

# 건설법연구

## 창간사

### 일반논문

재건축 재개발제도와 검찰의 역할 / 김종보

공공지원제도의 내용과 한계 / 김지에

기본설계와 실시설계의 관계 / 백민주

주택법상 공동주택의 공급면적에 관한 연구 / 윤혜원

도시정비법 전부개정과 제도개선의 제언 / 최종권

재정비촉진계획의 소익과 기반시설 비용부담 / 허지인

### 건설법센터 연구보고

건설법센터의 새로운 과제, 베트남의 사회주택 제도 / 김은정

### 건설법연구회 운영규정



서울대학교 법학연구소 건설법센터  
건설법연구회



# 『건설법연구회』

제1호[창간호] 2019. 3. 29.

## 창간사

## 일반논문

재건축 재개발제도와 김찰의 역할 / 김종보

공공지원제도의 내용과 한계 / 김지예

기본설계와 실시설계의 관계 / 백민주

주택법상 공동주택의 공급면적에 관한 연구 / 윤혜원

도시정비법 전부개정과 제도개선의 제언 / 최종권

재정비축진계획의 소익과 기반시설 비용부담 / 허지인

## 건설법센터 연구보고

건설법센터의 새로운 과제, 베트남의 사회주택 제도 / 김은정

## 건설법연구회 운영규정



# 창 간 사

도시공간은 우리가 살고, 일하는 곳으로 우리 삶의 터전입니다. 그리고 그 공간의 형성과 관련된 공법규정들이 바로 건설법입니다. 우리나라에 근대적 의미의 건설법이 도입된지도 벌써 100년에 가까운 세월이 지났습니다. 짧게는 해방이후 우리나라의 독자적 도시계획법과 건축법이 제정된 1962년이 진정한 의미의 기점이 될 수도 있을 것입니다. 그리고 현재까지 급격한 도시화 과정을 거치면서 도시의 건설과 관련된 수많은 법률들이 제정되고 개정되어 왔습니다.

『건설법연구회』는 건설법 분야의 학문적 연구를 위해 다양한 분야의 학자들과 실무자들이 모여 2008년 탄생하였습니다. 그동안 건설법연구회는 건설법 분야의 다양한 문제에 관심을 가지고 학술적 논의를 유발시키고 발전시키고 또한 이를 축적하여 전과하기 위해 노력해왔습니다. 2019년 3월 첫 발을 내딛는 『건설법연구』도 이러한 노력의 연장선에서 기획된 것입니다.

건설법연구는 건설법연구회의 월례 세미나를 통해 이루어진 학술적인 논의와 그 동안의 연구 성과들을 모아 발간하는 학회지입니다. 이러한 연구 성과물을 건설법 분야에 관심을 가지고 있는 모든 학자와 실무자들과 공유함으로써 건설법 분야에 대한 학문적인 연구가 더욱 발전해가기를 기원하며, 이에 그치지 아니하고 끊임없는 토론과 연구를 통한 학문적 성과에 기초하여 궁극적으로는 건설법 분야의 불필요한 소모적 분쟁을 미연에 방지하는 등 공익과 공동체에 이바지하여 사회적 가치에도 부합할 수 있기를 희망합니다.

건설법연구가 창간호를 출간하기까지 여러분들의 도움을 받았습니다. 무엇보다도 그동안 건설법연구회의 월례 세미나에서 발표와 토론 등으로 참여해주신 학회원들에게 깊이 감사드립니다. 그리고 학회지의 구성, 편집 및 교정의 과정에서 헌신적인 노력을 해주었습니다. 학회지 출간의 책임을 맡아준 강신은 편집위원장과 최종권 출판이사를 비롯하여 배기철, 허지인, 김은정, 장재윤 학회원에게 감사의 말을 전합니다.

2019년 3월 29일

건설법센터장 김 종 보  
건설법연구회장 채 필 호



서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제1호 2019년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 1, March 2019

## 재건축·재개발제도와 검찰의 역할\*

김종보\*\*

---

### 국문초록

---

급격한 도시화 과정을 거치며 한국의 건설시장은 개발이익을 노리는 다양한 탈법행위와 공존해왔다. 이를 막기 위해 국가는 각 위반행위에 대해 개별적인 형벌조항을 만드는 방법으로 대응하여 왔으나 큰 실효성은 가지지 못 했다. 최근 검찰이 서울북부지검을 건설범죄 중점수사청으로 지정하여 전문성을 갖춘 수사기관을 마련한 점은 고무할만한 일이다. 이를 기점으로 재건축·재개발제도에 대한 충분한 이해를 가지고 명확한 구성요건을 확립하는 등 제도의 재정비가 필요한 시점이다.

2009년 도시정비법이 제정되며 재건축·재개발사업은 하나의 법과 절차로 규율되게 되었으나 두 사업은 대상 지역의 특징과 예상되는 개발이익이 다르기에 서로 성격이 다르다는 점이 고려되어야 한다. 이를 통해 도시정비법상 형사범죄가 보호하고자 하는 법익과 각 위법행위의 특징을 이해해야 할 것이다.

특히 도시정비법에 근거하여 진행되는 재건축·재개발사업은 공적인 사업임을 명확히 이해해야 한다. 구체적으로 조합임원에 대한 공무원 의제규정 및 이에 따라 적용되는 뇌물죄는 도시정비법상 사업시행자의 업무가 공적 임무이기 때문이다. 그러므로 그 시공자의 선정 또한 경쟁입찰과 선정시기의 준수 등 엄격하고 공정한 절차를 거쳐야 하며 금품수수과 같은 부정행위를 규제해야 한다. 협력업체와 정비사업전문관리업자에 대한 경쟁입찰 및 그 위반 시의 형사처벌조항 등의 필요성도 재건축·재개발사업이 가지는 공적인 측면에 기인하는 것이다.

도시정비법의 전신인 도시재개발법은 형사처벌 조항이 매우 빈약했으며 위반에 대한 처벌 사례도 많지 않았다. 이후 현재의 도시정비법 제정과 법제의 개선을 통하여 과거에 비해 재건축·재개발사업에 대한 법적 통제가 실효성을 갖추고 그에 따른 처벌 사례도 늘어났다. 그에 따라 법원과 변호사들에 의해 재건축·재개발 분야의 법치주의는 과거에 비해 상당히 개선되었다. 이제 여기에 검찰의 전문성이 더해지면 재건축·재개발 분야의 법치주의는 더욱 발전할 것이다. 새로운 기구와 조직이 우리 공동체의 정의를 구현해주길 바란다.

---

\* 이 글은 서울북부지방검찰청이 건설범죄 중점수사청으로 출범하는 것을 기념하기 위해 2018년 12월 개최되었던 건설범죄 전문검사 커뮤니티에서 “재건축·재개발제도와 검찰의 역할”이라는 주제로 발표했던 내용을 토대로 발전시킨 것임

\*\* 서울대학교 법학전문대학원 교수

주제어 : 도시 및 주거환경정비법, 정비사업, 재건축, 재개발, 형사범죄, 형사처벌

---

목 차

- I. 서론
- II. 도시정비법의 의의
- III. 재건축·재개발사업의 주요내용
- IV. 도시정비법상 형사범죄
- V. 결론

## I. 서론

### 【개발이익과 탈법행위】

한국사회의 압축성장과 급격한 도시화는 그 과정에서 활발하게 성장하는 건설시장과 역동적인 건설사들의 역할을 전제로 한 것이었다. 그리고 건설사를 비롯한 설계사무소, 엔지니어링 회사 등 시장의 참가자들은 한국사회에 다량의 주택과 도로 등 기반시설을 신속하게 공급하는 활력소였다. 이렇게 활발한 건설시장은 막대한 경제적인 부와 개발이익을 만들어내는 원동력이었으며, 끊임없이 솟아나는 개발이익과 그 사유화를 노리는 자들의 다양한 탈법행위들도 건설시장과 공존해왔다. 국가는 이러한 탈법행위를 막기 위해 다양한 노력을 기울였지만, 이를 체계적으로 막는 것은 생각처럼 쉽지 않았다.

### 【형사처벌조항의 작동요건】

개발이익을 노리는 탈법행위에 대해 국가가 도입한 수단은 면허취소, 공사중지, 이행강제금, 조세부과 등 다양했지만 그중에서도 가장 대표적인 것은 위반행위에 대해 개별적인 형벌조항을 마련하는 방식이었다. 재건축·재개발에 대해서도 이는 마찬가지였으며 정비사업이 활발하게 진행되던 2010년을 전후해서 다양한 형사처벌 조항이 마련되었다. 다만 국가의 권력이 재건축·재개발제도에 대한 전문성을 충분히 갖추지 못한 상황에서 형사처벌 조항을 입법하는 것만으로 건설시장에서 불법적인 행위를 하는 주체들에게 대단한 위협이 되기는 어렵다. 형벌

조향을 통한 탈법행위의 방지라는 목표를 달성하기 위해서는 우선 입법과정에서 위법한 행위 각각에 대한 체계적인 이해와 이를 전제로 한 명확한 범죄구성요건이 정해져야 하며, 또 재건축·재개발제도 전반에 대한 전문성을 갖춘 수사기관의 적극적인 수사의지가 전제되어야 하기 때문이다.

**【재건축·재개발제도의 입법목적】**

입법적인 측면에서 볼 때 재건축·재개발사업은 도시의 문제지역을 정비하기 위한 목적으로 처음 도입되었고, 제도의 운영과정에 필요한 조합설립, 관리처분 등 최소한의 규정들을 도입하는 방향으로 입법되는 것이 일반적이다. 따라서 일반적인 건설분야의 입법들과 마찬가지로 재건축·재개발에 대해서도 처음부터 체계적인 형사처벌 조향을 염두에 두고 제도가 마련된 것은 아니다. 예컨대 2003년 「도시 및 주거환경정비법」(이하 도시정비법)의 제정은 1990년대 이래 과열되는 강남의 재건축을 억제하기 위해서였고, 법률의 제정을 통해 재건축제도가 재개발제도의 틀에 강제로 편입되었다. 그러나 도시정비법이 제정되던 2003년까지도 강남의 부동산시장을 과열시키던 주범이었던 재건축사업에 대해서는 처벌조항 자체가 거의 존재하지 않았으며, 이러한 현상은 제정 도시정비법에도 그대로 이어졌다. 이러한 역사적 사실은 국가의 입장에서 재건축·재개발제도에 형사처벌 조향을 입법하는 것이 얼마나 후순위의 가치에 불과한 것인지 잘 보여준다.

**【형사처벌조향의 입법적 한계】**

연혁적으로 보면 재건축·재개발사업에서 다양한 불법행위가 사회적인 물의를 빚은 후에 대해 형사처벌 조향이 만들어졌다. 처벌조향에 대한 입법의 과정에서 정비사업에 대한 무관심 또는 전문성 부족 때문에 법무부 또는 법률전문가는 참여하지 않았으며 대부분 국토부의 판단에 따라 처벌조향이 마련되었다. 따라서 법률에 도입되는 형사처벌 조향이 형법과 이미 존재하는 도시정비법상의 형사처벌 조향과 체계적인 관점에서 조화될 수 있는가를 검토할 수 있는 여건이 아니었다. 그러므로 재건축·재개발사업의 운영과정에 대한 공법적 이해가 범죄구성요건에 대한 입법과 해석의 전제여야 한다는 점에 대해서는 인식조차 없었다고 보아야 한다.

**【수사기관의 역할】**

재건축·재개발사업은 개발이익이라는 힘으로 힘차게 달리는 (폭주)기관차와 같다. 정비사업의 공정성을 확보하기 위해 주무부서인 국토교통부 그리고 지방자치단체들이 지속적으로 노력하고 있지만, 이들의 노력만으로 정비사업을 적절히 통제하고 적법한 사업의 궤도에서 이탈하지 못하도록 통제하는 것은 매우 어렵다. 정비사업을 주로 규율하는 민사상 또는 공법상 법

#### 4 건설법연구 제1호

를관계에서는 사업상의 다양한 잘못이 통상 정비조합이라는 단체에 전가되므로, 조합임원의 불법행위에 대한 책임이 개개인에게 귀속되는 일은 드물다. 이와 비교하면 도시정비법에서 마련하고 있는 형사처벌조항은 행위자들 개개인에게 책임을 묻고 법률에 대한 위반행위를 막을 수 있는 강력한 수단이 된다. 정비사업이라는 제도의 운영의 과정에서 공정성과 투명성을 확보하기 위해 전문성을 띤 수사기관의 존재와 적극적인 수사의지가 절실히 필요한 이유이다.

#### 【정비사업에 대한 통제의 의의】

도시정비법과 그에 의해 규율되는 재건축·재개발사업은 한국사회에서 매우 중요한 역할을 차지하는 개발사업이고 국민들의 이해관계와 긴밀히 연결되어 있다. 아파트 가격의 급격한 상승을 막는 데 항상 국가 정책의 우선순위가 놓여있기 때문에 재건축아파트가 주도하는 아파트의 가격상승은 정부가 가장 관심을 기울이는 요소이다. 재건축사업이 과도하게 과열되지 않고 공정한 절차에 따르도록 하는 것, 그리고 재건축·재개발사업에서 발생하는 개발이익이 부정하게 사유화되지 않도록 통제하는 것은 우리 공동체 전체의 운명과 연결되어 있다.

#### 【이해가 어려운 정비사업】

재건축·재개발사업은 사업기간이 길고, 이해관계인이 다수이며 법률관계가 다양하게 착종되어 사업의 전체구도를 이해하는 데 상당한 어려움이 있으며, 이는 정비사업 전반에 대한 법률가들의 접근을 막는 포괄적인 장애사유가 된다. 민사, 형사, 행정소송을 통해 판례를 만들어 내고 있는 법원도 역시 재건축·재개발사업에 대해 일관된 법리를 형성해 내지 못하고 있으며 이는 시장에서 더욱 큰 혼란으로 이어진다. 정비사업의 난이도 때문에 정비사업에 대한 형사처벌에 접근하려면 정비사업의 역사와 내용, 절차에 대한 섬세한 이해가 반드시 선행되어야 한다.

## II. 도시정비법의 의의

### 1. 재건축과열과 도시정비법의 제정

#### 【법률의 개정과 절차의 변형】

2003년 도시정비법이 제정되면서 재개발사업과 재건축사업은 하나의 법과 절차로 통합되었다. 2003년까지 재개발과 재건축의 근거가 되었던 도시재개발법과 주택건설촉진법의 시대(이하 구법시대)가 종료되면서 도시재개발법은 폐지되었고, 주택건설촉진법에 존재하던 재건축

관련 조항은 삭제되었다. 도시정비법에 의해 마련된 절차는 도시재개발법상의 절차와 거의 유사했지만 재건축과 통합하는 과정에서 변용되거나 두개의 제도가 병치되는 등의 변형이 불가피했다.

#### 【존속하는 절차와 변경된 절차】

구법상의 재개발절차와 크게 차이를 보이지 않았던 부분은 구역지정 및 정비계획, 조합설립인가, 사업시행인가, 분양신청, 관리처분계획의 인가 등이고 이들은 구법상의 명칭도 거의 대부분 그대로 사용하는 형태를 취했다. 이와 달리 추진위원회의 승인, 수용과 매도청구의 병존, 이전고시(구법상 분양처분) 등은 새로운 법률의 제정과정에서 탄생한 변형물들이다.

#### 【추진위와 매도청구】

추진위원회는 종래 재건축제도가 과열되는 것에 대한 반성에서 고안된 제도로서 구법시대 사실상의 명칭으로 조합의 준비단계였던 단체에 법률이 명칭을 붙이고 토지등소유자 과반수의 동의를 얻어 행정청의 승인을 받도록 정한 것이다. 이를 통해 하나의 정비구역에서 하나의 추진위원회만 성립하게 됨으로써 추진위원회의 난립을 막는다는 목적이 추구되었다. 종래 재개발사업은 공공성이 높아 수용권이 부여되는 것으로, 재건축사업에는 수용권이 인정되지 않고 민사소송인 매도청구소송(집합건물법 제48조)만이 허용되었다. 두 제도가 통합되면서 재건축조합에 수용권을 부여해야 한다는 일각의 주장에도 불구하고 재건축조합에는 매도청구권만이 허용되는 것으로 제도가 설계되었다. 그러나 헌법적 관점에서는 매도청구소송도 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용’(헌법 제23조 제1항)에 해당된다는 점은 의문이 없다.

#### 【재건축과 관리처분】

구법시대 재건축사업에는 조합설립과 사업승인(사업시행계획의 인가에 해당)만으로 공법적인 절차는 완성되었다. 1990년대 중반을 넘으면서 재건축사업에서도 재개발과 유사하게 관리처분계획이 수립되고 이에 입각해 소유권을 이전하는 관행이 나타나지만 이는 공법상의 제도는 아니고 총회의 의결이라는 민사적 합의에 의한 것이었다. 그래서 도시정비법이 제정되면서 종래 재개발에서 사용되던 ‘분양처분’이라는 용어를 재건축에도 공히 사용할 것인가에 대해 고민이 있었다. 재개발사업은 분양처분과 같은 공법상의 처분에 익숙했지만 재건축에 대해 분양처분이라는 단어를 써도 좋은지 자신이 없었기 때문이다. 그래서 어색하게도 ‘소유권을 이전하려는 때에는 이를 고시’하도록 정하고 이를 ‘이전고시’로 부르게 되었다(도시정비법 제83조 제2항). 그러나 이전고시는 구법시대 분양처분과 법적 성질은 같은 것으로 이해되어야 하며 명칭도 분양처분이라 하는 것이 더 좋았다.

## 2. 재건축·재개발사업의 차이점

### 【정비기반시설의 상태】

재건축은 기반시설이 비교적 양호하지만 공동주택이 노후하다는 점에 착안해서 이를 헐고 다시 아파트를 짓는 사업, 재개발은 기반시설이 열악하고 건축물이 불량한 주거지를 정비하거나 기능을 상실한 상업지역에서 도시환경을 개선하는 사업이다. 법률이 개념에서 주목하는 두 사업의 차이는 기반시설의 상태에 있으며 재개발사업은 기반시설이 열악한 지역, 재건축은 기반시설이 양호한 지역으로 구분된다(도시정비법 제2조 제2호).

### 【입지의 차이】

법령상 재건축사업과 재개발사업의 구별기준은 단지 '기반시설이 열악'한 것인가 하는 형식적 요소에 의존시키는 것으로 보이지만 이는 둘 사이에 존재하는 근본적인 차이를 반영하는 것이다. 우선 재건축사업이 시작된 곳은 강남의 요지이며 광범위하게 다양한 기반시설들이 체계적으로 구축되어 있어 재건축이 이루어지면 개발이익이 충분히 보장된다. 따라서 건설사는 재건축을 중요한 사업대상으로 인식했으며 이는 2000년대 초반 재건축과열로 이어졌다. 이에 비해 재개발은 입지가 재건축만큼 좋지 않고 기반시설도 매우 열악하므로 개발이익이 높지 않고 조합원도 균질적이지 않아 사업의 진행이 쉽지 않다. 서울의 강북과 강서지역을 중심으로 2003년 시작된 뉴타운 사업이 10년 가까이 재개발사업을 촉진하는 기능을 했지만 이것도 서서히 효력을 다하고 있다.

### 【조합원의 특성】

조합원의 자격이라는 측면에서도 재개발사업은 주거환경이 열악한 불량주거지가 대상이므로 토지소유자이거나 건물소유자가 조합원이 될 수 있고, 심지어는 무허가건물소유자도 정관에 의해 조합원이 될 수 있다.<sup>1)</sup> 이에 비해 재건축은 비록 낡았지만 잘 건설된 아파트를 대상으로 하므로 조합원이 되기 위해 건물의 구분소유권과 대지사용권을 동시에 갖고 있어야 했다. 도시정비법은 이들을 토지등소유자라고 부르는데, 재개발은 토지 또는 건물소유자, 재건축은 토지 및 건물소유자로 요건이 다르다(도시정비법 제2조).

### 【구역지정과 주택단지】

구법시대 재건축사업은 조합설립인가와 사업계획의 승인만으로 행정청의 개입이 최소화되어 있었으며, 구역지정이라는 절차도 역시 없었다. 재개발사업은 구역지정이 없으면 사업대상을 확정할 수 없고, 장차 아파트가 건설될 주택단지의 범위로 정하기 어려웠다. 이에 반해

1) 대법원 1999. 7. 27. 선고 97누4975 판결, 대법원 1998. 3. 27. 선고 97누17094 판결 등.

재건축은 이미 사업승인을 받아 주택단지가 정해진 아파트를 전제로 하므로 구역지정 없이도 기존의 주택단지를 자연스럽게 사업의 단위로 삼아 조합이 설립되었다. 도시정비법이 제정되면서 재건축도 정비구역을 지정하고 정비계획도 수립되도록 정해졌다.

### Ⅲ. 재건축·재개발사업의 주요내용

#### 1. 정비사업의 절차개관

재건축·재개발사업은 최소한 5년 이상 걸리는 긴 과정의 사업이며 사업의 도중에 수많은 소송을 만나 지연되거나 심지어는 좌초되기도 한다. 사업의 시작에 구역지정이 있고 마지막에 이전고시가 있는데 그 사이에 섬세하고 복잡한 수많은 절차들이 길게 이어져 있다. 여기서는 그 주요한 절차를 간략하게 설명하고 세세한 절차들에 대한 설명은 생략한다.

정비구역이 지정되고 나면 조합설립인가를 받아야 하고, 조합이 사업시행자가 되어 사업시행계획을 작성하고 행정청으로부터 인가를 받는다. 조합원으로부터 분양신청을 받아 권리배분에 관한 계획인 관리처분계획을 작성해서 총회의결을 거친 후 구청의 인가를 받는다. 주민이 주절차를 진행한 후 공사에 착수해서 건물이 완공되면 이전고시를 하고 입주절차를 밟는다.

조합원 분양분 이외의 공동주택은 공개모집절차를 거쳐 일반에 분양되고(체비시설) 이 분양대금이 정비사업비에 충당된다. 정비사업의 가장 큰 특징은 기존의 조합원 대부분에게 새로운 아파트가 공급되고 사업비의 일부도 부담된다는 점이다. 이를 내용으로 하는 행정처분이 관리처분계획이고 정비사업과 관련된 대부분의 불만은 관리처분계획에 집중된다. 관리처분계획에서 정해지는 가장 중요한 내용은 분양대상자와 청산대상자, 분양대상자의 추가부담금 등이다.

#### 2. 구역지정

정비구역은 정비사업이 수행될 대상토지를 구획하여 위치와 면적으로 확정된 일단의 토지로서 이를 통해 조합원의 범위와 신축 아파트의 부지가 정해진다(도시정비법 제8조). 구법시대에 정비구역은 재개발에만 있고, 재건축에는 없던 제도였다. 정비구역이 지정되면 그 안의 토지등소유자가 조합원이 될 수 있다는 점에서 정비구역은 초기에 법적으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 사업구역에서 배제되는 자는 아파트를 받지 못하고 결국 개발이익을 향유하지 못하게

되기 때문이다.

### 3. 조합설립

개발사업에서 단체를 결성하는 것은 건축법상의 건축주를 만들어내는 행위와 매우 유사한데, 이렇게 만들어진 단체가 사업시행자로서 개발사업의 모든 책임을 부담하기 때문이다. 정비사업을 위해 만들어지는 조합은 특정한 사업목적에 갖고 구성원 개개인의 개성을 존중한다는 점에서 민사상 조합계약에 가까운 합의를 구성요소로 한다. 조합설립을 위한 이러한 합의를 조합설립의 동의 또는 조합설립행위라고 부른다. 현행법상 조합설립을 위해서는 정비구역내 토지등소유자 3/4 이상의 동의가 필요하다.

조합설립행위를 전제로 행정청에 의해 조합설립이 인가되면(도시정비법 제35조), 조합은 사업시행자로 성립하며 법률의 수권에 따라 일정한 행정처분을 발급할 행정청의 지위를 얻게 된다(도시정비법 제63조, 제92조 등).<sup>2)</sup> 조합이 행정청으로서 행하는 처분은 조합에게 일정한 행정법상의 지위가 부여되어 있음을 전제로 하는 것이며, 이와 같은 행정법상의 지위가 부여되는 포괄적인 기초는 바로 조합설립인가라는 행정처분이다. 조합설립인가는 사업시행자인 조합을 확정하고 조합이 각종 처분을 내릴 수 있는 포괄적 기초를 부여하는 행위이다. 조합설립인가에 대한 취소소송은 시장·군수등을 피고로 제기되어야 하며, 이는 관리처분계획에 대한 취소소송의 피고가 조합인 것과 대조된다.

### 4. 사업시행계획의 인가

사업시행계획이란 정비사업이 목적하는 건축물 및 정비기반시설 등을 위한 설계도이면서 동시에 그 설계도대로의 시공을 위해 필요한 각종의 계획을 포괄하는 것이다(도시정비법 제50조). 사업시행계획의 인가는 중요한 두 개의 요소로 구성되는데 하나는 사업시행계획에 대한 조합총회의 결의이고, 또 다른 하나는 총회결의에 의해 정해진 사업시행계획을 인가하는 행정청의 행위이다. 사업시행계획의 인가 단계에서 전자를 중시할 것인가 후자를 중시할 것인가는 해석의 문제인데 원칙적으로는 후자가 중시되는 것이 옳다.

사업시행계획은 정비구역내 토지등소유자의 권리·의무에 관한 사항을 정하는 것이므로, 인가를 통해 확정되면 그 내용은 이해관계인과 관계행정청을 구속한다.<sup>3)</sup> 사업시행계획의 인가는

2) 대법원 1996. 2. 15 선고 94다31235 전원합의체 판결.

전형적인 재량처분으로 분류된다. 사업시행자는 사업시행계획의 인가를 통해 신축될 아파트를 건축할 포괄적이고 일반적인 권원을 부여받지만 이를 위해 추가로 필요한 수용권 등 개별적 집행권한은 법률의 규정에 의해 추가로 부여되어야 한다.

## 5. 관리처분계획

사업시행계획이 확정되고 나면 아직 건물은 존재하지 않아도 새롭게 건축될 건물의 개요가 정해지므로 이들의 배분문제와 총공사비, 추가부담금 등이 결정되어야 한다. 도시정비법은 이 단계에 관리처분계획을 배치하고(도시정비법 제74조) 이를 위한 분양공고, 분양신청 등의 절차를 정하고 있다. 관리처분계획의 기준은 재건축과 재개발 사업에 공히 존재하는 것이며, 이를 규율하는 도시정비법의 관련규정에 따라 조합과 조합원의 비용부담과 아파트분양권 등이 결정되는 중요한 역할을 한다. 도시정비법은 이를 조합원 전원에 대한 관리처분계획으로 작성하도록 명하면서 그 기준까지 법정하고 있으므로 관리처분계획이 인가되면 그 기준들이 민사적 매매의 내용을 대체하게 된다.

구법시대 재건축은 관리처분계획이 없었으므로 관리처분의 기준이라고 할 만한 것이 없었으며, 구법시대 재개발도 현행법과 같이 정교한 관리처분계획의 기준을 갖추고 있지 못했다. 도시정비법에 의해 재건축과 재개발이 통합되면서 더욱 정교해진 관리처분계획의 기준은 주로 재건축을 통제하기 위해 만들어진 것이라 보아도 좋다.

## 6. 이전고시

이전고시는 정비조합 등 사업시행자가 정비사업으로 조성된 대지 및 건축물 등의 소유권을 관리처분계획에서 정한 바에 따라 분양받을 자에게 이전하는 집행행위이다. 도시정비사업의 시행은 법 제83조에 의한 준공인가의 고시로 완료되며, 이전고시에 의하여 관리처분계획에서 정한 내용에 따라 조합원들 및 사업시행자에게 대지 및 공동주택의 소유권이 귀속되게 된다. 그러므로 이전고시는 관리처분단계의 마지막을 구성하는 처분이고 가장 중요한 소유권 귀속에 관한 사항을 마무리하는 역할을 한다.

사업시행자는 준공인가의 고시가 있을 때에는 지체 없이 관리처분계획에서 정한 사항을 분양받을 자에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 한다(도시정비법 제86조 제

3) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007두16691 판결; 대법원 1997. 2. 28. 선고 96누10676 판결.

1항). 이렇게 소유권을 이전하고자 하는 때에는 그 내용을 해당 지방자치단체의 공보에 고시 하는데, 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 날의 다음 날에 소유권을 취득한다 (동조 제2항). 도시정비법이 구 도시재개발법과 다르게 소유권귀속에 관한 표현을 ‘이전고시’로 부르고 있다고 하여도 이전고시의 법적 성격은 소유권을 부여하는 행정처분이라는 점에서 구 법상의 분양처분과 차이가 없다.

#### IV. 도시정비법상 형사범죄

##### 1. 개관

###### 【형사처벌제도의 연혁】

도시정비법의 전신인 도시재개발법에는 공무원의제조항을 제외하면 형사처벌 조항이 매우 빈약했으며 당해 법률 위반으로 처벌되는 예도 그리 많지 않았다. 처벌대상도 대부분 사업시행인가를 받지 않고 사업을 시행하거나 또는 관리처분계획을 인가받지 않고 일반분양을 한 경우 등으로 한정되었다(2002년 시행되던 구 도시재개발법 제62조). 2003년 도시정비법이 제정되면서 다양한 처벌조항이 만들어지고 2009년 개정을 통해 현재와 유사한 형사처벌의 체계가 마련되었다. 물론 주택건설촉진법에 의해 진행되던 재건축의 경우에는 형사처벌 조항이 거의 없고 공무원의제조항도 존재하지 않았다. 도시정비법 제정에 의해 재건축은 재개발과 유사한 엄격한 절차가 마련된 것에 더해서 형사처벌의 가능성도 전과 비교할 수 없을 정도로 훨씬 높아졌다.

###### 【결격사유로서 도시정비법 위반】

도시정비법을 위반하여 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받고 5년이 지나지 아니한 자는 조합의 임원이 될 수 없다(도시정비법 제43조 제1항 제5호).<sup>4)</sup> 이는 최초의 선임에만 적용되는 것이 아니고 임원으로서 재직 중에도 해임사유가 되므로(동조 제2항) 이하에서 설명하는 형사처벌조항은 조합임원 특히 조합장의 지위에 결정적인 영향을 준다. 마치 공직선거법상 100만 원 이상의 형이 당선을 무효로 만드는 것(공직선거법 제264조)과 유사한 기능을 하므로 벌금형의 경우에도 현장에서는 매우 민감하게 반응할 수밖에 없다.

4) 이러한 사유는 도시정비법 제정 당시에는 존재하지 않았던 결격사유이며 2009년 2월 개정에 의해 처음 도입되었다.

## 2. 뇌물죄와 공무원 의제규정

### 【조합업무의 공공성】

조합장을 포함한 조합임원이 뇌물죄에 대해 공무원으로 의제된다는 취지는 도시정비법에서 사업시행자가 수행하는 업무가 공적 임무라는 것을 의미한다. 정비사업은 국토계획법에서 정하는 도시계획사업이며(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호) 공익적 사업이라는 점을 전제로 수용권, 매도청구권 등이 인정되어 사업시행자는 사업에 반대하는 자들의 재산권을 박탈할 수 있다. 도시정비법상 원칙적인 사업시행자로서 조합은 정비사업을 수행하는 권한과 책임을 지는데, 특히 책임은 공법상 책임, 민사상 책임을 포함하여 형사상 책임까지 포괄한다. 재건축이건 재개발이건 이미 존재하는 하나의 마을을 폐쇄하고 새롭게 하나의 마을을 만들어 내는 행위로서 그 임무의 공공성과 정당성의 원천이 국가로부터 연유하는 것이라는 점에 유의해야 한다. 이러한 임무를 수행하는 자가 그 임무와 관련해서 금품 등을 수수하는 것을 금지하는 데 이 조항의 취지가 있다.<sup>5)</sup>

### 【의제대상의 확대】

전통적으로 재개발은 공무원 의제조항이 있었지만, 재건축은 공무원 의제조항이 없었고 도시정비법이 제정되면서 양자가 통합되어 조합임원에 대해 마련된 의제조항이 재건축에도 적용되기 시작했다. 정비사업전문관리업자도 공무원으로 의제된다는 점은 도시정비법이 정비사업전문관리업자를 조합장에 준하는 자로 보고 있다는 점에서 매우 시사적이다. 2009년 도시정비법이 개정되면서 추진위원회의 위원장도 의제되는 공무원의 범위에 포함되었다.

## 3. 시공자의 선정과 형사처벌

### 1) 시공자 선정의 시기와 방법

### 【시공자선정제한의 중요성】

정비사업에서 다양한 규제대상이 있지만, 도시정비법이 초기에 주목했던 가장 중요한 제도는 시공자선정과 관련된 것이었다. 물론 초기에는 입법기술상의 한계로 건설사를 시공자로 규정하고 시공자선정시기를 사업시행인가 이후로 미루는 단순한 조항의 형태를 띠었고 형사처벌 조항도 나중에 마련되었다(2005년 3월 도시정비법 개정). 현재는 시공자 선정시기 등을 위반한 자에 대한 처벌 및 선정시 금품 등을 제공한 자에 대한 처벌로 대별된다.

5) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015도15798 판결.

## 【시기와 방법의 제한】

시공사선정시기와 방법에 대한 도시정비법의 제한에 따라 조합은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 제1항에 따라 경쟁입찰 또는 수의계약(2회 이상 경쟁입찰이 유찰된 경우로 한정한다)의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다(도시정비법 제29조 제4항). 이 규정을 위반하여 시공자를 선정한 자 및 시공자로 선정된 자는 3년 이하의 징역에 처한다(도시정비법 제136조 제2호).

