

매도청구권 행사에 따른 매매가격 산정시 개발이익 포함여부에 관한 연구

- 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결에 대한 평석을 겸하여 -

성 중 탁

경북대 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사

A Study about Whether to include on the profits made Calculating Sales Price from doing
development Right of Claim for Sale

Joong-Tak Sung

Prof., Lawyer, JD, Kyungpook National University Law School

.....

초록 : 도시 및 주거환경 정비법(이하, 도시정비법이라고 한다)상 주택 등의 재건축사업 과정에서 해당 사업 토지의 확보를 위하여 이루어지고 있는 매도청구권 행사에 따른 매도청구가격 산정시 당해 재건축사업으로 인하여 발생한 개발이익을 매매가에 포함하여야 하는지 아니면 주택 재개발에서의 수용재결과 마찬가지로 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 “공익사업법”이라고 한다)을 준용하여 당해 사업시행으로 인한 개발이익을 전적으로 배제하여야 하는지에 관하여 견해가 나뉘고 있다. 이에 대해 대법원 판례와 종래 통설적 견해는 “주택재건축사업의 매도청구권 행사에 따른 매도청구가격 산정에서는 수용에 관한 일반법리가 적용되지 아니하고, 매도청구권 행사에 따른 매매는 일반 사법상 매매계약과 동일한 성격이라는 점 등을 들어 재건축사업 시행을 전제로 매도청구권 행사 시점에 형성된 시가에는 개발이익을 포함한다”라고 보고 있다. 그러나 현행 도시정비법 규정하에서는 위 대법원 판례나 통설의 견해와 같이 모든 매도청구권 행사시 일괄적으로 매도가액에 개발이익을 포함하는 것으로 해석하는 것은 문제가 있다고 생각된다. 왜냐하면 ‘토지 또는 건축물만을 소유하고 있어 조합원이 될 수 있는 자격이 처음부터 없었던 자’에게 조합원이 될 수 있었지만 자의로 그 권리를 포기하고 매도청구를 당한 자와 동일하게 대우하는 것은 오히려 서로 다른 것을 같게 다루는 것으로서 이는 헌법상 평등원칙에 반한다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 적어도 현행 도시정비법상 토지 또는 건물만을 소유하고 있어 처음부터 조합원 자격이 없었던 자에 대한 매도청구권 행사의 경우 당해 매도가액에는 개발이익을 포함하지 않는 것이 법해석상 타당하다고 보여진다. 다만, 이로 인해 토지 또는 건물만을 소유하고 있어 조합원이 될 수 없는 자들이 받게 되는 불이익과 관련해서는 이들에 대하여도 도시정비법에 명시적으로 조합원이 될 수 있는 자격을 부여하여 해당 재건축 사업에 조합원으로 참여할지 말지에 대한 선택권을 주는 방안으로 해결하여야 할 것이다.

Abstract : It is controversial that calculating price for sale request shall include development gain from redevelopment or not such in case of expropriation in housing reconstruction. Current Supreme Court's precedents and conventional wisdom says legal principal concerning expropriation shall not be adopted in calculating price for sale request. Since sale request has similar nature with general purchase and sales, being premised on exercising reconstruction project, price for sale request shall be market price formed when sale request is exercised that includes development gain. However, under current Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Resident, it is not desirable to add development gain into a sale price in every case of sale request like Supreme Court's precedents and conventional wisdom.

It is against the principle of equality in the Constitution that one who cannot be qualified as union member possessing either land or buildings is treated same as the other who can be qualified as a union member while applying same criteria. Therefore, in case of exercising sale request to a person who is only possessing land or buildings, it is legally appropriate not to include development gain into sale price. Disadvantage of the one who can't become a union member possessing only land or buildings can be compensated through Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Resident which grants right to them to become a union member so they would have right to decide reconstruction project.

• 논문접수 : 2012. 9. 10. • 심 사 : 2012. 10. 8. • 게재확정 : 2012. 11. 5.

I. 問題의 提起

도시정비법상 주택 등의 재건축사업에서 사업대상 토지의 확보를 위하여 매번 발생하고 있는 사업주체의 토지 등 소유자에 대한 매도청구권 행사시 대상 토지 등에 대한 매매시가의 산정기준 및 그 결정방법에 관하여 관련 집합건물의 구분소유 및 관리에 관한 법률(이하, 집합건물법이라고 한다)과 도시정비법 등에는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그런 까닭에 매매시가의 산정과 관련하여 개발이익을 포함할지 등이 줄곧 문제가 되어 왔다.

즉, 이러한 매매시가의 산정과 관련하여, 매도청구권 행사 당시의 건물이나 토지 등의 객관적 거래가격 속에 단순히 노후되어 철거되거나 양도될 상태를 전제로 한 거래가격 뿐만 아니라 그 건물이나 토지에 관하여 재건축 결의가 있음을 전제로 그로 인해 발생이 되었거나 발생이 예상되는 개발이익을 포함한 거래가격을 의미하는 것인지에 관해 논란이 있는 것이다.

II. 大法院의 對象 判決

1. 사건의 개요

원고는 서울 서대문구 충정로 3가 182 외 34

필지를 사업시행구역으로 시행면적을 2,109.33 m²으로 하여, 시행구역 내에 위치한 노후·불량한 기존의 단독주택 및 상가를 철거하고, 아파트 및 부대시설을 재건축할 것을 목적으로, 2000. 5. 15. 구 주택건설촉진법에 따라 설립되어 2003. 7. 31. 그 설립등기를 마친 재건축조합이고, 피고들은 위 사업시행구역 내에 위치한 대지만을 공유하고 있는 사람들로 위 재건축조합의 조합원이 될 자격이 없는 자들에 해당한다(도시정비법 제39조 제2호).

원고는 위 피고들을 상대로 도시정비법 제39조 소정의 매도청구소송을 제기하였고, 위 소송에서 피고들은, 감정인이 이 사건 매도청구 대상 토지에 관하여 산정한 시가에는 개발이익이 포함되어 있지 아니하여 지나치게 적은 금액이 산정되어 부당하다고 주장하여 매도청구 가격 산정시 개발이익 포함여부가 위 소송의 주요 쟁점이 되었다.

2. 대법원 판결 요지

사업시행자가 주택재건축사업에 참가하지 않은 자에 대하여 도시정비법 제39조에 의한 매도청구권을 행사하면, 그 매도청구권 행사의 의사표시가 도달함과 동시에 주택재건축사업에 참가하지 않은 자의 토지나 건축물에 관하여 시가에 의한 매매계약이 당연 성립되는 것이 특징이

다. 그런데, 이때의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 토지나 건물의 객관적 거래가격으로서, 노후되어 철거될 상태를 전제로 하거나 주택재건축사업이 시행되지 않은 현재의 현황을 전제로 한 거래가격이 아니라 그 토지나 건물에 관하여 주택재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 하여 토지나 건축물을 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말한다.

원심은, 감정인이 ① 가격시점 현재의 아파트 가격을 조사, 파악한 후 이를 토지, 건물로 배분하여 대지가격을 도출하는 방법과 ② 인근 토지 가격과의 비교, 분석으로 대지가격을 구하는 방법 등 두 가지의 방식으로 가격을 산정한 후 이를 평균 산정한 다음, 이 사건 각 토지의 현황이 도로일지라도 재건축이 추진되면 아파트 단지의 일부가 되므로 대지로서 평가하되, 다만 그 형태(세장형 등 형태가 불량함), 면적, 단독토지로서의 효용가치 등 획지 조건의 열세와 기여도 등을 감안하여 감액평가하는 방식으로 ‘재건축을 전제할 경우의 시가’를 산출하였다는 이유로, 위 감정인의 2006. 6. 27.자 감정평가 결과를 그대로 채택하여 이 사건 각 토지의 매매시가를 결정하였는바, 원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 각 토지에 대한 매매시가를 산정함에 있어 재건축을 전제로 하여 그 가액을 평가한 감정인의 감정 결과를 채택한 것은 정당하다.

