

대도시 개발사업의 주류, 도시정비사업

Mainstream of Metropolitan Development, Urban Rearrangement Project

안 광 순*

Ahn, Kwang-Soon

목 차

- | | |
|---------------------------|------------------------|
| I. 들어가며 | V. 관리처분계획의 수립 및 관리처분인가 |
| II. 기본계획 및 정비계획의 수립 | VI. 착공·준공 및 이전고시 |
| III. 사업시행자(추진위원회, 조합)의 설립 | VII. 마치며 |
| IV. 사업시행계획 수립 및 사업시행인가 | |

기존 도시를 재정비하는 도시정비사업은 토지·건물소유자들이 조합이라는 단체를 구성하여 사업을 진행하면서도 행정청의 절차적 내용적 통제를 받는 방식으로 사업이 진행된다. 이는 도시정비사업이 토지 확보의 어려움, 토지 확보에 소요되는 막대한 비용, 기존 거주자들의 이주문제를 내포하고 있는 동시에 기반시설의 확충을 수반해야 하는 공익적 성격을 가지고 있기 때문이다. 이러한 도시정비사업은 “도시 및 주거환경정비법”에 의해 규율되며, 사업유형에는 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업이 있다.

도시정비사업의 절차를 개괄적으로 살펴보면, 도시정비사업은 ① 기본계획 및 정비계획의 수립, ② 사업시행자의 설립, ③ 사업시행계획 수립

투고일 : 2014. 12. 12. 심사외뢰일 : 2015. 1. 13. 게재확정일 : 2015. 2. 2.

* 법무법인 산하 대표변호사

Managing Partner, Sanha Law Firm

및 사업시행인가, ④ 관리처분계획의 수립 및 관리처분인가, ⑤ 착공·준공 및 이전고시의 절차를 통하여 진행된다. ① 기본계획은 정비계획의 지침이 되는 상위 계획인바, 기본계획에는 정비사업의 기본방향, 정비예정구역, 단계별 추진계획 등이 포함된다. ② 정비계획의 수립은 정비구역의 지정과 동시에 이루어지는 절차로 정비사업의 대상지역을 결정하고 대상지역에 대한 정비계획을 결정하는 절차이다. ③ 정비계획이 수립되면 토지·건물의 소유자가 구성원이 된 조합설립추진위원회 단계를 거쳐 사업시행자인 조합이 설립되게 되는데 조합 설립에는 도시 및 주거환경정비법상 일정한 동의율을 갖추어 관할관청의 인가를 받을 것이 요구된다. ④ 조합이 설립되면 정비계획의 범위 내에서 구체적인 사업시행계획을 수립하여 사업을 진행하게 되는데, 사업에 필요한 비용은 민간 건설사를 시공사로 선정함으로써 조달받게 된다. ⑤ 사업시행계획이 조합이 수행할 구체적인 사업계획을 수립하는 것이라면, 관리처분계획은 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물을 처분 또는 관리하는 계획을 말한다. ⑥ 분양신청과 관리처분계획이 수립되면 토지등소유자들은 모두 이주하게 되고, 착공 후 공사가 완공되면 준공검사를 거쳐 준공인가를 받아 수분양자들은 신축 건물에 입주하게 된다.

이와 같이 기반시설을 확충하는 등 도시기능을 회복·활성화하고 주거환경을 개선하여 토지등소유자가 재정착할 수 있도록 하는 도시정비사업은 국내 주요 도시의 주택공급과 부동산 개발사업의 주류를 이루고 있는바, 법률전문가들의 깊이 있는 연구와 참여가 필요할 것이다.

[주제어] 정비사업, 재건축, 재개발, 사업시행계획, 관리처분계획

I. 들어가며

부동산 개발을 지역을 기준으로 구별한다면, 비 도시지역을 도시화하는 도시지역 외의 개발과 기존의 도시를 재정비하기 위한 도시지역 내의 개발로 구별할 수 있을 것이다.

비 도시지역의 개발은 도시의 인접지역을 개발하여 도시를 확장하거나 또는 대도시 주변에 위성도시와 같은 신도시를 개발하여 결국 도시를

확대하는 것으로, 개발지역이 농지, 임야 등으로 토지 지상에 건축물이 존재하지 아니하고 토지의 가격도 도시에 비해 현저히 낮은 편이며, 개별 필지의 토지 면적이 넓어서 대규모 개발에도 불구하고 이해관계가 있는 토지 등 소유자의 수가 적으므로, 국가가 택지개발을 통하여 대규모 개발을 하기에 용이할 뿐만 아니라, 민간 건설사가 토지를 매입하여 개발사업을 진행하기에도 용이하다는 장점이 있다. 다만 기존 도시지역의 개발 즉 도시정비를 간과한 도시의 횡적 확장과 신도시 개발은 비효율적 거대도시만을 양산하여 도시의 기능을 저하시키게 되고, 도시 내 중심지역으로의 접근 가능성 또는 위성도시에서 대도시로의 접근가능성 등에 따라 대규모 개발사업의 성패가 갈리는 위험성도 있는바, 비도시지역의 개발에 앞서 기존 도시를 재정비하는 도시정비사업이 우선되어야 함은 당연한 이치이다.

비 도시지역에 비해 도시지역은 이미 주거지역, 상업지역, 기반시설 등이 형성되어 도시민들이 생활을 영위하고 있는데, ① 높은 인구밀도에 따라 토지가 소규모 필지로 분할되어 있거나 대규모 필지 위에 집합건물의 형태로 다수의 토지·건물소유자가 존재는 점, ② 토지와 건물의 가격이 비 도시지역에 비하여 현저히 높은 점, ③ 도시민들은 도시 내에 여러 가지 생활터전을 갖추고 있어서 해당 지역을 떠나기 어렵고 재정착의 필요성이 높은 점 등의 특수성이 존재한다. 이 때문에 도시지역의 부동산 개발은 소규모 개발을 제외하고는 비 도시지역의 부동산 개발과 달리 ① 국가 또는 민간이 수많은 토지·건물소유자들과 협의하여 대규모 부동산개발을 위한 토지를 확보하기 어렵고, ② 협의가 가능하더라도 막대한 비용이 소요되며, ③ 나아가 토지와 건물을 확보하더라도 수많은 소유자들의 생활터전을 빼앗아 이주시켜야 한다는 심각한 문제를 야기한다는 특수한 조건이 개발사업에 반영 될 필요가 있다. 아울러 부동산 개발은 필수적으로 도로, 공원 등 공익사업으로써 기반시설의 확충이 수반하여야 하는바, 기반시설을 확충하기 위해서는 사유지가 기반시설

로 제공되어야 하는 공익적 사업의 성격을 강하게 갖고 있다.

위와 같은 특수조건을 반영하여 도시재생을 위한 도시지역 내의 개발 사업은 토지·건물소유자들이 조합이라는 단체를 구성하여 사업을 진행하되 기반시설의 확충, 도시환경 개선 등 공익적 성격이 강하여 개발 계획부터 행정청의 절차적 내용적 통제를 받는 방식으로 사업을 진행하게 되었다.

