

•• 요약 ••

연구과제 1

(제목) 갈등 예방을 위한 토지 공용수용 법·정책 개선 방안 연구

- (부제목) -

■ 녹색법률센터(기관/단체명)

■ 박지혜 : 변호사 (lifeisadream@greenkorea.org)

신지형 : 부소장, 변호사

최재홍 : 운영위원, 변호사

● 답 당 : 도시관리연구실 이미홍 연구위원

지난 10년간 강제 수용된 토지 면적은 11억㎡에 달하며, 공용수용으로 영향을 받은 인구는 최소 200만명에서 400만명에 이를 것으로 추산되는 등, 각종 공익사업 추진 과정에서 공용수용이 광범위하게 이루어져 왔다. 우리 헌법은 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다'고 정하여(제23조 제3항), 국민의 재산권 보장을 위해 공용수용 과정에 있어, '공공필요'에 대한 면밀한 검토와 법률적 근거에 의한 수용 절차, '정당한 보상'의 지급을 요청하고 있다. 하지만, 현실적으로 국토계획법에 따라 민간 사업자의 회원제 골프장 건설에까지 공익성을 인정하여 공용수용이 허용되거나, 수용을 강행한 사업의 진행이 되지 않아 환매권이 행사되는 등 그간 '공공필요'에 대한 면밀한 검토 없이 공용수용제도가 개인의 재산권을 박탈하여 특정 사업자에게 이전하고 개발 이익을 독점시키는 데 활용된 사례들이 다수 존재한다. 이러한 위헌적 법현실에 대한 반성적 고려에 따라 2015. 12. 29. 법률 제13677호로 개정된 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'은 수용이 가능한 사업의 범위를 해당 법률과 별표에 규정된 법률에 규정된 사업으로 제한하였다. 그러나, 이미 현행 법률상 토지 등을 수용할 수 있는 사업을 규정된 법률의 수가 110개에 이르는 만큼, 개별 특별법으로 진행되는 수용권의 부당행사는 단순히 수용 가능 법률을 열거하고 제한함으로써 해결될 수 있는 것이 아니다. 사업시행자가 헐값에 토지를 수용한 후 사업진행에 따라 막대한 개발이익을 독점하는 가운데, 수용재결을 당한 국민은 수용보상금으로 기존의 생활/경제수준을 유지할 수 없는 것이 현실이다. 현존하는 다양한 이해관계의 조율과 사회적 합의, 절차적 정의에 대한 시대적 요구를 반영하여 공익사업의 원활한 추진 기반을 마련하기 위해서는 갈등 예방을 위한 조치가 사업인정 단계에서부터 충분히 이루어져야 할 것이다. 이러한 관점에서 국민의 재산권과 인간존엄의 수호를 위해 현행 공용수용제도의 문제점을 진단하고, 입법, 행정, 사법 측면에서 포괄적인 법·정책 개선 방안을 모색해 보고자 하였다. 공익사업법 등 관련 현행 절차 분석, 공용수용과 관련한 갈등사례 분석 등을 통해 공용수용과 관련한 현행 절차의 문제점에 대해 고찰하고(제2장), '공공필요', '완전한 보상' 관련 규정 및 해석례, 공공필요에 대한 판단 절차, 주민 의견 수렴 절차 등에 대한 해외 법제 분석(제3장)을 통하여 공공필요에 대한 사전 검증과 의견 수렴을 바탕으로 한 사업인정 절차 구축과 수용 재결 단계에서 정당한 보상 수준의 실현을 주요 과제로 정하고 법·제도적 개선방안을 제시하였다(제4장). 사법절차에 대한 접근권을 강화하고 권리구제를 용이하게 할 수 있도록 공익사업법상 사업인정과 수용재결의 관계를 정립하는 입법적 조치가 필요하고, 공익사업 추진과정에 대한 정보 및 절차 접근권을 강화하고, 공공필요성에 대한 검증이 충분히 이루어질 수 있도록 공익사업에 대한 인정 기준을 관련 법률에 명시하는 한편 공공필요성에 대한 객관적 검증제도, 공익사업 관리 심의기구 신설과 같은 행정적 조치가 필요하며, 사업인정 의제 조항을 단계적으로 축소하고 폐지하는 한편 공익사업을 위한 특별한 희생에 대한 보상 수준을 확대하기 위한 사회적 합의가 필요한 것으로 생각된다.

•• 목 차 ••

1. 서론 - 연구의 배경과 목적	5	4.2 사업인정 단계 - 공익성 판단 절차의 강화	41
2. 공용수용 제도의 현황과 문제점	6	1) 공용수용에서 공익성 판단	41
2.1 공용수용 절차 개관	6	2) 공익사업의 사업인정 의제	45
1) 근거 법률	6	3) 법·제도 개선 방안 제안	51
2) 절차 개요	7	4.3 수용재결 단계 - '정당한 보상'의 실현	57
2.2 공용수용으로 인한 갈등 사례	10	1) '정당한 보상'의 개념	57
1) 민간 골프장 건설	11	2) 법·제도 개선 방안 제안	60
2) 탕정 기업도시	14	5. 맺음말	62
3) 제주 여래유원지	19	참고문헌	63
4) 서울시 중구 주차장	26		
3. 해외 공용수용 제도 사례	29		
3.1 공익성 판단 제도	29		
1) 일본의 공용수용에서 공익성 판단	30		
2) 미국의 공용수용에서 공익성 판단	32		
3) 독일의 공용수용에서 공익성 판단	35		
4) 프랑스의 공용수용에서 공익성 판단	36		
3.2 정당한 보상	38		
1) 미국의 관련 법·제도	38		
2) 일본의 관련 법·제도	38		
3) 프랑스의 관련 법·제도	39		
4. 공용수용 관련 법·정책 개선 방안	39		
4.1 공용수용 절차의 보완	39		
1) 사법엑세스권	40		
2) 정보 및 절차 접근권	40		

1. 서론 - 연구의 배경과 목적

한강의 기적을 이뤄낸 대한민국은 2018년 GNP 3만불을 달성하며, 다른 저개발국가들의 롤 모델로서 국가주도 계획경제의 교범으로 여겨지고 있다. 그러나, 고도 경제성장 과정에서 발생된 공용수용, 재벌중심 경제체제, 비정규직 등 고용불안, 사회 양극화, 고령화 문제는 우리 사회의 지속가능한 발전에 장애요인으로 작동하고 있다. UN 자문기구인 지속가능발전해법 네트워크(SDSN)가 발표한 2018년 세계행복보고서(World Happiness Report)에서 대한민국의 행복순위는 156개국 중 칠레, 대만, 태국, 우즈베키스탄, 자메이카 보다 뒤쳐진 57위를 기록하였는데, 그중 '사회적 지원' 점수는 1.204로 95위, '삶의 선택을 할 수 있는 자유' 점수는 0.244로 139위, '부패인식' 점수는 0.051로서 117위로 나타났다.¹⁾

위 지표 중 '삶의 선택을 할 수 있는 자유' 및 '부패인식'과 관련된 우리 사회의 반복된 문제 중 하나가 공용수용이다. 공용수용은 공익사업 등에 필요한 사업부지 확보를 위해 사업부지 내 토지 등 부동산의 소유권을 강제적으로 이전하는 것으로서, 공익상 필요에 의한 불가피성이 인정된다 하더라도 해당 재산권 보유자의 특별한 희생이 수반될 수밖에 없다. 이에 따라 헌법은 제23조 제3항에서 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.'고 명시하여 수용권의 남용에 의해 발생될 수 있는 국민의 기본권 침해가 최소화될 수 있는 구조를 마련해 두고 있다.

하지만, 중앙토지수용위원회가 보유한 통계에 의할 때 2008년부터 2017년까지 공용수용된 토지의 총 면적은 152km²이고 공용수용된 토지의 소유자는 293,697명에 이르는 것으로 나타나고 있다. 국토교통부의 통계에 따르면 실제 공용수용된 토지 규모는 이보다 훨씬 더 큰 것으로 생각된다. 국토교통부에 따르면 2008년부터 2016년까지 공용수용된 토지의 총 면적은 1,106km²로서, 이를 중앙토지수용위원회 자료에 적용하여 공용수용에 따른 영향인구의 범위를 산출하면 대략 290만명이 영향을 받는 것으로 추정된다.²⁾

위와 같은 과도한 공용수용은 수용 대상이 된 주민에게 이주를 강제할 수밖에 없고, 이는 기존의 주거지에서 형성된 이웃 주민들간의 인적 네트워크와의 단절을 가져오기에 국민의 스스로 삶을 선택할 수 있는 자유에 심각한 침해를 가져온다. 나아가 수용 대상지가 논밭 등 경작지일 경우에는 경제적 기반이 상실되고, 대체지를 마련해야 한다는 점에서 삶의 터전에 위협요소로 작동한다. 이러한 특별한 희생에 대해 헌법은 정당한 보상을 지급하라고 하였으나, 공시지가를 중심으로 한 보상 체계는 수용 대상 국민이 기존에 향유하던 주거수준 및 경제적 수준을 유지하기에는 턱없이 부족한 경우가 다수 확인되고 있으며, 공익성에 대한 형식적 판단으로 민간이 설치하는 회원제 골프장과 같이 공익사업을 빙자한 민간 회사의 사적 이익을 위해 공용수용제도가 남용되는 등에 따라 공용수용제도에 개선을 요구하는 목소리가 높다.

이에 본 연구에서는 대표적인 공용수용으로 인한 갈등사례에 대한 조사 분석을 통해 공용수용제도의 현황과 문제점을 분석하고, 해외 공용수용제도에 대한 비교법적 고찰을 통해 공용수용제도의 개선방향을 모색하였다.

