

논문 / ARTICLE

수용권 행사의 예외로서 존치제도: 존치 거부에 대한 쟁송가능성을 중심으로*

신준섭**

국문초록

현대 도시개발 및 공익사업의 추진 과정에서 피수용자는 단순한 금전적 보상을 넘어, 자신의 생활 터전이나 사업장을 유지하고자 하는 '존속보상(存續補償)'의 관점에서 건축물의 '존치(存置)'를 요구하는 경우가 빈번해지고 있다. 특히 공공주택 특별법 등에서는 공익사업 시행자의 수용권 행사에 대한 예외로서 '존치제도'를 규정하고 있으나, 그동안의 논의는 주로 존치부담금 등 경제적 측면에 치우쳐 왔으며 존치 거부에 대한 법리적 쟁송 가능성에 관한 연구는 미비한 실정이었다.

본 연구는 공공주택지구 조성사업의 추진 과정에서 발생하는 건축물 등 존치의 법적 성격을 체계적으로 규명하고, 존치 요건을 충족하였음에도 행해지지 않는 사업시행자의 자의적인 수용권 행사를 통제할 수 있는 사법적 대안을 모색하는 데 목적이 있다. 이를 위해 우선 존치라는 단어의 개념을 통해 여러 법률에서 활용되고 있는 존치라는 표현을 법적으로 정의하였고, 공공주택 특별법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치는 수용권 행사의 예외가 되는 존치제도로 활용되고 있음을 확인하였다. 이러한 정리를 통해 현행 판례가 공공주택 특별법 등에 따른 존치 신청 거부의 처분성을 부정함으로써, 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 맡기고 있는 구조적 공백을 확인하였다.

이에 본 글에서는 존치 거부행위의 처분성을 인정하기 위한 요건으로서 존치제도와 관련한 기존의 신청권 논리에 대한 인식 변화를 촉구한다. 건축물 등의 존치는 단순한 반사적 이익이 아니라 헌법상 보장된 재산권의 실질적 가치를 실현하는 수단이므로, 국민의 기본권 보호 측면에서 거부처분에 대한 사법적 통제가 실질화되어야 함을 제언한다. 본 연구의 결과는 향후 공공주택지구 내 건축물 존치제도의 합리적 운영과 피수용자의 권익 구제 범위 확대를 위한 법적 근거로 활용될 수 있을 것이다.

주제어: 존치제도, 수용, 거부처분, 신청권, 공공주택 특별법

목차

I. 서론

II. 수용권 행사의 예외로서 존치제도

III. 공공주택사업자의 시혜적 행위로 통용되는 존치제도

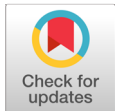
IV. 건축물 등의 수용 및 활용 가능 범위

V. 존치 거부에 대한 쟁송 가능성

VI. 결론

* 본 논문은 한국토지주택공사 토지주택연구원에서 수행 중인 수시실용과제 『공공주택지구 기존 건축물 활용 및 존치제도 개선 방안』과 관련하여 필자가 수행한 “공공주택지구 건축물 개선 관련 법률 검토” 중 일부를 발췌, 수정·보완 및 새로운 견해를 추가하여 작성하였다.

** 행정법 박사, 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.3>

Received: February 25, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 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. 서론

현대 도시개발 및 각종 공익사업의 과정에서 피수용자는 단순한 금전적 보상을 넘어, 자신의 생활 터전이나 사업장을 유지하고자 하는 ‘존속보상(存續補償)’의 관점에서 건축물의 ‘존치(存置)’를 적극적으로 요구하고 있다. 사전적으로 ‘존치’는 “제도나 설비 따위를 없애지 않고 그대로 둠”으로 정의된다.¹⁾ 표준국어대사전에서는 ‘존치’의 용례로 “건축물의 존치 여부를 두고 시와 주민 간 의견 차이가 좁혀지지 않고 있다”는 문장을 들고 있는데, 이러한 용례가 보여주듯이 ‘존치’라는 단어는 각종 법령에서도 다양하게 활용되고 있다. 가설건축물의 존치 기간부터, 도시재정비촉진지구 내에서의 존치지역 또는 공익사업 시행자의 수용권 행사의 예외를 인정하는 수단에 이르기까지 그 양태가 다양하다. 특히 공공주택 특별법 등에서는 피수용자의 헌법상 재산권을 보호하고 무분별한 공공수용을 방지하기 위한 목적으로 공익사업 시행자의 수용권 행사의 예외를 규정하는 이른바 ‘존치제도’를 두고 있다.

현실의 사업 추진 과정에서는 존치제도가 그 본연의 목적을 상실한 채, 공익사업 시행자의 자의적인 시혜적 조치로 전락하는 구조적 문제가 발생하고 있다. 더욱 문제되는 것은 존치제도와 관련하여 사업시행자의 자의적인 수용권 남용 및 존치 거부 행위를 통제해야 할 법원이 이른바 ‘신청권 법리’에 매몰되어 있다는 점이다. 현행 판례는 건축물 등 소유자에게 존치를 요구할 법규상·조리상 신청권이 없다는 이유로 존치 거부 행위의 처분성을 부정하며 소를 각하하고 있다. 이는 결과적으로 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 방치하는 심각한 권리구제의 공백을 야기한다. 그동안 존치제도와 관련하여 존치부담금 등 경제적 측면에 대한 논의²⁾는 존재하였으나, 이처럼 존치 거부로 인해 발생하는 기본권 침해와 사법 통제의 사각지대에 대한 법리적 비판과 쟁송가능성에 관한 연구는 미비한 실정이었다.

이에 본 연구는 공공주택 특별법상 존치제도의 본질이 ‘피수용자의 존속보장’에 있음을 명확히 하고, 사업시행자의 위법한 수용권 행사를 통제하기 위한 사법적 대안을 모색하는 데 그 목적이 있다. 구체적으로는 판례의 신청권 이론이 존치제도에서 갖는 모순을 비판적으로 검토하고, 국민의 기본권 보호를 위해 제한적으로나마 조리상 신청권이 인정되어야 함을 논증할 것이다. 나아가 중대한 사정변경이 발생한 경우 사후적으로 수용권 행사의 적법성을 다룰 수 있는 쟁송 방안을 제시함으로써, 공공주택지구 내 피수용자의 권익 구제를 위한 실체적 법리를 구성하고자 한다.

II. 수용권 행사의 예외로서 존치제도

1. 건설법에서 확인되는 ‘존치’

건설법의 영역에서 존치라는 단어를 가장 쉽게 확인할 수 있는 영역은 건축법에 따른 가설건축물의 신고 또는 허가와 관련된 부분이다. 가설건축물을 건축하려는 자는 3년 이내의 기간으로 ‘존치기간’을 정하여 신고하거나 허가를 받아야 하고(건축법 제20조 제1항, 건축법 시행령 제15조 제1항 제2호), 이는 가설건축물의 존치기간을 연장하고자 하는 경우에도 동일하다(건축법 시행령 제15조의2 제3항). 이에 따라 ‘존치’와 관련하여 검색되는 대부분의 판례는 가설건축물의 존치기간 연장 불허가 처분을 취소하고자 하는 소송에서 집적되고 있다.³⁾

도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 ‘도시재정비법’이라 한다)에서는 재정비촉진지구에서 재정비촉진사업을 할 필요성이 적어 재정비촉진계획에 따라 존치하는 지역을 ‘존치지역’으로 정하도록 하고(도시재정비법 제2조 제6호), 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자로 하여금 주택지구 내에 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하는 경우에는 이를 ‘존치’하게 할 수 있도록 정하고 있다(공공주택 특별법 제27조의2). 현행법에서는 공공주택 특별법에서와 같이 건축물 존치를 규정하고 있는 법률이 상당히 많이 확인되는데, 관련 규정은 1990년 제정된 산업입지 및 개발에 관한 법률 제30조(기존 공장의 존치 등)로 처음 도입되어 택지개발촉진법 제12조의2(건축물등의 존치)를 거쳐 공공주택 특별법을 비롯한 도시개발법⁴⁾, 도

1) 국립국어원 표준국어대사전, “존치”, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EC%A1%B4%E%BB%98> (2026. 2. 10. 확인).

2) 관련 연구보고서들에서도 존치부담금에 대한 내용을 주로 다루고 있음을 확인할 수 있다(석호영 외, 『존치요건 세부기준 수립 등을 위한 연구용역 연구용역보고서』, 한국토지공법학회, 2022. 최수 / 김승종 / 배유진, 『보금자리지구 존치건축물 관련제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2012.).

3) 창원지방법원 2021. 12. 9. 선고 2021구합50701 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2022. 5. 26. 선고 2022구합10 판결, 서울행정법원 2023. 9. 19. 선고 2023구합56408 판결, 수원지방법원 2024. 1. 25. 선고 2023구합62 판결 등 참조.

4) 도시개발법 시행령 제8조(개발계획에 포함될 사항), 도시개발법 시행령 제20조(실시계획 인가신청서) 등에서 존치하는 기존 건축물 및 공작물 등

시 및 주거환경정비법⁵⁾ 등에도 도입되기에 이른 것으로 확인된다.⁶⁾

2. 존치 관련 규정의 분류

헌법에서 ‘존치’라는 단어는 예외적으로 기존의 권리 관계를 유지시키기 위하여 활용되고 있다. 이러한 존치 관련 규정들은 존치 대상의 발생 근거가 되는 인·허가와 같은 특정한 권리의 발생 근거를 유지하기 위한 것이거나 존치 대상의 소유권을 강제적으로 박탈되는 것을 방지하여 존치 대상의 소유권 자체를 유지하기 위한 목적으로 규정되어 있다.

건축법에 따른 기한부건축물의 허가와 관련된 존치는 인·허가와 같은 특정한 권리의 발생 근거를 유지하기 위하여 사용되었다.⁷⁾ 건축법에 따른 기한부건축물은 원칙적으로 일정한 기간 내에 철거할 것을 조건으로 허가받거나 신고하여 설치하는 것으로, 기한부건축물의 존치 기간이 연장되지 않고 만료되면 기한부건축물을 설치한 자는 이를 철거하여야 한다. 따라서 건축법에 따른 기한부건축물의 ‘존치’는 원칙적으로 철거되어야 할 기한부건축물을 그 설치의 근거가 된 허가의 효력 기간을 연장하는 방법으로 향후에도 존치되게끔 하는 것이다. 이 경우 존치되는 것은 기한부건축물이지만 건축법의 존치 관련 규정에 영향을 받는 것은 기한부건축물의 소유권이 아니라 기한부건축물의 설치 근거가 된 허가이다.

