ISSN 2671-5104

건설법연구

제6호

일반논문

강신은 | 공공재개발사업·공공재건축사업의 주요 내용과 법적 개선 방안
채필호 | 재건축사업구역내 채무초과상태의 현금청산자 법률관계
박지윤 | 건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가
윤혜원 | 집합건물인 주차전용건축물의 소유, 사용 및 관리 관계
정다한 | 건축법과 주택법상 노대
임민희 | 건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합

발행일자 |
2021년 9월 25일

서울대학교 건설법센터
CENTER FOR CONSTRUCTION & URBAN DEVELOPMENT LAW
SEOUL NATIONAL UNIVERSITY

건 설 법 연 구 회

건 설 법 연 구

제6호 2021. 9. 25.

일반논문

강신은 | 공공재개발사업·공공재건축사업의 주요 내용과 법적 개선 방안

채필호 | 재건축사업구역내 채무초과상태의 현금청산자 법률관계

박지윤 | 건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가

윤혜원 | 집합건물인 주차전용건축물의 소유, 사용 및 관리 관계

정다한 | 건축법과 주택법상 노대

임민희 | 건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합

건설법연구회 운영규정

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

공공재개발사업・공공재건축사업의 주요 내용과 법적 개선방안

강 신 은*

국문초록

문재인 정부 들어 주택가격이 급등하였다. 주택가격 상승의 주된 원인이 수요관리의 문제인지, 주택공급 부족의 문제인지에 대해서는 논란이 많지만, 문재인 정부 초반에는 수요관리에 치중하다가 점차 주택공급 확대 쪽으로 방향이 전환되었다.

주택공급 확대는 크게 보면 신도시의 조성과 기존 도심의 재개발・재건축 확대라는 2개의 축으로 구성된다. 문재인 정부 초반 기존 도심은 재개발・재건축사업보다 도시재생사업이라는 다소 온건한 방법으로 대응해 왔으나, 기존 도심 안에서의 주택공급 관점에서는 그 역할이 매우 미미했다.

이에 따라 정부는 2020. 5. 6. 부동산 대책을 통하여 공공재개발사업을, 2020. 8. 4. 부동산 대책을 통하여 공공재건축사업을 새로 도입하기로 하였고, 이에 관한 내용을 담은 「도시 및 주거환경정비법」이 2021. 4. 13. 공포되어, 2021. 7. 14.부터 시행되고 있다.

재개발사업 및 재건축사업은 조합이 사업시행자가 되어 추진하는 것이 일반적이지만 사업성이 좋은 곳만 시행되고, 장기간 사업추진이 정체 또는 중단된 곳도 많은 형편이었기에 공공재개발사업 및 공공재건축사업이 활성화된다면 주택 공급 확대라는 공공성과 함께 토지등소유자의 주거안정에도 많은 도움이 될 것이다.

공공재개발사업・공공재건축사업은 종전 재개발사업・재건축사업과 전혀 다른 제도가 아니라, 종전 재개발사업・재건축사업과 다른 몇 가지 특례를 주는 제도이다. 따라서 이 글에서는 새로이 도입된 공공재개발사업・공공재건축사업에 관련된 주요 내용을 자세히 살펴보

* 법학 박사, 한국토지주택공사 처장.

고, 종전 재개발사업・재건축사업과 관련된 조문과의 연관성 속에서 문제가 되는 부분을 밝히고 이에 대한 제도개선 방안을 몇가지 제시하였다.

주제어 : 도시정비법, 정비사업, 공공재개발사업, 공공재건축사업

목 차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 공공재개발사업의 개념과 절차
Ⅲ. 공공재건축사업의 개념과 절차
Ⅳ. 공공재개발사업・공공재건축사업 규정의 문제점과 개선방안
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 들어가는 말

문재인 정부 들어 주택가격이 급등하였다. 주택가격 상승의 주된 원인이 수요관리의 문제인지, 주택공급 부족의 문제인지에 대해서는 논란이 많지만, 문재인 정부 초반에는 수요관리에 치중하다가 점차 주택공급 확대 쪽으로 방향이 전환되었다.

주택공급 확대는 크게 보면 신도시의 조성과 기존 도심의 재개발・재건축 확대라는 2개의 축으로 구성된다. 문재인 정부 초반 기존 도심은 재개발・재건축사업보다 도시재생사업이라는 다소 온건한 방법으로 대응해 왔으나, 기존 도심 안에서의 주택공급 관점에서는 그 역할이 매우 미미했다.

이에 따라 정부는 2020. 5. 6. 부동산 대책(「수도권 주택공급 기반 강화 방안」)[1]을 통하여 침체된 기존 도심 안에서의 재개발사업을 촉진하여 주택공급을 늘리되, 개발이익의 사유화, 투기화 방지라는 목적에서 한국토지주택공사나 지방공사가 시행자로 단독 또는 공동으

1) 2020. 5. 6. 대책은 2022년까지 서울 도심에 7만호 부지를 추가하고 2023년 이후 수도권에 연평균 25만호 + α 수준의 주택을 공급한다는 내용으로, 공공성을 강화한 정비사업 활성화로 4만호, 유휴공간 정비 및 재활용으로 1.5만호, 도심내 유휴부지 추가 확보로 1.5만호를 공급하고, 기존 수도권 공급계획을 조기화한다는 것이 핵심이다.

로 참여하는 공공재개발사업을 도입한다는 내용을 발표하였다.

또한 2020. 8. 4. 부동산 대책(「서울권역 등 수도권 주택공급 확대방안」)[2]을 통하여 도심 안 획기적인 주택공급을 위해서 공공재개발사업과 유사한 공공재건축사업도 추가 도입하기로 하였다.

공공재개발사업 도입과 관련된 내용을 담은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 "도시정비법"이라 한다) 개정법률안은 2020. 9. 1. 천준호의원 등 26인의 명의로 발의되었고, 공공재건축사업 도입과 관련된 내용을 담은 도시정비법 개정법률안은 2020. 10. 29. 천준호의원 등 16인의 명의로 발의되었는바, 두 개의 개정법률안은 통합되어 2021. 3. 24. 국회 본회의를 통과하였다. 공공재개발사업과 공공재건축사업 도입을 주된 내용으로 하는 도시정비법 개정법률은 2021. 4. 13. 공포되어, 2021. 7. 14.부터 시행되고 있다.

재개발사업 및 재건축사업은 조합이 사업시행자가 되어 추진하는 것이 일반적이지만 사업성이 좋은 곳만 시행되고, 장기간 사업추진이 정체 또는 중단된 곳도 많은 형편이었다. 따라서 이러한 곳에서 공공재개발사업 및 공공재건축사업이 활성화된다면 주택 공급 확대라는 공공성과 함께 토지등소유자의 주거안정에도 많은 도움이 될 것이다.

아래에서는 제도화된 공공재개발사업과 공공재건축사업에 관한 주요 내용들을 차례대로 자세히 살펴보고, 법학적 관점에서 문제되는 부분들을 찾아 그 개선방안을 제시함으로써 공공재개발사업과 공공재건축사업이 보다 원활히 운영될 수 있는 토대를 제공하고자 한다.

Ⅱ. 공공재개발사업의 개념과 절차

1. 공공재개발사업의 도입 배경과 개념

(1) 공공재개발사업의 도입 배경

공공재개발사업은 재개발사업의 한 유형으로 신설된 것이다. 공공재개발사업에 관한 조문이 신설되기 전에도 행정청인 시장·군수등[3]이나 토지주택공사등[4]과 같은 공공부문이 재개발사업의 단독 시행자 또는 조합과의 공동 시행자로 참여하는 길이 열려 있었다. 하지만 재

2) 2020. 8. 4. 대책은 서울권역 중심으로 주택 총 26.2만호 + α 추가공급을 추진한다는 내용으로, 신규택지 발굴, 3기 신도시 등 용적률 상향 및 기존사업 고밀화, 재건축·재개발 등 정비사업 공공성 강화, 규제완화 등을 통한 도심공급 확대, 기존 공공물량 분양 사전청약 확대가 핵심 내용이다.

3) 시장·군수등이란 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장, 군수, 자치구의 구청장을 말한다(도시정비법 제2조제2호 나목 1)).

4) 토지주택공사등이란 「한국토지주택공사법」에 따라 설립된 한국토지주택공사 또는 「지방공기업법」에 따라 주택사업을 수행하기 위하여 설립된 지방공사를 말한다(도시정비법 제2조제10호).

개발사업 현장의 사업성 부족, 공공부문 참여에 따른 인센티브 부재 등의 사유로 공공부문이 재개발사업에 실제로 참여하는 경우는 많지 않았다.

최근 주택가격 상승에 따른 수도권 주택 공급 부족을 해소하기 위해서는 신도시 조성 외에 도심 내 주택 공급을 확대할 필요가 있고, 가용 택지가 부족한 도심 내 주택 공급 확대를 위해서는 재개발사업의 활성화가 필요했다. 따라서 상당 기간 정체된 재개발사업을 활성화하면서도 투기 발생을 억제하기 위해 공공부문이 사업시행자로 적극적으로 참여하되, 정비구역 안의 토지등소유자의 수익도 어느 정도 보장할 수 있는 새로운 제도를 모색하였고 그 결과가 공공재개발사업의 도입이다.

공공재개발사업은 행정청, 토지주택공사 또는 지방공사가 단독 또는 공동 시행자로 참여하고, 새로 건설되는 주택 중에서 상당한 물량을 공공임대, 공공지원민간임대 등으로 건설하게 함으로써 공공성을 확보하며, 해당 재개발구역의 용적률 상향, 분양가상한제 적용 제외 등의 특례를 통해 사업성도 보완하도록 고안된 제도이다.

(2) 2020. 5. 6. 부동산 대책상의 공공재개발사업 관련 내용

2020. 5. 6. 부동산 대책에서는 조합 갈등, 사업성 부족 등으로 장기 정체 중인 재개발사업[5]에 공공이 참여하여 신속하게 사업 추진하도록 공공재개발사업을 활성화하여 2만호를 추가 공급하겠다는 내용이 포함되어 있으며, 이를 위하여 다음과 같은 조치를 취할 예정이라고 하였다.

① 공공참여 시 분담금 보장, 분담금 부족 시 대납, 저리 융자 등으로 조합원을 지원하고, 용도지역 상향·기부채납 완화 등(주택공급활성화지구를 신설하여 사업성을 높이는 각종 인센티브 부여)으로 불확실성을 제거한다.
② 기존 세입자에 대한 공공임대주택 공급, 공공임대상가 조성을 통한 영세 상인의 계속 영업 지원 등 기존 재개발의 문제점을 보완한다.
③ 공공임대, 수익공유형 전세주택 등 공공성 높은 주택을 공급하고, 사업 기간도 종전 10년에서 5년 이내로 단축한다.

(3) 공공재개발사업의 개념

공공재개발사업은 재개발사업의 한 유형으로서 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다.

---

5) 서울특별시 재개발구역 중 102곳이 정비구역 지정 이후 10년 동안 조합설립을 못하고 있다고 한다. 국토교통부, 수도권 주택공급 기반 강화 방안, 2020. 5. 6., 4면.

1) 사업시행자로 공공부문이 참여할 것

공공재개발사업은 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 단독으로 시행자가 되거나 조합과 공동으로 시행자가 되어야 한다. 다만, 도시정비법은 공공재개발사업의 시행자 개념 속에 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 주거환경개선사업의 시행자이거나 재개발사업의 대행자인 경우까지 포함하고 있다는 점에 유의하여야 한다(도시정비법 제2조제2호 나목 1)).

2) 일반분양분의 50% 이상을 공공임대 등으로 건설할 것

공공재개발사업은 건설·공급되는 주택의 전체 세대수 또는 전체 연면적 중 토지등소유자 대상 분양분(지분형주택은 제외한다)을 제외한 나머지 주택(일반적으로 일반분양분이라고 부른다)의 세대수 또는 연면적의 100분의 50 이상을 지분형주택[6], 공공임대주택[7] 또는 공공지원민간임대주택[8]으로 건설·공급해야 한다(도시정비법 제2조제2호 나목 2)).

공공임대주택의 건설비율은 건설·공급되는 주택의 전체 세대수의 100분의 20 이하에서 국토교통부장관이 정하여 고시하는 비율 이상으로 하여야 한다(도시정비법 시행령 제1조의2 제1항). 이에 따라 2021. 7. 14. 고시된 「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율(국토교통부고시 제2021-952호)」에서는 공공임대주택의 건설비율을, 서울특별시의 경우 20퍼센트 이상, 서울특별시를 제외한 지역의 경우 10퍼센트 이상으로 규정하고 있다(같은 고시 제6조).[9]

다만, 정비구역 지정권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우 지방도시계획위원회[10]의 심의를 거쳐 공공임대주택 건설비율을 완화할 수 있다(도시정비법 시행령 제1조의2제2항).

① 건설하는 주택의 전체 세대수가 200세대 미만인 경우

---

6) 지분형주택은 분양대상자와 사업시행자가 공동 소유하는 방식의 주택으로, 지분형주택의 규모는 주거전용면적 60제곱미터 이하여야 하며, 공동 소유기간은 이전고시로 소유권을 취득한 날부터 10년의 범위에서 사업시행자가 정하는 기간으로 한다. 지분형주택의 분양대상자는 종전 토지 등의 가격이 분양가격 이하이고, 세대주로서 정비계획의 공람 공고일 당시 해당 정비구역에 2년 이상 실제 거주하고, 정비사업으로 철거되는 주택 외에 다른 주택을 소유하지 아니한 자여야 한다(도시정비법 제80조제1항 및 같은 법 시행령 제70조제1항).

7) 「공공주택 특별법」에 따른 공공임대주택을 말한다.

8) 「민간임대주택에 관한 특별법」 제2조제4호에 따른 공공지원민간임대주택을 말한다. 일반적으로 뉴스테이라고 불렀다.

9) 다만, 공공재개발구역의 용도지역이 주거지역이 아닌 상업지역, 공업지역 또는 녹지지역인 경우 시·도지사가 임대주택 세대수를 50퍼센트 범위에서 차감하여 조정할 수 있다(「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」 제6조 본문 단서).

10) 도시정비법 시행령상 지방도시계획위원회란 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제113조에 따라 설치된 지방도시계획위원회와 정비구역이 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」 제5조에 따른 재정비촉진지구 내에 있는 경우로서 같은 법 제34조에 따른 도시재정비위원회가 설치된 지역의 경우 도시재정비위원회를 말한다(도시정비법 시행령 제1조의2제2항).

② 정비구역의 입지, 정비사업의 규모, 토지등소유자의 수 등을 고려할 때 토지등소유자의 부담이 지나치게 높아 공공임대주택 건설비율을 확보하기 어렵다고 인정하는 경우

공공재개발사업의 경우 일반분양분의 50퍼센트 이상을 지분형주택, 공공임대주택 및 공공지원민간임대주택으로 건설·공급하여야 하지만, 공공임대주택 의무 건설비율이 10퍼센트에서 20퍼센트 이상이므로, 사실상 공공지원민간임대주택 건설비율이 30퍼센트에서 40퍼센트에 이를 것으로 판단된다.[11]

공공재개발사업이 아닌 일반 재개발사업의 경우에는 건설하는 주택 전체 세대수(도시정비법 제54조제1항에 따라 정비계획으로 정한 용적률을 초과하여 건축함으로써 증가된 세대수는 제외한다)의 20퍼센트(도시정비법 제54조제4항에 따라 공급되는 임대주택은 제외한다)를 임대주택으로 건설하는 것이 원칙이다(「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」 제4조제3항).[12]

3) 법적상한초과용적률의 허용

공공재개발사업은 일반 재개발사업보다 공공임대 등의 건설비율이 상대적으로 높다. 따라서 도시정비법 제2조제2호 나목의 요건만으로는 사업성이 현저히 떨어져 사실상 재개발사업이 불가능하다. 해당 조문에 명시되어 있는 것은 아니지만 이러한 사업성을 보완하기 위하여 용적률 상향이 불가피한바, 공공재개발을 위해서는 용적률의 완화가 필수적이라고 볼 수 있다. 도시정비법 제2조제2호 나목의 공공재개발 개념 정의에서는 빠져 있지만, 법적상한초과용적률의 허용은 공공재개발 개념정의의 필수 요건으로 보아야 한다.

공공재개발사업을 위해서 공공재개발사업 시행자는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다) 제78조 및 조례에도 불구하고 지방도시계획위원회 또는 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」(이하 “도시재정비법”이라 한다) 제34조에 따른 도시재정비위원회의 심의를 거쳐 법적상한용적률의 100분의 120(이것을 “법적상한초과용적률”이라고 한다)까지 건축할 수 있다(도시정비법 제101조의5제1항).

아래 <표 1>에 따르면 제2종 일반주거지역에서 공공재개발사업을 시행할 경우 사실상 제3종 일반주거지역으로 용도지역을 변경하여 사업을 시행하는 것과 같은 효과를 가진다.

---

11) 필자는 지분형주택의 경우 그 공급요건이 엄격하여 토지등소유자들이 많이 선택할 것으로 생각하지 않는다.

12) 예외적으로 임대주택을 건설하지 않거나 임대주택 건설비율을 차감하거나 높일 수 있는 예외 규정이 있다(「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」 제4조제4항부터 제7항까지).

<표 1> 공공재개발사업을 위한 법적상한초과용적률

용도지역	법적상한용적률(%)[13]	법적상한초과용적률(%)
제1종 전용주거지역	100	120
제2종 전용주거지역	150	180
제1종 일반주거지역	200	240
제2종 일반주거지역	250	300
제3종 일반주거지역	300	360
준주거지역	500	600

한편 2021. 4. 13. 도시정비법 개정으로 제11조제2항이 신설되어 기본계획의 수립권자 또는 정비계획의 입안권자는 천재지변, 그 밖의 불가피한 사유로 건축물이 붕괴할 우려가 있어 긴급히 정비사업을 시행할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 용도지역의 변경을 통해 용적률을 완화하여 기본계획을 수립하거나 정비계획을 입안할 수 있는바, 공공재개발사업을 위한 정비구역이 이러한 요건을 충족한다면 용도지역의 변경을 통해 용적률을 완화 받을 수도 있다.

2. 공공재개발사업의 절차상 특례

공공재개발사업도 재개발사업이므로 재개발사업과 동일한 사업절차를 거치는 것이 원칙이다. 하지만 공공재개발사업은 일반 재개발사업과 달리 몇 가지 특례를 인정함으로써 신속한 사업추진이 가능토록 새로 마련된 제도이다.

아래에서는 이러한 목적으로 마련된 공공재개발사업 절차상의 특례조항들을 차례로 살펴보기로 한다.

(1) 공공재개발사업 예정구역의 지정

1) 공공재개발사업 예정구역의 필요성

일반적인 재개발사업은 10년 단위로 수립되는 도시·주거환경정비기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)에 포함된 정비구역으로 지정할 예정인 구역(정비예정구역)의 개략적인 범위, 단계별 정비사업 추진계획(정비예정구역별 정비계획의 수립시기가 포함된다)에 따라 정비구역으로 지정되는 것이 원칙이다(도시정비법 제4조제1항 및 제5조제1항).[14]

13) 국토계획법 시행령 제85조제1항.

이 경우 정비구역 지정·고시일부터 건축물의 건축 등이 금지되고(도시정비법 제19조제1항), 주택 등 건축물을 분양받을 권리의 산정 기준일이 정비구역 지정·고시일이 되는 것이 원칙이다(도시정비법 제77조제1항).[15]

그런데 기본계획은 10년 단위로 수립되고, 5년마다 타당성 여부를 검토하는 장기적이고 종합적인 계획이어서(도시정비법 제4조), 시급하고 신속한 사업추진이 필요한 공공재개발사업을 위해서는 기본계획에도 불구하고 이를 인정할 필요가 있다.

이에 따라 정비구역의 지정권자는 기본계획에도 불구하고 기본계획을 수립하거나 변경하지 아니하고 공공재개발사업을 위한 정비계획을 결정하여 정비구역을 지정할 수 있다는 조문이 신설되었다(도시정비법 제101조의3제1항).

한편 도시정비법은 정비구역 지정·고시일을 원칙적인 행위제한 기준일 및 권리산정 기준일로 규정하고 있으며, 정비예정구역을 전제로 이러한 행위제한 기준일 및 권리산정 기준일을 앞당기도록 하고 있다.

그러나 공공재개발사업은 기본계획과 무관하게 추진되고, 공공재개발사업이 추진된다는 사실만으로 토지등소유자의 주택 입주권을 노린 공동주택의 신축, 투기적 수요의 유입 등의 부작용이 발생할 우려가 있다. 이를 해결하기 위하여 공공재개발사업 예정구역이라는 새로운 제도를 도입하고 공공재개발사업 예정구역 지정·고시일을 기준으로 건축 등의 행위를 제한하고, 권리산정 기준일로 삼는 조문이 신설되었다(도시정비법 제101조의3제2항 및 제3항).

2) 공공재개발사업 예정구역의 지정 절차

가. 공공재개발사업 예정구역의 지정 신청

정비계획의 입안권자 또는 토지주택공사등은 정비구역의 지정권자에게 공공재개발사업 예정구역의 지정을 신청할 수 있다. 이 경우 토지주택공사등은 정비계획의 입안권자를 통하여 신청하여야 한다(도시정비법 제101조의2제2항).

일반적으로 정비계획의 입안권자인 시장·군수등은 정비사업을 직접 시행하지 않기 때문에 토지주택공사등이 정비계획의 입안권자를 통하여 정비구역의 지정권자에게 공공재개발사

14) 다만, 기본계획의 수립권자는 기본계획에 생활권의 설정, 생활권별 기반시설 설치계획 및 주택수급 계획, 생활권별 주거지의 정비·보전·관리의 방향을 포함하는 경우에는 정비예정구역의 개략적인 범위, 단계별 정비사업 추진계획(정비예정구역별 정비계획의 수립시기가 포함된다)을 생략할 수 있다(도시정비법 제5조제2항).

15) 예외적으로 기본계획을 공람 중인 정비예정구역 또는 정비계획을 수립 중인 지역에 대해서 건축물의 건축 등을 제한할 수 있고(도시정비법 제19조제7항), 기본계획 수립 후 정비구역 지정·고시 전에 따로 정하는 날을 권리산정 기준일로 할 수 있다(도시정비법 제77조제2항).

업 예정구역의 지정을 신청하는 방법으로 추진될 것이다.

나. 공공재개발사업 예정구역의 지정

정비구역의 지정권자는 비경제적인 건축행위 및 투기 수요의 유입을 방지하고, 합리적인 사업계획을 수립하기 위하여 공공재개발사업을 추진하려는 구역을 공공재개발사업 예정구역으로 지정할 수 있다(도시정비법 제101조의2제1항 본문).

위 규정은 임의규정으로 되어 있고, 비경제적인 건축행위 및 투기 수요의 유입을 방지하기 위한 목적으로 공공재개발사업 예정구역을 지정하는 것이므로, 공공재개발사업을 시행하려는 지역이 이미 정비구역으로 지정되어 있다면, 공공재개발사업을 위한 정비계획의 변경·결정절차로 진행하면 되고, 공공재개발사업 예정구역의 지정이 반드시 필요한 것은 아니라고 생각된다.

다. 도시계획위원회(분과위원회)의 심의 및 의견 청취

공공재개발사업 예정구역을 지정하려면 정비구역의 지정권자는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하며(도시정비법 제101조의2제1항 단서 및 제16조제1항), 지방도시계획위원회의 심의를 거치기 전에 미리 관할 시장·군수등의 의견을 들어야 한다. 다만, 정비계획의 입안권자가 공공재개발사업 예정구역의 지정을 신청한 경우에는 의견청취를 생략할 수 있다(도시정비법 시행령 제80조의2제1항).

지방도시계획위원회는 공공재개발사업 예정구역의 지정 신청이 있는 경우 신청일부터 30일 이내에 심의를 완료하여야 하며, 30일 이내에 심의를 완료할 수 없는 정당한 사유가 있다고 판단되는 경우에는 심의기간을 30일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있다(도시정비법 시행령 제80조의2제3항).

지방도시계획위원회 또는 도시재정비위원회는 공공재개발사업 예정구역 또는 공공재개발사업·공공재건축사업을 위한 정비구역의 지정에 필요한 사항을 심의하기 위하여 분과위원회를 둘 수 있다. 이 경우 분과위원회의 심의는 지방도시계획위원회 또는 도시재정비위원회의 심의로 본다(도시정비법 제101조의4제1항). 이 조문은 공공재개발사업 예정구역 지정 등에 걸리는 시간을 다소 단축하기 위한 특례규정이다.

한편 정비구역의 지정권자는 공공재개발사업 예정구역을 지정·고시하기 전에 예정구역 지정의 내용을 14일 이상 주민에게 공람하여 의견을 들어야 하며, 제시된 의견이 타당하다고 인정되면 이를 반영하여 지정·고시하여야 한다(도시정비법 시행령 제80조의2제4항).

라. 공공재개발사업 예정구역 지정・고시 등

정비구역의 지정권자가 공공재개발사업 예정구역을 지정한 때에는 다음 사항을 포함한 지정의 내용을 해당 지방자치단체의 공보에 고시하여야 하며, 지형도면 고시 등에 있어서는 「토지이용규제 기본법」 제8조에 따른다(도시정비법 제101조의2제1항 단서 및 제16조제2항, 같은 법 시행령 제80조의2제5항).

① 공공재개발사업 예정구역의 명칭, 위치 및 면적 등 구역 개요
② 공공재개발사업 예정구역의 현황(인구, 건축물, 토지이용계획, 정비기반시설 등)
③ 정비구역 지정 예정시기
④ 공공재개발사업을 시행할 시장・군수등이나 토지주택공사등의 명칭, 소재지 및 대표자 성명
⑤ 그 밖에 공공재개발사업 예정구역의 지정과 관련하여 시·도조례로 정하는 사항

정비구역의 지정권자는 공공재개발사업 예정구역을 지정・고시한 때에는 국토교통부장관에게 그 지정의 내용을 보고하여야 하며, 관계 서류를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다(도시정비법 제101조의2제1항 단서 및 제16조제3항).

3) 공공재개발사업 예정구역 지정・고시의 효과

공공재개발사업 예정구역에서 건축물의 건축, 토지의 분할을 하려면 시장·군수등의 허가를 받아야 하며, 「주택법」 제2조제11호가목에 따른 지역주택조합의 조합원을 모집해서는 아니 된다(도시정비법 제101조의2제3항, 제19조제7항 및 제8항).[16]

공공재개발사업 예정구역 내에 분양받을 건축물이 다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 공공재개발사업 예정구역 지정・고시가 있은 날 또는 시・도지사가 투기를 억제하기 위하여 공공재개발사업 예정구역 지정・고시 전에 따로 정하는 날의 다음 날을 기준으로 건축물을 분양받을 권리를 산정한다. 이 경우 시・도지사가 건축물을 분양받을 권리일을 따로 정하는 경우에는 기준일・지정사유・건축물을 분양받을 권리의 산정 기준 등을 해당 지방자치단체의 공보에 고시하여야 한다(도시정비법 제101조의2제4항 및 제77조).

① 1필지의 토지가 여러 개의 필지로 분할되는 경우

16) 도시정비법 제101조의2제3항에서는 제19조제8항(지역주택조합원 모집 금지)의 경우에도 허가 대상으로 규정하고 있으나, 금지 대상으로 보는 것이 옳다.

② 단독주택 또는 다가구주택이 다세대주택으로 전환되는 경우
③ 하나의 대지 범위에 속하는 동일인 소유의 토지와 주택 등 건축물을 토지와 주택 등 건축물로 각각 분리하여 소유하는 경우
④ 나대지에 건축물을 새로 건축하거나 기존 건축물을 철거하고 다세대주택, 그 밖의 공동주택을 건축하여 토지등소유자의 수가 증가하는 경우

4) 공공재개발사업 예정구역 지정의 해제

정비구역의 지정권자는 공공재개발사업 예정구역으로 지정·고시된 날부터 2년이 되는 날까지 공공재개발사업 예정구역이 공공재개발사업을 위한 정비구역으로 지정되지 아니하거나, 공공재개발사업 시행자가 지정되지 아니하면 그 2년이 되는 날의다음 날에 공공재개발사업 예정구역 지정을 해제하여야 한다. 다만, 정비구역의 지정권자는 1회에 한하여 1년의 범위에서 공공재개발사업 예정구역의 지정을 연장할 수 있다(도시정비법 제101조의2제5항).

(2) 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정·고시

1) 정비구역의 지정 신청

정비계획의 입안권자는 공공재개발사업의 추진을 전제로 정비계획을 작성하여 정비구역의 지정권자에게 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정을 신청할 수 있다. 이 경우 공공재개발사업을 시행하려는 공공재개발사업 시행자는 정비계획의 입안권자에게 공공재개발사업을 위한 정비계획의 수립을 제안할 수 있다(도시정비법 제101조의3제2항).

이것은 일반적인 정비구역 지정절차를 그대로 따르겠다는 취지로, 공공재개발사업 예정구역의 지정을 신청할 경우 토지주택공사등이 정비계획의 입안권자를 통하여 정비구역의 지정권자에게 지정 신청을 하는 것과 차이를 보인다.

2) 정비구역의 지정

정비구역의 지정권자는 기본계획을 수립하거나 변경하지 아니하고 공공재개발사업을 위한 정비계획을 결정하여 정비구역을 지정할 수 있다(도시정비법 제101조의3제1항).

공공재개발사업 예정구역 지정 부분에서 설명한 바와 같이 지방도시계획위원회 또는 도시재정비위원회의 분과위원회가 심의한 경우 지방도시계획위원회 또는 도시재정비위원회의 심

의로 본다(도시정비법 제101조의4제1항).

3) 정비구역 지정・고시의 효과

정비구역의 지정권자가 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정・변경을 고시한 때에는 기본계획의 수립・변경, 도시재정비법 제5조에 따른 재정비촉진지구의 지정・변경 및 재정비촉진계획의 결정・변경이 고시된 것으로 본다(도시정비법 제101조의4제2항).

4) 정비구역의 해제

정비계획의 지정권자는 공공재개발사업을 위한 정비구역을 지정・고시한 날부터 1년이 되는 날까지 공공재개발사업 시행자가 지정되지 아니하면 그 1년이 되는 날의 다음 날에 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정을 해제하여야 한다. 다만, 정비구역의 지정권자는 1회에 한하여 1년의 범위에서 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정을 연장할 수 있다(도시정비법 제101조의3제3항).

(3) 사업시행계획 통합심의제도의 도입

일반적으로 재개발사업의 사업시행자가 행정청으로부터 사업시행계획의 인가를 받기 위해서는 「건축법」에 따른 건축심의 등 개별 법률에서 정한 각종 심의 등의 절차를 각각 이행해야 하는데, 이 과정에서 엄청난 시간이 소요된다. 이를 해소하기 위하여 공공재개발사업을 시행하는 경우 사업시행계획 통합심의제도를 도입하였다.

1) 통합심의의 주체 및 대상

통합심의를 담당하는 행정청은 정비구역의 지정권자다. 정비구역의 지정권자는 공공재개발사업의 사업시행계획인가와 관련된 다음 사항을 통합하여 검토 및 심의할 수 있다(도시정비법 제101조의7).

① 「건축법」에 따른 건축물의 건축 및 특별건축구역의 지정 등에 관한 사항
② 「경관법」에 따른 경관 심의에 관한 사항
③ 「교육환경 보호에 관한 법률」에 따른 교육환경평가

④ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시·군관리계획에 관한 사항
⑤ 「도시교통정비 촉진법」에 따른 교통영향평가에 관한 사항
⑥ 「자연재해대책법」에 따른 재해영향평가 등에 관한 사항
⑦ 「환경영향평가법」에 따른 환경영향평가 등에 관한 사항
⑧ 그 밖에 국토교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수등이 필요하다고 인정하여 통합심의에 부치는 사항

2) 통합심의위원회의 구성

정비구역의 지정권자가 구성하는 통합심의위원회는 위원장 1명과 부위원장 1명을 포함하여 30명 내외의 위원으로 구성하며, 통합심의위원회는 다음 기준에 따라 구성한다(도시정비법 제101조의7제3항 및 같은 법 시행령 제80조의4제1항 및 제2항).

① 건축위원회, 지방도시계획위원회, 도시재정비위원회(공공재개발사업을 위한 정비구역이 재정비촉진지구 내에 있는 경우에 한한다) 위원 : 각 위원회별 3명 이상
② 경관위원회, 교육환경보호위원회, 교통영향평가심의위원회, 재해영향평가심의위원회, 환경영향평가협의회 위원 : 각 위원회별 2명 이상
③ 그 밖에 국토교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수등이 필요하다고 인정하여 통합심의에 부치는 사항에 대하여 심의권한을 가진 관련 위원회 위원 : 각 위원회별 1명 이상
④ 정비구역 지정권자가 속한 지방자치단체 소속 공무원 : 1명 이상
⑤ 사업시행계획 인가권자가 속한 지방자치단체 소속 공무원 : 1명 이상

통합심의위원회의 위원장은 위원 중에서 호선하며, 부위원장은 정비구역 지정권자가 속한 지방자치단체 소속 공무원인 위원 중에서 위원장이 지명한다(도시정비법 시행령 제80조의4 제3항).

3) 통합심의 방법과 절차

통합심의위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 통합심의 안건과 직접 관련이 없는 위원회 위원의 출석을 생략하고 개의할 수 있으며, 출석이 생략된 위원회 위원은 재적위원 수 산정에서 제외한다. 회의를 개의할 때에는 개별 법률에 따른 각 위원회의 위원(출석이 생략된 위원회의 위원은 제외한다) 각각 1명 이상 출석해야 한다(도시정비법 시행령 제80조의6제2항부터 제4항까지).

통합심의위원회는 통합심의와 관련하여 필요하다고 인정하거나 정비구역 지정권자가 요청하는 경우에는 당사자 또는 관계자를 출석하게 하여 의견을 듣거나 설명하게 할 수 있다. 통합심의위원회는 사업시행계획인가와 관련된 사항, 당사자 또는 관계자의 의견 및 설명, 관계 기관의 의견 등을 종합적으로 검토하여 심의하여야 한다(도시정비법 시행령 제80조의6 제5항 및 제6항).

4) 통합심의의 효과

통합심의를 거친 경우에는 개별 법률에서 정한 검토・심의・조사・협의・조정 또는 재정을 거친 것으로 보며, 시장・군수등은 특별한 사유가 없으면 통합심의 결과를 반영하여 사업시행계획을 인가하여야 한다(도시정비법 제101조의7제4항 및 제5항).

(4) 공사 진행과 관련된 특례

공공재개발사업 시행자는 공공재개발사업을 시행하는 경우 「건설기술 진흥법」 등 관계 법령에도 불구하고 건설사업관리기술인의 배치기준을 별도로 정할 수 있는바(도시정비법 제69조제4항), 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우 「주택법 시행령」 제47조에 따른 감리자 지정 및 감리원 배치기준을 적용할 수 있다(도시정비법 시행령 제58조제2항).

① 천재지변, 「재난 및 안전관리 기본법」 제27조 또는 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」 제23조에 따른 사용제한・사용금지, 그 밖의 불가피한 사유로 긴급하게 재개발사업을 시행하는 경우
② 공사비가 1천억원 미만인 경우
③ 「건설기술 진흥법 시행령」 제60조에 따른 건설사업관리기술인 배치기준을 따를 경우 사업성이 현저히 저하되어 사업을 추진하기 어려운 경우로서 국토교통부장관이 정하여 고시하는 사유에 해당된다고 시장・군수등이 인정하는 경우

(5) 주택의 공급과 관련된 특례

1) 법적상한초과용적률 허용에 따라 추가 건설된 국민주택규모 주택의 공급

공공재개발사업 시행자는 일반적인 재개발사업에 적용되는 용적률 완화 및 국민주택규모

주택의 건설비율에 관한 규정(도시정비법 제54조)에도 불구하고 법적상한초과용적률에서 정비계획으로 정하여진 용적률을 뺀 용적률의 100분의 20 이상 100분의 50 이하로서 시・도조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 국민주택규모 주택을 건설하여 인수자(시・도지사 등)에게 공급하여야 한다(도시정비법 제101조의5제2항 본문).[17][18] 이 내용은 공공재개발사업이 일반적인 재개발사업보다 사업성 측면에서 시행자에게 유리하고, 분양대상 토지등소유자의 분담금을 낮추는 효과도 낳을 것이다.

국민주택규모 주택의 공급 및 인수방법에 관하여는 일반적인 재개발사업에 적용되는 국민주택규모 주택의 공급 및 인수에 관한 조문(도시정비법 제55조)이 준용된다(도시정비법 제101조의5제3항).

따라서 인수되는 주택의 공급가격은 「공공주택 특별법」 제50조의4에 따라 국토교통부장관이 고시하는 공공건설임대주택의 표준건축비로 하며, 인수되는 주택을 임대의무기간이 20년 이상인 장기공공임대주택으로 공급하는 경우 부속 토지는 기부채납된 것으로 보며(도시정비법 제55조제2항 및 같은 법 시행령 제48조제4항), 임대의무기간이 10년 이상인 경우에는 감정평가액의 30%, 임대의무기간이 10년 미만인 경우에는 감정평가액의 50%에 해당하는 가격으로 부속 토지를 인수하여야 한다(도시정비법 제55조제5항 및 같은 법 시행령 제48조제6항).[19]

한편, 시장・군수등이 천재지변, 그 밖의 불가피한 사유로 건축물이 붕괴할 우려가 있어 긴급히 시행할 필요가 있다고 인정한 주거환경개선사업과 천재지변, 「재난 및 안전관리 기본법」 제27조 또는 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」 제23조에 따른 사용제한・사용금지, 그 밖의 불가피한 사유로 긴급하게 시행하는 재개발사업의 경우 국민주택규모 주택의 공급 의무 규정은 적용되지 않는다(도시정비법 제101조의5제2항 단서).

2) 공공지원민간임대주택에 관한 수의계약 허용

사업시행자가 공공지원민간임대주택을 공급하는 경우 국토교통부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 임대사업자를 선정하되, 2회 이상 경쟁입찰이 유찰된 경우에는 수의계약으로

---

17) 도시정비법 제54조제4항에 따르면 수도권 과밀억제권역에서 시행하는 재개발사업은 초과용적률의 100분의 50 이상 100분의 75 이하로서 시・도조례로 정하는 비율, 과밀억제권역 외의 지역에서 시행하는 재개발사업은 초과용적률의 100분의 75 이하로서 시・도조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 국민주택규모 주택을 건설하여야 한다.

18) 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례 일부개정조례안(의안번호 : 10-02641, 2021. 8. 11. 이경선의원 발의)에서는 이 비율을 100분의 50으로 정하고 있으며, 다만 사업성이 저하되어 사업이 추진되기 어렵다고 인정되는 경우 도시계획위원회의 심의를 거쳐 100분의 40까지 완화할 수 있도록 규정하고 있다.

19) 인수된 주택은 장기공공임대주택(임대의무기간 20년 이상)으로 활용하는 것이 원칙이며, 토지등소유자의 부담 완화 등 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우에만 장기임대주택이 아닌 임대주택으로 활용할 수 있다(도시정비법 제55조제4항).

임대사업자를 선정하는 것이 원칙이다(도시정비법 제39조제1항).

그런데 공공재개발사업의 경우 사실상 공공지원민간임대주택을 많이 지을 수밖에 없고, 공공지원민간임대주택은 공공부문이 주도하는 부동산투자회사에 공급하는 방향으로 사업을 구상하고 있기 때문에 이에 관한 특례규정이 마련되었는바, 「공공주택 특별법」 제4조제1항부터 제4호까지에서 규정하는 자(국가 또는 지방자치단체, 한국토지주택공사, 지방공사, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공공기관 중 대통령령으로 정하는 기관, 이들 중의 어느 하나에 해당하는 자가 총지분의 100분의 50을 초과하여 출자ㆍ설립한 법인)가 단독으로 또는 공동으로 총지분의 100분의 50을 초과하여 출자한 「부동산투자회사법」 제2조제2호에 따른 부동산투자회사에게 공공재개발사업을 통해 건설·공급되는 공공지원민간임대주택에 대해서는 경쟁입찰의 절차를 거치지 않고 바로 수의계약이 허용된다(도시정비법 제30조제1항 및 같은 법 시행령 제24조의2).

3) 관리처분계획 인가 이후의 조합원 지위 양수

도시정비법 제39조제2항에서는 재개발사업의 경우 관리처분계획의 인가 후 해당 정비사업의 건축물 또는 토지를 양수한 자는 조합원이 될 수 없고, 법령에서 정한 예외적인 경우에만 양수인이 조합원이 될 수 있다고 규정하고 있다.

2021. 4. 13. 도시정비법 일부 개정으로 예외 사유에 지분형주택을 공급받기 위하여 건축물 또는 토지를 토지주택공사등과 공유하려는 경우, 공공임대주택·공공분양주택의 공급 및 상가를 임대하는 사업을 하려는 목적으로 건축물 또는 토지를 양수하려는 공공재개발사업 시행자에게 양도하려는 경우가 추가되었다(도시정비법 제39조제2항제5호 및 제6호, 같은 법 시행령 제37조제2항).[20]

이 조문은 관리처분계획 인가 후 조합원이 불가피하게 자신이 소유한 건축물 또는 토지를 매각하려고 해도 사실상 처분이 곤란하다는 점을 고려하여 공공시행자가 이를 양수받을 수 있게 한 것이다. 공공시행자가 해당 건축물 또는 토지를 양수받게 되면 공공시행자는 사업시행자로서의 지위뿐만 아니라 조합원으로서의 지위도 갖는 이중적 지위를 갖게 된다.

이 조문과 관련하여 국회 심사 과정에서 조합원이 실제 거주 의사가 없음에도 분양신청을 할 수 있다는 우려가 제기되어[21] 공공재개발사업 시행자가 도시정비법 제39조제2항제6호에 따라 건축물 또는 토지를 양수하려는 경우 무분별한 분양신청을 방지하기 위하여 분양공고 시 양수대상이 되는 건추물 또는 토지의 조건을 함께 공고하여야 한다는 내용도 신설되었다

20) 도시정비법 제39조제2항제6호는 공공재개발사업에만 적용되는 것이 명확하나, 제5호(지분형주택)는 특정 정비사업을 명시하지 않고 있으므로, 재개발사업 및 재건축사업 모두에 해당할 수 있다.

21) 국회 국토교통위원회, 도시 및 주거환경정비법 개정법률안 심사보고서(의안번호: 2103422, 2020. 9. 1. 천준호의원 등 26인), 2021. 3., 37면.

(도시정비법 제72조제7항).

4) 임대주택 공급대상인 세입자의 요건 완화

재개발사업의 임대주택을 공급받으려면 정비계획의 공람공고일 또는 시장·군수등이 해당 구역의 특성에 따라 필요하다고 인정하여 시·도지사의 승인을 받아 따로 정하는 날(기준일) 현재 3개월 전부터 해당 재개발사업을 위한 정비구역에 거주하는 세입자 등이어야 한다(도시정비법 시행령 별표 3).

그런데 2021. 7. 13. 도시정비법 시행령 개정으로 공공재개발사업의 경우 공공시행자를 지정한 날 또는 공공재개발사업을 추진하기 위해 정비구역을 지정·변경한 날 중 빠른 날로 기준일이 변경되었다.

5) 분양가상한제 적용 제외

공공택지 또는 분양가상한제 적용 지역에서 공급되는 주택은 분양가상한제가 적용되는 것이 원칙이지만(「주택법」 제57조제1항), 2021. 4. 13. 도시정비법 개정에 따라 새로 도입되는 공공재개발사업의 사업성을 일부 보전할 수 있도록 같은 날짜로 「주택법」도 개정되어 공공재개발사업으로 건설·공급하는 주택에 대해서는 분양가상한제 적용이 제외된다(「주택법」 제57조제2항제4호의2).

다만, 공공택지 외의 분양가상한제 적용지역에서 공공재개발사업을 통해 건설·공급되는 주택에 대해서는 거주의무 및 전매제한 규정은 적용된다(「주택법」 제57조의2제1항제3호 및 제64조제1항제5호).

Ⅲ. 공공재건축사업의 개념과 절차

1. 공공재건축사업의 도입 배경과 개념

(1) 공공재건축사업의 도입 배경

공공재개발사업과 공공재건축사업은 2021. 4. 13. 도시정비법 개정으로 동시에 제도화되었지만, 공공재개발사업은 2020. 5. 6. 부동산 대책에 포함되어 발표된 정책이고, 공공재건축사

업은 2020. 8. 4. 부동산 대책에 포함되어 발표된 것이다.

재개발사업도 그렇지만 재건축사업은 공공부문이 사업시행자로 참여하는 경우가 거의 없었는데, 재건축사업은 재개발사업에 비해 공공성이 다소 약하고, 상대적으로 사업성이 좋아 조합 단독으로 사업을 시행하는 것이 일반화되어 있었기 때문이다.

하지만 주택가격 급등에 따른 수도권 도심 내 주택 공급을 확대하기 위해서는 상당 기간 정체되어 있는 재건축사업의 활성화도 매우 시급한 사안이었다. 따라서 상당 기간 정체된 재건축사업을 활성화하면서도 투기 발생을 억제하기 위해 공공부문이 사업시행자로 신규 참여하되, 정비구역 안의 토지등소유자에게도 도움이 되는 새로운 제도를 모색하였는바, 이에 공공재건축사업이 도입된 것이다.

공공재건축사업은 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 단독 또는 공동 시행자로 참여하고, 용도지역 상향을 통하여 주택 공급량을 획기적으로 높이고, 그 중 일부 주택을 공공부문이 인수하여 공공성과 사업성을 동시에 확보하는 제도이다.

(2) 2020. 8. 4. 부동산 대책상의 공공재건축사업 관련 내용

2020. 8. 4. 부동산 대책에서는 공공참여형 고밀재건축사업을 도입하여 5년간 5만호 + α를 공급하겠다는 내용이 포함되어 있으며, 토지주택공사등 공공이 참여(소유자 2/3 동의)하여 도시규제 완화를 통해 주택을 기존 세대수보다 2배 이상 공급하며, 개발이익은 기부채납으로 환수한다는 내용이다.

(3) 공공재건축사업의 개념

공공재건축사업은 재건축사업의 한 유형으로서 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다.

1) 사업시행자로 공공부문이 참여할 것

공공재건축사업은 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 단독으로 시행자가 되거나 조합과 공동으로 시행자가 되어야 한다. 다만, 도시정비법은 공공재건축사업의 시행자 개념 속에 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 재건축사업의 대행자인 경우까지 포함하고 있다(도시정비법 제2조제2호 다목 1)).