2. 공용수용 제도의 현황과 문제점

우리의 공용수용제도는 1911년 일제시대 토지 수탈제도로 가능하였던 토지수용령에서 출발하였다. 이후 1962년 토지수용령이 폐지되고, 토지수용법이 제정되면서, 공공복리의 증진과 사유재산권 보호를 위한 제도적 근간이 마련되었으나, 국가 중심의 경제개발 과정에서 개발과 공익을 등가시키는 개발중심주의 속에 사적소유권의 존속보장원칙은 무시되었고, 가치보장을 통한 수용제도 정당화론에 의한 수용제도의 남용이 시작되었다. 이후 가치보장원칙은 수용보상금이 과다하여 사업비용 증가로 사업진행이 어렵다는 정책적 판단 하에 개발이익을 보상비에서 제외시키기 위한 지가고시제도가 1971년 토지보상법 개정으로 도입되었고, 1991년 토지수용법이 개정되면서 사업시행자가 국가 지방자치단체 등인 경우에는 토지소유자 및 관계인이 원하는 때에 보상금을 채권으로 지급할 수 있도록 하고, 현재와 같은 사업인정고시일 당시의 공시지가 기준으로 보상금을 산정하도록 하는 제도가 도입되었다.

2003년에는 토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특별법으로 이원화되어 있던 공익사업 용지의 취득과 손실보상 제도를 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(이하 '토지보상법')로 통합하였고, 2007년 개정에서는 토지소유자가 원하는 경우 현금 대신 공익사업으로 조성된 토지로 보상할 수 있는 대토보상 제도와 잔여 건축물의 가치하락 보상 및 매수청구제도 및 보상협의회의 설치가 의무화되었다.

한편, 공용수용권의 취득 및 행사에 관한 일반법인 토지보상법은 수용의 전제로서 공익성에 대한 판단을 국토교통부장관이 하도록 사업인정제도를 두고 있으나, 다수의 개별 개발법률들은 개발에 관한 인허가 결정시 토지보상법상 사업인정이 의제될 수 있도록 하는 규정을 두고 있어, 공익성에 대한 판단절차인 사업인정제도가 형해화 되어 수용권이 남용되고 있다는 반성적 고려에서 2015년 토지보상법 개정을 통해 토지보상법 별표에 규정된 법률에서만 사업인정이 의제될 수 있도록 하여, 무분별한 사업인정 의제규정의 신설을 차단하기 위한 제도적 장치가 도입되었고, 다른 법률에 따라 사업인정이 의제되는 경우에도 이해관계인의 의견청취를 의무화하였으며, 2018년 토지보상법 개정에서는 사업인정 또는 사업인정이 의제되는 지구지정·사업계획 승인 등에 있어 중앙토지수용위원회와 사전에 협의절차를 이행하도록 하였다.

2.1 공용수용 절차 개관

1) 근거 법률

토지보상법은 동법 제4조가 규정하고 있는 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 사업시행자가 취득하거나 사용함에 따른 손실보상에 관한 사항을 규정하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모하기 위한 법률(제1조)로서, 공익사업의 종류를 다음과 같이 구분하고 있다.(제4조)

1) https://en.wikipedia.org/wiki/World_Happiness_Report#2018_World_Happiness_Report

2) 2018. 4. 17. 이정미 국회의원 보도자료 "주민생존권 위협하는 토지강제(공용)수용 제도개선 기자회견"

제4조(공익사업) 이 법에 따라 토지등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업이어야 한다.

1. 국방·군사에 관한 사업
2. 관계 법률에 따라 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·궤도(軌道)·하천·계방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방(砂防)·방풍(防風)·방화(防火)·방조(防潮)·방수(防水)·저수지·용수로·배수로·석유비축·송유·폐기물처리·전기·전기통신·방송·가스 및 기상 관측에 관한 사업
3. 국가나 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험소·보건시설·문화시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·모지·화장장·도축장 또는 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업
4. 관계 법률에 따라 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교·도서관·박물관 및 미술관 건립에 관한 사업
5. 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택 건설 또는 택지 및 산업단지 조성에 관한 사업
6. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 도로, 교량, 전선로, 재료 적치장 또는 그 밖의 부속시설에 관한 사업
7. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 주택, 공장 등의 이주단지조성에 관한 사업
8. 그 밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업

그러나, 위 제4조 8호에 따른 별표는 2011대구세계육상선수권대회등지원법 제22조에 따른 대회관련시설의 설치·이용 등에 관한 계획에 따른 사업 외 109개의 법률들을 규정하고 있어, 사업인정이 의제되는 법률이 과도하게 많다는 지적을 받아 왔다.³⁾⁴⁾ 위 별표상의 110개 법률은 토지보상법상 사업인정이 의제되기에 사업인정 분야에 대하여는 토지수용의 근거법률로서 작용한다.

또한, 보상액 산정에 대하여는 동법 제70조에서 부동산 가격공시에 관한 법률에 따른 공시지가를 기준으로 보상하도록 하고 있어, 해당 법률도 토지수용의 관련 법률에 포함된다고 볼 수 있다.

2) 절차 개요

『토지보상법』에 의한 공익사업 부지내 토지 등의 취득 절차는 크게 사업인정 분야, 수용 결정 분야로 구분할 수 있다.

(1) 사업인정 분야

먼저, 사업인정 분야는 토지보상법 제20조⁵⁾에 의한 사업인정 절차에 따라 국토교통부장관이 진행하는 것과 개별 법률상 공익사업 인허가권자가 해당 법률상 개발사업의 인허가결정시

3) 이러한 지적에 따라 국토교통부는 2017. 한국토지공법학회에 의뢰하여 “토지수용 대상사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한 법제도적 개선 방안 연구”를 진행하였다.

4) 2018. 12. 31. 토지보상법 개정으로 신설된 제4조의 3(공익사업 신설 등에 대한 개선요구 등)은 2019. 7. 1. 시행이 예정되어 있으며, 중앙토지수용위원회가 제4조 8호에 의하여 사업인정의제 사업의 신설, 변경 및 폐지 등에 관계 중앙행정기관의 장에게 요구하거나 의견을 개진할 수 있도록 하였고, 관계 중앙행정기관의 장은 정당한 사유가 없으면 이를 반영하도록 의무화하였다.

5) 토지수용법 제20조(사업인정) ① 사업시행자는 제19조에 따라 토지등을 수용하거나 사용하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다.

사업인정이 의제되는 경우⁶⁾로 세분화된다.

사업인정을 받으려는 자는 사업시행자 성명, 주소와 사업의 종류 및 명칭, 사업예정지, 사업인정을 신청하는 이유, 사업계획서와 도면, 토지소유자등과의 협의내용을 적은 서류 등 토지수용법 시행령 제10조에 규정한 사업신청서를 시도지사를 거쳐 국토교통부장관에게 제출해야 한다(공익사업법 제20조⁷⁾, 동법 시행령 제10조⁸⁾, 동법 시행규칙 제11조⁹⁾).

국토교통부장관은 사업인정시 시도지사와 협의하여야 하고, 중앙토지수용위원회 및 이해관계인의 의견을 들어야 한다(공익사업법 제21조¹⁰⁾, 동법 시행령 제11조¹¹⁾). 사업인정이 의제

- 6) 국토계획법 제96조(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 준용) ② 제1항에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용할 때에 제91조에 따른 실시계획을 고시한 경우에는 같은 법 제20조제1항과 제22조에 따른 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 본다.
- 7) 제20조(사업인정)
- ① 사업시행자는 제19조에 따라 토지등을 수용하거나 사용하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다.
- ② 제1항에 따른 사업인정을 신청하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 수수료로 내야 한다.
- ③ 제10조(사업인정의 신청)
- ① 법 제20조제1항에 따른 사업인정(이하 "사업인정"이라 한다)을 받으려는 자는 국토교통부령으로 정하는 사업인정신청서(이하 "사업인정신청서"라 한다)에 다음 각 호의 사항을 적어 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)를 거쳐 국토교통부장관에게 제출하여야 한다. 다만, 사업시행자가 국가인 경우에는 해당 사업을 시행할 관계 중앙행정기관의 장이 직접 사업인정신청서를 국토교통부장관에게 제출할 수 있다.
1. 사업시행자의 성명 또는 명칭 및 주소
2. 사업의 종류 및 명칭
3. 사업예정지
4. 사업인정을 신청하는 사유
- ② 사업인정신청서에는 다음 각 호의 서류 및 도면을 첨부하여야 한다.
1. 사업계획서
2. 사업예정지 및 사업계획을 표시한 도면
3. 사업예정지 안에 법 제19조제2항에 따른 토지등이 있는 경우에는 그 토지등에 관한 조사도면 및 해당 토지등의 관리자의 의견서
4. 사업예정지 안에 있는 토지의 이용이 다른 법령에 따라 제한된 경우에는 해당 법령의 시행에 관하여 권한 있는 행정기관의 장의 의견서
5. 사업의 시행에 관하여 행정기관의 면허 또는 인가, 그 밖의 처분이 필요한 경우에는 그 처분사실을 증명하는 서류 또는 해당 행정기관의 장의 의견서
6. 토지소유자 또는 관계인과의 협의내용을 적은 서류(협의를 한 경우로 한정한다)
7. 수용 또는 사용할 토지의 세목(토지 외의 물건 또는 권리를 수용하거나 사용할 경우에는 해당 물건 또는 권리가 소재하는 토지의 세목을 말한다)을 적은 서류
- 9) 제11조(협의성립확인신청서의 서식 등)
- ① 영 제13조제1항의 규정에 의한 협의성립확인신청서는 별지 제14호서식에 의한다.
- ② 제8조제2항의 규정은 영 제13조제2항제4호의 규정에 의한 사업계획서의 작성에 관하여 이를 준용한다.
- ③ 사업시행자는 영 제13조제1항 및 동조제2항의 규정에 의하여 협의성립확인신청서 및 그 첨부서류를 제출하는 때에는 정본 1통과 공익사업시행지구(이하 "시행지구"라 한다)에 포함될 시군 또는 구의 수의 합계에 해당하는 부수의 사본을 제출하여야 한다. 다만, 법 제29조제3항의 규정에 의한 협의성립확인신청의 경우에는 사본은 제출하지 아니한다.
- 10) 제21조(의견청취 등)
- ① 국토교통부장관은 사업인정을 하려면 관계 중앙행정기관의 장 및 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)와 협의하여야 하며, 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 제49조에 따른 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 한다.
- ② 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 있는 것으로 의제되는 공익사업의 허가·인가·승인권자 등은 사업인정이 의제되는 지구지정·사업계획승인 등을 하려는 경우 제1항에 따라 제49조에 따른 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 한다. [
- ③ 제49조에 따른 중앙토지수용위원회는 제1항 또는 제2항에 따라 의견제출을 요청받은 날부터 30일 이내에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 같은 기간 이내에 의견을 제출하지 아니하는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