재정비촉진지구에서 재정비촉진사업을 할 필요성이 적어 재정비촉진계획에 따라 재정비촉진사업을 하지 않기로 결정하거나(도시 재정비법 제2조 제6호) 공익사업의 진행으로 인하여 수용 대상인 건축물이나 그 밖의 시설이 일정한 요건을 충족한 경우에 수용하지 않도록 하기 위해서도(공공주택 특별법 제27조의2, 택지개발촉진법 제12조의2 등) 존치가 활용된다. 이들의 공통점은 공익사업 시행자의 수용권 행사에 의하여 소유권을 강제적으로 박탈당하게 될 상황에서 특정 지역을 공익사업의 대상지에서 제외하거나 건축물 등을 수용권 행사의 대상에서 제외하는 방식으로 기존의 소유권을 존치시킨다는 데에 있다. 다만, 이들의 차이점은 전자의 경우 재정비촉진계획 등 공익사업의 수립 단계에서 공익사업의 대상이 아닌 존치지역으로 지정하는 방식으로 공익사업 시행자에게 해당 지역에 대한 수용권 자체를 부여하지 않는 것에 반하여 후자의 경우에는 공익사업 시행자가 이미 사업인정을 받아 이미 수용권을 부여받은 상황에서 특정 건축물에 대하여 수용권 행사의 예외를 인정하는 차이가 있다는 점이다.

3. 존치제도의 개념정의

위와 같이 공공주택 특별법, 택지개발촉진법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치 관련 규정은 같은 존치라는 용어를 사용하고는 있지만 건축법에서 및 도시재정비법에서의 존치 등과는 구별되는 특징을 가진다.

기한부건축물은 처음부터 존치기간을 조건으로 내려진 허가를 바탕으로 설치된다. 이에 따라 인허가 유지형 존치규정과 관련해서는 기한부건축물의 건축허가를 받은 자가 존치기간 만료에 따라 허가권자에게 존치기간의 연장을 신청하여 신청이 거부되는 경우 해당 거부처분의 취소를 다투는 경우가 대부분이다.⁸⁾ 즉, 허가권자인 행정청의 처분에 따라 기한부건축물의 존치 여부가 결정되는 것일 뿐, 기한부건축물의 존치로 인하여 기한부건축물의 건축허가 외의 특별한 법적 효과가 발생하는 것은 아니다.

도시재정비법은 도시재정비법의 적용범위가 전국으로 확장됨에 따라 실질적으로 재개발사업 등이 요구되지 않는 양호한 지역까지도 재정비촉진지구에 포함됨에 따라 특정한 지역을 재정비촉진사업을 진행하지 않는 존치지역으로 지정하기 위하여 도입된 것이다.⁹⁾ 이러한 존치지역은 재정비촉진계획에 따라 존치하는 구역에 해당하므로 특정 지역이 존치지역으로 지정된다고 하더라도 해당 지역 내의 토지 등 소유자들의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과가 발생하지 않는다고 보는 것이 일반적이다.¹⁰⁾

에 관한 계획을 개발계획에 포함하도록 규정하고 있다.

- 5) 도시 및 주거환경정비법 제85조(사업시행인가의 특례) 제1항에서 사업시행자에게 일부 건축물의 존치에 관한 내용을 사업시행계획서에 포함하도록 하고 있다.
- 6) 예시로 든 법률 외에도 물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률, 경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률, 혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법, 민간임대주택에 관한 특별법, 지역개발 및 지원에 관한 법률, 연구개발특구의 육성에 관한 특별법 등에서 건축물등의 존치에 관한 규정을 두고 있다.
- 7) 가설건축물에 대하여 규정하고 있는 건축법 제15조에 관한 규정은 두 개의 상이한 목적과 연혁으로 현재에 이르고 있다. 건축법 제15조 제2항에 따라 건축물의 성립요건을 갖추었으나 토지에 정착한다는 요소를 결하고 있는 건축물을 좁은 의미의 가설건축물이라 하고, 토지에 정착하는 건축물이지만 존치기간의 제약을 받는 건축물을 기한부건축물이라고 정의한다. 이에 따라 이하에서 건축법에서의 존치 관련한 건축물은 가설건축물이 아니라 기한부건축물이라고 표기하기로 한다(김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(행정법이론실무학회, 2004. 10.), 350면 이하 참조).
- 8) 인천지방법원 2014. 1. 23. 선고 2013구합1304 판결, 대전지방법원 2016. 11. 9. 선고 2015구합105192 판결, 서울행정법원 2023. 9. 19. 선고 2023구합56408 판결, 수원지방법원 2024. 1. 25. 선고 2023구합62 판결 등 참조.
- 9) 김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제35집(한국토지공법학회, 2007. 2.), 88면 이하 참조.

상태가 양호한 주거지역을 존치지역으로 지정하지 않은 경우에 행정주체의 행정계획결정을 위법하다고 본 사례도 존재한다.¹¹⁾ 다만, 이러한 경우에도 도시재정비법의 법률 규정으로 인하여 존치와 관련된 특정한 법적 효과를 발생시키는 것이라기보다는 행정청의 계획 재량에 따라 도시재정비사업의 계획이 결정되는 것일 뿐이다.

그런데 공공주택 특별법에서의 존치는 이들과는 구별되는 특징을 가진다. 공공주택 특별법은 공공주택사업자에게 주택지구의 조성 또는 공공주택건설에 필요한 경우 수용권을 부여하는 조항을 두고 있고(제27조), 일정한 요건을 충족하는 건축물 등의 경우에는 공공주택지구 내에 위치한 건축물 등이라고 할지라도 이를 이전하거나 철거하지 아니하고 존치하게 할 수 있다(제27조의2). 건축물 등의 소유자가 건축물 등의 존치를 신청하여 공익사업 시행자가 해당 건축물 등을 존치하기로 결정하는 경우 이미 부여된 수용권 행사의 예외가 발생하게 되는 것이다. 즉, 해당 규정은 기존의 권리관계와는 다른 특별한 법적 효과를 발생시키며 ‘존치’ 그 자체에 대한 내용과 요건, 법적 효과를 규율의 대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 이에 따라 이하에서는 공공주택 특별법에서 규정하고 있는 건축물의 존치 등에 관한 규정을 ‘존치제도’라고 구분하여 칭하도록 한다.¹²⁾

4. 공공주택 특별법상 존치제도의 대표성

앞에서 확인한 것과 같이 현행법에서 확인되는 존치제도는 1990년 제정된 산업입지 및 개발에 관한 법률 제30조(기존 공장의 존치 등)로 처음 도입되어 택지개발촉진법 제12조의2(건축물등의 존치)를 거쳐 공공주택 특별법을 비롯한 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법 등에도 도입되기에 이르렀다. 그런데 수용권 행사의 예외로서 기능하는 존치와 그 요건, 효과 등을 규정하고 있는 공공주택 특별법 제27조의2, 택지개발촉진법 제12조의2와는 달리 도시개발법 및 도시 및 주거환경정비법 등에서는 존치하는 건축물 등에 대한 계획을 개발계획 또는 사업시행계획에 포함하도록 규정하고 있을 뿐, 존치제도의 내용을 상세히 정하고 있지는 않다. 택지개발촉진법의 경우 2000년대 이후부터 택지개발사업이 점차 활용되지 않고 있고, 실제로 2014년에는 택지개발촉진법의 폐지가 논의되기도 하였으며, 현재에는 개발사업을 위한 목적으로 택지개발촉진법이 활용되고 있지 않은 현실을 고려할 때,¹³⁾ 현행법에서 실질적으로 기능하고 있는 존치제도의 모습을 살피기 가장 용이한 것은 공공주택 특별법에서의 존치제도라고 할 수 있다. 이에 따라 이하에서는 공공주택 특별법을 중심으로 존치제도 내용과 효과, 문제점 등을 확인할 것이다.

III. 공공주택사업자의 시혜적 행위로 통용되는 존치제도

1. 공공주택 특별법의 수용 및 보상 관련 규정

공공주택 특별법은 구 국민임대주택건설등에관한특별조치법에서부터 두고 있었던 수용 관련 규정을 지금까지 그대로 유지하고 있다. 공공주택 특별법은 공공주택의 원활한 건설과 효과적인 운영을 위하여 제정된 법률로, 공공임대주택, 공공분양주택, 공공건설임대주택, 공공매입임대주택, 지분적립형 분양주택, 이익공유형 분양주택 등을 건설하는 것을 목적으로 한다(공공주택 특별법 제1조, 제2조). 공공주택 특별법에서는 이를 위하여 공공주택지구, 도심 공공주택 복합지구 등을 지정하고 고시할 수 있도록 하고 있고, 공공주택 특별법에 따라 공공주택사업을 시행하고자 하는 공공주택사업자는 공공주택지구를 조성하거나 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 공공주택지구 내에 위치한 토지와 건축물 등을 수용할 수 있다(공공주택 특별법 제27조 제1항). 공공주택 특별법 제27조 제6항에서는 “토지등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률을 적용한다”고 규정하고 있으므로, 공공주택 특별법에서 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)과 다른 내용을 규정하고 있는 것이 아니라면 공공주택 특별법에 따른 공공주택사업이라고 하더라도 토지등의 수용 및 보상에 대한 내용은 원칙적으로 토지보상법에 따라야 한다.¹⁴⁾

10) 서울행정법원 2016. 10. 21. 선고 2015구합78908 판결 참조.

11) 서울행정법원 2018. 9. 14. 선고 2017구합80233 판결 참조.

12) 기존 연구용역보고서 등에서도 공공주택 특별법 제27조의2를 ‘존치제도’라고 칭하고 있는 것을 확인할 수 있다(석호영 외, 앞의 글, 7면 이하 참조).

13) 주동진, “아파트건설사업 유형에 관한 공법적 연구-아파트 용지확보 제도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2023, 210면 참조.

14) 일반적으로 토지보상법은 수용 및 보상제도와 관련하여 공공주택 특별법과 같은 개발사업법의 일반법으로 이해되고 있다(김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023, 583면 참조, 신준섭, 「수용재결 전치주의에 관한 연구-판례에 대한 비판적 고찰을 중심으로」, 서울대학교 대학원 법학박사

토지등의 수용 또는 사용과 관련하여 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자로 하여금 주택지구의 조성 또는 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하고(제27조 제1항), 주택지구를 지정하거나 주택건설사업계획을 승인하여 고시한 때에는 토지보상법에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 보는 사업인정의제 제도를 두고 있다(제27조 제2항). 나아가 공공주택 특별법에 따른 수용 또는 사용에 대한 재결의 신청은 지구계획 또는 주택건설사업계획에서 정하는 사업의 시행기간 내에 할 수 있도록 하여 수용 또는 재결 신청 기간에 대한 특별규정을 두는 등(제27조 제3항), 수용 및 보상과 관련하여 토지보상법의 내용과는 다른 내용을 규정하고 있다. 이는 공공주택 특별법과 같은 개발사업법에서 토지보상법을 준용하여 수용 및 보상에 대한 내용을 규정하는 일반적인 방식으로, 개발사업을 위하여 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하면서 별도의 사업인정의제 조항을 두는 방식이다.

