

일반논문

- 임민희 | 재건축재개발사업과 시공자 선정제한
- 최민현 | 공공지원민간임대주택 개발사업과 대토보상
- 강병현 | 재개발 사업의 소유권취득방식과 사용수익정지제도
- 이은노 | 토지보상법상 공익성 협의제도에 관한 소고
- 장재윤 | 건축물관리법과 해체공사에 대한 규율의 발전

발행일자 |
2022년 9월 25일



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

건 설 법 연 구 회

건설법연구

제8호 2022. 9. 25.

일반논문

임민희 | 재건축재개발사업과 시공자 선정제한

최민현 | 공공지원민간임대주택 개발사업과 대토보상

강병헌 | 재개발 사업의 소유권취득방식과 사용수익정지제도

이은노 | 토지보상법상 공익성 협의제도에 관한 소고

장재윤 | 건축물관리법과 해체공사에 대한 규율의 발전

건설법연구회 운영규정

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제8호 2022년 9월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 8, September 2022

재건축·재개발사업과 시공사 선정제한

임민희*

국문초록

개발사업의 건설현장에서 건설업자는 비단 시공 뿐만 아니라 시행, 도급, 금융보증, 주택 분양 등 거의 전 영역에 걸쳐 주도적인 역할을 행사하고 있다. 건설업자는 자신들이 보유하고 있는 자금력, 그리고 면허를 통한 전문성을 통하여 사실상 개발사업의 전 과정에서 주도권을 행사하여 왔고, 그 과정에서 사업의 수주에 대한 건설업자들 사이의 경쟁은 점점 과열되어 왔다. 종래의 개발사업법령은 시행자와 시공자를 구별하여 각각의 권한과 책임을 규정하려는 시도를 하지 않았으나, 2003년 제정된 도시 및 주거환경정비법은 최초로 ‘시공사’를 규정하면서 시공자를 건설업자 중에서 선정하도록 하였고, 이후 수 차례의 개정을 거치면서 시행과 시공을 구별하고 각 주체별 역할과 책임을 분명히 하려는 시도를 계속하여 왔다. 그러한 개정 과정에서 정비사업에서 기존에 만연하던 부패와 비리를 척결하고 사업의 투명화 및 정상화를 달성하려는 노력의 일환으로 ‘공공지원제도’가 도입되기도 하였으나, 서울시 등 일부 지방자치단체에서는 조례 및 고시를 통하여 공동사업시행자 및 시공사 선정 시기를 달리 정하였고, 이로 인하여 시행자와 시공자를 명확히 정의하고 양자를 구별하려던 당초 법률의 취지가 흐려지기도 하였다.

본 글에서는 도시 및 주거환경정비법이 제정된 이래로 개정을 거듭하여 오면서, 시공과 시행 양 개념과 관련하여 건설업자의 지위 및 역할이 어떻게 변화하여 왔는지를 살펴본 후, 도시정비법의 개정 과정에서 공공지원제도가 도입된 취지 및 그 운영 현황을 살펴보고, 특히 서울특별시의 공공지원제도를 중심으로 하여 시공사 선정제한 규정의 문제점 및 이로 인한 부작용을 살펴본다.

현행 공공지원제도가 원 기능을 충분히 달성하면서도 정비사업이 사업 초기부터 자금력 및 전문성을 확보하여 원활하게 진행될 수 있도록 하기 위하여는 관계 법규 및 제도를 계속

* 변호사, 김·장 법률사무소

하여 보완하여야 할 것이고, 그래야 ‘도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높’ 인다는 도시정비법의 목적을 실현할 수 있을 것으로 판단된다.

주제어 : 시공과 시행, 도시 및 주거환경정비법, 공공지원제도

목 차

- I. 서론
- II. 도시정비법상 시공사 선정 제한제도
- III. 공공지원제도와 시공사 선정시기 제한
- V. 결론

I. 서론

개발사업의 건설현장에서 건설업자는 시공과 시행, 도급, 하도급, 금융보증, 주택분양 등 거의 전 영역에 걸쳐 다양하고 복잡한 법률관계를 맺고 있다.¹⁾ 종래 건설업자는 자신들이 보유한 자금력과 면허를 통한 전문성을 통하여 사실상 개발사업의 주도권을 행사하여 왔고, 그 과정에서 개발사업 수주에 대한 건설업자들 사이의 경쟁은 점점 과열화되었다. 이와 같은 수주 경쟁에서 승리하고 건설공사의 발주를 득하기 위하여 건설업자들은 개발사업의 초반부터 조합 등 사업시행자를 보조하거나 실질적으로 사업을 ‘시행’ 하는 역할을 담당하게 되었고, 그 과정에서 각종 부패와 비리가 만연하게 되었다.

종래의 개발사업법령은 시행자와 시공자를 구별하여 각각의 권한과 책임을 규정하려는 시도를 하지 않았고, ‘시공사’에 대한 명확한 정의를 한 법규정도 존재하지 아니하였다. 그러던 중 2003년 제정된 도시 및 주거환경정비법(이하 “**도시정비법**”)은 최초로 ‘시공사’를 규정하면서 시공자를 건설업자 중에서 선정하도록 하였고, 그 선정 시기에 제한을 두어 시행과 시공을 구별하고 각 주체별 역할과 책임을 분명히 하려는 시도를 하였으며, 이러한 노력은 현행 도시정비법에 이르기까지 수 차례의 개정을 거치면서 이어져 왔다.

1) 김종보, “시행과 시공의 구별 - 종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성”, 『행정법연구』 제26호(2010), 60면.

한편, 도시정비법은 그러한 개정 과정에서 정비사업에서 기존에 만연하던 부패와 비리를 척결하고 사업의 투명화 및 정상화를 달성하려는 노력의 일환으로 ‘공공지원제도’를 도입하였으나, 서울시 등 일부 지방자치단체에서는 조례 및 고시를 통하여 공동사업시행자 및 시공자 선정 시기를 달리 정하였다. 이로 인하여 시행자와 시공자를 명확히 정의하고 양자를 구별하려던 도시정비법의 개정 취지가 흐려지기도 하였다.

본 글에서는 2003년 도시정비법이 제정된 이래로 개정을 거듭하여 오면서, ‘시공자’와 ‘시행자’ 양자의 개념과 관련하여 건설업자의 지위 및 역할이 어떻게 변화하여 왔는지를 살펴본 후, 도시정비법의 개정 과정에서 공공지원제도가 도입된 취지 및 그 운영 현황을 살펴보고, 특히 서울특별시의 공공지원제도를 중심으로 하여 시공자 선정제한 규정의 문제점 및 이로 인한 부작용을 살펴본다.

II. 도시정비법상 시공자 선정 제한제도

1. 시행과 시공의 구별

[시행과 시공의 의의]

개발사업은 사업을 주도적으로 이끌어가는 행위와 물리적 시설물을 만들어내기 위한 행위를 주된 구성요소로 하는데, 여기서 사업의 시행이란 개발사업을 주도하는 행위를 말하고, 시공은 건설사가 물리적 시설물을 만들어내는 행위를 뜻한다.²⁾ 그러나 현행 개발사업법제에서 시행과 시공은 엄격히 분리되어 규율되고 있지 않다. 사업시행의 개념을 명확하게 정의하고 있는 조항은 별도로 없고 그 한계도 존재하지 않으며, 개별법마다 편의에 따라 사업시행이라는 용어만을 사용하므로 개발사업법 전체에서 통용될 수 있는 선명한 개념을 찾아내기 쉽지 않다.³⁾ 시공이라는 개념도 명확하다는 믿음 하에 다양한 조문에서 사용되지만 그 맥락에 따라 변화가 많으며, 이러한 문제는 재건축재개발을 규율하는 도시정비법의 영역에서도 역시 마찬가지이다.⁴⁾

[시행의 개념]

사업시행이라는 개념은 건축법상 건축주의 권한과 책임 또는 개발사업법의 관련규정을 종합하여 추론할 수 있다. 건축법상의 건축주는 자신의 토지상에 일정한 구조물인 건축물을

2) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 426면.

3) 김종보, 앞의 글(2010), 65면.

4) 김종보, 앞의 책, 426-427면.

것은 건축행위를 함에 있어, 재원을 마련하거나 도급계약을 체결하고 공사를 감독하는 등의 행위 전반을 하게 된다.⁵⁾ 개발사업법령에서 건축주와 유사한 역할을 하는 것이 사업시행자라고 할 수 있는데, 이와 같은 맥락에서 사업시행이란 ‘사업의 기획, 토지소유권 확보 등 개발사업의 진행 뿐만 아니라 자금의 조달, 주택의 분양 등 개발사업의 전과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하는 일체의 행위’를 말하며, 사업시행자가 확정된 이후의 행위는 물론이고 사업시행자가 등장하기 이전의 행위도 넓은 의미에서는 포괄하여 사업시행이라 할 수 있을 것이다.⁶⁾ 도시정비법에서 말하는 사업시행자는 통상 형식적인 개념으로 법률에 의해 개발사업의 주체로서 지위가 부여된 자(정비조합 등)를 의미하며, 이에 조합설립인가나 시행자지정을 받기 이전 단계의 토지등소유자들의 단체는 정식의 사업시행자라 할 수 없다.⁷⁾

[시공의 개념]

시공이란 개발사업을 진행함에 있어 물리적 시설물을 설치하기 위한 각종의 공사를 행하는 것을 의미한다. 개발사업법의 일반법적 기능을 하는 건축법은 시공자를 건설산업기본법에 의한 ‘건설공사를 하는 자’로 정의하고 있는데(건축법 제2조 제16호), 이에 따르면 시공이란 건설업등록을 보유하고 있는 자들의 물리적 시설공사를 의미하는 것이 되고, 개발사업의 시공자는 이론상 ‘사업시행자와 도급계약을 체결하고 수급인으로서 주택이나 부대시설 등을 건설하는 행위’를 담당하는 자를 의미하는 것이 된다.⁸⁾

그런데, 개발사업법은 건설업자나 시공을 담당할 자를 정의함에 있어 ‘시공행위’라는 실질적인 측면을 고려하지 않고, 건설산업기본법에 따른 건설업자 또는 주택법상 등록사업자로 정의하는 등 ‘등록법상의 등록을 한 자’라는 형식적 기준에 의존하고 있다.⁹⁾ 이에, (등록법상의 등록을 한) 건설업자가 사업시행자로서의 기능까지 담당하는 이중적인 지위에 있는 경우에는 건설업자의 개별 행위를 시공으로 볼 것인지 혹은 시공으로 볼 것인지의 문제가 발생하게 된다.

5) 다만, 건축법상 건축주는 통상 1인이고 경우에 따라 수인이 된다고 해도 건축법에서 이를 다르게 취급하지 않으나, 도시정비법상 정비조합은 구성원들과 독립한 실체를 인정받아 단일한 행위주체로 활동하며, 권한배분의 문제에 대해서도 관리처분계획과 같은 공식적 처분절차가 마련되어 있다(김중보, 앞의 책, 431면).

6) 김중보, 앞의 글(2010), 65~66면.

7) 김중보, 앞의 책, 428~430면. 실무에서는 토지소유권을 확보하는 행위나 정비조합의 전신인 추진위원회 등을 조직하는 등의 행위도 사업시행으로 해석하기도 한다.

8) 김중보, 앞의 책, 428면.

9) 김중보, 앞의 글(2010), 66~67면 참조.

2. 정비사업에서의 시행, 시공 개념의 혼재

[건설업자의 이중적 지위- 시행자와 시공자]

현재는 건설업자가 일반적으로 시공기능을 담당하는 것으로 알려져 있지만, 이들이 당초부터 단순히 시공만을 담당해 왔던 것은 아니며, 이들은 오랜 기간에 걸쳐 시행자로서의 기능을 광범위하게 수행하여 왔다. 그럼에도, 종래의 개발사업법제에서는 사업시행자와 시공자를 구별하여 권한과 책임을 엄격하게 분리하는 시도가 없었다. 일례로, 주택법상 원칙적인 사업시행자인 ‘등록사업자’가 단독으로 사업을 시행하는 경우 사업주체와 시공자의 지위를 겸하게 되고, 시행과 시공이 등록사업자라는 단일한 주체에 의하여 이루어진다. 아울러, 도시정비법이 제정되기 이전 구법에 의하여 진행되었던 재건축 및 재개발사업은 형식적으로는 토지등소유자로 구성된 조합이 사업시행을 담당하였지만, 실제로는 건설업자들이 공동사업주체 혹은 공동시행자로서 사업을 기획하고 조합의 실질적인 업무를 기획, 담당하여 왔던 것이다.

[건설업자의 시공권 확보 경쟁 및 공동시행]

이와 같이 건설업자들이 종래에 시공의 기능을 넘어 사업시행의 영역에 해당하는 기능까지 담당하여 왔던 것은, 도급공사의 수주경쟁이 치열하였기 때문이다. 정비사업의 경우, 전문성과 자금력이 부족한 토지등소유자로 구성된 조합이 해당 사업의 기획과 자금의 조달 등 개발사업의 전 과정을 자신의 책임 하에 주도적으로 진행하기는 어려웠으므로, 건설업자들은 당초부터 자금 조달을 약속하고 사업을 기획하는 등 조합의 사업 진행을 조력하는 역할을 수행하면서 개발사업의 초기에 시공권을 확보하는 일이 빈번하였다. 실제로 사업시행자가 시공자와 사이에 도급계약을 체결한 후 사업을 진행하게 되면, 시행과 시공은 거의 구별이 불가능한 상태가 된다. 이에 개발사업법에서는 재개발조합, 재건축조합, 지역조합 등과 같이 전문성과 재정력이 부족한 사업시행자의 능력을 보완하여 주기 위하여 공동시행자제도를 발전시켰지만, 그러한 공동시행자의 지위나 다른 시행자와의 관계는 여전히 명확하게 구분되어 있지 않고, 법에 대한 해석도 다양하다.¹⁰⁾

[시행과 시공의 구별실익]

살펴본 바와 같이 건설산업기본법에 의하여 건설업 등록을 한 건설업자들은 개발사업에서 시공자, 공동시행자, 단순수급인 등의 이중적인 지위를 넘나들고 있는데, 이는 개발사업의 진행에 있어 여러 문제를 야기할 수 있다. 무엇보다, 시행 및 시공 영역에서의 책임의 문제가 대두할 때 그러한 책임의 소재와 범위에 있어 문제를 야기할 수 있다. 즉, 건설업자는

10) 김종보, 앞의 책, 438~439면.

‘사업시행자로서 대부분의 실질적인 권한을 행사’ 하다가도, 막상 시행에 대한 책임이 문제가 될 경우에는 ‘단순 시공자’ 혹은 ‘단순 수급인’에 불과한 것처럼 행위할 수 있게 되어, 종국적으로는 건설업자로 하여금 ‘(시행자로서의) 권리만 행사하고 의무는 부담하지 않을 수 있는’ 선택지를 부여하는 형국이 될 수도 있다. 특히 개발사업을 진행함에 있어 건설업자의 지위는 실질과 형식이 불일치하는 경우가 많기 때문에, 건설업자가 마음을 먹고 약의적으로 지위를 선택적으로 남용하게 되면 시행에 대한 책임을 귀속시키기 어렵게 되는 것이다. 특히나, 후술하는 바와 같이 도시정비법이 시공자 선정시기에 제한을 두고 위반자에 대한 형사처벌 규정을 입법화하기는 하였으나, 공동시행의 경우에는 선정시기의 제한도 없고 형사처벌도 하지 않고 있는바, 건설업자가 이를 이용하여 법의 제재를 우회할 가능성도 있는 것이다.

무엇보다, 분쟁이 발생하였을 경우 소송에서 건설업자의 책임을 평가함에 있어서는 건설업자가 체결한 계약 등 처분문서, 즉 형식적인 요소들에 기초하여 판단을 하게 된다. 재건축, 재개발정비사업에서 건설업자는 사업시행자인 조합과 도급계약을 체결하는데, 도급계약상 건설업자는 외관상으로는 단순한 수급인에 불과하나, 통상적으로 도급계약에는 공동시행의 비용도 포함되고, 실제 사업 과정에서도 건설업자가 중요한 의사결정권을 행사하는 경우가 많다.¹¹⁾ 또한, 사업시행자들이 공동으로 사업을 시행하는 경우 상호 공동사업협약을 체결하게 되는데, 통상 해당 협약은 사업의 시행과 관련된 시행계약, 그리고 통상적인 도급계약에 해당하는 시공계약의 내용이 모두 포함되는 경우가 많다.¹²⁾ 이러한 경우에 있어서도 양자가 명확히 구별되지 않으면 추후 법적 책임이나 손해배상의 범위를 판단함에 있어 난항을 겪게 될 것이다.

즉, 이론적으로도 시행과 시공은 명확히 구별되는 것이 좋고, 종래에는 각각을 담당하는 주체와 그 책임도 구별되어 규율되어야 할 것이다.

3. 시공자 선정제한에 대한 도시정비법의 개정 연혁

(1) 시공자 선정제한 제도의 도입 배경 및 개괄

앞서 살펴본 바와 같이, 현행 개발사업법제 하에서는 ‘사업시행’에 대한 개념이 구체적으로 확립되어 있지 않은 것은 물론, ‘시공’에 대한 명확한 정의 또한 규정된 바가 없다.

11) 김종보, 앞의 책, 444면.

12) 김종보, “정비사업의 시공자 선정과 형사처벌”, 『서울대학교 법학』 (2007), 210면.

전통적으로 개발사업법에서는 사업시행과 관련된 참가자들의 역할과 책임에 대해 무관심했으며, 도시정비법이 제정되기 이전에는 ‘시공자’라는 용어가 법에서 명시적으로 사용된 적도 없다.¹³⁾ 제정 도시정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852호)은 그 제정 이유를 다음과 같이 제시하였다. “1970년대 이후 산업화·도시화 과정에서 대량 공급된 주택들이 노후화됨에 따라 이들을 체계적이고 효율적으로 정비할 필요성이 커지고 있으나, 현행 재개발사업·재건축사업 및 주거환경개선사업이 각각 개별법으로 규정되어 이에 관한 제도적 뒷받침이 미흡하므로, 이를 보완하여 일관성있고 체계적인 단일·통합법을 제정하려는 것”¹⁴⁾이라는 것이다. 실제로 도시정비는 제2조에서 “시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지함을 목적”으로 한다고 명시적으로 규정하고 있다.

이와 같은 제정 도시정비법은, 재건축의 과열을 초래한 주범을 민간건설업자로 보고 이들을 정비사업의 단순한 ‘시공자’로 명확하게 규정하면서, 그 선정시기를 사업시행계획의 인가 이후로 제한하게 된다.¹⁵⁾ 이후 도시정비법의 시공자 선정시기 제한 규정은 몇 차례의 개정을 거치면서 조금씩 변모하였는데, 그 과정에서 건설업자의 모호한 역할 및 이중적 지위에 대한 고민을 입법적 차원에서 해결하려는 지속적인 노력을 목도할 수 있다.

(2) 제정 도시정비법 (2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 것, 2003. 7. 1. 시행)

제8조 (주택재개발사업 등의 시행자) ① 주택재개발사업 또는 주택재건축사업은 제13조의 규정에 의한 조합(이하 “조합”이라 한다)이 이를 시행하거나, 조합이 조합원의 2분의 1 이상의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사등과 공동으로 이를 시행할 수 있다.

② 도시환경정비사업은 조합 또는 토지등소유자가 시행하거나, 조합 또는 토지등소유자가 조합원 또는 토지등소유자의 2분의 1 이상의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사등 또는 한국토지공사법에 의한 한국토지공사(공장이 포함된 구역에서의 도시환경정비사업의 경우를 제외한다)와 공동으로 이를 시행할 수 있다.

③ 시장·군수는 정비사업이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 직접 정비사업(주거환경개선사업을 제외한다. 이하 이 조 및 제9조에서 같다)을 시행하거나, 시장·군수가 토지등소유자로서 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자(제1호 및

13) 김종보, 앞의 글(2007), 211면.

14) 제정 도시정비법 제정이유

15) 참여정부 당시 재건축은 사회악이었고, 그 악의 축은 건설사였다. 당시에는 오로지 강남의 재건축 때문에 부동산 투기가 일어나는 것으로 보였고, 재건축이 과열되는 원인은 건설사들 간의 과당경쟁인 것으로 생각되었다(김종보, ‘시공자 선정제도를 논박함’, 도시개발신문 게재 칼럼, 2008. 4. 22.).

제2호의 경우에 한하며, 이하 “지정개발자”라 한다)또는 주택공사등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다.

제11조 (시공자의 선정) ① **조합 또는 토지등소유자는 사업시행인가**를 받은 후 건설산업기본법 제9조의 규정에 의한 건설업자 또는 주택건설촉진법 제6조의3제1항의 규정에 의하여 건설업자로 보는 등록업자를 **시공자**로 선정하여야 한다.

② 조합 또는 토지등소유자는 제1항의 규정에 의한 시공자를 조합의 정관등이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 선정하여야 한다.

부칙 제7조 (사업시행방식에 관한 경과조치) ① 종전법률에 의하여 사업계획의 승인이나 사업시행인가를 받아 시행중인 것은 종전의 규정에 의한다.

② 조합 설립의 인가를 받은 조합으로서 토지등소유자 2분의 1 이상의 동의를 얻어 시공자를 선정하여 이미 시공계약을 체결한 정비사업 또는 2002년8월9일 이전에 토지등소유자 2분의 1 이상의 동의를 얻어 시공자를 선정한 주택재건축사업으로서 이 법 시행일 이후 2월 이내에 건설교통부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 시장·군수에게 신고한 경우에는 당해 시공자를 본칙 제11조의 규정에 의하여 선정된 시공자로 본다.

[의의: 시공자 개념의 첫 등장 및 사업시행자와의 구별]

제정 도시정비법은 ‘시행자’ 및 ‘시공자’라는 용어를 법규정에 포함하였다. ‘시행자’에 대하여는 제8조에서 조합 및 토지등소유자, 시장·군수, 한국토지공사 등 각 개발사업의 시행자가 될 수 있는 자를 한정적으로 열거하였다. 그리고, 비록 명시적인 정의규정을 둔 것은 아니지만, 제11조 제1항은 ‘건설산업기본법 제9조의 규정에 의한 건설업자 또는 주택건설촉진법 제6조의3 제1항의 규정에 의하여 건설업자로 보는 등록업자’를 ‘시공자’로 선정하도록 하여 그 자격요건을 제한하였다.

나아가, 동조는 이러한 ‘시공자’의 선정 시기를 ‘사업시행인가를 받은 후’로 제한하고(제1항), 시공자의 선정 방법을 경쟁입찰을 통하게 하였는데(제2항), 그 주체를 ‘조합 또는 토지등소유자’로 규정하여, 사업시행자인 ‘조합 또는 토지등소유자’와의 역할 분리를 분명히 하였다. 이는 다시 말하면, 개발사업에서의 ‘건설업자’를 ‘시공자’로 명명하고, 이들을 ‘사업시행자’와 명확하게 분리시킨 후, 그 선정에 있어서도 사업시행인가 이전에는 선정하지 못하도록 제도화한 것으로, 건설업자의 사업시행권을 박탈하기 위한 조항이기도 하면서 동시에 건설업자가 사업에 참여할 수 있는 시기도 제한하고 있는 것이다.¹⁶⁾

16) 김종보, 앞의 책, 522-523면.

제정 도시정비법의 해당 규정은 후술하는 바와 같이 일부 한계점이 존재하나, 그럼에도 시공자와 사업시행자를 법규정상으로 명확히 구별하고 이들을 다르게 취급하려는 첫 시도였다는 점에서 상당한 의의가 존재한다. 이에 따라 시공과 시행을 법적으로 구별하여 각각 다른 효과를 부여할 수 있는 출발점이 되었기 때문이다.

[한계: 적용 대상의 제한 및 부작용]

한편, 제정 도시정비법상 시공자 선정제한 제도의 가장 큰 특징은 재건축과 재개발을 별도로 구별하지 않았다는 점에 있다.¹⁷⁾ 법문상 주체는 ‘조합 또는 토지등소유자’로 되어 있을 뿐 특정 사업에 한정하여 적용한다는 기제가 없어서, 위 규정은 재건축, 재개발 및 도시환경정비사업을 불문하고 도시정비법의 적용 대상이 되는 사업에 모두 적용되었으며, 각 사업에서 모두 건설업자는 시공자일 뿐 사업시행자가 될 수 없게 되었다.

또한, 제11조의 시공자 선정시기 제한의 경우 그 적용 대상이 ‘조합 또는 토지등소유자’가 사업시행자가 되는 경우로 한정되어 있었으므로, ‘조합 또는 토지등소유자’가 개발사업을 시행하는 경우가 아닌 경우, 예를 들어 주거환경개선사업, 행정청이 직접 시행하는 정비사업 및 주택공사가 단독으로 시행하는 재건축, 재개발사업 등의 경우에는 시공자 선정시기 및 선정 방법에 대하여 위 규정의 제한을 받지 않았다.¹⁸⁾ 그리고, 해당 규정은 시공자로 선정되는 시기만을 제한하고 있을 뿐 이를 위반하였을 경우 어떠한 처벌규정을 두고 있지 않았으며, 나아가 시공자로 선정된 이후에 그 역할에 있어서 어떠한 제한을 받게 되는지에 대하여도 구체적으로 규정하고 있지 않았다.

무엇보다, 전술한 바와 같이 토지등소유자로 구성된 조합이 사업의 시행자가 되는 경우 사업을 독자적으로 추진하기에는 전문성이나 경제능력이 충분하지 않은 단점이 있었다. 종래에는 건설업자가 사업의 초기부터 개입하여 시행의 역할까지 수행하였지만, 제정 도시정비법 제11조로 선정 시기에 제한이 걸리게 되자, 이와 같은 조력자가 없어진 조합들은 제대로 사업을 진행할 수 없게 된 것이다. 이에, 도시정비법은 제정 후 시장의 우려대로 재건축과 재개발, 도시환경정비사업을 불가능에 가깝게 위축시켰다.¹⁹⁾

(3) 2005년 도시정비법 (2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정 및 시행된 것)

17) 김종보, 앞의 책, 523면.
 18) 김종보, 앞의 책, 524면.
 19) 김종보, 앞의 책, 524면.

[개정 배경: 재개발에 대한 규제 완화]

제정 도시정비법이 건설업자의 공동시행을 전면적으로 금지시키자, 건설업자가 사업의 진행 초기부터 사업에 참여하여 사업의 시행 및 자금 조달을 조력하던 기존의 관행이 더 이상 유지되기 어렵게 되었고, 조합이 시행하는 정비사업에 있어 건설업자의 공백을 채워 줄 대안이 없자 정비사업은 상당히 위축되었다. 재건축사업에 비하여 비교적 부진했던 재개발사업이 가장 크게 타격을 입었고, 이에 정부는 재개발에 대하여 건설업자의 공동시행을 가능하게 하고 시공자선정시기 제한을 완화하는 방향으로 도시정비법을 개정한다.

2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정 및 시행된 개정 도시정비법(이하 “2005년 도시정비법”)은 개정이유에서 “주택재개발사업의 활성화를 위하여 주택재개발사업의 시행방식을 개선하는 등 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완”하려는 목적을 명시한다. 내용상으로도, ‘주택재개발사업조합과 건설업자 등의 공동사업제도’를 도입하여, (i) 노후불량주거지를 개선하는 주택재개발사업의 경우 주택재개발사업조합이 단독으로 사업을 시행함에 따라 원활한 자금조달이 어렵고 사업을 신속하게 추진할 수 없는 문제점이 있어 이를 개선하고, (ii) 주택재개발사업조합이 건설산업기본법에 의한 건설업자, 주택법에 의한 등록사업자 또는 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자와 공동으로 사업을 시행할 수 있도록 하였다고 하면서, (iii) 민간건설업자가 주택재개발사업의 초기단계에서부터 참여하여 자금을 지원하고 주택재개발사업조합의 부족한 전문성을 보완할 수 있어 주택재개발사업이 활성화될 수 있을 것으로 기대한다고 명시하였다.²⁰⁾

제8조 (주택재개발사업 등의 시행자) ① **주택재개발사업**은 제13조의 규정에 의한 조합(이하 “조합”이라 한다)이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사 등, 「건설산업기본법」 제9조의 규정에 의한 **건설업자**(이하 “건설업자”라 한다), 「주택법」 제12조제1항의 규정에 의하여 건설업자로 보는 등록사업자(이하 “등록사업자”라 한다) 또는 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자와 **공동으로 이를 시행할 수 있다.**

② 주택재건축사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사 등과 공동으로 이를 시행할 수 있다.

제11조 (시공자의 선정) ① **주택재건축사업조합**은 **사업시행인가**를 받은 후 **건설업자 또는 등록사업자**를 **시공자**로 선정하여야 한다.

② 주택재건축사업조합은 제1항의 규정에 의한 시공자를 건설교통부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 선정하여야 한다.

제84조의2 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의

20) 2005년 도시정비법 개정이유

벌금에 처한다.

1. 제11조의 규정을 위반하여 시공자를 선정된 자 및 시공자로 선정된 자

[의의: 재개발의 활성화 추진, 형사처벌 규정의 도입]

2005년 도시정비법은 제8조에서 ‘주택재개발사업’에 한하여 조합이 민간건설업자와 공동으로 이를 시행할 수 있도록 하였다. 그리고, 제11조의 시공자 선정시기 제한규정 및 선정 방법에 대한 제한규정 또한 그 주체가 ‘조합 또는 토지등소유자’에서 ‘주택재건축사업조합’으로 변경되어, 재건축사업에 대하여만 적용되는 것이 되었다. 이에, 재개발사업의 경우 건설업자와 공동시행이 법적으로 가능해졌으며, 시공자 선정에 대한 시기 제한도 받지 않게 되었는바, 제정 도시정비법으로 침체되어 있던 재개발사업은 이로써 사업 진행 초기부터 건설업자의 조력을 받아 진행되는 종래의 관행을 유지하여 부흥될 수 있는 발판이 마련되었다.

나아가, 시공자 선정시기 제한을 위반한 시행자 및 시공자에 대하여 제84조의2 제1호에서 형사처벌 규정을 두게 되어, 시공자 선정시기 제한제도가 보다 실효성 있게 운영될 수 있게 되었다.

[한계: 시공과 시행의 혼동, 재건축과 재개발의 분리 및 부작용]

한편, 민간건설업자와 재개발사업을 공동시행할 수 있도록 규정한 위 제8조의 조문명은 ‘주택재개발사업 등의 시행자’ 인바, 이에 따르면 주택재개발사업의 시행자는 조합, 시장·군수, 주택공사 이외에도 민간건설업자까지 포함하게 된다. 이 법에 따르면 건설업자는 적어도 주택재개발사업에 있어서는 시공자 이외에 (공동)시행자로서의 지위까지 보유하는 것이 되는데, 이는 시공자와 공동시행자를 구별하지 않고 혼용하여 사용해 오던 오래된 관행을 그대로 반영하는 것이었다,²¹⁾ 이는 제정 도시정비법에서 시행자와 시공자를 개념적으로 구별하고, 건설업자의 역할을 시공자로 한정하여 시행과 시공을 구별하고 건설업자의 역할을 명확하게 한 것을 무용지물로 만들고, 그 구별에 다시 혼동을 초래한 것이다.

무엇보다, 시공자 선정시기 제한규정인 제11조의 적용 대상이 ‘재건축사업조합’에 한정되고, 제84조의2에서도 재건축의 경우에만 시공자 선정시기 제한 위반행위를 형사처벌 대상으로 규정함에 따라, 건설업자를 시공자로 선정하는 행위가 재건축과 재개발의 경우에 다르게 취급되게 되었다. 즉, 각 사업에서 법적으로 동등하게 평가되어야 하는 건설업자의 선정행위가, 법정 시기를 위반하였을 경우 이는 재건축사업에서는 처벌되지만, 재개발에서는 처

21) 김종보, 앞의 책, 526면.

별할 수 없는 행위가 된 것이다.

2005년 도시정비법 개정으로 인하여 재개발사업에서 규제가 완화되고, 건설업자가 공동시행자가 될 수 있게 되자, 제정 도시정비법의 적용으로 재개발사업에서 시공자선정시기에 제한을 받던 건설업자, 등록사업자들이 공동시행자 조항으로 해당 제한을 우회하여 회피하게 된다. 그리고, 재개발사업에서 시공자 선정시기에 대한 제한이 없어지자 재개발현장에서는 조합설립 이전 단계의 추진위원회가 공동시행자로 건설업자를 선정하는 것이 일반화되었다.²²⁾

[보론]

2005년 도시정비법은 시공자 선정시기 제한을 재건축, 재개발사업에 차별적으로 적용하기 위한 것이었지, 재개발사업에 있어 건설업자의 시행자 및 시공자로서의 이중적 지위를 전면적으로 인정하려는 취지는 아니었을 것이다. 이를 위하여는 제11조 본문에서 재건축과 재개발 사업의 각 사업별로 선정시기를 다르게 하는 규정을 명확히 두는 것이 옳았다는 의견이 있고,²³⁾ 이는 타당하다고 판단된다. 재건축과 재개발은 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 제고하는 정비사업이라는 점에서 그 사업의 법적 성격이 본질적으로 다르지 않음에도, 재개발에 한하여 건설업자가 시행자와 시공자 지위 모두를 가질 수 있게 되고, 그 선정에 있어서도 일체 제한을 받지 않게 된 것은 분명 올바른 방향으로의 입법이 아닌 것이다.

(4) 2006년 도시정비법(2006. 5. 24. 법률 제796호로 개정된 것, 2006. 8. 24. 시행)

제8조 (주택재개발사업 등의 시행자) ① 주택재개발사업은 제13조의 규정에 의한 조합(이하 “조합”이라 한다)이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사 등, 「건설산업기본법」 제9조의 규정에 의한 **건설업자**(이하 “건설업자”라 한다), 「주택법」 제12조제1항의 규정에 의하여 건설업자로 보는 등록사업자(이하 “등록사업자”라 한다) 또는 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자와 공동으로 이를 시행할 수 있다.
 ② 주택재건축사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사 등과 공동으로 이를 시행할 수 있다.

제11조 (시공자의 선정) ① 주택재개발사업조합 및 도시환경정비사업조합은 조합설립인가를 받은 후, 주택재건축사업조합은 사업시행인가를 받은 후 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다.
 ② 제1항의 규정에 의한 조합은 제1항의 규정에 의한 시공자를 건설교통부장관이 정하는

22) 김종보, 앞의 책, 526면.

23) 김종보, 앞의 책, 525면.

경쟁입찰의 방법으로 선정하여야 한다.

제84조의2 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제11조의 규정을 위반하여 시공자를 선정된 자 및 시공자로 선정된 자

[의의: 재개발에 대한 시공자 선정시기 제한 규정의 재적용]

2005년 도시정비법 개정 당시 재개발에 대해 공동시행자를 허용했던 정부는 재개발에 대한 제한을 완화한다는 입장이었을 뿐 공동시행자를 언제 선정할 수 있는가에 대한 명확한 입장을 가지고 있었던 것이 아니었고, 그 와중에 건설경기가 과열되는 조짐을 보이자 국토교통부는 재개발사업에 대하여도 시공자 선정시기 제한을 적용하려는 목적으로 도시정비법을 재차 개정한다.²⁴⁾

2006. 5. 24. 법률 제7960호로 개정된 도시정비법(이하 “2006년 도시정비법”)은 제11조에서 재건축과 재개발을 구별하여 선정시기에 차별을 두었는데, 재건축의 경우 기존의 ‘사업시행인가를 받은 후’를 유지하고, 재개발의 경우 ‘조합설립인가를 받은 후’로 선정시기를 제한하였다. 제11조에서 각 사업에 대한 제한을 모두 규정함에 따라, 제11조를 처벌하는 제84조의2에 의하여 재개발에서의 시공자 선정시기 위반도 처벌 대상이 되었다.

[한계: 재개발에서의 건설업자의 모호한 지위]

한편, 2006년 도시정비법에서는 제11조에서 재건축, 재개발사업 모두에 대하여 시공자 선정시기 제한을 두는 방향으로 개정되었으나, 제8조에서는 여전히 재개발사업에 한하여 건설업자로 하여금 공동시행을 할 수 있도록 규정하고 있었다. 즉, 재건축사업에 대하여는 사업시행자가 조합이고 시장·군수 또는 주택공사가 공동시행자가 될 수 있으며, 건설업자는 시행자가 될 수 없고 시공자로서 기능하는 반면, 재개발사업에 대하여는 건설업자가 시행자 및 시공자로서의 지위를 모두 보유하는 것이 아닌가, 하는 의문이 제기된 것이다.

이에 관하여는 ① 시공과 시행을 구별하지 않는 도시정비법의 개정과정을 존중하여 건설업자를 단순히 시공자에 불과한 것으로 해석하는 입장과, ② 시공과 시행을 엄격히 구별하여 각 법적 요건과 효과를 구별하는 취지라고 보는 입장이 존재한다.²⁵⁾ 둘 중 어떠한 해석을 취하더라도 해석상의 모순점을 완벽히 제거할 수는 없으며, 특히 후자의 입장에 따르면 재개발사업에서는 건설업자를 공동시행자로 할 수 있고 그 시기에 대하여는 정한 바가 없지

24) 김종보, 앞의 책, 527면.

25) 김종보, 앞의 글(2007), 215~216면.

만, 건설업자가 시공까지 담당하는 경우에는 조합설립인가 후 경쟁입찰의 방법에 따라 별도의 선정 절차를 다시 거쳐야 한다는 상당히 기교적인 해석이 된다. 무엇보다, 전술한 바와 같이 재건축사업과 재개발사업은 사업의 성격과 취지가 근본적으로 유사한바, 이와 같이 건설업자의 공동시행자 여부를 달리 판단할 이유가 없는 것이다.

실무상으로도, 이러한 이론적 해석과는 달리 건설사를 시공자인지 공동시행자인지 사실상 구별하지 않고 선정시기에 대한 제한만이 존재하는 것으로 받아들이는 것이 일반적인 것으로 보이는데²⁶⁾, 시행과 시공을 구별하고 건설업자의 역할을 명확하게 한 제정 도시정비법의 취지가 그야말로 열린 것이다.

(5) 2009년 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정, 시행된 것)

제11조 (시공자의 선정) ① 조합은 제16조에 따른 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 국토해양부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 규모 이하의 정비사업의 경우에는 조합총회에서 정관으로 정하는 바에 따라 선정할 수 있다.

[의의: 재건축에 대한 시공자선정 규제 완화]

2009년 미국발 세계금융위기의 영향으로 경기가 침체되자, 정부는 재건축에 대한 규제를 완화하게 된다. 즉, 재개발조합과 재건축조합의 시공자선정시기를 다르게 규제하던 제11조를 개정하여, 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 도시정비법(이하 “2009년 도시정비법”)에서는 재개발, 재건축 모두에 있어 이를 ‘조합설립인가 이후’로 통일하여 규정한 것이다. 이는 현행 도시정비법 제29조 제4항에서도 동일하게 유지되고 있다.²⁷⁾ 또한 특기할 만한 점은 조합설립인가를 받은 후 ‘조합총회’에서 시공자를 선정하도록 명확하게 규정한 것이다.

다만, 재개발사업에 한하여 건설업자로 하여금 공동시행을 할 수 있도록 규정하고 있는 제8조는 그대로 유지되어, 여전히 재개발사업에서의 건설업자의 지위에 대한 의문은 남게 되었다.

26) 김종보, 앞의 책, 528면.

