

신탁방식의 정비사업

— 신탁업자 직접 시행방식을 중심으로 —

김창화*

I. 서론

정비사업이란 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법')¹에서 정한 절차에 따라 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역에서 정비기반시설을 정비하거나 주택 등 건축물을 개량 또는 건설하는 주거환경개선사업, 재개발사업, 재건축사업을 말한다(법 제2조 제2호). 이러한 정비사업은 정비구역 내 토지등소유자로 구성된 조합이 사업시행자가 되어 사업을 추진하는 것이 통상적인 모습이지만,² 일정한 경우 신탁업자가 직접 사업시행자가 되어 정비사업을 시행하거나 사업대행자로서 조합이나 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행할 수 있다.³

도시정비법 제정 당시에도 신탁업자가 정비사업을 시행할 수 있는 경우를 규정하고 있었으나, 신탁업자에 의한 사업시행이 제한적이었다. 즉, 제정 도시정비법은 천재지변 그밖에 불가피한 사유로 인하여 긴급히 정비사업을 시행할 필요가 있다고 인정되는 경우 등과 같이 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있도록 하였다(제정법⁴ 제8조 제3항 제1, 2호, 제정 시행령⁵ 제14조 제1항 제3호). 이후 도시정비법은 2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정된 것을 통해 재개발사업과 재건축사업의 경우 천재지변 등의 긴급한

사유가 없더라도 일정 수 이상의 토지등소유자의 동의가 있으면 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 사업을 시행할 수 있도록 하여, 신탁업자가 정비사업에 참여할 수 있는 기회를 확대하였다(구법⁶ 제8조 제4항 제8호).

그런데 토지등소유자의 동의를 요건으로 한 신탁방식의 정비사업이 도입된 이후 현재까지 상당한 시간이 흘렀음에도 불구하고, 신탁방식의 정비사업이 생각보다 활성화가 되지 못하고 있다. 이에 이하에서는 신탁방식 정비사업의 도입취지나 장단점, 주요 내용, 신탁업자의 역할, 제도의 문제점, 개선방향, 대항방식 정비사업과의 비교 등을 검토함으로써, 향후 신탁방식 정비사업의 활성화에 참고가 되었으면 한다.

* 법무법인(유한) 세종 변호사

1 이하 도시정비법을 인용할 경우 '법'이라고만 한다.

2 이하 조합이 사업시행자가 되는 정비사업을 편의상 '조합방식 정비사업'이라고 한다.

3 이하 토지등소유자의 동의를 요건으로 하여 신탁업자가 사업시행자가 되는 정비사업을 편의상 '신탁방식 정비사업'이라고 하고, 신탁업자가 토지등소유자나 조합을 대신하여 시행하는 경우를 '대항방식 정비사업'이라고 한다.

4 2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것

5 2003. 11. 29. 대통령령 제18146호로 개정되기 전의 것

6 2016. 1. 19. 법률 제13782호로 개정되기 전의 것

II. 신탁방식 정비사업의 도입취지 및 장단점

1. 신탁방식 정비사업의 도입취지

기존 조합방식의 정비사업은 조합의 전문성 부족, 업무집행의 투명성과 객관성 부족, 자금조달의 어려움, 조합 내부 갈등으로 인한 정비사업의 지연 등으로 인해 정비사업 시행에 많은 문제점을 초래하였다. 그리고 이러한 문제점들을 보완하기 위해 조합은 자금조달에서부터 시공 및 분양에 이르기까지 사업의 전반에 걸쳐 시공자에게 의존하는 경향이 컸고, 그 과정에서 조합원들의 이익보다는 시공자의 이익을 위해 사업의 방향이 결정되거나 시장상황에 따른 시공자의 수주포기로 사업진척이 지지부진해지는 병폐도 있어 왔다. 이에 반해 신탁업자의 경우 개발신탁에서의 전문성을 활용할 수 있을 뿐만 아니라 안정적인 자금확보가 가능하기 때문에, 신탁업자가 정비사업에 참여할 경우 사업을 안정적으로 추진할 수 있는 여건이 된다. 나아가 신탁업자는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법')에 따라 관리·감독을 받기 때문에, 투명한 자금집행이 가능하고 동법에 따른 각종 의무를 부담함으로써 보다 충실한 사업관리가 가능하다는 이점이 있다.⁷

이러한 배경으로 2015년 도시정비법 개정을 통해 신탁방식의 정비사업에 대한 신탁업자의 참여 요건이 확대된 것으로 이해된다. 당시 국회의 도시정비법 개정안 제안이유에서도, 「기존의 법에 따르면 신탁업자가 사업시행자로 지정받는 사유가 제한되어 신탁업자의 정비사업 참여가 매우 저조한 상황에서, 신탁업자의 부동산개발사업에 관한 전문성과 정비사업비 조달 능력을 활용할 경우 정비사업에 있어 투명한 사업관리를 통해 갈등을 감소시켜 사업지연을 줄일 수 있고, 전문적인 사업관리와 시공자에 대한 교섭력을 강화할 수 있으며, 시공자가 적정 수익을 확보가 어렵다는 이유로 수주를 꺼려하는 소규모 사업장에 대하여 신탁업자가 참여하여 해당 정비사업의 원활한 진행을 도

모할 수 있을 뿐만 아니라 다양한 갈등요인으로 인해 정비사업의 진행이 교착된 사업장의 정상화를 도모함으로써, 궁극적으로는 정비사업 활성화를 촉진하기 위함」이라고 도입배경과 취지를 밝히고 있다.⁸

2. 신탁방식 정비사업의 장단점

신탁방식 정비사업의 장점을 생각해 보면, 우선 ① 추진위원회 설립 전단계에서도 토지등소유자의 동의가 있을 경우 시장·군수등⁹은 곧바로 지정개발자인 신탁업자를 사업시행자로 지정할 수 있으므로, 추진위원회나 조합설립 등의 절차가 생략되어 사업진행이 빨라진다. 또한 ② 조합방식에서 다수 발생하는 조합비리를 차단하고 투명한 사업관리를 할 수 있는 장점이 있다. 무엇보다도 ③ 신탁업자가 직접 정비사업에 소요되는 자금을 안정적으로 조달함으로써 원활한 사업추진이 가능하고, 개발사업 등에서 축적한 신탁업자의 전문성을 활용하여 효율적인 용역계약을 체결함으로써 사업비 지출을 낮출 수 있다. 그 외 ④ 조합 운영권을 둘러싸고 조합원들 사이에서 발생하는 갈등과 분쟁을 줄여 각종 소송 등에 따른 우발위험을 줄일 수 있다.

반면 단점으로는, ① 신탁업자에 대한 상당 수준의 수수료 부담이 발생하는 점, ② 신탁업자와 토지등소유자 사이의 이해상충시 토지등소유자의 이익보다는 신탁업자의 이익을 우선시하려는 경향이 있을 수 있는 점, ③ 신탁업자에 대한 토지등소유자의 통제나 관리·감독이 제한적이어서, 신탁업자에 의한 일방적인 의사결정으로 사업의 방향이 결정될 수 있는 점, ④ 정비사업에 대한 경험과 전문성이 부족한 신탁업자의

7 김우정, "신탁방식 정비사업의 개선방향", 건설법연구 제2호(2019. 10.), 9면

8 김수홍, "도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안 검토보고", 국토교통위원회(2015. 4.), 41면

9 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장, 군수, 자치구의 구청장을 말한 다(법 제2조 제2호 나.목 1).