공공주택 특별법에서는 위와 같은 사업인정의제 조항에 더하여 공공주택 특별법 제27조의2¹⁵⁾를 통해, 토지보상법에서 아예 규정하고 있지 않은 특수한 내용을 규정하고 있는데 그것이 바로 건축물 등의 존치, 존치제도이다. 공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 공공주택사업자에게 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 위와 같은 내용은 토지등의 수용 및 보상에 관한 법률을 규정하고 있는 토지보상법에는 존재하지 않는 내용으로, 공공주택 특별법 제27조 제2항 내지 제5항의 내용과 같이 동법 제27조 제6항에 따라 토지보상법에 우선하여 적용된다.

2. 공공주택 특별법 제27조의2의 내용

(1) 존치 요건

공공주택 특별법에서는 공공주택사업자에게 주택지구의 조성 또는 공공주택건설을 위하여 필요한 경우에는 토지등을 수용 또는 사용할 수 있는 권한을 부여하되(공공주택 특별법 제27조 제1항), 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있도록 하여 공공주택 특별법 제27조에도 불구하고 수용의 대상이 되는 건축물이나 그 밖의 시설을 존치하도록 할 수 있는 제도를 두고 있다(공공주택 특별법 제27조의2). 이 조항이 공공주택 특별법에서 예정하고 있는 공공주택지구에서의 기존 건축물 존치제도에 해당한다.

공공주택 특별법에 따라 기존의 건축물이나 그 밖의 시설(이하 ‘건축물 등’이라 함)을 존치하기 위해서는, 우선 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정되어야 하고, 대통령령으로 정하는 요건을 충족하여야 한다. 공공주택 특별법 시행령에서는 해당 요건으로, 먼저 건축물 및 영업장 등이 관계 법령에 따라 인·허가 등을 받고(공공주택 특별법 시행령 제21조 제1항 제1호 가목), 주택지구의 토지이용계획상 받아들일 수 있으며(동호 나목), 해당 건축물 등을 존치하는 것이 공익상 또는 경제적으로 현저히 유익하고(동호 다목), 해당 건축물 등이 해당 지구조성사업의 준공 이후까지 장기간 활용될 것으로 예상될 것을 요구한다(동호 라목). 또는 관계 행정기관의 장이 문화적·예술적 가치가 있다고 인정하여 존치를 요청하는 경우로서 통합심의위원회나 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회 심의를 거친 경우에도 해당 건축물 등을 존치시킬 수 있다. 이때의 ‘존치’란 해당 건축물에 대하여 공공주택사업자가 공공주택 특별법 제27조 및 토지보상법에 따른 본인의 수용권을 행사하지 않는 것을 의미한다. 즉, 공공주택 특별법 제27조의2의 경우 공공주택지구 조성사업에도 불구하고 지구 내에 위치한 존치 대상 건축물 등의 기존 소유권이 유지된다.

(2) 존치 절차

공공주택 특별법 제27조의2에서는 제1항에서 공공주택사업자가 일정한 요건을 충족하는 기존의 건축물 등을 존치하게 할 수 있다고 정하고, 동조 제2항에서 존치하게 된 시설물의 소유자에게 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있다고만 정하고 있을 뿐 건축물 등의 존치에 필요한 상세한 절차를 규정하고 있지 않다. 그런데 공공주택 특별법 시행령 및 동법 시행규칙에서도

학위논문, 2025, 59면 참조).

15) 공공주택 특별법 제27조의2(건축물의 존치 등) ① 공공주택사업자는 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다.

② 공공주택사업자는 제1항에 따라 존치하게 된 시설물의 소유자에게 도로, 공원, 상하수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있다.

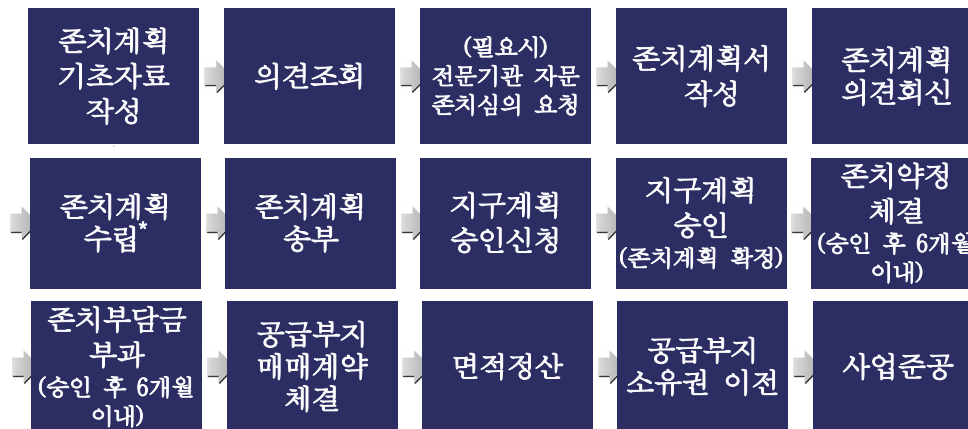
③ 제2항에 따른 비용 부담의 기준·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

건축물 존치에 필요한 절차에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않고, 국토교통부훈령인 공동주택 업무처리지침과 한국토지주택공사의 용지규정도 절차 관련 규정은 존재하지 않는다. 공공주택 특별법 제27조의2에 따른 건축물 등의 존치에 필요한 절차를 확인할 수 있는 것은 한국토지주택공사의 공공주택지구 존치건축물 및 존치부지 처리지침(이하 ‘존치지침’이라 한다)이 유일하다.

존치지침에 따르면 지역본부장은 존치 대상 건축물이 있는 경우 존치 대상 건축물 조서를 작성하고(존치지침 제9조 제1항), 소유자의 존치 신청이 있는 경우에는 건축물 존치신청서와 이에 따른 각서¹⁶⁾를 받아야 하며(동조 제2항), 이를 통해 존치계획 기초 자료를 작성하여 의견을 조회하여야 한다(동조 제3항). 이후 지역본부장은 위 의견을 반영한 건축물 존치계획을 수립하여 사업담당부서장에게 송부하고 사업담당 부서장은 이를 지구계획 승인 신청서에 반영하여야 한다(동조 제4항). 이 과정에서 지역본부장은 건축물 존치계획 수립을 위하여 외부 전문기관에 용역 및 자문을 시행할 수 있고(동조 제5항), 사업담당부서장은 건축물 존치심의위원회 심의를 요청할 수 있다(동조 제6항).

건축물 존치계획이 반영된 지구계획이 승인되어 고시되면 존치계획이 확정되나(존치지침 제11조), 존치계획 확정 이후 6개월 이내에 존치 대상 건축물 소유자와 협의하여 존치약정을 체결하여야 하고(존치지침 제11조 제2항 제1호, 제12조), 존치부담금을 산정하여 존치 대상 건축물 소유자에게 부과하여야 한다(존치지침 제16조). 또한 존치 대상 건축물 부지 중 존치부지를 제외한 공급부지에 대하여 존치 건축물 소유자와 매매계약을 체결하여 공급부지를 공급해야 한다(존치지침 제11조 제2항 제2호, 존치지침 제18조).

<그림 1> 건축물 등의 존치 절차



(3) 존치의 효과

공공주택 특별법상 존치제도에 따라 건축물 등을 존치하는 경우, 우선적으로 공공주택사업지구에 포함된 건축물 등이 수용되거나 이전되지 않은 채로 공공주택사업지구에 존치된다. 이때 존치 대상 건축물의 소유자가 건축물의 존치에 필요한 토지를 소유하고 있지 못하거나 건축물의 존치에 필요한 면적 이상으로 토지를 소유하고 있는 경우에는 사업지구 토지이용계획 차원에서 획지정리를 하여 기존 존치 대상 건축물이 위치한 부지(기존부지) 중 일정한 토지는 존치 대상 건축물 소유자의 소유로 존치시키고(존치부지), 일정한 토지는 사업시행자가 취득하며(취득부지), 존치 대상 건축물의 유지에 필요한 부지를 공급하기도 한다(공급부지). 이에 따라 공공주택 사업지구에 포함된 건축물 등을 존치시킴에도 불구하고 공공주택사업지구 내 획지정리가 가능해진다.¹⁷⁾

이 과정에서 사업시행자는 건축물 등 소유자에게 도로, 공원, 상하수도 등 공공시설의 설치 등에 필요한 비용의 일부를 부담하게 할 수 있고, 이때 부과되는 비용을 존치부담금이라고 칭한다(공공주택 특별법 제27조의2 제2항, 제3항, 공공주택특별법 시행령 제21조 제3항 [별표4] 참조).

16) 건축물 존치신청에 따라 한국토지주택공사의 존치결정에 이의를 제기하지 않고, 존치 약정서를 체결하며, 존치에 필요하지 않은 부지를 양도하고, 존치부담금을 부담하겠다는 내용으로 구성된다(존치지침 제9조 제1항 [별지 제3호서식] 참조).

17) 이와 관련된 내용은 공공주택 특별법 시행령 제21조 제3항 [별표4]에서 존치부담금 단가산정방식 및 존치부지범위 등의 적용기준을 정하면서 부수적으로 규율되고 있고, 존치지침에서도 관련 내용을 포함하고 있다.

3. 존치제도와 관련하여 현존하는 갈등

존치제도와 관련하여 주로 발생하는 갈등은 존치 결정에 대한 문제, 취득부지에 대한 보상금액에 관한 문제, 존치부담금에 대한 문제 등이 대표적이다.¹⁸⁾ 이러한 문제 발생에는 공공주택 특별법에서 존치제도와 관련된 절차를 구체적으로 규율하고 있지 않다는 점이 큰 영향을 미친 것으로 보이는데, 한국토지주택공사는 2021. 2. 공공주택 업무처리지침 개정을 통한 존치 심의위원회 구성 근거 마련 이후 존치업무의 효율성 등을 감안하여 2022. 12. 존치지침을 신규 제정하였고, 여러 연구용역 등을 거친 끝에 2024. 11. 존치지침을 대폭 개정하여 현재에 이르고 있다. 존치지침의 제정과 개정을 통하여 공공주택 특별법에서 정하는 존치요건을 세부적으로 규율하고, 존치에 필요한 행정 절차를 상세하게 정리하여 존치제도의 불확실성은 상당 부분 해소되었다.