과거에는 개발사업의 특성에 따라 개별법령에 근거하여 주택재개발 사업, 주택재건축사업, 도심재개발사업,¹⁾ 공장재개발사업,²⁾ 주거환경 개선사업으로 진행되었고 일부는 공익적 성격에도 불구하고 민간사업으로 규율되었는데, 2002년 12월 31일 통합법령인 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 함)을 제정하여 각 사업을 공익사업으로 규율하여 관리하고 있다.³⁾ 통합법의 제정으로 과거 민간사업으로 규율되었던 주택재건축사업이 공익사업으로 분류되어 행정적 통제가 강화되었으며, 과거 공동주택에만 또는 일부 단독주택지역을 포함한 공동주택에 적용되던 주택재건축사업을 단독주택지역만을 대상으로 한 주택재건축사업이 가능하도록 법적 근거를 마련하였으나, 최근 단독주택지역에 대한 재건축사업에 대한 적정성 논란으로 단독주택지역에 대한 재건축 사업을 폐지하고 이미 기본계획상 반영된 단독주택재건축사업만 진행할 수 있도록 하였다.⁴⁾

1) 도심재개발은 상업지역재개발로 도시정비법에는 도시환경정비사업으로 분류된다.

2) 공장재개발도 도시정비법에는 도시환경정비사업으로 분류된다.

3) 도시정비법은 개별 사업유형으로 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업을 규정하여 구 사업방식을 포괄하고 있으며, 이외에 전면철거 방식이 아닌 주거환경관리사업, 가로주택정비사업을 규정하고 있다.

4) 재건축정비구역은 ‘기반시설은 양호하나 노후불량주택이 밀집한 지역’을 요건으로 하는데, 기반시설 확충이라는 공익적 목적도 없고 공동주택과 달리 주택을 집단적으로 정비할 필요성도 없는 단독주택지역을 공익사업인 재건축정비사업에 포함할 이유가 없고 노후불량 주택을 개별적 건축행위를 통해 개선할 수 있으며, ‘기반시설이 열악하고 노후불량주택이 밀집한 지역’에 한하여 재개발사업이 가능하도록 한 도시정비법의 취지에도 반한다는 점에서 입법론적 비판이 제기되어 왔다. - 유삼술/이종

이하에서는 도시지역에서 대규모 부동산개발의 대다수를 차지하는 도시정비사업에 대하여, 진행절차에 따라 사업방식을 알아보고 법령과 판례를 중심으로 중요 법적 쟁점 사항을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 기본계획 및 정비계획의 수립

1. 기본계획의 수립

기본계획은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토법’이라 함)의 도시기본계획과 연계된 도심 및 주택재정비에 대한 종합계획으로, 국토법 상 도시기본계획의 이념과 내용이 도정법 상의 정비사업을 통해 실현될 수 있도록 도시정비사업의 미래상과 목표를 제시하는 기본방향에 관한 사항이며 정비계획의 지침이 되는 상위 계획이다.⁵⁾

기본계획은 10년을 단위로 수립되고, 5년마다 그 타당성 여부를 검토하여 그 결과를 반영하여야 한다. 기본계획에는 정비사업의 기본방향, 정비구역으로 지정할 예정인 구역(정비예정구역), 단계별 추진계획(정비예정구역별 정비계획의 수립시기 포함) 등이 포함되어야 한다.⁶⁾

기본계획의 법적 성격에 관하여는, 도시정비에 관한 각종 계획을 수립하기 위한 행정기관의 내부적 지침으로 행정기관만을 구속하는 비구속적 계획이라는 것이 통설이며,⁷⁾ 대법원 또한 “구 도시계획법(현 국토계획법) 상 도시기본계획은 도시의 기본적인 방향을 제시하는 종합계획으로서 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획입

만, 재개발·재건축의 입문, 하우징헤럴드 초판, 2011. 참조.

5) 이우재, 도시 및 주거환경정비법-주택재건축사업을 중심으로 초판, 진원사, 2010. 참조.

6) 도시정비법 제3조 참조.

7) 이우재, 앞의 책. 참조.

안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것”이라며 기본계획이 비구속적 계획임을 판시한바 있다.⁸⁾ 따라서 기본계획은 행정처분으로써의 처분성이 인정되지 아니하여 행정심판 및 행정소송의 대상이 되지 아니한다.

2. 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정

2.1 의의 및 법적 성격

정비계획의 수립과 정비구역의 지정은 동시에 이루어지는 절차로, 정비사업의 대상지역을 결정하고 대상지역에 대한 정비계획을 결정하는 절차이다.

정비계획은 기본계획의 하위 계획이자 사업시행계획의 상위 계획으로써, 국토법 상 도시기본계획의 하위 계획인 도시관리계획에 연계된 계획이며, 정비사업의 명칭, 정비사업의 시행방법, 계획시설의 설치계획, 공동이용시설의 설치계획, 정비기반시설의 설치계획, 건축물의 주용도·건폐율·용적률·높이에 관한 계획 등이 포함되어야 한다.⁹⁾

정비계획은 정비구역 내 사업의 지침이 되는 구속적 행정계획으로 보는 것이 통설이며,¹⁰⁾ 대법원도 정비계획 수립 및 정비구역 지정의 법정요건이 갖추어지지 아니하여 취소를 구하는 행정소송에서 처분성이 인정된다는 전제에서 본안 판단을 하여¹¹⁾ 이를 구속적 행정계획으로 보고 있으며, 토지등소유자로 구성되는 사업시행자가 사업시행계획을 수립함에 있어서 정비계획에 구속되는 점과 도시정비법 제5조가 정비구

8) 대법원 2002. 10. 11. 선고, 2000두8226 판결.

9) 도시정비법 제4조 제1항 및 시행령 제13조 제1항.

10) 이우재, 앞의 책, 유삼술/이종만, 앞의 책, 참조.

11) 대법원 2012. 10. 25. 선고, 2011두10355 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2011두22051 판결

역 안에서의 행위제한을 규정하고 있는 점에서도 정비계획은 정비구역 내 토지등소유자에게 법률상 제한을 가하는 구속적 행정계획이라고 볼 이 타당하다.

2.2 정비사업의 시행방법과 구역지정의 요건

정비계획에 포함되어야 하는 정비사업의 시행방법에는 주거환경개선사업, 주택재개발정비사업, 주택재건축정비사업, 도시환경정비사업 등이 있고, 도시정비법 시행령 별표 1. 정비계획 수립대상구역의 요건을 각 시행방법에 따라 구별하여 규정하고 있다.

시행령 별표 1.에 규정된 세부적 요건을 본 발제문에서 논외로 하기로 하고 각 사업별 대상구역의 추상적 기준을 살펴보면, ① 주거환경개선사업은 ‘정비기반시설이 극히 열악하고 노후·불량건축물이 과도하게 밀집한 지역’으로 도시저소득주민이 집단으로 거주하는 지역을 대상으로 하고, ② 주택재개발사업은 ‘정비기반시설이 열악하고 노후·불량건축물이 밀집한 지역’을 대상으로 하고, ③ 주택재개발사업은 ‘정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역’을 대상으로 하고, ④ 도시환경정비사업은 ‘상업지역·공업지역 등으로서 토지의 효율적 이용과 도심 또는 부도심 등 도시기능의 회복이나 상권활성화 등이 필요한 지역’을 대상으로 한다.¹²⁾

정비계획 수립대상구역을 이와 같이 법령에서 제한하는 이유는 도시정비사업이 개발이익에 치중한 수익논리를 앞세워 투기적 목적으로 활용되고 불필요한 건물철거와 개발로 인한 사회적 자원낭비를 막고자 하는데 있다.

12) 도시정비법 제2조 제2호.

3. 안전진단과 노후·불량건축물

도시정비법 제12조는 정비계획 수립을 결정하기 위해서는 주택재건축사업에 한하여 그것도 주택단지 내 건축물에 한하여 안전진단을 실시하도록 규정하고 있다.