27) **제29조(계약의 방법 및 시공자 선정 등)** ④ 조합은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 제1항에 따라 경쟁입찰 또는 수의계약(2회 이상 경쟁입찰이 유찰된 경우로 한정한다)의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 규모 이하의 정비사업은 조합총회에서 정관으로 정하는 바에 따라 선정할 수 있다

(6) 재건축, 재개발에서의 건설업자의 공동시행자 지위

도시정비법 (2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정된 것, 2016. 3. 2. 시행)
 제8조(주택재개발사업 등의 시행자) ① 주택재개발사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사등, **건설업자, 등록사업자** 또는 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자와 **공동으로 이를 시행**할 수 있다.
 ② **주택재건축사업**은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사등, **건설업자 또는 등록사업자와 공동으로 이를 시행**할 수 있다.

도시정비법 (2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정된 것, 2018. 2. 9. 시행)
 제25조(재개발사업·재건축사업의 시행자) ① 재개발사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 시행할 수 있다.
 1. 조합이 시행하거나 조합이 조합원의 과반수의 동의를 받아 시장·군수등, 토지주택공사등, **건설업자, 등록사업자** 또는 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자와 **공동으로 시행**하는 방법
 2. 토지등소유자가 20인 미만인 경우에는 토지등소유자가 시행하거나 토지등소유자가 토지등소유자의 과반수의 동의를 받아 시장·군수등, 토지주택공사등, **건설업자, 등록사업자** 또는 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자와 **공동으로 시행**하는 방법
 ② **재건축사업**은 조합이 시행하거나 조합이 조합원의 과반수의 동의를 받아 시장·군수등, 토지주택공사등, **건설업자 또는 등록사업자와 공동으로 시행**할 수 있다.

전술한 바와 같이, 2009년 도시정비법에서부터 재개발, 재건축사업을 불문하고 조합설립인가 이후에 건설업자를 시공자로 선정할 수 있게 되었으나, 재개발의 경우에만 공동시행자로 건설업자를 지정할 수 있는 규정은 유지되어 다소 논란의 여지가 있었다. 이는 2016년 도시개정법 개정(2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정된 것, 2016. 3. 2. 시행)을 통하여 보완이 되는데, 해당 개정법률에서는 제1항에서 재개발사업, 제2항에서 재건축사업을 병렬적으로 규정하였고, 양 사업 모두 건설업자를 공동시행자로 지정할 수 있도록 하였다.

이후 2017. 2. 8. 도시정비법이 전면개정되어 2018. 2. 9.부터 시행되었는데((2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정된 것) 해당 개정법률부터 제25조에서 ‘재개발사업, 재건축사업의 시행자’ 규정을 따로 두어, 재개발사업과 재건축사업 모두 건설업자와 공동으로 시행할 수 있도록 규정하였으며, 이는 현행법에서도 유지되고 있다. 이에, 건설업자가 공동시행자가 될 수 없었던 제정 도시정비법과 달리, 현행법률상으로는 재건축, 재개발사업을 불문하고 건설사가 공동시행자가 될 수 있다.

4. 소결

지금까지 도시정비법이 개정을 거듭함에 따라 사업시행자 규정 및 시공사 선정제한 규정이 어떻게 변화하여 왔는지를 살펴보았다. 시공과 시행의 개념을 명확하게 규정하지 못하였던 종래 개발사업법령 및 건설업자가 시공뿐만 아니라 시행까지 광범위하게 담당하여 왔던 관행을 고려할 때, 도시정비법이 양자를 명확하게 규정하고, 건설업자를 사업시행으로부터 분리하려는 시도는 순탄하지 않았다. 현행법상으로는 재건축, 재개발사업을 불문하고 모두 조합설립인가 후에 시공자를 선정하도록 하고 있고, 건설업자로 하여금 공동시행자가 될 수 있도록 하고 있지만, 현행법까지 이르는 동안 각 규정의 개정 과정은 건설업자의 이중적 지위의 당부, 시행과 시공을 분리하려는 시도 및 현실과의 타협 과정 등 이 모든 요소들을 포괄적인 입법 하에 담아내려는 끊임없는 노력의 연속이었다.

표 삽입을 위한 여백

[요약] 사업시행자 규정 및 시공자 선정제한 규정에 대한 도시정비법의 개정 연혁

연혁	사업시행자 규정		시공자 선정제한	
	재건축	재개발	재건축	재개발
제정 도시정비법 (2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 것, 2003. 7. 1. 시행)	<ul style="list-style-type: none"> 제8조 제1항 재건축, 재개발 모두 '조합'을 사업시행자로 규정하고, 시장·군수 또는 주택공사등과 공동시행할 수 있다고 규정 건설업자 공동시행 규정 없음 		<ul style="list-style-type: none"> 제11조 제1항, 제2항 재건축, 재개발 모두 '조합 또는 토지등소유자'가 '사업시행인가를 받은 후' 건설업자 등을 시공자로 선정하여야 한다고 규정 경쟁입찰의 방법 	
2005년 도시정비법 (2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정 및 시행된 것)			<ul style="list-style-type: none"> 제11조 제1, 2항 재건축조합은 '사업시행인가를 받은 후' 시공자 선정, 경쟁입찰 위반시 형사처벌 (제84조의2) 	<ul style="list-style-type: none"> 재개발에 대하여는 별도 선정제한 시기 규정 없음(제11조 적용 x) 별도 형사처벌 없음 (제84조의2 적용x)
2006년 도시정비법 (2006. 5. 24. 법률 제7960호로 개정된 것, 2006. 8. 24. 시행)	<ul style="list-style-type: none"> 제8조 제2항 '조합'이 사업시행자 건설업자 공동시행 규정 없음 	<ul style="list-style-type: none"> 제8조 제1항 '조합'이 사업시행자 재개발은 건설업자 등과 공동시행 가능 	<ul style="list-style-type: none"> 제11조 1, 2항 재건축조합은 '사업시행인가를 받은 후' 시공자 선정, 경쟁입찰 위반시 형사처벌 (제84조의2) 	<ul style="list-style-type: none"> 제11조 1, 2항 재개발조합은 '조합설립인가를 받은 후' 시공자 선정, 경쟁입찰 위반시 형사처벌 (제84조의2)
2009년 도시정비법 (2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정, 시행된 것)			<ul style="list-style-type: none"> 제11조 1항 '조합'은 '조합설립인가를 받은 후' '조합총회'에서 건설업자 등을 시공자로 선정하여야 한다고 규정 위반시 형사처벌 (제84조의2) 	
2016년 도시정비법 (2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정된 것, 2016. 3. 2. 시행)	<ul style="list-style-type: none"> 제8조 제2항 '조합'이 사업시행자 건설업자 등과 공동시행 가능 	<ul style="list-style-type: none"> 제8조 제1항 '조합'이 사업시행자 건설업자 등과 공동시행 가능 		
2018년 도시정비법 (2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정된 것, 2018. 2. 9. 시행)	<ul style="list-style-type: none"> 제25조 제2항 '조합' 혹은 '토지등소유자'가 사업시행자 건설업자 등과 공동시행 가능 	<ul style="list-style-type: none"> 제25조 제1항 '조합'이 사업시행자 건설업자 등과 공동시행 가능 	<ul style="list-style-type: none"> 제29조 4항 '조합'은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 건설업자 등을 시공자로 선정하여야 한다고 규정 위반시 형사처벌 (제136조 제2호) 	

IV. 공공지원제도와 시공자 선정시기 제한

1. 공공지원제도의 연혁 및 운영 현황

[공공지원제도(구 공공관리제도)의 도입]

재건축, 재개발사업의 진행, 그리고 조합의 운영에 있어 각종 비리와 갈등이 계속된 문제로 지적되자, 정비사업에서 공공부문의 역할을 강화하여 사업의 공정성, 투명성 및 효율성을 제고하기 위하여 공공관리제도가 도입되었다. 2009년 발생한 용산 참사 이후 정비사업에 대한 공공부문의 역할을 확대하여야 한다는 여론이 강화되었고, 2009. 7. 13. 및 2009. 7. 14. 각 도시정비법 일부개정법률안이 발표되었으며²⁸⁾, 이듬해인 2010. 7. 16. 시행된 도시정비법(2010. 4. 15. 법률 제10268호로 개정된 것, 이하 “2010년 도시정비법”)에서 ‘공공관리제도’에 대한 제77조의4가 신설되었다.

도시정비법(2010. 4. 15. 법률 제10268호로 개정된 것) 제77조의4(정비사업의 공공관리)

① 시장·군수는 정비사업의 투명성 강화 및 효율성 제고를 위하여 시·도조례로 정하는 정비사업에 대하여 사업시행 과정을 지원(이하 “공공관리”라 한다)하거나, 주택공사등, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조제7항에 따른 신탁업자, 「주택법」 제76조제1항에 따른 대한주택보증주식회사 또는 이 법 제69조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 대통령령으로 정하는 기관에 공공관리를 위탁할 수 있다.

② 제1항에 따라 정비사업을 공공관리하는 시장·군수 및 공공관리를 위탁받은 자(이하 “위탁관리자”라 한다)는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 추진위원회 또는 주민대표회의 구성을 위한 업무 지원
2. 정비사업전문관리업자의 선정(위탁관리자는 선정을 위한 지원에 한한다)
3. 설계자 및 시공자 선정 방법 등에 대한 지원
4. 그 밖에 시·도조례로 정하는 사항

③ 시장·군수는 위탁관리자의 공정한 업무수행을 위하여 관련 자료의 제출 및 조사, 현장 점검 등 필요한 조치를 할 수 있으며, 위탁관리자의 행위에 대한 대외적인 책임은 시장·군수에게 있다.

④ 공공관리에 필요한 비용은 시장·군수가 부담하되, 시·도지사는 시·도조례로 정하는 바에 따라 그 비용의 일부를 지원할 수 있다.

⑤ 추진위원회가 제2항제2호에 따라 시장·군수가 선정한 정비사업전문관리업자를 선정하는 경우에는 제14조제2항을 적용하지 아니한다.

⑥ 공공관리의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 및 도시·주거환경정비기금의 지원 등 필요한 사항은 시·도조례로 정하는 바에 따른다.

28) 김수진, “재개발·재건축사업의 부패방지를 위한 공공지원제 연구”, 『법학연구』, 연세대학교 법학연구원(2021), 420면.

해당 규정에 따르면, 시장·군수 등은 추진위원회 구성을 위한 업무 지원, 정비사업전문 관리업자의 선정, 설계자 및 시공자의 선정 방법 등에 대한 지원 업무를 수행한다(제2항). 다만, 각 지역별로 인적 자원과 재정의 자립도가 다르므로 공공관리제도의 시행 여부는 임의적인 것으로 하되(제1항), 그 세부적인 방법과 절차 등은 시·도 조례로 정하도록 위임하였다.

[각 지방자치단체의 공공관리제도 도입]

2010년 도시정비법 제77조의4 제6항에서 위임하고 있는 바에 따라, ‘서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례(2010. 7. 15. 서울특별시조례 제 5007호로 개정된 것, 이하 “**2010년 서울특별시 조례**”)’에는 제6장으로 ‘정비사업의 공공관리’ 장이 추가되어, 관련하여 제43조부터 제54조까지의 조항이 신설되었다. 이에 따라, 조합이 시행하는 정비사업은 공공관리의 대상이 되고, 정비구역의 지정고시일부터 조합 총회에서 시공자가 선정되는 날까지 구청장이 공공관리자가 되게 되었다. 한편, 시공자 선정과 관련하여서는 경쟁입찰로 시공자를 선정하되(제48조 제1항), 선정 당시 인가된 사업계획시행계획서를 반영한 설계도서를 작성하도록 하여(제48조 제2항), 사실상 사업시행계획 인가 이후 시점에 시공자 선정을 할 수 있게 하였다. 서울특별시의 경우 공공관리제를 조례로 정하여 의무제로 시행하도록 하였다.

경기도의 경우 ‘경기도 도시 및 주거환경정비 조례(2011. 10. 20. 경기도조례 제4238호로 개정된 것)’에서 공공관리제도를 도입하였다. 서울특별시 조례가 공공관리제를 의무제로 시행하도록 한 반면, 경기도는 그 적용 여부를 조합이 선택적으로 수용할 수 있도록 하였고, 시공자 선정에 있어서도 경쟁입찰 방식을 강제하지 않았다. 광주광역시도 ‘광주광역시 도시 및 주거환경정비 조례(2012. 5. 15. 광주광역시조례 제 4088호로 개정된 것)’를 통하여 공공관리제도를 도입하여 이를 당사자들의 신청이 있거나 공공관리가 필요하다고 광주시장이 인정하는 사업에 한하여 선택적으로 채택하도록 하였고, 제주도는 ‘제주특별자치도 도시 및 주거환경정비 조례(2013. 3. 20. 제주특별자치도조례 제1013호로 개정된 것)’를 통하여 공공관리제도를 도입하여 관련 당사자의 신청을 통하여 적용하도록 하였다. 부산광역시도 ‘부산광역시 도시 및 주거환경정비 조례(2014. 9. 17. 부산광역시조례 제5061호로 개정된 것)’을 통하여 별도 관계자의 요청이 없더라도 일률적으로 공공관리가 이루어지도록 하였으나, 현행상으로는 선택제로 운영되고 있다.

[공공지원제도로의 변경]

공공관리제도의 시행으로 정비사업이 공공관리의 대상이 되면 조합은 시장, 군수 등으로부터 각종 행정, 재정적 지원을 받게 되었다. 그러나 동시에 (서울특별시 조례의 경우 등)시

공자 선정시기에 관한 제한을 받게 되었고, 사업시행인가 이전까지의 절차에서 소요되는 비용은 조합이 스스로 부담하거나 그 일부만을 지원받을 수밖에 없게 되었다. 이에 정비사업의 효율이 저하되고 추진력을 얻지 못하자, 전술한 ‘2016년 도시정비법(2015. 9. 1. 법률 제 13508호로 개정된 것, 2016. 3. 2. 시행)’에서는 (ㄱ) ‘공공관리’ 라는 용어를 ‘공공지원’으로 변경하고, (ㄴ) 조합이 건설업자와 협약을 체결하여 공동으로 사업을 시행하는 경우 및 사업대행자가 정비사업을 시행하는 경우에는 시·도 조례로 정하는 바에도 불구하고 토지등 소유자(혹은 조합원) 과반수의 동의를 얻어 시공자를 선정할 수 있도록 하되, (ㄷ) 조합과 건설업자가 협약을 체결하여 공동사업시행자가 되는 경우에는 그 건설업자를 시공자로 보도록 하였다.²⁹⁾ 즉, 서울특별시 조례에 의하면 시공자 선정 시기는 ‘사업시행계획 인가 후’가 원칙이나, 2016년 도시정비법에서는 조합과 건설업자가 공동사업시행자가 되는 경우에는 예외적으로 조기 단계에 시공자가 확정할 수 있도록 한 것이다.

이와 같은 2016년 도시정비법의 내용을 반영하여, 서울특별시 및 다른 지방자치단체도 각 도시 및 주거환경정비조례에서 기존에 사용되던 ‘공공관리’ 를 ‘공공지원’ 이라는 용어로 수정하였다(이하에서는 공공관리제도 및 공공지원제도를 포괄하여 시기와 무관하게 현행 법령에 따라 “**공공지원제도**” 라고 칭한다).

2. 공공지원제도의 문제점: 시공자 선정 시기에 대한 혼란

[공공지원제도의 성과]

공공지원제도가 시행되고 4년 후인 2014. 9. 30. 서울특별시가 발표한 자료에 따르면, 공공지원제도에 따라 정보공개, 정비업체·설계자·시공자 선정기준 등과 관련된 제도가 대폭 개선, 정착되었고, 추진위원회 및 조합의 씬씬이와 의사결정과정을 전면 공개하여 투명성을 높여 갈등이 줄었으며, 공사비에 대하여도 7.9% 절감 효과가 달성되었다고 한다.³⁰⁾ 추진위원회 및 조합이 설립된 서울시 정비구역에 관하여 ‘서울시 클린업시스템’에 월별 자금 사용 내용은 물론 총회, 대의원회 등의 서면결의서도 공개되어 의사결정의 투명성이 제고되었다는 것이다. 또한, 규모가 작아 사업성이 없다는 이유로 시공자 선정 입찰이 수차례 유찰되었던 구역에 대하여도 예정가격의 현실화 등 입찰조건의 조정을 통해 시공자 선정을 완료, 원활한 사업 추진이 이루어지도록 하였다.

29) 김수진, 앞의 글, 424면.

30) 불교공뉴스, ‘서울시, 공공관리제도 시행 성과 공개’, 2014. 9. 30.

시공사 선정에 관하여도, 공공관리제도 시행 이후에는 사업시행인가로 구체적인 사업계획이 확정된 후 설계도면과 내역에 의한 공개경쟁입찰을 통하여 시공자를 선정함으로써 공사비 거품을 없앴다. 그 과정에서도 건설업체의 개별홍보를 금지함으로써 홍보 과정에서 비리가 발생할 가능성을 사전에 차단하였으며, 시공사 선정을 위한 조합의 의사결정 시 부채자 사전투표를 운영하여 투명성을 높이고 주민의 불신을 해소하였다.

이처럼, 공공지원제도는 정비사업의 투명성을 제고하여 건설업자가 관여한 부패행위를 근절하는 데에 조력하는 순기능을 하였으나, 조합의 자금조달을 어렵게 하여 사업의 효율적 진행을 어렵게 한 부작용도 존재한다. 이는 근본적으로, 시공사 선정 시기 등에 관한 규제의 미흡에 기인한다.

[시공사 선정 시점의 연기 - 자금조달의 어려움]

<p>[2009년 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정, 시행된 것)]</p> <p>제11조 (시공자의 선정) ① 조합은 제16조에 따른 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 국토해양부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 <u>건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정</u>하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 규모 이하의 정비사업의 경우에는 조합총회에서 정관으로 정하는 바에 따라 선정할 수 있다.</p> <p>[현행 도시정비법]</p> <p>제29조 (계약의 방법 및 시공사 선정 등) ④ 조합은 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 제1항에 따라 경쟁입찰 또는 수의계약(2회 이상 경쟁입찰이 유찰된 경우로 한정한다)의 방법으로 <u>건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정</u>하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 규모 이하의 정비사업은 조합총회에서 정관으로 정하는 바에 따라 선정할 수 있다</p>
<p>[2010년 서울특별시 조례(2010. 7. 15. 서울특별시조례 제 5007호로 개정된 것)]</p> <p>제48조(시공사등의 선정기준) ① 조합은 총회에서 경쟁입찰의 방법으로 시공자를 선정하여야 한다.</p> <p>② 조합은 제1항에 따라 시공자를 선정할 때에는 법 제28조에 따라 인가된 <u>사업시행계획서</u>를 반영한 설계도서를 작성하여 입찰에 부쳐야 한다.</p> <p>[현행 서울특별시 조례]</p> <p>제77조(시공사 등의 선정기준) ① 법 제118조제6항³¹⁾에 따라 조합은 <u>사업시행계획인가</u>를 받은 후 총회에서 시공자를 선정하여야 한다. 다만, 법 제118조제7항제1호에 따라 조합과 건설업자 사이에 협약을 체결하는 경우에는 시공사 선정 시기를 조정할 수 있다.</p>

31) 도시정비법 제118조(정비사업의 공공지원) ⑥ 공공지원의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 및 제126조에 따른 도시·주거환경정비기금의 지원, 시공사 선정 시기 등에 필요한 사항은 시·도조례로 정한다.

전술한 바와 같이, 2009년 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정, 시행된 것) 이래로 현재에 이르기까지 도시정비법상 조합은 ‘조합설립인가 후’ 시공자 선정을 하도록 되어 있고, 이는 재건축, 재개발의 경우 모두에 적용된다. 그러나, 서울특별시 조례에 따르면, 위 도시정비법의 규정에도 불구하고 공공지원 대상에 해당하면 다시 사업시행인가를 받은 후에 비로소 시공자를 선정할 수 있게 된다. 그리고, 중요한 정비사업의 대부분이 서울에 몰려 있는 상황에서 이는 조합의 자금 조달에 어려움을 야기하였다.

공공지원제도가 도입되기 이전의 도시정비사업의 자금 조달은 추진위원회 구성 당시부터 건설업자를 통하여 이루어지는 것이 통상적이었다. 즉, 건설업자는 추진위원회에 무이자 혹은 낮은 금리로 사업비를 대여한 후 시공자로 선정이 되면 초기 사업 지원금을 정산하는 것이 일반적이었는바, 시공자는 정비업체 대여금 정산, 이주비, 공사비 등 초기 사업비 조달에 핵심적인 역할을 수행하였다.³²⁾ 그러나, 공공지원제도가 도입된 이후에는 도시정비계획의 수립 단계부터 시공자를 선정하기 이전까지의 모든 비용을 관련 지방자치단체가 부담하게 되었고, 조합 역시 지방자치단체의 재원에 전적으로 의존할 수밖에 없게 되었다. 이에, 공공지원제도가 시행되면서 시공자를 선정하기가 더욱 어려워졌고, 공사비 절감 효과도 사실상 없는 것이 아닌가, 하는 의문이 제기되었다.³³⁾ 실제로도, 서울시의 공공지원제도가 공사비 절감효과는 없으면서 사업기간만 지연시킨다는 비판이 이어져 오고 있다.³⁴⁾

[공동사업시행자에 대한 예외규정 및 이에 따른 입법상의 문제]

[2016년 도시정비법(2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정, 2016. 3. 2. 시행)]

제77조의4(정비사업의 공공지원과 정보공개) ⑦ 공공지원의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 및 도시·주거환경정비기금의 지원, 시공자 선정 시기 등 필요한 사항은 시·도조례로 정하는 바에 따른다.

⑧ 제7항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 토지등소유자(제16조에 따라 조합을 설립한 경우에는 조합원을 말한다)의 과반수 동의를 얻어 제11조제1항에 따라 시공자를 선정할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 해당 건설업자를 시공자로 본다.

1. 조합이 제8조제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 건설업자와 공동으로 정비사업을 시행하는 경우로서 조합과 건설업자 간 협약을 체결하는 경우

2. 제9조제1항 및 제2항에 따라 사업대행자가 정비사업을 시행하는 경우

⑨ 제8항제1호의 협약사항에 관한 구체적인 내용은 시·도조례로 정할 수 있다.

32) 정우택, 이윤환, “도시정비법상 공공지원제도 활성화에 대한 연구”, 『법학연구』 제18권 제2호(2018), 한국법학회, 104면.

33) 하우징헤럴드, ‘서울시 공공관리 시행4년 조합, 추진위들 ‘빈사 상태’ 시공자 선정 못하고 용자지원도 못받아 ‘동맥경화’’, 2014. 4. 8.

34) 하우징헤럴드, ‘허울뿐인 공공지원제...실효성 논란 재점화’, 2020. 3. 16.

<p>[현행 도시정비법]</p> <p>제118조(정비사업의 공공지원) ⑥ 공공지원의 시행을 위한 방법과 절차, 기준 및 제126조에 따른 도시·주거환경정비기금의 지원, 시공자 선정 시기 등에 필요한 사항은 시·도 조례로 정한다.</p> <p>⑦ 제6항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 <u>토지등소유자</u>(제35조에 따라 조합을 설립한 경우에는 조합원을 말한다)의 <u>과반수 동의를 받아 제29조제4항에 따라 시공자를 선정</u>할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 <u>해당 건설업자를 시공자로 본다</u>.</p> <p>1. 조합이 제25조에 따라 건설업자와 공동으로 정비사업을 시행하는 경우로서 조합과 건설업자 사이에 협약을 체결하는 경우</p> <p>2. 제28조제1항 및 제2항에 따라 사업대행자가 정비사업을 시행하는 경우</p> <p>⑧ 제7항제1호의 협약사항에 관한 구체적인 내용은 <u>시·도 조례</u>로 정할 수 있다.</p>
<p>[2016년 서울특별시 조례(2016. 3. 24. 서울특별시조례 제6188호로 개정된 것)]</p> <p>제43조(정의) 이 장에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.</p> <p>1. "공공지원자"란 법 제77조의4제2항 각 호의 업무를 수행하는 자로서의 구청장을 말한다.</p> <p>제48조의2(공동사업시행의 협약 등) ① 법 제77조의4제9항에 따른 "조합과 건설업자 간 협약사항에 관한 구체적인 내용"은 다음 각 호와 같다.</p>

전술한 바와 같이, ‘공공관리’의 명칭을 ‘공공지원’으로 변경한 2016년 도시정비법에서는 ❶ 재개발조합이 건설업자와 협약을 체결하여 공동으로 사업을 시행하는 경우(제8조 제1항) 및 ❷ 사업대행자가 정비사업을 시행하는 경우(제9조 제1항, 제2항)에는 정비사업 추진 방식에 대하여 시·도 조례로 정하는 바에도 불구하고 ‘토지등소유자(혹은 조합원)의 과반수 동의를 얻어 제11조 제1항에 따라, 즉 “조합설립인가를 받은 후 조합총회에서” 시공자를 선정할 수 있도록 하였다. 그리고, 조합과 건설업자가 공동사업시행자가 되는 경우에는 그 건설업자를 시공자로 보도록 하였다. 2010년 서울특별시 조례로 사업시행인가를 받은 후에 시공자를 선정할 수 있게 되어 발생한 각종 부작용을 인지하여, 조합과 건설업자가 공동사업시행자가 되는 경우에는 조기 단계에 시공자가 확정될 수 있게 한 것이며,³⁵⁾ 이는 현행 도시정비법에서도 유지되고 있다.

그런데, 이는 서울특별시 조례의 시공자선정 제한규정의 영향을 받아 도시정비법이 개정된 부분이다. 건설업자를 공동시행자로 인정하고 그 경우 건설업자를 또 시공자로 본다는 규정을 둬으로써 제정 도시정비법이 (공동)시행과 시공을 분리, 구별하였던 것을 무용지물로 만들고 있는 것인 동시에, 시공자선정시기와 공동시행에 관한 조항 전체를 뒤흔드는 것이다.³⁶⁾ 이에 따르면 ❶ 도시정비법에 따라 원칙적으로 조합은 조합설립인가 후에 시공자를

35) 김수진, 앞의 글, 424면.

36) 김종보, 앞의 책, 530~531면.

선정하여야 하나, ② 예외적으로 서울특별시 조례의 적용을 받는 서울시의 정비조합은 사업 시행인가 후에 시공자를 선정하여야 하고, ③ 그렇지만 서울시의 정비사업 중에서도 조합과 건설업자가 공동사업시행자가 되어 진행되는 사업은 도시정비법에 따라 다시 조합설립인가 후에 시공자를 선정할 수 있게 되는데, ④ 이 경우 그러한 공동사업시행자인 건설업자를 ‘시공자로 간주’ 하게 되는 아주 이상하고 기교적인 결론에 이르러, 결국 시공자 선정이 무의미해지는 것이 아닌가 하는 의문을 남긴다.

원칙: 도시정비법상 조합은 조합설립인가 후에 시공자를 선정하여야 함(도시정비법 제29조 제4항)
예외: 서울특별시 조례의 적용 대상이 되는 서울시의 정비사업조합은 사업시행인가 후에 시공자를 선정하여야 함(서울특별시 조례 제77조 제1항)
예외의 예외: 서울시 정비사업 중에서도 조합과 건설업자가 공동사업시행자가 되어 진행되는 사업의 경우 도시정비법에 따라 조합설립인가 후에 시공자를 선정할 수 있음(도시정비법 제118조 제7항, 서울특별시 조례 제77조 제1항 단서)
 → 이 경우, 공동사업시행자인 건설업자는 ‘시공자로 간주’

애초에 법률에서 시공자 선정시기를 ‘조합설립인가 후’로 정하고 있던 것을 지방자치단체의 자치법규에 불과한 조례에서 이를 더 늦추어 ‘사업시행인가 후’로 엄격하게 규정하는 것 자체가 적법한 것인지 의문이 있을 뿐더러, 조례에서 정한 사항, 그것도 일부 지방자치단체(서울특별시)에서 정한 사항에 영향을 받아 도시정비법이 다시 개정되는 이와 같은 흐름은 상식적으로 도저히 납득하기 어렵다.

도시정비법에서 공공지원제도를 도입하여, 시장 또는 군수로 하여금 사업시행과정을 “지원할 수 있다”라고 규정한 것은, 낙후지역의 조합에 공무원을 파견하여 조합의 사업을 조력할 수 있도록 하기 위함이고, 그러한 경우에 있어 구체적인 지원 대상과 방법을 조례에서 정하도록 위임하도록 한 취지였을 것이다. 그러나 현행 법규의 규정 체계를 살펴보면, 서울특별시 조례는 실질적으로 이와 같은 취지의 공공지원에 대한 규정을 하고 있지 않고 있고, 도시정비법령에서 예정하지 않은 사항들을 세부적으로 규정하고 있다. 즉, 서울특별시 조례가 일종의 입법권을 행사하고 있는 것이고, 이를 넘어 의회로 하여금 조례에 부합하는 방향으로 법률을 개정하도록 하기까지 한 것인바, 이는 서울특별시 의회가 국회의 입법권을 잠탈하고 있는 형국이나 마찬가지이다. 결과적으로, 상위 법령으로부터 위임받지 않은 사항을 자체적으로 정하고 있는 현 서울특별시 조례는 위법하여, 궁극적으로는 대폭적인 개정이나 폐지가 이루어져야 할 것으로 보인다.

3. 공공지원제도의 개선 방안

[공공지원제도의 선택적·임의적 적용]

현행 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례의 경우, 제73조에서 공공지원의 대상사업을 ‘조합이 시행하는 정비사업(조합이 건설업자 또는 등록사업자와 공동으로 시행하는 사업)’을 의미한다고 규정하여, 사실상 서울특별시 관할 구역에서 진행되는 정비사업에 대하여 의무적으로 공공지원제도의 적용 대상이 되도록 하고 있다. 이에 따라, 서울특별시 관할 시·군·구 기초자치단체는 자체 선택권 없이 도시정비계획의 초기 단계부터 공공지원제도를 적용, 진행하여야 한다.³⁷⁾

그러나, 정비사업은 각 사업이 진행되는 사업구역 및 규모 등에 따라 공공지원제도가 필요한 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있을 것이다. 즉, 개발이익이 낮고 주민 간 갈등이 빚어지는 등으로 공공지원이 필요한 경우도 있지만, 개발이익이 높고 사업 진행에 어려움이 없는 경우에는 굳이 공공지원이 필요하지 않을 수도 있는 것이다.³⁸⁾ 이에, 모든 정비사업에 일률적으로 이를 적용하지 않고, 각 정비사업의 규모와 개발이익 등 특징을 고려하여 공공지원제도의 적용 여부를 달리할 수 있도록 할 필요가 있다.

아울러, 정비사업의 진행으로 가장 큰 영향을 받는 것은 바로 토지등소유자 혹은 조합원 인바, 이들의 의사결정으로 공공지원제도의 적용 여부를 선택하게 하는 것도 방법일 것이다. 실제로, 경기도, 부산광역시 및 제주도는 각 도시 및 주거환경정비 조례에서 당초에 공공지원제도의 적용 대상 사업을 ‘토지등소유자의 일정 비율의 동의를 받아 공공지원이 필요하다고 요청하는 정비사업’으로 정하고 있는바, 토지등소유자들이 동의를 하여야만 비로소 공공지원을 받을 수 있다.³⁹⁾ 국외의 선진국들도 대부분 도시정비계획 시작부터 주민이 직접 참여하고 주도하는 주민 주도형 도시정비방식으로 이를 진행하고 있다.⁴⁰⁾ 이처럼, 주민과 조합원들이 정비사업 초기단계부터 공공지원제도의 적용 여부를 선택할 수 있도록 선택권을 부여하는 것이 필요하다.

37) 정우택, 이윤환, 앞의 글, 195면.

38) 김수진, 앞의 글, 429면.

39) 경기도 도시 및 주거환경정비 조례 제46조, 부산광역시 도시 및 주거환경정비 조례 제61조 및 제주특별자치도 도시 및 주거환경정비 조례 제37조.

40) 정우택, 이윤환, 앞의 글, 195면.

IV. 결론

도시정비법이 제정되기 이전, 종래 개발사업법제 하에서는 시공과 시행의 개념이 명확하게 규정, 구별되지 않았고, 건설업자가 시공뿐만 아니라 시행까지 광범위하게 담당하여 왔다. 이에, 도시정비법은 제정된 이래로 현재까지 수 차례 개정을 거쳐 오면서, 양자의 개념을 명확하게 규정하고, 건설업자의 사업시행자 및 시공자로서의 역할 범위를 확실히 하려는 시도를 끊임없이 계속하여 왔다.

한편, 도시정비법은 정비사업에서 기존에 만연하던 부패와 비리를 척결하고, 사업의 투명화 및 정상화를 도모하여 공공지원제도를 도입하였다. 그러나 서울특별시 등 일부 지방자치단체에서는 모든 정비사업에 대하여 공공지원제도를 의무적으로 적용되게 하면서, 조례 및 고시를 통하여 공동사업시행자 및 시공자로서의 건설업자의 선정 시기를 도시정비법에서 정한 바와 달리 정하는 등으로 여러 문제점을 야기하고 있으며, 무엇보다 이를 통하여 제정 이래 시행자와 시공자를 명확히 정의하고 양자를 구별하려던 도시정비법의 개정 취지가 무색해지기까지 하였다.

이에, 공공지원제도가 원 기능을 충분히 달성하면서도 정비사업이 사업 초기부터 자금력 및 전문성을 확보하여 원활하게 진행될 수 있도록 하기 위하여는 관계 법규 및 제도를 계속하여 보완하여야 할 것이고, 지속적으로 미비점을 보완해 나간다면 ‘도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높’ 인다는 도시정비법의 목적을 실현할 수 있을 것으로 전망된다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』 (제6판), 피데스, 2018,

[학술논문]

고덕균, “서울시 정비사업 공공관리제도의 문제점과 개선방안 연구”, 『부동산학보』 제46호(2011)

김수진, “재개발·재건축사업의 부패방지를 위한 공공지원제 연구”, 『법학연구』 2021

김종보, “정비사업의 시공사 선정과 형사처벌”, 『서울대학교 법학』, 2007

김종보, “시행과 시공의 구별 - 종합공사에 대한 건설산업기본법 조항의 위헌성”, 『행정법연구』 제26호(2010)

김진수, 이정은, “도시 및 주거환경정비사업의 공공관리제도 개선방안 연구 - 서울특별시 정비사업 공공관리제도 실증분석을 중심으로”, 『부동산학보』 제62호(2015)

정우택, 이윤환, “도시정비법상 공공지원제도 활성화에 대한 연구”, 『법학연구』 제18권 제2호(2018)

조필규, “정비사업 자금조달 실태 및 개선방안에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제65집(2014)

홍득관, “실무연구: 주택재건축사업과 관련된 법적 제 문제 - 도시 및 주거환경정비법과 관련하여”, 『법조』 제58권 제8호(2009)

[칼럼]

김종보, “시공사 선정제도를 논박함”, 『도시개발신문』 게재 칼럼, 2008. 4. 22.

[신문기사]

하우징헤럴드, “서울시 공공관리 시행4년 조합, 추진위들 ‘빈사 상태’ 시공사 선정 못하고 용자지원도 못받아 ‘동맥경화’ ”, 2014. 4. 8.

불교공뉴스, “서울시, 공공관리제도 시행 성과 공개”, 2014. 9. 30.

하우징헤럴드, “공공용자금 턱없이 부족...시공사 선정시기 앞당겨야”, 2022. 2. 17.

하우징헤럴드, “서울시의회 시공사 선정시기 조기화 조례개정안 재발의”, 2022. 3. 29.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제8호 2022년 9월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 8, September 2022

공공지원민간임대주택 개발사업과 대토보상

- 과천 주암 공급촉진지구를 중심으로 -

최민현*

국문초록

공공지원민간임대주택 사업은 박근혜 정부시절 뉴스테이 정책으로 탄생한 기업형임대주택 사업이 문재인 정부에 들어서 그 명칭이 변경된 것이다. 기업형임대주택사업은 민간임대주택의 공급을 활성화하기 위하여 민간임대주택법을 통한 강력한 공적지원을 받았다. 특히, 민간임대주택법은 기업형임대주택 건설을 위한 택지개발법으로 작동하였고, 그 결과 수도권 개발제한구역을 중심으로 기업형임대주택 공급촉진지구가 지정되게 된다.

문재인 정부가 들어서고 부동산 시장이 폭등하면서 민간임대주택 건설사업을 위한 공적지원의 당위성이 상실되었다. 민간주택 건설사업의 수익성 보장을 위해 국가가 정책적으로 이를 지원할 필요성이 사라졌고, 따라서 기존 기업형임대주택사업의 수정이 불가피해졌다. 정부는 기업형임대주택사업을 폐지하는 대신 공공지원민간임대주택사업으로 그 명칭을 변경하면서, 민간임대주택법 개정을 통해 공공주택 비율, 임대조건 등을 조정하여 사업의 공공성을 강화하고자 하였다. 이러한 공공성 강화작업으로 인해 토지이용계획 상 주택유형 비율이 크게 변하는 등 기존 사업의 성격이 완전히 변화하였음에도, 기존 사업의 공공성이 강화되었다는 이유만으로 기존 공급촉진지구를 그대로 활용하는 것이 정당화되었다.

공공지원민간임대주택은 공공임대주택과 달리 분양전환에 대한 규제가 없으므로 의무임대기간이 지난 후에는 분양가격을 사실상 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 부동산 가격 상승이 예상되는 일부 지역에서는 분양가 상환제를 피하기 위하여 분양주택 대신 공공지원민간임대주택을 개발하는 것이 더 큰 개발이익을 내는 것으로 판단되기도 하였다. 이처럼 공공지원민간임대주택의 향후 가치가 상승하는 것이 예상되는 상황에서 해당 개발사업으로 조성

* 변호사, 법무법인(유한) 율촌

된 토지로 보상하는 대토보상제도는 원활한 토지수용을 위한 수단으로 사용될 수 있었다. 그러나, 대토보상제도는 헌법상의 정당보상의 관점에서 지나치게 많은 부분이 사업시행자의 재량에 맡겨져 있어 제대로 된 보상제도로 활용되기에는 많은 한계를 지니고 있다. 대토보상제도가 정책적 목적에 따라 무분별하게 남용되지 않고 공정한 보상제도로 자리 잡기 위해서는 토지보상법에 그 기준과 원칙을 명확히 설정하는 작업이 선행되어야 할 것으로 판단된다.

주제어 : 공공지원민간임대주택, 기업형임대주택, 민간임대주택법, 대토보상, 주암지구

목 차

- I. 서론
- II. 과천주암지구 개발사업의 소개
- III. 민간임대주택법상 임대주택 비율
- IV. 토지수용과 대토보상
- V. 결론

I. 서론

박근혜 정부 뉴스테이 정책의 일환으로서, 민간임대주택의 한 유형인 “기업형임대주택”의 건설을 위해 과천 주암지구는 기업형임대주택 공급촉진지구로 지정되었다. 기업형임대주택사업은 근본적으로 민간주택 개발사업임에도 불구하고 민간임대주택법이라는 근거법률에 의해 개발제한구역 해제권, 수용권 등의 강력한 권한을 부여받게 된다. 민간분야의 주택사업이 이와 같은 국가의 강력한 정책적 지원을 받을 수 있었던 것은 당시의 시대적 상황과 관련 있다. 기업형임대주택 사업의 법적근거로서 당시 새롭게 재정되었던 민간임대주택법에 대한 분석을 통해 기업형임대주택 사업의 특징과 변화에 대해 살펴볼 것이다. 특히, 기업형임대주택사업은 정권교체와 부동산 시장의 변화에 의해 공적 지원의 당위성을 상실하게 되면서, 공공성 강화를 목표로 한 제도의 수정이 이루어지게 된다. 그러한 관점에서 민간임대주택법의 개정이 기존 기업형임대주택사업의 성격에 어떠한 변화를 초래하였는지 살펴보고

자 한다.

