



저작자표시-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법 학 박 사 학 위 논 문

주택 재개발 · 재건축법제에 관한 연구



2011년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

김 연 정

법 학 박 사 학 위 논 문

주택 재개발 · 재건축법제에 관한 연구

지도교수 배 영 길

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함



2011년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

김 연 정

김연정의 법학박사 학위논문을 인준함.

2011년 2월 25일



주심 법학박사 김명길 (인)

위원 법학박사 김세규 (인)

위원 법학박사 김해룡 (인)

위원 법학박사 신봉기 (인)

위원 법학박사 배영길 (인)

<목 차>

Abstract

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 주택 재개발·재건축의 법리	5
제1절 주택 재개발·재건축의 개념	5
1. 의의 및 필요성	5
2. 정비사업의 유형	8
3. 주택 재개발·재건축의 구별	10
4. 유사개념	13
5. 대상	16
제2절 비교법적 고찰	19
1. 미국	19
2. 영국	23
3. 독일	25
4. 일본	27
5. 소결	30
제3절 주택 재개발·재건축사업 현황 및 법제	31
1. 현황	31
2. 관련법제	35

제3장 주택 재개발·재건축사업의 공공성 46

제1절 공공성의 개념 46

- 1. 의의 46
- 2. 기능 47
- 3. 관련법제 48

제2절 도시정비법과 공공성 50

- 1. 사업시행자 제한 50
- 2. 임대주택 의무건설 52
- 3. 재건축사업의 안전진단 54
- 4. 재건축사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설 55
- 5. 공공관리자 제도 56

제3절 개발이익 환수제도와 공공성 66

- 1. 의의 및 필요성 66
- 2. 외국의 개발이익 환수제도 70
- 3. 개발이익 환수방안 76
- 4. 재건축 초과이익 환수제도 80

제4장 주택 재개발·재건축사업의 시행절차 및 내용 83

제1절 개관 83

제2절 사업계획단계 85

- 1. 정비기본계획 85
 - 가. 정비기본계획의 의의 85
 - 나. 정비기본계획의 지위 87
 - 다. 정비기본계획의 처분성 여부 88
- 2. 정비계획 및 정비구역 지정 89
 - 가. 정비계획 및 정비구역 지정의 의의 89

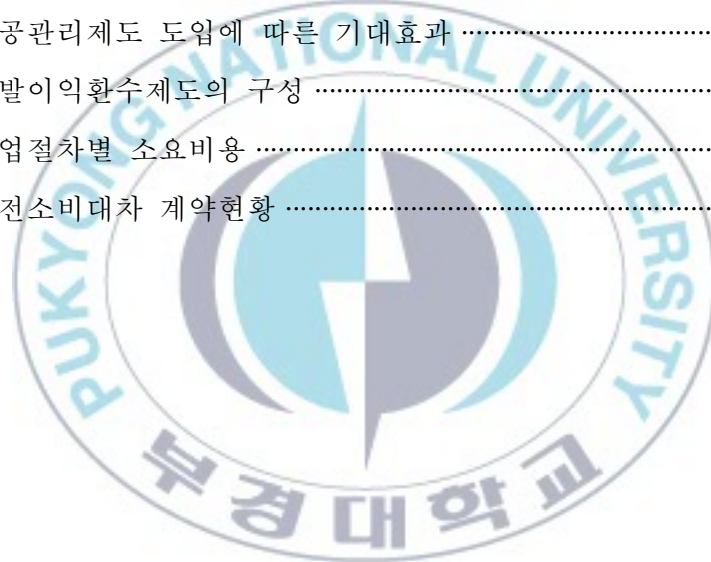
나. 정비계획 및 정비구역지정의 지위	90
나. 정비계획 및 정비구역지정의 처분성여부	91
다. 정비구역지정 및 정비계획 고시의 효과	92
3. 주택재건축사업의 안전진단	94
가. 의의 및 법적성격	94
나. 안전진단 내용	95
제3절 시행자 -사업시행인가단계-	97
1. 사업의 시행자	97
가. 원칙적 사업시행자	97
나. 예외적 사업시행자	99
다. 사업시행자의 지위	100
라. 정비사업의 대행	102
2. 정비조합설립추진위원회	104
가. 추진위원회의 의의 및 법적성격	104
나. 추진위원회 구성 및 승인	107
다. 추진위원회 구성 승인처분의 법적성질	109
라. 조합설립추진위원회의 운영	110
3. 정비사업조합	113
가. 정비사업조합설립	113
나. 조합설립인가	121
다. 조합원	135
4. 사업시행계획 및 인가	139
가. 사업시행계획의 작성 및 인가	139
나. 사업시행계획인가의 법적성격	140
다. 사업시행인가 법적효과	142
라. 분양공고 및 분양신청	145
5. 시공자의 선정	146
가. 시공자 선정시기	146

나. 시공계약의 종류	148
다. 시공자보증	149
라. 시공자와의 계약방식과 선정기준 위반의 효과	149
제4절 사업시행단계	151
1. 정비사업의 시행방법	151
2. 정비사업시행을 위한 조치	151
가. 순환정비방식의 정비사업	151
나. 임시수용시설의 설치	152
다. 토지 등의 수용 또는 사용	154
라. 손실보상	154
마. 매도청구	155
바. 신탁등기	163
3. 관리처분계획	166
가. 관리처분계획과 인가	166
나. 관리처분계획 인가의 효과	172
다. 주택의 공급	174
제5절 사후처리단계	176
1. 준공인가	176
2. 이전고시	177
가. 의의 및 법적성격	177
나. 이전고시의 효과	179
3. 공사완료에 따른 관련 인·허가 등의 의제	180
4. 청산금	180
가. 의의 및 법적성격	180
나. 기준시기 및 산정방법	182

제5장 재개발·재건축법제의 문제점 및 개선방안	184
제1절 개설	184
제2절 계획단계	185
1. 주민참여의 활성화	185
2. 정비구역 지정 기준 개선	188
3. 주택재건축사업의 안전진단제도 개선	191
제3절 시행인가단계	193
1. 행정청주도의 사업시행 최소화	193
2. 주택재건축사업 공동시행제도 허용	195
3. 추진위원회·조합임원의 자격요건 강화	196
4. 초기 조합운영자금의 합리적 지원	198
제4절 시행단계	201
1. 참여업체 선정기준 명확화	201
2. 사업에 대한 감시·감독시스템 강화	204
3. 매도청구권의 문제개선	208
4. 조합원 분양신청 철회기간 명확화	210
4. 세입자 보호를 위한 대책마련	211
제5절 기타	216
1. 정비사업전문사업자의 자격요건 강화	216
2. 분쟁조정위원회의 실효성 확보	218
3. 공공관리자제도의 선별적 적용	220
제6장 결 론	223
참고 문헌	227

<표 목 차>

<표 1> 미국의 도심활성화 정책의 변천과정과 주요내용	22
<표 2> 연도별 주택재개발사업 추진현황	31
<표 3> 지역별 주택재개발사업 추진현황	32
<표 4> 연도별 주택재건축사업 추진현황	33
<표 5> 지역별 주택재건축사업 추진현황	34
<표 6> 공공관리제도 도입에 따른 기대효과	65
<표 7> 개발이익환수제도의 구성	76
<표 8> 사업절차별 소요비용	198
<표 9> 금전소비대차 계약현황	201



The study on the Housing Redevelopment and Reconstruction Legislations

Yeon Jeong Kim

*Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University*

Abstract

Korea has achieved a remarkable economic growth owing to a series of national economic development projects initiated by government from 1960's on. However, a lot of issues began to appear as side effects of industrialization and urbanization. Particularly, exponential growth of urban population has brought about insufficient housing supply that fails to meet increasing demands in Korea. Government has supplied housing at whole-sale to domestic real estate market in the short term with a view to resolve those issues, so that it could settle the fundamental issue of quantitative housing supply, but low quality of housing under poor maintenance and supervision has caused early destruction of housing. That is why some concerned parties have required systematic and efficient management and maintenance of existing housing, so that a series of housing redevelopment and reconstruction projects have commenced on a full scale.

Conventional housing redevelopment and reconstruction projects have been regulated respectively under individual laws: Housing redevelopment projects have been initiated under the Urban Redevelopment Act, whereas housing reconstruction projects have been initiated under the Housing Construction Promotion Act. Later, these 2 laws have been incorporated into one law titled "the Urban and Residential Environment Maintenance

Act” (hereinafter called “the Urban Arrangement Act”) for the purpose of more consistent and systematic urban arrangement. As a result, current housing redevelopment and reconstruction have been regulated under the same law.

Such a united regulatory control over housing redevelopment and reconstruction has its own implications in one sense that it improves and complements such procedures of housing redevelopment project as addressed in the domain of public law, and in another sense that housing reconstruction projects become subject to the regulatory control of public law beyond the conventional domain of private law, particularly in favor of enhanced public nature of housing reconstruction.

The enactment of Urban Arrangement Act aims to sustain the good functions like efficient management of urban and residential environment, but prevent side effects like misconducts and disputes that may occur in housing redevelopment and reconstruction projects. Despite such a regulatory improvement, however, there are a chain of legal disputes concerned with housing redevelopment and reconstruction, and there is a vicious circle of problems with them in spite of several revisions of said laws.

From these standpoints, this study sought to discuss legal issues occurring in the promotion of redevelopment and reconstruction projects in terms of relevant statutes, jurisprudential hypotheses and judicial precedents, and examine into the current issues of existing redevelopment and reconstruction system to find out possible legal principles for resolution of ceaseless legal disputes concerned, so that it could propose promising ways to improve those issues.

In this study, Chapter 2 conceptualized the housing redevelopment and reconstruction projects, dealt particularly with actual differences between redevelopment project and reconstruction project, and discussed the relevant legal systems of housing redevelopment and reconstruction project. As

a result, it was found that difference between redevelopment project and reconstruction project was based on the standard of maintenance infrastructure in target project area under the positive law, and they were still different from each other in the intensity of publicness. The operator of housing redevelopment project has eminent domain of project site, but may claim sales of project site in case of reconstruction project. In addition, reconstruction project is different from redevelopment project in the sense that the former requires safety diagnosis and can be initiated even in any other zone outside maintenance zone. In other words, it is found that housing reconstruction project has been sometimes incorporated into urban arrangement project because of its public nature, as is housing redevelopment project, but the former has weaker public nature than the latter. In this regard, Chapter 3 sought to define the publicness of housing redevelopment and reconstruction, conceptualize possible functions of such publicness in urban arrangement project, and discuss reasonable legal grounds of publicness. Next, this study focused on investigating legal issues in the initiation of housing redevelopment and reconstruction projects primarily under the Urban and Residential Environment Maintenance Act. Finally, it exposed issues of current legal system and proposed possible ways to resolve them as follows:

First, it was found that conventional housing redevelopment and reconstruction projects were not initiated by any voluntary intention of local community at the step of project initiation, although they should be driven originally by local community. That is why this study sought to propose a master plan for urban arrangement and suggest practical ways for local community to participate in the establishment of such a plan, because conventional system should be rearranged into a new one that assures practical participation of local community. Moreover, this study suggested possible solutions for effective ways and standards to designate an arrange-

ment zone, as well as possible solutions for issues such as target and cost of safety diagnosis at reconstruction project.

Secondly, this study dealt with issues in the step of permission for the initiation of project. Housing redevelopment and reconstruction project is public in nature, so it is possible for public parties to take the initiative in project promotion. This project incorporates public nature in itself, but is based fundamentally on project partners' exertion of rights on private property, so it is important to permit the participation of public parties in the project - as a part of complementary means - , if it is impossible for local community to take their voluntary initiative of housing arrangement project, or if there is any special need in public interest. Moreover, current laws provide that project partnership may not initiate any housing reconstruction project in consortium with a private constructor, as is contrary to housing redevelopment project. Thus, it is required to resolve the issues such as insufficient specialty and financing capacity of private partnership in housing reconstruction project in order to improve such a loophole of current laws. Furthermore, this study exposed current issues in the organization and operation of partnership establishment promotion board and partnership, and proposed corresponding solutions for them.

Thirdly, it was found that there were many legal disputes due to ambiguous selection criteria for participants in project, which created issues in the step of project initiation. Thus, it is necessary to materialize possible ways of competitive bidding in regard to selection of constructor, and it is also necessary that general meeting of partnership should report any reasonable grounds for selection of certain demolition contractor, constructor and designer, and set any well-defined criteria and procedure to select other participants in project. Next, this study suggested more systematic ways of supervision and monitoring for the better stability and transparency of project. Then, it discussed actual issues and solutions in lawsuits on

claim for sales of project site, and proposed a possible solution - clearly specify the period for partners to withdraw their application for installment sale - for legal disputes resulting from ambiguous withdrawal period of partners' application for installment sale.

Finally, this study proposed possible ways to improve the specialty and transparency of management service providers specializing in housing arrangement, and also investigated whether such dispute arbitration board as specified in the Urban Arrangement Act is effective and whether the participation of public parties in any project under the Public Supervisor System (a system enforced from this July) can assure transparency, objectivity and fairness. Here, it is advisable that municipal dispute board should adopt Mediation Preceding System to enhance a function of preliminary deliberation among interested parties for effective treatment of disputes, and should also build a system where any failed arbitration is naturally considered as legal action to promptly resolve disputes. In addition, this study also suggested why it is necessary to develop a system where public parties should be allowed to participate in any project, if requested on the basis of authentic intentions of local community, so as to prevent excessive intervention of public sector in private projects and reflect the real intentions of local community in practice.



제1장 서론

제1절 연구의 목적

우리나라는 1960년대 이후 수차례의 경제개발계획을 수행해 온 결과 놀라운 경제발전을 이루었다. 그러나 산업화·도시화에 따른 여러 문제가 나타나기 시작하였고 특히 도시지역의 인구가 증가되면서 주택부족 문제가 야기되었다. 이러한 주택수요를 충족시키기 위해 정부는 단기간에 주택을 대량 공급하였고, 그로 인해 주택공급의 양적인 문제는 해결되었다. 그러나 양적인 공급에만 관심을 기울여 주거의 질적 수준은 저하되었고 뿐만 아니라 주택의 유지·관리 부실로 조기 멸실을 초래하게 되었다. 따라서 이를 체계적이고 효율적으로 관리·정비할 필요성이 제기되었으며, 이로 인해 재개발·재건축사업이 본격적으로 시작된 것이다.

주택재개발사업과 주택재건축사업은 노후·불량 건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행되는 사업으로 동일한 목적¹⁾을 가지고 이루어지는 정비사업이다. 그러나 두 사업은 근거법²⁾이 서로 다른 관계로 도시정비의 통합적 관리가 어려웠으며 일률적인 관리체계를 유지할 수 없었다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 2002년 12월 30일 단일·통합법인 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’)이 제정되었다.

재개발·재건축사업은 공공개발사업의 일종으로 사업의 공공성이 강화되고 있음을 알 수 있다. 舊法하에서는 재건축사업의 경우 재개발사업과는 달리 토지수용재결, 관리처분계획, 분양처분과 같이 권리관계를 공법적으로

1) 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하여 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는데 이바지함을 목적으로 한다 (「도시 및 주거환경정비법」 제1조).

2) 종래 주택재개발사업은 도시재개발법에 의해, 주택재건축사업은 주택건설촉진법에 의해 시행되었다.

확정하거나 변동시키는 행정처분이 존재하지 않았다. 즉 재건축사업은 조합 설립인가와 사업계획승인(도시정비법상 사업시행인가)만을 통과하면 가능하였는데 「도시정비법」의 시행으로 곳곳에서 강력한 공법적 통제를 받게 된 것이다. 「도시정비법」으로 인해 재개발·재건축사업은 정비구역의 지정, 조합설립인가, 사업시행계획인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등 행정처분을 매개로 사업 절차가 진행되고 있다. 이러한 공법적 통제는 재개발·재건축사업 과정에서 발생하는 쟁송에도 영향을 미치게 된다. 현재에는 재개발·재건축사업에 대하여 민사소송으로 다투어지던 분쟁들의 많은 부분을 행정소송으로 편입하여 해결하고자 하는 것이 법원의 태도이다.

이 법 제정의 근본적 취지는 선계획-후개발의 종합적인 도시관리, 사업추진절차 개선, 민간건설업체의 사업참여 제한, 정비사업전문관리업제도를 도입하여 주민의 권익보호 장치를 강화 하는 등 도시·주거환경의 효율적 관리라는 순기능은 살리되 재개발·재건축사업에서 발생하는 비리와 분쟁이라는 부작용은 방지하는 것이다.

그러나 이러한 제도 개선에도 불구하고 주택 재개발·재건축과 관련하여 많은 법적 분쟁들이 끊이지 않고 있으며 법의 여러 차례 개정에도 불구하고 문제점은 되풀이 되고 있다. 특히 주민참여 보장 문제, 자금조달 문제, 추진위원회·조합임원의 자격문제, 참여업체의 선정기준 문제, 정비사업전문사업자의 자격문제, 사업에 대한 감시·감독시스템 부재 문제, 분쟁조정위원회의 실효성 확보에 대한 문제 등이 그것이다. 이러한 문제점이 되풀이 되는 것은 구조적인 모순이 재개발·재건축사업에 존재하고 있기 때문이다.

이에 주택 재개발·재건축사업과 관련된 다양한 문제점의 해결방안, 법적 분쟁의 해소와 관련하여 전반적이고 체계적인 고찰의 필요성이 제기되는 것이다. 특히 재개발·재건축사업 관련법령들의 적합성에 대해 검토하여 구조적인 모순이 있는 부분은 개정하고 현행 재개발·재건축사업의 특성에

적합한 법체계 구축이 필요하다.

따라서 이 논문은 재개발·재건축사업을 추진하는 과정에서 발생하는 법적쟁점 사항을 관련법령과 학설·판례를 중심으로 살펴보고, 끊이지 않는 법적 분쟁들을 어떠한 법리에 의해 해결할 수 있을지, 재개발·재건축법제의 문제점을 면밀히 검토하여 그에 따른 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

이 논문은 재개발·재건축과 관련된 법적문제를 주된 연구범위로 다루고자 한다. 우리나라 재개발·재건축법제의 특성을 진단하기 위해 외국의 재개발·재건축법제의 변화 동향을 분석하여 향후 우리나라 법제의 발전방향에 대한 시사점을 찾고자 하였으며, 특히 주택재개발·재건축의 근거법이 되는 ‘도시 및 주거환경정비법’의 내용을 살펴보고 그에 따른 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다.

이 논문은 다음과 같이 구성한다.

제2장에서는 주택 재개발·재건축의 의의와 필요성에 대하여 설명하고 재개발사업과 재건축사업의 차이점을 살피고자 한다. 그리고 두 사업과 유사한 주거환경개선사업, 중축리모델링사업, 뉴타운사업에 대하여도 간략하게 설명하고자 한다. 선진국(미국, 영국, 독일, 일본)의 재개발·재건축제도를 참고로 시사점을 제시하며, 우리나라 재개발·재건축사업의 현황을 연도별·지역별로 살피고, 관련 법제를 제도도입단계, 분리입법단계, 통합법단계로 나누어 검토하겠다.

제3장에서는 주택 재개발·재건축의 공공성의 개념과 공공성이 재개발·재건축사업에 어떠한 역할을 하는지 그 기능에 대하여 설명하겠다.

「도시 및 주거환경정비법」상 공공성에 관련된 내용을 전제하고 재개발·재건축사업에서 발생하는 개발이익에 대한 환수제도를 살펴본다.

제4장에서는 주택 재개발·재건축사업의 시행절차 및 내용에 대하여 살펴본다. 주택 재개발·재건축사업은 정비계획을 수립하고 추진위원회를 구성하여 조합설립인가를 받아야 한다. 조합이 설립되면 조합은 경쟁 입찰을 통하여 시공사를 선정하며, 사업시행계획서와 동의서를 첨부하여 사업시행인가를 받게 된다. 인가 후 분양신청이 이루어지며 관리처분계획을 수립하고 인가를 득하여 철거·착공하고 일반분양이 이루어진다. 준공인가를 받고 소유권을 이전하면 조합은 해산하고 사업은 완료된다. 이러한 사업의 시행절차를 사업계획단계, 사업시행인가단계, 사업시행단계, 사업완료단계로 나누어 추진단계별 법적 쟁점을 제시하였다.

제5장에서는 주택 재개발·재건축사업을 시행하는 동안 많은 분쟁이 발생하게 되는데 어떠한 법리에 의해 해결할 수 있을지, 재개발·재건축사업법제가 지닌 문제점에 관하여 기술하고 그에 대한 개선방안을 제시하였다.

이 논문의 주된 연구 방법은 다음과 같다.

첫째 문헌연구를 통한 종합적·체계적 연구이다. 기존 연구 논문, 관련서적, 관련 법령, 정부의 정책 및 보도자료, 언론의 보도내용 등을 통해 재개발·재건축사업의 문제점과 개선방안을 종합적·체계적으로 다루고자 한다.

둘째, 비교·판례분석의 방법이다. 이 논문은 재개발·재건축사업과 관련한 판례 등으로 사업단계별 갈등 내용들을 정리·분석하고, 외국의 제도나 운영사례를 살펴어 비교고찰 하고자 한다.

셋째, 재개발·재건축사업에 대한 실태분석의 방법이다. 재개발·재건축사업에 대한 국토해양부, 서울특별시 등에서 발간한 업무편람 및 통계자료 등을 중심으로 사업의 실태를 분석하고자 한다.

제2장 주택 재개발·재건축의 법리

제1절 주택 재개발·재건축의 개념

1. 의의 및 필요성

가. 의의

재개발·재건축이란 단순히 물리적인 환경개선에서 변화되어 환경개선 뿐만 아니라 주민의 건강·교육·고용·환경·직장·근접도 등 사회적·경제적 생활 환경의 총체적 개선을 위한 개념으로 대두되고 있다.

(구)‘도시재개발법’은 재개발을 재개발 구역 안에서 토지의 합리적이고 효율적인 고도이용과 도시기능을 회복하기 위하여 ‘도시재개발법’이 정하는 바에 의하여 시행하는 건축물 및 그 부지의 정비와 대지의 조성 및 공공시설의 정비에 관한 사업과 이에 부대되는 사업으로 정의하였고, ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’에 의하면, 재건축이란 집합건물에 있어서 건물 건축 후 상당한 기간이 경과 되어 건물이 훼손 또는 일부 멸실되거나 그 밖의 사정에 의하여 건물의 가격에 비하여 과도한 수선, 복구되거나 관리비용이 소요되는 경우 또는 부근 토지의 이용 상황의 변화나, 그 밖의 사정에 의하여 건물을 재건축하면 그에 소요되는 비용에 비하여 현저한 효용의 증가가 있게 되는 경우에 그 건물을 철거하고 그 대지 위에 새로운 건물을 건축하는 것을 말한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조 제1항).

현행 법제상 주택 재개발·재건축사업에 대하여는 「도시정비법」이 정비사업³⁾으로 규정하고 있다. 이에 의하면 주택재개발사업은 “정비기반시설

3) 여기서 “정비사업”이라 함은 ‘도시정비법’에서 정한 절차에 따라 도시기능을 회복하기 위하여 정비

이 열악하고 노후·불량 건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업”이며(도시정비법 제2조 제2호 나목), 주택재건축사업은 “정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업”이다(도시정비법 제2조 제2호 다목).

즉 현행 재개발·재건축사업의 근거법인 ‘도시정비법’상의 개념으로 재개발·재건축사업 모두가 노후·불량 건축물을 효율적으로 개량하여 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 것을 목적으로 하는 정비사업의 일종이며, 주택재개발사업의 경우 정비기반시설이 열악한 곳에서, 주택재건축사업의 경우 정비기반시설이 양호한 곳에서 시행되는 것이다.⁴⁾ 즉 주택재건축사업이란 기존주택의 문제가 부분적인 보완 및 개선을 통해서 해결될 수 없을 경우 행해지는 사업⁵⁾이다.

주택 재개발사업·재건축사업은 도시를 개조하고 삶의 질을 향상시키려는 사업으로서 기존 도시 내에서 무계획적으로 지어진 주택 등의 건축물이 그 기능을 수행할 수 없게 되고 이들 건축물이 집단화됨으로써 지역사회의 주거환경 전체를 악화시켜 주민의 보건위생과 각종 도시의 병리현상을 유발

구역 안에서 정비기반시설을 정비하고 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 사업으로 주택재개발사업, 주택재건축사업뿐만 아니라 주거환경정비사업, 도시환경정비사업도 포함하고 있다.

도시정비법에 따른 ‘정비기반시설’은 도로, 상하수도, 공원, 공용주차장, 공동구 그 밖에 주민이 생활에 필요한 가스 등의 공급시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다. 이에 따라 동법 시행령은 대통령령이 정하는 정비기반시설에 대해서 녹지, 하천, 공공공지, 광장, 소방용수시설, 비상대피시설, 가스공급시설로 규정하고 있다. 이와 유사한 개념으로 국토계획법에서는 도시기반시설, 도시계획시설 등의 용어를 사용하며, 주택법에서는 간선시설 등의 용어를 사용한다.(이세준·김영환, 주택재개발사업에 의한 정비기반시설의 설치현황과 과제, 한국도시설계학회, 2008, 78면)

4) 주택재개발과 주택재건축사업이 정비기반시설의 양호 유무에만 차이가 있을 뿐 본질적으로 동일한 것으로 두 사업을 개념상 구별할 필요가 있는지의 의문이 생길 수 있다. 참고로 우리나라와 관련 법제가 유사한 일본에서도 재건축의 관념은 따로 마련되어 있지 않고, 우리나라의 주택재건축사업을 재개발사업의 일환으로 이해하고 있다. 다른 외국에서도 재건축이라는 용어는 접하기 어렵다. 그런데 우리나라가 주택재개발·재건축사업을 개념적으로 구별하는 것은 두 사업이 입법적으로 전혀 다른 전제에서 출발했기 때문이라 할 수 있다.

5) 오덕성 외 2, 노후아파트단지 개량화 방안에 관한연구(1), 충남대학교 산업기술연구소 논문집 제9집 제2호, 1994. 12, 41면.

하여 도시 전체의 환경에도 부정적인 영향을 미치는 현상을 개선하기 위해 공공시설을 정비하고 기존 주택은 헐고 새로 건축하는 등 주거환경을 개선하는 데 목적이 있다.⁶⁾ 이러한 주택재개발·재건축사업은 도시계획사업이라는 제도적 수단을 통하여 토지의 건전한 이용과 공공의 복리를 증진시킴으로서 쾌적하고 살기 좋은 주거환경, 생활이 능률적인 도시를 만들어 가는 도시계획사업 중의 하나라고 할 수 있다.

나. 필요성

산업사회의 발달로 우리나라는 경제발전의 기반을 다져 왔으며 이로 인한 연구 및 모든 분야의 산업현상이 도시로 집중됨에 따라 순기능적인 역할도 있었지만 도시기능에 부적절한 여러 가지 부작용이 발생하기도 하였다. 이와 같은 도시문제에 대한 대응책의 하나로서 노후·불량 주택의 재건축 및 재개발사업의 필요성이 생기게 된다.

우선, 주택 재개발·재건축사업으로 인해 주택 및 물리적 시설의 불량화·노후화를 개선하고 예방한다. 주택의 물리적 시설의 불량화나 노후화를 방치하면 주변의 다른 주택에 영향을 미치고, 결국 지역사회 주거환경 전체를 악화시키게 된다. 따라서 물리적 요인의 개선은 단순한 미관적 형태보다는 그 지역의 성격과 수준에 맞는 환경 기준이 마련된 후에 개선할 필요가 있다.

둘째, 노후·불량한 주택들이 집단화 한 경우 도시 전체의 환경악화 뿐만 아니라 해당지구 주민의 보건위생 등의 문제를 야기하고, 범죄율의 증가를 가져오게 된다. 즉 과밀로 인한 주거환경의 악화와 기능의 쇠퇴로 경제활동의 침체, 이로 인한 지속적인 사회범법 행위의 발생 및 인구의 구성상에 특

6) 이창석·오준석·강지원·김영혜·박난주·이동찬, 재건축·재개발 컨설팅 이론과 실무, 형설출판사, 2010, 55면.

정 계층의 집단형성은 균형된 도시발전의 저해요인으로 작용한다. 이에 재개발·재건축사업은 도시사회적인 측면이며 기본적인 인권과 국민 개개인의 고통을 줄일 수 있는 측면에서 계획되고 시행되어야 한다.

셋째, 단순히 불량주택이나 노후화된 건축물을 철거, 개보수하는 것에 끝나는 것이 아니고 교통시설 및 체계의 정비지역사회를 위한 다양한 공공시설과 서비스를 적정배치·공급하는 것이 중요하다. 이러한 것은 궁극적으로 도시의 삶의 질을 향상시키는데 목적이 있다.⁷⁾

2. 정비사업방식의 유형

가. 시행방식에 의한 분류

정비사업은 시행방식에 의해 철거재개발, 수복재개발, 보전재개발, 개량재개발, 순환재개발로 나누어 살필 수 있다.⁸⁾

철거재개발은 1970년대 도시재개발법에 도입된 방식으로, 사업시행자는 국가 등 행정주체로 정비구역 내의 기존 건물을 대부분 철거하고 새로운 환경 및 시설물로 대체시키 것이다. 이 재개발은 가장 적극적인 사업방식으로 지역 환경이 악화되어 도시기능과 주거생활이 그 자체로서는 도저히 허용될 수 없는 일정한 대상지에 대해 토지이용계획을 수립해서 적정한 건축물과 가로, 주차장, 공원 등 도시시설을 재정비하는데 목적이 있다.

수복재개발은 어떤 지역이 생산 활동이나 생활 환경적 측면에서 점차로 악화될 가능성이 잠재하고 있을 때나 지역 자체의 기능이 저하해 갈 때 기존의 골격을 유지하면서 필요한 부분을 수리하고 개조하는 사업이다. 수복

7) 하성규, 도시재개발에 있어서 갈등 요인의 분석과 해소방안, 한국지방자치학회보 제10권 제2호, 1998. 8, 190면 이하.

8) 김종보·전연규, 2010 새로운 재건축·재개발 이야기 I (상), 한국도시개발연구포럼, 2010, 35면.

재개발의 대상지역은 구조적으로 건널 수 있지만 유지 및 관리가 충분히 행해지지 않아 불량화 할 가능성이 많은 건축물이 있는 지역이다. 정부는 수복재개발사업을 통하여 이러한 지역의 본래 기능을 회복하거나 건축물의 이용 및 수리를 행정적으로 통제하든지, 아니면 도시전체의 계획에 따라 새로운 용도를 부가시킨다. 수복재개발 방식은 전통적인 도시환경과 기능을 그대로 보존하면서 필요한 부분만 개량하는 장점이 있다.

보존재개발은 전통건물 등 보존가치가 있는 건물이 있는 지역으로 아직 환경이 불량·노후화 상태는 아니지만 앞으로 그런 상태의 진행을 미리 방지하기 위하여 시행하는 정비사업이다. 여기서 용도를 규제하고 건축을 제한함으로써 재개발대상지가 이보다 더 악화되는 것을 방지하고 그 가치를 보존하려는 것이 보존재개발이다. 이는 재개발 대상지 자체를 보전하고 건축물이 훼손되지 않게 할 뿐 아니라 지구환경을 개선하면서 가로, 주차장, 공원 등 도시시설을 동시에 정비하는 것을 목적으로 하는 가장 소극적인 사업방식이다.

개량재개발은 철거재개발과 반대의 방식으로 수행하는 재개발을 말한다. 즉, 지구 내의 주거환경을 점진적으로 개선해 나가는 재개발 방식이다. 기존 도시환경의 시설기준 및 구조 등이 현재의 수준에 크게 미달되는 경우 물리적 환경의 질적 수준을 높여 도시기능을 제고시키고자 기존시설의 확장, 개선 또는 새로운 시설을 첨가하는 적극적인 재개발기법이다.

순환재개발은 사업시행자가 이미 가지고 있는 주택을 활용하거나 재개발구역 인근에 주택을 건립하여 재개발구역의 철거 주민을 부분적으로 이주시키고 그 주민들이 살던 불량주택만큼을 재개발한 다음 입주시키며, 동일한 방식으로 순차적으로 개발하거나 재개발구역 또는 재개발사업시행지구를 수개의 공구로 분할하여 순차적으로 시행하는 재개발 방식으로써 재개발사업을 촉진하고 원주민 재정착률을 유도하기 위해 도입된 방식이다.

나. 공동사업 여부에 따른 분류

정비사업은 공동사업 여부에 따라 자력사업방식과 합동사업방식으로 나눌 수 있다.⁹⁾

자력사업방식은 주민 스스로 주택 개발을 한다는 의미에서 붙여진 명칭으로 구청장이 사업시행자가 되어 도로, 공원 등 도시기반시설을 설치하고 관리처분계획으로 환지예정지를 지정하며, 환지 등을 지정 받은 권리자가 시행기간 내 필요한 시기에 관리처분계획에서 정한 건축기준에 따라 자기자금으로 주택의 신축, 개량 등을 시행하는 방식이다.¹⁰⁾

합동사업방식은 토지 등 소유자가 조합을 구성하여 사업시행자가 되어 토지 및 권리를 제공하고, 사업비와 운영상의 기술적 지원은 투자자가 부담하여 공동으로 재개발을 시행하는 방법을 말한다. 즉 합동사업방식은 민간 건설업체를 참여조합원으로 가입시켜 선투자 후 시공한 다음 완공 후 조합원분양 외에 일반분양분을 분양하여 시공회사의 차입금과 공사비를 지불하는 방식이다.¹¹⁾

3. 주택 재개발·재건축의 구별

‘도시정비법’ 제정 이전에는 재개발 사업은 ‘도시재개발법’에 의해 시행되었고 재건축사업은 ‘주택건설촉진법’에 의해 시행되어 적용 법규상의 차이

9) 이창석 외 5인, 재건축·재개발 컨설팅 이론과 실무, 형설출판사, 2010, 56~57면.

10) 1973년 3월 5일 공포된 「주택개량촉진에 관한 임시조치법」에 따라 70개 구역 3,408,420㎡가 추진되었다(김종보·전연규, 앞의 책, 34면).

11) 1987년 12월 31일 서울특별시 예규 제497호로 제정된 서울특별시 주택개량재개발사업업무지침 제2조는 “합동재개발”이란 용어를 다음과 같이 정의한다.
“합동재개발”이란 사업시행 구역 내 토지 등의 소유자들이 설립한 재개발조합이 시행자로서 주택 건설사업자를 참여조합원으로 가입시켜 시행하는 주택개량재개발 사업방법을 말한다. 그리고 “합동재개발구역”이란 합동재개발방법으로 시행하거나 시행할 구역을 말한다.

를 보여주었다. 이에 따라 공법적 규제 정도가 다르게 나타났다. 즉, 재건축 사업은 주로 ‘조합설립인가’와 ‘사업계획승인’이라는 두 단계의 공법적 통제만을 받았으며 재개발사업에 비해 사업주체에게 유리한 것으로 인식되었다. 그러나 이는 다수의 이해관계인이 개입되어 있는 재건축사업에 있어서 토지소유권 확보의 어려움이나 법률관계의 불안정 등의 문제점이 나타나기도 하였다. ‘도시정비법’의 제정으로 주택재개발·재건축은 그 공법적 통제란 관점에 상당히 접근하였다. 특히 사업시행 시 구역지정을 해야 한다는 점, 관리처분계획을 수립하고 이전고시를 해야 한다는 점, 추가부담금을 청산부담금으로 징수해야 한다는 점 등에서 양자의 차이는 없어졌다. 즉 두 사업 모두 공공개발사업의 일종으로 공공성을 지닌다는 점에서는 차이점이 없다. 그러나 공공성에 있어 강도의 차이는 여전히 존재한다.¹²⁾

주택 재개발·재건축사업은 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 사업을 시행할 수 있다. 다만 주택재개발사업의 경우 대상지역이 ‘정비구역 안’이어야 하고, 대상지역의 ‘정비기반시설이 열악’하여야 한다. 즉 이론적으로 재개발과 재건축은 실정법상 사업대상지역 내 정비기반시설의 수준으로 그 차이를 구분하는 것이 일반적이다. 따라서 정비기반시설인 도로·전기·상하수도·공원·공용주차장 등이 열악한 수준인 경우에는 주택재개발사업을 시행하며 양호한 수준인 경우에는 주택재건축사업을 시행한다. 정비기반시설은 일반적으로 국가 및 지방자치단체가 공급하는 것으로 다른 시설에 비교하여 상대적으로 높은 공공성을 내포하고 있다. 이와 같은 공익적 성격을 가지는 정비기반시설의 차이는 주택 재개발·재건축에 있어서 공적 개입의 수준을 결정하는 중요한 지표가 되는 것이다.

좀 더 구체적으로 양자의 차이점을 살펴보면, 주택재개발은 정비구역 안에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하거나 환지로 공급하는 방법에 의한다. 반면 주택재건축은 정비구역 안 또

12) 김종보·전연규, 앞의 책, 26면

는 정비구역이 아닌 구역에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하는 방법에 의한다.

재개발·재건축사업은 조합원의 자격에도 차이가 있는데 주택재개발사업은 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자가 조합원이 된다. 그러므로 토지만의 소유자, 건축물만의 소유자 또는 그 지상권자 모두가 ‘토지등소유자’로 조합원이 된다. 이에 반하여 재건축사업에 있어서 토지등소유자는 원칙적으로 건축물 및 그 부속토지의 소유자라는 점에서 다르다. 즉, 토지만을 소유하고 있거나 건축물을 소유하고 있으면 재건축사업의 조합원이 될 수 없다. 또한 강제가입제를 원칙으로 하는 재개발 사업은 토지등소유자가 자신의 동의 여부와 상관없이 조합원이 되며 재건축사업의 경우 임의가입제로 조합설립에 동의 한 토지 등 소유자만이 조합원이 된다.

그리고 양자는 미동의자에 대한 처리방식에서 차이를 보인다. 즉 주택재개발의 경우 조합에 토지수용권이 주어지는 반면 재건축의 경우 조합이 매도청구소송을 제기하여 해결하도록 하고 있다.

안전진단은 주택재건축의 경우에만 요구되며 정비구역이 아닌 구역에서도 재건축사업을 시행할 수 있다는 점에서도 차이점이 있다.

양자가 모두 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역 안에서 정비기반시설을 정비하고 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 정비사업이라는 공통점에도 불구하고 이상에서 살펴본 차이가 존재하는 근본적인 이유는 재건축사업이 재개발사업과 마찬가지로 그 공공성으로 인하여 도시정비법상 정비사업으로 편입되기는 하였으나 재개발사업에 비하여 공공성이 상대적으로 약하다고 볼 수 있기 때문이다.

4. 유사개념

주택 재개발·재건축사업과 구별하여야 할 유사개념으로 ‘도시정비법’상의 주거환경개선사업, 주택법상의 증축리모델링사업 및 서울특별시 등 광역자치단체에서 추진하는 뉴타운사업 등이 있다.

가. 주택재개발사업과 주거환경개선사업

주거환경개선사업은 1989년 4월 1일 한시법으로 ‘도시저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법’이 제정되어 등장하였으며, 지금은 ‘도시정비법’에 의해 시행되고 있는 사업으로 도시저소득주민이 집단으로 거주하는 지역으로서 정비기반시설이 극히 열악하고 노후·불량건축물이 과도하게 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업을 말한다(도시정비법 제2조2호 가목). 이 사업은 자금력이 부족한 도시저소득주민을 대상으로 하기에 정비사업조합 등 민간시행자가 아니라 시장 군수가 직접 시행하거나 주택공사등을 사업시행자로 지정하여 이를 시행하게 할 수 있다.

따라서 민간의 자본이 집중된 주택재개발사업과 달리 이권의 대상이 될 요소가 많지 않기 때문에 사업추진과정에서 시행자의 비리가 발생할 가능성도 적다. 다만 주거환경개선사업 중 현지개량방식은 다가구·다세대 주택 공급 위주로 활성화 되어 저소득층의 주거부족 문제는 해결하였으나, 주차난 등 새로운 문제를 야기 하였다.¹³⁾

나. 주택재건축사업과 증축리모델링사업

‘증축리모델링사업’이란 건축물의 노후화 억제 또는 기능 향상을 위하여

13) 서울특별시뉴타운총괄반, 뉴타운사업의 성과와 미래, 2006, 26면.

대통령령이 정하는 범위 내에서 증축을 하는 사업¹⁴⁾을 말하는데, 2001년 9월 15일에 개정된 건축법 시행령 제6조 제1항 제5호 규정에 처음 등장하여 2002년 12월 30일에 ‘도시정비법’을 제정하면서 도입된 개념이다. 증축리모델링사업의 기본법인 주택법에는 2003년 5월 29일의 전면 개정시 도입되었다.

이전에는 건설관련 법률에 리모델링이란 개념이 없었고, “건축물의 주요 구조부에 대한 수선 또는 변경”(1991년 5월 31일 개정 건축법 제2조 제10호)을 의미하는 ‘대수선’이 이에 해당하는 개념이었다.

리모델링 과정에서 내력벽을 해체하는 등 안전성에 대한 비판도 많았지만, 재건축을 하지 않고도 주택의 가치를 상승시키는 효과를 가져왔기 때문에 리모델링에 대한 국민들의 시각은 우호적이었다. 2001년 9월 15일의 건축법 시행령 개정에 “사용승인 후 20년 이상 경과된 건축물에 대하여 증·개축 등의 리모델링을 실시하는 경우에는 건축위원회의 심의를 거쳐 건축물의 건폐율·용적률 및 높이제한 등의 건축 기준을 완화하여 적용할 수 있도록”함으로써 리모델링을 보다 활성화하였다.¹⁵⁾

증축리모델링사업은 안전진단결과 건축물 구조의 안전에 위험이 없는 불량 건축물에 대해 시행하며 내력벽·기둥·보 등 주요 구조부를 존치시킨다는 점에서 주택재건축사업과 다르지만, 내력벽·기둥·보를 제외한 건축물 전체를 철거하고 다시 짓는다는 점에서 본질적으로 주택재건축사업과 다르지 않다. 주요 구조부를 존치한 상태에서 철거하여 주택의 구조를 그 한계에서 구상해야하므로 사업성은 현저히 낮아지지만, 사업비용과 사업기간은 주택재건축사업에 버금갈 만큼 소요 된다. 그러나 참여정부가 내놓은 재건축규제정책으로 주택재건축사업 시행이 어렵게 되고 재건축에 대한 수요가 늘어남에도 불구하고 재건축이 규제됨에 따라 주택재건축에 대한 수

14) 주택법 제2조 제13호 참조.

15) 2001년 9월 15일의 건축법 시행령 개정이유.

요가 증축리모델링 사업으로 물리게 되었다.

다. 정비사업과 뉴타운사업

뉴타운사업은 서울특별시에서 2003년 3월 15일 ‘서울특별시 지역균형발전지원에 관한 조례’를 제정하면서 도입되었다.

뉴타운사업이란 “동일생활권의 도시기능을 종합적으로 증진시키기 위하여 시행하는 제반사업”을 말하며, 신시가지형뉴타운사업, 도심형뉴타운사업, 주거중심형뉴타운사업으로 구분 된다.¹⁶⁾

이는 종래 민간주도의 개발이 도시기반시설에 대한 충분한 고려 없이 조합의 사업성만을 위주로 한 계획이 수립·실행되어 난개발로 이어지는 문제점을 개선하기 위해 서울시에서 새로이 도입한 기성시가지 재개발 방식이라고 할 수 있다. 주택재개발·재건축이 민간개발 편의위주로 개별주택 가치 중심의 소규모 개발이라면 ‘뉴타운 개발’은 공공이 원하는 민간사업으로 적정규모의 생활권역을 대상으로 한 충분한 도시기반시설을 확충하는 종합적인 도시계획사업으로 단순한 도시구조의 정비, 개선에 머무는 것이 아니라 다양한 계층과 세대가 함께 살 수 있는 ‘인간 중심의 커뮤니티’를 조성하고, 도시전체가 조화를 이루는 ‘21C형 고품질의 복지 주거환경 공간’을 만들어 가는 것이다

도시환경정비사업으로서의 실질을 가지는 뉴타운사업의 특성상 지방자치단체의 계획·지원이 중요하고, 공공사업이라는 특성상 건축규제 완화나 지방세·과밀부담금감면, 특별회계 등 각종 행정적·재정적 지원이 수반된다. 그러나 지방자치단체의 재정 부담이 큰 만큼 주민들의 주거가치보다는 투자가치에 따라 기본계획이 수립·결정될 수 있으며, 특정지역의 개발을 위해 세입자나 타 지역에 거주하는 일반시민의 희생이 뒤따르는 문제점이 있

16) 서울특별시 지역균형발전지원에 관한 조례, 제2조 제2호.

다.¹⁷⁾

5. 주택 재개발·재건축사업 대상

주택재개발과 주택재건축 사업을 시행하기 위한 요건은 노후·불량건축물이 밀집한 지역이면 사업을 시행할 수 있다. 다만 주택재개발사업의 경우 대상지역이 '정비구역 안'이어야 하고, 대상지역의 '정비기반시설이 열악'하여야 한다는 요건이 추가된다(도시정비법 제2조 제2호). 그런데 '정비기반시설의 양호도'에 대한 판단기준은 찾을 수 없지만 정비기반시설이 열악한 경우에는 주택재개발사업을, 양호한 경우에는 주택재건축사업을 시행할 수 있으므로 '정비기반시설의 양호도' 자체가 사업시행에 중요한 요건이 되지 못한다. 따라서 주택재개발·주택재건축사업은 개념상 '정비구역 안에서' 시행된다. 여기서 정비구역이라 함은 정비사업을 계획적으로 시행하기 위하여 도시정비법 제4조의 규정에 의하여 지정·고시된 구역을 말한다(도시정비법 제2조 제1호).

실정법상 '노후·불량건축물'은 중요한 실질적 요건이 된다. '도시정비법'에서 정하고 있는 노후·불량건축물의 판단은 그 지역의 사회·경제·문화 환경은 배제하고 오직 건축물의 물리적 상태만을 그 기준으로 정하고 있다. 실질적 요건에 있어서 물리적 상태의 기준이 되는 노후·불량건축물의 판단은 특히 주택재건축 시행에 있어서 절차상 안전진단과 연계하여 매우 중요한 개념이다.

실질적 요건의 충족여부는 주로 전문 감정인들에 의한 노후정도, 보수정도 등에 대한 구조감정이나 안전도감정 등이 이루어지고, 그 결과에 따라 개발 행위의 후행 절차가 이루어진다. 그러나 후행 절차에 있어서 실질적 요건의 흠결이 발견되면 정비사업 반대자 또는 불참자들에 의하여 선행 행

17) 조병인·강석구·송봉규, 주택재개발·재건축사업의 탈법운영 실태 및 대책, 한국형사정책연구원, 2008. 12, 54면.

위의 효력을 부정하는 일이 빈번히 발생한다.

‘도시정비법’ 제2조 제3호와 ‘도시정비법시행령’ 제2조를 종합해 보면, 노후·불량건축물이란 첫째, 건축물이 훼손되거나 일부가 멸실되어 붕괴 그 밖의 안전사고의 우려가 있는 건축물, 둘째 주변 토지의 이용 상황 등에 비추어 주거환경이 불량한 곳에 소재하고, 건축물을 철거하고 새로운 건축물을 건설하는 경우 그에 소요되는 비용에 비하여 효용의 현저한 증가가 예상될 것에 해당하는 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물¹⁸⁾, 넷째, 도시미관의 저해, 건축물의 기능적 결함, 부설시공 또는 노후화로 인한 구조적 결함 등으로 인하여 철거가 불가피한 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물¹⁹⁾을 말한다.

‘노후·불량건축물’은 주택재개발·재건축사업추진을 위한 핵심요건이며, 주택재건축사업 추진을 위한 유일한 요건이다. 특히 ‘건축물의안전성’은 노후·불량건축물을 판단하는 가장 중요한 판단 기준이 된다. 이에 도시정비법은 ‘안전진단결과보고서를 거짓으로 작성한자’를 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있다(도시정비법 제85조 제2호).

그러나 ‘도시정비법’ 제85조 제2호의 규정을 제외하고는 ‘노후·불량건축물판단’과 관련한 처벌규정은 전혀 마련되어 있지 않다. 이는 주택재개발·재건축사업의 시행여부 결정권이 전적으로 시장·군수 또는 시·도지사 등

18) 여기서 "대통령령이 정하는 건축물"이라 함은 ① 「건축법」 제49조 제1항의 규정에 의하여 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 면적에 미달되거나 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제7호의 규정에 의한 도시계획시설(이하 "도시계획시설"이라 한다)등의 설치로 인하여 효용을 다할 수 없게 된 대지에 있는 건축물, ② 공장의 매연·소음 등으로 인하여 피해를 초래할 우려가 있는 지역 안에 있는 건축물로서 특별시·광역시 또는 도의 조례(이하"시·도 조례"라 한다)가 정하는 건축물, ③ 당해 건축물을 준공일 기준으로 40년까지 사용하기 위하여 보수·보강하는데 드는 비용이 철거 후 새로운 건축물을 건설하는 데 드는 비용 보다 클 것으로 예상되는 건축물을 말한다.

19) 여기서 "대통령령이 정하는 건축물"이라 함은 ① 준공된 후 20년(시·도 조례가 그 이상의 연수로 정하는 경우에는 그 연수로 한다)이 지난 건축물, ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제19조 제1항 제8호의 규정에 의한 도시기본계획상의 경관에 관한 사항에 저촉되는 건축물, ③ 건축물의 급수·배수·오수설비 등이 노후화되어 수선만으로는 그 기능을 회복할 수 없게 된 건축물을 말한다. ①의 요건과 관련하여 준공시점의 적용기준은 준공검사를 하여 인가된 날로 보아야 할 것이다.

자치단체장에게 주어져 있으므로(도시정비법 제4조 제1항·제2항 및 제12조 제5항) 노후·불량건축물인지 여부에 대한 판단도 이들 자치단체장의 몫이 되기 때문이다. 따라서 안전진단에 대한 판단은 전문가의 판단에 맡겨야 한다. 뿐만 아니라 주택재개발·재건축사업의 핵심요건이 ‘노후·불량건축물’임에도 불구하고 관련규정은 ‘건축물의 노후·불량성에 대한 판단기준’을 제시하지 못하고 있다. 더욱이 노후·불량건축물의 밀집도에 대한 객관적 판단기준도 마련되어 있지 않다. 이렇게 객관적 기준 없이 재량에만 맡긴다면 그 판단을 하는 주체의 비리가 계속될 것이다. 따라서 좀 더 객관적이고 구체적이 판단기준이 제시되어야 할 것이다.²⁰⁾



20) 조병인·강석구·송봉규, 앞의 책, 54~68면.

제2절 비교법적 고찰

1. 미국

미국은 산업화로 인하여 인구가 도시로 급격히 유입되고, 접경국으로부터의 인구가 유입됨으로 인해 주택이 부족해졌고, 결국 빈민가가 형성되었다. 이러한 저소득층의 주택문제와 빈민지구의 심각성으로 인해 공공이 재개발 제도를 마련하는 계기가 되었으며, 1929년 대공황 이후 주택문제와 빈민문제가 가속화되어 빈민가 철거에 관한 최초의 연방제도인 국가주택법(National Housing Act)이 1934년 제정되었다. 제2차 세계대전 후부터 1950년까지는 시장경제 원칙을 존중함과 동시에 공공은 소득재분배로 사회의 불균형을 시정해야 한다는 정책적 이념을 도시정책에 반영하였다. 1949년 연방주택법(Housing Act, 1949)이 통과되어 본격적인 도시재개발사업이 시행되고, 그 사업 범위도 전면철거 방식(Clearance & Redevelopment)에서 도시재개발(Urban Renewal)방식으로 확대되었다. 연방주택법은 슬럼지역의 정비를 통한 불량주택 제거의 필요성을 지적하고, 모든 국민들에 대한 적절한 생활환경의 조속한 제공을 국가정책으로 선언하였으며, 일차적으로 사기업에 의한 사업시행, 지방자치단체의 도시재개발프로그램 시행의 장려 및 슬럼가와 낙후지역의 철거를 통한 불량주거환경의 제거에 대한 정부의 지원 등을 행할 것을 규정하였다.²¹⁾ 1950년대 초기에는 중앙정부와 지방정부의 공공투자를 중심으로 시행된 도심재구축(reconstruction) 정책이 점차 민간부문의 참여를 중시하고 교외지역의 확장이 지속되면서 재부흥(revitalization)정책, 재개발정책(renewal)정책과 재건(redevelopment) 정책으로 변모하였으며, 환경적 측면과 민관의 파트너십이 강조되면서 도시

21) 임계호, 주거환경정비에서 공공의 역할연구 연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2004, 64면.

재생(regeneration)정책으로 변화하게 되었다.

또한 주택 및 도시재개발법(Housing and Urban Development Act, 1965)과 주택 및 지역사회개발법(Housing and Community Development Act, 1974)이 제정되어 현재의 재개발사업의 수행을 지원하고 있다.

미국의 재개발 사업은 주택도시개발부(The Department of Housing & Urban Development : HUD)에서 정책프로그램을 운영하고 있으며, 비영리기관인 공익법인과 민간단체로 구성되어 도시정책 프로그램을 진행하게 되는데, 공익법인은 미국연방정부와 각주의 주택재개발 관련법을 근거로 주민발의로 설립된 법인과 민·관 협력기관 등이 있으며, 민간단체는 주거안정정책을 위한 저가주택(Affordable Housing)공급을 위한 조직으로서 저소득계층을 위한 주택 공급을 한다.²²⁾

일반적으로 연방정부는 재개발사업 자체의 시행보다 주 및 시에서 시행되는 재개발사업에 대한 각종 지원에 중점을 두며, 사업시행에서는 민간위주의 개발이 되고 있다. 따라서 개발이익을 극대화하려는 수익성 원칙에 따라 재개발이 이루어지는 문제점이 있다. 이를 해결하기 위해 중·저소득층을 대상으로 하는 주거환경개선 사업의 경우 공공부문이 적극 개입하면서도 주민의 적극적인 참여를 이끌어냄으로써 문제의 소지를 없애려고 노력하고 있다. 먼저 재개발구역을 지역주민 20% 이상의 동의를 거쳐 지방의회에 제출된 청원에 의하여 지정하도록 함으로써, 정부가 아니라 원주민이 주택재개발 사업을 발의하도록 하고 있다. 하지만 실제 사업주체는 각 주정부에 속한 주거환경개선 사업단이 담당하도록 해서, 특히 개발이익이 민간부문에 누수 되거나 제3자에게 양도되지 않도록 철저히 단속하고 있다. 다음으로 재개발 사업계획을 대단히 중요시해서 이를 조례로 정하도록 하면서도, 그 내용이 반드시 주민투표를 거쳐 확정되도록 함으로써 주민의 재산권 보호와 재개발사업의 공공성 회복을 동시에 꾀하고 있다. 특히 재개발·

22) 채갑식, 서울시 주택재개발사업정책의 발전방안에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2008, 63~64면.

재건축 과정에서 지역선정, 주거환경개선 사업단예의 참여, 재개발구역위원회예의 참여, 청문회의 참여, 주민투표를 통한 참여 등 주민의 참여기회를 제도적으로 최대한 보장함으로써 민관간의 충돌을 사전에 조율하였다. 또 다른 특징은 각 지방정부는 대도시 슬럼지구의 재개발과정에서 그 지역 주민의 취업상태, 자녀교육, 범죄율, 인종, 종교 등의 문화적 특성을 고려해서 이에 맞는 재개발 프로그램을 개발하고 있다.²³⁾

또 연방 입법에 의해 철거이주민에게 저렴한 임대주택을 공급하도록 의무화하고 있으며, 관리처분 과정에서 중·저소득층 원주민의 주택구입능력에 알맞은 적정가격으로 공급할 주택물량을 미리 지정해서 건설하도록 함으로써 이들의 주거 안정을 도모하고 있다.²⁴⁾

미국의 도심활성화 정책의 변천과정과 주요내용은 다음과 같다.²⁵⁾



23) Rohe, w. & Gate, Planning with Neighborhoods, Chapel Hill : Univ of North Carolinapress, 1985.

24) 양은열, 재개발·재건축 규제와 재산권 보장에 관한 법적연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2009, 112면.

25) Peter & Hugh Sykes, "Urban Regeneration", 2005, 14면.

<표 1> 미국의 도심활성화 정책의 변천과정과 주요내용

구분	1950년대 재구축정책 (Reconstruction)	1960년대 재부흥정책 (Revitalization)	1970년대 재개발정책 (Renewal)	1980년대 재건정책 (Redevelopment)	1990년대 재생정책 (Regeneration)
주요 전략과 경향	구 도심의 재구축 및 도시의 확장, 마스터플랜을 기초로 한 교외화	50년대와 같은 경향 교외지역의 확장과 함께 도심수복계획(rehabilitation)	도심재개발 및 중근린계획에 중점 교외지역 개발은 계속됨	많은 대규모 개발, 재개발 사업 위주의 선도사업 추진	정책과 집행중심의 종합계획으로 전환, 통합적 계획 중심
주체 및 이해 관계자	중앙정부 지방정부 민간개발업자등	공공과 민간의 균형에 역점	민간의 역할강화, 지방정부의 탈중앙화	민간중심의 특별기구 설립 파트너십의 발전	민관·파트너십 중심
공간적 범주	지역(local)과 해당부지(site) 중심	지방(regional) 차원의 활동개시	초기에는 지방과 지역 차원, 후에는 지역을 더 강조	해당부지(site)중심에서 지방(local)차원에 역점을 둠	전략적 접근에 대한 재도입, 지역(regional)차원이 중요시됨
경제적 측면	공간부분투자(일부 민간부분의 투자 포함)	50년대 이후 지속된 민간투자의 영향력 증대	공공부분의 재정난으로 인해 민간 투자의 성장	일부 공공자금이 투입된 민간부분이 주도적 역할	공공투자자와 민간투자, 민간투자자와 자발적 기금간의 균형 성장
사회적 측면	주거환경 및 최저 주거 기준의 향상	사회복지증진	커뮤니티 위주의 시책	선별적인 국가 지원하에서 자발적 커뮤니티 추진	커뮤니티 역할 강조
물리적 측면	inner area의 개선 및 주변지역개발	기존지역의 재건과 병행하여 50년대 시책유지	노후지역 재개발확대	대규모 재개발 및 신개발, 대규모 프로젝트	1980년대 보다 신중한 개발계획, 문화유산과 자원 유지보전
환경적 측면	경관계획 및 조경사업	선별적인 개선사업 실시	일부 혁신적 사업 추진을 통한 환경 개선	환경적 접근에 대한 관심증대	환경적측면의 지속가능한 개발이라는 넓은 의미 도입

2. 영국

영국은 산업혁명 이후 급속도로 산업이 성장하였고 이로 인해 고용이 창출되었다. 그러나 도시인구의 증가로 노동자들의 주거 환경은 매우 악화되었고 1848년 공중위생법이 제정되면서 재개발이 시작되었다. 초기의 재개발은 불량촌 철거재개발(slum clearance) 중심으로 이루어졌다. 1919년 주택 및 도시계획법(Housing and Town Planning Act)이 시행되면서 도시민을 위한 주택정책과 위생, 도시계획 등을 고려한 체계적인 개발이 이루어졌다. 2차 세계대전 후 영국의 재개발제도는 주택과 관련된 주거법(Housing Act)과 도시계획의 내용을 중심으로 한 도시 및 지역계획법(Town and Country Planning Act)의 계열로 구분된다. 주거법 계열의 주택재개발제도는 1957년부터 시작된 불량주택지 철거재개발(slum clearance)과 1964년부터 시작된 개량재개발(area improvement)로 구분된다. 불량주택지 철거재개발은 철거대상지역(slum clearance area)을 지정하여 시행하였고 거주 부적격 주택이 집단적으로 존재하는 슬럼지역을 대상으로 정부가 지구내 도시·건물을 매수하고 이용계획을 수립하였다. 하지만 이 방식이 중산층 대상의 주택공급으로 저소득층의 주거문제를 악화시키자, 개량지구사업이 추진되었다. 개량재개발은 종합개량지구(general improvement area)를 지정하여 시행되었고, 지구 내 거주조건을 가장 적절하게 개선, 지역사회 중심적 재개발을 시행하고 세입자 및 가옥주의 주거환경 개선에 주력 하였다. 이는 공공부문이 자의적으로 재개발지구를 지정하는 문제점을 보완하도록 하는 제도적 장치로써 기능하였다. 결국 영국의 주택재개발은 재개발을 사회적 프로그램으로 간주하고 지방정부가 주도적으로 추진하는 특징을 보여주고 있다. 그러나 가옥주의 참여 부진으로 실적이 저조하자 중단되었다. 또 하나의 계열인 도시 및 지역계획법은 종합개량지구를 지정하여 시행되는데 주거법이 적용되기 어려운 지역을 대상으로 하며, 1968년 주

택사업지구(Housing Action Area)나 1974년 제정 1980년 폐지된 우선근린 지구(Priority Neighborhood Area)가 해당된다. 이는 임대료 통제완화 조치 등을 통해 가옥주의 개발이익 취득을 제도적으로 보장함으로써 주민에 의한 자발적 개량을 촉진하는 방안이다. 1974년 이후에는 주택사업지구 제도가 추진되고 있는데, 이는 1970년대 중반 이후 부동산 투기로 저소득층의 주거불안이 극심해지자, 지방정부가 주체가 되어 토지 수용령까지 발동하면서 도입한 것으로 주거환경이 불량한 민간임대주택 지역을 재개발 하는 방식이다. 중앙정부가 재개발 비용의 90%이상을 지원하면서 강력하게 시행했지만, 민간임대주택 가옥주의 저항, 막대한 지가 보상 부담 등으로 큰 성과를 거두지 못하였다.²⁶⁾

영국의 주택재개발 정책은 시행착오를 겪으면서 발전을 거듭해왔다. 우선 지역단위의 주택재개발은 주택개량과 도시개발 계획이 중첩되었다는 점에서, 중앙정부의 재정 부담으로 추진할 ‘사회적프로그램’이라는 공감대가 형성되어 있다. 따라서 주택재개발은 중앙정부와 지방정부가 이를 주도적으로 추진하는 방식으로 전개되고 있다. 그리고 주택재개발은 사회정책으로 인식해서 불량주거지 재개발 계획과정에서 지역의 고용주의, 산업구조, 인구구조 및 개별가구, 특히 빈곤층의 사회경제적 처지 등을 종합적으로 고려해서 주택 및 주거지 환경개선방안을 모색하고 있다.²⁷⁾ 또 불량지구 정비사업을 위해 주택을 철거 또는 폐쇄 할 경우에는 지방 주택청이 이들 주민을 위한 주거용 건물을 제공하도록 의무화 하고 있다. 특히 한시적으로 활용할 수 있는 불량주택을 매입해서 철거민의 임시주거 공간으로 활용하는 대책도 마련하고 있다.