경우 정비사업전문관리업자에게 지나치게 의존함으로써 책임있는 사업추진이 어려울 수 있는 점, ⑤ 사업성 악화시 신탁업자에 의한 일방적인 사업중단으로 각종 분쟁과 사업지연 등의 사태가 장기화될 수 있는 점 등의 우려들이 제기되고 있다.

3. 조합방식과의 차이

신탁방식의 정비사업은 조합방식의 정비사업과 달리, 사업시행자가 조합이 아니라 신탁업자라는 점 및 그에 수반하는 일부 절차적·조직적 차이를 제외하고는, 사업시행 과정에서 업무수행의 범위나 내용에 있어 큰 차이가 없다. 신탁방식의 정비사업과 조합방식의 정비사업의 근본적인 차이는 정비구역 내 토지등 소유자로 구성된 조합이 아닌 제3자가 사업시행자로서 정비사업을 시행한다는 점이다. 그에 따라 신탁방식의 정비사업에서는 조합 총회가 아닌 토지등소유자 전체회의에서 정비사업 시행에 관한 주요 사항을 의결한다. 시공자 선정과 관련해서도 조합방식의 경우 시공자 선정을 위해서는 반드시 조합 총회의 의결을 거쳐야 하나, 신탁방식은 원칙적으로 토지등소유자 전체회의의 의결없이도 일반경쟁입찰을 통해 시공자를 선정할 수 있다.¹⁰ 또한 조합방식의 경우 정비사업에 필요한 자금을 시공자가 조달하여 조합에 대여하는 방식이 일반적이고 그에 따라 조달한 자금 및 분양수입금 등의 관리를 사업시행자가 아닌 시공자가 주도적으로 관리하는 반면, 신탁방식의 경우 사업시행자인 신탁업자가 직접 자금 관리를 함으로써 정비사업 시행 과정에서 시공자 역할이 대폭 축소되는 차이가 있다. 그 외 신탁방식의 정비사업은 사업시행자인 신탁업자가 개별 토지등소유자와 별도로 체결하는 신탁계약을 통해 토지를 신탁받아야 한다는 차이가 있다.¹¹

III. 신탁방식 정비사업의 내용

1. 신탁방식 정비사업의 개념 및 관련 내용

(1) 신탁에 의한 부동산 개발의 기본 개념

신탁이란 위탁자와 수탁자 사이의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특별한 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말하는 것으로서(신탁법 제2조), 특히 부동산 신탁은 위탁자가 수탁자와 신탁계약을 체결한 후 신탁을 목적으로 부동산의 소유권을 수탁자에게 이전하고, 수탁자는 신탁계약에서 정한 목적 달성을 위하여 신탁부동산을 개발, 관리, 처분하고, 신탁종료시 신탁 재산과 수익을 수익자에게 교부하는 신탁을 말한다.¹²

부동산신탁은 신탁 목적에 따라, 담보신탁, 관리신탁, 처분신탁, 개발신탁,¹³ 분양관리신탁 등으로 나눌 수 있는데, 정비사업과 같이 '토지등소유자가 토지 또는 노후·불량건축물을 조합에 이전하여 조합이 사업주체가 되어 이를 개발한 다음, 토지등소유자에게 신축 건축물을 분양하고 잔여 건축물에 대한 일반분양 수익금으로 사업비용을 충당하고, 남은 개발이익을

10 물론 토지등소유자 전체회의에서 시공자를 추천할 경우 신탁업자는 추천받은 자를 시공자로 선정해야 하는 제한이 있다(법 제29조 제8항).

11 조합방식의 정비사업에서도 업무수행의 편의상 정관등을 통해 토지등소유자로 하여금 조합에 토지 또는 건축물을 신탁하도록 하는 것이 일반적이거나, 도시정비법에 의해 강제되는 것은 아니다.

12 이재욱/이상호, "신탁법 해설", 법문사, 2000, 255면

13 업계에서는 이를 '토지신탁'이라고도 칭하고 있다. 개발신탁 또는 토지신탁은 '차입형'과 '관리형'으로 구분할 수 있는데, '차입형'과 '관리형' 모두 수탁자의 명의로 사업을 추진하는 것에는 차이가 없으나, ① 개발사업에 필요한 자금의 조달책임이 위탁자에게 있는지(관리형), 수탁자에게 있는지(차입형), ② 형식적인 명의를 아니라 실질적 사업시행의 권한을 위탁자가 주도적으로 가지는지(관리형), 아니면 수탁자가 주도적으로 가지는지(차입형)에 따라 구분된다.

토지등소유자에게 귀속시키는 구조'와 유사한 신탁의 유형은 개발신탁, 그 중에서도 차입형 개발신탁이라고 할 수 있다. 즉, 차입형 개발신탁은 토지의 효율적 개발을 통해 수익을 실현할 목적으로, 부동산 개발에 대한 전문지식이 없거나 자금력 내지 신용력이 부족한 토지소유자가 위탁자가 되어 토지를 신탁회사에게 신탁하고, 신탁회사는 신탁계약에 따라 개발자금을 직접 조달하여 건물을 건축하고, 이를 분양 또는 임대하여 발생한 수익으로 개발비용 및 신탁수수료 등을 충당한 다음 남은 수익을 수익자에게 배분하는 신탁으로서,¹⁴ 정비사업과 유사한 구조를 가진다.

(2) 신탁방식 정비사업의 개념

재개발사업과 재건축사업은 통상 조합이 시행하거나 조합이 조합원의 과반수의 동의를 받아 시장·군수 등, 토지주택공사 등, 건설업자, 등록사업자와 공동으로 시행할 수 있다(법 제25조).¹⁵ 다만 시장·군수 등은, 재개발사업 및 재건축사업의 조합설립을 위한 동의요건 이상에 해당하는 자가 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의하는 경우, 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있는데(법 제27조 제1항 제3호), 이처럼 신탁업자가 토지등소유자의 동의하에 시장·군수등으로부터 사업시행자 지정을 받아 단독 시행자로서 정비사업을 직접 시행하는 방식을 신탁방식의 정비사업이라고 한다.

