

건설법연구

일반논문

재개발사업에 따른 수용과 손실보상 / 강신은

신택업자 정비사업 시행방식의 개선방향 / 김유정

지구단위계획과 불허용도 / 박건우

사업계획변경승인전 사업시행 관련 몇 가지 쟁점에 관한 연구 / 용석남

도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합 / 전진원

도시개발사업의 개발계획 변경과 소의 이익 / 주동진

건설법연구회 운영규정



서울대학교 법학연구소 건설법센터
건설법연구회

『건설법연구회』

제2호 2019. 10. 12.

일반논문

재개발사업에 따른 수용과 손실보상 / 강신은

신탁업자 정비사업 시행방식의 개선방향 / 김유정

지구단위계획과 불허용도 / 박건우

사업계획변경승인전 사업시행 관련 몇 가지 쟁점에 관한 연구 / 용석남

도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합 / 전진원

도시개발사업의 개발계획 변경과 소의 이익 / 주동진

건설법연구회 운영규정

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제2호 2019년 10월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 2, October 2019

재개발사업에 따른 수용과 손실보상

강 신 은*

국문초록

도시의 성장과 함께 이루어지는 개발사업에는 도시계획시설사업, 도시개발사업, 택지개발사업, 공공주택사업, 재개발사업 및 재건축사업 등 다양한 유형이 존재한다. 이 중에서 도시 안의 노후·불량한 건축물 밀집 지역을 개발하는 재개발사업이나 재건축사업은 다른 개발사업과 달리 공용수용이 아닌 관리처분계획을 통해 종전 토지등소유자의 소유권을 새로 건설하는 집합건물의 구분소유권과 공유대지 지분권으로 변환하는 공용환권이 활용된다. 공용환권과 함께 재개발사업은 재개발사업에 반대하는 토지등소유자의 권리를 수용재결을 통해 확보하지만, 재건축사업은 이런 경우 매도청구소송을 통해 재건축사업에 반대하는 비조합원의 권리를 박탈한다. 일반적으로 재개발사업과 재건축사업은 권리처분계획방식 또는 공용환권방식의 사업으로 이해되지만, 엄밀하게는 공용환권과 공용수용이 함께 사용되는 혼용방식의 개발사업으로 보아야 한다.

재개발사업은 재개발사업에 반대하는 토지등소유자의 권리를 확보하는 법적 수단으로 수용재결을 선택하면서 토지보상법이 준용되도록 규정하고 있다. 이에 따라 재건축사업과 달리 재개발구역 안의 토지등소유자 및 세입자에게는 주거이전비가 지급되고 영업보상 등이 이루어지지만, 토지보상법을 준용하는 과정에서 다양한 법적 분쟁과 논란들이 파생되고 있다. 이런 논란들을 정확하게 이해하기 위해서는 재개발사업을 규율하는 도시정비법과 토지보상법의 관계를 규명하고, 도시정비법에 존재하는 각종 특례규정을 자세히 살펴볼 필요가 있다. 이런 분석과정을 거쳐 재개발사업에 적용되는 도시정비법상 수용과 손실보상 규정의 문제점을 파악한 후 이에 대한 개선방안을 모색하였다.

* 법학박사, 한국토지주택공사

재개발사업은 토지보상법에 규정된 공익사업이지만 토지보상법에 규정된 다른 공익사업과 달리 순수한 수용방식이 아니다. 따라서 토지보상법상 조문이 그대로 적용되어서는 안 되고, 재개발사업의 특성에 맞게 준용되어야 한다. 이런 관점에서 보면 재개발사업의 수용과 손실보상에서 발생하는 문제점은 토지보상법이 예상하는 범위를 벗어나는 것으로, 도시정비법상 고유 문제로 보는 것이 옳다. 결론적으로 재개발사업의 수용과 손실보상에서 발생하는 문제점을 해결하기 위한 입법도 토지보상법을 개정할 것이 아니고, 도시정비법에 특례규정을 구체적으로 마련함으로써 극복하는 것이 바람직하다.

주제어 : 재개발사업, 관리처분계획방식, 공용수용, 토지보상법, 손실보상

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 토지보상법의 성격과 체계
- III. 재개발사업의 시행방식과 토지보상법과의 관계
- IV. 재개발사업에 따른 수용과 손실보상 규정의 문제점과 개선방안
- V. 결론

I. 들어가는 말

도시의 성장과 함께 이루어지는 개발사업에는 도시계획시설사업, 도시개발사업, 택지개발사업, 공공주택사업, 재개발사업 및 재건축사업 등 다양한 유형이 존재한다. 이 중에서 도시안의 노후·불량한 건축물 밀집 지역을 개발하는 재개발사업이나 재건축사업은 우리가 거주하는 곳에서 직접 보게 되고, 언론을 통해서도 자주 접하는 개발사업이다. 재개발사업이나 재건축사업은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 “도시정비법”이라 한다)에서 정비사업으로 통칭(統稱)되는데, 재개발사업은 주로 노후·불량한 단독주택이나 소형 점포 등이 밀집한 지역을 정비하는 사업으로,¹⁾ 재건축사업은 노후·불량한 공동주택단지를 정비하는 사업으로

1) 재개발사업은 우리가 일상적으로 사용하는 용어이지만, 현행 도시정비법상 재개발사업은 종전 도시정비법(2017. 2. 8. 전부 개정되기 전의 법률)에서 사용하던 도시환경정비사업과 주택재개발사업을 통합한 개념이다. 아울러 종전 도시정비법에서 사용하던 도시환경정비사업은 2002. 12. 30. 제정된 도시정비법이 종전 「도시재개발

이해할 수 있다.²⁾

재개발사업은 종전 「도시재개발법」상 도심재개발사업, 공장재개발사업 및 주택재개발사업을 모두 통합한 개념으로, 조합이 원칙적인 사업시행자가 되어 관리처분계획과 수용을 혼용한 사업방식으로 시행된다. 재건축사업은 종전 「주택건설촉진법」상 주택재건축사업을 승계한 개념으로, 재개발사업과 같이 조합이 원칙적인 사업시행자가 되어 관리처분계획과 매도청구를 혼용한 사업방식으로 시행된다. 재개발사업과 재건축사업은 모두 관리처분계획을 통해 종전 토지등소유자의 소유권을 새로 건설한 집합건물의 구분소유권과 공유대지 지분권으로 변환(공용환권:公用換權)한다는 점에서 일치한다. 하지만 재개발사업은 재개발사업에 반대하는 토지등소유자의 권리를 수용재결을 통해 확보하지만(좁은 의미의 공용수용:狹義의 公用收用), 재건축사업은 이런 경우 매도청구소송을 통해 재건축사업에 반대하는 비조합원의 권리를 박탈한다(넓은 의미의 공용수용:廣義의 公用收用).³⁾⁴⁾

재개발사업은 재개발사업에 반대하는 토지등소유자의 권리를 박탈하는 수단으로 수용재결을, 재건축사업은 매도청구를 택하고 있다. 이런 제도적 차이에 대해서 다수의 사람들은 재개발사업은 강한 공공성을 갖고 있으나, 재건축사업은 상대적으로 공공성이 약하기 때문이라고 설명한다. 하지만 재개발사업은 종전 「도시재개발법」상의 제도를, 재건축사업은 종전 「주택건설촉진법」상의 제도를 그대로 받아들인 결과일 뿐, 논리 필연적인 것은 아니다. 어쨌든 재개발사업에서 재개발사업에 반대하는 토지등소유자의 권리를 확보하는 법적 수단으로 수용재결을 선택하면서 재개발사업에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)이 준용된다(도시정비법 제65조제1항). 이에 따라 재건축사업과 달리 재개발구역 안의 토지등소유자 및 세입자에게는 주거이전비가 지급되고 영업보상 등이 이루어지지만, 이를 둘러싼 다양한 법적 분쟁과 논란들이 파생되고 있다.

이 글은 토지보상법과 도시정비법의 관계 규명을 통하여 재개발사업에 적용되는 수용과

법」상 도심재개발사업과 공장재개발사업을 통합한 용어였다.

2) 재건축사업은 2017. 2. 8. 전부 개정된 도시정비법에서 사용하는 용어로서 종전 도시정비법상 주택재건축사업을 승계한 개념이다. 도시정비법이 제정될 당시에는 주택재건축사업은 공동주택재건축사업과 단독주택재건축사업을 모두 포괄하는 개념이었으나, 단독주택재건축사업은 2012. 7. 31. 도시정비법 시행령 개정으로 폐지되었다. 이런 점을 고려하여 2017. 2. 8. 도시정비법 전부 개정 법률에서 재건축사업 대상을 공동주택으로 한정하고, 재개발사업과의 용어 균형을 위해 주택재건축사업을 재건축사업으로 명칭을 변경한 것이다.

3) 매도청구권은 형성권으로 상대방의 동의 없이 일방적으로 이루어지며 그 의사표시에 의해 법적 효과가 발생한다. 그러므로 매도청구의 의사가 적법하게 표시되면, 사업시행자와 미동의자 사이에는 매매계약과 유사한 법률관계가 생긴다. 김중보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018, 558-559면 참조. 그러나 필자는 매도청구권은 공법상 권리로서 법적 성질은 공용수용이라고 본다.

4) 헌법재판소는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따른 매도청구와 관련하여 매도청구권의 행사로 재건축불참자는 그 의사에 반하여 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 실질적으로 헌법 제23조제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수 있다고 판시한 바 있다(헌재 2006. 7. 27.자 2003헌바18 결정). 일반적으로 토지보상법에 따른 수용재결처분으로 행해지는 소유권 박탈을 공용수용이라고 하나, 필자는 이것을 협의의 공용수용으로, 수용재결처분 외의 방식에 따른 소유권 박탈(매도청구, 환지처분에 따른 소유권 소멸 등)을 포함하는 공용수용을 광의의 공용수용으로 부르기로 한다.

손실보상의 문제점을 지적하고, 그 개선방안을 제시하기 위한 것이다.

II. 토지보상법의 성격과 체계

1. 공용수용의 일반법(一般法)인 토지보상법

「대한민국 헌법」 제23조는 제1항에서 국민의 재산권을 보장한다는 원칙적인 조항을 두고, 같은 조 제3항에서 예외적으로 공공필요에 따라 재산권의 침해가 법률로 가능하도록 규정하면서 ‘수용’이라는 용어를 사용하고 있다. 헌법에 규정된 수용이란 토지보상법이 채택하고 있는 수용재결이라는 행정처분만을 지칭하는 것은 아니고, 공공필요에 따라 재산권자의 의사에 반한 재산권 박탈 일반을 의미하는 것이다. 이에 따라 도시개발사업에서의 환지처분이나 재건축사업에 있어서의 매도청구 역시 헌법이 규정한 수용의 개념에 포섭된다.⁵⁾⁶⁾

우리 헌법은 공공필요가 있는 경우 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 따라 재산권을 박탈하도록 규정하고 있을 뿐, 하나의 법률에 수용과 손실보상에 관한 모든 것을 담도록 정하고 있는 것은 아니다. 따라서 수용의 근거 법률로서 다수의 법률이 존재할 수 있는데, 그중에서 토지보상법은 헌법상 수용과 손실보상에 관한 일반법적 기능을 담당하도록 입법되었다.

토지보상법은 수용의 근거가 되는 공익사업을 폭넓게 열거하고, 공익사업에 공통으로 적용되는 수용재결의 절차와 손실보상의 내용 등을 세밀하게 정하고 있으며, 공익사업의 근거 법률이 별도로 존재하더라도 수용과 손실보상에 관한 자세한 규정들이 해당 공익사업에도 당연히 적용되는 것을 전제로 입법되어 있다.⁷⁾⁸⁾

이는 토지보상법의 목적에서도 명확히 나타난다. 토지보상법은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모함을 목적으로 한다(토지보상법 제1조). 토지보상법은 해당 법률이 적용되는 공익사업으로 국방·군사에 관한 사업을 비롯하여 다양한 사업을 열거하면서 “그 밖에 별표에 규정된

5) 환지방식의 도시개발사업의 경우 환지처분에 따라 소멸되는 소유권은 토지 소유권이며, 건축물이나 공작물 등은 이전·제거의 허가 및 손실보상금 지급방식으로 소유권을 박탈한다(「도시개발법」 제38조). 이 경우 손실보상의 기준에 관하여는 토지보상법이 준용되어 사업시행자는 영업 손실의 보상, 주거이전비 지급 등을 하여야 한다(「도시개발법」 제65조제5항).

6) 김종보, 앞의 책, 570-571면.

7) 토지보상법의 일반법적 지위에 관한 자세한 내용은 김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007), 297면 참조.

8) 다만, 토지보상법이 공용수용의 일반법이라는 의미는 수용재결 형식의 수용에 관해서 그렇다는 것이고 환지처분이나 매도청구 등과 같은 특수한 형태의 공용수용에도 무조건 적용된다는 것은 아니다.

법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”도 토지보상법상 공익사업으로 규정하고 있다(토지보상법 제4조제8호).⁹⁾¹⁰⁾

2. 토지보상법상 수용절차

토지보상법은 토지 등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업을 공익사업이라 부르고, 이를 한정적으로 열거하고 있다(토지보상법 제4조 및 별표). 그런데 토지보상법은 공익사업 인허가를 직접 규율하는 법은 아니다. 공익사업 인허가에 관련된 사항은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다), 「도시개발법」 등 개별 개발사업법에 규정되어 있고, 토지보상법은 공익사업을 위한 준비절차, 공익사업 시행자에 수용권을 부여하는 사업인정, 사업인정 전후의 협의 취득과 사업인정 후 수용에 관한 절차 및 손실보상에 관한 사항을 규율한다.

(1) 공익사업의 준비

사업시행자는 공익사업을 준비하기 위하여 타인이 점유하는 토지에 출입하여 측량하거나 조사할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 공익사업의 종류와 출입할 토지의 구역 및 기간을 정하여 행정청의 허가를 받아야 하며, 행정청이 허가한 경우에는 이를 공고하고 토지점유자에게 통지하여야 한다(토지보상법 제9조제1항부터 제3항까지). 그 후 사업시행자가 타인이 점유하는 토지에 실제로 출입하려는 경우 출입하려는 날의 5일 전까지 그 일시 및 장소를 행정청에 통지하여야 하며, 행정청은 이를 공고하고 토지점유자에게 통지하여야 한다(토지보상법 제10조제1항 및 제2항).

토지점유자는 정당한 사유 없이 사업시행자가 출입, 측량 또는 조사하는 행위를 방해하지 못하며, 사업시행자는 측량 또는 조사를 할 때 부득이한 경우 장애물을 제거하거나 토지를 파는 행위를 할 수 있고, 장애물 제거 등으로 발생하는 손실은 보상하여야 한다(토지보상법 제11조 및 제12조).

한편 토지보상법상 공익사업 준비를 위한 규정에도 불구하고 개별 개발사업법에서 이에

9) 토지보상법 별표 제36호에서 도시정비법 제38조에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업이 규정되어 있으므로(다만, 2017. 2. 8. 전부 개정되기 전 도시정비법 조문으로 규정되어 있다), 정비사업은 토지보상법 제4조 제8호에 규정된 공익사업에 해당하며, 토지보상법상 규정들이 일반적으로 적용된다. 하지만 도시정비법 제65조 제1항에서는 정비사업과 관련하여 토지보상법이 준용되도록 규정되어 있어 모순되는 점이 있는바, 이에 대해서는 후술한다.

10) 판례는 종전 「도시저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법」상 주거환경개선사업에 대하여 종전 토지보상법 제4조제5호 소정의 ‘지방자치단체나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택의 건설에 관한 사업’ 또는 제4조제7호 소정의 ‘그 밖에 다른 법률에 의하여 토지등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업’인 공익사업에 해당한다고 판시한 바 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010다80749 판결).

관한 특별 규정을 두는 경우가 많다. 예를 들면 국토계획법 제130조 및 제131조가 이에 해당하는데,¹¹⁾ 국토계획법 제130조제2항에 따르면 사업시행자가 실제 출입하려는 날의 7일 전까지 그 토지의 소유자·점유자 또는 관리인에게 그 일시와 장소를 통지하도록 규정하고 있다. 이 규정은 토지보상법 제10조제1항의 특별 규정으로, 특별법 우선의 원칙에 따라 사업시행자는 이 규정을 따라야 한다.

(2) 사업인정 전 협의

사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 토지보상법 제20조에 따른 사업인정 전에 협의로 토지 등을 취득할 수 있다(토지보상법 제14조제1항). 이 경우 최소한 공익사업의 계획은 확정되어 있어야 한다(토지보상법 시행령 제7조제1항).

사업시행자가 사업인정 전 협의를 하기 위해서는 토지조서와 물건조서를 작성하여야 한다(토지보상법 제14조). 사업시행자는 토지조서와 물건조서를 작성하였을 때에는 공익사업의 개요, 토지조서와 물건조서의 내용과 보상의 시기·방법 및 절차 등이 포함된 보상계획을 일간신문에 공고하고, 토지소유자 및 관계인에게 각각 통지하며, 그 내용을 14일 이상 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다(토지보상법 제15조).

사업시행자는 토지등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하며, 협의가 성립되었을 때에는 토지소유자 및 관계인과 계약을 체결하여야 한다(토지보상법 제16조 및 제17조).

한편 실무에서는 토지보상법상 사업인정 전 협의는 거의 이루어지지 않는다. 판례상 사업인정 전 협의는 사법상 계약으로,¹²⁾ 사업인정 후 협의와 달리 관할 토지수용위원회에 협의 성립의 확인을 신청할 수 없고(토지보상법 제29조), 수용을 위해 반드시 거쳐야 할 필수 절차가 아니기 때문이다.

(3) 사업인정

사업인정은 그후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로, 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권자로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다.¹³⁾

11) 이와 유사한 입법례로는 「택지개발촉진법」 제10조, 「도시개발법」 제64조 및 제65조 등이 있다.

12) 필자는 원칙적으로 사업인정 전 협의는 공법상 계약으로 본다. 하지만 토지보상법은 공익사업이라 하더라도 사업인정을 받아야 수용할 수 있게 되어 있으므로, 공익사업이라고 해도 수용권이 부여되지 않을 수 있다. 이런 점에서 보면 사업시행자와 토지소유자 간의 협의를 사법상 계약으로 볼 여지가 있다.

13) 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결.

사업시행자가 공익사업을 위해 토지등을 수용하려면 반드시 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다(토지보상법 제20조제1항). 국토교통부장관이 사업인정을 하려면 관계 중앙행정기관의 장, 시·도지사 및 중앙토지수용위원회와 협의하여야 하며, 사업인정에 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 한다(토지보상법 제21조제1항). 국토교통부장관이 사업인정을 하였을 때에는 사업시행자, 토지소유자 및 관계인, 관계 시·도지사에게 통지하고, 관보에 고시하여야 한다(토지보상법 제22조).

그런데 실무에서는 국토교통부장관이 사업인정을 하는 경우는 거의 없다. 왜냐하면 공익사업의 근거 법률인 개별 개발사업법에서 해당 공익사업의 인허가 등이 있는 경우 토지보상법상 사업인정이 의제되는 것으로 규정한 경우가 대부분이기 때문이다.¹⁴⁾ 이에 따라 토지보상법은 사업인정이 있는 것으로 의제되는 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 지구지정 등을 하려는 경우 중앙토지수용위원회와 협의하고, 사업인정에 이해관계가 있는 자의 의견을 듣도록 하는 특별 규정을 두고 있다(토지보상법 제21조제2항).¹⁵⁾

(4) 사업인정 후 협의

사업인정을 받은 사업시행자는 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고·통지 및 열람, 보상액의 산정과 토지소유자 및 관계인과의 협의 절차를 거쳐야 한다.¹⁶⁾ 사업인정 이전에 협의 절차를 거쳤으나, 협이가 성립되지 아니하고 토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없는 경우에는 협의 절차를 생략할 수 있다. 다만, 사업시행자나 토지소유자 및 관계인이 협의를 요구할 때에는 협의하여야 한다(토지보상법 제26조).

(5) 수용재결

사업인정 후 협이가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 때에는 사업시행자는 사업인정 고시가 된 날부터 1년 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다(토지보상법 제28조). 토지수용위원회가 재결신청서를 접수하였을 때에는 지체없이 공고하고, 공고한 날부터 14일 이상 관계 서류의 사본을 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다(토지보상법 제31조). 토지수용위원회는 열람 기간이 지났을 때에는 조사 및 심리를 거쳐, 심리를 시작한 날

14) 도시정비법 제65조제2항, 도시개발법 제22조제3항 등. 이러한 특례규정이 있으면 공익사업에 관한 인허가 후에 별도의 사업인정절차를 거칠 필요가 없으므로 신속한 공익사업 추진이 가능하다.

15) 토지보상법 제21조제2항은 2018. 12. 31. 개정되어 2019. 7. 1. 시행될 예정이다. 종전에는 중앙토지수용위원회와 이해관계인의 의견을 듣도록 규정되어 있었다. 중앙토지수용위원회의 의견 청취를 중앙토지수용위원회와의 협의로 변경함으로써 중앙토지수용위원회의 권한을 강화한 것으로 이해할 수 있으나, 협이가 동의와 같은 의미인지 불분명하다.

16) 필자는 사업인정 후 협의의 법적 성질은 공법상 계약으로 본다. 공법상 계약설이 우리나라의 다수설로 되어 있다(류해웅, 『신수용보상법론』, 부연사, 2012, 255면).

부터 14일 이내에 재결을 하여야 한다(토지보상법 제32조 및 제35조).

사업시행자는 토지수용위원회가 재결로써 결정한 수용의 개시일까지 토지수용위원회가 결정한 보상금을 지급하여야 하며, 사업시행자가 수용의 개시일까지 보상금을 지급하거나 공탁하지 아니하였을 때에는 해당 재결은 효력을 상실한다(토지보상법 제40조 및 제42조).

3. 토지보상법상 손실보상

토지보상법은 공익사업에 필요한 토지 등의 협의 취득 또는 수용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실을 보상하기 위한 원칙과 손실보상의 종류와 기준 등을 정하고 있고, 공익사업의 근거 법률인 개별 개발사업법에서는 손실보상에 관해 특별한 규정을 두지 않는 것이 일반적이다.

토지보상법상 손실보상의 원칙으로는 사업시행자 보상, 사전보상, 현금보상, 개인별 보상, 일괄보상, 사업시행 이익과의 상계금지 및 해당 공익사업으로 인한 가격 변동 배제 등이 있다(토지보상법 제61조부터 제67조까지). 한편 토지보상법은 수용의 대상이 되는 토지, 물건 및 권리 외에 영업손실, 농업손실, 임금손실의 보상에 관한 규정을 두고 있으며, 이주대책, 주거이전비, 이사비, 이농비(離農費), 이어비(離漁費) 등에 관한 보상 규정도 두고 있다.

토지보상법은 손실보상을 노린 투기행위를 방지하기 위하여 사업인정 고시일을 기준으로 손실보상을 하도록 규정하고 있다. 이에 따라 사업인정 고시가 있는 후에는 누구든지 토지의 형질 변경이나 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치(增置)를 할 수 없으며, 이를 위반한 경우 원상으로 회복하여야 하며 손실의 보상을 청구할 수 없다(토지보상법 제25조). 토지의 평가 역시 사업인정 후 취득의 경우 사업인정 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 해당 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 그 사업인정 고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 기준으로 평가한다(토지보상법 제70조제4항).¹⁷⁾

여기에서 유의할 점은 토지보상법은 사업인정 후 1년 이내에 사업시행자가 모든 손실보상과 관련된 협의를 완료하고 재결을 신청하도록 규정하고 있다는 점이다.¹⁸⁾ 따라서 토지보상법은 사업인정 후 손실보상이 조속 완료되는 것을 전제로 손실보상의 기준을 정하고 있다.

17) 다만, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고되거나 고시됨으로 인하여 취득하여야 할 토지의 가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 공시지가는 해당 공고일 또는 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 그 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 그 공익사업의 공고일 또는 고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다(토지보상법 제70조제5항).

18) 토지보상법 제23조제1항에서는 사업시행자가 사업인정의 고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니한 경우에는 사업인정 고시가 된 날부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정이 실효된다고 규정하고 있다. 이렇게 되면 사업시행자는 더 이상 수용절차를 진행할 수 없기 때문에, 사실상 사업인정 고시가 된 날부터 1년 이내에 수용재결을 신청할 수밖에 없다.

하지만 공익사업의 근거 법률인 개별 개발사업법에서 토지보상법의 규정에도 불구하고 수용 재결의 신청기한을 사업인정 후 1년 이내에서 개발사업 기간 내로 대폭 늘려 규정하고 있다. 이에 따라 손실보상이 장기간 지연되고 다양한 법적 분쟁과 논란이 발생하고 있으나, 토지보상법 규정만으로는 이에 대처하기 어렵다.¹⁹⁾

III. 재개발사업의 시행방식과 토지보상법과의 관계

1. 재개발사업의 시행방식

일반적으로 재개발사업은 사업시행자가 인가받은 관리처분계획에 따라 건축물을 건설하여 공급하는 방법(관리처분계획방식)과 환지로 공급하는 방법(환지방식)으로 시행된다(도시정비법 제23조제2항). 그러나 환지로 공급하는 방법은 현재 거의 활용되지 않고 있으므로, 재개발사업의 시행방식은 관리처분계획방식으로 이해해도 무방하다.²⁰⁾

(1) 일본 재개발사업의 권리변환방식과 관리처분방식²¹⁾

우리나라 법률들이 대부분 일본 법률들을 참조해서 제정·운영되어 온 것은 부인할 수 없는 사실이다. 재개발사업에 관한 근거 조문들도 일본으로부터 유래한 것이므로 일본 「도시재개발법」 상 재개발사업에 대해 간략히 살펴 본다.

일본 「도시재개발법」 상 시가지재개발사업에는 제1종 시가지재개발사업과 제2종 시가지재개발사업이 있다. 제1종 시가지재개발사업은 주로 조합이 시행하며 권리조정수법으로 권리변환방식을 채택하고, 제2종 시가지재개발사업은 주로 행정청이 시행하며 권리조정수법으로 관리처분방식을 채택하고 있다.

권리변환방식이란 종전 권리자의 권리가 사업시행자가 수립한 권리변환계획에 따라 권리변환기일에 새롭게 건축될 건축물 등에 관한 권리로 일괄적으로 변환되는 것으로, 종전 권리자가 분양신청을 하는 것이 아니라 분양제외 신청을 하여야 하며, 수용절차가 필요 없다.²²⁾ 관리처분방식(전면매수방식 또는 수용방식으로도 부른다)이란 지구 내의 모든 권리를

19) 토지보상법은 손실보상에 관한 일반법이므로 개별적인 개발사업과 관련되어 발생하는 손실보상의 기준 등의 문제점은 토지보상법 개정이 아니라 특별법인 개발사업법에서 규율하는 것이 바람직하다.

20) 필자는 일반적인 견해에 따라 관리처분계획방식(일본의 관리처분방식과 구별을 위해 관리처분계획방식이라고 쓴다)이라는 표현을 사용했지만, 정확하게는 관리처분계획과 수용을 혼용한 방식이다. 「도시개발법」 상 도시개발사업은 수용방식, 환지방식 및 혼용방식을 명확하게 구분하고 있다.

21) 강신은, 『2018 개정 도시정비법에 따른 재개발·재건축 개정조문 해설』, 도시개발신문, 2018, 84-85면 참조.

22) 권리자가 권리변환계획에 따라 권리변환기일에 해당 권리를 잃게 되면, 사업시행자는 권리변환기일까지 손실보상금을 지급하여야 한다. 강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 97면 참조.

사업시행자가 협의 매수 또는 수용하는 것을 원칙으로 하고, 종전의 권리자가 새로 건축되는 건축물 등에 대한 양수희망을 신청하는 경우 사업시행자가 수립한 관리처분계획에 따라 해당 건축물 등을 분양받을 수 있다.

(2) 우리나라 재개발사업 시행방식의 변화²³⁾

1) 관리처분방식의 도입

우리나라 재개발사업은 일본과 달리 제1종, 제2종의 구분이 없고, 사업시행자가 관리처분계획을 수립하도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 국내에서는 사업시행자가 수립한 관리처분계획을 권리변환계획으로 이해하며, 법학에서는 공용권으로 설명하는 것이 일반적이다. 일본에서는 전혀 다른 사업방식인데, 우리나라는 관리처분방식과 권리변환방식을 같은 것으로 오해하고 있다.

우리나라 재개발사업에 관한 근거 조문은 1971. 1. 19. 「도시계획법」 개정을 통해서 처음 마련되었다. 이 조문들을 종합해보면 1971. 1. 19. 「도시계획법」 개정으로 도입된 재개발사업은 행정청과 조합을 사업시행자로 규정하고, 일본의 권리변환방식이 아닌 관리처분방식을 채택한 것으로 보아야 한다. 종전 「도시계획법」 제35조제1항에서는 “분양을 희망하는 자에 대하여는 관리처분계획에 의한 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 그 토지 또는 건축물을 수용할 수 있다.” 고 규정하고, 같은 법률 제50조제3항에서는 “토지 또는 건축물을 수용당한 자로서 분양신청을 하지 아니한 자”에 대해서는 보상을 하여야 한다는 규정이 이를 방증(傍證)한다. 1971. 1. 19. 개정된 「도시계획법」에서는 토지등소유자 중 분양신청을 한 자에 대해서는 “청산금”이라는 용어를 사용하고, 분양신청을 하지 아니한 자에 대해서는 “보상”이라는 용어를 사용한다.

2) 권리변환방식으로서의 전환

1971. 1. 19. 개정된 「도시계획법」에 포함되었던 재개발사업에 관한 사항은 1976. 12. 31. 「도시재개발법」 제정(1977. 7. 1. 시행)으로 분리되었다. 1971. 1. 19. 개정된 「도시계획법」상 재개발사업은 행정청이 원칙적인 사업시행자로, 일본의 관리처분방식을 채택하였지만, 1976. 12. 31. 제정된 「도시재개발법」상 재개발사업은 조합이 원칙적인 사업시행자로, 일본의 권리변환방식을 채택하고 있다.

그런데 제정된 「도시재개발법」은 종전의 관리처분계획이라는 용어를 일본처럼 권리변환

23) 강신은, 앞의 책, 85-95면 참조.

계획이란 용어로 변경하지 않았다. 이에 따라 일본에서는 관리처분방식과 권리변환방식이 전혀 다른 제도임에도 우리는 관리처분방식과 권리변환방식은 같은 것으로 잘못 이해하게 된 것이다.

3) 권리변환방식과 수용방식을 혼용한 방식

1976. 12. 31. 제정된 「도시재개발법」에 따르면 분양신청을 하지 아니한 토지등소유자에 대해서는 사실상 조합이 수용권을 행사할 수 없고, 가청산을 거쳐 분양처분 고시 이후에 청산을 하여야 한다. 하지만 재개발사업이 완료될 때까지 분양신청을 하지 아니한 토지등소유자의 소유권을 정리 및 청산하지 못하는 것은 해당 현금청산대상 조합원뿐만 아니라 조합에 게도 유리한 것이 아니다.

이에 1982. 12. 31. 「도시재개발법」을 개정(1983. 1. 31. 시행)하여 조합이 사업시행자인 경우에도 분양 신청하지 않은 자의 토지 등을 현금 보상을 조건으로 수용할 수 있게 허용하였다.²⁴⁾ 이렇게 되면 조합은 이론상 분양신청을 하지 않은 토지등소유자에 대해서 가청산과 청산이라는 제도를 이용하거나(다만, 1995. 12. 29. 전부 개정되어 1996. 6. 30. 시행된 종전 「도시재개발법」에 따라 가청산 제도는 폐지되었다) 수용제도를 이용할 수 있게 된다. 조합은 두 개의 제도 중에서 하나를 선택할 수 있지만, 수용제도를 선택하는 것이 더 현실적이고 편리하다.

결국 1982. 12. 31. 「도시재개발법」 개정으로 우리나라 재개발 사업방식은 수용이 없는 일본의 권리변환방식과 달리 권리변환방식과 수용방식을 혼용하는 사업방식으로 완전히 바뀌었고,²⁵⁾ 현행 도시정비법도 전체적으로 그 틀을 유지하고 있다.²⁶⁾

2. 재개발사업과 관련된 수용에 관한 규정과 토지보상법의 관계

(1) 토지보상법의 준용

토지보상법은 별표에 규정된 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업을 공익사업으로 규정하고 있으며(토지보상법 제4조제8호), 토지보상법 별표 제36호에서는 “도

24) 개정 전에는 지방자치단체, 대한주택공사, 특수법인 및 제3개발자만이 현금으로 수용할 수 있었다(종전 「도시재개발법」 제38조제2항). 조합에 수용권을 부여하면 조합이 재개발사업 시행에 필요한 토지 등을 적시에 확보하여 사업 추진이 원활하게 되고, 수용당하는 토지등소유자는 조기에 적절한 보상을 받게 되는 이점이 있다.

25) 일본의 관리처분방식은 사업시행자가 재개발구역 안의 토지 등에 대한 소유권을 모두 확보한다는 점에서 우리나라 재개발사업의 관리처분계획방식과 다르다.

26) 현행 도시정비법은 종전 「도시재개발법」과 달리 분양신청을 하지 않은 토지등소유자의 종전재산에 대해서는 반드시 협의를 거쳐 수용하도록 규정하고 있다.

시정비법 제38조에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”을 명시하고 있다.²⁷⁾ 문리적으로만 보면 재개발사업도 공익사업이므로 토지보상법이 당연 적용되는 것으로 해석할 여지가 있다.

하지만 도시정비법 제65조제1항에서는 도시정비법에 규정된 사항을 제외하고는 토지보상법이 ‘적용’ 되는 것이 아니라 ‘준용’ 되는 것으로 규정되어 있다. 일반적으로 준용이란 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하지만, 본질이 다른 사항에 대하여, 필요한 경우 조금의 수정을 가하여 적용하는 것을 말한다. 재개발사업의 경우 순수한 수용방식이 아니라 관리처분계획방식을 보완하는 차원에서 수용을 예외적으로 혼용하는 것이므로, 토지보상법상 규정들이 모두 적용되거나, 그대로 적용되는 것으로 해석하는 것은 옳지 않다. 도시정비법의 입법목적, 재개발사업의 특성, 재개발사업과 관련된 조문의 체계나 내용 등 모든 사정을 고려하여 토지보상법상 규정들이 합목적적으로 준용되어야 한다는 점에 유의할 필요가 있다.

(2) 토지보상법과 다른 특례규정

1) 일반적인 특례규정

정비사업과 같이 수용을 수반하는 개발사업에 관한 대부분의 개별 법률들은 해당 법률에서 수용에 관한 근거 조문과 토지보상법을 준용하는 근거 조문을 두면서 토지보상법과 다른 특례 몇 가지를 두는 것이 일반적이다. 이 경우 특례규정은 주로 사업인정의 의제와 재결신청 기간에 관한 특례이다.

① 토지보상법상 사업인정·고시의 의제

토지보상법을 준용하는 경우 사업시행계획인가 고시(시장·군수등이 직접 정비사업을 시행하는 경우에는 사업시행계획서의 고시를 말한다)가 있을 때에는 토지보상법 제20조제1항 및 제22조제1항에 따른 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 본다(도시정비법 제65조제2항).

이와 관련하여 유의할 점은 2018. 12. 31. 토지보상법 개정으로 도시정비법상 사업시행계획의 인가권자가 사업인정이 의제되는 사업시행계획 인가를 하려는 경우 중앙토지수용위원회와 협의하여야 하며, 사업인정에 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 한다는 점이다(토지보상법 제21조제2항). 만일 이러한 절차를 거치지 않게 되면 사업시행계획 인가 자체는 취소 또는 무효의 대상이 아니라 하더라도, 사업인정은 의제되지 않는다고 보아야 한다.

²⁷⁾ 도시정비법 제38조는 종전 도시정비법상 규정으로 현행 도시정비법 제63조에 해당한다.

② 재결신청 기간의 특례

도시정비법에 따른 수용재결의 신청은 토지보상법 제23조 및 제28조제1항에도 불구하고 사업시행계획인가(사업시행계획변경인가를 포함한다)를 할 때 정한 사업시행기간 이내에 하여야 한다(법 제65조제3항).

토지보상법 제23조제1항에서는 사업시행자가 사업인정의 고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니하는 경우 사업인정 고시가 된 날부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정은 그 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 따라서 특별 규정이 없다면 재개발사업의 경우에도 사업시행계획인가 고시일부터 1년 이내에 수용재결을 신청하지 않으면 사업인정이 실효된다.²⁸⁾ 이런 문제점을 회피하기 위해서 도시정비법은 토지보상법 제23조제1항에 대한 특례 규정을 마련하고 있다.²⁹⁾

2) 도시정비법에만 존재하는 특례규정

① 손실보상의 기준 및 절차의 특례

정비사업은 다른 공익사업과 달리 해당 공익사업이 시행된다는 사실이 일반 국민에게 알려지는 정비구역 지정처분 단계 이후 사업시행자가 등장하고, 사업시행계획인가 및 관리처분계획인가 등의 다단계 행정처분을 거쳐야 한다. 이에 따라 정비사업 시행에 상당한 시간이 걸리므로, 다른 공익사업과 달리 손실보상의 절차와 기준에 있어서 일정 부분 특례를 인정할 필요가 있다.

도시정비법 제65조제1항 단서에서는 정비사업의 시행에 따른 손실보상의 기준 및 절차는 대통령령으로 정할 수 있다는 특례규정을 두고 있는데, 다른 개발사업법에서는 찾아보기 어려운 독특한 조문이다. 이 조문은 용산 참사를 계기로 장기간에 걸쳐 사업이 진행되는 정비사업의 특성을 고려하여 신설된 것으로, 2009. 2. 6. 도시정비법 개정으로 처음 도입될 당시에는 손실보상의 절차에 대해서만 특례규정을 둘 수 있게 규정되었다가 2009. 5. 27. 도시정비법 개정으로 “손실보상의 절차”가 “손실보상의 기준 및 절차”로 다시 변경되었다.

도시정비법 제65조제1항 단서의 위임에 따라 도시정비법 시행령 제54조에 구체적인 특례규정이 마련되어 있는데, 그 내용의 요지는 다음과 같다.

28) 물론 사업인정이 실효된다고 하여 사업시행계획인가도 동시에 실효되는 것은 아니다. 토지보상법에 따라 새로 사업인정을 받는다면 이에 더 잡아 다시 1년 이내에 수용재결을 신청하는 것도 가능하다.

29) 2017. 2. 8. 도시정비법 개정으로 사업시행계획인가라는 개념 안에 사업시행계획변경인가를 포함한다는 문구를 추가하였는데, 이는 판례에 따라 인정되던 내용을 반영한 것이다. 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000두5142 판결 참조.

- 가. 정비구역 지정을 위한 공람공고일부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물의 소유자는 이주대책대상자에서 제외한다.
- 나. 영업의 휴업에 대하여 손실을 평가하는 경우 영업의 휴업기간은 4개월 이내로 한다.
- 다. 영업손실 보상대상자의 인정 시점은 정비구역 지정을 위한 공람공고일로 본다.
- 라. 주거이전비 보상대상자의 인정 시점은 정비구역 지정을 위한 공람공고일로 본다.

② 현물보상의 특례

도시정비법 제65조제4항에 따라 사업시행자가 대지 또는 건축물을 현물 보상하는 경우에는 토지보상법 제42조에도 불구하고 준공인가 이후에도 할 수 있다.

③ 수용재결 신청 지연에 따른 가산금에 대한 특례

토지보상법 제30조에 따르면 사업인정 고시가 된 후 협의가 성립되지 않으면 토지소유자는 서면으로 사업시행자에게 재결을 신청할 것을 청구할 수 있고, 사업시행자가 그 청구를 받은 날부터 60일을 넘겨서 재결을 신청하였을 때에는 그 지연된 기간에 대하여 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 따른 법정이율을 적용하여 산정한 금액을 재결 보상금에 가산하여 지급하여야 한다.

그러나 2017. 2. 8. 도시정비법 개정으로 분양신청을 하지 아니한 토지등소유자에 대해서는 협의 기간 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결 신청을 의무화하고, 이를 위반할 경우 지연일수에 따른 지연이자(기간에 따라 5%에서 15%)를 지급하도록 하는 규정이 신설되었다(도시정비법 제73조제2항 및 제3항, 도시정비법 시행령 제60조제2항). 이에 따라 토지보상법 제30조는 준용될 여지가 없다.

④ 판례에 따라 인정되는 특례

대법원 판례에 따르면 재개발사업의 경우 토지보상법에 따라 보상계획을 공고하고 토지소유자 또는 관계인에게 보상계획을 통지하는 절차를 거칠 필요가 없고, 도시정비법에 따른 사업시행계획서의 공람 공고 및 통지 절차를 거치는 것으로 충분하다고 본다.³⁰⁾³¹⁾

30) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두13890 판결.

31) “토지보상법상 협의 및 그 사전절차를 정한 토지보상법 제14조(토지조서 및 물건조서의 작성), 제15조(보상계획의 공고·통지 및 열람), 제16조(사업시행자와의 협의) 및 제68조(감정평가업자를 통한 보상액의 산정)는 도시정비법 제40조제1항(현행 도시정비법 제65조제1항) 본문에서 말하는 ‘이 법에 규정된 사항’에 해당하므로

⑤ 세입자 보호와 관련된 특별규정

도시정비법은 정비구역 안에 거주하던 세입자를 보호하기 위해서 토지보상법에는 없는 특별한 규정을 마련하고 있다. 우선 사업시행자가 정비사업의 시행으로 임대주택을 건설하는 경우 기준일(정비계획의 공람공고일 또는 시장·군수등이 시·도지사의 승인을 받아 따로 정하는 날) 3개월 전부터 정비구역에 거주하는 세입자로서 입주할 희망하는 자에게 임대주택을 공급하여야 하며(도시정비법 시행령 제69조제1항 및 별표3), 임시거주시설에 거주하게 하거나 주택자금의 융자 알선 등 임시거주에 상응하는 조치를 하여야 한다(도시정비법 제61조제1항).³²⁾

아울러 사업시행자가 법령이 정한 손실보상의 기준 이상으로 세입자에게 주거이전비를 지급하거나 영업손실을 보상하는 경우, 법령이 정한 손실보상에 더하여 임대주택을 추가로 건설하거나 임대상가를 건설하는 등 추가적인 세입자 손실보상 대책을 수립하여 시행하는 경우에는 해당 정비구역에 적용되는 용적률의 100분의 125 이하의 범위에서 조례로 용적률을 완화하여 적용받을 수 있다(도시정비법 제66조).