2) 종전 세대수의 160% 이상을 건설·공급할 것

공공재건축사업은 종전의 용적률, 토지면적, 기반시설 현황 등을 고려하여 종전 세대수의 100분의 160에 해당하는 세대수 이상을 건설·공급해야 한다(도시정비법 제2조제2호 다목 2) 본문 및 같은 법 시행령 제1조의3제1항).

다만, 정비구역 지정권자는 다음의 어느 하나에 해당하는 사유로 세대수 요건을 충족할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니할 수 있다(도시정비법 제2조제2호 다목 2) 단서 및 같은 법 시행령 제1조의3제2항).

① 종전 세대수의 160% 이상 건설·공급하는 경우 국토계획법 제18조에 따른 도시·군기본계획에 부합하지 않게 되는 경우
② 해당 토지 및 인근 토지의 이용 현황을 고려할 때 정비구역의 입지, 정비사업의 규모, 토지등소유자의 수 등을 고려할 때 종전 세대수의 160% 이상 건설·공급하기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우

3) 용도지역의 상향

공공재건축사업은 일반 재건축사업보다 건설·공급해야 하는 주택 세대수가 많다. 그런데 이러한 주택 초과 공급을 위해서는 용적률 상향이 불가피한바, 공공재건축을 위해서는 용적률의 완화가 필수적이라고 볼 수 있다. 이를 위해 공공재건축사업의 경우 용도지역 상향을 허용하고, 변경된 용도지역의 용적률 상한까지 허용된다. 도시정비법 제2조제2호 다목의 공공재건축사업의 개념 정의에서는 빠져 있지만, 용도지역 상향은 공공재건축사업 개념 정의의 필수 요건으로 보아야 한다.

공공재건축사업을 위한 정비구역에 대해서 해당 정비구역의 지정·고시가 있은 날부터 아래 <표 2>와 같이 용도지역이 변경 결정·고시된 것으로 보아 해당 지역에 적용되는 용적률 상한까지 용적률을 정할 수 있다(도시정비법 제101조의6제1항 본문 및 같은 법 시행령 제80조의3제1항).

공공재개발사업에서의 법적상한초과용적률과 비교하여 공공재건축사업에 따른 용적률 상승효과가 더 크다고 보아야 한다.

<표 2> 공공재건축사업을 위한 용도지역 변경과 법적상한용적률

종전 용도지역	변경 용도지역	법적상한용적률(%)
제1종 전용주거지역	제2종 전용주거지역	150
제2종 전용주거지역	제1종 일반주거지역	200
제1종 일반주거지역	제2종 일반주거지역	250
제2종 일반주거지역	제3종 일반주거지역	300
제3종 일반주거지역	준주거지역	500

다만, 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 용도지역 변경에 관한 조문이 적용되지 않는다(도시정비법 제101조의6제1항 단서)

① 해당 정비구역이 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제3조제1항에 따라 결정된 개발제한구역인 경우
② 시장·군수등이 공공재건축사업을 위하여 필요하다고 인정하여 해당 정비구역의 일부분을 종전 용도지역으로 그대로 유지하거나 동일면적의 범위에서 위치를 변경하는 내용으로 정비계획을 수립한 경우
③ 시장·군수등이 정비사업을 통하여 공공지원민간임대주택을 공급하거나 주택임대관리업자에게 임대할 목적으로 주택을 위탁하려는 경우로서 국토계획법상 주거지역을 세분 또는 변경하는 계획과 용적률에 관한 계획을 포함하는 정비계획을 수립한 경우

또한, <표 2>와 같은 원칙에도 불구하고 정비구역의 지정권자는 주택공급의 규모, 인근 토지의 이용현황 등을 고려할 때 용도지역을 달리 정할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 주거지역을 세분화하여 정하는 지역 중 어느 하나의 지역으로 용도지역을 달리 정할 수 있다(도시정비법 제80조의3제2항). 결국 예외적인 경우 제1종 일반주거지역을 제3종 일반주거지역으로 변경하는 것과 같이 용도지역을 2단계 이상 상향하는 것도 가능하다는 의미이다.

2. 공공재건축사업의 절차상 특례

공공재건축사업도 재건축사업이므로 재건축사업과 같은 사업절차를 거치는 것이 원칙이다. 하지만 공공재건축사업은 일반 재건축사업과 달리 몇 가지 특례를 인정함으로써 신속한 사업추진이 가능토록 새로 고안된 제도이다.

아래에서는 이러한 목적으로 마련된 공공재건축사업 절차상의 특례조항들을 차례로 살펴

보기로 한다.

(1) 예정구역의 부존재

공공재개발사업의 경우에는 공공재개발사업 예정구역 지정제도가 있지만 공공재건축사업의 경우에는 예정구역 제도가 없다.

재건축사업은 공동주택단지를 사업 대상으로 하고, 토지와 건축물을 함께 소유해야 조합원이 될 수 있으며, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에 따라 토지와 건축물의 소유를 분리할 수 없는 등의 제약이 따른다. 따라서 공공재개발사업과 달리 새로운 건축물의 신축을 억제하고, 권리산정 기준일을 따로 정할 실익이 거의 없다. 이런 관점에서 공공재건축사업의 경우에는 예정지구 지정제도를 신설하지 않은 것이다.

(2) 공공재건축사업을 위한 정비구역의 지정・고시

1) 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정 절차와 다른 점

공공재개발사업의 경우 공공재개발사업을 시행하려는 시행자가 정비계획의 입안권자에게 입안을 제안할 수 있다는 내용과 공공재개발사업을 위한 정비구역이 지정・고시된 날부터 1년이 되는 날까지 시행자 지정이 없으면 정비구역을 해제해야 한다는 규정이 있다(도시정비법 제101조의3제2항 및 제3항).

반면에 공공재건축사업의 경우에는 이러한 명시적 규정이 없다는 점에 유의하여야 한다.

2) 정비구역의 지정

공공재개발사업의 경우에는 정비구역의 지정권자는 기본계획을 수립하거나 변경하지 아니하고 공공재개발사업을 위한 정비계획을 결정하여 정비구역을 지정할 수 있다는 명시적 규정이 있으나(도시정비법 제101조의3제1항), 공공재건축사업의 경우에는 없다.

하지만 공공재건축사업을 위한 정비구역의 지정・변경이 있는 경우 기본계획의 수립・변경이 의제되므로(도시정비법 제101조의4제2항), 공공재건축사업의 경우에도 기본계획을 수립・변경하지 않고 정비구역을 지정할 수 있다고 해석된다.

공공재개발사업의 경우와 같이 공공재건축사업을 위한 정비구역을 지정할 때에도 지방도시계획위원회 또는 도시재정비위원회의 분과위원회가 심의한 경우, 지방도시계획위원회 또

는 도시재정비위원회의 심의로 본다(도시정비법 제101조의4제1항).

3) 정비구역 지정・고시의 효과

정비구역의 지정권자가 공공재개발사업을 위한 정비구역의 지정・변경을 고시한 때에는 기본계획의 수립・변경, 도시재정비법 제5조에 따른 재정비촉진지구의 지정・변경 및 재정비촉진계획의 결정・변경이 고시된 것으로 본다(도시정비법 제101조의4제2항).

(3) 사업시행계획 통합심의제도의 도입

공공재건축사업의 경우에도 공공재개발사업과 같이 사업시행계획의 인가에 필요한 시간을 단축하기 위하여 사업시행계획 통합심의제도를 도입하였고, 구체적인 내용은 공공재개발사업에서 설명한 바와 같다.

(4) 사업시행계획 및 공사 진행과 관련된 특례

1) 도시공원 또는 녹지 확보 기준의 완화

공공재건축사업을 시행하는 경우 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제14조에 따른 도시공원 및 녹지 확보 기준은 건축위원회 또는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 그 기준을 완화 받을 수 있는데(도시정비법 제68조제2항제5호의2), 정비구역의 면적이 10만제곱미터 미만인 경우 가능하다(도시정비법 시행령 제57조제6호).

2) 건설사업관리기술인 배치기준의 완화

공공재개발사업의 경우와 같이 공공재건축사업 시행자는 공공재건축사업을 시행하는 경우 「건설기술 진흥법」 등 관계 법령에도 불구하고 건설사업관리기술인의 배치기준을 별도로 정할 수 있으며, 구체적인 내용은 공공재개발사업 부분에서 설명한 바와 같다.

(5) 용도지역 상향에 따라 추가 건설된 국민주택규모 주택의 공급과 관련된 특례

공공재건축사업 시행자는 일반적인 재건축사업에 적용되는 용적률 완화 및 국민주택규모

주택의 건설비율에 관한 조문(도시정비법 제54조)에도 불구하고 변경된 용도지역의 상한용적률에서 정비계획으로 정하여진 용적률을 뺀 용적률의 100분의 40 이상 100분의 70 이하로서 주택증가 규모, 공공재건축사업을 위한 정비구역의 재정적 여건 등을 고려하여 시·도조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 국민주택규모 주택을 건설하여 인수자(시·도지사 등)에게 공급하여야 한다(도시정비법 제101조의6제2항).[22][23]

인수자가 인수하는 국민주택규모 주택은 공공임대주택 및 공공분양주택으로 공급되는데(도시정비법 제101조의6제4항 단서), 인수자는 공공분양주택의 비율을 인수된 주택의 50%로 할 수 있다. 다만, 임대주택 및 분양주택의 수요 등을 고려하여 필요한 경우 50% 이하에서 시·도조례로 정하는 바에 따라 그 비율을 달리 정할 수 있다(도시정비법 시행령 제80조의3제3항).

인수되는 주택의 경우 공공임대주택은 「공공주택 특별법」 제50조의4에 따라 국토교통부장관이 고시하는 공공건설임대주택의 표준건축비로 하고, 부속 토지는 인수자에게 기부채납한 것으로 본다(도시정비법 제101조의6제3항).

인수되는 주택 중 공공분양주택은 「주택법」 제57조제4항에 따라 국토교통부장관이 고시하는 기본형건축비로 하고, 부속 토지는 감정평가액의 50%에 인수하여야 한다(도시정비법 제101조의6제3항 및 제5항, 같은 법 시행령 제80조의3제4항).

아울러, 국민주택규모 주택의 공급 및 인수방법에 관하여는 일반적인 재건축사업에 적용되는 국민주택규모 주택의 공급 및 인수에 관한 조문(도시정비법 제55조)이 준용된다(도시정비법 제101조의6제4항 본문).

Ⅳ. 공공재개발사업·공공재건축사업 규정의 문제점과 개선방안

1. 공공재개발사업에 적용되는 규정의 문제점과 개선방안

(1) 주거환경개선사업의 공공재개발사업 포함 여부

22) 도시정비법 제54조제4항에 따르면 수도권 과밀억제권역에서 시행하는 재건축사업은 초과용적률의 100분의 30 이상 100분의 50 이하로서 시·도조례로 정하는 비율, 과밀억제권역 외의 지역에서 시행하는 재건축사업은 초과용적률의 100분의 50 이하로서 시·도조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 국민주택규모 주택을 건설하여야 한다.

23) 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례 일부개정조례안(의안번호 : 10-02610, 2021. 8. 11. 노식래의원 발의)에서는 이 비율을 100분의 50으로 정하고 있으며, 다만 사업성이 저하되어 사업이 추진되기 어렵다고 인정되는 경우 도시계획위원회의 심의를 거쳐 100분의 40까지 완화할 수 있도록 규정하고 있다.

도시정비법은 공공재개발사업에 관한 정의 조문(도시정비법 제2조제2호 나목 1))에서 주거환경개선사업의 시행자인 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 공공재개발사업의 시행자가 될 수 있는 것으로 규정하고 있다.

이 규정의 취지가 주거환경개선사업을 공공재개발사업으로 전환할 수 있다는 것으로 해석할 여지도 있지만,[24] 주거환경개선사업과 재개발사업이 엄연히 다른 유형의 정비사업이고, 주거환경개선사업은 일반적으로 현지개량방식이나 공동주택건설방식으로 사업을 시행하지만, 재개발사업은 관리처분계획방식으로 사업을 시행한다는 점 등을 고려하면 주거환경개선사업의 시행자가 공공재개발사업 개념 속에 들어온 것 자체가 입법적 오류라고 보는 것이 합리적이다.

따라서 공공재개발사업에 관한 정의 조문에서 "제24조에 따른 주거환경개선사업의 시행자" 부분은 삭제하는 게 옳고, 만일 주거환경개선사업을 재개발사업으로 전환할 수 있도록 하려면 이에 관한 명시적 규정을 두고, 어느 시점에, 어떠한 방법과 절차로 전환되는지 명확하게 입법할 필요가 있다.

(2) 공공재개발사업 예정구역 및 정비구역 해제 의제 규정의 충돌

공공재개발사업 예정구역은 그 지정·고시일부터 2년이 되는 날까지 정비구역이지정되지 아니하거나, 공공재개발사업 시행자가 지정되지 아니하면 해제되고(도시정비법 제101조의2 제5항), 공공재개발사업을 위한 정비구역은 정비구역 지정·고시일부터 1년이 되는 날까지 공공재개발사업 시행자로 지정되지 아니하면 해제된다(도시정비법 제101조의3제3항).

그런데 엄밀히 말하면 주택재개발사업 예정구역은 정비구역이 지정·고시되면 그 역할을 다하고 사실상 실효된다. 이건 조합 설립을 위한 추진위원회가 조합이 설립되면 소멸되는 것과 같은 것이다. 주택재개발사업을 위한 정비구역이 지정·고시되면 그건 정비구역이지 정비예정구역이 아니다.

따라서 정비구역이 지정·고시된 후 일정 기간 안에 공공재개발사업 시행자가 지정되지 않으면 실효된다는 조문만 있으면 되지, 정비구역이 지정·고시되었으나 주택재개발사업 예정구역 지정·고시일부터 2년 이내에 공공재개발사업 시행자 지정이 없으면 주택재개발사업 예정구역 지정이 해제된다는 내용은 법리적으로 옳지 않다.

예를 들어 공공재개발사업 예정구역이 지정·고시된 날부터 1년 6개월이 지난 시점에 정비구역이 지정되었고, 정비구역 지정·고시일부터 9개월이 지난 시점에 시행자 지정이 있다고 가정하자. 이 경우 정비구역 지정·고시일부터 1년 이내에 시행자 지정이 있었으므로 정

24) 이런 취지라면 공공재개발사업 시행을 위하여 정비계획을 변경·고시하는 시점에 주거환경개선사업이 공공재개발사업으로 전환한다고 해석할 수밖에 없다.

비구역이 해제되는 것이 아니지만, 공공재개발사업 예정구역 지정·고시일부터는 2년이 지났으므로 공공재개발사업 예정지구는 지정이 해제 된다는 매우 이상한 결과를 낳는다.

결국 공공재개발사업 예정구역 지정·고시일부터 2년 이내에 공공재개발사업 시행자 지정이 없으면 예정구역 지정이 해제된다는 내용은 삭제되는 것이 바람직하다.

(3) 임대주택 의무비율과 국민주택규모 주택 건설비율 간의 관계 불분명

일반적인 재개발사업의 경우 도시정비법 제10조에 따라 임대주택 의무건설비율이 정해져 있다. 또한 도시정비법 제54조 및 제55조에 따라 법적상한용적률을 적용하여 재개발사업이 시행될 경우, 일정 비율의 국민주택규모 주택을 인수자가 인수하여 공공임대주택으로 활용하도록 규정하고 있으므로 도시정비법 제10조와의 관계가 문제가 된다.

이에 따라 도시정비법 제10조제1항에 따라 고시된 「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」에서는 일반적인 재개발사업의 경우 임대주택 의무건설비율과 관련하여 건설하는 주택 전체 세대수에서 도시정비법 제54조제1항에 따라 정비계획으로 정한 용적률을 초과하여 건축함으로써 증가된 세대수는 제외하고, 임대주택 의무건설비율 20퍼센트에서 도시정비법 제54조제4항에 따라 공급되는 임대주택은 제외하도록 규정되어 있다(「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」 제4조제3항).

공공재개발사업의 경우에도 도시정비법 제10조에 따른 임대주택 의무건설비율과 도시정비법 제101조의5제2항에 따라 인수자가 인수하여 공급하는 공공임대주택과의 관계가 문제될 수 있지만, 현행 「정비사업의 임대주택 및 주택규모별 건설비율」에는 이에 관한 명확한 규정이 없다. 좀 더 엄밀한 검토가 필요하다.

(4) 법적상한초과용적률과 용도지역 상향

공공재개발사업과 공공재건축사업 모두 사업성 보완을 위해 높은 용적률을 보장한다. 다만, 공공재개발사업은 원칙적으로 용도지역 상향을 허용하지 않고 해당 용도지역의 법적상한용적률의 120%까지 용적률이 허용되고, 공공재건축사업은 원칙적으로 용도지역 상향을 허용하고, 상향된 용도지역의 상한용적률까지만 허용된다는 점에서 차이를 보인다.

앞에서 본 <표 1>과 <표 2>를 비교하면 용적률 확보라는 관점에서 공공재건축사업이 조금 더 유리하지만 왜 이런 차이를 둬야 하는지는 불분명하다. 똑같은 제2종 일반주거지역인데 제2종 일반주거지역이라고 하면서 용적률이 300%인 것(공공재개발사업)과 제3종 일반주거지역으로 용도지역을 변경하고 용적률이 300%인 것과의 차이가 무엇인지 납득하기 어렵다.

물론 공공재개발사업을 위한 정비구역이 공공재건축사업을 위한 정비구역보다 다소 저층

주거지가 몰려 있는 곳에 있기 때문일 수는 있지만, 용도지역과 허용되는 용적률과의 괴리가 심해지는 것은 바람직하지 않다. 용도지역은 그 용어 자체로 건축 허용성, 건폐율, 용적률 등을 표상하는 기능을 하는 것인데, 명칭과 실체가 달라지는 것은 입법론적으로 바람직하지 않다.

공공재개발사업의 경우에도 공공재건축사업과 같이 용도지역 상향을 허용하되, 주변 토지의 이용 현황 등을 고려하여 법적상한용적률 이내에서 개별적이고 구체적인 용적률이 부여되도록 하는 것이 옳다.

(5) 국민주택규모 주택 건설·공급조항상 정비계획에서 정한 용적률의 모호성

도시정비법 제101조의5제2항에서는 공공재개발사업 시행자는 원칙적으로 법적상한초과용적률에서 정비계획으로 정한 용적률을 뺀 용적률의 일정 비율만큼 국민주택규모 주택을 건설하여 시·도지사 등에게 공급하도록 규정하고 있다.

그런데 여기서 유의해야 할 점은 "정비계획으로 정한 용적률"이 무엇인가 하는 점이다.[25] 문리적으로 해석하면 정비계획으로 정한 용적률이란 정비구역이 지정·고시되어 정비계획이 이미 존재하는 곳에서 공공재개발사업을 위한 정비구역으로 변경·결정되어야만 사용할 수 있는 용어다. 공공재개발사업 예정구역 지정 후 정비계획을 수립하여 정비구역을 지정할 때에는 정비계획으로 따로 정한 용적률이 존재할 수 없다.

그런데 실무에서는 정비계획으로 정한 용적률이란 국토계획법 제78조에 따라 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시·군이 조례로 정한 용적률 상한 내에서 지방자치단체가 내부적으로 운용하는 용적률 상한 기준을 말한다고 하며, 국회도 이런 개념을 기초로 정비계획으로 정한 용적률이라는 개념을 사용했다.[26]

그러나 법률 용어는 전문가뿐만 아니라 일반 국민 누가 읽어도 똑같이 이해할 수 있도록 사용되어야 한다. "정비계획에서 정한 용적률"이란 용어를 정확히 다시 정의할 필요가 있다.

(6) 국민주택규모 주택 건설·공급조항 단서상의 오류

도시정비법 제101조의5제2항에서는 공공재개발사업 시행자는 원칙적으로 법적상한초과용

---

25) 이렇게 입법된 이유는 도시정비법 제54조제4항에서 초과용적률을 산정할 때 "정비계획으로 정하여진 용적률"이란 개념을 사용하고 있고, 이 조문을 모방해서 도시정비법 제101조의5와 제101조의6이 신설되었기 때문이다. 하지만 도시정비법 제54조는 원래 정비계획이 수립된 정비구역에서 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 법적상한용적률까지 건축할 수 있는 특례를 주기 위해 고안된 조문이므로 "정비계획으로 정하여진 용적률"이라는 개념을 써도 문제가 없었다.

26) 국회 국토교통위원회, 도시 및 주거환경정비법 개정법률안 심사보고서(의안번호: 2104746, 2020. 10. 29. 천준호의원 등 16인), 2021. 3., 15면.

적률에서 정비계획으로 정한 용적률을 뺀 용적률의 일정 비율만큼 국민주택규모 주택을 건설하여 시·도지사 등에게 공급하도록 규정하면서, 아주 예외적인 경우 이 조항의 적용을 배제토록 하고 있다.

이것은 천재지변 등으로 시급하게 재개발사업을 시행해야 하지만 사업성이 현저히 떨어지는 사업장이 다수 존재하는 현실을 고려한 것으로, 이 경우 사업성 악화 방지를 위해서 국민주택규모 주택 건설·공급 의무를 면제하는데, 도시정비법 제54제4항 단서를 그대로 차용한 것이다.

하지만 공공재개발사업의 시행자는 시장·군수등 또는 토지주택공사등으로 한정되기 때문에, 지정개발자(토지등소유자, 민간합동법인 및 신탁업자)에게 적용되는 도시정비법 제27조제1항제1호의 규정은 적용될 여지가 없다. 결국 도시정비법 제101조의5제2항 단서에서 규정한 "제27조제1항제1호"는 입법적 오류이므로 삭제되어야 한다.

2. 공공재개발사업·공공재건축사업 모두에 적용되는 규정상의 문제점과 개선방안

(1) 정비계획의 입안 제안과 관련된 문제점

도시정비법상 토지등소유자가 공공재개발사업 또는 공공재건축사업을 추진하려는 경우 정비계획의 입안을 제안할 수 있는 규정이 신설되었다(도시정비법 제14조제1항제7호).

또한 공공재개발사업의 경우 공공재개발사업을 시행하려는 공공재개발사업 시행자도 정비계획의 입안권자에게 정비계획의 수립을 제안할 수 있다는 내용이 신설되었는데(도시정비법 제101조의3제2항 후단)[27], 공공재건축사업의 경우에는 명시적 규정이 없다.

따라서 공공재개발사업의 경우에는 공공재개발사업 시행자가 정비계획의 입안권자에게 직접 입안 제안을 할 수 있으나, 공공재건축사업의 경우에는 토지등소유자만이 입안 제안을 할 수 있다고 해석되는데, 왜 이런 차이가 존재해야 할까?

입법론적으로는 천재지변 등의 사유로 시장·군수등 또는 토지주택공사등이 재개발사업의 공공시행자가 될 경우 사업시행자가 되려는 자가 입안 제안할 수 있다는 현행 규정(도시정비법 제14조제1항제5호)처럼, 토지등소유자가 공공재개발사업 또는 공공재건축사업을 하려는 경우에도 사업시행자가 되려는 자가 제안할 수 있도록 도시정비법 제14조제1항 본문을

27) 도시정비법 제14조제1항에 따라 토지등소유자가 정비계획의 입안을 제안하는 경우 토지등소유자의 3분의 2 이하 및 토지면적 3분의 2 이하의 범위에서 시·도조례로 정하는 비율 이상의 동의가 필요하다. 도시정비법 제101조의3제2항 후단의 경우에도 도시정비법 제14조제1항과의 관련성을 고려하여 토지등소유자의 동의가 필요하다고 해석해야 한다.

개정하고, 제101조의3제2항 후단은 삭제하는 것이 바람직하다.

(2) 조합원 지위 양수 금지 규정의 문제점

도시정비법 제39조의 개정으로 조합원은 관리처분계획 인가 이후 공공시행자에게 자신이 소유한 건축물 또는 토지를 처분할 수 있는 길은 열렸다. 하지만 이 규정은공공시행자에게 양수를 의무화하는 규정이 아니며, 어떤 가격으로 양수해야 하는지도 정하지 않고 있어서 사실상 활용되기 어렵다고 생각된다.

또한 공공재개발사업 또는 공공재건축사업을 토지주택공사등이 단독으로 시행할 경우에는 조합원이라는 개념 자체가 존재하지 않기 때문에 도시정비법 제39조제2항이 적용될 수도 없다. 공공재개발사업은 조합과의 공동 시행보다는 단독 시행의 경우가 훨씬 많을 것인데, 단독 시행의 경우에도 이런 입법 목적을 달성하려면 새로운 조문 구성이 필요하다.

Ⅴ. 맺음말

공공재개발사업과 공공재건축사업에 관한 내용을 담은 도시정비법 개정법률은 2021. 7. 14.부터 시행되었지만, 법률 시행 이전에 후보지 공모 등을 통하여 여러 곳에서 활발하게 진행되고 있다. 필자가 앞에서 몇 가지 문제점을 지적하였지만, 큰 틀에서는 무난하게 진행될 것으로 기대된다.

한편 공공재개발사업이나 공공재건축사업이 아직 제대로 시행되지도 않은 상태에서 정부는 지난 2021. 2. 4. 부동산 대책(「공공주도 3080+ 대도시권 주택공급 획기적 확대방안」)을 통하여 시장・군수등 또는 토지주택공사등이 재개발사업이나 재건축사업에 참여하면서 단독 시행자가 되고, 관리처분계획방식이 아닌 전면 수용 방식으로 진행하는 “공공 직접시행정비사업”을 도입하는 방안을 발표하였다.[28]

공공 직접시행정비사업을 도입하는 내용의 도시정비법 개정법률안은 2021. 2. 24. 진성준 의원 등 19인이 발의하여 현재 국회에 계류 중이지만 올해 안에 공포・시행될 가능성이 높다.

현행 도시정비법에 따르더라도 재개발사업 및 재건축사업에는 시장・군수등 또는 토지주

28) 전면 수용 방식으로 재개발사업 또는 재건축사업이 진행되더라도 종전 토지 또는 건축물의 소유자에게는 새로 건설한 주택을 우선 공급받을 수 있는 권리를 보장하기 때문에 관리처분방식과 전면 수용 방식이 큰 차이가 있는 건 아니다. 다만, 종전 건축물 등에 대한 소유권이 변환되는 것인지 이전되는 것인지에 따라 세금 문제가 달라지므로 세금 부분에서 동일한 효과를 볼 수 있는 세법 개정이 병행되어야 한다.

택공사등이 사업시행자로 참여할 수 있는 길이 열려 있는데, 공공재개발사업 또는 공공재건축사업을 새로 만든 것은 시급한 주택 공급난을 해소하고 주택가격 앙등을 막기 위한 불가피한 선택이었다.

그런데 이런 공공재개발사업 및 공공재건축사업이 제대로 시행되어 그 성과를 보기 전에 새로운 공공 직접시행정비사업이 도입될 경우 토지등소유자로서는 어느 방식이 더 자신에게 유리한지를 다시 판단할 수밖에 없다. 이렇게 될 경우 공공재개발사업이나 공공재건축사업을 진행하는 사업장에 다소 혼선이 발생할 여지가 있다. 따라서 이런 점을 고려하여 공공직접시행정비사업이 도입되길 기대한다.

참 고 문 헌

국토교통부, 수도권 주택공급 기반 강화 방안, 2020. 5. 6.

정부 관계기관 합동, 서울권역 등 수도권 주택공급 확대방안, 2020. 8. 4.

정부 관계기관 합동, 공공주도 3080+ 대도시권 주택공급 획기적 확대방안, 2021. 2. 4.

국회 국토교통위원회, 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안 심사보고서(의안번호: 2103422, 2020. 9. 1. 천준호의원 등 26인), 2021. 3.

국회 국토교통위원회, 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안 심사보고서(의안번호: 2104746, 2020. 10. 29. 천준호의원 등 16인), 2021. 3.

국회 국토교통위원회, 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안 검토보고서(의안번호: 21082)

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

재건축사업구역내 채무초과상태의 현금청산자 법률관계

-구체적인 현금청산 방법을 중심으로-

채 필 호*

국문초록

현행 법체계 아래에서는 정비사업의 양대 산맥인 재개발정비사업과 재건축정비사업은 도시및주거환경정비법이라는 하나의 법률을 통해서 규제 및 실행되고 있음에도 불구하고, 여전히 재개발사업은 공공성이 강한 공익사업인 반면에, 재건축사업은 민간 주도적 성격이 강하다는 미명아래 가능한 한 민사소송을 통하여 각자의 권리를 실현하고자 하는 태도를 보이고 있다. 그러나 재건축사업이 재개발사업에 비하여 그 공공성이 미약하나 여전히 공익사업임은 부인할 수 없다.

그런데, 우리 실무의 태도는 그 원인이 공법상 법률관계에서 비롯된 것임에도 불구하고, 그 법률효과에 초점을 맞추어 일반 민사소송의 형태로 손쉬운 방법을 채택해 왔다. 전면적인 법률개정에 따른 도시및주거환경정비법의 시대가 도래했음에도 불구하고 과거에 집착한 나머지 유독 재건축사업의 법률분쟁과 해결방안은 공법상 접근을 저해하는 결과를 초래하였다.

대표적으로 토지등소유자에 대한 소유권박탈과 연동된 현금청산의 문제에서도 단순한 민사소송의 일종인 소유권이전등기청구소송의 문제로 이어지게 되었고, 그 결과 토지등소유자가 채무초과상태에 빠져 있는 경우 사실상 권리실현 장애상태가 발생하였다. 그러자 실무에서는 기이한 해결방안을 모색하였으나 근본적인 해결책은 제시하지 못한 채 극소수 채무초과상태의 토지등소유자로 인하여 대다수의 선량한 조합원들이 피해를 입게 되는 경우도 종종 목격되고 있다.

이러한 여러 대안적 시도들은 근본적 해결에 접근하기보다는 오히려 이를 요원하게 만들었다. 그렇다면 현행 법률체계 하에서 여러 법률 간 해석만으로도 충분히 그 해결이 가능한지, 보다 근원적인 차원에서 입법론이 필요한 것은 아닌지 최근 대법원판례를 통하여 검토

* 변호사

및 상고의 필요성이 있어 보인다.

주제어 : 도시정비법, 정비사업, 현금청산, 채무초과, 민사소송

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 대상판결(2018. 9. 28.선고 2016다246800판결)
Ⅲ. 재개발·재건축사업에서 현금청산 방법
Ⅳ. 채무초과상태의 재건축 토지등소유자에 대한 현금청산
Ⅴ. 결어

Ⅰ. 서론

지금 현행 체제에서는 정비사업의 큰 축인 재개발정비사업과 재건축정비사업은 엄연히 다른 제도임에도 불구하고 2003년 도시및주거환경정비법 제정으로 인하여 위 2개의 정비사업은 동일한 법 아래로 규율되는 상황을 초래하였다. 그 이전에는 재개발사업은 도시재개발법, 재건축사업은 주택건설촉진법에 따른 집합건물법을 준용하여 진행되었고, 실무적으로는 확연히 다른 제도로 진행되어 왔음을 부인하기 힘들다. 재건축사업은 재개발사업에 비하여 사실상 민간사업과 유사하다는 묵시적 합의아래 진행되어 온 이유로 가능한 한 정식적인 법률로 작동하기 보다는 임시방편적 방법으로 문제해결을 시도한 것이 아닌지 의구심을 들 정도이다.

과거 주택건설촉진법이 도시정비법으로 편입되면서 사실상 재건축사업의 통제와 규제 중심의 관점에 초점을 둔 나머지 원활한 재건축사업의 진행에는 비교 불가할 정도로 미숙한 태도를 보인 것으로 추측된다. 아래에서는 재건축사업의 진행과 관련하여 채무초과상태에 있는 토지등소유자의 현금청산방법과 관련하여 어떻게 처리할 것인지를 중심으로 주목할 만한 판결이 있어 소개하고자 한다.

Ⅱ. 대상판결(2018. 9. 28.선고 2016다246800판결)

1. 들어가기 앞서

이 사건의 소위 말하는 재건축정비사업에서 채무초과상태에 있는 토지등소유자의 현금청산 처리방법에 관한 판례 사안이며, 이 해당 사건에 관한 제1심, 원심(항소심), 대법원입장을 모두 달리하는 판결이다. 이 해당사건의 쟁점은 실무적으로는 민사적 쟁점에서 출발하였고 실제로 각 심급 법원마다 견해를 달리하였던 사안으로 실제로 들어가면 쟁점이 매우 복잡한 사안이었다[1].

위와 같이 매우 보기 드물게 제1심에서 판시한 법리를 항소심에서 변경하였고, 대법원은 항소심법원의 입장과도 다른 법리를 전개하여 파기환송 판결을 하였다. 심지어 위 대법원 판기환송심 재판부조차 실제로 대법원의 명확한 취지를 파악하는 데 논란이 있었고, 결국 대법원 판시사항에 대한 문언의 한계를 벗어나지 못한 가운데, 최종적인 문제 해결을 하기 위한 또 다른 숙제를 남겨두었다,

2. 기초적 사실관계

가. 피고는 서울 서초구 서초동 1310, 1311 소재 삼호아파트(이하 삼호아파트라고 한다.)에 관하여 도시정비법에서 정한 바에 따라 재건축사업을 시행하는 재건축조합이고, 소외 ○○ 위 삼호아파트 제1동 제102호(이하 이 사건 아파트라고 한다.)의 소유자이다.

나. 이 사건 아파트 및 그 대지인 서울 서초구 서초동 1310대 13,531.8㎡, 같은 동 1311대 23,527.9㎡ 중 소외 ○○ 소유인 각 63,141분의 106.87지분, 같은 동 1311-1 3,096.6 ㎡ 중 ○○ 소유인 3,421.6분의 5.620지분(이하 이 사건 아파트 대지라고 한다.)에 관하여 다음과 같이 다수의 권리제한등기가 설정되어 있었다.

① 근저당권자 국민은행 채권최고액 1,105,000,000원(2006. 5. 26.)

② 근저당권자 국민은행 채권최고액 97,500,000원(2007. 6. 11.)

③ 기타 여러 가압류

다. 근저당권자인 국민은행은 임의경매를 신청하였고, 원고는 2014. 11. 11. 국민은행과 자산양수도계약을 체결하여 국민은행으로부터 이 사건 각 근저당권의 피담보채권의 채무자인

---

1) 사실 민사적 쟁점 역시 공법상 법률관계에 기초하여 발생한 것이므로 도시정비법에 따른 법리와 무관치 않으나, 기본적으로 당해 사안에서 문제가 되었던 민사쟁점에 관해서는 대법원 판례해설 제117호 2018년 下 임성훈, 『주택재건축사업에서 이전고시에 의한 기존 권리제한 소멸, 기존 권리제한등기 말소와 지급의 동시이행관계 및 청산금에 대한 이자 발생시기』을 참조하길 바란다.

○○ 에게 내용증명우편으로 채권양도통지를 하고, 2개의 일간신문에 자산양수도계약 체결 사실을 공고하였다.

라. 위 ○○ 은 분양신청 기간 내에는 분양신청을 하였고, 피고는 2014. 4. 18. 이 사건 아파트 및 그 대지에 관하여 2013. 10. 1.자 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다. 그러나 이 사건 아파트 및 대지에 관한 종전 재산에 대한 감정가액이 901,350,000원인 이유로 위 ○○ 은 실제로 분양계약은 체결하지 않았다.

원고는 2015. 10. 30[2]. 이 사건 각 근저당권의 피담보채권(청구금액 1,202,535,950원)을 청구채권으로 하여 광주지방법원 순천지원 2015타채7883호로 이 소외 ○○이 피고로부터 지급받을 청산금 및 이에 대한 지연이자 채권에 대하여 물상대위에 의한 채권압류 및 추심명령을 받은 후, 피고조합을 상대로 추심금청구의 소를 제기하였다.

3. 각 심급 재판부의 판단

(1) 하급심법원의 판단

제1심 법원과 원심법원은 구체적인 동시이행관계의 존재에 따른 이자의 범위 등에 대해서는 판단을 달리하였으나 기본적으로 순수한 민사적 접근방법에 따라 민법 제587조에 따른 피고조합의 이자 또는 지연손해금 의무가 있는지 여부와 지급범위를 결정하였고, 다음과 같이 판단하였다.

우선 제1심 법원 및 원심법원은 소외 ○○ 이 분양계약체결을 하지 않아 현금청산자의 지위에 있으므로, 피고는 원고에게 위 현금청산금을 지급할 의무가 있고, 토지등소유자는 권리제한등기가 없는 상태로 토지 등의 소유권을 사업시행자에게 이전할 의무를 부담하고, 이러한 권리제한 등기 없는 소유권이전의무와 사업시행자의 청산금지급의무는 동시이행관계에 있다.

다만, 민법 제587조는 매매계약 있은 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.라고 규정하고 있으므로, 단순히 감정평가 금액(901,350,000원)만 지급하는 것이 아니라 동시이행항변권을 인정하면서도 이에 더하여 현금청산금 지급의무 발생 다음날로부터 다 갚는 날까지 연5%의 이자를 지급할 의무를 부과하였다. 그런데 항소심인 원심법원은 위 이자부분에 대해서는 파

2) 이 역시 소송 진행 도중 추심채권에 대한 부존재, 즉 현금청산에 따른 법률관계를 오해한 나머지 수용보상금청구권과 유사한 채권에 관하여 추심명령을 받은 결과 청구채권에 대한 의문(상대방 측 항변)이 제기되어, 재판부의 석명에 따라 소송 진행 도중에 다시 청산금채권을 압류 및 추심명령 받았다.

기한 후 이자지급의 범위를 달리하는 상환이행판결을 선고하였다.

(2) 대법원의 판단

대법원은 조합원이 분양신청을 하지 않거나 분양계약을 체결하지 않아 보류지 또는 일반분양분이 되는 대지·건축물에 관하여는 도시개발법상 보류지 또는 체비지에 관한 법리가 적용될 수 있다[3]고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

도시개발법은 제34조에서 보류지 또는 체비지에 관한 규정을 두면서, 제42조 제5항에서 '제34조에 따른 체비지는 시행자가, 보류지는 환지 계획에서 정한 자가 각각 환지처분이 공고된 날의 다음 날에 해당 소유권을 취득한다고 규정하고 있다. 나아가 동법 제42조 제1항은 환지 계획에서 정하여진 환지는 그 환지처분이 공고된 날의 다음 날부터 종전의 토지로 보며, 환지 계획에서 환지를 정하지 아니한 종전의 토지에 있던 권리는 그 환지처분이 공고된 날이 끝나는 때에 소멸한다.고 규정하고 있다. 이러한 규정들에 의하면, 종전의 토지 중 환지 계획에서 환지를 정하는 것은 종전 토지와 환지 사이에 동일성이 유지되므로 종전 토지의 권리제한은 환지에 설정된 것으로 보게 되고, 환지를 정하지 않은 종전 토지의 권리제한은 환지처분으로 소멸하게 된다. 이에 따라 보류지 또는 체비지는 그에 상응하는 종전의 토지에 아무런 권리제한이 없는 상태로 도시개발법 제42조 제5항이 정한 자가 소유권을 취득한다.

이와 같은 환지처분과 이전고시의 방식 및 효과에 비추어 보면, 이전고시의 효력 등에 관하여는 도시정비법 관련 규정에 의하여 준용되는 도시개발법에 따른 환지처분의 효력과 궤를 같이 새겨야 함이 원칙이다. 이러한 보류지 등에 관한 규정과 법리에 따라 살펴보면, 주택재건축사업에서 그 조합원이 분양신청을 하지 않거나 분양계약을 체결하지 않음으로써 청산금 지급대상이 되는 대지·건축물의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 관하여 설정되어 있던 기존의 권리제한은 이전고시로 소멸하게 된다. 이처럼 이전고시로 저당권이나 가압류와 같은 권리제한이 소멸하게 되는 이상, 이전고시 이후 사업시행자로서는 권리제한등기말소의무를 이유로 한 동시이행항변권을 행사할 수 없게 된다.

---

3) 구 도시정비법 제55조(대지 및 건축물에 대한 권리의 확정)
① 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제54조제2항의 규정에 의하여 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 주택임대차보호법 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다.
② 제1항의 규정에 의하여 취득하는 대지 또는 건축물중 토지등소유자에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제40조의 규정에 의하여 행하여진 환지로 보며, 제48조제3항의 규정에 의한 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제34조의 규정에 의한 보류지 또는 체비지로 본다.

Ⅲ. 재개발·재건축사업에서 현금청산 방법

1. 대상판결에 관한 논리 전개(사법상 권리와 공법상 권리의 경합)

(1) 근저당권자로서 통상적인 권리실현방법인 임의경매 중지

법률관계의 주체인 각 당사자는 자신의 권익을 실현하기 위하여 권리구제수단 또는 구체적인 권리의 취사선택은 권리남용에 해당하지 않는 한 넓게 보장하는 것이 타당하다. 이 사건이 문제가 된 발단 역시 당사자의 통상적인 문제해결 방안을 도외시 한 채 매우 독특한 권리행사방법을 강구한 부수적 결과이다.

이 사안은 재건축정비사업 현장에서 후술하는 쟁점이 현출되기 힘든 구조 속에서 약간의 오해에서 비롯된 권리행사 방법을 생각한 나머지 복잡하게 꼬인 가운데 예상치 못한 재건축정비사업에 대한 새로운 현금청산의 법리까지 도출된 것으로 보인다.

(2) 청산금에 대한 추심명령의 결과 새로운 쟁점의 부각

재건축정비사업구역 내의 토지등소유자(조합원)에 대한 근저당권자인 은행은 통상적으로 자신의 권리를 실현하는 방법은 임의경매를 실행하여 근저당권설정자인 토지등소유자의 토지 및 건축물에 관한 교환가치인 시가에 대하여 자신의 순위에 맞추어 배당받아 해결하고 있다. 그런데 어찌된 영문인지 은행 정확히는 은행으로부터 위 채권을 양수받은 양수인은 임의경매를 자의적으로 중지시킨 후 위 채권에 대한 물상대위권을 행사하여 청산금청구권을 행사한 결과 엄청나게 혼란스럽고도 복잡한 법률관계를 구성하게 되었다.

실제로 당해 사안에서는 민사적 법리에 대한 매우 복잡한 쟁점이 대두되었고, 대상판결 사안은 소위 채무초과상태 있는 결과 현재 도시정비법 및 관련법규의 직접적 규정만으로는 원천적 문제해결이 되지 않는 상황에 이르렀다.

실제로 이 사안은 민사적 법리에 대한 쟁점이 화두였을 뿐만 아니라 당해 현금청산 역시 도시정비법 규정에 따른 현금청산이 아닌 정관규정에 따른 것이어서 현금청산자에 해당하는지 여부 및 그 동안 지출된 재건축사업비용을 공제할 것인지 여부 등 공법상 이론도 실제로 문제되었다. 하지만 이하에서는 쟁점을 보다 명확히 하기 위하여 재건축사업에서 채무초과상태에 있는 토지등소유자의 현금청산의 방법을 중심으로 설명하기로 한다.

2. 재개발・재건축사업의 전개 과정

(1) 도시정비사업의 양대 축

우리 과거 도시정비법은 도시정비사업를 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업으로 규율하다가, 2017. 2. 8. 대내적인 도시정비법 개정으로 인하여 도시환경정비사업을 주택재개발사업에 편입시켜 크게 3가지로 정의하고 있다.(도시정비법 제2조)

이에 따라, 현행 도시정비법은 주거환경개선사업, 재개발사업, 재건축사업으로 크게 규정하고 있으나, 과거 도시환경정비사업을 도심재개발이라고 칭하면서 크게 재개발과 다르지 않게 취급하지 않았다는 점에 비추어 보면 실무적으로 재개발사업과 재건축사업을 양대 축으로 전개되어 왔고, 후술하는 바와 같이 재개발사업과 재건축사업 역시 본래의 의미를 벗어나 아파트 건축을 위한 사업으로 변질되어 왔음을 부인할 수 없다[4].

(2) 재개발・재건축사업의 연혁

재개발사업은 과거 도시재개발법에 따라 진행되어 왔다는 점은 널리 알려진 사실이나 위 도시재개발사업이 1977년 도시재개발법이라는 독립된 법률제정이전 1968년 도시계획법 시행령의 일부로 도입되었다는 점을 간과하기 쉽다. 과거 도시계획법에서 규율하고 있었던 도시재개발에 대하여 간단히 살펴보면 사업시행자는 찬성하는 조합원에 대하여 분양을 조건으로 수용을 할 수 있었으나(1971년 도시계획법 제35조 제1항), 조합이 사업시행자인 경우 초기부터 당해 재개발사업에 반대하는 자들에 대한 수용권은 인정되지 않았다[5].

재건축사업을 보면, 그 출발이 사실상 민간사업에 가까울 정도로 주택건설촉진법[6]에서 규율하고 있었으나 사실상 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 집합건물법이라고 한다.)을 그대로 준용하는 형식을 취하여 아직까지도 재건축사업에 따른 법리 논쟁시 집합건물법에 대한 무분별한 인용과 당시 대법원의 법리를 주장하는 경우를 종종 볼 수 있을 정도이다.

이에 따라 과거 주택건설촉진법에 따를 경우 현행 도시정비법상 강력한 통제수단인 관리처분계획에 대한 인가와 같은 강력한 행정청의 개입 역시 존재하지 않았다. 그러나 이제는

---

4) 도시재개발의 출발은 도심의 불량한 상태의 개선을 통한 본래의 기능의 회복을 통한 토지의 효율적 이용이라고 생각하는 발제자의 입장에서 보면, 점점 민간사업화 되어 가고 있는 현재 아파트재개발사업이 과연 공익사업인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

5) 김종보, 재건축・재개발사업의 전개과정과 소의 이익, 행정법연구 제56호, 2019년 2월, 4면

6) 1987년 12월 개정된 주택건설촉진법 제3조 제9호

위 재개발·재건축사업이 도시정비법이라는 하나의 법률체제로 들어오게 된 이상 재건축사업 역시 강력한 공권력에 대한 통제를 받을 수밖에 없는 결과 어느 개발사업 못지않게 엄청난 개발이익발생과 이에 대한 각 구성원들에 대한 이익배분 또는 손실부담이라는 재건축사업의 특수성과는 약간은 모순되는 듯한 느낌을 지울 수 없다.

(3) 재개발·재건축사업의 공통분모-주택공급의 확대차원에서 대두된 아파트 건설사업으로 변질

위와 같이 재개발사업과 재건축사업은 그 출발을 완전히 달리 하였음에도 불구하고 재개발·재건축사업의 본래적 의미와 취지는 전혀 고려되지 않는 가운데, 2003년 참여정부 당시 도시정비법이라는 하나의 법률로 규율하는 순간 각자의 사업은 '기반시설의 열악 또는 양호' 아니면 '각자의 정비구역 위에 세워진 부동산이 단독주택인지 공동주택인지 여부'에 대한 약간의 법리적 차이만 제외하면 아파트를 건설하여 각자의 구성원 및 일반인들에게 배분하여 주택공급의 확대와 주거환경의 개선에 이바지한다는 점은 별 차이가 없어 보인다.