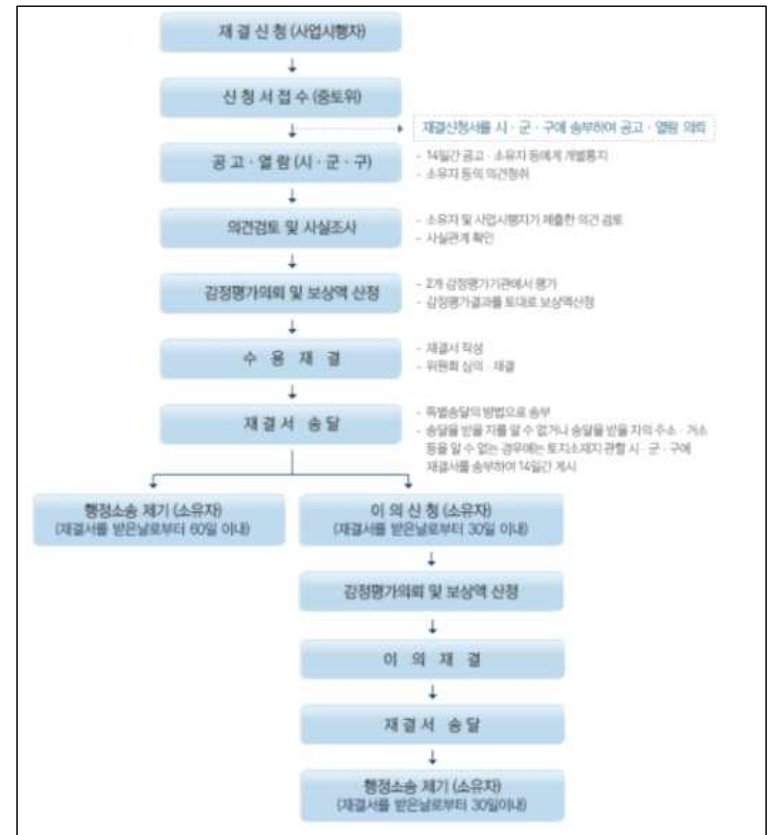
되는 개별 법률절차에 의한 해당 인허가권자도 중앙토지수용위원회 및 이해관계인의 의견을 청취하여야 한다.

(2) 수용재결 분야

사업시행자가 사업인정을 받거나, 사업인정이 의제된 후 토지소유자와 협의가 불성립하는 경우에는 사업시행자의 신청에 따라 수용재결 절차가 개시된다. 수용재결 신청이 있을 경우 해당 신청서를 14일간 공고공람하고, 토지소유자들의 의견을 청취한 다음, 토지수용위원회의 사실조사를 거쳐 수용대상 목적물을 특정한 후, 2개 감정평가기관의 감정평가 결과를 토대로 보상액을 산정하여 토지수용위원회가 수용재결처분을 한다. 위 수용재결처분에 대하여 토지소유자들은 중앙토지수용위원회에 이의신청을 할 수도 있으며, 중앙토지수용위원회의 이의재결처분에 대해 불복할 경우 행정소송을 제기할 수도 있다. 다만, 토지소유자는 이의재결신청을 하지 않고 바로 행정소송을 제기할 수도 있다.

이때 수용재결서에 기재된 수용개시일까지 사업시행자가 토지소유자들에게 보상금을 지급하거나 공탁하게 되면, 위 수용개시일에 사업시행자는 토지등의 소유권을 원시취득하게 된다. 이를 도식화하면 [그림 1]¹²⁾과 같다.

[그림 1] 수용재결 절차 및 관련 권리구제 절차 개관



11) 제11조(의견청취 등)

- ① 법 제21조제1항에 따라 국토교통부장관으로부터 사업인정에 관한 협의를 요청받은 관계 중앙행정기관의 장 또는 시도지사는 특별한 사유가 없으면 협의를 요청받은 날부터 7일 이내에 국토교통부장관에게 의견을 제시하여야 한다.
- ② 국토교통부장관 또는 법 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 있는 것으로 의제되는 공익사업의 허가·인가·승인권자 등은 법 제21조제1항 및 제2항에 따라 사업인정에 관하여 이해관계가 있는 자의 의견을 들으려는 경우에는 사업인정신청서(법 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 있는 것으로 의제되는 공익사업의 경우에는 허가·인가·승인 등 신청서를 말한다) 및 관계 서류의 사본을 토지등의 소재지를 관할하는 시장(행정시의 시장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)·군수 또는 구청장(자치구가 아닌 구의 구청장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 송부(전자문서에 의한 송부를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)하여야 한다.
- ③ 시장·군수 또는 구청장은 제2항에 따라 송부된 서류를 받았을 때에는 지체 없이 다음 각 호의 사항을 시(행정시를 포함한다)·군 또는 구(자치구가 아닌 구를 포함한다)의 게시판에 공고하고, 공고한 날부터 14일 이상 그 서류를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.
 1. 사업시행자의 성명 또는 명칭 및 주소
 2. 사업의 종류 및 명칭
 3. 사업예정지
 - ④ 시장·군수 또는 구청장은 제3항에 따른 공고를 한 경우에는 그 공고의 내용과 의견이 있으면 의견서를 제출할 수 있다는 뜻을 토지소유자 및 관계인에게 통지(토지소유자 및 관계인이 원하는 경우에는 전자문서에 의한 통지를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)하여야 한다. 다만, 통지받을 자를 알 수 없거나 그 주소·거소 또는 그 밖에 통지할 장소를 알 수 없을 때에는 그러하지 아니하다.
 - ⑤ 토지소유자 및 관계인, 그 밖에 사업인정에 관하여 이해관계가 있는 자는 제3항에 따른 열람기간에 해당 시장·군수 또는 구청장에게 의견서를 제출(전자문서에 의한 제출을 포함한다)할 수 있다.
 - ⑥ 시장·군수 또는 구청장은 제3항에 따른 열람기간이 끝나면 제5항에 따라 제출된 의견서를 지체 없이 국토교통부장관 또는 법 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 있는 것으로 의제되는 공익사업의 허가·인가·승인권자 등에게 송부하여야 하며, 제출된 의견서가 없는 경우에는 그 사실을 통지(전자문서에 의한 통지를 포함한다)하여야 한다.

12) http://oclt.molit.go.kr/USR/WPGE0201/m_9308/DTL.jsp

2018. 12. 31. 개정되어 2019. 7. 1 시행예정인 토지보상법 일부 개정법률은 국토부장관의 사업인정시 중앙토지수용위원회의 의견 청취 규정을 강화하여 중앙토지수용위원회와 협의하도록 하였고, 협의요청을 받은 중앙토지수용위원회는 대상 사업의 공공성, 수용의 필요성에 대한 검토를 하여야 하고, 필요한 경우 전문가 등에게 현지조사 및 의견을 들을 수 있도록 하여, 공공성에 대한 검토를 강화하였다. 또한, 권리구제 강화를 위해 행정소송 제기기간을 당초 재결서를 받은 날로부터 60일 이내를 90일 이내로 연장하였고, 이의재결의 경우에는 30일 이내에서 60일 이내로 연장하였다.

2.2 공용수용으로 인한 갈등 사례

이와 같은 공용수용 절차의 시행과정에서 다양한 갈등 사례가 포착된다. 이하에서는 민간골

프장, 기업 도시 등 민간이 주체가 된 개발 사례와 제주 여래유원지, 서울시 중구 주차장 등 공공이 주체가 된 개발 사례를 통해 이러한 갈등의 양상과 관련된 공용수용 관련 법제와 실무상 문제점에 대해 살펴보도록 한다.

1) 민간 골프장 건설

공용수용은 헌법 제23조 제3항에 따라 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법적 요건에 합치하게 행사되어야 한다. 그러나, 민간 기업에 의한 공용수용권의 행사 과정에서 이와 같은 헌법적 요건이 준수되고 있는가에 대한 문제제기가 다수 이루어졌다. 대표적인 사례가 바로 회원제 민간 골프장의 건설이다.

