건설법연구 제16호, 2026년 9월, 55-71면.
Construction & Urban Development Law Review Vol. 16, September 2026, pp. 55-71.
ISSN : 2671-5104

논문 / ARTICLE

도시정비사업에서 대지 확보를 위한 건물인도청구의 문제: 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 중심으로

손건훈*

국문초록

도시정비사업의 사업시행자는 신축 공사에 착수하기 위하여 정비구역 내의 토지와 건축물을 현실적으로 확보하여야 한다. 그러나 「도시 및 주거환경정비법」은 그 확보의 수단과 절차를 정면으로 규정하고 있지 아니하고, 실무는 재건축사업에서의 매도청구권 행사와 관리처분계획인가·고시의 효력에 근거한 건물인도청구라는 두 가지 민사법적 수단에 의존하고 있다.

이 글은 위 두 수단이 모두 도시정비법의 공법적 성격에 부합하지 아니함을 밝히고자 한다. 첫째, 도시정비법은 정비구역 지정에서 이전고시에 이르는 사업의 전 과정을 행정처분의 연쇄로 구성하면서도, 정작 사업의 성패를 좌우하는 부지 확보 단계에서만 사법(私法)적 수단을 동원한다. 둘째, 도시정비법 제81조 제1항은 종전 권리자의 사용·수익 정지를 규정할 뿐 사업시행자에게 대세적 권원을 부여하지 아니하므로, 이를 소유물반환청구권의 근거로 삼는 것은 무리한 해석이다. 셋째, 매도청구권은 사업의 실체가 확정되기 전인 조합설립 단계의 미동의를 이유로 행사되면서도 생활보상을 결여하고 있다. 넷째, 인도청구는 민사소송으로, 주거이전비 등의 보상은 당사자소송으로 쟁송절차가 이원화되어 동일한 쟁점이 중복 심리된다.

이에 이 글은 ① 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정(도시정비법 제64조)을 삭제하고 분양신청 절차와 손실보상 협의로 일원화할 것, ② 토지등소유자의 지장물 철거·이전의무와 그 불이행에 대한 행정대집행의 근거를 도시정비법에 명문으로 신설할 것을 제안한다. 인도의무를 비대체적 작위의무로 보아 대집행에서 제외하는 판례를 전제하더라도, 정비사업이 지향하는 것은 점유의 이전이 아니라 지장물의 제거이므로, 의무의 내용을 '인도'가 아닌 '철거'로 재구성함으로써 대집행의 길을 열 수 있다. 대법원은 철거 대집행 과정에서 부수적으로 퇴거 조치를 할 수 있고 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시하였으므로, 철거의무가 법정되면 현행의 이중 절차는 하나의 공법적 절차로 통합된다.

주제어: 도시정비사업, 사업 부지 확보, 건물인도청구, 관리처분계획인가·고시, 매도청구권, 행정대집행, 대체적 작위의무, 손실보상, 주거이전비

목차

I. 들어가며

II. 도시정비법의 규율과 실무상 인정되는 사업 부지 확보 방안

III. 도시정비사업의 현행 사업 부지 확보 방식의 문제점

IV. 도시정비사업의 사업 부지 확보 방안 — 미동의자에 대한 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 인정 필요

V. 결론

* 춘천지방법원 원주지원 판사

Check for updates

Open Access

DOI: https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.16.4

Received: August 24, 2026
Revised: September 08, 2026
Accepted: September 11, 2026

Copyright: © 2026 Construction & Urban Development Law Association.

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

I. 들어가며

개발사업에서 사업 부지의 확보는 결정적인 문제이다. 부지 확보의 성공 여부에 따라 사업의 성패가 갈리는 경우가 많기 때문이다. 그렇기에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법'이라고 한다), 「도시개발법」, 「주택법」 등 개발사업의 근거가 되는 법령은 예외 없이 사업 부지의 확보 수단을 규정하고 있다. 그 방식은 크게 사업시행자에게 수용권을 부여하는 방식과 사업시행자가 토지소유자와의 협의를 통하여 사업 부지를 매입하도록 하는 방식으로 나뉜다. 통상 개발사업이 공익적 성격을 갖는 경우에는 수용권이 부여되고 사적 개발의 성격을 띠는 경우에는 협의매수의 방식을 취한다고 설명되나, 개별 법령 문언의 형식만으로 수용권 부여와 협의매수 방식을 준별하는 것은 각 제도의 입법 취지와 실질적인 운용에 부합하지 아니한다.[1)]

도시정비법이 적용되는 정비사업은 기성시가지 가운데 그 기능을 다하였거나 정상적인 기능을 하기 어려운 지역을 대상으로 한다. 따라서 그 사업 부지는 공지(空地)가 아니라 이미 건축물을 비롯한 지장물이 밀집하여 설치되어 있는 경우가 대부분이다. 그런데 대법원의 확립된 법리에 의하면, 도시정비법상 사업시행자는 민사법적 쟁송 수단인 건물인도청구를 통하여 토지 지상 건축물의 점유를 이전받는 방법으로 사업 부지를 확보하게 된다. 이러한 결론은 도시정비법의 명시적인 규정에 근거한 것이라기보다는 관리처분계획인가·고시의 효력에 관한 대법원의 해석에 근거한 것인데,[2)] 그로 인하여 정비사업의 당사자인 사업시행자와 토지등소유자 사이의 분쟁은 크게 증가하고 정비사업의 기간과 비용 또한 늘어날 뿐만 아니라, 위 두 당사자 사이의 분쟁을 심판하는 법원에도 상당한 부담이 된다.

이에 더하여 도시정비법은 재건축사업에 관하여 사업시행자가 조합설립에 동의하지 아니한 토지등소유자를 상대로 매도청구를 함으로써 사업 부지를 확보할 수 있는 방안을 별도로 규정하고 있다. 이는 재건축사업에 특유한 제도로서, 관리처분계획인가·고시 후의 건물인도청구와 달리 사업시행계획인가·고시 직후라는 비교적 이른 시점에 사업 부지를 확보하는 수단이 된다. 다만 상대적으로 이른 시점에 토지를 취득하여야 하는 조합으로서는 재원 조달에 어려움을 겪게 되고, 토지등소유자로서는 판결에 의하여 매매계약이 성립하였음에도 매매대금의 지급 시점과 소유권 이전 시점을 예측할 수 없어 장기간 불안정한 지위에 놓이게 된다.

결국 현행 도시정비법의 문언과 그 해석을 통하여 인정되는 두 가지 사업 부지 확보 방안은 모두 민사법적 수단이라는 공통점을 갖는다. 이 글은 위 두 가지 수단이 도시정비법의 법적 성격과 부합하는지를 검토하고, 나아가 위 두 방법이 부지 확보 수단으로서 갖는 구조적 한계에 비추어 그 대안으로서 행정대집행을 도입할 가능성을 살펴보고자 한다. 이하에서는 먼저 현행법상 인정되는 두 가지 확보 방안의 내용과 법적 근거를 정리하고(II), 그 문제점을 도시정비법의 법적 성격, 청구권원의 존부, 매도청구 제도의 구조, 집행 실무, 쟁송절차의 이원화라는 다섯 측면에서 분석한 다음(III), 입법론으로서 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 도입을 제안하기로 한다(IV).

II. 도시정비법의 규율과 실무상 인정되는 사업 부지 확보 방안

1. 도시정비사업에서의 사업 부지 확보 방안

도시정비사업을 시행하는 사업시행자는 공동주택을 신축하기 위하여 사업 부지를 확보하여야 한다. 그런데 정비사업이 진행되는 지역은 이미 주거지나 시가지가 형성되어 있는 지역이므로 사업 부지에는 건축물을 비롯한 지장물이 존재한다. 따라서 사업시행자로서는 이러한 지장물을 철거하거나 수거하도록 한 뒤에야 비로소 착공이 가능한 상태의 부지를 확보하게 된다.

실무상 사업 부지의 확보는 사업시행자가 사업 부지 내 건축물에 대한 인도를 청구하는 방식으로 진행된다. 이는 다시 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 조합원 임의가입제를 채택한 재건축사업에서[3)] 사업시행계획인가·고시 후 조합설립미동의자를 상대

1) 예컨대 「도시개발법」은 수용 또는 사용 방식, 환지 방식, 혼용 방식을 모두 예정하고 있고(같은 법 제21조), 시행자가 민간인 경우에도 일정한 토지 소유 요건과 동의 요건을 갖추면 수용권이 부여된다(같은 법 제22조). 사업의 공익성 여부가 아니라 시행 주체와 동의 요건이라는 형식적 기준이 수용권 부여를 좌우하는 셈이다. 공용수용의 헌법적 요건인 '공공필요'의 판단이 개별 법령의 형식적 규율에 의하여 사실상 대체되고 있다는 문제의식으로는 김연태, "공용수용의 요건으로서의 '공공필요'", 『고려법학』 제48호(2007. 4.), 83면 이하 참조.

2) 관리처분계획 인가·고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향을 정면으로 분석한 초기의 연구로는 송명호, "관리처분계획의 인가 고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구", 『인권과 정의』 제397호(2009. 9.), 63면 이하 참조.

3) 재개발사업은 정비구역 내 토지등소유자가 당연히 조합원이 되는 강제가입제를 취하는 반면(도시정비법 제39조 제1항 본문), 재건축사업은 조합설립에 동의한 자만이 조합원이 되는 임의가입제를 취한다(같은 항 단서). 조합설립미동의자라는 범주 자체가 재건축사업에만 존재하는 것은 이러한 차이에서 비롯된다. 동의의 요건과 그 평가가 정비사업의 구조 전반에서 차지하는 의미에 관하여는 김종보, "정비사업의 구조이론(構造理論)과

로 매도청구권을 행사하는 방식이고, 다른 하나는 재건축사업을 포함한 모든 정비사업에서 관리처분계획인가·고시의 효력을 근거로 건물인도를 청구하는 방식이다. 이러한 두 가지 방식은 각각 도시정비법의 명문 규정과 그에 관한 대법원의 해석에 근거하는데, 그 적정성과 타당성을 판단하기 위해서는 먼저 각 제도의 구체적인 법적 근거와 실제의 운영 방식을 살필 필요가 있다.

2. 재건축사업에서 조합설립미동의자에 대한 매도청구권의 행사

(1) 제도의 연혁과 취지

도시정비법 제정 당시 재건축사업에 반대하는 소유자의 토지를 확보하는 방안으로 토지수용권을 부여하는 안이 논의되었다. 그러나 재건축사업은 재개발사업에 비하여 사적 개발의 성격이 강하다는 이유로, 규제개혁위원회 심사 과정에서 토지수용권의 부여는 과도한 재산권 침해라는 지적이 제기되어 채택되지 아니하였다. 그 대안으로 도입된 것이 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법'이라고 한다) 제48조를 준용한 매도청구권 제도이다.[4] 요컨대 매도청구권은 재건축사업의 공익성이 수용을 정당화할 정도에 이르지 못한다는 판단 아래 마련된 절충적 타협의 산물이었다.