신탁방식의 정비사업은 신탁업자가 단독 시행자가 되기 때문에, 토지등소유자가 조합을 별도로 설립할 필요가 없고,¹⁶ 신탁업자가 조합을 대체하여 직접 토지등소유자로부터 정비구역 내 사업부지를 신탁받아 사업시행계획인가에서부터 관리처분계획인가 및 분양, 정비사업의 준공에 이르기까지 자신의 책임하에 사업을 추진하면서, 사업시행에 필요한 자금 역시 신탁업자가 직접 조달을 한다. 이러한 신탁방식의 정비사업은 외형적으로는 차입형 개발신탁과 유사한 점이 있으나, 개발신탁이 사법(私法)상의 신탁계약을 통해 형성되는 법률관계인데 반해, 신탁방식의 정비사업은

사업시행자 지정에서부터 행정청이 관여한다는 점에서 차이가 있을 뿐만 아니라, 신탁업자가 사업시행자로 지정된 후에는 토지등소유자와 신탁업자 사이의 법률관계는 개별적으로 체결되는 신탁계약에도 불구하고 단체법적 법률관계로 묶인다.¹⁷

(3) 신탁방식 정비사업과 관련된 도시정비법 내용

1) 시장·군수등에 의한 사업시행자 지정 관련 내용

통상 정비사업은 토지등소유자의 일정 수 이상의 동의에 따라 설립된 조합이 시장·군수등의 인가를 통해 사업시행자가 되므로, 사업시행자 구성의 실질적 주체는 토지등소유자라고 할 수 있다(법 제35조). 반면 신탁업자가 정비사업의 시행자가 되기 위해서는 일정 수 이상의 토지등소유자의 동의 이외에 시장·군수등의 지정행위가 필요하다. 조합을 설립하기 위해서도 시장·군수등의 인가가 필요하지만, 조합설립인가는 조합 설립이라는 토지등소유자의 행위를 보충하여 그 법률상의 효력을 완성시켜 주는 수동적인 설권행위에 해당한다는 점에서, 직접 시장·군수등이 신탁업자를 사업시행자로 지정하여 사업시행자 지위를 부여하는 경우와 차이가 있다. 또한 조합설립인가는 법적 요건이 충족되면 시장·군수등에게 조합설립인가를 거부할 재량이 없지만, 신탁업자를 정비사업의 시행자로 지정하는 것은 법문상 강제되는 것이 아니므로(법 제27조 제1항), 토지등소유자의 동의에도 불구하고 사업시행자 지정 여부는 시장·군수등의 재량행위에 해당한다.^{18 19} 즉, 토지등소유자의 동의를 받는 과

14 김유정, 앞의 논문, 5면

15 재개발사업은 조합원 과반수의 동의를 받아 신탁업자와도 공동으로 시행할 수 있다(법 제25조 제1항 제1, 2호, 시행령 제19조).

16 신탁업자의 사업시행자 지정 전에 설립된 추진위원회나 조합은 신탁업자를 사업시행자로 지정·고시한 때 그 구성승인이나 설립인가가 취소된 것으로 본다(법 제27조 제5항).

17 김종보/최종권, "신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임", BFL 제94호(2019. 3), 서울대학교 금융법센터, 18면

정에서 신탁업자의 위법행위가 있거나, 신탁업자와 토지등소유자 사이에 체결된 개별 신탁계약이 토지등소유자에게 일반적으로 불리한 내용으로 되어 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우, 시장·군수등은 토지등소유자의 동의에도 불구하고 신탁업자의 사업시행자 지정을 거부할 수 있을 것이다.

2) 사업 시행규정 관련 내용

통상 조합이 사업시행자로서 정비사업을 시행하는 경우 조합설립시 정관을 첨부하여 인가를 받게 되고, 인가받은 정관은 조합의 조직, 활동, 조합원의 권리·의무관계 등 단체법적 법률관계를 규율하는 규범으로서 조합과 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규로서의 역할을 한다.²⁰ 신탁방식 정비사업의 경우, 신탁업자는 사업시행자로 지정된 이후 도시정비법 제53조 각호21에서 규정하고 있는 사항을 포함한 시행규정을 작성하여 토지등소유자 전원²²으로 구성되는 전체회의의 의결을 통해 시행규정을 확정받아야 한다. 이를 변경할 때도 마찬가지이다(법 제48조 제1항 제1호). 이러한 시행규정은 정관과 마찬가지로 정비사업의 수행에 필요한 세부적인 절차, 권리·의무의 귀속, 비용 부담 등에 관한 사항은 물론 신탁업자가 준수하여야 할 사항을 정한 자치규약으로서의 역할을 한다.

3) 토지등소유자 전체회의의 관련 내용

조합방식의 정비사업에서 주요 사항에 대한 의사결정은 조합원으로 구성된 총회의 의결을 통해 이루어지고(법 제45조), 조합원들은 이러한 총회 의결을 통해 조합의 사업시행 행위에 대해 일정 부분 통제를 할 수 있다. 신탁방식의 정비사업에서도 토지등소유자 전체회의를 통해 신탁업자가 수행하는 업무의 주요 사항에 대해 의결을 하도록 하고 있는데(법 제48조), 이러한 의결을 통해 사업시행 과정에서 토지등소유자의 의사를 반영하고 권리를 보호할 수 있을 뿐만 아니라,²³ 신탁업자의 권한을 일정 부분 통제할 수 있다.

토지등소유자 전체회의는 사업시행자가 직권으로 소집하거나 토지등소유자 1/5 이상의 요구로 사업시행자가 소집하고(법 제48조 제2항), 그 소집절차와 시기는 시행규정으로 정하며(법 제48조 제3항, 제44조 제5항), 전체회의 의결방법은 조합 총회와 마찬가지로 도시정비법 제45조 제3항, 제4항, 제7항 및 제9항에 따라 의결을 한다(법 제48조 제3항).

18 박지환, 도시정비법의 쟁점, 박영사, 2022, 14면

19 도시정비법 제27조 제1항은 '일정 수 이상의 토지등소유자의 동의가 있을 경우 신탁업자를 사업시행자로 지정할 수 있다'고 규정하여, 반드시 사업시행자로 지정할 것을 강제하고 있지는 않다. 그러나 현실적으로 토지등소유자가 법 제27조 제1항 제3호의 동의요건을 갖추어 신탁업자 지정을 시장·군수등에게 신청할 경우, 시장·군수등이 합리적인 이유없이 자유재량으로 이를 거부하기는 힘들 것으로 생각된다.

20 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013다49381 판결, 박지환, 앞의 책, 248면

21 제53조(시행규정의 작성) 시장·군수등, 토지구획공사등 또는 신탁업자가 단독으로 정비사업을 시행하는 경우 다음 각 호의 사항을 포함하는 시행규정을 작성하여야 한다.

1. 정비사업의 종류 및 명칭
2. 정비사업의 시행연도 및 시행방법
3. 비용부담 및 회계
4. 토지등소유자의 권리·의무
5. 정비기반시설 및 공동이용시설의 부담
6. 공고·공람 및 통지의 방법
7. 토지 및 건축물에 관한 권리의 평가방법
8. 관리처분계획 및 청산(분할정수 또는 납입에 관한 사항을 포함한다). 다만, 수용의 방법으로 시행하는 경우는 제외한다.
9. 시행규정의 변경
10. 사업시행계획서의 변경
11. 토지등소유자 전체회의(신탁업자가 사업시행자인 경우로 한정한다)
12. 그 밖에 시·도조례로 정하는 사항

22 재건축사업의 경우 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의한 토지등소유자를 말한다(법 제48조 제1항).