## 【초기의 위법행위】

시공사 선정제한조항에 위반한 조합이나 건설사의 처벌은 앞서 지적한 바와 같이 2005년에 들어서야 형사처벌조항이 마련되었는데, 초기에는 재건축사업에 한정해서 시공사 선정시기에 대한 제한에 위반한 행위가 주로 처벌의 대상으로 해석되었다. 시공사선정시기에 대한 관련규정이 둘로 나뉘어 재건축조합에 대해서만 사업시행인가 후 시공자를 선정하도록 정하고 이에 대해 형사처벌조항을 마련하였기 때문이다(2005년 개정된 도시정비법 제11조 제1항 및 제84조의2 제1호).<sup>6)</sup> 그러므로 그 당시에는 재개발조합이나 토지등소유자가 시행하는 도시환경정비사업에 대해서는 형사처벌의 근거조항이 없었다. 또 제11조 제2항에 선정시기와 구별해서 선정방법을 경쟁입찰의 방법에 의하도록 하는 의무조항을 두었는데, 이 조항과 제1항 및 처벌조항의 관계는 논란의 대상이었다.

## 【두 개의 구성요건】

시공사선정시기에 대한 규제는 그 후 다양하게 변화되어 현재는 재건축, 재개발사업을 불문하고 조합설립인가 후로 조정되었으나, 이는 다시 공공지원 제도 등에 의해 왜곡되어 서울시의 경우에는 사업시행인가(또는 건축심의) 이후에 시공자를 선정할 수 있도록 규제되고 있다(도시정비법 제118조 및 서울시 도시 및 주거환경정비조례 제77조 제1항).<sup>7)</sup> 현행 도시정비법은 경쟁입찰의 방법과 선정시기에 대한 제한을 하나의 조문에 묶어 규정하고 있고(현행 도시정비법 제29조 제4항) 이에 위반한 행위를 처벌하므로 경쟁입찰의 방법에 의하지 않고 시공자를 선정한 행위도 처벌의 대상이라는 점이 명확해졌다. 그러나 이 두 위법행위의 가별성은 서로 다른 것이라 해석해야 한다. 경쟁입찰의 방법이 대통령령과 국토부고시 등에 위임되어 상세하게 규정되어 있기 상황에서 그 내용의 일부만 위반이 있어도 3년 이하의 징역에 처해지

6) 2005년 개정된 도시정비법 제11조 (시공자의 선정)

① 주택재건축사업조합은 사업시행인가를 받은 후 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 조합은 제1항의 규정에 의한 시공자를 ‘건설교통부장관이 정하는’ 경쟁입찰의 방법으로 선정하여야 한다.

7) 이 조례조항을 의식하고 도시정비법 제118조 제7항이 다시 예외조항을 설정하고 있는데, 이는 입법적으로 매우 미숙한 것이라는 점을 지적해 둔다.

는 것은 너무 과도한 것이기 때문이다.

## 2) 시공자 선정과 금품제공

시공자 선정시기에 대한 제한이 초기에 가장 중요한 관심사였다면 시공자 선정과정에서 금품 등이 오가는 것을 규제하는 것도 중요한 일이었다. 정비사업에서 자금조달의 중심에 있고 공사비의 금액도 높으며 이를 통해 개발이익의 일부를 향유하는 건설사의 선정은 커다란 이권과 연결된 것이기 때문이다. 당연히 도시정비법 제정 이후에도 시공자 선정과 관련된 금품의 수수 등에 대해 커다란 우려가 있었으며, 이에 대해 도시정비법이 제정되고 10년 정도가 지나서 비로소 처벌조항이 입법되었다.

시공자 선정과정의 금품제공행위에 대해서는 2012년 2월 시공자선정 행위기준을 정하고 이에 위반하면 처벌하는 형식으로 처벌조항이 마련되었다(2012년 개정으로 신설된 도시정비법 제11조 제5항 및 제84조의2 제1호). 현재는 시공자선정조항으로부터 분리된 별도의 의무규정이 신설되고 이 조항에 위반된 경우 5년 이하의 징역에 처하는 것으로 정리되었다(도시정비법 제132조 및 제135조). 정비사업전문관리업자가 시공자선정과 관련해서 영향력을 행사하는 경우에도 금품 등이 제공되면 이를 제132조 위반으로 의율해야 한다. 도시정비법에서 가장 중요한 형사처벌조항이라 평가되고 이에 맞게 가장 높은 법정형이 마련되어 있는 것에 비추어 이 조항의 적용가능성과 범위에 대한 섬세한 연구가 필요할 것이다.

## 4. 총회의결 없는 사업진행

정비사업의 시행자인 조합에서 가장 중요한 의사결정기구인 조합총회이며, 조합총회에서 정관의 변경, 자금의 차입, 정비사업비의 사용, 조합임원의 선임 등 사업에 관한 중요한 사항이 결정된다. 조합총회의 의결을 통해 결정되어야 할 사항에 대해 조합장 등 조합집행부가 이를 생략하고 추진하는 경우가 많아 도시정비법 제정 당시 처음으로 총회의 의결을 거치지 않고 사업을 추진하는 행위를 처벌하는 조항이 마련되었다(제정 도시정비법 제85조 제5호).

이 조항은 도시정비법 제정시에 처음 만들어진 조항이고, 도시재개발법에는 존재하지 않았던 조항이다. 도시정비법 제정초기에는 재건축·재개발을 막론하고 이 조항 위반을 이유로 처벌되는 경우가 거의 없었으나 시간이 흐르면서 처벌 사례들이 발견되기 시작하고 있다.<sup>8)</sup> 현행 도시정비법도 총회의결 없는 사업추진에 대해 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다(도시정비법 제137조 제6호). 총회결의 없는 사업시행에 대한 처벌규정은 총회

8) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도1202 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도138 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도10826 판결 등.

결의가 있었으나 그것이 무효인 경우에도 역시 적용되는 것으로 해석되고 있다.<sup>9)</sup>

## 5. 서면 동의서 위조 또는 매수

### 【동의서의 위조 등】

도시정비법이 제정되고 운영되던 초기에는 과거의 관행에 의존하거나 또는 재건축에 대한 실무관행이 갑자기 변한 상황 등에 따라 동의서가 위조, 변조되거나 또는 백지동의서가 남발되는 등의 다양한 문제점들이 발견되었다. 이러한 행위들에 의해 조합설립이 무효가 되거나 관리처분이 무효가 되는 등 사업이 중단되는 일들이 적지 않게 일어났다. 서면동의서의 징구 과정에서 다양한 위조, 변조 등의 문제가 발생해서 이를 규율하기 위해 서면동의서 위조죄가 신설되었고 법정형도 5년으로 가장 높다(2009년 2월 제84조의2 신설; 현행 도시정비법 제135조 제1호). 현재는 동의서관련 조항이 매우 잘 정비되고 동의서도 자치단체장의 검인을 거친 동의서만이 사용되므로 동의서의 위조 등의 행위가 초기와 같이 빈발하지는 않을 것으로 판단된다(현행 도시정비법 제36조 제3항 등).

### 【동의서의 매수】

2009년 동의서 위조죄와 함께 조합설립동의서 등을 매도하거나 매수한 자에 대해서도 처벌조항이 신설되었다(제84조의3 제6호; 현행 136조 제5호). 서면동의서의 위조와 달리 서면동의서의 매수 또는 매도행위는 여전히 처벌의 대상으로서 중요한 의미를 갖는다. 법 제36조가 정하는 서면동의서를 매수하거나 매도하는 행위는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해진다(도시정비법 제136조 제5호). 추진위원회나 조합설립을 위한 동의서가 사업에서 중요한 의사결정권을 확보하기 위한 중요한 발판이고 이러한 의사결정권은 시공자의 선정, 협력업체의 선정 등에서 강력한 힘을 발휘할 수 있다. 만약 조합설립의 과정에 금전이 사용되고 이를 통해 왜곡된 의사배구조가 형성되는 것은 시공자 선정과정의 공정성에도 영향을 미칠 수 있다는 점에서 엄하게 처벌되어야 한다.

## 6. 협력업체의 선정과 형사처벌

조합임원에게 시공자 다음의 유혹은 수없이 많은 협력업체들이다. 설계, 조경, 인테리어, 등기, 송무, 감정평가, 측량, 창호 등 이루 헤아릴 수 없는 조합의 협력업체들의 선정 및 대금

9) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013도11532 판결, “구 도시 및 주거환경정비법상 형식적으로 총회의 의결을 거쳐 설계자를 선정하였으나 총회의 결의에 부존재 또는 무효의 하자가 있는 경우, 그 설계자의 선정이 총회의 의결을 거친 것에 해당하는지 여부(원칙적 소극).”

중액 문제는 정비사업 기간 내내 존재하는 통제하기 어려운 영역이다. 최근에는 법령이 정비되어 모든 협력업체가 경쟁입찰의 방법에 의해 선정되도록 규정되고 있지만(도시정비법 제29조 제1항 및 제136조) 이 한 개의 조문만으로 조합과 협력업체 간의 법률관계가 모두 해결되기는 어렵다.

도시정비법은 협력업체 일반에 대한 처벌조항에 더해 정비사업전문관리업자에 대한 경쟁입찰과 형사처벌조항은 별도로 마련하고 있다(도시정비법 제32조 제2항 및 제136조 제4호). 정비사업전문관리업자는 시공자에 대신해서 조합에 조력하는 자이고 공무원으로 의제될 정도로 사업을 지배할 가능성이 높다. 이들의 선정과정은 시공자의 선정과정과 긴밀히 연결될 수 있다는 점에서 중요한 통제대상으로 인식되고 있다. 협력업체의 선정은 총회결의를 요하는 예산으로 정하는 사항 이외의 사항에 해당하므로 협력업체를 선정함에 있어서도 예산으로 정해져 있지 않은 한 사전적으로 총회결의를 받아야 한다.<sup>10)</sup>

협력업체의 선정과정에 금품이 오가거나 공정하지 않은 경쟁입찰 등에 대한 처벌과 동시에 조합 또는 우월적 지위에 있는 업체들의 횡포에 대해서도 형사처벌의 가능성을 검토할 필요가 높다. 조합이 협력업체에게 일정한 금액의 선납을 요구하거나 협력업체 간의 부당한 강요행위에 대해서도 도시정비법, 형법의 적용가능성을 검토하거나 또는 도시정비법에 관련 규정을 신설하는 방안도 고려되어야 한다.

## 7. 관련 자료의 공개의무

추진위원장 또는 사업시행자는 정비사업의 시행에 관한 추진위원회 운영규정 및 정관, 용역업체의 선정계약서, 회의록, 사업시행계획서, 관리처분계획서 등이 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원, 토지등소유자 또는 세입자가 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다(제124조). 조합원, 토지등소유자가 제1항에 따른 서류 및 토지등소유자 명부, 조합원 명부, 대통령령이 정하는 서류 및 관련 자료를 포함하여 정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료에 대하여 열람·복사 요청을 한 경우 추진위원장이나 사업시행자는 15일 이내에 그 요청에 따라야 한다.

이에 위반하여 정비사업시행과 관련한 서류 및 자료를 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하지 아니하거나 같은 조 제4항을 위반하여 조합원 또는 토지등소유자의 열람·복사 요청에 응하지 아니하는 추진위원장, 전문조합관리인 또는 조합임원은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(제138조 제1항 제7호).<sup>11)</sup>

10) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014도8096 판결.

11) 관련 판례, 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016도13811 판결, 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도2532 판결 등.

## V. 결론

수많은 재건축현장과 재개발현장에서 조합의 조합장을 비롯한 조합임원들이 뇌물죄 등으로 처벌되고 건설사들도 공사를 수주하기 위해 부정한 행위를 하다 처벌되는 사건들이 자주 발생하고 있다. 이는 대부분 국민들이 재건축과 재개발사업을 부정적으로 판단하며 더 나아가 반감을 갖게 되는 주된 요인이 되며, 재건축과 재개발사업을 규제하는 정부와 자치단체의 각종 조치들은 높은 지지를 받게 된다. 그러나 다른 한편 자신이 소유한 부동산이 재건축 또는 재개발구역에 속한 국민들의 입장에서는 이에 대한 과도한 규제가 형평을 잃는 것이라고 느낀다. 이런 점에서 정비사업에서 형사처벌조항의 엄격한 집행은 투명하고 공정한 정비사업을 담보하고, 인기에 영합하는 국가나 자치단체의 과도한 규제를 미연에 방지하는 정비사업의 균형자 역할을 한다.

도시정비법과 관련된 사건이 폭주하고 도시정비법도 여러 차례 개정되면서 법원과 변호사들이 오랜 기간 재건축·재개발에 대한 전문성을 키워왔고 이 분야의 법치주의는 과거에 비해 상당히 높아졌다. 이에 검찰의 전문성과 관심이 더해지면 재건축·재개발 분야의 법치주의는 한 단계 더 높은 수준에 이를 것이다. 검찰을 비롯한 수사기관이 재건축·재개발사업에 전문성을 갖추고 어떤 지점에서 범죄행위가 발생하는지 그리고 그 계기가 무엇인지를 정확하게 파악하는 것은 정비사업의 공정성을 확보하기 위해 중요한 요소이다.

특히 검찰의 전문성과 적극적인 법집행은 단순히 사회비리를 척결하거나 부패를 방지하는 차원에 그치는 것이 아니고, 재건축·재개발 분야에 대한 법률가들의 전면적인 진입을 가능하게 하는 계기가 된다는 점에서 더욱 그 중요성이 강조되어야 한다. 검찰의 적극적 개입이 예고되는 것만으로도 정비조합은 다양한 법적 조언을 받을 수밖에 없고 이는 법률가들에게 조합 실무에서 폭넓은 법률서비스를 제공할 가능성으로 이어진다. 이런 과정에서 법률가들은 재건축·재개발사업에 대한 전문성과 발언권을 얻게 되고 이는 다시 검찰의 전문성을 높이는 선순환 구조를 만들어낼 것이다. 이러한 점에서 현재 진행되는 부동산·건설분야에 대한 중점수사청의 출범은 재건축·재개발사업 전반의 법치주의를 완성하는 마지막 퍼즐이 될 것이다. 새로운 기구와 조직이 목표에 적합한 연구와 실무경험을 축적해 우리 공동체의 정의를 구현해주길 바란다.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제1호 2019년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 1, March 2019

## 공공지원제도의 내용과 한계

김 지 예\*

---

### 국문초록

---

서울시가 주도하여 도입한 공공지원제도가 시행된 지 8년이 넘었다. 서울시를 중심으로 보면 이 제도는 원칙적으로 정비조합이 시행하는 모든 사업장에 적용되고, 정비사업의 계획수립 단계에서부터 사업완료시까지 전 단계에 간여한다. 그러다 보니 서울시 대다수의 정비사업장이 이 제도의 틀 안에서 운영되고 있다. 이 글은 이와 같은 공공지원제도가 가지고 있는 문제점을 법적인 측면을 고려하여 분석해 보고자 한다.

도시정비법은 조합설립인가 이후에 시공자 선정을 할 수 있도록 하는 조항을 자체적으로 두고 있으면서, 공공지원의 경우 시·도 조례로 시공자 선정시기를 정하게 하였다. 이에 서울시는 사업시행인가 이후에 시공자 선정을 하도록 강제하고 있는데, 이와 같이 시공자 선정시기를 늦추는 것은 조합의 초기자금조달을 힘들게 하고, 사업의 신속한 추진을 막는다. 나아가 이와 같은 방식의 법 제정은 입법의 한계를 벗어난 것이기도 하다. 따라서 공공지원 대상이 되는 경우에도 기존과 같이 시공자 선정시기를 조합설립인가 이후로 앞당기는 조치가 필요하다.

도시정비법에서는 공공지원제도에 대하여 하나의 조항만을 두고 있고, 핵심적인 방법과 절차는 모두 서울시가 조례와 고시로 정하여 운영하고 있다. 이와 같은 조례와 고시는 대외적 구속력을 가지고 있으며, 이를 위반하는 법률행위는 무효가 될 여지가 높다. 이와 같이 서울시가 조례와 고시로서 일방적으로 각종 규제를 가하고 정비사업 전반을 통제하는 것이 바람직한지에 의문이 있다. 규제가 필요하면 도시정비법을 구체화하여 실현하는 것이 타당하고, 지나친 공공의 개입은 지양하는 방향으로 제도를 개선할 필요가 있다.

주제어 : 공공지원제도, 정비사업, 시공자 선정, 도시 및 주거환경정비법, 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례

---

\* 변호사, 법무법인 박앤정

목 차

- I. 서론
- II. 정비사업의 공공지원제도
- III. 공공지원제도와 시공자 선정
- IV. 공공지원을 위한 조례와 고시
- V. 결론

## I. 서론

공공지원제도<sup>1)</sup>는 2010. 4. 15. 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 함) 개정에 의하여 도입된 것으로, 공공지원자가 각 정비사업 단계에 개입함으로써 사업의 투명성과 효율성을 높여 조합원의 추가 부담금을 낮추고 정비사업의 신속성을 도모할 목적을 가지고 시행된 제도이다.

그러나 공공지원제도가 시행된 지 8년이 넘은 현재, 제도가 올바른 방향으로 가고 있는지에 대해서는 의문이 있다. 시공자를 사업시행인가 이후에 선정토록 하여 조합이 자금난을 겪는 원인을 제공하고, 지원이라는 명분으로 과도한 공적개입을 하여 사업의 원활한 추진을 방해하고 있다는 지적이 많다.

이하에서는, 우선 공공지원제도의 내용을 살펴본 후, 정비사업의 핵심적인 절차라고 할 수 있는 시공자 선정 문제 중 선정시기와 관련된 문제점을 검토한 다음, 공공지원 전반을 규율하고 있는 서울시의 조례와 고시를 살펴봄으로서 공공의 과도한 규제와 개입에 대한 문제점을 분석하고 해결방안을 모색해보고자 한다.

## II. 정비사업의 공공지원제도

### 1. 공공지원제도의 도입배경 및 운영현황

1) 도시정비법은 2015. 9. 1. ‘공공관리’라는 명칭을 ‘공공지원’으로 바꾸었다. 이하에서는 특별한 사정이 없는 한 ‘공공지원’이라는 명칭을 사용한다.

### (1) 공공지원제도의 도입배경

기존 정비사업의 경우 비용 조달을 맡고 있는 시공자를 중심으로 사업이 추진될 수밖에 없었고, 그 과정에서 시공자의 사업비 증액, 사업주체간의 과도한 유착으로 인하여 각종 비리가 발생하는 등의 문제가 있었다. 이런 문제점을 개선하기 위해 서울시는 2009. 7. 1. 주거환경 개선정책을 발표하여 공공지원제도 도입을 추진하였고, 그 결과 2010. 4. 15. 도시정비법 개정에 의해 공공지원제도가 도입되었다. 서울시에서는 「서울특별시 도시 및 주거환경정비조례」(이하 ‘서울시 도시정비조례’라 함)를 개정하여 2010. 7. 16.부터 공공지원제도를 전국 최초로 시행하게 되었다.

결국 공공지원제도는 도시정비법 개정에 의하여 시행되었으나 실질적으로는 서울시 주도로 도입된 것인데, 서울시는 공공지원제도를 도입하면서 조합원의 분담금을 최대 1억 원 낮추고 공사기간을 1~2년 줄일 수 있다고 홍보하였다.<sup>2)</sup> 이로 인해 시민들에게는 공공지원제도만 도입되면 분담금이 줄어든다는 인식이 크게 자리 잡았다.<sup>3)</sup>

### (2) 공공지원제도의 시·도별 운영현황

공공지원제도는 서울특별시, 부산광역시, 경기도, 광주광역시, 제주도에서 조례를 제정하여 시행하고 있으며, 그 밖의 다른 시·도는 현재까지 시행하지 않고 있다. 서울특별시, 부산광역시, 광주광역시는 원칙적으로 공공지원제도를 의무제로 시행하고 있는 반면, 경기도와 제주도에서는 선택제<sup>4)</sup>로 시행하고 있다.

도시정비법은 공공지원에 대하여 제118조 하나의 조항에서만 다루고 있으며, 공공지원에 대한 자세한 내용은 시·도조례에 위임하고 있으므로, 결국 공공지원의 방식은 이를 도입하는 시·도마다 다를 수밖에 없다. 이하에서는 공공지원제도의 도입을 주도하고 가장 활발히 운영하고 있는 서울시를 중심으로 하여 살펴보도록 하겠다.

2) 김중보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018, 530면; 하이서울뉴스, 공공관리자 제도를 아시나요, <http://mediahub.seoul.go.kr/archives/152269>(2019. 3. 5. 최종방문)

3) 김진수, “도시·주거환경정비사업의 공공관리제도 개선방안연구”, 『일감법학』 제20호(2011), 211면.

4) 추진위원회 승인 전에는 일정 수 이상의 토지등소유자의 동의를 얻어, 추진위원회 승인 또는 조합이 인가된 경우에는 주민총회 또는 조합총회의 의결을 거쳐, 공공지원이 필요하다고 요청하는 정비사업이 공공지원 대상이 된다(경기도 도시 및 주거환경정비조례 제46조, 제주특별자치도 도시 및 주거환경정비조례 제37조).

## 2. 공공지원제도의 연혁

### (1) 제도의 도입과 서울시의 시공자 선정시기 변경

공공지원제도는 2010. 4. 15. 도시정비법 개정을 통해 제77조의4에 신설되었다. 동조 제1항에 의하면 시장·군수는 시·도조례로 정하는 정비사업에 대하여 공공지원을 할 수 있고, 동조 제2항에 의하면 공공지원자의 업무범위는 추진위원회 또는 주민대표회의 구성을 위한 업무 지원, 정비사업전문관리업자(이하 '정비업자'라 함)의 선정, 설계자 및 시공자 선정 방법 등에 대한 지원, 그 밖에 시·도조례로 정한 사항이다.<sup>5)</sup> 동조 제6항은 시·도조례로 “공공지원의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 등에 대하여 필요한 사항”을 정할 수 있도록 하였다.

이에 따라, 서울시는 2010. 7. 15. 「서울시 도시정비조례」를 개정·공포하여 조합이 시행하는 정비사업에 대하여 공공지원제도를 시행하였다. 동 조례 제48조 제2항에서는 “조합이 시공자를 선정할 때에는 인가된 사업시행계획서를 반영한 설계도서를 작성하여 입찰에 부쳐야 한다”고 규정하고 있어, 조합설립인가 이후에 시공자 선정이 가능하도록 규정한 도시정비법에도 불구하고 공공지원 대상이 되면 사업시행인가 이후에 시공자를 선정하도록 하였다.

### (2) 공공지원자의 업무범위 확장

2012. 2. 1. 개정된 도시정비법 및 2012. 7. 30. 개정된 「서울시 도시정비조례」는 공공지원자의 업무범위를 추가하였는데, 세입자의 주거 및 이주대책 수립에 관한 지원, 관리처분계획 수립에 관한 지원까지 할 수 있도록 규정하였다. 또한 도시정비법은 시·도조례로의 위임 사항에 '시공자 선정시기'를 추가하였다.

### (3) 추진위원회를 생략하는 조합

위 2012. 2. 1. 개정 도시정비법은 제13조 제6항에서, 공공지원을 시행하려는 경우에는 추진위원회를 구성하지 않을 수 있다는 규정 또한 신설하였다. 이에 따라 2012. 12. 31. 개정된 「서울시 도시정비조례」에서는 “토지등소유자의 과반수가 원하는 경우에는 추진위원회 구성을 생략할 수 있다”는 조항을 신설하였고, 공공지원자의 업무범위에 “추진위원회 구성단계를 생략하는 정비사업의 조합설립에 필요한 토지등소유자의 대표자 선출 등 지원”을 추가하였다.

---

5) 이에 따라 서울시 도시정비조례로 정한 공공지원자의 업무범위는, 추진위원회 구성을 위한 위원 선출 업무의 선거관리위원회의 위탁, 기타 용역업체 선정방법 등에 관한 업무의 지원, 조합설립 준비업무에 관한 지원, 추진위원회 또는 조합의 운영 및 정보공개 업무의 지원이다.

(4) 공동사업시행의 경우, 도시정비법의 시공자 선정시기 변경

2015. 9. 1. 개정된 도시정비법은 ‘공공관리’라는 명칭을 ‘공공지원’으로 변경하였다. 또한, 조합이 건설업자와 공동으로 정비사업을 시행(이하 ‘공동사업시행’이라 함)하는 경우와 시장·군수 등, 토지구획공사 등 또는 지정개발자가 정비사업을 대행하는 경우에는 토지등소유자의 과반수 동의로 건설업자를 ‘조합설립인가 이후’에 선정할 수 있도록 하여, 공동사업시행의 경우 다시 시공자 선정시기를 앞당길 수 있도록 하는 규정을 신설하였다. 「서울시 도시정비조례」에서는 2016. 3. 24. 개정에 의해 “공동사업시행에 따른 건설업자의 선정방법 등에 관한 업무의 지원”을 공공지원자의 업무범위로 추가하였다.

(5) 공동사업시행의 경우, 서울시의 시공자 선정시기 재변경

서울시는 2016. 11. 10. 「공동사업시행 건설업자 선정기준」 고시에 의해, 공동사업시행의 경우 시공자 선정시기를 ‘건축심의 이후’에 할 수 있도록 하여 다시 시공자 선정시기를 늦추었다.

(6) 도시정비법 전부개정

2017. 2. 8.자로 도시정비법이 전부개정되면서 제77조의4에서 규정하고 있던 공공지원제도가 제118조로 변경되어 조문의 위치가 이동하였으나, 그 내용은 이전과 다르지 않다(이하 전부개정되기 전의 도시정비법을 ‘구 도시정비법’, 전부개정 후 또는 시기와 관련이 없는 경우에는 ‘도시정비법’이라 함).

도시정비법이 전부개정 됨으로 인하여 2018. 7. 19. 「서울시 도시정비조례」도 전부개정되었으나, 역시 내용은 이전과 크게 달라지지 않았다. 다만 그 동안 「서울시 도시정비조례」에 존재하였던 “시공자를 선정할 때는 인가된 사업시행계획서를 반영한 설계도서를 작성하여 입찰에 부쳐야 한다”는 규정 외에 “조합은 사업시행인가를 받은 후 시공자를 선정하여야 한다”라는 내용을 추가하여 시공자 선정시기가 ‘사업시행인가 이후’라는 점을 직접적으로 명시하였다(이하 전부개정되기 전의 서울시 도시정비조례를 ‘구 서울시 도시정비조례’, 전부개정 후 또는 시기와 관련이 없는 경우에는 ‘서울시 도시정비조례’라 함).

### 3. 공공지원제도의 내용

#### (1) 대상사업 및 업무범위

서울시의 공공지원은 조합이 시행하는 모든 정비사업(공동사업시행 포함)에 적용되는 것이 원칙이나, 정비구역 지정·고시가 있는 날의 토지등소유자의 수가 100명 미만으로서 주거용 건축물의 건설비율이 50퍼센트 미만인 도시정비형 재개발사업은 제외한다(서울시 도시정비조례 제73조). 또한 공공지원제도 시행일인 2010. 7. 16.을 기준으로 조합총회에서 설계자 또는 시공자를 선정하지 않은 정비사업에 적용된다(서울시 도시정비조례 부칙(제5007호) 제3조).

도시정비법은 공공지원자<sup>6)</sup>의 업무를 추진위원회의 구성<sup>7)</sup>, 정비업자의 선정, 설계자 및 시공자 선정방법 등, 사업시행계획에 따른 세입자의 주거 및 이주 대책 수립, 관리처분계획 수립, 그 밖에 시·도조례로 정하는 사항이라고 규정하고 있다(도시정비법 제118조 제2항). 이에 따라 서울시 도시정비조례는 “그 밖에 시도조례로 정하는 사항”을 추진위원회 구성을 위한 위원 선출업무의 선거관리위원회 위탁, 건설사업관리자 등 그 밖의 용역업체 선정 방법 등에 관한 업무의 지원, 조합설립 준비업무에 관한 지원, 추진위원회 또는 조합의 운영 및 정보공개 업무의 지원, 사업시행계획에 따른 세입자의 주거 및 이주 대책 수립에 관한 지원, 관리처분계획 수립에 관한 지원, 추진위원회 구성 단계를 생략하는 정비사업의 조합설립에 필요한 토지등소유자의 대표자 선출 지원, 공동시행의 경우 건설업자 선정방법 등에 관한 업무지원으로 규정하고 있다(서울시 도시정비조례 제75조).

#### (2) 용역업체 선정 절차

##### 1) 정비업자의 선정

과거에는 추진위원회가 구성된 후 주민총회 결의로 정비업자를 선정하였다(구 도시정비법 제14조 제2항). 공공지원이 시행된 후에는, ① 추진위원회 구성 전 구청장이 선정한 정비업자를, 추진위원회가 주민총회의 의결을 거쳐 승계받거나<sup>8)</sup>, ② 그렇지 않는 경우 추진위원회가

6) 서울시 도시정비조례 제72조 제1호는 “공공지원자란 법 제118조 제2항 각 호의 업무를 수행하는 자로서의 구청장을 말한다”고 규정하고 있다.

7) 도시정비법 제118조 제2항 제1호는 “추진위원회 또는 주민대표회의 구성”을 공공지원자의 업무로 규정하고 있으나, 서울시의 경우에는 공공지원 대상사업을 조합이 시행하는 정비사업으로 한정하고 있기 때문에, 결국 주민대표회의 구성은 공공지원자의 업무범위에 포함되지 않는다.

8) 도시정비법 제31조 제4항은 공공지원을 하는 경우에 추진위원회를 구성하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는데, 이에 따라 추진위원회를 구성하지 아니하고 곧바로 조합을 설립하는 경우에 해당 조합은, 창립총회 또는 조합설립인가 이후 최초 총회의 의결을 거쳐, 조합설립 전 구청장이 선정한 정비업자를 승계받는다.

「공공지원 정비업자 선정기준」에 규정된 절차에 따라 정비업자를 선정한다(도시정비법 제118조 제5항, 공공지원 정비업자 선정기준<sup>9)</sup> 제4조).

## 2) 설계자의 선정

도시정비법은 조합총회의 의결사항으로 “설계자 선정”을 규정하는 동시에, 추진위원회의 업무로 “개략적인 사업시행계획서의 작성”과 함께 “설계자의 선정 및 변경”을 규정하고 있다. 그 결과 실무에서는 추진위원회가 개략적인 사업시행계획서를 작성하기 위해 일차적으로 설계자를 선정하고, 이후 조합에서 정비사업 설계도서 작성을 위해 최종적으로 설계자를 선정하게 되었다(구 도시정비법 제14조 제1항 제2호의2, 제3호, 제24조 제3항 제6호).<sup>10)</sup>

반면 공공지원제도가 적용되는 경우에는, 추진위원회 또는 조합은 총회에서 「공공지원 설계자 선정기준」<sup>11)</sup>에 따라 설계자를 선정하며, 선정된 설계자는 설계도서 작성, 설계도서 작성을 위한 기초조사, 일조분석, 경관분석 및 예정공사비 산정 등 과업내용서의 업무, 각종 영향평가 등 업무협의를 수행하게 된다(서울시 도시정비조례 제77조 제3, 5항, 공공지원 설계자 선정기준 제15조).

## 3) 시공자의 선정

공공지원제도가 시행되기 전에 조합은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하였다(구 도시정비법 제11조 제1항). 반면 공공지원제도가 시행된 이후, 조합은 시공자를 선정할 때 인가된 사업시행계획서를 반영한 설계도서를 작성하여 입찰에 부쳐야 하므로, 필연적으로 사업시행인가 이후에 시공자를 선정하게 되었다(서울시 도시정비조례 제77조 제1, 2항).

### (3) 정비사업 용자확대

서울시는 추진위원회 또는 조합의 자금조달의 어려움을 개선하는 방안으로, 운영자금, 용역비 등 정비사업에 소요되는 비용의 80퍼센트의 범위 내에서 용자지원을 해주고 있다(도시정비법 제95조 제3항, 서울시 도시정비조례 제53조, 서울시 도시정비조례 시행규칙 제22 내지 31

9) 서울특별시고시 제2018-249호

10) 이봉근, “정비사업의 투명성 강화 및 효율성 제고를 위한 법적 검토”, 『아주법학』 제5권 제2호(2011), 150면; 서울시 재개발·재건축 클린업시스템, 공공지원제도 주요내용, <http://cleanup.seoul.go.kr/cleanup/view/publicMainSkill.do>(2019. 3. 17. 최종방문)

11) 서울특별시고시 제2018-247호

조).<sup>12)</sup>

다만, 공공지원제도 시행 후 서울시의 많은 정비사업장이 공공지원 대상이 되면서, 서울시의 총 용자지원액 및 사업장별 용자한도 증액에도 불구하고<sup>13)</sup> 재원 부족의 문제점이 발생하고 있다.<sup>14)</sup> 또한, 용자신청 요건이 엄격하여 지원대상이 되지 못하는 경우도 있는데, 특히 “추진위원회 및 조합의 존립에 관한 소송이 진행 중인 구역이 아닐 것”이라는 요건이 문제가 된다.<sup>15)</sup> 다수의 정비사업장에서는 추진위원회 또는 조합의 존립과 관련해 빈번하게 소송이 벌어지고 있고, 추진위원회 또는 조합설립에 하자가 없다고 하더라도 악의를 가지고 소송을 제기하는 경우도 있기 때문이다.