특히, 현재까지도 단독주택재건축이라는 일종의 형용모순적 정비사업도 허용하고 있는 점에 비추어 보면 점점 재개발과 재건축사업의 극명한 차이는 찾아보기 힘든 반면, 사업주체와 관계 행정청의 결단에 따른 차이가 있을 뿐 양자 간 간격은 점점 좁아지고 있다고 볼 수 있겠다. 그럼에도 불구하고 여전히 재개발과 재건축사업의 본질적 특수성과 법적성질에 집착한 나머지 결과론적으로 엄청난 차이를 보이고 있고, 도무지 일반의 입장에서 보면 수용하기 힘든 결과에 맞닥뜨리게 된다. 그 대표적인 것 중 하나로 널리 알려진 주택재건축사업 현장에서 세입자 영업보상의 문제와 대상판결에서 문제된 채무초과상태의 현금청산자에 대한 토지소유권박탈시 권리제한등기의 말소여부이다.

3. 구체적인 현금청산의 방법

(1) 헌법상 재산권보장에 대한 제한

우리 헌법은 국민에 대한 재산권보장을 천명하면서도(헌법 제23조 제1항), 그 재산권 행사에 대한 한계를 설정(동조 제2항)함과 동시에 재산권 침해에 대한 직접적 규정까지 마련하고 있는 실정이다(동조 제3항). 공공필요에 의한 재산권의 수용이 대표적인 사례라고 볼 수 있다.

따라서 아무리 재산권에 대한 보장이 인정된다고 하더라도 공공필요성이 인정된다면 수용

을 통한 소유권확보가 가능하다. 다만, 보상에 관한 조항은 법률로 규정되어야 하며 동시에 정당한 보상이 이루어져야 함은 당연하다.

(2) 재개발·재건축의 공공성의 정도

전술한 바와 같이 도시정비법이 2002. 12. 30. 처음 제정되기 전에는 도시정비사업의 양축인 재개발사업과 재건축사업은 각 별개의 법률에 근거하여 진행되었고, 재개발사업은 그 출발부터 공공성이 매우 강하게 작용되는 국면에서 적용되는 반면, 재건축사업은 구 주택건설촉진법상 집합건물법에 따라 구분소유자들의 자율성이 강조되어 왔다.

재건축사업은 도시의 노화된 주택들을 철거하고 새로운 주택단지를 조성하였고, 도시를 재정비한다는 측면에서는 주택재개발사업과 별반 차이가 없어 보이나, 그 동안 아파트 단지를 중심으로 한 민간사업의 성격이 강하게 대두된 결과 재개발사업에 비하여 공공적인 성격은 미약할 수밖에 없었다.[7)]

(3) 구체적인 토지소유권 박탈의 방법

과거 재건축사업도 과거 주택건설촉진법상 집합건물법에 따라 규율되던 것과 달리 도시정비법이라는 통일된 법률에 편입되어 관리처분계획에 대한 인가 등 각종 공법적 통제를 받게 되는 등 공공성이 강화된 것만은 사실이다. 그럼에도 불구하고 재건축사업은 재개발사업과 비교할 때 그 공공성이 상대적으로 약하다는 명분아래 사업시행자가 정비구역 내에 있는 필요한 토지를 강제적으로 취득하는 방법으로 재개발사업에서 인정되는 강제수용절차를 취할 수 없고, 여전히 매도청구권 행사방식만을 인정하고 있다.

(4) 토지소유권 박탈 방법의 차이에 따른 현실적 문제발생

1) 헌법적 원리에 따르면 재건축사업에서 매도청구소송, 도시개발사업에서 환지처분 등도 의사에 반하는 재산권의 박탈로서 헌법상 수용이라고 보는 것이 타당하다. 이에 대하여 매도청구소송과 수용은 엄연히 구별되므로 엄격하게 해석하자는 견지에서 이에 대한 반론이 있을 수 있으나 재건축사업의 매도청구소송은 재산권자에 대한 수용을 법원에 신청하는 수용소송의 실질을 가지는데, 토지보상법상의 수용재결과 달리 법원의 수용판결이 헌법상 수용에 해당된다고 보는 입장[8)]이 훨씬 더 설득력이 있어 보인다.

---

7) 김종보, 건설법의 이해, 박영사 2008년, 473면, 474면, 차홍권, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 2006, 석사학위 논문

그럼에도 불구하고, 여전히 실무의 입장은 매우 형식적 논리에 따라 재건축사업은 매도청구의 방식으로 토지소유권을 박탈하는 결과 수용에 따른 정당한 보상의 논리로 이어지기 힘든 논리적 한계를 스스로 인정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 공익사업에 대한 간접적 수범자에 불과한 세입자의 입장에서 보면 과연 재건축사업과 재개발사업에 따른 차이를 전혀 인정할 수 없다는 점에서 받아들이기 힘든 이론으로 보여진다. 특히 주택재건축사업이라는 재개발과 재건축의 중간지대를 차지하고 있는 정비사업현장에서는 도무지 그 정당성을 찾기 힘든 입장으로 보여진다.

2) 한편, 토지소유권의 박탈의 결과 이에 따라 오는 부수적 효과적인 차원에서 보더라도 재건축과 재개발사업은 각 정비사업의 장애사유로 등장하게 되는 결과를 초래하는데, 만일 재건축사업시행자가 매도청구권을 행사할 경우 위 매도청구를 통한 토지소유권박탈이 수용의 실질을 가지고 있음에도 불구하고 박탈당하는 토지소유권의 교환가치(시가) 전부를 지급하더라도 기존에 위 부동산에 설정된 권리제한등기의 말소되지 않아 정비사업의 현실적인 장애사유가 발생하게 된다.

특히, 이는 재건축사업현장에서 토지등소유자가 자신이 소유하고 있는 종전 부동산에 대한 가치를 넘는 권리제한등기가 설정되어 있는 경우 소위 채무초과상태에 있는 토지등소유자에 대하여 현금청산의 방법으로 매도청구권을 행사할 경우 이를 어떻게 현실적으로 해결할 것인가에 대한 새로운 해결방안 모색의 필요성이 대두된다. 이 부분은 항을 바꾸어 진술하도록 한다.

Ⅳ. 채무초과상태의 재건축 토지등소유자에 대한 현금청산

1. 민사법적 중심사고에서 비롯된 문제의 발단

(1) 서론

도시정비사업에서 청산금에 관한 법률관계를 중심으로 보자면 많은 도시정비법에 관한 법리 및 관련 공법상 쟁점이 등장하게 되지만 표면적으로 먼저 나타나는 현상은 민사적 법률관계에서 출발하다보니 이러한 부분을 많이 놓치는 경향이 있다. 실제로 이 사건의 경우에도 전술한 바와 같이 도시정비법상 재건축사업구역에서 토지등소유자에 대한 채권자가 근저당권을 가지고 있을 경우 일반적인 법률관계에 비추어 보면 너무나 쉽게 해결되는 사안이었

8) 김종보, 재개발사업의 철거와 세입자 보상, 행정법연구 제23호, 2009. 4, 112면

다. 실제로 실무에서도 그 근저당권에 대한 피담보채권이 과연 공법상 권리인지 여부를 떠나 관심자체가 없다 할 것이므로 그 근저당권 실행 또는 중지로 문제를 해결하는데 사실상 아무런 문제가 없어 보인다.

그렇다보니 근저당권에 대한 실행을 중지시키고 피담보채권인 청산금에 관한 법률관계에서 나오는 권리를 추심명령을 받아 채권의 권리를 주장할 경우, 토지등소유자가 채무초과상태에서 권리제한등기까지 다수 있다면 심각한 문제가 발생하게 되는 것이다. 이 경우 구체적인 권리관계 실현은 매도청구의 방식을 준용하여 처리할 것인데 후순위 권리제한등기가 당연히 말소되지 않기 때문이다. 이는 결국 조합뿐만 아니라 청산금에 대한 채권자 역시 사실상 권리를 실현할 수 없게 되어 양 당사자 모두에게 엄청난 피해만을 초래하게 된다[9].

(2) 구 도시정비법 제59조 물상대위권에 기한 우선변제권 주장의 한계

이에 대하여 재건축사업의 구역 내에 위치하고 있는 토지등소유자가 채무초과상태에 있다고하더라도 구 도시정비법 제59조[10]에 따라 그 해결이 가능하다는 입장이 있을 수 있다. 구 도시정비법상 저당권자의 물상대위의 규정에 따라 우선변제권을 주장할 수 있으므로 후순위 권리제한등기는 모두 말소되므로 전혀 걱정할 필요가 없다는 주장이다.

일응 살펴보면, 마치 그럴듯해 보이지만 이에 따른 주장은 기본적으로 근저당권을 통한 권리실현의 경우에만 그 적용이 가능하다고 할 것이므로, 아무리 토지등소유자에 대한 권리자가 근저당권과 피담보채권인 청산금청구채권을 가지고 있다고 하더라도 구체적인 권리를 행사함에 있어 근저당권을 통한 임의경매를 택하지 않은 이상, 청산금에 대한 피보전채권을 통한 권리실현에 따른 법률효과에 종속되는 것이 타당하다는 점에서 전혀 수긍하기 힘든 주장으로 보인다.

2. 대안적 방법의 모색

(1) 서론

---

9) 공법상 법률관계에 따르는 법률효과를 염두해 두었다면 이러한 권리행사방식을 선택하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보이고, 만일 당해 대법원판시사항이 없었다면 원고가 본래 취하고자 했던 금원마저도 그 실현이 쉽지 않았을 것으로 보인다. 오히려 공법상 법률관계에 더 초점을 맞추어 사건을 진행하였다면 결과론적이기는 하지만 원고뿐만 아니라 후순위 권리자 그리고 당시 채무초과상태에 있었던 토지등소유자 모두에게 이익이 되었을 것이다. 아이러니하게도 재건축사업진행에 걸림돌이 되었던 이 사건은 조합에게 향후 엄청난 이익을 남겨주었다.

10) 구 도시정비법 제59조(저당권자의 물상대위) 정비사업을 시행하는 지역 안에 있는 토지 또는 건축물에 저당권을 설정한 권리자는 저당권이 설정된 토지 또는 건축물의 소유자가 지급받을 청산금에 대하여 청산금을 지급하기 전에 압류절차를 거쳐 저당권을 행사할 수 있다.

위와 같이 관리처분계획이 총회에서 의결되고 정비사업 조합이 행정청으로부터 이에 대한 인가까지 받았다고 하더라도 여전히 정비사업구역 내 종전 토지등소유자에 대한 권리자 및 채권자는 자신들의 고유한 권리행사로서 각종 법률행위가 가능하고, 이에 기초한 물권변동에 따른 등기까지 가능하다는 우리나라 입법태도에 비추어 보면, 채무초과상태에 빠져 있는 토지등소유자에 대한 채권자(특히 근저당권자)가 여러 가지 권리 중 채권적 권리를 행사할 경우 기존 부동산에 설정된 권리제한등기를 깔끔하게 해결할 방안이 마땅치 않아 보이므로, 종국적으로는 정비사업 전체 조합원뿐만 아니라 일반분양을 받은 일반 매수인에게도 큰 피해를 끼칠 가능성이 높아 골칫거리로 등장하게 되었다. 이에 이를 해결할 여러 가지 방법이 모색되어 왔으므로 아래에서는 이를 살핌과 동시에 궁극적 문제해결이 가능한지 살피기로 한다.

(2) 다양한 해결방안 모색

1) 매도청구권 행사 후 제3자 변제로 해결하자는 입장

재건축사업의 사업주체는 채무초과상태에 있는 토지등소유자를 상대로 매도청구권을 행사하여 권리제한등기 있는 상태로 소유권이전등기를 경료한 다음, 제3자 변제자 대위에 따라 변제하여 해결하는 방식으로 가자는 대안으로, 이 때 사업주체가 변제할 금액은 채무를 인수하였다는 특별한 사정이 없는 한 매매대금상당액 즉 감정평가금액이고 위 매매대금을 초과하는 채권최고액이 아니라는 입장[11]이다. 그 이유로 채권최고액이 매매대금을 초과하더라도 근저당권 실행시 매매대금을 초과하는 금액은 본래 그 부동산에 의하여 담보될 수 가능성이 없는 채권이기 때문이라고 밝히고 있다.

그러나, 부동산등기법 99조[12]와 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률 제45조 제1항[13]과 같은 당연소멸 규정이 없는 이상, 그것이 제3자로 인한 변제라고 하더라도 이를 구체적으로 실행할 방법은 없으므로 그 실효성 차원에서 보더라도 그 한계가 있어 보인다.

2) 조정신청을 통하여 해결하자는 입장

11) 이우재, 도시및주거환경정비법(하), 진원사 2009년, 116면
12) 제99조(수용으로 인한 등기) ④ 등기관이 제1항과 제3항에 따라 수용으로 인한 소유권이전등기를 하는 경우 그 부동산의 등기기록 중 소유권, 소유권 외의 권리, 그 밖의 처분제한에 관한 등기가 있으면 그 등기를 직권으로 말소하여야 한다.
13) 제45조(권리의 취득 · 소멸 및 제한) ① 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다.

위와 같이 매도청구권 행사를 통한 소유권이전등기 완료시 권한제한등기는 당해 매매대금에 상당하는 시가를 지급했다고 하더라도 당연히 소멸되는 것은 아니므로 설령 위 매도청구권 행사를 위한 처분금지가처분이 되어 있다고 하더라도 위 가처분보다 선순위의 압류, 가압류, 근저당권 등 권리제한등기를 말소할 방법이 없다는 점을 원칙적으로 인정하자는 태도이다. 따라서 조합은 매도청구권 행사를 바로 시행하기 보다는 관련 이해관계인들을 모두 상대방으로 삼아 조정신청을 통하여 해결하자는 입장이다. 실제로 실무에서 많이 사용하는 방법으로 어느 정도 실효성을 가지고 있는 것도 사실이다. 그러나 권리제한등기가 여러 개인 가운데 특히 가압류 등 실질적인 채권의 존부가 확정되지 않은 채권자가 존재할 경우 조정의 어려움이 있어 그 한계가 있는 것도 사실이다.

3) 선순위권리자가 경매신청을 하도록 유도하자는 입장[14)]

실제로 강력한 선순위 권리자가 존재할 경우 사용하는 방법으로, 당해 토지등소유자에 대한 가장 많은 채권액을 가지고 있으면서 이를 피담보채권으로 하는 최선순위근저당권자가 있는 존재한다면 해결방법으로 그 논의가 가능한 방법이다. 그러나 임의경매를 통한 절차진행시 조합이 반드시 낙찰을 받는다는 보장은 없는 것이고, 특히 당해 권리자가 기필코 피담보채권을 선택적으로 행사하겠다고 그 마음을 바꿀 경우 이를 막을 방법이 존재하지 않아 악용의 가능성이 존재한다는 비판이 있을 수밖에 없다.

4) 근저당권부 피담보채권을 양수받아 해결하자는 입장

실제로 채무초과상태에 있는 토지등소유자에 대한 근저당권자들은 본격적으로 사업이 시행되어 법률관계가 매우 복잡해지는 경우, 특히 재건축사업구역 내 존재하고 있는 종전 부동산이 철거되어 기존 집합건물 등기부등본이 폐쇄된 경우라면 구체적인 권리실현방법의 어려움을 하소연하면서 조합에게 차라리 자신의 권리를 매수해 가라는 제안을 해 오는 경우가 있다. 이러한 경우 부기등기 방식으로 근저당권을 인수한 후, 위 근저당권에 기초하여 임의경매를 실행하여 해결하자는 입장이다. 그러나 이러한 방법 역시 순위근저당권자의 자발적인 협조는 물론 구체적인 양도·양수금액에 관한 또 다른 분쟁의 여지와 함께 조합의 내부적인 절차 역시 만만치 않다는 점에서 그 현실적인 어려움이 존재한다.

---

14) 박길현, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 2009, 건국대학교 행정대학원 도시및지역계획학과 석사학위 논문, 70면

5) 기타 입장

이외에도 조합이 현금청산대상자인 토지등소유자뿐만 아니라 권리제한등기의 권리자를 모두 피고로 삼아 일괄하여 매도청구권을 행사하여 해결하자는 견해[15]와 매도청구권을 행사하여 시가 상당의 매매대금지급과 상환이행으로 소유권이전등기판결을 받은 후 집행공탁을 통하여 해결하자는 견해가 있을 수 있으나 이 역시 입법론은 별론으로 하더라도 현실적으로 명백한 한계가 있는 입장에 불과한 것으로 보인다.

3. 대법원의 현실적 필요성에 따른 법리의 창조 또는 재구성

(1) 사업시행자, 토지등소유자에 대한 채권자 모두 사실상 권리실현 장애상태 발생

1) 전술한 바와 같이 재건축정비사업구역 내 채무초과상태에 있는 토지등소유자에 대한 선순위 근저당권 채권자가 애초에 권리실현방법으로 택하였던 임의경매방법에 따랐다면 특별한 문제없이 종결될 수 있었던 사안이었다. 그런데 무슨 영문인지 구체적인 이유는 알 수 없지만[16] 위 채권자는 위 임의경매실행을 중단시킨 후 피담보채권인 청산금을 추심명령을 받아 조합에게 권리행사를 하는 바람에 그 동안 입법미비 상태로 남겨 놓았던 문제가 발생하게 되었다.

이 사건의 채무초과상태에 있는 토지등소유자가 현금청산에 이르게 된 경위는 기본적으로 분양신청은 하였으나 분양계약서 체결기간 동안 어떠한 행위도 하지 않았으므로, 조합도 아닌 토지등소유자 입장에서 적극적으로 현금청산자의 지위에 기초하여 조합을 상대로 청산금 청구를 할 수 있다는 점에 터 잡은 것이다.

2) 위와 같은 상황이 발생하게 되면, 추심권자는 조합을 상대로 청산금을 청구할 수 있는 것이고, 조합은 소유권이전등기완료와 함께 종전 부동산에 대한 권리제한등기의 말소를 항변으로 주장할 수 있게 된다. 그렇다면 추심권자가 조합을 상대로 매매대금에 상응하는 시가상당의 청산금을 받기 위해서는 자신보다 후순위권리자에 대한 권리제한등기까지도 말소해야 하는 상황이고, 마찬가지로 조합 역시 채무초과상태에 있는 토지등소유자를 상대로 소유권이전등기를 완료하기 위해서는 매매대금 이상의 모든 권리제한등기의 채권액을 지급해야 한다. 그 결과 쌍방 모두는 권리실현장애 상태에 빠지게 되어 매우 어처구니없는 상황을

15) 김향훈, 도시및주거환경정비법상 매도청구에 관한 연구, 2012, 광운대 석사학위논문 85면

16) 실제로 재판을 담당했던 대리인으로서 추측이 가는 부분은 있으나 그 중 이해의 편의를 위하여 하나만 밝히자면 경매실행 환가 시 그 평가액을 건물부분과 토지부분으로 나누어 판단하는 것이 원칙적인 모습인데, 이 사안의 경우 그 권리실행이 늦어져 그 중간에 담보목적물 중 아파트가 철거중이었으므로 이 부분에 대한 감가를 걱정하여 경매를 중단시킨 것으로 보인다.

초래하게 되었다.

이에 따라, 대법원은 정책법원으로서 역할이 요구되는 절체절명의 시기에 맞닿게 되었고, 종국적으로는 구체적 타당성 확보를 위하여 새로운 법리를 도입하기에 이르렀다.

(2) 대법원의 일종의 정책법원으로서 역할(구체적 타당성 확보)

1) 잠정적・임시적 방법

위와 같이 권리제한등기의 당연 소멸 또는 말소규정이 없는 한, 쌍방 간 권리실현장애상태는 계속될 수밖에 없으며, 딱히 이를 해결하기 위한 대안적 해결방안도 마땅치 않는 가운에 많은 고민을 거듭한 것으로 보인다. 특히 대법원은 단순히 법리에 대한 당부만을 판단하는 것에 그치는 것이 아니라 입법의 미비로 인한 구체적 타당성에 부합하지 않는 사례가 있다면 적극적으로 개입하여 정책법원으로서 역할을 담당해야 한다는 차원에서 이 사건 문제해결에 적극적인 모습을 보였다고 볼 수 있다.

이에 따라, 대법원은 도시개발법 즉 환지에서 그 힌트를 얻은 것으로 보이고, 결국 도시정비법상 도시개발법 준용규정[17]을 발견한 다음, 환지처분과 분양처분[18]의 각 효력이 궤를 같이 한다는 기존 대법원판례[19]을 참조하여, 환지처분과 같은 맥락에 있는 이전고시(분양처분)도 그 효력이 발생할 경우 종전 부동산의 모든 권리제한등기는 특별한 사정이 없는 한 모두 소멸한다는 새로운 법리를 만들었다. 그러나 이러한 법리 역시 불측의 손해를 가할 수 있다는 가능성을 배제할 수 없으며, 이 사안은 이미 해당 채무초과상태의 토지등소유자의 종전아파트에 대응하는 종후아파트(재건축아파트)가 배정된 상태였다는 점에 비추어 보면 위 대법원판례가 적용될 수 있는지 조차 의문이어서 순수 법리적인 차원에서만 보자면 조금은 어색해 보인다.

그럼에도 불구하고, 사안의 해결이라는 것이 법리에 나름대로 충실하면서도 구체적 타당성에 부합하는 판결을 도출하기 위한 차원에서 보자면 대단히 의미 있는 판결이라고 생각한다. 따라서 보다 근본적인 차원의 해결책이 필요해 보이는데, 현금청산의 시기 또는 방법을 달리 정하여 입법적으로 해결하는 것도 고려해 볼만 하다.

---

17) 도시정비법 제55조 ② 제1항의 규정에 의하여 취득하는 대지 또는 건축물중 토지등소유자에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제40조의 규정에 의하여 행하여진 환지로 보며, 제48조 제3항의 규정에 의한 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제34조의 규정에 의한 보류지 또는 체비지로 본다. 〈개정 2008. 3. 21.〉

18) 도시재개발법 시대 분양처분은 현 도시정비법에서는 이전고시로 명칭만 변경되었을 뿐 양자는 동일하다고 보고 있다.

19) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결

2) 현금청산 시기· 방법에 관한 변경의 필요성

당해 사안은 사실 채무초과상태에 있는 토지등소유자의 적극적인 현금청산에 관한 의사표시에 기하여 기초적인 법률관계가 이루어진 것이 아니라, 오히려 위 토지등소유자(조합원)는 적극적으로 분양신청까지 한 상태에서 여러 채권자들의 채무변제에 대한 독촉을 넘어서 경매를 실행하자 불가피하게 분양계약을 체결하지 못한 것으로 보인다.

그런데, 문제는 임의경매에 따른 권리행사가 아닌 중간에 그 권리행사의 방법을 변경하여 청산금에 대한 추심금청구를 통하여 문제해결을 시도하였다는 것이다. 그렇다면 과연 이러한 경우에도 토지등소유자의 청산자의 지위를 인정할 수 있는 것인지조차 의문이 들 수밖에 없는 것이고, 이는 종국적으로 토지등소유자의 의사에 반하여 청산자 지위에 놓였다는 점도 부인하기 힘들다. 실제로 당해 조합의 입장에서도 이러한 경우까지 조합원지위를 상실시킬 필요성이 있는지 의문이라는 태도를 일관되게 보여 왔다.

이러한 점에서 일본의 도시재개발 중 제1종 시가지재개발사업을 참조할 필요성이 있어 보인다. 차라리 일본의 경우와 같이 관계 권리자가 적극적으로 당해 사업에 따른 권리변환이 아닌 금전보상을 원하는 권리변환제외신청을 하는 경우에만 현금청산을 택하는 방식이다[20].

만일 우리나라가 이러한 방식을 택하였다면 임의경매실행에 의존할 수밖에 없었을 것이고, 이러한 복잡한 문제는 애초에 발생될 여지는 없었을 것으로 보인다.

한편, 일본은 권리변환절차 개시의 등기가 된 후에는 해당 등기에 관계되는 권리자는 사업주체의 승인을 얻지 못할 경우 이러한 권리처분자체가 대외적 효력이 없는 것이 원칙(일본 도시재개발법 제70조)인 점도 매우 유념하여 적극적으로 검토해야 할 규정으로 보인다. 이 사안 역시 이미 관리처분계획에 기초한 건물철거를 넘어 한창 공사 진행 중에도 계속되는 권리변경으로 인한 문제가 심각하게 대두되었기 때문이다.

4. 여론 : 대상판결에 따른 권리제한등기의 구체적인 말소방법

위와 같이 임시적·잠정적인 판결로 인하여 구체적인 권리제한등기의 말소방법과 관련하여 실제로 여러 가지 문제가 대두되었다. 대법원의 논리에 충실하자면 애초의 도시정비법 제 87조(구 도시정비법 제55조)[21]에 따른 종후 부동산에 관한 권리제한등기 역시 본래 등기사항자체가 아니므로 직권으로 말소하는 방식이 타당해 보인다. 그러나 실무적인 입장에서

20) 강신은, 관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적연구, 중앙대 박사학위논문, 2012. 8, 89면~97면

21) 제87조(대지 및 건축물에 대한 권리의 확정) ① 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제86조제2항에 따라 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권 · 전세권 · 저당권 · 임차권 · 가등기담보권 · 가압류 등 등기된 권리 및 「주택임대차보호법」 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다.

보자면 형식적 심사권을 가지고 있는 등기관에게 이러한 기대는 무리가 있어 보이므로 현실적으로는 다른 구체적인 방법을 통하여 해결 하는 것이 타당해 보인다.

이에 대해서도 가압류이의를 통하여 해결하자는 입장이 있으나, 조합은 일종의 특정승계인에 해당하여 가압류이의의 당사자적격과 관련하여 여러 문제가 있으므로 결국엔 가압류채무자인 채무초과상태에 있는 토지등소유자가 직접 가압류 이의를 제기할 수밖에 없다. 그러나 이 역시 현실적으로 위 토지등소유자에게 이러한 기대를 하기에는 무리가 있다는 점에서 결국엔 조합이 당사자가 되어 사정변경에 기초한 가압류취소를 구하는 것이 가장 현실적인 방법이 아닐까 생각한다. 그런데 이 역시 말소의 대상이 현재 '재건축' 아파트에 관한 권리제한등기가 아닌 종전 부동산에 대한 권리제한등기라는 점에서 문제가 아예 없는 것은 아니라고 할 것이다.

Ⅴ. 결어

이상과 같이 채무초과상태에 있는 토지등소유자에 대한 근저당권 등 권리제한등기의 채권자가 임의경매 등 손쉬운 방법을 택하지 않고 해당 담보 물권에 대한 피담보채권인 청산금채권을 추심금의 형태로 권리를 실현할 경우 현행 도시정비법의 문제로 인하여 사실상 쌍방 모두 권리실현장애상태에 빠지게 되어 심각한 문제가 발생하게 된다. 물론 위와 같은 대법원의 판시법리에 따라 어느 정도 해결되었다고 볼 수 있지만 보다 근본적으로 도시정비법 체제를 다듬어 근본적인 해결책을 강구할 필요성은 있다고 보여진다.

채무초과상태에 빠져 있는 토지등소유자에 대한 소유권확보방법으로 매도청구소송의 방식을 택하고 있으나, 그 실질이 수용소송이라는 점에 비추어 볼 때 단순한 민사소송 형태의 소유권이전등기청구소송이 아닌 당해 법률관계가 공법상 원인관계에서 비롯되었다고 할 것이므로 단순한 민사소송이 아닌 공법상 당사자소송의 형식으로 접근하여 수용소송의 형태로 문제해결 방안을 접근하는 것도 하나의 방법으로 보여진다.

한편, 보다 근본적으로는 일본과 같이 애초에 권리변환제외를 신청한 토지등소유자에 대해서만 현금청산자의 지위를 인정하고, 향후 관리처분계획의 수립 및 집행의 일정 시점까지는 법률행위에 따른 권리변동자체를 고정시키는 방향으로 입법론을 고민해야 할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

차흥권, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 2006, 석사학위 논문

김종보, 재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익, 행정법연구 제56호, 2019년 2월

김종보, 건설법의 이해, 박영사 2008년

김종보, 재개발사업의 철거와 세입자 보상, 행정법연구 제23호, 2009. 4.

이우재, 도시및주거환경정비법(하), 진원사 2009년

강신은, 관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적연구, 중앙대 박사학위논문, 2012년 8월

김향훈, 도시및주거환경정비법상 매도청구에 관한 연구, 광운대 석사학위논문, 2012

박길현, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 건국대학교 행정대학원
도시및지역계획학과 석사학위 논문, 2009

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가

박 지 윤*

국문초록

건축법상 건축허가를 받으면 국토계획법상 개발행위허가가 의제되고, 주택법상 사업계획승인을 받으면 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가가 각각 의제된다. 국토계획법에서 말하는 개발행위 허가에는 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 포함하기 때문에, 주택법상 사업계획승인을 받으면 부여되는 의제의 내용에는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 건축물의 건축행위, 토지의 형질 변경 등을 모두 포함한다.

인허가의제 규정은 「산업기지개발 촉진법」(1973. 12. 24. 제정・시행)에서 처음 도입된 이후 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2021년 116개 법률, 141개 조문으로 확대되었다. 인허가의제는 절차간소화 의제조항과 필수적 요소를 위한 의제 조항으로 분류할 수 있는데, 필수적 요소를 위한 의제조항은 당사자의 신청이나 추가적인 서류제출 없이 의제되는 것을 말한다. 인허가의제 조항은 그 수와 내용이 방대함에도 필수적 의제인지 절차간소화 의제인지와 관련해서는 연구가 부족하였다.

건축법상 의제조항과 주택법상 의제조항의 내용과 형식이 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라서 달라진다. 건축법상 건축허가는 건축허용성이 포함되는 처분이 아니므로 건축법상 의제되는 개발행위허가는 토지의 형질 변경 등은 제외한 국토계획법상 건축허가만을 필수적 의제로 볼 수 있으나, 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제하는 행정행위로 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 의제되는 개발행위허가는 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있다.

나아가 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 국토계획법상 관련 절차가 생략된다. 의제조항의 무분별한 확대는 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적

* 법제처 행정사무관

인 개발을 방해하게 되므로, 향후 의제조항의 분류기준에 대한 연구가 활성화되어 이러한 문제를 해결할 수 있게 되길 바란다.

주제어 : 인허가의제, 의제, 개발행위허가, 건축허가, 주택사업계획승인

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 인허가의제 일반론
Ⅲ. 건축법과 주택법의 인허가의제 조항 비교
Ⅳ. 개발행위허가의 의제
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

건축법상 건축허가를 받으면「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 함) 상 개발행위허가가 의제되고, 주택법상 사업계획승인을 받으면 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가가 각각 의제된다. 국토계획법에서 말하는 개발행위허가에는 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 포함하기 때문에, 주택법상 사업계획승인을 받으면 부여되는 의제의 내용에는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 모두 포함한다. 건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용이 어떻게 다르기에 의제의 내용과 형식에 차이가 있는 것인지 살펴보고자 한다.

인허가의제 규정은 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 1973. 12. 24. 제정・시행된「산업기지개발 촉진법」에서 처음 도입된 이후 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2021년 116개 법률로 확대되었다. 인허가의제는 절차간소화 의제조항과 필수적 요소를 위한 의제 조항으로 분류할 수 있는데, 필수적 요소를 위한 의제 조항은 당사자의 신청이나 추가적인 서류제출 없이도 의제의 효력이 미친다.

이번 연구에서는 인허가의제의 일반론을 검토한 후 건축법상 의제조항과 주택법상 의제조

항을 비교하여, 각각의 의제조항의 내용과 형식이 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라 달라질 수 있는지를 검토해보고하 한다. 그리고 의제되는 인허가의 유형을 분류하고 이에 따라 당사자의 신청여부, 절차 분리 가능여부, 추가서류 제출여부 등에 대하여 검토하여 건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가의 성격을 밝혀보고자 한다.

Ⅱ. 인허가의제 일반론

1. 인허가의제의 개념

(1) 인허가의제의 정의

인허가의제란 개별 법률에 산재되어 있는 각종 인·허가 사항을 주된 인·허가 소관 행정청을 중심으로 일괄적으로 처리하고, 주된 인·허가를 받으면 그 시행에 필요한 다른 법률에 의한 인·허가도 받은 것으로 보는 제도[1]이다. 최근 제정된 「행정기본법」(법률 제17979호, 2021. 3. 23., 제정)에서는 인허가의제를 주된 인·허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 인·허가를 받은 것으로 보는 것으로 정의하고 있다(제24조제1항). 결국 인허가의제는 인허가의제사항 관련한 행정절차를 주된 인허가 행정청으로 일원화하여 절차를 간소화하여 국민의 권익을 보호하는 데 그 의의[2]가 있다.

의제(擬制, Fiktion, legal fiction)[3]란 법적 사실에 대한 증명이 없는 경우에도 일반적인 사실의 개연성이 매우 높은 경우에 그러한 사실에 기초한 효과를 법률이 발생시키는 것을 말한다. 그런데 일반적으로 말하는 의제[4]와 인허가의제에서의 의제는 그 의미가 조금 다르게 생각된다. 일반적으로 말하는 의제는 사실상 없는 것을 법률이 있는 것으로 효과를 발생시키는 것인데, 인허가 의제는 의제되는 인허가도 실질적으로 존재하는 것으로 보이기 때문이다.

특히 절차간소화 의제규정의 경우에는 절차만을 통합하는 것일 뿐, 의제된 인·허가의 실질은 각각 존재하는 것이기 때문에, 건축허가를 받은 경우 의제되는 토지형질변경허가의 경우, 관련 첨부 서류를 제출하였다면 토지형질변경허가도 형식적으로는 없어도 실질적으로는 존재하는 것으로 보인다.

---

1) 김동희/최계영, 『행정법 Ⅰ』, 제26판, 박영사, 2021. 3. 15., 193면 참조
2) 대법원 2015. 7. 9. 선고, 2015두39590 판결, 건축법에서 인허가의제를 둔 취지를 설명한 부분 참조
3) 법률용어한영사전, 법제처, 2008, 286면
4) 국립국어원 표준국어대사전 참조, https://stdict.korean.go.kr; '의제(擬制)' 란 본질은 같지 않지만 법률에서 다룰 때는 동일한 것으로 처리하여 동일한 효과를 주는 일로 정의하고, 민법에서 실종 선고를 받은 사람을 사망한 것으로 보는 것을 예로 들고 있다.

(2) 독일의 행정계획의 집중효

인허가의제의 효력을 논의할 때, 독일의 집중효(Konzentrationswirkung)와 비교되곤 한다. 집중효란 독일 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrens-gesetz)상 계획결정절차(Planfeststellungsverfahren, 제74조)[5]에 인정되는 효과(제75조)로, 별도의 청문행정청이 실시하는 토론회나 공청회 등에서 이해관계인의 참가를 통해 행정계획이 결정되면 그 계획의 수행에 필요한 인가, 허가, 승인 등을 대체하여 발생[6]하는 효과를 말한다. 달리 말하면 행정계획이 결정되면 다른 행정청에서 받아야 하는 인가, 허가, 승인 등을 따로 받지 않아도 된다는 것이다.

우리나라의 인허가의제와 독일 행정계획의 집중효는 공통점이 많지만, 제도적으로 중대한 차이점[7]이 존재하는 구별되는 개념이므로 용어를 혼용해서 쓰지 않도록 유의해야 한다. 대규모 개발 사업이나 시설의 신속한 진행을 위하여 법령에 근거하여 행정청의 권한이 통합되었다는 것은 주된 공통점이다. 그러나 집중효는 계획확정에 부여되는 특유의 효과로, 이해관계인들의 집중적 참가를 전제로 관련된 다른 법률의 모든 인허가를 일괄적으로 받은 것으로 보는 효력을 말하는 반면에, 인허가의제는 의제대상 인허가에 한정하여 인정되는 부분적이고 열거적인 집중효에 불과하다[표 1 참조].

[표 1] 집중효와 인허가의제의 차이점과 공통점[8]

차이점	집중효	인허가의제
대상	계획확정에 부여되는 특유의 효과	행정계획뿐만 아니라 인가·허가 등 일반 행정행위에도 인정
이해관계인참여	이해관계인의 집중적 참여	이해관계인의 집중적 참여 결여
효력	행정계획과 관련된 다른 법률에 의한 모든 인·허가를 받은 것으로 인정하는 것이 원칙. 일괄적 집중효	주된 인·허가 등의 근거법률에서 열거하는 의제대상 인·허가 등에 한정, 부분적이고 열거적인 집중효
공통점		
목적	대규모 개발사업이나 대규모 시설 설치를 위한 절차간소화와 사업의 신속한 진행	
행정청의 권한	법령에 근거하여 행정청의 권한이 통합	
제출 서류	중복되는 서류의 감축	
협의	관할 행정청과 협의 필요	

5) 김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”,『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 71면; 독일연방행정절차법에 특유한 개념으로서 “특정한 행정계획을 공적·사적 이해관계인의 참여를 통하여 행정청의 허가 등 모든 행정처분을 집중하고, 민사상의 방해제거청구소송 등 모든 분쟁가능성을 배제하여 계획과 관련된 이해관계인의 다양한 법률관계를 법구속적으로 확정짓는 결정을 내리는 절차”라고 설명함.

6) 김종보, 『건설법의 이해』 제6판, 피데스, 2018. 3. 23., 127면

7) 김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”,『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 68-71면

8) 김재광, 앞의 글, 67-70면 재구성; 박균성/김재광, “인허가의제제도의 문제점과 개선방안”,『행정법연구』, 26, 2010. 4., 35-36면 참조; 선정원, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법

(3) 인허가의제의 도입

인허가의제 조항은 항만・공업용수・도로・철도・동력 등의 기반시설을 갖춘 대단위의 산업기지를 효율적으로 개발하기 위하여 1973. 12. 24. 제정・시행된 「산업기지개발 촉진법」에서 다른 법률과의 관계라는 조문으로 처음 도입[9]되었다. 사업시행자가 산업기지개발 사업에 관하여 실시계획의 승인을 얻으면 도시계획 사업시행자의 허가, 실시계획의 인가, 수도사업의 인가 등 11개 법률에 의한 13개의 각종 인허가를 받은 것으로 보았다.

당시에는 하나의 법률에서 다른 법률에 의한 여러 개의 인・허가를 일괄로 의제하는 사례가 없었기에 파격적인 입법방식이었다.[10] 제정 이유를 살펴보면 이 법은 당시 정부가 중점사업으로 추진하고 있는 중화학공업의 건설지역에 항만・공업용수・도로・철도・동력 등의 기반시설을 갖춘 방대한 규모의 대단위의 산업기지를 집중적으로 개발하기 위하여 도입되었음을 알 수 있다.

(4) 인허가의제 조문의 확대

인허가의제는 특히 대규모사업의 경우 여러 행정기관의 인허가를 받아야 하는 번거로움을 줄이고, 행정청은 주된 인허가 및 이와 관련된 사항을 종합적으로 검토할 수 있게 되어 사업수행을 촉진하려는 목적에서 도입되었다. 이후 인허가의제는 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2000년 50여개[11], 2002년 60여개[12], 2021년 116개 법률 141개 조문[표 2 참조]에서 규정하고 있다.

[표 2] 소관부처 법률별 인허가의제 조문 현황[13](2021. 3. 기준)

소관부처	법률	조문	대표 법률
국토부	32	41	건축법, 국토계획법, 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법, 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법, 주택법 등

연구』, 34호, 2012. 12., 55-56면 참조

9) 산업기지개발촉진법[시행 1973. 12. 24., 법률 제2675호, 제정]
제21조 (다른 법률과의 관계) ① 사업시행자가 산업기지개발사업에 관하여 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각 호의 허가・인가・동의 또는 승인을 받은 것으로 본다.
1. 도시계획법 제24조의 규정에 의한 도시계획사업시행자의 허가 및 제25조의 규정에 의한 실시계획의 인가(産業基地開發事業을 都市計劃事業으로 施行하는 경우에 限한다)
2. 수도법 제13조 및 제32조의2의 규정에 의한 수도사업의 인가
3. 하수도법 제13조의 규정에 의한 공공하수도사업의 허가
② 건설부장관이 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 할 경우 제1항 각호에 해당하는 내용이 포함되어 있는 경우에는 관계부처의 장과 미리 협의하여야 한다.

10) 김재광, 앞의 글, 70면; 박균성/김재광, 앞의 글, 34면

11) 김재광, 앞의 글, 70면

12) 정태용, “인・허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』, 2002. 2., 4면

환경부	16	17	대기환경보전법, 물환경보전법, 폐기물관리법 등
해수부	15	16	어촌특화발전 지원 특별법, 항만공사법 등
행안부	13	15	소하천정비법, 온천법, 유선 및 도선사업법 등
산자부	12	17	산업입지 및 개발에 관한 법률, 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률, 유통산업발전법 등
문체부	8	11	관광진흥법, 국제회의산업 육성에 관한 법률 등
농림부	6	6	간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률 등
산림청	4	4	산림문화·휴양에 관한 법률, 산림복지 진흥에 관한 법률 등
국방부	3	4	주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원등에 관한 법률 등
중기부	2	3	규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법
여가부	1	3	청소년활동 진흥법
기재부	1	1	사회기반시설에 대한 민간투자법
과기부	1	1	연구개발특구의 육성에 관한 법률
보훈처	1	1	국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률
문화재청	1	1	고도 보존 및 육성에 관한 특별법
합계(개)	116	141	

구체적으로 「산업기지개발 촉진법」과 그의 후신인 「산업입지 및 개발에 관한 법률」의 인허가의제 규정인 제21조를 살펴보면 1973년 11개 법률에 의한 13개의 각종 인허가를 받은 것으로 보는 것으로 도입되었다가, 2000년 19개 법률에 의한 34개의 인허가, 2021년에는 37개의 법률에 의한 82개의 인허가를 받은 것으로 보도록 점차 확대되었다.

(5) 인허가의제 확대의 문제점

인·허가의제 제도는 규제완화 차원에서 인허가 창구를 일원화하고, 절차간소화를 통해 민원인의 비용과 시간을 절감하려는 의도로 확대되고 있으나, 본질이 같지 않은 것을 동일한 것으로 보아 같은 효과를 부여하다보니 단순한 절차 간소화를 넘어서서 의제되는 인허가의 절차를 보장할 필요가 있는지, 의제되는 인허가를 독립적으로 취소할 수 있는지 등 복잡한 문제들이 발생하고 있다.

그리고 이제는 인허가의제가 단순한 절차 간소화방안이 아니라 관련 인허가절차를 통합하는 방안으로까지 확대[14]되고 있다. 국토교통부는 전체 인허가의제 법률 중 32개 법률(27%), 41개 조문(29%)에서 인허가의제 조문을 두고 있으나 내용과 방식이 통일적이지 않다. 이제는 인허가의제제도가 너무 많아져서 법률 상호간에 서로의 인허가를 의제하는 상황도 발생하고 있고, 하나의 인허가에 의해 의제되는 인허가의 수[15]도 대폭 늘어났다.

---

13) 법제처, 『행정기본법 조문별 해설』, 2021, 102-108면 참조하여 재구성
14) 정태용, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』, 2017. 12. 15., 219-220면
15) 예를 들어 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제148조는 38개 법률에 의한 87개의 인허가를 의제하고 있다.

인허가의제의 무비판적 확대의 문제점으로는 사업수행의 효율성만을 강조하여 관련 행정청, 지방자치단체, 주민 등 이해관계인의 절차상 실질적 참여가 배제된다는 점[16], 복잡한 이해갈등상황을 행정이 적극적인 조정을 통해 해결하지 않고 의제 제도를 편법적으로 이용하여 해결하거나, 인허가 철폐를 회피하거나 지연시키는 수단으로 활용될 수 있는 여지가 있다는 점[17] 등이 지적되고 있다.

2. 인허가의제의 분류

(1) 인허가의제의 유형

인허가의제 조항을 분류하는 기준으로 판례가 구체적으로 판시하는 바는 없고, 크게 절차간소화를 위한 것과 필수적 요소를 의제하는 두 가지 유형으로 분류하는 견해[18]와 확장적 의제와 기간경과적 의제로 분류하는 견해[19]를 찾아볼 수 있다. 현행법 상 인허가의제는 조항이 확대된 것에 비해 인허가의제의 유형에 대한 구체적인 연구는 부족한 실정이다.

본 연구에서 기간경과적 의제는 검토대상이 아니므로 아래에서는 절차간소화 의제와 필수적 요소를 의제하는 유형을 당사자의 신청여부, 절차 분리 가능여부, 추가서류 제출여부 등과 관련하여 자세히 살펴보고 구체적인 분류기준에 대하여 생각해보고자 한다.

(2) 절차 간소화 의제

절차 간소화를 위한 의제는 두 개 이상의 인허가 절차를 간소화하기 위해 마련된 것으로 당사자가 주된 인허가 절차 중에 의제되는 인허가와 관련된 신청서를 추가로 제출해야 의제조항이 작동된다. 그리고 당사자가 의제되는 절차를 별도로 선행하는 것을 금지하지 않는다. 건축현장의 식당으로 이용하기 위한 공사용 가설건축물 신고 등이 이에 해당[20]한다.

건축허가를 예를 들면, 건축허가에 의해 의제되는 토지형질변경 등 건축허용성과 관련된 결정은 건축법상 건축허가에 당연히 포함되는 처분이 아니라,[21] 건축허가에 선행하는 별개의

16) 김재광, 앞의 글, 67-68면
17) 선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 88면
18) 김종보, 앞의 책, 125-126면 참조.
19) 김중권, “의제된 인·허가의 취소와 관련한 문제점”, 『법조협회, 최신판례분석』, 67권 5호, 2018, 519-520면 참조; 허가, 신고 등과 같은 선행행위의 존재를 바탕으로 다른 인허가에 관한 의제효과를 연결시키는 동반적·확장적 의제와 소정의 처리기간의 경과에 의제효과를 연결시키는 기간경과적 의제로 분류한다. 그리고 기간경과적 의제방식을 진정한 의제방식으로 보고, 확장적 의제방식은 부진정한 의제방식으로 본다.
20) 김종보, 앞의 책, 125-126면.
21) 김종보/박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”. 『행정법연구』, 제64호. 2021.

처분이다. 따라서 건축허가에 의해 의제되는 토지형질변경 등 건축허용성과 관련된 개발행위는 건축법상 건축허가에 당연히 포함되는 처분은 아니므로 절차간소화 의제사항에 가깝다.