(2) 행사의 요건과 절차

재건축사업의 사업시행자는 사업시행계획인가의 고시가 있은 날부터 조합설립에 동의하지 아니한 자(이하 '미동의자'라고 한다)를 상대로 매도청구권을 행사할 수 있다(도시정비법 제64조).[5] 사업시행자는 매도청구권의 행사에 앞서 사업시행계획인가 고시일부터 30일 이내에 미동의자에게 조합설립 또는 사업시행자 지정에 관한 동의 여부를 회답할 것을 서면으로 촉구하여야 한다(같은 조 제1항). 이러한 회답의 촉구는 반드시 별도의 내용증명우편 발송 등의 방법에 의하여야 하는 것은 아니며, 매도청구의 소장 부본 송달로써 최고를 갈음할 수 있다. 이 경우 소 제기는 '피고가 2개월의 회답 기간 내에 동의하지 아니하는 것을 정지조건으로 하는 매도청구권의 행사'로 평가된다. 이와 같은 해석은 미동의자의 숙려 기간을 보장하면서도 소송경제에 부합하는 절차로 판단되어, 대법원뿐만 아니라 하급심에서도 널리 인정되고 있다.[6]

회답을 촉구받은 미동의자는 2개월 이내에 회답하여야 하며, 그 기간 내에 회답하지 아니하면 동의하지 아니하겠다는 뜻을 회답한 것으로 본다(도시정비법 제64조 제2항, 제3항). 사업시행자는 회답 기간 만료일부터 2개월 이내에 법원에 매도청구의 소를 제기하여야 하는데, 이 기간은 제척기간에 해당한다(같은 조 제4항). 만약 소 제기의 방식으로 회답을 최고하였다면, 매매계약이 성립하는 시점은 소 제기 시점이 아니라 미동의자가 소장 부본을 송달받은 날부터 2개월의 회답 기간이 만료된 날의 다음 날이 된다.

이러한 매도청구권은 형성권으로서, 그 행사에 의하여 시가(市價)[7]에 의한 매매계약이 강제로 성립한다. 시가는 소송 절차 내에서 이루어지는 감정평가를 통하여 법원이 확정한다. 따라서 미동의자의 소유권이전등기 및 인도 의무는 사업시행자의 매매대금 지급의무와 동시이행의 관계에 있게 된다.

3. 관리처분계획인가·고시의 효력에 따른 건물인도의무의 부과

(1) 도시정비법의 해석과 건물인도청구의 근거

실무상 도시정비법에 따른 건물인도청구의 근거는 관리처분계획인가·고시의 효력에서 찾는다. 도시정비법은 "종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조 제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있은 때에는 제86조에 따

동의(同意)의 평가", 『일감법학』 제20호(2011. 8.), 137면 이하 참조.

4) 정영철, 『건설·부동산공법론』, 박영사, 2023, 410면.

5) 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 구 도시정비법 제39조에 해당하는 규정이다. 매도청구의 상대방에는 조합설립 또는 사업시행자 지정에 동의하지 아니한 토지등소유자뿐만 아니라 건축물 또는 토지만을 소유한 자도 포함된다(도시정비법 제64조 제4항). 조합설립 동의의 유효성과 매도청구권 행사의 관계에 관한 분석으로는 노경필, "도시정비법상 조합설립 동의의 유효성 및 매도청구권과의 관계", 『사법』 제14호(2010. 12.), 199면 이하 참조.

6) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다63380 판결; 대구지방법원 2008. 6. 13. 선고 2005가합19587 판결; 서울고등법원 2016. 9. 7. 선고 2015나32440 판결.

7) 여기에서의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 토지나 건물의 객관적 거래가격으로서, 노후되어 철거될 상태를 전제로 하거나 주택재건축사업이 시행되지 아니한 현재의 현황을 전제로 한 거래가격이 아니라 그 토지나 건축물에 관하여 주택재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549·21556·21563 판결).

른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다"고 규정하고 있는데(도시정비법 제81조 제1항 본문), 이 규정이 사업시행자의 건물인도청구권의 근거로 원용된다.[8)]

민사상 건물인도청구의 요건사실은 '원고의 건물 소유'와 '피고의 건물 점유'로 구성된다. 그러나 정비사업에서 사업시행자는 관리처분계획인가·고시만으로 부동산의 소유권을 취득하는 것이 아니므로, 인도청구의 권원이 문제 될 수 있다. 이에 대하여 대법원은, 사업시행계획인가를 통하여 행정주체의 지위를 부여받은 사업시행자는 도시정비법 제81조 제1항에 따라 정비구역 내 부동산에 대한 배타적인 사용·수익권을 법률의 규정에 의하여 취득한다고 본다. 즉 대법원은 도시정비법이 규정한 관리처분계획인가·고시의 효력, 곧 토지·건축물 소유자 등의 사용·수익 정지 의무를 사업시행자의 건물인도청구권의 법적 근거로 해석하는 것이다. 이러한 대법원의 태도에 대하여, 사업시행자의 인도청구권은 민법상 소유권에 기한 것이 아니라 정비사업의 원활한 수행이라는 공익적 목적을 위하여 법률이 특별히 부여한 공법상 권능에 기초한다고 설명하는 견해가 있다.[9)]

이와 같이 사업시행자는 관리처분계획인가·고시로써 점유자를 상대로 부동산의 인도를 구할 수 있는 권리를 취득하며, 이는 실무상 건물인도 소송의 근거가 된다. 그러나 이러한 인도의무의 강제적 실현은 행정대집행의 대상이 되지 아니하고, 민사소송인 인도청구의 소를 제기하여 집행권원을 확보한 뒤 민사집행법에 따른 강제집행 절차를 거쳐 이루어진다. 즉 권리의 발생 근거는 공법에 두면서도 그 실현 절차는 전적으로 사법(私法)에 의존하는 이원적 구조가 형성되어 있는 것이다.

(2) 손실보상의 완료와 인도의무 — 판례의 전개

재개발사업과 같이 수용 방식으로 진행되는 사업에서 토지등소유자가 사업시행자의 인도청구에 대항할 수 있는 가장 중요한 항변은 '손실보상이 완료되지 아니한 경우'에 해당한다는 주장이다(도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호). 토지등소유자는 손실보상으로 자신의 토지 및 건축물 등에 대한 소유권 상실의 대가인 손실보상금을 청구할 수 있고, 주거용 건축물의 세입자는 주거이전비와 이사비를,[10)] 상가 세입자는 영업손실보상금의 지급을 각 손실보상으로 구할 수 있다.[11)] 손실보상은 사업시행자와 점유자 사이의 협의 또는 수용재결에서 정하여진 손실보상금 전액을 지급하거나 수령 거부 등을 이유로 공탁한 때에 완료된다.[12)] 이 경우 토지등소유자는 보상금액이 적정하지 아니하다는 이유만으로 인도를 거부할 수는 없으며, 보상금액에 대한 불복은 보상금증감청구소송 등 별도의 절차로 다투어야 한다.

판례는 종전 권리자의 재산권을 보호하는 방향으로 발전하여 왔다. 대법원은 이미 손실보상의 완료가 사용·수익 정지의 예외로 명문화되기 전의 사안에서도, 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는 관리처분계획이 인가·고시된 것만으로는 부족하고 협의 또는 수용절차를 거쳐야 하며, 이렇게 보는 것이 국민의 재산권을 보장하는 헌법합치적 해석이라고 판시하였다.[13)] 이후 대법원은 토지보상법 제78조가 정한 이주정착금·주거이전비·이사비 역시 도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호가 말하는 손실보상에 포함된다고 보아, 사업시행자와 현금청산대상자 또는 세입자 사이에 협의가 성립한 경우에는 주거이전비 등 지급의무와 부동산 인도의무가 동시이행의 관계에 있고, 재결절차 등에 의할 때에는 사전보상의 원칙에 따라 주거이전비 등의 지급절차가 부동산의 인도에 선행되어야 한다고 판시하였다.[14)]

위 법리는 인접한 여러 국면으로 확장되었다. 대법원은 주거이전비 등을 지급받지 못한 현금청산대상자가 부동산을 계속 사용·수익

8) 위 규정은 2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정되기 전에는 사업시행자의 동의가 있는 경우만을 사용·수익 정지의 예외로 규정하고 있었으나, 위 개정으로 '토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우'가 예외 사유로 추가되었다. 그 개정 경위와 실천적 의미에 관하여는 엄지아, "도시정비법 제81조 제1항에서 정한 '손실보상 완료'의 의미 — 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 —", 『법원 학술발표문』(미간행), 2022. 9. 20. 발제, 7-9면 참조.

9) 김남철, 『행정법강론』(제10판), 박영사, 2024, 1368면; 전재우, 『도시 및 주거환경정비법』, 박영사, 2020, 530면; 박지환, 『도시정비법의 쟁점』, 박영사, 2022, 700-701면. 실제로 사업시행자는 수용을 원인으로 소유권을 취득한 경우 민법 제213조에 따른 소유물반환청구권에 기하여, 그러하지 아니한 경우에는 도시정비법 제81조 제1항에 따른 사용·수익권에 기하여 각각 인도를 구할 수 있으므로 종전 권리자의 인도의무를 반드시 사법상 의무로만 볼 수는 없다는 지적으로는 엄지아, 위의 글, 26면 참조.

10) 헌법재판소 2014. 7. 24.자 2012헌마662 결정 참조. 주거이전비는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제54조에 근거하며, 세입자에 대하여는 가구원 수에 따른 4개월분의 주거이전비가 보상된다. 주거이전비·이사비의 법적 성격을 생활보상의 관점에서 분석한 것으로는 엄장진, "손실보상 및 생활보상 논의에 대한 고찰: 주거이전비, 이사비를 중심으로", 『법제』 제686호(2019. 9.), 176면 이하 참조.

11) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결.

12) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

13) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결. 같은 취지로 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다78415 판결.

14) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결. 위 판결에 대한 분석으로는 김종석, "주택재개발사업에서 부동산 인도와 주거이전비 등의 관계", 『대법원판례해설』 제127호(법원도서관, 2021.), 267면 이하; 엄지아, 앞의 글, 16면 이하 참조. 주거이전비 등의 구체적 지급요건을 둘러싼 실무상 쟁점에 관하여는 이도행, "주택재개발사업에서의 주거이전비, 이사비 및 이주정착금과 관련된 실무상 문제점", 『재판자료』 제139집: 행정재판실무연구 VI(법원도서관, 2020.) 참조.

하더라도 사업시행자에 대하여 부당이득반환의무나 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담하지 아니한다고 보았고,[15] 나아가 주거이전비 등을 포함한 손실보상이 완료되지 아니한 이상 토지 등을 인도하지 아니하였더라도 토지보상법 제43조 위반죄가 성립하지 아니한다고 판단하였다.[16] 요컨대 손실보상의 완료는 인도청구의 인용 여부뿐만 아니라 부당이득·손해배상·형사책임의 성부까지 좌우하는 관문(關門)으로 기능하게 되었다.