#### (4) 정보공개 통합 홈페이지 운영

종전에는 정비사업 정보공개와 관련하여 온라인 공개원칙이었으나, 블로그, 카페, 홈페이지 등 공개방법이 제각각이었다.<sup>16)</sup> 공공지원제도 도입 이후에 서울시는 클린업시스템을 운영하여 정비사업의 주요 정보들을 공개하고, 조합설립단계부터 조합원의 분담금을 파악할 수 있도록 사업비 및 분담금 추정 프로그램을 개발하여 클린업시스템에 탑재해 운영하고 있다(서울시 도시정비조례 제80조).<sup>17)</sup>

### Ⅲ. 공공지원제도와 시공자 선정

#### 1. 시공자 선정시기의 혼란

앞서 본 공공지원제도의 연혁에서 알 수 있듯이, 서울시는 ‘조합설립인가 이후’에 시공자를 선정하도록 하고 있는 도시정비법 규정에도 불구하고, 공공지원 대상에 해당되면 ‘사업시행인가 이후’에 시공자를 선정하도록 하고 있다(도시정비법 제29조 제1항, 서울시 도시정비조례 제77조 제1항 본문). 이후 도시정비법은 공동사업시행의 경우 토지등소유자 과반수 동의가 있으면 ‘조합설립인가 이후’에 시공자 선정이 가능하도록 규정 하였지만, 또다시 서울시는 시공자 선정시기를 ‘건축심의 이후’로 늦추었다.<sup>18)</sup> 이와 같이 서울시가 도시정비법과 달리 시공자 선

12) 서울시, 2019년 정비사업 용자금 지원계획 공고문.

13) 아유경제, 서울시, 정비사업 공공자금 용자지원한도상향, <http://www.areyou.co.kr/news/articleView.html?idxno=15862>(2019. 3. 3. 최종방문).

14) 김진수, 이정은, “도시 및 주거환경정비사업의 공공관리제도 개선방안 연구”, 『부동산학보』 제61집(2015), 41면.

15) 서울시, 2019년 정비사업 용자금 지원계획 공고문.

16) 조필규, 정비사업 자금조달 실태 및 개선방안에 관한 연구, 한국토지공법학회 『토지공법연구』 제65집(2014), 123면.

17) 김진수, 이정은, 앞의 글, 35면.

정시기를 늦추려고 고집하는 이유는, 설계도서와 공사비 산출내역 없이 시공자를 선정하여 공사가 크게 증액되던 관행을 막기 위한 것이다.<sup>19)</sup>

그러나, 이로 인해 시공자 선정이 사업시행인가 이후로 미뤄지면서 사업 추진에 필요한 자금이 원활히 지원되지 않아 사업이 지연되는 문제가 발생하였다.<sup>20)</sup> 서울시는 점차적으로 정비사업 지원을 위한 용자금 총액 및 개별 정비사업장에 지원할 수 있는 용자금 한도를 늘려나가고 있지만 아직까지 사업장의 자금난을 해소하는 데는 부족하고,<sup>21)</sup> 추진위원회 및 조합의 존립에 관한 소송이 진행 중인 경우 신청 자격이 되지 않는 등 용자신청 요건 자체도 까다로워 지원대상이 되지 못하는 사업장도 존재한다.

결국 시공자 선정시기를 조합설립인가 이후로 다시 앞당기는 것이 바람직한데, 이렇게 되면 추진위원회 단계에서만 자금조달이 필요해 지고 이와 같은 사업초기의 단계에서는 큰 자금이 필요하지 않으므로, 용자금 부족 문제도 발생하지 않게 된다. 참고로 부산시는 2014. 9. 17. 공공지원제도를 도입하면서 서울시의 도시정비조례를 참조하였지만, 서울시에서 불거진 자금조달 문제를 고려하여 시공자 선정시기만은 도시정비법과 같이 ‘조합설립인가 이후’로 하였다.

나아가 시공자 선정시기 문제와 사업 추진 과정에서 발생할 수 있는 공사비 증액의 문제는 구분해서 접근할 필요가 있다. 공사비 증액을 막는다는 명분으로 시공자 선정시기를 사업시행인가 이후로 강요해서는 안 되는 것이다.<sup>22)</sup> 공사비 증가의 문제는 시공자의 공사비 내역 등을 공시토록 하고, 가계약 후 본계약시 설계변경에 의해 증가되는 공사비 제한을 두는 등 시공자로부터 자금 지원을 받을 수 있도록 하되, 선정 과정을 통제하는 방법으로 해결해야 한다.<sup>23)</sup>

## 2. 시공자 선정시기와 헌법원칙 위반

도시정비법은 공공지원제도를 도입하면서 “공공지원의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 및 도시·주거환경정비기금의 지원 등 필요한 사항”을 시·도조례로 정한다고 규정하여 시공자 선정시기에 관한 위임규정을 두지 않았다. 이와 관련해서, 시공자 선정시기는 조합원의 권리제한 또는 의무부과와 관련된 사항이므로 법률의 위임이 있어야 하는데(지방자치법 제22조), 도시정비법의 위임이 존재하지 않음에도 불구하고 「서울시 도시정비조례」에서 시공자 선정시기를 늦추어 도시정비법과 달리 규정한 것은 조례제정 범위의 한계를 일탈한 것이라는 비판이

18) 건축심의회는 일반적으로 사업시행인가 보다 고작 2~3개월 빠른데다가, 설계도서와 공사 원가 산출은 사실상 사업시행인가를 할 시점에 나오는 것이기 때문에, 결국 사업시행인가 시점이 되어야 시공자 선정이 가능하도록 한 것이다.

19) 서울시, 조합-건설사 공동시행 정비사업, 건축심의 후 시공자 선정, 보도자료(2016. 8. 11), 2면

20) 두성규·이홍일·박철한, “주택시장 패러다임 변화에 따른 도시정비사업 활성화 방안”, 『건설이슈포커스』(2014), 11면.

21) 김진수·이정은, 앞의 글, 41면.

22) 두성규·이홍일·박철한, 앞의 글, 28면.

23) 두성규·이홍일·박철한, 앞의 글, 28면.

있었다.<sup>24)</sup>

이와 같은 문제점을 의식한 타인지 도시정비법은 2012. 2. 1. 공공지원 사업장의 시공자 선정시기를 시·도조례로 위임할 수 있는 규정을 추가하였다. 하지만 여전히 도시정비법의 위임에 의해 시공자 선정시기를 「서울시 도시정비조례」로 정하는 것은 아래와 같이 헌법원칙에 위배되므로 이를 지적하고자 한다.

#### (1) 법률유보원칙 위반

법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가 공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것이다.<sup>25)</sup>

시공자 선정은 정비사업의 목적 달성을 위한 핵심적 절차이며, 시공자 선정시기가 달라짐으로서 정비사업의 비용이 증가되거나 정비사업 자체가 지연·무산되는 결과가 발생할 경우, 종국적으로 그 피해는 조합원들에게 돌아갈 수밖에 없다. 따라서 시공자 선정시기를 사업시행인가 이후로 하도록 강제하는 것은 조합원의 재산권 및 계약의 자유의 제한에 관한 본질적 사항으로서 입법자가 반드시 법률로써 규율하여야 하는 사항에 해당된다.

그럼에도 불구하고 도시정비법 제118조 제6항은 시공자 선정시기를 각 시·도조례로서 정하게 함으로서 지방자치단체의 편의에 따라 시공자 선정시기를 도시정비법의 규정과 다르게 자의적으로 정하고 운영하도록 하고 있으므로,<sup>26)</sup> 위임입법의 한계를 벗어나 법률유보의 원칙을 위반한 것이다.<sup>27)</sup>

#### (2) 체계정당성 위반

체계정당성이라 함은 일정한 법률의 규범 상호간에는 그 내용과 체계에 있어서 조화를 이루고 상호 모순이 없어, 결국 모든 규정의 내용과 체계가 상호 모순과 갈등 없이 그 본래의 입법목적의 실현에 합치되고 이바지하는 것을 말한다.<sup>28)</sup>

24) 이봉근, 앞의 글, 157-162면.

25) 헌법재판소 2016. 3. 31. 자 2014헌바382 결정.

26) 김종보, 앞의 책, 피데스, 2018, 531면.

27) 헌법재판소 2016. 3. 31. 자 2014헌바382 결정 참조. 위 결정에서 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 이진성의 반대의견은, 구 도시정비법 제11조 제1항 본문인 “조합은 제16조에 따른 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 국토해양부 장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다” 중 “국토해양부 장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로” 부분, 즉 시공자 선정방식에 관한 내용을 하위규정인 국토해양부장관의 고시에 위임한 것에 대하여 “헌법에서 정한 위임입법의 형식을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라 포괄위임금지원칙에도 위반된다”고 판단하였다.

시공사 선정과 관련하여 도시정비법은 수차례의 개정을 거쳐 조합이 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 건설업자 또는 등록업자를 시공자로 선정하도록 하고 있다. 이는 신속한 사업진행을 위하여 시공사 선정시기를 사업시행인가 보다 앞당기기로 한 도시정비법의 결단이다.

그런데 「서울시 도시정비조례」는 시공사 선정을 자의적으로 사업시행인가 이후로 늦춤으로써 도시정비법의 입법목적과 취지에 정면으로 위반하고 있다. 이는 규범 상호간의 모순을 지양하고 내용과 체계상의 조화를 요구하는 헌법상의 체계정당성에 반하는 것이다.

## IV. 공공지원을 위한 조례와 고시

### 1. 조례 및 고시의 법적 성질

#### (1) 공공지원을 위한 조례의 법적 성질

조례란 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 지방의회의 의결로써 제정하는 법을 말한다. 조례는 행정입법으로서 불특정 다수인에게 대외적 구속력을 가지는 법규의 성질을 가지는 것이 원칙이나, 행정규칙의 성질을 가지는 것도 있다.<sup>29)</sup> 또한 조례는 일반적으로 그 권한에 속하는 사항에 관하여 지방의회의 재량에 의하여 제정되지만, 법률의 위임에 의해 제정되는 경우도 있다.<sup>30)</sup>

서울시의 공공지원과 관련된 내용은 「서울시 도시정비조례」에 규정되어 있는데, 공공지원 대상사업, 공공지원자의 업무, 조합 임원 등의 선거관리 기준, 정비업자·설계자·시공사 등의 선정 방법, 공공지원의 위탁 방법, 공공지원을 위한 비용부담의 주체, 사업비의 용자 절차, 추진위원회 및 조합의 정보공개 의무화 등이 규정되어 있다.

이와 같은 공공지원에 대한 조례는 도시정비법 제118조의 위임에 의해 제정된 것이며, 행정 내부의 영역에서만 효력이 발생하는 것이 아니라 공공지원이 적용되는 서울시의 모든 정비사업장에서 구속력을 가지는 법규로서 기능하고 있다.

#### (2) 공공지원을 위한 고시의 법적 성질

「서울시 도시정비조례」 제77조 제5항은 정비업자·설계자·시공사 및 공동사업시행 건설업자

28) 헌법재판소 1995. 7. 21. 자 94헌마136 결정.

29) 김동희, 『행정법Ⅱ』, 박영사, 2018, 82면.

30) 김남철, 『행정법강론』, 박영사, 2019, 1071-1072면. 박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2014, 1000면.

의 선정 방법 등에 관한 기준을 시장이 정할 수 있도록 위임하였고, 이에 따라 서울시는 「공공지원 정비업자 선정기준」, 「공공지원 설계자 선정기준」, 「공공지원 시공자 선정기준」, 「공동사업시행 건설업자 선정기준」을 각 고시하여 운영하고 있다.

「공공지원 정비업자 선정기준」, 「공공지원 설계자 선정기준」, 「공공지원 시공자 선정기준」에는 업체 선정의 주체 및 시기와 입찰방법, 업체 평가 기준, 홍보 방법 제한, 계약의 체결 등에 관한 내용이 규정되어 있다. 「공동사업시행 건설업자 선정기준」에는 공사도급계약으로 변경 제한, 비용지원 제한, 조합과 건설업자 간 업무의 구분, 용역업체 선정 제한, 사업비 조달 및 부담 주체, 건설업자 선정시기와 입찰방법, 홍보 방법 제한, 협약의 체결 등에 관한 내용이 규정되어 있다.

위 각 고시 역시 도시정비법 제118조 제6항의 위임을 받은 「서울시 도시정비조례」 제77조 제5항과 결합하여, 서울시 정비사업장에서 구속력이 있는 법규로서 기능하고 있다.

## 2. 조례 또는 고시 위반

공공지원과 관련된 서울시의 조례 또는 고시의 모든 조항이 강행규정은 아니라고 하더라도,<sup>31)</sup> 도시정비법과 관련된 기존 판례의 태도에 비추어 보면<sup>32)</sup> 적어도 ① 「서울시 도시정비조례」 또는 「공동사업시행 건설업자 선정기준」에서 정하고 있는 시공자 선정시기 등 절차의 중요한 부분을 위반하여 시공자를 선정하는 경우, ② 「공공지원 정비업자 선정기준」, 「공공지원 설계자 선정기준」, 「공공지원 시공자 선정기준」에서 정한 기준을 아예 적용하지 않고 업체를 선정하였거나, 각 고시의 주요 부분을 위반한 경우 등 그 하자가 중대한 경우는 강행규정 위반으로 업체 선정결의 및 용역계약이 무효로 판단될 가능성이 높다.<sup>33)</sup>

## 3. 조례와 고시에 의한 개입

위에서 살펴본 바와 같이 공공지원을 위한 서울시의 조례와 고시는 정비사업 전반을 규율할

31) 서울고등법원 2001. 6. 15. 선고 2001나7409 판결 등 : “강행규정인지 여부는, 규정에서 강행규정이라고 명시하고 있거나 사적자치의 한계를 정하는 직접적인 표현이 있지 않는 한, 구체적으로 규정의 종류 및 성질, 입법목적 등을 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다”.

32) 대법원 2017. 5. 30 선고 2014다61340 판결은 “구 도시정비법 제11조 제1항 본문은 강행규정으로 서 이를 위반하여 경쟁입찰의 방법이 아닌 방법으로 이루어진 입찰과 시공자 선정결의는 당연히 무효”라고 판시하였고, 대법원 2016. 6. 23 선고 2013다58613 판결은 “도시정비법 제14조 제2항에서 추진위원회가 운영규정에 의한 경쟁입찰의 방법으로 정비사업전문관리업자를 선정하도록 규정한 것은 강행규정이고”라고 판시하였다.

33) 서울고등법원 2014. 8. 21. 선고 2013나34541 판결은 “공공관리 정비업자 선정기준이 강행규정인지 여부를 불문하고”라고 하여 강행규정 여부를 판단하지 않았는데, 해당 판결의 사안은 정비업자 선정 절차에 하자가 없다고 보았기 때문에 강행규정인지 여부를 논할 필요가 없었기 때문이다. 그 밖에 위 각 고시가 강행규정인지 여부를 판단한 판결은 아직 존재하지 않는다.

뿐만 아니라 대외적 구속력을 갖고 있으며, 이를 위반하는 경우 조합이나 용역업체 등 관련 당사자들의 법률행위가 무효로 될 가능성도 높다. 공공지원제도가 도입되기 전까지 도시정비법이 규율하던 사항의 상당부분을 조례와 고시가 대신 규율하고, 그로 인하여 주민들의 재산권, 자치권 등이 제약되고 있는 것이다.<sup>34)</sup>

도시정비법에 따라 시행되는 정비사업은 수많은 이해관계인들이 존재하기 때문에 그들의 이해를 적절히 조정하는 매우 복잡하고 정교한 절차를 거쳐 시행되는 것이며 엄격한 단체법적 규율이 필요하므로, 정비사업의 시행절차에는 법적 안정성 및 신뢰보호가 요청되는바, 조례와 고시로 이와 같은 공공간섭이 가능한 것인지 의문이 있다.

게다가 공공지원은 그 명칭에서도 알 수 있듯이 원칙적으로 해당 업무에 관해 지원을 하는 것이지 그 업무를 규제하거나 통제하는 것이 되어서는 안 된다. 지원이라는 명분으로 이루어지는 지방자치단체의 과도한 공적 개입으로 인해 오히려 사업이 진척되지 못하고, 그로 인하여 추가적인 비용이 드는 등의 부작용이 나타나고 있다.<sup>35)</sup>

이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 우선 공공지원의 업무영역에 대하여 재고할 필요가 있다. 공공의 간섭과 지원은 공공개입이 가장 크게 요구되는 분야인, 정비기반시설의 건설, 갈등의 조정, 세입자의 이주대책 및 건물철거문제, 영세한 지역 지원 등과 같은 영역에 치중하는 것이 옳다.<sup>36)</sup> 경기도처럼 공공의 개입을 받아들일 것인지 여부를 주민들이 직접 선택하게 하는 것도 또 다른 방법이다. 주거여건이 열악하고 사업성이 없는 경우와 같이 정비사업이 반드시 필요한 지역만을 선별하여 공공지원하는 방법도 고려해 볼 수 있다.<sup>37)</sup> 즉 현재와 같이 획일적인 공공의 규제가 아니라, 필요한 지원과 갈등 조정에 무게를 두고 주민이 원하는 경우나 정비사업이 시급히 필요한 사업장에 한하여 공공지원을 하는 방향으로 입법의 개선이 필요하다.

## V. 결론

공공지원제도는 공공지원자가 정비사업 각 단계를 지원함으로써 정비사업의 투명성과 효율성을 높이고자 도입되었다. 이와 같은 제도 자체의 목적은 수공이 가지만, 제도를 설계하고 운영하는 방식에 있어서는 한계점을 보인다.

서울시는 공공지원이 적용되는 경우 사업시행인가 이후에 시공자를 선정하도록 하였는데,

34) 굳이 공공지원을 정비사업에 있어서 통제수단으로 활용할 것이라면 도시정비법을 구체화하여 적용해야 할 것이다.

35) 같은 취지의 논문으로는 성중탁, “현행 도시정비사업 법제의 몇가지 개선방안”, 『토지공법연구』 제 71집(2015. 8.), 147면.

36) 성중탁, 앞의 글, 131면; 김진수, 이정은, 앞의 글, 46면.

37) 고덕균, “서울시 정비사업 공공관리제도의 문제점과 개선방안 연구”, 『부동산학보』 제46집(2011), 190면.

이로 인하여 조합은 초기사업자금 조달 및 사업 추진에 어려움을 겪고 있다. 이를 해결하기 위해 서울시는 용자지원을 확대해나가고 있지만 재원이 충분하지 않고 모든 정비사업장이 혜택을 받을 수 있는 것도 아니기 때문에 이는 근본적인 해결책이 되고 있지 않다. 따라서 공공 지원제도가 적용되는 정비사업장도 도시정비법 규정과 같이 조합설립인가 이후로 시공자 선정 시기를 정하는 것이 타당하다.

서울시의 조례 및 고시는 지원이라는 명목으로 기존 도시정비법을 넘어선 규제 및 공적 개입을 하면서 정비사업장에 막강한 영향력을 행사하고 있다. 그러나 공공역할의 범위가 민간이 스스로 하여야 하는 범위까지 확대되는 것은 바람직하지 않다. 공공은 지나친 개입보다는 지원 및 조정자의 역할을 하는 방향으로 제도를 개선하고, 공공지원을 모든 사업장에 강제하기 보다는 주민선택제 또는 필요한 사업장에 한하여 운영하는 방안을 검토할 필요가 있다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 김동희, 『행정법Ⅱ』, 박영사, 2018.  
김남철, 『행정법강론』, 박영사, 2019.  
김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.  
박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2014.

### [논문]

- 고덕균, “서울시 정비사업 공공관리제도의 문제점과 개선방안 연구”, 『부동산학보』 제46집 (2011).  
김진수, “도시·주거환경정비사업의 공공관리제도 개선방안연구”, 『일감법학』 제20호(2011).  
김진수·이정은, “도시 및 주거환경정비사업의 공공관리제도 개선방안 연구”, 『부동산학보』 제 61집(2015).  
두성규·이홍일·박철한, “주택시장 패러다임 변화에 따른 도시정비사업 활성화 방안”, 『건설이슈포커스』(2014. 12.).  
성중탁, “현행 도시정비사업 법제의 몇가지 개선방안”, 『토지공법연구』 제71집(2015. 8.).  
이봉근, “정비사업의 투명성 강화 및 효율성 제고를 위한 법적 검토”, 『아주법학』 제5권 제2호(2011).

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
건설법연구 제1호 2019년 3월  
Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
Construction & Urban Development Law Association  
Construction and Urban Development Law Journal  
Vol. 1, March 2019

## 기본설계와 실시설계의 관계

백민주<sup>1)</sup>

---

### 국문초록

건축관계자 간 특수한 의사소통의 수단인 설계도서는 건축 허가 절차에서는 허가권자의 중요한 심사 자료가 된다. 현행 건축법령은 건축허가 시점에는 기본설계도서만을 제출하고, 기술적 사항을 준수하는 실시설계도서는 착공신고 시점에 이르러 제출하도록 하고 있다. 이와 같은 규율 형태는 연혁적으로 건축시장 활성화라는 정책적 목적과 개별적 행정행위 간의 상호 작용에서 기인한 것이다. 궁극적으로는 건축 허가 절차에서 법치행정의 원칙이 행정의 효율성과 충돌하면서 나타난 양상으로 이해된다. 결국 실시설계도서의 작성과 그에 따르는 책임은 건축전문가로서 설계자에게 일임되어 있다. 그 간극을 보완할 수 있도록 자율적 통제수단으로서 건축사법의 역할을 제고할 필요성이 있다.

주제어 : 건축허가절차, 설계도서, 기본설계, 실시설계, 건축사법

---

### 목 차

- I. 서론
- II. 건축허가절차와 설계도서의 제출
- III. 기본설계와 실시설계의 관계
- IV. 결론 - 자율적 통제수단으로서 건축사법의 제고 필요성

---

1) 변호사, 주식회사 종합건축사사무소동일건축.

## I. 서론

설계도서는 건축물의 구조와 형태, 이를 위한 시공방법 등을 표현한다. 이는 건축 과정에서 건축관계자 간 의사소통의 주된 수단이 된다. 또한, 건축 허가 절차에서는 허가권자의 중요한 심사 자료가 된다. 일반적인 설계도서의 종류와 내용에 관하여는 국토교통부 고시(제 2016-1025호)로 「건축물의 설계도서 작성기준(이하, ‘설계도서 작성기준’이라 한다)」이 있다. 그러나 건축법령에 따라 건축 허가 절차에서 요구되는 설계도서의 종류와 내용은 정책적 목적에 의하여 완화와 강화를 거듭하여왔다. 그 변화 과정을 살펴보는 것은 설계도서가 건축 허가 절차에서 갖는 의미와 이를 구성하는 개별적 행정행위 상호 간의 역학관계를 이해할 수 있게 한다. 궁극적으로는 그 과정에서 설계자에게 기대되는 역할을 조망해 볼 수 있을 것이다.

## II. 건축 허가 절차와 설계도서의 제출

### 1. 설계도서의 의의와 구분

설계도서는 설계자가 건축물의 시공 방법과 기준을 지면상에 표현한 것이다. 1차적으로는 공사시공자를 포함하는 건축관계자간 주된 의사소통의 수단이 된다. 도해적 방식으로 표현된 설계도면뿐만 아니라 서술적 방식의 시방서 등을 모두 포함하는 개념이다(건축법 제2조 제1항 제14호, 같은 법 시행규칙 제1조의 2 참조). 건축법령의 위임에 따른 「설계도서 작성기준」은 건축 설계 업무를 계획설계, 중간설계, 실시설계로 세분화하고(2.2), 각 단계별로 작성되어야 하는 설계도서의 종류와 내용을 나열하고 있다.

또한, 설계도서는 일련의 건축 허가 절차에서 허가권자의 주요 심사 대상이 된다. 건축법령은 건축 허가 절차를 구성하는 개별적 행정행위 단계 별로 허가권자에게 제출하여야 하는 건축허가신청에 필요한 설계도서<sup>1)</sup>와 착공신고에 필요한 설계도서<sup>2)</sup> 각각의 종류와 내용을 직접 규정하고 있다. 각각의 종류와 내용은 「설계도서 작성기준」에서 정하고 있는 것과는 상당한 차이를 보인다. 특수한 경우를 제외하고는 설계자가 건축 설계 업무에 부수하여 ‘대관업무’를 수행하게 되기 때문에 전자보다는 건축 허가 절차를 기준으로 하는 후자의 구분 기준이 더욱 실제적인 의미가 있다.

1) 건축법 제11조 제3항, 같은 법 시행규칙 제6조 제1항 제2호, [별표2].

2) 건축법 제21조 제1항, 같은 법 시행규칙 제14조 제1항 제2호, [별표4의 2].

한편, 주택법령의 위임에 따른 「주택의 설계도서 작성기준[국토교통부 고시(제2016-721호)]」 역시 허가권자와의 관계에 있어서 건축물의 건축을 위한 일련의 행정행위에 초점을 맞춰 사업계획승인 시점을 기준으로 기본설계도면과 실시설계도면으로 구분한다(제5조 제1항). 이는 공동주택이라는 건축물의 특수성에서 자재 및 부품의 표준화를 유도하고 시공의 합리화를 도모하기 위한 것으로 행정행위의 개입 필요성이 일반 건축물보다 크기 때문이다.

「설계도서 작성기준」이나 건축법령에 따라 각 단계 별로 작성되는 설계도서의 종류와 내용이 서로 전혀 서로 다른 것을 의미하는 것은 아니다. 다만, 후자의 경우 허가권자의 결정 과정에 중요한 판단자료가 되고, 궁극적으로는 입법자의 정책적 판단에 따른 공법적 개입이 이루어진다는 데서 전자와 차이가 있다. 양 자 사이에서 보여지는 간극은 허가권자의 자의적 법집행으로 혼란을 야기하거나, 부실한 심사로 이어지는 원인이 되기도 한다. 이 같은 혼란을 감소시키기 위하여 양 구분 기준의 차이를 인식하기 위한 노력이 필요하다고 생각된다. 이하에서는 후자의 구분기준에 따라 그 논의를 진행하고자 한다.

## 2. 건축허가와 기본설계

건축법은 건축물로부터 발생할 수 있는 위험을 방지하기 위하여 건축 행위를 금지하고 건축법령에서 정하는 요건을 갖춰 이에 관한 허가를 받도록 하고 있다(건축법 제11조 제3항). 이에 건축허가는 그 행위의 재량행위 여부와 관련되어 있는 일련의 논의와는 별개로 일반적으로 금지되는 행위에 관하여 개별적으로 그 금지를 해제시켜주는 ‘강학상 허가’에 해당한다.<sup>3)</sup>

건축허가의 요건은 해당 건축물 자체가 갖추어야 할 실질적 요건과 이를 위한 절차에서 갖춰야 할 형식적 요건으로 구분된다.<sup>4)</sup> 실질적 요건은 건축법의 건축경찰법으로서의 고유한 기능으로서 ‘위험방지요건’과 ‘건축물의 위생 및 기능요건’으로 구분할 수 있다.<sup>5)</sup> 한편, 건축허가의 요건 중에는 도로, 일조권과 같은 국토계획법적 요건들이 건축경찰법적 요건과 함께 건축법 곳곳에 혼재되어 있다<sup>6)</sup> 이 같은 서로 다른 규율 목적을 가진 요소들은 상호 결합하여 복합적인 양상을 보인다. 이에 건축물의 구조와 형상을 언어나 개념의 도움 없이 도해적 방식으로 표현된 설계도면을 통해 한눈에 직관적으로 파악할 필요가 있다.

3) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2017, 291면, 홍정신, 『행정법특강(제14판)』, 박영사, 2015, 208면, 김중보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 111면.

4) 김중보, 앞의 책, 53-54면.

5) 김중보, 앞의 책, 55면, 74면.

6) 김중보, 앞의 책, 77면.

이에 건축법은 건축허가를 신청할 때에는 허가신청서와 함께 기본설계도서 등을 제출하도록 하고 있다. 이때 제출되는 서류들은 허가권자로 하여금 건축물이 그 허가에 필요한 실질적 요건을 갖추었는지 여부를 심사하여 허가 여부를 결정하는 데 있어 중요한 판단 자료가 된다. 특히, 기본설계도서는 이를 통해 현출되는 건축물의 위치, 구조, 형상 등이 앞서 살펴본 건축허가 요건을 충족시키는지 여부를 심사하는 자료가 된다. 「건축법 시행규칙」은 설계도면 각각에 필수적으로 표시하여야 할 사항들을 명시하여 설계자에게 그 작성기준을 제시하고, 허가권자가 그 심사를 용이하게 할 수 있도록 한다.

기본설계도서는 건축계획서 외에도 기본적인 설계도면, 즉, 배치도, 평면도, 입면도, 단면도 총 다섯 가지로 구성된다. 각각의 설계도면은 상호 결합하여 하나의 건축물을 구현한다. 다만, 착공신고 시점에 제출되는 실시설계도서와 다르게 그 구체성의 정도에 있어서는 이를 기초로 바로 시공을 할 수는 없는 정도의 것에 그친다.

### 3. 착공신고와 실시설계

착공신고는 건축허가를 받은 건축물의 건축을 위한 공사에 착수하기 위하여 허가권자에게 공사계획을 신고하는 것을 말한다(건축법 제21조 제1항). 건축법은 공사의 중지 등 시정명령(같은 법 제79조 제1항), 이행강제금 부과(같은 법 제80조 제1항) 등의 불이익을 통하여 이를 강제하고 있다.

건축신고와 다르게 착공신고의 법적 성격에 관하여는 구체적인 논의가 이루어지지 않고 있다. 그러나 이 역시 사인이 허가권자에게 공사에 착수한다는 사실을 알리는 것으로 건축신고의 법적 성격에 관한 논의가 그대로 유효할 것이다.<sup>7)</sup> 대법원은 수리를 요하지 않는 신고임을 전제로 처분성을 부정한 원심<sup>8)</sup>과 다르게 그것이 반려될 경우 입게 될 불이익을 근거로 항고소송의 대상이 되는 처분행위로 판시한 바 있다.<sup>9)</sup>

실제 건축물로부터 발생할 수 있는 위험이 현실화될 가능성은 건축허가 후 착공신고에 이르지 못하는 경우보다 착공신고 이후 공사시공 과정에서 더욱 크다. 따라서, 착공신고 이후 공법적 개입을 통하여 사전에 시공 과정에서 발생할 수 있는 위험에 관하여 실제적으로 통제할 필요성이 있다.<sup>10)</sup> 다만, 착공신고가 건축허가 받은 건축물을 전제로 한다는 점에서 다시 건축

7) 김종보, 앞의 책, 140-141면 참조.

8) 서울고등법원 2010. 3. 18. 선고 2009누16819 판결.

9) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결.

10) 최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 『행정법연구』 제25호(2009. 12.), 177면 참조.

허가에서 이루어지는 정도의 실제적 심사까지 이루어진다고 보기는 어렵다. 따라서, 적어도 최소한의 형식적 심사 정도는 요구되는 수리를 요하는 신고로 보아야 한다.

기본설계도서가 건축허가를 위하여 법규적 사항을 주로 담게 되는 데 반하여 실시설계도서는 공사시공자의 시공을 전제로 한다는 점에서 보다 현실적인 사항이 함께 표현되어야 한다.<sup>11)</sup> 특히, 건축 외에도 구조·기계·전기·통신·토목·조경의 각 전문 분야 별로 기본도면 외에도 각 기본도면 별로 더욱 구체화된 상세도면 등이 작성되어야 한다. 이때 제출되어야 하는 실시설계도서 역시 건축법령을 모두 준수하여야 함은 물론이다. 다만, 건축신고를 단순 형식적 심사만 이루어지는 수리를 요하는 신고로 보는 이상 그 심사의 내용과 정도는 건축허가와 차이가 있다.

#### 4. 실시설계의 본질적 한계

착공신고는 건축허가를 받은 건축물을 전제로 하기 때문에 사용승인과 마찬가지로 건축허가와 종속적인 관계에 있다고 보아야 한다. 실시설계도서 역시 건축허가를 받은 기본설계도서를 전제로 하기 때문에 본질적으로 기본설계도서의 내용과 동일성을 유지하되 다만, 그 내용을 구체화하는 정도에 그쳐야 한다. 실시설계도서가 기본설계도서와 동일성을 유지할 수 없을 정도로 전혀 다른 내용을 담고자 하는 경우에는 건축허가의 변경을 내용으로 하는 건축법상의 설계변경을 거쳐야 한다.

### Ⅲ. 기본설계와 실시설계의 관계

#### 1. 문제점 - 실시설계도서의 제출 시점 문제

강학상 허가로서의 법적 성격을 갖는 건축허가 단계에서는 허가권자에 의한 구체적이고 실질적인 심사가 이루어진다. 이때 제출되는 기본설계도서는 장래 구현될 건축물이 건축허가의 요건을 갖추었는지 여부를 판단하는 중요한 심사 자료가 된다.

기본설계도서에 기초한 실시설계도서를 통해 구현되는 건축물 역시 건축법령에서 정하고 있는 세부적이고, 기술적인 사항들을 모두 준수하여야 한다. 그러나 건축허가와 달리 건축신고

11) 김찬주·정낙현, 『도면의 힘-건축설계도면의 표현과 이해』, 구미서관, 2013. 2., 124면.