대토보상제도란 토지보상금이 부동산 시장에 유입되어 부동산 가격을 상승시키는 문제를 방지하고, 이주민들이 재정착하는 것을 지원하기 위해 금전 대신 택지로 보상하는 제도이다. 개발제한구역이었던 과천 주암지구에는 화훼사업을 통해 생계를 유지하고 있는 화훼농가가 있어 이들의 재정착을 위해 대토보상이 시행되었다. 대토보상은 토지보상법상 절차에 따라 이루어지는데, 절차와 방법 등 많은 부분이 사업시행자의 재량으로 정해져있다. 따라서 LH의 경우 내부 수립지침을 규정하여 그에 따라 대토보상을 실시하고 있다. 대토보상의 관련규정과 지침을 분석하여 현 대토보상제도가 가지는 의의와 한계에 대해 살펴볼 것이다.

II. 과천주암지구 개발사업의 소개

1. 뉴스тей 사업

박근혜 정부는 2015년 전세대란으로 인한 임차가구의 주거불안정을 해소하면서 양질의 임대주택을 공급하기 위하여 “뉴스тей 정책”을 발표하였다. 주택가격이 지속적으로 상승하는 고금리 시대에서 전세제도는 임대인은 시세차익을 통해 수익을 얻고, 임차인은 비교적 저렴한 비용으로 주거문제를 해결할 수 있는 수단으로 활용되어 왔다. 그러나 부동산시장이 침체하고 저금리기조가 유지되면서 임대인들은 전세보다 월세를 선호하게 되었고, 이에 따라 주거비 부담이 증가하여 중산층 주거불안정이 심화되었다. 이러한 상황에서 신규 주택공급 또한 감소하자, 박근혜 정부는 기존 전세주택의 대안으로서 새로운 주거형태인 기업형임대주택의 공급이라는 해결책을 제시하였다.

뉴스тей 정책은 기업형임대사업의 육성을 위하여 임대주택 정책의 방향을 규제에서 지원으로 개편하여, 기존의 「임대주택법」을 전부개정한 「민간임대주택에 관한 특별법」(이하 ‘민간임대주택법’)을 제정하였다. 민간임대주택법은 종전에 민간사업자라 하더라도 주택기금 및 공공택지를 지원받아 건설하면 공공임대주택으로 규율하던 규제방식을 탈피하여 이를 민간임대주택으로 규율하면서 여러 규제를 완화하였다.¹⁾ 이는 민간사업자의 수익률을 보장함으로써 민간임대주택의 공급을 활성화하고자 함이었다. 이와 함께 「공공주택특별법」, 「도시 및 주거환경 정비법」을 개정하여 국유지 활용범위 삭제, 기업형 임대주택 공급을 위한 정비사업 단계별 법적 근거 및 인센티브 조항 신설 등을 통해 뉴스тей 사업의 법적

1) 임대 의무기간 및 임대료 상승률을 제외한 초기임대료, 분양전환의무, 임차인 자격, 담보권 설정 제한 폐지 등의 주요 규제를 폐지하였음

근거를 마련하였다.²⁾

2. 민간임대주택법의 제정

임대주택은 민법에 의해 규율받던 것이 1981년 「주택임대차보호법」의 제정으로 기존 민법상 원리의 수정 혹은 공법상 관여가 이루어졌는데, 이는 상대적 약자인 임차인을 보호하여 무주택국민의 주거생활의 안정을 보장하기 위함이었다.³⁾ 임차인 보호에 더불어 임대주택의 원활한 공급을 위하여 1984년 12월 31일 현 민간임대주택법의 모태가 되는 「임대주택건설촉진법」이 제정되었다. 임대주택건설촉진법은 임대주택의 우선건설(법 제4조), 임대주택건설채원조달(법 제5조), 택지 우선공급(법 제6조) 등을 규정하여 공공임대주택 공급정책의 발판이 되었으나, 이 법에 따라 용자지원 등을 받고 건설되는 민간임대주택의 경우 임대료 상한 제한 등의 규제⁴⁾를 받게 되어 실질적으로 민간임대주택의 건설이 촉진되지는 못했다.⁵⁾ 1994년 김영삼 정부는 임대주택정책에서 정부의 역할 축소하고 민간업자의 시장 진입을 촉진시키는 방법으로 정책을 전환하였다. 이를 위해 기존의 임대주택촉진법을 「임대주택법」으로 개정하여 임대사업자 등록을 통해 주택금융 및 조세감면지원을 강화하였고, 1996년 임대사업자에게 제한적인 토지수용권⁶⁾을 부여하여 민감임대주택 건설을 유도하였다. 이러한 정책변화를 통해 민간임대주택의 공급이 활성화 되어 이 시기 임대주택 물량 20만호 중 민

2) 최환용, “뉴스테이제도의 법적 검토”, 『한국법제연구』, 6-7면.

3) 김성배, “10월 1일 부동산대책중 임대주택정책과 관련 법제도에 대한 검토”, 『토지공법연구』 제89집(2020년 2월), 한국토지공법학회, 34-36면.

4) 임대주택건설촉진법 시행규칙 제4조 (민간임대주택의 임대보증금 및 임대료등) ① 공공임대주택외의 임대주택(이하 “민간임대주택”이라 한다)중 국민주택기금의 용자를 받아 건설한 민간임대주택의 임대보증금 및 임대료는 제3조의 규정에 의한 표준임대보증금 및 표준임대료의 각 100분의 150에 해당하는 금액을 넘을 수 없다. 다만, 건설부장관이 정하는 방법에 따라 표준임대보증금의 100분의 150에 해당하는 금액을 임대료로, 표준임대료의 100분의 150에 해당하는 금액을 임대보증금으로 각각 환산하여 전환한 금액의 범위안에서 임대인과 임차인의 합의에 의하여 임대보증금을 임대료로, 임대료를 임대보증금으로 각각 환산하여 서로 가감하거나 전환하는 때에는 그러하지 아니하며 이 경우 적용하는 비율은 은행법에 의한 은행에서 적용하는 1년만기정기예금의 비율을 기준으로 한다. <개정 1986. 10. 13.>

5) 임대주택법(시행 1994. 4. 1.) 제정·개정이유

임대주택의 건설을 촉진하기 위하여 1984년 12월 31일 제정된 임대주택건설촉진법은 그동안 공공부문의 임대주택건설을 촉진시켜 어느 정도의 목적을 달성하였으나, 아직도 민간에 의한 임대주택의 건설은 원활하지 못하므로 민자에 의한 임대주택의 건설을 활성화하기 위한 기반을 조성하는 한편, 무주택임차가구의 보호를 강화함으로써 현행 임대주택제도의 운용상 나타난 미비점을 전반적으로 개선·보완하려는 것임.

6) 임대주택법[1996. 12. 30, 법률 제5228호] 제10조의2 (토지수용법에 관한 특례) ① 임대사업자가 전용면적 85제곱미터이하의 임대주택을 대통령령이 정하는 호수이상 건설하기 위하여 사업대상토지면적의 10분의 9이상을 매입한 경우(토지소유자로부터 매입에 관한 동의를 얻은 경우를 포함한다)로서 잔여토지를 취득하지 않으면 당해 사업의 시행이 현저히 곤란한 사유가 있는 때에는 건설교통부장관에게 토지수용법 제3조제5호의 규정에 의한 지정을 요청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 지정을 받은 임대사업자가 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의하여 사업계획승인을 얻은 때에는 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정을 받은 것으로 본다. 다만, 재결신청은 토지수용법 제17조 및 동법 제25조제2항의 규정에 불구하고 사업계획승인을 얻은 주택건설사업기간내에 할 수 있다.

간부분이 75.5%를 차지하게 되었다.⁷⁾

김대중 정부는 저소득층을 위한 주거복지 수단으로 국민임대주택제도를 도입하여, 시중 가격의 60~70% 수준의 임대료를 가지는 공공임대주택을 공급하였다. 공공임대주택 건설을 위한 별도의 근거법률이 제정된 건 전 정부의 부동산 정책을 계승한 노무현 정부 시기로, 2003년 제정된 「국민임대주택 건설 등에 관한 특별조치법」(이하 ‘국민임대주택법’)은 개발제한구역에서의 지구지정 특례(법 제13조)⁸⁾ 등의 규정을 통해 도시 외곽지역에 대단위 국민임대 주택을 개발할 수 있는 근거가 되었다. 국민임대주택법에서는 국민임대주택을 ‘국가 또는 지방자치단체의 재정 및 국민주택기금을 지원 받아 30년 이상 임대할 목적으로 건설되는 주택’으로 정의하여 이에 해당하지 않는 공공임대주택은 여전히 임대주택법의 적용을 받았다. 국민임대주택법은 국민주택에 분양주택을 추가한 개념인 보금자리주택 정책에 따라 「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」으로 개정되며 분양주택도 함께 규정하는 법률로 성격이 변경되었다.

「보금자리주택건설 등에 관한 특별법」은 「공공주택건설 등에 관한 특별법」으로 한차례 더 명칭이 변경되었다가, 2015년 임대주택법을 민간임대주택법으로 전부개정하면서 현재와 같은 「공공주택 특별법」으로 개정되었다. 기존 임대주택법상 공공임대주택에 관한 규정을 공공주택 특별법으로 이관하여 민간임대주택은 민간임대주택법에서, 기존의 공공임대주택을 포함한 공공주택은 공공주택 특별법에서 규정하게 되어 공공주택과 민간임대주택에 관한 법제가 명확히 분리되었다. 이에 따라 기존의 공공주택건설 등에 관한 특별법상 공공임대주택⁹⁾과 임대주택법상의 공공임대주택¹⁰⁾의 정의가 일원화되었고, 민간임대주택법은 민간의 임대주택에 대해서만 규정하는 법률로 변모하였다.

7) 국회연구보고서, 임대주택 정책 추이 및 개선방안, 2018 5면.

8) 국민임대주택건설등에관한특별조치법[법률 제7051호, 2003. 12. 31., 제정] 제13조 (개발제한구역에서의 예정지구지정에 관한 특례) ①건설교통부장관은 임대주택수급 등 지역여건을 감안하여 불가피한 경우 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제3조제1항의 규정에 의하여 해제할 필요가 있는 개발제한구역을 예정지구로 지정할 수 있다.

②건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 예정지구를 지정하는 경우 개발제한구역으로서 보전가치가 낮은 지역중 대통령령이 정하는 지역을 지정하여야 한다.

③건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 예정지구를 지정하는 경우 환경부장관과 협의하여 용적률·건폐율 및 건축물의 높이 등 세부적인 개발기준을 별도로 정할 수 있다.

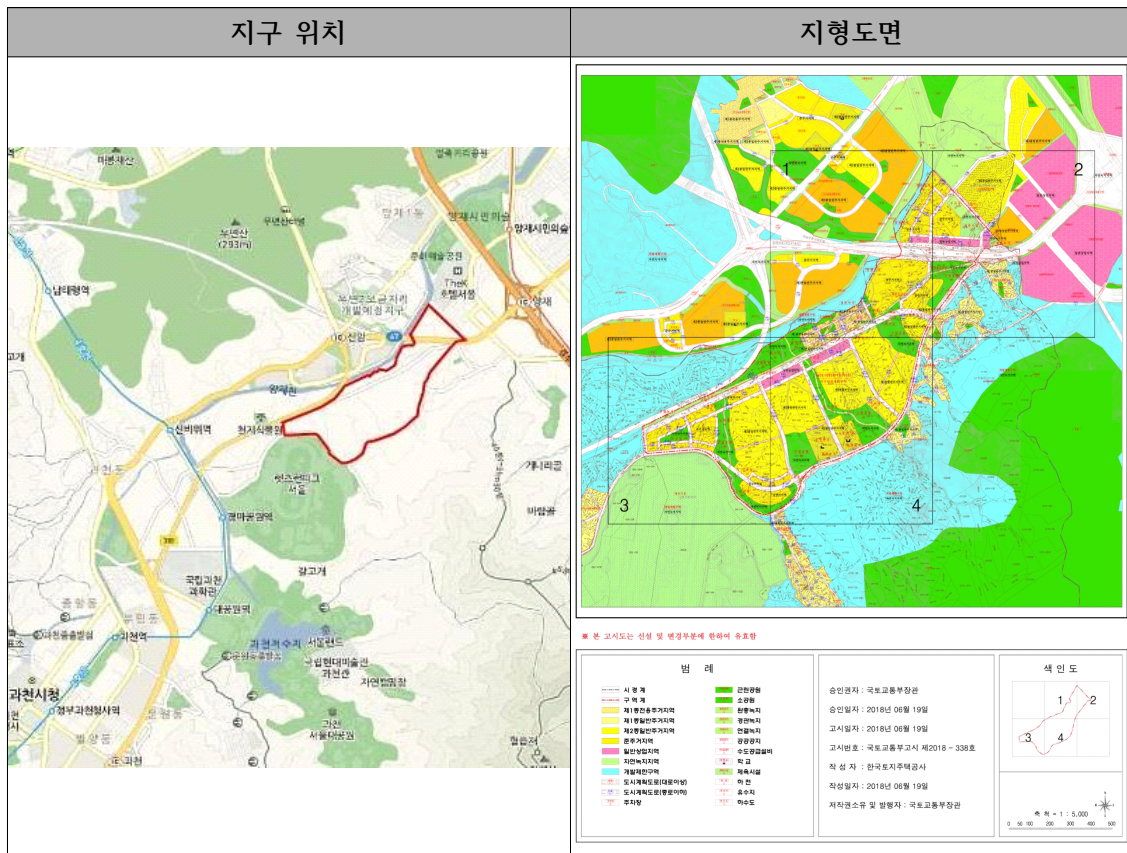
④건설교통부장관이 제1항의 규정에 의하여 예정지구를 지정하여 고시한 때에는 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제3조 내지 제7조의 규정에 의한 개발제한구역의 해제를 위한 도시관리계획의 결정이 있는 것으로 본다.

9) 공공주택건설 등에 관한 특별법상 공공주택은 국가, 지방자치단체 등 공공주택사업의 시행자가 국가 또는 지방자치단체의 재정이나 주택도시기금을 지원받아 건설 또는 매입하여 임대를 목적으로 공급하는 주택으로 정의된다(법 제2조 제1호 가목, 제4조 제1항).

10) 임대주택법상 공공건설임대주택은 국가 또는 지방자치단체의 재정으로 건설하는 임대주택, 주택도시기금의 자금을 지원받아 건설하는 임대주택, 공공사업으로 조성된 택지에 주택법상 사업계획승인을 받아 건설하는 임대주택으로 정의된다(법 제2조 제2의2호)

임대주택 법제는 정부의 주택정책에 맞추어 변화하였는데, 민간임대주택법은 뉴스테이 사업의 시행을 위해 제정되었다. 민간자본을 활용한 임대주택 공급을 위해 기존의 규제 중심의 민간임대주택 공급 체계를 지원 중심으로 전환하였는데, 기업형임대주택¹¹⁾이라는 임대주택 유형을 설정하고 신속한 공급을 위해 기업형임대주택 공급촉진지구를 지정할 수 있도록 규정하였다.¹²⁾ 이는 공공주택을 위한 과거의 개발사업법과 유사한 지원 체계를 도입한 것으로, 민간임대주택법이 민간기업이 임대주택을 건설할 수 있는 원활한 택지공급을 위한 택지개발법으로서 의미가 있음을 보여준다. 결국 민간임대주택법은 주택 건설을 촉진하기 위하여, 택지개발 단계의 공적지원을 통해 부족한 수익성을 개선하기 위해 도입되었다고 해석할 수 있다. 따라서 기업형임대주택사업이 공적지원을 받아야하는 당위성으로서 기업형임대주택 및 그 개발사업의 공공성에 대한 논의는 부족하였고, 그 결과 민간임대주택법 및 기업형임대주택사업은 이후 대대적인 개편이 이루어지게 된다.

3. 사업의 개요 및 경과



- 11) 기업형임대사업자가 8년 이상 임대할 목적으로 취득하여 임대하는 민간임대주택으로 임대하의무기간 종료 후 사업자가 매각으로 시세차익을 누릴 수 있고, 최초 임대료의 규제가 없다는 점에서 이전의 국민주택 등과 큰 차이를 보인다.
- 12) 김봉채, “민간임대주택에 관한 특별법 상 기업형임대주택공급 촉진지구 지정에 있어서 몇 가지 문제점”, 『집합건물법학』 제23집(2017. 8.), 한국집합건물법학회

국토부는 2016년 1월 기업형임대주택(현 공공지원민간임대주택) 5만 가구의 사업부지를 확보하기로 계획하고, 그 중 2만5000가구에 대하여는 민간임대주택법에 근거한 공급촉진지구를 지정하기로 하였다. 공급촉진지구는 준공업지역(서울 문래·5000가구), 주거지역(대구 대명·400가구)를 제외하면 모두 개발제한구역(의왕 초평, 과천 주암, 부산 기장, 인천 계양, 인천 남동·1만9600가구)에 지정되었고, 그 중 과천 주암지구(5200가구, 929,080m²)가 가장 큰 규모로 선정되었다. 뉴스테이 사업의 성공을 위해서는 민간이 적극적으로 사업에 참여할 수 있도록 수익성 확보가 전제되어야 했으므로 정부가 저렴하게 토지를 확보할 수 있는 개발제한구역 위주로 부지가 선정되었다. 당시에 민간기업의 수익을 위하여 개발제한구역을 해제하는 것에 비판적인 시각도 존재하였으나, 전세난 완화를 위한 주택 공급이라는 공익적 목적에 의해 사업은 정당화되었다.

과천 주암 공공지원민간임대주택 공급촉진지구 조성사업은 LH(한국토지주택공사)가 부지 조성사업 시행자로 참여하였다. LH가 시행자로 참여하는 경우 민간임대주택법 제23조 제2항에 따라 공공지원 민간임대주택 등 주택건설사업에는 시행자로 참여할 수 없게 되므로 부지 조성사업이 완료되면 해당 부지를 건설사에 매각하여 주택건설사업이 진행된다. 공급촉진지구에는 민간임대주택 외에도 공공분양주택, 공공임대주택이 계획되어 있는데, 이 경우에도 LH는 직접 건설할 수 없고 LH가 아닌 다른 공공주택사업자에게 부지를 매각하여 건설 사업을 진행해야 한다.

과천 주암지구는 2016년 6월 29일 기업형임대주택 공급촉진지구로 지정됨과 동시에 과천시 도시관리계획 변경 결정에 따라 개발제한구역이 해제되었다. 이후 정권변화로 사업이 중단되었다가 2018년 6월 19일 지구계획이 승인되고, 2019년 11월 27일 토지 보상에 착수하였다. 2020년 6월 30일 사업의 근거법률인 민간임대주택법의 개정에 따라 사업 명칭이 기업형 임대주택 공급촉진지구 조성사업에서 공공지원민간임대주택 공급촉진지구 조성사업으로 변경되었다. 2021년 1월 6일 지구지정 및 지구계획이 일부 변경되었고, 현재 2022년 12월 지구 조성공사 착공 및 2026년 12월 준공을 예정으로 수용 및 보상절차가 진행 중에 있다.

III. 민간임대주택법상 임대주택 비율

1. 민간임대주택의 공공성과 토지이용계획상 주택 비율

과천 주암지구는 민간임대주택법 제22조에 따라 기업형임대주택 공급촉진지구로 지정되었다가 법률의 개정에 따른 명칭 변경으로 현재 공공지원민간임대주택 공급촉진지구(이하

‘촉진지구’)로 지정되어 있다. 촉진지구에서는 건설·공급되는 전체 주택 호수의 50% 이상이 공공지원 민간임대주택으로 건설·공급되어야 하며(동법 제22조 제1항 제1호), 유상공급 토지면적 중 주택건설 용도가 아닌 토지로 공급하는 면적이 유상공급 토지면적의 50%를 초과할 수 없는 제한을 받게 된다(동법 제3호).

촉진지구로 지정되면 시행자는 지구계획을 작성하여 승인을 받아야 하고(민간임대주택법 제28조), 지구계획 승인을 받는 경우 관련 법률의 인허가 의제를 받게 된다(동법 제29조). 촉진지구가 개발제한구역에 위치하여 개발제한구역 해제가 필요한 경우 시행자는 지정권자에게 해제를 위한 도시관리계획의 변경을 지정권자에게 제안할 수 있고, 지정권자는 촉진지구 지정 절차와 함께 해제 절차를 진행할 수 있게 된다(동법 제31조 제1항). 개발제한구역이었던 과천 주암지구 역시 위 특례규정에 따라 촉진지구 지정과 동시에 개발제한구역이 해제될 수 있었다. 촉진지구 지정이 되면 시행자는 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 받은 경우 나머지 토지를 수용할 수 있는데, 주암지구와 같이 LH가 시행자로 참여하는 경우에는 해당 요건을 갖추지 않아도 토지를 수용 또는 사용할 수 있다(동법 제34조 제1항, 제23조제1항제2호). 촉진지구 에 공공지원민간임대주택을 건설하는 경우 국토계획법상 용도지역에서의 제한이 완화되고, 조례로 정한 건폐율 및 용적률, 건축법상 건축물의 층수 제한 등이 완화된다(동법 제35조).

최초의 민간임대주택법은 기업형임대주택을 ‘기업형임대사업자가 8년 이상 임대할 목적으로 취득하여 임대하는 민간임대주택’으로 정의하고, 기업형임대사업자를 ‘8년 이상 임대할 목적으로 100호 이상으로서 대통령령으로 정하는 호수 이상의 민간임대주택을 취득하였거나 하려는 임대사업자’로 정의하였다.¹³⁾ 민간임대주택법은 기업형임대주택 건설을 위한 개발사업법이었지만, 기업형임대주택사업이 무엇인지에 대한 명확한 개념을 설정하지 못하였다. 이는 장기임대가 가능한 임대주택공급이라는 목적 달성을 위해 근거법률이 급조되어 그 목적이 가지는 공공성, 당위성에 대한 진지한 고민이 이루어지지 못했기 때문이다. 다만, 민간임대주택법이 국토계획법상 용도지역 및 용도지구에서의 건축물 제한을 완화하여 문화 및 집회시설, 대규모점포와 같은 판매시설, 업무시설, 관광 휴게시설 등을 허용하고 있는 점, 일반분양주택 수준의 품질과 환경을 제공하는 정책이라는 점 등을 감안하면 초기 기업형임대주택사업은 장기간 임대를 목적으로 관련 부대서비스 일체를 제공하는 기업화된 임대주택사업으로 볼 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 기업형임대주택사업이 국가의 제도적, 재정적 지원을 받고 시행되어야 하는 당위성은 임대료 상승폭 제한 및 임대기간이 법적으로 보장되는 임대

13) 민간임대주택에 관한 특별법[시행 2015. 12. 29.] [법률 제13499호, 2015. 8. 28., 전부개정] 제2조 제4호, 제8호

14) 김봉채, 앞의 글, 83면.

주택 공급을 통해 전세난을 해결하여 국민의 주거 안정화를 달성하고자 하는 공익적 목적이 있었을 것이다. 그러나 임대소득이 발생하고 일정 기간이 지나면 주택을 매각하여 시세차익을 얻을 수 있는 민간주택 건설에 대한 공적 지원을 하는 것이 옳은지에 대한 논란이 정책 초기부터 존재하였다. 이러한 논란은 정권 변화와 부동산 가격이 폭등하는 최근에 더욱 심화되어, 기존 기업형임대주택사업의 공익적 성격을 강화하기 위한 수정이 이루어지게 되었다.

2018년 1월 16일 민간임대주택법 개정을 통해 기업형임대주택사업을 공공지원민간임대주택사업으로 명칭을 변경하면서 기업형임대사업 개념을 삭제하였다. 기존의 개발주체 중심으로 기업형임대주택을 정의하던 방식을 수정하여 법에서 정하고 있는 개발방식에 따라 건설하는 임대주택을 공공지원민간임대주택으로 정의함으로써 임대사업자에 대한 지원중심의 법체계를 개편하였다.¹⁵⁾ 또한, 사업의 공공성 강화를 위하여 의무 임대기간을 8년에서 10년으로 상향 조절하였고, 임대사업자에 의해 자유롭게 설정되던 최초 임대료에 대한 규제조항을 신설하였으며(법 제44조 제1항, 시행규칙 제17조의2), 임차인 선정에 있어 청년 신혼부부 등 주거지원계층이 배려될 수 있도록 조정하였다(법 제42조, 시행규칙 제14조의3). 기업형임대사업자 개념을 삭제함에 따라 기업형임대사업자가 민간인 경우에도 개발제한구역의 해제가 수반되는 개발사업의 시행자가 될 수 있도록 규정하였던 「개발제한구역의 조정을 위한 도시군관리계획 변경안 수립지침」(이하 ‘개발제한구역 수립지침’)을 수정하여 민간 임대사업자 단독으로는 개발제한구역의 해제가 수반되는 공공지원민간임대주택사업의 시행자가 될 수 없게 되었다.¹⁶⁾ 또한, 공급촉진지구 지정시 일정비율 이상의 공공임대주택을 의무적으로 건설하게 함으로써 민간임대주택 공급촉진이라는 촉진지구지정의 정체성이 약화되었다.

공급촉진지구에서 건설되는 민간임대주택이 임대사업자가 10년 이상 임대할 목적으로 취득하여 민간임대주택법상 임대료 및 임차인 자격제한 요건을 갖추게 되면 공공지원민간임대

15) 민간임대주택법 제2조

4. “공공지원민간임대주택”이란 임대사업자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 민간임대주택을 10년 이상 임대할 목적으로 취득하여 이 법에 따른 임대료 및 임차인의 자격 제한 등을 받아 임대하는 민간임대주택을 말한다.

가. 「주택도시기금법」에 따른 주택도시기금(이하 “주택도시기금”이라 한다)의 출자를 받아 건설 또는 매입하는 민간임대주택

나. 「주택법」 제2조제24호에 따른 공공택지 또는 이 법 제18조제2항에 따라 수의계약 등으로 공급되는 토지 및 「혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법」 제2조제6호에 따른 종전부동산(이하 “종전부동산”이라 한다)을 매입 또는 임차하여 건설하는 민간임대주택

다. 제21조제2호에 따라 용적률을 완화 받거나 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따라 용도지역 변경을 통하여 용적률을 완화 받아 건설하는 민간임대주택

라. 제22조에 따라 지정되는 공공지원민간임대주택 공급촉진지구에서 건설하는 민간임대주택

마. 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 공공지원을 받아 건설 또는 매입하는 민간임대주택

16) 개발제한구역의 조정을 위한 도시군관리계획 변경안 수립지침 3-5-1. (1) ① 사. 삭제

주택으로 인정된다(민간임대주택법 제2조 제4호 라목). 공급촉진지구에서는 전체 주택 수의 50%이상을 공공지원민간임대주택으로 건설하도록 정해져있으므로, 50% 내의 범위에서는 공공지원민간임대주택이 아닌 다른 형태의 주택을 건설하도록 계획할 수 있다. 최초의 기업형 임대주택사업에서는 공공지원민간임대주택 외에 계획되는 주택유형에 대한 일반적인 비율 제한 규정은 없었고, 개발제한구역 수립지침에서 개발제한구역을 해제하고 공급촉진지구를 지정하는 경우에만 지구 내 전체 공동주택 세대수의 5~10%를 공공임대주택으로 확보하도록 정하였다.¹⁷⁾ 다만, 이는 개발제한구역 해제를 수반하는 일반적인 공동주택 사업 시 확보해야 하는 의무비율인 35%에 비해 완화된 기준을 규정한 것으로 기업형임대주택사업에 대한 규제의 의미보다는 이를 완화하는 규정으로 보아야 한다. 공공성 강화를 위한 민간임대주택법 개정이 이루어지면서 「공공지원민간임대주택 등에 관한업무처리지침」(이하 ‘업무처리지침’)을 개정하여 촉진지구에 건설되는 전체 주택 호수의 20% 이상을 면적 85제곱미터 이하의 공공임대주택으로 건설·공급하도록 하는 일반규정을 추가하였다.¹⁸⁾ 또한, 개발제한구역 수립지침을 개정하여 개발제한구역을 해제하는 경우 확보해야하는 공공임대주택 비율을 20%로 상향조절하여 공공임대주택 의무비율 상향을 통해서도 공공지원민간임대주택 사업의 공공성을 확보하고자 하였다.

2. 주암지구의 토지이용계획

포 삼입을 위한 여백

17) 개발제한구역의 조정을 위한 도시군관리계획 변경안 수립지침 [시행 2015. 12. 28.] 3-5-1. (3) ①, ③

18) 공공지원민간임대주택 등에 관한업무처리지침 제16조 제5항

변경된 토지이용계획		변경된 주택건설계획		
<p>변경</p> <p>과천우림 공공지원민간임대주택 공급촉진지구</p> <p>토지이용계획</p> <p>범례</p> <ul style="list-style-type: none"> 시 경계 구역 경계 일반주거 근린생활시설 상업용지 업무용지 R 용도 자족시설(학원연대) 학교 문화시설 관광형시설 경원 녹지 관광용지 체육시설 역전 소수종교용지 향교 무치량 보행자친화도로 지류지 	구분	건설호수(호)	비고	
	계	6,158		
	단독주택	97		
	공동주택	6,061		
	A1	472	공공임대주택 (행복주택)	
	B1	603	공공지원민간임대주택	
	B2	675	공공지원민간임대주택	
	B3	786	공공지원민간임대주택	
	B4	1,121	공공지원민간임대주택	
	C1	1,338		
		812	공공분양	
		406	공공임대	
C2	1,066			
	711	공공분양		
	355	공공임대		

주암지구는 지구 면적 929,080m² 중 29.9%의 주택건설용지로 계획되었는데 이 중 공동주택용지가 총 면적의 26.9%로 주택 용지 대부분이 공동주택용지로 계획되었다. 최초의 지구계획에서 공동주택 5,635호 중 기업형임대주택이 5,249호(약 93%)로 대부분을 차지하였고, 공공임대주택은 전체 주택 호수 대비 약 6.9%인 386호로 계획되어 개발제한구역 수립지침상의 요건인 5~10%의 비율을 충족하였다. 정권교체 이후 기업형임대주택사업이 공공지원민간임대주택사업으로 수정되면서 2021년 1월 지구계획이 변경 결정되었다. 제2종일반주거지역인 공동주택용지의 용적률 제한 및 층수 제한을 완화하여 주택건설용지 면적의 증가 없이 428호의 공동주택을 추가하였다. 또한 개정된 업무처리지침 및 수립지침에서 규정하고 있는 공공임대주택 20% 비율을 준수하기 위해 전체 주택 수의 약 20.3%인 1,233호의 공공임대주택 건설하는 것으로 계획을 변경하였다. 이전 지구계획에서는 모든 주택이 임대주택이었으나 분양주택을 추가하여 전체 주택 수의 약 26.7%인 1,643호를 공공분양주택으로 계획하였다. 따라서 변경된 주암지구 지구계획은 촉진지구 공공지원민간임대주택 최소비율과 공공성강화를 위해 상향된 공공임대주택 비율을 준수하는 선에서 건설할 수 있는 최대 수의 공공분양주택을 건설하는 것으로 계획이 크게 변경되었다. 따라서 거의 대부분이 민간임대주택

으로 계획되어 있던 최초의 계획과는 완전히 다른 성격의 사업으로 변화하였다.

기업형임대주택사업은 박근혜 정부초기 1~2인 가구 급증에 따른 자가점유율 감소 및 임대주택 수요 증가, 저금리 정책에 따른 전세공급 감소, 기존 공공임대주택 운영 적자 누적, 부동산시장 침체에 따른 주택공급 부족 등의 사회적 문제를 해결하기 위하여 민간임대주택을 대량으로 공급하고자 시행되었다. 특히, 택지개발 단계에서의 공적지원을 통해 임대주택 건설을 위한 민간투자가 활성화될 수 있도록 하는 것이 제도의 핵심이었다. 그러나 최근 몇 년 사이 부동산 가격이 폭등하며 수익성이 보장되는 민간 주택건설 사업에 공적지원을 해야 할 필요성이 사라지게 되었다. 이는 기업형임대주택제도를 설계할 당시 사회예측의 실패였고, 따라서 사실상 폐지되어야 하는 정책이 되었다.

그러나, 문재인 정부는 민간임대주택법의 일부 개정을 통해 기존 기업형임대주택사업에서 공공성을 강화한 공공지원민간임대주택사업으로 명칭을 변경하면서 기존 민간임대주택사업을 유지하였다. 따라서 민간임대주택법은 여전히 택지개발의 강력한 권한을 부여할 수 있는 임대주택사업의 근거법률로서 작동하였고, 기존 공급촉진지구를 유지하여 대규모 주택공급을 할 수 있게 되었다. 다만, 공공성 강화를 위해 공공임대주택 비율 증가, 의무 임대기간 연장 등을 통해 기존의 토지이용계획과는 전혀 다른 토지이용계획이 수립되었다. 그에 따라 기존 촉진지구 설정 당시의 토지이용계획과 성격이 전혀 다른 토지이용계획이 수립됨에도 수용권 및 개발제한구역 해제에 대한 새로운 당위성 검토 없이 촉진지구가 유지되는 문제가 발생하였다. 비록 사회적으로 주택 공급의 필요성이 대두되고 있으나, 수용권 발동 및 개발제한구역 해제권 등의 공적 권한 행사가 무분별하게 이루어지고 있다는 비판은 피할 수 없게 되었다. 따라서 기존 민간임대주택사업에 대한 근거가 사라진 지금에서는 새로운 개발사업에 대한 근거와 정책, 이를 뒷받침 하는 법률 모두 완전히 새롭게 논의되었어야 한다고 판단된다.

IV. 토지수용과 대토보상(代土補償)

1. 대토보상의 목적 및 의의

헌법은 공공필요에 의한 재산권의 수용과 보상에 관해서 법률이 정하도록 명하고 있다(헌법 제23조 제3항). 그 근본취지는 재산권 보호를 위해 재산권의 박탈은 법률로서만 하도록 제한하는 것이지만 동시에 법률의 제정을 통해 재산권을 박탈할 수 있도록 수권하는 기능도 수행한다.¹⁹⁾ 헌법에 수권을 받은 개별 개발사업법에서는 수용과 보상 체계를 규정하게 되는

데, 현행 실정법 체계에서는 개발사업법의 수용관련조항은 토지보상법의 일반절차를 묵시적 전제로 하여 입법된다. 또한, 토지보상법은 공익사업을 명시적으로 나열하거나(토지보상법 제4조 제5호), 다른 법률에 의해 토지를 수용할 수 있는 사업을 공익사업으로 정하고 있어(동조 제8호), 수용 및 보상제도와 관련하여 토지보상법이 개발사업법의 일반법으로서 작동한다고 볼 수 있을 것이다.²⁰⁾

민간임대주택법은 별도의 수용보상 조항을 두지 않고 있으므로 공공지원민간임대주택사업에서의 수용보상은 토지보상법 규정에 의해 이루어지게 된다. 토지보상법에 따른 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 금전으로 지급하는 것이 원칙이고(토지보상법 제63조 제1항 본문), 일정 요건을 갖춘 경우 채권으로 지급할 수 있거나 지급하여야만 한다(동조 제7항, 제8항). 2007년 10월 17일 토지보상법 개정을 통해 대토보상제도가 도입되면서 토지 소유자가 원하는 경우 사업시행자가 해당 공익사업의 토지이용계획 등을 고려하여 토지 보상이 가능한 경우에는 그 공익사업의 시행으로 조성한 토지로 보상할 수 있게 되었다(동법 동조 제1항 단서). 대토보상제도는 해당 사업으로 조성한 토지로 대신 보상할 수 있게 함으로써 해당 지역 주민에 개발혜택의 공유 및 원주민의 재정착을 도모하고, 사업 전 금전보상을 대신하여 사업 완료 후 토지로 보상함으로써 손실보상 자금을 효율적으로 관리하고자 도입되었다.²¹⁾

대토보상을 받을 수 있는 자는 건축법상 대지 분할 제한 면적 이상의 토지를 사업시행자에게 양도한 자로, 사업시행자가 대토보상을 실시하기로 결정하면 해당 요건을 갖춘 자는 대토보상을 신청할 수 있다(토지보상법 제63조 제1항 제1호). 보상하는 토지가격의 산정 기준금액은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 일반 분양 가격으로 하며, 보상면적은 주택용지는 990제곱미터, 상업용지는 1100제곱미터 이하로 하여야 한다(동조 제1항 제2호, 제2항). 또한, 토지로 보상받기로 결정된 권리는 그 보상계약의 체결일부터 소유권이전등기를 마칠 때까지 상속 및 부동산투자회사법에 따른 개발전문 부동산투자회사에 현물 출자 하는 경우를 제외하면 전매할 수 없고, 이를 위반한 경우에는 사업시행자는 토지로 보상하기로 한 보상금을 현금으로 보상할 수 있다(동조 제3항). 그 외의 우선순위 및 대상자 결정방법 등은 사업시행자가 정하며, 정해진 보상기준은 따로 공고하여야 한다(동조 제1항 제1호, 제3호).

19) 김중보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 570면.

20) 김중보, 앞의 책, 573-574면.

21) 토지보상법[시행 2008. 4. 18] [법률 제8665호, 2007. 10. 17, 일부개정] 개정이유

우리법상 대토보상제도는 일본법상 대체지 제도와 비교될 수 있는데, 일본 토지수용법 제82조에서는 금전보상 원칙의 예외로서 토지소유자 등은 수용되는 토지에 대한 보상금에 갈음하여 토지나 토지에 관한 소유권 이외의 권리(替地, 이하 ‘대체지’ 라고 함)로써 손실을 보상하는 것을 수용위원회에 요청할 수 있다고 규정하고 있다.²²⁾ 일본의 대체지 제도와 대토보상제도 체계의 가장 큰 차이는 피수용자가 수용위원회에 재결을 요청할 수 권한여부에 있다. 일본의 대체지 제도는 토지소유자 등이 시행자가 소유한 특정 토지를 지정하여 요구하는 경우 수용위원회는 그 요구가 상당하고 대체지 양도가 시행자의 사업에 지장을 초래하지 않는다고 인정되는 때에는 대체지에 의한 손실보상의 재결을 할 수 있다(일본 토지수용법 제82조 제2항). 또한, 수용위원회는 토지소유자 등이 특정 토지를 지정하지 않고 요구를 한 경우에는 대체지의 제공을 권고할 수 있으며, 권고에 의거하여 제공하려는 대체지에 대하여 토지소유자 등이 동의한 때에는 대체지에 의한 손실보상의 재결을 할 수 있다(동조 제4항). 반면, 대토보상제도는 사업시행자가 대토보상을 실시하기로 하는 경우에는 토지소유자가 신청여부를 결정할 수는 있으나, 그 실시여부는 사업시행자만이 전적으로 결정할 수 있다. 또한, 대토보상의 경우 대토보상계약을 계약하면서 미리 토지소유권을 사업시행자에게 이전하고 사업완료 후에 대토보상을 받는 반면, 일본의 대체지 제도는 사업시행자가 보유하고 있는 토지를 피수용자의 토지와 맞바꾼다는 의미가 강하다.²³⁾ 대체지 제도는 상응의 원칙²⁴⁾을 규정하여 대체지는 종전의 토지와 상응되어야 함을 명시하고 있는 반면, 대토보상 제도는 이를 규정하지 않고 있어 종전 토지의 성격 및 기능과 유사한 토지를 제공한다는 개념보다는 토지의 가치를 금전으로 환산하여 그 금전에 해당하는 토지를 보상으로서 제공한다는 의미가 강하다고 볼 수 있다.