IV. 재개발사업에 따른 수용과 손실보상 규정의 문제점과 개선방안

1. 수용 근거 조문의 중복과 수용절차 개시 시점의 문제

도시정비법 제63조는 사업시행자가 정비사업을 시행하기 위하여 토지보상법에 따라 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 취득할 수 있다는 규정을 두면서, 재개발사업과 관련해서는 제73조에 별도의 협의 및 수용 근거를 두고 있다.

도시정비법 제63조는 주거환경개선사업과 재개발사업에 공통으로 적용되는 조문처럼 규정되어 있지만,³³⁾ 엄밀하게 이야기하면 수용방식(공동주택건설방식)의 주거환경개선사업(도시정비법 제23조제1항제2호)과 관리처분계획과 수용을 혼용한 방식의 주거환경개선사업·재개

도시정비법상 현금청산대상자(현행 도시정비법 제73조제1항에 따른 손실보상 대상자)인 토지등소유자에 대하여는 준용될 여지가 없다.” 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48877 판결 참조.

32) 사업시행자는 시·도조례로 정하는 바에 따라 상가세입자에게 정비사업 완료 후 우선 분양권을 부여할 수 있다(도시정비법 시행령 제47조제2항제15호). 또한 상가세입자가 사용할 수 있도록 임시상가를 설치할 수 있으나, 강행규정은 아니다(도시정비법 제61조제5항). 상가세입자의 대체매장 조성비용, 권리금 보전액 등은 인정되지 않아 현실적인 손실보상에는 한계가 있다(최재용/고민구/서순탁, “도시정비사업에서 세입자 손실보상 실태분석과 제도개선 방안”, 『한국정책연구』 제12권 제4호(2012. 12), 614면).

33) 도시정비법 제63조는 도시정비법 제26조제1항제1호 및 제27조제1항제1호에 해당하는 재건축사업도 적용되는 것으로 규정되어 있으나, 해당 재건축사업은 실제로 거의 시행되지 않는다.

발사업(도시정비법 제23조제1항제4호 및 제2항)에 적용되는 조문이다.³⁴⁾ 아울러 도시정비법 제73조는 관리처분계획과 수용을 혼용한 방식의 주거환경개선사업·재개발사업에 적용되는 조문이다. 결론적으로 재개발사업의 경우 수용과 관련된 두 개의 조문이 동시에 적용되는 바, 이것을 제대로 이해하기 위해서는 법률의 개정 연혁을 다시 확인할 필요가 있다.

(1) 수용 근거 조문의 변천

1) 도시정비법 제정 전 수용제도³⁵⁾

도시정비법이 제정되기 전 「도시재개발법」은 현금청산 조합원이 되는 자를 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청을 철회한 자 및 관리처분계획의 기준에 따라 분양대상에서 제외된 자로 하고, 이들에 대해서는 분양처분의 고시가 있을 후에 청산하도록 규정하고 있었다. 아울러 사업시행자가 토지 등을 수용한 경우에는 현금청산에 관한 조문이 적용되지 않는다는 것도 명시하고 있었다. 현금청산과 수용이 양립할 수 없다는 것을 명확히 한 것으로 실무에서는 수용으로 해결하는 것이 일반적이었다.

2) 도시정비법 제정 후 수용과 현금청산³⁶⁾

2002. 12. 30. 제정된 도시정비법에서는 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대해서 분양신청 조합원과 같이 “이전고시(중전에는 분양처분 고시라고 불렀다) 후에 청산” 하여야 한다는 문구는 삭제하고, “그에 해당하는 날부터 150일 이내에 현금으로 청산” 하여야 한다는 문구를 신설하였다. 이와 함께 종전 「도시재개발법」에서 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대해서 수용할 수 있다는 조문에서 “분양신청을 하지 아니한 자 등”을 삭제했다.

이렇게 변경된 이유는 사업시행자가 이전고시 후에 현금청산할 수 있다는 원칙이 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 지나친 재산권 침해로 인식하였기 때문인데, 이 경우 이 원칙만 삭제하고, 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대해서 수용하도록 하는 규정만 유지해도 무방했다. 하지만 제정 도시정비법은 수용에 관한 조문 외에 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 현금청산 규정을 별도로 둬으로써 두 조문 간의 합리적 해석에 어려움을 초래했다.

34) 도시정비법의 조문 체계는 큰 틀에서 보면 정비사업의 시행단계, 즉 정비구역의 지정, 조합의 설립인가, 사업시행계획인가, 관리처분계획인가, 공사 완료 순으로 구성되어 있고, 정비사업의 유형(재개발사업, 재건축사업 및 주거환경개선사업)을 구분하여 장(章), 절(節)을 구성한 것이 아니다. 이에 따라 정비사업 모두에 적용되는 조문이 있고, 특정한 정비사업의 유형 및 시행방식에만 적용되는 조문도 있다. 입법 과정에서 섬세한 조문 작업이 필요했지만 다소 미흡하여 해석으로 보완해야 하는 경우가 많다.

35) 강신은, 앞의 책, 96면 참조.

36) 위의 책, 105-108면 참조.

3) 도시정비법 전부 개정 후 수용(2개의 근거 조문)

제정 도시정비법상 현금청산에 관한 규정에서 문제가 되는 것은 당사자 간에 협의가 이루어지지 않을 경우에 관한 규정이 없다는 점이었다. 이에 관하여 대법원 판례는 현금청산에 대한 당사자 간 협의가 되지 않거나 할 수 없는 경우, 조합은 토지보상법에 따라 토지수용위원회의 재결에 의하여 현금청산대상자들의 토지 등의 소유권을 취득할 수 있고, 도시정비법령이 수용보상금의 가격산정 기준일에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 현금청산대상자들의 토지 등에 대한 수용보상금은 토지보상법 제67조제1항에 따라 토지 등의 수용재결일 가격을 기준으로 산정해야 한다고 한다.³⁷⁾ 이런 대법원 판례에 따른 해석론은 2017. 2. 8. 도시정비법 전부 개정 시 반영되어 도시정비법 제73조제2항 및 제3항에 수용재결에 관한 내용이 신설되었다.³⁸⁾

이에 따라 현행 도시정비법은 재개발사업의 수용 근거 조문으로 제63조와 제73조, 2개의 조문을 갖게 되었는바, 도시정비법 제73조는 제63조를 보완하는 특별 규정으로 이해하는 것이 옳다.

(2) 재개발사업에 따른 수용과 도시정비법 제65조제3항 간의 관계

현행 도시정비법은 정비사업을 시행하기 위한 토지 등의 수용에 관해서는 특별한 규정이 없는 한 토지보상법을 준용하도록 규정하면서, 수용재결의 신청은 사업시행계획인가를 할 때 정한 사업시행기간 이내에 하도록 규정하고 있다(도시정비법 제65조제3항).

도시정비법 제65조제3항을 문리적으로 해석하면 사업시행자는 사업인정이 의제되는 사업시행계획의 인가가 있으면 협의 및 수용의 절차를 진행할 수 있다. 하지만 도시정비법 제73조에 따르면 분양신청을 하지 아니한 토지등소유자에 대해서는 원칙적으로 관리처분계획의 인가가 있어야 협의 및 수용의 절차를 진행할 수 있으므로 모순이 발생한다.³⁹⁾

일단 재개발사업의 경우 조합은 도시정비법 제65조제3항에 따라 조합설립에 동의하지 아니한 토지등소유자(재개발사업이 조합원 강제가입제를 취하고 있으므로 이들도 조합원이다)에 대해 사업시행계획인가 후에 바로 수용권을 행사할 수 있는 것으로 보고, 도시정비법 제73조는 조합설립에 동의하였으나 분양신청을 하지 않은 조합원에 대해 행사하는 것으로 해

37) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두51309 판결.
 38) 2017. 2. 8. 도시정비법 전부 개정으로 마련된 제73조는 종전 도시정비법과 달리 현금으로 청산하여야 한다는 표현을 삭제하고, 손실보상의 협의와 수용재결의 신청이라는 문구를 사용한다. 이는 토지보상법상 사업인정 후 협의와 수용재결의 신청 절차를 같음한다는 취지이다.
 39) 다만, 도시정비법 제73조제1항 본문 단서에 따라 사업시행자는 분양신청기간 종료일의 다음 날부터 협의를 시작할 수 있다는 예외규정이 있다.

석할 수 있다. 하지만 이렇게 해석하긴 곤란하다.

도시정비법이 조합원 강제가입제를 채택한 이상, 조합원 모두에게 분양신청 기회를 주고 (도시정비법 제72조제1항에 따르면 분양신청 통지의 대상은 토지등소유자로서 조합설립에 동의했는지를 묻지 않는다), 이들이 분양신청을 하지 아니하면 도시정비법 제73조의 절차를 거쳐 수용하는 것으로 보는 게 옳기 때문이다. 따라서 재개발사업의 경우 도시정비법 제63조 및 제65조제3항을 근거로 분양신청절차와 무관하게 사업시행계획인가가 있다고, 조합이 바로 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자에 대해 수용절차를 밟는 것은 허용되지 않는다고 해석하여야 한다.

(3) 개선방안

앞에서 서술한 바와 같이 현행 도시정비법의 해석으로도 극복될 수 있는 문제이지만, 수용방식의 주거환경개선사업은 도시정비법 제63조 및 제65조제3항에 따라 사업인정이 의제되는 사업시행계획의 인가가 있으면 협의 및 수용절차를 진행할 수 있고, 관리처분계획과 수용을 혼용한 방식의 주거환경개선사업·재개발사업은 분양신청절차를 개시한 이후 제73조에 따라 협의 및 수용절차를 진행할 수 있다는 점을 명확히 규정하기 위해 도시정비법 제65조제3항을 개정하는 것이 바람직하다.

2. 현물보상 조문의 문제점

도시정비법 제65조제4항은 대지 또는 건축물을 현물보상하는 경우에는 토지보상법 제42조에도 불구하고 준공인가 이후에 할 수 있다고 규정하고 있다.

토지보상법에 따르면 사업시행자는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 손실보상금을 현금으로 지급하여야 하고(토지보상법 제63조제1항), 사업시행자가 수용 또는 사용의 개시일까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하거나 공탁하지 아니하였을 때에는 해당 토지수용위원회의 재결은 효력을 상실한다(토지보상법 제42조제1항). 그런데 만일 조합이 현물보상을 한다면 수용의 개시일까지 보상금을 지급 또는 공탁할 수 없기 때문에, 수용재결의 실효에 관한 토지보상법 제42조에 대한 특례 규정이 필요하다.

그러나 위 규정은 사문화된 조문으로 삭제되어야 한다. 조합이 수용권을 행사하는 이유는 토지등소유자가 새로운 건축물의 분양을 원하지 않기 때문인데, 이에 대한 손실보상금을 현금으로 지급하지 않고, 다시 새로운 건축물을 강제로 분양받도록 하는 것은 도시정비법 전체 체계에 비추어 허용되기 어렵고, 위헌의 소지가 있다. 연혁적으로 보면 해당 조문은 1971. 1. 19. 「도시계획법」 개정 당시 도입된 재개발사업의 시행방식(일본 제2종 시가지재

개발사업의 시행방식인 관리처분방식)일 때 허용되던 내용으로, 현행 도시정비법과 맞지 않는 조문이다.

3. 이주대책에 관한 조문의 문제점

토지보상법상 이주대책은 공익사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 생활의 근거를 상실하는 이주자들을 위한 제도로서, 이주자들에 대하여 종래의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.⁴⁰⁾ 토지보상법에 따른 이주대책대상자는 원칙적으로 공익사업을 위한 관계 법령에 따른 고시 등이 있는 날부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주한 주거용 건축물의 소유자이어야 한다(토지보상법 시행령 제40조제5항제2호 본문).⁴¹⁾⁴²⁾

도시정비법 시행령은 토지보상법 시행령 규정 내용을 그대로 받아들여 정비구역 지정을 위한 공람공고일부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물의 소유자는 토지보상법에 따른 이주대책대상자에서 제외한다고 규정하고 있다(도시정비법 시행령 제54조제1항).⁴³⁾ 일반적으로 분양신청을 한 조합원은 이주대책대상자로 보지 않고, 도시정비법 제73조제1항에 따라 소유권을 상실하는 자로서 정비구역 지정을 위한 공람공고일부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있는 건축물의 소유자가 이주대책대상자에 해당하게 된다. 그런데 이주대책대상자는 이미 공급받을 수 있는 주택의 분양신청을 포기한 자임으로, 이주정착금만 지급 받을 수 있을 뿐이다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

한편, 도시정비법은 토지보상법상 “공익사업을 위한 관계 법령에 따른 고시 등이 있는 날”을 “정비구역 지정을 위한 공람공고일”로 함으로써 이주대책대상자의 범위를 상당 폭 축소 시키고 있다. 도시정비법상 정비구역의 지정, 추진위원회의 승인, 조합설립인가, 사업

40) 대법원 2002. 3. 5. 선고 2001다67126 판결.

41) “이주대책은 재산권을 박탈당하는 건물소유자의 주거생활권을 복원하기 위해 발전된 것이며, 세입자를 겨냥한 생활권보상은 아니다.” 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009), 114면.

42) 토지보상법령 및 헌법재판소의 합헌결정(헌재 2006. 2. 23.자 2004헌마19 전원재판부 결정)에도 불구하고 세입자를 이주대책대상자의 범위에 포함시켜야 한다는 견해에는 대해서는 전병준, “주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구”, 『법학논총』 제24호(2011), 국민대학교 법학연구소, 37-41면 참조.

43) 유의할 점은 재개발사업이 아닌 주거환경개선사업의 경우 토지보상법상 이주대책에 관한 조문이 적용되지 않는다고 별도 규정되어 있다(도시정비법 제69조제3항). 주거환경개선사업의 시행방식이 수용방식이 아닌 관리처분 계획방식이더라도 이주대책에 관한 조문이 적용되지 않는 것으로 해석되지만, 더 검토가 필요한 사안이다.

44) 토지보상법은 이주대책대상자가 이주정착자가 아닌 다른 지역으로 이주하려는 경우에는 이주정착금을 지급하도록 규정하고 있다(토지보상법 시행령 제41조제2호).

45) 다만, 조합원으로서 정비사업의 원활한 진행을 위하여 정비구역 밖으로 이주하였다가 자신의 선택으로 분양계약 체결신청을 철회하고 현금청산대상자가 된 경우, 이를 두고 ‘질병으로 인한 요양, 징집으로 인한 입영, 공무, 취학 그 밖에 이에 준하는 부득이한 사유로 인하여 거주하지 아니한 경우’에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 도시정비법상 이주정착금 지급자로서의 요건을 갖추었다고 볼 수 없다. 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두49754 판결 참조.

시행계획의 인가 및 관리처분계획의 인가까지는 10여 년의 시간이 소요되는 것이 보통이므로, 이주정착금 지급대상자는 그리 많지 않을 것이다.

그런데 ① 도시정비법은 토지보상법이 적용되는 것이 아니라, 준용되도록 규정하고 있고, ② 관리처분계획 수립을 위한 분양공고가 주민 재정착을 위한 주택의 공급기능을 하므로 사실상 이주대책을 수립한 것과 같고, 분양신청을 하지 않은 토지등소유자는 결국 이주정착자가 아닌 다른 지역으로 이주하려는 자라는 점에서 토지보상법상 이주대책대상자라는 표현보다 이주정착금 지급대상으로 규정하는 것이 더 간명한 입법이다.

4. 영업보상에 관한 조문의 문제점

도시정비법 시행령 제54조제2항에서는 정비사업으로 인한 영업의 휴업에 대하여 손실을 평가하는 경우 영업의 휴업기간은 4개월 이내로 한다고 규정하고 있다. 그런데 2014. 10. 22. 토지보상법 시행규칙 개정으로 휴업기간이 “3개월 이내”에서 “4개월 이내”로 개정되었는바(토지보상법 시행규칙 제47조제2항), 해당 내용은 토지보상법 시행규칙 제47조제2항과 같은 것으로, 특례 규정으로서의 의미가 없으므로 삭제되어야 한다.

한편 토지보상법 시행규칙 제45조에서는 사업인정고시일등(보상계획의 공고 또는 사업인정의 고시가 있는 날을 말한다) 전부터 영업한 자를 영업손실 보상대상자로 규정하고 있으나, 도시정비법 시행령 제54조에서는 정비구역 지정을 위한 공람공고일을 기준으로 영업손실 보상대상자를 인정한다. 이렇게 되면 영업손실 보상대상자가 줄어드는 문제점이 있다.

5. 주거이전비에 관한 조문의 문제점

도시정비법 시행령 제54조제4항에서는 주거이전비를 보상하는 경우 보상대상자의 인정시점은 정비구역 지정을 위한 공람공고일로부터 본다고 규정하고 있을 뿐, 자세한 내용을 정하고 있지 않다. 구체적인 보상기준은 토지보상법의 해석과 대법원 판례에 의존하고 있다.

(1) 주거용 건축물의 소유자에 대한 주거이전비 보상

판례에 따르면 주거용 건축물의 소유자에 대한 주거이전비의 보상은 주거용 건축물에 대하여 정비계획에 관한 공람·공고일부터 해당 건축물에 대한 보상을 하는 때까지 계속하여 소유 및 거주한 주거용 건축물의 소유자를 대상으로 한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 토지보상법이나 판례 모두

46) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012두19519 판결.

47) 토지보상법 시행규칙에서는 공익사업시행지구에 편입되는 주거용 건축물의 소유자에 대하여는 해당 건축물에

해당 건축물에 대한 보상을 하는 것을 전제로 함으로 분양신청을 한 조합원에게는 적용될 여지가 없다. 아울러, 협의가 성립되어 사업시행자에게 주거용 건축물의 소유권을 이전하는 자에 대하여는 수용되는 자와 마찬가지로 이주정착금, 주거이전비 및 이사비를 지급하여야 한다.⁴⁸⁾

(2) 주거용 건축물의 세입자에 대한 주거이전비 보상

판례에 따르면 주거용 건축물의 세입자에 대한 주거이전비의 보상은 정비계획에 관한 공람·공고일 당시 해당 정비구역 안에서 3월 이상 거주한 자를 대상으로 하되, 그 보상의 방법 및 금액 등의 보상내용은 사업시행계획인가 고시일에 확정된다.⁴⁹⁾

또한 주거용 건축물의 세입자가 주거이전비를 보상받기 위하여 반드시 정비사업의 시행에 따른 관리처분계획인가 고시 및 그에 따른 주거이전비에 관한 보상계획의 공고일 내지 그 산정 통보일까지 계속 거주하여야 할 필요는 없다.⁵⁰⁾ 이러한 법리는 세입자가 보상받을 이사비의 경우에도 마찬가지로 적용된다.⁵¹⁾

토지보상법상 주거이전비 보상대상이 되는 세입자는 “공익사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 건축물의 세입자”로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계 법령 등이 있는 당시 해당 공익사업시행지구 안에서 3개월 이상 거주한 자이다(토지보상법 시행규칙 제54조제2항). 여기에서 유념해야 할 점은 세입자가 언제까지 거주해야 하는지에 대한 규정이 없으므로, “공익사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 건축물의 세입자”라는 요건 해석을 통하여 실마리를 찾아야 한다는 것이다.

(3) 개선방안

재개발사업은 토지보상법에 규정된 다른 공익사업과 달리 정비구역의 지정부터 실제 이주까지 엄청난 시간이 필요한 개발사업이다. 정비구역의 지정부터 추진위원회의 승인, 조합설립인가, 사업시행계획인가 및 관리처분계획인가를 거쳐 이주 및 철거가 이루어지는데, 그 기간이 통상 10년이 넘게 걸린다. 따라서 주거용 건축물의 소유자나 세입자에 대한 주거이

대한 보상을 하는 때에 주거이전비를 보상하여야 한다고만 규정되어 있다(제54조제1항). 여기에는 구체적인 계속 거주 요건이 없다. 이에 중앙토지수용위원회는 주거용 건축물의 소유자로서 거주하고 있어야 보상대상자이나, 언제부터 거주하였는지에 관계없이 보상 당시 해당 공익사업시행지구 내에 거주하기만 하면 보상대상자가 된다고 본다(판례에 따라 도시정비법상 주거이전비 보상대상자는 달리 본다). 중앙토지수용위원회, 『2018 토지수용 업무편람』, 437면 참조.

48) 대법원 2013. 1. 16. 선고 2012두34 판결.
 49) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두13890 판결.
 50) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23603 판결.
 51) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015두46673 판결.

전비 지급요건은 토지보상법과 달리 규정할 필요가 높다.⁵²⁾ 특히 세입자의 경우 “정비사업의 시행으로 이주하게 되는 세입자” 요건을 어떻게 해석할지가 관건이므로, 세입자가 언제까지 거주해야 하는지, 어느 시점을 기준으로 주거이전비를 산정하여야 하는지 등을 도시정비법에 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.⁵³⁾

V. 결론

재개발사업은 토지보상법에 규정된 공익사업이지만 토지보상법에 규정된 다른 공익사업과 달리 순수한 수용방식이 아니다. 관리처분계획방식(공용환권:公用換權)을 원칙으로 하면서 수용(공용수용)을 보충적으로 활용하는 개발사업이다. 따라서 토지보상법상 조문이 그대로 적용되어서는 안 되고, 재개발사업의 특성에 맞게 준용되어야 한다. 이런 관점에서 보면 재개발사업의 수용과 손실보상에서 발생하는 문제점은 토지보상법이 예상하는 범위를 벗어나는 것으로, 도시정비법상의 고유 문제로 보는 것이 옳다. 따라서 재개발사업의 수용과 손실보상에서 발생하는 문제점을 해결하기 위한 입법도 토지보상법을 개정할 것이 아니고, 도시정비법에 특례 규정을 구체적으로 마련함으로써 극복하는 것이 바람직하다.

52) “정비사업의 세입자보상에 대해서는 도시정비법 자체에 상세한 보상조항을 마련하고 토지보상법의 보상관련 조항의 적용범위를 제한하는 방식으로 입법이 이루어져야 한다.” 는 견해도 필자와 같은 입장으로 판단된다. 김중보, 앞의 글(주40), 131면 참조.

53) 토지보상법에서 규율할 사항이지만 주거이전비를 단순히 가구원 수에 비례하여 산정하는 것은 재검토할 필요가 높다. 주거이전비는 조기 이주를 장려하여 사업 추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급하는 성격의 것이므로 세입자의 가구원 수뿐만 아니라 주택 소유 여부, 자산 및 소득, 임대보증금 및 임대료 등을 종합적으로 고려하여 산정하는 것으로 개선할 필요가 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

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

김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018.

류해웅, 『신수용보상법론』, 부연사, 2012.

중앙토지수용위원회, 『2018 토지수용 업무편람』, 2018.

[논문]

강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구”, 중앙대학교 대학원 박사학위 논문, 2012.

김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009).

김종보, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007).

전병준, “주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활보상에 관한 연구”, 『법학논총』 제24호(2011), 국민대학교 법학연구소.

최재용/고민구/서순탁, “도시정비사업에서 세입자 손실보상 실태분석과 제도개선 방안”, 『한국정책연구』 제12권 제4호(2012. 12).

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제2호 2019년 10월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 2, October 2019

신탁업자 정비사업 시행방식의 개선방향

김 유 정*

국문초록

도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’)은 수차례 개정되는 과정에서 사업시행자 방식을 보완하여 왔으며 2015년 9월 개정 시에는 신탁업자를 지정개발자로 지정하여 단독 시행자로서 사업을 진행할 수 있는 방식을 도입하여 2016년 3월 2일부터 시행하고 있다.

도시정비법에서 신탁업자에 의한 정비사업이 본격화될 수 있는 법적 근거가 마련하였음에도 불구하고 현실에서는 기존의 조합방식에 의한 정비사업에 익숙한 관성이 남아있는 관계로 조합방식으로 신탁업자에 의한 정비사업에 접근하려는 경향이 있다.

그러나 토지등소유자들이 조합을 구성하여 사업시행자가 되어 사업의 주체로서 직접 참여하는 조합방식은, 제3자인 신탁업자가 수수료를 지급 받고 신탁재산의 대내외적 소유권자로서 단독시행 하는 지정개발자 방식과 토지등소유자의 개입범위 등에 있어 본질적인 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 신탁업자에 의한 정비사업을 조합총회에 상응하여 토지등소유자 전체회의의 통제하에 두는 것은 제도의 도입 취지를 희석시킨다.

신탁업자는 개발업자로서 자체 신용도를 바탕으로 자금조달이 가능하고, 일반 분양에 유리하며, 사업의 리스크를 검토하고 해결하여 준공까지 사업을 견인할 수 있는 역량이 있다. 이러한 개발업자의 역량을 필요로 하는 사업지에 최적화 될 수 있도록 신탁방식 정비사업 제도는 조합방식과의 차별성을 염두하고 보완되어야 할 것이다.

주제어 : 도시 및 주거환경정비법, 재건축, 재개발, 신탁방식, 지정개발자

* 변호사, 대한토지신탁(주)

목 차

- I. 서
- II. 신탁의 의의와 부동산개발신탁
- III. 신탁에 의한 정비사업
- IV. 지정개발자 방식에 대한 고찰
- V. 개발신탁과 도시정비사업의 차이
- VI. 신탁방식 정비사업의 개선방안
- VII. 결론

I. 서

토지등소유자로 구성된 정비사업조합이 시행자가 되는 정비사업은 주민들이 주축이 되어 스스로 주거환경을 정비할 수 있다는 점에서 그 취지가 이상적이고, 민주적이다. 그러나 부동산개발에 대하여 전문성이 없는 조합이 시행자로서 개발사업 전면에 나서서 사업을 총괄하고 막대한 자금을 관리하면서 수많은 이해관계인들의 의견을 조율하기는 현실적으로 어렵다. 물론 정비사업전문관리업자 등 일부 외부 전문가의 도움을 부분적으로 받을 수 있지만, 이 역시 한계가 있다.

한편 부동산 개발신탁은 소위 토지만 있을 뿐 자금력이나 개발 전문성이 전무한 토지소유자들의 필요에 따라 발전된 신탁 유형이다. 일반적인 개발사업에서 토지소유자들은 자금 조달능력과 부동산개발 전문성, 금융기관으로서의 투명성을 두루 갖춘 신탁업자를 널리 활용하고 있다. 이 같은 개발신탁의 도입이 정비사업에서는 최근에서야 본격적으로 논의되기 시작한 점은 그간 정비사업이 겪어 온 혼란과 시행착오를 감안할 때 오히려 뒤늦은 감이 있다. 이러한 입장을 반영하여 2015년 9월 신탁업자를 지정개발자로 지정할 수 있도록 시행자 지정요건이 완화되는 도시 및 주거환경정비법(이하 “법” 또는 “도정법”이라 함)이 개정되었고, 2016년 3월부터 시행되고 있다.

한편 신탁업자 지정개발자 방식은 2018년부터 적용되는 초과이익환수제를 피하기 위하여 초기 사업절차를 단축시킨다는 점이 부각되면서 일부 사업장에서 경쟁적으로 도입되었다.

그러나 신탁업자 지정개발자 방식과 조합방식의 다면적인 차이를 이해하고 비교하여 사업시행자를 선택하지 않는 경우 사업절차 내내 토지등소유자들의 혼란이 가중될 우려가 있다.

이에 본 발표문에서는 정비사업에 적용될 개발신탁이라는 제도를 개괄적으로 알아보고, 신탁업자에 의한 정비사업에 관한 법의 연혁 및 구체적인 사업방식을 알아본다.

아울러 신탁업자 지정개발자 방식을 다른 사업시행방식과 다면적으로 비교하면서 그 본질적인 특징을 살펴보고 조합방식으로 접근하는 시각에 대한 문제점을 짚어보며, 이를 토대로 신탁업자에 의한 정비사업을 효과적으로 활용하기 위하여 추후 개선해야 할 방향을 살펴보기로 한다.

II. 신탁의 의의와 부동산개발신탁

1. 신탁의 의의

(1) 신탁의 개념

신탁재산은 신탁을 설정하려는 자(위탁자)와 신탁을 인수하는 자(수탁자) 사이의 특별한 신임관계를 바탕으로 위탁자가 수탁자에게 특정 재산을 이전하고 수탁자는 위탁자의 의사나 법률이 정한 범위에서 신탁의 목적에 따라 신탁 재산을 관리, 사용, 처분하게 하는 법률관계를 말한다¹⁾.

(2) 신탁과 유사개념의 구별

[위임과 신탁]

신탁은 신뢰관계를 전제로 일정한 행위나 사무처리를 위탁하는 점에서 위임과 유사하나(민법 제114조), 위임은 수임인의 대리행위의 효과가 본인인 위임인에게 발생하는데 반해 신탁에서는 법률행위의 효과가 수탁자에게 발생한다는 점에서 차이가 있다.

[임치와 신탁]

신탁은 재산의 보관 등을 위탁하는 점에서 임치와 유사하나(민법 제693조), 임치는 물건을 보관하고 반환하는 것을 목적으로 하고 소유권이 임치인에게 귀속되는데 반해 신탁은 수탁자에게 완전히 소유권이 귀속되고 신탁 유형에 따라 목적도 다양하다는 차이가 있다.

1) 신탁법 제2조(신탁의 정의) 참조

[양도담보와 신탁]

양도담보는 채권 담보를 위하여 물건의 소유권을 채권자에게 이전하는 점에서 담보신탁과 유사하다. 그러나 양도담보의 경우 채권자가 직접 담보목적물을 이전받아 채무불이행시를 확정적으로 취득하거나 우선적으로 변제받는데 반하여, 신탁의 경우 소유권을 수탁자에게 이전하고 채권자를 수익자로 지정하여 채무불이행시 수익자로서 신탁이익을 향수하게 한다는 점에서 차이가 있다²⁾.

[명의신탁과 신탁]

명의신탁은 수탁자가 신탁재산의 명의를 취득한다는 점에서 신탁과 유사하나 명의신탁은 단순히 명의만 수탁자에게 이전되고 대내적인 소유권은 명의신탁자에게 남아있는 반면 신탁은 수탁자에게 대내외적으로 완전한 소유권이 이전되는 점에서 다르다. 특히 신탁은 신탁재산이 고유재산으로부터 독립되기 때문에 수탁자의 채권자들이 강제집행할 수 없고 만일 하게 될 경우 신탁계약의 관계자들인 위탁자, 수탁자, 수익자가 이의를 신청할 수 있다(신탁법 제21조). 그러나 명의신탁은 대외적으로 신탁재산과 수탁자의 고유재산의 구분이 안 되기 때문에 명의수탁자의 채권자에 의한 강제집행이 가능하다.

(3) 부동산 신탁의 유형

부동산신탁은 신탁의 목적에 따라 다양한 신탁상품이 존재한다.

1) 담보신탁은 저당제도와 유사한 바, 부동산을 담보로 제공하고 대출을 받기 위한 신탁이다. 즉 담보신탁으로 부동산 소유권을 신탁업자에게 이전하고 금융대출을 받은 후 채무상환을 정상적으로 하면 소유권이 위탁자에게 반환되고 채무를 불이행하면 환가하여 처분대금으로 채무를 변제하고, 잔여대금이 있으면 수익자에게 배분한다.

2) 관리신탁은 신탁업자가 부동산의 소유권 관리, 임대차 관리, 시설유지관리, 법무 및 세무관리, 수익금의 운용 등을 담당하면서 발생하는 수익을 수익자에게 배분하기 위해 활용된다. 관리 범위에 따라 신탁부동산에 대해 일체의 관리업무를 수행하는 갑종 관리신탁, 신탁재산의 소유권만을 관리하는 을종 관리신탁으로 분류된다.

3) 처분신탁은 처분절차에 어려움이 있거나 대형, 고가의 부동산을 안전하게 처분하여 수익자에게 수익을 배분하기 위한 신탁이다. 수탁자가 소유권을 관리하다가 매수인에게 이 전해주므로 거래의 안정성이 보장된다.

2) 최수정, 『신탁법』, 박영사, 2016, 10면

4) 개발신탁은 개발에 대한 전문성과 자금력이 부족한 토지 소유자를 위하여 신탁업자가 건물을 건축하고 분양 또는 임대하여 발생한 수익을 토지소유자에게 배분하는 신탁이다. 신탁업자가 지정개발자로서 정비사업에 적용하는 신탁방식이다.

5) 관리형토지신탁은 개발신탁과 유사하나, 위탁자가 금융기관이나 시공사로부터 직접 자금을 조달하는 점에서 다르다. 관리형토지신탁의 목적은 신탁업자의 명의로 안정적으로 개발사업을 추진하고 분양사고를 방지하기 위함에 있다.

6) 분양관리신탁은 건축물의 분양에 관한 법률에 따라 선분양을 하기 위해 시행사가 신탁업자에게 부동산 소유권 및 분양대금을 관리, 보전하게 하고 사용승인이 되고 나서 수분양자에게 소유권을 안전하게 이전하기 위한 제도이다.

2. 부동산 신탁의 연혁 및 동향

우리나라의 신탁제도는 해방 이후 1961년 신탁법과 신탁업법이 제정되고, 1962년 담보부사채신탁법이 제정되면서 도입되었다. 이후 부동산 신탁은 1990년 4월 부동산 투기를 억제하고 토지의 효율적 이용 및 개발을 위해 도입되었고, 1991년 대한부동산신탁과 한국부동산신탁이 설립되면서 본격적으로 개시되었다³⁾.

부동산 신탁시장은 1990년대 후반까지 개발신탁을 주로 취급해오다가 외환위기로 인한 분양시장 침체 및 과도한 고유계정 차입금 부담 등으로 급격히 시장이 악화되면서 대한부동산신탁과 한국부동산신탁은 결국 2001년 3월과 7월에 각각 부도처리 됐다. 이로 인해 개발신탁 위주의 부동산 신탁시장은 위축되었다가, 2000년대 들어 부동산 경기가 살아나면서 다시 개발신탁이 크게 활성화 됐다. 이후 2008년 글로벌 금융로 인하여 부동산 경기가 침체되면서 개발신탁 수주가 다시 감소하였다가 금융기관의 PF대출 위축과 부실채권(NPL)사업장 정상화 수요에 따라 2011년부터 다시 개발신탁의 수주가 확대되었다⁴⁾.

한편 담보신탁과 같은 비토지신탁은 시장진입 장벽이 낮고 서비스가 거의 정형화되어 있어 그 질적 차이가 크지 않은 관계로 수수료 인하가 수주를 위한 경쟁의 주요한 요소로 부각되면서 점차 수익성이 저하되었다. 그 결과 현재 자금조달능력이 있는 신탁사들의 경우 토지신탁의 수주를 확대하려는 경향이 생겨났다.

3) 네이버, 매일경제 용어사전, “부동산신탁” , <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=14536&cid=43659&categoryId=43659>(2019년9월28일자)

4) 윤민수, “부동산신탁업의 리스크요인 및 대응방향” , 『부동산포커스』 제83권(2015), 17면

3. 부동산 개발신탁의 진행방식

(1) 개발신탁의 의의

개발신탁에서 수탁자는 부동산 개발에 대한 전문지식이 없거나 자금력이 부족한 토지소유자가 토지를 활용하여 수익을 얻고자 하는 경우 건설자금을 조달하고 택지를 조성하거나 건물을 건축하여 분양 또는 임대한 후 발생한 수익을 토지소유자에게 돌려준다.

(2) 신탁관계인

1) 위탁자

위탁자는 신탁설정자로서, 신탁재산을 출연하고 신탁의 목적과 내용을 정하는 등 신탁설정단계에서 주도적 역할을 담당한다. 그러나 일단 신탁이 설정된 후에는 신탁행위에서 자신을 수익자로 정하지 않는 한 신탁관계의 주된 당사자는 아니고, 신탁법 역시 위탁자의 권리를 수익자 및 신탁재산에 대한 감독권으로서 인정하고 있다. 신탁법상 위탁자의 권리는, 수탁자 사임에 대한 동의권(신탁법 제14조제1항), 수탁자의 해임에 대한 동의권 및 해임청구권(신탁법 제16조제1항 및 제3항), 신탁재산의 강제집행 등에 대한 이의권(신탁법 제22조제2항 및 제3항), 서류의 열람·복사권 및 신탁사무의 처리 및 계산에 관한 설명요구권(신탁법 제40조 제1항), 수탁자의 보수변경청구권(신탁법 제47조 제3항), 신탁의 변경에 대한 동의권 및 변경청구권(신탁법 제88조 제1항 및 제3항), 신탁의 종료에 대한 동의권 및 법원에 대한 신탁 종료 청구권(신탁법 제99조 제1항 및 제2항, 신탁법 제100조) 등이 있다.

신탁법상 위탁자의 지위는 신탁행위로 정한 방법에 따라 제3자에게 이전될 수 있다(신탁법 제10조 제1항).

2) 수탁자

수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속 주체로서, 신탁행위로 별도의 정함이 없는 한, 신탁재산의 관리, 처분 등 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다(신탁법 제31조). 여기서 모든 행위에는 법률행위는 물론, 소송행위나 사실행위 등도 포함되고 신탁계약이나 법령에서 정한 행위 뿐 아니라 해석상 인정되는 묵시적 권한에 따른 행위까지 포함된다⁵⁾.

수탁자는 신탁재산에 대하여 대내외적으로 완전한 소유권을 갖지만 위탁자가 설정한 신탁목적의 달성을 위하여 신탁법에서는 수탁자의 일반적인 의무를 규정하는 바, 선량한 관리자

5) 법무부, 『신탁법 해설』, 동강, 2012, 250면

의 주의의무(신탁법 제32조), 충실의무(신탁법 제33조), 이익에 반하는 행위의 금지(신탁법 제34조), 공평의무(신탁법 제35조), 이익향수금지(신탁법 제36조), 수탁자의 분별관리의무(신탁법 제37조) 등이 있다. 만일 수탁자가 선관주의 의무를 위반하여 신탁사무를 수행하여 신탁재산에 손해가 발생한다면, 수익자 등은 원상회복청구나 손해배상청구를 할 수 있다(신탁법 제43조 제1항 및 제2항).

한편 수탁자는 신탁사무처리비용을 신탁재산에서 지출할 수 있고 만일 이를 고유재산에서 지출하거나, 과실 없이 신탁사무처리를 위하여 채무를 부담하거나, 손해를 입은 경우에도 신탁재산에서 상환받을 수 있다(신탁법 제46조). 그밖에 수탁자에게는 보수청구권(신탁법 제47조), 비용상환청구권의 우선변제권(신탁법 제48조) 등이 있다.

3) 수익자

수익자는 신탁의 이익을 누리는 주체로서 신탁으로부터 발생하는 권리를 가지며, “수익권”은 신탁재산 및 수탁자에 대한 각종 권리의 총체를 의미한다⁶⁾. 수익자는 신탁재산의 인도 및 신탁재산에 기한 급부를 요청할 수 있는 권한 외에도, 신탁법상 위탁자 지위이전 동의권(신탁법 제10조 제2항), 수탁자 해임청구권(신탁법 제16조), 수탁재산에 대한 원상회복 및 손해배상 청구권(신탁법 제43조), 신탁목적에 위반한 법률행위에 대한 취소권(신탁법 제75조), 법령이나 신탁계약에 반하는 수탁자 행위에 대한 유지청구권(신탁법 제77조) 등이 있다.

특히 수탁자에 대한 원상회복 또는 손해배상 등의 청구권이나 신탁위반의 법률행위에 대한 취소권 내지 유지청구권 등 수익자의 본질적 권리는 신탁법에서 신탁행위로도 제한할 수 없는 강행규정으로 정하고 있으므로, 신탁행위로 법률과 다른 내용을 정하면 이는 무효이다(신탁법 제61조).

(3) 개발신탁 진행절차

신탁회사는 일반적으로 위탁자가 신탁을 의뢰할 경우 토지에 대한 현지조사, 시장조사, 법령조사 등을 거쳐 사업타당성을 검토하고, 건축 및 자금 계획, 분양 및 임대계획 등을 수립하여 신탁업자 내부 심의를 거쳐 수주 여부를 결정한다. 신탁계약 체결 이전에 신탁재산이 확정되고, 시공자 선정이나 자금조달 및 차입조건이나 신탁재산의 관리운용에 관한 사항 등에 대하여 사전에 조율이 이루어지며, 이는 해당 사업의 수주여부를 결정하는 심의결과에도 영향을 미친다. 사업수지가 맞지 않거나 위탁자가 추천하는 시공사가 부실하거나, 토지 소유권 확보에 법적 장애요소가 있는 등 사업의 리스크가 높다고 판단될 경우에는 신탁계약

6) 법무부, 위의 책, 460면

까지 이르지 못한다.

일단 신탁계약이 체결되고, 신탁등기 및 소유권이전이 완료되면, 수탁자는 시행자로서 사업을 추진하게 된다. 수탁자 명의로 건축 인허가를 득하고 공사도급계약을 비롯한 각종 용역계약을 체결하고 대금을 지급하며, 분양 및 임대 계약을 체결하게 된다. 또한 자금계획에 따라 자금을 차입하거나 조달한다.