그리고 앞서 본 바와 같이 주택재건축사업을 포함한 주거환경개선사업과 주택재개발사업은 모두 노후·불량건축물의 밀집을 요건으로 하고 있는데, 도시정비법 제2조 제3호 라목은 “도시미관을 저해하거나 노후화로 인하여 구조적 결함 등이 있는 건축물로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도조례로 정하는 건축물”을 노후·불량주택으로 규정하고 있고, 시행령 제2조 제3항은 제1호는 “준공된 후 20년 이상의 범위에서 조례로 정하는 기간이 지난 건축물”을 법 제2조 제3호 라목에 해당하는 건축물로 규정하고 있는바, 이를 순차적으로 해석하면 “준공된 후 20년 이상의 범위에서 조례로 정하는 기간이 지난 건축물”은 당연히 노후·불량건축물에 해당하게 된다.

그렇다면 첫 번째로, 주택단지가 준공 후 20년 이상의 범위에서 조례로 정한 정하는 기간(이하 ‘법정 연한’이라 함)을 지난 경우에는 노후·불량건축물에 해당하더라도 도시정비법 제12조에 규정한 안전진단을 실시하여 구조적 결함 등 정비계획 수립이 필요하다고 판단된 때에 한하여 정비구역의 지정이 가능하고 정비사업을 시행할 수 있게 되는 것이다.

두 번째 문제는, 위 법령을 그대로 해석하면 주택단지가 아닌 지역의 재건축사업(이하 ‘단독주택재건축’이라 함)은 안전진단을 실시할 필요 없이 법정 연한을 지난 건축물이 법정 밀도를 초과할 경우에는 정비계획을 수립하여 사업시행이 가능하게 되는데, 그것이 바람직한 것인지에 대한 문제가 있다.

즉 정책론적·입법론적 측면에서, 정비기반시설이 양호할 뿐 아니라 주택단지가 아니어서 집단적 정비의 필요성도 약한 단독주택재건축사

업을 안전진단의 실시도 없이 단지 법정 연한을 지난 건축물이 법정 밀도를 초과하였다는 이유만으로 사업을 시행할 수 있도록 하는 것이 바람직하지 않다는 비판이 제기되었다.

대법원 전원합의체 판결은 위와 같은 비판론적 시각을 받아들여 “동규정의 취지는 준공된 후 일정기간이 경과하면 건축물이 그에 비례하여 노후화하고 그에 따라 구조적 결함 등이 발생할 가능성이 크다는데 있으므로 법정 기간은 노후·불량화의 징표가 되는 여러 기준의 하나로 보아야 하고, 도시정비법 제12조가 주택단지 내 건축물을 대상으로 안전진단을 실시한 다음 정비계획 수립 또는 시행 여부를 결정하도록 규정하고 있는 점에 비추어 보더라도, 법정 기간을 경과한 것만으로 노후·불량건축물에 해당되지는 아니한다.”며, “법정 기간을 충족하더라도 현장조사 등을 통하여 개개 건축물이 철거가 불가피한 건축물인지 여부에 대한 검토 등이 선행되어야 한다.”고 판시하였는바,¹³⁾ 결과적으로 단독주택 재건축에도 도시정비법 제12조의 안전진단과 유사한 절차를 진행해야 한다는 것이다.¹⁴⁾

다만 위와 같은 대법원 전원합의체 판결에 대하여는, 법령의 문리적 해석을 초월하여 새로운 요건을 부가하였다는 점에서 사법부의 법령해석 범위를 벗어났다는 비판이 있을 수 있다.

세 번째 문제는, 주택재개발사업의 정비계획을 수립함에 있어서도 노후·불량건축물 판단에 도시정비법 제12조의 안전진단과 유사한 절차가 필요한지에 관한 것이다. 이는 단독주택재건축과는 또 다른 문제로, 주택재개발사업은 단독주택이 대다수인 지역을 사업대상지역으로 하는 점에서 단독주택재건축과 유사하기는 하나, 정비기반시설이 열악한 지역을 대상으로 하는 점에서 단독주택재건축과 다른바, 기반시설의

13) 대법원 2012. 6. 18. 선고, 2010두16592 전원합의체 판결

14) 위 전원합의체 판결에서 〈보충의견〉은 도시정비법 제12조의 주택단지의 안전진단 기준에 준하는 객관적이고 합리적인 기준을 마련해야 한다는 의견을 제시하였다.

확충이라는 공익적 요구가 높기에 노후·불량주택의 기준을 완화할 여지가 많은데다가, 이러한 취지를 반영한 듯 법령상으로도 안전진단 절차가 적용되지 않기 때문이다.

그러나 대법원은 단독주택 재건축에 관한 위 전원합의체 판결을 원용하며 주택재개발사업의 정비계획 수립 요건에서도 안전진단과 유사한 절차를 거쳐 노후·불량주택을 판단해야 한다고 판시하였다.¹⁵⁾ 당해 판결에 대해서도 법령해석의 범위를 벗어났다는 비판과 기반시설 확충이라는 공익적 목적을 고려한 법령상의 취지에도 반한다는 비판이 있을 수 있다.

Ⅲ. 사업시행자(추진위원회, 조합)의 설립

1. 토지등소유자의 동의

정비계획이 수립되면 정비구역 내 토지·건물의 소유자들이 구성원이 되는 사업시행자를 설립해야 하는데, 도시정비법은 사업시행자의 전 단계인 조합설립추진위원회를 우선 구성한 후 추진위원회가 사업시행자의 지위를 갖는 조합을 설립하도록 규정하고 있다.

추진위원회와 조합의 설립은, 정비구역 내 토지·건물의 소유자가 설립에 동의하는 동의서를 제출하여 구성원으로 참여야 해야 하고, 일정한 동의율¹⁶⁾을 갖추어 관할관청의 인가를 받음으로써 설립행위가 완성된다.

15) 대법원 2012. 10. 25. 선고, 2011두10355 판결

16) 도시정비법 제13조(조합의 설립 및 추진위원회의 구성)

② 제1항에 따라 조합을 설립하고자 하는 경우에는 제4조에 따른 정비구역지정 고시(정비구역이 아닌 구역에서의 주택재건축사업의 경우에는 제12조제5항에 따른 주택재건축사업의 시행결정을 말한다) 후 위원장을 포함한 5인 이상의 위원 및 제15조제2항에 따른 운영규정에 대한 토지등소유자 과반수의 동의를 받아 조합설립을 위한

도시정비법 제2조 제9호는 위와 같은 동의율을 산정하는 기초로써 정비구역 내 토지등소유자 범위를 정의규정으로 규율하고 있는바, 주거 환경개선사업, 주택재개발사업, 도시환경정비사업은 ‘정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자’라고 규정하고 토지와 건축물 중 어느 하나만 소유하여도 동의권자에 포함됨에 반하여(가

추진위원회를 구성하여 국토교통부령으로 정하는 방법과 절차에 따라 시장·군수의 승인을 받아야 한다. 다만, 가로주택정비사업의 경우에는 추진위원회를 구성하지 아니한다. <개정 2009.2.6, 2012.2.1, 2013.3.23>

도시정비법 제16조(조합의 설립인가 등)

① 주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 추진위원회(제13조제2항 단서 또는 같은 조 제6항에 따라 추진위원회를 구성하지 아니하는 경우에는 토지등소유자를 말한다)가 조합을 설립하려면 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상(가로주택정비사업의 경우에는 토지등소유자의 10분의 8 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상)의 토지소유자의 동의를 얻어 다음 각 호의 사항을 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 하며, 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의 없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다. <개정 2007.12.21, 2008.2.29, 2009.2.6, 2010.4.15, 2012.2.1, 2013.3.23, 2014.5.21>

1. 정관

2. 공사비 등 정비사업에 드는 비용(이하 “정비사업비”라 한다)과 관련된 자료 등 국토교통부령으로 정하는 서류

3. 그 밖에 시·도 조례로 정하는 서류

② 주택재건축사업의 추진위원회(제13조제6항에 따라 추진위원회를 구성하지 아니하는 경우에는 토지등소유자를 말한다)가 조합을 설립하고자 하는 때에는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조제1항 및 제2항에도 불구하고 주택단지 안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지 안의 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 주택단지 안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 제1항 각 호의 사항을 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 제1항 단서에 따른 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의 없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다. <개정 2007.12.21, 2008.2.29, 2009.2.6, 2012.2.1>

③ 제2항의 규정에 불구하고 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. <개정 2007.12.21>

목), 주택재건축사업은 ‘정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자’라고 규정하여(나목) 건축물과 토지를 모두 소유한 자만이 ‘토지 등소유자’가 되는 것으로 규정하고 있다.