23 김수홍, 앞의 자료, 제53면

2. 신탁업자에 대한 사업시행자 지정 요건 및 지정 절차

(1) 사업시행자 지정 요건

도시정비법상 신탁업자를 사업시행자로 지정할 수 있는 사업은 재개발사업과 재건축사업에 한정된다(법 제28조 제1항). 그리고 재개발사업 및 재건축사업에서 사업시행자로 지정할 수 있는 지정개발자로서의 신탁업자는 기본적으로 자본시장법 제8조 제7항에 따른 신탁업자로서,²⁴ 정비구역의 토지 중 정비구역 전체 면적(공공유지 제외) 대비 3분의 1 이상의 토지를 신탁받아야 한다(시행령 제21조 제3호). 시장·군수등이 이러한 요건을 갖춘 신탁업자를 사업시행자로 지정하기 위해서는, 그 외 「① 천재지변 등의 불가피한 사유로 긴급하게 정비사업을 시행할 필요가 있다고 인정하는 때, ② 재개발사업에서 고시된 정비계획에서 정한 정비사업시행 예정일부터 2년 이내에 사업시행계획인가를 신청하지 아니하거나 사업시행계획인가를 신청한 내용이 위법 또는 부당하다고 인정하는 때, ③ 재개발사업 및 재건축사업의 조합설립을 위한 동의요건 이상에 해당하는 자가 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 동의한 때」 중 어느 하나에 해당하여야 한다(법 제27조 제1항).

사업시행자 지정을 위한 토지등소유자 동의요건의 경우, 도시정비법 제35조에 따른 조합설립을 위한 동의요건 이상에 해당하는 자의 동의를 받도록 하고 있는데, 재개발사업의 경우에는 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 받아야 하고(법 제35조 제2항), 재건축사업의 경우에는 주택단지의 공동주택 각 동별 구분소유자의 과반수 동의와 주택단지의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 받아야 한다.(법 제35조 제3항). 이러한 신탁업자의 사업시행자 지정에 관한 동의는 법 제36조 및 시행령 제33조에서 규정하는 토지등소유자의 동의절차 방법, 토지등소유자 및 동의자 수 산정방법 등의

내용이 적용된다(법 제36조 제1항 제5호).²⁵

(2) 사업시행자 지정 절차

신탁업자가 사업시행자 지정에 관한 요건을 갖추어 시장·군수등에게 사업시행자 지정 신청²⁶을 하면, 시장·군수등은 신탁업자를 사업시행자로 지정할 것을 결정할 수 있다. 즉, 신탁업자가 요건을 갖추어 사업시행자 지정 신청을 하였다고 해서 사업시행자 지정이 강제되는 것은 아니다. 시장·군수등의 사업시행자 지정행위는 신탁업자에게 사업시행자 지위를 부여하는 설권적 처분인 강학상 특허로서 재량행위에 해당할 것이다.²⁷ 시장·군수등이 신탁업자를 사업시행자로 지정한 때에는 정비사업의 종류와 명칭, 사업시행자의 성명 및 주소, 정비구역의 위치 및 면적, 정비사업의 착수예정일 및 준공예정일 등의 사항을 해당 지방자치단체의 공보에 고시하여야 하고(법 제27조 제2항, 시행령 제20조 제1항), 고시한 내용을 토지등소유자에게 통지하여야 한다(시행령 제20조 제2항). 시장·군수등이 신탁업자를 사업시행자로 지정·고시한 때에는 그 고시일 다음 날에 추진위원회의 구성승인 또는 조합설립인가가 취소된 것으로 본다(법 제27조 제5항). 이로써 신탁업자는 조합을 완전히 대체하여 단독의 사업시행자로서 사업을 추진하게 된다.

3. 신탁업자의 권한과 책임

(1) 정비사업 단계별 신탁업자의 역할과 권한

1) 사업시행자 지정 이후 시행규정 작성 및 시공자 등 선정 관련

신탁업자가 정비사업의 사업시행자로 지정이 되면,

²⁴ 법 제2조 제9호

²⁵ 박지환, 앞의 책, 68면

²⁶ 법적 절차로서의 신청이 아니라 사실상의 신청일 것이다.

²⁷ 박지환, 앞의 책, 70면, 용석남, "신탁방식의 정비사업에 관한 연구", 서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2020. 2, 60면

신탁업자는 도시정비법 및 관계 법령 등에서 정한 사업시행자로서의 권한과 책임을 가진다. 즉, 신탁업자는 사업시행자로서 자신의 이름과 책임으로 정비사업의 시행과 관련된 각종 인허가의 상대방이 되며, 정비사업의 비용조달, 주택의 공급 및 사업 참가자들과의 계약 체결 등의 역할을 한다.²⁸ 구체적으로는 신탁업자는 사업시행자로 지정된 이후 시행규정을 작성하여 토지등소유자 전체회의에서 확정을 받는다(법 제53조, 제48조 제1항 제1호). 또한 신탁업자는 사업시행자 지정 이후 경쟁입찰 또는 수의계약의 방법으로 시공자를 선정할 수 있다(법 제29조 제6항). 다만 토지등소유자 전체회의는 경쟁입찰 또는 수의계약의 방법으로 신탁업자에게 시공자를 추천할 수 있고(법 제29조 제7항), 이 경우 신탁업자는 추천받은 자를 시공자로 선정하여야 하므로(법 제29조 제8항), 실무적으로는 신탁업자 단독으로 시공자를 선정하는 경우보다 토지등소유자 전체회의에서 시공자를 추천하여 신탁업자가 이를 선정하는 경우가 훨씬 많을 것이다. 그 외 신탁업자는 경쟁입찰 또는 수의계약을 통해 설계사나 정비사업전문관리업자 등 정비사업 시행 과정에서 필요한 여러 용역업체들을 선정하게 된다. 이러한 용역업체 선정의 경우에는 토지등소유자 전체회의의 추천 제도가 없다.

2) 사업시행계획과 관리처분계획의 수립 및 분양 관련

신탁업자는 도시정비법 제52조 제1항 각호의 사항을 포함하는 사업시행계획서를 작성하여 시장·군수등으로부터 인가를 받아야 한다(법 제50조). 사업시행계획에는 토지등소유자들의 권리·의무에 영향을 미치는 내용들이 포함되므로, 사업시행계획서 작성에 있어 신탁업자의 역할과 책임이 중요하다. 재건축사업의 경우 사업시행계획인가의 고시가 있으면 신탁업자는 그로부터 30일 이내에 신탁업자의 사업시행자 지정에 동의하지 않는 토지등소유자에게 사업시행자의 지정에 관한 동의 여부를 회답할 것을 서면으로 촉구

하여야 하고, 토지등소유자가 위 촉구를 받은 날로부터 2개월 이내에 회답을 하지 않거나 동의 거부의 뜻을 회답한 경우, 신탁업자는 해당 토지등소유자 및 건축물 또는 토지만 소유한 자²⁹에게 건축물 또는 토지의 소유권과 그밖의 권리를 매도할 것을 청구할 수 있다(법 제64조).

