사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도제도의 문제점과 개선 방안

2007. 12

강운산

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

<차 례>

요 약 ····· i

Ⅰ. 서론 ····· 1
1. 연구의 목적 및 배경 ····· 1
2. 연구의 내용 및 방법 ····· 2
3. 보고서의 구성 ····· 3

Ⅱ. 사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도 ····· 5
1. 사업자의 기반시설 설치 부담과 관계 법령 ····· 5
(1) 기반시설의 정의와 종류 ····· 5
(2) 기반시설의 설치와 관련 법령 ····· 10
2. 기반시설의 기부채납과 무상 귀속·양도 ····· 18
(1) 관련 개념의 정의 ····· 18
(2) 관련 법규 ····· 24
3. 법적 쟁점의 검토 ····· 28
(1) 사업계획의 승인과 기부채납의 조건의 부과 ····· 28
(2) 부관의 취소 및 무효의 경우 ····· 29
(3) 무상양도와 인센티브의 제공 ····· 30
(4) 무상귀속·양도의 절차 ····· 32
4. 외국 제도의 소개 ····· 34
(1) 영국 ····· 34
(2) 독일 ····· 35

Ⅲ. 무상귀속·양도의 실태와 문제점 ····· 37
1. 무상귀속 실태 분석 ····· 37
(1) 실태조사의 개요 ····· 37
(2) 실태조사 결과 ····· 37
(3) 기부채납의 과다성 ····· 38
(4) 기부채납 비용 부담 및 처리 실태 ····· 39

(5) 기부채납 제도의 문제점 ····· 41
2. 국민고충처리위원회 민원 제기 사례 ····· 42
(1) 민원 제기 실태 ····· 42
(2) 고충위 의결서를 통해 본 문제점 ····· 45
3. 무상귀속·양도의 문제점 ····· 48
(1) 무상귀속의 문제점 ····· 48
(2) 주택사업계획 승인 관련 부당한 학교시설의 설치 요구 ····· 50
(3) 무상양도의 문제점 ····· 51

Ⅳ. 무상귀속·양도제도의 개선 방안 ····· 53
1. 무상귀속 관련 ····· 53
(1) 기부채납 요구행위에 대한 재량 축소 ····· 53
(2) 기반시설 설치 부담 기준의 설정 방향 - 공공성의 설정 ····· 55
(3) 공공성평가제의 도입 ····· 56
(4) 무상귀속 부분의 원가 인정 ····· 57
(5) 학교시설의 과도한 요구 해결 방안 ····· 59
(6) 지방자치단체 기반시설 설치 예산 확보의 실효성 제고 ····· 60
2. 무상양도 관련 ····· 61
(1) 개선 방향 ····· 61
(2) 구체적 법령 개선(안) ····· 61
(3) 인센티브 제도 개선 방안 ····· 65

Ⅴ. 결론 ····· 69

부록 * 기부채납관련 판결 ····· 71

참고문헌 ····· 84

Abstract ····· 85

<표 차례>

<표 Ⅱ-1> 국토계획법 상의 기반시설 ····· 6
<표 Ⅱ-2> 법령별 기반시설의 종류 ····· 7
<표 Ⅱ-3> 광역 기반시설 ····· 9
<표 Ⅱ-4> 기반시설 설치 부담의 원칙 ····· 13
<표 Ⅱ-5> 국토계획법 상의 기반시설 설치 규정 ····· 14
<표 Ⅱ-6> 도시개발법의 기반시설 관련 주요 규정 ····· 17
<표 Ⅱ-7> 주택법상 간설시설의 설치 범위 ····· 26
<표 Ⅱ-8> 법령별 무상양도 규정의 법적 성격 ····· 30
<표 Ⅲ-1> 기부채납 요구 시설 현황 ····· 37
<표 Ⅲ-2> 기부채납 요구 유형 ····· 38
<표 Ⅲ-3> 사업자의 기부채납 비용 부담 실태 ····· 39
<표 Ⅲ-4> 사업추진 중단 실태 ····· 39
<표 Ⅲ-5> 용인지역 아파트 분양가와 기반시설설치비(3.3㎡, 1평당) ····· 49
<표 Ⅳ-1> 주택법 개정(안) ····· 53
<표 Ⅳ-2> 개발 관련 법령 상의 공익 ····· 56
<표 Ⅳ-3> 공동주택 분양가격 산정 등에 관한 규칙 개정(안) ····· 58
<표 Ⅳ-4> 공유재산 및 물품관리법 개정(안) ····· 62
<표 Ⅳ-5> 국유재산법 개정(안) ····· 62
<표 Ⅳ-6> 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 개정(안) ····· 63
<표 Ⅳ-7> 도시및주거환경정비법 개정(안) ····· 64

<그림 차례>

<그림 Ⅲ-1> 기반시설 기부채납 규모의 적정여부 ····· 38
<그림 Ⅲ-2> 기부채납 비용의 처리 ····· 40
<그림 Ⅲ-3> 지자체의 분양원가 인정범위 ····· 40
<그림 Ⅲ-4> 사업자 설치 비용 부담 제도의 문제점 ····· 41
<그림 Ⅳ-1> 기부채납 관련 제도의 개선 방안 ····· 54
<그림 Ⅳ-2> 기부채납 부분의 분양원가 인정 범위 ····· 59

요 약

제1장 서론

- 도로, 공원, 철도, 항만, 학교, 상·하수도 시설 등 기반시설의 설치 의무는 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이 원칙임.
  · 현실적으로 원인자 부담 또는 수익자 부담의 원칙에 입각하여 개발사업자가 일정 범위에서 기반시설의 설치비용을 부담함.

- 최근 개발사업(주택개발사업) 승인의 조건으로 승인권자가 개발사업자에게 기부채납을 요구하여 관리청에 무상 귀속하는 경우 이의 과도한 요구로 인해 사업승인이 지연되거나 사업자의 초기 부담이 크게 증가하는 문제점이 발생하고 있음.
  · 또한 기부채납 비용의 분양원가 인정 여부는 분양가상한제가 본격적으로 실시되는 상황에서는 개발사업의 최대의 이슈로 등장할 것으로 전망됨.

- 본 연구는 주택건설사업계획의 승인 조건으로 사업자에게 요구되는 과도한 기부채납 부담 부과의 문제점을 검토하고 개선 방안을 제시함.

제2장 사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도

1. 사업자의 기반시설 설치 부담과 관계 법령

(1) 기반시설의 정의와 종류

- 기반시설이란 도시의 기능을 능률적으로 수행하는 데 기본적으로 필요한 시설인 상하수도와 고속도로, 교통시설, 에너지 공급시설 및 정보통신시설 등을 비롯하여, 시민이 쾌적하고 적정한 생활수준 유지와 관련이 있는 사회서비스 시설을 의미함.

· 즉, 공급주체와 관계없이 불특정 다수인을 위해 사회 공공의 공동목적을 위해 제공되는 시설을 의미하며, '공공시설', '공공용시설' 등의 개념과 구분됨.

- 기반시설의 종류는 법령에 따라 다소 차이가 있으며, 보고서에는 법령별 기반시설의 종류를 정리하여 제시함.

- '공공시설'은 공공적인 성격이 강하여 행정청이 소유·관리할 필요성이 있는 시설로서 설치주체에 관계없이 행정청에 무상으로 귀속되는 시설임.
  · 「국토계획법」에는 공공시설을 "도로, 공원, 철도, 수도, 항만, 공항, 운하, 광장, 녹지, 공공공지, 공동구, 하천, 유수지, 방화설비, 방풍설비, 방수설비, 사방설비, 방조설비, 하수도, 구거 그리고 행정청이 설치하는 주차장, 운동장, 저수지, 화장장, 공동묘지, 납골시설" 등임.

- '공공용시설'은 일반 공중의 공공사용에 제공되는 시설(26가지, 학교 제외)로서, 「국유재산법」상 공공용재산(도로·공원·하천·녹지 등)에 해당하는 시설임.

- 한편 '공용재산'은 행정재산의 하나로 국가가 직접 그 사무용 · 사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산이며, '공공용재산'은 '국가가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산(도로·공원·하천·녹지 등)'임.
  · 즉, 국가의 특정 목적을 위해 사용되는 시설은 '공용재산'이며, 불특정 다수의 공공적 이용을 위해 국가가 사용하는 시설은 '공공용재산'임.
  · 최근 문제가 되고 있는 '학교시설'은 '공공용재산'이 아니라 공용재산'에 해당하여 「국토계획법」상 공공시설에 포함시키는 것은 적절하지 못함.

⑵ 기반시설의 설치와 관련 법령

1) 기반시설 설치 주체의 문제

- 기반시설 설치는 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이 원칙이며, 그 비용은 국민이 납부한 세금으로 충당됨.

· 이에 대해 개발로 인해 기반시설의 설치로부터 이익을 향유하는 사람들에게 그 비용을 부담시키거나(수익자부담의 원칙), 기반시설의 추가 설치 필요성을 발생시킨 사람들에게 부담(원인자부담의 원칙)시켜야 한다는 원칙이 설득력을 얻어 제도화되어 시행되고 있음.

- 따라서, 기반시설의 설치는 원칙적으로 국가 또는 지방자차단체가 그 책임을 부담하지만, '수익자 부담' 또는 '원인자 부담'의 원칙에 입각하여 개발사업의 주체에게 개발로 인해 유발되는 기반시설의 설치 비용을 부담시키는 구조임.

- 현행법상 개발사업자가 개발로 인해 기반시설의 설치에 기여하는 경우는 ⅰ) 직접 설치하여 무상귀속하는 경우, ⅱ) 기반시설부담금(시설부담금 포함)의 부담 등의 형태임.

- 수익자 부담원칙은 기반시설로부터 직접적인 편익을 받은 사람들이 그 시설의 확충 및 정비에 대해 필요한 비용을 편익을 받은 정도에 비례하여 부담해야 한다는 원칙임.

- 원인자부담원칙은 도시기반시설을 설치하는데 있어 원인을 제공한자, 즉 설치를 유발한 자가 그 설치비용을 부담해야 한다는 원칙임.

- 지불능력원칙은 수익자부담원칙과 원인자부담원칙과는 달리 비용 부담시 형평성의 측면을 고려하는 것임.

2) 관련 법령의 검토

- 개발사업과 관련하여 기반시설의 설치 부담과 관련된 법령은 「도시개발법」, 「주택법」, 「국토계획법」, 「도시정비법」 등이 있음.

2. 기반시설의 기부채납과 무상 귀속양도

(1) 관련 개념의 정의

- 무상귀속(無償歸屬)은 개발행위허가를 받은 자 등이 새로이 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 때에 새로이 설치된 공공시설이 그 시설을 관리할 관리청에게 무상으로 소유권 변동이 되는 것임.
  · 즉, 기부채납의 법률행위에 대한 효과로 설치된 공공시설의 수요권이 국가 또는 지자체에 이전·귀속하는 것임.

- 무상양도(無償讓渡)는 민간 개발사업시행자에 의하여 새로 설치된 기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는 사업시행자의 재산상의 손실을 고려하여 사업시행자가 설치한 기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유 기반시설의 소유권이 사업시행자에게 원시적으로 귀속하는 것을 말함.

- 기부채납(寄附採納)은 기부자가 그의 소유재산을 국가나 지방자치단체의 국유재산 또는 공유재산으로 증여하는 기부의 의사표시를 하고, 국가나 지방자치단체가 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 행위를 의미함.

- 기부채납의 유형은 '기부의무가 부관(附款)'으로 부가(附加)되어 있는 경우와 '기부행위가 행정청의 반대급부행위의 전제가 되는 경우'가 있음.
  · 전자는 토지형질변경행위의 허가, 주택건설사업의 승인 등에서 주로 나타나며, 행정청의 일방적 행위인 부관의 부가에 의하여 그 의무가 부가되는 것이며, 후자는 지하상가 등의 무상사용, 점용허가, 터널의 통행료징수권한 취득을 위한 전제로서 지하상가시설 등이나 터널의 기부채납행위가 이에 해당됨.

- 기부채납은 민법상의 계약으로는 견해와 공법상의 의무의 이행으로 보는 견해가 대립하고 있으며 공법상의 의무의 이행으로 보는 것이 타당하다고 판단함.

- 기부채납의 하자가 있는 경우 부담을 취소할 수 는 있으나, 사업 승인 자체의 효력을 다룰 수는 없다고 보는 것이 통설임.

⑵ 관련 법규

- 사업자의 기부채납과 관련이 있는 법령은 「국유재산법」, 「국토의계획및이용에관한법률」, 「주택법」 등의 법률에 규정되어 있음.

- 대표적으로 「국토계획법」에는 개발사업자가 “새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다(제65조 제2항)”고 규정하고 있음.

- 「주택법」에는 사업자에게 과도한 기부채납 요구를 할 수 없도록 규정하고 있으며, 간선시설의 설치 주체에 대해서도 명확하게 규정하고 있음.
  · 사업자가 사업계획승인을 얻은 사업지구 안의 토지에 새로이 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우 무상귀속되는 규정인 「국토계획법」 제65조를 준용함.

- 「도시정비법」제65조 제2항의 무상양도 규정은 강행규정임.

- 행정자치부가 「공유재산관리지침」에는 무상귀속의 대상, 범위 등을 정하고 있으며, 주목할 것은 동 지침에서 지방자치단체로 공공시설을 무상귀속하는 경우로서 건폐율·용적률 등의 상향 또는 기반시설부담금에 대한 공제 등을 통해 사업자에게 반대급부가 부여되는 경우 무상양도 대상에서 제외하도록 규정하고 있음.
  · 무상귀속 부담부과의 원칙으로 합법성, 합리성, 비례성, 실현가능성, 형평성, 부당결부금지, 충돌금지 등을 규정하고 있음.

3. 법적 쟁점의 검토

(1) 사업계획의 승인과 기부채납의 조건의 부과

- 행정법상 기부채납 또는 사업부지 내 포함되어 있는 국공유지 무상 매입 등의 사업 승인의 조건으로 부과되는 것은 행정행위의 부관(附款)으로서 부담(負擔)에 해당하고, 이는 기속행위에는 부과할 수 없고 재량행위에 대하여 부과할 수 있음.
  · 통상적으로 주택건설사업계획의 승인(인가)은 사업자에게 당해 사업을 수행할 수 있는 권한을 설정하여 주는 형성적 행정행위이며 실질적으로는 수익적 행정행위로서 특허에 해당하고 재량행위에 해당하는 것으로 법원은 판결하고 있음(2007두6663).

- 기부채납의 법적 성질은 상대방(행정청)의 기부채납 요구(신청)에 대하여 사업자가 기부채납 의무를 이행하는 '채납처분'으로서의 성격을 가진 '상대방이 있는 행정행위'임.

- 부당결부금지(不當結付禁止)의 원칙은 행정주체가 행정작용을 함에 있어 실질적인 관련성이 없는 상대방의 의무를 부과하거나 그 이행의 강제를 금지하는 원칙임.
  · 부당결부금지의 원칙을 위반하는 것은 취소소송을 통해 해결할 수 있음.

(2) 부관의 취소 및 무효의 경우

- 주택건설사업계획의 승인과 관련하여 부과되는 기부채납 요구 등의 부관은 그 정도에 따라 무효가 되는 경우도 있을 수 있겠지만 일반적으로 취소할 수 있는 부관으로 보아야 함.

- 따라서, 이 경우 부관에 의해 기부채납이 요구된 기반시설의 무상귀속이 이루어지지 않았을 경우에는 부관을 취소함으로써 해결되겠지만, 이미 무상귀속이 이루어진 경우에는 행정처분의 공정력에 의해 해당 시설의 등기 말소를 요청할 수 없음.

⑶ 무상양도와 인센티브의 제공

- 「국토계획법」 제52조 제3항 및 시행령 제46조, 제47조, 제52조에는 지구단위계획구역 안에서 건축물을 건축하려는 자가 그 대지의 일부를 공공시설 또는 기반시설 중 학교와 해당 시·도의 도시계획조례가 정하는 기반시설(공공시설등)의 부지로 제공하는 경우에는 해당 건축물의 건폐율·용적률 및 높이제한이 완화됨.
  · 이와 같이 사업시행자가 사업시행지의 일부를 공공시설 부지로 제공하는 것을 전제로 해당 공식에 의거 용적률 등을 완화 적용하는 것을 도시계획 업무상 통상적으로 “인센티브”라 칭함.

- 「도시정비법」제65조 제2항에서 규정하는 무상양도는 강행규정으로 동 규정과 관련하여 사업시행자가 사업승인신청서에는 정비사업의 시행으로 용도 폐지되는 용지를 유상매입하겠다는 내용을 포함하고, 다른 기반시설의 설치 규모 등을 확대하여 용적률 및 건폐율의 이른바 ‘인센티브’를 얻어 사업의 이익성을 제고한 후, 용도 폐지되는 용지의 유상매입을 이행하지 않고, 동법 제65조 조항을 이유로 무상양도를 주장하는 경우가 많이 발생하여 법적 분쟁이 줄을 잇고 있음.
  · 최근 대법원에서 고등법원의 결정을 파기환송하는 결정을 내리며 무상양도 규정과 인센티브를 연계하여 검토하여야 할 법규정이 없다는 취지의 판결을 내려 정비사업자가 유리한 상황임.

4. 외국 제도의 소개

(1) 영국

- 영국은 개발행위 허가를 조건으로 개발사업자에게 기반시설 또는 공익시설 설치의무를 부과하는 계획이익(Planning gain)의 형태로 기부채납 제도를 1970년대부터 운영함.
  · 계획이익은 지방정부가 개발행위의 허가를 조건으로 지방정부가 부담하여야 하는 공익시설을 토지소유자나 개발사업자에게 부담지우는 비법정부담(非法定負擔)임.

- 1989년 영국 환경부 자문보고서(DOE, Consultation)에서 환경부지침(Circular 22/83)으로 계획이익이라는 용어 대신에 처음으로 계획협정(Planning agreement)이라는 용어를 사용함.
  · 계획협정은 계획절차상 직접적인 개발목적과는 관계없이 계획허가의 대가로 요구할 목적으로 금전 등 기타의 방법 통해 개발사업자에게 지우는 부담임.
  · 계획협정은 1991년 계획책임(Planning obligations)이라는 용어로 대체됨.

- 2004년 「계획및수용에관한법률(Planning and Compulsory Purchase Act; 2004년 9월 시행)」을 제정·시행하면서 종래 계획책임(Planning obligations)과 관련된 「도시및농촌계획법」 제106절은 폐지되고 국무부(Secretary of the state) 규정으로 대체됨.

- 이러한 선택적 계획부담금의 도입을 주요 내용으로 하는 새로운 계획책임제도의 도입이 검토되었으나, 영국 런던시청의 관계자로부터 2005년부터 2007년 10월까지 검토한 결과 의회에서 도입을 거부함.
  · 따라서, 개발사업과 관련된 기부채납 부분은 상당히 위축되게 되었으며, 일정한 액수의 부담금을 납부하는 것이 현행 제도의 내용임.
  · 새로운 계획책임의 도입이 좌절된 가장 큰 이유는 조세와의 이중부담 문제였으며, 이는 우리나라의 기부채납제도와 부담금 제도의 운영에 많은 시사점을 주고 있음.

⑵ 독일

- 독일에서는 기반시설분담금(Beitrg)의 형태로 개발과 관련된 부담금이 부과되고 있으며, 동 부담금 제도의 틀 속에서 기부채납 제도가 운영됨.
  · 예를 들어 사업자가 도시지역과 떨어진 곳에 쇼핑몰을 건립하는 경우 지방자치단체는 개발사업자가 부담금을 납부하는 대신에 쇼핑몰에 필요한 기반시설을 직접 설치하여 소유권을 지방자치단체에 귀속시키는 방식을 채택하고 있음.
  · 이때 사용되는 용어가 공공계약으로서 '행정계약'이라는 용어임.

- 기부채납되는 시설의 범위와 비용은 공정하게 계산하여 쇼핑몰이 아닌 주택의 경우 이러한 비용은 원가에 반영됨.
  · 독일 기부채납제도는 개발이익의 환수에 그 기초를 두고 있음.

제3장 무상귀속·양도의 실태와 문제점

1. 무상귀속 실태 분석

⑴ 실태조사 결과

- 2004년 1월 1일부터 현재까지의 주택건설사업계획의 승인을 위해 승인권자로부터 기부채납을 요구받은 시설은 도로(57%), 공원(19%), 공공공지, 녹지, 학교의 순서로 조사됨.

- 또 기부채납 요구 유형은 '용지확보 + 시설설치 유형'이 94% 정도를 차지하고 있어 6% 정도로 조사된 '용지확보'만을 요구하는 경우보다 많은 것으로 조사됨.

- 또 기부채납 비용 부담 내역을 금액으로 환산하여 조사한 결과 2004년부터 현재까지 기부채납 요구 비용은 평균 총사업비 294만 5천만원에 대해 평균 6.1%인 150억원으로 조사됨.

· 이는 사업자가 부담하는 기부채납 규모가 총사업자에서 차지하는 비중이 비교적 높다는 점과 주택사업계획 승인의 조건으로 부과된 사업자의 기부채납 비용 부담이 분양가격 상승에 많은 영향을 미치고 있음을 반증함.

〈표〉 사업자의 기부채납 비용 부담 실태

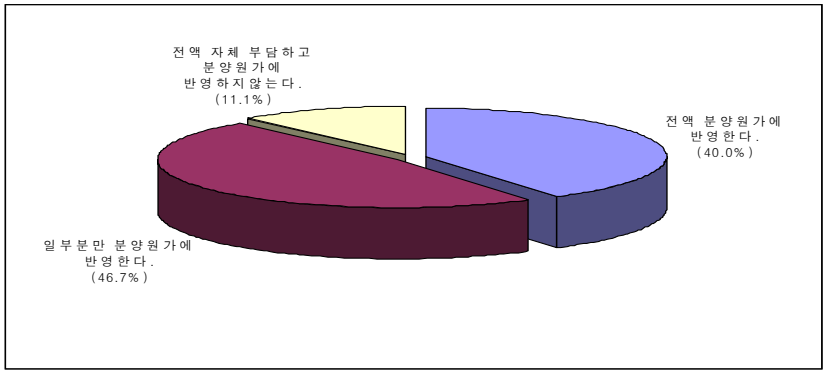
구분	평균 총사업비(억원)	기부채납 비용(억원)	비율(%)
2004	1233.0	80.7	**6.3**
2005	2213.2	141.2	**4.8**
2006	2316.0	132.4	**4.2**
2007	2657.0	236.0	**8.3**
총평균	2094.5	150.1	**6.1**

– 또 승인권자의 과도한 기부채납 요구로 인해 사업 추진이 중단된 경우 약 30% 정도에 달하는 것으로 조사됨.

– 한편 사업자의 경우 부담한 기부채납 비용 부분을 분양 원가에 반영하는 경우가 대부분인 것으로 조사됨.

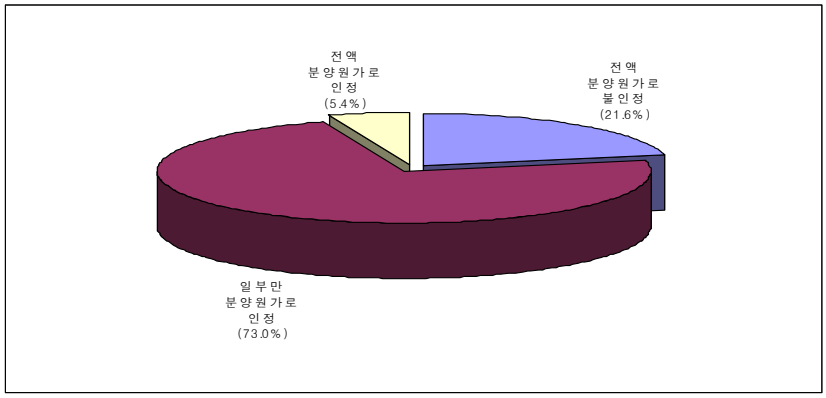
· '일부분만 원가에 반영한다'고 응답한 경우가 46.7%, 전액 원가에 반영하는 업체가 40.0%로 나타나 응답자의 87% 정도가 기부채납 비용을 원가에 반영하고 있음.

〈그림〉 기부채납 비용의 처리



- 또 기부채납 부분에 대한 지자체의 분양원가 인정 여부를 조사한 결과 일부만 원가로 인정하는 경우가 전체의 73%로 조사되었으며, 전액 원가로 인정해준 경우는 5.4%, 전액 원가불인정 경우도 21.6%로 조사됨.

<그림> 지자체의 분양원가 인정범위



- 사업계획 승인과 관련 사업자의 기부채납 형식에 의한 기반시설 설치 비용 부담 제도의 가장 큰 문제점은 '기부채납 요구로 인한 초기 부담 증가'라고 응답한 경우가 36.4%, '기부채납 관련 법적 기준의 부재'라고 응답한 경우가 22.7%, '기부채납에 의해 부여되는 인센티브의 부족'으로 응답한 경우가 15.9% 등으로 조사됨.

2. 국민고충처리위원회 민원 분석

- 과도한 조건을 부과하는 경우로 사업과 관련 없는 기반시설의 기부채납 조건의 부과, 형평성에 어긋난 설치 조건을 부과하는 경우가 있음.

- 또 무상양도 강행규정을 위반하거나 무상양도 임의 규정을 위반하는 경우가 있음.

- 불합리적 사정변경으로 조건을 이행할 수 없는 상황, 기부채납을 할 필요가 없어진 상황에서의 조건 유지 등의 형태로 민원 형태를 정리할 수 있음.

3. 무상귀속양도의 문제점

(1) 무상귀속의 문제점

- 우선 주택사업계획의 승인과 관련하여 사업자에게 승인의 조건으로 요구할 수 있는 기부채납 요청 행위에 부여된 재량의 범위가 지나치게 과도하다는 측면과 적절한 기부채납 요청행위를 유도할 수 있는 법령이 미흡함.

- 주택사업계획의 승인권자인 대부분의 지방자치단체가 앞에서 검토한 것과 같이 사업계획의 승인시에 과도한 기부채납을 요구하는 가장 큰 문제점 중의 하나가 자치단체차원에서 확보할 수 있는 재원이 절대적으로 부족하다는 점을 지적할 수 있음.
  · 기반시설부담금과 같은 재원의 분배도 적절하지 못함.

- 현재 분양원가 산정의 기준이 되는 「공동주택 분양가격의 산정 등에 관한 규칙」 등의 규정에 사업자 기반시설 설치 비용을 원가로 인정하는 명확한 규정이 없으며, 또한 분양가상승 차단을 위해 사업자의 기반시설 설치 비용을 원가로 인정하지 않을 개연성이 존재함.

- 주택사업계획 승인 관련 교육인적자원부 지침에 의한 부당한 학교시설의 설치 요구는 다음과 같은 문제점이 있음.
  · 헌법상 무상교육의 원칙을 훼손하여 위헌의 소지가 있음.
  · 동 지침은 「국토계획법」에 대한 잘못된 유권해석에 기초하고 있는데, 교육인적자원부는 학교를 공공시설에 포함시켜 사업시행자는 학교의 설치 또는 용지에 관한 적정한 확보계획을 수립하는 것은 물론이고 계획의 이행에 필요한 비용을 부담하여야 한다는 유권해석을 내리고 있음.
  · 개발업자가 부담한 학교설치 비용은 고스란히 주택의 가격에 반영되어 주택가격 상승과 개발 사업의 심각한 위축을 초래할 가능성이 매우 높음.

⑵ 무상양도의 문제점

- 무상양도 규정은 사업자의 손실보전적 차원에서 규정된 것으로 사업자의 손실을 고려하지 않은 상태에서 이른바 인센티브를 받은 경우 무상양도를 제한하는 것은 동 제도의 취지에 부합하지 않음.

제4장 무상귀속·양도제도의 개선 방안

1. 무상귀속 관련

⑴ 기부채납 요구행위에 대한 재량 축소

- 주택사업계획 승인과 관련되어 사업자에게 승인의 조건으로 과도한 기부채납이 요구되는 문제점을 개선하기 위해서는 승인권자에게 부여되어 있는 기부채납 요구행위에 대한 재량의 한계를 부여하는 제도적 조치가 필요함.
  · 구체적으로 승인권자가 사업자에게 당해 사업과 관련이 없는 시설의 설치 및 기부채납을 사업계획에 포함하도록 요구한 경우 승인권자의 기부채납 요구를 무효화하도록 법규화하는 제도 개선(「주택법」 제16조 및 제23조 개선)이 필요함.
  · 과도한 기부채납 여부의 판단 기준은 '기반시설부담금'의 범위 이내로 설정함.