그러나 여전히 존치제도에 대한 민원은 지속되고 있는 것으로 보인다. 먼저, 취득부지에 대한 보상금액에 관한 문제와 존치부담금에 대한 문제는 어느 개발사업에서도 쉽게 찾아볼 수 있는 문제들로 존치제도 자체에 대한 것이라고 보기는 어렵다. 다만, 존치 결정에 대한 문제는 이들과는 좀 다른 차원의 문제이다. 이는 근본적으로 개발사업 대상부지에서 존치가 단순히 기존 토지 등 소유자의 소유권 존치를 넘어 일정한 혜택으로 받아들여지고 있는 데에서 기인한다. 실제로 존치 대상 건축물의 소유자는 개발사업으로 인하여 개발사업 대상부지가 개발되고 공공시설 등이 설치되어 발생하는 개발이익을 그대로 향유하게 되고, 이는 존치 대상 건축물의 소유자가 존치 부담금을 납부하는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 건축물 등의 소유자는 공공주택 특별법에 따른 존치제도를 통하여 본인의 건축물 등이 존치되기를 바라고, 건축물 등의 존치가 받아들여지지 않는 경우 이를 다투고자 하는 것이 보통이다. 다만, 법원에서는 사업시행자의 존치 결정에 대하여 제기되는 건축물 등 소유자의 소를 대부분 각하하고 있다.¹⁹⁾

IV. 건축물 등의 수용 및 활용 가능 범위

1. 공공주택사업자의 권한 범위

공공주택 특별법상 존치제도와 관련하여 2022. 12. 존치지침 제정 이후 존치심의위원회는 3개의 공공주택지구에서 6개의 건축물 등의 존치 여부를 심의하여 3건의 존치 의결을 한 것으로 확인된다.²⁰⁾ 그러나 최근 기성 시가지로부터 밀집한 지역에 다수의 공공주택 지구들이 지정되는 과정에서 공공주택사업지구 내에 양호한 건축물 등이 밀집된 지역들²¹⁾이 다수 포함되었고 이들 사업지구에서는 건축물 등 소유자의 존치 신청이 증가할 것으로 예상된다. 존치 지침에 따르면, 건축물 등이 존치되기 위해서는 건축물 등 소유자의 동의를 전제로 한 존치약정의 체결이 필수적이다. 이는 공공주택사업자가 자의적으로 일정한 요건을 충족하는 건축물 등을 존치시킬 수 있도록 규정하고 있는 공공주택 특별법과는 비교되는 부분이다. 다만, 공공주택 특별법에서 명시적으로 건축물 등 소유자의 신청 또는 동의 요건을 두고 있지는 않으나, 공공주택 특별법 제27조의2 제2항에서 공공주택사업자가 존치하게 된 건축물 등의 소유자에게 공공시설의 설치 등에 필요한 비용을 부담시킬 수 있도록 규정하고 있는 점, LH공사 용지규정 제69조 제3항에서 정하는 바와 같이 존치되는 건축물 등의 소유자는 LH공사로부터 당해 건축물의 유지관리에 소요되는 부지를 공급받게 된다는 점 등을 고려하면 존치 지침에서 정하고 있는 건축물 등 소유자의 동의 요건은 처음부터 공공주택 특별법 제27조의2에 내포되어 있는 요건이라고 볼 수도 있다.

따라서 현행 존치제도는 기본적으로 존치 요건을 충족하는 건축물 등의 소유자가 존치를 원하는 경우에만 적용될 수 있는 것인데, 사업시행자의 입장에서는 양호한 건축물 등이 밀집된 구역에서 일부 소유자만이 존치를 신청하고 다른 소유자는 존치를 신청하지 않는 경우, 사업의 추진을 위하여 존치를 신청한 소유자의 요건 충족 여부와 관계없이 건축물 등을 존치시킬 수 없는 상황이 발생한다. 이러한 경우 공공주택사업자가 소유자의 존치 신청이 없었던 건축물 등을 수용하여 철거하지 않고 존치시켜 활용할 수 있는 것인지, 소유자의 존치 신청에도 불구하고 이를 수용하여 사업시행자가 활용할 수 있는 것인지 등이 문제된다.

18) 석호영 외, 앞의 책, 3면 참조; 최수 / 김승종 / 배유진, 앞의 책, 2면 참조.

19) 수원지방법원 2022. 6. 8. 선고 2021구합75888 판결, 인천지방법원 2023. 11. 17. 선고 2022구합57545 판결 등 참조.

20) 한국토지주택공사, “정보공개 사전정보공표 부동산 정보 중 위원회 심의결과”, https://www.lh.or.kr/board.es?mid=a10103040000&bid=0007&list_no=654643&act=view (2026. 2. 23. 확인).

21) 김포한강2 공공주택 조성사업, 용인이동 공공주택지구 조성사업, 화성진안 공공주택지구 조성사업, 서울서리풀1,2 공공주택지구 조성사업 등이 대표적이다.

2. 건축물 등의 수용

(1) 지장물인 건축물

토지보상법에서는 공익사업에 필요한 ‘토지 등’을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정한다(토지보상법 제1조). 이때 토지보상법을 통해 취득하거나 사용할 수 있는 ‘토지 등’에는 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목, 건물, 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 광업권·어업권·양식업권 또는 물의 사용에 관한 권리, 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈에 관한 권리 등이 모두 포함된다(토지보상법 제3조). 하지만 약칭에서 알 수 있듯이 토지보상법은 제도의 중심을 ‘토지’의 수용 및 손실보상에 두고 나머지는 토지에 관한 규정을 준용하고 있다.²²⁾

일반적인 공익사업에서 공익사업의 시행자가 수용하여 활용하기를 원하는 것은 피수용자가 소유하고 있는 토지이고, 그 토지의 지상에 위치한 건축물, 입목 등 지장물을 필요로 하는 경우는 매우 적다. 공익사업으로 진행되는 대부분의 개발사업은 특정한 구역 내에 위치한 토지를 수용하여 그 위의 지장물 등을 철거하거나 이전한 후의 빈 땅을 대지로 조성하여 그 위에 기반시설을 설치하거나 택지 등을 만드는 것을 내용으로 하기 때문이다.²³⁾ 따라서 토지보상법은 원칙적으로 건축물을 비롯한 지장물을 사업구역 바깥으로 이전하는 방식으로 처리하도록 하고 있고, 이에 따라 사업시행자가 사업구역 내에 위치한 건축물을 수용하는 방식으로 사업을 진행하는 경우는 매우 드물다.

(2) 이전주의 원칙의 예외로서 건축물 등의 수용

토지보상법 제3조에서는 “사업시행자가 다음 각 호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 취득하거나 사용하는 경우에는 이 법을 적용한다”고 규정하면서, 동조 제2호에서 “토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목(立木), 건물, 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리”를 두어 건축물 등의 취득에도 토지보상법을 적용할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 토지보상법 제75조 제1항에서는 “건축물·입목·공작물과 그 밖에 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 한다”고 규정하여 건축물 등의 이전과 이전비 보상을 원칙으로 규정하고 있다.

동항 단서에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하여야 한다”고 규정하여 예외적으로 가격보상을 하는 경우를 두고 있는데, 동항 제1호는 건축물 등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우이고, 동항 제2호는 건축물 등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우이므로, 여전히 건축물 등의 이전을 전제하여 그 보상만을 가격 보상으로 하도록 하는 규정이다. 동항 제3호에서는 “사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우”를 두어 사업시행자가 건축물 등의 소유권을 취득하는 경우 해당 건축물 등의 가격으로 보상하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 이전주의 원칙을 채택하고 있는 토지보상법에서 예외적으로 사업시행자가 건축물 등을 취득할 수 있는 규정을 두고 있는 규정이다. 토지보상법 제75조 제1항은 건축물 등의 수용에 관한 규정이라기보다는 건축물 등의 보상에 관한 규정이기기는 하나, 토지보상법 제75조 제1항 제3호에서 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 건축물을 취득하는 경우를 규율하고 있으므로 토지보상법에서 사업시행자에게 건축물의 취득을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

이처럼 토지보상법에서는 원칙적으로 건축물 등을 포함한 지장물을 이전하도록 하고 이에 따라 건축물 등의 소유자에게 이전보상을 지급하도록 하고 있다. 이 경우에는 건축물 등의 소유권이 사업시행자에게 이전되지 않는다. 다만, 우리나라 수용 및 보상 실무에서 사업시행자가 지장물인 건축물에 대한 보상으로 이전비를 지급하는 예는 거의 존재하지 않고, 건축물의 가격인 취득비를 보상으로 지급하는 것이 보통이다. 그런데 대법원에서는 “사업시행자가 사업시행에 방해가 되는 지장물에 관하여 법 제75조 제1항 단서 제2호에 따라 이전에 소요되는 실제 비용에 못 미치는 물건의 가격으로 보상한 경우, 사업시행자가 물건을 취득하는 제3호와 달리 수용 절차를 거치지 아니한 이상 사업시행자가 보상만으로 물건의 소유권까지 취득한다고 보기는 어렵다”고 판시하였다.²⁴⁾ 즉, 단순히 건축물 등에 대하여 가격 보상을 한 경우까지도 사업시행자가 건축물 등을 수용하여 소유권을 취득하였다고는 볼 수 없고, 건축물 등에 대한 별도의 수용재결을 거쳐야 한다는 것이다.

22) 박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2022, 18면 이하 참조.

23) 위의 글, 53면.

24) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다94960 판결.