영국의 재개발사업의 주관은 환경부(Department of the Environment)에서 집행하며, 그 집행은 시대에 따라 다르게 나타난다. 국가가 주도적으로

26) 양은열, 앞의 논문, 113~114면.

27) Muchnick, Urban Renewalin Liverpool, London: bell & sons 1970, 14면.

공공투자를 하여 민자 유치를 하고 지역개발의 활성화 방안을 추진하는 분류가 있고, 지방자치단체의 주관과 지역주민이 함께 참여하는 도심부 재생 기능을 추진하는 분류가 있다. 1980년대에 보수당이 집권한 후 중앙정부의 권한이 강조되어 ‘민간협력형’ 도시정비사업을 추진하였다. 민간협력형 재개발의 시행기관으로는 중앙정부의 지원을 받는 도시개발공사(Urban Development Corporation)와 비행정부처기관인 주택공사(Housing Corporation)가 있으며, 민간부문으로는 주택협회(RSLs:Registered Social Landlords)가 있다.²⁸⁾

영국의 재건축제도를 살펴보면 성문법으로 재건축제도를 규정한 것은 없고 지자체형 주택청(Local Housing Authority)별로 재건축에 관련된 제도를 두고 있다. 영국은 주거에 있어 소유의 개념 보다 임대 개념이 발달되었고 일찍부터 사회복지 제도가 잘 발달되어 공공임대주택을 대규모로 공급하여 왔다. 1986년 환경청이 시행한 주거상태조사에 의하면 주택청에서 보급한 임대주택의 11%, 주택조합에서 보급한 임대주택의 75%가 대규모 수선을 필요로 할 정도로 심각한 노후화를 보였다. 임대주택이 노후화 되었을 경우 통상적으로 임대주택 사업주체는 유지보수를 하여 주택의 수명을 연장시킬 것인지 철거하여 재건축할 것인지를 순현재가법²⁹⁾으로 비용분석을 하여 결정한다.³⁰⁾

3. 독일

독일에서는 지속적인 인구감소로 경제적으로 인적 자원의 축소를 가져왔

28) 채갑식, 앞의 논문, 66~67면.

29) 순현재가법(Net Present Value Method)은 가치가 시점에 따라 다르므로 모든 현금 흐름(투자, 비용지출, 수입 등)을 액면가대로 사용하는 것이 아니라 현재의 가치로 환산해 비교하는 방식이다.

30) 건설교통부, 공동주택의 재건축실태와 수명연장 방안연구, 건설교통부보고서, 1994, 223~228면.

고 어떤 형태로든 도시 활동을 활성화해야 한다는 발상에서 재개발의 검토가 이루어졌다. 더욱이 동서 독일의 통합에 의한 도시기반 정비의 경제적 부담도 있어 보존적 도시재개발은 축소되고 있지만 여전히 진보·발전을 위한 도시정책의 중요한 과제가 되고 있다.

독일의 지방자치단체는 연방헌법(Grundgesetz)이 보장하는 자치권³¹⁾과 이에 따른 계획고권(Planungshoheit)을 지닌다. 따라서 건설유도계획 및 각종 도시개발사업의 준비, 수립, 확정, 집행 시 자치단체는 절대적인 권한을 갖게 되며, 이는 모든 계획의 결정권이 자치단체에게 부여되어 있음을 의미한다.

현재 독일에는 자치단체 여하 행정기관 이외에 도시개발을 전담하는 별도의 공공기관은 존재하지 않는다. 다만 필요할 때 관과 민간기업의 합작으로 설립된 준공공적 성격을 지닌 도시개발회사만이 존재할 뿐이다. 도시개발회사는 한시적으로 특정 도시개발사업을 전담하게 되지만 모든 도시개발사업 분야에 활용되는 것은 아니다. 준공공적 성격을 가진 기관이 지방자치단체의 도시계획에 관한 업무에 참여할 수 있는 경우는 건설법전(Baugesetzbuch)의 2장 특별도시건설법 (Besonderes Staedtebaurecht ; §136-171)에서 규정하고 있다. 지자체는 공공의 복지에 필요한 주거 및 경제 구조의 개선 또는 낙후지역의 개발을 위해 필요할 때는 건설법전(BauGB)에 의거하여 특별도시개발사업을 실시할 수 있다. 이는 도시계획적재개발사업³²⁾과 도시계획적개발사업³³⁾으로 구분된다.

‘도시 재개발사업’은 낙후된 도시기능의 개선 또는 기존 도시 기능의 변

31) 연방헌법이 보장하는 자치단체의 자치권에는 지역고권(Gebietshoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 인사고권(Personalhoheit), 조직고권 (Organisationshoheit)등이 포함된다.

32) “도시계획적 재개발 사업(Staedtebauliche Sanierungsmassnahmen)”은 BauGB §136-164에 명시되어 있으며, 이하“도시재개발사업”이라 칭한다.

33) “도시계획적 개발사업(Staedtebauliche Entwicklungsmassnahmen)”은 BauGB §165-171의 규정을 따르는 도시개발사업이다.

경이 필요한 경우 지자체가 일반적으로 활용하는 도시개발사업이다. 이와 달리 ‘도시계획적개발사업’은 신시가지개발 또는 기존지역의 재정비를 위한 사업으로서 법적인 효력과 영향력이 가장 강력한 도시개발수법이다. 지자체는 필요할 때 도시개발사업의 준비, 계획 및 실행을 외부기관에 위임할 수 있다.³⁴⁾ ‘도시재개발사업’의 경우 이러한 외부기관은 독립적인 민간기업 또는 지자체에 속한 신탁기능의 기관 모두가 가능하다.³⁵⁾ 이렇게 주요 정비프로그램들은 개별 연방주의 주도로 추진되는 것이 일반적이며, 특별한 경우에만 연방정부 주도로 추진된다.

독일에 있어서 도시재개발(Stadtsanierung)은 1971년 도시건설촉진(Städtebauförderungsgesetz)을 현행 건설법전에 계승하면서 본격화되었다고 할 수 있다. 도시건설촉진법은 도시에서의 재개발 수요가 있는 지역에 집중적인 공공자금을 투입하기 위해 지방자치단체가 도시재개발 절차에 적극적으로 개입하는 것을 인정하는 것으로 단순한 건축행위 규제에 그치지 않고 지역 내 토지에 대해서 개발이익을 환수하는 대단히 엄격한 공적통제를 하는 것이 특징이다. 단, 종래 도시재개발이 건물의 전면적 철거가 목적이던 것에 비해 석유과동을 계기로 기존시가지를 활용한 보전형의 재개발이 이루어지고 있다.³⁶⁾

4. 일본

일본의 도시개발 법제가 처음 제정된 것은 현재 일본 도시계획법의 근원이 되는 1888년의 “동경지구개정조례”라고 할 수 있다. 하지만 일본에서 재개발사업이 시작된 것은 1920년부터이고 1927년 제정된 불량주택지구개량

34) BauGB §157, §167.

35) 이명재, 독일의 도시개발과 도시재개발 사례, 건축과 사회, 2006, 110~112면.

36) 김영진, 주택 재개발 법제에 관한 비교 연구, 사회과학논문집 제28권 제2호, 2010, 69면.

법에 의해 본격적으로 시작되었으며 1960년 주택지구개량법을 제정하여 철거방식의 재개발을 위한 법적근거를 마련하였다. 1968년에 제정된 도시계획법은 도시의 슬럼화를 방지하고, 도시기능을 정비하기 위해 개발허가제등의 여러 가지 제도를 도입하였다. 다음해는 시가지개조법과 재해건축가구조성법을 통합하여 도시재개발법이 제정되었고, 그 후 수차례 법 개정으로 재개발의 목적은 안전, 환경, 주택의 공급 등으로 다원화되었다. 이는 체계적인 도시갱신이라고 하는 것, 부동산가치의 증가, 개발이익의 획득에 오히려 Unbalance한 시가지형성을 촉진한 측면도 나타났다. 이러한 중에 나카소네 내각은 아방르네상스(규제완화·민간 활력)를 도입함으로써 도시재개발을 강력히 추진하였다. 이 정책은 경기부양 등의 내수확대, 기반시설정비 등의 제 문제를 일거에 해결하고자 하는 것이었다.³⁷⁾

1970년에는 철거방식보다 수복·보존형을 중심으로 주민생활의 개선을 종합 검토하여 종합적인 재개발 기법을 도입하였다.

일본의 재개발사업은 사업 유형별로 공공부문과 민간부문이 각기 추진주체로 나서는 민·관 역할분담 방식을 채택하고 있다. 또한 가옥주나 지주의 기득권을 중시해서 토지구획정리사업 등과 같은 ‘권리변환 방식’³⁸⁾을 활용하고 있다.³⁹⁾ 즉 재개발사업은 국가 기관인 건설청의 여러 프로그램에 근거하여 이루어지며, 이들의 실현은 국가가 전액 또는 일부를 출자하여 설립한 공단, 공사 등 공공법인과 민간단체에 의해 이루어진다. 주택 및 재개발관련 공단으로는 전반적인 사업을 시행하는 도시기반정비공단이 있으며, 지방단위로 주택공급공사, 도시정비공사 및 주택공사가 있다. 또한 비영리 민간단체로서 마찌즈꾸리 센터와 마찌즈꾸리 주식회사 등이 있다. 특히 도시기

37) 大兵啓吉, 都市再開發と公共性, 『シュリスト(増刊)行政法の争点』(新版), 有斐閣, 1990, 294頁

38) 권리변환방식은 제1종시가지재개발사업에서 채택하는 것으로, 사업시행 전 각 권리자의 권리 종류와 그 자산액의 크기에 따라 사업 완료 후 건물의 대지나 연면적에 대하여 권리를 부여하는 것이다.

39) 양은열, 앞의 논문, 2009, 115면.

반정비공사는 일본의 대량 주택건설을 선도했던 주택기반공사의 후신으로 중앙의 공공주택공급 및 관리업무를 수행하며 지방정부에서는 지방주택공급공사를 두어 지방정부의 위탁 업무를 받아 공공주택의 유지보수, 모집, 입주, 미납임대료 수납 등의 관리업무와 재개발 주택 관리 업무 및 주택상담업무를 수행한다. 최근 지방 정부는 공공주택에 대해 임대료보조와 민간 부문 임대주택을 임대하여 저소득층에게 재임대하고 있다.⁴⁰⁾

일본은 주거환경 정비사업의 대상지역이 대부분 저소득층의 밀집지역이라는 점에서 주택재개발 비용의 1/3 이상을 국고에서 보조하는 방식을 취하고 있다. 공적보조 내용을 보면 ① 불량주택매입제거비의 1/2이내, ② 공공시설과 지구정비에 드는 비용의 2/3이내, ③ 개량주택(임대)건설비의 2/3이내, ④ 개량주택용지 취득조성비의 1/2이내, ⑤ 일시수용시설설치비의 1/2이내, ⑥ 개량주택(분양)공동시설정비비의 1/3이내, ⑦ 정기차지권부(분양)개량주택 부지정비비의 2/3이내에서 국고보조금으로 충당하도록 하고 있다. 도시재개발 사업으로 인해 불량주택에 수용당한 주민들 중 원거주지에 재입주를 희망하는 경우 반드시 임시수용시설에 거주한 후 신규주택에 분양 또는 임대할 수 있도록 하고, 사업대상 지역의 주민들이 재입주를 희망할 경우 누구나 재정착할 수 있도록 법률적으로 보장해 주고 있다. 또한 일본정부는 주택개량사업의 경우 개량직후 임대료의 인상으로 세입자의 재입주가 어려움에 처한다는 사실을 알고 임대료보조금을 지급하여 세입자의 초기 임대료를 낮추도록 하고 점차 거주 기간이 늘어날수록 임대료를 정상화하도록 하고 있다. 이로써 가옥주의 임대료 상승 요구를 충족시킴과 동시에 세입자의 주거안정을 꾀할 수 있도록 하였다.⁴¹⁾

40) 김영진, 앞의 논문, 70면.

41) 장세훈, 불량주택재개발 정책의 개선방향에 관한 연구, 한국사회사학회, 사회와 역사 제43권, 1994. 12, 189~190면.

5. 소결

앞에서 살핀 선진외국(미국, 영국, 독일, 일본)의 사례처럼 원활한 재개발·재건축사업을 시행하기 위해서는 정부와 민간의 역할이 잘 조정되고 협력되어야 함을 알 수 있다.

미국의 경우 연방정부는 재개발사업 자체의 시행보다 주 및 시에서 시행되는 재개발사업에 대한 각종 지원에 중점을 두며, 사업시행에서는 민간위주의 개발이 되고 있다. 반면 영국은 국가가 주도적으로 공공투자를 하여 민자 유치를 하고 지역개발의 활성화 방안을 추진하는 등 정부에서 사업에 적극적으로 개입하고 있으며, 독일의 경우에도 지방자치단체가 도시재개발 절차에 적극적으로 개입하는 것을 인정하고 있다. 일본은 공공부문과 민간부문이 각기 추진주체로 나서는 민·관 역할분담 방식을 채택하고 있는데 주거환경 정비사업의 대상지역이 대부분 저소득층의 밀집지역이라는 점에서 주택재개발 비용의 1/3 이상을 국고에서 보조하는 방식을 취하고 있다. 뿐만 아니라 도시재개발 사업으로 인해 불량주택에 수용당한 주민들 중 원거주지에 재입주를 희망하는 경우 반드시 임시수용시설에 거주한 후 신규주택에 분양 또는 임대할 수 있도록 하고, 사업대상 지역의 주민들이 재입주를 희망할 경우 누구나 재정착할 수 있도록 법률적으로 보장해 주고 있다.

각국의 재개발·재건축제도는 주민의 복지와 도시의 기능향상에 초점을 맞추어 정부주도 또는 민·관 합동의 재개발·재건축제도를 발전시키고 있는 것이다.

우리나라의 경우에도 최근 주택 재개발·재건축 사업에 있어 공공성의 중요성이 확대되고 있는 추세이다. 이에 따라 공공과 민간이 유기적으로 협력하여 사업을 진행함으로써 여러 가지 갈등과 비리가 발생하지 않도록 제도개선이 이루어져야 할 것이다.

제3절 주택 재개발·재건축사업 현황 및 법제

1. 현황

가. 주택재개발사업 현황⁴²⁾

(1) 연도별 주택재개발사업 추진현황

주택재개발사업은 아래 표에서 보는바와 같이 2001년부터 2009년 말까지 총 583개 구역이 지정되었다. 이들 구역의 총 시행면적은 36,584,569㎡이며, 533,331호의 주택이 건립되었다. 재개발사업을 통한 건립가구 수는 2005년 큰 폭으로 상승한 후 2006년 약간 감소하였으나 2007년 3배 이상의 증가세를 보이며 2008년까지 상승하다가 2009년 다시 큰 폭 감소하였다.

<표 1> 연도별 주택재개발사업 추진현황

(’09.12.31)

구 분	구역수	시행면적(㎡)	건립가구(호)	철거대상(동)
계	583	36,584,569	533,331	221,004
’01	15	471,409	8,108	3,136
’02	5	136,584	2,291	1,322
’03	14	614,696	11,278	3,780
’04	14	669,516	11,163	4,483
’05	44	911,887	45,583	16,467
’06	50	3,410,806	40,527	11,951
’07	137	8,161,157	129,841	49,791
’08	231	17,330,729	253,897	111,448
’09	73	4,877,785	30,643	18,626

42) 국토해양부, 2010년도 주택업무편람, 2010. 10, 453, 458면.

(2) 지역별 주택재개발사업 추진현황

지역에 따른 주택재개발사업 현황을 살펴보면, 2009년 말 기준 전국에 917개 구역에서 재개발사업이 추진 중이다. 그 중 501개 구역이 수도권 재개발로 전체 구역 중 약 55%에 달하는 것을 알 수 있다.

<표 2> 지역별 주택재개발사업 추진현황

(’09.12.31)

구분	계	정비구역	추진위	조합	사업시행	관리처분	착공
전국	917	83	415	229	93	38	59
수도권	501	42	198	140	50	18	53
서울	252	17	56	73	42	16	48
경기	141	21	83	29	4	0	4
인천	108	4	59	38	4	2	1
지방	416	41	217	89	43	20	6
부산	170	20	56	37	34	18	5
광주	23	0	12	9	1	1	0
대전	52	18	19	10	3	1	1
대구	55	0	48	7	0	0	0
울산	19	0	18	1	0	0	0
강원	5	0	2	1	2	0	0
경남	26	1	14	10	1	0	0
경북	4	0	4	0	0	0	0
전남	0	0	0	0	0	0	0
전북	16	0	13	2	1	0	0
충북	15	0	8	7	0	0	0
충남	31	2	23	5	1	0	0
제주	0	0	0	0	0	0	0

나. 주택재건축사업 현황⁴³⁾

(1) 연도별 주택재건축사업 추진현황

주택재건축사업은 활발하게 진행되어 오고 있는데 2001년부터 2009년 말까지 재건축사업에 의해 공급된 주택은 990,523호이다.

2009년 말까지 전국에 2,821개의 재건축조합이 사업을 진행 중이며, 조합설립인가단계가 765개, 사업계획승인단계가 1,061개, 준공단계가 995개로 나타나고 있다.

재건축사업은 2001년부터 2003년까지 지속적으로 증가세를 보이다, 2004년부터 하향추세를 보이고 있다.

<표 3> 연도별 주택재건축사업 추진현황

(09.12.31)

지역	계			조 합 인 가			사업계획승인			준 공		
	조합	기존주택	공급주택	조합	기존주택	공급주택	조합	기존주택	공급주택	조합	기존주택	공급주택
계	2,821	694,811	990,523	765	218,388	303,380	1,061	295,175	400,030	995	186,248	287,113
'01	251	50,027	76,657	49	23,933	33,166	120	18,685	28,466	82	7,409	15,025
'02	400	80,168	122,783	128	33,631	47,802	140	30,265	43,375	132	16,272	31,606
'03	904	171,163	257,188	347	77,668	114,194	389	73,981	108,260	168	19,514	34,734
'04	294	69,415	93,809	52	8,699	11,931	88	45,154	55,734	154	15,562	26,144
'05	311	63,468	102,090	40	3,578	6,733	112	44,087	62,684	159	15,803	32,673
'06	275	72,994	104,060	33	6,229	10,843	115	38,520	53,579	127	28,245	39,638
'07	178	67,379	92,922	47	24,393	30,248	49	19,945	21,022	82	28,041	41,652
'08	135	80,599	94,285	49	23,181	28,528	33	20,584	23,950	53	36,834	41,807
'09	73	39,598	46,729	20	17,076	19,935	15	3,954	2,960	38	18,568	23,834

43) 국토해양부, 2010년도 주택업무편람, 2010. 10, 454, 458면.

(2) 지역별 주택재건축사업 추진현황

2009년 말까지 각 시도별로 추진되는 재건축사업 실적을 보면, 전국적으로 552개 구역에서 재건축사업이 추진 중이다. 그 중 수도권에서만 259개 구역에서 사업이 추진 중으로 전체 구역의 약 47%에 해당하는 것을 알 수 있다.

<표 4> 지역별 주택재건축사업 추진현황

(09.12.31)

구분	계	정비구역	추진위	조합	사업시행	관리처분	착공
전국	552	8	271	79	79	44	71
수도권	259	2	117	46	32	18	44
서울	90	1	36	23	10	10	10
경기	133	0	61	19	16	8	29
인천	36	1	20	4	6	0	5
지방	293	6	154	33	47	26	27
부산	47	0	31	4	5	3	4
광주	4	0	1	2	1	0	0
대전	24	0	21	0	2	0	1
대구	111	0	57	11	20	15	8
울산	7	0	1	1	1	2	2
강원	14	0	4	3	2	2	3
경남	23	0	12	3	3	1	4
경북	26	0	15	2	6	0	3
전남	6	0	3	0	2	0	1
전북	11	1	4	1	2	3	0
충북	10	5	4	1	0	0	0
충남	10	0	1	5	3	0	1
제주	0	0	0	0	0	0	0

2. 관련 법제

가. 제도 도입단계

1962년 1월 20일 ‘도시계획법’이 제정되면서 제2조에 불량지구개량에 관한 시설의 계획이 법으로 정의되었다. 이로 인해 재개발사업의 법적 근거가 마련된 것이다. 그 후 1971년 ‘도시계획법’ 개정을 통해 구체적으로 도시재개발에 대한 절차를 규정하게 되었으며, 주택재개발이 도시계획사업으로서 본격적인 방식으로 도입된 것은 ‘주택개량촉진에 관한 임시조치법’이 제정되면서이다. 이 법은 주택개량을 촉진하기 위하여 ‘도시계획법’에 의한 재개발사업에 관한 특례를 규정함으로써 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진에 기여하게 함을 목적으로 1973년 3월 5일 법률 제2581호로 제정 공포되었다. 여기에는 재개발구역의 지정과 요건, 재개발사업의 시행 등이 규정되어 있었는데 시가 직접 사업시행자가 되어 재개발구역내에 공공시설을 설치하고 일정비율의 토지를 감보하여 환지해 줌으로써 주민들의 자력으로 주택을 개량토록 하였다. 즉 법 제정 당시는 서울특별시장·부산시장·도지사가 사업시행자가 되어 기반시설을 정비하고 주민들이 환지받은 대지에 스스로 주택을 짓는 ‘자력재개발방식’이었다. 그러나 이 방식은 재원확보에 어려움이 있어 1976년에 AID 차관을 도입하여 공공시설 투자와 건축비 용자를 충당하는 ‘차관재개발방식’으로 변경되었다.⁴⁴⁾ 이법은 1976년 ‘도시재개발법’ 제정으로 일부 개정된 후 1981년 12월 31일에 실효되었다.

44) 조병인·강석구·송봉규, 앞의 책, 50면.

나. 분리입법의 단계

(1) 「도시재개발법」에 의한 주택재개발사업

1976년 12월 31일에 법률 제2986호로 ‘도시재개발법’이 제정되면서 도시재개발사업에 관하여 독립한 법제가 완비되었다. ‘도시재개발법’이 ‘도시계획법’에서 분리·독립 제정되면서, 도시재개발사업은 본격적으로 발전할 수 있는 체계가 갖추어진 것이다. ‘도시재개발법’은 여러 차례의 개정이 있었는데 주요개정만을 간단히 살펴보면 우선 1981년 3월 31일 개정에서 재개발기본계획의 작성대상이 확대되었으며 재개발사업의 분할시행 규정이 신설되었다. 또 토지 등의 소유자 동의조건을 강화했으며 가수용 시설을 설치하여 임시 수용하도록 의무화하였다. 1982년 개정에서는 재개발사업을 도심재개발사업과 주택재개발사업으로 구분 시행하도록 하였다. 이는 원래 불량주택에 대한 재개발사업은 ‘주택개량촉진에 관한 임시조치법’에 의해 시행되고 있었으나, 한시법이었던 ‘주택개량촉진에 관한 임시조치법’이 1981년 12월 31일 효력을 상실하게 됨으로써 ‘도시재개발법’에 편입되게 된 것이다. 그리고 이 개정을 통해 공공시행자의 범위, 제3개발자의 시행여건이 확대되었고 토지수용권도 확대되었다. 1983년에는 재개발의 새로운 기법으로 민간주도형이라 할 수 있는 합동재개발의 방식이 채택되었다. 1988년의 올림픽을 앞두고 도심재개발을 촉진해야 한다는 정책적 판단에 따라 정부에서는 사업을 촉진하기 위한 각종 지원책이 강구되었다. 그 후 1995년 12월 29일 법률 제5116호로 전문 개정된 바 있는데 공장재개발사업이 추가되었다. 그러나 공장재개발사업에 대하여 ‘도시재개발법’에 개념만 정의되었을 뿐 기타 시행지역설정기준, 시행자 요건, 시행 방법 등 구체적인 사항에 대한 언급은 없었다. 또 순환재개발 방식이 처음으로 규정되었으며 재개발기본계획의 수립대상이 확대되었다. 그 외 공공기관의 재개발사업의 참여 또한 확대되었

으며 다른 법률의 인·허가 등의 의제조치로 재개발사업절차의 간소화가 이루어졌다. 그 후 1999년 3월 31일의 개정은 주로 규제완화의 목적에서 이루어진 것으로, 재개발사업구역 안에서 토지나 건축물 등의 권리 변동이 있을 경우 사업 시행자에게 신고하도록 한 규정을 삭제하고, 분양신청을 철회하고자 할 경우 사업시행자의 동의를 받도록 하던 것을 폐지하는 것을 주요내용으로 하고 있다.

도시재개발사업의 수행에 있어 주요 법이었던 이 ‘도시재개발법’은 좀 더 체계적이고 효율적인 정비의 필요성에 의해 제정된 단일·통합법인 ‘도시정비법’에 의해 폐지되었다.

(2) 「주택건설촉진법」에 의한 재건축사업

주택재건축에 관한 규정이 처음 도입된 것은 공동주택의 소유와 관리를 규율하기 위하여 1984년 4월 10일 법률 제3725로 제정된 ‘집합건물법’이다. 그 후 ‘집합건물법’의 규정만으로 효율적인 재건축 사업이 어려워 이를 해소하기 위하여 1987년 12월 4일 법률 제3998호로 ‘주택건설촉진법’(이하 ‘주택법’이라 한다)을 개정하여 재건축조합을 결성하여 재건축을 추진할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 또한 사업 활성화 또는 사업추진과정에서 발생하는 문제점을 개선하기 위한 제도보완조치들이 지속적으로 도입되었다. 1988년 ‘주택법시행령’ 개정으로 노후·불량 주택의 범위를 신설하여 재건축요건을 구체화하였으며, 안전진단에 관한 규정을 신설하였다. 1993년에는 주택 멸실에 관한 제한이나 주택건설 규모에 대한 제한 등 재건축사업 관련 규정들을 대폭 완화하였으며 1994년 사전결정제도를 도입하여 사업승인 절차를 간소화하였고 1997년에는 회계감사제도가 도입되고 안전진단 절차를 대폭 강화하는 한편 철거되는 주택에 설정된 저당권 등 권리를 새로이 건설되는 주택에 설정된 것으로 간주하는 규정이 신설, 조합원 중 1세대가

2주택 이상을 소유하거나 1주택을 2인 이상이 공유하는 경우 이를 1조합원으로 보아 1주택만을 공급하도록 하였다. 1999년에는 사전결정 절차를 폐지하여 주택건설절차도 간소화 되고 조합원 전매를 허용하는 한편, 재건축 결의요건도 각 동별 구분소유자 및 의결권의 2/3이상의 동의와 전체 구분소유자 및 의결권의 4/5이상의 동의로 완화하였다. 이러한 규정들에도 불구하고 종합적 계획의 부재, 사업의 일관성 및 상호 연계성 결여로 도시교통과 미관 등 난개발, 낮은 재정착률, 추진위원회와 조합의 전문성 부족에 따른 시공회사에 의존 및 사업비 증가 등 다양한 문제들이 지속되자 이를 해결하기 위하여 ‘도시정비법’을 제정하게 되었다.

다. 통합법의 단계

(1) 도시 및 주거환경정비법

(가) 「도시 및 주거환경정비법」의 제정

주택재개발사업과 주택재건축사업 그리고 주거환경개선사업의 세가지 사업은 동일한 목적을 가지고 이루어지는 사업임에도 불구하고 근거법이 서로 다른 관계로 도시정비의 통합적 관리가 어려웠으며, 대상영역과 사업방식이 중첩되어 계획되거나 주민 모두 혼란을 겪게 되고 일률적인 관리체계를 유지할 수 없었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 2002년 12월 30일 ‘도시정비법’이 제정되었다.

한편 ‘도시계획법’과 ‘국토이용관리법’으로 이원적으로 관리되어 오던 법이 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’로 통합되어 ‘도시정비법’의 상위 개념으로 ‘국토기본법’과 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’이 있다.

‘도시정비법’은 첫째, 부동산 투기로 인한 사회적 문제를 해결하기 위하여

각기 분리 시행되어 오던 주택 재개발·재건축 및 주거환경개선사업을 일원화하고 둘째 주민 권익보호와 부조리를 방지하기 위한 제도적 장치를 마련하는데 주안점을 두고 이에 따른 사업방식을 개선하였으며, 셋째 주택시장의 여건변화에 부응한 사업 활성화장치를 마련하였다.

이 법은 개별 지구의 수익성 위주 사업들이 도시 전체적인 차원에서 접근하게 되어 체계적인 도시정비가 가능하게 되었다. 특히 다른 정비사업들과는 달리 민간사업으로 추진되어 주거환경을 악화시키는 원인이 되어온 재건축사업이 도시계획사업에 포함된 것은 의미가 있다. 한편 개별 사업에서 제기되었던 문제점들 예컨대 구역지정에서의 주민여건을 반영한 점이나, 재건축사업에서 사업추진위원회의 위상정립 등을 보완한 것이나, 장기계획하에서 사업을 추진하고자 한 점 등은 도시정비가 한 단계 발전하였음을 보여준다고 하겠다.

(나) 주요내용

‘도시정비법’에 따르면 특별시장·광역시장 또는 시장은 주거환경개선사업·주택재개발사업·주택재건축사업 및 도시환경정비사업의 기본방향, 계획기간, 개략적인 정비구역의 범위 등의 내용이 포함되어 있는 도시·주거환경정비기본계획을 수립하여야 하며, 시·도지사는 시장 등의 신청에 의하여 도시계획절차에 따라 정비구역을 지정할 수 있다. 정비구역지정 신청시 견폐율·용적률 계획 등 정비계획을 함께 수립하도록 하며, 정비계획이 수립된 경우에는 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에 의한 지구단위계획이 수립된 것으로 보도록 한다. 정비구역으로 지정된 지역에서는 정비계획의 내용에 위배되는 건축물이나 공작물의 설치를 제한하여 사업시행시 건축물의 철거로 인하여 발생할 수 있는 주민의 불이익을 예방하고 정비계획이 실효성을 갖도록 하였다.

주택재개발사업 및 주택재건축사업은 조합 단독으로 시행하거나 지방자치단체 또는 대한주택공사 등과 공동으로 시행하도록 하고 시공사는 조합 설립인가 이후 경쟁 입찰을 통하여 선정하도록 하고 있다.

정비사업의 추진위원회를 제도화하여 조합의 설립 등 사업추진 준비를 하도록 하고, 그 역할을 명확히 규정하여 사업추진과 관련된 분쟁 및 비리 요인을 제거하였으며, 조합의 정관 및 관리처분계획에 정비사업비와 조합원의 부담비용 등 사업시행과 관련된 사항을 구체적으로 명시하여 조합과 시공자간의 분쟁을 예방하고 있다.

정비사업에 참여하는 시공자에게 시공보증을 의무적으로 받도록 하여 시공사가 부도시 조합원 피해를 최소화하였고, 지방자치단체 등 사업시행자가 세입자 등을 위한 임대주택을 건설하기 위하여 국·공유지를 사용하고자 하는 때에는 국유재산법 또는 지방재정법에 불구하고 장기 임대하여 사용할 수 있다.

그리고 정비사업을 위탁받거나 자문할 수 있는 정비사업전문관리제도를 도입하여 조합의 비전문성을 보완하고 효율적인 사업추진을 도모하고 있다.

즉 이 법은 선계획-후개발의 종합적인 도시 관리, 사업추진 절차 개선, 민간건설업체의 사업 참여 제한, 도시사업전문관리제도를 도입하여 주민의 권익보호 장치 강화 하는 등 도시·주거환경의 효율적 관리라는 순기능을 살리며 각종 비리와 분쟁이라는 부작용을 방지하기 위한 것이다.

(다) 개정경과

‘도시정비법’은 제정 후 여러 차례의 개정이 이루어지고 있는데 주요 개정만 살펴보면, 2003년 12월 31일 개정에서 투기과열지구 안에서 재건축조합설립인가 후에는 재건축사업 단지안의 주택 또는 토지를 양수하더라도 조합원 자격의 취득을 제한함으로써 재건축주택에 대한 투기수요를 차단하

였다.

2005년 3월 18일 개정에서는 재건축 임대주택 건설의무 및 주택재개발사업 시행방식 개선 등을 개정하였는데 주택재건축구역 내 거주하는 무주택 세입자들의 주거안정을 도모하고, 임대주택 수요가 높은 도심지에서의 임대주택 공급을 확대하기 위하여 주택재건축사업 시행 시 임대주택을 공급하도록 의무화하는 한편, 주택재개발사업의 활성화를 위하여 주택재개발사업의 시행방식을 개선하는 등 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하였다.

2006년 5월 24일 개정에서 주거환경 개선이나 안전 확보 보다는 재산증식을 목적으로 행하여지는 무분별한 재건축을 방지하기 위하여 안전진단의 객관성과 신뢰성을 높이고 이와 관련한 행정주체간의 역할체계를 재정립하였다.

2007년 12월 21일 개정에서는 주민대표회의에 주민의 다양한 의견수렴 및 권익대변이 가능하도록 주민대표회의 구성원을 확대하고, 정비사업의 투명한 추진과 조합원 등의 알권리 충족을 위하여 추진위원회 및 사업시행자의 정비사업과 관련된 자료의 공개의무를 명확히 하며, 정비사업이 원활히 추진될 수 있도록 토지등소유자의 동의요건을 완화하고, 정비구역 주변의 교육환경 보호를 위한 제도를 도입하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 미비점을 개선 보완하였다. 특히 조합설립요건의 완화로 인하여 사업의 속도가 보다 신속하게 진행되게 되었다.

2009년 4월 22일 개정시에는 재건축사업이 도심지 내 주택공급이라는 순기능에도 불구하고 과거 주택가격 급등기에 마련된 과도한 규제로 더 이상 추진되지 못하고 있는바, 재건축사업에 대한 임대주택 건설의무를 폐지하고 용적률을 완화함으로써 장기적인 주택 수급 안정을 통해 도심지 내 재건축 소형주택의 공급기반을 구축하고 경기를 활성화하기 위해 주택재건축사업의 주택규모 및 건설비율을 합리적으로 개선·보완하였다. 정비계획의 내용

중 재건축임대주택 공급의무지역에 한하여 규정되어 있었던 재건축임대주택의 규모 등 재건축임대주택에 관한 사항(제4조 제1항 제7의2)과 시장·군수가 재건축임대주택에 관한 사항에 대하여 재건축임대주택을 공급받을 자("인수자")와 미리 협의하여야 한다(동조 제9항)는 규정을 삭제하면서 제30조의3(주택재건축사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설 등)을 신설하였다.

2009년 11월 28일 개정에서는 세입자보호를 위한 법적 근거를 마련하였다. 이로 인하여 재개발·재건축 추진 시 사회적 약자에 대한 적절한 보호가 수반되도록 하고 세입자문제가 사회적인 문제로 확대되는 것을 예방하며, 공공부문에게 주택재개발사업을 통하여 건설되는 임대주택을 인수할 의무를 부여하고, 인수된 임대주택을 토지 임대부 분양주택으로 활용할 수 있는 근거를 마련하였다.

2010년 4월 15일 개정은 재개발·재건축 사업 진행 시 공공부문의 역할을 강화함으로써 정비사업의 투명성과 효율성을 높이기 위하여 공공관리제도를 도입하였다. 그리고 조합장 선거 등을 선거관리위원회에 위탁할 수 있도록 하는 한편, 추진위원회의 조합설립인가 신청 서류에 관하여 이 법 시행규칙에서 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있으나, 하위법령의 개정만으로 조례 위임 규정이 없어져 지방자치단체의 자치입법권이 침해받을 우려가 있으므로 조례 위임 규정을 법률에서 정하도록 하였다.

2010년 7월 14일 정부제출 개정안에는 정비사업을 원활하고 효율적으로 추진하기 위하여 인구 50만 이상 대도시의 경우에는 도지사의 정비사업 조례 제정·개정 권한을 시장에게 이양하고, 정비사업에 필요한 토지 등 소유자의 동의 방법을 개선하며, 주택시장의 안정 등을 위하여 필요한 경우에는 특별시장·광역시장 또는 도지사가 시장·군수 또는 구청장에게 사업시행인가 또는 관리처분계획 인가의 시기를 조정하도록 요구할 수 있도록 하는 한편, 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려한다.

(2) (가칭)도시재생활성화 기본법

국토해양부는 재건축과 뉴타운 등 도시재생사업 활성화 방안의 일환으로 각종 도시재정비 관련 법안을 전면 손질 할 것으로 결정하였다. 이에 따라 재개발·재건축 등 도시재생 및 재정비 관련 법률인 ‘도시 및 주거환경정비법’과 ‘도시재정비촉진을 위한 특별법’ 그리고 ‘도시개발법’이 대폭 손질돼 가칭 ‘도시재생활성화 기본법’으로 일원화될 것으로 보인다.

그간 현행 도시재생 및 재정비 관련 법안이 같은 사항에 대해 서로 다른 규정을 적용하거나 같은 내용을 중복 규정하는 등의 문제가 있어 통일적인 기준을 제시해야 한다는 지적이 많았으며, 그에 따라 국토해양부는 유사한 제도는 서로 분리·통합하고, 유명무실한 도시재생사업을 활성화하기 위한 것이다.

국토해양부는 보도 자료에서 “각종 도시 재생 사업이 수익성 위주의 물리적인 정비에 치중해 정비 방식, 주거 형태 등이 획일화되는 등 문제가 많고 현행 도시 재정비 관련 법제들(도시재정비촉진법, 도시 및 주거환경정비법, 도시개발법 등)도 같은 사안에 대해 서로 다르게 규정하는 등 형평성과 일관성이 부족해 개편이 불가피한 실정”이라고 설명하면서 가칭 ‘도시재생 활성화 기본법’을 상위법으로 신설하고, 주택정비절차 및 도심재생절차를 담은 가칭 ‘주거환경정비법’과 가칭 ‘도시개발 및 정비법’을 하위법으로 두는 방안을 추진 중이라 하였다.

이에 대하여⁴⁵⁾ 단국대학교 김호철 교수는 “도시 재생 관계 법령은 지난 1970년대 이후 시대적 여건에 따라 단편적·개별적으로 제정·통합돼 왔다”며 “도시 및 주거환경정비법, 도시재정비 촉진을 위한 특별법, 도시개발

45) 이는 법제개편의 기본방향에 대하여 사전에 각계의 의견수렴의 기회를 갖기 위하여 2010년 4월 7일 개최한 「도시재생활성화 및 법제개편을 위한 공청회」의 내용을 요약하였다. 이 공청회에서는 단국대학교 김호철 교수가 ‘도시 재생 활성화를 위한 법제 개편 방향’에 대해, 목원대학교 이재우 교수와 LH 토지주택연구원 이영은 박사가 ‘포괄적 도시 재생을 위한 연계성 강화 방안’에 대해 발표하였고, 이에 대하여 학계, 협회 등의 관련전문가들로 구성된 패널들이 각자의 견해를 밝혔다.

법 등이 상위 도시계획과 연계 없이 개별 사업 단위의 문제 해결 방식을 취하는 바람에 많은 문제가 야기됐다”고 하였다. 이로 인한 문제로 사업 중복, 개별법에 의한 산발적 추진, 관련 법제 간 일관성 부족 등을 꼽았고 특히 도시 내 쇠퇴 지역의 주거·상업·업무 등 기능 위주의 정비를 위한 법으로 이와 같은 물리적 정비 외에 경제·문화·복지·사회 등 복잡하고 다양한 담론을 담을 수 있는 컨트롤 타워(control tower)의 부재를 지적하였다. 이에 따라 통일적 법제 마련과 연계성 강화, 종합적 도시 재생 추구, 공공의 역할 재정립, 지역 실정을 반영한 차별화 전략 마련 등의 필요성을 제기하였다. 이러한 필요성에 입각해 새로운 법제를 마련·시행할 경우 관련 법 간의 일관성 부족 문제를 해결하고 불필요한 사업 중복을 예방하는 동시에 공공의 역할 증대를 통한 종합적 도시 재생 추구가 가능하다고 강조했다.

목원대학교 이재우 교수와 LH 토지주택연구원 이영은 박사는 재생관련 사업의 연계성 강화를 통한 시너지 효과 극대화를 강조하였다.

시장 중심 사업 방식으로 도시 기능이 쇠퇴한 지역의 활성화가 어려운 점, 중앙 부처의 개별 지원으로 비효율성이 만연, 지방자치단체 간 통합 실현 가능한 제도 기반 부재와 효과 저하, 사업시행자의 기반시설 부담으로 사업성 악화, 촉진구역별 사업 시차 발생으로 기반시설 확보 어려움 등을 지적하여 이러한 문제해결을 위하여 포괄적 도시재생을 위한 ‘연계사업’을 설명하였다. 연계사업제도는 2곳 이상의 개발 사업을 연계해 하나의 개발 지역으로 통합 개발하는 방식이다. 기존 소규모 재개발 구역을 묶어 개발하는 뉴타운 등 도심 재정비촉진사업처럼 인근 개발 사업들을 합하는 형태지만 도시환경정비사업, 재개발·재건축·역세권 개발 사업 등 각 정부 부처에서 추진 중인 유사 사업을 통합해 개발하겠다는 것이다. 이런 방식은 사업 지구 내 기반시설 조성비용을 줄이는 등의 효과가 기대된다.

이상의 견해에 대하여 학계와 업계 전문가들은 도시활성화법의 취지에

공감하면서도 그것의 문제점을 제기하는데 김종보 교수는 도시활성화법 제정에 대해 법적 안정성 차원에서 타당한지, 기존 미(未)개발지를 도심 개발법에 근거해 개발하는 것이 타당한지 등의 검토를 주문하였다. 최막중 교수는 도시활성화법에 대한 전반적인 공감을 표시하면서, 이 법이 기본법이라기보다는 ‘도축법’을 개편하는 것으로 보는 게 타당하다며 기본법으로서의 성격에 의문을 제기하였다. 또 하위법을 주거·도심 기능으로 분리하는 데 대해 “‘주거’ 개념에는 문화·사회 등이 모두 포함된다”면서 “굳이 하위법을 분리할 필요가 없다”는 의견이 있다. 최영수 서울시 균형발전본부 뉴타운사업1담당관은 “하나로 통합해 상위법을 만들어 도심과 택지로 법을 양분할 경우 상위법과 하위법이 충돌하는 상황은 볼 보듯 뻔한 일”이라며 “굳이 법을 통합할 필요성이 있는가에 대한 저의가 궁금하다”는 비판도 있다.

도시재생사업의 활성화를 위하여 법제개편도 중요하지만, 법적 안정성을 고려하여 신중히 이루어져야 할 것이다.

제3장 주택 재개발·재건축의 공공성

제1절 공공성의 개념

1. 의의

일반적으로 공공성이란 개념은 사적이익이나 권리에 대응하는 것으로 이해되지만, 추상적인 용어로 명확히 정의하는 것이 어렵다. 공공성이 구체적으로 무엇을 의미하며, 그 실체를 어떤 것으로 이해할 것인가에 대하여 많은 논의가 이루어지나 아직 의견의 일치를 보지 못하고 있다. 따라서 각 분야마다 공공성의 문제를 다루고는 있지만 그 내용이나 접근방법이 달라 다의적으로 이해되고 있고, 또한 시간이 흐름에 따라서도 변화하고 있다.⁴⁶⁾

공공성을 사전적 의미로 살펴본다면 행위의 주체(agency)와 관련된 것으로 국가 혹은 정부 및 공공기관에 의해서 이루어지는 행위 일체를 공적인 것으로 규정하며, 다수의 사람들에게 공통적으로, 보편적으로 관련되는 경우를 공적인 것으로 규정한다. 행위의 목적과 관련된 것으로는, 공익('public interest)을 추구하는 경우를 공적인 것으로 규정한다. 따라서 공공성을 논의하는 데 핵심적 문제는 공익이란 무엇인가 하는 것이다. 그러나 공익 개념은 사람들의 입장이나 시각에 따라 다양하여 입장들을 객관적으로 비교할 수 있는 기준이 존재하지 않아 문제가 되는 것이다.⁴⁷⁾

공익은 공동이익 또는 모든 사람이 공통적으로 갖는 이익이라 말 할 수 있다. 주택 재개발·재건축 사업은 도시기능회복과 쾌적한 주거환경 형성을 위한 공공시설의 창출이라는 형태로 공공이익을 실현하고, 다른 한편으로는

46) 백완기, 한국행정과 공공성, 한국사회와 행정연구, 2007, 1~2면.

47) 임의영, 공공성의 개념·위계·활성화 조건, 정부학연구 제9권 제1호, 2003, 26~27면.

특정 사인의 재산적 가치를 증식시키는 결과를 가져온다. 이 경우 공익과 특정사익과의 관계에 있어서 공공성이 과연 무엇을 의미하느냐 하는 것을 규정하기란 쉽지 않다. 공공성의 중심은 사회통념에 따라 변화할 수 있기 때문에, 특히 주거환경에 대한 가치평가에 있어서 어느 것이 가장 바람직한 주거환경의 형태인가에 대한 사람들의 관념이 같지 않기 때문에 공공성의 내용도 다양하게 된다.

주택 재개발·재건축의 필요성과 목적에 의해서도 공공성을 일률적으로 논하기는 어렵게 된다. 예컨대 도시의 방재구조화를 위한 소방도로 등의 건설을 목적으로 하는 재개발과 주택공급을 목적으로 하는 재개발의 공공성의 질과 정도는 같을 수 없는 것이다.⁴⁸⁾

많은 사람에게 공통되는 생활이익의 확보와 실현을 위한 공법적 규율의 정도도 시대에 따라 다를 수밖에 없는데 현재 주택 공공성의 정도는 주택의 기본적 역할, 주택의 사회적·경제적 효용, 주택에 대한 국민의 의식과 주택정비의 추이·현상이라는 기준에서 볼 때 종래와는 비교되지 않을 만큼 커졌다. 즉, 재산권에 대하여는 재산 그 자체에 내재하는 내재적 제약과 함께 재산에 대하여 시대의 변천과 여건변동에 따라 부가되는 사회적 제약을 수반하는 것으로 이해해야 한다.⁴⁹⁾

2. 기능

‘도시정비법’에 의한 주택재개발·재건축사업에 있어서 공공성은 다음과 같은 기능을 한다.⁵⁰⁾

48) 최승원, 도시재개발제도에 관한 법적 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1992, 15~16면.

49) 류해웅, 수용적격사업의 공공성 확보에 관한 제도적 고찰, 한국토지보상법연구회, 토지보상법연구 제2집, 2000, 32면.

50) 최진수, 주택재개발·재건축에 관한 법적연구, 연세대학교 박사학위논문, 2006, 49~50면.

첫째, 재개발·재건축이 가지는 공공성이 재산권 행사의 제한을 가능하게 해준다. 철거되어야 하는 건물이 있는 토지를 개발할 경우에 사업시행자가 대가로 건물의 잔여가치를 지불하여야 한다. 미개발지를 개발하는 경우에는 사업시행자는 토지비용과 건설비용만 지불하면 되지만, 기존 건물을 철거해야 하는 재개발의 경우에는 그 건물의 잔여가치에 대한 대가가 추가되므로 단순히 시장기능에만 맡겨두면 낙후지역을 정비하기 어렵게 된다. 또 보통 도시 내의 토지는 소유관계가 분절되어 있어서 토지규합의 문제가 생기므로 사업시행자가 사업을 추진하기 위해서는 수십 명의 소유자들을 상대해야 한다. 이와 같은 경우에 강제 수용권, 매도청구권 등을 행사하여 사업을 진행시켜줄 필요가 있게 된다.

둘째, 토지등소유자들이 임의로 주택 재개발·재건축을 원하는 경우 이를 허용하면 주로 투기의 목적으로 행하여 질수 있다. 그로 인해 부동산 가격 구조의 왜곡, 근로의욕의 좌절 등 사회적 문제가 발생하게 된다. 이에 따라 적극적인 재산권행사를 제한할 필요가 생기게 되는데, 이러한 경우 재산권 행사의 제한을 가능하게 해주는 기능을 공공성이 수행한다.

3. 관련법제

재개발·재건축사업을 재산권 행사의 측면에서 접근하느냐, 도시정비의 측면에서 바라보느냐에 따라 법적 규제의 범위나 내용이 달라진다. 우리 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 규정하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있으나, 동 항 단서에서 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 알 수 있다. 뿐만 아니라 동 조 제2항에서 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하여 재산권의 행사에 있어서 공공복리적합의무를 규정하고 있다. 제35조 제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생

활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”고 하여 국가가 주택개발 정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력할 의무를 부과함으로써 국가의 쾌적한 주거환경조성의무를 규정하고 있다.⁵¹⁾ 또한 제122조에서 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다”라고 하여 국토정책에 대한 개입의 일반적 근거를 제시하고 있다. 이것은 토지공개념의 기초가 되는 것인데 인구밀도가 높은 우리나라의 경우 특히 대도시의 인구집중이 더욱 심한 상황, 주택을 투기의 수단으로 악용하는 현실, 주택투기가 가진자와 못가진자의 양극화를 부채질 하는 것을 고려하여 주택에도 토지공개념과 마찬가지로 공개념적 요소의 도입이 필요하다.⁵²⁾⁵³⁾

또한 ‘도시정비법’ 제1조는 “이 법은 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 재개발·재건축사업이 공공성을 실현하는 사업임을 명시적으로 선언하고 있다.

51) 임윤수·최완호, 공동주택 재건축에 있어서 개발이익환수의 범위, 부동산연구 제19집 제2호, 2009. 12, 138면.

52) 김수갑·여경수, 재건축초과이익 환수에 관한 법률의 법적 쟁점과 과제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 407면.

53) 토지공개념과 달리 주택공개념 용어에 대하여 부정적인 시각으로 주택은 토지와 달리 인간으로서 강한 사적 영역이기 때문에 원칙적으로 한 사람 또는 한세대가 소유하여 거주하고 있는 주택에 대해서는 강력한 공법적 규제는 원칙적으로 허용하기 어렵다하여 사람이 직접 거주하는 주택에 대한 공개념의 도입은 위헌의 소지가 높다는 견해도 있다.(김성수, 토지공개념과 종합부동산세 등의 도입에 대한 공법적 검토, 지방자치법연구 제4권 제1호, 2004, 78면.)

제2절 도시정비법과 공공성

재개발·재건축사업은 실제 운영해 오는 과정에서 민간 주도의 과도한 사업성 추구로 도시의 공공성 관리에 많은 문제점과 한계를 드러냈다. 특히 재건축 사업의 경우 행정주체는 철거허가(또는 신고)나, 준공인가 등 단지 소극적으로만 관여하는 입법태도를 취하였다. 이에 도시주거환경정비를 위한 사업⁵⁴⁾들을 하나의 법속에서 계획적으로 관리하기 위해 ‘도시정비법’이 제정되었다.

이로 인해 주택재개발사업뿐만 아니라 주택재건축사업에 있어서 정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등 행정처분의 관문이 생겼고, 재건축사업의 시행자인 재건축정비조합 또한 공적 주체로서의 지위를 부여하게 되었다.⁵⁵⁾

다음에서 ‘도시정비법’상 규정되어 있는 내용을 중심으로 주택 재개발·재건축사업의 공공성에 관하여 살펴보고자 한다.

1. 사업시행자 제한

‘도시정비법’상 공공성 실현으로 공적 주체의 관여, 강제력, 적극적 질서형성을 위한 각종 행정처분(정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등)이 허용된다. 즉 재개발·재건축사업에 있어서 정비기본계획과 정비계획의 수립권은 행정청이 행사하고 있으며, 사업시행자도 제한되어 있다.⁵⁶⁾ 주택 재개발·재건축의 원칙적 사업시행자는 정비조합이며, 예외적으로 시장·군수가 직접시행 요건에 해당하는 때에 사업

54) 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업이 있다.

55) 나병진, 집합건물재건축의 공공성에 관한 연구, 집합건물법학회, 2010, 31면.

56) 임윤수, 최완호, 앞의 논문, 140면.

을 직접 시행하거나, 시장·군수가 토지 등 소유자로서 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다.

대법원은 사업 시행자인 조합에 대하여 행정주체성을 인정하고 있다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 즉 주택 재개발·재건축 사업은 공공사업으로 사업 시행자는 공법상의 권리·의무의 주체가 된다. 사업시행자의 변동이 있을 경우 사업의 연속성을 위하여 종전 사업시행자의 권리·의무는 새로운 사업시행자가 승계하지만 시행자의 지위가 사법상의 계약에 의해서는 양도 할 수 없다.⁵⁹⁾ 대법원도 사법상의 권리양도계약에 기한 구 도시재개발사업 시행자 명의변경 인가처분의 효력에 관하여, 구 도시재개발사업 시행자의 지위는 공법상의 권리·의무를 내용으로 하는 것이어서 사법상의 계약에 의한 양도의 대상이 될 수 없을 뿐 아니라 구 도시재개발법에 규정된 시행자 변경의 어느 유형에도 해당되지 않으므로 법률상의 근거 없이 이루어진 무효의 처분이라 보았다.⁶⁰⁾

주택 재개발·재건축사업에 있어 사업시행자의 제한이나 원칙적인 사업 시행자인 정비조합에 대한 행정주체성을 인정하는 법원의 태도는 주택 재개발·재건축사업이 공익사업임을 잘 나타내고 있다.

57) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결.

58) 대법원 2009. 9. 17 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

“도시및주거환경정비법상 행정주체인 주택정비사업조합을 상대로....”

대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235호 전원합의체 판결.

“도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적(을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리 의무 관계에 서 있다”.

59) 양은열, 앞의 논문, 154면.

60) 대법원 1982. 3. 9. 선고 81누318판결.

2. 임대주택 의무건설

주택재개발사업의 경우 주택 전체 세대수의 17%이하의 임대주택을 건설하여야 한다.(도시정비법시행령 제13조의3 제1항) 여기서의 임대주택건설의무는 개발이익환수의 차원이라기보다는 재개발지구의 저소득주민의 주거안정과 세입자의 생활보상차원의 공적 규제로 보아야 할 것이다.

‘도시정비법’ 2008년 3월 28일자 개정에서 재건축사업에 있어서도 개발이익환수의 한 방법으로 임대주택건설의무를 규정하였다. 따라서 과밀억제권역(서울, 경기, 인천)의 재건축사업시행자는 재건축사업으로 증가되는 용적율 중 25%에 해당하는 면적을 임대주택으로 공급하여야 했다.⁶¹⁾

이러한 임대주택건설의무 규정을 도입한 이유로 재건축으로 인해 종래의 영세한 세입자들이 종전 주거지를 떠나야 하는 상황이 발생하므로 이를 보호하기 위한 제도라고 입법취지를 밝히고 있다.⁶²⁾

그러나 이 제도에 대해서는 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙에 위반하여 위헌이라는 논란이 제기되었다. 재건축조합측은 임대주택입주자들이 높은 임대료와 관리비를 부담할 수 있을지에 대한 의문을 제기하였으며, 미실현이득에 대한 환수의 위헌성, 재개발사업과의 형평성, 행복추구권 등을 근거로 헌법소원을 제기한 것이다.⁶³⁾ 이에 대해 헌법재판소는 “이 사건 재건축

61) 도시정비법 제30조의2 (주택재건축사업의 임대주택 건설의무 등) ① 「수도권정비계획법」 제6조 제1항제1호의 규정에 의한 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 사업시행자는 제30조제4호의 규정에 의한 세입자의 주거안정과 개발이익의 조정 등을 위하여 당해 주택재건축사업으로 증가되는 용적률 중 100분의 25이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 면적을 임대주택(이하 "재건축임대주택"이라 한다)으로 공급하여야 하며, 건축 관계 법률에 의한 건축물 층수제한 등 건축제한으로 제3항의 규정에 의한 용적률의 완화가 사실상 불가능한 경우에는 대통령령으로 임대주택 공급비율을 따로 정할 수 있다. 다만, 용적률의 상승폭, 기존주택의 세대수 그 밖의 사업내용이 대통령령이 정하는 기준 이하인 경우에는 임대주택을 공급하지 아니할 수 있다.

62) 성소미, 재건축 초과이익 환수법안의 내용과 법적 쟁점, 토지공법학회 제49회 학술대회자료집, 2006. 6. 10, 62면.

63) 길준규, 재건축 개발이익환수제도의 법적 문제, 공법학연구 제7권 제3호, 2006, 69면.

임대주택공급의무제도는 용적률의 증가라는 요인에 의하여 발생한 재건축사업의 개발이익의 일부를 임대주택공급이라는 형식으로 환수하여 부동산에 대한 투기를 방지하고 ‘세입자의 주거안정’을 도모하고자 도입한 제도로 그 의무를 개발이익의 규모가 크고 집값 상승률이 높으며 임대주택의 수요가 많은 수도권 중 과밀억제권역에서 재건축사업을 하는 경우에만 부담하도록 하고 있고 그 부담비율에 있어서도 사업의 진척 정도에 따라 차등을 두어 피해를 최소화하는 장치를 마련하고 있는 한편 임대주택의 공급의 대가로 표준건축비와 개별공시지가를 합한 금액을 지급하도록 하고 있으므로 이는 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하고 있다고 볼 수 없다. 임대주택공급의무는 이 사건 재건축사업뿐만이 아니라 ‘재개발사업’에도 부과되고 있으나 주택재개발사업에서 부과하는 임대주택공급의무는 재개발로 발생하는 세입자들의 주거문제를 해결하기 위한 제도이고 이 사건 재건축임대주택 공급제도는 개발이익의 환수차원에서 부과되는 의무라 할 것이므로 두 사업 모두에 임대주택공급 의무를 부과하고 있더라도 이것이 평등권을 침해하고 있다고는 볼 수 없다”고 하여 합헌 결정을 하였다.⁶⁴⁾ 즉 재개발임대주택공급 의무는 ‘세입자들의 주거문제해결’의 차원으로 재건축 임대주택공급의무는 ‘개발이익환수의 차원’으로 보았다.⁶⁵⁾

그러나 이 헌법재판소의 결정에 대하여 비판의 견해들이 제기되었다. 주택공급의무제도는 개발이익(미실현이익)을 직접적인 목적으로 하여 그 자체를 환수대상으로 삼는 ‘직접적 이익환수제도’가 아니라 간접적으로 환수되는 ‘간접적 이익환수제도’에 해당한다. 그 이상 개발이익환수 목적이 아닌 다른 입법 목적이 재건축 지역 내에 거주하는 무주택 세입자의 주거 안정을 위해 적절한 것이어야 하고, 또 그로 인한 기본권 제한은 필요최소한에

64) 헌재 2008. 10. 30, 2005헌마222 결정.

65) 전병준, 주택재개발·재건축에 있어서 조합원과 세입자의 법적 지위에 관한 연구, 국민대학교 박사 학위논문, 2010. 6, 159, 163~164면.

그쳐야 한다는 것이다. 그런데도 이 제도가 경미한 수단은커녕 임대주택을 지어 공급하도록 하는 과중한 의무를 부과하는 것으로 그 목적 달성을 위해 필요 최소한의 기본권 제한의 정도를 넘었다. 그리하여 본래는 다른 목적을 위해 사용되는 제도를 그 제도의 본래 용량의 한계를 넘어서 무리하게 개발이익환수의 목적으로 사용하려는 시도에 대해 그 헌법적 한계를 제시하지 못하며 재산적 부담을 가진 유사한 모든 제도가 개발이익환수를 위해서라면 그 본래의 목적과 무관하게 제한 없이 사용할 가능성을 열어 놓고 말았다고 설명한다.⁶⁶⁾

이 제도는 과도하게 불합리한 규제라는 비판에 결국 2009년 4월 22일자 개정에서 폐지되었으며, 현재 소형평형의무비율에 의해 공급된 재건축 소형주택을 시·도 조례로 정하는 바에 따라 임대주택 또는 전세주택으로 활용한다.

3. 재건축사업의 안전진단

재건축사업의 경우 무분별한 재건축 추진을 방지하고 불필요한 사회·경제적 손실을 최소화하기 위하여 안전진단 제도를 두고 있다. 안전진단이란 주택재건축사업의 경우 주택의 노후·불량 정도를 조사하여 구조의 안정성 여부, 보수비용, 주변여건 등을 종합적으로 판단하여 주택재건축사업 가능 여부를 결정하는 행정절차를 말한다.

‘도시정비법’에는 안전진단 기준이나 절차 등을 구체화하고 있으며, 시장·군수의 재건축 남발을 막기 위하여 광역자치단체의 재량권을 확대하였다.⁶⁷⁾ 안전진단의 결과에 따라서 주택재건축사업의 시행여부가 결정 되므로

66) 최진수, 재건축사업상 임대주택공급 의무제도와 개발이익의 환수, 토지공법연구 제38집 제2호, 2009. 12, 426면 이하.

67) 양은열, 앞의 논문, 144면.

안전진단은 주택재건축사업에 대한 사전적·절차적 통제수단으로서의 역할을 한다.

종래 안전진단은 노후·불량 주택을 공학적으로 엄격히 평가하여 주택재건축사업 시행의 정당한 명분을 제공하는 것이 아니라, 단순히 주민들의 의사에 따라 형식적으로 이루어졌던 것이 사실이다.⁶⁸⁾ 그러나 안전진단에 관하여 평가항목별 가중치를 조정하고 예비평가 절차개선 등으로 안전진단의 객관성과 신뢰도를 제고하였다. 사적 자치의 영역에서 토지등소유자의 의사에 따라 상대적으로 자유롭게 이루어졌던 주택재건축은 ‘도시정비법’에 따른 정비구역 지정과 안전진단 절차를 통하여 행정청의 개입이 강화되어 절차적 통제 강도를 높였다는 점에서 어느 정도 주거 복지를 위한 공공성을 획득하였다고 평가할 수 있다.

그러나 다른 한편으로 ‘도시정비법’으로 인하여 재건축사업도 재개발사업과 동일하게 정비사업으로 정하면서 정비구역의 지정이라는 제도가 마련되었다. 이로 인해 재건축사업의 개시여부가 결정되는 것이므로, 안전진단제도를 통해 재건축사업을 억제하려고 하는 시도는 절차적 중복에 불과하다는 것이다.⁶⁹⁾ 즉 재건축사업은 정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가라는 행정처분을 거치도록 하여 행정청이 재건축사업의 공적관여의 길이 충분히 마련되어 있다는 점에서 더 이상 그 정당성의 근거를 찾기 어렵다.