(3) 필수적 요소를 위한 의제

반면에 필수적 요소를 위한 의제조항은 법체계상 당해 처분에 포함되어야 하는 처분을 의제하는 것으로 당사자의 신청이 없이도 법률의 규정에 의해 포함된 처분도 발급된 것으로 본다. 현재 의제조항은 주로 절차간소화를 위해 운영되고 있고 상대적으로 필수적 요소를 위한 의제조항은 수가 많지 않다. 그리고 어떤 조항이 필수적 요소를 위한 의제인지 분명하지 않다. 필수적 의제는 주된 처분과 의제되는 처분의 절차가 분리될 수 없다고 보아야 하고 관련 서류는 추가로 필요하지 않은 것이 원칙[22]이다. 주된 처분의 행정청은 신청인의 신청과 무관하게 의제되는 처분의 요건까지 함께 심사해야 한다.[23]

건축허가요건 심사를 할 때에는 위험방지를 목적으로 하는 건축법상 건축허가요건과 토지의 합리적 이용을 전제로 하는 국토계획법상 건축허가요건을 동시에 심사한다. 그리고 건축허가를 신청할 때에는 건축법상 건축물의 구조, 화재, 피난 등에 관한 내용과 더불어 국토계획법상 건폐율, 용적률, 허용용도 등에 관한 내용도 포함해야 한다. 따라서 건축법상 건축허가에 의제되는 국토계획법상 건축허가는 건축주의 의사와 무관하게 의제되는 필수적 의제에 가깝다.

3. 인허가의제의 요건과 심사범위

(1) 인허가의제의 실체적 요건

인허가의제가 성립되기 위해서는 의제되는 인・허가의 실체적 요건과 절차적 요건을 모두 갖추어야 하는지 여부가 문제된다. 의제되는 인・허가의 실체적 요건을 갖추어야 하는 지에 관하여 판례는 주된 인허가 신청을 받은 행정기관은 의제되는 인허가요건에 엄격히 구속되어 의제되는 인허가요건을 모두 충족하여야 주된 인허가처분을 할 수 있다는 실체집중부정설[24]을 취하고 있고, 학설도 일반적으로 이 견해를 지지하고 있다.[25]

3., 48-49면 참조.

22) 김종보, 앞의 책, 125-126면.

23) 김종보/박건우, 앞의 글, 55면.

24) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결 등

25) 박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자와 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처

(2) 인허가의제의 절차적 요건

그러나 의제되는 인·허가의 절차적 요건을 갖추어야 하는지 여부에 대해서는 견해가 갈린다. 판례는 특별한 규정이 없는 한 신청된 주된 인허가절차만 거치면 되고 의제되는 인허가의 절차적 요건은 갖추지 않아도 된다는 절차집중설의 입장인 바, 주택법에 의한 주택건설사업계획승인에 의하여 도시·군관리계획결정이 의제되기 위해서는 도시·군관리계획결정 절차를 거치치 않아도 된다고 보았다.[26)]

이에 대하여 학설은 일반적으로 절차집중설[27)]을 취하고 있는데, 적법절차의 원칙은 헌법적 효력을 갖는 법의 일반원칙이므로 명문의 규정이 없는 경우에도 준수해야 한다는 제한적 절차집중설[28)], 이해관계 있는 제3자의 보호를 위한 절차규정은 적용 내지는 존중되어야 한다는 견해[29)]도 있다.

(3) 인허가의제의 심사범위

인허가의제제도는 창구일원화와 절차간소화를 통해 비용과 시간을 절감하려는 것이지, 의제되는 인·허가의 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다.[30)] 그래서 건축법에서는 의제되는 인·허가의 요건을 심사하기 위하여 허가권자가 건축허가를 할 때에는 미리 의제되는 인·허가의 행정청과 협의(건축법 제11조제6항)를 하도록 하고 있다.[31)]

(4) 인·허가의제제도의 협의

일반적으로 '협의'는 의견을 듣는 절차를 의미하는데,[32)] '동의'를 요구하는 경우도 있다.[33)] 인·허가의제에서 협의는 동의를 의미한다. 이 경우의 협의는 의제되는 인·허가의 행정청이 요건의 충족 여부를 심사한 결과를 알려주는 것이기 때문이다. 즉 인허가의제의

분의 효력", 『법조협회, 최신판례분석』, 67권 3호, 2018. 6. 28., 769-771면

26) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결

27) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2017, 381면

28) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2018, 694면

29) 박윤혼/정형근, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2009, 257면

30) 대법원 2015. 7. 9. 2015두39590 판결

31) 인·허가의제제도를 독일의 계획확정절차로 설명하기도 하는데, 인·허가의제제도에서는 협의과정에서 동의하거나 부동의하는 방법으로 해당 행정청이 권한을 행사하지만, 독일의 경우에는 대단위 개발사업에 관한 계획확정 절차에서는 관련 인·허가에 관한 권한이 계획권자에게 귀속되고(집중되고) 해당 행정청은 전혀 권한을 행사할 수 없게 된다.

32) 산지전용에 관한 산림청장과의 협의(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결), 택지개발지구를 지정하기 위한 관계 중앙행정기관의 장과의 협의(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두653 판결)

33) 보호구역 내지 비행안전구역에 있는 건축물을 설치하기 위한 국방부장관 또는 기지부대장과의 협의(대법원 1992. 9. 22. 선고 92누8876 판결)

효력은 협의가 성립된 경우에 한하여 발생된다. 인허가의제를 위한 협의는 행정기관 상호간의 행위이므로 관련 행정청이 협의에 불응한 결과 주된 인·허가를 받지 못하게 된 경우에는 주된 인·허가의 행정청이 행정쟁송의 피고가 된다.

(5) 의제된 인허가의 존재여부

인허가의제가 성립된 경우 주된 인허가만 실재하는지, 주된 인허가 외에 의제되는 인허가도 실재하는지에 대해 의견이 대립되고 있다. 의제된 인허가의 존재여부에 대하여 대법원은 명확한 입장을 밝히고 있지 않지만, 건축허가에 의제되는 인·허가의 기준을 갖추지 않았음을 이유로 건축허가를 거부한 경우 건축허가거부처분 외에 별도의 처분이 존재하는 것이 아니므로 의제대상 인허가에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니고 주된 인허가인 건축허가거부처분에 관한 쟁송에서 의제대상 인허가의 기준에 부적합하다는 사유에 관하여 다툴 수 있다고 판시[34]하였다.

이 판결은 주된 인·허가만 실재한다는 입장인 것으로 보인다. 그러나 이와 같은 입장도 의제의 유형을 절차 간소화 의제와 필수적 의제로 나누어 생각해보면 결론이 달라질 수 있다. 절차 간소화 의제의 경우에 당사자가 신청한 인·허가에만 의제의 효력이 미친다는 점을 감안하면, 의제된 인허가는 주된 인허가와 별개로 인정할 여지가 생긴다.

Ⅲ. 건축법과 주택법의 인허가의제 조항 비교

1. 건축법상 인허가의제 연혁 [별지 1 참조]

(1) 건축법상 인허가의제 제도의 취지

「건축법」은 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위하여 토지사용권을 제한하는 법으로, 위험방지를 이유로 모든 건축물에 대하여 건축을 금지하고 위험하지 않은 건축물만을 개별적으로 허가하는 구조를 가진다.[35] 그래서 건축법은 건축물로부터 발생하는 위험을 막기 위한 기준을 건축허가요건으로 정하고, 그 기준을 충족하는 건축물에 대하여 개별적으로 건축을 허가하기 위한 절차조항으로 구성된다. 건축법상 인허가의제 제도의 취지는 인허가

34) 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두 10988 판결.
35) 김종보, 앞의 책, 29-30면 참조.

의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이다.[36]

(2) 건축법상 최초의 인허가의제 도입

건축법상 최초의 인허가의제 조항은 1982년 건축법 제5조 제6항에 신설[시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정][37]되었다. 그 내용은 건축허가를 받거나 신고를 한 때에 건축법에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고(제1호)와 도로법에 따른 도로의 점용허가(제2호), 하수도법에 따른 배수시설의 설치신고(제3호), 오물청소법에 따른 오수정화시설 및 분뇨정화조의 설치신고(제4호)를 한 것으로 보는 것이다.

(3) 사전결정제도의 도입과 건축허가

사전결정제도는 건축허가시까지 많은 시간이 소요되는 점들을 고려하여 절차간소화를 통한 국민편익을 증진하고자 도입되었다. 사전결정제도는 복수의 인허가를 받아야 하는 대규모사업에서 인허가의제가 규정되어 있는 경우에 사업진행단계 중 일정 단계에서 검토할 수 있는 사항에 한하여 사업승인권자가 사업시행승인처분을 하여 승인의 효력을 부여하고, 다음 단계에서 필요한 인·허가 사항은 향후 구비요건을 갖추어 의제효과를 받도록 하는 단계적 법적용의 방법[38]이다. 건축허가 사전결정 제도는 건축허가의 전 단계에서 미리 건축허용성을 결정하여 법적 불확실성을 완화하기 위하여 도입되었다.[39]

건축법은 1991년 개정[시행 1992. 6. 1.] [법률 제4381호, 1991. 5. 31., 전부개정]으로 건축허가 신청 전에 9종의 인허가에 대하여 해당 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 관련 법률에 의해 허용되는지 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있도록 하였다. 사전결정에 따라 의제되는 인허가에는 토지의 형질변경허가, 도시계획사업시행허가, 산림훼손허가, 사도개설허가, 농지전용허가, 도로의 점용허가, 접도구역 안에서의 건축물·공작물의 설치허가, 하천점용등의 허가, 용도변경허가가 있다(법률 제4381호 건축법 제7조제3항).

법률 제4381호 건축법 제8조제4항에서는 건축허가를 받은 경우에는 사전결정에 따른 인허가의제 9개 외에 공사용 가설건축물의 축조신고, 공작물의 축조허가, 배수시설의 설치신고, 오수정화시설 및 정화조의 설치신고, 상수도공급신청을 한 것으로 보아 건축허가 시 일괄하여 처리되는 다른 법률상의 인·허가사항을 6개에서 17개로 확대하였다. 사전결정제도가 신설되면서

---

36) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두35950 판결
37) 건축법 [시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정]
38) 선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 99면
39) 김종보/박건우, 앞의 글, 58면.

특별한 점은 종전 건축허가시 인허가의제의 내용이었던 도로점용허가가 사전결정 인허가의제의 내용으로 편입(법률 제4381호 건축법 제7조제3항6호)되었다는 것이다. 이는 도로점용허가가 건축허용성과 관련한 판단이 필요한 부분이라 사전결정 대상으로 조정된 것으로 보인다.

(4) 사전결정 허가제도 폐지와 도시계획법 개정

「건축법」 제7조 사전결정 허가제도는 1995. 1. 5. 폐지되고, 사전결정으로 의제되던 토지형질변경허가 등도 건축허가와 인허가의제 조항인 제8조로 흡수되었다. 사전결정제도는 인허가의제 조항을 일시에 확대하였을 때 혼란을 예방하고 그 영향을 미리 조율할 수 있도록 관련 인허가의제의 대상을 점진적으로 확대하는 교두보 역할을 하였다.

「도시계획법」은 2000. 7. 1. 전부 개정되어 건축물의 건축 또는 공작물의 설치(법 제46조제1항제1호), 토지의 형질변경(제2호)등을 개발행위허가로 정하고, 개발행위를 하려면 개발행위허가를 받도록 하였다. 그리고 건축법상 건축허가를 받으면 도시계획법의 개발행위허가를 받은 것으로 의제하는 조항을 마련하여 건축법에서 도시계획법상 허가요건을 함께 규정하던 것[40]을 분리하였다. 이후 도시계획법은 2003. 1. 1. 시행된 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 제정되면서 폐지되었다. 국토계획법이 여전히 개발행위허가의 대상으로 '건축물의 건축'을 포함하고 있는 문제에 대하여 비판[41]이 제기되고 있다.

2. 주택법상 인허가 의제 연혁 [별지 2 참조]

(1) 주택법상 최초의 인허가의제 조항

주택건설촉진법(구 주택법)이 1973년 제정된 이후 1975년 개정되어 주택건설촉진법 제18조[42]에 사업계획승인한 때 건축법 제5조 및 제8조의 규정에 의한 건축허가 · 협의 또는 승인과 도시계획법 제4조 · 제24조 및 제25조의 규정에 의한 허가 · 승인 또는 인가 및 동법 제12조의 규정에 의한 도시계획의 결정을 받은 것으로 본다는 의제조항이 처음으로 신설되었다.

(2) 주택건설촉진법상 사전결정

사업계획승인은 대규모 사업인 경우가 많고, 그 승인에 있어 형량의 요소들이 무수히 존재

40) 김종보, "건축법과 도시계획법의 관계", 『공법연구』, 제26권 제2호, 1998. 6., 333면 이하 참조.
41) 김종보, 앞의 책, 128-129면; 김종보/박건우, 앞의 글, 65면.
42) 주택건설촉진법 [시행 1975. 12. 31.] [법률 제2853호, 1975. 12. 31., 일부개정]

하므로 주택건설촉진법 제32조의4에서 그 중간단계로서 사업계획의 사전결정제도를 도입[시행 1994. 3. 1.] [법률 제4723호, 1994. 1. 7., 일부개정]하였다. 행정청이 사전결정을 한 경우에는 건축법 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정과 동조 제3항 각호의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 본다고 규정하여 행정청의 사전결정에 기속되도록 규정[43]하였다가 1999년 폐지되었다.

(3) 주택법으로 전부개정

주택건설촉진법이 「주택법」으로 전부개정[시행 2003. 11. 30.] [법률 제6916호, 2003. 5. 29., 전부개정]되면서 인허가의제 조항은 제17조로 이동하였고, 이후 주택법상 여러 번의 개정을 거쳐 2016년 전부개정[시행 2016. 8. 12.][법률 제13805호, 2016. 1. 19, 전부개정]시 주택법 제19조로 이동하여, 사업계획을 승인 또는 변경승인할 때, 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인허가를 받은 것으로 보며 사업계획의 승인고시가 있을 때 관계 법률에 따른 고시가 있는 것으로 본다는 조문의 체계를 유지하고 있다.

3. 건축법과 주택법상 인허가의제 비교

(1) 건축허가와 건축허용성

건축허가는 위험방지를 목적으로 전국의 단일 건축물을 대상으로 하는 하나의 개별적 처분이다. 건축법상 건축허가를 받기 위해서는 사전에 건축이 가능한 토지인지에 대한 행정청의 결정 즉 건축허용성에 대한 결정이 필요하다. 건축허용성이란 도시계획의 핵심기능 중 하나로 개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 대지로 상정할 때 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위를 말한다. 건축허용성은 이론적으로 건축허가요건에 선행하여 판단되는 개념[44]이다.

건축허용성을 결정하는 방식에는 도시계획이 스스로 건축허용성을 결정하는 경우도 있고, 토지형질변경허가나 지목이 이 역할을 담당[45]하는 경우도 있다.

일반적으로 신청인은 건축허가를 받는다고 하면 해당 토지에 건축행위를 할 수 있는 최종적인 판단이 담겨있다고 생각할 수 있으나, 건축허용성이 있는 토지를 전제로 위험하지 않은 건물을 건축할 수 있다는 것으로 한정해서 생각해야 한다. 건축허가를 신청하는 경우 도시계획이나 별도의 신청에 따라 건축할 수 있는 토지로 변경되는 것이지, 건축법상 건축허가 자체에는 건축허용성에 판단이 포함되어 있지 않다.

---

43) 김종보, 앞의 책, 759-760면 참조
44) 김종보, 앞의 책, 219면 이하
45) 김종보/박건우, 앞의 글, 50-53면 참조.

(2) 사업계획승인과 건축허용성

주택법상 사업계획승인은 포괄적인 사업계획으로 아파트 건축허가, 복리시설 건축허가, 주차장 설치허가, 도시계획시설결정 등 개별적인 처분을 단지 양적으로 모아놓은 것이 아니라, 이 모두가 혼화된 새로운 제3의 행정작용(특별도시계획)이다. 행정청이 도시계획 등 행정계획을 입안 또는 결정할 때 부여받은 재량을 계획재량이라고 하는데, 주택사업계획 입안권자와 승인권자는 법이 정한 목적에만 구속될 뿐 내용형성에 있어서 무한대의 자유를 누리는 것이다.[46] 따라서 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제로 건축허용성에 대한 판단도 포함하는 행정행위로, 강력한 건축허용성을 부여하는 처분이다. 그리고 사업계획승인에 의해 의제되는 행위들은 사실상 사업계획승인에 내재하는 행위로 재량행위이다.[47]

(3) 첨부서류

건축허가를 받으려는 자는 허가신청서에 인허가의제를 받기 위하여 관계법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류를 제출하도록 하고, 국토부장관이 관계 행정기관의 장과 협의한 신청서 및 구비서류는 착공신고 전까지 제출하도록 하고 있다(건축법 제11조제3항). 마찬가지로 주택법에서도 인허가의제를 받으려는 자에게 사업계획승인 신청시 해당 법률에서 정하는 관계서류를 함께 제출하도록 하고 있다(주택법 제15조제2항 및 제19조제2항). 건축법과 주택법은 모두 인허가의제를 받기 위해서 관계서류를 함께 제출하도록 하고 있다. 다만, 필수적 의제의 경우 주된 인허가 행정청은 신청인의 의사와 무관하게 관련 인허가 요건을 심사해야 하는데, 현행 조문들은 이를 구별하여 첨부서류를 규정하고 있지 않다.

(4) 의제되는 인허가의 종류

건축허가를 받으면 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가, 농지전용허가, 도로의 점용허가, 산지전용허가 등 19개 법률에 따른 인허가가 있는 것으로 본다(건축법 제11조제5항). 이 경우 건축허가가 있다고 해서 각 호의 인·허가가 모두 의제되는 것이 아니라, 위의 인·허가 중 그 건축허가에 따른 건축물의 건축에 필요한 인·허가만 의제된다.

주택법에 따른 사업계획승인에 의한 의제는 건축법에 따른 건축허가, 건축신고, 허가·신고사항의 변경 및 가설건축물의 건축허가 또는 신고, 국토계획법에 따른 지구단위계획의 결

46) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000, 459면
47) 김종보, 앞의 글, 458면

정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위의 허가, 농지전용허가, 도로의 점용 허가, 산지전용허가 등 25개 법률에 따른 각종 인허가를 의제하고 있다(주택법 제19조제1항).

건축법과 주택법상 의제조항의 내용과 형식을 살펴보면 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라서 달라진다. 건축법상 건축허가는 건축허용성이 포함되는 처분이 아니므로 건축법상 의제되는 개발행위허가 중 토지의 형질 변경 등은 제외한 국토계획법상 건축허가만을 필수적 의제로 볼 수 있으나, 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제하는 행정행위로 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 국토계획법상 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있다.

(5) 건축법과 주택법상 공통으로 의제하고 있는 인허가

현행 건축법과 주택법상 인허가의제 조항을 분석해 보면, ① 건축법 제20조제3항에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고, ② 국토계획법에 따른 개발행위허가, ③ 도시·군계획시설사업시행자의 지정과 실시계획의 인가, ④ 농지전용허가, ⑤ 도로공사 시행의 허가와 도로점용허가, ⑥ 사도개설허가, ⑦ 산지전용허가 및 신고, ⑧ 초지전용허가, ⑨ 개인하수처리시설의 설치신고, ⑩ 하천점용허가는 건축허가와 사업계획승인을 받은 경우에 공통으로 의제하고 있는 인허가이다.

(6) 주택법이 달리 의제하고 있는 인허가 - 지구단위계획

주택사업계획승인을 받은 경우 의제되는 인허가 중 특징적인 것은 국토계획법 제30조에 따른 도시·군관리계획의 결정(지구단위계획구역 및 지구단위계획만 해당)과 「도시개발법」 제3조에 따른 도시개발구역의 지정이다. 지구단위계획은 건축허용성이 가장 잘 반영된 제도[48]로 지구단위계획 등 주택사업계획승인에 선행해야 하는 도시계획이 주택법 제19조제1항에 따라 의제 처리되고 있음을 보여준다.

지구단위계획이란 도시·군계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하여, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시·군관리계획을 말한다(국토계획법 제2조제5호). 다시 말하면 지구단위계획은 특정 지구에 대하여 용도지역제 도시계획이 담지 못하는 상세한 내용을 세부적으로 규율하는 도시계획으로 정의할 수 있다. 용도지역제 도시계획은 광범위한 토지에 대하여 구체적인 토지이용계획이 수립되지 않은 채 건축주의 의사에 따른 건축허가

48) 김종보, 앞의 책, 232-234면, 지구단위계획은 건축허용성에 대한 종합적 판단이 선행된 도시사업계획에 대해 이를 받아 법적으로 유지하는 기능을 한다.

신청으로 토지의 이용이 개별적으로 결정된다는 한계가 있다.

이를 보완하고자 도입한 지구단위계획이 주택법상 사업계획승인상 의제처리 되는 경우 다양한 문제가 발생할 수 있다. 우선적으로 대규모 인원이 공동으로 거주하는 아파트 단지가 들어서게 되면 교통량, 환경문제 등 지역 내 기반시설 수급에 직접적인 영향을 끼친다. 그런데 주택법상 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 아파트 입지를 선정하는 등의 국토계획법상 관련 절차가 생략된다.[49] 이러한 아파트가 주거지역 내 짜투리 땅에 건설되면 고층의 몇 개 동의 아파트가 저층의 단독주택으로 구성된 주거지역에 들어서게 되어, 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적인 개발이 어려워진다.[50]

사업계획승인시 지구단위계획 의제는 지구단위계획 수립 및 변경에 있어 개발사업계획의 수립 및 변경을 전제하지 않고, 지구단위계획 구역지정이 사업승인으로 의제되면 사업시행자들은 사업단위로만 지구단위계획 구역을 결정되어 당초 목적대로 광역적 도시관리와 지역 간 연계 효과를 거두기는 어렵다.[51] 주택법상 사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제처리되도록 하는 것은 신속한 주택보급을 위한 정책적 판단이었겠지만, 이제는 주택건설 촉진보다는 기존주택과의 조화과 광역적 도시관리와 지역 간 연계가 더 중요한 가치가 되었다.

Ⅳ. 개발행위허가의 의제

1. 건축법상 개발행위허가의 의제

(1) 국토계획법상 개발행위허가

국토계획법 제56조제1항은 소규모 개발이 무분별하게 행해지는 것을 방지하고 계획적인 개발을 유도하기 위해 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위(이하 '개발행위'라 함)를 하려면 미리 허가를 받도록 하고 있는데, 이를 '개발행위허가'라 한다. 개발행위허가의 기준은「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」별표 1의2(개발행위허가기준)에 상세히 규정되어 있다.

---

49) 김종보, "아파트사업계획승인의 본질과 환경권", 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000, 461-462면

50) 윤현석/윤희철/홍상호, "주택법 의제 처리 지구단위계획의 운영실태 연구", 『한국지역개발학회지』, 제29권 제3호, 2017. 9., 103면: 주택법 의제 지구단위계획으로 인해 천편일률적인 공동주택 건립계획이 반복되면서 지구단위계획 취지에 어긋나는 고층 아파트 위주의 도시경관을 주도하는 실정이다.

51) 용석남, "개발사업과 지구단위계획", 2020 2학기 서울대학교 행정법 특수연구, 2020. 12., 13-14면.

개발행위허가란 용어는 「도시계획법」(법률 제6243호, 2000. 1. 28., 전부개정)에서 처음 등장한다. 도시계획 구역 안에서 허가대상을 명확히 하고 허가기준을 구체화하는 한편, 제도의 명칭을 '개발행위허가'로 정했다. 이후 도시계획법과 국토이용관리법을 통합[52]하여 비도시지역에도 도시계획법에 의한 도시계획기법을 도입할 수 있도록 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 제정(법률 제6655호, 2002. 2. 4., 제정)될 때에 이 내용이 그대로 반영되어 개발행위허가의 적용대상지역이 비도시지역에까지 확대되었다.

(2) 건축허가와 토지형질변경허가

건축법 제11조 제5항에 의하면 건축허가를 받으면 개발행위허가, 도시계획시설사업 실시계획인가, 농지전용허가, 도로점용허가 등 다른 법률에 의한 인허가를 받거나 신고를 한 것으로 본다. 특히 건축허가에 의해 의제되는 개발행위 속에는 두 개의 이질적인 요소가 들어있는데, 국토계획법상 건축허가와 토지형질변경허가이다(국토계획법 제56조제1항제1호 및 제2호). 건축법상 건축허가를 신청할 때 국토계획법상의 건폐율, 용적률, 허용용도 등에 대한 내용이 포함되어야 하므로, 이는 건축주의 의사와 무관하게 의제된다. 국토계획법상 건축허가는 건축법과 분리해서 별도의 절차로 발급될 수 없는 필수적 의제사항에 가깝다.

(3) 절차간소화 의제의 분리 필요성

국토계획법상 건축허가는 필수적 의제이고, 형질변경허가 등 개발행위는 절차간소화 의제로 구별[53]되는데, 성격이 다른 인허가가 건축법상 건축허가에 개발행위허가로 일괄적으로 의제되어 있다. 이는 국토계획법이 건축허가를 개발행위라는 개념 속에 포함시키고 건축법이 이를 고려하지 않고 동일 항목으로 의제한 데서 기인[54]하다.

결국 개발행위허가 중 국토계획법 상 건축허가는 건축행위에 관한 허가로 건축법상 허가요건을 심사할 때 함께 고려해야 하는 사항이므로 별도로 분리할 수 없다. 반면에 토지형질변경허가 등과 같은 절차간소화 의제사항은 건축허가와 별개로 토지형질변경허가를 따로 받아도 되므로 반드시 건축허가에 의하여 의제하는 방식을 택하지 않아도 될 것으로 보인다. 필수적 의제와 절차간소화 의제의 분류 기준, 의제 방식과 의제의 유형에 대한 고찰이 필요한 시점이다.

---

52) 국토의계획 및 이용에 관한 법률[시행 2003. 1. 1.] [법률 제6655호, 2002. 2. 4., 제정] 종전에는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 도시계획법, 비도시지역에는 국토이용관리법으로 이원화하여 운용하였으나, 국토의 난개발(亂開發) 문제가 대두됨에 따라 도시계획법과 국토이용관리법을 통합함.

53) 김종보, 앞의 책, 128면 이하

54) 김종보, 앞의 책, 128-129면.

2. 주택사업계획승인과 건축허용성

(1) 문제의 소재

주택법 제19조제1항은 국토계획법에 따른 지구단위계획의 결정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위의 허가, 농지전용허가, 도로의 점용 허가, 산지전용허가 등 25개 법률에 따른 각종 인허가를 의제하고 있다. 주택법도 건축법과 같이 주택사업계획승인을 받은 경우 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 의제하고 있는데, 주택사업계획승인의 법적 성격에 따라 건축법상 개발행위허가를 의제하는 것과 그 내용이 달라지는 것은 아닌지 살펴보고자 한다.

(2) 도시계획으로서 사업승인

주택법에 따른 사업계획승인 속에는 토지에 대한 공사허가, 건축허용성을 부여하는 처분이 포함되면서 동시에 주택건설을 승인하는 처분이 공존한다.[55] 주택법은 아파트 사업계획승인을 통해 아파트 건설사업을 별도의 구역지정 없이 가능하도록 하고 있는데, 아파트가 일단 건설되고 나면 교통, 조망권 등의 문제를 포함하여 기존 주거지역의 단일성을 파괴할 가능성이 높다. 주택건설촉진법은 신속한 아파트 건설을 위해 입지 선정과 관련된 도시계획적 판단을 배제하도록 특권을 부여하였는데, 이러한 특권이 도시계획변경 없는 주택건설사업을 허용하는 것으로 현행 주택법에도 이어지고 있다.[56]

3. 주택법상 개발행위허가의 의제

(1) 주택법의 특별도시계획법적 성격

주택법은 국민의 주거생활의 안정을 도모하기 위한 목적(주택법 제1조)으로 제정된 법으로, 사실상 아파트 건설을 위한 특별법이라고 할 수 있다. 아파트를 건설하려고 하는 자는 단순한 건축허가 신청서가 아니라 부대시설 및 복리시설 등을 포함한 전체 아파트 단지에 대한 포괄적인 사업계획을 작성하고 승인을 받도록 하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 주택법은 사업계획승인[57]을 통해 사업주체에게 일정 규모[58] 이상의 주거단지를 개발할 수 있는 권

55) 김종보, 앞의 책, 232면
56) 김종보, 앞의 책, 752면
57) 사업계획승인은 실질적으로 특별도시계획 결정이므로 행정청에게는 계획결정에 관한 광범위한 재량의 여지가 부여된다. 판례는 사업계획승인 속에 존재하는 광범위한 형량요소 및 의제되는 행위

한을 부여한다는 측면에서 특별도시계획법[59]으로서의 성격을 가진다.

(2) 주택건설사업계획승인과 개발행위허가의 의제

주택건설사업은 주택법에 의한 사업계획승인을 통해 진행되는데, 사업승인의 과정에서 주택단지가 될 토지를 묶어서 건축허용성이 부여된다. 주택건설사업승인이 이루어지면 그 사업승인 속에는 토지에 대한 공사허가, 건축허용성을 부여하는 처분이 포함되면서 동시에 주택건설을 승인하는 처분(건축허가)이 공존[60]하게 된다. 그래서 전・답・임야 등의 지목을 포함한 토지를 주택단지로 해서 사업승인을 받으면 주택건설공사가 끝난 후에는 모두 지목이 대지로 바뀐다.

이 경우에는 그 토지에 대한 건축허용성도 사업승인의 과정에서 모두 검토되어 승인되는 것이므로 주택법상 의제되는 개발행위허가 중 토지형질변경허가도 당사자의 신청여부와 무관하게 필수적 요소를 위하여 의제되는 사항으로 볼 수 있다. 그리고 주택사업계획승인을 신청하는 경우 이와 분리하여 토지형질변경허가를 분리하여 신청할 수는 없다. 다만, 토지형질변경여부를 심사하기 위하여 추가서류는 제출하여야 할 것이다.

Ⅴ. 결론

건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인에 따른 인허가의제 제도에 대하여 비교 분석하여 보았다. 인허가의제 조항은 그 수와 내용이 방대함에도 필수적 의제인지 절차간소화 의제인지와 같은 분류 기준에 관련해서는 연구가 부족하였다. 건축물을 건축하기 위해서는 건축허가에 앞서 토지의 건축허용성에 대한 결정이 선행되어야 하는데, 이는 건축허가와는 별도로 도시계획이나 토지형질변경 등이 그 역할을 담당한다. 따라서 건축법상 의제되는 개발행위허가는 국토계획법상 건축허가만을 필수적요소를 위한 의제로 볼 수 있다.

한편, 주택법상 의제되는 개발행위허가는 주택건설 사업계획승인시 단지 내의 토지형질변경을 전제하는 행정행위로, 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있을 것으로 보인다. 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 국토계획법상 관련 절차가 생략된다. 의제조항의 무분별한

의 실질을 감안하여 일관하여 사업계획의 승인을 재량행위로 보고 있다.

58) 단독주택의 경우에는 30호, 공동주택의 경우에는 30세대 이상(주택법 시행령 제27조제1항)

59) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 2000, 444면, 특별도시계획법이란 건축허가요건만을 규율하는 소극적 일반도시계획법에 대응하는 관념으로서 도시 내 일단의 단지를 형성하기 위한 적극적 수단을 규율하는 법규를 말한다.

60) 김종보, 『건설법 입문』, 피데스, 2021. 2. 1., 110-111면

확대는 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적인 개발을 방해하게 되므로, 향후 의제조항의 분류기준에 대한 연구가 활성화되어 이러한 문제를 해결할 수 있게 되길 바란다.

[별지 1] 건축법상 인허가의제 연혁 (법조문 재구성 및 정리)

최초의 인허가의제 4개 신설 [시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정]	사전결정제도 도입(9개 의제)과 토지형질변경 허가 포함, 인허가의제 5개 [시행 1992. 6. 1.] [법률 제4381호, 1991. 5. 31., 전부개정]	사전결정 허가제도 폐지, 인허가의제 5개→13개 확대(토지형질변경 추가)[시행 1996. 1. 6.] [법률 제4919호, 1995. 1. 5., 일부개정]
제5조(건축허가) ⑥ 건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 자가 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 허가를 받거나 신고를 한 때에는 다음 각 호의 허가를 받거나 신고등을 한 것으로 본다. 1. 제47조제2항에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고 2. 도로법 제40조에 의한 도로의 점용허가 3. 하수도법 제24조에 의한 배수시설의 설치신고 4. 오물청소법 제15조에 의한 오수정화시설 및 동법 제16조에 의한 분뇨정화조의 설치신고	제7조 (건축에 관한 계획의 사전결정) ①대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축물을 건축하고자 하는 자는 제8조제1항의 규정에 의한 건축허가신청전에 시장·군수·구청장에게 당해 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 허용되는지의 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있다. ③시장·군수·구청장이 제2항의 규정에 의한 결정을 한 경우에는 다음 각 호의 허가를 받은 것으로 본다. 1. 도시계획법 제4조의 규정에 의한 토지의 형질변경허가 2. 도시계획법 제24조의 규정에 의한 도시계획사업시행허가 3. 산림법 제90조의 규정에 의한 산림훼손허가 4. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도개설허가 5. 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의한 농지전용허가 6. 도로법 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가 7. 도로법 제50조제5항의 규정에 의한 접도구역안에서의 건축물·공작물의 설치허가 8. 하천법 제25조의 규정에 의한 하천점용등의 허가 9. 국토이용관리법 제24조의 규정에 의한 용도변경허가 제8조 (건축허가) ③시장·군수·구청장이 제1항의 규정에 의한 건축허가를 함에 있어서 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정을 한 경우에는 그 결정내용에 따라야 한다. 다만, 건축주가 동조제1항의 규정	제7조 삭제 제8조 ③시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의하여 허가를 하고자 하는 경우 당해 용도, 규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 제33조·제37조·제44조·제45조·제47조 내지 제54조·제61조·제64조·제65조·제67조와 국토이용관리법 제15조·도시계획법 제4조·농지법 제36조·농어촌발전특별조치법 제44조 기타 대통령령이 정하는 관계법령의 규정에 적합한지의 여부를 확인하여야 하며, 당해 건축물이 대통령령이 정하는 용도·규모·구조의 건축물 및 건축설비를 가진 건축물인 경우에는 미리 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설부장관 또는 시·도지사의 승인을 얻어야 한다.<개정 1995·1·5> ⑤제1항의 규정에 의한 건축허가를 받는 경우에는 다음 각 호의 허가등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 공업배치및공장설립에관한법률 제14조의 규정에 의하여 관계법률의 허가 또는 승인을 얻은 것으로 본다. 1. 제15조제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신 2. 제72조의 규정에 의한 공작물의 축조허가 또는 신고 3. 도시계획법 제4조의 규정에 의한 토지의 형질변경허가 4. 도시계획법 제23조의 규정에 의한 도시계획사업시행자

	에 의한 신청시의 건축에 관한 계획을 현저히 변경하거나 동조제2항의 규정에 의한 결정의 통지를 받은 날부터 1년이내에 정당한 이유없이 제1항의 규정에 의한 건축허가를 신청하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ④제1항의 규정에 의한 건축허가를 받은 경우에는 제7조제3항 각호 또는 다음 각호의 허가를 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 공업배치및공장설립에관한법률 제14조의 규정에 의하여 관계법률의 허가 또는 승인을 얻은 것으로 본다. 1. 제15조제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고 2. 제72조의 규정에 의한 공작물의 축조허가 3. 하수도법 제24조의 규정에 의한 배수시설의 설치신고 4. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조제2항 및 동법 제10조제2항에 의한 오수정화시설 및 정화조의 설치신고 5. 수도법 제17조의 규정에 의한 상수도공급신청	의 지정 및 동법 제25조의 규정에 의한 도시계획사업의 실시계획의 인가 5. 산림법 제90조의 규정에 의한 산림의 형질변경허가 6. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도개설허가 7. 농지법 제36조제1항의 규정에 의한 농지전용허가 또는 협의 8. 도로법 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가 9. 도로법 제50조제5항의 규정에 의한 접도구역안에서의 건축물·공작물의 설치허가 10. 하천법 제25조의 규정에 의한 하천점용등의 허가 11. 하수도법 제24조의 규정에 의한 배수설비의 설치신고 12. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조제2항 및 동법 제10조제2항의 규정에 의한 오수정화시설 및 정화조의 설치신고 13. 수도법 제23조의 규정에 의하여 수도사업자가 지방자치단체인 경우 당해 지방자치단체가 정한 조례에 의한 상수도 공급신청

[별지 2] 주택법상 인허가의제 도입 연혁 (법조문 재구성 및 정리)

주택건설촉진법[법률 제2853호, 1975. 12. 31., 일부개정]	주택건설촉진법 [시행 1994. 3. 1.] [법률 제4723호, 1994. 1. 7., 일부개정] 사전결정제도 신설	주택법 [시행 2003. 11. 30.] [법률 제6916호, 2003. 5. 29., 전부개정]
제18조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ⑤제1항의 규정에 의하여 건설부장관이 사업계획을 승인한 때에는 건축법 제5조 및 제8조의 규정에 의한 건축허가·협의 또는 승인과 도시계획법 제4조·제24조 및 제25조의 규정에 의한 허가·승인 또는 인가 및 동법 제12조의 규정에 의한 도시계획의 결정을 받은 것으로 본다.<신설 1975·12·31>	제32조의4 (사업계획의 사전결정) ②건설부장관이 제1항의 신청을 받아 사전결정을 한 경우에는 건축법 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정과 동조 제3항 각호의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 본다. 제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가등) ④사업주체가 제1항에 의하여 사업계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각 호의 허가·인가·결정·승인·지정 또는 신고를 받은 것으로 보며, 사업계획의 승인고시 또는 승인공고가 있은 때에는 다음 각호의 관계법률에 의한 고시가 있은 것으로 본다.<개정 1981·4·7, 1991·5·31, 1992·12·8, 1994·1·7> 1. 도시계획법 제4조 및 제5조제2항에 의한 허가, 동법 제12조에 의한 도시계획의 결정(同法 第2條第1項第1號 나目 및 다目에 관한 都市計劃의 決定에 한한다), 동법 제23조제5항의 규정에 의한 시행자의 지정 및 동법 제25조에 의한 실시계획의 인가 2. 토지구획정리사업법 제39조에 의한 허가 3. 도로법 제34조에 의한 도로공사시행의 허가 및 동법 제40조에 의한 도로점용의 허가 4. 공유수면관리법 제4조에 의한 점용 및 사용의 허가 5. 하천법 제23조에 의한 하천공사시행의 허가, 동법 제25조에 의한 하천의 점용등의 허가 6. 도·소매업진흥법 제6조의 규정에 의한 시장의	제17조 (다른 법률에 의한 인·허가 등의 의제 등) ①시·도지사가 제16조의 규정에 의하여 사업계획을 승인함에 있어서 다음 각호의 허가·인가·결정·승인 또는 신고 등(이하 "인·허가등"이라 한다)에 관하여 제3항의 규정에 의한 관계행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 당해 인·허가등을 받은 것으로 보며, 사업계획의 승인고시가 있은 때에는 다음 각 호의 관계 법률에 의한 고시가 있은 것으로 본다. 1. 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가, 동법 제9조의 규정에 의한 건축신고 및 동법 제15조의 규정에 의한 가설건축물의 건축허가 또는 신고 2. 공유수면관리법 제5조의 규정에 의한 점·사용허가, 동법 제6조제1항의 규정에 의한 협의 또는 승인 및 동법 제8조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 신고 3. 공유수면매립법 제9조의 규정에 의한 공유수면매립의 면허, 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제38조의 규정에 의한 협의 또는 승인 4. 광업법 제47조의 규정에 의한 채광계획의 인가 5. 국토의계획및이용에관한법률 제30조의 규정에 의한 도시관리계획(동법 제2조제4호 다목의 계획 및 동호 마목의 계획중 동법 제49조제1호의 규정에 의한 제1종지구단위계획에 한한다)의 결정, 동법 제56조의 규정에 의한 개발행위의 허가, 동법 제86조의 규정에 의한 도시계획시설사업시행자의 지정, 동법 제88조의 규정에 의한 실시계획의 인가, 동법 제118조의 규정에 의한 토지거래계약의 허가 및 동법 제130조제2항의 규정에 의한 허가 6. 농어촌정비법 제20조의 규정에 의한 농업기반시설의 목적외 사용승인 7. 농지법 제36조의 규정에 의한 농지전용의 허가 또는 협의 8. 도로법 제34조의 규정에 의한 도로공사시행의 허가 및 동법 제40조의 규정에 의한 도로점용의 허가 9. 도시개발법 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정, 동법 제11조의 규정에 의한 시행자의 지정, 동법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제63조제2항의 규정에 의한 허가 10. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도의 개설허가 11. 사방사업법 제14조의 규정에 의한 토지
주택건설촉진법 [시행 1978. 1. 31.] [법률 제3075호, 1977. 12. 31., 전부개정]		
제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ④제1항의 규정에 의하여 건설부장관이 사업계획을 승인한 때에는 건축법 제5조·제8조 및 제33조의2의 규정에 의한 건축		

허가 협의 또는 승인과 도시계획법 제4조 · 제12조 · 제24조 및 제25조와 토지구획정리사업법 제39조의 규정에 의한 허가 · 결정 · 승인 또는 인가를 받은 것으로 본다.	개설허가 7. 택지개발촉진법 제6조에 의한 행위의 허가 8. 건축법 제8조에 의한 허가, 동법 제15조에 의한 가설건축물의 신고 9. 산림법 제62조 및 동법 제90조에 의한 허가. 다만, 천연보호림 · 채종림 및 시험림의 경우는 제외한다. 10. 수도법 제36조의 규정에 의한 전용상수도 설치의 인가	의 형질변경 등의 허가, 동법 제20조의 규정에 의한 사방지지정의 해제 12. 산지관리법 제14조 · 제15조의 규정에 의한 산지전용허가 및 산지전용신고와 산림법 제62조제1항 · 제90조제1항의 규정에 의한 허가. 다만, 산림법에 의한 산림유전자원보호림 · 채종림 및 시험림의 경우를 제외한다. 13. 소하천정비법 제10조의 규정에 의한 소하천공사시행의 허가 및 동법 제14조의 규정에 의한 소하천의 점용 등의 허가 또는 신고 14. 수도법 제12조 또는 제33조의2의 규정에 의한 수도사업의 인가 및 동법 제36조의 규정에 의한 전용상수도설치의 인가 15. 연안관리법 제17조의 규정에 의한 연안정비사업실시계획의 승인 16. 오수 · 분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조제2항 또는 제10조제2항의 규정에 의한 오수처리시설 또는 정화조의 설치신고 17. 유통산업발전법 제8조의 규정에 의한 대규모점포의 등록 18. 장사등에관한법률 제23조제1항의 규정에 의한 무연분묘의 개장허가 19. 지하수법 제7조 또는 제8조의 규정에 의한 지하수개발 · 이용의 허가 또는 신고 20. 초지법 제23조의 규정에 의한 초지전용의 허가 21. 측량법 제25조의 규정에 의한 측량성과사용의 심사 22. 택지개발촉진법 제6조의 규정에 의한 행위의 허가 23. 하수도법 제13조의 규정에 의한 공공하수도에 관한 공사시행의 허가 24. 하천법 제30조의 규정에 의한 하천공사시행의 허가 및 하천공사실시계획의 인가, 동법 제33조의 규정에 의한 하천의 점용 등의 허가

참 고 문 헌

[단행본]

김동희/최계영, 『행정법 Ⅰ』, 제26판, 박영사, 2021.

김종보, 『건설법의 이해』 제6판, 피데스, 2018.

김종보, 『행정법 入門 』 제2판, 피데스, 2019.

김종보, 『건설법 入門』 제1판, 피데스, 2021.

박균성, 『행정법론(상)』제17판, 박영사, 2018.

[논문]

김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”, 『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 67-85면

김종보, “건축법과 도시계획법의 관계”, 『공법연구』, 한국공법학회, 1998. 6., 333-357면

김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 『행정법연구』, 3호, 1998. 10, 158-171면

김종보, “도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성”, 『중앙대학교 법학논문집』, 제31집 제1호(2007. 8.), 663-694면

김종보, “계획확정절차의 도입 -계획확정절차의 형식과 실질-”, 『행정법학』, 5권 제1호, 2013. 9. 30., 145-167면

김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000

김종보/박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』, 제64호, 2021. 3., 45-74면

김중권, “의제된 인·허가의 취소와 관련한 문제점”, 『최신판례분석』, 67권 5호, 법조협회, 509면

박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자와 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처분의 효력”, 『최신판례분석』, 67권 3호, 2018. 6. 28., 법조협회, 760-790면

박균성/김재광, “인허가의제제도의 문제점과 개선방안”, 『행정법연구』, 26, 2010. 4.,

33-57면

선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 85-111면

선정원, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법 연구』, 34, 2012. 12., 49-64면

윤현석/윤희철/홍상호, “주택법 의제 처리 지구단위계획의 운영실태 연구”, 『한국지역개발학회지』, 제29권 제3호, 2017. 9., 91-112면

정해영, “의제된 인허가의 처분성”, 『아주법학』, 제13권 제2호, 2019. 8. 31., 53-79면

정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”,『법제』, 2002. 2., 3-18면

“인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』, 2017. 12. 15., 217-237면

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

집합건물인 주차전용건축물의 소유, 사용 및 관리 관계

- 주차장법과 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 의한 규율을 중심으로 -

윤 혜 원*

국문초록

민간이 노외주차장 용지를 구입하여 집합건물인 주차전용건축물을 건축한 다음 주차장과 부대시설을 각각 다른 소유자에게 분양함에 따라 분쟁이 발생하고 있다.

집합건물인 주차전용건축물의 공용부분이 주차장으로 사용되는 경우 그 소유, 관리 및 사용 관계는 공법인 주차장법과 사법인 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 규율을 동시에 받게 된다.

통상적인 경우, 주차전용건축물의 옥상에 설치되는 주차장은 부대시설의 소유자를 포함한 주차전용건축물 전체 구분소유자의 공용부분으로 볼 것이다. 다만, 건축주의 구분의사, 옥상 주차장, 옥내 주차장 및 부대시설의 위치와 구조적 형태 등을 고려하여 옥상 주차장이 전체 구분소유자의 공용부분이 될 수도 있고, 주차장 소유자들만의 공용부분이 될 수도 있다.

