

헌 법 소 원 심 판 청 구 서

청 구 인 1. 권 ○ ○

안성시 삼죽면 동평리 270

2. 강 ○ ○

평택시 고덕면 읍포리 산42 군인아파트 504호

3. 김 ○ ○

안성시 보개면 동평리 264

4. 박 ○ ○

서울 구로구 고척동 334 벽산블루밍아파트 211동 1402호

5. 심 ○ ○

고양시 일산구 마두동 717 백마마을 515동 406호

6. 이 ○ ○

안성시 삼죽면 동평리 142

대리인 변호사 최 ○ ○

서울 양천구 신정동 1009-6 새암들빌딩 311호

청 구 취 지

“국토의계획및이용에관한법률(일부개정 2008.3.28 법률 제9043호) 제2조 제6호, 7호, 제86조 제7항, 제95조 제1항은 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

당 해 사 건

수원지방법원 2008구합6418호 토지수용재결처분취소

원고 권일순 외 5명,

피고 경기도지방토지수용위원회

위헌이라고 해석되는 법률조항

국토의계획및이용에관한법률(일부개정 2008.3.28 법률 제9043호) 제2조 제6호,
7호, 제86조 제7항, 제95조 제1항

청 구 이 유

1. 사건의 개요

가. 사건의 진행경과

청구인들은 소외 (주)스테이트 월셔가 안성시 보개면 동평리 산 11-1 번지 일원에 진행하고 있는 도시계획시설사업(체육시설:스테이트 월셔CC)(이하 이 사건 골프장 사업이라 합니다.)부지의 부동산을 소유하였던 자들로서, 경기도 지방

토지수용위원회가 2008. 6. 23. 이 사건 골프장 사업 대상 부지 중 협의매수가 되지 않은 부동산에 관하여 수용재결처분을 한 것에 대해 2008. 7. 4. 수원지방법원에 토지수용재결처분 취소소송(사건번호 2008구합6418호)을 제기하였고, 위 소송 중에 수용재결의 근거법규인 국토의이용및계획에관한법률(이하 국계법이라 합니다.) 제95조 제1항 등이 자신들의 행복추구권, 재산권 등을 침해하였다는 이유로 같은 달 15. 위헌법률심판제청신청(사건번호 2008아474)을 하였으나, 2008. 10. 22. 청구인들이 제기한 위헌법률심판제청신청과 본안 소송인 토지수용재결 취소소송이 수원지방법원에서 모두 기각당하였습니다.

이 사건 골프장 사업의 진행경과는 다음과 같습니다.

- 2004. 10. 19. : 주민제안서 접수(안성시)
- 2004. 12. 20. : 실시계획인가 접수(안성시)
- 2005. 7. 15. : 안성시 의회의견 청취
- 2005. 9. 2. : 안성시 도시계획위원회 자문
- 2005. 9. 13. : 도시관리계획 변경 결정 신청 (안성시→경기도)
- 2005. 12. 28. : 사전환경성검토 협의의견 수렴 (한강유역환경청)
- 2006. 5. 17. : 안성시 도시계획위원회 자문
- 2006. 5. 25. : 도시관리계획 변경 결정 신청 및 제안서 승인(안성시→경기도)
- 2006. 7. 26. : 사전영향평가 보완요구(경기도)
- 2006. 7. 27. : 사전영향평가 보완요구(안성시)
- 2006. 8. 23. : 사전환경성검토서 협의 (한강유역환경청)
- 2006. 9. 11. : 관계부서 및 관계기관 협의 완료
- 2007. 4. 27. : 경기도 도시계획위원회 심의