는 수리를 요하는 신고로서의 법적 성격을 갖고 있을 뿐이다. 즉, 실시설계도서를 구체적으로 해독함으로써 장래 구현될 건축물이 건축법령에서 정하고 있는 실질적인 요건을 충족시키는지 여부에 관한 실제적 심사의 수준에 이를 것까지 요구되지는 않는다.

이처럼 착공신고 시점에 이르러 실시설계도서를 제출하는 현재와 같은 모습은 일면으로는 허가권자의 실제적 심사 권한의 공백으로 비춰질 수 있다. 이에 공공건축물의 경우(건설기술진흥법 제48조 제2항 참조)처럼 실시설계도서에 관한 기술 심의를 실시하는 등의 방법으로 별도의 심사가 필요하다고 보는 견해도 있다.<sup>12)</sup>

그러나 우리 건축법령이 처음부터 지금과 같은 형태를 띠고 있었던 것은 아니다. 최초에는 건축허가를 신청할 때부터 각종 설비 등에 관한 기술적 사항까지 모두 표시된 실시설계도서를 제출하도록 해 왔었다. 착공신고시점에 이르러 실시설계도서를 제출하도록 하는 현재와 같은 규율 형태에 이르기까지 연혁적 변천 과정이 있었다. 이를 살펴보는 것은 양 자 사이에 보이는 간극을 이해하고, 그에 따르는 불확실성을 해소하는 데 도움이 될 것이다.

## 2. 연혁적 고찰

### (1) 기본설계의 완화 움직임(1991년)

1991년은 경제·사회 각 분야에 자율화·민주화 바람이 부는 시기였다. 이에 건축법도 종래의 건축허가절차의 규제위주적 성격과 경직된 운영을 탈피할 필요가 있었다. 이에 국민편익을 증진하여 창의적인 건축 활동과 도시의 효율적인 이용·개발을 촉진하기 위한 전면적 개정이 이루어졌다.

건축허가 사전결정제도가 최초로 도입되었다. 당시에는 비교적 대형건축물이었던 층수 5개 층 또는 연면적 2,000㎡ 이상 건축물은 건축계획서와 함께 ‘기본설계도서’를 첨부하여 건축허가 전 사전결정을 받을 수 있도록 했다(구 건축법<sup>13)</sup> 제7조).

건축허가절차 간소화를 위한 시행규칙 차원의 개정도 함께 이루어졌다. 특히, 종래 건축허가를 신청할 때 ‘실시설계도서’ 중 상세도, 공사시방서, 구조계산서, 그밖에 각종 설비와 관련된 도면 등은 제출서류에서 제외하여 그 요건을 완화하였다(구 건축법 시행규칙<sup>14)</sup> 제6조 제1

12) 유갑형, 『건축설계도서 작성체계 : 현황, 문제, 개선방향』, 건축과 사회, 2009. 9., 217면.

13) 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정된 것(1992. 6. 1. 시행).

항 제2호 [별표2]).

반면 착공신고를 할 때에는 착공신고서와 함께 지하를 포함한 층수 3개 층 이상으로 연면적 1,000㎡ 이상 건축물은 공사계획서를 첨부하고(구 건축법 시행규칙 제14조 제3항), 지하를 2층 이상을 설치하는 경우에는 흠막이판 구조도면을 첨부하도록 하여 그 요건을 강화하였다(같은 조 제1항).

## (2) 사전결정제도 폐지와 기본설계 완화(1995년)

건축법은 다시 한 번 규제개혁의 일환으로 1995. 1. 5. 다수의 규제를 없애 건축절차를 대폭 간소화하였다.

건축허가 사전결정제도는 도입 5년 만에 폐지되었다. 당시까지 별다른 실적을 내지 못했다는 이유였다.<sup>15)</sup> 동시에 건축허가를 신청할 때에는 ‘기본설계도서’, 즉, 건축계획서 외에 기본도면만을 제출하도록 하도록 하여 그 요건을 폐지된 사전결정제도 수준으로 대폭 완화하였다(구 건축법<sup>16)</sup> 제8조 제2항, 구 건축법 시행규칙<sup>17)</sup> 제6조 제1항 제2호 [별표2])).

반면에 실시설계도서는 착공신고를 할 때 제출하도록 했다(구 건축법 제16조 제4항, 같은 법 시행규칙 제14조 제1항 제2호 [별표4의 2]). 이에 착공신고를 할 때에는 상세도, 시방서, 실내마감도, 각종 설비도 등을 제출하여야 했다. 사실상 기술적인 사항은 해당 건축물을 설계한 건축사가 확인하도록 일임하는 것이었다.<sup>18)</sup>

건축허가를 신청할 때에는 기본설계도서만을 제출하고, 착공신고 시점에 이르러 실시설계도서를 제출하도록 하는 현재의 모습은 이 때 최초로 나타났다. 이 같은 변화는 건축 행위의 진입장벽을 낮춰 건축허가를 탄력적으로 운용할 수 있는 가능성을 열어 둘 필요성 때문이었다. 이는 절차 간소화라는 정책적 목적에서 비롯된 것이나, 반면 착공신고에 있어서는 요건의 강화를 가져왔다.

14) 1992. 6. 1. 건설부령 제504호로 전부 개정된 것(1992. 6. 1. 시행).

15) 이세정, 『건축법제 선진화를 위한 법령체계 정비방안 연구』, 한국법제연구원, 2014. 10., 41면, 127면.

16) 1995. 1. 5. 법률 제4919호로 일부 개정된 것(1996. 1. 6. 시행).

17) 1996. 1. 18. 건설교통부령 제46호로 일부 개정된 것(1996. 1. 18. 시행).

18) 제14대 국회, 제170회 제19차 국회본회의 회의록, 34면 참고.

(3) 사전결정제도 재도입과 기본설계 강화(2005년)

2005. 11. 8. 있었던 일부 개정은 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위한 것이었다.

앞서 폐지되었던 건축허가 사전결정제도는 건축행정의 신뢰성을 높인다는 명목으로 10년 만에 다시 부활하였다(구 건축법<sup>19)</sup> 제7조).

종래 착공신고 시점에 제출하도록 하였던 실시설계도서로 정하고 있던 설계도서들을 건축허가를 신청할 때 기본도면과 함께 일괄하여 제출하도록 함으로써 건축허가 요건을 다시 대폭 강화하였다(구 건축법 시행규칙<sup>20)</sup> 제6조 제1항 제2호 [별표2]).

반면 착공신고 시점에 실시설계도서를 제출하도록 한 규정은 전부 삭제되어 원칙적으로 착공신고서만을 제출하도록 하였다(구 건축법 시행규칙 제14조 제1항 제2호 [별표2]).

(4) 기본설계 완화, 실시설계 강화(2015년)

그런데 2015. 10. 5. 건축법 시행규칙 차원에서 건축허가를 신청할 때 제출하여야 할 설계도서를 다시 종래 기본설계도서 수준으로 완화하는 내용의 개정이 이루어졌다(건축법 시행규칙 제6조 제1항 제2호 [별표2]). 즉, 이때 제출되어야 하는 설계도서의 종류 및 내용에 구조계산서를 더하는 한편, 시방서, 건축설비도, 토지굴착 및 옹벽도 등을 제외하였다.

반면 같은 시행규칙 차원에서 착공신고 시점에는 건축주가 제출하여야 하는 설계도서를 건축, 구조 또는 토목 등 분야별로 세분화하고 그 도서의 내용 및 작성 방법을 구체적으로 정하였다(건축법 시행규칙 제14조 제1항 제2호[별표4의2]). 건축물 시공 과정에서 발생하는 부실설계·시공을 근절하고 건축물 안전사고를 예방하기 위한다는 것이 그 목적이었다.

전자의 건축허가 요건을 완화한 구체적인 입법 취지는 명시되어 있지 않다. 다만, 후자의 착공신고 시점에 각 분야별로 세분화된 설계도서를 제출하도록 하는 내용의 개정이 동시에 이루어진 점에 비추어 건축허가를 할 때 심사하여야 할 위험 방지 요건의 일부를 착공신고 시점에 실시설계도서의 제출로 갈음하도록 한 것으로 이해할 수 있다.

19) 2005. 11. 8. 법률 제7696호로 일부 개정된 것(2006. 5. 9. 시행).

20) 2006. 5. 12. 건설교통부령 제512호로 일부 개정된 것(2006. 5. 12. 시행).

### 3. 건축허가 절차 상호간의 역학 관계

건축허가는 건축물의 위험 방지를 위하여 건축법에 마련된 주요 통제 수단이다. 그러나 그 요건을 규율하는 데 있어 건축시장 활성화라는 정책적 필요성이 지속적으로 개입되어 왔다. 건축허가 단계에서 제출되어야 하는 설계도서의 종류와 내용을 달리하는 것은 이를 실현하는 가장 쉬운 방법 중 하나일 것이다.

부동산 개발 필요성이 컸던 1990년, 1995년에는 건축허가 시점에 기본설계도서만을 제출하도록 하여 건축허가 요건을 대폭 완화하였다. 그러나 2005년에는 건축허가 사전결정제의 부활과 함께 부실 설계·시공 방지를 위하여 실시설계도서까지 모두 제출하도록 하여 강화하였다. 그러나 2015년에 이르러서는 다시 1995년의 규율 형태에 가깝게 회귀하는 경향을 보인다.

그리고 이는 건축허가를 전제로 하는 착공신고 시점에서 실시설계의 제출이 필요한지 여부는 물론 그에 따라 제출되어야 하는 설계도서의 종류와 내용에 그대로 영향을 미치고 있다.

건축 허가 절차를 구성하는 개별적 행정행위들은 건축물의 위험 방지라는 공통된 목적으로 결집되어 있다. 이들은 선행하는 행정행위를 전제로 하기 때문에 상호 유기체처럼 영향을 미친다.

### 4. 소결 - 법치행정의 원칙과 행정의 효율성의 충돌과 조화 문제

문제는 건축 허가 절차에 건축시장 활성화라는 다소 이질적인 정책적 목적이 개입된 때 나타난다. 기본설계도서를 통해 현출되는 건축물의 정보는 그 위치, 구조, 형상 등에 한정되어 있다. 그밖에 건축법령상의 기술적, 전문적 요건은 담고 있지 않다. 이에 건축허가 시점에 기본설계도서를 제출할 경우 허가권자는 실제 착공에 이르기 전까지는 후자의 요건에 관하여는 개입하기 어려운 심사의 공백이 생기게 된다.

그러나 실제 건축허가 이후 다양한 사정으로 착공신고에 이르지 않는 건축물도 상당하다.<sup>21)</sup> 그럼에도 불구하고 건축허가 시점에 모든 설계도서의 제출을 요구하는 것은 건축주에게 큰 부담을 주고, 궁극적으로는 건축행위를 주저하게 되는 요인이 될 수 있다. 허가권자에게는 과도

21) 실제 건축착공면적은 같은 해 건축허가면적의 약 70% 정도에 불과하여 건축허가를 받은 모든 건축물이 착공신고 후 실제 시공에 이르게 되는 것은 아니다[e-나라지표 홈페이지, [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1224](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1224)(2018. 2. 22. 최종방문)].

한 업무 부담을 가지고 와 건축 허가 절차 전체에 경직성을 가지고 올 수 있다. 이에 건축법은 기술적, 전문적 사항에 관하여는 건축전문가로서 건축사 자격을 갖고 있는 설계자에게 일임하는 현재와 같은 형태를 취하게 되었다.

현대 국가에서 행정의 효율성은 행정 임무 수행의 중요한 지도원리로 받아들여지고 있다.<sup>22)</sup> 행정절차는 법치 행정의 원리와 행정의 효율성이 충돌하는 대표적인 영역이다. 그리고 행정절차에 관한 규율은 이 두 가지 원리 사이의 긴장 관계를 조화시키는 데 초점을 맞추게 된다.<sup>23)</sup> 현재의 규율 형태 역시 행정의 효율성을 위하여 허가권자의 심사 범위를 제한한 것으로 이해할 수 있다.

다만, 입법기술적으로는 착공신고의 요건에 관하여 그 심사의 객관성과 예측가능성을 보호하기 위하여 법률에서 그 수리 요건을 명시하여 허가권자의 형식적 심사 범위를 명확하게 할 필요가 있다고 생각된다.

#### IV. 결론 - 자율적 통제수단으로서 건축사법의 제고 필요성

결국 실시설계에 있어 건축법령을 준수하여야 할 역할과 그에 따른 책임은 실질적으로 건축전문가로서 설계자에게 일임되어 있다. 이 같은 규율 형태는 어디까지나 설계자가 그에 상응하는 건축분야 전문가로서의 역량을 갖고 있음을 전제로 한다. 현행 건축사법에 대한 평가와 별개로 건축사법은 건축사 자격에 대한 통제를 통해 간접적으로 허가권자가 공법적 개입을 할 수 없는 영역을 상호 보완하는 역할을 수행하여야 한다. 즉, 자격법으로서 건축사법은 건축분야의 전문성을 확보하도록 하는 제도적 장치를 통해 보다 실효성 있는 법률로서 작용해야 한다. 현대사회는 전문화와 분업화를 특징으로 한다. 이는 종래 타율적 규제에서 벗어나 피규제자에 의한 자율적 규제만이 궁극적으로 규제의 목적을 충분히 달성시켜 줄 수 있다는 점<sup>24)</sup>에서도 정당화될 수 있다. 건축경찰법으로서 건축법과 자격법으로서의 건축사법은 이 같은 측면에서 상호 보완적 역할을 수행하고 있다. 여기에서 건축법과 건축사법과 사이에 접점을 찾을 수 있다.

22) 이원우, “규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정정책의 모색”, 『저스티스』 (2008. 9.), 380-381면.  
 23) 최계영, “거부처분의 사전통지-법치행정과 행정의 효율성의 조화-”, 『행정법연구』 제18호(2007. 8.), 287면.  
 24) 이원우, 앞의 글, 384-385면, 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구』 제48호(2007. 2.), 94면.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 김동희, 『행정법 1』, 박영사, 2017. 2.  
홍정선, 『행정법특강(제14판)』, 박영사, 2015. 1.  
김중보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018. 3.  
김찬주·정낙현, 『도면의 힘-건축설계도면의 표현과 이해』, 구미서관, 2013. 2.  
이세정, 『건축법제 선진화를 위한 법령체계 정비방안 연구』, 한국법제연구원, 2014. 10.

### [논문]

- 유갑형, “건축설계도서 작성체계 : 현황, 문제, 개선방향”, 『건축과 사회』(2009. 9.).  
최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 『행정법연구』 제25호(2009. 12.).  
이원우, “규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색”, 『저스티스』(2008. 9.).  
최계영, “거부처분의 사전통지-법치행정과 행정의 효율성의 조화-”, 『행정법연구』 제18호(2007. 8.).  
이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구』 제48호(2007. 2.).

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
건설법연구 제1호 2019년 3월  
Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
Construction & Urban Development Law Association  
Construction and Urban Development Law Journal  
Vol. 1, March 2019

## 주택법상 공동주택의 공급면적에 관한 연구\*

윤 혜 원\*\*

---

### 국문초록

---

본 연구에서는 사업계획 승인을 받아 건설되는 주택법상 공동주택인 아파트의 공급면적에 관한 공법적 규율 내용을 확인하고, 입법적 개선방안을 제시한다.

공동주택 건설과 공급에 관한 특별법인 주택법은 공동주택의 공급면적에 관하여 정하고 있고, 공동주택의 공급면적은 주거전용면적, 주거공용면적, 그 밖의 공용면적으로 나뉜다.

공동주택의 공급면적을 주택법에서 정하면서도, 공급면적에 포함되거나 제외되는 구체적 면적에 관하여는 건축법 시행령 규정을 추가나 삭제하는 형태로 규율되고 있는데, 주택법에서 주택법상 공급면적에 포함되거나 포함되지 않는 면적에 관하여 별도로 규율함이 옳다.

공동주택의 주거전용면적 산정기준은 외벽의 중심선 기준에서 안목치수 기준으로 변경되었는데, 외벽의 중심선 기준에 따라 건축된 공동주택이 리모델링되는 경우 증축면적의 상한 비율을 초과하는 문제가 발생하는바 입법적 해결이 필요해 보인다.

공동주택의 공급가격 산정 기준면적으로 작용하는 공급면적의 범위를 어디까지로 볼 것인지 주택시장에서 중요한 관심사인데, 주택공급에 관한 규칙 제8조 제7항이 개정된 2009년 4월 이후 공급가격 산정 기준면적인 공급면적은 주거전용면적을 의미한다고 봄이 타당하다.

주제어 : 공동주택, 주택법, 공급면적, 주거전용면적, 주거공용면적, 공급가격

---

\* 이 글은 윤혜원의 2018년도 서울대학교 석사학위논문을 발췌 정리 및 수정·보완한 연구임

\*\* 변호사, 국립대학법인 서울대학교

## 목 차

- I. 서론
- II. 공동주택 공급면적에 관한 공법적 규율
- III. 주택법상 공동주택 공급면적 규율에 관한 쟁점별 고찰
- IV. 결론 - 입법적 개선방안 제언

### I. 서론

공동주택은 대한민국 국민의 대표적인 주거 공간이다. 2017년 11월 1일 기준 대한민국의 전체 주택 1,712만호 중 공동주택이 1,295만호로 75.6%의 비율을 차지하고 있고, 공동주택 중에서도 아파트가 1,038만호로, 전체 주택 수 대비 60.6%의 비율을 차지하고 있다<sup>1)</sup>.

수십 년간 검증되어 온 부동산 불패 신화를 경험하면서 대한민국에서 공동주택 특히 아파트는 단순한 주거공간의 의미를 넘어 재산증식의 수단 즉, 투기의 대상이자 투자의 대상으로서의 지위를 갖고 있다. 특히 서울 소재 아파트는 대다수의 국민이 빚을 지거나 수십 년에 걸쳐 벌어들이는 소득의 대부분을 투자하지 않고는 살 수 없는 고가(高價)의 물건으로, 서울에서 아파트를 소유하고 있다는 사실은 곧 소유자의 부를 상징하기도 한다. 대한민국 국민들 대다수는 서울 소재 아파트에서 살고 싶어 하고, 아파트 가격에 영향을 미치는 요소들은 세세한 것 까지도 사회적으로 큰 이슈가 된다. 아파트의 면적은 아파트의 가격과 직결되는 요소이다. 아파트 공급면적이 공급가격 산정 기준으로 사용되고 있기 때문이다.

주택법은 사업계획 승인을 받아 건설되는 공동주택인 아파트의 건설 및 공급에 관한 특별법이다. 주택법상 주택의 개념에는 개별 세대가 독립적으로 주거생활을 할 수 있는 구조의 개별 건축물(주동) 외에도 그 부속토지까지 포함된다(주택법 제2조 제1호). 한편, 아파트 건설 사업계획에는 부대시설 및 복리시설의 설치에 관한 계획이 반드시 포함된다(주택법 제15조 제5항). 아파트는 개별 건축물인 주동 외에도 부속 토지, 부대시설, 복리시설이 포함된 단지 일체로 구성되므로, 위 구성 요소를 모두 포함하는 ‘주택법상 사업계획 승인을 받은 단지’를 주택법상 공동주택인 아파트로 정의할 수 있다<sup>2)</sup>.

1) 통계청 보도자료, “2017 인구주택총조사 <등록센서스 방식 집계결과>”, 2018, 5면.

2) 김종보, “건설법의 이해”, 피데스, 2018, 749면.

주택법은 공동주택의 면적과 관련하여 국민주택규모와 공급면적에 관하여 정하고 있다. 본 연구에서는 ‘주택법상 사업계획 승인을 받은 단지’인 아파트의 개념을 전제로 하여, 주택법상 공동주택인 아파트의 공급면적에 관한 규율 내용으로 연구의 범위를 한정하여, 법령 규정 해석·적용상의 문제점을 확인하고, 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

## II. 공동주택 공급면적에 관한 공법적 규율

### 1. 공동주택 건설과 공급에 관한 특별법인 주택법

주택건설촉진법은 아파트 건설 및 공급 촉진을 위한 특별법으로 제정된 법이다. 1970년 대 대한민국의 경제성장은 도시 인구의 급격한 증가를 가져 왔고, 정부의 주택정책의 목표는 도시 인구를 수용할 수 있는 주택 물량을 신속하게 대량으로 공급하는 것이었다<sup>3)</sup>. 정부는 주택 건설을 위한 재원 부족의 문제를 민간자본의 투자 유치를 통해 해결하기 위해 1972년 주택건설촉진법을 제정하였는데<sup>4)</sup>, 주택건설 절차를 간소화하여 민간자본을 통한 아파트 건설을 촉진한 한편, 이렇게 지어진 아파트를 효과적으로 배분하기 위해 민간 건설사들이 지은 아파트도 정부의 자금지원을 받은 것이면 입주자선정 등 분양방법에서부터 주택관리까지 정부가 직접 통제할 수 있게 하였다<sup>5)</sup>.

주택건설촉진법은 2003년 주택법으로 전부개정<sup>6)</sup> 되었으나, 주거복지 및 주택관리 부분에 관한 규율내용이 보강된 외에 주택건설촉진법의 조문들이 주택법에 그대로 승계되어, 아파트 건설 및 공급에 관한 특별한 규율을 주된 내용으로 한다는 점에서 규율의 대상 및 실질에 큰 변화가 없다<sup>7)</sup>.

건축물에 관한 공법적 규율을 담당해 오고 있는 건축법은 그 규율대상을 원칙적으로 건축행위에 한정하고 있고, 건축행위의 목적인 건축물을 개별가구 단위의 단독주택으로 상정하고 있다<sup>8)</sup>. 30호수 이상으로 구성된 공동주택으로서 사업계획 승인을 받아 건설되는 공동주택인 아파트에 대하여는 주택법이 특별법적 지위를 갖고 건축법의 규정들은 보충적으로 적

3) 양희진, “한국 아파트 단지화·대형화의 경제논리”, 서울대학교 박사학위 논문, 2017, 10면.

4) 김종보, “개발법제의 변천과정과 주택시장통제”, 『중앙법학』 5권 1호, 2003, 204면.

5) 국정브리핑 특별기획팀, “대한민국 부동산 40년:1967년부터 2007년까지 부동산 정책의 과거와 현재”, 한스미디어, 2007, 126-127면.

6) 주택건설촉진법은 주택법의 전신(前身)으로, 주택건설촉진법이 2003. 5. 29. 법률 제6916호로 전부개정 되면서 법률의 명칭이 주택법으로 바뀌었다.

7) 다만, 2016년 공동주택관리법이 주택법에서 분리되어 독립하면서 공동주택 관리에 관한 주요사항은 2016년부터 공동주택관리법에서 정하고 있다.

8) 김종보, 앞의 글, 211면.

용된다<sup>9)</sup>.

## 2. 건축법상 공동주택의 공급면적에 관한 규율

### (1) 건축법상 바닥면적 산정에 관한 규율 내용

공동주택 공급면적은 주택건설사업자가 개별 세대에 공급하는 공동주택의 면적을 말한다. 주택공급에 관한 규칙 제2조 제5호에서는 주택공급면적이란 사업주체가 공급하는 주택의 바닥면적(건축법 시행령 제119조 제1항 제3호에 따른 바닥면적)을 말한다고 정하고 있어, 공동주택의 공급면적 산정방법을 알기 위해서는 건축법상 건축물의 바닥면적에 관한 규율 내용을 살펴볼 필요가 있다.

바닥면적은 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥 기타 이와 유사한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적을 말한다(건축법 시행령 제119조 제1항 제3호). 최 외곽에 위치한 벽 또는 기둥의 중심선을 기준으로 산정하고, 벽이나 기둥이 없는 경우는 지붕의 끝부분으로부터 수평거리 1미터를 후퇴한 선을 기준으로 산정한다. 연면적은 한 개의 건축물의 각 층의 바닥면적의 합계를 말한다(건축법 시행령 제119조 제1항 제4호). 연면적을 기준으로 용적률<sup>10)</sup>이 산정된다.

공동주택의 면적 중 바닥면적이거나 연면적에 포함되거나 제외되는 면적에 관하여 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호 각 목과 제4호 각 목에서 추가하거나 삭제하는 방식으로 직접 규율하고 있다<sup>11)</sup>.

### (2) 공동주택의 공급면적과 건축법상 바닥면적의 관계

주택공급에 관한 규칙 제2조 제5호에서 주택법상 주택공급면적을 건축법상 바닥면적에 의해 산정하는 것으로 규정하고 있지만 양자가 반드시 일치하여야 하는 논리필연적 관계에 있는 것은 아니다. 이는 주택법이 건축법에 대한 특별법적인 관계에 있다는 점과, 주택의 공급면적은 개별 세대에 공급하는 주택 공급가격 산정 기준 면적으로 기능하는 것이어서 용적

9) 김중보, 앞의 책, 750-751면.

10) 용적률은 대지면적에 대한 건축물 연면적의 비율로서, 건축물의 층수와 관련된 면적이다. 용적률이 커질수록 동일 면적의 대지 위에 높은 층수의 건축물을 지을 수 있게 되므로, 용적률은 건축물의 경제성과 직결된다.

11) 공동주택의 발코니의 경우 1.5m 폭까지만 바닥면적에서 제외되고 1.5m 폭을 초과하는 면적은 바닥면적에 산입되며, 공동주택의 필로티는 바닥면적에 산입되지 않는다. 공동주택 지상층에 설치한 기계실, 전기실, 어린이놀이터, 조경시설 및 생활폐기물 보관함의 면적도 바닥면적에 산입되지 않는다.

를 산정을 위한 건축법상 바닥면적과는 그 기능이 다르다는 점에 근거한다. 주택법상 공급 면적을 기본적으로는 건축법상 바닥면적에 의하여 산정하더라도, 용적률 산정에 관한 사항만을 고려하는 건축법의 개정을 통해 공동주택의 공급면적에 포함되거나 포함되지 않는 면적을 추가하거나 삭제할 것이 아니라, 주택법에서 주택법상 공급면적에 포함되거나 포함되지 않는 면적에 관한 내용을 별도로 규율함이 옳다.

### 3. 주택법상 공동주택의 공급면적에 관한 규율

#### (1) 용도 및 기능에 따른 면적 구분

주택법은 단독주택과 달리 공동주택의 면적을 그 용도 및 기능에 따라 구분하고 있다. 주택법상 공동주택의 공급면적은 ‘개별 세대의 독립적인 주거의 용도로만 쓰이는 배타적 부분의 면적’인 ‘주거전용면적’과 ‘2세대 이상이 공동으로 사용하는 부분의 면적’인 ‘공용면적’으로 나뉜다.

공용면적은 복도, 계단, 현관, 승강기 등 공동주택의 지상층에 있는 공용면적인 주거공용면적과, 주거공용면적을 제외한 지하층, 관리사무소, 노인정 등 공용면적인 그 밖의 공용면적으로 구성된다(주택법 제2조 제6호, 주택법 시행규칙 제2조 제2호, 주택공급에 관한 규칙 제21조 제5항).

그 밖의 공용면적은 공동주택의 지하층 면적과 부대시설과 복리시설 면적의 합계로 산정할 수 있고, 지하주차장 면적이 대부분을 차지하고 있다. 그 밖의 공용면적은 기타공용면적이라고도 불린다.

#### (2) 주거전용면적 산정방법

공동주택의 주거전용면적의 산정방법은 외벽의 내부선을 기준으로 산정한 면적에서, 복도, 계단, 현관 등 공동주택의 지상층에 있는 공용면적과 외벽면적, 지하층, 관리사무소 등 그 밖의 공용면적을 제외한 면적으로 산정한다(주택법 시행규칙 제2조).

1997년 이전까지 공동주택의 주거전용면적은 건축법상 건축허가를 받아 건축되는 건축물과 마찬가지로 외벽의 중심선을 기준으로 산정되었는데, 1997년 주택건설기준 등에 관한 규칙 제3조에서 외벽의 두께에 따라 전용면적이 달라지는 불합리한 현상을 해소하는 동시에 주택자재의 표준화를 촉진하기 위한 목적으로 주택의 치수 및 기준척도를 안목치수<sup>12)</sup>를 원

12) 눈으로 보이는 벽체 사이의 거리를 기준으로 삼는 것을 말한다. 안목치수 기준을 외벽의 내부선 기준이라고도 한다.

칙으로 하도록 정하였고, 1998년 8월 공동주택의 주거전용면적 산정기준이 외벽의 내부선 기준으로 변경되었다(주택건설촉진법 시행규칙 제17조). 주거전용면적 산정기준이 외벽의 내부선 기준으로 변경됨에 따라, 종전에는 주거전용면적에 포함되었던 ‘외벽의 중심선으로부터 외벽의 한쪽 끝에 이르는 벽체 면적’이 주거전용면적에서 제외되어 거주자의 실사용면적이 확대되었다.

### (3) 주거공용면적 산정방법

공동주택 단지 전체의 주거공용면적을 산정하는 방법은 어렵지 않다. 단지 내 개별 주동의 연면적의 합에서 전체 세대 주거전용면적과 외벽면적의 합을 공제하는 방식으로 산정할 수 있다. 한편, 개별 주동의 주거공용면적을 산정하는 것 또한 개별 주동의 연면적에서 주동 내에 위치한 세대의 주거전용면적과 외벽면적의 합을 공제하여 산정할 수 있다.

그러나 이렇게 산정된 공동주택 단지 전체의 주거공용면적을 개별 세대에 배분하는 방식에 관하여는 주택법은 침묵하고 있다. 구체적인 배분 방식에 관한 규율이 없는 상황에서, 종래 주택건설사업의 사업주체<sup>13)</sup>들은 아파트의 설계적 특성과 수분양자들간 형평한 취급 기타 제반사정을 고려한 합리적인 배분방식으로 주거공용면적을 각 세대에 배분하여 아파트를 공급해 왔다.

각 세대에 주거공용면적을 배분하는 방식은, 각 동별로 주거공용면적을 배분하는 동별 배분방식, 한 동 안에서도 층별로 나누어 층별로 배분하는 층별 배분방식, 단지 내의 모든 동의 주거공용면적을 합산한 면적을 각 세대에 주거전용면적 비율로 배분하는 단지별 배분방식, 전용면적이 같은 동들만의 주거공용면적을 합산하여 이를 해당 전용면적들에만 배분하는 전용면적별 배분방식, 혼합형 배분방식 등으로 다양하다<sup>14)</sup>.

단지별 배분방식은, 거주자가 사실상 이용하지 않는 주거공용면적까지 배분받는 단점이 있으나, 대신 단지가 획일화됨이 없이, 층수 배분이나 전용면적 세대의 위치에 있어서 보다 탄력적인 단지 구성이 가능한 장점이 있고, 같은 주거전용면적을 가진 세대간 형평을 기한다는 점에서 이러한 배분방식이 활용되고 있다. 층별 배분방식은, 거주자의 사용성을 가장 세밀히 고려하여 면적을 배분하는 방식이나, 필로티가 있는 경우 면적을 배분하기 곤란한 문제점이 있고, 1층 세대에게 불리하며, 동일한 전용면적을 가진 세대인데도 해당 세대가 측면세대이거나 최상층 다락세대이거나 혹은 한 동 내에서 층수가 다르게 지어짐에 따라 편층 공용부분이 생기는 경우 해당 층의 공용면적이 증가되는 등의 문제점이 있다. 전용면적

13) 주택건설사업계획을 받아 주택건설사업을 시행하는 주택법 제2조 제10호 각 목의 자를 말한다.

14) 대한주택공사 주택연구소, “건축면적 배분방법 사례조사 연구”, 대한주택공사 부설 주택연구소, 1998, 105 내지 107면.

별 배분방식은, 전용면적간 형평을 기한다는 장점이 있으나, 동별 배분방식에서의 단지 내 동별 건축계획을 융통성 있게 설계할 수 없는 단점과 단지별 배분방식에서의 세대가 배분받은 면적과 사용면적이 불일치하는 문제점을 모두 갖고 있다.

층별과 동별 배분방식의 경우, 단지별 배분방식에 비하여 입주자들이 사용하는 공용면적에 보다 가까운 주거공용면적을 배분받게 되는 측면이 있으나, 이 역시 정도의 차이에 불과하다. 예컨대, 최근 건설되는 아파트에는 주민공동시설이 개별 주동의 지상층에 설치되는 경우가 종종 있는데, 101동 주민이 103동 3층에 설치된 주민공동시설을 이용하기 위해 사용하는 103동 계단이나 엘리베이터 역시 101동 입주민의 주거공용면적으로 보지 않을 수 없다. 개별 세대는 그 배분받은 주거공용면적 지분 비율의 한도에서 단지 전체 주거공용면적을 사용할 수 있는 것이라 봄이 상당하고, 개별 세대가 배분받은 면적과 실사용면적의 범위를 완전하게 일치시키는 것은 사실상 가능하지 않다.

어떤 배분 방식을 택하든 모든 방식이 장단점이 있고 합리성이 있다. 어떤 방식은 옳고 어떤 방식은 그르다고 판단할 문제가 아니다. 주거공용면적 배분은 단지를 어떠한 형태로 계획할 것인가(1동 내에 주거전용면적 혼합배치 여부, 필로티 설치 여부, 편측복도의 발생 여부, 1동 내에 주민공동시설을 배치하는지 여부 등)에 관련된 것이어서, 주택법이 세대별 주거공용면적을 배분하는 방식에 관하여 특정 방식을 채택하지 않는 이상, 세대별 주거공용면적을 배분하는 방식은 사업주체가 배분에 관한 합리적인 재량을 갖는 영역이라고 본다.