집합건물인 주차전용건축물의 주차장이 전체 공용부분으로서의 성격을 겸유하여 그 관리 및 사용 관계에 관하여 주차장의 소유자와 부대시설 소유자들 간의 분쟁이 발생할 경우, 집합건물법의 규정으로는 이를 해결할 수 없고, 주차전용건축물이 집합건물 중에서도 노외주차장의 용도로 사용되는 건물이라는 특수성을 고려할 때, 주차장법이 집합건물법에 대한 특별법으로 우선하여 적용된다고 해석함이 타당하다. 주차장법에 따라, 전체 공용부분에 해당하는 경우라도 주차장 소유자가 관리에 관한 사항을 결정할 수 있고, 노외주차장을 관리하는 주차장 소유자는 공용부분 주차장에 주차하는 부대시설 방문객들로부터 주차요금을 받을 수 있다고 볼 것이다.

다만, 해석을 통한 문제 해결은 계속해서 분쟁을 가져올 우려가 크다. 분쟁을 종국적으로 해결하기 위해, 주차장법에 주차전용건축물의 건축주가 주차장과 부대시설을 분리하여 분양

* 수원지방법원 판사

하고자 할 경우 분양에 앞서 공용부분인 주차장의 관리 및 사용 관계에 관한 규약을 만들어야 한다는 규정을 두는 등으로 입법적 해결방안을 모색할 필요가 있다.

주제어 : 노외주차장, 주차전용건축물, 주차장법, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 노외주차장에 대한 공법적 규율
Ⅲ. 노외주차장인 주차전용건축물의 주차면적비율과 부대시설
Ⅳ. 집합건물인 주차전용건축물의 소유, 사용 및 관리 관계
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

2020. 12. 기준 국내 자동차 등록 대수는 2,437만 대로, 국민 2.13명 당 자동차 1대를 보유하고 있는 것으로 계산된다[1]. 국내 자동차 등록 대수가 1980년 53만 대, 1990년 339만 대에 불과했던 것을 감안하면[2] 그 수가 비약적으로 증가하였고, 특히 자가용인 승용차 보유 대수의 증가가 현저하다. 이와 더불어 도시 내 주차난이 심해지고 있는데, 도시 내 주차문제의 해결을 위해 여러 형태의 주차장이 등장하였고, 노외주차장인 주차전용건축물이 그 중 하나이다.

민간에 의한 노외주차장 설치를 유도하기 위해 노외주차장의 부대시설과 주차전용건축물의 주차면적비율에 관한 규정이 도입되었고, 주차전용건축물의 상당한 면적에 부대시설을 설치할 수 있게 됨에 따라 사업성이 향상되어 민간에 의한 주차전용건축물의 설치가 활성화되었다. 한국토지주택공사(LH)가 2001년 이후 개발한 200만㎡ 이상 15개 택지개발사업지구[3]에서 2018. 8.까지 공급된 노외주차장 용지 166개(30만 3,432㎡) 중 지방자치단체는 13개(2만

1) 국토교통부 2021. 1. 20.자 보도자료 참조
2) e-나라지표 국토교통부 자동차 등록 현황 참조
3) 평택고덕지구, 화성동탄 1,2지구, 위례지구, 아산탕정지구, 양주옥정지구, 양주회천지구, 파주운정3지구, 인천검단지구, 평택청북지구, 평택소사벌지구, 성남판교지구, 오산세교2지구, 김포한강지구, 청주동남지구

3,914㎡)만 매입하였고, 나머지 153개(27만 9,518㎡)는 민간에서 매수하여 주차전용건축물을 건축하였다[4][5]. 한편, 민간이 주차전용건축물을 건축한 다음 주차장과 부대시설을 별도로 분양하면서 분쟁이 다수 발생하고 있다.

이 글에서는 노외주차장인 주차전용건축물에 관한 법률관계, 특히 집합건물인 주차전용건축물의 주차장과 부대시설이 각각 다른 소유자에게 분양된 경우 문제되고 있는 소유, 사용 및 관리 관계에 대하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 노외주차장에 대한 공법적 규율

1. 주차장의 의의, 종류 및 법적 성격

[주차장의 의의 및 종류]

주차장이란 자동차의 주차를 위한 시설로서, 설치되는 위치에 따라 노상주차장, 노외주차장, 부설주차장으로 구분된다[6]. 노상주차장(路上駐車場)이란 도로의 노면 또는 교통광장(교차점광장)의 일정한 구역에 설치된 주차장으로서 일반(一般)의 이용에 제공되는 것을 말하고, 노외주차장이란 도로의 노면 및 교통광장 외의 장소에 설치된 주차장으로서 일반의 이용에 제공되는 것을 말하며, 부설주차장은 건축물, 골프연습장, 그 밖에 주차수요를 유발하는 시설에 부대(附帶)하여 설치된 주차장으로서 해당 건축물·시설의 이용자 또는 일반의 이용에 제공되는 것을 말한다(주차장법 제2조 제1호).

[기반시설인 노외주차장]

노외주차장은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법'이라고 한다)에 의한 기반시설이다(국토계획법 제2조 제6호 가목)[7]. 노외주차장은 도시계획시설로 도시계획

---

4) 택지개발사업의 경우 택지개발업무처리지침에 의하여 주차장용지는 조성원가 또는 경쟁 입찰로 공급하는데, 국가·지방자치단체에 매도할 경우 수의계약으로 조성원가로 공급하고, 기타 실수요자(민간)에게 매도할 경우 경쟁입찰에 의한 낙찰가격으로 공급한다(택지개발업무처리지침 [별표4] 참조).

5) 한겨레 인터넷 신문 기사(2019. 10. 4. 등록), 수도권 새도시 중심상가 주차난, "LH 수익 극대화 추구 탓"

6) 이외에도 주차장은 주차할 장소로 차량을 이동하는 방식(주차장의 형태)에 따라 자주식 주차장(운전자가 자동차를 직접 운전하여 주차장으로 들어가는 주차장을 말한다)과 기계식 주차장치가 설치된 기계식 주차장으로 구분하거나(주차장법 시행규칙 제2조 참조), 그 운영주체에 따라 공영과 민영으로 구분할 수 있다.

7) 국토계획법 제2조 제6호 (가)목은 '주차장 등 교통시설로서 대통령령으로 정하는 시설'을 기반시설로 정하고, 국토계획법 시행령 제2조 제1항 제1호는 위 기반시설에는 당해 시설 그 자체의 기능 발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설을 포함하도록 정하고 있다. 국토계획법 제43조 제2항의 위임에 따라 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙 제29조, 제30조 제2

시설결정을 받아 설치되거나[8] 지구단위계획상 노외주차장 용지에 설치된다. 국토계획법 제2조 제13호, 같은 법 시행령 제4조 제2호에서는 '행정청이 설치하는 주차장'만을 공공시설로 분류하고 있다.

2. 일반법으로서의 주차장법

[주차장법의 의의]

주차장법은 도시에서 자동차의 주차를 위한 주차장의 설치·정비 및 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 도시 내 자동차 교통의 원활을 기하여 공중의 편의를 도모하고 도시기능의 유지 및 증진에 기여하려는 목적으로 1979. 4. 17. 제정되었다. 주차장법의 제정으로 노상주차장과 노외주차장, 건축법에 의해 설치된 건축물부설주차장[9]이 모두 주차장법에 의해 규율되고 있다[10].

[주차장법의 연혁 - 개정의 주요 내용]

1990. 4. 건축물이 아닌 시설물이라도 골프연습장 등과 같이 주차 수요를 유발하는 시설물에 대하여 의무적으로 부설주차장을 설치하도록 하고, 부설주차장의 이용도를 높이기 위하여 일반인도 부설주차장을 이용할 수 있게 함과 동시에 이용자로부터 비용을 징수할 수 있게 하였으며, 부설주차장의 불법 용도변경에 대한 벌칙을 강화하였다. 종전에는 일정 규모(40대) 이상의 노외주차장은 허가를 받아 설치하도록 하였으나, 규모에 관계없이 모든 노외주차장을 신고만으로 설치할 수 있게 하여 민간의 주차장 설치를 촉진하는 내용으로 개정되었다.

1992. 7. 주차장정비지구 안에 건축하는 주차전용건축물의 높이 제한을 일반건축물과 달리 대통령령으로 따로 정할 수 있게 하고, 종전 시·도지사, 시장, 군수에 더하여 자치구의 구청장이 노상주차장 및 노외주차장을 설치·관리할 수 있게 하였으며, 노외주차장의 설치 신고필증을 교부받은 때에는 관리실 등 당해 주차장 부속시설의 설치허가도 받은 것으로 보는 등 행정절차를 간소화하였고, 도시철도를 건설하는 경우 일정 규모 이상의 노외주차장을 의무적으로 설치하도록 하였다.

항은 '주차장이라 함은 주차장법 제2조 제1호 (나)목의 규정에 의한 노외주차장을 말하고, 주차장의 결정·구조 및 설치에 관하여는 주차장법이 정하는 바에 의한다'고 규정하고 있다.

8) 비교하여 노상주차장은 구 도시계획법(1981. 3. 31. 법률 제3410호로 일부개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 나목, 제12조 제3항, 제16조 제2항, 도시계획시설기준에 관한 규칙(1979. 5. 21. 건설부령 제225호로 제정된 것) 제17조, 제18조에서는 도시계획시설에 포함되어 있었으나, 1998. 7. 4. 도시계획시설기준에 관한 규칙이 개정되면서 도시계획시설에서 제외되었다.

9) 주차장법 제정 이전에는 건축법 제22조의2와 건축법 시행령 제22조, 제22조의2에서 건축물부설주차장에 관하여 규율하고 있었는데, 주차장법 제정으로 위 조문들이 모두 삭제되고 주차장법으로 규율내용이 옮겨왔다.

10) 한편, 공동주택인 아파트의 부대시설인 주차장의 설치기준(구조 및 설비의 기준 등)에 관하여는 주택건설기준 등에 관한 규정 등에서 따로 정하고 있는데, 아파트의 부대시설인 주차장에 관하여는 이 글에서 다루지 않는다.

2004. 7. 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 주차장으로서의 기능을 유지하지 아니하여 원상회복명령을 받고도 이를 이행하지 아니하는 경우 이행을 강제하기 위한 수단으로 이행강제금제도를 도입하였다.

2009. 1. 국토해양부령으로 일률적으로 정하도록 되어 있었던 주차장의 구조·설비기준 등을 해당 지자체의 조례로 달리 정할 수 있도록 하였고, 노외주차장 설치 대상이 되는 단지조성사업의 종류와 규모, 노외주차장의 규모와 관리방법을 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 하였다.

이처럼 주차장법은 그동안 민간에 의한 주차장 설치를 촉진하고, 주차장의 설치, 정비, 관리에 관하여 지방자치단체에 상당한 재량을 주는 방향으로 개정되어 왔다고 볼 수 있다.

민간에 의한 노외주차장 설치 촉진을 위한 주차장법의 규정으로 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설의 면적 규정(주차장법 시행규칙 제6조)과 주차전용건축물의 주차면적비율에 관한 규정(주차장법 시행령 제1조의2)을 들 수 있는데, 이에 관하여는 뒤에서 살펴본다.

3. 노외주차장에 대한 주차장법의 규율 내용

[노외주차장의 설치 및 관리]

노외주차장은 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장(이하 '시장 등'이라고 한다) 또는 민간이 모두 설치할 수 있다(주차장법 제12조 참조). 노외주차장은 설치한 자가 관리하고, 시장 등이 노외주차장을 설치한 경우에는 해당 지방자치단체의 조례에서 정하는 바에 따라 민간에 관리를 위탁할 수 있다(주차장법 제13조 참조). 노외주차장을 관리하는 자는 노외주차장에 자동차를 주차하는 사람으로부터 주차요금을 받을 수 있고, 해당 지방자치단체의 조례에 정하는 바에 따른 노외주차장 관리 책임(시설 유지 의무, 차량 미끄러짐 방지 시설물 설치 의무 등)과 주차장 이용자의 편의를 위한 표지를 설치할 의무를 진다(주차장법 제14, 17, 18조 참조).

[단지조성사업과 노외주차장]

택지개발사업, 산업단지개발사업, 도시재개발사업, 도시철도건설사업, 그 밖에 단지 조성 등을 목적으로 하는 사업(이하 '단지조성사업'이라 한다)을 시행할 때에는 일정규모 이상의 노외주차장을 설치하여야 한다(주차장법 제12조의3 제1항). 신도시 개발 등 다량의 교통량 증가를 가져오는 단지조성사업의 경우, 토지이용의 효율화와 원활한 교통처리를 위해 사업부지의 일정규모 이상을 주차장 용지로 개발하도록 한 것이다. 단지조성사업의 종류와 규모, 노외주차장의 규모와 관리방법은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는데(주차장법 제12조의3 제2항), 예컨대 서울특별시 주차장 설치 및 관리 조례에서는 노외주차장을 설치하여

야 하는 단지조성사업의 종류를 ‘택지개발사업, 도시개발사업, 산업단지개발사업, 도시철도건설사업’으로 한정하고, 도시철도건설사업 외의 단지조성사업의 경우 당해 사업부지면적의 0.6% 이상 면적에 노외주차장을 설치하여야 하며, 도시철도건설사업의 경우 산식[11]에 의하여 산출한 주차 대수를 수용할 수 있는 면적을 노외주차장으로 설치해야 한다고 정하고 있다(서울특별시 주차장 설치 및 관리 조례 제17조 참조). 도시철도건설사업 외의 단지조성사업의 경우, 파주시(1.2% 이상[12])를 제외한 전국의 모든 지방자치단체에서 사업부지 중 노외주차장 용지 0.6% 이상을 최소하한으로 정하고 있다[13].

Ⅲ. 노외주차장인 주차전용건축물의 주차면적비율과 부대시설

1. 주차전용건축물의 의의

[주차전용건축물의 의의]

주차전용건축물은 건축물의 연면적 중 대통령령으로 정하는 비율(95%) 이상이 주차장으로 사용되는 건축물을 말하는데, 노외주차장과 부설주차장 모두 주차전용건축물 형태로 건축할 수 있다(주차장법 제2조 제11호, 제12조의2, 주차장법 시행령 [별표1] 제3호 단서 참조)[14]. 다만 이 글에서는 노외주차장인 주차전용건축물만을 논의의 대상으로 삼기로 한다(이하에서 특별히 달리 표현하지 않는 한 ‘주차전용건축물’이라 함은 모두 ‘노외주차장인 주차전용건축물’을 말한다).

주차전용건축물의 건폐율, 용적률, 대지면적의 최소한도 및 높이 제한 등 건축 제한에 관하여는 주차장법에서 별도로 규율하고 있다[15].

---

11) 철도개설 5년후 1개역의 1일 평균승차인원/210 × 철도연장(㎞)/8

12) 파주시 주차장 설치 및 관리 조례 제14조의2 제2항 참조

13) 이윤상 외 4, “노외주차장 합리적 공급추진을 위한 법제도 개선방안 연구 – LH사업지구를 대상으로-”, 한국토지주택공사 토지주택연구원, 2015. 19면.

14) 신세계 백화점 영등포관 B관 건축물의 부설주차장 일부를 판매시설로 용도변경하고 백화점 건물에 요구되는 주차대수 중 일부(109대)를 별도의 주차전용건축물로 설치한 사안에서, 행정청의 행정부작위(건축법에 따른 사용승인 취소 또는 시정명령, 이행강제금 부과, 주차장법에 따라 필요한 조치, 원상회복 등) 위법이 문제된 바 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두16746 판결 참조).

15) 주차장법 제12조의2(다른 법률과의 관계) 노외주차장인 주차전용건축물의 건폐율, 용적률, 대지면적의 최소한도 및 높이 제한 등 건축 제한에 대하여는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제76조부터 제78조까지, 「건축법」 제57조 및 제60조에도 불구하고 다음 각 호의 기준에 따른다.
1. 건폐율: 100분의 90 이하
2. 용적률: 1천500퍼센트 이하
3. 대지면적의 최소한도: 45제곱미터 이상
4. 높이 제한: 다음 각 목의 배율 이하
가. 대지가 너비 12미터 미만의 도로에 접하는 경우: 건축물의 각 부분의 높이는 그 부분으로부터 대지에 접한 도로(대지가 둘 이상의 도로에 접하는 경우에는 가장 넓은 도로를 말한다. 이하 이 호에서 같다)의 반대쪽 경계선까지의 수평거리의 3배

주차전용건축물은 일반건축물 형태로도 집합건물 형태로도 건축될 수 있다. 건물 형태가 아닌 주차장과 비교하여 주차난 해소에 보다 효과적인 주차전용건축물에 대하여는 세제상 혜택이 부여되고 있다[16].

2. 주차전용건축물의 주차면적비율

[주차면적비율]

주차전용건축물은 건축물의 연면적 중 95% 이상이 주차장으로 사용되는 건축물을 말하나, 주차장 외의 용도로 사용되는 부분이 단독주택, 공동주택, 제1종 근린생활시설, 제2종 근린생활시설, 문화 및 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운수시설, 운동시설, 업무시설, 창고시설 또는 자동차 관련 시설인 경우에는 주차장으로 사용되는 부분의 비율(이하 '주차면적비율'이라고 한다)이 70% 이상이면 되는 것으로 완화되어 있다(주차장법 제2조 제11호, 같은 법 시행령 제1조의2 참조).

[주차면적비율 규정 도입 이유 및 연혁]

주차전용건축물의 주차면적비율에 관한 규정은 주차장 외의 시설을 통해 수익성을 높일 수 있게 하여 민간에 의한 노외주차장 설치 및 운영을 장려하기 위한 목적으로 1992. 6. 30. 주차장법 시행령 제1조의2로 신설되었다[17]. 1995년 설치할 수 있는 주차용도 외의 시설로 업무시설과 운동시설, 전시시설이 추가되었고, 1996. 6. 주차전용건축물이 도시계획시설인지 여부를 불문하고, 연면적에 관계없이 주차장 이외의 용도로 사용되는 부분이 근린생활시설, 자동차관련시설, 업무시설, 판매시설, 관람집회시설 등이면 연면적의 30%까지를 이들 용도로 사용가능한 것으로 개정되어 현재까지 위 30% 비율이 유지되고 있다.

3. 주차전용건축물의 부대시설

[도시계획시설의 부대시설과 편익시설]

나. 대지가 너비 12미터 이상의 도로에 접하는 경우: 건축물의 각 부분의 높이는 그 부분으로부터 대지에 접한 도로의 반대쪽 경계선까지의 수평거리의 36/도로의 너비(미터를 단위로한다)배. 다만, 배율이 1.8배 미만인 경우에는 1.8배로 한다.

16) 재산세 과세표준이 되는 부동산 시가표준액 결정시 건물의 구조별·용도별 지수 등이 고려되는데, 용도별 지수 산정시 주차전용건축물의 주차장 부분에는 낮은 용도지수(65)가 적용되고, 집합건물 형태의 주차전용건축물일 경우 가감산특례 적용시에도 10% 감산율이 적용된다(다만 지하층 제외). 행정안전부, 「2020년도 건축물 시가표준액 조정기준」 18 내지 23면, 28 내지 32면 참조.

17) 당시 규정에 의하면, 주차전용건축물 중 주차장으로 사용되는 부분이 95% 이상이어야 하나, 주차장 외의 용도로 사용되는 부분이 근린생활시설·자동차관련시설, 근린공공시설인 경우에는 도시계획시설인 주차전용건축물의 경우 90%, 도시계획시설이 아닌 주차전용건축물의 경우 연면적에 따라 80%(연면적 1,000㎡이상) 또는 70%(연면적 1,000㎡ 미만) 이상이 주차장으로 사용되어야 하는 것으로 완화되었다.

도시계획시설의 부대시설은 ‘도시계획시설로 정해진 주된 시설의 기능발휘와 이용을 위해 필요한 시설로서 주된 시설에 종속되는 시설’을 말한다. 도시계획시설부지에는 원칙적으로 당해 도시계획시설 외의 시설물을 설치할 수 없으나, 예외적으로 주된 시설에 부대하여 그 효용을 보완해 줄 수 있는 시설물이 부대시설로 허용되는 것이므로, 부대시설의 개념은 주된 시설에 대한 기능적 보충성과 종속성을 전제로 한다. 부대시설의 기능은 주된 시설의 기능과 유기적으로 연결되는 것이어야 하고(필요성의 원칙), 주된 시설의 설치 및 운영목적에 한정해서 설치·운영되어야 하며(종속성의 원칙), 부대시설 또한 도시계획시설의 구성요소이므로 공공성을 갖추어야 한다(공공성의 원칙)[18].

도시계획시설에는 부대시설 외에 편익시설도 포함되어 설치될 수 있고, 편익시설은 도시계획시설을 이용하는 외부인을 위한 시설로 분류된다. 강학상 주된 시설에의 필요성을 기준으로 양자를 구별할 수 있으나, 실정법에서는 부대시설이라는 용어로 양자를 함께 규율하여 이를 명확하게 구분하고 있지 않다[19].

[노외주차장의 부대시설에 관한 규정의 연혁]

노외주차장의 부대시설과 관련하여, 제정 주차장법 시행규칙(1979. 8. 4. 건설부령 제233호로 제정된 것) 제4조 제7호에서 ‘노외주차장 부지에 급유소 기타 화재의 위험이 있는 부대시설을 설치하는 경우에는 부대시설과 주차장이 접하는 부분에 방화 구조의 벽 또는 방화문으로 이를 구획하여야 한다’는 취지의 규정을 두고 있었다.

주차장법 시행규칙이 1992. 9. 개정되면서 제6조 제3항에서 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설을 정하고, 부대시설의 총면적이 주차장 총 시설면적의 10%를 초과하여서는 안 된다는 면적 제한을 두었고[20], 이후 1996. 6. 개정으로 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설의 설치비율을 총 시설면적의 20%로 확대하고, 부대시설의 종류에 ‘시·군·구의 조례로 정하는 이용자 편의시설’을 추가하였다.

2004. 7. 부대시설의 면적은 20%로 동일하게 정하면서도, 공공시설(도로, 광장, 공원, 초·중·고등학교, 공용의 청사·주차장, 운동장, 하천, 유수지만을 말한다)의 지하와 지상에 설치하는 노외주차장에 설치하는 부대시설에 관하여는 주차장 총 시설면적 중 부대시설이 차지하는 비율을 주차장 총 시설면적의 40% 범위 내에서 조례로 정할 수 있게 하였고, 노외주차장 내에 국토계획법상 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 부대시설로 중복설치

18) 김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 행정법연구 제34호, 2012. 12. 323, 327, 328면.
19) 각주 19 논문, 326면
20) 제6조 ③ 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설은 다음 각호와 같다. 다만, 그 설치하는 부대시설의 총면적은 주차장 총시설면적의 10퍼센트를 초과하여서는 아니된다.
1. 관리사무소 · 휴게소 및 공중변소
2. 간이매점 및 자동차의 장식품판매점
3. 기타 노외주차장의 관리, 운영상 필요한 편의시설

하는 경우에도 주차장의 총 시설면적의 40% 내에서 노외주차장 외의 용도로 사용할 수 있게 하였다(주차장법 제20조 제2항, 제3항, 같은 법 시행령 제13조 제2항, 제3항, 같은 법 시행규칙 제6조 제5, 6항 참조).

[도시계획시설인 주차전용건축물에 설치할 수 있는 부대시설]

현행 주차장법 시행규칙 제6조 제4항에 따라 노외주차장에 설치할 수 있는 부대시설은 관리사무소, 휴게소 및 공중화장실(제1호), 간이매점, 자동차 장식품 판매점 및 전기자동차 충전시설(제2호), 주유소(공영 노외주차장에만 한한다)(제3호), 노외주차장의 관리·운영상 필요한 편의시설(제4호), 특별자치도·시·군 또는 자치구의 조례로 정하는 이용자 편의시설(제5호)로, 제1 내지 3호는 강학상 부대시설에, 제4, 5호는 강학상 편익시설에 해당한다고 볼 수 있다.

모든 지방자치단체의 조례에서 제5호의 시설로 '제1종 및 제2종 근린생활시설'의 설치를 허용하고 있고, 이외에도 각 지방자치단체의 조례에서 업무시설, 운동시설 등을 주차전용건축물의 부대시설로 설치할 수 있게 하고 있다.

주차장법과 지방자치단체의 조례가 정한 주차면적비율(30% 이내), 부대시설의 종류(제1, 2종 근린생활시설 등)에 관한 형식적인 요건을 충족하는 것만으로 도시계획시설인 주차전용건축물의 부대시설로 설치될 수 있는 것은 아니다. 도시계획시설인 주차전용건축물의 주차면적비율 내에 설치할 수 있는 각종 주차장 외의 시설은 어디까지나 주된 용도인 주차장의 부대시설로서 기능하는 것이어야 한다. 대법원 또한 ① 주차장 용지에 공작물축조신고를 하고 주차전용건축물의 부대시설인 옥외 골프연습장을 위한 40m 높이에 이르는 철탑 17개와 망을 설치하자 행정청이 공사중지명령을 한 사안에서, '철탑 17개는 주차전용건축물의 구성부분에 해당하지도 않고 오로지 부수적인 용도인 운동시설의 용도로 사용하기 위하여 필요한 시설로서, 이 사건 토지를 주차장 용지로 지정한 상세계획에 부합하지 않고 위 용도계획기준에서 말하는 '부속시설'에 해당하지 않으므로 그 설치가 허용되지 않는다'는 취지로 판시하였고(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두9770 판결), ② 서울내곡 보금자리주택지구 내에 주차전용건축물인 아우디 강남센터의 건축허가 취소가 문제된 사안(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결)에서도, '도시계획시설로 설치되는 주차전용건축물은 주차장 외의 용도로 사용되는 부분의 용도 및 면적 등 주차장법 및 관련 조례가 정한 요건을 충족하여야 할 뿐만 아니라, 주차장 외의 용도로 사용되는 부분이 국토계획법령이 정한 기반시설 자체의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설에도 해당하여야만 도시계획시설 실시계획인가 요건을 충족한다고 볼 수 있다'고 판시하였다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결 참조)[21].

Ⅳ. 집합건물인 주차전용건축물의 소유, 사용 및 관리 관계

1. 문제의 소재

[문제 상황]

규모가 작은 주차전용건축물의 경우 일반건축물 형태로 건축되어 주차장 부분과 부대시설을 모두 건축주가 소유하기도 하나, 규모가 큰 대부분의 주차전용건축물은 건축주가 집합건물 형태로 건축하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라고 한다)에 따라 구분등기하고 주차장 부분과 부대시설(근린생활시설 등)을 별도로 분양하는 것이 일반적이다. 주차장과 부대시설이 소유자를 달리하여 분양된 주차전용건축물의 경우, 부대시설 소유자들의 주차장 사용 및 주차료 관련 분쟁이 다수 발생하고 있다.

한편, 주차전용건축물의 옥상 부분에 주차장을 설치하는 경우가 왕왕 있는데, 옥상 부분에 설치된 주차장이 주차장 소유자의 전유부분 또는 주차장 소유자만의 일부 공용부분인지, 혹은 부대시설 소유자를 포함한 구분소유자들 전체의 공용부분인지 문제된다(이는 옥상 부분의 사용 관계 및 관리비에 직접적인 영향을 미친다).

이하에서는 소송이 진행된 사례를 통해 실제 사례에서 주차전용건축물의 주차장 소유, 사용 및 관리 관계가 어떻게 문제되고 있고, 이를 어떠한 방식으로 해결할 수 있는지에 관하여 고민해보고자 한다.

2. 주차전용건축물의 주차장과 부대시설을 분리하여 분양할 수 있는지

[선행연구에서의 견해]

주차전용건축물이 집합건물인 경우, 주차장법과 집합건물법을 모두 만족시키기 위하여, 개별 부대시설별로 주차장으로 사용되는 부분의 비율이 70%, 부대시설로 사용되는 부분의 비율이 30% 요건을 충족하여야 한다는 견해가 있다. 이 견해는 주차전용건축물이 집합건물로 준공되어 주차장과 부대시설이 각각 구분소유로 분리된다면 주차장이 없는 부대시설이 생길 수 있는데 이는 주차장법을 정면으로 부정하는 것이라고 하면서, 주차전용건축물의 부대시설만을 구분소유의 객체로 하고, 주차장 부분은 부대시설 수분양자들 사이의 공유부분으로 부대시설의 지분에 따라 분양되어야 하며, 주차장 부분이 전유부분으로 등기되어 별도로 분양되어서는 안 된다고 한다. 주차전용건축물인 집합건물은 그 허가 단계에서부터 부대

21) 위 판결에 대한 평석으로, 안기수, "주차장 부대시설의 법적 문제에 대한 시론적 고찰 - 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결", 서울법학 23(3), 2016. 2. 125-150면.

시설 수분양자에게 주차장 부분을 함께 분양한다는 조건부 허가가 이루어져야 하고, 주차전용건축물의 주차장 부분과 부대시설의 소유자를 달리하는 주차전용건축물의 경우, 부대시설의 수분양자들이 주차장 부분을 매수하여 소유자를 일치시키는 것이 바람직하다고 한다[22].

[선행연구의 견해에 대한 검토]

선행연구에서는 주차장이 없는 부대시설이 발생할 경우 이는 주차장법에 정면으로 위반되는 것이라고 한다. 그러나 주차전용건축물의 총 시설면적의 70% 이상을 차지하는 주차장과 30% 이하를 차지하는 부대시설을 분양하는 관계에 관하여 주차장법을 비롯한 공법 규정에서는 특별히 정하고 있지 않다. 대장 및 등기 실무에서도 주차전용건축물의 주차장 부분은 층별로 구분등기되고 건축물대장 또한 주차장을 구분소유권의 목적으로 하여 작성되고 있는데, 이처럼 구분등기된 주차장과 부대시설을 각각 다른 소유자에게 분양하는 것이 금지된다고 볼 만한 근거를 찾기 어렵다. 무엇보다 노외주차장인 주차전용건축물은 어디까지나 주차장이 주이고 주시설의 기능에 부대하는 시설과 주차장의 수익성에 도움을 줄 수 있는 편익시설을 일정 면적 내에서 부대시설로 설치할 수 있게 한 것이므로, 부대시설을 위한 주차장이 반드시 별도로 필요하다고 볼 것이 아니다(즉, 부설주차장과는 다르다). 부대시설 소유자들만이 주차장을 소유할 수 있다는 선행연구의 견해에 그대로 찬성하기는 어렵다.

한편, 이하에서 살필 주차전용건축물의 소유, 사용, 관리 관계의 문제는 모두 주차전용건축물의 주차장 부분과 부대시설의 수분양자가 달라짐에 따라 발생하는 것이고, 주차장과 부대시설을 분리하여 분양할 수 없게 하는 것이 문제를 해결하는 근본적인 해결책이 될 수 있다. 문제해결의 측면에서 선행연구와 같이 주차장 부분과 부대시설을 소유자를 달리하여 분양할 수 없게 하는 것을 고려해볼 만하다. 그러나 최근 주차전용건축물의 규모가 대규모화하고 있고 건축주는 부대시설의 분양을 통해 용지비와 건축비의 상당 부분을 회수하는데, 주차장 부분과 부대시설의 분리 분양을 허용하지 않을 경우, 민간에 의한 주차전용건축물의 건축을 촉진한다는 주차장법의 개정 취지에 반하는 결과를 가져올 우려가 있다. 따라서 선행연구의 견해와 같이 주차장과 부대시설의 소유자 분리는 허용되지 않는다는 해석은 취하지 않기로 한다.

3. 사례의 개요

(1) 사례1

22) 박창률 외 1, “공공개발지구 내 주차장용지에 주차전용건축물이 집합건물일 경우 부대시설 수분양자의 주차장 지분배분에 관한 연구”, 국토계획 제55권 제7호(2020), 91, 92면.

[사실관계]

건축주가 집합건물인 주차전용건축물(이하 ‘제1건물’이라고 한다)에 관하여 1997. 1. 14. 건축허가를 받고 1998. 10.경 완공하여, 지하층, 1, 2층은 일반음식점 등과 주차장, 3, 4, 5층은 주차장, 옥상과 옥탑(6, 7층)은 골프연습장으로 각각 사용승인을 받고, 1998. 11. 구분소유로 보존등기하였다. 이후 건축주가 제1건물을 분양하였고, 원고들은 지하층, 1 내지 5층 각 주차장(이하 ‘이 사건 주차장’이라고 한다)의 구분소유자로 유료주차장 영업을 하고 있고, 피고는 옥상 및 옥탑(6, 7층)의 구분소유자로 골프연습장을 운영하고 있다.

[제1건물의 표시]		
지하층	일반음식점, 주차장, 계단실 등	783.42m(그 중 주차장 면적 245.74m)
1층	일반음식점, 주차장, 계단실 등	2258.96m(그 중 주차장 면적 242.66m)
2층	일반음식점, 주차장, 계단실 등	2379.66m(그 중 주차장 면적 1156.05m)
3-5층	주차장, 계단실	각 2309.69m(그 중 주차장 면적 각 2258.30m)
옥상(6층)	골프연습장, 계단실	141.48m(그 중 골프연습장 면적 90.09m)
옥탑(7층)	골프연습장, 계단실	141.48m(그 중 골프연습장 면적 131.04m)

제1건물의 옥상 부분에 철골구조물로 지지되는 사각의 그물이 쳐져 있고, 그물 아래에 위치하는 제1건물의 6층 바닥 부분에 31대의 주차장을 주차할 수 있는 주차장(이하 ‘옥상 주차장’이라 한다)이 설치되어 있으며, 피고는 옥상 주차장을 골프연습장 고객들의 주차장으로 사용하고 있다.

제1건물 집합건축물대장의 표제부에는 제1건물의 주차장으로 옥내자주식 199대로 표시되어 있는데 위 차량대수는 옥상 주차장의 31대가 포함된 대수이고, 주차면적에도 옥상 주차장의 면적이 더해져 있으며, 6층에 설치된 건물(미등기)이 주차장 관리실로 등재되어 있다.

옥상 주차장으로 가기 위해서는 제1건물 1층에서부터 6층 바닥까지 연결되어 있는 나선형의 차량이동통로(램프, 이하 ‘이 사건 차량이동통로’)를 이용하여 6층 바닥까지 이동해야 하고, 다른 이동 경로는 없다. 이 사건 차량이동통로는 이 사건 주차장의 전유부분 면적으로 등기되어 있다.

[원고들의 주장]

원고들은 옥상 주차장은 이 사건 주차장의 일부로 원고들의 전유부분이거나 혹은 제1건물 구분소유자 전원의 공용부분에 해당함을 들어 피고에게 옥상 주차장 사용이익의 반환을 구하고, 이 사건 차량이동통로가 이 사건 주차장의 부속시설로 원고들의 전유부분임을 들어 피고에게 사용료 지급청구를 하였다.

[1심[23]의 판단-청구 기각]

집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지는 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 집합건물에서 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 지붕, 외벽 등 건물 부분은 구조상 공용부분으로 구분소유권의 목적이 되지 않으며, 건물의 어느 부분이 전부 공용부분인지, 일부 공용부분인지는 소유자들 사이의 합의가 없는 한 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의해 결정되어야 한다.

옥상 주차장은 옥상 바닥 중 일부로 구조상 또는 성질상 공용부분에 해당하고, 제1건물이 주차전용건축물로 집합건축물대장 표제부에 기재된 주차대수와 주차면적에 옥상 주차장이 더해져 있거나 6층 미등기 건물이 집합건축물대장에 주차장 관리실로 기재되어 있다하여 달리 볼 것이 아니다.

제1건물 신축 당시 주차장법 제19조 제1항은 골프연습장을 건축 또는 설치하고자 하는 그 시설물의 내부 또는 그 부지 안에 1타석 당 1대 규모의 부설주차장을 반드시 설치하여야 하는 것으로 규정하고 있었고, 제1건물 신축 이래 현재까지 옥상 주차장은 골프연습장 주차장으로 사용되고 있는 등 옥상 주차장은 골프연습장 소유자의 일부공용부분이라고 볼 것이다.

집합건물의 구조상 공용부분은 등기능력이 없으므로 등기부상 그것이 전유부분으로 등기되어 있더라도 이는 무효의 등기이다. 이 사건 차량이동통로는 구조상 및 이용상 독립성을 갖추지 못한 공용부분이므로 전유부분으로 된 등기가 무효이고 원고들의 전유부분이 아니다.

[파기환송 전 원심[24]의 판단-1심 판결 취소]

이 사건 건물은 주차전용건축물로 건축된 것이고, 옥상 주차장의 면적을 제외하면 제1건물의 주차장 면적은 총 시설면적의 66.6%에 불과하여 옥상 주차장의 면적이 포함되어야 비로소 제1건물이 주차전용건축물의 요건을 갖추게 되는 점, 제1건물 건축주가 이 사건 차량이동통로를 주차장의 일부로 등기한 것은 옥상 주차장도 지하층에서 5층까지의 이 사건 주차장 시설의 일부인 주차장으로 등재한 것으로 볼 수 있는 점, 집합건축물대장의 등재 이후 사실상의 이용 상황은 옥상 주차장이 전유부분인지 공용부분인지에 영향을 미칠 수 없는 점 등에 비추어 옥상 주차장은 이 사건 주차장 소유자인 원고들의 전유부분이다.

제1건물은 주차전용건축물로서 그 주용도가 주차장이고, 주차장 이외의 부분은 주차전용건축물의 수익을 보장하기 위하여 일정 범위에서 타 용도로 사용할 수 있도록 법령이 배려한 것에 불과한데, 옥상 주차장은 제1건물이 주차전용건축물로서의 요건을 갖추기 위해 주차장으로 설치된 것이고, 피고는 원고들에게 옥상 주차장의 사용료를 지급하기도 한 점 등에 비

23) 대구지방법원 2009. 11. 5. 선고 2008가합928 판결
24) 대구고등법원 2010. 10. 27. 선고 2009나9875 판결

추어 보면 옥상 주차장이 골프연습장 구분소유자만의 일부공용부분이라고 볼 수도 없다.

이 사건 차량이동통로는 그 자체만을 따로 떼어내어 소유권의 객체로 삼아 등기한 것이 아니라 이 사건 주차장의 일부로 등기된 것이므로 구조상 및 이용상 독립성은 이 사건 주차장 전체를 기준으로 논할 것이지 이 사건 차량이동통로만을 떼어놓고 논할 문제가 아니며, 이 사건 주차장 전체가 구조상 및 이용상 독립성을 갖고 있는 이상 이 사건 차량이동통로는 원고들의 전유부분이라고 할 것이다.

[대법원[25]의 판단-파기환송]

옥상 주차장은 벽, 기둥, 지붕에 둘러싸여 있지 않은 개방형 구조로 되어 있어 제1건물 전체의 안전이나 외관을 유지하기 위한 지붕으로서의 성격을 잃지 않고 있고, 옥상 주차장 부분이 6, 7층 골프연습장 건물 부분과 구조상 구분되어 있지 않다. 옥상 주차장은 건축법령상 바닥면적에 산입될 수 없어 집합건축물대장에 그 면적이 등재되어 있지도 않다. 원심 판시 이유만으로 옥상 주차장이 원고들의 전유부분인 이 사건 주차장의 구성 부분이라고 단정할 수 없고, 옥상 주차장이 구조상 및 이용상 독립성이 있어야 구분소유의 목적이 될 수 있다.

이 사건 차량이동통로는 이 사건 주차장 부분만 연결하는 구조가 아니라 옥상 주차장까지 연결되는 구조이고, 연결 부위에 별도의 차단시설이 없으며, 옥상 주차장에 출입할 수 있는 다른 통로가 존재하지 않으므로, 이 같은 객관적 구조와 용도에 비추어 옥상 주차장이 이 사건 주차장의 구성부분으로 인정되어야 이 사건 차량이동통로도 이 사건 주차장의 일부로 원고들의 전유부분이라고 볼 수 있을 것인데, 옥상 주차장이 이 사건 주차장의 구성부분이라 보기 어렵다면 원심의 판단은 유지될 수 없다.

[파기환송 후 원심[26]의 판단]

옥상 주차장이 주된 용도가 주차장으로 골프연습장 고객들이 주로 이용하고 있기는 하나 제1건물의 지붕 또는 옥상으로서의 구조와 기능을 겸유하고 있고, 계단 등을 통해 누구나 접근할 수 있는 공간인 점 등에 비추어 보면, 옥상 주차장은 이 사건 건물의 전체 구분소유자들의 공용에 제공되는 전체공용부분이다.

이 사건 차량이동통로는 전체공용부분인 옥상 주차장 부분과 구조상 및 이용상 독립성을 갖추었다고 볼 수 없으므로, 제1건물 전체 구분소유자들의 공용부분에 해당한다고 볼 것이다.

---

25) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95949 판결

26) 대구고등법원 2011. 7. 13. 선고 2011나2570 판결, 파기환송심에 대한 상고 사건은 심리불속행 기각되었다(2011. 10. 27. 선고 2011다64355 판결)

(2) 사례2

[사실관계]

제2건물은 5층 규모의 집합건물로 1층과 2층은 제2종 근린생활시설인 상가로 분양되고(상가 15개 호실), 3, 4, 5층은 주차장이며, 이 사건 건물의 집합건축물대장 표제부에는 이 사건 건물 옥내에 차량 126대(각 층별 42대의 주차단위), 옥외(옥상)에 차량 42대를 주차할 수 있는 주차장이 설치되어 있는 것으로 등재되어 있다. 15개 호실 상가 전유부분의 총 면적은 제2건물 연면적의 약 27%이고, 제2건물은 주차전용건축물에 해당한다.

제2건물에 1층부터 옥상까지 차량이동통로인 램프가 설치되어 있다. 제2건물의 3층 주차장 중 일부 면적과 1, 2, 3층 램프의 면적, 1, 2, 3층 주계단 및 엘리베이터, 부계단 면적이 1, 2층 상가의 공용부분으로 배분되어 있으나, 4, 5층 램프와 4, 5층 주계단 및 엘리베이터, 부계단 면적은 1, 2층 상가의 공용면적으로 배부되어 있지 않다.

피고는 301호, 401호, 501호의 구분소유자로, 이 사건 건물 제3, 4, 5층과 옥상 부분 주차장에서 주차장 영업을 하면서 제2건물 1층 램프 구간으로 진입하는 입구 지점에서 출입차단기로 이 사건 건물에 출입하는 차량을 통제하고, 제2건물에 출입하는 차량을 대상으로 주차요금을 받고 있는데, 상가 구분소유자들인 원고들 또는 상가의 임차인들에 대하여는 3층 주차장 전체에 무료주차를 허용하나, 상가 방문객들로부터는 주차요금을 받고 있다.

[원고들의 주장]

3층 중 피고의 전유부분인 301호를 제외한 공용부분인 652.248㎡(이하 '3층 공용부분'이라고 한다)과 옥상 주차장은 제2건물의 공용부분으로 이 사건 건물의 구분소유자들인 원고들과 피고의 공유이므로, 원고들은 3층 공용부분에 설치된 주차장과 옥상 주차장을 그 지분비율로 사용할 수 있다. 따라서 피고는 원고들(원고들로부터 사전 동의 또는 사후 승낙을 받은 사람들인 상가 방문객들을 포함하여)이 3층 주차장과 옥상 주차장을 그 지분비율에 따라 사용하는 행위를 방해해서는 아니 되며, 원고들과 원고들로부터 사전 동의 또는 사후 승낙을 받은 사람이 3층 주차장과 옥상 주차장에 주차하는 차량에 대해 주차요금을 받아서도 아니 된다.

[1심[27] 판시사항]

3층 전유부분(301호)이 3층 공용부분과 공간적으로 분리되어 있지 않아, 3층 중 특정 면적을 원고들이 배분받은 면적으로 분리해낼 수 없으므로, 3층의 42개 주차단위에는 301호 전유부분의 효력 및 이 사건 상가 구분소유자들이 배분받은 공용부분의 효력이 모두 미친다.

27) 수원지방법원 2020. 9. 9. 선고 2018가합27648(본소), 2019가합26062(반소) 판결, 2021. 8. 현재 항소심 계속 중(수원고등법원 2020나21684 사건)이다.

또한 주차장법 제14조 제1항, 제13조 제1항에서는 ‘노외주차장 설치자 및 관리자가 노외주차장을 관리할 의무를 지고, 노외주차장에 자동차를 주차하는 사람으로부터 주차요금을 받을 수 있다’고 정하고 있다. 따라서 건축주 이래 순차 301호, 401호, 501호의 소유권을 이전받아 노외주차장 설치자 및 관리자의 지위를 승계한 피고는 3층 주차장에 차량을 주차하는 사람으로부터 주차요금을 받을 수 있다. 원고들은 피고에게 3층 주차장에 주차한 차량으로부터 주차요금을 받지 말 것을 구할 수는 없고, 다만 받은 주차요금 중 원고들이 배분받은 주차장 면적 비율에 상응하는 사용이익의 반환을 구할 수 있을 뿐이다.

옥상 주차장은 노외주차장의 일부인 점, 상가의 집합건축물대장(전유부)에 의하면, 4, 5층 램프와 5층 램프의 바닥면적이 상가들의 공용부분으로 배분되어 있지 않은데, 이를 통해 건축주가 상가의 구분소유자들에 대하여는 3층 공용부분에 상가 전유부분 비율에 상응하는 주차공간을 할당하고, 4층 주차장부터 옥상 주차장까지는 상가 구분소유자들이 주차를 할 수 있는 이 사건 상가의 공용부분이 아니라는 구분의사를 표시하였음을 확인할 수 있는 점, 5층 램프를 통해서만 옥상 주차장으로 진입 가능한데, 4층 램프와 5층 램프 바닥면적이 상가 공용면적에 포함되어 있지 않은 점 등을 종합해 보면, 옥상 주차장은 제1, 2층 상가의 공용부분으로 볼 수 없다.

4. 사례1, 2를 통한 주차전용건축물의 공용부분인 주차장에 대한 소유, 관리 및 사용 관계 검토

[옥상 주차장 설치의 적법 여부]

집합건물에서 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 지붕, 외벽 등 건물 부분은 구조상 공용부분으로 구분소유권의 목적이 되지 않는다. 노대에 해당하는 옥상 광장과 승강기탑(옥상 출입용 승강장을 포함한다) 등은 건축물의 바닥면적에 산입되지 않는다(건축법 시행령 제119조 제1항 제3호 나목, 라목 참조).

구조상 공용부분인 옥상의 바닥을 주차장으로 사용하는 것은 가능하다. 다만, 주차전용건축물은 건축물의 연면적 중 70% 이상이 주차장이 되어야 하는데, 옥상 부분은 바닥면적에 포함되지 않으므로, 옥상을 제외한 건축물의 바닥면적 중 70%가 주차장이 되어야 한다. 주차전용건축물의 옥상 주차장 면적을 포함하여야 주차장의 면적비율이 연면적 70% 이상이 되는 경우라면 이는 주차장법 위반이고 불법건축물이라고 보는 것이 타당하다.