헌법에서는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, ‘정당한’ 보상을 지급해야 된다고 규정하고 있는데(헌법 제23조 제3항), 헌법상 정당보상은 시대적 상황에 따라 다양하게 해석되어 완전보상설, 상당보상설 등의 개념으로 나누어 설명되고 있다. 완전보상설은 헌법상 정당보상의 원칙이 공용침해의 대상이 되는 재산권의 시장가격에 의한 완전한 시가보상을 의미한다는 견해로 보상 액수에 있어 완전한 가치보상이 이루어져야 하며, 그 방법, 절차, 시기 등에 있어서도 부당한 제약이 없는 완전한 보상원칙을 의미한다. 상당보상설에서는 정당보상원칙이 반드시 피침해 재산권의 완전한 객관적 가치보상이 아닌 사회적·경제적 여건에 따라서 가변적이라고 본다.²⁵⁾

22) 일본 토지수용법 제82조 제1항

23) 이우진, “대토보상제도에 관한 연구”, 『토지법학』 제30-1호(2014. 6.), 216면.

24) 일본 토지보상법 제82조 제8항: 사업시행자가 제공해야 하는 대체지는 토지의 지목, 면적, 토성, 수리, 권리의 내용 등을 종합적으로 감안해서 종전의 토지 또는 토지에 관한 소유권 이외의 권리에 상응하는 것이어야 한다.

25) 윤정득, “합리적 대토보상 개선방에 관한 연구”, 『부동산학보』 42권(2010), 334면.

대토보상제도는 사업시행자가 대토보상 시행여부를 전적으로 결정하고, 보상계약을 체결한 후에도 시행자의 폭넓은 해제권을 인정하고 있으며(토지보상법 제63조 제5항), 사업 시행 전 미리 수용대상 토지의 소유권을 이전하도록 규정하고 있어(동조 제1항), 정당보상보다는 사업시행자의 원활한 사업시행에 좀 더 초점을 맞추어 도입되었다고 판단된다. 또한, 대토보상 대상자 선정, 우선순위 등의 기준이 사업시행자에 의해 정해지고, 대토공급가격 산정 기준 등이 법적으로 명확히 규율되어 있지 않아²⁶⁾ 개발이익의 혜택을 피수용자에게 공유한다는 제도 목적 달성이 사업시행자의 양심에 맡겨져 있으며, 일본 대체지 제도와 같은 상응의 원칙이 설정되어 있지 않아 원주민의 재정착이 실현되기 어려운 한계가 있다. 물론, 대토보상을 시행하는 경우에도 대토보상을 받을지 여부는 피수용자가 최종 선택할 수 있으므로 사업시행자의 대토보상 방식 결정이 견제될 수 있고, 보상방식의 선택권을 넓힌다는 측면에서는 긍정적인 부분 또한 존재한다. 그러나 현재 대토보상제도가 정당보상원칙의 실현보다는, 부동산이 폭등하고 있는 시대적 상황에 따른 지가 상승 심리를 이용하여 보상절차를 신속하게 하려는 도구로 사용되는 현실에 비추어 보았을 때 대토보상제도가 헌법상 정당보상원칙에 부합한다고 보기는 어렵다.

2. 주암지구의 대토보상

토지보상법상 대토보상제도는 많은 부분이 사업시행자의 자율에 맡겨져 있으므로, LH는 내부지침을 규정하여 그에 따라 대토보상을 진행하고 있다. LH의 대토보상 시행지침(이하 ‘시행지침’)은 공사의 내부지침으로서 내부적 효력만 있을 뿐 법적효력은 없지만, 그 내용에 따라 실제 대토보상이 이루어지고 있으므로 피수용자에 대해서도 실질적 효력을 미친다고 볼 수 있다.

대토보상 신청자 중 단독주택용지, 공동주택용지, 상업용지 및 그 밖의 용지별로 대토보상 대상자를 선정하는데(시행지침 제12조, 제4조 제3항), 신청결과 경쟁이 있는 경우 시행지침 내 우선순위에 따라 대상자를 선정한다. 시행지침에서는 공람공고일 1년 이전부터 사업지구 내 거주 또는 영업하는 사람, 사업지구 내 소재하고 있는 법인 또는 단체를 1순위, 현지인 중 1순위가 아닌 자를 2순위, 부채부동산소유자를 3순위로 규정하여(시행지침 제12조 제1항) 실제로 거주 또는 영업활동을 한 자를 우선하고 있다. 같은 순위 내 경쟁이 있는 때에는 토지보상금 총액 중 보상채권 및 대토보상으로 받는 금액의 비율이 높은 자를 우선 선정한다(시행지침 제1항 후단). 우선순위 규정에도 불구하고 현지인 중 우선순위를 부여할 만

26) “수용토지 및 공장의 합리적 보상과 이주대책, 어떻게 할 것인가?: 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 개정을 위한 정책토론회, 2007년 5월 28일, 19면 이하.

한 특별한 사유가 있는 토지소유자에게는 사업지구 여건 등을 고려하여 우선순위를 부여할 수 있다(시행지침 제4항).

대토계약을 체결하기 전 대토의 가격은 토지 조성이 완료된 상태의 용도지역과 토지이용 계획 조건하에 조성원가와 인근지가 등을 고려하여 자체추청하거나, 필요시 필지별 또는 토지 품등별로 감정평가한 금액으로 추정한다(시행지침 제9조). 내부적으로 추정한 금액에 따라 수용토지 금액에 해당하는 대토 면적을 결정하여 대상자와 ‘대토보상계약’을 체결하는데, 해당 계약은 대토보상약정을 포함한 용지매매계약 형식으로 진행되어 대상자는 계약에 따라 토지의 소유권을 공사 명의로 이전하게 된다(시행지침 제14조). 사업이 완료되어 대토를 공급하는 경우 대토보상계약을 토대로 ‘대토공급계약’을 체결하여 대토를 이전하게 되는데, 이때 대토의 공급가격은 일반 분양가격을 기준으로 한다(제21조 제1항). 다만, 개별법에서 일반경쟁입찰 방식으로 공급하도록 하고 있는 용지는 해당 필지 감정가격에 공급용도별 평균낙찰률을 곱한 가격으로 결정한다(동조 제2항). 민간임대주택법은 판매·업무시설용지의 경우 일반경쟁입찰 방식으로 공급하도록 하고 있으므로(시행규칙), 위와 같은 방식으로 공급가격이 정해지게 된다. 대토로 공급할 대상 필지는 공급시점에서 확정되므로(시행지침 제20조) 대토보상계약상 대토면적과 실제 대토공급 토지 면적이 달라질 수 있다. 대토보상 계약 전에 대상 필지를 확정할 수 있는데(시행지침 제20조 후단), 이 경우에도 지역본부장은 다른 용도의 대토로 공급이 가능한 경우 당초 대토보상 계약한 용도의 대토 대신 다른 용도의 대토로 전환하여 공급할 수 있다(동조 제3항). 대토는 대토보상계약을 체결 한 자에게 대토보상 계약면적까지 수의계약으로 공급하는데, 대토의 추정가격과 공급가격이 다른 경우 그 차이를 정산해야 한다(시행지침 제22조 제1항).

토지보상법에서 대토보상 대상자의 우선순위 및 결정방법 등을 사업시행자가 정하도록 하고 있으므로(법 제63조 제1항 제1호), LH는 내부 시행지침으로 대상자 선정 방법 등을 정하여 그에 따라 대토보상을 진행할 수 있다. 다만, 법에서 사업시행자가 가지는 재량권의 범위를 명확히 설정하지 않고 있어 대토보상 대상자의 보상정도에 대한 예측가능성을 떨어뜨리게 되었다. 특히, 신청 당시 어떤 용도의 필지를 공급받을지 미리 정해야 하고, 용도별 용지 가운데 하나에 대해서만 신청할 수 있도록 정한 조항(시행지침 제11조 제2항)과 같이 법에서 제한하고 있지 않은 신청권한을 시행지침으로 제한하는 것이 적법한지 여부가 문제될 수 있다. 또한, 대토용지 공급시기 및 가격산정기준이 시행지침 내에서도 엄격히 설정되지 않고 지역본부 등에 재량권을 부여하여 지역별로 다른 기준이 적용되고 있다. 특히, 가격산정기준에 대한 사회적 비판과 대토보상 대상자들의 민원으로 가격산정기준에 관한 지침규정이 최근 3년간 3차례나 개정된 것은 지침 자체의 불안정성을 보여준다.²⁷⁾ 최근 몇 년간 부

동산 폭등으로 인한 사회적 문제가 대두되면서 토지수용에서 나오는 막대한 보상금이 다시 주택시장으로 유입되어 부동산 가격이 오르는 현상을 방지하기 위해 대토보상 활성화 방안이 추진되었다. 그에 따라 대토보상제도가 적극적으로 시행되고 있는데, 위와 같은 문제점들로 인해 그 한계를 보이고 있다. 특히, 2021년 LH 임직원들의 부동산 투기 의혹이 부각되면서 LH 직원이 대토보상을 노리고 미리 개발대상 토지를 구매하였다는 비판이 제기되었고, 이를 의식하여 2021년 4월 LH 임직원은 대토보상 대상자에서 제외된다는 지침 개정이 이루어졌다. 이는 대토보상 제도가 정당보상의 관점에서 불완전한 제도이지만, 반대로 시행자의 자의에 의해 과도한 개발혜택이 대상자들에게 부여될 수 있고, 대토보상 특성상 내제하는 투기위험 또한 제대로 억제되지 못하고 있음을 보여주는 것이다. 이는 결국 사업시행자와 피수용자의 민사적 계약관계에 기반하여 이루어지는 대토보상에서 법률에 따른 공법적 관여가 원활한 사업시행의 관점에서만 이루어지고 있고, 공익사업의 토지보상이 가져야 하는 공정한 보상을 위한 공법적 견제장치가 설정되지 못한 것에 그 원인이 있다.

과천 주암지구가 축진지구로 지정될 당시에는 LH의 시행지침에서 공동주택용지는 분양주택용지만 대토보상이 가능하도록 되어 있어, 당시 임대주택용지로만 계획되어 있던 주암지구에서는 대토보상이 불가능하였다. 분양주택용지로만 대토보상이 가능하도록 한 것에 대한 근거가 부족하고, 이에 대해 과천시 등에서 지침개정을 건의하여 2019년 11월 15일 임대주택용지에 대해서도 대토보상이 가능하도록 시행지침이 개정되었다.²⁷⁾ 2019년 11월 22일 과천주암 공공지원 민간임대주택 공급축진지구 대토보상계획이 공고되었고, 대토보상 대상토지로서 공공지원 민간임대주택용지 1필지(위치: B-1, 면적: 29,111m²), 업무시설용지 3필지(위치: 1-1, 2-1, 2-2, 면적: 7,129m²)을 선정하였다. 대토보상계획 공고 이후 지구계획이 변경되어 대토보상 대상토지 역시 소폭 감소하고, 토지이용계획상 주택비율에 큰 변화가 있었으나 당초 보상계약의 내용이 변경되지는 않고 있다. 공공지원 민간임대주택용지를 대토로 받게 되는 경우 소유자는 공공지원 민간임대주택을 건설해야 하므로 임대사업자 등록 및 임대주택 공급방법, 분양전환 기준 등은 모두 민간임대주택법의 제한을 준수해야 한다. 다만, 최근 부동산 가격이 폭등하면서 분양가 상한제가 적용된 분양가와 실제 주택가격의 차이가 커지게 되자, 일정기간 임대 후 분양전환을 할 수 있는 공공지원민간임대주택 용지에 대한 대토보상 수요가 오히려 증가하였다. 특히, 공공지원민간임대주택의 경우 의무임대기간이 지난 후의 분양전환 기준 등이 규정되어 있지 않아, 분양가 상한제 적용되는 분양주택에 비해 높은 시세차익을 누릴 수 있다는 기대감이 발생하여 대토보상 대상자들은 원안대로의 대토보상공급을 주장할 가능성이 크다.

27) [지배구조 분석/흔들리는 LH] 잡음 많은 대토보상, 문제는 ‘갈팡질팡’ 내부지침?, 더벨, 2021. 4. 12.

28) 대토보상 시행지침(10차개정, 제2140호)

V. 결 론

기업형임대주택사업은 민간부분에서의 임대주택 건설 촉진을 위하여 정책적으로 시행되었으며, 그 제도적 지원을 위해 민간임대주택법이 제정되었다. 다만, 기업형임대주택사업에 대한 공적지원의 근거는 임대주택 자체의 공공성에만 기반하였으므로, 공적지원의 당위성이 매우 빈약하였다. 민간임대주택법을 통한 공적지원은 대규모 택지개발을 위한 수용권, 개발제한구역 해제권 등을 부여하는 방식으로 이루어졌으므로, 민간임대주택법은 사실상 민간임대주택 건설을 위한 택지를 개발하는 법률로서 기능하였다.

정권이 교체되고 침체되었던 부동산 시장이 부동산 폭등으로 상황이 변하게 되면서, 기업형임대주택사업의 당위성은 더욱 약화되었다. 따라서 민간임대주택법 개정을 통하여 기업형임대주택사업을 수정하였고, 그 결과로 공공지원민간임대주택사업이 탄생하게 되었다. 공공지원민간임대주택사업은 기존 기업형임대주택사업에서 부족한 공공성을 강화하기 위해 임대주택의 임대조건 등이 수정되었다. 다만, 민간임대주택법이 가지는 본래의 택지개발법적 성격은 그대로 유지되었고, 결과적으로 정부주도의 주택공급을 위한 택지개발의 수단으로 사용되게 되었다.

금전 대신 해당사업으로 조성한 토지로 보상하는 대토보상제도는 정당보상이 아닌 사업시행자의 원활한 사업 시행을 목적으로 설계되었다. 최근 부동산 폭등을 완화하기 위하여 공공주택 개발사업이 활발히 진행되고 있는데, 수용자금이 다시 주택시장으로 유입되어 주택가격을 상승하는 것을 막기 위한 수단으로서 대토보상제도가 적극적으로 활용되고 있다. 특히, 공공택지의 분양가상한제로 인해 분양주택보다 임대주택이 선호되기도 하는 현 상황에서, 공공지원민간임대주택 용지에 대해 대토보상이 이루어지고 있는 주암지구에는 지지부진했던 보상절차를 용이하게 해줄 것으로 기대되고 있다. 이는 대토보상제도가 원주민의 재정착과 같은 정당보상의 수단으로 작동하는 것 보다는 지가 상승에 대한 기대심리를 이용하여 개발사업을 용이하게 하기 위해 이용되고 있음을 보여주는 것이다. 대토보상제도가 보상제도로서 가져야 하는 정당성과 공정성을 가지지 못하고 정책적 목적에 따라 무분별하게 남용되는 것은 결국 법률에서 보상의 기준을 명확히 규정하지 않고 시행자에게 과도한 재량권을 부여하고 있기 때문이다. 따라서 정당보상의 원칙이라는 헌법적 가치에 입각한 대토보상제도에 대한 전면적인 수정이 필요하다고 생각된다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018,

[논문]

최환용, “뉴스테이제도의 법적 검토”, 『한국법제연구』

김성배, “10월 1일 부동산대책중 임대주택정책과 관련 법제도에 대한 검토”, 『토지공법연구』 제89집(2020. 2.)

김봉채, “민간임대주택에 관한 특별법 상 기업형임대주택공급 촉진지구 지정에 있어서 몇 가지 문제점”, 『집합건물법학』 제23집(2017. 8.)

이우진, “대토보상제도에 관한 연구”, 『토지법학』 제30-1(2014. 6.)

윤정득, “합리적 대토보상 개선방에 관한 연구”, 『부동산학보』 42권(2010)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제8호 2022년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 8, September 2022

재개발 사업의 소유권취득방식과 사용수익정지제도

- 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결의 검토 -

강 병 헌*

국문초록

도시 및 주거환경정비법상 재개발 사업에서 정비사업 구역 내 토지등의 소유권 내지 점유를 확보하는 것은 신속한 사업진행을 위하여 반드시 필요한 일이다. 도시정비법에서는 재개발 사업의 공익성을 고려하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 수용제도를 준용하도록 하여 재개발 사업의 사업 시행자에게 수용권을 부여하여 소유권을 취득할 수 있도록 하고 있고, 추가적으로 사용수익정지제도를 마련하여 사업시행자로 하여금 더욱 신속한 사업진행을 할 수 있도록 하고 있다.

재개발 사업의 사업시행자가 수용재결의 효력에 의하여 소유권을 확보하기 위하여는 수용재결에서 정한 보상금을 지급 또는 공탁하여야 하기 때문에, 토지보상법상 ‘수용재결의 대상이 되는 보상금의 범위’가 문제가 된다. 반면에 사용수익정지제도에 근거하여 점유를 이전받기 위하여는 선행요건으로 토지보상법상 손실보상을 완료하여야 하기 때문에 ‘토지보상법상 손실보상의 범위’가 문제된다. 특히 사용수익정지제도는 퇴거를 거부하고 있는 세입자로부터 건물을 인도받는데 적극적으로 활용되기 때문에, 위 손실보상의 범위에 세입자의 생활보상이 포함되는지 여부는 재개발 사업 현장에서 치열한 다툼이 있는 문제였다.

위 문제와 관련하여, 대상판결(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결)에서는 재개발 사업의 사업시행자가 사용수익정지제도에 기초하여 토지등의 인도를 구하기 위하여 토지등 소유자의 생활보상까지 완료하여야 하며, 토지등소유자의 인도의무보다 위 보상이 선행 또는 동시이행되어야 한다고 판단함으로써 토지등소유자와 세입자를 두텁게 보호해야 한다는

* 변호사, 법무법인(유) 동인

원칙을 분명히 하였다. 대상판결은 현재 사용수익정지제도의 규정의 해석 범위 내에서 헌법 제23조 제3항의 정당보상원칙과 사용수익정지제도에 손실보상조건이 결부된 개정목적을 최대한 고려한 판결로 바람직한 것으로 평가할 수 있다.

주제어 : 재개발 사업, 사용수익정지제도, 손실보상, 생활보상

목 차

- I. 서론
- II. 대상판결 : 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결
- III. 재개발 사업의 소유권 취득방식
- IV. 재개발 사업의 사용수익정지제도와 손실보상
- V. 결론

I. 서론

헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요’를 요건으로 재산권 박탈을 인정하여 공공성이 인정된 사업에서의 수용권 행사의 근거로써 기능한다. 위 헌법 규정을 근거로 제정된 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’이라 한다)은 수용과 보상에 관한 일반법적 기능을 담당하고 있는데, 토지보상법 제4조는 헌법에서 규정하고 있는 ‘공공필요성’이 인정되는 공익사업을 나열하고 있다.¹⁾ 토지보상법 제4조에서 인정된 공익사업에서 수용제결이 있는 경우 그 효력에 의하여 소유자 등의 사용수익이 정지되고 건축물을 인도하거나 이전해야 할 의무가 발생한다(토지보상법 제43조²⁾). 토지보상법은 위 수용제결의 효과를 강제하기 위하여 사업시행자에게 대집행 권한(제89조), 행정청에 대한 대행(제44조) 및 강제징수(제90조) 규정도 마련해두고 있다.

「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다)상 재개발 사업 역시 토지보상법 제4조의 공익사업으로(토지보상법 제4조 8호 [별표]³⁾), 사업시행자는 토지보상법상 수

1) 김중보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 571면-573면 참조.
 2) 法 제43조(토지 또는 물건의 인도 등) 토지소유자 및 관계인과 그 밖에 토지소유자나 관계인에 포함되지 아니하는 자로서 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 개시일까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 한다.

용재결을 통하여 정비구역 내 토지 등의 소유권을 취득할 수 있다(도시정비법 제63조4), 제65조). 그러나 전형적인 토지보상법상 공익사업들과 달리 재개발 사업은 이해관계인 전부에 대한 ‘사용수익정지제도’를 규정하여(도시정비법 제81조 제1항), 사업시행자가 소유권을 확보하기 이전에 사업에 반대하는 토지등소유자 및 세입자 등의 사용수익을 정지시키고 이주시킴으로써, 신속한 사업 진행이 가능하도록 하고 있다. 재개발 사업 현장에서 사용수익정지제도는 재개발 사업시행자들이 현금청산대상자 또는 세입자들에게 충분한 보상 없이 그들을 퇴거시키는 것을 정당화해주는 수단으로 악용되기까지 하고 있다.

아래에서는 재개발 사업에서 사업시행자가 수용재결과 사용수익정지제도를 통하여 토지 또는 건물의 소유권 내지 점유를 확보하는 방법과 그에 따른 토지등소유자, 세입자에 대한 손실보상에 관하여 최근 선고된 대법원 판결(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결)과 함께 검토해보고자 한다.

II. 대상판결 : 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결

1. 사실관계

대상판결의 A 재개발조합(이하 ‘이 사건 재개발 조합’이라 한다)은 2009. 2. 3. 도시정비법상 주택재개발사업의 시행을 위하여 설립되었다. B 구청장은 2016. 7. 12. 이 사건 재개발조합의 관리처분계획을 인가하였다. 이 사건의 피고는 이 사건 사업구역 내의 토지 및 건물(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)의 소유자로서 분양신청기간 내 분양신청을 하지 않아 현금청산대상자가 되었고, 사실상 종결 시까지 이 사건 부동산을 점유하고 있었다.

이 사건 재개발조합은 피고와 손실보상에 대한 협의에 이르지 못하자, 지방토지수용위원회에 수용재결을 신청하였고, 위 토지수용위원회는 2017. 5. 18. 수용개시일을 2017. 7. 12.로 정하여 수용재결을 하였다. 위 재개발조합은 2017. 7. 6. 피고 앞으로 위 수용재결에서 정한 손실보상금(= 토지보상금 + 지장물보상금 + 지연가산금)을 공탁하였다.⁵⁾

3) 法 제4조 8호 [별표] 2. 법 제20조에 따른 사업인정이 의제되는 사업

(30) 「도시 및 주거환경정비법」 제63조에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업

4) 法 제63조(토지 등의 수용 또는 사용) 사업시행자는 정비구역에서 정비사업(재건축사업의 경우에는 제26조제1항제1호 및 제27조제1항제1호에 해당하는 사업으로 한정한다)을 시행하기 위하여 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제3조에 따른 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 취득하거나 사용할 수 있다.

5) 피고는 중앙토지수용위원회에 위 수용재결에 대한 이의신청을 하였고, 중앙토지수용위원회는 2018. 1. 25. 피고에 대한 손실보상금을 증액하는 이의재결을 하였고, 이 사건 재개발조합은 2018. 2. 22. 위 증액된 차액을 공탁하였다.

이 사건 재개발조합은 구 도시정비법 제49조 제6항⁶⁾(현행 도시정비법 제81조 제1항)에 근거하여, 피고에게 이 사건 부동산의 인도를 구하는 소를 제기하였다.

2. 제1심 법원 및 원심 법원의 판단

이 사건에서 피고는 ‘원고가 토지보상법령에서 정한 이주정착금, 주거이전비, 이사비(이하 ‘이주정착금 등’ 이라 한다)를 지급하지 않았는데, 구 도시정비법 제49조 제6항 단서에서 정한 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에는 이 사건 부동산에 대한 손실보상금 뿐만 아니라 ‘이주정착금 등’도 포함되므로, 피고는 이 사건 재개발조합으로부터 이주정착금 등을 지급받을 때까지 이 사건 부동산을 계속 사용·수익할 수 있다.’라고 주장하면서, ‘위 재개발조합의 이주정착금 등 지급의무는 피고의 이 사건 부동산 인도의무보다 선이행관계에 있거나 위 두 의무는 동시이행관계에 있다.’라고 주장하였다.

제1심 법원은 ‘① 이주정착금 등은 공익사업 시행지구 내 거주자들의 조기 이주를 장려하여 해당 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 사회보장적 차원에서 지급되는 금액의 성격을 가지므로, 이주정착금 등의 보상청구권은 공법상의 권리이고, 위에 관한 쟁송은 민사소송이 아니라 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 행정쟁송에 의하여야 하므로 민사소송에서 항변 사유로 주장할 수 없고, ② 주택개발사업의 사업시행자가 현금청산대상자에게 협의 또는 수용재결에 의하여 결정된 손실보상금을 지급하거나 공탁하였다면, 구 도시정비법 제49조 제6항 단서의 ‘토지보상법에 따른 손실보상’을 완료한 것에 해당하며, ③ 나아가 이주정착금 등의 위와 같은 성질상, 사업시행자의 이주정착금 등 지급의무와 주거용 건물의 소유자 등의 건물인도 의무는 선이행관계 또는 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다.’라고 판단하여 이 사건 재개발조합의 청구를 인용하였고(인천지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가합57010 판결), 원심 법원 역시 같은 판단을 하였다(서울고등법원 2019. 1. 25. 선고 2018나2061148 판결).

3. 대법원의 판단

6) 舊法 제49조(관리처분계획의 공람 및 인가절차 등) ⑥ 제3항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있을 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 사업시행자의 동의를 받거나 제40조 및 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우에는 그러하지 아니하다.

대법원은 피고의 상고에 대하여, ‘구 도시정비법 제49조 제6항 단서의 내용, 그 개정경위와 입법취지⁷⁾를 비롯하여 구 도시정비법 및 토지보상법의 관련 규정들을 종합하여 보면, 이주정착금 등도 위 단서에서 정한 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에 해당한다. 그러므로 주택재개발사업의 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자나 세입자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는 협의나 재결절차 등에 의하여 결정되는 이주정착금 등도 지급할 것이 요구된다.

㉑ 만일 사업시행자와 현금청산대상자나 세입자 사이에 주거이전비 등에 관한 “협의”가 성립 된다면 사업시행자의 이주정착금 등 지급의무와 현금청산대상자나 세입자의 부동산 인도 의무는 동시이행의 관계에 있게 되고, ㉒ “재결절차” 등에 의할 때에는 이주정착금 등의 지급절차가 부동산 인도에 선행되어야 할 것이다.’ 라고 판시하여 원심판결을 파기 환송⁸⁾하였다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결).

III. 재개발 사업의 소유권 취득방식

1. 일반 공익사업의 소유권 취득방식

수용과 보상에 관한 일반법으로서 기능하고 있는 토지보상법은 토지보상법이 적용되는 택지개발사업, 공공시설 설치 사업 등 공익사업들을 정하여 두고 있다(토지보상법 제4조). 위 공익사업의 사업시행자는 아래의 절차에 따른 재결(수용제도)의 효력에 의하여 사업구역 내 토지등의 소유권을 취득할 수 있다(토지보상법 제43조).

7) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결

“구 도시정비법 제49조 제6항 단서는 제정 당시 ‘사업시행자의 동의’를 받은 경우에만 관리처분 계획의 인가·고시에도 불구하고 권리자의 사용·수익이 정지되지 않도록 예외를 두고 있었는데, 도시정비법이 2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정될 때 ‘제40조 및 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자’의 경우가 추가되었다. 이는 사업시행으로 인하여 소유권 등 권리를 상실하는 권리자가 주거 공간을 인도하기 이전에 손실보상을 받을 수 있도록 법적으로 보장함으로써 소유자, 세입자 등 권리자의 재산권에 대한 손실을 보전하고 안정적인 주거 이전을 확보하기 위한 것으로 평가할 수 있다(헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌마662 결정, 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌바415 결정 참조). 이러한 구 도시정비법의 개정경위와 입법 목적을 고려할 때 구 도시정비법 제49조 제6항은 사업시행자의 현금청산대상자나 세입자에 대한 주거이전비 등의 지급을 실질적으로 보장할 수 있는 방향으로 해석되어야 한다.”

8) 현재 파기환송심(서울고등법원 2021나2023078)이 진행 중으로(2022. 9. 18. 기준), 이 사건 건물은 이미 철거된 상태로 이주정착금 등의 금액에 관한 조정, 화해권고결정 절차 등이 진행되고 있고, 파기환송된 이후 피고의 원고에 대한 반소로 손해배상청구의 소가 제기되어 병합심리 진행 중이다.

[사업인정] 토지보상법에 따라 사업구역 내 토지등을 수용하거나 사용하기 위해서는 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다(토지보상법 제20조 제1항, 제22조 제1항).

[협의를] 사업시행인가를 받은 공익사업의 사업시행자는 토지보상법상 정하여진 보상협의를 하여야 하고(토지보상법 제26조 제1항), 협의회가 성립되었을 때에는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내(토지보상법 제28조 제1항)에 해당 토지소유자 및 관계인의 동의를 받아야 관할 토지수용위원회에 협의 성립의 확인을 신청할 수 있으며, 협의성립이 확인되면 재결된 것으로 보아 성립된 내용에 대해 다툴 수 없게 된다(토지보상법 제29조 제1항, 제4항).

[수용재결] 위 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없는 경우 사업시행자는 사업시행계획인가(변경인가를 포함)를 할 때 정한 사업시행기간 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고(토지보상법 제28조), 사업시행자는 수용 또는 사용의 개시일까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하거나 공탁하여야 하고(토지보상법 제42조 제1항), 사업시행자는 수용(또는 사용) 개시일에 재결의 대상이 된 토지등의 소유권을 취득한다.

[재결에 대한 불복] 위 수용재결에 이의가 있는 사업시행자 또는 토지등소유자는 재결서의 정본을 받은 날부터 30일 내에 해당 지방토지수용위원회를 거치거나 바로 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다(토지보상법 제83조; 이하 ‘이의재결’ 이라 한다). 한편, 수용재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내(이의재결을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 60일 이내)에 행정소송을 제기할 수 있다(토지보상법 제85조 제1항).

위 협의, 수용·이의재결 절차에서는 3인(시·도지사 및 토지소유자가 모두 감정평가법인등을 추천하지 아니하거나 시·도지사 또는 토지소유자 어느 한쪽이 감정평가법인등을 추천하지 아니하는 경우에는 2인)의 감정평가기관이 보상액을 산정하게 되고(토지보상법 제68조 제1항 및 제2항⁹⁾), 행정소송에서는 법원의 촉탁에 따른 감정을 통해 보상액이 산정된다.

9) 法 제68조(보상액의 산정) ① 사업시행자는 토지등에 대한 보상액을 산정하려는 경우에는 감정평가법인등 3인(제2항에 따라 시·도지사 및 토지소유자가 모두 감정평가법인등을 추천하지 아니하거나 시·도지사 또는 토지소유자 어느 한쪽이 감정평가법인등을 추천하지 아니하는 경우에는 2인)을 선정하여 토지등의 평가를 의뢰하여야 한다. 다만, 사업시행자가 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 직접 보상액을 산정할 수 있을 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 본문에 따라 사업시행자가 감정평가법인등을 선정할 때 해당 토지를 관할하는 시·도지사 및 토지소유자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 감정평가법인등을 각 1인씩 추천할 수 있다. 이 경우 사업시행자는 추천된 감정평가법인등을 포함하여 선정하여야 한다.

공익사업의 사업시행자는 일반적으로 위 절차를 통해 소유권을 확보한 후, 인도를 거부하는 토지등소유자에 대하여 ‘소유자의 지위’에서 민사상 부동산 인도(명도) 소송 및 명도 단행가처분을 제기하는 방식으로 점유를 이전받게 된다.

위 토지등소유자의 세입자의 경우, 세입자가 수용재결의 상대방이 되는 경우는 실무에서 그 예를 찾아보기 어렵고, 사업시행자는 토지등소유자의 경우와 마찬가지로 수용재결의 효력으로 취득한 소유권에 근거하여 민사상 부동산 인도(명도) 소송 및 명도단행가처분을 제기하여 토지등의 점유를 확보하게 된다.

2. 재개발 사업의 소유권 취득방식 - 재건축 사업과의 비교

(1) 재개발 사업에서의 토지보상법의 준용

도시정비법상 재개발 사업은 토지보상법 제4조의 공익사업에 해당하는 대표적인 공익사업으로, 재개발 사업의 사업시행자는 도시정비법에서 준용하고 있는 토지보상법상 수용제도를 통하여 정비구역 내 토지 등의 소유권을 취득할 수 있다(도시정비법 제63조, 제65조).

재개발 사업에 대한 사업시행계획인가 고시가 있을 때에 토지보상법 제20조 제1항의 사업인정이 의제되므로(도시정비법 제65조 제2항), 사업시행인가를 받은 재개발 사업의 사업시행자는 토지보상법상 정하여진 보상 협의의 하여야 하고, 위 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없는 경우 사업시행자는 사업시행계획인가(변경인가를 포함)를 할 때 정한 사업시행기간 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다(도시정비법 제65조 제3항, 토지보상법 제28조). 이후, 재개발 사업의 사업시행자는 토지보상법상 수용제도와 동일한 절차를 거쳐 정비사업 구역 내의 토지등의 소유권을 취득한다.

(2) 재건축 사업의 매도청구소송제도

반면, 재건축 사업의 경우 공공사업의 성격이 강한 공공시행자(도시정비법 제26조 제1항 제1호) 또는 지정개발자(도시정비법 제27조 제1항 제1호)를 제외한 사업시행자가 매도청구권을 행사(통상 소유권이전등기청구의 소의 형태)하여 정비구역 내 소유권을 취득한다(도시정비법 제64조). 매도청구소송제도란 사업시행자가 해당 재건축 사업을 반대하는 자(재건축 조합설립에 동의 하지 않은 자; 도시정비법 제35조 제3항 내지 제5항)들의 소유권을 확보하기

위한 것으로, 사업시행자가 조합설립에 동의하지 않은 자의 토지 및 건축물의 매도를 청구하는 제도이고, 일정한 요건을 갖추면 사업시행자가 재건축에 반대하는 자 소유의 건물을 취득할 수 있게 하는 수용(受用)소송의 실질¹⁰⁾을 가진다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결¹¹⁾).

(3) 재개발·재건축 사업에서의 소유권 취득 방식의 비교

재개발 사업의 수용절차와 재건축 사업의 매도청구소송제도는 헌법 제23조 제3항의 ‘수용’에 해당하고, 사업시행인가가 있는 때 개시된다는 공통점이 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 재개발 사업과 재건축 사업이 차이가 있는 만큼, 각 정비사업의 소유권 취득 방식 또한 아래와 같이 여러 측면에서 분명한 차이를 보인다.

구분	수용재결	매도청구소송제도
법적 성질	헌법 제23조 제3항의 “수용”	다소 완화된 헌법 제23조 제3항의 “수용” (헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌마571 결정 ¹²⁾)
시기(始期)	사업시행인가	사업시행인가
절차	협의 → 재결절차(재결전치주의) → 행정소송(보상금증감액 소송)	민사소송(소유권이전등기청구 소송)
가격산정 방법	□ 협의 및 재결절차에서 최소 2인 이상의 감정평가기관에 의한 감정평가 + 법원 촉탁에 의한 감정평가 □ 개발이익 배제(대법원 1998. 7. 10. 선고 98두6067 판결)	□ 법원 촉탁에 의한 감정평가 □ 개발이익 포함(대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다235566 판결 등)
보상 범위	‘토지등’의 손실보상 O 영업보상 O 이주정착금 등 X	구분소유권 등의 손실보상 O 영업보상 X 이주정착금 등 X

10) 대법원은 매도청구제도의 성질을 헌법 제23조 제3항의 ‘수용’에 해당한다고 보면서도, 그 법적 성격을 형성권이라 전제하고, 재건축 사업의 사업시행자가 매도청구권을 행사하면 매매계약 체결이 의제되는 것으로 판단하고 있다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549,21556,21563 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다63380 판결 등). 이에 따르면, 사업시행자의 대금지급의무와 매도청구상대방의 소유권이전등기의무는 동시이행관계에 있게 된다. 그러나, 매도청구소송의 본질은 수용소송에 해당하므로 매도청구권의 행사는 재결의 신청과 같은 사업시행자의 수용권의 행사라고 보아야 하고, 이와 같은 관점에서 사업시행자의 대금지급의무는 재결 절차에서 사업시행자가 소유권을 취득하기 위한 ‘보상금의 지급 또는 공탁’으로 보는 것이 바람직하다.

11) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549,21556,21563 판결
“도정법 제39조에 정한 매도청구권은 재건축사업의 원활한 진행을 위하여 같은 법이 재건축 불참자의 의사에 반하여 그 재산권을 박탈할 수 있도록 특별히 규정한 것으로서, 그 실질이 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같다고 볼 수 있는바(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다12453 판결, 헌법재판소 1999. 9. 16. 선고 97헌바73, 98헌바62, 98헌바60(병합) 결정 등 참조)…”

권리발생 양태	법률에 의한 원시취득	매매계약과 같은 승계취득
------------	-------------	---------------

재개발 사업과 재건축 사업은 도시재생이라는 공통의 목적을 가진 사업으로, 도시정비법이라는 하나의 법률에 의하여 관리되고 있지만, 두 제도는 사업 추진의 배경, 연혁 및 그에 따른 공법적 성격 및 규제의 정도에 있어 차이가 존재¹³⁾하기 때문에, 2003년 도시정비법 제정으로 재개발·재건축 사업이 통합되는 과정에서 원칙적으로 재개발 사업의 틀에 재건축 사업을 포섭하는 방식을 취하였음에도 불구하고 도시정비법상 정비사업 중 재건축 사업에 한하여 매도청구소송제도라는 독특한 소유권취득 방식을 가지게 되었다.

IV. 재개발 사업의 사용수익정지제도와 손실보상

1. 재개발 사업의 사용수익정지제도 - 손실보상조건의 도입

(1) 사용수익정지제도의 기능 및 연혁

일반적인 공익사업(개발사업)에 비해 도시정비법상 재개발 사업은 권리관계의 변화를 위해 오랜 기간의 사업시행이 필요하고, 다른 한편 물리적 공사는 조기에 착수해야 하는 이중적인 과제를 가지고 있다.¹⁴⁾ 그러나 앞서 설명한 바와 같이, 도시정비법상 재개발 사업의 사업시행자가 토지보상법상 수용절차를 통해 소유권을 취득하는 데에는 상당한 시간이 소요된다.

12) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌마571 결정

“주택재건축사업시행자로 하여금 주택재건축에 참가하지 않는 자를 상대로 매도청구권을 행사할 수 있도록 한 것은, 노후·불량주택을 재건축하여 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높인다는 공공복리를 실현하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 이러한 입법목적 달성을 위한 효과적이고 적절한 수단이라고 할 것이다. 그리고 이 사건 심판대상조항에서 정한 매도청구권은 통상의 재개발절차에서의 수용제도보다는 조금 더 완화된 제도라고 볼 수 있고, 그 매도청구권 행사에 있어서도 여러 가지 제한을 가함으로써 상대방의 이익을 충분히 보장하고 있을 뿐 아니라, 같은 입법 목적을 달성하면서 재산을 보다 덜 침해하는 다른 수단이 명백히 존재한다고 보아도 아니하며, 이 사건 심판대상조항으로 침해받는 재건축 불참자의 사익은 위와 같은 공익에 비하여 결코 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 심판대상 조항은 피해의 최소화 및 법익의 균형성도 갖추었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인들의 재산을 본질적인 내용까지 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”

13) 1977년 제정되어 종래 도시 재정비의 수단으로 가장 많이 활용되던 「도시재개발법」의 재개발 사업은 공법적 관점에서 도시재생을 목적으로 마련된 제도였기 때문에, 행정처분의 형식으로 토지 수용, 권리배분 등을 예정하고 있었다. 재개발 사업과 달리, 1989년 「주택건설촉진법」에서 재건축 사업이 도입되었는데, 토지 및 건축물소유자들이 자발적으로 합의하여 시작되는 재건축 사업은 상대적으로 사법적인 성격을 띠었고, 위와 같은 특성이 반영되어 권리관계를 확정하거나 변동시키는데 사법적인 수단들이 채택되었다.

14) 김종보, “공익사업에서의 점유이전과 생활보상”, 『서울대학교 法學』 제62권 제2호(2021), 서울대학교 법학연구소, 93면-94면 참조.