이후 건물이 준공되면 임대 또는 분양처분을 하고, 공사비 지급 및 차입금 상환 등 정산을 거쳐 수익금을 수익자에게 교부하게 된다.

III. 신탁에 의한 정비사업

1. 관련 법 연혁 및 개정

(1) 신탁업자 관련 정비사업 시행자 규정의 연혁

2003년 도정법으로 통합되기 이전 재개발 사업을 규율해 온 도시재개발법은 1995. 12. 29. 전부개정을 통해 처음으로 시장, 군수, 또는 구청장이 신탁업자를 제3개발자로 지정하여 사업을 시행할 수 있는 길을 열었다. 즉, 시행구역 내 토지면적의 10분의 1 이상의 토지를 신탁 받은 신탁업자는 시행자 지정을 받아 재개발 사업의 시행자가 될 수 있었다. 다만 제3개발자를 지정할 수 있는 사유는 천재, 지변 등 긴급성이 요구되거나 사업이 장기간 시행되지 않는 경우 등 극히 제한적으로 한정되었기 때문에, 현실적으로 제3개발자에 의한 시행이 이루어지기는 어려웠다⁷⁾.

2003. 7. 부터 시행된 도정법은 종전에 개별법으로 규율되어 온 도시정비사업을 통합하면서 재개발사업과 재건축사업의 구분 없이 정비사업 시행자를 단일한 조문으로 규율하게 된다. 이 때에도 도시재개발법과 마찬가지로 일정한 경우에 한하여 신탁업자를 지정개발자로 지정하여 정비사업을 시행할 수 있도록 하였다.

이후 노후불량주거지 개선을 위한 주택재개발사업 활성화의 필요에 따라, 자금조달과 신속한 사업진행을 위해 2005. 3. 18. 도정법이 개정되면서, 시장, 건설업자, 등록업자와 함께 신탁업자를 재개발사업의 공동시행자로 추가한다. 이 때 도정법은 재개발사업과 재건축사업의 시행자를 분리시키면서, 주택재건축사업에서는 공동시행자 형태로도 여전히 신탁업자의 정비사업 진입을 제한하였다. 이는 공공성이 강하고 활성화의 필요성이 시급한 주택재개발

7) 도시재개발법[법률 제5116호, 1995.12.29., 전부개정] 제10조 제1항 및 같은 법 시행령[대통령령 제15096호, 1996.6.29., 전부개정] 제19조 제1항 제3호 참고

사업에 한하여 공동시행을 인정하겠다는 취지인데, 그나마 공동시행자로서도 신탁업자가 정비사업에 진출한 사례는 거의 전무하다.

(2) 지정개발자 요건 완화를 위한 법 개정

이후 2015. 9. 1. 도정법이 개정되면서 신탁업자를 주택 재개발, 재건축 사업의 단독 시행자로 인정하는 규정이 신설되어 2016. 3. 2.부터 시행되고 있다. 국회의 입법개정 이유를 살펴보면, 그동안 정비사업조합의 불투명한 자금집행과 정비사업 관계자들의 비전문성으로 인해 사업성이 저하되고 주민 갈등이 심화되면서, 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 자금조달과 전문성을 보완하고자 하는 취지이다.

요컨대, 도시재개발법에 이어서 도정법은 제정 시부터 신탁업자가 정비사업에 참여할 수 있는 방법을 마련해 두었지만, 천재, 지변 등 특수한 요건 하에서 시장·군수의 지정을 받아야 하거나 공동시행자 조건이 있었으므로 신탁업자의 정비사업 참여는 현실적으로 어려웠다. 이에 최근 법개정을 통해 일정 수 이상의 토지등소유자가 동의하는 경우 신탁업자가 단독으로 사업을 시행할 수 있게 됨으로써 비로소 신탁업자의 정비사업 참여가 순전히 토지등소유자의 선택에 의하여도 가능하게 된 것이다.

(3) 신탁에 의한 정비사업의 도입취지

그동안 도시정비사업은 조합의 전문성을 보완하기 위하여 시공사에 의존하는 경향이 컸다. 도정법이 시공사 선정 시기를 조합설립인가 이후로 앞당김으로써 시공사의 정비사업 참여를 조기화한 것도 그러한 맥락에서 파악할 수 있다⁸⁾. 그러나 조합은 시공사에 자금조달부터 시공, 분양까지 사업의 전반을 의존하게 되고, 이 과정에서 조합 집행부와 건설사간의 비리로 인해 사업의 투명성이 훼손되는가 하면, 부동산 경기 침체시 건설사의 수주포기로 사업진척이 지지부진해지는 병폐도 발생했다.

한편 부동산 신탁업자의 경우에는 자금력을 바탕으로 사업비를 조달할 수 있기 때문에 일시적으로 분양성이 저조하거나 시공사의 부도, 파산 등으로 사업의 예상치 못한 변수가 발생해도 사업을 중단하지 않고 끝까지 추진할 수 있다. 또한 신탁업자는 자본시장법상 금융위원회의 인가를 받은 금융업체이기 때문에 투명한 자금집행이 가능하고, 자본시장법과 신탁법에 따라 선량한 관리자의 주의의무, 충실의무, 이익향수금지의무 등을 부담한다. 실제

8) 국회법령정보센터, [법률 제9444호, 2009.2.6, 일부개정] 제정·개정 이유 참고

로 신탁업자가 개발사업을 진행할 경우 조합이나 기타 일반적인 사업주체보다 현저히 낮은 사고율을 기록한다는 조사결과를 봐도, 신탁업자에 의한 정비사업이 제대로 정착된다면 그만큼 안정적인 사업진행을 기대할 수 있음을 시사한다.

사업주체	사업주체	사고사업 수					사고율
		착공지연	입주지연	시행부도	시공부도	계	
일반	1,015	8	33	3	123	167	16.45%
신탁	284	2	5	-	6	13	4.58%
시공	724	6	20	17	16	59	8.15%
조합	170	1	6	10	11	28	16.47%
전체	2,193	17	64	30	156	267	12.18%

<사업주체별 사고사업수 분석(2007년~2011년)⁹⁾>

2. 신탁에 의한 정비사업 시행방법

(1) 신탁업자 지정개발자 요건

현행법은 신탁업자가 지정개발자가 되기 위한 자격요건과, 지정요건을 각각 규정한다. 즉 시장, 군수가 정비사업 시행을 위해 지정할 수 있는 신탁업자는 기본적으로 자본시장법 제8조 제7항에 따른 신탁업자로서, 정비구역 토지면적의 3분의 1 이상의 토지를 신탁 받아야 한다(도정법 시행령 제14조 제2항 3호). 이는 신탁업자가 지정개발자가 되기 위한 최소한의 자격요건이다. 이러한 지정개발자 자격이 있는 신탁업자 중에서 시장, 군수는 천재·지변 등 긴급한 시행의 필요성이 있거나(도정법 제27조 제1항 제1호) 사업시행인가신청이 장기간 지연되거나 그 내용이 부당한 사정(도정법 제27조 제1항 제2호) 등이 있거나 조합설립동의요건 이상에 해당하는 자의 시행자 지정 동의를 득해오면(도정법 제27조 제1항 제3호) 해당 신탁업자를 시행자로 지정할 수 있다.

(2) 구체적인 시행방법

9) 이 표는 과거 대한주택보증에서 2007년~ 2011까지 주택분양사업(총2,193개)을 대상으로 사업주체별로 발급한 보증서내역을 토대로 주택분양사업의 사고율 발생 비율을 비교한 결과이다(백재승/윤동진/안진용, “부동산신탁업이 금융시장 및 주택시장 안정에 미치는 영향에 관한 연구”, 『기업경영연구 제19권 제2호』(2012), 222면).

지정개발자가 정비사업을 단독으로 시행할 경우 사업의 준비단계나 관리처분계획 등 전반적인 시행절차는 정비사업조합에 의한 방식과 크게 다르지 않다. 다만, 추진위원회 구성 및 승인이나 조합설립인가 등을 거칠 필요가 없기 때문에 상대적으로 초기 절차가 간이 해지므로 전체적인 사업시행 기간이 단축된다.

사업시행자로 지정되기 위해서 신탁업자는 시행자 지정에 대한 동의를 받기 전에 토지등 소유자별 분담금 추산액 및 산출근거를 제시하여야 하고(도정법 제27조 제3항), 정비사업비, 신탁보수, 시행규정, 신탁계약 등의 사항을 포함하여 동의서를 받아야 한다(도정법 제27조 제4항). 사업시행자 지정을 위한 동의율은 조합설립과 동일하나, 동의사항은 시행자 지정에 더하여 신탁계약 체결에 관한 내용을 포함한다.

신탁업자는 신탁계약 체결에 동의한 토지등소유자들과 신탁계약을 체결하면서, 정비구역 전체면적 대비 1/3 이상의 토지를 신탁받게 되면 지정개발자 지정 요청을 할 수 있다(도정법 제27조 제1항 제3호, 시행령 제21조 제3호). 지정개발자로 지정되면 시장, 군수는 이를 지방자치단체의 공보에 고시하도록 되어 있다(도정법 제27조 제5항).

이후 사업시행자로 지정된 신탁업자는 토지등소유자 전체회의를 통해 시행규정을 확정하고, 법 제48조 제1항의 각호¹⁰⁾에서 정한 내용을 의결하여야 하며, 시공자를 선정하여야 한다(도정법 제29조 제6항).

한편 신탁업자는 사업시행인가를 신청하기 위해서 사전에 토지등소유자 과반수의 동의 및 토지면적의 2분의 1이상의 토지소유자의 동의를 얻고(도정법 제50조 제5항) 사업시행 인

10) 도정법 제48조(토지등소유자 전체회의) ① 제27조제1항제3호에 따라 사업시행자로 지정된 신탁업자는 다음 각 호의 사항에 관하여 해당 정비사업의 토지등소유자(재건축사업의 경우에는 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의한 토지등소유자를 말한다. 이하 이 조에서 같다) 전원으로 구성되는 회의(이하 “토지등소유자 전체회의”라 한다)의 의결을 거쳐야 한다.

1. 시행규정의 확정 및 변경
2. 정비사업비의 사용 및 변경
3. 정비사업전문관리업자와의 계약 등 토지등소유자의 부담이 될 계약
4. 시공자의 선정 및 변경
5. 정비사업비의 토지등소유자별 분담내역
6. 자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법
7. 제52조에 따른 사업시행계획서의 작성 및 변경(제50조제1항 본문에 따른 정비사업의 중지 또는 폐지에 관한 사항을 포함하며, 같은 항 단서에 따른 경미한 변경은 제외한다)
8. 제74조에 따른 관리처분계획의 수립 및 변경(제74조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따른 경미한 변경은 제외한다)
9. 제89조에 따른 청산금의 징수·지급(분할징수·분할지급을 포함한다)과 조합 해산 시의 회계보고
10. 제93조에 따른 비용의 금액 및 징수방법
11. 그 밖에 토지등소유자에게 부담이 되는 것으로 시행규정으로 정하는 사항

가 이후부터는 토지등소유자 전체회의에서 확정된 시행규정에 따라 시행업무를 진행하게 된다. 이후 절차는 정비사업조합에 의한 사업절차와 크게 다르지 않다.

요컨대 신탁에 의한 정비사업과 조합에 의한 정비사업의 큰 차이점은, 신탁업자의 경우 추진위원회 승인 같은 공식적인 준비절차가 없는 대신 사전에 1/3 이상의 토지를 신탁받아 야 신청자격이 갖춰지고, 조합 총회에 상응하는 의결기구로서 토지등소유자의 전체회의가, 조합의 정관에 상응하는 지침으로서 시행규정이 있어 이에 따라 사업을 수행하게 된다는 점이다.

IV. 지정개발자 방식에 대한 고찰

1. 지정개발자 방식 개념

도정법은 일정한 요건 하에서 시장·군수가 공공이 아닌 자를 지정하여 정비사업을 시행할 수 있도록 하는데, 이 때 지정을 받은 자를 “지정개발자”라 부르고 지정개발자가 시행하는 사업방식을 “지정개발자 방식”이라고 부른다.

앞에서 보았듯이 2015. 9. 1. 법 개정을 통해 조합설립을 위한 동의요건 이상에 해당하는 토지등소유자의 동의가 있으면 신탁업자도 지정개발자로 지정되어 정비사업을 시행할 수 있게 되었다. 그 이전까지 신탁업자의 지정개발자 방식이 천재지변 등 특별한 요건이 충족되는 경우 적용 가능한 소극적 개념에 그쳤다면, 개정법 하에서는 지정개발자의 사업계획과 의지로 토지등소유자를 설득하여 동의율을 충족시켜 시행자 지정을 신청할 수 있어 보다 적극적 개념으로 나아갔다고 평가된다.

2. 조합 방식과의 비교

(1) 조합이 추진하는 정비사업은 조합을 토지등소유자가 정비사업의 시행을 목적으로 스스로 구성하여 사업을 시행하고, 사업비용을 부담하고, 발생한 이익을 얻게 된다는 점에서, 제3자가 일정한 보수를 받고 사업을 시행하는 신탁업자에 의한 정비사업과 본질적인 차이가 있다. 조합원이 되는 토지등소유자는 사업시행자의 구성원으로서 조합총회를 통해 사업에 주도적으로 참여할 수 있다(도정법 제45조).

반면 지정개발자인 신탁업자에 의하여 단독 시행되는 정비사업에서는 조합이 따로 결성되지 않는다. 따라서 토지등소유자는 더 이상 조합에 결속되지 않고 개별적으로 신탁업자와

직접 계약을 체결하고 신탁등기와 함께 직접 소유권을 이전한다. 토지등소유자는 전체회의를 통하여 시행규정이나 정비사업비의 사용, 부담이 될 계약, 정비사업비 분담내역 등 중요한 사항에 대한 의사결정을 하게 된다(도정법 제48조).

(2) 조합 운영의 핵심적인 내용은 조합의 정관으로 정하여지며, 조합창립총회에서 정관이 통과되면 조합설립인가에 의해 대외적 효력이 발생한다¹¹⁾. 이러한 조합정관은 국토부에서 예시한 표준정관을 참고로 개별 사업지에 따라 조금씩 수정하여 사용되는 게 일반적이다.

한편 신탁업자에 의한 지정개발자 방식에서는 정비사업의 시행방법이나 비용부담, 토지등소유자의 권리, 의무 등에 대하여 시행규정을 작성하여야 하며, 사업시행자 지정 동의를 받을 때 시행규정을 포함하여 동의를 받도록 되어 있다.

(3) 사업 절차적인 면에서는 신탁업자 지정개발자 방식은 추진위원회 구성 및 승인이나 조합설립인가 등을 거칠 필요가 없기 때문에 조합방식과 비교할 때 사업의 초기단계에서 소요되는 기간을 단축할 수 있다.

(4) 비용적인 면에서는 신탁업자 지정개발자 방식의 경우 초기 사업기간 단축으로 인하여 조합방식에 비하여 금융비용 등이 감소될 가능성이 있으나 신탁업자에 대한 수수료가 발생하여 조합방식에서 지출되지 않을 비용이 발생하므로 추가분담금이 늘어날 가능성 역시 존재한다.

(5) 조합방식에서는 사업진행 과정에서 부족한 사업비를 주로 시공사가 대여하였다면, 신탁업자 지정개발자 방식에서는 신탁업자가 고유계정 또는 외부 차입금으로 조달하여 시공사의 역할이 축소된다.

3. 공공시행자 방식과의 비교

법에서 정한 요건에 해당하는 경우 원칙적인 조합방식을 대신하여 시장, 군수 등이 직접 정비사업을 시행하거나 토지주택공사등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다. 조합 시행의 특수한 형태로 인정되던 사업시행자 유형으로서, 2017년 전면개정시 사업시행자의 법적 성격의 공공성을 강조하여 ‘공공시행자’로 명칭하게 되었다¹²⁾.

11) 김종보, 『건설법의 이해』, 피테스, 2018, 481면

12) 김종보/최종권, “신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임”, 『BFL』 제94호(2019.3.), 9면

한편 도정법 제정 시부터 정비구역 내 일정한 수의 토지등소유자의 동의가 있을 경우 토지주택공사 등을 사업시행자로 지정할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 조합의 전문성을 보완하면서도 공공성을 띄는 토지주택공사 등에 의한 사업시행자방식은 그리 활성화되지 않았다. 이에 토지주택공사 등에 의한 사업시행방식을 신탁업자에 의한 사업시행방식과 비교하여 볼 필요가 있다.

우선 지정개발자 방식과 마찬가지로 토지주택공사 등에 의한 정비사업에서도 조합이 따로 결성되지 않으며 시행규정에 근거하여 사업이 수행된다. 다만 차이가 있다면, 토지주택공사 등에 의한 사업시행 시에는 “주민대표회의”를 구성하게 되어 있다(도정법 제47조). “주민대표회의”는 비용부담이나 이주 등에 대한 토지등소유자들의 의견이 제시되고 이를 권고하는데 그쳐 시행자를 구속하지 않는다¹³⁾. 반면 신탁업자 지정개발자 방식에서는 “주민대표회의”가 없다. 이 때문에 “주민대표회의”를 구성하고 승인받는 절차가 필요 없어 초기 사업시행절차가 간소한 편이다. 대신 신탁업자에 의한 정비사업은 주요안건을 결정하기 위하여 해당 정비사업의 토지등소유자 전원으로 구성된 “토지등소유자 전체회의”의 의결을 거친다(도정법 제48조). 이 “토지등소유자 전체회의”는 조합 총회에 상응하는 의결기구로서 “주민대표회의”와 달리 신탁업자의 시행방식을 통제할 수 있다.

또한 지정개발자나 토지주택공사 등은 모두 사업시행계획서를 작성하기는 하지만, 토지주택공사 등은 사업시행계획인가를 신청하기 전 총회의 의결이 강제되지 않는 반면, 지정개발자는 토지등소유자 과반수의 동의 및 토지면적의 2분의 1이상의 토지소유자의 동의를 받아야 한다(도정법 제50조 제3항 및 동조 제5항).

이 같은 사실들을 참고하여 당초 토지주택공사 등에 의한 사업시행이 활성화되지 않은 이유를 추론해보면 다음과 같다. 토지등소유자의 입장에서는 토지주택공사 등에 의한 사업시행방식에 대해서 조합 방식보다 사업의 참여가 어려워 감시 또는 통제가 되지 않는다. 또한 현실적으로 시행자로부터 사업에 필요한 자금의 조달도 기대하기 어렵다. 무엇보다 사업시행에 대하여 반대급부를 수령하게 되는 신탁업자와 비교할 때 사업을 선별하여 시행코자 하는 강력한 추진동력을 기대하기 어렵다.

13) 다만 주택공사등도 시공자 선정에 관하여는 “주민대표회의”의 추천이 있는 경우 추천한 자를 시공자로 선정하여야 한다(도정법 제29조 제8항).

	조합 방식	지정개발자 방식	공공시행자 방식
사업시행	추진위원회 구성 및 승인	(도정법 제27조 제1항 각호)	(도정법 제26조 제1항 각호)
	↓	↓	↓
	창립총회	신탁사 지정	주민대표회의 구성
	↓	↓	↓
	조합설립 인가	시공자 선정	시행자 지정
↓	↓	↓	
시공자 선정	사업시행계획인가	시공사 선정	
↓		↓	
사업시행계획인가		사업시행계획인가	

4. 사업대행자 방식과의 비교

신탁업자에 의한 정비사업은 크게 지정개발자 방식 또는 사업대행자 방식으로 나누어진 다. 사업대행자란 사업시행자의 업무를 대행하는 자로서, 그 대상은 역시 “지정개발자” 로서의 자격요건을 갖추어야 한다. 따라서 신탁업자가 사업대행자 방식으로 참여하기 위해서 도 역시 정비구역의 전체 면적 대비 1/3 이상을 신탁받아야 한다¹⁴⁾. 이에 추가하여, 지정개발자가 되기 위해서는 조합설립 동의요건 이상의 동의가 필요한데(도정법 제27조 제1항), 사업대행자는 이보다 완화된 조합원 과반수의 동의만 있으면 된다(도정법 제28조 제1항). 신탁업자는 해당 정비구역의 사업진척도, 조합의 결성여부, 토지등소유자의 의사 등에 따라 지정개발자 방식 또는 사업대행자 방식을 선택하여 사업에 참여하게 된다. 이에 지정개발자 방식과 사업대행자 방식의 각각의 차이를 이해할 필요가 있다.

우선 지정개발자 방식과 사업대행자 방식의 가장 큰 차이는 정비사업조합이 존재하는지 여부이다. 즉, 지정개발자로서 신탁업자는 스스로 정비사업을 시행하므로 정비사업조합이 존재하지 않는 데 반해, 사업대행자로서 신탁업자는 자기의 이름으로 조합의 계산으로 조합의 업무를 집행하므로 여전히 정비사업조합이 시행자로 남게 된다.

14) 도정법 제28조는 “사업대행자” 를 “지정개발자” 로 하여금 해당 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비 사업을 시행하게 할 수 있다고 정하고, 도정법 제27조 제1항은 “지정개발자” 를 “토지등소유자·「사회기반 시설에 대한 민간투자법」 제2조제12호에 따른 민관합동법인 또는 신탁업자로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자” 라고 정의한다.

또한 지정개발자 방식은 시행규정과 신탁계약에 근거하여 사업이 시행되며, 토지등소유자 전체회의에서 사업시행의 주요 안건을 의결한다(도정법 제48조). 반면 사업대행자 방식에서는 조합의 정관과 신탁계약에 근거하여 사업이 시행되고 조합 총회와 별도로 재산처분, 자금차입, 그 밖에 시행자에게 부담을 가하는 행위에 대하여는 시장·군수의 사전 승인을 받아야 한다(도정법 시행령 제22조 제4항).

나아가 신탁사무처리비용을 회수하기 위해 지정개발자 방식에서는 시행자인 지정개발자가 직접 토지등소유자로부터 부과금을 징수할 수 있지만, 사업대행자 방식에서는 대행개시 결정에서 이를 대행사항으로 정하여야 할 것으로 보이며, 사업대행자는 신탁사무처리비용 회수를 위하여 조합에 귀속될 대지 또는 건물에 대한 압류가 가능하다(도정법 제28조2항).

사업대행자 방식은 지정개발자 방식보다 토지등소유자의 동의요건이 완화되어 있고, 정비사업조합이 최종 이익과 비용의 귀속주체자이기 때문에 신탁업자로서는 지정개발자 방식보다 상대적으로 리스크에 대한 부담이 덜할 수밖에 없다. 그러나 사업대행자 방식에서는 정비사업조합이 여전히 사업시행자이기 때문에 조합의 통제와 간섭에서 자유로울 수 없어 전문성 발휘에 한계가 있을 수 있다. 또한 사업대행자 방식에서는 사업시행자에게 부담을 가하는 행위에 대해서 사전에 시장·군수의 승인을 요하기 때문에 사업절차가 번거롭고 인허가 리스크가 상존한다.

V. 개발신탁과 도시정비사업의 차이

부동산 개발신탁 방식은 정비사업 방식과 비교하여 여러 가지 차이점이 있는바, 이는 두 방식을 접목함에 있어 사업의 불확실성으로 이어질 수 있기 때문에 먼저 그 차이를 인지할 필요가 있다.

1. 개발신탁에서는 신탁사업의 진행방법이나 당사자의 권리, 의무 등을 신탁계약에서 정하고 있으며 일단 신탁이 되면, 별도의 신탁행위로 정함이 없는 한, 신탁업자가 시행자로서 단독으로 신탁사무처리방법을 정할 수 있다. 이 때 신탁업자는 신탁법 등에서 정한 선관주의 의무 등을 다하여야 하며 설사 신탁계약에 따라 위탁자의 지시에 따라야 하는 경우에도 위탁자에게 불이익하다고 판단되면 위탁자에게 그 지시를 변경하도록 조언하는 등¹⁵⁾ 사업의 주체로서 독자적인 판단하에 사업을 추진한다. 반면 도시정비사업은, 신탁업자가 지정개발

15) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결

자로서 사업을 진행한다고 해도, 현행 도정법에 따라 조합 방식의 의결기관인 조합총회의 결의사안과 거의 대동소이한 내용으로 토지등소유자 전체회의의 결의를 거치도록 하고 있고, 신탁업자는 이에 구속된다. 따라서 토지등소유자들과의 마찰이 있을 경우 사업시행자의 단독 의지만으로 사업이 준공되기 어려울 수 있다.

2. 신탁계정대여금에 대한 회수 리스크는 개발신탁보다 정비사업의 경우에 더 크다고 볼 수 있다. 개발신탁에서는 신탁업자가 자금을 대여하면서 위탁자의 사업이익과 토지의 가치상당을 대여금 회수를 위한 일종의 담보처럼 취급할 수 있지만, 정비사업에서는 사업비가 부족할 경우 신탁업자가 수분양자로부터 추가분담금을 부과, 징수해야 하므로 차입금 회수 리스크가 더 크다. 만의 하나 사업을 중단하거나 신탁계약이 해지될 경우 매물비용의 처리도 문제된다. 신탁법상 수탁자는 신탁사무처리에 필요한 비용을 고유계정에서 지출한 경우 비용 및 이자를 신탁재산에서 상환받을 수 있도록 정하고 있으며(신탁법 제46조), 일반적으로 신탁계약서에서는 신탁재산에 속하는 금전으로 비용을 충당하기 부족하거나 수익자에게 청구하고도 부족한 경우 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다고 정하고 있다. 그러나 이때 수익자가 여럿인 경우 수익자는 비용 전액에 대하여 연대의무가 아닌, 자신의 이익 범위 내에서 상환의무를 부담하는바 신탁재산을 구성하는 토지등소유자의 재산을 매각하여 각 부담하는 비용을 상환받는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니라 그에 따른 민원도 상당한 부담으로 작용할 것이다.

3. 일반적인 개발신탁에서는 분양자로서 신탁업자의 책임이 신탁계약에 따라 신탁 종료와 동시에 면책적, 포괄적으로 사업의 최종적인 이익귀속 주체자인 위탁자에게 이전된다. 그러나 정비사업에서는 위탁자가 곧 수분양자가 되므로 하자담보책임 등 시행자로서의 책임을 토지등소유자에게 승계시키는 것이 어렵다.

4. 정비사업은 토지등소유자분의 일정 분양률이 보장되므로 경기가 침체되거나 미분양이 우려되는 사업지에서는 사업의 불확실성이 일부 상쇄되기 때문에 개발신탁보다 분양리스크에서는 신탁업자에게 유리한 측면이 있다.

5. 정비사업의 경우 신탁재산을 둘러싼 이해관계자들이 많아 개발신탁보다 소송으로 인한 리스크도 더 커질 것이다. 개발신탁의 경우 신탁업자가 주도적으로 사업을 추진하고, 위탁자와의 내부 갈등이 있더라도 사업이 지체되어 금융비용 등이 증가하면 위탁자의 수익금이 감소하는 것이 자명하므로 준공 전에 사업이 중단되는 사례는 극히 드물다. 즉 사업추진방법에 있어 위탁자가 신탁업자와 의사를 달리 하더라도 위탁자는 준공을 위하여 신탁행위에

대한 취소 내지 유지청구권 등을 행사하는 경우는 거의 없다. 대신, 신탁의 목적이 달성되고 나면 정산과정에서 선관주의 의무 등의 위반을 근거로 신탁업자에 대한 손해배상 등을 구하거나 신탁보수의 감축을 구하는 방식으로 손해를 보전하고자 한다. 그러나 정비사업에서는 이해관계자들이 많고, 토지등소유자들이 준공 지연으로 인한 손해에 대하여 단체법적 특성상 막연하게 받아들일 가능성이 있으며 이에 따라 사업방식에 대하여 신탁업자와 갈등이 발생하면 사업절차의 정당성을 문제 삼아 신탁행위 취소나 유지청구를 남발할 가능성이 있다. 또한 정비사업에 관한 다툼이 행정소송으로 진행되면서 사업절차 자체에 대한 취소나 무효가능성도 항시 열려 있는바, 소송에 관한 리스크가 더 크다고 본다. 이러한 소송리스크로 인하여 사업 자체가 좌초될 가능성도 있으며, 준공이 지연되어 신탁목적은 달성하더라도 막대한 추가비용이 발생하여 추가분담금과 관련된 또 다른 소송으로 확대될 수 있다.

VI. 신탁방식 정비사업의 개선방안

1. 신탁방식 정비사업 도입 초기 문제점

신탁업자 지정개발자 방식은 2015. 9. 1. 자로 도정법에 도입되어 2016. 3. 2.부터 시행되면서, 공교롭게도 2018년부터 부활한 초과이익환수제를 앞두고 추진위원회 구성과 조합설립인가 단계를 생략하여 사업기간이 단축될 수 있다는 점이 부각되면서 확산 된 경향이 있다.

그러나 이는 지정개발자 방식의 절차적 한 단면에 불과한 것으로 개발방식의 다면적인 차이를 무시하고 단순히 기간 단축만을 생각하고 신탁방식을 선택하는 것으로 바람직하지 않다. 이는 토지등소유자들이 사업을 진행하는데 있어 가장 중요한 시행자 방식의 선택에 있어 조합방식과의 혼동으로 오해를 불러일으킬 수 있다. 이로 인한 부작용으로 토지등소유자들과 신탁업자간의 갈등이 표면화되는 사업장도 나타나고 있는바¹⁶⁾, 이는 장기적으로 신탁업자의 지정개발자 방식의 정착에 있어서도 좋지 않은 영향을 미친다.

2. 신탁방식 정비사업의 개선방향

신탁업자 지정개발자 방식은 토지등소유자들의 재산을 대내외적으로 신탁업자에게 이전하고 신탁업자가 명실공히 사업시행자라는 지위에서 자금조달, 사업시행, 분양 등 사업을 진행하게 된다는 점에서, 토지등소유자가 조합을 구성하여 직접 시행자가 되는 조합방식과

16)매일경제, “신탁 재건축의 명암 사업속도 빨라도 제도 미비·수수료 부담 高”, [https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2017/06/408624/\(2019년9월30일자\)](https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2017/06/408624/(2019년9월30일자))

본질적인 차이가 있다. 따라서 전적으로 토지등소유자들의 의사에 따라 사업을 추진하는 조합방식과 달리 취급할 필요가 있다. 만일 신탁업자를 시행자로 지정하더라도 토지등소유자들의 권익을 위하여 조합방식처럼 전체회의의 의결을 일일이 받아서 사업을 진행하고 이에 신탁업자를 구속하고 사업방식을 통제시킨다면, 값비싼 수수료를 들이며 굳이 신탁업자를 정비사업에 끌어들이는 이유를 찾기 어렵다.

토지등소유자들이 사업에 적극적인 참가를 원한다면 직접 시행자인 조합을 구성하여 사업을 추진하면 될 것이다. 반면 기본적인 사업계획이 확정되었고 이 테두리 안에서 준공까지 안정적이고 신속한 추진이 필요하다면 신탁업자 지정개발자 방식을 선택하는 것이 유리하도록 제도의 목적에 따른 시행방법의 차이를 명확히 구분할 필요가 있다.

실제로 일부 신탁업자들의 경우에는 정비사업의 수주경쟁이 치열한 서울보다 시공사가 부실하여 사업이 중단되었거나, 초기 자본이 없어 자력으로 사업을 연명하기 어려운 사업장에서 지정개발자 방식 내지 사업대행자 방식을 통하여 사업을 정상화 시키는데 기여하고 있다. 이처럼 토지등소유자들이 신탁업자를 전적으로 믿고 맡기는 경우는 대개 조합과 조합원들간의 갈등으로 사업이 진척되지 않거나, 자본력이 없거나, 개발노하우가 축적된 대형시공사의 참여가능성이 희박하여 누군가에 의하여 사업의 강력한 추진이 절실하게 필요한 사업지인 경우가 많다. 그렇다면 신탁업자 지정개발자 방식은 그러한 수요를 충족해 줄 수 있도록 최적화될 필요가 있다.

신탁업자 지정개발자 방식의 제도 미비를 보완하기 위하여 오히려 기존 조합방식에 최대한 근접해지도록 제도를 보완하는 접근 방안은 서로 다른 시행방식 사이의 차별성을 없애 제도의 장점을 살리지 못하는 결과를 초래할 수 있다. 제도의 차별성이 없다는 것은 시장에서 토지등소유자들이 시행방식을 선택함에 있어 그만큼 사업방식의 차이를 이해하고 능동적으로 개별 사업지에 적절한 시행방식을 선택하기 어려워진다는 것을 의미하기도 한다.

대신 신탁업자의 개발방식에서 위법한 요소가 있거나, 사업계획과 현저한 차이가 발생하여 토지등소유자들의 권리, 의무에 중대한 영향을 미치는 경우에는 토지등소유자를 보호하는 방안이 철저히 검토되어야 할 것이다. 이는 민사적 법률관계를 전제로 한 신탁법상의 수익자 보호규정으로는 충분하지 않으며, 공법상 법률관계에 상응하여 도정법에서 별도의 추가적인 논의가 필요하다.

VII. 결론

건물의 노후화는 건물의 생애주기에 따라 필연적으로 발생하는 사실이다. 그러나 노후화된 건물이나 도시를 정비하는데 필요한 사업방식은 그 사업지가 가진 구체적 개별특성에 따라 달라져야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 도정법에서는 오랜 기간 조합방식이라는 사업시행방식을 고수하면서 다양한 양태의 사업지 특성을 반영한 사업방식에 대한 수요를 감당하지 못하고 있었다. 그러한 점에서 지정개발자 방식은 도정법상 시행방식을 다양화하여 토지등소유자들이 개별 사업지에 적합한 시행방식을 선택할 수 있도록 선택의 폭을 넓힌다는 점에 의의가 있다.

신탁업자 지정개발자 방식은 도정법에서 기존에 제시하는 시행방식으로서 조합방식의 한계를 극복하기 위하여 마련되었음에도 불구하고, 조합방식을 대체하기 위한 수단이 아니다. 토지등소유자들은 해당 사업지의 현실적인 조건 등을 감안하여 각자의 사업지에 적합한 사업방식을 선택할 수 있어야 한다.

그러기 위하여는 신탁업자 지정개발자 방식이 토지등소유자들의 직접적인 참여에 의한 조합방식과는 본질적인 차이를 가지고 진행될 수 있도록 그 차별성이 제도화 되어 있어야 한다. 토지등소유자 전체회의가 조합총회와 다름없이 해석되어 신탁업자가 사업의 주요 안건들을 조합처럼 의결 받아 진행한다면 신탁업자가 전문성에 기하여 신속하게 정비사업을 진행하게 하려는 도입취지의 실효성을 살리지 못할 가능성이 크다. 따라서 도정법에 열거된 전체회의의 의결사항들을 권리, 의무에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항들로 축소하고, 자율성을 부여하는 차별성이 도정법에도 반영되어야 한다.

아울러 신탁업자는 자본시장법에 기한 통제를 받고, 신탁법에 기한 선관주의 의무 등을 부담하지만 도정법에 기하여 공적 지위를 부여받게 되고, 다수당사자의 법률관계로 신탁의 법리가 확장되는 만큼 이에 알맞는 의무와 제재도 마련되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

[단행본]

법무부, 『신탁법 해설』, 동강, 2012

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018

최수정, 『신탁법』, 박영사, 2016

[논문]

김종보/최종권, “신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임”, 『BFL』 제94호(2019.3.)

백재승/윤동진/안진용, “부동산신탁업이 금융시장 및 주택시장 안정에 미치는 영향에 관한 연구”, 『기업경영연구 제19권 제2호』(2012)

윤민수, “부동산신탁업의 리스크요인 및 대응방향”, 『부동산포커스』 제83권(2015)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제2호 2019년 10월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 2, October 2019

지구단위계획과 불허용도 -전주한옥마을 ‘패스트푸드’ 입점금지 사례를 중심으로-

박 건 우*

국문초록

전주시는 한옥마을의 정체성을 보존하기 위한 목적으로 지구단위계획을 통하여 구역 내 외국 음식점 및 퓨전음식점을 불허용도로 지정하였다. 유사한 사례로 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도12330 판결의 사안에서는 지구단위계획에 의하여 ‘섭유관련제품’만을 판매할 수 있는 섭유제품관 내에서 가전제품을 판매한 경우 국토계획법 위반죄(불법용도변경)가 인정된 바 있다. 이 글에서는 위 두 사례를 중심으로 지구단위계획 및 수립지침상 용도제한의 법적 의미와 한계에 대하여 살펴보았다.

현행 국토계획법은 건축물의 용도에 관한 규율을 거의 하고 있지 않다. 실제로 용도에 관한 규율은 건축경찰법의 역할을 담당하는 건축법이 감당하고 있다. 이미 학설상으로는 지구단위계획을 수립하기 위한 전제로 도시계획법상 섬세한 용도분류체계의 마련이 시급하다는 점이 지적되어 왔으나, 입법적 개선이 이루어지지 않았고, 현재까지도 국토계획법 스스로 용도분류 규정을 두지 못하고 있다. 결국 현행법은 지구단위계획수립지침을 통하여 용도의 세분을 지구단위계획을 수립하는 행정청의 계획 재량에 맡기는 것에 만족하고 있다.

이에 따라 지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도는 용도지역제 도시계획에서 사용하는 용도와 개념 본질적으로는 동일하지만, 법령의 수권에 따라 그 종류를 법령상의 목록보다 더욱 세분화하여 적용할 수 있다. 지자체는 지구단위계획을 활용하여 특정 지구 내에서 건축이 허용

* 변호사, 법무부 국가송무과 사무관

되거나 불허되는 건축물의 종류를 세밀하게 규제함으로써 공간 이미지나 정체성을 구현할 수 있다.

그러나 법률유보의 원칙상 용도의 세분을 전적으로 행정청의 계획재량에 맡겨두는 것은 타당하지 않을 뿐 아니라, 개별 지자체가 지구단위계획으로 세분화한 용도의 의미가 불분명하거나 법적인 한계를 일탈하여 분쟁을 초래하는 원인이 될 수 있다. 그 해결방안으로 우선 생각해 볼 수 있는 것은 지구단위계획수립지침상 용도세분에 관한 요건을 세밀하게 규정하여, 지구단위계획에 따른 용도제한의 범위와 법적 한계를 분명히 하는 것이다. 그러나 보다 근본적으로는 국토계획법 스스로 섬세한 용도규정을 마련하여 지구단위계획을 통한 용도규제의 법적 기초를 제공하여야 한다.

주제어 : 지구단위계획, 건축물의 용도, 도시계획법, 건축경찰법, 계획재량

목 차

- I. 서론
- II. 용도제한의 체계
- III. 용도제한의 개념과 요건
- IV. 용도제한의 효과
- V. 결론

I. 서론

1. 건축물의 용도제한과 지구단위계획

원칙적으로 국민의 기본권을 제한하기 위하여서는 그 제한의 본질적 내용을 법률에서 직접 정하여야 한다(법률유보의 원칙). 토지 위에 건축할 자유가 토지소유자에게 부여된 재산권의 일종이라면, 법률유보의 원칙에 따라 그 제한에 관한 본질적 내용은 법률이 직접 규율하여야 한다고 보는 것이 이론상 일관된다.

그러나 법률이 직접 도시공간을 구획하고, 구역별로 허용되는 건축물의 용도 및 형태 등 건축허가요건을 일일이 규정하는 것은 입법기술상 불가능하고 또 바람직하지도 않으므로, 현행법은 법률에 근거한 도시계획이라는 새로운 수법을 사용하고 있다.

문제는 용도지역제 도시계획에서와 같이 도시계획이 대강의 용도 및 형태 제한으로 만족하지 않고, 지구단위계획에서처럼 ‘상세한 건축허가요건’을 정하는 경우이다. 지구단위계획 수립지침(국토계획부 훈령 제569호, 이하 ‘지침’이라고만 함)은 법에 따라 허용되는 용도라 하더라도 입지특성상 계획목표에 맞지 않는 경우에는 일부 용도를 제한할 수 있다고 하고 규정하고 있다(지침 3-8-3). 지침의 표현대로 법에 따라 허용되는 용도를 지구단위계획의 목표에 따라 다시 제한할 경우, 과연 어느 범위까지 제한이 가능한 것일까? 지구단위계획의 건축허가요건이 마치 개개의 토지소유권자에 대한 복수의 행정행위의 총합과 같은 모습으로 작용하여도 되는가? 혹은 지나치게 세밀한 용도 및 형태 제한을 통해 법률이 위임한 범위를 넘어서 기본권을 침해하는 결과가 되는 것은 아닐까?

2. 두 가지 사례(전주한옥마을과 대법원 판결)

1) 전주 전통문화구역 지구단위계획의 사례

전주 한옥마을의 패스트푸드 입점금지로 인한 최근의 갈등은 위와 같은 문제의식을 더욱 선명하게 부각시킨다. 전주 전통문화구역 지구단위계획구역은 경기전, 전동성당 등 문화재와 전통 한옥이 풍부하게 소재하는 전주시 완산구 풍남동 3가 교동, 전동 일원 298,260㎡를 대상으로 지정되었다. 전주시는 2011. 11. 한옥마을의 역사적·전통적 정체성을 보존하기 위한 목적으로 구역 내 패스트푸드점 및 외국계음식점, 외국음식과 결합된 퓨전형태의 음식점을 불허용도로 지정하는 내용으로 지구단위계획을 변경·고시하였다. 이에 따라 한옥마을 내에서 성업 중이던 꼬치구이점이 영업취소의 대상으로 거론되었고, 단속의지를 보이는 지자체와 이에 저항하는 상인들 사이의 갈등이 심각한 지역 문제가 되었다.