그러나 대법원은 재개발사업 등과 달리 재건축사업은 수용 방식에 의하지 아니하므로 미동의자는 도시정비법상 '손실보상' 규정을 원용하여 인도를 거부할 수 없다고 판단한다.[17] 도시정비법의 내용과 체계에 비추어 볼 때 손실보상 규정은 토지보상법상 수용 권한이 부여된 사업에 제한적으로 적용될 뿐 그 권한이 부여되지 아니한 주택재건축사업에까지 적용되거나 유추 적용되는 것으로 해석되지 아니한다는 점을 근거로 하는데, 이러한 해석은 결국 도시정비법상 매도청구를 사법상의 매매관계를 형성하는 제도로 보는 데에서 비롯된다. 그 결과 앞서 본 일련의 재산권 보호 법리는 재개발사업의 현금청산대상자와 세입자에게만 미치고, 재건축사업의 미동의자는 그 바깥에 남겨지게 된다.

한편 수용 방식으로 진행되는 사업에서 인도의무의 이행을 확보하는 또 다른 수단으로 형사처벌이 마련되어 있다는 점도 함께 지적할 필요가 있다. 토지보상법은 토지소유자 등이 수용 또는 사용의 개시일까지 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하도록 하고(제43조), 이를 위반한 자를 처벌하고 있는데(제95조의2 제2호), 헌법재판소는 위 조항들이 재산권 및 거주·이전의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.[18] 주목할 것은 헌법재판소가 그 논거로 '토지 및 건물의 명도의무는 비대체적 작위의무여서 행정대집행의 대상이 될 수 없다'는 점, 곧 행정적 강제수단의 부재를 명시적으로 들었다는 사실이다. 인도의무의 확보 수단으로 행정대집행이 봉쇄되어 있는 현행 체계에서 입법자가 그 공백을 형벌이라는 가장 강력한 수단으로 메우고 있다는 것은, 그 자체로 현행 제도의 불균형을 드러낸다. 대체적 작위의무가 아니라는 형식논리로 대집행을 배제한 결과 오히려 형사처벌이라는 더 무거운 제재가 동원되고 있는 것이다.

III. 도시정비사업의 현행 사업 부지 확보 방식의 문제점

1. 도시정비법의 법적 성격과 건물인도청구의 부정합

(1) 재건축 규율의 연혁 — 사법적 규율에서 공법적 규율로

과거 재건축사업은 주로 「주택건설촉진법」과 집합건물법에 의하여 규율되었다. 주택건설촉진법은 주택건설사업의 절차적 근거로서 사업계획승인 등을 규율하였고,[19] 사업 추진의 실체적 권리 확보는 집합건물법이 담당하였다. 특히 집합건물법 제47조 및 제48조는 재건축을 구분소유자들의 사적 합의를 통한 재산권 행사의 연장선으로 보아, 구분소유자 5분의 4 이상의 결의가 있으면 사업에 동의하지 아니하는 소유자의 부동산을 '시가'로 매도할 것을 청구하는 매도청구권 제도를 두었다. 이는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '토지보상법'이라고 한다)에 따른 수용이 아니라 사인(私人) 사이의 매매관계를 강제적으로 형성하는 사법상 형성권이라는 점에서 본질적인 차이가 있다. 요컨대 이 시기의 재건축사업은 노후 공동주택 소유자들의 사적 계약과 자율적 의사결정에 기반한 민간사업으로서의 성격이 강하였다.[20]

그러나 도시정비법은 재개발과 재건축을 '정비사업'이라는 단일한 법적 개념으로 포섭하면서 여러 제도적 장치를 통하여 공법적 성격을 강화하였다. 첫째, 도시정비법은 재건축조합을 포함한 정비사업조합을 관할 행정청의 감독 아래 정비사업을 시행하는 공법인으로 규정하였다. 특히 조합설립인가는 조합에 행정주체의 지위를 부여하는 설권적 처분(특허)으로 해석되는데,[21] 이는 조합의 설립 단계부터 행정청의 재량적 판단과 공법적 통제가 강하게 작용함을 의미한다. 둘째, 도시정비법은 과거 재개발사업에만 적용되던 공법적 절차를 재건축사업에까지 확대 적용하였다. 정비구역 지정 제도를 도입함으로써 재건축사업을 포함한 모든 정비사업은 행정청이 도

15) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다258798 판결; 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다300484 판결; 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다215039 판결 등. 다만 사업시행자가 수용개시일에 소유권을 취득하였음에도 종전 권리자가 부동산을 사용·수익하여 실질적 이익을 얻은 경우까지 부당이득의 성립을 부정하는 것이 종래의 법리와 정합하는지에 관하여는 추가적인 검토가 필요하다는 지적이 있다. 엄지아, 앞의 글, 41-43면.
16) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019도10001 판결. 같은 취지로 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019도13010 판결 등 다수.
17) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62561·62578 판결.
18) 헌법재판소 2020. 5. 27.자 2017헌바464·2017헌바537(병합)·2020헌가6(병합) 결정.
19) 윤재윤, 『건설분쟁 관계법』(제9판), 박영사, 2025, 33-34면.
20) 양창수, 『민법주해(2)-총칙(2)』(제2판), 박영사, 2022, 405-406면.
21) 정영철, 『건설·부동산공법론』(제2판), 박영사, 2025, 468-469면.

시계획절차를 거쳐 지정·고시한 정비구역 내에서만 시행되도록 의무화되었고, 행정청의 인가·고시를 통하여 효력이 발생하는 구속적 행정계획이자 독립된 행정처분인[22] 사업시행계획과 관리처분계획 또한 재개발·재건축사업 모두에 적용되게 되었다. 이러한 규정들은 조합원의 재산상 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 핵심적인 사업 절차가 사적 계약이 아닌 공법적 행정행위의 형태로 규율됨을 의미한다.[23]

(2) 부지 확보 수단의 이원화와 그 부정합

이러한 점에 비추어 보면, 정비사업의 원활한 추진을 위하여 사업에 반대하는 소유자의 권리를 강제적으로 취득하는 절차 역시 공법적 체계 내에서 규율되어야 한다. 실제로 재개발사업에는 여전히 토지보상법에 따른 수용권이 부여된다. 사업시행계획인가의 고시가 있으면 토지보상법상 사업인정이 있는 것으로 의제되어, 협의가 성립하지 아니할 경우 수용재결 절차를 통하여 소유권을 강제로 취득할 수 있다.[24] 반면 우연한 입법적 계기에 의하여 사업 절차를 달리하게 된 재건축사업의 경우에는 수용권 대신 주택건설촉진법 이래의 매도청구권이 인정된다. 매도청구는 민사소송의 형식을 취하지만 사업에 동의하지 아니하는 자의 재산권을 강제적으로 박탈하는 수단이라는 점에서 그 본질은 수용과 유사하며,[25] 도시정비법이라는 공법 체계 내에서 사업 추진을 위하여 제도화되었다는 점에서 공법적 성격이 강화된 측면을 보여준다.[26] 학설상으로도 매도청구권은 사실상 공용수용과 다르지 아니한 기능을 수행함에도 수용에 요구되는 헌법적 통제와 보상 체계를 회피하고 있다는 점에서 그 위헌성이 지적되어 왔다.[27]

정비사업이 공법적 성격을 갖는 이상 그 부지를 확보하는 수단 또한 공법적 수단에 의하여야 한다. 그럼에도 재개발·재건축사업을 불문하고 현실의 부지 확보 수단은 민사소송인 건물인도청구의 소로 해결되고 있다. 이러한 해석은 적어도 도시정비법의 성격과 내용에 비추어 볼 때 그 입법 취지에 부합하지 아니한다.

이를 보다 구체적으로 살펴보면, 대법원의 해석과 같이 민사소송을 통하여 건물인도를 구한다면, 관리처분계획인가·고시가 있는 경우 토지등소유자의 자신의 토지 및 건물에 대한 사용·수익은 손실보상이 완료되지 아니하였더라도 정지될 수밖에 없다. 이는 토지 등에 대한 수용에 반드시 손실보상을 요구하는 토지보상법의 규정에 반한다. 대법원 또한 이러한 문제를 인식하여, 앞서 본 것과 같이 재개발사업에서는 손실보상의 완료를 인도청구의 실질적 요건으로 삼는 방향으로 법리를 형성하였다. 그러나 이러한 해석은 그나마 토지보상법이 준용되는 재개발사업에서만 한정적으로 적용될 수 있을 뿐, 사법적 법률관계로 해석되는 재건축사업에서는 적용될 여지가 없다.

오히려 재건축사업에서는 손실보상에 갈음하여 지급되는 매매대금과 건물인도의무가 상호 대응하는 동시이행의 관계에 놓이게 되는데, 이러한 결과는 사전보상의 원칙을 선언한 토지보상법 제62조의 취지뿐만 아니라 도시정비법이 지닌 공법적 성격에도 반한다. 즉 행정주체가 우월적 지위에서 사업예정지 내의 토지를 취득함에도 자신의 토지 등이 실질적으로 수용되는 토지등소유자는 소극적인 거부권의 행사에 그칠 수밖에 없으며, 손실보상의 내용 자체를 공법적 절차에서 직접 다툴 수 없다는 한계를 갖는다. 재개발사업의 현금청산대상자가 보상금증감청구소송을 통하여 보상의 적정성을 다툴 수 있고 주거이전비 등에 관하여는 당사자소송을 제기할 수 있는 것과 대비하면, 재건축사업의 미동의자는 매도청구소송 내에서의 시가 감정이라는 단일한 통로에 의존할 수밖에 없어 절차적 지위가 현저히 열악하다.

2. 법적 근거의 문제

현행 대법원의 해석에 따른 건물인도청구는 그 형식에 있어 물권적 청구권인 소유물반환청구권을 근거로 한다(민법 제213조). 따라서 사업시행자가 건물인도를 구하기 위해서는 원고인 자신의 건물 소유 사실과 피고인 토지등소유자의 건물 점유 사실을 주장·증명하여야 한다. 그런데 이러한 건물인도청구권이 과연 도시정비법의 해석만으로 도출될 수 있는지 문제 된다.

---

22) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다97737 판결.
23) 박지환, 앞의 책(주9), 471-472면.
24) 김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022, 742면.
25) 헌법재판소 2014. 1. 28.자 2011헌바363 결정. 위 결정은 매도청구권이 재건축 불참자의 의사에 반하여 매매계약의 성립을 강제한다는 점에서 실질적으로 공용수용에 준하는 기능을 수행함을 전제로 그 합헌성을 심사하였다.
26) 김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022, 752-753면, 755-756면.
27) 성중탁, "매도청구권제도의 위헌성에 관한 소고", 『성균관법학』 제24권 제2호(2012. 6.), 141면 이하. 위 논문은 부동산 개발사업에서 사업 부지를 확보하는 강제적 수단으로 수용과 매도청구가 병존하는 현행 법제를 비판적으로 검토하면서, 매도청구가 공공필요와 정당보상이라는 헌법적 요청을 충족하는지에 근본적인 의문을 제기한다.

