익사업의 주체가 타인의 토지 등의 재산권을 강제적으로 취득 또는 소멸시키고 그로 인한 손실을 보상하는 물적 공용부담을 말한다.<sup>5)</sup> 그리고 공용환지는 일정한 지역 안에서 토지의 이용가치를 증진시키기 위한 사업을 실시하기 위하여 토지의 소유권 및 기타의 권리를 권리자의 의사에 관계없이 강제적으로 교환·분합하는 것을 말하며, 공용환권은 일정한 지역 안에서 토지와 건축물 등 도시공간의 효용을 증대시키기 위한 사업을 실시하기 위하여 토지 및 건축물의 소유권 및 기타의 권리를 권리자의 의사와 관계 없이 강제적으로 교환·분합하는 것을 말한다. 그런데, 물적 공용부담의 헌법적 근거인 제23조제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고만 규정하고 있는바, 공용환지 및 공용환권은 어디에 헌법적 근거를 두고 있는 것일까?

1) 제57조의2(관계법령의 준용) 신설: “손실보상액의 산정방법 및 기준등에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 공공용지의취득및손실보상에 관한특별법 제4조 및 제8조의 규정에 준용한다.”

2) 토지보상법의 변천에 관해서는 길준규, “토지보상법 시행 20주년의 의의와 손실보상제도의 개선방안”, 『토지공법연구』 제100집(2022. 11.), 9-13면 참조.

3) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 570-571면 참조.

4) 박균성, 『행정법강의(제19판)』, 박영사, 2022, 1247면.

5) 일반적으로 공용수용은 타인의 재산권을 강제적으로 취득하는 것으로만 정의하나, 일부 재산권은 취득 대상이라기보다는 소멸 대상으로 보아야 하므로 개념 정의 규정에 추가하는 것이 옳다.

공용환지는 「도시개발법」상 환지방식의 도시개발사업을 염두에 둔 개념으로,<sup>6)</sup> 환지계획, 환지에정지 지정처분 및 환지처분을 통해 구현된다. 환지처분은 사업시행자가 공사를 완료한 후 환지계획에 따라 환지교부 등을 하는 처분으로, 환지계획에서 정하여진 환지는 그 환지처분이 공고된 날의 다음 날부터 종전의 토지로 보며, 환지계획에서 환지를 정하지 아니한 종전의 토지에 있던 권리는 그 환지처분이 공고된 날이 끝나는 때에 소멸한다(도시개발법 제42조제1항). 일반적으로 우리는 환지처분의 법적 성격을 공용환지로 이해하지만, 엄밀하게 말하면 환지받은 토지의 소유권만 공용환지되는 것이고, 환지받지 못한 토지의 소유권은 공용수용되는 것이다. 더 나아가 환지받은 토지도 환지받기 전의 토지와는 전혀 별개의 것으로,<sup>7)</sup> 환지처분을 통하여 토지 소유자는 환지 전 종전 토지의 소유권을 상실함과 동시에 환지에 대한 새로운 소유권을 취득하는 것이지만 법률의 규정에 따라 종전 소유권이 존속하는 것으로 간주되는 것일 뿐이다. 이런 관점에 서면 결국 공용환지도 헌법상 수용에 포섭되는 개념이다.

공용환권은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 “도시정비법”이라 한다)상 재개발사업을 염두에 둔 개념으로, 관리처분계획 및 이전고시를 통해 구현된다. 관리처분계획 및 이전고시는 도시개발법상 환지계획 및 환지처분을 변용한 것인데, 이전고시는 준공인가의 고시로 사업시행이 완료된 이후에 관리처분계획에서 정한 바에 따라 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물의 위치 및 범위 등을 정하여 소유권을 분양받을 자에게 이전하고 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산하거나 대지 또는 건축물을 정하지 않고 금전적으로 청산하는 공법상 처분이다(대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결 참조).<sup>8)</sup> 이전고시의 법적 성격은 공용환권으로 이해하는 것이 일반적이다.<sup>9)</sup> 하지만, 엄밀하게 말하면 토지등소유자가 분양신청을 하여 새로 부여받는 건축물과 부속 토지의 소유권은 공용환권되는 것이고, 새로운 소유권을 부여받지 못한 토지등소유자의 소유권은 공용수용되는 것이다.<sup>10)</sup> 더 나아가 이전고시 전·후의 건축물 및 부속토지도 전혀 별개의 것으로,<sup>11)</sup> 이전고시를 통하여 토지등소유자는 종전 토지 및 건축물의 소유권을 상실함과 동시에 새로 건축된 건축물과 부속 토지에 대한 새로운 소유권을 취득하는 것이지만 법률의 규정에 따라 종전 소유권이 존속하는 것으로 간주되는 것일 뿐이다. 이런 관점에 서면 결국 공용환권도 헌법상 수용에 포섭되는 개념이다.

한편 공용환지 및 공용환권을 제외한 공용수용을 논할 때에도 토지보상법상 수용재결을 통한 수용만을 공용수용으로 보는 것도 옳지 않다. 도시정비법상 재건축사업에 활용되는 매도청구도 공공필요에 따라 일반 국민의 재산권을 박탈한다는 점에서 헌법에서 말하는 수용에 해당한다.<sup>12)</sup> 이 글에서는 공용환지 및 공용환권을 제외하고, 매도청구 등을 포함하는 공용수용을 협의 개념의 공용수용이라 부른다.

### 3. 토지보상법의 지위 : 수용재결을 통한 공용수용(최협의의 개념)의 일반법

우리 헌법은 공공필요가 있는 경우 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의해 재산권을 박탈하도록 규정하고 있을 뿐, 반드시 하나의 법률에 수용과 손실보상에 관한 모든 것을 담도록 정하고 있는 것은 아니다.<sup>13)</sup> 따라서 수용의 근거 법률로서 다수의 법률이 존재할 수 있고, 공익사업의 특성에 따라 공용수용, 공용환지 또는 공용환권을 취하거나 혼용하는 것도 입법적 재량에 속한다. 그러나 통상적인 공익사업의 경우 행정청 또는 사업시행자가 공익사업지구 내에 편입되는 토지의 소유권을 배타적으로 확보하는 것이 필수불가결하고, 이를 위해서 수용재결을 활용하는 것이 일반적이다. 그런 관점에서 토지보상법은 재결수용<sup>14)</sup>과 손실보상에 관한 일반법적 기능을 담당하는 것으로 입법되었다.<sup>15)</sup>

6) 환지방식의 도시개발사업은 종전 「토지구획정리사업법」상 토지구획정리사업을 계승한 것이다.

7) “비록 그것이 제자리환지라고 할지라도 종전토지는 환지로 인하여 전체토지의 지적, 모양 및 위치에 변동이 생기는 것이므로 …”, 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카18795 판결 등 참조.

8) 그러나 도시개발법상 환지처분의 효과와 달리 도시정비법상 이전고시의 효과에는 관리처분계획에 따라 분양받을 건축물 및 부속 토지를 정하지 않은 경우 금전으로 청산된다는 명시적 규정이 없다(도시정비법 제86조제2항 후단에서는 “이 경우 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 날의 다음 날에 그 대지 또는 건축물의 소유권을 취득한다.”라는 규정만 있다). 이런 경우에는 도시정비법상 재개발사업은 수용으로, 재건축사업은 매도청구로 해결한다.

9) 김동희, 『행정법Ⅱ(제14판)』, 박영사, 2008, 423면.

10) 종전 「도시재개발법」 제정 당시 재개발사업의 분양처분에는 원래 재산권 박탈의 권능도 있었다. 하지만 종전 「도시재개발법」이 도중에 개정되어 재개발조합에게 수용권을 인정하면서 그 의미를 상실하였고, 현행 도시정비법상 이전고시에는 이러한 법적 효과가 없다고 보는 것이 더 정확하다(각주 7) 참조). 같은 의견: 맹신균, 『도시 및 주거환경정비법 해설(제5판)』, 법률&출판, 2020, 1113면.

11) “도시정비법상 이전고시는 종전 부동산과 새로운 부동산 사이에 형태상 일치가 존재하지 않는 점, …”(대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다73551 판결 참조).

12) 이런 관점에서 매도청구의 법적 성격을 사법상 매매로 보는 것은 인정하기 어렵다.

13) 강신은, “정비사업에 있어서의 이주대책에 관한 법적 고찰”, 『중앙법학』 제12집 제3호(2010. 9.), 345면.

14) 이하에서는 공용수용의 최협의 개념인 수용재결을 통한 공용수용을 ‘재결수용’이라 부르기로 한다.

15) 토지보상법의 일반법적 지위에 관한 자세한 내용은 김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007.6.), 297면 참조.

이에 토지보상법은 수용의 근거가 되는 공익사업을 폭넓게 열거하는 한편, 그러한 공익사업에 공통적으로 적용되는 사업인정, 수용재결의 절차와 손실보상의 내용 등을 세밀히 정하고 있으며, 공익사업의 근거 법률이 별도로 존재하더라도 수용과 손실보상에 관한 자세한 규정들은 당연히 적용되거나 준용되는 것을 전제로 하고 있다.<sup>16)</sup> 이는 토지보상법의 목적에서도 명확히 나타나는데 토지보상법은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적절한 보호를 도모함을 목적으로 하며(토지보상법 제1조), 해당 공익사업으로 국방·군사에 관한 사업을 비롯하여 다양한 사업을 열거하면서 “그 밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”도 토지보상법상 공익사업으로 규정하고 있다(토지보상법 제4조제8호). 따라서 공익사업에 해당하는 개발사업의 인·허가 절차에 관한 규율이 주 내용인 개발사업법에서는 해당 공익사업에 필요한 토지 등을 수용하기 위한 절차와 손실보상의 내용을 별도로 규정할 필요는 없다.

그럼에도 불구하고 대부분의 개발사업법은 해당 개발사업의 용이한 사업수행을 위해 토지보상법에 관한 특례 규정을 두는 것이 일반적이며, 이에 해당하는 특례 규정은 대부분 사업인정 절차에 관한 특례, 재결신청 기간에 관한 특례, 수용재결 관할에 관한 특례, 긴급사용·수용에 관한 특례 등이며, 그 이외에 사항에 대하여는 재결수용의 일반법인 토지보상법 규정을 준용하도록 하고 있다. 이 글에서는 협의 개념의 공용수용에서 수용재결처분을 통한 수용만을 최협의 개념의 공용수용이라 정의하며, 개발사업법에서 말하는 수용은 대부분 최협의 개념의 공용수용으로 토지보상법과 직접적으로 연결된다.

### III. 토지보상법의 체계와 개발사업법과의 관계

#### 1. 토지보상법의 체계

토지보상법은 종전 토지수용법과 종전 공득법을 통합한 법률로서 공익사업을 위해 토지 등을 취득하기 위한 협의와 수용재결 절차와 손실보상의 기준을 정한 법률이다. 협의와 수용재결 절차를 간략히 요약하면, 사업시행자가 공익사업계획을 수립한 후 사업인정 전 협의를 거쳐 토지 등을 우선 취득하고, 수용의 필요성이 있는 경우 국토교통부장관의 사업인정을 받은 후 다시 협의를 거치고, 협의가 성립하지 않거나 불가능한 경우 수용재결 절차를 밟도록 규정되어 있다. 이 경우 사업인정 전 협의를 하였다면 토지조서 및 물건조서의 내용에 변경이 없을 때 사업인정 후 협의를 생략할 수도 있다(토지보상법 제26조제2항 본문).<sup>17)</sup>

그러나 뒤에서 자세히 살펴보겠지만 우리나라 대부분의 개발사업법이 해당 법률로 정하는 절차에 따른 인·허가등을 받은 경우에는 토지보상법상 사업인정을 의제하고 있기 때문에, 국토교통부장관의 사업인정이나 사업인정 전 협의절차는 실제로 거의 이루어지지 않는다. 토지보상법상 사업인정 전 협의, 사업인정 및 사업인정 후 협의 및 수용 절차는 다음 <표1>과 같다.

#### 2. 개발사업법의 개념과 체계

##### (1) 개발사업법의 개념

개발사업법이란 토지의 합리적 이용을 위한 적극적 개입 수단으로서 개발사업에 대해 정하고 있는 법률들을 부르는 강학상의 명칭이다.<sup>18)</sup> 개발사업은 행정청 또는 사업시행자가 도시계획시설을 설치하거나 시가지를 재정비하고 신도시를 건설하는 사업을 말하는데, 단단계의 행정계획을 예정하고 있다. 개발사업법은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다)에 따른 도시계획시설사업<sup>19)</sup>, 도시개발법에 따른 도시개발사업, 도시정비법에 따른 정비사업, 「택지개발촉진법」에 따른 택지개발사업, 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지개발사업, 「주택법」에 따른 대지조성사업 및 주택건설사업 등 다양하다.<sup>20)</sup>

16) 강신은, 앞의 글, 345면.

17) 물론 이 경우에도 사업시행자나 토지소유자 및 관계인이 협의를 요구할 때에는 협의하여야 한다(토지보상법 제26조제2항 단서).

18) 김종보, 앞의 책, 385면.

19) 국토계획법에서는 도시·군관리계획, 도시·군계획시설, 도시·군계획시설사업 등의 용어를 사용하지만, 이 글에서는 도시관리계획, 도시계획시설, 도시계획시설사업 등으로 쓴다.

20) 국토계획법에서는 도시계획시설사업, 도시개발사업 및 정비사업을 합쳐서 도시계획사업이라 부른다(국토계획법 제2조제11호). 용도지역제(Zoning)가 수동적 도시계획이라면, 도시계획사업은 능동적 도시계획에 해당한다. 도시계획사업은 국토계획법상 개발행위허가의 대상이 아니다(국토계획법 제56조제1항 단서).



**<표1> 협의 및 수용 절차도**



개발사업법의 체계는 단단계의 행정계획과 이를 기초로 한 집행행위를 위주로 구성되는데, 행정계획은 일반적으로 개발사업구역을 확정하는 행정계획과 개발사업의 공사계획을 확정하는 행정계획으로 구성된다. 아래에서는 개발사업 중 가장 대표적인 도시계획시설 사업과 도시개발사업의 절차를 간략히 살펴본다.

**(2) 도시계획시설사업의 절차**

국토계획법에 따른 도시계획시설은 도시관리계획의 일종인 도시계획시설계획에 따라 설치되는 기반시설을 말한다(국토계획법 제2조제7호). 결국 기반시설이 도시계획시설 결정과 실시계획에 따라 설치되면 도시계획시설이 되는 것이다. 도시계획시설 결정은 구체적인 도시계획시설의 위치와 면적을 확정하고 또한 후속하는 실시계획을 위한 법적 기초가 되는 행정계획이자 행정처분이다. 도시계획시설 결정이 내려지면 원칙적으로 해당 도시계획시설의 설치 장소로 결정된 지상·수상·공중·수중 또는 지하는 그 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 할 수 없다(국토계획법 제64조제1항 본문).

도시계획시설사업의 실시계획은 일정한 시설물을 설치하기 위한 공사계획이며, 실시계획의 인가는 공사를 허가한다는 의미를 갖는다.<sup>21)</sup> 공사허가로서의 실시계획은 설계도를 중요한 구성요소로 하고, 이렇게 작성된 설계도는 건축허가 등 다른 법률에 따라 통제되는 유형적 시설물을 포함할 수 있으므로 각종 인·허가를 의제하기 위한 조항들도 마련되어 있다(국토계획법 제88조). 실시계획의 인가는 토지보상법상 사업인정 및 그 고시로 의제되므로 사업시행자는 도시계획시설사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있다(국토계획법 제96조).<sup>22)</sup>

**(3) 도시개발사업의 절차**

도시개발사업의 근거 법률인 도시개발법은 종전 「토지구획정리사업법」 상 토지구획정리사업과 종전 「도시계획법」 상 일단의 주택지조성사업, 시가지조성사업, 일단의 공업용지조성사업 등을 통합한 법률로, 도시개발사업의 시행방식으로는 수용방식, 환지방식 및 혼용방식이 있다. 도시개발사업은 도시개발구역 지정, 개발계획 수립 및 실시계획의 인가 등의 단단계 행정처분을 매개로 사업이 수행된다.

21) 김종보, 앞의 책, 336면.

22) 제96조(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 준용) ① 제95조에 따른 수용 및 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

② 제1항에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용할 때에 제91조에 따른 실시계획을 고시한 경우에는 같은 법 제20조제1항과 제22조에 따른 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 본다. 다만, 재결 신청은 같은 법 제23조제1항과 제28조제1항에도 불구하고 실시계획에서 정한 도시·군계획시설사업의 시행기간에 하여야 한다.

도시개발구역의 지정은 도시개발사업이 시행되는 지역의 위치와 면적을 확정하고, 후속되는 개발계획과 실시계획을 위한 법적 기초가 되는 행정계획이자 행정처분이다. 도시계획시설 결정과 마찬가지로 도시개발구역이 지정되면 건축물의 건축 등은 금지된다(도시개발법 제9조제5항).<sup>23)</sup> 도시개발구역을 지정하는 경우 그 구역 내 토지의 합리적 이용관계를 정하는 토지이용계획인 개발계획이 동시에 수립되는 것이 원칙이다. 다만, 지정권자가 개발계획을 공모하거나 자연녹지지역, 도시지역 외의 지역 등에서 도시개발구역을 지정할 때에는 개발계획을 사후에 수립할 수 있다(도시개발법 제4조제1항). 개발계획의 법적 성질은 도시관리계획이다(국토계획법 제2조제4호 라목). 개발계획의 고시(엄밀하게는 개발계획에 포함된 토지의 세부목록의 고시로 규정되어 있다)는 토지보상법상 사업인정 및 그 고시로 의제되므로 사업시행자는 도시개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있다(도시개발법 제22조).<sup>24)</sup>

실시계획은 도시개발구역 지정 후 3년 이내에 그 인가가 신청되어야 하며, 그렇지 않으면 도시개발구역 지정이 실효된다(도시개발법 제10조제1항제1호). 실시계획의 인가는 공사계획을 허가하는 것이다(도시개발법 제17조 및 제19조 참조).

### 3. 토지보상법과 개발사업법의 관계

#### (1) 다른 입법 목적

개발사업법은 해당 개발사업의 목적, 개발사업의 주체, 개발사업의 절차 등을 규율하는 법률로서, 해당 개발사업은 공익사업일 수도 있고 아닐 수도 있다. 또한 해당 개발사업이 공익사업이더라도 개발사업의 성격에 따라 타인이 소유한 토지를 확보하는 방식은 공용수용일 수도 있고, 공용환지, 공용환권 방식일 수도 있다. 경우에 따라선 공용부담이 아닌 일반경쟁시장의 조달로도 가능하다.

원칙적으로 공익사업에 해당하는 개발사업법은 개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 명문의 규정을 둘 필요는 없다. 개발사업법에 토지 등의 수용에 관한 명문의 규정이 없더라도 토지보상법상 사업인정을 받으면 사업인정 후 협의와 수용에 관한 규정이 전면 적용되기 때문이다.<sup>25)</sup>

#### (2) 토지보상법의 특별법으로서의 개발사업법

공익사업에 해당하는 개발사업에 대해서 토지 수용 등의 명문의 규정이 없더라도 문제가 없지만, 개발사업법에서 토지 수용 등에 관해 특례 규정을 두는 경우가 더 일반적이다. 이 경우 수용은 최협의 개념의 공용수용(재결수용)을 의미하며, 이렇게 수용과 보상에 관한 특별 규정을 개발사업법에 두게 되면, 이 규정들은 토지보상법에 대한 특별법적 지위에 놓인다.

개발사업법상 토지보상법의 특별 규정에 해당하는 대표적인 조문이 사업인정의 의제이다. 개발사업에 따라 사업인정 의제 시점도 다른데, 어떤 법률은 지구 지정 처분 단계에, 어떤 법률은 개발계획의 수립 시점에, 어떤 법률은 실시계획의 인가 시점에 사업인정이 의제된다. 개발사업법에 공통적으로 규정된 특례 규정의 또 다른 하나는 수용재결 신청기한을 사업기간 내로 한정하는 것인데, 토지보상법은 사업인정 고시가 된 날부터 1년 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 규정하고 있다(토지보상법 제28조). 한편, 개발사업법은 지구 지정 처분 전 공람 단계부터 건축물의 건축 등의 행위 제한에 관한 규정을 두는 경우가 일반적이고, 사업 준비를 위한 토지 출입 등의 특별 규정을 두는 경우도 많다. 이러한 조문들은 토지보상법상 일반 규정에 우선하는 특별 규정에 해당한다.

대부분의 개발사업법은 수용 및 손실보상 절차와 관련된 특별 규정을 두고 있지만, 손실보상의 유형과 방법에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 하지만 도시정비법 등의 경우에는 손실보상의 기준도 별도로 정할 수 있도록 규정하고 있다(도시정비법 제65조제1

23) 종전 개발사업법들은 지구 지정 고시가 있는 날부터 개발행위를 제한하였으나, 최근에는 주민 등의 의견 청취를 위한 공고가 있는 날부터 개발행위를 제한한다. 이것은 부동산 투기를 방지하기 위한 제도적 개선 노력의 결과다. 도시개발법 제9조제5항도 주민공람 공고가 있는 날부터 건축물의 건축 등을 제한한다.

24) 제22조(토지등의 수용 또는 사용) ① 시행자는 도시개발사업에 필요한 토지등을 수용하거나 사용할 수 있다. 다만, 제11조제1항제5호 및 제7호부터 제11호까지의 규정(같은 항 제1호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 자가 100분의 50 비율을 초과하여 출자한 경우는 제외한다)에 해당하는 시행자는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 받아야 한다. 이 경우 토지 소유자의 동의요건 산정기준일은 도시개발구역지정 고시일을 기준으로 하며, 그 기준일 이후 시행자가 취득한 토지에 대하여는 동의 요건에 필요한 토지 소유자의 총수에 포함하고 이를 동의한 자의 수로 산정한다.

② 제1항에 따른 토지등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

③ 제2항에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용할 때 제5조제1항제14호에 따른 수용 또는 사용의 대상이 되는 토지의 세부목록을 고시한 경우에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제20조제1항과 제22조에 따른 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 본다. 다만, 재결신청은 같은 법 제23조제1항과 제28조제1항에도 불구하고 개발계획에서 정한 도시개발사업의 시행 기간 종료일까지 하여야 한다.

④ 제1항에 따른 동의자 수의 산정방법 및 동의절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

25) 재결수용이 아닌 공용환지, 공용환권 등에 대해서는 일반법이 없기 때문에 해당 개발사업법에 토지 소유권 확보 등에 관한 별도의 규정이 없다면 공용환지, 공용환권 등이 적용될 여지는 없다.

항 단서). 개발사업법이 해당 개발사업의 특성에 비추어 토지보상법의 절차를 간소화하거나 특례 규정을 마련하는 것은 불가피한 측면이 있으나, 토지보상법과 다른 손실보상의 기준을 마련하는 것은 신중할 필요가 있다. 우리 헌법이 수용에 따른 정당 보상을 규정하고 있는데, 특별한 사정 없이 보상기준을 달리하게 되면 과연 무엇이 정당 보상인지에 대한 논쟁만 불러올 수 있기 때문이다. 아래에서는 개발사업법상 특별 규정과의 관계를 고려하여 수용과 손실보상의 일반법적 성격을 갖는 토지보상법상 주요 내용의 문제점과 개선방안을 살펴보고자 한다.

## IV. 토지보상법상 주요 내용에 대한 개선방안

### 1. 사업인정 의제 협의제도의 개선

#### (1) 사업인정의 의의

토지보상법은 공익사업이면 무조건 수용을 허용하는 것이 아니라, 국토교통부장관의 사업인정이라는 엄격한 절차를 통하여 해당 공익사업의 공공 필요성을 심사하도록 되어 있다. 사업인정은 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다.<sup>26)</sup> 토지보상법상의 사업인정 처분이 행해지기 위해서는 공익사업이어야 하고, 그 사업의 공공 필요성이 인정되어야 하며, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결).

#### (2) 형해화(形骸化)된 사업인정제도

개발사업법상 행정처분은 해당 개발사업의 공익사업 해당성을 판단하는 절차이고, 토지보상법상 사업인정처분은 해당 개발사업의 헌법상 공공 필요성을 판단하는 절차로 보아야 한다. 하지만 대부분의 개발사업법은 개발사업법상 행정처분이 있으면 토지보상법상 사업인정을 의제함으로써 사실상 토지보상법상 사업인정제도를 유명무실하게 만들었다.<sup>27)</sup> 이에 따라 사업인정 단계에서 검토되어야 할 공공성, 권익의 최소 침해성, 비례의 원칙 등이 제대로 심사되지 않을 개연성이 컸다.

#### (3) 특별법에 대한 특별 규정으로서의 사업인정 의제 사전(事前) 협의

개발사업법상 사업인정 의제가 보편화되어 사업인정 제도가 형해화되자, 이에 대한 대안으로 사업인정 의제 전에 중앙토지수용위원회와 협의하는 제도가 입법되었다(토지보상법 제21조제2항).<sup>28)</sup> 원칙적으로 토지보상법의 특례 규정인 개발사업법상 관련 규정을 개정하는 것이 옳지만, 많은 개발사업법을 동시에 개정하기 어려우므로 토지보상법에 또 다른 특칙을 마련한 것이다.

그러나 토지보상법상 사업인정권자는 국토교통부장관인데, 사업인정이 의제되는 개발사업의 경우에는 사실상 중앙토지수용위원회가 사업인정권자가 되는 셈이어서 논리적으로 맞지 않는다. 입법 취지는 충분히 공감하지만, 원칙은 놔두고 예외의 예외를 인정하는 입법형식은 찬성하기 어렵다. 다만, 사업인정 의제 전 협의제도를 유지한다면, 협의절차는 중앙토지수용위원회가 아닌 국토교통부장관과 하는 것이 법리적으로 타당하다. 또한, 사업인정이 의제되는 모든 공익사업에 협의를 의무화하는 것은 과잉 입법으로, 공익성이 매우 큰 공익사업의 경우에는 협의절차를 생략할 수 있도록 개정할 필요가 있다.

#### (4) 사업인정 의제 협의의 법적 성격과 협의 누락의 해석론

사업인정 의제 협의의 법적 성격도 매우 모호하다. 법률에서 사용하는 협의에는 단순한 협의의 뜻과 동의를 뜻하는 협의가 있는데, 중앙토지수용위원회는 협의의 법적 성격이 동의라고 보고 있다.

따라서 중앙토지수용위원회와의 협의가 없거나 중앙토지수용위원회가 사업인정을 거부하는 협의 의견을 제시하였음에도 불구하고 사업인정이 의제되는 개발사업의 인·허가권자가 인·허가를 한 경우 토지보상법상 사업인정의 효력이 생긴다고 볼 수는 없다.<sup>29)</sup> 하지만 해당 개발사업의 인·허가 자체는 유효하다고 보아야 한다. 이 경우 사업시행자는 토지보상법상 원칙적인 사업인정 절차에 따라 사업인정을 받아 개발사업을 시행할 수 있다.<sup>30)</sup> 왜냐하면 개발사업의 인·허가 시 사업인정 의제 협의제도보다 개발사업의 인·허가 후 토지보

26) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결 등 참조.

27) 사업인정 의제와 관련하여 공익성 판단의 문제점에 대해서는 허강무, “공익사업의 공익성 강화를 위한 입법정책 개선방안”, 『가천법학』 제11권 제4호(2018. 12.), 93-99면 참조.

28) 이 조문이 신설되기 전에는 개발사업법상 인·허가등이 있으면 사업인정이 의제되었는 바, 이것은 절차 간소화 차원에서 입법되어 반드시 관계 행정청과 협의하도록 규정된 다른 관계 법률에 따른 의제사항과 차이가 있었다.

29) 이 경우 손실보상 협의에 착수한다면 사업인정 전 협의에 해당할 것이다.

30) 더 적극적으로는 사업인정이 의제되는 개발사업의 인·허가 변경 시에 사업인정 의제에 관한 협의를 받는 것도 가능하다고 해석할 수 있다.

상법상 사업인정을 받아 개발사업구역 내의 토지 등을 수용하는 것이 더 원칙적인 모습이기 때문이다. 중앙토지수용위원회의 입장은 이런 해석과 다른 것으로 파악되는바, 이에 대한 명시적인 규정을 토지보상법에 마련하는 것이 바람직하다.

## 2. 재결신청 기간 특례 규정의 문제점 개선

토지보상법은 사업인정 고시 후 1년 이내에 사업시행자로 하여금 수용재결을 신청하도록 강제하고 있지만, 대부분의 개발사업법은 수용재결 신청기간을 사업기간 내로 연장하는 특례 규정을 두고 있다.<sup>31)</sup> 대부분의 개발사업은 지구 지정 고시를 사업인정 고시로 의제하고, 이 시점부터 토지 및 물건 조사, 보상계획 공고, 보상협의회 개최, 감정평가법인 선정 및 보상액 산정, 사업인정 후 협의 등의 절차를 진행하기 때문에 사업인정 고시 후 1년 이내에 수용재결을 신청하는 것은 현실적으로 곤란하다. 특히, 신도시 조성 과 같은 대규모 개발사업의 경우 사업 면적, 토지소유자 및 관계인의 수 등을 고려할 때 사실상 불가능에 가깝다. 여기에 늘어나고 있는 토지소유자 등의 토지 및 물건 조사 거부 등의 현실도 감안되어야 한다.

그렇다고 하여 사업시행자가 사업기간을 계속 연장하여 사업인정 후 10년 이상 오랜 기간이 경과되더라도 수용할 수 있다고 해석하는 것도 토지소유자 재산권 보장이라는 관점에서 매우 가혹하다. 따라서 개발사업 등의 특성을 고려하여 사업인정 고시가 의제되는 시점부터 5년에서 10년 정도로 재결신청 기간을 한정하되, 지적공부 누락, 지적불부합 등 사업시행자의 책임 있는 사유에 해당하지 않는 경우에는 사업기간 내에 재결신청할 수 있도록 하는 등의 제도 개선이 필요하다. 개발사업법마다 이런 특례 규정을 두는 것이 번거로우므로, 토지보상법에 이에 대한 일반적인 제한 규정을 마련하는 것이 바람직하다.

## 3. 물건 보상에 대한 문제점 개선

공익사업에 편입된 토지와 달리 그 토지 위에 존재하는 건축물 등의 물건은 수용의 대상이 아니라, 이전의 대상으로 보는 것이 토지보상법의 일관된 기조다.<sup>32)</sup> 이 경우 이전 가능성은 물리적 기준이 아니라 경제적, 사회적 관점에서 객관적으로 판단되어야 하는데, 일부 수목 등을 제외하면 현실적으로 이전이 가능한 경우는 거의 없다.

현행 토지보상법상 지장물 보상은 이전비 보상을 원칙으로 하며, ① 건축물등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우, ② 건축물등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우 및 ③ 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하도록 규정하고 있다(토지보상법 제75조제1항). ①②의 경우에는 사업시행자가 그 물건의 수용재결을 신청할 수 있다(토지보상법 제75조제5항). 또한, 건축물의 가격은 원가법으로 평가하되, 주거용 건축물에 있어서는 거래사례비교법에 의하여 평가한 금액이 원가법보다 큰 경우와 구분소유의 대상이 되는 건물의 가격은 거래사례비교법으로 평가해야 한다(토지보상법 시행규칙 제33조제2항).<sup>33)</sup>

그러나, 현실에 존재하는 지장물은 이전이 사실상 곤란한 경우가 대부분이므로 지장물 보상의 원칙을 이전비 보상에서 물건의 가격 보상으로 변경하는 것이 옳고,<sup>34)</sup> 물건의 가격은 원가법, 거래사례비교법 및 수익환원법 중 원가법을 원칙으로 하되, 건축물의 경우에는 거래사례비교법을 원칙으로 하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>35)</sup>

## 4. 행정대집행과 인도소송의 관계 재정립

토지보상법상 토지소유자 및 관계인과 그 밖에 토지소유자나 관계인에 포함되지 아니하는 자로서 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 개시일까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 하며(토지보상법 제43조), 이를 위반하여 토지 또는 물건을 인도하거나 이전하지 아니한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처

31) '사업기간 내'의 해석과 관련하여 최초의 사업기간을 연장하여 수용재결 신청기간을 연장할 수 있다고 보는 것이 실무의 관행이지만, 연장할 수 없다고 보는 견해도 있다. 김종보, 앞의 책, 343-344면 참조.

32) 이런 물건을 '지장물'이라 부른다. 토지보상법상 물건과 지장물의 개념에 대해서는 최종권/강신은, "지장물에 대한 보상과 철거의 법적 쟁점", 『중앙법학』 제17집 제3호(2015. 9.), 57-60면 참조.

33) 한편 대상물건의 평가는 토지보상법 시행규칙에서 정하는 방법에 의하되, 그 방법으로 구한 가격 또는 사용료를 다른 방법으로 구한 가격등과 비교하여 그 합리성을 검토하여야 한다(토지보상법 시행규칙 제18조제1항).

34) 이렇게 개정하면 사업시행자가 지장물의 수용재결 신청을 명시할 필요는 없고, 관할 토지수용위원회가 물건의 가격으로 평가한 지장물은 수용의 대상으로, 이전비로 평가한 지장물은 이전의 대상으로 수용재결서 주문에 명시하는 것이 바람직하다.

35) 입법론적으로 해당 지장물이 적법한 것인지 여부에 따라 평가 방법을 달리 적용하는 것도 고려해볼 필요가 있다.

해진다(토지보상법 제95조의2제2호). 한편, 실무에서는 건축물의 보상이 완료되었음에도 불구하고 퇴거하지 않아 해당 건축물을 철거하기 어려운 경우가 비일비재한데, 이 경우 토지보상법상 행정대집행(토지보상법 제89조)을 활용하여 왔다. 하지만 최근 법원은 건축물의 단순 철거가 아닌 점유자의 점유를 푸는 것은 대체적 작위의무에 해당하지 않아서 행정대집행의 대상이 될 수 없다는 입장을 보이고 있어 민사소송인 인도소송에 많이 의존하고 있다.<sup>36)</sup>

하지만 토지보상법상 토지소유자 등의 인도 의무 위반에 따른 조치는 토지보상법 안에 포함하는 것이 옳고, 공익사업의 원활한 수행과 사업시행자 및 토지소유자 등 간의 이익 균형 등을 고려하여 직접강제, 이행강제금 제도 신설 등의 보완책을 마련하는 것이 좋을 것으로 생각한다.<sup>37)</sup>

## 5. 토지 및 물건 조사 거부와 관련된 문제점 개선

토지보상법상 사업시행자 또는 감정평가업자는 사업인정 고시 후 공익사업지구 내의 토지나 물건에 출입하여 측량하거나 조사할 수 있으며(토지보상법 제26조제1항 및 제2항), 토지점유자는 정당한 사유 없이 사업시행자 또는 감정평가업자가 통지하고 출입·측량 또는 조사하는 행위를 방해하지 못한다(토지보상법 제11조). 위 조문을 위반하여 사업시행자 또는 감정평가업자의 행위를 방해한 토지점유자는 200만원 이하의 벌금에 처한다(토지보상법 제97조제2호).

하지만 현실에서는 토지 및 물건 조사를 집단적으로 거부하는 경우가 많고, 토지 조서 및 물건조서를 작성하지 못함으로써 손실보상액 산정을 위한 감정평가가 이루어지지 못하고 있다. 이런 경우 드론 등을 이용한 측량 등을 허용하고, 건축물대장 등 공적 장부의 활용, 주위의 표준적 이용상황 등을 고려하여 사업시행자가 토지 및 물건조서를 작성하는 것도 인정하는 등의 예외가 필요하다. 토지소유자 등이 객관적인 증거를 통해 토지조서 및 물건조서의 내용이 진실과 다르다는 것을 입증하는 경우에는 이의를 제기할 수 있음은 물론이다(토지보상법 제27조제3항 단서 참조).

## 6. 이주대책 및 생활기본시설 비용 차감의 문제점 개선

사업시행자는 공익사업의 시행으로 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위하여 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다(토지보상법 제78조제1항). 이주대책의 전형적인 형태는 공익사업시행지구 바깥에 이주정착지를 조성하고, 이주정착지에 대한 도로, 급수시설, 배수시설, 그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본시설이 포함되어야 하고, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담해야 한다(토지보상법 제78조제4항). 하지만, 현실에서는 도로, 철도 등 대지가 포함되어 조성되지 않는 공익사업의 경우에는 이주정착금만 지급하는 것이 일반적이고, 택지개발사업 등 해당 공익사업시행지구 내에 다수의 주택건설용 토지를 포함하는 경우에는 해당 공익사업시행지구 내의 단독필지 공급권을 부여하거나 공동주택에 대한 입주권을 부여하는 것이 통례다(「택지개발촉진법」 제19조의2제1항 단서 및 「주택공급에 관한 규칙」 제3조제2항제8호 가목 참조).