2) 대법원 2009도12330 판결 사례

이와 유사한 사례로 지구단위계획에 의하여 ‘섬유관련제품’만을 판매할 수 있는 섬유제품관 내에서 가전제품을 판매한 경우 국토계획법 위반죄(불법용도변경)¹⁾를 인정한 대법원

1) 위 판결 사안의 적용법조는 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2008. 12. 31. 법률 제9313호로 개정되기 전의 것) 제141조 제3호(제54조를 위반하여 지구단위계획에 맞지 아니하게 건축물을 건축하거나 용도를 변경한 자)이다.

2011. 9. 8. 선고 2009도12330 판결의 사안을 생각해 볼 수 있다. 이 사안에서는 한옥마을의 사례와 달리 구역 내 허용용도가 하나로 특정되었고, 그 밖의 용도는 불허되었지만, 지구단위계획에 의하여 법률이 허용하는 것보다 협소한 범위의 용도만이 허용되었다는 점은 양자가 동일하다.

3) 제기되는 의문점

이들 사례를 살펴보면 금방 여러 가지 의문점이 제기된다. 우선 꼬치구이가 한옥마을 지구단위계획에서 불허용도로 정한 “외국계 음식” 또는 “패스트푸드”에 해당하기는 하는 것일까? 가전제품을 판매한 상인은 건물의 유형적인 형태에 조금도 변경을 가져오지 않았는데 용도변경으로 처벌하는 것이 정당한 것일까? 더 나아가 근본적으로 “외국음식판매점”이나 “섬유제품판매점” 등은 도시계획법상의 용도에 해당하는 것도 아니므로 이러한 용도를 불허나 지정용도로 정한 지구단위계획의 내용은 위법하다고 주장할 수도 있다(실제로 위 대법원 판결의 원심은 이러한 논리로 피고인에게 무죄를 선고하였다). 그렇다면 근본적으로 지구단위계획으로 제한할 수 있는 “용도”의 법적 의미는 무엇일까? 이 글에서는 위와 같은 의문들에 대한 해답을 모색해 나가면서, 지구단위계획 및 수립지침상 용도제한의 법적 의미와 한계에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 용도제한의 체계

1. 도시계획과 용도제한의 체계

1) 용도지역제 도시계획에 의한 용도제한

도시계획에 의해 정해지는 건축물에 대한 허가요건은 크게 용도제한과 형태제한으로 분류할 수 있다. 일반적으로 가장 잘 알려져 있는 도시계획제도인 용도지역제 도시계획은 도시 공간을 주거, 상업, 공업, 녹지 등 특정한 용도로 분류하고 해당 용도에 건축될 수 있는 건축물의 종류를 통제하는 방식으로 작동된다. 이렇게 작동하는 용도제한은 하나의 용도지역 내에 용도가 서로 맞지 않는 건축물의 사용관계가 충돌하는 것을 막고 용도지역의 통일성을 유지하는 기능을 한다. 도시계획은 용도지역에서 허용되는 건축물의 용도의 목록을 법령으로 정하고(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제76조 및 동법 시행령 별표, 이하에서 동

법을 인용할 경우에는 ‘법’이라고만 함), 그에 속하지 않는 개별 건축물의 건축행위는 불허하는 방식으로 그 효력을 관철시키고 있다.²⁾

2) 용도의 분류체계

국토계획법은 법률상 건축물의 용도에 대한 규정을 두지 않고 단지 동법 시행령 별표에서 용도지역별로 허용되는 건축물의 용도를 나열하는 것으로 만족하고 있다. 그리고 건축물의 용도 분류는 건축법에 의존하여, 건축법 시행령 별표 1의 용도분류체계를 그대로 활용하고 있다.

건축경찰법은 건축물의 위험방지요건을 규율하는 법률이다. 그러므로 건축법이 건축물의 용도를 분류하는 목적은 그 용도별로 위험발생상황과 대피에 필요한 상황 등을 다르게 규율하기 위한 것이다. 이러한 관점에서 보면 현행 건축법과 동법시행령에서 보여주는 용도분류의 체계는 건축경찰법적 관점에서 필요한 용도를 넘어 과도하게 세분되어 있다.³⁾ 반면 국토계획법은 토지의 합리적 이용을 저해할 수 있는 건축물들의 혼재와 난립을 막기 위한 목적의 법률이다.⁴⁾ 국토계획법의 관점에서 보면 위험방지를 목적으로 작성된 건축법상의 용도분류보다 훨씬 더 세밀한 분류가 필요하다. 이렇게 도시계획법이 스스로 용도분류체계를 마련하지 못하고 건축법의 분류에 의존하고 있는 파행적인 규정체계는 오랜 기간 건축법이 국토계획법의 역할을 동시에 수행하면서 발생한 연혁적인 문제점이라고 할 수 있다.⁵⁾

3) 지구단위계획에 의한 용도제한

지구단위계획이란 도시·군계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시관리계획을 말한다(법 제2조 제5호). 지구단위계획은 용도지역제 도시계획과 달리 도시 구역 전체가 아니라 일부 구역(地區)을 대상으로 건축허가요건을 상세하게 규율한다(법 제52조 제1항 제4호, 제5호).⁶⁾ 지구단위계획은 이미 용도지역제 도시계획이 존재하는 구역 위에 다시 존재할 수 있으며(법 제51조 제1항 참조), 비록 용도지역제 도시계획에 따라 허용되는 용도라 하더라도 지구단위계획을 통하여 추가적으로 구

2) 용도지역제 도시계획에 대하여 상세히는 김종보, 건설법의 이해, 피데스, 2013. 255면 이하 참조.

3) *ibid.*

4) 건축법과 도시계획법의 목적 및 수단의 비교에 관하여는 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 행정법연구 제3호(1998. 10), 159면 이하 참조.

5) 김종보, 앞의 책, 259면.

6) 지구단위계획의 개념 및 독일의 B-Plan과의 관계에 대하여는 김종보, 앞의 책, 312면 이하; 독일 B-Plan의 수립 절차에 대하여는 김종보, “행정절차로서의 계획절차와 도시계획수립절차”, 행정법연구 창간호(1997.10), 174면 이하 참조.

역 내의 일부 용도를 제한할 수 있다(지침 3-8-3). 구체적으로는 지구단위계획에 따라 ① 특정 용도의 건축물만 허용할 수도 있고(이른바 지정용도, 지침 3-8-4), ② 반대로 특정 용도의 건축물을 배제할 수도 있으며(불허용도, 지침 3-8-8), ③ 일정 용도의 건축물의 건축을 유도하는 내용으로 지정할 수도 있다(권장용도, 지침 3-8-6).

지구단위계획구역에서 건축물을 건축 또는 용도변경하거나 공작물을 설치하려면 그 지구단위계획에 맞게 하여야 하므로(법 제54조), 이런 의미에서 지구단위계획의 용도제한은 용도지역제 도시계획에 우선하는 효력을 갖는다.

2. 지구단위계획수립지침의 법적 성격

1) 법령의 수권체계

국토계획법 제49조 제2항은 지구단위계획의 수립기준 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 정한다고 규정하고 있다. 그러나 국토계획법이 지구단위계획의 수립기준을 전적으로 대통령령에 위임한 것으로 보기는 어렵다. 동법은 지구단위계획의 수립시 고려하여야 할 요소로 ① 지구단위계획구역의 지정 목적 ② 지구단위계획구역의 중심기능 ③ 해당 용도지역의 특성을 직접 제시하고 있다(법 제49조 제1항).

법률의 수권에 따라 대통령령인 국토계획법 시행령 제42조의 2 제2항은 국토교통부장관이 지구단위계획의 수립기준을 정할 때 고려하여야 할 사항들을 주로 수립대상지역의 특성별로 대략 열거하고 있고, 다시 국토교통부 훈령 형식의 지구단위계획수립지침이 구역 내 용도 제한을 포함한 상세한 내용들을 규율하고 있다.

2) 법령보충규칙으로서 지구단위계획수립지침

위와 같은 법령의 체계를 종합하면, 지구단위계획수립지침은 전형적으로 행정법 총론에서 말하는 법규적 내용을 가진 행정규칙(법령보충규칙)에 해당하는 것으로 판단된다.⁷⁾ 즉, 지구단위계획수립지침은 국토계획법의 위임에 따라 제정된 것으로서, 국토교통부장관의 훈령의 형식으로 되어 있음에도 불구하고 그 수임한계 내에서는 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다.⁸⁾ 따라서 동 지침은 그 자체로는 항고소송의 대상이 되지 않는 것

7) 법령보충규칙에 대하여는 김동희, 행정법 I, 박영사, 2004. 158면 이하; 김철용, 행정법, 고시계사, 2015. 131면 이하 참조.

8) “상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여서 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의

이 원칙이고, 다만 지침 규정의 위헌·위법 여부는 구체적 사건에 대한 재판의 전제가 되는 경우에 헌법 제107조 제2항에 따라 법원이 이를 심리하는 규범통제로서 명령·규칙 심사의 대상이 된다.⁹⁾

III. 용도제한의 개념과 요건

1. 제한되는 용도의 의미

1) 법령상의 개념 정의

(1) 용도의 의미

건축물의 용도란 건축물이 어떠한 목적으로 사용되는 것인가 하는 것,¹⁰⁾ 쉽게 바꾸어 말하면 쓰임새의 문제이다. 건축법의 정의에 따르면 용도란 건축물의 종류를 유사한 구조, 이용 목적 및 형태별로 묶어 분류한 것을 말한다(건축법 제2조 제1항 제3호). 건축법은 직접 건축물의 용도를 단독주택, 공동주택, 종교시설, 판매시설 등 크게 28가지 항목으로 분류하고 있다. 이어서 동법은 건축물의 세부 용도는 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고(건축법 제2조 제2항), 이에 따라 동법 시행령 별표 1은 법률이 정한 건축물의 용도를 다시 세분하고 있다. 예를 들어 공동주택을 아파트, 연립주택, 다세대주택, 기숙사로 세분하는 식이다(동 별표 제2호 참조).

(1) 도시계획법상의 개념으로서 용도

그런데 사실 위험방지를 입법 목적으로 하는 건축(경찰)법이 건축물의 용도에 특별히 관심을 기울여야 할 이유는 없다. 건축법의 목적상 어떠한 용도의 건축물이건 위험하지 않으면 허용될 수 있기 때문이다. 단지 건물의 속성상 위험성을 강하게 내포하거나, 다중이 이용하는 용도의 건축물은 더욱 엄격한 위험방지요건을 갖추어야 한다는 정도의 규율이 필요한 정도이다.¹¹⁾ 반면 도시 내 토지의 합리적 이용을 위한 목적으로 제정되어 건축물의 용

절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙, 규정은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다”(대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결).

9) 다만 헌법재판소는 법령보충규칙으로 인하여 직접 기본권 침해를 받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 한다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91헌바25 결정).

10) 김종보, 앞의 책, 48면.

11) 김종보, 앞의 책, 158면.

도에 많은 관심을 두어야 할 국토계획법은 정작 용도의 개념에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다.

이미 지적하였듯이 이는 연혁적으로 건축법이 사실상 도시계획법의 규율기능을 침범하여 담당해 왔던 교착상태에서 기인한 문제이다. 건축법 시행령에서 분류하고 있는 용도를 살펴 보면, 건축물의 위험방지요건과 무관하게 기반시설 유발지수 등 토지의 이용관계에 착안하여 설계되어 있음을 알 수 있다. 이런 연유에서 건축법상의 용도의 정의규정은 그 규정의 형식적인 위치에도 불구하고 실상은 도시계획법상의 그것이라고 보아야 한다.

2) 건축물의 종류로서 용도

현행 건축법상-에 위치하지만 도시계획법적인-의 용도 개념을 분설하여 보면 다음과 같다. 첫째, 용도란 건축물의 종류(종차+류)이다. 다른 부가적인 개념요소들을 제외하면 궁극적으로 용도는 건축물의 종류를 의미한다. 둘째, 용도의 분류에 있어서는 ① 건축물의 구조와 ② 이용목적 및 ③ 형태가 고려된다. 이 중 건축물의 구조와 형태는 객관적인 개념요소라 할 수 있고, 이용목적은 건축주의 의사에 따른 주관적인 개념요소라 할 수 있다. 다만 이용목적은 결국 건축물의 이용형태로 표현된다는 점에서 양자의 구별은 상대적이다. 셋째, 용도는 건축물의 구조와 이용목적, 형태가 유사한 그룹으로 묶은 종류의 체계이다. 법률은 나름대로 이들 요소의 근사성을 평가하고 이를 바탕으로 모든 건축물을 28개의 용도로 대분류하였다. 이러한 용도는 시행령에 의하여 다시 하위 용도로 세분된다. 넷째, 이론적으로는 건축물의 구조와 이용목적, 형태의 차이점(종차)에 착안하여 현재 법령이 규정하고 있는 것보다 훨씬 더 많은 단계의 하위용도를 만들어낼 수 있다(표 1). 표에 나타나듯이 용도를 하위 단계로 세분할수록 해당하는 건축물의 외연은 좁아지므로, 그에 비례하여 건축행위를 통제하는 규율의 강도는 강하여지는 관계에 있다.

<표 1> 용도의 세분과 규율강도(2009도12330 판결 사례)

종차 n	...	종차 3	종차 2	종차 1	류(類)	규범층위	외 연	규율강도
				판매시설 인	건축물		 넓음 좁음	 弱 强
				판매시설 인	건축물	법률		
			상점인	판매시설 인	건축물	시행령		
		섬유제품 판매하는	상점인	판매시설 인	건축물	지구단위 계획		
	⋮					⋮		

3) 지구단위계획에 의하여 제한되는 용도

(1) 건축법상 용도 개념과의 관계

우선 지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도가 건축법상의 용도와 동일한 개념인지를 살펴 볼 필요가 있다. 앞서 살펴 보았듯이 건축법과 동법 시행령이 규정하고 있는 용도 개념은 규정 위치에 불구하고 도시계획법적인 목적의 용도를 정의한 것이다. 지구단위계획은 도시계획의 일종으로서 도시계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위한 목적으로 수립하는 것이므로(법 제2조 제5호), 지구단위계획을 통하여 제한할 수 있는 용도 역시 도시내 토지의 합리적 사용을 목적으로 하는 도시계획법상의 용도 개념과 본질적으로는 동일하다고 말할 수 있다. 적어도 지구단위계획으로 제한하는 건축물의 용도 역시 건축물의 종류를 규제하는 것임에는 틀림없다.

(2) 건축법시행령상의 용도로 한정되는지 여부

① 대법원 판결이 제시한 두 가지 논거

지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도 개념이 도시계획법상의 용도 개념과 본질적으로 동일하다고 해서, 지구단위계획으로 허용하거나 불허하는 건축물의 종류가 건축법 시행령 별표에서 나열하고 있는 용도의 종류 내에서만 선택될 수 있다는 결론이 바로 도출되는 것은 아니다. 지구단위계획을 통하여 건축법 시행령에 열거된 바 없는 새로운 용도를 규정하고, 이를 허용 또는 불허용도로 지정할 수 있는지 여부는 별도로 검토해 보아야 할 문제이다. 이에 대하여 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도12330 판결은 지구단위계획의 내용이 되는 건축물의 용도제한은 건축법 시행령에 열거된 건축물의 종류 중에서 선택하여야 하는 것은 아니라고 판시하였다. 대법원은 그 근거로 ① 지구단위계획의 목적과 건축법의 입법목적으로서 다르고,¹²⁾ ② 국토계획법 및 동법 시행령은 용도지역 안에서의 건축물 용도 등의 제한에 관하여는 건축법 시행령 별표 1에 나열된 종류에 따르도록 하는 규정을 두면서도(법 제76조 제1항, 시행령 제71조 제1항), 지구단위계획에서의 건축물 용도제한의 기준에 관하여는 별도로 규정하지 않고 있다는 점을 들었다.

12) “지구단위계획은 도시계획 수립대상 지역 안의 일부에 대하여 토지이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 당해 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시관리 계획으로서(구 국토계획법 제2조 제5호), 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시키는 것을 목적으로 하는 「건축법」상의 건축물에 대한 규제와는 그 목적을 달리하고 있는 점”

② 지구단위계획과 용도제한

대법원이 제시하고 있는 논거 중에서 우선 지구단위계획의 목적과 건축법의 입법목적이 서로 다르다는 것은 적절한 근거가 될 수 없다. 왜냐하면 건축법에 규정된 건축물의 용도 규정은 건축경찰법의 입법목적에 따라 설계된 것이 아니라 오히려 도시계획법적인 목적을 염두에 두고 만들어진 규정이기 때문이다. 현행 건축법의 용도규율은 이미 도시계획법적 영향을 받아 용도에 관한 한 건축법과 국토계획법의 규율 목적이 서로 구분되기 어렵다. 여기에서는 건축경찰법과 도시계획법의 차이점보다는, 오히려 용도지역제 도시계획과 지구단위계획의 목적과 수법이 질적으로 다르다는 점이 강조될 필요가 있다. 용도지역제 도시계획은 도시구역 전체를 대상으로 수립되고, 각 용도지역별로 일률적인 용도 및 형태제한을 적용하는데 만족하는 내용적으로도 불완전한 형태의 도시계획이다.¹³⁾ 반면 지구단위계획은 도시구역의 극히 일부지역(地區)에 수립되고, 계획의 내용도 용도지역제 도시계획에 비하여 매우 상세하여, 지구단위계획 스스로 건축단위별 형태제한과 용도제한요건 등을 따로 정할 수 있어 국토계획법에 의하여 그 건축허가요건이 정해지는 용도지역제 도시계획과는 전혀 다른 의미를 갖는다.¹⁴⁾ 이 점을 분명히 표현하기 위하여 법 제52조는 지구단위계획의 내용에는 건축물의 용도제한, 건축물의 건폐율 또는 용적률, 건축물 높이의 최고한도 또는 최저한도(제4호) 및 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획(제5호)이 포함되어야 한다고 규정하고 있다.

③ 계획 재량의 내용으로서 용도의 세분

이러한 의미에서 국토계획법이 용도지역제 도시계획에 있어서는 건축법 시행령의 용도를 따르도록 하는 규정을 두면서, 지구단위계획에 있어서는 그와 같은 규정을 두지 않아 계획 주체에게 폭넓은 형성의 자유를 인정하였다는 점을 지적한 대법원 판결의 두 번째 논거는 매우 정확한 것으로 평가할 수 있다. 본래 용도지역제 도시계획의 건축허가요건은 국토계획법에 의하여 획일적으로 결정되므로, 용도지역제 도시계획이 건축법 시행령의 용도의 범위에 따르는 것은 당연한 것이다. 그러나 개별적인 건축허가요건을 따로 정할 수 있는 지구단위계획에 있어서는 그와 같은 제한은 계획의 목적 또는 본질과 맞지 않다. 대법원이 지적한 법 제76조 제1항 이외에도, 특히 법 제52조는 지구단위계획을 통하여 용도지역을 세분할 경우(예컨대 전용주거지역을 제1종 전용주거지역과 제2종 전용주거지역으로 다시 나누는 경우) “대통령령으로 정하는 범위에서 세분하거나 변경” 할 수 있도록 하면서, 용도 자체의 제한에 관하여는 아무런 제한을 두지 않고 있다.

13) 용도지역제 도시계획은 건축물의 용도 및 형태제한이 일률적·획일적일 뿐만 아니라, 건축허용성과 건축단위를 규율하지 못한다는 근본적인 한계가 있다.

14) 용도지역제 도시계획과 지구단위계획의 규율밀도의 비교에 관하여는 김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 행정법연구 제11호(2004. 5), 251면 이하 참조.

결론적으로, 지구단위계획의 용도는 건축물의 종류라는 점에서는 용도지역제 도시계획의 용도와 같은 개념이지만, 지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도가 건축법 시행령에 나열된 용도의 범위 내에서 선택되어야 하는 것은 아니다. 전술하였듯이 이론적으로는 건축물의 구조와 이용목적, 형태의 차이점(중차)에 착안하여 현재 법령이 규정하고 있는 것보다 훨씬 더 많은 단계의 하위용도를 만들어낼 수 있고, 법령은 지구단위계획을 수립하는 행정주체에게 부여되는 계획재량(Planungsermessen)의 한 내용으로서 이를 인정하고 있다.¹⁵⁾

(3) 용도 변경의 문제점

용도변경이란 건축허가 및 사용승인을 받은 건축물의 존재를 전제로, 그 건축물의 기존 용도를 포기하고 새로운 용도의 건축물로 변경하는 행위를 말한다.¹⁶⁾ 건축법은 용도변경허가 또는 신고대상으로 규율하면서(동법 제19조), 무허가 용도변경을 형사처벌하도록 규정하고 있다(동법 제108조). 대법원 판례에 따르면 형사처벌의 대상이 되는 용도변경은 반드시 유형적인 변경을 수반할 필요는 없다.¹⁷⁾

용도변경과 관련하여 주의해야 할 점은 국토계획법과 건축경찰법이 용도변경을 통제하는 목적이 서로 다르다는 것이다. 위험방지를 목적으로 하는 건축경찰법은 새로운 용도로 사용하는 것이 건축물의 안전에 지장을 초래하는지 여부가 중요한 관심사인 반면, 국토계획법 관점에서는 새로운 용도로의 변경이 토지의 이용관계에 영향을 미치는지 여부가 중요한 관심사가 된다.¹⁸⁾ 그러나 현행 국토계획법은 용도의 분류에서와 마찬가지로 용도변경에 대하여 거의 규율하고 있지 않아 사실상 건축법이 국토계획법상의 용도변경에 관하여 규율하는 왜곡된 규정체계를 가지고 있다. 판례에 나타나는 건축법 위반(불법용도변경)죄의 행위유형들은 실제로는 도시계획법의 목적을 저해한 경우에 해당한다.¹⁹⁾ 형사처벌의 대상이 되는 용도변경이 반드시 유형적인 변경을 수반할 필요가 없다는 판례의 입장도 대부분은 건축경찰법이 아니라 도시계획법적인 논거에서 정당화될 수 있을 것으로 생각된다.²⁰⁾

15) 계획실무자들은 이런 결과를 의문 없이 당연하게 받아들이고 있는 것으로 보인다. 예를 들어 실무지침서에서는 지구단위계획상 “용도구분은 건축법에 명시된 용도군을 기준으로 하되, 필요한 경우 보다 세분된 건축물의 용도를 지정할 필요가 있다”라고 표현하고, “용도구분의 세분화” 기준으로 “업종구분, 업태의 관리, 용도제어와 인센티브 관계 등”을 명시하고 있다(한국도시계획학회, 지구단위계획의 이해, 기문당, 2005. 80~82면 참조).

16) 김종보, 앞의 책, 157면.

17) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도1865 판결; 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1647 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도12330 판결 등

18) 김종보, 앞의 책, 158면.

19) 예를 들어 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1647 판결 사안은 유흥종사자가 제공하는 춤을 감상할 수 있는 일반 유흥집객업의 영업허가를 받고서 손님이 춤을 추는 무도장을 마련하여 손님으로 하여금 춤을 추도록 한 행위를 불법용도변경으로 의율하고 있고, 대법원 1986. 7.8. 선고 86도1865 판결은 도시계획사업의 실시계획에 의하여 건축한 건물의 지하실을 인가당시의 용도였던 차고와 대피소가 아닌 창고로 사용한 행위를 불법용도변경으로 의율하였다.

20) 이 점에 대해서는 추가적인 연구에 미루고 여기에서는 더 이상 언급하지 않는다.

앞서 소개한 2009도12330 판결 사안에서 지구단위계획상 섬유제품을 판매하는 용도만 허용된 산업유통관에서 가전제품을 판매한 것은, 경찰법적인 위험증가와 무관하고, 오로지 해당 구역의 토지이용관계와 관련된 것이다. 고객의 방문에 따른 교통유발이나 구역의 이미지나 정체성 등 토지이용관계에 영향을 주는 용도변경은 반드시 건축물의 유형적 변경을 필요로 하는 것은 아니다. 도시계획법적 관점에서 판단하면, 구역 내 판매시설의 용도를 제한함으로써 구역의 고유한 정체성을 확보하고자 하는 의도는 지구단위계획의 목적으로 정당성을 인정받을 수 있으며, 형량의 하자가 없는 한, 그와 같은 규제는 계획형성의 자유의 범위 내에 있다고 평가할 수 있다. 이런 의미에서 위와 같은 구역 내에서 가전제품을 판매하는 용도로 점포를 사용한 경우에는 건축물의 유형적인 변경이 없더라도 용도변경행위에 해당한다는 대법원 판결의 입장을 이해할 수 있다.

2. 용도제한의 요건

1) 개념본질상의 요건: 건축물의 이용목적과 관련된 규제일 것

지구단위계획으로 제한할 수 있는 ‘용도’는 건축물의 종류를 뜻한다. 법률의 개념정의에 따르면 용도란 건축물의 종류를 유사한 구조, 이용 목적 및 형태별로 묶어 분류한 것을 말한다(건축법 제2조 제1항 제3호). 그런데 용도변경에 관한 앞선 논의에서 시사되는 바와 같이 도시계획 또는 지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도의 최소한의 개념요소는 건축물 자체의 구조나 형태와 같은 외형적 요소가 아니라 이용목적이다. 건축물의 외형적 요소의 변경이 없다 하더라도 건축물의 이용목적이 변경되어 다른 목적으로 사용될 경우에는 용도가 변경된 것에 해당하기 때문이다.

그러므로 지구단위계획으로 용도를 제한할 경우, 그 규제는 건축물이라는 유형적 공간시설의 이용목적과 관련되는 범위 내에서만 허용된다. 용도의 개념본질상 최소한의 요소인 건축물의 이용목적과 무관하게 용도가 설정될 수는 없기 때문이다. 이 점은 지구단위계획수립지침 상에는 명확히 표현되어 있지는 않지만, 용도의 개념본질상 당연한 제한이라고 할 수 있다. 따라서 다음과 같은 경우를 용도제한 규정으로 규제하는 것은 불가능하다: 첫째, 지구단위구역 내에 트럭을 주차하고 음식을 판매하는 경우와 같이 건축물과 무관한 행위는 용도제한 규정으로 규제할 수 없다. 이런 행위는 조례와 같은 별도의 규범으로 통제하여야 한다. 둘째, 지구단위구역 내 판매가 금지된 상품을 자택에서 인터넷으로 중개 판매하는 것과 같이 건축물의 이용과 무관한 행위를 용도제한 규정으로 규제할 수는 없다. 셋째, 건물사용자의 일상생활을 위한 일시적이고 우연적이거나 부수적인 이용²¹⁾과 같이 건물의 이용목적과

무관한 이용은 용도제한 규정으로 규제할 수 없다.

2) 명확성 요건: 객관적인 종차로 용도의 외연을 특정할 수 있을 것

① 객관적인 종차와 외연의 확정가능성

개념이 내포하는 종차의 항목이 증가할수록 그에 반비례하여 외연은 감소한다. 지구단위 계획의 수립권자는 법률이 제시한 구조, 이용 목적 및 형태라는 기준에 주목하여 나름의 종차를 제시하고 건축물의 용도를 여러 단계로 세분할 수 있다. 그런데 이와 같은 종차는 법률이 제시한 건축물의 구조, 형태 또는 이용 목적이라는 기준 내에서 그 외연이 객관적으로 확정될 수 있어야 한다. 예를 들어 “김치를 판매하는 상점”이라는 용도는 이용 목적에 비추어 객관적으로 그 외연이 확정될 가능성이 있지만, 더 나아가 “맛있는 김치를 판매하는 상점”이라는 주관적 종차가 추가되면 더 이상 객관적으로 외연이 확정될 수 없으므로 이는 용도로 설정될 수 없다. 총칙적 규정이기기는 하지만 수립지침도 “지구단위계획 수립시 사용하는 용어는 법령, 지침 등에 규정한 용어를 사용하거나 지구단위계획으로 용어의 정의를 명확히 하여 사용함으로써 혼란이 없도록 한다.” 고 규정하고 있다(지침 3-1-9).

② 전주한옥마을의 사례

전주한옥마을의 지구단위계획상에 등장하는 “패스트푸드를 판매하는”, “외국음식을 판매하는” “외국음식과 결합된 퓨전음식을 판매하는”이라는 종차는 법적으로 허용되는 규제와 허용될 수 없는 규제의 경계선에 있다고 할 수 있다. 엄격하게 평가하자면 외국으로부터 영향을 받지 않은 음식은 거의 없다는 점에서 전통음식 또는 외국음식의 외연을 객관적으로 확정할 수 없다고 해석할 가능성도 충분하기 때문이다.²²⁾ 꼬치구이와 같은 국적불명의 음식이 전통음식인지, 외국음식인지 또는 퓨전음식에 해당하는지는 더욱 모호하다. 이런 모호성은 지구단위계획의 목표를 고려하여 해석하더라도 쉽게 제거되지 않는데, 꼬치구이라는 음식이 한옥 마을의 전통적인 공간 이미지 또는 고유성을 저해하는지 여부가 뚜렷하지 않기 때문이다.

3) 형량원리에 따른 요건: 계획목표의 달성을 위하여 필요한 용도의 제한일 것

행정계획을 수립함에 있어 관련되는 공익과 사익, 사익과 사익들을 비교 교량하여야 할

21) 예를 들어 한식을 판매하는 음식점에서 직원들의 식사를 위하여 토스트를 굽는 것을 “외국 음식의 조리 용도”로 볼 수는 없다.

22) 심지어 한옥마을의 정체성에서 가장 중요한 역할을 차지하는 한옥 역시 중국 전통주택의 영향을 받은 점에서 “외국적”인 요소가 있다고 주장할 여지가 있다.

행정주체의 의무를 형량의무라고 하고, 이러한 의무를 근거 짓는 원리를 형량원리(Abwägungsgebot)라 한다.²³⁾ 그 내용으로서 행정청은 계획에 관련된 공익과 사익을 조사하고, 그 가치를 공정하게 평가하여야 하며, 계획목표라는 공익과 침해되는 사익 뿐만 아니라 관련된 사익들 상호간에도 형량을 하여야 한다. 행정청은 계획 목표를 달성할 수 있는 여러 수단 중 침해를 최소화하는 방안을 선택하여야 한다.

지구단위계획수립지침은 입지특성상 계획목표에 맞지 않는 경우에는 일부 용도를 제한할 수 있다고 하고 하면서(지침 3-8-3), 일률적인 불허용도를 지양하고, 구역의 성격에 현저히 나쁜 영향을 미치는 시설만 불허하도록 하며, 불허용도의 범위를 너무 광범위하게 지정하지 말 것을 규정하고 있다(지침 3-8-8). 지침이 강조하고 있듯이 용도의 제한은 지구단위계획의 목표의 달성을 위하여 필요한 경우에 한하여, 목표 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다.

IV. 용도제한의 효과

1. 용도제한의 법률효과

1) 건축허용성의 제한 가능성

용도제한은 건축허가의 요건을 정하는 것이므로 이미 건축허용성이 존재하는 것을 전제로 논의될 수 있는 것이다. 따라서 원칙적으로 지구단위계획에 따른 용도제한은 건축허용성의 제한과는 무관하다. 이론적으로는 지구단위계획으로 특정 건축단위에 대하여 일체의 용도를 불허할 경우에는 건축허용성을 박탈하는 것과 동일한 효과를 가져올 수 있다. 물론 이와 같은 경우는 기성시가지를 대상으로 수립된 지구단위계획에 있어서는 상상하기 어렵다.

2) 건축허가요건

지구단위계획으로 건축물의 용도를 제한하는 본래적 효과는 그 내용이 건축허가요건으로 작동하게 된다는 것이다. 지구단위계획구역이 특정 용도지역 내에 있다 하더라도, 용도지역 제 도시계획에 우선하여 지구단위계획에 따르는 용도규제가 우선 적용된다(법 제54조). 이에 대하여는 이미 상술하였다. 그러므로 지구단위계획상 특정 건축단위에 대하여 지정용도를 정한 경우, 그 밖의 용도로는 -설령 용도지역상 허용되는 건축물의 용도라 하더라도- 건축

23) 김동희, 앞의 책, 183면; 신봉기, 국토계획법의 현안문제, 동방문화사, 2009. 78면 이하 참조.

이 허용되지 않고(건축허가신청을 하여도 건축허가가 발급되지 않고), 지정된 용도 외의 용도로 변경할 수도 없다. 불허용도를 정한 경우에는 불허용도 외의 용도로 건축이 허용되고, 불허용도로의 용도변경이 허용되지 않는다. 권장용도는 법적으로 구속력이 없으나, 운용에 따라서는 사실상 권장용도 외의 건축을 허용하지 않는 방식으로 작용할 가능성이 있다.

3) 영업법적 효과

도시계획은 건축물의 용도를 제한함으로써 단순히 건축허가요건을 제한하는 기능을 넘어 영업법적인 규율도 동시에 하게 된다.²⁴⁾ 지구단위계획에 따른 용도제한이 지정된 경우 해당 구역 내에서 불허되는 용도로는 영업을 불가능하고, 지구단위계획이 허용한 용도 내의 영업만이 허용된다.

전주 한옥마을의 사례에서 보듯이 지구단위계획상의 용도 제한 위반은 영업취소 등 영업법적 제재로 귀결될 수 있다. 건축법은 건축물이 건축법 또는 도시계획법령에 위반될 경우 허가권자가 사용금지 등을 포함한 시정명령을 발할 수 있고, 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 다른 법령에 따른 영업허가 등을 하지 아니하도록 요청할 수 있으며, 이 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없으면 그 요청에 따르도록 규정하고 있다(제79조). 한편 식품위생법 시행규칙은 영업허가를 신청하거나 영업신고를 할 경우 행정청이 토지이용계획확인서를 확인하도록 하고 있다(동 규칙 제40조 제2항, 제42조 제2항).

2. 사법적 통제

1) 처분성의 문제

도시계획의 사법적 통제와 관련하여 전통적으로는 행정계획의 법적 성질에 대한 다툼이 있었다. 즉 도시계획을 행정행위로 보는 견해, 행정입법으로 보는 견해, 독자적인 행위형식으로 보는 견해가 대립되어 왔다. 그러나 행정행위를 취소소송의 대상으로 하는 독일에서와 달리 우리나라에서는 그보다 넓은 개념으로서 ‘처분’을 항고소송의 대상으로 하고 있으므로 사법적 통제와 관련하여 위와 같은 논의는 큰 의미가 없다고 할 수 있다. 결국 사법적 통제에 있어서는 지구단위계획의 처분성이 중심 문제가 된다.

2) 지구단위계획에 대한 항고소송

24) 김종보, 앞의 책, 258면.

현재의 판례²⁵⁾와 일반적인 견해²⁶⁾는 구속적 도시계획의 처분성을 인정하여 항고소송의 대상으로 보는 것에 이견이 없다. 따라서 지구단위계획의 용도제한이 위법할 경우에는 지구단위계획 자체에 대한 취소소송을 제기할 수 있다. 문제는 지구단위계획의 고시일로부터 90일 이내에 그 위법성을 다투지 못한 경우 불가쟁력이 발생하여 거의 대부분의 법적 분쟁을 봉쇄하게 된다는 점이다.²⁷⁾

3) 건축허가 거부처분에 대한 항고소송

현실에서 발생하는 대부분의 항고소송은 지구단위계획 구역 내 토지소유자가 행정청에 건축허가를 신청하고, 지구단위계획상의 용도 제한을 이유로 허가가 거부될 경우 그 거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하는 방식이 될 것이다. 그런데 이 경우에도 지구단위계획에 이미 불가쟁력이 발생하였음을 이유로 지구단위계획 자체의 위법성 주장을 봉쇄하는 것이 과연 타당한지는 여전히 의문이 남는다.²⁸⁾

V. 결론

현행 국토계획법은 시행령 별표에서 각 용도지역 안에서 건축이 허용되는 건축물 용도의 목록을 정하고 있을 뿐, 그 밖에는 용도에 관한 규율을 거의 하고 있지 않다. 실제로 용도에 관한 규율은 본래 건축경찰법의 역할을 담당하는 건축법과 동법 시행령이 감당하고 있다. 건축법 시행령 별표에 열거된 건축물의 용도는 건축물의 종류를 나름대로 분류하고 있으나, 건축경찰법적 목적에 비하여서는 지나치게 세밀하고, 국토계획법적 규율로서는 너무 성글다.

이미 학설상으로는 지구단위계획을 수립하기 위한 전제로 도시계획법상 섬세한 용도분류체계의 마련이 시급하다는 점이 지적되어 왔으나,²⁹⁾ 입법적 개선이 이루어지지 않았고, 현재까지도 국토계획법 스스로 용도분류규정을 두지 못하고 있다. 결국 현행법은 지구단위계획수립지침을 통하여 용도의 세분(또는 섬세한 용도분류)을 지구단위계획을 수립하는 행정청의

25) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105판결[공1982.5.15.(680),434]; 대법원 1992. 8. 14 선고 91누11582판결[공1992.10.1.(929),2683]; 대법원 2000. 12. 8 선고 99두9957판결[공2001.2.1.(123),288] 등

26) 예컨대 김동희, 앞의 책, 180면.

27) 이 문제에 대한 자세한 논의는 김종보, 주 12)의 논문, 247면 참조.

28) 이는 지구단위계획에 대해 직접 항고소송의 대상적격을 인정함에 따른 해결하기 어려운 난점으로, 향후 추가적인 연구가 필요하다.

29) 김종보, 앞의 책, 259면.

계획 재량에 맡기는 것에 만족하고 있다.

이에 따라 지구단위계획으로 제한할 수 있는 용도는 용도지역제 도시계획에서 사용하는 용도와 개념 본질적으로는 동일하지만, 법령의 수권에 따라 그 종류를 법령상의 목록보다 더욱 세분화하여 적용할 수 있다. 지자체는 지구단위계획을 활용하여 특정 지구 내에서 건축이 허용되거나 불허되는 건축물의 종류를 세밀하게 규제함으로써 공간 이미지나 정체성을 구현할 수 있다.

그러나 법적인 문제점은 여전히 남아 있다. 법률유보의 원칙상 용도의 세분을 전적으로 행정의 계획재량에 맡겨두는 것은 타당하지 않을 뿐 아니라, 전주한옥마을의 사례에서 보듯이 개별 지자체가 지구단위계획으로 세분화한 용도의 의미가 불분명하거나 법적인 한계를 일탈하여 분쟁을 초래하는 원인이 될 수 있다. 전주시는 꼬치구이가 패스트푸드 또는 외국 음식에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 식품전문가, 변호사 등으로 구성된 전문가 간담회를 수차례 개최하고, 식품의약품안전처에 질의하기도 하였으나 명확한 해답을 도출하는데 실패하였다. 결국 시는 단속 시점을 기준으로 신규 입점만을 제한하는 어정쩡한 규제를 하는 것으로 그쳤다.³⁰⁾

단기적인 해결방안으로 우선 생각해 볼 수 있는 것은 지구단위계획수립지침상 용도세분에 관한 요건을 더욱 세밀하게 규정하여, 지구단위계획에 따른 용도제한의 범위와 법적 한계를 보다 분명히 하는 것이다. 그러나 보다 근본적으로는 도시 내 토지의 합리적 이용을 목적으로 하는 국토계획법 스스로 섬세한 용도규정을 마련하여 지구단위계획을 통한 용도규제의 법적 기초를 제공하여야 한다.

30) <전북일보> 2015. 9. 23.자 참조.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2004.
- 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013.
- 김철용, 『행정법』, 고시계사, 2015.
- 신봉기, 『국토계획법의 현안문제』, 동방문화사, 2009.
- 한국도시설계학회, 『지구단위계획의 이해』, 기문당, 2005.

[논문]

- 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 「행정법연구」 제3호(1998. 10)
- _____, “도시계획변경거부의 처분성”, 「행정법연구」 제11호(2004. 5)
- _____, “행정절차로서의 계획절차와 도시계획수립절차”, 「행정법연구」 창간호
(1997. 10)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제2호 2019년 10월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 2, October 2019

‘사업계획변경승인전 사업시행’ * 관련 몇 가지 쟁점에 관한 연구

용 석 남**

국문초록

주택법은 승인받은 사업계획에 변경이 있는 경우, 변경승인을 받을 것(변경내용이 경미한 경우에는 관할 행정청에 통보)을 규정하고 있고, 이를 위반한 경우, 사업주체(사업시행자)는 영업정지 등의 행정제재 및 징역 또는 벌금의 행정형벌을 받게 된다.

건축물 공사에 있어 기초 공사의 내용 및 방법은 건축물 안전에 중요한 사항임에도, 사업계획승인시 제출되는 서류에는 포함되어 있지 않고, 사업계획승인 이후 건축물에 대한 착공신고시 제출되어야 하는 서류에 포함되어 있는바, 기초 공사 방법의 변경이 사업계획변경승인 사항인지 문제된다. 착공신고시 제출되는 서류(예컨대, 실시설계도서)는, 건축물의 공사가 실제로 이루어지기 위하여 사업계획승인시에 제출되는 서류를 상세히 보완 및 보충하는 것으로서, 사업계획승인과 밀접히 연관되어 있고, 사업계획승인과 분리해서 생각하기 어렵다. 따라서 착공신고시 제출되는 서류에 포함되는 기초 공사 관련 사항은 사업계획승인 내용에 포함된다고 보는 것이 옳으며, 기초 공사 방법의 변경은 사업계획변경승인 사항에 해당한다.

판례는 특별한 사정이 없는 한 사업주체의 고의·과실을 불문하고 사업계획변경승인 전 시공사에 의하여 이루어진 시공행위의 책임을 사업주체에 귀속시켜 당해 사업주체에게 행정제재를 가할 수 있다고 한다. 그러나 이러한 판례는 명확한 법률의 근거없이 사업주체의 기본권을 제한 또는 침해하는 것으로 자기책임원칙, 헌법상 기본권 보호 및 기본권 제한 규정에 반하는 것으로 타당하다고 볼 수 없다. 경찰법상 행위책임에 근거하여 위와 같은 판례를

* 현행 주택법 제15조 제4항 관련

** 변호사, 주식회사 코람코자산신탁 법무실장

지지하는 견해가 있으나, 경찰법상 행위책임과 행정제재의 영역은 논의평면을 달리하는 것으로서, 경찰법상 행위책임을 근거로 행정제재가 정당화 될 수는 없다.