III. 賣渡請求制度의 意義

1. 도입 경위 및 개념

정부나 지방자치단체가 정책적으로 주도하는 주택 재개발사업이나 공동주택 재건축사업 등 각종 개발사업을 진행함에 있어 사업시행자는 사업구역 내 토지와 건축물 등을 직접 취득하거나 소유자들로부터 사업시행에 대한 동의를 받아야 한다. 그런데, 소유자 중 사업자체에 대한 반대나 사업조건에 대한 불만을 이유로 사업시행에 동의하지 않는 경우가 발생하기 마련이다. 위와 같은 사업시행자와 미동의자 사이의 이해관계의 충돌시, 상호간 원만한 협의가 이루어지지 아니할 경우 사업시행자 입장에서 원만하게 토지소유자들의 토지를 확보할 수 있는 방법이 필요하게 되었는데 그것이 바로 매도청구권제도가 도입된 경위이다.¹⁾

한편, 이러한 매도청구권제도는 강제성을 수반할 수밖에 없고 결과적으로 기존 토지 등 소유자들의 소유권을 제한하는 것이므로 이는 반드시 법률의 규정에 의하여야만 한다. 그런 연유로 종전에 주택건설촉진법에 의하여 이루어지던 재건축사업의 경우 사업부지에 대한 소유권 확보 수단으로써 집합건물법상의 매도청구권이 준용되었는데 이는 현행 주택법²⁾상 주택건설사업과 도시정비법상의 주택재건축사업의 경우에도 마찬가지로써 주택법 제18조의 2와 도시정비법 제39조는 집합건물법³⁾상의 매도청구권에 관

- 1) 주택법 제18조의 2 제1항 1호에 대한 위헌소원사건(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바133)에서의 국토해양부장관의 의견요지에서 매도청구권제도의 도입 취지가 잘 나타나 있는바, 그 요지는 다음과 같다. 이 사건 법률조항은 개발 예정지역의 땅을 미리 사놓고 집요하게 주택건설사업의 추진을 방해하며 개발사업자로부터 시가보다 훨씬 많은 돈을 받고 매도하는 행위인 이른바 ‘알박기’라 불리는 투기세력을 근절하고자 마련된 것이다.
- 2) 2005. 3. 9. 시행 개정 주택법 제18조의 2 제1항은 「국토의계획및이용에관한법률」에 의한 지구단위계획구역이 필요한 주택건설사업의 대지면적에 대한 90% 이상의 사용권원을 확보하여 사업계획승인을 받은 사업시행자는 나머지 미 확보된 토지의 소유자에 대하여 매도청구권을 인정하고 있다.
- 3) 집합건물법상 매도청구권의 근거는 동법 제48조이다. 동조에 의하면, 재건축의 결의가 있을 때에는 집회를 소집한 자는 지체 없이 그 결의에 찬성하지 아니한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다)에 대하여 그 결의내용에 따른 재건축에의 참여 여부를 회답할 것을 서면으로 최고하여야 하고(동조 제1항), 최고를 받은 구분소유자는 최고 수령일로부터 2월 이내에 회

한 조문을 준용하고 있다. 그러나 도시정비법⁴⁾은 집합건물법상 매도청구권에 있어서의 ‘재건축결의’를 ‘조합 설립의 동의’로 대체하고, 매도청구권의 대상을 ‘구분소유권 및 그 대지사용권’에서 ‘토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리’로 확대하고 있다. 이와 같은 차이는 생각보다 큰 것이어서 도시정비법상 매도청구권의 요건과 효과를 명확하게 해석하기 어렵게 하는 결과를 낳고 있다. 나아가, 매도청구는 사인의 토지를 강제로 취득하게 되어 공용수용과 유사한 효과를 발생하는 측면이 있다.⁵⁾

2. 매도청구의 상대방 - 재건축 조합원의 자격 취득여부와 관련하여

재개발조합과 도시환경정비 사업조합의 경우에는 조합설립에 미동의 하더라도 정비구역 안의 토지등 소유자들이 일단 모두 조합원으로 편입되는데 이를 통상 ‘강제가입제’라고 한다(도시정비법 제19조 제1항). 이는 이들 사업이 정비기반시설이 열악한 지역에서 주거환경을 개선하거나(재개발사업), 도시기능의 회복이나 상권 활성화가 필요한 지역에서 도시환경을 개선하기 위하여(도시환경정비사업) 시행되는 ‘공익사업’에 해당한다고 보기 때문인 것으로 보인다. 공익사업의 특징으로 인해 공익사업법에 따라 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하고 있는 것이다.

그러나 본 대상판결과 같이 수용이 아닌 매도청구가 문제되는 주택재건축사업의 경우에는 조합설립에 동의한 토지 및 건물의 소유자만이 조합원 자격을 취득하며, ①조합설립에 동의하지 않은 자 및 ②토지 또는 건물만을 소유하고 있어 처음부터 조합원 자격이 인정되지 않는 자는 조합원이 되지 못하고(임의가입제, 도시정비법 제19조 제1항), 그 경우 조합설립 직후 사업시행자인 조합으로부터 매도청구를 당하게 되어 자신이 보유한 소유권을 잃게 된다.(도시정비법 제39조 제1호)

여기서 매도청구의 상대방 즉, 비조합원에 해당하는 사람들은 ①토지 또는 건물만의 소유자, ②조합설립에 동의하지 아니한 토지 및 건물 등의 소유자 ③조합원이었으나 제명 또는 탈퇴한 토지 등 소유자이다. 그런데, 위 ‘토지 또는 건물만 소유한 자’를 처음부터 조합원에서 배제하고 있는 것에 대한 비판적 견해가 꾸준히 제기되어 왔다.⁶⁾ 즉, 위 ‘토지 또는 건물만 소유한 자’의 경우 현행 도시정비법 규정상 조합원자격이 인정되지 않아 조합원으로 가입하는 것 자체가 불가능한 상황임에도 재건축사업 구역에 편입되었다는 이유만으로 매도청구의 상대방이 되고, 그로 인해 사실상 반강제적으로 자신의 소유권을 상실한다는 점에 대해 비판이 제기되고 있는 것이다.

도시정비법은 재건축조합이 조합원이 될 수 있는 자를 ‘정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자와 정비구역 아닌 구역 안에

답하여야 하는데(동조 제2항), 그 기간이 경과한 때에는 재건축의 결의에 찬성한 각 구분소유자, 재건축의 결의내용에 따른 재건축에 참가할 뜻을 회답한 각 구분소유자(그 승계인 포함) 또는 이들 전원의 합의에 의하여 구분소유권 및 대지사용권을 매수하도록 지정된 자(이하 “매수지정자”라 한다)는 제2항의 기간만료일로부터 2월 이내에 재건축에 참가하지 아니하는 뜻을 회답한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다)에 대하여 구분소유권 및 대지사용권을 시가에 따라 매도할 것을 청구할 수 있다(동조 제4항).