<표> 주택법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제16조 (사업계획의 승인) ①~⑨ (생 략) ⑩ 신설	제16조 (사업계획의 승인) ①~⑨ (현행과 같음) ⑩ 시·도지사가 제1항의 규정에 의하여 사업계획을 승인함에 있어서 사업주체가 제출하는 사업계획에 기반시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하여 무상귀속토록 요구하는 경우에는 그 설치에 소요되는 비용이 「기반시설부담금에 관한 법률」제3조에 의한 기반시설부담금액을 초과하여서는 아니된다. 이 경우 사업주체가 무상양여 받은 기반시설의 가액과 , 사업자가 용적율, 건폐율, 층수 등의 완화를 받기 위해 기부채납한 기반시설의 설치에 소요되는 비용은 차감하여 산정한다. 비용산정에 관해서는 건설교통부령으로 정한다.

⑵ 기반시설 설치 부담 기준의 설정 방향 - 공공성의 설정

- 도시 및 토지개발과 관련된 개별 법령은 일반적으로 공공복리의 증진을 목적하고 있지만 공공복리에 대한 명확한 개념정의를 규정하고 있는 법률은 없음.
  · 이와 같이 공공복리의 개념규정은 추상적이며 상징적인 성격을 가지고 있으나, 민주적 결정인 사회합의의 과정을 거치게 되면 구체적인 내용으로 나타나게 될 수 있음.

- 기반시설 설치 부담 기준은 이러게 도출된 공공성에 기초하여 수립되어야 함.
  · 예를 들어 도시계획에서의 공공성은 국가적 이해관계(국가계획 : 국토기본법)와 지방자치적 이해관계(도시계획 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률)에서 공익항목을 선정하고 이는 여러 가지 형태로 제시됨.
  · 이때 해당도시의 공간구조와 발전방향을 제시하는 도시기본계획의 경우 큰 틀에서의 공공성을 나타내며, 구체적인 토지이용의 방향이 담긴 도시관리계획에서는 국지적 지역성을 띤 공공성이 표현됨.

- 특히 도시관리계획의 경우 용도지역 · 지구 · 구역 및 도시계획시설의 지정으로서 도시민들이 도시생활 영위에 필요한 절대적인 공공성을 구축해 놓았으며, 각종 도시개발 및 도시계획사업을 통해 공공성을 구체화시켜 나갈 수 있도록 하고 있음.
  · 이 가운데 지구단위계획의 진행과정 속에서는 아주 구체적이고 세밀한 공공성 요소들을 이끌어 내고 있음.
  · 대표적인 요소는 공동건축, 지정용도, 건축선지정, 쌈지공원, 보행자통로, 공개공지, 공동주차장, 차량진출입구간 설정, 건축물의 외관 및 환경친화적 사항들로 볼 수 있고, 이들 요소는 계획적 접근이 가능하며 실현성이 담보되어 있는 도시계획상의 공공성으로 볼 수 있음.

- 따라서, 이러한 공공성 등을 참조하여 향후 기부채납의 공공성에 대한 기초 원리로서 확립하여야 할 필요성이 있음.

⑶ 공공성평가제의 도입

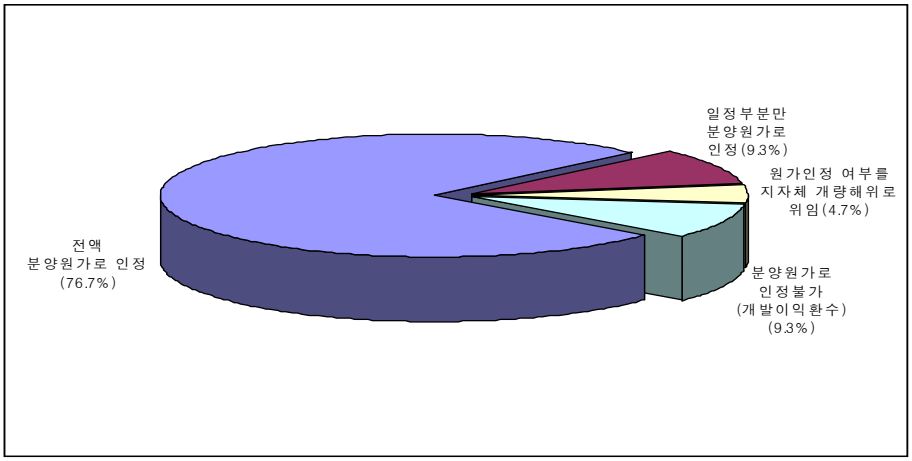
– ‘공공성평가제(또는 기부채납 합리적 수준 평가제)’는 주택건설사업이나 개발행위 인허가시 필요한 기반시설의 범위를 확정하고 확정된 기반시설별로 공공성을 평가하여 각 요인별 평가점수에 의해 용적률 인센티브의 등급을 조절하는 제도임.

– ‘공공성평가제’의 주요 내용은 승인권자의 기부채납 요구 기준과 범위, 그리고 공공성을 벗어난 기부채납 요구시의 처리 방법 등이 포함되어야 함.
  · ‘공공성평가제’는 주택법 시행령의 별표 ‘고시’의 형태로 마련하고, 「국토계획법」 제65조, 「도시정비법」 제65조의 경우에도 적용되도록 규정하는 것이 바람직할 것임.

⑷ 무상귀속 부분의 원가 인정

– 기반시설부담금과 기부채납 부분의 원가 인정을 명확하게 하기 위해 ‘공동주택 분양가격의 산정 등에 관한 규칙’에 승인권자의 기부채납 요구로 사업자가 설치하여 무상귀속되는 시설 설치 비용을 원가로 인정하도록 관련 규정을 명확히 하는 것이 필요함.
  · ‘공공택지 외의 택지의 공급주택 분양가격공시항목(별표 3)’의 부대비 항목을 “주택건설공사에 소요되는 총 비용 중 제2호부터 제5호까지의 비용 및 제7호에 따른 비용을 제외한 비용으로서 각종 분담금 및 부담금, 공공청사 등의 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 소요되는 비용, 분양관련비용, 수도 · 가스 · 전기시설 인입비용, 건물보존 등기비 등을 합한 비용”으로 개정이 필요함.

<그림> 기부채납 부분의 분양원가 인정 범위



(5) 학교시설의 과도한 요구 해결 방안

- 현재 동 지침에 의해 법률의 규정을 벗어나 부당한 학교신설 및 학교증축요구를 차단하기 위해 건설교통부와 광역지자체 등이 행정적 노력을 기울이고 있으나, 부당한 요구가 근절되고 있지 않고 있음.
  · 따라서, 국민고충처리위원회를 중심으로 동 지침으로 발생하는 문제를 근절하기 위한 대책의 수립을 검토하여야 할 것임.

- 단기적으로는 건설교통부의 지도·감독을 강화하고, 중장기적으로 '공공성평가제'를 통해 부당한 승인권자의 기부채납 요구로 사업 추진이 저해되는 문제점의 해결방안을 수립하여야 함.

(6) 지방자치단체 기반시설 설치 예산 확보의 실효성 제고

- 해당 지자체별로 해당 지역의 기반시설 용량 관리 시스템을 구축하여 확보되는 예산과 현재의 기반시설 용량을 고려하여 개발사업을 관리할 수 있는 시스템의 구축이 가장 기본적인 과제일 것임.

- 또한 현재 기반시설부담금의 배분이 국가 30%, 광역자치단체 30%, 기초자치단체 40%로 되어 있는 것을 국가 30%, 기초자치단체 70%로 배분될 수 있도록 하여, 기반시설부담금의 취지와 기초자치단체의 기반시설 설치 예산의 확보의 실효성을 제고하여야 함.

2. 무상양도 관련

- 일부 정부부처에서 밝히고 있는 것과 같이 향후 「도시정비법」의 개정이 진행될 경우 사업자가 '인센티브'를 받은 경우 무조건적으로 무상양도를 제한하는 것은 부당하므로 동법에 무상양도를 규정하고 있는 취지에 부합하게 사업자의 손실범위를 적정하게 판단하여 무상양도의 범위가 결정될 수 있도록 관련 규정의 개선을 추진하여야 함.

- 구체적 법령의 개선 방안으로 「국토계획법」과 「도시정비법」의 개선 방안을 다음과 같이 제시함.

<표> 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 개정(안)

현 행	개 정(안)
제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① (생략) ② 개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 국유재산법 및 지방재정법의 규정에 불구하고 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다. ③,④,⑤,⑥,⑦,⑧ (생략)	제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① (현행과 같음) ② ----------. 단, 법 제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다. ③,④,⑤,⑥,⑦,⑧ (현행과 같음)

<표> 도시및주거환경정비법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제65조 (정비기반시설 및 토지 등의 귀속) ① (생략) ② 시장·군수 또는 주택공사등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다. ③,④,⑤ (생략)	제65조 (정비기반시설 및 토지 등의 귀속) ① (현행과 같음) ② --. **단,「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다.** ③,④,⑤ (현행과 같음)

(1) 인센티브 제도 개선 방안

- 사업자의 기부채납에 대해 손실보상적 차원에서 반대급부적 성격으로 제공되는 인센티브도 그 경위에 따라 크게 '보상차원(reward)의 인센티브'와 '포상차원(award)의 인센티브'로 유형이 구분되고 있음.

- 개발행위에 대한 인센티브는 이를 다시 '개발증진차원에서 요구하는 것'과 '공공시설 확보차원에서 요구하는 것'으로 세분할 수 있음.

- 이러한 인센티브에 대해 심도있는 연구를 통해 민간의 이익성과 공공성이 최대한 보장되는 방안을 검토할 필요가 있음.

제5장 결론

- 본 연구는 사업계획 승인과 관련하여 사업계획승인권자가 사업자에게 요구하는 기반시설의 기부채납과 이의 무상귀속·양도의 개선 방안을 제시하는 것이 목적임.

– 연구를 통해 도출된 문제점은 다음과 같음.

· 과도한 재량의 부과와 관련 법령의 미비, 지방자치단체의 기반시설 설치 재원 확보의 문제점, 무상귀속 부분의 원가인정 문제, 그리고 최근 주택사업계획 승인 관련 부당한 학교시설의 설치 요구 등임.

· 무상양도와 관련 인센티브와 무상양도 범위의 미고려가 문제점임.

– 이를 해결하기 위한 개선 방안을 다음과 같이 제시함.

· 첫째, 무상귀속과 관련하여 기부채납 요구행위에 대한 재량의 축소를 위해 승인권자가 사업자에게 당해 사업과 관련이 없는 시설의 설치 및 기부채납을 사업계획에 포함하도록 요구한 경우 승인권자의 기부채납 요구를 무효화하도록 법규화하는 제도 개선 방안을 제시함.

· 둘째, 주택건설사업이나 개발행위 인허가시 필요한 기반시설의 범위를 확정하고 확정된 기반시설별로 공공성을 평가하여 각 요인별 평가점수에 의해 용적률 인센티브의 등급을 조절하는 제도인 '공공성평가제(또는 기부채납 합리적 수준 평가제)'를 장기적으로 도입할 것을 제안함.

· 셋째, 무상귀속 부분의 원가 인정을 위해 현행 '공동주택 분양가격 산정 등에 관한 규칙' 제9조를 개정하여 사업주체가 부담하는 각종 분담금 및 부담금, 공공시설 용지의 기부채납 비용 등을 명시적으로 분양가로 인정·반영하도록 명확화할 것을 제안함.

· 넷째, 최근 심각한 문제로 등장하고 있는 학교시설의 과도한 요구 문제의 해결을 위해 국민고충처리위원회 등을 통한 문제의 해결과 사업 승인 지연에 대한 대책 수립을 제안함.

· 다섯째, 지방자치단체 기반시설 설치 예산 확보의 실효성 제고를 위해 현행 기반시설부담금의 배분을 국가 30%, 기초자치단체 70%로 할 것을 제안함.

· 무상양도와 관련하여서는 무상양도를 규정하고 있는 취지에 부합하게 사업자의 손실범위를 적정하게 판단하여 무상양도의 범위가 결정될 수 있도록 관련 규정의 개선을 추진할 것을 제안함.

제1장
서론

1. 연구의 목적 및 배경

도로, 공원, 철도, 항만, 학교, 상·하수도 시설 등 기반시설의 설치 의무는 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이 원칙이다. 그러나 국가 재정의 부족으로 인해 모든 주택사업에서 발생하는 기반시설의 설치 수요를 충당하는 것은 불가능한 현실이다. 특히, 새로운 개발사업과 관련된 기반시설의 설치 주체와 비용 부담의 주체는 더욱 복잡한 양상을 띠게 된다.

한편, 개발로 인하여 발생하는 개발 이익과 기반시설의 추가 설치 필요성의 야기, 설치되는 기반시설로 받은 이익의 주체 등과 관련하여 원인자(原因者) 부담 또는 수익자(受益者) 부담의 원칙이 개발사업과 기반시설의 설치에 있어서 개발사업자에게 기반시설의 설치비용을 부담시키는 중요한 이론적 기초를 제공하고 있다.

이러한 원인자부담 및 수익자부담의 원칙에 기초하여 개발사업자들은 개발사업으로 인하여 추가로 필요하게 된 기반시설의 설치를 위한 비용을 직접 설치한 후 소유권을 지자체에 귀속시키거나 시설부담금 및 기반시설부담금을 납부하거나 조세의 납부 등의 형태로 부담하고 있다.

최근 개발사업(주택개발사업) 승인의 조건으로 승인권자가 개발사업자에게 기부채납을 요구하여 관리청에 무상 귀속하는 경우 이의 과도한 요구로 인해 사업승인이 지연되거나 사업자의 초기 부담이 크게 증가하는 문제점이 발생하고 있다. 특히, 지난 3월 교육인적자원부가 '개발 사업 지구내 학교신설 협의 지침'을 마련 사업승인의 조건으로 법률에서 정한 학교용지의 학보 외에 학교신설 및 증축을 부당하게 요구하고 이에 응하지 않을 경우 사업 승인에 부동의 의견을 제시하고 있다. 이로 인해 사업자 부담의 증가, 사업승인 기간의 장기화, 사업 추진이 중단되는 등의 부작용이 발생하고 있다. 국민고충처리위원회에는 주택개발사업 승인권자의 과도한 기부채납 요구에 대한 민원의 제기가 지속적으로 제기되고 있다.

또한 이와 관련하여 사업자가 사업계획 승인의 조건으로 지출한 기부채납 비용의 분양원가인정 여부 문제는 과거에도 논란의 대상이었으며, 분양가상한제가 본격적으로 실시되는 상황에서는 개발사업의 최대 이슈로 등장할 것으로 전망된다. 개발사업의 추진으로 인해 사업자에게 요구되는 기반시설 설치비용 부담은 형식적으로는 사업자가 부담하지만 실제적으로 분양원가에 전가되어 주택을 구매하는 소비자가 부담하는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다. 특히, 분양가상한제 하에서는 사업자가 과거와 같은 수준의 개발 이익을 기대하는 것은 어려우므로 사업자의 시설 설치비용을 원가로 인정하지 않을 경우 사업자와 승인권자 그리고 수분양자 간의 법적 다툼이 크게 증가할 것이며, 이로 인한 혼선은 주택공급의 차질로 이어질 것이다.

본 연구보고서에서는 이상과 같은 주택건설사업계획의 승인 조건으로 사업자에게 요구되는 과도한 기부채납 부담 부과의 문제점을 검토하고 개선 방안을 제시코자 한다.

개선 방안은 승인권자의 사업자에 대한 기부채납 요구행위의 재량을 적절한 범위에서 제한하기 위한 방안과 사업자의 시설 설치비용의 처리 문제를 중심으로 검토하고자 한다. 이는 승인권자의 기부채납 요구 행위에 대한 재량의 범위를 객관적 기준에 의해 예측 가능하도록 하여 투명한 인허가 행정을 정착시켜 행정의 신뢰성・예측가능성 제고와 개발 사업의 활성화에 기여할 것이며, 크게는 소비자인 국민의 공평부담 제고에 크게 기여하는 계기가 될 것이다.

2. 연구의 내용 및 방법

본 연구의 내용은 크게 세 부분으로 구성되어 있다. 첫 번째 부분은 사업계획 승인의 조건으로 승인권자가 제시하는 기부채납과 관련된 법규정과 그 내용을 파악하고, 관련 쟁점을 분석·정리하는 부분이다. 여기에서는 기반시설의 의의와 종류, 유사 개념을 정리하고, 기반시설의 설치 주체와 관련 원인자 및 수익자부담의 원칙을 제시하였다. 이와 함께 관련 법령과 무상양도·귀속, 기부채납의 개념과 법적 성질을 검토하였다. 이 부분의 핵심적 내용을 기부채납과 관련된 법적 쟁점을 기부채납이라는 부담의 행정행위 부관이 사업승인에의 부가 여부, 부당결부 금지의 원칙, 인센티브와 무상양도 등을 중심으로 정리하였다.

두 번째 부분은 무상귀속·양도의 실태조사로 구성되어 있다. 실태조사를 위해 실시한 설문조사 결과와 국민고충처리위원회에 접수·의결 처리된 민원사례를 중심으로 실

태조사가 이루어졌으며, 이를 토대로 문제점을 도출하였다. 무상귀속의 문제점으로는 과도한 재량의 부과와 관련 법령의 미비를 가장 큰 문제점으로 제시하였으며, 이와 함께 지방자치단체의 기반시설 설치 재원 확보의 문제점, 무상귀속 부분의 원가인정 문제, 그리고 최근 주택사업계획 승인 관련 부당한 학교시설의 설치 요구 등을 문제점으로 제시하였다. 무상양도의 문제점으로는 인센티브와 무상양도의 범위를 중심으로 정리하였다.

세 번째 부분은 무상귀속·양도 제도의 개선 방안을 주요 내용으로 하고 있다. 개선방안은 우선 무상귀속의 원인이 되는 사업승인권자의 기부채납 요구에 대한 재량권의 한계를 부여하는 것과 무상양도의 범위를 본래의 취지에 맞게 사업자의 손실을 고려하여 무상양도하도록 하는 제도 개선 방안을 제시하였다.

본 연구에서 사용된 연구 방법은 우선 실태조사를 위해 설문조사를 실시하였으며, 고충위에 접수된 민원 사례를 분석하는 방법을 이용하였다. 외국 제도의 조사를 위해 영국과 독일의 제도를 직접 현지 출장을 수행하여 조사하였다. 이외에 문헌조사 방법 또한 본 연구의 주요 연구 방법으로 활용되었다.

3. 보고서의 구성

본 보고서는 총 5장으로 구성되어 있다. 제1장에서는 연구의 목적과 배경, 연구의 내용과 방법에 대해 소개하고, 제2장에서는 사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도제도의 일반적 내용을 살펴본다. 여기에서는 관계 법령과 주요 개념의 정리, 법적 쟁점 그리고 영국과 독일의 기부채납 관련제도를 정리하였다.

제3장에서는 무상귀속·양도의 문제점을 분석하였는데, 실태조사를 위한 설문조사, 국민고충처리위원회 민원 사항을 중심으로 분석하였다. 주요 문제점으로 기부채납 요구의 재량성의 한계가 명확하지 않다는 점과 지방자치단체의 예산 확보의 문제점을 제시하였다.

제4장에서는 무상귀속·양도의 개선방안을 나누어 제시하였다. 구체적으로 기부채납 범위의 적정성을 확보하기 위해 '공공성평가제'의 도입을 제안하였고, 기부채납 재량의 한계를 설정하는 내용의 개별 법률 개선(안)을 제시하였다. 마지막으로 제5장에서 결론을 제시하였다.

4 · 사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도제도의 문제점과 개선 방안

제2장
사업자 설치 기반시설의 무상귀속·양도

1. 사업자의 기반시설 설치 부담과 관계 법령

(1) 기반시설의 정의와 종류

1) 기반시설의 정의

기반시설이란 도시의 기능을 능률적으로 수행하는 데 기본적으로 필요한 시설인 상하수도와 고속도로, 교통시설, 에너지 공급시설 및 정보통신시설 등을 비롯하여, 시민이 쾌적하고 적정한 생활수준 유지와 관련이 있는 사회서비스 시설 즉, 교육 및 의료시설, 여가시설, 공원녹지, 공중보건 및 복지시설 등을 포함하는 매우 포괄적인 개념[1]으로 법률적인 용어라기보다는 학문적인 용어로서 관련 연구를 통해 다양하게 정의되고 있다. 즉, 공급주체와 관계없이 불특정 다수인을 위해 사회 공공의 공동목적을 위해 제공되는 시설로 정의될 수 있다.

이와 관련하여서는 '공공시설', '공공용시설' 등의 개념도 사용되고 있는데, 이러한 개념들은 해당 시설의 재산권의 귀속과 이용 관계를 기준으로 개별법에서 별도로 개념의 정립 및 구분을 하고 있어 기반시설은 이러한 '공공시설'과 '공공용시설'이 모두 포함되는 일반적인 개념으로 파악되고 있으나, 기반시설의 개념이 명확하게 구분되지 않는 상태에서 통용되고 있어 혼란스러운 측면도 없지 않다.

2) 기반시설의 종류

기반시설을 도시의 기능 수행과 시민의 적정한 생활을 위해 제공되는 시설로 정의한다고 할지라도 개별 법령에서 규정하고 있는 기반시설은 동일하지 않다. 우선 법령에 따라서는 기반시설로 정의하지 않고 정비기반시설(「도시및주거환경정비법(이하 도시정

1) OECD, Urban Infrasructure: Finance and Management, 1991, p.19.

비법)」), 간선시설(「주택법」, 「택지개발촉진법」) 등으로 규정하는 경우도 있다. 기반시설의 종류 및 내용에 대해 규정하고 있는 법률로는 「국토의계획및이용에관한법률(이하 국토계획법)」, 「도시개발법」, 「도시정비법」, 「주택법」, 「택지개발촉진법」,「수도권정비계획법」 등이 있다.

우선 기반시설에 대한 기본적인 규정이라고 할 수 있는 「국토계획법」에서는 기반시설을 교통시설, 공간시설, 유통·공급시설, 공공·문화체육시설, 방재시설, 보건위생시설, 환경기초시설로 크게 분류하여 세부 기반시설을 규정하고 있으며, 구체적인 기반시설의 종류는 <표 Ⅱ-1>에서 제시하고 있다.

<표 Ⅱ-1> 국토계획법 상의 기반시설

구 분	종 류
교통시설	도로·철도·항만·공항·주차장·자동차정류장·궤도·삭도·운하, 자동차 및 건설기계검사시설, 자동차 및 건설기계운전학원
공간시설	광장·공원·녹지·유원지·공공공지
유통공급시설	유통업무설비, 수도·전기·가스·열공급설비, 방송·통신시설, 공동구·시장, 유류저장 및 송유설비
공공문화체육시설	학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설·도서관·연구시설·사회복지시설·공공직업훈련시설·청소년수련시설
방재시설	하천·유수지·저수지·방화설비·방풍설비·방수설비·사방설비·방조설비
보건위생시설	화장장·공동묘지·납골시설·장례식장·도축장·종합의료시설
환경기초시설	하수도·폐기물처리시설·수질오염방지시설·폐차장

자료 : 국토의계획및이용에관한법률 시행령 제2조 제1항.

「도시정비법」에는 기반시설이라는 용어대신 '정비기반시설'이라는 용어가 사용되고 있다. 동법 제2조 제4호와 동법 시행령 제3조에는 '정비기반시설'이라 함은 '도로, 상하수도, 공원, 공용주차장, 공동구, 녹지, 하천, 공공공지, 광장, 소방용수시설, 비상대피시설, 가스공급시설과 주거환경개선사업을 위하여 지정·고시된 정비구역안에 설치하는 공동이용시설로서 정비사업시행계획서에 당해 시장·군수 또는 자치구의 구청장이 관리하는 것으로 포함된 것'으로 정의하고 있다.

「주택법」에는 제2조에 '간선시설'이라는 용어를 사용하여 '도로, 상하수도, 전기시설, 가스시설, 통신시설, 지역난방시설 등 주택단지 안의 기간시설을 당해 주택단지밖에 있는 동종의 기간시설에 연결시키는 시설'로 정의하고 있다.

또 법령별로 특정 기반시설에 대해서는 기반시설로 인정하는 경우와 인정하지 않는 경우도 있어 그 내용을 다음의 <표 Ⅱ-2>에 제시하였다.

<표 Ⅱ-2> 법령별 기반시설의 종류

구분		국토의계획및이용에 관한법률		도시 개발법	도시및주거 환경정비법	주택법	택지개발 촉진법
		기반시설	공공시설	기반시설	정비 기반시설	간선시설	간선시설
교통시설	도로	○		○	○	○	○
	철도	○					
	항만	○					
	공항	○					
	주차장	○	○		○		
	자동차정류장	○					
	궤도	○					
	삭도	○					
	운하	○					
	자동차및건설기계 검사실	○					
	자동차및건설기계 운전학원	○					
공간시설	광장	○	○		○		
	공원	○			○		
	녹지	○	○		○		
	유원지	○					
	공공공지	○	○		○		
유통공급 시설	유통업무시설	○					
	수도	○			○		
	전기	○		○		○	○
	가스	○		○	○	○	○
	열공급설비	○		○		○	○
	방송	○					
	통신시설	○		○		○	○
	공동구	○	○		○		
	시장	○					
	유류저장및 송유설비	○					

자료 : 박우기, 도시개발에 따른 기반시설 비용부담에 관한 연구, 서울시립대 석사논문, 2004, 12면 재인용.

<표 Ⅱ-2> 법령별 기반시설의 종류(표 계속)

구분		국토의계획및이용에 관한법률		도시 개발법	도시및주거 환경정비법	주택법	택지개발 촉진법
		기반시설	공공시설	기반시설	정비 기반시설	간선시설	간선시설
공공문화 체육시설	학교	○					
	운동장	○	○				
	공공청사	○					
	문화시설	○					
	체육시설	○					
	도서관	○					
	연구시설	○					
	사회복지시설	○					
	공공직업훈련시설	○					
	청소년수련시설	○					
방재시설	하천	○	○		○		
	유수지	○	○				
	저수지	○	○				
	방화설비	○	○		○		
	방풍설비	○	○				
	방수설비	○	○				
	사방설비	○	○				
	방조설비	○	○				
보건위생 시설	화장장	○	○				
	공동묘지	○	○				
	납골시설	○	○				
	장례식장	○					
	도축장	○					
	종합의료시설	○					
환경기초 시설	하수도	○	○	○	○	○	○
	폐기물처리시설	○					
	수질오염방지시설	○					
	폐차장	○					

자료 : 박우기, 도시개발에 따른 기반시설 비용부담에 관한 연구, 서울시립대 석사논문, 2004, 12면 재인용.

기반시설 중에서 광역적인 정비체계가 필요한 시설을 광역기반시설이라고 한다. 여기에는 2개 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에 걸치는 시설과 2개 이상의 특별시·광역시·시 또는 군이 공동으로 이용하는 시설이 있다. 구체적인 시설은 <표 Ⅱ-3>에 제시하고 있다.

<표 Ⅱ-3> 광역 기반시설

구 분	시설
2개 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에 걸치는 시설	도로, 철도, 운하, 광장, 녹지, 수도, 전기공급설비, 가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구, 유류저장 및 송유설비, 열공급설비, 하천, 하수도(하수종말처리시설 제외)
2개 이상의 특별시·광역시·시 또는 군이 공동으로 이용하는 시설	항만, 공항, 자동차정류장, 공원, 유원지, 유통업무설비, 운동장, 문화시설, 체육시설, 사회복지시설, 공공직업훈련시설, 청소년수련시설, 유수지, 하수도(하수종말처리시설에 한함), 화장장, 납골시설, 공동묘지, 폐기물처리시설, 도축장, 수질오염방지시설, 폐차장

자료 : 국토계획법 제2조 제8호 참조.

3) 관련 개념의 정리

우선 '공공시설'은 공공적인 성격이 강하여 행정청이 소유·관리할 필요성이 있는 시설로서 설치주체에 관계없이 행정청에 무상으로 귀속되는 시설을 말한다. 「국토계획법」제2조 제13호에는 '공공시설'은 "도로·공원·철도·수도 그 밖에 대통령령이 정하는 공공용시설 로 정의하고 있다. 그 밖에 대통령령이 정하는 공공용시설은 항만, 공항, 운하, 광장, 녹지, 공공공지, 공동구, 하천, 유수지, 방화설비, 방풍설비, 방수설비, 사방설비, 방조설비, 하수도, 구거 그리고 행정청이 설치하는 주차장, 운동장, 저수지, 화장장, 공동묘지, 납골시설 등이다. 다음으로 '공공용시설'은 일반 공중의 공공사용에 제공되는 시설(26가지, 학교 제외)로서, 국유재산법상 공공용재산(도로·공원·하천·녹지 등)에 해당하는 시설을 의미한다.