(1) 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 위 ‘공공필요’의 의미에 대해 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석하여 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있다고 판단하여 왔다. 특히 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제18조 제1항 등 위헌소원’(2011헌바129)사건에서 이를 더욱 구체화하여 ‘공익성’에 대하여는 “법이 공용수용할 수 있는 공익사업을 열거하고 있다라도, 이는 공공성 유무를 판단하는 일종의 기준을 제시한 것에 불과하므로, 사업인정의 단계에서 개별적·구체적으로 공공성에 관한 심사를 하여야 한다. 즉 공공성의 확보는 1차적으로 입법자가 입법을 행할 때 일반적으로 당해 사업이 수용이 가능할 만큼 공공성을 갖는가를 판단하고, 2차적으로는 사업인정권자가 개별적·구체적으로 당해 사업에 대한 사업인정을 행할 때 공공성을 판단하는 것이다. 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다.”고 판시하였고, ‘필요성’에 대하여는 “헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다. 특히 사업시행자가 사인인 경우에는 위와 같은 공익의 우월성이 인정되는 것 외에도 사인은 경제활동의 근본적인 목적이 이윤을 추구하는 일에 있으므로, 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.”고 판시하였다.

이러한 헌법재판소의 판단 기준에 의할 때 전기·가스·도로 등 국민의 생존을 배려하는 급부 행정작용에 준하는 형태가 사기업의 영업활동에 의하여 수행되는 경우 이는 그 자체로 공익성이 매우 크다고 할 것이므로, 이러한 ‘생존배려형 사기업’에 의한 공용침해행위는 원칙적으로

허용된다 할 것이나, 공익성이 전면에 나설 수 있는 위와 같은 영업형태가 아니라, 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 ‘경제적 사기업’의 영업활동을 위해서 공용수용을 허용하는 것은 위헌요소가 강하다는 비판이 제기되어 왔다. 이러한 경제적 사기업의 수용문제의 대표적인 사례가 골프장이다.

경제적 사기업으로서 골프장 사업을 운영하고자 하는 회사의 경우 기업 활동의 부수적 효과로서 지역발전이나, 고용증대 등에서만 그 의미를 찾을 수 있을 것이나, 이러한 공익은 부수적 공익에 불과하여, 개인의 재산권과 거주이전의 자유 및 행복추구권을 침해하는 수용을 정당화할 정도로 우월하다고는 볼 수 없다. 한편, 골프장의 경우 체육시설로서 국민의 여가생활과 복지향상의 기능을 일부 수행할 수도 있다는 점에서는 일부 공익적 요소가 있다고 할 것이나, 이러한 공익적 요소의 논의는 일반인의 자유로운 이용이 가능한 대중 골프장에서나 가능하다고 할 것이고, 수 천만 원에서 수 억 원에 이르는 회원권이 거래되는 회원제 골프장의 경우에는 그러한 공익적 요소도 있다고 할 수 없다. 헌법재판소도 위 2011헌바129 사건에서 “고급골프장 등 사업과 같이 넓은 부지에 많은 설치비용을 들여 조성됨에도 불구하고 평균고용인원이 적고, 시설 내에서 모든 소비행위가 이루어지는 자족적 영업행태를 가지고 있어 개발이 낙후된 지역의 균형 발전이나 주민소득 증대 등 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라, 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업이면서도 사업 시설을 이용할 때 수반되는 과도한 재정적 부담 등으로 소수에게만 접근이 용이하는 등 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮다.”고 판시하였다.

(2) 대법원의 견해

대법원도 2013. 11. 28. 선고 2012두28735 도시관리계획결정처분 취소 사건에서 “구 국토계획법 시행령과 구 도시계획시설규칙에서 체육시설법 및 그 시행령에 따른 체육시설 전부를 기반시설로 규정하지 아니하고 체육시설 중 ‘일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치하는 시설’이라고 그 범위를 한정된 것은 헌법 제23조 제3항이 규정한 ‘공공필요성’의 요청을 반영한 것”이라고 봄이 상당하다.”고 판시한 후 “도시관리계획결정의 대상이 되기 위해서는 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치하는 체육시설에 해당하여야 할 것인데, 회원제 골프장은 형식상으로는 누구나 입회비만 내고 회원자격을 얻으면 그 시설을 이용할 수 있지만, 우리 사회의 일반적인 경제 수준에 비추어 상당한 정도로 고액인 입회비를 내고 회원이 된 사람 이외의 사람에게는 이용이 제한되므로, 그 운영방식에 관하여 달리 볼 특별한 사정이 없는 한 이를 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치하는 체육시설이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 도시관리계획결정은 구 국토계획법령이 정한 기반시설에 해당하지 아니하는 회원제 골프장의 신설을 내용으로 하는 것으로서 위법하다.”고 판시하였다.

(3) 관련 법령 및 실무상 문제점

위와 같은 헌법재판소와 대법원의 견해에 따르면 국토계획법 및 동법 시행령과 도시계획시설규칙에서 체육시설에 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치되는 시설이라고 규정되어 있던 기간 중에 설치된 도시계획시설사업(회원제 골프장)은 도시계획시설결정과 실시계획인가결정

이 모두 위법한 것으로서 이에 따라 행하여진 수용재결은 국가의 위법한 행정처분이라고 할 수 있다.

가) 공공필요에 대한 검증 부족

그러나, 국토계획법과 동법 시행령, 도시계획시설규칙이 골프장을 체육시설로 정의하고 있다는 이유만으로 2004. 12. 2. 이후 사업계획승인을 받은 회원제 골프장은 현재 운영중인 골프장이 61개, 건설중(미착공 포함)인 골프장이 46개 등 총 105개에 달한다. 앞서 살펴본 헌법 재판소와 대법원의 판단 기준에 따르면, 수용권이 부여될 수 없는 회원제 골프장임에도 불구하고, 공용수용을 위한 사업인정이 인허가권자에게 의제되는 법률적 구조로 인해 공공필요성에 대한 면밀한 검토 없이 수용권이 행사되어 왔다. 결국, 2011. 11. 1. 개정을 통해 골프장 자체를 도시계획시설사업 중 체육시설에서 제외할 때까지 골프장은 도시계획시설의 일부인 체육시설이라는 이유만으로 수용권이 남용되었다.

[표1] 도시계획법 개정규칙상 '체육시설' 관련 규정의 변화

종전규정 [시행 2004.12.3.] [건설교통부령 제414호, 2004.12.3., 일부개정]	개정규정 [시행 2011.12.2.] [국토해양부령 제394호, 2011.11.1., 일부개정]
제09조 (체육시설) 이 절에서 "체육시설"이라 함은 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에서 정하는 체육시설중 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치하는 시설을 말한다. 다만, 다음 각호의 시설을 제외한다.	제09조(체육시설) 이 절에서 "체육시설"이란 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에서 정하는 체육시설로서 다음 각 호의 시설을 말한다. 다만, 제1호 및 제2호의 경우에는 같은 법 제5조에 따른 전문체육시설(제91조에 따른 운동장은 제외한다) 및 제6조에 따른 생활체육시설(건축물 안에 설치하는 골프연습장은 제외한다)만 해당한다.
1. 제01조의 규정에 의한 운동장	1. 국가 또는 지방자치단체가 설치하거나 소유하는 체육시설
2. 실내골프연습장(건축물안에 설치하는 골프연습장을 말한다)	2. 「국민체육진흥법」 제33조에 따른 대한체육회, 제34조에 따른 대한장애인체육회 및 제36조에 따른 서울올림픽기념국민체육진흥공단이 설치·관리하는 체육시설

나) 보상금액의 문제점

보상금액의 경우에는 더 큰 문제를 지니고 있다. 비도시지역에서 마을 공동체 구성원으로 조상대대로 생활해 온 수용대상 주민들의 경우, 이들의 재산권은 경제적 가치를 넘어 인격권적 요소가 강하게 작동하는 것으로서 존속보장이 관철되어야 할 필요성이 높다. 그런데, 일반적으로 골프장은 도시지역이 아닌 비도시지역에 설치되는 경우가 대부분으로, 비도시지역은 공시지가가 시세를 제대로 반영하지 못하는 경우가 많아, 공시지가를 기준으로 수용재결에 따른 보상금액을 산정하는 경우, 수용대상이 된 주민은 해당 보상금으로 종전과 동일한 주거공간을 마련할 수 없고, 논밭 등 경제활동의 토대인 경작지가 수용된 경우에는 동일 규모의 대체 경작지를 마련하기도 어렵다.

공용수용을 할 경우 가치보장인 정당한 보상을 하도록 헌법이 규정하고 있고, 정당한 보상

이란 기준의 경제수준과 생활수준이 유지될 수 있도록 하여야 함에도 골프장의 경우 보상이 산정기준인 공시지가 방식과 맞물려 정당한 보상이 지급되지 않은 것이다.

2) 탕정 기업도시¹³⁾

(1) 사실관계¹⁴⁾

○○전자 주식회사는 2004. 2. 23. 아산시장에게 '산업입지 및 개발에 관한 법률'(이하 '산업입지법') 제11조 및 같은 법 시행령 제13조에 의하여 충청남도 아산시 탕정면 일원 토지 3,261,281㎡에 대하여 '산업단지 지정승인 요청서'를 제출하였고, 아산시장은 2004. 4. 19. 요청서에 대한 의견서 등을 첨부하여 위 요청서를 충청남도지사에게 전달하였다. 이에 충청남도 지사는 2004. 7. 31. ○○전자를 사업시행자로 하여 아산시 탕정면 일원 토지 2,113,759㎡를 '탕정 제2일반지방산업단지'로 지정 승인한 후, 2004. 8. 5. 산업입지법 제7조의3의 규정에 따라 충청남도 고시 제2004-159호로 이를 고시하였다.

청구인들은 위 산업단지 내에 토지를 소유하고 있는 토지소유자들인바, 위 산업단지 내에 위치한 청구인들 소유의 토지가 위 고시에 따라 수용 대상 토지로 지정되었다. ○○전자는 청구인들과 위 토지의 취득 등에 대하여 협의를 하였으나 협의가 성립되지 아니하여 충청남도 지방토지수용위원회에 제결을 신청하였고, 충청남도지방토지수용위원회는 2006. 5. 22. 위 토지 및 그 지상물에 대하여 수용 재결하였다.