이주정착금은 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30퍼센트에 해당하는 금액으로서 그 금액이 1천 2백만원 미만인 경우에는 1천 2백만원으로 하고, 2천 4백만원을 초과하는 경우에는 2천 4백만원으로 한다(토지보상법 시행규칙 제53조제2항). 이주정착금은 사업시행자가 이주정착지를 조성하지 않게 되면 사업시행자가 부담해야 할 통상적인 생활기본시설 설치비용이 지급되지 않는 점을 고려하여 이에 상당하는 금액을 전제로 마련된 것이다. 그런데 수도권 인근 택지개발사업 등의 경우 해당 사업지구 내의 단독필지 공급금액에서 차감되는 생활기본시설 설치비용이 이주정착금을 훨씬 초과하는 경우가 있고, 사업지구별로 차감되는 생활기본시설 설치비용 간에도 차이가 발생한다. 게다가 통상적인 생활기본시설에 포함되어야 할 항목과 그 금액을 둘러싸고도 많은 법적 쟁송이 발생하고 있다.<sup>38)</sup>

이를 해결하기 위해서 이주대책대상자에게는 해당 토지 또는 주택의 공급가격에서 이주정착금 상당의 금액을 공제하거나 해당 토지 또는 주택의 공급가격의 몇 %를 공제하는 방식으로 간명화하는 것을 검토하여야 한다.

## 7. 주거이전비 등 지급 시기에 관한 문제점 개선

토지보상법은 주거이전비 지급 시기에 관해서는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 하지만 도시정비법상 정비사업과 관련된 판결에서

36) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006두7096 판결 등 참조.

37) 행정집행제도의 문제점에 대해서는 조태제, “행정집행제도의 문제점과 그 개선방안”, 『법조』 제53권 제10호(2004. 10.) 참조

38) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2007다63089,63096 전원합의체 판결 등 참조.

주거이전비 등의 지급 시기가 주로 다투어져 왔다. 이와 관련하여 대법원은 “토지보상법 제78조에서 정한 주거이전비, 이주정착금, 이 사비도 구 도시정비법 제49조 제6항 단서에서 정한 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에 해당한다. 그러므로 주택재개발사업의 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자나 세입자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는 협의나 재결절차 등에 의하여 결정되는 주거이전비 등도 지급할 것이 요구된다. 만일 사업시행자와 현금청산대상자나 세입자 사이에 주거이전비 등에 관한 협의가 성립된다면 사업시행자의 주거이전비 등 지급의무와 현금청산대상자나 세입자의 부동산 인도 의무는 동시이행의 관계에 있게 되고, 재결절차 등에 의할 때에는 주거이전비 등의 지급절차가 부동산 인도에 선행되어야 한다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결).

실무에서 주거이전비는 해당 공익사업시행지구 바깥으로 실제 주거를 이전한 후, 새로 발급받은 주민등록표등본 등을 제출해야 사업시행자가 지급한다. 이런 관행은 토지보상법에 주거이전비 지급 시기 등에 관한 명확한 규정이 부재한 것에 기인한다. 따라서 대법원 판례 경향 등을 고려하여 이를 명시하되, 주거이전비 등을 지급받은 토지소유자 등이 협의계약 또는 수용재결에서 정하는 수용의 시기까지 해당 주거용 건축물을 인도하지 않는 경우 이행강제금 등을 부과하는 등의 보완책이 필요하다.

## 8. 불법 건축물 등의 보상과 관련된 문제점 개선

토지보상법은 사업인정 고시가 된 후에 고시된 토지에 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치를 원칙적으로 금지하고, 이를 위반한 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치를 한 토지소유자 또는 관계인은 해당 건축물·공작물 또는 물건을 원상으로 회복하여야 하며, 이에 관한 손실의 보상을 청구할 수 없다고 규정하고 있다(토지보상법 제25조제2항 및 제3항). 한편 법원은 위 조문을 문리적으로만 해석하여 사업인정 고시 전에 불법 건축된 건축물 등에 대해서는 원칙적으로 손실보상이 이루어져야 한다고 보고 있다(대법원 2000. 3. 10. 선고 99두10896 판결).

최근 들어 개발사업법에서는 건축 등의 행위제한 시점을 사업인정이 의제되는 지구 지정처분 전 단계인 주민공람 공고 시부터 규율하고 있는바, 해당 행위제한 시점 이후 사업인정이 의제되는 지구 지정 고시일 전까지의 불법 건축물의 건축 등에 대해서도 당연히 손실보상이 제한되는 것으로 해석하는 것이 옳지만, 이를 명확하게 규정할 필요가 있다.

## 9. 소결

토지보상법상 주요 내용에 대한 문제점과 개선방안을 요약하면 <표2>와 같다.

## V. 맺음말

토지보상법은 종전 토지수용법과 공특법을 통합한 법률이지만, 그 체계나 주요 내용은 종전 토지수용법 및 공특법과 큰 차이가 없다. 미시적인 내용의 개정은 수시로 이루어져 왔지만 급변하는 보상환경에 맞춘 큰 틀의 변화는 없었다.

또한 공익사업의 인허가를 규율하는 개발사업법들이 토지보상법상 사업인정을 의제하고, 손실보상의 기준과 절차에 대한 특별 규정을 늘림으로써 토지보상법상 체계가 훼손되고, 일반 국민이 토지보상법과 개발사업법 간의 관계를 이해하기 어렵게 만든 측면이 있다. 따라서 토지보상법상 사업인정 제도와 이를 형해화하는 개발사업법상 사업인정 의제 제도를 어떻게 합리적으로 조율할 것인지에 대한 진지한 고민이 있어야 한다. 아울러, 손실보상에 관한 규정과 관련하여 과도하게 토지보상법 시행규칙에 구체적인 보상기준, 평가방법 등을 백지 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 반할 소지가 크므로 이에 대한 반성도 필요하다.

토지보상법은 사업시행자와 피수용자 간의 공정한 규칙(rule)을 만드는 것이 중요하다. 따라서 공익사업의 원활하고 빠른 시행 보장과 피수용자 재산권 보장이라는 두 측면을 합리적으로 충족할 수 있는 방향으로 토지보상법 개정이 추진되어야 한다.

<표2> 토지보상법상 주요 내용의 문제점과 개선방안

토지보상법 규정	문제점	개선방안
사업인정 의제 사전 협의	1) 협의권자: 중앙토지수용위원회 2) 협의 예외 규정 없음 3) 협의 누락 시 효과 규정 없음	1) 협의권자: 국토교통부장관 2) 협의 생략 가능 사유 명시 3) 협의 누락 시 인·허가는 유효하나 변경 인·허가 시 협의하거나 별도로 사업인정 받도록 명시
재결신청 기간	사업인정 고시 후 1년 이내에 수용재결을 신청하여야 하나, 개발사업법에서 사업기간 내로 연장할 수 있는 특례 규정을 두고 있음	개발사업법에서 특례 규정을 둘 수 있더라도 이를 제한할 수 있는 일반 규정을 둬으로써 재결신청 기간을 무제한적으로 연장하는 것을 방지
물건 보상	이전비 보상이 원칙	물건의 가격 보상을 원칙으로 전환하고, 물건의 가격은 원가법을 원칙으로 하되 건축물의 경우에는 거래사례비교법을 원칙으로 함
행정대집행	행정대집행은 대체적 작위의무에만 적용되므로 건축물 등의 점유자의 점유를 풀려면 인도소송이 필요함	인도의무 위반에 대한 직접강제 규정을 신설하고, 이행강제금 제도를 신설
토지 및 물건 조사 거부	토지 및 물건 조사 거부로 감정평가가 적시에 이루어지지 못함	토지 및 물건 조사 거부 시 사업시행자가 토지 및 물건 조사서를 임의 작성할 수 있는 근거를 마련(다만, 조서의 내용이 진실과 다르다는 것이 입증되면 이의 제기 가능)
이주대책과 생활기본시설	생활기본시설 설치비용 차감 항목과 비용 산정방법 불분명	통상적인 공급가격에서 이주정착금 상당의 금액만 차감하도록 명시
주거이전비 지급 시기	주거이전비 지급 시기에 대한 규정 없음	협약계약에서 정하는 시기 또는 수용의 시기 전까지 지급하도록 하되, 수령 후 미이전 시 이행강제금 부과
불법 건축물 보상	명시적 규정은 없으나 사업인정고시 전 불법 건축물은 보상	사업인정 고시 또는 공익사업에 대한 공람 공고 전의 불법 건축물에 대한 손실보상 제외 규정 명시

투고일 2023. 2. 24. 심사완료일 2023. 3. 6. 게재확정일 2023. 3. 13.

## 참고문헌

- 김동희, **행정법II**(제14판), 박영사, 2008.
- 김중보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018.
- 맹신균, **도시 및 주거환경정비법 해설**(제5판), 법률&출판, 2020.
- 박군성, **행정법강의**(제19판), 박영사, 2022.
- 강신은, “정비사업에 있어서의 이주대책에 관한 법적 고찰”, **중앙법학** 제12집 제3호(2010. 9.)
- 김중보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, **행정법연구** 제17호(2007.6.)
- 길준규, “토지보상법 시행 20주년의 의의와 손실보상제도의 개선방안”, **토지공법연구** 제100집(2022. 11.)
- 조태제, “행정집행제도의 문제점과 그 개선방안”, **법조** 제53권 제10호(2004. 10.)
- 최종권/강신은, “지장물에 대한 보상과 철거의 법적 쟁점”, **중앙법학** 제17집 제3호(2015. 9.)
- 허강무, “공익사업의 공익성 강화를 위한 입법정책 개선방안”, **가천법학** 제11권 제4호(2018. 12.)



ABSTRACT

# The system outlined by the “Act on Acquisition of and Compensation for Land and so on for Public Works Projects” and the related legislative improvement plan

Kang, Shin-Eun\*

The “Act on Acquisition of and Compensation for Land and so on for Public Works Projects” (The Land Compensation Act) is a law that integrates the former “Land Expropriation Act” and the “Act on Special Cases Concerning the Acquisition of Public Land and Compensation for Loss,” but its system and main contents are not significantly different from the previous laws. Microscopic revisions have been made occasionally, but no change has been made to the large framework to suit the rapidly changing compensation environment.

Furthermore, approval or permission granted to public projects under the Development Project Act is considered project recognition for expropriation under the Land Compensation Act, and the system outlined under the Land Compensation Act is undermined by increasing special Project Act on the standards and procedures for loss compensation.

Therefore, serious consideration should be paid to how to reasonably coordinate project recognition for the expropriation system under the Land Compensation Act and the project recognition system under the Development Project Act.

Furthermore, regarding compensation for goods, compensation for the price of goods, not compensation for transfer, should be the principle, and the transaction case comparison method should be applied to buildings. To prevent vicarious administrative execution provision from becoming obsolete, the relationship with litigation over evacuation must be reestablished, and institutional improvements must be made in the method of deducting the cost of basic living facilities according to migration measures. It is also necessary to clearly stipulate the timing of payments, such as housing relocation costs, and in relation to the provisions on compensation for losses, excessive entrustment of specific compensation standards and evaluation methods to the “Enforcement Rule of the Land Compensation Act” is highly likely to go against the principle of legal reservation. Therefore, reflection on this is necessary.

Because the Land Compensation Act must create a fair rule between the project operator and the expropriated, its revision must be promoted in a way that can reasonably satisfy two aspects: guaranteeing the smooth and fast implementation of public projects and guaranteeing the property rights of the expropriated.

**Key words** : Land Compensation Act, public expropriation, project recognition for expropriation, vicarious administrative execution, migration measures

---

\* Korea Land and Housing Corporation, Doctor of Laws



논문 / ARTICLE

# 건축법과 주택법에서의 인허가권자

문제윤\*

## 국문초록

건설행정의 인허가권자를 결정하기 위하여는 국가사무 및 지방자치단체 사무의 성격, 해당 행정행위의 성격, 법적 정당성과 체계적합성 및 행정의 편의와 효율성이 함께 고려되어야 한다.

건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인은 건축물의 출현을 예정하고 있는 대표적인 건설행정행위로, 건축허가는 원칙적으로 기속행위에, 사업계획승인은 재량행위에 해당한다. 건축법상 건축허가권자 및 주택법상 사업계획승인권자와 관련한 규정도 도시계획적 판단의 필요성에 따라 정비되었다. 그 예로 대규모 건축물의 건축허가권자는 그 외의 건축물의 건축허가권자와 다르게 규정되어 있는데, 이는 대규모 건축물의 건축허가의 경우 주택법상 사업계획승인과 마찬가지로 그 외의 건축물의 건축허가에 비하여 행정청이 누리는 도시계획적 재량이 더 커야 함을 보여준다.

준공검사 또는 사용검사는 허가나 승인을 받아 건축된 건축물이 허가(승인)사항대로 건축되었는지 여부를 확인하여 이를 사용, 수익할 수 있게 하는 법률허가를 발생시키는 확인행위로서 기속행위에 해당한다. 이와 관련하여 건축법은 사용승인권자를 건축허가권자와 일치시키고 있고 주택법은 사업계획승인권자와 준공검사권자를 서로 다르게 규정하고 있는데, 통일적인 규율이 필요한 것으로 보인다. 단순한 확인적 행정행위이자 기속행위인 준공검사권을 서로 다른 단위의 행정청이 나누어 맡을 필요는 건축허가 또는 사업계획승인 단계에 비하여 낮다고 생각하며, 기초자치단체장이 수행하도록 하는 것이 보다 적절하다고 생각한다.

한편 행정청은 건축물 또는 공동주택의 건축 단계에서와 달리 이미 지어진 건축물 또는 공동주택을 관리하는 단계에서 세부적인 관리권을 행사한다기보다는 수동적이고 간접적인 역할을 수행한다. 그럼에도 건축물 및 공동주택 관리 측면에서 행정청이 방향성을 설정하고 감독권을 행사하는 필수적인 역할을 적절하게 수행하기 위하여는 건물 관리 실태를 파악하고 관련 법령을 실정에 맞게 정비할 필요가 있다.

**주제어:** 건축허가, 사업계획승인, 준공검사, 건축법, 주택법, 건축물관리법, 공동주택관리법

## 목차

- I. 들어가며
- II. 건축허가권자와 사업계획승인권자
- III. 준공검사권자
- IV. 건물과 공동주택 관리에서의 행정청
- V. 결론

\* 법무법인(세종), 변호사



 Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230002>

Received: February 27, 2023

Revised: March 07, 2023

Accepted: March 12, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

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

## I. 들어가며

건설행정 영역에서 인허가권자를 누구로 할 것인가 하는 문제는 간단히 정할 수 있는 문제가 아니다. 기본적으로는 국가사무로 정할 것인지 지방자치단체의 사무로 정할 것인지를 결정하여야 하고, 허가, 특허, 확인 등 각각의 행정행위의 고유한 성격도 고려하여야 한다. 어떠한 건설행정행위의 인허가권한을 특정한 지방자치단체의 사무로 정한다고 하더라도, 세월의 변천에 따라 해당 사무를 상위기관에 귀속시킬지 하위기관에 귀속시킬지 하는 판단에 변화가 생길 수 있다. 또한 인허가권자를 누구로 정할 것인가의 문제는 행정의 영역에 있어 가장 실무적인 영역 중 하나이기 때문에 법적인 정당성과 체계적합성 외에도 행정의 편의와 효율성이 함께 고려되어야 하는 부분이기도 하다.

일반적인 건축물의 허가요건 및 허가절차에 관한 법규를 대상으로 하는 건축법과 아파트와 주택단지라는 특수한 건축물을 건설하기 위한 공법규정에 해당하는 주택법<sup>1)</sup>은 가장 대표적인 두 가지 종류의 건설법에 해당한다. 건축법에서의 새로운 건축물의 출현은 행정청의 건축허가를 통하여 이루어지고, 주택법에서의 아파트와 주택단지의 출현은 사업계획승인 절차를 통하여 이루어진다. 또한 건설법의 특성상 허가 및 승인받은 사항대로 공사되었는지를 살펴보는 검사 절차가 공통적으로 필요한데, 이는 건설법에서 행정청이 갖는 주요 역할 중 하나이다.

이하에서는 건축법과 주택법의 주요 인허가인 건축허가·사업계획승인·준공검사의 법적 성질과 함께 인허가권자 관련 규정을 검토하고, 건설행정의 인허가권한이 각 건설행정행위의 성격을 반영하여 서로 다른 행정청에 배분되어 있는지를 살펴보고자 한다. 나아가 최근 들어 그 중요성이 커지고 있는 건축물 및 공동주택 관리에 있어서 행정청의 역할을 부수적으로 살펴보기로 한다.

## II. 건축허가권자와 사업계획승인권자

### 1. 건축허가와 사업계획승인의 법적 성질

#### (1) 원칙적 기속행위·예외적 재량행위로서의 건축허가

건축법은 건축물의 위험방지를 목적으로 국민의 건축할 자유를 제한하는 법률이며, 건축허가제도를 통하여 위험한 건축물의 출현을 방지하는 경찰법으로서의 성격을 가지고 있다.<sup>2)</sup> 이와 같은 허가제도는 자유권의 행사에 관하여 공익적 관점에서 그 행사의 일정한 제한을 가하는 것이므로, 관계법상의 허가요건이 충족된 경우 행정청은 허가를 하여야 할 기속을 받는다.<sup>3)</sup> 건축허가와 관련하여 대법원은 건축허가권자는 건축허가신청이 관계 법규에서 정하는 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 건축허가를 하여야 하고, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다는 입장이다.<sup>4)</sup> 이는 건축과 관련된 비리를 근절하고, 토지소유자에게 투명한 예측가능성을 보장하는 데 기여하기 위함이지만, 건축법이 미처 새로운 위험 상황을 예측해서 허가요건으로 정하지 않는 경우 사회적으로 용인하기 어려운 건축물의 건축을 저지할 수 없다는 한계도 갖게 된다.<sup>5)</sup>

건축법령 및 판례에서는 일정한 종류의 건축허가에 대하여 재량행위의 성격을 인정하고 있다. 먼저 건축법은 특정 용도의 건축물의 건축허가시 주변환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우, 침수 우려가 있는 지역에서 일부 공간을 주거용으로 사용하는 등의 경우 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있는데,<sup>6)</sup> 이는 법률에서 예정하고 있는 재량행위로 해석되는 건축허가라고 볼 수 있다. 또한 건축허가에는 재량행위의 성격을 가진 다수의 인허가들이 의제되고 있으므로 이와 같은 인허가를 수반하는 건축허가 역시 재량행위의 일종으로 보아야 할 것이다.<sup>7)</sup> 대표적인 예로 대법원은 토지형질변경허가의 경우 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 행정청에게 재량권이 부여되어 있으므로 토지형질변경행위를 수

1) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 4면.

2) 김종보, 앞의 책, 111면.

3) 김동희/최계영, 『행정법 I (제26판)』, 박영사, 2021, 295면.

4) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누3038 판결 등.

5) 김종보, 앞의 책, 112면.

6) 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육 환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우, (ii) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제37조제1항제4호에 따른 방재지구(이하 "방재지구"라 한다) 및 자연재해대책법 제12조제1항에 따른 자연재해위험개선지구 등 상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물에 대하여 지하층 등 일부 공간을 주거용으로 사용하거나 거실을 설치하는 것이 부적합하다고 인정되는 경우(건축법 제11조 제4항)

7) 김종보, "건축허가에 존재하는 재량문제", 『행정법연구』 제3호(1998. 10.), 169-170면.

반하는 건축허가를 재량행위라고 보았다.<sup>8)</sup>

재량행위로 해석되어야 하는 건축허가 중 또 다른 사례는 대규모 건축물인데, 백화점 또는 주상복합건축물 등 대규모 시설이 건축되는 경우 건축허가라는 하나의 수단으로 대규모 건축물의 출현이 도시계획에 미치는 광범위한 영향을 통제하여야 하므로 대규모 건축물에 대한 건축허가를 재량행위에 해당하는 것으로 규율할 필요가 있다. 다만 아직 법령 및 판례에서 이를 명시적으로 선언하고 있지 않아 대규모 건축물의 건축허가가 재량행위에 해당하는지 여부는 공백으로 남아 있다.

**(2) 재량행위로서의 사업계획승인**

주택법에 따른 주택건설사업 또는 대지조성사업에는 국토계획법에 따른 개발행위의 허가, 농지법에 따른 농지전용의 허가, 산지관리법에 따른 산지전용허가 등이 의제되며, 필연적으로 토지에 건축허용성을 전면적으로 부여하는 과정이 수반된다. 이와 같이 다수의 필지에 건축허용성을 부여하고, 아파트를 건설할 수 있는 특권을 부여하는 주택건설사업은 다른 개발사업과 유사한 성격을 갖는다.<sup>9)</sup> 나아가 주택법에 따라 승인을 받아야 하는 사업계획에는 단순한 건축물의 건축과 관련된 사항뿐만 아니라 대지의 조건, 부대시설, 복리시설 및 사업비/자금계획과 관련한 내용도 포함하여야 하는데(주택법 시행규칙 제12조 제1항, 별지 제15호 서식), 이는 전형적인 행정계획의 일종으로 다른 개발사업법에서의 도시계획과 유사한 성격을 가진다.<sup>10)</sup> 그러나 신속한 아파트 건설을 위하여 구역지정을 위한 도시계획의 단계를 배제하였던 주택건설촉진법<sup>11)</sup>은 다른 개발사업법들과 달리 자체적으로 구역을 지정하는 기능을 갖지 못하게 되었는데,<sup>12)</sup> 이로 인하여 주택법은 완결적인 개발사업법으로서의 형태를 갖추지 못하게 되었다.

대법원 판례는 적극적으로 사업계획승인이 재량행위임을 인정하고 있다. 그 대표적인 이유로 사업계획승인이 권리나 이익을 부여하는 수익적 행정행위라는 점을 들고 있지만,<sup>13)</sup> 도시계획 측면의 이유로 사업계획 승인을 거부한 경우에도 재량권의 일탈·남용에 해당하지 않는다고 본 다수의 판례에서는 사업계획의 도시계획적 성격을 인정하고 있는 것으로 보인다. 구체적으로는 사업계획의 사전결정의 재량권 일탈·남용 여부를 판단함에 있어 당해 토지의 입지, 건설될 주택단지의 규모, 주위 환경이나 경관과의 조화 등을 고려한 사례가 있다.<sup>14)</sup> 사업계획승인권자는 사업계획의 승인에 있어 법령에 근거가 없는 입지심사 등의 절차를 거치게 하거나 법령에 근거가 없는 사유를 들어서도 거부할 수 있는 것으로 해석된다.<sup>15)</sup> 물론 사업계획 승인처분을 포함하여 그에 부가된 부담에 재량권 남용이나 일탈에 해당하는 하자가 존재하는 경우 이는 위법한 것으로 평가된다.<sup>16)</sup>

**2. 건축허가권자와 사업계획승인권자 규정의 변천**

**(1) 현행법상 건축허가권자 및 연혁**

현행 건축법은 원칙적으로 허가권자를 시장·군수·구청장 및 특별자치시장·특별자치도지사로 정하면서도, 층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물<sup>17)</sup>을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장의 허가를 받도록 정하고 있다(건축법 제11조 제1항). 이와 같은 허가권자 규정을 통하여 건축법이 ‘층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물’을 도시계획적 판단의 필요 정도를 가르는 일종의 기준으로 삼고 있다는 점을 알 수 있다. 여기에선 다시 공장·창고·지방건축물위원회의 심의를 거친 건축물<sup>18)</sup>이 제외되는데, 주민의 일상 생활과 밀접한 시설이 아니거나 이미 도시계획적 판단을 받은 건축물

8) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결 등.  
 9) 김중보, 앞의 책, 753면.  
 10) 김중보, 앞의 책, 753면.  
 11) 2003년 주택법으로 전면 개정되었다.  
 12) 주택법과 구역지정에 관한 상세한 내용은 김중보, 앞의 책, 752면 이하 참고.  
 13) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결.  
 14) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결. 동 판례는 주택사업계획 승인 대상인 당해 토지가 개발제한구역 내의 야산인 모락산 자락에 자리잡고 있어 고층 아파트단지보다는 소규모 주택단지로의 개발이 주위 환경이나 경관과의 조화를 이룰 수 있고, 개설 중인 인접 우회도로에서의 조망을 확보할 수 있다는 점, 주택회사가 사전결정을 신청하기 이전부터 도시계획전문용역업체에 의뢰하여 당해 계쟁 토지 일대를 소규모 주택단지 개발하기 위한 지적고시 작업을 지방자치단체장이 추진하여 온 점 등에 비추어 볼 때 위 회사의 주택건설사업계획사전결정 신청을 불허한 지방자치단체장의 처분은 재량권 일탈·남용이 아니라고 보았다.  
 15) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결 등.  
 16) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누13537 판결. 동 판례는 주택건설사업계획승인처분에 부가한 부담이 그로써 달성하려는 공익의 내용이나 정도에 비하여 그로 인해 입게 되는 사업자의 불이익의 내용 및 정도가 훨씬 심대하여 그 부담 부가행위가 재량권을 일탈하거나 남용하였다고 보았다.  
 17) 연면적의 10분의 3 이상을 증축하여 층수가 21층 이상으로 되거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상으로 되는 경우를 포함한다.  
 18) 특별시 또는 광역시의 건축조례로 정하는 바에 따라 해당 지방건축위원회의 심의사항으로 할 수 있는 건축물에 한정하며, 초고층 건축물은 제외한다.

에 대하여는 새롭게 특별시장이나 광역시장의 판단을 받을 필요가 낮다고 보기 때문인 것으로 보인다. 이하에서는 편의상 층수가 21층 이상이거나 연면적의 합계가 10만 제곱미터 이상인 건축물 중 공장·창고 등 용도에 해당하지 않고 지방건축물위원회의 심의도 거치지 않은 건축물을 ‘대규모 건축물’이라고 부르기로 한다.

대규모 건축물이라고 하더라도 특별시나 광역시에 건축하지 않는 경우 소규모 건축물과 마찬가지로 시장·군수가 여전히 허가권을 보유한다. 다만 절차적인 측면에서 시장·군수가 미리 도지사에게 일정한 서류를 갖추어 사전승인을 신청하여야 한다는 제약은 받는데(건축법 제11조 제2항), 이러한 사전승인은 행정 내부적인 승인에 불과하여 건축주에게 별도의 법적 효력을 가지지 않는 것으로 해석해야 한다.<sup>19)</sup>

대규모 건축물의 경우 허가권자를 별도로 정하는 규정은 1999년 개정 법률에 처음 존재하였고, 20여년간 도시 및 건축 환경이 상당 부분 변경되었음에도 그 당시의 규모 요건이 현재까지도 변경되지 않고 동일하게 유지되고 있다. 건축법에서 층수에 따라 건축물의 종류를 정하는 용어로는 아래와 같이 ‘고층건축물’, ‘초고층 건축물’, ‘준초고층 건축물’ 등이 있는데 초고층 건축물의 경우 지방건축위원회의 심의를 받았다고 하더라도 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다는 규정 외에는 특별히 허가권자를 나누는 데 사용되지는 않고, 주로 피난, 승강기, 공사감리 등에 있어 높은 수준의 안전을 요구하는 규정과 관련된다.<sup>20)</sup>

**<표 1> 고층건축물·초고층 건축물·준초고층 건축물의 분류**

고층건축물 (건축법 제2조 제1항 제19호)	층수가 30층 이상이거나 높이가 120미터 이상인 건축물
초고층 건축물 (건축법 시행령 제2조 제15호)	층수가 50층 이상이거나 높이가 200미터 이상인 건축물
준초고층 건축물 (건축법 시행령 제2조 제15호의2)	고층건축물 중 초고층 건축물이 아닌 것

**(2) 현행법상 사업계획승인권자 및 그 연혁**

현행 주택법상의 사업계획승인권자는 ‘대지면적’ 및 ‘공공성’이라는 두 가지 기준에 의하여 분류되고 있다(주택법 제15조 제1항). 주택법에 의하면, 주택건설사업 또는 대지조성사업으로 해당 대지면적이 10만제곱미터 이상인 경우 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 ‘시·도지사’라 한다) 또는 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시의 시장이 승인권자이고, 10만제곱미터 미만인 경우 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수가 승인권자이다. 즉 특별시와 광역시의 경우 차이가 없지만, 그 외의 지역에서는 광역자치단체장과 기초자치단체장으로 사업계획승인권자가 구분된다. 이와 관련하여 인구 50만 이상의 대도시의 시장에게 승인권한을 부여한 것은 인구 50만 이상의 시의 경우 독립적인 도시형성 및 관리가 가능하여 주택 행정의 자율성과 지역 여건에 대한 적합성을 제고할 필요가 다른 시·군에 비하여 상대적으로 높기 때문에 시·도와 대등한 승인권을 부여하고자 하는 취지이다.<sup>21)</sup> 이는 인구 50만 이상의 대도시의 시장의 경우 자체적인 도시계획적 판단이 가능하다고 보는 것이며, 사업계획승인과 관련한 재량권의 행사를 허락하는 의미가 있다.

사업계획승인권자를 분류하는 주택법의 또 다른 축은 공공성으로, 시행자, 사업지의 성격 및 사업 목적을 고려하여 공공성이 특히 높은 경우 국토교통부 장관으로 하여금 사업계획을 승인하도록 정하고 있다. 이는 이와 같이 공공성이 특히 높은 경우에는 사업계획승인과 관련하여 특정 광역자치단체 또는 지방자치단체에 재량권 행사를 전적으로 맡길 수 없고, 보다 거시적인 차원에서의 도시계획적 판단이 필요하다는 것을 전제하고 있는 것으로 보인다.

공공성은 사업시행자·사업지·사업 목적의 성격 등을 기준으로 판단할 수 있다. 먼저 주택건설사업의 사업시행자 측면에서 국가 및 한국토지주택공사(이하 ‘LH’라 한다)가 시행하는 경우가 이에 해당한다. 또한 시행령에서 정하고 있는 대규모<sup>22)</sup>로 택지개발사업 또는 도시개발사업을 추진하는 지역 중 국토교통부장관이 지정·고시하는 지역에서 주택건설사업을 시행하는 경우와 수도권 또는 광역시 지역의 긴급한 주택난 해소가 필요하거나 지역균형개발 또는 광역적 차원의 조정이 필요하여 국토교통부장관이 지정·고시하는 지역에서 주

19) 김종보, 앞의 책, 121면.

20) 건축법 제50조의2, 건축법 제64조 제3항, 건축법 시행령 제91조의3 제5항 등.

21) 송현진/유동규, 『주택법 해설(제4판)』, 진원사, 2014, 200면.

22) 330만 제곱미터 이상의 규모.

택건설사업을 시행하는 경우는 각각 사업지의 성격 및 사업 목적의 측면에서 공공성이 높은 경우에 해당한다. 마지막으로 국가, 지방자치단체, LH 및 지방공사 등이 단독 또는 공동으로 총지분의 50퍼센트를 초과하여 출자한 위탁관리부동산투자회사<sup>23)</sup>가 공공주택건설 사업을 시행하는 경우가 이에 해당하는데, 이는 시행자 및 사업의 성격 모두 공공성이 높은 경우라고 볼 수 있다.

주택법은 쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있고(주택법 제1조), 주택법에서 해결해야 할 가장 중요한 문제는 주거 부족이다. 주거 부족의 문제는 그 성격상 토지의 합리적 이용과 긴밀하게 연결되고, 집단적인 주거단지로써 아파를 건설하여 일종의 ‘마을’을 만들어 낸다는 측면에서 건축법에 비하여 거시적인 차원의 도시계획적 판단이 중요하다<sup>24)</sup>는 점을 앞서 살펴본 바와 같다. 1973년 제정된 주택건설촉진법에서는 이와 같은 목적이 더욱 두드러지는데, 제정 주택건설촉진법 제1조는 ‘주택이 없는 국민에 대한 계획성 있는 주택의 공급’을 목표로 한다고 정하고 있어, 국가적 차원의 주택 공급에 초점을 맞추고 있다. 따라서 제정 주택건설촉진법 시행 당시부터 주택건설촉진법이 주택법으로 전면 개정 시행되기까지 사업계획의승인권은 건설부장관(현 국토교통부 장관)에 전속하고 있었다.<sup>25)</sup> 이후 2003년 전면 개정 시행된 주택법에서 공공성 기준을 도입하여 공공성이 특히 높은 경우를 제외하고는 시·도지사에게 사업계획승인권이 부여되었고, 이후 2008년 개정에서는 현재의 대지면적 기준을 도입하여 대지면적 10만제곱미터를 기준으로 사업시행권을 분류하게 되었다. 이는 지방자치단체의 건설 행정이 점차 전문화됨에 따라 주거 문제를 해결하는 데에도 지방자치단체의 자체적인 재량권 행사와 도시계획적 판단이 보다 중요해지고 있는 과정을 보여준다.<sup>26)</sup>

### (3) 사업계획승인권한의 위임에 관한 문제

공공성 기준에 의하여 국토교통부 장관에 사업계획승인권이 전속하는 주택건설사업의 경우에도, 국토교통부 장관은 주택법의 권한의 위임 규정을 통하여 시·도지사에게 이를 위임할 수 있다(주택법 제89조 제1항, 동법 시행령 제90조 제2호).<sup>27)</sup> 장관 권한의 위임에 관한 규정은 사업계획승인권이 건설부장관에게 전속하였던 주택건설촉진법 시행 당시에도 존재하였는데, 주택건설촉진법 및 동법 시행령은 건설부장관이 도지사에게 사업계획승인권한을 위임할 수 있다고 정하면서도, 국가·대한주택공사 또는 한국토지개발공사가 아파트지구개발사업시행자로 되는 경우에는 위임할 수 없다고 정하여 현재의 공공성 기준과 유사한 기준에 의하여 위임 가부를 정하고 있었다.

이와 같은 위임은 국가가 행정권한의 일부를 지방자치단체나 그 기관에 위임할 수 있다고 규정한 정부조직법 규정에 근거하고 있다(정부조직법 제6조 제1항). 또한 지방자치법은 지방자치단체의 관할구역 내에서 시행하는 국가행정사무는 법령에 다른 규정이 없으면 당해 자치단체의 장에게 위임하여 행하도록 정하고 있는데(지방자치법 제102조), 현재 행하여지고 있는 위임의 대부분은 이러한 기관 위임이다. 지방자치단체의 고유사무와 마찬가지로 자치단체가 자율적으로 처리할 수 있는 단체위임사무와 달리, 기관위임사무의 경우 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장이 국가기관의 지위에 서게 되어 상급국가기관의 지휘·감독을 받게 된다.<sup>28)</sup> 이러한 기관위임사무의 특성상 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 조례에 의하여 이를 하급행정기관에게 재위임할 수는 없고, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 의하여 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙에 의해서만 재위임될 수 있다고 이해되고 있는데,<sup>29)</sup> 대법원은 구 주택건설촉진법에 따른 사업계획승인권한의 위임에 관하여도 동일한 입장을 밝힌 바 있다.<sup>30)</sup> 즉공공성 기준에 따라 사업계획승인권한이 국가에 전속하는 경우, 주택법 규정을 통하여 지방자치단체에 위임이 가능하다고 하더라도 국가가 지휘·감독권을 행사할 수 있다는 점에서 최종적인 도시계획적 판단의 권한은 국가에 있다고 보아야 할 것이다.

23) 해당 위탁관리부동산투자회사의 자산관리회사는 LH이어야 함.

24) 김종보, 앞의 책, 751면.

25) 이와 같이 사업계획승인권이 장관에게 전속하고 있었다고 하더라도 권한의 위임 자체가 가능하지 않은 것은 아니다. 사업계획승인권한의 위임에 관한 문제는 아래에서 후술하기로 한다.

26) 2008. 3. 28. 일부 개정되어 2008. 9. 29. 시행된 주택법(법률 제9046호)의 개정이유에 의하면, 주택건설사업계획승인 권한 및 감리자 지정권한 등을 시·군 등으로 이양하여, 주택건설사업 인·허가 절차를 촉진하여 민간주택 건설 활성화에 기여하고자 하는 데에 개정 목적이 있다.

27) 다만, 이 경우에도 택지개발사업을 추진하는 지역 안에서 주택건설사업을 시행하는 경우와 국가·지방자치단체 등이 50퍼센트를 초과하여 출자한 위탁관리부동산투자회사가 공공주택건설사업을 시행하는 경우의 사업계획승인권한은 위임할 수 없다(주택법 시행령 제90조 제2호 단서).

28) 김동희, 『행정법Ⅱ(제26판)』, 박영사, 2021, 24면.

29) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결.

30) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결. 동 판례에서 대법원은 입지심의회운영조례안이 규정하는 구 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 건설부장관 소관의 국가사무로서 단체장인 원고에게 위임된 이른바 기관위임사무이고 지방자치단체에 위임된 단체위임사무가 아님이 명백하므로, 위 조례안은 조례로 제정할 수 없는 사항을 규정한 것이어서 조례제정범위에 관한 지방자치법의 규정에 위반되어 위법하다고 보았다.