국유재산법에는 '공용재산'은 행정재산의 하나로 '국가가 직접 그 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산'을 의미하며, '공공용재산'은 '국가가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산(도로·공원·하천·녹지 등)'으로 정의하고 있다. '공용재산'과 '공공용재산'의 차이는 국가의 특정 목적을 위해 사용되는 시설은 '공용재산'이며, 불특정 다수의 공공적 이용을 위해 국가가 사용하는 시설은 '공공용재산'에 해당한다.

최근 교육인적자원부가 ‘학교시설’을 공공시설에 포함시키는 「국토계획법」 개정을 추진하였으나, ‘학교시설’은 국유재산법상 공공용재산 이 아니라 공용재산’에 해당하여 「국토계획법」 상 공공시설의 개념에는 부적합하다. 즉, 일반공중의 이용시설(공공용시설)이 아니라, 공공청사와 마찬가지로 공용시설(재산)에 해당된다.

⑵ 기반시설의 설치와 관련 법령

1) 기반시설 설치 주체의 문제

가. 국가 또는 지자체의 기반시설 설치 의무

기반시설 설치는 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이 원칙이며, 그 비용은 국민이 납부한 세금으로 충당된다. 기반시설 설치에 대한 국가 및 지방자치단체의 책임은 지금까지도 유효한 원칙임에 틀림이 없으나, 최근 들어 급속하게 진행되고 있는 도시의 개발로 인해 모든 기반시설의 설치를 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것은 사실상 불가능한 상황이다.

또 개발로 인해 수요가 발생하는 기반시설의 설치 비용을 국가 또는 지방자치단체만 부담하는 것은 옳지 않으며 개발로 인해 기반시설의 설치로부터 이익을 향유하는 사람들에게 그 비용을 부담시키거나(수익자부담의 원칙), 기반시설의 추가 설치 필요성을 발생시킨 사람들에게 부담(원인자부담의 원칙)시켜야 한다는 주장이 제기되고, 이 주장이 설득력을 얻어 제도화되어 시행되고 있다.

따라서, 최근의 기반시설의 설치는 원칙적으로 국가 또는 지방자차단체가 그 책임을 부담하지만, ‘수익자 부담’ 또는 ‘원인자 부담’의 원칙에 입각하여 개발사업의 주체에게 개발로 인해 유발되는 기반시설의 설치 비용을 부담시키는 구조를 갖고 있다. 특히, 이러한 개발자에게 개발로 인해 유발된 기반시설의 설치 비용을 부담시키는 것에 대한 정당성을 개발사업으로 인해 발생하는 개발의 이익 환수와 연계시키고 있다. 이러한 개발이익의 환수라는 정책적 목적에 의해 개발사업자(건축주)가 개발사업으로 인해 필요하게 되는 기반시설의 일부를 직접 설치하거나 이에 해당하는 비용을 부담금으로 부담하는 형태로 제도화되었다.

현행법상 개발사업자가 개발로 인해 기반시설의 설치에 기여하는 경우는 ⅰ) 직접 설치하여 무상귀속하는 경우, ⅱ) 기반시설부담금(시설부담금 포함)의 부담 등의 형태가 있다.

나. 수익자 부담원칙

수익자 부담원칙은 기반시설로부터 직접적인 편익을 받은 사람들이 그 시설의 확충 및 정비에 대해 필요한 비용을 편익을 받은 정도에 비례하여 부담해야 한다는 원칙[2]으로 가장 전형적인 형태가 수익자부담금이다. 현재 많은 종류의 수익자부담금이 '수익자부담금' 또는 다른 명칭의 부담금으로 개발·건축 행위자에게 부과되고 있다.

수익자부담금은 당해 지역의 공익사업에 의해 특별한 이익을 받는 사람들에 대해 수익의 범위 내에서 사업경비의 전부 또는 일부를 부담하게 하는 것으로 이것은 공공사업의 실시로 인해 발생하는 개발의 이익(예외적이고 우발적)을 공공부문으로 환원시키는 기능[3]을 하게 된다.

대체적으로 수익자 부담의 원칙에 대해서는 '정의'의 원칙에 부합하는 것으로 평가하고 있지만, 다음과 같은 문제점도 제기되고 있다. 수익자부담원칙의 문제점[4]으로 가장 핵심적인 것은 개발의 주체가 부담하여 설치하는 기반시설이 비용을 부담하는 개발의 주체에게만 배타적으로 이익을 향유하게 할 수 있는가?의 문제로 이른바 '무임승차'의 문제점과 배타적 이익 향유의 불가능성이 핵심이다. 이러한 개발 주체의 기반시설로부터의 배타적 이익의 향유와 무임 승차 문제는 기반시설로부터 이익을 향유하는 주체와 그 정도를 확인이 전제되어야 하나 이는 사실상 확인하기가 매우 어려운 문제이며, 만약 확인이 가능하다고 하더라도 외부 편익의 수혜자가 누군가에 따라 국가 또는 지방정부의 재분배정책의 측면에서 이들에게 비용을 부담[5]시키는 것은 현실적으로 어려운 문제이다.

따라서, 수익자부담의 원칙이 더욱 정당성을 갖기 위해서는 기반시설로부터 발생하는 이익의 향유 범위를 정확하게 설정할 수 있는 기준을 설정하는데 필요한 연구와 제도적 시도가 지속되어야 한다.

다. 원인자 부담원칙

원인자부담원칙은 도시기반시설을 설치하는데 있어 원인을 제공한자, 즉 설치를 유발한 자가 그 설치비용을 부담해야 한다는 원칙[6]을 의미한다. 원인자부담원칙은 기반시설

2) Stephen J. Bailey, "Charge for Local Infrastructure", Town Planning Review, 1990, p.433.
3) 박상희, 각종부담금제도의 분석과 개선방안 연구: 현행 법제개선방안연구(Ⅲ), 한국법제연구원, 1994, 15면.
4) 한국토지공사, 도시기반시설의 효과적인 공급체계와 관리방안에 관한 연구, 1998, 147면.
5) 우동기·이덕복, 도시개발사업에서의 공공시설의 비용부담에 관한 연구, 서울시정개발연구원, 1994, 14면.

의 설치에 다른 편익과는 관계없이 그 설치를 유발한 주체가 누구인가와 그 기반시설의 설치로 인해 발생하는 외부불경제의 책임이 어떤 주체에게 있는가를 중요시하는 원칙이다.

이러한 원인자 부담의 원칙은 개발사업에 따른 공해와 혼잡함과 같은 외부불경제를 유발하는 경우에 대해 그 해소비용을 원인제공자에게 책임을 부여하여 시장내부로 내재화[7]한다는 정책적 의의를 갖는다.

원인자부담원칙의 문제점은 도시기반시설의 설치를 유발한 주체의 판별과 부담기준의 모호성, 즉 설치비용의 분담액 산정에 있어 많은 어려움이 있다는 사실이다. 원인자부담원칙을 합리적으로 적용하기 위해서는 무임승차자를 철저히 배제하고 외부효과를 정확하게 파악하여 비용부담의 주체를 결정하는 것이 가장 필수적인 과제이며, 이를 기초로 비용부담에 대한 명확한 기준이 제시되어야 한다.

라. 지불능력의 원칙

지불능력원칙은 수익자부담원칙과 원인자부담원칙과는 달리 비용부담시 형평성의 측면을 고려하는 것이다. 예를 들면, 비용부담자의 경제적인 지위, 즉 소득의 수준을 고려하여 공공시설의 설치에 소요되는 비용을 '부담할 수 있는 사람들에게' 부담하는 원칙[8]이다.

지불능력원칙은 개발사업의 시행에 의해 발생하는 편익이 그 지역 전체에 영향을 미쳐 당해 지역의 수입이 증가한다면 경제적으로 우월한 위치에 있는 사람들이 개발사업으로 인한 기반시설의 설치비용을 부담해야 한다는 것과 지불능력에 의한 개발사업의 설치비용은 저렴한 토지의 개발이 가져올 수 있는 투기적인 소득을 감소시켜 개발이익의 사회적인 환수장치로서 제 기능을 할 수 있다는 것 등[9]의 제도적 의의를 갖는다.

지불능력원칙의 문제점은 소득에 따른 기반시설 설치비용의 징수가 비효율적으로 운영된다면 소득분배에 있어 역진적인 효과를 가져 올 수 있다는 사실이다. 따라서, 이러한 문제점을 불식시키기 위해서는 기반시설 설치비용의 결정은 소득의 정도에 따라 배분이 이루어져야 한다. 다음의 <표 Ⅱ-4>는 수익자 부담의 원칙과 원인자부담의 원칙 그리고 지블능력의 원칙의 주요 내용을 비교한 것이다.

---

6) Stephen J. Bailey, "Charge for Local Infrastructure", Town Planning Review, 1990, p.434.
7) 지대식·김창현, 공공시설부담금제의 도입에 관한 연구(Ⅰ), 국토개발연구원, 1995, 27면.
8) 우동기·이덕복, 전게서, 16면
9) 한국토지공사, 전게서, 149면

<표 Ⅱ-4> 기반시설 설치 부담의 원칙

구분	수익자부담원칙	원인자부담원칙	지불능력원칙
성격	도시기반시설의 설치로 인하여 현격한 이익 또는 편익의 수혜자가 그 수익의 범위 내에서 비용을 부담	도시기반시설의 설치 또는 정비를 유발한 원인자가 해당비용을 부담	도시기반시설의 설치로 인한 편익의 혜택을 받은 자중 지불능력에 따른 해당비용을 부담
부담기준	발생 이익 또는 편익	해당 비용의 발생	지불능력
부담 대상	이익의 수혜자	개발업자 (해당 비용 발생자)	도시기반시설의 수익부담자와 원인제공자의 중간적 성격
형태	수익자 부담금	원인자 부담금	지불능력
원칙	도시기반시설의 설치로 인한 편익의 측정이 객관적이어야 함 부담금의 결정시 형평성이 고려되어야 함	부담금은 도시기반시설의 설치 및 정비에 필요한 비용의 규모에 비례해야 함 부담금은 징수의 본래의 목적에 사용되어야 하며, 개발사업의 유형에 적합 하여야 함 부담금 결정시 형평성과 객관성이 보장되어야 함	지불능력의 객관적 측정이 중요함 소득의 정도에 따른 비용부담의 부과원칙이 결정되어야 함 (비례적, 누진적)
단점	도시기반시설의 편익의 객관적이고 정확한 측정이 어려움 무임승차자에 대한 조사가 어려움 세대간 비용부담이 어려움	원인자를 결정하기 어렵고 원인의 정도가 모호하여 비용부담의 정도를 결정하기 어려움	부담금 저항이 발생할 수 있음 무임승차가 발생 비례적으로 부담금이 부과된다면 역진적인 소득분배가 이루어짐

2) 관련 법령의 검토

개발사업과 관련하여 기반시설의 설치 부담과 관련된 법령은 「도시개발법」, 「주택법」, 「국토계획법」, 「도시정비법」 등이 있다.

가. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

「국토계획법」에는 “광역도시계획 또는 도시계획의 수립, 도시계획시설사업에 관한 비용은 이법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 국가가 행하는 경우에는 국가예산에서, 지방자치단체가 행하는 경우에는 당해 지방자치단체가, 행정청이 아닌 자가 행하는 경우에는 그 자가 부담함을 원칙으로 한다.”(동법 제101조)라고 규정하고 있다.

동법에서는 광역도시계획 또는 도시계획의 수립, 도시계획시설사업 등에 소요되는 비용의 부담 주체에 대해 공공이 사업 주체인 경우에는 국가의 예산과 지자체의 예산으로 충당하고, 개발사업자가 사업을 추진하는 경우에는 사업자가 비용을 부담함을 원칙으로 정하고 있다. 다만, 구체적인 부담의 범위와 방법에 대한 규정은 마련되어 있지 않다.

〈표 Ⅱ-5〉 「국토계획법」 상의 기반시설 설치 규정

구분	내용	관련조항	비고
비용부담 원칙	사업비용은 당해사업의 시행주체가 부담함을 원칙으로 함	법 제101조	원인자부담
지자체의 비용부담	건설교통부장관·시·도지사는 그가 시행한 도시계획시설사업으로 인해 현저한 이익을 받는 시·도·군에 대해 사업에 소요된 비용의 일부를 1/2범위 내에서 부담시킬 수 있음	법제102조 영 제104조	수익자부담
공공시설 관리자의 비용부담	도시계획시설사업의 시행자(행정청)는 시행자 이외의 자가 설치·관리하는 공공시설(당해 사업)로 인해 현저한 이익을 받은 공공시설관리자에게 사업소요비용의 1/3의 범위내에서 부담시킬 수 있음	법 제103조 영 제105조	수익자부담
보조·융자	도시계획시설사업에서 국가·지자체가 시행자에게 보조할 수 있는 부담비용의 범위 ·행정청이 시행하는 경우 -도시계획시설사업 소요비용 : 50%이하 -기초조사,지형도면작성 소요비용 : 80%이하 ·행정청이 아닌자가 시행하는 경우 -도시계획시설사업 소요비용 : 1/3이하	법 제104조 영 제106조	공공보조 융자

나. 「도시및주거환경정비법」

「도시정비법」에는 비용부담의 원칙에 대해 우선 “정비사업비는 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우를 제외하고는 사업시행자가 이를 부담한다”(동법 제60조 제1항)라고 규정하고 있어 정비사업의 시행자가 정비기반시설의 설치 비용을 부담하는 것을 원칙으로 규정하고 있다. 예외적으로 “시장·군수는 시장·군수가 아닌 사업시행자가 시행하는 정비사업의 정비계획에 따라 설치되는 도시계획시설 중 대통령령이 정하는 주요 정비기반시설에 대하여는 그 설치에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 부담할 수 있다.”라고 예외적으로 시장·군수의 비용 부담에 대해 규정하고 있다.

또 정비기반시설의 설치에 대해서는 “사업시행자는 관할지방자치단체장과의 협의를 거쳐 정비구역 안에 정비기반시설을 설치하여야 한다.”(동법 제64조 제1항)라고 규정하고 있다.

다. 「기반시설부담금에 관한 법률」

「기반시설부담금에 관한 법률」은 개발행위로 인하여 유발되는 기반시설 설치비용을 당해 개발행위자가 부담토록 함으로써 기반시설비용부담의 형평성을 제고하여 수익자·원인자 부담원칙 실현 및 기반시설 설치재원 확보로 도시 및 주거환경 수준 향상을 위해 제정된 법률이다.

부과 대상지역은 전국(동법 제6조 제1항)으로 주택·상가·빌딩 신·증축, 재건축·재개발 등 모든 건축행위는 궁극적으로 기반시설 설치수요를 유발하므로 부담금을 부과하도록 정하고 있다. 원칙적으로 건축연면적 200㎡를 초과하는 건축물(기존 건축물의 연면적 포함)의 건축행위(동법 제6조 제2항)에 대해 부과하며, 기존 건축물을 철거하고 「건축법」제2조 제2항의 규정에 의한 각 용도의 건축물을 대통령령이 정하는 동일 용도의 범위 내에서 신축하는 경우에는 기존 건축물의 건축연면적을 초과하는 건축행위에 대해서만 부과(동법 제6조 제3항)된다.

부담금의 부과·징수권자는 건설교통부장관(동법 제3조)이며, 동법 제24조에 의하여 부과·징수권을 건축허가권자인 시장·군수·구청장에게 위임된다. 또 동법에는 부과면제 및 공제(동법 제8조)에 대해 정하고 있다.

납부의무자는 원칙적으로 부과대상인 건축행위를 하는 자 또는 조합(동법 제7조 제1항 본문)이며, 다음의 경우에도 납부 의무를 부담(동법 제7조 제1항 단서)한다.

- 건축행위 위탁 또는 도급한 경우 그 위탁이나 도급을 한 자
- 타인 토지를 임차하여 건축행위를 하는 경우 당해 행위자
- 준공 전 건축주 및 상기인의 지위를 승계하는 경우 승계자
- 납부의무자가 대통령령이 정하는 조합인 경우로서 조합이 해산된 경우 등에는 조합원이 납부(법 제7조 제2항)

라. 「주택법」

「주택법」에는 간선시설의 설치와 비용의 상환에 대해 "사업주체가 대통령령이 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하는 경우 또는 대통령령이 정하는 면적 이상의 대지조성사업을 시행하는 경우에 다음 각호에 정하는 자는 그 해당 간선시설을 설치하여야 한다. 다만, 제1호에 해당하는 시설로서 사업주체가 제16조제1항의 규정에 의한 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획에 포함하여 설치하고자 하는 경우에는 그러하지

아니하다."(동법 제23조 제1항)라고 규정하고 있다. 동법에서 다음 각호에 정하고 있는 내용은 다음과 같다.

- 지방자치단체 : 도로 및 상하수도시설
- 당해 지역에 전기·통신·가스 또는 난방을 공급하는 자 : 전기시설·통신시설·가스시설 또는 지역난방시설
- 국가 : 우체통

또 "제1항의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다. 이 경우 제1항제1호의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안에서 국가가 이를 보조할 수 있다."(동법 제23조 제3항/라고 간선시설의 설치 비용의 부담에 대해 규정하고 있다. 「주택법」 시행령에는 간선시설의 종류별 설치범위를 규정하고 있다. (이에 대해서는 기부채납 관련 법령에서 상술하도록 한다).

동법의 내용을 보면 주택사업으로 인해 설치되는 기반시설에 대해 특정 시설에 대해서는 설치 주체를 규정하고 있으나, 사업자의 사업계획서에 포함되는 경우에는 사업자가 설치하도록 규정하고 있다.

마. 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」

동법에서는 기반시설의 설치에 대해 "국민임대주택단지의 조성에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 「택지개발촉진법」을 적용한다. 다만, 도로·상하수도·전기·통신·가스 및 지역난방시설의 설치 및 비용의 상환에 관하여는 「주택법」 제23조를 준용한다"(동법 제22조)라고 규정하고 있다.

바. 도시개발법

「도시개발법」에는 기반시설 설치 비용 부담의 원칙으로 "도시개발사업에 필요한 비용은 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 시행자가 부담한다."(동법 제53조)라고 규정하고 사업자의 비용 부담 원칙을 천명하고 있다.

또, 도시개발구역의 시설 설치와 관련 하여 동법 제54조에 '도로 및 상하수도시설의 설치는 지방자치단체', '전기시설·가스공급시설 또는 지역난방시설의 설치는 당해 지역에 전기·가스 또는 난방을 공급하는 자, ', '통신시설의 설치는 당해 지역에 통신서비스를 제공하는 자'로 특정 시설의 설치 주체를 규정하고 있다. 이하 구체적인 내용은 다음의 표에 정리하여 제시하였다.

<표 Ⅱ-6> 도시개발법의 기반시설 관련 주요 규정

구분	내용	관련조항	비고
비용부담 원칙	도시개발사업에 필요한 비용은 시행자가 부담하는 것을 원칙으로 함	법 제53조	원인자부담
지자체의 비용부담	도시개발사업의 지정권자가 시행자인 경우 그 시행자는 그가 시행한 개발사업으로 인해 이익을 받는 시·도·군·구에 대해 도시개발사업에 소요되는 비용의 1/2 범위내에서 부담시킬 수 있음.	법제55조 영 제62조	수익자부담
공공시설 관리자의 비용부담	시행자(행정청)는 시행자 이외의 자가 설치·관리하는 공공시설(당해 도시개발사업)로 인해 현저한 이익을 받은 공공시설관리자에게 사업소요비용의 1/3의 범위내에서 부담시킬 수 있음.	법 제56조 영 제63조	수익자부담
도시개발 구역 밖의 기반시설 비용부담	도시개발사업의 지정권자는 사업 시행자의 부담으로 도시개발구역 밖의 지역에 설치한 기반시설로 인해 현저한 이익을 받는 지자체 및 공공시설의 관리자에 대해 기반시설의 설치에 소요되는 비용의 일부는 부담시킬 수 있음 지자체 : 당해 사업에 소요된 비용의 1/2초과 불가 공공시설관리자: 당해 사업에 소요된 비용의 1/3초과 불가	법 제57조 영 제66조	수익자부담
보조·융자	도시개발사업에서 국가·지자체가 시행자에게 보조하거나 융자할 수 있는 부담비용의 범위 행정청이 시행하는 경우(전부보조 또는 융자) -항만·도로 및 철도의 공사비 -공원·녹지의 조성비 -용수공급시설의 공사비 등 행정청이 아닌 자가 시행하는 경우 -도시개발사업 소요비용의 1/2이하	법 제58조 영 제67조	공공보조 융자

사. 기타

행정자치부의 '2007년 공유재산관리 지침'에는 "주택건설사업의 사업계획승인 신청시 또는 도시정비사업의 사업시행인가시 사업계획에는 진입로 등 간선시설 설치계획 관련 사항이 포함되어야 한다. 이 경우 사업주체가 진입로 등 간선시설 설치 등을 도시계획사업으로 시행해 줄 것을 사업계획 등의 승인권자에게 요청하는 때에는 승인권자가 이의 타당성을 검토하여 직접 시행할 수 있으며, 이에 소요되는 비용은 사업주체가 부담 또는 공탁함"(동지침 21)이라고 규정하여 주택건설사업자의 사업계획서에 진입로 등의 간선시설 설치계획이 포함되어야 함을 규정하고 있다.

또 건설교통부의 '도시·주거환경정비기본계획 수립 지침(2003. 7. 1.(도시 및 주거환경정비법과 동시 시행)' 제4장 부문별 수립기준, 제2절에 "… 당해 지역의 주변에 도로 등 정비기반시설이 충분히 갖추어져 있어 당해지역을 개발하더라도 인근지역에 정비기반시설을 추가로 설치할 필요가 없을 것. 다만, 추가로 설치할 필요가 있는 정비기반시

설을 정비사업 시행자가 부담하는 경우는 그러하지 아니하다. … 생략"라고 규정하여 정비사업자의 설치에 대해 규정하고 있다.

2. 기반시설의 기부채납과 무상 귀속·양도

(1) 관련 개념의 정의

1) 무상귀속

무상귀속(無償歸屬)은 「국토계획법」 등에 근거 개발행위허가 등과 같은 행정청의 수익적 행정처분이 있는 경우 개발행위허가를 받은 자 등이 새로이 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 때에 「국유재산법」 및 「지방재정법」의 규정에도 불구하고 새로이 설치된 공공시설이 그 시설을 관리할 관리청에게 무상으로 소유권 변동이 되는 것을 말한다. 즉, 후술하는 기부채납의 법률행위에 대한 효과로 설치된 공공시설의 수요권이 국가 또는 지자체에 이전·귀속하는 형태가 되며, 동 행위의 법적 효과는 기부채납의 법적 성질과 관련이 있다.

2) 무상양도

무상양도(無償讓渡)는 민간 개발사업시행자에 의하여 새로 설치된 기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는 사업시행자의 재산상의 손실을 고려하여 사업시행자가 설치한 기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유 기반시설의 소유권이 사업시행자에게 원시적으로 귀속하는 경우를 의미[10]한다. 즉, 사업자의 손실보전적 규정이다. 무상양도의 강행규정성은 개별 법률의 규정에 따라 결정된다.

무상귀속과 무상양도는 모두 법률행위가 아닌 법률의 규정에 의해 물권이 변동되는 경우이며 소유권의 최종적인 귀속 주체의 차이로 구분[11]된다.

---

10) 최계영, "용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성", 행정법연구 통권제14호, 2005 참조.

11) 이러한 개념에 대해 무상양도라는 개념 속의 양도는 양도·양수하고자 하는 양 당사자간의 의사의 합치에 의해 소유권이 변동되는 것을 의미하므로 무상귀속으로 통일하는 것이 바람직하다는 의견(최영동, "재건축사업과 국·공유지 무상양도", 월간 도시개발 제2호, 2006.8)도 있음.

3) 기부채납

가. 의의

기부채납(寄附採納)은 기부채납은 그 본질이 사법행위이면서도 주로 공법역역에서 논의되는 특별한 실무행위이다. 이에 대한 실정법상 개념정의는 존재하지 않으나, 판례에 따르면 “기부채납이란 기부자가 그의 소유재산을 국가나 지방자치단체의 국유재산 또는 공유재산으로 증여하는 기부의 의사표시를 하고, 국가나 지방자치단체가 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 행위”를 말한다.[12] 이에 대하여는 국유재산의 경우는 「국유재산법」에[13], 공유재산의 경우 「지방재정법」에[14] 각각 규율하고 있다. 이에 따르면 재산취득방법으로 기부채납의 유형이 인정되고 있으며, 이 경우 기부에 조건이 수반되는 경우 이를 채납하지 못하도록 하고 있다.[15] 여기에서는 기부채납 요구에 문제가 있는 경우 해당 기부채납 요구와 사업승인의 법적 효력을 검토하기 위한 사전적 단계로 기부채납과 관련된 법적 쟁점을 정리하기로 한다.

나. 기부채납의 유형

기부채납의 유형은 우선 ‘기부의무가 부관(附款)’으로 부가(附加)되어 있는 경우가 있다. 이 경우는 사인의 기부행위는 실무상 주로 행정청이 당사자의 수익적 행정행위의 신청에 대하여 이를 발령하면서 부가되는 부관의 의무내용으로 나타난다. 이의 예로는 토지형질변경행위의 허가[16], 주택건설사업의 승인 등이다. 따라서 이 경우에는 당사자는 행정행위의 효력발생요건인 부관인 부담으로 명해진 의무의 이행행위로서 기부행위를 하게 된다.[17] 즉 당사자는 행정청과 합의에 의하여 기부의 이행여부를 정하는 것이 아니

12) 대판1996.11.8,96다20581 판결
13) 국유재산법제9조 및 동법 시행령 제5조 참조.
14) 지방재정법제75조 및 동법 시행령 제79조 참조.
15) 백승주, 국민고충처리위원회 간담회 자료, 2007. 9. 참조.
16) 구도시계획법 제47조제2항에 의하면 행정청은 개발행위허가를 함에 있어서 필요하다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해개발행위에 따른 공공시설의 설치, 위해방지, 환경오염방지, 조경 등의 조치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있다고 규정하고 있으므로, “행정청이 도시계획시설(도로)로 예정된 토지의 기부채납을 당사자가 신청한 형질변경허가의 조건으로 하기 위해서는 개부채납의 대상이 된 토지에 공공시설을 설치할 필요가 있고, 그 기부채납의 정도가 공익상 불가피한 범위와 형질변경의 이익범위 내에서 이루어져야 한다는 점 외에도 그러한 공공시설설치의 필요성이 당해 토지에 대한형질변경에 따른 것이어야 한다(대판2005.6.24, 2003두9367판결).

라 행정청의 일방적 행위인 부관의 부가에 의하여 그 의무가 부가되는 것이다.

다음으로 '기부행위가 행정청의 반대급부행위의 전제가 되는 경우'가 있다. 이 경우 기부행위는 당사자가 자신이 원하는 공물의 사용관계를 취득하기 위한 전제로서 행해진다. 이에 해당하는 것으로는 주로 공물의 무상사용, 장기간의 점용허가나 통행료징수권한을 얻기 위한 전제로서 행해지는 경우를 들 수 있다. 예를 들어, 지하상가 등의 무상사용, 점용허가, 터널의 통행료징수권한 취득을 위한 전제로서 지하상가시설 등이나 터널의 기부채납행위가 이에 해당한다. 이런 유형의 기부채납은 실무상 공물의 기부자가 공물시설의 공사에 들어가기 전에 주무관청과 자신이 원하는 공물의 이용권한을 얻기 위한 계약을 체결하여 서로 계약조건을 확정한 후에 이러한 내용을 담은 각서를 체결하는 것이 보통이다.[18]

다. 기부행위의 하자

기부행위와 관련된 하자문제는 부관으로 요구된 사업승인권자의 기부채납 요구 내용에 문제가 있을 경우 그 효력과 관련이 있는 문제로 매우 중요하다. 우선 부관에 의하여 부가되는 경우에는 부관인 부담자체의 하자문제와 부관의 이행인 기부행위 자체의 하자문제가 제기된다. 반대로 행정행위의 전제행위로서 기부가 행해지는 경우에는 이미 기부가 행하고 난 후이므로 반대급부인 행정청 행위의 내용을 문제 삼아 법적 문제가 발생하고 있다. 후자의 경우는 기부행위 자체의 하자문제가 아니라 행정청 행위의 불이행 등이 논의의 중점이 된다. 여기서는 실무상 많은 문제를 제기하고 있는 전자를 중심으로 검토한다.