도시정비법 제81조 제1항은 관리처분계획인가·고시의 효력으로서 토지등소유자의 토지 또는 건축물에 대한 사용·수익 권한의 정지를 규정하고 있고, 같은 조 제2항 이하는 사업시행자의 기존 건축물 철거에 관한 사항을 규정하고 있다. 그러나 도시정비법의 어떠한 규정을 살펴보더라도 사업시행자가 사업 시행지 내의 지장물에 대하여 소유권과 같은 대세적 효력을 부여받았다고 볼 근거가 없으며, 사업시행자의 소유 사실을 추정하는 규정 또한 존재하지 아니한다. 결국 대법원이 말하는 '배타적 사용·수익권'은 종전 권리자의 권능이 정지된 결과 사실상 남게 되는 반사적 이익에 가까운 것이지, 제3자에 대한 대항력을 갖춘 독립한 권원이라고 보기 어렵다. 실제로 정비사업의 인도청구 실무에서는 사업시행자가 소유물반환청구권과 도시정비법 제81조 제1항에 따른 사용·수익권을 청구원인으로 혼용하는 경우가 적지 아니하고, 하급심 사이에서도 어느 것을 인도의무의 근거로 삼을 것인지에 관한 판단이 엇갈려 왔다.[28] 이러한 혼란은 청구권원의 규범적 기초가 불분명하다는 사정을 증명한다.

무엇보다 실무상 사업시행자는 관리처분계획인가·고시가 있은 후 조속한 사업 시행을 위하여 소유자와 점유자를 불문하고 건물인도청구의 소를 제기하는 경우가 많다. 이로 인한 불필요한 비용 증가의 문제는 차치하더라도, 소유자가 건물을 직접 점유하지 아니한 경우 그가 과연 건물인도청구의 피고적격을 갖는지조차 의문이다.[29]

특히 민법상 소유물반환청구권은 본래 불법점유를 전제로 마련된 규정이다.[30] 그런데 도시정비법에 따른 관리처분계획인가·고시가 있었다는 이유만으로, 적법한 소유권 및 점유권에 기초하여 자신의 토지 및 건물을 이용하여 오던 토지등소유자의 이용 관계가 어느 날 갑자기 불법점유로 전환된다는 것은 납득하기 어렵다. 관리처분계획인가·고시의 효력은 사업예정지 내의 토지 및 건물의 사용을 중지시키는 데 그치는 것으로서, 이는 사업 목적의 달성을 위하여 추가적인 토지 이용을 금지시키기 위한 것으로 해석하여야 한다. 이 규정 자체로 인하여 종전의 사용·수익 관계가 고시의 효력 발생일을 기준으로 갑자기 불법적인 것으로 변경된다고 보는 것은, 특히 토지등소유자에게 손실보상이 완료되지 아니한 경우를 전제로 한다면 정당한 보상이 전적으로 배제된 상황에서 토지 이용 권원만을 박탈하는 결과가 되므로 토지등소유자에게 일방적으로 불합리한 해석이 된다. 대법원이 주거이전비 등을 지급받지 못한 종전 권리자의 점유를 불법점유로 보지 아니하고 부당이득반환의무마저 부정한 것도,[31] 결국 이러한 문제의식을 판례의 차원에서 수용한 것으로 이해할 수 있다.

대법원의 이러한 해석은 종래 수용 절차를 거쳐 공익사업을 위한 토지를 확보하는 방식을 규율하는 토지보상법 제43조의 유추에 근거한 것으로 보인다. 토지보상법은 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 개시일까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 한다고 규정하고 있고, 대법원은 위 규정과 관리처분계획인가·고시의 효력에 관한 도시정비법 제81조 제1항이 결합하여 사업시행자의 건물인도청구권이 발생한다고 본다.[32]

그러나 토지보상법 제43조는 공법상 권한을 행사하는 사업시행자가 우월적 지위에서 사업구역 내의 토지와 건물의 인도를 구할 수 있는, 즉 행정상 강제력 행사의 근거가 되는 규정으로 보아야 할 뿐이지, 대등한 당사자 사이의 지위를 전제로 하는 민사관계에서 소를 제기할 수 있는 권원이 된다고 보기에는 부족하다. 이는 토지보상법이 위 인도의무의 확보를 위하여 대집행 신청(제89조)과 형사처벌(제95조의2 제2호)이라는 공법적 수단을 별도로 마련하고 있다는 점에서도 뒷받침된다. 무엇보다 대법원의 해석에 의하면 재건축사업에는 토지보상법이 준용될 여지가 없으므로, 재건축사업에서야말로 건물인도를 구할 권원 자체가 존재하지 아니한다는 근본적인 문제가 발생한다.

3. 재건축사업에서 미동의자에 대한 매도청구의 문제

(1) 부지 확보 시점의 부정합

재건축사업의 사업시행자는 사업시행계획인가의 고시가 있은 날부터 미동의자에 대한 매도청구권을 행사할 수 있다. 그런데 이러한 시점의 매도청구가 반드시 필요한지 의문이다.

정비사업의 진행 과정에서 현실적으로 부지 확보가 필요한 시점은 관리처분계획의 인가·고시까지 모두 마쳐진 시점이다. 사업시행

28) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결의 사안에서도 제1심은 도시정비법에 근거한 인도의무를, 원심은 소유물반환청구권에 근거한 인도의무를 각 인정하는 등 청구원인이 혼재되어 있었다. 엄지아, 앞의 글, 26면 각주 19 참조.

29) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다187 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결 참조. 약정에 의하여 부동산의 인도를 청구하는 경우에 한하여 그 상대방이 직접점유자로 제한되지 아니하고 간접점유자를 상대로 하는 청구도 허용될 뿐이다.

30) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다187 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결.

31) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다258798 판결 등. 종전 권리자는 손실보상이 완료될 때까지 부동산을 무상으로 사용·수익할 권리가 있으므로 그 점유에 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다는 취지의 하급심 판단으로 수원지방법원 2019. 7. 4. 선고 2018나74518 판결 참조.

32) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결.

계획이 인가되었다는 것만으로는 실제 시공 업무를 수행하는 시공자 등 협력업체와의 계약 체결이나 조합원들에 대한 권리 배분과 관련된 최소한의 절차조차 진행되지 아니한 상태이고, 사업의 전체적인 윤곽과 진행 계획만이 수립되었을 뿐이다. 특히 재건축조합은 이 시점에서 사업 진행을 위한 최소한의 재원조차 확보하지 못하여 시공 예정자로부터 사업비를 대출받아 충당하는 경우가 일반적이다. 그럼에도 부지 확보를 위한 비용조차 스스로 충당할 수 없는 재건축조합이 미동의자를 상대로 매도청구권을 행사할 수 있도록 하는 것은, 재건축사업으로부터 벗어나고자 하는 소유자로 하여금 불필요한 방어 비용을 지출하도록 강제하는 결과만을 낳는다. 또한 매도청구에 따른 매매대금 지급의무와 토지 및 건물의 인도의무는 동시이행의 관계에 있게 되는데, 재건축조합의 매매대금 지급이 현실적으로 가능하게 되는 시점이[33] 관리처분계획인가·고시 이후라는 점을 감안하면 반드시 그 이전 시점에 매도청구권을 행사하도록 하여야 할 현실적인 필요도 없다.

(2) 사법적 형식과 공익사업적 실질의 괴리

이러한 문제에 더하여, 매도청구는 본질적으로 공익사업을 위한 강제적 재산권 취득 절차임에도 매매계약이라는 사법적 형식을 취하고 있어 그 자체로 불합리한 결과를 야기한다. 토지보상법에 따른 수용 절차는 토지·건물 자체의 가격 외에도 주거이전비, 이사비, 영업손실보상 등 생활보상의 측면을 포괄적으로 규율하여 피수용자의 생활 재건을 돕는다.[34] 반면 매도청구는 오로지 시가에 의한 매매대금의 산정에만 초점을 맞춘다. 물론 대법원은 여기에서의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 객관적 거래가격으로서 재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 산정되는 가격, 즉 개발이익이 포함된 가격이라고 판단하고 있기는 하다.[35] 그러나 주거이전비나 영업손실보상 등에 관한 명시적 규정이 없어 세입자나 영세상인 등은 충분한 보상을 받지 못한 채 삶의 터전을 잃게 될 위험이 크다. 개발이익이 반영된 시가는 소유자에 대한 대물적 보상일 뿐 세입자에 대한 생활보상을 대체할 수 없다는 점에서, 이는 사업의 공공성을 제대로 반영하지 못하는 명백한 입법적 한계이다.

이러한 보상의 공백이 초래하는 결과는 결코 추상적이지 아니하다. 재개발사업의 철거 현장에서 발생한 비극적 사건들의 근저에는 세입자에 대한 보상의 내용과 절차를 명확하게 정하지 아니한 법제의 불비가 자리하고 있다는 지적이 오래전부터 제기되어 왔다.[36] 재건축사업에서는 이러한 보상 규정 자체가 준용되지 아니하므로 그 공백은 한층 더 크다.

4. 현행 집행 실무의 문제

건물인도 소송에서 승소한 사업시행자는 건물인도청구권에 관한 집행권원을 확보한다. 그러나 사업의 궁극적 목적은 건물을 인도받는 것이 아니라 토지 위의 건물을 철거하여 착공 가능한 상태의 부지를 확보하는 것이다. 민사집행을 통한 건물인도청구권의 실현은 이러한 목적과 수단 사이의 간극을 해소하지 못한다. 현행법상 인정되는 민사상 건물인도의무는 점유자가 자발적으로 점유를 이전하지 아니하는 한 법원의 집행관이 직접적인 실력을 행사하여 점유를 배제하여야 하므로, 타인이 대신할 수 없는 비대체적 작위의무이기 때문이다.

이로 인하여 사업시행자는 먼저 민사집행법에 따라 인도 집행을 완료한 후 별도로 철거 절차를 진행하여야 하는 이중의 부담을 진다. 인도 집행 과정에서 점유자의 저항이 있을 경우 물리적 충돌과 추가적인 시간 지연이 발생하며, 이는 신속한 사업 추진에 큰 걸림돌이 된다. 즉 현행 제도는 사업의 본질인 철거가 아니라 부수적 절차인 인도에 집행의 초점을 맞추고 있어 비효율적이다. 뒤에서 보듯이 대법원은 철거의무를 대집행의 방법으로 실현할 수 있는 경우라면 그 과정에서 부수적으로 점유자에 대한 퇴거 조치를 할 수 있으므로 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시하고 있는데,[37] 이는 현행 정비사업의 이중 절차가 제도 설계의 문제일 뿐 논리적 필연이 아님을 역설적으로 보여준다.