4. 재건축사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설

재건축 사업은 도심지내 주택공급이라는 순기능에도 불구하고 집값 상승

68) 2003년 7월부터 2006년 3월까지 135건의 안전진단 중 133건(99%)이 재건축 판정이 이루어졌다. 행정청의 정치적 고려가 개입되지 않았다고 볼 수 없다. 재건축을 위한 안전진단 실시권한은 시장·군수·구청장에 있으나, 주민이 요구하는 경우 민선단체장으로서 이를 거부할 수 없기 때문에 재건축안전진단을 허용하였고, 결과적으로 주택수급 불균형 및 부동산 시장 왜곡 등의 국가 경제적 문제를 야기하였다.

69) 김종보·전연구, 앞의 책(새로운 재건축재개발이야기 I-상권), 419면.

의 주원인으로 낙인 찍혀 과도하고 불합리한 중복규제로 인해 더 이상 추진되지 못한 채 답보 상태에 머물러 있었다. 이에 주택 수급 안정을 기하기 위해 재건축사업에 부과된 임대주택 건설의무를 폐지하고 재건축사업 시 ‘국토계획법’ 상한까지 용적률을 완화하고 일정비율을 소형주택으로 환수하도록 ‘도시정비법’을 개정(일부개정 2009. 4. 22)하였다.

사업시행자는 법적상한용적률에서 정비계획으로 정하여진 용적률을 뺀 용적률의 30%이상 50%이하로 주거전용면적 60㎡ 이하의 소형주택(이하 재건축소형주택이라 한다)을 건설하여야 한다. 건설한 재건축소형주택은 국토해양부장관, 시·도지사, 시장·군수, 주택공사 등 인수자에 공급하여야 한다. 이 경우 부속 토지는 인수자에게 기부채납 한 것으로 보며, 인수된 재건축소형주택은 임대주택 또는 전세주택으로 활용된다(도시정비법 제30조의3).

소형평형 의무비율의 적용으로 세대수는 증가하나 조합의 총 분양 수입은 감소하게 된다. 따라서 수도권 과밀 억제권역에서 1:1재건축사업의 경우 소형평형의무비율을 제외하고 기타지역에서는 의무 비율을 완화한 후 지역적으로 탄력적으로 운영해야 할 것이다.⁷⁰⁾

5. 공공관리자 제도⁷¹⁾

가. 도입배경

기존의 도시정비사업은 서울시 주택공급과 물리적인 환경의 개선 측면에서 많은 효과를 거두었지만, 사업성위주의 개발로 인한 획일적인 고층·고밀

70) 전병준, 앞의 논문, 168면.

71) 남진, 공공관리자제도의 도입배경 및 정책과제, 공공관리자제도 정책 토론회 자료, 2010. 11. 25, 15~23면 참조.

공동주택의 건설, 사업이해관계자간의 갈등, 서민주택의 멸실로 인한 전세 가격 상승, 원주민 재정착률 저조 및 기존 커뮤니티 붕괴, 부정과 비리 등 다양한 문제들이 있었다. 이러한 과정에서 문제해결을 위한 공공의 역할이 지속적으로 제기되어 왔다. 뿐만 아니라 현행 주택 재개발·재건축조합은 전문성 부족과 자금조달 능력 미비 등으로 관련업체에 의존성이 심화되면서 정비사업 초기단계에서부터 각종 부정과 비리가 발생하여 왔다.

서울시는 기존 도시정비사업의 문제를 해결하기 위해서 공공이 적극적으로 대응해야 함을 인식하고 공공의 관리·지원 하에 도시정비사업을 추진토록 재개발·재건축사업의 추진절차를 개선하였다. 특히 사업추진의 불투명성으로 인한 갈등과 사업 추진시 발생하는 부정과 비리를 해결하고자 공공관리제도를 도입하였다. 이를 통해 사업추진에 따른 모든 정보를 주민들에게 공개하고 공공지원에 의해 사업절차를 개선하여 시공사 등 관련업체를 공정하게 선정하도록 하였다. 이로 인해 정비사업의 투명성을 확보하고, 조합원들의 갈등을 줄여 사업기간을 단축하고, 그로 인한 공사비 감소의 효과를 기대하고 있다.

나. 공공관리제도의 개념과 적용대상

(1) 개념

공공관리자제도는 재개발·재건축 사업을 할 때 계획수립 단계부터 사업 완료 시까지 진행관리를 구청장이나 SH공사, 한국토지주택공사(LH) 등의 공공관리자가 주도하는 제도를 말한다.

재개발재건축 등 정비사업이 투명하고 공정하게 추진될 수 있도록 구청장이 행·재정적 지원을 하는 것으로 공공은 설계자·시공사 등 협력업체 선정에 필요한 기준을 제시하여 공정하게 선정토록 돕고, 자금융자 확대와 정

확한 정보공개 관리 등 업무지원을 통하여 주민의 자율적 사업추진 역량을 강화하고자 하였다. 이로써 소송 등 주민갈등에 따른 불필요한 사회·경제적 비용낭비를 방지하고, 사업기간 단축과 사업비를 절감하여 주민들의 재정착 기회를 확대하고자 도입한 제도이다.⁷²⁾

(2) 적용대상 및 기간

공공관리제도의 적용대상은 조합이 시행하는 모든 정비사업으로 주택재개발, 주택재건축, 도시환경정비사업 등이 해당된다.

공공관리제도의 의무적용기간은 정비구역 지정 후 추진위원회 구성시점부터 조합총회에서 시공자를 선정하는 시점까지이며, 조합의 요청이 있을 경우 위탁관리자가 사업완료시점까지 사업을 관리하게 된다. 이 경우 사업 관리는 위탁관리자가 수행한다. 공공관리자는 시공사 선정까지의 비용만을 부담하며, 시공사 선정 이후의 비용은 조합이 부담하게 된다.

(3) 추진경과

2010년 3월 18일 ‘도시정비법’ 일부 개정 법률안이 국회에서 의결되면서 공공관리제도 시행의 법적 근거가 마련되었다

정비사업에 대한 문제점 해결을 위하여 지속적으로 건의되어 왔던 공공관리의 필요성으로 인해 서울시는 2009년 7월 1일 공공관리제도의 도입을 발표하고, 국토해양부와 협의를 실시하는 동시에 1차~3차 시범사업지구를 선정하여 가능성을 검증하는 등 본격적으로 제도의 도입을 위한 준비를 하였다.

2010년 6월 30일 ‘서울특별시 도시 및 주거환경 정비조례’ 일부개정안이

72) 서울특별시, 공공관리제도의 올바른 이해를 위한 설명자료.

시의회에서 최종 의결되고 7월 16일 공포 즉시 시행되면서 정비사업의 공공관리의 범위와 세부적인 절차, 기준 등이 명문화 되었으며 2010년 9월 16일 공공관리 시공자 선정기준을 고시하고 운용매뉴얼을 확정 고시하였다.

다. 서울시의 공공관리제도⁷³⁾

2010년 7월부터 시행하고 있는 서울시의 공공관리자제도는 정비구역 지정시부터 구청장이 정비업체를 직접 선정하여 정비사업을 추진하고, 추진위원회 및 조합 설립 이후에는 추진위원회 및 조합이 설계자 및 시공사를 선정하되 선정과정을 공공관리자가 관리하도록 하는 구조로 되어 있다. 시공자의 선정은 조합이 권한을 갖지만, 시·구청장이 지원하는 방식으로 운영되는 것이다. 이로 인해 시공사 선정 과정에서 투명성을 확보, 정비업체 및 시공사의 부패행위가 주민들의 비용부담 증가로 이어지지 않도록 공공의 역할을 확대하였다.

조합의 의무도 늘어난다. 조합은 입찰공고·총회·대의원회 개최 전에 공공관리자로부터 사전검토 4단계를 거쳐야 하며 이사회와 대의원회 총회, 현장설명회를 개최한 후 공공관리자에게 자료를 제출해야 한다.

서울시는 이런 규정을 위반하면 시정명령을 내리고 조합 등이 따르지 않을 경우 추진위원회 승인 취소, 조합설립 인가 및 사업시행인가 취소 등의 강력한 행정조치를 취하는 한편 해당자를 고발할 방침이라 밝혔다.

73) 서울특별시, 서울시 정비사업 공공관리 운영 매뉴얼 참조, 2010. 9.

서울시의 공공관리자제도의 내용을 자세히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 정비관련업체 선정 시기 및 관리개선

(가) 정비업체의 선정

과거의 정비업체는 정비업체의 선정에 있어 다수의 예비추진위가 각 정비업체와 약정을 하고 정비업체 선정전에 동의서를 매도·매수하고, 지분조개기에 개입하고 조장함으로써 정비사업에 개입하였다. 이러한 과정에 고비용의 OS(Out-Sourcing)요원을 동원하여 동의서 징구와 동의서 매도·매수 등으로 인한 과열 경쟁으로 사업추진이 지연되었고, 이것은 재개발·재건축 사업에서 관련 비용이 비정상적으로 증가하는 원인이 되었다.

이러한 문제를 방지하기 위하여 정비계획 수립단계에서부터 구청장이 정비업자를 선정하고 추진위원회 구성 및 승인을 위한 동의서 징구 등의 업무를 수행하도록 하였으며, 추진위원회 구성 시까지 생기는 비용은 구청장이 부담하도록 하였다.

(나) 설계자 선정

설계자선정은 일차적으로 추진위원회에서 개략적인 사업시행계획서를 작성한 설계자를 선정하고 이후 조합에서 설계도서를 작성한 설계자를 선정하도록 되어있다.

이처럼 설계자 선정이 중복적으로 이루어지면서 설계자 선정을 위한 불필요한 비용이 증가하고 세부 설계와 내역서 등이 미 작성된 상태로 계약을 체결하여 업체와 조합의 유착비리가 발생한다. 공공관리제도가 도입되면서 구청장이 건설공사 설계도서 작성기준을 적용하여 설계자 선정 기준을

마련하고 추진위에서 투명하고 공정하게 설계자를 선정할 수 있도록 지원하도록 하였다. 또한 기존에 2단계로 업무를 수행하였던 설계자를 한번 지정된 설계자가 최종설계까지 할 수 있도록 하여 계획의 일관성을 높이는 동시에 설계변경으로 인한 사업추진의 지연과 업체 간의 유착비리를 근절시키고자 하였다.

(다) 시공사 선정

시공사 선정 및 역할과 관련하여 기존에 시공자는 설계도서에 의한 내역서 없이 공사비를 제안했기 때문에 사업비용 검증이 어려웠다. 뿐만 아니라 조합에서 시공자를 선정 시 발생한 부정·비리로 인해 사업비가 증가되었고 이로 인해 조합원의 분담금이 증가하는 문제가 있었다. 이러한 문제를 해결하기 위해 사업시행인가 이후에 설계도서에 의한 내역서를 바탕으로 시공자를 선정하고, 구청장은 시공사 선정 기준 등을 마련하여 지원하도록 하였다. 나아가 별도로 철거공사를 계약하던 기존의 정비사업 방식에서 벗어나 철거를 포함하는 것을 의무화 하여 공사에 대한 책임성을 확보하고자 하였다.

시공사 선정 입찰 방법은 지금처럼 일반경쟁, 제한경쟁, 지명경쟁 중에서 대의위원회가 결정한 방식을 사용할 수 있게 했다.

특히 규정이 애매해 조합들이 특정 시공사를 떨어뜨리기 위해 고무줄적용을 해왔던 제한조건을 도급한도액, 시공능력, 공사실적, 시공사컨소시엄 허용 여부 등 4개 항목으로 명확하게 한정했다. 시공사를 '일반경쟁'이나 '지명경쟁'으로 뽑을 때는 기존과 동일한 기준이 적용된다. 일반경쟁은 입찰 조건에 아무런 제한이 없는 것으로 2개사 이상이 참여해야 하며 지명 경쟁은 5개사 이상을 지명해 3개사 이상이 입찰에 참여하도록 했다. 시공사를 선정할 때 건설사들의 지나친 홍보활동을 차단하기 위해 조합 주관 합동설

명회 이외의 개별 홍보는 금지하도록 했으며, 적발되면 입찰참여 자격이 박탈되고 입찰보증금은 조합에 귀속된다. 다만 주민이 궁금해 하는 건설업체의 정보를 우편이나 서울시가 운영하는 클린업시스템을 통해 제공할 수 있도록 했다.

시공사는 정비사업 시공사 선정을 위한 입찰 때 설계도면과 물량 내역서를 제출해야 한다. 종전에는 현장설명회 때 설계도면을 제공할 수 있도록 돼 있었으나 강제 규정이 아니기 때문에 구체적인 내역을 검토하지 않고 '3.3㎡당 얼마'하는 관행이 지속되었고 공사과정에서 잦은 설계변경 등으로 공사비가 오르면서 조합과 시공사 간 분쟁이 발생하였다. 구체적 내용 없이 계약하던 관행에서 벗어나 입찰 전에 설계도면·시방서·물량내역서 등을 갖춰야 입찰 자격이 주어지는 것이며, 주민들이 공사비뿐 아니라 각 건설사들이 제안한 사업비, 이주비 대여 등 다양한 내용을 비교해 보고 시공사를 선정할 수 있도록 했다. 조합이 공사대금을 현금이 아닌 주택 등 현물로도 낼 수 있도록 선택의 폭도 넓혔다.

(2) 공공의 사업시행자에 대한 자금용자 확대

주택 재개발·재건축사업 조합은 사업추진을 위한 전문지식 부족과 자금 조달 능력의 미비로 자연스럽게 능력이 있는 시공사 등 정비업체가 사업의 주도권을 행사하는 경우가 발생하였다. 따라서 조합설립인가 시까지 정비업체에서 자금을 조달하고 시공사 선정 후 관련업체 용역비 정산 및 기집행 경비 등에 대해 필요한 자금을 시공사가 지원하는 방향으로 사업이 추진되어 시공사가 사업전반에 걸쳐 영향력을 행사하였다.

이러한 문제 해결을 위해 설계비 등 용역비, 세입자 대책비, 조합원 이주비까지 용자범위를 확대하였다. 또한, 구청장이 사업초기비용을 부담하여 추진위원회 업무와 조합설립을 지원하도록 하였으며, 구청장이 정비프로세

스 등을 지원하여 토지등소유자가 사업전반에 원활하게 참여하도록 하였다.

(3) 추진위원회 및 조합임원 선출 선관위 위탁

추진위원회 임원은 주민총회에서 선임하도록 되어 있었고 조합 임원은 조합정관에 따라 총회에서 선임하도록 ‘도시정비법’에 규정되어 있다. 그러나 총회시 참석 명부 날인 후 미 참석하거나 자세한 내용을 숙지하지 않고 서면에 동의를 하기 때문에 임원 선출시 공정성, 투명성 확보가 결여되고 이에 따른 주민간의 갈등과 분쟁이 심화되었다. 공공관리제도에서는 추진위원회 및 조합 임원 선출을 위해 선거관리 사무를 선관위에 위탁할 수 있는 방안을 마련하여 주민간의 갈등을 해소하고 공정성과 투명성을 확보하고자 하였다.

(4) 클린업 시스템 구축

기존의 정비사업과 관련하여 공개된 정보가 한정되어 있고 자료공개에 관한 방법 및 절차 등이 법적으로 명확하지 않아 형식적인 정보공개만 이루어져 주민 갈등을 유발하였다. 이에 따라 공공에서 정보공개를 관리할 클린업시스템을 구축하여 정비사업의 모든 사항(계약 및 회계관련, 시공경비, 설계변경내역 등)을 공개하도록 하였으며 공개의 방법·절차 등 구체적인 기준을 명확히 하고자 하였다. 정보공개 관리 및 정비사업의 프로세스 관리를 통해 정비사업의 투명성을 확보하고 주민 간 갈등을 해소시키고자 하였다.

(5) 사업비 및 분담금 추정프로그램 개발

시공자 선정 및 역할과 관련하여 기존에 시공자는 설계도서에 의한 내역

서 없이 공사비를 제안하고 조합원은 사업비와 분담금을 제대로 알지 못한 상황에서 조합설립 동의서를 제출하였기 때문에 사업비 증가 내역에 대한 검증이 어려웠다. 이는 주민간의 불신을 초래하였다. 이러한 문제 해결을 위해 추정사업비 및 분담금 산정 기준 프로그램을 개발하고 동의서 징구시 사업비 및 개략 분담금을 제시하도록 의무화하였다. 또한 소요비용 항목별 내용과 산출근거를 제시하여 조합, 시공사에 독점된 비용정보를 공유하도록 함으로써 사업비 및 개인 분담금을 사업초기에 예측하고 사업변경내역에 대한 모니터링이 가능하도록 하였다.

라. 기대효과⁷⁴⁾

서울시는 정비사업 추진 및 시공사 선정 과정에서의 투명성을 확보하고, 정비업체 및 시공사의 부패행위가 주민들의 비용부담 증가로 이어지지 않을 것으로 전망하고 있다. 그러나 서울시의 공공관리자제도에도 문제점은 발견되고 있으며, 이에 대한 자세한 내용은 5장에서 후술하기로 한다.

74) 서울특별시, 주택국 보도자료, 2010. 3.

<표 6> 공공관리제도 도입에 따른 기대효과

항목		개선 전	개선 후	개선효과
공공관리제도 도입		-시공자등 용역업체 중심의 민간주도	-자치구청장의 정비사업 프로세스 지원	-합리적이고 투명한 사업추진 및 비용절감
추진위구성		-(가칭)추진위 난립 대표 행위 발생	-구청장이 추진위원회 구성, 업무지원	-주민 간 분쟁과 불필요한 비용 발생 예방
시공자 업무범위		-철거공사 별도시행	-철거공사 포함	-이주 및 철거에 따른 부작용 최소화
용역업체 선정시기 조정	정비업체	-추진위원회 구성 후 추진위원회가 선정	-추진위원회 구성 전 구청장이 선정 (추진위 승계 가능)	-정비업체 업무추진의 합리적 조정
	설계자	-추진위, 조합 2회 선정	-추진위 1회 선정	-설계자 선정 시 조정과 절차 간소화
	시공자	-조합설립이후	-사업시행인가 이후	-정확한 설계내역에 따른 입찰 가능
주민대표 선출에 대한 선관위 위탁		-총회 등 주민자치 조직에서 선출 (서면동의로 인한 공정성 문제 발생)	-선거관리위원회 주관 주민투표로 선출	-선관위 주관의 공정한 선거로 분쟁 예방
공공관리자 업무위탁		신설	-토지주택공사등에 공공관리업무의 위탁	-공공관리업무 및 행정의 효율성 증대
정보공개		-공개자료 미흡, 공개의 방법, 절차 등 구체적 기준 불명확 -형식적 정보공개로 주민 갈등 유발	-주민의 알권리 충족 -공개대상 확대 -공개방법, 절차 명확화 -효율적 정보공개 관리	-정비사업의 투명성 확보 -주민 간 갈등 해소 -주민대표의 책임성 강화
사업비 및 분담금 산정		-주민의 동의 여부에 대한 판단기준 미비 -단계별 사업비 증가 내역 검증 곤란 -사업비 및 분담금 추정액 미제시로 주민 갈등	-사업비 및 분담금 추정 프로그램 개발 보급	-사업비 및 분담금 추정액을 기초로 합리적 의사결정 -사업비 증가 내역의 검증이 가능>주민대표의 책임성 강화 및 불필요한 주민갈등 해소
운영비 및 사업비		-주민의 자금조달 능력 부족, 불법자금 차입 -사업시행자인 주민보다 참여업체가 영향력 행사	-공공의 사업시행자에 대한 자금유지 확대	-주민 스스로 사업추진 할 수 있는 기반조성

제3절 개발이익 환수제도와 공공성

1. 의의 및 필요성

가. 의의

주택 재개발·재건축의 공공성이 인정되면 여기서 발생하는 “불로소득”, 즉 “개발이익”이라 불리는 금전적 이득에 대한 공적 환수의 논리가 도출된다. 먼저 불로소득이란 “부동산의 소유자가 생산적인 노력을 하지 않고도 단지 소유권을 가지고 있다는 이유만으로 얻게 되는 이익” 또는 “노력과 기여가 없이 얻은 경제적 이익”으로 정의 된다.⁷⁵⁾ 불로소득은 이른바 “개발이익”보다 더 큰 개념으로 부동산 소유자의 地代도 포함 한다.⁷⁶⁾

개발이익이란 다양한 요인에 의해 상승한 토지가치 증가분을 의미하는 것으로 이 증가분 중 어느 정도를 환수할 것인지는 나라마다, 시대마다 다르게 발전한다.⁷⁷⁾

개발이익에 대하여 “공공투자로 인한 편익증진, 개발사업 인·허가로 초래된 계획이익, 토지개발 및 건축행위로 발생한 개발이익, 기타 경제사회적 여건변화로 얻은 자본이득 및 우발이익 등을 총괄하는 개념”이라 정의하기도 하며⁷⁸⁾, “국가·지방자치단체 또는 정부투자기관의 개발사업이나 정비사업 등에 의하여 토지소유자가 자신의 노력에 관계없이 지가가 상승되어 현저한 이익을 받았을 때의 이익”이라고도 한다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

75) 이정전 외 22인, 국가균형발전을 위한 토지정책 방향 연구, 한국토지공사, 2005, 126면.

76) 임윤수, 최완호, 앞의 논문, 142면.

77) 성소미, 재건축 개발이익환수에 대한 고찰, 국회사무처 법제실, 2006. 4, 5면.

78) 서순탁, 아파트 재건축에 따른 개발이익 규모추정 및 이익환수에 관한 연구, 토지공법연구 제27집, 2005. 9, 137면.

우리나라에서는 1972년 ‘국토이용관리법’이 제정되면서 처음으로 개발이익이란 용어가 법률용어로 사용되었다. 이 법에선 개발이익을 “국가 및 지방자치단체 또는 중부투자기관의 개발사업이나 정비사업 등에 의하여 토지 소유자가 자신의 노력에 관계없이 지가가 상승되어 현저한 이익을 받은 때의 이익”이라고 규정하고 있다(구 국토이용관리법 제3조 제2항).

이후 ‘개발이익환수에 관한 법률’에서 “개발사업의 시행이나 토지이용계획의 변경, 그 밖에 사회적·경제적 요인에 따라 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자나 토지 소유자에게 귀속되는 토지 가액의 증가분”이라고 규정하고 있다(개발이익환수에 관한 법률 제2조 제1호).

즉 유·무용의 개발행위에 따라 토지에 발생하는 이득을 포괄적으로 가리키는 개념으로 개발이익의 개념은 점점 확대되고 있음을 알 수 있다.

좀 더 자세히 개발이익의 개념을 최협의, 협의, 광의로 구분할 수 있는데, 최협의 개발이익은 공공투자에 의한 증가만을 환수 대상으로 하는 것으로 어떠한 사업이 시행되어 토지의 편익을 증진시키는 시설이 건설됨으로 얻게 되는 지가상승의 의한 이익을 개발이익이라 보는 것이다. (구)‘국토이용관리법’상의 개발이익이 해당하게 된다. 협의의 개발이익이란 공공투자에 의한 증가에다 소위 무형적 개발인 토지이용계획의 결정·변경으로 인한 증가를 포함하는 것이다. 정부의 투자에 의한 증가와 도시계획 등의 결정에 의한 증가로서 토지소유자의 개발투자 이외에 공적주체의 투자 또는 결정에 의하여 발생하는 모든 이익이라 할 수 있다. 광의의 개발이익이란 협의의 개발이익에다 기타 사회·경제적 요인에 의한 증가까지 포함하는 것으로 우리나라의 ‘개발이익환수에 관한 법률’상의 개발이익이 해당한다.

79) 이정화·권대중, 재건축 개발이익환수제의 실증분석 연구 -재건축 부담금을 중심으로- 부동산학회지, 2007, 256면.

80) 일본에서는 개발이익을 전체적 발전, 도시 활동의 활성화에 수반하는 지가상승, 도시계획의 전망·결정·변경에 의해 발생하는 지가상승, 간선적 공공시설의 정비 내지 면적 개발에 의해 발생하는 지가상승, 특정 공공시설의 정비에 의해 한정된 지구 내의 토지에 대하여 발생하는 지가상승으로 정의하고 있다.

개발이익의 개념과 환수의 대상이 되는 개발이익은 토지소유자의 직접 투자부분을 제외한 이득 중 공공투자에 의한 증가(최협의)→ 토지이용계획의 결정 및 변경으로 인한 증가(협의) → 사회경제적 요인에 의한 증가(광의)로 확대되고 있다.⁸¹⁾

나. 필요성 및 근거

개발이익은 토지소유자 자신의 노력과는 아무런 상관도 없이, 토지가 우연히 개발사업의 시행지 내에 있었다는 이유만으로 특정 토지소유자 등이 독점하는 결과로 되고, 따라서 그것은 공평부담의 원칙과 형평의 원리에 배치된다. 특히 현대 복리행정국가에 있어서 행정주체는 공공복리의 증진과 사회정의의 실현을 그 책무로 하고 있으며 따라서 보다 적극적·형성적으로 대규모 개발사업을 시행하지 않을 수 없고 이에 따른 개발이익의 사회환원의 필요성은 점차 증대되고 있다고 말할 수 있을 것이다. 일본에서는 개발이익에 대한 공공환원의 논거⁸²⁾로 ① 개발이익은 토지소유자에게 있어서는 항상不勞所得이고 따라서 다른 토지소유자나 비소유자와의 공평·공정한 관계를 유지하기 위한 관점에서 필요하며 ② 공공시설의 정비에는 많은 경비가 소요되며 따라서 사업비의 회수를 위해 개발이익의 흡수가 필요, ③ 개발이익의 공공환원이 이루어짐으로써 투기적 토지취득 및 지가상승이 억제될 수 있음을 들고 있다. 이처럼 개발이익 환수의 필요성은 긍정하면서도 그동안 우리 정부는 매우 수동적이고 소극적인 대응을 해왔던 것이 사실이다. 그 최초의 노력은 (구)‘토지수용법’ 제163조의 2, (구)‘도시계획법’ 제55조, (구)‘국토이용관리법’ 제29조 등이 채택한 기준지가고시제도라 할

81) 성소미, 앞의 논문, 8면.

82) 石田頼房, 開發利益の還元の歴史と政策, 石田編著「大都市の土地問題と政策」, 日本評論社, 1990, 161~163면.

수 있다. 이 제도의 핵심은 각종 개발사업에 있어서 수용의 대상이 된 토지의 손실보상액을 산정함에 있어서, 일정한 기준시점(사업인정고시일 기준) 이후의 지가 상승분(개발이익)을 보상액의 산정에서 제외시킴으로써 결과적으로 개발이익을 환수하는 제도이나, 토지를 수용 당하는 자와 수용 당하지 아니하는 자 사이의 형평의 문제가 제기될 수 있고 또 각종 개발사업자 등에게 발생한 개발이익의 환수에 대하여는 전혀 대응할 수 없는 제도라 할 수 있었다. 이러한 문제점 등을 고려하여 실질적인 개발이익의 환수제도가 최초로 법제화 된 것은 1978년 12월 5일 개정된 ‘국토이용관리법’ 제3조의 2 제2항이라 할 수 있다. 즉 동조 제2항은 “국가·지방자치단체 또는 정부투자기관의 개발사업이나 정비사업 등에 의하여 토지소유자가 자신의 노력에 관계없이 지가가 상승되어 현저한 이익을 받은 때에는 국가는 그 이익을 환수할 수 있다”고 규정하였다. 그러나 개발이익금의 산정과 환수기준, 개발기금의 설치 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였으나(동법 동조 제3항), 그동안 새로운 법률의 제정이 늦어지면서 개발이익의 환수제도는 제대로 시행되지 못하였다. 그러던 중 1989년 토지공개념 관련 3법으로서 ‘개발이익환수에 관한 법률’(1989. 12. 30, 법률 제4175호) 및 ‘토지초과이득세법’(1989. 12. 30, 법률 제4177호)이 제정되면서 비로소 개발이익환수를 위한 실정법 제도상의 보장책이 마련되게 된 것이다. 개발이익환수에 관한 법률에 의하면, 개발이익을 사업시행자에게 귀속되는 것과 토지소유자에게 귀속되는 것으로 구분하고, 전자에 대하여는 개발 부담금을 부과하는 방법으로, 또 후자에 대하여는 ‘토지초과이득세법’이 정하는 바에 따라 토지초과이득세로서 징수하도록 규정하고 있었으나 ‘토지초과이득세법’이 폐지되면서 관련규정도 삭제되었다.

2. 외국의 개발이익 환수제도

가. 영국

개발이익이란 개념은 영국에서 최초로 나타났으며 도시개발에 따른 지가의 증가분에 대한 과세가 논의 되면서 사용되기 시작하였다.⁸³⁾

영국은 공공사업으로 늘어난 편익(melioration) 때문에 토지가치가 상승한 사업지구 및 주변지역 토지소유자로부터 증가분의 일부를 환수하여, 공공사업의 투자재원 일부로 사용하도록 하였고 이것이 최초의 수익자부담금제였다. 헨리 6세에 의해 제정된 1492년도 법률은 방파제 건설로 인한 편익 대가를 수익자부담금 형태로 징수하였고, 1662년도 법률은 도로확장공사로 인한 편익 대가를 수익자부담금 형태로 징수하였다.⁸⁴⁾

즉 영국에서는 개발이익의 공공환원을 위한 가장 중심적 제도로써, 직접 부담금의 제도가 오래전부터 존재한 것이다. 제방의 건설, 배수사업에 의한 위험의 제거, 도로의 건설 및 확충 등에 부과금을 과하거나 특별지방세인 하수 및 배수시설세 (sewers and drainage)를 거두어, 그 비용의 일부에 충당하였다.

그러나 이들 제도는 그 이익의 산정 및 징수에 많은 문제점이 있었고 이로 인해 얼마 되지 않아 폐지되고 말았다.

20세기에 들어 영국을 포함한 여러 나라에서 산업화·도시화가 급속히 진전되었고 이로 인해 도시용지의 원활한 공급을 위해 도시계획 및 토지용도를 변경해야 했다. 이 과정에서 지가가 크게 상승하였으며, 빠르게 변화하는 사회현상 속에서 공공투자에 의한 것만을 개발이익으로 볼 것인지, 사회적으로 창출된 증가를 모두 개발이익으로 볼 것인지의 문제가 제기되었다.

83) 임윤수, 최완호, 앞의 논문, 142면.

84) 정희남·김승중, 토지에 대한 개발이익환수제도의 개편방안, 국토연구원, 2003, 27면.

이러한 논란 과정에서 개발이익의 환수대상을 공공의 개발사업으로 인한 증가뿐 아니라, 도시계획 및 토지이용변경허가(무형적 개발)에 의해 상승한 이익(betterment)으로까지 확대되었다.

1909년 ‘주택·도시계획 등 법(Housing, Town Planning, etc. Act)’은 도시계획에 의한 가치 증가분의 50%를 흡수하는 규정을 두었으며, 또 1932년 ‘도시·농촌계획법(Town and Country Planning Act)’은 도시계획 및 사업의 시행으로 발생한 증가의 75%를 청구할 수 있도록 정하였다.

그러나 이들 법률에 의한 개발이익의 공공환원은 실제로는 제대로 작동되지 못하였는데 그 이유는 계획에 의한 가치증가분의 존재의 증명 및 액수 산정의 어려움 때문이었다. 이러한 어려움을 극복하기 위하여 도입된 것이 1947년의 ‘도시·농촌계획법’에 의한 “개발권의 국유화”조치이다.

이 법에 의해, 전 국토의 1948. 7. 1 현재의 가치를 환산한 전 국토의 ‘장래의 개발가치’에 대하여 3억 파운드의 기금으로부터 일시불의 보상이 지급되도록 결정된 것이다. 이에 의해 개발권은 국가에 귀속하게 되었고 전 국토에 대한 개발허가제도를 실시하게 되었다. 그 결과 개발허가가 내려진 경우에 신청자는 개발부과금으로서, 허가 및 불허가시의 토지가액 상 차액의 100%를 납부하게 되나, 개발허가의 신청이 거절되더라도 보상을 받는 것은 아니다. 나아가 토지수용시의 손실보상액의 산정에 있어서도, 개발권의 가치를 제외한 현재의 이용가치가 그 기준이 된다.⁸⁵⁾ 이 법률이 전제하고 있는 사고에 의하면, 계획은 개발가치의 총액에 영향을 미치는 것이 아니고 그 장소적 배분에 영향을 준다는 것으로, 보상과 개발이익의 불균형을 시정하기 위해서는 전국토의 국유화가 필요하나 그것은 사실상 불가능하기 때문에 개발권의 국유화가 선행되어야 한다는 것이다.⁸⁶⁾

85) 安本典夫, “イギリスにおける開發利益の公共還元制度の生成” 立命館法學, 1990年 3號 참조.

86) Expert Committee on Compensation and Betterment : Final Report (이른바 아스왓트 보고서)(Cmd . 6386, 1942) 참조. 安本典夫, 開發利益과 補償, 原田 外編, 前掲書, 364 면 이하.

그러나 이 법에 의한 일시불의 보상금은 지급되지 아니한 채, 보수당 정권의 1953년 ‘도시·농촌계획법’에 의해 개발부과금 제도는 폐지되고 말았다. 그 다음 해인 1954년의 ‘도시·농촌계획법’은 일괄불에 의한 보상제도를 폐지한 대신 불허가시 보상금의 지급이라는 개별불의 형태로 변경하였다.⁸⁷⁾

나. 독일

독일에 있어서 개발이익의 공공환원은 토지이용계획을 실현하기 위한 수단으로서 또는 토지이용계획의 결정에 수반하여 발생하는 사회적 불공평의 문제를 시정하기 위한 수단으로서 형성되었다.

독일에서는 개발이익이란 전문용어는 없으나 개발이익에 상당하는 지가상승분을 공적으로 흡수하는 법적 제도로서, ① 부담금(Beitrag) ② 토지구획정리에 있어서의 감보 및 청산금 제도 ③ 토지세제 특히 토지증가세 구상 ④ 신·재개발사업에 있어서 지가상승분의 흡수를 목적으로 하는 제도로서 토지거래의 규제, 손실보상 산정 시 개발이익의 공제, 조정금(Ausgleichsbetrag)의 징수 제도 등이 존재한다.

① 부담금(Beitrag)은 공공시설의 설치 등에 의해 특별한 이익을 향수하는 자가 있는 경우에 그 수익의 범위 내에서 사업비용의 회수를 목적으로 징수되어지는 금전적 급부이다. 여기에도 건설법전에 의한 기반시설설치부담금 (Erschließungsbeitrag: 약칭 ES부담금)과 州法人 지방세법 (Kommunalabgabengesetz)상의 부담금(약칭 KAG 부담금이라고도 함)이 있으며, 양자는 설치되어지는 공공시설의 종류에 따라 구별 된다.⁸⁸⁾

87) 배영길, 부동산공법, 부경대학교 출판부, 2010, 124면.

88) ES부담금을 징수할 수 있는 시설은 구역시설 중에서도 법으로 정하는 ① 연도의 건축이 가능한 공공의 도로 ② 건축지구 내의 집산도로 ③ 공원용지 및 녹지(단 상기 ①과 ②의 구성부분이거나 당해 건축지구 내에 있어서 지구시설정비에 필요한 것에 한함)에 한정되고 있다(연방건설법 제127조, 단, 1986년 법에서는 歩道, 住居道가 추가되었다).

이 제도의 특징은 첫째, 부담금제도는 토지소유자 사이의 ‘불공평의 是正’ 보다는 오히려 ‘사업비용의 회수’에 그 목적이 있다는 점이다. 둘째, 특별한 이익의 개념 속에는 토지의 교환가치의 상승뿐만 아니라 사용가치의 상승도 포함하고 있다는 점이다. 사업비용의 회수를 용이하게 하기 위해서는 수익의 범위를 비교적 넓게 포착할 필요가 있는 것이다. 따라서 부담금제도는 원래의 개발이익의 공공환원과 그 취지를 약간 달리한다고 말할 수도 있으나, 결과적으로 부담금의 징수가 지가상승분의 전부 또는 일부를 회수하는 기능을 현실적으로 행사하고 있는 것이다.⁸⁹⁾

③ 한편 독일에 있어서 독일에서는 다른 재화보다도 토지를 소유하는 것이 세제상 훨씬 유리하다고 말할 정도로 토지세제의 토지정책 수행기능은 의외로 약화되어 있다.⁹⁰⁾ 그 이유는 무엇보다도 도시계획 및 각종 토지이용규제가 상세하고 엄격하게 규정되어 있기 때문이다.

먼저 토지보유세로서의 부동산세(Grundsteuer)는 당해 부동산이 가지는 잠재적 수익력에 대하여 과세되어지는 대물세이나, 과세표준이 되는 통일가격(Einheitswert)의 평가가 현실의 거래가격에 비하여 20%이내에 불과하기 때문에 부동산세가 가지는 개발이익의 공공환원 수단으로서의 기능은 미약하다고 평가되고 있다. 그리고 부동산의 양도소득은 우리나라의 경우와는 달리 독립한 소득유형으로 파악되지 못하고, 사업자의 경우에는 영업소득으로서 과세의 대상이 되고, 비사업자인 개인 재산으로서의 부동산의 양도소득은 원칙적으로 과세의 대상이 아니지만 그 양도가 투기행위인 경우에는 과세의 대상이 된다. 여기서 투기행위란 양도자의 주관적 의도와는 무관하고 단지 취득에서 양도까지의 기간이 2년 이내의 양도행위를 말한다. 이와 같이 개인의 경우는 물론 사업자의 경우에도 몇 가지 우대조치가 있는 점

89) Ernst / Zinkahn/ Bielenberg, Baugesetzbuch, Rdn. 6 zu Vorb §§123~135.

90) 이런 類의 기술은 세제에 관한 실무서에 많이 등장하고 있으나, 특히 상속세와 관련된 것으로, Dornbusch/ Jasper/ Piltz, Steuervorteile durch Haus- und Wohnsitz, 4. Aufl., 1990, Rdnr. 318.

등을 고려해 볼 때, 양도소득 과세를 통하여 개발이익의 환원 등 토지정책에 이바지하겠다는 발상에는 역시 한계가 있다. 한편 ‘토지법’ 개혁기인 1970년대 초 SPD(사회민주당)에 의해 개발이익의 흡수를 목적으로 토지증가세 구상이 부상되기도 하였다. 그 내용은 소규모 택지 및 농지를 제외한 모든 토지의 지가상승분(경기변동 등 일반적 요인에 기초한 경우는 제외)에 대하여, 가치증가분의 실현여부를 묻지 아니하고 20~60%의 누진세율로 과세한다는 것으로 우리나라의 토지초과이득세와 유사한 내용을 가진 것이라 할 수 있다. 이러한 구상에 대하여는 토지법 개혁의 시기에 토지소유자 간의 공평을 실현하기 위한 필수 불가결한 법으로 평가되기도 하였으나⁹¹⁾ 정부여당인 FDP(자유민주당)의 반대에 부딪쳐 결국 SPD는 그 입법화를 포기한바 있다.

끝으로 ④ 조정금(Ausgleichsbetrag)의 징수제도는 재개발 내지 신개발사업에 있어서 개발이익의 공적 환원을 위한 모든 수단을 보완하는 수단으로서 이들 제반 수단에 의해서도 흡수될 수 없었던 개발이익을 포괄적으로 흡수하기 위한 제도라 할 수 있다. 즉 지방자치단체에 의해 취득·정비·양도되어진 토지에 관하여 흡수되지 않았던 개발이익이 잔존하는 경우 또는 공적 취득의 대상이 되지 않았던 토지로서 기반정비 내지 시설정비 등에 의해 개발이익이 발생한 경우에는 그 개발이익은 최종적으로 조정금으로서 흡수되어지는 것이다. 따라서 재개발지구 내 토지소유자는 재개발에 의한 토지의 당초가격과 최종가격의 차액에 상당하는 조정금을 지방자치단체에 대하여 금전으로 납부해야 하고 그 성질은 부담금 유사의 금전 급부로 평가되고 있다.⁹²⁾

91) Bielenberg, Bodenrecht und Bodenrechtspolitik, 1975, S. 18ff.

92) 즉, 조정금은 사업비용의 조달이라는 성격도 아울러 가진다. 한편 86년 법 제154조 1항은 조정금의 징수목적으로서 ‘재개발의 사업비 조달’을 명시적으로 규정하고 있었다. 그러나 이 점 때문에 조정금의 법적 성격이 달라지는 것은 물론 아니라고 평가하고 있다. Bielenberg / Krautzberger/Söfker, Baugesetzbuch, 1987, Rdn. 375.

다. 프랑스

프랑스에 있어서도 개발이익의 공적 흡수 내지 프랑스식의 토지증가의 회수(récupérationdesplus-valuesfoncières)의 문제는 전통적인 토지소유권의 개념과 충돌할 가능성이 있었음에도 불구하고 일관하여 ‘도시법’의 중요한 정책과제로 되어왔고 그 방향은 다음과 같다.

첫째, 개발이익이 발생한 경우에 직접적으로 그 전부 또는 일부를 공공단체에 흡수하는 제도로서 부동산증가세나 토지 보유세 등 토지세제가 존재한다.

둘째, 수익자부담의 제도로서 건축용지에 대한 도로, 상하수도 등 공공설비의 정비에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 수익자인 토지소유자로부터 회수하는 제도이다.

셋째, 계획이익의 사회 환원의 문제이다. 계획이익이란 토지이용계획에 의해 건축가능성이 인정됨으로써 발생하는 이익이며, 이를 사회에 환원하는 것을 인정하기 위하여는 먼저 건축권과 토지소유권의 분리가 전제되어야 한다. 현재 프랑스에서 현실적으로 제도화된 것은 일정한 용적률 이상의 건축에 대하여 금전적 부담을 과한다는 이른바 개발이익의 부분적 환원의 제도라 할 수 있다.

넷째, ZAC(공공단체 등 공적 주체가 일정구역 내의 토지를 취득하고 공공시설 등을 정비한 후 양도하는 공적인 토지의 정비·공급수단, 일종의 공영개발방식에 해당한다.) 등 공적 토지취득에 의한 개발이익의 흡수나 그 전제로서 공적 토지 취득 시 손실보상에서 개발이익을 공제하는 방법 등도 있다.⁹³⁾

93) 배영길, 앞의 책, 116면.

3. 개발이익 환수방안

우리 법은 1962년 ‘도시계획법’에서 개발이익을 얻은 자에 대하여 비용을 환수하는 규정을 둔 이후로, 1967년 ‘부동산투기억제에 관한 특별조치법’, 1987년 ‘국토이용관리법’, 1989년 ‘개발이익환수에 관한 법률’ 등에서 개발이익환수방안을 규정하고 있다.⁹⁴⁾

우리나라의 개발이익환수방안에는 크게 조세형식에 의한 개발이익환수, 부담금에 의한 개발이익 환수, 그 밖의 방법에 의한 개발이익환수를 들 수 있다.

<표 7> 개발이익환수제도의 구성¹⁾

구분		개발이익환수의 유형			
		조세제도	부담금제도		기타
발생 유형	발생 요인		수익환수형	시설부담형	
최협의	유형적 개발		-개발부담금 -기반시설부담금 -수익자부담금	-학교용지부담금 -광역교통시설부담금 -과밀부담금 -기반시설부담제	-고공용지의 감보 -토지수용시 개발이익 배제 -기부채납
협의	무형적 개발	-간주취득세	-농지·산지전용 부담금(폐지) -농지조성비·대체 산림자원조성비		
광의	사회 경제적 요인	-투기억제세 (폐지) -양도소득세 -토지초과이익세(폐지)			

94) 임경숙, 개발이익환수제도, 입법정보 제178호, 국회도서관, 2005. 12. 19, 5면.

가. 조세에 의한 환수제도

(1) 양도소득세

양도소득세의 경우 최초에는 부동산매매에서 발생하는 양도차액에 과세하므로 부동산 투기를 막고, 1967년의 부동산트기억제에 관한 특별조치세에서 도입되었다가, 1974년 ‘양도소득세’로 전환되었다.

이는 개발이익에 대한 직접적인 환수방법이라기 보다 부동산매매에 대한 일반적인 과세형식인 간접적인 환수방법으로 이용되어 왔다. 즉 정상적인 부동산 가격 증가분에 대한 일반적인 과세방법이다.⁹⁵⁾

(2) 간주취득세

간주취득세는 토지의 지목이 변경되므로 그 가액이 증가한 경우 이를 사실상 취득한 것으로 보고, 취득세를 부과하는 것이다. 이는 1969년 12월 22일 지방세법 개정을 통하여 도입되었다.

취득세의 과세표준은 취득 당시의 가액으로 하며, 취득 당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 단, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 일정한 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의하게 된다. 간주취득세는 지목변경을 기준으로 전후의 시가표준액의 차액에 대하여 2%를 징수하게 된다. 그러나 이는 불로소득의 환수라는 측면에서 의의가 있으나, 개발이익의 환수와는 무관하다고 본다.⁹⁶⁾

나. 부담금에 의한 환수제도

(1) 부담금의 개념

95) 길준규, 재건축 개발이익환수제도의 법적문제, 공법학연구 제7권 제3호, 2009, 61면.

96) 이동수, 재건축개발이익환수제의 내용과 문제점, 토지공법연구 제25집, 2005. 2, 86면.

2001년 12월 31일 제정된 ‘부담금관리기본법’에서는 부담금이란 중앙행정기관의 장·지방자치단체의 장·행정권한의 위탁을 받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금·부과금·예치금·기여금 등 어떤 명칭을 사용하더라도 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 ‘공익사업과 관련하여 법률’이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무를 말한다(부담금관리기본법 제2조).

즉 부담금이란 “국가나 지방자치단체 등의 행정주체가 특정한 공익사업에 특별한 이해관계를 가진 자에게 그 사업에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 부담시키기 위하여 부과하는 공법상의 금전급부의무”⁹⁷⁾를 말하며, 분담금이라고도 표현된다.⁹⁸⁾

부담금과 조세의 차이점은 조세는 특정의 공익사업과 특별한 관련성을 요하지 아니하는 금전급부의무이지만, 부담금은 국가 또는 지방자치단체가 특정의 공익사업과 특별한 관계가 있는 자에게 부과하는 금전급부이며, 조세는 일반회계로 귀속되어 국가 전체적인 관점에서 사업의 타당성이나 우선순위를 엄격히 따져 사용되고 있는 반면, 각종 부담금은 대부분 기금이나 특별회계에 귀속되어 사용된다는 점이다.⁹⁹⁾

(2) 부담금제도

(가) 개발부담금

개발부담금은 1980년대 말 개발이익의 사회적 환수를 강화하여 부동산투기를 근원적으로 봉쇄할 목적으로 도입되었다. 현재 택지개발, 공업단지, 관

97) 장태주, 행정법개론, 개정3판, 2006, 175면.

98) 채우석, 재건축사업과 개발이익 환수제도, 고시연구, 2004. 6, 40면.

99) 성소미, 앞의 논문, 13면.

광단지, 도시환경정비사업 등 30개 토지개발사업에 대해 부과한다.

(나) 학교용지부담금

학교용지부담금은 100세대 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업에 대하여 주택건설용 토지 또는 주택을 분양받는 자에게 학교용지 확보를 위하여 징수한다. 그러나 헌법재판소는 의무교육에 필요한 학교용지를 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 징수하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다고 하였다.¹⁰⁰⁾

(다) 광역교통시설부담금

광역교통시설 등의 건설 및 개량을 위하여 대도시권에서 택지개발사업, 도시개발사업, 주택건설사업, 주택재개발사업과 주택재건축사업 등을 시행하는 자에게 부과하는 것이다.

(라) 과밀부담금

수도권의 과밀해소와 지역균형발전이라는 목적을 달성하기 위해 과밀억제권역 안의 지역으로서 서울특별시의 인구집중 유발시설 중 업무용 건축물·판매용 건축물·공공청사 등의 건축물을 건축하고자 하는 경우에 부과하는 특별 부담금이다.

100) 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌가20 결정.

다. 기부채납

기부채납은 부담금은 아니나, 개발사업의 허가 시 부관으로 부과된다. ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’상 개발행위의 허가 시에는 기반시설의 설치 등을 조건으로 개발행위를 하도록 규정하고 있으며, ‘도시정법’에는 정비 기반시설을 무상귀속 하도록 한다. 즉 지방자치단체가 재건축사업을 승인하면서, 진입도로, 상·하수도, 공원, 녹지 공간 확보 등을 승인조건의 사업인가에 부관으로 부과하는 제도이다.¹⁰¹⁾

이는 개발사업시행자로 하여금 당해 사업으로 인하여 발생한 기반시설의 부족문제를 해소하고 사업허가 및 용도변경으로 발생한 개발이익을 간접적으로 환수하는 기능을 수행한다.

4. 재건축 초과이익 환수제도

‘재건축 초과이익 환수에 관한 법률’을 제정하게 되는 입법취지는 “주택재건축사업으로 인해 발생하는 개발이익 중 정상지가 상승률을 초과하여 발생하는 이익의 일부를 부담금으로 환수하여 지방자치단체가 주거여건이 열악한 지역의 주거복지 증진을 위해 사용하도록 함으로, 재건축 사업으로 인한 개발이익의 사유화를 방지하고 이를 통해 전반적인 주택가격의 안정과 주거여건의 열악한 지역의 주거복지 증진을 유도하기 위한 것”으로 밝히고 있다¹⁰²⁾.

재건축사업에 따른 초과이익의 환수 필요성은, 첫째 재건축사업의 성격에 관한 것이다. 즉 재건축사업이란 기존의 노후한 건물을 개선하는 공공성을

101) 김준규, 앞의 논문, 64면.

102) 이주희, 재건축사업의 초과이익환수제도의 부적성에 관한 연구, 토지공법연구 제40집, 2008, 7면.

지닌 사업이라, 이는 재건축이 단순히 국가가 집약적인 토지이용을 하기 위한 측면을 강조하는데, 용적률의 증가 등이 국토관리의 난맥상을 보여 줄 뿐, 용적률 증가가 재건축으로 이어지는 것을 본질적으로 답하기는 어렵다. 따라서 재건축의 공공성은 국가의 인·허가에 의한 ‘건축법’상의 주택관리 정책이라고 할 수 있다. 두 번째는 초과이익은 불로소득이라는 점이다. 이러한 불로소득은 국가의 부동산가격 안정이라는 국가임무에 배치될 뿐만 아니라 주택시장의 파괴효과 까지 가져오므로 환수할 필요성 있다고 봐야 한다. 셋째, 개인은 누구나 자신의 재산권의 가치상승을 위한 행위를 한다. 그러나 국토라는 제한된 자원 하에서 특히 부동산이라는 상당히 고가의 자원의 경우에는 일반 법률에서도 불법건축물 등의 경우에도 이미 준공된 경우에는 그 철거를 강제하지 않듯이, 이미 자원의 가치성을 인정하고 있다. 따라서 재건축을 통한 초과이익을 얻기 위한 재건축행위는 국가적인 자원낭비라는 차원에서 국가가 통제하여야 한다.¹⁰³⁾

재건축사업의 초과이익은 재건축 사업으로 인하여 정상가격 증가분을 초과 하여 당해 재건축조합 또는 조합원에 귀속되는 주택가액의 증가분을 말하며, 재건축초과이익환수는 ① 재건축부담금 ② 소형평형의무비율확대 ③ 양도소득세의 중과 등을 들 수 있다. 이 중에서 직접적인 환수제도는 재건축 부담금이라 할 수 있다.

여기서 재건축 부담금이라 함은 재건축과정에서 발생하는 개발이익을 환수하여 투기수요의 유입을 차단하겠다는 것으로 종료시점 집값과 착수시점 집값의 차액에서 개발비용과 정상상승률을 공제하여 산정한 개발이익의 일정비율 환수하는 것을 말한다.

재건축제도가 투기의 수단이 아닌 주거환경개선이라는 본래의 취지대로 운영되도록 재건축관련제도를 합리화하기 위한 것이다. 재건축부담금의 부과 대상행위는 ‘도시정비법’의 규정에 따른 주택재건축사업이며 그 대상지

103) 김준규, 앞의 논문, 57~58면.

역은 전국으로 한다. 부담금의 납부의무자는 원칙적으로 조합이다. 그러나 조합이 해산된 경우 등에는 부과종료시점 당시의 조합원이 그 의무를 부담한다. 건축부담금의 부과 기준은 종료시점 부과대상 주택의 가격총액에서 재건축 과정에서 지출된 모든 금액을 공제한 금액으로 한다. 의무자가 납부하여야 할 부담금의 부과율은 재건축초과이익을 해당 조합원수로 나눈 금액에 개발이익 규모 조합원 1인 1당 평균 개발이익을 기준으로 0~50%로 누진하여 부과율을 적용하여 산정하며 조합원 1인 1당 평균이익이 3천만원 이하인 경우 면제한다. 재건축부담금을 통지받은 납부 의무자는 부담금에 대하여 이의가 있는 경우 사전통지를 받은 날로부터 50일 이내에 국토해양부장관에게 심사를 청구할 수 있으며, 국토해양부장관은 그 청구일로부터 30일 이내에 이를 심사하여 결과를 서면으로 통지하여야 한다.¹⁰⁴⁾

그러나 ‘재건축초과이익의 환수’에 관하여 규정하고 있는 현행법은 2006년 발표된 ‘서민주거복지 증진과 주택시장 합리화 방안(3.30 대책)’의 일환으로 그 당시 재건축을 중심으로 주택가격이 급등하자 재건축시장을 안정시켜 집값 상승에 따른 불안을 해소하고 부동산투기를 억제하고자 제정한 것이나, 2007년 이후 부동산시장이 침체되고 특히, 2010년 현재 공동주택의 급격한 가격 하락과 미분양 증가, 재건축사업 조합원의 분양 포기 등의 문제가 발생하고 있어 이를 해결하기 위한 근본적인 대책이 필요하다는 이유로 임동규의원 대표발의로 ‘재건축초과이익 환수에 관한 법률’ 폐지 법률안이 계류 중이다. ‘재건축부담금’을 부과하고 있는 재건축 초과이익 환수에 관한 법률을 폐지함으로써 주택재개발사업 등 다른 정비사업과의 조세부담의 형평성 및 주택재건축사업의 활성화를 도모하여야 한다는 이유에서이다.¹⁰⁵⁾

104) 전병준, 앞의 논문, 160~161면.

105) 재건축초과이익 환수에 관한 법률 폐지법률안 제안 이유.

제4장 주택 재개발·재건축사업의 시행절차 및 내용

제1절 개관

정비사업은 크게 사업 계획단계, 시행인가단계, 시행단계, 사후처리단계의 4단계 절차로 나누어 살펴 볼 수 있다.

계획단계는 사업 준비 단계로 정비계획을 수립하고 시행인가단계에서 조합의 설립을 인가받기 위한 준비를 하고 조합설립인가 이후 사업시행인가를 취득하게 된다. 사업시행단계에서는 분양신청이 이루어지며 관리처분계획을 수립하고 인가를 득하여 철거, 착공하고 일반분양이 이루어지며, 이후 사후처리단계에서 준공인가를 받고 소유권 이전 및 조합이 해산하여 사업이 완료된다.

좀 더 구체적으로 사업계획단계에는 정비기본계획을 수립하는데 특별시장·광역시장 또는 시장은 도시·주거환경정비기본계획(이하 "기본계획"이라 한다)을 10년 단위로 수립하며, 이러한 기본계획에 대하여 5년마다 그 타당성 여부를 검토하여 그 결과를 기본계획에 반영 한다. 시장·군수는 정비기본계획에 적합한 범위 안에서 정비계획을 수립하여 정비구역을 신청하고 시·도지사가 정비구역을 지정하며, 안전진단을 받는다.

사업시행인가단계에서는 사업시행자가 공공주체가 아닌 경우 조합설립을 위하여 조합설립추진위원회를 구성하고, 조합설립인가를 받아야 한다. 이렇게 조합이 설립되면 조합은 경쟁 입찰을 통하여 시공사를 선정하며, 사업시행계획서와 동의서를 첨부하여 사업시행인가를 받게 된다.

인가 후에는 사업시행단계로 사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 날부터 60일 이내에 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간, 그 밖에 사항을 토지등소유자에게 통지하고 분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역 등을 해당 지역에서 발간되는 일간신문에 공고하여야 한다. 대지 또는 건축

물에 대한 분양을 받고자 하는 토지등소유자는 사업시행자가 통지한 날부터 분양신청기간 내에 사업시행자에게 대지 또는 건축물에 대한 분양신청을 하여야 하며, 사업시행자는 관리처분계획을 수립하여, 주민이주(임시수용시설의 설치 등)와 더불어 시공을 하게 된다. 주택재건축의 경우 ‘도시정비법’ 시행 이전에는 ‘주택건설촉진법’에서 관리처분계획의 수립 및 인가와 관련된 별도의 규정을 두고 있지 않아 임의적인 절차에 불과하였으나 ‘도시정비법’의 시행으로 재건축사업의 경우에도 관리처분계획은 필수적인 절차가 되었고, 이와 관련된 관할 행정청의 감독을 받게 되었다. 사업시행자는 분양신청자 및 관리처분 내용과 관련한 기관과 부서에 인가내용을 통지한 후, 재결 및 토지를 수용하여 착공한다. 공사 진행과 함께 공동주택 및 부대 복리시설에 대한 입주자 모집승인 후 일반분양이 이루어진다.

사후처리단계에서는 관리처분계획에 따라 소유권이전등기를 하고 청산금 징수 및 교부가 이루어지는 등 민법상 사단법인에 관한 규정에 따라 조합 해산결의를 하고 청산등기를 하여 해산의 절차를 밟음으로 사업이 완료된다.

재개발·재건축 사업은 이러한 절차에 의해서 시행되어진다. 즉 주택재개발사업뿐만 아니라 주택재건축사업에 있어서도 정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 아전고시, 청산금 부과·징수 등 행정처분의 관문이 생긴 것이다.

다음에서는 각 추진단계별 법적쟁점에 대하여 좀 더 자세히 살펴도록 하겠다.

제2절 사업계획단계

1. 정비기본계획

가. 정비기본계획의 의의

기본계획은 한 도시의 정비사업에 대한 기본방향과 원칙을 제시하며, 장기적인 도시의 발전방향을 유도하고 도시 전체의 조화와 균형개발에 기여하기 위한 목적으로 각 시·도에서 수립하는 계획이다. 이는 크게 도시 전체 및 주변지역과 균형적이고 친화적인 정비사업 유도와 미래의 수요를 예측하여 쾌적한 도시환경을 구축하며, 공공주도에 의한 정비예정구역지정으로 합리적인 토지이용과 지역발전에 기여함은 물론 과밀개발에 따른 도시 기반시설과 공공시설 부족문제를 해결하는 것이다.¹⁰⁶⁾

종래 재개발·재건축사업은 도시환경 등에 대한 파급효과가 컸음에도 불구하고 사업시행시 해당 구역 또는 단지별로 시행됨에 따라 도시의 난개발을 유발하였고, 또 사업시행시기 및 용적률 등에 대한 이해관계나 해석에 따라 관할 행정청과 조합 또는 조합원 간의 많은 분쟁이 발생해 왔다.

이러한 문제점을 보완하기 위해 재개발·재건축사업 등 정비사업을 시행하기 전에 도시 전체차원에서 종합적이고 체계적으로 추진할 수 있도록 기본계획을 수립하며, 구 도시재개발법상의 재개발기본계획보다 기본적인 내용을 보다 구체화하여 사업시행자로 하여금 정비사업에 대한 예측가능성을 높여 분쟁예방을 도모하고 있다.

특별시장·광역시장 또는 시장은 정비기본계획수립의 첫 단계로서 시가 갖고 있는 문제의 파악 및 기본계획수립의 기초자료로 활용하기 위하여 기초조사를 하게 된다. 조사내용은 교통량과 도로·상수도 등 정비기반시설

106) 서울시 주거정비과, 재개발·재건축 업무 편람, 2008, 25면.

및 공동이용시설의 지역별 편제 등 현황과 주민의 소득수준, 생활보호 대상자 및 최저주거수준 미달가구 현황 등이다. 시민들을 대상으로 한 여론조사를 실시할 수 있고, 조사결과는 시의 인터넷 게시판에 게시토록 하고 있다.

기초조사를 마치게 되면 특별시장·광역시장·시장은 정비사업의 기본방향, 계획기간, 도시의 광역적 재정비를 위한 기본방향, 정비구역으로 지정할 구역의 개략적 범위, 세입자에 대한 주거안정대책 등을 담은 기본계획을 수립하게 된다. 정비기본계획 수립시나 변경시 주민에게 14일 이상 공람¹⁰⁷⁾하고, 지방의회의 의견을 들어야 한다.

주민은 위 공람기간 이내에 특별시장·광역시장 또는 시장에게 서면으로 의견을 제출할 수 있고, 특별시장·광역시장 또는 시장은 제출된 의견을 심사하여 채택할 필요가 있다고 인정하는 때에는 이를 채택하고, 그러하지 아니한 경우에는 의견을 제출한 자에게 그 사유를 알려주어야 한다.

작성된 기본계획안에 대하여는 관련분야 전문가와 주민대표 및 관계기관이 참석하는 공청회를 개최할 수 있다. 관할 시장이 공청회를 개최할 때에는 공청회 개최예정일 14일전까지 게시판 및 홈페이지에 게시하고, 당해 시를 주된 보급지역으로 하는 일간신문에 1회 이상 공고한다.

지방의회의 의견을 들은 후 관계 행정기관의 장과 협의하고, 지방도시계획위원회의 심의를 거친다. 특별시장·광역시장 또는 시장은 정비기본계획이 수립 또는 변경된 때에는 이를 지체 없이 당해 지방자치단체의 공보에 고시해야 하는데, 이 경우 정비기본계획의 요지와 정비기본계획서의 열람장소를 고시하고, 국토해양부장관에게 보고하여야 한다.