법률의 수권을 받아 행정제재를 정하는 이른바 법규명령형식의 행정제재기준은 그 법형식을 중시하여 법규명령으로 보아야 하고, 다만, 모법의 위임규정의 내용과 취지, 헌법상 과잉금지원칙 및 평등의 원칙 등에 비추어 적정한 제재기준이 정하여져야 할 것이므로, 그 행정제재기준은 절대적 구속기준은 아니고 최고한도로 보는 것이 타당하다.

주제어 : 주택법, 사업계획변경승인, 사업계획승인, 사용자에 대한 행정제재, 법규명령 형식의 제재기준, 착공신고, 경찰법상 행위책임

목 차

- I. 서론
- II. 사업계획승인과 착공신고의 관계
- III. 피용자의 행위를 이유로 사용자에 부과되는 행정제재의 법적근거
- IV. 법규명령 형식 제재처분기준의 법규성
- V. 결론

I. 서론

1. 사실관계

K사는 ○○ 공동주택 신축사업(이하 ‘본건 사업’ 이라 한다)을 시행하는 주택법상의 사업주체로서, 2015. 10. 28. 주식회사 J건설(이하 ‘J건설’ 이라 한다)과 본건 사업의 공동주택에 관한 공사도급계약(이하 ‘이 사건 공사계약’ 이라 한다)을 체결하였다.

J건설은 2016. 1.경 착공하여 이 사건 공사를 진행하던 중 지내력 확보를 위해 설계변경이 필요함을 K사에 보고하였고, 이후 설계사무소를 통해 지반을 보강하기 위한 팽이말뚝을 추가로 시공하는 것으로 설계가 변경되었다.

이와 관련하여, K사는 2016. 3. 25. 회의시, J건설에 팽이말뚝 시공이 사업계획변경승인을 받아야 하는 사항인지 아니면 변경승인을 받지 않아도 되는 경미한 변경인지 여부를 확인한 후, 사업계획변경승인을 받기 이전에(만약 경미한 변경이라면 관할 행정청에 통보 이전에) 팽이말뚝 선시공을 불가하다는 점을 고지하였고, 2016. 4. 6. 회의에서도 J건설에 경미한 변경으로 확인 받을 수 있도록 관할 행정청에 공문을 발송할 것을 요청함과 동시에 변경승인(경미한 변경의 통보) 전에 선시공을 금한다는 내용을 주지시켰으며, 같은 날 K사의 요청으로 이 사건 공사의 CM(Construction Management)사는 J건설에 사업계획변경승인(또는 경미한 변경의 통보) 등 관련 행정절차 업무를 완료하기 전까지는 팽이기초 시공을 엄격히 금지한다는 내용의 공문을 발송하기도 하였다.

이후, K사는 2016. 4. 18. 기초지정 형식을 ‘지내력 기초’ 에서 ‘지내력 기초+팽이기초’ 로 변경하는 사업계획변경승인(3차)을 신청하였고, 그로부터 3일 후인 2016. 4. 21. 위 변경승인이 되었다. 다만, J건설은 위 변경승인 전인 2016. 4. 19. 102동 지반 팽이말뚝 콘크리트 타설을 K사에 알리지 않고 몰래 진행하였다.

이에 사업계획변경승인권자인 관할 행정청은 사업계획변경승인 전에 팽이말뚝을 선시공을 한 것은 위법하다는 결론을 내린 후 관할 경찰서에 K사가 「구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택법’ 이라 한다)」 제16조(사업계획의 승인) 제5항¹⁾을 위반한 것으로 고발함과 동시에 K사에 위 위반을 근거로 구 주택법 제13조 제1항 제8호에 따른 주택건설사업자등록말소 또는 영업정지 처분(이하 ‘본건 행정처분’ 이라 한다)을 하겠다는 내용의 사전통지서를 발송하였다.

1) 승인받은 사업계획을 변경하려면 변경승인을 받아야 한다. 다만, 국토교통부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다. 현행 주택법 제15조 제4항과 동일.

2. 쟁점의 정리 및 검토의 방향

K사는 (1) 기초 또는 지정 공사에 관한 사항은 당초 사업계획 승인시에 제출되어야 하는 서류 또는 자료에 포함되지 않았으므로, 이를 변경하는 경우에도 사업계획변경승인 사항에 해당되지 않는다는 점(쟁점 1), (2) 가사 위 기초 또는 지정공사에 관한 사항이 사업계획변경승인 사항에 해당하는 경우에도, 위 주택법 제16조 제5항은 ‘사업주체가 사업계획변경승인 전 사업을 시행한 경우’를 금지하고 있는바, 본 사안은 사업주체 자신이 아닌, 제3자인 시공사가 사업주체의 명시적인 지시를 어기고, 사업주체 몰래 기습적으로 공사를 진행한 것이므로, ‘사업주체가 사업을 시행한 경우’에 해당하지 않고, 이에 해당하는 것으로 보는 경우에도 위반자에게 이를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있으므로 본건 행정처분은 위법하며(쟁점 2), (3) 백번을 양보하여 본 사안을 K사가 사업계획변경승인 전 사업을 시행한 경우에 해당하는 것으로 판단하는 때에도, 주택법 및 주택법 시행령 상 행정제재처분 기준은 제재의 최고한도를 규정한 것이고, K사의 위반내용은 초범이고 매우 경미한 것이므로, 주택법 시행령에 규정되어 있는 행정처분의 최저기준인 영업정지 6개월²⁾ 미만에 제재처분(예컨대, 영업정지 1개월)이 내려져야 한다(쟁점 3)고 주장한다.

본 논문에서는 위와 같은 K사 주장의 당부(當否)를 살피면서, 기초 또는 지정공사에 관련된 내용이 사업계획승인 사항에 해당되는 것인지 여부, 종업원·피용자 등 제3자의 주택법 위반행위의 법적 책임을 사업주체에 귀속시켜 사업주체에게 행정제재를 가하는 것이 적법한지, 적법하다면 그 근거는 무엇인지를 검토하고, 마지막으로 주택법으로부터 수권받아 제재처분기준을 규정하고 있는 주택법 시행령의 그 제재기준들이 법규명령으로서 절대적 구속력을 가지는지(즉, 행정청은 위 기준과 달리 제재처분을 할 수 있는 재량을 가지고 있지 못한지), 아니면, 위 기준들은 제재처분의 최고한도를 정한 것이고, 행정청은 여전히 그 한도 내에서 제재처분에 대한 재량을 갖는지, 특히 위 주택법 시행령과 같이 행정청이 그 재량에 따라 감경할 수 있도록 하되³⁾, 그 감경에 따른 제재기준(영업정지 6개월)까지 함께 규정할 경우, 이 기준은 절대적 구속기준인지, 최고한도를 정한 것으로 볼 수 있는지를 검토해 보고자 한다.

2) 주택법으로부터 행정제재처분의 기준을 수권받은 주택법시행령은 사업주체가 사업계획변경승인 전 사업을 시행한 경우, 원칙적으로 주택건설사업자등록말소를 하되, 감경사유가 있는 경우, 영업정지 6개월의 처분을 하는 것으로 규정되어 있다.

3) 주택법은 사업계획변경 승인 전 사업시행행위에 대하여 행정청이 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지를 명할 수 있도록 하되(주택법 제8조 제1항 제10호, 제15조 제4항), 그 처분에 관한 기준을 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 주택법 시행령은 위 행위에 대한 제재처분 기준을 ‘주택건설사업자등록말소’로 정하되, 감경사유가 있는 경우 이를 고려하여 6개월 이상의 영업정지처분으로 감경할 수 있도록 규정하고 있다.

II. 사업계획승인과 착공신고의 관계⁴⁾

1. 문제의 소재

사업계획승인신청서, 제출되어야 하는 서류에는 주택건설사업계획승인신청서, 주택건설사업계획서, 주택과 부대시설 및 복리시설의 배치도, 주택법 제17조 제3항의 규정에 의한 협의에 필요한 서류 등이 있고, 주택의 설계도서 작성기준[국토교통부고시 제2015-322호, 2015.5.26. 시행] 제4조 제3항은 “주택법 제16조 제1항에 따라 주택건설사업계획승인을 얻고자 하는 자가 주택건설사업계획승인을 신청하는 때에는 별표1의 기본설계도면을 제출하도록 하고 있는데, 별표1의 ‘기본설계도면 작성내용’에는 지정 및 기초공사의 공법에 관한 사항을 기본설계도면 작성시 작성할 사항으로 기재하고 있지 않다.

한편, 위 주택의 설계도서 작성기준에 의하면, 주택법 제16조 제8항에 따라 착공신고를 하는 때에는 별표 2의 실시설계도면 및 주택법시행령 제23조 제1항 제1호에서 정하는 시방서·구조계산서·수량산출서 및 품질관리계획서를 사업계획승인권자에게 제출하여야 하는데, 지정 및 기초공사에 관한 사항은 주택사업계획승인을 받은 이후 착공 시에 제출하는 실시설계도서에 기재할 사항에 해당한다.⁵⁾

이와 같은 내용을 고려하면, 기초 또는 지정에 관한 사항은 사업계획승인시 제출되거나 검토되는 사항이 아니므로, 사업계획승인의 대상에 포함되지 않고, 이에 따라 위 기초 또는 지정에 관한 공사를 변경하는 경우에도 사업계획변경승인의 대상이 되지 않는 것으로 판단할 여지가 있다.

반면, 기초 공사는 건축물의 안전과 매우 밀접하게 연관되는 중요공사에 해당하고, 그럼에도 사업주체가 이를 임의로 변경할 수 있다는 것은 상식적으로 납득하기 어렵고, 20세대 이상의 아파트를 건설하는 경우, 사업계획승인을 받고, 착공신고를 한 뒤 실제 착공에 들어가는 것이므로(주택법 상 이러한 과정이 예정되어 있는 것이므로), 사업계획승인과 착공신고는 별개로 분리된 과정이 아니며, 착공신고에 제출되는 서류 또한 공사를 실제로 하기 위하여 사업계획승인시에 제출된 서류(특히, 도면)를 보다 세밀하게 보완하는 역할을 한다는 점에서 사업계획승인의 내용에 포함되는 것으로 해석하는 것이 타당하고, 통상적으로 착공신고시에 제출된 내용을 변경하는 경우, 착공신고 변경신청을 하는 것이 아니라 사업계획변경승인 절차를 거친다는 점에서 기초 공사의 변경은 사업계획승인 대상으로 보아야 한다고 볼 수도 있다.

4) 쟁점1에 관한 검토

5) 주택의 설계도서 작성기준 별표 2의 ‘실시설계도면 작성내용’ 중 구조도에는 ‘기초의 크기, 폭, 두께, 배근 방법, 철근 종류, 보강근의 위치, 파일의 위치, 크기, 간격’ 등을 명시한 기초일람표를 작성하도록 하고 있다.

이에 대하여는 기본권 보호 차원에서 국민들에 대한 불이익한 행정제재의 근거가 되는 법령은 문언에 따라 엄격히 해석되어야 하며, 죄형법정주의를 고려할 때도, ‘사업계획승인’에 해당하는지 여부는 해당 법률에 따라 판단되어야 하며, (행정규제 또는 형사처벌의 필요성이 있다 하더라도) 불리한 유추해석은 허용될 수 없다는 반론이 가능하다.

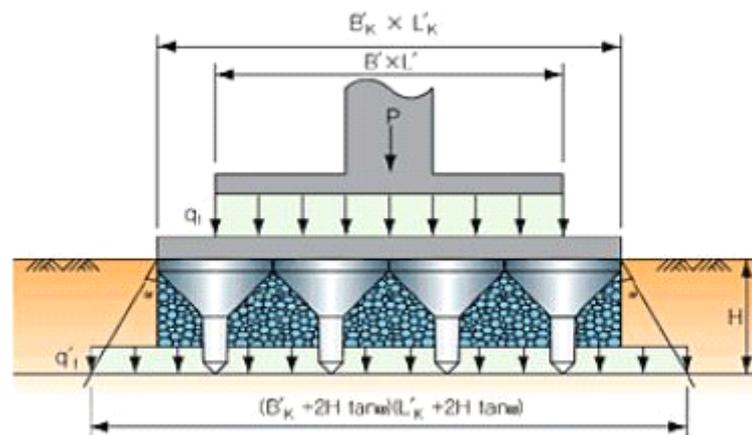
기초 공사의 변경이 사업계획변경승인 대상인지, 아닌지에 따라 K사는 주택건설사업자등록말소 또는 1년 이내의 영업정지의 행정처분을 부과받을지 및 주택법 위반에 따른 형사처벌⁶⁾을 받을지가 결정되는 것이므로, 이 문제는 K사에 중요한 의미를 가진다.

2. 관련 행정심판례, 판결례 등 소개

(1) 팽이말뚝 개요

본건에서 문제된 팽이말뚝 시공은 팽이모양의 말뚝에 콘크리트를 타설하여 매트 기초 하부에 지반을 다지는 것으로서, 지지력 증가와 침하억제, 부등침하방지 등의 효과를 동시에 도모하는 연약지반 표면 처리공법이다.

즉, 팽이말뚝 시공을 할 경우 아래 그림과 같이 기초하중이 팽이말뚝을 통하여 채움 쇄석을 압축, 구속하고, 채움 쇄석이 응력의 집중을 방지하며, 기초하중을 넓게 분산 시키게 된다.



〈그림 1〉 팽이말뚝기초의 역학특성

6) 구 주택법은 “사업계획의 승인 또는 변경승인을 받지 아니하고 사업을 시행하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다” 고 규정하고 있다(제97조 제2호).

참고로, 팽이말뚝 공사가 기초공사에 해당하는지, 지정공사에 해당하는지 기술적으로 명확한 것은 아니나⁷⁾, 본 논문에서는 기초공사에 해당하는 것으로 전제하고 검토를 한다.

(2) 행정심판례

‘사업계획변경승인을 얻지 아니하고, 2004. 5. 17. 106동(9층) 아파트의 파일기초를 삭제하고 매트기초로 콘크리트 타설을 하여 공사를 진행한 사안’에서, “청구인은 공사진행 전인 2004. 5. 8. ○○시장에게 기초공법변경에 대한 사업계획변경신청을 하였고, ○○시장은 2004. 6. 30. 청구인의 사업계획변경을 승인하였으며, 2005. 12. 29. 사용검사필증을 교부한 것으로 보아 이 건 106동(9층) 아파트의 기초변경으로 인하여 어떠한 문제점도 발생하지 아니하였다고 인정되는 점, 청구인이 기초공법을 변경하는 사업계획변경을 하게 된 사유는 공사현장 인근주민들의 민원을 해소하기 위한 것이었던 점, 청구인은 지질조사 전문업체인 (주)○○ENG에 지내력 조사를 의뢰하여 건축물의 기초를 파일기초를 삭제하고 매트기초로 변경하여도 건축물의 구조상 안전하다는 구조검토보고서를 통보받은 점, 이 건 주택건설사업의 감리자인 (유)△△ENC에 설계변경에 따른 기술검토를 의뢰하여 파일기초를 삭제하고 매트기초로 사업변경 하여도 구조상 안전하고 주변민원 사항인 소음·진동 등을 최소화할 수 있으며 파일향타시 인근가옥의 균열·붕괴 등을 미연에 방지할 수 있고 건설교통부 질의회신 및 관련법령상 경미한 사업계획변경으로 처리하여도 된다는 감리자의 의견을 통보받은 후 사업시행을 하게 된 점 등을 고려할 때, 청구인이 사업계획변경승인을 신청한 후 그 승인이 있기 전에 사업시행을 하였다는 이유만으로 주택건설사업자등록을 말소한 이 건 처분은 피청구인의 재량권의 한계를 일탈·남용한 것으로 위법·부당하다.” 고 의결한 바 있다.

위 행정심판례는 기초공사공법의 변경은 사업계획변경승인 사항이라는 전제하에, 행정청이 제재처분으로 등록말소를 선택한 것이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 판단하였다.

(3) 하급심 판결례⁸⁾

건물의 기초공사공법(지내력기초 방식 또는 파일기초 방식)에 관한 것은 사업계획승인신청서 및 사업계획인가서의 기재사항이 아닐 뿐만 아니라 사업계획승인시에 이에 관한 설계도서를 제출해야 하는 것도 아니고 실제로 이에 관한 서류가 제출된 바도 없는 점을 알 수 있는바, 그렇다면 기초공사공법에 관한 것은 이 사건 주택재건축정비사업 시행인가서에 승인받은 사업계획이라 할 수 없으므로 지내력기초 방식에서 파일기초 방식으로 기초공사공법을 변경하였다고 하더라도 이를 들어 법 제97조 제2호를 적용하여 처벌할 수는 없다.

7) [기초]는 기둥, 벽 등 구조물로부터 작용하는 하중을 지반 또는 지정에 전달시키기 위해 설치된 건축물 최하단부의 구조부를 말하며, [지정]은 기초를 안정하게 지지하거나 지반의 내력을 보강하기 위하여 기초 하부에 제공되는 지반다짐을 의미한다(건축공사 표준시방서 중 용어의 정의 부분 참조).

8) 대구지방법원 2010. 1. 6. 선고 2007노3307 판결

3. 사안의 검토

(1) 사업계획승인의 의의

1) 개념

주택법상 일정한 규모의 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하고자 하는 자는 주택건설사업계획서, 주택과 복리시설 부대시설의 배치도 등 관련서류를 첨부하여 시장·군수 등 관할 관청의 승인을 받아야 한다(주택법 제16조 제1항). 이를 주택건설사업계획의 승인이라 한다. 이 사업계획은 구체적인 건설사업의 설계도면으로서, 사업시행자에 의해 작성되고 사업승인권청에 의해 승인 고시됨으로써 비로소 대외적인 효력을 갖는다.

2) 건축법상 건축허가와와의 관계

건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인은 일정한 요건을 갖춘 경우 건축행위를 가능하게 한다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 건축법상 건축허가는 그 규율대상을 주택의 건설에 국한하지 않는 반면, 주택법은 주택 및 관련 부대복리시설의 건설만을 규율대상으로 하고 있는 점에 차이가 있다.

(2) 사업계획승인시 건축허가의 의제 및 건축허가 관련서류 제출의무

사업계획승인이 되면, 건축허가를 받은 것으로 의제된다(주택법 제17조 제1호). 이에 주택법은 건축허가를 받으려는 자는 사업계획승인을 신청할 때, 건축법에서 정하는 관계 서류를 함께 제출하도록 규정하고 있다(주택법 제17조 제2항). 사업계획승인권자는 사업계획을 승인하려는 경우 그 사업계획에 의제받으려는 인허가 사항이 포함되어 있는 경우에는 해당 법률에서 정하는 관계서류를 미리 행정기관의 장에게 제출한 후 협의하여야 하며(주택법 제17조 제3항), 사업계획승인권자의 협의 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 해당 법률에서 규정한 인·허가 등의 기준을 위반하여 협의에 응하여서는 아니된다(주택법 제17조 제4항).

건축법상 건축허가신청시 제출해야 하는 서류에는, 건축허가신청서, 건축할 대지의 범위에 관한 서류, 건축할 대지의 소유 또는 그 사용에 관한 권리를 증명하는 서류, 별표2의 설계도서 등이 포함된다(건축법 제6조 제1항). 별표2의 설계도서에는, 건축계획서, 배치도, 평면도, 입면도, 단면도, 구조도, 구조계산서, 실내마감도, 소방설비도가 포함되는데, 이 중 구조도에는 ‘구조내력상 주요한 부분의 평면 및 단면’, ‘주요부분의 상세도면’ 이 표시되

어야 하며, 구조계산서에는 ‘구조내력상 주요한 부분의 응력 및 단면 산정과정’ 이 표시되어야 한다.

‘구조내력 상 주요한 부분’ 에 건물의 기초가 포함되므로 건물의 기초와 관련된 사항은 건축허가 관련 서류의 내용이 되고, 사업계획승인권자는 사업계획승인시에 건축허가 관련 행정기관의 장과 (건축허가를 해도 되는지에 관하여) 협의하여야 하고 그 과정에서 건물의 기초를 포함한 건축허가 관련 서류의 내용이 검토되는바, 이를 볼 때, 건물의 기초와 관련된 사항은 사업계획승인시에 그 심사대상이 되는 것으로 판단된다.

(3) 사업계획승인과 착공신고의 관계

20세대 이상의 아파트는 사업계획승인만으로 공사를 개시할 수 없고, 실제로 공사가 개시되기 위하여는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 사업주체가 사업계획승인권자에게 신고하고, 그 수리를 얻어야 한다(주택법 제16조 제10항).

사업주체가 착공신고를 할 때 제출해야 하는 서류에는 사업관계자 상호간 계약서 사본, 흠막이 구조도면(지하 2층 이상의 지하층을 설치하는 경우에 한한다), 영 제23조 제1항의 규정에 의하여 작성하는 설계도서 중 국토교통부장관이 정하여 고시하는 도서, 감리자의 감리계획서 및 감리의견서가 포함된다.

주택의 설계도서 작성기준[국토교통부고시 제2015-322호, 2015.5.26. 시행]에 의하면, 주택법 제16조 제8항에 따라 착공신고를 하는 때에는 별표 2의 실시설계도면 및 주택법시행령 제23조 제1항 제1호에서 정하는 시방서·구조계산서·수량산출서 및 품질관리계획서를 사업계획승인권자에게 제출하여야 하는데, 지정 및 기초공사에 관한 사항은 실시설계도서에 표시되는 사항에 해당한다.

아파트의 건설 측면에서, 사업계획승인 이후에 착공신고가 되고, 이 착공신고가 수리되면, 비로소 실제 건축이 이루어질 수 있는바, 사업계획승인과 착공신고는 아파트 건설이라는 동일한 목적 하에 서로 긴밀히 연관되며, 연속하는 일련의 과정이라는 점에서 서로 분리해서 생각하기 어려운 점, 실제로도 사업계획승인 이후에 착공 과정에서 제출되는 서류를 보면, 실제 공사에 착수하기 위하여 사업계획승인 당시에 제출된 서류 중 미비 또는 부족한 내용을 보완하거나 보다 세밀하게 내용을 표시하는 것인 점(가령, 사업계획승인 당시에는 기본설계도면만이 제출되고, 착공신고시에는 기본설계도면을 상세히 보완한 실시설계도면이 제출됨), 실무상으로 착공신고시 제출된 서류내용에 변경이 생기면 착공신고 변경신고를 하는 것이 아니라 사업계획변경승인을 신청하는 점을 볼 때, 착공신고시 제출되는 서류는 사업계획승인의 내용을 보완하고 보충하는 의미에서 사업계획승인 내용에 포함된다고 보는 것이 타당하다. 또한, 기초공사는 건축물 안전에 직결되는 것으로 중요사항인데, 이런 중요한 공

사를 사업계획변경승인 없이 사업주체가 임의로 변경할 수 있다고 해석하는 것은 법상식에 비추어 보더라도 수긍하기 어렵다.

(4) 소결 및 사안의 해결

사업계획승인시, (건축허가 의제조항에 따라) 기초공사가 포함된 건축허가 관련 서류에 대하여도 검토가 이루어지므로, 기초공사는 사업계획승인 내용에 포함되는 것으로 보는 것이 타당하고, 아파트 개발사업에서 사업계획승인과 착공신고는 아파트의 건축을 위한 일련의 과정으로서 연결해서 보는 것이 자연스러우며, 착공신고시 제출되는 서류는 실제로 공사를 하기 위하여 사업계획승인시 제출된 서류를 보완 및 발전시킨 것이라는 점에서, 사업계획승인 내용에 포함된다고 보는 것이 논리적으로도 타당하다.

따라서 기초 또는 지정 공사에 관한 사항은 당초 사업계획 승인시에 제출되어야 하는 서류 또는 자료에 포함되지 않았으므로, 이를 변경하는 경우에도 사업계획변경승인 사항에 해당되지 않는다는 K사의 주장은 타당하지 않다.

III. 피용자의 행위를 이유로 사용자에 부과되는 행정제재의 법적근거⁹⁾

1. 문제의 소재

근대법 원칙 중 하나인 자기책임원칙에 의해, 자신이 직접 행하거나 타인이 행한 행위라 하더라도 본인이 그 타인에게 그 행위를 지시 또는 방조하였거나 기타 타인의 행위를 본인의 행위로 귀속시킬 수 있는 귀책사유가 있는 경우 타인의 행위라도 본인에게 그 책임이 귀속될 수 있고 이는 타당하다. 그런데, 판례는 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재처분(영업정지, 과징금 등)에 대하여는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다고 일관되게 판시하고 있다. 그러나 판례는 이와 같이 판단하는 근거를 밝히고 있지 않다. 다만, 판례는 피용자 등의 위반행위에 관하여 사용자에게 예견가능성 및 회피가능성이 없는, 매우 예외적인 경우에 한하여 사용자에게 그 의무를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있다고 하고, 이 경우에는 사용자에게 제재처분을 부과할 수 없다고 한다. 최근 서울고등법원 판결(서울고등법원 2014. 5. 27. 선고 2013누28048 판결)은 사용자의 개입 없이 단지 그 종업원 등이 그 업무를 수행하는 과정에서 독자적인 판단에 의하여 임의로 또는 극히 우발적으로 위법행위를 한 경우까지를 여기서 말하는 법인에 대한 행정제재사유에 해당한다고 보기는 어렵다고 판시하였는바, 위 서울고등법원 판결과 같이 종업원, 피용자 등 제3자의 행위에 대하

9) 쟁점2에 관한 검토

여 사용자 본인에게 이를 귀속시킬만한 귀책사유가 있는 경우에 한하여 사용자에 대한 행정제재를 인정하여야 한다는 견해도 유력하게 제시되고 있다.

이러한 상황에서, 사용자에게 고의·과실이 없음에도 불구하고 종업원, 피용자 등 제3자의 행위를 이유로 그 사용자에게 행정제재를 부과할 수 있는지 및 만일 사용자에게 행정제재를 부과할 수 있다면 그 근거는 무엇으로 보아야 하는지 살펴볼 필요가 있다.

2. 사용자에 대한 행정제재의 부과가능성 및 그 근거

(1) 견해의 대립

종업원, 피용인 등의 행위를 이유로 그 사용자에게 행정제재를 가할 수 있는지, 있다면 그 근거는 무엇인지에 관하여 견해가 대립한다.

① 자기책임의 원칙에 비추어, 사용자가 이를 지시하였거나 알면서도 이를 용인하는 등 제3자의 행위를 건축주 또는 사업주체에 귀속시킬 수 있는 경우에 한정하여 종업원 등의 행위를 이유로 사용자에게 행정제재를 할 수 있다는 견해,

② 영업정지처분을 내리기 위해서는 법인과 동일시할 위치에 있는 임원의 행위나 상당수 종업원들의 상호 목인된 행위 등에 한정되어야 하며, 나아가 임원과 단순한 종업원을 구별하여 종업원이 위법행위를 한 경우에는 종사자들이 해당 종업원의 위법행위를 목인하여 왔는지 여부, 그 위법행위가 상당기간 반복되어 해당 영업장에 대한 사회적 인식에 선량한 풍속을 위반하는 업소로 평가될 수 있는지 등을 고려하여 판단하여야 한다는 견해¹⁰⁾,

③ 사용자의 개입 없이 단지 그 종업원 등이 그 업무를 수행하는 과정에서 독자적인 판단에 의하여 임의로 또는 극히 우발적으로 위법행위를 한 경우까지를 여기서 말하는 법인에 대한 행정제재사유에 해당한다고 보기는 어렵다는 견해¹¹⁾

10) 선정원, “영업자의 신뢰성에 대한 감독규제”, 『법제연구』 제45호(2013. 12.)

11) 서울고등법원 2014. 5. 27. 선고 2013누28048 판결, 원고 甲은 대부업법에 따라 대부업의 등록을 한 법인인 대부업자인데, 甲의 직원인 乙이 채권추심과 관련하여 채무자에게 욕설 등을 함으로써 채무자를 협박하였다. 乙의 이러한 행위는 채권추심법 제9조 제1호를 위반한 것이며, 이로 인해 乙은 같은 법 제15조 제1항에 따라 벌금형의 선고를 받았다.

피고 행정청은 甲이 위와 같이 채권추심과 관련하여 채무자 또는 관계인에게 폭행·협박, 위계를 사용함으로써 채권추심법 제9조 제1호를 위반하였다는 이유로 대부업법 제13조 제1항에 따라 甲에 대하여 영업전부정지 6개월의 처분을 하자, 甲은 피고 행정청을 상대로 영업정지처분 취소소송을 제기한 사안에서, 채권추심자는 대부업자등보다 넓은 개념으로서 양자는 서로 구별되는 용어라고 할 것이고 달리 양자를 동일하게 볼 수 있는 규정이 없기 때문에, 대부업법 제13조 제1항 제1호에서 대부업자등이 채권추심법 제9조 등을 위반한 경우란 그 문언의 해석상 대부업자나 대부중개업자가 채권추심자로서 채권추심법 제9조 소정의 위법행위를 한 경우를 의미할 뿐 이들이 고용한 채권추심자가 채권추심법 제9조 소정의 위법행위를 하였다고 하여 곧바로 여기에 포함된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

법인인 대부업자의 이러한 개입 없이 단지 그 종업원 등이 그 업무를 수행하는 과정에서 독자적인 판단에 의하여 임의로 또는 극히 우발적으로 채무자에게 협박 등의 위법행위를 한 경우까지를 여기서 말하는 법인에 대

④ 일정한 영업을 하는 자는 영업에 필요한 인력과 시설을 갖추고 사업을 영위하는 경우가 보통인데, 만일 자신의 사업장(또는 사업영역)에서 어떤 종업원에 의한 법 위반행위가 있었으나 이것이 현실적으로 사용자 자신이 직접 행하지 아니하였다는 이유로 행정처분을 할 수 없다면, 실제에 있어서 제재처분을 하는 경우는 거의 없게 되고, 이로 인하여 해당 법의 입법목적 달성을 할 수 없게 되므로, 관련 법률의 입법목적과 행정목적 달성을 위해서는 영업장(또는 영업영역)에서 발생하는 위법행위는 그 행위자가 누구인지와 상관없이 영업주에게 공법적 책임을 묻는 것은 당연하고, 경찰법상 행위책임론에 근거하면, 자기 또는 자기의 보호·감독하에 있는 사람의 행위로 인하여 질서 위반의 상태가 발생한 경우에 타인을 보호·감독하는 자가 책임을 지게 되며, 경찰책임은 고의나 과실을 요구하지 않고, 오직 경찰책임의 상태, 즉 질서교란이나 위협야기 혹은 그러한 가능성이 존재하는 경우 책임자에게 발동될 수 있으므로, 이러한 경찰법상 행위책임에 근거하여 사용자에게 피용자의 행위에 대해 책임을 물을 수 있다는 견해¹²⁾

2) 판례

대법원은 호텔 종업원 등이 객실을 성매매 장소로 제공한 사실을 이유로 호텔업자인 원고에게 영업정지처분을 하면서, “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과된다”¹³⁾고 하고,

공사수주나 공사계약의 체결 등에 관한 포괄적 권한을 위임받은 건설회사의 이사가 구 건설사업기본법(2000. 1. 12. 법률 제6112호로 개정되기 전의 것) 제21조 소정의 건설업등록증 등의 대여금지에 관한 위반행위를 한 경우, 회사가 뒤늦게 그 위반행위를 알았다고 하더라도 그에 대한 행정책임을 져야 한다고 한 사안에서, “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 위반자의 의무 해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없다고 하더라도 부과될 수 있다”¹⁴⁾고 하며,

대부업자인 甲법인이 있고, 甲법인의 직원인 乙이 채권추심과 관련하여 채무자에게 욕설 등을 함으로써 채무자를 협박한 사안에서, 乙의 행동을 甲법인의 행동으로 간주하여 甲법인

한 행정제재사유에 해당한다고 보기는 어렵다. 甲의 직원이 乙이 채무자의 가족을 협박하여 채권추심법 제9조를 위반한 것은 채무자 측과 대화 도중 우발적으로 범한 것으로 보이고, 거기에 교사나 방조 또는 공모 등의 방법으로 법인인 甲의 의사가 개입되었다고 볼 아무런 자료가 없으므로, 이와 다른 법해석에 따라 甲이 채권추심법 제9조를 위반하였음을 전제로 하는 피고의 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다.

12) 정훈, “종업원의 위법행위를 이유로 사용자에 대해 행정제재처분을 하기 위한 책임법리”, 『공법연구』 제44집 제3호(2016. 2.), 237-268면

13) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012두1297 판결

14) 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002두5177 판결

이 대부업법 제13조¹⁵⁾를 위반한 것으로 볼 수 있는지가 문제된 사안에서, “행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있고 이러한 법리는 대부업법 제13조 제1항이 정하는 대부업자등의 불법추심행위를 이유로 한 영업정지 처분에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.” “원고(甲법인)는 자신의 직원이 채권추심과 관련하여 채무자 또는 관계인을 협박하는 것을 방지하지 못하였으므로 법령상 책임자로서 영업정지 처분의 부과대상이 되고, 특별한 사정이 없는 한 원고에게 고의나 과실이 없다고 하여 달리 볼 것은 아니다.” “그럼에도 원심은 이와 달리 대부업법 제13조 제1항 제1호가 정하는 ‘대부업자등이 채권추심법 제9조를 위반한 경우’란 그 문언의 해석상 대부업자나 대부중개업자가 채권추심자로서 채권추심법 제9조의 위반행위를 한 경우를 의미할 뿐, 이들이 고용한 채권추심자가 채권추심법 제9조의 위반행위를 하였다고 하여 곧바로 여기에 해당된다고 보기는 어렵고, 대부업자가 법인인 경우에는 대표자와 같은 기관이 직접 채권추심법 제9조에서 정한 위반행위를 하거나 교사·방조 또는 공모 등의 방법으로 다른 사람이 행하는 위법행위에 법인의 의사가 개입된 경우에 한하여 제재할 수 있다는 전제에서, 대부업자인 원고가 고용한 직원인 소외인의 협박행위는 채무자 측과 대화 도중 우발적으로 이루어진 것으로 거기에 원고의 의사가 개입되었다고 볼 아무런 증거가 없다는 점만을 이유로 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 대부업법 제13조 제1항의 해석·적용에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”¹⁶⁾고 판시했다.

다만, 판례는 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우까지 행정제재를 부과할 수 있는 것은 아니라고 하며,¹⁷⁾ 여기에서 ‘위반자의 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유’의 의미에 대하여, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시킬 수 있는 사정이 있을 때, 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때라 하고 있다¹⁸⁾. 그러나 판례는 위와 같은

15) 제13조(영업정지 및 등록취소 등) ① 시·도지사등은 대부업자등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 대부업자등에게 대통령령으로 정하는 기준에 따라 1년 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다.

1. 별표 1 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우, 「채권의 공정한 추심에 관한 법률」 제5조제1항, 제7조부터 제9조까지, 제10조제1항 및 제11조부터 제13조까지를 위반한 경우

16) 대법원 2017. 5. 11. 선고 2014두8773 판결, 서울고등법원 2014. 5. 27. 선고 2013누28048 판결의 상고심임.

17) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013두5005 판결: 여객자동차 운수사업의 근로자들이 버스의 운행 자체를 거부한 것이 아니라 버스를 운행하면서 이른바 준범투쟁이라는 명목으로 임의결행이라는 이 사건 각 위반행위를 하였기 때문에 원고들로서는 그러한 위반행위들이 언제 어떤 방법으로 이루어질 것인지 예측하기 어려웠던 사안에서, 근로자들이 버스를 운행하고 있는 한 그들을 운행에서 배제하고 대체 인력을 투입하는 것도 기대할 수 없었던 점, 근로자들의 위반행위를 일일이 감시할 수 있는 인력이나 대체 인력을 상시적으로 조달할 수 있었다고 보기 어렵고 그와 상관없이 근로자들이 또 다른 유사한 위반행위를 할 가능성을 배제할 수 없었던 점 등을 근거로, 원고들이 이 사건 각 위반행위를 방지하지 못한 데 대하여 어떤 잘못이 있다고 보기 어려우므로 원고들의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 봄.

18) 대법원 2005. 5. 26. 선고 98두5972 판결: “행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사

‘위반자의 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유’가 있는지에 대하여 매우 엄격하게 판단하고 있는바, 이에 따라 이러한 사유가 인정되어 사용자가 책임을 면한 예는 극히 적은 실정이다.

3. 사안의 검토

종업원 등 피용자의 행위를 사용자의 고의·과실을 불문하고 사용자에게 책임이 귀속되는 행위로 보아 사용자에게 영업정지 등 행정제재를 명할 수 있는 근거로 경찰법상 행위책임이 거론된다¹⁹⁾. 이러한 의미에서 경찰법상 행위책임의 개념을 살펴보고, 경찰법상 행위책임은 근거로 사용자에게 영업권의 제한을 가하는 행정제재를 할 수 있는지에 관하여 검토할 필요가 있다.

(1) 경찰법상 행위책임의 개념

공공의 안녕과 질서에 대한 위협과 장애가 자연인 또는 법인의 행위에 의해 야기되는 경우에는 위협의 방지와 제거를 위하여 필요한 조치는 행위자에 대하여 발하여진다.

전통적인 경찰법상 행위책임론에 의하면 자기 또는 자기의 보호·감독하에 있는 사람의 행위로 인하여 질서 위반의 상태가 발생한 경우에 타인을 보호·감독하는 자가 책임을 지게 된다. 이 경우 책임의 성질은 타인을 대신하여 지는 책임이 아니고 자신의 생활범위 내에서 질서 위반의 상태를 발생시킨 것 자체에 대하여 지는 책임이다.

이러한 경찰법상의 행위책임은 민사상이나 형사상의 책임과는 달리 행위자의 의사능력, 행위능력 및 과실여부를 묻지 않는 객관적인 책임을 의미한다. 예를 들어, 도로상에서 발작을 일으킨 간질병환자나 도로상에 누워있는 만취자 역시 행위책임자가 된다. 우리나라의 실정법에는 이에 관해 명문으로 직접 규정하고 있지는 않다.

실에 대하여 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시할 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다”라고 판시하였다. 위 대법원 판결은 “원고는 최종찬에 의하여 부정급수장치가 설치된 이 사건 건물을 매수하여 입주할 당시 최종찬으로부터 그에 관한 설명을 듣지 못하여 그 사정을 전혀 알지 못하였고 적발 당시에도 부정급수관이 매설된 위치나 연결구조를 몰랐기에 최종찬에게 전화로 연락한 끝에 겨우 찾아내게 된 사실, 한편 원고는 피고로부터 1995. 7. 16.자로 이 사건 건물에서 사용한 수도사용량에 대하여 처음으로 요금의 납부를 고지받은 사실을 알아 볼 수 있는바, 사정이 이와 같으니 원고로서는 피고로부터 수도료 납부고지를 받거나 하여 수도사용량이 건물의 규모에 비하여 상당히 적게 계량된 점을 알 수 있게 되기까지는 전소유자에 의하여 야기된 위반상태를 몰랐고 따라서 그 상태가 지속중인 급수장치를 이용하여 급수를 받은 것이 무리가 아니어서 그 의무위반을 닦할 수 없는 정당한 사유가 있다”고 판시하였다.

19) 가령, 정훈, 앞의 글

우리나라와 달리 독일의 연방경찰법(BPoLG)은 경찰법상 행위책임에 대해 명문으로 규정하고 있다. 경찰법상 행위책임을 의미하는 “사람의 행위에 대한 책임”에 대해서는 연방경찰법 제17조가 규정하고 있다. 제1항은 누군가 일정한 위험을 야기했다면 그에 대해 조치가 취해져야 한다고 규정하고 있고, 제2항에 따르면 만일 그 사람이 아직 14세가 되지 아니하였다면 그 사람에 대한 감독책임이 있는 자에게 조치가 취해져야 한다. 그리고 제3항은 일정한 사무의 수행을 위해 고용된 사람이 사무의 수행 과정에서 위험을 야기했다면, 사무의 수행을 위해 다른 사람을 고용한 그 사람에 대해서도 조치가 취해져야 한다고 규정하고 있다²⁰. 경찰법상의 사용자책임에 있어서는 우리나라 민법 제756조 제1항 후단과 같은 사용자의 면책조항이 없기 때문에 사용자의 피용자에 대한 책임은 사용자가 피용자의 선임과 감독에 대하여 주의의무를 다한 경우에도 발생된다²¹.

(2) 논의의 평면이 다른, 경찰법상 행위책임과 사용자에 대한 행정제재(영업규제)

독일에서의 경찰책임은 공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 장애를 야기한 자가 있는 경우 그가 직접 그 위험과 장애를 야기하고 있다면, 직접적으로 그에게 공권력을 행사하여 위와 같은 위험과 장애상태를 제거하는 것(가령, 도로상에 누워있는 만취자를 그의 의사에 반하여 강제로 도로 밖으로 이동시키는 것)과 관리·감독의무 있는 사용자 등에게 이를 제거할 의무를 부과하는 것(가령, 종업원이 상한 재료로 음식을 만드는 경우, 그 재료에 대한 사용금지 및 폐기의무를 사용자에게 부과하는 것)으로 판단된다.

경찰법상 행위책임은 ‘현재 발생하고 있는’ 공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 장애를 누구에게 제거할 의무를 부담시킬지에 관한 문제라면, 피용자의 행위를 원인으로 한 사용자에 대한 영업규제는 위와 같이 위험과 장애를 발생시킨 자(또는 위험과 장애 발생에 책임이 있는 자)를 누구로 볼 것이며 어떠한 행정제재를 가할 지에 관한 문제로서 논의의 평면이 다르다.