---

33) 도시정비법 제92조, 제93조에 따라 정비사업비는 원칙적으로 사업시행자가 부담하는데, 관리처분계획의 인가 후에야 비로소 정비사업비의 구체적 금액이 확정되어 금융기관으로부터의 본격적인 사업비 대출이 가능해지기 때문이다.

34) 수용으로 상실된 생활기반의 재건을 위한 보상을 '생활보상'으로 포섭하는 학설의 전개에 관하여는 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2015, 799-801면; 김중권, 『행정법』, 법문사, 2016, 802면; 박균성 / 도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2021, 1231면, 1234면 참조. 헌법 제23조 제3항의 '정당한 보상'을 종전 생활 수준의 재건으로 이해하여야 한다는 견해로는 박균성, "손실보상제도의 몇 가지 쟁점", 『법제』 제579호(2006. 3.), 11면; 엄장진, 앞의 글, 179면.

35) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549·21556·21563 판결.

36) 김종보, "재개발사업의 철거와 세입자보상", 『행정법연구』 제23호(2009. 4.), 109면 이하. 위 논문은 세입자 보상의 문제가 단순한 사실상의 갈등이 아니라 재개발사업의 절차, 수용과 보상의 법체계, 생활권보상의 헌법적 문제, 철거의 절차 등이 얽힌 법적 문제임을 지적하면서, 불분명한 공법상 보상체계와 법적 불안정성이 오히려 기습적 철거를 조장한다고 분석한다.

37) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결.

그렇기에 사업시행자로서는 사업 절차의 지연을 막기 위하여 본안 소송의 제기와 함께 또는 그에 선행하여 건물인도를 구하는 가처분을 신청하게 되는데, 건물인도를 구하는 가처분은 단행적 가처분으로서 사실상 종국적 만족을 목표로 하는 가처분이다(민사집행법 제300조 제2항). 따라서 사업시행자로서는 보전 단계에서부터 본안 소송과 동일한 수준의 준비를 할 수밖에 없고, 만약 단 1건의 가처분 신청이 기각된다고 하더라도 사업 부지의 온전한 확보가 불가능해져 후속 사업 절차의 진행에 심각한 차질이 초래된다. 요컨대 정비사업에서 부지 확보 수단으로 건물인도청구를 인정하는 것은 동일한 목적을 위하여 이중의 절차를 요구하는 것으로서, 다수 당사자가 얽혀 있는 정비사업에서 심각한 사업 지연과 사업시행자에 대한 막대한 금전적 부담을 가져온다.

정리하면, 민사상 건물인도청구권은 불법점유자로부터 건물의 점유를 회복하는 것을 목표로 하는 권리이다. 그럼에도 정비사업에서 부지 확보를 위한 수단으로 건물인도청구권을 원용하다 보니 그 실제의 운용이 권리의 본래적 성격과 맞지 아니하게 되었고, 집행 과정에서도 구조적인 난점이 발생하게 되었다.

5. 쟁송절차의 이원화와 심리의 중복

현행 제도의 또 다른 문제는 하나의 분쟁이 성질을 달리하는 두 개의 소송절차로 나뉘어 다루어진다는 점이다. 사업시행자의 건물인도청구는 민사소송에 의하는 반면, 종전 권리자의 주거이전비 등 보상청구권은 공법상의 권리로서 그에 관한 소송은 행정소송법상 당사자소송에 의하여야 한다.[38] 그런데 앞서 본 판례에 의하면 인도청구를 심리하는 민사법원은 종전 권리자의 선이행 항변의 당부를 판단하기 위한 전제로서 그가 주거이전비 등의 지급대상에 해당하는지 여부를 스스로 심리·판단하여야 한다. 다만 민사법원이 직접 주거이전비 등의 지급을 명하거나 그 보상에 관한 재결의 당부를 심리·판단할 수는 없다.[39]

그 결과 동일한 당사자 사이의 동일한 쟁점, 즉 주거이전비 등의 지급대상 해당 여부와 그 정당한 액수가 민사법원과 행정법원에서 각각 심리된다. 민사판결에서 선이행 또는 동시이행의 대상으로 판단한 주거이전비 등의 액수에는 기판력이 미치지 아니하므로, 종전 권리자는 그와 별도로 당사자소송을 제기할 수 있다. 변론주의가 지배하는 민사소송과 직권심리가 가능한 행정소송(행정소송법 제26조)의 차이로 인하여 두 법원의 판단이 어긋날 가능성도 배제할 수 없는데, 이는 재판에 대한 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라 동일 쟁점에 대한 중복 심리라는 비효율을 낳는다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 관련청구소송의 이송 및 병합에 관한 행정소송법 제44조 제2항, 제10조 제1항을 개정하여 인도청구소송을 그 대상에 포함시키는 방안이 제안되기도 하였다.[40]

그러나 이러한 개별적 조정만으로는 문제의 뿌리에 이르지 못한다. 쟁송절차가 이원화된 것은 부지 확보라는 공법적 과제를 민사소송이라는 그릇에 담은 데에서 비롯된 것이므로, 부지 확보 절차 자체를 공법적 절차로 재구성하여 보상의 완료 여부와 의무의 이행을 하나의 행정절차 및 그에 대한 항고소송 내에서 통합적으로 심사하도록 하는 것이 근본적인 해결책이 된다. 뒤에서 제안하는 행정대집행의 도입은 바로 이러한 통합을 지향한다.

IV. 도시정비사업의 사업 부지 확보 방안 — 미동의자에 대한 매도청구권 규정의 삭제와 행정대집행의 인정 필요

1. 미동의자에 대한 매도청구 규정 삭제의 필요

(1) 사업 초기 단계에서의 부지 확보의 불필요 및 과도한 재산권 제한

현행 매도청구권은 사업의 구체적인 내용이 확정되지 아니한 조합설립 단계의 미동의를 이유로 행사된다. 이 단계에서 토지등소유자는 추정분담금 외에 정확한 건축계획, 자금조달계획, 분담금 규모, 권리변환의 구체적 내용 등을 알 수 없다. 이러한 정보의 부재 속에서 단지 조합설립에 동의하지 아니하였다는 이유만으로 소유 부동산의 매도를 강요당하는 것은, 정보에 기반한 합리적 의사결정의 기회를 박탈하고 헌법상 재산권을 과도하게 제한하는 것이다.

종래 헌법재판소는 도시정비법상의 매도청구권 조항을 합헌으로 결정하였으나,[41] 반대의견은 도시재생 법제 등 대안이 마련된 상

38) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2018두55326 판결 참조.
39) 대법원 2021. 8. 26. 선고 2019다235153 판결.
40) 엄지아, 앞의 글, 44면. 다만 위 견해도 인도청구소송을 법령에서 특정하는 문제, 소 제기의 선후 문제 등 해결하여야 할 쟁점이 많다는 점을 함께 지적하고 있다.

황에서 공용수용과 유사한 매도청구권을 정당화할 우월한 공익이 있다고 보기 어렵고 법익의 균형성을 충족하지 못하여 재산권을 과도하게 제한한다고 비판하였다. 이러한 반대의견의 문제의식은 매도청구권의 행사 시점이 사업의 실체가 확정되기 이전이라는 점과 결합할 때 더욱 설득력을 갖는다.

사업의 실체가 확정되기 전에 부지를 확보하도록 한 결과는 소송의 양상에서도 드러난다. 매도청구 소송은 조합설립결의의 하자, 총회결의의 무효, 최고 절차의 적법성 등 사업 추진 과정의 모든 절차적 흠결을 다투는 장으로 변질되는 경우가 많고,[42] 2개월의 짧은 제척기간을 놓치면 다시 조합설립변경결의 등의 절차를 거쳐야만 새로운 매도청구권을 행사할 수 있어 불필요한 절차의 반복을 낳는다.[43] 결국 현행 매도청구권은 토지등소유자의 법적 지위를 장기간 불안정하게 만들면서도 사업시행자에게는 금융비용의 증가만을 안기는 것이어서, 어느 쪽에도 이익이 되지 아니한다.

(2) 재산권 보장의 미흡 및 공용수용과의 불균형

매도청구권은 매매의 형식을 취하므로 토지보상법상의 각종 손실보상 규정이 직접 적용되지 아니한다. 토지보상법은 토지·건물 가격에 대한 정당한 보상 외에도 주거이전비, 이사비, 영업손실보상, 농업손실보상 등 생활보상적 차원의 두터운 보상 체계를 갖추고 있다. 그러나 매도청구 소송에서는 오직 시가에 따른 매매대금만이 쟁점이 될 뿐 이러한 생활보상은 보장받기 어렵다.

재개발사업과 재건축사업 모두 도시환경의 개선이라는 공익적 목적을 추구함에도, 부지 확보 방식이 재개발은 수용, 재건축은 매도청구로 이원화되어 보상 수준에 심각한 불균형이 발생한다. 이러한 차별은 재건축사업의 공공성이 재개발사업보다 약하다는 추상적 인식에 기반하나,[44] 재산권 보장이라는 헌법적 가치에 비추어 정당화되기 어렵다. 더욱이 오늘날 재건축사업은 기반시설의 설치 부담, 임대주택의 공급 의무, 초과이익의 환수 등 재개발사업에 준하는 공적 부담을 지고 있어, 공공성의 강약을 이유로 한 구별은 그 실질적 근거를 상당 부분 상실하였다.

특히 2017년 전부 개정된 도시정비법은 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치와 관련하여 종전의 '현금청산'이라는 용어를 삭제하고 '손실보상에 관한 협의'로 용어를 일원화하였다(도시정비법 제73조). 이러한 변화는 단순한 용어의 통일 이상의 의미를 갖는다. 현금청산이 특히 사적 개발의 성격이 강한 재건축사업에서 사인 사이의 금전적 해결을 의미하였다면, 손실보상은 적법한 공권력 행사로 인한 재산권 침해를 전보(塡補)한다는 의미를 갖는 공법적 해결을 의미하기 때문이다. 위 개정으로 재개발과 재건축을 포함한 모든 정비사업에서 분양 미신청자에 대한 후속 절차가 손실보상 협의라는 공법적 틀 안으로 포섭되게 되었다. 이는 정비사업의 공공성을 강화하고 절차적 통제를 일원화하려는 입법자의 의도를 명확히 드러낸 것으로 볼 수 있다.[45]

(3) 소결 — 분양신청 절차로의 일원화

이상의 논의를 종합하면, 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정은 삭제하는 것이 타당하다. 도시정비법은 이미 분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 손실보상 협의와 그에 이은 매도청구 내지 수용의 절차를 마련하고 있으므로(도시정비법 제73조), 조합설립 단계의 미동의자 역시 분양신청 기간까지 사업 참여 여부를 최종적으로 선택하도록 하고 그 이후에야 비로소 부지 확보 절차에 나아가도록 하는 것이 사업의 실질에 부합한다. 실제로 판례 역시 매도청구소송에서 승소판결이 확정되었더라도 사업시행자가 매매대금을 지급하지 아니하여 토지등소유자가 소유권을 보유하고 있는 동안에는 분양신청 기간까지 조합설립에 동의함으로써 조합원이 될 수 있다고 보아, 조합설립 단계의 미동의가 갖는 종국성을 완화하고 있다. 이렇게 하면 토지등소유자는 관리처분계획의 수립에 필요한 정보를 확보한 상태에서 사업 참여 여부를 결정할 수 있게 되고, 사업시행자는 재원이 확보된 시점에 일괄하여 부지 확보 절차를 진행할 수 있게 되어 양측 모두에게 이익이 된다.