107) 공람과 병행하여 신문 공고 이전에 해당 동의 반상회보 및 시에서 발행하는 회보에 게재하여 이해관계인들이 널리 알 수 있도록 홍보하며, 필요시 방송매체(TV, 라디오) 및 신문 등 다양한 홍보수단을 이용하여 주민에게 널리 알려 이해관계인 등의 폭넓은 의견을 들을 수 있도록 하여야 한다. 필요한 경우에는 계획수립초기단계부터 설문조사 등을 통하여 주민의식을 조사하며, 공람·공청회 등에 제안된 의견은 조치 결과, 미 조치 사유 등 의견청취 결과요지를 승인 신청 시 첨부토록 한다.

나. 정비기본계획의 지위

정비기본계획은 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(이하 국토계획법)에 의한 도시기본계획의 하위계획이며 ‘도시정비법’에 의한 정비계획의 상위계획으로서의 지위를 가지므로 도시기본계획의 한 부분인 도심 및 주거환경의 정비, 보전의 기본방향에 관한 사항을 받아 들여 이를 구체화한 것이라 할 수 있다. 즉, 도시기본계획 등 상위계획의 이념과 내용이 ‘도시정비법’에 의한 정비사업을 통해 실현될 수 있도록 도시정비의 미래상과 목표를 명확히 설정하고 실천 전략을 구체적으로 제시해야 하는 것이다.

또한 정비기본계획은 ‘도시정비법’에 의한 정비계획의 상위계획, 정비사업에 관한 종합계획으로, 유형별 정비구역 지정대상과 정비방향을 설정하고, 정비기반시설기준, 개발밀도기준, 정비방법 등 정비사업의 기본원칙 및 개발지침을 제시한다.¹⁰⁸⁾

정비사업은 실질적으로는 사업시행자가 수립한 사업시행계획 및 관리처분계획에 의하여 보다 구체화되어 시행되는 것이지만, 그 사업시행계획은 정비계획에서 정한 기준에 따라 작성되어야 하고, 이러한 정비계획은 정비기본계획의 기준에 따라 작성되어야 하는 것이다.¹⁰⁹⁾

정비기본계획은 도시계획의 성격을 띠면서, 도시기본계획과 같이 해당 주민에게 직접적인 구속력이 없는 행정계획이라 할 수 있으나, 도시기본계획이 도시관리계획의 수립에 직접적인 영향을 주는 것과 같이, 정비기본계획이 정비사업을 시행하기 위하여 수립하는 정비계획에 직접적인 영향을 주게 된다.¹¹⁰⁾

108) 국토해양부, 도시·주거환경정비기본계획 수립 지침, 2003, 제1장 제3절 참조.

109) 정비사업 단계별 각각의 행정계획은 기본계획, 정비계획, 사업시행계획, 관리처분계획으로 구분할 수 있는데 이러한 각 계획은 서로 논리적 연관관계에 따라 작성된다.

110) 서울시 주거정비과, 앞의 책, 25면.

그런데 여기에서 정비계획이 어느 정도 정비기본계획에 구속되는가 하는 점이 문제된다. 대법원은 “도시계획법 제11조 제1항에는, 시장 또는 군수는 그 관할 도시계획구역 안에서 시행할 도시계획을 도시기본계획의 내용에 적합하도록 입안하여야 한다고 규정하고 있으나, 도시기본계획이라는 것은 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 직접적인 구속력은 없는 것이므로, 도시계획시설결정 대상면적이 도시기본계획에서 예정했던 것보다 증가하였다 하여 그것이 도시기본계획의 범위를 벗어나 위법한 것은 아니다.”¹¹¹⁾라고 판시하였다.

생각건대 정비계획은 정비기본계획에 적합한 범위 안에서 수립되어야 하는 것이므로 이 범위를 넘어서지 않고 정비계획으로 정할 수 있는 사항이면 탄력적으로 허용하여야 할 것이다.

다. 정비기본계획의 처분성 여부

도시기본계획은 강학상 행정계획¹¹²⁾에 해당하는 것으로서, 계획이 수립된 것만으로는 개인에 대해 구체적인 권리·의무관계에 직접적인 영향을 미치는 않고, 정비사업을 장기적·종합적인 관점에서 수행해 나아가기 위한 기본방침을 정하는 것에 불과하기 때문에 원칙적으로 행정기관과 관련 기관만을 구속하는 대내적 구속력만 가질 뿐 도시관리계획과 같은 처분성은 인정되지 않는다.

대법원 또한 도시기본계획이 도시재정비에 관한 각종 계획을 수립하기

111) 대법원 1998.11.27. 선고 96누13927 판결.

112) 대법원 1996. 11.29. 선고 96누8567 판결

행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적, 기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것을 말한다.

위한 행정기관의 내부적인 지침으로서 행정기관만을 구속하는 비구속적 계획¹¹³⁾이라고 하였다.

따라서 정비기본계획 역시 행정처분이라고 할 수 없을 것이다. 또한 정비기본계획은 국민의 권리·위무를 발생시키지 않는 등 국민을 구속하지 않으므로, 이로 인하여 손실보상, 행정심판·소송의 문제가 발생하지 않는다.

2. 정비계획 및 정비구역 지정

가. 정비계획 및 정비구역 지정의 의의

정비구역이란 정비사업을 계획적으로 시행하기 위하여 지정·고시된 구역을 말한다(도시정비법 제2조 제1호). 즉 '정비사업을 시행하기 위해 대상구역을 확정하는 범위 또는 지역'이라고 할 수 있는데 정비구역의 지정은 정비사업의 대상으로 갈라놓은 범위 또는 지역을 지정절차에 따라 고시하는 행위, 즉 대상지역을 확정하는 행위를 말한다.

그러나 정비구역의 지정은 향후에 진행될 사업의 구체적인 사항을 포함하지 않고 단지 대상지역의 면적만을 확정할 뿐 향후 정비사업의 구체적인 내용을 정하지 않으므로 세부 계획내용(건폐율·용적률·사업예정시기 등)을 정비계획으로 정해야 한다. 즉 정비구역의 지정에 부가하여 정비구역 내 사업의 지침이 되는 정비계획이라는 구속적 행정계획을 수반하게 된다. 따라서 정비구역의 지정은 반드시 정비계획과 동시에 이루어져야 하며, 이러한 절차는 도시정비법상 분리될 수 없으므로 반드시 결합되어 이루어야 한다.

113) 대법원 2002.10.11. 선고 2000두8226 판결.

대법원은 “도시기본계획은 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것이므로, 도시기본계획을 입안함에 있어 토지이용계획에는 세부적인 내용을 기재하지 아니하고 다소 포괄적으로 기재하였다 하더라도 기본구상도상에 분명하게 그 내용을 표시한 이상 도시기본계획으로서 입안된 것이라고 봄이 상당하고, 또 공청회 등 절차에서 다른 자료에 의하여 그 내용이 제시된 다음 관계 법령이 정하는 절차에 따라 건설교통부장관이 승인을 받아 공람 공고까지 되었다면 도시기본계획으로서 적법한 효력이 있는 것이다.”라고 판시 하였다.

시장·군수가 기본계획에 적합한 범위 안에서 노후·불량 건축물이 밀집하는 등 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 구역에 대하여 정비계획을 수립하여 14일 이상 주민에게 공람하고 지방의회의 의견을 들은 후 이를 첨부하여 시·도지사에게 정비구역지정을 신청하면, 시·도지사 또는 대도시의 시장이 지방도시계획위원회와 건축위원회(건축법 제4조)가 공동으로 하는 심의를 거쳐 정비구역을 지정하게 된다. 시·도지사 또는 대도시의 시장이 정비구역을 지정한 이후에는 그 지정 내용을 당해 지방자치단체의 공보에 고시하고 주민 설명회를 거친 후 국토해양부장관에게 그 지정내용을 보고하는 사후절차를 거치게 된다(도시정비법 제4조). 따라서 정비계획의 수립권한 및 정비구역의 신청권한은 시장·군수에게, 정비구역의 지정권한은 시·도지사 및 대도시의 시장에게 부여되어 있다고 볼 수 있다. 주택재건축 사업은 정비구역으로 지정되지 않은 곳에서도 추진이 가능하다.

나. 정비계획 및 정비구역지정의 지위

정비구역이 지정되고 정비계획이 수립되면 양자는 정비사업이라는 도시계획사업을 시행하기 위한 도시관리계획으로서 효력이 발생하는데, 정비사업 시행을 위한 지구라는 점에서 토지이용행위의 규제를 목적으로 하는 국토계획법상의 지역·지구·구역과는 구별된다. 여기에서 도시관리계획이란 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 계획을 말하는데(국토계획법 제2조 제3호, 제4호), 이는 도시기본계획과 달리 사회·경제에 관한 사항이 포함되어 있지 아니하고, '용도지역·용도지구·용도구역에 관한 계획, 기반시설에 관한 계획, 도시개발사업 또는 정비사업에 관한 계획, 지구단위계획' 등을 일관된 체계로 종합화하여 단계적으로 집행할 수 있도록 하는 물적 계획이기도 하다.

한편, 구역지정을 수반하는 정비계획은 기본계획의 하위계획이므로 기본 계획에 적합한 범위 내에서 구역지정을 지정해야 하고 이에 따라 변경할 수 있다. 정비계획은 기본계획을 해당 지역 안에서 구체화한 것이라는 점에서 정비기본계획과는 차이가 있고, 정비구역 중에서도 개별 정비사업 자체를 위하여 정비사업의 시행자가 구역지정 고시 후에 수립하는 사업시행계획과 다르다.¹¹⁴⁾

다. 정비계획 및 정비구역지정의 처분성 여부

정비구역의 지정·고시는 도시관리계획과 같이 국민의 권리·의무에 영향을 미치게 된다. 즉 정비구역으로 지정·고시되면 당해 정비구역 안에는 정비계획의 내용에 적합하지 아니한 건축물 또는 공작물의 설치를 할 수 없게 되고, 주택의 규모 및 건설비율이 지정되며, 정비구역으로 지정되지 아니하는 이상 정비사업이 진행될 수 없으므로 정비구역의 지정은 그 구역 내의 토지 등 소유자의 권리·의무에 직접 영향을 미치게 된다.¹¹⁵⁾

따라서 정비구역지정은 정비사업의 시행여부를 결정하는 구속적 행정계획이고 행정처분이다. 판례도 “정비구역의 지정 및 정비계획은 일단 지정 및 고시되면 건축물의 건축제한 등 그 구역 내 토지등소유자의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치게 되므로 그 처분성이 인정 된다¹¹⁶⁾”고 판시하였다.

정비구역의 지정은 고시가 되었을 때 효력이 발생함으로 고시가 없는 경우 정비구역지정의 효력은 발생하지 않는다.¹¹⁷⁾ 다만, 정비구역 지정 및 정

114) 유동규·송현진, 재개발·재건축 이론과 실무, 법률출판사, 2009, 82~84면.

115) 대법원 1993. 10. 8. 선고93누 10569 판결; 대법원 1992. 8. 14. 선고 91누1158; 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누2994 판결 등 참조.

116) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누1261 판결.

비계획의 고시의 처분성이 인정된다하더라도 이를 위법하다고 하기 위해서는 그 지정·고시에 관한 재량권의 일탈·남용이 있어야 한다. 여기에는 행정청이 법령의 범위 내에서 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진을 위한 도시정책상 광범위한 전문적, 기술적 판단이 허용되는 '계획재량'이 인정되는 것이다. 따라서 실체적 측면에서의 통제보다 절차적 통제가 보다 강조되고 있다. 예를 들어 시장·군수는 정비계획을 수립하는 경우에는 일정사항을 조사하여 정비구역 지정요건에 부합하는지 확인하여야 하는데, 이러한 조사를 하지 않고 정비구역을 지정하는 경우 그 구역지정은 절차상 하자가 있는 위법한 처분으로서 취소사유가 되는 것이다.¹¹⁸⁾

라. 정비구역지정 및 정비계획 고시의 효과

정비구역의 지정 또는 변경지정에 대한 고시는 정비사업을 시행하기 위한 도시 관리계획으로써 효력이 발생하며, 정비계획 내용 중 도시관리계획의 일종인 제1종 지구단위계획¹¹⁹⁾ 및 제1종 지구단위계획구역으로 결정·고시된 것으로 본다. 고시된 정비구역 내에서는 정비계획에 적합하지 아니한 건축물 또는 공작물을 설치할 수 없는 건축제한이 이루어지면, 국·공유 재산에 대하여 정비사업 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없게 된다. 구역 범위를 설정하여 줌으로써 개별 정비사업의 구체적 계획인 사업시행계획도 수립할 수 있는 근거가 된다.¹²⁰⁾

정비구역이 지정되면 정비구역으로 지정된 구역 내의 토지 등 소유자인

117) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85누186호 판결.

118) 최진수, 앞의 논문(주택재개발·재건축에 관한 법적 연구), 75면.

119) '지구단위계획'이라 함은 도시계획 수립대상 지역안의 일부에 대하여 토지이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 당해 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시관리계획을 말한다(국토계획법 제2조 제5호).

120) 오경훈, 주택 재개발·재건축에 관한 공법적 연구, 연세대학교 석사학위논문, 2008. 6, 20면.

주민이 그 변경을 신청할 수 있는지가 문제된다. 이는 그러한 권리를 인정하게 되면 행정청의 거부처분에 대해 다룰 수 있게 때문이다.

정비구역 지정 및 정비계획의 수립에 대한 권한은 입안권과 결정권으로 명시적으로 배분되는데 결정권자는 시·도지사 등이 되고 입안권자는 기초단체장인 시장·군수이다(도시정비법 제4조). 한편 종전 도시정비법령에는 주민의 정비계획 입안제안권 등을 명문화하지 않았으나, 개정 ‘도시정비법’ 제4조 제3항은 토지 등 소유자는 시장·군수에게 정비계획의 입안을 제안할 수 있으며, 이 경우 정비계획의 제안을 위한 토지 등 소유자의 동의, 제안서의 처리 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령¹²¹⁾으로 정한다고 하여, 토지 등 소유자들의 정비계획 입안권을 규정하고 있다.

따라서 위 법조항에 따라 토지 등 소유자에게 입안제안권이 인정되는 경우에 시장·군수의 입안거부는 거부처분에 해당하게 된다고 할 것이다.¹²²⁾ 그러나 그 이외의 경우에 있어서는 ‘입안권’은 여전히 기초자치단체장의 권한이므로 토지 등 소유자의 정비구역 지정 및 변경청구권은 인정되지 아니할 것이다.¹²³⁾ 계획변경에 관하여는 사업지구 내 토지 등의 소유자라 하더라도 그 변경신청을 할 수 법규상의 근거가 없을 뿐만 아니라 장기성·조합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수 없다는 것이다. 따라서 주민의 계획변경신청을 행정청이 거부하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다.¹²⁴⁾

121) 여기서 대통령령으로 정한 사항은 다음과 같다.

1. 단계별 정비사업추진계획상 정비계획의 수립시기가 1년(시도 조례가 그 이상의 연수로 정하는 경우에는 그 연수로 한다)이상 경과하였음에도 불구하고 정비계획이 수립되지 아니한 경우, 1. 토지 등 소유자가 주택공사 등을 사업시행자로 요청하고자 하는 경우, 3. 대도시가 아닌 시 또는 군으로서 시도 조례가 정하는 경우

122) 대법원 2008. 10. 19. 선고 2008두6172 판결 참조.

123) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결.

3. 주택재건축사업의 안전진단

가. 의의 및 법적성격

“안전진단”이란 시장·군수가 정비계획의 수립 또는 주택재건축사업의 시행여부를 결정하기 위하여 주택의 노후·불량 정도에 따라 구조의 안전성 여부, 보수비용 및 주변여건 등을 조사해 주택재건축사업의 가능 여부를 판단하는 행정절차를 말한다.

안전진단 절차는 주택재개발 및 도시환경정비사업에는 적용되지 않으며, 주택재건축사업에만 적용되는 것이다. 안전진단은 주택재건축사업을 진행하기 위하여 꼭 거쳐야만 하는 과정이다. 즉 안전진단의 결과에 따라 재건축사업 가능여부가 결정된다. 그러므로 안전진단은 주택재건축사업 시행에 있어서 필수적 전제 요건 또는 사전 절차적 통제수단으로의 매우 중요한 기능을 수행하고 있다.

이러한 시장·군수의 안전진단 시행여부 결정이 행정처분인지 여부가 문제되는데 추진위원회의 안전진단신청에 따라 안전진단전문기관으로 하여금 안전진단을 실행케 한 결과 ‘D’등급 판정이 나온 것에 대하여 다른 건축물의 소유자가 피고를 상대로 그 등급판정의 취소를 구한 사안에서 “이 사건 아파트에 대한 안전진단 결과를 D급으로 한 것은 피고가 아니라 피고에 의해 안전진단기관으로 지정된 주식회사 A이고, 피고는 추진위원회의 안전진단신청에 따라 현지조사와 전문가의 의견청취 등을 거쳐 안전진단을 실시하기로 결정한 후 주식회사 A를 안전진단기관으로 지정하였을 뿐이며, 피

124) 대법원 1999. 8. 24. 선고 97누7004판결.

행정청이 국민의 신청을 거부하는 행위를 한 경우에 그 거부행위가 행정처분이 되기 위하여는 우선 국민에게 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되어야 하는데, 주택개량재개발사업계획의 변경에 관하여는 사업지구 내 토지등의 소유자라 하더라도 그 변경신청을 할 수 있는 법규상의 근거가 없을 뿐만 아니라, 재개발사업의 성격에 비추어 보더라도 그와 같은 신청권을 인정할 수 없으므로, 결국 재개발 사업지구 내 토지등의 소유자의 재개발사업에 관한 사업계획 변경신청에 대한 불허통지는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.

고가 재건축 허용여부를 결정하려면 안전진단결과와 도시계획 및 지역여건 등을 종합적으로 검토하여야 하는데, 주식회사 A가 제출한 이 사건 아파트에 대한 안전진단 D급 결과는 이 사건 아파트에 대한 재건축을 허용하는 결정을 하기 위한 검토자료일 뿐이고, 피고가 주식회사 A가 제출한 이 사건 아파트에 대한 안전진단결과보고서에 기초하여 별도의 독립한 행정처분으로서 안전진단 D급 판정을 했다고 보기 어렵다.”고 판시한 바 있다.¹²⁵⁾

즉 안전진단기관의 안전진단판정결과는 그 자체로서는 행정처분이라고 할 수 없다는 것이다.

그러나 시장·군수의 안전진단 시행여부 결정은 재건축사업과 관련한 권리·의무에 관한 처분으로 안전진단요청인 뿐만 아니라 재건축정비구역 내에 있으면서 재건축을 반대하는 토지 등 소유자의 권리·의무에 대하여 중대한 영향을 미치기 때문에 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 것이다.

나. 안전진단 내용

시장·군수는 정비계획의 수립 또는 주택재건축사업의 시행여부를 결정하기 위하여 안전진단을 실시하여야 하는데 현지조사 등을 통하여 해당 건축물의 구조안전성, 건축마감, 설비노후도 및 주거환경 적합성 등을 심사하여 안전진단 실시여부를 결정하여야 하며, 안전진단의 실시가 필요하다고 결정한 경우에는 안전진단기관에 안전진단을 의뢰하여야 한다. 시장·군수로부터 의뢰 받은 안전진단기관은 국토해양부장관이 정하여 관보에 고시하는 기준에 따라 안전진단을 실시하여야 하며, 안전진단결과보고서를 작성하여 시장·군수 및 안전진단 실시를 요청한 자에게 제출하여야 한다. 이 경우 안전

¹²⁵⁾ 서울행정법원 2006. 7. 5. 선고 2005구합34923 판결.

이 건은 서울고등법원 2006누18102호로 항소되었으나 원고의 소 취하로 확정되었다.

진단은 정비계획의 수립을 위한 요건일 뿐 정비사업의 시행을 위한 요건은 아니다.¹²⁶⁾

시장·군수는 안전진단의 결과와 도시계획 및 지역여건 등을 종합적으로 검토하여 정비계획의 수립 또는 주택재건축사업의 시행여부를 결정하여야 한다. 종래 안전진단의 실시시기가 추진위원회 구성 이후로 규정되어 있어 안전진단에 통과하지 못하는 경우 추진위원회가 업무 없이 장기 방치되고 그 결과로 사업이 장기화되는 문제가 있어, 정비계획 수립 시 재건축의 시행여부를 결정하기 위한 안전진단을 우선 실시하도록 하는 등 안전진단과 정비계획 수립 절차를 통합하여 안전진단 미 통과에 따른 사업 장기화 등을 방지하고 주민들의 피해를 최소화하기 위하여 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 ‘도시정비법’을 개정하였다.¹²⁷⁾ 시장·군수는 정비계획의 수립 또는 주택재건축사업의 시행을 결정한 경우에는 지체 없이 시·도지사에게 결정내용과 해당 안전진단결과보고서를 제출하여야 하며, 안전진단결과보고서를 제출 받은 시·도지사는 필요한 경우 한국시설안전공단 또는 한국건설기술연구원에 안전진단결과의 적정성 여부에 대한 검토를 의뢰할 수 있다. 여기에서 시·도지사가 안전진단 결과의 적절성 여부를 평가하도록 하는 경우 정책적 목적에 의하여 재건축이 지나치게 억제될 수 있고 노후·불량주택이 제때에 재건축 되지 못하여 주민생활에 불편 초래가 우려된다.

정비구역이 아닌 구역에서 재건축사업을 시행하려면 추진위원회의 구성 승인을 신청하기에 앞서 정비예정구역 안의 건축물 및 그 부속토지의 소유자 1/10 이상의 동의를 얻어 안전진단을 신청하여야 한다(도시정비법 제12조).

126) 박현정, 재건축·재개발 정비사업 조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소송유형의 검토, 행정법연구 제26호, 2010, 4, 145면.

127) 법제처의 개정이유 참조.

제3절 시행자 -사업시행인가단계-

1. 사업의 시행자

가. 원칙적 사업시행자

사업시행자란 정비사업을 시행하는 자를 말하며, 정비사업의 시행자는 토지등소유자들로 구성된 조합이 시행하는 것이 원칙이다.

(1) 주택재개발사업

주택재개발사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사 등, ‘건설산업기본법’에 의한 건설업자, ‘주택법’에 의하여 건설업자로 보는 등록사업자 또는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 따른 신탁업자와 ‘국유재산법 시행령’에 의한 주식회사 한국감정원과 공동으로 시행할 수 있다(도시정비법 제8조 제1항).

정비사업조합과 건설업자인 시공자는 민법상 도급계약의 당사자인 도급인과 수급인의 지위에 불과함에도 조합과 공동으로 사업을 시행할 수 있도록 규정한 것은 자격요건을 갖춘 시공자와 공동으로 정비사업을 시행함으로써 정비사업의 내실을 기하고 그 적정성 및 실효성을 유지하기 위한 것이라 할 수 있다.¹²⁸⁾

‘도시정비법’ 시행 이전 주택재건축사업은 조합과 시공사를 공동사업주체로 하여 시행하는 것을 의무화하였다. 반면 재개발사업은 조합시행을 원칙으로 하되 조합과 시공사가 공동으로 시행할 경우 공동시행자로 할 수 있

128) 송현진·유동규, 앞의 책, 149면.

도록 하고 있으나, 이는 임의규정으로 결국 조합과 시공사간의 개별계약에 따라 정해질 수밖에 없었다.¹²⁹⁾ 그러나 어느 방식이든 사업초기에 정비사업 내용이 가시화되지 아니한 상태에서 시공사가 재개발·재건축을 부추기고 과대 포장된 지분을 제시하는 등 재개발·재건축 수주 시장이 혼탁하게 운용되는 문제가 발생하게 되었다.

이러한 문제를 개선하기 위해 ‘도시정비법’은 사업시행방식을 조합 단독 시행 또는 시장·군수·공법인 등과의 공동시행 방식으로 변경하였다.

그러나 ‘도시정비법’ 시행 후 주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 경우 조합 등이 단독으로 사업을 시행함에 따라 원활한 자금조달이 어렵고 사업을 신속하게 추진할 수 없는 문제점이 있어 제2차 개정 ‘도시정비법’에서 주택재개발 사업 및 도시환경정비사업의 경우 건설업자, 등록사업자 등과 공동으로 사업을 시행할 수 있도록 하였다.

129) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2004다26256 판결

"주택재개발사업은 공권력에 의하여 일정한 구역 내의 토지 및 건축물을 정비하는 도시계획사업의 일종으로서 토지의 평면적·입체적 효용을 증진하기 위하여 특정한 구역 내의 토지 및 지상 건축물에 대한 권리를 권리자의 의사에 관계없이 강제적으로 교환·변경하는 공용권력의 방법으로 시행되는 것이므로 법률에 의하여 정해진 시행자만이 이를 시행할 수 있는데, 1995. 12. 29. 법률 제 5116호로 개정되기 전의 구 도시재개발법은 “재개발사업은 토지 등의 소유자 또는 그들이 설립하는 재개발조합이 이를 시행한다”(제9조)고 규정할 뿐 공동시행자에 관한 규정을 두고 있지 않았고, 위와 같이 개정되었다가 도시 및 주거환경정비법이 제정됨에 따라 2003. 7. 1. 폐지된 도시재개발법은 “토지 등의 소유자 또는 조합은 건설업법에 의하여 면허를 받은 건설업자 또는 주택건설촉진법에 의하여 등록한 주택건설사업자와 규약 또는 정관이 정하는 바에 의하여 공동으로 재개발사업을 시행할 수 있다”(제8조 제2항)고 규정하였으나, 개정법 부칙 제2조 가 공동시행자에 관한 위 규정은 개정법 시행 후 최초로 사업시행고시가 있는 재개발사업부터 적용한다고 정하였으므로 개정법이 시행된 1996. 6. 30. 이전에 사업시행고시가 있는 재개발사업에 관하여는 공동시행자에 관한 규정이 적용되지 않아, 1996. 6. 30. 이전에 사업시행고시가 있는 재개발사업에 관하여 참여조합원으로 가입한 시공사가 재개발조합의 전문성 및 재정적 능력 부족을 보완하기 위하여 재개발사업의 시행준비 단계부터 입주 단계에 이르기까지 재개발조합을 대행하여 주도적으로 재개발사업의 시행에 간여하고 공사대금 지급에 관하여 지분도급제 방식을 채택함으로써 재개발사업의 성패가 곧장 시공사의 경제적 이익 또는 손실로 귀속되게 된다는 사정만으로는 시공사가 재개발사업에 관하여 공동시행자로서 재개발조합과 동등한 책임을 진다고 할 근거가 될 수 없고, 나아가 재개발조합이 조합원으로부터 가청산금을 지급받기 위하여 조합원들과 체결하는 분양계약에 시공사가 당사자로 참여하고 그 분양계약에서 재개발조합과 조합원, 시공사 사이에 일정한 권리의무가 정하여졌다고 하더라도 시공사는 그 분양계약에서 구체적으로 정해진 권리를 행사하고 의무를 부담할 뿐이지 재개발사업 전체의 공동시행자로서 재개발조합과 동등한 권리의무를 가지는 것은 아니다”.

(2) 주택재건축사업

주택재건축사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사 등과 공동으로 이를 시행할 수 있다(도시정비법 제8조 제2항).

주택재개발의 경우 공동사업시행자에 대해 제한이 약하지만 재건축은 시장·군수 또는 주택공사 등만이 공동시행 할 수 있도록 규정하여 민간건설업자의 공동시행자 자격을 제한하고 있다.

나. 예외적 사업시행자

(1) 의의

시장·군수는 정비사업에 있어 토지 등 소유자로 구성된 정비사업조합이 원칙적인 시행자임에도 불구하고 직접 사업을 시행하거나, 시장·군수가 토지등소유자·‘사회기반시설에 대한 민간투자법’ 제2조 제12호에 따른 민관합동법인 또는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제8조 제7항에 따른 신탁업자로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다. 이는 그 규정형식에서 알 수 있는 바와 같이 임의규정이므로 일정요건에 해당된다고 해서 반드시 이 방식에 따라 사업시행자를 지정하여야 하는 것은 아니다.

여기서 지정개발자는 정비구역안의 토지면적의 50% 이상을 소유한 자로서 토지등소유자(사업시행방식이 전환된 경우로서 당해 정비구역 안에 환지예정지를 지정받은 자가 있는 경우에는 환지예정지 지정을 받은 자를 포함하고 당해 환지예정지의 소유자를 제외하며, 이하 “토지등소유자”라 한다)의 50% 이상의 추천을 받은 자, ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’ 제2

조 제12호의 규정에 의한 민관합동법인(민간투자사업의 부대사업으로 시행하는 경우에 한한다)으로서 토지등소유자의 50% 이상의 추천을 받은 자, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제8조 제7항에 따른 신탁업자로서 정비구역의 토지면적의 3분의1 이상의 토지를 신탁 받은 자를 요건으로 한다.

시장·군수는 직접 정비사업을 시행하거나 지정개발자 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하는 때에는 정비사업 시행구역 등 토지등소유자에게 알릴 필요가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항¹³⁰⁾을 당해 지방자치단체의 공보에 고시하여야 한다(도시정비법 제8조 제5항).

(2) 주택공사 등과 지정개발자 지정시의 효과

주택공사 등과 지정개발자의 지정 시 추진위원회 및 조합설립은 불필요하다. 정비구역 안의 토지 등 소유자가 시장·군수 또는 주택공사 등의 사업시행을 원하는 경우, 사업시행을 원활하게 하기 위한 주민대표기구를 정비구역지정 고시 후 구성하여야 하며, 시장·군수는 도시환경정비사업의 사업시행인가를 하고자 하는 경우 당해 정비사업의 사업시행자가 지정개발자인 때에는 정비사업비의 20/100의 범위 이내에서 특별시·광역시 또는 도의 조례가 정하는 금액을 예치하게 할 수 있다.

다. 사업시행자의 지위

주택 재개발·재건축사업은 공법상의 권리·의무를 내용으로 하는 것이어서 주택재개발·재건축 사업의 시행자는 공법상 권리·의무의 주체가 된

130) 도시정비법 시행령 제15조

대통령이 정하는 사항이란 1. 정비사업의 종류 및 명칭 2. 사업시행자의 성명 및 주소(법인인 경우에는 법인의 명칭 및 주된 사무소의 소재지와 대표자의 성명 및 주소를 말한다. 이하 같다) 3. 정비구역(법 제34조의 규정에 의하여 정비구역을 2 이상의 구역으로 분할하는 경우에는 분할된 각각의 구역을 말한다. 이하 같다)의 위치 및 면적 4. 정비사업의 착수예정일 및 준공예정일이다.

다. 따라서 이러한 시행자의 지위는 사업상 계약에 의한 양도의 대상이 될 수 없으며 이를 위반한 행위는 무효라고 할 것이다.¹³¹⁾

사업시행자와 정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자(이하 "권리자"라 한다)의 변동이 있을 때에는 종전의 사업시행자와 권리자의 권리·의무는 새로이 사업시행자와 권리자로 된 자가 이를 승계한다.¹³²⁾ 사업시행자와 권리자의 변동이 있더라도, 종전 사업시행자와 권리자의 권리·의무는 새로운 사업시행자와 권리자에게 그대로 승계된다는 점을 명확히 한 것이다. 한편, 대법원은 "법인의 권리·의무가 법률의 규정에 의하여 새로 설립된 법인에 승계되는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 계속 중인 소송에서 그 법인의 법률상 지위도 새로 설립된 법인에 승계 된다"¹³³⁾고 판시하였다.

이처럼 사업시행자와 권리자의 변동에 따라 새로운 법률행위를 하지 않아도 되도록 한 것은 정비사업의 성질에서 나온 것으로서 정비사업의 연속성을 유지하기 위한 것이다.¹³⁴⁾

131) 대법원 1982. 3. 9. 선고 81누318 판결.

이와 관련하여 대법원 역시 "도시재개발사업 시행자의 지위는 공법상의 권리의무를 내용으로 하는 것이어서 사법상의 계약에 의한 양도의 대상이 될 수 없을 뿐 아니라 피고가 본건 시행자 명의변경인가처분의 근거규정으로 주장하는 (구) 도시재개발법 제7조 제2항이나 제12조 제1항은 사법상의 계약에 의하여 권리가 양도된 경우에 명의변경 인가처분을 할 수 있다는 취지의 규정이 아니고 사법상의 권리양도 계약에 기한 본건 시행자 명의변경 인가처분은 도시재개발법에 규정된 시행자 변경의 어느 유형에도 해당되지 않으므로 본건 시행자 명의변경 인가처분은 법률상의 근거 없이 이루어진 무효의 처분이다."라고 판시한바 있다.

132) 서울시 종로구는 2007. 9. 18. 예지동 85 일대 3만3262.9㎡ 규모로 세운 4구역 도시환경정비사업 시행자를 기존 종로구청장에서 SH공사로 변경한 사례도 있다.

133) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다44352 판결.

134) 송현진·유동규, 앞의 책, 164면.

라. 정비사업의 대행

(1) 사업대행자

사업대행자가 될 수 있는 자는 시장·군수, 지정개발자, 주택공사 등이다.

시장·군수는 장기간 정비사업이 지연되거나 권리관계에 대한 분쟁 등으로 인하여 해당 조합 또는 토지등소유자가 시행하는 정비사업을 계속 추진하기 어렵다고 인정하는 때에는 해당 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 직접 정비사업을 시행하거나 지정개발자 또는 주택공사 등으로 하여금 당해 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다(도시정비법 제9조 제1항). 이는 정비사업 시행자인 조합 또는 토지등소유자가 정비사업을 추진하기 어려운 경우 시장·군수가 사업대행자를 지정할 수 있도록 함으로써 사업추진의 일관성을 유지하기 위한 규정이다.

사업대행자 지정요건은 "장기간 정비사업이 지연되거나 권리관계에 대한 분쟁 등으로 인하여 해당 조합 또는 토지등소유자가 시행하는 정비사업을 계속 추진하기 어렵다고 인정하는 때"에만 해당하면 된다. 2009년 2월 6일 법 개정 전에는 사업대행자 지정요건이 막연히 "정비사업을 계속 추진하기 어려운 것"이어서 시장·군수의 자의적 판단 또는 재량권 일탈이 우려된다는 비판이 있었으나, 개정법에서는 그 범위를 구체화 하였다. 즉 사업대행에서는 사업의 계속 추진이 어려워 목적 달성이 불가능하다고 인정 시에 존재하는 것으로, 기존의 정비조합 등은 그대로 존속한다. 역량이 있다고 인정하는 지정개발자 또는 주택공사 등에게 정비사업을 대신 시행하도록 하는 제도로, 사업대행자는 사업시행자인 조합과 양립하게 되며, 사업완료 후 조합에게 비용을 청구하게 된다.¹³⁵⁾

135) 김종보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축재개발이야기 I-상권), 224~225면.

(2) 사업대행개시

시장·군수는 정비사업을 직접 시행하거나 지정개발자 또는 주택공사 등으로 하여금 정비사업을 대행하게 하고자 하는 때에는 사업시행자지정의 고시사항에 관한 규정, 대행개시결정일, 사업대행자, 대행사항에 관한 사업대행개시결정을 하여 당해 지방자치단체의 공보 등에 고시하여야 한다. 시장·군수는 토지등소유자 및 사업시행자에게 고시내용을 통지하여야 한다.

사업대행개시결정에 관한 고시가 있는 때에는 사업대행자는 그 고시일의 다음 날부터 사업대행완료의 고시일까지 자기의 이름 및 사업시행자의 재산으로 사업시행자의 업무를 집행하고 재산을 관리한다. 이 경우 법 또는 법에 의한 명령이나 정관 등이 정하는 바에 의하여 사업시행자가 행하거나 사업시행자에 대하여 행하여진 처분·절차 그 밖의 행위는 사업대행자가 행하거나 사업대행자에 대하여 행하여진 것으로 본다. 시장·군수가 아닌 사업대행자는 재산의 처분, 자금의 차입 그 밖에 사업시행자에게 재산상 부담을 가하는 행위를 하고자 하는 때에는 미리 시장·군수의 승인을 얻어야 한다(도시정비법 시행령 제17조).

(3) 사업대행의 완료

사업대행자는 사업대행의 원인이 된 사유가 없어지거나 등기를 완료한 때에는 사업대행을 완료하여야 한다. 이 경우 시장·군수가 아닌 사업대행자는 미리 시장·군수에게 사업대행을 완료할 뜻을 보고하여야 하며, 시장·군수는 사업대행이 완료된 때에는 사업대행완료일을 당해 지방자치단체의 공보 등에 고시하고, 토지등소유자 및 사업시행자에게 각각 통지하여야 한다.

사업대행자는 사업대행완료의 고시가 있는 때에는 지체 없이 사업시행자

에게 업무를 인계하여야 하며, 사업시행자는 정당한 사유가 없는 한 이를 인수하고, 인계·인수가 완료된 때에는 사업대행자가 정비사업을 대행함에 있어서 취득하거나 부담한 권리와 의무는 사업시행자에게 승계된다(도시정비법 시행령 제18조).

(4) 사업대행자의 권리·의무

정비사업을 대행하는 사업대행자는 사업시행자에게 청구할 수 있는 보수 또는 비용의 상환에 대한 권리로써 사업시행자에게 귀속될 대지 또는 건축물을 압류할 수 있다(도시정비법 제9조 제2항). 이는 사업대행자가 가지는 권리인 보수청구권·비용상환청구권으로 신축건물 등에 압류가 가능하도록 명시함으로써 사업대행자의 안정적 사업추진을 유도하고 관련 분쟁을 예방하는데 입법취지가 있다. 사업대행자가 사업시행자에게 보수 또는 비용의 상환을 청구함에 있어서는 그 보수 또는 비용을 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다(도시정비법 시행령 제18조 제1항).

사업대행자는 업무를 행함에 있어서는 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 하며, 사업대행자는 위 업무를 행함에 있어서 필요한 때에는 사업시행자에게 협조를 요청할 수 있으며, 사업시행자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

2. 정비조합설립추진위원회

가. 추진위원회의 의의 및 법적성격

조합설립추진위원회(이하 ‘추진위원회’라 한다)는 정비구역 내 장래 조합원 지위가 예측되는 토지등소유자로 구성된 정비사업 초기단계의 제반업무

를 준비하는 한시적 성격을 가진 단체로서, 추진위원회의 존재는 그 단체 구성 목적인 조합이 설립되기 전까지만 지속되며, 조합설립과 동시에 해산된다.

‘도시정비법’ 제13조에서는 토지등소유자로 구성된 조합설립 등을 강행규정으로 둠으로써 종래 임의단체였던 추진위원회가 동 법에 의하여 그 법적 근거를 마련하여 업무범위를 명확히 하게 되었고 사업추진단계에서 발생하는 각종 비리와 분쟁 수준을 낮추는 계기가 되었다.

종전에는 조합설립추진위원회의 설립에 관한 법적 근거가 없어 재개발·재건축 사업을 추진하고자 하는 주민들이 사업추진에 따른 이권 등으로 주도권을 잡기 위하여 다수의 조합설립추진위원회를 임의로 설치함으로써 분쟁이 빈발하고, 결과적으로 사업자체가 지지부진하게 된 경우가 많았는데 ‘도시정비법’에 추진위원회의 규정을 둠으로 무분별한 난립을 막고 사업을 원활하게 진행할 수 있도록 되었다.

또한 ‘도시정비법’ 시행 이전에는 추진위원회의 명문의 규정이 없어 추진위원회가 행한 법률행위의 효력에 대해 견해의 대립이 있었다. 원칙적으로 그 단체성의 정도에 따라 민법상 조합관계로 볼 수 있는 경우에는 민법상 조합 규정을 유추적용하고, 민법상 비법인사단으로 볼 수 있는 경우에는 민법상 사단법인에 관한 규정(총유)을 유추적용 하였다.

‘도시정비법’ 시행 이전의 임의로 설립된 추진위원회의 법적 성격에 대해서 하급심 판결에서는 추진위원회의 법적성격을 “주택개량 재개발조합의 결성 이전에 재개발사업의 시행을 위한 준비업무를 처리하기 위하여 구성된 비법인사단의 성격을 갖는 것”이라고 판시하였다.¹³⁶⁾ 대법원은 추진위원회를 “단체의 고유목적을 가지고 활동하게 되고, 규약 및 단체로서의 조직을 갖추고, 구성원의 가입 탈퇴에 따른 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속하는 등 단체로서의 주요사항이 확정되어 있다면 이는 그 명칭과 상관없

136) 서울고등법원 2002. 7. 3 선고 2001나27793 판결.

이 ‘비법인사단¹³⁷⁾’에 해당하는 것”으로 보고 있다.¹³⁸⁾ 동일한 취지의 최신 판례는 추진위원회를 비법인 사단으로 판단하고, 사업초기 추진위원회가 시 공자로부터 차입한 대여금에 관하여 추진위원들에게 개인책임을 물을 수 없다고 판결하였다.¹³⁹⁾

오늘날 구성되는 추진위원회는 조직과 실체를 가지고 있을 뿐만 아니라, 종전에 임의로 구성된 것과는 달리 ‘도시정비법’에 의하여 법적 근거를 가지고 있어 종전의 추진위원회보다 강력한 실체를 가지고 있으며, 추진위원회는 초기의 사업 준비단계에서부터 토지등소유자의 과반수 동의를 거치며, 추진위원회가 행한 업무와 관련된 권리와 의무는 조합이 포괄 승계하는 등 향후 설립될 조합과 연속성을 갖고 있으며, 대법원이 종전의 재건축조합을 비법인 사단에 해당한다고 본 점¹⁴⁰⁾, 그리고 추진위원회에 대하여 관할 행정청의 승인을 얻도록 하고 있을 뿐만 아니라 운영규정에 따라 그 업무를 운영하도록 규정하고 있는 점을 보아 도시정비법상 승인을 받은 추진위원회의 법적성격은 민법상 ‘비법인사단’으로 보아야 할 것이다.

137) 대법원 2001. 9. 28. 선고 99다27705,27712 판결.

“민법상의 조합과 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체적 성격의 강약을 기준으로 판단하여야 하는 것으로서, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되면서도 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인데 비하여, 비법인 사단은 구성원의 개인성과는 별도로 권리, 의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있으므로, 외형상 단체로 보이는 경우에도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등이 조직을 갖추고 있고, 기간의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있어야만 비로소 비법인 사단이라고 볼 수 있는 것이다”

138) 대법원 1994. 6. 28. 선고 92다36052 판결.

139) 인천지방법원 2008. 4. 25. 선고 2007가합12926 판결.

140) 대법원 2003. 7. 2. 선고 2002다64780판결.

“주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당한다”고 판시하였다.

조합을 설립하여 정비사업을 추진하는 경우에는 추진위원회는 조합의 설립행위를 주도하게 되고, 예비조합원을 모집하여 조합으로서의 실체(비법인사단)를 갖춘 후에 시장·군수의 승인을 받은 후 “정비사업조합”으로서 활동하게 된다. 이때 추진위원회의 진행단계는 ‘발기인조합→비법인사단→법인으로서의 조합’으로 발전하게 된다.

이때 추진위원회가 한 법률행위가 조합에 미치는 지의 효력 여부가 논란이 되는데, 정비사업조합의 설립단계는 상법상 법인설립단계인 ‘발기인조합, 설립중의 회사, 회사’로의 진행단계와 유사하므로 추진위원회가 조합으로 진행되는 단계에서 나타나는 법률적 문제점에 대해서는 상법상의 규정과 그에 따른 법리를 그대로 유추 적용할 수 있을 것이다.

이러한 비법인사단인 추진위원회의 재산귀속 형태는 민법 제275조 제1항의 규정에 의하면 비법인사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때는 공유로 한다고 하여, 비법인사단의 재산귀속 형태를 공유로 하고 있다. 공유의 경우에는 구성원의 지분이 없고, 사용수익권만이 있으며 총회에 대한 사원의 권리·의무는 사원의 지위를 취득, 상실함으로써 당연히 취득, 상실하게 된다. 공유물의 관리 및 처분은 사원총회의 의결로써 하여야 하는 것으로 일부 구성원의 개인 의사에 의하여 그 재산을 처분할 수 없고, 그에 따라 관리될 수도 없다.¹⁴¹⁾

나. 추진위원회 구성 및 승인

‘도시정비법’ 시행 이전 조합설립추진위원회의 설립에 관한 법적 근거가 없어 재개발·재건축 사업을 추진하고자 하는 주민들이 사업추진에 따른

141) 대법원 1994. 4. 26. 선고 94다28437 판결.

비법인 사단이 공유재산의 보존행위로서 그 대표자의 이름으로 소송행위를 하는 경우에는 정관에 특별한 규정이 없으면 사원총회의 결의가 있어야 한다.

이권 등으로 주도권을 잡기 위하여 다수의 조합설립추진위원회를 임의로 설치함으로써 분쟁이 빈발¹⁴²⁾하고, 결과적으로 사업자체가 지지부진하게 된 경우가 많았다. 이에 따라 무분별한 난립을 막고 사업을 원활하게 진행할 수 있도록 ‘도시정비법’에 추진위원회를 주민 과반수의 동의를 얻어 구성토록 하였다. 즉 조합을 설립하고자 하는 경우에는 정비구역지정 고시 후, 정비구역이 아닌 구역에서의 주택재건축사업의 경우에는 주택재건축사업의 시행결정 후 위원장을 포함한 5인 이상의 위원 및 운영규정에 대한 토지등 소유자 과반수의 동의를 얻어 조합설립을 위한 추진위원회를 구성하여 시장·군수의 승인을 얻어야 한다(도시정비법 제13조 제2항).¹⁴³⁾ 추진위원회를 설립하기 위해서는 토지등소유자의 과반수의 동의를 요하므로 개념상 2개 이상의 추진위원회는 존재할 수 없는바, 1개의 정비구역에 1개의 추진위원회의 원칙이 지켜지고 있는 것이다.

종래 주택재건축사업을 진행하는데 있어 추진위원회의 설립 및 승인시점과 관련하여 명문의 규정이 없었던 관계로 정비구역 지정·고시 이전이라도 추진위원회설립승인이 가능하다고 해석되었고, 법원 또한 주택재개발사업과 관련하여 이러한 취지로 판단하였다. 이후 ‘도시정비법’ 2009. 2. 6. 개정을 통하여 주택재개발사업 뿐만 아니라 주택재건축사업에 대하여도 정비구역지정 고시 후 추진위원회설립승인을 얻도록 하였다. 대법원은 “정비구역이 지정되지 아니한 상태에서 일부 주민이 임의로 획정한 구역을 기준으로 구성된 조합설립추진위원회가 시장·군수의 승인을 얻어 설립될 수 있다고 한다면, 정비사업에 관한 제반 법률관계가 불명확·불안정하게 되어 정비사업의 추진이 전반적으로 혼란에 빠지고 그 구역 안에 토지 등을 소유하

142) 사례로 서울특별시 송파구 가락 시영아파트 재건축사업의 경우 6개의 추진위원회가 구성된 일이 있다.

143) 대법원 2008. 7. 24 선고 2007두12996판결
시장·군수는 추진위원회의 설립승인신청서를 통하여 토지등소유자의 1/2이상의 동의가 있고 위원장을 포함한 5인 이상의 위원으로 구성되어 있음을 확인한 경우, 추진위원회의 설립을 승인하여야 한다.

는 사람의 법적 지위가 부당한 영향을 받을 현저한 우려가 있고, 따라서 정비구역의 지정 및 고시 없이 행하여지는 시장·군수의 재개발조합설립추진위원회 설립승인은 도시 및 주거환경정비법의 규정 및 조합설립추진위원회 제도의 취지에 반하여 허용될 수 없고, 그와 같은 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백하다”고 판시한바 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나 정비기본계획에 의해 정비예정구역의 개략적 범위가 정해진 이후 추진위원회의 승인처분이 내려진 경우 비록 승인처분이 정비구역의 지정·고시 이전에 정비예정구역에 의하여 확정된 토지 등 소유자의 과반수 동의를 얻어 구성된 추진위원회에 대하여 이루어진 것이라고 하더라도 그 하자가 중대하거나 명백하다고 할 수 없다고 판결¹⁴⁵⁾하여, 정비예정구역으로 지정된 상태에서 추진위원회 설립승인이 가능하다고 해석하였다.

또한 2009년 2월 6일 개정되기 전의 ‘도시정비법’은 설립승인 당시 추진위원회 운영규정이 있어야 하는지에 대하여 별다른 규정을 두지 않고 있었고, 이에 관하여 대법원도 조합설립추진위원회 운영규정의 작성이나 추진위원의 자격 및 선정방식이 그 추진위원회 설립승인의 요건이 아니라는 입장을 취하였으나¹⁴⁶⁾, 그 후 ‘도시정비법’의 개정으로 설립승인 당시 추진위원회 운영규정도 필요하게 되었다.

다. 추진위원회 구성 승인처분의 법적성질

행정청의 추진위원회 설립승인처분의 법적 성질에 관하여, 관할 행정청의 승인행위는 추진위원회 설립행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성하는

144) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두12297 판결.

145) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두9358판결.

146) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두13132판결 등 참조.

보충행위로서의 성질을 가지고 있다고 보는 견해와 도시정비사업의 시행자로서 정비조합의 설립을 위하여 설립되는 추진위원회는 공법상 행정주체를 만들어 내기 위한 조직으로서 단순한 사법상 사단법인을 만드는 것이 아니므로 추진위원회의 승인은 추진위원회 설립행위를 기본행위를 하여 이를 보충적으로 완성하는 행정행위인 인가로 볼 수 없고, 허가 또는 특허적 성격의 행정행위로 보아야 한다는 견해¹⁴⁷⁾가 있다.

생각건대 추진위원회가 설립된 이후 추진위원회와 토지등소유자들 사이의 구체적인 권리·의무 등은 기본행위인 추진위원회설립행위(추진위원회설립동의서, 운영규정 등)내용에서 나오는 것이지 관할 행정청의 인가처분을 통하여 직접적으로 형성된 것이 아니기에 행정청의 승인행위는 추진위원회 설립행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성하는 보충행위로서의 성질을 가지고 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

라. 조합설립추진위원회의 운영

추진위원회는 정비사업전문관리업자(이하 "정비사업전문관리업자"라 한다)의 선정, 개략적인 정비사업 시행계획서의 작성, 조합의 설립인가를 받기 위한 준비업무, 그 밖에 조합설립의 추진을 위하여 필요한 업무¹⁴⁸⁾를 수행할 수 있다.

‘도시정비법’이 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 일부 개정되기 이전에는 추진위원회 업무규정이 ‘강행규정’이었으나, ‘도시정비법’이 개정되면서 추진위원회의 업무규정이 ‘임의규정’으로 변경되어, 추진위원회의 기능이 약화되

147) 강신은, 도시정비사업의 추진과정의 문제점, 법관연수자료, 사법연수원, 2007.

148) 추진위원회 운영규정의 작성, 토지 등 소유자의 동의서 징구, 조합의 설립을 위한 창립총회의 개최. 추진위원회는 조합설립인가를 신청하기 전에 조합설립을 위한 창립총회를 개최하여야 한다. 이로써 그동안 법령상 명문의 규정이 없이 추진위원회가 관례상 시행하여 오던 조합설립을 위한 창립총회가 향후에는 필수적으로 개최하여야 하는 것으로 되었다. 그 외 조합정관의 초안 작성, 그 밖에 추진위원회 운영규정이 정하는 사항이 있다.

었다. 한편, ‘도시정비법’이 2009. 2. 6. 개정 전에는 추진위원회의 업무 범위에 ‘안전진단 신청에 관한 업무’가 포함되어 있었는데, 개정 ‘도시정비법’이 안전진단을 정비계획 수립단계에서 이루어지도록 규정하여 추진위원회의 업무범위에서 제외되었다. 또한 추진위원회는 운영규정이 정하는 바에 따라 경쟁 입찰의 방법으로 정비사업전문관리업자를 선정하여야 한다고 규정하고 있었다. 그러나 개정법에 따르면 추진위원회가 정비사업전문관리업자를 선정하고자 하는 경우 시장·군수의 추진위원회 승인을 얻은 후 국토해양부장관이 정하는 경쟁 입찰의 방법으로 선정하여야 한다. 추진위원장이 시장·군수의 추진위원회 승인을 받지 아니하고 정비사업전문관리업자를 선정하거나, 경쟁 입찰의 방법에 의하지 아니하고 정비사업전문관리업자를 선정하는 경우, 법 규정을 위반하여 시공자를 선정한 자 및 시공자로 선정된 자와 마찬가지로 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 되어 있다.

추진위원회는 운영규정에 따라 운영하여야 하며, 토지 등 소유자는 운영에 필요한 경비를 운영규정이 정하는 바에 따라 납부하여야 한다. 추진위원회는 추진위원회가 행한 업무를 총회에 보고하여야 하며, 추진위원회가 행한 업무와 관련된 권리와 의무는 조합이 포괄 승계하며, 추진위원회는 사용경비를 기재한 회계장부 및 관련서류를 조합 설립의 인가일부터 30일 이내에 조합에 인계하여야 한다(도시정비법 제15조 제3항~5항).

그러나 추진위원회의 모든 업무 행위에 포괄적으로 적용되는 것은 아니다. 토지등소유자의 비용부담을 수반하는 행위 또는 권리와 의무에 변동을 발생시키는 행위 등인 경우에는 토지등소유자의 동의가 있어야만 하고 총회의 결의사항들은 추진위원회의 권한이 아니라 향후 결성되는 조합 총회의 고유한 권한으로 남겨져 있는 것으로서 추진위원회가 이러한 행위를 하더라도 조합이나 조합원총회가 반드시 그러한 행위에 구속되어 권리·의무를 부담하는 것은 아니라 할 것이다.¹⁴⁹⁾

조합의 설립이 좌절된 경우 법률문제는 정비사업을 위하여 조직된 단체의 “단체성” 정도에 따라 조합관계에 불과할 경우(발기인조합)에는 민법상의 조합규정이, 비법인사단의 정도에 이른 경우에는 민법의 사단법인에 관한 규정이 유추 적용될 수 있을 것이다. 따라서 추진위원회가 조합관계에 불과할 경우에는 추진위원회 및 추진위원들의 재산으로 책임져야 할 것이고, 비법인 사단일 경우에는 제3자와의 거래과정에서 연대보증인이 되어 있는 경우가 아니라면 추진위원 개인에 대하여 책임을 묻기 어려울 것이다.¹⁵⁰⁾¹⁵¹⁾

추진위원회는 원래 조합설립을 목적으로 하는 비법인 사단이므로 조합설립이 인가되어 그 목적이 달성된 때에는 당연히 해산된다. 조합설립인가에 따른 추진위원회 해산에 있어서 추진위원회 소멸 시기가 문제된다. 추진위원회 운영규정 제5조에서는 ‘추진위원회는 조합설립인가일까지 업무를 수행할 수 있다’고 규정하고 있다. 그러나 조합은 설립등기가 있어야 비로소 법인격이 부여되므로, 설립등기시점까지 추진위원회는 존속하고 그 이후에 소멸한다고 보아야 할 것이다. 조합설립 전의 추진위원회가 해산이 되는 경우¹⁵²⁾ 해산결의 또는 해산신고의 주체가 추진위원회로 한정되는 것인지, 토지 등 소유자의 과반수에게도 인정되는 것인지가 문제되는데 이에 대해 대

149) 대법원 2008. 6. 12 선고 2008다6298판결 ; 대법원 2008. 11. 27 선고 2007다83465판결 참조.

시공사의 선정은 조합 총회의 고유권한으로 추진위원회 단계에서 개최한 토지 등 소유자 총회에서 시공사를 선정하기로 한 결의는 무효라고 보아야 한다.

150) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37394,37400 판결.

“교회가 그 실체를 갖추어 법인 아닌 사단으로 성립한 경우에 교회의 대표자가 교회를 위하여 취득한 권리·의무는 사단으로 성립한 경우에 교회의 대표자가 교회를 위하여 취득한 권리·의무는 교회에 귀속되나, 교회가 아직 실체를 갖추지 못하여 법인 아닌 사단으로 성립할 교회를 위한 것이라 하더라도 바로 법인 아닌 사단인 교회에 귀속될 수는 없다.”라고 판시한 바 있다.

151) 유동규·송현진, 앞의 책, 201면.

152) 추진위원회 운영규정에 의하면 조합설립 전이라도 추진위원회 설립에 동의한 토지 등 소유자의 3분의 2이상 또는 토지 등 소유자 과반수의 동의를 얻어 시장·군수에게 신고함으로써 해산할 수 있다.

법원은 추진위원회 자신이 아닌 추진위원회의 해산에 동의한 토지 등 소유자 과반수의 대표자도 해산신고를 할 수 있다는 입장¹⁵³⁾이다.

3. 정비사업조합

가. 정비사업조합설립

(1) 정비사업조합의 의의 및 법적성격

정비사업조합은 정비사업 구역안의 노후·불량주택을 철거하고 그 철거한 대지 위에 새로운 건축물을 건설하여 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이기 위한 목적으로 결성된 토지등소유자의 단체로 정비사업의 시행을 위하여 토지등소유자들이 설립한 단체를 말한다.

조합이 설립되어 인가를 받으면 조합은 시공사를 선정하고 사업시행계획을 세우는 등 정비사업의 시행을 위한 업무를 수행할 수 있게 된다. 조합은 법인으로 하며, 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 주된 사무소의 소재지에서 등기함으로써 성립한다(도시정비법 제18조 제1항, 제2항).

재개발조합은 종래 (구)‘도시재개발법’상에서 법인격이 인정되었지만, 재건축조합은 그렇지 않았다. (구)‘주택건설촉진법’상의 재건축조합에 대하여는 민법상의 비법인사단에 해당하는 것으로 보고, 재건축조합의 실체가 비법인사단이라면 재건축조합이 주체가 되어 신축 완공한 건물은 조합원 전원의 총유에 속하며, 총유물의 관리 및 처분에 관하여 재건축조합의 정관이나 규약에 정한바가 있으면 이에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 조합원 총회의 결의에 따르도록 하였다.¹⁵⁴⁾

153) 대법원 2009. 1. 20 선고 2008두12869판결 참조.

154) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다10246 판결; 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다 64780 판

즉 재개발조합의 경우에는 ‘도시정비법’ 시행 이전, 이후 모두 ①재개발조합의 설립행위¹⁵⁵⁾, ②행정청의 설립인가(도시재개발법 제12조, 제16조 제1항)라는 2가지 요건을 요구되나, 재건축조합의 경우에는 ‘도시정비법’ 시행 이전에는 ①재건축조합의 설립행위, ②행정청의 설립인가(주택건설촉진법 제44조), ③재건축결의(집합건물법 제47조)라는 요건이 요구되었었고 위 각 요건은 모두 구별된 개념으로 인식되었다.¹⁵⁶⁾ ‘도시정비법’ 시행 이후에는 위 ①, ② 요건만 요구된다(도시정비법 제16조 제2, 3항).

이렇게 ‘도시정비법’의 제정으로 인해 재건축조합에도 법인격이 부여되고 있다. 이는 재건축조합의 경우에도 재개발조합과 같이 다수의 토지등소유자들이 모여 구성되는 구체적 조직성과 목적사업이 있고, 구성원과 구별되는 독립된 법률적인 지위를 부여하여 안정적으로 사업이 추진될 수 있게 하기 위함이다.

대법원은 이러한 조합에 대하여 행정주체성을 인정하고 있다.¹⁵⁷⁾¹⁵⁸⁾

그러나 조합의 행정주체성을 부정하는 견해¹⁵⁹⁾도 있다. 이에 따르면 도시정비사업이 매우 중요한 공익적 사업으로서의 의미가 있긴 하나 그 사업이

결: 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다45349 판결.

155) 통상적인 사단법인의 설립행위는 ‘정관의 작성행위’를 의미한다.

156) 대법원 2007. 3. 30. 선고 2005다45698 판결

157) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결

158) 대법원 2009. 9. 17 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

“도시및주거환경정비법상 행정주체인 주택정비사업조합을 상대로....”

대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235호 전원합의체 판결.

“도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적(주)을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리 의무 관계에 서 있다”.

159) 아래는 김해룡, 도시정비사업(재개발·재건축)법제의 개선을 위한 쟁점-대법원의 최근 판례에 대한 비판적 시론-, 한국부동산법학회 2010년도 하계 학술대회, 10~11면을 정리한 것이다.

당해 정비구역내의 토지등의 소유자들에 의해 추진되는 이상 이는 재산권적 이해관계를 공유하는 사인들 간의 결사이며, 이는 행정청의 감독과 통제 하에(사업시행계획 및 관리처분계획 등에 대한 인가) 도시정비사업을 자율적으로 추진하는 것으로 정비구역 내 토지 등 소유자들의 4/5이상의 동의를 통하여 구성되는 조합은 곧 당해 지역 내의 토지 등의 재산권자들이고 그들의 재산권적 이해관계에 충실하게 정비사업계획이나 관리처분계획이 수립되어지는 것은 공익적 의미를 가지는 도시정비사업의 추진과 재산권보장에 관한 헌법적 원리의 조화점이라 주장되고 있다. 이러한 점에서 볼 때 재개발·재건축조합의 법적 지위를 행정조직법원리가 적용되는 행정기관으로 인식하는 것은 문제가 있다는 것이다. 그리고 조합을 행정주체로 본다면, 또다시 조합이 수립한 행정처분에 다시 행정청에 의한 인가행위를 할 필요가 없는 것이며 그렇기에 조합을 행정기관으로 인식하는 것은 문제가 있고, 재개발·재건축조합이 행정주체가 아니기에 사업시행계획인가, 관리처분계획인가와 같은 행정청의 법적 통제 내지 법적 효력부여행위가 수반되도록 규정하고 있다고 하는 것이 정비조합에 대하여 행정주체성을 부인하는 견해이다.¹⁶⁰⁾

그러나 ‘도시정비법’상 정비사업조합은 재산적 이해관계를 공유하는 사인들 간의 결사이긴 하나 그 사업의 성격이 공공성을 중요시 하는 사업으로 이에 따라 조합은 정비사업을 계획적으로 정비하고 시행하기 위하여 결성된 토지등소유자의 단체이다. 조합은 ‘도시정비법’에 의해 법인으로서의 지위를 부여받으며, 조합원은 조합에 강제가입 되며¹⁶¹⁾, 사업시행계획인가를 받

160) 서울고등법원 1990. 9. 21. 선고 89나48309 판결.

“도시재개발법상 주택개량재개발조합은 행정청의 허가를 얻어 설립되고 그 감독을 받으며 위 조합의 임직원은 형법상 뇌물죄 등에 관하여 공무원으로 간주될 뿐 아니라 위 조합이 행한 처분에 대하여 행정심판으로써 불복하도록 하고 있기는 하나, 이는 사업구역 내 토지소유자 등의 강제가입으로 설립된 재개발조합의 공익적 성격상 두게 된 특별규정에 불과한 것으로서 같은 법 제29조가 위 조합에 대하여 민법 중 사단법인에 대한 규정을 준용하도록 하고 있음에 비추어 보면 위 조합의 성격을 공법인으로 볼 수 없다”고 판시한바 있다.