### 3. 대규모 건축물 건설의 특징과 인허가권자

대규모 건축물의 규모 및 그에 따른 영향을 고려하였을 때 대규모 건축물을 건축하는 개발사업에는 다양한 이해관계자들이 개입하고, 인근 주민의 민원 등 여러 분쟁이 예상되므로 보다 강한 공법적 통제가 필요하다. 대규모 건축물에 대한 공법적 통제의 다른 축으로서는 도시계획적 요소의 고려가 있는데, 구체적인 고려사항으로는 대규모 건축물의 건축을 위하여 여러 대지를 통합하여 하나의 대지가 생겨나면서 복수의 토지단위가 하나로 합쳐질 때의 건축허용성의 문제, 교통영향 및 기반시설의 수용능력 등이 있다.<sup>31)</sup>

대규모 건축물이 주민생활에 미치는 중대한 영향은 건설법이 아닌 타 법의 입법례를 통해서도 알 수 있다. 교육환경 보호에 관한 법률(이하 ‘교육환경법’이라 한다)에서는 건축법 제11조 제1항 단서에 따른 규모의 건축을 하려는 자는 관할 교육감에게 교육환경에 미치는 영향에 관한 평가서를 제출하고 그 승인을 받아야 한다고 정하고 있는데(교육환경법 제6조 제1항 제5호), 이러한 승인제도는 대규모 건축물과 관련하여 단순히 건축물이 안전 및 기능을 갖추었는지 여부뿐만 아니라 도시환경에 미치는 영향을 폭넓게 고려하여야 한다는 점을 잘 보여준다.<sup>32)</sup>

대법원 판례가 명시적으로 대규모 건축물에 대한 건축허가가 재량행위에 해당한다는 점을 선언하지는 않았지만, 대규모 건축물을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 하고 다른 지역에 건축하는 경우에도 도지사의 사전 승인을 받아야 한다는 인허가권자 관련 규정에 이미 대규모 건축물의 경우에도 주택 건설과 같이 광역적인 차원의 도시계획적 조정이 필요하다는 정신이 반영되어 있다. 대규모 건축물의 건축을 통제하는 제도는 경찰법적 성격뿐만 아니라 개발사업법적 성격 및 도시계획법적 성격을 동시에 지니고 있으므로, 대법원의 판례 변경 등을 통하여 대규모 건축물의 건축허가가 재량행위에 해당한다는 점 등이 명시적으로 선언되어야 한다.<sup>33)</sup> 즉 대규모 건축물에 대한 건축허가의 경우 인허가권자 관련 규정 등을 고려하였을 때 그와 규모가 유사한 주택법상의 사업계획승인과 통일적으로 이해할 수 있는 것이다.<sup>34)</sup>

대규모 건축물의 건축을 주택법상 사업계획승인 제도와 건주어 볼 때 헌법상 주거권과 밀접한 관련이 있는 아파트 공급의 공공성을 예컨대 대형 쇼핑물 공급의 공공성과 동일하게 평가할 수는 없다. 대규모 건축물의 건축과 공동주택 건설이 거시적인 측면에서의 도시계획적 판단을 필요로 한다는 점에서 유사하다고 하더라도, 대규모 건축물의 경우 공급의 양(量)적인 측면이 고려되어야 한다는 헌법적 요청의 정도가 낮으므로 도시의 이용·개발 및 보전을 위한 계획 수립이라는 질(質)적인 부분에 좀 더 초점을 맞출 수 있다.

다만 주택법 역시 국가가 주택개발정책 등을 통하여 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다는 헌법적 요청<sup>35)</sup>에서 출발하여 제정되었지만, 그 관심사는 점차 공동주택의 신속한 공급에서 주거복지, 환경, 관리로 옮겨가고 있다. 기존 주택의 리모델링, 유지보수 등에 관한 규정이 다수 정비된 것도 이와 밀접한 관련이 있다. 이는 점차 주택 보급률이 높아짐에 따라<sup>36)</sup> 공동주택의 신속한 공급뿐만 아니라 주거의 질 개선과 주거복지에 관한 요구가 점차 커지는 추세를 반영한 것이고, 주택 정책의 방향 전환이 양(量)에서 질(質)로 나아가고 있음을 잘 보여주는 부분이기도 하다.<sup>37)</sup> 이를 미루어 볼 때 공동주택 건설과 관련하여서도 전에 비하여 점차 섬세하고 다양한 도시계획적 판단의 필요성이 증대되고 있다는 것을 알 수 있고, 대규모 건축물의 건축과 공동주택 건설 간 도시계획적 고려 요소들의 차이점이 점차 줄어들고 있다고도 해석할 수 있다.

## III. 준공검사권자

### 1. 준공검사의 의의

#### (1) 준공검사의 개념과 법적 성질

사전적 의미의 준공이란 “공사의 완료”를 의미하므로, 준공검사는 “공사의 완료에 대한 검사”로 이해할 수 있다. 건설법에서는 준공검사, 사용승인 및 사용검사가 큰 구분 없이 혼용되어 사용되고 있는데,<sup>38)</sup> 절차적으로는 건축주가 건축물의 사용을 위한 감리완료보고

31) 김중보, 앞의 책, 113면.

32) 법제처 법령해석(안건번호 17-0145, 회신일자 2017. 5. 24.)

33) 김중보, 앞의 책, 114면.

34) 김중보, 앞의 책, 114면.

35) 헌법 제35조 제3항

36) 인구 1,000명당 주택수는 1995년 214.5호에서 2021년 423.6호로 증대되었다(국토교통부, 「주택보급률」)

37) 송현진/유동규, 앞의 책, 4면.

38) 연혁적으로는 1995년 건축법 개정 이전에는 사용승인절차가 준공검사 또는 사용검사라는 확인행위를 통해 이루어져 왔고, 사용검사라는 표현은



서 등을 첨부하여 관할 행정청에 승인을 얻는 절차라는 점에서 동일하고, 그 법적 성격 등에 있어서도 실질적인 차이는 없다.<sup>39)</sup> 다만, 준공검사라고 하면 공사의 완료를 검사한다고 측면에서 과거지향적인 성격이 있는 반면, 사용검사는 장래를 향한 적합성 검사의 성격이 있고, 사용승인까지 나아가면 공사완료에 대한 검사라는 측면보다 장래를 향한 행정청의 승인의 의미가 부각된다는 정도의 차이가 있다.<sup>40)</sup> 사용승인의 경우 준공검사의 확인적 성격에 더하여, 건축물의 사용에 대한 행정청의 명시적인 허락까지 포함하는 것으로 볼 수 있는 것이다.<sup>41)</sup> 이상과 같이 섬세하게 살펴보면 각 제도의 성격에 일부 차이가 있으나, 이하에서는 준공검사, 사용승인 및 사용검사를 포괄하는 용어로 강학상 “준공검사”라는 용어를 사용하기로 한다.

준공검사는 건축허가를 받아 건축된 건축물이 “건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가 여부를 확인”하고 준공검사필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 “건축한 건축물을 사용·수익할 수 있게 하는” 법률효과를 발생시킨다.<sup>42)</sup> 이는 특정한 사실 또는 법률관계에 관하여 의문이 있는 경우에 공적 권위로서 판단하는 준법률행위적 행정행위 중 확인행위로, 일정한 사실 또는 법률관계의 존부 또는 정당성이 객관적으로 확정되는 경우, 행정청은 확인을 하여야 하는 기속을 받는 기속행위이다.<sup>43)</sup> 준공검사는 건축허가와 독립된 별개의 처분이지만 건축허가에 종속적인 관계로 볼 수 있는데, 허가관청은 특단의 사정이 없는 한 건축허가내용대로 완공된 건축물의 준공을 거부할 수 없고, 건축허가 자체에 건축관계법령에 위반되는 중대한 하자가 있는 경우에 한하여 건축허가를 취소할 수 있고, 준공검사도 거부할 수 있다고 보았다.<sup>44)</sup> 이와 같은 준공검사의 종속성으로 인하여 건축허가사항의 범위 내에 준공검사가 머무는 한 이를 다투고자 하는 이웃은 준공검사에 대한 취소소송이 아닌 건축허가 취소소송으로 다투어야 한다.<sup>45)</sup>

## (2) 주택법상 준공검사 제도(사용검사)

1970년대의 주택건설촉진법은 독립적인 준공검사 제도를 두고 있지 않았다. 1980년에 개정된 주택건설촉진법에서 건축법의 규정에 의한 준공검사 또는 중간검사를 하는 때에는 주택 및 그 부대시설과 복리시설의 설치에 관한 사항을 검사하여야 한다고 규정하여 처음으로 준공검사를 언급하였으나 여전히 건축법상의 준공검사 제도에 의존하고 있었다. 다만, 1980년 개정 법률은 주택건설촉진법상 사업계획의 승인을 얻어 건설하는 주택에 대하여는 부대시설과 복리시설에 대한 준공검사도 하여야 한다고 정하고 있어 건축법상 준공검사와의 차이를 처음으로 언급하였다. 이후 1981년 개정 법률에서는 주택건설사업 중 건축물에 대하여는 건축법에 의한 준공검사를 받고, 대지조성사업과 부대시설 및 복리시설의 경우 시행령이 정하는 바에 의하여 준공검사를 받아야 한다고 정하여 건축법에 의하여 준공검사를 받는 대상과 주택건설촉진법에 의하여 준공검사를 받는 대상을 이원화하였다.

1994년 개정 법률에서 비로소 주택건설사업 또는 대지조성사업의 완료시 주택·부대시설·복리시설 및 대지에 대하여 시행령에 따라 사용검사를 받아야 한다고 규정함으로써 주택법령은 건축법상 준공검사 제도에 의존하지 않고 주택건설촉진법의 독자적인 준공검사 제도를 마련하게 되었다. 주택건설촉진법은 사용검사를 받은 경우 건축법의 규정에 의한 사용검사를 받은 것으로 본다는 의제 조항을 함께 두었으며, 사용검사권자는 시장·군수·구청장이었다. 2003년 주택건설촉진법이 주택법으로 전면 개정됨에 따라 사용검사권자는 원칙적으로 시장·군수·구청장으로 정하되, 사업계획승인권자가 건설교통부장관인 경우 건설교통부장관에 의하여 사용검사를 받도록 하는 조항을 두게 되었다.<sup>46)</sup> 2003년 전면 개정된 주택법에서 준공검사와 관련한 내용이 정비된 이후 현행 주택법까지도 준공검사 관련 규정은 크게 변경되지 않았다. 한편 주택법에서 사용검사라는 명칭을 사용하게 된 것은 특별한 이유가 있어서는 아니고, 1994년 개정 주택건설촉진법에서 독자적인 준공검사 제도를 마련할 당시 건축법에서 준공검사 또는 사용승인이라는 용어가 아닌 사용검사라는 명칭을 사용하고 있던 시기였기 때문인 것으로 보인다.

1991년 개정에 의해 채택된 용어이며, 그 이전에는 준공검사라고 하는 표현이 건축법 제정 당시인 1962년 이후 일반적으로 사용되고 있었다. 김종보, 앞의 책, 150-151면.

39) 송현진/윤동규, 앞의 책, 479면

40) 김종보, 앞의 책, 151면

41) 김종보, 앞의 책, 151면

42) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두15283 판결 등

43) 김동희/최계영, 앞의 책, 304면-305면

44) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누5358 판결 등. 동 판례는 허가관청이 당초 도시계획사업에 의거하여 택지를 수용하여 주겠다고 하면서 주택의 건축을 지시하였다가 일방적으로 도시계획사업을 취소하였고, 그 후에도 공유자 3분의 2 이상의 사용 승낙을 받으면 준공검사를 해 주겠다고 약속하였으며, 주택의 대지 353㎡ 중 약 5㎡만 소유권을 확보하지 못하고 있는 사안에서, 건축허가를 취소한다거나 건축허가에 하자가 있다는 이유로 준공검사를 거부한다면 그로 인하여 건축주가 입게 될 불이익이 건축행정상의 공익 및 대지 소유자의 불이익에 비해 월등히 클 뿐만 아니라 신뢰의 원칙에도 위배되는 결과가 되므로 허용될 수 없다고 보았다.

45) 김종보, 앞의 책, 153면

46) 한편, 2003년 전면개정된 주택법은 사용검사 대상을 ‘주택 또는 대지’로만 정하고 있으나, 해당 조항의 ‘주택’에는 부대시설 및 복리시설이 포함된다(2003년 전면개정 주택법 제22조 제1항 참고).

## 2. 사용승인권자와 사용검사권자 규정의 검토

### (1) 건축법상 사용승인권자

건축법상 사용승인권자는 건축허가권자와 일치한다. 즉 일반적으로는 시장·군수·구청장 또는 특별자치시장·특별자치도지사가 사용승인권자에 해당하고, 대규모 건축물을 특별시나 광역시에 건축하는 경우 특별시장이나 광역시장이 사용승인권자에 해당한다. 준공검사가 확인행위라는 점과 건축허가에 종속적인 행정행위라는 점을 고려하면 건축허가권자가 준공검사권을 갖는 것은 자연스럽게 느껴진다. 특히 준공검사에서는 (i) 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지 여부, (ii) 감리완료보고서, 공사완료도서 등의 서류 및 도서가 적합하게 작성되었는지 여부 등 기계적이고 전문적인 부분을 살펴본다는 점에서 건축허가 내용을 가장 잘 알고 있는 행정기관이 준공검사 업무를 수행하는 것이 타당하다.

한편 건축법상 대규모 건축물의 경우 그 허가에 있어 건축물의 위험방지라는 목적 외에 도시계획적 재량이 요구됨에 따라 특별시장이나 광역시장에게 건축허가권이 부여된 것인데, 대규모 건축물에 대한 준공검사의 경우에도 건축허가권자가 담당하도록 하여야 하는지에 대하여는 의문이 있다. 대규모 건축물의 건축허가 과정에서 행정청의 도시계획적 판단과 재량 행사가 이미 반영되었으므로, 그 내용에 따라 완공된 대규모 건축물의 준공검사는 건축법의 주요 목적인 건축물의 위험방지에 있다는 점에서 다른 건축물들과 차이가 없다. 따라서 대규모 건축물이라고 하더라도 준공검사권한은 광역자치단체장이 아닌 해당 대규모 건축물의 관할 기초자치단체장이 보유하고 규정하는 것도 어색하지 않다. 다만 건설법의 인허가권자를 정하는 문제에는 행정의 효율성과 편의성도 충분히 고려되어야 하므로 건축허가권한을 가진 행정기관이 준공검사권한을 행사하는 현행 규정도 합리적인 측면이 있다.

### (2) 사업계획승인권자와 사용검사권자

주택법상 주택의 사업계획 승인은 행정청의 도시계획적 판단과 재량 행사를 전제로 한다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그런데 주택법은 사업계획승인권자와 준공검사권자를 일치시키고 있지는 않다. 주택법이 사업계획승인권한을 대지면적을 기준으로 시·도지사 또는 대도시의 시장과 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수로 나누고 부여하고 있는 것에 반하여, 준공검사권한은 시장·군수·구청장에 통일적으로 귀속시키고 있다. 대규모 건축물의 경우와 마찬가지로, 주택의 건설에 개발사업법에서 요구되는 계획재량이 결부되어 있다고 하더라도 이는 사업계획 승인 단계에 한정되어야 하는 것이고, 확인적 행정행위인 준공검사의 단계에서는 행정청의 재량권 행사를 전제할 필요가 없다.

주택법은 이러한 취지로 사업계획승인권자와 준공검사권자를 구분하여 규정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 그와 동시에 사업주체가 국가 또는 LH인 경우, 택지개발사업 또는 도시개발사업을 추진하는 지역에 주택건설사업을 시행하는 경우 또는 긴급한 주택난 해소나 지역균형개발 또는 광역적 차원의 조정이 필요한 경우 등 특별한 공공성으로 인하여 도시계획적 판단의 중요성이 높은 주택건설사업의 경우에는 또 다시 국토교통부장관이 준공검사권한을 갖는다고 규정하고 있는데, 이는 대지면적 기준에 관계 없이 준공검사권한을 기초자치단체장에게 부여하는 것으로 일원화한 것과 상충되는 태도를 보인다.

### (3) 규정의 통일 필요성

공동주택과 공동주택이 아닌 건축물에 대한 건설 허가 과정에서는 건축물의 목적 및 규모에 따라 서로 다른 도시계획적 판단이 필요하고, 건축허가권자 또는 사업계획승인권자 규정도 이에 따라 분류할 필요가 있다. 그러나 준공검사 제도에 있어서는 주택과 주택이 아닌 건축물에 대한 준공검사의 법적 성질을 분류할 필요가 크지 않고, 앞서 살펴본 것과 같이 주택법상 사용검사 제도는 그 연원을 건축법상 준공검사 제도에 두고 있다. 따라서 상대적으로 일원적인 성격을 가진 준공검사권자에 관련한 규정을 반드시 건축허가권자 또는 사업계획승인권자에 관한 규정과 일치시킬 필요는 없다고 본다.

대규모 건축물의 건축과 공동주택의 건설은 모두 도시계획적 성격을 가지고 있으므로 행정청은 건축허가 또는 사업계획승인을 통하여 적극적으로 재량을 행사하여야 한다. 그러나 허가 또는 승인받은 사항대로 건축행정목적에 적합한가 여부를 살펴보는 것에 목적이 있는 준공검사 과정에서 행정청은 건축물의 성격과 관계없이 제반 사실에 대한 전문적이고 기술적인 판단만을 하여야 한다. 또한 준공검사가 기속행위이자 확인적 행정행위에 해당한다는 점을 고려하면 행정청이 이를 넘어서는 역할을 수행하는 것이 오히려 부적절한 것으로 생각한다. 이러한 기능은 대부분의 경우 기초자치단체에서도 충분히 수행할 수 있을 것이다. 따라서 대규모건축물이나 특별한 공공성을 가진 주택건설사업의 경우에도 준공검사권한은 기초자치단체에 전속하도록 통일적으로 규율하는 것이 보다 적절한 것으로 생각한다.

## IV. 건물과 공동주택 관리에서의 행정청

### 1. 건축물 관리와 행정청의 역할

건축물과 관련한 위험방지를 실현하기 위하여는 건축법상 허가요건들을 충족하는 안전한 건축물을 건축하는 것뿐만 아니라 이미 건축한 건축물을 유지관리하는 것과 안전하게 철거하는 것도 매우 중요하다. 이에 2019년 건축법에 산재하던 건축물 관리에 관한 규정들이 건축법으로부터 분리되어 건축물관리법이 제정되었는데, 건축물관리법의 주된 목적은 건축물의 안전을 확보하고 그 사용가치를 유지·향상하기 위하여 필요한 사항을 정하여 건축물을 과학적이고 체계적으로 관리함으로써 국민의 안전과 복리 증진에 이바지하는 데에 있다.<sup>47)</sup> 건축물관리법은 구체적으로 건축물의 관리 체계를 건축물관리 기반 구축·건축물관리점검 및 조치·건축물의 해체 및 멸실·건축물관리 지원 등으로 나누어 규율하고 있다.

건축물관리법에서 건축물의 관리책임을 부담하는 주체는 원칙적으로 건축물의 관리자이며, ‘관리자’란 원칙적으로 관계 법령에 따라 해당 건축물의 관리자로 규정된 자 또는 해당 건축물의 소유자를 말하고, 소유자와 관리계약 등에 따라 건축물의 관리책임을 지는 자 역시 관리자로 본다(건축물관리법 제2조 제2호). 건축물의 관리자는 건축물관리계획을 수립하고 적시에 검토할 책임, 관계 법령에 적합하게 건축물을 유지·관리할 책임, 정기점검 및 안전진단을 실시할 책임, 건축물에 대하여 사용제한·사용금지·해체 등의 조치를 취할 책임 등을 모두 부담한다. 즉 건축물 관리의 일차적인 책임은 법령 또는 사법적 관계에 의하여 관리자가 된 자에 있다고 볼 수 있다.

건축물 관리에 있어 행정청은 사전적·사후적으로 감독 권한을 행사한다고 볼 수 있는데, 건축주가 건축물관리계획을 수립하여 건축허가권자에게 제출하는 규정(건축물관리법 제11조 제1항), 긴급한 경우 행정청이 건축물의 관리자에게 건축물의 구조안전, 화재안전 등을 점검하도록 요구할 수 있는 규정(동법 제14조 제1항), 건축물에 중대한 결함이 발생한 경우 등에 있어 행정청이 관리자에게 안전진단을 실시할 것을 요구할 수 있는 권한(동법 제16조 제2항) 등이 이에 해당한다. 즉 건축물관리법은 건축물의 관리 책임을 개별적인 건축물의 관리자에게 맡기는 것을 원칙으로 하되, 건축물의 안전에 중대한 영향이 발생할 것이 우려되는 경우 점검 요구 등을 할 수 있는 감독 권한은 행정청이 가지는 것으로 정하고 있다.

### 2. 공동주택 관리와 행정청의 역할

건축물관리법의 제정 이전인 2015년에 주택법에 부속되어 있던 공동주택에 관한 규정이 주택법으로부터 분리되어 공동주택관리법이 제정되었다. 이러한 공동주택관리법의 제정은 주택법을 통한 아파트 공급의 결과 국민의 약 70퍼센트가 공동주택에 거주하게 되었으나, 아파트들 중 대다수가 시간이 흐름에 따라 노후화되었고, 공동주택의 관리비, 사용료, 장기수선충당금 등 공동주택 관리에 관련된 비용도 연간 11조 6천억원에 이르는 등 공동주택 관리의 중요성이 커지고 있는 상황을 반영한 것으로 보인다.<sup>48)</sup> 공동주택관리법은 모든 소유자가 아닌 각 동별 대표 몇 명만으로 입주자대표행위를 구성하도록 하고 있고, 이들에게 아파트관리권을 부여하고 있는데(공동주택관리법 제14조), 이는 공동주택의 소유권을 모두 모으면 주택단지의 관리권이 도출할 수 있다는 민사적 사고와는 배치되는 것이며, 공법에 의하여 아파트관리권을 갖는 주체를 창설하고 있는 규정이다.<sup>49)</sup>

건축물 관리와 마찬가지로 공동주택의 관리에 있어서도 행정청은 세부적인 관리권을 행사한다기 보다는 공동주택 관리의 큰 방향성을 설정하고 감독권을 행사하는 정도의 역할을 담당한다. 대표적으로 입주자등이 해당 공동주택의 관리방법을 결정한 경우에는 이를 행정청에 신고하여야 하고(공동주택관리법 제11조 제3항), 행정청은 입주자대표회의의 구성원에게 입주자대표회의의 운영과 관련한 교육을 실시하며(동법 제17조 제1항), 공동주택의 관리 또는 사용에 관하여 준거가 되는 관리규약의 준칙을 정하는 역할(동법 제18조 제1항) 등을 수행한다. 공동주택관리법은 사업계획승인을 얻어 건설된 공동주택을 전면철거 후 재건축하기 전까지는 공동주택관리법 제35조의 규정에 의한 허가를 받거나 신고하도록 규정하고 있다. 이와 같은 행위허가 및 신고는 공동주택의 관리차원에서 건축물의 일부에 대한 공사를 별도 절차를 통하여 통제하는 데 그 목적이 있으며,<sup>50)</sup> 공동주택 관리에 있어 행정청의 가장 중요한 역할 중 하나라고 볼 수 있다.

공동주택 건설의 경우 행정청이 전면적으로 나설 필요성이 있지만 그 관리는 사적 소유권의 문제와 밀접한 관련이 있어 행정청은 현

47) 2019. 4. 30. 건축물관리법(법률 제16416호) 제정 이유.

48) 2015. 8. 11. 공동주택관리법(법률 제13474호) 제정 이유.

49) 김종보, 앞의 책, 767면.

50) 김종보, 앞의 책, 775면.

행 법령처럼 간접적이고 사후적인 역할을 수행할 수 밖에 없다. 다만 공동주택과 관련하여서는 공동주택의 적절한 관리가 국민의 주거 권 향상과 밀접한 관련이 있고, 규제의 중점이 주택공급에서 주택관리로 이동하고 있다는 점을 고려하였을 때 국가 및 지방자치단체의 공동주택 관리 기능도 보다 강화되어야 한다. 예컨대 공동주택관리법 시행령 제31조 제3항 후단은 장기수선충당금의 적립금액과 관련하여 국토교통부 장관이 주요시설의 계획적인 교체 및 보수를 위해 최소 적립금액 기준을 정해 고시하는 경우에는 그에 맞아야 한다고 규정하고 있으나, 해당 고시가 제정되지 않아 실제로는 공동주택 관리현장에서 옆 단지의 적립단가를 감안하여 장기수선충당금의 적절한 적립단가가 결정되고 있는 실정이다.<sup>51)</sup> 행정청의 간접적인 공법적 통제에 있어 공동주택 관리의 현황 파악과 적절한 법령 정비가 요구되는 시점으로 보인다.

## V. 결론

주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정하여 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지하는 것을 목적으로 하는 주택법은 건축물의 위험 방지를 주된 목적으로 하는 건축법에 비하여 도시계획적 성격을 강하게 가지고 있으며, 일단의 토지에 건축 허용성을 부여한다는 점에서 개발사업법적 성격도 가지고 있다. 이러한 사업계획승인과 관련하여 행정청은 광범위한 도시계획적 재량을 누리게 된다. 그런데 건축법에 따라 건축되는 대규모 건축물의 경우에도 여러 대지를 합병하여 건축하는 경우가 빈번하고 주변의 교통 수요 및 생활 환경에 미치는 영향이 상당하다는 측면에서 점차 도시계획적 재량 행사의 요구가 커지고 있다. 건축법의 건축허가권자 또는 주택법의 사업계획승인권자는 이와 같은 도시계획적 판단의 필요성에 따라 규정되고 있다. 다만 이를 명확하게 하기 위하여 법령이나 판례를 통하여 주택 건설 및 대규모 건축물의 건설과 관련한 도시계획적 재량을 보다 명확하게 선언하는 것이 필요해 보인다.

주택법은 제정 당시에는 독자적인 준공검사 제도를 가지고 있지 않았고, 건축법의 준공검사 제도에 의존하고 있었다. 그러나 주택의 준공 검사시 주택 자체뿐만 아니라 부대시설과 복리시설을 검사할 필요가 발생하였고, 처음에는 준공검사의 대상을 부대시설과 복리시설로 확대 하였다가 결국 주택법 독자적인 준공검사 제도를 마련하게 되었다. 이러한 과정에서 주택법은 도시계획적 판단의 필요성이 큰 정도에 따라 사업계획승인권자와 마찬가지로 사용검사권자도 분류하게 되었고, 건축법의 사용승인권자와 허가권자가 동일한 것과 달리, 사업계획승인권자와 사용검사권자가 달라지는 경우도 발생하게 되었다. 다만, 단순한 확인적 행정행위이자 기속행위인 준공검사권을 서로 다른 단위의 행정청이 나누어 맡을 필요는 건축허가 또는 사업계획승인 단계에 비하여 낮다고 생각하며, 기초자치단체장이 수행하도록 하는 것이 보다 적절하다고 생각한다.

투고일 2023. 2. 27. 심사완료일 2023. 3. 7. 게재확정일 2023. 3. 12.

51) 한대철 장기수선기술원 본부장, “장충금 적정한 적립단가 산정해야”, 한국아파트신문, 2021년 9월 13일자, <https://www.hapt.co.kr/news/articleView.html?idxno=153450>

## 참고문헌

김동희/최계영, **행정법 I** (제26판), 박영사, 2021.

김동희, **행정법II** (제26판), 박영사, 2021.

김종보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018.

송현진/유동규, **주택법 해설** (제4판), 진원사, 2014.

김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, **행정법연구** 제3호(1998. 10.).

한대철 장기수선기술원 본부장, “장충금 적정한 적립단가 산정해야”, **한국아파트신문**, 2021년 9월 13일자.

ABSTRACT

## The Authority in the Building Act and the Housing Act

Moon, Jeyoon\*

In determining who holds authority in administrative areas related to construction, the nature of state and local government affairs, the nature of administrative acts, and legal legitimacy, compatibility with the legal system and convenience and efficiency of administration should be considered together.

Building permits under the Building Act and the approval of project plans under the Housing Act are two representative administrative acts related to the emergence of buildings. A building permit is a binding act in principle, whereas the approval of project plans is a discretionary act. Regulations regarding the permitting or approving authority under the Building Act and Housing Act have been organized according to the level of urban planning discretion. For instance, the permitting authority for large-scale buildings is different from that for other buildings; this shows that the administrative agency should show greater discretion regarding building permit for large-scale buildings.

Completion inspection or use inspection is a binding act for checking whether a building built with permission or approval has been constructed in accordance with such permission (approval); it has a legal effect that allows the owner to use buildings. Unity of regulations is necessary because the permitting authority and the person authorized to conduct the completion inspection are the same under the Building Act, whereas the approving authority and the person authorized to conduct the use inspection are different under the Housing Act. It seems more appropriate for the elementary local government to hold authority over completion inspection, which is a simple confirmatory administrative act and a binding act.

Unlike in the construction stage of buildings or multifamily housing, the administrative agency plays a passive and indirect role in the management stage. Nevertheless, for the administrative office to play an essential role in setting direction and exercising supervisory authority in terms of the management of buildings and multifamily housing, it is necessary to organize relevant laws and regulations to reflect the actual conditions of management.

**Key words :** building permit, approval of project plans, completion inspection, Building Act, Housing Act, Building Management Act, Multi-family Housing Management Act

---

\* SHIN & KIM LLC., Attorney

논문 / ARTICLE

## 감리자 지정의 법적 성격과 감리자의 역할

백민주\*

### 국문초록

감리자는 건축주, 설계자, 시공자와 함께 건축관계자 중 하나이다. 건축물의 완성을 위하여 설계도서를 검토하고 건축물이 설계도서대로 시공되는지 여부를 관리 및 감독한다. 감리제도는 연혁적으로 인·허가권자의 직접 관리 감독 권한에서부터 시작되어 이후 국가가 건축사 등 일정 자격을 부여한 전문성을 갖춘 자가 전문적, 배타적으로 수행하는 업무로 변경되었다. 이후 주요 안전사고가 발생할 때마다 제·개정을 반복하며 발전하여 왔다. 시장의 필요 보다는 공익적 요청이 그 발전의 동력이 되었다.

원칙적으로 감리자 선정은 건축주의 계약 체결의 자유 영역에 해당한다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 그것이 공중의 안전에 미치는 영향을 고려해 사업계획승인권자가 감리자를 지정하고, 건축주로서 하여금 그 감리자와 계약을 체결하도록 강제하고 있다. 이는 감리계약을 해석하는 데 있어 민법상 위임계약에 관한 일반적 해석을 제한하는 근거가 된다. 이 같은 공법적 개입은 최근 건축법상 건축허가 대상 건축물 중 분양을 목적으로 지어지는 건축물에 관하여 까지 확대되고 있다.

감리자는 전체 시공 과정을 관리, 감독 하면서 시공자에 대하여 시정 또는 재시공 요청을 하거나, 공사 중지 요청을 할 수 있다. 관련 법령은 감리자 지위를 보장하기 위하여 위 권한 행사로 불이익을 줄 수 없도록 하고 있다. 그 밖에도 건축법에서는 사용승인에 앞서 감리비 지급 여부를 확인하는 등 각종 제도적 장치를 마련하고 있다.

이 같은 각종 제도적 장치는 궁극적으로 공익적 필요에 의한 것이지만 다른 한편으로는 감리제도의 취약한 운영 현실을 반영한다. 건설사업관리는 건설기술진흥법에 의하여 공공 분야에 도입되어 민간 분야에까지 자율적으로 확대되고 있다. 이는 견제에 초점이 맞춰져 있던 기존의 건축주와의 관계가 상호 협력으로 변화되는 흐름을 보여준다. 또한, 감리자의 전문성 함양을 통한 자율적 통제로의 개선 가능성을 시사한다.

**주제어:** 감리제도, 감리자, 건설사업관리, 감리자 지정, 감리계약

### 목차

- I. 서론
- II. 감리제도의 의의와 연혁
- III. 감리자 지정과 감리계약과의 관계
- IV. 감리자의 역할과 다른 건축관계자들과의 관계
- V. 결론

\* 변호사, 주식회사 종합건축사사무소동일건축 법무팀 팀장



 Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230003>

Received: February 24, 2023

Revised: March 07, 2023

Accepted: March 11, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.



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

## I. 서론

감리자는 건축주, 설계자, 시공자와 더불어 건축법상 건축관계자 중 한 축을 구성한다. 건축물의 완성을 위하여 설계자가 작성한 설계도서를 검토하고, 시공자가 설계도서대로 시공하는지 여부를 관리, 감독하는 것을 주된 역할로 한다. 종종 건설 현장 안전사고나 부실공사 문제가 대두될 때마다 거론되고는 하지만 다른 건축관계자들에 비하여는 비교적 그 역할과 사회적 필요성에 관한 인식은 미미하다. 다른 산업에 비하여 관계 법령에서 정하고 있는 역할과 실제 운영되고 있는 현실 사이에 간극도 큰 편이다.

감리제도를 규율하는 법령은 건축물과 관련된 주요 안전사고가 발생할 때마다 제·개정을 거듭해 왔다. 그 과정에서 건축물의 규모와 종류, 특히, 그것이 공중에 미치는 정도에 따라 감리자 선정 방법과 감리원의 배치 여부 및 정도가 다원화 되었고, 이에 관한 규율이 건축법, 주택법, 건설기술 진흥법에 산재되어 있다. 감리제도의 실효성을 위하여 다른 산업에서는 보기 힘든 공적 개입 수단도 종종 보여진다. 그럼에도 현장에서 감리자의 지위는 모호한 경우가 많고, 역할 또한 공사의 종류나 구체적인 현장 상황에 따라 소극적인 정도로 제한되고는 한다. 그 연혁을 통하여 감리제도의 변화 과정을 살펴보고, 구체적인 역할을 살펴봄으로써 그 제도적 특성과 현행법상 감리자의 지위와 역할을 확인할 필요가 있다.

한편, 사적자치의 원칙에 따른 계약자유의 원칙에 의하면 원칙적으로 건축주가 직접 감리자를 선정하여 계약을 체결함으로써 비로소 각 건축관계자가 개별적 지위를 갖는다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 다른 건축관계자들과 다르게 감리자는 그 선정 단계에서부터 사업계획승인권자가 개입하고 있다. 그리고 최근 건축법은 건축허가 대상 건축물 중 일정 건축물에 관하여는 허가권자가 직접 그 선정 단계에서부터 개입하도록 개정하였다. 이는 건축주의 계약 체결의 자유, 특히, 당사자 선정의 자유를 제한하는 것이다. 이처럼 건축주로 하여금 계약 체결을 강제하는 인·허가권자의 감리자 지정의 법적 성격은 무엇인지 살펴보고자 한다.

이에 아래에서는 감리 제도의 탄생 및 변천 과정을 살펴보고(II), 또한, 건축물의 규모와 종류별로 다르게 규정하고 있는 감리자 선정 방식을 살펴보고, 특히, 주택법상 감리자 지정의 법적 성격을 그 심사요소와 함께 살펴봄으로써 그것이 감리계약과 어떤 관계를 갖는지 알아본다(III). 마지막으로 그에 따라 형성된 감리자의 구체적인 역할과 방법을 이해하며, 다른 건축관계자들과 감리자 간 관계에서 보여지는 특성을 살펴봄으로써 그 제도적 특성과 발전방향을 모색해 본다(IV).

## II. 감리제도의 의의와 연혁

### 1. 의의

일련의 건축물의 시공 과정에서 발생하는 각종 안전사고나, 그 완성 이후까지 지속되는 부실시공 등의 문제는 공공의 안녕 또는 질서에 큰 영향을 미치고는 한다. 이에 건축법은 건축주의 건축할 권리를 제한하는 법률로서 경찰법적 성격을 갖는 다양한 규정들을 두고 있다.<sup>1)</sup> 감리제도 역시 그 위험 방지의 일환으로 도입되어 수차례의 제·개정을 거치며 발전되어 온 제도이다. 감리자는 건축물의 건축 과정에 구체적으로 개입하여 이를 관리 및 감독한다. 건축주로 하여금 감리자의 선정 자체를 강제하는 것은 건축주의 건축할 권리에 관한 직접적인 제한에 해당한다. 감리자의 역할과 방법에 관한 규율은 직접적으로 감리자의 업무 수행 과정을 제한하지만 다른 한편으로는 건축주의 건축할 권리에 관한 간접적 제한으로 작용한다.

건축법은 다른 건축관계자들과 구분하여 ‘공사감리자’를 건축물이 설계도서 내용대로 시공되는지를 확인하고, 품질관리·공사관리·안전관리 등에 대하여 지도·감독하는 자로 정의한다(제2조 제1항 제15호). 건설기술 진흥법은 감리자가 수행하는 ‘감리’를 정의하고 있는데, 이를 건설공사가 관계 법령이나 기준, 설계도서 등에 따라 적정하게 시행될 수 있도록 관리하거나 시공관리·품질관리·안전관리 등에 대한 기술지도를 하는 ‘건설사업관리’ 업무의 하나로 정의한다(제2조 제5호). 최근에는 이 같은 ‘건설사업관리’라는 용어가 자주 쓰이는데, 건설기술 진흥법은 이를 별도로 정의하지 않고, 건설산업기본법상에서 정하는 정의 규정을 준용하고 있다(같은 조 제4호). 건설산업기본법은 건설사업관리를 단순 ‘감리’에 그치지 않고, 건설공사에 관한 기획, 타당성 조사, 분석, 설계, 조달, 계약, 시공관리, 평가 또는 사후관리 등에 관한 관리를 포함하는 보다 종합적인 관리 업무로 보다 폭넓게 정의하고 있다(제2조 제8호).