나아가 동법 제13조는 ‘토지등소유자’로 구성된 조합을 설립해야 하며, 추진위원회 설립에는 ‘토지등소유자’ 과반수의 동의를 얻도록 규정하고, 동법 제19조는 조합원은 ‘토지등소유자’로 한다고 규정하면서 재건축사업은 동의한 자에 한하여 조합원 자격을 부여하고 있으며, 동법 제39조 제2호는 ‘건축물 또는 토지만 소유한 자’를 조합설립 동의 여부와 관계없이 매도청구의 대상으로 규정하고 있다.

이와 같은 규정들의 취지를 종합해 보면, 재건축사업에 있어서 “토지 또는 건축물 중 어느 하나만 소유한 자”는 ‘토지등소유자’에 포함되지 아니하고, 추진위원회 및 조합설립에 대한 동의권이 없고 조합원 자격도 없으며 매도청구의 대상이 되는 것으로 보인다.

그런데 재건축사업에서 조합설립 동의율을 규정한 도시정비법 제16조 제2항 및 제3항은, 위와 같은 ‘토지등소유자’의 개념을 사용하지 아니하고 주택단지의 경우에는 ‘구분소유자’의 동의를(제2항), 주택단지가 아닌 지역은 ‘토지 또는 건축물 소유자’의 동의를 얻도록 규정하여, 동법 제2조 제9호 나목 ‘건축물 및 부속토지의 소유자’와 일응 상충하는 것으로 보인다.

즉 “대지소유권이 없는 구분소유자”나 “토지 또는 건축물 중 어느 하나만 소유한 자”는 “토지등소유자”에는 포함되지 아니하는데, 과연 이들에게 조합설립에 대한 동의권이 있는 것인지, 조합원 자격은 있는 것인지, 매도청구 대상이 되는지 등에 대한 법률적 해석의 문제가 발생 하는 것이다.

그 중 ‘구분소유자’와 동법 제2조 제9호 나목 ‘토지등소유자’의 관계에 대해서는, 동법 제2조 나목의 ‘부속토지’라는 개념이 구분소유건물을 위한 대지권의 목적인 토지를 말하고, 동법 제2조 제9호는 ‘부속토지’를

소유한 자에 한하여 조합원 자격을 인정하고 있는바, 동법 제16조 제2항의 ‘구분소유자’는 구분소유권과 부속토지의 소유권을 모두 소유한 자에 한하여 조합설립에 대한 동의권, 조합원 자격이 주어진다는 것이 통설적 견해이다.¹⁷⁾ 대법원 판례 또한 이와 동일한 취지에서 동의 여부를 최고함이 없이 바로 매도청구권을 행사하라고 판시한 바 있다.¹⁸⁾

반면 도시정비법 제16조 제3항 주택단지가 아닌 지역에서 조합설립을 할 경우에는, ‘토지 또는 건축물 소유자’ 즉 어느 하나만 소유한 자도 조합설립에 대한 동의권을 부여하고 있어서, 이러한 소유자가 조합설립에 동의할 경우에 조합원 자격이 부여되어 매도청구의 대상에서 제외될 수 있는지, 조합설립 동의 이전에 추진위원회 설립에 동의할 권한이 있는지에 대하여 해석상 문제가 된다.

이에 대하여 재개발과 동일하게 단독주택지역을 대상으로 한 재건축에 있어서 양사업의 토지등소유자 개념을 달리 정한 것은 불합리한 차별이며 도시정비법 제16조 제3항이 단독주택지역 재건축사업에서는 “토지 또는 건축물만 소유한 자”도 동의권자로 규정하고 있어 동의한 때에는 당연히 조합원자격도 인정되어야 하므로 도시정비법 제2조 제9호 나목은 입법상 오류로 해석하는 견해도 있으나,¹⁹⁾ 대법원 2013년 11월 14일 선고, 2011두5759호 판결은 “토지나 건축물만을 소유한 자는 비록 구 도시정비법 제16조 제3항에 의하여 주택재건축사업의 조합설립에서 동의를 얻어야 할 자에 포함되더라도 구 도시정비법에 의한 조합원이 될 수는 없다고 보는 것이 타당하다.”는 입장이다.²⁰⁾

17) 이우재, 앞의 책, 참조.

18) 대법원 2008. 2. 29. 선고, 2006다56572 판결.

19) 이우재, 앞의 책, 참조.

20) 다만, 대법원 1999. 9. 29. 선고, 97누4975호 판결은 “무허가 건축물 소유자는 토지등소유자에 해당하여 조합원이 될 수 없지만, 정관 등에 따라 조합원 자격을 부여할 있다.”고 판시한 바 있어서, 토지나 건축물만 소유한 자도 정관에 의해 조합원 자격을 부여할 수 있다는 해석도 가능하다.

참고로 재개발과 동일하게 단독주택지역을 대상으로 한 재건축에 있어서 양사업의 토지등소유자 개념을 달리 정한 것은 불합리한 차별에 해당하여 단독주택 재건축에 대한 토지등소유자 개념(제2조 제9호 나목)을 조정할 필요가 있다는 견해도 있다.²¹⁾

도시정비법 제17조 및 시행령 제28조는 동법 제2조에서 정의한 ‘토지등소유자’의 범위를 기초로 동의방법과 동의자 수 산정방법 및 절차를 규정하고 있는데, 동 규정의 해석에 따라서 추진위원회 설립 또는 조합 설립의 적법한 동의율을 충족하였는지에 관한 다양한 분쟁들이 야기된다.

이와 같이 동의방법과 절차를 엄격히 규정한 취지는 동의자의 의사를 명확히 하고 추진위원회 승인과 조합설립 인가라는 행정처분의 법적 안정성을 보장하기 위한 것이며, 동의자 수의 산정방식을 엄격히 제한하는 것은 동의율 산정의 기준을 명확히 함과 동시에 조합원 자격의 기초가 되는 토지등소유자의 수를 엄격히 제한하여 조합원 분양권을 투기 목적으로 하는 지분 쪼개기 등을 방지하기 위한 것이다.

2. 추진위원회 승인처분

추진위원회는 사업시행자인 조합을 설립하기 위한 준비단계의 단체로써 앞서 본 바와 같이 토지등소유자의 과반수 동의를 얻어 관할청의 승인처분에 의해 설립되며, 도시정비법 제85조 제3호는 승인을 받지 아니하고 추진위원회의 업무를 수행한 자를 처벌하고 있는바, 조합설립 업무에 관한 배타적 권리를 부여받게 된다.