161) 재건축사업의 경우 임의가입제를 취하고 있다.

으면 조합원들에게 공법적인 권한을 행사할 뿐만 아니라 관리처분계획의 수립, 사업 종료 후 이전고시와 청산금을 부과하고, 조합의 임직원은 형법상 뇌물죄의 적용에 있어 공무원으로 의제되는 등, 동법에서 인정하는 여러 가지의 공권력적 조치를 행할 수 있다.¹⁶²⁾

그렇다면 이러한 공법상 사단법인을 행정주체로 볼 수 있는지의 문제인데, 이들은 행정권을 부여받아 자신의 이름으로 행사하고, 그 효과가 국가나 지방자치단체가 아니라 이들 자신에게 귀속한다는 점에서 1차적인 이유가 있고¹⁶³⁾, 이러한 사업은 보통 직접의 이해관계가 한정되어 있으므로 관계자로 하여금 스스로의 부담으로 자주적으로 이를 수행하게 함이 적당하지만 공익과 밀접한 관계가 있어 국가를 이를 공행정의 일부로 인정하고 조합에 대하여 각종의 감독·통제를 가함과 아울러 경비의 징수 등에 있어 약간의 국가적 공권을 부여 한다¹⁶⁴⁾는 이유에서 행정주체로 볼 수 있다고 할 것이다.

정비사업조합의 설립목적 및 취급 업무의 성질, 권한 및 의무, 정비사업의 성질 및 내용, 관리처분계획의 수립 절차 및 그 내용 등에 비추어, 정비사업조합은 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하는 범위 내에서는 공법상의 권리·의무관계에 있다고 할 것이다¹⁶⁵⁾. 이처럼 정비조합은 정비사업에 관하여 조합원과의 관계에서 특수한 행정주체로서의 성격을 가지는 것이다. 즉 그 성격의 공익성을 감안하여 ‘도시정비법’의 규정에 의하여 특별한 취급을 하는 것이고 그 외 민법상 사단법인으로

162) 송현진·유동규, 앞의 책, 214면.

163) 최영규, 행정주체 및 공공단체의 개념과 범위, 공법학연구 제5권 제5호, 2004, 350면.

164) 박윤훈, 행정법 I, 박영사, 2004, 119면.

165) 대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235판결.

서의 지위를 갖게 된다. 따라서 ‘도시정비법’이 특별히 규정한 사항을 제외하고는 민법상 법인에 관한 규정이 준용된다(도시정비법 제27조).

(2) 조합설립의 동의

주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 그러하다.

이에 비해 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 주택단지안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지안의 복리시설 전체를 하나의 동으로 본다)별 구분소유자의 3분의 2 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의(공동주택의 각 동별 구분소유자가 5 이하인 경우는 제외한다)와 주택단지안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 주택단지가 아닌 지역이 정비구역에 포함된 때에는 주택단지가 아닌 지역안의 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻어야 한다. 토지등소유자의 동의(동의를 한 사항의 철회 또는 반대의 의사표시를 포함한다)는 인감도장을 사용한 서면동의의 방법에 의하며, 인감증명서를 첨부하여야 하며, 이 경우 인감증명서를 종전에 제출한 경우에는 이를 첨부하지 아니할 수 있으나, 인감도장의 변경 등으로 인하여 인감증명서의 첨부이 필요하다고 인정하는 경우에는 인감증명서를 첨부하여야 한다(도시정비법 제16조).

외국인이 동의(동의를 한 사항의 철회 및 반대의 의사표시를 포함한다)를 할 경우, 동의서 등에 서명하고 「출입국관리법」에 따라 외국인등록 사실증명

을 첨부하여야 하며 인감증명서를 종전에 제출하여 인감증명서를 첨부하지 않아도 되는 경우에는 인감증명서 대신 주민등록증, 여권 등 신분을 증명하는 문서의 사본을 첨부하여야 한다.

2007. 12. 21. ‘도시정비법’ 일부 개정으로 토지소유자의 정족수 동의율이 4/5이상에서 3/4이상으로 완화되었다.¹⁶⁶⁾ 조합 설립 동의율은 ‘도시정비법’에 있어서 매우 민감한 사안으로서 국가의 주택정책에 따라 강화와 완화를 반복하였다. 주택재개발·재건축 실무에 있어서 절차적 요건인 토지등소유자의 정족수 동의율은 사업추진 속도와 매우 밀접하게 관련되어 있다. 동의율 완화는 정비사업 속도를 신속하게 하지만, 사인의 재산권 침해의 위험이 있다. 공공의 이익을 위한 정비사업의 공공성과 사적 자치에 있어 사인의 재산권 보장과의 충돌로써 이해할 수 있겠으나, 적어도 법률안 개정 시 심각한 고려가 이루어져야 하는 것이며, 사인의 재산권 침해와 관련하여 정비사업에 반대하는 토지등소유자의 의견을 구체적으로 반영할 수 있는 직접적인 창구가 마련되어야 할 것이다. 동의율의 하향 조치는 사업 속도 측면에서는 반겨야 할 대책이지만 반대하는 토지등소유자들의 의견을 합리적으로 반영할 수 있도록 법안을 정비해야 할 것이다. 뿐만 아니라 불법적인 동의서 징구 행위를 견제할 수 있는 실질적인 조치가 반드시 선행되어야 할 것이다.¹⁶⁷⁾

‘도시정비법’ 제16조의 조합설립동의에 관하여 토지등소유자 전원의 동의¹⁶⁸⁾를 절차적 요건으로 규정하고 이에 근거하여 사업을 시행한다면 매우

166) 2007년 5월 7일 개정안을 발의하여 2007년 12월 21일 개정이 이루어졌다.

법안을 대표 발의한 한나라당 허태열 의원은 “현실적으로 조합설립을 위해 토지등소유자 5분의4 이상의 동의를 받는다는 것은 사업추진은 커녕 소수의 반대만으로도 사업추진을 불가능하게 만들 가능성이 대단히 높다”며 “원활한 주택공급에 차질을 가져오게 됨으로써 서민들은 내집 마련에 어려움을 겪을 수밖에 없다”고 설명했다. 이어 “낙후된 구 시가지의 광역적 개발을 통해 도시기반시설을 획기적으로 개선하고 재건축·재개발사업의 활성화를 도모하기 위해 조합설립 동의율을 완화하는 게 필요하다”고 부연했다.

167) 오경훈, 앞의 논문, 41~42면.

168) 실제로 일본의 1962년 4월 4일 제정된 「건물의 구분소유 등에 관한 법률」에는 구분 건물의

이상적이겠지만 현실적으로 불가능하다. 반대하는 토지등소유자는 반드시 존재할 것이며, 이들을 배제하는 행위는 정비사업 절차상 꼭 필요하다 할 것이다.

(3) 정비사업조합의 설립 동의의 철회

토지등소유자는 동의에 따른 인·허가 등의 신청 전에 동의를 철회하거나 반대의 의사표시를 할 수 있다. 동의를 철회하거나 반대의 의사표시를 하려는 토지등소유자는 동의의 상대방 및 시장·군수에게 철회서에 인감증명서를 첨부하여 내용증명의 방법으로 발송하여야 한다. 이 경우 시장·군수가 철회서를 받은 때에는 지체 없이 동의의 상대방에게 철회서가 접수된 사실을 통지하여야 한다. 동의의 철회나 반대의 의사표시는 철회서가 동의의 상대방에게 도달한 때, 또는 시장·군수가 동의의 상대방에게 철회서가 접수된 사실을 통지한 때 중 빠른 때에 효력이 발생한다고 규정하고 있다.

‘도시정비법’ 시행이전에는 조합설립에 대하여 이미 동의한 소유자가 변동된 경우¹⁶⁹⁾, 동의의 효력과 관련하여 새로운 소유자가 종전 소유자의 동의를 묵시적으로 승인하여 동의한 것으로 볼 수 있는지가 문제가 되었다. ‘도시정비법’은 이러한 문제를 입법적으로 해결하여 추진위원회 또는 조합의 설립에 동의한 자로부터 토지 또는 건축물을 취득한 자는 추진위원회

특칙이 없어 재건축을 할 필요가 있더라도 구분소유자 중 1인이란도 반대하면 재건축을 할 수 없도록 하였다. 이런 비현실적인 절차적 요건은 1983년 5월 21일 구분소유권 5분의 4이상으로 개정되었다.(송달용, 구분건물의 재건축과 매도청구의 요건, 판례 연구 제21집, 서울지방변호사회, 1999. 1, 235면.)

169) 추진위원회 설립에 동의한 토지등소유자로부터 토지 등을 취득한 자라 할지라도 종전 소유자 등이 한 동의를 적법하게 철회하지 않는 한 그 동의의 효력은 그대로 유지된다 할 것이다. 왜냐하면 통상 기본계획이 수립된 지역의 토지등소유자 및 그로부터 토지 등을 취득한 자는 그 고시이전이라도 공람 등의 절차를 통해 기본계획의 내용을 예측할 수 있거나 기본계획의 내용을 알고 취득하였다고 볼 수 있는 점, 기본계획 고시 후에도 추진위원회 설립 신청 전까지는 서면동의를 철회할 수 있도록 하여 새로운 소유자의 의사를 반영하는 방안이 마련되어 있기 때문이다.

또는 조합의 설립에 동의한 것으로 간주하고 있다. 이에 대하여 대법원 역시 “재개발조합설립 및 사업시행인가에 대하여 이미 동의한 소유자가 변동된 경우 같은 법 제17조 제14조에서 정하는 인가에 필요한 동의요건이 충족되었는지 여부를 판단함에 있어서는 새로운 소유자가 이해관계인의 공람기간이나 인가처분 전에 주무관청에 대하여 새로이 부동의를 한다거나 종전 소유자의 동의를 철회하는 등 특별한 사정이 없는 한, 종전 소유자의 동의를 묵시적으로 승인하여 동의한 것으로 추정함이 상당하다¹⁷⁰⁾”라고 판시한 바 있다.

재개발사업의 경우 강제가입 되기 때문에 조합설립에 동의하지 않는다고 하여 조합원의 지위가 부인되는 것이 아니다. 그러나 재건축의 경우 조합설립의 동의가 조합원 지위를 결정하는 중요한 요소이기 때문에 동의의 철회가 재개발사업과 다르게 평가된다. 대법원은 재건축조합의 조합원의 임의탈퇴가 문제된 사안에서 재건축결의동의(현행법상 조합설립의 동의)를 철회하는 것을 허용하고 있지 않다가 최근 들어와서 판례에서 폭넓게 인정하는 추세이다.¹⁷¹⁾¹⁷²⁾ 이에 따라 시행령 제28조 제3항에서는 조합설립동의에 대해서 “토지등소유자의 동의자수 산정방법의 기준을 적용함에 있어 정비구역안의 토지등소유자가 추진위원회의 승인 또는 조합설립의 인가 전에 동의를 철회하는 경우에는 이를 동의자의 수에서 제외한다.”고 규정한 바 있다. 재건축조합설립 후 조합의 탈퇴를 허용할 것인가는 해석에 맡겨진 문제인데¹⁷³⁾, 조합설립인가 이후 임의탈퇴는 허용되지 않는다는 것이 법원의 입

170) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97누9949 판결.

171) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다20052 판결.

“조합규약 등에 조합원의 탈퇴를 불허하는 규정이 없는 한 자신을 조합원으로 포함시켜 조합이 설립인가를 받기 전에 그 조합원은 조합을 임의로 탈퇴할 수 있다”.

172) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다19552, 19569 판결.

설립인가를 받은 재개발조합(재건축조합은)의 조합원은 부득이한 사유가 없는 한 조합을 임의 탈퇴할 수 없다고 할 것이지만, 설립인가를 받지 아니한 재건축조합이라면 조합규약 등에 조합원의 탈퇴를 불허하는 규정이 없는 한 조합원은 임의 탈퇴가 가능하다고 보아 동의철회를 인정하였다.

장이었다.¹⁷⁴⁾

그러나 2009. 8. 11 시행령 개정으로 정비사업 종류에 불문하고 인가신청 전에는 동의철회가 가능하되, '도시정비법' 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항 즉, 건설되는 건축물의 설계의 개요, 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액, 비용의 부담기준, 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항, 조합정관이 변경되지 않은 경우에는 조합설립의 인가신청전이라 하더라도 철회할 수 없도록 정하고 있다(도시정비법 시행령 제28조 제4항).

나. 조합설립인가

(1) 조합설립인가의 법적 성격

조합설립인가의 법적 성격에 대해 강학상 인가¹⁷⁵⁾라는 견해와 특허의 성질¹⁷⁶⁾을 아울러 가진다는 견해가 있다.¹⁷⁷⁾

173) 김종보·전연규, 새로운 재건축·재개발 이야기 I-상권, 한국도시개발연구포럼, 2010, 694면.

174) 대법원 1997. 5. 30. 선고 96다23887 판결.

「주택건설촉진법」과 관련된 사안에서, "주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상 비법인사단에 해당한다 할 것이나, 원고 조합과 같은 재건축 조합의 조합원은 부득이한 사유가 없는 한 조합의 사업목적이 달성되어 조합이 해산될 때까지 조합 목적 달성에 협력할 의무가 있다"고 전제한 다음, "이 경우 재건축조합에 가입하여 기존의 주택을 철거하고 그 대지 위에 주택을 건설하기로 한 조합원이 임의 탈퇴한다면 재건축사업의 시행이 불가능하거나 현저히 곤란하게 되고, 구 주택건설촉진법시행령(1994.7.30.대통령령 제14349호로 개정되기 전의 것) 제34조의3 제2호, 제42조 제5항 본문, 제42조 제7항 및 그 재건축조합의 조합규약 규정들이 모두 조합원의 임의 탈퇴가 허용되지 않음을 당연한 전제로 하고 있으므로, 이와 같은 점들에 비추어 보면 재건축조합은 조합의 본질상 부득이한 사유가 없는 한 조합원의 임의 탈퇴를 허용하지 않는 것이라고 봄이 상당하고, 이와 같이 본다 하여 사단의 본질에 반하는 것은 아니다"라고 판시하였다.

175) 유동근·송현진, 앞의 책, 260면 : 권영준, 재건축에 관한 의사결정, 민사법학 제45-1호, 한국 민사법학회, 2009, 369면.

176) 김종보, 재건축결의 무효의 공법적 파장, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 2008, 193~216면 : 김종보, 강학상 인가와 정비조합설립인가, 행정법 연구 제10호, 2003.10, 325~344면 : 김중권, 관리처분계획에 관한 총회결의의 쟁송방법, 법률신문, 2009. 9월 21일자.

조합설립인가를 강학상 인가로 보는 경우 조합설립행위(총회결의)를 기본행위로 보고 인가처분을 사인 간의 조합설립행위의 효력을 완성시켜 주는 보충적 행위로 본다. 따라서 ‘도시정비법’상의 조합설립행위는 행정청의 인가를 받아 최종적으로 효력을 발생하게 되고 기본행위인 조합설립결의상의 하자는 민사소송으로, 조합설립인가처분 자체의 하자는 행정소송으로 해결하게 된다. 이에 대한 비판으로 재건축·재개발조합의 설립인가는 당사자들의 조합결성합의에 효력을 부여하는 점에서는 강학상 인가의 성격을 가지지만 공행정주체의 기능을 담당하는 사업시행자를 만들어내는 행위로서의 특허의 성격을 가지며 강학상 인가로 보아 조합설립행위 자체의 하자를 이유로 한 설립인가취소소송을 각하하게 되면 조합설립과 관련된 분쟁을 민사적으로 한정함으로써 분쟁의 근본적 해결이 어렵게 되며, 민사소송에서 조합설립무효확인 판결을 받은 원고가 조합설립인가 무효확인 소송을 제기하면 행정법원으로서의 기본행위의 무효를 이유로 인가처분의 효력을 부정할

177) 법률 행위적 행정행위에는 강학상 ‘허가’, ‘특허’, ‘인가’ 등이 있는바, 먼저 강학상 ‘허가’란 법령에 의한 일반적 금지(부작위 의무)를 특정한 경우에 해제함으로써 적법하게 일정한 행위를 할 수 있도록 해주는 행정행위(ex. 건축허가 등)를 말하고, 강학상 ‘특허’란 특정인에 대하여 새로이 일정한 권리·능력 또는 포괄적 법률관계를 설정하는 행위로서 특정인에 대하여 새로운 권리 또는 권리능력을 설정하거나 법률상의 지위를 부여하는 행위라는 뜻에서 ‘설권행위’라고도 하며, 강학상 ‘인가’란 제3자의 법률행위를 보충하여 그 효력을 완성시키는 행정행위로서 제3자의 법률행위가 공익과 중요한 관계가 있는 경우 국가가 공익의 실현자이자 사인에 대한 후견적 지위로서 관여하여 그 법적 효력을 발생시키는 것이다.

‘특허’는 ‘허가’와 외관상 유사하지만, ‘허가’가 자연적 자유를 회복시키는 금지해제행위로 명령적 행위인데 반해 ‘특허’는 상대방에게 새로이 법률상의 힘을 설정해 주는 형성적 행위라는 점에서 다르다.

한편, ‘특허’는 ‘인가’와 양자 모두 형성적 행위라는 점, 신청을 필요요건으로 하는 점, 처분의 형식으로 이루어진다는 점, 처벌요건이 아니라 유효요건이라는 점에서 공통점이 있으나, ‘특허’는 직접 상대방을 위한 행정행위이지만 ‘인가’는 제3자를 위한 행정행위이고, ‘특허’는 특정인에게 권리를 설정해주는 행위이지만 ‘인가’는 제3자의 법률행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시켜 주는 행위이지 권리를 부여하는 것은 아니라는 점에서 다르다.(장태주, 행정법개론 제7판, 법문사, 2009, 118-209면 참조)

다만, ‘인가’ 이론은 ‘허가특허’ 이론과는 전혀 다른 차원에서 발전된 것이어서 ‘인가’와 ‘허가’ 또는 ‘특허’가 중복하는 것은 이론상 모순이 되지 않으므로, ‘인가’를 통해 민사적 효력을 통제하는 것과 별도로 또 다른 공법적 효과가 필요하면 ‘인가’는 ‘허가’ 또는 ‘특허’와 결합하여 하나의 처분 속에 혼재될 수 있다고 보아야 한다는 견해도 있다.(이원우, 허가특허·예외적 승인의 법적 성질 및 구별, 행정작용법-중범 김동희 교수 정년기념논문-, 박영사, 2005, 120-143면 참조)

수밖에 없으므로 조합설립을 둘러싼 법률관계가 장기간 불안정한 상태에 놓이게 된다는 점을 그 이유로 하고 있다.

(2) 법원의 태도

다음에서는 최근 대법원 판결을 중심으로 재개발·재건축 조합설립과 관련한 사건을 민사소송으로 해결하는지 아니면 행정소송으로 해결해야 하는지 법원의 태도를 검토해 보기로 한다.

(가) 종래 법원의 태도

‘도시정비법’이 시행되기 전에는 재건축결의무효확인 소에 관하여 재건축조합이 비법인 사단이고, 조합설립인가가 강학상 ‘인가’에 해당하므로 민사소송에 의해 해결되어야 한다는 전제에서 기본행위인 조합설립에 하자가 있는 경우(주로 재건축결의에 필요한 토지등소유자의 동의 하자를 말한다)에는 민사쟁송으로써 따로 그 기본행위의 취소 또는 무효확인 등을 구할 수 있다고 보고¹⁷⁸⁾, 재건축결의 또는 토지등소유자의 동의 하자 등을 심리하였다.

한편, ‘도시정비법’이 시행된 이후에도 대상판결이 선고되기 전까지 대부분의 하급심 법원은 토지등소유자들이 제기한 재개발·재건축조합의 설립무효확인 소에 관하여 민사소송에 의해 해결되어야 함을 전제로 토지등소유자의 동의 하자 등을 심리하였고, 재개발·재건축조합이 위 동의 하자가 조합설립인가처분의 요건의 하자에 관한 것으로서 재개발·재건축조합설립무효확인 소는 행정사건이므로 전속관할에 위배된다는 본안 전 항변에 관하여는 ‘도시정비법’ 시행 이전과 동일한 내용으로 배척하거나¹⁷⁹⁾, ‘도

178) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두1854 판결; 대법원 2002. 3. 11. 2002그12 결정 등.

시정비법' 시행 이후의 기본행위인 조합설립행위에는 조합의 정관작성행위 외에도 토지등소유자들의 동의절차도 포함되는 것이라고 보아 토지등소유자의 동의 하자는 보충행위인 조합설립인가처분의 기본행위인 조합설립행위에 관한 하자를 다투는 것이어서 이를 민사소송으로 다룰 수 있다고 배척하였다.¹⁸⁰⁾¹⁸¹⁾

그러나 일부 하급심 법원은 재개발·재건축조합의 위와 같은 본안 전 항변을 받아들여 각하한 사안¹⁸²⁾¹⁸³⁾도 있어 하급심 판결이 혼선을 빚고 있었다.

179) 서울고등법원 2009. 1. 14. 선고 2008나27648 판결.

180) 서울서부지방법원 2009. 9. 3. 선고 2008가합16530 판결.

181) 서울행정법원 2007. 8. 10 선고 2006구합9481 판결.

조합설립 인가처분에 있어서 기본행위의 불성립 또는 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효 확인을 소구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없지만, 원고들은 행정청이 설립인가를 위한 심사 당시 재건축 동의서에 하자가 있어 재건축 결의의 정족수를 충족하지 못한다는 사실을 잘 알면서도 설립인가처분을 하였다고 주장하고 있고, 이는 기본행위인 조합설립행위의 하자가 아닌 설립인가처분 자체의 하자에 대하여 다투는 것이라고 할 것이므로, 원고가 이 사건 설립인가처분의 기본행위의 하자만을 주장하고 있음을 전제로 하는 부분은 받아들이지 않는다.

182) 서울중앙지방법원 2008. 8. 21. 선고 2008가합14263 판결.

재개발조합의 설립을 위한 토지등소유자들의 동의는 조합설립인가를 받기 위한 요건에 불과하고, 그 동의에 하자가 있는 경우에는 조합설립인가의 기본행위인 재개발결의(도시정비법상 규정이 없음)가 적법·유효하더라도 보충행위인 인가처분에 하자가 있는 경우로서 그 인가처분의 취소나 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하여야지 민사소송으로 동의의 부존재확인을 구할 수는 없다.

183) 서울서부지방법원 2009. 4. 15. 2008카합2295 결정.

도시정비법 시행 이전에는 재건축조합의 설립을 위하여는 ① 조합설립행위(정관작성), ② 행정청의 설립인가 ③ 재건축결의를 요건으로 하였고, 위 3가지 요건은 모두 구별되는 개념이었으나, 도시정비법이 시행됨에 따라 위 ③ 재건축결의의 요건은 토지등소유자들의 조합설립동의에 포함되었거나 실효성을 상실하여 더 이상 조합설립의 요건이 되지 못하고, 조합설립동의에 하자가 있는 경우에는 위 ② 행정청의 설립인가의 전제조건에 하자가 있는 경우로서 위 설립인가처분을 항고소송으로 다투어야지 이와 별도로 민사소송으로 조합설립의 무효를 구하는 것은 부적법하다.

(나) 대법원 2009. 9. 24 선고 2008다60568판결

1) 사건의 경과

원고들은 사업구역 내의 토지등소유자들로써 재건축조합인 피고의 설립에 동의한 사람들인데, 피고가 조합설립 당시 토지등소유자로부터 징구 받은 조합설립동의서의 비용분담사항이 지나치게 추상적이어서 이를 토대로 한 조합설립행위는 무효라고 주장하였다.

이에 대하여 1심¹⁸⁴⁾ 및 원심¹⁸⁵⁾은 원고의 소가 민사사건이라는 전제 아래 재건축 결의사항 중 재건축 비용의 분담에 관한 사항은 집합건물의 구분소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지, 아니면 시가에 의하여 구분소유권 등을 매도하고 재건축에 참가하지 않을 것인지를 선택하는 기준이 되는 것이고, 재건축 결의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분으로서, 재건축의 실행단계에서 다시 비용분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 하고 이를 정하지 아니한 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효라 할 것이고(대법원 1998. 6. 26. 선고 98다15996 판결 등 참조), 이러한 법리는 이 사건에서와 같이 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다)에 따른 주택재건축정비조합 설립동의의 효력을 판단함에 있어서도 마찬가지로 적용된다고 할 것인바, 위 법리에 비추어 보면 그 동의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분이라 할 비용분담의 기본이 되는 ‘건축물 철거 및 신축비용개산액’ 항목이 공란인 채 제출된 동의서에 의한 피고 설립행위는 무효임이 명백하다고 판단하였다.

184) 서울북부지방법원 2007. 9. 21. 선고 2006가합10396 판결.

185) 서울고등법원 2008. 7. 24. 선고 2007나101716 판결.

2) 판결의 요지

대법원은 "행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추지 않을 경우 도시정비법상 재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효 확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데에 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다. 그런데 원심이 인용한 제1심판결 이유와 기록에 의하면, 이 사건 소는 2006. 6. 12. 피고 조합에 대한 관할 행정청의 조합설립인가처분이 있는 후인 2006. 12. 20. 그 설립인가처분의 요건에 불과한 이 사건 조합설립결의에 대한 부존재 또는 무효확인을 구하는 것으로 제기된 것임을 알 수 있어, 위 법리에 의하면 확인의 이익이 없는 부적법한 소에 해당한다고 볼 여지가 있다. 그러나 한편, 원고들이 이 사건 소로써 다투고자 하는 실체는 조합설립의 효력으로서, 이를 위해서는 앞서 본 것처럼 마땅히 조합설립인가처분에 대한 취소 또는 무효확인을 구하는 방법에 의하여야 할 것인데, 이러한 점을 제대로 알지 못한 채 재건축조합에 대한 설립인가처분을 보충행위로 보았던 종래 실무 관행을 그대로 답습한 나머지 부득이 그 요건에 해당하는 조합설립결의의 무효확인을 구하는 방법을 택한 것으로 보이는바, 이러한 사정에 비추어 보면 이 사건 소는 그 실질이 조합설립인가

처분의 효력을 다투는 취지라고 못 볼 바 아니고, 여기에 이 사건 소의 상대방이 행정주체로서 지위를 갖는 피고 조합이라는 점까지 아울러 고려하여 보면, 이 사건 소는 공법상 법률관계에 관한 것으로서 행정소송의 일종인 당사자소송으로 제기된 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 소는 제1심 관할법원인 서울행정법원에 제기되었어야 할 것인데도 서울북부지방법원에 제기되어 심리되었으므로 확인의 이익 유무에 앞서 전속관할을 위반한 위법이 있는바, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 이 사건이 조합설립인가처분에 대한 항고소송으로 변경될 수 있음을 고려해 보면 이송하더라도 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이 사건은 관할 법원으로 이송함이 마땅하다"고 판시하였다.(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다25261 판결 등 참조)

(다) 검토

그동안 조합설립행위의 하자는 민사소송으로 해결되어 왔다. 조합설립에 관한 분쟁을 민사소송으로 해결할 수 있는 논거로는 조합설립인가를 일반적으로 강학상 인가로 파악하여 왔기 때문이다. 강학상 인가가 계약 등 일정한 법률행위의 성립을 당사자의 자유에 맡기고 그 내용에 대한 최소한의 공익적 통제를 위하여 행정청의 보충적 완성권을 부여하는 것이므로 행정청은 단지 인가심사대상에 대하여 보충적으로만 심사권을 행사하고, 기본행위 전체를 법률적으로 검토할 의무는 없었다. 이로 인해 인가처분 자체에 하자가 없다면 기본행위 자체에 하자가 있다 하더라도 그 기본행위 하자를 다투는 것은 별론으로 하고, 기본행위의 무효를 내세워 바로 인가처분의 취소 또는 무효 확인을 구할 법률상 이익은 없다. 이에 따라 기본행위의 하자는 민사소송으로, 인가처분 자체의 하자는 행정소송으로 해결하라는 것이

다.¹⁸⁶⁾

이에 대하여 앞의 대법원 판결은 종전의 소송실무의 변화를 일으켰다.

대법원은 재건축조합설립인가에 대하여 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 한 것이다. 대법원은 이후 재개발조합설립인가와 관련하여서도, '도시정비법'상 주택재개발조합은 주택재개발사업의 추진위원회가 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자로부터 조합설립의 동의를 받은 다음, 관계 법령이 정하는 요건과 절차에 따라 행정청에 재개발조합설립인가신청을 하여 행정청으로부터 조합설립의 인가를登記함으로써 법인으로 성립하는데, 이와 같이 하여 설립된 주택재개발조합은 주택재개발정비사업의 사업시행자로서 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 행정주체로서의 지위를 가지게 되고, 이러한 행정주체의 지위에서 정비구역 안에 있는 토지 등을 수용하거나, 관리처분계획, 경비부과처분 등과 같은 행정처분을 할 수 있는 권한을 부여받는 점을 고려하여 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 보아야 한다¹⁸⁷⁾고 하여 재건축조합설립인가와 동일하게 판단하였다.

현재 소송 실무에서는 대상판결에 따라 조합설립결의의 무효임을 이유로 민사소송으로 조합설립무효확인을 구하는 사건을 행정사건 관할법원(서울 행정법원 또는 행정부)으로 이송하고 있고¹⁸⁸⁾, 이송 받은 법원 등은 당사자

186) 권영준, 앞의 논문, 369~370면.

187) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두4845판결.

188) 대법원은 재개발조합설립인가와 관련하여서도 "도시 및 주거환경 정비법상 주택 재개발 정비사

에게 항고소송으로의 소 변경 기회를 부여하되, 항고소송으로의 소 변경이 이루어지지 않을 때에는 각하 판결을 내리고 있다.

우선 조합설립에 이의가 있는 자는 행정법원이나 지방법원본원의 행정부에 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하여야 한다. 민사소송인 무효확인소송은 제소기간이 없지만 행정소송인 인가처분취소소송은 90일의 제소기간이 존재하며, 무효확인소송은 설립동의에 중대·명백한 하자가 있어야 승소할 수 있으므로 이전에 비하여 조합의 승소율이 높아지게 될 것으로 예상된다.¹⁸⁹⁾

조합설립인가 취소소송에서 설립동의의 내용상 하자에 대한 심사강도는 어느 정도로 할 것인가와 어떤 경우에 사정판결을 인정할 것인가는 학설과 판례를 통해 구체화 될 것인데 이와 관련하여 판례를 살펴보면 다음과 같다. 대법원은 종래 재건축 비용의 분담에 관한 사항을 정하지 아니한 재건축 결의의 효력에 대하여 향후 재건축실행단계에서 다시 비용분담에 관한 합의로 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 한다

업 조합(이하 '재개발조합'이라 한다)은 주택재개발사업(이하 '재개발사업'이라 한다)의 추진위원회가 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자(이하 '토지 등 소유자'라 한다)로부터 조합설립의 동의(이하 이 항에서 '조합설립동의'라 한다)를 받은 다음, 관계 법령이 정하는 요건과 절차에 따라 행정청에 재개발조합설립인가신청을 하여 행정청으로부터 조합설립의 인가를 받아 등기함으로써 법인으로 성립한다(구 도시정비법 제16조 제1항, 제5항, 제18조). 이와 같이 하여 설립된 재개발조합은 재개발사업의 사업시행자로서 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 행정주체로서의 지위를 가지게 되고, 이러한 행정주체의 지위에서 정비구역 안에 있는 토지 등을 수용하거나(동법 제38조), 관리처분계획(동법 제48조), 경미부과처분(동법 제61조) 등과 같은 행정처분을 할 수 있는 권한을 부여받는다. 따라서 재개발조합설립인가신청에 대한 행정청의 조합설립인가처분은 단순히 사인(사인)들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법령상 일정한 요건을 갖추는 경우 행정주체(공법인)의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성질을 가진다고 봄이 상당하다. 그러므로 도시정비법상 재개발조합설립인가신청에 대하여 행정청의 조합설립인가처분이 있는 이후에는, 조합설립동의에 하자가 있음을 이유로 재개발조합 설립의 효력을 부정하려면 항고소송으로 조합설립인가처분의 효력을 다투어야 한다"고 하여 재건축조합설립인가와 동일하게 판단하였다.(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두4845 판결)

189) 박현정, 앞의 논문 153면.

는 입장이었다.¹⁹⁰⁾ 그러나 최근 대법원은 주택재건축정비사업조합 설립에 대한 토지 등 소유자의 동의가 ‘정비사업조합 설립추진위원회 운영규정’(건설교통부 고시 제165호)의 붙임 운영규정안 제34조 및 주택재건축정비사업조합설립동의서(이하 ‘표준동의서’라 한다)에 의해 이루어진 사안에서, 위 표준 동의서상의 기재 내용이 조합원이 부담하게 될 사업비용의 부담기준이나 사업완료 후 소유권 귀속에 관한 사항 등에 관하여 구체적으로 정하지 않은 것이어서 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다.¹⁹¹⁾

‘도시정비법시행령’에서는 조합설립동의서에 재건축비용의 개략적인 금액만을 기재하도록 규정하고 있고, 그 비용은 향후 사업시행계획 및 관리처분계획을 통해 변경될 수 있다. 앞에서 살핀 대법원 판결이 기존의 판례를 변경한 것은 아니나 “실행단계에서 다시 비용분담에 합의를 하지 않아도 될 정도”의 구체성을 요구하지 않았음에 의의가 있다.¹⁹²⁾

(라) 사건

조합설립인가의 법적 성질이 강학상 특허의 성질을 아울러 가진다고 보

190) 대법원 1998. 6. 26. 선고 98다15996 판결.

“집합건물의소유및관리에관한법률(이하 집합건물법이라 한다) 제47조 제2항에 의하면, 재건축의 결의는 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 다수에 의한 결의에 의하도록 규정되어 있고, 같은 조 제3항, 제4항에 의하면 재건축의 결의를 할 때에는 건물의 철거 및 신건물의 건축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항과 신건물의 구분소유권의 귀속에 관한 사항을 정하여야 하고, 위와 같은 사항은 각 구분소유자 간의 형평이 유지되도록 정하지 아니하면 아니 된다고 규정하고 있는 바, 위 재건축 비용의 분담에 관한 사항은 구분소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지, 아니면 시가에 의하여 구분소유권 등을 매도하고 재건축에 참가하지 않을 것 인지를 선택하는 기준이 되는 것이고, 재건축 결의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분으로서, 재건축의 실행단계에서 다시 비용 분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 부담액 또는 산출기준을 정하여야 하고 이를 정하지 아니한 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 것이다.”

191) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다10881 판결

192) 박현정, 앞의 논문, 155면.

게 되면, 조합설립행위인 정관작성 등에 하자가 있다고 하더라도 강학상 특허에 해당하는 조합설립인가처분이 강학상 인가이론에서처럼 곧바로 실효되는 것이 아니다. 민사소송에 의하여 일부 조합원들이 조합설립무효확인을 받는다 하더라도 이와 별도로 강학상 특허의 성질을 가지는 조합설립인가처분의 공정력을 깨뜨리지 않는 한 조합설립은 여전히 유효하게 되고, 후속 처분인 사업시행인가와 관리처분계획도 유효하여 정비 사업이 계속 진행된다. 결국, 민사소송으로 제기되는 조합설립 무효소송은 확인의 이익이 없다 할 것이다.¹⁹³⁾

그러나 이런 재개발조합 및 재건축조합에 대한 설립인가를 도시재정비사업권한을 부여하는 특허로 보는 것은 법리상 받아들이기 어렵다.

조합설립인가는 일반적으로 조합설립행위라는 기본행위와 행정청의 인가가 결합된 형태이며, 인가 이후 등기를 함으로써 궁극적으로 조합 설립행위가 완성되게 된다. 조합설립인가란 토지등소유자 중 정비사업에 동의하는 자들의 합의에 의해 작성된 정관과 동의서 양식을 심사하여 그 요건이 충족되면 발급하는 행정법상의 행정처분으로, 이를 통설과 종래 판례는 강학상 인가로 보았다. 즉 조합설립인가는 사업시행자를 만들어 내는 행위, 즉 '권한·능력을 설정하는 행위'인 강학상 특허의 징표를 가지는 것은 사실이나, '도시정비법'상 조합은 인가요건 외에도 등기라는 또 하나의 요건을 갖추어야 하는 점, 조합과 조합원들 사이의 구체적인 권리·의무는 다른 아닌 기본행위인 조합설립행위에서 나오는 것이고 관할 행정청의 인가처분 자체에서 나오는 것이 아닌 점을 종합하면 인가는 보충행위라고 보아야 한다.¹⁹⁴⁾

인가는 본질상 사인의 기본행위에 대하여 그 효력을 보충·완성시키는 행정행위이므로, 그 자체가 독립적으로 존재하지 않고 반드시 사인의 기본행

193) 김은유, 재개발·재건축 법률실무, 매일경제신문사, 2009, 311면.

194) 유동근·송현진, 앞의 책, 260면.

위와 결합하여 효력을 발생시킨다. 기본행위인 조합설립행위가 무효인 때에는 설립인가처분이 있더라도 기본행위가 유효하게 되는 것은 아니며¹⁹⁵⁾, 반대로 기본행위에 하자가 있는 경우 그에 대하여 인가처분이 있다고 하여 그 기본행위의 하자가 치유되는 것도 아니다. 즉, 조합설립행위라는 기본행위의 하자나 흠은 조합설립인가와는 별도로 다루어져야 하며, 또한 기본행위는 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에 하자¹⁹⁶⁾가 있는 경우에는 인가처분의 무효나 취소를 구할 수 있다. 즉, 조합설립인가를 강학상 인가로 보아 기본행위의 하자나 흠을 다투고자 하는 경우, 기본행위의 하자를 이유로 인가의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없고, 조합설립이 무효가 된다면 기본행위의 효력을 완성시켜주기 위하여 행정청으로부터 발급된 강학상 인가는 당연히 실효되며, 이 경우 인가의 무효를 확인할 소의 이익이 있게 되는 것이다.

재개발·재건축 사업이 연혁적으로나 ‘도시정비법’의 취지에 비추어 보아도 공공성과 자율성의 역학관계에서 완전히 공공성으로 기울어진 사업이라 보기에 어려움이 있다. 특히 재건축사업의 경우 의사결정의 기본행위성을 부정하기는 어렵다. 이렇게 보는 이상 기본행위의 효력을 다투기 위한 민사소송을 제기하는 것은 가능하도록 하여야 할 것이다. 물론 재건축결의의 효력을 다투는 데에 아무런 기간 상 제한이 없는 문제, 처분 등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여 효력이 있는 반면, 민사판결은 그렇지 못한 문제, 행정소송법에서는 사정판결이 인정되나 민사소송법에는 그렇지 않아 일정한 제약이 있으며¹⁹⁷⁾, 조합설립행위의 법적 의의를 축소하고 행정청의 조

195) 이에 관련하여 대법원은 “학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 학교법인의 임원 선임행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성하게 하는 보충적 행정행위로서 성질상 기본행위를 떠나 승인처분 그 자체만으로는 법률상 아무런 효과도 발생할 수 없다.”고 판결한바 있다.

196) 인가처분의 고유한 하자’란 추진위원회가 동의요건 등을 제대로 갖추지 아니한 상태에서 인가신청을 제출하였으나, 관할 행정청이 서류상 하자를 간과하여 인가처분을 내려준 경우 등을 말한다. 이러한 경우 조합설립인가처분은 동의요건 불비라는 하자를 간과한 것이므로 인가처분의 취소를 구할 수 있다.

합설립인가행위의 설권적처분성을 강조하는 대법원 판례의 이런 태도는 토지등소유자들의 조합설립행위의 독자적 법률행위성과 그에 대한 인가행위의 법률관계보충행위로서의 지위를 계속 인정할 경우에는 조합설립행위의 하자를 다투는 민사소송과 조합설립인가행위(행정처분)에 대한 항고소송이 병립하게 되고, 특히 조합설립행위에 대한 무효확인의 효과가 조합설립인가행위의 공정력의 벽을 넘지 못하여, 기본행위가 무효임에도 불구하고 그에 대한 인가행위의 공정력이 인정되는 모순이 발생 한다.¹⁹⁸⁾

이와 같은 문제에 대하여 우선 제소기관과 사정판결의 부존재로 인한 문제점들은 본안판단에 고려할 수 있을 것이다. 재건축결의의 하자판단에 있어서 하자의 내용과 재건축사업의 진행정도를 고려하여 변론종결 시점의 하자의 총체적 중대성을 평가한 뒤 그 무효 여부를 판단하도록 하여야 한다.¹⁹⁹⁾ 법적 분쟁해결 수단의 복잡성과 중복성의 문제는 인가행위와 같은 보충적 법률행위는 기본행위의 효력이 무효인 경우에는 그 하자가 승계되어 무효가 된다는 법리의 정립이나, 조합설립해의에 하자가 있어 무효가 되는 경우 그에 대한 인가행위의 기본적 요소에 관한 중대한 흠결이므로 조합설립인가의 하자에 대하여 제기하는 이의가 곧 조합설립결의의 무효를 주장하는 것과 동일한 것일 때에는 조합설립무효를 다투는 소송과 조합설립인가의 무효확인 또는 그 취소를 구하는 소송을 병합하거나, 개인의 권리구제 수단으로 확실성이 큰 최종적인 법률관계, 즉 조합설립인가처분에 대해서만 권리구제의 길을 통합하는 소위 권리구제수단의 집중제도를 소송법제에서 도입하는 것 등²⁰⁰⁾으로 해결 될 수 있을 것이다.

197) 권영준, 앞의 논문, 371~372면.

198) 김해룡, 앞의 논문, 15면.

199) 권영준, 앞의 논문, 372면.

200) 김해룡, 앞의 논문, 15~16면.

(3) 조합설립인가의 효력

조합은 조합설립인가를 획득하고, 이후 등기를 경료하면 법인격을 취득하게 된다.

정관에 대한 조합원들의 합의는 일반적으로 총회에서 이루어지고, 총회 결의 이후 일정 기간이 경과해야 조합설립인가가 신청되고 발급되게 된다. 인가로서 정관의 효력이 완성되고 소급효가 있다. 만약 조합설립인가로 인해 조합의 정관이 인가 시점 이후부터 효력을 발생하는 것으로 이해하면 설립인가 이전의 각종 법적지위와 법률 행위에 상당한 혼란이 있을 수 있다. 따라서 조합설립을 위한 합의 및 정관의 작성은 법령이 정하는 목적에 위배하지 않고 정비 사업을 진행하기 위한 내용을 대상으로 하는 한, 조합설립인가에 의해 그 내용대로 승인되면, 그 효력이 당사자들 간의 합의 시로 소급하는 것으로 해석해야 한다.²⁰¹⁾

(4) 조합설립인가의 재량성

조합설립인가와 관련하여 인가신청이 있으면 이에 대해 행정청이 인가를 해야 하는지, 즉 기속행위인지 재량행위인지가 문제가 될 수 있다. 이는 기본적으로 법 규정의 형식이나 문언에 의하여 개별적으로 결정할 것이지만, 종래 재건축조합의 설립인가가 행정청의 통제수단으로서 재량행위²⁰²⁾에 가깝다면 ‘도시정비법’에서는 기속행위 내지 기속적 재량행위에 가깝다는 견

201) 대법원 1991. 12. 24. 선고. 90다12243 판결.

허가받을 것을 전제로 한 거래계약일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로써 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 거래의 효력이 전혀 발생하지 않음은 위의 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 된다.

202) 대법원 1995. 12. 12. 선고 94누12302호 판결.

설립인가를 신청한 주택조합의 사업내용이 관계 법령의 규정에 위배되거나 사회 질서를 해칠 우려가 있음이 명백한 때에는 인가를 거부할 수 있다고 보았다.

해²⁰³⁾가 있다. 사적자치실현을 위한 단체의 법적설립요건 충족시 인가 해야 하는 기속적인 것으로, 공익적 견지가 되는 경우가 아닌 한 재량행위라 할 수 없다고 할 것이다.

(5) 부관부설립인가 가능 여부

관할 행정청이 재건축조합설립인가를 함에 있어서 요건의 일부가 미비한 경우에 부관을 부과할 수 있는지, 정지조건부 내지 해제조건부 설립인가를 할 수 있는지 여부가 문제가 되는데, 이에 대하여 ① 조합설립인가가 재량 행위인 이상 부관의 하나인 조건을 붙일 수 있다는 입장(긍정설)과, ② 도시정비법등에 조합설립요건 및 조합설립인가에 대한 명문의 규정을 두고 있으므로 관할 행정청은 조건을 붙일 수 없다는 입장(부정설)로 나뉘어 있다.

최근 대법원 판례에 따르면 조합설립인가를 특허적 설권행위로 보는 이상 부관을 부과하는 것이 가능하다고 할 것이다. 그러나 사건으로 앞에서 살펴본바와 같이 조합설립인가는 기속행위, 확인행위이다. 법령에 조합설립요건 및 설립인가에 대한 명문의 규정을 열거하고 있는 것으로 행정청의 재량의 여지는 없으며 조건을 붙이는 것도 불가하다 할 것이다.

다. 조합원

(1) 조합과 조합원의 법률관계

정비사업조합은 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적²⁰³⁾을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사

203) 송현진·유동규, 앞의 책, 274면.

무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 조합원과의 공법상의 권리·의무 관계에 있다.²⁰⁴⁾ ‘도시정비법’ 제27조에는 ‘조합에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다’라고 규정하고 있다. 즉 조합이 조합원에 대하여 강제적 권능을 가지는 것은 ‘도시정비법’에 규정을 두고 있는 경우에 한정되어야 하며, 이에 관련한 처분 기타 공권력의 행사에 해당하는 행위에 대해서만 공법상의 권리·의무관계가 인정되는 것이다. 따라서 공법상의 권리·의무에 대해서만 행정심판 및 행정소송의 제기가 가능하며, 그 밖에는 통상의 민사소송에 의하여야 한다고 해야 할 것이다.

(2) 조합원의 자격

조합원이란 정비구역안의 토지등소유자²⁰⁵⁾로서 조합구성원을 말하는데, 토지등소유자라 하여 모두 조합원이 되지는 않는다. 여기에는 강제가입제와 임의가입제가 있는데, 강제가입제의 경우 조합설립의 동의에 상관없이 모든 토지등소유자는 조합원이 되는 것이며, 임의가입제는 조합설립에 동의한 토지등소유자만이 조합원이 되는 것이다. 재개발의 경우 강제가입제를 취하고 있어 조합설립의 동의에 상관없이 모든 토지등소유자는 조합원이 되는 반면, 재건축의 경우 임의가입제를 취하고 있어 조합설립에 동의한 자로 범위가 한정된다. 조합원 지위가 중요한 이유는 장차 신축건물을 분양받을 수 있는 분양대상자로서 지위를 가지기 때문이다.

204) 대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 판결.

205) 주택재개발사업의 경우 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자를 말한다. 즉 토지만을 소유한자, 건축물만을 소유한 자 또는 지상권자 모두 토지등소유자에 해당한다. 반면 주택재건축사업의 경우 정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자와 정비구역이 아닌 구역 안에 소재한 공동주택 및 그 부속토지의 소유자와 부대·복리시설 및 그 부속토지의 소유자를 말한다. 즉 건축물 및 토지를 가지고 있는 자를 토지등소유자로 하고 있으므로 건축물만을 소유하거나 토지만을 소유한 자는 토지등소유자에 해당하지 않는다.

(3) 조합원의 권리·의무

조합원의 구체적인 권리·의무에 관한 사항에 대하여는 조합원의 동의를 통해 정관에 구체화되지만, 일반적으로 조합원이 갖는 권리와 의무는 다음과 같다.

조합원의 권리로는 관리처분계획에서 정한 주택 등의 분양청구권을 갖는다. 이는 가장 본질적인 권리로서 종전 토지 및 건축물의 현물출자에 대응하는 권리를 말한다. 그리고 조합원은 조합의 구성원으로 총회에 출석하여 정비사업 시행에 중요한 사항을 의결할 수 있으며, 조합의 사무를 집행하기 위한 조합장과 이사 및 조합의 업무를 감시할 수 있는 감시기관인 감사를 선임하거나 피선임할 수 있는 권리를 가진다. 또한 조합의 임원으로 선임되면 공무원으로 의제되는 등 형사적 책임도 따른다. 그리고 조합에는 대의원을 두어 총회를 대신하여 사업 추진 상 필요한 사항을 의결하게 된다. 이때 조합원은 이러한 대의원회를 구성하는 대의원으로 선출하거나 피선출할 수 있는 권리를 가진다. 그 외 사업시행에 관한 관련서류의 열람·등사를 할 수 있으며, 손실보상 및 손해배상청구권 등이 있다.

조합원이 갖는 일반적인 의무로는 정비사업비, 청산금, 부과금과 이에 대한 연체료 및 지연손실금(이주지연, 계약지연, 조합원 분쟁으로 인한 지연 등을 포함)등의 비용납부 의무가 있으며, 사업시행계획에 의한 철거 및 이주 의무, 그 밖에 관계법령 및 정관, 총회 등의 의결사항의 준수의무, 조합원 소유의 토지와 건물 등의 현물출자 의무 등이 있다.

(4) 조합원의 지위양도

조합의 설립인가 후 양도·증여·판결 등으로 조합원의 권리가 이전된 때에는 조합원의 권리를 취득한 자를 조합원으로 보고 이렇게 조합원의 권

리변동 등이 발생한 때에는 조합원명부 등 관계서류를 수정하여야 하고, 시장·군수에게 신고하여야 한다. 한편 정부는 단기차익을 노리는 투기수요를 차단하기 위해 ‘재건축시장 안정대책(2003. 9. 5)’을 발표하면서 재건축 조합원의 명의변경을 금지하였다. 주택법상 투기과열지구로 지정된 지역 안에서의 주택재건축사업의 경우 조합설립인가 후 당해 정비사업의 건축물 또는 토지를 양수²⁰⁶⁾한 자는 조합원이 될 수 없다. 한편 사업시행자는 조합설립인가 후 당해 정비사업의 건축물 또는 토지를 양수한 자로서 조합원의 자격을 취득할 수 없는 자에 대하여는 현금으로 청산하여야 한다(도시정비법 제19조 제2항, 제3항).²⁰⁷⁾ 이 경우 현금청산 기준 일을 조합에서 자율적으로 정할 수 있다.

206) 매매·중여 그 밖의 권리의 변동을 수반하는 일체의 행위를 포함하되, 상속·이혼으로 인한 배우자 간의 양도·양수의 경우를 제외한다.

207) 헌법재판소 2008. 9. 25. 2004헌마155 결정.

헌법재판소는 “토지재산권의 강한 사회성 내지 공공성, 그리고 무엇보다 우리나라에서 지난 20~30년간 부동산 가격의 상승이 커다란 사회문제 중 하나였고 이러한 부동산 가격 상승의 주된 원인 중 하나가 아파트 재건축 과정에서 발생한 가격상승에 있다는 점 등을 감안할 때 재건축주택에 대한 투기수요를 차단하여 국민의 주거의 안정을 확보하려는 입법목적은 정당하다. 또한 개발가능지가 충분치 않아 신규아파트 공급물량의 상당 부분을 재건축사업이 담당하고 있는 상황에서 투기과열지구 안의 재건축 조합원의 명의변경을 금지하는 것은 투기수요를 차단하여 서민의 주거 안정을 도모하는 데에 효과적인 방법이라고 할 것이다. 나아가 법은 이 조항으로 인한 피해를 최소화하기 위해, 대상지역을 투기과열지구로 한정하고, 직장변경, 취학, 결혼, 해외이주 등의 사유로 세대원 전원이 타 지역으로 이주할 경우에는 예외적으로 조합원 지위 양도를 허용하고 있으며, 이 법 시행 전에 재건축조합설립인가를 받은 조합원으로부터 건축물 또는 토지를 양수한 자에 대하여는 이 법조항의 적용을 배제하고 있다. 마지막으로 이 조항이 달성하려는 부동산 투기억제는 국민의 주거 안정에 직결되는 것으로 그 공익이 매우 큰 반면, 투기과열지구 내 토지 등의 소유자가 받게 되는 재산권의 제한이라는 것은 자신의 의사에 따라 조합원이 되었을 경우에 그 조합원의 지위를 전매하지 못하는 것에 불과한 것이다. 따라서 이 조항은 헌법상 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다. 구 주택법 시행령 등 관계 법령에 따르면 재건축조합과 주택법상 지역, 직장조합은 그 제한의 기간 상 원칙적으로는 차이가 없고 다만 예외 인정 범위와 관련하여 세부적인 차이가 있으나, 주택조합의 주택 건설 사업은 신규 개발 사업으로서의 성격을 가지는 것으로서 기존에 있던 주택을 정비하는 사업인 재건축 사업과는 기본적으로 그 성격이 상이한 점 등을 감안할 때, 이를 자의적인 차별이라고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

4. 사업시행계획 및 인가

가. 사업시행계획의 작성 및 인가

사업시행이란 정비구역 안에서 정비사업을 위해 필요한 행위 또는 제반 절차를 말한다. 통상 정비사업은 정비구역이 지정되고 토지등소유자로 구성된 조합이 정비사업을 시행하게 되는데, 사업시행에서 중요한 역할을 하는 것이 사업시행을 위해 필요한 각종 계획이다. 즉 사업시행계획은 재개발·재건축사업의 시행을 위하여 필요한 권한을 조합에게 부여하기 위한 것으로²⁰⁸⁾ 정비사업을 시행하는데 있어서 필요한 포괄적인 계획이다. 이는 토지이용계획, 조합원의 확정, 건축물의 높이·규모·용적률·배치와 권리배분 기준 등에 관한 건축계획, 잉여건물의 처분방법, 정비기반시설 및 공용시설의 설치계획, 임대주택의 건설계획, 이주대책계획 등 정비사업을 위해 필요한 일종의 마스터플랜이라고 할 수 있다. 또한 후행하는 관리처분계획으로 확정할 내용 또는 확정할 내용을 포함한다.

이러한 사업시행계획은 행정청에 의해 최종적으로 확정되는 인가를 통해 효력을 발생하게 된다. 즉 사업시행자는 정비사업을 시행하고자 하는 경우 사업시행계획서에 정관등과 그 밖에 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출하고 사업시행인가를 받아야 한다. 시장·군수는 정비구역이 아닌 구역에서 시행하는 주택재건축사업의 사업시행인가를 하고자 하는 경우에는 건축물의 높이·층수·용적률 등 대통령령이 정하는 사항에 대하여 ‘건축법’ 제4조의 규정에 의하여 시·군·구(자치구를 말한다)에 설치하는 건축위원회의 심의를 거쳐야 한다(도시정비법 제28조).

208) 박현정, 앞의 논문, 155면.

나. 사업시행계획인가의 법적성격

(1) 처분성여부

사업시행인가는 시장·군수가 사업시행자인 조합에 대하여 정비사업에 관한 일의 사업내용을 최종적으로 확정하여 인가하는 행정처분이다. 대법원은 “사업시행인가는 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 그 사업시행인가를 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력이 발생 한다”라고 판시하였다.²⁰⁹⁾ 사업시행인가를 받게 되면 사업자는 정비사업을 시행할 수 있는 지위 또는 권리를 부여받게 되고 ‘토지보상법’에 의한 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 볼 뿐 만 아니라, 각종 관련 개별법상의 각종 인·허가가 의제되는 등 이해관계인에게 직접적이고 구체적인 법적 효과를 발생시키므로 그 처분성을 인정할 수 있다.

(2) 사업시행계획과 인가와와의 관계

사업시행계획과 인가와와의 관계에 관하여 사업시행계획이라는 기본행위를 인가함으로써 법률상 효력을 보충한다는 점에서 ‘강학상 인가’라고 보는 입장²¹⁰⁾과 관할 행정청이 조합으로 하여금 본격적인 정비사업을 시행할 수 있도록 권한을 부여하는 ‘강학상 허가 내지 특허’로서의 성질을 가진다는 입장²¹¹⁾으로 나뉘어 있다.

209) 대법원 1989. 6. 27. 선고 87누743 판결.

210) 부산지방법원 2007. 7. 5. 선고 2006구합3583판결.

211) 서울행정법원 행정재판실무편람 3 자료집, 서울행정법원, 2002, 528면.

후자에 따르면 시행계획은 그 법적 성질이 행정계획이라 할 것이고, 사업 시행계획을 작성하는 사업시행자는 행정주체의 지위에서 행정계획을 입안하는 것이므로, 사업시행인가는 강학상 인가에 해당하지 않는다고 보고 있다. 단순히 사인간의 법률관계를 완성시켜주는 역할을 하는 것이 아니라 행정계획을 결정(확정)하는 역할을 하는 것으로서 사업시행계획은 행정계획이고 인가를 통해 계획이 확정되어진다는 점에서 사업시행인가는 '계획확정 행위'라 하며 이런 점에서 사업시행계획이라는 행정계획의 수립절차라는 관점에서 본다면, 사업시행계획의 '작성'은 행정계획의 '입안'을, 사업시행계획의 '인가'는 행정계획의 '결정'을 의미하는 것으로 보고 있다.²¹²⁾

그러나 '도시정비법'상 사업시행인가를 받은 사업시행자에게는 정비사업 시행을 위한 공사에 착수할 수 있는 법적 지위가 주어지고(도시정비법 제 28조 제1호), 주택법상의 승인, 건축법상의 건축허가 등을 받은 것으로 의제되며, '권한·능력을 설정하는 행위'인 강학상 특허의 징표를 갖는 것은 사실이나, 이것만으로 그 법적 성질이 강학상 특허라고 단정하는 것은 '도시정비법'상 사업시행자에게 '사업시행계획의 작성권'이 있고 행정청은 단지 이에 대한 '인가권'만을 가지고 있는 점²¹³⁾, 즉 '도시정비법'상 사업시행계획을 조합이 '도시정비법'과 정관이 정하는 바에 따른 조합원총회의 결의(동의)를 거친 후에 '성립(수립)'하고 행정청의 인가가 '고시'됨으로써 비로소 그 내용대로 대외적인 효력을 갖게 되는 점을 간과하고 있는 것이다. 특히 '도시정비법'에 의한 '정비사업조합'은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그

서울행정법원 2007. 2. 7. 선고 2006구합17477판결.

212) 최진수, 앞의 논문(주택재개발·재건축에 관한 법적 연구), 100면 : 김종보·전연규, 새로운 재건축 재개발 이야기 I-하권, 도시개발연구포럼, 2010, 484면.

213) 대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결.
특히 사업시행자인 조합의 사업시행계획 작성은 자치법적 요소를 가지고 있는 사항이라 할 것이다.

존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리·의무 관계에 있어²¹⁴⁾, ‘도시정비법’이 정하는 바에 따라 일정한 처분을 발급하는 행정주체이고 특히 사업시행계획이나 관리처분계획과 같은 포괄적인 행정계획을 입안하는 매우 중요한 기능을 하는 사업시행자인 점 등을 종합하면, 관할 행정청의 ‘사업시행인가’는 기본행위인 사업시행자의 ‘사업시행계획’의 효력을 완성시켜주는 보충적 행정행위로서 사업시행인가는 강학상 인가로 보아야 할 것이다.

(3) 재량행위성

사업시행인가는 법령에 일의적으로 규정화 되어 있지 아니한 이상 인가권자인 시장·군수의 재량행위에 해당된다.

대법원은 “주택건설촉진법 제33조 제1항에 의한 주택건설사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다”²¹⁵⁾라고 판시한 바 있다.

다. 사업시행인가 법적효과

(1) 공사의 착공

사업시행인가의 본질적 효과로서 사업시행자는 공사를 착공할 수 있는 법적 지위가 부여된다.

단, ‘도시정비법’에는 사업시행자는 관리처분계획의 인가를 받은 후 기존

214) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두6333 판결.

215) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누12917 판결.

의 건축물을 철거하여야 한다고 규정하여 사실상 관리처분계획을 수립하여 인가를 받은 이후로 늦추고 있다.

(2) 분양신청기간 공고 의무 발생

사업시행자는 ‘도시정비법’ 제28조 제4항의 규정에 의한 ‘사업시행인가의 고시가 있는 날(사업시행인가 이후 시공자를 선정한 경우에는 시공자와 계약을 체결한 날)’부터 60일²¹⁶⁾ 이내에 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 토지등소유자에게 통지하고 분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역 등 대통령령이 정하는 사항을 해당 지역에서 발간되는 일간 신문에 공고하여야 한다. 이 경우 분양신청기간은 그 통지한 날부터 30일 이상 60일 이내로 하여야 한다(도시정비법 제46조 제1항).

(3) 수용재결 및 이주대책 등의 기초

정비사업을 시행하기 위해서는 기존 건축물 내 거주하고 있는 조합원 또는 토지등소유자를 이주시켜야 하며, 이들 중 소유권의 이전을 거부하는 자들을 수용 또는 매도청구소송으로 배제시킬 권한을 갖게 된다.

(4) 각종 인·허가등의 의제

사업시행자가 사업시행인가를 받은 때에는 인가·허가·승인·신고·등록·협의·동의·심사 또는 해제가 있는 것으로 의제되고, 사업시행인가의 고시가 있는 때에는 인·허가 등의 고시·공고 등이 있는 것으로 의제된다. 이를 집

216) 도시정비법 2009. 2. 6. 법률 9444호로 일부 개정되기 이전에는 '21일'이었다.

중효(Konzentrationswirkung)라고도 하는데, 여기서의 집중효란 "사업시행 계획이 인가되면 다른 법령에 의해 받게 되는 승인 또는 허가 등을 받은 것으로 의제하는 효력"을 말한다.²¹⁷⁾ 즉 집중효가 인정되지 않는다면 사업시행자로서 당해 사업과 관련하여 여러 법률에 의한 수많은 인·허가 등을 받아야 하는데, 이에 소요되는 시간·노력·비용으로 인해 사업의 효율적인 시행이 상당히 어려워 질 것이다. 집중효제도인 의제 조항은 이러한 어려움을 없애주는 기능을 하게 되는 것이다. 통상 정비사업이 대규모사업으로서 이를 추진하는데 오랜 시일이 소요되므로 사업시행인가에 별개의 법률에 의한 인·허가 등을 집중시킴으로서 별도로 개별 법률에 의한 인·허가 등을 일일이 받을 필요가 없도록 하는데 그 의미가 있다.

