

# 건설법연구

## 일반논문

신탁방식 정비사업에서의 몇 가지 법적쟁점 / 용석남

이전고시와 협의의 소익 / 이종준

민간투자법과 다른 법률의 관계 / 이지현

환지에정지의 사용수익권과 과세 / 정수호

생활보상에 관한 재결신청청구권의 존부와 개선방안 / 최지희

## 건설법연구회 운영규정



서울대학교 법학연구소 건설법센터  
건설법연구회



# 『건설법연구회』

제3호 2020. 3. 31.

## 일반논문

신탁방식 정비사업에서의 몇 가지 법적쟁점 / 용석남

이전고시와 협의의 소익 / 이종준

민간투자법과 다른 법률의 관계 / 이지현

환지예정지의 사용수익권과 과세 / 정수호

생활보상에 관한 재결신청청구권의 존부와 개선방안 / 최지희

## 건설법연구회 운영규정



서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
건설법연구 제3호 2020년 3월  
Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
Construction & Urban Development Law Association  
Construction and Urban Development Law Journal  
Vol. 3, March 2020

## 신탁방식 정비사업에서의 몇 가지 법적쟁점

용 석 남\*

---

### 국문초록

---

2015년 도시정비법 개정으로, 비로소 신탁회사가 정비사업의 단독시행자가 될 수 있는 길이 열리게 되었다.

신탁회사가 정비사업의 시행업무를 수행하는 신탁방식 정비사업은, 신탁회사의 부동산개발사업에 관한 전문성과 사업비 조달능력을 활용하여 정비사업의 지연을 방지하고, 신탁회사의 정비사업에 대한 투명한 사업관리를 통해 갈등을 감소시키며 시공사에 대한 교섭(交涉)력을 강화하는데 그 도입취지가 있다.

신탁방식의 정비사업은 신탁회사가 단독시행자가 되는 방식(단독시행자 방식)과 기존의 사업시행자(조합)가 있는 상태에서 신탁회사가 사업대행자가 되는 방식(사업대행자 방식)으로 나뉜다.

신탁회사가 지정개발자가 되어 정비사업을 단독으로 시행할 경우 사업의 준비단계나 관리처분계획 등 전반적인 시행절차는 정비사업조합에 의한 방식과 크게 다르지 않다. 다만, 추진위원회 구성 및 승인이나 조합설립인가 등을 거칠 필요가 없기 때문에 상대적으로 전체적인 사업시행기간이 단축될 수 있다.

신탁방식 정비사업에서는 종전의 조합방식 정비사업에서 시공사가 해 오던 대부분의 역할을 신탁회사가 대체한다. 이에 따라 종전의 조합방식 정비사업이 실질적으로 조합과 시공사의 공동시행방식이라 한다면, 신탁방식 정비사업은 실질적으로 토지등소유자와 신탁회사의 공동시행방식이라 칭(稱)할 수 있다. 신탁회사는 단독시행자 신탁방식 정비사업에서 사업시행자의 지위를 보유하지만, 신탁의 본지(本旨)상 진정한 의미에서 사업시행자로 볼 수는 없고, 실질적으로는 사업대행자에 가깝다.

---

\* 변호사, 주식회사 코람코자산신탁 법무실장

## 2 건설법연구 제3호

정비사업에서 사업시행자인 신탁회사는 대외적인 관계에서 정비사업과 관련한 법률관계의 주체가 되며, 이에 따라 신탁회사와 법률관계를 맺은 자 간에 신탁회사의 책임제한에 관한 합의가 성립하여 있지 않는 한, 신탁회사는 정비사업에 따른 법률관계에 대한 모든 의무 및 책임을 전면적으로 부담한다. 다만, 사업시행자인 신탁회사와 토지등소유자들 사이에 내부적인 관계에서는 신탁사업(정비사업)의 손익에 관한 정산 과정을 거치게 되고, 이 과정을 통하여 해당 정비사업의 손익은 토지등소유자에게 최종적으로 귀속되게 된다. 이러한 점에서 조합방식의 정비사업과 신탁방식의 정비사업은 동일하며, 신탁방식 정비사업에서 신탁회사가 해당 정비사업의 최종적인 손익의 귀속자가 될 수 없다는 것이, 신탁회사가 정비사업의 시행자가 될 수 없는 이유 또는 근거는 될 수 없다.

사업대행자 방식에서 사업대행자가 해당 정비사업의 중요한 의사결정을 할 때, 도시정비법상 명문의 규정이 있는, 시장·군수 등의 사전승인을 받는 것 이외에 명문의 규정은 없지만 조합총회의 의결까지 받아야 하는지가 특히 문제된다. 사업대행자 제도는 종래의 사업시행자인 조합이 법적 분쟁 등으로 자력(自力)으로 정비사업을 완료할 수 없을 때, 공익적인 목적을 위하여 국가 또는 지방자치단체가 강제개입하여 해당 정비사업을 완료하는데 취지가 있다. 즉, 본래의 사업대행은 조합 등 본래의 정비사업의 사업시행자가 정상적으로 작동하지 않는 것을 전제로 설계된 것이라 할 것이므로, 사업대행자가 정비사업에 대한 중요 의사결정을 할 때도 조합총회의 의결을 거치는 것을 예정하고 있지 않았다고 보는 것이 옳다.

그러나 2016년 도시정비법 개정으로, 개정 전과 달리, 토지등소유자 과반수 이상의 동의가 있는 경우에도 신탁회사 등을 사업대행자로 하여 사업대행이 가능하게 되었다. 즉, 토지등소유자의 자발적 위임에 의한 사업대행이 가능하게 되었는바, 이러한 사유에 의한 사업대행은 사업대행의 개시요건 및 사업대행자를 달리 하는 것으로서 개정 전 사업대행제도와 동일한 것으로 볼 수 없고, 실질에 있어서 신탁회사가 단독시행자가 되는 경우와 별반 다를 것이 없는 점, 토지등소유자의 의사에 기반하여 개시되었는바, 사업대행개시 이후에도 그의사가 계속하여 반영되도록 하는 것이 논리적으로도 일관된 점 등을 고려할 때, 정비사업의 중요한 의사결정에 있어 조합총회의 의결을 거쳐야 한다고 보는 것이 옳다.

주제어 : 신탁방식의 정비사업, 지정개발자, 신탁회사, 정비사업, 사업대행자, 정비사업 토지신탁, 신탁 정비사업

---

<p>목 차</p> <p>I. 서</p> <p>II. 신탁방식의 정비사업</p> <p>III. 정비사업의 시행자로서 신탁회사의 책임</p> <p>IV. 사업대행자 방식 정비사업에서의 조합총회 결의 요부</p> <p>V. 결론</p>
---

## I. 서(序)

2015년 및 2016년 「도시 및 주거환경 정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다)이 개정되면서 신탁방식의 정비사업<sup>1)</sup>이 도입되었다(2015. 9. 1. 개정, 법률 제13508호 제8조 제4항 제8호 및 2016. 1. 27. 개정, 법률 제13912호 제9조 제1항 제2호). 그 도입취지는 신탁회사의 개발사업에 관한 전문성, 사업비 조달능력 및 투명한 사업관리를 통해 정비사업을 안정적으로 수행하고 사업성 악화 등으로 교착상태에 있는 정비사업장(場)을 정상화하는 데 있다.<sup>2)</sup>

신탁방식의 정비사업은 공신력(公信力) 있는 기관인 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 한다)상 금융투자업자인 신탁업자(제8조 제7항, 이하 ‘신탁회사’라 한다)가 분양수입금 등의 자금을 수납, 관리 및 집행함으로써 투명한 사업비의 관리 및 집행이 가능하고, 여타의 부동산 개발사업에 관한 많은 지식과 경험을 가지는 신탁회사가 정비사업의 전반을 관리함으로써, 정비사업의 오래된 병폐(病弊)라 할 수 있는 조합원들의 비리나 부패를 원천적으로 방지하고, 이를 통해 정비사업 진행의 부당한 지체 예방 및 조합원들에 대한 보호가 가능하며, 안정적이고 신속한 사업추진이 가능하다는 장점이 있다. 이에 힘입어 신탁방식의 정비사업이 가능하게 된 지 얼마 되지 않았음에도 여러 정비사업장에서 활용 및 추진되고 있다.

새로 도입된 제도가 장점을 가지고 있다 하여도 그 제도의 내용이 일반 국민들에 의해 제

1) ‘신탁방식의 정비사업’은 법에 의하여 정의되어진 개념은 아니나, 이 발표문에서는 자본시장법상의 금융투자업자인 신탁업자가 정비구역 내 일정 수의 토지등소유자의 동의를 기반으로 도시정비법상 정비사업의 시행자 또는 대행자가 되어 정비사업을 시행하는 것을 의미하는 용어로 사용하기로 한다.

2) [1912721] 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안(이완영의원 등 11인) 제안이유 참조  
[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_V1X401S1R2B701G604J1Y5V9S0U0W6](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_V1X401S1R2B701G604J1Y5V9S0U0W6)(2019. 12. 29. 검색)

대로 이해되고 활용될 수 없다면, 무용지물(無用之物)일 것이다. 이에 이 발표문에서는 ‘제도’로서 신탁방식의 정비사업의 내용과 도입취지, 종래의 조합방식의 정비사업과의 이동(異同) 및 특징에 대하여 살펴보고, 신탁방식 정비사업에서 문제가 되는 법적쟁점인 ① 금융회사로서의 신탁회사가 정비사업의 시행자가 되는 경우, 그 책임범위는 어떻게 되는지(예컨대, 신탁회사의 책임은 신탁재산 범위 내로 제한되는지), ② 정비사업의 시행업무를 수행하는 신탁회사는 그 표현과 동일하게 ‘시행자’로 보는 것이 옳은지 아니면 그 표현에도 불구하고 ‘대행자’에 불과한 것인지 및 ③ 신탁회사가 정비사업의 사업대행자로서 정비사업을 시행하는 경우, 당해 정비사업의 중요한 의사결정을 할 때, 법에 명시된 시장·군수 등의 사전승인을 얻는 것 외에 조합총회의 의결을 거쳐야 하는지에 대하여 논(論)한다.

## II. 신탁방식의 정비사업

### 1. 의의

#### (1) 개념

도시정비법상 정비사업은 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역에서 정비기반시설을 정비하거나 주택 등 건축물을 개량 또는 건설하는 사업을 말하고, 구체적으로는 ① 재건축사업, ② 재개발사업, ③ 주거환경개선사업으로 구분된다<sup>3)</sup>. 이러한 정비사업을 시행하는 자를 ‘사업시행자’라 하며(제2조), 도시정비법은 조합, LH공사, 시장·군수 및 신탁회사 등 다양한 주체에게 정비사업의 사업시행자 지위를 부여하고 있다.

신탁방식의 정비사업이란 법에 의해 정의된 개념은 아니나, 이 발표문에서는 신탁회사가 정비구역내 일정 수의 토지등소유자의 동의를 기반으로 정비사업의 시행자 또는 대행자가 되어 정비사업을 시행하는 방식을 의미하는 용어로 사용하기로 한다. 신탁방식의 정비사업은 지정개발자인 신탁회사가 ‘시행자’로서 정비사업을 시행하는 방식(도시정비법 제27조 제1항 제3호, 이하 ‘단독시행자 방식’이라 한다)과 정비사업의 종래의 시행자가 있는 상

3) 도시정비법 제정 당시에는 도시재개발법에 의한 공장재개발과 도심재개발을 묶어 도시환경정비사업으로 분류하고, 재개발과 구분하였는바, 그 당시 정비사업은 재건축, 재개발, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업으로 나뉘게 되었다. 그 후 정비사업의 내용에 가로주택정비사업, 주거환경정비사업 등이 추가되었다가 다시 이들 사업이 빈집 및 소규모주택의 정비에 관한 특례법으로 이전되었다. 2018년 새로이 개정된 도시정비법에서는 도시환경정비사업이 재개발사업으로 흡수되어 도시정비법상 정비사업은 현재 셋으로 정리된 상태이다.

태에서 지정개발자인 신탁회사가 종래의 사업시행자를 위하여 ‘대행자’로서 정비사업을 시행하는 방식(도시정비법 제28조 제1항 제2호, 이하 ‘사업대행자 방식’이라 한다)으로 구분된다.

신탁회사를 정비사업의 시행자로 지정할 수 있는 것은 도시정비법상 재건축사업과 재개발사업에 한한다(도시정비법 제27조 제1항). 단, 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법」(이하 ‘소규모주택정비법’이라 한다)상 가로주택정비사업 또는 소규모재건축사업에 대하여는, 신탁회사가 사업시행구역 면적의 1/3 이상의 토지를 수탁하고, 조합설립 동의요건 이상의 동의를 얻어 시장·군수 등에 의해 사업시행자로 지정되는 경우, 해당 사업을 시행할 수 있다(소규모주택정비법 제19조 제1항).

도시정비법 시행령은 신탁회사에 관한 지정개발자 요건으로, 신탁회사가 정비구역 토지 중 구역전체 면적 대비 1/3 이상의 토지를 신탁받을 것을 규정하고 있고(제21조), 신탁회사를 사업시행자로 지정하는 것에 관하여 조합설립 동의요건(재개발사업: 토지등소유자 3/4 이상+토지면적 1/2 이상 동의, 재건축사업: 각 동별 구분소유자 과반수 동의+전체구분소유자 3/4 이상+토지면적 3/4 이상 동의) 이상에 해당하는 자의 동의를 있을 것을 규정하고 있다.

(2) 단독시행자 방식과 다른 사업시행자가 추진하는 정비사업과의 비교

정비사업은 사업시행자 유형에 따라 아래와 같이 분류된다.

1) 도시정비법상 사업시행자의 종류

도시정비법은 정비사업 시행자의 원칙적인 모습으로 ‘조합’을 상정하고 있지만, 조합 이외에도 시장·군수, 토지주택공사, 건설업자, 등록사업자 등에도 사업시행자의 지위를 부여하여 다양한 유형의 정비사업에 대응하고 있다. 최근, 정비사업의 다변화에 따라 자본시장법에 따른 신탁업자도 단독 사업시행자의 하나로 채택되었다(도시정비법 제27조).

2) 조합이 추진하는 정비사업과의 비교

신탁회사가 지정개발자가 되어 정비사업을 단독으로 시행할 경우 사업의 준비단계나 관리처분계획 등 전반적인 시행절차는 정비사업조합에 의한 방식과 크게 다르지 않다. 다만, 추진위원회 구성 및 승인 또는 조합의 설립 및 인가 등의 절차를 거칠 필요가 없기 때문에 정비사업 시행의 초기 절차가 간소하고 이에 따라 전체적인 정비사업의 시행기간이 단축될 수 있다.

3) 주택공사등이 추진하는 정비사업과의 비교

2003년 도시정비법 제정시부터 정비구역 내 일정 수의 토지등소유자의 동의가 있을 경우 주택공사 등이 사업시행자로 지정되어 정비사업을 시행할 수 있었다.

신탁회사가 단독시행자가 되는 방식과 마찬가지로 주택공사 등이 추진하는 정비사업에서도 조합이 따로 결성되지 않으며 시행규정에 근거하여 사업이 수행된다(도시정비법 제53조). 다만, 주택공사 등이 추진하는 사업은, ‘토지등소유자 전체회의’가 아닌, ‘주민대표회의’를 구성하게 되어 있다(도시정비법 제47조). ‘주민대표회의’는 정비사업비의 부담이나 이주 등에 대하여 사업시행자에게 의견을 제시할 수 있으나, 사업시행자는 이 의견에 구속되지는 않으며, 다만 그 의견을 반영하기 위하여 노력할 의무를 부담한다.<sup>4)</sup> 반면 신탁회사 단독시행자 방식에는 ‘주민대표회의’가 없다. ‘주민대표회의’를 구성하고 승인받는 절차가 따로 없으므로 초기 사업시행절차가 간이하다. 다만, 신탁업자에 의한 정비사업은 주요안건을 결정하기 위하여 해당 정비사업의 토지등소유자<sup>5)</sup> 전원으로 구성된 ‘토지등소유자 전체회의’가 존재한다(도시정비법 제48조). 이 ‘토지등소유자 전체회의’는 조합 총회에 상응하는 의결기구로서 주택공사 등이 시행하는 정비사업에서의 ‘주민대표회의’와 달리 사업시행자로서의 신탁업자를 구속한다.

단독시행자로서 신탁회사, 주택공사 등은 모두 사업시행계획서를 작성할 의무를 부담하지만, 주택공사 등은 사업시행계획 인가를 신청하기에 앞서 사업시행계획서에 대하여 토지등소유자들의 동의를 따로 얻을 필요가 없는 반면, 단독시행자로서 신탁회사는 토지등소유자의 과반수의 동의 및 토지면적의 1/2 이상의 토지소유자의 동의를 받아야 한다(도시정비법 제50조).

4) 사업대행자 방식과의 비교

사업대행자란 사업시행자의 업무를 대행하는 자로서, 도시정비법은 사업대행자가 되기 위하여도 ‘지정개발자’로서의 자격요건을 갖추 것을 규정하고 있다(제28조 제1항). 따라서 신탁업자가 정비사업의 사업대행자로서 참여하는 경우에도 정비구역 토지면적의 1/3 이상을 신탁받아야 한다.

신탁회사가 정비사업의 단독시행자로 지정되기 위하여는 위 지정개발자로서의 요건 이외에 조합설립 동의요건 이상의 토지등소유자의 동의가 필요한 반면(도시정비법 제27조 제1항 제3호), 사업대행자로 지정되기 위하여는 이보다 완화된 요건인 조합원 과반수의 동의만 있

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

5) 주택재건축사업의 경우는 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의한 토지등소유자를 말한다.

으면 가능하다(도시정비법 제28조 제1항 제2호).

단독시행자 방식과 사업대행자 방식은 종래의 사업시행자(예컨대, 정비사업조합)가 존재하는지에서 큰 차이를 보인다. 부연하여 설명하면, 단독시행자 방식은 신탁회사 스스로 정비사업의 시행자가 되므로 종래의 사업시행자가 존재하지 않는 반면, 사업대행자 방식은 신탁회사가 자신의 명의로, 종래의 사업시행자의 계산으로 정비사업을 시행하게 되는바, 종래의 사업시행자가 당해 정비사업의 시행자로 계속하여 존재한다.

또한 단독시행자 방식은 도시정비법, 시행규정에 따라 사업이 시행되며, 사업시행의 주요안건은 토지등소유자 전체회의에서 의결된다(도시정비법 제48조). 반면 사업대행자 방식은 도시정비법에 따라 사업이 시행되고, 사업대행자가 재산처분, 자금차입, 그 밖에 시행자에게 부담을 가하는 행위에 대하여는 시장·군수의 사전 승인을 받아야 한다(도시정비법 시행령 제22조 제4항).<sup>6)</sup> 즉, 사업대행자 방식에서는 단독시행자 방식과 달리 시행규정이나 토지등소유자 전체회의는 존재하지 않는다.

### (3) 단독시행자 방식의 연혁

#### 1) (구)도시재개발법상의 제3개발자 제도

도시재개발법은 2003년 도시정비법으로 통합되기 이전까지 재개발사업을 규율해 왔는데, 1995. 12. 29. 전부개정으로 시장, 군수 또는 구청장이 신탁사를 제3개발자로 지정하여 재개발사업을 시행할 수 있도록 하였다. 이 개정법에 의하여 시행구역 내 토지면적의 10분의 1 이상의 토지를 신탁받은 신탁업자는 시장, 군수 등으로부터 시행자 지정을 받아 재개발 사업을 시행할 수 있었다.<sup>7)</sup> 그러나 제3개발자를 지정할 수 있는 사유는 천재, 지변 등으로 긴급성이 요구되거나 사업이 장기간 시행되지 않는 경우 등 매우 제한적이었기 때문에, 제3개발자 방식에 의한 신탁 시행은 이루어지기 어려웠다.

#### 2) 도시정비법상 지정개발자제도

2003년 제정된 도시정비법은 종전 (구)도시재개발법상의 제3개발자제도를 그대로 승계하였다. 다만, ‘제3개발자’를 ‘지정개발자’로, ‘사업시행구역’을 ‘정비구역’으로 그 용어를 변경하였다.

6) 이 때 시장·군수의 사전승인 외에 별도의 조합총회의 의결이 필요한지에 대하여는 후술하는 바와 같이 현재 논란이 있다.

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

## 8 건설법연구 제3호

### 3) 공동시행자 지위 취득

도시정비법은 노후불량주거지 개선을 위한 주택재개발사업 활성화의 필요에 따라, 자금조달과 신속한 사업진행을 위해 2005. 3. 18. 개정되었고, 이 과정에서 시장, 건설업자, 등록업자와 함께 신탁업자가 재개발사업의 공동시행자로 추가되었다. 이 때 도시정비법은 재개발사업과 재건축사업의 시행자를 분리하여 규정하였는바, 재개발사업과 달리 재건축사업에서는 신탁업자가 공동시행자 형태로도 사업에 참여할 수 없었다. 이는 공공성이 큰 주택재개발사업에 한하여 신탁업자의 공동시행을 인정하겠다는 취지로 이해된다.

### 4) 단독의 사업시행자 지위 취득

도시정비법은 2015. 9. 1. 신탁업자를 재개발, 재건축 사업의 단독 시행자로 지정할 수 있는 규정을 신설하였고, 이 법은 2016. 3. 2.부터 시행되었다. 그 입법취지는 그동안 정비사업 조합의 불투명한 자금집행과 정비사업 관계자들의 비전문성으로 인해 정비사업이 정상적으로 추진되지 못하고 주민 갈등이 심화되는 폐해가 있었는바, 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 정비사업의 자금조달능력과 전문성을 보완함으로써 정비사업을 정상화하는데 있다.

## (4) 도입취지 및 현황

### 1) 도입취지

도시정비법이 신탁업자가 단독시행자가 되어 정비사업을 시행할 수 있도록 한 취지는 지정개발자인 신탁업자가 사업시행자로 지정받을 수 있는 사유가 제한되어 있어 신탁업자의 정비사업 참여가 매우 저조한 상황이었고, 한편, 신탁업자의 부동산개발사업에 관한 전문성과 사업비 조달능력을 활용할 경우 투명한 사업관리를 통해 정비사업의 갈등을 감소시키고 사업지연을 줄일 수 있으며, 시공사에 대한 교섭력을 강화할 수 있다는 데 있다.

또한, 시공사가 적정 수익률 확보가 어렵다는 이유로 참여를 꺼려하는 소규모 사업장에 신탁업자가 참여하여 해당 정비사업의 원활한 진행을 도모할 수 있고, 다양한 갈등요인으로 인해 정비사업의 진행이 교착된 사업장의 정상화를 도모할 수 있다는 것도 개정의 주요한 취지이다.

2) 현황<sup>8)</sup>

(i) 부동산신탁회사 현황<sup>9)</sup>

회사명	임직원현황	조직현황	
		국내지점	해외지점
국제자산신탁	121	2	-
대한토지신탁	129	-	-
무궁화신탁	169	-	-
생보부동산신탁	132	-	-
아시아신탁	136	-	-
케이비부동산신탁	171	2	-
코람코자산신탁	173	-	-
코리아신탁	131	-	-
하나자산신탁	129	-	-
한국자산신탁	179	1	-
한국토지신탁	195	-	-
계: 11	1,665	5	-

8) KORAMCO Weekly Management Information(No. 83), 2019. 1. 21. 참조

9) 종래의 11개 부동산전업신탁사 이외에, 2019년 하반기에 신영부동산신탁, 대신자산신탁, 한국투자부동산신탁이 금융위원회로부터 영업인가를 받고, 본격적인 신탁영업에 돌입하여 현재는 14개의 부동산전업신탁사가 존재하는 상황이다.

10 건설법연구 제3호

(ii) 신탁방식 정비사업 현황

i) 사업방식 및 정비사업 유형별 현황

연도	사업방식			지역분포			정비사업 유형			
	계	대행	시행	서울	경인	지방	재건축	재개발	도시환경	가로주택
2016	7	3	4	2	3	2	7			
2017	26	19	7	9	11	6	17	4	3	2
2018	18	12	6	10	3	5	10	4	3	1
합계	51	34	17	21	17	13	34	8	6	3

ii) 신탁회사별 정비사업 수주현황

회사명	수주연도				사업방식		수주단계		지역분포		
	계	2016	2017	2018	대행	시행	선정	MOU	서울	경인	지방
한자신	14	1	9	4	8	6	8	6	6	4	4
한토신	13	1	5	7	10	3	10	3	6	2	5
대토신	8	1	4	3	6	2	7	1	2	6	-
코람코	5	1	2	2	5	-	5	-	1	3	1
코리아	5	2	3	-	3	2	5	-	2	2	1
KB	4	-	2	2	-	4	-	4	4	-	-
하나	2	1	1	-	2	-	2	-	-	-	2
합계	51	7	26	18	34	17	37	14	21	17	13

## 2. 단독시행자 방식 정비사업과 조합방식 정비사업의 이동(異同)

### (1) 사업 절차면에서의 이동(異同)

조합방식 정비사업은 정비구역지정 및 정비계획의 고시가 되고, 조합의 설립을 준비하는 추진위원회에 관한 설립승인 인가가 있는 후, 추진위원회가 조합 설립승인 인가를 받는다. 이후 조합은 사업시행계획을 작성하여 관할 행정청으로부터 사업시행계획에 대한 인가를 받고, 관리처분계획을 작성하여 관할 행정청으로부터 인가를 받는다. 관리처분계획에 대한 인가가 있는 이후에 사업부지 지상에 있는 건축물이 철거되고 조합원들의 이전이 이루어지게 되면, 비로소 공동주택 등 건축물에 관한 착공신고가 이루어진다. 건축물에 대한 물리적 공사를 완료하고 이 건축물에 대한 사용승인이 되면, 정비사업으로 인해 신축된 공동주택 등 건축물에 대한 소유권 이전고시가 되고, 그 이후에 조합에 관한 청산절차가 진행된다.

이에 비해, 신탁방식 정비사업은 정비구역지정 및 정비계획의 고시까지의 조합방식의 정비사업과 동일하나, 추진위원회 및 조합의 설립절차와 관할 행정청으로부터의 인가절차 없이, 곧바로 신탁회사의 단독시행자 지정신청과 이에 대한 관할 행정청의 인가가 있고, 단독시행자로 지정된 신탁회사는 조합방식의 정비사업과 동일하게 사업시행계획인가, 관리처분계획인가, 건축물 철거, 이전 및 착공, 정비사업에 의한 신축 건축물에 대한 준공(사용승인)인가, 이전고시 및 청산절차를 진행하게 된다.

신탁방식 정비사업에서는 조합방식 정비사업과 달리 추진위원회 및 조합의 설립 및 인가절차는 생략되고, 신탁회사가 시장·군수 등에 의해 정비사업의 단독시행자로 지정되는 절차는 추가되는 특징이 있다. 나머지 외형상의 사업절차는 조합방식 정비사업과 동일하다.

### (2) 사업의 실제 진행면에서의 이동(異同)

#### 1) 단독시행자 방식 정비사업의 시행자

신탁방식 정비사업은, 종래 조합방식 정비사업에서 시공자가 담당하였던 시행기능의 대부분을 신탁회사가 담당하는데 큰 특징이 있다.

단독시행자 방식 정비사업에서, 신탁회사가 단독시행자의 지위를 갖지만, 정비사업에 대한 중요한 의사결정은 토지등소유자 전체회의의 의결을 거쳐야 한다(도시정비법 제45조). 이에 따라 단독시행자 방식 정비사업에서 신탁회사는 단독시행자의 지위에도 불구하고 실질적으로는 토지등소유자와 공동시행을 하고 있는 것으로 칭(稱)할 수 있다. ‘사업시행자’의 개념은, 특정 개발사업을 주도적으로 이끌어가고, 해당 개발사업의 손익이 최종적으로 귀속

되는 것을 그 핵심의 징표(徵表)로 한다. 단독시행자 방식 정비사업에서의 신탁회사는 정비사업의 단독시행자라는 행정법상 지위(地位)에도 불구하고, 정비사업 시행과 관련한 중요한 의사 결정을 본인 스스로 할 수는 없고, 반드시 토지등소유자로 전원으로 이루어진 전체회의의 의결을 받도록 하고 있는바, 이러한 의미에서 단독시행자로 보기는 어렵다. 더욱이 해당 정비사업에 대한 손익은 최종적으로는 토지등소유자에게 귀속되는 것이고, 신탁회사는 정비사업의 시행을 대행하는 업무에 대한 보수를 받는 것에 불과한바, 이러한 점을 고려하면, 단독시행자 방식 정비사업에서의 신탁회사는 시행대행자의 성격(性格)이 있다.

종래 조합방식의 정비사업은, 대체로 (도시정비법상 조합의 사업시행자 지위에도 불구하고) 실질적으로 조합과 시공자가 공동시행하는 방식을 취하였는데, 단독시행자 방식의 정비사업은 시공사 대신에 신탁회사가 토지등소유자와 공동시행하는 방식으로 보는 것이 그 본질(本質)에 가깝다.

## 2) 신탁계약의 체결 및 시행규정에 따른 사업진행, 전체회의의 의결

단독시행자 방식 정비사업의 경우, 조합이 설립되지 않기 때문에 조합 정관이 존재하지 않는다. 조합방식 정비사업에서, 조합의 정관은 조합원 자격, 조합 총회, 대의원(회), 조합의 회계 등 조합의 구성 및 운영에 관한 사항 뿐 아니라, 조합이 추진하고자 하는 정비사업의 시행방법(이주대책, 손실보상, 관리처분계획, 준공인가, 이전고시, 청산금 등)을 상세히 규정하는데, 단독시행자 방식 정비사업에서는 이러한 조합 정관이 없다. 대신, 단독시행자 방식 정비사업에서는 구체적인 사업시행을 위하여 시행규정을 작성하도록 하고 있다(제53조). 이 시행규정에는 도시정비법이 정하고 있는 사항을 포함하여 정비사업의 수행에 필요한 세부적인 절차, 권리·의무의 귀속, 비용 부담 등이 포함되어야 한다. 조합방식 정비사업에서는 조합의 사업시행에 중요한 사항에 대하여는 조합원 총회의 의결을 거치도록 함으로써(제45조) 조합원들이 조합의 사업시행에 간접적으로 참여하고, 조합의 사업시행을 관리 및 감독할 수 있도록 하고 있으나, 조합이 없는 단독시행자 방식의 정비사업에서는 해당 정비사업 시행에 중요한 사항에 대하여는 토지등소유자(재건축 사업의 경우에는 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의한 토지등소유자를 말함) 전원으로 구성되는 전체회의(이하 ‘토지등소유자 전체회의’라 한다)의 의결을 거치도록 함으로써 토지등소유자들이 해당 정비사업에 참여하고, 조합의 사업시행을 관리 및 감독할 수 있도록 하고 있다.

한편, 단독시행자 방식의 정비사업을 진행하기 위하여는 신탁회사가 지정개발자 요건을 갖추어야 하고, 신탁회사가 지정개발자 요건을 갖추기 위하여는 해당 정비구역 내 토지의 1/3 이상을 신탁받아야 하는바, 신탁회사와 토지등소유자 간에 토지의 신탁을 위한 신탁계약이 필수적으로 체결된다.

다만, 도시정비법은 단독시행자 방식 정비사업의 구체적인 사업시행에 관한 사항은 시행 규정에서 정하도록 하고 있으므로, 이 신탁계약에서는 토지의 신탁과 관련한 위탁자인 토지 등소유자와 수탁자인 신탁회사 간에 사법적 법률관계만을 규정하면 족하나, 현재 부동산신탁회사들이 공동으로 작성하여 한국금융투자협회에 신고한 정비사업 신탁계약서에는 사업시행과 관련한 내용도 더러 기재되어 있어 도시정비법 취지와는 맞지 않는 것으로 보인다.

이 신탁계약은 토지를 신탁하는 토지등소유자를 수익자로 정하고, 수익자는 이 신탁계약에 따른 신탁이 종료하는 경우, 이 신탁계약에서 정한 바에 따라 신탁재산으로부터 신탁의 이익을 지급받을 권리(통상적으로는 관리처분계획에 따라 해당 토지등소유자가 취득할 아파트의 소유권으로 규정됨)를 갖는 것으로 규정하고 있는데, 유의할 점은, 토지등소유자가 해당 정비사업에 따라 신축되는 아파트의 소유권을 취득하는 것은 이 신탁계약에 따른 사법상의 효력 때문이 아니고, 도시정비법에서 정하고 있는 관리처분계획의 효력 때문이라는 점이다.<sup>10)</sup> 도시정비법에 따른 정비사업은 공익 목적에서 시행되는 사업이며, 다수의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있으므로, 도시정비법 규정은 특별한 사정이 없는 한 사인간의 계약으로 법적 효력을 변경시킬 수 없는 강행규정이다.<sup>11)</sup> 도시정비법은 정비사업에 의한 권리배분에 관하여도 상세히 규정하고 있는바, 토지등소유자가 정비사업에 따른 권리를 취득하는 것은 도시정비법에 따른 것이며, 사업관계자들의 약정에 의한 것이 아니다. 만일 정비사업의 권리배분에 관한 사업관계자들의 약정이 도시정비법 규정과 충돌한다면, 그러한 약정은 무효이다.

### 3. 신탁방식 정비사업의 특징

#### (1) 시공사의 정비사업 시행기능 상실

시공사는 조합의 전문성 및 자금력 부재 등으로 인해 정비사업의 시공 뿐 아니라 시행에도 깊숙이 관여하고, 관여의 범위가 넓고 깊었다. 사정이 이러하다 보니 시공사의 협조 또는 도움이 없이는 정비사업이 원활히 진행되는 것은 사실상 불가능하였다. 시공사는 일단 정비사업의 시공자로 선정되면, 정비사업의 진행을 좌지우지(左之右之)할 수 있는 막강한 영향력을 가지게 되는데, 이를 빌미로 조합측에 공사비의 과도한 증액을 요구한다거나 시공자로 선정되기 전 약속하였던 사항(예컨대, 놀이터, 주민휴게시설 등의 무료설치공사)을 이행하지 않는 등 부당한 행위를 하는 예가 종종 있었다. 조합측에서는 시공사의 협조 또는 도움없이 사실상 정비사업을 진행할 수 없으므로, 시공사의 요청이 부당하다는 것을 잘 알면서도 수용하게 되는 경우가 많았고, 이로 인한 손해는 고스란히 조합원들에게 귀속되는

10) 김종보, 「건설법의 이해」제6판, 피데스, 2018, 653면

11) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2014다61340 판결 등

폐해(弊害)가 적지 않았다. 신탁방식 정비사업은 개발사업에 관한 전문성 및 자금력을 보유하고 있는 신탁회사가 토지등소유자와 공동으로 정비사업을 시행하는바, 시공사를 정비사업의 시행에서 배제시킴으로써 종래 시공사의 정비사업 시행 관여로 인한 폐해로부터 토지등소유자를 보호할 수 있을 것으로 예상된다.

## (2) 추진위원회 및 조합의 부존재

조합방식 정비사업에서, 사업추진이 지체(遲滯)되고 분쟁(紛爭)이 많았던 주원인의 하나는 추진위원회 또는 조합 임원진들의 비리(非理), 이러한 비리를 밝히고 바로 잡기 위한 민·형사 소송의 진행이다. 예컨대, 조합장 등 조합의 임원이 시공사로부터 불법적(不法的)인 리베이트(Rebate)를 받고, 시공사의 공사비가 부당히 증액되도록 하거나 압력(壓力)을 행사하여 자격미달의 특정업체가 용역사에 선정되도록 하는 것 또는 사업비의 집행이 부당하게 이루어지도록 하는 것 등의 행위가 이루어지고, 이러한 임원진들의 비위(非違)를 밝히고 이를 바로잡기 위한 과정(비위 임원의 퇴진 및 신규임원의 선임을 위한 민·형사 소송의 진행 등)에서 과도한 비용과 시간이 소요되는 것은 정비사업의 좌초(坐礁) 및 정상적인 진행을 방해하는 대표적인 원인이었다. 신탁방식 정비사업은 공신력이 있는 기관인 자본시장법상 신탁회사가 사업을 시행하고, 사업비를 관리 및 집행하므로, 조합방식 정비사업과 같이 추진위원회 및 조합 임원들의 비리로 인하여 사업이 중단되거나 지연되는 사례는 현저히 줄어들 것으로 예상되며, 이로 인해 신속한 사업진행이 가능할 것으로 보인다.

## (3) 이윤을 추구하는 신탁회사 및 토지등소유자와의 이해충돌 가능성

신탁방식의 정비사업에서 신탁회사는 본질적으로 자신의 이윤을 추구하는 사기업이다. 이러한 신탁회사는 신탁방식의 정비사업에 본인이 투입한 비용을 우선적으로 회수하고 해당 사업으로 인한 손실을 최소화시키고자 하는 본능적 욕구가 있으며, 이러한 욕구는 토지등소유자의 이해와 본질적으로 상충(相衝)될 수 있다. 더욱이, 신탁방식 정비사업은 토지등소유자와 신탁회사 간에 체결되는 신탁계약서와 시행규정에 의해 진행되는데, 위 신탁계약서와 시행규정은 신탁회사의 이익을 충분히 반영하여 신탁회사가 미리 작성해 둔 양식을 사용하는 경우가 많다. 따라서, 행정청에서 위 신탁계약서와 시행규정 내용에 대하여 적절히 가이드라인을 제시하지 않거나 감독하지 않는다면, 토지등소유자에게 불측의 피해 또는 손해가 발생할 위험을 배제할 수 없다. 따라서 정비사업을 관리 및 감독하는 시장·군수 등은 토지등소유자의 보호를 위하여 특약을 포함하여 신탁계약서 및 시행규정에 관한 섬세한 검토가 필요할 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 정비사업 시행자로서 신탁회사의 책임

#### 1. 문제의 소재

신탁회사는 자본시장법상 금융투자업자, 즉, 금융회사이다. 금융회사는 불특정 다수의 국민과 법률관계를 맺고, 국민들의 재산을 보관, 관리 및 운용하는 업무를 수행한다. 이러한 금융회사가 부도 또는 파산되는 경우, 국민들에게 큰 손해와 불편이 야기될 수 있으므로, 금융회사는 일반 회사와 달리 재무건전성, 영업행위 등에 관하여 자본시장법에 의한 제한 및 금융감독당국에 의한 관리와 감독을 받으며 이러한 제한, 관리 및 감독으로 인해 보호된다.

한편, 신탁방식 정비사업에서의 신탁회사는 정비사업의 시행자(施行者)이다. 사업시행자는 개발사업의 기획, 사업부지 취득, 사업비 조달, 시공사 및 각종 용역사와의 계약 체결, 분양 행위 등 해당 개발사업을 주도적으로 이끌어 가는 자이며, 해당 개발사업의 손익이 귀속되는 주체이다. 도시정비법은 정비사업의 시행자가 정비사업비를 부담한다는 원칙을 선언하고 있다(제92조 제1항). 신탁회사가 정비사업의 시행자가 되는 경우, 신탁회사는 위와 같은 사업시행자로서의 의무 또는 책임에서 벗어날 수 없고 이를 그대로 부담하여야 한다.

자본시장법은 고객 또는 투자자 보호를 위하여 신탁회사의 재무건전성을 관리 및 감독하고 영업행위 등을 제한함으로써 신탁회사를 보호하고자 하는 반면, 도시정비법은 사업시행자가 정비사업의 시행으로 발생하는 손익의 귀속으로부터 사업시행자를 보호하는 것을 예정하고 있지 않다. 이러한 점에서 신탁회사가 정비사업의 시행자가 되는 경우, 자본시장법과 도시정비법의 충돌문제는 없는 것인지 검토할 필요가 있다.

이에 대한 검토를 위해, 신탁회사는 재무 및 경영의 건전성 확보를 위하여 자본시장법상 어떠한 법적 규율을 받고 있는지 먼저 확인한다.

#### 2. 자본시장법상 신탁회사에 대한 재무 및 경영의 건전성 규제

자본시장법상 금융투자업자는 건전경영을 유지할 의무가 있고, 금융위원회는 금융투자업자의 경영건전성을 감독한다.

건전성 규제는 금융기관이 파산한 경우 당해 금융기관 고객을 보호할 목적과 시스템 위험을 방지할 목적으로 나눌 수 있다<sup>12)</sup>. 금융기관이 고객과 채권채무관계를 직접적으로 가지거나 금융기관의 파산 등으로 인해 고객이 불이익을 입는 경우에는 당해 금융기관의 고객 보

12) 한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 I」, 박영사, 2009, 152면

호를 위해 개별 금융기관의 건전경영을 유지함으로써 금융기관의 부실을 방지하고자 한다. 이러한 것을 미시적인 건전성 규제라 한다.

이에 비해 거시적인 건전성 규제는 시스템 위험을 방지하고자 하는 것인데, 금융시스템의 안정성을 유지하여 금융기관의 투자자, 채권자, 고객을 보호하고자 한다. 불건전한 소수의 금융기관 파산이 다른 금융기관의 건전성에 영향을 미치고, 결과적으로 금융시스템 전체를 파산의 위험에 처하게 할 가능성이 존재하는데, 이러한 위험을 시스템 위험이라 한다. 시스템 위험을 가지고 있는 금융기관은 우리나라 금융시스템의 붕괴를 막고자 엄격한 건전성 규제를 하는 것이다.

#### (1) 재무건전성 기준

금융투자업자는 영업용 순자본을 총 위험액 이상으로 유지하여야 한다(자본시장법 제30조). 영업용 순자본액이란 금융투자업자의 자본금과 준비금 그 밖에 자본금과 유사한 기능을 하는 금액에서 고정자산과 그 밖에 유동화 즉 현금화가 어려운 고정자산에 해당하는 금액을 공제한 금액을 말한다.<sup>13)</sup> 총 위험액이란 자산 및 부채에 내재하거나 업무를 수행하는데 발생할 수 있는 위험을 금액으로 환산하여 이를 모두 합한 금액을 말한다.

영업용 순자본을 총 위험액 이상으로 유지하도록 하는 것은 금융투자업자의 재무건전성을 제고함으로써 시스템 위험을 방지하고 금융투자업자의 부실경영으로 인한 고객 등의 피해를 최소화하기 위한 것이므로 대부분의 금융투자업자가 이 의무를 부담한다. 다만, 금융투자업자의 부실경영이나 파산이 시스템 위험을 가져오기 않고 고객에 대해서도 별다른 피해를 입히지 않는 경우에는 이러한 의무를 부담하지 않는다.<sup>14)</sup>

#### (2) 경영건전성 기준

금융투자업자(겸영금융투자업자 제외)는 경영의 건전성을 유지하기 위하여 영업용 순자본을 총 위험액 이상으로 유지하는 것과 함께 금융위원회가 정하여 고시하는 자기자본비율, 자산건전성, 유동성에 관한 기준을 준수하여야 한다(자본시장법 제31조). 경영건전성 기준은 금융투자업자가 영위하는 금융투자업의 종류를 고려하여 금융투자업자별로 기준을 다르게 정하고 있고, 이를 통해 각 금융투자업이 갖는 위험수준에 따라 규제기준을 조절한다(자본시장법 제31조 제2항).