- 4) 도시정비법상 매도청구제도와 관련하여서는 토지수용과 달리 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 보상관련 규정이 적용되지 않고 그 절차를 대행하거나 확인하여 주는 토지수용위원회와 같은 공익기관도 존재하지 아니하며 그 절차와 내용은 사적자치의 영역으로 예정되어 있다. 이에 따라 매도청구제도에 대하여서는 그 요건과 행사의 절차 및 매도청구가격의 산정 등을 둘러싸고 법적 분쟁으로 이어지는 경우가 대부분이다.
- 5) 매도청구권은 형성권으로서 상대방의 동의없이 행사자의 일방적 의사표시에 의하여 매매계약과 유사한 법률관계가 발생한다.
- 6) 김향훈, “도시정비법상 매도청구권에 관한 연구”, 『광운대학교 건설법무대학원 석사학위 논문』, 2012, 3, 88면 이하.

소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자와 정비 구역이 아닌 구역 안에 소재한 아파트 또는 연립주택 및 그 부속토지의 소유자 및 부대·복리 시설 및 그 부속토지의 소유자'로 제한하고 있어 건물 또는 토지만 소유하고 있는 경우에는 재건축조합원의 자격이 처음부터 인정되지 않아 재건축조합의 구성원으로 가입하고 싶어도 가입할 수 없도록 제도화되어 있는 것이다. 그러나, 매도청구권의 본래적 취지가 재건축조합 설립에 동의하지 아니한 미동의자의 재산을 강제적으로 취득하는데 있는 것이고, 그에 따라 사전에 조합원으로 가입하여 재건축에 참가할 것 인지의 여부를 최고하도록 하는 것이라는 점에 비추어 볼 때 법률의 규정으로 원천적으로 조합원 가입 자체가 불가능한 토지 또는 건물 소유자에 대하여 매도청구를 적용하여 강제로 토지 소유권을 상실하게 한다는 것은 재건축사업에서의 매도청구제도의 취지에 부합하지 아니한 측면이 있다. 그에 대한 개선으로 이들에게도 재건축 조합원 자격을 부여하는 방향으로 도시정비법을 개정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

이러한 문제의 제기는 본 논문에 다루고자 하는 것으로, 위와 같이 ①토지 및 건물을 소유하여 조합원이 될 자격은 있었으나, 자의로 조합 설립에 동의하지 않은 자 및 ②토지 또는 건물만을 소유하고 있어 처음부터 조합원 자격이 인정되지 않는 자에 대하여 행사되고 있는 각 매도청구 사안에서 매매대금 산정시 개발이익을 일률적으로 모두 포함시키고 있는 대법원 판결 및 통설적 견해가 현행 도시정비법에 비추어 볼 때 과연 타당한 것인지에 대한 논의로 연결되고 있는바, 아래에서 그 문제를 보다 자세히 고찰해 보기로 한다.

IV. 開發利益의 意義

1. 개발의 개념

개발의 개념을 어떻게 보느냐에 따라 개발이익의 범위가 결정 될 수 있다. 영국의 경우 ‘도시 및 농촌계획법’(Town and County Planning Act, 1971)과 ‘재정법’(Finance Act, 1974)에서 지표 또는 지상에서 건축공사 토목공사 등의 공사와 같은 유형적 개발과 토지 또는 건축물의 중대한 용도변경 등 유·무형적 개발을 포괄하여 정의하고 있다. 한편, 일본의 도시계획법 제4조 제1항에서는 “개발행위란 주로 건축물의 건축 또는 특정 공작물의 건축용에 제공할 목적으로 행해지는 토지의 구획·형질의 변경”으로 규정하여 영국과 달리 유형적 개발만으로 한정하고 있다. 우리나라의 관련 법률에서는 개발에 관한 명확한 규정은 없는 것으로 보여진다. 다만, 『개발이익환수에 관한 법률』에서 이익환수의 대상이 되는 개발사업의 종류를 열거하여 간접적으로 일본과 같이 유형적 개발을 규정하고, 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』에서 개발행위 허가대상을 나열함으로써 유형적 개발행위를 개별적으로 각 규정하고 있을 뿐이다.⁷⁾

지금도 끊임없이 추진되고 있는 개발사업에서 유형적 개발만이 수반되는 사업의 경우에도 이는 장래 무형적 개발행위로 이어지는 것이 대부분이다. 즉, 건설장비를 동원한 토지의 형질변경사업이나 주택건축행위 등은 눈에 당장 보이는 유형적 개발행위에 해당하는 반면, 용도지역 지구 변경을 비롯한 농지전용이나 산지전용 등은 장래 유형적 개발이 예상되는 무형적 개발에 해당한다. 위와 같이 개발이익은 반드시 유형적

7) 우리나라의 경우 1967년 부동산 투기억제에 관한 특별조치법 제정 이후 토지소유자의 투자를 공제한 지가상승분을 개발이익 환수대상으로 확대하게 되었다. 1989년 개발이익환수에 관한 법률 제정시 개발이익의 개념을 개발사업의 시행, 토지이용계획의 변경, 기타 사회·경제적 요인에 의하여 상승한 지가 중에서 정상지가 상승분을 초과하여 개발사업 시행자 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분으로 규정하였다.

개발에 의해서만 발생하는 것이 아니라 공간적·시간적 및 경제적·사회적 변화 즉, 무형적 개발을 반영하는 포괄적 개념으로 보아야 할 것이다.

2. 개발이익의 개념

개발이익이란 개념은 영국에서 최초로 나타났는데, 영국의 산업혁명 이후 급속한 도시개발에 따른 지가 증가분에 대한 과세가 논란이 되면서 언급되기 시작하였던 것이 그 시초이다.⁸⁾ 개발이익의 문언상 의미는 “다양한 요인에 의해 상승한 가치 증가분”을 말한다. 이런 가치의 증가분 중 어느 정도를 환수대상에 포함할 것인지는 나라와 시대마다 다르게 나타나고 있다. 다만, 개발의 개념과 개발이익의 개념은 현대로 접어들수록 넓혀져 왔고, 20세기에 접어들어 선진국 대부분에서 산업화와 도시화가 급속히 진행된 까닭에 도시용지의 공급을 위해 도시계획과 토지용도를 변경하는 과정에서 지가가 크게 상승하게 되어 개발이익의 환수가 당연시 되고, 더 나아가 환수 대상 범위를 확장⁹⁾하는 것이 정책적 과제가 되었다. 구체적으로는 사회 전반적으로 창출된 증가를 전부 개발이익으로 보아 환수하느냐, 아니면 그 중에서 공공투자에 의한 것만을 개발이익으로 보아 환수하느냐 하는 문제가 나타난 것이다.¹⁰⁾

대체로 개발이익은 토지소유자가 자신의 책임 아래 비용을 투입하여 토지를 개발하는 경우 발생하는 경우와, 국가 또는 지방자치단체 등에 의한 공공사업이나 도시 정비, 용도 구역 지정

등의 결정·변경 등으로 인하여 얻게 되는 지가 상승분을 의미하는 것이 일반적이다. 이러한 개발이익의 개념에는 토지가 우연히 특정 지역에 있었다는 이유만으로 아무런 노력 없이 땅값이 상승하게 되어 토지소유자가 얻게 되는 불로소득적 개념도 내포한다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 개발이익이란 자신의 노력에 의하거나, 일반적인 물가상승에 의하지 아니하고, 주택재개발, 재건축 내지 산업단지 지정과 같은 각종 개발사업지구 지정 등의 외부적 요인에 의한 부동산 가치의 증가로 보는 것이다.¹¹⁾