우산 하자사유의 내용이 '기부부관(부담) 부가행위 자체의 하자'인 경우를 보자. 이 경우는 우선 기부를 명하는 부관인 부담의 하자문제가 검토되어야 한다. 부관 부가행위도 행정작용의 한 유형이므로 법치행정원리에 따른 구속을 받기 때문에 적법성 요건을 갖추어야 한다. 이 경우 부관의 하자일반의 문제가 중점이 되며, 구체적으로는 부관의 하

17) 사업주체인 원고에게 주택단지의 진입도로 등 간선시설을 설치하고 그 부지 소유권 등을 기부 채납할 것을 조건으로 하여 주택건설사업계획의 승인을 하였다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없다면 이를 원고에게 필요한 범위를 넘어 과중한 부담을 지우는 것으로서 형평의 원칙 등에 위배되는 위법한 부관이라고 할 수 없다(대판1997.3.14,96누16698판결).

18) 원고 및 소외 공영토건은 지하도 겸 상가시설을 축조하여 「지방재정법」 시행령제71조의 규정에 따라 총투자액과 피고시의 징수조례에 의한 도로점용료가 같아지는 때까지의 기간 그 상가시설을 무상사용하는 것을 전제조건으로 피고에게 기부채납하겠다는 각서를 제출함과 아울러 총공사비58억 정도, 공사기간을 2년간으로 예정하고 지하도 겸 상가시설 축조를 위한 도로점용 및 공작물설치 허가신청을 하여 같은 해11.9 및 1980년3.6 피고로부터 허가를 받은 사실…(대판1985.7.9, 84누604판결).

자 사유 및 하자유형이 검토대상이 된다. 다음으로 '기부행위 자체의 하자'인 경우 기부행위의 법적 성질이 중요한 판단 기준이 된다.

기부행위의 법적 성질은 판례의 입장처럼 사법상의 일방적인 증여계약으로 구성할 수 있다. 따라서 기부의사는 하자가 없어야 하며, 이 경우에는 사법상 통용되는 의사표시 하자의 법리가 적용된다. 그러나 이 경우에는 대가를 전제로 하여 주장될 수 있는 하자유형, 예컨대 불공정행위 등의 하자주장은 성립하지 못한다.[19]

기부채납행위와 관련하여 발생하는 주된 논쟁으로서 기부의 부관에 하자가 존재하는 경우 이러한 부관의 이행으로서 행한 사법상의 기부행위의 효력은 어떻게 되는가 하는 점이다. 이는 구체적으로 보아 사법상 행위의 효력과 행정행위의 효력과의 교착관계에 관한 문제이다. 사법행위인 기부행위의 하자는 주로 착오나 강박에 기인하므로 이에 따른 취소의 주장을 생각할 수 있으며, 이 경우에는 법률행위의 중요부분의 착오만이 취소가능하므로 중요부분의 착오의 확정을 여하히 할 것인가가 문제로 된다. 여기에 대해서는 견해의 대립이 있다.

· 제1설

이 견해는 기부행위의 중요부분 착오여부의 판단은 민법적 기준에 의하여 인정되지만, 그 취소여부는 행정법적인 기준, 즉 부관의 효력여부에 의존하여 결정되어야 한다고 주장한다. 따라서 기부행위의 중요부분에 착오가 인정되더라도 그 원인행위인 부관이 무효이거나 취소나 철회되지 않는 한, 부관임 부담은 아직 행정행위의 공정력에 의하여 그 효력이 유지되므로, 기부행위상의 중요부분의 착오를 이유로 하여 기부행위만을 취소할 수 없다. 만일 이 경우에 기부행위를 취소할 수 있다고 한다면 기부행위의 근거인 부관의 효력은 여전히 존재하는데, 그 실행행위인 기부행위는 효력이 상실되는 이상한 결과가 되고, 이는 행정행위의 공정력과 모순되는 해결이라는 이유를 제시하고 있다.[20]

---

19) 민법 제104조가 규정하는 "현저히 공정을 잃은 법률행위라 함은 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미하는 것이므로, 기부행위와 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위는 그 공정성 여부를 논의할 수 잇는 성질의 법률행위가 아니다(대판1997.3.11,96다49650판결).

20) 송영천, "기부채납과 토지형질변경행위허가", 인권과 정의, 1998.3,90면.

· 제2설

이 견해는 기부행위의 법적 성질을 공법상의 법률행위[21] 또는 공법상의 계약으로 이해하며, 이에 따라 기부행위의 하자시에 착오주장을 위한 중요부분의 확정을 행정법적인 부관의 유효 무효의 논리에 따라 논의한다. 즉 행정법적 유효 무효의 논리를 기부행위의 중요부분 착오의 확정논의에 참작하는 것이다.

이에 따르면 기부부관이 무효인 경우에만 기부행위는 중요부분의 착오가 존재하는 것으로 보아, 기부행위의 착오로 인한 취소가 가능하며, 기부부관이 단순 위법인 경우에는 중요부분의 착오성을 부정하게 되어 취소할 수 없다고 한다. 이 견해 또한 행정행위의 공정력을 매우 강조한다.[22]

· 판례의 입장

판례는 기부부관에 하자가 존재하여도 기부행위의 최종적인 취소가능성은 쉽사리 인정하지 않고 있다. 그 논거를 보면, 다소 그 표현이 불명확하여 오해의 소지가 없는 것은 아니지만, 기부행위의 취소를 위한 중요부분의 착오판단은 민법적인 논리에 따라 판단하고 있으며, 이 경우에는 행정행위의 위법성 존재사정을 당사자 입장에서 보아 기부행위의 중요한 사정으로 평가할 수 있는가의 여부에 따라 검토하고 있다. 따라서 이런 기부행위의 중요부분의 착오가 부정되어 기부행위를 취소할 수 없게 되는 경우가 존재하는가 하면[23][24], 반대로 중요부분의 착오가 인정되어 기부행위의 취소를 인정하는 경우도 존재하게 된다. 그러나 이 경우에는 위법한 기부부관의 효력이 유지되고 있는 한, 중요부분의 착오가 인정되는 기부행위를 취소할 수 없다고 보는 판례가 있는가 하면[25], 이와 반대로 위법한 기부부관의 효력이 유지되고 있어도 기부행위의 취소를 인정하고 있

---

21) 본 보고서에서는 기부채납의 법적 성질은 공법상의 기부채납 의무를 이행하는 행위로 판단하고 있음을 참조할 것.

22) 박정훈, "기부채납의 부담과 의사표시의 착오", 행정법연구, 제3호, 1998, 205면.

23) 기속행위 내지 기속적 재량행위 행정처분에 부담인 부관을 붙인 경우 일반적으로 그 부관은 무효라 할 것이고, 그 부관의 무효화에 의하여 본체인 행정처분 자체의 효력에도 영향이 있게 될 수 있지만, 그러한 사유는 그 처분을 받은 사람이 그 부담의 이행으로서의 증여의 의사표시를 하게 된 동기 내지 연유로 작용하였을 뿐이므로 취소사유가 될 수 있음은 물론 별론으로 하여도 그 의사표시 자체를 당연히 무효화하는 것은 아니다(대판1998.12.12, 98다51305).

24) 주택건설사업계획 승인에 붙여진 기부채납의 조건은 행정행위의 부관 중 부담에 해당하는 것으로서, 그 조건에 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 기부채납의 조건을 당연 무효로 할 만한 사유에 해당한다고 볼 수 없고, 또 그와 같은 행정처분의 부관에 근거한 기부채납행위가 당연 무효이거나 취소될 사유는 못된다(대판19 96. 1.23, 95다3541).

25) 토지소유자가 토지형질변경행위허가에 붙은 기부채납의 부관에 따라 토지를 기부 채납한 경우 기부채납의 부관이 당연 무효이거나 취소되지 않은 상태에서 그 부관으로 인하여 증여계약의 중요부분에 착오가 있음을 이유로 증여계약을 취소할 수 없다(대판1999.5.25, 98다53134판결).

어[26], 행정행위의 공정력 논리가 어떠한 영향을 미치는가에 대해 다소 불명확한 입장을 견지하고 있다.

라. 소결

사법행위인 기부행위의 취소여부는 표의자의 입장에서 보아 기부부관의 위법성으로 인하여 영향을 받는가의 여부에 따라 그 중요부분의 착오여부가 결정된다고 보아야 하며, 이런 시각에서 기부행위의 중요부분의 착오성이 인정된다면 기부부관의 효력유지 여하와는 무관하게(즉 행정행위의 공정력과는 무관하게) 취소가 인정될 수 있다고 보아야 한다. 따라서 기부행위가 취소되더라도 행정행위인 부담의 효력은 당연히 상실되는 것이 아니므로, 당사자는 기부부관행위의 위법성을 취소소송을 통하여 다툴 수 있는 가능성이 여전히 남게 된다. 그러나 당사자가 기부부관의 위법성을 취소소송의 제기를 통하여 다투어 그 효력이 상실된 때에는 부담의 하명적 효력이 상실된 것이 되어, 기부행위의 의무가 없어지게 되므로 사법행위인 기부행위도 그 효력을 당연히 상실하게 된다고 보아야 할 것이다.

따라서, 외형상 보기에는 기부행위에 대해 불복을 하고자 하는 당사자로서는 기부부관의 효력을 다투는 방법이 더 직접적이라는 판단도 들게 된다. 그러나 이 경우에는 부관에 대하여 불가쟁력이 이미 발생하는 경우도 존재할 수 있고, 이를 다툴 수 있는 경우라고 하더라도 부관의 효력 상실에 따라서 수익적 행정행위의 효력도 경우에 따라서는 상실되는 부작용이 나타날 수 있으므로, 이러한 방법보다는 사법행위인 기부행위의 효력만을 다투고 수익적 행정행위의 효력은 유지하도록 하는 방법이 더 유리하다고 판단된다.

기부채납은 실무상 편의에 따라 그동안 특별한 문제의식 없이 행하여 온 주요 행정작용수단으로서 당사자의 개별적인 이해관계가 반영 운영되어 온 탓에 그 동안 별 문제제기가 없었다. 그러나 지방자치제가 실시되면서 각종 건설사업의 허가권 등이 지방자치단체에 대폭 이양되어, 재정이 열악한 지방자치단체로서는 이러한 기부채납유형에 근거한 공공시설확충의 이해관계를 종전보다 더한층 강조하는 양상을 보이고 있다. 따라서 이에 대한 체계적인 법제의 정비가 시급하며, 이와 관련하여 당사자의 권리보호에 대한 논리도 정리될 필요가 있다.

---

26) 대판1990.7.10, 90다카7460판결.

기부채납에 대한 대법원의 입장은 행정주체의 이해관계가 지나치게 강조되어, 행정행위의 부관의 이행행위로 행해진 기부행위의 취소자체를 부정하는 논리를 주장하여 왔다. 이로 인하여 행정주체의 편의에 의하여 운영되어 온 기부채납행위에서의 당사자 권리의 이해관계가 경시되어 왔던 것이 사실이다. 이런 대법원의 논리는 행정행위의 공정력 논리가 뒷받침되어 왔으나 이런 논리는 공정력의 체계적인 이해내용에 비추어 타당할 수 없다고 본다.

⑵ 관련 법규

1) 「국유재산법」

「국유재산법」 제9조에는 재산을 국가에 기부하고자 하는 자가 있는 경우 이를 채납할 수 있음을 규정(제1항)하면서, 국가에 기부하고자 하는 재산이 국가가 관리하기 곤란하거나 필요로 하지 아니하는 것인 경우 또는 기부에 조건이 수반된 것인 경우에는 이를 채납할 수 없음을 규정(제2항)하고 있다.

주목할 것은 기부채납할 수 있는 대상은 부동산과 그 종물(제3조 제1항 1호) 등이며, 재산의 기부채납은 조건이 수반될 수 없다는 사실이다.

2) 「국토의계획및이용에관한법률」

「국토계획법」에는 개발사업자가 “새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다(제65조 제2항)”고 규정하고 있다.

개발사업자가 개발사업의 추진을 위해 새롭게 설치할 공공시설은 반드시 시설의 관리청(국가 또는 지방자치단체)에 무상귀속하도록 규정하고 있어 강행규정이며 법률에 규정에 의해 소유권이 변동되는 효력을 발생한다. 다만 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 개발사업자가 새롭게 설치한 공공시설 설치비용에 상당하는 범위에서 관리청이 개발사업자에게 무상양도할 수 있도록 규정하고 있는데, 양도의 결정은 관리청의 재량행위로 규정한 법령과 반드시 양도하도록 규정하고 있는 법령이 있다.

관리청에 귀속된 공공시설의 처분으로 인한 수익금이 발생할 경우 도시계획사업외의 목적에 사용할 수 없도록 규정하고 있다(동법 제8항).

3) 「주택법」

가. 과도한 기부채납 요구 금지

사업자의 주택건설사업계획을 승인함에 있어서 사업주체가 제출하는 사업계획에 당해 주택건설사업 또는 대지조성사업과 직접적으로 관련이 없는 공공청사 등의 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하도록 요구할 수 없도록 규정하고 있다(동법 제16조 제5항).

나. 간선시설의 설치

「주택법」에는 사업주체가 100호 이상의 주택건설사업을 시행하는 경우 또는 1만6천500㎡ 이상의 대지조성사업을 시행하는 경우에는 다음과 같이 해당 간설시설을 설치하도록 규정하고 있다(동법 제23조 및 시행령 제24조).

- 지방자치단체 : 도로 및 상하수도시설
- 당해 지역에 전기·통신·가스 또는 난방을 공급하는 자 : 전기시설·통신시설·가스시설 또는 지역난방시설
- 국가 : 우체통

다만, 위와 같이 간선시설의 설치는 지방자치단체나 간선시설 설치권자가 설치하도록 규정하고 있으나, 사업자가 주택건설사업의 승인시 제출하는 주택건설사업에 포함하여 설치하는 경우 사업자가 설치할 수 있도록 하고 있다(동법 제23조 제1항 단서).

또 간선시설의 설치 범위에 대해서는 시행령 별표2에 규정하고 있다.

<표 Ⅱ-7> 주택법상 간설시설의 설치 범위

종 류	범 위
도로	주택단지밖의 기간이 되는 도로로부터 주택단지의 경계선(단지의 주된 출입구)까지로 하되, 그 길이가 200미터를 초과하는 경우로서 그 초과부분에 한함.
상하수도시설	주택단지밖의 기간이 되는 상·하수도시설로부터 주택단지의 경계선까지의 시설로 하되, 그 길이가 200미터를 초과하는 경우로서 그 초과부분에 한함.
전기시설	주택단지밖의 기간이 되는 시설로부터 주택단지의 경계선까지로 함. 다만, 지중선로는 사업지구밖의 기간이 되는 시설로부터 그 사업지구안의 가장 가까운 주택단지(사업지구안에 1개의 주택단지가 있는 경우에는 그 주택단지)의 경계선까지로 하되,「임대주택법」제12조제1항제2호의 규정에 의한 임대주택을 건설하는 주택단지에 대하여는 건설교통부장관이 산업자원부장관과 따로 협의하여 정하는 바에 의함.
가스공급시설	주택단지밖의 기간이 되는 가스공급시설로부터 주택단지의 경계선까지로 한다. 다만, 주택단지안에 취사 및 개별난방용(중앙집중식 난방용을 제외)으로 가스를 공급하기 위하여 정압조정실을 설치하는 경우에는 그 정압조정실까지로 함.
통신시설	관로시설은 주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 주택단지 경계선까지, 케이블시설은 주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 주택단지안의 최초 단자까지로 함 (다만, 국민주택을 건설하는 주택단지에 설치하는 케이블시설의 경우 그 설치 및 유지 · 보수에 관하여는 건설교통부 장관이 정보통신부 장관과 따로 협의하여 정하는 바에 의함)
지역난방시설	주택단지밖의 기간이 되는 열수송관의 분기점(당해 주택단지에서 가장 가까운 분기점)으로부터 주택단지내의 각 기계실입구 차단밸브까지로 함.

다. 공공시설의 귀속

사업자가 사업계획승인을 얻은 사업지구 안의 토지에 새로이 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우 공공시설의 귀속은 「국토계획법」 제65조에 의하는 것으로 규정(법 제30조)하고 있다.

즉, 사업자가 설치하는 공공시설은 관리청에 무상귀속하고, 다만 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 개발사업자가 새롭게 설치한 공공시설 설치비용에 상당하는 범위에서 관리청이 개발사업자에게 무상양도할 수 있도록 규정하고 있는데, 양도의 결정은 관리청의 재량행위이다.

4) 「도시및주거환경정비법」

「도시정비법」 제65조 제2항에서는 민간 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도하도록 규정하고 있다(강행규정).

5) 「공유재산관리지침」

행정자치부가 공유재산의 효율적 관리를 위해 시행 중인 동 지침(2007년)에는 「국토계획법」 제65조 등 각 개별 법률에 의거 인·허가 처분시 조건으로 사업시행자에게 부담부과와 관련된 사항을 규정하고 있다.

가. 무상귀속(양도) 대상

동 지침에서는 무상귀속 대상으로 특정한 사업으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 공유재산인 "종래의 공공시설"과 어떤 특정인이나 특정집단 등이 특수한 목적을 위하여 사용하는 것이 아니고 도로·하천·제방 등과 같이 일반대중들이 직접 자유로이 사용 또는 이용하는 것으로 규정하고 있다(동지침 1-3).

나. 무상귀속(양도)의 범위

동 지침은 사업시행자가 비행정청인 경우 부담한 비용의 범위 내 즉, 기능이 대체되는 공공시설을 설치하는데 소요된 설치비용과 동 택지가격에서 무상양도가 가능하도록 규정하고 있다(지침 1-3).

주목할 것은 동 지침에서 지방자치단체로 공공시설을 무상귀속하는 경우로서 건폐율·용적률 등의 상향 또는 기반시설부담금에 대한 공제 등을 통해 사업자에게 반대급부가 부여되는 경우 무상양도 대상에서 제외하도록 규정하고 있어 사업시행자와 법적 분쟁이 계속 발생하고 있다.

다. 무상귀속 부담부과의 원칙

내용상 기준으로는 사업계획 등의 승인권자는 사업계획 등의 승인을 위한 부담부과 시 그 내용이 다음 기준에 적합하도록 규정하고 있다.

· 합법성 : 각종 법률 및 관련조례·규칙 등에 적합
· 합리성 : 법의 취지 및 사회통념상 적합
· 비례성 : 간선시설 등의 부담은 공익과 그 부담으로 인한 사업주체의 불이익 간에는 상당한 비례성이 존재할 것
· 실현가능성 : 부담의 이행이 법률적·기술적·물리적·사회통념상 실현가능하여야 함. 특히, 부담의 이행이 제3자와의 협의등이 전제되는 경우에는 사전에 제3자와의 협의등 사전확인 절차를 거친 후 부담을 부과하여야 함.
· 형평성 : 지역별·시기별·규모별·형태별 등에 의한 형평성이 유지
· 부당결부금지 : 당해 사업과 관련없는 간선시설의 설치 또는 그 비용등의 부담을 부과하여서는 아니됨.
· 충돌금지 : 부담 상호간의 내용이 충돌하지 않을 것

3. 법적 쟁점의 검토

(1) 사업계획의 승인과 기부채납의 조건의 부과

1) 사업계획 승인(인가)의 재량행위 여부

기반시설의 설치 후 기부채납 또는 사업부지 내 포함되어 있는 국공유지 무상 매입 등의 사업 승인의 조건으로 부과되는 것은 행정행위의 부관(附款)으로서 부담(負擔)에 해당한다. 즉, 사업 승인이라는 행정행위의 주된 내용에 부가하여, 그 행정행위의 상대방에게 작위·부작위·급부·수인 등의 의무를 부과하는 것이다.

행정행위의 부관은 일반적으로 기속행위에는 부과할 수 없고 재량행위에 대하여 부과할 수 있다[27].

27) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2006.

주택사업계획 승인(인가)에 조건을 부과하는 것이 정당한 것인가 하는 것은 승인(인가)의 법적 성질이 재량행위인가 아닌가에 달려있다. 통상적으로 주택건설사업계획의 승인(인가)은 사업자에게 당해 사업을 수행할 수 있는 권한을 설정하여 주는 형성적 행정행위이며 실질적으로는 수익적 행정행위로서 특허에 해당하고 재량행위에 해당하는 것으로 법원은 판결하고 있다(2007두6663). 따라서, 사업승인의 조건으로 사업자에게 기부채납이라는 부담의 행정행위 부관은 부가할 수 있다.

2) 기부채납의 법적 성질

기부채납의 법적 성질에 대해서는 앞에서 상술하였으므로 구체적인 내용은 생략하며, 최근 사법상의 증여계약으로 보는 견해보다는 사업계획서에 포함되는 기부채납은 상대방(행정청)의 기부채납 요구(신청)에 대하여 사업자가 기부채납 의무를 이행하는 '채납처분'으로서의 성격을 가진 '상대방이 있는 행정행위'로 봄이 타당하다는 견해가 설득력을 얻고 있다.

3) 조건의 적정성 - 부당결부 금지의 원칙

부당결부금지(不當結付禁止)의 원칙은 행정주체가 행정작용을 함에 있어 실질적인 관련성이 없는 상대방의 의무를 부과하거나 그 이행의 강제를 금지하는 원칙[28]을 말한다. 이는 행정기관의 자의적인 권한행사를 통제하고, 국민의 권리를 보호하는 기능을 한다.

예를 들어 주택사업과 관련이 없는 특정한 시설의 기부채납을 사업 승인의 조건으로 부과하거나, 「국토계획법」 등에서 정한 학교용지를 확보하였음에도 불구하고 학교시설의 설치 후 기부채납을 요구하는 최근의 교육청의 요구는 부당결부금지의 원칙을 위반하는 것으로 취소소송을 통해 해결할 수 있다.

⑵ 부관의 취소 및 무효의 경우

사업계획 승인의 조건으로 부과되는 기부채납의 요구 등이 과도하거나 사업과 관련성이 없을 경우 앞에서 언급한 부당결부금지의 원칙을 위반하게 되는데 이 경우 부관의 효력과 이러한 부관에 의해 이루어진 무상귀속 재산의 처리 문제가 있다.

---

28) 김학세, "부당결부금지의 원칙", 판례연구 제15집(상), 2001 참조.

그러나 주택건설사업계획의 승인과 관련하여 부과되는 기부채납 요구 등의 부관은 그 정도에 따라 무효가 되는 경우도 있을 수 있겠지만 일반적으로 취소할 수 있는 부관으로 봄이 타당하다. 이 경우 부관에 의해 기부채납이 요구된 기반시설의 무상귀속이 이루어지지 않았을 경우에는 부관을 취소함으로써 해결되겠지만, 이미 무상귀속이 이루어진 경우에는 행정처분의 공정력에 의해 해당 시설의 등기 말소를 요청할 수 없다.

⑶ 무상양도와 인센티브의 제공

1) 무상양도

「국토계획법」 및 「도시정비법」 상 무상양도를 규정하고 있는 취지는 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치된 기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는 사업시행자의 재산상의 손실을 고려하여 사업시행자가 설치한 기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 기반시설을 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 재산상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해주고자 하는 데 입법취지가 있다.

이러한 무상양도는 손실보상적(損失補償的) 성격의 규정으로 이와 같이 무상양여를 규정하고 있는 법령으로는 「도시정비법」과 「국토계획법」 외에 「국유재산법(제44조)」, 「공유수면매립법(제19조)」, 「기업활동규제완화에관한특별조치법(제25조)」, 「도시개발법(제65조)」, 「산업입지및개발에관한법률(제26조)」, 「전원개발촉진법(제14조)」, 「접경지역지원법(제10조)」, 「지방소도읍육성지원법(제17조, 제18조)」 등이 있다.

이러한 용도폐지되는 공공시설을 사업자에게 재산상의 손실을 합리적인 범위 내에서 보전해주는 의미를 갖게 되는데 개별 규정마다 그 성격이 차이가 있다. 「도시정비법 」 제65조 제2항의 규정에 대해서는 지난 2007년 4월 13일 대법원에서 강행규정임을 확인하는 판결을 내렸다(2006두11149).

<표 Ⅱ-8> 법령별 무상양도 규정의 법적 성격

임의규정(재량행위)	국토의계획및이용에관한법률, 국유재산법, 공유수면매립법, 도시개발법, 산업입지및개발에관한법률, 접경지역지원법,
강행규정(기속행위)	기업활동규제완화에관한특별법, 도시및주거환경정비법, 전원개발촉진법, 지방소도읍육성지원법

2) 인센티브의 부여

가. 개념과 관련 규정

「국토계획법」 제52조 제3항 및 시행령 제46조, 제47조제52조에는 지구단위계획구역 안에서 건축물을 건축하려는 자가 그 대지의 일부를 공공시설 또는 기반시설 중 학교와 해당 시·도의 도시계획조례가 정하는 기반시설(공공시설등)의 부지로 제공하는 경우에는 해당 건축물의 건폐율·용적률 및 높이제한이 완화된다. 이와 같이 사업시행자가 사업시행지의 일부를 공공시설 부지로 제공하는 것을 전제로, 해당 공식에 의거 용적률 등을 완화 적용하는 것을 도시계획 업무상 통상적으로 “인센티브”라 칭한다.

이러한 인센티브에는 사업구역의 용도지역 종 상향(예를 들면 제2종 ⇒ 제3종 일반주거지역)과 용적률 증가, 기존 도시계획시설의 폐지·변경과 신설 등을 계획하여 사업부지 진·출입로 확보, 「건축법」에 의한 사선제한, 건축물 남향 동 배치용이 등이 있다.

이와 같은 인센티브를 부여하는 것은 사업시행자가 당초 지구단위계획에서 종 상향된 용도지역으로서 갖추어야 하는 “정비기반시설 설치규모 및 교통환경”등에 관한 사업계획을 다른 조건들과 함께 수립·제시하였기 때문이다.

나. 최근의 쟁점

「도시정비법」제65조 제2항에서는 민간 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도하도록 규정하고 있는데, 이는 강행규정이다. 이러한 강행규정을 이유로 정비사업주체와 사업승인권자 간의 무상양도와 관련된 법적 분쟁이 지속적으로 이어지고 있다.

앞에서 언급한 것과 같이 사업시행자가 사업승인신청서에는 정비사업의 시행으로 용도 폐지되는 용지를 유상매입하겠다는 내용을 포함하고, 다른 기반시설의 설치 규모 등을 확대하여 용적률 및 건폐율의 이른바 ‘인센티브’를 얻어 사업의 이익성을 제고한 후, 용도 폐지되는 용지의 유상매입을 이행하지 않고, 동법 제65조 조항을 이유로 무상양도를 주장하여 사업승인권자인 지자체가 인센티브를 받았으므로 무상양도는 있을 수 없다

라는 주장으로 대립하였다. 그런데 대법원에서 고등법원의 결정을 파기환송하는 결정을 내리며 무상양도 규정과 인센티브를 연계하여 검토하여야 할 법규정이 없다는 것을 이유로 정비사업주체의 손을 들어주었다.

이에 정부와 지자체는 무상양도의 범위를 사업자에게 부여된 인센티브와 연계하고자 하는 입법을 추진하고 있다. 확정되지는 않았지만 인센티브를 받은 경우 인센티브의 정도에 관계없이 무상양도를 하지 않도록 하자는 주장도 제기되고 있어 적절한 조정이 필요할 것으로 보인다.

(4) 무상귀속·양도의 절차

행정자치부 「2007년 공유재산관리지침」과 「도시정비법」 제65조의 규정을 근거로 무상귀속 및 무상양도의 절차를 요약하면 다음과 같다.

1) 사업계획 승인 신청과 관리청의 의견 청취

먼저 사업시행자는 주택사업계획 승인(정비 사업의 시행 인가 포함) 신청서를 제출하면서 사업시행과 관련하여 무상귀속 내용을 포함하여 제출한다.

정비사업의 경우에는 시장·군수는 사업시행의 승인(인가) 전에 '정비기반 시설의 귀속 및 양도'에 관한 관리청의 의견을 듣도록 「도시정비법」 제65조 제3항에 규정하고 있다.

2) 부담부과 근거 규정의 통보

사업계획등의 승인권자는「국토계획법률」제51조(지구단위계획구역의 지정), 제52조(지구단위계획의 내용), 제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속), 제99조(공공시설 등의 귀속), 제101조(비용부담의 원칙), 「주택법」제23조(간선시설의 설치 및 비용의 상환)의 내용 또는 「도시정비법」제60조(비용부담의 원칙)·제64조(정비기반시설의 설치 등), 제65조(정비기반시설 및 토지등의 귀속)의 내용을 주택건설사업계획승인(재개발사업시행인가 포함) 전에 사업주체에게 문서로서 통지하여야 한다.

3) 승인권자와 관련 기관의 협의 - 부담의 적합성 판단

사업계획 등의 승인권자는 관련기관·단체·부서와의 협의시 부과된 부담이 관계법령 및 이 규정에 부적합하다고 판단되는 경우에는 그 부적합성을 관련기관 등에 통보, 재협의하여야 한다. 부과될 부담의 적법타당성에 대하여는 사전에 관련부서 간 협의체를 구성하여 심도 있는 검토를 필하여야 한다.