이에 청구인들은 2006. 7. 24. 대전지방법원에 충청남도지방토지수용위원회를 상대로 이 사건 수용처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으며(대전지방법원 2006구합2239), 위 소송 계속 중 산업입지법 제11조 제1항 등이 헌법 제23조 제3항, 제37조 제2항 등에 위반되고, 산업입지법 제2조 제6호 자목이 명확성의 원칙에 반한다는 이유로 위헌법률심판제청신청(대전지방법원 2005아163)을 하였으나, 2007. 9. 19. 기각되자, 같은 해 10. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판대상

이 사건 심판대상은 산업입지법 제2조 제6호 자목(이하 '이 사건 정의조항') 및 제22조 제1항의 '사업시행자' 부분 중 '제16조 제1항 제3호'에 관한 부분(이하 '이 사건 수용 조항')의 위헌 여부이다. 그 심판 대상의 내용은 다음과 같다.

산업입지법(1995. 12. 29. 법률 제5111호로 개정된 것)
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
6. '산업단지개발사업'이라 함은 산업단지를 조성하기 위하여 시행하는 다음 각 목의 사업을 말한다.
자. 기타 가목 내지 아목의 사업에 부대되는 사업

13) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.
14) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.

산업입지법(2001. 1. 29. 법률 제6406호로 개정된 것)
제22조(토지수용)
① 사업시행자(제16조 제1항 제6호의 규정에 의한 사업시행자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 산업단지개발사업에 필요한 토지건물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 소유권외의 권리, 광업권어업권물의 사용에 관한 권리를 수용 또는 사용할 수 있다.

제16조(산업단지개발사업의 시행자)
① 산업단지개발사업은 다음 각 호의 자중에서 산업단지지정권자의 지정에 의하여 산업단지개발계획에서 정하는 자가 이를 시행한다.
3. 당해 산업단지개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하고자 하는 자 또는 당해 산업단지개발계획에서 적합하게 산업단지를 개발할 능력이 있다고 인정되는 자로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자

(3) 헌법재판소의 판단 - 결정 요지

헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관하여 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한, 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부 판단과 승인 결정 하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.¹⁵⁾

오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이 경우 산업단지 개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다.¹⁶⁾

이 사건 수용조항은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토 개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하고, 나아가 산업의 적절한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다. 산업입지가 원활히 공급된다면 산업단지의 건설이 용이해 질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전내지 성장을 기대할 수 있다. 또한, 산업입지법상 규정들은 산업단지개발사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성

함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적에 해태하지 않도록 규율하고 있다는 점도 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요성’을 갖추고 있다고 보인다.¹⁷⁾

이 사건 수용조항의 입법목적은 이 사건 수용조항을 통하여 사업시행자는 협의에 응하지 않는 사람들의 토지를 시기에 따라 적절히 매수할 수 있으며, 이에 따라 사업을 원활하게 진행할 수 있을 것이므로 위 수용조항은 위와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다. 산업입지법상 사업시행자에게도 여전히 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어지고, 산업단지로 지정된 토지가 사후에 산업단지에서 제외되거나 아니면 산업단지로서의 효용을 상실하게 되면 환매권이 발생하는 점, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하는 점, 산업입지법상 수용에 이르기까지의 과정이 적법절차 원칙에 따라 진행되도록 보장되는 점, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있는 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점, 수용 대상의 범위도 필요한 범위를 넘는다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피수용자의 재산권을 필요 이상으로 과도하게 제한한다고 할 수 없고, 국민경제의 건전한 발전 및 산업의 지방분산 촉진, 지역경제의 활성화 등의 공익적 중대성을 감안한다면 이 사건 수용조항이 공익과 사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다.¹⁸⁾

비록 이 사건 수용조항은 수용에 앞서 일정한 토지취득 요건 등을 부과하는 여타의 법률들과 달리, 그러한 요건을 두지 아니한 채 전면적인 토지수용권을 인정하고 있으나, 이 사건 수용조항이 추구하고 있는 산업단지의 개발, 국가 및 지역 산업의 발전, 고용 창출, 산업의 전국적 분산 및 국토의 균형발전 등의 내용에 비추어 산업입지법은 여타의 법률들과 상이한 공익적 목적과 내용을 가진다고 할 수 있고, 아울러 산업입지법에서도 사업시행자에게는 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어진다는 점 등을 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.¹⁹⁾

이 사건 정의조항에서의 “부대되는 사업”이란 산업입지법 제2조 제6호의 기목 내지 아목과 같은 주된 사업에 덧붙여서 시행되는 사업임을 조문의 구조 및 어의에 비추어 예측할 수 있고, 주된 항목을 먼저 나열한 후 최종 항목에서 앞선 항목에 ‘부대되는’ 업무 혹은 사업으로 규율하는 방식은 여타의 법률들이 보편적으로 취하고 있는 규범 형식인 만큼 명확성이 부족하다고 보기 어려우며, 적어도 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람으로서는 위 조항의 의미론적 중추를 대략적으로 예측할 수 있다 할 것이다.²⁰⁾

(4) 공용수용 관련 쟁점

가) 민간기업에 대한 공용수용권 허용 여부

헌법 제23조 제3항에서는 재산권의 수용절차는 법률에 근거하여야 하며, 재산권의 수용에는 공공필요가 있어야 하고, 수용시 정당한 보상을 하여야 한다고 규정하고 있지만, 재산권 수용

15) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.
16) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.

17) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.
18) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.
19) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.
20) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마114 결정 참조.

주체를 명확히 규정하지 않고 있다. 즉, 재산권의 수용 주체가 국가만인지 민간기업도 포함되는지 여부는 우리 헌법 규정에서 개방되어 있다.²¹⁾

그러나 국민의 재산권에 대한 수용 주체는 원칙적으로 국가 또는 지방자치단체라고 보아야 할 것이다. 관련 법률을 통해 공용수용권의 주체가 국가뿐만 아니라, 사인에게도 확대되는 것이다. '사인에 의한 행정'으로서 사인수용은 "사인인 위임받은 행정권한의 행사뿐만 아니라, 어떠한 형태로든 사인이 행정사무나 국가적 사무의 성격을 지닌 사무를 수행하는 경우"도 포함한다.²²⁾ 수용 주체의 확대로서 사인수용은 '국가행정의 효율적 운영' 내지 '국가재정의 한계 극복'²³⁾을 위해 인정된다. 즉, 민간기업도 공용수용권의 주체가 될 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 설령 민간기업이 수용의 주체가 되더라도 그 민간기업에게 수용권을 부여하는 전제로서 '산업단지 지정처분' 등은 국가 내지 지방자치단체가 행사한다. 더욱이, 궁극적으로 수용에 요구되는 공공필요성에 대한 최종적인 판단 권한은 국가 내지 지방자치단체에 유보되어 있다.²⁴⁾

한편, 헌법재판소가 판시한 바와 같이 공익사업의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한하게 되면, 국가나 지방자치단체가 예산상의 제약으로 사업 추진이 어려워지거나 비효율적인 사업시행이 될 가능성이 있다.²⁵⁾ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제2조 3호에서도 '사업시행자란 '공익사업을 수행하는 자' 라고 규정하고 있어, 민간기업 등 사인이 공용수용의 주체가 될 수 있는지 여부가 불명확하다. 이러한 이유로 사인에게 수용권 부여는 위헌이 아니라는 것이 통설이다.²⁶⁾

나) 산업입지법의 공공필요의 원칙 충족 여부

민간기업이 공용수용권의 주체가 될 수 있다고 하더라도 공공필요의 원칙상 실현되는 공익의 구체성과 긴절성이 전제되어야 한다. 특히 국가 등 공적기관이 아닌 영리추구를 목적으로 하는 민간기업의 경우에는 그러한 구체성과 긴절성 등이 더욱 세밀하고 엄격하게 요구되어야 한다.²⁷⁾ 본 사건에서는 산업입지법상 토지수용의 목적과 관련하여 그 수용을 정당화시키는 구체적이고 긴절한 공익성을 찾을 수 있는가가 문제된다.

이 사건 수용조항은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형 있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하고(산업입지법 제1조), 나아가 산업의 적정한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다(산업입지법 제2조 제5호 나목 [1]).