- 2007. 5. 21. : 안성 도시관리계획(용도지역변경, 도시계획시설) 결정 고시
- 2007. 6. 1 : 환경영향평가서(초안) 제출
- 2007. 6. 13 : 주민설명회 개최 (보개면사무소)
- 2007. 7. 19. : 재해 초안의견 (안성시)
- 2007. 8. 8. : 재해영향평가의견 (안성시)
- 2007. 8. 14. : 환경영향평가 접수 (한강유역환경청)
- 2007. 10. 15. : 환경영향평가 보완요구 (한강유역환경청)
- 2007. 11. 16. : 환경영향평가 협의내용통보 (한강유역환경청)
- 2007. 11. 21. : 안성시장의 실시계획인가
- 2007. 12. 12. : 수용대상가구 보상계획 공고 (안성시)
- 2008. 3. 6. : 실시계획인가 변경신청 인가(사업주체 변경)
- 2008. 5. 9. : 실시계획인가 변경신청 인가(사업편입 토지 세부내역 변경)
- 2008. 6. 23. : 경기도 지방토지수용위원회 수용재결
- 2008. 7. 4. : 토지수용재결취소청구 소장 제출
- 2008. 7. 15. : 위헌법률심판제청신청
- 2008. 10. 22. : 수용재결취소소송 기각, 위헌법률심판제청 기각

나. 수원지방법원의 위헌법률심판제청 기각사유

수원지방법원이 청구인들의 위헌법률심판제청에 대한 기각결정의 요지는

- ①. 국제법상 도시계획시설사업이 될 수 있는 기반시설에는 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치되는 체육시설이라고만 되어 있을 뿐, 골프장 시설을 제외하

는 규정을 두고 있지 않고, ②. 골프장 시설이 다른 체육시설과 본질적인 차이가 있을 수 없으므로 골프장이라는 이유만으로 일률적으로 기반시설이 되지 않는다거나 공공의 필요가 없는 사업에 해당된다고 할 수 없으며, ③. 관할 행정청은 골프장 설치를 위한 제반 행정절차 과정에서 당해 사업을 위하여 토지를 수용할 필요성 까지 모두 검토하여 사업의 진행 여부를 결정하고 있고, ④. 민간 사업자가 그 시행자가 되기 위하여는 그 사업대상토지면적의 2/3 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 2/3 이상의 동의를 얻도록 하여 요건을 엄격하게 규정하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 공익성을 전제로 하여 수용권을 부여하는 것이라고 못볼바 아니므로, 해당 법률조항이 사유재산권과 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다는 것입니다.

2. 재판의 전제성

청구인들이 수원지방법원에 제기한 수용재결취소소송은 경기도지방법토지수용위원회의 수용재결처분을 다투는 것이고, 위 수용재결처분은 국계법 제95조 제1항에 근거하여 이루어졌습니다.

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(제09043호 2008.3.28)

제95조 (토지 등의 수용 및 사용)

① 도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 다음 각호의 물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있다.

1. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건
2. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건에 관한 소유권 외의 권리

그런데, 위 국계법 제95조 제1항이 위헌으로 결정된다면, 이 사건 골프장 사업에 대하여는 수용권한의 행사가 허용될 수 없고, 수권규정의 상실로 인하여 수용재결은 취소될 수 밖에 없다고 할 것인바, 이 사건 위헌법률심판제청 대상 조항인 국계법 제95조 제1항의 수용조항에 대한 위헌 여부 판단이 수용재결취소 소송에서 재판의 전제성을 가짐은 명백하다 할 것입니다.

또한, 위 국계법 제95조 제1항의 구성요건은 ‘도시계획시설사업’과 그 ‘시행자’라 할 것인바, 도시계획시설의 정의 규정인 국계법 제2조 제6호, 7호와, 도시계획시설사업의 시행자와 관련된 국계법 제86조 제7항 또한 위와 같은 이유로 재판의 전제성이 있다 할 것입니다.

3. 위헌이라고 해석되는 이유

가. 수용권의 근거 법률

이 사건 수용재결은 국계법 제95조 제1항에 근거하여 이루어졌습니다.

그러나 이 사건 골프장 사업이 국토계획법상 도시계획시설 중 체육시설에 해당한다는 이유만으로 동법에 의하여 수용권이 부여되는 것은 위헌의 소지가 있다 할 것입니다.