13) 한국증권법학회, 위의 책, 154면

14) ① 투자자문만을 영위하는 금융투자업자, ② 투자일임업만을 영위하는 금융투자업자, ③ 투자자문업 및 투자일임업만을 영위하는 금융투자업자는 영업용순자본 유지의무가 면제된다(자본시장법 시행령 제34조 제1항).

### 3. 신탁회사의 정비사업 시행자 지위 관련 자본시장법과 도시정비법의 충돌(?)

#### (1) 자본시장법상 신탁회사의 책임제한

신탁회사의 자본시장법상 금융회사라는 특성 또는 신탁회사의 보호를 위하여 정비사업의 시행자 지위에도 불구하고 정비사업과 관련한 신탁회사의 책임은 제한되어야 한다는 견해<sup>15)</sup>가 상정(上程)될 수 있다.

그러나, 자본시장법은 신탁회사가 개발사업의 시행자의 지위를 갖는 것을 금지하고 있지 않으며[토지신탁은 신탁회사가 개발사업의 사업시행자가 되어서 사업비를 조달하고, 건축물을 신축 및 분양하는 것을 목적으로 하는바, 이러한 토지신탁은 신탁회사가 금융위원회로부터 인가받은 영업범위(금융투자상품)에 해당함], 자본시장법이 신탁회사의 재무건전성에 관한 규정을 두고 있으나, 이는 신탁회사가 통상적으로 유지해야 하는 재무건전성의 상태를 규정할 뿐이지, 정상적인 영업활동의 결과, 위와 같은 재무건전성 지표들이 충족되지 않았을 때, (향후 금융감독당국이 그 위반에 따라 신탁회사의 일부 영업활동을 제한하는 조치를 취하는 것은 별론으로 하고) 신탁회사의 보호를 위하여 그 위반의 원인이 된 행위(예컨대, 신탁회사에 대규모 손실을 발생시킨 개발사업 시행행위)의 효력을 부인하는 취지는 아니다. 그리고 자본시장법상 그 위반의 원인이 된 행위의 효력을 부인할 수 있는 법적 근거도 없는 바, 신탁회사는 이 행위의 효력을 부인할 수도 없다(헌법 제37조 제2항). 즉, 신탁회사는 개발사업 시행으로 인해 대규모 손실이 발생한 경우, 이로 인한 손실을 자신의 책임과 비용으로 감당하여야 하고, 자본시장법은 신탁회사의 이러한 손실의 부담을 금지 또는 부인하고 있지 않다.

한편, 「신탁법」 제38조는 ‘유한책임’이라는 제목 하에, 수탁자는 신탁행위로 인하여 ‘수익자’에게 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 진다고 규정하고 있다. 이 조항은 수탁자의 수익자에 대한 급부의무는 신탁재산을 분배 또는 급부할 의무이므로 수탁자는 신탁재산의 범위 내에서만 의무를 부담하며, 수탁자의 의무 위반이 없는 한, 수탁자는 신탁재산이 감소하더라도 감소한 신탁재산의 범위 내에서만 의무를 부담한다는 것을 규정한 것이다.<sup>16)</sup> 이 조항으로 인해 정비사업 시행자로서 신탁회사의 책임이 신탁재산 한도 내로 제한되는 것인지 문제될 수 있는데, 이 조항은 사적자치에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정(強行規定)이 아닐 뿐 아니라, 법 문언에 의해서도 명확하듯이, 이 규정에 의해 신탁회사가 그 책임이 신탁재산 한도 내로 제한되는 것은 수익자와의 관계에서일 뿐, 수익자가 아닌 제3자와의 관계에서는 그러하지 아니하다. 즉, 신탁회사는 신탁사무와 관련한

15) 예컨대, 정비사업 시행자로서 신탁회사의 책임은 신탁재산 범위 내로 제한되어야 한다는 견해 등

16) 법무부, 「신탁법 해설」, 2012, 314면

제3자와의 관계에서 그 책임이 신탁재산 한도 내로 제한되지 않는다. 판례 또한 수탁자의 이행책임이 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것은 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 한정되는 것이므로, 수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미치는 것으로 보아야 한다고 판시하였다.<sup>17)</sup>

신탁회사가 개발사업의 시행자가 되는 경우, 이 개발사업의 시행으로 인하여 신탁회사가 입게 되는 손해, 손실 및 비용을 직접적으로 제한하거나 금지하는 규정은 존재하지 않는다. 다만, 신탁회사는 ‘타인의 사무를 대행하여 주는 자’라는 신탁의 본지(本旨)에 기반하여 신탁사무처리와 관련하여 수탁자의 귀책사유 없이 발생한 손해, 손실 및 비용에 대하여는 「신탁법」 또는 신탁계약에 의해 위탁자 또는 수익자에게 청구할 수 있는 권리를 가진다. 만일 위탁자 또는 수익자에게 청구하여도 회복되지 않는 손해 및 손실은 수탁자의 손해 및 손실로 귀착(歸着)된다.

## (2) 신탁회사의 손실보전금지

신탁회사는 법정(法定)된 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는, 투자자가 입을 손실의 전부 또는 일부를 보전하여 줄 것을 사전에 약속하거나 투자자에게 일정한 이익을 보장할 것을 사전에 약속할 수는 없다<sup>18)</sup>(자본시장법 제55조 제1호, 제3호) 이러한 손실보전약속이나 손실보전행위는 위험관리에 의하여 경제활동을 촉진하는 금융시장의 본질을 훼손하고 안이한 투자판단을 초래하여 가격형성의 공정을 왜곡하는 행위로서 금융투자에 있어서의 자기책임원칙에 반하는 것이므로 금지되어야 한다는 것이 위 자본시장법 규정의 취지이다. 판례는 이러한 손실보전의 약속 및 그 실행행위는 사회질서에 위반되는 것으로 무효라고 한다.<sup>19)</sup> 그러나 이 조항은 신탁회사가 신탁사무와 관련하여 처음부터 또는 사후에 투자자에게 손실을 보전하거나 이익을 보장하는 약정을 금지하는 것이지, 정상적인 신탁사무처리 또는 영업활동으로 인해, 신탁회사에 손해나 손실이 발생하는 것 자체를 금지하는 것은 아니라는 점

17) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890 판결

18) 그동안 조합방식 정비사업에서는 사업에 따른 손실이 발생하는 경우, 대여 등의 방식으로 해당 정비사업의 사업비를 조달한 시공사가 주로 그 손실을 최종적으로 부담하게 되는 관행이 있었고, 이에 따라 조합(및 조합원들)은 정비사업 참여에 대한 부담이 적었는바, 이러한 정비사업의 손실부담 구조는 정비사업의 기폭(起爆)제가 된 측면이 있었음. 그리고 위와 같은 정비사업의 손실부담 구조는 행정청의 입장에서 자신이 인가한 정비사업의 실패로 인하여 발생할 수 있는 지역민들의 민원으로부터 행정청을 보호하는 ‘암묵적 보증’의 역할도 하였음. 정비사업 실무에서는 여전히 이러한 기제(機制)가 강하게 남아있는바, 자본시장법상 손실보전행위가 금지되어 정비사업에서의 위와 같은 손실부담 구조를 수용하기 어려운 신탁회사가 이러한 문제를 어떻게 해결하고 정비사업에 안착(安着)할 수 있을 지는 향후 신탁회사의 큰 과제라 할 것이다.

19) 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다30718 판결

을 유의(留意)해야 한다.

(3) 신탁의 이익향수가 금지된 신탁회사

한편, 수탁자인 신탁회사는 신탁의 본질(本質)상 타인의 재산관리인일 뿐이며, 이에 따라 해당 신탁사무에 관한 이익과 손해를 받는 주체로 설계되어 있지 않다. 따라서 수탁자인 신탁회사는 신탁사무에 관한 최종 손익의 귀속주체가 될 수 없으며, 신탁사무에 관한 최종 손익의 귀속 주체는 위탁자 또는 수익자가 되어야 한다. 부연하여 설명하면, 신탁 제도(制度)에서의 수탁자는 위탁자의 지시에 따라서 수익자의 이익을 위하여 주어진 사무를 처리하는 자에 불과한 것이고 자신의 이익을 위하여 해당 신탁사무를 처리하는 것으로 설계되어 있지 않은바[오히려 신탁은 수탁자와 위탁자 또는 수익자와의 이해충돌가능성을 고려하여 수탁자는 원칙적으로 신탁의 이익을 향수(享受)할 수 없도록 규정하고 있다(「신탁법」 제36조 본문), 수탁자가 신탁사무에 관한 이익을 향수할 수 없는 것과 궤(軌)를 같이 하여 수탁자는 신탁사무에 관한 손해 및 비용도 부담하지 않는 것을 원칙으로 한다. 즉, 수탁자가 신탁사무처리과정에서 귀책사유 없이 발생한 손해 및 비용에 대하여는 신탁재산 또는 수익자에게 그 지급을 청구할 수 있다(「신탁법」 제46조)], 이 지점에서 수탁자가 정비사업의 사업시행자가 되는 것은 신탁제도의 본질과 충돌하는 것으로서 허용될 수 없는 것인지가 문제된다.

(4) 정비사업의 대외적 책임귀속자 및 대내적 책임귀속자

정비사업에서 사업시행자인 신탁회사는 대외적인 관계에서 정비사업과 관련한 제반 법률관계의 주체가 되며, 이에 따라 신탁회사와 신탁회사와 법률관계를 맺은 상대방 간에 신탁회사의 책임제한에 관한 합의가 성립하여 있지 않는 한, 신탁회사는 정비사업에 따른 법률관계에 대한 모든 의무 및 책임을 전면적으로 부담한다. 신탁회사가 위와 같이 부담하는 의무 및 책임은 신탁재산 한도 내로 제한되지 않으며 신탁회사의 고유재산에까지 미친다. 이러한 점을 고려할 때, 정비사업의 시행자인 신탁회사는 ‘정비사업비를 부담한다(정비사업법 제92조 제1항)’ 고 표현(表現)할 수 있다.

다만, 사업시행자인 신탁회사와 토지등소유자들 사이에 내부적인 관계에서는 신탁사업(정비사업)의 손익에 관한 정산 과정을 거치게 되고, 이 과정을 통하여 해당 정비사업의 손익은 토지등소유자에게 최종적으로 귀속되게 된다. 그러나 이러한 정산과정은 전통적인 조합방식의 정비사업에서도 동일하게 존재한다. 즉, 사업시행자로서 조합이 전면에서 정비사업을 추진하고, 대외적인 관계에서 해당 정비사업에 따른 의무 및 책임을 전면적으로 부담하지만, 정비사업이 종료되면, 해당 정비사업의 손익은 청산금 분담에 의해 조합원들에게

최종적으로 귀속된다. 이러한 점에서 조합방식의 정비사업과 신탁방식의 정비사업은 동일하며, 신탁방식 정비사업에서 신탁회사가 해당 정비사업의 최종적인 손익의 귀속자가 될 수 없다는 것이, 신탁회사가 정비사업의 시행자가 될 수 없는 이유 또는 근거는 될 수 없다.

따라서 신탁회사가 정비사업의 시행자가 되는 것은 외견상 도시정비법과 자본시장법이 충돌하는 지점으로 보여질 수 있지만, 실제로는 충돌이 아닌 것으로 보아야 한다.

#### IV. 사업대행자 방식 정비사업에서의 조합총회 결의 요부(要否)

##### 1. 사업대행자 제도

###### (1) 의의

사업대행자 제도는 본래 정비사업에서 기존의 사업시행자를 변경하지 아니한 채, 정비사업의 완료(完了)를 위하여 당해 사업의 시행을 기존의 사업시행자가 아닌 다른 자에게 강제 위임하는 제도이다. 정비사업 시행자인 조합 또는 토지등소유자가 정비사업을 추진하기 어려운 경우, 시장·군수가 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행할 사업대행자를 지정할 수 있도록 함으로써 정비사업을 일관되게 추진하기 위한 것이다.<sup>20)</sup> 즉, 사업대행자가 지정된 경우에도 본질적으로 사업시행자의 지위는 변경되지 아니하고, 정비사업으로 인한 최종적인 손익의 귀속주체는 여전히 정비사업의 시행자인 조합(조합원)이 된다.

###### (2) 사업대행개시결정의 법적 성격(性格)

사업대행개시결정의 고시가 있는 경우, 사업대행자는 이 고시의 다음 날부터 사업대행완료 고시하는 날까지 자기의 이름 및 사업시행자의 계산으로 사업시행자의 업무를 진행하고 재산을 관리할 권한(權限)이 주어진다. 사업대행개시결정으로 사업대행자에게 정비사업을 자기의 이름 및 사업시행자의 계산으로 시행할 권한이 주어지는 것이므로, 이는 설권적 처분으로 강학상 특허(特許)에 해당한다. 시장·군수는 지정개발자가 당해 정비사업을 완료할 수 있는 능력이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 사업대행자 지정여부를 결정할 수 있으므로, 사업대행자 지정처분은 재량행위이다.

20) 이우재, 「도시및주거환경정비법」상(上), 진원사, 2009, 205면

## (3) 연혁

사업대행자 제도는 재개발사업의 근거법령이었던 (구)도시재개발법이 1976. 12. 31. 제정될 당시부터 존재하였다.

제정 (구)도시재개발법은 (i) ‘토지등의 소유자 또는 조합의 사업현황 기타 사정에 의하여 사업계속이 곤란하게 될 우려가 있는 경우’를 사업대행의 개시요건으로 규정하면서, (ii) 사업대행을 할 수 있는 자로 ‘관할시장 또는 군수’를 규정하여 관할 행정청에 의한 사업대행만을 허용하고 있었다(제10조 제3항).

이러한 제정 구 도시재개발법의 규정은 그 후에도 동일하게 유지되어 오다가 1995. 12. 29. 법률 제5116호로 사업대행의 개시요건은 변경되지 않았으나, 사업대행을 할 수 있는 자의 범위가 기존의 ‘관할시장 또는 군수’ 외에 ‘대한주택공사·한국토지공사 또는 지방공기업법에 의하여 재개발사업의 시행을 사업종목으로 하여 설립된 지방공사’로 확대되었다. 이후에도 구 도시재개발법은 수 차례 개정되었으나, 사업대행자 제도 관련 규정은 더 이상 개정되지 않은 채, 2003. 7. 1. 도시정비법이 시행됨에 따라 구 도시재개발법은 폐지되었다.

이후 도시재개발법이 규율하고 있었던 재개발사업과 주택건설촉진법이 규율하고 있었던 재건축사업은 2002. 12. 30. 도시정비법의 제정으로 동법에 의해 규율되게 되었다. 새로 제정된 도시정비법 제9조 제1항은, (i) 사업대행의 개시요건을 “조합 또는 토지등소유자가 시행하는 정비사업을 당해 조합 또는 토지등소유자가 계속 추진하기 어려워 정비사업의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 때”로 규정하고, (ii) 사업대행자가 될 수 있는 자를 ‘시장·군수’ 외에 ‘지정개발자와 주택공사등’으로 규정하였는데, 제정 도시정비법 제8조 제3항의 위임에 따라 ‘지정개발자’의 구체적 범위를 규정하고 있었던 동법 시행령 제14조 제1항은, ‘정비구역안의 토지면적 1/3 이상의 토지를 신탁받은 부동산신탁회사’와 ‘정비구역 안에서 일정면적 이상의 토지를 보유하면서 일정 수 이상의 토지등소유자로부터 추천을 받은 자’, ‘사회간접자본시설에 대한 민간투자법상의 민관합동법인으로서 일정 수 이상의 토지등소유자로부터 추천을 받은 자’를 지정개발자의 범위에 포함시킴으로써 구 도시재개발법보다 사업대행자가 될 수 있는 자의 범위를 확대시켰다.

이후 도시정비법은 수 차례 개정되었으나, 사업대행자 제도에 관한 규정은 크게 변경되지 않은 채 제정 당시의 규정과 거의 동일한 내용으로 유지되어 왔다. 그런데, 2016. 1. 27. 법률 제13912호로 도시정비법이 개정되면서, 사업대행의 개시요건을 “장기간 정비사업이 지연되거나 권리관계에 대한 분쟁 등으로 인하여 해당 조합 또는 토지등소유자가 시행하는 정비사업을 계속 추진하기 어렵다고 인정하는 경우”와 “토지등소유자(제16조에 따라 조합을 설립한 경우에는 조합원을 말한다)의 과반수 동의로 요청하는 경우”의 두 가지로 규정하였는데, 이 중 전자는 기존의 사업대행 개시요건으로서의 ‘사업 계속 추진의 곤란함’과 동

일한 성격을 가지고 있는 것이지만, 후자는 ‘토지등소유자 혹은 조합원의 동의’ 라는 의사적 요소에 따라 사업대행이 가능하도록 한 것으로서, 이 개정으로 사업대행자 제도는 강제 위임을 전제로 한 기존의 성격과는 다르게 ‘자발적 위임’에 따른 사업대행도 가능한 것으로 그 내용이 변경되었다.

## 2. 사업대행자 방식 정비사업의 법적규율의 미비 및 이로 인한 혼란

### (1) 사업진행과 관련한 구체적인 절차 및 규정의 미비

도시정비법은 신탁회사의 단독시행자 방식에 의한 정비사업과는 달리 신탁회사의 사업대행자 방식에 의한 정비사업의 추진에 관하여는 별다른 내용을 규정하고 있지 않다. 그래서 사업대행과 관련하여 조합 또는 토지등소유자와 신탁회사 간에 체결되는 사업대행계약, 토지신탁계약 및 사업약정은 어떠한 법적 효력이 있는지, 특히, 이들 계약 또는 약정이 사업시행자인 조합의 정관 또는 조합방식의 정비사업에 적용되는 도시정비법 규정과 충돌하는 경우, 그 효력은 어떠한지 선뜻 판단하기 어렵다.

특히, 도시정비법은 조합방식의 정비사업에 대하여는 자금 차입 등 해당 정비사업의 중요한 의사결정에 대하여는 사업시행자인 조합이 조합총회의 의결을 거치도록 하는 명시적인 규정을 두고 있는 반면, 사업대행자 방식의 정비사업에서는 조합총회 의결에 대한 명시적인 규정은 없고 사업대행자가 사전에 시장·군수 등의 승인을 받을 것만을 규정하고 있을 뿐이다. 이에 사업대행자가 정비사업 시행에서의 중요한 의사결정 사항에 대해, 시장·군수 등의 사전승인만 얻으면 족한 것인지, 이에 추가하여 조합총회의 의결까지 거쳐야 하는 것인지에 관한 판단이 매우 어렵다.

### (2) 조합총회 결의 등 절차규정 적용 여부

#### 1) 문제의 소재

현행 도시정비법은, 시장·군수 등이 아닌 사업대행자가 정비사업을 시행하는 과정에서 재산의 처분, 자금의 차입 그 밖에 사업시행자에게 재산상 부담을 주는 행위를 하려는 때에는 당해 사업대행자가 미리 시장·군수 등의 승인을 얻어야 한다는 것과 사업대행자가 그 업무를 수행할 때는 선량한 관리자의 주의 의무를 다하여야 한다는 것 등 이외에 사업시행에 관한 구체적인 내용 및 절차를 규정하고 있지 않다. 조합방식 정비사업의 경우, 조합은 도시정비법상 단독의 사업시행자임에도 불구하고, 해당 정비사업 및 조합원들의 권리·의무

에 중대한 영향을 미치는 사항에 대하여는 조합이 조합원들로 구성된 조합총회의 의결을 거치도록 하고 있다(도시정비법 제45조).

신탁회사가 사업대행자로서 종래의 사업시행자(예컨대, 조합)를 대신하여 사업을 시행하는 사업대행자 방식의 정비사업의 경우에는, 정비사업에서의 중요한 의사결정에 대하여 조합총회의 의결을 거치도록 한 명문(明文)의 규정이 없음에도 불구하고, 위와 같은 조합총회의 의결 관련 규정이 적용되는지 문제된다.

사업대행자 방식의 정비사업에서, 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 조합총회 의결 관련 규정이 적용되는지에 대하여 논란이 발생하는 원인은, 사업대행자 제도와 관련한 도시정비법 규정의 변화에서 비롯되는 점이 크다. 부연하여 설명하면, 도시재개발법을 대신하여 제정된 도시정비법은 상술(上述)한 바와 같이 기존의 사업대행자가 될 수 있었던 관할 행정청 및 공사들 외에도 ‘신탁회사’, ‘민관합동법인’, ‘토지등소유자’와 같이 민간사업자로서의 성격을 가지고 있는 자들도 사업대행자가 될 수 있도록 그 범위를 확대하였다. 뿐만 아니라, 2016. 1. 27. 법률 제13912호로 개정된 도시정비법은, 기존에 사업대행 개시요건이었던 ‘사업 계속 추진이 곤란한 경우’ 외에 ‘토지등소유자 또는 조합원의 과반수 동의’가 있는 경우에도 사업대행이 가능하도록 하였다.

이와 같이 현행 도시정비법상 사업대행자 제도가 구 도시재개발법 등에서와는 달리 토지등소유자 또는 조합원의 자발적 위임에 의해서도 가능하도록 변화(變化)되었고, 민간사업자로서의 성격을 갖는 주체에 의하여도 사업대행이 가능한 것으로 변경(變更)된 이상, 명문의 규정은 없으나, 사업대행자가 정비사업을 대행함에 있어서도 조합총회의 결의를 규정하고 있는 도시정비법 제45조 등과 같은 규정이 적용되는 것으로 보아야 하는 것은 아닌지 문제된다. 사업대행자 방식 정비사업에서도 조합총회 결의 규정이 적용된다고 할 때, 사업대행자가 정비사업의 시행과정에서 이를 간과하고 조합총회의 의결을 거치지 않고 사업을 시행한 경우, 사업대행자가 정비사업 시행과정에서 한 제반 행위들(예컨대, 시공사와의 공사도급 계약 등)은 무효가 될 가능성이 높고, 이로 인하여 해당 정비사업에 엄청난 혼란과 법적 분쟁이 발생할 것임은 명약관화(明若觀火)하다. 이러한 점에서, 사업대행자 방식 정비사업에서 조합총회 결의 규정이 적용되는지 여부를 검토하는 것은 중요한 의미를 가진다.

## 2) 견해의 대립

### (i) 적용 부정설

① 현행 도시정비법 시행령 제22조 제4항은 “시장·군수등이 아닌 사업대행자는 재산의 처분, 자금의 차입 그 밖에 사업시행자에게 재산상 부담을 주는 행위를 하려는 때에는 미리

시장·군수등의 승인을 받아야 한다” 고 규정함으로써 시장·군수가 아닌 사업대행자의 경우에는 구 도시재개발법과 마찬가지로 일정한 행위에 대하여 관할 행정청의 승인을 받도록 규정하고 있는데, 이는 이에 관한 조합원 총회 결의절차 등에 관한 규정이 사업대행자에게는 적용되지 않는 것임을 전제로 한 것이라 볼 수 있는 점, ② 현행 도시정비법 제28조 제1항은 사업대행 개시요건 중 하나로서 “토지등소유자(제16조에 따라 조합을 설립한 경우에는 조합원을 말한다)의 과반수의 동의로 요청하는 경우” 를 규정함으로써 조합이 설립되지 않은 상황에서의 사업대행도 가능함을 전제로 하고 있는데, 조합원 총회 등의 절차 규정은 모두 ‘조합’ 이 설립된 경우에 적용되는 조항으로서, 조합이 설립되기 전에 이루어지는 사업대행에 있어서는 애당초 조합원 총회 결의 등의 절차 규정이 적용될 여지가 없는 점, ③ 2016. 1. 27. 법률 제13912호로 도시정비법이 개정되면서, (i) 제26조의2를 통하여 ‘신탁업자인 지정개발자’ 에 의한 단독 시행의 경우 토지등소유자 전원으로 구성되는 ‘토지등소유자 전체회의’ 를 두도록 하면서도 사업대행자에 관하여는 이에 준하는 별도의 기관의 설치에 대하여 아무런 규정을 두지 않았고, (ii) 시공사 선정과 관련하여, 제11조 제3항을 통하여 ‘신탁업자인 지정개발자’ 에 의한 단독 시행의 경우에는 토지등소유자 전체회의가 시공자를 추천할 수 있도록 규정함으로써 시공사 선정에 있어서 토지등소유자가 그 의사를 표명할 기회를 부여하였는데, 사업대행자와 관련하여서는 제11조 제4항을 통하여 선정된 시공자와 공사에 관한 계약을 체결할 때에는 기존 건축물의 철거 공사에 관한 사항을 포함시키도록 규정하였을 뿐 별도로 토지등소유자의 의사를 반영하는 절차에 관하여 규정을 두지 않은 점 등을 고려하여 볼 때, 현행 도시정비법 역시 구 도시재개발법과 마찬가지로 사업대행자에게는 조합원 총회 결의 등과 같은 절차 규정이 적용되지 않음을 전제로 하고 있는 것이다.

#### (ii) 적용 긍정설

① 정비사업의 시행자인 조합 또는 토지등소유자가 정비사업을 추진하기 어려운 경우 시장·군수 등이 사업추진의 일관성을 유지하기 위하여 사업대행자에게 정비사업의 시행업무를 강제로 위임한 경우에도 사업의 손익은 사업시행자인 조합에게 귀속되는데, 이를 고려할 때, 사업시행자로서 조합에 사업대행자의 업무집행을 적절히 관리 및 감독할 지위를 인정할 필요가 있는 점, ② 사업대행자의 업무집행에 대하여 조합총회의 의결을 필요로 하지 아니한다는 명문의 규정이 없고 사업대행의 개시로 사실상 사업의 시행기능이 정지되는 조합과 달리 조합총회는 여전히 그 기능을 상실하지 않고 유지되는 것으로 볼 수 있는 점, ③ 도시정비법 시행령이 ‘시장·군수등이 아닌 사업대행자는 재산의 처분, 자금의 차입 그 밖에 사업시행자에게 재산상 부담을 가하는 행위를 하고자 하는 때에는 미리 시장·군수 등의 승인을 얻어야 한다.’ 라고 규정하고 있기는 하나, 이는 시장·군수 등이 재건축사업 추진의

일관성을 유지하기 위하여 사업대행자를 지정하는데 따른 행정기관의 지위에서 가지는 지도·감독권의 행사 내지는 공법적 규제 차원에서의 승인으로 보아야 할 것이지, 이러한 시장·군수의 결정이나 승인이 조합총회의 의결에 갈음하는 효력을 가지는 것으로 보기는 어렵다는 점 등을 고려할 때, 사업대행자가 사업시행자에게 재산상의 부담이 되는 행위들을 할 때 조합 또는 토지등소유자 총회 의결이 필요한 것으로 보아야 한다.

### 3) 검토

사업대행자 방식 정비사업에서, 사업대행자가 주요한 의사결정을 할 때, 조합총회의 의결을 거쳐야 하는지가 쟁점이 된 판례 및 관련 기관의 유권해석을 찾기는 어려운 상황이다.

#### (i) 2016년 도시정비법 개정<sup>21)</sup> 전 규정하에서의 해석

사업대행자 제도가 구 도시재개발법을 통하여 최초로 도입될 당시에는, 토지등의 소유자 또는 조합과 같이 기존의 사업시행자가 재개발사업의 계속 추진이 곤란할 경우, 시장 또는 군수 등과 같은 ‘관할 행정청’이 기존의 사업시행자를 대신하여 재개발사업을 추진하는 것을 전제로 한 것이었다. 이러한 점에서, 구 도시재개발법은 사업시행자가 되어 재개발사업을 추진하는 경우 일정한 사항에 대하여 조합원 총회의 결의절차를 거치도록 규정하고 있었던 구 도시재개발법 제23조 등과 같은 절차 규정은 사업대행자에게는 적용되지 않음을 전제로 하고 있었던 것으로 생각된다. 이러한 해석에 관한 법령상의 근거로서, 구 도시재개발법 시행령이 사업대행자가 “재산의 처분이나 자금의 차입 또는 시행자에게 재산상 부담을 가하는 행위를 하고자 할 때에는 도지사의 승인을 얻어야 한다”고 규정하고 있었던 점을 들 수 있다. 부연하면, 만약 사업대행자가 조합원 총회의 결의와 같이 기존 사업시행자에게 적용하고 있었던 절차 규정의 적용을 받는다면, 재산의 처분·자금의 차입·사업시행자에게 재산상 부담을 가하는 행위 등에 관하여 조합원 총회 결의를 거치는 외에 다시 도지사로부터 승인을 받는 등과 같은 절차를 거치도록 규정할 필요는 없기 때문이다. ‘재산의 처분·자금의 차입·사업시행자에게 재산상 부담을 가하는 행위 등’에 대하여 관할 행정청으로부터 승인을 얻을 것을 규정한 취지는, 사업대행자가 사업시행자에게 재산상 부담이 되는 행위를 하는 경우, 이에 대한 적정성 및 타당성을 행정청이 충분히 검토하고 승인 여부를 결정함으로써, 사업시행자를 보호하기 위한 것인데, 사업시행자인 조합이 스스로 조합총회를 통하여 이를 확인 및 검증하였다면, 관할 행정청이 또 다시 같은 절차를 반복하도록 규정할

21) 도시정비법 2016. 1. 27. 법률 제13912호로의 개정을 의미함. 이 개정으로, 사업대행의 개시요건에, ‘토지등소유자(제16조에 따라 조합을 설비한 경우에는 조합원을 말한다)의 과반수 동의로 요청하는 경우’가 추가되었다.

이유는 없기 때문이다.

위와 같이 구 도시재개발법은 사업대행자에게는 구 도시재개발법 제23조 등과 같은 절차 규정이 적용되지 않음을 전제로 하고 있었던 것으로 보이는데, 그 이유는 ① 사업대행자 제도는 조합 등과 같이 기존의 사업시행자에 의한 재개발사업의 추진이 곤란한 경우 사업시행권을 관할 행정청에 강제로 위임함으로써 재개발사업이 신속하고 안전하게 완료되는 것을 그 목적으로 하는바, 조합 등의 사업시행자가 정상적으로 작동 및 운영되는 것을 전제로 한 절차 규정이 사업대행이 개시된 상황에서도 그대로 적용된다고 한다면 위와 같은 사업대행자 제도의 목적에 반할 소지가 큰 점(강제위임으로서의 사업대행의 법적 성격), ② 사업대행은 관할 행정청에 의하여 이루어지는 것이기 때문에 조합원 등으로부터 사업 추진의 구체적인 내용에 대하여 통제를 받지 않더라도 조합 및 토지등소유자의 보호에 문제가 발생할 가능성이 낮은 점(공익을 추구하는 사업대행자로서 행정청의 지위) 등이 고려된 것이라고 생각된다.

이후 1995. 12. 29. 구 도시재개발법이 개정되어 관할 행정청 외에 ‘대한주택공사·한국토지공사 또는 지방공기업법에 의하여 재개발사업의 시행을 사업종목으로 하여 설립된 지방공사’도 사업대행자가 될 수 있게 되었으나, 이러한 법령의 개정에도 불구하고 사업대행 개시요건은 개정되지 않아, 사업대행이 기존의 사업시행자에 의한 사업추진이 불가능한 상황에서 그 사업시행권을 강제로 위임하는 제도라는 성격이 그대로 유지되고 있었고, 또한 이러한 공사들은 특별법에 의하여 설립되어 법령의 규정에 의하여 공적인 기능을 수행하는 공기업에 해당하므로, 관할 행정청과 그 법적 성격이 크게 다르지 않은 것으로 볼 수 있다.

이러한 점을 종합적으로 고려할 때, 2016년 도시정비법 개정전까지는 사업대행에 있어서 조합원 총회 등의 절차가 사업대행자에게도 그대로 적용된다고 보기는 어렵다.

#### (ii) 2016년 도시정비법 개정 후 규정하에서의 해석

2016년에 도시정비법이 개정되면서, 사업대행자 개시요건에, 토지등소유자의 1/2 이상의 요청이 있는 경우가 추가되었다. 위와 같은 개시요건의 추가는 사업대행자 제도의 취지를 크게 변화시켰다. 부연하여 설명하면, 2016년 도시정비법 개정 이전에 사업대행자 제도는 장기간 정비사업이 지연되거나 권리관계에 대한 분쟁 등으로 정비사업이 계속 추진되기 어려운 경우, 해당 정비사업을 그 상태로 방치하는 것은 해당 정비구역 내 토지등소유자의 이익 및 공익 차원에서 바람직하지 않기 때문에 행정청이 강제로 개입하여서라도 중단된 정비사업을 완료하는 것에 제도의 취지 및 목적이 있었다. 그러나 2016년 도시정비법 개정으로, 장기간 정비사업이 지연되거나 권리관계에 대한 분쟁 등으로 정비사업이 계속 추진되기 어려운 사정이 없는 경우에도, 해당 정비구역의 토지등소유자의 1/2 이상의 요청만 있으면 사

업대행자 지정이 가능하게 되었다.

2016년 도시정비법 개정 이전(현행 도시정비법 제28조 제1항 제1호 사유에 의한)의 사업대행자 제도는 공익적인 목적을 위한 행정청의 정비사업에 대한 강제개입제도라면, 2016년에 도시정비법 개정으로 추가된(현행 도시정비법 제28조 제1항 제2호 사유에 의한), 사업대행자 제도는, 토지등소유자가 임의로 정비사업의 시행방식을 선택할 수 있게 한 것, 즉, 정비사업을 조합에 의하여 추진할지, 아니면 조합을 설립하거나 설립하지 않은 상태에서 사업대행자에 의하여 추진할 지를 선택할 수 있게 한 것으로, 현행 도시정비법 제28조 제1항 제1호 사유에 의한 사업대행자 제도와 같은 항 제2호에 의한 사업대행자 제도는 그 제도의 취지 및 내용이 전혀 달라지게 되었다.

이에, 제1호 사유에 의한 사업대행자 제도는 본래의 취지에 맞게 해석되어야 할 것이고, 이에 따라 정비사업 시행에 있어, 사업대행자는 중요한 의사결정의 경우에도, 이미 기능이 상실된 조합총회의 의결을 거칠 필요가 없고, 시장·군수 등에 의한 승인만을 얻으면 적법한 것으로 보는 것이 옳다.

반면, 제2호 사유에 의한 사업대행자 제도는, ① 제1호 사유에 의한 사업대행자 제도와는 그 내용 및 성격이 전혀 다른바, 제1호 사유에 의한 사업대행자 제도와 동일한 법적규율을 받는 것으로 해석하기 어려운 점, ② 토지등소유자(조합)의 의사에 기반(基盤)하여 시장·군수 등에 의한 사업대행개시결정이 이루어졌는바, 사업대행개시결정이 있는 이후에도, 토지등소유자(조합)의 의사가 계속하여 반영되도록 하는 것, 즉, 사업시행에 있어 중요한 의사결정에 대하여 조합총회의 의결을 거치도록 하는 것이 논리적으로도 일관된다는 점, ③ 토지등소유자 요청에 의하여 신탁회사가 사업대행자가 되어 정비사업을 시행하는 것은 단독시행자 방식의 정비사업과 유사하다 할 것인바, 지정개발자 신탁방식 정비사업은 정비사업의 중요한 의사결정에 대하여 토지등소유자 전원으로 구성된 전체회의의 의결을 거치도록 하고 있는 것과의 균형, ④ 사업시행자의 지위를 취득하기 위한 토지등소유자로부터의 동의비율<sup>22)</sup>만을 보더라도, 조합이 토지등소유자의 대표자로서 사업대행자보다 그 지위에 대한 정당성이 높다고 할 것인바, 정당성이 높은 조합은 정비사업의 중요한 의사결정을 할 때, 조합원총회의 의결을 거쳐야 하는데, 정당성이 부족한 사업대행자는 정비사업의 중요한 의사결정을 할 때, 조합원총회의 의결을 거치지 않아도 된다고 해석하는 것은 조리(條理) 및 상식에 비추어 납득하기 어려운 점, ⑤ 사업대행자는 종래의 사업시행자인 조합을 위하여 정비사업의 시행을 대행하여 주는 기능을 하는 것에 불과한바, 종래의 사업시행자인 조합에 적용되는 도시정비법 규정 및 정관 등의 적용을 배제하여야 할 특단의 사정이 없는 한 사업대행자는 이 규정 및 정관 등을 그대로 준수할 의무가 있다고 보는 것이 합리적인 점 등을 종합적

22) 조합은 토지등소유자의 3/4 이상의 동의를 기반으로 설립되는 반면, 사업대행자는 토지등소유자의 1/2 이상의 동의만으로 지정이 가능하다.

으로 고려할 때, 현행 도시정비법 제28조 제1항 제2호의 사유에 의한 사업대행자는 사업시행자인 조합과 동일하게 조합총회의 의결 관련 조항이 적용되는 것으로 보는 것이 옳고 타당하다.

## V. 결론

2015년 도시정비법 개정으로, 비로소 신탁회사가 정비사업의 단독시행자가 될 수 있는 길이 열리게 되었다.

신탁회사가 정비사업의 시행업무를 수행하는 신탁방식 정비사업은, 신탁회사의 부동산개발사업에 관한 전문성과 사업비 조달능력을 활용하여 정비사업의 지연을 방지하고, 신탁회사의 정비사업에 대한 투명한 사업관리를 통해 갈등을 감소시키며 시공사에 대한 교섭(交涉)력을 강화하는데 그 도입취지가 있다.

신탁방식의 정비사업은 신탁회사가 단독시행자가 되는 방식(단독시행자 방식)과 기존의 사업시행자(조합)가 있는 상태에서 신탁회사가 사업대행자가 되는 방식(사업대행자 방식)으로 나뉜다.

신탁회사가 지정개발자가 되어 정비사업을 단독으로 시행할 경우 사업의 준비단계나 관리처분계획 등 전반적인 시행절차는 정비사업조합에 의한 방식과 크게 다르지 않다. 다만, 추진위원회 구성 및 승인이나 조합설립인가 등을 거칠 필요가 없기 때문에 상대적으로 전체적인 사업시행기간이 단축될 수 있다.

신탁방식 정비사업에서는 종전의 조합방식 정비사업에서 시공사가 해 오던 대부분의 역할을 신탁회사가 대체한다. 이에 따라 종전의 조합방식 정비사업이 실질적으로 조합과 시공사의 공동시행방식이라 한다면, 신탁방식 정비사업은 실질적으로 토지등소유자와 신탁회사의 공동시행방식이라 칭(稱)할 수 있다. 신탁회사는 단독시행자 신탁방식 정비사업에서 사업시행자의 지위를 보유하지만, 신탁의 본지(本旨)상 진정한 의미에서 사업시행자로 볼 수는 없고, 실질적으로는 사업대행자에 가깝다. 그 이유는 신탁방식 정비사업에서 수탁자는 위탁자 또는 수익자의 이해상충 방지를 위하여 원칙적으로 신탁재산에 대한 권리를 가질 수 없으며, 사업시행자의 핵심적 징표(徵表)라 할 수 있는 사업손익의 귀속주체가 될 수 없기 때문이다.

정비사업에서 사업시행자인 신탁회사는 대외적인 관계에서 정비사업과 관련한 법률관계의 주체가 되며, 이에 따라 신탁회사와 법률관계를 맺은 자 간에 신탁회사의 책임제한에 관한 합의가 성립하여 있지 않는 한, 신탁회사는 정비사업에 따른 법률관계에 대한 모든 의무 및

책임을 전면적으로 부담한다. 다만, 사업시행자인 신탁회사와 토지등소유자들 사이에 내부적인 관계에서는 신탁사업(정비사업)의 손익에 관한 정산 과정을 거치게 되고, 이 과정을 통하여 해당 정비사업의 손익은 토지등소유자에게 최종적으로 귀속되게 된다. 이러한 점에서 조합방식의 정비사업과 신탁방식의 정비사업은 동일하며, 신탁방식 정비사업에서 신탁회사가 해당 정비사업의 최종적인 손익의 귀속자가 될 수 없다는 것이, 신탁회사가 정비사업의 시행자가 될 수 없는 이유 또는 근거는 될 수 없다.

사업대행자 방식에서 사업대행자가 해당 정비사업의 중요한 의사결정을 할 때, 도시정비법상 명문의 규정이 있는, 시장·군수 등의 사전승인을 받는 것 이외에 명문의 규정은 없지만 조합총회의 의결까지 받아야 하는지가 특히 문제된다. 사업대행자 제도는 종래의 사업시행자인 조합이 법적 분쟁 등으로 자력(自力)으로 정비사업을 완료할 수 없을 때, 공익적인 목적을 위하여 국가 또는 지방자치단체가 강제개입하여 해당 정비사업을 완료하는데 목적이 있다. 즉, 본래의 사업대행은 조합 등 본래의 정비사업의 사업시행자가 정상적으로 작동하지 않는 것을 전제로 설계된 것이라 할 것이므로, 사업대행자가 정비사업에 대한 중요 의사결정을 할 때도 조합총회의 의결을 거치는 것을 예정하고 있지 않았다고 보는 것이 옳다.