4) 사업계획의 승인 및 고시

사업계획이 승인(인가)이 있을 경우 도시정비사업의 경우에는 사업시행 인가를 고시하면서 그 내용에 정비기반 시설 및 토지의 귀속에 관한 사항이 포함되어야 한다(「도시정비법」 시행규칙 제9조 제3항 제1호 자목).

5) 준공인가 통지

사업시행자는 관리청에 무상귀속될 정비기반시설과 사업시행자에게 무상양도될 재산의 종류와 세목을 정비사업 준공 전에 관리청에 통지하여야 한다(「도시정비법」 제65조 제3항).

당해 정비기반시설은 정비사업이 준공인가되어 관리청에 준공인가통지를 한 때에 국가 또는 지방자치단체에 무상귀속되거나 사업시행자에게 무상양도된 것으로 본다(「도시정비법」 제65조 제4항).

6) 기타

부담이행에 따른 민원·안전사고 등의 발생이 예상되거나 발생한 경우에는 건축분쟁실무협의회를 통하여 이를 조정하여야 한다. 주택건설사업계획승인(재개발사업시행인가 포함) 후에는 추가하여 부담을 부과하여서는 아니된다.

4. 외국 제도의 소개

선진 외국제도의 조사를 위해 영국과 독일을 직접 방문하여 관련제도를 조사하였으나, 기부채납 부분은 양 국가에서 크게 활용되지 않고 있음을 확인하였으며, 대신 부담금 제도가 많이 활용되고 있음을 확인하였다. 여기서는 영국과 독일의 기부채납 관련 제도를 간략하게 소개하고자 한다.

(1) 영국

영국은 개발행위 허가를 조건으로 개발사업자에게 기반시설 또는 공익시설 설치의무를 부과하는 계획이익(Planning gain)의 형태로 기부채납 제도를 1970년대부터 운영하였다. 계획이익은 지방정부가 개발행위의 허가를 조건으로 지방정부가 부담하여야 하는 공익시설을 토지소유자나 개발사업자에게 부담지우는 비법정부담(非法定負擔)이다. 즉, 개발행위허가와 관련하여 지방정부가 개발사업자에게 개발행위허가에 대한 대가로서 금전 기타의 방법으로 개발사업에 포함되지 않은 사업을 이행하도록 하는 책임을 부과하는 것이며, 이는 학문상의 용어이며 법정용어는 아니었다.

1989년 영국 환경부 자문보고서(DOE, Consultation)에서 환경부지침(Circular 22/83)으로 계획이익이라는 용어 대신에 처음으로 계획협정(Planning agreement)이라는 용어를 사용하였다. 계획협정은 계획절차상 직접적인 개발목적과는 관계없이 계획허가의 대가로 요구할 목적으로 금전 기타의 방법 통해 개발사업자에게 지우는 부담을 말한다. 계획협정은 1991년 환경부 지침(DOE, Circular 16/91)에서 계획이익과 계획협정이라는 용어 대신에 계획책임(Planning obligations)이라는 용어로 사용되었다.

이러한 계획책임의 근거 규정은 1990년 「도시및농촌계획법」 제106절이며, 여기에서 지방정부가 협상을 통해서 개발을 허용하는 것을 가능하도록 규정하였으며, 그러한 협상은 개발사업자나 토지소유자에게 적극적 또는 소극적인 부담을 지울수 있도록 하였다. 그러나 동 제도는 공식적으로 인정된 제도는 아니었다. 다만 개발사업에 따라 발생할 수 있는 주변지역에 대한 영향과 개발사업자에 의해서 발생되는 부수적인 이익을 확보하는 수단으로 이용되었다. 1997년 환경부 지침에서는 계획재량에 대한 합리적 판단을 위한 기준이 제시되었는데, 여기에는 필요성, 계획관련성, 계획과의 직접성, 공정성, 합리성 등이 포함된다.

2004년 「계획및수용에관한법률(Planning and Compulsory Purchase Act; 2004년 9월 시행)」을 제정·시행하면서 종래 계획책임(Planning obligations)과 관련된 「도시및농촌계획법」 제106절은 폐지되고 국무부(Secretary of the state)규정으로 대체하도록 규정하였다. 그 결과 개발사업자는 개발사업과 관련하여 종래의 협상방식을 따르거나, 부담금을 통한 금전적 납부방식을 선택할 수 있게 되었다.

이러한 선택적 계획부담금의 도입을 주요 내용으로 하는 새로운 계획책임제도의 도입이 검토되었으나, 영국 런던시청의 관계자로부터 2005년부터 2007년 10월까지 검토한 결과 의회에서 도입을 거부하였음을 확인하였다. 따라서, 개발사업과 관련된 기부채납 부분은 상당히 위축되게 되었으며, 일정한 액수의 부담금을 납부하는 것이 현행 제도의 내용이다. 새로운 계획책임의 도입이 좌절된 가장 큰 이유는 조세와의 이중부담 문제였다. 이러한 사실은 우리 나라의 기부채납제도와 부담금 제도의 운영에 많은 시사점을 주고 있다. 그리고 우리 나라의 인센티브 제도와 같은 것은 인정되고 있지 않음을 확인하였다.

⑵ 독일

독일에서는 기반시설분담금(Beitrg)의 형태로 개발과 관련된 부담금이 부과되고 있으며, 동 부담금 제도의 틀 속에서 기부채납 제도가 운영된다. 예를 들어 사업자가 도시지역과 떨어진 곳에 쇼핑몰을 건립하는 경우 지방자치단체는 개발사업자가 부담금을 납부하는 대신에 쇼핑몰에 필요한 기반시설을 직접 설치하여 소유권을 지방자치단체에 귀속시키는 방식을 채택하고 있다. 이때 사용되는 용어가 공공계약으로서 '행정계약'이라는 용어이다. .

기부채납되는 시설의 범위와 비용은 공정하게 계산하여 쇼핑몰이 아닌 주택의 경우 이러한 비용은 원가에 반영된다. 독일 기부채납제도의 기초는 개발이익의 환수에 그 기초를 두고 있다.

제3장
무상귀속·양도의 실태와 문제점

1. 무상귀속 실태 분석

(1) 실태조사의 개요

국민고충처리위원회와 한국건설산업연구원는 지난 9월 20일부터 10월 10일까지 주택건설업자 또는 개발사업자를 대상으로 사업과 승인과 관련하여 기부채납 실태를 파악하기 위한 설문조사를 실시하였다. 설문조사에 응한 주택건설업자 또는 개발사업자는 45개업체이며, 기부채납 실태의 기초(기부채납 유형, 요구시설, 기부채납 비용 등)가 되는 현장의 수는 설문조사 업체의 복수응답에 의해 82~175개 현장의 자료가 사용되었다.

(2) 실태조사 결과

1) 기부채납 요구 시설 및 유형

가. 기부채납 요구 시설과 유형

2004년 1월 1일부터 현재까지의 주택건설사업계획의 승인을 위해 승인권자로부터 기부채납을 요구받은 시설은 도로, 공원(어린이 공원 포함), 공공공지, 녹지, 학교의 순서로 나타난다. 도로에 대한 기부채납 요구가 전체의 57%, 공원에 대한 요구가 19%에 달해 주택계획사업 승인의 조건으로 지자체가 기부채납을 요구하는 대상 시설은 도로와 공원이 약 80%정도를 차지하는 것으로 조사되었다.

<표 Ⅲ-1> 기부채납 요구 시설 현황

시설유형	개 수	시설유형	개 수
도로	106	건축물	3
공원(어린이공원 포함)	35	공공청사	2
공공공지	10	하천	2
녹지	9	육교	2
학교	7	기타(쓰레기집하시설, 방음벽 등)	9

또 기부채납 요구 유형은 '용지확보 + 시설설치 유형'이 94% 정도를 차지하고 있어 6% 정도로 조사된 '용지확보'만을 요구하는 경우보다 많은 것으로 조사되었다.

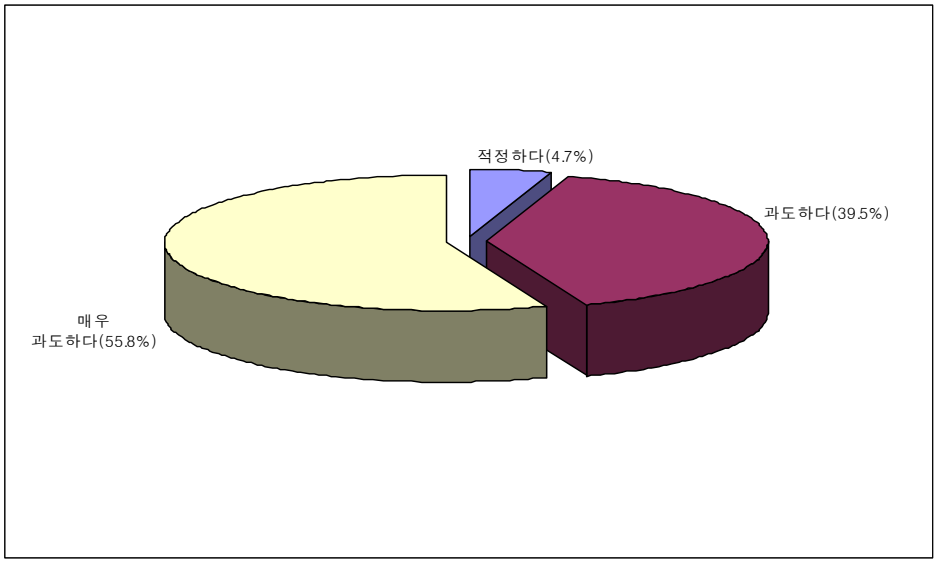
<표 Ⅲ-2> 기부채납 요구 유형

구분	응답수	비율
용지확보+시설설치	77	93.9%
용지확보	5	6.1%
총계	82	100.0%

(3) 기부채납의 과다성

사업계획 승인의 조건으로 지자체에 의해 요구되는 기부채납이 과도한가 아니면 과도하지 않은가에 대한 질의에 대해 전체 응답업체의 95.3%가 '매우 과도하다' 또는 '과도하다'라고 응답하였다. 사업자의 입장에서 보면 당연한 응답 결과일 수 있으나 국민고충처리위원회를 통한 민원의 제기를 뒷받침하는 응답결과로서 그 의의가 있다고 하겠다.

<그림 Ⅲ-1> 기반시설 기부채납 규모의 적정여부



(4) 기부채납 비용 부담 및 처리 실태

또 기부채납 비용 부담 내역을 금액으로 환산하여 조사한 결과 2004년부터 현재까지 기부채납 요구 비용은 평균 총사업비 2,094억 5천만원에 대해 평균 6.1%인 150억원으로 조사되었다.

이와 같은 조사결과는 사업자가 부담하는 기부채납 규모가 총사업자에서 차지하는 비중이 비교적 높다는 점과 주택사업계획 승인의 조건으로 부과된 사업자의 기부채납 비용 부담이 분양가격 상승에 많은 영향을 미치고 있음을 반증하고 있다.

따라서, 승인권자가 사업자에게 과도하게 요구하는 기부채납 부분을 적절한 수준으로 축소할 경우 분양가격 인하 효과가 발생하게 된다.

<표 Ⅲ-3> 사업자의 기부채납 비용 부담 실태

구분	평균 총사업비(억원)	기부채납 비용(억원)	비율(%)
2004	1233.0	80.7	**6.3**
2005	2213.2	141.2	**4.8**
2006	2316.0	132.4	**4.2**
2007	2657.0	236.0	**8.3**
총평균	2094.5	150.1	**6.1**

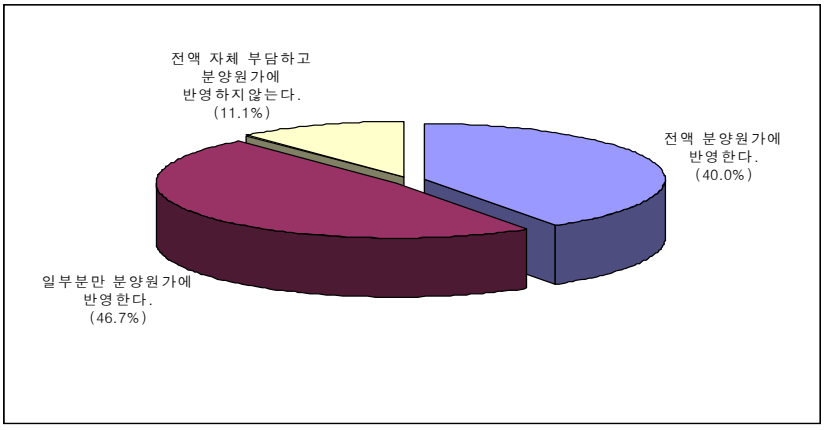
또 승인권자의 과도한 기부채납 요구로 인해 사업 추진이 중단된 경우 약 30% 정도에 달하는 것으로 조사되어 과도한 기부채납 요구가 주택사업 추진에 장애요인으로 작용하고 있음을 입증하는 것으로 이에 대한 대책이 요구된다.

<표 Ⅲ-4> 사업추진 중단 실태

구분	응답수	비율
없다	31	70.5%
1~2회	7	15.9%
3~4회	5	11.4%
5~6회	-	-
7회이상	1	2.3%
총계	44	100.0%

한편 사업자의 경우 부담한 기부채납 비용 부분을 분양 원가에 반영하는 경우가 대부분인 것으로 나타났다. '일부분만 원가에 반영한다'고 응답한 경우가 46.7%, 전액 원가에 반영하는 업체가 40.0%로 나타나 응답자의 87% 정도가 기부채납 비용을 원가에 반영하고 있는 것으로 조사되었다.

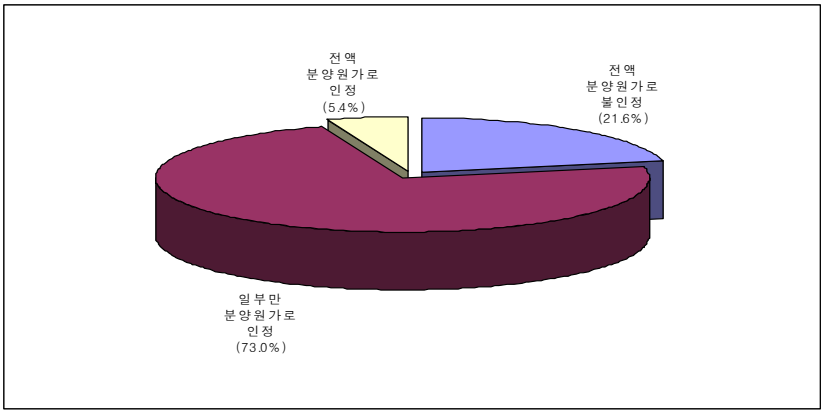
<그림 Ⅲ-2> 기부채납 비용의 처리



또 기부채납 부분에 대한 지자체의 분양원가 인정 여부를 조사한 결과 일부만 원가로 인정하는 경우가 전체의 73%로 조사되었으며, 전액 원가로 인정해준 경우는 5.4%, 전액 원가불인정 경우도 21.6%로 조사되었다.

이는 사업자가 향유하는 개발이익의 범위에서 설치비용을 어느 정도는 부담하는 것을 인정하는 관행에 기초한 것으로 판단된다.

<그림 Ⅲ-3> 지자체의 분양원가 인정범위

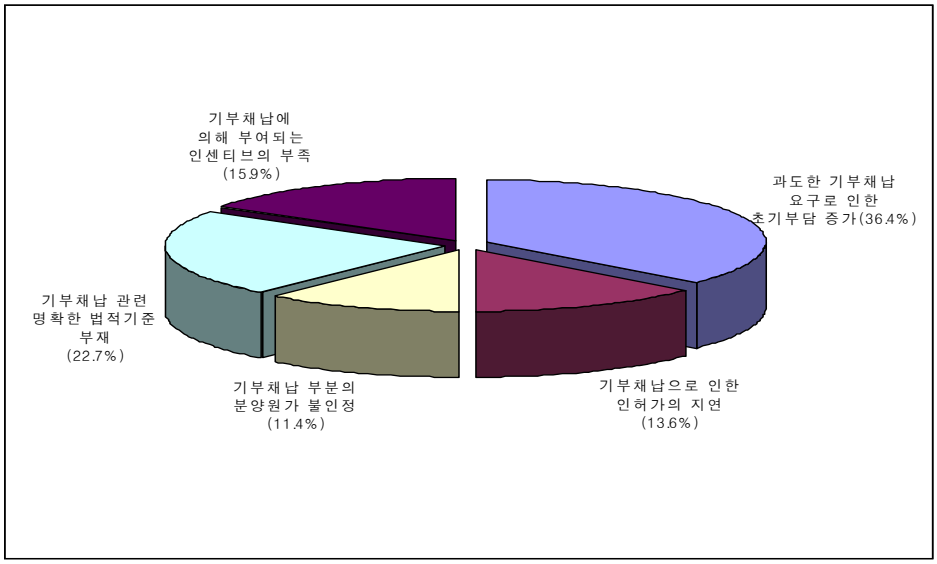


⑸ 기부채납제도의 문제점

사업계획 승인과 관련 사업자의 기부채납 형식에 의한 기반시설설치비용부담제도의 가장 큰 문제점은 과도한 '기부채납 요구로 인한 초기 부담 증가'로 조사되었다.

관련 제도의 가장 큰 문제점으로 '기부채납 요구로 인한 초기 부담 증가'라고 응답한 경우가 36.4%, '기부채납 관련 법적 기준의 부재'라고 응답한 경우가 22.7%, '기부채납에 의해 부여되는 인센티브의 부족'으로 응답한 경우가 15.9% 등으로 조사되었다. 또 '기부채납으로 인한 인허가의 지연'으로 응답한 경우는 13.6%, '기부채납 부분의 분양원가 불인정'은 11.4%로 조사되어 비교적 적었다.

<그림 Ⅲ-4> 사업자설치비용부담제도의 문제점



2. 국민고충처리위원회 민원 제기 사례

(1) 민원 제기 실태

국민고충처리위원회를 통해 개발사업자가 제기한 민원은 매우 많으며 민원 사항에 대해 이유있다고 판단하여 의결한 사례는 다음과 같다.

가. 1994년-1999년[29] 고충위 의결사례

의결번호 (의결일)	기반시설	의 결 취 지	비고
94고충119 (1994. 9. 6.)	도로	단지내에 소방도로가 충분히 확보되어있어 사업부지와 접한 도시계획도로가 필수불가결한 도로도 아니고, 다른 도시계획사업이 이행되면 그 도시계획도로는 필요 없어지게 되는 도로임에도 불구하고 기부채납하라는 사업계획승인조건을 취소하도록 시정권고	과도한 부담
95고충891 (1995. 7. 11.)	도로	재개발사업구역지정 이전에 도시계획시설로 이미 결정편입된 도로계획 저촉구간을 구역변경하여 재개발사업구역에 포함시킨 후, 도로를 개설하여 기부채납토록 한 사례로 재개발사업과 관련성이 없는 구간이므로 이 조건을 취소하도록 시정권고	과도한 부담
95고충4191 (1996. 2. 13.)	도로	법규정상의 진입도로가 이미 확보되어 있고, 행정청이 도시계획도로 개설 당시에 그 의 부담으로 매입하였어야 할 토지이고, 이 사건 주택단지의 진입도로와 아무런 관련이 없는 토지이므로 이 조건을 취소하도록 시정권고	과도한 부담
98고충267 (1998. 6. 2.)	도로, 공원	기부채납 조건으로 부여된 도시계획도로가 이 사건 주택의 진입로와 관련이 없는 것인데도 설치하도록 하였고, 주택 대지면적의 45%에 달하는 별도의 토지를 기부채납하도록 하였으므로 기부채납 조건을 취소하도록 사용승인토록 시정권고	과도한 부담
98고충2636, (1998. 6. 23.)	공원	노후불량 주택도 아닌 나대지 상태의 토지를 재개발구역으로 지정하여 재개발사업을 하도록 하고, 법령상 이 사건 공원존치 지역이 근린거주자의 정서생활 향상을 목적으로 한 근린공원이 아닌 시민의 정서생활 향상을 목적으로 한 도시자연공원인데도 공원조성을 전부 재개발조합에 부담시킨 사례로 공원조성공사를 조건에서 제외토록 시정권고	과도한 부담
98고충11539, (1998. 11. 17.)	도로	아파트단지 경계와 옹벽으로 구분되어 단지밖에 위치하고 있어 재건축 아파트 주민보다는 인근 주민의 주통행로로 사용되고 있는 도로를 매수하여 도시계획사업 도로를 개설한 후 기부채납하라는 조건을 부과한 사례로 조건을 취소할 것을 시정권고	과도한 부담

29) 송현영, 주택사업관련 기부채납의 실태와 문제점, 주택산업연구원, 2001 재인용

의결번호 (의결일)	기반시설	의 결 취 지	비고
98고충2636, (1998. 6. 23.)	공원	노후불량 주택도 아닌 나대지 상태의 토지를 재개발구역으로 지정하여 재개발사업을 하도록 하고, 법령상 이 사건 공원존치 지역이 근린거주자의 정서생활 향상을 목적으로 한 근린공원이 아닌 시민의 정서생활 향상을 목적으로 한 도시자연공원인데도 공원조성을 전부 재개발조합에 부담시킨 사례로 공원조성공사를 조건에서 제외토록 시정권고	과도한 부관
98고충11539, (1998. 11. 17.)	도로	아파트단지 경계와 옹벽으로 구분되어 단지밖에 위치하고 있어 재건축 아파트 주민보다는 인근 주민의 주통행로로 사용되고 있는 도로를 매수하여 도시계획사업 도로를 개설한 후 기부채납하라는 조건을 부과한 사례로 조건을 취소할 것을 시정권고	과도한 부관
94고충874,1407, (1994. 8. 30.)	도로	주택건설기준등에 관한규정 제25조의 진입도로 설치규정 폭 이상의 도로를 설치한 후 기부채납하도록 한 사례로 시정권고	과도한 부관
95고충3630, (1996. 4. 23.)	도로	주택건설촉진법 제36조 및 동시행령 제35조의 간선시설 설치기준을 초과하여 시설설치를 부과한 사례로 시정권고	과도한 부관
97고충13663, (1997. 11.11.)	도로	지가공시및토지등의평가에관한법률 제9조 및 제10조, 감정평가에관한규칙 제17조, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행령 제2조의10 규정에 위반하여 현황평가 대신에 조건부평가를 하도록 감정평가업자에게 평가를 의뢰한 사례로 시정권고	무상양도 규정위반
94고충2738, (1995. 3. 7.)	도로	도시계획시설기준에관한규칙 제13조의 규정에 위반하여 대상이 아닌 도로를 가각처리하라고 조건을 부과한 사례로 시정권고	과도한 부관
95고충524, (1994. 9. 6.)	도로	주택건설기준등에 관한규정 제25조의 규정에 위반하여 법령규정을 초과한 것일 뿐만 아니라 법령상 근거가 없는 조건을 부과한 사례로 시정권고	과도한 부관
95고충1371, (1995. 8. 8).	도로	주택건설촉진법 제36조 및 동법시행령 제35조의 각 규정에 위반하여 도로를 개설포장후 기부채납하도록 조건을 부과한 사례로 시정권고	
96고충4191, (1996. 2. 13.)	도로	법규정상의 진입도로가 이미 확보되어 있고, 행정청이 도시계획도로 개설 당시에 그의 부담으로 매입하였어야 할 토지이고, 이 사건 주택단지의 진입도로와 아무런 관련이 없는 토지임에도 부룩하고 주택건설사업계획의 승인에 편승하여 이를 매입, 기부채납하도록 한 사례로 시정권고	과도한 부관
98고충267, (1998. 6. 2.)	도로, 공원	기부채납 조건으로 부여된 도시계획도로가 이 사건 주택의 진입로와 관련이 없는 것인데도 설치하도록 하였고, 주택 대지면적의 45%에 달하는 별도의 토지를 기부채납하도록 하였으므로 기부채납 조건을 취소하도록 사용승인토록 시정권고	과도한 부관
95고충4233, (1996. 8. 20.)		용도폐지되는 도로를 무상양도하도록 하는 조항을 준수하지 않은 사례로 시정권고	무상양도 규정위반
99고충4221, (1999. 9. 7.)	어린이집 노인정	국공유지를 매각한 후 다시 공공시설을 설치하게 하여 무상귀속시키도록 한 사례로 시정권고	무상양도 규정위반

나. 2000년-2006년[30] 고충위 의결사례

의결번호 (의결일)	기반시설	의 결 취 지	비고
2BA-0103-007873 (2001.06.18.)	도로	도로에 편입되는 이 사건 국유지는 도로공사를 시행하기 전부터 도로 ·구거·하천으로 이미 사용되고 있었던 공공시설이고 '개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설'이라할 것이다. 시정권고	무상양도 규정위반
2BA-0002-001929 (2000.06.27.)	도로	주택단지의 진입도로와 아무관련이 없고, 기부채납해야하는 면적이 사업면적의 84.02%로 과도하고, 용도폐지되는 도로부지를 유상매입토록한 것에 대해 시정권고	과도·무상 양도규정위반
2BA-0111-006073 (2000.02.19.)	도로	사업지구내 용도폐지되는 공공시설에 비해 도로개설 기부채납해야하는 면적이 과다함. 의견표명	과도·무상 양도규정위반
2BA-9909-001015 (1999.12.28.)	도로	시행자에게 도시계획시설로 결정되어 있던 도로와 시설녹지를 설치하고 기부채납하도록 한 조건은 과도하여 의견표명	과도·무상 양도규정위반
2BA-0006-004689 (2000.09.05.)	도로	외곽도로는 인근주민들이 이용하는도로로 진입도로가 아니어서 과도하며, 용도폐지되는 도로는 무상양도하도록 시정권고	과도·무상 양도규정위반
2CA-0604-009633 (2006.05.17.)	하천	개발행위로 용도폐지되는 소하천은 공공시설에 해당하므로 무상양도하도록 시정권고	무상양도 규정위반
2BA-0004-002623 (2000.07.25.)	도로	용도폐지되는 도로를 유상매입토록 한것은 가혹한 부담이라 보여지므로 기부채납한 도시계획도로의 설치비용에 상당하는 범위안에서 무상양도하도록 시정권고	무상양도 규정위반
2BA-0412-010816 (2005.02.23.)	구거	사업부지 밖에 기존 구거를 대체하는 구거를 설치하였으므로 용도폐지된 구거를 무상양도로하도 시정권고	무상양도 규정위반
2BA-0305-007890 (2003.06.05.)	잔여지	진입도로와 공원을 조성하고 남은 잔여토지(진입도로를 개설하는데 필요한 법면으로 높이가 변경됨으로 남게된 토지)를 기부채납대상에서 제외하도록 의견표명	사정변경
2BA-0105-007101 (2001.08.28.)	공공청사	사업승인의 조건으로 기존의 파출소를 매입하고, 이전하여 신축하였으나 경찰청의 구조조정으로 더 이상 파출소로 사용하지 않게 된 파출소건물과 부지를 기부채납하지 않도록 의견표명	사정변경
2BA-0002-002619 (2000.06.27.)	도로	지목이 도로와 구거로 되어있으나 실제 현황은 나대지인 토지도 공공시설에 해당하므로 무상양도하도록 시정권고	무상양도 규정위반
2BA-0101-003880 (2001.05.08.)	도로	진입도로도 아니며 출입구로부터 200m이상은 지방자치단체가 설치하여야 하므로 도로개설후 기부채납조건을 일부취소하도록 시정권고	과도
2CA-0512-011514 (2006.01.16.)	도로	건축법상 도로로 지정된 국가소유의 토지를 매입하고, 추가로 2M폭을 넓여 도로개설후 기부채납하는 조건은 과도하므로 국유지를 매입하는것을 조건에서 제외하도록 시정권고	과도
2CA-0509-003447 (2005.11.)	도로	건축법상 도로로 지정된 사도는 현재 도로포장이 되어있어 일반공중의 통행에 공여되어 있으므로 이를 매입하여 기부채납할 법적의무가 없으므로 이 조건을 취소하도록 시정권고	과도
2BA-0102-004561 (2001.05.29.)	도로	이사건 도로의 폭 4M 확보를 위해서는 이 사건 토지 일부만 확보하여도 원래 목적달성에는 지장이 없음에도 이 사건 토지 전부를 확보하여 기부채납토록 한것은 과도하여 시정권고	과도

30) 국민고충처리위원회 자료.

⑵ 고충위 의결서를 통해 본 문제점

1) 과도한 조건부과

① 사업과 관련 없는 기반시설의 기부채납 조건

주택건설사업과 관련하여 기반시설을 설치하여야 하는 주체는 단지 내 주출입구로부터 200m까지는 사업시행자이나 그 이상의 범위는 지방자치단체가 설치하여야 한다. 그러나 대부분의 시정권고에서는 지방자치단체의 예산확보와 재정적 부담으로 인해 사업시행자에게 도로 및 기반시설을 설치 후 기부채납토록 강요하고 있다. 이는 명백히 법령에 근거하지 않은 우월적 지위를 이용한 기부채납을 강요하는 위법한 행정행위인 것이다.