이와 관련하여 헌법재판소는 "산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형 있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자

하고, 나아가 산업의 적정한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다. 산업입지가 원활히 공급된다면 산업단지의 건설이 용이해질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전내지 성장을 기대할 수 있다."라고 하여 이 사건 산업입지를 위한 토지수용의 공익성을 인정하고 있다.²⁸⁾ 그런데 이러한 국토의 균형발전이나 경제발전 등은 매우 막연한 개념으로서 그 구체성이 결여되어 있다. 만일 막연한 경우까지도 공익성을 인정하여 토지수용 등을 허용한다면 국가 등 공적기관은 물론 민간기업이 행하는 모든 사업도 토지수용을 허용할 수 있는 공익사업에 해당한다고 볼 수밖에 없을 것이고, 결국 공용침해제도도 현재의 반대외견도 지적하는 바와 같이 어느 개인이 가진 토지를 다른 사람이 좀 더 효율적이고 유용하게 사용함으로써 공익에 보다 크게 기여할 가능성이 있다는 이유만으로 애초 토지소유권자로부터 그 소유권을 박탈하여 언제든지 타인에게 이전할 수 있는, 즉 민간기업이 수용대상 토지를 사용하는 것이 피수용자들이 그 토지를 사용하는 것보다 경제적으로 국가 및 사회에 더 큰 이득이 있을 것이라는 점에서 그 수용을 정당화시키는 도구로, 다시 말해 하나의 사인으로부터 또 다른 사인에게로의 재산권 이전을 용이하게 해주는 도구로 전락될 것이고, 헌법상의 재산권 보장제도도 침해될 수밖에 없을 것이다. 그러므로 산업입지법상 토지수용의 목적과 관련하여 그 수용을 정당화시키는 구체적이고 긴절한 공익성을 찾기 어려워 공용침해의 허용조건인 공공필요의 원칙을 충족시켰다고 보기 어렵다.²⁹⁾

다) 계속적 공익실현을 위한 보장책

민간기업에 의한 공용수용의 경우, 공용수용의 목적인 공익의 계속적 수행을 확보하기 위해서 해당 민간기업에 대한 특별하고 세밀한 법적제도적 보장책을 통해 기속할 필요성이 더욱 절실히 요구된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 "산업입지법상 다음 규정들의 내용에 비추어, 산업단지 개발사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적이 해태되지 않도록 하는 제도적 규율이 결여되어 있다고 보기 어렵다. 산업입지법에 따르면, 사업시행자가 산업단지개발사업을 완료한 때에는 지체없이 대통령령이 정하는 바에 의하여 실시계획승인권자의 준공인가를 받아야 하고(동법 제37조 제1항), 실시계획 승인권자는 준공검사 결과 실시계획대로 완료되지 아니한 때에는 지체없이 보완시공 등 필요한 조치를 명하여야 하며(동조 제4항), 산업단지에 입주하는 기업은 특별한 사유가 없는 한 이주자 또는 인근 지역의 주민을 우선적으로 고용하여야 한다(동법 제36조 제2항). 한편 만일 사업시행자가 사업지역 내의 토지·시설 등을 분양·임대·양도하려는 때에는 처분계획을 작성하여 '산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률' 제30조에 따른 관리기관과 협의하여야 하며(동법 제38조 제1항), 산업단지관리기본계획을 준수하여야 한다(동법 제38조의2). 이 과정에서 분양가격은 사업시행자가 임의대로 정할 수 없으나, 산업시설용지로서 분양할 경우, 조성원가 내지 조성원가에 적정이윤을 합한 금액으로 결정되는데, 이때 적정이윤은 일정한 범위를 벗어날 수 없도록 규범화되어 있고(동법 시행령 제40조 제1항, 제2항), 산업시설용지 외의 용도로 공급하는 용지의 분양가격은 '부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법

21) 이부하(2016), "토지수용절차에서 헌법적 쟁점", 『토지공법연구』, 73(1) : 91 - 108.

22) 황윤원(2009), 「사인의 토지수용에 관한 법적 연구」, 박사학위논문, 단국대.

23) 정하명(2010), "사인수용에 대한 미국 연방정부와 주정부의 법적 대응", 『공법학연구』, 11(4) : 404.

24) 이부하, 위 논문.

25) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌바114 결정 참조.

26) 장은혜(2015), "공용수용에서 사인수용의 법적 문제", 『토지공법연구』, 71 : 207 - 226.

27) 정연주(2010), "민간기업에 의한 수용", 『홍익법학』, 11(2) : 209 - 334.

28) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌바114 결정 참조.

29) 정연주, 앞의 논문.

물' 제2조 제9호의 규정에 의한 감정평가업자가 행한 감정평가액으로 규정되어 있다(동조 제6항). 다른 한편 산업단지가 개발된 후 산업구조의 변화, 도시지역의 확산 및 산업시설의 노후화 등으로 산업단지의 제정비가 필요한 경우, 산업단지지정권자는 직접 또는 지식경제부장관 및 관계 중앙행정기관의 장이나 시장·군수·구청장의 요청에 의하여 산업단지제정비사업을 실시할 수 있고(동법 제38조의3), 산업입지법은 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'을 준용함으로써, 산업단지 지정된 토지가 시후에 산업단지에서 제외되거나 아니면 산업단지로서의 효용을 상실하게 되면 환매권이 발생하도록 예정하고 있다(동법 제22조 제4항).³⁰⁾ 고 하여 계속적이고 효율적인 공익실현을 위한 충분하고 엄격한 보장책의 근거가 산업입지법의 관련 규정에 마련되어 있다고 판시하고 있다.³⁰⁾

그러나 헌법재판소가 적시한 이러한 내용들은 대부분 산업단지 조성을 위한 것들로서 단지 조성시에만 적용될 수 있는 한시적인 것이고, 또한 경제성장이나 지역발전과 관련된 구체적인 공익의 계속적 실현을 위한 보장책은 더욱 아니다. 따라서 이들은 위에서 언급한 민간기업에 의한 공용침해의 경우에 부과될 수 있는 적절하고 효율적인 그리고 계속적인 공익실현을 위한 보장책에 대한 근거라고 보기 어렵다. 비교적 이러한 보장책에 근접하는 것으로 거론될 수 있는 규정을 든다면 산업단지에 입주하는 기업은 특별한 사유가 없는 한 이주자 또는 인근지역의 주민을 우선적으로 고용하여야 한다고 규정한 동법 제36조 제2항과 환매권인데, 우선적 고용규정 자체가 기준과 내용 및 범위 등에 있어서 매우 추상적이라 그 실효성이 없고, 특별한 사유의 존재를 이유로 언제든지 이의 적용을 배제할 수 있으므로 그 강제성도 담보할 수 없다. 환매권 자체가 실효성 있는 보장책으로 보기 어렵고, 특히 민간기업에 의한 토지수용의 경우에는 거의 제 기능을 한다고 볼 수 없다는 점에서 이 역시 적절한 보장책으로 볼 수 없다.³¹⁾

3) 제주 여래유원지

제주국제자유도시개발센터는 기반시설인 유원지 설치를 위해 도시계획시설결정을 받은 토지 위에 주거·레저·의료 기능이 통합된 휴양형 주거단지 개발사업을 추진하고자 하였다. 그러나 이 휴양형 주거단지는 국내외 관광객, 특히 고소득 노년층을 유치하여 증장기 체재하도록 함으로써 관광수익을 창출하는 것을 주된 목적으로 하고 있었다. 사업대상지역의 토지소유자인 원고들은 2007년 제주도지방토지수용위원회를 상대로 토지수용재결처분의 취소 등을 구하는 소를 제기하였고, 2011년 항소심에서 승소하였으며, 이러한 판단은 2015년 대법원 결정에 의해 확정되었다.

(1) 사실관계

서귀포시장은 1997. 11. 5. 구 도시계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 폐지되기 전의 것)에 기하여 서귀포시 예래동 일원에 면적 403,000㎡의 도시계획시설인 유원지를 신설하는 것을 내용으로 하는 도시계획시설결정(이하 '위 도시계획시설결정')을 하고, 이를 제주특별자치

도 고시 제1997-76호로 고시하였다.

그 후 위 도시계획시설결정에 기한 유원지개발사업이 장기간 시행되지 않고 있던 중, 국무총리 국무조정실 산하 제주국제자유도시추진기획단은 2001. 11.경 제주개발 7대 선도 프로젝트의 하나로 서귀포시 예래동 일대에 226,800㎡ 규모의 주거(콘도미니엄, 전원주택 등)·레저(골프장, 스포츠센터 등)·의료기능이 통합된 휴양형 주거단지를 개발하기로 계획하였고, 위 개발방안의 연구를 수주한 한국토지공사는 2003. 1.경 3개의 개발대상후보지에 대한 비교·검토결과 서귀포시 예래동 일원이 가장 적합한 것으로 판단되나, 기존에 제시된 면적이 협소하여 사업시행면적을 778,800㎡로 조정하되, 구체적인 면적은 향후 시행계획의 타당성 조사의 결과에 따라 수정, 보완 가능하다는 내용의 보고서를 제출하였다.

이에 서귀포시장은 위 도시계획시설결정에 따른 사업시행지에 위 휴양형 주거단지 개발사업(이하 '위 개발사업')을 시행하기로 결정하였고, 제주도는 2003. 10. 14. 구 제주국제자유도시특별법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정된 것) 제62조에 기하여 서귀포시장의 요청으로 피고 제주국제자유도시개발센터(이하 '피고 개발센터')를 위 개발사업의 사업시행예정자로 지정하였으며, 서귀포시장은 위 개발방안을 토대로 하여 2005. 10. 14. 위 도시계획시설결정에 따른 사업시행지의 범위를 인근 토지까지 대폭 확장한 총면적 743,700㎡로 변경하는 것을 내용으로 하는 도시계획시설 변경결정을 하였고, 이를 서귀포시 고시 제2005-42호로 고시하였다.

이후 서귀포시장은 2005. 11. 14. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2005. 12. 7. 법률 제7707호로 개정되기 전의 것, 이하 '국토법') 제86조 및 제88조에 기하여 아래와 같은 내용으로 위 개발사업에 관한 도시계획시설사업 실시계획을 인가(이하 '위 인가처분'이라 한다)하고, 이를 서귀포시 고시 제2005-49호로 고시하였다.