(1). 국토계획법의 입법취지

이 사건 근거법률인 국계법은 국토의 이용·개발 및 보전을 위한 계획의

수립 및 집행 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공복리의 증진과 국민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적으로 제정되었습니다.

(2). 도시계획시설 분류

도시계획시설이란 국계법 제2조 제7호에 의하여 기반시설중 동법 제30조의 규정에 의하여 도시관리계획으로 결정된 시설을 말하는 것이고, 기반시설은 동법 제2조 제6호 각목의 시설로서 대통령령이 정하는 시설입니다.

{국계법 제2조 (정의)}

6. "기반시설"이라 함은 다음 각목의 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다.

가. 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설

나. 광장·공원·녹지 등 공간시설

다. 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구 등 유통·공급시설

라. 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설

마. 하천·유수지·방화설비 등 방재시설

바. 화장장·공동묘지·납골시설 등 보건위생시설

사. 하수도·폐기물처리시설 등 환경기초시설

국계법 시행령 제2조 (기반시설)

① 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 (이하 "법"이라 한다) 제2조제6호 각목외의 부분에서 "대통령령이 정하는 시설"이라 함은 다음 각호의 시설(당해 시설 그 자체의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설을 포함한다)을 말한다. <개정 2005.9.8>

4. 공공·문화체육시설 : 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설·도서관·연구시설·사회복지시설·공공직업훈련시설·청소년수련시설}

따라서, 이 사건 골프장 사업은 위 도시계획시설중 체육시설에 해당한다 할 것입니다.

(3). 도시계획시설의 공익성

도시계획시설은 위에서 살펴본 기반시설 종류에서 알 수 있듯이 대부분 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용에 준하는 것입니다. 그러나 위 기반시설중 체육시설의 경우 체시법상의 공공체육시설과 같은 공익성이 인정되는 사업도 있을 수 있을 것이나, 이 사건 골프장 사업과 같이 사기업의 영리를 목적으로 하는 경우에도 공익성을 인정할 수 있는지에 대하여는 매우 의문이라 할 것입니다.

나. 골프장 사업의 공익성 정도(대중 골프장과 회원제 골프장의 구분)

민간 업자가 운영하는 골프장의 공익성은 후술하는 바와 같이 지역경제에 미치는 영향으로서 고용증진, 지방세수확보 등의 경우에만 부수적으로 인정될 수 있다 할 것이지만, 이러한 공익성의 논의는 일반인의 자유로운 출입과 이용이 가능한 대중골프장에 국한될 뿐이지, 거액의 회원권을 구입하여야만 이용이 가능한 회원제 골프장은 공익성이 없다고 할 것입니다.

더욱이 최근 골프장에 부과되는 세금의 면제 논의와 골프장 내 '원형보전지'에 부과하는 종부세가 지나치게 높아 헌법 상 직업선택의 자유 등을 침해받고 있다며 위헌법률심판이 제기되는 등 골프장의 공익성 요소의 주된 근거

인 지자체의 세수확보 효과가 현저하게 떨어질 가능성은 매우 높다 할 것이어서, 골프장의 공익성을 인정하기는 매우 어렵다 할 것입니다.

다. 근거 법률의 위헌성

(1). 국제법상 도시계획시설 사업 진행 과정의 신속, 원활성 확보 방법

국제법은 도시계획시설사업의 원활한 진행을 위하여 크게 2가지 방법을 취하고 있는바, ①. 행정절차상의 편의를 제공하기 위하여 국제법 제92조 (관련 인·허가등의 의제) 규정에 의한 집중효를 통하여 절차 진행상의 신속, 원활성을 보장하고 있고, ②. 사업 대상 부지의 용이한 확보를 위하여 국제법 제95조에 의하여 강제수용권을 부여하고 있습니다.