(5) 공익사업보상법 규정에 의한 사업인정 및 고시 의제

정비구역 안에서 정비사업의 시행을 위한 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리에 대한 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(이하 '공익사업보상법'이라고 한다)을 준용한다.

'공익사업보상법'을 준용함에 있어서 사업시행인가의 고시(시장·군수가 직접 정비사업을 시행하는 경우에는 사업시행계획서의 고시를 말한다.)가 있을 때에는 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 본다(도시정비법 제40조 제2항).

217) 집중효제도는 관할(Zuständigkeit), 절차(Verfahren) 및 결정(Entscheidung)의 집중을 의미하는데, 독일에서 계획확정결정(Planfeststellungsbeschuß)에 집중효가 인정된 것은 1838년의 프로이센철도법(Preussisches Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. 11. 1838)이 철도건설허가에 집중효를 규정한 것이 처음이다. 집중효는 인·허가 등을 받은 것으로 대체한다는 점에서 "대체효"(Ersetzungswirkung)라고 하기도 한다.

(6) 국·공유재산관련 기준시점

정비사업을 목적으로 우선 매각하는 국·공유지의 평가는 '사업시행인가의 고시가 있는 날'을 기준으로 하여 행하며, 주거환경개선사업의 경우 매각가격은 이 평가금액의 100분의 80으로 한다. 다만, 사업시행인가의 고시가 있는 날부터 3년 이내에 매매계약을 체결하지 아니한 국·공유지는 국유재산법 또는 지방재정법이 정하는 바에 의한다(도시정비법 제66조 제6항).

(7) 부담으로서의 사업시행인가 조건

일반적으로 사업시행계획인가의 조건에는 대부분 도로, 동사무소, 파출소, 학교용지 등을 기부채납 하는 내용이 포함되어 있다. 기부채납을 인가조건으로 한 것에 대하여 실무상 조건이라고 부르는 경우가 많은데, 그 성질상 행정행위의 '부담'에 해당한다고 할 것이다.

라. 분양공고 및 분양신청

사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 날(사업시행인가 이후 시공자를 선정한 경우에는 시공자와 계약을 체결한 날)부터 60일 이내에 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 토지등 소유자에게 통지하고 분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역 등 해당 지역에서 발간되는 일간신문에 공고하여야 한다. 이 경우 분양신청기간은 그 통지한 날부터 30일 이상 60일 이내로 하여야 한다. 다만, 사업시행자에 의한 관리처분계획의 수립에 지장이 없다고 판단하는 경우에는 분양신청기간을 20일의 범위 이내에서 연장할 수 있다.

대지 또는 건축물에 대한 분양을 받고자 하는 토지등소유자는 분양신청

기간 이내에 사업시행자에게 대지 또는 건축물에 대한 분양신청을 하여야 하며, 사업시행자는 토지등소유자가 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청을 철회한 자, 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 자의 경우에는 분양대상자에서 제외된 날부터 150일 이내에 대통령령이 정하는 절차에 따라 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다(도시정비법 제46조 제1항, 제2항, 제47조).

5. 시공자의 선정

가. 시공자 선정시기

‘도시정비법’이 제정 될 당시 제11조는 조합은 사업시행인가를 받은 후 조합 총회에서 국토해양부장관이 정하는 경쟁 입찰의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 규모 이하의 정비사업의 경우에는 조합총회에서 정관으로 정하는 바에 따라 선정할 수 있다. ‘건설사업기본법’의 규정에 의한 건설업자 또는 ‘주택건설촉진법’의 규정에 의하여 건설업자로 보는 등록업자를 시공자로 선정하여야 한다고 규정하였다. ‘도시정비법’이 제정되면서 재개발·재건축사업은 조합의 단독시행이 원칙이 되었고, 예외적으로 시장·군수, 주택공사 등과 공동시행을 할 수 있도록 하였다. 시기에 있어서도 사업시행인가 후 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하게 되어 있어 민간건설업체는 단지 수급인인 시공자의 지위에 있도록 하였다.²¹⁸⁾ 이는 모든 정비사업에 대하여

218) 도시정비법 시행 이전 도시재개발법에는 시공사선정에 대한 별도의 규정이 없었으며, 주택재개발사업은 조합이 건설업자 또는 주택건설사업자와 공동으로 재개발 사업을 시행할 수 있었다. 재건축사업 또한 조합이 시공자와 공동으로 사업을 시행하는 것이 원칙으로 시공자의 선정방식에 대하여 별도의 규정이 없었다. 이로 인해 사업시행자로 선정되기 위한 출혈경쟁, 각종비리, 주민들 간의 분열, 투입비용이 집 값 상승의 요인이 되는 등 악영향이 있었다.

공통적으로 적용되었던 것이었다. ‘도시정비법’ 제정 전 정비사업 초기부터 시공자들의 과열된 수주경쟁으로 인하여 각종 비리, 부조리 등이 발생하였고 이러한 문제를 막기 위해 ‘도시정비법’ 제정시 시공사 선정 시기를 사업 시행 인가 후로 규정하게 된 것이다.

그러나 ‘도시정비법’ 시행 후 정비사업의 전문성 부족과 초기사업자금의 부족 등의 이유로 정비사업의 진전이 없었다. 특히 재개발의 경우 재건축에 비해 주민자력에 의한 사업추진이 사실상 곤란하였다. 이로 인해 2005. 3. 18 법률 7392호로 일부 개정하여 재건축의 경우만 시공사 선정에 관한 규정을 두게 되었으며, 시공사선정 시기 제한 위반에 대한 처벌규정²¹⁹⁾을 신설하였다. 그러나 재개발사업이 ‘도시정비법’상 시공사 선정시점에 관한 명문의 규정이 없어 사업초기부터 시공사 선정이 가능해 지자 다시 조합과 시공자간의 유착관계 등의 문제가 발생하여 2006. 5. 24. 법률 제7960호로 재개정하여 주택재개발사업의 경우에도 시공자를 조합설립인가 후 선정하도록 하였다.

결국 2009. 2. 6. 개정 전에는 주택재개발사업은 조합설립인가를 받은 후, 주택재건축사업은 사업시행인가를 받은 후 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정해야 하며, 조합은 시공자를 국토해양부장관이 정하는 경쟁 입찰의 방법으로 선정하여야 한다고 제한을 두었다. 그러나 주택재건축 사업에도 사업초기의 자금 확보를 원활하게 함으로써 사업 활성화를 기하고 조합의 전문성 보완을 통한 사업추진 능력을 향상시키기 위하여 2009. 2. 6. 법률 제9444호 일부 개정 시 시공사 선정시기가 조합설립인가 이후로 앞당겼다. 따라서 현재는 재개발사업·재건축사업 모두 조합설립인가를 받은 후 시공자를 선정하여야 한다.

이렇게 시공사 선정시기규정이 여러 차례 개정된 이유는 시공사 선정과

219) 도시정비법 제84조의2(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 2005.3.18>

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

관련하여 많은 분쟁들이 계속해서 발생하고 있기 때문이다. 이러한 분쟁 해결을 위하여 사업선정과정에서 투명성을 확보하여 그 문제점을 해결하여야 하는데 그에 따른 자세한 내용은 5장에서 후술하기로 한다.

나. 시공계약의 종류

조합과 시공회사 사이의 공사계약 체결방식은 정비사업으로 기대되는 개발이익을 어떻게 배분하는지, 또는 총 공사금액을 어떤 재원으로 충당하는지 등에 따라 크게 지분제와 도급제로 구분된다.

도급제는 시공회사가 건축 공사비만을 받고 공사를 하게 되며, 계약당시 건물의 평당 공사비를 책정, 사업이 진행되는 동안의 물가상승이나 설계변경등 공사비의 추가인상 또는 인하요인이 있으면 조합과 시공회사가 계약 조건에 따라 공사비를 조정하는 계약방식이다. 사업은 전적으로 조합이 주관하므로 개발이익이나 부담금이 발생하는 경우 조합원에게 돌아간다. 실무에서는 도급제 계약의 경우 계약서에 총 도급금액이 표시되고, 지분제 계약의 경우 무상지분을 또는 무상지분면적 등이 명시된다. 도급제로 사업을 진행할 경우 조합원들이 조합행정에 적극적으로 협조하면 사업진행 속도가 빨라져 조합원에게 개발이익이 최대로 돌아갈 수 있으나 조합집행부의 사업추진역량이 부족하면 큰 문제가 된다.

지분제는 조합원의 소유지분에 따라 일정비율의 아파트면적을 제공하고 건설사가 잔여 아파트와 상가, 복리시설 등은 일반 분양하여 공사비에 충당한다. 시공사가 모든 사업을 책임지고 수행하며 계약시 확정된 지분이외의 이익금은 100% 시공사로 귀속된다. 또한 지분제 공사계약은 사정변경을 고려하여 그 금액 등의 변경이 가능한가에 따라, 즉 지분 보상율의 확정여부에 따라 완전 지분제²²⁰⁾와 변동 지분제로 분류할 수 있다.²²¹⁾ 실무에서 시

220) 완전지분제, 고정지분제, 확정지분제는 같은 뜻으로 사용되고 있다.

공자는 주로 도급제를 선호하고 있으나, 조합은 여건에 따라 차이가 있지만, 일반적으로 지분제 형태의 시공 계약 체결을 요구한다. 이런 이유로 시공자는 시공비 채권을 명확히 담보할 수 있는 도급제를 선호하는 것이며, 조합도 또한 이와 같은 위험 회피를 위하여 확정된 지분을 선호하는 것이다.

다. 시공자보증

시공보증이란 시공자가 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하거나 의무이행을 하지 아니할 경우 보증기관에서 시공사를 대신하여 계약이행의무를 부담하거나 일정금액을 납부할 것을 보증하는 것을 말한다.²²¹⁾

조합이 정비사업의 시행을 위하여 시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 자를 시공자로 선정할 경우 시공자는 공사의 시공보증을 위하여 국토해양부령이 정하는 기관의 시공보증서를 조합에 제출하여야 한다. 시장·군수는 착공신고를 받는 경우에는 시공보증서 제출여부를 확인하여야 한다.

라. 시공자와의 계약방식과 선정기준 위반의 효과

시공자 선정에 관한 규정을 위반하여 시공자가 선정된 경우, 그 선정의

221) 완전지분제의 장점은 사업 착수 당시 조합원들의 지분 보상율이 확정돼 사업추진과정에서 추가 부담요인이 발생하지 않는다는 것이며, 반면 분양수익금이 시공자에게 전부 귀속되어 조합수익이 감소될 수 있는 위험이 있다. 변동 지분제는 착수 당시 어느 정도 지분 보상율을 확보할 수 있는 장점이 있지만, 사업추진과정에서 추가부담요인이 발생하여 지분 보상율이 감소될 위험이 있다. 통상적으로 시공자와 조합은 도급제의 공사계약을 체결하지만, 지분제 형태를 취하더라도 시공자는 변동 지분제를 선호한다. 시공자는 정비사업에 있어서 공사비 채권의 확보를 가장 우선하며, 변동 지분제는 위험의 회피 장치로써 받아들여지고 있다.

222) 대한주택보증주식회사 보증업무 안내에 따르면 이를 '조합주택 시공보증'으로 칭하면서 그 내용을 "주택조합과 시공계약을 체결한 시공사가 파산 등의 사유로 당해 주택조합에 대한 시공책임을 이행할 수 없게 되는 경우에 조합주택시공보증약관에 따라 시공사를 대신하여 시공을 이행하거나 일정기준의 손해금을 부담하는 보증"으로 설명하고 있다.

효과는 선정결의의 무효를 구하는 당사자 소송이나 민사소송을 통해 다룰 수 있으며, 이에 따라 계약 또한 당연 무효가 된다. ‘도시정비법’은 조합이 사업관계자와 맺는 법률관계에 대해 특별한 행정 처분권을 부여하고 있지 않다. 다만 시공자의 선정 시기나 일정한 동의를 요건으로 정하고 있을 뿐이다. 이처럼 특별한 규정이 존재하지 않으면 조합과 시공사 사이에 체결되는 계약은 민사법의 원리에 의한 사법상계약으로 보아야 할 것이다. 따라서 이와 관련된 분쟁은 민사소송으로 해결하여야 한다.



제4절 사업시행단계

1. 정비사업의 시행방법

주택재개발사업은 정비구역 안에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하거나, 환지로 공급하는 방법에 의한다.

주택재건축사업은 정비구역 안 또는 정비구역이 아닌 구역에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하는 방법에 의한다. 다만, 주택단지 안에 있지 아니하는 건축물의 경우에는 지형여건·주변의 환경으로 보아 사업시행 상 불가피한 경우와 정비구역 안에서 시행하는 사업에 한한다(도시정비법 제6조 제2항, 제3항).

2. 정비사업시행을 위한 조치

가. 순환정비방식의 정비사업

사업시행자²²³⁾는 정비구역의 내·외에 새로 건설한 주택 또는 이미 건설되어 있는 주택에 그 정비사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자(정비구역에서 실제 거주하는 자에 한한다.)가 임시로 거주하게 하는 등의 방식으로 그 정비구역을 순차적으로 정비하는 등 주택의 소유자 또는 세입자의 이주대책을 수립하여야 한다(도시정비법 제35조 제1항). 순환용 주택에 입주할 대상자는 정비구역 안에 실제 거주하여야 하며, 주민등록만 등재된 경우는 해당하지 않는다. 현재 ‘도시정비법’에서 도입한 순환정비방식은 (구)‘도시재개발법’상 순환재개발방식을 이어 받은 것이다.²²⁴⁾

223) 여기서 사업시행자는 LH공사 등 뿐 만 아니라 정비조합도 포함하는 개념이다.

이 경우 임시로 거주하는 주택(이하 "순환용주택"이라 한다)을 '주택법' 제38조의 규정에 불구하고 임시수용시설로 사용하거나 임대할 수 있으며, 주택공사 등이 보유한 공공임대주택을 순환용주택으로 우선 공급할 것을 요청할 수 있다. 2009년 11월 27일 개정 시행령에서 사업시행자는 LH공사 등이 소유한 공공임대주택을 순환용 주택으로 활용하려는 경우 관리처분인가 신청 후 관련서류를 첨부하여 요청할 수 있도록 하고, 공공임대주택의 본래 목적을 훼손하지 않기 위하여 순환용 주택으로 활용 범위를 공급신청일 현재 공공임대주택 공급예정물량의 1/2로 제한하는 규정을 신설하였다. 또한 '임대주택법'에 따른 매각 요건이나 임대 요건을 만족하는 경우 무주택자에 한정하여 순환용 주택을 분양 또는 임대 가능하도록 하여 주거생활의 연속성이 확보되도록 하였다. 순환용주택에 거주하는 자가 정비사업이 완료된 후에도 순환용주택에 계속 거주하기를 희망하는 때에는 이를 분양하거나 계속 임대할 수 있다. 이 경우 사업시행자가 소유하는 순환용주택은 인가받은 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 처분된 것으로 본다(도시정비법 제35조 제3항). 2009년 11월 28일 개정 시행령에서 '임대주택법'에 따른 매각 요건이나 임대 요건을 만족하는 경우 무주택자에 한정하여 순환용 주택을 분양 또는 임대가 가능하도록 하여 주거생활의 연속성이 확보되도록 하였다.²²⁵⁾

나. 임시수용시설의 설치

주택재개발사업의 경우 조합은 임시수용시설의 설치 등 보호조치를 취하지

224) 1995년 12월 29일 도시재개발법이 개정되면서 처음으로 '순환재개발방식'이 도입되었다. 이 법이 폐지되고 새로 제정된 '도시정비법'에서 그 뒤를 잇고 있는데, 순환재개발방식 외에도 순환용 주택의 경우에도 계속 거주하면 관리처분계획에 의해 공급된 것으로 간주하는 효과까지 두고 있다 (김종보, 앞의 책(새로운 재개발·재건축 이야기 I-하권), 121면).

225) 김종보, 앞의 책(새로운 재개발·재건축 이야기 I-하권), 122~124면.

않고는 구역 내 주택을 철거할 수 없다. 즉, 사업시행자는 주택재개발사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자(정비구역에서 실제 거주하는 자에 한한다.)에 대하여 당해 정비구역 내·외에 소재한 임대주택 등의 시설에 임시로 거주하게 하거나 주택자금의 융자알선 등 임시수용에 상응하는 조치를 하여야 한다(도시정비법 제36조 제1항). 그러나 실무에서는 세입자에게 임시수용시설을 마련해주거나 주택자금의 융자 알선 등을 하는 경우는 거의 없으며, 주거이전비만 지급하는 경우가 많다.²²⁶⁾ 그런데 재개발조합이 별도로 이주대책을 마련한 경우에도 임시수용시설을 마련하여야 하는지 문제되는데 대법원은 “재개발사업의 시행자는 재개발구역 안의 거주자 중 재개발사업의 시행으로 주택이 철거되는 자를 당해 재개발구역 또는 그 인접지의 적당한 시설에 임시수용한 후가 아니면 재개발사업을 시행할 수 없다고 규정한 도시재개발법 제34조 제1항 본문은, 재개발사업의 시행자가 재개발사업의 시행으로 주택이 철거되는 자들을 위하여 연립주택의 입주권을 부여하는 등 이주대책을 마련하여준 경우에까지 적용되는 것은 아니다.”라고 판시하였다.²²⁷⁾ 따라서 재개발조합은 정관규정을 근거로 임시수용시설 설치 등의 의무를 면할 수는 없으나, 별도의 이주대책을 마련한 경우에는 ‘도시정비법’에 정한 임시수용시설을 마련하지 않아도 된다.

사업시행자는 그 임시수용을 위하여 필요한 때에는 국가·지방자치단체 그 밖의 공공단체 또는 개인의 시설이나 토지를 일시 사용할 수 있다. 국가 또는 지방자치단체는 사업시행자로부터 임시수용시설에 필요한 건축물이나 토지의 사용신청을 받은 때에는 제3자와 이미 매매계약을 체결한 경우, 사용신청 이전에 사용계획이 확정된 경우, 제3자에게 이미 사용허가를 한 경우를 제외하고 이를 거절하지 못한다. 이 경우 그 사용료 또는 대부료는 이

226) 부산지방법원, 판사들이 들려주는 재개발재건축 이야기, 산지니, 2010. 12, 210~211면.

227) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누7658 판결.

를 면제한다. 사업시행자는 정비사업의 공사를 완료한 때에는 그 완료한 날부터 30일 이내에 임시수용시설을 철거하고, 그 건축물이나 토지를 원상회복하여야 한다(도시정비법 제36조).

다. 토지 등의 수용 또는 사용

사업시행자는 정비구역 안에서 정비사업(주택재건축사업의 경우에는 천재·지변 그 밖의 불가피한 사유로 인하여 긴급히 정비사업을 시행할 필요가 있다고 인정되는 때에 해당하는 사업에 한한다.)을 시행하기 위하여 필요한 경우에는 공익사업을 위한 ‘토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’에 의한 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하고 있다(도시정비법 제38조).

토지수용이란 국가 등 행정주체가 토지소유권을 소유자의 의사에 반하여 소멸시키는 것을 말한다. 공공필요를 위한 적법한 행정작용으로 인해 재산권이 박탈되는 경우를 수용이라 하고, 이와 같은 재산권박탈은 정당한 보상을 전제로 가능하다. ‘도시정비법’에 정해진 토지수용에 관한 조문도 공공필요에 따른 정비사업을 위해 조합이 토지소유권을 확보하기 위한 수단으로 마련된 것이다.²²⁸⁾

정비구역 안에서 정비사업의 시행을 위한 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리에 대한 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 ‘토지보상법’을 준용한다(도시정비법 제40조제1항).

라. 손실보상

공공단체(지방자치단체를 제외한다) 또는 개인의 시설이나 토지를 일시

228) 김종보, 앞의 책(새로운 재개발·재건축 이야기 I-하권), 283면.

사용함으로써 손실을 받은 자가 있는 경우에는 사업시행자는 그 손실을 보상하여야 하며, 손실을 보상함에 있어서는 손실을 받은 자와 협의하여야 한다. 사업시행자 또는 손실을 받은 자는 손실보상의 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’에 의하여 설치되는 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있으며, 손실보상에 관하여는 ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’을 준용하도록 되어있다(도시정비법 제37조).

마. 매도청구

(1) 매도청구권의 의의 및 법적성질

매도청구권이란 사업시행자가 주택재건축사업을 시행함에 있어서 조합설립 동의를 하지 않은 자의 토지 및 건축물의 소유권에 대하여 매도할 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 재건축에 반대하거나 불참하는 구분소유자들에 대해 그들의 재산권이 부당하게 침해되지 않는 범위 안에서 정당한 시가에 따른 보상을 해주면서 그들을 합법적으로 배제시켜, 소수의 구분소유자들과 다수의 재건축을 찬성하는 구분소유자들 간의 이해관계가 대립되는 문제를 해결하는 데 그 의의가 있다. 즉, 재건축사업의 실행 시 소수의 재건축 불참자에 대해서 그들의 의사에 반하여 구분소유관계로부터 배제됨으로 인하여 부당하게 권리를 침해당하지 않고, 시가에 따라 정당한 자본을 회수할 수 있도록 하기 위해 매도청구권이 필요하다.²²⁹⁾²³⁰⁾ 매도청구 절차

229) 서울지방법원 신청 ; 집행실무연구회, 경매(입찰)의 실무와 재건축의 법률문제집, 한국사법행정학회, 1997, 290면.

230) 이영동, 집합건물의 재건축결의에 관한 민사법적 연구, 부산대학교 석사학위논문, 2001, 71면.
매도청구권을 인정하는 국가는 우리나라와 일본밖에 없다. 일본의 경우 다수의 구분소유자와 같은 장소에서 재건축을 희망한다고 하는 국민의식을 중시하는 견지에서 재건축 제도를 채용한 결과 때문이다.

는 정비사업 중 재건축사업에서만 수행한다. 주택재개발사업의 경우에는 토지등소유자가 이를 자발적으로 이전하지 않는 경우 토지 수용권을 발동할 수 있다. 이에 비해 주택재건축사업의 경우에는 토지수용권이 부여되지 않으므로 매도청구제도를 활용하여 반대하는 토지등소유자의 권리를 확보하게 되는 것이라 할 수 있다. 주택재건축사업에 있어서 재건축불참자 전원에 대하여 매도청구권을 행사하는 이유는 한 사람이라도 재건축 불참자가 토지 및 건축물의 권리자로 남으면, 그 권리자에 대하여 재건축사업을 강제하는 것은 불가능하므로 결국 재건축사업이 계획대로 진행할 수 없게 되기 때문이다.

종래 매도청구권의 요건은 재건축 결의였으나, 현행 ‘도시정비법’에 따른 매도청구권의 요건은 조합설립의 동의이다. 즉, 조합설립에 동의하지 않은 자에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있다.

매도청구권은 ‘형성권’으로서 당사자의 동의 없이 일방적으로 이루어져 계약체결의 자유를 상당 부분 제한하는 성질을 가지는데, 그 행사로 매도청구권을 행사한 자와 불참한 토지 또는 건축물 소유자 사이에 매매계약이 성립한 것으로 의제된다.

(2) 미동의자에 대한 최고

미동의자에 대한 최고란 매도청구권을 행사하기에 앞서 재건축에 찬성하지 않은 자에 대하여 조합 설립에 대한 동의 의사를 다시 한번 확인하고 재고의 기회를 주어 다수의 동의자를 확보하기 위하여 반드시 최고 절차를 선행하도록 한 것이다.²³¹⁾

‘집합건물법’은 “재건축결의가 성립된 경우 집회를 소집한자는 지체 없이

231) 이양수, 한국 재건축사업의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2000, 35면.

재건축결의에 찬성하지 아니한 구분소유자 또는 승계인에 대하여 재건축결의의 내용에 따른 재건축의 참여여부를 회답할 것을 서면으로 최고하여야 한다.”고 규정하고 있으나, ‘도시정비법’은 “사업시행자는 주택재건축사업을 시행함에 있어 조합 설립의 동의를 하지 아니한 자(건축물 또는 토지만 소유한 자를 포함한다.)의 토지 및 건축물에 대하여는 ‘집합건물법’ 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 매도청구권자가 사업시행자로 되어있으며 따라서 사업시행자인 조합이 최고권자라 할 것이다.

(3) 매도청구권의 행사

(가) 매도청구의 당사자

매도청구권자는 조합설립인가를 받은 재건축조합으로 보는 견해가 있다.²³²⁾

그런데 ‘도시정비법’은 사업시행자를 매도청구권자로 규정하고 있고, 사업시행자인 재건축조합은 설립인가를 받고 법인설립등기를 마친 법인으로서의 조합을 가리키므로, 매도청구권자는 조합설립등기를 마친 조합으로 봄이 타당할 것이다.²³³⁾

대법원 판결에서도 “원고가 주택재건축 정비사업조합으로서 주택재건축사업을 시행하는 이 사건에 있어서 원고는 조합설립등기를 마친 때로부터 매도청구를 할 수 있다고 할 것이고, ‘집합건물법’ 제48조 제4항에서 매도청구권의 행사기간을 규정한 취지 및 ‘도시정비법’ 제39조에서 이러한 집합건

232) 조합설립인가 후 등기를 마치지 않은 상태에서 매도청구권을 행사하였다고 하더라도 적법하다는 하급심판결이 있다.(서울중앙지방법원 2006. 8. 25. 선고 2005가합56068 판결)

233) 김종보·전연규, 새로운 재건축·재개발 이야기 I-상권, 한국도시개발연구포럼, 2010, 910면.

물법 제48조 제4항을 준용하도록 한 입법 취지에 비추어 볼 때, 원고는 조합설립등기를 마친 때로부터 ‘집합건물법’ 제48조 제4항 소정의 2월 이내에 피고에 대하여 매도청구를 할 수 있다고 해석함이 상당하다”²³⁴⁾고 판시한 바 있다.

매도청구의 상대방은 조합설립에 동의하지 않은 자로서 최고기간 내에 재건축에 참가하지 않을 것을 회답하였거나, 아무런 회답을 하지 않은 자, 조합설립에 동의하였다가 조합설립인가 전에 이를 철회한 자이다. 포괄승계인과 특정승계인은 포함되지만 임차인이나 전세권자와 같은 설정적 승계인은 포함되지 않는다.

공유자 중 일부만 조합설립에 동의하고 나머지 공유자는 조합설립에 동의하지 않은 경우에는 공유자들 전체에 대하여 공유부동산의 매도청구권을 행사할 수 있다고 본다. 조합규약을 위반하여 제명된 조합원에 대하여는 매도청구권을 행사할 수 있다.²³⁵⁾ 또한 탈퇴한 조합원에 대해서는, 임의탈퇴는 현물출자의무 등의 이행거절이라고 볼 수 있으므로, 제명된 조합원과 마찬가지로 매도청구권을 행사할 수 있다.

(나) 매도청구권 행사방법

매도청구권의 행사방식은 제한이 없다. 매도청구를 반드시 법원에 소로서 행사하여야 하는지 견해의 대립이 있을 수 있으나 명문의 규정이 없으므로 재판상 형성권으로 볼 수는 없어 재판상 재판 외 양자 모두 가능하다고 할 것이다. 그러나 의사표시에 의하여 매매계약이 성립되는 것으로 의제된다 하더라도 매매가격의 결정이 당사자 간의 합의로 이루어지고, 매도청구의

234) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다56572 판결.

235) 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다36344판결.

상대방이 임의로 소유권이전등기를 경료하여 주는 경우는 거의 없을 것이므로, 재판상 청구에 의하는 방법이 효율적일 것이다.²³⁶⁾

매도청구권자는 최고의 회답기간이 경과한 후 2개월 이내에 각자 혹은 공동으로 상대방에 대하여 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다. 매수 지정자가 존재하는 경우에는 각 재건축 참가자는 그와 별도로 자유로이 행사할 수 있다. 재판 외 방식에 의하는 경우 그 방식에는 제한이 없으므로 구두·서면 어느 것으로 하여도 무방하다.

‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’ 제48조 제4항에서 재건축참가자 또는 매수지정자가 재건축 참여 여부에 대한 최고를 한 후 같은 조 제2항 소정의 기간만료일로부터 2개월 이내에 재건축에 참가하지 아니한 구분소유자에 대하여 매도청구권을 행사하도록 매도청구권의 행사기간을 규정하고 있다. 매도청구권은 형성권으로서 재건축참가자 다수의 의사에 의하여 재건축에 참가하지 아니한 구분소유자의 구분소유권에 관한 매매계약의 성립을 강제하는 것이다. 만일 위와 같이 행사기간을 제한하지 아니하면 매도청구의 상대방은 재건축참가자 또는 매수지정자가 언제 매도청구를 할지 모르게 되어 그 법적 지위가 불안전하게 될 뿐만 아니라 재건축참가자 또는 매수지정자는 매수대상인 구분소유권 등의 시가가 가장 낮아지는 시기를 임의로 정하여 매도청구를 할 수 있게 되어 재건축에 참가하지 아니한 구분소유권자의 권익을 부당하게 침해할 우려가 있다. 이런 점에 비추어 상대방의 정당한 법적 이익을 보호하고 아울러 재건축을 둘러싼 법률관계를 조속히 확정하기 위하여 매도청구권은 위 행사기간 내에 이를 행사하지 아니하면 그 효력을 상실 하도록 할 것이다.²³⁷⁾ 그러므로 매도청구는 반드시 행사 기간 내에 이루어져야 한다.

236) 이범상, 건설관련소송실무, 법률문화원, 2004, 462면.

237) 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000다11621 판결 : 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다22812호 판결.

기존의 재건축 결의를 다시 하여 이에 따른 최고를 통해 새로운 매도청구권을 발생시킬 수 있는지에 대한 논의가 있는데 다수설은 새로운 매도청구권을 행사할 수 있다고 보고 있다. 하급심 판결 중, 매도청구권 행사기간 내에 매도청구권을 행사하지 아니하였다가 다시 조합원들의 동의를 얻어 재건축결의를 한 후 최고절차를 거쳐 매도청구를 한 경우에, 적법한 매도청구라고 판단한 예가 있다.²³⁸⁾

재건축결의와 동일한 정족수 여건을 갖추는 절차가 간단치 않고, 재차 매도청구를 허용한다고 하더라도 조합이 매도청구 시기를 임의로 결정함으로써 매도청구 상대방의 법적 이익을 침해할 위험은 크지 않음으로 새로운 재건축결의로 매도청구권을 허용함이 상당하다.

(4) 매도청구의 효과

(가) 계약체결의 의제

매도청구권은 형성권이기 때문에 매도청구권 행사의 의사표시가 상대방에게 도달하면 상대방의 승낙을 기다리지 않고 곧바로 목적물에 관하여 시가에 의한 매매계약이 성립한 것으로 본다. 단, 소유권은 이전등기를 경료한 때에 이전된다. 매매 계약의 성립시점은 보통 매도청구의 의사표시가 재건축 불참자에게 도달한 날이고 재판상 행사한 때에는 매도청구권 행사의 의사표시가 포함된 소장 또는 서면이 상대방에게 송달된 날이다. 당사자 사이의 매매 계약의 체결이 의제될 뿐이므로 나머지 효과는 일반적인 매매계약과 다를 것이 없다. 따라서 매도인은 소유권 이전등기의무 및 명도의무를 부담하고 매도청구권자는 매매대금인 시가상당의 금원을 지급할 의무를 부담한다. 위 의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인은 매매대금을 지급

238) 대구지방법원 2005. 12. 21. 선고 2005가단59380 판결.

받을 때까지 소유권 이전등기의무 및 명도의무의 이행을 거절할 수 있다.

그러나 이 매매계약은 법률상 의제된 것이므로 매도인은 매도청구권자의 대금 지급지체등을 이유로 매매계약을 해제할 수 없고 단지 '집합건물법'의 규정상 환매청구권만이 인정된다.

(나) 매매가격의 산정

매도청구권 행사를 재판의 방법으로 행하였을 경우 법원은 매도청구의 목적물에 대한 시가감정을 통하여 매매가격을 산정하게 되며²³⁹⁾, 매도청구권을 재판 이외의 방법으로 행사하였다면 조합과 매도청구의 상대방이 합의하여 매매 가격을 산정하게 된다.

(다) 건물의 명도

매도청구권의 행사에 의하여 매매계약이 성립되면 매도청구의 상대방은 매매대금을 지급받음과 동시에 건물을 명도 하여야 할 의무를 부담하게 된다. 그러나 매도청구권의 상대방이 건물을 명도하고 곧바로 주거를 구할 수 있는 것이 쉬운 일은 아니다. 이에 따라 매도청구의 상대방에게 명도기간 유예의 청구를 인정하여 조합과 재건축에 동의하지 않는 자와의 분쟁을 조정하고 있다. 청구가 있는 경우에 재건축에 참가하지 아니하는 뜻을 회답한

239) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38172판결.

대법원은 매도청구권의 행사로 인한 매매계약에 있어서 매매시가의 평가기준에 대하여 “집합건물에 관하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한법률 제47조 소정의 재건축 결의가 있는 후 그 재건축에 참가하지 않은 자에 대하여 같은 법 제48조 제4항에 의한 매도청구권이 행사되면, 그 매도청구권 행사의 의사표시가 도달함과 동시에 재건축에 참가하지 않은 자의 구분소유권 및 대지사용권에 관하여 시가에 의한 매매계약이 성립하게 되는 것인바, 이때의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 구분소유권과 대지사용권의 객관적 거래가격으로서, 노후 되어 철거될 상태를 전제로 한 거래가격이 아니라 그 건물에 관하여 재건축 결의가 있었다는 것을 전제로 하여 구분소유권과 대지사용권을 일체로 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말 한다”고 판시하였다

구분소유자가 건물을 명도함에 따라 생활상 현저한 곤란을 받을 우려가 있고 또한 재건축의 수행에 심한 영향이 없는 때에는 법원은 그 구분소유자의 청구에 따라 대금의 지급 또는 제공일로부터 1년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 건물의 명도에 관하여 상당한 기간을 허여할 수 있다(집합건물법 제48조 제5항).

(라) 소유권이전등기의 경로

매도청구권 행사에 의하여 매매계약이 성립하면 매도청구의 상대방은 매대금을 지급받음과 동시에 소유권 이전등기를 경로하여 주어야 한다. 법원이 명도기간을 허여하더라도 매도인의 소유권이전 의무까지 허여하는 것은 아니므로 매수인은 허여기간 전이라도 판결에 의해 소유권이전등기가 가능하다. 즉 소유권이전등기는 매대금을 지급받음과 동시에 이루어져야 한다.

(5) 매도청구권의 하자치유

구분소유자 등의 매도청구권은 재건축의 결의가 유효하게 성립하여야 발생한다. 조합설립이 조합설립 동의를 정족수 부족으로 무효인 경우 매도청구권의 행사가 사후 동意的 추가에 의하여 적법하게 되는 것은 아니다. 재건축 불참자 중 일부가 조합설립에 찬성함으로써 정족수를 충족한 경우 비로소 유효한 조합설립 동意的이 있게 되고 이때부터 새로운 최고절차를 거쳐 매도청구권을 행사할 수 있다.

대법원은 "매도청구권은 재건축의 결의가 유효하게 성립하여야 비로소 발생하는 것이므로, 재건축의 결의가 같은 법 제47조 제2항 소정의 정족수를 충족하지 못하였다면 유효한 재건축의 결의가 있다고 할 수 없어 매도

청구권을 행사할 수 없고, 매도청구권행사에 따른 소송 중에 재건축불참자 일부가 재건축 결의에 찬성함으로써 정족수를 충족하였다고 하더라도 정족수의 하자가 치유되어 무효인 종전의 재건축 결의가 소급하여 유효하게 되는 것은 아니다. 종전의 재건축 결의에 하자가 있어 새로이 재건축 결의를 한 경우 그 결의에 따른 매도청구권은, ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’ 제48조 제2항, 제4항에 따라 재건축참가자 또는 매수지정자가 재건축의 결의에 찬성하지 아니한 구분소유자 또는 승계인에 대하여 새로운 결의에 따라 재건축에 참가할 것인지 여부를 최고한 후 그 회답기간 만료일로부터 2개월 이내의 행사기간 내에 이를 행사하지 아니하면 그 효력을 상실하는 것이고, 매도청구권행사에 따른 소송이 계속 중이라고 하여 달리 볼 것은 아니다²⁴⁰⁾”라고 판시하였다.

최고 후 2개월을 기다리지 아니하고 매도청구소송을 하거나, 소제기로써 최고 및 매도청구를 함께 하는 경우 또는 매도청구권 행사에 최고기간을 준수하지 못한 하자들은 재건축 불참의 회답이나 최고기간동안 아무런 회답이 없음으로써 치유되었다고 보아야 하고, 이때의 매매계약일은 상대방에 대한 매도청구권의 소장송달일과 재건축 참가 여부에 대한 최고서가 상대방에 도달한 날부터 최고기간이 만료된 날의 익일 중 뒤에 도래한 날로 보아야 한다.²⁴¹⁾

바. 신탁등기

(1) 신탁등기의 의의 및 절차

신탁등기란 재건축사업의 원활한 추진을 위하여 사업시행지구 안의 조합

240) 대법원 2002. 9. 27. 선고 2000다10048호 판결.

241) 차흥권, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 건국대학교 석사학위논문, 2006, 73면.

원 소유의 토지 또는 주택 등의 재산을 조합 앞으로 이전하여 관리 및 처분하게 하는 방법을 말한다. 신탁등기를 통해 조합은 주택단지 안의 모든 소유권을 확보하게 되는 것이다.

신탁등기는 토지·건물 소유권이전 및 신탁등기 신청의 방법으로 하고, 조합원과 신탁계약서상 신탁재산과 관련된 신탁목적 범위 내에서만 권리를 행사할 수 있게 되며, 신탁의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우 신탁을 해지할 수 있는 권리를 가진다. 신탁등기의 시기는 조합설립인가 후 사업시행인가신청을 준비하면서 하는 경우와 사업시행인가 후 이주 시에 이주비를 지급받으면서 근저당설정과 동시에 하는 경우가 많다.

위탁자(조합원)를 등기의무자로 수탁자(조합)을 등기관리자로 하여 위탁자와 수탁자가 공동으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기 및 신탁등기를 신청 한다(부동산등기법 제117조).

조합과 같이 위탁자가 수인인 경우 수탁자와 신탁재산인 부동산 및 신탁목적이 동일한 때에는 하나의 신청서에 의하여 신탁의 등기를 신청 할 수 있다. 등기는 신탁행위가 있는 날부터 60일 이내에 신청하여야 하며, 상당한 이유 없이 기간 도과 후에 등기를 신청하는 때에는 과태료를 부담한다.

(2) 신탁등기의 법률문제

신탁등기의 필요성은 조합원들의 재산권을 조합 앞으로 이전해 놓으면 일체로서 관리 처분하는데 용이하다는데 있다. 즉 신탁등기를 하지 않을 경우, 일부 조합원의 신탁등기 미비 및 이를 조건으로 한 부당한 요구 등에 의하여 사업추진이 지연되는 경우가 발생할 수 있다. 종래 재건축조합의 경우 신탁등기를 하지 않으면 안정적 소유권 확보가 곤란한 점, 일반분양자에 분양 계약시 또는 이전등기시 전원날인 또는 전원의 인감증명을 첨부해야 한다는 점, 준공 후 새로운 면적취득으로 인한 대지 지분 변동 및 일반분양

자의 지분배당을 일관적으로 처리해야 한다는 점, 실무상 주택보증보험주식 회사에서 조합명의로 요구한다는 점 등의 이유로 재건축조합에 조합원의 소유로 되어 있는 토지 또는 주택 등에 대하여 신탁등기를 하는 것이 관행으로 인식되어 일반적 절차가 되었다.

‘신탁법’에서는 신탁재산에 대해 강제집행이 원칙적으로 금지된다. ‘신탁법’상 신탁재산이 수탁자의 고유재산으로부터 구별되어 관리될 뿐만 아니라, 위탁자의 재산권으로부터도 분리되어 독립성²⁴²⁾을 갖게 되기 때문에 수탁자 개인의 채권자가 신탁재산에 대해 강제집행하거나 경매할 수 없고, 만약 이에 위반하여 신탁재산에 강제집행하거나 경매할 때에는 위탁자와 그 상속인, 수익자, 수탁자는 이의를 신청할 수 있다. 따라서 위법한 강제집행 또는 경매라 할지라도 당연 무효는 아니고, 위탁자, 수익자, 수탁자 등이 이의 신청권만을 가지는 데에 불과하며 이의를 신청하지 않는다면 유효한 것으로 인정받을 수 있고 그 이후에는 손해배상청구나 부당이득반환청구로 해결해야 하는 문제만 남게 된다.

그러나 신탁 전에 발생한 권리²⁴³⁾ 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리²⁴⁴⁾에 대해서는 예외적으로 강제집행 또는 경매가 허용된다.

재건축조합이 각 조합원에게 분양된 건물 및 대지지분이 확정되고 잉여

242) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545, 86다카2876 판결.

243) 신탁전의 원인으로 발생한 권리라 함은 신탁 전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우 등 신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생한 경우를 말하는 것이고, 신탁 전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함되는 것은 아니다. (대법원 1996. 10. 15. 선고 96다17424 판결.)

신탁법 제21조 제1항은 신탁재산에 대하여 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에만 강제집행 또는 경매를 허용하고 있는바, 신탁대상 재산이 신탁자에게 상속됨으로써 부과된 국세라 하더라도 신탁법상의 신탁이 이루어지기 전에 압류를 하지 아니한 이상, 그 조세채권이 신탁법 제21조 제1항 소정의 ‘신탁 전의 원인으로 발생한 권리’에 해당된다고 볼 수 없다.

244) 신탁사무의 처리상 발생한 권리라 함은 수탁자가 신탁재산의 관리 되는 처분을 하는데 발생한 권리로써 신탁재산 자체에서 연유하는 권리를 포함할 뿐만 아니라, 신탁재산의 관리 또는 처분 등 신탁 업무를 수행하는 수탁자의 통상적인 사업 활동상의 행위로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 경우 피해자인 제3자가 가지는 불법행위에 기한 손해배상채권도 포함되는 것으로 본다.

건물에 대한 입주자 모집절차도 완료되면 재건축은 사실상 종료되고 재건축 조합은 청산절차에 들어가게 된다. 청산단계에서는 조합원들이 부담해야 할 건축비용을 납부하거나 또는 청산금을 지급받는 절차가 진행되고 청산절차에서 ‘조합원분양분’에 대하여 해당 조합원 명의로 소유권 보존등기를, ‘일반분양분’에 대하여는 조합명의로 소유권보존등기 후 일반분양자 명의로 소유권이전등기를 하게 되는데, 이때 신탁계약에 따른 신탁해지 내지 묵시적 합의에 따른 신탁해지가 이루어지게 된다.

3. 관리처분계획

가. 관리처분계획과 인가

(1) 의의 및 법적성격

관리처분계획은 분양대상자, 분양가액, 조합원의 비용부담 등 토지 등 소유자의 권리·의무에 관한 사항을 확정하는 행위이다.

사업시행자는 분양신청기간이 종료된 때에는 분양신청의 현황을 기초로 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다(도시정비법 제48조). 사업시행자는 관리처분계획의 인가를 신청하기 전에 관계서류의 사본을 30일 이상 토지등소유자에게 공람하게 하고 의견을 들어야 하며, 시장·군수는 사업시행자의 관리처분계획의 인가신청이 있는 날부터 30일 이내에 인가여부를 결정하여 사업시행자에게 통보하여야 하며, 관리처분계획을 인가하는 때에는 그 내용을 당해 지방자치단체의 공보에 고시한다. 사업시행자는 공람을 실시하고자 하거나 시장·군수의 고시가 있는 때에는 토지등소유자 또는 분양신청을 한 자에게 공람계획 또는 관리처분계획의 인가 내용 등을 통지하여야 한다(도시정비법 제49조).

즉, 관리처분계획은 정비사업 시행구역 안에 있는 종전의 토지 또는 건축물의 소유권과 소유권 이외의 권리(지상권, 전세권, 임차권, 저당권 등)를 정비사업으로 새로이 조성된 토지와 축조된 건축시설에 관한 권리로 일정한 기준아래 변화시켜 배분하는 일련의 계획, 즉 사업완료 후 이전고시(분양처분)의 내용을 미리 정하는 계획으로²⁴⁵⁾ 사업시행의 결과 설치되는 대지를 포함한 각종 시설물의 권리귀속에 관한 사항과 그 비용 분담에 관한 사항을 정하는 것이다.²⁴⁶⁾ 사업시행자가 분양신청기간이 종료된 때에 기존 건축물을 철거하기 전에 분양신청현황을 기초로 이를 수립하여 행정청의 인가를 받도록 하는 것으로 이는 “분양신청 통지 및 공고->분양신청->종전 및 종후 자산평가->관리처분계획서 작성->조합원 총회의 의결->공람 및 의견청취->관리처분계획인가 신청->관리처분계획 인가 및 고시->분양신청자에게 통지”라는 일련의 절차로 시행되고 있고, 그 중 조합원의 권리배분은 “종전 자산가치의 평가->추정총사업비의 산정->종후자산가치의 추산->비례율의 산출->조합원별 권리가액 산정->권리자별 권리의 변환, 조정 및 청산”의 과정을 거치게 된다.

주택재건축의 경우 ‘도시정비법’ 시행 이전에는 ‘주택건설촉진법’에서 관리처분계획의 수립 및 인가와 관련된 별도의 규정을 두고 있지 않아 임의적인 절차에 불과하였으나 ‘도시정비법’의 시행으로 재건축사업의 경우에도 관리처분계획은 필수적인 절차가 되었고, 이와 관련된 관할 행정청의 감독을 받게 되었다.

관리처분계획에 대하여 행정청의 인가·고시가 있을 경우 관리처분계획은 행정처분으로서의 효력을 갖는다는 것이 대법원 판례의 입장이다.²⁴⁷⁾

사업시행자가 수립한 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 관리처분계획

245) 송현진·유동규, 앞의 책, 723면.

246) 박현정, 앞의 논문, 155면.

247) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결 등.

인가의 법적성질에 관하여 관리처분계획이라는 기본행위에 대하여 이를 보충하여 그 효력을 완성하는 보충행위로 보아 '강학상 인가'라는 입장²⁴⁸⁾이다. 판례도 관리처분계획 인가를 강학상 인가로 보는데 "행정청의 인가는 주택개량재개발조합의 관리처분계획에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서 그 기본 되는 관리처분계획에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 관리처분계획이 유효한 것으로 될 수 없으며, 다만 그 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다"고 판시하였다.²⁴⁹⁾

그러나 이에 대한 비판으로 인가를 통해 확정되는 관리처분계획은 구체적인 행정계획으로, 정비구역 내 토지 등 소유자의 권리·의무에 관한 사항을 확정하는 행정처분이며, 그 내용에 불만이 있는 자는 행정소송으로 이를 다퉴 수 있고 민사소송은 제기할 수 없다고 한다. 즉 여기서 관리처분계획의 인가는 행정계획 확정행위라고 설명하고 있다.²⁵⁰⁾

그런데 강학상 인가에서 기본행위가 사인의 사법행위 뿐만 아니라, 공법행위도 포함된다. 행정처분이 되기 위하여는 단순히 행정청의 행정조직 내부의 행위가 아니라 외부적으로 법적 효과를 발생시키는 행위, 즉 외부적 행위가 있어야 할 것인데, 조합 내부에서 의사를 형성하는 과정은 일종의 행정청의 내부적 행위에 불과하다고 볼 수 있으며, 대법원은 조합을 구성하여 행정주체로서의 지위를 부여받은 이후에 법률이 위임한 공공목적을 집

248) 송현진·유동규, 앞의 책, 779면.

249) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7541 판결 : 대법원 1994. 10. 14 선고 93누22753판결.

250) 김종보·전연규, 새로운 재건축재개발 이야기 I-하권, 한국도시개발연구포럼, 2010, 482~484면.

행하는 등 대외적인 행위를 하는 경우에 행정처분성을 인정하는 경향인 점을 살필 수 있다.²⁵¹⁾ 사업시행자가 수립한 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 관리처분계획인가는 조합설립인가나 사업시행인가와 마찬가지로 관리처분계획이라는 기본행위에 대하여 이를 보충하여 그 효력을 완성하는 보충행위라고 보는 것이 타당하다.

(2) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결

(가) 판결요지

대법원은 "도시정비법에 따른 주택재건축정비사업조합(이하 '재건축조합'이라고 한다)은 관할 행정청의 감독 아래 도시정비법상의 주택재건축사업을 시행하는 공법인(도시정비법 제18조)으로서, 그 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체의 지위를 갖는다. 그리고 재건축조합이 행정주체의 지위에서 도시정비법 제48조에 따라 수립하는 관리처분계획은 정비사업의 시행 결과 조성되는 대지 또는 건축물의 권리귀속에 관한 사항과 조합원의 비용 분담에 관한 사항 등을 정함으로써 조합원의 재산상 권리·의무 등에 구체적이고 직접적인 영향을 미치게 되므로, 이는 구속적 행정계획으로서 재건축조합이 행하는 독립된 행정처분에 해당한다. 그런데 관리처분계획은 재건축조합이 조합원의 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획안을 마련하여 그에 대한 조합 총회결의와 토지 등 소유자의 공람절차를 거친 후 관할 행정청의 인가·고시를 통해 비로소 그 효력이 발생하게 되므로(도시정비법 제24조 제3항 제10호, 제48조 제1항, 제49조), 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의는 관리처분계획이라는 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나로, 그것이 위법하여 효력이 없다면 관리

251) 송현진·유동규, 앞의 책, 778~779면.

처분계획은 하자가 있는 것으로 된다. 따라서 행정주체인 재건축조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다. 그리고 이러한 소송은, 관리처분계획이 인가·고시되기 전이라면 위법한 총회결의에 대해 무효확인 판결을 받아 이를 관할 행정청에 자료로 제출하거나 재건축조합으로 하여금 새로이 적법한 관리처분계획안을 마련하여 다시 총회결의를 거치도록 함으로써 하자 있는 관리처분계획이 인가·고시되어 행정처분으로서 효력이 발생하는 단계에까지 나아가지 못하도록 저지할 수 있고, 또 총회결의에 대한 무효확인 판결에도 불구하고 관리처분계획이 인가·고시되는 경우에도 관리처분계획의 효력을 다투는 항고소송에서 총회결의 무효확인소송의 판결과 증거들을 소송자료로 활용함으로써 신속하게 분쟁을 해결할 수 있으므로, 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있기 전에는 허용할 필요가 있다. 그러나 나아가 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이와 달리 도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호 도시 및 주거환경정비법 부칙 제2조로 폐지)상 재개발조합의 관리처분계획안에 대한 총회결의 무효확인소송을 민사소송으로 보고 또 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있는 후에도 여전히 소로써 총회결의의 무효확인을 구할 수 있다는 취지로 판시한 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다13694 판결과 이와 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판

결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 이 사건 소는 도시정비법상의 재건축조합인 피고를 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소로서 관리처분계획에 대한 인가·고시 전인 2005. 3. 11. 제기되었음을 알 수 있으므로, 위에서 본 바와 같이 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당하고, 따라서 이 사건의 제1심 전속관할법원은 서울행정법원이라 할 것이다. 그럼에도 제1심과 원심은 이 사건 소가 서울중앙지방법원에 제기됨으로써 전속관할을 위반하였음을 간과한 채 본안판단으로 나아갔으니, 이러한 제1심과 원심의 판단에는 행정소송법상 당사자소송에 관한 법리를 오해하여 전속관할에 관한 규정을 위반한 위법이 있다. 한편, 이 사건 관리처분계획에 대하여 이 사건 소 제기 후인 2005. 3. 18. 관할 행정청의 인가·고시가 있었던 이상 따로 총회결의의 무효확인만을 구할 수는 없게 되었다고 하겠으나, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 관리처분계획에 대한 취소소송 등으로 변경될 수 있음을 고려하면, 그와 같은 사정만으로 이송 후 이 사건 소가 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이 사건은 관할법원으로 이송함이 상당하다"고 판시하고 있다.(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다25261 판결 등 참조).

(나) 검토

조합 총회 결의를 관리처분계획 인가처분에 이르는 절차적 요건에 불과한 것으로 인식하는 대법원 판결은 조합설립인가, 시행계획 및 관리처분계획에 대한 항고소송만이 가능한 제도 속에서 조합설립상의 하자나 정비사업시행계획 및 관리계획상의 하자가 경미한 경우에는 항고소송이 제기된 상태에서 특수한 요소가 적용되어 개인의 권리구제가 어려워 질수 있음을

다시 되짚어 봐야 한다.

한편 이 판결은 공법상 당사자소송에 대한 새로운 기준을 제시하였다는 점에 의의가 있다. 위 판례는 “그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송”의 한 유형으로 “행정처분의 위법·무효에 직접 영향을 미치는 법률관계에 관한 소송”이라는 기준을 제시하고 있고, 사업시행계획이나 관리처분계획에 대한 총회결의 무효확인소송이 여기에 해당함을 밝히고 있다.²⁵²⁾

나. 관리처분계획 인가의 효과

(1) 권리·의무의 확정

관리처분계획은 분양대상자, 분양가액, 조합원의 비용부담 등 토지 등 소유자의 권리·의무에 관한 사항을 확정하는 행위로서 이에 관한 사항이 인가·고시됨으로써 확정된다. 그러므로 이해관계인으로서 분양대상자, 분양가액 등에 동의할 수 없는 경우에는 관리처분계획이 인가된 후에 이에 대한 취소소송을 제기할 수 있다. 관리처분계획이 확정되기 전이라면 관리처분 총회결의 무효확인의 소를 제기하는 것도 가능하지만, 관리처분인가를 통해 법적 효력을 갖추면 관리처분결의 무효소송은 불가하며, 관리처분계획 인가의 항고소송은 가능하다.

대법원은 “(구)도시재개발법 제49조 제1항에 의하면 고시된 관리 처분 계획에 따라 대지 또는 건축 시설을 분양 받을 자는 분양 처분의 고시가 있는 다음날에 그 분양받을 대지 또는 건축 시설에 대한 소유권을 취득하는 것이므로, 분양 처분의 고시가 있기 전에는 대지 또는 건축 시설을 분양 받기로 되어 있는 자는 관리 처분 계획에 따라 그가 분양 받기로 특정되어 있는 부분의 대지 또는 건축 시설을 분양받을 권리가 있을 뿐이고 관리 처

252) 박현정, 앞의 논문, 160면.

분 계획에 따라 바로 그 소유권을 취득하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 다른 조합원이 분양받을 부분의 대지 또는 건축 시설에 대하여는 아무런 권리가 없다”고 판시하였다²⁵³⁾.

(2) 종전 토지 및 건축물 사용·수익 제한

관리처분계획의 고시가 있을 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 이전의 고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 사업시행자의 동의를 받거나 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우에는 그러하지 않다(도시정비법 제49조 제6항).²⁵⁴⁾

(3) 이주 및 철거가능

건축물의 철거 전에 관리처분계획의 인가를 받도록 규정하고 있으므로 관리처분계획의 인가·고시 이후에 철거가 가능하다. 그러나 ‘재난 및 안전 관리기본법’, ‘주택법’, ‘건축법’등 관계 법령에 따라 기존 건축물의 붕괴 등

253) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다25809 판결.

254) 그동안 관리처분이 인가고시 되면 조합원은 물론 비조합원인 수용대산자들의 건물까지도 아무런 보상 없이 사용수익권이 조합에게 넘어가는 문제가 있어왔다. 이로 인해 위헌주장이 제기되었고 이를 받아들여 개정된 것이다.

서울서부지법, 헌법재판소에 도시정비법 제49조 제6항 위헌심판을 제청하였다.(도시개발신문 2009. 6. 2.)

재개발사업이나 도시환경정비사업 등 정비사업 관리처분계획 인가 이후 세입자들을 강제 퇴거시키는 데 근가가 되는 법 규정이 헌법에 어긋날 수 있다며 법원이 위헌심판을 제청했다. 서울서부지법 민사12부(김천수 부장판사)는 22일 도시정비법 제49조제6항에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청했다.(중략) 재판부는 "도시정비법 제49조 제6항이 신축 건물의 임차권을 유지할 수없는 사람들의 재산권을 박탈하는 효과가 있음에도 불구하고 이들에 대한 아무런 보상 규정이 없다"며 "이는 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다'는 헌법 제23조 제3항에 위배된다"고 설명했다.

안전사고의 우려가 있는 경우에는 사업시행자는 기존건축물의 소유자의 동의 및 시장·군수의 허가를 얻어 해당 건축물을 철거할 수 있다. 이 경우 건축물의 철거에도 불구하고 토지등소유자로서의 권리·의무에 영향을 주지 아니한다.

(4) 일반분양

사업시행자는 분양신청을 받은 후 잔여분이 있는 경우에는 정관 등 또는 사업시행계획이 정하는 목적을 위하여 보류지(건축물을 포함한다)로 정하거나 조합원 외의 자에게 분양할 수 있다.

분양처분은 실제로 관리처분계획의 내용을 시행자가 상대방에게 고지하고 통지함으로써 이루어지는 바, 분양처분이란 공사의 완료 후 종전 토지 및 건축물에 갈음하여 새로이 조성된 대지 또는 건축시설을 교부하되 가액상의 과부족이 있을 시 금전으로 청산을 명하는 행정행위이다. 강학상 환권처분이라고도 하며, 그 법적 성질은 도시재개발법 상의 환지처분과 다를 것이 없다. 분양처분이 있으면, 종전의 토지 또는 건축물에 존재하던 권리는 원칙적으로 동일성을 잃지 않고 새로운 대지 또는 건축시설에 이전되며, 가치의 차이가 있을 때에는 청산에 관한 권리·의무가 발생하게 된다.

다. 주택의 공급

(1) 관리처분계획에 따른 공급

사업시행자는 정비사업의 시행으로 건설된 건축물은 인가된 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 공급하여야 한다(도시정비법 제50조). 여기에 서 ‘조합의 조합원들에 대한 주택 공급이 부가가치세법상 재화의 공급에 해

당하는지 여부'가 문제되는데, 대법원은 “주택개량을 위하여 조합원들이 스스로 결성한 주택개량재개발조합이 실시하는 재개발사업 중 조합원들에게 분양되는 주택에 관한 사업은 건축시부터 분양에 이르기까지 조합원들이 실질적인 최종 소비자의 지위에 있는 것이라고 하여야 할 것이고, 비록 조합원과 법률상 인격이 다른 조합이 그 공사비를 지급하였다거나 조합이 조합원들에게 주택을 분양하는 형식을 취하였더라도 조합이 조합원들에게 재화를 공급하였다고 볼 수는 없다”고 판시하고 있다.²⁵⁵⁾

(2) 잔여주택의 일반 공급

사업시행자는 공급대상자에게 주택을 공급하고 남은 주택에 대하여는 공급대상자의 자에게 공급할 수 있다. 이 경우 주택의 공급방법·절차 등에 관하여는 ‘주택법’ 제38조를 준용한다. 다만, 사업시행자가 제39조에 따른 매도청구소송을 통해 법원의 승소판결을 받은 후 입주예정자에게 피해가 없도록 청산금액을 공탁하고 분양예정인 건축물을 담보한 경우에는 법원의 승소판결이 확정되기 전이라도 ‘주택법’ 제38조에도 불구하고 입주자를 모집할 수 있으나, 제52조에 따른 준공인가 신청 전까지 해당 주택건설대지의 소유권을 확보하여야 한다(도시정비법 제50조 제5항).

255) 대법원 1990. 6. 22. 선고 90누509 판결.

제5절 사후처리단계

1. 준공인가

사업시행자는 정비사업에 관한 공사를 완료한 때에는 시장·군수의 준공인가를 받아야 하는데 준공인가신청을 받은 시장·군수는 지체 없이 준공검사를 실시하여야 한다. 시장·군수는 준공검사의 실시결과 정비사업이 인가 받은 사업시행계획대로 완료되었다고 인정하는 때에는 준공인가를 하고 공사의 완료를 당해 지방자치단체의 공보에 고시하여야 하며, 시장·군수가 직접 시행하는 정비사업에 관한 공사가 완료된 때에는 그 공사의 완료를 당해 지방자치단체의 공보에 고시하여야 한다. 시장·군수는 준공인가를 하기 전이라도 완공된 건축물이 사용에 지장이 없는 등 대통령령이 정하는 기준에 적합한 경우에는 입주예정자가 완공된 건축물을 사용할 것을 사업시행자에 대하여 허가할 수 있다(도시정비법 제52조).

준공검사처분은 건축허가를 받아 건축한 건물이 건축허가 사항대로 건축행정 목적에 적합한가의 여부를 확인하고, 준공검사 필증을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 것이다.²⁵⁶⁾ 이와 같은 준공인가는 고시되어야 후행하는 이전고시의 절차가 개시된다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

준공인가는 개별법령에서 건축행위나 개발사업 완성 이후 그것이 행정청으로부터 인·허가 받은 내용이나 사업계획서대로 완성되어 있는가를 검사하고 그 건물 등의 사용을 허용하는 행위이기 때문에 여기에서의 인가는 법률행위에 대해서 이루어지는 것이므로 인가라는 표현은 부적절해 보이고, 이는 확인에 해당하는 것으로 보는 것이 일반적이다.²⁵⁷⁾ 즉 준공인가는 인

256) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누5358 판결.

257) 법원은 건축법상의 건축물철거대집행계고처분의 적법성이 문제된 사안에서 "건축물사용검사처분

가받은 사업시행계획대로 완료되었는지 여부를 확인하고 준공인가 증을 교부하여 줌으로써 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는 행정처분으로서, 준 법률 행위적 행정행위 중 ‘확인행위’이다. 또한 관할 행정청은 당초 인가받은 사업시행계획대로 시공되었다면 준공을 거부할 수 없으므로 이러한 점에서 재량행위가 아닌 ‘기속행위’이다. 따라서 성질상 사업시행계획에 종속되는 처분이면, 사업시행계획대로 완료되었는지 여부를 확인하는 것에 불과한 것으로 보아야 할 것이다.

2. 이전고시

가. 의의 및 법적성격

이전고시(분양처분)²⁵⁸⁾란 완료 고시로 시행자가 관리처분계획에 따라 주택공급 등과 청산을 행하는 형성적 행정행위를 말한다.²⁵⁹⁾ 이는 종전 도시개발법상 분양처분이라 이르는 것으로써 이전고시는 관리처분계획에서 정한 구체적 사항을 집행하는 집행행위로서 사업 절차 중 중요한 부분을 이룬다.