옥상 바닥을 주차장으로 사용하는 경우라도 이를 노외주차장의 주차면적 및 주차대수에 포함시키지 않고, 단순히 주차전용건축물의 공용부분으로만 사용하는 경우라면 그 사용 및 관리에 관한 법률관계는 집합건물법에 따르면 된다. 그러나 상당수의 주차전용건축물은 옥

상 주차장 면적을 노외주차장 면적에 포함시키고 옥상 주차장의 주차 대수를 노외주차장의 주차 대수에 포함시켜 건축허가를 받는다. 이 경우 옥상 주차장은 노외주차장의 성격을 동시에 갖는다고 볼 수 있고, 따라서 집합건물법 외에 주차장법의 적용을 받게 된다고 볼 것이다.

[주차전용건축물의 공용부분인 주차장 소유 관계]

건축물의 바닥면적에 포함되지 않는다고 하더라도 구조상 및 이용상 건축물의 전유부분에 해당하는 부분이 있을 수 있고(아파트의 개별 호실 외벽에서 바깥쪽으로 설치된 베란다가 여기에 포함될 수 있다) 이러한 부분은 전용면적으로 공급면적에 포함되어 분양되거나 매매의 대상이 될 수 있다는 해석이 가능하다[28]. 즉, 건축물의 바닥면적에 포함되는지 여부가 건축물 부분의 성격을 결정짓는 요소라고 보기는 어렵다. 그러나 주차전용건축물의 옥상 주차장은 그 부분이 주차장의 일부로 사용되고 있다 하더라도 여전히 지붕으로서의 구조와 기능을 겸유하면서 주차전용건축물 전체의 안전이나 외관을 유지하는 기능을 하기 때문에, 이를 특정 구분소유자만의 전유부분으로 삼을 수 있다고 봄은 적절하지 않다. 베란다와는 달리 주차전용건축물의 옥상 부분은 구분소유권의 객체로 할 수 있는 전유부분이 될 수 없다고 봄이 타당하다. 사례1의 제1건물의 경우, 옥상(6층) 주차장 부분이 제1건물의 공용부분이라고 본 대법원의 판결은 타당하다고 본다.

통상적인 경우, 옥상 주차장은 주차전용건축물의 지붕 부분으로서 방수, 건물의 하중 등 건물 전체의 안전과 관련되어 있는 부분이기 때문에 주차전용건축물의 구분소유자 전체의 공용부분에 해당한다. 그런데 사례2의 경우, 옥상 주차장을 주차전용건축물의 부대시설 구분소유자를 포함한 구분소유자 전체의 공용부분으로 볼 것인지, 주차장 소유자만의 일부 공용부분으로 볼 것인지 문제되었다. 제2건물의 옥상 주차장은 노외주차장 주차 면적과 주차 대수에 포함되어 있고, 제2건물의 건축주는 1, 2층에 위치한 부대시설인 상가의 공용면적으로 3층 주차장만을 배분하고 4층 이상 주차장 부분의 램프, 부계단 등 공용면적은 상가 구분소유자들에게 배분하지 않은 점에서 4층 주차장부터 옥상 주차장까지는 부대시설인 상가들과는 분리하여 오롯이 주차장으로 사용되는 부분이라는 구분의사를 분명하게 드러내었으며, 제2건물의 옥상 주차장은 제1건물의 옥상 주차장과 달리 부대시설인 상가들과 연접하여 있지 않고 4, 5층 주차장으로 인해 상하로 분리되어 있기 때문에 구조상 독립되어 있다고 볼 여지가 있어 보인다. 여기에다가 주차전용건축물의 주시설인 주차장과 부대시설의 관계를 더하여 보면, 제2건물의 옥상 주차장 부분은 주차장 소유자(만약 제2건물의 주차장 부분인 301호, 401호, 501호의 소유자가 다른 경우라면 주차장 소유자들)만의 일부 공용부분이라는 해석이 가능할 여지가 있다고 본다.

---

28) 김종보, “노대의 구조변경과 증축의 개념”, 행정법연구 제9호, 2003. 5. 253-255면.

[주차전용건축물의 공용부분인 주차장 관리 관계]

집합건물법에 따라 1동의 건물의 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 관리단이 당연설립되고, 관리단은 관리단의 사무를 집행할 관리인을 선임하며, 관리단의 사무는 관리인에게 위임한 사항 외에는 관리단집회의 결의로 이루어진다. 관리단집회의 의사는 규약에서 특별히 정하지 않는 한 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수로 정하고, 구분소유자의 의결권은 규약에 특별한 정함이 없으면 전유부분의 면적 비율에 따른다(집합건물법 제12조, 제23조 제1항, 제24조, 제31조, 제37, 제38조). 집합건물의 공용부분 관리에 관한 사항은 공용부분의 변경에 관한 사항을 제외하고는 통상의 집회결의로 결정한다(집합건물법 제16조, 제15조, 제15조의 2). 공유물의 구체적인 사용·수익 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항에 해당한다[29].

집합건물인 주차전용건축물의 공용부분에 해당하는 주차장(제1건물의 옥상 주차장 또는 제2건물의 3층 주차장 일부와 옥상 주차장 등, 이하 '옥상 주차장 등'이라고 한다)의 관리에 관한 사항은 주차전용건축물의 구분소유자 전원으로 구성된 관리단의 통상의 집회결의로 결정되는데, 이때 부대시설의 구분소유자들로 구분소유자의 과반수가 성립되나, 의결권의 과반수는 70% 이상의 면적을 차지하는 주차장 소유자가 보유하게 된다. 따라서 공용부분인 주차장의 구체적인 사용·수익 방법 등을 비롯한 관리와 관련하여 부대시설 소유자들의 이해관계와 주차장 소유자의 이해관계가 대립하는 경우, 관리단의 집회결의로 의사를 결정하는 것은 사실상 매우 어려운 일이다(주차장 소유자가 반대하는 한 관리단의 의결은 불가능하다). 결국 이해가 대립되는 경우의 공용부분인 주차장 관리는 집합건물법의 규정으로는 해결할 수 없는 문제이다.

옥상 주차장 등이 주차전용건축물의 구분소유자 전체의 공용부분인 경우에도 주차장법에 따라 노외주차장인 옥상 주차장 등에 관한 관리 책임을 지는 자는 주차장 관리자이다(주차장법 제13조 내지 제15조 참조). 그렇다면 옥상 주차장 등은 주차장 소유자가 직접 관리하거나 관리인을 두어 관리하면서, 부대시설 소유자들로부터 전용면적의 비율로 배분한 관리비를 지급받는 형태로 관리함이 상당하다(집합건물법 제17조[30] 참조). 부대시설 소유자들은 공용부분 주차장의 사용·수익 방법을 비롯한 주차장 소유자의 옥상 주차장 등의 관리 내용에 불만이 있다 하더라도 따를 수 밖에 없을 것인데, 주차장 시설이 주이고 부대하여 부대시설의 설치가 허용되는 주차전용건축물의 개념과 본질을 고려하고, 부대시설 소유자들 또한 주차전용건축물의 부대시설임을 알면서 이를 분양받은 이상(설령 몰랐다 하더라도 건축물대장 등을 통해 충분히 알 수 있다), 옥상 주차장 등 관리 관계가 사실상 주차장 소유자

29) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결, 대법원 1992. 6. 13.자 92마290 결정 등 참조

30) 집합건물법 제17조(공용부분의 부담·수익) 각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담하고 공용부분에서 생기는 이익을 취득한다.

의 결정에 따라 이루어지는 이 같은 해석이 부당하다거나 불합리하다고 볼 것은 아니다.

[주차전용건축물의 공용부분인 주차장 사용 관계]

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용・수익할 수 있다(민법 제263조 후단). 각 공유자는 집합건물의 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다(집합건물법 제11조). 소수지분권자이더라도 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 다른 공유자와 함께 점유·사용할 수 있다. 특정 구분소유자 또는 제3자가 집합건물의 공용부분을 배타적으로 점유·사용할 경우 다른 구분소유자는 공동사용 방해 상태의 제거나 공동점유 방해 행위의 금지를 구하거나[31] 사용료 상당의 부당이득 반환을 구할 수 있다[32].

주차전용건축물의 옥상 주차장 등이 구분소유자들의 전체 공용부분인 경우, 부대시설 구분소유자들은 전용면적 비율에 비례하여 옥상 주차장 등 면적 전체를 사용할 수 있다. 부대시설 구분소유자들이 옥상 주차장 등 면적을 독점적・배타적으로 사용하지 않는 이상, 주차장 소유자로서는 옥상 주차장 등을 사용하는 부대시설 구분소유자들에게 사용료 상당의 부당이득 반환을 구할 수도 없다. 부대시설인 상가 구분소유자의 공용부분에 관한 공유지분에 터 잡아 상가 방문객이 주차전용건축물의 공용부분인 옥상 주차장 등에 주차할 수도 있다. 불특정 상가 방문객들이 상가에 방문한 시간 동안 공용부분 주차장에 잠시 주차를 하는 것이라면 그 같은 사용이 주차장의 배타적・독점적 사용이라고 보기 어렵고[33], 상가 구분소유자들이 상가 방문객들의 주차장 사용과 관련하여 주차장 소유자에 대하여 사용료 상당의 부당이득 반환 의무를 진다고 보기 어렵다. 반면, 상가 방문객들이 공용부분 주차장을 사용하는 행태가 단기임대차로 볼 수 있을 정도로 공용부분을 장기간 사용하는 경우라면, 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유부분의 일부를 독점적으로 점유·사용하는 경우에 해당하여, 주차장 소유자가 부대시설 소유자에게 방해 제거 및 공동 점유 방해 행위의 금지를 청구할 수 있다.

한편, 노외주차장을 관리하는 자는 해당 지방자치단체의 조례에서 정하는 바에 따른 노외

31) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결 참조.

32) 구분소유자 중 일부가 정당한 권원 없이 집합건물의 복도, 계단 등과 같은 공용부분을 배타적으로 점유・사용함으로써 이익을 얻고, 그로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용할 수 없게 되었다면, 공용부분을 무단점유한 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한 해당 공용부분을 점유・사용함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 해당 공용부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상이 아니더라도, 무단점유로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용・수익할 권리가 침해되었고 이는 그 자체로 민법 제741조에서 정한 손해로 볼 수 있다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결 참조).

33) 부대시설을 방문한 상가 방문객들의 주차장 사용형태는 통상 상가 운영시간 동안 주차장을 사용하면서 불특정 다수의 차량이 특정 시간대에 한꺼번에 주차장을 사용하게 된다(예컨대 음식점의 경우 점심시간대와 저녁시간대). 이 경우 부대시설인 상가를 방문한 차량들이 공용부분 주차장을 특정 시간대에 한하여 독점적·배타적으로 이용하게 되나, 특정 시간대 외의 하루 전체시간을 고려하면 상가 방문객들이 공용부분 주차장을 독점적·배타적으로 사용하고 있다고 보기는 어렵다.

주차장 관리 책임과 주차장 이용자의 편의를 위한 표지를 설치할 의무를 지고, 주차요금을 받을 수 있다. 주차요금은 주차장 사용에 대한 대가로서의 성격 외에도 주차장 관리자의 관리행위에 대한 대가로서의 성격도 갖고 있다. 공용부분이 노외주차장의 주차 대수로 포함된 노외주차장의 일부인 이상, 주차장법 제14조 제1항에 따라 주차장 관리자는 공용부분에 주차하는 상가 방문객들로부터 주차요금을 받을 수 있다. 상가 구분소유자들이 공용부분에 관하여 부담하는 관리비에 주차장 관리자가 공용부분에 주차하는 불특정 다수의 상가 방문객들이 주차한 차량을 관리하여야 하는 관리행위의 대가까지 포함되어 있는 것이라고 볼 수는 없다.

결국 노외주차장인 주차전용건축물의 주차장 관리자인 주차장 소유자와 부대시설 소유자들 사이의 옥상 주차장 등 사용 관계는 집합건물법과 주차장법의 규율이 정면으로 배치되고 있는 국면으로 볼 수 있다.

사례 2와 같이 주차전용건축물의 공용부분에 주차하는 불특정 다수의 부대시설 방문객들에 대한 주차료와 관련하여 법적 분쟁이 발생하여 소송이 제기되고 있는데, 이를 주차장법과 집합건물법의 해석을 통해 해결하는 것은 위와 같이 규율 내용이 배치되는 어려움이 있어 소송에서는 가능한 한 조정으로 해결하고자 한다. 주차장 소유자와 부대시설인 상가의 소유자들이 합의하여, 상가 소유자들의 부담 하에 상가 방문객들이 상가로부터 주차도장을 받아오면 주차장 소유자가 상가 방문객들에게 일정 시간 무료주차 또는 주차할인의 혜택을 주는 경우가 있는데, 이러한 사용 형태는 주차전용건축물의 부대시설 소유자들과 주차장 소유자가 합의 하에 주차장을 사용하는 합리적인 형태라고 볼 수 있다. 조정을 통한 해결이 어려울 경우라면, 결국 배치되는 양 법률 중 어느 하나의 규율에 의한 해결을 할 수 밖에 없을 것인데, 주차전용건축물은 집합건물 중에서도 노외주차장의 용도로 사용되는 건물이라는 특수성을 고려할 때, 주차장법이 집합건물법에 대한 특별법으로 우선하여 적용된다고 해석함이 타당하다. 앞서 본 것과 같이 공용부분인 주차장의 구체적인 사용·수익 방법 등을 정하는 것은 관리행위로서 주차장 소유자가 정할 수 있다고 볼 것이고, 노외주차장을 관리하는 주차장 소유자는 주차장법 제14조 제1항에 따라 부대시설의 방문객들에 대하여 주차요금을 받을 수 있다고 볼 것이다.

Ⅴ. 결론

집합건물인 주차전용건축물은 공법인 주차장법과 사법인 집합건물법의 규율을 모두 받게 된다.

통상적인 경우, 주차전용건축물의 옥상에 설치되는 주차장은 부대시설 소유자를 포함한 주차전용건축물 전체 소유자의 공용부분으로 볼 것이다. 다만, 건축주의 구분의사, 옥상 주차장, 옥내 주차장 및 부대시설의 위치와 구조적 형태 등을 고려하여 옥상 주차장이 주차전용건축물 전체 구분소유자의 공용부분이 될 수도 있고, 주차장 소유자들만의 공용부분이 될 수도 있다.

집합건물인 주차전용건축물의 주차장이 전체 공용부분으로서의 성격을 겸유하여 그 관리 및 사용 관계에 관하여 주차장의 소유자와 부대시설 소유자들 간의 분쟁이 발생할 경우, 집합건물법의 규정으로는 이를 해결할 수 없고, 주차전용건축물이 집합건물 중에서도 노외주차장의 용도로 사용되는 건물이라는 특수성을 고려할 때, 주차장법이 집합건물법에 대한 특별법으로 우선하여 적용된다고 해석함이 타당하다. 주차장법에 따라, 전체 공용부분에 해당하는 경우라도 주차장 소유자가 관리에 관한 사항을 결정할 수 있고, 노외주차장을 관리하는 주차장 소유자는 공용부분 주차장에 주차하는 부대시설 방문객들로부터 주차요금을 받을 수 있다고 볼 것이다.

다만, 해석을 통한 문제 해결은 계속해서 분쟁을 가져올 우려가 크다. 분쟁을 종국적으로 해결하기 위해, 주차장법에 주차전용건축물의 건축주가 주차장과 부대시설을 분리하여 분양하고자 할 경우 분양에 앞서 공용부분인 주차장의 관리 및 사용 관계에 관한 규약을 만들어야 한다는 규정을 두는 등으로 입법적 해결방안을 모색할 필요가 있다.

참 고 문 헌

[논문]

김종보, “노대의 구조변경과 증축의 개념”, 행정법연구 제9호, 2003. 5.

_____, “도시계획시설의 부대시설”, 행정법연구 제34호, 2012. 12.

박창률 외 1, “공공개발지구 내 주차장용지에 주차전용건축물이 집합건물일 경우 부대시설 수분양자의 주차장 지분배분에 관한 연구”, 국토계획 제55권 제7호(2020).

안기수, “주차장 부대시설의 법적 문제에 대한 시론적 고찰 - 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결”, 서울법학 23(3), 2016. 2.

이윤상 외 4, “노외주차장 합리적 공급추진을 위한 법제도 개선방안 연구 - LH사업지구를 대상으로-”, 한국토지주택공사 토지주택연구원, 2015.

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

건축법과 주택법상 노대

- 발코니를 중심으로 -

정 다 한*

국문초록

발코니 확장의 문제는 약 20여년에 걸쳐 우리 사회의 큰 문제로 제기되고 있다. 발코니를 확장하는 것이 불법인지 합법인지 여부의 문제뿐만 아니라, 발코니가 무엇인지에 대한 개념조차 정확히 자리 잡지 못했기 때문이다. 이러한 발코니 확장의 문제는 그 자체에서 출발하기보다는, 최초의 발코니 확장의 예외를 적용하게 된 근거였던 '노대'의 개념을 파악함으로써 근본적인 원인 파악이 가능하다.

노대의 개념과 역사에 기초해볼 때, 우리나라 아파트 발코니 확장은 노대에 대하여 바닥면적 계산시 예외를 인정해주던 것을 주택에 설치된 발코니에까지 적용하게 되면서 발생한 문제로 파악된다. 발코니 확장은 노대 개념과, 노대 면적을 바닥면적에서 제외하는 취지를 생각해봤을 때 원칙적으로 인정될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

다만 현재의 발코니를 모두 불법화하는 것은 현실과는 지나치게 괴리된 결론이다. 그럼에도 발코니를 확장하지 않으면 주거공간을 본래 기능에 따라 사용하지 못하게 하는 등의 실무상 악용은 규제할 필요가 있다. 이를 위해서는 오히려 발코니 면적을 바닥면적 산정의 예외로 하는 분명한 규정을 두어 위와 같은 폐해를 예방하고, 나아가 발코니 확장시 건축물에 위험 요소가 추가되는지 여부에 대한 엄격한 기준을 적용하는 것이라고 생각한다.

주제어 : 노대, 바닥면적 계산의 예외, 발코니 확장

* 군검사, 육군사관학교

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 노대의 개념 일반
Ⅲ. 건축법과 주택법상 발코니의 면적 계산
Ⅳ. 발코니와 증축
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

“59㎡아파트 발코니 확장비가 8천만원 … 당첨자들 분통”[1] 최근 이슈가 되었던 기사의 머리말이다. 3억 7천만원 정도의 금액으로 아파트를 분양받은 자들에 대해서 발코니 확장비로 8천 700만원을 요구한 것이다. 확장을 하지 않으면 그만이라고 생각할 수 있는 문제이기도 하다. 시행사 또한 발코니 확장은 어디까지나 ‘선택사항’임을 강조한다. 그런데 발코니를 확장하지 않을 경우, 방에 침대를 놓을 수도 없는 구조로 설계되어있었다면 얘기가 달라진다.

이처럼 발코니 확장의 문제는 최근까지도 지속되고 있다. 수십년 전부터 현재까지 조금씩 다른 쟁점으로 이슈화되었을 뿐이다. 최초에는 발코니 확장이 합법인지의 문제로 시작했다. ‘노대’가 무엇인지에 대한 제대로 된 정의조차 없이, 흔히 서양에서 발코니는 노대의 한 종류로 분류된다는 점을 착안하여, ‘노대’에 적용되는 건축법시행령 상 예외규정을 노대의 형태를 띠지 않은 우리나라의 발코니에도 적용하면서 문제는 걷잡을 수 없을 정도로 커졌다. 본격적인 문제는 2005. 12. 2. 건축법시행령이 발코니 확장을 합법화하는 것에서 시작되었지만, 발코니 확장 문제의 시발점은 그 이전으로 거슬러 올라가 ‘노대’라는 개념과 밀접한 관련을 갖는다.

1) SBS 뉴스, 발코니 확장비가 8천만 원…부천 아파트 당첨자들 ’분통’, 2021. 4. 2. https://news.sbs.co.kr(2021. 5. 21.)

Ⅱ. 노대의 개념 일반

노대는 주택법과 건축법에서 모두 활용되는 개념이다. 건축법상 건축물과 주택법상 주택들에서 논란이 되고 있는 '발코니 확장'의 문제도 그 시작은 '노대'에 대한 명확한 정의가 없는 상태에서 비롯되었다. "우리나라의 발코니는 노대가 아니다." 라는 명제를 이해한다면, "발코니가 사실상 주거공간으로 내재화되어 구획의 내부에 존재하는 공간이기 때문에 바닥면적에 산정되어야 한다"라는 명제도 도출해낼 수 있을 것이다. 이하에서는 그와 같은 결론을 내는 과정을 설명하고, 이미 걷잡을 수 없는 현재상황에서 발코니에 대한 바닥면적 산정의 예외를 인정하기 위해서는 어떠한 법적 조치가 필요할 지에 대해서는 노대에 대한 개념과 연혁을 살펴본 후에 후술하고자 한다.

1. 노대의 의의

[노대의 개념]

노대는 건축물의 외부에 노출된 바닥형태의 구조물을 말한다.[2] 발코니와 관련해서는 건축물의 외부에 노출된 형태라는 점이 주된 개념징표이다. 통상 법률의 제2조 정의 조항에서 해당 법률에서 사용되는 개념에 대해 정의하기 마련이지만, '노대' 또는 '노대 등'에 대해 건축법 제2조에서 정의하고 있지는 않다.[3] 다만 옥상광장 등의 설치에 관해 규정한 건축법시행령 제40조에서 '옥상광장 또는 2층 이상인 층에 있는 노대 등의 주위에는 높이 1.2미터 이상의 난간을 설치하여야 한다.'는 규정과 함께 노대 혹은 그 밖에 이와 비슷한 것을 '노대 등'으로 정의하고 있음을 확인할 수 있다. 대표적으로 발코니, 베란다, 테라스, 필로티와 같은 것들이 '노대 등'에 포함되는 것으로 여겨지고 있다. 건축법 또는 동법 시행령상 용어를 확인할 수 있는 것은 발코니와 필로티이다. 테라스와 베란다라는 용어는 법령상으로는 전혀 사용되고 있지 않으며 아래에서는 건축사적으로 받아들여지고 있는 차이점을 기준으로 노대 등의 종류를 구별하고자 한다.

[노대 등의 종류]

발코니의 경우 2005. 12. 2. 최초로 건축법시행령에서 정의된 이후, 현재도 건축법 시행령 제2조 제14호에서 정의하고 있다. 이에 따르면 발코니란 "건축물의 내부와 외부를 연결하는 완충공간으로서 전망이나 휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간"[4]을 의미한다.[5] 필로티의 경우 법령상 명확한 정의 조항은 없다. 다만 건축물의

2) 김종보, 『건설법의 이해』, fides, 2018, 262쪽.
3) '발코니'에 대해서만 건축법시행령 제2조 제14호에서 정의하고 있을 뿐이다.

피난시설 및 용도제한 등을 규정하고 있는 건축법 제49조 제5항 제1호에서 '필로티 구조'라는 표현을 사용하고 있을 뿐이다. 해당 규정에서는 일부 공공기관이 건축하는 건축물은 침수 방지 및 방수를 위하여 건축물의 1층 전체를 필로티 구조로 할 것을 규정하고 있다. 그리고 건축법시행령 제18조의2 제1항 제3호에서는 건축물의 하층부가 상층부와 다른 구조형식으로 설계된 건축물을 필로티형식 건축물이라고 하고 있다.

한편 베란다와 테라스는 건축법이나 주택법 또는 그 하위법령에서 언급되지 않는 용어이다. 건축사적으로 베란다는 건축물의 외벽에 따라 돌출된 형태로 경량구조로 설치된 개방적인 공간을 의미하는 것으로,[6] 테라스는 건물 1층 부의 전면 또는 주변의 부지와 연결된 부분에 땅을 축적하여 조성한 수평한 공간을 의미하는 것으로 이해된다.[7] 다만 이러한 용어의 구분은 어디까지나 건축학이나, 건축 실무에서 의미를 가질 뿐, 노대와 관련된 법적 쟁점을 논의하는 데 있어 중요한 의미를 갖기는 어렵다.[8] 건축법에서 사용하는 노대의 개념은 단순한 베란다, 발코니 등의 범위를 넘어 옥상광장 · 2층 이상에 설치된 개방형 바닥 등을 포섭할 수 있는 넓은 개념이기 때문이다.[9]

[노대의 법적 성격]

법적으로 쟁점이 되는 노대의 특징은 건축물의 바닥면적을 산정할 때 노대의 바닥면적이 일부 제외된다는 점이다. 이는 '노대'가 외부로 돌출된 구조로서, 건축물의 구획의 외부에 있다는 점에 근거한 규정이라고 볼 수 있다.[10] 바닥면적은 구획의 내부 공간을 의미하므로 구획의 외부에 존재하는 공간의 면적을 바닥면적에 산입할 이유가 없기 때문이다. 이에

---

4) 건축법시행령 제2조 제14호, 위와 같은 정의 조항은 건축법시행령 제119조 제1항 제3호 '나' 목의 개정과 함께 불법적으로 건축된 전국의 아파트 발코니에 대한 규제를 포기하고, 이를 합법화하기 위한 정의로 해석될 수 있는데, 이에 대해서는 '2. 노대의 연혁'에서 다룬다.

5) 다만 발코니는 "일반적으로 별도의 지붕 없는 내민 바닥을 의미한다는 점에서, 우리나라의 일반적인 아파트에서 발코니로 불리고 있는 것 중 많은 경우에 베란다로 칭하는 것이 타당하다"라는 주장도 제기된 바 있다(이재석 · 서형욱 · 전재열, "공동주택의 공용/전유의 경계와 리모델링에 관한 연구", 『대한건축학회 논문집』 - 구조계 제27권 제1호(2007. 10.), 731-732쪽 참조.). 그러나 베란다는 한편으로 아래층과 윗층의 면적차이로 인하여, 아래층의 지붕 부분에 윗층의 바닥이 형성될 때 나타나는 형태인데, 우리나라 아파트의 발코니는 이와는 또 다른 형태의 구조를 띠고 있어 베란다로 칭하는 것이 타당한지도 의문이 남는다.

6) 지수인 · 김진균, "공동주택 사적 외부 공간의 공간배열방식에 관한 고찰", 『대한건축학회 논문집』 - 계획계 제23권 제12호(2007. 12.), 89-90쪽 참조.

7) 지수인 · 김진균, 앞의 글, 88-89쪽 참조.

8) 일단 각각의 개념에 대해 정의하기 위해 건축사적인 정의까지 끌어와 설명하였다. 다만 베란다, 발코니, 테라스가 각각 건축사적으로 어떠한 의미를 가지는 지에 대해 세부적인 논의를 하는 것은 노대의 면적이 바닥면적에서 산정의 예외로 규정되는 것과 관련된 이하의 논의를 이끌어가는 데 있어서 의미가 없다. 아파트 내부 공간에 외벽에 접하여 1m ~1.5m 정도의(구체적인 수치는 개정법률마다 다양하게 나타나는데 대부분 1m~1.5m 정도로 규율해왔다) 폭을 가지고 설치된 그 공간을 어떻게 칭하든, 법적으로 중요한 것은 그 공간에 건축법시행령 상의 바닥면적 산정의 예외를 인정하는 것이 타당한지 여부이고, 이는 그 명칭을 무엇으로 하느냐에 따라 달라지는 문제는 아니다. 이에 대해서는 'Ⅲ.3'과, 'Ⅳ.2'에 상술한다.

9) 김종보, "노대의 구조변경과 증축의 개념", 『행정법연구』 제9호(2003. 5.), 254쪽.

10) 김종보, 위의 글, 254쪽 참조.

대한 자세한 논의는 ‘Ⅲ.3’에서 다룬다. 우리나라의 발코니를 굳이 떠올리지 않는다면, 관념적으로 생각해봤을 때 구획의 외부에 존재하는 노대에 대해서 구획의 내부 공간을 의미하는 바닥면적의 개념을 적용하지 않는 것은 자연스러운 흐름이다. 그러나 우리나라의 노대 개념은 그 시작부터 현재에 이르기까지 법적으로 명확히 정의되지 않은 채로 남아 있었고, 2005. 12. 2. 발코니에 대한 정의가 건축법시행령에 도입되고, 이를 바닥면적에서 제외하면서 노대의 특징을 공유하지 않는 발코니의 확장을 사실상 합법화하는 결과를 가져왔다.

2. 노대의 연혁

[건축법시행령의 제정]

건축법시행령은 1962. 4. 10. 제정되었다. 해당 제정 시기는 박정희 정권에서 제1차 경제개발 5개년 계획의 주택사업 중 일부로서 대규모 아파트 단지를 건설하기 시작한 시점이었다.[11] 위 제정과 함께 ‘노대’라는 용어도 건축법령에 최초로 등장한다. 물론 제정 당시 ‘노대’에 대한 정의가 이루어진 것은 아니었다. 제정 건축법시행령 제73조 제1항의 표에서 건축물의 적재가중을 설명하는 과정에서 옥상광장과 엮어 ‘노대’를 기술하고 있다. 이로부터 제정 당시 노대가 옥상광장과 유사한 기능을 하는 것으로 파악됐다는 점을 유추할 수 있다. 또한 의도한 것은 아니겠지만 대규모아파트 단지의 착공과 시기를 같이 하여 법령에 등장한 ‘노대’라는 개념의 법적 쟁점은, 현재도 대부분 아파트와 관련하여 발생하고 있다.

[‘노대’ 면적 계산 방법의 도입]

1970년대는 오늘날 재건축으로 이슈되고 있는 아파트들이 대거 건축되었던 시기이다. 아파트가 활발히 건축되면서 건축법시행령에 바닥면적 산정방법에 관한 규정에 ‘노대’ 면적을 계산하는 방법이 최초로 등장한다.[12] 1970. 3. 26. 건축법시행령까지만 해도 면적, 높이 등의 산정방법을 규정하는 조항에서는 건축물의 바닥면적을 “건축물의 각층 또는 그 일부로서 벽 기타의 구획의 중심선으로 둘려진 부분의 수평투영면적을 말한다.” 라고 정하고 있었다.

[단서 규정의 추가]

1986. 12. 29. 개정된 건축법시행령에서는 원래의 규정을 유지하면서도 단서로 “다만, 공

11) 이문규 · 정영철, “공동주택 발코니 확장의 건축법적 쟁점과 과제”, 『법학연구』 제32권 제1호(2021. 2.), 299쪽 참조.
12) 1973. 9. 1. 건축법시행령 제3조 제1항 나목.

동주택의 노대 기타 이와 유사한 부분의 바닥은 외벽으로부터 1.2미터를 초과하는 부분에 한하여 이를 바닥면적에 산입한다.”라는 단서 규정을 추가하였다. 해당 규정은 큰 틀[13]에 있어서는 현재도 유지되고 있다고 할 수 있다. 1988. 3. 1. 개정 건축법 시행령은 위 단서 규정에서 “외벽으로부터 1.2미터를 초과하는 부분에 한하여 이를 바닥면적에 산입한다.” 라는 규정을 “노대 등이 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 1.5미터를 곱한 값을 공제한 면적을 바닥면적에 산입한다.” 라고 내용을 수정하였다. 1992. 6. 1. 개정 시행령은 위와 같은 규정을 공동주택뿐만 아니라 단독주택에도 추가 적용하는 것으로 개정되었다. 이로 인해 1990년대 들어서는 외벽 전체를 따라 1.5미터 깊이의 발코니를 설치하는 것이 아파트 설계 관행으로 자리 잡게 된다.[14]

[발코니 정의의 도입]

2000. 6. 27. 노대에 화단을 설치하였을 경우에는 바닥면적 산정에 있어서 완화 규정을 신설된 것을 제외하고는 2005. 12. 2. 까지 큰 변화가 없었다. 2005. 12. 2. 건축법시행령에는 최초로 ‘발코니’에 대한 정의가 도입된다. 동시에 바닥면적 산정 방법에 대해 규정하고 있는 조항에서 “건축물의 노대 기타 이와 유사한 것(이하 ”노대등“이라 한다)의 바닥은 … 1.5미터를 곱한 값을 공제한 면적을 바닥면적에 산입한다.” 라는 내용에서 “주택의 발코니 등 건축물의 노대 기타 … 산입한다.” 라고 하여 변화가 생긴다.

위 개정은 당시 우리나라의 아파트 발코니 실태를 염두에 두고 보아야 한다. ‘2000. 6. 27. 화단 설치에 따른 규정은 2미터의 발코니 설치를 가능하게 하는 완화 규정이었다. 이로 인해 전국의 아파트 건설 당시 사용승인 전까지는 화단을 설치해두었다가, 사용승인 이후 화단을 철거하고 사실상 이 공간을 거실, 침실, 창고 등의 용도로 사용하는 일이 만연하게 된다. 행정청의 입장에서는 이를 일일이 규제하는 것이 불가능하다고 판단하였다.’[15] 이러한 배경 속에서 2005. 12. 2. 개정된 건축법시행령은 발코니를 거실•침실•창고로 사용할 수 있는 것으로 정의함과 동시에 노대등에 포함되는 것으로 규정하여 바닥면적 산정 시 산입되지 않는 면적으로 규정하게 된 것으로 판단된다.

이 개정 직전부터 개정이후 현재에 이르기까지 발코니와 관련하여 ‘발코니 확장이 불법인지’, ‘발코니가 노대등에 포함되는 것으로 볼 수 있는지’, ‘발코니의 확장이 증축 행위인지’ ‘발코니 확장을 강제할 수 있는지’와 같은 법적 쟁점이 현재에 이르기까지 끊임

13) ‘노대 등’의 면적 중 바닥면적에 산입되는 면적이 ‘노대 등’의 면적 전부가 아니라, 일부라는 점을 규정하고 있다는 점에서 즉, 바닥면적 산정의 예외(산입되지 않는 면적)를 규정하는 ‘큰 틀’에 있어서는 현재에도 변화가 없고, 다만 어느 정도의 면적이 산입되지 않는 것으로 규정할 것인지에 대해서는 개정 법령마다 후퇴선을 1m~2m 사이에서 변화를 주었다.

14) 윤혜원, “공동주택의 개념 및 면적계산에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원, 2018, 110쪽.

15) 이문규 · 정영철, 앞의 글 300-301쪽 참조. 저자가 인용한 2004. 12. 9. 자 신문기사는 당시 상황을 “아파트 발코니 ‘눈가림 꽃밭’ 논란”으로 요약하기에 이를 정도로, 2004년 말에 이르기까지 발코니 불법 확장의 문제는 전국적으로 큰 논란이 되었던 것으로 파악된다.

없이 생산되고 있다. ‘건축물의 외부에 노출된 바닥형태의 구조물’을 일컫는 노대라는 개념이, 적어도 우리나라에서는 대규모 아파트 단지의 건설과 함께 활용되면서 ‘발코니’와 밀접한 관련성을 갖게 되었다는 점을 언급한 바 있다. 때문에 이하에서는 전술한 노대의 개념 및 노대의 법적 성격을 염두에 두고 발코니 개념을 분석하여 이로부터 발코니에 관한 법적 쟁점 특히, 발코니의 바닥면적과 관련된 쟁점의 실마리를 찾고자 한다.[16)]

3. 건축법과 주택법상 노대

[건축법과 주택법상 노대의 공통점]

이상에서 살펴본 ‘노대등’의 건축법 시행령상 개념과, 그 중에서 특히 발코니의 산정 예외 논리는 이하의 논의에서도 지속적으로 활용된다. 주택법상 바닥면적 산정의 예외에 있어서도 건축법시행령의 바닥면적 개념을 그대로 준용하는 형태를 띠고 있다. 준용의 특성상 건축법상 바닥면적 산정 시의 문제는 그대로 주택법상 바닥면적 산정의 문제로 이어진다. 때문에 이하의 논의는 상당 부분 건축법과 주택법상 노대의 공통점, 구체적으로는 건축법과 주택법상 발코니를 노대등으로 인정할 때 생기는 공통적인 문제점을 다루고 있다.

다만 주택법에서 건축법시행령의 바닥면적 개념을 그대로 준용하는 형태를 띠고 있다고 하더라도 두 법에서 나타나는 노대가 완전히 공통적이라고는 할 수 없는 부분도 있다. 특히 건축법상 건축물에 있는 노대와, 주택법상 건축물에 있는 노대의 형태가 아래에 후술하는 바와 같이 다소 다른 형태를 띠고 있다. 실무적으로는 주택법상의 건축물에 노대는, 노대라고 볼 수 없는 소위 ‘한국식 발코니’가 거의 대부분을 차지하고 있다. 이러한 상황에서 주택법상 바닥면적의 산정에 관해서, 건축법 시행령의 내용을 준용하는 방식이 과연 타당한지 의문이 생긴다. 그렇다고 주택법으로 이를 완전히 이전시킬 경우 노대 등의 성격을 띠고 있는 건축법상 건축물의 노대등의 바닥면적에 대한 규정 공백이 생길 우려가 있다. 현재는 이를 그대로 준용하는 형태를 띠고 있지만, 각각의 법에 의해 건축된 건축물에 설치되는 노대의 구체적인 구조를 보고, 각각의 법에서 별도의 규정을 할 필요가 있다고 생각한다.

[건축법과 주택법상 노대의 차이점]

건축법과 주택법상 노대는 몇 가지 차이점을 보인다. 건축법상 건축물의 예로 오래된 2층 정도의 단독주택을 헐고, 4층 가량의 빌라를 지으면서 확장형 발코니를 내부 주거 공간에

16) 2005. 12. 2. 개정 건축법시행령과 현행 건축법시행령을 비교하는 것은 문제를 야기한 2005. 12. 2. 개정법 이후로, 이를 해결하기 위해 어떠한 변화가 있었는지 혹은 아무런 변화도 없었는지를 파악하기에 필요한 분석이라고 생각된다. 다만 바닥면적에 대한 기본적인 개념과, 바닥면적 중 산입되지 않는 면적으로 인정되는 항목들의 특징을 분석한 이후에 이를 평가하는 것이 수월하다고 판단하여, 해당 시행령과 현행 시행령의 비교는 ‘Ⅲ. 3’에서 다룬다.

편입시키는 형태를 생각해볼 수 있다. 이와 같이 발코니를 확장하는 것은 주택법상 발코니 확장과 동일하다. 다만 단독주택의 경우에는 외부에 돌출된 형태로 노대를 만들어두었다가 준공검사 이후에 해당 부분을 덮어서 내부 공간으로 활용하는 소위 ‘베란다 확장’으로까지 이어지는 경우도 많다. 현재 이는 불법으로 규율되고 있고, 적발시 이행강제금이 부과되기는 하지만, 실제 철거로까지 이어지는 경우는 흔치 않다.

주택법상 발코니 확장은 위 ‘베란다 확장’으로까지 이어지는 경우는 없지만, 일반 건축물과는 비교할 수 없을 정도로 넓은 면적이 서비스 면적으로 제공된다는 특징이 있다. 서비스 면적으로 인해 제공되는 평수가 만만치 않은 만큼 건축법상 건축물에 비해 주변 토지 사용 관계에 끼치는 영향도 결코 적지 않다.[17] 또한 주택법상 주거전용면적의 바닥면적을 산정하는 방법이 건축법상 바닥면적을 산정하는 방법을 준용하고 있음에도, 그 구체적인 수치는 차이가 있다. 이는 각각의 법에서 면적을 계산할 때 사용하는 방법이 다르기 때문이다. 이에 먼저 기본적인 바닥 면적 계산 방법에 대해 확인해 볼 필요가 있다.

Ⅲ. 건축법과 주택법상 발코니의 면적 계산

발코니 바닥면적을 분석하려면, 일차적으로 바닥면적이 무엇을 의미하는지에 대한 설명이 필요하다. 바닥면적에 대해서는 건축법이 정의하고 있고, 주택법이 이를 인용하는 방식을 취하고 있다. 그러나 주택법이 건축법의 바닥면적 개념을 가지고 온다고 해서 반드시 건축법상 바닥면적과 주택법상 주거전용면적의 바닥면적이 일치하지는 않는다. 또한 각각의 법이 바닥면적을 계산하려고 하는 목적도 서로 다르다.

1. 용적률 산정 기준으로서의 건축법상 바닥면적

[용적률 개념]

용적률[18]이란 대지면적에 대한 건축물 연면적의 비율을 의미하고. 연면적은 각 층의 바닥면적을 합한 값을 의미한다.[19] 용적률에 대한 정의에서 알 수 있듯이 용적률을 계산하기 위

17) 이범훈 · 장동민. “발코니 확장 합법화 이후 건축 밀도의 변화”. 『한국산학기술학회 논문지』 제19권 제9호(2018. 9.), 301-302쪽 참조.

18) 통상 용적률 개념은 건축물의 높이를 통제하기 위한 개념으로 설명된다. 예컨대 각 층의 바닥면적이 대지면적과 동일하고 용적률이 300%라면, 건축물의 높이는 3층으로 통제되는 것이다. 그러나 이하에서는 용적률 개념 그 자체가 건축법이나 주택법상 가지는 의미보다는, 용적률 개념을 계산할 때 사용되는 ‘바닥면적’의 계산과 관련하여 ‘노대’ 그 중에도 특히 ‘발코니’와 관련된 설명이 주를 이룬다.

19) 김종보, 앞의 책, 260쪽 참조.

해서는 건축물의 연면적을 계산해야 한다. 연면적은 결국 건축물의 각 바닥면적의 단순한 합산에 불과하므로 용적률 관련 쟁점은 바닥면적을 어떻게 계산할 것인지의 문제이기도 하다.

[건축법상 바닥면적의 개념]

바닥면적에 대한 계산방법은 현행 건축법시행령 제119조에서 정하고 있다. 이에 따르면 바닥면적은 “건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적”을 의미한다. 구획으로 ‘둘러싸인’ 면적이라는 것은 그 구획들의 내부 공간을 의미한다. 즉 건축물의 내부 공간 중 구획을 제외한 나머지 공간으로서 사람이 실질적으로 활용할 수 있는 면적을 의미하는 것으로 볼 수 있다.[20]

바닥면적을 위와 같이 정의할 경우 몇 가지 문제가 생긴다. 바닥면적은 결국 높이 제한의 목적 하에서 용적률을 산정하기 위한 개념인데, 지하층의 경우 높이에 영향을 주지 않음에도 바닥면적으로 산정된다면 사실상 용적률이 감소한 것과 같은 효과를 지니게 된다. 따라서 건축법 시행령에서는 지하층의 면적을 연면적을 산정할 때 합산하는 단계에서 제외한다.[21]

한편 승강기탑, 계단탑, 장식탑, 냉방설비 배기장치 전용 설치공간, 도시가스 정입기, 지상층에 설치한 기계실이나 전기실 등과 같이 그 시설들이 차지하고 있는 내부 공간이 건축물 사용자가 사용하는 구획의 내부적 공간이라기보다는, 외부 공간에 가깝고, 다른 측면으로는 개인의 배타적 공간이라기보다는, 공공의 목적에 공하는 면적이기 때문에 이 또한 바닥면적의 산정에 있어서 예외를 두고 있다.[22]

2. 공급면적 산정기준으로서의 주택법상 바닥면적

[공급면적 개념]

한편 주택법에서는 공급면적을 산정할 때 바닥면적 개념이 활용된다. 주택법에서는 공급면적을 주거전용면적과 공용면적으로 구별하고, 공급면적 중 공용면적을 제외한 주거전용면적에 대해서는, 주택법 제2조 제6호에서 개별 세대의 독립적인 주거의 용도로만 쓰이는 배타적 부분의 면적을 의미하는 것으로 규정하고 있다. 바닥면적 산정의 예외 쟁점과 관련해서 가장 중요한 특징은 ‘배타적’ 면적을 의미한다는 점이다.

---

20) 김종보, 앞의 책, 262쪽 참조.
21) 건축법시행령 제119조 제1항 제4호 참조.
22) 건축법시행령 제119조 제1항 제3호 ‘다’목 이하 참조. 이에 대한 개별적인 평가는 ‘Ⅲ.3’에서 후술한다.

[주택법상 바닥면적의 개념]

주택공급에 관한 규칙 제2조 제5호는 주택공급면적을 설명하면서 이때 '바닥면적'은 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호에 따른 바닥면적이란 점을 명시하고 있다. 공급면적은 주거전용면적과 공용면적의 합산으로 도출되는 값이고, 각각의 면적을 계산함에 있어서 그 바닥면적은 건축법시행령 제119조 제1항 제3호에 따른 바닥면적으로 도출된다. 따라서 용적률 기준으로서의 건축법상 바닥면적과 주택공급면적 산정기준으로서의 주택법상 주거전용면적의 바닥면적과 동일하다고 볼 여지가 있다.

[건축법상 바닥면적과 주택법상 주거전용면적의 바닥면적의 관계]

그러나 실제로는 건축법상 바닥면적과 주택법상 주거전용면적의 바닥면적이 일치하지 않는 경우가 많다. 이는 건축법상 바닥면적을 계산할 때 사용하는 방법과, 주택법상 주거전용면적의 바닥면적을 계산할 때 사용하는 방법이 서로 다르기 때문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 건축법상 바닥면적을 계산할 때는 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적을 계산한다. 반면 주택법상 주거전용면적의 바닥면적을 계산할 때는 안목치수법을 활용한다. 안목치수는 눈으로 보이는 벽체 사이의 거리를 기준으로 삼는 것을 말하는 것으로서 외벽의 중심선 기준에서 외벽의 면적을 제외하고 외벽의 안쪽 눈으로 보이는 면적만 주거전용면적으로 산입하는 방식이다.[23]

결국 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호에 따른 바닥면적을 활용한다고 하더라도, 실제로 계산하는 방법이 다르게 적용되고 있기 때문에 같은 건축물에 대해서 바닥면적을 계산한다 해도 건축법에서 계산된 수치와 주택법에서 계산된 수치가 서로 다르게 도출되는 것이다. 각각의 법이 제정된 취지가 다르고, 규율의 목적이 다르다는 점에서 이와 같은 차이가 발생하는 것을 용인할 수 있는 부분이라고 생각한다. 문제는 그 수치가 세부적으로 다른 것과 별개로, 공통적으로 발코니 면적이 바닥면적 산정의 예외로서 인정되고 있다는 점이다.

3. 바닥면적 산정 예외로서의 발코니 면적

건폐율과 달리 용적률은 내부적인 관점에서 사용자가 실질적으로 사용하는 내부 공간을 통제하기 위한 개념이다.[24] 이에 따르면 규제할 필요가 없거나 규제를 하는 것이 불합리하다고 여겨질 만한 공간을 생각해볼 수 있다. 예컨대 개방된 공간으로서 한 개인이나 가구가 배타적으로 사용 · 수익하는 것이 아니라, 공용의 공간으로 활용되는 공간들이 있다. 혹은

23) 윤혜원, 앞의 글, 76쪽.
24) 김종보, 앞의 책, 262쪽.