경찰법상 행위책임은 현존하는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 장애를 신속하게 제거할 필요가 있고, 위 위험과 장애에 대한 제거의무를 그 위험 및 장애를 발생시킨 자의 사용인에게 부과하여도 해당 사용인의 권리(기본권) 제한이 크지 않다. 즉, 경찰법상 행위책임은 현존하는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 장애를 신속하게 제거한다는 공익은 큰 반면, 이로 인하여 발생하는 사용자의 권리침해는 사용자의 고의·과실을 불문한다 하여도 일반적으로 작기 때문에 정당화될 수 있다²². 그러나, 종업원 등 피용자의 행위를 이유로 그 사용

20) 정훈, 앞의 글, 252면

21) 정하중, “경찰법상의 책임”, 『공법연구』 제25집 제3호(1997.), 113면

22) 경찰법상의 사용자책임에 있어서는 우리나라 민법 제756조 제1항 후단과 같은 사용자의 면책조항이 없기 때문에 사용자의 피용자에 대한 책임은 사용자가 피용자의 선임과 감독에 대하여 주의의무를 다한 경우에도 발생

자에게 행정제재를 가할 수 있는지는 현존하는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 제거하는 것이 아니어서 신속히 이루어져야 할 필요성이 없으며, 무엇보다 행정제재로 인하여 사용자에게는 기본권(영업권)의 중대한 침해(가령, 상당기간의 영업정지)가 발생하기 때문에 당해 행정제재가 적법한 지에 대한 판단은 행정처분의 적법성 판단에 관한 일반원칙에 따라 이루어져야 한다²³⁾.

독일에서는 강학상 경찰책임을 근거로 영업규제(행정제재)를 하고 있지 않은 것으로 보이며, 연방 영업법에 규정되어 있는 요건이 충족되는 경우, 영업에 대한 규제를 할 수 있을 뿐이다. 즉, 연방 영업법 제35조 제1항은, “행정청은 영업과 관련하여 영업자나 영업의 관리를 위임을 받은 자에게 신뢰할 수 없는 사정이 있는 경우, 공공일반 또는 영업장 내 종업원의 보호를 위해 필요한 경우에는 영업의 전부 또는 일부를 금지할 수 있다”고 규정하고 있는바, 독일에서는 바로 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 한하여 행정청이 영업정지 등 영업규제를 할 수 있다.

3. 판례에 대한 평가

영업정지 등 영업제재(행정제재)는 명백히 침익적 행정행위로서 행정청이 사인에게 이러한 처분을 하기 위하여는 그 목적이 국가안전보장, 공공복리, 질서유지에 해당되어야 하며, 법률에 근거규정이 있어야 한다(헌법 제37조). 자신에게 고의·과실이 없음에도 단지 자신이 누군가의 사용자라는 이유만으로 그 누군가의 행위에 대한 책임을 부담하여 영업정지 등의 행정제재를 받게 되는 것은 기본권에 대한 제한임이 명백하고, 이것이 적법하기 위하여는 헌법 제37조에 따라 그 목적이 국가안전보장 등에 해당하고, 법률에 그 근거가 있어야 한다. 이러한 의미에서 법률의 규정이 없음에도, “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재처분(영업정지, 과징금)은 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다”는 판례의 견해에 찬동하기 어렵다.

행정목적 달성도 중요하지만, 근대법의 기본원칙인 자기책임의 원칙, 국민의 기본권 보호를 천명한 헌법 규정(헌법 제37조, 제23조 등) 및 법치주의의 원칙에 비추어, 국민의 기본권 제한에는 그 법적근거가 명확해야 할 것이다. 영업정지 등의 행정제재 영역은 경찰법상 행

된다.

23) 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교 교량하여 판단하여야 한다(대법원 2001.

3. 9. 선고 99두5207 판결)

위책임과는 논의의 평면이 다른바, 영업정지 등의 행정제재 영역에 행위책임의 논리를 근거로 실제 행위자가 아닌 사용자에게 행정제재를 부과할 수는 없다. 판례는 행정법규 위반이라는 객관적 사실만 있으면, 현실적인 행위자도 아니고, 그 현실적인 행위자의 법규 위반에 대하여 고의나 과실이 없는 경우에도 법령상 책임자로 규정된 자에게 원칙적으로 행정제재를 가할 수 있다고 하는바, 이렇게 판단하는 근거를 명확히 밝혀야 할 것이다.

공익 또는 행정목적을 위하여, 종업원 등의 행위를 이유로 그 책임 있는 사용자에게 행정제재(영업제재)를 가하는 것은 굳이 판례와 같이 무리하고도 법적인 근거도 알 수 없는 논리를 사용하지 않아도, 사용자 책임의 원칙 등 일반 법원칙에 의하여도 충분히 가능하다. 사용자 책임 등 일반 법원칙에 의하여도 행위자가 아닌 사용자에 대한 책임귀속은 충분히 타당적으로 이루어질 수 있다. 예컨대, 공공의 안녕과 질서와 관련한 경찰영역에서는 종업원 등 피용자의 행위로 인하여 공공의 위험이 발생할 가능성이 크므로(가령, 종업원이 유통기한이 지나 상한 재료를 가지고 음식을 만들어 파는 경우 등), 그 사용자의 피용자에 대한 관리·감독의무가 다른 영역에 비하여 더 고양되는 것이고, 그럼에도 사용자가 그러한 정도의 주의의무를 기울이지 않아 사용자가 사용하거나 사용자의 영역에 있는 피용자 등에 의해 법규 위반이 발생하였다면 해당 사용자에게 법규 위반의 책임을 귀속시켜 행정제재(영업제재)를 가하는 것이 가능하다. 오히려 위와 같은 기준으로 판단하는 것이 자기책임의 원칙, 기본권 보호의 원칙 및 법치주의의 원칙에 부합하는 해석이라 판단된다.

판례는 행정제재에서 사용자의 고의·과실을 불문하고, 종업원 등의 행위를 사용자에게 귀속시키고 다만, ‘위반자의 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우’에는 행정제재를 부과할 수 없다고 한다. 이러한 구조에서는 행정제재를 당하는 사인이 자신의 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있다는 것을 입증해야만 행정제재를 면할 수 있다. 그런데, 항고소송에서는 처분의 적법성을 주장하는 행정청에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있다²⁴⁾. 즉, 제3자인 종업원의 행위를 이유로 사용자에게 제재처분을 한 행정청에게 제재처분의 적법성에 관한 입증책임이 있는 것이다. 그러나 위 피용인 등의 행위를 이유로 사용자에게 행정제재를 가할 수 있는 것과 관련한 판례는 제재처분의 적법성에 관한 입증책임을 행정청이 아닌, 제재처분의 상대방에게 전가하는 부당한 결과를 발생시킨다. 이러한 점을 볼 때에도 위 판례는 부당하다 할 것이다.

24) 민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 민사소송의 일반원칙에 따라 당사자간에 분배되고 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있다 할 것인바 피고가 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 입증이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다 할 것이며 이와 상반되는 주장과 입증은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간다고 할 것이다(대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결)

4. 소결 및 사안의 해결

본 사안의 경우, 사업주체인 K사는 팽이기초공사에 대하여 사업계획변경승인을 받고 공사를 진행하기 위하여 시공사인 J건설에 위 사업계획변경승인이 있기 전에는 절대로 팽이기초공사를 하여서는 안 된다고 몇 번이나 주지시켰으나, 시공사인 J건설은 K사가 사업계획변경승인신청을 한 다음날, K사의 직원이 없는 틈을 타서 기습적으로 위 공사를 진행하였는바, 위 시공사의 위법행위에 대하여 K사가 이를 공모하거나 알면서도 묵인한 사실이 없는 점을 고려할 때, 위 시공사의 행위를 이유로 K사에 책임을 묻기는 어렵다고 판단된다. 따라서, K사에 시공사의 행위를 이유로 주택법 위반에 따른 행정제재를 할 수 없다.

한편, 본 사안은 판례에 따르더라도, K사의 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에 해당할 것으로 보인다. 즉, K사가 2016. 4. 18. 본건 공사와 관련한 사업계획변경승인신청을 한 상태에서, 시공사인 J건설이 K사의 명백한 지시를 어기고, K사의 현장관리인이 없는 틈을 타서 2016. 4. 19.과 20.에 기습적으로 공사를 한 것이라는 점, K사는 J건설에 사업계획변경승인 전 본건 공사를 하여서는 아니된다는 점을 수 차례 지시했고, 더욱이 사업계획변경승인 신청까지 하였는바, 이러한 상태에서, 시공사가 위 신청의 처리기간인 몇일을 기다리지 않고, 본건 공사를 강행할 것을 도저히 예상할 수 없었을 것으로 보이는 점(예견가능성 없음), J건설이 K사의 현장관리인이 없는 틈을 타서 기습적으로 공사를 진행하여 K사가 이를 막을 방법 또한 없었다는 점(회피가능성 없음)을 고려할 때, 본 사안은 K사의 의무태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 인정될 수 있을 것으로 판단된다.

IV. 법규명령 형식 제재처분기준의 법규성²⁵⁾

1. 문제의 소재

본래 행정청 내부규칙에 불과한 행정처분기준을, 행정청이 부령 또는 대통령령으로 규정함으로써, 법규명령 형식의 행정규칙(제재처분기준)에 관한 성질 및 구속력에 관하여 견해가 다양하게 제시되고 있다. 본 사건과 유사한 사안²⁶⁾에서, 법원²⁷⁾은 사업주체의 위반행위로 인한 공익 침해의 정도에 비추어 사업주체가 입게 될 불이익의 정도가 지나치게 커 재량권을 일탈·남용한 위법이 있어 위 주택건설사업자등록말소처분은 취소되어야 한다고 판결하였고²⁸⁾, 이에 행정청은 사업주체에게 6개

25) 쟁점3에 관한 검토

26) 사업주체가 사업계획변경승인을 받지 않고 사업을 시행한 것을 이유로, 행정청이 사업주체에게 주택건설사업자등록말소처분을 하였고, 사업주체가 이에 불복하여 주택건설사업자등록말소처분을 구하는 행정소송을 제기하였음

27) 서울행정법원 2009. 2. 4. 선고 2007구합42751 판결

28) 참고로, 위 판결은 “제재적 행정처분을 명함에 있어서는 그 위반의 정도를 고려하여 비례와 형평의 원칙을

월의 영업정지를 명했고, 사업주체는 위 6개월의 영업정지 또한 과다하다고 판단하여 위 영업정지의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는바, 법원²⁹⁾은 주택법 및 동법 시행령은 등록말소처분을 영업정지 6월 내지 1년의 처분으로 감경할 수 있는 재량의 여지를 두고 있을 뿐인데 피고가 재량권의 범위 내에서 위와 같은 감경사유를 참작하여 가장 경한 처분인 영업정지 6월의 처분을 한 이상 이 사건 처분이 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 볼 수는 없다” 고 판시하여 사업주체가 사업 계획변경승인 전 사업시행을 한 경우, 행정청은 주택건설사업자등록말소 또는 감경하는 경우에도 1년 범위 내 최소 6개월 이상의 영업정지만을 할 수 있는 것으로 보았다.

법규명령 형식의 행정규칙의 효력과 관련하여, 주택법 시행령 [별표1] 행정제재기준의 구속력에 관한 위 법원의 판단이 타당한지에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

2. 견해 대립 및 판례

(1) 성질(법규명령인가 행정규칙인가)에 관한 학설

학설은 법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질과 효력에 관하여 대립하고 있다.

가. 실질설(행정규칙설)

이 견해는 당해 규범이 일반국민을 구속하는 것이 아니고 행정기관 내부에서의 사무처리 기준만을 정한 것인 경우에는 법규명령의 형식을 취하고 있다 하더라도 당해 규범의 실질을 중시하여 당해 규칙을 행정규칙으로 보아야 한다는 견해이다.

그 논거는 ① 행정규칙의 실질을 갖는 행정입법은 법규명령의 형식을 취하더라도 행정규칙으로서의 성질은 변하지 않는다는 점, ② 형식설을 취하면 가중·감경규정 없이 재량기준을 획일적으로 정한 경우 법률에서 재량행위로 정한 것을 명령으로 기속행위로 바꾸게 되어 법률의 취지에 반한다는 점 등을 든다.

나. 형식설(법규명령설)

이 견해는 규범의 형식을 중시하여 제재처분의 기준이 법규의 형식으로 제정된 이상 법규라고 보는 견해이다. 그 논거는 ① 오늘날 법규개념은 형식적 개념으로 사용되는바, 헌법이나 법률 등 법규범 중에는 구체성이 없는 일반적인 지침을 정하는 규정이 적지 않은데 그러

준수하여야 하는데, 구 주택법 제13조 제1항이 재량적 처분으로 규정되어 있는 점에 비추어 볼 때, 위 행정처분 기준은 이를 법규명령으로 해석하더라도 위 행정처분기준으로서의 등록말소는 행정상 제재의 최고한도를 규정 한 것으로 이해함이 상당하다고 할 것이다” 고 판시하였다.

29) 서울행정법원 2010. 4. 28. 선고 2009구합28179 판결

한 규정도 법규범이라고 보아야 한다는 점, ② 법규형식은 매우 중요한 엄숙한 행위형식이기 때문에 법규형식이 존중되어야 한다는 점 등을 든다.

다. 수권부여기준설

상위법에서 법규명령의 형식에 의한 기준설정의 근거를 부여하고 있는 경우에 이에 근거한 기준설정은 위임입법에 해당하므로 법규명령으로 보아야 하고, 법령의 수권없이 제정된 처분의 기준은 법령의 위임없이 법규사항을 정할 수 없으므로 법규명령으로 볼 수 없고 행정규칙으로 보아야 한다는 견해이다.

(2) 판례

가. 부령의 형식으로 제정된 경우

(가) 제재적 처분기준을 정한 경우

판례는 부령의 형식(시행규칙)으로 정해진 제재적 처분(영업허가의 취소 또는 정지, 과징금부과기준 등) 기준은 그 규정의 성질과 내용이 행정청 내의 사무처리기준을 규정한 것에 불과하므로 행정규칙의 성질을 가지며 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것은 아니라고 본다³⁰⁾. 다만, 판례는 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있는 경우 당해 제재처분기준을 존중하여야 한다고 본다³¹⁾.

나. 대통령령의 형식으로 제정된 경우

(가) 성질(법규명령)

대법원은 제재처분의 기준이 대통령령의 형식(시행령)으로 정해진 경우 당해 기준을 법규명령으로 보고 있다³²⁾.

30) 대법원 1990. 1. 25. 선고 89누3564 판결, 1993. 6. 29 선고 93누5635 판결, 1995. 3. 28. 94누6925 판결 등

31) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결

32) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결, 대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결

참고로, 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결은, “이 사건 처분이 재량행위인지 여부를 결정함에 있어서 는, 먼저 그 근거가 된 시행령 제10조의3의 규정과 같은 조 제1항 [별표 1]의 규정형식이나 체제 또는 문언을 살펴야 하는바, 이들 규정들은 영업의 정지처분에 관한 기준을 개개의 사유별로 그에 따른 영업정지기간을 일률적으로 확정하여 규정하는 형식을 취하고 있고 다만 영업정지 사유가 경합되거나(시행령 제10조의3 제2항 제2호) 사업실적미달로 인하여 영업정지처분사유에 해당하게 된 경우(같은 조 제3항)에 한하여 예외적으로 그 정지기간

(나) 효력

제재처분의 기준을 정한 대통령령이 법규명령으로서 절대적 구속력을 갖는다고 본 과거의 판례가 있었지만, 현재의 판례는 최고한도를 정한 것이라고 본다.

가) 절대적 구속력을 인정한 판례(과거의 판례) 대법원 97누15418판결은 제재처분의 기준을 정한 대통령령 [별표1]의 절대적 구속력을 인정하고, 이 사건 제재처분(영업정지처분)을 기속행위로 보았다.

나) 최고한도를 정한 것으로 본 판례(현재의 판례) 99두5207 판결은 대통령령의 형식으로 정해진 제재처분의 기준을 법규명령으로 보면서 재량권 행사의 여지를 인정하기 위하여 처분기준(과징금 처분기준)을 최고한도(최고한도액)를 정한 것으로 보고 있다.

3. 사안의 검토

우리나라 헌법은 행정입법의 근거를 마련하고 있고³³⁾, 대통령령, 부령 등 행정입법이 법률의 수권에 의해 수권된 범위 내에서 제정된다면, 당해 행정입법은 법률에 근거를 두고 있는 것이므로 법규명령³⁴⁾으로 보아야 한다. 반면, 법률의 수권없이 제정된 것³⁵⁾은 대외적으로 국민의 권리와 의무를 규율할 수 없으므로 법규명령으로 볼 수 없다(수권부여기준설).

법률의 수권을 받은 행정입법(가령, 대통령령 또는 부령으로 정한 행정제재기준)의 효력

결정에 재량의 여지를 두고 있을 뿐이므로, 이 사건의 경우와 같이 등록을 마친 주택건설사업자가 “법 제38조 제14항의 규정에 의한 하자보수를 정당한 사유 없이 사용검사권자가 지정한 날까지 이행하지 아니하거나 지체한 때”에는 관할 관청으로서 위 [별표 1]의 제2호 (타)목 (1)의 규정에 의하여 3개월간의 영업정지처분을 하여야 할 뿐 달리 그 정지기간에 관하여 재량의 여지가 없다고 할 것이다.” 라고 판시하여 이 사건 제재처분을 기속행위로 보고 있다.

대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결은, “구 청소년보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제49조 제1항, 제2항에 따른 범시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16461호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라고 한다) 제40조 [별표 6]의 위반행위의종별에따른과징금처분기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위입규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이라고 할 것이다.” 라고 판시하였다.

33) 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

제95조 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

34) 법규명령이란 행정부가 법령상의 개별적 수권에 바탕을 두고서 제정한, 일반적 (대외적) 직접적 구속성(제관규범성)을 지닌 법규범을 말한다. 우리의 경우 독일과는 달리 법규명령 개념은 법률에서 사용되지 않으며 강학상의 개념이다. 법규의 성질을 가지는 명령만이 법규명령인 점에서 일반적으로 법규의 성질을 가지지 않는 일반적 추상적 명령인 행정규칙과는 구분된다(김중권의 행정법 제2판 358면).

35) 대표적인 것은 『행정업무의 효율적 운영에 관한 규정』(대통령령 25751호), 구 민원사무처리규정(대통령령 10869호)

은, 위 행정입법은 법규명령이므로 특별한 사정이 없는 한, 그 구속력을 인정하는 것이 옳다. 다만, 위 대통령령, 부령에 정하여진 행정제재기준은 헌법 및 법률에 위배되어서는 안되는바(헌법 제107조³⁶⁾), 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 제재기준이 정하여야 할 것이므로 그 기준은 고정된 것이 아니라 최고한도로 보는 것이 타당하고 이러한 의미에서 현행 판례의 태도는 옳다. 다만, 판례는 법률로부터 수권을 받은 경우라 하더라도 부령에 정하여진 행정제재기준은 행정규칙으로 보는바, 앞서 기술한 바와 같이, 법률의 수권을 받은 부령도 법규명령이라고 보아야 한다.

한편, 법률의 수권을 받아 대통령령 또는 부령으로 정하여진 행정제재기준이 유형별로 고정된 기준을 두되, 일정한 경우 가중이나 감경을 할 수 있도록 규정된 경우, 위와 같이 가중 또는 감경된 제재기준은 절대적 구속기준인지, 최고한도로 보아야 하는지가 문제되는데, 그 가중 또는 감경기준이 일정한 기준을 최고한도로 하거나(가중의 경우), 일정한 기준을 최저한도로 하는 경우(감경의 경우), 역시 모법인 법률에서 재량행위로 규정한 것을 대통령령 또는 부령이 제한하는 것이므로 이것이 적법한 지에 대한 평가가 이루어져야 하며, 이 평가는 위에서 살펴본 기준이 동일하게 적용되는바, 위 가중 기준은 최저한도 또는 위 감경기준 또한 최고한도로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

이러한 틀에서, 본 사안에서 문제되는 주택법 시행령 [별표1] 중 사업계획승인을 받지 않고 사업을 시행한 경우의 행정제재기준 효력을 살펴보면, 모법인 주택법은 위와 같은 경우에 국토부장관은 등록사업자에게 그 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다고 규정하여 행정청에 재량권을 부여하고 있고, 본 사안에서 문제가 된 행위(팽이기초공사)는 건축물 안전에 위해를 가하는 것이 아닌 오히려 안전을 촉진하는 기초보강공사인 점, 사업계획(변경)승인도 실제로 이루어진 점, 사업주체인 K사는 시공사의 사업계획변경승인 전 공사행위에 대하여 이를 공모하거나 방조한 사실이 없고 적극적으로 이를 금지하였는데, 시공사가 그 지시를 어기고 K사 몰래 공사를 강행하는 바람에 행정제재를 받게 된 점, K사는 이전에 주택법을 위반한 사실이 없는 점, 즉, K사의 위법내용은 매우 경미한데 이에 반하여 위 주택법 상 행정제재기준은 감경하는 경우에도 K사에 6개월의 영업정지를 명하도록 되어 있는 점, 위 행정제재기준 상 6개월의 영업정지를 명하도록 되어 있는 사유를 보면, 재시공 등의 부분이 건축물의 구조안전에 영향을 미치고 사회적 물의를 일으킨 경우[2. 개별기준 다. 2)] 또는 최근 1년간 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』 제17

36) 제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

조 제1호³⁷⁾에 따른 처벌을 3회 받은 경우(2. 개별기준 아.) 등 중대한 공익을 침해하거나 사회적 물의를 일으킨 경우인바, K사의 경미한 위법내용을 고려할 때, K사를 위와 같은 행위를 한 경우와 동일하게 제재하는 것은 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 위반되므로, 위 감정기준은 절대적 구속기준이 아닌, 최고한도로 보는 것이 타당하다. K사 위법내용은 매우 경미하므로, K사에게 행정제재처분이 내려지는 것을 가정하는 경우에도, 6개월 미만의 영업정지처분(가령, 1개월 또는 3개월의 영업정지)이 내려지는 게 옳다.

V. 결 론

1. 기초공사 관련 사항은 건축허가 관련 서류에 포함되고, 사업계획승인시, (건축허가가 의제되므로) 건축허가 관련 서류에 대하여도 협의 내지 심사가 이루어지므로, 기초공사 관련 사항은 사업계획승인 내용에 포함된다. 또한 기초공사 관련 사항은 착공신고시에 제출될 서류 및 도면에 표시되는바, 착공신고는 아파트 건설을 위하여 사업계획승인과 밀접히 연관된 과정으로 사업계획승인과 분리해서 생각할 수 없으며 착공신고시 제출되는 서류는, 공사를 실제로 진행하기 위하여 사업계획승인시 제출된 서류 및 자료를 보완하는 것이므로, 사업계획승인 내용에 포함된다고 보는 것이 옳다.
2. 판례는 “행정법규 위반에 대하여 가하는 제재처분(영업정지, 과징금)은 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다.” 고 하나, 이러한 해석은 법률의 명확한 규정도 없이 사용자의 기본권(영업권 등)을 제한하는 것이므로 동의하기 어렵다. 영업정지 등의 행정제재 영역은 경찰법상 행위책임과는 논의의 평면이 다른바, 영업정지 등의 행정제재 영역에 행위책임의 논리를 근거로 실제 행위자가 아닌 사용자에게 행정제재를 부과할 수는 없다. 공익 또는 행정목적을 위하여, 종업원 등의 행위를 이유로 그 책임 있는 사용자에게 행정제재(영업제재)를 가하는 것은 굳이 판례와 같이 무리하고도 법적인 근거도 알 수 없는 논리를 사용하지 않아도, 사용자 책임 등 일반 법원칙

37) 제17조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조제1항을 위반하여 부당한 표시·광고 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 한 사업자등
 제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지) ① 사업자들은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.

1. 거짓·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

에 의하여도 행위자가 아닌 사용자에 대한 책임귀속은 충분히 탄력적으로 이루어질 수 있다.

3. 법률로부터 수권받아 행정제재기준을 정하는 대통령령 및 부령은 우리 헌법이 인정하고 있는 행정입법이고 법률에 그 근거를 두고 있으므로 법규명령으로 보는 것이 타당하다. 다만, 위 대통령령 및 부령은 헌법 및 법률에 위반되어서는 안 되는바, 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 제재기준이 정하여야 할 것이므로 그 행정제재기준은 절대적 구속기준은 아니고, 최고한도로 보는 것이 옳다. 또한, 위 행정제재기준에서 가중 또는 감경규정을 두되, 그 가중 또는 감경에 대하여 일정한 한도를 규정한 경우, 역시 모법인 법률에서 제량행위로 규정한 것을 대통령령 또는 부령이 제한하는 것이므로 이것이 적법한 지에 대한 평가가 이루어져야 하며, 이 평가는 위에서 살펴본 기준이 동일하게 적용되는바, 위 가중 기준은 최저한도 또는 위 감경기준 또한 최고한도로 보는 것이 타당하다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2017.

정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2013.

홍정선, 『신 행정법특강』, 박영사, 2019

[논문]

정훈, “중업원의 위법행위를 이유로 사용자에게 대해 행정처분을 하기 위한 책임법
리”, 『공법연구』 제44집 제3호(2016. 2.).

선정원, “영업자의 신뢰성에 대한 감독규제”, 『법제연구』, 제45호(2013. 12.).

박재운, “재량을 구속하는 행정입법의 성질과 처분의 하자”, 『행정법연구』 제50호
(2017. 8.).

정하중, “경찰법상의 책임”, 『공법연구』 제25집 제3호(1997.).

강현호, “재량준칙의 법적 성격”, 『공법연구』 제29집 제4호(2001.).

백민주, “기본설계와 실시설계의 관계”, 『건설법연구』 제1호(2019. 3. 29.).

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제2호 2019년 10월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 2, October 2019

도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합*

전진원**

국문초록

실정법상 개별법령상 개발계획들은 도시관리계획으로서 의제된다는 공통점을 지닌다. 이 때문에 행정의 효율성을 추구하는 일각에서는 여러 법률에 근거하는 개별 개발계획들을 하나의 절차 또는 계획으로 병합하여 처리하려는 시도를 하고 있고, 그것이 법리적으로 가능한 것인지에 대하여 의문의 소지가 있어왔다. 연혁적으로 보면 우리법상 개발사업법들은 궁극적으로 도시계획법에서 분화하여왔다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나, 그렇다고 하여 개발계획들을 모두 도시계획이라는 일원적 관점에서 '동질적'인 것으로 파악하기는 어렵다. 입법상의 변천에 따라 각 개발계획의 수립 주체는 다양화되었고, 각 개발사업의 목적들도 다변화되었으며, 그에 따라 각 개발계획의 내용 또한 단순히 '도시계획' 혹은 '도시관리계획'이라는 측면만으로 단순화하기가 어려워졌기 때문이다. 본 고에서는 개발계획과 도시계획의 개념적 관계, 양자간의 구속력 및 영향력 등을 종합적으로 분석함으로써 도시계획의 병합이라는 실무상 시도에 대하여 법리적인 고찰을 진행해보고자 한다.

주제어 : 개발계획, 도시계획, 도시계획의 병합, 국토계획법, 개발사업법

* 본 고는 2018. 3. 23. 건설법연구회 월례학술대회 발제문을 수정, 보완한 것임을 밝힌다.

** 변호사, 법무법인(유) 율촌

목 차

- I. 서론
- II. 도시계획의 구조와 체계
- III. 개발계획과 도시관리계획의 관계
- IV. 도시계획과 개발계획의 병합
- V. 결론

I. 서론

개발사업법이 제정 도시계획법으로부터 분리되면서 그 후 개발사업법은 독자적 체계를 구축해오기 시작했다. 도시계획법과 개발사업법의 관계를 일반법과 특별법으로 볼 수 있는 것과는 별개로, 각 개발사업법들간의 관계가 어떠한지는 규명이 어려운 측면이 존재한다. 개발사업법들은 개발계획이라는 도시계획적 수단을 통해 사업을 추진한다는 공통점을 공유하기는 하나, 과연 개별법상 등장하는 개발계획들 간의 상호관계는 어떠한지는 명확히 규명된 바가 없다. 다만 개발계획이 도시계획, 보다 더 정확하게는 도시관리계획으로 의제된다는 점에 착안하여 개발계획들이 도시계획이라는 동질적인 범주에서 논의될 수 있을 것이라는 추상적인 인식이 존재해왔을 뿐이다.

이러한 추상적 인식에 착안하여 실무상 서로 다른 법률상의 각 개발계획을 하나의 개발계획으로 병합하려는 시도들이 있어왔다. 하나의 개발계획의 내용이 다른 개발계획의 사업목적이나 내용까지를 포괄할 수 있다면, 이를 추진하는 행정주체의 입장에서는 단일한 절차와 계획으로 업무를 효율적으로 처리하는 것이 보다 간명하다. 때문에, 행정주체로서는 개별 개발계획들이 공통적으로 도시계획의 지위를 점유한다는 전제 하에, 어차피 도시계획이라는 동일한 층위에 놓인 것들이라면 이들을 하나의 계획 - 하나의 '도시계획'으로 병합하여 처리하는 것 또한 가능하지 않겠느냐는 추론에 나아갈 수도 있는 것이다.

본 고의 문제의식은 바로 그와 같은 실무상의 시도들에서부터 출발한다. (1) 과연 '도시계획'이라는 지위를 갖는 것들이 모두 동질적인 것이라 볼 수 있는지, (2) 도시계획과 개발계획

은 동질적인 개념이라 할 수 있는지, (3) 근거법령을 달리하는 개발계획들 상호간의 관계는 과연 어떻게 규명할 수 있는 것인지 등이 바로 본 고가 검토하고자 하는 문제의식에 해당한다. 도시계획과 도시계획, 도시계획과 개발계획, 개발계획과 개발계획이 병합될 수 있는지를 검토하기 위해서는 과연 이들이 동등한 선상에 위치하고 있는지에 대한 고민이 선행되어야 한다. 이를 위해서는 우리의 국토계획법이 도시계획을 어떻게 분류하고 있는 것인지를 규명하여야 하고, 이를 통해 도시계획 상호간의 영향력은 어떠한지를 정리하여야 한다. 더 나아가 도시계획의 요람에서 출발했던 개발계획이 과연 도시계획이라는 개념의 외연에 온전히 머무르고 있는 것인지를 살펴보아야 한다. 개발사업법들이 도시계획을 의제하고 있는 의미는 무엇인지 그 궁극적인 취지에 대한 검토가 필요한 것이다. 도시계획과 개발계획이 더 이상 동일선상에서 논의될 수 없는 것이라면, 양자 간의 병합 혹은 개발계획 간의 병합의 문제는 그 결론을 달리 할 수밖에 없기 때문이다.

이하에서는 우리 도시계획법과 국토계획법상의 도시계획의 구조와 체계에 대하여 먼저 살펴본 후 개발계획과 도시계획(정확하게는 도시관리계획)의 관계를 규명하여 본다. 이를 통해 궁극적으로 도시계획 및 개발계획 상호간의 실질적인 병합이 가능한 것인지를 검토해본다.

II. 도시계획의 구조와 체계

1. 도시계획의 분류

(1) 도시계획 개념의 변천

우리 법체계에서 ‘도시계획’이라는 개념은 조선시가지계획령에서 처음 등장하였다. 조선시가지계획령이 사용하였던 ‘시가지계획’은 도시관리계획과 개발계획을 포괄하는 개념이었다. 시가지계획이 수립된 구역에서 용도지역제 도시계획이 등장하였고, 시가지계획구역을 대상으로 하는 시가지계획사업이 개발사업법의 기능을 담당하였다. 당시에는 시가지계획을 상세하게 분류하거나 효력의 범위를 구체화할 필요가 없었다. 수립권자가 모두 조선총독이었을 뿐만 아니라, 도시계획적 수단도 분화되어 있지 않았기 때문이다.

1962년 제정 도시계획법이 등장하면서, 종래의 시가지계획이라는 용어는 도시계획이라는 용어로 대체된다. 다만 그 기능이나 구조의 변화는 없었다. 이후 국토계획법이 제정되면서 도시계획은 도시관리계획이라는 용어로 대체되고, 도시계획은 도시관리계획과 도시기본계획을 포

괄하는 상위의 개념으로 자리잡는다.¹⁾

지금의 국토계획법상 도시계획은 공간구조와 발전방향에 대한 계획이라 정의되어 그 외연이 매우 포괄적이다(국토계획법 제2조 제2호). 정의규정만을 보면 도시의 공간구조나 발전방향이 라는 추상적 목적에만 부합한다면, 행정청이 수립할 수 있는 일체의 행정계획은 도시계획일 수 있다. 도시계획의 내용적 한계가 전혀 설정되어 있지 않기 때문이다.

국토계획법은 도시계획을 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분한다. 전자는 지도적인 의미를 지니는 반면, 후자는 사인의 권리의무에 직접영향을 미치는 수준의 구체화된 모습을 지닌다. 좁은 의미의 도시계획은 도시관리계획을 지칭하는 것으로 보아야 한다. 건축허가요건, 건축허용성, 건축단위 등의 도시계획 본연의 기능들이 도시관리계획에 이르러 비로소 발현되기 때문이다.²⁾

(2) 도시관리계획 개념의 불확정성

국토계획법은 도시관리계획을 목적요건과 내용요건, 형태요건으로 정의한다. (a) 개발·정비 및 보전이 도시관리계획의 목적이 되고, (b) 토지 이용, 교통, 환경, 경관, 안전, 산업, 정보통신, 보건, 복지, 안보, 문화 등에 관한 사항이 그 내용을 이룬다. 이에 용도지역제 도시계획, 개발제한구역, 도시계획시설계획, 지구단위계획, 개발계획 등이 도시관리계획의 형태를 구성한다.

도시계획의 가장 구체화된 형태인 도시관리계획에 관한 정의를 보더라도, 그 내용과 효과에 관한 적극적인 정의를 발견할 수가 없다.³⁾ 즉 어떠한 행정계획이 “도시계획으로서의 지위를 지닌다”거나 “도시관리계획의 지위를 지닌다”고 할 때, 그에 요구되는 공통의 요건이나, 그에 부여되는 내용 및 효과를 예측하기가 어려운 측면이 존재하는 것이다. 도시계획의 종류와 상하위개념의 체계가 단순하였던 구법시대와 달리, 다양한 개별 개발사업법들이 국토계획법상의 도시계획의 개념에 연동되어 있는 현재의 체계에서는 규율상의 혼란이 발생할 수밖에 없게 된다. 더욱이 후술하다시피 도시계획의 수립주체가 다변화되어있는 현재의 법체계 하에서는, 각 주체가 수립한 도시계획 간의 관계를 두고 이와 같은 문제가 더욱 심화될 수밖에 없다.

1) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 195면

2) 이하에서는 도시관리계획을 도시계획으로 지칭하도록 한다.

3) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 195면

2. 도시계획의 주체

(1) 입안권과 결정권의 관계

국토계획법은 도시계획의 수립권을 입안권과 결정권으로 구분한다. 대체로 대도시에서는 특별시장·광역시장·시장이 입안권과 결정권을 모두 갖게 되는바 양자 간의 우열이 논란이 될 가능성은 적다. 그 외의 경우 기초자치단체장(시장·군수)에게 입안권이, 광역자치단체장(도지사)에게 결정권이 분배되어 있다. 이 때에는 도시계획의 수립권의 궁극적인 소재가 입안권자 혹은 결정권자에 있는 것인지 의문의 소지가 존재한다.

우리법은 대체로 “○○계획은 도시관리계획으로 결정한다”라는 문언을 사용하여 결정권의 소재를 중요시하고 있는 것으로 판단된다. 대법원 또한 이에 입각하여 결정권을 가지고 있는지 여부에 따라 도시계획을 변경·폐지할 권한이 있는지 여부를 판단하고 있다.⁴⁾ 요컨대 도시계획 결정권의 소재가 도시계획 수립권의 소재를 결정하며, 그 법적 성질을 규명함에 있어서 가장 핵심적인 요소가 된다.

(2) 도시계획 결정권의 원칙적 일원성

국토계획법은 시도지사가 도시관리계획을 결정하도록 하여(국토계획법 제29조 제1항), 도시계획의 결정권한을 원칙적으로 광역자치단체장에게 부여하고 있다. 예외에 해당하지 않는다면⁵⁾, 기초자치단체장이 도시계획의 결정권을 지니기 위해서는 법 또는 조례에 의한 권한의 위임이 필요하다(국토계획법 제139조 제2항). 이 경우 행정권한을 위임한 위임기관은 더 이상 그 권한을 행사하지 못하는바⁶⁾, 타법상의 별개의 권한에 의하지 아니하고는 광역자치단체장이 기초자치단체장의 도시계획 결정권 행사를 침해하지 못한다.

특기할 만한 예외로는 국가기관이 계획의 결정권자가 되는 경우가 있다. 개발제한구역과 같이 전국적 통일성이 요구되는 계획이거나, 입지규제최소구역과 같이 규모가 크고 복잡한 내용의 계획, 국토교통부장관이 직접 도시관리계획을 입안한 경우 등이 이에 해당한다(국토계획법 제29조 제2항). 국토교통부장관 직접 입안권을 행사하는 경우는 국가계획에 관련되거나 둘 이상의 광역자치단체에 걸쳐 지정되는 계획의 경우 및 국가계획과 같은 상위계획에 반할 때 조

4) 대법원 1995. 5. 12. 선고 93누19047 판결

5) 다만 3가지 예외가 존재한다. ① 인구 50만 이상의 대도시의 경우 ② 시장·군수가 직접 입안한 지구단위계획의 경우 ③ 국토교통부장관 등 국가기관이 결정권을 지니는 경우 등이 이에 해당한다.

6) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99두11257 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 93누19047 판결 등 다수.

정을 요구하였으나 기한을 도과한 경우 등이 있다(국토계획법 제24조 제5항).

(3) 지구단위계획과 지정권의 분화

지구단위계획의 경우에는 지정권이라는 개념을 따로 도입하고 있다. 국토계획법은 지구단위계획과 별도로, 그 구역의 지정 또한 도시관리계획으로 결정토록 하여 2단계에 걸쳐 지구단위계획을 수립토록 하고 있다. 지구단위계획 수립에 시일이 걸리는 점을 고려하여 입안을 개시하는 결정(구역지정)과 지구단위계획을 결정하는 절차를 분화해놓은 것이다.⁷⁾ 다만 법문언상 양자 모두 도시관리계획으로 '결정'하는 것이므로 최종적인 의사결정권한은 결정권자에게 귀속되는 것으로 해석된다.

이 때 지정권과 결정권의 관계를 정리하는 것이 필요하다. 지정권은 국토교통부장관, 광역·기초지방자치단체장에 이르기까지 다양한 행정주체에게 부여되어 있다.⁸⁾ 양자간의 관계가 규명되지 않는 이상, 지정권 행사와 결정권 행사가 각기 독립적으로 이루어질 경우의 각각의 효력에 대한 의문이 남게 되는 것이다.⁹⁾

개발계획이 지구단위계획으로 의제되는 경우 양자간의 관계에도 의문을 야기할 수 있다. 예컨대 도시정비법상 정비구역은 지구단위계획구역의 지위를 갖는바(도시정비법 제17조 제1항), 정비구역의 전부 또는 그 일부에 대하여 다른 행정주체가 지구단위계획구역을 지정할 경우 그 효과는 어떻게 될 것인가가 하나의 쟁점이 된다. 또한 지구단위계획이라는 수단을 이용하여 정비계획을 수립하는 것이 법률상 가능하므로¹⁰⁾ 지구단위계획구역의 지정으로 정비구역이 일부 해제·폐지되는 결과가 초래된다고 볼 수 있는 것인지, 아니면 두 개의 지구단위계획구역이 중첩하여 동시에 존재하는 것으로 볼 것인지와 같은 것도 쟁점이 될 수 있다.

3. 개발사업법과 도시계획의 의제

연혁적으로 보면 개발사업은 도시계획법에서 잉태되었다. 조선시가지계획령은 '시가지계획

7) 김중보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 320면 참조.

8) 국토계획법 제51조(지구단위계획구역의 지정 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역의 전부 또는 일부에 대하여 지구단위계획구역을 지정할 수 있다.

9) 지정권의 행사가 결정권의 행사로 의제될 수 있는 것인지도 해명되지 않은 의문점이다. 다만 결정권이 수반되지 않는 지정권은 아무런 법적 의미를 지니지 못하는 점, 우리 법이 독자적으로 지정권의 개념을 설정하고 있는 취지 등을 고려하면 지정권의 행사에 결정이 의제되거나, 지정권은 결정권을 포함하는 권한을 의미한다고 해석함이 타당할 것으로 사료된다.

10) 도시정비법 제17조(정비구역 지정·고시의 효력 등) ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 지구단위계획구역에 대하여 제9조제1항 각 호의 사항을 모두 포함한 지구단위계획을 결정·고시(변경 결정·고시하는 경우를 포함한다)하는 경우 해당 지구단위계획구역은 정비구역으로 지정·고시된 것으로 본다.