신탁업자는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날(사업시행계획인가 이후 시공자를 선정한 경우에는 시공자와 계약을 체결한 날)로부터 120일 이내에 분양공고를 하고, 분양신청기간 동안 토지등소유자로부터 분양신청을 받는다(법 제72조). 신탁업자는 분양신청기간이 종료된 때 분양신청 현황을 기준으로 분양대상자의 주소 및 성명, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액, 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 가격 등의 사항이 포함된 관리처분계획을 수립하여 시장·군수등의 인가를 받아야 한다(법 제74조). 관리처분계획 역시 토지등소유자의 이해관계에 중요한 영향을 미치는 사항이므로, 그 작성자인 신탁업자의 역할과 책임이 중요하다. 신탁업자는 관리처분계획이 고시된 다음날부터 90일 이내에 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자 등을 상대로 손실보상에 관한 협의를 진행하고, 협의가 성립되지 아니할 경우, 재개발사업은 수용재결 신청을, 재건축사업은 매도청구소송 제기를 하여야 한다(법 제73조). 정비구역내 토지등소유자에게 분양하고 남은 잔여세대는 일반분양을 실시한다(법 제79조 제4항, 제7항).

3) 정비사업에 소요된 비용의 분담 및 손익의 귀속 관련

신탁업자는 정비사업 공사를 완료하면 시장·군수

²⁸ 김종보/최종권, 앞의 논문, 8면

²⁹ 재건축사업에서 토지등소유자는 정비구역에 위치한 건축물 및 그 부속토지의 소유자가 되므로(법 제2조 제9호 나.목), 건축물 또는 토지만 소유한 자는 토지등소유자의 지위를 가질 수 없고, 매도청구의 상대방이 된다.

등으로부터 준공인가를 받아야 하고, 정비구역의 지정은 준공인가 고시가 있는 날 해제된 것으로 의제 된다(법 제83조 제1항, 제84조 제1항). 물론 이러한 정비구역 지정 해제 의제에도 불구하고 신탁업자의 사업시행자 지위에는 영향을 주지 않는다(법 제84조 제2항). 이후 신탁업자는 관리처분계획에서 정한 바에 따라 토지등소유자에게 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 하고, 그 내용이 지방자치단체의 공부에 고시되면 그 다음 날 토지등소유자는 분양받은 대지 또는 건축물의 소유권을 취득한다(법 제86조). 만일 토지등소유자의 종전 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격 사이에 차이가 있을 경우, 신탁업자는 소유권 이전에 관한 이전고시가 있는 후에 그 차액을 분양받은 자로부터 징수하거나 지급하여야 한다(법 제89조).

한편, 신탁업자는 정비사업에 소요되는 사업비 일체를 원칙적으로 자신의 책임으로 조달하여 부담하여야 하는데(법 제92조 제1항),³⁰ 신탁업자가 부담한 사업비용이 정비사업의 시행과정에서 발생한 수입(일반 분양금, 토지등소유자의 청산금 등)을 초과할 경우, 신탁업자는 토지등소유자에게 그 차액을 부과금으로 부과할 수 있다(법 제93조). 마찬가지로 정비사업 시행과정에서 발생한 수입이 사업비용을 초과하여 개발이익이 발생한 경우 이러한 이익의 귀속도 사업의 종료와 함께 수익자인 토지등소유자에게 최종 귀속되어야 할 것이다. 이때 사업시행자인 신탁업자와 토지등소유자는 신탁계약상 신탁의 계산 및 수익의 교부에 대해서 정한 바에 따르게 될 것이다.³¹

이처럼 정비사업의 시행자인 신탁업자는 대외적인 관계에서 정비사업과 관련한 법률관계의 주체가 되어 원칙적으로 그 법률관계에 따른 모든 의무와 책임을 부담하고, 이러한 의무와 책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되지 않고 신탁업자의 고유재산에까지 미치지만, 신탁업자와 토지등소유자 사이의 내부적인 관계에서는 정비사업 시행에 따른 손익에 관한 정산 과정을 거치게 되고, 이 과정을 통하여 해당 정비사

업의 손익은 토지등소유자에게 최종적으로 귀속하게 된다.³²

(2) 신탁업자의 권한 제한

1) 법령에 의한 제한

신탁업자가 정비사업의 시행자로 지정이 되어 정비사업을 수행할 경우 당연히 도시정비법에 따른 제한을 받는다. 따라서 신탁업자는 도시정비법에서 정한 절차와 요건에 따라 사업을 수행할 의무를 부담하고, 이를 위반할 경우 벌칙이 따른다(법 제135조 내지 138조). 예컨대, 시공자 선정 과정에서 재산상 이익을 제공받거나(법 제132조 제1조), 경쟁입찰 등의 방법이 아닌 방법으로 계약을 체결하거나(법 제29조 제1항 위반), 사업시행계획서를 위반하여 건축물을 건축하거나(법 제50조 위반), 공사의 중지 등에 관한 명령을 받고도 이에 따르지 아니하거나(법 제113조 제1항 위반), 정비사업시행과 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니하는 등(법 제124조 제1항 위반)의 경우에 형사처벌의 대상이 된다. 그리고 신탁업자의 대표자나 대리인, 사용인 등이 정비사업 시행에 관한 신탁업자의 업무에 관하여 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 이외에 신탁업자도 해당 조문의 벌금을 부과받는 양벌규정이 적용된다(법 제139조).

또한 신탁업자는 자본시장법 및 신탁법에 따른 규율도 함께 받는다고 생각된다. 자본시장법 제3조 제1항 단서에 따르면 ‘위탁자의 지시에 따라서만 신탁재산의 처분이 이루어지는 신탁’이나 ‘신탁계약에 따라 신탁재산에 대하여 보존행위 또는 그 신탁재산의 성질을 변경하지 아니하는 범위에서 이용·개량 행위만을 하는 신탁’은 금융투자상품에서 제외되므로, 위와 같은 신탁은 자본시장법의 규율대상이 되지 않지만,

30 물론 개별적인 신탁계약의 내용 또는 시행규정의 내용에서 비용부담의 주체나 비율을 달리 정할 수 있을 것이다.

31 김종보/최종권, 앞의 논문, 16면

32 용석남, 앞의 논문, 34면

신탁방식의 정비사업은 일종의 개발신탁에 해당하여 위 단서에서 규정하는 신탁으로 보기 어렵다.³³ 따라서 신탁방식의 정비사업에도 자본시장법이 적용되어, 신탁업자는 토지등소유자와의 개별 신탁계약을 체결함에 있어 손실보전 약정 등이 금지되고(자본시장법 제55조), 법령이나 약관, 집합투자규약 등에 위반하는 행위를 할 경우 토지등소유자에 대해 손해배상책임을 부담하는 등(자본시장법 제64조)의 규제를 받는다. 또한 신탁업자는 신탁법에 따라 정비사업 시행 과정에서 선관주의 의무, 충실의무, 이익에 반하는 행위 금지의무, 공평의무, 이익향수금지의무, 분별관리의무 등 제 의무를 부담한다(신탁법 제32조 내지 37조).