결국 개발이익 개념과 환수의 대상이 되는 개발이익은 토지소유자가 스스로 직접 투자한 것을 제외한 이득 중 ‘공공부분의 투자에 의한 증가’, ‘정부나 지자체의 토지이용계획의 결정 내지 변경으로 인한 증가’, ‘기타 사회 경제적 요인에 의한 증가’로 점차 확대해 가는 추세이며 이것을 중심으로 최협의, 협의, 광의로 구분할 수 있다.¹²⁾ 먼저, 최협의 개발이익은 공공투자에 의한 증가만을 환수대상으로 한다. 1962년 도시계획법에 도입된 수익자부담금제와 구 국토이용관리법상의 개발이익의 개념이 이에 해당한다. 다음으로, 협의 개발이익은 공공투자에 의한 증가에다가 무형적 개발인 토지이용계획의 결정·변경으로 인한 증가를 포함한다. 토지소유자의 개발투자이외에 공적주체의 투자 혹은 결정에 의하여 발생하는 모든 이익이라 볼 수 있다. 마지막으로 광의 개발이익은 협의 개발이익에다가 사회·경제적 요인에 의한 증가까지 포함하는 것이다. 우리나라의 개발이익 환수에 관한 법률의 개발이익의 개념이 이에 해당한다.

8) 김승중, 정희남, “영국의 개발이익 환수제도에 관한 연구”, 『감정평가연구』, 2005. 10, 119~120면.

9) 이러한 개발이익은 토지소유자 자신의 노력 없이 개발사업, 토지이용계획의 변경, 기타 사회적·경제적 요인에 의해 상승한 모든 토지가액의 증가분 중에 정상적 지가상승을 초과한 상승분으로 정의하면서 개발이익의 개념을 점차 확대해 왔다.

10) 개발이익환수에 관한 법률 제2조 제1호, 표준지 조사·평가 기준 제3조, 국토해양부훈령 제48호, 토지보상평가지침 제3조.

11) Donald G. Hagman and Dean J. Mischynski, 『WINDFALLS FOR WIPEOUTS』, American Society of Planning Officials, 1978, p.355.

12) 임윤수, “개발이익환수제도에 관한 연구”, 『법학연구』 제21집, 한국법학회, 2006. 10.

3. 매도청구소송의 일반적 절차도



V. 賣渡請求 價格 算定時 開發利益 包含與否에 관한 見解 對立

1. 견해 대립

가. 긍정설(포함설)

먼저, 매도청구 가액 산정시 개발이익이 포함되어야 한다는 견해¹³⁾에 의하면, ①조합설립에 동의하지 않아 조합원이 되지 않은 ‘건축물 및 그 부속토지의 소유자’와 ‘토지 또는 건축물만을 소유한 자’ 사이에는 모두 조합원이 아니라는 점에서는 차이가 없고 단순히 법률의 규정에 의하여 조합원이 될 수 있는 자격이 있었느냐의 차이만이 있을 뿐인 점, ②개발이익을 포함한

가격과 이를 포함하지 않은 가격의 차이가 상당히 큰 점을 고려할 때, 전자에 대하여는 개발이익을 포함한 가격으로, 후자에 대하여는 개발이익을 배제한 가격으로 매수할 합리적인 차별사유가 없는 점, ③나아가, 만약 ‘토지만을 소유한 자’에 대하여 개발이익을 인정하여 주지 않으면 결국 이들의 토지로 인한 개발이익은 조합원들과 인근의 토지 등 소유자들만이 누리게 되어 조합원들과 위 인근 주민들에게만 지나친 이익을 보장해 주게 되어 형평성에도 반한다는 점 등을 근거로 한다. 위 포함설을 주장하는 학자들은 개발이익을 배제(부정)하는 견해에 대하여, 그러한 주장은 자기가 땅을 사면 투자이고, 남이 토지를 사면 불로소득을 노리는 투기로 매도하는 편향된 시각에서 비롯된 것이라고 비판한다.¹⁴⁾

나. 부정설(불포함설)

부정설은 토지로부터 발생하는 불로소득이 아무런 제한장치 없이 토지소유자에게 곧바로 귀속됨으로써 부동산투기를 유발하는 폐단이 발생하는 등 사회·경제적으로 바람직하지 않은 문제들이 파생되므로 사회 정의 차원에서 개발이익은 전면적으로 환수되어야 한다는 주장이다. 위 부정설의 논지는 각종 개발사업의 시행으로 인하여 얻게 되는 지가상승분(개발이익)은 국가 또는 일반 국민 전체의 몫이 되어야 하지, 우연히 토지가 거기에 있었다는 이유만으로 토지소유자가 그 개발이익을 모두 향유하는 것은 부당하다고 여기는 것이다.¹⁵⁾

13) 김태석, “주택재건축사업에서의 매도청구권에 관한 소고”, 『토지법의 이론과 실무, 지암 이선영박사 화갑기념논문집』, 법원사, 2006, 383면. 한편, 서울고등법원 2008. 1. 23. 선고 2007나18296, 18302, 18319 판결(상고심 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결에서 상고기각으로 확정)도 같은 취지이다.

14) 류하백, “정당보상에 있어 개발이익 배제논리의 위헌성에 관한 고찰” 『감정평가연구』 제18집 제2호, 2008. 6. 4~5면.

15) 이는 우리 헌법재판소가 1990. 6. 25. 선고 89헌마107 결정 등에서 재개발의 경우 보상금 지급시 개발이익을 배제하고 있는 것을 합헌으로 판시한 것과 동일한 취지이다. 위 사건에서 헌법재판소는 “공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 기업자의 투자에 의하여 발생하는 것으로서 피수용자인 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생한 것이 아니다. 따라서 이러한 개발이익은 형평의 관념에 비추어 볼 때, 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 성질의 것은 아니고, 오히려 투자자인 기업자 또는 궁극적으로는 국민 모두에게 귀속되어야 할 성질의 것이다.”라고 판시한 바 있다.

2. 판례의 태도

가. 종래 대법원은 “매도청구권에 있어서의 시가는 노후되어 철거될 상태를 전제로 한 거래 가격이 아니라 그 건물에 대하여 재건축결의가 있었다는 것을 전제로 하여 구분소유권과 대지 사용권을 일체로 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격”이라고 판시하여 매도청구에서의 시가의 개념에 개발이익을 포함하는 것으로 명확하게 정리하고 있다.¹⁶⁾

나. 대상 판결(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 사건 및 그 하급심 판결)에서 나타난 쟁점

(1) 서울고등법원 2008. 1. 23. 선고 2007나 18296, 18302, 18319 판결

위 대법원 사건의 원심인 서울고등법원 2008. 1. 23. 선고 2007나18296, 18302, 18319 판결은, 주택재건축사업의 매도청구권에 있어서의 시가는 ‘개발이익이 포함된 가격’이어야 한다는 것의 근거를 매도청구권이 일반적인 매매와 동일한 성격이라는 점에서 찾았다.¹⁷⁾ 위 사건에서 당초 피고들은 감정인의 감정가격이 개발이익을 제대로 반영하지 않았다고 주장하였고, 이에 대해 원심은, 감정인이 ① 가격시점 현재의 아파트 가격을 조사, 파악한 후 이를 토지, 건물로 배분하여 대지가격을 도출하는 방법과 ② 인근 토지