사업'이라고 하여 행정청 이외의 자를 사업시행자로 할 수 있도록 하고 수용권을 부여하는 등 개발사업의 원형적인 모습을 마련해놓고 있었다(조선시가지계획령 제3조, 제5조). 제정 도시계획법도 이를 계수하여 '도시계획사업'이라는 형태로 개발사업을 총칭하고 있었으나(제정 도시계획법 제5조 이하), 1966년 토지구획정리사업법과 1976년 도시재개발법이 제정되면서 오늘날과 같은 국토계획법과 개발사업법의 분화된 체계를 갖기 시작했다.¹¹⁾

큰 틀에서 보면 개발사업법에 따른 사업 추진의 구조 또는 단계는, 구역지정과 개발계획으로 구분될 수 있다. 이와 같은 기본적인 구조 및 단계 자체는 도시계획구역을 지정하고 구체적인 도시계획의 내용을 수립·결정하는 것을 의미하는 것이므로, 그 자체로 도시계획법의 구조에서 벗어나지는 않는다. 때문에 구역지정과 개발계획 양자 모두는 본질적으로 도시계획의 성질을 지닐 수밖에 없는 것이다. 이들은 독자적으로 건축허용성을 부여하고 건축단위를 정하는 등 도시계획의 기능을 담당하고 있는바, 개별 개발사업법들이 구역지정이나 개발계획을 도시관리계획이나 지구단위계획으로 의제토록 하는 조문을 두고 있는 것 또한 그와 같은 기능으로부터 정당화될 수 있는 것이다.

III. 개발계획과 도시관리계획의 관계

1. 도시관리계획의 구속력

(1) 도시관리계획의 효력과 그 처분성

통상 도시기본계획의 처분성은 부정되나¹²⁾, 도시관리계획의 처분성은 긍정된다.¹³⁾ 이는 국민의 권리의무의 변동에 직접적인 영향을 미치는지 여부의 차이, 법적효과나 대외구속력의 차이에서 기인한다. 도시기본계획은 건축허가요건, 건축허용성, 건축단위 등에 직접 영향을 미치지 못하므로 단지 정책적 역할만을 담당한다.¹⁴⁾ 반면 도시관리계획은 개발행위허가의 기준으로 기능하는바¹⁵⁾, 건축행위·토지형질변경 등 개발행위를 하려는 자를 직접 구속한다.

11) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 389

12) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결

13) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결

14) 국토계획법 제19조(도시·군기본계획의 내용) ① 도시·군기본계획에는 다음 각 호의 사항에 대한 정책 방향이 포함되어야 한다. (후략).

15) 국토계획법 제58조 제1항 제2호 등.

종래 대법원은 구 도시계획법상의 도시계획(현재의 도시관리계획)결정의 처분성을 인정하면서 “도시계획결정이 고시되면 도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게” 된다는 점을 근거로 하였다.¹⁶⁾ 당시 도시계획법은 도시계획이 결정·고시된 곳에서의 행위제한에 관한 규정을 두고 있었는데¹⁷⁾, 이는 개발행위허가에 관한 국토계획법 제56조 이하의 조문의 연원이 된다. 과거에는 도시계획이 결정되는 것만으로 모든 개발행위가 제한되어, 행위제한이 곧 도시계획 그 자체의 효력으로 되었다는 점에서 규율형식에 차이가 있다.

(2) 행위제한과 도시계획의 구속력

이상과 같이 종래 도시계획의 구속력은 도시계획이라는 스스로의 지위에서 기인하였다. 도시계획이라는 것만으로 그 내용에 상관없이 일률적인 행위제한의 효력이 부여되었기 때문이다. 그러나 지금의 도시관리계획은 그 지위만으로 법적 효력이 부여되지 않는다. 현재의 도시관리계획은 개발행위허가의 기준 또는 요건으로 작용함으로써 그 실천적 의미 및 효력을 지니게 되므로, 지금의 도시관리계획의 구속력의 근원은 개별 계획의 내용에서 찾아야 하는 것이다.

때문에 현행법상 도시관리계획 구속력은 도시관리계획의 종류별로 각기 그 정도를 달리한다. 도시계획으로서의 기능을 얼마나 완결적으로 수행하고 있는지 여부에 따라 효력범위를 달리한다는 것이다. 도시관리계획의 효과가 개발행위허가의 요건 - 건축허가의 요건을 구성한다고 한다면, 도시관리계획 내용의 밀도가 각 요건의 엄밀성을 이룬다. 각 도시관리계획들이 이와 같은 밀도 또는 엄밀성에서 차이를 지니고 있기 때문에, ① 건축허용성이나 건축단위에 관여하지 않는 용도지역제 도시계획과, ② 이들 요소까지 완결적으로 정할 수 있는 지구단위계획의 구속력을 동일선상에 비교할 수는 없게 된다.¹⁸⁾

16) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

17) 도시계획법 제4조 (행위등의 제한) ①제12조제4항의 규정에 의한 고시가 있는 후에는 도시계획구역안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 시장 또는 군수의 허가없이 이를 행할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 행위에 대하여는 예외로 하며, 제1호의 경우 산림안에서의 재식 및 조림을 위한 죽목의 벌채에 대하여는 산림법의 규정에 의한다.

1. 토지의 형질의 변경 또는 죽목의 재식이나 토석의 채취
2. 건축물 기타 공작물의 신축·개축 또는 증축이나 이동이 용이하지 아니한 물건의 설치 또는 퇴적
3. 대통령령이 정하는 면적이하로의 토지의 분할

18) 더구나 도시관리계획이 개발행위허가나 건축허가의 요건으로만 작용하는 경우, 이를 불충족한 허가를 통제할 수단도 존재하지 않는다. 예컨대 지구단위계획의 내용에 배치되는 건축허가가 발급되더라도 이를 위법하다고 단정할 수는 없는 것이다. 이른바 ‘삼각아파트 사건’에서 대법원은 “지적 경계를 지구단위계획에서 정한 장방형의 용도구분의 경계와 일치시켜야 한다거나 기타 사용권의 취득을 강제하는 것이라고 볼 수는 없다”고 하여 건축허가요건으로서의 지구단위계획의 효력범위를 유연하게 해석하였다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결). 특히 현행 국토계획법이 ‘도시관리계획에 어긋나지 않을 것’을 그 기준으로 하고 있는 이상 유연한 법적

요컨대 현행 국토계획법상 도시관리계획의 구속력은 그 스스로의 지위에서 기인하는 것이 아니다. 이에 개발사업법들은 도시관리계획을 의제하는 조문을 필요적으로 마련하고 있으면서도, 경우에 따라 행위제한에 관한 규정을 별도로 두고 있다.¹⁹⁾ 도시관리계획이라는 지위만으로 개발행위가 통제될 수 있는 것이라면, 별도의 행위제한 조문은 애당초 필요하지 않았을 것이다.

(3) 소결

개발계획은 스스로를 도시계획(도시관리계획)에 연동시키고 있으므로, 도시관리계획이라는 공통의 지위가 서로 다른 개발계획의 접점의 역할을 하게 된다. “개발계획 상호간에도 직접적인 영향력을 인정할 수 있다”는 다소 극단적이고 단정적으로 보일 수 있는 명제가 제기되는 이유도 바로 이러한 접점의 존재 때문이다. 그러나 개발계획 → 도시관리계획 → 개발계획으로 이어지는 영향력의 연결고리가 완성되려면, 그 연결고리인 도시관리계획 스스로가 개별 개발계획의 효력 및 구속력의 원천이 되어야 한다. 공통의 접점인 “도시관리계획”에 어떠한 공통된 효력 및 구속력이 인정되어야만 이를 바탕으로 “또 다른 도시관리계획”인 다른 개발계획의 효력이나 내용에 영향을 미칠 수 있게 되기 때문이다.

그러나, 전술한 바와 같이 현행법상으로는 도시계획(도시관리계획)은 개별 계획의 구속력의 공통된 근거가 될 수 없다. 중요한 것은 개별 도시계획이나 개발계획의 내용이다. 공통적으로 도시관리계획이라는 지위를 부여한다고 하더라도 특별한 의미를 지니는 것은 아니다. 여기에서 용도지역제 도시계획, 지구단위계획, 개별 개발계획 각각의 규율범위와 효력범위를 개별적으로 검토하여야 할 필요성이 도출된다. 도시관리계획에 속한다는 것만으로 동질적인 지위와 효력을 부여할 수 없다면, 과연 그에 속하는 개별 도시계획이나 개발계획들이 동등한 등가적인 것으로 취급될 수 있는지 또한 재차 규명되어야 한다.

2. 개발계획의 도시계획적 지위

(1) 개발계획과 도시계획의 이질성

용의 여지가 남게 되는 것이다.

19) 대표적으로 보금자리주택건설 등에 관한 특별법은 보금자리주택지구 지정되어 고시되는 경우 국토계획법상 용도지역 및 지구단위계획구역의 지정이 있는 것으로 의제한다(동법 제12조 제3항). 그러나 동법은 보금자리주택지구의 지정에 별도의 행위제한에 관한 조문을 두어, 지정이 있는 경우 건축행위 등 개발행위를 허가 없이 할 수 없도록 하고 있다(동법 제11조 제1항).

개발사업법은 개발계획을 도시관리계획 또는 지구단위계획으로 의제하여 일관된 태도를 보이고 있지 않다. 모든 개발계획은 도시관리계획의 지위를 공통적으로 지니지만, 어떠한 형태의 계획으로 분류되는지는 분명하지 않다. “개발계획은 도시관리계획으로 의제된다”라는 것이 일반화할 수 있는 유일한 명제가 된다. 이를 “개발계획은 도시관리계획이다”라거나 “개발계획은 도시관리계획의 일종이다”는 명제로 치환할 수 있는 것인지는 다른 논리적 연결고리를 필요로 한다. 이를테면 ‘의제’의 효과만으로는 양자의 법적 성질을 동일시하는 수준에 이를 수는 없다. 비유컨대 건축허가에 개발행위허가가 의제된다고 하여, 양자의 법적성질을 동일하게 취급할 수 없는 것과 같은 이유에서이다.

연혁적으로 보면 개발계획은 도시계획에서부터 시작하여 독립된 개념으로 자리잡아왔다. 비록 그 출발점이 도시계획이라고는 하나, 개발계획의 내용에 도시계획 외적 요소가 포함되는 것이 금지된 것은 아니다. 물론 국토계획법상 도시계획의 광활한 외연을 고려하면, 개발계획이 그 외연을 벗어나는 경우를 쉽게 상상하기는 어렵다.

‘개발계획이 도시계획으로서의 성질을 지닌다’고 하는 것과, ‘개발계획이 도시계획의 일종이다’라고 하는 것은 그 법적 의미가 전혀 다른 것이다. 후자에 따른다면 도시계획으로 개발계획을 대체하는 것이 불가능하지 않다. 즉 결정권이 동일한 행정주체에게 귀속된 경우라면 그가 수립한 도시계획의 실질이 일반법상의 도시관리계획 혹은 개발사업법상의 개발계획에 속하는 것인지 분별하기 어려운 경우도 생각해볼 수 있다. 반면 양자의 외연이 다른 것이라 전제하면, 도시계획의 수립·결정만으로 개발계획을 의제하는 것은 명문의 규정이 없는 한 불가하다.

요컨대 ‘도시계획 > 개발계획’이라는 명제를 더 이상 유지할 수 있을 것인지에 관한 근본적인 고민이 필요하다. 비록 개발계획의 연원이 조선시가지계획령상의 시가지계획과 제정 도시계획법상의 도시계획에 있다 하더라도, 양자를 포함관계로 설명하기에는 개발사업법이 갖는 독자적인 특성들이 공고화되었다는 점을 간과하기는 어렵다.

(2) 도시계획을 통한 개발계획의 수립가능성

이상과 같은 도시계획과 개발계획의 이질성에 관하여는 2가지 예외가 발견된다. 국토계획법 명문의 근거에 의하여 도시개발법상 도시개발사업이나 도시정비법상 정비사업에 관한 계획은 명식적으로 도시관리계획의 외연에 포섭된다(국토계획법 제2조 제4호 라목). 일정한 경우에는 일반법인 국토계획법상의 수단으로 특별법상의 개발계획을 수립할 수 있도록 명문의 근거를

마련해둔 경우도 있다. 도시정비법은 지구단위계획구역지정 및 지구단위계획수립시 정비계획의 내용으로 요구되는 사항들이 모두 포함될 경우, 그 자체를 정비구역 지정·고시로 의제한다.²⁰⁾ 즉 일반법상 도시관리계획으로 특별법상 개발계획을 수립하는 것이 명문으로 허용된 것이다.²¹⁾

그러나, 명문의 규정이 없더라도 일반계획으로 특별계획을 수립하는 것이 가능한 것인지는 의문의 소지가 크다. 도시관리계획이나 지구단위계획 등 일반계획의 내용에 관한 구체적 한계가 쉽게 발견되지 않기 때문이다. 추가적으로 고려하여야 할 것은 특별계획을 별도로 만들어진 개발사업법의 입법취지이다. 개발사업법이 도시계획의 내용에 더하여 다른 행정목적을 포함한 행정계획의 개념을 창조하고 있는 것이라면, 일반계획인 도시계획의 결정권만으로는 이를 포섭할 수 없다. 때문에 이 문제는 도시계획과 개발계획의 관계를 도시계획이라는 하나의 상위개념으로 포섭되는 동질적 개념으로 볼 수 있는 것인지 여부와 궁극적으로 맞닿아 있다. 만일 도시계획의 외연과 개발계획의 외연이 반드시 일치하는 것이 아니라면, 명문의 근거 없이 양자를 의제할 수는 없는 것이다.

3. 도시관리계획간의 영향력

“도시관리계획은 도시관리계획을 폐지·변경할 수 있다”는 명제의 진리 값은 어떻게 되는가? 신 계획이 구 계획을 폐지한다는 명제는 항상 참일 수 있는가?

(1) 대법원 판결의 태도

대법원은 서로 상반되는 내용의 새로운 도시계획이 수립되었을 경우, 이는 기존의 도시계획의 내용 중 배치되는 부분을 폐지·변경하는 효력을 동반한다고 해석하여 왔다.²²⁾ 대법원은 도

20) 도시정비법 제17조(정비구역 지정·고시의 효력 등) ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 지구단위계획구역에 대하여 제9조제1항 각 호의 사항을 모두 포함한 지구단위계획을 결정·고시(변경 결정·고시하는 경우를 포함한다)하는 경우 해당 지구단위계획구역은 정비구역으로 지정·고시된 것으로 본다.

21) 물론 이 경우에도 여러 쟁점이 남아있다. 정비계획의 결정권자가 아닌 자, 예컨대 국토교통부장관의 경우에도 지구단위계획구역 지정권자인바 만일 국토교통부장관이 정비계획의 내용을 모두 포함한 지정행위를 한다면 이를 정비구역 혹은 정비계획으로 의제할 수 있는 것인가? 추측컨대 해당 규정은 도시관리계획의 결정권자가 일원화되어 있다는 전제 하에 입법된 것으로 판단된다. 때문에 결정권과의 관계가 모호한 ‘수립권’이라는 개념과 그로 인한 행정주체의 상이함을 간과하게 된 것이다. 현행 도시정비법상으로는 이를 금지할 명문의 근거는 존재하지 않는다.

22) 대법원은 건설부장관의 주차장·자동차정류장에 대한 도시계획시설의 설치 등에 관한 권한을 위임받은 서울특별시장이 수립·결정한 도시계획에 관하여, 그 이후 건설부장관이 택지개발촉진법에 기하여 택지개발사업실시계획을 승인하는 경우 “기존의 도시계획은 위 실시계획에 포함된 도시계획의 내용과 같이 적법하게 변경된 것으로 보아야 할 것”이라고 실시한 바 있다. 대법원 1995. 5. 12. 선고 93누19047 판결.

시계획 결정권의 소재²³⁾와 의제조항의 의미, 두 쟁점에 집중하고 있다. 이 중 후자에 주목할 필요가 있다. 대법원은 타법상 권한행사의 결과가 결국 일반법인 도시계획법상의 도시계획으로 의제되는 것이라면, 일반법에 근거하여 수립·결정된 도시계획에 영향을 미치는 것이 당연하다고 보았다. 이에 대법원은 “(의제되는) ‘도시계획법 제12조의 규정에 의한 도시계획결정’에는 도시계획의 새로운 결정뿐 아니라 기존의 도시계획을 변경하는 결정도 포함된다”고 해석한다.

위 판결에서는 두 계획의 결정권이 궁극적으로 동일 행정주체(건설부장관)에 일원화되어 있다는 점이 주요하게 작용한 것으로 보인다. 서울특별시장이 수립한 도시계획 또한 궁극적으로는 건설부장관의 권한을 대신 행사한 것이 되므로, 본래 권한을 가진 행정주체의 의견을 존중해주는 것에 큰 부담이 없었던 것이다.

그러나 만일 현행법의 체계와 같이 양자의 권원(權原)이 상이한 경우라면 결론은 어떻게 될 것인가? 예컨대 광역지방자치단체장이 결정한 도시계획을 국토교통부장관이 독자적인 권한에 기하여 수립한 도시계획으로 폐지·변경할 수 있을 것인가? 역으로 국토교통부장관이 수립한 도시계획을 독자적 결정권을 가진 광역지방자치단체장이 새로운 도시계획을 수립하면서 폐지·변경할 수 있는 것인가? 이러한 질문은 ① 결정주체에 따라 도시계획의 효력을 구분 가능한지 및 ② 도시관리계획의 종류에 따른 효력의 구분이 존재하는지에 대한 검토 결과에 따라 답변될 수 있을 것이다.

(2) 주체의 동일성에 따른 계획의 구분

선·후행 도시계획의 결정 주체가 같다면 상호간의 개·폐의 효력을 인정하여도 큰 문제가 없다. 동일한 주체에 의한 행정작용인바, 해당 주체로서도 선행계획의 존재를 인식하거나 인식할 수 있는 상황에서 후행계획을 수립·결정하였다고 볼 수 있기 때문이다. 이에 대법원도 “행정청²⁴⁾은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 도시계획을 결정·고시할 수 있으므로 “후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 적법하게 변경되었다고 할 것”이라고 설시한 바 있다.²⁵⁾

23) (ㄱ) 비록 건설부장관은 구 도시계획법상의 권한을 서울특별시장에게 위임하여 더 이상 위임한 권한을 직접행사할 수는 없지만 (ㄴ) 타법상 권한행사의 근거가 따로 부여되어 있다면 이를 행사하는데 제약이 없다고 전제한다.

24) 이 대법원 판결 당시 도시계획법은 도시계획의 권한을 건설부장관에게 일원화시키고 있었으므로 여기서의 행정청은 동위의 행정청을 의미하는 것으로 보인다. 따라서 해당 판결만으로 서로 다른 층위의 행정청에 의한 상이한 도시계획의 수립가능성에 대한 답변을 찾을 수는 없는 것이다.

그러나 이것만으로 결정권자가 상이한 경우에 대한 답변을 도출할 수는 없다. 한 행정주체의 행정작용이 다른 주체의 행정작용을 개·폐하는 효력을 지닌다면 행정권한의 충돌이나 침해의 문제가 발생한다. 개발사업을 추진할 수 있는 적법한 권한을 부여받은 행정청이 그 권한을 정당하게 행사하고 있음에도 불구하고, 다른 행정청의 권한행사로써 이를 중단시킨다면 해당 권능을 부여한 다른 법률의 취지를 몰각할 수도 있다. 후행 도시계획을 결정하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 지니고 있지 않은 경우, 선행 도시계획과 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획은 무효라고 판시하였던 대법원 판결도 이러한 고민에 기반한 것으로 보인다.²⁶⁾

선행 도시계획을 결정·변경할 권한이 있는지 여부는 어떻게 판단하는가? (㉠) 선행 도시계획을 직접 결정하였을 것까지 요구하는 것인지 (㉡) 혹은 선행 도시계획을 결정할 명목상의 권한만을 보유하고 있으면 되는 것인지, (㉢) 실질적으로 선행 도시계획을 결정·변경할 권한을 보유하고 있어야 하는 것인지를 문제가 답변되어야 한다. 도시계획의 결정권자는 대체로 광역지방자치단체장의 권한으로 일원화 되어 있는바, 대법원의 논지에 따르면 설사 그 권한을 위임·위탁하여 실질적으로 행사할 수는 없는 상태라 하더라도 선행 도시계획을 후행 도시계획으로서 개·폐할 수 있다. 이에 따르면 ‘선행 도시계획을 결정·변경할 권한’이라고 함은 그 권한을 의미할 뿐 직접 행사가 가능할 것까지 요하지는 아니한다고 볼 수 있다. 선행 도시계획을 직접 결정하지 않은 경우라 하더라도 상관이 없다.

그러나 문제는 결정권이 이원화되어 있는 예외적인 경우이다. 국토교통부장관이 둘 이상의 시·도에 걸쳐 도시관리계획을 결정하는 경우를 예로 들 수 있다.²⁷⁾ 각 시도지사는 자신의 행정구역 내에서는 독자적인 도시관리계획 결정권을 지니고 있다(국토계획법 제29조 제1항). 그렇다면 국토교통부장관이 결정한 선행 도시계획 중 각 시도지사가 자신의 행정관할 부분만을 따로 떼어내어 상반되는 내용의 후행 도시계획을 결정하는 경우 그 효력은 어떻게 되는 것인가? 만일 국토교통부장관의 결정권을 시·도지사의 결정권과 구분되는 것으로 본다면 후행 도시계획의 효력을 긍정하기는 어렵다. 반면 국토교통부장관의 결정권 또한 궁극적으로 시도지사의 권한을 법률상 대신하는 것에 불과하다고 치부한다면 후행 도시계획의 효력을 무효라 할 수는 없을 것이다. 이렇게 본다면 선행 도시계획이 국가계획과 같은 보다 상위의 행정계획에 근거하였다는 등의 특별한 사정이 없는 이상²⁸⁾, 선행계획과 상반되는 시도지사의 후행계획의

25) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96누1313 판결

26) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99두11257 판결

27) 예컨대 국토계획법 제24조 제5항 제2호 참조.

28) 국토계획법 제138조(도시·군계획의 수립 및 운영에 대한 감독 및 조정) ② 국토교통부장관은 도시·군기본계획과 도시·군관리계획이 국가계획 및 광역도시계획의 취지에 부합하지 아니하거나 도시·군관리계획이 도시·군기본계획의 취지에 부합하지 아니하다고 판단하는 경우에는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도

수립을 국토교통부장관이 통제할 법적 수단도 마련되어 있지 않다.

(3) 법적 근거를 달리하는 개발계획 간 영향력

다른 법률에 근거하는 개발계획이 서로를 개·폐하는 효력이 있는지 여부에 대한 답을 찾기 위해서는 개발계획의 법적 성질이나 지위에 대한 검토가 선행되어야 한다. 대법원은 개발사업 법상의 도시계획 의제조문의 의미를 기존의 도시계획을 변경하는 결정까지도 포함한다고 판시한 바 있다.²⁹⁾ 만일 기존의 도시계획에 다른 법률상의 개발계획이 포함된다면, 이를 변경하는 결정까지도 의제되는 것이라 는 결론에 이를 수도 있다. 예컨대 산업입지법에 따른 산업단지의 지정으로 별다른 절차 없이 도시정비법상 정비계획을 폐지할 수 있는 것이라고 주장할 수도 있는 것이다.

그러나 이와 같은 해석은 실무의 태도와 상반된다. 지금까지 대법원은 구 도시계획법 내의 도시계획 간의 관계나 구 도시계획법상 도시계획과 개발사업법상 개발계획 간의 관계에 관하여 실시하여왔으나, 정작 개발계획간의 관계에 대하여는 판단한 바가 없다. 이에 실무에서는 다른 개발계획을 폐지·변경하는 절차가 선행된 이후 다른 개발계획을 수립·결정하는 방식으로 운영되고 있는 것으로 보인다.

각 개발계획의 결정권자가 상이한 경우에는 일방의 개발계획이 다른 결정권자의 개발계획을 개·폐하는 효력이 인정된다고 보기 어렵다. 그렇다면 이 경우 후행 개발계획은 무효가 되는 것인가? 결정권의 유무를 중심으로 후행 계획의 효력을 판단한 대법원 판결의 논지에 따르면 무효일 가능성이 크다.

(4) 도시관리계획의 위계와 영향력

국토계획법은 도시관리계획의 종류를 크게 6가지로 구분한다.³⁰⁾ 이 때 각목에 속하는 도시관리계획 상호간에는 서로를 개·폐하는 효력이 인정될 수 있는지 여부는 각 도시계획간의 우

지사·시장 또는 군수에게 기한을 정하여 도시·군기본계획과 도시·군관리계획의 조정을 요구할 수 있다. 이 경우 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 도시·군기본계획과 도시·군관리계획을 재검토하여 정비하여야 한다.

29) 대법원 1995. 5. 12. 선고 93누19047 판결

30) 국토계획법 제2조(정의) 제4호 가. 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획 나. 개발제한구역, 도시자연공원구역, 시가화조정구역(市街化調整區域), 수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획 다. 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획 라. 도시개발사업이나 정비사업에 관한 계획 마. 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획 바. 입지규제최소구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 입지규제최소구역계획.

열에 따르게 된다. 각목의 도시계획들은 각각 용도지역제 도시계획, 개발제한제 도시계획, 지구단위계획 등으로 그 층위를 달리한다.

이 중 예컨대 개발제한제 도시계획은 수립대상에 대하여 별도의 언급이 존재하지 않는다. 때문에 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법의 절차에만 따른다면 도시지역에서의 개발제한구역의 지정도 불가능하지 않다.³¹⁾ 개발제한제 도시계획의 효력의 측면에서 보면 개발제한제 도시계획은 가장 우위에 놓이게 된다. 반면 지구단위계획의 경우에는 명시적으로 개발제한제 도시계획의 열위에 놓인다는 점이 명확하다. 국토계획법은 개발제한구역이 해제되는 곳을 지구단위계획 수립대상의 하나로 열거한다(국토계획법 제51조 제1항 제8호). 이와 같은 규율의 순서를 고려하면 지구단위계획의 지정만으로는 개발제한구역을 폐지·변경할 수는 없고, 반드시 개발제한구역의 해제가 별개 절차로 선행되어야 한다고 보는 것이 타당해 보인다.

용도지역제 도시계획과 지구단위계획 간의 우열관계에 대하여는 별도의 규율이 없다. 다만 실무관행과 제도의 취지 등을 존중한다면 지구단위계획은 용도지역제 도시계획을 전제로 그 내용에 일부 수정을 가하는 것으로 이해될 수 있다.³²⁾ 법상으로 지구단위계획은 용도지역을 한정된 범위에서 변경할 수 있는 효력이 있을 뿐이므로 지구단위계획은 어디까지나 용도지역제 도시계획에 종속되는 계획이라고 할 수 있다. 그러나 용도지역제 도시계획은 건축허가요건의 일부를 결정할 뿐 건축단위나 건축허용성에 대하여는 개입하지 않으므로 이 부분에 한하여 지구단위계획은 용도지역제 도시계획에 구애받지 않는다.

IV. 도시계획과 개발계획의 병합

1. 절차적 병합과 실질적 병합

병합은 두 가지 형태를 생각해볼 수 있다. 계획의 병합은 여러 개의 도시계획·개발계획이 각각의 법률에 근거하여 추진되면서 단지 공통의 절차만을 1회로 끝내기 위하여 병합하는 경우(절차적 병합)와, 물리적으로 여러 개의 계획을 결합하여 하나의 도시계획 또는 하나의 개발계획으로 병합하는 경우(실질적 병합)로 구분해볼 수 있다. 후자의 경우에는 병합되는 계획의 근거법률이 정한 특별한 절차를 생략할 수 있는지에 관한 쟁점이 파생된다.

개별법에 근거하여 추진되는 도시계획이나 개발계획의 절차가 공통될 경우 이를 하나의 절

31) 위 대법원 1997. 6. 24. 선고 96누1313 판결 사안 참조.

32) 김종보, 건설법의 이해, 피데스, 2013, 317

차로 병합하여 추진하는 것은 달리 금지될 필요성이 없다. 국토계획법이나 개발계획법은 통상 거쳐야 하는 절차를 열거할 뿐, 그 절차가 독립적 지위를 갖추어 행하여질 것을 요구하지는 아니한다. 다만 이 경우에도 각 행정계획의 절차적 하자에 관한 논란을 축소하기 위하여, 병합되는 계획들의 명칭이나 근거법률을 반드시 병기할 필요가 있겠다.

실질적 병합이 논의되기 위해서는 몇 가지 선결조건이 충족되어야 한다. ① 먼저 결정권자가 동일하거나 적어도 후행 계획의 결정권자가 선행 계획의 결정권까지도 보유하고 있어야 한다. 특별법을 제정하여 결정권자가 서로 다른 계획들의 병합이 가능토록 근거 조문을 마련하는 경우 예외가 인정될 수 있다. 도시재정비 촉진을 위한 특별법(도시재정비법, 소위 뉴타운특별법)이 대표적인 사례이다. 동조에 의한 개발계획이 결정될 경우 타법상의 개발계획까지도 의제되도록 하는 태도를 취하고 있다.³³⁾

② 다음으로 합병 후 존속하는 계획이 개발계획이어야 한다. 일반계획인 도시계획에 비하여 특별계획인 개발계획은 도시계획의 규율범위와 반드시 일치하지 않게 되기 때문이다. 다만 도시계획을 개발계획으로 의제하는 명문의 근거가 있다면 예외가 인정될 수는 있겠다.³⁴⁾

2. 실질적 병합의 양태

(1) 도시계획의 병합가능성

이미 존재하는 도시계획이나 개발계획을 포함하여 하나의 큰 개발계획을 수립하는 것도 경우에 따라 가능할 수 있다. 개발계획으로 도시계획을 합병하는 것은 달리 쟁점이 될 만한 부분이 없다. 개발계획에는 크고 작은 도시계획이 항상 포함되어 있기 때문이다. 예컨대 도시개발사업을 한다고 하면 그 안에는 도시계획시설에 관한 내용을 포함될 수밖에 없다. 때문에 기존에 존재하는 도시계획시설 부지와 계획의 내용을 포함해서 하나의 큰 개발계획을 수립하는 것은 개별 개발사업법의 요건만 충족하다면 가능하다고 보아야 한다.

33) 도시재정비법 제13조(재정비촉진계획 결정의 효력) ① 제12조에 따라 재정비촉진계획이 결정·고시되었을 때에는 그 고시일에 다음 각 호에 해당하는 승인·결정 등이 있는 것으로 본다.

1. 「도시 및 주거환경정비법」 제4조에 따른 도시·주거환경정비기본계획의 수립 또는 변경, 같은 법 제8조에 따른 정비구역의 지정 또는 변경 및 같은 조에 따른 정비계획의 수립 또는 변경
2. 「도시개발법」 제3조에 따른 도시개발구역의 지정 및 같은 법 제4조에 따른 개발계획의 수립 또는 변경
3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따른 도시·군관리계획(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제4호가목·다목 및 마목의 경우만 해당한다)의 결정 또는 변경 및 같은 법 제86조에 따른 도시·군계획시설사업의 시행자 지정

34) 대표적으로 도시정비법 제17조 제2항 참조.

이 경우에도 개발제한구역과 같은 효력상으로 우위에 놓여있는 도시계획을 병합할 수는 없다. 법령에 달리 규정이 없다면, 이미 존재하는 개발제한구역의 일부 또는 전부를 병합하여 도시계획이나 개발계획을 수립·결정할 수는 없는 것이다. 예외적으로 구 보금자리주택건설 등에 관한 특별법에서는 보금자리주택지구의 지정으로 개발제한구역의 해제가 의제되도록 하는 규정이 있었다.³⁵⁾ 또한 대체로 개발계획은 지구단위계획의 지위에 대응되는 것으로 이해되고 있으므로, 지구단위계획에 허용된 범위를 넘어 용도지역제 도시계획을 변경하는 효력을 인정하는 것은 어려움이 있다. 개발계획에 용도지역제 도시계획이 병합될 수는 없을 것으로 판단된다.

(2) 개발계획의 병합가능성 및 그 조건

동일한 개발사업법에 근거한 개발계획의 병합은 가능하다. 결정권자가 동일하고 사업의 근거법률이나 추진절차가 동일하므로 이를 달리 금지하거나 배제할 이유가 없다. 이에 도시정비법의 경우에는 명문으로 정비구역의 병합을 인정하고 있다.

서로 다른 법에 근거하는 개발계획 간의 병합이 가장 큰 난제이다. 큰 개발계획의 목적이나 내용이 합병되는 개발계획의 내용을 포함하는 관계에 있다면 병합이 가능할 수는 있겠다. 예컨대 법제처는 택지개발촉진법상 택지개발계획에 도시공원에 관한 내용이 포함되어 있는 경우에 도시공원의 설치에 관한 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률(도시공원법)상의 절차를 별도로 거칠 필요는 없다고 판단한 바 있다.³⁶⁾ 원칙적으로 도시공원의 개발을 위해서는 공원조성계획이라는 도시계획을 거쳐야 하는 것인데³⁷⁾, 도시공원과 같은 기반시설에 관한 내용이 택지개발계획의 내용에 포함될 수 있다는 점을 들어 도시관리계획의 결정을 의제에는 공원조성계획에 관한 결정도 포함되어 있는 것이라 본 것이다. 이에 법제처는 공원조성계획의 수립절차에 관하여 따로 규정한 도시공원법상의 조문들의 적용을 배제하였다.

35) 보금자리주택건설 등에 관한 특별법 제22조 ① 국토교통부장관은 주택수급 등 지역여건을 감안하여 불가피한 경우 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제3조제1항에 따라 해제할 필요가 있는 개발제한구역을 주택지구로 지정할 수 있다.

② ~ ③ 생략.

④ 국토교통부장관이 제1항에 따른 주택지구에 대하여 지구계획을 승인 또는 변경승인하여 고시한 때에는 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제3조부터 제8조까지의 규정에 따른 개발제한구역의 해제를 위한 도시·군관리계획의 결정이 있는 것으로 본다.

36) 「택지개발촉진법」 제11조제1항 및 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제16조(택지개발사업실시계획 중 공원조성계획에 대한 도시공원위원회의 심의 여부) 관련(08-0314, 2008.11.19, 인천광역시 환경녹지국 공원녹지과).

37) 도시공원법 제16조 제1항, 제16조의2 제1항. 도시공원법에 따르면 도시공원의 설치에 관한 도시관리계획이 결정되었을 경우 해당 행정구역을 관할하는 지방자치단체장은 공원조성계획을 입안하여야 하고 이 또한 도시관리계획의 지위를 지닌다.

그러나 한 개발계획이 다른 개발계획을 포함하지 못하는 경우에는 위와 같은 결론이 도출될 수는 없다. 예컨대 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법(전통시장법)에 따른 시장정비사업과 도시정비법상의 재건축사업의 경우 양자의 개발계획을 하나로 병합하는 것은 어려울 것으로 사료된다. 시장정비사업의 개발계획은 공동주택에 관한 내용을 담을 수 없고, 재건축사업의 개발계획(정비계획)은 시장의 철거와 재건축에 관한 내용을 담을 수 없기 때문이다.

다만 이를 포괄하는 내용의 특별법이 제정된다면 양자 간의 병합이 가능할 수 있겠다. 도시재정비법은 재정비촉진사업의 내용으로 재건축사업과 시장정비사업을 모두 열거하고 있다. 때문에 양자를 병합하여 하나의 재정비촉진구역으로 지정하여 재정비촉진계획을 수립하는 것은 가능할 수 있는 것이다.

V. 결론

국토계획법이 명시적으로 도시관리계획의 유형으로 규정한 도시개발사업과 정비사업에 관한 계획을 제외하고는, 개별 개발사업법상의 개발계획들은 반드시 도시관리계획과 그 외연을 공유하는 것은 아니라 할 것이다. 개별 개발사업의 특성상 독자적으로 규율되어야 할 내용들이 있을 것이고, 때문에 개발계획은 도시계획과 그 외의 행정적 계획들을 아우르는 독자적인 영역의 행정계획이라 명명될 수도 있다. 다만 국토계획법이 정의하는 도시계획의 요소가 지나치게 추상적인 탓에, 개발계획이 도시계획의 외연을 벗어나서 논의되는 것은 쉽게 상상하기 어렵다. 그러나 도시계획과 개발계획의 관계를 넘어, 서로 다른 법률에 근거하는 개발계획 간의 관계를 보면 양자를 반드시 동일선상에 둘 수는 없다는 점이 명확해진다. 예컨대 도시재정비법이 제정될 수밖에 없었던 이유도 시장정비사업과 재건축사업과 같은 근거를 달리하는 사업들을 하나의 계획적 수단을 포괄할 수 있는 방법이 묘연했기 때문일 것이다.

도시계획과 개발계획의 관계만큼이나 계획의 결정권의 소재도 중요한 의미를 지닌다. 그간 대법원은 결정권의 소재를 근거로 선행 계획과 후행 계획간의 관계를 규명하여 왔다. 종래 조선시가지계획법은 조선총독에게, 제정 도시계획법은 국토건설청장에게 결정권을 부여하여왔다. 타 행정주체의 결정권은 그로부터 위임위탁되는 것으로 부여되었다. 때문에 구법시대 판결들은 도시계획간 관계를 규명하는데 달리 어려움을 겪을 이유가 없었다. 행정권한이 일원화되어 있는 이상, 선행 계획의 효력을 변경하는 것에 주저할 필요가 없었던 것이다. 다만 현행 국토계획법에 이르러서는 원칙적으로 광역자치단체장에게 그 결정권한이 일원화되어 있으나, 수많

은 예외가 등장할 수 있다. 결정권자가 다른 도시계획들 간의 관계는 모호할 수밖에 없다. 종래 대법원 판결 논지에 따라 권한의 유무로 계획의 유무를 판단하기에는, 결정권자가 다른 도시계획을 동일선상에 두고 비교하는 것이 가능한지에 대한 고민이 남게 된다.

도시계획 및 개발계획의 병합이 가능한지에 대한 의문은 우리 법상의 도시계획과 개발계획들의 개념을 재정비하는 것에서부터 해결의 실마리를 찾아야 한다. 본 고에서는 시간과 역량의 부족으로 그 목적을 이루지 못하였지만, 후속 연구들을 통해 이를 법학적으로 규명해나가는 것이 필요할 것이다.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제2호 2019년 10월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 2, October 2019

도시개발사업의 개발계획 변경과 소의 이익

주 동 진*

국문초록

도시개발사업의 진행 중에 처분의 변경이 있는 경우 다양한 법적 문제가 발생할 수 있는데, 소의 이익에 관한 문제도 그 중 하나다. 도시개발사업과 관련하여 행해진 어떠한 처분에 법적 하자가 있는데 이미 이를 변경하는 처분이 이루어진 경우, 변경 전 본처분을 다룰 소의 이익은 인정되는가? 만약 그렇지 않다면 그 이유는 무엇인가? 이 글은 개발계획의 변경처분이 이루어지는 경우를 중심으로 하여 위와 같은 물음에 답하는 것을 목적으로 한다.

이 문제와 관련하여 최근 개발사업과 관련된 소송 실무상 이른바 ‘변경처분의 흡수론’ 또는 ‘흡수론’이라 불리는 주장이 자주 등장하고 있다. 흡수론의 대략적인 요지는, 변경처분이 있으면 본처분은 변경처분에 흡수되어 더 이상 존재하지 않는 처분이 되거나 과거의 법률관계에 지나지 않게 되므로 이를 항고소송으로 다룰 소의 이익이 없다는 것이다. 그러나 변경처분으로 인해 본처분의 일부 또는 전부가 소멸한다고 하더라도 변경처분이 있기 전까지 본처분에 기하여 형성된 권리관계로 인해 처분의 상대방의 법적 이익에 영향을 미칠 우려가 있다면 소송을 통해 본처분을 다투는 것은 허용되어야 한다. 흡수론은 유효한 이론 또는 법리로 볼 수 없다.

도시개발사업에서 개발계획이 변경되는 경우 본처분을 다룰 소의 이익이 인정되는지 여부에 관하여도 흡수론과 같은 주장을 들어 이를 일률적으로 말하는 것은 타당하지 않고, 구체적인 사안을 고려하여 본처분을 다룰 법률상 이익이 있는지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다. 다만 유형적으로 살펴보자면, 수용 또는 사용방식의 도시개발사업의 경우 개발계획의 중요한 기능 중 하나는 수용의 기준이 되는 사업인정으로서의 역할을 하므로, 특별한 사정이 없는 한 개발계획의 변경처분이 있는 후에도 본처분을 다룰 소의 이익은 인정된다고 봄이 타당하다. 환지방식의 개발계획의 경우에도 개발계획의 수립 이후에 그에 터잡아 실시계획 및 후속 절차

* 변호사, 법무법인(유) 율촌

가 진행된 경우라면 원칙적으로 개발계획의 변경처분이 있더라도 본처분을 다툰 소의 이익은 인정되어야 할 것이다. 다만, 개발계획의 수립 이후에 비교적 짧은 기간 내에 개발계획의 변경처분이 있어 그 사이에 본처분에 기해 형성된 법률관계가 존재하지 않는 경우, 또는 변경처분을 하면서 본처분에 기해 형성된 법률관계에 대해서도 모두 적법한 절차와 방법을 통해 변경행위를 한 경우 등에는 예외적으로 본처분을 다툰 소의 이익을 부정할 수도 있다고 할 것이다.

주제어 : 도시개발사업, 개발계획, 변경처분, 소의 이익, 흡수론

목 차

- I. 서론
- II. 변경처분과 소의 이익
- III. 도시개발사업의 개발계획 변경과 소의 이익
- IV. 결론

I. 서론

도시개발사업은 통상 수 년에 걸쳐 진행되고 그 과정에서 사업계획의 변경은 불가피한 측면이 있다. 사업계획의 변경은 도시개발사업의 진행에 따라 단계별로 행해진 처분을 변경하는 방식으로 구체화된다. 이와 같이 도시개발사업의 진행 중에 처분의 변경이 있는 경우 다양한 법적 문제가 발생할 수 있는데, 행정소송에서 소의 이익에 관한 문제도 그 중 하나다. 도시개발사업과 관련하여 행해진 어떠한 처분에 법적 하자가 있는데 이미 이를 변경하는 처분이 이루어진 경우, 변경 전 본처분을 다툰 소의 이익은 인정되는가? 만약 그렇지 않다면 그 이유는 무엇인가?¹⁾ 이 글은 도시개발사업에서 개발계획의 변경처분이 이루어지는 경우를 중심으로 하여 위와 같은 물음에 답하는 것을 목적으로 한다.