2) 토지등소유자 전체회의를 통한 제한

도시정비법은 신탁방식의 정비사업을 도입하면서, 정비사업의 토지등소유자 전체회의 제도를 도입하고, 정비사업 시행과정에서 결정되어야 할 시행규정의 확정·변경, 정비사업비의 사용·변경, 토지등소유자의 부담이 될 계약의 체결, 시공자의 선정·변경, 정비사업비의 분담내역, 자금의 차입과 그 방법, 사업시행계획 및 관리처분계획의 수립·변경 등 주요 사항에 대해 토지등소유자 전체회의의 의결을 거치도록 하였다(법 제48조 제1항). 이는 토지등소유자의 권리·의무에 중요한 영향을 미치는 사항에 대해 토지등소유자들의 의사가 직접 반영되도록 함으로써 토지등소유자의 권리를 보호하기 위해 절차적 보장을 강화하기 위함이다.³⁴ 이러한 도입취지에 비추어 볼 때, 도시정비법이 규정한 사항에 대해 토지등소유자 전체회의의 의결을 거치지 않을 경우 그 행위는 효력이 없다고 보는 것이 타당하다.³⁵ 이처럼 신탁업자가 정비사업 시행과정에서 행사하는 권한 중 토지등소유자의 권리·의무에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항은 토지등소유자 전체회의의 의결을 통해 제한 및 통제를 받는다.

3) 시행규정에 의한 제한

신탁업자는 사업시행자로 지정된 이후 시행규정을

작성하여야 하고, 이러한 시행규정에는 정비사업의 내용이나 절차, 비용부담에 관한 사항, 토지등소유자의 권리·의무에 관한 사항 등이 포함된다(법 제53조). 비록 신탁업자가 시행규정을 작성하기는 하나, 토지등소유자 전체회의의 의결을 통해 확정을 받아야 하므로(법 제48조 제1항 제1호), 시행규정이 신탁업자에게 일방적으로 유리하게 작성될 우려는 어느 정도 해소될 수 있을 것이다. 이러한 시행규정은 신탁방식 정비사업의 수행에 필요한 세부적인 절차, 권리·의무의 귀속, 비용부담에 관한 사항 등에 있어 신탁업자와 토지등소유자를 함께 규율하는 자치규약의 성격을 가진다는 점에서, 신탁업자의 권한을 제한하고 통제하는 중요한 역할을 한다.³⁶

4. 신탁방식 정비사업에 있어 생각해 볼 쟁점

(1) 추진위원회나 조합의 권리·의무의 승계 여부

정비사업의 경우 사업시행자나 정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자의 변동이 있는 때에는 종전의 사업시행자와 권리자의 권리·의무는 새로 사업시행자와 권리자로 된 자가 승계한다(법 제129조). 따라서 정비사업 진행 과정에서 사업시행자가 변경이 되면 새로운 사업시행자는 기존 사업시행자가 행한 법률행위에 대한 권리·의무를 승계받아 그에 따른 책임을 부담한다. 문제는 추진위원회 단계 또는 조합 설립 이후에 신탁업자가 정비사업의 사업시행자로 지정이 된 경우에 신탁업자가 추진위원회나 조합의 권리·의무를 승계하는지 여부이다.

우선 추진위원회 단계에서 신탁업자가 사업시행자로 지정되는 경우 권리·의무 승계 여부와 관련하여, 추진위원회는 사업시행자가 아니므로 사업시행자의 변경이 있는 경우는 아니다. 다만 추진위원회가 정비

33 김종보/최종권, 앞의 논문, 14면

34 김수홍, 앞의 자료, 53면

35 옹석남, 앞의 논문, 66면

36 김종보/최종권, 앞의 논문, 19면

사업과 관련하여 권리를 갖는 자로 볼 수 있는지에 대해서는 다툼이 있을 수 있지만,³⁷ 만일 정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자로 볼 수 있다고 하더라도, 신탁업자가 사업시행자로 지정이 되는 것은 시장·군수 등에 의한 사업시행자 지정이라는 설권적 처분에 의해 사업시행자 지위가 창설되는 것일 뿐, 기존 추진위원회의 지위가 변경된 것은 아니므로, 신탁업자가 추진위원회의 권리·의무를 승계하지는 않을 것으로 본다. 나아가 도시정비법 제34조 제3항은 추진위원회가 수행한 업무와 관련된 권리·의무는 조합이 포괄승계하는 것으로 규정하고 있으나, 이는 조합설립을 목적으로 구성된 추진위원회가 그 목적에 따라 조합을 설립함으로써 추진위원회와 조합 사이에 업무수행의 연속성이 인정됨을 전제로 한 규정이라고 할 수 있는데, 신탁업자가 사업시행자 지위를 갖게 된 것은 추진위원회의 구성 목적에 따른 것이 아니라 시장·군수 등의 지정행위에 따른 것이므로, 도시정비법 제34조 제3항이 적용될 수 없다고 본다.³⁸ 다만 추진위원회 단계에서 신탁방식으로 사업을 추진하고자 할 경우에, 추진위원회로서는 신탁업자와의 별도 계약 등을 통해 추진위원회의 권리·의무에 대한 승계 여부에 대해 약정해 두는 것이 일반적일 것이고, 따라서 추진위원회의 권리·의무를 신탁업자가 승계할지 여부는 이러한 약정의 내용에 따라 결정되는 경우가 많을 것이다.

한편, 조합이 설립된 단계에서 신탁업자가 사업시행자로 지정이 된 경우에는, 비록 조합과 신탁업자 사이에서 사업시행자 지위에 관한 승계약정 등의 법률행위는 없지만, 정비구역의 폐지나 사업방식의 변경 없이 사업시행자가 기존의 조합에서 신탁업자로 변경된 경우에 해당한다고 봄이 상당하고, 달리 권리·의무 승계를 부정할 명시적인 근거나 합리적인 이유도 없으므로, 사업시행자로 지정된 신탁업자가 기존 조합의 권리·의무를 승계하는 것으로 생각된다. 이와 관련하여 이 경우에도 신탁업자가 승계하는 것은 기존 조합의 '처분·절차 기타의 행위'로 한정되고 기존 조합의 대외적인 채권·채무까지 승계하는 것은 아니라

는 견해도 있다.³⁹

(2) 사업시행자 지정을 위한 신탁업자 선정방법

추진위원회나 조합이 정비사업과 관련한 계약을 체결하기 위해서는 일반경쟁입찰을 통해 계약상대방을 선정하는 것이 원칙이다(법 제29조 제1항). 따라서 추진위원회나 조합이 사업시행자로 지정될 신탁업자 후보자를 선정하는 경우에도 일반경쟁입찰을 통해 선정을 하여야 하는지 문제가 될 수 있다.

도시정비법 제29조 제1항은 추진위원장 또는 사업시행자가 '계약을 체결할 때'에 일반경쟁에 부치도록 규정하고 있지만, 신탁업자를 정비사업의 사업시행자로 지정하는 것은 시장·군수 등의 지정행위라는 행정처분에 의해 이루어지는 것이지, 추진위원회나 조합과 신탁업자 사이의 계약체결에 의해 사업시행자가 정해지는 것은 아니다. 비록 현실적으로는 추진위원회나 조합이 신탁업자와의 사전 협의를 통해 신탁방식의 정비사업에 참여할 신탁업자 후보자를 사실상 선정하고, 그에 대해 토지등소유자의 동의를 받아 시장·군수들에게 지정 신청을 하는 것이 일반적인 모습일 것이나, 사업시행자 지정에 시장·군수 등의 재량이 인정되는 이상 추진위원회 등에 의한 신탁업자 후보자의 선정을 사업시행자 지정행위로 평가할 수는 없

37 대법원은 "구 도시정비법 제10조는 '사업시행자와 정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자의 변동이 있을 때에는 종전의 사업시행자와 권리자의 권리·의무는 새로이 사업시행자와 권리자로 된 자가 이를 승계한다'고 정하고 있다. 여기서 '정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자'는 조합원 등을 가리키는 것이고, 사업시행자로부터 매도청구를 받은 토지 또는 건축물 소유자는 이에 포함되지 않는다"라고 판시하여, 조합원이 위 조합의 권리자에 해당함은 밝히고 있으나, 그 외 권리자가 어느 범위까지 포함되는지에 대해서 명시적으로 언급하고 있지 않다(대법원 2019. 2. 28. 선고 2016다255613 판결). 다만 하급심 중에는 추진위원회가 '정비사업과 관련하여 권리를 갖는 자'에 해당하지 않는다고 판시한 사례가 있다(서울중앙지방법원 2021. 2. 18. 선고 2019가합511524 판결).