① 사업시행지의 위치 : 서귀포시 상례동 633-3 일원
② 사업의 종류 및 명칭 - 종류 : 서귀포 도시계획 여래유원지 조성사업 - 명칭 : 예래휴양형 주거단지 조성사업
③ 사업시행자의 성명 : 피고 개발센터
④ 사업의 면적 또는 규모 - 743,700㎡ 휴양시설 383,055㎡ (51.5%) 휴양숙박시설(콘도미니엄) 및 관광호텔 편익시설 26,958㎡ (3.6%) 근린생활시설, 편의시설, 전문상가 등 특수시설 18,055㎡ (2.4%) 전문보양센터, 전문병원, 관련연구소 등 관리시설 104,976㎡ (14.2%) 도로, 주차장, 저류지, 공공시설 녹지 210,656㎡ (28.3%) 녹지

이어서 서귀포시장은 2006. 3. 8.에는 편입토지에 대한 지적측량 결과 발생된 구역오차를 정정하기 위하여, 같은 해 4. 12.에는 수용 또는 사용할 토지의 합병 및 분할, 소유자, 주소, 지목 및 관계인 등에 관한 내용정정 및 분할측량 결과 지적공부상 분할된 토지에 대한 토지세목을 정정하기 위하여, 같은 해 5. 24.에는 수용 또는 사용할 물건에 대한 세목고시를 추가하기 위하여 위 개발사업의 실시계획을 각 변경인가하였고(각 서귀포시 고시 제2006-11호, 제2006-18호, 제2006-24호로 고시), 피고 개발센터는 최종적으로 서귀포시 예래동, 상례동, 하례동 일대의 778,800㎡(약 236,000평) 토지를 사업지로 인가받았다.

피고 개발센터는 2006. 3. 16.부터 사업시행지 내 토지소유자들과 사업부지의 협의매수를

30) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌바114 결정 참조.
31) 정연주, 앞의 논문.

진행하였는데, 원고들이 협의에 불응하자 같은 해 8. 1. 피고 제주특별자치도지방토지수용위원회(이하 '피고 지방토지수용위원회')에 수용재결을 신청하였고, 피고 지방토지수용위원회는 토지수용재결신청사항을 열람공고하고, 수용재결 대상토지 감정평가 의뢰를 한 후 2006. 12. 7. 수용재결(이하 '이 사건 수용재결'이라 한다)을 하였다.

한편 원고들은 최초 위 도시계획시설결정상의 사업부지에는 편입되지 아니하였다가 위 인가처분에 따라 추가로 사업부지에 편입된 위 각 토지의 소유자들로 이 사건 수용재결에 불복하여 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하였다. 중앙토지수용위원회가 2007. 11. 22. 원고 이OO의 토지 손실보상금을 일부 증액하고 나머지 원고들의 이의신청을 모두 기각하자, 원고들은 주위적으로 피고 지방토지수용위원회에 대하여 2006. 12. 7.자 토지수용재결처분의 취소를 구하고, 예비적으로 피고 개발센터에 대하여 위 수용재결처분이 유효함을 전제로 그 수용보상금의 증액을 구하였다.

(2) 당사자들의 주장

가) 원고들의 주장

국토법 상 도시계획시설사업의 실시계획 인가처분은 적절한 도시계획시설결정을 전제로 하고, 인가권자는 위 법에 따라 위 실시계획이 "도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준에 관한 규칙(이하 '도시계획시설규칙')에 부합한다고 인정되는 경우에 한하여 이를 인가하여야 한다.

그런데, 위 인가처분의 전제가 된 위 도시계획시설결정은 국토법에 정한 기반시설인 "유원지"를 개발하기 위한 것임에도 불구하고, 인가권자인 서귀포시장은 유원지와는 그 본질적인 목적, 기능 등이 전혀 상이함은 물론 도시계획시설규칙의 구조 및 설치기준에도 부합하지 아니하는 휴양형 주거단지의 조성을 내용으로 하는 위 개발사업을 도시계획시설사업으로 인가하였다. 따라서 위 인가처분은 도시계획시설인 유원지에 해당하지 아니하는 휴양형 주거단지 개발사업에 대하여 도시계획시설사업을 인가함으로써 강행규정인 국토법을 위반한 잘못이 있다. 이와 같은 법률상 하자는 그 하자가 중대·명백하여 당연무효사유에 해당한다. 따라서 무효인 위 인가처분에 터잡은 이 사건 수용재결도 무효라 할 것이므로, 그 무효선언의 의미에서 이 사건 수용재결의 취소를 구한다.

가사 위 휴양형 주거단지가 도시계획시설인 유원지에 해당한다 하더라도 위 개발사업은 피고 개발센터로 하여금 지역개발을 통한 전매차익을 취득하도록 하기 위한 것일 뿐 지역주민의 복지향상을 위한 것이 아니어서 원고들의 재산권 침해를 정당화할 만한 공익성을 결여한 것인 바, 위 인가처분 또는 이 사건 수용재결은 사업을 시행할 공공의 필요성에 대한 판단이 누락되었거나 공익과 사익 간의 비교형량이 제대로 이루어지지 아니한 잘못이 있다.

나) 피고 지방토지수용위원회

도시계획시설규칙 제58조 제5항은 유원지 중 제주국제자유도시 특별법(2006. 2. 21. 법률 제7849호로 폐지되기 전의 것, 이하 '위 특별법')에 의한 개발사업으로 조성하는 유원지에 대

하여는 위 규칙상의 건축용, 용적률 및 설치시설의 종류에 관한 제한규정의 적용을 배제하고 있는바, 그에 따라 위 특별법에 근거한 위 개발사업은 유원지에도 위 규칙에 구애됨이 없이 다양한 시설을 설치할 수 있다. 따라서 휴양형 주거단지를 조성하는 것을 내용으로 하는 위 인가처분은 위 규칙 및 국토법의 규정에 위배되지 아니한다.

가사 위 인가처분에 국토법을 위반한 하자가 있다 하더라도, 아래와 같은 각 사정으로 인하여 위 하자는 치유 또는 추원되었다. ① 도시계획시설규칙 제58조 제4항에 의하면 유원지 중 관광진흥법에 따른 관광지 또는 관광단지로 지정된 지역에는 제2항의 유원지시설 규정에도 불구하고 관광진흥법에 정한 시설을 포함하여 설치할 수 있는바, 피고 개발센터는 이 사건 수용재결 후인 2009. 1. 28. 서귀포시장으로부터 위 개발사업에 관하여 관광진흥법에 따른 종합휴양업 승인도 별도로 받은 바 있으므로, 위 인가처분의 대상이 된 개발사업의 내용 중 호텔 등 숙박시설의 비중이 크다 하여 위 규칙이나 국토법에 위반한 것은 아닌 것으로 되었다. ② 위 특별법 제59조에 의하면, 제주도 내에서 유원지 등 개발사업을 하고자 하는 자는 도시사로부터 시행승인을 받아야 하고, 그 승인을 받은 경우 같은 법 제60조에 따라 국토법 상 실시계획 인가를 받은 것으로 의제되는바, 피고 개발센터는 2005. 10.경 제주도지사로부터 위 개발사업의 시행승인을 받음으로써 위 개발사업을 시행할 정당한 권한을 취득하였다. ③ 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2007. 8. 3. 법률 제8586호로 개정된 것) 제266조 제1항에 의하면, 개발센터가 추진할 개발센터시행계획을 수립하거나 변경할 때에는 건설교통부장관의 승인을 얻어야 하고, 같은 조 제4항에 따라 건설교통부장관으로부터 위 승인을 받은 경우 개발센터는 시행계획에 따라 국토법에 따른 도시계획시설사업의 시행자로 의제되는바, 피고 개발센터는 2007. 6. 29. 건설교통부장관으로부터 위 개발사업을 포함한 개발센터시행계획에 관하여 변경승인을 받은 바 있으므로, 피고 개발센터는 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법에 따른 도시계획시설 사업시행자로서 원고들 소유의 위 각 토지를 수용할 권한을 가지게 되었다.

더군다나 위와 같은 하자는 중대·명백하지 아니하여 취소사유에 불과하고 당연무효사유에는 해당하지 아니하는바, 선행처분인 위 인가처분의 하자가 후행처분인 이 사건 수용재결에 승계될 수 없으므로, 원고들은 위 인가처분의 하자를 이유로 이 사건 수용재결의 취소를 구할 수 없다.

(3) 법원의 판단

가) 제1심

제1심은 원고들의 주위적 청구를 모두 기각하고, 원고 강OO, 김OO, 이OO의 예비적 청구를 인용하여 보상금을 증액하였으며, 원고 허OO의 경우에는 예비적 청구도 기각하였다.

나) 항소심

항소심은 제1심과 판단을 달리하여 이 사건 수용재결은 선행처분인 위 인가처분에 다음과 같은 하자가 있어 무효라 할 것인바, 무효선언을 구하는 의미에서 이 사건 수용재결의 취소를

구하는 원고들의 주위적 청구가 이유있다고 판단하여 모두 인용하였다.

국토법에 정한 기반시설을 설치하고자 하는 때에는 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 하고(위 법 제43조 제1항), 도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령인 도시계획시설규칙으로 정하며(같은 조 제2항), 위 도시계획시설결정을 통하여 사업시행자로 지정된 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 도시계획시설사업에 관한 실시계획을 작성하여(제88조 제1항) 건설교통부장관, 시·도지사 등의 인가를 받아야 한다(같은 조 제2항).

한편, 도시계획시설규칙(2005. 12. 14. 건설교통부령 제480로 개정되기 전의 것)은 도시계획시설인 유원지를 “주로 주민의 복지향상에 기여하기 위하여 설치하는 오락과 휴양을 위한 시설”로 정의하면서(제56조), 그 구체적인 구조 및 설치기준으로 ① 각 계층의 이용자의 요구에 응할 수 있도록 다양한 시설을 설치할 것(제58조 제1항 제1호), ② 연령과 성별의 구분없이 이용할 수 있는 시설을 포함할 것(같은 항 제2호) 등을 규정하고 있다.