(3) 취득보상과 수용재결 절차의 유리

사업시행자가 건축물 등에 대하여 가격 보상을 하더라도 건축물 등에 대한 별도의 수용재결 없이는 건축물 등의 소유권을 취득한다고 보기 어렵다. 토지보상법에 따르면 토지보상법 제75조 제5항에서는 “사업시행자는 사업예정지에 있는 건축물등이 제1항 제1호 또는 제2호에 해당하는 경우에는 관할토지수용위원회에 그 물건의 수용재결을 신청할 수 있다”고 규정하여 이전보상이 아니라 취득보상을 지급해야 하는 경우에 사업시행자가 수용재결을 신청하여 건축물 등의 소유권을 취득할 수 있도록 규정하고 있으나, 토지보상법 제75조 제5항은 제75조 제1항 제1호 및 제2호에 해당하는 경우 반드시 수용재결을 신청하도록 규정하고 있지 않고, 제75조 제1항 제3호의 경우에는 수용재결을 신청할 수 있도록 하고 있지 않다. 토지보상법 제75조 제5항은 토지보상법 제정 당시에는 법률에 존재하지 않고 시행령에 위치하였으나, 2007년 10월의 법률 개정으로 신설된 조항이다. 해당 조항에서는 지장물 수용의 요건으로서 “제1항 제1호에 해당하는 경우”를 들어 건축물의 이전불능으로 인한 수용청구를 규정하고, “제1항 제2호에 해당하는 경우”를 두어 이전비 과다로 인한 수용청구에 해당하는 유형을 건축물 등의 수용청구 유형으로 두고 있다. 하지만 토지보상법 제75조 제5항은 “수용 재결을 신청할 수 있다”고만 정하고 취득보상을 지급해야 하는 제75조 제1항 제1호 및 제2호의 경우에 수용 재결을 신청하여야 한다고 규정하지 아니하여 취득보상과 수용재결 절차의 제도적 유리를 가져오게 되었다.²⁵⁾ 즉, 이 경우에 지장물 이전이 현저히 곤란하거나 이전비가 가격을 넘는 경우 사업시행자는 지장물에 대한 별도의 수용재결을 신청하는지 여부와 무관하게 지장물의 이전비가 아니라 가격을 보상금으로 지급할 의무를 부담하게 되는 것이다. 이처럼 토지보상법은 사업시행자가 건축물 등의 가격을 보상하는 절차와 건축물 등의 소유권이 이전되는 절차를 연동시키고 있지 않다.

위와 같은 제도적 결함이 지금까지 크게 문제되지 않은 것은 대부분의 사업시행자가 사업예정지에 위치한 건축물 등을 철거하거나 폐기할 목적으로 재결을 신청하기 때문에, 굳이 건축물 등을 별도로 수용하여 건축물 등의 소유권을 확보할 필요성을 느끼지 못하기 때문이다. 반대로 사업시행자에게 건축물 등을 수용당하는 피수용자 역시 건축물 등이 위치한 토지를 수용당하는 입장에서 건축물 등이 얼마에 수용당하는지 여부가 중요할 뿐, 건축물 등의 소유권이 법적으로 사업시행자에게 어떻게 이전되는지 신경쓰지 않는다. 이로 인하여 실무상 사업시행자는 건축물 등을 수용당하는 피수용자에게 건축물 등의 가격을 보상하면서도 건축물 등에 대한 별개의 수용재결을 신청하지 않는 것이 보통이다. 사업시행자와 피수용자 모두 어차피 철거될 건축물 등의 소유권에는 크게 관심이 없기 때문이다.

대법원에서는 사업시행자가 지장물인 건축물의 취득가격 전액을 보상하였더라도, 토지와 별도로 지장물에 대한 명시적인 수용재결을 신청하지 않은 이상 사업시행자는 지장물의 소유권을 취득하지 못한다고 보고,²⁶⁾ 중앙토지수용위원회에서도 사업시행자가 토지와 별도로 지장물의 수용재결을 신청하여 재결을 받은 경우에 한하여 지장물의 소유권을 취득한다고 해석하고 있으나,²⁷⁾ 소유권을 취득하지 못한 사업시행자도 건축물 등을 이전하거나 제거할 수는 있다고 보고 있다.²⁸⁾

3. 공공주택사업자의 건축물 등의 수용 및 활용 가능성

(1) 토지보상법에 따른 건축물 등의 수용 및 보상

건축물 등의 존치와 관련하여, 공공주택 특별법에서는 공공주택사업자가 일정한 요건을 충족하는 건축물 등 소유자와 협의하여 건축물 등을 존치할 수 있다고 규정할 뿐, 공공주택 특별법 제27조에 따라 공공주택사업자의 건축물 등 수용과 관련하여 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 공공주택사업자가 건축물 등을 수용할 수 있는지 여부는 토지보상법에서 정한 바에 따를 수밖에 없다.

앞에서 확인한 것과 같이 토지보상법은 공익사업의 시행자로 하여금 원칙적으로 수용 또는 사용할 토지에 있는 건축물 등을 사업구역 바깥으로 이전하도록 하고 있고, 이에 따라 실무적으로도 사업구역 내에 위치한 건축물 등에 대해서는 별도의 수용재결을 신청하지 않는 것이 보통이다. 그러나 토지보상법 제75조 제1항 단서에서는 “다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하여야 한다”고 규정하여 이전비 보상 원칙의 예외인 가격 보상을 정하고 있다. 가격 보상의 대상이 되는 건축물 등은 크게 “폐기형 지장물”과 “사용형 지장물”로 구분될 수 있는데,²⁹⁾ 폐기형 지장물은 토지보상법 제1항 제1호 및 제2호에 해당하는 것으로, 건축물등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우나 건축물등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우를 의미하고, 사용형 지장물은 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우를 의미한다. 즉, 토

25) 박건우, 앞의 글, 81면.

26) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다94960 판결.

27) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2026 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2025, 354면.

28) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다89549 판결.

29) 박건우, 앞의 글, 85면.

지보상법에 따라 건축물 등을 수용하기 위해서는 토지보상법 제1항 제3호에 따라 공익사업의 시행자가 ① 공익사업에 ② 직접 사용할 목적으로 ③ 수용재결을 거쳐 ④ 가격 보상을 지급하는 방법으로 취득하여야 한다.

(2) 건축물 등 수용의 요건

토지보상법 제75조 제1항 제3호는 “사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우”에 건축물 등을 해당 물건의 가격으로 보상하도록 규정한다. 따라서 공공주택사업자가 토지보상법 제75조 제1항 제3호에 따라 수용재결을 신청하여 가격을 보상한 건축물 등에 대해서는 공공주택사업자의 소유권 취득 및 사용이 허용된다. 다만, 토지보상법에서는 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’의 취득만 허용하고 있으므로, 공공주택지구 조성사업을 진행하는 공공주택사업자가 공공주택사업지구 내에 위치한 건축물 등을 수용하여 활용하는 것이 ‘공익사업’에 ‘직접 사용할 목적’에 해당하는지가 문제된다.

1) 공공주택 특별법에서의 공익사업

공공주택 특별법 제2조 제3호에서는 공공주택사업을 정의하면서, 공공주택사업에는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업, 도심공공주택복합사업이 해당된다고 밝히고 있다. 공공주택 특별법은 토지의 합리적 이용을 위하여 행정주체 또는 공공단체가 사업의 주체가 되어 도시를 개발하거나 재정비하는 사업 등의 근거가 되는 법률이므로 개발사업법에 해당하고, 공공주택 특별법에서 규정하는 공공주택사업은 개발사업에 해당한다고 볼 수 있다.³⁰⁾ 그러나 개발사업법에서 규정하는 모든 개발사업이 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 공익사업에 해당하는 것은 아니다. 실제로 토지보상법 제4조 제8호 별표에서는 공공주택 특별법의 이름을 확인할 수 있으나, 공공주택 특별법 제2조 제3호에서 정의된 모든 사업의 명칭이 확인되지는 않는다. 토지보상법 제4조 제8호 별표의 2. (7)에서는 “공공주택 특별법 제2조 제3호 가목에 따른 공공주택지구조성사업, 같은 호 나목에 따른 공공주택건설사업 및 같은 호 마목에 따른 도심 공공주택 복합사업”만을 규정하고 있을 뿐이다. 공공주택 특별법이 개발사업법이고 공공주택 특별법에서 정하는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업, 도심 공공주택 복합사업은 개발사업일 수는 있으나, 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 도심 공공주택 복합사업이 아닌 공공주택매입사업과 공공주택관리사업은 토지보상법에 따른 공익사업에 해당하지 않는다. 따라서 공공주택사업자는 공공주택지구조성사업, 공공주택건설사업, 도심 공공주택 복합사업에 ‘직접 사용할 목적’으로 건축물 등을 수용할 수는 있으나, 공공주택매입사업, 공공주택관리사업에 ‘직접 사용할 목적’으로 건축물 등을 수용할 수는 없다.

2) 직접 사용할 목적

토지보상법에서 건축물을 포함한 지장물의 경우에는 이전비를 보상하도록 하고 있다는 점을 감안하면, 예외적으로 사업시행자가 건축물을 공익사업에 직접 사용할 목적으로 수용재결을 통해 취득할 때의 요건은 엄격하게 해석되어야 할 필요가 있다. 이전비를 지급하도록 하는 이전재결의 경우에는 타인의 소유권을 제한하는 데에 그치지만, 가격을 보상하여 건축물의 소유권을 수용하는 수용재결의 경우에는 타인의 소유권을 완전히 박탈한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 토지보상법 제75조 제1항 제3호에서 말하는 ‘직접 사용’은 원칙적으로 건축물 등의 수용 자체가 공익사업의 목적에 완전히 부합한다거나, 수용된 건축물 등이 공익사업의 진행에 있어 도구적으로 활용되는 정도에 한정된다고 해석하는 것이 타당하다.

이와 관련하여 문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률(이하 ‘문화유산법’이라 한다) 제83조에서는 “국가유산청장이나 지방자치단체의 장은 문화유산의 보존·관리를 위하여 필요하면 지정문화유산이나 그 보호구역에 있는 토지, 건물, 나무, 대나무, 그 밖의 공작물을 토지보상법에 따라 수용(收用)하거나 사용할 수 있다”고 규정하여 문화유산의 보존 및 관리를 위하여 건축물을 수용할 수 있도록 하고 있다. 이는 건축물 등의 수용 자체가 공익사업의 목적에 완전히 부합한다는 점, 문화유산인 건축물의 보존 및 관리를 위하여 건축물의 수용이 필수적이라는 점 등을 고려하면 토지보상법 제75조 제1항 제3호의 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’이라는 요건을 충족시키는 것이라고 할 것이다. 문화유산법에서의 건축물 등의 수용과 유사한 것으로 고도 보존 및 육성에 관한 특별법 제17조에 따른 고도에 존재하는 역사적 건축물의 수용이나 관광진흥법 제61조에 따른 관광자원인 건축물 등의 수용 등을 들 수 있다. 고도 보존 및 육성에 관한 특별법에서의 공익사업은 고도보존육성사업으로 고도에 존재하는 역사적 건축물의 수용은 고도보존육성사업에 필수적이고, 관광진흥법에서의 공익사업은 관광지 조성사업으로 관광지 조성사업에 관광자원인 건축물을 수용하는 것 역시 관광지 조성이라는 목적 자체

30) 김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023, 397면 참조.

에 부합하는 것이다. 이처럼 공익사업에 직접 사용할 목적이라는 요건이 충족되기 위해서는 공익사업의 목적이 건축물에 내재하는 고유한 가치를 활용하여 달성될 수 있는 것이어야 하고, 그러한 목적을 달성하기 위하여 건축물의 수용이 필요하여야 한다.