현행법상 감리제도는 건축주가 국가, 지방자치단체 등 공공기관의 지위에 있는지 여부에 따라 크게 공공부문과 민간부문으로 이원화되어 운영되고 있다. 공공부문의 경우 건설기술 진흥법령에 근거하여 선정된 건설사업관리자가 그 업무를 수행하고(건설기술 진흥법 제39조 제1항, 같은 법 시행령 제59조 제5항), 이 경우에는 건축법상의 공사감리 또는 주택법상 감리를 한 것으로 본다(같은 법 제42조).

1) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 26면; 윤재운, 『건설분쟁 관계법(제5판)』, 박영사, 2014, 534면.



이는 건축법 등 일반규정을 배제하는 것이 아니라 특별법적 관계에 있는 것으로 이해된다(건축법 제25조 제10항).<sup>2)</sup> 건설기술 진흥법에 의한 건설사업관리는 건축법상의 공사감리나 주택법상 감리보다 건설기술 진흥령에 따른 업무수행지침에서 더욱 세밀하게 정하는 내용과 방법에 따라 건설사업관리자가 시공 과정에 보다 적극적으로 관여하면서 전체 공사를 이끌어가는 모습을 보인다.

한편, 민간부문의 경우에는 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택인지 여부에 따라 다른 법령을 근거로 한다. 전자의 공동주택의 경우 사업계획승인권자가 그 법령에 따라 지정한 감리자가 사업주체와 감리계약을 체결하고, 주택법령에 따른 감리업무 세부기준에서 정하는 내용과 방법에 따라 감리 업무를 수행한다(주택법 제44조 제1항, 같은 법 시행령 제49조 제2항). 일반 건축법상 건축허가 대상 건축물의 경우에는 공사감리자는 건축법령에 따른 감리세부기준에 따라 감리 업무를 수행한다(건축법 제25조 제9항). 민간부문에 있어서도 건축물의 규모와 난이도 등 그 특성을 고려하여 건축주와 체결하는 계약에서 정하는 바에 따라 ‘건설사업관리’라는 이름으로 계약이 체결되고, 설계단계를 포함하여 계약에서 정하는 내용에 따라 전체 건축과정에 건설사업관리자가 보다 적극적으로 관여하는 방식으로 이루어지는 경우도 있다.

건축허가에 이어 실제 건축물의 건축을 개시하기 위하여 이루어지는 착공신고는 일련의 건축허가절차 중 하나를 구성하는데,<sup>3)</sup> 일반적으로 감리자는 이 착공신고단계에서 건축주에 의하여 건축관계자로서 신고됨으로써 본격적인 관리, 감독 업무를 개시하는 것이 일반적이다. 그러나 앞서 본 공공부문에 관한 건설사업관리의 경우 일정 규모 이상의 건축물의 경우에는 설계단계에서부터 건설사업관리자가 그 업무를 착수하여 설계도서에 대한 관리, 감독을 수행하기도 한다. 또한, 민간부문에 있어서도 그 건축물의 특수성과 난이도 등을 감안하여 건축주와 체결한 감리계약 내지는 건설사업관리계약에서 정하는 업무범위에 따라 착공신고 이전 설계단계 내지는 최초 개발단계에서부터 업무를 개시하는 경우도 한다.

## 2. 연혁

건축물의 건축에 관한 관리, 감독이라는 광의의 측면에서 감리제도는 1962년 건축법 제정 시부터 볼 수 있다. 당시에는 현재와 같이 별도의 건축관계자로서 공사감리자를 선정하는 것이 아니라, 시장, 군수 또는 그 위임을 받은 공무원이 직접 건축주 기타 관계인에게 필요한 자료 또는 보고의 제출을 요구하거나, 현장에 출입하여 건축공사에 관계되는 물건을 검사하거나 필요한 시험을 할 수 있도록 하는 방식이었다. 이후 1963년 건축사법이 제정되면서 건축사가 공사가 설계도서대로 실시되는 여부를 확인하는 행위로서 ‘공사감리’를 정의하고, 일정 규모 이상의 건축물이나 학교, 병원, 극장 등의 건축물의 경우 건축사가 아니면 공사감리를 할 수 없도록 규정함으로써 독립한 건축관계자로서 감리자가 등장하였다. 이후 건축법은 1979. 5. 18. 건축주로 하여금 일정 규모 이상의 건축 공사를 하고자 할 때는 공사감리자를 지정하도록 그 지정을 의무화하였다. 현재와 같이 공사감리자가 부실공사를 막기 위하여 직접 현장에 상주하여 관리, 감독하기 시작한 것은 1980년 건축법 개정에서부터 비롯된 것이다.

1994. 1. 7.에는 주택건설촉진법을 개정하면서 주택건설공사 감리제도를 새롭게 제정하여 일정규모 이상의 공동주택을 건설하는 경우 감리전문회사를 감리자로 지정하도록 하였는데<sup>4)</sup> 이를 계기로 감리 분야가 본격적으로 별도 산업분야로 자리 잡기 시작한 것으로 보인다. 얼마 지나지 않은 1994년 성수대교 붕괴사고가 있던 이후인 1995년에는 감리자의 구체적 권한으로서 시공자의 위법·부실시공에 대하여 시정 또는 재시공 지시를 할 수 있도록 명시하고, 시공상세도면의 작성 요청 권한을 신설하였다. 1995년 삼풍백회점 붕괴사고가 있던 해에는 감리자를 포함하는 건축관계자의 업무 부실 수행으로 공중의 위험을 발생한 경우 가중처벌 하도록 명시하였다. 2008년에는 과거 1999년에 있었던 씨랜드 화재사건 등을 방지하기 위하여 방화에 지장이 없는 내부 마감재료를 사용하지 않는 경우 건축관계자를 처벌하는 규정을 신설하였다.

2016년에는 안전사고를 막기 위하여 건축법상 건축허가 대상 건축물에 관한 감리체계 개선이 대대적으로 이루어졌다. 특히, 건설산업기본법상 소규모 건축물 중에서도 건축주가 직접 시공하는 건축물, 즉, 건축주가 판매를 목적으로 건축하는 건축물이나 분양을 목적으로 하는 건축물에 관하여는 허가권자가 직접 감리자를 지정하도록 하였다. 또한, 허가권자가 건축물을 사용승인을 할 때에도 그 전에 감리계약에 따라 감리비용이 지불되었는지 확인하도록 하는 한편, 부실 설계·시공으로 인한 안전사고 발생시 업무정지를 명할 수 있는 업무제한 제도를 도입하였다. 2020년에는 보다 내실 있는 감리를 위하여 위 지정 감리 대상 건축물과 감리비 지급 여부 확인 대상 건축물의 범위를 확대하였다.

한편, 1984년 건설산업이 활성화 되면서 품질 향상 도모를 위하여 공공분야에 관하여 건설공사 시공감리 규정이 제정되었는데, 1986

2) 윤재윤, 앞의 책, 538면.

3) 김종보, 앞의 책, 29면, 30면.

4) 김상호/윤주선, "건축물 안전성 확보를 위한 감리제도 개선방향", 건축도시공간연구소, 2015, 13면.

년 8경 있었던 독립기념관 화재사건을 계기로 제도개선의 일환으로 1987년 건설기술관리법이 제정되어 책임감리제도가 법제화되었다.<sup>5)</sup> 2013. 5. 22. 건설기술의 경쟁력 강화를 위하여 기존의 규제 중심의 ‘관리’체계를 산업의 진흥과 지원 중심으로 전환하기 위하여 건설기술 진흥법으로 명칭이 변경되었다. 그 과정에서 당시까지 시공 단계에 국한되었던 감리제도를 건설공사의 기획단계부터 유지·관리까지 포괄적·탄력적으로 적용될 수 있는 건설사업관리로 통합하였다. 종래 건설산업기본법에서 정의하던 건설사업관리라는 용어에 관하여 건설기술관리법에서는 별도로 정의 규정을 두지 않고 있었는데, 건설기술 진흥법이 위 건설산업기본법의 정의 규정을 인용하면서 감리와 건설사업관리 업무가 통합되어 있음을 보여주는 것이라는 해석이 있다.<sup>6)</sup> 2021년에는 ‘건설기술용역’이라는 용어가 전문적이고 복합적인 건설기술에 대한 서비스를 제공한다는 의미를 전달하기 어려운 측면이 있다고 보고 ‘건설기술엔지니어링’으로 변경되었다.

### III. 감리자 지정과 감리계약과의 관계

#### 1. 건축물의 종류별 감리자 선정 방식

건축주와 상호 간 구체적 계약 관계를 맺고 있는 건축관계자들은 건축물의 건축이라는 공통된 목적을 위하여 상호 협력하여 각자 계약에서 정하는 의무를 이행한다. 앞선 연혁에서도 보았듯이 최초의 감리제도는 인·허가청의 구체적인 시공 과정에 관한 관리, 감독 권한에서부터 시작되었다. 이후 건축사 등 일정한 자격을 갖춘 감리자를 통하여 간접적으로 관리, 감독하는 방식으로 변화하였다. 인·허가청은 건축관계자들 구체적 위반행위에 관하여 관련 법령상 근거가 있는 경우에 한하여 건축허가 취소나 영업정지 등 행정제재를 통해 관여한다. 특히, 건설기술 진흥법은 부실시공 등에 관한 벌점 제도를 두어 아직 부실공사가 발생하지 않았으나 발생할 우려가 있는 경우에도 그 구체적인 부실의 정도를 측정하여 벌점을 주도록 함으로써 보다 섬세한 측정 기준을 설정하고 있다(건설기술 진흥법 제53조 제1항).

원칙적으로 건축주가 감리계약 체결에 앞서 어떤 감리자를 선정할 것인가는 계약체결의 자유, 특히, 건축주의 계약 상대방 선택의 자유에 해당한다. 그러나 주택법상 사업계획승인 대상 건축물의 경우 일찍이 그것이 다수의 수분양자에게 분양되어 사용된다는 점에서 공공의 안전에 영향을 미친다는 고려해 사업계획승인권자가 감리자를 지정하고, 사업주체로 하여금 그 지정된 감리자와 감리계약을 체결하도록 규정하고(주택법 제15조 제1항), 그 지정을 위한 상세한 기준을 마련하고 있다(사업주체가 국가·지방자치단체·한국토지주택공사 등의 경우에는 주택법에 우선하여 건설기술 진흥법이 적용될 것이다. 또한, 주택법은 건축법이 적용되는 도시형 생활주택 내지 주상복합 건축물의 경우에도 각 해당 법령에 따르도록 하고 있다(제15조 1항 단서, 같은 법 시행령 제27조 제4항).

이처럼 인·허가권자가 직접 건축주의 계약 상대방이 되는 감리자를 지정하는 방식은 앞선 연혁에서 살펴본 바와 같이 건축법상 건축허가 대상 건축물에게까지 확대되는 경향이 있다. 이는 종래 건축법상 감리가 인·허가과정에서 관여한 설계자에 의하여 명목적으로 이루어져 오면서 실질적인 감리제도 구현이 이루어지지 않았다는 지적에 따른 것이다. 이에 관하여는 그 입법 직후 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 헌법재판소 역시 공사감리자의 감리업무는 건축주의 경제적 이익과 배치될 가능성이 큰 행위이기 때문에 건축주가 직접 감리자를 선정하는 경우 그 고용된 감리자가 독립적이고 책임 있는 감리업무를 수행할 수 없는 구조적인 한계를 극복하기 위한 것이라고 보아 합헌 결정을 하였다.<sup>7)</sup>

이 같은 인·허가청의 감리자 지정은 국가, 지방자치단체 등 공공단체가 직접 발주청으로서 건설사업관리자를 선정하고 이와 관련된 계약을 체결하는 것과는 그 법적 성격을 달리한다(건설기술 진흥법 제39조 제2항). 이는 발주청이 우월한 공권력의 주체로서가 아니라 사법상 재산권의 주체로서 국민을 대하는 것으로 사법이 적용되는 국고관계에 해당한다.<sup>8)</sup> 건설기술 진흥법은 건설사업관리자의 선정을 위하여 별도로 상세한 사업수행능력 세부평가기준을 두고 있다. 이에 관하여는 민법상 위임계약에 우선하여 그 공정성 담보의 견지에서 국가계약법령 등에서 정하는 일정한 제한과 규율이 가해진다.<sup>9)</sup>

5) 김상호/윤주선, 앞의 글, 13면.

6) 김상호/윤주선, 앞의 글, 14면.

7) 헌재 2017. 5. 25.자 2016헌마516 결정

8) 김동희, 『행정법 I(제23판)』, 박영사, 2017, 78면.

9) 김동희, 앞의 책, 78면.

## 2. 주택법상 감리자 지정의 법적 성격

계약의 체결에 앞서 그 당사자를 선정하는 것은 계약관계 형성의 가장 최초의 단계에 해당하고, 사적 자치의 원칙에 따라 강하게 보호되는 권리이기도 하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 주택법은 당초 계약 체결 단계에서부터 그 당사자 선정 과정에 깊게 개입하고 있다. 뿐만 아니라 이 같은 영향력은 감리비와 같은 구체적인 계약조건과 그 지급 여부를 확인하는 데까지 미친다. 이는 주택법상 공동주택의 특수성과 부실시공과 그로 인하여 발생할 수 있는 건축물 안전사고, 하자과 관련된 분쟁 등을 사전에 막기 위한 공법적 개입의 필요성 때문에 도입되었다. 그리고 이 같은 규율은 건축법상 건축허가 대상 건축물에게까지 확대되는 경향을 보인다. 주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정의 법적 성격을 파악하는 것은 이후 보게 될 감리자의 역할과 그 지위를 보장하기 위한 각종 법령상 조치의 적절성을 파악하고, 이 같은 확대 경향을 이해하는 데 도움이 될 것이다.

주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정 행위 자체는 행정행위에 해당한다. 그 직접 상대방인 감리자에 대하여는 구체적 감리 업무 수행 권한을 부여하는 수익적 행정행위의 성격을 갖는다. 반대로 제3자인 사업주체에 대하여는 계약 체결의 자유의 일환으로 당사자 선정의 자유를 제한하는 침익적 성격을 갖는 복효적 행정행위에 해당하는 것으로 이해된다.<sup>10)</sup> 또한, 이는 그 직접 상대방에 대하여 감리자로서의 법적 지위를 설정하는 형성적 행정행위로서 특허에 해당한다.<sup>11)</sup> 사업계획승인권자는 주택법상 사업계획승인 대상 공동주택의 경우 반드시 감리자를 지정하여야 한다. 그러나 그 지정 요건의 충족여부에 관하여는 적격심사를 통하여 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있어 재량행위에 해당하는 것으로 이해된다.<sup>12)</sup> 다만, 주택법령은 그 위임에 따라 감리자 지정기준을 마련하여 그 재량권의 일탈·남용을 통제하고 있다(같은 법 시행령 제47조 제2항).

사업계획승인권자는 적격심사 과정에서 사업수행능력과 함께 입찰가격을 감리자 지정을 위한 기준으로 평가한다. 특히, 세대수에 따른 사업 규모가 클수록 입찰가격 보다는 사업수행능력에 더 비중을 두어 심사한다. 입찰가격은 공사비 비례방식에 의해 결정하고, 그 가격에 가장 근사한 가격을 써 낸 업체가 높은 점수를 받는다. 경쟁입찰 방식으로서 실비정액가산방식, 공사비 비례방식, 인건비 승수방식 중 다른 방식을 선택할 여지가 없다. 이처럼 사업계획승인권자가 감리자를 지정할 뿐만 아니라 그 구체적인 감리비 결정에 관여하는 것에 관하여는 그 계약 당사자의 의사와 무관하게 감리비를 제한한다는 등의 이유로 헌법소원이 제기된 바 있다. 그러나 헌법재판소는 주택법상 공동주택의 경우 공공의 이익에 영향을 미치는 바가 기 때문에 국가기관이 사업주체로부터 독립된 지위에서 공동주택의 입주자 등을 대신하여 적정한 감리대가를 정할 필요성이 있다는 이유로 합헌 결정을 하였다.<sup>13)</sup>

사업주체와 감리자 상호 간 감리계약과 그 구체적인 계약조건에 까지 미치는 사업계획승인권자의 영향력은 원칙적으로 사적 자치의 영역에 있는 사법적 관계에서 발생할 수 있는 힘의 불균형에 강하게 제동을 건다. 그리고 그로 인하여 발생할 수 있는 부실 공사와 그로 인하여 발생할 수 있는 공중의 위험을 사전에 방지한다. 이 같이 계약 체결에 앞선 단계에서부터의 공법적 개입은 여타 다른 산업에서는 보기 힘든 형태이다. 이는 감리제도가 그 연혁적 측면에서 건축주의 필요 내지는 시장의 필요보다는 공익적 필요로부터 발전된 탓이다. 그러나 이는 감리 산업의 발전 과정과 그 역할의 필요성에 관한 공감대 형성이 부족하기 때문인지 전체 법 체계나 작동원리상 다소간 부자연스러워 보이기도 한다. 최근 민간부분까지 자율적으로 확대되고 있는 건설사업관리는 건설사업관리자가 전문성을 기초로 건축주와 대립적 관계보다는 협조적 관계를 맺고 그 대리인으로서 사업이익을 추구하는 시공자를 견제한다는 측면에서 차이를 보인다. 앞서 건설사업관리자의 전문성을 기초로 한 건축주와의 신뢰관계로 부터 건축관계자 간 자연스러운 견제와 균형의 모습을 보인다는 점에서 시사하는 바가 크다.

## 3. 감리계약과의 관계

감리자가 건축주를 위하여 특정 공사 현장에서 시공자를 관리, 감독하는 의무는 1차적으로는 직접 건축주와 체결한 감리계약에서부터 비롯된다. 감리자 역시 공사시공자와 마찬가지로 건축물의 완성을 목표로 하지만 그 업무의 내용에 있어 공사 시공자를 관리, 감독하는 역할을 수행하기 때문에 그 역할의 완수가 곧 건축물의 완성과 같은 의미를 갖는 것은 아니다. 이 같은 감리계약은 시공자가 체결한 도급계약과는 별개로 독립적인 지위에서 시공자를 관리 및 감독하고, 예정된 공기가 준수될 수 있도록 하며, 그 지연이 있는 경우에는 이를 분석하고 그 결과를 보고하는 것을 내용으로 하는 위임계약에 해당한다.<sup>14)15)</sup> 그러나 주택법상 사업계획승인권자의 감리자 지정은

10) 김동희, 앞의 책, 22면, 250-252면.

11) 김동희, 앞의 책, 294면.

12) 김동희, 앞의 책, 264-265면.

13) 헌재 2009. 6. 25.자 2007헌바99 결정; 헌재 2009. 6. 25.자 2007헌바39 결정

14) 윤재운, 앞의 책, 545면.

15) 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다19342 판결

사업주체와 감리자 간 계약 체결 이후 그 계약의 구체적 해석에 있어도 민법적 해석을 제한하는 여지를 제공한다. 법원 역시 감리계약의 법적 성격을 위임계약으로 보면서도 구체적인 사안에 따라 감리계약의 특수성을 이유로 민법상 위임계약에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다.<sup>16)</sup>

민법은 위임계약의 일방 당사자가 파산한 경우 그 신뢰관계 유지가 어렵다고 보아 위임계약 종료 사유의 하나로 규정 하고 있다(제 690조). 그러나 법원은 사업주체는 사업계획승인권자가 지정한 감리자와 감리계약을 체결하고, 그 교체 사유도 업무상 부정행위 등이 있는 경우로 제한되며, 사업주체 임의로 감리자를 교체할 수 없음을 이유로 주택법령에 따라 체결된 감리계약은 단순히 당사자 사이의 신뢰관계에 기초한 것이라기보다는 사업계획승인권자의 감리자 지정에 기초한 것이어서 당연히 감리계약이 종료하는 것으로 볼 수 없다며 그 적용을 배제하고 있다<sup>17)</sup>. 이처럼 인허가권자의 감리자 지정은 법원이 위임계약의 성격을 갖는 감리계약을 해석하는 데 있어 민사적 해석을 제한한다.

그 밖에도 감리자 지정과 더불어 건축주와 감리자 간 민사적 계약 관계에 있어 인·허가청이 공법적 개입을 하는 모습은 드물지 않게 찾아 볼 수 있다. 일반적으로 특정 용역 내지 서비스에 대한 대가의 지급 여부는 민사적 구제 수단을 통하여 실현된다. 국가가 직접 관여하여 그 지급 여부를 확인하는 일은 드물다. 그러나 주택법은 아직 감리계약에서 정하는 대가의 지급시기가 도래하지 않았음에도 착공 신고 단계에서부터 사업주체로 하여금 사업계획승인권자에게 감리비를 사전에 예치하도록 하고, 사업계획승인권자가 이를 지급하도록 정하고 있다(제44조 제6항, 제7항). 건축법은 건축물의 사용승인 시점에 감리계약에 따른 대가의 지급 여부를 확인하도록 정하고 있다(제23조 제11항). 그 밖에도 건축법령은 감리자 보호를 위하여 민사적 법리를 뛰어 넘는 다양한 수단들을 마련하고 있다. 이런 규정들은 건축주와 감리자를 시장 경제의 참여자로서 대등한 계약 체결의 당사자라는 점을 감안한다면 다소간 부자연스러워 보이기도 한다.

한편, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 적용 여부와 관련하여 사기업 내지 사인인 감리자가 특정 행정작용의 수행을 위하여 일정한 공권력이 부여되는 공무수탁사인인지가 문제가 되곤 한다.<sup>18)</sup> 사기업 내지는 사인인 감리자가 그 명의로 법령에서 정하는 바에 따라 시공자에 대하여 재시공이나 공사중지 요청 등 공법상 권한을 행사한다는 것이다.<sup>19)</sup> 행정법 관계는 행정주체의 우월적 지위 또는 행정주체와 그 상대방 사이의 부대응성을 보여주는 전형적인 측면으로서 강제력 내지는 자력집행력을 징표로 한다.<sup>20)</sup> 그런데 감리자의 관리, 감독 권한 자체는 감리계약에서 비롯된 것이고, 재시공이나 공사중지 요청은 직접 법령에 기초하나, 이를 미이행 할 경우 허가권자에게 보고하도록 하고 있을 뿐 직접적인 강제력 내지는 자력집행력이 있다고 보기는 어려우므로 공무수탁사인으로 보기는 어려울 것이다.

## IV. 감리자의 역할과 다른 건축관계자들과의 관계

### 1. 역할

감리자는 건축주 등에게 건축물 및 대지가 법령에 적합하도록 지도하고, 시공자가 설계도서에 따라 관계 법령에 따른 기준에 적합한 자재를 사용하여 시공하도록 관리, 감독 하는 업무를 수행한다(건축법 제19조 제9항 등). 반드시 현장에 상주하여야 하는 것은 아니고 수시로 또는 필요할 때 현장에서 업무를 수행한다. 그러나 바닥면적의 합계가 5천 제곱미터 이상이거나, 지하층을 포함 5개 층 이상 바닥면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 경우, 아파트 건축공사, 준다중이용 건축물 건축공사 등의 경우에는 일정한 자격과 경력을 갖춘 감리원 한 명 이상을 현장에 배치하여 상주시키고, 그 현황을 허가권자에게 보고해야 한다(건축사법 시행령 제19조 제5항 내지 제7항). 평소 감리일지를 기록·유지하면서 기초공사 시 철근배치를 완료한 경우, 지붕 슬래브 배근 내지 철골 조립을 완료한 경우 등 주요 구조부에 관한 공사가 완료한 때마다 건축주에게 감리중간보고서를 제출하고, 공사가 완료된 때에는 감리완료보고서를 제출하여야 한다(건축법 제25조 제6항, 같은 법 시행령 제19조 제3항). 주택법상 사업계획승인대상 공동주택의 경우에는 그 위임에 따라 감리업무 세부기준에서 보다 상세한 업무 수행 기준을 정하고 있다.

공공부문의 경우 발주청은 설계·시공 관리의 난이도, 발주청의 기술인력 등을 감안하여 건설공사를 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우 건설엔지니어링사업자로 하여금 건설사업관리를 하게 할 수 있다(건설기술 진흥법 제39조 제1항). 다만, 일정 규모 이상의 특정한 건축물에 관한 건설공사 등 발주청이 검토한 결과 필요하다고 인정되는 경우에는 반드시 법인인 건설엔지니어링 사업자로 하여금

16) 윤재윤, 앞의 책, 546면.

17) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다11236 판결

18) 김동희, 앞의 책, 83면.

19) 김동희, 앞의 책, 83면.

20) 김동희, 앞의 책, 86면.

시공단계에서 품질 및 안전관리 실태의 확인, 설계변경에 관한 사항의 확인, 준공검사 등 감독권한대행 건설사업관리를 하게 하여야 한다(같은 조 제2항, 같은 법 시행령 제55조 제1항). 이에 법령의 위임에 따라 업무수행지침을 두어 건설사업관리자로 하여금 건축법 또는 주택법 보다 더욱 엄격하고 세밀한 지침을 따르도록 하고 있다.

감리자는 시공자가 법령을 위반하거나 설계도서대로 공사하지 않는 경우 건축주에게 알린 후 시정·재시공 요청을 할 수 있고, 이를 따르지 않는 경우에는 중지 요청까지 할 수 있다(건축법 제25조 제3항), 그럼에도 불구하고 공사를 계속하는 경우에는 허가권자에게 보고 하여야 한다(같은 조 제4항). 또한 감리자는 필요한 경우 시공자에게 상세도면을 작성하도록 요청할 수 있고(같은 조 제5항), 이 같은 시정 또는 재시공 요청이나, 공사중지 요청의 근거는 건축경찰법으로서 건축법에 직접 근거한다. 따라서, 이를 감리계약에서 제한하거나, 다르게 정할 수는 없다. 그 밖에도 건축법은 건축주나 시공자가 감리자의 위와 같은 업무수행을 이유로 보수 지급을 거부하거나 지연시키는 등 불이익을 주지 않도록 명시하여 이를 보장하고 있다(같은 조 제7항).

건설기술 진흥법은 그 불이익의 유형으로 건설기술인의 변경, 현장 상주의 거부, 용역대가 지급의 거부·지체 등 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 명시하고 있다(제40조의2). 그 밖에도 발주청 소속 직원으로 하여금 건설사업관리자의 업무에 개입 또는 간섭하거나 권한을 침해하지 않도록 명시하고, 이를 위반한 경우 발주청에 보고하고 사실조사를 의뢰할 수 있는 등의 부당간섭 배제 규정을 두고 있다(제39조의 4). 또한, 건설사업관리 중 실정보고 의무를 명시함과 동시에 발주청으로 하여금 이를 접수하여 설계변경 등 적절한 조치를 하도록 하고(제39조의 3), 이를 접수하지 않는 경우에는 형사처벌까지 하도록 하는 규정까지 두고 있다. 실제 건설사업관리자의 실정보고를 발주청 소속 직원이 접수하지 않는 종종 발생하는 취약한 현실을 반영한다.

## 2. 다른 건축관계자들과의 관계

감리자는 건축주로부터 감리업무를 위탁받아 그 업무를 수행하는 자로 건축주와는 민사적으로 위임인과 수임인의 관계에 있다. 따라서, 감리자는 건축주를 위하여 민법상 위임계약의 법리에 따라 선량한 관리자의 주의의무로 그 업무를 수행하여야 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 관련 법령은 감리자에게 단순한 민법상 위임법리를 훨씬 뛰어 넘는 다양한 보호수단을 마련하고 있고, 이는 다른 한편으로는 건축주의 계약 체결의 자유를 제한하는 모습을 보인다.

감리자는 건축물이 설계도서대로 시공 되는지 여부를 관리, 감독하기 때문에 설계자의 설계의도를 현장에서 구현하는 데 조력한다. 과거 소규모 건축물의 경우 건축주가 설계자를 감리자로 지정하는 관행이 있어 독립적인 감리가 이루어지지 못한다는 문제점이 지적되었고, 실무상으로는 양자의 업무를 분리하여야 한다는 주장도 있었다. 이에 현행 건축법은 허가권자가 감리자를 지정하는 소형건축물 등의 경우에는 설계에 참여하지 않은 자 중에서 감리자를 지정하도록 하고 있다(제25조 제2항 본문). 예외적으로 신기술을 적용하거나 설계공모를 통한 건축물과 같이 설계자의 설계의도 구현이 필요한 경우에 한하여 그 예외를 인정하고 있다(같은 항 단서). 헌법재판소는 감리자 선정단계에서부터 건축주의 개입을 단절시키기 위해서는 불가피하다고 보아 설계·감리 분리제도가 합헌이라고 판단한 바 있다.<sup>21)</sup> 그러나 설계자의 감리 업무 수행이 반드시 감리자나 감리 업무를 충실히 하는 데 장애가 되는 것은 아니라 할 것인데, 그 참여의 여지까지 배제시킬 만큼의 필요성이 있는지에 관하여는 의문이다.

감리자는 시공자의 공사 시공 과정을 관리, 감독하고 경우에 따라서는 재시공 내지는 시정 조치, 나아가 공사 중지를 요구할 수 있기 때문에 본질적으로 시공자로부터 독립된 지위를 유지할 것이 요구된다. 이에 건축법은 양자 간 관계를 엄격히 분리하여 시공자뿐만 아니라 그 계열회사가 감리자가 될 수 없도록 규정하고 있다(건축법 제25조 제1항). 2008년 이천 냉동창고 건축현장 폭발·화재사고의 원인 중 하나로 설계·시공·감리를 동일 계열회사가 하였던 점이 지적됨에 따라 같은 해 이에 관한 처벌규정을 신설되기도 하였다.

그러나 종합건설업체는 실제 시공은 전문건설업체 등 하도급업에 의존하고 그 기술 축적 보다는 입찰을 위한 영업과 하도급 관리에 치중하여 형식과 실질이 크게 괴리되는 방식<sup>22)</sup>으로 운영되고 실정이다. 형식상 수급인의 지위에서 도급계약을 체결하지만, 실제 공사 현장에서는 제한적으로 전문건설업자의 시공을 종합할 뿐 직접 시공에 간여하지 않는 종합건설업자의 한정적 역할로서 실질적으로 적극적인 ‘시공관리’를 수행해 왔다.<sup>23)</sup> 물론 이는 건설사업관리 내지 감리와는 구별되지만 그 존재로 그간 건설사업관리자의 역할이 소극적 관리, 감독으로 제한되어 온 것은 사실이다. 시공자와 상호 역할에 혼선이 발생하거나 그 책임 소재가 모호해 지는 경우도 종종 있어 왔다. 이는 2018. 12. 21. 전문건설업체의 시공 제한 규정이 본격적으로 폐지된 현재까지도 계속되고 있는데, 점점 기존 공무가 수행하여오던 적극적 건설사업관리 역할의 축소와 그 역할 증대의 기회가 되기도 할 것으로 보인다.

21) 헌재 2017. 5. 25.자 2016헌마516 결정

22) 김종보, "시행과 시공의 구별-종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성-", 『행정법연구』 제26호(2010. 4.), 61-62면 참조.

23) 김종보, 앞의 글, 72면.

## V. 결론

감리제도는 최초 연혁적인 측면에서 허가권자의 관리, 감독 권한에서 시작되었다. 감리자가 실제 현장에서 업무를 수행하는 방식은 일반적인 계약체결 당사자로서 협력관계에서 보여지는 모습과는 사뭇 다르다. 건축주 내지는 시공자의 입장에서는 건축물의 건축이라는 목적 내지는 이해관계를 공유한다기보다는 그 관리, 감독자의 입장에서 통제하는 데 더 가까운 역할을 수행한다. 단순히 건축주와 체결한 위임계약상 대리인으로서의 권리 행사에 그치는 것이 아니라 건축법령과 각종 안전 수칙들이 현장에서 준수되도록 한다. 이와 같은 업무 수행 과정에 있어서 감리자는 각종 규제가 현장에서 구현될 수 있도록 하는 일종의 수명자와 같은 모습을 보인다. 그러다 보니 정해진 공사 기간 이내 건축물의 건축을 희망하는 건축주나 시공자의 입장에서는 감리자의 개입이 달갑지 않을 것이고, 가능하면 현장에서의 영향력을 제한하고자 할 것이다. 이 같은 경향은 그간 감리제도가 현장에서서 실효적으로 작동되지 않는 주된 원인으로 지적되어 왔고, 이를 보완하기 위한 제도적 장치가 뚜렷한 법리나 체계 없이 곳곳에 산재되어 있다.

특히, 주택법령상 사업계획승인권자의 감리자 지정은 사업주체와 감리자 간 감리계약의 체결에 앞서 사업주체의 계약 체결 당사자 선정 과정에 직접 관여한다. 이 같은 공법적 개입은 감리자의 업무 수행 능력의 적격성뿐만 아니라 이에 간접적으로 영향을 미칠 수 있는 감리비와 같은 구체적인 계약조건에까지 미친다. 사업계획승인권자의 감리자 지정은 부실공사를 방지하기 위하여 감리자의 공사 시공 과정에 관한 관리, 감독 역할이 갖는 공익적 성격과 기대에서부터 비롯된 것으로 감리자에게 부여되는 권한과 그 행사에 정당성을 부여한다. 이 같은 행정작용은 위임계약의 성격을 갖는 감리계약을 해석하는 데 있어서도 민사적 법리를 제한하는 논거가 되기도 한다.

실제 현장에서는 감리자의 실정보고 접수 자체를 거부하거나, 감리원의 법령상의 권한 행사를 이유로 불이익을 주는 일도 종종 있어 왔다. 감리자가 감리비를 지급받지 못할 것을 우려하여 그와 같은 권한 행사가 위축되는 경우도 있다. 이에 건축법이나 건설기술 진흥법에서는 감리자를 보호하기 위하여 부당 간섭 배제 의무를 명시하거나, 그 공사중지 등 권한 행사를 이유로 불이익 조치를 하지 못하도록 하는 한편, 감리비 지급 여부에 관여하는 등 통상적인 시장 경제 참여자로서 계약상의 보호를 뛰어넘는 다양한 방식의 수단들을 마련하고 있다. 그리고 이와 같은 수단들은 다른 한편으로는 그와 같은 부당한 개입이나 부당한 조치가 실제 이루어지고 있는 씩씩한 현실의 반영이기도 하다.

이는 감리자가 건축물의 건축 과정에서 수행하는 역할의 필요성에 대한 건축관계자를 비롯한 사회적 공감대의 형성이 아직 부족한 실정에 기인한다. 다른 한편으로는 감리 업무를 수행하는 소속 감리원 인력의 전문성 내지 적합성의 부족도 이 같은 한 몫을 더 할 것이다. 감리자 보호를 위한 각종 보호수단을 규정하는 제도 자체의 정비도 중요하지만 이에 필수적으로 수반되어야 할 것은 자율적 통제수단인 자격법으로서<sup>24)</sup> 건축사법 내지는 엔지니어링산업 기본법을 통하여 그 인력이 그 권한에 상응하는 자격을 갖추도록 하는 것이다. 최근 민간 부문에까지 확대되고 있는 건설사업관리는 이 같은 측면에서는 고무적이다. 근대화 이후 현재에 이르기까지 크고, 작은 안전 사고 발생이 현재의 감리제도를 탄생시켰다는 데서 감리 제도 자체의 필요성을 부정하기는 어렵다. 그 제도적 정착을 위해서는 감리자가 수행하는 역할에 관한 공적 성격과 그 지위의 확립 필요성이 있다. 이를 위해서는 감리자 자격 및 능력의 향상과 그 자율성 확립을 위한 노력도 함께 수반되어야 한다.

투고일 2023. 2. 24. 심사완료일 2023. 3. 7. 게재확정일 2023. 3. 11.

24) 이원우, "규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색", 『저스티스』 제106호(2008. 9.), 384, 395면.

## 참고문헌

김종보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018.

윤재운, **건설분쟁 관계법**(제5판), 박영사, 2014.

김동희, **행정법 I** (제23판), 박영사, 2017.

김상호/윤주선, "건축물 안전성 확보를 위한 감리제도 개선방향", 건축도시공간연구소, 2015.

김종보, "시행과 시공의 구별-종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성-", **행정법연구** 제26호(2010. 4.).

이원우, "규제개혁과 규제완화: 올바른 규제정책 실현을 위한 법정정책의 모색", **저스티스** 제106호(2008. 9.).

ABSTRACT

## The Legal Character of the Appointment of a Construction Supervisor and the Role of the Supervisor

Baek, Min-ju\*

The construction supervisor is one of construction participants. To complete construction, he(or she) reviews design documents and supervises the construction processes. Historically, the supervision system started with the power of the building permit authority and changed to the position of a professional architect. Then, whenever major safety accidents have occurred, it has been repeatedly enacted and revised. The demand for following public interest, rather than market needs, has become the driving force behind its development.

Principally, the choice of the construction supervisor lies within the sphere of the contractual freedom of the owner. However, in the case of apartments subject to business plan approval under the Housing Act, the business plan approval authority appoints a construction supervisor and requires the owner to make a contract with the supervisor, considering the influence of public safety. This is the reason for restricting a general interpretation of the delegation contract of the Civil Law when interpreting construction supervision contracts. Such public legal intervention is expended on any building for sale subject to the Construction Act.