그러나 2016년 도시정비법 개정으로, 개정 전과 달리, 토지등소유자 과반수 이상의 동의가 있는 경우에도 신탁회사 등을 사업대행자로 하여 사업대행이 가능하게 되었다. 즉, 토지등소유자의 자발적 위임에 의한 사업대행이 가능하게 되었는바, 이러한 사유에 의한 사업대행은 사업대행의 개시요건 및 사업대행자를 달리 하는 것으로서 개정 전 사업대행제도와 동일한 것으로 볼 수 없고, 실질에 있어서 신탁회사가 단독시행자가 되는 경우와 별반 다를 것이 없는 점, 토지등소유자의 의사에 기반하여 사업대행이 개시되었는바, 사업대행개시 이후에도 토지등소유자의 의사가 계속하여 반영되도록 하는 것이 논리적으로도 일관되고 토지등소유자 보호에 유리한 점 등을 종합적으로 고려할 때, 토지등소유자 과반수 이상의 동의에 기초하여 신탁회사가 사업대행자가 된 경우, 해당 사업대행자는 정비사업의 중요한 의사결정에 있어 조합총회의 의결을 거쳐야 한다고 보는 것이 옳다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2018  
김중보, 「건설법의 이해」 제6판, 피데스, 2018  
김중보, 「행정법 입문」, 피데스, 2016  
김중보, 「도시정비법 입문」, 서울대학교 법학대학원, 2016  
김철용, 「행정법 전면개정 제7판」, 고시계사, 2018  
박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005  
법무부, 「신탁법 해설」, 2012  
이우재, 「도시 및 주거환경정비법 상(上)」, 진원사, 2009  
한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 I」, 박영사, 2009

### [논문]

- 김중보, “정비사업의 시공자 선정과 형사처벌”, 서울대학교 법학 제48권 제4호, 206~236면  
김중보·최종권, “신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임”, BFL 제94호(2019. 3), 서울대학교 금융법센터, 6~21면,  
박근용, “신탁업자의 정비사업 시행참여에 관한 법적 연구”, 금융법연구 제12권 제1호 (2015), 한국금융법학회

### [기타자료]

KORAMCO Weekly Management Information(No. 83), 2019. 1. 21.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제3호 2020년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 3, March 2020

## 이전고시와 협의의 소익

대상 판결: 대법원 2014. 9. 25. 선고 2011두20680 판결

이 중 준\*

---

### 국문초록

---

재건축·재개발 등을 규율하는 도시정비법은 정비사업을 통한 공익의 증진을 목적으로 한다. 이러한 목적에서 도시정비법은 사인으로 구성되는 정비사업 주체에게 행정주체의 지위와 강력한 공법적 권한을 부여한다. 그러나 우리나라에서 정비사업은 주거 환경의 개선 수단을 넘어 부의 극적인 증진 수단으로 기능해왔기에, 정비사업은 그 공공성이 간과 또는 경시된 채 추진될 가능성이 작지 않다. 이러한 이유에서 정비사업의 공법적 통제는 긴요하다.

이렇게 볼 때, 사법부는 정비사업의 위법성 판단에 소극적이다. 신축된 주택 소유권이 이전고시를 통해 분양 대상자에게 이전되면, 정비사업 과정에서 발급된 행정처분의 위법성을 다툼 협의의 소익이 없어진다고 보기 때문이다. 이러한 판단은 ① 이전고시는 정비사업을 종결하여 그 과정에서 허물어졌던 법적 안정성을 회복시키고 ② 일단 이전고시의 효력이 발생하면 정비사업상 처분이 위법하더라도 그 위법 상태를 원상회복하여 법적 안정성을 다시금 후퇴시키는 것이 공익적 관점에서 허락되지 않는다는 견해에서 비롯되었다고 보인다.

그러나 이전고시 이후에도 청산 등이 남는 만큼 이전고시로써 회복되는 법적 안정성은 절대적이지 않다. 한편 처분의 위법성을 다툼 협의의 소익을 공익적 이유에서 부인하는 것은 협의의 소익이라는 개념의 본질에 반한다. 협의의 소익이 소멸되는 경우의 하나인 원상회복 불가능성은 공익적 부당성을 포함하지도 않는다. 결론적으로, 사법부는 이전고시의 효력이 발생하더라도 정비사업상 처분의 위법성을 다툼 협의의 소익을 부정해서는 안 된다.

---

\* 공익법무관, 법무부 국가송무과

물론 이전고시는 정비사업에 관한 물권 관계를 확정함으로써 정비사업에 다소간의 법적 안정성을 가져다준다. 법적 안정성을 재차 후퇴시키지 않으면서도 정비사업상 처분의 위법성 확인을 회피하지 않으려면 사정판결을 활용하면 된다. 그런데 정비사업을 둘러싼 법적 분쟁에서는 대개 동의율 요건의 충족 여부가 쟁점이 된다. 문제는 무효확인소송에서는 사정판결이 불가능한데 사법부는 동의율이 법정 요건에 조금이라도 미치지 않는 경우 그러한 하자를 무효 사유로 취급한다는 데 있다. 이러한 사고는 민사법에 경도된 결과인바 이에 얼마 일 필요가 없다. 입법론적으로는 무효확인소송에서도 사정판결이 허용될 필요가 있다.

주제어 : 정비사업, 이전고시, 조합설립인가, 관리처분계획, 협의의 소익, 사정판결

## 목 차

- I. 서론
- II. 대상 판결
- III. 이전고시의 법적 성질
- IV. 협의의 소익과 원상회복 불가능성
- V. 사정판결의 범위
- VI. 결론

## I. 서론

### 1. 정비사업의 성격과 통제

재건축·재개발 등 정비사업<sup>1)</sup>을 규율하는 법률인 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’)은 정비사업을 통한 공익의 증진을 목적으로 한다.<sup>2)</sup> 이러한 목적에서 도시정비법은

- 1) 도시정비법상 정비사업은 재개발 사업, 재건축 사업, 주거환경개선사업으로 세분되나(제2조 제2호), 대표적인 것은 재건축·재개발 사업이다. 재건축 사업은 기존의 아파트를 헐고 새로운 아파트를 짓는 사업으로, 재개발 사업은 낙후된 단독주택지역을 철거해 아파트를 짓는 사업으로 이해하면 된다. 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018, 386면.
- 2) 도시정비법의 목적은 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지하는 것이다(제1조). 후자의 목적은 그 대상이 정비사업으로 건설된 주택에 거주하는 자에 국한되지만, 전자의 목적은

정비사업 주체에게 행정주체의 지위와 사업 시행에 필요한 공법적 권한을 부여한다. 정비사업은 일반적으로 사업 구역 내 토지나 건축물 등의 소유자들이 설립한 조합에 의해 시행되므로, 정비사업조합은 사인으로 구성되기 마련이다. 그러나 행정청은 법령상 요건을 갖춘 정비사업조합 설립 행위를 인가함으로써 그 조합에 행정주체의 지위를 창설한다.<sup>3)</sup> 정비사업조합은 사업시행계획, 관리처분계획 등 정비사업 추진에 필요한 계획을 수립하고 정비사업에 반대하는 토지 등 소유자를 사업에서 배제하는 등 강력한 공법적 권한을 행사한다.<sup>4)</sup>

정비사업을 통해 건설되는 주택은 대개 아파트이므로 정비사업의 대상이 되는 토지 및 이에 이해관계를 가지는 사람은 광범위하다. 한편 우리나라에서 정비사업은 주거 환경의 개선 수단을 넘어 부의 극적인 증진 수단으로 기능해왔다. 따라서 정비사업조합은 강력한 공법적 권한을 행사하면서도 정비사업의 공공성을 간과 또는 경시할 가능성이 작지 않다. 이 점에서 정비사업을 공법적으로 통제할 필요성이 대두된다.

정비사업에 대한 공법적 통제는 행정적 통제와 사법적 통제로 구분할 수 있다. 행정적 통제는 행정청이 정비사업 과정에 개입하여 정비사업조합이 관계 법령을 준수하도록 유도하는 행위를 말한다. 추진위원회구성승인, 조합설립인가, 사업시행계획인가, 관리처분계획인가 등이 대표적이다. 사법적 통제란 정비사업의 위법성 유무를 사법부가 사후적으로 판단하는 행위를 뜻한다. 정비사업에 내재된 고도의 전문적·기술적 사항은 복수의 주체가 이중 검토할 필요가 있고, 장기적으로 정비사업의 적법성이 확보되면 정비사업에 관한 소모적 분쟁도 줄어들 수 있다. 이런 이유에서 사법부는 정비사업을 적극적으로 통제할 필요가 있다.

## 2. 문제 제기

대상 판결에 따르면, 이전고시의 효력이 발생하여 분양받을 자에게 대지 또는 건축물 소유권이 이전되면 조합설립인가의 위법성을 다툰 협의의 소익이 없어진다.<sup>5)</sup> 대상 판결은 이전고시의 효력이 발생하면 관리처분계획의 위법성을 다툰 협의의 소익이 없어진다는 대법원 전원합의체 판결의 연장선에 있다(이하 ‘선행 판결’).<sup>6)</sup> 위 판결들을 종합하면, 대법원은

---

해당 주택이 위치한 도시 전체를 겨냥한다.  
 3) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다30427 판결 등.  
 4) 재개발 사업의 사업시행자에게는 수용권(제63조)이, 재건축 사업의 사업시행자에게는 매도청구권(제64조)이 부여되어 있다.  
 5) 정비사업으로 건설될 주택 등을 어떻게 분양할지는 관리처분계획으로 정해지는데, 관리처분계획을 수립하는 주체는 정비사업조합이다(제74조). 그런데 정비사업조합을 설립하려면 조합설립인가를 받아야 한다(제35조). 결국 조합설립인가가 취소되거나 무효로 확인되면 관리처분계획이 위법한 정비사업조합에 의해 수립된 셈이 되어 무효로 된다. 나아가 새로 건설된 주택 등의 분양 결과 및 이를 기초로 하여 형성된 법률관계가 무효로 된다.  
 6) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결. 피고는 아파트 및 상가의 재건축사업을 위해 2001. 7. 설립되고 2003. 6. 설립 인가된 정비사업조합으로서, 2004. 12. 사업시행인가를 받고 2005. 2. 임시총회에서 관리처분계획을 의결했다. 피고는 2009. 7. 임시총회에서 설계변경과 조합원

신축된 주택 소유권이 이전고시를 통해 분양 대상자에게 이전되고 나면 정비사업 과정에서 발급되었던 처분들의 위법성을 다룰 협의의 소익이 없어진다고 본다.

그러나 이러한 입장은 정비사업에 대한 사법적 통제를 전면적으로 무력화시킬 수 있다. 조합설립인가, 관리처분계획 등 정비사업 과정상 처분의 위법성이 다투어지는 정비사업조합은 소송을 지연시키거나 기타 합법적 또는 비합법적 수단을 동원해서라도 정비사업을 서둘러 마무리하기만 하면 논란을 봉쇄할 수 있기 때문이다.<sup>7)</sup> 이는 중대한 파급 효과를 초래할 수 있다. 예컨대 조합설립인가에 무효 사유의 하자가 있는 경우 위 인가 처분은 판결 여부와 관계없이 효력이 없다. 그런데도 이전고시가 이루어져 대법원의 입장대로 무효확인 소송이 각하되면, 결과적으로 권한 없는 주체가 정비사업을 시행한 셈인데도 불구하고 이러한 위법 상태를 되돌릴 방법이 없게 된다.

이러한 판단의 바탕에는 다음 견해들이 자리잡고 있다고 이해된다. 첫째, 이전고시에는 정비사업을 종결하여 정비사업 과정에서 허물어졌던 법적 안정성을 회복시키는 효과가 있다. 둘째, 일단 이전고시의 효력이 발생하면 정비사업상 처분이 위법하더라도 그 위법 상태를 원상회복하여 법적 안정성을 다시금 후퇴시키는 것이 공익적 관점에서 바람직하지 않다. 이 글에서는 이러한 견해들을 비판적으로 검토하는 방식으로 대상 판결을 평석하고자 한다.

논의는 구체적으로 다음 순서로 진행된다. 첫째, 이전고시의 법적 성질을 규명함으로써 이전고시가 정비사업을 종결하는 효과를 지니는지 살펴본다. 둘째, 협의의 소익의 개념과 협의의 소익을 소멸시키는 원상회복 불가능성의 의미를 탐구한다. 대법원은 대상 판결에서 이전고시의 효력이 발생한 이상 위법상태의 원상회복이 공익적 관점에서 불가능하다고 보아 협의의 소익을 부정했다고 보이기 때문이다. 셋째, 대상 판결과 같은 사안에서 사정판결을 내릴 여지는 없는지 검토한다. 현행법상 사정판결은 취소소송에서만 허용되는바, 조합설립인가에서 동의율 요건의 하자를 일률적으로 중대·명백한 하자로 새겨야 하는지 따진다. 무효확인소송에서 사정판결을 허용할 필요성도 부가적으로 검토한다.

---

분담금 변경 등을 이유로 관리처분계획 변경을 의결하고, 2009. 7. 아파트 준공인가를 받고 2009. 12. 이전고시를 했다. 원고는 피고 조합의 조합원으로서 “이 사건 관리처분계획은 당초의 재건축결의와 달리 신축건물의 세대수 중 소형평형과 대형평형을 늘리고 40~60평의 중형평형을 대폭 감소시켰고 총사업비에 있어서도 약 50% 가량 증액시켰는데 이는 실질적인 재건축결의 변경 또는 정관변경에 해당하여 이를 의결하기 위하여는 특별한결정족수에 따른 동의가 필요함에도 그에 미치지 못하는 일반의결정족수만으로 의결하였다”는 등의 사유를 내세워 이 사건 관리처분계획의 무효확인을 구하는 소를 제기했다.

- 7) 허성욱, “재건축정비사업 이전고시 효력발생과 관리처분계획 무효확인청구소송의 소익”, 『행정판례연구』 제18호(2013년), 277면. 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결의 별개의견도 이 점을 지적했다. “관리처분계획에 대한 무효확인소송이 제기되어 상당히 심리가 이루어지고 그에 관한 결론을 내릴 수 있는 상태에 이르렀음에도, 이전고시가 이루어졌다는 사유로 소의 이익을 부정하여 관리처분계획의 무효사유에 관한 판단을 회피한다면, (중략) 경우에 따라서는 사업시행자인 조합이 소송계속 중에 서둘러 이전고시 절차를 밟아 그 소를 부적법한 것으로 만들 수 있으므로, 위법하거나 무효인 관리처분계획을 관철시키기 위한 방법으로 이전고시를 악용할 가능성도 배제할 수 없다.”

## II. 대상 판결

### 1. 사실관계

대흥1구역주택재개발정비사업 조합설립추진위원회는 2004. 3. 31. 대전광역시 중구청장(이하 ‘피고’)에게 추진위원회 구성 승인을 신청했다. 피고는 2004. 5. 18. 이 사건 추진위원회의 구성을 승인했다.<sup>8)</sup> 이 사건 추진위원회는 2006. 5. 2. 피고에게 조합설립인가를 신청했다. 피고는 이 사건 조합이 이 사건 정비구역 토지등소유자 307명 중 248명(80.78%)에게서 조합설립에 관한 동의를 얻었음을 확인하고, 2006. 7. 31. 조합설립을 인가했다.<sup>9)</sup>

소유권 변동 등으로 인하여 이 사건 조합원 수가 늘어났고, 이 사건 정비구역 토지등소유자 일부가 조합설립에 대한 동의서를 추가 제출했다. 이 사건 조합은 2007. 4. 2. 피고에게 조합설립에 관한 변경인가를 신청했다. 피고는 이 사건 정비구역 토지등소유자의 수(311명)와 조합설립 동의자의 수(260명)를 다시 산정한 후, 조합설립 동의율(83.6%)이 법령상 요건(80% 이상)을 충족했음을 확인하고 2007. 6. 5. 조합설립에 관하여 변경인가를 했다.

이 사건 정비구역 내 토지등소유자인 원고는 주위적으로 이 사건 조합설립인가와 이 사건 변경인가의 무효확인을 구하고 예비적으로 위 처분들의 취소를 구하는 소를 제기했다. 청구원인은 피고가 조합설립인가 및 변경인가를 함에는 토지등소유자 80% 이상의 동의가 요구되는데 피고는 동의율 요건이 충족되지 못했는데도 위 처분들을 했고, 동의자 수 산정에 관한 이와 같은 하자는 중대·명백하다는 것이었다.

### 2. 재판 경과

과기환송 전 원심<sup>10)</sup>은 이 사건 조합설립인가가 이 사건 변경인가에 흡수되었으므로 더는 존재하지 않는 이 사건 조합설립인가의 효력을 다툼 협의의 소익이 없다고 보았다. 상고심<sup>11)</sup>은 조합설립인가가 정비사업에 행정주체의 지위를 부여하는 설권적 처분임을 확인하고, 조합원 수 및 조합설립에 관한 동의자 수가 증가했음을 이유로 한 이 사건 변경인가는 경미

8) 도시정비법(2013. 5. 29. 법률 제6893호로 개정되어 2004. 5. 30. 시행되기 전의 것) 제13조 (조합의 설립 및 추진위원회의 구성) ② 제1항의 규정에 의한 조합을 설립하고자 하는 경우에는 토지등소유자 2분의 1이상의 동의를 얻어 위원장을 포함한 5인 이상의 위원으로 조합설립추진위원회를 구성하여 건설교통부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 시장·군수의 승인을 얻어야 한다.

9) 도시정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정·시행되기 전의 것) 제16조 (조합의 설립인가 등) ① 주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지등소유자의 5분의 4이상의 동의를 얻어 정관 및 건설교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. (후략)

10) 대전고등법원 2009. 2. 12. 선고 2007누2355 판결.

11) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결.

한 사항의 변경 신고를 수리하는 행위에 지나지 않는다고 판단했다. 설권적 처분인 이 사건 조합설립인가가 경미한 사항의 변경 신고를 수리하는 행위에 지나지 않는 이 사건 변경인가에 흡수된다고 보아서는 안 된다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심을 파기했다.

파기환송 후 원심<sup>12)</sup>은 이 사건 변경인가가 경미한 사항의 변경 신고를 수리하는 행위에 불과하여 처분성이 없으므로, 이 사건 소 가운데 위 부분을 각하했다. 조합설립인가에 대하여는, 피고가 토지소유자 수 및 조합설립 동의자 수를 따지는 과정에서 위법을 저지르기는 했지만 이를 참작하여 조합설립 동의율을 재산정하더라도 동의율(80.25%)은 법령상 요건을 충족한다고 보았다. 이 점에서 이 사건 조합설립인가의 무효확인 또는 취소를 구하는 청구를 기각하지 아니하고 각하한 제1심 판결은 부당하다고 판단했다. 그러나 이 부분에 대해서는 원고만이 항소했던바 제1심 판결 중 이 부분을 취소하고 원고 청구를 기각하는 것은 항소인인 원고에게 불이익하므로 불이익변경금지 원칙을 들어 최종적으로 항소를 기각했다.

### 3. 대상 판결

원고가 상고한 후인 2014. 1. 3. 이 사건 조합이 이 사건 정비사업에 관한 이전고시를 하여 효력이 발생했다.

재상고심은 이전고시의 효력이 발생하면 조합원 등이 관리처분계획에 따라 분양받을 대지 또는 건축물에 관한 권리 귀속이 확정되고, 조합원 등은 이를 토대로 다시 새로운 법률관계를 형성하게 된다고 지적했다. 나아가 이전고시의 효력 발생으로 대다수 조합원 등에 대하여 권리 귀속 관계가 획일적·일률적으로 처리되는 이상, 그 후 일부 내용만을 분리하여 변경할 수 없고, 그렇다고 하여 전체 이전고시를 모두 무효화시켜 처음부터 다시 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것도 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되어 허용될 수 없다고 했다.

이러한 이유로 조합설립인가처분의 취소나 무효확인 판결이 확정되기 전에 이전고시의 효력이 발생했다면 정비사업 결과를 원상으로 되돌리는 것은 허용될 수 없고, 이전고시의 효력이 발생한 후에는 원칙적으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 협의의 소익이 없다고 해석했다.

재상고심은 위와 같은 근거로 이 사건 소 가운데 이 사건 조합설립인가에 관한 부분을 각하한 파기환송 후 원심이 결론만큼은 정당하다고 보았다. 한편, 이 사건 변경인가에 관하여는 상고인(원고)이 상고이유를 제시하지 않았으므로, 전체 소를 각하한 파기환송 후 원심에 대한 상고를 모두 기각했다.

12) 대전고등법원 2011. 7. 21. 선고 2010누2874 판결.

	이 사건 조합설립인가	이 사건 변경인가
1심	흡수되어 부존재(소각하)	동의를 못(적법, 청구기각)
항소심	흡수되어 부존재(소각하)	동의를 못(적법, 청구기각)
상고심	설권적 처분	신고 수리에 불과
파기환송심	동의를 못(적법, 청구기각) → 소각하(불이익변경금지)	처분성 없음(소각하)
재상고심	소각하(이전고시)	상고이유 없음(소각하)

표 2 이 사건 소송 경과

### III. 이전고시의 법적 성질

#### 1. 이전고시의 법률상 의미

도시정비법에 이전고시(移轉告示)를 정의하는 규정은 없다. 다만 아래 조항을 참조하면, 도시정비법상 이전고시는 ‘관리처분계획에서 정한 대로 대지 및 건축물의 소유권을 이전하기 위하여, 정비사업의 사업시행자가 그 내용을 해당 지방자치단체의 공보에 고시하는 행위’를 뜻한다고 볼 수 있다.

제86조(이전고시 등) ① 사업시행자는 제83조제3항 및 제4항에 따른 고시가 있을 때에는 지체 없이 대지확정측량을 하고 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획에서 정한 사항을 분양받을 자에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 한다. 다만, 정비사업의 효율적인 추진을 위하여 필요한 경우에는 해당 정비사업에 관한 공사가 전부 완료되기 전이라도 완공된 부분은 준공인가를 받아 대지 또는 건축물별로 분양받을 자에게 소유권을 이전할 수 있다.

② 사업시행자는 제1항에 따라 대지 및 건축물의 소유권을 이전하려는 때에는 그 내용을 해당 지방자치단체의 공보에 고시한 후 시장·군수등에게 보고하여야 한다. 이 경우 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 날의 다음 날에 그 대지 또는 건축물의 소유권을 취득한다.

#### 2. 이전고시의 요건

##### (1) 준공인가

시장 또는 군수가 준공인가(제83조)를 하고 공사 완료 사실을 해당 지방자치단체의 공보에 고시하면, 사업시행자는 지체 없이 대지 또는 건축물의 소유권을 이전해야 한다(제86조 제1항). 준공인가는 정비사업이 인가받은 사업시행계획대로 완료되었는지를 시장 또는 군수가 확인하는 행위이다. 준공인가는 사업시행자로 하여금 이전고시를 할 의무를 발생시키는 동시에 이전고시의 요건이 된다.

## (2) 관리처분계획

준공인가 및 이에 관한 고시가 이루어지면 사업시행자는 지체 없이 대지 또는 건축물의 소유권을 이전해야 하는데, 소유권 이전은 관리처분계획에서 정한 대로 이루어져야 한다(제86조 제1항). 결국 관리처분계획 또한 이전고시의 요건이 된다. 관리처분계획에는 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액 등이 포함되어야 하므로(제74조), 관리처분계획은 ‘정비사업의 결과물에 관한 소유권 이전을 위한 계획’으로 규정할 수 있다. 이전고시가 대지 및 건축물의 소유권을 이전하기 위한 행위인 점을 감안하면, 이전고시는 관리처분계획의 집행행위라고 볼 수 있다.<sup>13)</sup> 이렇게 보면 관리처분계획이 이미 존재하고 그 유효성이 인정된 경우에만 이전고시 절차가 시작될 수 있다. 바꾸어 말하면 관리처분계획이 행정소송을 통해 취소되면 이전고시를 포함해서 유효한 관리처분계획을 전제로 하는 각종의 집행행위들은 그 법적 기초를 상실하게 된다.<sup>14)</sup>

## (3) 토지소유권의 확보

사업시행자는 건축물이 준공되면 지체 없이 관리처분계획에서 정한 대로 대지 또는 건축물의 소유권을 이전해야 한다(제86조 제1항). 이는 정비사업 완료시 대지 및 건축물의 소유권이 사업시행자에 있음을 전제로 한다. 앞서 언급했듯이 정비사업조합은 정비사업에 반대하는 토지등소유자를 향해 정비사업에서 배제하는 권한을 가진다. 재개발 사업의 경우에는 수용권이, 재건축 사업의 경우에는 매도청구권이 정비사업조합에 부여되어 있다. 위 전제를

13) 선행 판결의 다수의견과 별개의견 모두 이전고시를 관리처분계획의 집행행위로 파악했다. “관리처분계획의 내용을 집행하는 이전고시의 효력이 발생하면 조합원 등이 관리처분계획에 따라 분양받을 대지 또는 건축물에 관한 권리귀속이 확정되고 조합원 등은 이를 토대로 다시 새로운 법률관계를 형성하게 된다(다수의견).” “도시정비법에서 정하고 있는 이전고시는 준공인가의 고시에 의하여 사업시행이 완료된 후에 관리처분계획에서 정한 사항 중에서 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물에 관하여 소유권을 분양받을 자에게 이전하는 것을 내용으로 하는 행정처분일 뿐이고(별개의견)”

14) 허성욱, 위의 논문, 257면; 김중보, 위의 책, 671면; 이완희, “도시 및 주거환경정비법상 이전고시가 효력을 발생한 이후에도 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결)”, 『대법원판례해설』 제91호(2012년 상반기), 912면.

충족하기 위해 정비사업조합은 이전고시 이전에 위 권한을 행사하여 정비사업 대상 토지의 소유권을 확보해야 한다.

### 3. 이전고시의 처분성

이전고시의 주체인 사업시행자는 조합설립인가를 받았다는 전제에서 정비사업을 주도하는 행정주체의 지위를 가진다. 이전고시는 정비사업이라는 구체적 사실에 관한 법 집행 행위이며, 다음 날 분양 대상자가 대지 또는 건축물의 소유권을 취득하므로 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미친다. 이를 종합하면 이전고시는 처분성이 있으므로 독자적으로 항고소송의 대상이 된다. 이전고시가 관리처분계획의 집행행위이고 관리처분계획이 행정계획으로서 처분성을 가진다는 점이 이전고시의 처분성을 부정하는 근거가 되지 않는 것이다. 단적으로, 이전고시가 관리처분계획 내용과 달리 이루어지는 경우 분양 대상자 등은 이전고시 자체의 위법성을 다툴 필요가 있다. 이전고시가 행정처분이며 이에 대해 항고소송을 제기할 수 있다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없다.<sup>15)</sup>

### 4. 이전고시의 효과

#### (1) 이전고시의 법률상 효과

대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 다음 날에 그 대지 또는 건축물의 소유권을 취득한다(제86조 제2항). 이전고시에 의한 소유권 변동은 법률 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득이므로 등기를 요하지 아니한다(민법 제187조). 이전고시에 따라 소유권이 이전된 경우, 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 주택임대차보호법 제3조 제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다(제87조 제1항).

#### (2) 이전고시와 공용환권(公用換權)

##### ① 이전고시의 법적 성격에 대한 견해

15) 노경필, “이전고시에 관한 소고-기존 판례 입장에 대한 비판적 검토를 겸하여”, 『사법』 제23호(2013년 3월), 104면; 이우재, 『주해 도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2010, 270면; 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2011, 528면.

이전고시 이전에 사업시행자에게 귀속되어 있었던 대지 및 건축물의 소유권은 이전고시의 효력 발생으로써 분양받을 자에게 이전된다. 이러한 효과를 가지는 이전고시를 강학상 공용환권의 일종으로 파악하는 견해가 존재한다.<sup>16)</sup> 이에 따르면 도시정비법상 이전고시는 공용환권으로 취급되어온 구 토지구획정리사업법상 환지처분, 구 도시재개발법상 분양처분 등과 동일한 종류의 처분으로 규정된다. 대상 판결이 참조한 선행 판결의 다수의견 또한 이러한 견해를 채택했다고 보인다.<sup>17)</sup> 선행 판결이 이전고시의 효력이 발생하면 관리처분계획의 위법성을 다툼 혐의의 소익이 소멸된다고 판단한 데에도, 환지처분에 관한 기존 판례가 영향을 주었다고 보인다.<sup>18)</sup>

## ② 공용환권의 의미와 요건

그러나 공용환권의 개념과 요건 등을 고려하면 이전고시는 공용환권의 일종으로 보기 어렵고, 공용환권에 관한 기존 판례의 논리를 이전고시에 관한 판단에 그대로 도입하는 것은 옳지 않다. 공용환권은 일반적으로 소유자의 의사와 무관하게 강제적으로 권리를 교환 또는 분합하는 행위 또는 그러한 권능을 일컫는 강학상 용어로 이해된다.<sup>19)</sup> 개념요소로는 신·구 권리가 시간적으로 연속할 것, 소유권이 사업시행자에게 이전되는 과정이 없을 것, 구 권리는 환권처분에 의해 소멸할 것 등이 거론된다.<sup>20)</sup>

16) 허성욱, 위의 논문, 259면; 이완희, 위의 논문, 914면; 노경필, 위의 논문, 106면.

17) “앞서 본 도시정비법 및 도시개발법 관련 규정의 내용과 취지, 환지처분 및 구 도시재개발법상 분양처분의 성격과 그 효력 등을 종합하면, 도시정비법상의 이전고시 또한 준공인가의 고시로 사업시행이 완료된 이후에 관리처분계획에서 정한 바에 따라 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물의 위치 및 범위 등을 정하여 그 소유권을 분양받을 자에게 이전하고 그 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산하거나 대지 또는 건축물을 정하지 않고 금전적으로 청산하는 공법상 처분으로서 그 법적 성격은 구 도시재개발법상의 분양처분과 본질적으로 다르지 않다.”

18) 환지처분에 관한 판례가 이전고시에 관한 선행 판결에 영향을 주기는 했지만 엄밀한 의미에서 선례가 되었다고는 볼 수 없다. 환지처분에 관한 판례에서 대법원은 환지처분이 효력을 발생하게 된 이후에는 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 떼어 환지처분을 변경할 수 없다고 했다(대법원 1993. 5. 27. 선고 92다14878 판결). 다만 대법원의 논리처럼 이전고시가 환지처분과 유사하다면 관리처분계획은 환지계획과 유사한데, 대법원은 환지계획은 처분성이 없으므로 취소소송의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결). 결국, 선행 판결이 내려지던 시점에서 대법원은 이전고시의 성격을 환지처분과 유사하다고 보기는 했지만, 이전고시 이후 관리처분계획을 다툼 혐의의 소익에 관한 선례는 없었던 셈이다. 김종보, “재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익”, 『행정법연구』 제56호(2019년 2월), 21면.

19) 김동희, 『행정법Ⅱ(제23판)』, 박영사, 2017, 427면; 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2008, 469면; 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2017, 678면 등. 대법원은 구 도시재개발법상 재개발사업이 공용환권의 방법으로 시행된다고 판시한 바 있는데, 여기서 공용환권을 “토지 및 지상 건축물에 대한 권리를 권리자의 의사에 관계없이 강제적으로 교환·변경하는” 방법으로 서술했다. 대법원 2007. 12. 27. 선고 2004다26256 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다96072 판결 등.

20) 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 『행정법연구』 제31호(2011년 12월), 31면.

## ③ 정비사업 방식으로서 환권 방식과 취득·배분 방식

정비사업 중 재개발사업은 종래 구 도시재개발법이 규율했는데, 이에 따르면 사업시행자가 관리처분계획과 분양처분을 통해 토지등소유자의 건물 또는 토지소유권(구 권리)을 아파트의 구분소유권과 대지사용권(신 권리)으로 전환했다(제48조). 공용환권은 이러한 사업 방식을 설명하는 강학상 개념으로 1973년 등장했다.<sup>21)</sup> 한편 구 토지구획정리사업법(현 도시개발법)에 의한 토지구획정리사업에서도 사업 전 토지소유권이 유사한 방식으로 변환되었는데 이는 공용환지(公用換地)라고 불렀다. 공용환권 및 공용환지를 통틀어, 변환되는 권리가 토지인지 건물인지를 가리지 않고 사업의 일정 시점에서 신·구 권리가 연속하면서 변환되는 사업 방식을 환권 방식이라고 부를 수 있다.<sup>22)</sup>

그런데 현행 도시정비법상 신·구 권리의 변환은 환권 방식으로 이루어지지 않는다. 앞서 논한 바와 같이, 이전고시의 요건에는 사업시행자에 의한 토지소유권의 확보가 포함된다. 관리처분계획이 정한 대로 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하는 주체가 사업시행자로 명시되어 있기 때문이다(도시정비법 제86조 제1항). 이를 뒷받침하기 위해 도시정비법은 재개발 사업의 경우에는 수용권을, 재건축 사업의 경우에는 매도청구권을 정비사업조합에 부여한다. 요컨대 도시정비법상 정비사업은 사업시행자가 구 권리를 토지등소유자에게서 취득했다가 이전고시를 통해 분양 대상자에게 배분하는 방식으로 이루어진다. 이를 환권 방식과 대비하여 취득·배분 방식으로 이해할 수 있다.<sup>23)</sup>

물론 구 도시재개발법상 분양처분 및 구 토지구획정리사업법상 환지처분과 현행 도시정비법상 이전고시는 모두 새로운 대지 및 건축물에 대하여 새로운 소유권을 부여하는 행정처분이라는 점에서는 유사하다.<sup>24)</sup> 그러나 처분의 고권성(高權性)의 측면에서 보자면 양자는 명백히 구별된다. 공용환지 또는 공용환권의 주체인 사업시행자는 구 권리를 하나도 확보하지 않고도 이를 새로운 권리로 변환할 수 있었다. 바꾸어 말하면 공용환지 또는 공용환권 처분은 마치 토지수용 재결처럼 토지소유권을 박탈하는 성질을 띠고 있어, 당해 사업시행자는 상당히 강력한 고권을 가졌다고 볼 수 있다.<sup>25)</sup> 이에 비하여, 이전고시의 주체인 사업시행자는 매도청구(재건축) 또는 수용(재개발)을 통해 구 권리를 확보하고, 이전고시를 통해서는 신 권리를 배분할 뿐이다. 이전고시는 권리 배분 기준이 공정하기만 하다면 고권적 형태를 띠 필연적 이유가 없다.<sup>26)</sup>

21) 김도창, 『(전정)일반 행정법론(하)』, 청운사, 1973, 386면(김종보, 위의 책, 613면에서 재인용).

22) 김종보, 위의 책, 608면.

23) 환권 방식과 취득·배분 방식에 관해서는 김종보, 위의 논문, 28~31면; 김종보, 위의 책, 608~612면.

24) 허성욱, 위의 논문, 259면.

25) 김종보, “토지구획정리사업법상 환지처분의 실질”, 『행정법연구』 제4호(1999년 4월), 196면.

26) 김종보, 위의 책, 615면.

## (3) 소결

이전고시는 새로운 대지 및 건축물에 대하여 새로운 소유권을 부여하는 효과를 가진다. 이와 유사한 효과를 가지는 처분으로는 구 도시재개발법상 분양처분 및 구 토지구획정리사업법상 환지처분이 있었다. 전술했듯이, 대법원은 이러한 효과의 유사성에 경도되어 이전고시의 법적 성격이 구 도시재개발법상 분양처분 및 구 토지구획정리사업법상 환지처분과 본질적으로 다르지 않다고 보았다.<sup>27)</sup> 그러나 앞서 논한 바와 같이 이전고시는 요건, 처분성의 필연성 등의 측면에서 분양처분 및 환지처분과 뚜렷하게 구별된다. 선행 판결의 다수의견은 이 점을 간과 또는 경시했다고 볼 수 있다.

## 5. 이전고시의 종결력

정비사업이 언제 종결되는지에 관하여는 여러 가지 견해가 있을 수 있다. 예컨대 외관상으로는 건축물이 준공된 때 정비사업이 종결된다고 보인다. 그러나 정비사업이 언제 종결되는지 따지는 이유는 조합설립, 이주, 철거, 건축, 재이주, 청산 등이 초래하는 장기간의 법적 불안정 상태가 언제 끝나는지를 명확히 함으로써 그 시점 이후의 법적 안정성을 확보 및 유지하려는 데 있다. 대상 판결은 이전고시의 효력이 발생하면 건축물과 대지 소유권의 귀속이 관리처분계획에 따라 획일적·일률적으로 처리되고, 조합원 등은 이를 토대로 새로운 법률관계를 형성할 수 있게 되는 점에 주목했다. 대상 판결은 부동산 물권 관계의 확정이 정비사업의 법적 불안정을 해소한다고 판단하고, 이전고시에 정비사업을 종결하는 효과가 있다고 본 셈이다.

이전고시의 효력이 발생함으로써 분양 대상자가 새로 건축된 주택의 소유권을 취득하는 것은 사실이다. 그러나 정비사업에 관한 부동산 물권 관계가 확정된다고 해서 정비사업으로 인한 법적 불안정 상태가 해소되는 것은 아니다. 정비사업 이전 건축물의 가격과 새 건축물의 가격에 차이가 생기는 경우, 사업시행자는 분양받은 자에게 차액을 징수하거나 지급하는 청산 절차를 거쳐야 한다. 도시정비법에 따르면, 관리처분계획에는 종전 토지 및 건축물의 가격, 정비사업의 추산액 등 청산에 필요한 사항이 포함되어야 하고(제74조) 사업시행자는 이전고시 후 청산할 의무가 있다(도시정비법 제89조).<sup>28)</sup> 현실에서는 청산금을 둘러싼 법적

27) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결의 다수의견.

28) 통상적으로는 정비사업조합이 관리처분계획 수립 후 조합원과 ‘조합원 분양계약’을 체결하여 조합원에게서 분담금을 징수한다. 조합원 분양계약을 체결하는 목적은 정비사업조합이 ‘이전고시 이전에’ 분담금을 지급받는 데 있다. 그러나 도시정비법상 청산금은 조합 정관 및 관리처분계획을 통해 확정되고 사업시행자가 이전고시 후 징수하도록 되어 있다. 청산금 부과 처분의 형식이 아니라 당사자 간 계약의 형식으로 분담금을 징수하는 것은 원칙적으로 도시정비법에 반한다. 이에 관하여는 김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 제23호(2013년 3월), 3~25면 참조.

분쟁을 해결하기 위해 이전고시 이후에도 수년간 정비사업조합이 존속한다.

한편 도시정비법에 청산금을 규정하는 조항이 별도로 존재한다는 사실은 도시정비법상 이전고시의 성격이 구 토지구획정리사업법상 환지처분과 구별되어야 하는 또 하나의 근거가 된다.<sup>29)</sup> 구 토지구획정리사업법을 계승한 현행 도시개발법에 따르면, 환지를 정하거나 환지 대상에서 제외함에 따른 과부족분에 대한 청산금은 환지처분을 하는 때에 결정한다(제41조 제2항). 그러나 도시정비법에서는 청산금에 관하여 별도의 규정을 두어 이전고시 전에 정관 등에 의하여 제47조의 청산금 및 제57조의 청산금이 징수 또는 지급될 수 있음을 명확히 규정하고 있다. 청산금에 관하여는 도시개발법상 환지처분과 도시정비법상 이전고시를 같게 볼 수 없는 것이다. 한편 도시정비법 제55조 제2항은 보류지나 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물과는 달리 토지 등의 소유자에 대한 권리이전의 법률적인 성격이 환지임을 밝힌 규정일 뿐, 위 규정에 기초하여 이전고시에 청산금에 관한 사항이 포함되어 처분이 이루어진다고 해석할 수도 없다.

결론적으로, 이전고시는 정비사업에 관한 물권 관계를 확정할 뿐 정비사업을 실질적으로 종결하지는 못한다. 이전고시의 효력 발생으로 인해 획득되는 법적 안정성은 이를 무시할 만한 것은 아니지만 절대적으로 보호할 만한 것도 아니다.

#### IV. 협의의 소익과 원상회복 불가능성

##### 1. 협의의 소익의 개념과 범위

소익(訴益)은 “국가적·공익적 견지에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 견지에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말한다.”<sup>30)</sup> “소익 없는 소를 각하함으로써, 법원은 분안판결을 필요로 하는 사건에만 그 정력을 집중할 수 있게 되고, 또 불필요한 소송에 응소하지 않으면 안 되는 상대방의 불이익을 배제할 수 있다.”<sup>31)</sup> 어떤 소가 광의의 소익이 있다고 인정되려면 다음 요건이 만족되어야 한다. 첫째, 청구의 내용이 분안판결을 받기에 적합해야 한다(권리보호의 자격 또는 청구의 적격). 둘째, 원고가 청구에 대해 판결을 구할 현실의 필요성이 있어야 한다(권리보호의 이익 또는 필요). 셋째, 소송 당사자가 제대로 소송수행을 하고 분안판결을 받기에 적합해야 한다(당사자 적격).<sup>32)</sup>

29) 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결의 별개의견

30) 이시윤, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사, 2019, 221면.

31) 이시윤, 위의 책, 221면.

32) 이시윤, 위의 책, 222면.

광의의 소익을 구성하는 세 가지 요소 가운데 청구적격과 당사자적격은 별도의 소송요건으로 취급된다. 따라서 ‘원고가 청구에 대해 판결을 구할 현실의 필요성’, 즉 권리보호의 이익 또는 필요가 보통 협의의 소익으로 취급된다. 소송에서 승소하더라도 원고가 실질적인 이익을 얻을 수 없다면 협의의 소익은 부정된다.<sup>33)</sup>

소송의 관문을 지나치게 넓히면 남소를 막기 어려워지고, 이를 지나치게 좁히면 원고는 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈당할 수 있다.<sup>34)</sup> 이 점에서 원고가 협의의 소익을 가지는지, 즉 승소를 통해 실질적인 이익을 얻을 수 있는지는 신중하게 판단되어야 한다. 다만, 사법자원의 적정한 분배나 남소 방지 등 소익을 넓게 인정해서는 안 된다는 주장의 논거는 자원의 확충을 통해 극복할 수 있는 논거인 반면, 소익을 좁게 인정해서는 안 된다는 주장의 논거인 헌법상 재판청구권의 실질적 보장은 다른 가치와 비교·교량하기 어려운 가치이다. 요컨대, 협의의 소익 유무는 각 사안에서 신중하게 평가되어야 하지만 전체적·장기적으로는 협의의 소익이 없다는 이유로 소를 각하하는 경우가 줄어드는 것이 바람직하다.<sup>35)</sup>

## 2. 원상회복 불가능성의 의미

판례에 따르면 항고소송에서 원고가 승소하여 처분이 취소되거나 무효임이 확인되더라도, “처분에 의하여 발생한 위법상태를 원상으로 회복시키는 것이 불가능한 경우”에는 원칙적으로 협의의 소익이 부정된다.<sup>36)</sup> 취소 사유의 하자를 지닌 처분에 대한 취소소송이 각하되면, 처분은 여전히 공정력을 지닌 채 유지된다. 그러나 무효 사유의 하자를 지닌 처분은 무효확인소송이 각하되더라도 이와 관계없이 효력이 없다. 다시 말해 무효확인소송의 각하는 법률관계에 상당한 혼란을 일으킬 수 있다. 그런데도 판례는 위법상태의 원상회복이 불가능하다면 무효확인소송 또한 협의의 소익이 없다고 본다. 이는 대법원이 원상회복 불가능성을 협의의 소익을 부인하는 매우 강력한 논거로 취급하고 있음을 보여준다.