#### (4) 공동주택 주동의 외벽면적

주거전용면적 산정기준이 외벽의 중심선 기준이던 1998년 8월 이전에는 단지 내 공동주택 주동의 외벽면적 중 외벽의 벽체 중심선으로부터 한쪽 벽면에 이르는 부분의 두께 면적은 주거전용면적으로 포섭되었다. 주거전용면적 산정기준이 외벽의 내부선 기준으로 변경된 이후에는 주동의 전체 외벽면적이 공용면적으로 포섭되는데, 공용면적 중 주거공용면적으로 포섭되는지 기타공용면적으로 포섭되는지 문제된다. 주택공급에 관한 규칙 제21조 제5항 각 호에 따르면, 공동주택의 지상층에 있는 공용면적은 주거공용면적에 해당하고, 주거공용면적을 제외한 공용면적이 그 밖의 공용면적이 되는 바, 공동주택 주동의 지상층 외벽면적은 주거공용면적으로, 공동주택의 주동의 지하층 외벽면적은 그 밖의 공용면적으로 각 포섭하는 것이 위 규정에 적합한 해석이라고 하겠다.

### Ⅲ. 주택법상 공동주택 공급면적 규율에 대한 쟁점별 고찰

#### 1. 주거전용면적 산정기준 변경에 따른 리모델링시 증축면적의 문제

사용승인 후 15년 이상 된 공동주택을 리모델링하는 경우 전용면적의 30%이내(주거전용면적이 85㎡ 미만인 경우에는 40%이내)까지 증축이 허용되고 있는데(주택법 제2조 제25호 나목), 85㎡이하(84.34㎡)의 주택을 리모델링할 경우 109.64㎡까지 전용면적의 증축이 가능하다. 만약 1998년 8월 이전 사용승인 받아 외벽의 중심선 기준으로 건축된 공동주택이, 주거전용면적 산정기준 개정 이후 리모델링을 하여 안목치수 기준의 적용을 받게 된다면, 안목치수로 산정한 면적으로 109.64㎡까지 증축하는 경우 해당 면적은 벽체 중심선 기준 면적으로는 116.49㎡이 된다. 동일한 면적 기준인 외벽 중심선 기준으로 비교한다면, 종전 외벽 중심선 기준 84.34㎡ 주택이 외벽 중심선 기준 116.49㎡까지 전용면적이 증가하는 것이다. 사실상 전용면적의 약 38% $(=(116.49\text{㎡}-84.34\text{㎡})/84.34\text{㎡})$ 까지 증축이 허용되는 결과이다<sup>15)</sup>.

주택법이 공동주택 리모델링시 전용면적의 일정 비율 이하로 증축을 제한한 것은, 새로이 건축물을 짓는 것이 아닌 기존 뼈대를 유지하여야 하는 리모델링에서 건축물의 구조적 안전성을 확보하고 주거환경이 열악해지는 것을 방지하기 위함이어서<sup>16)</sup> 제한 비율(30%)을 초과하여 리모델링을 하여서는 안 된다고 할 것인데, 주거전용면적 산정기준 변경에 따라 주거전용면적의 38%까지 증축이 허용되는 이 같은 결과는 법이 미처 예상하지 못한 법 테두리 내에서 발생된 결과이고, 이 같은 결과가 위법하다고 말하기는 어려워 보인다. 법 해석상 증축면적이 사실상 확대되는 이 같은 결과를 그대로 허용할 것인지 혹은 리모델링 관련 증축면적 산정시는 주거전용면적 산정기준 변경에도 불구하고 종전과 같은 외벽의 중심선 기준 면적으로 산정된 면적 상당의 증축만 허용할 것인지에 관한 입법적 결정이 필요하다고 본다.

#### 2. 공동주택 공급가격 산정 기준면적의 문제

##### (1) 공동주택의 공급가격 산정방법

공동주택을 건설하는 사업주체는 건설에 든 비용과 일부 이윤을 공동주택 공급가격으로

15) 성순택·양승우, “주거 전용면적의 산정기준 현황과 일원화 방안 연구”, 대한건축학회논문집(계획), 2010, 143면.

16) 법제처 보도자료, “공동주택을 증축할 경우 리모델링 한계에 대한 법령해석”, 2010, 2면.

반영하여 회수한다. 다만, 사업주체가 공급하는 공동주택 중 공공택지나 분양가 상한제 적용 지역에서 공급되는 공동주택은 분양가격 상한 이하로 공급하여야 한다는 제한이 있다(주택법 제57조).

분양가 상한제의 적용을 받는 공동주택이든 분양가 상한제의 적용을 받지 않는 공동주택이든 간에, 공동주택의 건설에 투입된 비용을 개별 세대에 공급가격으로 배분하게 되는데, 사업주체는 전체 투입비용(이윤 포함)을 전체 세대 면적에 배분하여 단위당 단가를 산출하고, 위 단가를 개별 세대의 면적에 곱하는 방식으로 개별 세대의 공급가격을 산정한다.

(2) 공급가격 산정의 기준이 되는 공급면적의 의미

2009년 4월 이전에는 사업주체는 입주자모집공고 시 세대별 공동주택의 공급면적을 주거전용면적과 주거공용면적의 합 이하로 표시하여야 했다(주택공급에 관한 규칙 제8조 제7항). 사업주체는 입주자모집공고에 의거하여 공급계약의 내용이 된<sup>17)</sup> 공급면적(주거전용면적과 주거공용면적의 합)을 수량으로 하여, 위 수량에 단위당 단가(평당 단가)를 곱하여 공동주택의 공급가격을 산정하였다. 주택시장에서 사용되어 온 주택의 면적에 관한 용어 중 ‘공급면적’은 종래 ‘주거전용면적과 주거공용면적의 합’이라는 의미로 사용되어 온 것이다.

그런데 2009년 4월 주택공급에 관한 규칙 제8조 제7항이 개정되어 사업주체가 입주자모집공고 시 세대별 공동주택의 공급면적을 주거전용면적으로 표시하여야 하는 것으로 개정되었다. 위 개정은 전용면적이 같은 주택임에도 사업주체에 따라 다르게 표기하여 주택공급면적에 대한 혼란과 표준계량단위에 대한 불신을 초래하였던 종전 규정의 문제점에 대한 반성적 고려로써 이루어진 것인 바<sup>18)</sup>, 위 개정 이후에는 개별 세대의 공급가격 산정 기준이 되는 공급면적은 주거전용면적만을 의미하는 것으로 봄이 타당하다.

한편, 주택공급에 관한 규칙 제8조 제7항 개정 외에도 아래의 사정들을 종합하여 볼 때 주택 공급가격 산정 기준이 되는 공급면적은 주거전용면적만으로 볼 것이다.

주거공용면적의 개별 세대에 대한 배분시 공동주택마다 단지의 설계적 특성을 고려한 사업주체의 합리적인 재량행사에 따른 배분이 허용되고 있는데, 이 같은 관계에서 개별 세대의 공급가격을 세대에 배분된 주거공용면적의 크기에 의존케 하는 것은 사업주체로 하여금 단지 계획과 관계없는 세대별 공급가격까지 재량적으로 정할 수 있게 하는 부당한 결과를 가져올 위험이 있다.

한편, 물권의 변동사항을 공시하는 공적 장부인 등기사항전부증명서에도 각 세대의 주거

17) 대법원은 사업주체와 청약당첨자 간에 공급계약 체결시 특단의 사정이 없는 한 입주자모집공고와 같은 내용으로 계약을 체결하므로, 입주자모집공고의 내용이 공급계약의 내용으로 흡수된다고 판시하였다(대법원 2002. 11. 8. 선고 99다58136 판결).

18) 주택공급에 관한 규칙(2009. 4. 1. 국토해양부령 제111호로 일부개정된 것) 개정이유.

전용면적만 표시되고 주거공용면적은 표시되지 않는 바 개별 세대의 주거공용면적의 크기는 공시되지 않고, 아파트가 재건축 되는 경우 대지권 권리면적 또한 개별 세대의 주거전용면적의 비율에 비례하여 배분되는 것이고 개별 세대의 주거공용면적의 과소와는 아무런 관련이 없다<sup>19)</sup>. 거래관계에서 공시되지 않고 재건축 시점에도 권리면적으로 인정되지 않는 개별 세대의 주거공용면적의 과소가 개별 세대의 공급가격에 영향을 미칠 어떠한 요인도 찾아보기 어렵다.

#### IV. 결론 - 입법적 개선방안 제언(提言)

공동주택 공급면적에 관한 주택법의 규율 내용을 확인해 보았다. 공동주택의 공급면적을 주택법에서 규율하면서도 공급면적으로 포함되거나 제외되는 면적의 구체적인 범위 및 산정 방법에 관하여는 건축법상 건축물의 바닥면적을 정하고 있는 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호 각 목과 제4호 각 목을 추가하거나 삭제하는 형태로 규정하고 있는 것은, 입법자의 법령개정 상 편의성 외에 이 같이 규정하여야 할 정당화 이유를 찾기 어려워 보인다. 주택법의 특별법적 성격에 비추어도 주택법상 공급면적에 포함되거나 제외되는 면적에 관하여는 주택법에서 명시함이 법체계상 타당한 규율 형태일 것이다.

공동주택 리모델링 시점에서 증축면적과 관련하여, 주거전용면적 산정기준을 변경할 당시 입법자들이 미처 생각하지 못한, 증축면적의 법적 한도가 사실상 초과되는 문제가 발생하는데, 법 해석상 증축면적이 사실상 확대되는 이 같은 결과를 그대로 허용할지 혹은 종전 주거전용면적 산정기준인 외벽의 중심선 기준으로 건설된 공동주택의 경우 동일한 외벽의 중심선 기준으로 산정된 면적 상당의 증축만 허용할 것인지에 관한 입법적 결정이 필요해 보인다.

2009년 4월 주택공급에 관한 규칙 제8조 제7항이 개정되어, 주거전용면적만이 사업주체가 개별 세대에 공급하는 공급면적임을 분명히 하고 있다. 이는 주거전용면적만을 개별 세대에 대한 공급가격 산정 기준 면적으로 삼겠다는 입법자의 결단으로 보인다. 그럼에도 불구하고 주택시장에서 개별 세대의 공급가격 산정 기준이 되는 공급면적을 주거전용면적과 주거공용면적의 합으로 산정하는 종전의 관행이 여전히 살아있고, 주택법령에서도 주거전용면적과 주거공용면적을 합산한 면적 개념이 그대로 사용되고 있다. 개별 세대의 공급면적을 주거전

19) 광주지방법원 2005. 1. 28. 선고 2004가합6698 판결은 ‘대지권의 비율이 소유권으로 현실화되는 아파트의 재건축시에는 등기부상의 공유지분을 기준으로 권리면적을 산정할 수 밖에 없다’는 취지의 판시를 하였으며, 위 판결에 대한 항소(광주고등법원 2005. 12. 23. 선고 2005나2423 판결) 및 상고(대법원 2006. 5. 12. 선고 2006다4021 판결)는 모두 기각되었다.

용면적으로 산정하도록 한 입법적 개선사항이 주택시장에서 자리 잡을 수 있도록, 후속조치가 필요하다. 입주자모집공고에 세대별 주거전용면적 외에도 사업주체가 주거공용면적과 그 밖의 공용면적을 표시할 수 있게 한 주택공급에 관한 규칙 제8조 제7조 단서 규정은 삭제할 필요가 있다. 또한 분양가상한제 적용주택의 기본형건축비 및 가산비용 고시와 공공건설임대주택 표준건축비 고시<sup>20)</sup>에서 주거전용면적과 주거공용면적을 합산한 공급면적에 단위당 단가를 곱하도록 하여 개별 세대의 주거공용면적 크기를 특정하여야 할 필요를 제공하고 있는 바, 위 고시들 또한 단위당 단가를 곱하는 면적을 주거전용면적만을 기준으로 하고 단위당 단가를 상향조정하는 형태로 개정되어야 하겠다.

---

20) 공공건설임대주택의 분양전환시 분양전환가격 산정의 기준이 되는 표준건축비의 상한가격을 정한 고시이다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

김중보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

국정브리핑 특별기획팀, 『대한민국 부동산 40년:1967년부터 2007년까지 부동산 정책의 과거와 현재』, 한스미디어, 2007.

대한주택공사 주택연구소, 『건축면적 배분방법 사례조사 연구』, 대한주택공사 부설 주택연구소, 1998.

### [논문]

김중보, “개발법제의 변천과정과 주택시장통제”, 『중앙법학』 제5권 제1호(2003).

성순택·양승우, “주거 전용면적의 산정기준 현황과 일원화 방안 연구”, 대한건축학회논문집(계획계), 제26권 제10호(2010).

양희진, “한국 아파트 단지화·대형화의 경제논리”, 서울대학교 박사학위 논문, 2017.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제1호 2019년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 1, March 2019

## 도시정비법 전부개정과 제도개선의 제언\*

최 종 권\*\*

### 국문초록

2003년 도시정비법이 제정되고 약 17년의 시간이 흘렀다. 다양한 개발사업이 개별법으로 나뉘어져 있어 일관되고 체계적인 제도적 뒷받침을 받지 못한다는 비판이 비등하였고, 각 개발사업을 하나의 주된 목적 아래 이 법이 제정되었다. 하지만 도시의 재정비를 목적으로 한다는 점에서는 공통점을 가지지만, 각각의 사업은 구역지정, 사업주체, 사업방식, 토지등소유자의 지위, 권리의 취득과 배분의 방식, 비용부담, 감독권의 행사정도 등 많은 면에서 차이를 보이는 것도 사실이다. 특히, 재건축사업과 재개발사업의 단순한 통합에 그친 도시정비법은 잦은 개정과 새로운 제도의 도입이 예견된 것이었다. 법이 제정된 이후 매 년 개정이 이루어져 전부개정 이전에 총 19회의 개정이 있었다. 최근 들어 사업환경의 변화로 인한 사업방식의 변화가 불가피해졌다. 소송이 대폭 증가하였음에도 법원이 모든 문제를 해결하기에는 어려운 상황이 되었다. 이러한 다양한 원인들이 합쳐져 도시정비법의 전부개정은 불가피한 상황이 되었다.

이번 개정의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다: 1) 빈집 및 소규모 구역에 대한 정비사업을 규율하는 법률의 제정(정비사업의 2원화), 2) 정비사업의 유형 통합 등(제2조), 3) 매도청구제도의 독자적 입법 및 절차의 명시(제64조), 4) 분양신청을 하지 아니한 자에 대한 조치(현금청산제도의 변화), 5) 분양공고 전 종전자산평가 결과의 통지, 6) 사업시행계획인가 시 관계기관 협의 의제 등.

그동안 도시정비법에 대해서는 다양한 문제제기와 양질의 해결방안이 제시되었다. 하지만 다양한 해결방안들이 여러 가지 이유로 전부개정에 반영되지 못하였다. 여전히 도시정비법은 많은 법령 가운데에서도 법적 공백이나 정합성이 부족하다. 견고한 법리를 갖춘 민법이나 형법처럼, 법적 안정성과 합리성을 담보하기 위하여 도시정비법에 대한 폭넓고 체계적인 연구가 뒤따라야 할 것이다. 그리고 그것이 다음 입법과정에서도 적절하게 반영되는 선순환 구조를 이루어야 할 것이다.

\* 이 글은 2016년 국토교통부가 발주하고 서울대학교 건설법센터에서 수행한 “도시정비사업 전면개정 방안 연구”를 바탕으로 작성되었다. 이 과제 및 보고서를 통해 2016.8. 도시정비법 전부개정안이 마련되었으며, 2017.2.18. 도시정비법 전부개정안이 국회에서 통과되었다.

\*\* 법학박사, 서울대학교 법학연구소 건설법센터

주제어 : 정비사업 이원화, 사업통합, 매도청구, 손실보상, 체계화

---

목 차

- I. 들어가며
- II. 개정 전 도시정비법의 현황과 전부개정
- III. 도시정비법의 주요 개정 내용
- IV. 불충분한 개정과 이론적·실무적 숙제
- V. 결론 : 개정 도시정비법의 합리적 운용

## I. 들어가며

2003년「도시및주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다)이 제정되고 약 17년의 시간이 흘렀다. 법 제정 당시 도시 내 퇴락한 구역을 재정비하기 위한 사업수단은 「도시저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법」(이하 ‘임시조치법’이라 한다)에 의한 주거환경개선사업, 「도시재개발법」에 의한 주택재개발사업, 도심재개발사업, 공장재개발사업, 「주택건설촉진법」에 의한 재건축사업으로 흩어져 있었다. 도시정비법 제정당시의 명목적인 목적은 각각의 개발사업이 개별법으로 나뉘어져 일관되고 체계적인 제도적 뒷받침을 받지 못한다는 것이었지만, 실질적으로는 재개발사업과 유사한 사업목적이나 방식을 가지면서도 공법적 통제로부터 자유로웠던 재건축사업의 통합과정이라고 평가할 수 있다.<sup>1)</sup>

도시 내 토지의 재정비를 목적으로 한다는 점에서는 공통점을 가지지만, 각각의 사업은 구역지정, 사업주체, 사업방식, 토지등소유자의 지위, 권리의 취득과 배분의 방식, 비용부담, 감독권의 행사정도 등 많은 면에서 차이를 보이는 것도 사실이다. 특히, 재건축사업과 재개발사업의 어색한 통합, ‘잘못된 만남’과 그 만남의 전제조건들이 변화하면서 도시정비법은 잦은 개정과 새로운 제도의 도입이 예견된 것이었다.

도시정비법이 제정된 이후 매 년 개정이 이루어져 2017년 전부개정 이전에 총 19 차례의 개정이 있었다. 참여정부 시기의 재건축광풍, 이명박 서울시장의 뉴타운사업, 글로벌 금융위기, 용산사태 등 관련 사건들이 도시정비법의 주요 개정 배경이 되었다. 또한 투기과열지구의 지정 등 일부 조항의 경우에는 입법을 하는 과정에서 동시에 과열 또는 냉각되는 시장상황을 반

---

1) 김종보, “새로운 재건축제도의 법적 쟁점”, 한국공법이론의 새로운 전개, 『목촌 김도창박사 팔순기념 논문집』, 2005, 84~86면.

영해야 하는 문제도 잦은 개정의 원인이 되었다.

최근 들어 사업환경의 변화로 인한 사업방식의 변화가 불가피해졌다. 도시정비법의 불분명하고 완전하지 못한 규율내용은 잘못된 대법원판결로 이어졌고, 그러한 판결은 도시정비법의 해석기준으로 작용하는 악순환이 반복되었다. 소송이 대폭 증가하였음에도 법원의 해석에 기대어 문제를 해결하기에는 어려운 상황이 되었다. 또한 애초부터 불안정한 통합에 그쳐 법 조문간의 체계성이 부족한데 더하여, 도시정비법 및 사업의 전체 체계를 고려하지 않은 개정은 조문의 난독을 불러왔다. 이러한 다양한 원인들이 합쳐져 도시정비법의 전부개정은 불가피한 상황이 되었다.

이하에서는 2016년 시작된 도시정비법 전부개정의 과정을 되돌아보고, 개정의 방식과 주요 내용을 살펴봄으로써 부족했던 부분과 향후의 과제를 검토하기로 한다.

## II. 개정 전 도시정비법의 현황과 전부개정

### 1. 개정 전 도시정비법의 현황

도시정비법은 제정당시에는 88개 조에 273개의 항으로 구성되어 있었다. 이후 19차례의 개정과정을 거치면서 꾸준히 내용이 추가되었고, 현재는 117개 조에 423개의 항으로 대폭 증가하였다.<sup>2)</sup> 법개정의 방식에 따르면, 전부개정이 아닌 한 조문의 배열을 새로이 할 수 없고, 기존의 조문에 개정된 사항을 추가적으로 삽입할 수밖에 없다. 이에 따라 법 제정 이후 29개 조가 일명 ‘가지조문’으로 도시정비법에 추가되었다.

각 조의 각 항도 상당수 증가하여, 제정 당시 대비 150개 항이 늘어나 어딘가에 배열되었다. 가지조문으로 편성되지 않은 각 항들은 기존의 조문에 추가되어 각 조는 최대 14개의 항까지 늘어나게 되었다. 또한 하나의 항 내에서도 내용이 추가되거나 하여 여러 문장이 하나의 항을 구성하게 되었다. 이처럼 가지조문의 증가와 각 항의 추가는 일반 국민을 포함한 도시정비법을 해석하고 이해하여야 하는 여러 당사자 등으로 하여금 법 인식을 어렵게 하였다.

한편, 2003년 도시정비법은 (구)도시재개발법을 근간으로 하여 제정된 것으로, 종전의 법문장 표현방식과 어휘들을 그대로 승계하였다. 다수의 법문은 일반적인 어법에 맞지 않거나 어색한 어순을 가진 문장이 많고, 일반국민의 언어사용과 맞지 않는 어휘(용어)를 사용하는 경우가 적지 않았다. 최근 법제 전반에 걸쳐 이루어진 ‘알기쉬운 법령 만들기 사업’<sup>3)</sup> 기준에 비

2) 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr/main.html>) 도시정비법 연혁 법령 참조.

3) ‘알기 쉬운 법령 만들기’사업이란 2006년 법제처가 ‘알기 쉬운 법령 만들기를 위한 정비 기준’을 만들고, 정비 기준에 따라 일반 국민이 법령을 쉽게 이해할 수 있도록 법령문을 정비하는 사업을 말한다. 정비기준의 기본원칙은 첫째가 쉬운 법령, 둘째가 뚜렷한 법령, 셋째가 반듯한 법령, 넷째가 자연스러운 법령이다.

추어보면, 도시정비법은 매우 ‘불친절’하고 ‘알기 어려운’ 법령에 속한다고 볼 수 있다. 때로는 불명확한 법문은 다양한 분쟁을 야기하고, 대부분의 분쟁은 소송으로 이어지게 되었다.

도시정비법이 담고 있는 제도들에 대해서도 많은 논란이 제기되었다. 제도설계가 잘못되어 권리를 침해당하는 자가 다수 발생하기도 하고, 본래는 잘 설계되었지만 시장상황의 변화나 다른 규정의 개정으로 원래의 기능이 상실되거나 왜곡되기도 하였다.

특히, 부동산 자산이 국민 자산의 60~70%를 차지하는 우리나라의 경우, 정비사업을 둘러싼 이해관계인들의 관계는 매우 대립적이다. 이러한 상황을 입법적으로 전부 통제하는 것은 불가능하지만, 도시정비법은 상당 부분 그 역할을 수행하고 있지 못하다. 그에 따라 정비사업과 관련한 분쟁은 많은 비율로 소송사건화 되었고, 그것은 고스란히 사업절차의 지연과 비용증가로 이어져 사업이 악화되거나 중단되었다. 과도한 소송의 제기는 법원의 판단에 의한 해결로서는 한계에 다다랐다고 볼 수 있으며, 그것은 곧 도시정비법의 기능이 한계에 이르렀다는 점을 의미한다. 정비사업에서의 분쟁저감을 위해서도 도시정비법의 전면적인 검토가 불가피한 상황이라고 할 수 있다.

## 2. 도시정비법 체계정비의 기본 원칙

### (1) 복잡한 구조로 되어 있는 정비사업 규율의 단순화·명확화

도시정비법은 여러 종류의 사업방식을 규율하면서도 다단계의 사업진행절차로 이루어져 있어 각각의 사업방식에 따른 사업진행절차와 그 효과를 선명하게 구분하기란 매우 어렵다. 특히 특정사업에 국한되어 적용되는 조항과 전체 사업에 적용되는 조항의 구별, 원칙조항과 예외조항이 섞여있는 경우가 많으므로 이를 구조적으로 정리할 필요가 큰 상황이다. 이에 따라 개정작업에서는 정비사업 규율을 최대한 단순화하고 명확하게 하는 것을 최우선과제로 하였다.

또한 정비사업을 규율하는 개별 제도에 대해서는 그 제도의 본래적 취지와 본질에 맞는 내용으로 명확하게 규정하고자 하였다. 즉, 법률요건을 명확하게 규정하고, 그러한 법률요건을 충족하였을 경우의 법률효과를 체계적으로 구성하였다.

### (2) 정비사업의 진행절차에 맞도록 시계열적 체계화

정비사업은 ‘정비기본계획의 수립 → 정비구역지정과 정비계획의 입안·결정 → 사업시행자 지정(조합의 설립인가 등) → 사업시행계획서 작성과 사업시행계획인가 → 관리처분계획 수립과 그 인가 → 착공 및 준공 → 이전고시 등’의 순서로 진행된다. 즉, 도시정비법의 정

비사업 규율도 이러한 사업진행 순서로 구성되는 것이 합리적이고 그 내용을 파악하기에 수월하다. 현행법의 경우에도 이러한 순서를 지켜 조문이 구성되어 있지만, 다수의 조문들이 본래의 절차와 동떨어진 위치에 자리 잡고 있는 경우가 많다. 따라서 개정작업에서는 사업진행절차에 어울리는 위치 재조정작업을 하여 보다 체계적 구성이 되도록 하였다.

### (3) 소수자보호제도의 정비

도시정비법은 구역 내 토지등소유자 전원의 일치된 합의가 아니어도 정비사업을 할 수 있도록 제도를 설계하고 있다. 따라서 사업에 동의하지 않는 소수의 토지등소유자는 당연히 사업에서 배제될 수밖에 없다. 또한 사업에 동의하여 조합원의 지위를 가진다고 하더라도, 어떤 국면에 이르러서는 다수와 소수로 나뉘게 되어 이들 사이에 분쟁이 발생하게 된다. 사업구역 내 세입자의 문제도 소수자보호와 무관하지 않으며, 오히려 세입자는 정비사업에 극렬하게 저항하는 경우도 많다. 이런 점을 염두에 두면서, 도시정비법 개정 중에 소수자보호를 위한 규정을 섬세하게 규율하는 것을 중요한 목표로 하였다.

### (4) 정비사업의 원활한 진행을 위한 절차지연 요소의 개선

정비사업은 정비구역이 기본계획에 담기는 시점부터 사업의 종료까지 장기에 걸쳐 완성이 된다. 즉, 사업의 시작부터 종료까지 평균적으로 8~10년의 기간이 소요되므로 원활한 사업진행이나 사업기간의 단축은 그 자체로 이미 성공적일 수 있다. 사업절차가 길어지는 주된 요인은 건축물에 대한 안전진단이나 건축물의 철거·공사기간 등의 물리적 시간뿐만 아니라 토지등소유자의 의견을 모으고 합의에 이르거나 행정청의 처분을 받는 절차적 시간에도 있다. 도시정비법상의 많은 사업절차는 매우 필수불가결한 것이지만, 제도적으로 기간을 단축시키고, 소송으로 인한 절차지연을 미연에 방지하거나 합의에 이르는 과정을 좀 더 단축시킬 수 있는 여지가 있다. 따라서 개정작업에서는 절차개선의 요소를 찾아 입법에 반영하고자 하였다.

### (5) 분쟁저감을 위하여 다툼의 여지가 있는 규정의 개선

도시정비법은 여러 요인에 의해 다툼의 여지가 많은 법률구조를 가지고 있다. 앞서 설명한 바와 같이, 여러 사업을 하나의 법체계로 포섭하면서 발생한 규율의 공백이 발생하거나 과다 규율이 되기도 하였으며, 이해관계가 첨예하게 대립됨으로 인하여 모든 분쟁이 소송으로 이어지는 문제도 있다. 정비사업에서의 모든 분쟁이 입법적으로 해결될 수는 없지만, 분쟁을 저감하기 위한 여러 연구결과를 토대로 하여 입법적 해결을 모색하였다.

### 3. ‘알기 쉬운 법령 만들기’ 방식의 적용

#### (1) 의의

2003년 제정된 도시정비법은 1976년 제정된 도시재개발법을 모태로 하여, 주택건설촉진법의 일부내용과 임시조치법의 내용을 흡수하였다. 제정 당시에는 ‘알기 쉬운 법령정비’에 대한 관념이 없어, 어려운 한자 어휘, 일본식 한자어, 일본어 투의 표현이 그대로 도시정비법에 담기게 되었다. 또한 종전의 법률과 마찬가지로 문장이 길고 어려워 복잡하고 어려운 법률관계를 특성으로 하는 도시정비법의 이해를 더욱 어렵게 하였다. 이로 인한 분쟁도 다수 발생하고 있다. 이에 따라 도시정비법을 보다 쉽게 이해할 수 있도록 사용되는 용어와 문장을 정비하며, 조문의 물리적 구조를 간이하게 하는 것에 중점을 두도록 한다.

#### (2) 용어의 정비

도시정비법 개정작업에서 중점을 두어 용어를 정비하는 기준은 다음과 같다.

- 어려운 한자어의 순화(예: 詐僞→거짓)
- 일본식 한자어의 순화(예: 當該 → 해당)
- 일본어 투 표현의 정비(예: 한한다 → 한정한다)
- 기타 띄어쓰기, 문장부호, 용어의 통일화, 한문 투 고치기 등

#### (3) 문장의 정비

도시정비법 개정작업에서 중점을 두어 문장을 정비하는 기준은 다음과 같다.

- 문장성분 및 어순의 정비(예: 주어, 목적어, 서술어 정비)
- 수동문 및 부정문 지양(예: 가급적 능동문이나 긍정문으로 정비, 다의적 표현 및 지시어의 명확화)
- 지나친 생략 문구 내지 명사연속어구의 풀어쓰기 등

#### (4) 조항의 정비

도시정비법 개정작업에서 중점을 두어 조문을 정비하는 기준은 다음과 같다.

- 조문을 주체별, 주제별, 절차별로 묶을 것
- 주제에 따른 조와 항의 분리
- 항의 개수는 5개를 넘지 않도록 구성
- 단서(다만)와 후단(이 경우)의 분리
- 한 개 조문/항에 세 문장이 넘지 않도록 구성

#### 4. 정비사업법의 2원화

##### (1) 배경

최근 전국적으로 빈집이 지속적으로 증가하고 있으며, 이에 따라 안전사고가 유발되거나 범죄의 장소로 이용되는 경우가 빈발하고 있다.<sup>4)</sup> 특히 빈집의 출현은 주변지역에까지 주거환경을 악화시키는 등 사회적으로 문제가 되고 있다.

한편, 도시정비법에 의한 재개발사업·재건축사업은 대규모로 공동주택을 건설하는 것으로 분쟁이 많고, 막대한 사업비가 지출되면서 전국적으로 다수의 사업이 정체되고 있다. 이에 따라 정비구역이 해제되는 경우도 증가하는 추세에 있으며,<sup>5)</sup> 이에 대한 대응방안을 모색하는 것이 필요하였다.

##### (2) 2원화의 기본방향

최근에는 빈집으로 인한 문제해결의 방법으로 사후적이고 자발적인 빈집관리가 아닌 ‘선제적 정비·관리’가 제시되고 있다. 또한 대규모 정비사업의 문제에 대한 해결방안으로는 정비사업을 ‘소규모’로 하여 분쟁의 발생을 최소화하고, 사업비를 절감하기 위한 방안이 제시되고 있다. 이를 위해 빈집 및 소규모정비사업을 활성화하기 위한 법적 근거를 두는 것이 필요하게 되어, 도시정비법과 함께 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법」(이하에서는 ‘소규모주택정비법’이라 한다)의 제정이 추진되었고, 2017년 제정되어 시행되고 있다.

‘특례법’의 형식으로 추진되는 법률의 기본방향은 첫째, 정비사업을 위한 실태조사, 빈집 정비계획 수립, 직권철거, 빈집 정보시스템 구축 및 정비사업 지원 등의 근거를 마련한다. 둘째, 소규모 정비사업의 사업시행자 확대 및 절차를 간소화하고, 건축규제 및 주차장 설치 기준 등 규제를 완화한다. 셋째, 기술지원 등을 위한 정비사업 지원기구를 신설하고, 임대주택 공급 시 용적률 상향 및 예산지원 등 인센티브를 제공하는 것이다.

### Ⅲ. 도시정비법의 주요 개정 내용

#### 1. 사업방식의 정비

전부개정의 기본방향은 유사한 정비사업을 통합하여 정비사업의 유형을 간소화하고, 절차를

4) 2016년 기준 우리나라 빈집의 현황(전국) : ('95) 36만호 → ('00) 51만호 → ('05) 73만호 → ('10) 79만호

5) 2015년 전체 정비사업(1710개) 중 사업시행인가를 받지 못한 사업장은 56.7%(970개)이며, 최근 3년간 정비구역이 해제된 지역은 총 533개로, 2015년에만 197개의 사업구역이 해제되었다.

생략하거나 특례가 인정되고 있는 소규모로 이루어지는 정비사업을 특례법으로 이관하는 것이다. 그에 따라 정비사업은 다음 표와 같이 통합되거나 도시정비법에서 배제되었다.

| 구분    | 주거환경 개선사업 | 주거환경 관리사업    | 주택 재개발사업   | 도시환경 정비사업 | 주택 재건축사업 | 가로주택 정비사업      |
|-------|-----------|--------------|------------|-----------|----------|----------------|
| 대상 지역 | 저소득자 집단거주 | 단독, 다세대주택 밀집 | 노후불량건축물 밀집 | 상·공업지역    | 공동주택     | 노후불량주택 밀집 가로구역 |
| 통폐합   | 주거환경개선사업  |              | 재개발사업      |           | 재건축사업    | 특례법으로 규정       |

이에 따라 개정 도시정비법에 의한 정비사업은 크게 세 가지로 모아졌다. 개정과정에서 많은 논란이 있었던 사업은 주택재개발사업과 도시환경정비사업을 하나의 재개발사업으로 묶는 작업이었다. 양자는 연혁적으로나 물리적으로나 유사한 사업형식을 가지고 있었지만, 상당 기간 동안 독자적인 사업유형으로 자리 잡은 상황이었기 때문에 여러 측면에서 반론이 제기되었다. 결국 명칭상으로는 재개발사업으로 통합되었지만, 도시환경정비사업과 같은 유형의 사업이 가능하도록 유지되고 있다(전부개정 법 제25조제1항제2호).<sup>6)</sup> 이미 도시환경정비사업구역으로 지정된 구역은 종전의 규정을 따르게 되어, 사업방식의 변화에 따른 충격을 최소화하였다.