국제법상 도시계획시설사업은 위와 같은 특권을 향유하는 만큼 해당 사업은 공익성이 월등하고, 국민의 생활에 필수불가결한 사업들로 구성되어야 할 것이며, 위와 같은 공익성이 인정되지 않은 사업의 경우에는 도시계획시설사업에 포함시키지 않거나, 포함시킨다 하더라도 위 ①. 항목에 해당하는 행정절차 진행상의 편리만을 제공하여야 할 것이고, ②. 항목의 강제수용권을 부여하는 것은 위헌의 소지가 있다 할 것입니다.

(2). 강제수용의 소극적 요건으로서 공공의 필요

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 명시하여 개인의 재산권을 수용하는 등의 공용침해 행위는 공공필요에 의하여

만 가능하다고 명시하고 있습니다.

여기서 공공의 필요는 단순 공익 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익이며, 반드시 특정한 공익사업과 연관되어 특정인의 재산권침해가 불가피한 고양된 공익개념이라 할 수 있습니다.

그런데 이러한 공공의 필요 개념과 관련하여 이 사건과 관련하여 문제되는 것은 사기업들이 시행하는 골프장 사업과 같이 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 경우 지역발전이나 고용증대 등 기업활동의 부수적인 효과를 이유로 이들을 위한 공용침해가 허용될 수 있는가입니다.

(3). 사기업에 의한 토지 수용

현행 법제에서 사인의 토지수용권을 규정하고 있는 것은 이 사건 국토계획법상의 수용 이외에도 ①. 경제자유구역의지정및운영에 관한법률 제13조, ②. 산업입지및개발에관한법률 제22조, ③. 도시개발법 제21조, ④. 관광진흥법 제61조, ⑤. 기업도시개발특별법 제14조, ⑥. 동·서·남해안권발전특별법 제16조 등이 있습니다.

그러나, 이 사건 수용에 관한 근거법률인 국토계획법은 수용권이 부여되는 사업에 대하여 포괄적으로 규정하고 있으나, 위에서 살펴본 개별 법률의 경우 특정 사업에 한하여 입법자가 공익성을 판단한 후 수용권을 부여하고 있는 실정입니다.(물론, 위 개별법률의 경우에도 입법자의 수용권 부여가 적정했는지는 의문이라 할 것입니다.)

특히 이 사건의 경우 골프장이라는 개인 영리 사업에 공익성을 일괄적으로 부여하여 대상 사업지내의 토지 등 부동산에 대한 수용이 가능하게 하고 있

으나, 이러한 공용침해가 헌법적으로 용인될 수 있는지는 매우 의문입니다.

민간 기업에 수용권을 부여하였다 폐지된 사항과 관련하여 구 토지수용법 (제05909호 1999. 2. 8.) 제3조 제6호에서는 제철, 비료 기타 대통령령이 정하는 사업에 대하여도 토지 수용이 가능하도록 하였으나, 위 사업은 영리적 목적 내지는 사익적 측면이 강하다는 판단하에 구 토지수용법이 폐지되면서 제정된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에서는 위 규정이 삭제되었습니다.

(4). 사인에 의한 공용침해에 있어 공공필요 요건의 엄격한 심사척도

현대 사회는 국가 작용에 의하여서만 국민의 복리와 공익에 필요한 사업들이 진행되는 데 한계가 있는바, 개인·사기업에 의한 공익사업의 진행과 확대가 요구되고 있는 실정입니다.

그러나, 전기·가스·도로 등 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용에 준하는 형태가 사기업의 영업활동에 의하여 수행되는 경우 이는 그 자체로 공익성이 매우 크다 할 것이므로 이들 사기업에 의한 공용침해 행위는 원칙적으로 허용된다 할 것이고, 이러한 사기업은 생존배려형 사기업으로 부를 수 있을 것입니다.