가격과의 비교, 분석으로 대지가격을 구하는 방법 등 두 가지의 방식으로 시산가격(試算價格)을 뽑은 후 다시 이를 평균 산정한 다음, 이 사건 각 토지의 현황이 도로일지라도 재건축이 추진 되면 아파트 단지의 일부가 되므로 대지로서 평가하되, 다만 그 형태『세장형(細長型)¹⁸⁾ 등 형태가 불량함』, 면적, 단독토지로서의 효용가치 등 획지 조건의 열세와 기여도 등을 감안하여 금액 평가하는 방식으로 ‘재건축을 전제할 경우의 시가’를 적정하게 산출하였다는 이유로, 위 감정인의 감정평가 결과를 그대로 채택하여 토지 매매 시가를 결정하였다.¹⁹⁾

(2) 수원지방법원 2006. 12. 22. 선고 2004가합12304 판결

한편, 제1심인 수원지방법원 2006. 12. 22. 선고 2004가합12304 판결에서 법원은, “일반적으로 조합원 자격이 있는 소유자가 재건축에 미동의 한 경우 발생하는 매도청구의 경우에는 개발이익을 포함하여야 하나, 토지 또는 건축물만을 소유하고 있어 조합원 자격이 없는 자에 대한 매도청구의 경우에는 개발이익이 포함되어서는 아니된다.”고 판시하며 그 이유로 이러한 경우에는 현행 도시정비법상 조합원이 될 자격이 처음부터 없고 따라서 이들은 처음부터 조합이 추진하는 해당 주택재건축 사업으로 인한 개발이익을 얻을 수 없었을 것임을 들고 있다. 이는 매도가격 산정에서 개발이익 포함여부에 관한 학설로서 긍정설과 부정설 중 어느 한 곳에도 속

16) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38172 판결 - 매도가격 산정시 개발이익을 포함하는 것으로 본 위 대법원 판결은 재개발사업에서 사업 미동의자에 대한 수용재결시 개발이익을 철저히 배제하고 있는 것과는 180도 차이가 있다. 이는 재개발사업의 경우 재건축사업과 달리 공용수용의 법리가 적용이 되고, 공용수용에 관한 기본법인 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(구 「공익사업법」 및 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 법률」)은 손실보상을 함에 있어 개발이익을 배제하고 있기 때문이다. - 각주 35) 참조.

17) 서울고등법원 2008. 1. 23. 선고 2007나18296, 18302, 18319 판결문 29면.

18) 세장형(細長型) : 토지의 모양이 가늘고 길게 늘어진 것으로서, 가령 ‘서울특별시 도시 및 주거환경정비조례’에 의하면 세장형 필지는 1필지 토지의 폭이 5m 미만인 경우를 가리킨다.

19) 위 서울고등법원 2007나18296, 18302, 18319 판결문 30면.

하지 않는 새로운 제3의 견해에 대하여 주목할 만하다.

(3) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결

이에 대해 대법원 판결은 보다 구체적으로, “사업시행자가 주택재건축사업에 참가하지 않은 자에 대하여 도시정비법 제39조에 의한 매도청구권을 행사하면, 그 매도청구권 행사의 의사표시가 도달함과 동시에 주택재건축사업에 참가하지 않은 자의 토지나 건축물에 관하여 시가에 의한 매매계약이 성립되는 것인바, 이때의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 토지나 건물의 객관적 거래가격으로서, 노후되어 철거될 상태를 전제로 하거나 주택재건축사업이 시행되지 않은 현재의 현황을 전제로 한 거래가격이 아니라 그 토지나 건물에 관하여 주택재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 하여 토지나 건축물을 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 모두 포함된 가격을 말한다.”고 명백히 밝히고 있다.

3. 외국의 경우

가. 프랑스

프랑스의 경우 철저한 개발이익 배제가 그 특징이다. 프랑스는 도시개발에 따른 토지를 수용을 함에 있어 정비구역 지정에 관한 공공필요성조사 절차 개시 1년 전 토지의 현실적 이용 상황을 기초로 보상액을 산정하는 것을 원칙으로 한다. 그러면서 위 시점 이후의 가격변동은, 공공필요성 선언의 대상이 되는 공사 또는 사업의

공고로 인한 가격변동(가격 상승뿐만 가격하락의 경우도 포함), 토지이용법규 변경(프랑스에서는 도시계획이 법령의 형식으로 제정되므로 지역, 지구의 변경도 이에 해당) 가능성 및 공공조사절차 개시 3년 전 부동산이 위치한 도시지역에서의 특정토목공사 실시에 의한 가격변동 등을 모두 반영하지 않는 것으로 하고 있다.²⁰⁾ 이는 겉으로 보기에 수용당하는 토지 소유자에게 일방적으로 불리한 것으로 보여진다. 이와 같은 정부의 철저한 개발이익 배제원칙은 개발이익의 배제를 통하여 공공부담을 최대한 줄이며 신속히 도시정비사업을 시행하기 위한 것으로서 특히, 사인이 수용주체가 되는 경우 사인이 개발이익을 독식하는 것도 철저히 배제하고자 하는 것이 특징이다. 즉, 공익사업자가 사인(私人)인 경우에도 통상 도로건설 등 공공투자 또는 토지이용을 확대하는 방향으로 토지이용계획이 변경됨에 따라 개발이익이 덩달아 발생하는 경우가 많은데, 사인인 공익사업자에게 발생하는 위와 같은 개발이익은 어떠한 경우에도 적정하게 모두 환수되어야 한다는 것을 강조하고 있는 것이다.²¹⁾

나. 독일

독일의 경우 도시계획·토지수용·건축관계의 기본법으로서 1960년에 제정된 연방건설법²²⁾ 제95조 1항에서 「수용에 의한 권리손실의 보상은 수용목적물인 토지 또는 기타의 수용목적물의 제141조(거래가격)의 규정에 의한 거래가격으로 산정한다」고 규정한 이래 개발사업에 따른 보상 내용과 범위에 개발이익을 포함하는 것으로 줄곧 여겨져 왔다. 그런데 1968. 12. 18. 독일연방헌법재판소는 「기본법 제14조²³⁾는 결코 경직한 것이 아니며, 또한 시장가격에 의한 손

20) 프랑스 수용법전 법률 제13-15-I.

21) 박균성, “손실보상제도의 몇 가지 쟁점”, 『월간법제』 통권 제579호, 법제처, 2006, 6면.

22) Bundesbaugesetz(B Bau G) vom 23-06-1960, BGBl I. S.241.