위와 같은 사정을 고려하여, 토지보상법 제4조에서 규정하고 있는 일반적인 공익사업들과 달리, 입법자는 도시정비법상 재개발 사업에 추가로 ‘사용수익정지제도’를 마련하여(도시정비법 제81조 제1항¹⁵⁾), 재개발 사업의 사업시행자가 소유권을 취득하는 것과 별개로 사업구역 내 토지 및 건축물 등의 점유를 우선 확보하여 신속하게 물리적 공사(보통은 철거공사)에 착공할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁾

사용수익제도는 원칙적으로 재개발 사업에 찬성하는 조합원들을 대상으로 활용되는 제도로서 마련된 것으로, 재개발 사업에서 찬성 조합원들이 사업이 종료될 때까지 소유권을 유지하는 것이 일반적이었는데,¹⁷⁾ 이때 사업시행자에게 정비사업 구역 내 토지등의 사용수익권을 부여함으로써 소유권을 취득하기 이전 단계에서부터 건물 등을 철거할 수 있는 법적 근거를 제공하여 준 것이다.¹⁸⁾ 그러나 현실에서는 사업시행자가 현금청산대상자(반대 조합원) 및 세입자들이 소유 내지 점유하고 있는 건물 등의 점유를 확보하기 위한 건물인도(명도) 소송의 주요한 근거로써 기능하였다.

(2) 사용수익정지제도와 손실보상조건의 결부

본래 사용수익정지제도는 토지구획정리사업에 있어 종국적인 환지처분까지 사업기간이 많이 소요되므로 마련된 제도로, 소유자들에 대하여 기존 토지의 사용수익정지와 새로운 환지의 사용수익이 서로 대가관계를 이루고 있었다(구 토지구획정리사업법 제57조 제1항¹⁹⁾). 이러한 사용수익정지제도는 1977년 도시재개발법의 제정 당시 그대로 받아들여졌는데²⁰⁾, 당시

15) 法 제81조(건축물 등의 사용·수익의 중지 및 철거 등) ① 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조 제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있는 때에는 제86조에 따른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2017. 8. 9.>

1. 사업시행자의 동의를 받은 경우

2. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우

16) 앞서 설명한 바와 같이, 도시정비법은 재건축 사업에 토지보상법상의 재결절차를 준용할 수 없다는 것을 명시적으로 규정하고 있다(도시정비법 제63조). 그러나 사용수익정지 규정의 문언상 재건축 사업에서도 사용수익정지제도를 적용할 수 있는지 또는 배제하여야 하는지에 관하여 정하고 있지 않다. 이와 관련하여, 대법원은 2014. 7. 24. 선고 2012다62561,62578 판결에서, 재건축 사업의 사업시행자에게도 구 도시정비법 제49조 제6항(현 제81조 제1항) 본문의 사용수익정지제도를 근거로 한 건물인도청구권이 인정되지만, 재건축 사업의 세입자에 대하여 위 규정의 단서(손실보상조건)는 유추적용되지 않는다고 판단한 바 있다.

17) 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 『행정법연구』 31호(2011), 행정법이론실무학회, 23면-50면 참조.

18) 김종보, 앞의 글(2021), 95면 참조.

19) 廢法 제57조 (지정의 효과) ① 환지에정지가 지정된 경우에는 종전의 토지에 관한 토지소유자 및 임차권자등은 환지에정지의 지정의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 환지에정지 또는 그 부분에 대하여 종전과 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있으며, 종전의 토지에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다.

에는 위 규정과 함께 사업시행자의 철거요구권(제정 도시재개발법 제36조²¹⁾)과 이에 따른 손실보상의무(제정 도시개발법 제37조²²⁾)도 함께 규정되어 있었으나, 이후 1999년 3월 도시재개발법이 개정 당시 함께 삭제되었다.²³⁾

위 사용수익정지 규정은 2003년 도시정비법 제정 당시 그대로 받아들여졌고, 사업시행자들은 위 규정을 이주정착금 등을 요구하는 찬성·반대조합원들의 세입자들에 대하여 충분한 보상 없이 그들을 내쫓는 전가의 보도로 활용하였다. 위와 같은 사용수익정지제도의 악용은 결국 2009년 용산 사건으로 이어졌고, 용산 사건을 계기로 아래 [표]와 같이 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 않는 경우 사용수익이 정지되지 않도록 제도가 개편되었다가, 2018년 도시정비법이 전면개정되면서 현재의 형태로 개정되었다.

구 도시정비법(2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정되기 전의 것)	구 도시정비법(2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정된 것)
제49조 (관리처분계획의 공람 및 인가절차 등) ⑥ 제3항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있을 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 사업시행자의 동의를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.	제49조 (관리처분계획의 공람 및 인가절차 등) ⑥ 제3항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있을 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 사업시행자의 동의를 받거나 제 40조 및 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우 에는 그러하지 아니하다.

위와 같이 용산사건의 재발을 방지하기 위하여 사용수익정지제도와 (특히 세입자의) 보상 문제 사이의 관계를 명확히 하는 법 개정이 이루어졌고, 이에 따라 현행법상 재개발 사업의

20) 廢法 제41조 (관리처분계획의 인가등) ⑦ 제5항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 종전의 토지등의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자등은 제48조제5항의 규정에 의한 분양처분의 고시가 있을 날까지 종전의 토지등에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 시행자의 동의를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

21) 廢法 제36조 (지장물등의 이전요구) ① 시행자는 재개발사업의 시행상 지장이 있다고 인정되는 때에는 재개발구역안의 재개발사업의 대상이 아닌 건축물 또는 공작물의 소유자에게 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 철거 또는 이전을 요구할 수 있다. 다만, 이 경우에 행정청이 아닌 시행자는 미리 관할시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

22) 廢法 제37조 (손실보상) ① 제34조 및 제36조의 경우에 손실을 받은 자가 있을 때에는 시행자가 그 손실을 보상하여야 한다.

23) 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 23호(2009), 행정법이론실무학회, 124면-125면 참조.

사업시행자는 토지보상법에 따른 손실보상액을 지급 또는 공탁해야만 해당 건물의 인도를 구할 수 있게 되었다. 그러나 위 개정은 재개발 사업에서 이주가 강제되는 세입자에 대한 토지보상법상의 손실보상과 그들의 인도의무에 관한 충분한 고려 없이 당시 사회적으로 이슈가 되었던 재개발 사업의 세입자들을 보호하는 단순한 정책적인 목적에서만 이루어진 것이었기 때문에, 재개발 사업 현장에서는 사업시행자가 지급 또는 공탁해야하는 ‘손실보상의 범위’에 관한 해석의 문제가 발생하게 되었다.

2. 일반 공익사업에서의 인도의무와 손실보상

(1) 토지보상법상 인도의무와 손실보상의 범위

앞서 설명한 바와 같이, 토지보상법상 공익사업에 관하여 수용재결이 내려지면 ‘수용재결의 효력’에 의하여 사업구역 내 토지등소유자 및 세입자 등에게는 그 토지나 건축물 등을 사업시행자에게 인도할 의무가 발생한다(토지보상법 제43조). 사업시행자는 수용재결의 효력을 유지하기 위하여 ‘수용재결에서 정하여진 보상금’을 지급 또는 공탁하여야 하므로(토지보상법 제42조), 토지보상법상 일반 공익사업에서 토지등소유자 및 세입자 등의 인도의무는 수용재결의 재결 대상의 범위를 어떻게 이해하는지의 해석과 결부된다.

토지보상법은 제6장 제2절 “손실보상의 종류와 기준 등”(제70조 내지 제82조)에서 손실보상의 종류와 기준에 대하여 규정을 마련해두고 있다. 위 규정에 따른 손실보상을 나누어 보면 아래와 같다.

분류	보상항목	내용	재결 대상여부 ²⁴⁾
대물 보상	“토지등”에 대한 손실보상	사업시행을 위하여 취득 또는 사용하는 토지 및 지장물에 대한 손실보상(법 제70조 내지 제76조)	○
생활 보상	영업손실 보상	영업을 폐업하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대한 보상으로, 영업이익과 시설의 이전비용 등을 고려하여 보상(법 제77조)	○
	이주대책 및 이주정착금	공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 하고(법 제78조 제1항), 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하지 아니하는 경우 또는 이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하려는 경우에는 이주대책대상자에게	X

		국토교통부령으로 정하는 바에 따라 이주정착금을 지급(시행령 제41조)	
	주거이전비 및 이사비	<input type="checkbox"/> 주거이전비 : 주거용 건축물의 소유자 및 세입자에 대하여 해당 건축물에 대한 보상을 하는 때에 가구원수에 따라 보상(시행규칙 제54조) <input type="checkbox"/> 이사비 : 주거용 건물의 거주자에 대하여는 주거 이전에 필요한 비용과 가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용을 산정하여 보상(법 제78조 제5항 및 시행규칙 제55조)	X

(2) 토지보상법상 생활보상과 인도의무

‘생활보상’이란 공익사업으로 인하여 수용을 당하는 자가 종전과 같은 생활을 유지할 수 있도록 실질적으로 보장하는 보상으로, 전통적인 재산권 보상의 범위를 넘어 수용에 의해 상실되는 생활권을 보상해주기 위해 만들어진 개념이다.²⁵⁾ 생활보상 중 영업보상의 경우 전통적인 재산권 개념에 비교적 쉽게 포섭될 수 있었지만, 이주대책 및 이주정착금, 주거이전비, 이사비 등 전통적인 재산권의 개념에 포섭하기 어려운 내용에 관하여 재산권에 대한 금전보상의 한계를 극복하여 보상의 대상으로 삼기 위한 근거로써 등장하였다.²⁶⁾

본래 이주대책 등의 생활보상은 「공공용지의취득및손실보상에관한특례법」에서 규정하고 있던 것으로²⁷⁾, 위 특례법은 수용이 아닌 협의의 취득의 경우에 관한 손실보상을 위하여 입법되었기 때문에, 이주대책 등은 원칙적으로 수용재결의 대상이 되는 보상일 수 없었다.²⁸⁾

24) 실무상 수용재결의 대상이 되는지 여부를 표시한 것으로, 수용재결에서 이주정착금 등에 관하여 판단하는 것은 가능하고 최근 이주정착금 등을 재결대상을 포함하고 있는 재결례가 보이긴 하지만 일반적으로는 이주정착금 등을 포함한 재결례를 찾아보기 어렵다.

25) 박균성, 『행정법 강의』, 박영사, 2017, 583면-585면 참조.

26) 박균성, 위의 책, 584면; 김동희/최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2021, 620면 등 참조.

27) 弊法 제8조(이주대책) ①사업시행자는 공공사업의 시행에 필요한 토지등을 제공함으로써 인하여 생활근거를 상실하게 되는 자(이하 “移住者”라 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시한다.

廢訴 제6조(이주대책등의 위탁) ①법 제8조제4항의 규정에 의하여 사업시행자가 이주자를 위한 토지등의 매수 및 이주대책의 수립·시행을 지방자치단체의 장에게 위탁하고자 할 때에는 미리 위탁내용과 위탁조건에 관하여 당해 지방자치단체의 장과 협의하여야 한다.

②사업시행자가 제1항의 규정에 의한 토지등의 매수 및 이주대책의 수립·시행을 지방자치단체의 장에게 위탁하는 경우에는 토지등의 매수에 따른 보상액 및 이주대책사업비에 별표의 위탁수수료의 요율을 곱하여 산정한 금액을 위탁수수료로 지방자치단체에 교부하여야 한다.

제6조의2(이주정착금의 지급) 사업시행자는 이주대책 대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 이주정착금을 지급할 수 있다.

1. 제5조제5항의 규정에 의하여 이주대책을 수립·시행할 수 없는 부득이한 경우 또는 이주대책 대상자중 이주정착지로 이주를 희망하는 자가 10호미만인 경우

2. 이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우

위 이주대책은 공익사업으로 인하여 강제로 생활근거를 상실하게 되는 자에게 새로운 생활 근거를 마련해준다는 취지에서 마련된 것이지만, 기본적으로 공익사업에 협조한 토지등의 소유자에게 혜택으로써 마련된 것이었기 때문에(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다57778 판결 등 참조), 이주대책 수립 대신에 지급되는 이주정착금 역시 마찬가지였다. 주거이전비는 1986년 위 특례법이 개정되면서 주거용 건물의 소유자에 대하여는 ‘주거비’ (위 특례법 시행규칙 제10조 제5항²⁹⁾), 세입자에게는 ‘주거대책비’ (같은 시행규칙 제30조의²³⁰⁾)라는 이름으로 규정된 것으로, 위 이주대책 등과 연동되어 발전된 것으로 보인다.

이후 2003년 「토지수용법」과 위 특례법을 통합하여 토지보상법을 제정하면서³¹⁾ 이주정착금 등 생활보상 규정들이 토지보상법에 흡수되었지만, 위와 같은 연혁적인 배경과 토지보상법 시행규칙에서도 ‘토지등’과 영입에 대해서는 감정평가사의 평가를 전제로 규정하고 있으나, 이주정착금 등은 그러하지 않은 것으로 이해되고 있어 실무에서는 이주정착금 등은 수용재결의 대상이 아니라고 이해되는 것이 대부분이다.³²⁾ 위와 같이 일반적인 수용재결에서 정하는 보상금에 이주정착금 등이 포함되지 않는 것이 일반적이었고³³⁾ 관련 법령에서 이주정착금 등의 지급시기를 별도로 규정하지 않았기 때문에, 공익사업의 사업시행자가 소유자나 세입자로부터 이주를 완료한 후 이와 같은 내용이 기재된 공문서(주민등록등본 또는 초본 등)를 제출받은 후에 비로소 이주정착금 등을 지급하는 것이 일반적이다.³⁴⁾

28) 弊法 제1조 (목적) 이 법은 공공사업에 필요한 토지등의 협약에 의한 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상에 관한 기준과 방법을 정함으로써 공공사업의 원활한 수행과 손실보상의 적정을 기함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. “토지등의 취득”이라 함은 공공사업에 필요한 토지등을 토지수용법에 정한 절차에 의하지 아니하고 협약에 의하여 사업시행자가 취득하거나 소멸시키는 것을 말한다.

29) 廢則 제10조 (건물의 평가) ⑤ 제4항의 규정에 의한 건물중 주거용건물의 경우에는 그 이전보상시에 가족수에 따라 2월분의 “주거비” (경제기획원장관이 조사·발표하는 도시근로자 평균가계지출비를 기준으로 산정한다)를 지급하여야 한다. 다만, 그 건물에 건물의 소유자가 실제 거주하고 있지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다

30) 廢則 제30조의2 (세입자에 대한 주거대책비 지급) 공공사업을 위한 관계법령에 의한 고시등이 있는 날 현재 당해지역안에서 1월이상 거주한 자로서 공공사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 주거용 건물의 세입자에 대하여는 가족수에 따라 2월분의 “주거대책비” (경제기획원장관이 조사·발표하는 도시근로자 평균가계지출비를 기준으로 산정한다)를 지급한다. 다만, 제29조의 규정에 의한 이농비를 지급받았거나 다른 법령에 의하여 주택임주권을 받았을 경우에는 그러하지 아니하다.

31) 토지보상법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 폐지제정) 제정 이유
“토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특례법으로 이원화되어 있는 공익사업 용지의 취득과 손실보상에 관한 제도를 2003년 1월 1일부터는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률로 통합함으로써 손실보상에 관한 절차와 기준을 체계화하고...”

32) 김중보, 앞의 글(2021), 89면-90면 참조.

33) 법원은 재결절차 외에 주거이전비 지급 청구는 행정소송 중 당사자소송에 의하여야 한다고 판시한 바 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결 등).

34) 대상 판결 선고 이전에 배포된 한국토지주택공사의 손실보상 안내문의 이주정착금 등의 신청 절차를 보면, 이주를 완료한 후 이주 내역이 반영된 주민등록초본 등을 제출할 것을 요구하고 있다.

그 결과 일반 공익사업의 현장에서 사업시행자는 소유자에게는 수용재결에서 정한 대물보상금 및 영업보상금 등을 지급 또는 공탁한 후에 비로소 토지 또는 건물의 인도를 구할 수 있지만, 세입자에 대하여는 이주정착금 등을 지급하지 않고 토지 또는 건물의 인도를 요구할 수 있는 것이 일반적이다.

3. 재개발사업의 사용수익정지제도의 손실보상의 범위

(1) 대상판결 이전의 법원의 입장

재개발 사업의 사용수익정지제도는 용산 사건을 계기로 ‘토지보상법상의 손실보상완료’를 선행요건으로 하고 있기 때문에, 일반 공익사업과 달리 재개발 사업에서의 현금청산대상자(반대조합원)과 세입자의 인도의무는 ‘토지보상법상의 손실보상의 범위를 어떻게 해석할지’의 문제와 결부되며, 구체적으로는 세입자들의 점유이전과 ‘토지보상법상 생활보상을 어떻게 이해할지’의 문제와 연결된다.

대상판결 이전에 법원은 사업시행자가 수용재결에서 정하여진 보상액을 기준으로 위 보상액을 지급 또는 공탁한 경우 사용수익정지제도의 조건이 되는 ‘손실보상이 완료’되었다고 판단하여(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다35461 판결, 대법원 2017. 3. 30. 선고 2014두43387 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결 등 참조), 일반 공익사업에서의 손실보상과 사실상 구분하지 않았던 것으로 보인다. 법원은 현금청산대상자 등의 사업시행자에 대한 재결신청청구권(토지보상법 제30조)에 관하여는 위 [표]의 손실보상항목 중 “토지등”에 대한 손실보상과 영업손실보상만을 인정하고 있을 뿐, 이주정착금 등은 수용재결 절차의 심리대상이 될 수 없다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다³⁵⁾(서울고등법원 2019. 10. 22. 선고 2019누31060 판결 참조³⁶⁾).

또한 대법원은 사용수익정지제도에 기초한 점유이전을 위해서는 민사상 건물인도(명도)소송을 제기하여야 한다는 전제에서(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다18909 판결 등)³⁷⁾, 이주정

35) 최지희, “생활보상에 관한 재결신청청구권의 존부와 개선방안”, 『건설법연구』 제3호(2020), 건설법연구회, 15면-17면 참조.

36) 위의 글(최지희)에 따르면, 위 서울고등법원 판결은 ‘토지등’에 대한 손실보상과 영업손실보상은 ‘손실의 보상’에 해당하고, 대물에 관한 평가가 요구되므로, 시혜적 성격의 금원이고, 대물평가를 요하지 않으며, 토지수용위원회의 판단 없이 사업시행자 스스로 그 액수를 정할 수 있는 이주정착금 등과 차이가 있다는 점에서 위와 같은 판단을 하였다.

37) 이상덕, “행정대집행과 민사소송의 관계”, 『행정판례평선』, 한국행정판례연구회, 박영사, 2016, 426면 참조.

착금 등은 별도의 행정소송(당사자소송)으로 청구해야 하는 것으로 민사소송인 건물인도 소송에서 항변사유로 주장할 수 없으며(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결), 사업시행자의 이주정착금 등 지급의무와 현금청산대상자 등의 건물인도 의무 사이에는 이행상의 견련관계가 없다(대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643 판결 등)는 입장이었다.

위 대상판결 이전의 대법원 및 고등법원의 판결들을 정리하여 보면, 사업시행자는 수용재결에서 정하여진 ‘토지등’에 대한 손실보상과 영업손실보상금을 지급 또는 공탁하면, 현금청산대상자 및 세입자 등에 대하여 사용수익을 정지시킬 수 있는데, 이주정착금 등은 수용재결의 대상이 아니므로 도시정비법의 사용수익정지제도의 조건으로서의 손실보상에 이주정착금 등은 포함되지 않는 것으로 판단하고 있었던 것이다.

(2) 재개발 사업의 사용수익정지제도와 세입자의 보호

토지보상법 제50조 제1항³⁸⁾은 토지수용위원회의 (수용)재결의 범위에 관하여 “손실보상”이라고 규정하고 있고, ‘손실보상’에 관하여는 같은 법 제6장 제2절 “손실보상의 종류와 기준 등”에서 ‘손실보상’의 구체적 내용에 관하여 정하고 있는데, 여기에는 “토지등”에 대한 손실보상 외에 위 [표]의 생활보상에 관한 조문들이 명시되어 있다. 또한, 사업시행자와 토지등소유자의 ‘협의’(제3장)의 대상에 관하여 별도로 그 대상을 제한하고 있지 않으며, 위 협의 불성립시 사업시행자의 재결신청(토지보상법 제28조) 및 토지등소유자의 사업시행자에 대한 재결신청청구권(토지보상법 제30조)의 범위에 관하여도 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 위 수용재결에서 정하여진 손실보상의 범위는 토지보상법 제50조 제1항 제2호 및 제6장 제2절에 따라 위 2항 [표] 기재 모든 보상을 포함해야 하는 것으로 해석해야 한다.

재개발 사업에 반대하는 토지등소유자의 경우 분양신청을 거부한 후 관리처분계획에 의하여 현금청산대상자로 정해지고 그 이후에 토지보상법상 수용재결 절차까지 거칠 수 있기 때문에 충분히 토지보상법이 예정하고 있는 피수용자에 대한 보호를 받게 되므로 일반 공익사업의 피수용자에 비해 특별히 불리하다고 볼 수 없다. 그러나 세입자의 경우에는 위와 같은 토지보상법의 보호에서 사실상 배제되는 것이 일반적이다.

38) 법 제50조(재결사항) ① 토지수용위원회의 재결사항은 다음 각 호와 같다.

1. 수용하거나 사용할 토지의 구역 및 사용방법
2. 손실보상
3. 수용 또는 사용의 개시일과 기간
4. 그 밖에 이 법 및 다른 법률에서 규정한 사항

따라서 재개발 사업의 사용수익정지제도 규정에 손실보상조건이 결부된 연혁과 개정 목적이 토지보상법이 예정하고 있는 보상에서 사실상 배제되고 있는 세입자의 실질적인 생활권을 보장하는 데에 있고, 사용수익정지제도 규정을 근거로 한 사업시행자의 건물인도(명도) 소송을 제기하는 경우 그 소송에서 주장되는 권리는 공법상의 권리로서, 위 소송의 본질은 수용소송에 해당하며,³⁹⁾ 위 규정에서 토지보상법상의 보상이 완료된 것을 요구하는 것은 헌법상 수용과 정당보상의 원칙이 구체화 된 것⁴⁰⁾이라는 점에서 생활보상을 사용수익정지제도의 선행 요건으로서의 손실보상에 포함하여야 한다.

대상판결은 재개발 사업에서 해당 사업을 반대하는 토지등소유자에 관한 것으로, 사용수익정지제도에 손실보상을 결부시켜 보호하고자 했던 세입자의 생활보상을 넘어 토지보상법에 의하여 충분히 보호받고 있는 토지등소유자까지 두텁게 보호해야한다는 점을 분명히 하였다는 점에서 중요한 의의를 찾을 수 있다. 사용수익정지제도의 연혁 및 목적 등을 고려해 보더라도 일반 공익사업에서의 토지등소유자보다 재개발 사업에서의 토지등소유자를 특별히 보호해야 하는지 의문이지만, 이는 세입자와 토지등소유자를 구분하지 않고 불완전하게 개정된 사용수익정지제도 규정을 근거로 세입자를 보호하기 위한 법원의 불가피한 선택으로 보인다. 또한, 법원이 이주정착금 등의 지급시기를 정하여 두지 않은 토지보상법의 부족함을 보완하기 위하여 위 규정을 근거로 이주정착금 등이 실제 세입자들의 새로운 거주지를 마련하는데 사용될 수 있도록 이를 선지급, 최소한 건물인도와 동시에 이루어져야 한다고 판단한 점 역시 세입자 보호라는 대전제에 부합하는 것으로 보인다.

V. 결론

재개발 사업은 정비기반시설이 열악한 지역에서 주거환경을 개선해야하는 사업의 특성상 사업시행에 오랜 시간을 필요로 하는데 특히 정비구역 내 토지등의 소유권을 확보하는데 상당한 시간이 소요된다. 반면 위와 같은 공익적 목적을 달성하기 위하여 건물철거와 같은 물리적 공사는 조기에 착수해야 할 필요도 동시에 존재하므로 이를 위하여 재개발 사업의 사업시행자는 정비사업 구역 내 토지, 건축물 등의 소유권 혹은 점유를 신속하게 확보하여야 한다. 사업시행자의 위 소유권 혹은 점유의 신속한 확보는 사업의 수익성, 나아가 성패에 있어서도 중요한 영향을 미친다.

39) 김종보, 앞의 책, 585면.

40) 김종보, 앞의 글(2021), 99면.

도시정비법에서는 위와 같이 이중적인 재개발 사업의 목표를 달성하기 위하여 사업시행자의 정비사업 구역 내 소유권 확보와 별도로, 위 사업의 빠른 철거 및 착공을 위하여 사용수익정지제도라는 독특한 제도를 마련해두고 있다. 위 제도는 사업시행자가 소유권을 확보하기 전 점유를 확보할 수 있게 하는 것으로 사업시행자는 점유를 확보하는 즉시 사업 구역 내 건물 철거 공사에 착수할 수 있게 되고, 이로 인하여 점유를 이전하게 된 소유자 및 세입자는 현실적으로 점유를 회복하는 것이 불가능해지게 된다. 따라서 사용수익정지제도는 사실상 헌법 제23조 제3항의 ‘수용’의 실질을 가지므로 도시정비법 제81조 제1항 단서에서 사용수익정지제도의 예외를 규정한 손실보상의 범위와 시기는 중요한 의미를 갖는다.

대상판결 이전에 법원은 사업시행자는 수용재결에서 정하여진 ‘토지등’에 대한 손실보상과 영업손실보상금을 지급 또는 공탁하면, 현금청산대상자 및 세입자 등에 대하여 사용수익을 정지시킬 수 있는데, 이주정착금 등은 수용재결의 대상이 아니므로 도시정비법의 사용수익정지제도의 조건으로서의 손실보상에 이주정착금 등은 포함되지 않는 것으로 판단하고 있었다. 대상판결 이전의 법원의 위 입장은 문언적인 법해석의 측면에서는 무난한 해석이라고 평가할 수 있었지만 한편으로는 위와 같은 사용수익정지제도의 실질과 재개발 사업의 세입자의 보호라는 점에서 문제가 있었다고 생각한다.

대상판결은 사용수익정지제도가 ‘수용’의 실질을 가진다는 점 등을 충분히 고려하여 생활보상 중 이주정착금 등이 도시정비법 제81조 제1항 단서의 손실보상의 범위에 속하며, 이주정착금 등의 지급의무가 건물인도와 선이행관계 또는 동시이행관계에 있다는 점을 분명히 함으로써 헌법 제23조 제3항과 토지보상법에서 예정하고 있는 정당한 보상이 현실적으로 이루어지는데 중요한 이정표가 될 것이라 생각한다. 특히 상대적으로 토지보상법에 의하여 충분히 보호받고 있는 재개발 사업에 반대하는 토지등소유자에 대한 생활보상까지를 사용수익정지제도의 선행요건이 되는 손실보상의 범위에 포함시킴으로써, 손실보상조건을 결부함으로써 세입자를 두텁게 보호하고자 한 사용수익정지제도가 그 기능을 다하도록 한 것은 바람직한 것으로 평가할 수 있다.

추가적으로, 위 사용수익정지제도 규정이 일반 공익사업과 재개발 사업에서 사업에 반대하는 토지등소유자의 보호 필요성의 정도, 위 토지등소유자와 세입자의 보호 필요성의 차이 등을 세밀하게 고려하여 토지보상법 체계가 보다 정합성을 갖춘 방향으로 개정이 이루어지기를 바라면서 글을 마친다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희/최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2021.
- 김중보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.
- _____, 『건설법 入門』, 피데스, 2021.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1998.
- 이우재, 『도시 및 주거환경정비법』(상)(하), 진원사, 2022.
- 박균성, 『행정법 강의』, 박영사, 2017.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2017.

[논문]

- 강신은, “재개발사업에 따른 수용과 손실보상”, 『건설법연구』 제2호(2020), 건설법연구회
- 김중보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 23호(2009), 행정법이론실무학회
- _____, “공익사업에서의 점유이전과 생활보상”, 『서울대학교 法學』 제62권 제2호(2021), 서울대학교 법학연구소
- 김향훈, “도시 및 주거환경정비법상 매도청구권에 대한 연구”, 광운대학교 건설법무대학원 석사학위논문, 2012
- 성중탁, “매도청구권 행사에 따른 매매가격 산정시 개발이익 포함여부에 관한 연구”, 『인권과 정의』 통권 430호(2012), 대한변호사협회
- 이상덕, “행정대집행과 민사소송의 관계”, 『행정판례평선』, 한국행정판례연구회, 박영사, 2016
- 이희훈, “공동주택의 재건축상 매도청구권에 대한 연구 -합헌성과 관련 법규정의 해석을 중심으로-”, 『토지공법연구』 제35집(2007), 사단법인 한국토지공법학회
- 최지희, “생활보상에 관한 재결신청청구권의 존부와 개선방안”, 『건설법연구』 제3호(2020), 건설법연구회

[기타]

김향훈, “재건축사업 매도청구소송의 절차와 진행”, 2013년 전문분야 특별연수 - 재개발·재건축, 대한변호사협회 변호사 연수원, 2013.

장찬익, “도시정비사업 관련 분쟁의 여러 모습”, 2009년 전문분야 특별연수 - 재개발·재건축, 대한변호사협회 변호사 연수원, 2009.

국회의안정보시스템(<https://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

국토교통부 마이홈 포털 (<https://www.myhome.go.kr/>) ‘공공지원민간임대주택’, ‘뉴스테이’ 항목

토지e음(<https://www.eum.go.kr/>)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제8호 2022년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 8, September 2022

토지보상법상 공익성 협의제도에 관한 소고

이 은 노*

국문초록

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’) 개정으로 지난 2019. 7. 1.부터 공익성 협의제도가 시행되었다. 이로써 국토교통부 장관이 사업인정을 하거나, 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 허가·인가·승인권자 등(이하 ‘인허가권자’)이 사업인정이 의제되는 인허가를 하려면 반드시 중앙토지수용위원회(이하 ‘중토위’)와 협의할 의무를 부담하게 되었다. 이는 과거 토지보상법이 사업인정 및 사업인정의제 과정에서 국토교통부장관 및 인허가권자에게 중토위의 의견을 청취할 의무를 부과하였으나, 의견청취 조항의 법적 구속력 미비에 따른 실효성의 한계라는 문제를 해결하기 위해 수용권 부여 과정에서 헌법상 공공필요 충족여부에 관한 판단절차를 강화한 것이다.

토지보상법상 공익성 협의제도의 도입은 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치의 실현이라는 측면에서는 긍정적인 변화이나, 동시에 제도적 미비, 운영상의 한계로 개발사업 현장에서 수많은 문제를 초래하고 있다. 수용권 부여 과정에서 공익사업의 헌법상 공공필요 충족여부에 대한 검토를 강화함으로써 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치를 실현하는 것도 중요하지만, 공익사업의 시행 역시 공공적 차원에서 상당한 중요성을 가지므로, 양자의 조화를 위해서는 균형적인 입법과 제도운영이 필요하다.

공익성 협의과정에서 중토위의 일부 자의적 판단이 공익사업 현장에서의 예측불가능성을 가중시키고 있으며, 협의 과정에서 부동의 의견을 받은 사업시행자가 이에 불복할 방법이 마땅하지 않다는 점은 현행 공익성 협의제도가 갖는 한계의 단면을 보여주고 있다. 이에 법

* 변호사, 법무법인(유) 올촌

치행정의 원리에 부합하는 방향으로 공익성 협의제도가 운영될 수 있도록 공익성 검토기준의 법적근거와 내용을 보다 명확히 규정하여 공익사업 이해관계자들에게 충분한 예측가능성을 부여하고, 협의의 결과에 대한 이해관계자의 불복 및 사법적 통제가 원활히 이루어질 수 있도록 현행 제도를 보완해 나갈 필요가 있을 것으로 생각된다.

주제어 : 사업인정의제, 인·허가의제, 토지보상법, 공익성 협의, 중앙토지수용위원회

목 차

- I. 들어가며
- II. 토지보상법상 수용권 부여 구조
- III. 공익성 협의제도의 특징과 법적 쟁점
- IV. 공익성 협의제도의 개선방향
- V. 결론

I. 들어가며

통상 대규모 부지조성 및 신규시설의 건설을 목적으로 하는 개발사업은 크게 ① 토지소유권의 확보, ② 신규시설의 건설, ③ 건설된 시설의 분양 단계로 이루어지며, 이러한 개발사업을 규율하는 개발사업법제는 통상 위의 각 단계에 관한 규율들을 중심으로 구성된다. 예를 들어 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’)은 ① 사업에 반대하는 조합원에 대한 수용권 부여,¹⁾ ② 신규시설의 건설계획 전반을 규율하는 사업시행계획 인가절차,²⁾ ③ 분양방식과 내용을 규율하는 관리처분계획 인가절차를 중심으로 주택재개발사업을 규율하고 있으며, 필요한 경우 주택법, 토지보상법 등 관련 법률을 준용하고 있다.

1) 도시정비법상 주택재건축사업의 사업시행자에게는 일정한 요건하에 수용권이 아닌 매도청구권이 인정된다(도시정비법 제64조).
 2) 대부분의 개발사업법제들은 신규시설 건설계획에 대한 승인과 강제적 소유권확보 권능 부여를 연계시키고 있다. 예를 들어 도시정비법은 주택재개발사업의 사업시행계획이 인가된 때, 국토수용권 행사의 근거가 되는 사업인정이 의제되는 것으로 규정하고 있다(도시정비법 제65조 제2항). 즉, 토지소유권 확보와 건설은 순차적으로 이루어지지만, 수용권 부여와 건설계획의 승인이라는 법적 효과는 그 이전에 동시에 발생하는 것이다.

위 사업단계 중 가장 핵심적인 부분은 ‘사업부지의 토지소유권 확보’이다. 사업부지가 원활하게 확보되지 못하면, 개발사업의 후속 절차가 진행될 수 없기 때문이다. 원칙적으로 사업시행자는 토지소유자와의 협의를 통해 사업부지의 소유권을 확보해야 하나, 법령상 요건을 갖추어 수용권을 부여받은 사업시행자는 이에 근거해 사업추진에 반대하는 사업부지 내 토지소유자들의 토지소유권을 강제적으로 박탈할 수 있게 된다. 공용수용에 관한 일반법인 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’)은 현재 사업인정 및 사업인정의제도를 통해 사업시행자에게 공용수용권을 부여하는 구조를 취하고 있다(법 제20조, 제21조).

입법자는 구 토지수용법 제정 시부터 토지보상법상 공용수용권 부여의 원칙적인 방식으로 국토교통부장관의 사업인정을 규정하면서, 동시에 개별사업법상 인허가 발급에 사업인정을 의제시키는 규율방식을 취하고 있다.³⁾ 개별사업법 규정에 근거한 사업인정의제를 통해 공용수용권이 부여되는 입법례가 일반화되면서,⁴⁾ 개별사업이 헌법상 공공필요를 갖춘 공익사업에 해당하는지 여부에 관한 실질적 심사 없이 공용수용권이 부여되어 국민의 재산권이 과도하게 침해되고 있다는 비판이 확대되었다. 이에 사업인정이 의제되는 과정에서 개별사업의 공공필요 충족여부에 대한 통제를 강화하기 위해 사업인정 의제과정에 중앙토지수용위원회(이하 ‘중토위’)의 의견청취제도를 도입하였으나, 중토위의 의견에 실질적인 구속력이 인정되지 않아 제도의 실효성을 확보하기 어렵다는 한계가 존재하였다. 이러한 한계를 보완하고자 토지보상법 개정을 통해 2019. 7. 1.부로 공익성 협의제도가 시행된 것이다.⁵⁾

공익성 협의제도는 사업인정이 의제되는 개별사업의 공공필요 충족 여부에 대한 판단절차를 강화함으로써 국민의 재산권을 보장한다는 취지로 도입되었으나, 실제 운영 과정에서 중토위의 자의적인 기준 적용, 제도적 미비에 따른 불복방법의 한계 등 수많은 문제점이 노정되고 있다. 이에 본 글에서는 최근 개발사업의 초반 성패를 실질적으로 좌우하고 있는 중토위의 공익성 협의제도의 특징과 한계를 살펴보고, 그에 따른 개선방향을 제시해 보고자 한다.

3) 예를 들어, 1962년에 제정·시행된 토지수용법은 토지수용을 위해서는 국토건설청장의 사업인정을 받아야 한다고 규율하고 있었는데(구 토지수용법 제14조), 마찬가지로 1962년에 제정·시행된 도시계획법은 도시계획사업에 필요한 토지의 수용이 가능하다고 규율하면서, 토지수용법을 준용함에 있어 도시계획의 결정을 사업인정으로 본다고 규정하고 있었다(구 도시계획법 제10조 제1항, 제11조).

4) 현재 대부분 공익사업은 토지보상법상 사업인정이 아니라 개별법령상 인·허가에 따른 사업인정의제를 통하여 토지수용권한이 부여되는 실정이다. 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 496면 참조.

5) 2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것.

II. 토지보상법상 수용권 부여 구조

1. 국토교통부장관의 사업인정

(1) 사업인정의 의의 및 법적성질

‘사업인정’이란 국토교통부장관(이하 ‘국토부장관’)이 개별 개발사업이 토지보상법상 공용수용권이 부여될 수 있는 ‘공익사업’임을 인정하는 행위로서, 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 형성행위이다.⁶⁾ 구체적으로 입법자는 공익사업을 법 제4조 각호 어느 하나에 해당하는 사업으로, 사업인정을 공익사업에 수용권을 부여하는 사업이라고 규정하고 있으므로(토지보상법 제2조 제2호, 제7호), 사업인정은 결국 ① 대상 사업이 토지보상법 제4조가 정하는 공익사업에 해당하는지, 그리고 ② 해당 공익사업이 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’를 충족하여 공용수용권이 부여되기에 적합한 사업인지의 여부를 판단하는 행위이다.⁷⁾

(2) 사업인정의 실체적 요건

사업인정의 핵심은 대상 공익사업이 헌법상 공공필요를 충족하는지 여부를 판단하는 데 있다. 공공필요는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성으로서, ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성된다. 통상 ‘공익성’ 충족여부는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지하는 정도를, ‘필요성’ 충족여부는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 존재하는지를 기준으로 판단된다.⁸⁾

입법자는 사업인정을 받을 수 있는 추상적 사업 유형들을 토지보상법 제4조의 제1호 내지 제7호에 규정하고 있다. 이는 사업인정의 실질적 요건인 공공필요, 즉 사업의 공익성과 필요성 유무를 판단하기 위한 일응의 기준을 제시한 예시적 규정에 해당하며, 사업인정을 위

6) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 572-573면; 김동희, 『行政法Ⅱ』(제26판), 박영사, 2021, 393-394면; 박균성, 『행정법론(하)』(제20판), 박영사, 2022, 504-505면; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결 등.

7) 이러한 맥락에서 토지보상법상 사업인정은 재량행위에 해당한다(대법원 1992. 11. 13. 선고, 92누596 판결 등).

8) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129,172결정 등.