그러나 한편으로 대법원은 원상회복이 불가능한 경우에도 처분의 취소 혹은 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 판단해오기도 했다.<sup>37)</sup> 대표적으로, 도시계획변경결정처분과 도시개발구역지정처분 및 도시개발사업실시계획인가처분은 각 처분 자체로 처분의 목적이 종료

33) 김동희, 『행정법 I(제22판)』, 박영사, 2016, 745면; 김종보, 위의 논문(2019년 2월), 12면.

34) 이시윤, 위의 책, 221~222면.

35) 선형 판결의 별개의견은 이전고시의 효력이 발생해도 협의의 소익이 소멸되지 않는다고 하면서 이것이 항고소송에서 소의 이익을 확대하고 있는 대법원 판례 경향에도 들어맞는다고 했다.

36) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 등.

37) 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 1999. 8. 20. 선고 98두17043 판결, 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008두3685 판결 등.

되는 것이 아니고 각 처분이 유효하게 존재함을 전제로 하여 토지수용, 환지 등 도시개발사업에 따른 일련의 절차가 진행되기 때문에, 도시개발사업의 공사 등이 완료되어 원상회복이 사회통념상 불가능하게 되었다라도 각 처분의 취소를 구할 협의의 소익이 소멸한다고 볼 수 없다고 판시했다.<sup>38)</sup> 또한 일반적으로 공장등록이 취소된 후 그 공장 시설물이 철거되었다면 외형상 공장등록취소행위가 잔존하고 있다고 해도 그 취소를 구할 법률상의 이익이 없으나, 이러한 경우에도 유효한 공장등록으로 인하여 공장등록에 관한 당해 법률이나 다른 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이 있다면, 당사자로서는 공장건물의 멸실 여부에도 불구하고 그 공장등록취소처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 판시했다.<sup>39)</sup>

협의의 소익이 없다는 이유로 소를 각하하는 경우가 장기적으로 줄어들어야 한다는 견지에서, 나아가 대법원 역시 원상회복이 불가능한 경우에도 협의의 소익이 있다고 판단하는 추세를 보인다는 점에서, 원상회복 불가능성은 엄격하게 해석되어야 한다. 즉 위법상태의 원상회복이 객관적·법률적·구조적으로 불가능한 경우에만 협의의 소익이 소멸된다고 해석해야 한다. 이를테면, 이는 위법한 처분을 취소하거나 그 무효를 확인하더라도 이미 별개의 처분이 공정력을 발생하고 있고 당해 처분의 취소 등에도 영향을 받지 않아서, 원상회복을 위해서는 그 별개의 처분을 대상으로 별개의 항고소송을 또다시 제기해야 하는 경우 등을 일컫는다.

이에 반하여 원상회복이 주관적·규범적으로 또는 맥락상 불가능한 데 불과한 경우에는 협의의 소익을 부인해서는 안 된다. 대상 판결에서처럼 위법상태의 원상회복이 사회적 여파를 참작할 때 공익적 관점에서 바람직하지 않은 경우가 있을 수는 있다. 그러나 원상회복의 타당성과 가능성은 구별되어야 한다. 위법상태의 원상회복이 규범적으로 타당하지는 않더라도 가능하다면, 최소한 협의의 소익이 없다는 이유로 소를 각하해서는 안 된다. 이것이 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고자 하는 현행법상 행정소송 절차의 목적에도 부합한다(행정소송법 제1조).

대법원도 대체로 이러한 관점에서 원상회복 불가능성을 평가해왔다고 보인다. 건축법 위반 건축물이 완공된 사안에서, 건축물 철거는 시정명령을 통해서 가능하지 원고가 건축허가 취소소송이나 준공검사처분 취소소송에서 승소한다고 해도 이로써 건축물을 철거할 수는 없고 철거를 위해서는 별개의 처분이 필요하다는 이유로 소를 각하했다.<sup>40)</sup> 원고에 대해 보충역편입처분이 취소되고 현역병입영대상처분이 이루어진 사안에서, 보충역편입처분취소처분이 취소된다고 해도 보충역 편입은 현역병입영대상처분의 공정력 때문에 불가능하다는 이유로 보충역편입처분취소처분 취소소송을 각하했다.<sup>41)</sup> 채석허가취소처분 취소소송 중 채석허

38) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402 판결.

39) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2000두3306 판결.

40) 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누11131 판결; 대법원 1994. 1. 14. 선고 93누20481 판결.

41) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2003두12257 판결.

가 기간이 만료된 사안에서, 원고가 승소하더라도 허가 기간 만료로 인해 채석허가 유지가 불가능하다는 이유로 소를 각하였다.<sup>42)</sup> 경상남도지사가 권한 없이 진주의료원을 폐업하기로 결정하기는 했지만, 이후 법령이 정한 대로 진주의료원을 해산하는 내용의 조례가 제정된 이상 진주의료원의 영업을 유지하는 것은 불가능하다는 이유에서 진주의료원 폐업결정처분 취소소송을 각하였다.<sup>43)</sup> 위 사안들에서 위법상태의 원상회복은 객관적·법률적·구조적으로 불가능했다.

### 3. 대상 판결의 경우

대상 판결의 사안에서 소송물은 조합설립인가의 위법성이었다. 조합설립인가에 취소 또는 무효 사유의 하자가 있었다고 가정하면, 위법상태의 원상회복이란 일차적으로 이 사건 정비사업조합이 설립 인가를 받지 못하여 정비사업을 추진할 행정주체의 지위와 권한을 부여받지 못한 상태로의 회복을 뜻한다. 나아가 정비사업조합이 새로이 조합설립인가를 받아 사업시행계획과 관리처분계획을 재수립하고 이전고시 절차를 다시 거치는 것도 실질적 의미의 원상회복으로 이해할 수 있다.

대상 판결은 이 사건에서 다시 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것이 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되어 허용될 수 없다고 했다. 위법상태의 원상회복이 불가능하여 소를 각하한다고 명시하지는 않았지만, 대법원은 위법상태의 원상회복이 공익적 관점에서 불가능하다고 보아 협의의 소익을 부정했다고 보인다. 대법원의 우려대로 관리처분계획을 새로 수립하여 이전고시 절차를 다시 거쳐야 한다면 극심한 혼란이 발생할 수 있다. 그러나 이러한 우려를 이유로 협의의 소익을 부정함으로써 대법원은 원상회복의 가능성을 원상회복의 타당성과 혼동하는 오류를 범했다. 대법원은 이전고시의 효력이 발생하더라도 위법상태의 원상회복이 객관적·법률적·구조적으로 불가능하지는 않으므로 이 사건 소에 협의의 소익이 있다고 판단했어야 했다.

## V. 사정판결의 범위

### 1. 사정판결의 필요성

42) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004두2196 판결.

43) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결.

항고소송에서 협의의 소의 유무는 신중하게 평가되어야 하고, 전체적·장기적으로는 협의의 소의가 없다는 이유로 소를 각하하는 경우가 줄어들어 가는 것이 바람직하다. 그러한 견지에서 협의의 소의를 소멸시키는 위법상태의 원상회복 불가능성 또한 객관적·법률적·구조적인 개념으로 받아들여야 한다. 그러나 이 사건에서 대법원은 위법상태의 원상회복이 공익적 관점에서 볼 때 바람직하지 않으므로 협의의 소의가 없다고 보았다. 이러한 판단의 배경에는 이전고시으로써 종결된 정비사업이 조합설립인가의 취소 등으로 초기화되면 막대한 사회적 비용이 초래되리라는 현실적 고려가 있었다고 보인다.

앞서 이전고시는 정비사업을 실질적으로 종결하지는 못하고, 이전고시의 효력 발생으로 인해 획득되는 법적 안정성은 이를 절대적으로 보호할 만한 것도 아님을 밝혔다(III). 그러나 이전고시가 정비사업에 관한 물권 관계를 확정함으로써 정비사업에 수반되는 법적 불안정을 상당 부분 해소함 또한 부인할 수 없다. 이 지점에서, 이전고시 이후 조합설립인가의 위법성을 다룰 협의의 소의를 인정하면서도 법적 안정성을 훼손하지 않을 방법은 없는지 고민할 필요성이 생긴다.

현행 행정소송법은 취소소송에 한하여 사정판결을 허용한다. 원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 않다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있고, 원고는 손해배상 등을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다(행정소송법 제28조 제1항 및 제3항). 조합설립인가 등 정비사업상 처분의 하자가 취소 사유를 구성한다면, 법원은 정비사업을 초기 단계로 되돌리는 것이 공공복리에 현저히 반한다는 이유로 취소청구를 기각할 수 있다. 이로써 정비사업의 위법성 판단을 회피하지 않으면서도 이전고시로 인해 회복된 다소간의 법적 안정성을 지킬 수 있다. 원고에게도 처분이 취소되는 것보다 정비사업이 위법하게 추진됨으로써 입은 손해를 배상받는 것이 더 유효·적절한 구제책이 될 수 있다.<sup>44)</sup>

## 2. 동의율 요건을 충족하지 못한 하자의 위법성

조합설립인가의 취소 또는 무효확인 소에서는 이른바 동의율 요건이 충족되었는지가 가장 중요한 쟁점으로 여겨진다.<sup>45)</sup> 행정청이 법령상 동의율 요건이 갖추어지지 않았는데도 조

44) 바꾸어 말하면, 소를 각하하는 대신 사정판결을 활용하면 “위법한 처분에 의한 손해를 완화하기 위하여 충분한 조치를 강구하지 않은 때에는 취소판결을 할 가능성이 남아있기 때문에 행정청에 그러한 조치를 강구하도록 강제할 수 있고 또한 처분이 위법하다는 것을 선언하기 때문에 장래 위법한 처분이 반복되는 것을 방지하는 기능이 있다.” 이은기, “사정판결과 공공복리”, 『행정법연구』 제27호(2010년 8월), 157면.

45) 도시정비법에 따르면, 재개발 정비사업조합을 설립하려면 사업구역 토지등소유자 4분의 3 이상 및 토지면적 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 받아 행정청의 인가를 받아야 하고, 재건축 정비사업조합을 설립하려면 아파트 각 동별 구분소유자의 과반수 동의와 아파트 단지 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 받아 행정청의 인가를 받아야

합설립인가를 한 경우, 그 하자는 취소 사유인가 무효확인 사유인가? 조합설립과 관리처분에 대한 소송이 민사소송에서 행정소송으로 전환<sup>46)</sup>되기 전, 법원은 조합설립이나 관리처분이 조합원에 의한 민사상 합의라는 점을 중시하여 법령이 정하는 동의율에 조금이라도 미달하면 무효를 선언했고, 위 소송들이 행정소송으로 전환된 후에도 법원은 동의율 부족이면 무효라는 민사법적 논리를 고수하고 있다.<sup>47)</sup> 그러나 민사상 총회결의 무효확인의 소와 달리 항고소송으로서 취소소송은 대세적 효력을 가지므로,<sup>48)</sup> 위 논리를 무비판적으로 적용하기에 앞서 조합설립인가의 공법적 성격을 살펴볼 필요가 있다.

동의율 요건은 정비사업조합이 일정 비율 이상 정비구역 내 토지등소유자에게 정비사업 추진에 대한 동의를 얻도록 요구함으로써 정비사업의 정당성을 확보한다. 그러나 동의율 요건이 충족되었다고 해서 행정청이 조합설립인가를 발급해야 하는 것은 아니다. 조합설립인가는 행정청이 정비사업조합에 정비사업을 추진하는 데 필요한 행정주체성과 공법상 권한을 부여하는 설권적 처분이다. 조합설립인가를 신청한 정비사업 추진위원회가 동의율 요건을 충족했다고 하더라도, 그 조합에 사업시행자의 지위를 부여하는 것이 공익적 이유에서 적절하지 않다고 판단하면 행정청은 조합설립인가를 하지 않을 수 있다. 요컨대, 조합설립인가에서 동의율 요건은 다른 요건들과 비교할 때 그 비중이 절대적으로 크지 않다.

같은 논리에서, 행정청이 동의율 요건의 경미한 미비를 포착하지 못하여 조합설립인가를 했으나 기타 재량권 행사에 불합리함이 없었다면, 그 조합설립인가의 하자가 중대·명백하다고 쉽게 단정해서는 안 된다. 조합설립인가를 신청하려면 정비사업조합의 정관, 정비사업비와 관련된 자료 등 국토교통부령으로 정하는 서류, 그밖에 조례로 정하는 서류를 첨부해야 한다(도시정비법 제35조 제2항). 행정청은 첨부된 서류를 검토하면서 조합설립인가를 하는 것이, 즉 정비사업이 본격적으로 추진되도록 하는 것이 공공복리의 관점에서 적합한지 검토한다. 여기에 재량권 일탈·남용이 없다면, 예컨대 75%의 동의를 받도록 정하고 있는 조항에 위반하여 72, 73%의 동의율밖에 이르지 못했다는 점이 사후에 밝혀지더라도 그것만으로 조합설립인가가 무효가 되는 것으로 판단하는 것은 옳지 않다.<sup>49)</sup>

요컨대 조합설립인가에 동의율 요건의 경미한 미비를 포착하지 못한 하자가 있을 뿐이라면, 법원은 협의의 소의를 부정하여 소를 각하하는 대신 이를 취소 사유의 하자로 취급하고 사정판결을 내려야 한다. 그럼으로써 이전고시가 회복시킨 다소간의 법적 안정성을 유지하면서도 정비사업의 위법성을 확인할 수 있다.

한다(제35조 제2항 및 제3항).

46) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결; 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

47) 김종보, 위의 논문(2019년 2월), 22면.

48) 허성욱, 위의 논문, 279~280면; 김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『법학』 제49권 제2호(통권 제147호)(2008년).

49) 김종보, 위의 책, 506면.

### 3. 무효확인의 소와 사정판결

나아가, 다소 전향적이기는 하지만, 정비사업상 처분의 하자가 중대·명백하여 처분이 무효인 경우에도 청구 인용이 가져올 파급 효과를 피하고자 협의의 소익이 결여되었다고 판단하기보다는 취소소송의 사정판결 제도를 무효확인소송에 유추적용하거나 입법론적으로 무효확인소송에서도 사정판결을 허용할 필요성이 있다.<sup>50)</sup>

물론 사정판결 제도는 법치주의의 예외로서 예외적으로 활용되어야 한다. 행정 수단의 다양화에 따라 전통적 행정처분의 지위가 상대적으로 저하되고 있고 행정처분의 사전적·예방적 적법·적정의 확보에 중점을 두는 학설과 판례가 대두하는 등 사정판결이 불가피한 사태 자체가 방지되고 있는바,<sup>51)</sup> 사정판결의 허용 범위를 확대하자는 주장이 이러한 추세에 역행한다는 지적도 가능하다. 무엇보다도 행정처분이 무효 또는 존재하지 않는 경우에는 존치시킬 유효한 처분이 없으므로 사정판결이 인정될 여지 자체가 없다는 비판도 있다.<sup>52)</sup>

그러나 법치주의의 형해화를 우려하는 견해에 대하여는, 사정판결이 가능한 소의 범위를 넓히더라도 사정판결의 요건인 공공복리를 엄격히 해석함으로써 사정판결의 무분별한 증가를 방지할 수 있음을 지적할 수 있다. 한편 무효확인소송에서는 사정판결을 하더라도 존치할 처분이 없다는 주장에 대해서는, “무효와 취소의 구별이 상대적이라는 점, 무효확인청구의 경우에도 기성 사실의 존중 필요성이 있다는 점, 무효확인청구를 권리남용이론으로 기각하는 자체가 남용될 여지가 없지 않고 사정판결의 화해조정적 기능을 감안” 하여, 하자가 중대하고 명백하기는 하지만 효력 자체는 인정되는 처분을 상정하는 것도 불가능하지는 않다.<sup>53)</sup>

정비사업은 다단계의 처분이 연속되는 장기 사업이므로 무효의 인정 범위를 좁힌다고 하더라도 처분이 중대·명백한 하자로 무효가 되는 경우를 피하기 어렵다.<sup>54)</sup> 행정이 고도로 전문화, 복잡화함에 따라 다단계의 처분이 장기간에 걸쳐 이루어지는 사례는 정비사업 이외의 분야에서도 늘어나리라 예상된다. 한편 사정판결은 그 자체로서 법치주의에 상충하는 개념이기는 하지만, 청구 인용이 초래할 공익적 부당성을 이유로 협의의 소익 자체를 부정하여 처분의 위법성 판단에 나아가지도 않는 것과 사정판결을 비교하면 오히려 후자가 법치주의에 더욱 부합할 여지도 존재한다. 이러한 사정을 종합적으로 고려하여, 무효확인판결에서도 사정판결을 인정할지의 문제를 깊이 숙고해볼 필요가 있다.

50) 허성욱, 위의 논문, 278면.

51) 홍광식, “항고소송의 판결, 행정소송에 관한 제문제(상)”, 『재판자료』 제67집(1995년 5월), 467면(이은기, 위의 논문, 155면에서 재인용).

52) 이은기, 위의 논문, 156면.

53) 서원우, “사정판결제도”, 『고시계』, 1983년 4월호, 42면 이하; 김남진, 『행정법1(제7판)』, 법문사, 834면(홍광식, 위의 논문에서 재인용).

54) 김종보, 위의 논문(2019년 2월), 23면.

## VI. 결론

대상 판결은 이전고시에 정비사업을 종결하여 법적 안정성을 회복시키는 효력이 있다고 보았다. 나아가 조합설립인가의 위법성을 다투는 소는 이전고시의 효력이 발생하면 위법상태의 원상회복이 공익적 관점에서 허용되지 않으므로 협의의 소익이 소멸된다고 보았다. 그러나 이전고시 이후에도 청산 등이 남게 되므로 이전고시가 정비사업을 실질적으로 종결하지는 못한다. 즉 이전고시의 효력 발생으로 획득되는 법적 안정성은 절대적이지 않다. 대법원은 이전고시의 법적 성격을 환권 방식의 정비사업에서 등장하는 환지처분, 분양처분 등과 구별해내지 못함으로써, 이전고시가 회복시키는 법적 안정성을 과대평가했다. 한편 협의의 소익을 소멸시키는 위법상태의 원상회복 불가능성은 객관적·법률적·구조적인 개념으로 받아들여야 하고 공익적 부당성과 혼동해서는 안 된다. 결론적으로 대상 판결에서 대법원은 협의의 소익을 부정하지 말았어야 했다.

그러나 이전고시는 정비사업에 관한 물권 관계를 확정함으로써 정비사업에 다소간의 법적 안정성을 가져다주기도 한다. 사정판결을 활용하면 조합설립인가 등 정비사업 과정상 처분의 위법성 확인을 회피하지 않으면서도 정비사업의 법적 안정성을 유지할 수 있다. 현행법상 사정판결은 취소소송에서만 허용된다. 그런데 법원은 조합설립인가를 둘러싼 법적 다툼의 주된 쟁점인 동의율 요건의 충족 여부에 대하여, 동의율 부족이면 무효라는 민사법적 사고에서 탈피하지 못하고 있다. 조합설립인가는 정비사업조합에 행정주체성을 부여하는 설권적 처분으로서 재량행위이고, 동의율 요건은 조합설립인가를 발급함에 고려하는 여러 가지 요소 가운데 하나일 뿐이다. 법원은 조합설립 동의율이 법령상 요건에 약간 부족할 뿐 기타 재량권 행사에 불합리함이 없었다면, 조합설립인가의 하자가 취소 사유에 지나지 않는다고 보아야 한다. 입법론적으로는 하자가 중대·명백하여 처분이 무효인 경우에도 사정판결을 허용하는 방안을 숙고할 필요가 있다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 김동희, 『행정법 I (제22판)』, 박영사, 2016  
 김동희, 『행정법 II (제23판)』, 박영사, 2017  
 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018  
 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2011  
 이시윤, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사, 2019  
 이우재, 『주해 도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2010  
 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2017

### [논문]

- 김종보, “토지구획정리사업법상 환지처분의 실질”, 『행정법연구』 제4호(1999년 4월)  
 김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『법학』 제49권 제2호(통권 제147호)(2008년)  
 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 『행정법연구』 제31호(2011년 12월)  
 김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 제23호(2013년 3월)  
 김종보, “재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익”, 『행정법연구』 제56호(2019년 2월)  
 노경필, “이전고시에 관한 소고-기존 판례 입장에 대한 비판적 검토를 겸하여”, 『사법』 제23호(2013년 3월)  
 이완희, “도시 및 주거환경정비법상 이전고시가 효력을 발생한 이후에도 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부(2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결)”, 『대법원판례해설』 제91호(2012년 상반기)  
 이은기, “사정판결과 공공복리”, 『행정법연구』 제27호(2010년 8월)  
 허성욱, “재건축정비사업 이전고시 효력발생과 관리처분계획 무효확인청구소송의

소익” , 『행정판례연구』 제18호(2013년)

**[판례]**

- 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누11131 판결
- 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다14878 판결
- 대법원 1994. 1. 14. 선고 93누20481 판결
- 대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결
- 대법원 1999. 8. 20. 선고 98두17043 판결
- 대법원 2002. 1. 11. 선고 2000두3306 판결
- 대법원 2004. 12. 10. 선고 2003두12257 판결
- 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402 판결
- 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004두2196 판결
- 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결
- 대법원 2007. 12. 27. 선고 2004다26256 판결
- 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결
- 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008두3685 판결
- 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결
- 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결
- 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다30427 판결
- 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결
- 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다96072 판결
- 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 전원합의체 판결
- 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결
- 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결
- 대전고등법원 2009. 2. 12. 선고 2007누2355 판결
- 대전고등법원 2011. 7. 21. 선고 2010누2874 판결

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제3호 2020년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 3, March 2020

## 민간투자법과 다른 법률의 관계

이 지 현 \*

### 국문초록

민간투자법은 사업선정부터 종료에 이르기까지 전 생애주기에 걸친 절차, 지원과 감독에 관한 종합적인 내용을 규율함으로써 사업의 효과적인 작동에 기여해 왔다. 민간투자법은 사업의 물적 형성이라는 측면에서는 건설법과 관계하고, 공공투자사업에 필요한 재원을 조달하고 정부가 시설을 관리하는 측면에서는 재정법과 관계한다. 그러므로 원활한 민간투자사업의 추진을 위해서는 민간투자법이 건설법, 재정법과 어떻게 관계하는지 규명될 필요가 있다.

재정법(국가재정법, 국가계약법, 국가재정법)과의 관계에서 민간투자법은 특별법적 성격을 갖거나 특례규정에 해당하는 조항을 두고 있는데, 양자의 관계가 법률로써 명시되지는 않았다. 이는 민간투자법을 개발사업법에 대한 특별법으로 인지하면서 재정법에 대한 특별법적 성격이 있다는 점은 상대적으로 덜 고려하였기 때문으로 짐작된다. 건설법과의 관계에서 보면, 민간투자사업의 큰 단계는 여타의 개발사업과 유사하지만 시설의 물적 요건은 개별 법률을 통해 규율되고 민간투자법은 사용료나 사업기간 등 재무적인 사업조건에 관여하면서 특칙으로 기능한다. 인·허가 의제조항도 관할권 통합의 기능을 하는 여타의 의제조항과 달리, 민간투자법과 개발사업법의 연결처분으로서 기능함을 확인할 수 있다.

그러므로 민간투자법의 고유한 법적 성질은 재정법적인 것이라는 토대 위에서 민간투자법과 개별 개발사업법 간의 관계가 규명되고 역할분담이 이루어질 필요가 있다. 또한 토지수용권 부여, 인·허가 의제와 같은 사업의 신속한 추진을 위한 장치들을 현행과 같이 민간투자법 내에 두고자 한다면, 그에 상응하는 공익성 담보장치도 이해관계자의 참여권 보장 등 재정건전성 외의 측면에서 보강하여야 한다.

\* 변호사, 한국개발연구원

\* 이 글은 법학석사 학위논문 『민간투자법의 법적 성질에 관한 연구』(서울대학교, 2019년 8월)를 수정·보완한 것이다. 또한 이 글은 한국개발연구원에서 현재 진행 중인 연구의 공식적 견해와는 무관하나, 내·외부 연구진과의 논의과정에서 도움을 받았으며 연구내용 일부가 이 글에 포함되었음을 밝혀둔다.

## 목 차

- I. 서론
- II. 사회기반시설 공공투자사업의 추진절차
- III. 민간투자제도의 개요
- IV. 민간투자법과 다른 법률의 관계
- V. 민간투자법 의제조항의 해석
- VI. 결론

### I. 서론

민간투자사업을 통해 공급할 수 있는 사회기반시설에는 여러 유형이 있다.<sup>1)</sup> 도로, 철도, 항만으로 대표되는 대형 SOC 시설, 도서관, 생활체육시설, 복지시설 등 이른바 생활밀착형 SOC 시설, 망 시설(초고속정보통신망), 수개의 시설로 구성되는 단지형 시설(관광단지)이 모두 사회기반시설에 포섭된다. 최근에는 개별 법률을 열거함으로써 사회기반시설을 정의하는 방식에서 예시적으로 서술하는 방식(일명 포괄주의)으로 변경하는 법률 개정안이 통과됨에 따라 법의 적용대상이 보다 확대되었다.<sup>2)</sup>

시설이 다양하다는 것은 시설설치에 관한 규율체계가 균일하지 않음을 의미하기도 한다. 대체로 대형 SOC시설은 별도의 법률이 마련되어 있는 반면, 건축시설은 대체로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’ 이라 한다)이나 건축법 하에서 규율된다. 그러므로 ‘민간투자’ 방식 및 그로 인한 법률관계를 어떻게 규율할지 뿐 아니라<sup>3)</sup>, ‘개별 시설’의 관점에서 법률의 작동체계를 정밀하게 이해하고 정비하는 것 역시 중요하다. 또한 민간투자자와 재정투자를 아우르는 공공투자 전반의 관점, 법적으로는 재정법적 관점에서 민간투자제도를 검토하는 것도 필요하다.

이하에서는 공공투자사업의 절차와 민간투자제도를 개괄한 후(II, III), 민간투자법과 다른 법률과의 관계를 검토함으로써 민간투자법의 좌표를 찾고(IV), 그 기초 위에서 문언의 불명확성으로 해석이 원활치 않은 인·허가 의제조항을 검토해 보기로 한다(V).

1) 이 글에서 민간투자사업은 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’ 이라 한다)에 따라 추진하는 사회기반시설의 설치 및 운영에 관한 사업을 칭한다.

2) 민간투자법 일부개정법률안(의안번호 24766, 이하 ‘민간투자법 개정안’ 이라 한다)은 2020.3.5.국회 본회의에서 가결되고, 2020.3.20. 정부이송 된 상태이다.

3) 민간투자사업의 적정 수익률과 사용료의 산정, 정부와 민간의 위험분담, 자금조달 및 자금재조달에 관한 규율 등이 이에 해당한다.

## II. 사회기반시설 공공투자사업의 추진절차

### 1. 사회기반시설 공공투자사업의 개념

공공투자사업이란 국가의 통치권에 기초하여 조달되는 재원 또는 소위 납세자의 돈(taxpayer's money)을 사용하여 시행하는 투자사업의 일체를 일컫는다.<sup>4)</sup> 이는 법률적인 개념은 아니지만 행정에서 널리 활용되고 있고, 민간투자사업도 그 일종으로 관리된다.<sup>5)6)</sup> 건설보조금 등의 방식으로 정부의 재정지원이 수반되는 경우가 많고, 사업 방식에 따라 정부가 직접 비용을 지출하기도 한다는 점,<sup>7)</sup> 해지시지급금 약정을 통해 주무관청이 중도 해지 시에도 일정 투자비의 회수를 보장한다는 점이 그 이유가 될 수 있다.<sup>8)</sup> 그러나 민간투자사업을 공공투자의 범주에서 관리하는 보다 근본적인 이유는 시장의 수요가 아닌 정부의 정책적 필요에 따라 사업이 추진된다는 사업의 목적과 기능면에서 이해될 수 있다.<sup>9)</sup>

### 2. 사회기반시설 공공투자사업의 추진절차

공공투자사업의 추진절차는 ‘실물적 측면’과 ‘예산 측면’,<sup>10)</sup> 또는 ‘프로젝트(Project)의 관점’과 ‘재원조달(Financing)의 관점’으로 구분할 수 있다. 실물적 측면에서는 사회기반시설의 건설에 관한 법률이 적용된다. 개별 법률마다 조금씩 상이하지만 대체로 계획수립, 기본설계 및 실시설계, 준공절차를 거친다. 예를 들어, 도시철도는 도시철도법 등 관련법규에 따라 도시철도망구축계획-노선별 도시철도 기본계획-사업계획 승인을 거쳐 건설된다. 시설의 설치계획을 규정하는 개별법(도로법, 공항시설법,

4) 김재형 외, 공공투자사업 예산관리의 효율화 방안 I:사전기획부터 사후평가까지 통합관리 강화, 한국개발연구원, 2000, 9면. 공공투자사업을 “공공의 재원을 사용하여 자본자산을 획득하거나 획득 후 관리하는 사업.”으로 정의하기도 한다(김정욱, 공공투자사업의 입·낙찰 분석, 한국개발연구원, 147면).

5) 일례로, 「서울특별시 공공투자사업에 관한 조례」에서는 ‘사회기반시설의 확충을 위하여 시행하는 재정투자사업, 민간투자사업 등’으로 공공투자사업을 정의하고 있다

6) 공공투자사업에는 사회기반시설을 확충하기 위한 경우 외에도 다양한 정책활동(연구개발사업, 사회복지사업 등)이 포함되나, 본 글에서는 사회기반시설을 대상으로 하는 경우에 한정하여 공공투자사업을 생각하기로 한다.

7) 법 제4조제2호에 따른 임대형 방식의 경우 정부가 민간부문의 투자비 회수의 대가로 정부지급금을 지급한다.

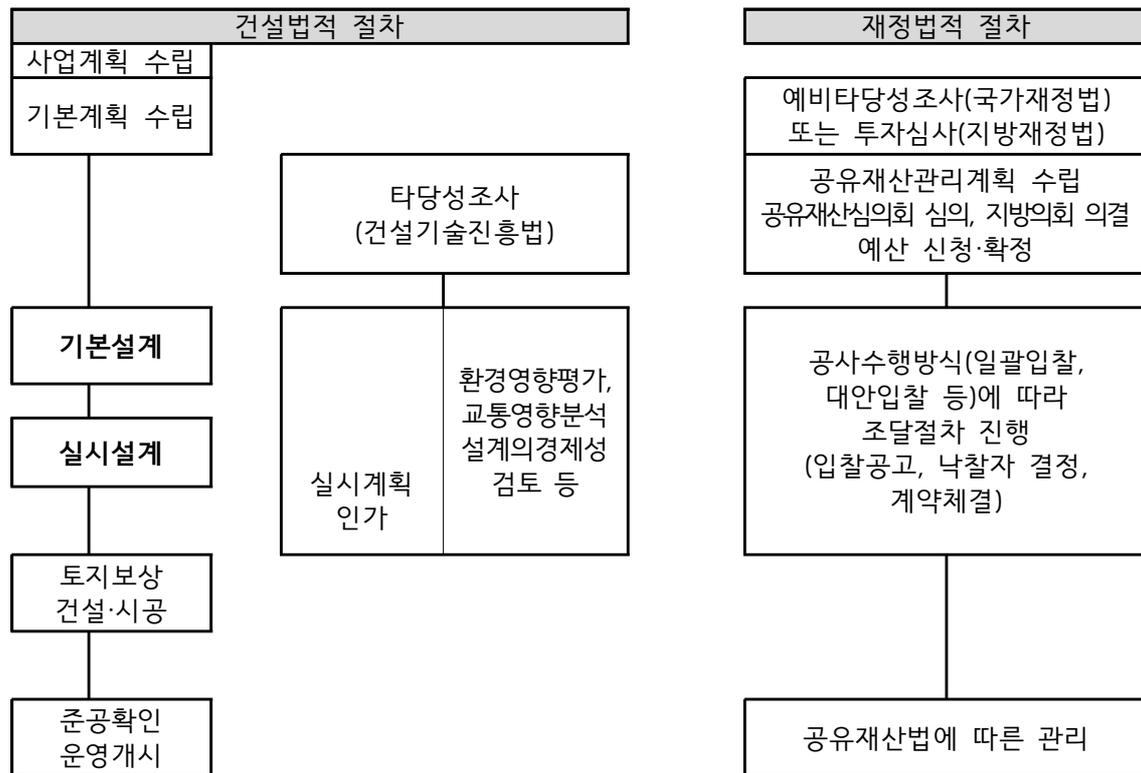
8) 2000년도에 민간투자사업기본계획에 명문화된 해지시지급금은 재무적 투자자의 투자유인을 위해 선순위채권을 보장해주고자 하는 취지로 도입되었다(김재형, 사회기반시설에 대한 민간투자 프로젝트 파이낸스 현황 및 과제, BFL 37권, 서울대학교 금융법센터, 2009.9.20면.)

9) 공공투자는 투자의 주체가 비록 민간이라고 하더라도 그 산출물이나 서비스의 기능이 공공재적인 특성을 지니는가에 따라 구분이 가능하다(양지칭, 지역경제 및 사회간접자본론-이론과 정책, 청양, 2002, 177면). 민간투자를 민영화의 범주에 관한 논의에서 기능민영화(임무 자체는 공공부문에 그대로 남아있으면서 임무이행의 전부나 일부가 사인에게 이전)의 일종으로 이해하는 것도 같은 맥락이다(민영화의 유형 분류와 민간투자사업의 성격에 관해서는 이원우, 정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 소고-사인에 의한 공행정의 법적 수단에 대한 체계적 연구-, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998.10. 등 참조.)

10) 김재형 외, 공공투자사업 예산관리의 효율화 방안 I:사전기획부터 사후평가까지 통합관리 강화, 한국개발연구원, 2000, 9면.

수도법 등)은 시설들로 구성된 공간의 총합을 규율하는 국토계획법을 바탕으로 기존 도시질서에 적극적으로 개입함으로써 도시를 형성하고, 인간다운 생활을 위한 물적 토대를 놓는 역할을 한다. 예산 측면에서 재정투자사업의 재원조달은 곧 예산의 수립과 집행에 관한 법적 절차(예비타당성조사, 정부조달절차 등 재정법적 영역)에 구속됨을 의미한다. 한편, 준공 이후 시설의 소유권이 정부에 귀속되는 경우 해당 시설은 국·공유재산법에 따라 관리된다.

[그림 1] 공공투자사업의 추진절차(지방자치단체 재정투자사업의 경우)<sup>11)</sup>



민간투자사업의 추진 시에도 건설법적 절차와 재정법적 절차가 요청된다는 점은 동일하다. 민간투자사업의 법적 성격은 법이 건설법적 측면과 재정법적 측면을 어떻게 규율하고, 이들 법률과 어떤 관계를 이루는가를 통해서 규명될 수 있다.

11) 이 표는 공공투자사업의 절차를 건설법/재정법의 두 가지 측면에서 분류할 수 있음을 개략적으로 도식화한 것으로 시설의 종류와 적용법규에 따라서 각 절차의 추진시점, 명칭 등은 상기 표와 다를 수 있다.

### III. 민간투자제도의 개요

#### 1. 민간투자사업의 배경 - 공공과 민간의 협력관계

국가가 사회기반시설을 공급하는 것은 생활의 기초적 필요를 충족시키는 생존배려(Daseinvorsorge) 책임이 국가에 있다고 보기 때문이다. 20세기 초 산업혁명의 결과로 도시화된 현대사회에서 국가의 임무는 국방과 질서에서 나아가 전기, 수도, 가스 등을 공급하는 데에까지 확장되었다.<sup>12)</sup> 1970년대 후반~1980년대 초반부터 국가들은 경제성장을 둔화, 정부의 부채와 예산제약, 국가 간 경제의 심화, 기술혁신과 국제적·지역적 자본시장의 확장이라는 상황 속에서 급부행정 방식의 변경을 모색하였고, 사회기반시설의 공급에 있어서도 민간 부문의 역할이 강조되었다.<sup>13)</sup>

큰 틀에서 민간투자사업은 공적 임무의 민영화에 따른 ‘협력적 행정’의 일환이다.<sup>14)</sup> 민간투자사업은 공기업 매각과 같은 재산권 이전을 수반하는 민영화는 아니지만, 재정과 임무수행을 민영화하면서 그 반대급부로 국·공유재산의 이용권을 민영화하는 재산권 민영화가 결합된 형태의 민영화 형태에 해당된다.<sup>15)</sup> 민영화를 통해 행정은 모든 책임을 면하는 것이 아니라 종래의 급부책임이 보장책임과 보충책임으로 변경되며, 이 책임관계는 민간과 체결하는 행정계약을 통해 구체화된다.<sup>16)</sup>

#### 2. 민간투자법의 구성과 특성

민간투자법은 다양한 유형의 민간투자사업에 공통적으로 적용할 수 있는 절차와 방법, 각종 지원에 관한 사항을 규정함으로써 원활한 사업추진을 가능케 하려는 목적에서 제정되었다.<sup>17)</sup> 민간투자법은 민간투자에 관한 일반법적 성격을 가짐과 동시에, 각 개별법에 대해서는 특별법의 지위를 갖고 있다.<sup>18)</sup> 민간투자사업의 생애주기에 걸친 각종 절차, 정부지원, 관리·감독 등을 규정하고 있다는 점에서

12) 포르스트호프(Forsthoff)는 생존배려에 해당하는 급부가 실현될 수 있도록 환경을 조성할 궁극적인 책임이 국가에 있고, 개인은 국가가 운영하는 생존배려에 참여할 기회를 보장받아야 함을 행정법 이론으로 구상하였고 이는 오늘날 급부행정 이론으로 정착하였다.(이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구-급부행정론과 제도적 방법론을 중심으로, 서울대학교 석사학위 논문, 2002, 17-18면 참조.)

13) UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United nations, 2001, p.1, 이재은, 신공공관리론과 행정개혁에 관한 이론적 고찰, 현대사회와 행정 제13권 제2호, 한국국정관리학회, 2003.8, 136-140면 참조.

14) 협력적 행정에 의한 행정의 구조변화에 관해서는 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 271-275면 참조.

15) 민영화의 유형 분류와 민간투자사업의 민영화 유형에 관해서는 이원우, 정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 소고-사인에 의한 공행정의 법적 수단에 대한 체계적 연구-, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998.10.과 이원우, 민영화에 대한 법적 논의의 기초, 한림법학 FORUM 제7권, 한림대학교 법학연구소, 1998.11. 참조.

16) 박정훈, 앞의 책, 272면.

17) 민간투자법의 전신인 「사회간접자본시설에대한민간자본유치촉진법」(법률 제4773호) 제정이유. 이하에서는 제명을 민간투자법으로 통칭한다.

18) 정해방, 사회기반시설에 대한 민간투자제도의 현황과 쟁점, 일감부동산법학 제4호, 건국대학교 법학연구소, 2009. 6-7면. 민간투자법은 기존의 민자유치 관련 조항들을 통합하여 정리하였고, 수익성 기준과 정부지원조건 등을 명확히 규정했다는 점에서 사회간접자본의 민자유치에 관한 특별법이자

는 일반법이고, 관계법률 규정에 우선하여 적용된다는 점에서는(법 제3조제1항) 특별법에 해당된다.

민간투자법은 총칙(1장), 사회기반시설사업(2장), 감독(3장), 보칙(4장), 별칙(5장)으로 구성되어 있다. 2장에서는 대상사업의 선정, 협상대상자의 지정, 사업시행자의 지정, 실시계획 승인, 토지수용, 준공, 관리·운영 등의 사항을 정하고 있다. 3과 4장에는 주무관청의 감독권한과 함께 산업기반신용보증기금, 일명 인프라 펀드<sup>19)</sup>, 이의신청 및 분쟁조정, 조세감면, 재정지원 규정 등을 포함하고 있다.

이 법은 1994년도에 제정되었지만 법의 성격을 특징짓는 주요 내용은 1999년 전부개정 시 마련되었다. 경기부양이 시급한 당면과제였던 시대적 배경 하에서 개정의 주된 방향은 민자유치, 특히 외자유치에 우호적인 환경을 구축하는 데에 있었다. 계약방식에 의한 사업시행자 지정도 이때 명문화되었는데, 이 역시 민·관의 대등한 환경조성에 목적이 있었다.<sup>20)</sup> 그 외에 최소운영수입보장(MRG), 민간제안사업의 세부절차 마련, 총사업비의 사전 확정원칙, 해지시지급금 보장 등이 이 시기에 하위규정을 통해 제도화되었다. 이후에도 사회기반시설의 조기 공급과 함께 경기활성화가 법 개정의 동인으로 작용하였고, 공공성 약화의 우려는 국회의 총한도액 의결절차와 같이(법 제7조의2), 주로 재정건전성의 측면에서 보장되었다.

민간투자법은 민간투자 방식에 대한 일반법으로 여러 사회기반시설을 포괄하여 규율하므로 개별 시설의 물적 요건은 별도로 다루지 않고(개별법을 통해 규율), 사업 참여자 외의 이해관계자들 간의 관계는 이 법에서 상정하지 않고 있다.<sup>21)</sup>

### 3. 관계법률의 범주와 기능

#### (1) 관계법률의 범주

민간투자법은 관계법률을 별도로 열거하는 형식을 취한다. 관계법률은 사회기반시설의 설치 근거가 되는 56개 법률과 10가지 법률(유료도로법, 철도의 건설 및 철도시설 유지에 관한 법률, 전기통신사업법, 전파법, 학교시설사업촉진법, 주택법, 국토계획법, 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률, 산지관리법, 국유림의 경영 및 관리에 관한 법률)을 의미한다(법 제2조제13호).<sup>22)</sup> 통상 다른 법과의 관계 및 적용범위는 ‘다른 법률과의 관계’라는 표제 하에 규정하지만, 민간투자법은 인·허가 의제조항에

종합법이라 평한 글로는 변창흠, 현행 사회간접자본 민자유치사업의 구조와 발전방향, 도시연구 제 3호, 한국도시연구소, 1997, 275면 참조.

19) 법 제41조의 사회기반시설투융자집합투자기구를 말한다.

20) 1999년도 법 개정의 토대가 된 ‘인프라시설에 대한 민자유치 종합대책’ (1998)은 법 개정방향으로 ① 국제적 관행과 룰에 맞는 제도와 사업추진 절차 확립, ② 투명하고 간소한 절차를 마련하여 투자자의 신뢰와 경쟁 유도, ③ 적절한 투자수익 보장과 합리적 위험분담을 통한 투자의 안정성 확보, ④ 민간 창의와 효율을 유도할 수 있는 인센티브 제공 및 민간책임 명확화를 제시하였다.