The construction supervisor manages all construction processes. And he can request the constructor to correct, re-construction or stop constructing. For protect the position of supervisor, relevant laws prohibit that give disadvantage for exercising the above authorities. In addition, the Construction Act prepares various institutional devises, such as checking whether supervision fees are paid prior to use approval.

These institutional devices are instituted in public interest and, on the other hand, reflect weak operational realities of the construction supervision system. Construction management was introduced into the public sector by the Construction Technology Promotion Act and is autonomously expended to civil areas. It shows a trend of change in relationship with owner from check to mutual collaboration. Furthermore, it suggests the possibility of improving autonomous control through the professional development of supervisors.

**Key words :** Construction supervision system, Construction supervisor, Construction management, Appointment of supervisor, Construction supervision contract

---

\* Attorney, DONGIL Architects & Engineers Corp. Legal Team Team Leader



논문 / ARTICLE

# 용도구역제 도시계획 수립행위와 국제투자협정상 간접수용 제도의 관계 - 공원녹지법상 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA의 간접수용 제도를 중심으로 -

김종우\*

## 국문초록

공원녹지법상 도시자연공원구역 지정제도는 용도구역제 도시계획 수립행위의 하나로서 강력한 행위제한을 통한 건축허용성 박탈을 주요 특징으로 한다. 이때 재산권에 대한 중대한 제한이 존재하는 만큼 공원녹지법은 수용적 조치에 대한 보상으로서 토지의 매수청구권 제도를 마련하고 있다.

하지만 공원녹지법이 도시자연공원구역 지정을 수용적 조치로 보아 매수청구권이라는 보상을 제시하는 범위와, 한미 FTA상 보상이 요구되는 간접수용의 인정 범위는 서로 일치하지 않다. 뿐만 아니라 보상액의 산정기준과 지급방식도 차이가 있다. 용도구역제 도시계획 수립행위로서의 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA 간접수용 제도가 보이는 수용적 조치의 인정 범위 등에 관한 부정합성은 내국인과 외국인 투자자 사이의 차별 내지 불평등 문제를 야기한다.

이처럼 하나의 행정조치에 대해 서로 다른 법률적 평가가 이루어짐에 따라 양자의 부정합성은 점차 부각된다. 양 제도는 서로 정당성과 효용성을 다투고, 그 결과 국내의 법제와 국제투자협정은 서로 영향을 받아 변화하기에 이른다. 한미 FTA는 협약체결 과정에서 이미 국내 법제의 특징을 일부 반영하였지만, 아직 국내의 용도구역제 도시계획에 관한 법제는 간접수용 제도가 전격적으로 적용됨에 따른 영향을 충분히 받지 아니하였다. 그러나 국내 법제에의 영향과 변화에의 요구는 현재 바로 당면해야 할 문제이다.

물론 아직 양자의 부정합성으로 인한 내국인과 외국인 투자자 사이의 차별문제가 현실적으로 발생하지는 아니한 상태이나, 외국의 국내 투자자 활성화 될수록, 그리고 도시계획에 있어 공원녹지가 중요해질수록 수용적 조치에 따른 보상에 있어 내국인과 외국인 투자자가 서로 다르게 취급되는 사례의 발생가능성은 높아질 수 있다. 따라서 우리의 용도구역제 도시계획 법제와 국제투자협정상 간접수용 제도 사이에 이질적인 부분이 존재한다는 점을 인지한 상태에서, 그러한 부정합성이 행정·입법·사법의 영역에 걸쳐 어떠한 영향을 미치는지 면밀하게 살피고 국내 법제에 대한 개정 논의가 급작스럽게 전개될 경우를 대비하여 미리 그 개정의 필요성 여부와 방향성을 고민해 둘 필요가 있다. 이때 그 변화의 시발점은 앞서와 같이 양자 사이의 부정합성에 따른 차별 내지 불평등의 문제일 것이나, 그 변화의 지향점은 '예측가능성을 통한 외국인 투자자의 보호'와 '공공복지 목적의 규제권 확보'에 돌아가야 한다.

**주제어:** 도시계획, 한미 FTA, 도시자연공원구역의 지정, 간접수용, 규제권 행사

## 목차

- I. 들어가며
- II. 한미 FTA 투자챗터상 간접수용 제도
- III. 도시자연공원구역 지정제도와 간접수용 제도의 정합성 여부 판단
- IV. 간접수용 제도가 우리 법제에 미치는 영향
- V. 결론

\* 대구지방법원 판사



 Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230004>

Received: February 22, 2023

Revised: March 06, 2023

Accepted: March 12, 2023

Copyright: © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

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

## I. 들어가며

2012. 3. 15. 발효된 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America, 이하‘한미 FTA’라고 한다)의 제11장 투자챕터는 협정의 양 당사자국의 일정한 조치가 수용과 동등한 조치에 해당하는 경우, 즉 소위 국제투자협정상‘간접수용’ 문제에 대해 규정하고 있다. 간접수용 제도는 비단 한미 FTA 뿐만 아니라 NAFTA를 포함한 세계 각국의 자유무역협정(FTA) 및 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty, BIT)에 보편적으로 삽입되고 있으나<sup>1)</sup>, 한편으로는 외국인 투자자 보호라는 명목 아래 투자유치국의 규제권을 과하게 제한하여 주권을 침범한다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔고, 이는 한미 FTA도 마찬가지였다.

국제투자협정에 따른 간접수용 제도가 국내 공법체계 또는 국내의 부동산 법제에 미치는 영향에 대해서는 다수의 선행 연구가 존재한다<sup>2)</sup>. 하지만 실제 시행되고 있는 부동산 규제 관련 법제 및 그에 기한 정부의 조치에 대해 그것이 국제투자협정상‘간접수용’조항과 어떠한 관계에 있는지에 대해서 구체적인 연구가 이루어진 적은 없는 것으로 보인다. 이에 본 글에서는, 최근 지방자치단체가 장기미집행 도시공원 실효의 대안으로 무분별하게 이용되어 비난을 사고 있는‘공원녹지법상의 도시자연공원구역 지정제도’와‘한미 FTA의 간접수용 제도’를 비교해 봄으로써, 우리의 용도구역제 도시계획 수립에 관한 법제와 국제투자협정상 간접수용 제도가 어떠한 관계에 대해 알아보고, 나아가 현재의 우리 법제가 갖고 있는 문제점과 나아갈 방향에 대해 연구해 보고자 한다.

## II. 한미 FTA 투자챕터상 간접수용 제도

### 1. 국제투자협정상 간접수용 법리의 의미

국제투자협정상 간접수용(indirect expropriation)이란, 직접수용과 같이 자산의 물리적 탈취 또는 재산권의 명의 이전 등은 없었지만 투자유치국 정부의 조치(입법, 사법, 행정작용을 모두 포함한다)로 인하여 외국인 투자자의 자산 또는 재산권의 가치가 상당히 감소하거나 재산권 향유에 지속적인 방해가 발생하여 투자자의 자산 또는 재산권이 사실상 수용당한 것과 마찬가지로 처한 경우를 의미한다<sup>3)</sup>. 즉, 간접수용이란 투자유치국 정부의 제반 조치(입법·행정·사법)로 인하여 외국인 투자자의 투자수익 회수가 감소하거나 또는 실패하는 경우 과연 이것을 국제법상 또는 투자협정상‘수용’으로 보아 투자유치국에게 보상 내지 배상책임을 지울 수 있는지 여부와 관련된 문제이다<sup>4)5)</sup>.

간접수용은 투자유치국의 사회 공공복리를 위한 규제권 내지 주권의 행사와 외국인 투자자의 투자자산 보호 사이의 갈등이 정식의 법적 분쟁으로 표면화되는 영역이다<sup>6)</sup>. 간접수용에 관한 분쟁의 빈도를 반영하듯 세계 각국 대다수의 자유무역협정(FTA) 및 양자간 투자협정(BIT)은 수용과 보상의 챕터 안에 간접수용 제도를 포함시키고 있다<sup>7)</sup>.

- 1) 이재민, “투자분쟁해결절차에서의 간접수용의 개념 - NAFTA에서의 미국의 경험을 중심으로 -”, 『서울법학』제20권 제2호(2012), 177면.
- 2) 가령, 김지업/ 정종대/ 김홍주, 『한미 FTA가 한국 주택 및 부동산 정책·제도에 미치는 영향과 대응방안』, 대한주택공사 주택도시연구원, 2007, 김관호, “한미 FTA와 간접수용 : 국내 재산권 보호 제도예의 시사점”, 『규제연구』제16권 제1호(2007), 김민호/ 김지업, “한미 FTA의 간접수용과 한국 손실보상 법리의 비교 연구”, 『토지공법연구』제39집(2008), 박군성, “한미 FTA의 국내법적 문제에 대한 시론적 연구”, 『행정법연구』제32호(2012), 김성배, “우리나라 토지수용법제와 간접수용 - 한미 FTA의 간접수용을 중심으로 -”, 『토지법학』제28권 제2호(2012), 김승중, “FTA시대의 토지문제와 대응과제 - 간접수용과 투자자국가소송에 대비하여 -”, 『서울법학』제19권 제3호(2012), 허강무, “한미 FTA시대의 토지보상법제 쟁점과 과제”, 『토지공법연구』제58집(2012), 김지업, 『한미FTA의 간접수용 조항과 도시계획 분야를 위한 시사점』, 서울시정개발연구원, 2012, 김연식, “리스크(risk)로서 한미-FTA 상의 간접수용 조항”, 『공법학연구』제14권 제3호(2013), 김인숙, “ISD 소송사례를 통해서 본 간접수용 판단의 기준과 국내적 시사점 연구”, 『원광법학』제37권 제2호(2021), 김윤일/ 심영규/ 권한용, “국제투자협상 간접수용 규정의 국내적용에 관한 연구 - ‘한미 FTA’의 투자 관련 규정과의 관련성을 중심으로 -”, 『국제거래와 법』통권 33호(2021), 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황·쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, 『공법연구』제49집 제3호(2021), 임성훈, “국제투자분쟁에서의 심사기준과 국가의 규제권한 - 국제투자분쟁 제도가 우리 행정법에 미치는 영향을 중심으로 -”, 『행정법연구』제67호(2022)
- 3) 이 글에서 논의하는 간접수용은, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제59조 이하에서 규정하고 있는 간접손실보상, 즉 공익사업시행지구 밖의 대지 등에서 발생한 손실에 관한 보상 논의와는 별개의 주제이다.
- 4) 이재민, 앞의 글, 179면.
- 5) 간접수용 법리는 미국의 Penn Central 사건을 토대로 발전한 것으로, 미국의 ‘규제적 수용법리(regulatory taking)’에 그 이론적 기초를 두고 있는데, 이때 규제적 수용법리란 재산권에 대한 규제가 지나친 경우 이를 수용으로 간주하는 법리를 의미한다(김승중, 앞의 글, 283면).
- 6) 한미 FTA 등 국제투자분쟁으로 인해 국가의 규제 권한이 제한된다는 논란에 관한 논의에 대해서는, 임성훈, 앞의 글, 211~213면.
- 7) 간접수용에 관한 FTA 및 BIT 중 대표적인 협정은 북미자유무역협정(NAFTA)이다. NAFTA는 간접수용 개념이 발달하는데 큰 역할을 한 미국이 협정 당사자국으로 있으며, 한편 미국과 캐나다는 선진국과 멕시코라는 개발도상국이 하나의 협정에 묶여 있어 선진국과 개발도상국 사이의 입장차이가 비교적 선명하게 드러난다는 특징이 있으며, 그 결과 선례적 의미를 갖는 다수의 중재판정이 NAFTA에서 도출되었다(이재민, 앞의 글, 179면).

본 글은 우리나라에 가장 큰 영향을 미치는 국제투자협정인 한미 FTA를 통해 우리 국내 법제와의 관계를 살펴보고자 하는바, 아래에서는 한미 FTA 투자챗터상 간접수용 제도의의 내용을 개략적으로 살펴보도록 한다.

## 2. 한미 FTA 투자챗터상 간접수용 제도의 내용 및 판단기준

### (1) 한미 FTA 제11.6조 및 부속서 11-나

투자챗터는 제11.6조에서 수용의 요건 및 보상의 의미 등을 규정하는 한편, 간접수용에 대해서는 부속서 11-나를 통해 그 적용범위를 구체화하고 있다. 당사자국의 특정 조치가 보상을 필요로 하는 간접수용에 해당하는지 여부는 이를 구별하기가 쉽지 않고 이에 간접수용 조항의 해석 및 적용에 대해 분쟁이 발생하기 쉬우므로, 부속서를 통해 그 의미를 구체화하는 것이다. 한미 FTA 뿐만 아니라 다른 세계 각국의 FTA 또는 BIT도 대체로 간접수용에 관한 부속서를 갖추고 있으며, 이를 통해 각국의 사정에 맞춰 간접수용의 의미 및 그 적용범위를 조율하고 있다. 한편 한미 FTA 투자챗터는 미국의 양자간 투자협정 모델(Model Bilateral Investment Treaty, Model BIT)(2004)을 원형으로 한다고 알려져 있다<sup>8)</sup>.

### (2) 간접수용의 판단기준

#### 1) 개괄

제11.6조 제1항은 간접수용에 대해 ‘수용이나 국유화와 동등한 조치’라고 기술하고 있을 뿐 그 구체적인 의미와 적용 범위에 대해서는 언급이 없다. 이에 양국은 부속서 11-나를 통해 그 의미를 ‘당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우’라고 구체화하면서, 이를 판단함에 있어 ① 정부행위의 경제적 영향, ② 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도, ③ 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격을 고려하도록 했다<sup>9)</sup>.

#### 2) 정부행위의 경제적 영향

정부행위의 경제적 영향이란, 수용적 조치의 존부를 판단함에 있어 정부조치가 투자자의 경제상황에 미친 영향의 정도를 고려하는 것을 의미한다<sup>10)</sup>. 이는 중재판정부가 특정 조치가 간접수용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 가장 중시하는 요소로서<sup>11)</sup>, 그 조치로 인해 투자자의 재산에 실제로 발생한 손해의 정도를 중심으로 하여 규제의 기간 등도 부수적으로 고려한다. 통상 정부의 조치가 투자자 재산에 대한 심각한 침해에 이르러 실질적인 수용에 이를 것이 요구되며, 이는 실제 중재판정부의 판정을 통해서도 확인된다<sup>12)</sup>. 다만, 그 구체적인 기준이 국제법상 명확하게 정립되었다고 평가되지는 않는다<sup>13)</sup>.

한편 규제권 행사로서의 정부조치는 수범자의 재산권에 제약을 가하는 것을 본질적인 내용으로 하는바, 부속서에는 단순히 정부행위로 인해 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과가 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용에 해당하지 않는다는 규정을 추가하였다. 투자자유치국 정부의 정당한 규제권 행사가 과도한 국제투자분쟁절차로 인해 간섭받는 것을 방지하기 위한 목적이다.

#### 3) 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도

정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도란, 투자자가 투자에 앞서 그 제반 상황에 부여하였던 기대가 정부 조치로 인해 침해되는 정도를 수용적 조치의 존부를 판단함에 있어 고려한다는 것을 의미한다. 특히 투자자유치국이 투자유치를 위해 스스로 제안 또는 약속한 규제상황이 이후 투자자유치국의 사정으로 인해 변화할 경우 이는 간접수용을 인정하는 중요한 근거가 될 수 있다.

한미 FTA 부속서에는 ‘합리적인 기대’에 관하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다고 하면서, 예를 들어 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적인 가능성이 더욱 낮다는 문구를 각주로 추가하였다. 이는 규제의 영역에 따라 투자가 의존한 기대의 합리성 여부가 달리 판단될 수 있음을 의미하는 것으로, 규제의 정도가 강한 보건, 식품, 환경 등의 영역에서는 정부행위로 인해 투자자의 합리적인 기대가 침해되는 것으로 쉬이 보지 않는다는 것을 나타내기 위한 문구이다.

8) 강경표, 『한미 FTA상 간접수용 조항의 해석에 관한 소고』, 『우리법연구회 논문집』 제7집(2017), 666면.

9) 간접수용 판단기준으로서 위 세가지 기준에 대한 구체적인 분석으로는, 김인숙, 앞의 글, 136~148면.

10) 변필건, 『한국의 투자협정 해설서 - BIT와 최근 FTA를 중심으로 -』, 법무부, 2010, 217면.

11) 박덕영 외 13인, 『국제투자법』, 박영사, 2012, 258면.

12) 김인숙, 앞의 글, 139~140면.

13) 김인숙, 앞의 글, 139면.

4) 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격

간접수용에 해당하는지 여부는 그것이 가진 경제적 영향만으로 판단되지 않는다. 특정 정부조치가 공공복지 등의 관점에서 합리화되는 목적을 가지고 있는지 여부도 간접수용 판단의 고려요소가 되며, 이 경우 정부조치의 구체적인 태양은 그 목적을 달성하는데 적합한 수단이어야 한다.

한편, 한미 FTA 부속서는 이 부분에 대해“관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어서 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.”라는 문구를 추가로 삽입하였다. 이는 우리 보상법제의 핵심 요건인‘특별한 희생’<sup>14)</sup>을 간접수용의 성립 여부에 있어 고려요소로 삼아 국내 법제와 한미 FTA 투자협정 사이의 조화로운 적용을 꾀한 것이라 할 수 있다<sup>15)</sup>.

(3) 간접수용 예외 규정

1) 공공복지 목적의 규제권 행사에 대한 예외 조항

한미 FTA 부속서는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 당사자국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다고 하여 공공 목적의 조치는 원칙적으로 간접수용에서 배제하였다(부속서 11-나의 3의 나항). 특히 한미 FTA의 경우 공중보건, 안전, 환경에 더하여‘부동산 가격 안정화’를 공공복지 목적의 조치로 명시하고 있는데, 이는 부동산 정책이 매우 큰 중요성을 갖는 우리나라의 요청으로 추가된 것이다<sup>16)</sup>. 부속서는 각주에서 위와 같은 공중보건, 안전, 환경, 부동산 가격 안정화는 예시적 열거임을 명시하여 간접수용 대상에서 제외되는 공공복지 목적의 조치가 위 열거된 항목으로 제한하여 해석하려는 시도를 차단하였다.

2) 비례성 원칙으로서의‘드문 상황’

위 부속서 11-나의 3의 나항은, 공공복지 목적의 규제권 행사가 언제나 간접수용을 구성하지 않는다고 하지는 않는다. 행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은‘드문 상황’인 경우에는 공공복지 목적의 규제권 행사라고 하더라도 간접수용을 구성할 수 있음을 부속서는 명시하고 있다. 미국의 모델 BIT에는 단순히‘드문 상황(rare circumstances)’라고만 기재되어 있었으나, 이 경우 드문 상황의 포섭 범위가 지나치게 넓어지고 해석이 불분명해지는 문제가 있어, 한미 FTA에서는‘행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때’라는 수식어를 추가했다고 전해진다<sup>17)</sup>.

이러한‘드문 상황’조항은, 앞서 정부행위의 성격에서 살펴본‘특별한 희생’과 맞물려, 간접수용 해당성을 판단함에 있어서는 결국‘비례성의 원칙’이 적용됨을 드러낸다고 볼 수 있다<sup>18)</sup>. 정부조치가 가진 목적 또는 효과에 비추어 투자자가 받는 재산권 제한의 정도가 심각할 경우 이는 특별한 희생을 요구하는 것으로 간접수용을 구성하는 드문 상황에 해당할 수 있다.

(4) 적법한(간접)수용이 되기 위한 요건

제11.6조 제1항에 따르면, 당사국이 수용에 해당하는 조치를 취하기 위해서는 직간접 여부를 불문하고 동항 각목에 따른 네가지 요건을 충족해야 한다. 구체적으로 ① 공공 목적을 위할 것, ② 비차별적 방식일 것, ③ 신속·적절·효과적인 보상을 공정한 시장가격으로 지불할 것, ④ 적법절차 및 대우의 최소기준을 준수할 것이 그것이다. 이중 위 ③번 요건과 관련하여 구체적으로 살펴보면, 보상은 지체 없이 지불되어야 하고(신속성), 수용일 직전의‘공정한 시장가격(fair market value)’에 상응해야 하며<sup>19)</sup>, 수용 조치가 알려짐에 따른 가치변동은 상승과 하락에 구분 없이 보상액 산정에 반영되어서는 아니 되고(적절성), 충분히 실현가능하고 투자자가 수령한 보상을 자유롭게 송금할 수 있어야 한다(효과성).

14) 헌법재판소는 도시계획결정으로 말미암아‘특별한 희생’을 입는 경우에도 보상규정을 두지 아니한 구 도시계획법 제4조는 헌법 제23조 제3항에 위배된다고 판단한 바 있다(헌재 1999. 10. 21.자 97헌바26 전원재판부 결정).

15) 변필건, 앞의 책, 220면.

16) 변필건, 앞의 책, 231면. 이에 따르면, 한미 FTA에서는‘부동산 가격안정화’라고만 할 경우 정책목적이 너무 포괄적이어서 공공복지 목적이라는 상위 개념과 부합하지 않을 수도 있다는 우려를 반영하여‘저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한’을 예시로 적시하였으나, 이러한 조치에 한정되는 것이 아님은 물론이라고 한다.

17) 변필건, 앞의 책, 233면.

18) 김연식, 앞의 글, 154면.

19) 공정한 시장가격이란 일반적으로 매수자가 정상적인 시장상황에서 매도자에게 지급하려고 하는 자산가격을 의미하며, 대체로 현금흐름할인(계속) 가치, 청산가치, 대체가치, 장부가치 등을 기준으로 이를 산정하게 된다(변필건, 앞의 책, 208~209면 재인용).

### III. 도시자연공원구역 지정제도와 간접수용 제도의 정합성 여부 판단

#### 1. 용도구역제 도시계획의 의의

용도구역이란 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역 및 용도지구의 제한을 강화하거나 완화하여 따로 정함으로써 시가지의 무질서한 확산방지, 계획적이고 단계적인 토지이용의 도모, 토지이용의 종합적 조정·관리 등을 위하여 도시·군관리계획으로 결정하는 지역을 의미한다[국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 제2조 제17호]. 도시를 구성하는 토지의 용도별 구분과 그 지상 건축물의 쓰임새 내지 형태를 구상함으로써 도시 내 공간의 효율적이고 합리적인 활용을 꾀하는 '용도지역제 도시계획'(용도지역 및 용도지구의 지정)과 달리, '용도구역제 도시계획'은 도시의 무질서한 확장에 따른 폐해를 막고 균형 있는 발전을 도모하기 위해 토지이용에 제한을 가하는 것을 특징으로 한다<sup>20)</sup>. 국토계획법은 용도구역제 도시계획으로서 제38조 이하에서 '개발제한구역의 지정'(제38조), 도시자연공원구역의 지정(제38조의 2), 시가지조정구역의 지정(제39조), 수산자원보호구역의 지정(제40조)을 규정하고 있는데, 이에 관한 개별 법률 또는 국토계획법은 용도구역 안에서의 강력한 행위 제한을 별도로 규정하고 있다.

도시계획<sup>21)</sup>은 도시의 효율적이고 합리적인 구성과 이용을 위해 행정주체가 사용하는 가장 대표적이고 효과적인 수단으로서 그 필요성과 광범위한 재량권이 인정되는 반면, 그 목적 달성을 위해 수범자의 토지개발을 제약하는 등 기본권 제한에 따른 사익침해의 문제를 불러일으킨다. 이처럼 도시계획은, 특히 그중에서도 무질서한 도시의 팽창을 방지하기 위해 강력한 행위제한을 수반하는 용도구역제 도시계획은 공익과 사익이 강하게 부딪히는 행정영역에 해당한다. 용도구역제 도시계획은 향후 한미 FTA에 따른 간접수용 문제가 제기될 가능성이 높은 분야로서, 우리 법제와 한미 FTA 간접수용 제도가 가진 정합성의 정도를 측정하는 좋은 표본으로서의 의미를 갖는다.

#### 2. 용도구역제 도시계획으로서의 도시자연공원구역 지정제도

##### (1) 근거법률 및 연혁 등

##### 1) 도시자연공원구역의 의미 및 근거법률

도시자연공원구역의 지정은 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위하여 도시지역 안에서 식생이 양호한 산지의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정될 경우 시·도지사 또는 대도시의 시장이 도시·군관리계획으로서 결정하는 용도구역제 도시계획의 하나이다(국토계획법 제38조 제1항). 도시자연공원구역의 지정 또는 변경에 필요한 사항과, 도시자연공원구역에서의 행위 제한 등 도시자연공원구역의 관리에 필요한 사항은 별도 법률인 '도시공원 및 녹지 등에 관한 법률'(이하 '공원녹지법'이라 한다)<sup>22)</sup>을 통해 정한다(국토계획법 제38조 제2항, 제80조의 2). 공원녹지법상 '도시자연공원구역'은 도시지역에서 도시자연경관을 보호하고 시민의 건강·휴양 및 정서생활을 향상시키는 데에 이바지하기 위하여 설치 또는 지정된 '도시공원'에 해당하며(공원녹지법 제2조 제3호 나목), '도시공원'은 도시계획시설인 녹지, 유원지, 공공공지(公共空地) 및 저수지와 함께 다시 그 상위개념인 '공원녹지'를 구성한다. 지방자치단체의 장은 관할 구역 도시지역의 쾌적한 도시환경 조성 등을 이룩하기 위해 국토계획법에 따른 도시·군관리계획을 통해 공원녹지(도시자연공원구역, 도시계획시설인 공원, 도시계획시설인 녹지 등)의 설치 또는 지정에 관한 기본적인 사항을 결정하고, 이어 공원녹지법을 통해 그 구체적인 설치 및 관리, 또는 지정에 관한 집행행위를 수행한다. 이를 반대로 해석하면 도시자연공원구역은 지방자치단체의 장이 관할 구역 도시의 쾌적한 환경을 유지·보전함에 있어 사용하는 주요한 도시계획적 수단으로서의 의미를 갖는다.

##### 2) 도시자연공원구역 지정제도의 연혁

도시자연공원구역 지정제도는 구 국토계획법 일부개정(2005. 3. 31. 법률 제7470호) 및 구 공원녹지법 전부개정(2005. 3. 31. 법률 제7476호)을 통해 도입되었다. 그 전까지 구 국토계획법에 따른 용도구역에 도시자연공원구역이라는 것은 존재하지 않았으며, 구 공원녹지법 역시 도시계획시설인 공원과 녹지의 설치 및 관리 등에 대해서만 규정을 두고 있었다.

20) 김동희, 『행정법Ⅱ(제26판)』, 박영사, 2021, 462면.

21) 도시계획이란 "도시 내 토지의 합리적 이용을 위해 용도지역 및 기반시설과 건축단위를 설정하며, 각 건축단위의 건축허용성 및 건축허가요건을 정하는 구속적 행정계획"으로 정의될 수 있다(김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 195~196면).

22) 공원녹지법의 제정 당시 명칭은 '공원녹지법'이었으나, 2005. 3. 31. 법률 제7476호 전부개정을 통해 현재의 '도시공원 및 녹지 등에 관한 법률'로 변경되었다.

도시자연공원구역 지정제도가 도입되게 된 결정적인 계기는 헌법재판소의 장기미집행 도시계획시설에 관한 헌법불합치 결정<sup>23)</sup>이었다<sup>24)</sup>. 위 결정에서 헌법재판소는 도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 하는바, 그럼에도 불구하고 10년 이상을 아무런 보상 없이 도시계획시설결정에 따른 행위제한을 수인하도록 한 구 도시계획법 제4조(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전문개정되어 1991. 12. 14. 법률 제4427호로 최종개정된 것)는 헌법상의 재산권보장에 위배된다고 하면서, 입법자로 하여금 매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 적절하게 보상하여야 한다고 하여 잠정적용 헌법불합치결정을 하였다.

위 결정에 따라, 구 도시계획법은 전부개정(2000. 1. 28. 법률 제6243호)을 통해 도시계획시설결정 고시일부터 10년 이내에 시설사업이 시행되지 아니하는 경우 토지소유자에게 매수청구권을 부여하였고(위 구 도시계획법 제40조), 이에 도시계획시설결정을 통해 공원으로 조성되기로 한 부지에 대해서도 10년 이내 공원조성사업이 시행되지 않으면 매수청구권이 발생하게 되었다. 뿐만 아니라 기존에 결정·고시된 도시계획시설 결정의 효력을 2000. 7. 1.부터 20년이 되는 날의 다음 날에 상실하도록 도시계획시설결정 일몰제를 도입하였다. 하지만 지방자치단체의 재정사정 등을 감안했을 때 기존의 미집행 도시계획시설인 공원의 조성사업을 매수청구 기간인 10년 또는 일몰제인 20년 내에 집행하는 것은 현실적으로 어려웠고, 이에 정부는 기존의 도시계획시설결정을 통해 조성하려고 한 공원에 대해 이를 도시계획시설로서의 시설공원과, 개발제한구역과 유사한 용도구역 개념의 공원구역으로 이원화한 후 기존에 도시계획시설결정이 내려졌던 구역을 용도구역(도시자연공원구역)으로 지정함으로써, 지방자치단체가 도시계획시설인 공원을 조성하는데 따른 재정적 부담을 줄이는 한편, 도시자연공원구역에 대해서는 구역내에 취락지구 지정 및 토지매수청구권 인정 등을 통해 토지소유자 등 지역주민의 재산권 침해를 줄이고자 하였다<sup>25)</sup>.

### 3) 절충적 대안으로서의 도시자연공원구역 지정제도

이상의 도입연혁에 비추어보면, 도시자연공원구역 지정제도는 장기미집행 도시계획시설의 위헌성을 피하기 위한 절충안이자 현실적인 대안으로 도입된 것이라 평가할 수 있다. 실제 서울특별시장은 일몰제에 따라 도시계획시설(공원) 결정들의 효력이 전면 상실되는 것에 대응하기 위하여, 전체 도시계획시설인 공원 2,248개소 중 장기미집행 공원 133개소에 대하여 토지를 매입하기 전 도시공원 기능을 유지할 수 있도록 도시자연공원구역으로 지정하여 관리하는 방안 등을 검토한 적이 있으며<sup>26)</sup>, 이후 2020년에 실제로 서울시의 전체 장기미집행 도시계획시설 중 약 58.4%에 해당하는 부분을 도시자연공원구역으로 지정하였다(그 전까지는 서울시에는 도시자연공원구역이 없었다고 한다)<sup>27)</sup>.

#### (2) 도시자연공원구역의 지정 기준

도시자연공원구역은 대상 도시의 인구·산업·교통 및 토지이용 등 사회경제적 여건과 지형·경관 등 자연환경적 여건 등을 종합적으로 고려하여 대통령령으로 정한다(공원녹지법 제26조). 구체적으로 도시자연공원구역을 지정함에 있어 '도시지역 안의 식생이 양호한 수립의 훼손을 유발하는 개발을 제한할 필요가 있는 지역 등 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공할 수 있는 지역을 대상으로 정할 것' 등이 준수되어야 한다(공원녹지법 시행령 제25조 제1항). 그 외에도 도시자연공원구역의 지정 및 변경의 구체적인 기준에 관하여는 국토교통부고시인 '도시자연공원구역의 지정·변경 등에 관한 지침'에서 매우 자세한 기준을 마련하고 있다. 도시자연공원구역의 지정 및 변경에 관하여 이처럼 관련 법령에서 세밀한 규율을 하고 있는 것은 그것이 수반하는 강력한 행위제한을 의식한 결과라고 할 것이다.

#### (3) 도시자연공원구역 지정에 따른 행위제한

행위제한이란 [토지의 효율적이고 합리적인 이용을 위해 특정 지역의 용도를 지정하고 그에 맞춰 토지소유자의 토지형질변경과 건축물 건축 등 토지사용권을 제한하는 것] 을 의미한다<sup>28)</sup>. 도시자연공원구역은 용도구역제 도시계획으로서 매우 강한 행위제한을 수반하는데, 구체적으로 도시자연공원구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 흙과 돌의 채취, 토지의 분

23) 헌재 1999. 10. 21.자 97헌바26 결정.

24) 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021, 307면.

25) 국회 건설교통위원회, 『국토의계획및이용에관한법률중개정법률안 심사보고서』, 2005, 제3~4면.

26) 서울행정법원 2021. 11. 25. 선고 2020구합78384 판결의 처분의 경위 부분 참조.

27) "서울시, 도시공원 한뼘도 포기않고 지켰다", 『내 손안에 서울』, 2020년 6월 29일자.

28) 김종보, "생산녹지의 개념과 법적 지위", 『행정법연구』 제65호(2021), 97면.

할, 죽목의 벌채, 물건의 적치 또는 국토계획법에 따른 도시·군계획사업의 시행이 금지되며(공원녹지법 제27조 제1항 전문), 다만 공공용 건축물 또는 공작물의 건축 또는 설치와 그에 따르는 토지의 형질변경, 기존 건축물 또는 공작물의 개축·재축·증축 또는 대수선, 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 토지의 형질변경 등의 경우에 한하여 지방자치단체의 장의 허가를 받아 이를 할 수 있다. 즉 특정 지역이 도시자연공원구역으로 지정될 경우 그 토지는 건축허용성<sup>29)</sup>을 잃고 기존의 용도로 토지사용이 제한된다.

이러한 도시자연공원구역에서의 행위제한은 위 제도의 도입배경이었던 도시계획시설결정 구역에서의 개발행위의 제한과 그 내용에 있어 별다른 차이가 없다. 국토계획법은 제64조에서 특별시장 등은 도시·군계획시설의 설치 장소로 결정된 부지에 관하여 그 도시·군계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 허가하여서는 아니한다고 규정하고 있는데(국토계획법 제64조), 이에 따르면 양자는 지정구역 내 토지의 건축허용성을 박탈하는 행위제한을 동반한다는 점에서 동일하다.

**(4) 수용적 조치에 따른 보상으로서의 매수청구권**

**1) 매수청구권의 행사 요건 및 의의**

도시자연공원구역의 지정으로 인하여, ① 도시자연공원구역의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저하게 감소된 토지 또는 ② 해당 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지(이하 ‘매수대상토지’라고 한다)의 소유자<sup>30)</sup>는, 그 도시자연공원구역을 관할하는 특별시장 등에게 해당 토지의 매수를 청구할 수 있고(공원녹지법 제29조 제1항), 특별시장 등은 매수청구가 시행령이 정한 기준에 부합하는 경우 이를 거절할 수 없다(공원녹지법 제29조 제2항).

이러한 매수청구권은 도시자연공원구역의 도입 연혁 등에 비추어보면, 구역 지정에 따른 행위제한이 재산권의 사회적 제약의 범위를 넘는 과도한 침해를 가져오에 의한 위헌성을 제거하려는 목적에서 마련된 보상, 즉 ‘수용적 조치에 따른 보상’이라고 봄이 타당하다.

따라서 매수대상토지의 판정기준과 한미 FTA상의 간접수용 조항 사이의 정합성 여부를 살펴봄에 있어, ‘보상이 요구되는 수용적 조치’의 범위에 관하여 양자가 동일한 시각을 갖고 있는지는 양자의 정합성 여부를 판가름하는 핵심 사항에 해당한다. 만약 양자 사이에 그 인정범위에 있어 상당한 차이가 존재할 경우, 하나의 도시자연공원구역 내에서, ‘국내법상 매수청구권 대상자에 해당하지 않아 보상을 받지 못하고 재산권 제한을 단순히 감내해야 하는 내국인’과 이와 다르게 ‘한미 FTA상 간접수용 제도에 따라 보상 내지 배상을 받게 되는 외국인 투자자’가 공존하는 상황이 발생할 수 있다. 이는 아래에서 살펴보듯이 내국인과 외국인 투자자 사이의 평등원칙 위반 문제를 야기하여 국내법에 대한 불신과 불만을 야기하는 원인이 될 수 있다.

**2) 판정기준의 구체적 내용**

매수대상토지의 구체적인 판정기준은 대통령령으로 정하고 있는데, 그 구체적인 내용은 아래와 같다(공원녹지법 시행령 제1항).

매수대상토지의 판정기준		
기존의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 <sup>31)</sup>	매수청구 당시 매수대상토지를 도시자연공원구역 지정 이전의 지목 <sup>32)</sup> 대로 사용할 수 없어 매수청구일 현재 해당 토지의 개별공시지가가 그 토지가 소재하고 있는 읍·면·동 안에 지정된 도시자연공원구역 안의 동일한 지목의 개별공시지가의 평균치의 70퍼센트 <sup>33)</sup> 미만일 것	시행령 제34조 제1항 제1호 가목
	도시자연공원구역 지정 이전부터 계속하여 지목이 대(垓)인 토지일 것	
토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지	법 제27조의 규정에 의한 행위제한으로 인하여 당해 토지의 사용·수익이 불가능할 것	동항 제2호

29) 건축허용성이란 “개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 토지단위(대지)로 상정할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위”를 의미한다(김종보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호(2012), 148면).

30) 다만, 이러한 소유자는 ① 도시자연공원구역의 지정 당시부터 해당 토지를 계속 소유한 자, ② 토지의 사용·수익이 사실상 불가능하게 되기 전에 그 토지를 취득하여 계속 소유한 자, ③ 제1호 또는 제2호의 자로부터 해당 토지를 상속받아 계속 소유한 자 중에 하나에 해당해야 한다.

31) 각 목의 어느 하나의 요건을 갖춘 토지일 경우에 인정된다.