2. 행정대집행의 법적 근거와 현행 판례

(1) 행정대집행의 의의와 요건

행정대집행이란 행정법상의 의무 중 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무, 즉 대체적 작위의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우에

41) 헌법재판소 2020. 11. 26.자 2018헌바407·408 결정.
42) 서울고등법원 2011. 4. 7. 선고 2010나73378 판결.
43) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2012다90047 판결.
44) 정영철, 앞의 책(주21), 496면.
45) 정영철, 앞의 책(주4), 421-422면.

행정청이 스스로 또는 제3자를 통하여 그 의무의 내용을 실현하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 행정상 강제집행 수단이다. 이는 행정의 실효성을 확보하기 위한 제도로서, 그 법적 근거는 행정대집행법이라는 일반법과 개별법상의 규정에 있다.

행정대집행을 실시하기 위해서는 다음의 요건이 갖추어져야 한다. 첫째, 공법상 대체적 작위의무의 불이행이 있어야 한다. 대체적 작위의무란 철거, 원상복구 등 타인이 대신할 수 있는 작위의무를 의미한다. 둘째, 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하여야 한다. 비권력적 수단이나 사적 자치에 의한 해결로는 공공 목적을 달성할 수 없어야 한다는 보충성의 요건이다. 셋째, 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정되어야 한다. 소수 불이행자의 이익보다 그로 인하여 침해되는 공익이 현저히 커야 한다는 것으로서, 공익과 사익을 이익형량하는 요건으로 기능한다. 넷째, 의무 부과와 대집행의 법적 근거가 모두 존재하여야 한다. 행정대집행을 실행하기 위해서는 의무를 부과하는 법령과 대집행을 허용하는 법령이 함께 필요하다.

(2) 인도의무에 대한 대집행을 부정하는 판례와 그에 대한 비판

현행법상 인정되는 인도의무는 점유자가 자발적으로 점유를 이전하지 아니하는 한 집행기관이 직접적인 실력을 행사하여 점유를 배제하여야 하므로, 타인이 대신할 수 없는 비대체적 작위의무에 해당한다. 반면 철거의무는 소유자가 아니더라도 제3자가 건물을 해체하는 행위를 대신할 수 있으므로 대체적 작위의무에 해당한다.

대법원은 행정대집행은 대체적 작위의무의 불이행에 대해서만 가능하다는 전제 아래(행정대집행법 제2조), 토지나 건물의 인도(명도)의무는 그것을 강제적으로 실현하는 데 직접적인 실력 행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행의 대상이 될 수 없다는 입장을 일관되게 유지하고 있다.[46] 나아가 하급심은 토지보상법 제89조가 대집행 신청에 관한 규정을 두고 있다고 하더라도, 위 규정은 대집행에 관한 개별적 근거 규정을 마련함과 동시에 행정대집행법상의 요건 및 절차에 관한 일부 규정을 준용한다는 취지에 그칠 뿐, 대체적 작위의무에 속하지 아니하여 원칙적으로 대집행의 대상이 될 수 없는 다른 종류의 의무에 대해서까지 강제집행을 허용하는 취지는 아니라고 판시하고 있다.[47] 한편 행정심판 실무 역시 토지보상법 제43조가 피수용자에게 인도의무를 부과하고 있을 뿐 나아가 적극적으로 지장물을 스스로 철거할 의무까지 규정한 것으로는 볼 수 없다고 보아, 인도의무를 대상으로 한 계고처분을 위법하다고 판단하였다.[48]

이에 대하여 학설상으로는, 토지보상법 제43조가 토지나 물건의 인도·이전의무를 규정하고 제89조가 그 불이행에 대한 대집행 신청을 규정하고 있는 이상, 인도·이전의무가 비대체적 작위의무의 성격을 갖더라도 위 제89조에 의하여 예외적으로 대집행이 가능한 것으로 규정한 것이라고 해석하여야 하며, 그렇게 보지 아니하면 제89조가 유명무실해진다는 유력한 비판이 제기되어 왔다.[49] 실제로 헌법재판소가 인도의무 위반에 대한 형사처벌 조항을 합헌으로 판단하면서 행정대집행이라는 실효성 확보 수단의 부재를 그 논거로 삼았다는 점을 고려하면,[50] 판례의 태도는 결과적으로 인도의무의 확보 수단을 형벌로 몰아가는 부작용을 낳고 있다. 더욱이 앞서 본 것과 같이 주거이전비 등이 지급되지 아니한 경우에는 그 형사처벌마저 성립하지 아니하므로,[51] 현행 제도 아래에서 사업시행자에게 남는 수단은 사실상 민사소송과 민사집행뿐이다.

생각건대 대법원의 판단은 형식논리에 치우쳐 사업의 본질을 간과한 것이다. 앞서 지적하였듯이 사업시행자가 건물을 인도받으려는 궁극적 목적은 그 건물을 사용·수익하기 위한 것이 아니라 사업계획에 따라 철거하기 위한 것이다. 즉 인도는 철거라는 최종 목표를 달성하기 위한 부수적 절차에 불과하다. 그럼에도 인도라는 행위의 형식적 측면에만 집중하여 이를 비대체적 작위의무로 판단함으로써, 사업의 본질인 철거를 신속히 이행할 길을 스스로 막고 있는 것이다.

이 점은 대법원 자신의 판시에 비추어 보아도 분명하다. 대법원은 관계 법령상 행정대집행의 절차가 인정되어 행정청이 대집행의 방법으로 건물의 철거 등 대체적 작위의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 따로 민사소송의 방법으로 그 의무의 이행을 구할 수 없다고 보면서, 건물의 점유자가 철거의무자인 때에는 건물철거의무에 퇴거의무도 포함되어 있으므로 별도로 퇴거를 명하는 집행권원이 필요하지 아니하고, 행정청은 건물철거 대집행의 과정에서 부수적으로 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있으며, 점유자들이 적법한

46) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결; 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결 등.
47) 서울행정법원 2010. 1. 7. 선고 2009구합32598 판결 참조.
48) 국민권익위원회 2008. 4. 29.자 2008-04897 재결(행정대집행 계고처분 취소청구) 참조. 위 재결은 토지보상법 제43조가 인도의무를 규정하고 있을 뿐 지장물의 철거의무를 규정한 것은 아니라는 점을 전제로, 인도의무의 불이행을 이유로 한 계고처분을 위법하다고 보았다. 이는 현행법상 토지등소유자에게 부과되는 의무가 '인도'에 그치고 '철거'에 이르지 아니한다는 점을 단적으로 보여준다.
49) 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2009, 480면 참조. 이러한 비판은 토지보상법 제89조의 문언이 '이 법 또는 이 법에 의한 처분으로 인한 의무'를 대집행의 대상으로 삼고 있다는 점에 주목한다.
50) 헌법재판소 2020. 5. 27.자 2017헌바464·2017헌바537(병합)·2020헌가6(병합) 결정.
51) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019도10001 판결.

대집행을 위력으로 방해하는 경우에는 공무집행방해죄가 성립한다고 판시하였다.[52] 즉 의무의 내용이 '철거'로 구성되기만 하면 '인도' 내지 '퇴거'는 그 안에 흡수되어 별도의 절차를 요하지 아니한다는 것이다. 현행 정비사업에서 인도와 철거라는 두 개의 절차가 순차로 요구되는 것은 결국 토지등소유자에게 부과되는 의무가 '인도'에 머물러 있기 때문이지, 사물의 본성에서 비롯된 필연이 아니다.

또한 대법원의 해석에 의하면 소수의 미동의자에게 장기간의 민사소송 및 집행 절차를 통하여 사업 전체를 지연시킬 수 있는 과도한 수단이 허용되는 결과가 된다. 사업시행자가 사업으로부터 탈퇴하고자 하는 자를 상대로 건물인도의 소를 제기하는 경우, 상대방은 건물인도를 저지하기 위하여 보전소송 단계에서부터 강제집행의 정지를 신청할 수 있는 지위에 있다. 토지나 지장물에 대한 감정 등을 명목으로 하는 강제집행정지 신청은 빈번하게 이루어지는데, 재판청구권의 보장이라는 명목 아래 별다른 통제 없이 인정되어 온 측면이 있다. 종국적으로 사업으로부터 탈퇴하고자 하는 자는 정당한 보상을 받되 건물을 인도할 의무를 부담하게 되는데, 그때까지의 사업 지연은 사업시행자에게 막대한 금융비용의 증가와 공사기간의 지연을 가져오고, 결국 사업에 참여하는 조합원들이 부담하여야 하는 피해로 귀결된다. 그럼에도 토지등소유자는 판례의 해석에 근거하여 이러한 피해에 대하여 아무런 부담을 지지 아니한 채 자신의 재산권을 명목으로 사업 전체를 지연시킬 수 있는 사실상의 권한을 갖게 된다.

3. 행정대집행의 인정 필요성과 근거 규정의 정비

(1) 행정대집행의 인정 필요성

앞서 본 것과 같이 도시정비법은 정비구역의 지정에서부터 개별 사업 단계마다 행정청의 인가를 받도록 함으로써 정비사업의 구조를 사실상 일원화하였고, 이는 정비사업을 강력한 공법적 통제 아래에 두었음을 의미한다(III. 1.). 그럼에도 부지 확보의 방안에 관하여는 재개발사업에 손실보상에 관한 토지보상법의 상당 부분이 준용되는 것과 달리, 재건축사업은 여전히 사법적 계약의 방식에 의한 진행만이 강조되고 있다.

이러한 점에 더하여, 공익 목적의 사업에서 인도의무에 대한 대집행을 인정하지 아니하는 판례에 따라 정비사업에서는 지속적으로 건물인도를 구하는 소송이 제기되고 있다. 실제 사례들을 살펴보더라도 하나의 정비사업 구역 내에서 제기되는 건물인도청구의 소의 건수는 세대수를 상회하는 경우가 적지 아니하다. 특히 재개발구역의 경우 사업구역 내 건축물의 노후화로 인하여 불법 증축 등이 잦고 등기부나 건축물대장상의 현황과 실제 현황이 일치하지 아니하는 경우가 많다 보니, 사업 지연을 막기 위하여 점유자에 해당하는지를 불문하고 점유를 하는 것과 같은 외관을 보이는 자에게는 무차별적으로 소를 제기하는 것이 통상적인 실무 관행이다. 여기에 관리처분계획인가·고시 이후 발생하는 사업비 대출 이자를 줄이기 위하여 사업시행자로서는 조속한 사업 진행을 위한 무리한 소송 진행을 할 수밖에 없는데, 결과적으로 이러한 비용은 모두 조합원들에게 전가된다.