21) 민간투자법 개정안은 실시협약의 공개 원칙을 선언하였는데 이는 대국민적 관점에서 투명성의 원칙이 반영된 것이라는 점에서 유의미한 변화이다.

22) 민간투자법 개정안은 사회기반시설을 포괄적으로 정의함에 따라 관계법률의 정의 또한 ‘사회기반시설사업을 시행할 때 민간투자사업과 관련된 제1호에 따른 법률 및...’에서 ‘사회기반시설사업을 시행할 때 민간투자사업과 관련된 법률 및...’으로 수정하였으므로 관계법률은 해석을 통하여 확정되어야 한다.

서 ‘다른 법률’을 별도의 의미로 사용하고 있으므로 다른 법률과의 관계와 적용범위를 ‘관계법률과의 관계’로 표기하고 있다.<sup>23)</sup>

## (2) 관계법률의 기능

민간투자법에서 관계법률은 다섯 가지 기능을 한다. 첫째, 관계법률 규정을 통해 민간투자법과 관계법률의 우선순위가 결정된다(민간투자법 제3조). 둘째, 민간투자법에 따라 사업시행자로 지정된 자는 관계법률에 따른 사업시행자로 의제된다(민간투자법 제13조제4항). 셋째, 민간투자법상 실시계획을 고시한 때에 관계법률에서 정하고 있는 인·허가 등과 관계법률에 따라 인·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인·허가 등이 의제된다(민간투자법 제17조). 넷째, 민간투자법에 따른 준공확인을 받으면, 민간투자법 제17조의 관계법률 인·허가 등에 따른 준공검사 또는 준공인가 등이 의제된다(민간투자법 제22조제2항). 한편, 주무관청은 ‘관계 법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장’을 의미하므로(민간투자법 제2조제4호), 관계법률은 개별 사업에서 주무관청을 확정하는 데에도 관여한다.

즉, 관계법률의 주된 기능은 민간투자법과 관계법률의 내용이 상충되는 경우 적용법조를 결정하고, 민간투자법과 관계법률에 중복되는 절차가 있는 경우 민간투자법의 사업단계(사업시행자 지정, 인·허가의제, 준공확인)와 개발사업법의 사업단계를 연결하는 데 있다.

## IV. 민간투자법과 다른 법률의 관계

### 1. 민간투자법과 건설법

#### (1) 건설법의 구성

시설의 물적 형성과 관리의 측면에서 기본적으로 적용되는 법 영역은 건설법이다. 건설법은 택지의 조성, 아파트·영업시설·단독주택 등의 건축을 비롯하여, 공원·도로와 같은 도시의 기반시설 설치 등 ‘도시의 물리적 공간형성에 간여하는 공법규정의 총체’를 의미한다.<sup>24)</sup> 건설법은 개별 건축물의 위험 방지를 위한 건축법, 토지의 합리적 이용을 목적으로 하는 국토계획법, 사업시행자 지정과 토지수용권 발동 등 개발절차를 통해 도시를 적극적으로 형성하는 각종 개발사업법 등으로 구성된다.<sup>25)</sup>

국토계획법이 기존질서 하에서 합리적 토지계획을 계획·유도하는 기능을 담당한다면, 개발사업법은 다단계의 행정계획을 통해 기존의 질서에 전면적으로 개입하여 사업시행자를 만들어내고, 사업시

23) 민간투자법 제정안에서의 표제는 ‘다른 법률과의 관계’였으나, 민간투자법은 다른법률을 별도로 개념정의하고 있으므로 수정이 필요하다는 의견에 따라 ‘관계법률과의 관계’로 확정되었다.

24) 김종보, 건설법의 이해, 제6판, 도서출판 피데스, 2018, 4면.

25) 김종보, 앞의 책, 7-15면, 26면, 385면.

행자에게 토지수용권 등 강력한 수단을 등의 권능을 부여함으로써 도시를 적극적으로 형성하는 기능을 한다.<sup>26)</sup> 도시철도법, 항만법, 도로법 등은 사회기반시설에 관한 대표적인 개발사업법에 해당된다.<sup>27)</sup> 국토계획법이 기반시설의 설치를 위한 ‘통일적인’ 계획절차 및 사업시행절차를 규율하고 있다면, 개별 개발사업법은 설치·관리·운영·감독 등에 대한 사항을 별도로 규율하고 있는데, 어떠한 기반시설을 설치하는 경우에 개별시설법에 근거할 것인가, 국토계획법에 근거할 것인가는 법률상 명확하지 않다.<sup>28)</sup>

## (2) 개발사업법과의 관계

### 1) 적용범위의 일반적 구분

개발사업법은 본격적인 개발 단계의 절차 뿐 아니라 관련 행정계획의 수립, 시설이 갖추어야 할 물적 요건과 영업법적 요건, 유지관리에 관한 사항 등을 포괄하므로 민간투자사업의 추진 시에는 민간투자법, 개발사업법, 기타 관련 법률이 함께 적용된다. 예를 들어, 항만법의 경우 계획 단계에서는 항만법이 적용되고, 사업시행자 선정을 위한 단계에서부터 준공 시까지는 민간투자법의 우선적용 규정(법 제3조)에 따라 민간투자법이 적용되며, 운영 단계에서는 민간투자법과 항만법이 함께 적용된다. 기술수준, 안전관리 등 시설물의 유지관리에 관한 사항은 항만법이 적용되지만, 각종 사업조건(사용료, 운영기간)은 실시협약에 의하기로 한 민간투자법에 따라(법 제13조제3항) 민간투자법이 적용된다.

[표 1] 항만법과 민간투자법의 적용범위

적용법률	계획 단계	개발(건설) 단계	관리·운영 단계	
	항만법	민간투자법	항만법	민간투자법
규율내용	항만기본계획 수립	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 협상대상자 선정</li> <li>· 사업시행자 지정</li> <li>· 실시계획 승인</li> <li>· 공사의 시행·준공</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 금지행위</li> <li>· 기술수준</li> <li>· 안전관리</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 관리운영권 설정</li> <li>· 사업시행조건(사용료, 운영기간 등)</li> <li>· 관리·감독(감독명령, 공익을 위한 처분 등)</li> </ul>

## 2) 쟁점사례

### ① 사용료 산정 절차

민간투자법이 우선 적용의 범위를 구체적으로 명시한 것은 아니므로, 개별 사업의 추진 시에는 해

26) 김종보, 앞의 책, 11면, 389-390면.

27) 국토계획법 중 도시계획시설설치사업에 관한 부분은 기반시설 개발사업법의 성격을 띤다(김종보, 앞의 책, 11면.)

28) 최종권, 기반시설의 설치에 관한 현행법의 문제점에 관한 소고- 국도와 송전선로의 설치 근거법을 중심으로, 법제, 법제처, 2014.12, 11면-12면.

석상의 문제가 발생하기도 한다. 시설의 사용료는 민간투자법에 따라 실시협약으로 확정됨이 명확하지만, 개별 법률에서 정해진 사용료 산정 절차도 전부 배제되는지 여부는 명확하지 않다. 예를 들어, 통행료 결정 시 유료도로법에 따른 도로정책심의위원회의 심의를 거쳐야 하는지 여부가 문제된 사안에서 법원은 민간투자법이 사용료를 실시협약으로 정하도록 규정하고 있으므로, 도로정책심의위원회의 심의를 거칠 필요가 없다고 보았다(의정부지방법원 2008. 8. 26 선고 2007구합5771 판결). 한편, 민간투자사업에도 도시철도법상 운임신고 규정이 적용되는지 여부가 문제된 사안에서는 민간투자법이 도시철도법상의 운임신고 규정을 배제하고 있지 않으므로 양자가 함께 적용되어, 사업시행자에게 운임신고 의무가 있는 것으로 판시하였다(서울행정법원 2013.5.30. 선고 2012구합15029 판결).

유료도로법에 관한 판례는 관계법률의 절차(도로정책심의위원회)가 불요하다고 본 반면, 도시철도법에 관한 판례는 관계법률의 절차(운임신고)가 필요하다고 판단하여 양 판례는 해석의 기준이 상이하다. 전자는 사업시행의 조건이 실시협약에 위임되었다고 본 반면, 후자는 민간투자법이 명시적으로 규정한 경우에만 관계법률이 배제된다고 보는 입장이다. 민간투자사업 추진 시 관계법률의 절차는 일반적으로 준수되어야 할 것이며, 적용범위에 관한 논란이 없도록 미리 명확히 정리가 되어야 할 것이다. 그런데 협상을 통해 사업시행조건을 확정하는 것은 민간투자법의 존재이유이기도 한 것으로, 사용료는 총사업비, 적정 수익률, 운영기간 등과 맞물려 결정되는 주요 사업조건이므로(민간투자법 제13조 제3항, 동법 시행령 제23조), 재무적 조건은 민간투자법과 그 위임에 의한 실시협약이 우선된다고 해석함이 합리적이다.<sup>29)</sup>

## ② 토지수용 요건

민간투자법과 개발사업법은 각기 토지수용에 관한 규정을 별도로 두고 있고, 토지수용의 요건도 상이하다. 법률마다 차이가 있지만 일례로 관광진흥법은 원칙적으로 민간개발자에게 원칙적으로는 수용권을 부여하지 않고, 조성 대상 토지면적 중 사유지의 3분의 2 이상을 취득한 경우 남은 사유지에 대하여만 수용권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다(관광진흥법 제54조제4항). 민간투자법은 이러한 요건 없이 실시계획 승인 시 토지보상법상의 사업인정을 의제하므로(법 제20조제2항), 개별법보다 완화된 토지수용 요건을 마련한 것으로 해석되기도 한다.<sup>30)</sup> 이는 민간투자법이 관계법률에 우선 적용됨에 따른 결과이나, 입법론적으로는 숙고가 필요해 보인다. 국토계획법은 민간부문이 사업시행자가 되기 위해 3분의2이상의 토지 소유요건 및 동의요건(소유자의2분의1이상)의 추가요건을 부여함으

29) 이상훈, 민간투자법 제3조제1항-“관계법률에 우선하여 적용”에 대한 해석, 건국대학교 법학연구소, 일감법학 제33호, 2016.2, 399면에서는 도시철도법에 관한 위 판례에 반대견해를 제시하면서 통행료가 민간투자사업에서 가지는 체계적 지위와 중요성, 민간투자사업의 핵심개념인 관리운영권의 핵심요소라는 점(법 제25조-제28조, 민간투자사업기본계획 제11조), 실시협약을 통해 협상으로 정해지는 사항, 민간투자법의 전체 체계는 투자비 회수를 정점으로 전체가 패키지로 연결되어 있다는 점이 간과되어서는 안될 것임을 지적하고 있다.

30) 법제처 법령해석례 11-0387 참조.

로써(국토계획법 제86조제7항, 동법 시행령 제96조제2항), 영리추구로 인한 공공성 약화의 위험성을 보장하고 있다. 또한 국토계획법에 따라 민간부문이 도시·군관리계획(이하 ‘도시관리계획’이라 한다)의 입안을 제안하는 경우 토지소유자의 동의요건이 충족되어야 하고(국토계획법 제26조, 동법 시행령 제19조의2), 도시관리계획 결정 시 주민과 지방의회의 의견을 청취하지만(국토계획법 제28조), 민간투자법은 사업 추진의 어느 단계에서도 이해관계자나 대국민적 관계에서의 의견수렴 절차를 상정하지 않고 있다. 민간투자사업의 성격이 민영개발보다는 공영개발에 가깝다는 점과, 타당성분석 제도를 통해 사전 검증은 거친다는 점은 일면 사업의 공공성을 설명해 주기도 한다. 실제로 시설의 성격이 논쟁적일 수 있는 유형의 사업은 널리 추진되고 있지도 않고, 토지수용 문제가 여타의 개발사업보다 크게 부각되고 있는 것은 아니다.<sup>31)</sup> 그러나 토지취득 요건과 같은 장치는 사업시행자의 일방적인 의사에 의해 재산권이 상실되는 것을 완화할 수 있는 조정적 기능을 한다는 점에서<sup>32)</sup> 사업방식, 시설유형 등의 차이에도 불구하고 동일한 수용 요건을 부여하는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않을 수 있다.<sup>33)</sup> 또한 완화된 수용요건을 유지하는 것이 필요하다더라도 이때에는 의견을 수렴하고 이해관계를 조정할 수 있는 절차적 장치들을 함께 마련할 필요가 있다.<sup>34)</sup>

## 2. 민간투자법과 재정법

### (1) 재원조달 규율의 두 측면

사업시행자는 프로젝트 파이낸싱(Project Financing)을 통해 프로젝트에서 발생하는 미래 현금흐름을 담보로 사업에 필요한 재원을 조달한다. 부동산개발사업 등 프로젝트 파이낸싱(project financing) 방식을 활용하는 다른 개발사업과 민간투자사업의 특성은 자금조달에 정부가 보다 많이 개입한다는 데 있다.<sup>35)</sup> 주무관청은 선순위차입금에 대해 담보적 기능을 하는 해지시지급금 약정을 통해 원활한 금융조달을 지원하는 한편, 최저자기자본 비율 규제나 자금재조달 이익공유 제도를 통해 민간의 자금조달 영역에 개입한다.

한편, 주무관청은 직접 재정을 지출하지 않는 경우에도 공법적인 통제를 받는다. 민간 자본을 활용

31) 오히려 관광분야 민간투자사업이 활성화 되지 않는 이유는 수익성이 보장되지 않기 때문이라는 점이 지적되기도 한다(경기도의회 문화체육관광위원회, 민간투자기반 경기도 관광시설 활성화 방안, 2015.10. 38면.)

32) 민간기업에 의한 수용문제에서 토지취득 요건이 부과되면 비율이 충족될 때까지 협의매수하는 과정에서 가격이 올라가기 마련이고, 나머지 토지의 수용보상금도 상승하게 되어 토지소유자들의 피해를 완화시킬 수 있으므로 이러한 점이 공·사익의 비교형량 과정에서 고려될 필요가 있다는 견해로는 최계영, 민간기업에 의한 수용, 행정관례연구 제16권, 한국행정관례연구회, 2011, 260-263면 참조.

33) 이에 대해서는 지가상승은 사업비 상승으로 이어지고 이는 이용자들의 사용료 증가로 이어지므로 공공투자사업에서 토지취득 요건은 부적절하다는 반론도 제기 가능할 것이다.

34) 이른바 BOO(Build-Own-Operate 방식(법 제4조제4호의 방식) 사업의 경우에는 운영기간 중 주무관청의 관리·감독을 받지만, 소유권이 민간에게 귀속되고 실시협약에 의해 약정수익률 등의 권리가 확실하게 보장되므로 다른 사업방식에 비해서는 상대적으로 공공성이 약하다.

35) 민간투자사업과 일반 프로젝트 파이낸싱의 차이점에 관해서는 박경애·황희주 외, 민간투자사업의 자기자본수익률에 관한 연구, 한국개발연구원, 2018, 83면 참조.

할 필요와 타당성은 무엇인지, 어떤 절차로 최적의 계약상대방을 선정할 것인지, 건설 후 시설은 어떻게 관리되어야 하는지 등에 관해서이다. 이는 국가가 재산을 취득하고, 취득한 재산을 관리하며 처분하는 재정활동에 대해 규율하는 재정법의 영역<sup>36)</sup>이다. 이하에서는 주무관청을 규율하는 재정법과 민간투자법의 관계를 검토하기로 한다.

(1) 국가(지방)재정법과의 관계

국가재정법은 국가의 예산·기금·결산·성과관리 및 국가채무 등 재정에 관한 일반법이다.<sup>37)</sup> 재정(財政)은 국가 또는 지방자치단체가 그 존립과 활동에 필요한 재력을 취득하고 이를 관리하는 작용을 의미하고<sup>38)</sup> 실무상 재정은 지출과 순유자로 구성되므로, 민간투자사업의 민간투자비는 재정의 개념에 포함되지 않는다.<sup>39)</sup> 그러나 민간투자사업은 재정투자를 보완하고 재정효율성을 제고하는 데에 목적이 있으므로, 재정의 배분계획을 직접 구성하는 것은 아니지만 재정의 배분계획과 밀접한 연관을 갖는다.<sup>40)</sup> 또한 민간투자사업의 추진 시 재정지원이 수반되는 경우에는 국가재정법의 적용을 받는다.

독일의 경우에는 연방예산법의 차원에서 경제성과 절약의 원칙을 선언하면서 그 과정에서 국가입자가 민간부문에 의해서 어느 정도 이루어지는지를 심사하도록 하므로 민간투자사업도 연방예산법의 체계 내에서 관리하는 것으로 이해된다.<sup>41)</sup> 우리나라라는 예산에 관한 일반법인 국가재정법에서 민간투자사업을 포괄하여 규정하고 있지는 않고, 국가재정법에서는 예산편성의 사전절차로 예비타당성조사제도를(법 제38조), 민간투자법에서는 사업추진의 사전절차로 타당성분석과 제도를(법 제 8조)를 각기 규정하고 있다. 두 절차는 일견 이원적인 것으로 보이는데, 하위규정에서 민간투자사업도 예비타당성조사 대상에 해당함을 명시함으로써 통합적으로 운용하고 있다(예비타당성조사운용지침 제15조, 제16조). 다만, 민간투자사업은 재정투자 방식과 비교한 민자 적격성 등을 추가로 검토하고, 민간제안사업의 경우에는 민간투자법에 따른 조사가 수행되면 예비타당성조사를 의제하여(예비타당성조사운용지침 제15조), 그 내용과 방법 면에서는 일부 차이가 있다(민간투자사업기본계획 제64조제2항, 제3항 등).<sup>42)</sup>

36) 재정법의 체계와 범주에 관해서는 논의가 형성 중에 있는 것으로 보이지만, 국가재정법, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’ 이라고 한다), 국·공유재산법이 재정법의 영역에 속함은 이견이 없을 것으로 보인다(김광목, 재정관계법 현황과 향후 개선 과제, 월간 나라재정 2017년 6월호, 17면 등 참조.)

37) 김광목, 앞의 글, 17면.

38) 박중수, 한국법제연구원, 재정관련 법령체계의 개편방안에 관한 연구, 2003.7.11면.

39) 국회예산정책처, 국가재정법 이해와 실제, 2014, 27~30면 참조.

40) 이러한 이유에서 정부는 민간투자활성화를 재정운용계획의 일환으로 목적에서 국가재정운용계획은 민간투자활성화를 계획의 일환으로 채택하기도 한다(기획재정부, 국가재정운용계획(2016~2022), 43면.) 또한 재정을 보완한다는 의미에서 민간투자를 ‘제2의 재정’ 으로 칭하기도 한다(정해방, 앞의 논문, 6면.)

41) 독일 연방예산법(Bundeshaushaltsordnung) 제7조 참조. 독일 연방예산법 제7조의 해석에 관해서는 전주열, 주요국 재정법령 분석-독일 연방예산 규정, 한국법제연구원, 2017.4.의 번역을 기초로 하되, 계인국, 독일의 공공조달법제와 감사제도, 공법연구 제48집제2호, 한국공법학회, 2019.12 및 문병효, 최근 독일 행정법의 변화와 시사점-유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로-, 229면 등을 참조함.

42) 민간투자사업과 재정투자사업을 추진하는 근거법과 제도가 별개로 구성되어 있는 것은 부적절한 구조로, 모든 사업의 재무적 타당성을 우선 평가한 후에 민간투자사업과 재정투자사업을 구분하는

또한 총사업비의 관리에 있어서도 재정투자사업은 국가재정법에 따라 사업비 증가 등이 있는 경우에 타당성재조사를 받지만(국가재정법 제50조), 민간투자사업의 경우는 이 지침의 적용을 받지 않고(총사업비관리지침 제3조제3항) 민간투자사업기본계획의 규율을 받는다. 이러한 점에서 민간투자법의 타당성조사(민간제안사업의 경우 제안서 검토 또는 적격성조사) 규정은 일면 예비타당성조사의 방법과 후속절차에 관해 특례규정으로 기능한다.

## (2) 국가(지방)계약법<sup>43)</sup>과의 관계

공공부문에서 물품, 공사, 용역 등의 조달과정에는 필연적으로 재정활동이 수반되고, 이에 관한 법적 통제가 주로 문제되기 때문에 정부조달법제는 전통적으로 재정법제의 영역에서 다루어져 왔다.<sup>44)</sup> 민간투자사업의 조달절차를 국가계약법으로 대표되는 조달법제 내에서 규율할 것인지 이를 독립적으로 규율할 것인지 여부는 입법적 선택의 문제로, 정부계약법제와 단절하여 민간투자법제를 독자적으로 입법화하는 방식(일명 ‘독립모델’)과 정부계약법에의 의존성을 높이는 방향으로 입법화하는 방식(일명 ‘의존모델’)을 상정할 수 있다.<sup>45)</sup>

우리나라의 경우 민간투자법에서 계약체결을 위한 조달절차를 별도로 마련하고 있으므로 독립모델에 가깝다.<sup>46)</sup> 국가가 주주관청이 되어 실시협약을 체결하는 경우 이 계약은 국가계약법의 적용대상이지만(국가계약법 제2조), 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 해당 법률에 따르도록 한 국가계약법 제3조에 따라 민간투자법을 검토해보면 국가계약법이 적용될 영역은 거의 없거나 전혀 없는 것으로 보인다.<sup>47)</sup> 우선, 민간투자법의 사업시행자 지정 및 실시협약 체결을 위한 절차는 국가계약법의 제7조 내지 제26조의 입찰공고, 낙찰자의 결정, 계약의 성립, 대가의 지급, 계약금액 조정 등의 내용에 상응하는 독립적 절차이다.<sup>48)</sup> 그 외에도 국가계약법에서 정하고 있는 정부조달협정에 따른 계약의

것이 필요하다는 견해로는, 김재형 외, 민간투자사업에 대한 재정지원 기준 및 절차 개선방안, 한국개발연구원 2000.6, 참조. 민간투자사업과 재정투자사업의 연계를 위해서는 필수검토민자시설의 민자적격성판단, 예비타당성조사 단계에서의 민간투자가능성 검토가 부분적으로 활용되고 있다(예비타당성조사 수행 총괄지침 제52조, 제53조).

43) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 칭한다.

44) 김대인, 재정행정법과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약, 행정법연구 제17호, 행정법이론실무학회, 2007.5, 137면.

45) 김대인, 민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구-정부계약법과의 관계정립을 중심으로-(1), 한국법제연구원, 2009.10.30., 121면. 이 글에 의하면 우리나라와 미국, UNCITRAL은 독립모델에 가깝고, 유럽연합 및 이의 영향을 받은 독일, 프랑스, 영국 등은 상대적으로 의존모델에 가까운 것으로 볼 수 있다.

46) 입법방식이 독립모델에 가깝다는 것은 규정의 내용이 정부계약법과 상이하거나, 상이해야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 김대인, 위의 글 122면에서도 제시되었듯이 핵심은 민간투자법제가 ‘어느 정도’ 정부계약법제에 의존하도록 하는 것이 바람직한가에 있다.

47) 정호경·선지원, 공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구-공법상 계약 이론을 중심으로-, 법제연구 제46권, 법제연구회, 2014, 188면-189면. 이 글은 실시협약 역시 기본적으로 국가계약법의 적용을 받는다고 보고, 민간투자법의 특별한 규율들(민간투자사업심의위원회의 설치 및 운영, 민간제안사업에 대한 적격성조사, 각종 감독 규정 등)은 실시협약을 공공조달계약의 범주에서 제외시키기 위한 것이 아니라, 공공성을 더욱 부여하기 위한 장치라고 본다.

48) 국가계약법에 따라 입찰참가자격이 제한된 자가 민간투자법에 따른 민간투자사업에 참여할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 법제처는 민간투자법에 따른 협상대상자의 지정 및 사업시행자의 지정행위를 포함한 실시협약의 체결에 관한 규정은 국가계약법 제3조에 따라 다른 법률에 특별한 규

범위(법 제4조), 계약사무의 위임·위탁(제6조), 부정당업자 제재(법 제27조~제27조의3), 이의신청(법 제28조), 분쟁해결(법 제28조의2, 제29조), 계약실적보고(제33조), 벌칙 적용 시의 공무원 의제(법 제35조)에 관해서 민간투자법은 별도로 정하고 있다.<sup>49)</sup>

국가계약법의 모든 조항이 배제되는지 여부에 관해서는 견해가 나뉠 수 있겠으나,<sup>50)</sup> 민간투자법이 계약의 체결과 종료, 내용에 관해 별도로 규율하는 체계에서 소수의 국가계약법 조항만을 해석을 통해 적용하는 것은 절차의 안정성 면에서 적절하지 않아 보인다. 그러므로 국가계약법의 적용 가능성을 해석에 의존하기보다는 민간투자법이 조달절차와 계약에 관해서 국가계약법의 특별법적 성격을 확인하고, 일정한 경우 국가계약법과 달리 계약의 계약의 종류·내용·방법 등을 정할 수 있도록 하여 양자의 관계를 명확히 한 방위산업법의 경우와 같이(방위산업법 제46조) 양 법률의 관계를 명확히 하는 것도 고려할 필요가 있다.<sup>51)</sup>

### (3) 국·공유재산법과의 관계

준공과 동시에 해당 시설이 정부에 귀속되는 방식의 사업에는 국유재산의 관리와 처분에 관한 일반법인 국·공유재산법이 적용된다.<sup>52)</sup> 국·공유재산법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 그에 따르도록 하였으므로(국유재산법 제4조, 공유재산 및 물품 관리법 제2조의2), 행정재산에 관한 다른 개별법이 있으면 국공유재산법에 우선하여 적용되기도 한다. 예컨대 도로나 도시공원은 그 부지가 국공유지로서 행정재산이지만 관리에 대해서는 도로법, 도시공원법 등에 의해 우선적으로 규율되고, 그 처분에 대해서는 국유재산법 등과의 유기적인 해석을 통해 규율된다.<sup>53)</sup>

「공유재산 및 물품 관리법공유재산법」(이하 ‘공유재산법’이라 한다)을 기준으로 민간투자사업의 적용여부를 살펴보면, 기본적으로 민간투자사업도 공유재산법의 규율을 받는다.<sup>54)</sup> 민간투자법의 시행

정이 있는 경우에 해당하는 것으로 보아 국가계약법의 해당 규정이 배제된다고 보았다(법제처 11-0449, 2011.9.8.) 법제처 해석례에서는 민간투자법이 국가계약법 제8조부터 제15조까지의 규정에 우선 적용 되는 것으로 보았는데, 계약금액 조정, 체결방식, 지체상금 등 계약에 관한 일체의 사항에서 민간투자법이 별도의 규율하는 것으로 해석함이 적절할 것으로 생각한다. 민간투자법은 사업시행 조건을 실시협약으로 정하도록 규정하고 있고(민간투자법 제13조 제3항), 이에 따라 계약보증금, 지체상금, 계약금액 조정에 관한 사항 등은 실시협약에서 규정하고 있다.

49) 민간투자법은 정부조달협정등의 적용 범위 및 원칙(제3조의2), 권한의 위임(제61조), 부정당업자의 민간투자사업 참가자격 제한(제46조의2), 이의신청(제44조의2), 분쟁조정(제44조의3 등), 추진실적 등의 제출 및 평가(제51조의2), 벌칙 적용 시의 공무원 의제(제61조의2)에 관하여 규정하고 있다.

50) 국가계약법의 적용이 전면적으로 배제된다는 입장(홍성필·윤성철, 민간투자사업분쟁관계법, 250면)도 있고, 국가계약법의 적용을 전제로 하되 문언상 명백하거나 또는 성질상 적용함이 적절하지 않은 경우를 개별적으로 판단해서 적용여부를 해석해야 한다는 견해(김대인, 앞의 글 제130면)도 있다. 후자에 의하더라도 입찰공고에서부터 계약의 성립까지를 규정하고 있는 국가계약법 제8조 내지 제11조의 사항 중 입찰보증금(법 제9조) 규정이 민간투자사업에 적용되는지 여부에 관해, 낙찰 결정 후 협상절차가 필수적이지 않은 국가계약법 절차와 민간투자법의 절차는 상이하므로 이 조항은 성질상 적용되지 않는다고 해석하였다(김대인, 앞의 글, 113면).

51) 위 법제처 해석례에서도 국가계약법이 민간투자사업에는 적용되지 않음을 명확히 하기 위해서는 국가계약법 제2조에 따른 적용범위를 보다 명확히 할 필요가 있다는 법령정비 권고 사항을 부가하였다.

52) 법제처, 법령입안·심사기준, 2017, 249면.

53) 김종보, 개발사업에서 국공유지의 법적 지위, 행정법연구 제57호, 행정법이론실무학회, 2019.5, 8면.

54) 민간투자법은 국공유재산법의 특례로 민간투자사업에 필요한 국공유지의 매각 제한, 무상사용·수

으로 정부에 귀속된 시설은 공유재산법에 따라 등기·등록 등을 하여야 하고(법 제9조), 처분이 엄격하게 제한된다(법 제19조 등). 민간투자사업 시행으로 장차 정부가 취득하게 될 시설의 자산이 일정금액 이상이라면 공유재산 관리계획을 수립하여 공유재산심의위원회의 심의 및 지방의회의 의결 절차를 거쳐야 한다(법 제10조, 제16조).<sup>55)</sup>

그러나 행정재산의 사용·수익허가에 관해서는 민간투자법이 공유재산법에 우선적용 되는 것으로 이해된다. 공유재산법은 사용·수익허가의 상대방을 정하는 절차, 허가기간, 사용료, 허가의 취소 사유 및 절차, 관리위탁에 관한 사항을 상세하게 규정하고 있는데(공유재산법 제20조~27조), 이는 민간투자법의 사업시행자 지정절차, 사업기간, 사업시행자 지정 취소, 관리·운영에 관한 조항과 상충된다. 단적으로 공유재산법은 일정한 경우 지명경쟁이나 수의계약이 허용되나 민간투자법은 이를 공개경쟁만을 상정하고 있고, 공유재산법은 사용·수익의 허가기간을 20년으로 정하고 있으나 민간투자법은 관리운영권 설정기간의 상한을 명시하고 있지 않다가 최근 50년으로 개정하였다(법 제25조제3항).<sup>56)</sup> 그러므로 민간투자사업은 기본적으로 공유재산법의 적용을 받지만, 민간투자법과 상충되는 사항은 민간투자법이 우선적용되는 관계라고 해석할 수 있다.

#### 4. 소결

민간투자법은 재정법에 대해서도 우선 적용되는 사항이 있으나, 양자의 관계가 명시적으로 선언되지 않는다는 점이다. 이는 민간투자법을 개발사업법에 대한 특별법으로 인지하면서, 재정법에 대한 특별법적 성격은 상대적으로 덜 고려되었기 때문으로 짐작된다. 한편, 민간투자사업의 자금조달은 기본적으로 민간(시장)의 영역이지만, 예산 측면의 통제까지도 완전히 시장에 흡수되는 것은 아니다. 민간투자법은 각종 조세감면 등을 통해 원활한 자금조달을 지원함과 동시에, 사업의 공적 성격에 입각한 각종 규율(최저자기자본비율, 자금제조달 이익공유, 엄격한 조달절차)을 가하는데, 이는 수정된 형태의 재정법적 규율이라 할 수 있다.

건설법과의 관계에서 보면, 민간투자법은 사업시행자 지정, 실시계획 승인, 준공확인 등 개발사업의 절차를 두면서 민간투자법 우선조항(법 제3조)과 각종 의제조항을 통해 건설법과 관계한다. 사업의 큰 단계는 여타의 개발사업과 유사하지만, 시설의 물적 요건은 개발사업법을 통해 규율되고 민간투자법은 사용료나 사업기간 등 재무적인 사업조건에 관여하면서 특칙으로 기능한다. 독립적이고 완

익 등에 관하여 규정하고 있다(민간투자법 제19조).

55) 사업추진 과정에서 공유재산 관리계획의 수립 및 지방의회의 의결이 필요한지 여부 및 의결의 시점에 관해 추진 과정에서 쟁점이 된 사안에서 법원은 지방의회 의결을 거치지 않은 실시협약은 무효임을 확인하였다(서울고등법원 2011. 9. 22. 선고 2009나96474 판결 참조). 쟁점은 민간투자사업이 공유재산 관리계획 수립의 예외대상에 해당하는지 여부인데, 판결에 나타난 사실관계에 의하면 법제처 해석례와 서울특별시 행정심판위원회는 공유재산 관리계획 대상에서 제외된다고 판단한 반면, 행정자치부는 포함된다고 보면서 의결 시기에 관해 엇갈린 답변을 제시하는 등 해석상의 혼란이 크게 초래되었다.

56) 공유재산법에 의한 민간투자사업과 민간투자법에 의한 민간투자사업의 차이에 관해서는 주재홍·이세구, 서울시 민간투자사업 추진을 위한 단계별 관리 방안 연구, 서울연구원, 2013, 101면 참조.

결적인 개발사업법에는 해당하지 않는 민간투자법을 통해 어느 정도의 권한을 부여할지는 입법정책의 문제였으나, 특히 토지수용권의 경우 대상시설의 특성에 대한 충분한 검토와 공익성 담보장치의 보장 등을 통해 민간투자법과 개발사업법의 역할분담이 고민되어야 할 것이다. 이하에서 살펴볼 인·허가 의제규정도 개발사업법과의 역할분담이 중요한 항목에 해당된다.

## V. 민간투자법 의제조항의 해석

### 1. 의제조항의 구조와 연혁

#### (1) 민간투자법 제17조의 내용

민간투자법 제17조는 주무관청이 실시계획을 고시한 때에 해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인·허가 등(이하 ‘관계법률 인·허가’)과 관계법률에 따라 인·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인·허가 등(이하 ‘다른 법률 인·허가’)이 의제됨을 규정하고 있다.

**민간투자법 제17조(다른 법률에 따른 인·허가 등의 의제)** ① 주무관청이 제15조제2항에 따라 실시계획을 고시한 때에는 해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인·허가 등과 관계법률에 따라 인·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인·허가 등을 받은 것으로 보며, 관계법률 및 다른 법률에 따른 고시 또는 공고가 있는 것으로 본다.  
 ② 주무관청이 제15조제1항에 따라 실시계획을 승인 또는 변경승인하려는 경우에는 제1항에 따른 다른 법률에 적합한지를 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.  
 ③~⑤ (생략)

일반적으로 A법률에서 B법률의 인·허가가 의제됨을 규정하고 있고, B법률에서 C법률의 인·허가가 의제됨을 규정하고 있는 경우 A법률의 인·허가로 인해 C법률의 인·허가가 의제되는 이른바 ‘의제의 의제’는 허용되지 않는 것으로 해석된다.<sup>57)58)</sup> 그런데 민간투자법은 실시계획 승인으로 관계법률 인·허가와 다른법률 인·허가가 의제되도록 하여 ‘의제의 의제’를 명문화하고 있다는 점에서 희귀한 입법례이다.<sup>59)</sup> 인·허가 의제조항의 적용을 도식화하면 다음과 같다.

[그림 2] 민간투자법 인·허가 의제 구조<sup>60)</sup>

57) 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떠한 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는, 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그치는 것이고, 거기에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두22252 판결 등 참조).

58) 법원은 주택건설사업계획의 승인이 있었더라도, 주택법 제88조의 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가와 도시개발법 제17조의 도시개발사업에 관한 실시계획인가가 의제되는데 그치고, 거기서 다시 국유재산법 제24조에 따른 국유지 사용·수익에 대한 허가까지 의제된다고 볼 수는 없다고 보았다(대법원 2015. 4. 23 선고 2014두2409 판결).

59) 정태용, 인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰, 법제 통권 530호, 법제처, 2002, 232면.

60) 도로법에 따른 도로구역의 결정(도로법 제25조)은 관계법률 인·허가에 해당하고, 도로구역 결정으



(2) 의제조항의 연혁

인·허가 의제조항은 법 제정시부터 도입되었다. 특기할 점은 당시에는 ‘…관계법률이 정하는 바에 의하여 다른 법률에 의한 인·허가 등을 받은 것으로 보며’라고 하여(제15조제1항), 다른 법률 인·허가만을 의제대상으로 명시한 것이다. 이후 2005년도 법 개정으로 관계법률 인·허가가 의제대상에 포함되었는데, 당시 입법자료는 의제조항의 취지를 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>61)</sup>

“민간투자법에 따라 도로건설사업의 실시계획이 승인될 경우, 현행 법조문에 의하면 관계법률(도로법)이 정하는 바에 따라 다른법률(농지법)에 의한 농지전용허가가 의제됨. 이는 도로법에 규정(제25조의2, 도로관리청에 의한 도로구역의 결정이 있는 경우에 농지전용허가가 의제됨)되어 있는 바에 따른 것이며 민간투자법 제17조가 없어도 당연히 적용되는 효과임.

본 규정을 처음 만든 입법취지는 민간투자법에 따라 도로건설사업의 실시계획이 승인될 경우 도로법(관계법률)에 의한 도로구역 결정을 의제하고, 도로법(관계법률)에 따라 농지법(다른법률)에 따른 농지전용허가까지 의제하여 민간투자에 소요되는 시간 및 비용을 획기적으로 개선하려는 취지였음.”

이처럼 의제조항은 민간투자법회에 따른 실시계획의 승인에 관계법률의 인·허가(도로구역 결정)의 효과를 부여하고, 동시에 관계법률 인·허가(도로구역 결정)에 따른 인·허가 의제의 효과를 동시에 부여하는 데에 그 취지가 있다. 특히, 법 제정안에서는 ‘실시계획이 고시된 때에는 다른 법률에 의한 각종 인·허가를 받은 것으로 보아 민자유치사업이 원활히 추진될 수 있도록’ 한다고 취지를 설명하고 있으므로, 의제조항은 다른법률 인·허가의 의제를 염두에 둔 것으로 이해할 수 있다.<sup>62)</sup>

2. 실시계획 승인의 기능과 법적 성질

로 의제되는 공유수면의 점용·사용허가(도로법 제29조제1항제1호), 농지전용허가(도로법 제29조제1항제6호)는 다른법률 인허가에 해당한다.

61) 민간투자법 개정법률안(정부제출, 2004.10.29. 의안번호 170669) 검토보고서, 2004.12. 국회운영위원회, 33면. 밑줄은 필자강조.

62) 당초 법 제정안은 ‘…관계법률 및 다른 법률에 의한 인·허가 등을 받은 것으로 보며…’ 였으나, 심사과정에서 국회 경제과학위원회는 ‘해당조항은 다른 법률에 의한 인·허가 등의 의제이므로 법문 중 “관계 법률”은 불필요’ 하다는 의견을 제시하였고, 이에 따라 법률은 ‘…다른 법률에 의한 인·허가 등을 받은 것으로 보며…’ 의 문구로 수정 가결되었다.

(1) 실시계획 승인의 내용과 절차

인·허가 의제의 주된 처분인 실시계획 승인은 실시협약 체결 후 실시설계도서 작성 등 구체적인 준비를 통해 공사 착수로 나아가는 단계이다. 실시협약 체결 단계에서는 협상대상자로 지정된 자가 제출한 제안내용(기본사업계획 도서(圖書) 포함)을 기초로 총사업비, 운영비 등 사업의 제반조건이 확정된다. 실시협약 체결 시로부터 1년 이내에(최장 2년 이내) 사업시행자는 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 받아야 한다(민간투자법 제13조 제5항, 제15조). 실시협약에서는 실시계획 승인 절차를 보다 상세히 규정하는데, 주무관청은 신청내용의 수정을 요구할 수 있고, 실시계획 승인에 관한 약정을 위반하였을 시에 사업시행자 지정을 취소할 수 있다(BTO 표준실시협약안 제18조).

(2) 개발사업법상 실시계획 인가와의 비교

1) 실시계획의 내용과 절차

기반시설에 관한 일반법인 국토계획법상 도시·군계획시설사업(이하 ‘도시계획시설사업’이라 한다)의 실시계획 인가 절차와 민간투자법의 실시계획 승인 절차를 비교해보면 다음과 같다.<sup>63)</sup> 우선, 실시계획 승인 또는 인가 신청 시 제출하는 서류는 양자가 상당 부분 유사하다. ① 사업의 개요(위치, 면적, 규모 등), ② 설계도서, ③ 사업부지의 토지수요 및 사용 관련사항, ④ 자금조달계획이 공통적인 사항이다. 민간투자법에서만 요구되는 사항은 국토계획법에는 규정되지 않은 부대사업 관련사항, 공사 시방서(時方書)와 공사비 산출 근거가 있다.<sup>64)</sup>

사업비의 액수나 구체적인 자금조달계획이 인가권자의 주요한 관심사항이 아닌 것과 달리, 민간투자사업은 총사업비가 이용자의 사용료, 건설보조금 또는 정부지급금에 직결되므로 총사업비의 액수, 자금조달 능력 뿐 아니라 자금조달조건이 중요한 규율사항에 해당하게 된다. 이러한 차이로 인해 민간투자법은 공사비 산출 근거를 제출하도록 하고 있다.

한편, 국토계획법은 실시계획 인가 전에 실시계획을 공고하고, 관계 서류의 사본을 일반인이 열람할 수 있도록 하며, 토지·건축물 등의 소유자 및 이해관계인의 의견제출 절차를 두고 있다(국토계획법 제90조). 반면에, 민간투자법은 실시계획 승인 후 이를 고시하는 절차만을 마련하고 있다(민간투자법 제15조 제2항).

63) 개발사업법은 실시계획 인가, 사업계획 승인, 공사시행 인가 등 해당 절차의 명칭도 상이하고, 실시계획의 내용이나 절차 등 각종 규율이 국토계획법과 상이하다. 그러므로 민간투자법과 국토계획법의 비교는 개발사업법과의 차이를 정밀하게 드러내는 데에는 한계가 있을 것이나, 국토계획법이 기반시설에 대해 가지는 일반법적 성격을 고려하여 비교대상을 선정하였다.

64) 도시계획시설사업은 민간부문이 사업시행자가 되는 경우 민간부문의 비용으로 사업을 추진하고 주무관청과의 관계에서 사업비 회수문제가 발생하지 않으므로(국토계획법 제101조), 사업비의 액수나 구체적인 자금조달계획은 주무관청의 관심사항이 아니다. 국토계획법은 자금계획을 실시계획의 내용으로 규정하고 있으나(제88조 제5항), 도시계획시설사업실시계획인가신청서(국토계획법 시행규칙 별지 제9호 서식)에는 자금계획 기재란이 별도로 없다.