② 형평성에 어긋난 설치 조건

동일한 지역에서 주택건설사업을 허가하면서 그중 일부의 시행자에게는 다른 시행자와 달리 기반시설을 설치한 후 기부채납토록 한다거나 인근 주민이 이용하는 도로로 개설토록 하는 것은 비례의 법칙에 어긋나는 과도한 부담이라 할 것이다.

2) 무상양도규정위반

① 무상양도의 강행규정 위반

재건축과 재개발의 관련법령인 「도시정비법」에서는 용도가 폐지되는 공공시설을 사업시행자에게 반드시 무상으로 양도하도록 강행규정으로 지정하고 있다. 그러나 고충위의 의결서를 검토한 결과, 주택건설 인허가 담당자가 사업승인 조건을 용도가 폐지되는 공공시설을 유상 매입하도록 조건으로 부과한다거나 용도 폐지되는 공공시설을 엄격히 해석하여 새로이 설치하는 기반시설 중 동일한 용도의 시설일 경우에만 무상 양도하는 위법·부당한 사례가 다수 있었다.

② 무상양도의 임의 규정 남용

「국토계획법」 제65조는 용도 폐지되는 공공시설을 사업시행자에게 무상양도할 수 있다는 규정이 있음에도 불구하고 이는 행정청에서 판단하여 무상양도할지 안할지를 결정할 수 있는 임의규정이라고는 하나, 관련법령에서 지방자치단체가 설치해야하는 시설을 사업시행자가 대신 설치하는 경우에는 그 설치비 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 주어야 입법취지에 어긋나지 않는다고 보았다.[31]

3) 불합리적 사정변경

① 조건을 이행할 수 없는 상황

주택사업승인을 받고 건물을 다 완성하여 입주를 위해 사용승인을 신청하였으나 도로개설이나 기반시설 설치가 완료되지 않아 사업승인 조건을 충족하지 못해 준공을 내줄 수 없는 경우 입주민들의 통행과 생활이 지장이 없는 범위 안에서의 조건변경은 가능하다는 의결들이 있다. 도로부지나 기반시설 부지를 매수하려고 하니 토지소유자가 엄청난 비용을 요구하므로 매입을 할 수 없어 도시계획사업에 의한 토지수용방식으로 변경하여 사업을 완성하도록 조건을 변경하도로 하고 있다.

② 기부채납을 할 필요가 없어진 상황

여기에 해당하는 사례는 진입도로를 개설하기 위해서는 당초 계획에는 도로 법면을 포함하여 기부채납하기로 하였으나 계획이 변경되어 도로법면이 도로구역에서 제외될 경우 이를 기부채납하도록 하는 것은 조건의 취지에 맞지 않는 경우가 있었다. 또한 도시계획도로를 기부채납하기로 되어 있었으나 도시계획도로가 폐지되어 더 이상 도로를 개설할 필요가 없어진 경우 이를 개설하여 기부채납하도록 한 조건을 변경하여야 할 것이다.

---

31) 이런 사례 중의 하나인 서울 주공반포3단지의 경우 용도폐지되는 공공시설을 무상으로 양도하여야 하는지에 대한 법원 판결에서 1심은 조합이 이겨 무상양도하여야 한다고 하였으나, 2심에서 행정기관이 승소하였고, 최종적으로 대법원에서 조합의 손을 들어줘 막대한 비용을 조합에게 행정기관에서 내주어야 하는 상황이 벌어지고 있다.

4) 소 결

① 기부채납의 성격

행정행위에서 주택건설 사업승인 조건으로 부여한 조건들을 부담의 경우에는 별도로 원행정과 불리하여 판단할 수 있으나 부담이 아닌 조건들은 판단할 수 없다고 하는 것이 일반적인 학설이고 판례의 입장이다. 주택건설 사업승인의 기부채납 조건은 국민에게 부담을 주는 부담이라고 보아야 하므로 이 부담만을 별도로 취소와 변경이 가능하다 할 것이다. 그러나 일선 행정기관에서는 조건을 변경할 경우 특혜시비에 휘말릴 가능성이 농후하기 때문에 부관의 변경을 꺼리는 실정이다.

② 무상양도와 기부채납되는 시설과의 종합적 검토 필요

법령의 검토시 명백히 규정되어 있는 무상양도 규정을 적용하여 용도 폐지되는 공공시설은 사업시행자에게 무상으로 주고, 기반시설을 설치하여 기부채납하여야하는 시설을 인허가 담당공무원의 재량에 따라 달라지는 것이 아니라 종합적으로 적정한 사업이 진행될 수 있을 정도의 조건을 부과할 수 있도록 재량의 범위를 정해줄 필요가 있다고 하겠다.

③ 기부채납에 따른 인센티브 제도의 재검토

서울시 조례로 공공시설용지를 기부채납할 경우 용적률에 대한 인센티브를 제공하고 있다. 그러나 주거2종을 주거3종으로 지역 종구분을 상향시켜서 용적률을 적용받고서도 무상양도규정을 적용하여 무상양도를 요구하는 민원의 경우에는 이중의 혜택을 주는 꼴이 된다. 또한 기부채납할 부지를 사업부지와 관계없이 일정 거리 떨어진 싼 땅을 매입하여 시설을 기부채납하더라도 면적에 비례하여 용적률 인센티브를 주고 있다. 따라서 현행 시행중인 인센티브제도의 재검토가 필요하다.

3. 무상귀속·양도의 문제점

(1) 무상귀속의 문제점

1) 과도한 재량의 부과와 관련 법령의 미비

우선 주택사업계획의 승인과 관련하여 사업자에게 승인의 조건으로 요구할 수 있는 기부채납 요청 행위에 부여된 재량의 범위가 지나치게 과도하다는 측면과 적절한 기부채납 요청행위를 유도할 수 있는 법령이 미흡하다는 측면을 지적할 수 있다.

이와 관련된 법령상의 규정을 보면 「국유재산법」에 기부채납은 조건이 수반될 수 없도록 하는 규정(법 제9조 제2항)과 「주택법」에서 사업자의 주택건설사업계획을 승인함에 있어서 사업주체가 제출하는 사업계획에 당해 주택건설사업 또는 대지조성사업과 직접적으로 관련이 없는 공공청사 등의 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하도록 요구할 수 없도록 하는 규정(법 제16조 제5항) 등이 있다.

그러나 「주택법」에서 사업계획의 승인에 당해 사업과 직접적으로 관련이 없는 용지 또는 시설의 기부채납을 사업계획에 포함하도록 요구하지 못하도록 하는 규정만 두고 있을 뿐 이를 강제할 수 있는 규정은 마련하고 있지 않다. 결과적으로 과도한 기부채납을 요구할 수 없도록 하는 규정은 두고 있지만 이를 강제할 수 있는 규정의 미비로 과도한 기부채납의 요구가 지속적으로 발생하고 있는 것이다.

2) 지방자치단체의 기반시설 설치 재원 확보의 문제점

주택사업계획의 승인권자인 대부분의 지방자치단체가 앞에서 검토한 것과 같이 사업계획의 승인시에 과도한 기부채납을 요구하는 가장 큰 문제점 중의 하나가 자치단체 차원에서 확보할 수 있는 재원이 절대적으로 부족하다는 점을 지적할 수 있이다.

개발사업의 진행과 관련하여 유발되는 기반시설의 설치는 지방자치단체가 일반 재정으로 충당하는 부분과 기반시설부담금 등 특별한 재정으로 충당하는 부분 그리고 사업계획 승인을 조건으로 사업자가 시설을 설치 후 기부채납을 요구하여 설치되는 부분 등으로 구분할 수 있다.

우선 일반재정으로 설치하는 부분은 지방자치단체가 기반시설의 설치에 필요한 적절한 비용을 광역자치단체를 통해 요청하지만 실제로 예산이 배정되어 배분되는 과정에서

기초 지자체에 배분되는 예산이 매우 미흡하여 적절한 예산의 확보가 어려운 실정이다.

또 기반시설부담금과 같이 기반시설의 설치 재원으로 활용할 수 있는 특별재정 수입의 경우 징수 당시에는 기초 지자체에서 징수하여 배분되는 과정에서 국가균형발전예산으로 30%가 배분되고 광역자치단체에 30%가 배분되고 실제로 기초 지자체에 배분되는 부담금은 40%[32]에 불과하다. 이는 부담금의 기본원칙인 수익자부담의 원칙을 훼손하는 결과로 이어지며 실제로 부담금이 지자체의 기반시설 설치에 큰 도움을 주지 못하는 요인으로 작용하고 있다.

이러한 요인들로 인해 지자체에서는 사업자가 기부채납의 요구에 응할 경우 지자체 입장에서는 가장 용이하게 기반시설을 확보하는 결과가 되어 많은 민원의 제기에도 불구하고 무리한 요구를 지속하고 있다.

3) 무상귀속 부분의 원가인정 문제

지난 8월 경기도 용인지역에 새롭게 공급되는 아파트의 분양가에서 기반시설 설치비가 과도하여 분양가 상승의 주요 원인으로 지적된 바 있다.

<표 Ⅲ-5> 용인지역 아파트 분양가와 기반시설설치비(3.3㎡, 1평당)

	분양가	기반시설비	분양가/기반시설비
S아파트	1790만원	560만원	31.2%
H아파트	1549만원	330만원	21.3%
G아파트	1468만원	308만원	20.9%

자료 : 한국경제신문, 2007. 8. 19일자(인터넷 판) 참조(S, G 아파트는 분양승인 신청가격).

이와 같이 기부채납, 기반시설부담금 등을 포함하는 기반시설비는 분양가에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 설문조사 결과 사업자가 사업계획 승인의 조건으로 기부채납한 비용의 처리를 원가에 일부 또는 전부를 반영하는 경우가 87% 정도에 해당하며, 사업자의 기부채납 비용을 원가에 반영하는 것은 영리를 추구하는 기업의 입장에서는 당연한 것이다.

과거와 같이 분양가상한제가 실시되지 않는 상황에서는 사업자가 개발이익의 범위에서 일부 부담하는 경우도 상정할 수 있으므로 기부채납 비용을 원가로 인정하지 않는

32) 기획예산처, 2006년 부담금운용종합보고서, 2007.

경우도 있었다.

그러나 분양가상한제하에서 기부채납 비용을 원가로 인정하지 않을 경우 주택건설사업 등의 심각한 위축과 함께 원가인정을 요구하는 행정소송의 제기가 크게 증가할 것이다. 현재 분양원가 산정의 기준이 되는 「공동주택 분양가격의 산정 등에 관한 규칙」 등의 규정에 사업자 기반시설 설치 비용을 원가로 인정하는 명확한 규정이 없으며, 또한 분양가상승 차단을 위해 사업자의 기반시설 설치 비용을 원가로 인정하지 않을 개연성이 존재한다.

⑵ 주택사업계획 승인 관련 부당한 학교시설의 설치 요구

1) 부당한 지침의 시행

최근 교육인적자원부는 '개발사업지구 내 학교신설 협의 지침'을 하위 교육청에 시달하여 법률에서 정한 학교용지의 확보 외에 학교신설 및 학교증축을 부당하게 요구하는 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 이 지침서에는 교육인적자원부가 「국토계획법」 관련 규정에 대한 그릇된 해석을 통해 개발 사업과 관련하여 학교시설 용지의 확보 이외에 학교시설 설치 후 헌납을 요구하도록 하고 있다. 이에 대해서는 「국토계획법」의 주무부서인 건설교통부가 교육인적자원부의 해석에 반대하고 있으며, 일선 행정기관에 이러한 과도한 학교시설의 요구가 사업 시행의 장애 요인으로 작용하지 않도록 하는 관련 공문을 하달하였으나, 여전히 개선되고 있지 않는 상황이다.

대표적인 경우를 보면 인천경제자유구역에서 송도지구와 국제업무단지 개발 업무를 시행하고 있는 A사는 토지이용계획을 수립하면서 송도신도시 내 국제업무단지 유입인구 및 세대별 학생수를 감안하여 13개의 공립학교 부지를 확보하였으나, 인천시 교육청에서는 학교용지의 확보 이외에 사업자에게 학교를 직접 설치하여 기부채납할 것으로 요구하였으며, 사업자에 의해 학교 설치가 이루어지지 않을 경우 사업승인 의뢰시 부적합 의견으로 대응하겠다는 입장을 고수하여 사업 추진에 큰 애로 요인으로 작용하고 있었다. 이 업체는 분양가상한제를 피하기 위해 입주 전까지 학교문제를 해결한다는 조건부 승인을 받은 상태이다. 특히, 지난 9월 중순 인천시 교육청은 청라지구에 아파트를 건설하는 회사를 상대로 '학교를 건축하여 기부채납 해달라'라는 요지의 이른바 '강제협약서'를 요구하여 법적 분쟁으로 이어지고 있다.[33]

---

33) 도시개발신문, 2007.11.6일자 참조.

교육인적자원부는 동 지침의 정당성을 강화하기 위하여 학교를 공공시설에 포함하도록 「국토계획법」의 개정을 추진하고 있다.

2) 문제점

우선 교육인적자원부의 지침은 초등학교, 중학교 시설을 주요 대상으로 하고 있다는 점에서 헌법상 무상교육의 원칙을 훼손하고 있어 위헌의 소지가 있다. 이는 지난 2005년 헌법재판소의 「학교용지확보에관한특례법(구법)」에 대한 위헌판결과 정면으로 배치되며, 현행 「학교용지확보에관한특례법」에 대해서도 의무교육의 무상성에 반하는 문제점이 해소되지 않았고 이러한 부담이 수분양자들에게 전가될 가능성이 큰 점이 헌법을 위반할 소지가 있음을 이유로 대전지방법원 등에서 위헌법률심사가 제청된 사실도 동 지침의 위헌성을 반증한다.

둘째, 동 지침은 「국토계획법」에 대한 잘못된 유권해석에 기초하고 있는데, 교육인적자원부는 학교를 공공시설에 포함시켜 사업시행자는 학교의 설치 또는 용지에 관한 적정한 확보계획을 수립하는 것은 물론이고 계획의 이행에 필요한 비용을 부담하여야 한다는 유권해석을 내리고 있다. 그러나 이는 학교의 설치 및 용지에 관한 적정한 확보계획을 수립해야 한다는 의미이지, 사업시행자에게 비용부담 의무까지 부과하도록 규정하고 있는 것은 아니다. 따라서, 「국토계획법」에 의한 해석과 집행권한이 없는 시도교육감이 「국토계획법」 규정을 자의적으로 해석하고 이를 근거로 불허가의견을 제시하는 것은 권한을 벗어난 행위이다.

셋째, 개발업자가 부담한 학교설치 비용은 고스란히 주택의 가격에 반영되어 주택가격 상승과 개발 사업의 심각한 위축을 초래할 가능성이 매우 높다. 현재에도 개발업자들은 위헌성 논란 속에서 「학교용지확보 등에 관한 특례법」에 따라 민간시행자의 경우 감정평가액을 기준으로 학교용지를 공급하고 있다.

⑶ 무상양도의 문제점

무상양도는 민간 개발사업자에 의하여 새로 설치된 기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨으로써 발생하는 사업시행자의 재산상의 손실을 고려하여 사업시행자가 설치한 기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 기반시설을 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 재산

상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해주고자 하는 데 입법취지가 있는 것으로, 「도시정비법」의 규정은 강행규정이며, 「국토계획법」의 규정은 임의규정이다.

「국토계획법」 제52조 제3항 및 시행령 제46조, 제47조제52조에는 지구단위계획구역 안에서 건축물을 건축하려는 자가 그 대지의 일부를 공공시설 또는 도시계획조례가 정하는 기반시설의 부지로 제공하는 경우에는 해당 건축물의 건폐율·용적률 및 높이제한이 완화되는 인센티브가 부여된다.

한편 행정자치부가 운영 중인 「2007년 공유재산관리지침」에는 지방자치단체로 공공시설을 무상귀속하는 경우로서 건폐율·용적률 등의 상향 또는 기반시설부담금에 대한 공제 등을 통해 사업자에게 반대급부가 부여되는 경우 무상양도 대상에서 제외하도록 규정하고 있다. 이를 근거로 지자체에서는 사업시행자가 스스로 제안한 지구단위계획에서 국공유지 유상매입과 정비기반시설 설치 무상귀속 등의 내용을 통해 인센티브를 확보한 후에 당초의 계획과는 달리 용도 폐지된 국공유지 무상양도를 요청하는 것은 신의성실의 원칙에 위배된다는 주장을 펴고 있어 법적 분쟁으로 이어지고 있다.

제4장
무상귀속·양도제도의 개선 방안

1. 무상귀속 관련

(1) 기부채납 요구행위에 대한 재량 축소

주택사업계획 승인과 관련되어 사업자에게 승인의 조건으로 과도한 기부채납이 요구되는 문제점을 개선하기 위해서는 승인권자에게 부여되어 있는 기부채납 요구행위에 대한 재량의 한계를 부여하는 제도적 조치가 필요하다. 즉, 사업자에게 사업계획 승인의 조건으로 부과하는 기부채납 요구의 기준과 범위를 법령에 명확하게 규정하는 것이 필요하다.

다음의 <표 Ⅳ-1>에서 제시하고 있는 것과 같이 승인권자가 사업계획서에 포함하도록 요구할 수 있는 기반시설의 설치 및 기부채납의 최대한도를 「기반시설부담금에관한 법률」에 의해 산정된 기반시설부담금액으로 정하고 이를 초과하는 승인권자의 요구는 무효화하며, 이때 사업주체가 무상양여받은 기반시설 가액은 차감하여 산정하고, 구체적인 비용산정 방법은 건설교통부령으로 정하도록 한다.

<표 Ⅳ-1> 주택법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제16조 (사업계획의 승인) ①~⑨ (생 략) ⑩ 신설	제16조 (사업계획의 승인) ①~⑨ (현행과 같음) ⑩ 시·도지사가 제1항의 규정에 의하여 사업계획을 승인함에 있어서 사업주체가 제출하는 사업계획에 기반시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하여 무상귀속토록 요구하는 경우에는 그 설치에 소요되는 비용이 「기반시설부담금에 관한 법률」제3조에 의한 기반시설부담금액을 초과하여서는 아니된다. 이 경우 사업주체가 무상양여 받은 기반시설의 가액과 , 사업자가 용적율, 건폐율, 층수 등의 완화를 받기 위해 기부채납한 기반시설의 설치에 소요되는 비용은 차감하여 산정한다. 비용산정에 관해서는 건설교통부령으로 정한다.

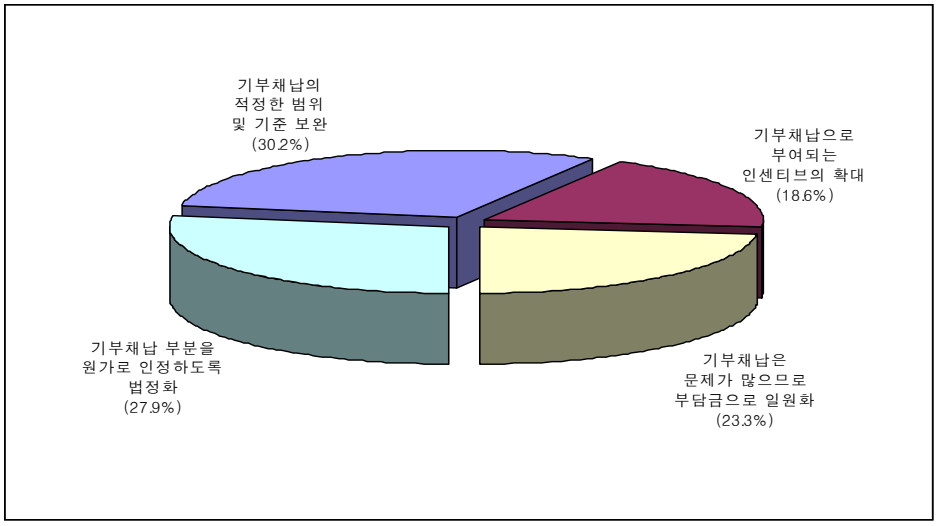
이와 같은 법률 개정(안)의 제안 이유는 과도한 간선시설의 기부채납 비용이 분양가에 반영되어 고분양가를 초래하고, 예측치 못한 사정변경에 따른 사업성 악화로 사업지

연 및 주택사업자의 사업의욕을 저하시키는 등 문제점이 있어, 적정선에서 기부채납의 정도를 제한할 필요가 있기 때문이다. 또 기부채납의 최대한도를 기반시설부담금의 구모로 설정한 것은 기부채납의 내용은 도로·상하수도 등 기반시설을 설치하는 것이며, 이는「기반시설부담금에 관한 법률」에 의하여 개발행위자가 부담하는 기반시설 설치를 위한 부담금의 사용내역과 같으며, 기반시설부담금은 기부채납과 목적이 동일하고, 금액산정이 예측 가능하다. 또 현재「기반시설부담금에 관한 법률」제8조 제5항은 기반시설부담금 부과 시 기부채납 비용을 공제토록 하고 있어서 논리적 타당성을 더해 준다.

또한 「주택법」, 「국토계획법」 등 관련 법령을 개정하여 간선시설과 도시계획시설의 설치에 대한 기준, 주체, 총사업비 대비 기반시설 부담비율의 한도를 건설교통부령으로 정하는 제도의 보완이 절실히 요구된다. 과도한 기부채납 요구의 근절을 통해 분양가 상승의 차단, 주택사업의 효율적인 추진 등 개선 효과가 기대된다.

참고로 사업자의 시설 설치 후 기부채납 관련 제도의 개선방안에 대한 설문조사 결과는 '기부채납의 적정한 범위 및 기준 보완'이라고 응답한 경우가 30.2%, '기부채납 부분을 원가로 인정하도록 법정화'하는 방안으로 응답한 경우가 27.9%에 달하였다. 특히, '기부채납은 문제가 많으므로 부담금으로 일원화'하자는 의견도 23.3%에 달해 장기적으로 검토할 필요성이 있을 것으로 보이며, '기부채납으로 부여되는 인센티브의 확대'로 응답한 경우도 18.6%에 달한다.

<그림 Ⅳ-1> 기부채납 관련 제도의 개선 방안



⑵ 기반시설 설치 부담 기준의 설정 방향 - 공공성의 설정

<표 Ⅳ-2>에서 규정하고 있는 것과 같이 도시 및 토지개발과 관련된 개별 법령은 일반적으로 공공복리의 증진을 목적하고 있지만 공공복리에 대한 명확한 개념정의를 규정하고 있는 법률은 없다. 이와 같이 공공복리의 개념규정은 추상적이며 상징적인 성격을 가지고 있으나, 민주적 결정인 사회합의의 과정을 거치게 되면 구체적인 내용으로 나타나게 될 수 있다.

예를 들어 도시계획에서의 공공성은 국가적 이해관계(국가계획:국토기본법)와 지방자치적 이해관계(도시계획:국토의 계획 및 이용에 관한 법률)에서 공익항목을 선정하고 이는 여러 가지 형태로 제시된다. 이때 해당도시의 공간구조와 발전방향을 제시하는 도시기본계획의 경우 큰 틀에서의 공공성을 나타내며, 구체적인 토지이용의 방향이 담긴 도시관리계획에서는 국지적 지역성을 띤 공공성[34]을 나타낸다.

특히 도시관리계획의 경우 용도지역·지구·구역 및 도시계획시설의 지정으로서 도시민들이 도시생활 영위에 필요한 절대적인 공공성을 구축해 놓았으며, 각종 도시개발 및 도시계획사업을 통해 공공성을 구체화시켜 나갈 수 있도록 하고 있다. 이 가운데 지구단위계획의 진행과정 속에서는 아주 구체적이고 세밀한 공공성 요소들을 이끌어 내고 있다. 대표적인 요소는 공동건축, 지정용도, 건축선지정, 쌈지공원, 보행자통로, 공개공지, 공동주차장, 차량진출입구간 설정, 건축물의 외관 및 환경친화적 사항들로 볼 수 있고, 이들 요소는 계획적 접근이 가능하며 실현성이 담보되어 있는 도시계획상의 공공성으로 볼 수 있다.

따라서, 이러한 공공성 등을 참조하여 향후 기부채납의 공공성에 대한 기초 원리로서 확립하여야 할 필요성이 있다.

---

34) 장택영, 2005. 2. 기부채납에 의한 인센티브제도 운영의 합리성 제고를 위한 연구, 서울시립대학교 박사 논문

<표 Ⅳ-2> 개발 관련 법령 상의 공익

관계법령명	추구하고자하는 공익의 형태
국토기본법	국토의 건전한 발전과 국민의 복리향상
국토의 계획 및 이용에 관한 법률	공공복리의 증진과 삶의 질 향상
도시 및 주거환경정비법	도시환경의 개선 및 주거생활의 질 향상
도시개발법	쾌적한 도시환경의 조성과 공공복리의 증진
건축법	건축물의 안전·기능·미관을 증진시켜 공공복리의 증진
공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률	공공복리의 증진과 재산권의 보호
도시공원법	문화적인 도시생활 확보와 공공의 복리증진

자료 : 장택영, 기부채납에 의한 인센티브제도 운영의 합리성 제고를 위한 연구, 서울시립대학교 박사논문, 2005. 2, 24면 인용

⑶ 공공성평가제의 도입

1) 공공성평가제의 개요와 필요성

‘공공성평가제(또는 기부채납 합리적 수준 평가제)’는 주택건설사업이나 개발행위 인허가시 필요한 기반시설의 범위를 확정하고 확정된 기반시설별로 공공성을 평가하여 각 요인별 평가점수에 의해 용적률 인센티브의 등급을 조절하는 제도로 정의할 수 있다.

공공성 평가의 필요성은 다음과 같다. 첫째, 인센티브의 제공은 사업자에게 특별한 혜택을 의미하는 것이며, 이러한 혜택을 받기 위한 전제조건으로서 기부채납되는 부지는 공공에 대한 기여와 직접적으로 연관되어야만 하기 때문이다.

둘째, 같은 면적을 기부채납 형식을 취해 제공하더라도 위치나 면적 등에 따라 공공에 대한 기여도는 완전히 다르게 나타나기 때문에 기부채납되는 부지의 면적 크기가 인센티브의 제공량을 결정하는 기준이 되는 것이 아니라 공공에게 긍정적으로 작용되는 순기능, 즉 공공성이 크고 적음에 따라 공공에 대한 기여도는 완전히 다르게 나타나기 때문에 인센티브량도 달라져야 하기 때문이다.

셋째, 인센티브의 제공에 있어서 합리성과 형평성은 행정기관에 반드시 요구되는 원칙이기 때문이다.

중장기적으로 정책제안 사항이라고 할 수 있는 ‘공공성평가제’의 주요 내용에는 승인권자의 기부채납 요구 기준과 범위, 그리고 공공성을 벗어난 기부채납 요구시의 처리 방법 등이 포함되어야 한다. 현재 시행 중인 행정자치부 공유재산관리규정의 ‘무상귀속 부담부과의 원칙’을 토대로 합법성, 합리성, 비례성, 형평성, 실현가능성 등을 중심으로 이를 계량화하는 지표를 통해 평가하도록 설계하여야 할 것이다. 특별히, 합리성, 비례성, 형평성은 계량화된 지표의 도입이 필요하다. 부당한 기부채납을 요구하는 경우는 도시계획심의위원회의 결정으로 부당한 요구를 무효화하고 새롭게 협의할 수 있도록 운영방안을 마련하여야 할 것이다. ‘공공성평가제’는 주택법 시행령의 별표 ‘고시’의 형태로 마련하고, 「국토계획법」제65조, 「도시정비법」 제65조의 경우에도 적용되도록 규정하는 것이 바람직할 것이다.

(4) 무상귀속 부분의 원가 인정

현행 ‘공동주택 분양가격 산정 등에 관한 규칙’ 제9조에는 공공택지 외의 택지의 감정평가 가액에 가산하는 비용을 규정하고 있다. 그러나 동 규정을 적용하는 경우 사업승인의 조건으로 사업자의 기부채납 비용을 분양원가로 인정하기에는 명확하지 않은 점이 있다. 즉, 동 규칙에는 기반시설부담금 등 주택건설과 관련된 법령에 의거 사업주체가 부담하는 각종 분담금 및 부담금에 대한 명시적인 분양가 반영조항이 없으며, 주택건설사업계획의 승인에 부가되는 조건을 충족하기 위한 공공시설 용지의 기부채납 비용 등을 명시적으로 분양가로 인정·반영하는 조항이 없다. 따라서, 기반시설부담금과 기부채납 부분의 원가 인정을 명확하게 하기 위해 동 규정을 다음과 개정하는 것이 필요하다.