건축물의 위험방지요건을 충족하기 위해 필수적으로 설치되어야 하는 공간도 생각해볼 수 있다. 이 공간들에 대해서는 규제를 풀어 바닥면적에 산입하지 않는 것이 오히려 건축법에서 바닥면적을 규정하여 규율하고자 했던 취지에 부합하게 된다.

[바닥면적 산정의 예외]

바닥면적 산정의 예외들은 건축법시행령 제119조 제1항 제3호의 각 목에 규정되어 있다.[25] 다목에서 바목까지는 필로티, 승강기탑, 물탱크, 기계실, 옥외 피난계단 등 그 자체로부터 공중의 통행, 사용 등에 활용되는 부분임이 명확한 것들을 규정하고 있다. 사목은 공공에 사용되는 부분임이 명확하지는 않더라도, 외벽에 부가하여 마감재 등을 설치하는 부분에 해당하여, 구획의 내부에서 사용자가 실질적으로 사용하는 공간으로 보기는 어렵다. 자목과 차목 및 파목은 영유아 혹은 장애인 · 노인 · 임산부 등의 편의증진을 위한 일부 시설들이 설치된 경우에 해당 면적을 산입하지 않는 것이므로 공익상의 목적이 반영된 것으로 보인다. 카목과 하목은 가축사육시설에서의 소독설비를 위한 면적, 지하주차장의 경사로에 대한 예외를 규정한다는 점에서, 타목은 매장문화재의 보호 및 전시에 전용되는 부분을 바닥면적에 제외한다는 점에서 공익상의 목적이 인정될 여지가 충분하다고 판단된다, 주택법상 바닥면적도 결국 이와 같은 예외를 준용하는 방식을 취하기 때문에, 안목치수법을 사용한다는 점에서 구체적인 수치는 다를 수 있어도, 각 목의 면적이 건축법에서와 마찬가지로 바닥면적 산정에 있어서 일부 제외된다.

한편 ‘나’ 목에서 바닥면적을 계산할 때 산입되지 않는 부분에 발코니를 포함하는 것에 대해서도 위와 같은 이유가 적용될 수 있는지는 의문으로 남는다. 통상 아파트 발코니에 대해서 떠올릴 때 해당 공간을 공용에 사용되는 개방적 공간이라거나, 구획의 외부에 존재하는 공간이라고 여겨지지는 않기 때문이다. 따라서 발코니가 무엇인지, 발코니에 후퇴선 개념을 도입하여 바닥면적 산정의 예외를 인정하는 것이 법적으로 타당한지에 대해 후술하고자 한다.

[발코니의 바닥면적 산정의 예외]

현행 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호 ‘나’ 목은 “건축물의 노대등의 바닥은 난간 등의 설치 여부에 관계없이 노대등의 면적(외벽의 중심선으로부터 노대등의 끝부분까지의 면적을 말한다)에서 노대등이 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 1.5미터를 곱한 값을 뺀 면

25) 다만 ‘가’ 목의 경우 벽 · 기둥의 구획이 없는 건축물의 경우 예외적으로 바닥면적을 어떤 기준으로 산정할 것인지에 대한 규정을 하고 있는 것이고, ‘아’ 목의 경우에도, 동법 제1항 제2호 ‘나’ 목 3)의 건축물의 경우 어떤 중심선을 기준으로 산정한 면적을 바닥면적으로 할 것인지에 대한 규정이므로 ‘가’ 목과 ‘아’ 목은 바닥면적 산정에 있어서 산입되지 않는 부분을 규정하고 있는 것이라고 보기는 어렵다.

적을 바닥면적에 산입한다.” 라고 규정하고 있다. 이때 ‘가장 긴 외벽에 접한’이라는 의미에 대해서는, 외벽의 안쪽 끝부분 부터인지, 외벽의 중심선부터인지 외벽의 바깥쪽 끝부터인지 해석이 다양할 수 있다. 일단 ‘접한다’는 의미를 생각해봤을 때 외벽의 안쪽 끝부분 부터로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 건축법시행령상 바닥면적이라는 것이 구획의 중심선을 기준으로한 수평투영면적이라는 점을 염두에 두면 위 규정의 경우에도 중심선으로부터 1.5미터를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 이 경우에는 외벽의 두께에 따라 큰 차이가 발생할 수도 있다. 벽의 두께에 따라 그 면적이 달리 설정될 수 있다는 점을 염두에 두면 결국 외벽의 안쪽 끝부분부터 1.5미터를 의미하는 것으로 보는 것이 타당할 것으로 보인다.

한편 2005. 12. 2. ‘발코니’에 대한 정의 규정이 건축법시행령이 도입된 이후 최신 개정 시행령에 이르기까지 관할 부서의 명칭이 바뀌고, 일부 조사가 수정된 점 외에는 변화가 없었다. 이에 따르면 발코니는 ‘건축물의 내부와 외부를 연결하는 완충공간으로서 전망이나 휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적(附加的)으로 설치되는 공간으로서, 이 경우 주택에 설치되는 발코니로서 국토교통부장관이 정하는 기준에 적합한 발코니는 필요에 따라 거실 · 침실 · 창고 등의 용도로 사용할 수 있다.’[26]

그런데 제119조 제1항 제3호 나목의 내용과 관련해서는 2005. 12. 2. “주택의 발코니 등 건축물의 노대나 …” 라고 하여 “주택의 발코니 등” 이란 문구를 추가하여 2019. 3. 5. 개정 전까지 유지되다가, 2019. 3. 5.부터 현재에 이르기까지는 다시 2005. 12. 2. 개전 전의 형태 즉, “건축물의 노대나 그밖에 이와 비슷한 것(이하 ”노대등“이라 한다) …” 라는 식의 형태로 돌아갔다. 개정안은 해당 규정에 대한 개정이유에 대해서 별도의 언급을 하고 있지는 않다.[27]

이에 대해 몇 가지 해석이 가능하다. 하나는 “주택의 발코니 등”은 더이상 건축물의 노대나 그밖에 이와 비슷한 것이라고 볼 수 없다는 해석이다. 그러나 개정 이후에도 아파트 발코니에 대하여 바닥면적 산정의 예외가 적용되는 현실을 보았을 때 위와 같이 해석하는 것이 실무와는 맞지 않는 측면이 있다. 한편 “주택의 발코니 등”은 굳이 언급하지 않더라도 이미 건축물의 노대나 그밖에 이와 비슷한 것으로 인정되기 때문에 해당 규정에 부기할 필요가 없어서 삭제한 것이라는 해석도 제시될 수 있다. 이에 대해서는 법적으로 발코니를 노대등의 한 종류로 인정하고, 이에 대해 예외를 인정하는 것에 관해 충분한 논의와 합의가

---

26) 건축법시행령 제2조 제15호

27) 2019. 3. 5. 개정안은 제119조제1항제3호나목에 대하여 나목 중 “주택의 발코니 등 건축물의 노대나 그 밖에 이와 비슷한 것(이하 “노대등“이라 한다)“을 “건축물의 노대등“으로 한다고 개정하면서도, 개정이유에서는 일부 신설 내용과, 다중이용 건축물의 정의 등 명확화, 가설건출물의 건축허가 신청 등 건축행정 절차 구체화, 건축물의 계단•복도 및 출입구 설치기준, 일조 등 확보를 위한 높이 제한 완화, 일부 이행강제금 감경, 건축행정 관련 권한의 위임범위 확대 등에 대해서만 개정이유를 밝히고 있을 뿐, 제119조의 조문에서 “주택의 발코니 등” 이란 문구를 삭제한 이유에 대해서는 밝히고 있지 않다.

있었는지 의문을 제기할 수 있다. 여전히 발코니 확장이 합법적인 것으로 간주되는 실태를 보았을 때는 후자의 해석을 반영한 것일 가능성이 높다.

우리나라의 발코니는 극히 배타적인 공간으로 활용되고 있으며, 해당 공간이 공익상의 이유로 형성되었다는 근거를 찾아보기 힘들다. ‘Ⅱ. 2. 노대의 연혁’에서 살펴본 것처럼 이미 불법적으로 완공되어 있는 발코니가 전국적으로 만연한 상태에서 이를 시정하는 것이 너무 많은 행정소요를 초래할 수 있었다는 것이 발코니를 바닥산정의 예외로 인정한 주된 근거였다고 판단된다. 행정소요로 인해 ‘노대’로서의 성격이 없는 발코니에 ‘노대’에 부여되는 혜택이 적용된 것이다.

이처럼 ‘발코니’에 ‘노대’로서의 성격을 부여할 수 있는지의 문제에서 한 걸음 더 나아가면, 이러한 발코니를 ‘확장’하는 것 즉, 발코니가 차지하고 있는 면적을 내부 공간, 구체적으로는 거실·침실 등 주거공간으로 활용하는 것이 ‘증축행위’냐는 문제에 봉착한다. ‘발코니’가 구조상 노대로 볼 수 없어도 일단 ‘노대등’에 포함되는 것으로 해석하여 예외를 적용했는데, 만약 그 용도까지 취침을 위한 침실로 활용한다거나, 거실의 연장으로 활용하는 것이 허용되느냐의 문제이다. 나아가 이 같은 활용이 증축행위로 파악되어 규제대상인지 의문이 생긴다.

Ⅳ. 발코니와 증축

1. 노대와 증축의 관계

발코니가 노대등의 한 종류로 규정되어 있다는 점, 발코니의 용도를 사용승인 당시와는 다르게 활용하는 이른바 ‘확장행위’가 증축행위와 유사하다는 점에 근거하여 행정청은 ‘발코니 확장’의 법적 성격을 노대와 증축의 관계에서 설명한 바 있었다.[28] 이 같은 해석의 타당성은 발코니를 노대로 볼 수 있는지, 발코니의 확장을 증축행위로 볼 수 있는지 여부에 달려 있다. 다만 이른바 ‘증축행위’는 건축법의 관점과 국토계획법의 관점에서 서로 다른 의미를 지닌다. 이는 각 법이 목적하는 바가 서로 다르기 때문이기도 하다.

[건축법상 증축행위]

건축법은 건축물로부터 발생하는 위험을 막기 위해 위험방지요건을 정하고 건축물을 건축하는 단계에서 이를 강제하는 법을 말한다.[29] 건축법상 건축행위는 신축, 증축, 개축으로 나

28) 김종보, 앞의 글, 252쪽 참조.
29) 김종보, 앞의 책, 8쪽.

뉘고 이 중 증층행위는 “기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다(건축법시행령 제2조 제2호).” 건축법의 건축물 통제 목적을 생각해봤을 때, 면적이나 높이가 늘어났다고 곧바로 증축으로 볼 것이 아니라, 그 결과로 건축물의 위험요소가 증가했는지 여부를 판단하여야 한다.

[국토계획법상 증축행위]

반면 국토계획법은 토지의 합리적 이용을 목적으로 건축물과 토지의 이용권을 통제하는 법을 말한다.[30] 위험요소가 증가했는지 여부와는 관계가 없고, 증축행위로 인하여 건축물의 면적이 늘어나면서 토지의 이용 관계가 변화했는지 여부가 중요한 문제가 된다.

[노대와 증축행위]

건축법과 국토계획법의 목적을 생각했을 때 노대에 대해서는 건축법상 증축행위, 국토계획법상 증축행위 모두 관련이 있다고 볼 수도 있다. 만약 구획의 외부에 노대가 설치되면서, 건축물의 중량이 증가하여 하부 토대에 영향을 주면서 건축물이 붕괴할 위험이 생길 수 있다면, 이는 건축법상 증축행위로 볼 수 있다. 반면에 위와 같이 추가되는 위험 요소가 없이 사용면적이 증가하여 토지의 이용관계에 영향을 주는 것이라면 이는 국토계획법상 증축행위와 관련된 것이다.

다만 우리나라의 발코니 면적이 사실상 추가적인, 배타적 공간으로 활용되어 바닥면적의 증가 효과를 가져온다는 점에 근거하면, 이와 관련된 증축행위는 건축법상 증축행위가 아니라 국토계획법상 증축행위라는 것이 좀 더 선명해진다.[31] 특히 해당 공간은 이미 준공검사/사용승인 단계에도 존재하여 위험 요소가 없다고 판단을 받은 공간이므로 이를 건축법상 증축행위로 보는 것은 다소 어색한 측면이 있다. 물론 확장 과정에서 구조적인 변경을 가하여 위험요소가 생긴다면 이는 건축법상 증축행위로 볼 수 있다.

한편 구조를 변경하지 않고 단순히 그 용도를 달리 활용하는 것을 증축행위로 볼 수 있는지 여부가 2005. 12. 2. 발코니 확장을 합법화하기 전까지 지속적으로 문제되었다. 실무적으로는 노대를 추가로 설치하는 경우는 거의 없고, 준공검사 또는 사용승인을 받은 이후에 이를 다른 용도로 활용하는 경우가 일반적이었기 때문이다.

[노대의 구조와 용도]

어디까지나 노대는 구획의 외부에 존재하는 공간을 전제로 한다. 구획의 내부에 존재하는 공간을 노대와 같은 용도로 사용한다고 노대가 되는 것은 아니다. 반대로 어떤 공간이 용도

30) 김종보, 위의 책, 8-9쪽.
31) 김종보, 앞의 글, 263쪽 참조.

에 따라 노대가 아닌 것이 될 수 있다면, 이는 그 공간이 처음부터 구획의 내부에 존재하는 공간이었다는 것을 의미하기도 한다. 구조가 아니라, 용도에 따라 내부에 있던 공간이 외부로 이동하게 되고, 외부에 있던 공간이 내부로 이동할 수는 없기 때문이다. 이처럼 용도에 의해 노대였던 공간이 노대가 아닌 것으로 법적 성격이 변한다면 행정청은 애초에 구획의 내부에 존재하는 공간에 대해 '노대등'의 성격을 부여했다는 모순에 빠지게 된다.[32]

따라서 노대는 용도에 의해 결정되는 개념이 아니라, 건축물 구획의 외부에 돌출된 구조로 결정되는 것이라 봄이 타당하다. 애초부터 구조상 분명히 구획의 외부에 존재하는 것으로 노대였다면, 이를 어떻게 사용하는지 관계없이 그 본질적인 성격[33]을 바꾸는 것이 아닌 한 노대인 것이고, 애초부터 구조상 분명히 구획의 내부에 존재하는 것으로서 노대로 볼 수 없다면, 그 사용이 달라진다 해도 노대가 아니라고 봄이 타당하다.

노대와 증축행위가 관련성을 갖게 되는 지점은, 이처럼 노대의 용도가 아닌 노대의 '구조'를 변경하였을 때이다. '구조'의 변경으로 인해 건축물에 위험을 초래하여 건축법상 증축행위로 해석될 수 있거나, 바닥면적의 증가로 토지 이용관계가 달라짐에 따라 국토계획법상 증축행위로 해석될 수 있는 경우이다.[34] 주관적으로 다른 용도로 활용했다고 이것이 증축행위로 해석될 수는 없다.

2. 발코니 확장의 법적 성격

지금까지의 논의를 종합하면 우리나라의 발코니는 노대 등의 하위개념이라기보다는 외벽에 접한 바닥면적 산정의 예외로서 인정되는 일정 공간으로 정의하는 것이 오히려 현실에 부합한다. 이런 점에서 일반적으로 발코니 확장도 발코니의 크기를 확장한다는 의미가 아니라, 발코니를 완전히 주거공간에 편입시키는 행위로 정의할 수 있다.

다만 '발코니의 확장'은 증축행위로 해석되지 않을 수도 있고, 증축행위로 해석될 경우에도 건축법상 증축행위로 해석될 수도, 국토계획법상 증축행위로 해석될 수도 있다. 구조적인 변경을 가해 위험요소가 증가한 것이라면 이는 건축법상 증축행위로 해석될 수 있다. 토지 사용관계의 변화가 있다면 이는 국토계획법상 증축행위로 해석될 수 있다. 위와 같은

32) 만약 사용자의 주관적인 쓰임에 따라서 그 공간이 노대가 되고, 노대가 아닌 것이 된다면 즉, 해당 공간을 어떻게 활용하느냐에 따라서 노대인지 아닌지가 결정된다면, 노대가 아닌 공간을 노대와 같이 활용하게 될 경우, 이를 사후적으로 바닥면적에서 제외해야 한다. 또한 극단적인 예를 들어, 노대로서 인정될 수 있는 공간에 개인 짐을 잠깐 쌓아뒀다가 다음날 치웠다고 했을 때 짐을 쌓아놓은 날에는 노대가 아니고, 짐을 치운 날은 노대인 걸로 볼 수는 없을 것이다. 더 극단적으로는 이러한 일이 시/분/초단위로 일어날 수도 있는데 위와 같은 주장에 따르면 공간의 법적 성격이 초단위로 변화할 수 있다는 주장이 된다. 행위자의 주관적인 쓰임에 따라 노대인지 여부가 결정된다는 주장은 이렇게 터무니 없는 결론으로 이어질 수도 있다.

33) 이때 본질적인 특성이란, 구조적으로 외부에 돌출되어 있다는 특성과, 개방적인 공간이라는 점을 의미한다.

34) 김종보, 앞의 글, 264쪽 참조.

변화가 없다면, 단지 주관적으로 다른 용도로 활용한다는 점만으로 증축행위라고 볼 수 없다. 실제로는 주거 면적이 사실상 늘어나는 효과가 나타나는 경우가 대부분이기 때문에 국토계획법 상의 증축행위의 문제로 전개되는 경우가 많을 것이다. 물론 건축물의 위험요소와 관련, 발코니 확장으로 인해 건축물로부터 대피가 필요한 화재 등의 위험에서 피난로가 확보되지 않는 문제가 발생하는 경우도 적지 않다.[35] 이 경우에는 건축법상 증축행위로 해석될 여지가 충분한 것이다.

이처럼 발코니 확장의 문제에 있어서 '확장'의 법적 성격은 구체적인 양상에 따라 다르게 해석될 수 있다. 발코니의 확장이 반드시 건축법상 증축행위를 수반하는 행위는 아니기 때문에 이를 일반적으로 건축법상 증축행위라고 보거나, 건축법상 증축행위가 아니라고 보는 것도 타당하지 않다. 다만 분명한 것은 발코니 확장에 있어 '발코니'를 일반적으로[36] '노대등'의 한 종류로 해석하는 것은 명백한 오류이다. 건축법상 바닥면적으로서도, 주택법상 바닥면적으로서도 발코니의 면적은 일반적으로 '노대등'의 면적으로 보기에는 무리가 있다.

[건축법상 바닥면적으로서의 발코니]

발코니 면적이 건축물의 구획 내부에 존재하는 공간인 이상, 이를 건축법상 바닥면적 산정 시 산입하는 것이 타당하다. 이를 바닥면적 산정의 예외로 인정하기 위해서는 '노대등'의 예외에 포섭할 것이 아니라, 별도의 예외 규정을 도입하는 입법적 결단이 필요하다고 판단된다. 현재의 발코니는 대부분 '노대등'의 개념 징표와는 대응되지 않는다는 것이 분명하기 때문이다.

[주택법상 주거전용면적으로서의 발코니]

마찬가지로 주택법상 건축된 건축물의 발코니 면적은 주택법상 주거전용면적의 바닥면적으로 보는 것이 타당하다. 주택법상 주거전용면적은 공용면적과 대비되는 면적이다. 공용면적이라 하면 원칙적으로 공용의 활용도가 있어야 할 것이다. 그러나 현재의 발코니는 공용공간으로서 사용된다고 보기는 힘들다. 특히 발코니 확장공사를 통해서 사실상 거실이나 침

35) 김경률 · 박소희 · 유호천, "공동주택의 발코니 개조에 따른 대피공간에 관한 연구", 『한국태양에너지학회 2007년도 춘계학술발표대회 논문집』, 한국태양에너지학회, 2007. 4., 62-63쪽 참조.

36) 확장되지 않은 채로 본래의 발코니 형태를 유지한다면, 인접 세대의 피난 공간으로도 활용될 수 있다는 점에서 공용공간으로서의 성격을 띠고 있는 것으로 볼 수 있고, 최소한 주거전용공간만으로의 성격을 띤다고 보기는 어렵고, 실제로 일본은 이와 같은 이유로 공동주택의 피난시설로 설치되는 발코니를 집합건물법상 확실한 공용부분으로 취급하고 있다(윤혜원, 앞의 글, 113-114쪽 참조). 또한 건축물의 외부에 돌출된 형태로 발코니가 형성되어 있는 경우도 흔치 않지만 있을 수 있다. 이 부분들에 대해선 '노대등'의 성격을 부여할 수도 있다고 본다. 다만 현행 입법의 태도는 '노대등'의 성격을 갖고 있지 않은 발코니가 주류인 상황에서, '발코니'에 대하여 "일반적으로" 바닥 산정의 예외 규정을 적용하고 있는데, 이 점은 문제가 있다는 지적이다.

실의 연장으로서 주거공간으로만 사용되고 있는 부분에 대해 주거전용면적에서 제외하는 것은 타당하지 않다.[37] 실제로 최근 신축되는 아파트들의 경우 건설사에서 발코니 확장을 하지 않을 경우에는 애초에 주거공간이 주거공간으로서의 기능을 하지 못하게끔 설계하여 사실상 발코니 확장을 강제하는 경우가 있는데, 이는 확장되는 발코니가 실질적으로도 주거전용면적으로 사용될 것을 예정하고 있는 것이다. 따라서 해당 공간은 바닥면적 산정 시 산입해야 한다. 그럼에도 불구하고 예외를 인정해야겠다면 마찬가지로 '노대등'의 예외에 포섭하는 식으로 단순하게 처리할 일은 아니라고 판단된다.

Ⅴ. 결론

이상의 논의는 법적인 관점에서 발코니 확장의 문제를 바라본 것으로, 이를 현실에 그대로 적용하기에는 많은 어려움이 있을 것으로 예상된다. 서비스 면적으로 제공되고 있는 발코니 면적을 지금의 시점에 와서 불법적으로 규율하는 것이 현실적으로 무리가 있기 때문이다. 최초부터 '노대등'에 대해 엄밀히 규정하고, 발코니가 피난 공간 등으로 활용되는 공적 측면을 부각하여 예외적으로만 서비스 면적을 인정하였다면 현재의 논란은 겪지 않았어도 될 문제였다는 아쉬움이 남는 것 또한 사실이다. 그렇다고 이후부터 건축되는 주택들에 대하여만 엄밀한 의미의 노대 개념을 적용하여 서비스 면적을 제외한다면, 자칫 기존에 건축된 주택들에 대해 프리미엄을 제공하는 양상으로 비춰져 공감대를 형성하기 어려울 것이다.

현재로서 서비스 면적을 인정하려면, 우선 발코니 면적을 바닥면적 산정의 예외로 하는 분명한 규정을 둘 필요가 있다고 생각된다. 예컨대 건축법시행령 119조 제1항 제3호 '나' 목과 별개로 '목'을 추가하여 '공동주택의 발코니는 발코니의 면적에서 발코니가 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 1.5미터를 곱한 값을 뺀 면적을 바닥면적에 산입한다.' 라는 식으로 추가를 하는 형태로 규정할 수 있고, 다른 방법으로는 기존 '나' 목에서 "건축물의 노대등의 바닥은 … "을 "건축물의 노대등의 바닥 및 발코니의 바닥은 … 발코니의 면적에서 발코니가 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 …" 와 같은 방식으로 개정할 수 있을 것이다.

또한 최초부터 발코니를 확장하지 않으면 주거 공간조차 본래 기능을 할 수 없게 강제하는 것은 규제할 필요가 있다. 이는 원칙과 예외가 전도된 것이다. 발코니 확장은 만연해 있는 실태를 일일이 규율할 수 없는 한계에서 인정된 예외일 뿐이지, 발코니를 확장해야 하는

37) 윤혜원, 앞의 글, 111쪽, 113-114쪽 참조.

것이 원칙은 아니기 때문이다. 발코니 확장을 하지 않더라도 바닥면적에 산정되는 내부 공간이 독립적으로 제 기능을 할 수 있도록 설계를 규율할 필요가 있다.[38] 나아가 발코니를 확장했을 때 건축물에 위험 요소가 추가되는지 여부에 대해서는 엄격히 판단해야 한다.

38) 김진관 · 김근성, “아파트 비확장형 발코니로 인한 문제점과 개선방안에 대한 연구”, 『주거환경』 제15권 제2호(2017. 6.), 142쪽 참조. 위 글에서는 확장형 발코니가 주류인 상황에서 일부 비확장형 발코니를 고집하는 가구로 인하여, 단열, 우수, 미관 훼손 등의 문제가 발생한다는 점을 지적하면서도, 비확장형 세대에게 확장형을 강요하는 것은 타당하지 않고, 확장형을 전제로 생활에 불편함이 생길 크기로 설계하는 것 또한 적절하지 않다는 점을 지적하고 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』, fides, 2018.

[논문]

김경률 · 박소희 · 유호천, “공동주택의 발코니 개조에 따른 대피공간에 관한 연구”, 『한국태양에너지학회 2007년도 춘계학술발표대회 논문집』, 한국태양에너지학회(2007. 4.).

김종보, “노대의 구조변경과 증축의 개념”, 『행정법연구』 제9권(2003. 5.) .

김진관 · 김근성, “아파트 비확장형 발코니로 인한 문제점과 개선방안에 대한 연구”, 『주거환경』 제15권 제2호(2017. 6.).

윤혜원, “공동주택의 개념 및 면적계산에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원, 2018.

이범훈 · 장동민. “발코니 확장 합법화 이후 건축 밀도의 변화”, 『한국산학기술학회 논문지』 제19권 제9호(2018. 9.).

이문규 · 정영철, “공동주택 발코니 확장의 건축법적 쟁점과 과제”, 『법학연구』 제32권 제1호(2021. 2.).

이재석 · 서형욱 · 전재열, “공동주택의 공용/전유의 경계와 리모델링에 관한 연구”, 『대한건축학회 논문집』 - 구조계 제27권 제1호(2007. 10.).

지수인 · 김진균, “공동주택 사적 외부 공간의 공간배열방식에 관한 고찰”, 『대한건축학회 논문집』 - 계획계 제23권 제12호(2007. 12.).

건설법연구 제6호 2021년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 6, September 2021

건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합

건축주로서의 상가조합 및 사업주체로서의 지역조합에 대한 비교

임 민 희*

국문초록

건축법과 주택법은 모두 일정한 토지 지상에 건축물을 건축하는 개발행위를 규율하는 법률이라는 공통점을 가지나, 건축법이 일반적인 건축물의 건설을 규율하는 법률인 데에 반하여 주택법은 아파트와 주택단지에 한정하여 그 건설에 관한 사항을 규율하는 법률로서, 주택법은 건축법에 대하여 일반법과 특별법의 관계에 있다. 도시 및 주거환경정비법, 그리고 도시개발법에서는 개발사업을 주도하여 진행하고 사업의 성패에 책임을 부담하는 자를 '사업시행자'로 칭하고 있는데, 건축법상 건축주, 그리고 주택법상 사업주체가 이와 같은 사업시행자의 지위에 대응된다고 볼 수 있을 것이다.

본 글에서는 이와 같은 '사업시행자'로서의 건축법상 건축주와 주택법상 사업주체를 비교하는 데에서 출발하여, 각 법률의 규율에 따라 진행되는 개발사업의 과정 및 그 양상이 어떻게 나타나는지를 비교하여 살펴보았다. 특히, 건축법에 의하여 규율되는 건축주에 있어서는 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합을 중심으로 하여, 이를 주택법이 규정하는 사업주체로서의 지역조합과 비교하여 보았다. 상가조합은 생활대책용지 공급 공고에 따라 공급대상자들이 자율적으로 결성하는 조합이고, 지역조합은 동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립하는 조합으로, 양 조합에 관하여는 모두 그 성격이 민법상 비법인사단에 해당한다고 본 판례가 있으나, 각 조합의 등록 절차 및 각 조합을 필두로 한 개발사업의 세부적인 진행 과정은 상이하게 나타나며, 각 조합의 역할 및 시행과 시공의 분리 여부에 관하여도 상당한 차이점이 존재한다. 또한, 두 경우 모두에 있어 법규정이 예정하고 있는 바와 달리, 사업을 주도하려는 시행사와 시공사의 의도 하에 변질된 형태로 사업이 진행되는 경우가 증가하고 있다는 점도 살펴보았다.

* 변호사, 김·장 법률사무소

개발사업은 시대와 상황의 변화에 가장 민감하게 반응하는 사업들 중 하나일 것이고, 이에 현실에서 기존의 관행이나 법령에 의하여 규율되지 못하는 부분이 생기거나 법령의 미비가 발견될 경우, 이를 궁극적으로는 입법적 혹은 정책적으로 해결하여, 변화하는 현실 속에서 개발사업을 규율하는 각 법규의 도입 목적을 여실히 구현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

주제어 : 건축법과 주택법, 건축주, 사업주체, 상가조합, 지역조합

목 차

Ⅰ. 서론 - 연구의 범위 및 목적
Ⅱ. 상가조합과 주택조합이 진행하는 개발사업의 진행 절차
Ⅲ. 상가조합과 주택조합의 설립 및 그 법적 성격
Ⅳ. 시공자의 책임 및 조합과 시공자의 법률관계
Ⅴ. 상가조합과 지역조합의 비교
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론 - 연구의 범위 및 목적

[건축법과 주택법]

건설법[1]은 ① 일반적인 건축물의 허가요건 및 허가절차에 관한 법규를 대상으로 하는 '건축법'과, ② 아파트와 주택단지라는 특수한 건축물을 건설하기 위한 공법규정에 해당하는 '주택법'을 모두 포함하는 개념으로, 양자는 모두 일정한 토지 지상에 건축물을 건축하는 개발행위에 대한 공법적인 규율에 해당한다는 공통점이 있다.[2]

그러나, 건축법은 '일반적인 건축물'의 건설을 규율하는 법률이고, 주택법은 '아파트와 주택단지'에 한정하여 그 건설에 관한 제반 사항을 규율하는 법률로서, 주택법은 건축

1) 건설법은 "택지의 조성, 아파트·영업시설·단독주택 등의 건축, 재건축·재개발, 공원·도로 등 도시의 기반시설설치 등 '도시의 물리적 공간형성에 간여하는 공법규정의 총체'"를 말하며, 건축법과 주택법은 이와 같은 건설법에 포함된다. 김종보, 건설법의 이해, 제6판, 피데스, 2018, 4면 참조.

2) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 4면 참조.

법에 대하여 일반법과 특별법의 관계에 있다. 이는 건축법이 '건축물의 대지 · 구조 · 설비 기준 및 용도 등을 정하여 건축물의 안전 · 기능 · 환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것'을 목적으로 하고 있고(건축법 제1조), 주택법은 '쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설 · 공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함'을 목적으로 하고 있는 점(주택법 제1조)에서도 명확하게 드러난다. 이에, 각 법령은 큰 틀에서는 유사한 구조를 지니고 있을지라도, 세부적인 측면에서는 상당한 차이를 보인다.

[개발사업의 사업시행자로서의 '건축주(건축법)' 및 '사업주체(주택법)']

한편, 개발사업을 정하고 있는 법률들은 그 사업을 주도하여 진행하고 사업의 성패에 책임을 부담하는 자를 정하고 있는데, 도시 및 주거환경정비법(이하 "도시정비법"이라 한다) 또는 도시개발법에서는 이를 '사업시행자'라고 칭하고 있다. 그러나 이와 같은 법령에서도 사업시행자라라는 단어를 사용하고 있을 뿐 그러한 '사업 시행'이 의미하는 바가 무엇인지, 나아가 그 실질적인 범위가 어디까지인지에 관하여는 구체적으로 정의하지 못하고 있어서, 사업시행자라는 지위는 법적으로 상당히 모호한 측면을 가지고 있다.[3)]

이에, 건축법상의 '건축주'[4)] 개념을 그 이해의 출발점으로 삼을 수 있을 것이다. 건축주는 개별 필지에 건축허가를 받아 건물을 건축함에 있어 행정청이 발급하는 건축허가의 상대방이 되는 자로서, ❶ 건물을 짓기 위한 대지를 구입하고, ❷ 자금을 조달하여 자재를 구입하며, ❸ 건설업자와 사이에 공사도급계약을 체결한 후 비용을 지불하여 건축공사를 진행하게 하는바, '건물이라는 물리적 시설을 만들어내기 위한 제반 과정에 있어 스스로의 책임과 비용에 기하여 건축을 진행하며, 동시에 법적인 권한과 책임이 귀속되는 자'에 해당한다.[5)] 그리고, 이와 같은 건축법상 '건축주'의 개념 정의를 고려하면, 개발사업의 사업시행자는 '개발사업의 전 과정에서 토지의 소유권을 확보하고, 사업 비용을 조달하며, 행정청으로부터 그 스스로의 명의로 인, 허가를 득하여, 해당 사업 진행에 관하여 법적인 책임을 부담하면서 이를 총괄하는 자'로 정의할 수 있을 것이다.

그리고, 사업시행자로서의 건축법상 '건축주'는 주택법에서는 '사업주체'에 대응한다고 볼 수 있다. 주택법은 '사업주체'[6)]에 대한 정의로서, '주택법에 따른 주택건설사업계

---

3) 김종보, '건축주와 사업시행자', 도시개발신문 게재 칼럼, http://www.udp.or.kr/v2.0/bbs/board.php?bo_table=colum02&wr_id=101&page=2 (최종 접속일 2021. 8 6.)

4) **건축법 제2조(정의)** ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
12. "건축주"란 건축물의 건축 · 대수선 · 용도변경, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조(이하 "건축물의 건축등"이라 한다) 에 관한 공사를 발주하거나 현장 관리인을 두어 스스로 그 공사를 하는 자를 말한다.

5) 김종보, 위의 칼럼 참조.

6) **주택법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 국가 · 지방자치단체, 한국토지주택공사 · 지방공사, 주택건설사업자 등’을 의미한다고 규정하고 있는데, 이러한 ‘사업주체’는 주택법에 의하여 사업시행자로서의 지위를 부여받아, 해당 법률에 따라 주택법의 규율을 받는 개발사업을 시행하는 자라고 할 수 있을 것이다.

[건축법에 의하는 상가조합 및 주택법상 지역조합]

본 글에서는 이와 같은 ‘사업시행자’로서의 건축법상 ‘건축주’와 주택법상 ‘사업주체’를 비교하여, 각 법률의 규율에 따라 진행되는 개발사업의 과정 및 그 양상이 어떻게 상이하게 나타나는지를 살피도록 한다. 특히, 건축법에 의하여 규율되는 건축주에 있어서는 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 ‘상가조합’을 중심으로 하여, 이를 주택법이 규정하는 사업주체로서의 ‘지역조합[7]’과 비교하여 살피도록 한다.

Ⅱ. 상가조합과 주택조합이 진행하는 개발사업의 진행 절차

1. 공익사업에서의 생활대책과 상가조합 및 개발, 분양사업의 진행 절차

[생활보상 및 생활대책의 개념]

생활보상은 공익사업의 시행자가 개발사업을 진행함에 있어, 대규모 수용이 이루어짐에 따라 생활의 기초를 박탈당한 해당 지역 원주민들이 재산권에 대한 보상만으로는 종전과 같은 생활을 누릴 수 없게 되는 문제를 해결하기 위하여 등장한 개념으로, ① ‘주거’를 상실하게 된 자에 대한 보상인 ‘이주대책’과 ② ‘영업의 기반’을 상실하게 된 자에 대한 보상인 ‘생활대책’으로 나눌 수 있다.[8]

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 “토지보상법”이라 한다)은

---

10. “사업주체”란 제15조에 따른 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 받아 그 사업을 시행하는 다음 각 목의 자를 말한다.
가. 국가 · 지방자치단체
나. 한국토지주택공사 또는 지방공사
다. 제4조에 따라 등록한 주택건설사업자 또는 대지조성사업자
라. 그 밖에 이 법에 따라 주택건설사업 또는 대지조성사업을 시행하는 자

7) 후술하겠지만, 주택법은 건설회사(등록사업자나 건설업자)에게 토지소유자 및 시공자로서의 지위를 중복하여 부여하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 예외적으로 주택조합 및 토지소유자들로 하여금 위 등록사업자 등과 공동으로 사업주체가 될 수 있도록 규정하고 있다. 이하 **본 글에서 ‘사업주체로서의 지역주택조합’은 ‘등록사업자 등과 공동사업주체의 지위에 있는 지역주택조합’을 의미**하는 것으로 해석한다.

8) 박현정, ‘공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사’, 법학논총(제36권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2019, 45면.

제78조에서 “공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자”를 위하여 이주대책을 수립, 실시하도록 규정하고 있다. 이에 따라 이루어지는 이주대책은 공익사업의 시행으로 주거를 상실한 주거용 부동산 소유자들을 대상으로 ‘이주정착지’를 조성하여 제공하는 형태로 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나, 실제로는 댐건설 등 특별한 사업을 제외하면 사업시행자가 이주정착지를 조성하여 제공하는 경우는 많지 않으며, 토지보상법 시행규칙에 따라 택지개발촉진법 및 주택법 등 관계 법률이 정하는 ‘특별공급’을 함으로써 이주대책에 갈음하는 것이 일반적이다.[9)]

한편, 이주대책에 대응하는 개념으로서 생활대책이 등장하게 된다. 토지보상법에 따른 이주대책이 공익사업의 시행으로 주거를 상실한 ‘주거용 부동산’의 소유자들을 대상으로 진행되어 왔기 때문에, 동일하게 공익사업의 시행으로 영위하던 영업 등 생활의 기반을 상실하게 되었으나 주거용 부동산의 소유자에 해당하지 아니하여 이주대책의 혜택을 받지 못하는 지역 내 주민들에 대한 보호의 필요성이 제기되었고, 이에 이들에게도 이전과 같은 수준의 생활을 영위할 수 있도록 하는 대책이 마련되게 된 것이다. 이와 같은 생활대책에 관하여는 ‘공익사업으로 상실한 영업기반의 회복을 목적으로 하는 모든 대책’을 포괄하는 개념으로 보아, 이농비나 이어비 보상, 고용 및 취업알선 등의 일체의 행위를 포함한다고 보는 입장도 존재하나[10)], 본 글에서는 생활대책을 “공익사업으로 영업의 기반을 상실한 원주민들에 대하여 용지나 상가를 특별공급하는 제도”로 한정하여 해석하기로 한다. 헌법재판소 또한 생활대책을 “영업 · 영농 등의 장소를 상실하게 된 자에 대하여 생계유지를 위한 기반시설로서 일정 규모의 점포 또는 상가용지 등을 직접 공급하는 제도”라고 한정적으로 해석한 사례가 있다(헌법재판소 2013. 7. 25.자 2012헌바71 결정).

[생활대책의 연혁 및 법적 근거]

생활대책은 분당·일산 등 1기 신도시 건설 당시 해당 사업지구 내 주민에 대한 특별 지원 대책의 일환으로 한국토지주택공사가 1991년에 내부규정을 신설하여 수립, 시행한 것이 그 시초로 알려져 있으나(헌법재판소 1996. 10. 4.자 95헌마34[11)] 참조), 현재까지도 토지보상법 등 관계 법령에 명시적인 근거규정은 존재하지 않는다.

기업도시개발 특별법, 주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법, 용산공원 조성 특별법 등 일부 개별 법령에서 근거 규정을 두어 사업시행자에게 생활대책 수립 및 시행의무를 부여한 사례가 존재하기는 하나 이는 일부 특별법령에 한정되는 것이

9) 박현정, 위의 글, 46면.
10) 박현정, 위의 글, 46면.
11) 당시 한국토지개발공사(LH 한국토지주택공사의 전신)는 분당 · 일산 등 신도시건설과 관련된 사업지구내의 주민에 대한 은혜적 배려로 특별지원대책 차원에서 피청구인이 1991. 6.경 자체 규정을 만들어 이주대책과는 별도로 “생활대책용지의 공급”이란 제도를 신설하였으며, 건설부장관의 지침으로 그 공급가액을 ‘감정가’로 하게 하였다,

고,[12] 이외에 개발사업에 관하여 일반적으로 적용되는 법령에서 이를 포괄적으로 규정한 사례는 없으며, 통상 한국토지주택공사나 서울주택도시공사 등 해당 공익사업을 시행하는 공기업들은 내부적으로 생활대책에 관한 기준을 마련하여 이를 수립, 실시한다.

[한국토지주택공사의 생활대책]

이처럼, 생활대책으로 대상자들에게 공급하게 되는 '생활대책용지'는 신도시 택지개발예정지구 내에서 기존에 영업을 하거나 농축산업을 하던 생업종사자에게 보상 차원에서 제공하는 근린상업용지 또는 근린생활시설용지에 대한 우선 분양권[13]을 의미한다.

한국토지주택공사 등 공익사업을 시행하는 공기업 및 공공기관들의 경우 내부규정으로 그 공급 기준 등을 정하여 두는 경우가 일반적인데, 개별 사업마다 상이하겠지만 일반적으로 생활대책용지 공급대상자는 본인 소유의 모든 토지 및 물건 등을 협의에 의해 보상을 받은 사람으로 공람공고일 1년 전부터 이주자택지공급대상자, 영업 보상이나 축산 보상을 받거나 일정 규모 이상의 영농 또는 시설채소농 및 화훼농 등을 대상자로 한다. 생계보상 차원에서 1인당 공급되는 기준은 약 20~27㎡(6~8평) 정도이며, 단독으로 권리행사가 어렵기 때문에 생활 대책 보상자들이 조합을 결성해 총 661㎡(200평) ~ 991㎡(300평)의 상업용지를 공급받는 게 일반적이다.[14]

한국토지주택공사 용지규정 및 동 규정 시행세칙

한국토지주택공사 용지규정 제23조(이주대책과 생활대책) ② 지역본부장은 원활한 사업추진을 위하여 사업지구 안에서 영업(영농, 축산 등을 포함한다)을 행한 자 등에 대하여 생활대책을 수립할 수 있다.
③ 이주대책기준일 등 이주대책과 생활대책의 수립에 필요한 사항은 사장이 따로 정한다.

한국토지주택공사 용지규정 시행세칙[15] 제85조(수의계약 등) ① 택지를 수의계약으로 공급할 수 있는 경우는 다음 각 호와 같다.
1. 이주대책으로 이주자택지를 공급하거나 생활대책으로 근린생활시설용지 등을 공급하는 경우. 이 경우 시행에 관하여 필요한 사항은 사장이 따로 정한다.

12) 박현정, 위의 글, 47면.
13) 속어로는 "상가딱지"라고 칭하기도 한다.
14) '[강산의 돈되는 땅투자] 부동산 공동구매 끝판왕 생활대책용지 주목하라', 이코노믹리뷰, 2016. 5. 16.
15) 용지규정 시행세칙 제206호(확정일 2021. 1. 14. 시행일 2021. 2. 1.)

한국토지주택공사 보상정보 - 생활대책 대상자 및 생활대책용지 계약 방법[16]

대상자	다음 각 호에 해당하는 분. 단, 2개 이상의 생활대책 대상에 해당하는 경우는 본인의 선택에 따라 어느 하나만을 적용합니다. ① **상가점포 공급대상자** 기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 하고 「건축법」 제22조에 의한 사용승인을 받은 점포용 건물을 소유하여 「부가가치세법」에 의한 사업자등록을 하고, 직접 영업행위를 하는 분으로서 당해사업에 따라 그 건물이 철거되는 분 ② **근린생활시설용지 등 상가부지 공급대상자** 기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 한 자 및 허가·면허·등록·신고 대상이 아닌 업종의 영업자로서 최초 보상개시일까지 본 사업지구 내에서 영업(영농, 축산 등을 포함)을 한 자로서 영업보상을 받은 분
생활대책용지 계약 방법	**조합** 또는 **생활대책 대상자 공동 명의**
생활대책용지 공급 시기	상업용지 등 일반 공급시
생활대책내용	- 상업용지: 18m^2 ~ 27m^2 - 종교용지: 공급면적 및 조건은 사업의 협조조건에 따라 차등적용

한국토지주택공사는 내부 규정인 용지규정 제23조에서 '사업지구 안에서 영업을 행한 자 등'에 대하여 생활대책 수립 여부를 결정할 권한을 지역본부장에게 부여하고 있고(제2항), 생활대책 수립에 필요한 사항은 사장이 따로 정하도록 규정하고 있다(제3항). 그리고, 한국토지주택공사가 공개한 '보상정보'에 따르면 "기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 하고, 「건축법」에 의한 사용승인을 받은 점포용 건물을 소유하여, 사업자등록을 하고 직접 영업행위를 하는 자로서 당해 사업에 따라 그 건물이 철거되는 자"는 ❶ '상가점포 공급대상자'로, "기준일 이전부터 관계법령에 의한 허가·면허를 받거나 신고 등을 한 자 및 허가 등 대상이 아닌 업종의 영업자이자 최초 보상 개시일까지 사업지구 내에서 영업(영농, 축산 등 포함)을 한 자로서 영업보상을 받은 자"는 ❷ '상가부지 공급대상자'로 각 인정되어, 상가점포 및 상가부지를 공급받을 수 있도록 하고 있다.

[생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합]

한편, 위 공급대상자가 생활대책용지를 공급받기 위하여는 대상자 개개인의 지위에서 이를 공급받는 것이 아니라, 대상자들끼리 '조합'을 결성하거나 대상자 '공동 명의'로 사업시행자와 사이에 분양계약을 체결하여야 한다. 그리고, 이와 같은 생활대책용지 공급대상

16) 한국토지주택공사 보상정보 홈페이지(http://bosang.lh.or.kr/info/bosang_count.asp, 최종 접속일 2021. 8. 6.) 기재 정보 참조.

자들은 자발적으로 ‘상가조합’을 구성하여 사업시행자와 사이에 상가용지 등에 대한 공급계약을 체결한 후, 해당 용지 지상에 상가를 건축하고 조합원들에게 이를 분양하는 상가 개발사업을 진행하게 된다.

[시행조합과 처분조합]

이와 같은 상가조합은 그 사업의 목적을 기준으로 크게 두 가지 종류로 나눌 수 있는데, ‘시행조합’과 ‘처분조합’이다. 시행조합은 한국토지주택공사 등 해당 개발사업의 시행자 등으로부터 생활대책용지를 공급받은 후 조합이 주체가 되어 상가 건설 및 분양을 진행하여 그 이익금을 조합원과 배분하는 형식으로, 처분조합은 생활대책용지를 공급받은 후 바로 이를 제3자(건설사 혹은 시행사)에게 권리와 함께 매도하여 그 차익금을 조합원과 배분하는 형식으로 각 사업을 진행한다.[17]

본 글에서는 조합이 직접 조합원들의 권리를 모아 ‘건축주’, 즉 ‘사업시행자’가 되어 상가개발사업을 진행하는 형태인 ‘시행조합’을 중심으로 살펴보기로 한다.