38 박지환, 앞의 책, 73면, 서울중앙지방법원 2021. 2. 18. 선고 2019가합511524 판결

39 박지환, 앞의 책, 73면

다고 생각된다. 그러므로 추진위원회 등에 의한 이러한 사실상의 신탁업자 선정행위에 대해서는 일반경쟁 입찰에 의한 필요가 없을 것이다.⁴⁰

하지만 현실적으로는 추진위원회나 조합이 사업시행자로 지정될 신탁업자 후보자를 결정한 다음 동의 절차를 진행하고, 시장·군수등 역시 토지등소유자의 동의를 받아 신청된 신탁업자를 사업시행자로 그대로 지정하는 것이 일반적일 것이다. 그러므로 실질적으로는 추진위원회나 조합이 사업시행자로 지정될 신탁업자를 선정하는 것과 마찬가지로, 그 과정에서 여러 가지 부작용이 발생할 수 있는 점은 추진위원회나 조합이 정비사업에 관한 계약을 체결하는 경우와 다르지 않다. 마찬가지로 추진위원회나 조합에 의한 신탁업자 후보자 선정과 관련하여 아무런 제한이 없다면, 사업시행자 지정에 관한 토지등소유자의 동의를 받기 위해 다수의 신탁업자가 경쟁적으로 정비구역 내 토지등소유자에게 접촉하는 등 정비구역이 신탁업자에 의한 영업행위의 장소로 변질될 우려가 있다. 따라서 입법적으로 추진위원회나 조합이 사업시행자로 지정될 신탁업자 후보자를 선정하는 경우에도 일반경쟁에 부치도록 하는 규정을 별도로 둘 필요가 있다고 생각된다.⁴¹

(3) 신탁업자 자격요건 중 3분의 1 이상의 토지 신탁요건의 충족 시점

신탁업자의 사업시행자 지정과 관련하여, 신탁업자 자격 요건 중 정비구역 전체 면적의 3분의 1 이상의 토지를 신탁받아야 하는 요건을 어느 시점까지 갖추어야 하는지 문제가 될 수 있다. 그런데 도시정비법은 이에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않으므로, 시장·군수등이 사업시행자 지정 여부를 결정하기 전까지 위 요건을 갖추면 무방하다고 생각된다. 사실상 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 것에 대한 토지등소유자의 동의요건을 거의 갖추기 전까지는, 신탁업자가 토지등소유자와 개별적으로 신탁계약을 체결하여 정비구역 전체 면적 대비 3분의 1 이상의 토지를 신탁

받는 것은 사실상 기대하기 어렵다는 현실적인 사정에 비추어 보더라도, 3분의 1 이상의 토지 신탁 요건은 시장·군수등이 신탁업자를 사업시행자로 지정할 것인지 여부를 결정하기 전까지 갖추면 되는 것으로 보는 것이 합리적이다.⁴²

IV. 신탁업자에 의한 대행방식의 정비사업과 비교

1. 대행방식의 정비사업 도입연혁

도시정비법은 법 제정 당시부터, 조합 또는 토지등소유자가 정비사업을 계속 추진하기 어려워 정비사업의 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에, 시장·군수가 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 지정개발자로 하여금 당해 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행하게 하는 규정을 두었다. 이후 도시정비법은 2016. 1. 27. 법률 제13912호로 개정이 되면서 토지등소유자(조합을 설립한 경우에는 조합원을 말한다)의 과반수 동의로 요청하는 경우에도 시장·군수가 지정개발자 등으로 하여금 해당 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행할 수 있도록 하였다(구 법⁴³ 제9조 제1항 제2호). 기존 법에서는

40 박지환, 앞의 책, 70면

41 도시정비법 제29조 제7항은, 토지등소유자 전체회의가 신탁업자인 사업시행자에게 시공자를 추천하는 경우 경쟁입찰 등의 방법에 의하도록 명시적으로 규정하고 있다.

42 사업시행자 지정 신청 시점까지는 3분의 1 이상의 토지 신탁요건을 갖추어야 한다는 견해가 있을 수 있으나, 도시정비법상 사업시행자 지정에 있어 법적인 신청절차가 있는 것이 아니고, 그럼에도 불구하고 명시적인 근거도 없이 사실상 행해지는 지정 신청 시점까지 토지 신탁요건을 갖추어야 한다고 해석하는 것은 무리가 있다고 생각된다. 다만 실무적으로는 토지등소유자의 동의를 받아 신탁업자가 시장·군수등에게 사업시행자 지정에 관한 신청을 할 때, 3분의 1 이상의 토지 신탁요건을 갖추어 신청하는 것이 일반적일 것이다.

43 2016. 3. 29. 법률 제14113호로 개정되기 전의 것

시장·군수가 정비사업의 추진이 어렵다고 인정하는 경우 사업대행자를 지정할 수 있도록 규정하고 있어, 그 지정요건이 추상적이고 모호하여 토지등소유자의 동의없이 사업대행자를 지정하는 것에 현실적인 어려운 측면이 있었고, 이에 토지등소유자의 동의로도 사업대행자 지정을 요청할 수 있도록 한 것이다.⁴⁴

2. 지정 요건의 차이

신탁업자가 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 직접 정비사업을 시행하기 위해서는, 신탁방식의 정비사업과 마찬가지로, 도시정비법 시행령 제21조에서 정한 지정개발자의 요건을 갖추어야 한다.⁴⁵ 따라서 정비사업의 시행대행을 하고자 하는 신탁업자는 정비구역의 토지 중 정비구역 전체 면적 대비 3분의 1 이상의 토지를 신탁받아야 한다(시행령 제21조 제3호). 다만 신탁방식의 정비사업에서 신탁업자가 정비사업의 사업시행자가 되기 위해서는 조합설립을 위한 동의요건 이상에 해당하는 토지등소유자의 동의를 얻어야 하는 반면(법 제27조 제1항 제3호), 사업대행의 경우에는 토지등소유자(조합을 설립한 경우에는 조합원)의 과반수 동의만 있으면 된다(법 제28조 제1항 제3호).