하지만, 위와 같이 공익성이 전면에 나설 수 있는 영업 형태가 아니라, 골프장과 같이 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 경우에는 공익적 요소가 극히 적다 할 것이므로 이러한 경제적 사기업의 영업활동을 위하여 강제수용을 허용할 것인지가 최근 문제가 되고 있습니다.

분명한 것은 생존배려형 사기업의 경우 영업자체가 가지는 공익성에 의하

여 공공필요 요건이 완화되어 해석될 여지가 있다 할 것이나, 경제적 사기업의 경우에는 공공사업이나 공익성 추구에 대한 제약을 받지 않고 다분히 이윤추구적 형태를 취할 수 밖에 없으므로 이러한 경제적 사기업을 위한 강제 수용에 있어서는 공공필요 요건에 대한 엄격한 심사적도가 요구되어진다고 할 것입니다.

(5). 경제적 사기업에 있어 공공필요 요건(골프장의 특수성)

경제적 사기업이 영업활동을 위하여 강제수용을 함에 있어 공공필요 요건은 사기업의 강제수용을 허용하는 요건임과 동시에 이를 제한할 수 있는 양면의 점이라 할 것입니다.

그런데 공공필요 또는 공익성과 관련되어 경제적 사기업의 경우에는 기업활동의 부수적 효과인 지역발전이나 고용증대, 경제구조개선 등에서만 그 의미를 찾을 수 있는 실정입니다.

따라서, 경제적 사기업의 영업활동을 위해 강제수용권을 부여하기 위하여는 기업활동과정에서 발생하는 부수적 효과인 고용증대와 지역발전의 효과가 명백한 경우에만 가능하다고 할 것입니다.

다만, 골프장의 경우 체육시설로서 국민의 여가생활과 복지향상의 기능을 일부 수행할 수도 있다는 점에서는 일부 공익적 요소가 있다 할 것이나, 이러한 공익적 요소의 논의는 일반인의 자유로운 이용이 가능한 대중 골프장에서나 가능하다고 할 것이고, 수 억원에 회원권이 거래되는 회원제 골프장의 경우에는 논의가 힘들다 할 것입니다.

(6). 공공필요 요건의 해석방법

헌법 제23조 제3항 공용수용의 요건 중 공공 필요에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 따라 이루어져야 할 것인바, (헌법재판소 2006. 7. 27.자 2003헌바18참조) 이를 검토하면 다음과 같습니다.

라. 과잉금지 원칙 위배

(1). 목적의 정당성

국토계획법은 한정된 국토를 효과적으로 이용하여 공공복리의 증진과 국민의 삶의 질을 향상하게 할 목적으로 제정되었습니다. 그런데 이 사건 골프장 사업의 경우 공익적 요소가 현저히 떨어지고, 국토계획법상 도시계획시설 중 체육시설에 대하여 구체적인 제한 규정을 두고 있지 않아 골프장이 체육시설에 해당한다는 이유만으로 사업 시행자에게 수용권이 부여되고 있는 상황입니다.

2008. 6. 22. 현재 2006. 2.경부터 골프장 사업으로 인하여 수용재결이 발생된 현황 중 파악된 것은 아래 표와 같습니다.

지역	지자체	골프장명	사업규모	재결일시	토지수용 건 수	토지수용 면적(m ²)
경기도	안성시	스테이트윌서CC		2008. 6.	102건/소유자49명	153,729
	연천군	고능 골프장	대중 9홀	2008. 5.	1건	18,576
경상북도	군위군	세인트 웨스턴골프 클럽	회원제18홀	2008. 1.	5건	11,698
	밀양시	리더스컨트리클럽	대중 27홀	2008. 4.	1건	59
	청도군	그레이스 CC	회원제27홀	2006. 2.	8건	1,675
	칠곡군	씨제이CC	회원제27홀	2007.12.	2건	58,030
경상남도	창녕군	계성, 장마지구골	회원제18홀,	2008. 6.	41건	63,806