실보상만을 요구하는 것도 아니라 할 것이다.²⁴⁾」라고 결정한 바 있는데, 이는 그 무렵부터 독일에서 불로 가격상승에 관한 문제의식을 가지기 시작하였음을 나타내는 것이라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 당시까지 독일 학계는 대체로 수용당시 개발이익을 배제하여야 한다는 점을 지지하지 아니하였다. 다만, 수용 손실의 평가시점에 대해서만 그것을 빨리 잡을 것인지 늦게 잡을 것인지에 따라 개발이익 배제의 정도와 효과가 달라진다는 주장만이 제기되었을 뿐이다.²⁵⁾ 그러다가 1971년에 도시건설촉진법²⁶⁾이 제정되면서 정부가 주도하여 개발이익을 보상으로부터 배제하기에 이르렀다. 위 법률은 도시 재개발사업 내지 신개발사업 시 발생하는 토지 가격 상승분을, 보상액 조정 내지 보상액 평가를 통하여 이를 적절히 환수하는 것을 골자로 하였는데 이러한 도시건설촉진법에 의한 개발이익 배제가 적용되는 경우란 대부분이 주택 재건축, 재개발과 같은 도시정비 사업과정에서 발생하는 지가상승분에 관한 것이었다. 특히, 위 도시건설촉진법 23조 2항 1문은 「도시 재건축, 재개발의 전망과 그 준비 혹은 실시에 기인하여

발생하는 가격상승분은 조정급부 및 보상급부 산정에 있어 이를 고려하지 않는다. 다만, 토지 소유자가 자기의 비용을 지출하여 허가된 방법으로 발생시킨 가격상승분은 예외로 한다.」고 규정하여, 독일에서는 재개발, 재건축 구획정리 평가 및 조정금액 확정시 개발이익을 원칙적으로 배제하고 있는 것으로 보여진다.²⁷⁾

다. 영국

영국에 있어서 최초의 개발이익 징수는 1427년의 「하수, 토지, 배수 및 방조법」(Sewers, Land, Drainage and Sea Defense Acts)에서 시작되었다고 한다.²⁸⁾ 그리고 1909년의 「주택 및 도시 계획법」(Housing, Town Planning etc. Act) 및 1932년의 「도시·농촌계획법」(Town and Country Planning Act)에서 정해진 토지가치 증가에 관한 환수 규정을 들 수 있다.²⁹⁾ 2차 세계대전 이후에는 노동당 정부가 들어서면서 1947년에 「도시·농촌계획법」을 만들어 토지 개발이익의 경우 100% 모두 환수하는 개발부담금제도를 도입하였는데, 구체적으로 개발행위를 하고자 하

23) 독일 기본법 제14조 제3항에서는 ‘공용수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다.’는 이른바 형량조항을 두고 있다.

24) B. Verf GE 24/367.

25) 독일에서는 제2차 세계대전 이후 주택부족사태를 해결하기 위해 잠정적 조치로 1953년 「건설용지조달법」(Das Baulandbeschaffungsgesetz)을 제정한 바 있는데, 동법 제10조 1항 2문에서 「토지이용의 변경가능성으로 기인하거나 혹은 그 예상으로 말미암아 발생하는 토지가격상승은 토지가격의 평가에서 이를 고려하지 아니한다.」라고 규정하여 개발이익을 보상에서 원칙적으로 배제한 바 있다. 이 법은 비록 잠정 입법이었지만 부당이득징수를 가능케 하는 유효한 토지평가문제의 해결책을 모색한 것으로서, 이후 개발이익배제원칙을 확립하는데 주요 자료가 되었다.

26) Gesetz über städtebauliche Sanierung und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden(Statebauforderungsgesetz—St Bau FG) vom 28-07-1971, BGBl. I. S.1125.

27) J.Bauer, a.a.O. S.224-226. - 서원우, “독일의 토지법제소고”, 『도시문제』, 1980. 2, 11면에서 재인용; 류하백, 전제 논문 중 “정당보상에 있어 개발이익 배제논리의 위헌성에 관한 고찰”, 12면.

28) Keith Davies, 『Law of Compulsory Purchase and Compensation』, 1972, p.215.

29) 1909년법(58조)에서 정해진 토지증가에 관한 환수규정은 극히 단순한 것이었으나, 그 규정에는 지방공공단체가 도시계획 사업을 승인함으로써 뒤에 당해 토지가격이 상승했을 경우 당해 공공단체는 그 토지소유자로부터 지가상승분의 50%를 징수할 수 있는 것으로 규정하고 있었다. 그리고, 1932년법에서는 토지증가분을 토지소유자로부터 75%를 징수하는 것으로 강화하였으며, 강화된 규정에 대한 완화조치(보완장치)로서 토지를 매각하거나 임대하였을 경우, 또는 보다 유리한 토지이용 등을 실제로 실현한 뒤에 비로소 토지증가분을 납부하도록 규정하였다. 그러나 실제로는 거의 징수하지 못하였다고 하는데 그 이유는 부과금(charge)을 얼마로 정할지에 관한 제도로 된 세부기준을 만들지 못하였기 때문이라고 한다.(Dept. of the Environment, Land, Cmnd, 5730, 1974, p.1)

는 경우 해당 토지주가 중앙토지청(Central Land Board)에 개발과징금(development charge)을 납부케 하는 방식으로 시행되었다. 또한, 1967년 「토지위원회법」(Land Commission Act)을 제정하여, 공공사업 등에 의하여 발생한 개발이익(development value)에 대하여 40%(순차적으로 45~50%대로 인상)의 토지증가과징금(betterment levy)을 징수하였다.³⁰⁾ 또한, 1976년 「토지개발세법」(Development Land Tax Act)에서는, 실현된 개발이익에 대하여 80%의 토지개발세(Development Land Tax)를 징수하는 것을 원칙으로 삼아 지금에 이르고 있다. 위 토지개발세법은 토지의 개발과 처분으로 말미암아 실현된 개발가치(development value)에 관하여 이를 지역사회 노력으로 생겨난 토지가격의 증가로 보아 그것을 지역사회에 환원시킨다는 기본원칙에 입각하고 있다. 이는 공공기관이 토지 등 소유자로부터 개발계획지정일 이후에는 개발용지세를 공제한 가격으로 토지를 취득하는 것을 가능케 함으로써 토지투기를 차단함과 더불어, 개발용지에 대한 국공유화를 촉진하고자 하는 의도에서 만들어진 법이었다.³¹⁾ 위 법에서 말하는 과세대상이 되는 「실현된 개발가치」는 토지의 처분에 의한 순이익이며, 기준가치(relevant base value)를 넘어선 초과분(처분가격 또는 시장가치로부터 기준가치를 감한 것)을 의미한다고 한다.³²⁾

라. 일본

일본의 경우 2차 세계대전에서 패망한 이후 1950년대부터 1960년대까지 급격히 진행된 정부주도의 개발사업으로 인해 지가가 급등함에 따라 그 대책의 일환으로써 공공사업으로 인한 개발이익을 배제시키기 위하여 수용대상 토지에 대한 지가 산정시점을 수용재결시점에서 사업인정의 고시시점으로 변경하는 “토지가격 고정제”를 새로 신설하는 등 1967. 7. 21.자로 일본 토지수용법을 상당부분 개정하였다.³³⁾ 그러나, 일본의 위 보상법제는 앞의 서구 유럽에서의 원칙적인 개발이익의 배제 모습과는 사뭇 다르다. 즉, 일본에서는 보상액 산정 시 개발이익이 포함된 “정상 거래가액”을 원칙으로 하고 있는 것이다. 다시 말해 개발이익 보상을 원칙으로 하고, 예외적으로 이를 배제하겠다는 것이다. 구체적으로는 “개발사업으로 인해 정부나 지자체가 취득하는 토지에 대하여 기본적으로 정상적인 거래가격으로 보상을 하되, 도시계획구획내의 토지인 경우에는 공시된 표준지가격을 기준으로 하며, 공시된 표준지 가격은 공시지와 표준지(평가대상 토지와 동일상황 지역 내에 소재하는 표준적 토지를 의미)의 지역요인, 개별요인 등 토지의 객관적 가치에 작용하는 제반 요인을 비교하여 상호간 가격의 균형을 유지하도록 하고 있다.³⁴⁾

30) 1967년의 토지위원회법은 1970. 7. 폐지될 때까지 약 3년간 시행되었다. 1970년 보수당이 집권함으로써 1971년에 도시·농촌계획법이 대폭 개정되었고, 특히 1974년 제정법에 의하여 개인에게는 최대 83%까지, 대부분의 법인에게는 최대 52%의 비율로 개발이득세(development gain tax)를 부과하도록 하였으나, 이 또한 1973. 12.부터 1976. 7.까지 2년 남짓 시행되다가 개발업자와 시민들의 강력한 반발로 폐지되었다.