32) 다만, 매수청구인이 도시자연공원구역 지정 이전에 적법하게 지적공부상의 지목과 다르게 이용하고 있었음을 공적자료로써 증명하는 경우에는 도시자연공원구역 지정 이전의 실제 용도를 지목으로 본다(동 시행령 제34조 제1항 제1호 가목).

① 동일지목 평균치의 70% 미만으로 가치가 하락한 토지

도시자연공원구역의 지정으로 인해 토지를 기존의 용도대로 사용할 수 없게 된 결과 매수청구일 현재 해당 토지의 개별공시지가가 같은 행정구역 내 도시자연공원구역 안의 동일지목의 개별공시지가의 평균치의 70퍼센트 미만일 경우, 토지소유자는 토지의 매수를 청구할 수 있다. 이는 가치하락율이라는 수치화 가능한 개념을 통해, 보상(매수청구권)이 요구되는 수용적 조치의 기준을 설정한 것이다.

이처럼 가치하락율을 매수대상토지의 판정기준으로 할 경우, 판단기준이 명확하고, 소송으로 가더라도 그 당부 판단이 어렵지 않아 분쟁의 소지를 줄일 수 있다는 장점이 있다. 하지만 그 기준을 70퍼센트로 둔 것이 정당한지에 대한 의문이 제기될 수 있고<sup>34)</sup>, 70퍼센트라는 일률적인 기준을 둬으로써 개별 사안의 특성을 고려할 수 없다는 단점이 있다. 해당 토지의 '개별공시지가(원/m<sup>2</sup>)'에 '토지의 전체 면적'을 곱한 토지의 전체 가격이 기본적으로 높을 경우에는, 비록 상대적으로 개별공시지가의 가치하락율이 낮더라도 토지전체의 절대적 하락액은 매우 클 수 있음에도 불구하고, 이러한 점이 매수대상토지 판정기준에 반영되지 않은 점이 문제될 수 있다.

② 지목이 대(垓)였던 토지

지목이 '대지'인지 여부는 "건축허용성 판단의 가장 결정적 기준이며, 지목으로서 대지는 건축허용성이 부여된 특권적 지위가 인정되는 토지라는 것을 상징"한다<sup>35)</sup>. 공원녹지법 시행령이 '도시자연공원구역 지정 이전부터 계속하여 지목이 대(垓)인 토지에 대해서는, 이를 바로 매수대상토지로 간주한 것은 지목이 대(垓)인 토지의 위와 같은 성질을 반영한 것이다. 도시자연공원구역에서는 행위제한에 따라 건축물의 건축이 원칙적으로 금지되는데, 이는 지목인 대(垓)인 토지의 가치 핵심을 박탈하는 조치임에 의문이 없다<sup>36)</sup>.

③ 토지의 사용·수익이 불가능한 토지

도시자연공원구역 지정으로 인해 토지를 기존의 용도로 사용할 수 없는 것을 넘어, 토지의 사용 및 수익이 아예 불가능한 경우에 이를 경우, 이 역시 그 자체로 매수대상토지로서의 요건을 충족한다. 다만, 도시자연공원구역 지정에 따른 행위제한이 강력하긴 하지만, 그로 인해 토지의 사용 및 수익이 전적으로 불가능한 경우란 이를 상정하기가 쉽지 않을 것이므로, 시행령 제34조 제1항 제2호는 그 활용도가 낮을 것으로 보인다.

3) 매수청구의 절차 등

① 매수가격의 지급방식

토지의 매수청구가 있는 경우 특별시장 등은 그 청구를 받은 1년 이내에 매수 대상 여부 및 매수 예상 가격 등을 매수 청구인에게 통보해야 하며(공원녹지법 제30조 제1항), 그중 매수대상토지로 통보를 한 토지에 대해서는 3년의 범위 내에서 대통령령으로 정하는 기간(현행 3년) 이내에 매수계획을 수립하여 이를 매수하여야 한다(동조 제2항, 동법 시행령 제35조).

② 매수가격의 산정기준

매수가격은 공시지를 기준으로 그 토지의 위치·형상·환경 및 이용 상황 등을 고려하여 평가한 금액으로 하되, 매수가격의 산정시기 및 산정방법은 대통령령으로 정하는데(동법 제3항), 매수가격은 '매수청구 당시의 표준지공시지가'를 기준으로 하여, 여기에 그 공시기준일부터 매수대금 지급일까지 기간 동안의 당해 토지의 위치·형상·환경 및 이용상황, 지가변동률과 생산자물가상승률의 변동사항을 고려하여 산정한다(동법 시행령 제36조 제1항).

3. 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA 간접수용 제도의 관계

(1) 수용적 조치 판단기준에 관한 양자의 정합성 여부

1) 문제의 소재

공원녹지법상 도시자연공원구역 지정제도와 한미 FTA 간접수용 제도의 관계를 논함에 있어 가장 먼저 살펴보아야 할 부분은, 양자가 보상을 필요로 하는 정부의 조치, 즉 수용적 조치의 판단기준을 동일하게 공유하고 있는지 여부이다. 만약 양자가 이에 관해 서로 다

33) 다만, 지방자치단체의 조례로 평균치의 70퍼센트 이상으로 정할 수 있다(시행령 제34조 제2항).  
 34) 유사 제도인 개발제한구역의 지정에 따른 매수대상토지의 판정기준에 따르면, 그 기준이 평균치의 50퍼센트 미만으로 되어 있는데(개발제한구역법 제17조 제3항, 동법 시행령 제28조 제1호), 양자가 그 기준을 달리함에 합리적인 이유가 있다고 보이지 않는다.  
 35) 김종보, 앞의 글(2012), 167면.  
 36) 헌법재판소는 "도시계획시설로 지정된 토지가 나대지인 경우, 토지소유자는 더 이상 그 토지를 종래 허용된 용도(건축)대로 사용할 수 없게 됨으로써 토지의 매도가 사실상 거의 불가능하고 경제적으로 의미있는 이용가능성이 배제된다."고 판시한 바 있다(헌재 1999. 10. 21.자 97헌바26 전원재판부 결정).



른 판단기준을 보유하고 있을 경우, 하나의 도시계획 수립행위인 도시자연공원구역 지정행위만이 존재함에도 불구하고, 해당 구역 내의 내국인 토지소유자는 국내법에 따라 별다른 보상 없이 재산권 제한을 감내해야 하는 반면, 한미 FTA의 적용을 받는 외국인 투자자의 경우에는 투자챗터상 간접수용 제도에 따른 적절한 보상을 대한민국 정부에 청구할 수 있게 되어, 보상의 적절성 이전에 보상의 대상 여부에 있어 차이가 발생한다.

관련하여 도시자연공원구역 지정 이전부터 계속하여 지목이 대(垔)인 경우에는 그 자체로 기존의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지로 인정되므로 문제가 없고, 구역 지정에 의한 행위제한으로 당해 토지의 사용·수익이 불가능할 경우에도 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지로 인정되므로 양자 간 차이가 생길 가능성이 극히 드물다.

문제는 ①‘대(垔) 이외의 지목’에 있어 도시자연공원구역 지정에도 불구하고 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있어 애초에 매수대상토지로 고려되지 아니하는 토지와, ②‘대(垔) 이외의 지목’에 있어 구역 지정으로 인해 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 없지만 그로 인한 가치의 감소가 시행령에 따른 기준(평균치의 70% 미만)에 미달하여 매수대상토지로서의 요건을 충족하지 아니하는 경우이다. 즉, 위 두 가지 경우처럼 국내의 공원녹지법상 해당 토지에 대한 도시자연공원구역 지정조치가 비수용적 조치로 취급되어 매수청구권이 부정될 경우, 그것이 한미 FTA상 간접수용 제도에 따르더라도 여전히 간접수용을 구성하지 아니하는 비수용적 조치로 다루어질 것인지 여부에 대하여 검토가 필요하다.

### 2) 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있는 경우

먼저 ①‘대(垔) 이외의 지목’에 있어 구역 지정에도 불구하고 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있는 경우에 관하여 살펴본다. 예를 들어 기존 지목인 임야나 전답인 토지가 도시자연공원구역으로 지정될 경우 그 토지소유자는 공원녹지법 제27조에 따라 흙과 돌의 채취, 죽목의 벌채 등 일부 행위제한을 받을지언정, 그 토지를 계속 종래의 용도대로 사용할 수 있다<sup>37)</sup>. 이러한 경우 특별한 사정이 없는 한 해당 토지는 매수대상토지에 해당하지 않게 된다. 따라서 공원녹지법은 이때의 도시자연공원구역 지정 행위를 비수용적 조치로 취급하고 있다고 평가할 수 있다.

하지만 만약 외국인 투자자가 해당 도시내 해당 임야 지역을 개발하여 호텔을 건축하기 위해 설립된 특수목적회사의 지분을 소유하게 된 경우를 생각해 보면 어떠한가<sup>38)</sup>. 위 특수목적회사가 해당 임야의 소유권을 취득한 상태에서 외국인 투자자가 회사의 지분을 취득하였는데, 그 후에 지방자치단체의 장이 해당 임야를 포함한 그 일대를 도시자연공원구역으로 지정한 경우이다.

물론 이러한 경우에도, 간접수용에 해당하기 위해서는 투자자의 ‘특별한 희생’이 요구되고, 공공복지 목적의 비차별적인 규제는 원칙적으로 간접수용을 구성하지 아니한다는 점에 비추어 보면, 공원녹지법에서와 마찬가지로 한미 FTA에 따르더라도 이때의 구역 지정은 비수용적 조치, 즉 간접수용에 해당하지 아니하는 조치로 판단될 여지가 존재하는 한다.

그러나 공공복지 목적의 규제행위라고 하더라도 그로 인해 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 ‘드문 상황’인 경우에는 간접수용을 구성할 수 있는데 만약 외국인 투자자가 특수목적회사의 지분을 취득하기 위해 막대한 금원을 투자했을 경우에는, (a) 도시자연공원구역 지정 제도는 그 기간에 별다른 제한이 없는 반면 행위제한이 강력한바 드문 상황에 해당함이 인정될 수도 있는 점에 더하여<sup>39)</sup>, (b) 투자챗터 부속서는 ‘정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도’를 간접수용 판단의 고려요소로 명시하고 있는데, 만약 애초에 외국인 투자자의 특수목적회사 지분 소유에 따른 투자행위가 지방자치단체의 적극적인 외자유치를 통해 이루어진 것이라면<sup>40)</sup>, 이때는 정부조치가 투자의 합리적인 기대를 심각하게 침해한 경우에 해당한다고 여겨질 수도 있는 점 등에 비추어 보면, 결국 지방자치단체의 장이 공공복리를 위해 도시자연공원구역을 지정하였고, 외국인 투자자가 그 구역안의 소유 토지를 기존의 지목대로 이용할 수 있다고 하더라도, 이때의 구역 지정행위는 수용적 조치인 간접수용으로 인정될 가능성이 충분히 존재한다 할 것이다.

### 3) 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 없는 경우

다음으로 ②‘대(垔) 이외의 지목’에 있어 구역 지정으로 인해 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 없지만 그로 인한 가치의 감소가 시행

37) 이처럼 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있는 경우 이는 토지소유자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로서 재산권 침해라 할 수 없다는 것에 대해서는 현재 2005. 9. 29.자 2002헌바84등 결정 참조.

38) 투자유치국에 설립되어 있는 법인의 주식을 보유하고 있을 경우, 해당 법인의 대주주가 아니더라도 국제투자분쟁절차를 이용할 수 있고, 간접수용 또는 사회사를 통한 주식 소유의 경우에도 국제투자분쟁절차를 통한 제소가 가능하다(손철우, “투자자-국가 분쟁해결절차 일반론”, 『투자자-국가 분쟁해결절차에 관한 연구』, 사법발전재단, 2014, 19면).

39) 반면, 우리 대법원은 행정청이 용도지역을 자연녹지지역으로 지정결정하였다가 그보다 규제가엄한 보전녹지지역으로 지정결정하는 내용으로 도시계획을 변경한 경우, 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다고 본 원심의 판단을 수긍한 바 있다(대법원 2005. 3. 10. 선고 2002두5474 판결).

40) 지방선거로 인해 지방자치단체의 장이 속한 당이 변경될 경우 이러한 급작스러운 정부의 도시계획변경이 발생할 여지가 높아질 수 있다.

령에 따른 기준에 미달하는 경우에 관하여 살펴본다. 공원녹지법은 이 경우 해당 토지가 소재하고 있는 행정구역 안에 지정된 도시자연공원구역 안의 동일 지목의 개별공시지가 평균치의 70% 미만일 경우에 한하여 이를 매수대상토지로 규정하고 있다.

반면 한미 FTA상의 간접수용 조항은 위와 같은 일률적인 기준, 즉 평균치의 70% 미만이라는 산술적인 기준을 두고 있지 않으나, 개별 사안별로 공원녹지법과 한미 FTA의 적용 여부에 따라 수용적 조치 여부에 관하여 다른 결론이 도출될 수 있다(이는 양자가 수용적 조치를 규정하는 방법에 근원적인 차이가 있는 것에 기원한다)<sup>41)</sup>.

## (2) 보상의 기준과 방법에 관한 양자의 정합성 여부

### 1) 보상액 산정기준의 정합성 여부

공원녹지법에 따른 매수대상토지의 매수가격은 '매수청구 당시의 표준지공시지가'를 기준으로 그 공시기준일부터 매수대금 지급에 정일까지의 변동사항을 고려하여 산정한 가격에 의한다. 그에 반해 간접수용에 따른 보상은 '수용일 직전'의 '수용된 투자'의 '공정한 시장가액(fair market value)'과 동등해야 한다. 전자는 '표준지공시지가'를 기준으로 보상가격을 산정 하는 반면, 후자는 '공정한 시장가액'에 의하는바, 하나의 도시자연공원구역 내의 동일 지목 유사 형태의 토지라고 할지라도 그 소유자가 내국인인지 아니면 한미 FTA 적용을 받는 외국인 투자자인지 여부에 따라 실제 지급받는 보상액에 있어서는 상당한 차이가 있을 수 있다. 양자간 보상액의 차이는 특히 중재판정부가 문제가 된 수용된 투자의 '공정한 시장가액'을 산정함에 있어 장래 수익성 등 투자자산의 계속적 가치를 고려하는 현금흐름 할인 방식을 적용하거나, 또는 아예 실제 투자금액을 기준으로 보상액을 산정할 경우 극대화 된다. 공원녹지법에 따른 표준지공시지가는 현금흐름할인 방식 또는 실제 투자금액 보상 방식이 보상액 산정에 반영하고 있는 '수용된 투자자산의 장래 가치'를 전혀 반영하지 않기 때문이다.

예를 들어 하나의 도시자연공원구역 내의 지목이 대(垓)인 토지 A, B가 있다고 하자. A 토지는 내국인 C가, B 토지는 외국인 투자자 D가 각 호텔을 건축하여 영업을 할 예정이었고, 이에 C와 D는 표준지공시지가의 몇 배에 달하는 대금을 지불하고 각 토지를 매수하였는데, 얼마 후 A, B 토지를 포함한 주변이 도시자연공원구역으로 지정된 경우, 내국인 C는 매수청구권 행사로 표준지공시지가를 기준으로 산정된 보상액만을 지급받는 반면, D는 국제투자분쟁해결센터에 중재를 청구함으로써 실제 매수대금 지급 상당액을 보상받을 가능성이 존재한다.

그 외에도 전자는 '매수청구 당시'를 시적 기준으로 삼는 반면, 후자는 '수용일 직전'을 기준으로 하며, 전자는 매수대금 지급예정일까지의 변동사항을 가격산정에 고려하지만, 후자는 그렇지 아니한다는 등의 부수적인 차이가 존재한다.

### 2) 보상액 지급방식의 정합성 여부

공원녹지법에 따른 매수청구권 행사의 경우, 토지의 매수청구가 있더라도 특별시장 등은 최대 4년 간 보상액 지급을 미룰 수 있다. 특별시장 등은 매수청구를 받은 1년 이내 매수대상 여부 및 예상가격 등을 통보하고, 위 통보시점을 기준으로 다시 3년 내에 이를 매수하면 되기 때문이다. 이에 반하여 간접수용에 따른 보상은 '지체 없이' 지불되어야 한다. 따라서 도시자연공원구역으로 지정된 토지를 소유한 외국인 투자자가 간접수용에 따른 보상을 청구하는 중재판정을 청구할 경우, 중재재판부는 공정한 시장가격으로 산정한 보상액을 즉시 지급할 것을 요구하는 내용으로 판정을 내리게 된다. 같은 도시자연공원구역 내 토지소유자라고 할지라도 그 소유자가 내국인인지 아니면 외국인 투자자인지 여부에 따라 보상액 수령기간에 있어서도 최대 4년의 시간 차이가 발생하게 되는 것이다.

## 4. 양 제도의 부정합성으로 인한 평등원칙 위반 문제의 발생

### (1) 양자 사이의 부정합성

공원녹지법에 따른 도시자연공원구역의 지정이라는 지방자치단체의 용도구역제 도시계획 수립행위에 관하여, 그에 의한 수용과 보상의 관점에서, 지금까지 국내법인 공원녹지법과, 한미 FTA 간접수용 제도가 이를 바라보는 시각 사이의 정합성 여부를 살펴보았다. 이에 따르면, 양자가 극단적으로 대립되는 태도를 보인다고 하기는 어렵지만, 어떠한 경우 도시자연공원구역의 지정이 수용적 조치에 해당하여 보상을 필요로 하는지 여부에 관하여 그 범위를 달리하고 있으며, 보상액 산정기준과 지급방식에 있어서도 상당한 차이를 보인다. 용도구역제 도시계획의 수립행위에 관한 우리 법제의 시각은 한미 FTA 간접수용 제도로 대표되는 국제의 시각과 서로 맞닿아 있는 부분이 적지 않지만, 그럼에도 여전히 그 내용상 상당한 차이를 보여 부정합적인 관계에 있다고 평가할 수 있다.

41) 한편, 미국의 일부 주의 경우에는 토지규제로 인하여 그 재산가치가 10~40% 이상 하락한 경우 토지소유자에게 그 가치하락분을 보상하도록 규정하고 있다고 한다(김승중, 앞의 글, 302면).

(2) 내국민과 외국인 투자자 사이의 평등권 문제

이처럼 도시자연공원구역 지정제도가 수용적 조치에 해당하는지, 만약 수용적 조치에 해당할 경우 그 보상은 어떠한지에 대한 국내법과 국제투자협정 사이의 부정합성은, 자연스럽게 내국민과 외국인 투자자 사이의 차별 문제를 불러일으킨다. [수용적 조치 해당 여부에 대한 국내법의 판단기준이 국제투자협정상 간접수용의 판단기준보다 더 엄격할 경우, 내국민의 재산권이 외국인 투자자의 재산권보다 소홀히 다루어진다는 역차별의 문제에 직면] 할 수 있다<sup>42)</sup>. 도시계획 수립행위는 통상 다수의 수범자를 전제로 하는바 해당 조치의 절차 및 효과에 있어 수범자들 간 형평성 유지가 필수적으로 요구된다. 특정인에 대해서만 보상이 이루어지거나 더 높은 보상액 책정방식이 적용된다면, 안그래도 강력한 행위제한으로 인해 행정기관과 수범자 간 갈등이 심한 용도구역제 도시계획은 그 높은 필요성에도 불구하고, 불평등 내지 차별적 조치라는 비판에 부딪혀 집행상 상당한 장애를 겪을 수 있다.

한편 이러한 국내법과 국제투자협정 사이의 수용적 조치에 대한 부정합성으로 인한 차별 문제는 비단 공원녹지법상의 도시자연공원구역의 지정에 그치지 않는다. 다른 용도구역제 도시계획에 관한 국내 법규들이 수용적 조치를 바라보는 방식이 공원녹지법의 그것과 크게 다르지 않기 때문이다(예를 들어 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법의 매수대상토지 판정기준 등 참조). 이는 국내법이 수용적 조치를 다룸에 있어 매수청구권 행사를 통한 간접적 보상의 실현이라는 특징을 공유하고 있기 때문인 것으로 평가할 수 있다.

## IV. 간접수용 제도가 우리 법제에 미치는 영향

### 1. 문제의 소재

#### (1) 개괄

우리의 용도구역제 도시계획 법제와 국제투자협정상 간접수용 제도는 서로 정합적이지 않다. 하지만 이제 양 제도가 동일한 하나의 행정조치에 동시에 개입하게 됨으로써 서로 비교되고 평가될 수밖에 없는 것이 당연한 현실이다. 서로 이질적인 제도가 하나의 무대에서 그 제도적 정당성과 효용성을 다룬다. 그 결과 양자는 서로 영향을 받아 변화할 수밖에 없다<sup>43)</sup>.

#### (2) 한미 FTA가 우리 법제로부터 받은 영향

한미 FTA 투자챕터는 이러한 부정합성에 따른 영향을 받아들여 다른 국제투자협정상 간접수용 제도와는 조금은 다른 내용을 포함하고 있다. 간접수용이 성립하기 위해서는 투자자에게 ‘특별한 희생’이 있었을 것을 요구하고, 간접수용이 원칙적으로 성립하지 않는 공공복지 목적의 규제 중에 ‘부동산 가격안정화’를 명시적으로 포함시킨 것이 그러한 영향의 흔적들이다. 이러한 흔적들은 대체로 공공복리를 위한 규제의 필요성을 중시하는 우리 법제 특징의 일부를 한미 FTA 투자챕터가 수용한 것이라 평가할 수 있다.

#### (3) 한미 FTA로 인한 우리 법제 변화의 시발점과 지향점

한편 이러한 투자챕터와 달리 아직 우리의 용도구역제 도시계획 법제는 국제투자협정상 간접수용 제도와 교류로 인한 변화를 겪지 않은 상태이나, 간접수용 제도의 일부 수용 등 변화를 요구받을 것임은 불가피한 현상으로 보인다.

이때 그 변화의 시발점은 앞서 말한 양 제도의 부정합성에 따른 내국민과 외국인 투자자 사이의 차별과 불평등의 문제가 될 것이다. 하나의 용도구역제 도시계획 수립행위가 있었음에도 보상에 있어 서로 다른 결과가 발생할 경우, 양 제도의 부정합성이 가진 문제가 수면위로 떠오를 수밖에 없기 때문이다.

한편 그 변화의 지향점은 ‘예측가능성을 통한 외국인 투자자 보호’가 그 한 축을, ‘공공복지 목적의 규제권 확보’가 그 다른 한 축을 구성해야 한다. 외국인 투자자 보호가 이루어지지 않는다면 한미 FTA를 체결한 이유 자체가 소멸하기 때문이며, 한편 투자유치를 통한 국가 경쟁력 제고에도 불구하고 공공복지 목적의 규제권 확보는 정부의 포기할 수 없는 국가주권행위이기 때문이다.

이러한 관점에서 한미 FTA 간접수용 제도가 우리 법제의 구성과 운영에 미칠 영향과 그 지향점에 대해 행정·입법·사법의 영역에 걸쳐 간략히 살펴보고자 한다.

42) 박주연, “미국투자자들이 특별소비세를 부과한 멕시코 정부를 상대로 손해배상을 요구하며 제기한 투자자 - 국가 분쟁사례 분석”, 『투자자-국가분쟁해결절차에 관한 연구』, 사법발전재단, 2014, 333면.

43) 한편, 국제투자분쟁제도로 인해 투자유치국의 입법권이 제약될 수 있다는 점에 대한 논의로는, 이승민, 앞의 글, 426~428면.

## 2. 행정예의 영향

### (1) 규제권 행사의 소극화 문제

국제투자협정에 따른 영향을 가장 먼저 그리고 직접적으로 받는 영역은 정부 및 지방자치단체 등 행정의 영역이다. 이들의 행위는 그 자체가 독자적으로 바로 중재신청의 대상이 되고, 그것이 국제규범에 어긋날 경우 배상책임을 부담하게 된다. 따라서 행정청으로서는 점차 국내적 규제권을 행사함에 있어서 그것의 국제투자협정과와의 관계를 의식하게 될 수밖에 없을 것이다. 그리고 이는 자칫 필수적 규제권의 소극적 행사 문제로 이어질 수 있다. 특히 용도구역제 도시계획 수립행위에 있어서는 대부분의 주체가 지방자치단체인데, 이들에게는 국제투자협정이 더욱 생소한 규범으로 여겨질 수 있기에 상당한 주의가 요구된다. 국제투자협정이 마치 국내법규처럼 행정의 규제권에 직접 영향을 미치는 시대가 도래한 만큼, 공공복지 목적의 규제권에 대한 안정적인 확보를 위한 중앙정부 차원의 대책이 필요하다.

### (2) 예측가능성 제고를 위한 실질적 노력의 필요

한편 행정청은 일정한 행정 작용을 함에 있어 규제권 확보만을 고려해서는 안 된다. 행정청으로서는 일련의 조치가 향후 국제투자분쟁에 올라가더라도 ‘정당하고 합리적인 규제행위’로 여겨질 수 있도록 그 내용과 절차에 실질적인 노력을 기울여야 한다. 투자분쟁에 관한 판정에서 단순히 승소하는 것만으로는 부족하다. 비록 중재판정에서 승소하더라도 그 내용이 실질적으로 투자유치국의 부당한 수용적 조치로 비칠 경우, 국제투자협정의 체결 목적인 외국인투자의 국내투자가 중단되거나 큰 폭으로 감소할 수 있다. 도시자연공원구역을 지정함에 있어서도 지방자치단체로서는 향후 그 조치로 인해 국제투자분쟁이 발생할 여지가 없는지 사전에 살필 필요가 있다<sup>44)</sup>.

## 3. 입법예의 영향

국내의 용도구역제 도시계획 법제와 국제투자협정상 간접수용 제도 사이에 부정합성이 존재함에 따라, 향후 이를 일원화하는 방향으로 법제를 개선해 나가는 것이 필요한지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 국내 법제와 국제투자협정 양자를 개정하여 그 차이를 좁혀감으로서, 국가의 규제권한 행사의 위법성 판단기준 및 국가책임에 관한 판단기준을 일원적으로 마련하는 것이 이상적인 해결방안이라는 견해<sup>45)</sup>와, 이와 달리 간접수용 제도의 국내 법제에의 수용을 위주로 문제해결 방법을 검토해야 한다는 견해<sup>46)</sup> 등이 존재한다.

국내 법제와 국제투자협정 사이에 수용적 조치를 바라봄에 있어 부정합성이 드러남에 따라 평등원칙 위반 문제가 제기되면, 양자 간의 간극을 좁히기 위한 시도가 일어날 수밖에 없다. 다만, 현행 매수청구를 통한 보상을 전제로 한 용도구역제 도시계획을 벗어나 국제투자협정상 간접수용 제도를 전면적으로 도입하는 방향으로 국내법을 개정하는 것은 현실적으로도 쉽지 않고, 그렇게 할 만큼 우리의 헌법제가 국가의 규제권한 행사에 따른 국가책임을 판단함에 있어 법적 안정성과 예측 가능성 측면에서 그 정당성과 효용성이 떨어지는지 의문이므로, 국제적 규범에 우리의 법제를 맞추어 나아가야 한다는 견해는 이를 찬성하기 어렵다. 뿐만 아니라 간접수용 제도는, 사실상 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정과 공용침해의 구분에 관한 논의에 있어서의 ‘수용이론’과 그 이론적 토대가 유사하다고 할 수 있는데, [가치보장의 사고를 그 기저에 둔 수용이론이 아닌, 존속보장의 사고를 기반으로 한 분리이론을 채택한 우리의 헌법 정신] 에 비추어보면<sup>47)</sup>, 우리 법제에 간접수용 제도를 그대로 수용하는 것은 헌법과의 관계에서도 용인되기 어렵다고 보인다<sup>48)</sup>. 따라서 비록 양자 간의 부정합성으로 인해 촉발되는 갈등을 줄이기 위해 양자 사이의 간극을 좁히려는 시도는 필요하겠지만, 이를 어느 정도까지 시도할 것인지 여부에 대해서는 숙고가 필요하다.

## 4. 사법예의 영향

### (1) 사법부가 받을 영향의 요인

형식적으로 보면, 국내법규와 국제투자협정 사이의 부정합성이 국내 사법부의 판단에 직접적인 영향을 미친다고 보기는 어렵다. 하지만, 동일한 하나의 행정조치에도 불구하고 국내법규를 적용한 국내사건과 국제투자협정이 적용된 중재판정사건 사이에 결과에 있어

44) 국제투자분쟁이 발생할 수 있는 사건들에 있어서 정부의 공권력 행사는 더욱 절차적 적정성과 적법절차원칙을 철저히 준수해야 한다는 논의는, 이승민, 앞의 글, 428~430면.

45) 임성훈, 앞의 글, 229면.

46) 김윤일/심영규/권한용, 앞의 글, 177면.

47) 한수용, 『헌법학(제11판)』, 법문사, 2021, 882면.

48) 이에 관하여, 간접수용에 대한 금전보상/배상 절차 도입에 관한 논의에 대해서는, 임성훈, 앞의 글 231~232면.

현격한 차이가 발생할 경우, 국내사건을 다른 사법부가 이를 단순한 근거법률의 차이로 보아 넘어갈 수 있을지에 대해서는 고민이 요구된다. 특히 국내 법원이 아닌 국제 중재판정소에 구제절차를 제기한 쪽에 유리한 판정이 나올 경우, 우리 사법에 대한 외국인 투자자들의 불신이 초래될 가능성도 무시할 수 없다<sup>49)</sup>.

### (2) 사법부의 판결 자체의 중재판정 대상성

뿐만 아니라 국제투자협정에 따르면 사법부의 판결 자체도 정부의 조치로서 투자중재의 대상이 된다. 국내 법원의 판결이 국제법적 질서에 부합하는지 여부가 시험대에 오르게 되는 것이다. 그 결과 극단적인 경우 국내 법원의 판결이 국내 법률상 아무런 하자가 없다 하더라도, 그것이 국제법질서에 맞지 않음을 이유로 사법부의 판단 자체(또는 소송의 대상인 정부의 조치와 연계하여)가 국제투자분쟁에 제소될 수 있다<sup>50)</sup>. 이는 사법부로 하여금 국내 사건을 해결함에 있어서도 국제법규의 기본원칙들을 고려하도록, 즉 국내법적 기본원칙들에 국제법규의 기본원칙들을 포섭하여 적용함으로써 일원적인 문제해결의 방향으로 나아가도록 하는 현상을 추구할 수 있다.

### (3) 간접수용 조항의 국내재판 직접 적용 여부

한편 또 하나의 문제는 국제투자협정에 따른 간접수용 제도가 직접 국내 사건에 적용될 수 있는지의 문제이다. 이에 대해서는 긍정설과 부정설이 존재할 수 있다. 만약 직접 적용이 가능하다고 해석될 경우, 앞서와 같이 사법부가 국제투자협정상의 기본 원칙들을 국내 사건들을 처리함에 있어서도 고려하는 것을 넘어, 해당 협정의 내용이 직접 판단의 근거로 작용하게 되는 큰 변화가 발생하게 된다<sup>51)</sup>.

## V. 결론

국제투자협정상 간접수용 제도와 우리의 부동산 규제관련 법제 사이의 관련성, 즉 양자가 정합적인지 여부에 관한 논의는 현재적 문제이다. 양자가 보이는 부정합성과 그로 인한 내국인 및 외국인 투자자 사이의 평등원칙 위반 문제는 그 적은 발생빈도에도 불구하고 향후 우리 법제에 미칠 영향이 상당할 수 있는바 이에 대한 선제적 대응이 요구된다.

본 글에서 살펴본 용도구역제 도시계획 수립행위인 도시자연공원구역의 지정행위와 한미 FTA상의 간접수용 제도에 따르면, 양자는 보상이 요구되는 수용적 조치의 해당 여부, 보상액 산정 기준 및 지급방식 등에 있어 이질적인 모습을 보인다. 아직 양자의 부정합성으로 인한 내국인과 외국인 투자자 사이의 차별문제가 현실적으로 발생하지는 아니한 상태이나, 외국의 국내 투자가 활성화 될수록, 그리고 도시계획에 있어 공원녹지가 중요해질수록 수용적 조치에 따른 보상에 있어 내국인과 외국인 투자자를 서로 다르게 취급되는 사례의 발생가능성은 높아질 수 있다. 그러한 사례가 발생 시 용도구역제 도시계획에 관한 우리의 법제는 국제투자협정상 간접수용 제도와와의 관계 속에서 급격하게 변화를 요구받을 수 있다. 따라서 우리의 용도구역제 도시계획 법제와 국제투자협정상 간접수용 제도 사이에 이질적인 부분이 존재한다는 점을 인지한 상태에서, 그러한 부정합성이 행정·입법·사법의 영역에 걸쳐 어떠한 영향을 미치는지 면밀하게 살피고 국내 법제에 대한 개정 논의가 급작스럽게 전개될 경우를 대비하여 미리 그 개정의 필요성 여부와 방향성을 고민해 둘 필요가 있다. 이때 그 변화의 중심점은 예측가능성을 통한 외국인 투자자의 보호와 공공복지 목적의 규제권 확보에 있어야 할 것이다.

투고일 2023. 2. 22. 심사완료일 2023. 3. 6. 게재확정일 2023. 3. 12.

49) 차승우, “국제 투자중재 제도의 국내 사법작용에 대한 영향”, 『투자자-국가분쟁해결절차에 관한 연구(ISDS 논문집)』, 사법발전재단, 2014, 246면.

50) 차승우, 위의 글, 256면.

51) 이에 관한 논의로는, 박균성, 앞의 글 제4~6면.

## 참고문헌

- 김동희, **행정법Ⅱ**(제26판), 박영사, 2021
- 김중보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018
- 김지엽, **한미FTA의 간접수용 조항과 도시계획 분야를 위한 시사점**, 서울시정개발연구원, 2012
- 김지엽/정종대/김홍주, **한미 FTA가 한국 주택 및 부동산 정책·제도에 미치는 영향과 대응방안**, 대한주택공사 주택도시연구원, 2007
- 박덕영 외 13인, **국제투자법**, 박영사, 2012
- 변필건, **한국의 투자협정 해설서 - BIT와 최근 FTA를 중심으로-**, 2010
- 전진원, **국토계획법**, 박영사, 2021
- 한수용, **헌법학**(제11판), 법문사, 2021
- 김관호, “한미 FTA와 간접수용: 국내 재산권 보호 제도에의 시사점”, **규제연구** 제16권 제1호(2007)
- 김민호/김지엽, “한미 FTA의 간접수용과 한국 손실보상 법리의 비교 연구”, **토지공법연구** 제39집(2008)
- 김성배, “우리나라 토지수용법제와 간접수용 - 한미 FTA의 간접수용을 중심으로-”, **토지법학** 제28권 제2호(2012)
- 김승중, “FTA시대의 토지문제와 대응과제 - 간접수용과 투자자국가소송에 대비하여-”, **서울법학** 제19권 제3호(2012)
- 김연식, “리스크(risk)로서 한미-FTA 상의 간접수용 조항”, **공법학연구** 제14권 제3호(2013)
- 김윤일/심영규/권한용, “국제투자협상 간접수용 규정의 국내적용에 관한 연구 - ‘한·미 FTA의’ 의 투자 관련 규정과의 관련성을 중심으로-”, **국제거래와 법** 통권 33호(2021)
- 김인숙, “ISD 소송사례를 통해서 본 간접수용 판단의 기준과 국내적 시사점 연구”, **원광법학** 제37권 제2호(2021)
- 김중보, “건축허용성의 부여와 반영”, **서울대학교 법학** 제53권 제3호(2012)
- 김중보, “생산녹지의 개념과 법적 지위”, **행정법연구** 제65호(2021)
- 박균성, “한미 FTA의 국내법적 문제에 대한 시론적 연구”, **행정법연구** 제32호(2012)
- 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황·쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, **공법연구** 제49집 제3호(2021)
- 이재민, “투자분쟁해결절차에서의 간접수용의 개념 - NAFTA에서의 미국의 경험을 중심으로-”, **서울법학** 제20권 제2호(2012)
- 임성훈, “국제투자분쟁에서의 심사기준과 국가의 규제권한 - 국제투자분쟁 제도가 우리 행정법에 미치는 영향을 중심으로-”, **행정법연구** 제67호(2022)
- 허강무, “한미 FTA시대의 토지보상법제 쟁점과 과제”, **토지공법연구** 제58집(2012)
- 강경표, “한미 FTA상 간접수용 조항의 해석에 관한 소고”, **우리법연구회 논문집** 제7집(2017)
- 박주연, “미국투자자들이 특별소비세를 부과한 멕시코 정부를 상대로 손해배상을 요구하며 제기한 투자자 - 국가 분쟁사례 분석”, **투자자-국가분쟁해결절차에 관한 연구**, 사법발전재단, 2014
- 손철우, “투자자-국가 분쟁해결절차 일반론”, **투자자-국가분쟁해결절차에 관한 연구**, 사법발전재단, 2014,
- 차승우, “국제 투자중재 제도의 국내 사법작용에 대한 영향”, **투자자-국가분쟁해결절차에 관한 연구**, 사법발전재단, 2014.
- 국회 건설교통위원회, **국토의계획및이용에관한법률중개정법률안 심사보고서**, 2005
- “서울시, 도시공원 한뼘도 포기않고 지켰다”, **내 손안에 서울**, 2020년 6월 29일자.