해서는 개별사업의 특성을 고려한 구체적 판단이 요구된다. 한편 입법자는 토지보상법 제4조 제8호 별표에 사업인정 의제를 통해 수용권이 부여될 수 있는 근거규정을 둔 개별법률들을 열거하고 있는데, 위 법률들은 토지보상법 제4조 제1호 내지 제7호에 따른 기준들을 충족하는 개별사업들이 구체적으로 입법된 것으로서,⁹⁾ 여기에는 토지보상법 제4조 제8호 별표에 열거된 법률이 규정한 요건을 갖추면 수용권 부여가 정당화될 수 있는 공공필요의 기본적인 요건을 갖추었다는 입법자의 1차적 판단이 반영된 것이다.¹⁰⁾

그러나 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 근거한 사업이라고 하더라도, 공용수용은 불가피한 최소한도에 그쳐야 한다는 헌법상 재산권 보장 조항의 근본취지상 사업인정기관인 국토부장관은 ① 당해 공익사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지 여부와 ② 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 정당하게 비교·교량하여 달성되는 공익의 우월성이 인정되는지 여부를 개별적·구체적으로 판단하여 최종적인 사업인정 여부를 결정하여야 한다.¹¹⁾

(3) 사업인정의 절차적 요건

사업인정을 받고자 하는 사업시행자는 국토교통부령으로 정하는 요건을 갖추어 작성한 사업인정신청서를 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사를 거쳐 국토부장관에게 제출하여야 한다(토지보상법 제20조 제1항, 같은 법 시행령 제10조). 이 때 사업시행자는 수용할 토지의 세목과 해당 사업의 공공성, 수용의 필요성 등에 대해 중앙토지수용위원회가 정하는 바에 따라 작성한 사업시행자의 의견서를 첨부하여야 한다(토지보상법 시행규칙 [별지 제10호 서식]). 그리고 국토부장관은 사업인정을 하려면 시·도지사 및 중토위와 협의하여야 하며, 이해관계자들에 대한 의견청취절차를 거쳐야 한다(토지보상법 제21조 제1항).

(4) 수용권의 행사의 한계

실체적, 절차적 요건을 갖추어 국토부장관으로부터 사업인정을 받은 사업시행자는 필요한 범위 내에서 수용권 행사를 통해 사업부지 내 토지소유권을 확보할 수 있다.¹²⁾ 한편 사업시

9) 제정 토지수용법 현행 토지보상법 제4조 제1호 내지 제7호와 같은 공익사업의 예시조항들만 규정하고 있다가(구 토지수용법 제3조 제1호 내지 제7호), 1971년 개정으로 공익사업의 종류에 ‘기타 다른 법률에 의하여 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업’이 추가되었다(구 토지수용법 제3조 제8호). 이후 위 조항은 일부 문언이 수정된 형태로 토지보상법에 규정되다가, 2015. 12. 29. 개정을 통해 다른 법률들이 별표에 열거된 형태로 규정되었다.

10) 김종보, 앞의 책, 572면 참조.

11) 김종보, 앞의 책, 570-574면 참조.

12) 사업시행자는 ‘공익사업을 위해 필요’한 경우 토지등을 수용할 수 있다(토지보상법 제19조 제1

행자는 사업인정을 받는 당시뿐만 아니라 수용권을 행사하는 시점까지 사업인정의 요건인 ‘공익성’ 과 ‘필요성’ 을 충족하여야 한다. 사업시행자가 사업인정을 받은 후 ① 해당 공익사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나, ② 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우, 또는 ③ 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실한 경우에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다.¹³⁾

(5) 소결

정리하면 헌법상 공공필요를 구체적으로 충족하는 토지보상법 제4조 각호의 공익사업에 대하여만 사업인정을 통해 수용권이 부여될 수 있으며, 수용권 행사 시점까지 해당 공익사업의 공공필요가 유지되어야만 사업인정을 받은 사업시행자의 수용권 행사가 정당화될 수 있다. 즉, 사업인정에 따른 수용권의 부여 및 행사는 헌법상 재산권 보장의 취지상 필요최소한의 범위에서만 제한적으로 허용될 수 있는 것이다.

2. 개별법에 근거한 사업인정 의제

(1) 사업인정의제의 기본적인 구조

토지보상법은 국토부장관으로부터 직접 사업인정을 받는 경우 외에도, 같은 법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 개별법 규정에서 사업인정이 의제되는 것으로 규정하는 인허가를 발급받을 경우, 사업인정이 의제될 수 있음을 규정하고 있다.¹⁴⁾ 예를 들어, 도시정비법은 사업시행자가 정비사업의 시행을 위해 토지등을 수용할 수 있고, 수용에 관하여는 도시정비법이 정하는 사항 외에는 토지보상법을 준용하며, 사업시행계획이 인가·고시된 때 토지보상법상 사업인정 및 그 고시가 의제된다고 규정하고 있다(도시정비법 제65조 제2항). 최근 토지보상법 개정으로 사업인정이 의제되는 인허가 발급 과정에서 인허가권자가 중도위와의 협의를

항). 구체적으로 사업시행자는 사업인정을 받는 경우에도 원칙적으로 토지소유자와의 협의를 통해 사업부지의 토지수용권을 확보하여야 하며(토지보상법 제26조, 제16조), 협의가 성립되지 않은 경우에만 지토위 또는 중도위에 재결을 신청하여 수용재결을 통해 토지소유권을 확보할 수 있다(토지보상법 제28조).

13) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결 등.

14) 토지보상법 제4조 제8호 별표는 ① 법 20조에 따라 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 ② 법 제20조에 다른 사업인정이 의제되는 사업을 구분하여 열거하고 있다. 이러한 규정 형식은 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 사업인정이 의제되는 공익사업이 별개의 사업으로서, 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우 수용권을 부여하는 원칙적인 방식인 사업인정 절차를 거칠 수 없다는 오해를 불러일으키는 원인으로 작용하기도 한다.

거쳐야 한다는 규정이 도입되었으나(토지보상법 제21조 제2항), 사업시행자가 토지보상법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 개별법이 정하는 인허가를 발급받으면, 사업시행자가 위 인허가에 따라 의제된 사업인정에 근거하여 수용권이 부여되는 기본적인 구조는 여전히 유지되고 있다. 토지보상법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 법률들 대부분은 위와 같은 체계를 취하고 있다.¹⁵⁾

(2) 과거 사업인정 의제의 문제점

현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 발급하려는 경우 중도위와 협의하여야 한다는 규정을 두고 있지만, 토지보상법이 사업인정 의제와 관련된 사항을 명시적으로 규율하고, 사업인정이 의제되는 인허가 과정에 중도위가 개입할 수 있는 법률상 근거를 마련한 것은 비교적 최근의 일이다.¹⁶⁾ 최근 사업인정 의제에 대한 중도위의 개입이 강화되고 있으나, 여전히 사업인정 의제제도가 갖는 구조적 특징의 핵심은 사업시행자의 수용권이 공용수용에 관한 일반법인 토지보상법이 아닌 개별법률에 의해 부여된다는 데 있다.

토지보상법이 명시적으로 사업인정 의제를 규율하고 중도위의 개입근거를 마련하기 전까지, 토지보상법은 사업인정 의제를 통한 수용권의 부여 과정에서 전적으로 배제되었다. 앞서 살펴보았듯 사업인정을 통해 사업시행자에게 수용권이 부여되기 위해서는 원칙적으로 해당 공익사업이 헌법상 공공필요를 충족하는지 여부에 관한 구체적 판단이 선행되어야 한다. 그러나 개별법상 사업인정이 의제되는 인허가의 경우, 사업시행자가 해당 인허가의 개별법상 요건을 갖추어 해당 인허가가 발급되기만 하면 공공필요 충족여부에 관한 판단 없이도 사업인정이 의제되므로 수용권을 행사할 수 있게 된다.¹⁷⁾ 개별법이 사업인정 의제의 요건으로 사업인정에 필요한 실체적·절차적 요건들을 별도로 규정하고 있지 않기 때문이다.¹⁸⁾ 대

15) 현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 발급하려는 경우 중도위와 협의하여야 한다는 규정을 두고 있다(토지보상법 제21조 제2항). 다만, 사업인정이 의제되는 구조의 핵심적인 특징 공용수용에 관한 일반법인 토지보상법이 아닌 개별법률에 의해 수용권이 부여된다는 점이므로, 기본적인 구조를 논함에 있어 중도위와의 협의는 명시적으로 언급하지 않았다.

16) 2016. 6. 30. 시행된 구 토지보상법(2015. 12. 29. 법률 제13677호로 개정된 것)이 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중도위의 의견을 청취하여야 한다는 규정을 도입하면서, 토지보상법에 사업인정 의제에 관한 명시적인 규율이 최초로 도입되었다. 이후 2019. 7. 1. 시행된 구 토지보상법(2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것)이 위 의견청취 규정을 협의 규정으로 변경하면서 현행 공익성 협의제도가 도입되었다. 구 토지보상법은 사업인정 의제 및 중도위 의견청취 규정을 도입하면서, 토지보상법 제4조 제8호 별표를 통해 사업인정 의제를 규정하고 있던 개별법률들을 체계적으로 정리하였다.

17) 이러한 맥락에서 개별법상 사업인정 의제규정을 “공익사업 강제의제규정”이라고 보는 견해도 존재한다. 류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제의제규정의 위헌성”, 『토지공법연구』 제44집(2009) 참조.

법원은 개별법상 인허가의 발급으로 사업인정이 의제되는 경우, 토지보상법상 별도의 사업 인정 및 사업인정을 위해 요구되는 절차를 거치지 않아도 된다고 판시하여 사업인정 의제 과정에서 토지보상법의 배제를 더욱 강화시켰다.¹⁹⁾

개별법상 사업인정 의제 규정을 통해 수용권을 부여받는 공익사업은 실제적으로는 공공필요 충족여부에 대한 판단, 절차적으로는 토지보상법상이 요구하는 서류제출이 생략될 수 있다는 점에서 원칙적인 방식인 사업인정을 통해 수용권을 부여받는 공익사업에 비해 특권적 지위를 부여받게 된다.²⁰⁾ 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우, 수용권 부여 과정에서 토지보상법이 아닌 개별법이 핵심적인 기능을 하고, 토지보상법상 아무런 통제도 적용될 수 없다는 점에서 주객의 전도가 발생하게 되는 것이다. 이러한 점에서 과거의 사업인정의제제도는 공공필요 충족여부에 대한 판단을 전제로 하는 토지보상법상 사업인정제도를 형해화(形骸化)시킨다는 점에서 헌법상 재산권 보장원칙에 배치된다는 비판이 다수 제기되었다.²¹⁾

(3) 사업인정 의제에 대한 제도적 보완

사업인정 의제제도가 사업인정제도를 형해화시킨다는 비판이 제기된 근본적인 원인은 토지수용법 제정 당시부터 국토부장관이 사업인정을 하기 위해서는 관계부처 장관 및 중도위의 의견을 청취하여야 했음에도 불구하고(제정 토지수용법 제15조),²²⁾ 사업인정 의제 과정에

-
- 18) 현재까지도 토지보상법 제4조 제8호 별표상 사업인정 의제를 규정한 개별법 조항들은 사업인정과 관련된 별도의 실제적·절차적 요건에 관하여 규율하고 있지 않다. 일반적으로 의제되는 인허가를 받기 위해서는 이에 필요한 관련 서류를 제출하여야 하는 것과 대조적이다. 대표적인 예로 건축법 제11조 제3항 및 제5항 참조.
 - 19) 대법원은 민간투자법이 실시계획의 고시가 있는 때에 토지보상법상 사업인정 및 그 고시가 의제된다고 규정하고 있으므로, 민간투자법상 실시계획의 고시가 있으면 토지보상법상 사업인정이 불필요하고, 사업인정을 위해 요구되는 의견청취를 거치지 않아도 된다고 판시한 바 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두686 판결 등).
 - 20) 개별법상 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우, 재결신청 기간에 대하여도 토지보상법상 사업인정을 거친 경우에 비해 특혜를 부여받는다. 원칙적으로 토지보상법은 사업인정 시 재결신청 기간을 1년으로 제한하고, 사업인정 사업시행자가 사업인정 고시일로부터 1년 이내에 재결신청을 하지 않을 경우 사업인정 고시일로부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정이 실효된다고 규정하고 있는데 반해(토지보상법 제23조 제1항), 개별법상 인허가에 의해 사업인정이 의제되는 경우에는 통상 재결신청기간이 인허가상 사업기간으로 연장되기 때문이다(대표적으로 국토계획법 제96조 제2항 단서). 이러한 점에서 개별법상 사업인정 의제가 사업인정에 비해 사업시행자의 수용기간을 연장시킴으로써 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해한다는 비판적 견해들도 존재한다(대표적으로 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011), 296-299면 참조). 이에 대하여 헌법재판소는 사업기간 내에 재결신청을 할 수 있다는 취지의 규정이 피수용재의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2012헌바198 전원재판부 결정).
 - 21) 한국토지공법학회, “토지보상법상 사업인정 절차 개선방안”, 『토지공법연구』 제74집(2016), 351-352면 참조.
 - 22) 사업인정 절차에서 중도위가 제출하는 의견은 구속력이 있는 의견이라기보다는, 하나의 참고자료에 불과하였다고 한다. 이재훈, “사업인정의제사업에 대한 중앙토지수용위원회 의견청취절차와 공익성 판단”, 『토지보상법연구』 제17집(2017), 119면 참조.

서는 사업인정권자인 국토부장관 또는 수용업무를 담당하는 중토위가 개입할 근거가 없어 수용권 부여 과정에서 공공필요 충족여부에 대한 판단이 배제되었기 때문이다. 이러한 문제점을 보완하기 위해 토지보상법은 최근 사업인정이 의제되는 과정에 중토위가 개입할 수 있는 명시적 근거를 마련하고, 개입의 수준을 강화하는 방향으로 개정이 이루어졌다.

구체적으로 구 토지보상법(2015. 12. 29. 법률 제13677호로 개정된 것)이 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중토위의 의견을 청취하여야 한다는 규정을 도입하면서, 토지보상법에 사업인정 의제에 관한 명시적인 규율이 최초로 도입되었다. 위 근거규정에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 중토위에 의견제출을 요청한 경우, 중토위는 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’에 따른 검토의견을 인·허가권자 등에게 제출하였다.²³⁾ 인·허가권자는 중토위로부터 의견제출을 받으면 절차적 의무를 완수한 것이고 그 의견에 별도로 구속되지 않았으므로, 사업인정 의제 시 중토위의 의견을 청취하여야 하는 절차는 공익사업의 인허가권자가 실질적으로 수용권을 부여하는 과정에서 실질적인 영향을 미치지 못했다.²⁴⁾

이처럼 중토위의 의견제출이 형식적인 절차로 전략함에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인·허가권자는 여전히 별도의 공공필요 충족여부 판단이라는 통제 없이 실질적으로 국토부장관의 사업인정 권한을 행사할 수 있었다. 이에 입법자는 토지보상법 개정(2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것)을 통해 인·허가권자 등이 사업인정이 의제되는 공익사업의 승인 등을 하는 경우 중토위와 사전에 협의할 의무를 부여하였다. 이는 사업인정 의제를 통한 수용권 부여 과정에서 국토부 및 중토위의 공익성 통제를 실질화하기 위함이었다.²⁵⁾

23) 토지보상법은 공익사업의 인허가권자가 중토위로부터 무엇에 관한 의견을 청취해야 하는지에 관하여 구체적 내용을 규율하지는 않았다. 그러나 사업인정의제의 법적 효과 및 중토위의 역할에 비추어 보면, 중토위의 의견검토는 실질적으로 사업인정 발급의 요건을 판단하는 ‘공익성 검토’에 해당한다. 이러한 공익성 검토의 구체적 기준을 마련하기 위해 중토위는 연구용역을 발주하여 10개 항목으로 구성된 공익성 판단기준을 마련하였고, 이를 근거로 공익성 검토업무를 수행하였다. 참고로 ‘공익성 검토’라는 용어는 중토위가 자체적으로 이름붙인 것이라고 한다. 이재훈, 앞의 글, 114-119면 참조. 공익성 검토매뉴얼은 2016. 8. 중토위 내부책자로 발간되었고, 관련된 주요내용은 2019 토지수용 업무편람에도 포함되었으나(512-536면), 2020 토지수용 업무편람에서는 삭제되었다.

24) 중토위는 2016년 7월부터 12월까지 수행한 1,030건의 공익성 검토사안 중 대부분의 경우 공익성을 부정할 사유가 없음을 근거로 ‘의견 없음’을 회신하였으며, 주로 민간이 사업시행자인 7건에 대해서만 협의취득의 노력을 이행하라는 취지의 의견을 회신하였다. 이재훈, 앞의 글, 116-117면 및 126-127면. 다만, 이는 제도 도입 초기였기 때문인 것으로 보이며 이후에는 다수의 부적정 및 조건부 의견제시 사례가 확인된다. 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용 업무편람, 520-536면 참조.

25) 협의 시 중앙토지수용위원회의 주요 검토사항은 다음과 같다.

* 사업인정에 이해관계가 있는 자에 대한 의견수렴 절차 이행 여부, 허가·인가·승인대상 사업의 공공성, 수용의 필요성, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항(토지보상법 제21조 제3항).

* 해당 공익사업이 근거 법률의 목적, 상위 계획 및 시행 절차 등에 부합하는지 여부와 사업시행자

(4) 소결

원칙적으로 사업시행자에 대한 수용권의 부여는 국토부장관의 사업인정에 의해야 하나, 현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표 규정을 통해 사업인정 의제제도를 두어 우회적인 수용권 부여절차를 두고 있다. 이와 같은 사업인정 의제제도가 사업인정 과정에서의 공익성 통제를 잠탈한다는 비판이 제기되어 왔는데, 이러한 문제점을 해결하기 위해 토지보상법은 최근 사업인정 의제 과정에 중도위가 개입하는 절차를 도입하였고, 최근에는 인·허가기관의 의견청취의무를 협의의무로 강화하여 수용권 부여 과정에서 중도위를 통한 공익성 검토를 강화하고 있다.

Ⅲ. 공익성 협의제도의 특징과 법적쟁점

1. 공익성 협의제도의 구조와 절차

(1) 공익성 협의제도의 구조

공익성 협의제도는 개별법상 공익사업에 대한 인허가 발급을 통해 사업인정이 의제되는 과정에서 인허가권자가 수용업무를 담당하는 중도위와의 협의를 거치도록 함으로써 해당 공익사업이 수용권 부여의 실체적 요건인 공공필요를 갖추었는지 여부를 검토하도록 하는 제도이다. 이는 인허가의제 제도에서 주된 인허가권자가 인허가를 발급하면서 다른 법률에서 정하는 관련 인허가도 발급되기 위한 전제로서 의제되는 인허가의 인허가권자와 협의를 거쳐야 하는 것과 유사한 구조이다.²⁶⁾

전반적으로 사업인정의제와 인허가의제는 그 구조가 유사하지만, 인허가의제의 경우 의제의 요건인 협의는 주된 인허가의 근거법률에 규정되어 있고 협의의 상대방이 의제되는 인허가권자인 반면, 사업인정의제의 경우 의제를 위한 협의는 개별법이 아닌 토지보상법에 규정되어 있고, 협의의 상대방이 사업인정권자인 국토부장관이 아니라 중도위라는 점에서 다소간의 차이가 존재한다.²⁷⁾ 인허가의제제도는 절차 간소화를 위해 도입된 제도로서 다른 법률

의 제원 및 해당 공익사업의 근거 법률에 따른 법적 지위 확보 등 사업수행능력 여부(토지보상법 시행령 제11조의 2).

26) 대표적인 예로 건축법 제11조 제6항.

27) 사업인정의제를 인허가의제의 일종으로 보는 견해로는 법제처, 인·허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구, 2017. 그러나 공익성협의제도는 인허가의제제도와 전반적으로 유사하나, 협의 상대방이 인허가권자가 아닌 중도위라는 구조적인 차이가 있고, 이러한 차이가 공익성 협의제도와 관련된 고유한 법적 쟁점을 발생시킨다.

의 인허가 절차를 별도로 거치지 않아도 된다는 의미를 가질 뿐 의제되는 인허가를 발급받기 위해서는 해당 인허가의 실제적 요건을 갖추어야 하는 것처럼,²⁸⁾ 사업인정의 실제적 요건을 갖춘 경우에만 개별법상 공익사업에 대한 인허가로 사업인정이 의제될 수 있다. 즉, 공익성 협의제도에서의 ‘협의’는 단순한 자문이 아니라 ‘합의’ 또는 ‘동의’에 준하는 것이며, 실무도 이와 같이 운용되고 있다.²⁹⁾

(2) 공익성 협의제도의 절차³⁰⁾

개별법상 공익사업에 대한 인허가권자는 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중도위와 협의하여야 한다(토지보상법 제21조 제2항). 이에 인허가권자는 협의요청의 취지를 기재한 공문을 발송함으로써 중도위에 공익성 협의를 요청한다. 협의요청이 접수되면 중도위는 해당사업이 토지보상법 제4조가 정하는 공익사업에 해당하는지, 개별법이 정한 절차를 준수하였는지, 토지보상법령상 의견수렴 절차(토지보상법 시행령 제11조, 같은 법 시행규칙 제9조의2)를 이행하였는지 여부를 검토한다(사전검토).

사전검토의 요건을 충족한 공익사업에 대하여, 중도위는 공익성 평가를 실시하여 평가결과에 따라 협의개시 여부를 결정한다. 구체적으로 중도위는 공익성이 높다고 평가된 사업은 협의개시 없이 동의 의견을 제시하고, 공익성이 부족한 경우 협의를 개시하며, 공익성이 결여된 경우에는 협의 개시 없이 부동의 의견을 제시한다(내용 검토). 협의를 개시하면 중도위는 14일 이내의 기간을 정하여 인허가권자에게 공익성 보완에 필요한 조치를 요구하는데, 이에 인허가권자가 보완계획을 제출하면 위원회는 제출된 보완계획이 적정한지를 판단하여 조건부 동의, 보완촉구 또는 부동의 의견을 제시한다(토지보상법 제21조 제6항).

중도위는 인허가권자가 제출한 사업내용을 심사하여 동의, 조건부 동의, 부동의 의견을 낼 수 있다. 동의는 수용재결을 신청할 수 있음을, 조건부 동의는 조건을 이행한 경우에 수용재결을 신청할 수 있음을, 부동의는 수용재결을 신청할 수 없음을 의미한다. 부동의 의견을 받은 사업시행자는 공익성을 보완하여 재차 중도위에 협의를 요청할 수 있다(토지보상법

28) 박균성, 앞의 책, 732-733면; 법제처, 앞의 보고서, 제119면; 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 등.

29) 박균성, 앞의 책, 514면 참조. 참고로 인허가의제에서의 협의의 법적성질에 관하여, 이를 강학상 자문(협의)으로 보는 견해와 동의로 보는 견해가 대립한다(박균성, 『행정법론(상)』(제21판), 박영사, 2022, 730면). 원칙적으로 협의는 주무행정청을 구속하지 않으나, 동의에는 구속력이 존재한다. 법령상 협의로 규정되어 있더라도 해석상 동의로 보아야 하는 경우에는, 동의의견으로서 법적 구속력을 갖는다(박균성, 앞의 책[행정법론(상)], 54-56면).

30) 본 목차의 내용은 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2022 토지수용 업무편람, 2021, 35-36면의 내용을 정리한 것이다.

시행규칙 제9조의3).

(3) 공익성 검토 기준

토지보상법 개정으로 개별법상 인허가권자에게 사업인정 의제 시 중도위의 의견을 청취할 의무가 부과된 이후, 중도위는 [표1]과 같이 사업인정 요건을 8가지로 분류하고 그에 따른 세부적인 공익성 판단 기준을 설정하여 업무에 활용하였다. 2019 토지수용 업무편람에는 공익성 검토기준의 세부사항과 사례별 검토실무가 포함된 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’이 포함되어 있는데,³¹⁾ 이후 토지보상법 개정을 통해 공익성 협의제도가 시행되자, 중도위는 공익성 판단 기준을 형식적 심사와 실질적 심사로 구분하는 방식으로 세부 평가기준을 재정비하였다.³²⁾ 구체적인 내용은 아래 [표]와 같다.

[표1] 구 공익성 검토기준³³⁾

사업인정요건	공익성 판단 기준
법령상 전제	토지보상법 제4조 각호 및 별표에 규정된 사업에 해당하는가? 개별법에서 정한 수용재결의 신청요건을 갖추었는가?
시행자 의사와 능력	사업을 수행할 정당하고 적극적인 의사를 보유하고 있는가?
	사업을 수행할 충분한 능력을 구비하였는가?
입법목적 부합성	법령목적, 상위계획·지침, 절차 등에 부합하였는가?
	영업이 수반되는 사업의 경우 대중성·개방성이 있는가?
공익 우월성	사업으로 얻게 되는 공익이 사업으로 잃게 되는 이익보다 우월하다고 볼 수 있는가?
사업계획의 합리성	구체적이고 합리적인 계획이라 볼 수 있는가?
수용 필요성	수용방식으로 사업을 수행할 필요가 있는가?
	수용 대상 및 범위가 적정한가?
공익 지속성	사업의 정상 시행 및 완공 후 지속적 공익 관리가 가능한가?

31) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용 업무편람, 512-536면 참조.

32) 2018, 2019 토지수용 업무편람에는 공익성 검토기준의 세부내용과 의견회신 사례가 제시되어 있었으나, 2020 토지수용 업무편람에서부터는 목차가 수정되면서 공익성 검토와 관련된 내용이 축소고, 의견회신 사례 및 공익성 검토 매뉴얼이 삭제되었다(기존: 제7장 공익성 검토 → 변경: 제2장 공익성 협의).

33) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 502면 참조.

[표2] 현 공익성 검토기준³⁴⁾

구분	평가항목		평가기준		
형식적 심사	수용사업의 적격성		토지보상법 제4조 해당 여부		
	사전절차의 적법성		사업시행 절차 / 의견수렴 절차 준수 여부		
실질적 심사	사업의 공공성	시행목적 공공성	주된 시설 종류(국방·군사·필수기반·생활 등 지원 기타)		
		사업의 공공기여도	공공시설(용지) 비율		
			공적귀속장치(기부채납 등)		
		사업시행자 유형	국가 / 지자체 / 공공기관 / 민간		
			국가·지자체 출자비율		
		사업재원의 공공성	정부재정 투입비율		
			공공기관 자기자본 비율		
		사업수행능력	사업재원 확보 비율		
			유사사업 수행실적(민간, SPC)		
		목적 및 상위계획 부합여부	주된 시설과 입법목적 부합여부		
	상위계획 내 사업 추진 여부				
	공익의 지속성	완공 후 소유권 귀속			
		완공 후 관리주체			
	시설의 대중성	시설의 개방성: 이용자 제한 여부			
		접근의 용이성: 유료 여부 등			
	수용의 필요성	피해의 최소성	사익의 침해최소화	이주대상 가구수	
				이주대책 수립	
			공익의 침해최소화	보전지역 편입비율, 사회·경제·환경 피해	
				(감점) 중요공익시설 포함	
		방법의 적절성	분쟁제기 여부		
대면협의 등 분쟁완화 노력					
사업의 시급성	공익실현을 위한 현저한 긴급성				
	정부핵심과제				

34) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 37-38면 참조.

2. 공익성 협의제도와 관련된 법적 쟁점

(1) 공익성 검토기준 항목의 적정성

입법자가 토지보상법에 공익성 협의제도를 규정한 취지는 사업인정의제도하에서 개별법상 공익사업의 공공필요 충족여부에 대한 판단이 누락되는 것을 방지함으로써 국민의 재산권을 보장하는 것이다. 그러므로 공익성 협의제도 하에서 중도위의 핵심적 역할은 검토대상 공익사업이 헌법상 공공필요의 구성요소인 ‘공익성’과 ‘필요성’을 갖추었는지 여부를 판단하는 데 있다.

그런데 과거 중도위가 제시했던 구 공익성 검토기준을 보면, 중도위의 검토범위가 대상 공익사업의 공익성 및 필요성 충족여부를 판단하는 데 필요한 사항을 넘어 대상 공익사업의 전반에 관한 사항으로 확장되어 있음을 확인할 수 있다. 현 공익성 검토기준은 공공필요성 판단의 실질을 갖는 공익성 협의제도의 취지에 부합하는 방향으로 사업의 공공성과 수용의 필요성만을 실질적 심사항목으로 규정하였다. 그러나 사업의 공공성 항목의 구성요소들은 개별 공익사업의 특성에 관한 것으로서 개별법상의 요건 및 인허가과정에서 심사가 이루어지는 사항이라는 점에서, 원칙적으로 공공필요 충족여부 판단에 참고가 되는 요소에 불과할 뿐 중도위가 심사해야할 대상은 아니다.

사업의 공공성 항목의 세부기준들에 관하여는 개별법상 공익사업의 인허가과정에서 이미 심사된 바 있다는 점에서 해당 항목에 대한 중도위의 심사는 불필요한 절차의 중복일 수 있고, 중도위가 인허가권자에 비해 대상 공익사업에 관한 전문적인 지식을 갖추고 있지 못한 상황에서 해당 사업의 공공필요 외적 요소를 심사하고 의견을 제시하는 것은 행정기간간 권한존중의 원칙에 배치될 소지가 있다.³⁵⁾ 특히 중도위가 공익성 판단을 이유로 민간에 수익이 과도하게 귀속되지 않는지, 수익을 공공부문 귀속시킬 장치가 마련되어 있는지 등 대상 공익사업의 구체적 요소들을 심사하고, 중도위가 특정 기준의 충족을 요구할 수 있는지에 관하여는 논란이 있다.³⁶⁾

35) 이재훈, 앞의 글, 124면 참조. 2019 토지수용 업무편람에는 사업계획의 합리성 판단은 전문적이고 기술적인 사항이 많고, 해당 사업계획 수립단계에서 각종 자문·내부협의를 거쳐 확정되는 경우가 많기 때문에 사업계획의 비합리성을 의심할 특별한 사정이 있는 경우에만 검토하는 것이 바람직하다고 기재되어 있는데(508면 각주 11 참조), 이러한 입장은 공익성과 필요성과 직접적으로 관련이 없는 다른 항목에도 동일하게 적용될 수 있다. 당초 전문기관이 아닌 중도위가 사업계획의 비합리성을 의심할 정도라면, 인허가과정에서 이미 문제되어 시정되었을 가능성이 높다.

36) 중도위는 개발이익의 공적 귀속 장치의 부재, 또는 과도한 민간에의 이익 귀속, 사업의 변질가능성 등을 이유로 다수의 부정적 의견을 제시한 바 있다. 2019 토지수용 업무편람 520-536면 참조. 소위 대장동 사건 이후에는, 중도위가 개발사업의 초과이익 환수 방안을 요구한 사례들도 확인된다.

이미 개별법상 인허가절차에서 대상 공익사업의 전반적인 사항에 대한 심사가 완료된 상황에서, 사업인정 여부가 공익성 협의과정에서 대상 공익사업의 공공필요 충족여부가 아닌 사업의 전반적인 타당성에 관한 중토위의 의견으로 인해 결정될 수 있다는 점은 불합리한 측면이 있다. 어떠한 개발사업이 공익사업에 해당하는지 여부는 개별법의 제정과정에서 입법자의 1차적 판단이 반영되었고, 사업의 공공성은 개별법에 정해진 사업 자체의 특성에 좌우되는 경향이 강하다. 따라서 공익성 협의과정에서는 필요 최소한의 범위 내에서만 재산권에 대한 강제적 박탈을 허용한다는 헌법상 재산권 보장의 취지 실현차원에서, 중토위의 검토범위는 ‘수용의 필요성’ 항목에 집중될 필요가 있다. 실제로 현 공익성 검토기준상 수용의 필요성 항목의 세부 평가기준들은 사업의 공익성 항목에 비하여 계량적인 판단이 용이하므로, 객관적·구체적 기준의 수립가능성 및 이해관계자의 수용성도 높을 것으로 생각된다.³⁷⁾

(2) 중토위의 강화된 심사기준 적용가능성

1) 강화된 심사기준 적용의 문제점

공익성 협의제도와 관련하여 나타나는 실무상 문제점 중 하나는 중토위가 공익성 협의 과정에서 부지면적 협의취득 비율 등 개별법률이 정하는 인허가의 요건보다 가중된 요건을 요구하거나, 사업과 관련하여 개별법률이 규정하지 않은 요건을 추가적으로 요구하는 경우가 빈번하게 발생한다는 점이다.³⁸⁾ 중토위가 요구하는 가중된 기준은 공표된 기준이 아니므로 이해관계자가 사전에 확인할 수 없다는 점에서 개발사업 현장의 혼란은 가중되고 있다. 이러한 경향은 사업시행자가 민간인 공익사업의 경우 더욱 강하게 나타나는데, 사업시행자가 개별법상 요건을 모두 갖추었음에도 불구하고 중토위가 요구하는 가중된 기준을 충족하지 못해 부동의 의견을 받아 수용권을 행사하지 못하고, 그에 따라 사업이 좌초위기에 몰리는 경우도 발생하고 있다.³⁹⁾

37) 사업시행자의 입장에서는 개별법 및 토지보상법이 정하는 요건을 모두 갖추었음에도 중토위가 추가로 요구하는 조건을 충족시키지 못해 수용권을 행사할 수 없는 상황이 발생하는 것을 납득하기 어려우므로, 중토위로서는 추가 또는 초과조건 요구의 법령상 근거를 제시할 수 있어야 할 것이다.

38) 예를 들어 개별법에서는 인허가의 요건으로 사업부지 토지소유권의 2/3를 확보할 것을 규정하고 있음에도, 중토위가 사업시행자에게 협의취득 독려를 명목으로 더 넓은 면적의 토지소유권을 확보할 것을 요구하는 경우를 예로 들 수 있다.

39) 사업시행자가 수용재결을 받기 위해서는 재결신청서에 중토위와의 협의결과를 기재하고 중토위의 의견서를 첨부해야 하는데(토지보상법 시행령 제12조 제2항 제5호, 같은 법시행규칙 제10조 [별지 제13호 서식]), 재결신청서에 부동의 의견을 기재하게 되면 사업시행자의 수용재결신청은 기각 또는 각하되므로 사업시행자는 실질적으로 수용권을 행사할 수 없게 된다. 즉, 중토위의 협의의견이 사업인정의 발급여부 및 수용권 행사가부를 좌우하는 것이다.

중토위가 공익성 협의에서 개별법상 기준보다 강화된 기준을 요구하게 되는 근본적인 이유는 사업인정이 의제되는 구조 아래서 개별법과 토지보상법이 이원적으로 작동하고 있기 때문이다. 중토위가 사업의 공공필요 충족여부를 판단하는 데 사용하는 세부기준의 상당부분은 사업의 본질적 요소와 관련된 사항들인데, 이와 관련된 요건들은 대부분 개별법에 규정되어 있다.⁴⁰⁾ 한편, 토지보상법령은 중토위가 공익성 협의 과정에서 검토해야할 사항들을 정하고 있는데, 위 사항들은 사업의 공공성, 수용의 필요성과 같이 추상적 요건으로서 개별법상 사업의 기준들과 유리되어 있다(토지보상법 제21조 제3항, 제8항, 같은 법 시행령 제11조의2, 같은 법 시행규칙 제9조의2). 즉, 사업인정 의제의 근거규정은 개별법에 존재하지만, 개별법은 인허가를 위해 사업이 갖추어야 할 요건들만을 규정하고 있으므로, 중토위로서는 공익성 검토를 위해서는 기존 개별법상 규정을 기초로 이를 가중하거나, 공익성 및 필요성의 측면에서 새로운 요소들을 추가적으로 심사하게 되는 것이다. 그리고 그 과정에서 사업시행자에게 개별 공익사업들의 실무와 유리된 과중한 요건이 요구되기도 한다.

중토위가 공익성 협의과정에서 개별법이 정하는 요건보다 강화된 요건을 요구하는 것은 무분별한 수용권 부여를 제한하는 것이라는 점에서 헌법상 재산권 보장의 원칙에 부합할 수는 있다. 그러나 이러한 제도운영 방식은 사업시행자 등 이해관계자의 입장에서 중토위가 제시할 요건을 예측하기 어렵고, 중토위가 제시하는 기준의 근거와 적정성이 불분명해 사업시행자의 권리를 과도하게 침해한다는 문제가 있다. 현실적으로 개별법보다 강화된 요건(예를 들어 토지소유권 확보비율)의 충족이 요구되는 경우, 해당 사업의 수익성 악화 등의 문제로 사업진행에 중대한 차질이 발생해 공익사업의 시행을 통해 달성될 수 있는 공공성 실현을 제약될 수 있다는 사회적 차원의 문제도 발생할 수 있다.

현재 중토위는 공익성 협의과정에서 ‘공익성 검토기준’, ‘공익성 검토매뉴얼’ 등을 기초로 의견을 결정하고 있는데, 이러한 기준들은 법령의 명시적 수권하에 작성된 기준이 아니며, 일반 국민에게 공표되어 있지도 않다. 이는 법률의 구체적 위임 없이 행정기관 내부의 기준을 통해 개별법률에서 정한 기준보다 강화된 기준을 적용하여 국민의 권익을 제한하는 것이라는 점에서 위법 소지가 상당하다.⁴¹⁾ 이러한 상황에서 중토위의 강화된 심사기준 적용이 정당화되려면 개별법상 요건을 기준으로 하여 가중 또는 추가할 수 있는 요건의 범위를 법령에 명확하게 규정하여 이해관계자에게 예측가능성을 부여할 수 있어야 할 것이다.

40) 개별법상 인허가권자와 중토위의 심사권한 및 범위가 상이하므로, 공익성 협의 과정에서 중토위의 심사범위가 적정 범위로 제한될 필요가 있는 것이다.

41) 이에 관하여 논의의 영역은 다르지만 ‘침익적 조례의 경우 법률적 위임근거가 있더라도, 상위법령의 제한범위를 초과하면 무효’라는 법리(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결 등)를 참고해볼 수 있을 것이다.

2) 공익성 협의에서 중토위 심사권한의 범위

중토위가 공익성 협의과정에서 사업 및 인허가에 관하여 개별법이 정하는 기준보다 강화된 기준을 적용할 수 있는지 여부는 공익성 협의제도상 중토위의 심사권한이 인정되는 범위와 연결된다. 이와 관련하여 토지보상법 제4조 제8호 별표에 공익사업으로 열거된 사업들의 경우, 공공필요 충족여부에 관한 입법자의 1차적 판단이 이미 내려졌다고 볼 수 있으므로 중토위가 공익성 협의 과정에서 사업시행자에게 개별법이 정하는 요건을 강화하거나 추가하여 요구할 수 없다는 견해가 제시될 수 있다. 이 경우, 중토위는 개별법상의 요건 충족여부를 중심으로 검토하되, 수용의 필요성 등 개별법상의 요건만으로는 충분한 판단이 어려운 요소에 한해서만 보완적인 추가요건의 충족을 요구할 수 있을 것이다.

한편, 개별법이 정한 요건은 해당 사업의 인허가에 필요한 요건만을 규정한 것이지, 수용권 부여의 근거인 사업인정의 요건까지 규정한 것은 아니므로, 공익성 협의과정에서 중토위가 적극적으로 해당 사업의 공공필요 충족여부를 판단할 수 있다는 견해가 제시될 수 있다. 이러한 견해를 취할 경우, 중토위는 공익사업의 특성에 따른 공공필요 충족여부를 판단함에 있어 사업시행자에게 적극적으로 추가 및 초과 조건을 요구하고 그 충족여부를 심사할 수 있을 것이다.

토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 개별법률은 공익사업 해당여부에 관한 추상적 판단에 불과하고, 개별법상의 요건들은 개별법상 인허가를 발급하는 데 필요한 사항을 규율하는 데 그치므로, 원칙적으로 사업인정 과정에서 해당 공익사업의 공공필요 충족여부에 관한 추가적인 판단이 필요하다는 점은 분명하다. 그러나 이미 개별법 제정과정에서 대상 공익사업의 공공성 충족여부에 관하여 입법자의 1차적 판단이 반영되었고, 개별법상 인허가과정에서 사업시행자의 사업수행능력 및 사업의 타당성은 심사되었으므로, 공익성 협의과정에서 대상 공익사업의 공공필요 충족여부가 아닌 사업의 특성에 관한 중토위의 의견으로 인해 사업인정 여부가 결정될 수 있다는 점은 불합리한 측면이 있다. 중토위는 기본적으로 수용재결을 내리는 기관으로서 해당 분야에 전문성을 갖고 있다는 점에서도, 공익성 협의에서 중토위의 심사범위는 공공필요 중 수용의 필요성 판단에 집중될 필요가 있다.