## 2) 실시계획 승인의 기능

민간투자법의 실시계획 승인 역시 국토계획법의 실시계획 인가와 같이 다음의 기능이 있다. 첫째로, 실시계획은 설계도를 중요한 구성요소로 하고 설계도에 의해 사업부지가 특정된다.<sup>65)</sup> 도시계획시설사업에서 실시계획의 인가권자는 해당 시설이 국토계획법상 기반시설의 개념에 부합하는지, 해당 실시계획의 내용이 도시계획시설(유원지)의 결정·구조 및 설치의 기준에 적합하여야 하는지를 심사하여야 하는데(대법원 2015. 3. 20. 선고, 2011두3746 판결 참조), 실시계획 인가를 통해 시설의 물리적, 기능적 요건이 확정된다. 일단 실시계획이 인가되고 공사가 시행되면 준공검사는 실시계획대로 완료되었는지를 기준으로 이루어진다(국토계획법 제98조 제3항). 둘째로, 실시계획은 공사를 허가하는 기능을 하며<sup>66)</sup>, 실시계획 인가가 토지보상법상 사업인정 및 그 고시로 의제됨에 따라(토지보상법 제96조) 사업부지에 대한 권한획득의 지위를 부여한다. 셋째로, 실시계획 인가를 통하여 다른 법률에서 정하고 있는 인·허가가 의제된다. 실시계획이 인가되면 건축법에 따른 건축허가, 국유재산법에 따른 사용·수익의 허가 등 각종 인허가가 의제된다(국토계획법 제92조).

민간투자법의 실시계획 승인 절차는 위의 세 가지 기능 외에도 실시협약을 통해 일차적으로 확정된 사업조건을 재확정하는 의미를 지니며, 이 기능이야말로 민간투자법에서 별도로 실시계획 승인 절차를 둔 이유가 된다. 예를 들어, 실시협약 체결 이후 환경영향평가 등 법정 절차를 거치는 과정에서 사업계획(공법이나 노선 등)과 총사업비 변경사유가 발생할 수 있고, 총사업비 변경에 따라 연관된 사업조건이 변동될 수 있다.<sup>67)</sup> 민간투자사업기본계획은 이러한 사정을 고려하여 ‘환경·교통영향평가 및 인·허가기관의 요구, 지방자치단체와의 협의결과 기타 민원의 내용 중 주무관청이 인정하여 총사업비가 증감되는 경우’를 총사업비를 변경할 수 있는 예외적인 사유 중 하나로 예정하고 있다(민간투자사업기본계획 제10조). 각종 영향평가 결과를 반영하여 조정된 총사업비와 그에 따라 작성된 실시설계도서와 첨부서류는 계약관계에서는 일체를 이룬다.<sup>68)</sup> 결국, 구체적인 사업시행조건을 확정된 후 진행되는 실시계획 승인은 실시협약과 함께 계약관계를 구성하고, 실시계획의 승인절차는 계약의 이행절차가 된다. 실시계획의 첨부서류인 자금조달계획은 자금조달능력과 안정적인 사업추진을 증빙하기 위한 계획적 성격만을 지니는 것이 아니라, 실시협약에서 약정한 자금조달조건에 구체적인 자금조달계획이 부

65) 김종보, 앞의 책, 336면.

66) 김종보, 앞의 책, 336면.

67) 현재 사업추진 중인 서부내륙(평택~부여~익산) 고속도로는 환경영향평가 결과 산을 깎거나 흙을 쌓는 구간 등 환경에 영향을 미칠 구간에 대해 노선변경과 공사 수정이 필요하다는 의견이 제시되어 사업계획 변경에 따른 공사비 증액을 예정하고 있다(전주일보 2018.8.12. ‘서부내륙고속도로, 환경평가에 ‘발목’, 건설경제, 2019.3.4. ‘9부능선 넘은 庶婦내륙고속도 … “연내 착공”’ 등. 서부내륙고속도로 민간투자사업의 사업시행자는 환경영향평가에 대한 조건부 동의를 얻고, 주무관청인 국토교통부에 실시계획 승인 신청서를 제출했다. 환경영향평가 협의결과 반영 시 수천억원 가량의 사업비 증가로 협약당사자는 실시협약 조건에 관한 협의를 거칠 예정이다.).

68) 실시협약과 불일치하는 실시계획의 해석에 관해서는 서울고등법원 2018.2.8. 선고 2017누53590 판결 및 이에 관한 평석으로는 윤성철, 민간투자법상 실시계획 승인의 법적 성질, 2018판례연구, (제32집 제1권), 2018 및 권주연, “민간투자법상 공법상 계약과 행정처분의 관계에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2018.8. 등 참조.)

합하는지를 확인하는 기능을 한다.<sup>69)</sup>

### 3. 의제대상 인·허가 등의 범위와 특성 검토

#### (1) 해석상의 난점

민간투자법은 ‘해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인·허가 등’이 의제된다고 하여 의제범위를 특정하지 않고 있으므로, 의제대상의 확정을 위해서는 해석이 필요하다. 해석상 특히 문제되는 것은 민간투자법에 의해 개별 개발사업법에서 정하고 있는 것 이상으로 인·허가 의제대상이 확장될 수 있는지 여부이다. 이하에서는 도로사업 사례를 통해 민간투자법 의제의 특성을 살펴보고, 실무에서 쟁점이 되는 지구단위계획결정의 의제여부를 검토하기로 한다. 또한 건축사업의 경우 의제조항은 어떻게 적용되는지를 살펴본다.

#### (2) 도로사업의 경우

##### 1) 도로구역결정 의제의 법적 성격

도로법에 따른 도로구역 결정(도로법 제25조)은 입법자료와 선행연구를 통해서 확인되는 대표적인 의제대상(관계법률 인·허가)이다. 도로법은 별도의 실시계획 승인이나 인가 절차를 마련하고 있는 않은데 도로구역의 결정은 이와 기능적으로 유사한 면이 있다. 도로구역의 결정 시에 도로구역의 위치도와 계획평면도가 작성되고, 수용 또는 사용할 토지의 세목을 정리함으로써 본격적인 도로공사 시행을 준비하게 된다(법 시행령 제24조). 또한 도로구역 결정을 통해 각종 인허가 사항이 의제되고(법 제 29조), 토지보상법에 따른 사업인정이 의제된다(법 제82조).

도로사업에서 확인하게 되는 점은 민간투자사업의 주무관청과 도로구역을 결정하는 도로구역 결정권자는 동일하며, 이에 따라 인허가 의제를 위한 관계기관 협의절차는 필요하지 않다는 것이다. 도로구역 결정의 주체인 도로관리청은 도로에 관한 계획, 건설, 관리의 주체가 되는 기관으로 도로의 종류에 따라 결정되는데(도로법 제2조제5호), 고속국도와 일반국도는 국토교통부 장관이, 국가지원지방도를 제외한 도로는 해당 도로 노선을 지정하는 행정청이 도로관리청이 된다(도로법 제23조). 민간투자사업에서의 주무관청은 관계 법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 의미하므로(민간투자법 제2조제4호), 고속도로 사업에서는 고속도로의 계획, 건설, 관리권한을 보유한

69) 민간투자사업기본계획은 협약당사자는 실시협약과 금융약정의 체결시점이 일치할 것을 노력하여야 함을 규정하고 있고(제25조제3), 실시계획 승인신청서에는 자금조달 협약서 등이 포함되도록 하고 있으며(제90조제2항), 주무관청은 실시계획 승인시 자금조달조건, 상환조건 등 실시계획의 주요 사항들이 합리적으로 수립되었는지를 검토하도록 하고 있다(제90조제5항). 이처럼 실무에서 실시계획 승인 시 자금조달계획을 제출하는 것은 권장되지 않으며, 많은 경우 시설사업기본계획 고시(또는 제3차 제안공고)에서 실시계획 승인 신청시까지 대출약정서를 제출하도록 하고 있는데, 이는 자금조달의 구체적인 조건이 공법적 계약을 통한 규율영역에 포섭되어 있음을 나타낸다.

국토교통부장관이 주무관청에 해당된다.<sup>70)</sup>

도로구역 결정은 도로관리청의 의사 공표와 함께 지형도면이 작성되는 절차이므로 도로구역 결정이 의제되더라도 도로구역의 결정내용(노선번호, 노선명, 위치, 면적, 기·종점, 총연장 등)과 함께 지형도면의 작성이 필요하다.<sup>71)</sup> 도로구역의 결정은 공공용물로서 공용개시행위에 해당하고,<sup>72)</sup> 실시계획 승인은 사업시행자와의 관계에서 공사시행의 권원을 부여하는 절차이므로 개념상 도로구역 결정이 실시계획 승인보다 선행한다.<sup>73)</sup> 실무상 실시계획 승인 고시문에는 의제대상인 도로구역 결정사항, 도시계획시설 결정사항이 함께 기재되고, 지형도면도 고시되며 통상 도로구역결정 절차의 일환인 주민 의견청취 절차(법 제26조)는 생략되지 않는다.<sup>74)</sup> 인·허가 의제로써 양자를 동시에 진행하는 것은 관할권 통합을 통한 절차 신속의 의미가 있는 것은 아니고, 민간투자방식으로 인해 추가된 절차(실시계획 승인)를 도로구역결정과 통합해서 고시한다는 정도의 의미를 가진다.<sup>75)</sup>

## 2) 도로 점용허가의 의제 여부

도로법은 시설을 신설하기 위해 도로를 점용하려면 도로관리청의 허가를 받도록 규정하고 있다(도로법 제61조). 고속국도 민간투자사업에서 일부 구간이 기존 광역시도와 중복되도록 도로구역이 결정되었고 중복되는 구간에 고속국도를 설치하려는 경우, 법제처는 민간투자법 제17조에 의해 도로 점용허가가 의제된다고 해석한 바 있다.<sup>76)</sup> 그런데 현행 민간투자법은 ‘다른 법률’에 적합한지를 관계 행정기관의 장과 협의해야 한다고 할 뿐(법 제17조제2항), 관계법률에 적합한지에 관한 협의의무를 부과하고 있지 않다. 법문에는 없지만 민간투자사업의 주무관청(국토교통부)이 관계법률(도로법)상 도로관리청(지방자치단체)과 협의할 의무를 도출 할 수 있을 것인가. 단순한 입법의 불비라고 생각할 수도 있겠으나, 다른 법률에 따라 의제되는 인·허가의 주처분권자(도로구역 결정권자)와 민간투자사업의 주무관청이 동일하다는 것과 의제조항의 취지가 다른법률 인·허가에 있음을 생각해보면 이를 단

70) 구체적으로는 「국토교통부와 그 소속기관 직제」(대통령령 제30459호)에 따라 고속국도 및 일반국도 건설 사업계획의 수립·시행 업무를 담당하는 도로국에서 해당 업무를 담당한다(「국토교통부와 그 소속기관 직제」 제17조).

71) 민간투자법은 의제되는 인허가에 필요한 서류를 작성할 의무를 명문으로 부과하고 있지는 않으나, 그럼에도 불구하고 지형도면의 작성은 필수적으로 요청된다.

72) 도로의 공용개시행위 시점에 관해 법원은 ‘도로와 같은 인공적 공공용재산은 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로서 공공용으로 사용하기로 결정한 경우, 또는 행정재산으로 실제로 사용하는 경우의 어느 하나에 해당하여야 행정재산이 되는 것이므로, 도로는 도로로서의 형태를 갖추어야 하고, 도로법에 따른 노선의 지정 또는 인정의 공고 및 도로구역 결정 고시가 있는 때로부터 또는 도시계획법 소정의 절차를 거쳐 도로를 설치하였을 때로부터 공공용물로서 공용개시행위가 있다.’ 고 본다(대법원 1995. 2. 24., 선고, 94다18195, 판결).

73) 예를 들어, 서울춘천 고속도로 민간투자사업의 경우 2004.7.2. 도로구역 결정을 한 후 2004.8.18. 실시계획 승인 고시를 하였다.

74) 포천~화도 고속도로 민간투자사업 실시계획 승인 고시(국토교통부 제2018-700호), 도로구역 결정(변경), 접도구역 지정 및 사업인정에 관한 주민 등의 의견 청취 공고(국토교통부 공고 제 2018-948호) 등 참조.

75) 두 절차가 별개로 진행되었더라도 공유수면점용허가, 산지전용허가 등 각종 인허가는 도로법에 의해 의제가 되므로 이는 민간투자법에 따른 인·허가의제의 효과와는 무관하다.

76) 법제처 법령해석례 14-0075.

순한 법의 누락으로 보기는 어렵다. 원활한 공사 수행을 위하여 도로의 점용허가를 의제하고자 한다면, 별도로 의제대상을 특정함으로써 이를 명확히 하는 입법적 개선이 필요하다.

(2) 지구단위계획결정의 의제여부

1) 지구단위계획의 내용과 절차

개발사업법은 인·허가 의제조항을 통해 국토계획법상 각종 계획과의 관계를 정립한다. 예를 들어, 도시철도법에 따라 사업계획 승인을 받으면 인·허가가 의제되는데, 국토계획법에 따른 도시관리계획은 기반시설에 관한 계획만 의제된다(도시철도법 제8조제1항). 민간투자사업을 추진하는 경우에는 보다 광범위하게, 지구단위계획결정도 의제된다고 해석할 수 있을지 해석이 필요하다

지구단위계획은 도시계획 수립 대상지역의 일부를 대상으로 건축물 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등에 대한 제한을 완화하거나 건폐율 또는 용적률을 완화하여 수립하는 계획이다(국토계획법 제2조제5호, 지구단위계획수립지침 1-2-1). 지구단위계획은 용도지역제나 개발제한구역제와 같은 국토계획법상 도시관리계획의 일종이지만<sup>77)</sup> 도면을 통한 구획 지정 외에 건축허가요건 등에 관한 상세한 내용을 포함한다는 점에 그 특징이 있다.<sup>78)79)</sup> 지구단위계획에 규정되어야 하는 사항 중 가장 중요한 것은 건축허가요건으로(국토계획법 제52조 제1항 제4호, 제5호), 건축허가요건은 용도지역제의 도시계획에 의한 건축물의 용도제한, 형태제한요건(건폐율, 용적률, 높이의 최고·최저한도 등)을 기초로 하여, 건축물의 배치, 색채 등을 추가적으로 포함하는 관념이다.<sup>80)</sup> 또한 지구단위계획의 내용에는 일정 유형의 기반시설의 배치와 규모에 관한 사항이 포함된다(국토계획법 제52조제1항제2호).

지구단위계획은 도시계획결정절차에 따라 지구단위계획의 입안(지구단위계획구역지정 포함), 주민과 지방의회의 의견 청취, 도시계획심의위원회의 심의 절차 등을 거쳐 결정·고시된다(국토계획법 제24조 내지 32조).

2) 의제여부의 검토

지구단위계획결정이 의제된다고 보는 견해에서는 다음 근거가 제시될 수 있다. 첫째, 민간투자법은

77) 국토계획법은 도시관리계획을 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획, 개발제한구역, 도시자연공원구역, 시가화조정구역(市街化調整區域), 수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획, 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획, 도시개발사업이나 정비사업에 관한 계획, 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획, 입지규제최소구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 입지규제최소구역계획으로 분류하고 있다(국토계획법 제2조제4호).

78) 김종보, 앞의 책, p300-301 참조.

79) 지구단위계획은 대상지역이 좁고, 상세한 건축허가요건을 그 내용으로 한다는 점에서 국토계획법상 지구단위계획에 관한 규정은 일반적인 용도지역제 도시계획에 대한 특별규정이라고 해석할 수 있다(김종보 앞의 책 307면, 300면 참조.)

80) 김종보, 앞의 책 303면 참조.

민간투자를 촉진하기 위한 법률이고 인·허가 의제를 통해 사업의 신속한 추진이 가능하다. 둘째, 민간 투자법상 관계법률에 국토계획법이 포함되어 있고, 민간투자사업의 추진은 국토계획법에 따른 각종 도시계획과 밀접한 관련을 가지므로 지구단위계획결정도 의제대상에서 배제될 이유가 없다. 셋째, 의제가 되더라도 실제적 요건심사는 이루어질 것이므로 절차회피의 문제는 발생하지 않는다.

이에 대한 반론은 다음과 같다. 첫째, 실시계획의 승인권자인 주무관청과 지구단위계획의 결정권자가 다를 수 있는데, 민간투자법은 다른 법률 인허가에 관해서만 관계행정기관의 장과 협의할 것을 규정하고 있다(법 제17조제2항). 지구단위계획의 결정권자는 원칙적으로 시·도지사이고 예외적으로 시장 또는 군수로(국토계획법 제50조, 제29조), 민간투자사업의 주무관청이 구청장인 경우에는 실시계획 승인권자와 지구단위계획 결정권자가 불일치함에도 관계기관 협의절차의 공백이 생긴다.<sup>81)</sup>

둘째, 입법 과정에서 국토계획법상 인·허가 의제의 필요성은 논의가 되었으나, 법률에는 반영되지 않은 것으로 확인된다. 먼저, 법 제정 과정에서 교통위원회는 관계법률에 도시계획법을 추가하여 줄 것을 요구하였으나<sup>82)</sup>, 이 견해는 반영되지 않았다. 1999년도 민간투자법 전부개정의 기초가 된 ‘인프라시설에 대한 민자유치 종합대책’에서는 사업추진 시 발생하는 모든 인·허가 업무를 원칙적으로 주무부처 또는 전문기구가 담당하도록 하되, 도시계획 변경 등 부처 또는 전담기구가 협의 등을 통해 처리할 수 없는 인허가 문제는 협상을 통해 처리방법을 정할 것은 제안하였으나,<sup>83)</sup> 법률 개정은 함께 제안된 협의제척기간의 단축에서만 이루어졌다.<sup>84)</sup>

또한 인·허가 의제 시 실제적 요건은 심사되지만 절차적 요건은 생략될 수 있다는 판례법리에 입각할 때,<sup>85)</sup> 의제대상의 확대는 도시계획 절차에서 각종 의견수렴을 통해 공공성을 확보하고자 하는 취지를 약화시킨다. 특히, 민간투자법에 의견수렴 절차가 전무(全無)하다는 것을 생각해보면 이 의제의 의제 구조 속에서 이해관계자의 목소리는 축소되거나, 완전히 소거(消去)될 위험에 처한다.<sup>86)</sup> 의제

81) 예를들어, 서울시 동대문구가 주차장을 민간투자사업으로 설치하는 경우 기존에 수립된 지구단위계획의 건폐율, 용적률 제한을 초과하여 사업을 추진하려면 지구단위계획의 변경이 전제되어야 하고, 이를 위해서는 서울시장의 지구단위계획 변경결정이 필요하다.

82) 사회간접자본시설에대한민간투자법중개정법률안(정부제출, 2004.10.29. 의안번호 170669) 검토보고서, 국회운영위원회, 2004.12.

83) 국토개발연구원, 인프라시설에 대한 민자유치 종합대책, 1988, 48-49면.

84) 개정 경위를 살펴보면 국토계획법이 추가된 것은 입법오류일 가능성도 유력해 보인다. 정부는 당초 대상시설 확대 등을 내용으로 하는 개정안을 제안하였다(2004.10.29. 의안번호 669). 이후 심의과정에서 대상시설 중 국토계획법에 따른 공공청사를 제외하는 내용을 포함한 수정안(2004.12.31. 이종걸 의원 대표발의)이 본회의에서 제안되었고, 이 수정안이 의결되었다. 그런데 위 수정안은 제2조제2호 사회기반시설의 정의에서는 국토계획법에 따른 공공청사를 삭제하였지만, 당초 정부 개정안에서 제2조 제13호 관계법률 조항에 추가한 국토계획법은 삭제하지 않았다.

85) 실제요건이 심사되어야 한다는 판례로는 대법원 2015. 7. 9 선고 2015두39590 판결, 절차요건은 거치지 않아도 된다는 판례로는 대법원 1992.11.10. 선고 92누1162판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 92누4123 판결 등 참조. 현재 입법예고중인 행정기본법에도 ‘관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다.’ 고 명시하고 있다(행정기본법(안) 제29조제1항).

86) 국토계획법보다 개별 개발사업법은 절차가 간소한 편이고, 민간투자법의 의제조항은 민간투자법-개발사업법(관계법률) 인·허가- 국토계획법(다른법률) 인허가 의제의 구조이므로, 다른법률 인·허가 의제 과정에서 일차적으로 의견수렴 절차가 약화되고, 관계법률 인·허가 의제 과정에서 의견수렴 절차는 소멸한다(국토계획법과 비교한 개발사업법의 의견수렴절차 축소의 문제점 관해서는, 최

대상에 지구단위계획의 결정을 포함하여 해석하는 것은 이해관계자와의 관계에서 어떠한 절차적 참여도 상정하지 않은 민간투자법의 구성을 고려해 보더라도 균형에 맞지 않아 보인다.

(3) 건축시설의 경우 - 관계법률 인·허가의 부재

건축시설은 해당 사회기반시설에 관한 법률에서 실시계획 승인 절차를 별도로 두지 않는 경우가 대부분이다. 도서관, 박물관 및 미술관, 공공청사 등이 이에 해당한다.<sup>87)</sup> 이 시설들은 건축법에 따른 건축허가 또는 국토계획법에 따른 도시계획시설사업의 절차를 통해 사업을 진행하게 된다. 후자의 경우는 개발사업법이 있는 경우와 동일하지만 전자의 경우 민간투자법상 관계법률에 건축법이 포함되어 있지 않으므로 건축허가는 의제대상에 해당하는지 논의될 여지가 없고<sup>88)</sup>, 건축허가와 민간투자법상 실시계획 승인은 별개 절차로 추진된다.

건축허가의 특례인 공용건축물의 협의조항(건축법 제28조)이 민간투자사업에도 적용되는지는 공용건축물의 개념 정의와 민간투자사업의 건축주 확정에 관한 별도의 검토가 필요하겠으나, 여기서 선명하게 알 수 있는 것은 실시계획의 기능이다. 건축허가는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 고권에 해당하므로(건축법 제11조), 민간투자법에 따른 주무관청과 건축허가권자가 불일치할 수 있는데(예: 중앙행정기관의 청사), 주무관청은 실시계획 승인을 통해 임의로 공사 착공을 허가할 수 없으므로 건축허가 또는 건축협의 절차를 거친 후에 실시계획을 승인한다.<sup>89)</sup> 시설의 물적 요건에 대한 검토 및 이에 따른 공사착공 허가는 건축허가(협의)를 통해 이루어지고 실시계획 승인의 기능은 협약당사자 간에 설계도를 포함한 사업내용을 구체화하고 확정하는 데에 국한된다.

(4) 소결 - 민간투자법 의제조항의 본질과 개선방안

민간투자법의 주무관청은 관계법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장을 의미하므로(법 제2조제4호), 민간투자법의 실시계획 승인권자와 개발사업법의 실시계획 인가권자는 동일하다. 민간투자법의 실시계획 절차는 실시협약의 후속 행정처분으로서 당사자 간의 계약관계를 구체화하고 확정하는 기능을 하며, 의제조항은 민간투자법과 개발사업법을 연결시킴으로써 결과적으로 개발사업법상의 인허가 의제효과를 누리게 하는 데에 그 목적이 있다. 즉, 민간투자법 실시계획 승인은 의제조항의 적용에 있어서는 ‘창구단일화’가 아니라 개별 개발사업법 의제조항에 이르는 공통의 ‘접속처분’ 내지 ‘연결처분’으로 존재한다.

중권, 앞의 논문, 21-22면 참조.)

87) 건축시설임에도 불구하고 별도의 개발절차를 마련한 경우로는 「학교시설사업 촉진법」이 있다.

88) 민간투자법 개정안에서는 관계법률을 특정하지 않고 있으므로 관계법률에 건축법이 포함될 다소간의 여지가 있지만, 민간투자사업의 주무관청과 건축허가권자가 불일치한다는 점에서 관계법률 인허가를 위한 관계기관 협의의무가 법정도지 않는 한 건축법을 관계법률에 포함시켜 해석하는 것은 현행 의제조항 하에서는 부적절하다.

89) 실무상 건축허가를 거치는 경우와 건축협의를 거치는 경우가 혼재되어 있는 것으로 파악된다.

[표 2] 인·허가 의제제도 일반과 민간투자법상 의제조항의 비교

	인·허가 의제제도 일반	민간투자법상 인·허가 의제
목적	관할권 통합을 통한 절차간소화	민간투자법과 개발사업법의 연결
관할권 귀속	의제대상 인허가의 관할권이 협의절차를 매개로 주된 인허가로 이전·통합	관할권의 이전·통합이 이루어지지 않음(당초부터 관할권이 동일함).

다른 법률 인·허가 의제효과를 가지지 않는 관계법률 인·허가에 관해서도 의제효과를 인정할 수 있을지 해석의 여지가 있지만, 의제조항의 취지, 관계법률 인·허가권자와의 협의절차를 마련하지 않은 현행 규정, 민간투자법 내의 의견수렴 절차 부재를 고려할 때 민간투자법 제17조를 통해 개발사업법에 따른 인·허가 의제 이상의 의제효과를 부여하는 것은 적절하지 않아 보인다.

민간투자법은 다수의 사회기반시설에 적용되는 공통적인 민간투자 관련사항을 정한 법이므로, 민간투자법 내에서 각 시설별로 다를 수 있는 각종 인·허가와와의 관계를 한꺼번에 규정하는 것은 한계가 있다. 법 제17조1항의 의제대상은 ‘사회기반시설의 설치에 관한 법률에 따른 인·허가 의제조항의 주된 인·허가 및 그에 따른 다른 법률 인·허가’에 국한되도록 법령을 통해 대상을 보다 명확히 특정하고, 추가적인 의제가 필요한 인·허가에 관해서는 개별 개발사업법이나 민간투자법의 별도 규정을 통해 특칙으로 정하는 방안을 고려할 수 있다.

## V. 결론

민간투자법은 사업선정부터 종료에 이르기까지의 전 생애주기에 걸친 절차, 지원과 감독에 관한 종합적인 내용을 규율함으로써 사업의 효과적인 작동에 기여해 왔다. 이 법은 개발사업법의 사업단계를 활용하여 절차를 규정하고 있고, 토지수용권 부여 등 강력한 개발사업법의 징표를 가지고 있어 일견 개발사업법의 특별법으로 보이지만, 독자적이고 완결적인 개발사업법은 아니다. 각 사업단계를 채우는 법의 내용은 국가계약법과 대별되는 독자적 조달절차, 협상에 의한 사용료의 산정, 투자비 회수를 위한 장기의 사업기간 허용 등과 같은 재정법적 혹은 재원조달에 관련된 재무적인 사항들이다. 인·허가 의제조항도 관할권 통합의 기능을 하는 여타의 의제제도와 달리, 민간투자법과 개발사업법의 연결처분으로서 기능함을 확인할 수 있다.

그러므로 민간투자법의 고유한 법적 성질은 재정법적인 것이라는 토대 위에서 민간투자법과 개별 개발사업법 간의 관계가 규명되고 역할분담이 이루어질 필요가 있다. 또한 토지수용권 부여, 인·허가 의제와 같은 사업의 신속한 추진을 위한 장치들을 현행과 같이 민간투자법 내에 두고자 한다면, 그에 상응하는 공익성 담보장치도 재정건전성의 외의 측면에서 보강되어야 한다. 행정절차가 객관적 법치주의의 관점에서 정확한 행정결정을 위한 정보획득의 기능을 한다는 점을 고려해 볼 때<sup>90)</sup>, 그간 민간

90) 박정훈, 앞의 책, 279면.

투자법은 사업시행자 외의 이해관계자를 상정하지 않음으로 인해 사업의 촉진을 위해서만 편중된 측면이 있다. 투명성을 높이고, 절차적 민주성을 위한 장치를 보강하는 것은 장기적으로 원활한 사업추진에도 기여하는 바가 있을 것으로 기대한다.

이 글은 민간투자법과 다른 법률의 관계를 개괄적으로 살펴보면서 건설법과의 관계를 살펴보기 위해 일부 법률과 쟁점을 사례로 검토하는 방식을 취하였다. 국가의 임무 범위, 규율 체계가 시설별, 법률별로 상이하므로 개별 시설별로 향후 보다 정밀한 검토가 필요하다. 또한 민간투자법과 건설법과의 관계 외에도, 법과 실시협약 간의 관계와 역할배분도 민관의 협력적 행정의 관점에서 함께 논의될 때 실체와 나아갈 바를 보다 명확히 규명할 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 국토교통부, 『철도업무편람』, 2015.
- 국회예산정책처, 『국가재정법 이해와 실제』, 2014.
- 국회예산정책처, 『2019 대한민국 재정』, 2019.
- 김동희, 『행정법 I(제19판), 박영사』, 2013.
- 김재형 외, 『공공투자사업 예산관리의 효율화 방안 I:사전기획부터 사후평가까지 통합관리 강화』, 한국개발연구원, 2000.
- 김재형 외, 『민간투자사업의 중장기 추진방향 및 정책과제』, 한국개발연구원, 2010.
- 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피테스, 2018.
- 박경애·황희주 외, 『민간투자사업의 자기자본수익률에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2018.
- 박균성, 『행정법강의(제10판)』, 박영사, 2013.
- 박균성 외, 『인허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 법제처, 2017.
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
- 박중수, 『재정관련 법령체계의 개편방안에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2003.
- 법제처, 『법령 입안·심사 기준』, 2017.
- 서울시 도시기반시설본부, 『도시철도 업무편람』, 2019.
- 양지청, 『지역경제 및 사회간접자본론-이론과 정책』, 청양, 2002.
- 주재홍·이세구, 『서울시 민간투자사업 추진을 위한 단계별 관리 방안 연구』, 서울연구원 서울공공투자관리센터, 2013.
- 해양수산부, 『비관리청 항만공사 업무 길라잡이』, 2016.
- 홍성필 외, 『민간투자사업에 있어 국가계약법의 적용에 관한 연구』, 한국개발연구원, 2008.
- 홍성필·윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 도서출판 법과 교육, 2014.

### [논문]

- 권주연, “민간투자법상 공법상 계약과 행정처분의 관계에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2018.8.
- 국토개발연구원, “인프라시설에 대한 민자유치 종합대책”, 1998.
- 길준규, “민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(III)-사후관리방안”, 한국법제연구원, 2009.10.
- 김광목, “재정관계법 현황과 향후 개선 과제”, 월간 나라재정 2017.6.

김대인, “재정행정법과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약”, 행정법연구 제17호, 행정법 이론실무학회, 2007.5.

김대인, “민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구-정부계약법과의 관계정립을 중심으로-(I)”, 한국법제연구원, 2009.10.

김성수, “사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석-관광시설에 대한 민간투자법을 중심으로-”, 공법연구 제37집제2호, 한국공법학회, 2008.12.

김재형, “사회기반시설에 대한 민간투자 프로젝트 파이낸스 현황 및 과제”, BFL 37권, 서울대학교 금융법센터, 2009.9.

김중권, “민간투자사업자지정의 절차법적 문제점”, 행정판례연구 제16권, 행정판례연구회, 2011.

김종보, “개발사업에서 국공유지의 법적 지위”, 행정법연구 제57호, 행정법이론실무학회, 2019.5.

정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구-공법상 계약 이론을 중심으로-”, 법제연구 제46권, 법제연구원, 2014.

윤성철, “민간투자법상 실시계획 승인의 법적 성질”, 2018판례연구, (제32집 제1권), 2018.

이상훈, “민간투자법 제3조제1항 - “관계법률에 우선하여 적용”에 대한 해석”, 일감법학 33권, 건국대학교 법학연구소, 2016.2.

이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 소고-사인에 의한 공행정의 법적 수단에 대한 체계적 연구-”, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998.10.

정태용, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 법제 통권 530호, 법제처, 2002.

정해방, “사회기반시설에 대한 민간투자제도의 현황과 쟁점”, 일감부동산법학 제4호, 건국대학교 법학연구소, 2009.

최계영, “민간기업에 의한 수용”, 행정판례연구 제16권, 한국행정판례연구회, 2011.

최종권, “기반시설의 설치에 관한 현행법의 문제점에 관한 소고- 국도와 송전선로의 설치 근거법을 중심으로”, 법제, 법제처, 2014.

## 기타

경기도의회 문화체육관광위원회, “민간투자기반 경기도 관광시설 활성화 방안”, 2015.10.

국토개발연구원, “인프라시설에 대한 민자유치 종합대책”, 1998 4.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회

건설법연구 제3호 2020년 3월

Center for Construction & Urban Development Law, SNU

Construction & Urban Development Law Association

Construction and Urban Development Law Journal

Vol. 3, March 2020

## 환지예정지의 사용수익권과 과세

정 수 호\*

---

### 국문초록

---

환지예정지 지정은 환지처분이 이루어지기 이전에 환지계획에 따라 구 토지의 사용수익권을 새로운 토지의 사용수익권으로 이전시키는 기능을 담당한다. 환지예정지 지정이 이루어진 경우, 구 토지소유자와 환지예정지를 지정받은 자 사이의 법률관계는 간단하지 않는데 이때의 법률관계를 분석함으로써 환지예정지에 대한 사용수익권의 본질이 무엇인지 파악할 수 있다. 이 글은 환지예정지에 대한 사용수익권의 본질에 대해 고찰하고, 이로부터 환지예정지의 납세의무자가 누구인지 파악해보고자 한다.

환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물에 대해 철거청구를 할 수 있는지에 대한 문제가 있었다. 대법원은 위 청구를 부정하면서도 그 이유를 충분히 제시하지 않았는데, 기존 건축물이 환지예정지를 점유할 권리로서 관습상의 법정지상권이 있다고 봄이 타당하다. 도시개발법의 공법적 목적, 환지예정지에 종전 토지의 권리가 그대로 이전한다는 도시개발법 제36조 제1항, 구 토지소유자와 환지예정지를 지정받은 자 사이의 형평 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 환지예정지에 대한 사용수익권의 법적 성격은 물권 유사의 사용수익권에 해당한다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 환지예정지에 대한 사용수익권을 관습상의 법정지상권, 소유물방해배제청구권 등에서 ‘소유권’ 개념에 포함시켜도 무방하다.

재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 환지예정지에 대한 사용수익권은 물권 유사의 사용수익권으로서 소유권에 근접하여 있는바, 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지의 사실상 소유자로서 재산세 납부의무를 부담한다. 한편, 보류지·체비지예정지에 대해 지방세법은, 실질과세를 정한 조문과 별개로, 사업시행자가 납세의무를 부담한다고

---

\* 군법무관, 육군

규정하고 있는데 이는 부당하다. 사업시행자가 보류지·체비지예정지의 사실상 소유자가 아닌 경우에도 납세의무를 부담한다고 해석될 여지가 있는바 개정이 필요하다. 확인적 의미로서 위 규정을 구체화시키는 방안도 있지만 실질과세를 정한 조문과 중복되므로 삭제하는 편이 바람직하다.

주제어 : 환지예정지, 도시개발법, 물권 유사의 사용수익권, 관습상의 법정지상권, 실질과세

목 차

- I. 서론
- II. 환지예정지상의 기존 건축물과 사용수익권의 충돌
- III. 환지예정지와 조세
- IV. 결론

I. 서론

환지예정지 지정은 “환지계획에서 정해진 권리관계를 현실화하는 중간단계의 집행행위”이다.<sup>1)</sup> 환지예정지 지정은 환지계획이 확정하고 있는 권리의무관계가 환지처분에 의해 종국적으로 실현되기 전 단계에서 구 토지의 사용수익권을 새로운 토지의 사용수익권으로 이전시키는 기능을 담당한다.<sup>2)</sup> 이때 환지처분이 있기 전 환지예정지에는 도시개발법 제36조 제1항에 의해 환지예정지에 대한 사용수익권을 부여받은 자(이하 “환지예정지를 지정받은 자”라 한다)와 환지예정지 자체의 토지소유자(이하 “구 토지소유자”라 한다)가 관련된다. 그런데 양자의 권리의무관계는 그리 단순한 것만은 아니다.<sup>3)</sup>

과거에는 환지예정지를 지정받은 자와 구 토지소유자 간의 권리의무관계는 환지예정지를 지정받은 자의 구 토지소유자가 권원에 의하여 건축한 건축물 등에 대한 철거청구 거부<sup>4)</sup>,

1) 김중보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018. 3., 724~725면.

2) 김중보, 앞의 책, 725면.

3) 김중보, 앞의 책, 727면

4) 대법원 1978. 4. 11. 선고 77다1831 전원합의체 판결(환지예정지를 지정받은 자가 불법점유자에 대한 방해배제청구에 대하여는 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3936 판결)

환지예정지 지정으로 관습상의 법정지상권 성립 여부<sup>5)</sup>, 그리고 환지처분으로 관습상의 법정지상권 성립 여부<sup>6)</sup> 등 복잡한 문제가 있었다. 그런데 오늘날 도시개발사업은 입법취지와는 별개로 사실상 아파트를 짓기 위한 수단으로 사용되고 있어 입체환지가 이루어지는 경우가 대부분이고, 실무상 환지예정지상에 건축물이 있는 경우도 드물다. 설령 환지예정지상에 건축물이 있더라도 그러한 경우에는 대부분 제자리환지가 이루어지기 때문에<sup>7)</sup> 환지예정지상의 기존 건축물에 대한 철거청구 등의 문제가 거의 발생하지 않고 있다.

그럼에도 불구하고, 환지예정지를 지정받은 자와 그 환지예정지상의 구 토지소유자 소유의 건축물이 있는 경우 등의 법률관계를 논하는 실익이 있다. 드물지만 최근에도 위와 같은 문제가 발생하는 도시개발사업 현장이 분명 존재하고, 또한 위 법률관계 등을 통해 환지예정지 사용수익권의 본질이 무엇인지 파악할 수 있기 때문이다. 그리고 그 본질을 파악함으로써 환지예정지에 대한 납세의무자<sup>8)</sup>가 누구인지 등 중요한 문제가 해결될 수 있다.

따라서 이하에서는 환지예정지를 둘러싼 법적 분쟁들에 대한 판례의 태도를 통해 환지예정지를 지정받은 자와 구 토지소유자 사이의 권리의무관계를 고찰한다. 특히, 환지예정지상의 기존 건축물과 사용수익권이 충돌하는 경우를 상정해 환지예정지의 사용수익권의 범위를 파악하고, 이를 바탕으로 환지예정지에 대한 납세의무자를 살펴보기로 한다.

## II. 환지예정지상의 기존 건축물과 사용수익권의 충돌

### 1. 환지예정지와 법정지상권

#### (1) 환지예정지의 개념

[환지예정지 지정의 의의]

환지계획에서 정한 권리의무관계는 환지처분으로 현실화되는데 도시개발사업의 특성상 환지계획 이후 환지처분이 이루어지기까지는 오랜 시간이 소요된다. 이로 인한 권리의무관계의 불안정을 방지하기 위해 환지계획 이후 환지처분 이전에 중간단계의 집행행위가 필요하다. 이때 그 중간단계의 집행행위가 ‘환지예정지 지정’이다(도시개발법 제35조 제1항). 환

5) 대법원 1997. 12. 26. 선고 96다34665 판결(체비지 매수인이 소유하던 건물을 매도한 경우 관습상의 법정지상권 성부에 대하여는 서울민사지방법원 1992. 4. 21. 선고 91가합35798 판결)

6) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다4101 판결, 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다44535 판결, 대법원 1991. 4. 9. 선고 89다카1305 판결 등

7) 환지예정지상에 건축물이 있었는데 제자리환지가 이루어지지 않았다면 그 환지계획 자체가 위법할 가능성이 없지 않다.

8) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두56790 판결(체비지 및 보류지의 납세의무자에 대하여는 대법원 1996. 4. 18. 선고 93누1022 판결, 헌법재판소 2006. 5. 25.자 2005헌바82 결정)

지예정지 지정은 환지계획이 확정된 환지를 전제로 구 토지의 사용수익권을 환지상의 사용수익권으로 이전시키는 처분이다.<sup>9)</sup>

[환지예정지 지정의 효과]

환지예정지가 지정되면 종전의 토지의 소유자와 임차권자 등은 환지예정지 지정의 효력발생일부터 환지처분이 공고되는 날까지 환지예정지나 해당 부분에 대하여 종전과 같은 내용의 권리를 행사할 수 있으며 종전의 토지는 사용하거나 수익할 수 없다(도시개발법 제36조 제1항). 이때 환지예정지 지정으로 소유관계는 변동하지 않지만 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지에 대하여 물권 유사의 권리를 취득한다.<sup>10)</sup> 환지예정지 지정으로 새로운 사용수익권이 부여되므로, 구 토지소유자는 이를 사용하거나 수익할 수 없으며 새로운 사용수익권의 행사를 방해할 수 없다(도시개발법 제36조 제3항).<sup>11)</sup>

[환지예정지를 지정받지 않는 자]

환지 없이 청산되는 토지로는 토지소유자의 동의에 의한 경우(도시개발법 제30조), 과소토지인 경우(도시개발법 제31조), 공공시설용지인 경우(도시개발법 제33조 제2항) 등이 있다. 이러한 경우 토지소유자는 환지예정지를 지정받지 않는다. 그러므로 환지 없는 청산대상자의 토지상에 환지예정지 지정으로 새롭게 옮겨오는 사용수익권이 없으면, 그는 자신의 토지를 환지처분 시까지 사용수익할 수 있다.<sup>12)</sup> 다만 환지예정지 지정 이후에는 시행자에게 이러한 토지소유자 등에 대하여 토지의 사용수익을 정지시킬 수 있는 권한이 부여되므로(도시개발법 제37조 제1항), 시행자의 사용수익 정지처분을 받는 경우에는 구 사용수익권은 정지된다.

(2) 법정지상권의 개념

[법정지상권의 의의]

건물은 그 성질상 토지의 이용관계를 수반하지 않고서는 존립할 수 없는데, 토지와 건물의 소유자가 달라졌다고 하여 건물을 반드시 철거해야 한다고 한다면 건물소유자에게 가혹한 결과일 뿐만 아니라 사회경제적으로도 바람직하지 않다. 이를 방지하기 위해 일정한 경

9) 김종보, 앞의 책, 725면

10) 대법원은 “사업시행자가 환지처분 전에 토지를 체비지로 지정하면 그 시행자가 취득하는 권리는 장래 환지처분시에 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로서 물권 유사의 사용수익권이라고 할 것이다”(대법원 1995. 3. 10. 선고 93다57964 판결)라고 판시하고 있다. 대법원의 입장에서 보았을 때, 체비지와 일반 환지예정지 모두 환지처분시 소유권을 취득한다는 점에서는 차이가 없으므로, 체비지가 아닌 일반 환지의 경우에도 환지예정지를 지정받은 자가 취득하는 권리는 “장래 환지처분시에 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로서 물권 유사의 사용수익권”이라고 할 수 있다.

11) 김종보, 앞의 책, 726면.