		프장	대중제18홀			
전라북도	익산시	웅포골프장				
전라남도	함평군	다이너스티 골프장 증설	회원27홀	2007. 8.	2건	56,064
	장흥군	장평다이너스티	회원27홀		15건	91,924
	영광군	영광골프장		2008. 4.	1건	203
	장성군	장성 동화 CC	대중27홀	2007.10.	14건	99,398
	무안군	클린벨리 CC	대중18홀	2007. 4.	4건	97,728
	보성군	보성대중골프장	대중18홀	2006. 10.	7건	5,388
합계	14건				201건	658,218

따라서, 골프장 사업에 대한 구체적인 공익적 판단 없이 국토계획법상의 국토의 효율적이라는 목적만으로 골프장 사업 시행자에게 수용권을 부여한 결과 전국적으로 많은 수용사례들이 있어 왔으며, 대다수 사업예정지 내 수용주민들은 강하게 반발하는 등 사회적 문제가 되어 왔는바, 포괄적인 국토계획법의 수용규정은 목적의 정당성이 상실되었다 할 것입니다.

(2). 수단의 적정성

가사 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 사기업의 영리 추구를 주목적으로 하는 골프장 사업이 체육시설에 해당한다는 이유만으로 국토 계획법상 다른 도시계획시설과 동일하게 (ㄱ). 주민이 도시계획시설 결정을 제안하는 경우에는 도시관리계획수립지침 8-1-2-3의 규정에 의하여 대상토지면적의 80% 이상을 시행자가 확보(동의 포함)하면 되도록 하고 있고, (ㄴ). 기 결정된 도시계획시설사업을 위하여 동 사업의 시행자로 지정받고자 하는 경우에는 국토계획법 제86조 제7항 및 동법 시행령 제96조 제3항의 규정에 의하여 대상 토지 면적의 2/3이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지 소유자 총수의 2/3 이상에 해당하는 자의 동의를 얻을 경우에 사업이 가능하도록 하는 것

은 수단의 적절성에도 위반된다 할 것입니다. 공익성이 현저한 사업과 공익성이 현저하지 않은 사업의 경우 사업 예정 부지내의 주민들에 대한 수용권을 행사할 때에는 주민들의 반발을 최소화하고 사업시행자가 주민들과 협의를 해야만 사업이 진행가능하도록 사업시행자 지정요건을 더욱 엄격하게 규정하여야 할 필요성이 있기 때문입니다.

따라서, 골프장 사업과 같이 공익적 요소가 빈약한 사업에 까지 다른 공익적 사업들과 동일한 요건하에 사업의 진행이 가능하도록 한 것은 수단의 적절성이 없다 할 것입니다.

(3). 피해 최소화성

골프장 사업의 경우 그 특성상 대규모의 토지를 필요로 하게 되며, 농약 사용 등으로 인하여 주변 지역의 피해가 예상됨에도 일반 공익적 사업들과 동일한 절차에 따라 수용이 가능하도록 하고 있습니다. 그러나, 사업 예정 부지의 80%만 확보하면 나머지 20%의 토지에 대하여는 강제수용을 할 수 있도록 하고 있으며, 수용을 당하는 주민의 경우에는 행정절차상 자신의 권익을 보호하기 위한 실질적인 수단을 가지고 있지 않는바, 조상 대대로 살아온 삶의 터전을 한 순간에 잃게 됨에도 금전적 보상만으로 이를 수인하라는 것은 피해의 최소화성에 반한다 할 것입니다.

(4). 법익 균형성

골프장 사업의 경우 영리추구라는 사기업의 주목적에 부수하는 지역경제 활성화, 자치단체 재정확보라는 반사적 공익과 사기업의 영업의 자유가

있을 뿐입니다. 그런데 골프장 사업을 통하여 발현되는 반사적 공익의 경우 지역경제에 대한 기여도와 자치단체의 재정수입확보가 크지 않는 반면, 수용을 당하는 주민들의 경우 조상 대대로 살아온 삶의 터전이 골프장 사업으로 인하여 수용당하는 경우에는 헌법 제23조에서 보호하고 있는 재산권에 대한 본질적인 침해 뿐만 아니라, 마을 공동체의 파괴 뿐만 아니라 수용당하는 주민들의 기본권 헌법 제10조 행복추구권 또한 침해당한다고 할 것입니다.