다만, 공익사업의 사업시행자가 특정한 건축물 등을 공익사업에 직접 사용할 목적으로 수용재결을 통해 취득하는 경우는 거의 찾아보기 어렵다. 일반적인 공익사업은 대부분 그 토지를 활용하기 위한 목적으로 토지 등을 수용하기 때문에 지장물을 필요로 하는 경우가 거의 없기 때문이다. 또한 기본적으로 공공수용에는 강한 공익성이 요구되므로 사업시행자 입장에서는 이전재결 또는 협의매수가 아니라 굳이 더 강한 공익적 판단을 요하는 지장물에 대한 수용재결을 청구할 유인이 매우 적다.

(3) 공공주택사업에 직접 사용할 목적으로의 건축물 등의 수용

공공주택 특별법 및 토지보상법에 따라 경우, 공공주택사업자는 수용하고자 하는 건축물 등을 공공주택지구조성사업에 직접 사용할 것이라는 점을 주장하고 입증하여 중앙토지수용위원회에 해당 건축물 등에 대한 수용재결을 신청하고 수용재결을 받은 이후 해당 건축물 등의 전 소유자에게 해당 건축물 등의 가격을 보상하여 건축물 등을 수용할 수 있다. 문제는 문화유산의 보존 및 관리를 위하여 건물을 수용할 수 있도록 규정하고 있었던 문화유산법 제83조와 달리 공공주택 특별법 제27조는 주택지구의 조성을 위하여 토지등을 수용할 수 있다고 규정하고 있다는 점이다.³¹⁾ 즉, 토지보상법 제75조 제1항 제3호의 ‘공익사업에 직접 사용할 목적’을 공공주택 특별법 제27조와 연결지어 해석하게 되면, 공공주택사업자는 주택지구의 조성을 위하여 직접 사용할 목적으로 건축물 등을 수용하여야 한다.

기본적으로 주택지구의 조성은 공공주택지구로 지정된 부지를 전부 수용하고 부지 위에 존재하는 지장물, 즉 건축물 등을 사업부지 외부로 이전하거나 철거하여 공공주택을 건설할 수 있는 택지를 조성하는 것을 의미한다. 따라서 문화유산법에서의 그것과는 달리 건축물 등의 잔존은 공공주택지구조성사업의 목적과 상충하는 것으로 보일 수 있다. 다만, 토지이용계획 및 지구단위계획에서부터 공공주택지구 내에 단독주택용지로 지정된 구역 내에 위치한 단독주택 등을 집단적으로 존치하여 해당 지역을 단독주택용지에 적합하게 획지를 정리하거나, 건축물 등을 수용하여 도구적인 의미로 공공주택지구조성사업에 직접 사용하는 경우 등은 충분히 주택지구의 조성에 건축물 등을 직접 사용하는 것이라고 볼 여지가 있다. 따라서 공공주택사업자는 일정한 조건 하에 공공주택사업에 직접 사용할 목적으로 건축물 등을 수용할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 수용한 건축물 등의 활용 가능성

공공주택 특별법에서는 공공주택사업자가 소유한 건축물을 재분양하거나 상업적으로 활용하는 것 자체를 금지하는 규정은 존재하지 않고, 다른 관련 법률에서도 공공주택사업자가 소유한 건축물의 활용 자체를 금지하는 규정은 찾아보기 어렵다. 따라서 공공주택사업자가 소유한 건축물을 재분양하거나 상업적으로 활용할 수 있는지 여부는 공공주택사업자의 이러한 활용이 토지보상법에서 예정하는 수용제도에 부합하는 것인지를 검토하여 확인할 필요가 있다.

공공주택지구조성사업 대상 부지에 위치한 건축물 등을 수용한 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 철거하지 않고 활용한다는 것은 결국 해당 건축물 등이 공공주택 특별법령 및 존치지침 등에서 정하고 있는 존치에 필요한 모든 요건을 충족한다는 것을 의미한다. 해당 요건을 충족시키는 건축물 등의 소유자가 존치제도에 따른 존치 신청을 하지 않은 경우에는 공공주택사업자가 건축물 등을 수용하여 공공임대주택 등의 공익적 목적으로 활용할 수는 있겠으나, 해당 건축물 등의 소유자가 건축물의 존치를 신청한 경우에는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 매우 희박해진다. 특히, 공공주택사업자가 공공주택지구조성사업을 목적으로 수용권을 부여받아 수용한 건축물 등을 철거하지 않고 상업적 목적으로 활용하는 것은 헌법 및 토지보상법에서 제한적으로 공익사업을 위한 수용권을 부여하고 있는 공공수용 제도의 취지에 정면으로 반하는 것이다. 이러한 행위가 허용된다면 공공주택사업자를 비롯한 공익사업의 시행자는 공익사업시행 부지 내에서 공익사업 시행자가 원하는 목적으로 활용하기 위하여 다른 사람의 소유권을 박탈할 수 있는 권한을 얻는 것이고, 이는 그 자체로 초헌법적인 권한으로 허용되기 어렵다.

다만, 건축물 등의 소유자가 존치를 신청하지 않은 건축물 등을 공공주택사업자가 수용하고 이를 집단적인 단독주택단지 등을 조성하여 공공임대주택 등으로 활용하는 경우와 같이 공익사업에 직접 활용할 목적으로 수용하여 공익성 및 공공필요가 인정되는 활용의 경우까지 금지된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

31) 공공주택 특별법에서는 공공주택 특별법 제27조 제1항에서 수용할 수 있다고 규정하는 ‘토지등’이 정확하게 무엇을 의미하는지 전혀 규정하고 있지 않다. 다만, 수용 및 보상의 일반법으로 활용되는 토지보상법에서는 ‘토지등’이 토지보상법 제3조 각호에 기재된 토지, 물건 및 권리를 말한다고 규정하고 있으므로 공공주택 특별법에 등장하는 ‘토지등’ 역시 건축물 등을 포함하는 개념으로 해석할 수 있다.

V. 존치 거부에 대한 쟁송 가능성

1. 일반적인 수용 관련 소송과 구별되는 소송물

공공주택사업자가 건축물 등 소유자의 존치 신청에도 불구하고 해당 건축물 등을 수용하고 이를 상업적으로 활용하는 등의 공익성이 인정되기 어려운 행위를 한다고 하더라도, 건축물 등 소유자가 이를 법적으로 다투는 것은 쉽지 않다. 기본적으로 수용권 부여에 있어 특정한 공익사업의 공공성 또는 공공필요의 충족 여부를 판단하는 단계는 사업인정의 단계이다.³²⁾ 공공주택 특별법에서는 사업인정의제 조항을 두고 있으므로, 공공주택지구를 지정하는 단계에서 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 의제된다.³³⁾ 이에 따라 공공주택지구가 지정되면 공공주택사업자는 공공주택지구 전체에 대하여 포괄적인 수용권을 부여받게 되며, 이후 사업인정의제에 기초하여 개별적인 수용재결이 내려지게 된다. 공공주택 특별법에서는 주택지구가 지정·고시된 날부터 1년 이내에 지구계획을 수립하여 국토교통부장관에게 승인을 신청하도록 하고 있으므로,³⁴⁾ 공공주택사업자는 공공주택지구 전체에 대하여 이미 수용권을 부여받은 상태에서 개별 건축물 등의 존치 여부를 결정하게 되는 것이다. 건축물 등의 소유자 입장에서 공공주택사업자가 수용한 건축물을 철거할 것인지 어떠한 목적으로 활용할 것인지를 사업인정 단계, 특히 사업인정의제 단계에서 미리 아는 것은 사실상 불가능한 일에 가깝고, 대법원에서는 사업인정 자체를 무의미하게 하여 사업의 시행을 불가능하게 하는 재결은 행할 수 없다³⁵⁾고 보아 수용재결 및 수용재결에 대한 항고소송에서는 사업인정에 속하는 부분을 다룰 수 없도록 하고 있으므로 수용재결 단계에서 이를 다투는 것도 불가능하다.

따라서 건축물 등 소유자가 공공주택사업자에게 건축물 등의 존치를 신청하였다가 거절되어 이를 다투고자 하거나, 존치신청에도 불구하고 건축물 등이 수용된 이후에 이를 철거하지 않고 공공주택사업자가 사용하는 행위 등을 다투고자 할 경우에는 사업인정 및 수용재결 등을 다투던 기존과는 다른 방법을 강구해야 한다.

2. 기존 판례의 태도

공공주택 특별법에 따른 존치제도와 관련하여 건축물 등 소유자가 건축물 등의 존치를 신청하였으나 공공주택사업자가 이를 반려한 경우, 이를 다투는 사례는 크게 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 유형은 건축물 등 소유자의 존치 신청을 반려한 공공주택사업자의 행위를 수익적 행정처분을 구하는 신청에 대한 거부처분으로 보아 이에 대한 거부처분 취소소송을 제기하는 것이고,³⁶⁾ 두 번째 유형은 건축물 등에 대한 존치를 심의하는 과정에서 건축물 존치 심의위원회를 개최하지 않은 행위를 문제 삼아 이를 건축물 존치 심의위원회 개최 신청에 대한 거부처분으로 보고 이에 대한 거부처분 취소소송을 제기하는 것이다.³⁷⁾

첫 번째 유형에서 법원은, 공공주택 특별법 제27조의2 및 동법 시행령 제21조 제1항의 각 규정만으로는 주택지구에 포함된 건물의 소유자인 원고에게 개별적으로 그 건물의 존치를 요구할 법률상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 볼 수 없고 원고의 신청을 받아들이지 아니한다는 통보가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 판단하였다. 두 번째 유형에서는 ‘건축물 존치 심의위원회’는 공공주택 특별법 및 대통령령 등이 아니라 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침에 근거를 두고 있고, 건축물 등의 존치 여부를 결정하기 위하여 반드시 개최하여야 하는 것도 아니며, 공공주택사업자가 건축물 존치 심의위원회의 결정에 반드시 기속되는 것도 아니므로 건축물 존치 심의위원회는 행정청 내부의 심의기관에 불과하여 이는 원고의 법률상의 지위를 변동시키거나 고유한 법률효과를 수반하는 것이 아니라서 개최 여부에 대한 회신이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 보았다.

위 두 가지 유형에 관련된 법원의 판단은 원고의 청구를 각하하는 것으로 동일하나, 위 두 가지 유형은 분명하게 구분될 수 있다. 우선 첫 번째 유형에서 원고가 다투는 대상은 원고의 존치 신청에 대한 공공주택사업자의 거부행위이고, 여기에서의 쟁점은 공공주택사업자의 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지이다. 대법원에서는 도시계획시설 변경신청을 거부한 사안에 관하여 도시계획 영역에서의 계획변경신청을 부정하는 논리로서 이른바 ‘신청권 이론’을 도입하였고³⁸⁾ 이러한 판례 이론은 현재까지 유지되고 있으므로,³⁹⁾ 건축물 등 소유자인 원고에게 건축물 등의 존치를 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 있는지 여부가 결국 문제된다.