12) 김종보, 앞의 책, 728면

우에 건물 소유자에게 토지를 이용할 수 있게 하는 제도가 법정지상권이다.

[법정지상권의 종류]

법률의 규정에 의하여 인정되는 법정지상권으로는 ① 토지와 그 지상의 건물이 동일인에게 속한 경우에 그 건물에 대하여 전세권을 설정한 후 경매 등의 사유로 토지소유자가 변경된 경우(민법 제305조 제1항), ② 토지와 건물이 동일인에게 속하고 있는 동안에 어느 한쪽 또는 양쪽에 저당권이 설정된 후 경매로 인하여 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우(민법 제366조 제1항), ③ 토지와 건물이 동일인에게 속하는 동안에 그 토지 또는 건물에만 가등기담보권이 설정된 후 담보권의 실행으로 소유자가 다르게 된 경우(가등기담보 등에 관한 법률 제10조), ④ 토지와 입목이 동일인에게 속하는 동안에 경매 기타의 사유로 토지와 입목의 소유자가 다르게 된 경우(입목에 관한 법률 제6조 제1항) 등이 있다. 법률의 규정에 의하여 인정되는 법정지상권 이외에도 관습상의 법정지상권이 있다.

[관습상의 법정지상권의 성립요건]

그 중 관습상의 법정지상권이 성립하기 위해서는 ① 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있을 것,<sup>13)</sup> ② 매매 등으로 토지와 건물의 소유자가 달라질 것,<sup>14)</sup> ③ 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없을 것<sup>15)</sup>이라는 요건이 모두 충족되어야 한다. 위와 같은 요건을 갖추었을 때에 성립하는 관습상의 법정지상권은 관습법에 의하여 당연히 성립하는 것이므로 민법 제187조에 의하여 등기는 필요하지 않다.<sup>16)</sup>

## 2. 환지예정지상의 기존 건축물에 대한 철거청구

### (1) 판례의 태도 - 대법원 1978. 4. 11. 선고 77다1831 전원합의체 판결

환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지 위에 종전부터 권원에 의하여 건립된 건물의 소유자에 대하여 직접 철거청구권이 있는지 여부가 문제되었는데, 다수의견은 이를 부정하면서 환지예정지를 지정받은 자는 지정받을 당시의 토지형상을 그대로 사용수익할 수 있을 뿐이라고 하였다. 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물을 직접 철거 청구할 수 있다고 해석하게 되면, 그 건축물의 소유자가 손실보상을 받을 기회를 상실하게 되는

13) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95다9075 판결

14) 대법원 1960. 9. 29. 선고 4292민상944 판결 등

15) 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다58467 판결

16) 곽윤직·김재형, 물권법 [민법강의III], 박영사, 2014. 4., 328면

등 불합리한 결과가 초래된다는 것을 주된 논거로 하였다.

한편, 반대의견은 도시개발법 제36조 제1항, 제3항이 환지예정지를 지정받은 자는 종전 토지에 대하여 가지고 있었던 사용수익권을 환지예정지에 대하여 행사할 수 있고, 구 토지 소유자는 위 권리행사를 방해할 수 없다고 규정한 것을 주된 근거로, 환지예정지를 지정받은 자의 환지예정지상의 기존 건축물에 대한 철거청구가 가능하다고 보았다. “위 사용수익권은 환지예정지 지정이라는 공법상의 처분에 의하여 발생하며 이 점에서 공법상의 권리라고 볼 수 있으나 그 실질은 사인이 사목적용을 위하여 토지를 사용할 권리이며 일반의 사권과 다를 바 없고 따라서 이에 대한 위법한 침해의 배제에 대하여 일반사권과 동일한 법리를 인정하여도 무방하다” 는 것이다.

(2) 환지예정지의 사용수익권과 민법 제214조에서의 소유권

소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다(민법 제214조). 이때 환지예정지를 지정받은 자가 소유물방해제거청구권의 청구권자로서 ‘소유자’ 인지 문제된다. 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지에 대하여 물권과 유사한 권리를 가질지언정 환지예정지로 인해서 소유권이 변동된 것은 아니기 때문이다.

대법원은 환지예정지 지정 후에 권원 없이 건물 기타 공작물을 설치하여 환지예정지를 지정받은 자의 그 토지의 사용수익권을 침해하였다면, 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지의 사용수익권을 새로이 침해한 사람에 대하여 그 철거를 청구할 수 있다고 본다.<sup>17)</sup> 그렇다면 대법원은 환지예정지를 지정받은 자가 소유물방해배제청구권의 청구권자로서의 ‘소유자’에 해당할 수 있다고 보고 있는 것이다.

도시개발법 제36조 제1항에 따라 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지에 대하여 종전과 같은 내용의 권리를 행사할 수 있으며, 종전과 같은 내용의 권리는 ‘소유자’로서의 권리이므로 위와 같은 대법원의 입장은 타당하다. 따라서 환지예정지를 지정받은 자는 민법 제214조에서의 ‘소유자’에 해당한다.

(3) 소유물방해제거청구권과 손실보상 기회의 상실

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 환지예정지를 지정받은 자가 소유물방해제거청구권의 청구권자에 해당할 수 있음을 긍정하면서도 ‘건축물의 소유자가 손실보상을 받을 기회를 상실하게 되는 등 불합리한 결과’가 초래된다는 것을 이유로 건축물 철거청구를 부정하였다.

17) “토지구획정리사업의 시행으로 환지예정지지정이 있을 경우 종전 토지의 소유자는 환지예정지로 지정된 토지에 관하여 사용수익권을 취득하고 이에 기하여 환지예정지를 불법점유하고 있는 자에 대하여 방해배제를 구할 수 있다”(대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3936 판결)

그런데 손실보상 기회의 상실이 소유물방해제거청구의 항변사유가 될 수 있는지 의문이다. 이러한 항변사유를 인정하는 것은 소유물방해제거청구권의 법리에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 만일 그 건축물이 법령에 의한 손실보상을 받지 못할 것이 명백한 경우라면 철거청구의 결론이 달라지는 등 예측가능성이 떨어지기 때문이다. 따라서 손실보상 기회의 상실을 이유로 환지예정지를 지정받은 자의 환지예정지상의 기존 건축물에 대한 철거청구를 부정하는 판례의 태도는 타당하지 않다.

#### (4) 환지예정지상의 기존 건축물의 점유권원

그럼에도 불구하고 철거청구를 부정하는 판례의 결론은 옳다고 생각한다. 만일 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여 철거청구를 할 수 있다고 한다면, 원칙적으로 그 건축물을 철거하고 보상하여야 하는 의무가 있는 사업시행자가 건축물에 대한 보상을 회피하기 위한 수단으로 이를 남용할 위험이 있기 때문이다. 그렇게 된다면 다수의견이 말하는 것처럼 ‘건축물의 소유자가 손실보상을 받을 기회를 상실하게 되는 등 불합리한 결과’가 발생하게 된다.

이때 철거청구를 부정하기 위해서 예외적인 항변사유를 인정하는 것보다는, 기존의 법리 내에서 환지예정지상의 기존 건축물이 환지예정지를 지정받은 자에 대하여 ‘점유할 권리’가 있음을 논증하여 해석론으로 극복하는 편이 논리적으로 일관된다. 구 토지소유자가 건축물을 건립하여 소유하고 있던 중에 환지예정지 지정으로 인해 토지에 대한 사용수익권을 잃는 경우에 관습상의 법정지상권이 성립할 수 있는지 검토하기로 한다.

##### 1) 판례의 입장

대법원은 ‘환지처분’으로 인하여 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라진 경우에 관습상의 법정지상권의 성립을 일관되게 부정하고 있다.<sup>18)</sup> 한편, 대법원은 종전 토지의 공유자들이 환지예정지를 특정하여 구분소유하고 있는 상태에서 그 중 1인인 甲이 그 소유 부분을 乙에게 양도하고 지분소유권이전등기를 해줄 당시 그 지상에 甲이 건축 중인 건물이 완성 단계에 있었던 경우 甲이 종전 토지에 관하여 관습상의 법정지상권을 갖는다고 본다.<sup>19)</sup>

환지예정지를 구분소유하고 있는 경우에 관습상의 법정지상권의 성립을 긍정한 판례는 환지예정지를 지정받은 자와 그 지상 건물의 소유자가 같은 경우에 ‘토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있을 것’ 요건이 성립한다고 전제한 것으로 보인다. 즉, 분명하지는 않지만

18) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다4101 판결, 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다44535 판결, 대법원 1991. 4. 9. 선고 89다카1305 판결

19) 대법원 1997. 12. 26. 선고 96다34665 판결

관습상의 법정지상권을 판단할 때의 ‘소유자’ 개념에 환지예정지를 지정받은 자가 포함된다고 본 것이다.

2) 관습상의 법정지상권의 성립을 부정하는 견해

하급심 판례 중에는 환지처분 전 체비지 매수인이 그 지상 건물을 소유하다가 환지처분 확정 전에 그 건물만을 타에 양도한 경우 관습상의 법정지상권의 성립을 부정한 것이 있다.<sup>20)</sup> 그 논거로 “환지처분 전 체비지 매수인이 체비지를 인도받아 물권 유사의 사용수익권을 취득하였다 하더라도 그 자체를 소유권과 동일하게 볼 수는 없” 다는 점을 들고 있다.

3) 관습상의 법정지상권의 성립

환지예정지 지정을 통해서 소유권이 변동하지 않는 것은 분명하므로 위 견해가 반드시 잘못되었다고는 할 수 없다. 그러나 아래와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 본다면 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여는 관습상의 법정지상권을 긍정하는 편이 바람직하다.

가) 환지예정지의 공법적 목적

환지예정지는 “도시개발에 필요한 사항을 규정하여 계획적이고 체계적인 도시개발을 도모하고 쾌적한 도시환경의 조성과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적” (도시개발법 제1조)으로 하는 환지계획의 중간단계 집행행위이다. 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여 관습상의 법정지상권의 성립을 인정하는 것이 환지예정지의 공법적 목적에 부합하는지 생각해볼만 하다.

도시개발을 위해서 기존 건축물의 철거가 필요한 경우가 있을 것인데 관습상의 법정지상권의 성립으로 사업진행에 장애가 생기는 것은 아닌가 하는 우려가 있을 수 있다. 그러나 도시개발법은 사업시행자에게 직접 건축물 등을 이전하거나 제거할 권능을 부여하고 있다 (도시개발법 제38조). 관습상의 법정지상권의 성립 문제는 사인 간의 문제이며, 환지예정지상의 기존 건축물의 소유자는 관습상의 법정지상권을 이유로 사업시행자에게 대항할 수 없다. 그렇다면 환지예정지상의 기존 건축물에 관습상의 법정지상권이 성립한다고 하더라도 환지예정지의 공법적 목적에 반하지 않는다.

20) 서울민사지방법원 1992. 4. 21. 선고 91가합35798 판결

## 나) 형평의 문제

관습상의 법정지상권이 성립한다면 건물 소유자는 환지예정지를 지정받은 자에게 지료를 지급할 의무를 부담한다. 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여 철거청구를 할 수도 없고, 지료를 지급받을 수도 없다면 형평에 반한다. 이는 아래의 예시에서 명확하게 드러난다.

구 토지소유자가 소유하는 환지예정지상의 기존 건축물이 환지예정지 전부를 점유하고 있다고 가정하자. 관습상의 법정지상권이 성립하지 않고, 철거청구도 할 수 없다면 환지예정지를 지정받은 자는 사실상 환지예정지에 대해서 사용수익권을 가지지 못한다. 다른 한편, 구 토지소유자는 다른 토지에 환지예정지 지정을 받아 그 토지를 사용수익하는 경우가 있을 수 있고, 이 경우 구 토지소유자는 종전 토지를 환지예정지 지정 전과 마찬가지로 건물의 존립을 위하여 전부 사용수익하면서도 환지예정지로 지정받은 새로운 토지까지 사용수익할 수 있게 된다. 환지예정지를 지정받은 자가 가져야 하는 환지예정지에 대한 사용수익권한이 건축물 소유자인 구 토지소유자에게 사실상 전부 속하게 되는 것으로 이는 형평에 현저히 반한다.

환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여 철거청구를 할 수도 없고, 건축물 소유자로부터 아무런 지료도 받을 수 없다면 ‘불합리한 결과’가 초래된다. 이때 관습상의 법정지상권의 성립을 인정한다면 환지예정지를 지정받은 자는 건축물의 소유자로부터 지료를 지급받을 수 있게 되므로 위와 같은 불합리함은 해소된다.

## 다) 환지예정지 지정과 소유권 변동

환지예정지가 지정되면 그 토지에 대한 사용수익권을 행사할 수 있는 자가 변동될 뿐이지 소유관계에는 영향을 주지 않는다. 그런데 관습상의 법정지상권을 인정하는 취지가 토지와 불가분의 관계에 있는 건물의 존립을 위한 것이라는 점을 생각해 보면, 적어도 관습상의 법정지상권의 성부를 판단함에 있어서는 사용수익권자가 달라진 것과 소유자가 달라진 것을 달리 취급할 이유가 없다. 환지예정지 구분소유 사례에서 관습상의 법정지상권의 성립을 긍정한 판례도 위와 같은 점을 고려했을 것이라 생각된다.<sup>21)</sup>

그렇다면 환지예정지 지정으로 ‘소유자’가 달라지지 않는다고 해서 관습상의 법정지상권의 성립 가능성을 차단하는 것은 관습상의 법정지상권의 인정 취지를 고려하지 않고 형식적인 논리에 치중한 것인지 모른다. 따라서 그 취지에 따라 환지예정지 지정으로 사용수익권이 변동된 경우에도 ‘매매 등으로 토지와 건물의 소유자가 달라질 것’ 요건에 해당한다

21) 대법원 1997. 12. 26. 선고 96다34665 판결

고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

(5) 소결

환지예정지상의 기존 건축물과 환지예정지를 지정받은 자의 사용수익권이 충돌하는 경우에 이를 조화롭게 해석하기 위해서는 환지예정지상의 기존 건축물에 ‘점유할 권리’를 인정하는 것이 필요하다. ‘점유할 권리’로 관습상의 법정지상권을 제시하였으나 반드시 그 권리가 관습상의 법정지상권이어야 할 필요는 없다. 환지예정지상의 기존 건축물에 ‘점유할 권리’가 인정되기만 한다면 그 권리의 종류와는 상관없이 형평의 문제가 해결되기 때문이다.

공법상 처분에 의하여 사용수익권이 변동되는 경우에 사법상 권리인 관습상의 법정지상권의 성립을 긍정하는 것이, 어쩌면 공법의 문제를 지극히 사법적 관점에서 해결하려는 시도일지 모른다.<sup>22)</sup> 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 도시개발법의 입법취지, 환지예정지에 대하여 종전과 같은 내용의 권리를 행사할 수 있다는 도시개발법의 규정(도시개발법 제36조 제1항), 기존 법리와 의 일관성, 환지예정지와 관련된 문제의 형평성 있는 해결 등을 종합적으로 고려하여 볼 때, 환지예정지의 사용수익권의 본질은 ‘물권 유사의 사용수익권’이라고 봄이 타당한바<sup>23)</sup> 사법상 권리인 관습상의 법정지상권을 인정하는 편이 환지예정지의 사용수익권의 본질에 부합한다고 할 것이다.

### III. 환지예정지와 조세

#### 1. 환지예정지의 납세의무자

##### (1) 재산의 납세의무자

과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다(국세기본법 제14조). 지방세법은 제107조 제1항에서 “재산세 과세기준일 현재 재산을 사실

22) 공법상의 개념을 강조하기 위해서는 환지예정지 지정으로 건물의 소유자와 토지의 사용수익권자가 달라진 경우의 법정지상권으로서 ‘환지예정지상의 법정지상권’ 등의 개념을 새로이 만들 수 있다. 그러나 그 본질은 ‘관습상의 법정지상권’과 다르지 않다.

23) 대법원 역시 환지예정지의 사용수익권의 본질을 장래 환지처분시에 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로서 물권 유사의 사용수익권이라고 보고 있다고 할 수 있다는 점에 대하여는 각주 11) 참조.

상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다” 고 규정하여 재산세에 관한 실질과세를 구체화하고 있다. 여기서 재산을 사실상 소유하고 있는 자라 함은 공부상 소유자로 등재된 여부를 불문하고 당해 재산에 대한 실질적인 소유권을 가진 자를 말한다.<sup>24)</sup>

(2) 판례의 태도

대법원은 관할 관청이 환지예정지 지정을 받은 자가 환지예정지의 사실상 소유자라는 이유로 환지예정지 지정을 받은 자에게 환지예정지에 대한 납세의무를 부과한 사안에서 도시개발법 제36조 제1항은 환지예정지가 지정되면 종전 토지 소유자는 환지예정지 지정의 효력 발생일로부터 환지처분이 공고되는 날까지 환지예정지에 대하여 종전과 같은 내용의 권리를 행사할 수 있으며 종전의 토지는 사용하거나 수익할 수 없다는 점을 들어 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지를 사실상 소유하고 있는 자로서 납세의무를 부담한다고 보았다.<sup>25)</sup>

대법원은 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지에 대하여 종전과 같은 내용의 권리를 행사할 수 있기 때문에 환지예정지의 사실상 소유자로서 납세의무를 부담한다는 것이다.

(3) 환지예정지를 사용수익 할 수 없는 경우

사업시행자는 환지 예정지를 지정한 경우에 해당 토지를 사용하거나 수익하는 데에 장애가 될 물건이 그 토지에 있거나 그 밖에 특별한 사유가 있으면 그 토지의 사용 또는 수익을 시작할 날을 따로 정할 수 있다(도시개발법 제36조 제2항). 환지예정지를 지정받았으나 그 토지를 사용수익 할 수 없는 경우에는 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지의 사실상 소유자라고 볼 수는 없다. 이 경우에 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지를 사용하거나 수익할 수 없기 때문이다. 그렇다면 환지예정지를 사용수익 할 수 없는 경우에 환지예정지를 지정받은 자는 환지예정지의 납세의무자가 되지 않는다.

이때 납세의무자가 종전 토지소유자와 사업시행자 가운데 누가 되는지 문제되는데, 사업시행자가 납세의무자가 된다고 봄이 타당하다. 도시개발사업은 사업시행자가 그 책임 하에 ‘시행’ 하는 것이기 때문이다.<sup>26)</sup>

(4) 환지예정지상에 기존 건축물이 있는 경우

환지예정지 지상에 권원에 의하여 건립된 건축물 등이 있는 경우에도 환지예정지를 지정

24) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결

25) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두56790 판결

26) 사업시행의 개념에 대해서는 김종보, 위의 책, 426~432면 참조.

받은 자가 환지예정지의 사실상 소유자라고 볼 수 있는지 문제된다. 만약 그 건축물이 환지예정지 전부를 점유하고 있고, 환지예정지를 지정받은 자가 그 건축물에 대하여 철거청구를 할 수도 없으며, 그 건축물 소유자로부터 아무런 지료도 지급받을 수 없다면 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지를 사용수익하고 있다고 보기는 어렵기 때문이다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 환지예정지상의 기존 건축물에는 관습상의 법정지상권 등이 성립하여야 하고, 이 경우 환지예정지를 지정받은 자는 지료 등을 지급받을 수 있게 되므로 환지예정지를 사용수익할 수 있다고 평가할 수 있는바, 환지예정지를 지정받은 자를 납세의무자로서의 사실상 소유자로 봄에 무리가 없다(만약 환지예정지상의 기존 건축물에 대하여 점유할 권리를 인정하지 않고, 환지예정지를 지정받은 자가 어떠한 금원도 지급받을 수 없다면 ‘환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지의 사실상 소유자로서 지방세 납세의무를 부담한다’고 하면서 어떠한 단서도 달지 않은 판례의 태도는 타당하지 않게 된다. 그렇다면 법원은 사실상 소유자를 판단하면서 환지예정지상의 기존 건축물에 점유할 권리가 있다는 사실을 전제하였다고 추측할 수도 있다).

## 2. 보류지·체비지예정지의 납세의무자

### (1) 보류지·체비지의 개념

시행자는 도시개발사업에 필요한 경비에 충당하는 등의 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 보류지로 정할 수 있으며, 그 중 일부를 체비지로 정하여 도시개발사업에 필요한 경비에 충당할 수 있다(도시개발법 제34조 제1항). 체비지는 환지방식의 도시개발사업의 경비를 충당하기 위한 토지로 사업시행의 결과로서 시행자에게 귀속되는 토지이다.<sup>27)</sup> 환지예정지지정단계에서 보류지·체비지를 환지예정지로 지정할 수 있다.<sup>28)</sup>

### (2) 보류지·체비지예정지의 납세의무자를 둘러싼 분쟁

#### ① 판례의 태도 - 대법원 1996. 4. 18. 선고 93누1022 전원합의체 판결

체비지예정지에 대하여 토지구획정리사업의 시행자가 지방세법에서 정하는 “토지를 사실상 소유하고 있는 자”에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 다수의견은 시행자는 체비지예정지를 일시 관리하는 지위에 있을 뿐이고, 이를 사업의 비용 충당 목적 이외에 소유자

27) 김종보, 앞의 책, 729면

28) 대법원 1970. 1. 27. 선고 66누10 판결

처럼 무상으로 제3자에게 처분할 수도 없으며, 위와 같은 목적으로만 사용 수익하게 하거나 처분할 수 있는 권능을 임의로 포기할 수도 없고, 또 이를 처분한 후에도 사업시행을 위하여 방해배제를 청구할 수 있는 등의 관리권을 그대로 보유하며, 나아가 체비지예정지의 매각대금은 당해 사업 이외의 다른 목적으로 사용하지 못하고, 그 집행 잔액이 있더라도 당해 사업지구 안의 공공시설 설치에 사용하여야 한다는 점을 근거로, 시행자가 “토지를 사실상으로 소유하고 있는 자”에 해당한다고 볼 수 없다고 보았다.

반대의견은 “토지를 사실상으로 소유하고 있는 자”를 납세의무자로 한 것은 실질과세원칙에 충실하기 위한 것이므로 이를 판단함에 있어 그가 사법상의 소유자가 갖는 제반 권능을 반드시 갖추어야 하는 것은 아니고, 당해 토지에 대한 경제적 소유자인지의 여부에 따라 판단하여야 하는데, 시행자가 체비지예정지에 대하여 갖는 권리는 장래 환지처분시에 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로 물권 유사의 사용수익권이므로, 이러한 시행자의 권리는 사법상의 소유권이라고는 볼 수 없으나 시행자가 경제적 소유권의 객관적 징표인 사용수익권 나아가 그 처분권까지 다 갖춘 것이므로 시행자가 “토지를 사실상으로 소유하고 있는 자”에 해당한다고 보았다.

## ② 지방세법의 개정

대법원이 시행자를 체비지예정지에 대한 납세의무자가 아니라고 판단하면서 지방세법은 「도시개발법」에 따라 시행하는 환지 방식에 의한 도시개발사업의 시행에 따른 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 체비지 또는 보류지로 정한 경우에는 사업시행자가 재산세를 납세할 의무가 있다고 개정되었다. 지방세법의 개정으로 다시 시행자가 보류지·체비지예정지의 납세의무를 부담하게 되었다.

## ③ 개정 지방세법 규정에 대한 헌법재판소 결정 - 헌법재판소 2006. 5. 25.자 2005헌바 82 전원재판부 결정

개정 지방세법이 보류지 예정지에 대하여 사업시행자를 납세의무자로 규정한 것이 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위반되는지 여부에 대해 헌법재판소의 다수의견은 사업시행자가 보류지에 대해 가지는 권리 등을 종합적으로 고려하여 보면 시행자의 보류지 예정지에 대한 일반적인 사용·수익 가능성이 인정되므로 사업시행자에 대한 과세는 경제적 실질에 부합하고, 시행자가 자신의 사업목적에 위하여 일정한 토지를 개발구역 내에 포함시킨 점 등을 종합하여 보면 그 이익이 오로지 공익적인 것으로만 볼 수는 없으므로 보류지 지정을 과세대상에서 당연히 제외되는 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.

반대의견은 사업시행자의 ‘관리’ 라는 것은 체비지예정지든 보류지 예정지든 소유라는 개념과는 원래가 절연되어 있는 것이어서 사업시행자는 관리자의 지위에 있는 동안에는 과세의 대상이 될 실질을 전혀 갖지 못한 자임이 분명하므로, 보류지 예정지에 대해 사업시행자에게 납세의무를 부과하는 개정 지방세법 규정은 실질과세의 원칙에 어긋나 위헌이라고 보았다.

(3) 보류지·체비지예정지의 사실상 소유자

① 보류지·체비지예정지에 대한 사업시행자의 권리

체비지는 환지방식의 도시개발사업의 경비를 충당하기 위한 토지로 사업시행의 결과로서 시행자에게 귀속되는 토지이다. 체비지에 대한 환지예정지 지정처분에 의하여 당해 토지상 사용수익권이 사업시행자에게 부여되며(도시개발법 제36조 제4항), 제3자에게 이를 사용수익하게 하는 권한까지 부여된다. 이러한 지정도 예정지지정의 일종이므로, 환지처분으로 그 소유권을 취득하게 될 시행자가 체비지로 지정된 토지상의 사용수익권을 획득하게 된다.<sup>29)</sup> 나아가 사업시행자는 체비지의 용도로 환지예정지가 지정된 경우에는 이를 처분할 수도 있다(도시개발법 제36조 제4항).

② 체비지 매수인과 납세의무

사업시행자가 환지처분 전에 체비지 지정을 하여 이를 제3자에게 처분하는 경우 그 매수인이 토지의 인도 또는 체비지대장예의 등재 중 어느 하나의 요건을 갖추었다면 매수인은 당해 토지에 관하여 물권유사의 사용수익권을 취득하여 당해 체비지를 배타적으로 사용·수익할 수 있음은 물론이고 다시 이를 제3자에게 처분할 수도 있는 권능을 가지며, 그 후 환지처분공고가 있으면 그 익일에 최종적으로 체비지를 점유하거나 체비지대장에 등재된 자가 그 소유권을 원시적으로 취득하게 된다.<sup>30)</sup> 따라서 체비지 매수인이 토지의 인도 또는 체비지대장예의 등재 중 어느 하나의 요건을 갖추면, 체비지 매수인이 체비지의 사실상 소유자로서 이에 대한 납세의무를 부담한다.<sup>31)32)</sup>

29) 김종보, 앞의 책, 729면

30) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2002두6361 판결

31) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2002두6361 판결 등 참조

32) 실무상으로는 체비지 매매계약에 있어 ‘체비지 예정지에 대한 납세의무는 체비지 매수인이 부담한다’는 내용의 특약을 체결하고 있다고 한다. 이러한 특약은 오히려 체비지 매수인이 체비지 예정지에 대한 사실상 소유자임을 확인하는 의미의 약정이라 보아야 하고, 그 특약이 체결되지 않았다고 하더라도 여전히 체비지 매수인이 체비지 예정지에 대한 납세의무를 부담한다고 해석함이 타당하다.

## ③ 소결

사업시행자는 체비지 예정지에 대한 사용수익권을 가지고 심지어 이를 처분할 수 있는 권한을 가진다. 그렇다면 사업시행자는 경제적 소유권의 객관적 징표인 사용수익권 나아가 그 처분권까지 다 갖춘 것이므로 사업시행자가 “토지를 사실상으로 소유하고 있는 자”에 해당한다고 볼 수밖에 없다. 사업시행자로부터 체비지를 매수하여 그 권리를 이전받은 체비지 매수인이 당해 토지의 ‘사실상 소유자’가 된다는 점을 고려하여 보면 더욱 그러하다.

사업시행자가 체비지예정지를 관리하는 지위에 있어 처분권한이 일부 제한되어 있다는 점이 사업시행자가 “토지를 사실상으로 소유하고 있는 자”에 해당한다고 보기 어렵다는 논거가 될 수 있는지 의문이다. 등기부상 완전한 소유자인 법인이 정관 등을 원인으로 그 재산의 처분이 일부 제한된다고 하여 당해 법인이 그 재산의 ‘사실상 소유자’가 아니라고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 보류지·체비지예정지의 사실상 소유자는 사업시행자라고 봄이 타당하다고 생각한다.

## (4) 입법론적 개선방안

사업시행자를 보류지·체비지예정지의 사실상 소유자로 보아 지방세법 제107조 제2항 제6호는 삭제하는 것이 바람직하다고 생각한다(현재로서는 확인적 규정으로서의 의미만 가지고 있을 뿐이다). 위 규정은 사업시행자가 보류지·체비지예정지의 사실상 소유자가 아님을 전제하고 있기 때문이다. 또한, 지방세법 제107조는 보류지·체비지예정지에 있어서는 ‘사실상 소유자’가 아니라 사업시행자가 재산세를 납부할 의무가 있다고 규정하고 있는데, 이는 체비지예정지가 매매된 경우 체비지 매수인에게 재산세를 부과하는 것과 맞지 않다. 체비지 매수인에게 재산세를 부과하는 것은 그가 체비지예정지의 사실상 소유자이기 때문인데, 현행 지방세법 제107조는 체비지예정지의 사실상 소유자가 명백한 경우에도 항상 사업시행자가 납세의무자라고 해석될 여지가 있기 때문이다.

## IV. 결론

환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지상의 기존 건축물에 대해 철거청구를 하지 못하고, 그 건축물의 소유자로부터 어떠한 금원도 지급받지 못하면서, 해당 토지의 사실상 소유자로서 재산세를 납부하게 된다면 이는 심히 부당하다. 위와 같은 상황이 짧은 기간이 아니라 수년에 걸쳐 지속된다고 생각하면 더욱 그러하다. 환지방식의 도시개발사업 자체가 매우 오랜 시간이 걸리는 사업이기 때문에 기존 건축물이 건립되어 있는 환지예정지를 지정받은

자는 오랜 시간 동안 종전의 토지를 사용수익하지도 못하고 지정받은 환지예정지를 사용수익하지도 못한다. 이러한 사실이 그 토지의 시장가치에 부정적인 영향을 미칠 것은 자명하다.

건축물 등의 소유자가 환지예정지 지정을 받은 자에게 금원을 지급한다면 위와 같은 부당함은 일부 해소될 수 있다. 그런데 환지예정지 지정을 받은 자가 건축물 등 소유자에게 부당이득반환청구를 할 수 있다고 한다면 그 건축물에 대한 철거청구를 부정할 법적 근거가 약해진다. 그렇기 때문에 건축물 등이 환지예정지를 점유할 권리는 있으면서도 건축물 소유자가 환지예정지를 지정받은 자에게 지료를 지급하게 하는 ‘관습상의 법정지상권’ 등을 인정하는 편이 바람직하다.

이러한 사정을 종합적으로 고려하여 보았을 때 환지예정지의 사용수익권의 본질은 사법상의 권리인 ‘물권 유사의 사용수익권’ 이라고 보아야 한다. 환지예정지의 사용수익권이 ‘물권 유사의 사용수익권’ 인 이상 환지예정지의 사실상 소유자는 환지예정지를 지정받은 자라 할 것이고, 따라서 환지예정지를 지정받은 자가 환지예정지에 대한 납세의무를 부담한다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 곽윤직·김재형, 『물권법[민법강의II]』, 박영사, 2014.  
김동희, 『행정법Ⅱ』, 박영사, 2018.  
김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

### [논문]

- 김용철, “환지예정지에 대한 사용수익권의 성질”, 『경희법학』 15권 1호(1978).  
김종보, “환지계획의 처분성”, 『공법연구』 28권 3호(2000).  
최종권·강신은, “지장물에 대한 보상과 철거의 법적 쟁점”, 『중앙법학』 제17집 제3호(2015).

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
 건설법연구 제3호 2020년 3월  
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
 Construction & Urban Development Law Association  
 Construction and Urban Development Law Journal  
 Vol. 3, March 2020

## 생활보상에 관한 재결신청청구권의 존부와 개선방안

최 지 희\*

---

국문초록

---

대상판결인 서울고등법원 2019. 10. 22. 선고 2019누31060 판결은 세입자에게 이사비에 관한 재결신청청구권을 인정할 법규상 또는 조리상의 근거를 찾을 수 없다고 판시하였다. 그 근거는 도시정비법에 의하여 준용되는 토지보상법에서 말하는 ‘토지등’은 토지보상법 제3조 각호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 의미하는데, ‘이사비’는 위 ‘토지등’에 포함된다고 보기 어렵기 때문이라는 것이다. 덧붙여 대상판결은 이사비가 수용재결 절차의 심리 대상이 될 수 있는 때는 사업시행자가 이사비 등에 대한 재결을 신청한 경우에 한한다고 보았다.

생활보상 중 주거이전비 및 이사비는 공익사업 시행지역 안에 거주하는 소유자와 세입자들의 조기 이주를 장려하기 위하여 토지보상법에 마련되었다. 이주자들 중에는 보상받을 권리를 보다 적극적으로 행사하는 차원에서 사업시행자에게 주거이전비 또는 이사비에 대하여 수용재결신청을 청구하는 경우가 있다. 이에 대해 사업시행자는 주거이전비와 이사비는 토지보상법 제50조제1항의 재결대상이 아니라는 이유로 재결신청청구에 응하지 않고, 재결신청이 있더라도 토지수용위원회 역시 같은 이유로 재결을 하지 않고 있다.

법원은 생활보상 중 영업손실에 대해서는 재결전치주의를 인정하고 있다. 큰 범주에서 생활보상에 포함된다 할지라도 영업손실, 주거이전비 및 이사비는 실무상 달리 취급되고 있는 것이다. 영업손실보상은 재산권 박탈에 대한 손실보상에 해당하지만 주거이전비 및 이사비는 시혜적 성격의 금원에 해당한다는 점, 그리고 주거이전비 및 이사비는 토지보상법에 보

---

\* 변호사, 법무법인 산하

상액의 범위가 확정되어 있기 때문에 재량이 인정될 여지가 있는 대물에 관한 평가를 요하지 않는다는 점에서 차별의 당위성을 찾을 수 있다.

그러나 그렇다고 하더라도 이사비에 대해서만 재결신청청구권을 박탈하는 것이 가능하다고 본 대상판결의 입장에는 수긍하기 어렵다. 토지보상법은 손실보상과 수용재결절차에 관한 일반법일 뿐만 아니라 도시정비법 제65조에는 토지보상법을 포괄적으로 준용한다는 규정을 명시적으로 두고 있다. 그런데 대상판결은 토지보상법이 예정하고 있는 일련의 수용재결절차 중 개별 손실보상 항목의 성질에 따라서는 제외되는 절차가 생길 수 있다고 본 것이다. 이와 같은 견해는 현행 토지보상법과 도시정비법의 범규정을 넘어선 해석이라고 생각된다. 결국 주거이전비와 이사비의 특성을 고려하여 이에 대한 손실보상 절차에 대해서는 도시정비법에 토지보상법의 수용재결절차 준용에 대한 예외 규정을 입법적으로 마련하는 것이 타당하다.

주제어 : 주거이전비, 이사비, 생활보상, 재결신청청구권, 토지보상법

## 목 차

- I. 서 론
- II. 사건의 개요 및 판결 내용
- III. 생활보상의 의의와 내용
- IV. 토지보상법상 재결절차
- V. 생활보상과 재결신청청구권
- VI. 대상판결에 대한 평석
- VII. 결 론

## I. 서 론

2019년 4월 서울시는 단독주택 재건축 지역의 세입자 대책을 발표했다. 재건축사업은 재개발사업과 달리 세입자 대한 손실보상 의무 규정이 없다. 때문에 이주 및 철거 과정에서 사업시행자와 재건축 세입자간의 물리적 충돌이 빈번히 발생하고 있다. 이번 서울시 대책에

따르면 재건축 사업시행자는 세입자에게 재개발에 준하는 영업손실보상비, 주거이전비, 이사비를 지급해야 한다.

아래에서 볼 대상판결<sup>1)</sup>의 피고는 재개발 구역에 거주하던 세입자이다. 피고는 재결신청청구를 하기에 앞서서 사업시행자에게 이사비를 지급해 줄 것을 요청했으나 사업시행자는 이주를 완료하면 지급하겠다고 안내하며 지급을 미루었다. 실무상 사업시행자는 이사비를 이주가 완료된 후에 지급하고 선지급하는 경우는 거의 없다. 이사비에 관한 손실보상 안내 역시 잘 이루어지지 않는다. 때문에 세입자들 중에는 자신에게 이사비 청구권이 있는 사실 자체를 알지 못하는 경우도 많다.

생활보상 중 주거이전비 및 이사비는 공익사업 시행지역 안에 거주하는 소유자와 세입자들의 조기 이주를 장려하기 위하여 토지보상법에 마련되었다. 법령에 규정되어 있음에도 불구하고 현실은 이주자에게 실질적인 보상이 이루어지지 않고 있는 것이다. 한편 이주자 중에서 보상받을 권리를 보다 적극적으로 행사하는 차원에서 사업시행자에게 주거이전비 등에 대하여 재결신청을 청구하는 경우가 있다. 주거이전비와 이사비 보상을<sup>2)</sup> 재산권 박탈에 대한 손실보상이 아니며, 보상금액이 법령에 정해져 있다. 이에 이 글에서는 이러한 특징을 지닌 생활보상 항목에 대하여 토지소유자 등에게 토지보상법이 정한 재결절차를 통해 보상금을 지급받을 권리를 인정하는 것이 타당한지를 살피고자 한다.

## II. 사건의 개요 및 판결 내용

### 1. 사건의 개요

원고는 주택재개발정비사업조합이고 피고는 사업구역내 거주하던 세입자이다. 원고는 2017. 10. 12. 관리처분계획인가고시를 받고 2017. 12. 14. 주거세입자들에게 주거이전비 신청에 관한 안내를 하였다. 피고는 2018. 1. 25. 원고에게 ‘주거이전비의 지급신청만 접수하고 있고 이사비에 대한 지급신청은 접수하지 않고 있다.’는 이유로 이사비에 대한 재결을 신청해 줄 것을 청구하였다. 원고는 이사비는 재결대상이 아니라는 이유로 피고의 재결신청청구를 거절하고, 이후 이사비를 변제공탁한 뒤 피고를 상대로 이사비 채무부존재확인의를 소를 제기하였다.

1) 서울고등법원 2019. 10. 22. 선고 2019누31060 판결. 이 사건은 피고가 상고하였으나 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두58827 판결로 심리불속행 기각되어 확정되었다.

## 2. 판결 내용

### (1) 원심판결의 요지<sup>2)</sup>

피고가 원고에게 재결신청청구를 함으로써 재결절차로 나아갔다면, 원고는 관할 토지수용 위원회에 재결신청을 하여 그 재결의 결과에 따라 피고에게 이사비를 지급할 수 있을 뿐, 재결이 이루어지기도 전에 이사비를 변제공탁한 후 공법상 당사자 소송으로 이사비 채무부존재확인을 구하는 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다고 하여 소각하 판결을 하였다.

### (2) 대상판결의 요지

재결신청청구권은 ‘토지등’에 대한 보상에 적용되는 것이고, 도시정비법에 의하여 준용되는 토지보상법에서 말하는 ‘토지등’에 이사비는 포함된다고 보기 어렵기 때문에, 세입자에게 이사비에 관한 재결신청 청구권을 인정할 법규상 또는 조리상의 근거를 찾을 수 없다. 따라서 원고에게 이사비와 관련하여 재결을 신청할 의무가 있다고 볼 수 없으므로 원고로서는 적법한 이사비를 변제공탁할 수 있다고 하여, 원심판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다.

## Ⅲ. 생활보상의 의의와 내용

### 1. 생활보상의 의의

#### 【생활보상의 의의】

생활보상이란 이주자들에 대하여 종전의 생활상태를 회복해주기 위한 손실보상으로서 전통적인 재산권 보상 이외의 보상을 가리키는 개념이다.<sup>3)</sup> 생활보상을 명문으로 규정하고 있는 개별법령은 없으나, 대법원은 생활보상이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있다.<sup>4)</sup> 생활보상은 개별적인 보상 항목은 아니고, 영업손실보상, 이주대책 또는 이주정착금, 주거이전비, 이사비 등 재산권으로 분류하기 어려운 보상내용을 통틀어 말하는 상위 개념이다.

2) 서울행정법원 2018. 12. 14. 선고 2018구합73966 판결.

3) 생활보상과 생활권보상을 동의어로 보는 것이 일반적이다. 다만 이를 구별하는 견해는 생활보상은 보상의 내용 내지 이념에 관한 것이고, 생활권보상은 재산권에 대응하는 손실보상의 대상이 되는 권리로 해석한다(박균성, 『행정법론(상)(제9판)』, 박영사, 2010, 832면 참조, 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 『부동산연구』 제20권 제1호(2010. 6.), 55면 참조).

4) 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결 등.

**【생활보상의 헌법적 근거】**

생활보상의 헌법적 근거에 대해서는 헌법 제23조에서 찾는 견해, 헌법 제34조에서 찾는 견해, 그리고 양자 모두에서 찾는 견해로 나뉜다. 판례는 이른바 ‘통일설’을 취하는 것으로 이해되고, 다만 이주대책, 주거이전비, 이사비는 사회보장적 성격의 금원으로 본다.<sup>5)</sup> 헌법적 근거에 대한 논의의 실익은 정당보상 관념에 생활보상을 포함시킬지 여부와 개별법에 보상규정이 없는 경우 헌법적 근거만으로 청구권이 발생하는가의 문제에 있다. 근거를 헌법 제34조에서 찾게 되면 생활보상의 실시여부는 입법정책적 재량의 영역에 속하게 된다. 이미 토지보상법에 입법되어 있는 생활보상 항목의 경우, 헌법적 근거와 무관하게 재산권으로서 보호를 받게 되어야 함은 당연하다 할 것이다.

**2. 생활보상의 내용**

**(1) 토지보상법과 도시정비법상의 손실보상**

**【손실보상의 일반법】**

손실보상을 규율하는 일반법은 토지보상법이다. 토지보상법에서는 손실보상의 내용과 수용재결의 절차에 대하여 구체적으로 정하고 있다. 일반적으로 개별법률은 토지보상법을 준용하는 형식을 취하고 있으며, 반면 개별법에 토지보상법의 규정을 뛰어 넘는 규정을 별도로 두는 경우도 있다. 토지보상법을 준용하는 경우에는 통일적인 보상이 가능하다는 측면에서 사업간 형평성을 도모할 수 있으나, 반대로 사업의 개별 특수성을 감안하지 못한다는 문제가 존재한다.