이에 관할청의 승인처분의 법적 성격에 관하여, 토지등소유자의 설립 동의라는 사법상 기본행위를 전제로 한 보충적 처분의 성격을 갖는 것인지, 공익사업의 시행을 공법인(조합) 설립에 관한 배타적 권리를 부여하는 설권적 처분의 성격을 갖는 것인지에 대하여 견해가 대립하고 있다.

21) 유삼술/이종만, 앞의 책, 참조.

이러한 견해 대립은 기본행위라 할 수 있는 토지등소유자의 설립동의에 하자가 있을 때에, 기본행위를 민사소송으로 다투어야 하는 것인지(보충적 처분설), 승인처분을 행정소송으로 다투어야 할 것인지(설권적 처분설)에 있어서 구별 실익이 있다.

이에 대하여 대법원 2013년 6월 13일 선고, 2010두10488, 10495 판결은 “관계 법령의 내용, 형식, 체제 등에 비추어 보면, 추진위원회 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분”이라고 하면서도, 대법원 2009년 6월 25일 선고, 2008두13132 판결은 동의서 내용 중 위원장의 자격에 법령위반의 하자 있는 사안에서 “토지등소유자의 동의에 위와 같은 하자가 있다는 원고의 주장은 참가인 추진위원회의 설립 자체에 관한 하자의 주장임과 동시에 피고의 이 사건 승인처분에 관한 하자의 주장이기도 하다고 볼 것.”이라고 판시한 바 있다.

위 판례 중 후자의 판례를 인용하며 대법원의 취지가 적어도 추진위원회 구성승인처분을 보충행위로 본 것은 아니라고 추측된다는 견해도 있으나,²²⁾ 후자의 판례는 동의자의 설립동의가 진정한 것인지의 문제가 아니라 동의서의 내용 중 위원장 자격에 관한 법령위반의 하자가 문제되는 것이어서 이를 보충행위인 승인처분의 하자라고 못 볼 바는 아니고, 전자의 판례는 명시적으로 보충행위임을 판시하였으며, 동의서 위조, 동의율 미달 등 기본행위의 고유한 하자도 있을 수 있다는 점에서, 대법원의 입장은 보충행위설로 보는 것이 타당하다.²³⁾

아울러 대법원은 법정 요건을 갖추었을 때 관할청은 승인처분을 하여야 한다고 판시하여 추진위원회 승인처분을 기속행위로 보고 있다.²⁴⁾

22) 노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 사법 제10호, 사법연구지원재단, 2009. 참조.

23) 다만, 배타적 권리를 부여하는 승인처분의 효력을 고려하지 않은 점에서 부당하다는 비판과 보충행위인 승인처분의 고유한 하자를 지나치게 확대한다는 비판이 있을 수 있다.

3. 조합설립 인가처분

공익사업인 도시정비사업의 시행자로서 공법인 지위를 갖는 조합은 토지등소유자의 법정 동의율을 갖추고 창립총회를 개최한 후 관할청의 설립인가를 받아야 한다.

앞서 본 추진위원회 승인처분과 동일하게 조합설립에 대한 인가처분에 대한 법적 성격도 견해가 대립하는데, 대법원 2009년 9월 24일 선고, 2008다60568호 판결 선고 이전의 대법원 판례와 다수설을 강학상 인가에 해당하는 보충행위로 보았으나, 대법원 2009년 9월 24일 선고, 2008다60568호 판결에서는 “조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추는 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.”고 판시하고, “조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다.”고 판시하여 설권적 처분설²⁵⁾로 입장을 변경하였다.

24) 대법원 2009. 6. 25. 선고, 2008두13132 판결 - “추진위원회의 설립승인신청을 받은 시장·군수소서는 승인신청서에 첨부된 첨부서류에 의하여 당해 추진위원회의 구성에 대하여 토지등소유자의 2분의 1 이상의 동의가 있고 추진위원회가 위원장을 포함한 5인 이상의 위원으로 구성되어 있음을 확인할 수 있다면 그 추진위원회의 설립을 승인하여야 할 것이다.”

25) 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가”, 행정법 연구 제9호, 행정법이론실무학회, 2003, 참조

4. 조합원의 자격과 매도청구

도시정비법 제19조 제1항은 재건축사업의 조합원은 조합설립에 동의한 토지등소유자로 규정하여 임의 가입주의를 취하고, 그 밖의 정비사업은 조합설립에 대한 동의와 무관하게 모든 토지등소유자를 조합원으로 규정하여 강제 가입주의를 취하고 있다. 이는 종래 재건축사업이 기반시설이 양호한 지역에 시행되는 사익사업으로 규율되어 왔던 연혁에서 비롯된 것이다.

이와 같이 재건축 사업에 있어서는 사업시행자인 조합이 설립되더라도 비동의자는 조합원이 아닌 것이고, 이로 인해 사업시행자는 사업구역 내에 비동의자의 토지를 확보해야 하는 문제가 발생하게 된다.

이를 위해 도시정비법 제39조는 재건축사업에 있어서 조합에게 집합건물법 제48조를 준용하여 비조합원에 대한 매도청구권을 부여하였고, 조합은 조합설립 등기를 한 후 지체 없이 비동의자에게 동의여부를 최고하고 회답기간 2개월이 도과하면 동의하지 아니한 것으로 보아 회답기간 만료일로부터 2개월 이내에 매도청구권을 행사하도록 규정하고 있다.

5. 시공자의 선정과 사업비의 조달

토지등소유자로 구성된 조합은 대규모 개발사업의 사업비를 조달하기 어려워 민간 건설사를 시공자로 선정하여 사업비를 조달함과 동시에 공사계약을 체결하게 된다.

시공자를 선정함에 있어서는 공정성과 투명성이 보장되어야 함은 물론이지만, 위와 같이 사업비 조달의 문제를 간과할 수 없는바, 도시정비법 제11조는 이러한 정책적 고려 하에 시공자의 선정 시기에 관해 여러 차례 개정되었으나 현재는 조합설립 인가 후에 시공자를 선정하도록 규정하였고, 반면 서울시는 공사계약의 투명성을 높이하고자 사업시행

인가 후에 사업시행 인가도면을 기준으로 견적입찰을 하도록 규정하여 사업비 조달에 어려움이 크다는 현장의 목소리가 커지고 있다.

도시정비법 제11조 제1항은 시공사 선정의 공정성과 투명성을 보장하기 위해 국토교통부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법에 따르도록 규정하고 있다.

Ⅳ. 사업시행계획 수립 및 사업시행인가

1. 사업시행계획 수립 및 사업시행인가의 절차

조합이 설립되면 정비계획의 범위 내에서 구체적인 사업시행계획을 수립하여 사업을 진행하게 되는데, 조합은 토지이용계획, 정비기반시설 등의 설치계획, 이주대책, 범죄예방대책, 임대주택 또는 소형주택 건설 계획, 건축계획(건축물의 높이 및 용적률 등) 등을 포함한 사업시행계획서를 작성하여²⁶⁾ 건축위원회의 심의를 거쳐야 하며,²⁷⁾ 심의를 거친 사업시행계획에 대하여 조합원 총회의 의결을 거쳐 확정(시행계획 수립 절차) 후 국토교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 관할청의 인가(시행인가 절차)를 받아야 한다.²⁸⁾

26) 도시정비법 제30조

27) 도시정비법 제28조 제2항

28) 도시정비법 제28조 제1항 및 제5항

2. 사업시행계획 수립과 사업시행인가의 법적 성격

2.1 문제 제기

앞서 본 바와 같이 사업시행계획과 사업시행인가를 구별할 수 있는데, 양자는 각각 어떠한 법적 성격을 갖는지, 상호 어떠한 관계에 있는지, 이에 따라서 사업시행계획에 하자가 있을 때에는 어떠한 방식의 소송을 하여야 하는지 등에 있어서 견해가 대립하고 있다.