사업시행자는 고시가 있을 때에는 지체 없이 대지확정 측량을 하고 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획에 정한 사항을 분양을 받을 자에게 통지

(준공처분)은 건축허가를 받아 건축된 건물이 건축허가사항대로 건축행정목적에 적합한가 여부를 확인하고 사용검사필증(준공검사필증)을 교부하여 줌으로써 허가받은 자로 하여금 건축한 건물을 사용·수익할 수 있게 하는 법률효과를 발생시키는데 불과하다"고 판시하였다(대법원 1999. 1. 26. 선고 98두15283 판결).

258) (구)도시재개발법상 재개발사업의 시행자가 공사완료의 공고가 있는 경우 이행하는 분양처분을 이전고시로 변경하였고 재건축사업에도 이를 확대하여 적용하도록 규정하였다. 이전고시와 분양처분은 차이가 있는 것이 아니라 분양처분의 법률효과가 고시에 의하여 발생하는 것을 명문화 하였을 뿐이다.

259) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88누9763호 판결 참조.

하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 한다. 이 경우 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 날의 다음 날에 그 대지 또는 건축물에 대한 소유권을 취득한다(도시정비법 제54조).

이전고시는 그 처분으로 종전의 토지 또는 건축물에 대한 소유권 등의 권리를 강제적으로 변환시키는 이른바 공용환권²⁶⁰⁾에 해당하고, 그 기본적인 성격은 토지구획정리사업에서의 환지처분, 특히 입체환지처분과 비슷하다. 그러나 원칙적으로 이전고시는 창설적인 설권처분이라 할 수 없고, 어디까지나 종전의 토지 등에 대한 소유권 등이 새로 조성·축조된 대지 또는 건축물에 대한 소유권 등으로 변환되는 과정의 한 단계에서 종전 소유자들의 지위가 어떠한 것인가를 확인·선언하는 것에 불과하다.²⁶¹⁾ 즉 종전의 토지 등의 소유권은 ‘분양받을 권리’로 잠정적으로 변환되었다가 ‘새로 조성·축조된 대지 또는 건축물에 대한 소유권 등’으로 권리변환 되면서, 각 단계에 있어서의 권리 사이에는 동일성이 유지되는 것이다.

판례는 “도시재개발법에 의한 재개발사업에 있어서의 분양처분은 재개발구역 안의 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 재개발사업에 의하여 조성되거나 축조되는 대지 또는 건축 시설의 위치 및 범위 등을 정하고 그 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산하거나, 대지 또는 건축 시설을 정하지 않고 금전으로 청산하는 공법상 처분으로서, 그 처분으로 종전의 토지 또는 건축물에 관한 소유권 등의 권리를 강제적으로 변환시키는 이른바 공용환권에 해당하나, 분양처분 그 자체로는 권리의 귀속에 관하여 아무런 득상·변동을 생기게 하는 것이 아니고, 한편 종전의 토지 또는 건축물에 대신하여 대지 또는 건축 시설이 정하여진 경우에는 분양처분의 고시가 있는 다음날에 종전의 토지 또는 건축물에 관하여 존재하던 권리관계는 분양받는

260) 공용환권이란 도시정비의 목적을 위해 일정한 절차를 거쳐서 특정의 토지와 건축시설에 대한 권리를 권리자의 의사와 무관하게 강제적으로 변환시키는 것을 말한다.

261) 유승정, 도시재개발법에 의한 분양처분의 성질, 대법원판례해설 23호, 1996.

대지 또는 건축 시설에 그 동일성을 유지하면서 이행되는바, 이와 같은 경우의 분양처분은 대인적 처분이 아닌 대물적 처분이라 할 것이므로, 재개발 사업 시행자가 소유자를 오인하여 종전의 토지 또는 건축물의 소유자가 아닌 다른 사람에게 분양처분을 한 경우 그러한 분양처분이 있었다고 하여 그 다른 사람이 권리를 취득하게 되는 것은 아니며, 종전의 토지 또는 건축물의 진정한 소유자가 분양된 대지 또는 건축시설의 소유권을 취득하고 이를 행사할 수 있다”고 판시하였다.²⁶²⁾

나. 이전고시의 효과

사업시행자는 대지 및 건축물의 소유권을 이전하고자 하는 때에는 그 내용을 당해 지방자치단체의 공보에 고시한 후 이를 시장·군수에게 보고하여야 하며, 이 경우 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있는 날의 다음 날에 그 대지 또는 건축물에 대한 소유권을 취득한다.

대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 소유권을 이전한 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. 이에 따라 취득하는 대지 또는 건축물 중 토지등소유자에게 분양하는 대지 또는 건축물은 ‘도시개발법’ 제40조의 규정에 의하여 행하여진 환지²⁶³⁾로 보며, 제48조 제3항의 규정에 의한 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 ‘도시개발법’ 제34조의 규정에 의한 보류지 또는 체비지²⁶⁴⁾로 본다. 정비사업

262) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다10570 판결.

263) “환지”란 종전 토지를 도시개발법의 시행으로 조합원 등에게 새롭게 부여하는 토지를 말한다.

264) “체비지”란 도시개발사업에 필요한 경비를 충당하기 위하여 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 이를 처분할 수 있도록 한 토지를 말한다.

에 관하여 이전의 고시가 있는 날부터 등기가 있을 때까지는 저당권 등의 다른 등기를 하지 못하며, 사업시행자는 이전의 고시가 있을 때에는 지체 없이 대지 및 건축물에 관한 등기를 지방법원지원 또는 등기소에 촉탁 또는 신청하여야 하며, 청산금을 지급하여야 한다(도시정비법 제55조, 제56조 제57조 제1항).

3. 공사완료에 따른 관련 인·허가 등의 의제

준공인가를 하거나 공사완료의 고시를 함에 있어 시장·군수가 의제되는 인·허가 등에 따른 준공검사·준공인가·사용검사·사용승인 등(이하 "준공검사·인가 등"이라 한다)에 관하여 관계행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 당해 준공검사·인가 등을 받은 것으로 본다. 시장·군수가 아닌 사업시행자는 준공검사·인가 등의 의제를 받고자 하는 경우에는 준공인가를 신청하는 때에 해당 법률이 정하는 관계서류를 함께 제출하여야 한다. 시장·군수는 준공인가를 하거나 공사완료의 고시를 함에 있어서 그 내용에 의제되는 인·허가 등에 따른 준공검사·인가 등에 해당하는 사항이 있을 때에는 미리 관계행정기관의 장과 협의하여야 한다.

4. 청산금

가. 의의 및 법적성격

정비사업에 있어 청산금이란 권리배분 결과 조합원이 제공한 토지 및 제비용과 분양받은 목적물의 가격에 차이가 나는 경우 이러한 과부족분을 조절하기 위해서 징수되거나 교부되는 금전을 말한다. 사업시행자가 이러한 과부족분을 조절하기 위하여 청산금을 산정하고 부과하는 행위를 청산금

부과처분이라 하며, 강제징수 절차에 의하여 이행이 강제된다. 청산금 부과 처분은 전형적인 행정처분이므로, 행정소송이 가능하다.

사업시행자는 대지 또는 건축물을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격사이에 차이가 있는 경우, 이전의 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액으로 분양받은 자로부터 징수하거나 분양받은 자에게 지급하여야 한다.(도시정비법 제57조). 청산금을 납부할 자가 이를 납부하지 아니한 경우에는 시장·군수인 사업시행자는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수(분할징수를 포함한다)할 수 있으며, 시장·군수가 아닌 사업시행자는 시장·군수에게 청산금의 징수를 위탁할 수 있다. 청산금을 지급받을 자가 이를 받을 수 없거나 거부한 때에는 사업시행자는 그 청산금을 공탁할 수 있다(도시정비법 제58조).

청산금은 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격은 그 토지 또는 건축물의 규모·위치·용도·이용 상황·정비사업비 등을 참작하여 평가하여야 한다.

청산금은 관리처분계획에서 재산가치가 계산되고 이전고시로 확정되므로²⁶⁵⁾ 원칙적으로 청산금의 징수나 지급은 이전고시일 이후가 된다. 주택재건축사업의 경우는 계약방식에 따라 ‘도시정비법’에서 정한 목적물의 소유권이전 및 청산금 확정시기가 달라지는가가 문제될 수 있다. 도급제는 원칙적 방법이므로 달라질 이유가 없겠고 지분제의 경우에는 시공사가 계약 이후 모든 책임을 부담하며 시행이익 또한 향유하게 되므로 최초 계약시에 청산금이 확정되었다고 볼 수도 있으나, 지분제도 계약내용의 변경이 가능하고 ‘도시정비법’의 규율 하에 있으므로 종국적으로는 이전고시에 의해 청산금이 확정된다고 본다.²⁶⁶⁾

265) 대법원 1991. 1. 22. 선고, 91누1691판결.

266) 김재승, 과세당국의 주택재개발·재건축사업 청산금 귀속시기결정에 대한 비판적 고찰, 서울대학

다만, 정관등에서 분할징수 및 분할지급에 대하여 정하고 있거나 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획인가후부터 이전의 고시일 까지 일정기간별로 분할징수하거나 분할 지급할 수 있다.

나. 기준시기 및 산정방법

‘도시정비법’ 제47조는 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치로 조합으로 하여금 현금청산을 할 의무를 규정하고 있다. 이와 관련하여 청산금 산정의 기준시기를 언제로 하여야 하는지가 문제가 된다. 대법원 판결²⁶⁷⁾에 의해 청산금 산정의 기준 시기는 현금청산의 사유별로 정리할 수 있는데, i) 분양신청을 하지 아니하거나 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 경우는 도시정비법 규정에 따라 사업시행자가 정한 분양신청기간의 종료일 다음날 ii) 분양신청기간 종료 이후 분양계약을 체결하지 아니한 경우, 관리처분계획에서 정한 분양계약체결기간의 종료일 다음날 iii) 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 경우는 해석상 분양신청을 하지 아니한 경우에 준하는 것으로 볼 수 있으므로, 조합이 정한 분양신청기간의 종료일 다음날로 봄이 타당하다.

청산금과 관련하여 산정방법도 문제가 되는데 청산금 산정시 개발이익을 포함할 것인지 여부가 문제된다. 조합원이 현금청산 대상자가 되었다고 하더라도 청산금 산정의 기준시점까지는 개발이익을 향유하며, 주택재건축조합의 설립에 동의하지 않는 자를 상대로 한 매도청구권 행사에 있어서도 매도청구권 행사 당시 시가에 개발이익이 포함되는 점, 청산금 산정의 기준시기까지의 개발이익을 제외하고 청산금을 산정하는 것은 현금청산을 원하

교 법학 제50권 제1호, 2009, 268면.

267) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

는 조합원으로 하여금 분양신청 및 분양계약체결을 사실상 강요하는 결과가 초래될 수 있기에 이러한 점을 살피어 청산금은 청산금 산정 기준시기 당시의 가치 상승분인 개발이익이 포함된 시가를 의미한다고 할 수 있을 것이다.²⁶⁸⁾



268) 홍득관, 주택재건축사업과 관련된 법적 제 문제, 법조, 2009, 371면.

제5장 재개발·재건축법제의 문제점 및 개선방안

제1절 개설

‘도시정비법’의 제정 목적은 선계획-후개발의 종합적인 도시관리, 사업추진 절차 개선, 민간건설업체의 사업 참여 제한, 정비사업전문관리업제도 등을 도입하여 주민의 권익보호 장치 강화 하는 등 도시·주거환경의 효율적 관리라는 순기능은 살리되 재개발·재건축사업에서 발생하는 비리와 분쟁이라는 부작용은 방지하는 것이다.

그러나 이러한 제도 개선에도 불구하고 주택 재개발·재건축과 관련하여 많은 법적 분쟁들이 끊이지 않고 있으며 법의 여러 차례 개정에도 불구하고 문제점은 되풀이 되고 있다. 특히 주민참여보장 문제, 자금조달 문제, 추진위원회·조합임원의 자격문제, 참여업체의 선정기준 문제, 정비사업전문사업자의 자격문제, 사업에 대한 감시·감독시스템 부재 문제, 세입자 문제, 분쟁조정위원회의 실효성 확보에 대한 문제 등이 그것이다. 이러한 문제점들의 해결을 위하여 ‘도시정비법’ 2010년 4월 15일 개정에서 공공관리자제도를 도입하여 민간주도로 추진해 오던 재개발·재건축 사업을 공공이 주도하여 관리할 수 있도록 하였다. 그리하여 서울시에서는 2010년 7월부터 공공관리자제도를 도입하여 시행중이다. 그러나 공공의 참여 및 역할 확대가 지금까지의 재개발·재건축사업의 부패문제를 해소하고 사업의 투명성, 객관성과 공정성을 확보할 수 있을지는 의문이다. 시장·군수·구청장이 정비업체를 직접 선정하거나 시공사 선정시에 관여할 수 있도록 하는 것은 개인의 재산권 행사와 관련한 재개발·재건축사업에 행정주체가 과도하게 개입하는 측면이 분명히 존재한다. 공무원이나 공사 등이 업무수행과 관련하여 도덕성이나 책임감이 우월하다는 증거는 없으며, 비리연관의 개연성이나 우려도 높아질 수 있다.²⁶⁹⁾ 주택 재개발·재건축사업에 있어 공공의 역할은

매우 중요하다. 그러나 서울시에서 운영하고 있는 공공관리자제도는 관리·감독에만 너무 치중하는 면이 있다. 원활한 사업을 위해 제도지원에 중점을 두어 주민의 진정한 의사를 실질적으로 반영할 수 있도록 하여야 할 것이다.

다음에서는 사업 시행 시 빈번하게 발생하게 되는 문제점을 사업시행 절차에 따라 나누어 살펴어 보고 그에 대한 개선방안을 제시하도록 하겠다.

제2절 계획단계

1. 주민참여의 활성화

재개발·재건축 사업은 주민주도의 사업임에도 불구하고 주민의 자발적 의사에 의해 이루어 지지 못하고 있다. 사업의 계획·추진·운영·재정착의 전 과정에서 주민들이 배려된다거나 주민들과 소통하는 과정은 거의 찾아 볼 수 없다. 기껏해야 주민 공람이나 주민설명회를 통한 일방적인 의사전달과 정만이 있을 뿐인데, 도시정비법상 이러한 규정으로는 기본계획 및 정비계획의 주민공람절차(제3조 제3항, 제4조 제1항), 정비구역의 지정, 변경지정에 관한 주민설명회 개최(제4조 제4항), 저소득 주민의 입주기회 확대를 도모하기 위한 주택규모 및 건설비율 결정(제4조의2 제1항), 주민이주대책 및 세입자의 주거대책을 포함한 사업시행계획서 작성(제30조), 정비사업의 시행계획 및 시행방법 등에 대한 주민의견 조사의무(동법 시행령 제10조 제2항 제6호)등이 있다. 사업시행계획에 대한 의견청취제도(도시정비법 제31조 제2항)를 제외하고는 주민이 자신들의 의견을 능동적으로 정책과 계획에 반영하고 사업내용을 조율할 수 있는 장치는 관련법에 특별히 마련되어 있

269) 두성규, 재개발제도의 합리적 개선에 관한 연구, 건설이슈포커스, 2009. 9. 16, 23면.

지 않은 것이다.²⁷⁰⁾ 주민공람절차 주민설명회 등의 방법으로 과연 주민들의 실질적 참여가 이루어 질 수 있을지 의문이다.

계획입안단계에서 계획-집행-평가단계에 이르기까지 행정청이 주민참여를 확대하여 계획 수립의 배경·내용·향후 예상되는 문제까지 주민에게 알리고 주민의 의견을 수렴할 수 있는 방안이 필요한 것이다.

‘도시정비법’에는 기본계획을 수립 또는 변경하고자 할 경우 14일 이상 주민에게 공람하고 지방의회의 의견을 들은 후 지방도시계획위원회의심의를 거치도록 하고 있다. 또한 ‘도시정비법’ 제4조 제1항에 의하면 시장·군수는 정비계획을 수립하여 주민설명회를 하고 30일 이상 주민에게 공람하고 지방의회의 의견을 들은 후 이를 첨부하여 시·도지사에게 정비구역 지정을 신청하도록 규정하고 있다. 기본계획 수립, 변경시 주민에게 공람토록 한 것은 가능한 한 초기단계에서 주민의 의견을 반영하여 주민들의 반발로 사업이 지연되는 사례를 방지하고 정비사업의 투명성, 공공성, 객관성을 도모하도록 하는데 입법취지가 있다. 그러나 겉으로 보기에 기본계획, 정비계획을 수립 또는 변경함에 있어 주민참여를 보장하는 것처럼 보이는 이 규정은 근본적으로 문제가 있다.

서울시 도시·주거환경정비기본계획은 300여 쪽이 넘는 방대한 분량에 달한다.²⁷¹⁾ 짧은 공람기간 내에 주민이 이 방대한 기본계획의 내용을 이해하기란 어려운 일이다. 더구나 재개발·재건축 사업에 관심을 가진 일부 주민들만이 기본계획이 있다는 사실을 알 것이고 그러한 주민들 가운데 일부만이 그 내용을 이해하는 것이다.

그리고 기본계획 수립 시 주민들의 의견을 청취하도록 되어 있으나, 현행 제도 하에서는 주민들의 의견은 초기단계의 의견의 제시 또는 설문조사에

270) 강석구, 주택재개발·재건축사업의 제도적 문제점 및 향후 입법과제, 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 2009, 5면.

271) 서울특별시, 도시·주거환경정비기본계획 -도시재개발사업부문/주거환경개선사업부문, 2004.

그치고 있으며 그 반영여부는 행정청의 재량에 맡겨져 있다.²⁷²⁾

독일의 경우 재개발사업은 소유자, 임차인, 용익권자 및 기타 관계인에게 가능한 조기에 언급되어야 하며 관계인은 정비 및 그 집행에 필요한 건설상의 조치에 참여할 수 있도록 동기부여를 받아야 하고, 이 경우 가능한 범위 내에서 자문을 받을 수 있도록 되어 있다.²⁷³⁾ 독일 건축법(BauGB)이 계획의 목표와 목적에 대해서 가능한 한 조기에 시민들에게 알려야 하며 본질적으로 상이한 해결책들과 예견되는 소지들을 알게 해야 한다고 규정하고 시민들에게 의견표시나 언급을 할 기회를 주어야 한다고 규정하고 있음은 많은 것을 시사하고 있다.²⁷⁴⁾

사업초기 토지소유들은 정확한 정보를 제공받지 못하고 막연한 기대로 재개발·재건축 사업에 참여하게 되는 경우가 많은 실정이므로 계획수립 시부터 최대한 주민의 참여를 보장할 수 있도록 참여의 동기를 부여하고 정보를 제공하며 언제든지 정보에 접근할 수 있도록 그 가능성을 제공하여야 한다.

기본계획을 수립하는 단계에서부터 민주적인 참여와 투명한 계획수립 과정, 정보공개가 이루어져야만 계획과 관련계획 사후갈등의 소지가 줄어들고 주민소외가 없고 지속가능한 도시발전이 이루어질 것이다.

향후 주민을 정비계획 수립의 공동결정자로서 뿐만 아니라 계획 작성 시 주민의 참여를 최대화 할 수 있는 운영지침을 개선하여야 할 것이고, 그 밖에 공청회제도를 개선하여 단순히 의견수렴에 주안점을 두는 정도가 아니라 충분한 토의를 거치고, 주민투표 등을 통해 계획을 확정하는 실효성 있는 공청회 운영이 필요하다.

272) 문병효, 재개발 정책 관련법의 문제점과 대안모색, 공법연구 제38집 제2호 2009. 12, 508~509면.

273) BauGB § 137.

274) BauGB § 3 Abs. 1.

정비계획 수립 시 주민제안제도를 허용하고 ‘도시정비법’에 관련 근거를 마련해야 할 것인 바, 토지 등 소유자의 2/3 이상 동의가 있는 경우 주민제안을 허용하도록 제도화하여야 한다는 견해도 제기되고 있다.²⁷⁵⁾ 진정한 의미의 주민 주도의 사업을 지원할 수 있는 체계를 정비해 나가야 할 것이다.

2. 정비구역 지정 기준 개선

주택 재개발·재건축사업의 경우 노후·불량한 건축물이 밀집한 지역이면 사업을 시행할 수 있다. 즉 실정법상 ‘노후·불량건축물’은 중요한 실질적 요건이 되는데, ‘도시정비법’에서 정하고 있는 노후·불량건축물의 판단은 그 지역의 사회·경제·문화 환경은 배제하고 오직 건축물의 물리적 상태만을 그 기준으로 정하고 있다.

‘도시정비법’ 제2조 제3호와 도시정비법시행령 제2조를 종합해 보면, 노후·불량건축물이란 첫째, 건축물이 훼손되거나 일부가 멸실되어 붕괴 그 밖의 안전사고의 우려가 있는 건축물, 둘째 주변 토지의 이용 상황 등에 비추어 주거환경이 불량한 곳에 소재하고, 건축물을 철거하고 새로운 건축물을 건설하는 경우 그에 소요되는 비용에 비하여 효용의 현저한 증가가 예상될 것에 해당하는 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물²⁷⁶⁾, 넷째, 도시미관의 저해, 건축물의 기능적 결함, 부설시공 또는 노후화로 인한 구조적 결함 등으로 인하여 철거가 불가피한 건축물로서 대통령령이 정하는 건축

275) 신평우·정희근, 현행 도시정비법상 재개발·재건축제도의 개선방안에 관한 연구, 토지공법연구 제 49집, 2010. 5, 13면.

276) 여기서 "대통령령이 정하는 건축물"이라 함은 ① 「건축법」 제49조 제1항의 규정에 의하여 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 면적에 미달되거나 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제7호의 규정에 의한 도시계획시설(이하 "도시계획시설"이라 한다)등의 설치로 인하여 효용을 다할 수 없게 된 대지에 있는 건축물, ② 공장의 매연·소음 등으로 인하여 위해를 초래할 우려가 있는 지역 안에 있는 건축물로서 특별시·광역시 또는 도의 조례(이하"시·도 조례"라 한다)가 정하는 건축물, ③ 당해 건축물을 준공일 기준으로 40년까지 사용하기 위하여 보수·보강하는데 드는 비용이 철거 후 새로운 건축물을 건설하는 데 드는 비용 보다 클 것으로 예상되는 건축물을 말한다.

물²⁷⁷⁾을 말한다.

그런데 이 기준에는 문제점들이 있다. 첫째, ‘도시정비법’ 및 관련 법령에는 안전사고의 위험성에 대한 객관적 판단기준이 없다. 결국 전문적 안전진단기관의 안전진단 결과에 의존할 수밖에 없는데 전적으로 시장·군수의 재량에 맡겨져 있으며, 더욱이 전문가에 의한 안전진단을 실시하지 않고서도 시장·군수가 사용금지를 결정하거나 안전진단 신청 자체를 반려할 수 있도록 규정하고 있다.

안전진단을 실시하지 않고서도 시장·군수가 사용금지를 결정한 경우에는 그 적정성에 대해 ‘특별시장·광역시장 또는 도지사’(이하에서 “시·도지사”라고 한다.)나 국토해양부 장관이 검증하는 절차가 ‘도시정비법’에 마련되어 있지만(도시정비법 제12조 제7항 및 제8항), 안전진단을 실시하지 않고서 시장·군수가 신청을 반려한 경우에는 어떠한 검증절차도 마련되어 있지 않다. 현지조사를 병행한다고는 하지만, 비전문가인 시장·군수가 그 위험성을 판단한다는 것은 비전문가의 주관적·자의적 판단에 의해 좌우되는 것으로 매우 위험한 일이다.

둘째, 주거환경이 불량한 곳에 소재하는 건축물로 공장의 매연·소음 등으로 인하여 피해를 초래할 우려가 있는 지역의 건축물은 시·도 조례에 위임되어 있다. 그러나 공해 등 주변 환경의 위험성을 원인으로 한 주거안전문제와 관련된 매우 중요한 조항임에도 불구하고 시·도 조례에 관련 규정이 없다. 이에 대한 판단기준을 제시할 필요가 있다면 대통령령에서 구체적인 기준마련을 시·도 조례에 위임해야 할 것이다.

셋째, ‘당해 건축물을 준공일 기준으로 40년까지 사용하기 위하여 보수·

277) 여기서 "대통령령이 정하는 건축물"이라 함은 ① 준공된 후 20년(시·도 조례가 그 이상의 연수로 정하는 경우에는 그 연수로 한다)이 지난 건축물, ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제19조 제1항 제8호의 규정에 의한 도시기본계획상의 경관에 관한 사항에 저촉되는 건축물, ③ 건축물의 급수·배수·오수설비 등이 노후화되어 수선만으로는 그 기능을 회복할 수 없게 된 건축물을 말한다. ①의 요건과 관련하여 준공시점의 적용기준은 준공검사를 하여 인가된 날로 보아야 할 것이다.

보강하는데 드는 비용이 철거 후 새로운 건축물을 건설하는데 드는 비용보다 클 것으로 예상 되는 건축물'이라고 규정하고 있다. 다만 특별히 중대한 하자가 없는 이상 보수·보강비용이 철거·재건축비용보다 큰 경우는 생각하기 어렵다. 또한, 입증책임이 '사업을 시행하고자 하는 자'에게 있기 때문에 비용 추산을 위한 비용조차 만만치 않을 것이다. 따라서 이 규정은 준공일 기준으로 40년이 경과되지 않은 경우 주택재개발·재건축사업추진을 사실상 금지한 규정으로 볼 수 있다.

넷째, '철거가 불가피한 건축물'로 준공된 후 20년이 지난 건축물을 철거가 불가피한 건축물로 파악하고 있으며, 도시기본계획상의 경관에 관한 사항에 저촉되는 건축물, 건축물의 급수·배수·오수설비 등이 노후화되어 수선만으로는 그 기능을 회복 할 수 없게 된 건축물이다. '건축물의 노후'에 대한 최소 기준을 '준공 후 20년'으로 정하고 있다. 다만 이는 최소기준이며, '시·도 조례가 그 이상의 연수로 정하는 경우에는 그 연수로 한다'고 하여 구체적인 연한을 시·도 조례에 위임하고 있다.²⁷⁸⁾

실제로 현장에 나가보면 노후한 건축물이 많다. 그런데 건축물관리대장에 사용승인일자가 누락된 경우가 많으며, 이 경우 경과 연수 산정기준이 명확하게 규정되어 있지 않다. 서울시는 관련조항을 신설하였지만 다른 지자체는 아직 명문화된 규정이 없어 주민들과의 공공부문간의 갈등의 쟁점이 되고 있다. 이와 별도로 대장상의 물리적인 경과연수만으로 노후 불량건축물을 산정함으로써 실제로는 양호한 건축물이 노후불량으로 인정되거나 정반대의 경우가 발생하여 정확한 대상지의 현황을 반영하지 못하고 있는 문제점도 발견할 수 있다. 뿐만 아니라 무허가건축물의 산정과 관련된 구체적 기준이 없다. 서울시의 경우에는 도시계획조례 시행규칙을 통해 건축물 대장에 등재된 것을 허가건축물로 산정하고, 무허가건축물은 무허가건축물 대장에 등재된 '기존 무허가건축물'만을 산정한다고 규정하고 있지만 그 외

278) 조병인·강석구·송봉규, 앞의 책, 55~68면.

지자체에서는 이와 관련한 내용이 없다.²⁷⁹⁾

따라서 건축물 관리시스템의 체계화가 시급하다. 단기적으로는 건축물 관리 현실화를 위한 무허가 건축물 관리대장의 작성을 서둘러야 한다. 각 지자체에서는 무허가건축물 관리대장을 작성하여 관리하여야 할 것이다. 또한 장기적으로는 기존의 허가건축물 관리 체계화를 위해 ‘건축물 이력제’의 도입을 검토할 필요가 있다. 현재의 건축물 관리대장이 장기 미준공 및 기록 누락 등으로 사용승인일자가 기입되어 있지 않거나 철거 또는 멸실·신축·증축 등의 건축물의 역사를 한번에 알아보기에 어려움이 있어 건축물 관리가 어렵고, 구역지정을 위한 자료로 활용하기에 한계가 있다.

기본적으로 현행 정비구역 지정 기준의 법·제도 자체의 문제를 개선하여야 한다. 단순한 경과년수로는 대상구역의 현황을 정확히 반영하기 힘든 문제점이 있기에 종합적인 검토가 필요하다. 물리적 노후도를 보완할 수 있는 사회·경제적 특성을 반영하는 등의 새로운 구역지정 기준에 대한 연구가 필요하다.²⁸⁰⁾

3. 주택재건축사업의 안전진단제도 개선

가. 안전진단 대상 명확화

주택재건축사업의 안전진단은 주택단지내의 건축물을 대상으로 하며 대통령령으로 정하는 주택단지 내 건축물의 경우에는 안전진단 대상에서 제외할 수 있다고 규정되어 있다(도시정비법 제12조 제2항). 그런데 주택단지의 개념이 불명확하며, 정비구역이 아닌 곳에서의 연립주택 등에 대한 안전

279) 배용규·장경철·김철영, 정비구역 지정관련 소송으로 본 구역지정기준의 문제점과 개선방향 연구, 대한건축학회논문집 제24권 제11호, 2008. 11, 251면.

280) 배용규·장경철·김철영, 앞의 논문, 252면.

진단 대상여부가 불명확하여 좀 더 구체적으로 규정할 필요가 있다. 최근 안전진단제도 폐지에 관한 논의가 많은 가운데, “과거 재건축사업은 단지 내 사실상의 추진위원회가 구성되고, 조합을 결성하는 것으로 추진되었다. 이처럼 행정법적 제약조건 없이 주민들이 자발적으로 재건축사업을 추진하는 경우에는 조기에 행정청이 간여할 수 있는 행정법상의 수단이 어느 정도 필요했다. 이 때문에 조합설립인가 신청 전에 안전진단신청을 제도화하였다. 그러나 현행법에 의하면 구역지정이 되지 않는 한 추진위원회도, 조합설립인가도 심지어는 안전진단신청도 모두 불가능하다. 이렇게 구역지정이라는 제도로 재건축사업의 개시여부가 결정되는 것이므로, 안전진단제도를 통해 재건축사업을 억제하려고 하는 시도는 절차를 중복시키는 것에 불과하다. 그러므로 안전진단제도는 구역지정의 절차에 흡수되어 규정되는 것이 타당하고, 독자적인 안전진단제도는 폐지되어야 한다.”는 견해²⁸¹⁾도 제기되고 있다.

나. 안전진단 비용부담 문제개선

‘도시정비법’은 안전진단에 드는 비용은 시장·군수가 부담한다고 규정하고 있다. 2009년 2월 6일 개정 이전 ‘도시정비법’에는 안전진단의 비용을 신청한 자인 재건축조합에게 부담시키고 있었다. 그런데 2009년 2월 6일 개정을 통해 안전진단에 드는 비용을 시장·군수가 부담하며, 정비계획의 입안을 제안하고자 하는 자가 입안을 제안하기 전에 해당 정비예정구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자 10분의 1 이상의 동의를 얻어 안전진단 실시를 요청하는 때, 정비구역이 아닌 구역에서의 주택재건축사업을 시행하고자 하는 자가 추진위원회의 구성 승인을 신청하기 전에 해당 사업예정구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자 10분의 1 이상의 동

281) 김종보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발 이야기 I-상권), 419면.

의를 얻어 안전진단 실시를 요청하는 때에는 안전진단 실시를 요청하는 자에게 안전진단 비용을 부담하게 할 수 있다(도시정비법 제12조 제1항)고 규정하고 있다.

그러나 정비계획 수립시기가 도래하기 전, 시장·군수가 신속히 안전진단 신청에 대한 판단과 그에 따른 비용을 지불하면서 시행하기는 어려움이 있을 것으로 보이며, 오히려 정비계획 수립시기 이전까지는 재건축사업의 경우 사업진행이 지연되는 역기능 현상이 발생할 우려가 있다. 뿐만 아니라 '시장·군수가 안전진단에 소요되는 비용을 해당 안전진단 실시를 요청하는 자에게 부담하게 할 수 있다'고 규정하고 있어 지자체 별로 통일적인 업무처리가 어렵게 만들어지고 있다. 이로 인해 비용부담을 떠안지 않으려는 추진위원회와 관할구청 간 서로 떠넘기기는 이어지고 있으며, 특히 지자체의 경제적 형편에 따라 안전진단 비용지원 유무가 형평성의 문제로 발생한다.²⁸²⁾ 따라서 보다 구체적인 비용부담 규정이 마련되어야 할 것이다.

제3절 시행인가단계

1. 행정청주도의 사업시행 최소화

1980년대 합동재개발사업 이후 도시정비사업에 민간자본의 사업 참여가 늘어나면서 여러 가지 문제가 제기되었고 공공의 역할이 강조되는 상황이 지속되고 있다. 최근 주공과 토공 등이 도시정비사업과 도시재정비사업에 참여할 수 있는 문호가 개방되면서 곳곳에서 주민과 공공간의 마찰이 제기되고 있다. 정비구역 지정시 사업추진방식 즉 재건축사업, 재개발사업을 선택하는 과정에서 지역주민간의 의견충돌이 발생되기도 하고, 사업방식 및 시행주체에서의 공공기관 참여로 인해서 민간개발에 의한 정비사업을 추진

282) 도시개발신문, 2009년 9월 14일자.

하려는 지역주민과 행정관청간의 갈등이 발생하는 경우도 있다.

도시정비사업은 조합뿐만 아니라 시장·군수 등도 사업을 시행할 수 있다(도시정비법 제8조 제4항). 그런데 시장·군수 정비사업을 직접 시행하는 경우 그에 따른 법적 절차를 두지 않아 입법적인 결함이 발견된다. ‘도시정비법’에 의하면 시·도지사에게 의해 도시정비구역으로 지정된 지역에서는 시장·군수 또는 주택공사 내지 대통령령으로 정하는 건설사업자는 스스로 정비사업의 시행자로서 별다른 법적 절차 없이 정비사업을 추진할 수 있다. 실제 사례는 드물지만, 시장·군수가 직접 재개발사업이나 재건축사업의 시행주체가 될 경우에는 법적 문제가 제기될 것이다. 시장·군수 등이 추진하고자 하는 정비사업의 방식은 토지수용방식이든 관리처분계획에 의한 환지방식이든 간에 당해 사업에 관한 구체적인 공익사업의 인정이 요구되는 바, ‘도시정비법’에는 그와 같은 공익사업의 인정절차가 없다²⁸³⁾. ‘도시정비법’은 이와 같은 문제점을 의식한 듯 행정청이 추진하는 정비사업의 경우에는 주민대표회의를 구성하여 이해관계를 조정할 수 있는 제도를 규정하고 있을 뿐이다. 행정청이 직접 추진하는 도시재정비사업은 당해 지역의 토지 등 소유자의 자율적인 재산권행사의 기회를 사실상 박탈 내지 침해하는 것으로서 당해 지역의 정비사업을 조속히 시행해야 할 특별한 사정과 주민들의 자발적인 재정비사업추진이 불가능한 경우에 한하여 보충적으로 행해져야 할 방식이라고 해야 할 것이다. 다수의 지역주민들이 반대함에도 불구하고 시장·군수가 직접 도시정비사업을 추진하는 것은 헌법상 보장된 개인의 재산권에 대한 직접적 침해를 야기하는 것이라는 점에서 공익상 특별한 필요성이 존재하는 경우가 아니라면 인정될 수 없으며, 따라서 토지등소유자들에 의한 재개발 내지 재정비조합이 결성되어 도시재정비사업이 추진될 경우에는 별다른 특별한 공익적 필요성이 없는 한, 시장·군수 등 행정주체

283) 토지수용방식으로 이루어질 경우에는 토지보상법상의 사업인정절차 및 수용재결절차가 이루어질 것이다.

는 당해 지역에서의 도시정비사업자가 될 수 없다는 조항 등이 도입되어야 할 것이다.²⁸⁴⁾

2. 주택재건축사업 공동시행제도 허용

재개발사업의 경우 조합이 단독으로 시행하거나, 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 공공기관 및 민간사업자와 공동으로 시행이 가능하다. 그러나 재건축사업은 조합이 단독으로 시행하거나, 조합이 조합원의 과반수 동의를 얻어 시장·군수, 공공기관과 공동으로 시행하는 것이 가능하도록 되어있다. 이에 따라 재건축사업은 민간건설업자와의 공동시행을 하지 못한다. 이러한 규제로 인해 기본적으로 전문성과 자금조달능력이 결여된 조합의 경우 재건축사업을 추진함에 있어 어려움이 큰 실정이다. 현실적으로 조합의 단독 시행이 어려움이 있음에도 불구하고 법적으로 공동시행 제도를 금지하고 있기 때문에 불법적으로 조합과 건설업체가 시공권을 매개로 유착할 수 있는 조건이 조성되어 재건축사업의 투명성과 합리성을 저하시키고 있으며, 건설업체간의 과당경쟁, 주민들 간의 분열 현상이 조장되는 부작용이 발생하고 있다.

이러한 문제점을 해소하기 위해 ‘도시정비법’상의 재개발사업과 동일하게 재건축사업에서도 민간건설업자가 조합과 공동으로 재건축사업을 시행할 수 있도록 관련규정을 정비해 나가야 할 것이다. 민간건설업체가 경쟁 입찰 방식으로 정비사업 공동시행자로 선정된다면 시공자의 지위도 함께 득한 것으로 간주할 수 있도록 규정을 마련한다면 조합의 전문성 부족 및 재원 조달능력 부족의 문제를 해소될 것이며, 또한 시행사와 시공사가 사업초기에 선정되기 때문에 건설업체간의 과당수주 경쟁이 줄어들게 되고 이에 따라 주민간의 갈등소지가 줄어들어 도시정비사업 추진속도가 빨라질 수 있

284) 김해룡, 앞의 논문, 12면.

을 것이다.²⁸⁵⁾

3. 추진위원회 · 조합임원의 자격요건 강화

기본계획수립과 정비구역 지정이 완료 되면 토지 등 소유자들 중 소수의 적극적인 사람들을 중심으로 (가칭)추진위원회를 구성한다. 필요시 정비사업전문관리업자 등의 도움으로 토지등소유자들에게 도시 및 주거환경정비사업을 수행하기 위한 설명회 개최를 통하여 사업추진방식(조합방식, 토지등소유자방식, 공공공사 방식 등)과 사업성에 대한 객관적인 분석과 논의를 진행 하고 토지등소유자들의 동의를 얻어 추진위원회 조직을 구성하며, 추진위원회 운영규정(안)을 작성한다. 추진위 운영규정(안)은 건설교통부(현 국토해양부) 제2006-330호로 고시된 “정비사업조합설립추진위원회운영규정”의 내용을 토대로 구역현황에 맞게 작성하여 주민동의를 구한다.²⁸⁶⁾

그러나 추진위원회 구성에 있어 해당 지역에 토지 · 건물을 소유하고 소정의 결격사유²⁸⁷⁾가 없는 이상 누구나 추진위원이 될 수 있다는 점에 문제가 발견된다. 국토해양부에서 고시한 표준운영규정은 “추진위원의 선임방법은 추진위원회에서 정하되, 동별 · 가구별 세대수 및 시설의 종류를 고려하여야 한다”라는 규정만을 두고 있다. 구성되지도 않은 추진위원회에서 추진위원을 선임하는 것이다. 이렇게 된다면 추진위원회의 위원장이 되고자 하는 자는 자신에게 동조하는 자들을 위원으로 임명하여 추진위원회를 구성

285) 신평우·정회근, 앞의 논문, 12면.

286) 류한국·손보식, 도시 및 주거환경정비사업의 업무분석을 통한 문제점과 개선 사항 -조합설립추진위원회와 조합설립 업무를 중심으로-, 한국건축시공학회 논문집 제10권 3호, 2010. 6, 42면.

287) 도시정비법 제23조 제1항

① 미성년자·금치산자 또는 한정치산자, ② 파산선고를 받은 자로서 복권되지 아니한 자, ③ 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다.)되거나 집행이 면제된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자, ④ 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자는 추진위원이 될 수 없다.

하게 될 것이다. 더욱이 추진위원의 결격사유는 개인정보보호의 원칙에 따라 함부로 확인해줄 수 없다. 결국 결격사유가 있더라도 추진위원으로 선임되는 데는 아무런 문제가 없으며, 사후에 결격사유의 존재가 밝혀진 연후에야 추진위원회에서 배제할 수 있는 것이다. ‘도시정비법’도 이러한 사항을 전제로 하여 당연퇴임규정을 두고 있지만, 당연 퇴임된 위원이라고 할지라도 퇴임 전에 관여한 행위는 효력을 잃지 않기 때문에 그가 선정한 정비업자, 그가 작성한 사업시행계획서와 정관 초안은 주택 재개발·재건축사업이 완료·폐지되기 전까지 유효하다.²⁸⁸⁾

조합 임원의 경우에도 추진위원과 동일하게 결격사유에 대해서만 규정하고 있다. 재개발사업·재건축사업의 조합장이나 조합임원의 권한은 아주 막강하다. 그러나 이런 권한을 행사하는 조합장과 조합 임원의 자격요건은 너무나 간단하게 규정되어 있는 것이다.

또한 ‘도시정비법’은 조합임원에 대한 마땅한 통제 수단이 없는 상황에서 상대적으로 많은 권한을 부여하고 있다. 최소한 조합장은 법률전문가나 건축 등의 전문 기술사 자격을 가진 자로 제한하는 것이 옳다. 당해 재개발·재건축 구역 내의 토지 등 소유자 중에서 그런 자격을 구비한 사람이 없으면 시장·군수나 정비사업전문관리업자의 추천을 받아 조합원 외의 자격유지자를 선정하도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.²⁸⁹⁾

추진위원회 위원, 조합 집행부는 전문성 강화를 위한 규정을 신설 추진할 필요가 있는데, 행정기관에서 전문 강사 및 교육장 등의 일정한 요건을 갖춘 교육기관을 지정·육성하여, 전문지식을 습득하도록 교육의무를 부과할 필요가 있다.

감사의 경우 감사의 자격으로 회계에 대한 전문지식을 요구하지 않을 뿐

288) 강석구, 앞의 논문, 6면.

289) 손우태, 재개발·재건축조합의 운영상 문제점과 그 개선방안, 외법논집 제32집, 2008. 11, 380면.

아니라 감사가 언제 어떤 방식으로 회계감사를 할 것인지에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 조합 감사의 경우 시장·군수가 조합 총회의 동의를 얻어 선임하고, 독자적인 직무감찰권과 감사결과를 조합 총회와 시장·군수에게 독립하여 보고할 수 있도록 권리가 보장되어야 한다. ‘도시정비법’에는 외부감사제도도 두고 있는바, 조합 설립시와 사업시행인가시, 공사 준공시에만 감사인의 회계감사를 받도록 되어있다. 실제 조합임원의 비리가 문제되는 조합설립후부터 공사완공때까지의 회계감사에 대한 규정은 없다. 이에 따라 조합원 5분의 1이상이 요구하면 감사를 받도록 하고 그 결과를 외부감사를 한 사람이 직접 총회에 출석하여 보고하도록 하는²⁹⁰⁾ 등 투명한 조합운영이 가능하도록 개선될 필요성이 있다.

4. 초기 조합운영자금의 합리적 지원

재개발·재건축사업을 하려면 많은 비용이 든다. 500세대 규모의 서울시 **재건축사업단지의 사례를 통해 사업경비 투입 내용을 살펴보면, 조합설립인가 이전까지 약 8억 3천 6백만원, 사업계획승인까지는 약 27억원이 소요된 것으로 나타난다.

<표 8> 사업절차별 소요비용

(단위 : 개월, 백만원, %)

구분	소요시간	사업경비	공사비	총비용	비율(누적)
추진위원회~조합설립인가	12	836	0	836	0.70
조합설립인가~사업계획승인	12	1,895	0	1,895	1.60
사업계획승인~준공	36	18,243	97,339	115,582	100.0
계	60	20,974	97,339	118,313	-

자료 : 건설교통부, 재건축·재개발 초기자금 확보방안 등의 연구 요약 보고서, 2007, 10면.

290) 손우태, 앞의 논문, 380면. 382면.

공사비, 설계비, 토지등 감정비, 정비사업전문관리업자에게 지급할 수수료, 조합장과 임원의 급료, 조합사무실 운영비, 조합총회소집비와 총회 진행 비용, 건물철거에 따른 주민들 이주비와 철거비용, 토지수용보상금지급비, 기타 재판비용 등 막대한 비용이 소요된다.

그 중 사업초기 비용이 총 사업비의 약 5~8% 소요가 되는데 초기 자금 조달 방식으로는 대표적으로 정비 사업을 통한 조달, 장기수선충당금 차입, 추진위원장의 자비 투입 등이 있으며, 드물지만 토지 등 소유자가 각출하는 경우²⁹¹⁾도 있다.²⁹²⁾

그러나 사실 토지 등 소유자에게 비용을 부과 징수하는 것은 상당히 어려운 일이며, 사업 추진과 관련한 민간은행 등 금융권 대출도 어려운 상태이다. 정비사업에 사용할 목적으로 도시 및 주거환경 정비가금이 설치되어 있으나, 적립 및 집행 실적이 저조하여 실효성이 상실 되었으며, 사업성과에 대한 인식 부족 등으로 도시계획세, 개발부담금 등을 기금으로 미 적립되었는데, 그 일례로 울산 등 5개 시도는 3년(03~05)간 적립 실적이 전무하며²⁹³⁾, 기금의 집행 목적도 포괄적으로 규정되어 집행실적이 저조하고, 또 정비사업 이외의 목적으로도 일부 집행되었다.

그래서 건설회사, 정비사업전문관리업자, 철거업자 등이 향후 유리한 고지를 선점하기 위하여 추진위원회 설립 이전단계부터 경쟁적으로 개입하고 있다.²⁹⁴⁾ 특히 향후 시공사 선정에 도모하는 건설회사가 ‘건설산업기본법’상의 영업정지 처벌을 회피하기 위하여 정비사업전문관리업자, 철거업자에게

291) 서울 서초구 J재건축조합은 주민이 전반적으로 재건축을 희망하고 있어 주민의 94%가 초기비용이 필요하다는 것을 공감하고 의견을 모아 40세대를 제외한 모든 세대가 주택규모별로 세대당 4000원~44000원을 각출하고, 조합설립 후에는 시공사를 선정하여 사업경비를 지원받은 사례가 있다.

292) 건설교통부, 재건축·재개발 초기자금 확보방안 등의 연구 요약 보고서, 2007, 13면.

293) 국가청렴위원회, 주택재개발·재건축 분야 투명성 제고를 위한 제도개선방안, 2006. 12, 8면.

294) 국가청렴위원회, 앞의 사례집, 198면.

음성적으로 자금을 지원하거나²⁹⁵⁾, 초기자금 지원의 대가로 추진위원회와 ‘정비사업 협약서’ 또는 ‘우선협상시공사 약정’이라는 명목의 가계약을 맺기도 한다는 사례도 있다.²⁹⁶⁾ 심지어 정비사업전문관리업자가 위장 계열사를 설립해 건설회사로부터 금품을 수수하는 경우도 있다고 한다.²⁹⁷⁾

결국 초기 자금 부족 문제를 해결하기 위해 컨설팅 관련 사업자들로부터 계약을 조건으로 자금을 대여 받거나 시공사 선정 후 이들로 부터 조달받게 된다.

필요 이상의 초기자금이 필요하게 된 이유는 ‘개략적인 사업시행계획서의 작성’을 추진위원회에 요구한 ‘도시정비법’ 제14조 제1항 제3호의 규정이 있다. 아무리 개략적일지라도 사업시행계획은 전문적인 분야이기 때문에 정비업체에 이 일을 맡길 수밖에 없고, 당장 초기자금을 조달할 형편이 되지 않는 추진위원회는 필요경비를 정비업체로부터 융통할 수밖에 없다. 국토해양부에서 고시한 표준운영규정에서도 이를 용인하고 있는데(제32조 제2호), 문제는 이렇게 어렵게 융통한 자금이 종국에는 개략적인 사업시행계획서 작성비용 명목으로 정비업체에 고스란히 돌아간다는 점이다.²⁹⁸⁾

295) 전연규·김종보, 주택재개발·재건축 분야 투명성 제고를 위한 제도개선 방안, 도시개발연구포럼, 2007, 9면.

관련 기사로는 서울신문, “‘징검다리 로비’ 재건축비리 기승”, 2006년 11월 28일자; 연합뉴스, “건설사 정비사업체 자금지원 첫 유죄판결”, 2007년 6월 22일자.

296) 남은경, 주택재개발·재건축사업의 탈법적 추진·운영에 대한 주민민원 사례분석 및 근본적 해결 방안, ‘주택재개발·재건축사업 운영 건전화 방안’(제2회 전문가초청 워크숍 자료집), 한국형사정책연구원 건설사업연구팀, 2008. 10. 14, 67면. 이렇게 맺은 가계약은 조합총회에서 추진받는 절차를 거쳐 정당성을 확보하고, 이후 본계약으로 이행된다. 관련 기사로는 뉴시스, “서울 보문동 재개발·재건축 비리, ○○건설 직원 ‘기소’”, 2007년 5월 21일자.

297) 연합뉴스, “100억 이상 오간 ○○건설 ‘수주비리’”, 2007년 7월 26일자.

298) 강석구, 앞의 논문, 10면.

<표 9> 금전소비대차 계약현황

(02.7월, 백만원)

구분	대여금	구분	대여금	구분	대여금
조합운영비	1,000	영향평가비	300	등기비용	4,480
설계비	3,700	인허가비	200	컨설팅수수료	470
감리비	4,440	소송지원	400	이사비용	2,300
측량, 지질조사	200	시설분담금	2,570	보증,수수료	3,120
안전진단비	100	감정평가료	350	민원처리비등	1,000

자료 : 의왕시 재건축조합이 시공사로부터 249억원 차입 (06.3월, 위원회 실태조사)

따라서 조합설립 인가 전 단계인 조합설립추진위원회에서 초기사업자금에 대하여 정비사업자금에 대하여 프로젝트 파이낸싱이나 행정관청의 보증에 의한 자금대여를 저리에 조달 할 수 있는 방안과 재개발조합에 대한 자문 및 행정적 지원을 제공하는 등 공공부문의 역할을 제도화시킬 방안을 마련해야 할 것이다.

아울러 안전진단·설계비용 등 사업초기 비용지원을 위해 도시·주거환경정비기금의 사용근거를 마련하고 공동주택수선충당금을 추진위원회가 안전진단·설계비용으로 사용할 수 있게 하는 근거규정도 필요하다. 그런데 도시계획세나 개발부담금의 일부로 조성되는 현행 도시·주거환경정비기금만으로 공공관리제도를 시행하기에는 부족함이 있기에 정비기금을 증액되 재정여건에 따라 중앙정부가 일부를 지원하도록 하는 것이 하나의 방안²⁹⁹⁾이 될 것이다.

제4절 시행단계

1. 참여업체 선정기준 명확화

‘도시정비법’은 시공사, 철거업체, 설계사, 정비사업전문관리업체의 선정을 총회 결의사항으로 정하고 있다. 그러나 시공사를 제외한 참여업체의 선정

299) 김수현, 재개발(뉴타운)사업의 문제점과 대안, 참여사회연구소 공동주최 토론회, 용산참사 학술단체 공동토론회, 2009년 2월 12일, 16면.

은 대의원회, 또는 조합임원들에 의해 선정되고 그 후 총회에서 추인하는 형식으로 진행되고 있다. 즉 한 개의 업체만이 상정되어 찬반여부를 확인하게 되며 따라서 거의 대부분 추인이 이루어지고 있다. 또한 이를 제외한 기타 용역 업체 선정기준과 절차에 대해서는 아무런 규정도 없다.

뿐만 아니라 시공사 등 참여업체 선정·변경의 경우 참여업체 선정기준 및 절차 미비로 편법공고, 입찰방식 수시변경, 특정업체에 유리한 참여기준 제시, 금품수수행위가 빈발하고, 표준도급계약서 기피, 불공정한 계약으로 조합원에 피해가 야기되고 있는데³⁰⁰⁾, 실제로도 시공사를 선정·변경하는 과정에서 금품을 요구하고 수수하는 사례가 많이 발생하고 있다.³⁰¹⁾ 사업추진 과정에서 다수의 정비업체가 주민 동의서를 매수·매도하고, 추진위 및 조합은 정비업체 및 시공사를 사전에 선정해 사업추진자금을 조달받아 형식적 절차를 거쳐 선정함으로써 시공사가 이를 공사비에 포함시키고, 이는 곧 주민들의 비용부담 증가의 문제로 이어지는 것이다.

시공사 선정방식은 일반적으로 공개경쟁입찰³⁰²⁾, 지명경쟁입찰 및 수의계약방식³⁰³⁾ 등이 있는데, ‘도시정비법’에서는 공사계약 체결방식에 대하여 주

300) 국가청렴위원회, 앞의 사례집, 199면.

301) 뉴시스, “아파트재건축 시공사 선정 비리 전 조합장 구속”, 2008년 8월 1일자 : 동아일보, “재개발-재건축 비리 127명 무더기 적발”, 2006년 8월 4일자; 세계일보, “재건축 비리, 사업자 선정 때 금품살포 최다”, 2005년 4월 25일자; 동아일보, “재개발 재건축 비리의혹...대형 건설사 5곳 압수수색”, 2005년 6월 3일자; 뉴시스, “‘재개발 지리’ 시공사 선정 대가, 뇌물”, 2007년 2월 22일자; 뉴시스, “‘재건축 비리’ ○○물산 법인·간부 기소”, 2007년 8월 10일자; 연합뉴스, “재건축·재개발 비리 8명 적발”, 2008년 7월 16일자.

302) 공개경쟁입찰이란 입찰참가자를 공모하여 유자격자는 모두 참가하여 입찰하는 방식으로 각 시공사에게 균등한 기회를 줄 수 있으며, 담합의 가능성을 줄이고 공사비를 절감할 수 있는 등의 장점이 있으나 부적격회사에 낙찰될 우려와 과당경쟁을 유발시킬 단점이 있다. 공개경쟁입찰의 공모 방식은 신문 또는 공고게시 등을 통하여 이루어진다.

303) 수의계약방식이란 정비사업의 구상 및 조합설립 초기단계부터 특정 시공사가 주도적으로 참여하여 왔거나 공모하여도 참여를 원하는 시공자가 없는 경우에는 현실적으로 수의계약에 의한 공사계약이 불가피하다. 일종의 특혜성 계약방식이라고 할 수 있다. 수의계약방식은 ‘도시정비법’ 발효 이후에는 채택할 수 없는 방식이다. 그러나 ‘도시정비법’에 의한 재건축재개발 등이 포함된 재정비촉진사업은 ‘도시정비법’의 규정에도 불구하고 토지 등 소유자의 과반수의 동의가 있는 경우에는 시

거환경개선사업을 제외한 모든 정비조합은 국토해양부장관이 정하는 경쟁 입찰의 방법으로 선정하도록 규정하였고 조합은 건설업자 등의 자격을 제한하거나 지명하여 경쟁에 부칠 수 있다. 실무에서는 일반적으로 지명경쟁 입찰방식을 통하여 시공자를 선정하게 되는데, 지명경쟁입찰이란 가장 적절한 2~5개 회사 정도³⁰⁴⁾의 시공자를 지명하여 입찰하는 방식으로 회사의 자본금, 보유기재, 자재 및 기술능력 등을 감안하여 이루어지는 방식이다. 지명경쟁입찰 방식은 시공능력과 기술, 신용 등을 신뢰할 수 있으며 부적격 회사에 낙찰될 우려가 적은 장점이 있으나, 반면에 담합 및 정실개입의 단점이 있다. 즉 일부 조합이 제한경쟁 방식을 악용해 워크아웃 중인 건설사의 참여를 막는 등의 방법으로 건설사를 사실상 내정해왔던 것이다. 이 경우 제대로 된 시공사 평가가 이뤄지지 않아 조합원에게 피해가 돌아간다.

따라서 시공사 선정과 관련하여 경쟁 입찰의 방법을 구체화 할 필요가 있다. 건설사들의 지나친 홍보활동을 차단하기 위해 합동설명회 이외의 개별 홍보는 금지하도록 하고, 건설업체의 정보는 지자체를 통하여 제공할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 경쟁 입찰이 가능한 용역업체 선정은 일정규모 이상의 입찰에 대해 입찰 공고를 의무화하는 방안을 마련하여야 한다.

이에 서울시에서는 조합이 설계자 및 시공사를 선정하되 선정과정을 공공관리자가 관리하도록 하고 있다. 시공사 선정기준도 강화하였다. 기존 시공사들은 구체적 설계도와 내역서 없이 연면적 대비 '3.3㎡당 단가'만을 제시하고 계약을 따냈지만 서울시는 설계도와 시방서, 물량내역서 등을 모두 갖춰 입찰에 참여해야 한다. 시공사 선정 과정에서 시공사들의 과도한 홍보

장군수구청장이 재정비촉진사업을 직접 시행하거나, 한국토지주택공사 등을 사업 시행자를 지정할 수 있다. 사업 시행자는 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률' 제7조의 규정에도 불구하고 '도시정비법' 제26조 규정에 의한 주민대표회의가 대통령령이 정하는 방법에 따라 시공자와 수의계약을 할 수 있다.

304) 정비사업의 경우 조합이 지명경쟁에 의한 입찰을 부치고자 할 때에는 5인 이상의 입찰 대상자를 지명하여 3인 이상의 입찰참가 신청이 있어야 한다. 이 때 반드시 대의원의 의결을 거쳐야 한다.(정비사업의 시공사 선정기준 제7조 참조.)

전과 음해·비방을 차단하기 위해 조합이 주관하는 합동설명회(2회 이상) 외에 개별 홍보를 금지했으며, 특히 위반 업체에 대해서는 입찰자격 또는 업체선정 지위를 박탈하는 등 강력한 조치를 취하기로 했다. 뿐만 아니라 공사대금을 현금이 아닌 현물로 지불하는 방식도 현금으로 한정하지 않고, 공사대금의 지급을 현물(집) 등으로도 가능하도록 다양화 했다.

이러한 서울시의 공공관리자제도의 시공사 선정기준은 “조합의 자율권을 보장하면서 절차의 투명성을 확보하는 데 중점을 뒀다”며 “설계도 등을 모두 구비해 선정절차가 진행되는 만큼 과거와 같이 ‘평당 얼마식’의 계약 관행과 이에 따른 관련자들의 갈등이 줄어들 것”이라고 설명하고 있다.

참여업체 선정에 있어 기준을 명확히 제시함으로 인하여 분쟁을 사전에 방지하여야 할 것이며 조합 총회에서 철거업자·시공사·설계자를 선정하게 된 경위를 보고하는 등 절차를 좀 더 명확히 규정 할 필요가 있다.

2. 사업에 대한 감시·감독시스템 강화

‘도시정비법’은 개별 사업의 감시·감독권을 조합에 부여하고, 조합의 감시·감독권은 조합 총회에 부여하는데 사업방향 결정, 참여업체 선정을 주도하는 조합에 대해 감사1인, 외부 회계 감사 3회로 규정되어 있다. 그러나 이러한 조합에 대한 내·외부 통제에는 한계가 있다. 더욱이 일반 조합원 등의 전문성 및 관심 부족, 정보공개 거부 등으로 조합임원에 대한 민주적 감시 및 견제역할 수행도 곤란하다.³⁰⁵⁾ 관할 지방자치단체는 사업의 진행과정에 따른 인·허가로써 사업을 간접적으로 감독하고 있을 뿐이다. 그리고 대부분의 지역에서 조합 총회의 권한은 100인 이내의 대의원회에 위임되어 있고, 대의원회는 서면결의 등의 방식으로 진행됨으로써 조합임원의 거수기

305) 이기묘, 주택재개발 사업의 비리와 갈등해소를 위한 개선방안, 고려대학교행정대학원 석사학위 논문, 2006, 78면.

역할만을 하고 있을 뿐이다.³⁰⁶⁾ 대의원회의 설치도 임의규정으로 되어 있으며 설치된 경우에도 조합임원의 의사결정을 사후 추인하는 기구에 불과하다. 건설교통부 점검결과(05.4~8월) 대의원 수가 법정기준에 미달하거나(11/43개), 조합원총회 의결 없이 시공사 등의 업체를 선정하거나 시공사로부터 자금 차입 후 대의원회에서 사후 추인(3/43개)하는 사례가 빈발하다.³⁰⁷⁾

조합 총회가 제 구실을 한다고 해도 수천 명의 의사가 결집될 시간과 공간 확보는 결코 만만치 않은 일이다. 대개의 조합은 조합원의 수가 너무 많아 장소·시간 결정이 현실적으로 쉽지 않다는 이유로 조합원의 직접 참여를 통한 결의보다 서면결의를 선호하게 된다. 그런데 중요 의사결정 과정에서 서면결의 비율이 너무 높고³⁰⁸⁾, 서면결의서 인정범위, 접수방법, 효력 등에 대한 명확한 기준이 없어 서면결의서 매수행위나 징구비용 과다발생의 주요 원인으로 작용한다는 지적이 있다.³⁰⁹⁾ 또한, 조합임원은 인터넷 등에 관련 서류를 공개하고 조합원 등이 요청하는 경우 공람토록 의무화하고 있으나 처벌규정 미비로 인해 여전히 비공개하고 있는 실정이라는 보고도 있다.³¹⁰⁾ 아파트 준공시점에 사업잉여금이 발생하자 조합 공금 1억 8,000만원 상당을 조합임원들이 상여금 형식으로 나눠가질 수 있도록 총회를 밀어붙이기 식으로 진행한 사례도 있으며³¹¹⁾, 조합 운영비를 본인 명의 계좌로 관리하면서 유용한 사례도 보도되었다.³¹²⁾

306) 조병인·강석구·송봉규, 앞의 책, 131면.

307) 전연규·김종보, 앞의 논문, 12면.

308) 국가청렴위원회, 앞의 사례집, 199면.

309) 전연규·김종보, 앞의 논문, 12면.

310) 국가청렴위원회, 앞의 사례집, 199~200면.

311) 대검찰청, “재개발·재건축 관련 비리 단속 수사 결과”, 2006, 8면.