(5). 소 결

따라서, 국토계획법상의 도시계획시설중 체육시설에 해당한다는 이유로 이 사건 골프장 사업에 대하여 부여되는 강제수용권의 근거조항인 국토계획법 제95조 제1항은 피수용 주민들의 재산권과 행복추구권을 본질적으로 침해하는 것으로서 위헌이라 할 것입니다.

마. 법률유보 원칙 위반

법률유보원칙과 관련하여 헌법재판소는 1999. 5. 27. 선고 98헌바70사건에서 “오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에

서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의 무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보 원칙에 위반된다.”고 결정하였습니다.

그런데 골프장 사업의 경우 도시관리계획 결정을 위한 주민 제안의 요건이 도시관리계획수립지침에 의하여 결정되어 있고, 사업 시행자 지정 요건은 국토계획법 제86조 제7항에 의하여 동법 시행령 제96조 제3항에서 규정하고 있는 바, 이는 국민의 재산권 보장의 측면에서 주민 제안 요건과 사업 시행자 지정 요건이 수용이 예정된 지역 주민들에게는 본질적인 중요 사항이므로 국회가 스스로 정하여야 할 사항임에도 이를 하지 않아 법률유보 원칙에 위반된다 할 것입니다.

또한, 국제법은 제2조 7호에서 도시계획시설이라 함은 기반시설 중 제30조의 규정에 의한 도시관리계획으로 결정된 시설을 말한다고 하면서, 동조 6호에서 기반시설이라 함은 다음 각목의 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다고 하여 기반시설의 공익성에 대한 판단을 대통령령에 모두 위임하고 있고, 국제법 제96조 제1항은 수용권의 주체로서 단순히 ‘도시계획시설사업의 시행자’라고 되어 있어 골프장 사업자도 실시계획인가만 득할 경우 강제 수용권이 가능하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 종합적으로 고려하면 국제법 제2조 6호는 법률유보 원칙에 위반되었다 할 것입니다.

4. 강제수용권에 관한 헌법적 판단의 필수성

국계법하에서 골프장 사업으로 인하여 수용을 당한 주민들이 수용권 부여 자체를 다룰 수 있는 방법은 수용재결취소송에서 수용권의 위헌법률심판제청을 통하여 다룰 수 밖에 없습니다.

헌법재판소는 2007. 4. 26. 2006헌바10 결정에서 “산업입지법 제22조 제1항과 제2항은 사업인정고시 이후에 사업시행자가 토지수용을 하는 단계에서나 적용될 법률조항들이므로 지정처분의 취소를 구하는 당해 사건에는 적용될 여지가 없다. 따라서 위 조항들은 재판의 전제성이 없으므로 부적법하다(한편, 청구인들은 법원에 수용재결취소를 구하는 소를 제기하여 현재 소송계속중이다).”라고 판시한바 있습니다. 그런데, 사업인정 단계와 강제수용 단계를 2원화하고 있는 현행 법제와 사업인정의 하자가 수용재결 단계에 승계되지 않는다는 대법원의 확고한 견해에 위 헌법재판소의 견해를 종합하여 보면, 골프장 사업으로 수용을 당하는 주민들은 골프장 사업과 관련된 도시관리계획변경처분이나, 실시계획인가처분의 취소를 다투며 수용권의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 판단을 받을 수 없고, 오직 도시관리계획변경처분의 취소를 구하면서 그 위법사유로서 수용에 따른 공익과 사익의 비교형량을 주장할 수 밖에 없는 실정이지만, 도시관리계획변경단계에서는 자신의 토지 수용여부가 정하여지지 않은 상태이므로, 법원의 입장에서는 골프장 예정부지 인근의 주민들이 입게될 환경상, 경제상의 피해에 대한 심사를 하는 것은 별론으로 하고, 처분의 위법성 사유로서 수용문제가 고려의 대상이 된다고 할 수 없습니다. 이는 피수용 주민들의 경우 골프장 사업부지에 주거지 등 부동산이 포함되어 있기에 추후 협의매수나 수용을 통하