31) 정희남, “일본과 영국의 개발이익환수제도”, 『국토연구원』, 2003. 12, 116면.

32) 동법 4조 1항. 다만, 영국은 개발이익의 전면적 배제에 따른 토지소유자들의 반발을 잠재우기 위하여 과세감면 등의 조치가 폭넓게 인정되었다. 구체적으로 다음과 같다. ㉠ 개발용지공유법에 의한 개발행위의 적용제외로 된 행위(11조), ㉡ 공제액 10,000파운드를 마련하여 그 이하의 경우에는 적용 제외되며, 그 이상일 경우에는 공제된다(12조). ㉢ 자가 거주자에 대한 특례로서 자가 거주자가 주택을 매각하거나 자기부지에 대하여 개발가치를 취득하더라도 그 토지가 1에이커 이내인 경우에는 적용이 제외된다(14조 2항). ㉣ 재고자산에 대한 특례로서 정부백서 「토지」(Dept. of the Environment, Land, Cmnd, 5730, 1974.)의 공표일 이전에 계획허가를 얻어 재고자산으로 보유하고 있는 토지는 개발이익 배제원칙의 적용이 제외된다.(동10조 1항)

33) 류하백, “일본의 손실보상제도 해설”, 『감정평가연구원』, 1999, 60~63면에서 재인용.

마. 검토

대체로 독일, 영국, 프랑스는 도시 재개발 과정에서 발생하는 문제에 있어서 토지 공개념의식이 그 밑바닥에 강하게 흐르고 있음을 알 수 있고, 그러한 전제하에서 주택 재건축사업과 재개발 사업 등의 도시정비사업으로 인한 토지 취득(수용)시 개발이익을 보상액에서 철저히 배제하는 것을 원칙으로 하고 있음을 알 수 있다. 이는 우리나라의 경우 주택재개발사업에서의 토지취득 방식인 공용수용 시 개발이익을 철저히 배제하고 있는 것과 유사하다고 하겠다. 그에 반해 일본의 경우에는 원칙적으로 개발이익이 상당부분 반영된 정상적인 거래가 보상을 원칙으로 하되, 예외적으로 개발이익이 배제된 공시가격 기준 보상을 적용하고 있음을 알 수 있는바, 이는 우리나라의 경우 이 사건 대상판결과 같은 주택재건축사업에서 매도청구에 의한 토지 취득시 개발이익을 포함한 매매가액을 지급하는 방식과 유사하다.

4. 소결

가. 현대의 주택재건축사업은 주로 중, 대형 규모의 아파트 재건축이 일반화 되어 있는바,

이는 사실상 소규모 주택단지의 재개발에 해당할 정도로 인근 지역에 미치는 영향이 커 상당히 공공성이 높은 것이 사실이다. 그러므로, 매도청구권 행사에 따른 매도청구가격의 산정에 있어 재건축이 진행된다는 사정을 고려하여 재건축으로 인하여 발생한 개발이익을 포함하여야 하는지 아니면 주택재개발사업에서의 수용재결과 마찬가지로 공익사업법을 준용하여 당해 사업의 시행으로 인한 개발이익을 공제하여야 하는지에 대하여는 재개발의 경우보다 훨씬 더 치열한 견해가 나누어질 수 있다. 그러나 현재, 우리나라 학계의 대체적 태도는 위 대상 대법원 판결을 지지하며, 주택재건축사업의 매도청구권 행사에 따른 매도청구가격의 산정에 있어서는 수용에 관한 법리가 적용되지 아니하고³⁵⁾, 매도청구권은 일반적인 매매와 동일한 성격이라는 점 등에 비추어 재건축사업의 시행을 전제로 하여 매도청구권의 행사시점에 형성된 시가로서 개발이익을 포함한 가격이라는 점에 대하여도 특별한 이견이 거의 없는 것으로 파악된다.³⁶⁾

나. 한편, 대상 판결에서 대법원은 ‘재건축 결의가 있는 후 형성된 거래가격을 개발이익이 포함된 가격’이라고 실시하고 있으나, 이는 정확히 말하면 개발이익이라기 보다는 비동의자가 향

34) 일본 토지수용법 제71조에서는 “수용하는 토지 또는 그 토지에 관한 소유권 이외의 권리에 대한 보상액은 인근 유사토지의 거래가격 등을 고려하여 산정한 사업인정고시 당시의 상당한 가격에 권리취득 재결시까지의 물가변동에 따른 수정률을 곱하여 얻은 금액으로 하도록 한다.”라고 규정하고 있고, 지가공시법 제9조에서 “도시계획구역내의 토지를 당해 사업용으로 사용하기 위하여 취득하는 경우에 당해 토지의 취득가격을 정할 때에는 공시가격을 기준으로 하여야”하며 동법 제11조에서 “공시가격을 기준으로 한다고 함은 당해 대상토지와 이와 유사한 이용가치를 갖는다고 인정되는 하나 또는 들 이상의 표준지와의 위치, 면적, 환경 등 토지의 객관적인 가치에 작용하는 제반 요인들에 대한 비교를 하여, 그 결과에 근거하여 당해 표준지와 대상토지의 가격 간에 균형을 유지하도록” 규정하고 있으며, 보상기준요강 제7조 및 제8조에서 “취득하는 토지에 대하여는 인근 유사토지의 정상적인 거래가격으로 기준으로 하도록 하되, 지가공시 구역내에서 토지의 정상적인 거래가격을 결정할 때에는 표준지가격을 기준으로 하도록” 각 규정하고 있다.

35) 위와 같이 재개발과 재건축이 토지의 취득방식에서 차이를 보이는 것은 입법자가 재개발에서는 공공성이 높은 점에 반하여 재건축의 경우에는 공공성이 약하다고 본 것에 기인한다. 그러나, 이에 대해 재건축의 경우에도 공공성이 갈수록 강화되고 있는 상황에서 지자체와 정부의 간섭도 지나치게 많음을 이유로 재개발과 마찬가지로 공익사업법이 준용되는 공용수용 방식으로 통일시킬 필요성이 크다고 주장하는 견해가 설득력이 있다. - 김종보, 『법학자의 눈으로 본 도시와 건축』, 도서출판 피데스, 2008, 61면.

36) 김종보, 전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기』, 도시개발 연구포럼, 2010, 672면 ; 송현진, 유동규, 『재개발·재건축 이론과 실무』, 법률출판사, 2010, 501면.

유해야 할 매도청구를 당하게 되는 자신의 소유 토지에 대한 정당한 가치의 향유로 봄이 타당하다. 왜냐하면 재건축 결의가 있는 후 형성된 거래가격은 소유자가 스스로 투자하여 개발하였거나 그의 노력에 의하여 얻은 이익으로서 이는 토지 등 소유자의 투자 또는 노력이나 기여 없이 우연히 얻은 이른바 불로소득성 개발이익과는 다르고, 조합설립을 반대한 자도 그 상승된 가격을 기준으로 자신이 소유한 토지의 가치를 향유할 권리가 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이렇게 해석하는 것이 우리 헌법상 재산권의 존속 보장에 대한 예외적인 가치보장의 법리에도 타당한 것이다.