이 문제와 관련하여 최근 개발사업과 관련된 소송 실무상 이른바 ‘변경처분의 흡수론’ 또

1) 이하에서는 처분의 변경이 있을 때 변경이 있기 전 처분을 ‘본처분’이라 하고, 변경이 있는 후 처분을 ‘변경처분’이라고 부르기로 한다. ‘선행처분’과 ‘후행처분’이라는 표현은 다단계로 이루어지는 행정행위에 있어 앞선 단계에서 이루어진 처분과 후속 단계에서 이루어진 처분을 각 지칭하는 용어로 한정하여 사용한다.

는 ‘흡수론’이라 불리는 주장이 자주 등장하고 있다. 흡수론의 대략적인 요지는, 변경처분이 있으면 본처분은 변경처분에 흡수되어 더 이상 존재하지 않는 처분이 되거나 과거의 법률관계에 지나지 않게 되므로 이를 소송으로 다툴 소의 이익이 없다는 것이다.²⁾ 흡수론은 정확한 이론적 배경 또는 근거를 찾기 어려운 주장인데, 최근 대법원이 일련의 사건에서 이를 인정하는 취지의 판결을 하면서 상당한 혼란이 야기되고 있다.

만약 위와 같은 흡수론이 논리적으로나 사실적으로 타당한 것이라면 도시개발사업에서 개발계획이 변경되는 경우에도 흡수론에 따라 본처분을 다툴 소의 이익은 부정된다고 간명하게 답할 수 있을 것이다. 그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 흡수론은 수용되기 어려운 주장이다. 개발사업에서 처분이 변경될 경우 본처분을 다툴 소의 이익의 문제는 하나의 법리에 의해 일률적으로 말할 수 있는 문제는 아니며, 해당 처분으로 인해 형성된 법률관계 및 처분의 전후 사정을 고려하여 개별적이고 구체적으로 검토되어야 한다.

이하에서는 우선 일반론적 검토로써 변경처분과 소의 이익에 관하여 살펴보면서 흡수론에 대한 비판적인 검토를 하고, 나아가 도시개발사업에서 개발계획의 의의와 기능을 검토하는 것을 중심으로 개발계획의 변경과 소의 이익에 관한 문제를 살펴보도록 한다.

II. 변경처분과 소의 이익

1. 변경처분 일반론

(1) 처분의 변경의 의의

처분의 변경이란, 존재하고 있는 처분의 일부 또는 전부를 사후적으로 변경하는 것을 말한다.³⁾ 처분에는 그 자체로는 불가쟁력이나 불가변력과 같은 종국적인 효력이 인정되지 않는다. 그러므로 행정청이 이미 성립한 처분을 변경하는 것은 원칙적으로 허용된다. 오히려 행정실무상 처분의 변경은 매우 빈번하게 이루어지고 있다.

2) ‘변경처분의 흡수론’ 또는 ‘흡수론’을 다룬 글은 김종보, 재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익, 『행정법연구』 제56호(2019)

3) 여기서 말하는 ‘처분’이란 강학상 행정행위를 지칭하는 것이다. 행정행위를 최협의로 파악하는 통설의 입장에서는 행정행위와 처분은 대체로는 일치하는 것으로 보고 있고(김동희, 『행정법I』, 박영사, 2019, 247면), 이 글의 목적상 행정행위와 처분을 엄밀하게 구별해야 할 필요성도 높지 않으므로, 이하에서는 달리 언급하지 않는 한 처분과 행정행위를 같은 의미로 사용한다.

처분의 변경은 ‘존재하고 있는 처분’을 변경하는 것이다. 그러므로 이미 기간이 도과하여 실효한 처분을 변경하는 것은 가능하지 않다.⁴⁾ 또한, 처분의 변경이란 ‘본처분의 내용 중 일부 또는 전부’를 변경하는 것을 말한다. 그러므로 처분사유의 추가 변경은 처분의 변경이라 할 수 없다. 일부 학설상 견해는 처분의 변경을 ① 처분 당사자의 변경, ② 처분사유의 추가·변경, ③ 처분내용의 변경으로 유형화하기도 하는데,⁵⁾ 처분사유의 추가·변경을 처분의 변경의 일종으로 분류하는 것에 동의하기 어렵다.

처분의 변경이 있으려면 본처분과 변경처분이 모두 동일한 근거조문에 기초하여야 한다. 물론 법령에 따라서는 어떠한 처분에 대해서 변경처분의 절차를 달리 정하고 있는 경우도 있으나, 이 경우에도 본처분과 변경처분의 직접적인 법적 근거가 되는 조문은 동일해야 한다. 그러므로 예비결정과 본처분의 관계, 대등한 연속처분 등의 상호관계는 처분의 변경과는 무관하다.⁶⁾

(2) 변경처분의 실체법적 효력

변경처분의 실체법적 효력 중 기본이 되는 것은 본처분의 일부 또는 전부가 소멸한다는 데에 있다.⁷⁾ 현재 판례는 변경처분으로 인해 본처분의 전부가 소멸하는 경우와 일부가 소멸하는 경우가 있다고 보고 있다. 즉, ‘주요 부분을 실질적으로 변경’하는 경우에는 본처분이 소멸하지만, ‘내용 중 일부만을 소폭 변경하는 정도에 불과한 경우’에는 본처분이 완전 소멸한다고 볼 수 없다는 것이다.⁸⁾ 그러나 판례가 제시하는 기준은 지극히 추상적이어서 실무에서 구체적인 판단의 기준을 제시하지 못하는 경우가 많다. 이에 따라 실무상으로는 ‘경미한 사항의 변경’인지 여부를 기준으로 본처분이 소멸되는 정도를 판단하기도 한다. 그러나 ‘경미한 사항의 변경’은 변경허가를 받는 절차적 번거로움을 덜기 위해 신고로 허가를 갈음할 수 있는 경우를 정하는 것이므로, 변경처분이 본처분에 미치는 효력의 범위를 정하는 문제와는 논리적 연관성이 있다고 볼 수 없다.

4) 판례 중에는 도시계획시설에 대한 실시계획이 실효되었을 때 실시계획에 관한 변경인가가 실시계획으로서의 모든 요건을 갖추었다면 새로운 실시계획으로 인정되어 수용권이 부여된다고 본 것이 있는데(대법원 1991. 11. 26. 선고 90누9971 판결), 이는 후행하는 처분이 그 외관상 명칭은 ‘변경처분’이라고 하더라도 실질에 있어서는 새로운 본처분에 해당한다는 의미일 뿐 이미 실효된 처분을 ‘변경’할 수 있다는 의미로 볼 것은 아니다.

5) 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2019, 485면 이하

6) 김종보, 앞의 글, 14면 이하

7) 그간 변경처분의 효력에 관한 논의는 주로 주로 행정소송법 제22조(처분변경으로 인한 소의 변경)에 관한 언급의 차원에서 이루어졌다. 가령, “처분의 변경이 있는 경우에는 당해 소송의 대상이나 원인이 상실 내지 변경됨으로써 소송의 목적을 달성하기 어렵다”는 설명 등이 그것이다. 홍정선, 『행정법원론(上)』, 박영사 2017, 1109면 등

8) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두20782, 20799 판결

한편, 변경처분에 의해 본처분이 소멸한다고 하는 경우, 변경처분이 있기 전까지 본처분에 기해 형성되었던 법률관계는 어떻게 되는지 문제가 된다. 일부 판결의 표현에 따르면 변경처분으로 인해 본처분은 ‘소급적으로’ 소멸되는지 아니면 ‘장래를 향해 실효되는지’에 관한 문제다.⁹⁾ 그런데 위에서도 살펴본 바와 같이, 처분이 변경되기 위해서는 변경의 대상이 되는 본처분이 존재하고 있어야 하고, 본처분이 유효하게 존재하고 있던 이상 변경처분이 있기 전까지 본처분에 기하여 형성된 법률관계 역시 유효하게 존속한다고 보아야 한다. 처분의 변경이 있다고 해서 본처분에 기해 형성된 법률관계가 소급하여 소멸하게 된다고 볼 근거나 합당한 이유는 찾기 어렵다. 만약 행정청이 본처분에 기해 형성된 법률관계를 소급하여 소멸하고자 할 때에는 본처분을 취소하고 필요에 따라 새로운 처분을 해야 할 것이다.

(3) 변경처분의 소송법적 효력

처분이 변경된 경우 항고소송의 대상이 되는 처분은 본처분인지 아니면 변경처분인지 문제가 된다. 행정소송법 제22조 제1항은 “법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.”고 정하고 있다. 위 규정은 처분의 변경으로 인해 당해 소송의 대상이나 원인이 상실 내지 변경됨으로써 소송의 목적을 달성하기 어렵게 된 점을 구제하기 위한 취지에서 마련된 것이라고 봄이 일반적인 견해이다.¹⁰⁾ 그러나 위 행정소송법 제22조 제1항은 처분의 변경이 있을 때 항고소송의 대상이 변경할 수 있는 기회를 부여하는 것일뿐, 반드시 그 대상을 변경하여 변경처분만을 항고소송의 대상으로 삼아야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 처분의 변경이 있을 때 본처분과 변경처분 중 어느 처분을 다툰 것인지는 원칙적으로 처분을 다투는 원고가 선택할 문제이다.

다음으로 변경처분이 있을 경우 취소소송의 제소기간의 기산점은 본처분과 변경처분 중 어느 것을 기준으로 하여야 하는지 문제될 수 있다. 제소기간의 기산점 역시 원고가 항고소송의 대상으로 삼은 처분을 기준으로 하면 충분하다. 즉, 원고가 본처분을 다투고자 하는 경우 본처분이 있을 때를, 변경처분을 다투고자 하는 경우에 변경처분이 있을 때를 각 기준으로 제소기간의 도과 여부를 판단하면 되는 것이다. 이 경우 본처분의 제소기간이 도과하였으나 변경처분의 제소기간이 도과하기 전에 변경처분을 대상으로 소를 제기한 후 본처분에 존재하는 취소사유의 하자를 문제삼는 것은 제소기간을 우회하는 것이므로 허용될 수 없다.¹¹⁾

9) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2014다16500 판결

10) 홍정선, 앞의 책, 1109면 등

11) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두20782, 20799 판결 등

변경처분의 소송법적 효과와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 처분의 변경과 소의 이익에 관한 것이다. 특히, 판례의 기준에 따를 때 ‘주요 부분을 실질적으로 변경’하여 본처분이 소멸한다고 할 때에 본처분을 다룰 소의 이익이 인정되는지 여부가 문제된다. 대법원은 이 경우 본처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 된다는 점을 이유로 들어 원칙적으로 본처분을 다룰 소의 이익도 사라진다는 입장을 택하고 있다.¹²⁾ 개발사업에서의 흡수론에 관한 일련의 판결례들도 기본적으로 위와 같은 대법원의 입장을 전제로 하고 있다. 이러한 입장의 당부에 관해서는 항을 나누어 자세히 살펴보기로 한다.

2. 변경처분의 흡수론 검토

(1) 흡수론의 의의

흡수론의 요지는 변경처분이 있으면 본처분은 변경처분에 흡수되어 더 이상 존재하지 않는 처분이 되거나 과거의 법률관계에 지나지 않게 되므로 이를 항고소송으로 다룰 소의 이익이 없다는 것이다. 그러나 처분의 변경에 있어 일반법리로서 흡수론이 충분히 논증된 것이 아니고 학설에 의해서도 적극적으로 지지된 바도 없다.¹³⁾ 그럼에도 불구하고 몇 개의 대법원 판결에 근거하여 흡수론이 개발사업에 관한 소송에서 일반법리로서 널리 인정된 것처럼 인식되기도 한다.

(2) 흡수론의 전개

개발사업에서 변경처분의 소의 이익과 관련하여 ‘흡수’라는 표현을 최초로 사용한 판결은 도시정비법상 재개발조합설립 변경인가에 관한 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결로 파악된다.¹⁴⁾ 이후 다수의 하급심 판결과 대법원 판결이 위 판결의 판시 내용을 원용하여 사용하고 일부 실무 논문에서도 그와 같은 표현을 사용하면서 이른바 “본처분이 변경처분에 흡수된다”는 표현이 확산된 것으로 추측된다.¹⁵⁾¹⁶⁾

12) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결 등

13) 김중보, 앞의 글, 15면

14) “경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분에 설권적 처분인 조합설립인가처분이 흡수된다고 볼 것은 아니다”

15) 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010누38105 판결, 서울고등법원 2011. 10. 6. 선고 2010누44926 판결, 서울고등법원 2012. 5. 25. 선고 2011누28006 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011두21218 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011두27544 판결 등

16) 실무논문 중에는 천중호, 관련 행정처분이 반복 또는 연속되는 경우에 선, 후행처분의 효력관계, 『판례연구』 제25집(2014), 이승훈, 도시정비사건에서 선행처분과 후행처분의 관계, 『사법논집』 제61집(2016), 이병희, 관리처분계획 변경인가가 있는 경우 종전 관리처분계획에서 정한 내용이 소급적으로 효력을 상실하는지 여부, 『대법원

한편, 비록 판결문에서는 흡수라는 표현이 직접적으로 사용되지는 않았으나, 흡수론이 파급되는 데에 중요한 계기가 된 것은 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결이다. 대법원은 위 판결에서 당초 관리처분계획의 경미한 사항을 변경하는 경우와는 달리 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 새로운 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받은 경우에는 당초 관리처분계획은 달리 특별한 사정이 없는 한 그 효력을 상실한다고 전제하고서, 당초 관리처분계획은 별개의 새로운 관리처분계획으로 변경됨으로써 과거의 법률관계에 불과하므로 원고들이 그 무효확인을 구할 법률상의 이익이 없다고 판단하였다.¹⁷⁾

위 전원합의체 판결이 있고 난 후 도시개발사업에서 개발계획이 변경된 사안을 다룬 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두16219 판결에서도 유사한 판단이 이루어졌다. 즉, 대법원은 위 판결에서 도시개발구역을 지정하는 자가 개발계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 새로운 개발계획을 수립하여 고시한 경우에 당초 개발계획은 달리 특별한 사정이 없는 한 그 효력을 상실한다고 보고서, 당초의 개발계획에 대한 취소를 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

위 두 건의 판결(대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결 및 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두16219 판결)은 이후 개발사업에 관한 항고소송에서 흡수론을 인정할 때에 주로 내세우는 근거가 되고 있다.¹⁸⁾ 개발사업의 시행자는 위와 같은 판결을 근거로 들어 흡수론을 적극적으로 활용하기도 한다. 가령, 시행자는 관리처분계획에 관한 소송에서 항소심까지 패소할 경우 상고심에 이르러 관리처분계획의 변경처분을 한 후에 소의 이익을 다투며 파기 환송을 구하는 주장을 하는 것이다. 대법원은 이러한 경우에도 본처분을 다툰 소의 이익이 소멸된다는 입장을 최근까지도 유지하고 있다.¹⁹⁾ 도시개발사업에서 환지에정지 지정처분에 관한 변경처분의 경우에도 다르지 않다.²⁰⁾

(3) 흡수론에 대한 비판적 검토

흡수론을 옹호하는 대법원 판결들은 모두 그 논거로서 변경처분으로 인해 본처분의 효력이 상실되는 점을 들고 있다. 즉, 변경처분으로 인해 본처분의 효력이 상실되었으므로, 본처분

판례해설』 제107호(2016) 등

17) 이 무렵 선고된 미간행 판결 중에는 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010두7765 판결

18) 가령 서울행정법원 실무연구회, 『행정소송의 이론과 실무』, 사법발전재단, 2013, 562면 이하 참고

19) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012두6674 판결, 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017두64224 판결 등

20) 서울고등법원 2017. 7. 21. 선고 2016누80177 판결(상고심에서 심리불속행 기각 확정)

을 다룰 소의 이익은 없게 된다는 것이다. 그러나 이는 다음과 같은 점에서 타당하지 않다.

소의 이익은 원고의 소송상의 청구에 관하여 본안판결을 구하는 것을 정당화할 수 있느냐의 문제로서 소송을 수행할 이익을 말한다. 그러므로 설령 처분이 소멸하더라도 그 처분이 처분의 상대방의 법적 이익에 영향을 미칠 수 있는 효력이 존속한다면 처분을 다룰 소의 이익은 그대로 유지된다고 보아야 한다. 행정소송법 제12조 2문에서는 “처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익”이 있는 경우에 항고소송을 제기할 수 있다고 명문의 규정을 두고 있고, 소의 이익에 관하여 확립된 판례도 동일한 입장이다.²¹⁾ 이러한 점은 처분의 변경이 있는 경우에도 다르지 않다. 변경처분에 의해 본처분이 그 효력을 잃게 된다고 하더라도 본처분과 변경처분 사이에 본처분에 기초하여 형성된 법률관계가 있는 한 본처분에 관하여 소송을 수행할 이익은 인정되어야 한다.

특히 개발사업의 경우, 선행처분의 변경으로 외형상 선행처분(본처분)이 소멸하더라도 이미 그에 터잡아 후행처분이 이루어지고, 이러한 다단계에 걸친 처분을 통해 법률관계가 형성된다. 이 경우 처분의 변경이 있는 후에도 본처분을 다룰 소의 이익은 인정되어야 함이 원칙이다. 실제로 대법원은 도시정비사업에서 조합설립인가처분의 변경처분이 있는 경우,²²⁾ 도시정비사업에서 사업시행계획에 관한 변경처분이 있는 경우²³⁾에 대하여 위와 같은 점을 이유로 들어 일률적으로 본처분을 다룰 소의 이익이 소멸된다고 볼 수 없다고 판단하기도 하였다. 이러한 판결은 앞서 흡수론을 따르는 일군의 판결들과는 양립할 수 없다.

이에 관하여, 법원의 실무상 견해 중에는 흡수론을 따르는 일군의 판결들을 옹호하는 견해로서 조세증액경정처분에서 당초처분과 경정처분의 관계에 관한 소송법적 논의를 원용하기도 한다.²⁴⁾ 조세증액경정처분이 있는 경우 당초처분은 경정처분에 ‘흡수’되어서 경정처분만이 항고소송의 대상이 되는 것처럼, 개발사업에 관한 항고소송에서 본처분이 변경처분에 흡수되어 효력이 상실된다는 것은 실체법적 효과를 의미하는 것이 아니라 소송법적 효과를 의미하는 것이라는 주장이다.

그러나 이러한 소송법적 옹호론도 타당하지 않다. 조세증액경정처분에서 소송법적 효과로서

21) 제재적 행정처분에 관한 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 판결, 임시이사 선임처분에 관한 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결 등

22) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25107 판결, 대법원 2013. 10. 24. 선고 2012두12853 판결 등

23) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011두30199 판결

24) 이병희, 앞의 글, 204면-206면

흡수설이 정당화될 수 있는 이유는 경정처분을 다투면서도 당초처분에 존재하는 하자를 함께 다투는 것이 허용된다는 데에 있다. 경정처분에 대한 소송을 통해 당초처분에 존재하는 하자를 다퉴 수 있기 때문에 당초처분을 다퉴 소의 이익이 부정되더라도 국민의 권리구제에 공백이 발생하지 않는다. 반면, 개발사업에서 처분의 변경이 있는 경우, 변경처분을 다투면서 본처분의 고유한 하자를 다투는 것은 원칙적으로 불가능하다. 그럼에도 불구하고 변경처분이 있는 후 본처분을 다퉴 소의 이익을 부정하게 되면, 본처분에 존재하는 하자로 인해 발생하게 된 법적 불이익을 다퉴 방법이 없게 되어 국민의 권리구제에 공백이 생긴다. 이 점에서 소송법적 관점으로 보더라도 흡수론을 따르는 대법원 판결들은 정당화될 수 없다.

3. 소결

변경처분으로 인해 본처분의 일부 또는 전부가 소멸한다고 하더라도, 변경처분이 있기 전까지 본처분에 기하여 형성된 권리관계로 인해 처분의 상대방의 법적 이익에 영향을 미칠 우려가 있다면 소송을 통해 본처분을 다투는 것은 허용되어야 한다. 변경처분이 본처분에 의해 소멸되었다고 하여서 처분이 변경되기 전까지 본처분에 기해 형성된 법률관계가 무(無)로 돌아가는 것이 아니고, 본처분이 변경처분에 ‘흡수’ 된다는 표현도 법리적으로 볼 때 타당하지 않다. 흡수론은 유효한 이론 또는 법리라고 할 수 없다.

예외적으로, 행정청이 형식상으로는 처분을 변경하였으나 그 실질에 있어서는 종전의 처분을 직권으로 폐지 또는 취소하고 새로운 처분을 행한 것과 다르지 않은 경우이다. 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더는 존재하지 않는 것이 되고, 직권으로 취소된 처분에 대해서 무효 또는 취소를 구하는 소는 원칙적으로 이미 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 하거나 과거의 법률관계의 효력을 다투는 것에 불과하여 소의 이익이 없는 것으로 볼 여지가 있다.²⁵⁾ 그러나 종전의 처분을 폐지 또는 취소하는 취지에서 행해지는 변경처분은 형식과 실질의 불일치를 가져올 뿐만 아니라, 변경처분의 형식을 빌어 본처분에 대한 하자를 치유하는 방식으로 악용될 가능성이 높으므로 지양되어야 할 것이다.²⁶⁾ 그러므로 위와 같은 점을 이유로 본처분을 다퉴 소의 이익을 부정하는 것은 극히 예외적인 경우로 한정되어야 한다.

그리고 본처분과 변경처분 사이에 본처분에 기해 형성된 법률관계가 존재하지 않거나(본처분이 있는 후에 비교적 짧은 기간 내에 변경처분이 이루어진 경우 등이 이에 해당할 수 있

25) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011두16865 판결 등

26) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2010두13463 판결 등

다), 변경처분을 행하면서 본처분에 기해 형성된 법률관계에 대해서도 모두 적법한 절차와 방법을 통해 변경행위가 이루어진 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 경우에는 본처분을 취소하더라도 회복될 법률상 이익이 존재하지 않으므로, 본처분을 다툼 소의 이익을 부정하는 것이 인정될 수 있을 것이다.

다만, 위와 같은 예외적인 경우는 그 결론에 있어서는 본처분을 다툼 소의 이익을 부정한다는 점에서 흡수론과 다르지 않다고 볼 수 있을지 모르겠으나, 소의 이익을 부정하는 이유는 흡수론의 주장과는 기본적으로 궤를 달리하는 것이다. 즉, 흡수론과 같은 하나의 법리에 의해 일률적으로 소의 이익 여부를 판단할 수 있는 것은 아니며, 해당 처분으로 인해 형성된 법률관계 및 처분의 전후 사정을 고려하여 개별적이고 구체적인 판단에 따라 본처분을 다툼 소의 이익이 부정될 가능성이 있는 것이다.

Ⅲ. 도시개발사업의 개발계획 변경과 소의 이익

1. 개발계획의 의의

(1) 개발계획의 개념

개발사업이란 토지의 합리적 이용을 위해 행정청 또는 조합 등이 사업시행자가 되어 시가지를 재정비하거나 신도시를 건설하는 사업을 말한다.²⁷⁾ 이 중 도시개발법에 근거하여 시행되는 도시개발사업은 도시개발구역에서 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하기 위하여 시행하는 사업을 말한다(도시개발법 제2조 제1항 제2호).

도시개발사업을 비롯한 개발사업의 첫 단계는 사업의 대상이 되는 구역에서 사업의 기준을 세우는 계획을 수립하는 것이다. 도시개발법에서는 이를 위하여 도시개발구역을 지정하는 절차와 더불어 개발계획을 수립하는 절차를 마련해 두고 있다. 계획적인 도시개발이 필요하다고 인정되어 지정권자가 도시개발사업의 시행을 위하여 지정·고시한 구역을 도시개발구역이라 하고(도시개발법 제2조 제1항 제1호, 법 제3조 제1항), 도시개발구역에 대한 도시개발사업의 계획을 개발계획이라 한다(도시개발법 제4조 제1항).²⁸⁾

27) 김종보, 『건설법의 이해』, 피테스, 2018, 385면

28) 개발사업 일반에 있어 강화상 개발계획이란 구역의 지정과 당해 개발사업에 관한 기본계획을 모두 포괄하는

도시개발법의 정의규정 등을 고려할 때, 개발계획이란 “계획적인 도시개발이 필요하다고 인정되는 지역에 대하여, 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하기 위한 목적에서, 도시개발법이 정한 방법과 절차에 따라 수립하는 도시개발사업에 관한 1차계획”이라고 정의할 수 있다.

(2) 개발계획의 수립 목적

도시개발사업에서 개발계획 수립의 목적 중 하나는 기성시가지를 정비하는 것이다. 도시개발법은 구 도시계획법상 일단의 주택지조성사업, 일단의 공업용지조성사업 및 시가지조성사업을 흡수하는 방식으로 만들어졌다.²⁹⁾ 구 도시계획법은 도시지역을 규율하던 법에 해당한다. 법 시행령 제2조 제1항 제1호는 도시지역 내 토지에 관하여 도시개발구역을 지정할 경우 최소 면적 기준을 정하고 있는데, 이는 대체로 구 도시계획법상 일단의 주택조성사업의 면적규모(1만㎡ 이상), 일단의 공업용지조성사업의 면적규모(3만㎡ 이상) 및 시가지조성사업의 면적규모(3만㎡ 이상)과 대응한다.

한편으로, 개발계획은 신도시를 조성하기 위한 목적에서 수립되기도 한다. 도시개발법은 구 토지구획정리사업법상 토지구획정리사업을 흡수하여 제정된 것이기도 한데, 토지구획정리사업은 구시가지에 대한 정비 기능과 동시에 새로운 신도시를 만들어내는 기능을 담당하였다.³⁰⁾ 도시개발법 시행령 제2조 제1항 제2호에서는 도시지역 외 지역에 대해서도 개발계획의 수립이 가능함을 전제로 하여 그 면적 규모가 30만㎡ 이상인 경우에는 도시개발구역을 지정할 수 있다고 정하고 있다. 면적 규모의 상한에 대해서는 별도로 제한을 두고 있지 않으므로, 이론상으로는 조성되는 신도시의 규모는 상당한 정도로 커질 수 있다.³¹⁾

(3) 개발계획의 수립절차

도시개발사업에서 개발계획의 수립 주체는 원칙적으로 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사 등이지만, 실제로는 시행자 또는 시행자가 되려는 자가 개발계획(안)을 내부적으로 수립한 후, 해당 개발계획(안)을 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장에게 제안하는 방

의미인 반면(김중보, 앞의 책, 388면), 도시개발법에서는 도시개발구역의 지정과 개발계획의 수립의 절차를 구분하여 정하고 있다. 이 글에서 개발계획이라는 용어는 도시개발법에서의 용례를 따르기로 한다.

29) 김중보, 앞의 책, 705면

30) 김중보, 앞의 책, 701면

31) 과거 토지구획정리사업의 시행지는 통상 50만㎡ 내지 100만㎡ 수준의 규모로 진행되었는데, 합계 2,700만㎡가 넘는 규모로 사업이 진행된 영동제1, 2구획정리사업과 같은 경우도 있었다. 이는 서울 관악구의 전체 면적과 비슷한 수준인데, 1970년대 당시 구미 각국에서 실시 중이던 구획정리사업 총면적 합계보다도 큰 것이었다고 한다. 손정목, 『서울도시계획이야기(3권)』, 한울, 2003, 129면

식으로 진행되는 경우가 가장 일반적이다.

도시개발법에서는 개발계획의 수립절차에서 토지소유자의 동의를 받는 절차를 두고 있다. 즉, ① 토지소유자나 주택건설사업자 또는 토목공사사업자 등이 도시개발구역의 지정을 제안하는 경우에는 대상 구역 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자의 동의를 받도록 정하고 있고, ② 환지 방식의 도시개발사업에 대한 개발계획을 수립하는 경우에는 원칙적으로 환지 방식이 적용되는 지역의 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자와 그 지역의 토지소유자 총수의 2분의 1 이상의 동의를 받도록 정하고 있다.

2. 개발계획의 기능

(1) 일반적 공간계획

일반적 공간계획이란 용도지역제 도시계획(재정비)이나 지구단위계획과 같이 특정한 지역의 건축허가요건 및 도시계획시설 등 포괄적인 사항을 모두 망라하는 도시계획을 말한다.³²⁾ 개발계획에서는 도시개발구역의 명칭·위치 및 면적을 정하는 것에 더하여, 해당 도시개발구역에 관한 인구수용계획, 토지이용계획, 원형지의 공급계획 및 개발 방향, 교통처리계획, 환경보전계획, 보건의료시설 및 복지시설의 설치계획, 주요 기반시설의 설치계획 등이 포함된다.

도시개발사업에서 개발계획은 도시개발구역의 지정과 밀접한 관련이 있다. 도시개발법 제4조 제1항은 “지정권자는 도시개발구역을 지정하려면 해당 도시개발구역에 대한 도시개발사업의 계획(이하 “개발계획”이라 한다)을 수립하여야 한다”고 하여 원칙적으로 개발계획과 도시개발구역의 지정을 동시에 하도록 정하고 있다. 다만 양 절차는 기능상의 차이점이 있는데, 도시개발구역의 지정은 도시개발사업이 실시되는 대상지역을 구체적으로 확정하고 확정된 지역에 대해서 도시로서의 개발허용성을 부여하는 기능을 하는 반면, 개발계획은 일단 확정된 도시개발구역을 전제로 해당 구역에 대한 공간계획을 수립하는 기능을 한다.

(2) 도시개발사업의 기본계획

개발계획은 실시계획을 통해 구체화될 도시개발사업의 기본계획으로서 기능을 한다. 개발계

32) 김종보, 도시계획변경거부의 처분성, 『행정법연구』 제11호(2004), 254면

획을 통해 당해 도시개발사업의 대체적인 윤곽을 알 수 있다. 개발계획에는 ① 도시개발구역의 지정 목적과 도시개발사업의 시행기간, ② 도시개발구역의 분할 및 결합에 관한 사항, ③ 시행자에 관한 사항 및 시행방식, 자원조달계획, 구역 외 기반시설 설치비용 부담계획, ④ 수용(收用) 또는 사용의 대상이 되는 토지·건축물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 권리의 세부목록, ⑤ 세입자 등의 주거 및 생활 안정 대책, ⑥ 단계적 사업추진 계획 등을 정하도록 되어 있다.

개발계획은 사업기본계획으로서 성격을 갖고, 실시계획은 사업기본계획의 내용에 맞춰 구체적으로 도시개발사업을 실시하는 내용이므로, 일단 실시계획이 수립된 후에 개발계획과 실시계획은 불가분의 관계를 이루게 된다. 그러므로 사업시행자의 명칭 변경과 같은 경미한 사항의 변경을 제외한다면, 실시계획의 수립이 있는 후 개발계획을 변경하고자 하는 경우에는 원칙적으로 실시계획의 변경도 함께 이루어져야 한다.

(3) 토지소유자의 동의대상 - 환지방식 도시개발사업의 경우

환지방식으로 도시개발사업을 실시하고자 할 때에는 환지 방식이 적용되는 지역의 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자와 그 지역의 토지소유자 총수의 2분의 1 이상의 동의를 받아야 한다(도시개발법 제4조 제4항). 수용방식의 도시개발사업의 경우 토지소유자는 수용된 이후로 해당 도시개발사업으로부터 이해관계가 절연된다. 반면, 환지방식의 도시개발사업의 경우 토지소유자는 장기간에 걸쳐 진행되는 사업기간 동안 사업에 중대한 이해관계를 갖게 된다. 이에 환지방식의 도시개발사업을 실시하는 경우에는 토지소유자의 동의를 받도록 한 것이다.

이 때 토지소유자가 해당 도시개발사업에 동의할 것인지 여부를 판단하는 대상이 되는 것이 개발계획이다. 만약 환지방식의 개발계획 내용이 변경된다면, 동意的 대상이 달라지므로 토지소유자의 동의도 다시 받는 것이 원칙이다. 다만 현행 도시개발법 제4조 제4항 2문의 해석상,³³⁾ 환지방식의 개발계획을 수립한 후에 이를 변경하는 경우에는 별도로 동의를 받을 필요가 없고, 본래 환지방식이 아니었는데 환지방식으로 변경하는 경우에 한하여 개발계획 변경에 관한 토지소유자 동의를 받아야 하는 것으로 불 여지가 있다.³⁴⁾

33) 도시개발법 제4조 제4항 “지정권자는 환지(換地) 방식의 도시개발사업에 대한 개발계획을 수립하려면 환지 방식이 적용되는 지역의 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지 소유자와 그 지역의 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상의 동의를 받아야 한다. 환지 방식으로 시행하기 위하여 개발계획을 변경(대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경은 제외한다)하려는 경우에도 또한 같다”

34) 가령, 서울고등법원 2016. 1. 22. 선고 2015누36364 판결(상고심에서 심리불속행기가 확정)

(4) 토지보상법상 사업인정 - 수용 또는 사용방식 도시개발사업의 경우

수용 또는 사용방식의 도시개발사업에서 개발계획을 수립함에 있어 ‘수용 또는 사용의 대상이 되는 토지의 세부목록을 고시’ 하게 되는데(도시개발법 제5조 제1항 제14호), 이 경우 개발계획의 수립 및 고시는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’)상 사업인정 및 그 고시로서의 기능을 한다(도시개발법 제22조 제3항). 이 경우 재결신청은 개발계획에서 정한 도시개발사업의 시행 기간 종료일까지 하여야 한다.

토지보상법 제70조 제1항에서는 협의나 재결에 의하여 취득하는 토지는 공시지가를 기준으로 하여 보상을 하도록 정하고 있다. 동조 4항에서는 사업인정 후 취득의 경우에 공시지가는 사업시행인가 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 해당 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 그 사업시행인가 고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 기준으로 하도록 정하고 있다. 이에 따르면 개발계획은 수용 또는 사용 방식의 도시개발사업에서 보상금의 산정 기준이 되는 시점을 정하는 중요한 의미를 갖게 된다.

3. 개발계획의 변경과 소의 이익

(1) 들어가며

위에서 살펴본 바와 같이 흡수론은 일반론으로도 수용할 수 있는 것이 아니므로, 흡수론에 기대어 일률적으로 변경처분과 소의 이익을 판단하는 것은 부당하다. 결국 도시개발사업에서 개발계획의 변경과 소의 이익의 문제는 이를 일반화할 수 있는 이론으로서 설명할 것은 아니고, 구체적인 사안을 고려하여 본처분을 다룰 법률상 이익이 있는지 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것이다. 다만, 그러한 판단을 위한 기준을 일용 검토한다는 측면에서 이하에서는 일단 유형적 접근으로서 환지방식의 도시개발사업의 경우와 수용 또는 사용방식의 도시개발사업의 경우를 나누어 개발계획의 변경과 소의 이익에 관하여 살펴본다.

(2) 수용 또는 사용방식의 개발계획에서 변경처분

수용 또는 사용방식의 도시개발사업의 경우 개발계획의 중요한 기능 중 하나는 수용의 기준이 되는 사업인정으로서의 역할을 한다는 것이다. 토지보상법 제70조 제1항에서는 협의나

재결에 의하여 취득하는 토지는 공시지가를 기준으로 하여 보상을 하도록 정하고 있고, 동 조 4항에서는 사업인정 후 취득의 경우에 공시지가는 사업시행인가 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 해당 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 그 사업시행인가 고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 기준으로 하도록 정하고 있다. 또한, 개발계획의 변경처분이 있었다고 하더라도 본처분의 고시로 의제된 사업인정의 효력이 상실되는 것은 아니며, 수용보상금의 산정 기준은 여전히 본처분의 고시를 기준으로 함에 타당하다.³⁵⁾

이와 같은 점에서 수용 또는 사용방식의 도시개발사업에 있어 토지소유자들에게 있어 가장 중대한 이해관계가 있는 것은 최초의 개발계획에 관한 처분이라고 할 수 있고, 이는 개발계획 변경처분이 있는 경우에도 다르지 않다. 그러므로 수용 또는 사용방식의 도시개발사업에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 개발계획의 변경처분이 있는 후에도 본처분을 다룰 소의 이익은 인정된다고 봄이 타당하다.

(3) 환지방식의 개발계획에서 변경처분

환지방식의 개발계획에 변경처분이 있을 경우, 우선 개발계획의 일부만을 변경하는 것으로 인정되는 경우에는 변경되지 아니한 부분은 본처분으로서 계속하여 존속하므로, 본처분을 다룰 소의 이익이 인정된다는 점을 분명하다. 다만, 개발계획과 같이 일반적 공간계획으로서 성격을 갖는 처분의 경우 이를 가분적으로 나누어 일부만을 변경하는 것이 가능한 경우 인지를 면밀히 살필 필요가 있다. 개발계획은 인구수용계획, 토지이용계획, 교통처리계획, 환경보전계획, 보건의료시설 및 복지시설의 설치계획, 주요 기반시설의 설치계획 등과 연계되어 있는데, 개발계획의 변경은 위 제반 계획의 변경을 가져오므로, 그 변경의 범위를 가분적으로 나누는 것은 적절하지 않은 경우가 많다. 그러므로 사소한 변경의 수준을 넘어서는 개발계획의 변경은 전면적 변경처분에 해당하는 것으로 평가될 가능성이 상당하다.

환지방식의 개발계획이 전면적으로 변경되는 경우, 일단 개발계획에 터잡아 실시계획 및 후속 절차가 진행된 경우라면 원칙적으로 개발계획의 변경처분이 있더라도 본처분을 다룰 소의 이익은 인정되어야 할 것이다. 다만, 개발계획의 수립 이후에 비교적 짧은 기간 내에 개발계획의 변경처분이 있어 그 사이에 본처분에 기해 형성된 법률관계가 존재하지 않는 경우, 또는 변경처분을 하면서 본처분에 기해 형성된 법률관계에 대해서도 모두 적법한 절차와 방법을 통해 변경행위를 한 경우 등에는 예외적으로 본처분을 다룰 소의 이익을 부정할

35) 도시정비사업 사업시행계획에 의해 의제되는 사업인정에 관한 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두2048 판결

수도 있다고 할 것이다.

IV. 결론

변경처분으로 인해 본처분의 일부 또는 전부가 소멸한다고 하더라도 변경처분이 있기 전까지 본처분에 기하여 형성된 권리관계로 인해 처분의 상대방의 법적 이익에 영향을 미칠 우려가 있다면 소송을 통해 본처분을 다투는 것은 허용된다. 변경처분이 본처분에 의해 소멸된다 하더라도 본처분에 기해 형성된 법률관계가 무(無)로 돌아가는 것도 아니고, 본처분이 변경처분에 ‘흡수’된다는 표현도 법적으로 볼 때 타당하지 않다. 이러한 점에서 흡수론은 유효한 이론 또는 법리로 볼 수 없다.

이와 같은 점을 고려할 때 도시개발사업에서 개발계획이 변경되는 경우 본처분을 다투 소의 이익이 인정되는지 여부에 관하여도 흡수론과 같은 주장을 가지고서 이를 일률적으로 말하는 것은 타당하지 않고, 구체적인 사안을 고려하여 본처분을 다투 법률상 이익이 있는지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다. 다만 유형적으로 살펴보자면, 수용 또는 사용방식의 도시개발사업의 경우 개발계획의 중요한 기능 중 하나는 수용의 기준이 되는 사업인정으로서의 역할을 하므로, 특별한 사정이 없는 한 개발계획의 변경처분이 있는 후에도 본처분을 다투 소의 이익은 인정된다고 봄이 타당하다. 환지방식의 개발계획의 경우에도 개발계획의 수립 이후에 그에 터잡아 실시계획 및 후속 절차가 진행된 경우라면 원칙적으로 개발계획의 변경처분이 있더라도 본처분을 다투 소의 이익은 인정되어야 할 것이다. 다만, 개발계획의 수립 이후에 비교적 짧은 기간 내에 개발계획의 변경처분이 있어 그 사이에 본처분에 기해 형성된 법률관계가 존재하지 않는 경우, 또는 변경처분을 하면서 본처분에 기해 형성된 법률관계에 대해서도 모두 적법한 절차와 방법을 통해 변경행위를 한 경우 등에는 예외적으로 본처분을 다투 소의 이익을 부정할 수도 있다고 할 것이다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희, 『행정법』, 박영사, 2019
- 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018
- 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2019
- 서울행정법원 실무연구회, 『행정소송의 이론과 실무』, 사법발전재단, 2013
- 손정목, 『서울도시계획이야기(3권)』, 한울, 2003
- 홍정선, 『행정법원론(上)』, 박영사 2017

[논문]

- 김종보, 도시계획변경거부의 처분성, 『행정법연구』 제11호(2004)
- 김종보, 재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익, 『행정법연구』 제56호(2019)
- 이병희, 관리처분계획 변경인가가 있는 경우 종전 관리처분계획에서 정한 내용이 소급적으로 효력을 상실하는지 여부, 『대법원판례해설』 제107호(2016)
- 이승훈, 도시정비사건에서 선행처분과 후행처분의 관계, 『사법논집』 제61집(2016)
- 천종호, 관련 행정처분이 반복 또는 연속되는 경우에 선, 후행처분의 효력관계, 『판례연구』 제25집(2014)

『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 제2호

2019년 10월 12일 발행
발행처 서울대학교 법학연구소 건설법센터
서울시 관악구 관악로1

발행인 김 종 보
편집인 최 종 권

건설법연구

제2호



서울대학교 법학연구소 건설법센터
건설법연구회