<표 Ⅳ-3> 공동주택 분양가격 산정 등에 관한 규칙 개정(안)

현 행	개 정(안)
제9조 (공공택지 외의 택지의 감정평가 가액에 가산하는 비용) 법 제38조의2제2항에 따라 공공택지 외의 택지를 감정평가한 가액에 가산되는 택지와 관련된 비용은 다음 각 호의 비용으로 한다. 1. 제8조제1호 및 제2호에 따른 비용 2. 법 제23조에 따라 사업주체가 부담하도록 되어 있는 간선시설의 설치비용 3. 지장물 철거비용 : 택지 안의 구조물 등의 철거·이설이 불가피한 경우에 그 소요되는 비용 4. 진입도로의 개설로 편입되는 사유지의 가액(감정평가한 가액을 말한다) 5. 감정평가수수료(실비를 포함한다. 이하 이 장에서 같다). 다만, 제12조제1항제2호에 따라 택지를 재평가하는 경우 그 재평가에 따른 감정평가수수료는 제외한다. 〈신설〉 〈신설〉	제9조 (공공택지 외의 택지의 감정평가 가액에 가산하는 비용) 법 제38조의2제2항에 따라 공공택지 외의 택지를 감정평가한 가액에 가산되는 택지와 관련된 비용은 다음 각 호의 비용으로 한다. 1.~5. (현행과 같음)
6. 그 밖에 시장·군수 또는 구청장이 분양가심사위원회의 심의를 거쳐 필요하다고 인정하는 택지와 관련된 경비로서 증빙서류에 의하여여 확인되는 경비	**6. 기반시설부담금 등 주택건설과 관련된 법령에 의거 사업주체가 부담하는 각종 분담금 및 부담금** **7. 법 제16조에 따라 주택건설사업계획의 승인에 부가되는 조건을 충족하기 위한 공공시설 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 소요되는 비용** 8. (현행 제6호와 같음)

분양가상한제 하에서 사업자의 과거와 같은 개발이익은 기대하기 어려우며, 사업승인자가 요구하는 무상귀속분에 대해 분양원가로 인정하지 않을 경우 주택사업의 극심한 위축과 이로 인해 법적 분쟁이 급격하게 제기되어 향후 최대의 이슈로 제기될 것이다.

따라서, '공동주택 분양가격의 산정 등에 관한 규칙'에 승인권자의 기부채납 요구로 사업자가 설치하여 무상귀속되는 시설 설치 비용을 원가로 인정하도록 관련 규정을 명확히 하는 것이 필요할 것이다.

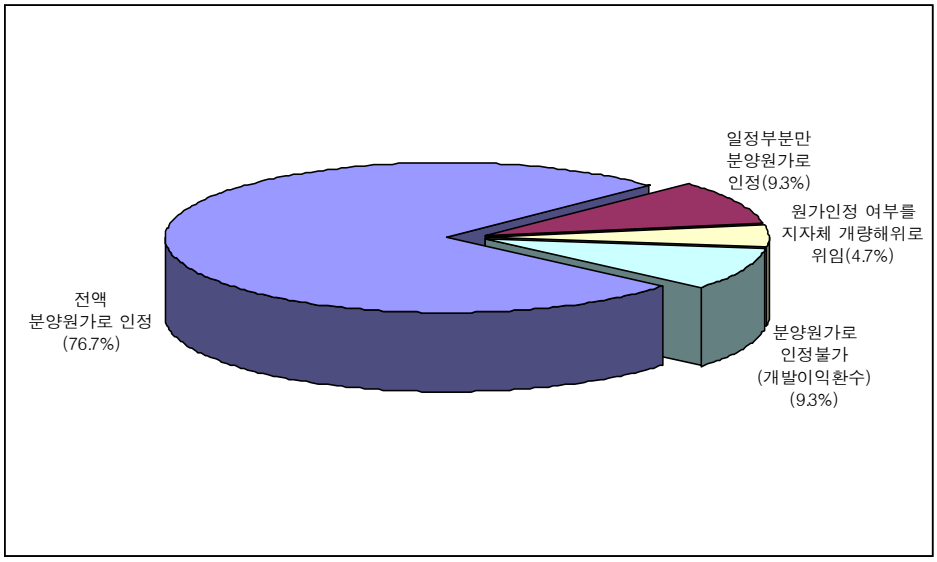
또 '공공택지 외의 택지의 공급주택 분양가격공시항목(별표 3)'의 부대비 항목을 "주택건설공사에 소요되는 총 비용 중 제2호부터 제5호까지의 비용 및 제7호에 따른 비용을 제외한 비용으로서 각종 분담금 및 부담금, 공공청사 등의 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 소요되는 비용, 분양관련비용, 수도·가스·전기시설 인입비용, 건물보존 등기

비 등을 합한 비용"으로 개정하여 분양가산정에 반드시 반영되도록 하여야 할 것이다.

참고로 실태파악을 위한 설문조사 결과, 분양가상한제 하에서 기부채납 부분의 처리는 '전액 또는 일부를 원가로 반드시 인정해야 한다'는 의견이 76.7% 정도로 나타났으며, '분양원가로 인정이 불가하다'는 응답도 9.3%를 차지하였다.

관련 제도의 환경적 변화 및 설문조사 등을 근거로 판단해볼 때 기부 채납 부분은 원가로 인정해주는 제도적 보완이 절실히 필요하다.

<그림 Ⅳ-2> 기부채납 부분의 분양원가 인정 범위



5) 학교시설의 과도한 요구 해결 방안

1) 국민고충처리위원회 등을 통한 문제의 해결

현재 교육인적자원부의 지침에 의해 사업 승인의 지연 등 사업자의 주택사업 추진에 매우 심각한 장애요인으로 작용하고 있다. 동 지침에 대해서는 「국토계획법」의 관할 부처인 건설교통부도 교육인적자원부의 유권해석이 잘못되었음을 인정하고 있으나 교육인적자원부가 이를 수용하고 있지 않은 상태이다.

현재 동 지침에 의해 법률의 규정을 벗어나 부당한 학교신설 및 학교증축요구를 차단하기 위해 건설교통부와 광역지자체 등이 행정적 노력을 기울이고 있으나, 부당한 요구

가 근절되지 않고 있다. 따라서, 국민고충처리위원회를 중심으로 동 지침으로 발생하는 문제를 근절하기 위한 대책의 수립을 검토하여야 할 것이다.

2) 사업 승인 지연에 대한 대책 수립

향후 학교시설 등 사업승인과 관련하여 과도한 기부채납의 요구로 사업 승인의 지연 등으로 사업추진에 막대한 장애가 발생하거나 큰 피해가 예상되므로 이에 대한 대책의 수립이 절실하다. 단기적으로는 건설교통부의 지도·감독을 강화하고, 중장기적으로 '공공성평가제'를 통해 부당한 승인권자의 기부채납 요구로 사업 추진이 저해되는 문제점을 해결방안을 검토하여야 하다.

⑹ 지방자치단체 기반시설 설치 예산 확보의 실효성 제고

해당 지자체별로 해당 지역의 기반시설 용량 관리 시스템을 구축하여 확보되는 예산과 현재의 기반시설 용량을 고려하여 개발사업을 관리할 수 있는 시스템의 구축이 가장 기본적인 과제일 것이다.

또한 현재 기반시설부담금의 배분이 국가 30%, 광역자치단체 30%, 기초자치단체 40%로 되어 있는 것을 국가 30%, 기초자치단체 70%로 배분될 수 있도록 하여, 기반시설부담금의 취지와 기초자치단체의 기반시설 설치 예산의 확보의 실효성을 제고하여야 한다.

이외에 개발부담금, 재건축부담금 등의 지자체 귀속 비율도 상향 조정하는 방안을 검토하여야 한다.

2. 무상양도 관련

(1) 개선 방향

「도시정비법」 제65조 제2항에 근거하여 이루어지는 무상양도와 관련하여서는 사업자가 기부채납 및 국공유지 유상매입 등의 조건으로 '인센티브' 등을 받은 경우 다시 용도 폐지되는 공공시설을 무상 양도받는 것은 '2중의 이익'을 받는 것으로 부당하다는 의견이 제시되고 있다.

그러나, 일부 정부부처에서 밝히고 있는 것과 같이 향후 「도시정비법」의 개정이 진행될 경우 사업자가 '인센티브'를 받은 경우 무조건적으로 무상양도를 제한하는 것은 부당하므로 동법에 무상양도를 규정하고 있는 취지에 부합하게 사업자의 손실범위를 적정하게 판단하여 무상양도의 범위가 결정될 수 있도록 관련 규정의 개선을 추진하여야 할 것이다.

(2) 구체적 법령 개선(안)

먼저 「공유재산및물품관리법」에 대해서는 제40조에 규정하고 있는 양여와 관련하여 제1항 제3호에 "행정재산의 용도를 폐지한 경우에 있어서 그 용도에 갈음할 다른 시설을 하여 제공한 자와 그 상속인 그 밖의 포괄승계인에게 양여하는 때"로 되어 있는 현행 규정을 "행정재산의 용도를 폐지한 경우에 있어서 그 용도에 갈음할 다른 시설을 하여 제공한 자와 그 상속인 그 밖의 포괄승계인에게 양여하는 때. 단,「국토의계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위 허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양여한다."로 개정하는 것이 필요할 것으로 판단된다.

이는 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 반대급부를 받은 사업자에 대하여 무상양여를 하는 것이 '이중혜택'이라는 지적이 있는 것은 사실이다. 그러나 현재 많은 지자체에서는 이러한 '이중혜택'이 발생한다는 이유로 무상양여를 하지 않고 있는 실정으로, 이는 현행법에 정면 배치되어 행정소송 등 분쟁의 원인이 되고 있다. 따라서, 동법에 무상양여의 범위를 합리적으로 정하여 명시할 필요가 있다.

<표 Ⅳ-4> 공유재산 및 물품관리법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제40조(양여) ① 잡종재산은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 이를 양여할 수 있다. 1. ~2. (생략) 3. 행정재산의 용도를 폐지한 경우에 있어서 그 용도에 갈음할 다른 시설을 하여 제공한 자와 그 상속인 그 밖의 포괄승계인에게 양여하는 때 4. ~5. (생략) ② (생략)	제40조(양여) ① 잡종재산은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 이를 양여할 수 있다. 1. ~2. (현행과 같음) 3--------. **단,「국토의계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위 허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양여한다.** 4. ~5. (현행과 같음) ② (현행과 같음)

또 「국유재산법」제40조 양여 규정도 「공유재산및물품관리법」과 동일한 이유를 근거로 제1항 제3호의 “행정재산의 용도를 폐지한 경우에 있어서 그 용도에 갈음할 다른 시설을 하여 제공한 자와 그 상속인 그 밖의 포괄승계인에게 양여하는 때” 규정을 “행정재산의 용도를 폐지한 경우에 있어서 그 용도에 갈음할 다른 시설을 하여 제공한 자와 그 상속인 그 밖의 포괄승계인에게 양여하는 때. 단,「국토의계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위 허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양여한다.”로 개정하는 것이 필요하다.

<표 Ⅳ-5> 국유재산법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제44조(양여) ① 잡종재산은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 양여할 수 있다. 1. ~2. (생략) 3. 행정재산의 용도를 폐지한 경우에 그 용도에 사용될 대체시설을 제공한 자 또는 그 상속인 기타의 포괄승계자에게 그 부담한 비용의 범위안에서 용도폐지된 재산을 양여하는 때 ②, ③ (생략)	제44조(양여) ① 잡종재산은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 양여할 수 있다. 1. ~2. (현행과 같음) 3. ---------. **단,「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위 허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양여한다.** ②, ③ (현행과 같음)

또한 「국토계획법」제65조 개발행위에 따른 공공시설의 귀속과 관련하여 제2항의 “개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 「국유재산법」 및 「지방재정법」의 규정에 불구하고 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다”로 되어 있는 현행 규정을 “개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 「국유재산법」 및 「지방재정법」의 규정에 불구하고 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다. 단, 법 제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다.”로 개정하는 것이 필요하다.

무상양도의 근본적인 취지가 사업자의 손실보전이라면 사업자의 손실을 고려하여 손실에 해당하는 부분은 무상양도하도록 하는 것이 합리적인 제도의 운영이라고 판단된다.

<표 Ⅳ-6> 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 개정(안)

현 행	개 정(안)
제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① (생략) ② 개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 국유재산법 및 지방재정법의 규정에 불구하고 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다. ③,④,⑤,⑥,⑦,⑧ (생략)	제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① (현행과 같음) ② ----------. 단, 법 제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다. ③,④,⑤,⑥,⑦,⑧ (현행과 같음)

무상양도와 관련하는 많은 법적 분쟁으로 이어지고 있는 「도시정비법」 제65조 제2항은 “시장·군수 또는 주택공사등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다.”로 규정하고 있다. 이 규정의 강행규정성을 근거로 정비사업자와 승인권자와의 법적 분쟁이 지속되고 있다.

따라서, 무상양도의 취지에 부합하게 사업자 측의 이중혜택도 인정하지 않고, 사업자 손실의 범위를 고려하여 무상양도가 이루어지도록 개선하는 것이 필요하다. 이에 현행 규정을 “시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다. 단,「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다.”로 개선하여야 한다.

<표 Ⅳ-7> 도시및주거환경정비법 개정(안)

현 행	개 정(안)
제65조 (정비기반시설 및 토지 등의 귀속) ① (생략) ② 시장·군수 또는 주택공사등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다. ③,④,⑤ (생략)	제65조 (정비기반시설 및 토지 등의 귀속) ① (현행과 같음) ② --. **단,「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제52조 지구단위계획 등에 의한 용도지역의 종 상향, 용적률 증가 및 기반시설부담금의 공제 등으로 개발행위허가를 받은 자에게 반대급부가 부여되는 경우에는 해당 반대급부 상당액을 제외한 부분을 양도한다.** ③,④,⑤ (현행과 같음)

⑶ 인센티브 제도 개선 방안

1) 기부채납에 따른 인센티브의 성격

사업자의 기부채납에 대해 손실보상적 차원에서 반대급부적 성격으로 제공되는 인센티브도 그 경위에 따라 크게 '보상차원(reward)의 인센티브'와 '포상차원(award)의 인센티브'로 유형이 구분되고 있다. 즉 개발행위를 허가하는 조건으로서 기부채납을 실시하는 경우가 있는데 이것은 부담의 일종으로서 의무적으로 정해진 비율만큼 기부채납을 하여야 한다.

개발행위에 대한 인센티브는 이를 다시 '개발증진차원에서 요구하는 것'과 '공공시설 확보차원에서 요구하는 것'으로 세분할 수 있다. 이 가운데 층수의 완화나 용도지역의 상향조정 등의 결부되어 개발이익의 환수가 요구되는 사업은 향후 「개발이익환수에관한법률」에 의한 개발부담금으로 접근하는 것이 타당할 것이다. 그리고 환경정비사업 등에 의한 공공시설의 확보차원은 향후 공익사업을 위한 「토지등취득보상에관한법률」에 따라 손실보상금으로 해결하는 방향으로 접근되는 것이 타당하다. 그 이유는 지방자치단체는 공공시설을 설치하고 관리해야 할 기본적인 의무를 1차적으로 부담하기 때문이다. 그러나 지방자치단체의 재정적인 어려움에 의해 손실보상부분을 인센티브라는 수단으로서 대치 운영하고 있는 실정이다. 따라서 보상차원에서 제공되는 인센티브는 운영방식상 하나의 방편이기 때문에 재정적 여건이 점차 좋아지게 될 경우 개선될 여지가 충분히 강구될 수 있는 부분이라고 판단된다.

서울시도 기부채납과 관련한 인센티브 운영에 있어서 2가지 유형 모두 취하고 있다. 첫 번째는 특정조건이 부여된 보상차원의 기부채납 유형은 시장방침으로 운영되고 있는 지구단위계획 세부지침 상에서 찾아볼 수 있다. 즉, 저층·단독주택 등이 공동주택으로 건립되는 경우와 공동주택이 재건축방식 등을 통해 신규 공동주택으로 되는 경우로 구분해 의무적으로 기부채납 될 공공용지부담 비율을 정해 놓고 있다. 이에 더하여 용도지역의 변경이 있는 경우와 없는 경우까지도 구분해 기부채납비율을 정해 놓고 있다. 그리고 도시환경정비사업에서도 공공용지부담을 미리 정해 놓고 있으며, 정비사업 시행을 위해서는 해당 지구별로 반드시 지켜야 한다. 준수시 이에 상응하는 인센티브를 제공하고 있다. 지구단위계획과 도시환경정비사업에서와 같이 기부채납될 비율의 설정은 기반시설이 되는 공공시설을 사전에 확보하기 위한 성격이 매우 짙다.

두 번째는 포상 차원의 기부채납 유형은 사전에 기부채납되어야 할 비율이 정해지지 않은 것으로서 주택재개발 정비사업시 기부채납하는 양만큼 인센티브를 제공하고 있는 부분에서 찾아볼 수 있다. 앞서 기술한 지구단위계획과 도시환경정비사업에서도 정해 놓은 기부채납비율 이상으로 기부채납하는 경우에서도 찾아볼 수 있다.

2) 기부채납에 의한 인센티브의 필요성

당근과 채찍으로 비유하기도 하는 인센티브는 앞서 기술하였듯이 장려차원의 포상적 인센티브와 규제에 따른 보상적 인센티브로 개념적 측면에서 구분하고 있으나 구체적인 내용측면을 살펴보면 공공시설의 제공, 가로경관의 증진, 보행환경의 개선, 친환경적 내용의 도입 등 공공기여요소를 제공하는 경우와 당해 지역 계획의 목표달성에 기여하는 계획요소인 건축물 용도·배치·높이 등에 관한 사항을 준수할 경우 제공받을 수 있도록 하고 있다.

이 가운데 공공시설의 제공에 의한 기부채납 방식은 가장 강력한 규제 내용임에 따라 토지소유자에게는 부담요인으로 작용함과 동시에 가장 큰 인센티브의 제공조건이기도 하다. 그러므로 기부채납의 방식은 매우 신중한 접근이 요구되고 있으며, 공공시설부지의 조성시 왜 토지의 소유권까지 이전하여야만 하는지에 대한 논란도 있을 수 있다. 이에 따라 현행 제도 하에서 기부채납방식이 지니는 의의는 다음과 같이 정리해볼 수 있겠다.

가. 개발이익환수의 의의

「개발이익환수에관한법률」 제27조에 의하면 개발이익은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 사업시행자 또는 토지소유자에게 발생하는 이익으로 정의하고 있으며, 개발이익 중 국가가 부과 징수하는 금액을 개발부담금[35]이라고 한다.

동법에 의거해 환수가 이루어지는 대상은 택지개발사업, 공업단지조성사업, 도시환경정비사업, 관광단지조성사업, 온천개발사업, 골프장건설사업 등이 해당된다. 이외에도 원인자부담원칙에 입각한 교통유발부담금과 과밀부담금, 환경개선부담금 등도 실제적으

35) 징수된 개발부담금의 1/2은 해당 지방자치단체에 귀속되고 나머지는 1/2는 국가의 국가균형발전특별회계로 귀속됨. 이에 따라 서울시는 불합리한 점을 이유로 지금까지도 법률개정을 건의하고 있는 상황임.

로 이러한 개발이익의 환수 측면이 강하다. 이렇듯 우리나라 법제상 개발이익의 환수에 관련된 외형적인 다양성은 갖춰져 있으나, 개발이익의 유형과 환수수단을 합리적으로 연계시키지 못하고 있는 것이 문제이다. 즉, 외형적인 다양성에도 불구하고 개발이익의 유형을 고려하지 않은 채 모든 경우에 동일하게 부담금을 적용하는 점과 양도소득세의 실효성을 높이지 않은 점 그리고 개발이익을 공공시설투자 재원조달 목적으로 환수할 수 있는 제도가 구축되지 못한 점들이 이유가 되고 있다.

공공시설부담금은 각종 개발사업이 기존의 지역주민들에게 미칠 수 있는 부정적인 영향을 완화하기 위해 추가적으로 공공시설의 설치가 필요한 경우 그 설치를 위한 재원조달 목적으로 개발사업을 유발한 개발자에게 부과하는 부담금의 일종이다. 이러한 공공시설부담금을 여러 선진국에서는 하수관 설치에서부터 도로확장에 이르기까지 다양한 공공시설의 설치에 활용하고 있으며, 토지에 부과하는 조세와 함께 가장 많이 활용하고 있다.[36]

이와 같은 맥락으로 볼 때 「개발이익환수에관한법률」에서 정한 도시환경정비구역과는 달리 지구단위계획구역과 주택재개발정비구역의 경우에는 특별히 개발이익에 대한 환수방법의 근거가 없는 실정이다. 이에 따라 기부채납의 유형은 가장 확실하게 개발이익의 환수방법으로 연계될 수 있는 수단인 것이다. 다만, 선진 외국에서는 적정한 기준에 의해 산정한 금액으로 부과하는데 반해 우리의 경우는 공공시설의 설치·조성후 기부채납을 통해 소유권을 이전시키고 있는 차이점을 가지고 있다. 대신 사유재산권을 법률상 기본적으로 인정하고 있으므로 위헌의 소지를 방지하기 위해 소유권이전에 대한 반대급부로서 인센티브를 제공하고 있다.

나. 기반시설의 효율적 유지·관리의 의의

지역 내 기반시설이 되는 도로나 공원 등의 조성되었을 경우 해당 시설의 유지나 관리를 하기 위해서는 지속적으로 인력과 예산의 투입이 필요하게 된다. 불특정 다수의 공공에게 개방된 공공시설물이지만 소유권이 특정 개인이나 단체에 있다면 유지 및 관리를 위해 많은 비용을 개인이 부담하여야 한다. 즉, 공원을 조성하여 기부채납하게 될 시 여러 가지의 사유에 의해 공원 내 시설물이 파손 혹은 훼손되는 경우 이에 대한 보수차원에서 비용부담 원인이 발생하게 된다. 그러나 소유권이 공공에게 이전되는 경우 특정인에게 관리상의 예산을 요구할 수 없게 되는 것이다.

---

36) 하성규외, 주택·도시·공공성, 박영사, 2000, 503~506면 참조.

이러한 문제점으로 인해 「국토계획법」상 개발행위에 따른 공공시설의 귀속규정에 따라 새로이 공공시설을 설치하거나 기존 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 때에는 시설물의 관리주체에게 공공기관에서 귀속토록 하고 있으며 관련비용도 부담하게 된다. 따라서 기부채납의 방법은 해당 기반시설에 대한 매우 효과적이면서 효율적인 유지와 관리를 담보할 수 있으며, 시설의 설치목적과 기능을 최대한으로 발휘할 수 있도록 하는 수단이 된다.

다. 지방자치단체 재정확보 지원의 의의

도시환경 및 관리상 중요한 기반시설이 되는 도로나 공원 등 공공의 편익과 쾌적성을 높이기 위한 공공부문의 투자소요에 비해 투자재원의 확보에는 항상 한계점이 있게 된다. 이러한 투자재원을 충분하게 확보할 수 있는 여건속에서 기부채납방식은 계획적인 조정과정을 통해 공공부문이 추구하는 목표를 별도의 예산편성 과정없이 손쉽게 달성함과 동시에 민간부문의 사업성도 극대화시켜 개발사업 및 도시정비의 촉진을 유도하는 최적의 수단으로 등장되었다.

미국의 덴버시와 같이 법제상에서 인센티브관련 조항을 축소하거나 삭제하는 자치단체도 있지만, 우리나라의 경우 아직까지도 기부채납방식에 의한 인센티브운영은 도시개발과 정비과정에 있어서 공공적 요소를 창출하기 위한 자치단체의 재정적인 어려움은 극복하면서 민간부문의 사업을 촉진시키는 중요한 Win-Win게임의 수단적 가치를 지니고 있다고 보는 것이다. 이러한 배경 하에서 기부채납방식에 의한 인센티브운영부문에 대한 발전방향의 강구는 그 필연성이 더욱 증가되고 있으며, 근원적 배경에는 공공성 증진과 함께 지속가능한 개발개념이 반드시 전제되어야 할 것이다.

제5장
결론

본 연구는 사업계획 승인과 관련하여 사업계획승인권자가 사업자에게 요구하는 기반시설의 기부채납과 이의 무상귀속·양도의 개선 방안을 제시하는 것을 주요 내용을 하고 있다.

연구를 통해 도출된 문제점은 다음과 같다. 무상귀속의 문제점으로는 과도한 재량의 부과와 관련 법령의 미비를 가장 큰 문제점으로 제시하였으며, 이와 함께 지방자치단체의 기반시설 설치 재원 확보의 문제점, 무상귀속 부분의 원가인정 문제, 그리고 최근 주택사업계획 승인 관련 부당한 학교시설의 설치 요구 등을 문제점으로 제시하였다. 무상양도의 문제점으로는 인센티브와 무상양도의 범위를 중심으로 정리하였다.

위와 같이 도출된 문제점을 개선하기 위해 다음과 같은 제도 개선 방안을 제시하였다. 첫째, 무상귀속과 관련하여 기부채납 요구행위에 대한 재량의 축소를 위해 승인권자가 사업자에게 당해 사업과 관련이 없는 시설의 설치 및 기부채납을 사업계획에 포함하도록 요구한 경우 승인권자의 기부채납 요구를 무효화하도록 법규화 하는 제도 개선 방안을 제시하였다.

둘째, 주택건설사업이나 개발행위 인허가시 필요한 기반시설의 범위를 확정하고 확정된 기반시설별로 공공성을 평가하여 각 요인별 평가점수에 의해 용적률 인센티브의 등급을 조절하는 제도인 '공공성평가제(또는 기부채납 합리적 수준 평가제)'를 장기적으로 도입할 것을 제안하였다.

셋째, 무상귀속 부분의 원가 인정을 위해 현행 '공동주택 분양가격 산정 등에 관한 규칙' 제9조를 개정하여 사업주체가 부담하는 각종 분담금 및 부담금, 공공시설 용지의 기부채납 비용 등을 명시적으로 분양가로 인정·반영하도록 명확화할 것을 제안하였다.

넷째, 최근 심각한 문제로 등장하고 있는 학교시설의 과도한 요구 문제의 해결을 위해 국민고충처리위원회 등을 통한 문제의 해결과 사업 승인 지연에 대한 대책 수립을 제안하였다.

다섯째, 지방자치단체 기반시설 설치 예산 확보의 실효성 제고를 위해 현행 기반시설 부담금의 배분을 국가 30%, 기초자치단체 70%로 할 것을 제안하였다.

무상양도와 관련하여서는 무상양도를 규정하고 있는 취지에 부합하게 사업자의 손실 범위를 적정하게 판단하여 무상양도의 범위가 결정될 수 있도록 관련 규정의 개선을 추진할 것을 제안하였다.

향후 본 연구는 장기적 개선 방안으로 제시한 '공공성평가제'의 연구로 이어질 때, 사업자가 설치하는 기반시설의 기부채납과 관련된 제도의 선진화로 이어질 것으로 판단한다.

부록 * 기부채납관련 판결

1. 대법원 2007.4.12. 선고 2006두18492 판결【보상금】

【판시사항】

[1] 구 택지개발촉진법 제6조 제1항 단서에서 정한 '예정지구의 지정·고시 당시에 공사 또는 사업에 착수한 자'의 의미 및 예정지구의 지정·고시로 인하여 건축허가가 효력을 상실한 후에 공사에 착수하여 공사가 진척된 토지에 대한 보상액을 산정함에 있어서 그 이용현황의 평가 방법

[2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제26조 제2항 제1호, 제2호에서 정한 '도로개설 당시의 토지소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도로' 및 '토지소유자가 그 의사에 의하여 타인의 통행을 제한할 수 없는 도로'의 판단 기준

【판결요지】

[1] 구 택지개발촉진법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 단서에서 규정하는 '예정지구의 지정·고시 당시에 공사 또는 사업에 착수한 자'라 함은 예정지구의 지정·고시 당시 구 택지개발촉진법 시행령(2006. 6. 7. 대통령령 제19503호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항에 열거되어 있는 행위에 착수한 자를 의미하는 것이고 그러한 행위를 하기 위한 준비행위를 한 자까지 포함하는 것은 아니라고 할 것이며, 같은 법 제6조 제1항 본문에 의하면, 건축법 등에 따른 건축허가를 받은 자가 택지개발 예정지구의 지정·고시일까지 건축행위에 착수하지 아니하였으면 종전의 건축허가는 예정지구의 지정·고시에 의하여 그 효력을 상실하였다고 보아야 할 것이어서, 이후 건축행위에 착수하여 행하여진 공사 부분은 택지개발촉진법 제6조 제2항의 원상회복의 대상이 되는 것이므로, 예정지구의 지정·고시 이후 공사에 착수하여 공사가 진척되었다고 하더라도 당해 토지에 대한 보상액을 산정함에 있어서 그 이용현황을 수용재결일 당시의 현황대로 평가할 수는 없고, 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2005. 2. 5. 건설교통부령 제424호로 개정되기 전의 것) 제24조에 따라 공사에 착수하기 전의 이용상황을 상정하여 평가하여야 한다.