2.2 견해의 대립

건축위원회 심의 절차를 제외하고 조합이 계획을 작성하고 총회의결을 거쳐 확정하는 등 조합이 주도적으로 행하는 사업시행계획 수립의 법적 성격에 관하여, ① 공법인인 조합이 행하는 공법상 행위로 보는 견해와 ② 공법인이지는 하나 사업주체가 사업시행에 관한 사법적 의사를 결정하는 것에 불과하다는 견해가 있다.

사법행위설에 바라보는 인가처분의 법적 성격에 대해서도 다시 견해가 갈리게 되는데, ① 조합의 사업시행계획 수립행위는 인가처분의 기본행위에 해당되는 사인간의 법률행위에 해당하고 인가처분은 이를 확정해 주는 보충적 행위로 보는 견해와, ② 사업시행인가처분은 수익적 행정행위로서 재량행위에 해당하는바 본질적으로 재량권이 부여되지 않는 보충적 행정행위가 될 수 없고 정비사업의 시행 권한을 부여하는 설권적 처분에 해당하므로 조합의 사업시행계획 수립행위는 설권적 처분인 사업시행인가처분의 요건일 뿐이라는 견해가 있다.

사법행위설 중 전자의 견해는 인가처분의 전후를 불문하고 조합의 사업시행계획 수립행위라는 기본행위에 하자가 있을 때에는 조합을 상대로 총회결의 무효 등 민사소송을 통해 다투어야 하며, 보충행위인

인가처분의 고유한 하자가 있을 때에만 인가청을 상대로 인가처분에 대한 항고소송으로 다룰 수 있다고 본다.<제1설>

반면 후자의 견해는 인가처분이 있기 전까지는 조합의 사업시행계획 수립행위를 민사소송을 통하여 다투어야 하지만,²⁹⁾ 인가처분이 있는 후에는 조합의 사업시행계획 수립행위는 설권적 처분인 인가처분의 요건에 불과하여 더 이상 민사소송으로 다룰 소의 이익이 없는 것이고 설권적 처분인 인가처처분에 대하여 인가청을 상대로 항고소송으로 다투어야 한다고 본다.<제2설>

공법행위설이 바라보는 인가처분의 법적 성격에 대해서도 견해가 갈리게 되는데, ① 보충적 행정행위의 기본행위는 반드시 사인 간의 법률행위로 한정되지는 않는다는 전제에서, 관할청의 사업시행인가 처분은 조합의 사업시행계획 수립이라는 공법상 행위를 기본행위로 하는 보충적 행정행위라고 보는 견해³⁰⁾와 ② 보충적 행정행위의 기본행위는 사인 간의 법률행위에 한정되는 것이므로 사업시행인가처분은 보충적 행정행위가 될 수 없고 사업시행계획 수립을 완성하는 독립된 후행 처분으로써 설권적 처분에 해당한다는 견해가 있다.

공법행위설 중 전자의 견해는 인가처분의 전후를 불문하고 인가처분의 기본행위에 해당하는 조합의 사업시행계획 수립행위라는 공법행위에 하자가 있을 때에는 공법인인 조합을 상대로 민사소송이 아닌 행정소송을 제기하여야 하며, 사업시행계획이 인가·고시되기 전에는 총회결의의 무효를 공법상 당사자소송으로 다투어야 하고, 인가·고시를 통해 확정된 후에는 인가된 사업시행계획에 대한 항고소송으로 다투어야 하며, 보충행위인 인가처분의 고유한 하자가 있을 때에만 인가청을 상대로 인가처분에 대한 항고소송으로 다룰 수 있다고 본다.<제3설>

29) 맹신균, 공공관리제도에서의 주택정비사업 해석-재개발사업·재건축사업을 중심으로, 법률&출판, 2011, 참조.

30) 장창익/송현진, 도시 및 주거환경 정비법 해설 재개발·재건축 이론과 실무, 명문사, 2007, 참조.

반면 후자의 견해는 인가처분이 있기 전까지는 조합의 사업시행계획에 대한 총회결의의 무효를 공법상 당사자 소송으로 다루어야 하지만, 인가처분이 있는 후에는 총회결의의 무효를 다룰 법률상 이익이 없게 되고 사업시행계획의 효력을 완성해 주는 설권적 처분으로써의 인가처분에 대하여 인가청을 상대로 항고소송으로만 다룰 수 있다.<제4설>³¹⁾

위 4가지 견해 대립은 위와 같이 모두 소송형태를 조금씩 달리보고 있어서 논의의 실익이 매우 크다고 할 것이다.

2.3 대법원의 입장

대법원은 “주택재건축사업시행의 인가는 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 가진 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 피고로서는 법령상의 제한에 근거한 것이 아니라 하더라도 공익상 필요 등에 의하여 필요한 범위 내에서 여러 조건(부담)을 부과할 수 있다 할 것이다.”라고 하여³²⁾ 재량행위로 판시하였는데, 일단 이점에서는 기속행위인 보충적 행정행위와 상충될 여지가 있다.

그리고 대법원은 조합의 사업시행계획 수립행위의 법적 성격에 관하여, “행정주체인 재건축조합을 상대로 사업시행계획 결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 준부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.”고 하였고,³³⁾ 나아가 “정비사업조합이 수립한 사업

31) 김중보, “관리처분계획의 처분성과 공정력-관리처분계획을 둘러싼 분쟁의 소송형식”, 행정법판례연구 제7호, 행정법판례연구회, 2002. 3. 15, 참조.

32) 대법원 2007. 7. 12. 선고, 2007두6663 판결

33) 대법원 2010. 7. 29. 선고, 2008다6328판결; 대법원 2010. 7. 29. 선고, 2008다93001 판결

시행계획이 인가·고시를 통해 확정되면 구속적 행정계획으로서 독립된 행정처분에 해당하고 총회결의는 그 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과해서 항고소송의 방법으로 계획의 취소 또는 무효확인을 구할 수 있을 뿐, 절차적 요건에 불과한 총회결의 유무효를 다는 확인의 소를 제기하는 것 허용되지 아니한다.”고 하여³⁴⁾ 공법행위설을 취하고 있다.

나아가 대법원은 관할청의 사업시행인가처분의 법적 성격에 관하여는, “조합이 사업시행계획을 재건축결의에서 결정된 내용과 달리 작성한 경우 이러한 하자는 기본행위인 사업시행계획 작성행위의 하자라고 할 것이고, 이에 대한 보충행위인 행정청의 인가처분이 그 근거 조항인 도정법 제28조의 적법요건을 갖추고 있는 이상은 그 인가처분 자체에 하자가 있는 것이라 할 수 없다.”고 하여³⁵⁾ 보충적 행정행위라는 입장이다.

위와 같은 판례를 종합하면, 대법원은 조합의 사업시행계획 수립행위는 공법행위에 해당하고 사업시행인가 처분의 기본행위에 해당하는 조합의 사업시행계획 수립에 하자가 있을 때에는 인가처분의 전후를 불문하고 조합을 상대로 공법상 당사자소송 또는 항고소송으로 다투어야 하며, 사업시행인가 처분은 보충적 행정행위로써 그 자체에 고유한 하자가 있을 때에만 인가청을 상대로 항고소송으로 다퉴 수 있다는 것인바, 위 견해의 대립 중 제3설의 입장과 같다고 보인다.