## 2. 재건축사업의 매도청구제도

재건축사업에서 정비조합에게는 정비사업에 찬성하지 않는 토지등소유자의 소유권을 확보하는 방법으로 매도청구제도가 인정되고 있다. 현행법은 매도청구의 근거를 사법(私法)인 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라 한다)상 매도청구제도와 연동(준용)시키고 있어, 공법적 성격이 강한 도시정비법과 합치하지 않는 부분이 많다. 특히 집합건물법의 규정이 불명확하여 다수의 분쟁이 발생하고 있는 부분도 문제점으로 지적되고 있다. 이에 따라 도시정비법은 집합건물법 준용규정을 삭제하여 그 법과의 관계를 절연하고, 독자적으로 매도청구의 방법 및 절차 등에 대하여 규정하였다. 그 동안 문제되었던 절차를 분명하게 하여 분쟁을 최소화하고자 하였다.<sup>7)</sup>

6) 법 제25조(재개발사업·재건축사업의 시행자) ① 재개발사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 시행할 수 있다.

1. 조합이 시행하거나 조합이 조합원의 과반수의 동의를 받아 시장·군수등, 토지주택공사등, 건설업자, 등록사업자 또는 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자와 공동으로 시행하는 방법
2. 토지등소유자가 20인 미만인 경우에는 토지등소유자가 시행하거나 토지등소유자가 토지등소유자의 과반수의 동의를 받아 시장·군수등, 토지주택공사등, 건설업자, 등록사업자 또는 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자와 공동으로 시행하는 방법(필자 밑줄).

7) 사업시행자는 재건축결의 후 ‘지체없이’ 재건축 참가여부의 회답을 촉구하여야 하는데, 판례는 여기에

한편, 매도청구소송은 행정청의 지위를 가지는 사업시행자인 재건축조합이 원고가 되어 사업에 동의하지 않는 자를 피고로 하여 제기하는 소송이다. 다만, 매도청구소송은 재건축조합의 처분 등에 관한 소송이 아니라 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한 쪽 당사자를 피고로 하는 소송에 해당한다. 이러한 매도청구소송은 도시정비법이 사업시행의 권한을 부여한 재건축조합에 의해 제기된다는 점과 그 실질이 수용유사의 기능을 한다는 점<sup>8)</sup>을 반영한 것이다. 이에 따라 종전의 경우 민사소송으로 해결되었던 매도청구소송사건을 행정소송상 ‘당사자소송’으로 다루도록 제안하였지만, 국토교통소위원회에서 매도청구를 둘러싼 법률관계는 여전히 사법상의 법률관계에 해당한다는 이유로<sup>9)</sup> 종전과 같은 소송관할을 유지하게 되었다.

### 3. 분양신청 하지 않은 자 등에 대한 조치

개정 전 도시정비법은 사업시행자로 하여금 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대해서 토지 또는 건축물에 대하여 현금으로 청산하도록 하고 있었다(제47조 제1항). 하지만 이 규정에서의 청산은 분양신청을 하지 아니하는 자가 자신의 소유권이 상실되는 것에 대한 보상으로서의 의미를 가지므로 본래적 의미의 ‘청산제도’와는 다른 것이다. 따라서 소유권 상실에 대한 반대급부로서의 금전지급에 해당하므로 ‘현금청산’ 보다는 ‘손실보상’의 성질이 강하다는 점을 고려하여 전부개정에서는 실질을 반영하여 ‘손실보상’이라고 하였다. 따라서 이제는 실무적으로 사용되던 현금청산 및 현금청산제도라는 표현은 사라지게 될 것으로 보인다.

한편, 이러한 손실보상절차에 대해서는 그동안 절차상 여러 문제점이 제기되고 있었다. 먼저, 사업시행자가 분양신청을 하지 아니한 자 등과 보상협의를 하여야 하는 협의 기간을 ‘관리처분계획인가 후 90일 이내로’ 하여 그 기간이 충분히 보장되지 않았다. 이에 따라 개정법은 협의 착수 기간을 분양신청기간 종료시점으로 앞당겨 충분한 협의기간을 확보하도록 하였다.

둘째, 협의가 성립되지 않은 경우에는 사업시행자에게 지속적인 지연이자가 지급되도록 하는 문제가 발생하였으며, 반대편인 토지등소유자의 입장에서도 보상을 조속히 받지 못하는 문제가 있었다. 이에 따라 협의기간 종료일부터 일정기간이 지나면, 수용재결절차나 매도청구소송절차를 진행하도록 강제하였다.

셋째, 종전에는 현금청산을 하는 경우 이자지급시기와 이자지급기준 등에 대해 의견이 분분

---

서의 ‘지체없이’를 ‘30일 이내’로 해석하였는데, 개정안은 이를 명문으로 규정하였다.  
 8) 현재 2010. 12. 28. 2008헌마571; 현재 2009. 11. 26. 2008헌마133 전원재판부 등  
 9) 소위원회에서는 “재건축조합이 공법인이라고 하더라도 토지 및 건축물의 매도권을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계에 해당된다거나 매도청구소송이 공법상 당사자소송에 속한다고 볼 수 없으며, 조합과 조합설립에 동의하지 않은 자 사이에 매도청구를 둘러싼 법률관계는 사법상의 법률관계로서 그 소송은 민사소송에 의하여 한다(대법원 2010.4.8. 선고 2009다93293 판결, 소유권이전등기)”고 판시한 사례를 주된 논거로 하였다.

하였다. 이러한 문제해결을 위해 개정법에서는 법이 정하는 절차의 종기를 기준으로 이자지급 시기를 정하였으며, 이자의 범위도 상한을 정하여 그 구체적인 기준을 대통령령으로 정하도록 하였다.

#### 4. 분양공고 전 종전자산평가 결과 통지제도 등

현행 도시정비법은 사업시행계획인가 후 조합원에 대한 분양공고를 하면서 ‘개략적인 부담금 내역 및 분양신청기간’ 만을 통지하도록 하고 있다. 이에 따라 조합원의 경우 분양신청에 있어 가장 중요한 요인이라 할 수 있는 ‘종전자산평가 결과 및 개인별 부담금 내역 등’ 을 알지 못한 채 분양신청을 할 수밖에 없다. 이것은 결국 관리처분계획 수립 등의 과정 및 인가·고시 이후에도 계속적인 분쟁으로 이어지게 되었다.

이에 따라 조합원의 알권리를 보장하고 분양권의 취득이라는 재산권의 보호 차원에서 제도의 변경이 불가피하였다. 개정법은 조합원에 대한 분양공고 전에 ‘종전자산평가 결과 및 개인별 부담금’ 에 대해 사전적으로 통지하도록 명문화하였다. 한편, 사업시행자에게 이러한 의무를 부과하면서, 종전자산평가 및 개인별 부담금 추산액을 원활하게 산정할 수 있도록 산정작업에 필요한 기간을 ‘120일’ 로 연장하였다.

정비사업은 장기에 걸쳐 이루어지는 사업의 특성상 시장상황의 변화나 법령 변화로 인한 행정청의 입장변화 등 다양한 요소에 의해 영향을 받게 된다. 이에 따라 사업의 진행 중 불가피하게 분양절차를 다시금 하여야 하는 경우가 발생하게 된다. 하지만 개정전 법은 이러한 상황을 타개할 규정이 없고, 행정청도 이에 대해 완고한 입장을 보여왔다. 개정법은 이러한 문제점을 해결하고자, 사업시행계획의 변경으로 세대수, 주택규모가 달라지는 경우에는 분양절차를 다시 진행할 수 있도록 유연하게 하였다.

#### 5. 계획수립절차의 체계화

정비사업은 개발사업의 일종이고, 도시정비법은 개발사업법에 해당한다. 이러한 개발사업법은 사업의 주체와 사업의 절차에 많은 부분을 상세하게 규율하는 것이 보통이다. 도시정비법의 경우에도 정비구역의 지정과 정비계획의 결정보다는 사업절차에 많은 내용을 할애하고 있다.

하지만 계획체계에서는 사업(실시)계획에 앞서 도시관리계획이 더 중요한 의미를 가지는 것이 보통이다. 이에 따라 개정 도시정비법에서는 구역지정과 계획수립절차에 대해서 많은 조문을 두고, 계획수립절차를 체계적으로 규정하였다. 물론 새로운 내용이 규정된 것은 아니지만, 계획수립절차가 잘 정비된 국토계획법을 모범으로 하여 정비구역 지정과 정비계획수립·결정

절차를 체계화하였다.

## 6. 준공인가 등에 따른 정비구역의 해제

도시정비법은 정비사업이 완료된 이후 정비구역의 법적지위에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 정비사업이 완료된 이후 정비계획이 계속적으로 존속하는 것인지, 그리하여 행위제한이 계속되는지, 구역 내 기반시설의 변경 등이 있는 경우 정비계획변경절차를 따라야 하는지 등에 대해서 혼란이 있다.

이처럼 정비구역의 존속여부에 대하여 주민이나 행정청에 대한 혼란을 방지하기 위하여 준공인가 이후의 정비구역의 관리에 관한 규정을 두었다. 즉, 정비사업의 준공인가 고시가 있는 때에는 정비구역은 해제되고, 해당 지역은 지구단위계획으로 관리된다는 점을 명시하였다.

## IV. 불충분한 개정과 이론적·실무적 숙제

### 1. 조합원 가입방식의 단일화

도시정비법은 재개발사업과 재건축사업에 있어서 조합원의 가입방식을 달리 정하고 있다. 전자의 경우에는 강제가입방식을, 후자의 경우에는 임의가입방식을 취하고 있다(법제39조제1항).<sup>10)</sup> 조합원 가입방식의 차이는 정비사업절차에서 많은 차이를 발생시키며, 법적 규율을 어렵게하거나 혼란스럽게 하는 주범이다. 이에 대해서 토지등소유자의 의사를 반영하여 조합원의 가입방식을 어느 하나로 통일하자는 의견이 제시되고 있다.

우선적으로 이원적인 조합원제도를 일시에 어느 하나로 통합하는 것은 예상외의 반발에 부딪힐 수 있다. 사업현장에서나 법 실무에서는 관성적으로 제도를 바라보는 경향이 있으므로 조합원제도를 임의가입제로 하거나 강제가입제의 어느 하나로 통합하는 것에 대해 반발이 클 수 있다. 따라서 단기적으로는 재개발사업의 경우에 ‘약한 의미의 강제가입제’로 해석하거나 재건축사업과 같은 임의가입제에 근접한 규정을 두는 방안을 고려할 수 있다.

그러나 종국적으로는 재개발사업에서의 강제가입제는 형해화되어 있으므로 임의가입제로 통합하는 것이 올바른 방향이다. 다만, 종래 (구)주택건설촉진법상 재건축사업의 임의가입제와 마찬가지로 정비사업에 동위한 자로 하여 조합으로부터의 탈퇴를 엄격하게 제한할 필요가 있다. 자신의 의지(동의)에 따라 정비사업을 추진하고, 정비사업으로 인한

10) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018, 490~492면;

수익을 배분받는 조합원의 지위를 획득한 자가 사업의 중도에 임의적으로 탈퇴할 수 있도록 허용하는 것은 공익사업의 일종인 정비사업의 성격상 타당하지 않기 때문이다. 따라서 현행 도시정비법상 청산조항을 보다 엄격하게 해석하거나 개정하여 조합에서 탈퇴하는 것을 방지할 필요가 있다. 만일 조합원의 임의탈퇴로 인하여 정비사업이 더 이상 진행될 수 없는 경우에는 조합을 해산시키는 규정을 두어야 할 것이다. 그렇지 않으면 잔존하는 조합원들이 조합을 정상적으로 유지하지도 못하면서, 조합을 해산하지도 못하는 진퇴양난의 상황에 빠질 수 있기 때문이다.

## 2. 정비사업 시행방식의 개선

사업시행방식 중 환지방식은 여러 가지 점에서 법리적·사실적 문제점을 내포하고 있다. 이러한 문제점을 해결하고 환지방식을 고수하기에는 그 해결의 방법이 지난하고, 그 노력을 위해서는 많은 에너지가 필요하다. 도시정비법은 다수의 정비사업을 규정하고 그것을 선택하는 방식을 취하고 있으므로, 현재 가장 선호되고 있는 사업방식만이 실효적일 수밖에 없다. 따라서 도시정비법의 실효성을 강화하기 위해서는 시행방식을 단순화하는 작업이 필요하고, 실무에서 활용되지 않거나 시도되지 않는 사업방식의 경우에는 이를 폐지·삭제하는 것이 바람직하다. 주거환경개선사업의 경우 현지개발방식, 공동주택방식 및 관리처분방식의 하나를 선택하도록 하고, 재개발사업의 경우에는 관리처분방식에 의한 시행방식만을 두는 것이 타당하다.

## 3. 추진위원회제도의 개선

정비조합의 체계 및 기관에 관한 법적 규율에 맞추어 추진위원회의 조직을 이해할 필요가 있으며, 그에 맞추어 도시정비법상의 추진위원회를 좀 더 섬세하게 구분하여 규정하여야 한다. 즉, 도시정비법상의 추진위원장은 광의의 추진위원회를 대표하는 대표자로 볼 수 있고, 협의의 추진위원회는 조합의 대위원회에 대응하는 것으로 이해하는 것이 법적으로 타당하다. 나아가 광의의 추진위원회는 조합의 총회의 성격을 가지며, 한편으로는 비법인 사단으로서의 실질을 가지는 것으로 보아야 한다.

한편, 추진위원회를 구성하기 위한 사전 준비단체의 난립을 방지할 필요성이 크다. 추진위원회를 설립하고자 하는 토지등소유자(예를 들면, 5인 이상의 토지등소유자)는 우선 시장·군수등으로부터 설립추진에 대한 승인을 받도록 하고, 시장·군수등은 승인 요청한 토지등소유자의 결격사유를 확인한 후 존립기한(예를 들면, 어느 시점까지 일정한 동

의율을 확보하지 못할 경우 추진위원회 설립절차를 중단하도록 하는 규정 등)을 명시한 승인서를 발급하도록 하는 등의 규정을 둘 필요가 있다.

추진위원회제도를 도입하게 된 실질적 계기는 무엇보다도 다수 추진위원회의 난립을 방지하기 위한 것이었다. 따라서 추진위원회의 난립을 방지하기 위한 다른 대안이 마련된다면, 굳이 추진위원회제도를 존치할 필요가 없다. 즉, 추진위원회를 두지 않고도 조합설립이 가능하다면, 그 가능한 방법 내지는 대안들을 마련하는 방법이 보다 합리적이기 때문이다. 먼저, 조합설립단계에서 동의서에 연번을 부여함으로써 동의서가 이중적으로 작성되는 것을 방지하여, 다수의 준비단체가 중복적으로 받아오던 동의서를 하나로 통일하게 되면, 추진위원회나 그 준비단체의 난립을 방지할 수 있다. 둘째, 토지등소유자로부터 동의서를 받을 수 있는 기간을 제한하는 것이다. 동의서 받는 기간을 제한함으로써 정비사업이 가능하지 않은 곳은 그대로 존치되고, 사업이 가능한 지역은 곧바로 조합설립에 착수할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 셋째, 만일 추진위원회를 폐지한다면, 조합설립을 위해서는 발기인이 필요하다. 그리고 이러한 설립발기인에 대해서는 일정한 결격사유를 둬으로써 조합설립을 위한 불필요한 단체의 난립을 방지할 수 있을 것이다.

#### 4. 조합해산 후 청산절차의 개선

현행법에 따르면, 청산이 종결된 이후에는 3주 내에 청산종결등기를 하고, 신고하도록 강제하고 있지만, 청산인이 청산종결 자체를 지연시키는 경우에 대해서는 특별한 규정이 없으므로 여러 문제가 발생하고 있다. 이에 따라 청산절차 기간을 합리적으로 제한하는 규정을 둘 필요가 있으며, 청산사무의 내용을 고려하여 90일 또는 1년의 기간 내에 청산절차를 종결할 것을 명문으로 제한할 필요가 있다. 이 기간이 지나는 경우에는 청산절차가 종결되도록 하여, 청산인이 조기에 청산절차를 종료하도록 강제하여야 할 것이다.

한편, 조합의 청산을 실효적으로 강제하기 위해서는 벌칙규정을 두어 통제할 필요가 있으며, 처벌조항을 둬으로써 강제청산에 대한 의무를 강화하고, 의무위반행위에 대해서는 형벌을 부과함으로써 청산인에 대한 법적 규율을 강화하여야 한다.

현행법은 청산절차의 감시·감독을 법원에게 일임하고 있는 바, 이에 따라 여러 문제가 발생하고 있다. 이에 대한 문제점을 보완하기 위해서는 사업구역을 관할하는 행정청으로 하여금 청산절차를 감독하도록 명문의 규정을 둘 필요가 있다. 왜냐하면, 관할 행정청은 정비사업 전반에 걸쳐 인허가를 발급하는 기관이며, 다양한 이해관계인의 법적 상황을 지도·감독하는 지위에 있기 때문이다.

정비사업 실무 및 표준정관에 따르면, 조합의 채무 및 잔여재산이 있는 경우 해산당시의 사정을 종합적으로 고려하여 형평이 유지되도록 공정하게 배분하여야 한다고만 규정

되어 있다. 따라서 청산인이 조합원이나 행정청에 대하여 재산분배나 잔여재산의 처분에 대하여 결산보고를 하지 않는 문제가 발생하고 있다. 이에 따라 청산절차의 철저한 감시·감독을 위해서는 조합원이나 행정청에 대한 보고의무를 명시적으로 부과할 필요가 있다.

## 5. 수용재결과 매도청구제도의 통합

도시정비법이 재개발사업과 재건축사업은 도시기능의 회복을 위한 동등한 정비사업으로 인정하였지만, 세부적으로는 종전의 법적 규율을 그대로 답습한 측면이 많다. 이로 인한 여러 문제가 노정되었고, 그에 대한 비판적 지적도 많이 표출되었다. 전부개정안에서는 그러한 비판적 시각을 여러 측면에서 수용하였고, 그것은 재개발사업과 재건축사업이 모두 도시계획사업의 일종인 정비사업으로 통합되는 방향이었다.

이런 점에서 정비사업에 반대하는 자들의 소유권을 박탈하는 방법은 재개발사업과 재건축사업에서 본질적으로 차이가 나는 부분이 아니므로, 양자를 별개로 규율할 것이 아니라 하나로 일치시키는 것이 타당하다. 2003년 제정 도시정비법은 재건축사업에 대해서도 재개발사업의 주요 공법적 통제수단을 공통적으로 적용하는 것을 기본으로 하였다. 점에서, 정비사업에 반대하는 자들에 대한 소유권 박탈수단도 동일하게 수용재결의 방식으로 하는 것이 올바른 방향이다. 다만, 토지보상법상의 주거이전비, 영업보상 등과 같이 재건축사업에 적용하기 곤란한 사항에 대해서는 특례규정을 두어 적정한 보상이 되도록 할 필요는 있다.

## 6. 재개발조합원의 신탁등기 의무화

현행 도시정비법은 조합이 사업구역 내 토지와 건물 등에 대한 소유권을 확보하지 않은 채 정비사업을 진행할 수 있도록 함으로써 여러 문제점들이 나타나고 있다. 즉, 조합은 사업시행자로서 정비구역 내 조합원의 토지 및 건물을 기반으로 하여 사업시행계획 및 관리처분계획을 수립·확정하고, 행정청의 인가를 통해 건축물을 철거하고 새롭게 건축물 및 기반시설을 설치하고 있다. 사업시행자로 독점적 지위를 누리는 조합이 토지에 대한 소유권조차 없이, 사업의 주도적인 지위를 누릴 수 있다는 것은 논리적으로도 이해하기 어려운 점이 있다. 이처럼 조합이 조합원의 소유권을 확보하지 못한 상태에서 사실상·법률상 처분행위를 하는 것은 법 이론적으로 적법성과 정당성이 담보될 수 없다.

도시정비법은 정비조합에 대하여 법인격을 부여하고 있는데, 정비조합에 법인격이 인

정되는 가장 중요한 이유는 토지소유권을 이전받아 기존의 노후·불량 주택을 철거한 뒤, 그 지상에 공동주택 등을 건설하기 위하여 조합소유의 재산을 확보하기 위한 것이다. 그러므로 과거 재건축사업에서 토지소유권 확보를 요구하고 있던 조문은 재건축사업의 공공성이 약하기 때문에 요구되었던 특별한 제도가 아니며, 오히려 재개발사업에서 더욱 지켜져야 할 요건을 반복하여 표현하고 있었던 것이다. 이와 같이 재개발사업은 그 성격상 사업에 동의하는 자(조합원)들의 소유권을 전체적으로 조합으로 이전받는 것이 원칙이며, 동의하지 않는 자들에 대해서는 강제적으로 소유권을 확보하는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

재개발사업에서 조합이 소유권을 확보하지 못함으로써 발생하는 여러 가지 문제점을 해결하기 위해서는 조합으로의 소유권 이전이 필요하다. 따라서 반대하는 조합원에 대한 수용과는 별도로 찬성하는 조합원에게도 조합으로의 소유권 이전의무가 있음을 명문화할 필요가 있다. 즉, 재건축사업과 마찬가지로 재개발사업에서도 조합원의 출자의무를 명백히 함으로써 이론적·실무적 정합성을 확보하여야 한다.

한편, 재건축사업 뿐만 아니라 재개발사업에서도 소유권을 확보하는 것으로 하는 경우, 어떤 형식을 취하고, 법적 근거를 어디에 두어야 하는지 문제된다. 정비사업의 특성상 조합원의 출자의무에 근거한 것이고, 사업이 종료된 이후에는 다시 새로운 소유권을 이전받게 되므로 재건축사업에서와 같이 조합으로 신탁등기를 하는 것이 타당하다.

도시정비법에서는 신탁등기의 법적 근거를 명시하지 않아, 재건축조합표준정관에서 규정하고 있다. 표준정관에만 근거하여 신탁등기를 하는 것은 여러 가지 해석상의 문제를 유발하고 있으므로, 이를 도시정비법에 명확하게 규정하여 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다.

## 7. 현금청산제도의 개선

현금청산제도는 본래 재개발사업에서 조합설립에 찬성하지 않은 자가 분양신청을 하지 않으면 수용재결로 나아가기 위해 도입된 제도이다. 이 제도가 도시정비법이 시행되면서 조합설립에 동의하는 자만이 조합원이 되는 재건축사업에 대해서도 공통적으로 적용되면서 재건축사업에서 이해하기 어려운 제도로 변용되었다.<sup>11)</sup> 따라서 재건축사업에 대해서는 현금청산조항이 적용되지 않도록 해야 하고, 부득이 적용하는 경우에도 매우 제한적으로만 적용되도록 해석해야 한다.

강제가입제를 선택하고 있는 재개발사업의 경우 최초 조합이 설립될 때 그에 동의한

11) 이우재, 『조해 도시및주거환경정비법(下)』, 진원사, 2010, 192~193면.

자와 조합설립인가 후 후발적으로 조합설립에 동의한 자 또는 그에 대한 특별승계인 등은 분양신청을 포기할 수 없다고 해야 한다. 즉, 조합설립에 동의하지 않은 자, 조합설립인가 신청 전에 조합설립의 동의를 철회한 자, 과소토지소유자 등에 한해 분양신청을 하지 않으면 현금청산될 수 있다고 해석하여야 한다.

임의가입제를 선택하고 있는 재건축사업의 경우 모든 조합원이 이미 사업에 찬성한 자이기 때문에 원칙적으로 동의한 자 모두 분양신청을 해야 하며, 나아가 분양신청 등을 하지 않았다는 이유로 현금청산을 요청할 수 없다고 보아야 한다.

조합설립에 동의한 자들은 사업의 추진에 책임이 있는 자들이므로, 이들이 분양신청을 하지 않고 사업에서 임의로 이탈할 수 있도록 하는 것은 조합제도의 본질에 비추어 정당하지 못한 것이다. 아파트의 가격이 하락하는 시기 등 사업의 수익성이 악화되었을 때 ‘조합설립에 동의한 자’ 들이 분양신청을 하지 않고 현금청산을 주장하는 것을 방지하여야 한다. 즉, 조합설립에 동의한 토지등소유자는 분양신청을 하지 않은 경우에도 관리처분계획에서 분양대상자로 강제로 정해질 수 있도록 하여야 한다. 분양신청을 하지 않은 자들은 단지 관리처분계획절차에 참여하지 않는다는 것을 밝힌 것이므로, 이러한 한도로 축소해석 하여야 한다.

실무상 광범위하게 이루어지고 있는 조합원 분양계약은 도시정비법상 부과금부과처분을 정하고 있는 공법규정을 우회하는 제도이므로 법의 취지에 맞지 않는 것이므로 도시정비법에서 이를 명시적으로 금지하여야 한다. 조합원에게 이전고시 이전에 비용을 분담시키고자 한다면 총회의 의결을 통하여 부과금부과처분을 하거나 정비사업이 완료된 이후에 청산금을 징수 또는 지급하는 방법으로 조합원의 부담을 해결하는 것이 바람직하다.

분양계약을 체결하지 아니한 자에 대해서도 현금청산을 인정한 것은 법의 흠결을 매우 고자 한 실무의 선택이었을 수도 있다. 하지만, 도시정비법의 취지에 반하면서까지 분양계약제도를 활용하고, 이를 현금청산제도와 결부시키는 것은 과도하므로 정비사업 표준정관의 개정을 통해 분양계약제도를 삭제하여 현금청산제도와 결별하는 것이 바람직하다.

## V. 결론 : 개정 도시정비법의 합리적 운용

그동안 도시정비법에 대해서는 다양한 문제제기와 다각도의 해결방안이 제시되었다. 하지만 그러한 해결방안들이 다음과 같은 여러 가지 이유로 전부개정에 반영되지 못하였고, 그것이 여전히 큰 아쉬움으로 남는다.

무엇보다도 정비사업은 다양한 이해관계인(토지등소유자, 기초·광역·중앙정부, 시장참여

자, 건설사 등)의 대립이 복합적이고 다각적으로 충돌하거나 결합할 수 있다. 따라서 하나의 제도정비에 있어서도 각각의 이해득실에 따라 찬반으로 심각하게 대립하게 되고, 개정과정에서 합의되지 않아 기존 규정을 유지할 수밖에 없게 되었다.

둘째, 정비사업은 시장상황에 매우 민감하게 반응할 수밖에 없다. 전체 부동산시장이나 경제 상황과 맞물려 있으며, 나아가 다양한 정치집단을 포함한 입법세력에 의해서도 영향을 받게 된다. 이에 따라 도시정비법의 제도정비는 법리적 관점을 넘어서서 정치적·경제적 논리가 보다 우선시된다는 한계도 있다.

셋째, 도시정비법의 법적 규율에는 생각보다 공백이 많아 법원의 법해석이나 역할이 중요하다. 하지만, 법원이 자신의 기능을 충분히 발휘하지 못하고 있으며, 잘못된 법원의 판결이 입법이나 행정에도 영향을 미쳐 입법개선에 장애가 되는 경우가 발생하기도 한다.

넷째, 대부분의 행정법제는 중앙정부의 실무담당 공무원이 개정작업을 주도하게 되는데, 공무원의 특성상 과감한 변화보다는 현상유지를 원하는 쪽으로 입법개선을 하는 것이 대부분이다. 이번 개정작업에서도 국토교통부 내의 가이드라인을 넘어서기가 매우 어려웠음을 절감하였다.

다섯째, 도시정비법에 따른 법적 문제가 발생하더라도, 거기에는 단지 이해관계인이 존재할 뿐 그 문제를 거시적이고 체계적으로 해결방안을 제시할 수 있는 연구자가 부족하다는 점이다. 입법은 결국 조정과 타협의 과정인데, 자신의 이익을 강조하는 다수만이 존재하는 경우에는 합리적이고 모두에게 이익이 되는 입법개선이 어려울 수밖에 없다.

이러한 여러 가지 이유에 의해 도시정비법이 입법적으로 완비된다는 것은 불가능에 가깝다. 하지만 모든 법적 상황이 입법적으로 해결될 수 있는 것 또한 아니다. 도시정비법이 우여곡절 끝에 2017년 2월 전부개정의 형태로 통과되었고, 그것은 2003년 제정 이후 체계적인 첫 번째 개정에 해당한다. 향후 정비사업이 조금은 더 원활하게 진행되고, 각 이해관계인에게도 합리적 규율이 될 것으로 기대되며, 또한 도시정비법을 운용하는 행정청에 대해서도 좀 더 나은 법적 근거를 제시할 수 있으리라 보인다. 연구자에게 있어서도 체계적인 연구가 진행될 수 있는 작은 계기가 되리라 생각한다.

그래도 여전히 도시정비법은 많은 법령 가운데에서도 법적 공백이나 정합성이 부족하다. 견고한 법리를 갖춘 민법이나 형법처럼 도시정비법에 있어서도 법적 안정성과 합리성을 담보할 수 있는 폭넓고 체계적인 연구 및 입법이 뒤따라야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

이우재, 『조해 도시및주거환경정비법(상), (하)』, 진원사, 2010.

서울대학교 건설법센터, 『도시정비사업 전면개편 방안 연구』, 국토교통부, 2016.

김종보, “새로운 재건축제도의 법적 쟁점”, 한국공법이론의 새로운 전개, 『목촌 김도창박사  
팔순기념논문집』, 2005.

<Abstract>

## Whole amendment of 「Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents」 and suggestion of system improvement

Choi, Jong-Kwon

In 2003, 「Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents」 (Hereinafter referred to as “this Act”) was enacted and about 17 years have passed. Various Regeneration Projects were divided into individual Acts. Therefore, there were many criticisms that they did not receive consistent and systematic institutional support. This Act was to integrate each Regeneration Projects into one Act. However, although they have a common point in that they are aimed at regenerating urban, each projects has many differences in terms of area designation, project entity, and project method etc. In particular, as the reconstruction projects and redevelopment projects were merely integrated, this Act was expected to be revised frequently. Since the enactment of this Act, there have been 19 revisions. In recent years, changes in project methods have become inevitable due to changes in the business environment. Despite a number of lawsuits filed, it became difficult for the courts to resolve all matters. These various causes have been combined, and the whole revision of this Act has become inevitable.

The main contents of this amendment are as follows: 1) Establishment of legislation to regulate Regeneration Projects for vacant houses and small-scale areas (two-way regeneration project), 2) Integration of Regeneration Projects type, 3) Specification of independent legislation and procedures of the sale claim system, 4) Measures for those who have not applied for pre-sale, 5) Notification of pre-sale asset valuation results etc.,

Various issues have been raised and solutions have been proposed. However, various solutions were not reflected for various reasons. Still, this Act has many legal voids and lack of coherence among many Acts. A broad and systematic study of this Act should be followed to ensure legal stability and rationality. And it should be appropriately reflected in the next legislative process.

Key words : Two-way regeneration project, Integration of project type, Right of sale claim,  
Loss compensation, Systematization

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제1호 2019년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 1, March 2019

## 재정비촉진계획의 소익과 기반시설 비용분담

허지인\*

---

### 국문초록

---

도시재정비법은 재정비촉진지구를 지정하고, 재정비촉진사업의 시행에 관하여 기존 개발사업법을 적용하되 사업 시행에 따른 일부 특례를 정하고 있다. 이에 도시재정비법에 따른 재정비촉진구역, 재정비촉진사업은 실질적으로 도시정비법에 의해 사업이 시행되므로 정비사업과 유사한 면을 다수 가지고 있으나, 재정비촉진계획의 수립 등에서는 정비사업과 다른 규정도 있다. 재정비촉진계획에 있어 이전고시 후 소의 이익과 기반시설 비용분담계획상 순부담면적의 기준시점에 대한 쟁점은 모두 정비사업과 달리 재정비촉진사업에서 발생할 수 있는 특이한 사항으로 재정비촉진사업의 특성을 고려하여 이를 검토할 필요가 있다.

재정비촉진계획의 소익과 관련하여, 대법원이 과거 정비사업에서 이전고시가 이루어진 후에는 관리처분계획에 관한 행정소송을 금지한다고 결정한 전원합의체 판결을 무조건적으로 재정비촉진계획의 소익에 적용할 수는 없다. 재정비촉진계획과 이전고시는 별개의 절차이자 단계별 행정처분이므로 이전고시에서 정하고 있는 사항 외 재정비촉진계획에서 정하고 있는 다른 사항 뿐만 아니라 이전고시에서 정하고 있는 사항에 관하여도 재정비촉진계획에 대한 소송이 진행되고 있는 상태에서 이전고시 완료를 사유로 재정비촉진계획의 소익을 부인할 필요는 없다.