동의를 방법, 역시 신탁방식의 경우에는 국토교통부령으로 정하는 동의서에 토지등소유자가 성명을 적고 지장을 날인하는 방법으로 하며, 신분증명서 사본을 첨부하여야 하는 반면(법 제27조 제4항, 제36조 제1항 제5호), 대행방식의 경우에는 법정동의서 서식이나 동의방법에 대해 명시적으로 규정하고 있지 아니하므로,⁴⁶ 동의서 작성방법은 토지등소유자의 진정한 의사를 확인할 수 있는 방법으로 하면 될 것으로 보인다.⁴⁷ 이처럼 신탁업자에 의한 대행방식의 정비사업은 신탁방식에 비해 신탁업자가 정비사업에 참여할 수 있는 요건이 완화되어 있어 상대적으로 신탁업자의 사업참여 여건이 더 좋다.

3. 사업시행 과정에서의 차이

신탁방식의 정비사업은 신탁업자가 단독 사업시행자로서 자신의 책임과 비용으로 업무를 집행하고 재산으로 관리하며, 그 과정에서 신탁업자는 시행규정과 토지등소유자 전체회의의 의결을 통해 권한의 제한을 받는다. 반면 대행방식의 정비사업의 경우 신탁업자는 사업시행자인 조합을 대행하여 신탁업자의 이름과 사업시행자의 계산으로 사업시행자의 업무를 대신 집행하고, 다만 사업대행자가 재산의 처분, 자금의 차입 그 밖에 사업시행자에게 재산상 부담을 주는 행위를 하려는 경우에 미리 시장·군수등의 승인을 받아야 하는 등의 제한이 따른다(시행령 제22조 제4항).

이와 관련하여 사업대행자가 업무를 추진함에 있어 도시정비법상 조합 총회 의결사항에 대해 사전에 총회 의결까지 받아야 하는지 문제될 수 있다. 도시정비법은 이에 대해 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 사업시행자가 업무집행을 함에 있어 도시정비법에서 규정한 주요 사항에 대해서는 조합 총회나 토지등소유자 전체회의의 의결을 거쳐야 함에도, 사업대행자가 업무집행을 할 때는 아무런 제한없이 자유로이 업무집행을 할 수 있다고 보는 것은 불합리하므로, 사업대행자가 조합 총회의 의결사항에 관한 행위를 하기 위해서는 사전에 조합 총회의 의결을 거쳐야 하는 것으로 생각된다.⁴⁸

44 김수홍, “도시 및 주거환경정비법 일부개정법률안 검토보고”, 국토교통위원회(2015. 11.), 54면

45 도시정비법 제28조 제1항은, 시장·군수등은 ‘지정개발자’에게 해당 조합 또는 토지등소유자를 대신하여 정비사업을 시행하게 할 수 있다고 규정하고 있고, 동 법 제27조 제1항은 ‘신탁업자로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자’를 ‘지정개발자’라고 정의하고 있기 때문이다.

46 대행방식의 경우 시행령 제33조에 따라 동의자수 산정방법에 대해서만 규정하고 있다.

47 박지환, 앞의 책, 83면

48 용석남, 앞의 논문, 제87면

4. 사업종료 과정에서의 차이

신탁방식의 정비사업에서는 정비사업 준공인가 및 이전고시가 완료되면 신탁업자는 대지 또는 건축물을 분양받은 자에 대해 청산금을 징수하거나 지급을 하고, 정비사업 비용이 수입을 초과할 경우 그 차액에 대해 토지등소유자에게 부과금을 징수함으로써 정비사업 시행과정에서 자신이 부담한 비용을 회수할 수 있다(법 제89조, 93조). 반면 사업대행자는 이전고시 이후 대지 또는 건축물에 대한 등기를 완료한 때 사업대행을 완료하고 사업시행자에게 업무를 인계하여야 하며, 이러한 업무 인계·인수가 완료된 때에는 사업대행자가 정비사업을 대행할 때 취득하거나 부담한 권리와 의무는 사업시행자에게 승계된다(시행령 제23조 제4항). 그리고 정비사업 시행대행 과정에서 사업대행자가 지출한 비용은 사업시행자에게 상환을 청구할 수 있을 뿐 토지등소유자에게 비용을 부과할 수 없다(시행령 제23조 제5항). 사업대행자는 정비사업 시행과정에서 부담한 비용 등의 회수를 담보하기 위해 사업시행자에게 귀속될 대지 또는 건축물을 압류할 수 있다(법 제28조 제2항).

V. 결론

신탁방식의 정비사업이 도입된 이후 정비사업에 신탁업자의 참여 기회가 차츰 늘어가고 있으나, 아직까지 신탁방식이 완전히 자리를 잡지는 못하고 있는 것으로 보인다. 조합방식에 비해 신탁방식 정비사업의 단점도 있지만 그에 비해 장점도 상당하고, 도시정비법 역시 조합방식 정비사업의 문제점을 보완하기 위해 신탁방식을 도입한 것이다. 그러므로 향후 신탁방식의 정비사업이 활성화될 수 있도록 몇 가지 제도 개선이 필요하다고 본다.

첫째, 신탁업자의 정비사업 업무수행에 대한 관리·감독에 관한 규정을 보완할 필요가 있다. 현재 도시정

비법은 신탁업자를 사업시행자로 지정하는 요건과 절차에 관한 규정 및 토지등소유자 전체회의에 관한 규정 정도를 두고 있을 뿐, 구체적으로 신탁업자에 대한 관리·감독에 관한 규정이 부재한 상태이다. 신탁방식의 정비사업은 신탁업자의 업무수행 방식이나 능력에 따라 토지등소유자의 재산권에 큰 영향을 미치므로, 재산권자인 토지등소유자에 의한 관리·감독 권한을 강화할 필요가 있다.

둘째, 신탁업자의 책임범위와 한계에 대해 좀 더 명확히 규정을 할 필요가 있다고 본다. 신탁방식의 정비사업에서 신탁업자가 자신의 책임하에 사업을 추진하는 과정에서 여러 가지 사회·경제적 사유로 사업이 지연되어 사업비용이 추가로 소요될 경우, 그 비용을 토지등소유자에게 전적으로 부담시킨다면 사업시행에 따른 위험을 토지등소유자에게 전가한다는 비판이 있을 수 있고, 그 부담을 신탁업자에게 돌리게 되면 신탁업자의 정비사업 참여가 저해되어 신탁방식의 정비사업 활성화에 부정적인 영향을 미치게 되는 문제가 있다. 이처럼 정비사업 시행과정에서 예상치 못한 사정으로 추가 비용이 발생하는 등의 경우에 있어 그 책임 소재가 불분명하면 토지등소유자와 신탁업자 사이에서 비용 부담과 관련하여 상당한 분쟁이 발생하게 되는 부작용이 있으므로, 도시정비법 자체에서 신탁업자의 책임범위와 한계에 관한 규정을 좀 더 명확히 해 둘 필요가 있다.

도시정비법이 정비사업 활성화라는 목적에서 토지등소유자의 동의에 의한 신탁방식의 정비사업을 도입하였으나, 아직까지는 제도적으로 미비한 점이 상당수 보이므로, 향후 신탁방식 정비사업의 활성화를 위해서는 이러한 문제점에 대해 좀 더 깊이 있는 연구와 보완이 필요할 것이다.