[상가조합의 건축법상 지위: 건축주]

시행조합은 직접 사업시행자가 되어 해당 용지 지상에 상가 건물을 신축하고 각 점포를 조합원들에게 분배하는 상가개발사업을 진행하기 위하여 설립된 조합이다. 그리고, 이와 같은 상가건물은 ‘아파트와 주택단지’를 건설하는 사업에 해당하지 않으므로 주택법이 아닌 건축법의 규율을 받게 되며, 해당 상가조합은 건축법상 ‘건축주’의 지위를 부여받게 된다.

즉, 상가조합은 해당 토지 지상에 상가를 건설하기 위한 자금을 조달하여 자재를 구입하고, 해당 필지에 그 명의로 건축허가를 신청하거나 건축신고를 진행하며, 건설업자와 사이에 공사도급계약을 체결하여 수급인인 건설업자에게 비용을 지불하게 되고, 상가 건축이 완료되면 분양절차를 진행한다. 상가조합은 상가 건설 및 분양의 전 과정에서 자신의 책임과 비용에 의해 ‘단독으로’ 건축을 진행하는 자이며, 민사·형사·공법상의 모든 권한과 책임도 부담하게 되는 ‘건축주’의 지위에 있게 되는 것이다.[18]

[상가조합을 단독 사업시행자로 한 상가개발사업의 진행 순서]

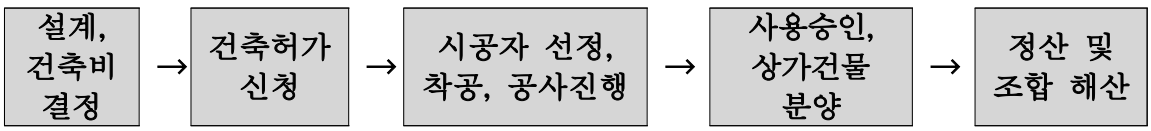
상가조합(시행조합)이 생활대책용지에 관한 매매계약을 체결하고, 매매대금을 납부한 후 토지의 소유권을 조합 명의로 이전받으면, 조합은 상가개발사업을 본격적으로 진행하게 된다. 조합은 상가건축에 대한 설계(및 해당하는 경우 변경) 절차 및 예상 건축비를 결정하는 절차를 거친 후, 건축주인 조합의 명의로 건축허가를 신청하게 된다. 통상 건축허가 신청

17) 이와 같은 ‘시행조합’과 ‘처분조합’은 강학상 사용되는 용어는 아니나, 생활대책용지 공급자들이 상가조합을 구성하여 사업을 진행함에 있어 실무적으로 널리 사용하는 용어에 해당한다.
18) 김종보, 위의 칼럼 참조.

절차와 함께 시공자 선정 절차를 진행하고, 건축허가를 득한 후에는 선정된 시공자와 사이에 공사도급계약을 체결하여, 상가건물 공사에 착공, 공사를 진행한다. 이와 같은 일련의 과정은 모두 조합 정관에서 정한 의사결정 방식(조합 총회 혹은 조합임원회 의결 등)을 정하여 결정한다.

준공이 되면, 조합은 관계 관청으로부터 상가건물의 사용승인을 받은 후, 완성된 상가건물을 조합원들에게 분양하고 임대하는 절차를 진행하고, 이 과정에서 분양대행사나 위탁관리사와 사업을 진행하는 경우 각 회사와 계약을 체결한다.

조합원에 대한 상가분배가 완료되면, 조합 정관에 정해진 바에 따라 분배완료일 혹은 건축준공일로부터 일정 기간 내에 본 정산 절차를 진행하고, 정산이 완료되면 조합은 그 업무를 다한 것이 되므로 총회의 결의로 해산하게 된다.



2. 주택법상 사업주체와 공동사업주체로서 주택조합이 진행하는 주택건설사업

[주택법의 원칙적 사업주체: 등록사업자 등]

주택법상 주택건설사업의 원칙적인 사업시행자, 즉 사업주체는 '등록사업자'이다. 주택법에서는 등록사업자를 포함하여 처음부터 '사업주체'[19]가 될 수 있는 자를 한정적으로 열거하여 그 자격에 제한을 두고 있는데(제2조 제1항 제10호), 이는 건축법에서 건축주가 될 수 있는 자를 제한하고 있지 않은 것과 대조적이다. 나아가, 통상적인 개발사업에서 토지소유자가 결성하는 조합이 사업시행자가 되는 것과도 상이하게, 주택건설사업은 토지소유권을 확보한 등록사업자에게 '사업승인을 발급'하는 구조를 취한다(제2조 제1항 제10호 다.목, 제4조).

등록사업자 이외에 국가나 지방자치단체, 한국토지주택공사 등도 단독으로 주택건설사업을 시행할 수 있지만(제2조 제1항 제10호 가., 나., 라.목), 등록사업자가 단독으로 시행하는 경우가 주택법상 주택건설사업의 전형적인 예라고 보아도 좋을 것이다.[20]

[주택법의 예외적 사업주체: 공동시행자로서의 주택조합]

---

19) 앞서 언급한 바와 같이, 주택법은 사업시행자라는 개념 대신 '사업주체'라는 용어를 사용하고 있지만, 사업시행자와 동일한 의미로 이해되어야 할 것이다.

20) 김종보, '지역조합 사업주체의 권한과 책임', 지방자치법연구(제7권 제2호), 한국지방자치법학회, 2007, 178면.

한편, 주택법은 단독으로는 주택건설사업을 시행할 수 없으나, 위 등록사업자와 공동으로는 사업을 시행할 수 있는 사업주체를 예외적으로 인정하고 있다. 토지소유자나 지역조합, 직장조합 등 '주택조합(제11조)'이 그 구성원의 주택을 건설하는 경우에는 등록사업자와 공동으로 사업을 진행할 수 있다고 보며, 이 경우 주택조합과 등록사업자를 공동사업주체로 본다(제5조[21]).

이처럼, 주택법은 전문성이 없는 주택조합 등에게 주택건설사업의 책임을 전적으로 부담시키기 어렵다는 점 때문에 등록사업자를 공동사업주체로 요구하고 있는 것으로, 법조문상으로는 주택조합이 주택법에 의하여 등록한 '등록사업자'의 지위를 득한 경우라면 단독사업주체가 되는 것도 가능할 것이나, 이러한 예는 실무상 거의 존재하지 않으며, 주택조합이 주택건설사업을 진행하는 경우 이는 대부분 등록사업자와 공동으로 사업을 진행하는 양상으로 나타난다.[22]

한편, 주택조합은 다시 지역조합, 직장조합 및 리모델링주택조합으로 구분되는데(제2조 제11호), 본 글에서는 '동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립된 조합'인 지역조합을 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

[주택법상 사업주체의 특수성: 사업시행자와 시공자 지위의 동시 보유]

건축주와 시공자가 별도로 존재함을 전제로 규정되어 있는 건축법 등의 다른 법령과 달리, 주택법의 사업주체인 등록사업자는 일반적으로 사업시행자로서의 지위와 시공자로서의 지위를 동시에 보유한다.[23] 원칙적으로 등록사업자가 단독으로 사업을 진행하는 경우 및 예외적으로 주택조합과 공동으로 사업을 시행하는 경우 모두에 있어 등록사업자는 시공자의 지위를 겸하게 된다.

[공동사업주체로서 지역조합이 추진하는 주택건설사업의 진행 순서]

지역조합의 경우 조합원을 모집하고자 하는 지역조합의 발기인이 법령상 요건을 만족한 후 공개모집의 방법으로 조합원을 모집하게 되고, 관할 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장, 군수 또는 구청장 등으로부터 주택조합설립인가를 받으면 비로소 해당 지역조합은 주택

---

21) **주택법 제5조(공동사업주체)** ② 제11조에 따라 설립된 주택조합(세대수를 증가하지 아니하는 리모델링주택조합은 제외한다)이 그 구성원의 주택을 건설하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록사업자(지방자치단체·한국토지주택공사 및 지방공사를 포함한다)와 공동으로 사업을 시행할 수 있다. 이 경우 주택조합과 등록사업자를 공동사업주체로 본다.

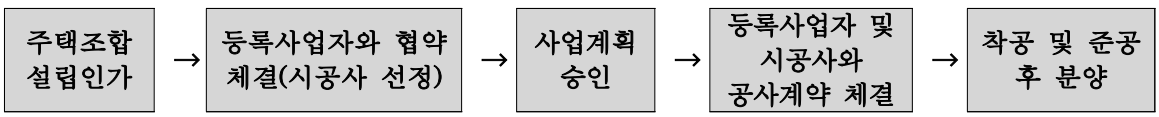
22) 김종보, 위의 글(2007), 178면.

23) 주택법은 등록사업자와 시공할 수 있는 등록사업자를 구분하고 있는바 시행자가 시공자의 지위를 동시에 가지는 것이 일반적이다. 이는 1970년대 당시 주택건설을 촉진하기 위하여 서울시 등이 보유하고 있는 공동주택용지를 건설사에게 매각하고 그 지상에 아파트를 지어 분양하도록 하는 방식이 건설사들에게 가장 유리하여 이와 같은 방식으로 사업을 진행하던 주택건설촉진법 시절의 유산인 것으로 보이나[김종보, 위의 책(2018), 755면 참조], 예외적인 경우도 물론 존재한다.

법상 적법한 사업주체가 된다. 그리고, 공동사업을 진행하려는 등록사업자를 선정하여 해당 등록사업자와 사이에 상호간 사업시행을 위한 협약을 체결하는데, 이는 사업비용의 조달 방법, 조합의 업무대행, 시행대금 등에 관한 '시행계약'으로서의 성격을 가진다.[24] 통상 이 때의 등록사업자는 시공능력이 있는 등록사업자인 경우가 대부분이다.

한편, 주택법 제15조에 따르면 공동주택을 건설하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 시장, 군수의 승인을 받아야 하고, 이러한 사업계획승인이 있어야 비로소 해당 지역조합과 등록사업자는 (공동)사업시행자로 확정된다.

이후 지역조합과 등록사업자는 위 사업계획승인의 내용을 바탕으로 주택건설공사에 대한 공사도급계약을 체결하게 된다(등록사업자와 최초에 체결하는 협약이 시행계약 및 시공계약으로서의 성격을 모두 포함하는 경우도 존재한다). 그리고, 공사도급계약에 따른 공사가 완료되면, 지역조합과 등록사업자는 이를 조합원 등에게 분양하는 절차를 진행하게 된다.



Ⅲ. 상가조합과 주택조합의 설립 및 그 법적 성격

1. 상가조합의 구성 및 법적 성격

[상가조합의 구성 및 분양 절차 개괄]

살펴본 바와 같이, 개발사업을 진행함에 있어 생활대책용지를 공급하는 경우 그러한 공급대상자와 공급의 내용 및 가격결정 기준, 절차 등 세부적인 사항은 사업별로 상이할 것이나, 대부분의 경우 근린생활 시설용지나 상업용지를 공급대상 토지로 하고, 동시에 생활대책용지 공급대상자들로 하여금 그들이 자율적으로 결성한 조합을 통하여만 해당 권리를 행사할 수 있도록 한다. 즉, 생활대책용지 공급대상자들이 관계 공고에 따른 요건을 충족하여 '조합'을 구성하면 '조합예비등록' 절차를 진행하고, 그에 따라 결격사유가 없는 것으로 판정된 조합이 조합장 명의로 '생활대책용지 매입신청'을 하면, 관계 규정에 따른 절차에 의하여 '분양토지가 결정'되고, 조합과 사업시행자는 해당 분양토지에 관하여 '매매계약(분양계약)을 체결'하게 되는데, 복수의 조합이 결성되어 매입신청된 필지가 경합하는 경우 추첨에 의하여 공급 필지가 결정된다.

24) 김종보, 위의 글(2007), 181면.

한편, 상가조합의 경우 생활대책용지 공급대상자들이 자율적으로 모여 조합을 구성한 후 각 공고에 따라 등록 절차를 진행하면 그것으로 조합의 결성은 완료된 것이고, 이외에 행정주체 등의 인가 등을 별도로 득하는 과정은 요하지 않는다.

[상가조합의 설립 및 조합의 구성 요건]

생활대책용지 공급 공고에서는 대부분 이와 같은 생활대책용지 공급대상인 '조합'의 구성원 자격 및 조합 설립 등에 관한 사항을 규정하고 있다.

조합의 구성에 관하여는 통상 조합의 조합장, 임원 및 조합원 전원은 해당 개발사업의 생활대책용지 공급대상자로 선정된 자여야 할 것이 요구되며, (i) 조합원 개인별 권리면적의 합계가 공급신청 필지면적의 일정 비율 이상이 되도록 하여야 한다는 조건, (ii) 다른 조합에 이중으로 가입할 수 없다는 조건 혹은 (iii) 조합 등록이나 매입신청 이후로는 탈퇴 등 조합원 변경이 제한된다는 조건이 부가되는 경우가 많다.

나아가, 조합 설립에 관하여는 대부분의 공급 공고에서 ❶ 조합 정관에 반드시 기재되어야 하는 사항, ❷ 조합장의 직무 중 조합정관에 반드시 명기되어야 하는 사항 및 ❸ 조합총회의 필수적 의결사항을 정하고 있다.

이 중 '조합 정관에 반드시 기재되어야 하는 사항'으로는 조합의 명칭 · 목적 · 소재지 등에 관한 사항, 자본의 구성 및 재산의 관리 등에 관한 사항, 조직의 구성(의사결정기관 및 대표기관) 등에 관한 사항, 의사결정 및 업무집행의 방법 등에 관한 사항, 조합원의 자격, 출자금, 조합원의 가입, 인적사항, 총회 및 임원의 선임 · 변경 · 직무에 관한 사항, 조합원의 가입 · 탈퇴 및 조합원의 변동에 관계없이 그 자체가 존속한다는 사실, 조합의 해산에 관한 사항, 존립시기 또는 해산사유의 정함이 있을 시 그 시기 또는 사유 등에 관한 사항, 토지매입에 관한 사항 등 일반적으로 조합 정관에 필수적 기재사항으로 기재되는 사항들을 규정하고 있고, 상가건축에 관한 사항 및 조합 명의변경에 관한 사항을 부가하는 경우가 있다.

그리고, '조합총회의 필수적 의결사항'으로는 조합 정관의 제정, 임원의 선임 및 변경, 토지의 매입 및 양도에 관한 사항 등을 규정한다.

[상가조합의 법적 성격]

이 때 구성되는 '상가조합'은 생활대책용지 공급대상자들로 선정된 자들이 자율적으로 정관 제정 및 총회의결을 거쳐 구성한 조합으로, 이와 같은 조합은 민법상 비법인사단의 성격을 가진다는 대법원 판례가 존재한다.

대법원 1999. 7. 27 선고 98도4200 판결

기록에 의하면, 이 사건 능□지구 **상가설립조합**은, **대한주택공사로부터 능□지구 택지개발사업에 의한 생활보호대책의 일환으로 상업용지를 공급받는 수혜대상자를 조합원**으로 하고(정관 제7조), 조합원의 **상가건축 기타 필요한 사업을 목적으로 결성**된 단체로서(정관 제2조), 정관에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고(제11조 내지 제19조), **구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속**되며(제7조 내지 제10조), 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영(위 제11조 내지 제19조), 재산의 관리(제20조 내지 제32조) 기타 **단체로서의 주요사항**이 확정되어 있다 할 것이므로 **비법인사단**으로서의 실체를 가진다고 보아야 할 것이다.

위 판례는 해당 사안에서의 조합의 경우 ❶ 생활대책용지 공급대상자가 조합원으로 되어 있다는 점, ❷ 조합원의 상가건축 등 필요한 사업을 목적으로 한다는 점, ❸ 정관에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관 등 조직이 있는 점, ❹ 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체가 존속된다는 점, ❺ 단체로서의 주요사항이 확정되어 있다는 점 등을 들어 '비법인사단'으로서의 실체를 가진다고 판시하였다.

그리고, 위에서 살펴본 바와 같이, 대부분의 공급 공고에서는 조합 정관의 필수적 기재사항과 조합총회의 필수적 의결사항을 정하고 있고, 해당 요건을 만족하여 결성된 조합은 위 판례에서 인정하는 비법인사단으로서의 요건을 모두 구비하고 있다고 보아야 할 것이므로, 이와 같은 '상가조합'의 경우 일반적으로 비법인사단의 성격을 가진다고 볼 것이다.

2. 주택법상 지역조합의 구성 및 법적 성격

[지역조합의 설립]

주택법상 지역조합은 '동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립'하는 조합으로, 다른 종류의 주택조합과 마찬가지로 시장 등으로부터 인가를 받아 설립할 수 있다(주택법 제2조 제11호 가.목, 제11조). 즉, 이에 따라 조합설립인가를 득한 이후에야 해당 지역조합은 비로소 주택법상 '사업주체'로서의 지위를 보유하게 되며, 공동사업주체인 등록사업자와 공동으로 주택건설사업을 진행할 수 있게 되는 것이다.

이는 상가조합이 자발적으로 구성원들이 모여 조합을 결성하고 등록 절차를 완료하면 그것으로 조합 결성이 인정되는 것과 대조적이다. 즉, 주택법상 지역조합의 경우 시장 등 행정주체로부터 조합설립인가를 득하는 행정절차가 추가되어야 설립이 완성되는 것이다. 이때 지역조합이 작성한 정관은 '기본행위'에 해당하고, 나아가 시장 등의 인가 절차는 이러한 기본 행정행위를 완성시켜 주는 '보충적 행위'에 해당한다고 볼 것이다.

[조합원 자격의 기준]

주택법은 지역조합을 포함한 주택조합의 구성원 자격 기준과 조합의 운영 및 관리에 관하여 특별한 제한규정을 두고 있는데, 특히 주택조합의 결성 목적이 '조합원들에게 주택을 공급' 하려는 데에 있다는 점을 고려하여 조합원 자격을 상당히 엄격하게 정하고 있다(주택법 제11조 제7항, 동법 시행령 제21조 참조). 지역조합의 경우에는 '조합설립인가신청일 현재 일정 기간 동안 무주택자이거나 주거전용면적 85m2 미만의 주택을 소유할 것' 을 요건으로 하고 있으며(시행령 제21조, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도267 판결 등 참조), 해당 요건 중 '무주택자' 에 해당하기 위하여는 세대주를 포함하여 세대 구성원 모두가 주택을 소유하고 있지 않아야 하고, 이에 대한 판단은 형식적 요건인 등기를 기준으로 이루어져야 한다.[25]

조합원이 되려는 자는 가입 당시에 이와 같은 요건을 충족해야 하며, 해당 요건은 주택에 대한 입주가능일까지 유지되어야 함이 원칙이다.

[주택조합의 법적 지위: 비법인사단]

주택조합은 법인격이 인정되지 않는다는 점에서 도시개발법상 재개발조합이나 도시개발조합과는 차이가 있으나, 부분적으로는 사단의 성격을 갖는다는 점에서는 유사하다고 볼 수 있다. 이에, 주택조합에 관하여는 주택법령에서 특별하게 정하여진 것 이외에는 민법 중 사단법인에 관한 규정이 유추적용된다.[26] 대법원 판결 중에서도 구 주택건설촉진법에 의한 주택조합의 경우 그 법적 성질이 비법인사단에 해당된다고 판시한 것들이 있다.[27] 해당 사건에서 대법원은 ❶ 규약이 있는 점, ❷ 의사결정기관 및 대표자의 조직을 갖추고 있는 점, ❸ 가입탈퇴에 따른 변경에 무관하게 조합 자체가 존속하는 점 등을 들어 비법인사단으로서의 특징을 인정하였고, 이러한 점에서는 앞서 살펴본 건축법의 적용을 받는 '상가조합' 과 일견 유사한 측면이 존재한다고 볼 수 있다.

3. 상가조합과 지역조합의 이중적 지위

[조합 및 사단의 이중적 지위]

상가조합 및 주택조합이 일응 민법상 '비법인사단' 의 성격을 가진다는 점에 관하여는 위에서 살펴보았다. 그러나 이는 각 조합이 '단체' 로서의 성격을 지닌다는 점에 착안하

25) 김종보, 위의 책(2018), 756면.
26) 김종보, 위의 책(2018), 755면.
27) "주택건설촉진법에 의하여 설립된 주택조합이 비록 조합이라는 명칭을 사용하지만 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관인 총회와 운영위원회 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 따라 행해지며 조합원의 가입탈퇴에 따른 변경에 관계없이 조합 자체가 존속하는 등 단체로서의 중요사항이 확정되어 있는 점에 비추어 그 명칭에 불구하고 **비법인사단**에 해당한다(대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721 판결)."

여, 그 구성권 개개인에게 민법상 권리, 의무를 일일이 귀속하기 어렵다는 측면에서 그렇게 본 것이며, 상가조합과 주택조합은 상당히 다층적인 법률관계를 가지고 있기 때문에 그 법적 성격을 이와 같이 단언하기는 어렵다.

우선, 상가조합이 진행하는 상가건설사업의 경우, 각 조합원들은 자신이 추후 상가를 분양받을 지위에 있게 되므로, 해당 사업을 진행함에 있어 자신의 의사를 표현하고 발언권을 적극적으로 행사하게 되는바, 그러한 점에서 조합원 개개인의 권리와 의무가 강조되는 측면이 있다. 주택조합 역시 등록사업자와 공동사업주체가 되어 주택건설사업을 진행하므로, 조합원은 단순한 주택매수인에 그치는 것이 아니라 사업주체를 구성하여 자신의 의사를 관철시키는 적극적 지위를 보유하고 있다는 점, 조합원에게 분양되는 공동주택은 조합원 개개인에게 원시취득되고 조합원명의로 보존등기가 이루어진다는 점 등을 고려할 때, 주택조합 역시 그 조합원과의 내부관계의 측면에서 '조합'의 성격을 지닌다.

동시에, 사업주체로서의 상가조합 및 주택조합은 조합 구성원 개개인으로부터 독립된 실체로서의 성격도 지닌다. 상가조합이 상가 건축을 마치고 이를 분양하는 절차에 있어, 각 조합원들에게 분양하는 '조합원 분양분'도 있겠지만, 조합원이 아닌 다른 일반인에게 분양을 진행하는 '일반분양분'도 존재한다. 주택조합의 사업에서도 일반분양분이 존재하는데, 이와 같은 일반분양분의 경우 조합이 이를 취득하여 일반분양자에게 이전하는 점, 일반분양분은 조합명의로 등기된다는 점을 고려할 때 각 조합은 구성원들로부터 독립된 단체성을 보유한 독자적인 행위주체로서의 '사단'으로서의 성격을 지닌다고도 볼 수 있다.[28)]

따라서, 각 조합이 일률적으로 '비법인사단'의 성질을 가진다고 단언하기는 적절하지 않을 것이며, 각 조합이 진행하는 사업의 절차와 문제되는 이해관계 등 제반 사정을 고려하여 '사단'과 '조합' 중 어떠한 측면에서의 성격이 강조되는지를 판단하여야 할 것으로 보인다.

Ⅳ. 시공자의 책임 및 조합과 시공자의 법률관계

1. 독자적인 건축주로서의 상가조합과 시공자

[독자적인 건축주로서의 상가조합의 역할]

이와 같은 일련의 상가개발사업 진행 과정에 있어, 상가조합은 독자적인 사업시행자, 즉 건축법상 '건축주'로서의 지위에서 사업 진행을 총괄하고, 그로부터 파생되는 권리와 의

28) 김종보, 위의 글(2007), 185~186면.

무의 전적인 주체로 기능한다.

우선 상가조합은 ❶ 건축법상 건축허가(제11조) 및 건축신고(제14조)의 주체이자 명의자가 되고, 시공자를 선정한 후 공사에 착공함에 있어서는 ❷ 착공신고(제21조)의 의무자이다. 그리고, ❸ 공사 진행 과정에 있어서도 시공자의 설계변경 요청에 동의하여 줄 의무(제24조 제3항), 공사 현장의 공정 및 안전 관리를 위하여 현장관리인을 지정할 의무(제24조 제6항), 공사감리자를 지정하여 감리업무를 수행하게 할 의무(제25조) 등 각종 의무를 부담하고, 나아가 ❹ 건축물의 준공 후 사용승인(제21조)을 받음에 있어서도 그 신청의 주체이자 명의자가 되어, 해당 사용승인 서류를 통하여 작성된 건축물대장상 건축물의 최초 소유권자가 된다. 아울러, ❺ 이와 같은 건축법상 의무를 위반하는 경우 상가조합은 건축주로서의 책임을 부담하게 되는데, 공사중지 등 조치(제79조), 이행강제금(제80조) 및 각종 벌칙(제106조 이하)의 부과 대상이 된다.

이와 같이, 상가조합은 원칙적으로 상가개발사업의 독자적인 사업시행자로서 건축법의 규율에 따라 자신의 이름과 책임으로 개발사업 전체를 주도적으로 진행하고 그에 따른 책임을 부담하여 상가건물을 건축하고, 이를 조합원들에게 분양하게 된다.

[상가조합과 시공자와의 관계(‘시행’과 ‘시공’의 명확한 구분)]

건축법상 사업시행자인 ‘건축주’와 실제로 공사를 진행하는 ‘시공자’는 명확하게 구분되는 개념이다. 건축법 제2조 제1항 제12호는 ‘건축주’를 “건축물의 건축·대수선·용도변경, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조 에 관한 공사를 발주하거나 현장 관리인을 두어 스스로 그 공사를 하는 자”로, 동조 제1항 제16호는 ‘공사시공자’를 “「건설산업기본법」 제2조 제4호[29]에 따른 건설공사를 하는 자”로 각 구분하여 정의하고 있다. 그리고, 건축법상 (ㄱ) 건축주는 건축사업의 진행을 총괄하는 사업시행자로서의 의무를 부담하도록 되어 있고[인·허가(제11조, 제14조, 제21조 및 제22조), 공사의 총괄 및 관리의무(제24조 제6항, 제25조 등) 및 위반시의 각종 제재나 벌칙 등의 부과(제79조, 제80조 및 제106조 이하)], (ㄴ) 공사시공자는 건축시공과 직접 관련된 의무(제24조, 제25조 제3항, 제28조, 제41조, 제52조의4 제1항 등)에 한정하여 그 역할을 부여하고 있어, 양 주체의 구별을 분명히 하고 있다. 무엇보다, 제15조 제1항은 ‘건축관계자’의 역할에 대하여 규정하면서, 제2항에서 ‘건축주와 공사시공자’의 계약으로 그 책임에 관한 내용과 범위를 정한다고 하여, 양 주체의 역할이 구분된다는 점을 명확히 하고 있다.

---

29) **건설산업기본법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
4. "건설공사"란 토목공사, 건축공사, 산업설비공사, 조경공사, 환경시설공사, 그 밖에 명칭과 관계없이 시설물을 설치·유지·보수하는공사(시설물을 설치하기 위한 부지조성공사를 포함한다) 및 기계설비나 그 밖의 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공사는 포함하지 아니한다(각 목 생략).

‘건축주’의 권리·의무 관련 조항	‘공사시공자’의 권리·의무 관련 조항
제11조(건축허가) **제14조(건축신고)** **제16조(허가와 신고사항의 변경)** **제17조의2(매도청구 등)** **제21조(착공신고 등)** **제24조(건축시공) 제6항**: 현장관리인 지정의무 **제25조(건축물의 공사감리)** **제42조(대지의 조경)** **제64조(승강기)** **제75조(건축주 등의 의무)** **제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) 제1항** **제106조(벌칙), 제110조(벌칙)**	**제24조(건축시공)** **제25조(건축물의 공사감리) 제3항**: 감리자의 재시공 요청 및 건축공사 중지요청에 응할 의무 **제28조(공사현장의 위해 방지 등)** **제41조(토지 굴착 부분에 대한 조치 등)** **제52조의4(건축자재의 품질관리 등) 제1항** **제75조(건축주 등의 의무)** **제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) 제1항** **제106조(벌칙), 제110조(벌칙)**

따라서, 건축주로서의 상가조합은 사업을 진행함에 있어 시공자인 건설회사와 명확하게 구별된 역할을 수행하며, 시공자의 공사 진행을 관리하고 감독하는 업무를 하게 된다. 이는 주택법의 사업주체가 사업시행자로서의 지위 및 시공자로서의 지위를 이중적으로 보유하는 것과 다소 대조적이다. 이에 관하여는 주택조합 부분에서 후술한다.

[보론: 상가조합과 시행사, 시공사와의 관계]

한편, 이와 같은 상가조합은 조합원들로부터 분담금을 받아 조합 자체적으로 조달한 자기자본으로 개발사업을 진행하는 경우도 있지만 이는 사실상 예외적인 경우에 해당한다. 상가개발사업에 있어서는 조합비, 토지매입비, 상가건축비 등 개발비용이 적지 않게 들어가는데, 조합원들의 분담금이나 은행 대출만으로 이를 해결하기는 쉽지 않기 때문이다. 이에, 많은 경우 사업 경험이 있는 시행사나 시공사들로부터 시행대행이나 공동사업을 전제로 자금을 지원받아 사업을 진행하게 된다.

이들은 조합비 면제, 토지매입비 및 건축비 대납, 추가분담금 대납 등을 조건으로 제시하고, 심지어는 조합 결성 단계에서부터 주도적으로 생활대책용지 공급대상자들을 유치하고자 경쟁하기도 한다. 개발 이익이 상당할 것이라고 예측되는 소위 ‘인기 지역’에서는 시행사들이 서로 자신이 결성하는 조합에 더 많은 조합원들을 유치하기 위하여 과하게 경쟁하게 되고[30], 그러한 과정에서 각 시행나 시공사들이 무리하게 조달하여 사용한 자금 문제 때문에 조합 임원이나 간부가 잠적하는 문제도 발생한다.[31] 대부분의 생활대책용지 공급 대상 사업의 경우 대상자들의 조합 중복 가입을 규제하고 있기 때문에, 이 경우 조합원들은 진퇴양난의 상황에 처하게 되고, 이미 가입한 조합의 행정업무 마비로 인하여 타 조합으로 이전

30) 판교신도시의 경우 약 15개 이상의 (예비) 조합이 결성되었다.
31) ‘판교 상가조합 조합원 유치전 치열’, 성남일보, 2007. 8. 23.

하는 등 사업 진행 과정에서 혼란이 초래된다.

뿐만 아니라, 분명 상가조합이 사업시행자의 지위에 있고, 사업 진행에 관한 의사결정을 하는 주체는 대상 생활대책용지의 권리자인 개별 조합원들 및 이들로 구성된 조합임에도 불구하고, 자금을 조달하여 주는 시행사 혹은 시공사가 조합의 의사를 사실상 독단적으로 결정하게 되거나 조합원들의 의견을 묵살하는 경우도 발생한다.

2. 지역조합에서의 시행과 시공의 모호한 경계

[지역조합과 등록사업자와의 관계(‘시행’과 ‘시공’의 모호한 경계)]

‘사업시행’과 ‘시공’은 명확히 구별되는 개념이다. ‘사업시행’이란 사업의 기획, 주택의 건설 및 분양, 자금의 조달 등 주택건설사업의 전 과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위를 의미하는 것으로[32], 시공자 선정 및 협약 체결 등의 행위를 포함하는 주택건설사업과 관련된 일체의 업무를 포함하며, 나아가 사업주체가 등장하기 이전 단계에서의 토지소유권 확보 및 지역조합 설립 준비행위와 같은 행위도 넓은 의미에서는 사업시행에 포함될 수 있을 것이다. 그리고, ‘시공’이란 건축법의 정의규정을 참고하면, 건설산업기본법에 규정된 건설업면허를 가지고 있는 자들이 물리적인 시설공사를 하는 행위라고 정의할 수 있으며, 이는 주택법상의 시공에도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.[33]

앞서 살펴본 바와 같이, 건축법상 사업시행자인 ‘건축주’와 실제로 공사를 진행하는 ‘시공자’가 명확하게 구분되어 있는 것과 달리, 주택법은 시행과 시공행위를 명확하게 구별하고 있지 않다. 제2조의 정의규정에서 사업시행자에 해당하는 ‘사업주체(제10호)’에 대한 정의를 하고 있기는 하나, 건설공사를 진행하는 주체인 ‘시공자’ 및 유사 개념에 관한 정의규정은 두고 있지 않다. 제4절 ‘주택의 건설’ 중 ‘제33조(주택의 설계 및 시공)’ 제2항에서 “제1항에 따른 주택을 시공하는 자(이하 “시공자”라 한다)와 사업주체는 설계도서에 맞게 시공하여야 한다”고 규정하여, 해당 조항을 통하여 주택을 시공하는 자와 사업주체가 개념상 분리된다는 것을 알 수 있을 뿐이다.

이와 같이, 주택법에서 사업시행과 시공을 명확하게 구별하려는 시도를 목도하기 어려운 것은, 주택법상 원칙적인 사업시행자인 ‘등록사업자’가 단독으로 사업을 시행하는 경우 사업주체와 시공자의 지위를 겸하게 되고, 시행과 시공이 등록사업자라는 단일한 주체에 의하여 이루어지기 때문에 둘을 구별할 실익이 크지 않아서인 것으로 판단된다.

그러나, 예외적으로 지역조합이 등록사업자와 공동사업주체가 되어 사업을 진행하는 경우에는, ❶ 등록사업자가 지역조합과 함께 시행업무를 진행하면서, 동시에 ❷ 시공자로서 지

32) 김종보, 위의 글(2007), 179면.
33) 김종보, 위의 글(2007), 180면.

역조합과 사이에 공사도급계약을 체결하게 되어, 등록사업자가 시행자와 시공자로서의 이중적 지위를 겸하게 되는 경우가 발생하게 된다.[34] 이에, 지역조합과 등록사업자 사이에 주택건설사업의 책임영역에 관하여 분쟁이 발생한 경우, 해당 영역이 '시행'의 영역인지 혹은 '시공'의 영역인지를 구별하여야 할 필요가 있을 것이다.

대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다19410 판결

이 사건 보증서 발급 당시에 시행되던 구 주택건설촉진법(1999. 2. 8. 법률 제5908호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 및 그 시행령(1999. 4. 30. 대통령령 제16283호로 개정되기 전의 시행령, 이하 '시행령'이라고 한다)은 주택사업공제조합이 행하는 보증사업의 범위를 제한적으로 열거하면서 그 각 보증의 정의를 구체적으로 규정하고 있으므로(법 제47조의7 제1항 제1호 및 시행령 제43조의5 제1항), 주택사업공제조합은 법에 열거되어 있는 보증 이외의 보증은 행할 수 없다고 할 것인데(대법원 1993. 7. 27. 선고 92누15673 판결 참조), 법 시행령은 주택사업공제조합이 행하는 보증 중 주택조합 등과 공동으로 주택을 건설하고자 하는 주택건설사업자가 그 공동사업과 관련하여 주택조합 등에 제출하는 보증으로는, 주택의 사용검사가 완료된 후에 발생하는 하자의 보수에 대하여 책임을 지는 하자보수보증과 주택의 시공이행을 담보하기 위한 시공보증만을 규정하고 있을 뿐(시행령 제34조의4 제3호, 제43조의5 제1항 제1호, 제5호), 주택건설사업자가 공동사업약정에 기하여 주택조합 등에 대하여 부담하는 일체의 채무를 담보하기 위한 공동사업약정 자체에 관한 이행보증은 이를 보증의 종류로 규정하고 있지 아니하므로, **주택사업공제조합이 원고 조합과 공동으로 주택을 건설하고자 하는 소외 화인건설 주식회사(이하 '소외 회사'라고 한다)의 위탁에 의하여 원고 조합에게 발급한 이 사건 보증서에 의한 보증은 소외 회사가 이 사건 공동사업약정에 기하여 원고 조합에 대하여 부담하는 일체의 채무를 담보하기 위한 것으로 보기는 어렵고, 이는 기껏해야 소외 회사의 원고 조합에 대한 주택의 시공이행만을 담보하기 위한 것에 불과하다고 보아야 할 것이다**.

구 주택건설촉진법이 시행될 당시의 대법원 판결례 중에서는, 해당 사건에서 문제가 된 주택사업공제조합의 보증에 관하여, 주택조합과 등록사업자가 체결한 공동사업약정 중 등록사업자의 조합에 대한 주택의 시공이행만을 담보하기 위한 것이라고 하여, 지역조합과 등록사업자가 체결한 협약 중 '시공' 부분을 별도의 부분으로 인정하는 듯이 판시한 것이 있다.

다만, 해당 판결은 기본적으로 '관계 법령이 공동사업약정 자체에 관한 이행보증'을 규정하고 있지 않고, 하자보수 및 시공보증만을 열거적으로 규정하고 있다는 점에 착안하여 이와 같은 판시를 한 것이므로, 해당 판결을 들어 주택법상 '시행'과 '시공' 개념이 대법원에 의하여 명확하게 구별되었다고 단언할 수는 없을 것이다.

그렇지만, 이와 같이 공동사업주체 사이에 책임의 소재가 문제되는 일이 발생할 수 있고, 주택조합을 통하여 주택건설사업을 진행하는 추세가 갈수록 증가하고 있는 점을 고려할 때, 사업주체 간의 원활한 책임 분배 및 분쟁 해결을 도모하기 위해서라도 양 개념은 명확히 구별되어야 할 것이고, 이는 궁극적으로는 입법적 해결을 통하여 그 해결책이 모색되어야 할 것으로 판단된다.

34) 김종보, 위의 글(2007), 180면.

[보론: 변형된 지역조합사업]

지역조합과 등록사업자가 공동사업주체의 지위에서 주택건설사업을 진행하는 경우, 주택법은 지역조합이 사전에 구성원들을 모아 대상 토지의 소유권을 적법하게 확보하고, 이를 토대로 등록사업자를 물색하여 사업 시행에 관한 협약을 체결한 후 공동으로 사업을 추진할 것을 예정하고 있다. 즉, 원칙적으로는 지역조합이 설립되어 조합설립인가를 득한 후 적법하게 개최된 조합 총회에서 공동사업주체인 등록사업자가 선정되어야 한다. 그러나, 주택법은 법령의 미비 등을 이유로 지역조합이 공동사업주체인 등록사업자(시공자)를 선정하는 시기 및 방법에 대한 규정을 거의 두고 있지 않으므로, 이에 따라 실제로는 등록사업자가 당초부터 사업을 기획하여 토지소유자들을 유치하고, 토지를 매입하여 조합을 설립하는 등, 지역조합의 설립 단계부터 주도적으로 참여하여 진행하는 경우가 상당하다.[35] 즉, 조합원이 주택사업건설의 진행을 위하여 자발적으로 조합을 만드는 것이 아니라, 등록사업자의 자본이 먼저 투입되어 그들이 계획한 대로 조합원을 모집하거나, 건설사 또는 시행사들이 먼저 땅을 마련해 놓고 조합원을 모집하여 그들에게 땅의 지분을 넘겨주는 '변형적'인 형태로 사업이 변질되는 것이다.

이 경우, 법적으로 지역조합과 등록사업자는 공동사업주체의 지위에 있지만, 사실상 지역조합이 등록사업자에 종속되고 등록사업자가 독단적으로 사업을 진행하는 형국이 되므로, 조합원들은 자신들이 분양받게 될 주택을 건설하는 사업임에도 불구하고 주도적으로 발언권을 행사하거나 의사 결정권을 행사하기 어렵게 된다.

Ⅴ. 상가조합과 지역조합의 비교 종합

이상 살펴본 바와 같이, 건축법에 따라 '상가조합'이 건축주가 되어 진행하는 상가건설사업 그리고 주택법에 따라 '지역조합'이 사업주체가 되어 진행하는 주택건설사업을 비교한 결과를 정리하여 보면 아래와 같다.

	건축법 및 동법에 의하는 상가조합	주택법 및 동법상 지역조합
사업시행자 개념	• 건축주 (건축법 제2조 제1항 제12호)	• 사업주체 (주택법 제2조 제10호)
사업시행자	• 상가조합(단독 건축주의 지위) • 생활대책용지 공급대상자들로 구성	• 원칙: 등록사업자 등의 단독시행 • 예외: 등록사업자와 주택조합의 공동시행(공동사업주체의 지위)

35) 김종보, 위의 글(2007), 179면 및 188면 참조.

조합의 구성 및 법적 성격	• 생활대책용지 공급 공고에 따라 공급대상자들이 자율적으로 조합을 결성하여 등록절차를 진행 • 조합원들이 직접 권리를 모아 건축주가 되어 상가개발사업을 진행(시행조합) • 민법상 비법인사단(판례)	• 지역조합은 동일한 시·군에 거주하고 있는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립하는 조합으로, 조합설립인가를 득하여야 사업주체가 됨 • 민법상 비법인사단(판례) • 그러나 사실상 조합 및 사단으로서의 이중적 지위를 가짐
개발사업의 진행 과정	• 크게 생활대책용지 분양절차 및 상가건설사업 진행절차로 구별 가능 • 생활대책용지 분양절차: 상가조합 구성 및 등록, 조합 명의로 매입신청 및 추첨, 용지에 관하여 매매계약 체결 및 대금 납입 절차 진행 • 상가건설사업 진행절차: 설계, 건축허가 신청, 시공자 선정, 착공 및 공사진행, 사용승인 및 분양/임대 절차	• 주택조합설립인가를 통하여 주택조합이 설립되고, 등록사업자와 사이에 공동사업의 시행을 위한 협약을 체결 • 사업계획을 작성하여 시장, 군수의 사업시행계획승인을 득함 • 주택건설공사에 관하여 도급계약 체결 • 공사 진행하여 준공한 후 조합원 등에게 분양하는 절차 진행
조합의 역할 및 시행과 시공의 분리 여부	• 사업 진행 과정에 있어 상가조합은 독자적인 사업시행자인 '건축주'의 지위에서 사업 진행을 총괄하고 그로부터 파생되는 권리, 의무의 주체가 됨 • 건축법은 법규정상으로 '시행'과 '시공'의 개념 및 주체를 분명하게 구분하고, 각 영역에서의 권리, 의무를 명확하게 규정하고 있음.	• 건축법과 달리 주택법은 시행과 시공 행위를 명확하게 구별하고 있지 않음 • 주택법령이 시행된 연혁상 원칙적으로 등록사업자가 단독으로 사업을 시행하는 경우 사업주체와 시공자의 지위를 겸하게 되므로 양자를 구별할 실익이 크지 않아서인 듯함 • 공동사업주체 사이에 책임의 소재가 문제되는 경우가 있을 수 있으므로 궁극적으로는 입법을 통하여 각 개념과 주체의 명확한 구별이 필요함
변형된 조합사업	• 원칙적으로 상가조합이 독자적인 사업시행자의 지위에 있음에도 불구하고 시행(대행)사들이 사업 진행을 독단적으로 이끌어나가는 경우가 발생하고 있음.	• 원칙적으로는 지역조합의 설립 및 인가 이후 등록사업자를 공동사업주체로 선정하여야 하나, 실제로는 등록사업자가 조합의 설립 단계부터 주도적으로 사업을 진행하여, 조합원들이 의사 결정권을 행사하기 어려운 경우가 발생하고 있음.

Ⅵ. 결론

개발사업을 진행하는 사업시행자는 건축법상 '건축주'와 주택법상 '사업주체'로 정의될 수 있고, 이에 착안하여 본 글에서는 (ㄱ) 건축법에 따른 생활대책용지 공급대상자들로 구성된 상가조합과 그를 중심으로 하여 진행되는 상가개발사업, 그리고 (ㄴ) 주택법상 지역

조합을 중심으로 진행되는 주택공급사업을 비교하여 보았다.

상가조합과 지역조합은 모두 개발사업의 사업시행자 지위에 있다고 볼 수 있으나, 건축법과 주택법의 각기 다른 규율 체계로 인하여 사업 진행 과정에서의 세부적인 측면에서 차이점이 드러나며, 이에 따라 사업의 진행 양상 또한 다르게 나타남을 발견할 수 있다. 그리고, 양 사업 모두에 있어서 관계 법규정이 예정한 바와 달리, 사업을 주도하려는 시행사와 시공사의 의도 하에 변형된 형태로 사업이 진행되는 경우가 증가하고 있다는 점도 살펴보았다.

개발사업은 시대와 상황의 변화에 가장 민감하게 반응하는 사업들 중 하나일 것이다. 이에, 현실에서 기존의 관행이나 법령에 의하여 규율되지 못하는 부분이 생기거나 법령의 미비가 발견될 경우, 이를 궁극적으로는 입법적 혹은 정책적으로 해결하여, 변화하는 현실 속에서 개발사업을 규율하는 각 법규의 도입 목적을 여실히 구현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018.

[논문]

김대호, ‘도시개발사업에서 정당한 보상을 위한 생활보상제도 개선방안 연구’, 한국지역개발학회 학술대회, 한국지역개발학회, 2010.

김승종, ‘생활보상의 법적 성격에 관한 연구’, 『서울법학(제23권 제1호), 서울시립대학교 법학연구소, 2015.

김종보, ‘지역조합 사업주체의 권한과 책임’, 지방자치법연구(제7권 제2호), 한국지방자치법학회, 2007.

박용한, ‘이주자 생활대책 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구 - SH공사 문정지구를 중심으로’, 한국전자통신학회논문지(제7권 제6호), 한국전자통신학회, 2012.

박현정, ‘공익사업시행자가 실시하는 생활대책의 법적 성격과 사법심사’, 법학논총(제36권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2019.

[칼럼]

김종보, ‘건축주와 사업시행자’, 도시개발신문 게재 칼럼

김종보, ‘수상한 지역조합’, 도시개발신문 게재 칼럼

김종보, ‘지역조합제도의 폐해’, 도시개발신문 게재 칼럼

[신문기사]

‘판교 상가조합 조합원 유치전 치열’, 성남일보, 2007. 8. 23.

‘[부동산가이드] 상가딱지가 뭐지?’, 프라임경제, 2008. 3. 25.

‘[강산의 돈되는 땅투자] 부동산 공동구매 끝판왕 생활대책용지 주목하라’, 이코노믹리뷰, 2016. 5. 16.

『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 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
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』 원고작성요령’에 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 명의의 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·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공

개의 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 날부

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

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 협의자의 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.

건설법연구

제6호

서울대학교 건설법센터
CENTER FOR CONSTRUCTION &
URBAN DEVELOPMENT LAW
SEOUL NATIONAL UNIVERSITY
건 설 법 연 구 회