[2] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2005. 2. 5. 건설교통부령 제424호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제2호, 제2항 제1호, 제2호는 사도법에 의한 사도 외의 도로(국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의한 도시관리계획에 의하여 도로로 결정된 후부터 도로로 사용되고 있는 것을 제외한다)로서 '도로개설 당시의 토지소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도로'와 '토지소유자가 그 의사에 의하여 타인의 통행을 제한할 수 없는 도로'는 '사실상의 사도'로서 인근토지에 대한 평가액의 1/3 이내로 평가하도록 규정하고 있는데, 여기서 '도로개설당시의 토지소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도로'인지 여부는 인접토지의 획지면적, 소유관계, 이용상태 등이나 개설경위, 목적, 주위환경 등에 의하여 객관적으로 판단하여야 하고, '토지소유자가 그 의사에 의하여 타인의 통행을 제한할 수 없는 도로'에는 법률상 소유권을 행사하여 통행을 제한할 수 없는 경우뿐만 아니라 사실상 통행을 제한하는 것이 곤란하다고 보이는 경우도 해당한다고 할 것이나, 적어도 도로로의 이용상황이 고착화되어 당해 토지의 표준적 이용상황으로 원상회복하는 것이 용이하지 않은 상태에 이르러야 할 것이어서 단순히 당해 토지가 불특정 다수인의 통행에 장기간 제공되어 왔고 이를 소유자가 용인하여 왔다는 사정만으로는 사실상의 도로에 해당한다고 할 수 없다.

【참조조문】

[1] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항, 구 택지개발촉진법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 택지개발촉진법 시행령(2006. 6. 7. 대통령령 제19503호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2005. 2. 5. 건설교통부령 제424호로 개정되기 전의 것) 제24조 / [2] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2005. 2. 5. 건설교통부령 제424호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제2호, 제2항 제1호, 제2호

【참조판례】

[1] 대법원 2000. 11. 24. 선고 98두11588 판결 / [2] 대법원 1987. 2. 24. 선고 86누760 판결(공1987, 581), 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누1056 판결(공1989, 1511), 대법원 1995. 6. 13. 선고 94누14650 판결(공1995하, 2412)

2. 대법원 2007.4.12. 선고 2005두1893 판결【도시계획시설결정취소】

【판시사항】

[1] 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 추모공원건립추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니라고 한 사례

[2] 시·도지사가 개별 장묘시설을 설치하기 위하여 반드시 장사 등에 관한 법률에 따라 관할구역 안의 장묘시설의 수급에 관한 중·장기계획을 먼저 수립하여야 하는지 여부(소극)

[3] 개발제한구역 내에 도시계획시설결정을 하기 위하여 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법에 따른 개발제한구역 관리계획을 수립하여야 하는지 여부(소극)

[4] 개발제한구역 내에 묘지공원과 화장장 시설을 설치하는 내용의 도시계획시설결정이 개발제한구역의 지정목적에 어긋나 위법한지 여부(소극)

[5] 구 도시계획법 제19조 제1항 및 지방자치단체의 도시계획조례에서 말하는 도시기본계획이 행정청에 대한 직접적 구속력을 가지는지 여부(소극)

[6] 행정계획의 의미 및 행정주체의 행정계획결정에 관한 재량의 한계

【판결요지】

[1] 묘지공원과 화장장의 후보지를 선정하는 과정에서 서울특별시, 비영리법인, 일반기업 등이 공동발족한 협의체인 추모공원건립추진협의회가 후보지 주민들의 의견을 청취하기 위하여 그 명의로 개최한 공청회는 행정청이 도시계획시설결정을 하면서 개최한 공청회가 아니므로, 위 공청회의 개최에 관하여 행정절차법에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것은 아니라고 한 사례.

[2] 장사 등에 관한 법률 제5조, 같은 법 시행령 제3조에서는, 시·도지사는 관할구역 안의 묘지·화장장 및 납골시설의 수급에 관한 중·장기계획을 수립하여야 하고, 시장·군수·구청장은 시·도의 묘지 등 수급계획에 따라 관할구역 안의 묘지·화장장 및 납골시설의 수급에 관한 중·장기계획을 수립하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 장묘시설의 원활한 수급을 위하여 관할구역 내에 묘지 등의 장묘시설을 미리 확보하도록 하기 위한 목적으로 지방자치단체에게 그 계획을 수립할 의무가 있다는 것이므로, 시·도지사가 개별 장묘시설을 설치하기 위하여 반드시 위 계획을 먼저 수립

하여야 한다고 해석할 수는 없고, 시·도지사가 위 계획의 수립 없이 개별 장묘시설을 설치한다고 하여 시장·군수·구청장의 계획 수립권한을 침해한다고도 할 수 없다.

[3] 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제10조는 개발제한구역의 관할 시·도지사로 하여금 개발제한구역 관리의 기본 목표와 방향을 제시하고, 도시계획시설의 입지 여부 등을 검토하여 개발제한구역의 종합적인 관리에 지장이 없도록 5년 단위로 관리계획을 수립하도록 하는 규정이라 할 것이므로, 그 규정만을 근거로 개발제한구역 내에 도시계획시설결정을 하기 위하여 반드시 사전에 개발제한구역 관리계획을 수립하여야 한다고 할 수 없다.

[4] 개발제한구역은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시 주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한할 필요에 의하여 지정되는 것이어서 원칙적으로 개발제한구역에서의 개발행위는 제한되는 것이기는 하지만 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배되지 않는다면 허용될 수 있는 것인바, 도시계획시설인 묘지공원과 화장장 시설의 설치가 위와 같은 개발제한구역의 지정목적에 위배된다고 보이지 않으므로, 시장이 이미 개발제한구역으로 지정되어 있는 부지에 묘지공원과 화장장 시설들을 설치하기로 하는 내용의 도시계획시설결정을 하였다 하더라도 이를 두고 위법하다고 할 수 없다.

[5] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제19조 제1항 및 도시계획시설결정 당시의 지방자치단체의 도시계획조례에서는, 도시계획이 도시기본계획에 부합되어야 한다고 규정하고 있으나, 도시기본계획은 도시의 장기적 개발방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청에 대한 직접적인 구속력은 없다.

[6] 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 것으로서, 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있으므로,

행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 형량에 하자가 있어 위법하게 된다.

【참조조문】

[1] 구 행정절차법(2002. 12. 30. 법률 제6839호로 개정되기 전의 것) 제2조 제6호, 제38조, 제39조 / [2] 장사 등에 관한 법률 제5조, 장사 등에 관한 법률 시행령 제3조 / [3] 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제10조 / [4] 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제10조 / [5] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제19조 제1항(현행 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제25조 제1항 참조) / [6] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제19조(현행 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제25조 참조), 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제24조(현행 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제30조 참조), 행정소송법 제27조

【참조판례】

[5] 대법원 1998. 11. 27. 선고 96누13927 판결(공1999상, 53), 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결(공2002하, 2734) / [6] 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결(공1997상, 210), 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결(공2000상, 1067), 대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두5426 판결(공2006하, 1673)

3. 대법원 2006.11.23. 선고 2005다13288 판결【부당이득금】

【판시사항】

[1] 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있는 경우, 계약의 해석 방법

[2] 국가와 기부채납자가 국유지인 대지 위에 건물을 신축하여 기부채납하고 위 대지 및 건물에 대한 사용수익권을 받기로 약정하면서 그 기부채납이 부가가치세 부과

대상인 것을 모른 채 계약을 체결한 사안에서, 두 계약당사자의 진의(眞意)가 국가가 부가가치세를 부담하는 것이었다고 추정하여 그러한 내용으로 계약을 수정 해석하여야 한다고 본 원심판결을 파기한 사례

【판결요지】

[1] 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있는바, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다.

[2] 국가와 기부채납자가 국유지인 대지 위에 건물을 신축하여 기부채납하고 위 대지 및 건물에 대한 사용수익권을 받기로 약정하면서 그 기부채납이 부가가치세 부과대상인 것을 모른 채 계약을 체결한 사안에서, 두 계약당사자의 진의(眞意)가 국가가 부가가치세를 부담하는 것이었다고 추정하여 그러한 내용으로 계약을 수정 해석하여야 한다고 본 원심판결을 파기한 사례.

【참조조문】

[1] 민법 제105조, 제109조 / [2] 민법 제105조, 제109조, 부가가치세법 제15조, 구 국유재산법(2004. 12. 31. 법률 제7325호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제1호, 제27조 제1항, 구 국유재산법 시행령(2005. 6. 30. 대통령령 제18886호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항

4. 대법원 2006.9.14. 선고 2006다30785 판결【소유권이전등기말소】

【판시사항】

토지형질변경허가처분의 부관에 따라 도시계획시설결정에 저촉되는 토지에 대한 기부채납이 있었는데, 그 후 도시계획사업이 실시되지 아니한 채 도시계획시설결정이 폐지된 경우, 그러한 사정만으로 기부채납 당시 행정청과 기부채납자 사이에 도시계획시설결정이 폐지되는 것을 해제조건으로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기 어렵다고 한 사례

【판결요지】

토지형질변경허가처분의 부관에 따라 도시계획시설결정에 저촉되는 토지에 대한 기부채납이 있었는데, 그 후 도시계획사업이 실시되지 아니한 채 도시계획시설결정이 폐지된 경우, 그러한 사정만으로 기부채납 당시 행정청과 기부채납자 사이에 도시계획시설결정이 폐지되는 것을 해제조건으로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기 어렵다고 한 사례.

【참조조문】

민법 제105조

5. 대법원 2006.5.12. 선고 2005다31736 판결【토지인도등】

【판시사항】

[1] 사유지가 사실상 도로로 사용되고 있는 경우, 토지 소유자의 무상통행권의 부여 또는 사용수익권의 포기 여부에 관한 판단 기준

[2] 새마을 농로 확장공사로 인하여 자신의 소유 토지 중 도로에 편입되는 부분을 도로로 점유함을 허용함에 있어 손실보상금이 지급되지 않았으나 이의를 제기하지 않았고 도로에 편입된 부분을 제외한 나머지 토지만을 처분한 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 토지소유자가 토지 중 도로로 제공한 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기한 것으로 봄이 상당하다고 한 사례

[3] 타인의 토지를 권원 없이 점유하고 있는 자가 그 토지의 소유자에게 반환하여야 할 부당이득액을 산정하기 위한 토지의 기초가격의 평가 기준

【판결요지】

[1] 어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우, 그 토지의 소유자가 스스로 그 토지를 도로로 제공하여 인근 주민이나 일반 공중에게 무상으로 통행할 수 있는 권리를 부여하였거나 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기한 것으로 의사해석을 함에 있어서는, 그가 당해 토지를 소유하게 된 경위나 보유기간, 나머지 토지들을 분할하여 매도한 경위와 그 규모, 도로로 사용되는 당해 토지의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 가지 사정과 아울러 분할·매도된 나머지 토지들의 효과적인 사용·수익을 위하여 당해 토지가 기여하고

있는 정도 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 한다.

[2] 새마을 농로 확장공사로 인하여 자신의 소유 토지 중 도로에 편입되는 부분을 도로로 점유함을 허용함에 있어 손실보상금이 지급되지 않았으나 이의를 제기하지 않았고 도로에 편입된 부분을 제외한 나머지 토지만을 처분한 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 토지소유자가 토지 중 도로로 제공한 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기한 것으로 봄이 상당하다고 한 사례.

[3] 타인의 토지를 권원 없이 점유하고 있는 자가 그 토지의 소유자에게 반환하여야 할 부당이득액을 산정하기 위한 토지의 기초가격은 점유자가 점유를 개시할 당시의 현실적 이용상태를 기준으로 평가되어야 하는 것이다.

【참조조문】

[1] 민법 제741조 / [2] 민법 제741조 / [3] 민법 제741조

【참조판례】

[1][3] 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56232 판결(공1999상, 1037) / [1] 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결(공1989, 1218), 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다27114 판결(공1998상, 269), 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다52844 판결(공1998상, 1583), 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다59262 판결(공2000하, 1383), 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다21517 판결(공2005하, 1563)

6. 대법원 2006.5.12. 선고 2004두12698 판결【개발부담금부과처분취소】

【판시사항】

[1] 항소심판결 선고 후 개발부담금 감액경정처분이 이루어진 경우, 대법원이 감액된 부분에 대한 개발부담금부과처분 취소청구 부분에 관하여 소를 각하한 사례

[2] 개발부담금 감면에 대한 적용례를 규정한 '개발이익환수에 관한 법률' 부칙(1997. 1. 13.) 제2항의 '부과종료시점'의 의미

[3] 개발사업이 시행된 甲, 乙, 丙 토지 중 甲 토지만이 개발부담금 부과대상이 된 경우, 甲, 乙, 丙 토지 전체의 사업시행기간분 개발이익을 산출한 후 甲 토지 종료시점지가의 甲, 乙, 丙 토지 전체 종료시점지가에 대한 비율로 안분하는 방식으로 甲 토지의 개발이익을 산정한 원심의 판단을 수긍한 사례

【판결요지】

[1] 甲, 乙 토지에 대한 개발부담금부과처분 취소소송에서 항소심법원이 개발부담금부과처분 중 甲 토지에 대한 개발부담금을 초과하는 부분을 취소하는 판결을 선고한 후, 지방자치단체의 장이 당초의 개발부담금을 甲 토지에 대한 개발부담금으로 감액하는 경정처분을 하고서도 항소심판결의 패소 부분에 대하여 상고를 제기한 경우, 감액경정처분은 당초 처분의 일부(감액된 부분)를 취소하는 효력을 갖는 것이므로 감액된 부분에 대한 부과처분취소청구는 이미 소멸하고 없는 부분에 대한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법하다는 이유로, 대법원이 감액된 부분에 대한 개발부담금부과처분 취소청구 부분에 관하여 소를 각하한 사례.

[2] 개발부담금 면제의 특혜규정인 개발이익환수에 관한 법률(1997. 1. 13. 법률 제5285호로 개정된 것) 제7조 제3항의 적용시점에 관한 특례규정이라 할 수 있는 부칙을 해석함에 있어서는 법문대로 해석하여야 할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니한다 할 것인바, 같은 법 제9조 제3항, 제4항 및 같은 법 시행령 제7조 제3항, 제8조 등이 개발부담금의 부과요건인 개발사업의 종료시, 즉 부과종료시점을 구체적으로 정하고 있는 점, 한편 같은 법 제14조 제1항은 부과종료시점이 도래한 때에 원칙적으로 부과권자가 납부의무자에게 대하여 부과권을 행사할 수 있되, 다만 부과종료시점이 도래하였으나 당해 사업이 대규모사업의 일부에 해당하는 경우 개발비용의 산출이 곤란하여 개발부담금의 산정이 어려운 경우가 있으므로 그러한 경우에는 부과권의 행사를 전체사업의 개발이 종료된 후에 할 수 있도록 하는 개발부담금의 부과·결정시점에 대한 규정인 점 등에 비추어 보면, 법은 부과종료시점과 개발부담금의 부과·결정시점을 명백히 구별하고 있다고 할 것이므로, 부칙의 '부과종료시점'은 같은 법 제9조 제3항, 제4항 및 같은 법 시행령 제7조 제3항, 제8조 등에서 정한 사실의 발생시점을 의미한다고 해석함이 상당하다.

[3] 개발사업이 시행된 甲, 乙, 丙 토지 중 甲 토지만이 개발부담금 부과대상이 된 경우, 甲 토지를 비롯한 나머지 토지에 대한 개발사업이 각 다른 시기에 종료되었지만 이들 개발사업이 각 별도로 구분되어 시행된 것이 아니라 동일한 사업승인에 터 잡아 상호 유기적 관련을 가지면서 하나로 시행된 산업단지개발사업이라는 점과 甲 토지만에 대한 개발비용을 산정하기는 곤란한 점 등에 비추어 甲, 乙, 丙 토지 전체의 사업시행기간분 개발이익을 산출한 후 甲 토지의 종료시점지가의 甲, 乙, 丙 토지 전체 종료시점지가에 대한 비율로 안분하는 방식으로 甲 토지의 개발이익을 산정한 원심의 판단을 수긍한 사례.

【참조조문】

[1] 행정소송법 제19조 / [2] 개발이익환수에 관한 법률 제7조 제3항, 제9조 제3항, 제4항, 제14조, 부칙(1997. 1. 13.) 제2항 / [3] 개발이익환수에 관한 법률 제8조, 제11조

7. 대법원 2006.1.26. 선고 2005두14998 판결【취득세등부과처분취소】

【판시사항】

부동산을 국가에 공여함에 있어 경제적 이익을 취득할 목적이 있었다고 하더라도 부동산의 공여가 기부채납의 형식으로 되어 있고, 국가도 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 한 경우, 위 부동산이 지방세법 제106조 제2항, 제126조 제2항에 정한 취득세 등의 비과세 대상에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

지방세법 제106조 제2항, 제126조 제2항에 의하면 '국가에 기부채납을 조건으로 취득하는 부동산'은 취득세 등의 비과세 대상인바, 기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 국가나 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 국가나 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이나, 국유재산법 제9조에서 기부채납의 개념을 순수하게 대가성이 없는 무상(無償)의 기증만으로 한정하고 있지 아니한 점에 비추어 보면, 부동산을 국가에 공여함에 있어 인허가조건의 성취, 무상사용권 취득 또는 무상양여 등 다른 경제적 이익을 취득할 목적이 있었다고 하더라도 당해 부동산의 공여 자체가 기부채납의 형식으로 되어 있고, 국가도 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 한 이상, 위 부동산이 지방세법 제106조 제2항, 제126조 제2항에 정한 취득세 등의 비과세 대상에 해당한다고 한 사례.

【참조조문】

지방세법 제106조 제2항, 제126조 제2항, 국유재산법 제9조

8. 대법원 2005. 6. 24. 선고 2003두9367 판결【토지형질변경불허처분취소】

【판시사항】

[1] 구 도시계획법에 따라 행정청이 도시계획시설(도로)로 예정되어 있는 인접토지의 기부채납을 토지형질변경허가의 조건으로 하기 위한 요건

[2] 기부채납할 인접토지에 대한 도로 설치의 필요성이 형질변경허가신청 토지에 대한

형질변경에 따른 것이라고 보기 어렵다고 한 사례

【판결요지】

[1] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조로 폐지) 제47조 제2항에 의하면, 행정청은 개발행위허가를 함에 있어서 필요하다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 '당해 개발행위에 따른' 공공시설의 설치·위해방지·환경오염방지·조경 등의 조치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 행정청이 도시계획시설(도로)로 예정된 토지의 기부채납을 당사자가 신청한 형질변경허가의 조건으로 하기 위하여는 기부채납의 대상이 된 토지에 공공시설을 설치할 필요가 있고 그 기부채납의 정도가 공익상 불가피한 범위와 형질변경의 이익범위 내에서 이루어져야 한다는 점 외에도 그러한 공공시설 설치의 필요성이 당해 토지에 대한 형질변경에 따른 것이어야 한다.

[2] 기부채납할 인접토지에 도로를 설치하여 형질변경허가신청 토지의 진입로를 확보할 필요가 없고, 인접토지에 도로가 설치되는 것만으로는 신청토지의 효율적인 이용에 이바지할 것으로 기대하기 어려우며, 신청토지에 대한 형질변경 후의 건축으로 곧바로 도로 설치 또는 확충의 필요가 생긴다고 보기도 어려운 사정에 비추어, 인접토지에 대한 도로 설치의 필요성이 신청토지에 대한 형질변경에 따른 것이라고 보기 어렵다고 한 사례.

【참조조문】

[1] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조로 폐지) 제46조, 제47조 제2항/ [2] 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조로 폐지) 제46조, 제47조 제2항

9. 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2073 판결【개발부담금부과처분취소】

[공보불게재]

【판시사항】

[1] 개발부담금의 부과대상이 되는 개발사업 규모의 판단 기준(=인가 등을 받은 사업대상토지의 면적)

[2] 개발부담금의 부과대상이 되는지 여부는 건축한 면적이 아니라 기부채납된 대지면적을 포함한 실제로 건축허가를 받은 면적을 기준으로 하여야 한다고 한 사례

【참조조문】

[1] 개발이익환수에관한법률 제4조 제1항 제2호/ [2] 개발이익환수에관한법률 제4조 제1항 제2호, 제5조 제1항 제10호, 개발이익환수에관한법률시행령 제4조 제1항 제2호[별표 1] 제9호, 도시계획법 제46조, 구 건축법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제8조 제6항 제3호

【참조판례】

[1] 대법원 1995. 4. 25. 선고 93누13728 판결(공1995상, 1985),대법원 1996. 7. 12. 선고 95누10464 판결(공1996하, 2510),대법원 1997. 6. 27. 선고 96누12337 판결(공1997하, 2192),대법원 1999. 12. 10. 선고 98두2881 판결(공2000상, 204),대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두9694 판결

10. 대법원 2005. 5. 12. 선고 2003다43346 판결【부당이득금반환】

【판시사항】

[1] 주택건설사업승인결정 이후에 취득하는 토지만이 지방세법 제106조 제2항 및 제126조 제2항에 정한 취득세 및 등록세의 비과세대상이 된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례

[2] 신고납세방식의 조세인 취득세 및 등록세에 있어서 납세의무자의 납세액이 부당이득에 해당하는 경우 및 납세의무자의 신고행위가 당연무효에 해당하는지 여부의 판단 기준

【판결요지】

[1] 국토이용계획변경운용지침 및 세부시행기준 내지 지방자치단체장의 국토이용계획변경결정이 있었다는 사정만으로 기부채납의 대상이 되는 공공시설용지의 위치나 면적이 특정되었다거나 또는 기부채납의 합의가 있었다고 인정하기 어렵고, 지방자치단체장이 주택건설사업계획에 대한 승인결정을 할 무렵에 기부채납의 대상이 되는 공공시설용지의 위치나 면적이 어느 정도 특정되고, 구체적으로 공공시설용지로

편입될 토지에 관하여 기부채납을 하도록 승인조건을 부과한 때에 비로소 기부채납에 대한 의사의 합치가 있었던 것으로 볼 수 있으므로, 그 사업승인결정 이후에 취득하는 토지만이 지방세법 제106조 제2항 및 제126조 제2항 소정의 '국가 또는 지방자치단체에 기부채납을 조건으로 취득하는 부동산'으로 취득세 및 등록세의 비과세대상이 된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.

[2] 취득세 및 등록세는 신고납세방식의 조세로서 이러한 유형의 조세에 있어서는 원칙적으로 납세의무자가 스스로 과세표준과 세액을 정하여 신고하는 행위에 의하여 조세채무가 구체적으로 확정되고, 그 납부행위는 신고에 의하여 확정된 구체적 조세채무의 이행으로 하는 것이며 국가나 지방자치단체는 그와 같이 확정된 조세채권에 기하여 납부된 세액을 보유하는 것이므로, 납세의무자의 신고행위가 중대하고 명백한 하자로 인하여 당연무효로 되지 아니하는 한 그것이 바로 부당이득에 해당한다고 할 수 없고, 여기에서 신고행위의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하는지의 여부에 대하여는 신고행위의 근거가 되는 법규의 목적, 의미, 기능 및 하자있는 신고행위에 대한 법적 구제수단 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 신고행위에 이르게 된 구체적 사정을 개별적으로 파악하여 합리적으로 판단하여야 한다.

【참조조문】

[1] 지방세법 제106조 제2항, 제126조 제2항/ [2] 민법 제741조, 행정소송법 제19조, 지방세법 제120조, 제150조의2

【참조판례】

[2] 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31419 판결(공1995상, 1455),대법원 1995. 11. 28. 선고 95다18185 판결(공1996상, 160),대법원 1995. 12. 5. 선고 94다60363 판결(공1996상, 192),대법원 1996. 4. 12. 선고 96다3807 판결(공1996상, 1531),대법원 1996. 8. 23. 선고 95다44917 판결(공1996하, 2829),대법원 1997. 11. 11. 선고 97다8427 판결(공1997하, 3758),대법원 1997. 12. 12. 선고 97다20373 판결(공1998상, 264),대법원 1999. 7. 27. 선고 99다23284 판결(공1999하, 1778),대법원 2001. 4. 27. 선고 99다11618 판결(공2001상, 1224),대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다46102 판결(공2003상, 159)

참고문헌

김학세, “부당결부금지의 원칙”, 판례연구 제15집(상), 2001.
기획예산처, 2006년 부담금운용종합보고서, 2007.
박균성, 행정법론(상), 박영사, 2006.
박상희, 각종부담금제도의 분석과 개선방안 연구: 현행 법제개선방안연구(Ⅲ), 한국법제연구원, 1994.
박우기, 도시개발에 따른 기반시설 비용부담에 관한 연구, 서울시립대 석사학위논문, 2004.
박정훈, “기부채납의 부담과 의사표시의 착오”, 행정법연구, 제3호, 1998.
백승주, 국민고충처리위원회 간담회 자료, 2007. 9.
송영천, “기부채납과 토지형질변경행위허가”, 인권과 정의, 1998.
송현영, 주택사업관련 기부채납의 실태와 문제점, 주택산업연구원, 2001.
우동기·이덕복, 도시개발사업에서의 공공시설의 비용부담에 관한 연구, 서울시정개발연구원, 1994.
지대식·김창현, 공공시설부담금제의 도입에 관한 연구(Ⅰ), 국토개발연구원, 1995.
최계영, “용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성”, 행정법연구 통권제14호, 2005.
최영동, “재건축사업과 국·공유지 무상양도”, 월간 도시개발 제2호, 2006.
장택영, 기부채납에 의한 인센티브제도 운영의 합리성 제고를 위한 연구, 서울시립대학교 박사논문, 2005.
한국토지공사, 도시기반시설의 효과적인 공급체계와 관리방안에 관한 연구, 1998.
하성규외, 주택·도시·공공성, 박영사, 2000..
도시개발신문, 2007.11.6일자.
한국경제신문, 2007. 8. 19일자.

OECD, Urban Infrasructure: Finance and Management, 1991.
Stephen J. Bailey, "Charge for Local Infrastructure", Town Planning Review, 1990.

Abstract

The improvement schemes of free reversion of public facilities established by developer in Korea

This study suggests problems of free reversion of public facilities established by developer, as follow. The best problem is excessive grant of discretion rights with free reversion and defectiveness of related regulations. And lack of local government's financial affairs with public facilities is another problems.

This study suggests improvement schemes of free reversion of public facilities established by developer and ensure of free reversion of public facilities established by developer's efficiency and transparency, as follows.

First, This study suggests with free reversion, reduction of discretion rights and legislation when a local government's requirement is not reasonable, it is invalid

Second, for solving of currently problems this study suggests a institutionalization, 'evaluation system of public connection' that confirm reasonable range of public facilities and adjustment of incentives(a rate of capacity etc), long-termly.

Third, for clearness's identification of the prime cost with free reversion of public facilities established by developer, this study suggests that improvement of related regulations.

Fourth, for solving currently serious problems that free reversion of school facilities established by developer, this study suggests clearness that a federal and local government have to establish school facilities.

Fifth, for ensure efficiency of financial affairs with public facilities in local government, suggests development impact fee allocate 30% in federal government and 70% in local government.

Finally, thia study suggests a institutionalization that decision of a scope of free conveyance must calculate developer's profit and loss.

○ 저자소개

강운산(wskang@cerik.re.kr)

충남대학교 법과대학 법학과 졸업
경희대학교 대학원 법학석사(행정법 전공)
경희대학교 대학원 법학박사(행정법, 환경법 전공)
경희대학교 국제법무대학원 외래교수
서울시립대학교, 사울여자대학교 강사(행정법, 환경법 담당)
한국공법학회, 한국토지공법학회 연구위원
2007년 사법시험 2차(행정법) 출제위원
현재 한국건설산업연구원 연구위원

<주요 저서 및 논문>

환경법상 경제적 유인제도에 대한 법경제학적 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
학교용지부담금 제도의 문제점과 개선 방안, 한국건설산업연구원, 2003.
기후변화가 건설업에 미치는 영향과 대응 방안, 한국건설산업연구원, 2004.
건설공사 환경보전비 계상 제도의 문제점과 개선 방안, 한국건설산업연구원, 2004
기반시설부담금의 문제점과 대안 검토, 한국건설산업연구원, 2005
건설관련 처벌 법규 개선 방안, 2006
기반시설부담금제도 정비 방안, 2007
공공계약에 대한 사법심사, 2007 등