ABSTRACT

# A Study on the Relationship between the Establishment of Urban Planning for the Use Zoning System and the Indirect Expropriation System in International Investment Agreements: Focusing on the Designation System of Urban Natural Park Zones under the Parks and Greenery Act and the Indirect Expropriation System of the Korea-US FTA -

Kim, Jongwoo\*

Under the Parks and Greenery Act, the designation system for urban natural park zones is one of the acts establishing land use zoning systems, and its main feature is the deprivation of building permits through strong action restrictions. As there are significant restrictions on property rights, the Parks and Greenery Act establishes a claim system for land purchase as compensation for expropriative measures. However, the range in which the Parks and Greenery Act considers the designation of urban natural park zones as an expropriative measure and presents compensation in the form of a claim for purchase and the range of recognition for indirect expropriation where compensation is demanded by the Korea-US FTA do not coincide with each other. Furthermore, there are differences in the calculation standards and payment methods of the amount of compensation.

The inconsistencies in the accreditation scopes of expropriative measures under the urban natural park zone designation system as an act for establishing land use zoning systems and the Korea-US FTA's indirect expropriation system causes discrimination or inequality problems between domestic and foreign investors. Furthermore, this calls for changes in domestic legislation on real estate regulation. At this time, the direction of change should be toward protecting foreign investors through predictability and the securing of regulatory rights for public welfare purposes.

**Key word** : urban planning, Korea-US FTA, designation of urban natural park zones, indirect expropriation, exercising regulatory rights.

---

\* Daegu District Court Judge





논문 / ARTICLE

## 재개발·재건축 사업 조합원의 지위와 분양신청권 - 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결을 중심으로 -

박유나\*

### 국문초록

재개발·재건축 정비사업에서의 지분쪼개기 등 투기행위는 전체 사업성을 저하시키고 원활한 사업진행을 방해하는 등 사업진행의 심각한 방해요인으로 작용한다. 그러나 다양한 입법취지를 기반으로 제정된 도시 및 주거환경정비법의 여러 제한 규정들을 투기세력 억제 명목으로 무분별하게 조합원의 기본적인 지위, 권리를 박탈하는 방향으로 확대해석할 수는 없다. 관련하여 도시 및 주거환경정비법 제39조 제1항 제3호 규정이 조합원의 의결권을 넘어 분양신청권까지 제한하는 것인지 해석상 논란이 있었고, 이에 대하여 최근 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결은 위 규정에 따라 조합원의 분양신청권 부여 대상과 개수가 제한된다고 판단하였다.

재건축·재개발사업 조합원의 지위는 의결권자로서의 지위와 수분양권자로서의 지위라는 이중적 성격을 가진다. 따라서 도시 및 주거환경정비법에서 조합원 지위를 제한하는 규정들 역시 조합원의 어떤 지위에 적용되고 제한하려는 규정인지 명확히 구분되어야 하고, 그렇지 못할 경우 위 대상판결의 사안과 같이 해석상 혼란이 발생하기 쉽다. 본지에서는 조합원 지위의 이중적 성격을 정의하고, 그에 따라 도시정비 관계법령에서 조합원 지위를 제한하는 여러 규정들을 분류 검토하였으며, 행위제한기준일, 권리상정기준일 등 해당 조항에서 정한 기준일이 앞서 살펴본 조합원 지위와 제한의 내용과 맞물려 혼선이 없는지 살펴보았다. 그리고 위 분석을 토대로 재개발·재건축 사업 조합원의 지위와 분양신청권의 관계를 검토하였다.

대상 판결은, 도시 및 주거환경정비법 제39조 제1항 제3호가 조합원의 의결권을 넘어 분양신청권까지 제한하는 규정인지 명확히 명시되어 있지 않음에도, 문언의 의미, 입법취지 등을 고려하여 조합원의 분양신청권을 제한하는 규정으로 해석하였다. 이러한 확장해석은 자칫 조합원 지위의 과도한 제한으로 이어질 위험이 있다는 점에서, 기존에 조합원의 분양신청권을 규정한 도시정비법 제72조, 제77조의 입법상 보안을 통해 정리해나가야 할 것이다. 나아가 위 규정들이 분양신청권 제한을 통해 억제하고자 하는 행위들을 충실히 다루고 있는지, 그러한 제한 규정들이 각 기준일과 맞물려 혼선은 없는지 검토하고 제도를 정비함이 타당하다.

**주제어** : 재건축·재개발, 정비사업, 조합원 지위, 분양신청권, 기준일, 2020두36724

### 목차

- I. 서론
- II. 대상판결: 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결
- III. 조합원의 지위와 제한
- IV. 대표조합원 아닌 자의 분양신청권 문제
- V. 결론

\* 디엘이앤씨(주) 변호사



 Open Access


DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230005>

Received: March 01, 2023

Revised: March 07, 2023

Accepted: March 13, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.

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

## I. 서론

### [재개발·재건축 사업에서의 지분쪼개기 문제]

재개발·재건축 정비사업은 노후·불량건축물이 밀집한 지역의 주거환경을 개선하기 위한 ‘공익’ 목적의 사업이면서, 동시에 조합원의 분양권 취득이라는 ‘사익’이 결부된 사업이다. 각 조합원의 분양권이라는 사익 추구가 주거환경을 개선하는 공익사업을 추진하는 원동력이 되기도 하지만, 더 많은 분양권 취득을 목적으로 한 토지분할, 세대수 증대, 공유자수 증대 등 소위 ‘지분쪼개기’를 통한 투기행위가 성행하기도 한다. 일례로 2020년 8월 정부에서 공공재개발 시행계획을 발표하자, 2021년 3월 후보지 발표가 있기 전까지 후보지로 거론되는 지역에서 무려 1,000가구가 늘어나는 등 지분쪼개기가 극성을 부렸다.<sup>1)</sup> 이와 같은 지분쪼개기 행위는 정비사업의 전체 사업성을 저하시키고 원활한 사업진행을 방해하는 등 사업진행의 심각한 방해요소로 작용한다.

### [재개발·재건축 정비사업에서의 지분쪼개기 발생 양태]

지분쪼개기는 특히 재개발 사업지에서 문제되는 경우가 많다. 재개발 사업구역은 정비기반시설이 열악하고 노후·불량건축물이 밀집한 지역으로서 대체로 단독주택, 다가구, 다세대주택이 밀집한 특성이 있어, 토지분할, 다세대주택 신축, 다가구 주택의 다세대 주택 전 등 다양한 방식의 지분쪼개기가 가능하기 때문이다.

재건축 사업구역은 노후·불량건축물에 해당하는 공동주택이 밀집한 지역으로서, 대체로 공동주택의 구분소유를 기초로 조합원 지분이 형성되기 때문에, 재개발 사업에 비하여 지분쪼개기 행위가 발생할 여지가 적다. 그러나 재건축 사업지에서도 상가 분할등기를 통한 지분쪼개기 행위가 왕왕 발생하고, 이는 상가조합원과 주택조합원 사이의 갈등을 심화시키고 전체 사업성을 저해하는 방해 요소로 작용한다.<sup>2)</sup>

### [조합원 지위와 분양신청권에 관한 논의]

지분쪼개기를 통한 투기행위를 근절하기 위한 입법기관, 행정기관의 노력은 다방면으로 있어 왔다. 크게는 1) 지분쪼개기가 야기될 수 있는 행위 자체를 제한하는 방법, 2) 지분쪼개기로 조합원 지위를 득한 자에 대하여 분양신청권을 인정하지 않는 방법 등을 채택하였으며, 그와 함께 행위제한의 기준시점, 권리산정의 기준시점을 지정하거나 조정하는 방식을 취해 왔다. 그러나 그 과정에서 조합원 지위와 분양신청권의 관계, 각 기준일을 둔 취지 등을 세심하게 고려하지 못한 까닭에 해석상 혼란이 발생하기도 하였는데, 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 함) 제39조 제1항 제3호<sup>3)</sup>의 해석 및 그에 따른 분양신청권 부여 대상에 관하여 하급심 판결이 엇갈리다가 최근 온천4구역 재개발 사업지구의 관리처분계획인가 취소 사건에서 대법원이 최종적인 견해를 밝혔고, 관련한 입법 미비를 보완하는 도시정비법 개정 논의도 진행 중이다.

### [대상판결 및 입법방향에 대한 논의]

본 글에서는, 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 해석에 대하여 대법원이 견해를 밝힌 온천4구역의 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결(이하 ‘대상판결’이라 함)의 내용을 과거 견해가 엇갈렸던 하급심 판결들<sup>4)</sup>과 함께 살펴보면, 재개발·재건축 사업의 조합원 지위와 분양신청권의 관계를 고찰하고 관련 규정의 보완점을 논의해보고자 한다.

1) 전형진, "재개발 얘기 나오자마자 삼시간에 1000가구 늘어난 곳", 한경잡코노미, 2021년 1월 27일자, <https://www.hankyung.com/realstate/article/202101276214i>

2) 윤주혜, "압구정 재건축 급물살에 '상가 지분 쪼개기' 말썽", 아주경제, 2021년 2월 23일자, <https://www.ajunews.com/view/20210223095659496>

3) 도시정비법 제39조(조합원의 자격 등)

① 제25조에 따른 정비사업의 조합원(사업시행자가 신탁업자인 경우에는 위탁자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 토지등소유자(재건축사업의 경우에는 재건축사업에 동의한 자만 해당한다)로 하되, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다. (단서 생략)

3. 조합설립인가(괄호생략) 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때

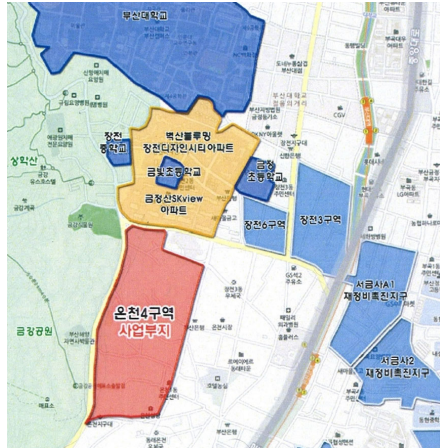
4) 이하 구 도시정비법과 현행 도시정비법의 내용이 일치하는 한, 신법 조항을 기준으로 지칭한다.

5) 학동4구역의 광주고등법원 2020. 1. 23. 선고 2018누6446 판결, 원당1구역의 서울고등법원 2022. 9. 22. 선고 2022누34502 판결 등

## II. 대상판결: 대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결

### 1. 대상 사업지구 - 온천4구역 주택재개발정비사업지구

대상판결이 있었던 온천4구역 재개발 구역은 부산광역시 동래구 온천동 100-13번지 및 금정구 장전동 511-2번지 일원에 위치한 정비사업지구로서, 전체 159,759m<sup>2</sup>의 사업구역을 총 4,043세대(조합원분양 1,712세대, 일반분양 2,331세대)의 대규모 공동주택단지로 개발하는 것을 내용으로 한다.



<그림 1> 온천4구역 사업부지. 출처: 부산광역시 온천4 재개발 정비사업 통합홈페이지

온천4구역은 2005. 9. 21. 부산광역시 도시 및 주거환경정비 기본계획을 통해 정비예정구역으로 지정되었고, 2010. 6. 16. 부산광역시 고시 제2010-214호를 통해 정비구역으로 지정되었다. 2012. 3. 29. 조합설립이 인가된 후 2015. 11. 17. 사업시행계획인가, 2018. 7. 5. 관리처분계획인가를 차례로 득하였다.

<표 1> 온천4구역 사업개요.

구분	내용
사업위치	부산 동래구 온천동 100-13번지 및 금정구 자전동 511-2번지 일원
사업면적	227,440m <sup>2</sup>
건폐율	17.07%
용적률	279.17%
사업규모	36개동 지하 6층~ 지상 25~35층 4,043세대

출처: 부산광역시 온천4 재개발 정비사업 통합홈페이지

### 2. 사실관계 및 당사자 주장의 요지

#### (1) 사실관계

대상판결의 원고들은 총 13명으로, 6) 그중 1인은 온천4구역 조합설립인가일 당시 구역 내 집합건물 중 13세대를 소유하고 있었으나 그중 12세대를 2014년 6월부터 2017년 6월까지 매매, 경매 등을 원인으로 제3자에 순차 양도하고 나머지 1세대만을 소유하고 있는 자

6) 엄밀히는 항소심에서 선정당사자 1인을 정하였기 때문에 원고(선정당사자) 1인과 선정자 12인으로 구성되나, 본지에서는 편의상 위 13인 모두를 원고들이라 칭한다.

이고, 나머지 12인은 위 양도인로부터 각 부동산 1세대씩을 양수한 양수인들이다. 피고는 온천4구역 재개발정비사업조합(이하 ‘피고 조합’이라 함)이다.

**<표 2> 온천4구역 사업 주요 추진경과**

주요 추진경과	일자
예정구역 지정	2005. 9. 21
추진위원회 구성	2005. 12. 30
정비계획 수립 및 정비구역 지정	2010. 6. 16.
조합설립인가	2012. 3. 29
사업시행계획인가	2015. 11. 17
관리처분계획인가	2018. 7. 5.
착공	2021. 4. 23.

출처: 부산광역시 온천4 재개발 정비사업 통합홈페이지

피고 조합은 2017. 7. 27.부터 2017. 9. 25.까지 조합원 분양신청을 받았으며, 원고들은 위 기간 내에 각 보유하고 있는 부동산을 기초로 분양신청을 하였다. 그러나 피고 조합은 원고들과 같이 당초 1인이 다수의 부동산을 소유하고 있다가 이를 양도하여 다수의 사람이 다수의 부동산을 각 소유하게 된 경우에는 1인의 대표조합원을 통하여 1개의 분양신청권을 행사하여야 함에도 불구하고 각자 단독으로 분양신청을 하였다는 이유로 원고들 모두를 현금청산대상자로 정하여 관리처분계획을 수립하였고, 부산광역시 동래구청장은 2018. 7. 5. 위 관리처분계획을 인가, 2018. 7. 11. 고시하였다.

**(2) 당사자 주장의 요지**

대상판결의 원고들은, 조합설립인가일 당시에는 1인이 다수의 부동산을 소유하고 있었으나 그 후 이를 양도하여 ‘분양신청기간 만료일’을 기준으로 다수의 사람이 다수의 부동산을 소유하게 된 경우에는 “분양신청기간 만료일 당시를 기준으로 토지등소유자인 원고들에게 각 1개씩의 분양신청권이 인정되어야 한다”고 주장하였다.

이에 대하여 피고 조합은, 도시정비법 제39조 제1항 제3호는 이 사건과 같이 조합설립인가일 이후 1명의 토지등소유자로부터 부동산을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우 여러 명을 대표하는 1인만을 조합원으로 본다”고 규정하고 있고, 분양신청권은 조합원의 권리에 해당하므로, 이 사건의 경우에도 “대표로 선임된 조합원에 대하여 1개의 분양신청권만 인정되어야 한다”고 주장하였다.

**3. 과거의 유권해석 및 하급심 판례의 태도**

[대표조합원 외의 토지등소유자를 현금청산대상자로 보는 견해]

도시정비법 제39조 제1항 제3호의 경우로서, 조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우 대표조합원 아닌 나머지 토지등소유자의 지위에 대하여, 대상판결 이전까지 유권해석, 하급심 판결 등 견해가 엇갈렸다. 과거 법제처는 2010. 2. 22.자 유권해석을 통해 “양도인과 양수인을 포함해 대표하는 1인으로 조합원이 되지 못한 자는 정비사업에 따른 분양권을 받을 수 없음이 명백하고 현금청산대상”이라고 해석하였고,<sup>7)</sup> 그에 따라 실무에서도 대표조합원 이외의 토지등소유자는 현금청산대상자로 정하여 손실보상하였다.

[전체 토지등소유자에 대하여 1개의 분양신청권만을 인정하는 견해]

그런데 헌법재판소는 2012. 7. 26.자 2011헌마169 결정에서 도시정비법 제39조 제1항 제3호에 대한 심판청구에 대하여, 수인의 토지등소유자 중 대표조합원 1인 이외의 나머지 소유자를 재개발조합의 사단적 법률관계에서 완전히 탈퇴시켜 비조합원으로 취급하여

7) 법제처 안건번호 제10-0010호, 2010년 2월 22일자

분양대상에서 제외하겠다는 취지로 해석할 수는 없고, 수인의 소유자 전원을 1인의 조합원으로 보되, 수인의 소유자 전원을 대리할 대표조합원 1인을 선출하여 조합 운영의 절차적 편의를 도모함과 아울러, 수인의 소유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 그에 따른 권리 등의 범위를 정한다는 의미로 보아야 한다고 판단하였다. 위 헌법재판소 결정에 따라 이후 실무에서는 대표조합원이 전체 부동산에 대하여 분양신청을 하되 나머지 토지등소유자 전원과 1개의 분양권을 공유하는 형태로 분양권이 배분되었다. 서울고등법원 2022. 9. 22. 선고 2022누34502 판결에서도 같은 이유로 대표조합원을 선임하지 않고 수인의 토지등소유자 각자가 신청한 분양신청의 효력을 인정하지 않았다.

[토지등소유자 각자의 독립된 분양신청권을 인정하는 견해]

광주고등법원은 2020. 1. 23. 선고 2018누6446 판결에서 도시정비법 제39조 제1항 및 제3호의 해석과 관련하여 그간의 실무례 및 주류적 판례와 배치되는 판결을 하였는데, 조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때에는 대표조합원 여부를 불문하고 토지등소유자 각자에 분양신청권이 인정된다고 판단하였다.

위 판결에서 광주고등법원은 i) 도시정비법 제72조, 제63조 등은 분양공고의 통지 대상 및 분양대상자를 ‘조합원’이 아닌 ‘토지등소유자’로 칭하고 있는 점, ii) 도시정비법 등 관계 법령에 따르더라도 조합원의 수와 분양대상자의 수가 반드시 일치하는 것으로 볼 수 없는 점, iii) 도시정비법 제77조 제1항은 소위 지분조개기를 하는 경우 분양권을 제한하고자 지분조개기에 해당하는 유형을 제한적으로 열거하고 있는데 제39조 제1항 제3호의 경우는 규정하고 있지 않고, 제39조 외에 제77조 제1항을 따로 신설한 점, iv) 원고들의 분양신청권을 제한할 명분의 규정이 존재하지 않음에도 투기 방지라는 공익적 이유를 들어 구 도시정비법 및 관계법령의 유추확장을 통해 분양신청권을 박탈하는 것은 허용될 수 없는 점 등을 이유로 들며, 토지등소유자 각자에 대하여 독립적인 분양신청권이 인정된다고 판단하였다.<sup>8)</sup>

#### 4. 대상판결의 판단

[전체 토지등소유자에 대하여 1개의 분양신청권을 인정]

대상판결에서 대법원은, 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 해석과 관련하여 원고들 각자에 대한 분양신청권이 인정되지 않고, 전체 토지등소유자에 대하여 1개의 분양신청권만이 인정되며 이는 대표조합원을 선임하여 행사하여야 한다고 판단했다.

구체적으로, i) 동법 제76조 제1항 제6호에서, 1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급되어야 한다는 관리처분계획 수립기준을 규정하고 있는 점, ii) 위 규정들의 제정 취지가 수인의 토지등소유자에게 1인의 조합원 지위만 부여함과 동시에 분양대상자격도 제한함으로써 투기세력 유입에 의한 정비사업의 사업성 저하를 방지하고 기존 조합원의 재산권을 보호하고자 하는 취지인 점 등을 근거로, 원고들에게는 조합설립인가일을 기준으로 한 1개의 분양권만이 인정되므로 원고들이 단독으로 개별 부동산에 대하여 한 분양신청은 유효한 것으로 볼 수 없어, 원고들에게 분양권을 부여하지 않은 피고의 관리처분계획이 타당하다고 판단하였다.

### III. 조합원의 지위와 제한

#### 1. 조합원 지위의 의의 및 성격

##### (1) 조합원 지위의 의의

[재개발·재건축 조합원 지위의 의의]

도시정비법 제2조 제9호 가목에 따르면 재개발 사업에서의 ‘토지등소유자’는 ‘정비구역에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자’이다. 동법 제39조 제1항 본문 전단은 토지등소유자라면 모두 조합원 지위에 있는 것으로 규정함으로써 토지등소유자의 조합원 ‘강제가입제’를 취하고 있다. 즉 재개발 사업의 경우, 정비구역에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자는 원칙적으로 모두 조합원 지위를 부여받는다.

재건축 사업의 경우, 도시정비법 제2조 제9호 나목에 따른 ‘토지등소유자’는 ‘정비구역에 위치한 건축물 및 그 부속토지의 소유자’이

8) 위 판결에 대하여 원고들 및 피고 조합 쌍방이 상고하였지만, 일부 원고들을 제외한 나머지 당사자들 모두 상고를 취하하였고, 상고를 유지한 일부 원고들에 대하여 대법원 2020. 5. 28. 선고 2020두35325 판결로 심리불속행 기각 판결이 선고되면서 확정되었다.

다. 동법 제39조 제1항 본문 전단에서는 토지등소유자 중 재건축사업에 동의한 자에 대하여 조합원 자격이 있는 것으로 규정함으로써 ‘임의가입제’를 취하고 있다. 재개발 사업과 달리 토지나 건물만을 소유한 자나 지상권자에 대해서는 조합원 자격이 부여되지 않는다는 점, 토지등소유자에 해당하더라도 사업에 동의하지 않은 자는 조합원으로 가입되지 않는다는 점에서 차이가 있다.

## (2) 조합원 지위의 이중적 성격

[의결권자로서의 지위]

도시정비법 제49조는 정비사업 조합에 대하여 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 민법의 사단법인에 관한 규정을 준용한다고 하여 조합의 사단적 성격을 인정하고 있다. 조합은 도시정비법 제45, 46조, 기타 정관 등에 따라 총회, 대의원회 등 의사결정기구의 결의로써 의사결정하여야 하고, 도시정비관계 법령 및 정관에서는 각 사항별 의사결정에 필요한 조합원 동의율을 규정하고 있다. 즉, 재개발·재건축 사업의 조합원 지위는 조합의 의사결정 참여자로서의 지위, 즉 의결권을 갖는다는 측면에서 중요한 의미가 있으며, 의결권자 총수는 조합 의사결정에 필요한 동의율 충족 여부 판단 시 중요한 쟁점사항이 된다.

[수분양권자로서의 지위]

재개발·재건축 사업 조합은 사업시행자로서 조합원들이 소유하던 종전 건축물을 철거하고 신축한 공동주택 등을 조합원 및 일반에 분양하는데, 그 과정에서 조합원은 분양신청을 통해 정비사업을 통해 건설된 신축 공동주택 등을 분양받고, 다만 분양대상자로 인정되지 아니하거나 분양신청을 포기하는 등의 경우에는 현금청산대상자가 된다.<sup>9)</sup> 즉 재개발·재건축 사업 조합원의 지위는 수분양권자로서의 지위를 갖는다는 점에서 또 하나의 중요한 의미가 있다.

[조합원 지위의 이중적 성격]

결국 재개발·재건축 정비사업에서의 조합원 지위는 1) 조합 의사결정을 위한 의결권자로서의 지위를 의미함과 동시에, 2) 다른 한편으로는 조합사업을 통해 수분양권을 득할 수 있는 지위를 의미한다. 위와 같은 조합원 지위의 이중적 성격을 명확히 구분해야만 도시정비법상 각 지위에 관한 규정을 혼동하지 않을 것이다. 도시정비법에서는 조합원의 지위를 제한하는 규정을 여러 두고 있는데, 의결권자로서의 지위와 수분양권자로서의 지위를 혼동할 경우 조합원의 분양신청권을 제한하는 규정을 곧바로 조합원 지위 일체를 박탈하는 규정으로 해석하거나, 반대로 조합원의 의결권을 제한하는 규정을 두고 분양신청권까지 제한하는 규정으로까지 해석하는 등 혼란이 있을 수 있다. 대상판결 이전까지 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 해석과 관련하여 유권해석 및 관련 하급심 판단들이 엇갈렸던 것 역시 이와 무관하지 않다.

## 3. 조합원 지위의 제한

### (1) 서설

도시정비법은 전매, 지분쪼개기 등을 통한 투기세력이 공익목적 사업에 참여하여 사업성을 저해하는 것을 방지하기 위하여, 일정한 경우 토지등소유자라 하더라도 조합원 지위 자체를 부여하지 않거나 분양신청권 등 조합원의 일부 권한을 박탈하는 등의 제한규정들을 두고 있다. 이하에서는 앞서 살펴본 조합원 지위의 이중적 성격을 고려하여 도시정비법상 조합원 지위를 제한하는 조항의 유형을 살펴보고, 관련한 문제점과 한계를 살펴본다.

### (2) 조합원 지위 제한의 유형

#### 1) 토지등소유자에 대한 조합원 지위 불인정

[도시정비법 제39조 제2항의 제한]

도시정비법 제39조 제2항은 투기과열지구에서 재개발 사업의 경우에는 관리처분계획의 인가 후, 재건축 사업의 경우에는 조합설립 인가 후 정비사업의 건축물 또는 토지를 양수한 자는 조합원이 될 수 없다는 전매제한 규정을 두고, 제3항에서 위와 같은 경우를 조합원의 자격을 취득할 수 없는 경우로서 손실보상 대상으로 정하고 있다. 즉, 도시정비법 제39조 제2항의 경우에는 토지등소유자에 해당하더라도 조합원 지위를 인정하지 않는 예외를 둬으로써 조합원 지위의 부여 자체를 제한하는 조항으로 해석된다.

9) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 499면.

2) 수분양권자로서의 지위 불인정

[도시정비법 제72조, 제77조의 제한]

도시정비법은 i) 제72조 제6항(투기과열지구 정비사업의 관리처분계획에서 분양대상자로 선정된 자의 투기과열지구에서의 분양신청), ii) 제77조 제1항(1필지의 토지가 여러 개의 필지로 분할되는 경우, 단독주택 또는 다가구주택이 다세대주택으로 전환되는 경우, 하나의 대지 범위에 속하는 동일인 소유의 토지와 주택 등 건축물을 토지와 주택 등 건축물로 각각 분리하여 소유하는 경우, 나대지에 건축물을 새로 건축하거나 기존 건축물을 철거하고 다세대주택, 그 밖의 공동주택을 건축하여 토지등소유자의 수가 증가하는 경우)의 경우 분양신청권을 인정하지 않거나 권리산정기준일을 적용하여 분양신청권을 제한하고 있다. (권리산정 기준일에 관하여는 아래 4.항에서 자세히 살펴보도록 한다.)

즉, 권리산정기준일 이후의 필지 분할, 다세대주택 전환, 공동주택 건설 등 도시정비법 제72조 제6항, 제77조 제1항에서 열거한 사유로 새로이 토지등소유자가 된 자는 분양신청권을 득하지 못하고 도시정비법 제73조에 따른 현금청산대상자로서 손실보상의 대상이 된다.

[조례를 통한 재개발 조합원의 수분양권 제한]

한편 도시정비법 시행령 제63조 제1항 제3호 단서에서는, 공동주택을 분양하는 경우 시·도조례로 정하는 기준에 부합하지 아니하는 토지등소유자는 시·도조례로 정하는 바에 따라 분양대상에서 제외할 수 있도록 위임하고 있다. 이에 근거하여 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례(이하 ‘서울시 조례’라 함) 제36조는 재개발사업의 분양대상을 1) 종전의 건축물 중 주택을 소유한 자, 2) 분양신청자가 소유하고 있는 종전토지의 총면적이 90m<sup>2</sup> 이상인 자, 3) 분양신청자가 소유하고 있는 권리가액이 분양용 최소규모 공동주택 1가구의 추산액 이상인 자, 4) 사업시행방식전환의 경우에는 전환되기 전의 사업방식에 따라 환지를 지정받은 자로 제한하고 있고, 부산광역시 도시 및 주거환경정비 조례 제37조 제1항에서도 유사한 규정을 두고 있다. 즉, 재개발 사업의 경우에는 각 지방조례를 통한 추가적인 조합원 분양신청권 제한 조항을 두고 있다. 위 조례에 따라 분양대상에서 제외된 자는 도시정비법 제73조에 따라 현금청산대상자로서의 지위에 있게 된다.

3) 의결권자로서의 지위 불인정

[도시정비법 제39조 제1항의 의의]

도시정비법 제39조 제1항 및 각호에서는, 1) 토지 및 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때, 2) 여러 명의 토지등소유자가 1세대에 속하는 때, 3) 조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때에는 조합원 양수한 경우에는 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다라고 규정하고 있다.

[조합원 의결권의 제한]

위 규정의 해석, 특히 대표조합원 아닌 토지등소유자의 지위의 성격과 관련하여서는, i) 도시정비법 제39조 제1항 본문 전단에서는 토지등소유자(재건축의 경우 동의한 자)를 조합원으로 정하면서, 본문 후단 및 각 호에서 “여러 명을 대표”한다는 문구를 사용하고 있는 점, ii) 동법 제36조의 2 제2항에서 유사한 내용으로 토지등소유자가 시행하는 재개발사업에서의 토지등소유자의 동의자 수 산정에 관한 특례 조항을 두고 있는 점, iii) 관련한 손실보상 규정을 두고 있지 않은 점 등에 비추어 보면, 제39조 제1항의 의미가 수인의 토지등소유자 중 대표조합원 1인 이외의 나머지 토지등소유자를 비조합원으로 취급하겠다는 취지로 해석되기보다, 수인의 소유자 전원이 조합원의 지위는 보유하되 수인을 대리할 대표조합원 1인을 선출하여 그 1인을 조합에 등록하도록 함으로써 조합 운영의 절차적인 편의를 도모하고 있는 것이라고 해석된다. 위와 같은 해석에 따라 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 경우 수인의 토지등소유자는 대표조합원을 통해 1개의 의결권만을 행사할 수 있다.

(3) 조합원 지위 제한규정의 한계 및 문제점

1) 재건축 상가 지분쪼개기에 대한 규정 미비

[도시정비법 제77조 제한규정의 성격]

도시정비법 제77조 제1항에서 지분쪼개기로서 분양자격 제한 대상으로 열거하고 있는 각호 사항들, 즉, 1필지의 토지가 여러 개의 필지로 분할되는 경우, 단독주택 또는 다가구주택이 다세대주택으로 전환되는 경우, 하나의 대지 범위에 속하는 동일인 소유의 토지와 주

택 등 건축물을 토지와 주택 등 건축물로 각각 분리하여 소유하는 경우 등은 사실상 재건축 사업에서는 상정하기 어렵다. 이에 서울시 조례에서 같은 내용을 규정하면서 조문제목을 ‘재개발사업의 분양대상 등’으로 정하고 있는 것으로 보인다.

[상가 지분쪼개기에 대한 제한규정 미비]

그러나 재건축 사업에서도 특히 상가 부분에서의 지분쪼개기가 성행함에 따라 사업성 저하 및 조합사업 방해를 초래하고 있어 이를 제재할 필요성이 크나, 현재 재건축 사업에서의 지분쪼개기 행위에 대하여 분양자격을 제한하는 규정이 미비하다. 이에 재건축에서의 지분쪼개기에 대한 제재는 행위제한 등 방법에 기대고 있으나 한계가 있는 것으로 보인다.<sup>10)</sup> (행위제한기준일에 대하여는 아래 4.항에서 자세히 살펴보고자 한다.) 재건축 사업에서 발생하는 지분쪼개기 행위 역시 도시정비법령 기타 조례 등의 분양신청권 제한 규정에 포섭할 수 있는 방안을 검토할 필요가 있다.

2) 대표조합원 아닌 자의 분양신청권 부여 문제

[도시정비법 제39조 제1항 제3호 규정의 해석 문제]

도시정비법 제39조 제1항 제3호 규정이 조합원의 분양신청권까지 제한하는 규정으로 해석되는지가 문제된다. 우선 i) 조합원의 분양신청권을 제한하는 사유를 열거하고 있는 도시정비법 제77조 등에는 제39조 제1항 제3호 규정 내용이 포함되어 있지 않은 점, ii) 관련한 손실보상 규정도 없다는 점에서 대표조합원에게만 분양신청권이 인정되고 나머지 토지등소유자들은 현금청산자로 보아야 한다는 과거 법제처의 유권해석에는 무리가 따른다.

다만 동법 제76조 제1항 제6호에서, 1세대 또는 1명 이하 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유했던 경우에는 1주택만 공급되어야 한다는 관리처분계획 수립기준을 정하고 있는 점, 여기에 iii) 투기세력 유입에 의한 정비사업의 사업성 저하를 방지하고 기존 조합원의 재산권을 보호하고자 한 제39조 제1항의 규정 취지까지 고려하면, 위 조항의 경우 대표로 선임된 조합원이 1개의 분양신청권을 행사할 수 있고 나머지 토지등소유자는 1개의 분양권을 공유하는 지위에 있다는 대상판결의 해석은 현행 도시정비법 규정하에서 수긍할 수 있다. (다만 위와 같은 해석의 결과가 타당한지는 아래 IV.항에서 검토한다.)

4. 조합원 지위와 기준일

1) 서설

조합원 지위의 성립과 제한에 관한 도시정비법 규정들은 대체로 일정한 기준일을 두고 있다. 투기행위를 방지하기 위한 각종 행위제한 및 권리제한 규정들은 한편으로는 조합원의 권리를 침해하는 규정이기도 하므로, 행위제한 및 권리제한의 ‘기준시점’을 두도록 하고 그 시점을 조정함으로써, 투기행위 방지를 빌미로 조합원의 권리를 과도하게 침해하지 않도록 비교형량을 통한 적절한 접점을 찾아온 것이다. 이에 도시정비법에서 정한 각종 기준일을 유형과 연혁을 살펴보는 것은 연관된 규정의 유형을 분석하고 의미를 해석하는 데 도움이 될 것이다.

2) 행위제한기준일과 권리산정기준일

[행위제한기준일의 의의 및 한계]

도시정비법 제19조 제1항은 정비구역에서의 건축물의 건축, 토지분할 등을 하려면 허가를 받도록 행위를 제한하고 있다. 즉 도시정비법상 원칙적인 ‘행위제한기준일’은 정비구역지정일이다. 그러나 정비구역 지정 이전에도 주민들은 공람공고 등을 통해 구역지정예정 사실을 충분히 알 수 있어 분양권을 다수 얻기 위한 지분쪼개기가 성행하므로 이를 제재할 필요가 있다. 이에 동조 제7항에서는 국토부장관, 시·도지사, 시장, 군수 또는 구청장은 비경제적인 건축행위 및 투기 수요의 유입을 막기 위하여 기본계획을 공람 중인 정비예정구역 또는 정비계획을 수립 중인 지역에 대하여 3년 이내의 기간(1년의 범위에서 한 차례만 연장 가능)을 정하여 건축물의 건축 및 토지의 분할 행위를 제한할 수 있도록 하고 있다. 다만, 자치단체장의 기간지정이 있어야 한다는 점, 기간제한이 있다는 점에서 구역지정 전 장기간이 소요되는 경우 해당 기간 동안 발생하는 투기행위 전체를 예방하기에는 한계가 있다.

10) 윤주혜, 앞의 글



## [권리산정기준일의 의의 및 기능]

도시정비법 제77조 제1항은, 1필지의 토지가 여러 개의 필지로 분할되는 경우 등 지분조개기 행위가 있는 경우 “정비구역지정 고시가 있는 날 또는 시·도지사가 투기를 억제하기 위하여 기본계획 수립 후 정비구역 지정·고시 전에 따로 정하는 날의 다음 날”을 ‘권리산정 기준일’로 두고, 위 시점을 기준으로 분양신청권을 산정하도록 하고 있다. 즉, 권리산정시점 이후 지분조개기 등 투기행위를 하더라도 분양신청권에는 반영되지 못하도록 함으로써 정비(예정)구역에서의 지분조개기 행위를 방지하는 기능을 하며, 행위제한기준일보다 시·도지사의 조정 범위를 넓게 인정함에 따라 행위제한기준일의 한계를 보완한다.

## [권리산정기준일의 연혁]

과거 도시정비법은 권리산정기준일을 별도로 정하지 않고 있었고, 2003. 12. 30. 서울시 조례가 제정되면서 제24조 제2항에서 재개발 사업에서의 권리산정기준일을 정한 것이 시초가 되었다. 그런데 위 초기 규정은 정비(예정)구역 지정일이 언제든 그에 대한 분양받을 권리의 산정 기준일이 2003. 12. 30.로 소급되어, 시일이 흐를수록 재산권 침해 정도가 증대된다는 불합리가 있었다. 이에 도시정비법은 2009. 2. 6. 시·도지사의 권리산정기준일 지정 범위를 “기본계획 수립 후”로 제한하였고, 현재 시·도지사의 권리산정기준일은 각 사업의 종류에 따라 별도 지정되고 있다.