주목할 만한 것은, 정비구역 내에 불법으로 건축된 건축물의 철거에 관하여는 이미 하급심에서 토지보상법 제25조 제2항·제3항의 원상회복의무와 제89조의 대집행 규정을 근거로 그 철거는 행정대집행에 의하여야 하고 민사소송에 의한 철거청구는 소의 이익이 없다고 판단한 예가 있다는 점이다. 이는 동일한 정비구역 내에서 적법 건축물에 대하여는 민사소송이, 불법 건축물에 대하여는 행정대집행이 각각 적용되는 기이한 결과를 낳는다. 부지 확보 수단의 규율이 정합성을 잃고 있음을 단적으로 보여주는 사례라 할 것이다.

이러한 측면에서 정비사업의 부지 확보 수단으로 민사법적 권리구제 수단을 이용하는 것은 법 체계상의 문제가 있을 뿐만 아니라, 공익사업이라는 취지에도 부합하지 아니한다. 따라서 하나의 절차 내에서 의무의 확정과 집행이 모두 이루어지는 공법상 수단인 행정대집행을 실질적인 부지 확보 수단으로 이용하도록 하는 것이 바람직하다.

(2) 철거의무의 인정 근거와 입법적 정비

도시정비법 제81조에는 토지등소유자에게 철거의무를 부과하는 명문의 규정이 없다. 오히려 철거의무는 사업시행자에게 부과되어 있을 뿐이다. 따라서 도시정비법의 해석론만으로 토지등소유자에게 철거의무를 인정할 수 있는지가 문제 된다. 도시정비법 제81조 제1항은 토지등소유자의 사용·수익 중지 의무를 규정하고 있고, 토지보상법 제43조는 토지 등의 인도·이전의무를 규정하고 있다. 위 규정들의 문언만으로 철거의무가 곧바로 도출될 수는 없으나, 공익사업의 성격상 사용·수익의 중지와 인도는 궁극적으로 철거를 목적으로 하는 것이므로 위 각 규정으로부터 철거의무가 간접적으로나마 도출된다고 볼 여지도 있다.

52) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결. 위 판결은 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누157 판결에 대하여, 그 사안은 적법한 건물에서 처분상대방의 점유를 배제하고 점유이전을 받기 위하여 계고처분을 한 것으로서 처분의 주된 목적이 '건물의 인도'라는 비대체적 작위의무의 실현에 있었기 때문에 대집행의 대상이 될 수 없다고 본 것이라고 설명하고 있다. 의무의 내용을 어떻게 구성하는가에 따라 대집행의 가부가 갈린다는 점을 대법원 스스로 밝힌 것이다.

그러나 앞서 본 행정심판 실무의 태도에서 드러나듯, 현행법의 해석만으로 토지등소유자에게 철거의무를 인정하기는 어렵다. 재산권 보장의 취지에 비추어 보더라도 개인의 재산권을 제약하는 의무의 부과는 보다 명확한 규정에 의하여야 한다. 따라서 추상적이고 추가적인 해석의 여지를 낳는 사용·수익 중지 의무를 철거의무로 해석하기보다는, 이를 법률에 명확히 규정하는 것이 필요하다. 다만 현행 도시정비법상 철거의무를 이행하고 그 비용을 부담하는 주체는 사업시행자이므로, 도시정비법의 개정으로 철거의무를 토지등소유자에게 부과하는 것은 토지등소유자에게 지나친 재산권적 제약을 추가로 부담하게 하는 것이라는 비판의 여지가 있으며, 특히 헌법상 보장된 정당한 보상을 침해할 소지가 있다. 그러나 도시정비법에 따른 철거의무는 공익사업을 위하여 인정되는 것으로서 토지보상법이 규정한 이전의무와 실질적으로 동일한 개념이므로, 토지보상법에서와 같이 이전비 보상에 관한 규정을 함께 두는 것으로 충분할 것으로 보인다.

이처럼 의무의 내용을 인도가 아닌 철거로 명확히 규정하고, 이를 불이행할 경우 행정대집행을 할 수 있다는 명문 규정을 둔다면, 향후 대집행의 대상 여부에 관한 불필요한 논의 없이도 행정대집행의 적법성을 인정할 수 있을 것이다. 구체적으로는 도시정비법에 다음과 같은 취지의 규정을 신설하는 방안을 생각할 수 있다.[53] 즉 ① 관리처분계획인가의 고시가 있은 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·점유자는 사업시행자가 정하여 통지한 기한까지 해당 건축물 및 그 밖의 지장물을 철거하거나 이전하여야 한다는 의무 규정을 두되, ② 손실보상이 완료되지 아니한 경우에는 그 의무의 이행을 청구할 수 없도록 하여 사전보상의 원칙을 명문화하고, ③ 의무자가 그 의무를 이행하지 아니하거나 이행하더라도 완료하기 어려운 경우 또는 그 의무를 이행하게 하는 것이 현저히 공익을 해한다고 인정되는 경우에는 사업시행자가 시장·군수등에게 행정대집행법에 따른 대집행을 신청할 수 있도록 하며, ④ 철거·이전에 소요되는 비용은 사업시행자가 보상하도록 하는 것이다.

이와 같은 입법이 이루어지면, 앞서 본 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결의 법리에 따라 철거의무에는 퇴거의무가 포함되므로 사업시행자는 별도로 인도 내지 퇴거를 구하는 민사소송을 제기할 필요가 없게 된다. 나아가 대집행의 절차가 인정되는 이상 민사소송에 의한 이행 청구는 소의 이익이 없어 부적법하게 되므로, 현행 실무에서 문제 되는 무차별적 인도소송의 제기 역시 제도적으로 차단된다.

(3) 대집행 도입에 따른 권리보호 장치의 정비

행정대집행의 도입은 사업시행자의 부지 확보를 용이하게 하는 만큼 토지등소유자의 권리 보호 장치를 함께 정비할 것을 요구한다. 첫째, 앞서 본 것과 같이 손실보상의 완료를 철거·이전의무의 발생 요건 내지 대집행의 선행 요건으로 법률에 명시하여야 한다. 대법원이 재개발사업에 관하여 확립한 사전보상의 법리를[54] 법률의 차원으로 끌어올리는 것이다. 둘째, 철거·이전에 소요되는 비용과 세입자에 대한 주거이전비·영업손실보상 등 생활보상을 재건축사업에도 동일하게 적용하여, 사업 유형에 따른 보상의 불균형을 해소하여야 한다. 이는 세입자 보상의 공백이 기습적 철거와 물리적 충돌을 낳아 왔다는 그간의 문제의식에 대한 응답이기도 하다.[55] 셋째, 대집행의 계고와 대집행영장의 통지는 각각 독립한 항고소송의 대상이 되는 처분이므로, 토지등소유자는 이에 대하여 취소소송을 제기하면서 집행정지를 신청할 수 있다. 이는 민사집행 절차에서의 강제집행정지와 달리 공익과 사익의 형량을 예정하고 있다는 점에서 오히려 절차적 합리성을 높인다.

요컨대 행정대집행의 도입은 토지등소유자의 권리를 일방적으로 축소하는 것이 아니라, 현재 민사소송이라는 우회로에 흩어져 있는 분쟁을 공법적 절차로 수렴시켜 그 안에서 보상과 집행을 일체로 통제하는 것이다. 앞서 지적한 쟁송절차 이원화의 문제 또한 보상의 완료 여부가 대집행의 적법성을 다투는 항고소송 내에서 심사됨으로써 상당 부분 해소될 수 있다. 오히려 현행 제도야말로 손실보상의 적정성을 다툴 통로를 재건축사업의 미동의자로부터 사실상 박탈하고 있다는 점에서 권리 보호에 미흡하다.

4. 강제집행정지와 행정소송법상 집행정지의 차이

정비사업에서 부지 확보 수단으로 행정대집행을 도입한다면, 토지등소유자의 방어 수단으로서의 집행정지 제도가 현행 민사집행 절차의 강제집행정지와 어떻게 다른지를 비교할 필요가 있다. 민사집행 절차에서의 강제집행정지는 그 요건에 대한 소명만으로 충분하므로 상대적으로 쉽게 인정될 수 있기 때문이다.

53) 토지보상법 제43조, 제89조 및 제75조의 규율 방식을 정비사업의 특수성에 맞추어 도시정비법에 편입하는 것으로서, 별도의 일반법 개정 없이 개별법의 정비만으로 가능한 방안이다.
54) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결.
55) 김종보, 앞의 글(주 36), 109면 이하.

실무상 법원은 집행정지 신청이 이유 있다고 판단하더라도 사업시행자가 집행 지연으로 입게 될 손해를 담보하기 위하여 토지등소유자에게 상당한 금액의 현금 공탁을 조건으로 집행정지 결정을 내리는 것이 일반적이다. 그러나 현금 공탁의 액수가 토지 등의 가액을 현저히 초과하지 아니하는 것이 통상적이므로, 소유 지분이 적은 토지등소유자일수록 오히려 손쉽게 집행정지 결정을 받아낼 여지가 크다. 이러한 법원의 판단은 채권자의 손해 담보라는 사적 이익의 조정에 초점을 맞출 뿐 사업 전체의 공익적 측면을 고려하지 아니하기 때문에 발생하는 것이다. 따라서 행정대집행에 대한 집행정지가 민사집행법상 강제집행정지보다 엄격한 요건 아래 인정된다면, 행정대집행을 통한 부지 확보의 취지 또한 보다 명확히 실현될 수 있다.

사업시행자의 부지 확보 방안으로 행정대집행 절차가 도입되면, 토지등소유자는 철거의무를 부과하는 행정처분 내지 대집행의 계고에 대하여 취소소송을 제기하면서 행정소송법에 따른 집행정지를 신청할 수 있다. 행정소송법은 집행정지의 적극적 요건으로 ① 처분 등의 존재 및 본안 소송의 계속, ② 처분 등으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 긴급한 필요가 있을 것을 규정하고 있다(행정소송법 제23조 제2항). 회복하기 어려운 손해란 금전보상으로는 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 의미하는데,[56] 건물이 철거되는 경우는 그 대표적인 예에 해당한다.