32) 김종보, 앞의 책, 582면.

33) 공공주택 특별법 제27조 제2항.

34) 공공주택 특별법 제16조 제1항.

35) 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두8538 판결 등 참조.

36) 대표적으로 인천지방법원 2023. 11. 17. 선고 2022구합57545 판결 참조.

37) 대표적으로 수원지방법원 2022. 6. 8. 선고 2021구합75888 판결 참조.

38) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결 참조.

39) 이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 『행정법연구』 제63호(행정법이론실무학회, 2020. 11.), 67면 참조.

이와 달리 두 번째 유형에서는 건축물 존치 심의위원회 개최 여부에 관한 회신 자체가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 보았는데, 이는 거부행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부가 문제되는 첫 번째 유형과 달리 건축물 존치 심의위원회 개최 자체가 처분에 해당하지 않는다고 판단한 것에 가까운 것으로 보인다.

3. 존치제도에서의 신청권 인정 여부

(1) 판례의 신청권 이론

거부처분의 처분성 인정요건으로 신청권을 요구하는 판례의 태도에 대해서 학계에서는 꾸준한 비판의 목소리가 있어 왔다.⁴⁰⁾ 그러나 판례의 신청권 이론을 옹호하는 견해도 존재하고,⁴¹⁾ 여러 비판적인 지점이 있다고 하더라도 판례의 신청권 이론이 나름의 사명을 충실히 해왔다고 평가하는 견해 역시 존재한다.⁴²⁾ 최근에는 거부처분에 대한 취소소송에서 신청권 이론을 언급하지 않는 판례들이 등장하기도 하였으나,⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 적극적으로 신청권 이론에 관련된 판례법리가 변경될 가능성은 높지 않을 것으로 보이는 것이 사실이다.⁴⁴⁾ 이러한 점을 고려하면 존치제도에서 건축물 등 소유자에게 과연 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는 것인지 여부를 검토할 필요가 있다.

(2) 법규상 신청권 여부

공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 “공공주택사업자는 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다”고 규정하고 있다.

법률에서 그 요건의 판단 또는 효과의 결정에 있어 행정청에게 일정한 독자적 판단권을 인정하고 있는 경우 당해 행위를 재량행위라 한다.⁴⁵⁾ 그런데 공공주택 특별법 제27조의2 제1항에서는 “공공주택사업자는 주택지구에 있는 기존의 건축물이나 그 밖의 시설을 이전하거나 철거하지 아니하여도 지구조성사업에 지장이 없다고 인정하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 경우에는 이를 존치하게 할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 기본적으로 건축물 등의 존치 여부를 결정하는 것은 행정청인 공공주택사업자의 재량행위라고 할 것이다. 그러나 행정청에 부여되어 있는 재량권은 법적 한계 내의 것이고,⁴⁶⁾ 행정청의 재량권 행사가 그 법적 한계를 벗어나는 것과 같은 재량권의 일탈은 사법심사의 대상이 되므로,⁴⁷⁾ 공공주택사업자에게 존치 여부를 결정할 재량이 있다는 점이 건축물 등 소유자의 신청권을 부인할 근거는 될 수 없다.⁴⁸⁾ 다만, 공공주택 특별법 제27조의2 제1항 및 동법 시행령 제21조에서는 건축물 등 소유자가 공공주택사업자에게 건축물 등의 존치를 신청할 수 있다는 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로, 법규상 신청권이 인정되지는 않는다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 이는 건축물 존치 심의위원회 개최에 대해서도 마찬가지이다.⁵⁰⁾

40) 박정훈, “취소소송의 4유형-취소소송의 대상적격과 원고적격”, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006, 86면 이하 참조; 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』 제8호(행정법이론실무학회, 2002. 8.), 254면 참조; 최계영, “용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성”, 『행정법연구』 제14호(행정법이론실무학회, 2005. 10.), 440면 참조; 이상덕, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 ‘신청권’ 이론에 관한 비판적 고찰”, 『사법』 제55호(사법발전재단, 2021. 1.), 1087면 참조.

41) 백윤기, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 신청권”, 『행정법연구』 제1호(행정법이론실무학회, 1997. 6.), 230면 이하 참조.

42) 이은상, 앞의 글, 79면 참조.

43) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017두47465 판결 참조.

44) 이은상, 앞의 글, 82면 참조.

45) 김동희 / 최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2023, 262면.

46) 위의 책, 278면.

47) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83누451.

48) 최계영, 앞의 글, 440면 참조.

49) 앞에서 확인한 것과 같이 공공주택 특별법 및 시행령에서는 건축물 등 소유자의 존치 신청에 대해 전혀 규정하고 있지 않고, 한국토지주택공사에서 제정한 존치지침 제9조 제1항 단서에서 “소유자의 신청에 의하여 존치를 검토하는 경우에는”이라는 문구를 두어 건축물 등 소유자가 존치를 신청할 수 있다는 사실을 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다.

50) 건축물 존치 심의위원회의 경우 공공주택 특별법 및 시행령에서는 그 내용이 확인되지 않고, 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침 제12조의 5 제4항에서 “공공주택 특별법 시행령 제21조 제1항 제1호 각 목의 요건에 따른 해당 건축물의 존치여부를 공공주택사업자가 판단하기 위하여 필요한 경우 별도의 ‘건축물존치 심의위원회’를 구성하여 심의를 통해 해당 건축물의 존치여부를 결정할 수 있다”고만 규정하고 있을 뿐이다.

(3) 조리상 신청권 인정 요건

법령상 신청권이 규정되어 있지 않는 경우에는 조리상 신청권이 인정될 수 있는지를 확인하여야 한다. 일반적으로는 처분신청을 통해 보호받을 법적 이익이 있는 자에게는 명문의 규정이 없는 경우에도 조리상 신청권이 인정된다.⁵¹⁾ 대법원에서는 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이라고 판시하고 있고,⁵²⁾ 판례해설에서는 조리상 신청권의 인정기준으로 ① 거부에 대하여 항고소송으로 다투는 이외에 다른 권리구제방법이 없는 경우, ② 관계 법규의 해석상 행정청이 그 행정처분을 하여야 할 의무가 있음이 명백한 경우, ③ 행정청이 그러한 권한을 행사하지 아니함으로써 국민이 입는 불이익이 부득이한 것으로 용인될 수 없을 정도로 매우 큰 경우 등을 제시하고 있다.⁵³⁾

위와 같은 기준으로 존치제도와 관련하여 건축물 등 소유자에게 존치 결정에 대한 조리상 신청권이 인정될 수 있는지를 살펴보면, 공공주택 사업자는 이미 공공주택사업지구 지정으로 인하여 사업인정을 의제받아 수용권을 부여받았으므로 건축물 등 소유자가 사업인정의제 당시에 이를 다투지 아니한 경우 존치 거부에 대하여 항고소송으로 다투는 이외에 다른 권리구제방법은 존재하지 않는다. 다만, 관계 법규의 해석상 공공주택사업자가 건축물 등을 존치하여야 할 의무가 있음이 명백한지 여부와 공공주택사업자가 건축물 등을 존치하지 아니함으로써 건축물 등 소유자가 입는 불이익이 용인될 수 없을 정도로 매우 큰 경우인지는 사안에 따라 달라질 수 있다. 특히 일반적인 거부처분과 달리 존치제도의 경우에는 이미 사업인정을 통하여 공공주택사업자에게 수용권이 부여되어 있으므로, 존치 거부에 관한 일반적 신청권을 허용하는 경우에는 앞에서 살펴본 것과 같이 이미 다툴 수 없게 된 사업인정처분 혹은 사업인정이 의제되는 처분에 대하여 사후적인 취소소송을 허용하는 것과 동일한 결과를 가져올 수 있으므로, 이를 신중히 고려하여야 한다.⁵⁴⁾

건축물 존치 심의위원회의 경우, 국토교통부훈령인 공공주택 업무처리지침에 따르면 공공주택사업자가 ‘필요한 경우’ 건축물 존치 심의위원회를 구성하여 심의를 통해 해당 건축물의 존치여부를 ‘결정할 수 있다’고 규정하고 있고, 건축물 존치 심의위원회 개최로 인하여 건축물 등 소유자의 법률상의 지위가 변동되는 등의 법률효과를 가져오는 것이 아니므로 이 자체가 처분이라고 보기 어렵다. 따라서 건축물 존치 심의위원회가 개최되지 않더라도 이것이 건축물 등의 존치를 거부하는 처분이라고 볼 수 없고, 이에 대한 조리상 신청권이 인정된다고 볼 수 없다.

(4) 공공주택사업자가 건축물 등을 활용하기 위하여 수용할 경우의 조리상 신청권

토지보상법 및 공공주택 특별법에 따라 공공주택사업자는 공공주택지구 조성사업에 직접 사용할 목적으로 건축물 등의 가격을 보상하고 건축물 등의 소유권을 취득할 수 있다. 이때 공공주택사업자가 수용하여 활용하고자 하는 건축물 등이 건축물 등의 소유자가 존치를 신청하고 공공주택사업자가 이를 거부한 건축물 등이라면 다른 문제가 발생할 수 있다.

공공주택 특별법 제27조의2 제1항 및 동법 시행령 제21조에 따른 존치 요건은 건축물 등의 인·허가 여부, 토지이용계획 적합 여부, 공익상 또는 경제적으로 유익한지 여부, 장기간 활용 여부, 문화적·예술적 가치가 인정될 경우 등이다. 그런데 공공주택사업자가 공공주택지구 조성사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 건축물 등은 당연히 관계 법령에 따라 인·허가를 받았어야 하고, 주택지구의 토지이용계획상 받아들일 수 있어야 하며, 공익상 또는 경제적으로 존치가 유익하여야 하고, 장기간 활용될 수 있어야 한다. 따라서 일반적으로 공공주택사업자가 수용재결을 통하여 수용하는 건축물 등은 존치제도에 규정된 존치 요건을 충족하는 건축물 등일 수 밖에 없다.