재정비촉진계획상 순부담면적은 처분단계별로 다를 수 있는데, 순부담면적의 산정은 재정비촉진사업의 사업성 확보, 조합원들의 재산권에 영향을 미칠 수 있으므로 산정 기준시점을 어디로 보아야 하는지 문제된다. 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획의 순부담면적 산정은 재정비촉진계획 수립시를 기준으로 하되, 사업시행자의 신뢰를 보호하고 차후 단계별 순부담면적의 변동을 최소화하기 위해 무상양도 되는 국공유지 범위를 명확히 하려는 노력이 필요하다.

---

\* 변호사, 서울시

주제어 : 재정비촉진계획, 이전고시, 소의 이익, 기반시설, 비용분담계획, 순부담면적, 기준시점

---

목 차

- I. 서 론
- II. 북아현재정비촉진지구(북아현1-2구역)
- III. 이전고시와 재정비촉진계획에 관한 소의 이익
- IV. 기반시설 비용분담계획의 기준
- V. 결 론

## I. 서론

### 1. 들어가며

#### 【서울시 뉴타운의 연혁】

서울시는 2002. 10. 23. 3곳의 시범뉴타운(은평, 길음, 왕십리)을 지정한 후 2003. 3. 「서울특별시 균형발전 지원에 관한 조례」를 제정하였고, 2003. 11. 18. 12곳의 제2차 뉴타운(교남, 영등포, 천호, 방화, 중화, 미아, 신정, 노량진, 전농·답십리, 한남, 아현, 가좌)을 지정하였다. 그 후 2005. 12. 16. 및 2006. 1. 26. 제3차 뉴타운(이문휘경, 장위, 상계, 수색·증산, 북아현, 시흥, 신길, 흑석, 신림, 거여·마천) 10곳을 지정하여 총 25개의 뉴타운지구가 지정되어 오늘에 이르고 있다.<sup>1)</sup> 이후 2002. 뉴타운사업이 시작되고 10년, 2006. 7. 도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 ‘도시재정비법’)이 시행되고 만으로 5년이 되어가도 사업이 잘 진행되지 않고 뉴타운을 해제한다는 언론보도가 나고 있었다.<sup>2)</sup> 실제로 2012. 2. 도시 및 주거환경 정비법(이하 ‘도시정비법’)이 개정되어 뉴타운의 구역을 해제할 수 있는 근거조항이 생겼고(구 도시정비법 제4조의3), 서울시는 뉴타운 출구전략을 발표하여 일부 사업이 잘 되

1) 김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제35집(2007.2.), 73-75면

2) 김종보, “뉴타운 정책의 책임자들”, 도시개발신문 칼럼

지 않는 구역을 직권해제 하고 있다.

**【촉진계획 특유 쟁점】**

도시재정비법은 2005. 12. 30. 기존의 개발사업법에 의한 사업을 위주로 그 외곽만을 정하는 형태로 제정되었다(법 제2조 제2호 각목). 이른바 준용법이라고 할 수 있는 도시재정비법은 도시관리계획의 성격을 갖는 ‘재정비촉진지구’를 지정하고, 기본적으로 기존 개발사업법에 의해 사업을 시행하도록 하고 사업이 시행되는 경우 일부 특례를 주도록 정하고 있다.<sup>3)</sup> 이처럼 도시재정비법에 따른 재정비촉진구역, 재정비촉진사업은 실질적으로 도시정비법에 의해 사업이 시행됨으로써 정비사업과 유사한 면을 다수 가지고 있으나, 재정비촉진지구 지정, 재정비촉진계획의 수립 등에서는 정비사업과 다른 규정도 있다. 이러한 규정의 적용, 해석시 만연히 정비사업과 같이 할 것이 아니라 정비사업과의 차이를 파악하여 이를 행할 필요가 있다. 따라서 이하에서는 북아현재정비촉진지구(북아현1-2구역)를 통해 재정비촉진계획을 둘러싸고 논란이 되는 쟁점인 재정비촉진계획의 소익 및 기반시설 비용분담계획을 살펴보기로 한다.

2. 판례 소개 (서울고등법원 2017. 4. 28. 선고 2016누75496 판결<sup>4)</sup>)

(1) 사건의 개요

피고(서울특별시)는 2008. 2. 5. 북아현재정비촉진지구에 관하여 「북아현 재정비촉진지구 변경지정, 재정비 촉진계획 결정 및 지형도면 작성」을 고시하고, 2012. 9. 13.과 2013. 4. 25.에 「북아현재정비촉진지구 북아현1-2구역 재정비촉진계획 변경결정 및 지형도면 작성」을 고시하면서(이하 2013. 4. 25.자 고시를 ‘이 사건 고시’로 한다) 위 각 고시의 기반시설 비용분담계획상 북아현 1-2구역(이하 ‘이 사건 구역’) 순부담면적을 아래 표 기재와 같이 하였다.

| 고시                                     | 면적(m <sup>2</sup> ) | 기반시설면적(m <sup>2</sup> ) |                     |                     |                  |
|--|---------------------|-------------------------|---------------------|---------------------|------------------|
|  |                     | 계획기반시설<br>(①)           | 계획기반시설 내<br>국공유지(②) | 기존기반시설 내<br>국공유지(③) | 순부담면적<br>(①-②-③) |
| 2008. 2. 5.<br>(서울특별시 고시<br>제2008-38호) | 59,694.0            | 22,474.0                | 6,606               | 9,088.0             | 6,780.0          |

3) 김종보, 앞의 글, 86-87면

4) 원고는 2017.5.22. 서울고등법원에 상고장을 제출하였으나, 2017.6.12. 상고취하서를 제출하여 판결이 확정되었다.

|  |          |          |       |         |         |
|--|----------|----------|-------|---------|---------|
| 2012. 9. 13.<br>(서울특별시 고시<br>제2012-246호) | 60,328.3 | 21,630.9 | 7,383 | 8,945.3 | 5,302.6 |
| 2013. 4. 25.<br>(서울특별시 고시<br>제2013-127호) | 60,335.5 | 21,638.2 | 7,383 | 8,945.3 | 5,309.9 |

원고(A조합)는 2008. 9. 1. 북아현1-2구역에 대하여 주택재개발정비사업(이하 ‘이 사건 사업’)을 목적으로 설립되었고, 서대문구청장으로부터 2009. 10. 16. 사업시행 인가를 받고, 2015. 2. 17. 관리처분계획 변경인가<sup>5)</sup>(이하 ‘이 사건 변경인가’)를 받았다. 또한 이 사건 사업에 관하여 2015. 10. 23. 정비사업 준공인가가 이루어진 후 2015. 11. 4. 공사완료 고시, 2016. 6. 8. 이전고시가 각 이루어졌다.

이에 대해 원고는 이 사건 고시 중 기반시설의 비용분담계획은 계획기반시설 내 및 기존 기반시설 내 국공유지에 관하여 이 사건 변경인가된 관리처분계획상 면적과 달리 산정되어 순부담면적 산정에 오류가 있으므로 효력이 없다고 주장하였다.

## (2) 판결 내용<sup>6)</sup>

1심법원과 고등법원은 이 사건 소의 적법여부와 본안에 대하여 나누어 판단하였다. 먼저 이 사건 소는 사업시행자인 원고와 이 사건 고시를 한 피고 사이의 법률관계를 대상으로 하는 것으로서, 이 사건 고시에 무효사유가 있는 경우 이전고시가 마쳐진 현 단계<sup>7)</sup>에서도 이를 확인하여 바로잡을 필요성이 있다고 보아 소의 이익을 인정하였다.

다음으로 본안인 순부담면적 산정에 오류가 있어 이 사건 고시에 효력이 없다는 점에 대하여는, 이 사건 고시 이후 변경인가된 관리처분계획상 면적 등에 따라 비용분담계획 산식의 면적을 다시 산정하여 그에 따라 이 사건 고시의 순부담면적의 당부를 판단하여야 한다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

## II. 북아현재정비촉진지구(북아현1-2구역)

### 1. 북아현재정비촉진지구

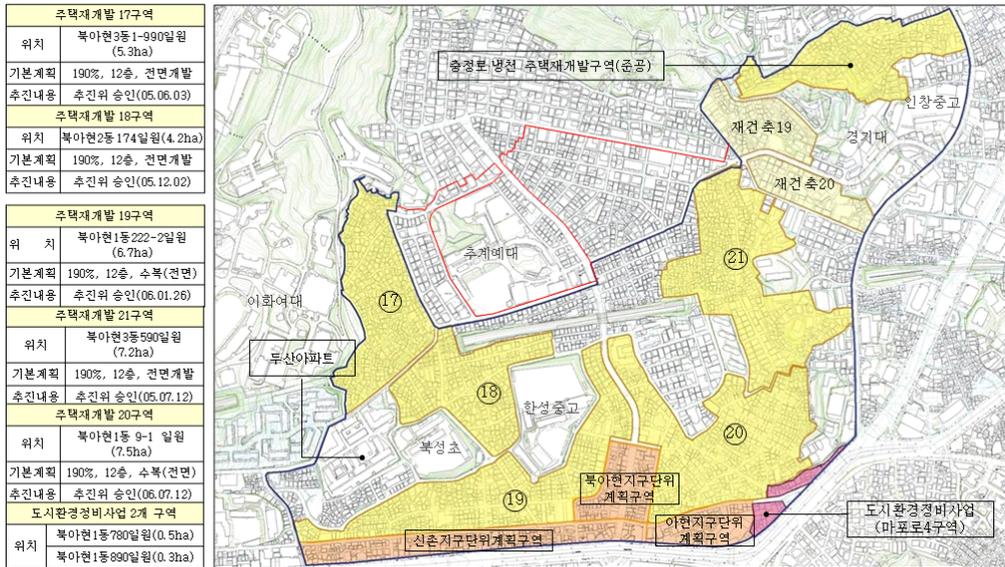
5) 관리처분계획상 사업시행 전 국공유지 면적은 18,392.43㎡이었는데, 사업시행 후 207.76㎡는 점유자가 매수하고, 4,695.3㎡는 존치되었으며, 3,580.57㎡는 사업시행자가 불하받았고, 9,908.8㎡는 사업시행자가 무상양수 하였다.

6) 서울고등법원 2017. 4. 28. 선고 2016누75496 판결, 서울행정법원 2016. 10. 28. 선고 2015구합75572

7) 원고는 2015.10.2. 서울행정법원에 이 사건 소를 제기하였고, 이 사건 사업에 관하여 2016.6.8. 이전 고시가 이루어진 후, 이 사건 소는 2016.9.6. 변론종결 및 2016.10.28. 1심 판결이 선고되었다.

(1) 북아현재정비촉진지구 지정의 배경

북아현재정비촉진지구는 9개의 정비예정구역(주택재개발 5개소, 재건축 2개소, 도시환경정비 2개소), 3개의 지구단위계획구역, 2개의 주택재개발사업완료·진행구역 등 계획적 개발구역이 전체지구의 52.8%를 차지하고 있어 개별사업간 연계성을 고려한 종합계획의 필요성이 대두되었다.<sup>8)</sup>



(2) 북아현재정비촉진지구 현황<sup>9)</sup>

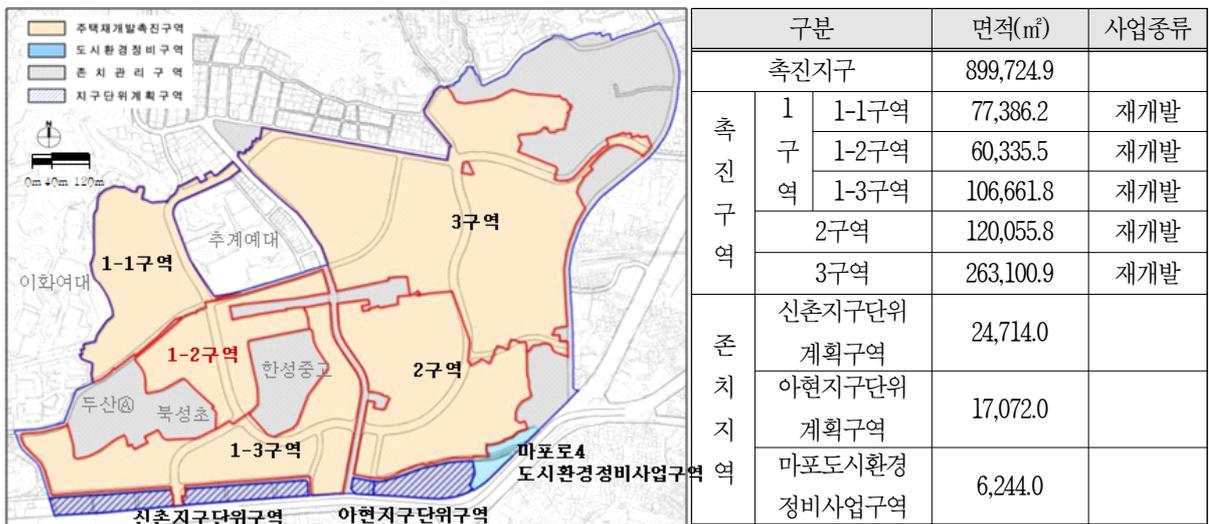
- 위치 : 서대문구 북아현동 일원
- 면적 : 899,724.9㎡
- 인구계획 : 34,879인
- 세대계획 : 12,918세대
- 입지 : 주간선도로(신춘로, 충정로, 통일로 등) 및 지하철 2, 5호선 접근성 양호  
이화여대, 경기대, 추계예대 등 다수 대학 인접하여 교육여건 양호



8) 서대문구, 서대문구 북아현지구 재정비촉진계획, 2009.2., 6면 및 8면  
 9) 서울특별시, 서울시보 제3170호 [북아현 재정비촉진지구·북아현1-2구역 재정비촉진계획 변경결정(경미한 변경) 및 지형도면 작성 고시(서울특별시고시 제2013-127호)], 2013.4.25., 16-17면

(3) 재정비촉진구역의 지정

북아현재정비촉진지구상 재정비촉진구역은 기존 재개발예정구역 경계를 기준으로 하여 축소·분리하지 않고 확대하는 것을 원칙으로 사업시행시 관리처분 등을 고려하여 가급적 지적경계선을 기준으로 경계를 설정하였다. 그 결과 도시정비법에 의한 주택재개발사업을 시행하는 북아현 1, 2, 3구역은 아래와 같이 지정하였다.<sup>10)11)</sup>



2. 북아현1-2 재정비촉진구역

(1) 북아현1-2구역 재정비촉진사업 추진경위

- 2008. 2. 5. : 북아현재정비촉진지구 지정(북아현1-2구역 지정)
- 2008. 4. 11. : 추진위원회 구성
- 2008. 9. 1. : 조합설립
- 2009. 10. 16. : 사업시행인가
- 2010. 12. 8. : 관리처분인가
- 2012. 9. 13. : 북아현재정비촉진계획 변경결정(북아현1-2구역 면적증가, 기준용적률 20% 상향)
- 2013. 4. 25. : 북아현재정비촉진계획 변경결정(북아현1-2구역 지적측량 반영)
- 2015. 10. 23. : 준공인가

10) 서대문구, 앞의 계획, 233면

11) 서울특별시, 앞의 시보, 19면

- 2015. 11. 4. : 공사완료 고시
- 2016. 6. 8. : 이전고시

(2) 북아현1-2구역 토지이용계획

북아현1-2 재정비촉진구역은 전체 면적 중 택지가 64.2%, 정비기반시설등이 35.8%를 차지하고 있으며, 구체적인 토지이용계획은 다음과 같다.<sup>12)</sup>



(3) 북아현1-2구역 기반시설의 비용분담계획

도시재정비법 제9조 제1항 제11호에 따라 북아현재정비촉진계획에서는 북아현1-2 재정비촉진구역 기반시설의 비용분담계획을 정하고 있다. 기반시설의 비용분담계획에서 사업시행자의 순부담면적이 정해지므로 사업시행자는 순부담면적 산정오류를 이유로 재정비촉진계획고시의 무효를 다툴 수 있다. 따라서 다음의 북아현1-2 재정비촉진구역에 관한 판례를 통해 기반시설 비용분담계획에 대해 자세히 살펴보겠다.

Ⅲ. 이전고시와 재정비촉진계획에 관한 소의 이익

1. 2011두6400 전원합의체 판결<sup>13)</sup>의 개요

【다수의견】

대법원은 2012. 3. 22. 2011두6400 전원합의체 판결로 도시정비법상 이전고시가 효력을

12) 서울특별시, 앞의 시보, 28면  
 13) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결

발생한 이후에는 조합원등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 판단하였다. 이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화 하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치된다는 것이 주된 이유이다. 이로 인해 정비사업의 진행이 완료되어 이전고시까지 이루어지면, 이전고시의 포괄적인 기초가 된 관리처분계획에 대한 취소소송 등 행정소송은 더 이상 다룰 수 없는 단계에 이른 것으로 해석되어 소송이 각하된다.<sup>14)</sup>

#### 【별개의견】

위와 같은 다수의견에 대하여 대법관 4인은 관리처분계획의 무효확인이나 취소를 구하는 소송이 적법하게 제기되어 계속 중인 상태에서 이전고시가 효력을 발생하였다고 하더라도 여전히 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 하였다. 이러한 법률상의 이익의 존재는 이전고시에서 정하고 있는 대지 또는 건축물의 소유권 이전에 관한 사항 외에 관리처분계획에서 정하고 있는 다른 사항들에 관하여서는 물론이고, 이전고시에서 정하고 있는 사항에 관하여도 마찬가지이다. 이처럼 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보는 것이 이전고시의 기본적인 성격 및 효력에 맞을 뿐 아니라, 처분의 적법성을 확보하고 이해관계인의 권리·이익을 보호하려는 행정소송의 목적 달성 및 소송경제 등의 측면에서도 타당하다는 것이 별개의견의 주된 이유이다.

#### 【촉진계획에 적용】

위 전원합의체 판결은 이전고시가 이루어진 후 관리처분계획에 대한 행정소송을 각하할 것인가에 대한 대법원의 입장을 정한 것으로 중요한 의미가 있으나, 종래 이에 대한 판례가 엇갈렸던 만큼 전원합의체에서도 다수의견과 다른 별개의견이 나뉘어 있다.<sup>15)</sup> 한편 앞서 살펴본 판결(2015구합75572, 2016누75496)에서 이전고시가 이루어진 후 재정비촉진계획에 대한 행정소송의 각하여부에 대하여 위 전원합의체 판결과 다른 판단을 하였으므로, 이전고시와 재정비촉진계획에 관한 소의 이익에 관하여 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

## 2. 이전고시와 소의 이익

### (1) 협의의 소의 이익의 개념

14) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018, 675면

15) 김종보, 위의 책, 675면

행정소송은 행정처분에 대한 취소소송, 무효등확인소송 등 행정청의 처분을 다투는 소송을 위주로 설계되어 있으며, 이러한 소송을 항고소송이라 한다. 항고소송은 민사소송과 달리 소를 제기하거나 소송을 계속 진행하기 위해 매우 까다로운 요건을 정해놓고, 이 요건이 결여되면 판결로서 소를 각하하고 소송을 중단시킨다.

행정소송에서 ‘소의 이익’ 또는 ‘협의(狹義)의 소익’이란 승소판결을 얻었을 때 원고가 얻을 수 있는 실질적인 이익을 의미하며, 소의 이익이 인정되지 않으면 원고가 제기한 소송은 각하된다. 예컨대 취소소송이나 무효확인등소송을 제기해 소송에서 승소해도 원상회복이 불가능하거나 또는 취소판결 이전에 이미 당해 처분으로 인한 불이익 상황이 해소된 경우에 소의 이익이 부인된다.<sup>16)</sup>

### (2) 이전고시의 역할

이론상 이전고시는 물리적인 공사가 완료되고 아파트에 대한 소유권을 최종적으로 귀속시키는 처분이나, 실무에서 이전고시는 정비사업의 과정이 완료되는 단계에서 내려지는 처분으로 평가해서 이전고시에 의해 사업이 사실상 종료되는 것으로 해석하는 경향이 있다. 이는 금전적인 부담의 문제도 이제는 모두 확정된 것이라고 본다는 의미이다. 대법원 다수의 의견은 이런 실무의 태도를 존중해서 이전고시가 이루어지면 관리처분계획을 바꾸는 것이 불가능하다는 것을 밝히고 있다. 이에 비해 별개의견은 이전고시를 권리귀속만을 정하는 집행적 처분으로 한정해석하고, 여전히 금전적 부담의 문제는 확정되지 않은 것으로 본다. 그래서 이전고시 후에도 여전히 금전적인 다툼이 가능하며 이는 관리처분계획의 취소 또는 무효확인판결을 통해 가능하다고 보는 것이다.<sup>17)</sup>

### (3) 이전고시와 재정비촉진계획의 관계

이전고시와 재정비촉진계획은 별개의 절차인 동시에 당해 재정비촉진사업에서 일련의 절차라는 상이한 두 가지 관계를 가지고 있는바, 이에 대하여 자세히 살펴본다.

#### 【별개절차】

도시재정비법 제9조 제1항에 의하면 재정비촉진계획을 통하여 재정비촉진구역별 정비계획(정비기반시설 설치계획 포함), 기반시설 비용분담계획 등이 정해지므로 재정비촉진계획은 토지등소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 행정처분에 해당한다. 반면 도시정비

16) 김종보, 앞의 책, 675-676면

17) 김종보, 앞의 책, 677-678면

법의 범문상 이전고시는 대지 또는 건축물의 소유권 이전에 관한 사항을 고시하는 것이다 (도시정비법 제86조).<sup>18)</sup> 또한 실무상 이전고시의 내용에는 정비기반시설등의 기부채납 여부만 기재되어 있을 뿐 재정비촉진계획상 기반시설의 비용분담계획의 내용인 계획기반시설, 계획기반시설 내 국공유지, 기존 기반시설 내 국공유지, 순부담면적에 관한 사항은 포함되어 있지 않다. 그리고 기반시설 비용분담계획을 포함한 재정비촉진계획은 사업시행자가 기존 기반시설 내 국공유지를 매입하거나 용도폐지 되어 무상양수 할 수도 있어 이후에 실제 사업이 시행된 결과와 다를 수 있다.

#### 【단계적 행정처분】

한편 도시재정비법 제13조 제3항, 도시정비법 제52조 제1항, 제83조 제3항, 제86조에 따라 재정비촉진사업의 시행에 따른 재정비촉진계획 수립과 사업시행인가, 관리처분계획, 이전고시 등은 각 처분 자체로 그 처분의 목적이 종료되는 것이 아니고 위 각 처분이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여 당해 재정비촉진사업에 따른 일련의 절차 및 처분이 행해진다. 따라서 위 각 처분이 취소된다면 그것이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여 이루어진 각종 처분이나 무상양도 등에 관한 법적 효력은 영향을 받게 된다. 이와 같은 이전고시와 재정비촉진계획의 관계 특성은 소의 판단에 영향을 미칠 수 있다.

### 3. 재정비촉진계획 무효확인 소에서 소의

#### (1) 법원의 판단(2015구합75572, 2016누75496)

원고는 이 사건 재정비촉진계획 중 기반시설 비용분담계획은 계획기반시설 면적에서 계획기반시설 내 국공유지 면적 및 기존 정비기반시설 내 국공유지 면적, 유상매입 시설 면적을 차감하여 순부담면적을 산정하여 수립하는 것은 맞으나, 이 사건 변경인가된 관리처분계획상 면적과 달리 차감면적을 정하여 순부담면적 산정에 오류가 있다고 주장하면서 이 사건 고시의 무효확인을 구하였다. 법원은 이 사건 소는 원고와 피고 사이의 법률관계를 대상으로 하는 것으로서 조합원 중 일부에 발생한 사유를 원인으로 하는 것이 아니므로, 이 사건 고시에 무효사유가 있는 경우 이전고시가 이루어진 후에도 이를 확인하여 바로잡을 필요가 있다는 이유로 피고의 본안 전 항변을 받아들이지 않았다.

18) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결 4. 별개의견 (1) 참고

(2) 소익에 대한 두 가지 견해

【소의 부존재】

이 사건 고시에 관하여 원고가 무효확인을 다툼 법률상 이익이 있는지에 대하여 법원은 위와 같이 판단하였으나, 이에 대한 찬성과 반대 의견이 분명히 존재할 것이다. 대법원(2011두6400)은 이전고시가 효력을 발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 보고 있고, 이를 통해 정비사업이 완료되어 이전고시가 이루어지면 정비사업의 과정에서 이루어진 각 처분에 대하여 더 이상 다룰 수 없다고 해석할 수 있다. 이 사건 사업에 관하여 2015. 10. 23. 정비사업 준공인가가 이루어진 후 2015. 11. 4. 공사완료 고시, 2016. 6. 8. 이전고시가 각 이루어진 사실을 인정할 수 있다. 따라서 피고측에서는 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되어 허용될 수 없으므로 원고는 이전고시가 이루어진 후에는 이 사건 재정비촉진계획의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 주장할 수 있다.

【소의 존재】

실제 원고의 순부담면적이 기반시설 비용분담계획 중 순부담면적 보다 현저히 큰 경우, 재정비촉진계획상 순부담면적 산정의 하자로 인하여 원고는 피고를 상대로 초과 부담면적에 관하여 부당이득반환이나 하자 있는 재정비촉진계획으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 행정행위의 공정력에 의하여 당해 행정행위의 효력 유무효를 선행적으로 판단 받아야 하는 바<sup>19)</sup>, 원고측에서는 재정비촉진계획의 효력을 다투는 소송에서 무효확인을 받게 되면 다른 권리구제 소송 등에서 바로 그 무효사유를 주장할 수 있어 이 사건 소송에 법률상 이익이 존재한다고 주장할 수 있다. 법원은 이 사건 소는 조합원 중 일부에서 발생한 사유가 아니라 원고와 행정청인 피고 사이의 법률관계를 대상으로 하는 것이라는 이유로 대법원 판례(2011두6400)의 적용을 배척하며 이전고시가 이루어진 후에도 이 사건 고시에 무효사유가 있는 확인할 법률상 이익을 인정하였다.

(3) 이전고시 후 재정비촉진계획 무효확인의 소익

19) 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다28000 판결 참고(행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효과를 부정하지 못하는 것으로, 이러한 행정행위의 공정력은 판결의 기판력과 같은 효력은 아니지만 그 공정력의 객관적 범위에 속하는 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 그로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라고 말할 수 없는 것이다.) ; 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014, 324면

## 1) 이전고시의 대상이 아닌 재정비촉진계획 사항

앞서 이전고시와 재정비촉진계획의 관계에서 살펴본 바와 같이 도시재정비법 제9조 제1항 및 도시정비법 제86조의 규정 및 실무상 이전고시의 내용 등을 종합하면, 이전고시는 준공인가의 고시에 의하여 사업시행이 완료된 후에 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물의 소유권 이전에 관한 사항만을 내용으로 하여 정비기반시설등의 경우에는 기부채납 여부만 나타낼 뿐이고, 재정비촉진계획에는 재정비촉진구역별 정비기반시설 설치계획, 기반시설 비용분담계획 등을 비롯하여 이전고시의 대상이 되지 아니하는 사항들이 포함되어 있다. 따라서 그 사항들은 이전고시에 의하여 아무런 영향이 없다 할 것이며, 그에 관하여는 여전히 재정비촉진계획의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다.

## 2) 이전고시의 대상이 된 재정비촉진계획 사항

이전고시의 대상이 된 사항이라고 하더라도 이전고시와 재정비촉진계획이 단계적 행정처분의 관계임에 비추어 볼 때, 아래에서 살펴보는 바와 같이 그 기초가 된 재정비촉진계획의 무효확인을 다룰 법률상 이익이 당연히 상실된다고 볼 수 없다.

## 【법률상이익 확대】

법원은 여러 대법원 판결을 통해 하자 있는 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익을 합리적인 범위 내에서 지속적으로 확대하는 입장을 유지하여 왔다.<sup>20)</sup> 예를 들어, 대법원<sup>21)</sup>은 도시개발사업의 시행에 따른 도시계획변경결정처분과 도시개발구역지정처분 및 도시개발사업 실시계획인가처분의 경우에, 각 처분이 유효함을 전제로 당해 도시개발사업에 따른 일련의 처분이 행해지기 때문에 위 각 처분이 취소된다면 그것이 유효함을 전제로 이루어진 토지수용, 환지 등의 처분이나 공공시설의 귀속 등에 관한 법적 효력은 영향을 받게 되므로 도시개발사업의 공사 등이 완료되고 원상회복이 사회통념상 불가능하더라도 위 각 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 소멸하지 않는다고 판단하였다. 또한 대법원<sup>22)</sup>은 민사소송과 구별되는 행정소송인 무효확인소송은 보충성이 요구되지 아니하므로 무효인 행정처분의 집행이 종료된 경우 다른 구제방법이 있음을 이유로 소의 이익이 없다는 종전 대법원 판결을 폐기하였다.

이러한 대법원의 판결은 행정청의 위법한 처분 등으로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 입은 국민에게 무효확인소송의 길을 열어 주는 것이 적절한 구제방안인가라는 관점에서 법

20) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 판결, 4. 별개의견 다. (1) 참고

21) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402, 5419 판결

22) 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결

를상 이익의 문제를 결정하여야 하며, 무효인 행정처분의 집행이 종료되었다는 사정을 이유로 무효확인소송을 부적법한 것으로 처리하는 불합리한 해석론을 택하여서는 안된다는 점을 지적하고 있다.<sup>23)</sup>

**【단계적 행정처분】**

도시재정비법 제13조 제3항에 따라 재정비촉진지구에서의 재정비촉진사업은 재정비촉진계획의 내용에 적합하게 시행하여야 하고, 재정비촉진사업 시행에 따라 재정비촉진계획, 사업시행계획인가, 관리처분계획인가, 준공인가, 이전고시가 이루어지는 것이다. 이처럼 재정비촉진계획의 내용에 적합하게 재정비촉진사업을 시행하여 이전고시까지 이루어지는 이상, 선행처분인 재정비촉진계획에 기반시설 비용분담계획 중 순부담면적 산정의 하자가 있고, 그 하자가 중대·명백하여 당연무효인 경우에는 그 재정비촉진계획이 유효함을 전제로 하여 이루어진 후행처분인 이전고시도 무효라고 보아야 한다.

**【계속중인 소에서 판단】**

위와 같이 재정비촉진계획의 무효사유가 이전고시의 효력에 영향을 미치므로 이전고시의 무효원인인 재정비촉진계획의 무효를 계속 중인 재정비촉진계획에 관한 무효소송에서도 주장할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 먼저 도시개발사업의 경우에 토지수용, 환지 등의 처분이나 공공시설의 귀속 등에 관한 법적 효력이 발생된 후에도 당해 도시개발사업에 따른 일련의 각 처분의 적법성 및 효력을 다룰 법률상 이익이 소멸하지 아니함을 밝힌 앞서 본 대법원 판례는 재정비촉진계획의 경우에도 그대로 적용된다고 보아 소의 이익이 긍정되어야 할 것이다.

또한 계속 중인 재정비촉진계획 무효소송에서 재정비촉진계획의 무효확인을 받게 되면 이전고시의 효력을 다투는 소송이나 부당이득반환소송 등에서 바로 그 무효사유를 주장할 수 있어 절차상의 이익이 있을 뿐 아니라 신속한 분쟁해결 및 법률관계의 안정에도 도움이 된다. 반대로 재정비촉진계획에 무효사유가 없다면 그 무효사유 유무에 관한 분쟁 또한 신속하게 마무리된다.

한편 재정비촉진계획에 대한 무효확인소송이 제기되어 상당히 심리가 이루어지고 그에 관한 결론을 내릴 수 있는 상태에 이르렀음에도, 이전고시가 이루어졌다는 사유로 소의 이익을 부정하여 재정비촉진계획의 무효사유에 관한 판단을 회피한다면 사업시행자가 소송계속 중에 서둘러 이전고시 절차를 밟아 그 소를 부적법한 것으로 만들 수 있으므로 이를 악용할 수 있다.<sup>24)</sup>

23) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 판결, 4. 별개의견 다. (1) 참고

24) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 판결, 4. 별개의견 다. (3) 참고

## 3) 소결

## 【소의 존재】

그렇다면, 재정비촉진계획의 무효확인을 구하는 소송이 적법하게 제기되어 계속 중인 상태에서 이전고시가 그 효력을 발생하였다고 하더라도, 이전고시에서 정하고 있는 사항 외 재정비촉진계획에서 정하고 있는 다른 사항 뿐만 아니라 이전고시에서 정하고 있는 사항에 관하여도 재정비촉진계획의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보는 것이 합리적인 해석이라 할 것이다.

## 【판결의 미흡】

이 사건 소에 관하여 법원은 본안에서 원고가 주장하는 기반시설 비용분담계획의 무효 사유를 심리하여 재정비촉진계획의 하자를 인정하지 아니함을 이유로 소송을 기각하였고, 이전고시가 이루어졌다는 사유로 굳이 소의 이익을 부정하면서까지 그 판단을 거부하지 않았다. 이러한 법원의 태도는 앞서 살펴본 바에 비추어 타당하다고 보여 진다. 그러나 피고가 주장한 대법원 판례(2011두6400)의 적용을 배척하는 사유를 논리적으로 충실히 소명하지 아니하고 단순히 이 사건 소는 조합원 중 일부에서 발생한 사유가 아니라 원고와 피고 사이의 법률관계를 대상으로 하는 것이라는 점을 든 것은 미흡하다고 본다. 대법원 판례(2011두6400)에서도 ‘조합원 등’의 법률상 이익을 부정하며 조합원뿐만 아니라 조합도 해당됨을 명시하였고<sup>25)</sup>, 위와 같은 법원의 해석은 대법원 판례(2011두6400)의 논리를 유지하기 위하여 대법원 판례(2011두6400)는 조합원의 사유로 조합에게 소송을 제기하는 경우에만 해당된다는 또 다른 기형적 해석을 낳을 소지가 있기 때문이다.