(3) 중토위의 부동의 의견에 대한 대응수단

1) 중토위 부동의에 대한 불복방법의 한계

개별법상 인허가권자가 공익성 협의과정에서 중토위의 동의 의견을 받지 못하는 경우에는 사업인정만 의제되지 않을 뿐, 개별법상 요건을 갖추었다면 개별법상 인허가는 발급될 수 있다.⁴²⁾ 이는 인허가의제에서 주된 인허가의 요건을 갖추었으나, 요건불비를 이유로 다른 법률상 인허가가 의제되지 않는 경우와 실질적으로 동일하다. 의제되는 인허가의 거부사유로 주된 인허가의 발급이 거부되는 경우, 주된 인허가에 대한 거부처분을 대상으로 항고소송을 제기하고 의제되는 인허가 거부사유의 위법성을 다툴 수 있지만,⁴³⁾ 개별법상 인허가는 발급되었으나 사업인정만 의제되지 않은 경우 사업시행자는 수익적 처분인 주된 인허가에 대하여 다툴 수 없다. 따라서 주된 인허가와 다른 법상 인허가가 발급된 상황에서, 사업인정이 의제되지 못한 직접적인 원인인 중토위의 부동의 의견만을 독립적으로 다투는 것은 현실적으로 불가능하다는 문제가 있다.

2) 독립적 사업인정절차의 허용여부

중토위가 공익성 협의에서 부동의 의견을 제시하여 사업인정을 의제받지 못하게 된 경우, 사업시행자로서는 별개의 절차로서 국토부장관에게 사업인정을 신청하여 수용권을 부여받는 방식을 고려해볼 수 있다. 통상 주된 인허가의 신청인이 의제되는 인허가의 요건을 갖추지 못해 다른 법률상 인허가가 의제되지 않은 경우, 신청인은 사후에 요건을 갖추어 인허가의 제와 별도의 절차를 거쳐 다른 법률상 인허가를 득할 수 있다. 그러므로 개별법상 인허가를 받았으나 중토위의 부동의로 사업인정을 의제받지 못한 경우에도, 사후 별도의 사업인정 절차를 통해 수용권을 부여받는 것은 이론적으로 얼마든지 가능하다.

그러나 현재 실무상 중토위는 사업인정 의제 과정에서 공익성 협의결과 부동의 의견으로 인해 사업인정을 의제받지 못한 사업시행자가 별도로 토지보상법상 사업인정을 신청하는 것을 수용하지 않고 있다. 이러한 거부에 명확한 법적 근거는 없으나, 토지보상법 제4조 제8호 별표에 ① 법 20조에 따라 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 ② 법 제20조에 다른 사업인정이 의제되는 사업을 구분하여 열거하고 있다는 점이 하나의 이유가 될 수 있을 것으로 보인다. 이와 같은 규정 형식은 ‘사업인정을 받아야 하는 공익사업’과 ‘사업인정이 의제되는 공익사업’이 상호 배타적 사업으로서, 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우 수용권을 부여하는 원칙적인 방식인 사업인정 절차를 거칠 수 없다는 오해를 불러일으킬 수

42) 개별법상 인허가가 재량행위라면, 인허가권자는 사업인정 요건의 불비를 이유로 개별법상 인허가를 거부할 수도 있다. 다만, 실무상 중토위의 공익성협의 부동의를 이유로 개별법상 인허가를 거부하는 경우는 극히 예외적인 것으로 보인다. 참고로 인허가의제에 관하여, 대법원은 행정청이 의제되는 인허가의 불허사유를 이유로 주된 인허가를 거부할 수 있다는 입장이다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두7519 판결 등 참조).

43) 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결 등.

있기 때문이다.

토지보상법상 수용권을 부여하는 원칙적인 절차는 사업인정이고, 사업인정 의제는 개별법에 사업인정을 의제하는 별도의 근거규정이 존재하는 경우에만 인정될 수 있으므로, 사업인정 의제규정을 두고 있는 개별법상 공익사업의 사업시행자는 수용권을 부여받는 방식으로 토지보상법상 사업인정절차를 거치는 방법과 개별법상 사업인정 의제절차를 거치는 방법 중 하나를 선택할 수 있다.⁴⁴⁾ 사업시행자가 중도위의 부동의 의견에 대하여 실질적으로 불복할 수 있는 방법이 제한되는 상황에서 사업시행자에게 별도로 사업인정 절차를 거치는 것을 허용하지 않는다면, 사업시행자 입장에서 부동의 의견의 위법성을 다투어볼 기회를 실질적으로 박탈당하는 것과 다를없다는 점에서도 공익성 협의결과를 이유로 사업인정을 의제받지 못하는 사업시행자가 별도로 사업인정 절차를 거치는 것을 허용할 필요가 있다.

IV. 공익성 협의제도의 개선방향

1. 공익성 검토기준의 정비

(1) 수용의 필요성 중심의 재정비

현재 공익성 협의제도 운영에 있어 중도위의 검토범위는 대상사업이 수용권 부여의 전제조건인 공공필요를 충족하는지를 판단하는 데 필요한 항목을 넘어 대상사업과 관련된 전반적 항목으로 과도하게 확장된 측면이 있다. 이는 불필요한 절차의 중복, 인허가권자의 판단에 대한 실질적 사후심사, 행정기관의 권한존중 원칙 침해, 과도한 권한행사에 의한 이해관계자의 권익침해 등의 문제를 초래하는 원인이 된다. 그러므로 공공필요 충족여부 판단이라는 중도위 본연의 역할에 집중하여, 수용 필요성 판단에 필요한 항목을 중심으로 공익성 검토기준을 재정비할 필요가 있다.

(2) 가중요건 제시의 근거규정 마련 필요

44) 사업인정이 의제될 수 있는 경우라도 토지보상법상 사업인정을 받는 것도 가능하다는 견해로는 박균성, 앞의 책[행정법론(하)], 505면; 서울행정법원 1999. 1. 7. 선고 98구26633 판결. 위 견해들은 사업인정을 받을 수 있는 방법의 선택가능성에 대한 입장이지만, 중도위가 사업인정 의제절차인 공익성협의에서 부동의 의견을 제시한 경우, 사업시행자가 별도로 사업인정절차를 거칠 수 있는지에 관해서도 적용될 수 있을 것이다.

개별법상 인허가요건을 갖추었으나, 대상 공익사업이 수용권이 정당화될 정도로 공익이 우월하거나 수용의 필요성이 인정되지 않아 사업인정을 발급받기에는 부적절한 경우가 존재할 수 있다. 이러한 경우에도 중도위는 인허가권자 및 사업시행자에 대한 보완요구는 명확한 법적근거 및 기준이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있다. 구체적으로 토지보상법령에 개별법령상 인허가 및 수용권 행사에 필요한 요건을 가중할 수 있는 범위를 명시하고,⁴⁵⁾ 공공필요 판단과 연관성이 떨어지는 요건의 보완을 요구할 수 없다는 취지의 규정을 두는 것을 고려해볼 수 있을 것이다. 특히, 논란의 핵심인 대상 공익사업에 따른 개발이익의 공공부문 귀속 수준과 관련해서는 보다 세밀한 법령상 근거가 마련이 필요할 것으로 생각된다.

(3) 구체적 검토기준 및 의견제시 사례의 공개

현재 공익성 협의제도와 관련된 가장 중요한 문제는 중도위의 협의의견에 대한 사업시행자 등 이해관계자의 예측불가능성이 과도한 수준이라는 데 있다. 이는 중도위가 공익성 검토에 적용하는 내부기준 및 과거 의견제시 사례들이 일반에 공개되지 않기 때문에 발생하는 문제이다. 이와 관련해 중도위로 하여금 과거처럼 토지수용 업무편람에 해당 기준의 주요 내용 및 과거 의견제시 사례를 공개하도록 할 필요가 있다.⁴⁶⁾ 지난 2019 토지수용 업무편람에 포함되었던 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’ 수준의 정보가 공개된다면, 공익성 협의와 관련된 이해관계자들의 예측불가능성 문제는 상당부분 해소될 것으로 보인다. 또한 내부기준 및 의견제시 사례를 공개함으로써 그 적정성에 관한 다양한 논의가 이루어질 수 있고, 이러한 논의가 중도위 기준 변경의 계기로 작용하는 선순환 효과도 기대할 수 있을 것이다.

2. 사업인정 절차 진행의 허용

사업시행자가 공익성 협의 시 중도위로부터 부동의 의견을 제시받은 경우, 이에 대한 사업시행자의 실질적 불복을 위해서는 별도의 사업인정절차 진행을 허용할 필요가 있다. 실무상 사업인정 의제절차가 진행되고 있는 경우 같은 개별법상 상버에 대하여 별개의 사업인정 절차를 허용하지 않고 있으나, 이를 인정하지 않을 법령상·이론적 근거가 없고, 이를 허용

45) 예를 들어 개별법이 인허가 및 수용권 행사를 위해 일정한 토지면적 확보요건을 규정한 경우, ‘중도위는 개별법이 규정하는 수준의 100분의 20이상을 가중할 수 없다’는 방식으로 중도위의 보완요구의 범위를 제한할 수 있을 것이다.

46) 앞서 언급하였듯 토지보상법 개정으로 공익성 협의제도가 시행되면서 2019 토지수용 업무편람에 기재되었던 공익성 검토업무 매뉴얼의 내용이 삭제되었다. 공익성 협의가 시행되어 사업시행자의 중도에 대한 의견청취의무가 협의제도로 변경되고 중도위 내부 기준이 일부 변경되었을 수 있지만, ‘공공필요 충족여부 판단’, ‘공익성 검토’라는 판단의 본질적인 대상과 내용은 변경되지 않았으므로, 여전히 의견청취 제도 운영 시의 사례들을 포함한 중도위의 의견제시 사례들을 제공하는 것은 이해관계자들의 예측가능성을 제고하는 측면에서 상당한 의미가 있다고 생각된다.

하지 않을 경우 사업시행자로서는 실질적으로 중토위의 부동의 의견에 대하여 다룰 수단이 없다는 점에서도 중토위 실무운영의 개선이 필요하다.

3. 이의신청 절차의 마련

중토위가 공익성 협의에 대하여 부동의 의견을 제시할 경우 이에 대하여 재협의를 요청할 수 있으나(토지보상법 시행규칙 제9조의3), 재협의 결과로도 부동의 의견이 제시되는 경우에는 해당의견에 불복할 마땅한 수단이 존재하지 않는다. 이에 중토위의 공익성 협의의견에 대한 인허가권자 및 사업시행자의 불복수단 보장 차원에서 토지보상법상 이의신청의 대상에 중토위의 공익성 협의의견을 포함시키는 방법은 고려해볼 수 있을 것이다. 현행 토지보상법은 이의신청의 대상을 토지수용위원회의 재결로 제한하고 있고(토지보상법 제83조), 행정기본법도 처분에 대한 이의신청만을 규정하고 있으나(행정기본법 제36조), 공익성 협의에서 중토위의 부동의 의견은 사업시행자의 권익을 침해하는 사업인정 거부처분의 실질을 갖고 있음에도 공익성협의제도의 구조상 이에 대한 마땅한 불복수단이 존재하지 않는 상황이므로, 중토위의 부동의 의견에 대하여 예외적으로 처분성을 인정할 수 있다는 이론구성이 가능하다는 점에서 고려해 볼 수 있는 방안이라고 생각된다.⁴⁷⁾

V. 결 론

토지보상법 개정에 따른 공익성 협의제도의 도입은 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치의 실현이라는 측면에서는 긍정적인 변화이나, 제도적 미비, 운영상의 한계로 일선 개발사업 현장에서 수많은 문제를 초래하고 있다. 수용권 부여 과정에서 공익사업의 공공필요 충족여부에 대한 검토를 강화하며 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치를 실현하는 것도 중요하지만, 그 과정에서 공익사업을 통한 공익실현 및 공동체의 후생증진이라는 가치가 경시되어서는 안 된다. 그러므로 양자의 조화를 위해서는 공익사업에의 수용권 부여 과정에서 공공필요와 관련된 중토위의 개입이 명확한 법적근거와 구체적 기준아래에서만 이루어질 수 있도록 균형적으로 공익성 협의제도를 설계하고 이를 운영하는 것이 필요하다.

현재 공익성 협의제도 운영상 중토위가 적용하는 공익성 검토기준의 구체적 내용과 근거가 불명확해 인허가권자 및 사업시행자의 예측가능성이 과도하게 낮으며, 중토위의 부동의

47) 중토위의 부동의 의견은 그 실질이 사업인정 거부처분이라는 점에서 그에 대하여 곧바로 행정소송을 제기할 수 있다고 이론구성하는 것도 가능할 것으로 생각된다. 중요한 것은 중토위의 부동의 의견에 대하여 중토위 내부 또는 외부의 재검토 수단을 제도화하는 것이다.

의견이 위법·부당하더라도 인허가권자 및 사업시행자가 이에 불복할 수단이 마땅하지 않아 중토위의 의견에 대한 사법적 통제가 제한된다는 문제가 있다. 이에 중토위의 심사범위를 공공필요 판단의 핵심요소인 수용의 필요성 측면에 집중하고, 추가 또는 가중된 요건 제시와 관련된 중토위 권한범위와 한계를 법령에 명확히 규정하는 방향으로 공익성 검토기준을 재정비하며, 중토위 부동의 의견에 대하여 사업시행자에게 별도의 사업인정절차 및 토지보상법상 이의신청을 허용하는 방향으로 제도를 개선할 필요가 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희, 『行政法Ⅱ』(제26판), 박영사, 2021,
김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 박영사, 2018.
박균성, 『행정법론(상)』(제21판), 박영사, 2022.
박균성, 『행정법론(하)』(제20판), 박영사, 2022.
전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021.

[논문]

- 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011)
류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제규정의 위헌성”, 『토지공법연구』
제44집(2009)
이재훈, “사업인정의제사업에 대한 중앙토지수용위원회 의견청취절차와 공익성 판단”,
『토지보상법연구』 제17집(2017)
한국토지공법학회, “토지보상법상 사업인정 절차 개선방안”, 『토지공법연구』
제74집(2016)

[연구보고서]

- 법제처, 『인·허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 2017.
한국토지공법학회, 『사업인정 의제사업 공익성 판단 기준 등 연구』, 2016.

[기타]

- 국토교통부 중앙토지수용위원회, 토지수용 업무편람

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제8호 2022년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 8, September 2022

건축물관리법과 해체공사에 대한 규율의 발전

- 건축물관리법의 제·개정에 따른 변화를 중심으로 -

장재윤*

국문초록

종전 건축법이 주로 건축행위만을 중심으로 건축에 대한 공법상 규율을 정립하여 온 것과 달리, 건축물관리법의 제정에 따라 이원화된 현재의 건축경찰법제는 건축물의 철거에 대하여도 그 위험을 방지하기 위한 허가제도, 건축물 해체의 허가(해체허가) 제도를 두고, 건축과 해체를 모두 허가의 대상으로 하여 동등한 수준의 법적 규율이 적용될 수 있는 기틀을 마련하였다.

건축법 및 건축물관리법은 건축허가와 해체허가 사이의 관계에 대하여 명시적으로 규율하지 아니하였으나, 현재의 실무는 개축 등의 경우에도 해체허가를 별도로 취득하여야 한다는 방향으로 정립되고 있다. 이와 같은 실무의 방향은 실질적 요건 심사 및 해체허가감리제도의 적용 범위를 고려할 때, 해체공사의 안전 확보에 유리하여 제도의 목적에 부합하는 측면이 있기는 하나, 두 허가제도 사이의 법적 관계를 실무의 해석론에 맡기기보다는 의제조항의 개정 등 입법개선을 통해 명확하게 정립하는 것이 보다 바람직할 것이다.

제정 건축물관리법의 해체허가 제도에는 세부적인 내용에서 다소 미비점이 있었으나, 이후 현재까지 법령개정을 거치면서 해체계획서의 작성자에 대한 자격기준, 해체공사감리자의 배치 및 자격기준 등에 대한 미비점이 보완되고 있다. 비록 건축물관리법의 시행에도 불구하고 아직 해체공사와 관련한 사고는 끊이지 아니하고 있으나, 아직 제도 시행 초기임을 감안할 때, 이는 해체허가 제도의 문제가 아니라 실무상 제도가 정착되지 아니하고, 해체허가 제도가 요구하는 실질적 요건을 준수하지 아니하였기 때문으로 보인다. 앞으로 제도가 정착하고, 미비점을 개선하여, 건축물 해체의 허가로써 도시공간이 더욱 안전해지기를 바란다.

* 변호사, 법무법인(유) 광장

주제어 : 건축물 해체의 허가, 해체, 철거, 건축물관리법, 해체공사감리

목 차

- I. 들어가며 : 건축물관리법의 제정과 해체공사에 대한 규율
- II. 건축물관리법의 제정과 이원화된 건축경찰법
- III. 해체공사에 대한 법적 규율
- IV. 해체공사와 착공신고
- V. 결론

I. 들어가며 : 건축물관리법의 제정과 해체공사에 대한 규율

우리 도시는 개별 건축물의 집합으로 구성되며, 건축물의 생애주기는 기획 및 건축행위로 시작하여 사용을 위한 유지·관리를 거쳐 철거행위로 종결된다. 건축물은 철거되어 그 물리적 형태와 기능을 상실하므로 관련된 계약상 권리 및 물권의 객체가 소멸하여 각종 법률관계에 영향을 준다¹⁾. 또한 기존에 실재하던 공간을 소멸시켜 우리 사회의 공간이용에 사실적인 영향을 준다. 그리고 소멸하는 과정에서 공사와 관련된 위험 및 공간이용의 현황변경 등에 대한 공법적 관리 및 통제의 필요성이 발생한다. 그러나 우리 건설법제는 그동안 건축물에 대한 규범 제도를 만듦에 있어서 건축행위에 대한 통제를 중심으로 하고 있었으며 그 결과 건축물의 철거²⁾에 대해서는 상대적으로 소홀한 상태에 있었다.

건축법은 경찰법의 속성을 지니며 안전을 위한 위험방지가 그 목적이다. 따라서 건축물과 관련된 위험 및 그 위험이 현실화된 사고에 있어서 가장 책임이 있는 법제는 곧 건축법 및 관련 법제이다. 그러나 우리 사회 속에서 공사현장 사고, 특히 철거현장의 사고는 빈번하게

1) 김중보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 23호(2009), 행정법이론실무학회, 109-135면 참조.

2) 관련하여, 과거 건축법은 ‘철거’라는 용어를 사용하였으나, 건축물관리법은 건축물의 물리적 요소를 제거하는 행위에 대한 법적 용어로서 ‘해체’를 사용하고 있다. 이하 이 글에서는 별도로 세밀한 구분이 필요하지 아니한 때에는 건축물관리법의 문언을 따라 포괄하여 ‘해체’로 지칭하고자 한다. 철거, 멸실 및 해체의 각 의미 차이에 대하여는 장재윤, “건축물의 철거와 해체허가에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 석사학위 논문, 2021, 36-38면 참조.

일어나고 있었으며³⁾, 심지어 건축물관리법이 시행된 이후인 작년에도 광주 학동 철거현장 붕괴사고⁴⁾라는 비극적인 인명피해가 있었다. 또한 이 글에서 중점적으로 다룰 해체공사의 사례는 아니나, 지난 광주 서구 아파트 현장 붕괴사고⁵⁾는 아직 우리 건설법제가 건설공사에 있어 충분한 안전을 확보하지 못 하고 있다는 반증이 되기도 하였다.

이처럼 해체공사는 큰 위험을 내포하고 있음에도 불구하고, 과거의 건축법은 주로 ‘건축 행위’를 중심으로 공법적 규율을 두고 있었을 뿐, 철거행위에 대하여는 큰 관심을 두지 아니하고 있었다. 그러나 건축물의 건축뿐만 아니라 그 유지·보수를 통한 적정한 관리와 해체공사에 대한 안전확보에 대하여도 사회적 관심이 높아짐에 따라, 건축물관리법이 2020. 5. 1.부터 시행되어 건축물의 관리와 해체공사 등에 대하여 규율하고 있다.

이에 본 발제문에서는 이원화된 건축경찰법제를 구성하는 건축물관리법의 내용을 개괄하고, 건축법과 건축물관리법의 관계, 그 중에서도 개축에 대한 건축허가(이하 ‘개축허가’)와 건축물 해체의 허가(이하 ‘해체허가’) 사이의 관계에 대하여 살핀 후, 착공신고의 의의와 해체공사 착공에 대한 기존의 규율 및 개정 건축물관리법을 통한 보완을 살피고자 한다.

II. 건축물관리법의 제정과 이원화된 건축경찰법

1. 건축물의 관리를 위한 건축물관리법

(1) 건축물관리법의 의의

건설에 적용되는 각종 시공공법과 공학기술은 계속해서 발전하고 있으며 그 결과 1962년 제정 건축법이 시행된 때에 비해 지금은 건축물의 수명주기가 크게 연장되었다. 따라서 건축을 비롯한 건축행위에 관한 통제를 위주로 하던 과거의 법제에서 좀 더 나아가 유지, 관리 및 건물 수명의 마지막에 위치하는 철거에 대해서도 더 세심하게 제도를 정비할 필요가 커졌다. 이에 건축물의 안전한 유지관리를 도모하고 그동안 상대적으로 소홀했던 해체공사에 대한 관리 등을 규율하기 위한 건축물관리법이 입안되어 2020. 5. 1.부터 시행되었다.

3) 서울 잠원동 건물 철거공사현장 붕괴로 인한 차량 탑승자 사상 사고, 부산 단독주택 철거 중 붕괴로 인한 사고, 인천 청천동 재개발지역 철거현장 붕괴사고, 송파구 철거현장 비계 붕괴사고 등 다수의 붕괴사고 사례가 있었다.

4) 연합뉴스, 광주 건물붕괴, 무리한 해체방식에 불법 하도급도 겹쳐 초래, 2021. 8. 9.자.

5) 조선일보, 광주 아파트 붕괴 현장... “여러 층 바닥·천장 떡시루처럼 붙어”, 2022. 1. 23.자.

건축물관리법은 건축물의 안전을 확보하고 편리·쾌적·미관·기능 등 사용가치를 유지·향상시키기 위하여 필요한 사항과 건물을 안전하게 해체하는 데 필요한 사항을 정하여 건축물을 체계적으로 관리함으로써 국민의 안전과 복리증진에 이바지함을 목적으로 한다(건축물관리법 제1조).

(2) 제정 건축물관리법의 내용

건축물관리법이 제정되면서 건축물관리법 제정 이전의 건축법(이하 ‘(구)건축법’)의 내용 중 건축물의 관리에 대한 부분은 건축물관리법으로 이전되었다. 후술할 것과 같이 건축물관리법은 (구)건축법의 내용 중 건축물의 유지관리(제35조 등), 건축물의 철거 등의 신고(제36조), 빈집 정비절차(제81조 이하) 등의 내용을 가져왔으며, 이와 같이 건축물관리법에 이관된 법적 규율은 현행 건축법에서는 삭제된 조문번호로 그 흔적이 남아있다.

건축물관리법은 “건축물관리”를 건축물의 유지·점검·보수·보강 및 해체를 망라하는 개념으로 정의하고 있으며(건축물관리법 제2조 제1호), 건축물관리의 투명성과 실효성 등을 도모할 수 있는 각종 장치를 두고 있다. 우선 건축물의 생애이력은 데이터베이스화되어 관리되게 된다(건축물관리법 제2장 건축물관리 기반 구축). 또한 거의 대부분의 건축물에 관하여 건축주에 대해 건축물관리계획을 사용승인 신청과 함께 제출할 것을 요구하여 건축물의 탄생시점부터 체계적인 관리가 이뤄질 수 있도록 안배하고 있다(건축물관리법 제11조 및 건설산업기본법 제41조).

위와 같은 각종 건축물에 대한 성능 기준에 맞는 안전한 상태를 개별 건축물이 지속적으로 유지할 수 있도록 건축물관리법은 점검제도 등을 두고 있다. 관련하여 동법은 정기점검제도뿐만 아니라 별도로 필요한 경우에는 관계된 지방자치단체장 등이 긴급점검을 요구할 수 있도록 근거조문을 마련하였다(건축물관리법 제13조 이하). 나아가 점검 결과에 따라 행정청으로 하여금 국민의 안전을 보호할 수 있도록 보강·사용제한·해체 등의 조치를 할 수 있도록 하였다(건축물관리법 제21조 이하).

또한 건축물관리법은 소형 집합건물에서 크게 문제가 되고 있는 화재로 인한 인명피해를 방지하기 위해 특별히 화재안전성능에 관해서는 더욱 세밀히 규율하고 있다(건축물관리법 제27조 이하). 그리고 그동안 법적 통제가 미흡했던 철거행위에 대해 건축물관리법은 새로이 제30조 이하에서 건축물 해체의 허가를 신설하고 해체공사감리제도를 마련하였다. 제5장에서는 이와 같은 건축물관리를 발전시키기 위한 지원 등을 규정하였다. 또한 도시의 성장

에 따라 발생하는 빈 건축물 문제에 대한 규율을 보완할 수 있도록 빈 건축물 전반에 대한 행정조치의 근거를 마련하였다. 마지막으로 위 각 제도의 실효성을 거둘 수 있도록 벌칙조항으로서 징역, 벌금, 과태료 등을 정하고 있다(건축물관리법 제7장 참조).

2. 이원화된 건축경찰법제

(1) 건축경찰법제의 이원화

(구)건축법은 건축물의 건축부터 유지·보수뿐만 아니라 철거까지 원칙적으로 모두 하나의 법령체계에서 규율하여 일원적인 건축경찰법 체계를 구성해왔다. 그러나 이와 달리 2020. 5. 1. 이후 건축물관리법이 시행되면서 건축경찰법제는 이원화되었다. 이제 건축법은 건축행위를 중심으로 건축물을 규율하며, 건축물의 유지·보수와 해체에 관하여는 주로 건축물관리법의 규율을 받게 된다.

현행 건축법에서는 (구)건축법의 조문 중 건축물의 유지·관리에 관한 제35조, 주택의 유지·관리 지원에 관한 제35조의2, 철거신고에 관한 제36조, 기존 건축물에 대한 안전점검 및 시정명령에 관한 제81조, 빈집정비 및 그 절차에 관한 제81조의2와 제81조의3이 삭제되었다. 다만 (구)건축법 제3장 중 불법건축물의 발생을 예방하기 위한 건축지도원에 관한 조문과 건축물대장에 관한 조문, 그리고 등기축탁에 관한 조문은 유지되었다. 또한 불법건축물에 대한 조치를 규정한 제79조 및 이행강제금을 규정한 제80조와 각종 벌칙조항 등 불법건축물의 통제에 대한 조문은 건축법에 남아 있다.

(2) 건축경찰법의 기능을 분담하는 건축법과 건축물관리법

이와 같이 이원화된 건축경찰법 체계에서 종전에는 건축물의 위험방지에 대한 사항 전반을 규율하였던 건축법은 건축물의 건축행위 및 불법건축물의 통제라는 두 가지 기능을 크게 담당하게 되었다.

그에 비해 건축물관리법은 건축물의 관리를 위한 정보체계의 구축, 건축물의 유지·관리 및 이를 위한 점검과 안전진단, 건축물의 해체, 그리고 군사적 이유가 있는 경우 또는 중대한 다중의 위험을 유발할 수 있는 경우에 대한 시정명령과 빈 건축물 정비에 관한 내용을 규율하고 있다.

따라서 각 법령의 목적과 내용을 살필 때, 이원화된 건축경찰법 체계에서 원칙적으로 건축행위에서 유래하는 위험과 건축허가요건에 위배되는 불법건축물에 대한 규율은 건축법이 계속하여 담당하고, 건축물의 이용과 유지·보수 등에서 유래하는 위험, 즉 건축물 자체에서 유래하는 위험을 방지하는 역할은 건축물관리법의 영역이 되었다고 보는 것이 타당하다.

(3) 건축물관리단계로의 이행으로서 건축법상 사용승인에 대한 개선 필요성

이처럼 이원화된 현재의 건축경찰법제에서, 사용승인은 건축법의 규율을 주로 받는 건축행위의 마무리 단계이자, 건축물관리법의 규율을 주로 받는 건축물관리단계의 시작 단계에 해당하게 된다. 그리고 일정한 건축물(건설산업기본법 제41조에 따라 건설사업자가 시공하여야 하는 건축물, 예컨대 연면적 200㎡ 초과인 경우 등)에 대하여 건축물관리법은 건축물관리계획을 사용승인 신청시에 제출하여 건축물관리단계로 이행되도록 정하고 있다(건축물관리법 제11조). 그러나 건축법 제22조는 사용승인을 받음에 있어서 건축물관리법이 요구하는 건축물관리계획의 제출이 필요함을 자체적으로 명시하고 있지 않다.

그러므로 수범자의 입장에서 건축법 제22조만으로는 자신의 건물을 사용승인받기 위해 건축물관리계획을 제출해야함을 알기 어렵다. 비록 건축실무자들은 관계 공무원의 안내 등을 통해 건축물관리계획이 사용승인 신청시 제출되어야 한다는 점을 차츰 인식하여 나가고 있는 것으로는 보이나, 법률의 체계정합성과 수범자에 대한 법률의 명확성을 고려할 때 이는 개선될 필요가 있을 것이다.

그 방안을 살펴보면, 건축법 제22조 제1항에서는 이미 사용승인 신청시 첨부되어야 함을 명시하고 있는 감리완료보고서에 대하여는 공사감리자가 지정된 경우에 대한 사용승인 신청시에 해당 서류가 첨부되어야 함을 명시하고 있는 점에서, 건축물관리법이 요구하는 사용승인의 요건인 건축물관리계획에 대하여도 그 대상이 되는 건축물의 사용승인 신청시에는 해당 서류가 첨부되어야 한다는 점이 명시되도록 건축법 제22조를 개정함이 입법론적으로 바람직할 것이다(건축법 제22조 및 동법 시행규칙 제16조 제1항 제5호 등 참조).

Ⅲ. 해체공사에 대한 법적 규율

1. 건축물관리법 제30조 건축물 해체의 허가

(1) 해체허가에 대한 건축물관리법 제30조

과거 철거행위에 대한 규율이 부족했던 점을 보완하기 위해 건축물관리법 제30조는 철거행위에 대해서도 실질적인 통제가 가능할 수 있도록 (구)건축법의 철거신고를 대신하는 건축물 해체의 허가⁶⁾, 즉 해체허가제도를 새로이 도입하고, 해체공사는 원칙적으로 허가의 대상으로 하되, 그 단서조항에서 주요구조부를 해체하지 않는 경우 및 규모가 크지 않은 건축물의 해체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 건축물 해체의 신고 대상으로 정하였고(건축물관리법 제30조 제1항, 같은 법 시행령 제21조), 같은 법 제31조 이하를 통해 해체공사에 대하여도 감리제도를 신설하여 제도의 실효성을 도모하였다.

(2) 해체허가의 법적 성질

해체허가는 현재 실무상 운영뿐만 아니라 그 법률 조항의 문언 및 규율의 구조를 살필 때, 본래 건물소유자의 자유로운 처분행위의 일환인 건축물의 해체에 대하여 일반적으로 금지하고, 이와 같이 금지된 해체행위에 대하여 일정한 요건을 만족하여 신청한 경우에만 다시 허용하는 구조를 가지고 있으므로, 이는 처분의 유형 중에서도 허가에 해당하는 것이다.

다수의 허가제도가 경미한 사안의 경우에는 신고제로 갈음할 수 있는 예외를 두고 있듯, 해체허가 또한 상술한 바와 같이 그 해체되는 건축물의 규모가 작거나 주요구조부가 해체되지 아니하는 경우 등과 같이 허가제를 통한 엄격한 규율의 필요성이 적은 경우에 대하여는 신고로써 갈음할 수 있도록 정하고 있다.

이상과 같은 해체허가는 원칙적으로 모든 형태의 해체를 대상으로 한다. 관련하여 건축물관리법 제2조 제8항이 멸실을 ‘건축물이 해체·노후화 및 재해 등으로 효용 및 형체를 완전히 상실한 상태’를 말하는 것이라고 정한 점, 해체의 정의상 건축물관리자 등이 특정 목적을 위하여 철거함을 전제로 하는 점, (구)건축법은 행위자의 의사가 개입된 철거행위와 그렇지 않은 단순 멸실을 구분했는데 현행법은 부칙을 통해 과거 법문언상 ‘(구)건축법의 철거’를 ‘현행법상 해체’로 대체하였으므로 입법자가 생각하는 두 용어의 법적 의미는 유사할 것이라는 점에서, 적어도 ‘해체’는 행위자의 의사가 개입된 전부 또는 일부에 대한 철거행위를 포괄하여 의미하는 것으로 봄이 상당하다.

6) 이와 같이 특정한 행위를 법규로서 일반적으로 금지하고, 일정한 요건을 충족하는 경우에 해제하여 해당 행위를 적법하게 행할 수 있도록 하는 제도로서 허가제도의 일반론에 대하여는 김동희, 『행정법I』(제26판), 293-298면 참조

한편, 행위자의 의사가 개입되지 아니한 철거행위로 인해 건축물이 멸실된 경우에 대하여는 건축물관리법 제34조에 따라 멸실신고하여야 하며, 해체허가에 따라 해체된 건축물의 경우에는 해체공사 완료신고로써 멸실신고를 의제받아 같음하게 된다.

(3) 해체허가 제도의 의의

건축물관리법의 제정에 따라 해체허가 제도가 창설되기 전까지, (구)건축법은 철거에 대하여 단지 신고의 대상으로 정하고 있을 뿐, 별다른 법적 규율을 두고 있지 아니하였다. 이처럼 (구)건축법의 철거에 대한 규율이 미비했던 근본적인 이유는 건축법의 주된 관심이 건축허가의 통제대상인 건축행위가 오직 공간을 새로 생성, 추가 또는 변경하는 행위만을 포함하고 있을 뿐, 기존 공간을 소멸시키는 행위를 포함하고 있지 않았었기 때문이다.

이에 제정 건축물관리법은 종전 (구)건축법에 따른 철거와 유사한 ‘해체’ 개념을 정의하고, 해체공사에 대하여도 허가제도를 수립함으로써 (구)건축법이 적용되던 시기와 달리 해체공사에 대하여도 실질적인 요건심사 및 부적합한 해체행위의 금지 가능성을 열었다. 즉, 건축물관리법은 그동안 통제 대상에서 벗어나있던 기존 공간의 소멸행위, 즉 철거행위를 위해 새로이 건축물 해체의 허가를 도입하는 입법적인 수단으로 종전과 같은 법적 규율의 부재를 보완했다고 평가할 수 있다.

(4) 사고 사례에 비추어본 해체허가 제도에 대한 평가

다만 그럼에도 불구하고 철거현장에서의 사고는 지금도 일어나고 있는 것이 현실이다. 관련하여 광주 동구 학동 철거건물 붕괴사고의 예를 살펴볼 때, 해당 공사현장에서는 공기단축을 위해 제출된 해체계획서를 준수하지 아니하고 해체공사가 이루어졌으며⁷⁾, 해체를 위한 공법 또한 부적절하였던 것으로 드러났고⁸⁾, 법령을 위반한 하도급이 이루어졌던 등, 시공자의 각종 위법이 있었다고 보인다.

게다가, 건축물관리법은 해체공사감리제도를 신설하였음에도 불구하고 해당 현장의 해체공사감리자는 감리업무를 제대로 수행하지 아니한 것으로⁹⁾, 해당 사례에 비춰볼 때, 아직 건축물관리법에 따른 제도가 정착되지 아니하는 등으로 인해 제대로 법령이 준수되지 아니

7) 매일경제, 17명 사상 광주참사, 해체계획서 안지켰다, 2021. 6. 10. 자.

8) 한국일보, [단독] 건물 붕괴 4시간여 전 철거 현장 사진 보니... “무너질 게 무너졌다”, 2021. 6. 10. 자.

9) 한국경제, 2년전 잠원동 사고 겪고도... ‘깜깜이 철거 감리’ 여전, 2021. 6. 10. 자.

한 점이 주요한 사고원인이 된 것으로 판단된다.

다만, 제정 건축물관리법은 해체계획서의 검토와 달리 작성에 대하여는 그 자격기준을 두지 아니하였으며, 내용으로 해체계획도서 등 도면을 요구하지 아니하였고, 해체공사감리제도에 있어서도 감리원의 배치기준 등을 정하지 아니한 미비점이 있는 등, 해체계획서나 해체감리제도가 제대로 기능하지 못하여 제도의 취지가 형해화될 우려가 전혀 없었다고는 볼 수 없는 것이었으나, 후술하는 바와 같이 이와 같은 제도의 미비점은 계속된 법개정을 통해 보완되고 있으므로, 앞으로 해체허가 및 해체공사감리 제도가 개선되고 실무례가 축적될수록 해체공사의 안전이 확보될 수 있을 것으로 보인다.

(3) 해체허가 제도 시행 이후의 관련 사고에 대한 법적 판단

공법상 해체허가 제도가 요구하는 허가요건을 충족하지 아니한 경우, 그와 같은 행위자는 위법한 행위를 한 것임은 물론이고 그에 따라 발생한 결과에 대하여 책임을 져야할 것인데, 최근 하급심 법원에서는 해체계획서(안전관리대책 등)가 부실하게 작성된 경우에는 해체공사로 인하여 발생한 손해에 대한 민사상 손해배상책임을 인정하는 모습을 보이고 있다¹⁰⁾. 이와 같은 점에 비춰볼 때, 앞으로 해체허가는 건축물의 해체공사에 대한 안전을 확보하는 공법상의 장치로 기능함과 동시에, 그 취득 여부 및 그 해체계획의 수준이 곧 해체공사와 관련한 민사상 책임 여부 판단의 기준으로 기능할 것으로 보인다.

또한, 최근 광주지방법원은 해체공사 현장에서 붕괴사고로 심각한 인명피해가 발생한 사안에 대하여 피고인들의 범죄사실 중 업무상과실치사상죄와 관련한 주의의무 위반의 근거 중 하나로 ‘해체 방법 미준수 및 임의적 해체작업’을 들며 형사상 책임을 인정하였고¹¹⁾, 특히 해체공사감리업무를 제대로 수행하지 아니한 해체공사감리자에 대하여도 징역 1년 6월이라는 형사처벌을 가하였다. 이처럼 해체허가 및 해체공사감리제도는 형벌이라는 매우 강력한 강제수단을 통하여 실효성 있게 관철될 것이다.

한편, 위 사건에서 법원은 아직 해체공사감리제도가 실무상 제대로 정착되지 아니하였다는 점을 고려하여 감리자의 책임을 감경하였으므로, 추후 해체허가 및 해체공사감리에 대한 실무가 정착되면 해체공사감리자의 책임이 지금보다 더욱 무겁게 평가될 것으로 예상된다.

10) 서울북부지방법원 2021. 8. 24. 선고 2019가단142814 판결 참조
 11) 광주지방법원 2022. 9. 7. 선고 2021고합318, 2021고합413, 2021고합429, 2021고합513, 2021고합425, 2021고합428 판결 참조. 별론으로 본 판결은 2021. 6. 9. 발생한 광주 동구 학동 붕괴사고에 대한 형사사건 제1심 판결이다.