## 3) 손실보상가액 산정 기준일과 종전자산가액 평가 기준일

## [손실보상가액 산정 기준일-탈퇴 시점]

도시정비법 제73조에 따르면 조합은 분양신청을 하지 아니하거나 분양대상에서 제외되는 등으로 청산대상조합원으로 분류된 자에 대하여 손실보상 협의를 하여야 하고, 협의가 성립되지 않으면 재개발의 경우에는 수용재결, 재건축의 경우에는 매도청구소송을 제기하여야 한다. 이때 손실보상가액, 즉 현금청산가액 산정의 구체적 기준시점에 대하여는 학설마다 조금씩 차이가 있으나, 큰 틀에서 해당 토지등소유자가 ‘현금청산자 지위에 있게 된 시점’부터 ‘조합에서 탈퇴한 것으로 인정되는 시점’(이하 본 항에서 포괄하여 ‘탈퇴 시점’이라 함)을 벗어나지 않는다는 점에 대해서는 이견이 없다. 현금청산대상이 된 조합원은 본인이 출자한 부동산에 대하여 탈퇴 시점의 가치를 기준으로 손실보상을 받고 종국적으로 조합사업에서 탈퇴하는 것이라는 점이 반영된 것이다.

## [종전자산가액 평가 기준일-사업시행계획인가 고시일]

정비사업의 분양대상조합원은 예외적인 사정으로 현금청산자가 되지 않는 이상 조합에 종전자산을 출자하고 종후자산을 분양받고, 이때 출자자산과 분양자산 사이에 차액이 발생하는 경우 해당 조합원에게 청산금이 부과된다. 도시정비법 제74조 제1항 제5호에 따르면 관리처분계획의 내용이 되는 종전토지 가격은 “사업시행계획인가 고시가 있는 날”을 기준으로 평가한다. 다만 종전자산가액 평가 시 중요한 점은 조합원들 사이의 출자비율이고, 시점의 변화는 조합원들의 권리관계에 큰 영향을 끼치는 요소가 아니며, 위 규정에서 평가시점을 사업시행계획인가 고시일로 정한 것은 분쟁을 방지하고 종전자산의 가격 평가시점을 확립적으로 정하기 위한 것으로 해석된다.

## 4) 조합원 구성 확정에 관한 기준일

## [조합원 구성 확정에 관한 기준일-조합설립인가 시]

도시정비법 제39조 제1항 제3호에 따르면 ‘조합설립인가’ 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때에는 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다. 또한 동법 제71조에 따르면 ‘조합설립인가일’ 현재 건축물 또는 토지의 소유자의 소재 확인이 현저히 곤란한 때에는 전국적으로 배포되는 둘 이상의 일간신문에 2회 이상 공고하고, 공고한 날부터 30일 이상이 지난 때에는 그 소유자의 해당 건축물 또는 토지의 감정평가액에 해당하는 금액을 법원에 공탁하고 정비사업을 시행할 수 있다. 이는 조합설립인가 시점에 조합원 총 구성을 최대한 확정하고 이후 조합 의사결정 정족수 등 변동을 최소화함으로써 사업의 원활한 추진을 도모하고자 하는 목적으로 보인다.

도시정비법 제39조 제1항의 문언과 위와 같은 기준 시점의 성격을 함께 고려하여 보면, 대상판결 이전의 광주고등법원이 2020. 1. 23. 선고 2018누6446 판결에서 도시정비법 동항을 조합 의결권수의 확정을 위한 규정에 가깝게 해석하며 토지등소유자로서의 분양신청권과 별개로 판단한 것도 일응 이유가 있다. 위와 같은 해석상 혼란을 방지하기 위해서는 동항이 조합원의 분양신청권까지 제한하는 것임을 명확히 규정함이 타당하다.

## IV. 대표조합원 아닌 자의 분양신청권 문제

### 1. 조합원 지위와 분양신청권의 관계

[조합원의 분양신청권]

도시정비법 제72조 제1항에서는 사업시행자의 분양공고 및 분양신청에 관한 분양통지 대상자 및 분양신청자를 ‘토지등소유자’로만 규정하고 있고, 다만 동법 제76조 제2항 및 동법 시행령 제63조 제1항 제3호에서 지상권자는 분양대상자에서 제외하고 있다. 즉, 재개발 사업 토지등소유자로서 지상권자는 조합원으로서 의결권자 지위는 인정되지만, 분양대상자 지위는 인정되지 않는다(도시정비법 시행령 제52조 제1항 제3호).<sup>11)</sup>

토지등소유자가 조합을 구성하여 정비사업을 시행하는 재개발·재건축 사업의 경우에는, 정비사업의 결과로 건설되는 공동주택을 분양받을 수 있는 자격과 그를 위해 필요한 각종 의무가 불가분적으로 결합되어 있는 법적 지위인 ‘수분양권자로서의 지위’ 역시 조합원에게 귀속된다고 봄이 타당하다.<sup>12)</sup> 그런데 도시정비법은 재개발·재건축 사업 외에도 토지등소유자가 조합을 설립하지 않고 시행하는 정비사업의 유형도 함께 다루고 있는 관계로, 분양공고 및 분양신청에 관한 제72조 제1항 등 규정에서 조합원이라는 용어 대신 토지등소유자라는 용어를 사용하고 있고 별도로 제14조, 제20조 등에서와 같이 “조합이 설립된 경우에는 조합원을 말한다”는 등의 문언도 두고 있지 않다. 이에 조합원의 자격 등을 규정한 제39조와의 관계에서 해석에 혼동이 야기될 수 있다.

[조합원 지위와 분양신청권 사이의 혼동]

한편 앞서 논의하였듯 재개발·재건축 사업 조합원의 지위는 ‘의사결정 참여자로서의 지위’와 ‘수분양자로서의 지위’라는 두 측면이 있다. 즉, 명문의 규정이 없는 이상 도시정비 관계법령을 통해 조합원에게 인정되는 일부 지위가 제한된다고 하여 곧바로 조합원 지위 일체가 박탈된다고 볼 근거가 없고, 분양대상자에서 제외된 현금청산대상자라 하더라도 조합원의 조합사업과의 이해관계가 완전히 중단된다고 할 수 없다.<sup>13)</sup> 그럼에도 도시정비법상 조합원 지위의 성립과 제한에 관한 규정들은 조합원의 의결권자로서의 지위, 분양대상자로서의 지위 두 측면을 명확히 구분하지 못하고 있고,<sup>14)</sup> 오히려 법원은 조합원이 분양신청을 하지 아니하여 현금청산자가 된 경우 조합원 지위가 자동 상실된다고 판단하고 있다.<sup>15)</sup> 그리하여 도시정비법 제39조 제1항의 “여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다”는 문언의 해석에 관한 논란이 일었을 당시에도 조합원 지위와 분양신청권과의 관계는 제대로 논의되지 못하였다.

### 2. 분양신청하지 않은 자의 지위

[현금청산대상자의 지위]

도시정비법 제73조 제1항에 따르면, 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자, 제72조 제6항 본문(투기과열지구 분양대상자의 분양신청 제한)에 따라 분양신청을 할 수 없는 자, 인가된 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자는 현금청산대상자로서 손실보상 대상자가 된다. 또한 도시정비법 제39조 제2항 투기과열지구에서의 전매제한 규정에 따라 조합원 지위를 득하지 못한 토지등소유자 역시 동법 제73조를 준용하여 현금청산대상자로서 손실보상 대상자가 된다.

[의결권자로서의 지위]

도시정비법 제39조 제2항은 토지등소유자임에도 불구하고 애초에 조합원 지위 자체가 부여되지 않는 예외 조합인 반면, 동법 제73조 제1항은 조합원 지위에 있던 자가 분양신청권자로서의 지위를 상실하고 현금청산대상자로서의 지위로 전환되는 경우이다. 따라서 동법 제73조 제1항에 따라 분양신청권자로서의 지위를 상실하였다고 하여 곧바로 의결권자로서의 지위를 포함한 조합원으로서의 지위를 상실한다고 볼 수는 없고,<sup>16)</sup> 현금청산절차를 거쳐 완전히 조합원의 지위를 상실하게 됨에 따라 자연히 의결권자로서의 지위 역시 상실

11) 김종보/전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기-상권』, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2010, 74-75면.

12) 김종보, 앞의 책, 488면

13) 도시정비법은 공공환경방식이 아니라 취득배분방식으로 시행되고 있으므로, 현금청산대상자는 사업시행자에게 실제로 토지 또는 건축물 소유권을 이전한 때에 조합원의 지위를 상실한다고 보아야 한다는 견해가 있다. (장현철, “도시 및 주거환경정비법상 현금청산제도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 2017년 8월, 105면)

14) 김종보, “뉴타운 지분조개기와 기준일 논쟁”, 도시개발신문, 2010년 6월 29일자.

[http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo\\_table=colum02&wr\\_id=75&page=3](http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo_table=colum02&wr_id=75&page=3)

15) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결

16) 김종보, 앞의 책, 641면.

하는 것으로 해석함이 타당하다.

[수분양권 공유자로서의 지위]

도시정비법 제39조 제1항의 경우 대표조합원이 아닌 나머지 토지등소유자는 대표조합원이 나머지 조합원들을 대표하여 신청하는 분양권을 공유하는 지위에 있게 된다. 이 경우 대표조합원이 아닌 나머지 토지등소유자들은 조합원이기는 하나 독립한 의결권, 분양신청권을 행사할 수는 없고, 대표조합원에 부여되는 수분양권, 의결권을 공유하는 지위에 있게 된다.

### 3. 대상판결의 의의 및 입법방향

#### (1) 대상판결의 의의

[법 문언 측면에서의 타당성]

도시정비법 제39조 제1항 제3호에 따른 대표조합원이 아닌 자의 지위에 대하여, 동항 본문 전단에서는 토지등소유자(재건축의 경우 동의한 자)를 조합원으로 정하면서, 본문 후단 및 제3호에서 “여러 명을 대표”한다는 문구를 사용하고 있고, 대표조합원 외의 나머지 토지등소유자에 대한 손실보상 규정을 두고 있지 않으며, 그 외 대표조합원 아닌 나머지 토지등소유자에 대하여 조합원 지위가 박탈된다고 볼 만한 규정이 없다. 위와 같은 이유로 대표조합원 아닌 토지등소유자라 하더라도 조합원의 지위가 자연히 박탈된다고 볼 수는 없다고 한 대상판결의 판단은 일응 타당하다.

[입법취지 측면에서의 타당성]

한편으로는 도시정비법 제39조 제1항 제3호는 조합설립인가일을 기준일로 하여 조합원 구성 확정하고자 하는 취지로 제정된 조항으로, 이는 조합원 의결권뿐만 아니라 수분양권의 개수 역시 조합설립인가일을 기준으로 확정하려는 취지라고 해석함이 타당하다. 즉, 대상판결은 관련 법문언상 해석과 본 조항의 입법 취지를 동시에 충족시키는 판단으로서, 대표조합원이 아닌 토지등소유자에 대하여 ‘조합원의 지위는 가지나 분양신청권을 행사하지 못하고 수분양권을 공유하는 자’로서의 지위를 인정한 것이다.

[제한 규정의 확장해석 위험]

다만 도시정비법 제72조 및 제77조에서는 투기과열지구에서 분양대상자로 선정된 자가 다시 투기과열지구에서 분양신청을 한 경우, 지분쪼개기 등 투기행위를 한 경우 등 분양신청권을 제한하는 대상을 열거적으로 규정하고 있는바, 위 열거적으로 규정하고 있는 사유에 해당하지 않음에도 제39조 제1항 규정의 취지에 비추어 분양신청권이 제한적으로 부여된다고 해석·판단함은 법체계에 맞지 않을 뿐 아니라, 조합원 지위에 대한 제한 규정을 확장해석한 것으로서 이러한 해석 태도가 자칫 조합원 지위의 과도한 제한으로 이어질 위험이 있다는 점에 유의해야 한다.

#### (2) 입법방향

[입법적 보완 필요성]

도시정비법 제39조 제1항 제3호의 해석에 관하여는, 종국적으로는 조합원의 분양신청권에 관하여 규정하고 있는 도시정비법 제72조 내지 제77조의 입법적 보완을 통해, 대표조합원이 아닌 나머지 토지등소유자에 대하여는 분양신청권이 부여되지 않음을 명확히 규정하여 조합원 지위에 관한 해석상 논란을 해소하고 투기세력 유입 방지라는 입법취지를 달성토록 함이 타당하다. 대표조합원이 아닌 나머지 토지등소유자에 대하여는 분양신청권이 부여되지 않음을 명문으로 규정하여 조합원 지위에 관한 해석상 논란을 해소하고 투기세력 유입 방지라는 입법취지를 달성할 수 있을 것이다.

[개정 입법안의 내용 및 타당성]

실제로 2021. 3. 8. 광주고등법원 2018누6446 판결이 논란이 되자, 도시정비법 제72조에 “제39조 제1항 제3호에 해당하는 토지등소유자 중 여러 명을 대표하는 1명이 아닌 자는 이 조에 따른 분양신청을 할 수 없다”는 내용의 항을 신설하는 도시정비법 개정안이 발의되었고, 발의안에는 “조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때 대표조합원이 아닌 자는 제72조에 따른 분양신청을 할 수 없도록 하여 해석상 논란이 있는 부분에 대한 법문을 명확히 하고, 재개발·재건축 과정에서의 권리관계에 관한 분쟁을 예방”함을 목적으로 함이 명시되어 있다.<sup>17)</sup> 이러한 입법안의 내용은 “도시정비법 제39조 제1항 제3호의 경우 조합원의 분양권 개수 역시 대표조합원의 수만큼 제한됨”을 입법적으로 명확히 하였다는 점에서 타당하다.

[입법보완의 방향]

나아가 현행 도시정비법 제72조 및 제77조의 열거적 규정이 재건축 사업에서의 상가 지분조개기 행위를 제한하지 못하는 등 입법의 공백이 없는지 검토하고 필요한 규정을 보완하여, 명문 규정 없이 ‘분양신청권의 부여하지 않도록 할 필요’에 따라 조합원 지위를 제한하는 다른 조항을 확장해석하는 일이 없도록 하는 입법적 보완 역시 필요하다.

## V. 결론

정비사업에서의 지분조개기 등 투기행위는 전체 사업성을 저하시키고 원활한 사업진행을 방해하는 등 사업진행의 심각한 방해요소로 작용한다. 그러나 다양한 입법취지를 기반으로 제정된 도시정비법의 여러 제한 규정들을 투기세력 억제 명목으로 무분별하게 조합원의 기본적인 지위, 권리를 박탈하는 방향으로 확대해석하는 것은 위험하다. 재개발·재건축 사업 조합원이 갖는 지위는 의결권자로서의 지위와 수분양권자로서의 지위 양 측면이 있는바, 도시정비법 각 조항들이 조합원의 어떤 지위에 적용되고 제한하려는 규정인지 명확히 구분하여야 할 것이고, 그래야만 사업 진행 과정에서 ‘통지 대상이 되는 당해 조합원’, ‘의사결정 시 조합 의결권 총수’, ‘수분양권 부여 대상’ 등과 관련한 판단에 혼란이 초래되지 않을 것이다.

대상판결은 도시정비법 제39조 제1항의 해석과 관련하여, 대표조합원이 아닌 토지등소유자에 대하여 조합원으로서의 지위를 인정하면서도 독립한 분양신청권을 인정하지 않고 수분양권을 공유하는 자로서의 지위만을 인정하였다. 이는 법문언 및 입법취지 측면에서는 타당하나, 조합원의 분양신청권에 관하여 규정하고 있는 도시정비법 제72조 및 제77조에서 별다른 규정을 두고 있지 않다는 점에서 법 체계에 맞지 않고 입법취지에 따라 제39조 제1항을 확장해석한 것이다. 이러한 확장해석은 자칫 조합원 지위의 과도한 제한으로 이어질 위험이 있다는 점에서, 결국 조합원의 분양신청권 제한 문제는 도시정비법 제72조 및 제77조의 입법상 보완을 통해 정리해나가야 할 부분이다.

나아가 재개발·재건축 사업 각각에서 발생하는 지분조개기 행위 유형들을 제한할 수 있는 규정들이 도시정비법 제72조, 제77조 등에 충실히 반영되어 있는지 검토하고, 관련하여 행위제한기준일, 권리산정기준일, 손실보상가액 산정 기준일, 종전자산가액 평가 기준일, 조합원 구성 확정에 관한 기준일 등 도시정비법령에서 각 취지에 맞게 정한 기준일이 다양하므로, 위에서 살펴본 조합원 지위, 의결권, 수분양권 제한 규정들과 맞물려 혼선이 없도록 제도를 정비함이 타당하다.

투고일 2023. 3. 1. 심사완료일 2023. 3. 7. 게재확정일 2023. 3. 13.

17) 소병훈 등 10인, 의안번호-3208619, 2021년 3월 8일자

## 참고문헌

김종보, **건설법의 이해**(제6판), 피데스, 2018년

김종보/ 전연규, **새로운 재건축·재개발이야기 I -상권**, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2010년

장현철, “도시 및 주거환경정비법상 현금청산제도에 관한 연구” , 서울대학교 대학원, 2017년

김종보, “뉴타운 지분쪼개기와 기준일 논쟁” , **도시개발신문**. 2010년 6월 29일자,

[http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo\\_table=colum02&wr\\_id=75&page=3](http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo_table=colum02&wr_id=75&page=3)

전형진, “재개발 얘기 나오자마자 삼시간에 1000가구 늘어난 곳” , **한경잡코노미**, 2021년 1월 27일자,

<https://www.hankyung.com/realestate/article/202101276214i>

윤주혜, “압구정 재건축 급물살에 "상가 지분 쪼개기" 말썽” , **아주경제**, 2021년 2월 23일자.

<https://www.ajunews.com/view/20210223095659496>

ABSTRACT

## Status of Association Member and Right of application to purchase in Redevelopment · Reconstruction Projects: With Special Reference to the Supreme Court Decision 2023. 2. 23, 2020Du36724

Park, Yuna\*

In redevelopment or reconstruction projects in urban areas, speculation through share splitting is an obstacle that lowers business viability. However, the various restrictions of “Act On The Improvement Of Urban Areas And Residential Environments” (hereinafter referred to as “the Act”) cannot be interpreted indiscriminately in the direction of depriving the basic status and rights of association members in the name of speculation suppression. In this regard, there was some controversy in interpreting whether the provisions of Article 39.1.3 of the Act can limit the right of application to purchase beyond the voting rights of association members. The Supreme Court recently determined that the right of application to purchase was limited according to the abovementioned provision under decision 2023. 2. 23. 2020Du36724 (hereinafter referred to as “the Decision”).

The status of association members in reconstruction or redevelopment has been dual in character: voting right holder and purchaser. Therefore, provisions restricting the status of association members in the Act must also be clearly distinguished from that of status association members. If this is not done, it is easy to cause confusion in interpretation, as in the abovementioned Supreme Court case. Accordingly, this paper defined the dual character of association member status and reviewed various regulations limiting association member status under the Act and the types of the base

date set in the relevant clause. Based on this analysis, the relationship between the status of redevelopment or reconstruction project members and the right to purchase applications was reviewed.

Article 39.1.3 of the Act does not clearly stipulate that the right regarding an application to purchase goes beyond the voting right of association members. The Supreme Court, in the Decision, interpreted the provision as a regulation restricting an association member’s right to purchase application. However, this extended interpretation carries the risk of creating excessive restrictions on the status of association members, and this should be resolved through legislative supplementation of Articles 72 and 77 of the Act, which stipulate the right of association members to apply for purchase. Furthermore, it is necessary to review whether the current regulations faithfully include the acts of share splitting to be intended to restrict through limitations on the right of application to purchase, and whether there is any confusion between such limitations and the types of base date set in the relevant clause.

**Key word** : redevelopment or reconstruction projects of urban areas, status of association members, right of application to purchase, base date, Supreme Court Decision 2023. 2. 23, 2020Du36724

---

\* DL E&C Co., Ltd. Attorney

## 『건설법연구』 간행규정

2023. 1. 1. 제정

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

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회)

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

제4조 (간행주기)

- ① 학회지는 매년 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
- ② 학회지에 게재된 저작물에는 접수일(2\*\*\*년 \*월 \*일), 심사완료일(2\*\*\*년 \*월 \*일), 게재확정일(2\*\*\*년 \*월 \*일)을 기재한다.
- ③ 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다.

제6조 (수록물)

- ① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 학회자료 및 기타자료를 수록한다.
- ② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.
  1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
  2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자)

- ① 논문투고자는 회원을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 공인된 국내외 대학교 법학석사과정생, 공인된 법률 및 관련 분야 종사자 등에 해당하는 비회원도 논문을 투고할 수 있다.
- ② 논문투고자는 동편의 학회지에 1편의 논문만을 투고할 수 있다. 저자가 다수인 경우에도 같다.

제8조 (원고수집) 출판이사는 간행일 2월 전에 수록물의 종류, 원고의 제출기한·방법 등을 공고한다.

## 제9조 (편집위원회의 구성 및 운영)

- ① 편집위원회는 위원장을 포함하여 5~10인 내외의 위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장이 필요하다고 판단하는 경우 편집위원회 회의를 소집할 수 있다.

## 제10조 (편집위원회 위원 및 위원장의 선임 및 임기)

- ① 위원은 학회의 정회원 또는 학문적 업적과 신망이 높은 전문가 중에서 회장이 위촉하며, 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.
- ② 위원장은 위원 중에서 회장이 위촉한다.

제11조 (논문게재요건) 학회지에 수록할 논문은 국내외의 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구로서 다른 학술지 등에 발표한 적이 없는 것이어야 한다. 다만, 수록할 가치가 있는 것으로 편집위원회가 인정한 경우에는 그러하지 아니하다.

## 제12조 (게재결정) 편집위원회는 투고된 논문의 게재 여부를 결정한다.

## 제13조 (심사회부)

- ① 편집위원회는 투고된 논문을 심사하기 위하여 논문별로 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 2인 이상의 심사위원을 위촉한다.
- ② 심사위원은 제14조의 기준에 따라 투고논문을 심사하고 '논문심사서'를 작성한다.
- ③ 심사위원은 자신이 제출한 원고를 심사하지 아니한다.
- ④ 편집위원장은 심사위원의 선정 및 논문심사의 진행 등에 관한 사항이 외부로 누설되지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ⑤ 심사위원은 논문투고자의 인적사항이 삭제된 심사용 논문에 따라 심사를 하고, 심사사실 및 심사결과 등 논문심사에 관한 사항 및 그에 따라 알게 된 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

## 제14조 (심사기준)

- ① 학회지에 게재할 논문을 심사함에 있어서는 다음 각호의 기준에 따라 논문의 게재 여부를 심사한다.
  1. 학회지 게재 논문으로서의 적합성
  2. 논문의 학문적 기여도
  3. 논문주제의 창의성
  4. 논문의 논리적 체계성
  5. 이론적 근거 제시의 적절성
  6. 각주/참고문헌의 정확성 및 완전성
  7. 기타 논문투고지침 준수
- ② 편집위원회가 판례연구의 게재 여부를 의결함에는 제1항을 준용한다.

제15조 (심사위원별 심사판정) 심사위원은 제14조의 심사기준에 의거하여 다음 각호와 같이 판정을 한 다음, 그 판정결과와 의견을 편집위원회에 통보한다.

1. 게재적합: 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
2. 수정 후 게재: 논문의 경미한 수정·보완 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
3. 수정 후 재심사: 상대적으로 논문의 중요한 부분에 대한 지적사항의 대폭적인 수정·보완이 필요하여, 그 수정·보완에 대한 심사 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우



## 4. 게재부적합: 학회지에 게재가 부적합하다고 판단하는 경우

## 제16조 (편집위원회의 종합판정 및 재심사)

① 편집위원회는 심사위원 2인 이상의 논문심사서가 접수되면 각 심사위원들의 심사결과를 기초로 하여 ‘게재확정’, ‘수정 후 게재’, ‘수정 후 재심사’ 또는 ‘불게재’로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.

② 편집위원회의 종합판정 결과, ‘수정 후 재심사’로 판정된 논문에 대하여는 재심사절차를 진행한다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정된 논문이 상당한 기간 내에 수정·보완이 불가능하다고 판단되는 등의 특별한 사유가 있는 경우에는 이를 차호의 심사절차로 회부할 수 있다.

③ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 ‘불게재’로 최종 판정한다.

④ 게재된 논문에 표절이나 중복게재의 의심이 있거나, 이를 이유로 필자 스스로 논문의 게재취소를 요청하는 경우 편집위원회는 게재취소 여부를 심사하여 결정할 수 있다. 편집위원회가 게재취소 결정을 하는 경우 그 내용을 본인에게 통지하고 차호 학회지에 공지하여야 한다.

## 제17조 (이의제기)

① 논문투고자는 편집위원회의 종합판정 결과 통지 후 7일 이내 편집위원회에 그 사유를 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.

② 편집위원장은 이의신청 접수 후 14일 이내에 편집위원회를 소집하고, 편집위원회는 이의제기 내용을 종합적으로 검토해야 한다.

③ 편집위원회는 이의제기한 논문투고자에게 검토결과를 통보한다.

제18조 (원고의 편집) 학회지의 체계적이고 일관적인 편집을 통해 가독성을 높이기 위하여 편집위원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 논문투고지침에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

제19조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 제1저자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

제20조 (정족수) 편집위원회의 의결은 본 규정에 다른 정함이 없으면 서면, 이메일 등을 통해 재적위원 과반수의 찬성에 의한다.

## 제21조 (공고 및 통지 방법)

① 공고는 인터넷상의 학회 홈페이지에 게재하여 할 수 있다.

② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

## 제22조 (저작권 및 게재료)

① 개별 논문 집필자는 논문의 투고와 동시에 저작권의 이용을 학회에 허용한 것으로 보며, 학회는 학회지와 그 수록된 개별 논문에 대한 편집저작권을 보유한다.

② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.

③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.

④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의로 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문(학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다.

⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 복제, 전송, 배포할 일체의 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 권리를 주장하지 아니한다.

제23조 (규정개정) 본 규정은 편집위원회의 의결로 개정할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

## 『건설법연구』 논문투고지침

2023. 1. 1. 제정

### 제1조 (목적)

본 지침은 ‘건설법연구’ 투고 논문의 작성 및 문헌 인용방법, 투고 절차에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

### 제2조 (원고제출)

- ① 투고원고는 건설법 관련 분야에 관한 것으로 기존에 발표된 것이 아닌 독창성을 갖는 것이어야 한다. 다만 다음 각호의 기준을 갖춘 경우에도 투고할 수 있다.
  1. 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하여 새로운 학술적 논점을 추가시켜 분석하고 있는 저작물은 그러한 작성경위를 적시하여야 한다.
  2. 단행본이나 정기학술지에 출간되지 않은 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성된 저작물에 대하여도 제1호와 같은 기준이 적용된다.
  3. 타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 서면동의서가 첨부되어야 한다.
- ② 투고자는 원고 마감기한 내 다음 각 호의 파일을 제출함을 원칙으로 한다.
  1. 원고파일. 단, 원고파일에는 필자가 누구임을 알 수 있는 사항(성명, 소속, 직위, 연구비 지원 등)이 기재되어서는 안 된다.
  2. 논문투고신청서
  3. 연구윤리 서약서 및 저작권 활용동의서
  4. KCI(한국학술지 인용색인) 논문유사도검사 결과보고서
- ③ 투고원고 파일은 다음 각 호의 형식에 따라 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 제출한다.
  1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
  2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트(단, 각주는 10포인트)
  3. 줄간격 : 160%
- ④ 투고원고의 분량은 도표, 사진, 참고문헌 등을 포함하여 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 한다.
- ⑤ 초록의 분량은 글자수 800자에서 1,000자 내외를 원칙으로 한다. 영문초록도 이에 준한다.

### 제3조 (논문 작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서 『건설법연구』 「간행규정」, 「연구윤리규정」, 및 본 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 『제목(로마자 표기법) - 저자(로마자 표기법) - 국문 요지 - 국문 주제어(5개 이상) - 목차(로마자 표기법) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지 - 외국문 주제어(5개 이상)』의 순으로 작성한다.
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 및 기타 논문 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.
- ⑤ 논문의 저자는 그 소속과 직위를 함께 표시하여야 한다. 논문의 저자가 2인 이상인 경우 제1저자(First Author)와 공동저자

(Corresponding Author)를 구분하고, 제1저자·공동저자 순으로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 제1저자로 본다.

- ⑥ 목차는 로마숫자(보기: I, II), 아라비아숫자(보기: 1, 2), 괄호숫자(보기: (1), (2)), 반괄호숫자(보기: 1), 2)), 원숫자(보기: ①, ②)의 순으로 하며, 그 이후의 목차번호는 논문제출자가 임의로 정하여 사용할 수 있다.

#### 제4조 (문헌의 인용)

- ① 다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.
1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단을 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.
  2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(“”)를 사용하여 표시한다.
  3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(…)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 ([ ])를 하여야 한다.
  4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.
- ② 타인의 저작물을 재인용하는 경우 반드시 그 사실을 밝혀야 한다.

#### 제5조 (각주의 작성)

- ① 각주는 다음과 같은 기본원칙을 준수하도록 한다.
1. 본문과 관련한 저술을 소개하거나 부연이 필요한 경우에는 각주로 처리한다. 단, 각주는 일련번호를 사용하여 작성한다.
  2. 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 가급적 한글로 표기한다. 예) ○쪽, ○○○염음, ○○○옮김, 앞의 책, 위의 책 등.
  3. 외국 잡지의 경우 처음 인용시 잡지명을 전부 기재하고 그 이후 각주에서는 약어로 표시한다. 예) Harvard Law Review → H. L. R.
  4. 필자의 표기는 다음과 같이 한다.
    - 가. 필자가 복수인 경우 필자의 이름을 모두 밝히고, 제1저자, 제2저자 등을 표기한다.
    - 나. 기관 저자일 경우 해당 기관명을 표기한다.
    - 다. 3인 공저까지는 저자명을 모두 표기하되, 저자간의 표시는 /로 구분하고, / 이후에는 한 칸을 띄어쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.
    - 라. 외국인의 이름은 처음에는 이름과 성을 온전히 표기하되, 중간이름은 첫글자만 표기한다. 그 이후에는 이름의 경우 약자로 표기할 수 있다. 일본인의 경우 이름은 모두 붙여 쓴다.
  5. 글의 성격상 전거만을 밝히는 각주가 많을 경우 약자를 사용하여 본문에서 그 전거를 밝힐 수 있다.
  6. 여러 문헌의 소개는 세미콜론(; )으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(: )으로 연결한다.
- ② 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
1. 저서: 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수
    - 가. 서구문헌의 경우 저자의 이름은 앞에 성을 뒤에 표시하며, 서명은 다른 표식 없이 이탤릭체로 표기한다.
    - 나. 번역서의 경우 저자명은 본래의 이름을 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 이름을 쓰고 “옮김”으로 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.
    - 다. 엮은 책의 경우 저자명과 서명 사이에 엮은이의 이름을 쓰고 “엮음”을 덧붙인다. 저자와 엮은이가 같을 경우에는 엮은이를 생략할 수 있다.
  2. 정기간행물: 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○○권 제○○호(출판년월), 면수

- 가. 필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다.
- 나. 서구문헌의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
- 다. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
- 3. 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(○○○선생○○기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수
  - 가. 서구논문의 경우 논문제목은 따옴표(“”)로 묶고 잡지명은 이탤릭체로 표기한다.
  - 나. 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.
- 4. 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
  - 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 ○○두○○○○ 판결
  - 결정 : 대법원 2000. 00. 00.자 ○○아○○○○ 결정
  - 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00.자 ○○헌가○○ 결정
 단, 헌법재판소의 판례인용은 경우에 따라 다음과 같이 할 수 있다.
  - 헌법재판소판례집, 제○권 ○집, 결정년도, ○쪽(결정문의 시작 쪽수) 아래 ○쪽
- 5. 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
- 6. 외국판결 : 외국의 판례인용은 그 나라의 표준적인 방법에 의하되 앞서의 원칙을 유지하면서 우리말로 바꿀 수 있는 것은 최대한 바꾼다.
  - 예) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973, 99쪽.
  - 예) 독일판례의 경우 판례집의 군수와 쪽수 등. BverfGE 제79권, 1988, 129쪽.
- 7. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면~122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135면) 또는 S.(S. 120, S. 121ff.)로 인용면수를 표기한다.
- 8. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기한다
- 9. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.
- ③ 앞의 각주를 그 다음에 대사 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
  - 1. 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
  - 2. 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
  - 3. 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
  - 4. 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
  - 5. 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
  - 6. 외국문헌 : 그 나라의 표준 표기방식에 의한다.
- ④ 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).
- ⑤ 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, ○○○○년 ○○월 ○○일자. 단, 필요한 경우에 글쓴이와 글제목을 밝힐 수 있다.

#### 제6조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 한다.
- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 “[이하 ○○○이라고 한다]”고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 “제○조 제○항 제○호”의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제7조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표1>, <그림1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 표시하여야 한다.

부 칙

이 지침은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

## 『건설법연구』 연구윤리규정

2023. 1. 1. 제정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 건설법학회(이하 “본 학회”라 한다) 회원의 연구 윤리를 확립하고 연구 진실성 검증을 위한 연구윤리 위원회(이하 “위원회”라 한다)에 관한 기본적인 사항을 정하며, 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 투고 및 수록되는 학술 논문 등 저작물의 연구윤리를 정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용대상) 이 규정은 본 학회의 회원과 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 논문 등 저작물을 투고한 자(이하 “투고자”라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (적용범위) 연구윤리 확립 및 연구진실성 검증과 관련하여 다른 특별한 규정이 없는 한 이 규정에 따른다.

제4조 (연구부정행위의 범위) “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 행하여진 위조·변조·표절·부당한 중복 게재·부당한 논문 저자표시행위 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말하며, 이는 다음 각 호와 같다.

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
4. “부당한 중복게재”라 함은 자신의 논문이 타 학술지 등에 게재된 사실을 숨기고 게재하는 것을 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
6. 기타 연구부정행위는 다음 각 목과 같다.

- 가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
- 나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위
- 다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

제5조 (기능) 위원회는 본 학회의 회원 또는 투고자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항
5. 기타 위원장이 부의하는 사항

제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 기획이사, 출판이사, 감사 5인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다.
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제7조 (회의)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석케 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제8조 (위원회의 권한과 의무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 조사 및 심의에 성실히 임하고, 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제9조 (연구부정행위의 조사 개시)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위의 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 본 학회 회장과 협의하여 예비조사를 실시할 수 있다.

제10조 (출석 및 자료제출 요구)

- ① 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ② 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ③ 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.

제11조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다. 다만 제보 사실이 이미 다른 방법으로 공개되었거나 그 밖에 제보자의 신원노출이 제보자에게 불이익을 초래하지 않는다고 위원회가 결정한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 연구부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제12조 (제척·기피·회피)

- ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.



- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안건의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

제13조 (이의제기 및 진술기회의 보장) 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제14조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.

제15조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다. 필요한 경우 둘 이상의 조치를 병과할 수 있다.
  1. 논문의 게재취소
  2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지 또는 학회지에 공지
  3. 향후 3년 이상 논문투고 금지
  4. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
  5. 회원자격의 박탈 또는 정지
  6. 기타 필요한 조치
- ② 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ③ 위원회는 본 학회의 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제16조 (결과의 통지) 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제17조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제16조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제19조 (특수관계인 공동저자 연구부정행위)

- ① 미성년자(만 19세 이하인 자) 또는 가족(배우자, 자녀 및 4촌 이내의 혈족)(이하 “특수관계인”이라 한다)이 공동저자가 되는 경우, 특수관계인 공동저자 연구부정행위를 방지하기 위하여 해당 논문투고시 관련 개인정보를 제공하고 저자별 기여율과 특수관계인 저자

포함 사유를 제시해야 한다.

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

#### 제20조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 편집위원회와 이사회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

#### 부 칙

본 규정은 2023년 1월 1일부터 시행한다.

---

## 건설법연구 원고모집 안내

---

(사)건설법학회에서는 건설법연구에 게재할 원고를 모집합니다.

원고내용은 국내외 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구나 판례분석 등입니다.

건설법연구는 매년 3월 25일과 9월 25일에 발행하며, 원고마감은 각 권 발행일 약 30일 전입니다.

---

논문투고에 관하여 기타 자세한 사항은 (사)건설법학회 홈페이지(<https://www.cudla.or.kr>)을 참조하시거나,  
(사)건설법학회 출판팀 이메일([cudla.lawreview@gmail.com](mailto:cudla.lawreview@gmail.com))로 문의하시기 바랍니다.

---

# 건설법연구

(2023년 3월 제9호)

발행일	2023년 3월 25일
발행	사단법인 건설법학회
발행인	김종보 (08826) 서울시 관악구 관악로 1 Tel: 02-880-9097 Fax: 02-873-6269 E-mail: cudla.lawreview@gmail.com
편집·인쇄	주식회사 도큐hut Tel: 02-2274-6771 Fax: 02-6902-0698 E-mail: project@docuhut.com

- ※ 본지에 게재된 논문의 내용은 본 학회의 의견이 아니며, 각 필자가 그 내용에 대하여 책임을 진다.
- ※ 본 학회의 서면 허가 없는 무단 복제, 전송, 배포를 금지한다.
- ※ This paper meets the requirements of KS X ISO 9706, ISO 9706-1994 and ANSI/NISO Z.39.48-1992 (Permanance of Paper)



# 제 9 호

제 9 호



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