한편, 비대위와 관련된 조합임원 등에 대한 제재가 미흡하여 분쟁 및 사업지연이 촉발되기도 한다. 특히 조합임원에 대한 금고 이상의 형 확정판결 시 당연퇴임토록 하고 있으나, 직무 관련 비위행위로 기소된 경우 기소사실을 조합원이 알기 어려워 해당 조합임원이 계속적으로 조합업무를 수행하는 경우가 빈발하고, 감독관청이 조합임원의 직무집행을 정지할 수 있는 근거가 없어 직무정지 소송이 민사소송으로 처리되면서 사업지연이 심화된다고 한다.³¹²⁾

즉, 조합에 대한 조합 총회의 감시·감독권은 이미 무력화되어 있다.

조합 총회의 소집권과 의사 진행권 등을 조합장이 가지고 있는 이상, 조합 총회의 결의는 조합장의 의사에 따라 얼마든지 왜곡될 수 있다. 더욱이 재개발·재건축사업의 성패는 시공자와 설계자를 누구로 할 것인지 공사계약을 어떻게 맺을 것인지에 달려 있다고 할 수 있는데 조합장과 임원의 비리가 시공자나 설계자 및 철거업자의 선정 및 계약체결과정에서 가장 심하게 나타나고 있다. 이에 따라 조합과 시행업자 등의 비리와 유착관계를 방지할 수 있는 장치가 마련되어야 한다. ‘도시정비법’ 제24조 제3항 제6호는 철거업자·시공자·설계자 선정과 변경은 조합 총회의 결의가 있어야 한다고 규정하여, 조합임원의 비리를 막는 최소한의 규정을 두고 있지만 이것만으로 조합임원의 비리를 밝혀내기란 어려운 일이다. 이에 조합원들에게 임원을 탄핵 또는 소환할 수 있는 제도적 장치를 입법화하여 주민대표에 대한 통제기능을 강화하여야 하며, 조합 총회의 의결권행사는 조합원이면 누구나 평등하게 1개의 의결권을 부여하되, ‘도시정비법’ 제24조 제3항에 열거된 일정 중요한 총회결의사항에 대하여는 전체 토지면적의 2분의 1이상의 토지 등의 소유자의 동의가 있도록 하는 것이 바람직하다.³¹³⁾ 구체적인 조

312) 문화일보, “재건축 비리에 128명 집 잃을 판”, 2008년 8월 2일자.

313) 전연규·김종보, 앞의 논문, 12~13면.

314) 손우태, 앞의 논문, 376~377면.

합원 부담금이 정해지는 관리처분계획 총회의 인가시에는 조합원 과반수의 동의만 받도록 하고 있어 시공사나 조합집행부가 자의적으로 관리처분계획을 처리하여 분쟁이 발생하고 있으므로 관리처분계획의 결의와 인가에 있어서 조합원 재적인원의 3분의 2이상의 동의를 요하도록 ‘도시정비법’ 제24조 3항 제10호 단서를 개정할 필요가 있다³¹⁵⁾. 조합운영의 투명성을 위해서는 또한 ‘도시정비법’ 제81조가 규정한 관련 자료의 공개와 보존 등 정보공개가 중요하다. 위 규정은 2007년 12월 21일 법 개정으로 신설된 조항인데 당시에는 조합원·토지등소유자에게만 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하도록 하였으나 공공성을 확보하기 위해서는 이해관계가 있는 세입자 등도 알 수 있도록 하여야 한다는 요구에 따라 2009년 5월 27일 개정으로 세입자에게도 공개하도록 하였다. 그러나 여전히 열람·등사 요청은 조합원·토지등소유자 등으로 제한되어 있다. 이해관계를 가진 세입자 등에게도 열람·등사할 수 있도록 허용하여야 한다.³¹⁶⁾

그리고 재개발·재건축사업의 업무를 처리하는 과정에서 시장·군수(지방자치단체)의 인가나 감시·감독의 제어 규정도 있으나 이 또한 제대로 이루어지지 않고 있다. ‘도시정비법’은 기초자치단체장에게 정비계획 수립권을 부여하는 한편, 광역자치단체장에게 정비구역 지정권을 부여함으로써 간접적으로 통제하는 방식을 취하고 있다. 그러나 ‘도시정비법’ 개정으로 도지사의 권한이 사실상 형해화됨에 따라 특별시와 광역시를 제외하고는 모든 권한이 기초자치단체장에게 사실상 집중되어 있고, 반면 지구단위계획으로 정비구역을 지정하는 경우에는 모든 권한이 특별시장과 광역시장에게 집중되어 있다. 더욱이 특별시장과 광역시장의 관심은 도시재정비 촉진 특별법에 따라 특별시·광역시에서 관장하는 도시재정비촉진사업, 이른바 ‘뉴타운사업’에만 집중되어 있다. 즉, 한 지역의 재개발·재건축을 좌우할 수 있는 결

315) 김남근, 도시환경주거정비 개선의견, 참여사회연구소 공동주최토론회, 2009년 2월 12일, 43면.

316) 문병효, 앞의 논문, 516면.

정권이 ‘시장’에게 집중되어 있는 이상, 이를 통제할 수 있는 방법은 ‘선거’ 밖에 없다.³¹⁷⁾ ‘도시정비법’ 제84조 ‘벌칙적용에 있어서의 공무원 의제’에 따르면 형법 제129조 ‘수뢰, 사전수뢰’ 및 제132조 ‘알선수뢰’를 적용함에 있어 조합의 임원과 정비사업전문관리업자의 대표자 및 직원을 공무원으로 의제하고 있다. 그러나 사업추진 당사자들이 이미 이권을 목적으로 정비사업에 참여함으로써 이러한 법적 통제로는 정비사업의 추진 과정에서 발생하는 편법·불법을 모두 제거하는 것이 불가능하다.³¹⁸⁾ 주택 재개발·재건축사업을 도시재생사업의 일환으로 이해하여 특별시장·광역시장·시장에게 권한을 집중시켜야 할 필요성이 크다면, 이들을 총괄감독 할 수 있는 보다 상위의 감독기관을 마련할 필요 역시 크다고 할 것이다. 뿐만 아니라 행정관청의 경우 대도시를 제외한 지자체의 경우 재개발·재건축사업에 대하여 사업경험이 적거나 보직변경으로 인한 전문공무원이 부족한 상황이다. 그리하여 인·허가 과정에서 발생하는 문제에 대한 처리능력이 떨어진다. 각 지자체 별로 인·허가 과정에서 발생될 수 있는 문제에 대응하는 처리기준을 정리한 편람이나 지침서등을 제공하여 사업 주체들은 인·허가 관련 서류 등의 준비기간을 단축시키고 행정관청의 모호한 판단 및 법적분쟁을 예방하여야 할 것이다.

3. 매도청구권의 문제개선

매도청구권의 첫째 문제는 조합원자격의 문제이다. 주택재건축의 경우 재개발과 달리 정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자, 정비구역 아닌 구역 안에 소재한 대통령령이 정하는 주택 및 그 부속토지의 소유자와 부대 복리시설 및 그 부속토지의 소유자로 규정하고 있다(도시정비

317) 조병인·강석구·송봉규, 앞의 책, 132면.

318) 신평우·정회근, 앞의 논문, 8면.

법 제2조 제9호 가호). 따라서 주택재건축구역내의 건축물 또는 토지만을 소유한 자는 조합원으로 가입할 수 없다. 즉 이들은 조합원이 될 수 없고 매도청구의 상대방이 되기 때문에 매도청구 소송이 진행 될 경우 매매대금의 금액을 높이기 위해 소송을 고의적으로 지연시키고 매도청구권 행사를 방해하여 사업이 지연되는 사례가 발생한다. 따라서 주택재건축사업에 있어서도 주택재개발사업과 같이 토지소유자의 개념을 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자로 규정하여 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자에게도 조합원 자격을 부여하는 것이 바람직하다 할 것이다.³¹⁹⁾

둘째, 재건축사업의 장기화를 들 수 있는데 매도청구소송의 유형을 살펴보면 상당수의 재건축 미동의자들이 처음부터 극단적·악의적으로 재건축사업에 반대하는 것이 아니라, 재건축사업에 대한 무관심 등의 원인으로 매도청구소송에 동의하지 않고 있다가 매도청구소송이 제기되자 비로소 조합원으로 가입하는 경우가 있으며, 재건축사업에 참여하지 않은 일부 미동의자는 조합이 제시하는 가액에 대한 불만으로 자신들의 재산권에 대한 정당한 보상을 받기 위해 재건축사업에 동의하지 않는 경우가 많음을 알 수 있다.

따라서 우선적으로 재건축사업 초기에 재건축사업에 동의하지 않는 미동의자를 최소화하기 위한 노력이 필요하다. 매도청구소송의 제기 전에 충분한 정보를 제공하고 당해 재건축사업을 보다 적극적으로 홍보하는 작업이 필요할 것이다. 그리고 법원의 소송제도가 가지는 한계에 대응하여 소송이외 단기간에 해결할 수 있는 분쟁해결방안이 필요하다. 즉 재건축조합과 재건축사업 미동의자의 갈등을 합리적으로 해소할 수 있는 중재, 알선, 협의 기구를 통한 분쟁의 해결을 제도화 할 필요가 있다.

셋째, 매도청구권은 그 행사기간이 회답기간 만료일로부터 2개월이라고

319) 김영석, 주택재건축사업의 제도개선에 관한 법적 연구, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위, 2010, 73~74면.

정하고 있는데 이 기간 동안 조합이 소제기를 위한 일련의 준비절차를 이행한다는 것은 어려운 일이다. 일본의 경우, 미동의자들에 대한 매도청구권 행사기간을 재건축결의 월로부터 1년으로 하되 정당한 사유가 있을 경우 그 기간만큼 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 회답기간 만료일로부터 2개월 이내라고 하는 현행 매도청구권 행사기간이 재건축사업을 추진하는 조합의 입장에서 뿐만 아니라 재건축사업에 동의하지 않은 미동의자의 입장에서 지나치게 단기이므로 매도청구권의 행사기간의 연장이 필요하다.³²⁰⁾

4. 조합원 분양신청 철회기간 명확화

관리처분계획인가 후 이주 철거 완료시점에 조합원 동·호수 추첨을 하고 조합원 분양계약을 체결하는 경우, 전산추첨으로 배정된 동·호수가 마음에 들지 않는다는 이유 등으로 많은 조합원이 정관 제42조 제5항의 규정을 주장하며 계약을 포기하는 사례가 다수 발생하고 있다. 이 경우 조합에서는 150일 이내에 현금으로 청산을 해 주어야 하므로 조합이 존폐의 기로에 서게 되는 경우가 발생 한다.³²¹⁾

따라서 조합원이 분양철회를 할 수 있는 기간을 명확히 명시하여 주어야 한다. 최종 분양철회 시점은 현장의 여건을 감안한다면 최소한 관리처분 계획인가를 받기 전까지는 분양철회를 하여야 될 것이다. 아울러 정확한 시점은 공람기간 중에 공람의견으로 분양철회를 하여야 할 것이다. 단순히 관리처분계획인가 전이라고만 한다면 공람 후 소요되는 공람심사기간과 인가신청을 하기위한 준비기간 및 인가 신청서 접수 후 행정청의 서류심사 등 인

320) 강정규·강진영, 도시 및 주거환경정비법상 재건축사업의 매도청구권 소송사례분석과 개선방안, 토지공법연구, 제43집 제2호, 2009, 219~226면.

321) 인천지방법원은 '도시정비법'은 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는데 이바지 한다는 입법목적(제1조)으로 보아 조합원분양신청기간 내에 한하여 분양신청을 철회 할 수 있다고 봄이 상당하므로 강행규정에 위반한 이 정관은 유효로 볼 수 없다고 하였다.

가가 나오기까지의 기간이 수개월이 필요 할 수도 있다. 따라서 관리처분계획수립으로부터 인가까지의 시차가 발생하므로 큰 혼란이 초래될 수밖에 없다. 공람 내용은 관리처분계획(예정) 내역서를 통지한 후 조합원 총회에서 의결된 사항들이므로 이미 개인별 권리가액 및 분담금내역 등이 충분히 숙지된 상황이고 최종적으로 조합원총회를 통하여 관리처분계획이 수립된 내용을 확정짓기 위한 절차이다. 따라서 분양철회는 분양신청기간이 아니라 관리처분계획인가를 받기 전 공람기간으로 한정지어져야 할 것이다.³²²⁾

5. 세입자 보호를 위한 대책마련

주택재개발·재건축사업의 시행시 우리가 간과해서는 안 될 문제가 정비구역에 실제로 거주하는 세입자의 문제이다.

현행 ‘도시정비법’에서는 기본계획 수립에서부터 세입자 이주 및 손실보상에 이르기까지 세입자에 대한 다양한 배려 조항들이 포함되어 있다.

단, ‘도시정비법’상 사업시행을 위하여 필요한 경우 ‘토지보상법’에 의한 수용 또는 사용을 할 수 있고, 이 경우 ‘토지보상법’에 의한 손실보상을 해 주도록 규정되어 있기 때문에 주택재개발사업의 경우 세입자에 대한 보상이 가능하지만, 주택재건축사업의 경우에는 세입자에 대한 보상이 전혀 없다.

그러나 세입자가 자신의 의견을 제출할 수 있는 권한은 주택재개발사업 뿐만 아니라 주택재건축사업에도 공통적으로 적용되고 있다. 즉 시장 등은 기본계획을 10년 단위로 수립시 세입자의 주거안정대책을 포함하여야 하고(도시정비법 제3조 제1항), 기본계획수립과 정비계획의 수립을 위한 공람시 세입자에게 의견제출 권한을 부여하고 있다(도시정비법 시행령 제9조제2항과 제11조제2항). 사업시행자는 사업시행계획서를 작성할 때 세입자의 주거

322) 강정규박태진·김해중, 도시 및 주거환경정비법상 주택재개발사업의 활성화를 위한 관리처분단계의 법·제도적 개선방안, 토지공법연구 제42집, 2008, 286면.

및 이주대책, 정비사업 완료 후 상가세입자에 대한 우선 분양 등에 관한 사항이 포함된 사업시행계획서를 작성하여야 하며(도시정비법 제30조 제4호), 정비사업을 원활히 시행하기 위하여 정비구역의 내·외에 새로 건설한 주택 또는 이미 건설되어 있는 주택에 그 정비사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자(정비구역에서 실제 거주하는 자에 한함)가 임시로 거주하게 하는 등의 방식으로 그 정비구역을 순차적으로 정비하는 순환정비방식에 의한 주택의 소유자 또는 세입자의 이주대책을 수립하여야 한다(도시정비법 제35조). 한편, 사업시행자는 재개발사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자에 대하여 당해 정비구역 내·외에 소재한 임대주택 등의 시설에 임시로 거주하게 하거나 주택자금의 융자알선 등 임시수용에 상응하는 조치를 하여야 한다. 이 경우 사업시행자는 그 임시수용을 위하여 필요한 때에는 국가·지자체 그 밖의 공공단체 또는 개인의 시설이나 토지를 일시 사용할 수 있다(도시정비법 제36조). 그리고 정비사업의 시행에 따른 손실보상의 기준은 ‘토지보상법’을 준용하도록 규정하고 있다(도시정비법 제40조제1항). 이에 따라 이주대책 대상자에게는 가구원수에 따라 4개월분의 주거이전비가 지급되고(토지보상법 시행규칙 제54조제2항), 주거이전비 지급기준일(이주대책 수립대상자 선정기준일)은 정비구역지정을 위한 주민공람공고일이다(도시정비법 시행규칙 제9조의2).

종전에는 주거이전비보상은 세입자들의 퇴거와 동시이행관계로 보지 않았다. 따라서 조합 측에서 세입자를 먼저 퇴거시키고 난 후 주거이전비보상을 해주려 하여 강제철거 등의 문제점도 있었고, 세입자 측에서 공법상 당사자소송으로 조합을 상대로 보상금지급을 청구하는 방식이었다. 하지만 2009년 5월 개정된 ‘도시정비법’ 제49조는 주거 이전비 내지 영업 손실보상과 사업시행자의 명도청구는 동시이행관계임을 분명히 하여, 이제는 조합 측에서 먼저 보상금을 공탁한 후 세입자들을 상대로 명도청구소송을 제기할 것으로 예상된다. 따라서 이제 세입자의 보상금 청구소송은 ‘토지보상법’

제85조 제2항에 의한 보상금증감청구소송이 주로 행해질 것이다.³²³⁾

사업시행자가 법령에서 정하는 손실보상의 기준 이상으로 세입자에게 주거이전비를 지급하거나 영업의 폐지 또는 휴업에 따른 손실을 보상하는 경우 해당 정비구역에 적용되는 용적률의 100분의 125이하의 범위에서 조례로 용적률을 완화하여 정할 수 있으며(도시정비법 제40조의2), 국가 또는 지방자치단체는 시장·군수가 아닌 정비사업시행자에게 세입자 보상비의 80퍼센트 이내에서 융자하거나 융자를 알선할 수 있다(도시정비법 제63조 제3항, 도정법시행령 제60조제3항).

그러나 이러한 제도개선에도 불구하고 세입자의 생활권이 인정되고 있지 않은 점, 세입자용 영구주택 건립이 화파되고 있는 점 등 여전히 세입자에 대한 문제들이 제기되고 있다. 사업추진지구 상당수의 세입자는 현지 재정착을 하지 못하고 또 다른 불량주거지역으로 이주하거나 혹은 사업이전보다 더 높은 주거비부담을 안게 되는 경우가 많다. 재개발임대주택의 임대료는 영구임대주택의 임대료에 비하여 상대적으로 높아서 세입자는 입주권을 얻더라도 입주하지 못하는 경우가 발생하게 되는 것이다.³²⁴⁾ 이에 따라 세입자대책으로 ①주거이전비 상향조정 ②가옥주와 동일하게 세입자에 대하여도 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법’상 이주대책 적용 ③창업비(인테리어등) 보상 ④권리금 보상 ⑤세입자의 가구규모와 소득 수준에 맞는 영구임대주택의 공급 ⑥사업기간 중 세입자를 포함한 주민들의 임시수용시설 설치 의무화 ⑦임대상가의 제공 ⑧임대보증금 지원 등이 거론되고 있다.

그러나 정비사업의 세입자 대책은 다음과 같은 측면에서 한계가 있다고

323) 김남근, 재개발·재건축 비용부담과 보상 및 조합내부분쟁에 대한 판례분석, 재개발·재건축 법제 개선을 위한 과제 하계학술대회 자료집, 한국부동산법학회 2010. 6, 55면.

324) 박철환·이찬호, 주택재개발 사업시 재정착률 제고를 위한 법·제도적 방안 연구, 토지공법연구 제42집, 2008. 11, 317면.

할 것이다.

세입자의 경우에는 임대차기간이 종료하면 이주하여야 하는데 임대차기간이 종료되었을 경우에 이주하는 임차인에게 임대인이 이주비, 다른 거주장소를 마련해 주어야 하는 등(이주대책)의 의무가 전혀 없다. 또한 상가임대차기간 종료시 세입자가 영업을 위하여 지출한 인테리어비, 권리금 등에 대하여 임대인이 지급할 의무가 없다. 임대차기간이 종료되면 임차인은 원상회복 의무가 있기 때문에 자신이 지출한 인테리어비용에 대하여 임대인에게 지급을 청구할 수 없으며, 권리금의 경우에 임차인이 임대인에게 지급하지 않고 전 임차인에게 지급하였을 경우에는 임대차계약의 내용에 포함되어 있지 않아 임대인이 임차인에게 지급할 의무가 없으며³²⁵⁾, 권리금을 임대인에게 지급하였다고 하더라도 극히 특수한 사정이 있을 경우에만 임대인이 임차인에게 권리금반환 의무가 있다.

그리고 재개발 등 정비사업의 경우에만 세입자보상을 할 상당한 이유가 없다는 것이다. 주택재개발사업의 경우 토지수용방식을 적용하지 않고 주택재건축사업과 같은 방식으로 하게 되면 세입자에 대하여 보상을 해 주어야 할 법적인 근거조차 없게 되는 것이다.

따라서 위와 같은 점을 모두 고려하여 세입자 이주대책방안을 다음과

325) 대법원(2002. 7. 26. 선고 2002다25013) 판결.

대법원은“영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 거기의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우(know-how) 혹은 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용대가라고 볼 것인바, 권리금이 그 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장의 약정하에 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에는, 보장기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니한다. 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 자신도 일정 기간 이용할 수 있는 권리를 다른 사람에게 양도하거나 또는 다른 사람으로 하여금 일정기간 이용케 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이지만, 반면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임대인은 임차인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다고 할 것이다. 그 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는, 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 것으로 나누어, 임대인은 임차인으로부터 수령한 권리금 중 임대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다고 봄이 공평의 원칙에 합치된다.”라고 하여 원칙적으로 임대인의 권리금 반환의무를 인정하지 않고 있다.

같이 제시할 수 있다.

정비사업의 시행으로 인한 이주시점 이전에 임대차기간이 종료되는 경우에는 임대차기간이 종료되면 당연히 이주를 하여야 한다는 점을 세입자들에게 인식시킬 필요가 있고, 이주시점까지 임대차기간이 종료되지 않는 경우에도 조합이 정하는 이주 기간 내에 이주를 하여야 한다는 점을 세입자들에게 인식시킬 필요가 있다.³²⁶⁾

세입자들에게 사업의 진행에 따라 이주를 하여야 한다는 점을 명백히 알 수 있도록 제도적인 장치를 해 두면, 세입자들은 주택거주자들이든 아니면 영업을 하는 사람들이든 이주기간을 예상하여 자신의 손실을 줄이고 이주대책을 스스로 세울 수가 있을 것이다. 이를 위한 방법으로 건물등기부등본상에 사업진행과정을 등기하도록 하여야 할 것이다. 정비구역지정고시 뿐만 아니라 추진위원회설립승인, 조합설립인가, 사업시행인가, 관리처분계획인가 등의 진행과정을 인가시마다 건물등기부등본상에 의무적으로 등기(등기비용은 무료 또는 실비로 등기하도록 조치)하도록 하면 세입자들은 그 사업과정상 이주시기를 예상할 수 있어 근본적인 이주대책이 될 수 있을 것이다. 현재 정비사업을 진행함에 있어 조합원들에게는 사업의 진행과정을 조합에서 통지해주지만 세입자들에게는 사업진행 과정을 알리지 않고 있는 실정이다. 따라서 최소한 정비구역지정고시, 추진위원회설립승인, 조합설립인가, 사업시행인가, 관리처분계획인가 등의 내용을 세입자들에게 의무적으로 통보하도록 규정하여 세입자들의 사전준비를 독려할 필요성이 있다.³²⁷⁾

그리고 임대주택 공급가격의 지원과 임대료 및 관리비 등을 보조·지원할 수 있는 제도개선이나 일정조건에 부합되는 세입자에 한하여 영구임대주택

326) 참고로 용산 참사 사건의 경우 시민단체들은 세입자를 대변하여 ‘세입자들은 사업이 진행되어 이주를 하여야 하는지를 전혀 모르고 있다. 우리는 주거 이전비를 몇 달치 더 올려달라는 주장을 하는 것은 아니다. 우리가 미리 알고 대처할 수 있도록, 또 우리가 다른 곳에서 살 수 있도록 근본적인 대책을 세워달라’는 주장을 계속하였다.

327) 하우징헤럴드, “재개발사업 등의 세입자 이주대책에 대한 새로운 제안”, 2010년 6월 7일.

에 입주할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다.³²⁸⁾

제5절 기타

1. 정비사업전문사업자의 자격요건 강화

정비사업전문관리업은 조합원의 각종 부조리와 사업지연 등을 방지하여 ‘도시정비법’에 근거한 정비사업의 전문성과 투명성 확보를 목적으로 하고 있다. 정비사업전문관리업제도는 정비사업의 원활한 추진을 위하여 조합원들의 경험 부족과 기술력 부재 등을 보완하고 추진세력의 비리를 차단하기 위해 도입된 것이다. 그러나 정비관리업체의 영세성 및 전문 인력과 전문 지식, 사업경험의 부족, 재건축 문제의 복잡성 등으로 인하여 그 실적이 미미하고 용역대가 산정기준이 결여되어 있어 문제를 야기 시키고 있다. 또한 정비관리업체가 조합 주체세력과 결탁하여 용역업체 및 시공사 선정시 영향력을 행사하는 문제점이 나타나기도 한다. 정비사업전문관리업자의 업무능력이 추진위원회나 조합을 직·간접적으로 지원했던 건설업체의 업무능력에 비해 높지 않아 법에서 의도하는 바와 같이 조합의 전문성이 제고되기는 어려운 실정이다. 따라서 재건축 비리를 근절하기 위해서는 일단 비리사슬의 중간 매개 고리 역할을 하고 있는 “정비업체부터 정비해야 한다”는 지적이 나오고 있다.³²⁹⁾

상당수의 정비사업전문관리업자가 법정 자본금조차 마련하지 못해 가장 납입, 자격증 임대 등의 방법으로 법인을 설립한 후, 무자격자 등을 고용하여 정비사업을 추진하고 있어 조합을 지원한다는 명목 아래 도입된 정비사

328) 박철환·이찬호, 앞의 논문, 317면.

329) 이정선, "정비업체가 재건축비리 온상", 머니투데이 2005년 11월 21일자.

업전문관리업체도가 오히려 부담을 지우고 있다는 문제점을 야기하고 있다.³³⁰⁾ 정비사업전문관리업자 등록을 위하여 사채업자로부터 7억원의 가장 납입³³¹⁾, 등록에 필요한 전문인력 요건을 갖추기 위하여 면허대행업체를 이용한다는 보고도 있으며³³²⁾, 심지어 등록관청에 건당 100만원 상당의 급행료를 제공한 후 4~5일 이내에 업체등록을 마무리하고, 납입자본금은 즉시 회수한다는 주장까지 나타나고 있다.³³³⁾

또한 건설업체가 전직 건설업체 직원을 동원하여 정비사업전문관리업체를 설립한 후 조합을 상대로 로비하거나, 정비사업 관련 인·허가 부서에 근무한 공무원이 퇴직 후에 정비사업전문관리업체를 설립하고 행정관청에 로비함으로써 인·허가 과정에 개입한다는 주장도 있다.³³⁴⁾ 추진위원회 또는 조합에 대신하여 인가신청, 업무지원과 대행 본연의 일 보다는 시공자 선정 등 사업이권에 관련 부패행위의 연결고리가 되고 있으며, 정비사업 관련 정보의 공개 제한과 직권남용으로 사업진행에 대한 불신감이 팽배하고 조합과 조합원 다른 사업위탁자간의 갈등을 조장하고 있다.

이런 문제점을 개선하기 위해 우선 정비사업전문관리업체의 등록기준을 강화할 필요가 있다. 무분별한 업체의 난립을 방지하고 최소 운영자금을 확보하기 위하여 최소 자본금 규모를 상향조정 할 필요가 있다. 또한, 정비사업전문관리업체에 필요한 전문 인력의 범위를 확대할 필요가 있으며, 자본금 및 필요인력의 유지·관리를 위하여 등록 후 일정기간 경과시마다 신고하도록 법령을 보완해야 하며, 일정기간 업무실적이 없는 정비업체는 등록

330) 대검찰청, 앞의 보도자료, 8~9면. 관련 기사로는 연합뉴스, “충남경찰 재개발 수수비리 2명 구속”, 2007년 6월 11일자.

331) 대검찰청, 앞의 보도자료, 6면.

332) 강정규·정경숙, 도시 및 주거환경정비법상 정비사업전문관리업의 법제도적 개선에 관한 고찰, 토지공법연구 제30집, 2006. 3, 191면.

333) 전연구·김종보, 앞의 논문, 11면.

334) 전연구·김종보, 앞의 논문, 12면.

을 취소하도록 하여야 한다.³³⁵⁾ 그리고 정비사업자에 대한 처벌규정 강화로 부조리를 방지해야 할 것이다. 정비업자는 동일한 정비사업에 대하여 건축물의 철거, 정비사업의 설계, 정비사업의 시공, 정비사업의 회계감사 등의 업무를 병행하여 수행할 수 없다(도시정비법 제70조). 그러나 이러한 업무를 병행하여 수행하더라도 불이익처분을 부과할 법적 근거가 ‘도시정비법’에 없다. 따라서 정비사업전문관리업자의 업무제한을 위반한 경우 이를 필요적 등록취소사유로 규정하여야 하며, 이를 위반하여 정비사업전문관리업자로 선정된 자에 대한 처벌규정이 마련되어야 한다.³³⁶⁾

2. 분쟁조정위원회의 실효성 확보

개발이익의 향수를 둘러싼 재개발사업의 추진과정에서 분쟁은 빈번하게 발생하여 왔지만, 이에 대한 처리는 대부분 소송 등을 통하여 처리되다보니 장기간에 걸쳐 많은 비용이 들고 이해관계자간 감정적 대립관계는 해소되지 못하는 경우가 많았다. 이러한 문제점을 개선하기 위하여 ‘도시분쟁조정위원회’ 설치에 대한 제도 개선안이 제시 되었으며 2009년 5월 27일의 개정 ‘도시정비법’에 반영되어 2010년 1월 1일 시행을 하였다.³³⁷⁾ 그러나 여타 법률에서 분쟁조정위원회를 두고 있는 바와 마찬가지로 ‘도시정비법’상의 분쟁조정위원회 설치 및 운영은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 첫째, 정비사업의 시행으로 인하여 발생한 분쟁의 조정을 위하여 정비구역이 지정된 시·군·구(자치구)마다 조정위원회를 두도록 되어 있지만, 시·도의 광역지자체 단위도 아닌 기초 지자체마다 10인 이내의 전문가 확보를 요건으로

335) 장성수, 도시내 주택공급 활성화를 위한 재개발·재건축 제도 정비방안, 국회입법조사처, 2008, 77~78면.

336) 강석구, 앞의 논문, 20면.

337) 제77조의2(도시 분쟁 조정위원회의 구성 등), 제77조의3(조정위원회의 조정 등) 참조.

하는 것은 쉽지 않다. ‘건설산업기본법’상의 건설분쟁조정위원회의 설치도 지자체의 관심부족 등으로 현실화되지 못하고 있다. 전문가는 전문적 식견 외에도 합리적 조정으로 이끌 수 있는 능력을 필요로 하며, 공무원, 학계, 법조계, 전문가 그룹(변호사, 건축사, 감정평가사, 공인회계사) 등으로 구성되어 있으나 정비사업의 특성상 갈등해소에 실질적 역할을 담당할 수 있는 이해관계자 대표 등의 참여에 대해서는 분명한 규정을 두고 있지 않아 실효성 부재가 우려된다.

둘째, 조정의 효력과 관련하여 분쟁당사자가 조정안을 수락하면 조정위원회가 즉시 조정서를 작성한 후 위원장 및 각 당사자의 서명·날인하여 당사자 간 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 간주하는 효력을 부여하고 있다. 그러나 이러한 효력규정은 분쟁의 종국적인 해결로 보기는 어려움이 있다. 이해관계가 첨예 할수록 조정의 결과가 최종적 효력을 갖도록 할 필요가 있는데, 만일 조정성립 후 불복하는 일방당사자가 합의를 불이행할 경우 또다시 소송 등의 절차를 거쳐야 하는 등의 문제가 있다.

이에 따라 도시분쟁조정위원회는 분쟁의 효과적인 처리를 위하여 조정전치주의를 채택하고(이해관계자의 사전적 협의기능 강화), 조정 불성립의 경우에는 조속한 분쟁해결을 위하여 당연히 제소한 것으로 간주(소송절차로 연계하여 조정에 대한 심리적 압박과 신속한 분쟁해결 촉진)하는 시스템을 구축할 필요가 있으며, 분쟁의 최종적인 해결 또는 처리 효과를 확보할 수 있도록 조정 성립시에 합의 성립 간주가 아니라 ‘재판상 화해’와 동일한 효력을 부여할 필요가 있다. 조정위원도 전문성 확보가 용이하지 않으므로 실질적인 구성과 기능을 기대할 수 있도록 조정위원회 구성을 광역시나 도 단위로 광역화하여야 한다.³³⁸⁾

338) 두성규, 앞의 논문(재개발제도의 합리적 개선에 관한 연구), 29~30면.

3. 공공관리자제도의 선별적 적용

서울시는 정비사업 추진 및 시공사 선정 과정에서의 투명성을 확보하고, 정비업체 및 시공사의 부패행위가 주민들의 비용부담 증가로 이어지지 않도록 구청장을 중심으로 공공의 역할을 확대하는 공공관리자제도를 도입하여 2010년 7월부터 시행하고 있다. 그러나 서울시의 공공관리자제도에는 몇 가지의 문제점이 제기되고 있다.

다수의 조합원이 참여하는 재개발·재건축사업의 경우 의견조율이 쉽지 않은데, 공공의개입이나 규제 증가로 기대감만 커질 경우 경제적 이해관계를 둘러싸고 민원성 불만 즉 조합원간 갈등, 조합원과 상가세입자간 갈등 등이 증가할 수 있다.

그리고 정치권의 불신풜조와 공무원비리에 대한 불신, 공기업에 대한 불신은 오히려 공공관리자제도가 그 온상이 될 것이라는 우려의 목소리도 있다. 공공이 오히려 비리에 연루되는 경우가 빈번하게 등장하고 있어 공공관리자제도의 도입이 비리발생의 배제효과를 충분히 확보할 수 있을지 의문이다.³³⁹⁾

공공관리자의 활동 등을 위한 비용을 시·군·구의 부담으로 하는 것에 대한 타당성, 지자체의 재정곤란에 따른 현실성 등에도 문제가 있다. 기본계획 수립, 안전진단 및 정비계획 수립, 추진위원회 운영자금 대여 등에 사용하도록 되어 있는 도시·주거환경정비기금을 공공관리자 관여를 수락한 단지에만 집중 지원할 수 있도록 하는 것에 대해서 형평성 논란이 발생할 여지가 많다.³⁴⁰⁾ 공공이 초기자금을 지원할 경우 초기사업추진에 도움이 될

339) 공공기관의 정비사업관련 최근 비리사례로는 설계변경을 통해 관급공사 공사비를 부풀려 거액을 챙긴 건설업자 및 이를 묵인 하거나 각종 편의제공 대가로 뇌물을 받은 혐의로 공무원, 토공, 주공 등에 구속영장이 청구된 사례 등을 들 수 있다(파이낸셜뉴스 2009. 7. 30일자).

340) 두성규, 앞의 논문(재개발제도의 합리적 개선에 관한 연구), 23~24면.

수 있다. 그러나 국회 입법조사처의 자료에 따르면, 지방자치단체에서 실질적으로 공공관리제도의 재원으로 사용할 수 있는 도시 환경정비기금이 매우 빈약한 것으로 나타났다. 공공관리자제도가 모든 정비사업에서 전면적으로 시행될 경우에는 추진위원회의 운영이 보다 곤란해 질 것이다. 한편, 정비사업의 투명성을 위한 조치이지만, 정비사업구역이라는 특정한 구역 내의 토지·주택의 소유자의 사익증진이라는 사업성격을 고려할 때, 공공의 재원인 정비기금으로 이를 지원하는 형태가 바람직하지 못하다는 지적도 제기되고 있다.

정비업체 선정을 둘러싼 추진위원회와 공공사업관리자의 갈등이나 이로 인한 사업지연, 자금지원 등의 문제는 결국, 공공관리자제도가 사업추진의 투명성과 기간을 단축시킬 수 있을 것이라는 기대를 무색케 하고 사업의 추진속도가 오히려 느려지거나 사업성이 떨어지는 등 역효과 발생을 예상할 수 있는 것이다.

또한 서울시의 공공관리자제도는 관리·감독에만 너무 치중하는 면이 있다. 원활한 사업을 위해 제도지원에 중점을 두어 주민의 진정한 의사를 실질적으로 반영할 수 있도록 하여야 할 필요가 있다. 이에 따라 공공관리자제도의 도입은 공공의 전시적·형식적 추진 치중과 지나친 관여와 간섭 등 부작용도 충분히 예상할 수 있으므로 원칙적으로 사업범위가 넓고 자율적으로 이해관계를 조정하기 어려운 곳에서 주민 또는 추진위원회 등이 원하는 경우에 한하여 선별적으로 적용하도록 하여야 한다.

재개발·재건축사업도 사유재산권 행사를 바탕으로 하지만, 민간차원에서 해결이 쉽지 않은 세입자문제나 도시계획차원에서의 조정 등을 필요로 하는 경우에 조합(원)의 요청이 있을 경우, 공공부문에서도 적극적인 참여가 필요하다. 이렇게 공공의 참여는 조합원의 진정한 의사를 바탕으로 한 요청이 있는 경우로 국한 하도록 할 경우 공공의 과잉개입 시비를 사전에 방지할 수 있을 것이다. 조합(원)의 진정한 의사를 평온한 가운데 실질적으로

반영할 수 있는 시스템을 도입³⁴¹⁾해야 하며, 다수결원칙에 따른 조합민주주의가 실현될 수 있도록 해야 한다.

즉 공공은 직접적인 사업추진과정에 개입하는 것보다 지원³⁴²⁾과 정보제공, 심화된 갈등의 조정, 의무 위반 시 강제명령 정도에 머무는 등 공공이 민간영역에 깊이 관여하지 않더라도 재개발·재건축사업의 투명성과 공정성 등을 제도적으로 담보할 제도적 환경이 만들어져야 할 것이다.³⁴³⁾



341) 서울시의 '재개발클린업시스템' 홈페이지 운영은 비리발생을 억제하고 주민들의 합리적인 의사결정과 참여를 활성화시키는 데 긍정적 역할을 할 것이다.

342) 여기서의 지원은 공공적 성격이 가미되어 있는 용적률, 소형주택의무비율, 세입자보상, 관련 인허가의 안내, 구체적 사업관련전문지식의 상담 및 지도, 초기 투입비용에 대한 저리 융자, 정비사업전문관리업에 대한 행정지도, 조합운영에 대한 외부감사 등 공적 영역에 속하는 대부분의 사항들에 대한 지원을 의미한다.

343) 두성규, 앞의 논문(재개발제도의 합리적 개선에 관한 연구), 29면.

제6장 결 론

주택 재개발·재건축사업이란 단순히 물리적인 환경개선에서 변화되어 주민의 건강·교육·고용·환경·직장·근접도 등 사회적·경제적 생활환경의 총체적 개선을 위한 개념으로 대두되고 있다.

종래 주택재개발사업은 ‘도시재개발법’에, 주택재건축사업은 ‘주택건설촉진법’에 규정되어 적용 법규상의 차이를 보여주었다. 이에 따라 공법적 규제 정도가 다르게 나타났는데 주택재건축사업의 경우 ‘조합설립인가’와 사업계획승인이라는 두 단계의 공법적 통제만을 받았다.

‘도시정비법’의 제정으로 주택 재개발·재건축사업은 그 공법적 통제란 관점에 상당히 접근하였으며, 특히 주택재건축사업의 공공성이 강화되었다.

그러나 공공성에 있어 강도의 차이는 여전히 존재한다. 재개발사업의 경우 사업시행자에게 토지수용권이 주어지는 반면 재건축사업의 경우 매도청구권이 주어지며, 재건축사업은 정비구역이 아닌 구역에서도 사업을 시행할 수 있다. 즉 재건축사업의 공공성이 강화되기는 하였으나 재개발사업과 비교하여 여전히 강도가 낮음을 알 수 있다.

‘도시정비법’에는 각종 행정처분(정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등), 임대주택 의무건설, 재건축사업에 대한 안전진단, 재건축사업의 용적률 완화 및 소형 주택건설, 공공관리자제도 도입 등의 방안으로 공공성이 실현되고 있다. 뿐만 아니라 대법원도 사업의 시행주체인 조합에 대하여 행정주체성을 인정하여 재개발·재건축사업이 공공사업임을 판시하였다.

본 논문은 재개발·재건축사업 시행에 있어서 대상, 시행자, 사업내용을 ‘도시정비법’을 중심으로 살피고 법제가 가지고 있는 문제점, 그에 대한 개선방안을 아래와 같이 제시하였다.

첫째, 사업계획단계에서 주택 재개발·재건축사업이 주민주도의 사업임에도 불구하고 주민의 자발적 의사에 의해 이루어 지지 못하고 있다. 주민들의 실질적 참여가 이루어 질 수 있도록 정비기본계획과 정비계획 수립에 있어 주민의 참여방법을 제시하였다. 또한 정비구역 지정에 있어 단순한 경과년수로 대상구역의 현황을 정확히 반영하기 힘든 문제점이 있어 새로운 구역지정 기준에 대한 연구의 필요가 있으며, 재건축사업의 경우 시행되는 안전진단의 대상과 비용부담에 대하여 좀 더 명확히 규정하여야 함을 설명하였다.

둘째, 사업시행인가단계의 문제점을 살펴보았다. 주택 재개발·재건축 사업이 공공성을 가지는 사업으로 공공이 직접 사업을 추진하는 것이 가능하다. 그러나 재개발·재건축사업이 공공성을 포함하고는 있지만, 기본적으로 조합원들의 사유재산권 행사가 바탕이 되고 있는 만큼 주민의 자발적 정비사업이 불가할 경우, 또는 특별한 공익적 필요성이 있는 경우에 보충적으로 행해질 수 있도록 하는 방안을 제시하였다. 뿐만 아니라 주택재건축사업의 경우 재개발사업과 달리 조합이 민간건설업자와 공동으로 사업을 시행하지 못하도록 되어 있어 사업시행에 어려움이 있다. 이를 개선하여 재건축사업에 있어서도 전문성과 자금조달능력 부족 등의 문제를 해소할 수 있도록 하여야 한다. 또한 조합설립추진위원회 위원과 조합임원, 감사의 자격요건의 문제점을 살폈는데 그에 관한 개선방안으로 자격요건 강화방안을 제시하였으며, 추진위원회 위원, 조합 집행부의 전문성 강화를 위한 규정을 신설 추진하여야 하는 점, 전문지식을 습득하도록 교육의무를 부과할 필요성 등을 제시하였다. 조합운영에 있어 초기자금 부족으로 여러 가지 문제가 발생하게 되는데 이를 개선하기 위하여 초기사업자금에 대하여 프로젝트 파이낸싱이나 행정관청의 보증에 의한 자금대여를 저리에 조달 할 수 있는 방안, 공공부문 역할을 제도화시킬 방안 등을 설명하였다.

셋째, 사업시행단계의 문제점으로 참여업체 선정기준이 불명확하여 많은

분쟁이 발생함을 알 수 있었다. 시공사 선정과 관련하여 경쟁 입찰의 방법을 구체화 할 필요가 있으며 조합 총회에서 철거업자·시공자·설계자를 선정하게 된 경위를 보고하고, 기타 참여업체의 선정 기준 및 절차를 명확히 규정 할 필요가 있다. 사업의 안정성 투명성을 위한 보다 체계적인 감시·감독 방안도 제시하였으며, 매도청구소송의 문제점과 개선방안, 조합원의 분양신청의 철회기간이 불명확하여 발생하는 분쟁을 해결하기위해 조합원의 분양철회 기간을 명확히 명시하여야 한다고 방안을 제시하였다. 세입자의 이주대책방안으로는 세입자들에게 사업의 진행에 따라 이주를 하여야 한다는 점을 명백히 알 수 있도록 제도적인 장치가 필요하며, 임대주택 공급가격의 지원과 임대료 및 관리비 등을 보조·지원할 수 있는 제도개선, 일정조건에 부합되는 세입자에 한하여 영구임대주택에 입주할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요함을 설명하였다.

마지막으로 정비사업전문관리업의 전문성·투명성을 도모하기 위한 방안들을 제시하였을 뿐 아니라 ‘도시정비법’에 규정되어 있는 분쟁조정위원회의 실효성이 있는지를 살펴보고, 2010년 7월부터 시행되고 있는 공공관리자제도로 인한 공공의 참여가 투명성·객관성·공정성을 확보할 수 있을지를 살펴 보았다. 도시분쟁위원회는 분쟁의 효과적인 처리를 위하여 이해관계자의 사전적 협의기능 강화를 위한 조정전치주의를 채택하고, 조정 불성립의 경우에는 조속한 분쟁해결을 위하여 당연히 제소한 것으로 간주하는 시스템을 구축할 필요성이 있다. 공공관리자제도의 개선방안으로 공공의 참여는 주민의 진정한 의사를 바탕으로 요청이 있는 경우 참여할 수 있도록 하여 공공의 과잉개입을 방지하고, 주민의 진정한 의사를 실질적으로 반영할 수 있는 시스템이 마련되어야 한다.

주택 재개발·재건축사업의 추진과정에서 불거진 문제점들은 제도와 법령의 복잡성과 난해함과 함께 사업에 따른 미래가치를 부동산시장에서 과대평가하거나 이를 법령이 충분히 담아내지 못한데도 원인이 있다. 이에 따

라 보다 장기적인 도시발전이나 주택시장 발전을 위하여 바람직한 방향으로 지혜가 모아져야 할 것이다.



참고 문헌

국내 단행본

- 건설교통부, 재건축·재개발 초기자금 확보방안 등의 연구 요약 보고서, 2007.
- , 공동주택의 재건축실태와 수명연장 방안연구, 건설교통부보고서, 1994.
- 국가청렴위원회, 주택재개발·재건축 분야 투명성 제고를 위한 제도개선방안, 2006.
- 국토해양부, 도시·주거환경정비기본계획 수립 지침, 2003.
- , 2010년도 주택업무편람, 2010. 10.
- 김남진·김연태 공저, 행정법 1 제13판, 법문사, 2009.
- 김성수, 특별부담금의 헌법적 정당화요소에 대한 연구, 한국법제연구원, 2005.
- 김은유, 재개발·재건축 법률실무, 매일경제신문사, 2009.
- 김종보·전연규, 2010 새로운 재건축·재개발 이야기 I (상), (하), 한국도시개발연구포럼, 2010.
- 김태완·하석철, (도시 및 주거환경정비법으로 본 최신)재건축이론과 실무, 법률서원, 2003.
- 김현주, 재개발·재건축사업의 효율적 추진 방안, 삼성경제연구소, 2001.
- 대한주택공사, 도시재개발법령 개정방안 연구, 1993.
- , 공공의 재개발사업 확대 방안, 대한주택공사 주택연구소, 2000.
- 대검찰청, 보도자료, “재개발·재건축 관련 비리 단속 수사 결과”, 2006.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004.

- 류해웅, 토지공법론, 삼영사, 2004.
- 박윤훈, 행정법 I, 박영사, 2004.
- 배영길, 부동산공법, 부경대학교출판부, 2010.
- 법원행정처, 재판실무편람 제20호 : 재개발·재건축 실무편람, 2003.
- 부산지방법원, 판사들이 들려주는 재개발·재건축 이야기, 산지니, 2010. 12.
- 서울시정개발연구원, 도시 및 주거환경정비법 적용을 위한 연구, 서울시정개발연구원, 2002.
- 서울시주거정비과, 재개발·재건축 업무편람, 2008.
- 서울행정법원 행정재판실무편람 3 자료집, 서울행정법원, 2002.
- 서울지방법원 동부지원, 재건축·재개발 사업의 법적 문제에 관한 연구, 1996.
- 서울지방법원 신청 ; 집행실무연구회, 경매(입찰)의 실무와 재건축의 법률문제집, 한국사법행정학회, 1997.
- 서울특별시뉴타운총괄반, 뉴타운사업의 성과와 미래, 2006.
- 서울특별시, 서울시 정비사업 공공관리 운영 매뉴얼 참조, 2010. 9.
- _____, 주택국 보도자료, 2010. 3.
- _____, 서울특별시 공공관리제도 설명자료, 2009.
- _____, 도시·주거환경정비기본계획 -도시재개발사업부문/주거환경개선사업부문, 2004.
- 송현진·장찬익, 재개발·재건축 사례집 : 판례·질의 회신집(뉴타운사업 포함), 진원사, 2004.
- 송현진·유동규, 재개발·재건축 이론과 실무, 법률출판사, 2009.
- 이범상, 건설관련소송실무-건설관련소송의 쟁점 및 재건축·재개발, 법률문화원, 2004.
- 이창석·오준석·강지원·김영혜·박난주·이동찬, 재건축·재개발 컨설팅 이론과 실무, 형설출판사, 2010.
- 일본 도쿄도청 도시계획국(강우원·정재희 공역), 동경의 도시계획, 서울시

- 정개발연구원, 2003.
- 조병인·강석구·송봉규, 주택재개발·재건축사업의 탈법운영 실태 및 대책, 한국형사정책연구원, 2008.
- 장태주, 행정법개론 제7판, 법문사, 2009.
- 최돈호, 도시 및 주거환경정비, 박영사, 2005.
- 홍정선, 행정법원론(상) 제17판, 박영사, 2009.

국내 논문

- 강동욱, 재개발·재건축 사업에 관한 입법론적 고찰 -도시 및 주거환경 정비법, 도시재정비 촉진을 위한 특별법에 한정- 민사법연구 제16집, 2008. 12.
- 강석구, 주택재개발·재건축사업의 제도적 문제점 및 향후 입법과제, 성균관법학 제 21권 제1호, 성균관대학교법학연구소, 2009.
- 강신은, 도시정비사업의 추진과정의 문제점, 법관연수자료, 사법연수원, 2007.
- 강용택, 재개발 사업의 정비조합을 둘러싼 법적 문제, 부동산법학 10권, 2004.
- 강정규·강진영, 도시 및 주거환경정비법상 재건축사업의 매도청구권 소송 사례분석과 개선방안, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009.
- 강정규·박태진·김해중, 도시 및 주거환경정비법상 주택재개발사업의 활성화를 위한 관리처분단계의 법·제도적 개선방안, 토지공법연구 제 42집, 2008.
- 강정규·정경숙, 도시및주거환경정비법상 정비사업전문관리업의 법제도적 개선에 관한 고찰, 토지공법연구 제30집, 2006.
- 강현호, 재건축사업의 공공성 및 개선방안, 공법연구 30집 4호, 한국공법학회, 2002.

- 권대우, 재개발조합의 조합원의 간접손해에 대한 손해배상청구, 민사법학 18호, 한국민사법학회, 2000. 5.
- 권대중·김해중, 재개발사업의 공공관리제도에 대한 신뢰도 분석, 한국지적학회 제25집 제2권, 2009. 12.
- 권세훈, 프랑스의 국토계획법에 있어서 조화와 실현, 성균관법학 제21권 3호, 2009.
- 권영준, 재건축에 관한 의사결정, 민사법학 제45-1호, 한국 민사법학회, 2009.
- 길준규, 재건축 개발이익환수제도의 법적문제, 공법학연구 제7권 제3호, 2006.
- 김남근, 도시환경주거정비 개선의견, 참여사회연구소 공동주최토론회, 2009.
- 김덕규, 재개발·재건축사업에 있어서 주민의 권리강화 방안에 관한 연구, 단국대학교 박사학위논문, 2009.
- 김성수, 토지공개념과 종합부동산세 등의 도입에 대한 공법적 검토, 지방자치법연구 제4권 제1호, 2004.
- 김수갑·여경수, 재건축초과이익 환수에 관한 법률의 법적 쟁점과 과제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006.
- 김수현, 재개발(뉴타운)사업의 문제점과 대안, 참여사회연구소 공동주최토론회, 용산참사 학술단체 공동토론회, 2009.
- 김영석, 주택재건축사업의 제도개선에 관한 법적 연구, 단국대학교 행정법 무대학원 석사학위, 2010.
- 김영진, 주택재개발 법제에 관한 비교 연구, 사회과학논문집 제28권 제2호, 2010.
- 김종보, 관리처분계획의 처분성과 공정력, 행정판례연구 7집, 2002.
- , 강학상 인가와 정비조합 설립인가, 행정법연구, 2003.
- , 재건축결의 무효의 공법적 파장, 서울대학교법학 제49권2호, 2008.
- 김재승, 과세당국의 주택재개발·재건축사업 청산금 귀속시기결정에 대한 비판적 고찰, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 2009.

- 김태오, 도시 및 주거환경정비법상 청산금제도 -재개발 사업을 중심으로
사회과학연구 제15권, 2009.
- 김해룡, 도시정비사업(재개발,재건축)법제의 개선을 위한 쟁점-대법원의 최
근 판례에 대한 비판적 시론-, 한국부동산법학회 2010년도 하계학
술대회, 2010.
- 김희철, 주택재개발사업의 개선방안에 관한 연구, 건국대학교 박사학위논문,
2004.
- 김현준·박용광, 주택행정부의 공공성, 토지공법연구 제44집, 2009. 5.
- 나병진, 집합건물재건축의 공공성에 관한 연구, 집합건물법학회, 2010.
- 남 진, 공공관리자제도의 도입배경 및 정책과제, 공공관리자제도 정책 토
론회 자료, 2010. 11. 25.
- 남은경, 주택재개발·재건축사업의 탈법적 추진·운영에 대한 주민민원 사
례분석 및 근본적 해결 방안, ‘주택재개발·재건축사업 운영 건전
화 방안’(제2회 전문가초청 워크숍 자료집), 한국형사정책연구원 건
설사업연구팀, 2008.
- 두성규, 재개발제도의 합리적 개선에 관한 연구, 건설이슈포커스, 2009.
- 류해웅, 수용적격사업의 공공성 확보에 관한 제도적 고찰, 한국토지보상법
연구회, 토지보상법연구, 2001.
- 류한국, 손보식, 도시및주거환경정비사업의 업무분석을 통한 문제점과 개선
사항 -조합설립추진위원회와 조합설립 업무를 중심으로-, 한국건축
시공학회 논문집 제10권 3호, 2010, 6.
- 문병효, 재개발 정책 관련법의 문제점과 대안모색, 공법연구 제38집 제2호
2009. 12.
- 문승국, 일본의 주민참가형 도시 정비수법에 관한 연구·마찌즈구리의 사례
를 중심으로, 서울시립대학교 박사학위논문, 1998.
- 문윤홍, 도시재개발사업의 문제점과 개선방향-선진국들 사례를 중심으로-,
대한부동산학회지, 2008.
- 박현정, 재건축·재개발정비사업조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소

- 송유형의 검토 -2009. 9. 17 및 2009. 9. 24의 대법원 판결·결정을 중심으로-, 행정법연구 제26호, 2010. 4.
- 배웅규·장경철·김철영, 정비구역 지정관련 소송으로 본 구역지정기준의 문제점과 개선방향 연구, 대한건축학회논문집 제24권 제11호, 2008.
- 백완기, 한국행정과 공공성, 한국사회와 행정연구, 2007.
- 박철완·이찬호, 주택재개발 사업시 재정착률 제고를 위한 법·제도적 방안 연구, 토지공법연구 제42집, 2008.
- 서순탁, 아파트 재건축에 따른 개발이익 규모추정 및 이익환수에 관한 연구, 토지공법연구 제27집, 2005. 9.
- 성소미, 재건축 개발이익환수에 대한 고찰, 국회사무처 법제실, 2006. 4.
- , 재건축 초과이익 환수법안의 내용과 법적 쟁점, 토지공법학회 제49회 학술대회자료집, 2006. 6. 10.
- 손우태, 재개발·재건축조합의 운영상 문제점과 그 개선방안, 외법논집 제32집, 2008. 11.
- 신봉기, 도시개발법제에 관한 검토, 토지공법연구 제15집, 2002.
- , 주택법상 분양가 내역공시제의 법적 문제, 토지공법연구 제37집 제1호 2007. 8.
- , 분양원가공개 및 분양가상한제의 법적 문제점 - 특히 민간건설사업자의 주택공급을 중심으로, 토지공법연구 제35집 2007. 2.
- 신평우·정희근, 현행 도시정비법상 재개발·재건축제도의 개선방안에 관한 연구, 토지공법연구 제49집, 2010. 5.
- 양은열, 재개발·재건축 규제와 재산권 보장에 관한 법적연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2009.
- 오경훈, 주택재개발·재건축에 관한 공법적 연구, 연세대학교 석사학위논문, 2008.
- 이기묘, 주택재개발 사업의 비리와 갈등해소를 위한 개선방안, 고려대학교 행정대학원 석사학위논문, 2006.

- 이동수, 재건축 개발이익환수제의 내용과 문제점, 토지공법연구 제25집, 2005. 2.
- 이명재, 독일의 도시개발과 도시재개발 사례, 건축과 사회, 2006.
- 이세준·김영환, 주택재개발사업에 의한 정비기반시설의 설치현황과 과제, 한국도시설계학회, 2008.
- 이양수, 한국 재건축사업의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 연세대학교 석사학위 논문, 2000.
- 이영동, 집합건물의 재건축결의에 관한 민사법적 연구, 부산대학교 석사학위 논문, 2001.
- , 재개발·재건축조합의 설립과 설립무효, 사법논집 제49집, 2009.
- 이원우, 허가·특허·예외적 승인의 법적 성질 및 구별, -중범 김동희 교수 정년기념논문-, 2005.
- 이정전 외 22인, 국가균형발전을 위한 토지정책 방향 연구, 한국토지공사, 2005.
- 이정희·권대중, 재건축 개발이익환수제의 실증분석 연구 -재건축 부담금을 중심으로- 부동산학회지, 2007.
- 이주희, 재건축사업의 초과이익환수제도의 부적성에 관한 연구, 토지공법연구 제40집, 2008.
- 임경숙, 개발이익환수제도, 입법정보 제178호, 국회도서관, 2005. 12. 19.
- 임계호, 주거환경정비에서 공공의 역할연구 연구, 서울시립대학교 박사학위 논문, 2004.
- 임의영, 공공성의 개념·위기·활성화 조건, 정부학연구 제9권 제1호, 2003.
- 임윤수·최완호, 공동주택 재건축에 있어서 개발이익환수의 범위, 부동산연구 제19집 제2호, 2009.
- 육종배, 주택재건축사업의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 경기대학교 석사학위논문, 2008.
- 장성수, 도시내 주택공급 활성화를 위한 재개발·재건축 제도 정비방안, 국

- 회입법조사처, 2008
- 전병준, 주택재개발·재건축에 있어서 조합원과 세입자의 법적 지위에 관한 연구, 국민대학교 박사학위논문, 2010. 6.
- 정광연, 재개발 정비조합 설립무효 소송과 관련한 일련의 쟁점, 민사법연구, 2009. 12.
- 정하명, 미국에서의 민간에 의한 도시재개발과 공적 사용, 토지공법연구 제27집, 2005. 9.
- 정희남·김승중, 토지에 대한 개발이익환수제도의 개편방안, 국토연구원, 2003.
- 장세훈, 불량주택재개발 정책의 개선방향에 관한 연구, 한국사회사학회, 사회와 역사 제43권, 1994. 12.
- 조혜정, 재개발·재건축 사업의 관리처분계획에 관한 법적 쟁점 연구, 건국대학교 석사학위논문, 2008.
- 주관수, 공공의 역할 강화를 통한 재개발사업 방식의 전환에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2004.
- 차흥권, 주택재건축사업의 매도청구권에 관한 연구, 건국대학교 석사학위논문, 2006.
- 채갑식, 서울시 주택재개발사업정책의 발전방안에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2008.
- 채우석, 재건축사업과 개발이익환수제, 고시연구, 2004. 6.
- 최영규, 행정주체 및 공공단체의 개념과 범위, 공법학연구 제5권 제5호, 2004.
- 최승원, 도시재개발제도에 관한 법적 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1992.
- 최진수, 주택재개발·재건축에 관한 법적연구, 연세대학교 박사학위논문, 2006.
- , 재건축사업상 임대주택공급 의무제도와 개발이익의 환수, 토지공법연구 제38집 제2호, 2009. 12.

하성규, 도시재개발에 있어서 갈등 요인의 분석과 해소방안, 한국지방자치학회보 제 10권 제2호, 1998. 8.

한건우, 현행 재건축사업의 법적 문제점과 개선방안, 토지공법연구 10집, 한국토지공법학회, 2000, 8.

홍득관, 주택재건축사업과 관련된 법적 제 문제, 법조, 2009.

황해봉, 도시재개발과 개발이익환수제도, 토지공법학회 학술발표자료, 2008.

———, 독일 연방건설법전상 건설기본계획의 일반원칙과 수립절차, 법제, 2005, 10.

외국 문헌

全國市街地再開發協會, 日本の都市再開發史, 1991.

日本都市計劃學會, 都市計劃マニュアル, ぎょうせい, 1995.

晴山一穂, 公共性分析の意義と課題, 法の科學 第19号, 1991.

小林實, 都市再開發の歴史と現状課題, ジュリスト No. 704, 1979.

全國市街地再開發協會, 日本の都市再開發 IV, 1996.

原田純孝外, 現代の都市法, 東京大學出版會, 1994.

大橋洋一, 市街地再開發事業における權利者保護, 都市問題 第85卷 第9「都市再開發ハンドブック, 2004」, 東京: ケイブン出版, 2004.号, 1994. 9.

成田孝三, 「成熟都市の活性化・世界都市から地球都市へ」, 京都: ミネルヴァ書房, 2005.

都市再開發法制研究會 編著, 「C(入門)都市再開發法」, 東京: ぎょうせい, 2003.

再開發コディネタ協會 編, 「再開發關係法令集」, 東京, 2005.

大兵啓吉, 都市再開發と公共性, 『ジュリスト(増刊)行政法の争点』(新版), 有斐閣, 1990.

- 塩岐賢明, 住宅政策の誕生-豊かな居住おめさして一、日本評論社, 2008. 2
- 石田頼房, 開発利益の還元の歴史と政策, 石田編著「大都市の土地問題と政策」, 日本評論社, 1990.
- 安本典夫, “イギリスにおける開発利益の公共還元制度の生成” 立命館法學, 1990年 3 號.
- 都市開発ファイナンス研究会編, 『都市開発ファイナンスのいま：最新傾向と今後の展望』きょうせい 2005。
- Groth Bernd Martin, Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht, 1998.
- Heide Dirk von, Das Anzeigeverfahren im Baugesetzbuch, verlag W.Kohlhammer, 1990.
- Rohe, w. & Gate, Planning with Neighborhoods, Chapel Hill : Univ of North Carolinapress, 1985.
- Muchnick, Urban Renewalin Liverpool, London: bell & sons 1970.
- Grant Malcolm, Urban Planning Law, London : Sweet & Maxwell, 1982.
- Lim William, Equity and Urban Environment in the Third New Art Printing Co., Singapore, 1975.
- Peter& Hugh Sykes, Urban Regeneration, 2005.
- Feldmann / Groth, Das Neue Baugesetzbuch, 1987.
- Bielenberg / Krautzberger / Söfker, Baugesetzbuch-Leitfadan und Kommentierung, Verlag Frantz Rehm, 1988.