여 당해 부동산에서 이전하여야 하는바, 그들의 환경권 침해 등의 문제는 골프장 사업 자체의 위법성 검토에 해당되지 않고, 그들이 주장할 수 있는 유일한 위법성 검토사유는 수용으로 인한 재산권 침해임에도 불구하고, 국제법상 기반 시설에 체육시설이 포함되어 있는 이상 강제수용권의 부여는 국제법 체계에 있어 필수적으로 수반될 수 밖에 없는 사항으로서 행정청은 골프장 인근 주민의 사익과 당해 사업의 공익을 비교형량할 수는 있을 지언정, 수용 대상의 많고 적음에 따라 공익성을 판단하지는 않는다 할 것입니다.

(위와 같은 문제는 실시계획인가 취소를 구하는 단계에서도 동일하다 할 것입니다.) 따라서, 본 헌법소원에서 제기하고 있는 수용권 부여의 위헌성에 대한 헌법재판소의 판단은 필수적으로 요청된다 할 것입니다.

5. 실시계획인가처분의 불가쟁력 발생과 관련하여

위헌법률심판을 신청하게 된 계기가 된 수용재결취소소송은 그 전단계인 도시계획시설 실시계획인가의 불가쟁력이 발생한 뒤에 제기되었습니다. 그러나, 실시계획인가에 불가쟁력이 발생하여 이를 취소할 수 없다고 하더라도 수용재결처분은 실시계획인가와는 독립된 별개의 행정처분으로서 수용재결의 근거규정인 수용권 조항에 대한 위헌심사가 가능하다 하여야 할 것입니다. 또한, 국제법 제95조 제1항이 수용권의 주체로서 '도시계획시설사업의 시행자'로만 규정하고 있어, 도시계획시설사업의 시행자에 골프장 사업 시행자가 포함될 수 있는지에 대한 헌법적 판단은 가능하다 할 것입니다.

다만, 국제법이 제96조 제2항에서 실시계획인가의 고시가 있을 경우 공익사업

을위한토지등의취득및보상에관한법률 제20조 제1항 및 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 간주하고 있어 헌법 제23조 제3항의 공공 필요 요건에 대한 심리가 가능한 듯한 형식을 취하고 있으나, 이는 골프장이 기반시설에 포함되어 있는 관계로 형식적 판단을 거칠 뿐이며 위에서 살펴본 바와 같이 골프장의 공익성이 현저히 없는 상황에서 수용과 관련된 골프장의 공익성에 실질적 심사가 이루어지지 않고 있으며, 공익성이 전제된 기반시설에 대하여 구체적으로 당해 사업의 공익성 요건을 충족하였는지에 대한 행정관청의 심사와 공익성이 인정되지 않음에도 기반시설에 포함되어 있다는 이유로 행정청이 공익성에 대한 심사를 하는 것은 매우 부당하다 할 것인바, 골프장 사업과 관련된 수용문제에 대한 헌법적 심사는 가능하고 필수적으로 요청된다 할 것입니다.

6. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 위 1항에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌 심사형 헌법소원의 요건을 모두 충족하였다 할 것입니다.

첨 부 서 류

1. 위헌제청신청서
2. 위헌제청신청기각 결정문

3. 사건 검색표(수원지방법원 2008구합6418 토지수용재결처분취소)

4. 소송위임장(소속변호사회 경유)

2008. 10. 28.

청구인 대리인 변호사 최 ○ ○

헌 법 재 판 소 귀 중