**【도시정비법상 손실보상】**

도시정비법은 토지보상법 제4조제8호에 규정된 공익사업에 해당하고(별표 제36호), 도시정비법 제65조에서도 정비사업의 시행을 위한 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리에 대한 수용 또는 사용은 토지보상법을 준용하도록 규정하고 있다. 단, 제65조제1항 단서에서는 손실보상의 기준 및 절차에 대해서 도시정비법에서의 별도의 특례를 두고 있다. 또한 도시정비법 제63조에서는 주거환경개선사업 및 재개발사업의 사업시행자<sup>6)</sup>에게 정비사업 시행에 필요한 토지보상법 제3조의 규정에 의한 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 수용 또는 사용할 수 있는 권리를 부여하고 있다.

5) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마19 전원재판부, 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다57778 판결, 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017두40068 판결.

6) 재건축사업의 경우에는 공공사업으로서의 성격이 강한 도시정비법 제26조제1항제1호 및 제27조제1항제1호에 해당하는 재건축사업의 사업시행자만 본 조의 적용을 받는다.

## 【토지보상법상 생활보상】

토지보상법은 제70조부터 제82조까지 손실보상의 종류와 기준에 대하여 정하고 있다. 이 중 생활보상으로 분류되는 것은 영업의 손실 등에 대한 보상(제77조제1항), 농업의 손실에 대한 보상(제77조제2항, 시행규칙 제48조), 이주대책 또는 이주정착금(제78조제1항), 주거이전비 및 이사비(제78조제5항, 시행규칙 제54조), 이농비 또는 이어비 보상(제78조제6항, 시행규칙 제56조) 등을 들 수 있다.<sup>7)</sup>

## (2) 영업손실보상

## 【영업손실보상 산정기준】

영업손실보상은 크게 ‘폐업보상’ 과 ‘휴업보상’ 으로 나뉜다. 폐업보상금은 2년간의 영업이익에 영업시설 등의 매각손실액을 더해서 산정한다(토지보상법 시행규칙 제46조). 휴업보상금은 원칙적으로 4개월 이내의 영업이익에 휴업기간의 고정적 비용, 영업시설 등의 이전비용 등을 포함한다(제47조). 즉, 영업손실보상은 일실손실보상으로 볼 수 있는 일정 기간의 영업이익과 실비변상적 성격의 이전비용 등을 포함한다.<sup>8)</sup> 때문에 영업손실보상의 법적 성격에 관해서는 순수한 생활보상이 아닌 재산권(영업권)에 대한 손실보상, 혹은 생활보상과 재산권 보상이 혼합된 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.

## 【영업손실보상 기준일】

토지보상법 시행규칙 제45조에서는 영업손실보상의 기준일을 “사업인정고시일”로 한정하고 있는 것이 아니라 “사업인정고시일등”으로 규정하고 있다. 때문에 영업손실보상 기준일에 대하여 법원의 입장 역시 통일되어 있지 못하다. 판례의 태도는 보상계획 공고일과 사업인정 고시일 중 앞선 날,<sup>9)</sup> 사업인정고시일,<sup>10)</sup> 협의성립 내지 수용재결 당시<sup>11)</sup> 등으로 다양하다. 한편, 도시정비법은 영업손실 보상대상자의 인정시점은 공람공고일로 한다는 특칙을 두고 있다(시행령 제54조제3항).

## (3) 이주대책 또는 이주정착금

사업시행자는 공익사업 시행으로 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위하여 이주

7) 이 중 농업 손실에 대한 보상, 이농비 또는 이어비 보상은 이하 논의에서 제외한다.

8) 김종수/이성근/서경규, “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 『감정평가학 논집』 제8권 제2호(2009. 8.), 119면-120면 참조.

9) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009두16284 판결.

10) 영업손실 보상 대상 여부는 사업인정고시일을 기준으로 판단해야 하고, 사업인정고시일 당시 보상대상에 해당한다면 사업지구 내 다른 장소로 이전했다라도 손실보상 대상이 된다(대법원 2012. 12. 27. 선고 2011두27827 판결).

11) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두11641 판결 등.

대책을 수립·실시하여야 한다(토지보상법 제78조). 이주대책을 수립·실시하지 아니하는 경우나 이주대책 대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하려는 경우에는 대신 이주정착금을 지급해야 한다(토지보상법 시행령 제41조). 이주정착금은 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30퍼센트에 해당하는 금액으로 하되, 그 금액이 6백만원 미만인 경우에는 6백만원으로 하고, 1천2백만원을 초과하는 경우에는 1천2백만원으로 한다(토지보상법 시행규칙 제53조제2항).

(4) 주거이전비

**【주거이전비 산정기준】**

주거이전비는 1986년경 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 시행규칙 개정을 통해 처음 도입되었다. 도입 당시 소유자와 세입자에 대한 주거이전비는 각각 주거비와 주거대책비로 분리 규정되어 있었으나, 2003년 토지보상법이 제정되며 주거이전비로 명칭이 통합되었다. 현재 소유자에게는 2개월분의 주거이전비를, 세입자에게는 4개월분의 주거이전비를 지급하는 것으로 차별하여 정하고 있다(시행규칙 제54조제1항 및 제2항).<sup>12)</sup> 주거이전비는 「통계법」 제3조제3호에 따른 통계작성기관이 조사·발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구의 가구원수별 월평균 명목 가계지출비를 기준으로 산정한다.

**【주거이전비 보상기준일】**

세입자의 경우 토지보상법상 주거이전비 지급대상이 되는 자는 “사업인정고시일 등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 당시 해당 공익사업시행지구안에서 3개월 이상 거주한 자” 이다(시행규칙 제54조제2항). 반면, 도시정비법은 시행령 제54조제4항에서 “공람공고일” 현재 거주하고 있는 자를 주거이전비의 보상대상자로 보고 있다. 이에 대하여 도시정비법이 공람공고일 이전 3개월 거주 요건을 명시적으로 배제한 것이라는 해석과 토지보상법상의 규정과 절충하여 여전히 3개월 거주요건이 필요하고 다만 기준일만 공람공고일이 된다는 해석이 존재한다. 특별법 우선의 원칙에 따라 전자로 보는 것이 타당하다.

(5) 이사비

**【이사비 산정기준】**

토지보상법 제78조제4항에서 “가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용” 을 보상하도록

12) 1989년 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 시행령에 소유자에 대한 이주정착금 규정이 도입되면서 세입자에게 본래 2개월분의 주거대책비가 지급되던 것을 3개월분으로 상향하였다.

정하고 있고, 동법 시행규칙 제55조에서는 제2항에서 “이사비” 보상을, 제1항에서는 제2항의 이사비 보상대상인 동산을 제외한 동산의 이전비 보상을 별도로 규정하고 있다. 이사비는 주거용 건축물 거주자의 주택연면적을 기준으로 노임, 차량운임 및 포장비를 고려하여 보상금액을 정하고 있다(시행규칙 별표 4).<sup>13)</sup> 보상금액은 소유자와 세입자간에 차별이 없다.

#### 【이사비 보상기준일】

주거이전비와 달리 토지보상법과 도시정비법은 이사비의 지급대상자 요건에 대해서 규정하고 있지 아니하다. 판례는 “공익사업시행지구에 편입되는 주거용 건축물의 거주자로서 공익사업의 시행으로 이주하게 되는 자”를 이사비 보상대상자로 본다.<sup>14)</sup> 실무에서는 별도의 기준일을 따지지 않고 사업시행인가고시일 이후 이주하면 이사비 지급대상자에 해당하는 것으로 본다.

## IV. 토지보상법상 재결절차

### 1. 재결의 신청

#### 【재결신청절차】

토지보상법은 손실보상의 일반적인 절차로서 ① 사업인정 전 협의과정(제16조) → ② 국토해양부장관의 사업인정(고시)<sup>15)</sup>(제20조) → ③ 사업인정 후 재결 전 협의과정(제26조) ④ 재결(제50조) 등을 거치도록 규정하고 있다. 제16조의 사업인정 전 협의과정(①)은 사업시행자가 협의를 진행할지 여부를 임의적으로 선택할 수 있지만, 제26조의 사업인정 후 협의과정(③)은 재결 전 사업시행자가 반드시 거쳐야 하는 필수적 과정이다. 일련의 절차 중 마지막 단계인 재결은 따라서 협의가 성립되지 않거나 또는 협의를 할 수 없는 경우에 한하여 가능하다.

#### 【사업시행자의 재결신청권한】

토지소유자 및 관계인에게는 원칙적으로 재결신청권이 없고,<sup>16)</sup> 사업시행자<sup>17)</sup>에게 재결신청

13) 포장비는 노임과 차량운임비를 더한 금액의 15%를 지급하므로, 결국 노임과 차량운임에 따라 이사비 액수가 결정된다. 노임은 국가통계포털자료에 따르고, 차량운임은 한국교통연구원이 발표하는 최대적재량이 5톤 화물자동차의 1일 8시간 운임을 기준으로 한다.

14) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011두22792 판결 등.

15) 재건축·재개발 등 도시정비사업은 사업시행계획인가 고시가 있을 때 토지보상법상의 사업인정이 의제된다(도시정비법 제65조제2항).

16) 단, 사업 준비를 위한 출입의 허가와 관련한 손실 보상(토지보상법 제9조제7항), 사업인정이 실효된 경우의 손실보상(동법 제23조제1항), 잔여지에 대한 수용 청구(동법 제74조제1항), 잔여 건축물의 손실에 대한 보상(동법 제75조의2 제2항) 등에 대하여는 토지소유자 및 관계인에게도 재결신청권이 인정된다.

17) 사업시행자를 대신하여 공용수용에 관한 협의절차업무를 대행하고 있는 자가 따로 있는 경우에는 특별한 사

을 청구할 수 있을 뿐이다. 재결의 신청권자를 사업시행자로 한정된 이유에 대하여는 피수용자에게 신청권을 부여하는 것은 토지보상법 이론과 구조에 맞지 않는 점, 재결의 효과로서 발생하는 목적물 취득과 보상의무 등이 사업시행자에게 있는데, 피수용자에게 재결신청권을 인정하게 되면 사업시행자에게 권리의 행사나 의무의 이행을 강요하는 결과를 낳게 되는 점 등이 제시되었다.<sup>18)</sup>

**【재결신청청구권】**

토지소유자 및 관계인의 재결신청청구는 협의가 성립되지 아니한 경우에만 가능하다(제30조 제1항).<sup>19)</sup> 사업시행자가 재결신청청구를 받은 때에는 청구가 있는 날부터 60일 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청해야 한다(제30조제2항). 토지소유자 및 관계인에게 재결신청청구권을 인정한 것은 재결신청권이 사업시행자에게만 부여되어 있으므로 수용을 둘러싼 법률관계의 조속한 확정을 바라는 토지소유자 및 관계인의 이익을 보호하고 수용당사자간의 공평을 기하기 위함이다.<sup>20)</sup>

**【재결신청청구권의 실효성 확보】**

토지보상법은 재결신청청구권의 실효성을 확보하기 위해서 가산금제도를 두고 있다(제30조 제3항).<sup>21)</sup> 협의기간이 끝난 후에 청구를 받은 경우에는 최초로 청구를 받은 다음 날부터 가산금이 기산되고, 협의기간 중에 재결신청청구를 받은 경우라면 협의기간의 만료일 다음날부터 기산된다.<sup>22)</sup>

**2. 재결의 대상**

토지보상법 제50조에 따르면 토지수용위원회의 재결사항은 수용하거나 사용할 토지의 구역 및 사용방법, 손실보상, 수용 또는 사용의 개시일과 기간, 그 밖에 이 법 및 다른 법률에서 규정한 사항에 관한 것이다. 이 중 “손실보상”에 대하여 토지보상법에 개별적인 정의 규정은 존재하지 아니한다. 일반적으로는 제61조의 “공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.”는 조문을 손실보상에 대한 정의규정으로 삼고 있는 것으로 보인다. 한편 제6장제2절은

정이 없는 이상 재결신청의 청구서를 그 업무대행자에게도 제출할 수 있다(대법원 1993. 7. 13. 선고 93누2902 판결).

18) 김경렬, 『토지공법』, 경영문화원, 1993, 111면-112면 참조(정기상, “수용절차상 재결신청청구제도에 관한 연구”, 『인권과 정의』 428호(2012. 9.), 42면에서 재인용).

19) 다만, 대법원은 사업인정 고시 후 상당한 기간이 경과하도록 사업시행자가 협의기간을 통지하지 아니한 경우에는 토지소유자가 재결신청청구를 할 수 있다고 본다(대법원 1993. 8. 27. 선고 93누9064 판결).

20) 대법원 2000. 10. 27. 선고 98두18381 판결.

21) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93누9064 판결.

22) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93누2902 판결.

“손실보상의 종류와 기준”이라는 명칭 아래, 제70조부터 제79조까지 토지보상, 건물보상, 영업권보상, 주거이전비 보상, 이주정착금 보상, 이사비 보상 등의 구체적인 손실보상의 내용과 기준에 대하여 정하고 있다.

### 3. 재결의 효과 및 불복

#### 【재결의 실질적 기능】

손실보상의 진행절차는 재결신청 전과 후로 구분하여 설명할 수 있다. 재결신청 전이란 결국 협의과정을 말한다. 우선 사업시행자가 토지 및 물건조서를 작성하고(토지보상법 제14조), 이후 감정평가업자 3인 이상에게 평가를 의뢰하여 그 평균금액을 보상금액으로 결정하며(토지보상법 제26조 및 제68조), 이 보상금액을 토대로 토지소유자 등과 협의를 진행하게 된다. 협의가 이루어지지 않은 경우 재결절차에 나아간다. 한편 사업시행자와 토지소유자 등간에 협의가 이루어지지 않는 주요 이유는 평가된 보상금의 적정성 때문인바, 결국 재결신청청구의 주된 목적은 공적 기관인 토지수용위원회에서 보상금액 평가를 다시 받기 위함이다. 토지수용위원회는 재결 과정에서 보상평가를 다시 할 수 있는데(토지보상법 제58조), 당초 사업시행자가 평가한 감정평가법인을 제외한 감정평가업자 2인에게 평가를 의뢰하고 이 감정평가결과를 산술평균하여 보상액을 다시 산정하게 된다. 이 보상금액이 협의매수시에 사업시행자가 협의가격으로 제시한 금액보다 낮을 때에는 당초 협의하였던 가격으로 보상금을 결정하게 된다.

#### 【재결의 효과】

이와 같은 과정을 거쳐 재결이 이루어지면 비로소 토지소유자는 토지수용위원회에서 정한 보상금을 사업시행자로부터 받을 권리가 생겨난다. 사업시행자는 토지수용위원회에서 정한 보상금을 수용개시일까지 토지소유자에게 지불하거나 토지소유자가 보상금 수령을 거부할 때에는 보상금을 공탁하여야 하며, 만약 사업시행자가 수용의 개시일까지 보상금을 지불하거나 공탁하지 아니하면 그 수용 재결은 효력을 잃게 된다.

#### 【재결에 대한 불복】

사업시행자 및 토지소유자 또는 관계인은 재결에 대하여 불복이 있는 때에는 재결서를 받은 날부터 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다(토지보상법 제85조제1항). 법원은 위 규정에 대하여 토지보상법이 재결전치주의를 채택하고 있는 것으로 해석한다.<sup>23)</sup> 재결에 대하여 불복이 있는 경우에는 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하거나, 이의신청을 거치지 아니하고 곧바로 관할 토지수용위원회를 상대로 재결에 대한 취소소송 등을 제기할 수 있

23) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012두24092 판결 등.

다.<sup>24)</sup> 보상금액에 대해서만 불복할 경우에는 사업시행자 또는 토지소유자 등은 각 토지소유자 등 또는 사업시행자를 상대로 당사자소송으로 보상금증감청구소송을 제기해야 한다(토지보상법 제85조제2항).

## V. 생활보상과 재결신청청구권

### 1. 영업손실보상

대법원은 영업손실보상에 대해서는 재결전치주의가 적용되는 것으로 본다.<sup>25)</sup> 따라서 토지소유자 및 관계인은 곧바로 사업시행자를 상대로 영업손실보상금청구의 소를 제기할 수 없다. 사업시행자는 토지 및 건물 등에 대한 수용재결신청을 할 때 영업손실보상에 관한 재결신청도 함께 하고 있다.

### 2. 이주대책 및 이주정착금

#### 【이주대책】

이주대책대상자에 관한 선정이나 제외조치는 사업시행자가 도시정비법상 부여받은 행정작용권한을 행사하는 것이다. 따라서 이러한 이주대책에 관한 처분은 행정처분에 해당하므로 이주자로서는 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 제외처분이나 거부처분의 취소소송을 제기할 수 있고, 아직 구체적인 수분양권을 취득하지 않은 상태에서 민사소송이나 공법상 당사자 소송으로 수분양권의 확인을 구할 수는 없다.<sup>26)</sup>

#### 【이주정착금】

사업시행자가 이주정착금의 지급을 거절하는 경우 이 역시 처분으로 볼 수 있는지 문제된다. 행정심판재결례 중에서는 이를 처분이 아니라 의견 표명에 불과하다고 보아 각하한 사례도 있고,<sup>27)</sup> 반면 거주 요건 등을 심사함으로써 실체적 판단에 나아간 사례도 있다.<sup>28)</sup> 실무상 이주정착금 지급 대상에서 제외된 경우 이주자는 토지보상법 시행규칙 제53조제2항에 따른 금원을 산정해 당사자소송으로 이주정착금 지급청구를 하게 되고, 지급대상자인지 여부

24) 과거에는 행정소송을 제기하기 이전에 이의제결을 반드시 거쳤어야 했으나, 현행법에서는 토지소유자 등의 신속한 권리구제를 위하여 이의신청 전치주의를 폐지하였다.

25) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2015두4044 판결, 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009두10963 판결 등. 다만 명시적으로 판단한 것은 아니나, 재결을 거치지 아니하고 당사자소송에 의하여 영업손실보상청구를 할 수 있음을 전제로 영업손실 지급요건에 관하여 실체적 판단에 나아간 사례도 있다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두11641 판결).

26) 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결.

27) 충청남도 행정심판2005-35(각하).

28) 인천광역시 행정심판2005-50(기각).

는 소송에서 심사받게 된다. 이주정착금은 이주대책을 수립하지 않을 때 지급된다는 점에서 이주대책과 실질이 같다. 따라서 이주대책에서의 경우와 동일하게 이주정착금에 관한 사업시행자의 결정 역시 처분으로 보아야 한다. 이와 같이 보면 이주정착금 지급청구의 소는 실질은 항고소송이므로 소송 유형은 강학상 형식적 당사자소송<sup>29)</sup>에 해당한다.

#### 【이주정착금과 재결】

현금청산자가 수용재결신청청구를 하면서 이주정착금에 대하여 함께 재결신청을 청구하는 경우가 있다. 이에 대하여 일반적으로 토지수용위원회는 이주정착금은 토지보상법 제50조제1항의 재결대상이 아니라는 이유로 판단을 하지 않고 있는 것으로 보인다. 이주정착금 지급을 구하는 당사자소송에서도 반드시 선행적으로 재결을 거칠 것을 요하지 않는다. 한편 도시정비법 시행령은 공람공고일부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 소유자는 이주대책대상자에서 제외하고 있다(제54조제1항). 여기서 수용재결이란 토지 및 건물 등에 관한 수용재결을 의미하는 것이므로 결국 논리상 이주정착금의 지급여부는 수용재결 이후(재결에 대하여 다투는 경우는 이의신청이나 행정소송 단계가 된다)에 결정된다. 따라서 현금청산자에 대해 수용재결절차가 진행되는 경우 지방토지수용위원회는 이주정착금을 동시에 판단할 수 없는 것이다.

### 3. 주거이전비 및 이사비

#### (1) 불복방법

우리 법원은 주거이전비 청구권과 이사비 청구권은 공법상 권리이므로 그 보상을 둘러싼 쟁송은 민사소송이 아니라 행정소송에 의하는 것이 타당하다고 보고 있다. 따라서 토지소유자 등은 당사자소송으로 주거이전비 및 이사비를 청구해야 한다. 단, 주거이전비 및 이사비에 대하여 재결이 이루어진 경우에는 일반적인 손실보상에 관한 수용재결과 동일하게 토지수용위원회를 상대로 항고소송(행정소송법 제85조제1항)을 제기하거나 사업시행자를 상대로 보상금증감청구소송(같은 조 제2항)을 제기해야 한다.<sup>30)</sup>

29) 강학상으로 당사자소송은 실질적 당사자소송과 형식적 당사자소송으로 구분한다. 실질적 당사자소송이라 함은 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 주체를 당사자로 하는 소송을 말한다. 통상 당사자소송이라 하면 실질적 당사자소송을 말한다. 형식적 당사자소송이란 형식적으로는 당사자소송의 형식을 취하고 있지만 실질적으로는 처분 등의 효력을 다투는 항고소송의 성질을 가지는 소송이라고 이해한다(박균성/도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2014, 651면 참조).

30) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008두10829 판결.

(2) 재결과의 관계

【주거이전비 등 지급에 관한 실무의 태도】

주거이전비 및 이사비는 법령상 요건이 정해져 있기 때문에 사업시행자는 관련서류 검토 후 지급대상자인지를 곧바로 판단할 수 있다. 일반적으로 주거이전비의 경우에는 사업시행자가 이주기간 이전에 주거이전비 손실보상 안내를 하고, 이주자들이 제출한 서류를 토대로 주거이전비 지급 또는 제외 결정을 한다. 반면 이사비의 경우에는 손실보상 안내를 하는 경우가 드물고, 이주 막바지에 이르러 이주를 촉진시키기 위한 협상의 도구로 이용되고 있으며 결국 이사비를 지급받는 자는 소수에 불과하다. 이처럼 사업시행자가 자체적으로 세입자 등이 제출한 주거이전비 및 이사비 지급청구서를 검토 후 보상대상자에 해당하지 않는다고 보고 지급청구를 거부하거나, 손실보상에 관한 내용을 별도로 안내하지 않고 협의를 하지 않는 경우가 빈번하다. 또한 일반적이지는 않으나 대상판례의 사안처럼 세입자 등이 주거이전비 또는 이사비에 대하여 재결신청청구를 하고 사업시행자는 재결대상이 아니라는 이유로 재결신청 자체를 하지 않는 경우도 있다.

【재결과의 관계】

결국 사업시행자가 주거이전비 및 이사비를 지급하지 않는 모습은 주거이전비 등 대상자에 해당하지 않는다는 통보를 한 경우와 토지소유자 등이 재결신청청구를 하였으나 사업시행자가 재결신청을 거부한 경우로 나뉠 수 있다. 우선 전자의 경우 토지소유자 등이 행정심판을 청구할 수 있는지 부터 살펴보면, 행정심판례 중에서는 토지보상법이 토지소유자 등에 대해서 재결신청청구권을 부여하고 있다는 이유로(행정심판법 제3조제1항)<sup>31)</sup> 주거이전비 지급거부취소 청구를 각하한 사례가 있다.<sup>32)</sup> 다음으로 토지소유자 등이 재결절차를 거치지 않고 바로 주거이전비 등을 당사자소송으로 청구할 수 있는지 보면, 과거 하급심 중에서는 재결을 반드시 거쳐야 된다고 본 예<sup>33)</sup>가 있으나, 현재 대법원은 영업손실보상과 달리 주거이전비 및 이사비에 대해서는 재결전치주의가 적용되지 않는 것으로 해석한다.<sup>34)</sup>

31) 행정심판법 제3조(행정심판의 대상) ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

32) 인천광역시 행정심판(2005-927호)(각하).

33) 33) 각주의 심판 이전 청구인이 제기한 관련 소송이다. 당사자소송으로 주거이전비 지급청구의 소를 제기하자 각하되었고, 이후 청구인이 다시 재결신청에 대한 의무이행심판을 제기한 사안이다. 당해 행정심판위원회는 관계인의 재결신청이 있는 경우 사업시행자는 반드시 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 토지보상법에 규정되어 있는 점, 청구인의 주거이전비보상에 대하여 피청구인과 협의가 성립되지 아니한 점, 토지보상법상에 청구인의 주거이전비보상에 대하여 재결신청의 청구 이외에는 이의신청절차가 없고, 재결절차를 거치지 않고서는 당사자소송에 의해서도 청구인의 위 권리를 구제받을 수 있는 길이 없어 보이는 점 등을 이유로 하여 청구인에게 재결신청청구권이 있다고 판단하였다.

34) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결.

## (3) 사업시행자가 재결신청을 거부하는 경우

## 【재결사항이 아니라는 견해】

이 견해에 따르면 주거이전비 및 이사비는 재결사항이 아니므로 사업시행자가 토지소유자 등의 재결신청청구를 거부하는 것은 적법하다. 주거이전비 및 이사비는 토지보상법에 보상 대상자 및 산정방법 등이 명시되어 있고, 사업시행자가 관련 서류를 검토하여 사실관계 판단 후 관련법에 따라 스스로 처리할 수 있는 점을 근거로 든다.

## 【재결사항이지만 재결신청청구권은 인정되지 않는다는 견해】

주거이전비 및 이사비는 토지보상법 제3조 각호에 해당하는 토지·물건 및 권리에 포함된다고 보기 어렵기 때문에, ‘토지등’의 수용·사용에 따른 보상 협의 및 재결신청과 토지수용위원회의 권한 등을 정한 토지수용법상의 여러 재결 절차 규정이 적용되지 않는다는 견해이다. 다만 이 경우에도 사업시행자가 주거이전비 및 이사비에 대하여 재결신청을 한 경우에는 재결절차의 심리대상이 될 수 있다고 본다. 이 점에서 앞서 본 견해와 차이가 있다. 대상판결의 입장이기도 한 재결신청청구권만을 부정하는 이 견해는 주거이전비 및 이사비의 경우엔 별도의 보상금청구소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다는 점, 건축물에 대한 보상이 이루어지기 전에 미리 주거이전비 등의 청구권을 행사하여야 할 필요가 있다고 보기 어려운 점 등을 함께 논거로 제시하고 있다.<sup>35)</sup>

## 【재결신청청구권이 인정된다는 견해】

토지소유자 등은 선택적으로 공법상 당사자소송으로 주거이전비 등 청구소송을 제기하거나 사업시행자를 통해 관할 토지수용위원회에 재결신청을 청구할 수 있다는 견해이다.<sup>36)</sup> 이 견해는 불복절차의 선택의 폭을 넓히기 때문에 당사자의 권리구제를 도모할 수 있다. 반면 상대방인 사업시행자 입장에서는 주거이전비 등의 청구 방법이 오로지 토지소유자 등의 선택에 달린 관계로 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이 견해는 토지 및 건물에 대한 보상이나 영업손실보상의 경우 재결전치주의를 채택하여 청구방법을 일원화하고 있는 것과도 비교된다. 또한 재결신청청구를 받고 사업시행자가 60일 이내 재결을 신청하지 않은 경우에는 지연가산금을 지급해야 한다는 점에서(토지보상법 제30조제3항), 토지소유자 등의 입장에서는 재결신청청구라는 행위를 통해 얻지 않을 수도 있었던 지연가산금의 이득을 얻는 것이 가능하지만 사업시행자의 입장에서는 지연가산금에 의한 재산상의 손실이 초래될 위험을 안게 된다.

---

35) 대상판결의 입장이다.

36) 대상판결 원심의 입장이다.

#### 4. 생활보상과 명도소송

**【생활보상과 명도소송】**

관리처분계획인가 고시가 이루어지면 사업시행자는 도시정비법 제81조를 들어 소유자 및 관계인들을 상대로 명도소송을 제기한다.<sup>37)</sup> 그리고 이러한 명도소송에서 피고는 손실보상이 완료되지 않았다는 점을 항변으로 주장하게 된다(도시정비법 제81조제1항제2호). 통상 사업시행자는 토지 및 건물 등의 보상에 대해서는 수용재결을 거쳐 변론종결일 이전 보상금 공탁을 완료하고 있다. 때문에 문제가 되는 것은 영업손실, 주거이전비 및 이사비 등 생활보상의 지급이 완료되지 않았음을 항변으로 주장하는 경우이다.

**【영업손실보상과 명도소송】**

판례는 사업시행자의 영업손실 보상금 지급의무와 세입자 등의 부동산 인도의무는 동시행관계에 있다고 본다. 다만 영업손실 보상금을 재결절차에 의하여 지급할 때에는 부동산 인도에 앞서 영업손실보상금 등의 지급절차가 선행될 것을 요구한다.<sup>38)</sup> 손실보상이 완료될 것을 요구하는 도시정비법 제81조제1항 단서 제2호와 사전보상 원칙을 규정한 토지보상법 제62조를 판단의 근거로 삼는다.

**【주거이전비 및 이사비와 명도소송】**

영업손실과 달리 주거이전비 및 이사비는 명도소송의 항변사유로서 작동하지 못하고 있다. 현재 대법원은 주거이전비 및 이사비 청구권을 공법상 권리로 보고 있는바,<sup>39)</sup> 때문에 민사소송인 명도소송에는 이를 항변사유로 주장할 수 없는 것이다. 그런데 최근 하급심에서는 주거이전비 및 이사비 역시 도시정비법 제81조제1항 단서 제2호가 말하는 토지보상법에 따른 ‘손실보상’에 포함되고 따라서 민사소송에서 항변사유로 주장할 수 있다는 판결이 나오고 있다.<sup>40)</sup> 토지보상법에서 정하고 있는 손실보상인 주거이전비 및 이사비 청구권은 공법상 권리로 보는 것이 타당하고, 따라서 공법과 사법의 이원적 체계를 택한 우리 법제 하에서 공법상 권리를 민사소송에서의 항변 사유로 인정하는 모습은 부적절하다. 이러한 문제는 결국 재건축·재개발 등 도시정비사업에서의 명도소송의 실질이 수용소송<sup>41)</sup>임에도 불구하고

37) 제81조(건축물 등의 사용·수익의 중지 및 철거 등) ① 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조제4항에 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.

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

38) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

39) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결.

40) 서울고등법원 2019. 4. 17. 선고 2018나266037 판결, 인천지방법원 2018. 9. 5. 선고 2018가단205062 판결.

41) 같은 취지, 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.), 126면 참조.

당사자소송이 아닌 민사소송으로 제기되고 있기 때문에 기인하는 것이다. 따라서 토지소유자 등의 주거이전비 등 청구권의 보장을 실질적으로 이루기 위해서라도, 도시정비법 제81조를 권원으로 한 명도소송은 당사자소송에 의해 청구될 수 있도록 입법과 판례가 정비될 필요가 있다.

## VI. 대상판결에 대한 평석

### 1. 도시정비법에서 토지보상법의 준용 범위

도시정비법 제63조는 재건축을 제외한 정비사업에서 사업시행자는 토지보상법 제3조에 따른 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 취득하거나 사용할 수 있다고 규정하고 있고, 토지보상법 제2조는 이 법에서 “‘토지등’이라 함은 제3조 각호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 말한다”고 규정하고 있다. 대상판결은 도시정비법에서 준용되는 ‘토지등’에 이사비는 포함되지 않기 때문에 수용재결 절차의 심리대상이 될 수 없다고 본 것이다.

그런데 도시정비법은 제63조 이외에도 제65조에서 토지보상법을 준용한다는 포괄적인 규정을 다시 두고 있다. 국토계획법에도 토지보상법 준용에 관한 규정이 있지만 준용되는 범위를 “제95조에 의한 수용 및 사용”이라고 한정하고 있다(국토계획법 제96조). 그러나 도시정비법은 제63조와 별개로 제65조에서 토지보상법의 준용 규정을 다시 두고 있고, 제65조에서는 준용 범위를 “제63조에 의한 수용 및 사용”에 관한 것으로 한정하고 있지 아니하다. 그러나 대상판결은 토지보상법에 관한 포괄적 준용 규정인 도시정비법 제65조의 존재에 대하여는 합구하고 제63조만을 보고 준용 대상을 판단하였다.

그렇다면, 도시정비법 제65조가 입법되어 있는 이상 도시정비법은 법 자체 내에서 명시적으로 규정한 것 이외에는 토지보상법을 포괄적으로 준용한다고 해석하는 것이 옳다. 즉 토지보상법이 규정하고 있는 개별 손실보상항목, 재결절차 등 토지보상법의 모든 조항들이 도시정비법에 준용된다고 보아야 한다.<sup>42)</sup> 특히 대상판결과 같이 이사비에 대해서는 토지보상법이 준용되지 않는다고 한다면 이사비 청구권의 법적 근거 역시 사라지게 된다. 도시정비법에서는 이사비 청구권에 관한 규정이 별도로 존재하지 않기 때문이다.

### 2. 주거이전비 및 이사비에 대한 재결신청청구권 부여의 타당성 검토

42) 준용 문구가 포괄적 적시에 가까운 경우라면 토지보상법의 일반법적 지위를 고려하여 준용되는 조항들의 범위는 넓게 해석되어야 한다는 견해로 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018, 574면.

법원은 영업손실에 대해서 재결전치주의를 인정하고 있으므로, 대상판결의 논리에 따르면 영업손실은 제3조의 ‘토지등’의 보상에 해당하고 주거이전비 등과 달리 재결신청청구권 역시 인정된다는 결론에 이른다. 큰 범주에서 생활보상에 포함된다 할지라도 영업손실과 주거이전비 및 이사비가 실무상 달리 취급되고 있는 것이다. 이 견해는 영업손실보상은 ‘손실’의 보상에 해당하지만 주거이전비 및 이사비는 시혜적 성격의 금원에 해당되는 점을 차별의 필요성으로 내세운다.

주거이전비 및 이사비와 다른 손실보상을 나눌 수 있는 또 다른 차이는 대물에 관한 평가를 요하는지 여부에 있다. 토지 및 건물에 대한 보상은 권리의 존재와 범위에 관하여 토지수용위원회의 판단이 요구되지만 주거이전비 및 이사비는 토지보상법에 보상액의 범위가 확정되어 있다. 영업손실의 경우 일실이익의 보상에 더하여 실비변상적 성격의 이전비용이 포함되어 있기 때문에 대물에 관한 평가가 이루어진다. 즉, 주거이전비 및 이사비와 달리 영업손실의 경우에는 손실액 산정에 일정부분 재량이 인정될 수 밖에 없다는 점에서 양자를 구분할 당위성을 찾을 수 있다.

### 3. 입법적 개선방안

이렇게 본다면 대물평가를 요하지 않는 주거이전비와 이사비는 재결절차와 어울리지 않는다. 재결절차의 핵심적인 기능은 보상금 액수의 평가에 있기 때문이다. 그러나 그렇다고 하더라도 주거이전비와 이사비에 대해서만 재결신청청구권을 박탈하는 것이 가능하다고 본 대상판결의 입장에는 수긍하기 어렵다. 토지보상법은 손실보상과 수용재결절차에 관한 일반법일 뿐만 아니라 도시정비법에는 토지보상법을 포괄적으로 준용한다는 규정을 명시적으로 두고 있기 때문이다.

토지보상법이 보장한 일련의 수용재결절차는 피수용자와 사업시행자의 이익을 고려하여 마련된 것이다. 양자간의 공평을 기하기 위한 대표적 수단으로 피수용자의 재결신청청구권이나 재결신청 지연가산금 규정을 들 수 있다. 그런데 대상판결은 토지보상법이 예정하고 있는 일련의 수용재결절차 중 개별 손실보상 항목의 성질에 따라서는 제외되는 절차가 생길 수 있다고 본 것이다. 이와 같은 견해는 현행 토지보상법과 도시정비법의 법규정을 넘어선 해석이라고 생각된다. 결국 주거이전비와 이사비의 특성을 고려하여 이에 대한 손실보상 절차에 대해서는 도시정비법 제65조에 토지보상법의 수용재결절차 준용에 대한 예외 규정을 입법적으로 마련하는 것이 타당하다.

## VII. 결 론

생활보상은 1975년 말 제정된 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 제8조에 이주대책 규정이 마련됨으로써 처음 도입되었다. 이러한 생활보상은 사회복지국가이념의 실현으로 볼 수 있다. 수용되는 재산의 회복이라는 단순한 대물보상의 정도를 넘어서, 수용 이전과 동등한 생활상태를 영위할 수 있도록 하는 것이 생활보상의 도입취지이다. 우리나라는 아직 까지 이주의 강제가 전제된 상태에서 대체로 금전의 급부라는 형식으로만 생활보상이 이루어지고 있다. 그러나 외국의 경우를 보면, 사업시행자에 의해 고용된 이전재건설상담원(relocation counselor)이 조사를 하여 동등한 대체주택의 목록을 제공하는 서비스를 법률상의 의무로 정하고 있기도 하고, 세입자의 경우에는 종전 월세와 이전 후 월세간의 차액을 지급받을 수 있는 임대료차액급부 지원 등 다양한 방식의 생활보상이 법제화되어 있다.

우리의 경우 큰 틀에서 보상의 내용이 재산권보상에서 생활보상으로 변환 되었지만 보상 청구의 절차와 방식은 전통적인 재산권보상의 방식에서 벗어나지 못하고 있다. 사업시행자와의 협의 또는 토지수용위원회를 통한 수용재결이라는 현행의 획일적인 청구 방식은 다양하고 폭넓은 생활보상 항목의 출현을 가로막는데 일조하는 것일 수 있다. 토지보상법이나 도시정비법에도 금전 급부라는 단편적인 생활보상 규정을 넘어 다양한 형식의 생활보상항목이 입법화되기를 기대하며, 단순히 새로운 보상항목의 도입만이 아니라 개별 생활보상 항목의 성격에 맞는 구체적이고 상세한 보상의 절차와 기준을 함께 규정하는 것이 바람직할 것이다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

- 김경렬, 『토지공법』, 경영문화원, 1993.
- 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 도서출판 피데스, 2018.
- 박균성, 『행정법론(상)(제9판)』, 박영사, 2010.
- 박균성/도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2014.

### [논문]

- 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.).
- 김종수/이성근/서경규, “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 『감정평가학  
논집』 제8권 제2호(2009. 8.).
- 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 『부동산연구』 제  
20권 제1호(2010. 6.).
- 정기상, “수용절차상 재결신청청구제도에 관한 연구”, 『인권과 정의』 428호(2012.  
9.).

## 『건설법연구』 간행규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

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

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

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

제4조 (간행주기)

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

② 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제6조 (수록물)

① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 연구회자료 및 기타자료를 수록한다.

② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.

1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자) 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다.

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

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

제10조 (편집위원회 위원 및 위원장의 선임 및 임기)

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

② 위원장은 위원 중에서 회장이 위촉한다.

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

제12조 (게재결정) 편집위원회는 투고된 논문의 게재 여부를 결정한다.

제13조 (심사회부)

- ① 편집위원회는 투고된 논문을 심사하기 위하여 논문별로 3인의 심사위원을 위촉한다.
- ② 제1항의 심사는 ‘논문심사서’를 작성하여 한다.
- ③ 심사위원은 자신이 제출한 원고를 심사하지 아니한다.
- ④ 편집위원장은 심사위원의 선정 및 논문심사의 진행 등에 관한 사항이 외부로 누설되지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ⑤ 심사위원은 논문투고자의 인적사항이 삭제된 심사용 논문에 따라 심사를 하고, 심사사실 및 심사결과 등 논문심사에 관한 사항 및 그에 따라 알게 된 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

제14조 (심사기준) ① 학회지에 게재할 논문을 심사함에 있어서는 다음 각호의 기준에 따라 논문의 게재 여부를 심사한다.

- 1. 학회지 게재 논문으로서의 적합성
  - 2. 논문의 학문적 기여도
  - 3. 논문주제의 창의성
  - 4. 논문의 논리적 체계성
  - 5. 이론적 근거 제시의 적절성
  - 6. 각주/참고문헌의 정확성 및 완전성
  - 7. 기타 원고작성요령 준수
- ② 편집위원회가 판례연구의 게재 여부를 의결함에는 제1항을 준용한다.

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

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

제16조 (편집위원회의 종합판정 및 재심사) ① 편집위원회는 심사위원 3인의 논문심사서가 접수되면 아래의 종합판정기준을 기초로 하여 ‘게재확정’, ‘수정 후 게재’, ‘수정 후 재심사’ 또는 ‘불게재’로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.

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

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

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

③ 전항의 논문을 재심사하는 심사위원은 '게재적합' 또는 '게재부적합'으로만 판정하며, 편집위원회는 재심사 결과 '게재적합'이 둘 이상이면 '게재확정'으로 최종 판정한다.

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

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

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

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

제20조 (공고 및 통지 방법)

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

제21조 (저작권 및 게재료)

- ① 학회는 학회지의 편집저작권을 보유한다.
- ② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.
- ③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.
- ④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의로 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문(학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다. <개정 2019. 03. 25.>
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 인터넷, CD-ROM 기타 모든 전자적 매체에 의해 전송·배포할 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 금전적 권리를 주장하지 아니한다.

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

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

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

## 『건설법연구회』 연구윤리규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

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

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

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

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

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

가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위

다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

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

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

제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 연구이사, 출판이사 4인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다. <개정 2019. 03. 25.>
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제7조 (회의)

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

제8조 (위원회의 권한과 의무)

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

제9조 (연구부정행위의 조사 개시)

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

제10조 (출석 및 자료제출 요구)

- ① 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ② 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.

제11조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다.
- ② 연구부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으

로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제12조 (제척·기피·회피)

- ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안건의 심의·의결 에서 제척된다.
- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안건의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

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

제14조 (판정)

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

제15조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다. 필요한 경우 둘 이상의 조치를 병과할 수 있다.
  - 1. 회원자격의 박탈 또는 정지
  - 2. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
  - 3. 기타 필요한 조치
- ② 건설법연구에 게재된 논문이 표절로 판명되거나 다른 학술지에 게재된 논문이 다시 게재된 것으로 판정이 된 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다. 1호 내지 4호의 조치는 반드시 병과한다.
  - 1. 논문의 게재취소
  - 2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지에 공지
  - 3. 향후 3년간 논문투고 금지
  - 4. 한국연구재단 등 관계 기관에 세부적인 사항을 통보
  - 5. 기타 필요한 조치
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 본 학회의 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

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

제17조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제17조의 통지를 받은

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

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

제19조 (기록의 보관 및 공개)

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

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

## 『건설법연구』 원고작성요령

2018. 12. 28. 제정

### 1. 원고작성기준

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

### 2. 각주작성 요령

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

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

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

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

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

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

### 3. 참고문헌

(1) 순서

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

(2) 국내문헌

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

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

### <건설법연구회 이사회 명단>

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

### <건설법연구 편집위원회 명단>

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

## 건설법연구 제3호

---

2020년 3월 31일 발행  
발행처 서울대학교 법학연구소 건설법센터  
서울시 관악구 관악로1

발행인 김 종 보  
편집인 최 종 권

---

# 건설법연구

제3호



서울대학교 법학연구소 건설법센터  
건설법연구회