3. 기반시설의 확충과 사업시행인가의 부관

사업시행계획에는 정비기반시설의 설치계획이 포함되어야 하는데, 도시정비법 제65조 제2항은 사업시행자가 새로이 설치한 정비기반시설

34) 대법원 2009. 11. 2. 선고, 2009마596 결정

35) 대법원 2008. 1. 10. 선고, 2007두16691 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고, 2009두4913 판결 등

은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다고 규정하고 있다.³⁶⁾

통상 정비계획 및 사업시행계획에 따라 새로이 설치되는 정비기반시설이 용도 폐지되는 기존의 정비기반시설보다 확충되므로 공공기관은 비용을 들이지 아니하고 기반시설을 확충할 수 있게 되고, 설사 용도 폐지되는 기반시설의 가치가 새로이 설치하는 기반시설의 비용을 초과하더라도 초과하는 부분은 사업시행자에게 무상 귀속되는 것이 아니므로 공공기관은 유상 매각하여 공공의 재원을 다시 회수할 수 있게 되는 것이다.

그런데 도시정비법이 제정되기 이전에는 새로이 설치되는 기반시설은 당연히 국가 등에 무상 귀속되는 것으로 하면서도, 개발구역에 있어서 국가 등이 용적률 등을 상향하여 사업시행자에게 개발이익을 제공하였으므로, 용도 폐지되는 기반시설까지 시행자에게 무상 귀속시키는 것은 이중 보상에 해당한다는 관점에서, 용도 폐지되는 기반시설을 시행자가 유상으로 매입하도록 하는 조건을 사업시행인가의 부관으로 부가하였고, 이러한 관행은 도시정비법 제정에도 불구하고 이어져 왔다.

이에 대하여 대법원은 사업시행 인가의 법적 성질이 재량행위에 해당하여 법령에 근거한 것이 아니라도 공익상의 필요 등 재량권 범위 내에서 여러 조건을 부과할 수 있다고 전제하면서도, 도시정비법 제65조 제2항의 무상양도는 사업시행자의 재산상 손실을 합리적인 범위에서 보전해 주고자 하는 강행법규에 해당하여 이를 위반한 사업시행인가의 조건은 위법하다고 판시하였다.³⁷⁾ 나아가 대법원은 행정청이 사업시행

36) 사업시행자에게 무상양도 될 수 있는 국공유지는 용도 폐지되는 기반시설에 한하는 것이다.

자 사이에 용적률 제한의 완화와 같은 다른 이익을 제공하는 대신 무상양도 규정을 적용하지 아니하기로 합의한 때에도 무상양도 규정의 적용을 배제할 수 없다고 하였다.³⁸⁾

V. 관리처분계획의 수립 및 관리처분인가

1. 관리처분계획의 의의 및 수립절차

관리처분계획은 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물을 처분 또는 관리하는 계획을 말하며,³⁹⁾ 분양대상자, 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액, 종전 자산의 가액, 정비사업비의 추산액 등이 포함되어야 한다.⁴⁰⁾

조합원의 재정착을 위해 사업시행으로 조성된 대지 및 건축물은 조합원에게 우선 분양하고 나머지를 일반분양하여 공사비 등 사업비에 충당하게 되는데, 사업시행자는 관리처분계획을 수립하기 위해서 먼저 조합원들에게 분양공고 및 분양신청을 받는 절차를 진행하고,⁴¹⁾ 분양신청 현황을 기초로 위와 같은 관리처분계획을 작성하여 조합원 총회의 의결로 이를 확정된 후 관할청의 인가를 받아야 한다.⁴²⁾

37) 대법원 2007. 7. 12. 선고, 2007두6663 판결. 참고로 인가처분을 보충적 행정행위라고 하더라도 이러한 조건은 인가처분의 고유한 하자에 해당된다.

38) 대법원 2008. 12. 11. 선고, 2007두14312 판결.

39) 도시정비법 제48조 제4항.

40) 도시정비법 제48조 제1항.

41) 도시정비법 제46조.

42) 조합원분양신청 → 관리처분계획 작성 → 조합원 총회 의결 → 인가

2. 관리처분계획 수립과 관리처분인가의 법적 성격

관리처분계획은 사업시행계획과 동일하게 조합의 수립행위와 관할청의 인가처분으로 완성되는바, 조합의 수립행위와 관할청의 인가처분의 법적 성격에 관하여 사업시행계획과 동일하게 4가지의 견해가 대립할 수 있게 된다.

관리처분계획에 대한 대법원의 입장도 사업시행계획에 대한 입장과 동일한바, 대법원은 2009년 9월 17일 선고, 2007다2428 전원합의체 판결에서 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 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.”고 판시하고, “주택재건축정비사업조합이 수립한 관리처분계획에 대하여 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 않는다.”고 판시한 바 있다.

나아가 도시정비법 제정 이전에 재개발사업의 근거법령인 도시재개발법 상의 관리처분계획의 인가의 법적 성격에 대해서, 대법원은 재개발조합의 관리처분계획에 대한 법률상 효력을 완성시키는 보충행위라고 판시하였는바,⁴³⁾ 도시재개발법을 통합하여 제정된 도시정비법 상의 관리처분계획 인가의 법적 성격에 대해서도 대법원 판례는 그대로 유지되고 있는 것으로 보인다.

43) 대법원 2001. 12. 11. 선고, 2001두7541 판결.

위 판례들을 종합하면 대법원은 사업시행계획과 관리처분계획을 동일한 관점에서 법적 성격을 규명하고 있는 것으로 보인다.

3. 분양신청과 현금청산자

사업시행자는 사업시행인가 고시일로부터 60일 이내에 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간 등을 통지하고 공고하여야 하고, 분양신청기간은 통지한 날로부터 30일 이상 60일 이내⁴⁴⁾로 하여 조합원의 분양신청을 받는다.

앞서 본 바와 같이 재건축사업은 조합원 임의가입주의를, 그 외의 정비사업은 강제가입주의를 규정하고 있는데, 도시정비법 제47조는 조합원이 분양신청을 하지 아니하거나 분양신청을 철회한 자 또는 분양대상자에서 제외된 자를 현금으로 청산하도록 하고 있는바, 현금청산 대상자들은 조합원의 지위를 상실하게 된다.⁴⁵⁾

이 때문에 이 시기에 사업시행자는 조합에서 탈퇴한 토지등소유자의 토지 등을 다시 확보해야 하는 절차를 밟아야 하는데, 도시정비법 제47조는 현금으로 청산하도록 규정하고 있을 뿐 그 구체적인 방법을 규정하고 있지는 않다. 이에 대하여 대법원은 재건축사업에서 현금청산의 방법은 동법 제39조를 준용하여 매도청구권을 행사해야 한다고 판시하였으며,⁴⁶⁾ 재건축 이외의 정비사업에 대해서는 사업시행자와 현금청산대상자가 협의에 의해 그 금액을 정하되, 협의가 성립되지 않을 때에는 공익사업보상법에 의한 수용절차로 이행될 것을 예정하고 있다고 보아야

44) 20일 이내에서 연장할 수 있다.

45) 대법원은 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 아니한 조합원은 분양신청기간 종료일 다음 날로 조합원 지위를 상실한다고 판시하였다(대법원 2012. 5. 10. 선고, 2010다47469 판결 등).