공공주택 특별법 제27조의2 제1항에 따른 공공주택사업자의 존치 결정은 재량행위이므로, 건축물 등이 존치 요건을 충족하였다고 하여 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 반드시 존치하여야 하는 것은 아니다. 그러나 건축물 등에 대한 존치 거부 이후에 공공주택사업자가 해당 건축물을 활용하기 위한 목적에서 수용하는 경우는 다른 관점에서 바라볼 필요가 있다. 기본적으로 헌법에서는 공공필요에 의한 재산권의 수용과 보상에 관해서 법률이 정하도록 명하고 있고, 그 근본적인 취지는 재산권을 보호하기 위해 재산권의 박탈은 법률로서만 하도록 제한하는 것이다.⁵⁵⁾ 이에 따라 토지보상법에서는 공익사업의 공공성 또는 공공필요의 충족 여부를 판단하여 수용권을 부여하는 사업인정 제도를 두고 있는 것이기도 하다.⁵⁶⁾ 그런데 공공주택 특별법 및 동법 시행령에서 규정하고 있는 존치요건을

51) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 1206면.

52) 대법원 2009. 9. 10. 2007두20638 판결 참조.

53) 노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제68호(법원도서관, 2007.), 421면.

54) 이는 도시계획변경거부의 처분성에 대한 논의에서 확인되는 도시계획변경거부의 특수성과 유사한 모습을 가진다(김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.), 260면 참조).

55) 김종보, 앞의 책, 579면.

갖춘 건축물 등을 공공주택사업자가 존치시켜서 활용하는 경우에는 공공주택사업자가 법률을 이용하여 건축물 등의 소유권을 박탈할 뿐 이를 통해 기존보다 더 나은 공익이 추구되거나 공공필요가 충족되는 것이라고 보기는 어렵다. 즉, 공공주택사업자가 직접 건축물 등을 수용하여 활용하고자 하는 목적으로 건축물 등 소유자의 존치 신청을 거부하는 경우에는 공공주택사업자가 건축물 등 소유자의 존치 신청을 받아들여 건축물 등을 존치하여야 할 의무가 있는 경우이고, 공공주택사업자가 이러한 권한을 행사하지 아니하여 건축물 등 소유자가 입는 불이익이 용인될 수 없을 정도로 매우 크다고 보는 것이 타당하다.

이에 따라 건축물 등이 존치 요건을 충족하였으나 공공주택사업자가 건축물 등에 대한 존치 신청을 거부한 이후에 공공주택사업자가 해당 건축물 등을 활용하기 위한 목적으로 수용하는 행위는, 기존 사업인정 단계에서 해당 건축물 등을 사업에 직접 활용할 목적으로 수용할 것임을 명시적으로 밝힌 것이 아닌 이상, 사업인정을 통해 확인된 공익성과 공공필요에 대해 의구심이 발생할 정도의 중대한 사정변경으로 보아야 할 것이다.

4. 제한적으로 인정될 필요가 있는 조리상 신청권

존치제도와 관련하여 법원은 기본적으로 건축물 등의 소유자에게 건축물 등의 존치를 요구할 법률상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다고 보고 있고, 건축물 존치 심의위원회의 개최에 대해서도 마찬가지로 판단하고 있다. 그러나 공공주택사업자가 상태가 양호한 건축물 등을 공공주택지구 조성사업에 직접 활용할 목적으로 수용하는 경우에는 건축물 등 소유자에게 건축물 등의 존치를 요구할 조리상 신청권이 제한적으로 인정된다고 볼 필요가 있다.⁵⁷⁾ 이를 개별 당사자의 주관적 사정 등에 의하여 신청권이 좌우되고 이에 따라 거부처분의 처분성 여부가 달라진다고 평가할 수 있겠으나, 대법원에서 인정되고 있는 조리상 신청권 자체가 당사자의 개별적이고 구체적인 상황에 따라 좌우되는 경향이 있으므로, 존치제도에 관련된 문제라기 보다는 판례가 주창하는 신청권 이론 자체의 문제라고 볼 수도 있을 것이다.⁵⁸⁾

VI. 결론

본 글에서는 공익사업, 특히 공공주택 특별법에 따른 공공주택지구 조성사업의 추진 과정에서 발생하는 건축물 등 존치의 법적 성격을 체계적으로 규명하고, 특히 존치 요건을 충족하였음에도 불구하고 행해지는 사업시행자의 자의적인 수용권 행사를 통제할 수 있는 사법적 대안을 모색하였다.

첫째, 건축물 존치의 법적 유형화를 통해 사법 통제의 사각지대를 식별하였다. 본 연구는 존치라는 단어의 개념을 통해 여러 법률에서 활용되고 있는 존치라는 표현을 법적으로 정의하였고, 공공주택 특별법 등에서 규정하고 있는 건축물 등의 존치는 수용권 행사의 예외가 되는 존치제도로 활용되고 있음을 확인하였다. 이러한 정리를 통해 현행 판례가 공공주택 특별법 등에 따른 존치 신청 거부의 처분성을 부정함으로써, 피수용자의 재산권 보호를 오직 사업시행자의 재량에만 맡기고 있는 구조적 공백을 확인하였다.

둘째, 거부행위의 처분성 인정 요건으로서 '신청권' 논리에 대한 전향적인 인식 변화가 필요하다. 건축물 존치는 단순한 반사적 이익이 아니라 헌법상 보장된 재산권의 실질적 가치인 '존속보상'과 직결되는 문제이다. 법령이 정한 존치 요건을 객관적으로 충족한 국민에게조차 '신청권'이라는 형식적 문턱을 이유로 사법 심사의 기회를 박탈하는 것은 재판을 받을 권리에 대한 본질적 침해가 될 수 있으므로, 제한적으로라도 조리상 신청권을 인정하여야 할 필요가 있다.

셋째, 사업시행자가 존치 요건을 갖춘 건축물을 강제로 수용한 뒤, 이를 철거하지 않고 직접 사용하는 경우에는 수용의 전제가 되었던 공공필요와 최소침해의 원칙이 사후적으로 붕괴될 수 있다. 이와 같은 중대한 사정변경이 발생한 경우, 사업인정의 불가쟁력에 구애받지 않고 존치 신청 거부나 수용권 행사의 적법성을 본안 심사에서 다룰 수 있도록 길을 열어주어야 한다.

결론적으로, 존치제도는 단순한 행정의 시혜적 조치가 아니라 헌법적 재산권 보호의 구체적 실현 수단으로 보아야 한다. 공공주택 특별법 등 관련 법령의 해석에서 '존치'를 사업시행자의 고유 권한으로만 보지 않고, 국민의 재산권을 최소한으로 침해해야 한다는 행

56) 위의 책, 582면 참조.

57) 이와 유사하게 도시계획의 종류에 따라 법원의 통제가 필요하고 토지소유자가 현재의 도시계획을 다투어야 할 법적 근거를 갖고 있는 경우를 찾아 해석을 통해 제한적으로 조리상 신청권을 인정할 수 있다는 견해가 있다(김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.), 261면 참조).

58) 박정훈, 앞의 글, 86면 참조.

정법상 일반 원칙이 구체화된 결과로 인식할 때 비로소 진정한 법치 행정이 구현될 수 있을 것이다.

투고일 2026. 2. 25. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

참고문헌

단행본

김동희 / 최계영, 『행정법 I』, 박영사, 2023.

김종보, 『건설법의 이해』, 북포레, 2023.

박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021.

박정훈, “취소소송의 4유형-취소소송의 대상적격과 원고적격”, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.

학위 논문

박건우, “건축물의 수용과 보상에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2022.

신준섭, “수용재결 전치주의에 관한 연구-판례에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2025.

주동진, “아파트건설사업 유형에 관한 공법적 연구-아파트 용지확보 제도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2023.

일반 논문

김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(행정법이론실무학회, 2004. 5.).

김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(행정법이론실무학회, 2004. 10.).

김종보, “도시재정비촉진을 위한 특별법의 제정경위와 법적 한계”, 『토지공법연구』 제35집(한국토지공법학회, 2007. 2.).

노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제68호(법원도서관, 2007.).

백윤기, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 신청권”, 『행정법연구』 제1호(행정법이론실무학회, 1997. 6.).

이상덕, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 ‘신청권’ 이론에 관한 비판적 고찰”, 『사법』 제55호(사법발전재단, 2021. 1.).

이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』 제8호(행정법이론실무학회, 2002. 8.).

이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 『행정법연구』 제63호(행정법이론실무학회, 2020. 11.).

최계영, “용도폐지된 공공시설에 대한 무상양도신청거부의 처분성”, 『행정법연구』 제14호(행정법이론실무학회, 2005. 10.).

연구보고서

국토교통부 중앙토지수용위원회, 『2026 토지수용 업무편람』, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2025.

석호영 외, 『존치요건 세부기준 수립 등을 위한 연구용역 연구용역보고서』, 사단법인 한국토지공법학회, 2022.

최수 / 김승종 / 배유진, 『보금자리지구 존치건축물 관련제도 개선방안 연구』, 국토연구원, 2012.

기타 자료

국립국어원 표준국어대사전, “존치”, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EC%A1%B4%EC%B9%98> (2026. 2. 10. 확인).

한국토지주택공사, “정보공개 사전정보공표 부동산 정보 중 위원회 심의결과”, https://www.lh.or.kr/board.es?mid=a10103040000&bid=0007&list_no=654643&act=view (2026. 2. 23. 확인).

ABSTRACT

The Retention System as an Exception to Expropriation: The Justiciability of the Refusal of Retention

Shin, Junseob*

In the process of modern urban development and public interest projects, displacees are increasingly demanding the "retention" of their buildings based on the perspective of "compensation for continued existence," ultimately seeking to maintain their livelihoods or business sites beyond simple monetary compensation. Although the Special Act on Public Housing (Special Act) prescribes a "retention system" as an exception to the exercise of expropriation rights by public interest project implementers, previous discussions primarily focus on economic aspects, such as retention levies. Consequently, legal research regarding the possibility of litigation against the refusal of retention remains insufficient.

This study systematically clarifies the legal nature of building retention occurring in the process of public housing district development projects and seeks judicial alternatives to control the arbitrary exercise of expropriation rights by project implementers, even when the requirements for retention are met. Accordingly, the term "retention" is first legally defined as used across various laws and the retention of buildings under the Special Act confirmed to function as a specific "retention system" that serves as an exception to the exercise of expropriation rights. This analysis identifies a structural gap where current precedents deny the administrative dispositivity of refusal of retention applications under the Special Act, thereby leaving the protection of property rights solely to the discretion of the project implementer.

This study calls for a shift in the perception of the existing "right to apply" logic as a requirement for recognizing the dispositivity of a refusal of retention. Moreover, since the retention of buildings is not merely a reflective interest but a means of realizing the substantive value of constitutionally guaranteed property rights, judicial control over refusal dispositions must be substantiated to protect fundamental rights. The findings can serve as a legal basis for the rational operation of the building retention system and expansion of the scope of rights remedies for displacees in public housing districts.

Keywords: Retention System, Expropriation, Refusal Disposition, Right to Apply, Special Act on Public Housing

* Ph.D. in Law, Attorney at Law