2. 해체허가와 개축허가

(1) 해체행위를 내포하는 건축행위로서 개축 및 대수선

건축법은 건축행위의 한 유형으로 개축을 정하고 있으며, 그 시행령에 따르면 개축이란 ‘기존 건축물의 전부 또는 일부를 철거하고 그 대지에 종전과 같은 규모의 범위에서 건축물을 다시 축조하는 것’을 말한다((구)건축법 시행령 제2조 제3호). 따라서 개축은 그 전제로서 ‘건축물의 해체’를 포함하고 있다.

(구)건축법의 건축허가는 개축에 대하여 허가하는 경우, 개축행위의 속성상 기존 건축물의 철거 및 해당 대지에 대한 새로운 건축물 축조를 동시에 허용하는 허가로서 기능하였으며, 철거공사에 대하여 큰 관심을 두지 아니하였던 (구)건축법이 적용되던 시기에도 개축허가의 대상이 되는 건물의 경우는 실무상 예외적으로 그 철거에 대해 허가제에 준한 통제가 이뤄지는 형태로 통제될 수 있었다.¹²⁾

또한, “내력벽이나 기둥, 보와 같은 중요한 구조부를 변경하는 것으로 증축, 개축 등에 해당하지 않는 것”, 즉 대수선의 경우(건축법 제2조 제9호), 마찬가지로 해체를 포함하는 행위일 뿐만 아니라, 대수선에서는 별도의 건축행위를 포함하지 아니하는 해체 자체가 대수선의 내용일 수 있는 점에서, 대수선에 대한 건축허가는 실질적으로 주요구조부 등에 대한 해체에 대한 허가로서 작동할 여지가 있었다.

(2) 해체허가와 개축허가 및 대수선허가 사이의 관계에 대한 해석 가능성

한편, 건축물관리법이 제정된 현 시점에서, 건축물관리법은 해체를 건축을 위하여 건축물의 일부를 철거하는 것이라고 정의하였으므로, 건축행위 중 개축을 위한 해체도 해체허가의 대상이 되는 행위에 포함되는 것으로 해석하는 것 또한 가능하다. 반면, 지금도 (구)건축법에 따른 규율과 같이 개축이나 대수선은 그 개념정의상 해체를 내재한 점에서 개축 또는 대수선에 대한 건축허가, 즉 개축허가 또는 대수선허가만으로 해체행위까지 허용된 것으로 보아야 한다는 해석이 있을 수 있다. 이처럼 건축법에 따른 개축 및 대수선의 개념정의와 건축물관리법에 따른 해체의 개념정의는 서로가 중첩되는 부분이 있어 각각에 관련된 인허가의 관계 및 각 행위에 대하여 요구되는 허가가 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다.

12) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 167면 참조.

그러나, 건축허가는 건축행위에 전제되는 각종 허가에 대한 인허가 의제조항을 두고 있음에도(건축법 제11조 제5항), 해체를 전제로 하는 개축행위에 있어 법령해석상 요구된다고 볼 수 있는 해체허가를 의제될 수 있는 인허가로 규율하지 아니하였다. 반면, 건축물관리법은 그 시행규칙 제11조 제4항에서 건축허가 신청시에 해체허가신청서를 “함께 제출할 수 있다”고 정하고 있으나, 이는 해체를 수반하는 건축행위의 경우 해체허가 신청을 의무로 규정하는 조항이라고까지 보기는 어렵고, 신청자의 편의를 위한 절차간소화에 가까운 규정이라고 이해되는 것이므로, 해당 규정만으로 건축허가와 해체허가의 관계를 명확히 해석하기에는 무리가 있다고 사료된다.

이처럼 건축경찰법이 건축법에서 주로 다루는 개축허가 및 유사한 속성이 있는 대수선허가와 건축물관리법의 영역인 해체허가 사이의 관계를 규율하는 조문을 두지 아니함으로 인해, 서로를 각자의 전제되는 행위로 두는 각 법적 개념에 대한 각각의 인허가 제도 상호간의 관계를 해석해야하는 문제가 건축물관리법의 시행 전부터 예상되었다.

이와 같은 해체허가와 개축허가 사이의 관계에 대하여는 (구)건축법의 태도와 유사하게 개축은 철거행위를 그 내용으로 포함하며 개축허가를 받은 경우 그 범위에서는 해체허가 없이도 기존 건축물의 해체가 허용된 것이라는 해석 또는 해체허가를 의제하지 못 하는 이상 건축허가에 해당하는 개축허가와 무관하게 해체허가가 요구된다는 해석의 두 가지가 크게 가능할 것이다.¹³⁾

(3) 개축허가와 무관하게 해체허가를 요구하는 방향의 실무상 해석 및 그 타당성

건축물관리법이 시행된 이후 약 2년 정도가 지난 현재, 관계 행정청의 견해나 건축실무가들의 이해에 비춰볼 때, 해체허가를 의제하지 못 하는 이상 건축허가(개축허가)와 무관하게 건축물의 해체를 위하여는 건축물관리법에 따라 해체허가를 받아야 한다는 방향으로 실무가 정립되어 가고 있는 것으로 보인다.

물론, 이와 같은 해석은 현행 건축법 시행령 제2조 제3호가 개축에 대하여 “기존 건축물의 전부 또는 일부를 해체하고”라고 정의하여 그 행위의 내용에 해체를 포함하고 있음에도 불구하고 ‘개축’에 대한 건축허가로는 해체행위를 할 수 없다는 해석이기는 하다.

13) 해체허가와 개축허가의 관계에 대한 각 해석론의 가능한 논거와 타당성에 대하여는 장재윤, 앞의 글, 71-78면 참조.

그러나 개축허가와 별도로 해체허가가 요구되지 아니한다고 해석한다면, 현행 건축법에서도 건축허가에 따라 인허가 의제가 가능한 허가 목록에는 해체허가는 없는 점에서 해체허가의 실질적 요건 심사를 회피할 소지가 있는 점을 고려하여야 할 것이다.

또한 건축물관리법은 제31조에서 해체공사감리제도의 적용 대상을 “건축물 해체허가를 받은 건축물”로 정하고 있는데, 만약 ‘개축허가’에만 기초하여 해체공사를 진행할 수 있다고 보는 경우에는 해체공사감리제도 또한 회피할 수 있는 가능성이 열리는 점에서도, 건축물관리법의 제정 목적 및 건축물 해체공사의 안전을 도모하기 위한 취지에 반하는 측면이 있다.

따라서 모든 건축물의 해체공사에는 해체허가가 필요하다는 현행 실무의 해석론은 위험방지를 위한 허가요건을 예외없이 심사받도록 함과 동시에 해체공사감리제도의 적용을 통한 해체공사의 안전을 고려할 때 타당한 것으로 보인다.

(4) 해체를 수반하는 건축행위에 대한 해체허가 제도의 개선 필요성

이처럼 실무 관행이 개축허가로는 기존 건축물을 해체할 수 없고 해체허가가 요구된다는 방향으로 굳어져가는 점에서, 향후 건축물의 해체공사에 대하여는 해체허가의 실질적 허가요건 심사 및 해체허가에 수반되는 감리제도를 통해 공사안전이 확보될 것으로 기대하여도 좋을 것이다. 다만 이와 같은 해석은 건축법 시행령의 개축에 대한 정의조항과 다소 상충되는 측면이 있으므로, 해당 정의조항의 문언을 다듬거나, 개축 또는 대수선과 같이 기존 건축물의 해체를 전제하는 건축행위의 경우 건축허가와 별개로 해체허가를 받도록 명시하는 방향으로 개선되는 것이 법률의 체계상 적합할 것이다.

이상과 같은 개선방안 중에서 정의조항의 문언을 수정하는 방안은 그동안 확립된 법적 개념에 혼선을 주어 법적 안정성을 해칠 우려가 있다고 보이므로, 건축허가와 별개로 해체허가를 받아야 함을 분명히 하는 것이 더욱 바람직할 것이다. 그와 같은 방안으로는 건축법 제11조 제3항에 해체를 수반하는 건축행위의 경우에는 그에 대한 건축물관리법상 해체허가의 신청을 위한 서류를 첨부하도록 하고, 후술하는 바와 같이 건축법 제11조 제5항의 의제 가능한 인허가 목록에 해체허가를 명시함으로써 건축허가를 취득할 때 해체허가의 요건이 함께 심사되어 의제되도록 하는 등의 방안이 있을 것이다.

또한, 건설실무의 관점은 과거부터 건축물의 철거보다는 건축행위 자체에 더 많은 관심을 기울이고 있었으며, 건축경찰법은 오랜 기간에 걸쳐 건축허가제도를 중심으로 건축 일반을 규율하여 왔고, 지금도 다수 수범자들은 건축허가를 중심으로 일반적인 건축물의 건축행위에 대한 공법상 통제 및 절차를 이해하고 있는 점에서, 향후 입법을 통해 건축허가의 의제 조항을 개선하여 해체허가를 인허가 의제의 대상으로 포함시키는 것, 즉 건축법 제11조 제5항에 따라 의제될 수 있는 인허가의 목록에 건축물관리법 제30조에 따른 건축물 해체의 허가를 명시하여 허가를 신청한 건축행위의 내용상 해체가 수반되는 경우에는 해체허가의 실제적 요건을 함께 심사받아야 함이 드러나도록 개정함이 바람직한 해결책으로 판단된다.

3. 해체허가와 대수선허가

(1) 대수선의 개념

건축법은 대수선에 대하여 ‘건축물의 기둥, 보, 내력벽, 주계단 등의 구조나 외부 형태를 수선·변경하거나 증설하는 것으로서 기둥 또는 보 3개 이상의 수선, 주요구조부의 증설 또는 해체 내지 방화벽의 변경과 같이 건축물의 구조 및 안전성능에 영향을 주는 주요한 요소를 수선하는 경우’로 보고 있다(건축법 제2조 제9호 및 같은 법 시행령 제3조의2 참조). 이처럼 건축법은 단순한 수선과 대수선을 구별하여 대수선의 경우에는 이를 원칙적으로 건축법 제11조에 따른 건축허가의 대상으로 규율하고 있다.

그런데, 대수선은 위 정의에서 알 수 있듯 통상 주요구조부의 해체를 수반할 것이 예정되어 있는 점에서, 개축의 경우와 마찬가지로 대수선에 대하여도 대수선에 관한 건축허가, 즉 대수선허가와 건축물관리법에 따른 해체허가 사이의 관계가 문제되고, 특히 대수선은 단순히 ‘주요구조부의 해체’만을 행위의 내용으로 하는 경우까지 포함하는 점에서, 대수선허가의 경우에도 해체허가의 규율 범위 및 건축허가와 관계의 정립이 요구된다.

(2) 해체허가와 대수선허가 사이의 관계

앞서 개축허가와 해체허가 사이의 관계를 논하며 살핀 바와 같이, 일반적인 대수선에 대한 대수선허가와 해체허가의 관계에 있어서도 크게 대수선허가만으로 충분히 대수선행위를 할 수 있다는 견해와 대수선허가와 해체허가를 모두 받아야만 대수선이 허용된다는 견해가 대립할 것이고, 각 견해의 논거 또한 개축허가의 경우와 유사할 것으로 볼 수 있다.

다만 대수선의 경우에는 개축과 달리 기존 주요구조부의 해체만을 내용으로 하는 경우가 있을 수 있는데, 그 행위의 성격은 건축행위를 수반하지 아니하는 해체행위에만 해당할 것임에도 불구하고 현행 법령에 따르면 건축허가의 대상이 될 가능성이 있는바, 이처럼 해체행위만을 내용으로 하는 대수선의 경우에도 해체허가뿐만 아니라 건축허가까지 취득할 것이 요구되어야 하는지가 추가적으로 문제될 수 있다.

(3) 개축의 경우와 같이 대수선허가와 해체허가가 요구된다는 해석론

위와 같은 각 견해에 대하여 살피기 위하여는 우선 개축과 달리 대수선의 경우에는 중전의 구조물이 공사 완공 이후에도 장기간에 걸쳐 일반적인 사용에 공해될 것을 전제하고 있는 점에 주목할 필요가 있다고 보인다.

먼저, 해체허가제도는 해체공법 및 그에 따른 구조안전계획, 안전관리대책 및 해체공사감리의 적용 등을 통하여 해체 과정에서의 구조안전을 확보하고자 하는 목적을 가진 제도이고(건축물관리법 시행규칙 제12조 참조), 이러한 해체허가제도를 통하여 해체공사의 전체 과정 또는 해체공사가 도중에 중단되는 경우에 있어서 그 구조물의 고정하중 및 공사를 위하여 필요한 장비, 인력 등의 가벼운 활하중에 대한 구조안전은 심사되나, 일반적인 건축공간에 작용하는 것과 같은 무거운 활하중을 전제로 하는 구조성능의 확보를 심사하는 것을 주된 관심의 대상으로 삼고 있지 아니하다고 보인다.

반면, 건축물의 이용을 전제로 한 구조안전은 원칙적으로 그 건축행위 시점에 미리 적정한 구조로 축조됨으로써 확보될 필요가 있고, 건축물이 대수선으로 인하여 그 구조성능에 변경이 가해진 상태로 다시금 일반 공중의 이용에 제공되는 것은 상대적으로 예외에 해당하는 점에서, 후술하는 체계정합성의 문제와는 별개로 현재의 제도 운영상 일반 공중이 안전하게 이용할 수 있는 건축물의 존속 가능성을 위한 전제가 되는 ‘장기적인 구조성능의 확보 여부’는 그 구조체를 형성하는 건축행위를 통제하는 건축허가에 의하여 심사되는 것이 일반적이다.

그리고 대수선의 경우에는 그 행위의 내용이 해체만을 수반하는 경우라도 해체되고 남은 구조물은 도시공간으로서 계속 활용되어야 하므로, 일반적인 건축행위와 같이 그 수선 결과물의 구조성능에 대하여 그 용도별로 예상되는 활하중을 고려한 검토가 요구된다. 따라서, 설령 구조부의 해체만을 내용으로 하는 대수선의 경우라고 하더라도, 그 해체공사 과정에서의 안전을 도모하는 해체허가 뿐만 아니라 잔존 구조물의 존속에 따른 안전을 용이하게 심

사할 수 있는 건축허가도 요구된다고 해석함이 현재로서는 건축물로 인한 일반 공중의 안전 위험을 방지하고자 하는 건축경찰법의 취지에 부합하는 해석으로 볼 수 있다.

이에 더하여, 앞서 살핀 대로 현재 일선 실무에서의 해석은 개축의 경우에도 해체허가와 건축허가를 모두 취득하여야 한다는 방향으로 굳어지고 있다고 보이므로, 일관된 법해석의 측면에서도 해체만을 수반하는 대수선의 경우에도 해체허가와 건축허가를 모두 취득하여야 한다고 해석함이 타당할 것이다.

(4) 이원화된 건축경찰법의 구조 및 대수선의 특수성에 따른 제도 개선의 필요성

그런데, 건축경찰법은 이원화되면서 원칙적으로 건축행위에서 유래하는 위험과 건축허가 요건에 위배되는 불법건축물에 대한 규율은 건축법의 영역이고, 건축물의 이용과 유지·보수 등에서 유래하는 위험, 즉 건축물 자체에서 유래하는 위험을 방지하는 역할은 건축물관리법의 영역이라고 보아야 한다.

그러므로, 비록 현재의 실무상 건축물의 일반적인 사용을 전제로 하는 구조안전에 대하여는 건축허가를 통해 주로 심사되고 있는 것이지만, 제도의 취지를 살필 때 대수선을 통하여 유지·보수된 건축물에서 유래하는 위험을 방지하는 역할은 건축물관리법의 영역에 해당하는 것으로 보이고, 현행 법령상으로도 건축물의 안전진단, 관리점검, 사용에 부적합한 건축물의 사용제한 등은 건축물관리법이 규율하고 있는바, 이처럼 건축경찰법이 이원화된 취지를 고려하면 건축물관리법의 제도만으로 수선행위 및 그 사후적인 건축물 이용의 안전을 보장하는 것이 입법 목적에 더욱 부합하는 것이다.

이상과 같은 건축물관리법과 건축법의 관계를 고려하면, ‘해체만을 내용으로 하는 대수선’에 대하여는 해체허가로서 그 해체과정에서의 위험 및 해체 이후 건축물의 이용, 유지 및 보수에 따른 위험 모두가 심사되어 관리되는 것이 체계상 바람직하고, 그와 별개로 대수선허가를 통하여 추가로 심사되어야 하는 내용이 없도록 하는 것이 건축경찰법의 이원화된 구조에 더 부합하는 방향으로 보인다.

따라서, 앞으로 이원화된 건축경찰법제의 구조에 부합하도록 관련 제도를 개선할 필요가 있다고 보이고, 그와 같은 개선 방안으로는 건축물의 일부만에 대한 해체허가가 발급되는 경우에는 특별히 잔존 구조물의 일반 공중에 의한 사용을 전제로 한 구조검토가 이루어질 수 있도록 법조항을 신설하는 방안 또는 건축물의 유지·관리행위에 해당하면서도 그 규모

가 상당하여 건축물의 구조안전에 영향을 미침과 동시에 건축행위와 해체행위를 망라하는 대수선의 특수성을 고려하여 건축물관리법에 따른 건축물관리 행위 중 하나로서 대수선에 대한 별도의 규율 및 인허가제도를 창설하는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다.

IV. 해체공사와 착공신고

1. 해체허가에 대한 착공신고의 필요성

(1) 착공신고를 면하였던 (구)건축법 및 제정 당시 건축물관리법에 따른 해체공사

착공신고란 건축허가 또는 건축신고가 발급된 경우 공사를 착수하기에 앞서 건축주가 허가권자에게 공사계획을 신고하는 것을 말한다¹⁴⁾. 착공신고를 받으면 허가권자는 그 수리 또는 처리기간 연장에 관해 3일 이내에 신고인에게 통지해야하며 만일 3일 이내에 이와 같은 통지가 없다면 그 다음 날에 신고는 수리된 것으로 본다(건축법 제21조 제3항 및 제4항). 또한 착공신고에 있어서 원칙적으로 건축주는 설계자, 공사시공자, 공사감리자와의 각 계약서 사본 및 실시설계도서를 제출해야만 하므로(건축법 제21조 제6항 및 동법 시행규칙 제14조 제1항), 실제 시공에 사용될 실시설계도서는 착공신고 시점에 도달해서야 관계 행정청에 제출되게 된다.

건축법은 ‘공사’의 정의를 별도로 정의하지는 않았으나 정의조항에서 건축주를 정의하며 ‘건축물의 건축 등에 관한 공사’를 발주하거나 현장 관리인을 두어 스스로 공사하는 자라고 정의하고 있다(건축법 제2조 제12호). 따라서 그 문언상 건축법의 공사는 일반적으로 쓰이는 공사의 의미와 같으며 특별히 건축행위의 공사만을 일컫는 것은 아니라고 봄이 타당하다. 따라서 건축행위인지 여부를 불문하고 건축물의 공사는 착공신고의 대상이 되므로 원칙적으로는 건축물의 철거를 위한 공사의 경우에도 착공신고의 대상에 포함되어야 할 것이다.

다만 (구)건축법은 착공신고에 대한 조문에서 건축물의 철거신고시에 착공예정일을 기재한 경우에는 착공신고를 면하도록 하는 예외를 두었으며 당시의 철거신고서 양식에는 철거일자를 기재하게 되어있었다(구)건축법 시행규칙 제24조 및 별표 제25호}. 따라서 철거공사의 경우엔 일반적으로 철거신고로써 착공신고에 갈음했으며 별도의 착공신고를 요하지 않았다고 보는 것이 타당하다(구)건축법 제21조 제1항}.

14) 건축법 제21조 및 김종보, 앞의 책, 140면 참조.

제정 당시 건축물관리법은 해체공사에 대해 공사완료에 대한 신고만을 규정하고 있을 뿐이며 별도의 해체공사의 착수에 대한 신고를 두고 있지 않았다. 건축법의 공사기간의 기재를 통한 착공신고의 특례에 대해서도 (구)건축법과 동일한 구조의 조문이 다만 철거신고에서 건축물의 해체 허가로 문언만 바뀌었을 뿐 그대로 유지되고 있다. 그리고 건축물관리법 또한 해체허가신청서 양식에 해체공사기간을 기재하게 되어있다(건축법 제21조 제1항, 건축물관리법 제30조 제2항, 동법 시행규칙 제11조 및 별표 제5호). 따라서 제정 당시 건축물관리법상 해체허가에 따른 해체(철거)공사도 (구)건축법이 적용되던 때와 마찬가지로 별도의 착공신고를 하지 않는다고 해석되는 것이었다.

(2) 해체공사에 대한 착공신고의 필요성

그런데, 해체허가 이후 공사착수 이전의 공법상 절차가 없다면 철거공사에 관련된 사항의 마지막 심사시점은 해체허가가 된다. 그러나 해체허가 시점에서는 단순히 계획만이 존재할 뿐으로 실제 현장에서 이와 같은 계획이 이행되었는지는 오로지 공사시공자와 감리자에 달려있게 되는 점, 해체공사가 완료된 이후 완료신고를 통하여 실제 해체공사 도중 해체계획이 준수되었는지를 사후적으로 확인할 수 있는 가능성은 있다고 할 것이나, 그와 같은 사후적인 확인만으로는 해체공사에 잠재된 위험이 현실화되는 것을 사전에 방지하고자 하는 해체허가 제도의 취지를 온전히 달성하기 어려운 점을 고려할 때, 해체공사에 있어서도 건축공사와 마찬가지로 그 공사착수에 대한 절차로서 해체계획서의 이행 및 적정 인력의 배치 등을 점검하는 착공신고가 필요한 것이다.¹⁵⁾

또한 건축물의 해체는 리모델링 또는 증·개축을 위한 경우가 대부분이지만, 금전 등 현실적인 이유로 인해 공사가 중단되고 방치되는 경우가 잦다. 그런데 (구)건축법에 따른 실무상, 건축물의 철거에 대해서는 행정청이 그 공사의 실제 착수여부를 알 방법이 없으므로 실제로는 건축물이 소멸하였음에도 등기나 건축물대장 등 공적장부에는 해당 건축물이 존재하는 것처럼 표기되어 있는 경우가 많았다.

제정 당시 건축물관리법은 건축물을 해체한 이후 해체공사가 완료되었음을 신고하도록 하여 건축물의 물리적 현황과 공적장부의 괴리를 줄이고자 하였다. 그런데, 비록 건축물관리법은 건축경찰법의 범주에 포함되는 것이기는 하나, 건설행정법의 또 다른 중요한 축에 해당하는 도시계획법제는 도시공간의 활용에 큰 관심을 가지고 있는 점에서, 건축물의 공부상

15) 기존의 착공신고가 건축행위에서 수행하는 이와 같은 점검기능에 대해서는 김종보, 앞의 책, 140면 이하 참조

기제는 건축물의 물리적 현황뿐만 아니라 공간적 이용가능성도 명확하게 표상할 필요가 있는 것이었다.

그런데, 일단 건축물의 해체가 시작되면 해당 건축물은 더 이상 공간으로서 기능할 수 없게 되는 점에서, 해체공사 완료신고만으로는 해체가 시작되어 사람이 사용할 수 있는 공간으로서의 기능은 상실하였으나 아직 해체공사가 완료되지 않는 건축물도 계속하여 공간으로서 기능하는 것과 같은 외관을 공부상 가지게 되는바, 이와 같은 괴리를 줄이기 위하여는 해체공사 완료신고 뿐만 아니라 해체공사에 착수하기 전에 대하여도 관계 행정청에 대한 신고의무를 규정함으로써 그 해체에 따른 도시공간의 소멸이 공적장부에 반영될 수 있도록 하는 것이 가장 확실한 방안이라고 할 것이었다.

2. 건축물관리법의 개정에 따른 보완

(1) 해체공사 착공신고의 신설을 통한 제도 보완

이상과 같은 점에서, 입법자 또한 해체공사에 착공신고가 없으므로 생기는 문제에 대하여 제정 건축물관리법에는 “「건축법」 또는 「주택법」과 달리 건축물 해체 공사를 하려는 경우 별도의 착공 신고 절차를 규정하고 있지 아니하여 허가권자가 허가사항이나 감리계약 등의 준수 여부 등을 확인하기 어려운 상황이므로 이에 대한 보완이 필요하다”고 인정하였으며¹⁶⁾, 이에 건축물관리법을 개정하여 해체공사감리의 감리원 배치기준에 대한 근거조항을 마련함과 함께 “제30조의3”을 신설하여 “해체공사 착공신고 등”에 대하여 정하였다.

그리하여 현행 건축물관리법은 해체공사에 대한 착공신고를 정하고, 해체공사계약서와 해체공사감리계약서를 제출하도록 요구함으로써 그 시공자의 수준과 감리 여부의 확인이 이뤄지도록 개정되었다(건축물관리법 제30조의3 및 동법 시행규칙 제12조의2).

또한 착공신고를 받은 때에 허가권자는 해당 해체공사 현장을 점검하고 안전관리대책의 이행 여부 등을 검사하도록 정하였으므로(건축물관리법 시행령 제12조의2 제2항), 건축물관리법에 따른 해체공사의 안전을 위한 각종 제도의 준수 가능성이 더 높아졌다고 보인다.

그리고 건축물관리법 시행규칙에 따른 해체공사 착공신고서 양식을 살펴보면, 신고서에는 건축공사의 착공신고와 마찬가지로 해체공사의 시공자, 감리자, 현장관리인의 성명 등이 기

16) 건축물관리법, 2021. 10. 28. 시행, 법률 제18340호, 2021. 7. 27. 일부개정, 개정이유 참조

재되도록 되어 있으므로, 해체공사 착공신고가 이뤄진 때에 해체공사에 대하여 법령에 따라 책임을 부담하는 자가 확정될 것이다.

(2) 해체공사 착공신고의 법적 기능

아울러 건축물관리법은 해체공사 착공신고와 함께 만약 해체허가를 받은 때와 해체계획이나 안전관리계획이 달라진 부분이 있다면 이를 신고하도록 하고 있으며, 이와 같은 점에서 해체공사의 안전에 대하여 공사착수 직전에 최종적으로 점검하는 공법상의 절차로 기능할 것이다.

다만 현재로서는 행정실무상 해체공사가 완료되어 멸실신고가 이루어진 때에 관련된 공적 장부가 정리되는 것으로 보이며¹⁷⁾(서울특별시 2021. 7.자 ‘서울시 해체공사장 총괄 운영 지침’ 참조), 법령에서도 별도로 해체공사 착공신고에 대하여 건축물대장이나 등기에 이를 기재하는 절차를 두고 있지는 아니하다.

관련하여 등기는 권리에 대한 기재를 주된 내용으로 하므로 물리적 사용이 불가하게 되는 전환점인 해체공사 착공사실을 기재할 필요성이 높지 아니하나, 건축물의 사실상태를 주된 내용으로 하는 건축물대장의 경우에는 해체공사 착공신고가 이루어지면 해당 사실을 기재하는 별도의 근거규정이 추가되는 것이 더 바람직할 것으로 사료된다.

(3) 해체계획에 대한 작성기준 및 작성자의 자격에 대한 기준 신설에 따른 제도 보완

한편, 제정 건축물관리법은 해체계획서의 내용으로 해체공사도면을 요구하고 있지는 아니하다고 보이는데(건축물관리법 시행규칙 제12조 제1항 각호 참조), 물리적 공간을 다룸에 있어서는 문장의 형태로 기재된 계획서보다 도면의 형태로 표현된 내용이 더 직관적이며 정확할 수 있는 점에서, 해체계획도서를 해체계획서의 일부로 요구할 필요가 있었다. 특히, 해체허가는 그 법적 성질이 강학상 허가로서 기속행위라는 점에서, 위 시행규칙을 개정하여 해체계획도서를 법령상 요건으로 삼음으로써 해체공사의 정밀성 및 안전성을 높일 필요가 있었다.

게다가, 앞서 살핀 것과 같이 최근 해체공사현장에서 대규모 참사가 발생함에 따라 사회

17) 서울특별시, 서울시 해체공사장 총괄 운영 지침, <https://news.seoul.go.kr/citybuild/archives/513504> (2022. 8. 7. 조회)

적으로 해체공사의 안전확보가 큰 관심사가 되었으며, 국토교통부는 해체공사 안전강화방안을 제시하고 이를 법제화할 것을 발표하였다.¹⁸⁾ 이에 따라 국토교통부는 건축물관리법 제30조 및 시행규칙 제12조 제3항, 법 제31조 및 시행규칙 제13조 등에 근거하여, 2021. 12. 31. “건축물 해체계획서의 작성 및 감리업무 등에 관한 기준”을 제정 및 고시하였다.¹⁹⁾

위 고시에 따라 현재 해체허가를 받기 위하여는 해체계획서상의 작업순서가 마감재와 같이 구조성능에 영향이 거의 없는 부재로부터 기둥과 같이 구조성능에 결정적인 부재의 순서로 진행되어야 하며, 해체공법이 안전하다고 인정되어야만 한다. 또한 구조안전계획에 대하여도 건축물에 장비를 올려서 해체하거나, 허가권자가 검토가 필요하다고 판단하는 때에는 해체순서별 안전성에 대한 검토내용을 포함한 해체순서별 구조설계도서를 포함하도록 정하고 있는데(위 고시 제13조 제1항 각호), 이는 곧 해체의 각 단계에 대하여 일종의 해체설계도서와 같은 기능을 수행할 수 있을 것으로도 기대된다.

그리고, 해체계획서의 검토는 전문가격을 가진 자에 의하여 이뤄지도록 되어 있으나, 제정 건축물관리법은 그 작성에 대하여는 그와 같은 자격을 요구하지 아니하였다. 그러나 해체계획서의 작성은 해체공사의 안전과 직결되는 점에서 해체계획의 수립에 있어서도 작성자의 업무 수행 능력을 담보할 필요가 있었다.

이에 건축물관리법이 개정되어 현행 건축물관리법 제30조 제4항은 해체계획서의 작성자에 대한 자격요건을 두었으며, 현행법에 의하면 건축사법에 따른 건축사 및 기술사법에 따른 기술사 중 건축구조와 관련이 있는 기술사에 의하여 해체계획서가 작성되게 된다. 이와 같은 개정을 통하여 건축물관리법은 해체계획서 작성자의 적정한 역량을 보장할 수 없었던 제정 당시의 미비점을 보완하였다고 보인다.²⁰⁾

그리고 이와 같은 해체계획서의 작성 및 검토 기준에 대하여는 건축물관리법 제51조 제1항 제11호 및 제12호 등이 위반 시의 형사처벌을 정하는 등으로 높은 강제력을 가질 수 있도록 제도가 수립되어 있고, 실제 현재 일선 법원은 해체계획서와 관련한 절차적 위반이 있는 경우, 이를 업무상과실치사상에 있어서 과실의 전제가 되는 주의의무 위반의 근거로 삼고 있는 점에서(광주지방법원 2022. 9. 7. 선고 2021고합318 판결 등), 제도의 정착과 실무상

18) 대한민국 정책브리핑, 광부붕괴사고 해체공사 안전강화 및 불법하도급 대책, <https://www.korea.kr/news/policyBriefingView.do?newsId=156465622> (2022. 8. 5. 조회)

19) 건축물 해체계획서의 작성 및 감리업무 등에 관한 기준, 국토교통부고시 제2022-446호, 2022. 8. 4. 일부개정, 2022. 8. 4. 시행 참조.

20) 건축물관리법, 법률 제18824호, 2022. 2. 3. 일부개정, 2022. 8. 4. 시행 참조.

형사처벌 사례의 축적에 따라 적정한 해체계획서의 작성이 이뤄질 것으로 보인다.

(3) 해체공사감리제도에 대한 기준 신설을 통한 제도 보완

또한, 도면은 그 축척의 세밀도에 따라 표현될 수 있는 내용이 다르며²¹⁾, 결국 공사도면이 있더라도 미처 표현되지 못한 세부공사 또는 준공된 지 오래되어 예견하기 어려운 변수가 있는 경우에는 현장전문가에 의한 판단이 요구되는바, 해체공사의 안전확보를 위하여는 현장에서의 전문성과 공사의 적정성을 감시하기 위한 해체공사감리제도의 원활한 운영이 필수적이라고 할 것이다.

관련하여 해체공사감리제도에 대한 조문이 개정되어, 현행 건축물관리법 제31조 제5항은 국토교통부 장관으로 하여금 감리원 배치기준을 정할 수 있는 법령상 근거를 두었으며, 건축물관리법 시행령 제23조의2는 감리원 배치기준의 하한을 구체적으로 정하였고, 감리원의 자격 기준에 대하여도 건축사, 건축사보, 건축 분야의 국가기술자격을 취득한 기술사 등 감리업무에 전문성을 갖췄을 것으로 기대할 수 있는 자격을 소지한 자로 한정하였다.

나아가, 건축물관리법 제32조 제5항 제1호는 해체공사감리가 실질적으로 기능할 수 있도록 주요 공정 지점에 대하여 필수확인점을 정할 수 있는 근거를 두었고, 필수확인점을 지나 다음 단계의 공정으로 진행하려면 반드시 건축사 또는 건설기술 진흥법에 따라 건설사업관리 수행 자격을 갖춘 특급기술인에 해당하는 자를 감리원으로 배치하도록 정하여 중요 공정에 대하여 더 철저한 해체공사감리가 이루어질 수 있도록 하였다.

이에 더하여, 건축물관리법은 해체공사감리에 대하여도 그 감리자의 구체적인 업무내용과 수행방법의 기준 교육에 대한 기준, 대가 기준 등을 수립하였으며, 특히 감리자는 해체작업자로부터 매일의 일일 작업계획서를 건축물관리법에 따른 건축물 생애이력 정보체계에 기록하도록 정하였다(건축물 해체계획서의 작성 및 감리업무 등에 관한 기준 제33조). 이와 같이 공적 시스템에 해체공사의 일일작업에 대한 보고가 이루어짐으로써 감리자 및 시공사 양측의 업무태만 여부를 감시할 수 있는 가능성이 생겼으며, 해체공사에 대하여 더 세밀한 공법상 규율이 가능해졌다.

21) 이와 같은 도면의 속성 및 기본설계도서의 수준과 실시설계도서의 수준에서 발생하는 차이 등에 대하여 백민주, “기본설계와 실시설계의 관계”, 『건설법연구』 제1호(2019. 3.), 건설법연구회, 42-44면 참조.

V. 결 론

이상과 같이 우리 건축경찰법제는 이원화되어 과거보다 건축물의 유지관리와 그 생애주기의 마지막에 위치한 해체에 대하여 더 많은 관심을 기울이는 방향으로 발전하였다. 특히 (구)건축법이 큰 관심을 기울이지 아니하고 단지 신고의 대상으로 두었던 해체공사에 대하여, 건축물관리법은 강학상 허가를 통해 실질적인 위험방지요건의 심사가 가능하도록 건축물 해체의 허가 제도를 신설하고, 허가제도를 통한 안전확보의 실효성을 강화하기 위하여 해체공사에도 감리제도를 적용하였다.

다만 건축물관리법은 아직 시행된지 오래 되지 아니하였으며, 기존의 제도와의 관계에 대하여 명확한 정립이 요구되고, 그 자체로서도 개선되어야 할 점이 상당 부분 있다고 보인다. 그와 같은 개선이 필요한 사항으로 제기되었던 ‘해체공사에 대한 착공신고’, ‘해체계획서 작성자의 자격 기준’, ‘해체공사감리자의 자격기준 및 배치기준’ 등은 법령 개정을 통해 개선되었다. 특히 해체공사에 대하여 착공신고를 요구하게 됨에 따라, 앞으로 해체공사 착공신고를 통해 해체공사의 착공에 앞서 공사시공자의 적정성과 감리 이행 여부에 대하여 공적인 관리가 이루어질 것이다.

한편, 실무상으로는 해체허가와 개축 또는 대수선허가의 관계에 대하여 어느 정도 해석이 굳어져가고 있는 것으로 이해되나, 앞서 살핀 것과 같이 법령의 체계정합성을 위하여는 건축허가에 대한 의제조항을 개정하는 입법개선을 통해 건축허가와 해체허가의 실제적 요건 심사가 서로 별개임을 드러냄으로써 그 관계를 명확히 표현하고, 대수선의 유형 중 해체행위만을 내용으로 하는 특수한 경우 등에 대한 각 허가제도의 관계 및 규율범위를 분명히 하여야 할 것으로 사료된다.

철거에 대한 규율이 사실상 부존재하던 제정 건축법으로부터 1991년 전부 개정과 함께 도입된 철거신고를 지나 건축물관리법의 제정으로 도입된 건축물 해체의 허가에 이르기까지 건축행위에 가려져 소외되었던 해체공사에 대한 제도가 정비되고 있으며, 입법자 또한 건축물관리법의 제정 이후에도 해체공사에 대한 제도 개선을 위해 노력하고 있다고 보인다. 그러나 앞서 살핀 것과 같이 최근의 해체공사현장에서 발생한 참사는 법령의 내용이 부족하여 서가 아니라 법령에 따른 공사수행이 이뤄지지 아니하였기 때문으로 보인다.

생각건대, 건축물관리법은 해체공사와 관련한 규율을 위반하는 경우에 대하여 강력한 제재수단인 형벌까지 동원하고 있는 점에서 시간이 흐름에 따라 실무례가 축적되면서 건축물

관리법과 해체허가제도가 정착될 것으로 판단된다. 건축물관리법 및 해체공사와 관련한 제도 일반이 앞으로도 계속 발전하여 더 안전한 도시공간의 형성에 기여하기를 바란다.

참 고 문 헌

[단행본]

김동희, 『행정법 I』(제26판), 박영사, 2021.

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.

[논문]

김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4)

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

장재운, “건축물의 철거와 해체허가에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 석사학위
논문

[자료]

연합뉴스, “광주 건물붕괴, 무리한 해체방식에 불법 하도급도 겹쳐 초래”, 2021.
8. 9.자.

조선일보, “광주 아파트 붕괴 현장... “여러 층 바닥·천장 떡시루처럼 붙어””,
2022. 1. 23.자.

매일경제, “17명 사상 광주참사, 해체계획서 안지켰다”, 2021. 6. 10. 자.

한국일보, “[단독] 건물 붕괴 4시간여 전 철거 현장 사진 보니... “무너질 게 무너
졌다””, 2021. 6. 10. 자.

한국경제, “2년전 잠원동 사고 겪고도... ‘깜깜이 철거 감리’ 여전”, 2021. 6. 10.
자.

서울특별시, “서울시 해체공사장 총괄 운영 지침”

대한민국 정책브리핑, “광부붕괴사고 해체공사 안전강화 및 불법하도급 대책”

『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	○ △ ×	불게재
16	△ △ ×	
17	◎ × ×	
18	○ × ×	
19	△ × ×	
20	× × ×	

② 편집위원회의 종합판정 결과, ‘수정 후 재심사’로 판정된 논문에 대하여는 재심사절차를 진행한 다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정 된 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, 편집위원 회는 재심사 결과 ‘게재적합’이 둘 이상이면 ‘게재확정’으로 최종 판정한다.

④ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지 된 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 편집위 원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 원고작성요령에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

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

제19조 (정족수) 각조에서 정한 편집위원회의 의결, 판정 기타 결정은 본 규정에 다른 정함이 없으 면 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 안전의 심의·의결에서 제척된다.
- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안전의 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 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제19조 (기록의 보관 및 공개)

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

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

『건설법연구』 원고작성요령

2018. 12. 28. 제정

1. 원고작성기준

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

2. 각주작성 요령

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

(2) 앞의 각주를 그 다음에 다시 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.

- 1) 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
- 2) 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
- 3) 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
- 4) 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
- 5) 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
- 6) 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.

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

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

3. 참고문헌

(1) 순서

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

(2) 국내문헌

- 1) 단행본의 경우 : 저자, 『서명』, 출판사, 출판년도
- 2) 논문의 경우 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제00권 제00호(출판년월).

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

건설법연구회

제8호



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

건설법연구회