46) 대법원 2013. 9. 26. 선고, 2011다16127 판결. 다만 최고절차와 행사기간에 대한 집합건물법 제48조는 적용되지 않는다.

한다고 판시하였다.⁴⁷⁾

4. 비례율과 부담금

분양신청을 한 조합원은 자신의 ‘종전 자산에 대한 권리가액’과 ‘분양가’의 차액을 부담금으로 납부하거나 돌려받는 방식으로 분양대금을 납부하게 된다.

권리가액은 종전 자산에 대한 감정평가액에 비례율⁴⁸⁾을 곱하는 방식으로 산출되는데, 비례율이란 정비사업의 손익율을 의미하는 것으로, 예컨대 비례율이 110%로 산출되면 종전 자산 평가액 1억원은 권리가액 1억 1천만원이 되는 것이다.

Ⅵ. 착공 · 준공 및 이전고시

분양신청과 관리처분계획이 수립되면 토지등소유자들은 모두 이주하게 되고, 착공 후 공사가 완공되면 준공검사를 거쳐 준공인가를 받아 수분양자들이 신축 건물에 입주하게 된다.

사업시행자는 준공인가 고시가 있을 때에는 지체 없이 대지확정측량을 하고 토지의 분할절차⁴⁹⁾를 거쳐 수분양자들에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전해야 하는데, 소유권 이전의 방식인 등기 이전에 소유권 이전의 내용을 지방자치단체의 공보에 고시하도록 도시정비법이 규정하고 있는바,⁵⁰⁾ 이를 이전고시라고 한다. 수분양자는 소유권등

47) 대법원 2008. 3. 13. 선고, 2006두2954 판결.

48) 비례율 = [종후 자산의 평가 총액 - 총 사업비] ÷ 종전 자산의 평가 총액

49) 정비구역의 토지를 주택 및 부대복리시설의 대지와 기반시설의 토지를 분할하는 것을 말한다.

50) 도시정비법 제54조.

기 유무와 관계없이 이전고시가 있는 다음 날에 그 대지 또는 건축물에 대한 소유권을 취득한다.⁵¹⁾

이와 같이 관리처분계획에서 정한 사업시행으로 조성된 대지 및 건축물의 처분계획은 이전고시가 됨으로써 처분이 완료된다. 그렇다면 이전고시에 의해 처분이 완료된 후에 그 계획에 불과한 관리처분계획을 무효 또는 취소하고 다시 관리처분계획을 수립하는 것이 가능한 것인지의 문제가 발생한다.

이에 대하여 대법원은 전원합의체 판결에서 “이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리 귀속 관계를 모두 무효화하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치되므로, 이전고시가 효력을 발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 타당하다.”고 판시하였다.⁵²⁾

이전고시는 구 도시재개발법 상 분양처분고시와 동일한 것이고, 대법원은 구 도시재개발법 상 분양처분이 행정처분에 해당하여 항고소송의 대상이 된다고 판시한 바 있다.⁵³⁾

51) 도시정비법 제54조 제2항 후단.

52) 대법원 2012. 3. 22. 선고, 2011두6400 전원합의체 판결.

[대법관 김능환, 대법관 이인복, 대법관 김용덕, 대법관 박보영의 별개의견] 관리처분계획의 무효확인이나 취소를 구하는 소송이 적법하게 제기되어 계속 중인 상태에서 이전고시가 효력을 발생하였다고 하더라도, 이전고시에서 정하고 있는 대지 또는 건축물의 소유권 이전에 관한 사항 외에 관리처분계획에서 정하고 있는 다른 사항들에 관하여서는 물론이고, 이전고시에서 정하고 있는 사항에 관하여서도 여전히 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보는 것이 이전고시의 기본적인 성격 및 효력에 들어맞을 뿐 아니라, 행정처분의 적법성을 확보하고 이해관계인의 권리·이익을 보호하려는 행정소송의 목적 달성 및 소송경제 등의 측면에서도 타당하며, 항고소송에서 소의 이익을 확대하고 있는 종전의 대법원판례에도 들어맞는 합리적인 해석이다.

53) 대법원 1989. 9. 12. 선고, 88누9763 판결.

VII. 마치며

도시정비사업은 기반시설을 확충하는 등 도시기능을 회복·활성화하고 주거환경을 개선하여 토지등소유자가 재정착할 수 있도록 하는 등 대도시 부동산 개발에 적합한 사업으로 현재 국내 주요 도시의 주택공급과 부동산 개발사업의 주류를 이루고 있다.

공익사업의 성격을 가지면서 토지등소유자가 사업주체가 되는 도시정비사업은, 사업진행 절차에서 공법적 행위와 사법적 행위가 혼재되어 분쟁에 대한 성격과 소송방식에 대한 법률적 견해가 복잡하게 대립하고, 다수의 토지등소유자가 참여하여 토지등소유자 간의 분쟁도 잦을 뿐 아니라, 토지등소유자와 공공기관의 이해관계의 대립도 첨예하여 많은 분쟁을 발생하여 법률전문가들의 깊이 있는 연구와 참여가 필요한 분야이기도 하다.

참고문헌

1. 단행본

맹신균, 공공관리제도에서의 주택정비사업해설-재개발사업·재건축사업을 중심으로, 법률&출판, 2011.

유삼술/이종만, 재개발재건축의 입문 초판, 하우징헤럴드, 2011.

이우재, 도시 및 주거환경정비법-주택재건축사업을 중심으로 초판, 진원사, 2010.

장창익/송현진, 도시 및 주거환경 정비법 재개발·재건축 이론과 실무, 명문사, 2007.

2. 학술지

김종보, “강학상 인가와 정비사업조합 설립인가”, 행정법 연구 제9호, 행정법이론실무학회, 2003, 1-53쪽.

김종보, “관리처분계획의 처분성과 공정력-관리추분계획을 둘러싼 분쟁의 소송형식”, 행정법판례연구 제17호, 행정법판례연구, 2002. 3. 15, 317-342쪽

노경필, “도시정비법 재건축·재개발사업과 행정소송”, 사법 제10호, 사법연구지원재단, 2009, 1-22쪽.

[Abstract]

Mainstream of Metropolitan Development, Urban Rearrangement Project

Ahn, Kwang-Soon*

The association comprised of the owners of land or buildings adheres to the urban rearrangement project under a set of substantial and procedural administrative regulations. The projects are characterized by having a public interest entailing huge costs and difficulties in securing land and potential inhabitants displacement. These projects are regulated by the “Act on the maintenance and improvement of urban areas and dwelling conditions for residents” and can be divided into 6 types of projects: ‘Housing reconstruction projects’, ‘Housing redevelopment projects’, ‘Urban environment rearrangement projects’, ‘Residential environment management projects’, ‘Residential environment improvement projects’, ‘Block-unit housing rearrangement projects’.

PROCEDURAL OVERVIEW: The procedure of the urban rearrangement project is composed of 5 steps: (1) ‘formulation of basic policies and rearrangement plans for urban and residential environment rearrangement’, (2) ‘Establishment of project implementer’, (3) ‘formulation and authorization for project implementation’, (4) ‘formulation and authorization of management and disposal plans’ and (5) ‘construction, work completion and public

* Managing Partner, Sanha Law Firm

announcement of transfer.

In view of the above-stated regulation, it is evident that urban rearrangement projects for the improvement of urban environments and the elevation in quality of residential life have become mainstream in supplying residences in urban areas. Therefore, legal expert opinions, attention and participation in researching this subject is required.

[Key Words] Urban rearrangement Project, Housing reconstruction projects, Housing redevelopment projects, project implementation plan, management and disposal plans