다. 나아가 이와 관련하여, 재개발과 재건축에 있어서의 토지 취득 방식을 수용방식으로 통일하여야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있는데,³⁷⁾ 위와 같이 재개발과 재건축을 함께 있어 토지 취득 방식을 공용수용방식으로 단일화 할 경우 현재 공용수용의 경우에는 앞서 본 외국의 법제와 마찬가지로 개발이익을 철저히 배제하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에 또다시 개발이익을 보상의 범위에 넣을 것인지 말 것인지를 두고 논란이 발생하게 될 것이다.

VI. 私見 - 현행 도시정비법과 사뭇 배치되는 판례와 통설의 문제점 및 그 대안

1. 문제점

필자는 위 대법원 판례의 입장과 달리 적어도 현행 도시정비법 규정³⁸⁾ 하에서는 매도청구가 문제되는 2가지 경우³⁹⁾에 일률적으로 해당 매도가액에 개발이익을 모두 포함한다고 해석하는 것은 무리가 있다고 본다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 ‘토지 또는 건축물만을 소유하고 있어 조합원이 될 수 있는 자격이 없는 자’⁴¹⁾에게 조합원이 될 수 있는 자와 동일한 기준이 적용되는 것은 오히려 다른 것을 같게 다루는 것으로서 우리 헌법의 대원칙인 평등원칙에도 반한다고 볼 수 있기 때문이다. 또한, 재건축을 전제로 하지 않을 경우에 구분소유자의 대지 지분면적은 그의 구분소유권 및 대지사용권과 동일한 가치를 지닌 도로나 나대지 면적에 비하여 상대적으로 매우 적다고 할 것인데,⁴²⁾ 개발이익을 포함한 가격으로 시가를 산정할 경우 그 계산과정에서 도로나 나대지의 가치가 지나치게 과대평가될 가능성이 크고 이로 인한 보상비용 증대는 고스란히 전제

37) 김종보, 『법학자의 눈으로 본 도시와 건축』, 63면.

38) 도시정비법 제39조(매도청구) 사업시행자는 주택재건축사업 또는 가로주택정비사업을 시행할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 토지 또는 건축물에 대하여는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있다. 이 경우 재건축결의는 조합설립에 대한 동의로 보며, 구분소유권 및 대지사용권은 사업시행구역의 매도청구의 대상이 되는 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리로 본다.

1. 제16조제2항 및 제3항에 따른 조합설립의 동의를 하지 아니한 자

2. 건축물 또는 토지만 소유한 자(주택재건축사업의 경우만 해당한다)

39) ① 토지 및 건물을 소유하여 조합원이 될 자격은 있었으나, 자의로 조합설립에 동의하지 않은 자에 대한 매도청구의 경우 및 ② 토지 또는 건물만을 소유하고 있어 처음부터 조합원 자격이 인정되지 않은 자에 대한 매도청구의 경우.

40) 다만, 그렇다고 필자가 주택 재건축사업의 경우 매도청구 가액 산정시 개발이익을 원칙적으로 배제해야 한다는 견해를 지지하는 것은 아니다.

41) 이는 언뜻 인적 기준으로 보이나 실질적으로 물적 기준에 의한 것이다. 예컨대 동일인이 하나의 정비구역 내에 구분소유권 및 대지소유권과 함께 나대지나 도로를 소유하고 있는 경우, 구분소유권 및 대지소유권에 관하여는 조합원의 지위가 있는 것으로, 나대지나 도로에 관하여는 조합원의 지위가 없는 것으로 다루어져야 하고, 이와 같은 기준에 따라 의결권의 수액이나 관리처분계획이 결정되어야 한다.

42) 예컨대, 대지 지분이 20㎡에 불과하나 전용면적이 90㎡에 이르는 아파트와 동일한 가치에 해당하는 도로의 면적은 20㎡보다 넓을 것이다.

조합원들의 부담으로 전가되게 된다.⁴³⁾ 그 밖에도 앞서 언급한 바와 같이, 주택재건축이 아닌 재개발 등의 정비사업의 경우에는 토지수용의 방법에 의하여 토지 소유권을 확보하게 되고, 이 경우 보상액을 산정함에 있어서는 원칙적으로 개발이익은 포함되지 않고 있는바⁴⁴⁾, 재건축에서의 매도청구권 행사는 그 기능상 토지수용과 사실상 동일한 측면이 있으며, 이러한 수용적 성격은 조합원이 될 자격조차 없는 토지 또는 건축물만을 소유한 자에 대한 매도청구권의 행사의 경우에 더욱 두드러지므로 이런 사정을 감안한다면, 토지 또는 건축물만을 소유한 자에 대한 매도청구권 행사의 경우 산정되는 매매대금의 시가는 개발이익을 반영하지 않은 시가에 의하여 결정함이 상당하다고 하겠다. 이러한 필자의 견해는 앞서 본 대상 대법원 판결의 제1심 판결인 수원지방법원 2006. 12. 22. 선고 2004가합12304 판결 이유에서 재판부가 밝힌 견해와 그 궤를 같이 하는 견해이다.

2. 대안의 검토

필자가 주택 재건축사업에서 매도청구 가액 산정시 개발이익을 원칙적으로 배제하여야 한다는 견해를 지지하는 것은 아니다. 단지 위에서 설명한 바와 같이 매도청구가 문제되는 2가지 경우에 일률적으로 해당 매도가액에 개발이익을 모두 포함하는 것으로 보고 있는 대상 대법

원 판례와 기존의 통설적 견해는 현행 도시정비법의 규정내용에 비추어 헌법상 평등원칙에 배치될 우려가 있음을 지적하고, 그에 대한 대안을 제시하고자 하였다. 구체적 대안으로 토지 또는 건물만 소유한 자의 경우에도 본인이 원한다면 조합원이 될 수 있도록 하는 방법을 적극 고려할 필요가 있다. 즉, 토지 또는 건물만을 소유하고 있어 처음부터 조합원이 될 수 없었던 자들이 받게 되는 불이익과 관련하여 이들에게도 도시정비법에서 명시적으로 조합원 자격을 부여하여 당해 재건축 결의를 통한 조합원 지위 획득 여부에 관한 선택권을 주는 방안으로 해결하여야 할 것이다.

주제어 : 주택재건축, 재개발, 재산권, 존속보장, 가치보장, 공용수용, 매도청구권, 매도가격산정, 정당보상, 완전보상, 개발이익

Key words : Housing Reconstruction, Redevelopment, Property Right, Existence Guarantee, Value Guarantee, Eminent domain power, A right of claim for sale, Calculating Sales Price, Reasonable compensation, Complete compensation, Profits made from development

43) 분양 예정인 대지 또는 건축물의 합계액(A)에서 재건축비용을 공제한 금액(B)에다 (재건축을 전제로 하지 않은) 종전 대지 또는 건축물의 합계액(C)에서 문제되는 대상 토지 또는 건축물의 가액(D)이 차지하는 비율을 곱한 금액을 시가로 할 경우「 $(A-B) \times D/C$ 」 이러한 문제는 어느 정도 해소될 여지가 있다고 보여지나, 실무상 그리고 현실상 이러한 복잡한 계산방법이 사용될 것으로 보이지는 않는다.

44) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001두9783 판결 등.