그런데 행정소송법상 집행정지 제도의 가장 큰 특징은 소극적 요건, 즉 "집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다"는 점에 있다(행정소송법 제23조 제3항). 이는 법원이 집행정지 여부를 판단할 때 신청인 개인이 입게 될 회복하기 어려운 손해와 그 집행이 정지됨으로써 발생할 공공복리에 대한 중대한 영향을 비교형량하여야 함을 의미한다. 정비사업의 경우 소수 미동의자의 건물 철거가 정지될 경우 사업 전체의 중단 또는 지연, 그로 인한 다수 조합원의 재산상 손실 및 주거 불안정의 심화, 금융비용의 증가에 따른 사업성 악화, 노후 주거환경의 방치로 인한 공공의 안전 문제 등 공공복리에 미치는 중대한 영향을 고려할 수 있다. 따라서 법원은 신청인의 손해가 인정되더라도 그로 인하여 침해되는 공익이 더 크다고 판단할 경우 집행정지 신청을 기각할 가능성이 높다. 이는 민사집행에서의 집행정지가 주로 사적 이익 사이의 조정에 머무는 것과 근본적인 차이를 보인다.

나아가 명문의 규정은 없으나 집행정지 제도의 취지상 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 아니하여야 한다는 점도 소극적 요건으로 요구된다.[57] 즉 본안 소송에서 승소할 가능성이 전혀 없는 경우에는 집행정지가 인정되지 아니한다. 공익사업의 경우 형식적으로나마 손실보상이 이루어졌다면[58] 그 액수를 보상금증감청구소송에서 다투는 것과는 별개로 사업시행자는 사업예정지의 확보를 위한 집행절차에 착수할 수 있는데,[59] 이러한 법리는 집행정지의 국면에도 그대로 적용될 수 있다. 손실보상이 이루어진 이상 더 이상 집행정지 절차를 통하여 사업을 지연시키기는 어렵게 되는 것이다.

이러한 점들을 고려할 때 행정대집행에 대한 집행정지는 민사집행법상의 강제집행정지에 비하여 훨씬 엄격한 요건 아래 인정된다는 점을 알 수 있다. 이는 정비사업의 부지 확보 수단으로서 행정대집행이 도시정비법의 입법 목적과 규정 취지에 부합할 뿐만 아니라, 실제 운용에 있어서도 보다 효율적인 수단이 될 수 있음을 시사한다. 동시에 그 판단이 공익과 사익의 명시적 형량을 거쳐 이루어진다는 점에서, 결과의 예측 가능성과 절차적 정당성 또한 현행 제도보다 높다고 평가할 수 있다.

V. 결론

정비사업을 수행하는 사업시행자는 도시정비법에 근거하여 사업 부지를 확보한다. 그러나 도시정비법에 규정된 재건축조합의 매도청구권과 해석상 인정되는 건물인도청구는 모두 민사법적인 수단으로서, 도시정비법과 정비사업의 법적 성격에 부합하지 아니할 뿐만 아니라 정비사업의 전체적인 진행 과정을 고려하지 못한다. 그로 인하여 정비사업의 현장에서는 불필요하게 과도한 분쟁이 발생하고, 사업시행자로서는 건물인도와 철거라는 두 개의 절차를 순차로 진행하는 과정에서 상당한 사업 지연을 감수하게 된다. 여기에 인도청구는 민사소송으로, 주거이전비 등의 보상은 당사자소송으로 각각 다루어짐에 따라 동일한 쟁점이 두 개의 재판절차에서 중복 심리되는 비효율까지 더해진다.

이에 이 글은 이러한 문제를 해결하되 도시정비법이 갖는 공법적 성격을 고려하여, 정비사업의 부지 확보 방안으로 행정대집행을 도입할 것을 제안하였다. 물론 대체적 작위의무에만 대집행을 인정하는 판례의 해석에 따를 경우 토지등소유자의 건물인도의무와 같은

56) 대법원 2008. 12. 29.자 2008무107 결정.
57) 대법원 1992. 6. 8.자 92두14 결정.
58) 토지수용위원회에서 결정된 손실보상금이 전액 공탁된 경우를 포함한다.
59) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결 참조. 수용재결에 따른 보상금이 지급되거나 공탁된 이상 그 증액에 관한 소송이 계속 중이더라도 사업시행자는 부동산의 인도를 구할 수 있다는 것이 확립된 실무이다.

비대체적 작위의무의 집행에 대집행을 활용할 수는 없다. 그러나 정비구역 내의 부지 확보는 궁극적으로 지장물의 철거를 통한 새로운 주택단지의 조성을 목적으로 한다는 점에서, 대체적 작위의무에 해당하는 철거의무를 매개로 대집행 제도를 활용할 수 있다. 대법원이 철거의무의 대집행 과정에서 부수적으로 점유자에 대한 퇴거 조치를 할 수 있고 별도의 퇴거 집행권원은 필요하지 아니하다고 판시한 이상, 의무의 내용을 철거로 재구성하는 것만으로도 현행의 이중 절차는 하나로 통합될 수 있다.

다만 토지등소유자에 대한 철거의무 부과는 도시정비법과 토지보상법 전체의 취지에 비추어 해석상 인정될 여지가 있다고 보이나, 행정심판 실무가 현행법상 인도의무에서 철거의무를 도출할 수 없다고 보고 있고 무엇보다 개인의 재산권에 직접 영향을 미치는 사항이므로, 입법적 개선을 통하여 명확한 법적 근거를 마련하는 것이 바람직하다. 아울러 조합설립미동의자에 대한 매도청구권 규정은 삭제하고 분양신청 절차와 손실보상 협의로 부지 확보 절차를 일원화함으로써, 재개발사업과 재건축사업 사이의 보상 불균형을 해소하고 토지등소유자에게 충분한 정보에 기반한 선택의 기회를 보장하여야 한다.

정비사업은 다수의 이해관계인이 얽힌 장기간의 사업이다. 이러한 사업에서 부지 확보라는 핵심적 국면만을 사법(私法)의 영역에 방치하는 것은, 사업의 공공성을 강화하여 온 도시정비법의 발전 방향과 조화되기 어렵다. 부지 확보 절차를 공법적 통제 아래로 편입시키는 것은 사업시행자의 편의를 위한 것이 아니라, 보상과 집행을 하나의 절차 안에서 통합적으로 심사받도록 함으로써 토지등소유자의 권리 보호를 실질화하는 길이기도 하다는 점을 강조하고자 한다.

투고일 2026. 8. 24. 심사완료일 2026. 9. 8. 게재확정일 2026. 9. 11.

참고문헌

단행본

김남철, 『행정법강론』(제10판), 박영사, 2024.
김중권, 『행정법』, 법문사, 2016.
김철용, 『특별행정법』, 박영사, 2022.
박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2009.
박균성 / 도승하, 『토지보상행정법』, 박영사, 2021.
박지환, 『도시정비법의 쟁점』, 박영사, 2022.
양창수, 『민법주해(2)-총칙(2)』(제2판), 박영사, 2022.
윤재윤, 『건설분쟁 관계법』(제9판), 박영사, 2025.
전재우, 『도시 및 주거환경정비법』, 박영사, 2020.
정영철, 『건설·부동산공법론』, 박영사, 2023.
정영철, 『건설·부동산공법론』(제2판), 박영사, 2025.
홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2015.

일반 논문

김연태, "공용수용의 요건으로서의 '공공필요'", 『고려법학』 제48호(2007. 4.).
김종보, "재개발사업의 철거와 세입자보상", 『행정법연구』 제23호(2009. 4.).
김종보, "정비사업의 구조이론(構造理論)과 동의(同意)의 평가", 『일감법학』 제20호(2011. 8.).
김종석, "주택재개발사업에서 부동산 인도와 주거이전비 등의 관계", 『대법원판례해설』 제127호(법원도서관, 2021.).
노경필, "도시정비법상 조합설립 동의의 유효성 및 매도청구권과의 관계", 『사법』 제14호(2010. 12.).
박균성, "손실보상제도의 몇 가지 쟁점", 『법제』 제579호(2006. 3.).
성중탁, "매도청구권제도의 위헌성에 관한 소고", 『성균관법학』 제24권 제2호(2012. 6.).
송명호, "관리처분계획의 인가고시가 정비구역 내 권리자들의 사용·수익권에 미치는 영향에 관한 연구", 『인권과 정의』 제397호(2009. 9.).
엄장진, "손실보상 및 생활보상 논의에 대한 고찰: 주거이전비, 이사비를 중심으로", 『법제』 제686호(2019. 9.).
이도행, "주택재개발사업에서의 주거이전비, 이사비 및 이주정착금과 관련된 실무상 문제점", 『재판자료』 제139집: 행정재판실무연구 VI (법원도서관, 2020.).

기타 자료

엄지아, "도시정비법 제81조 제1항에서 정한 '손실보상 완료'의 의미 — 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 —", 『법원학술발표문』(미간행), 2022. 9. 20. 발제.

ABSTRACT

The Problem of Claims for Delivery of Buildings to Secure Project Sites in Urban Improvement Projects: Focusing on the Repeal of the Right to Demand Sale and the Introduction of Administrative Vicarious Execution

Son, Kun Hoon*

A project implementer under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments (hereinafter, the "Urban Improvement Act") must obtain the actual possession of the land and buildings within an improvement zone before construction can begin. The Act, however, does not squarely regulate the means and procedures for doing so. In practice, implementers rely on two private-law devices: the right to demand sale against non-consenting owners in reconstruction projects and a claim for delivery of buildings grounded in the effect of the authorization and public notice of the management and disposal plan.

This article argues that neither device coheres with the public-law character of the Act. First, the Act structures the entire project—from designating the improvement zone through the transfer notice—as a chain of administrative dispositions; however, private-law instruments are deployed precisely at the stage that determines the fate of the project. Second, Article 81(1) merely suspends the former right holder's use and profit; it confers no title effective against third parties. Therefore, treating it as the basis of a proprietary claim for the return of possession is a strained construction. Third, the right to demand saleis exercised on the ground of non-consent at the association-formation stage, before the substance of the project is fixed, and lacks any provision for livelihood compensation. Fourth, a delivery claim proceeds as a civil action, while compensation, such as housing relocation expenses, proceeds as public-law party litigation; therefore, the same issue is examined twice before different courts.

The article, therefore, proposes repealing Article 64,consolidating site acquisition into the parceling-out application procedure and the ensuing consultation on compensation, and expressly providing for landowners' obligation to remove or relocate obstacles together with a statutory basis for administrative vicarious execution. Even accepting that an obligation to deliver is non-substitutable and, thus, outside the scope of vicarious execution, an improvement project ultimately seeks not the transfer of possession but the removal of structures. Recasting the obligation as one of "removal" instead of "delivery," thus, opens the path to vicarious execution. The Supreme Court has held that, where removal may be carried out by vicarious execution, occupants may be evicted incidentally without a separate enforceable title; once the removal obligation is codified, today's duplicated proceedings can be merged into a single public-law procedure.

Keywords: urban improvement project, securing project site, claim for delivery of building, authorization and public notice of management and disposal plan, right to demand sale, administrative vicarious execution, substitutable obligation, compensation for losses, housing relocation expenses

* Judge, Wonju Branch, Chuncheon District Court