## IV. 기반시설 비용분담계획의 기준

## 1. 기반시설 비용분담계획의 의의 및 내용

## (1) 의의 및 관련 규정

25) 대법원 1999. 10. 8. 선고 97누12105 판결(원고(조합)가 관리처분계획을 변경하여 피고(구청장)에게 인가를 구하였으나 피고가 이를 거부한 것에 대하여 법원은 직권으로 도시재개발법에 의한 도시재개발사업에서 분양처분이 일단 고시되어 효력을 발생하게 된 이후에는 관리처분계획을 변경할 수 없어 이 사건 소를 각하하였다.)

**【기반시설 설치계획】**

기반시설 비용분담계획은 정비사업과 달리 도시재정비법에 따라 수립하는 재정비촉진계획에 포함된 내용 중 하나이다. 도시재정비법 제9조 제1항 제4호는 재정비촉진계획의 내용으로 기반시설<sup>26)</sup> 설치계획을 규정하고, 동법 제10조 및 재정비촉진계획 수립지침 제4장 제4절에 따라 재정비촉진계획에 따른 기반시설의 설치계획은 재정비촉진사업을 서로 연계하여 광역적으로 수립하여야 한다.

**【기반시설 비용분담계획】**

도시재정비법 제9조 제1항 제11호는 재정비촉진계획의 내용으로 기반시설의 비용분담계획을 규정하고, 동법 제11조 및 재정비촉진계획 수립지침 제6장 제1절에서 구체적인 내용을 정하고 있다. 기반시설 설치에 대한 부담규모는 재정비촉진사업별 사업규모, 토지이용계획, 건축계획, 기존 기반시설 현황, 국공유지 현황 등을 고려하여 계획한다(수립지침 6-1-1). 기반시설의 비용분담계획은 재정비촉진구역을 대상으로 수립하고, 기반시설부담대상은 재정비촉진구역의 면적을 기준으로 하되 공공시설 및 기반시설을 제외한 면적으로 하며, 각 재정비촉진구역별 기반시설 부담비율은 동일한 것을 원칙으로 한다(수립지침 6-1-4, 6-1-5). 기반시설 부담은 기반시설의 종류와는 상관없이 기반시설 설치를 위해 제공된 부지의 총량을 기준으로 하며, 부담위치는 근거리(인접지)를 원칙으로 한다(수립지침 6-1-8).

또한 도시재정비법 제26조 및 수립지침 6-1-2는 재정비촉진계획에 따라 설치되는 기반시설 설치비용은 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 재정비촉진사업의 사업시행자가 재정비촉진계획의 비용분담계획에 따라 부담하는 것을 원칙으로 한다고 규정하고 있다.

(2) 수립내용

**【기반시설 비용분담계획의 실제】**

위와 같은 관련 규정을 바탕으로 재정비촉진계획에서는 다음<sup>27)</sup>과 같이 기반시설의 비용분담계획을 수립한다.

26) 재정비촉진계획 수립지침 4-4-1. 기반시설계획이라 함은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제6호의 규정에 의한 시설에 관한 계획을 말한다.

27) 서울특별시, 북아현 재정비촉진지구·북아현1-2구역 재정비촉진계획 변경결정 및 지형도면작성 고시(서울특별시고시 제2013-127호), 2013.4.25.

11) 기반시설의 비용분담계획

| 구역명          |    | 면적(㎡)     | 기반시설면적(㎡)   |                   |                   |              |                  |
|--------------|----|-----------|-------------|-------------------|-------------------|--------------|------------------|
|              |    |           | 계획기반시설<br>① | 계획기반시설내<br>국공유지 ② | 기존기반시설내<br>국공유지 ③ | 유상매입<br>시설 ④ | 순부담면적<br>①-②-③-④ |
| 북아현<br>1구역   | 기정 | 244,376.3 | 81,819.0    | 23,682.1          | 33,244.3          | -            | 24,892.6         |
|              | 변경 | 244,383.5 | 81,826.3    | 23,682.1          | 33,244.3          | -            | 24,899.9         |
| 북아현 1-1구역    |    | 77,386.2  | 24,268.2    | 7,232.1           | 10,616.0          | -            | 6,420.1          |
| 북아현<br>1-2구역 | 기정 | 60,328.3  | 21,630.9    | 7,383.0           | 8,945.3           | -            | 5,302.6          |
|              | 변경 | 60,335.5  | 21,638.2    | 7,383.0           | 8,945.3           | -            | 5,309.9          |
| 북아현 1-3구역    |    | 106,661.8 | 35,919.9    | 9,067.0           | 13,683.0          | -            | 13,169.9         |
| 북아현 2구역      |    | 120,055.8 | 33,643.7    | 4,827.0           | 14,183.0          | -            | 14,633.7         |
| 북아현 3구역      |    | 271,287.9 | 90,363.3    | 32,342.0          | 27,493.0          | -            | 30,528.3         |

이처럼 기반시설의 비용분담계획은 구역별로 총 면적과 기반시설면적으로 나뉘어 구분하고, 기반시설면적은 세부적으로 계획기반시설(①), 계획기반시설 내 국공유지(②), 기존 기반시설 내 국공유지(③), 유상매입시설(④), 순부담면적(①-②-③-④)으로 구분하고 있다. 각 재정비촉진구역별 총 면적 대비 기반시설면적 중 순부담면적의 비율(기반시설 분담비율, 실무상 ‘순부담율’이라 한다)은 재정비촉진구역의 특성 및 여건을 고려하되 유사하게 맞추고 있다.

【분담계획상 기반시설】

순부담면적은 계획기반시설에서 계획기반시설 내 국공유지, 기존 기반시설 내 국공유지, 유상매입시설의 면적을 차감하여 산정되므로 기반시설 비용분담계획에서 기반시설의 정의는 차감대상을 정한다는 측면에서 중요하다. 기반시설은 국토계획법, 도시재정비법, 도시정비법에서 유사하게 사용되고 있으나, 그 범위는 조금씩 다르기 때문이다.<sup>28)</sup> 한편 서울시 재정비촉진계획의 경우 기반시설 비용분담계획에서 기반시설이란 도시재정비법 시행령 제14조 제2항에 따라 ① 국토계획법 제2조 제13호 및 동법 시행령 제4조의 공공시설 ② 도시재정비법 시행령 제14조 제2항 제1호의 기반시설 ③ 서울시 도시재정비조례 제8조 제3항의 기반시설을 의미하고 세부내용은 다음과 같다.<sup>29)</sup>

28)

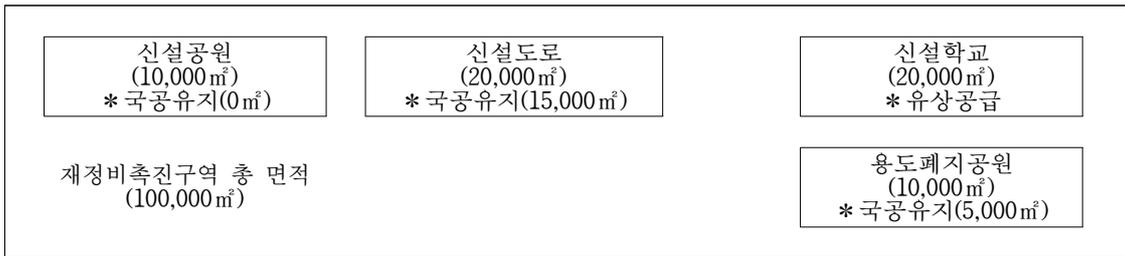
| 법명     | 종류             | 세부내용   |
|--------|----------------|--|
| 국토계획법  | 기반시설(제2조제6호)   | 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설  |
|        | 공공시설(제2조제13호)  | 도로·공원·철도·수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공용 시설  |
|        | 도시계획시설(제2조제7호) | 기반시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설   |
| 도시재정비법 | 기반시설(제2조제7호)   | 국토계획법 제2조제6호에 따른 시설  |
| 도시정비법  | 정비기반시설(제2조제4호) | 도로·상하수도·공원·공용주차장·공동구(국토계획법 제2조제9호의 공동구), 그 밖에 주민의 생활에 필요한 열·가스 등의 공급시설로서 대통령령으로 정하는 시설 |

| 구분          | 시설수 | 시설의 종류  |
|-------------|-----|---|
| 국토계획법       | 26개 | 도로, 공원, 철도, 수도, 항만, 공항, 운하, 광장, 녹지, 공공공지, 공동구, 하천, 유수지, 방화설비, 방풍설비, 사방설비, 방조설비, 하수도, 구거, 주차장, 운동장, 저수지, 화장장, 공동묘지, 납골시설 |
| 도시재정비법      | 5개  | 학교, 도서관, 사회복지시설, 문화시설, 공공청사   |
| 서울시 도시재정비조례 | 2개  | 체육시설, 폐기물처리시설   |
| 소계          | 33개 |   |

## 2. 기반시설 비용분담계획의 효과

### 【순부담면적】

기반시설 비용분담계획의 실질적 역할은 재정비촉진구역 내 기반시설면적에서 사업시행자의 순부담면적을 정하는 것이다. 순부담면적이란 계획기반시설면적에서 국공유지 등을 제외하고 사업시행자가 순수하게 부담하는 면적을 의미하는 것으로 그 산정의 예시는 다음과 같다.



재정비촉진구역 계획기반시설 면적은 신설공원, 신설도로, 신설학교의 면적을 합친 50,000㎡, 계획기반시설 내 국공유지 면적은 신설도로 내 국공유지 15,000㎡, 기존 기반시설 내 국공유지 면적은 용도폐지공원 내 국공유지 5,000㎡, 계획기반시설 중 유상매입 시설 면적은 신설학교 20,000㎡이므로, 순부담면적은 50,000 - 15,000 - 5,000 - 20,000 = 10,000㎡이다.

### 【순부담면적의 효과】

위와 같이 산정된 순부담면적은 재정비촉진사업의 용적률 산정시 중요한 기준이 된다. 도시재정비법 제11조 제3항 및 동법 시행령 제14조, 서울시 도시재정비조례 제8조에 따라 사업시행자가 기반시설의 설치를 위하여 필요한 부지를 제공하는 경우에는 해당 재정비촉진계획에 용적률, 건축물의 높이 등을 조정하는 내용을 포함시킬 수 있기 때문이다. 즉 순부

담면적의 산정은 재정비촉진사업의 사업성 확보, 조합원의 추가부담금 등 조합원들의 재산권에도 영향을 미칠 수 있다.

한편 재정비촉진계획상 순부담면적이 실제보다 적게 산정되었을 경우, 사업시행자가 실제 추가 부담한 순부담면적 만큼 재정비촉진계획의 용적률이 더 올라갈 수 있으므로 사업시행자는 추가로 완화 받을 수 있는 용적률을 완화 받지 못할 수 있다(도시정비법 제11조 제3항, 국토계획법 제52조 제3항 및 동법 시행령 제46조, 제47조 참조). 그러나 관련 법령의 문언상 사업시행자의 순부담면적이 낮아진다고 하더라도 용적률 완화 여부는 행정청의 재량에 속하는 것이므로 순부담면적의 변동이 사업시행자에게 필연적으로 영향을 미친다고 단정할 수는 없다.

### 3. 순부담면적 산정의 기준시점

#### (1) 단계별 순부담면적의 차이

##### 【촉진계획 수립시】

이 사건 소송에서 쟁점이 되는 순부담면적 산정의 문제가 발생하게 된 이유는 다음과 같다. 이 사건 재정비촉진계획이 결정·고시된 시점은 2008. 2. 5.로 당시 도시정비법(제8785호) 제65조에서 사업시행자에게 무상양도<sup>30)</sup>되는 대상은 ‘정비기반시설’이라고 규정하고 있었을 뿐 도시계획시설 결정을 거친 정비기반시설로 한정하고 있지는 않았다.<sup>31)</sup> 따라서 행정청은 현황도로 등 정비기반시설로 판단되는 것을 무상양도 대상으로 정하여 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획의 순부담면적을 산정하였다.

##### 【대법원의 판결】

그런데 대법원은 2008. 11. 27. 선고 2007두24289판결로 도시정비법 제65조 제2항의 ‘사업시행자에게 무상으로 양도되는 국가 또는 지자체 소유의 정비기반시설’이란 정비사업시행인가 전에 이미 국토계획법에 의하여 도시관리계획으로 결정되어 설치된 국가 또는 지자체 소유의 기반시설을 의미한다고 판시하였다. 예를 들어, 현황도로로서 사실상 공중에 제공된 도로는 이에 해당하지 않는다. 따라서 대법원 판례에 따라 현황도로는 무상양도 되는

30) 도시정비법은 사업시행자가 시장·군수등 및 토지구획공사등인 경우에는 무상귀속, 그 외 사업시행자인 경우 무상양도라는 표현을 사용하지만 사업시행자의 소유권 취득이라는 법적 성질은 같다. ; 김종보/윤지은, “정비기반시설의 무상양도”, 『중앙법학』 제9집 제2호, 2007.8., 147-149면 및 153-154면 참고

31) 강신은, 『2018 개정 도시정비법에 따른 재개발·재건축 개정조문 해설』, 도시개발신문, 2018, 180면

정비기반시설에서 배제되었다. 이에 따라 원래부터 도시계획시설 결정이 없었던 현황도로 뿐만 아니라, 도시계획시설 결정이 있었을 것으로 추정되나 도시계획시설 결정·고시 등의 근거를 찾을 수 없는 현황 도로의 경우에도 사업시행자가 도시계획시설 결정이 있었음을 입증하지 못하여 사실상 무상양도 받을 수 없었다.<sup>32)</sup>

**【사업시행인가시】**

사업시행자와 행정청이 무상양도 국공유지와 사업시행자가 불하받아야 하는 국공유지에 대한 협의가 이루어지는 시점은 사업시행인가일인 2009. 10. 16.이다. 그 결과 재정비촉진계획 수립시 무상양도 국공유지로 판단하여 순부담면적에서 공제한 국공유지가 사업시행인가 시점에서는 무상양도 대상으로 판단되지 않아 사업시행자가 불하받아야 하는 국공유지가 되는 것이다. 예를 들어, 재정비촉진계획 수립시 무상양도 대상으로 산정된 현황도로는 도로로 사용되고 있으나 도로법상 지정·고시가 되지 않은 사실상의 도로로 사업시행인가시 대법원 판례에 따라 도시정비법 제65조에 의한 무상양도 대상으로 판단되지 않는다. 이러한 판단시점의 간극으로 인하여 사업시행인가시 사업시행자가 불하받아야 하는 국공유지가 재정비촉진계획 수립시 무상양도 국공유지로 판단되어 순부담면적 산정의 기초가 된 것이다. 따라서 이와 같은 단계별 순부담면적의 차이가 문제되므로 순부담면적 산정의 기준시점을 어디로 보아야 하는지 구체적으로 논의해 볼 필요가 있다.

(2) 다양한 순부담면적 산정의 기준시점

**【관리처분계획상】**

이 사건 소송에서 원고는 피고가 재정비촉진계획 수립시 기반시설의 비용분담계획상 순부담면적을 산정하면서 원고에게 무상양도 된 국공유지가 아닌 원고가 매입한 국공유지를 차감하는 것은 원고의 사유지를 국공유지로 판단하여 차감하고 있는 것으로 이 사건 고시는 그 산정에 하자가 있다고 주장하였다. 따라서 순부담면적은 관리처분계획상 용도폐지된 정비기반시설의 국공유지 면적 또는 무상양도 국공유지 등을 기준으로 하여 산정되어야 한다고 하였다.

**【촉진계획 수립시】**

한편 피고는 원고가 주장하는 관리처분계획상 무상양도 국공유지 면적은 사업시행인가시 인가권자(구청장)가 국공유지 관리부서와 협의를 통해 구체적으로 결정되는 사항이기 때문에 그 이전 절차인 재정비촉진계획의 순부담면적의 산출근거가 될 수 없다고 주장한다. 또

32) 강신은, 위의 책, 181면

한 원칙적으로 기반시설 설치비용의 부담자는 사업시행자이고(도시재정비법 제26조) 이는 재정비촉진사업에 따른 개발이익의 환수를 위한 것이기도 하다.<sup>33)</sup> 따라서 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획의 순부담면적은 재정비촉진계획 수립당시 산정을 기준으로 하는 것이지, 행정처분 시점별 순부담면적의 차이를 반영하여 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획을 변경하거나 그 당부를 따질 것은 아니다.

### (3) 재정비촉진계획 수립시 산정되는 순부담면적

#### 【촉진계획 기준】

이 사건 소송에 대하여 법원(2016누75496)은 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획의 내용을 정하면서 순부담면적 산정의 하자가 있는 경우 재정비촉진계획 수립 시점을 기준으로 판단해야 한다고 하였다. 비용분담계획을 포함한 재정비촉진계획은 계획으로서 그 이후 시행되는 이 사건 사업 등의 결과와는 당연히 다를 수 있다. 비용분담계획 후 실제 사업이 시행된 결과 사업시행자가 기존 기반시설 내 국공유지를 매입하거나 용도폐지되어 무상양수할 수 있고, 계획기반시설 내 국공유지 면적과 기존 기반시설 내 국공유지 면적 중 일부 중복되는 부분이 발생할 수도 있다. 따라서 이 사건 고시 이후 변경인가된 관리처분계획상 면적에 따라 비용분담계획 산식의 면적을 다시 산정하여 실제 원고가 기부채납하게 되는 면적을 정하고, 그에 따라 순부담면적의 당부를 판단하여야 한다고 볼 수 없다. 이처럼 순부담면적 산정식에 대입될 차감 면적의 실제 현황 또는 관리처분계획상 면적을 토대로 기반시설 비용분담계획을 변경하지 않은 것의 하자를 원고가 다투는 것이라고 본다면 이는 이 사건 고시 고유의 하자라고 볼 수 없다.<sup>34)</sup>

#### 【무상양도 명확성】

재정비촉진계획 수립시 순부담면적의 산정은 재정비사업의 1단계 행정처분이라는 특성상 대략적으로 정할 수밖에 없고<sup>35)</sup>, 2단계 사업시행인가 또는 3단계 관리처분계획상 순부담면적이 1단계 재정비촉진계획 당시와 충분히 다를 수 있다. 문제는 단계별 순부담면적의 차이만큼 사업시행자는 용적률 완화 없이 단순히 국공유지를 매입하는 등의 방식으로 기반시설 설치비용을 부담하게 되어 조합원 추가부담금이 상승되거나 용적률의 산정에 불이익을 봤다고 생각할 수 있다는 것이다. 그렇다고 사업시행자에게 단계별 순부담면적의 차이를 보전해

33) 도시재정비법 제26조 내지 제31조가 속하는 도시재정비법 제6장 표제는 ‘개발이익의 환수 등’으로 되어 있다.

34) 서울고등법원 2017. 4. 28. 선고 2016누75496 판결, 서울행정법원 2016. 10. 28. 선고 2015구합75572

35) 재정비사업은 2단계 사업시행인가, 3단계 관리처분계획인가를 통해 세부사항이 점차 구체화되어 확정되기 때문이다.

주기 위해 사업시행인가 또는 관리처분계획상 확정된 순부담면적에 따라 이전 절차인 재정비촉진계획을 변경하는 것도 타당하지 않다. 다만 재정비촉진계획시 구 도시정비법 제65조에 따라 무상양도 되는 국공유지의 범위를 명확히 하여 단계별 순부담면적의 차이를 줄이는 노력은 필요할 것으로 보인다.

【현황도로 반영】

위와 같은 단계별 순부담면적의 차이는 대표적으로 현황도로를 대상으로 많이 나타나는데, 2017. 2. 8. 전부개정된 도시정비법 제97조에서는 시장·군수 또는 주택공사등이 아닌 사업시행자(조합등)도 현황도로를 무상양도 받을 수 있도록 명시하였다. 이에 따라 원래부터 도시계획시설 결정이 없었거나, 있었을 것으로 추정되나 이를 입증할 수 없는 현황도로 모두 무상양도 받을 수 있는 대상이 되었다. 그러나 이에 관한 인정기준은 시·도조례로 전부 위임<sup>36)</sup>하고 있다.<sup>37)</sup> 즉 사업시행자를 위한 무상양도 대상을 명확히 확대한 것이다.

V. 결론

지금까지 재정비촉진계획에 있어 이전고시 후 소의 이익과 기반시설 비용분담계획상 순부담면적의 기준 시점에 대해 살펴보았다. 위 두 가지 쟁점은 모두 정비사업과 달리 재정비촉진사업에서 발생할 수 있는 특이한 사항으로 재정비촉진사업의 특성을 살펴볼 수 있는 기회를 제공해준다.

재정비촉진계획의 소익과 관련하여, 대법원이 과거 구획정리사업에서 내렸던 판례들을 참조하여 정비사업(과거 재개발사업)에서 이전고시(분양처분)가 이루어진 후 행정소송을 금지한다고 결정한 판례<sup>38)</sup>를 무조건적으로 재정비촉진계획의 소익에 적용할 수는 없다. 재정비촉진계획과 이전고시는 별개의 절차이자 단계별 행정처분이므로 판례상 법률상 이익의 확대측면에서, 재정비촉진계획에 대한 소송이 진행되고 있는 상태에서 이전고시 완료를 사유로 재정비촉진계획의 소익을 부인할 필요는 없다. 또한 재정비촉진계획상 기반시설 비용분담계획의 순부담면적 산정은 재정비촉진계획 수립시를 기준으로 하되, 사업시행자의 신뢰를 보호하고 차후 순부담면적의 변동을 최소화 하기 위해 무상양도 가능 범위를 명확히 하려는 노력이 필요하다. 위와 같이 재정비촉진사업의 특유 쟁점들에 대한 구체적인 연구가 이어질 길 바란다.

36) 서울시의 경우 조례로 시장은 무상양도(귀속)에 필요한 도로의 기준 등을 정할 수 있다고 규정하고 있다.(서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례 제54조 제2항)

37) 강신은, 앞의 책, 182면

38) 김종보, “이전고시와 소의 이익”, 도시개발신문 칼럼

## 참 고 문 헌

### [단행본]

강신은, 『2018 개정 도시정비법에 따른 재개발·재건축 개정조문 해설』, 도시개발신문, 2018

김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2014

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018

### [논문]

김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제 35집(2007. 2.).

김종보·윤지은, “정비기반시설의 무상양도”, 『중앙법학』 제9집 제2호(2007. 8.).

허성욱, “재건축정비사업 이전고시 효력발생과 관리처분계획 무효확인청구소송의 소익”, 『행정판례연구』 제18집 제2호(2013).

## 『건설법센터 연구보고』

### - 건설법센터의 새로운 과제, 베트남의 사회주택 제도 -

건설법센터 책임연구원/변호사  
김 은 정

올해 2월, 건설법센터 연구진은 제2차 북미회담 준비로 들쭉이는 베트남에 다녀왔습니다. 베트남은 1억 명에 육박하는 인구를 기반으로 매년 6% 이상의 경제 성장률을 보이며 급속도로 성장 중인 나라입니다. 전 국민의 35%인 약 3천 5백만 명이 도시에 거주하고 있는데, 이를 감당할 주택은 턱없이 부족한 실정입니다. 더군다나 도시화율(전체 인구 중 도시인구 비율) 35%는 세계평균 54%, 아세안 평균 46%에 턱없는 못 미치는 수치라는 점을 감안할 때, 앞으로 계속 인구가 유입될 것을 생각하면 베트남 정부의 특단의 조치가 필요한 상황인 것이죠.

코이카(KOICA)는 위와 같은 베트남의 주거 문제를 해결하기 위해 베트남 국토부와 사회주택을 공급하는 정책과 제도를 만들어주기로 포괄적인 협약을 체결하였습니다. 이를 위하여 도시계획, 건설금융, 법제 등으로 구성되는 연구팀이 꾸려졌고, 건설법센터가 베트남 사회주택의 건설, 공급기준과 이를 위한 금융 제도를 설계하는 역할을 담당하게 되었습니다.



[2019. 2. 22. 베트남 국토부와의 협약식 체결 모습]

김종보 교수님, 강신은 부장님, 최종권 박사님, 배기철 변호사님, 그리고 호치민시에 계시는 임범상 변호사님과 함께 베트남 수도인 하노이와 경제 중심지 호치민시(사이공)의 주거 실태를 둘러보았습니다. 강변에 곧 쓰러질 것같이 지어진 천막집부터 강남 못지않은 고급 주택가까지 그 스펙트럼은 매우 넓었습니다. 그러나 고급 상업주택들은 대개 외국인들이 소유하고 있으며 대다수의 베트남 국민들은 낙후된 주택에서 거주하고 있는 것이 현실입니다.

베트남 사회주택은 그 명칭이 주는 이미지와 달리 현대적인 시설을 갖춘 중상급 수준의 아파트였습니다. 즉, 유입되는 인구를 감당하기 위한 양질의 아파트를 대량 공급하는 것이 사회주택 공급 과제의 핵심인 것이죠. 저희 연구진은 1970년대 한국이 빠른 시간에 아파트를 보급할 수 있도록 설계되었던 주택법(주택건설촉진법)과 같은 법제가 현재 베트남에 필요하다는 큰 방향을 설정하고 돌아왔습니다.

베트남 국민들이 안전한 집에서 안락하게 살아갈 수 있도록 열심히 주택법을 연구하고 있습니다. 건설법센터가 제안한 제도를 기반으로 베트남의 도시 풍경이 어떻게 변해갈지 관심을 갖고 지켜봐주시기 바랍니다.

## 『건설법연구』 간행규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

제1조 (목적) 본 규정은 ‘서울대학교 법학연구소 건설법센터’와 ‘건설법연구회’(이하 총칭하여 “학회”라 한다)가 학회지를 간행하는 데에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회) 학회지의 편집·간행에 관한 업무를 관장하기 위해 편집위원회를 둔다.

제4조 (간행주기)

① 학회지는 매년 3월과 9월에 간행한다. <개정 2019. 03. 25.>

② 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. <개정 2019. 03. 25.>

제6조 (수록물)

① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 연구회자료 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) 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다.

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

제9조 (편집위원회의 구성) 편집위원회는 위원장과 10인 내외의 위원으로 구성한다.

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 3인의 심사위원을 위촉한다.
- ② 제1항의 심사는 '논문심사서'를 작성하여 한다.
- 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 원고작성요령 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 3인의 논문심사서가 접수되면 아래의 종합판정기준을 기초로 하여 '게재확정', '수정 후 게재', '수정 후 재심사' 또는 '불게재'로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.

※ ◎ = 게재적합, ○ =수정 후 게재, △ =수정 후 재심사, × =게재부적합

|    | 심사위원 판정 | 편집위원회 종합판정 |
|----|---------|------------|
| 1  | ◎ ◎ ◎   | 게재확정       |
| 2  | ◎ ◎ ○   |            |
| 3  | ◎ ◎ △   |            |
| 4  | ◎ ○ ○   |            |
| 5  | ○ ○ ○   | 수정 후 게재    |
| 6  | ◎ ○ △   |            |
| 7  | ◎ ◎ ×   |            |
| 8  | ◎ △ △   | 수정 후 재심사   |
| 9  | ○ ○ △   |            |
| 10 | ◎ ○ ×   |            |
| 11 | ○ △ △   |            |
| 12 | ◎ △ ×   |            |
| 13 | ○ ○ ×   |            |
| 14 | △ △ △   |            |
| 15 | ○ △ ×   |            |
| 16 | △ △ ×   | 불게재        |
| 17 | ◎ × ×   |            |
| 18 | ○ × ×   |            |
| 19 | △ × ×   |            |
| 20 | × × ×   |            |

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 전항의 논문을 재심사하는 심사위원은 ‘게재적합’ 또는 ‘게재부적합’으로만 판정하며, 편집위원회는 재심사 결과 ‘게재적합’이 둘 이상이면 ‘게재확정’으로 최종 판정한다.

④ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 ‘불게재’로 최종 판정한다.

제17조 (원고의 편집) 학회지의 체계적이고 일관적인 편집을 통해 가독성을 높이기 위하여 편집위원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 원고작성요령에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

제18조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 주저자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

제19조 (정족수) 각조에서 정한 편집위원회의 의결, 판정 기타 결정은 본 규정에 다른 정함이 없으면 위원의 3분의 2 이상의 찬성에 의한다.

제20조 (공고 및 통지 방법)

- ① 공고는 인터넷상의 학회홈페이지에 게재하여 할 수 있다.
- ② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

제21조 (저작권 및 게재료)

- ① 학회는 학회지의 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. <개정 2019. 03. 25.>
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 인터넷, CD-ROM 기타 모든 전자적 매체에 의해 전송·배포할 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 금전적 권리를 주장하지 아니한다.

제22조 (간행재원) 학회지의 간행에 필요한 재원은 게재료, 출판수입, 광고수입 또는 판매수입, 기타 건설법센터의 지원비로 충당한다.

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

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

## 『건설법연구회』 연구윤리규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

제1조 (목적) 이 규정은 건설법연구회(이하 “본 학회”라 한다)가 주관하거나 본 학회 회원이 참여하는 각종 학술연구활동에 있어서 올바른 연구윤리를 정착시키고, 연구부정행위 발생시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)의 설치 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.

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

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

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

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 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 각목과 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 정회원·준회원 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, 연구이사, 출판이사 4인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다. <개정 2019. 03. 25.>
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

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·증인에 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 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.

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.
- 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·간접적으

로 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·의결 에서 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. 회원자격의 박탈 또는 정지
  - 2. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
  - 3. 기타 필요한 조치
- ② 건설법연구에 게재된 논문이 표절로 판명되거나 다른 학술지에 게재된 논문이 다시 게재된 것으로 판정이 된 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다. 1호 내지 4호의 조치는 반드시 병과한다.
  - 1. 논문의 게재취소
  - 2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지에 공지
  - 3. 향후 3년간 논문투고 금지
  - 4. 한국연구재단 등 관계 기관에 세부적인 사항을 통보
  - 5. 기타 필요한 조치
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 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 제17조의 통지를 받은

날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제19조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 학회 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 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

## 『건설법연구』 원고작성요령

2018. 12. 28. 제정

### 1. 원고작성기준

- (1) 원고는 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 전자우편을 통해 출판간사에게 제출하며, 원고분량은 도표, 사진, 참고문헌 포함하여 200자 원고지 50매 내외로 한다.
- (2) 원고는 『원고표지 - 제목 - 저자 - 국문 요지 - 국문 주제어(5개 이상) - 목차(로마자표시만) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지(선택) - 외국문 주제어(선택, 5개 이상)』의 순으로 작성한다.
- (3) 원고의 표지에는 논문제목, 저자명, 소속기관과 직책, 주소, 전화번호(사무실, 핸드폰)와 e-mail주소를 기재하여야 한다.
- (4) 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.
- (5) 논문의 저자가 2인 이상인 경우 주저자(First Author)와 공동저자(Corresponding Author)를 구분하고, 주저자·공동저자의 순서로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 주저자로 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.

### 2. 각주작성 요령

- (1) 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
  - 1) 저서 : 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수.
  - 2) 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제00권 제00호(출판년월), 면수.
  - 3) 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(000선생00기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수.
  - 4) 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.  
 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 00두0000 판결  
 결정 : 대법원 2000. 00. 00.자 00아0000 결정  
 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00.자 00헌가00 결정
  - 5) 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
  - 6) 외국판결 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
  - 7) 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면-122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135) 또는 S.(S. 120, S. 121 ff.)로 인용면수를 표기한다.
  - 8) 공저자는 ‘ / ’를 사용하여 표기한다.

9) 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.

(2) 앞의 각주를 그 다음에 다시 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 표준표기방식에 의한다.

(3) 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).

(4) 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, 0000년 00월 00일자.

### 3. 참고문헌

(1) 순서

국문, 외국문헌 순으로 정리하되, 각각 단행본, 논문, 자료의 순으로 정리한다.

(2) 국내문헌

1) 단행본의 경우 : 저자, 『서명』, 출판사, 출판년도

2) 논문의 경우 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제00권 제00호(출판년월).

(3) 외국문헌은 그 나라의 표준적인 인용방법과 순서에 의하여 정리한다.

### <건설법연구회 이사회 명단>

|      |     |
|------|-----|
| 회 장  | 채필호 |
| 총무이사 | 허지인 |
| 연구이사 | 정 원 |
| 출판이사 | 최종권 |
| 기획이사 | 김명종 |
| 재무이사 | 이강만 |
| 총무간사 | 김은정 |
|      | 정수호 |
| 연구간사 | 윤혜원 |
| 출판간사 | 배기철 |

### <건설법연구 편집위원회 명단>

|     |     |
|-----|-----|
| 위원장 | 강신은 |
| 위 원 | 채필호 |
|     | 성중탁 |
|     | 최종권 |
|     | 송시강 |
|     | 이강만 |
|     | 강의성 |
|     | 허강무 |
|     | 김현희 |
|     | 배기철 |
|     | 박건우 |

## 건설법연구 제1호

---

2019년 3월 29일 발행

발행처 서울대학교 법학연구소 건설법센터  
서울시 관악구 관악로1

발행인 김 종 보

편집인 최 종 권

---

# 건설법연구

제1호



서울대학교 법학연구소 건설법센터  
건설법연구회