따라서, ① 국토법에 정한 기반시설인 “유원지”는 광장, 공원, 녹지 등과 함께 공간시설 중 하나로서 “주로 주민의 복지향상에 기여하기 위하여 설치하는 오락과 휴양을 위한 시설”인 반면, 위 개발사업에 따라 조성될 휴양형 주거단지는 국내외 관광객, 특히 고소득 노년층을 유치하여 증장기 체재하도록 함으로써 관광수익을 창출하는 것을 주된 목적으로 하는 시설로서 그 개념과 목적에 있어서 전혀 다른 점, ② 또한 유원지는 앞서 본 구조 및 설치기준에 따라 “각 계층의 이용자의 요구에 응할 수 있고”, “연령과 성별의 구분없이 이용할 수 있는” 시설을 설치하여야 함에도 불구하고, 위 휴양형 주거단지는 인근 주민의 자유로운 접근성과 이용가능성이 제한되며 숙박시설 투숙객의 배타적 이용을 위한 각종 시설의 설치를 내용으로 하고 있어 위 기준에도 부합하지 아니하는 점, ③ 결국 유원지는 기반시설로서 도시 공동생활을 위해 기본적으로 공급되어야 하지만 공공성이나 외부경제성이 크기 때문에 강제적인 토지수용에 의한 재산권침해가 예외적으로 정당화되는 것인데, 위 휴양형 주거단지는 본질적으로 사업시행자의 수익의 극대화에 중점을 둔 것인 만큼 상대적으로 공공성 추구의 측면은 소홀해 질 수 밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 개발센터가 하고자 하는 위 휴양형 주거단지는 국토법상 기반시설인 유원지에 해당하지 아니한다 할 것인바, 기존의 위 도시계획시설결정이 존재함을 기화로 위 휴양형 주거단지를 유원지의 형식으로 개발하는 것을 내용으로 하는 위 인가처분은 강행규정인 국토법상의 법률요건에 위반한 내용상 하자가 있다.³²⁾

32) 이에 대하여 피고는 위 인가처분 이후에 있었던 관광진흥법에 따른 사업승인, 도시사의 사업시행 승인, 건설교통부장관의 개발센터시행계획 승인 등으로 위 하자가 치유되었다고 주장하나, ① 위 개발사업 부지에 관하여 위 인가처분 당시 관광진흥법에 따른 관광지 또는 관광단지의 지정도 함께 있었다거나, 기존의 위 도시계획시설결정을 취소하고 새로이 관광진흥법에 따른 관광지 또는 관광단지 지정이 있었음을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 위 개발사업에 대하여 도시계획시설규칙 제58조 제4항이 적용될 여지가 없는 점(가사 위 규정이 적용된다 하더라도 위 도시계획시설결정이 취소되지 않는 한 유원지의 본질을 훼손하지 않는 범위 내에서 관광시설도 함께 설치할 수 있을 뿐이다), ② 제주도지사나 건설교통부장관은 국토법의 범위 내에서만 유원지에 관한 시행승인 등 권한을 행사할 수 있는바, 위 인가처분에 국토법을 위반한 하자가 존재하는 것은 앞서 본 바와 같으므로, 제주도지사나 건설교통부장관의 시행승인 등으로 이러한 하자가 치유될 수는 없는 점, ③ 위 인가처분에 단순한 행정절차상의 하자가 아니라 국토법을 위반한 내용상 하자가 존재하는 이상, 사업시행자로 하여금 위 도시계획시설결정을 취소하고 관광진흥법 등에 따른 별도의 적법한 사업인정과 수용3) 등의 절차를 새로이 거치도록 하는 것이 무용한 절차의 반복에 해당한다고 볼 수 없는 점, ④ 더욱이 위와 같은

그리고 이러한 하자는 ① 국토법이 국민의 공공복리 증진과 삶의 질 향상을 목적으로 그 성질상 공공성이 특별히 강조되는 일정한 시설만을 기반시설로 제한적으로 규정하고, 그러한 기반시설이 도시계획시설로 결정되는 경우 그 도시계획시설사업의 시행자에게 사업에 필요한 토지나 건축물 등을 수용 또는 사용할 수 있는 강력한 권한을 부여하고 있는바, 공공성의 측면에서 위 기반시설에 해당하지 않는 개발사업을 국토법상 도시계획시설사업의 형식으로 인가하여 진행하도록 하는 것은 국토법의 중요한 부분을 위반한 중대한 잘못된 점, ② 피고 개발센터가 하고자 하는 위 휴양형 주거단지는 국토법에 정한 유원지와는 그 목적, 구조, 형태 등 모든 면에서 본질적인 차이가 있고, 이러한 차이는 객관적·외형적으로도 명백한 것으로 보이는 점, ③ 더욱이 위 개발사업 추진과정에서의 연구·검토 자료에서도 이미 위와 같은 문제점이 지적되었던바, 인가권자인 서귀포시장으로서도 이러한 문제점을 인지하였거나 충분히 인지할 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위 인가처분은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하므로, 결국 당연무효인 위 인가처분에 터잡은 후행처분인 이 사건 수용재결도 무효가 된다고 판단하였다.

다) 상고심

상고심은 항소심과 마찬가지로 도시계획시설사업 실시계획의 인가요건을 갖추지 못한 인가처분은 공공성을 가지는 도시계획시설사업의 시행을 위하여 필요한 수용 등의 특별한 권한을 부여하는 데 정당성을 갖추지 못한 것으로서 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 하자가 있다고 보았다.

그 논거로 ①관계 법령에 따라 도시계획시설사업이 도시 형성이나 주민 생활에 필수적인 기반시설 중 도시관리계획으로 체계적인 배치가 결정된 시설을 설치하는 사업으로서 공공복리와 밀접한 관련이 있는 점, ②도시계획시설사업에 관한 실시계획의 인가처분은 특정 도시계획시설사업을 현실적으로 실현하기 위한 것으로서 사업에 필요한 토지 등의 수용 및 사용권 부여의 요건이 되는 점 등을 들고 있다. ③또한 서귀포시장은 국토계획법령 규정의 문언상 유원지의 의미가 분명함에도 합리적 근거 없이 처분 요건이 충족되지 아니한 상태에서 이 사건 인가처분을 하였다고 볼 수 있고, 이러한 하자는 객관적으로 명백하다고 판단하였다.

이에 따라 상고심은 원심과 동일한 취지에서 이 사건 인가처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이며, 당연무효인 이 사건 인가처분에 기초한 이 사건 수용재결도 무효라고 판시하고 있다.

(4) 주요 쟁점

가) 도시계획 절차 - 공사의 형량, 공공성 검증 절차 미비

이 사건 도시계획시설결정 당시 도시계획법 상의 도시관리계획 절차에 따르면 시·도지사는

하자의 치유를 인정할 경우 원고들을 비롯한 사업부지 내 토지소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 위 주장과 같은 사정만으로 위 인가처분의 하자가 치유된다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 사정도 보이지 아니한다는 이유로 피고들의 주장은 이유 없다고 판단하였다.

도시관리계획을 결정하고자 할 경우, 관계 행정기관의 장과 미리 협의하면 족하고, 계획이 결정된 후에야 이를 고시하고 일반인이 열람할 수 있도록 함으로써, 이해관계자의 의견을 청취 하취하고 도시계획을 통해 달성하고자 하는 공익과 이를 통해 희생되는 사익간의 비교 형량 절차가 아주 간이하게 운영되었다.

○ 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2005. 12. 7. 법률 제7707호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의)
이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
7. "도시계획시설"이라 함은 기반시설중 제30조의 규정에 의한 도시관리계획으로 결정된 시설을 말한다.

제30조(도시관리계획의 결정)
① 시·도지사는 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 건설교통부장관(제40조에 따른 수산자원보호구역의 경우 해양수산부장관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 관계 중앙행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다. 이 경우 협의요청을 받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 의견을 제시하여야 한다.
② 시·도지사는 제24조제5항의 규정에 의하여 건설교통부장관이 입안하여 결정한 도시관리계획을 변경하거나 그 밖에 대통령령이 정하는 중요한 사항에 관한 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 미리 건설교통부장관과 협의하여야 한다.
③ 건설교통부장관이 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하며, 시·도지사가 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 제113조제1항의 규정에 의한 시·도도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다. 다만, 시·도지사는 지구단위계획중 다음 각호의 1의 사항에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 「건축법」 제44조의 규정에 의하여 시·도에 두는 건축위원회와 도시계획위원회가 공동으로 하는 심의를 거쳐야 한다.
1. 제52조제1항제4호중 건축물의 높이의 최고한도 또는 최저한도에 관한 사항(제49조제1호의 규정에 의한 제1종지구단위계획에 한한다)
2. 제52조제1항제5호의 사항
3. 제52조제1항제6호중 경관계획에 관한 사항
④ 건설교통부장관 또는 시·도지사는 도시관리계획을 결정한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하고, 건설교통부장관 또는 도지사는 관계 서류를 관계 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 송부하여 일반이 열람할 수 있도록 하여야 하며, 특별시장·광역시장은 관계 서류를 일반이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

제43조(도시계획시설의 설치·관리)
① 지상·수상·공중·수중 또는 지하에 기반시설을 설치하고자 하는 때에는 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 한다.
② 도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 의한다.

나) 권리구제 절차상 문제점

도시계획시설결정상의 하자를 수용재결절차에서야 본격적으로 도시계획시설 결정상 하자에 대한 인식이 이루어지고, 하자의 승계가 인정되지 않으므로 선행처분인 도시계획시설결정의 무효를 다투어야만 하는 등 권리 구제상의 문제점이 관찰된다.

본 사건에서도 원고들은 2005. 11.부터 2006. 5.까지 수차례에 걸쳐 이루어진 사업인정 처분의 결과 소유토지가 공용수용될 처지에 놓이게 되었으나, 이에 대해 수용결정이 이루어진 2006. 12.경에 이르러서야 '유원지' 라는 명목과 사업 내용간의 불일치과 같은 사업 내용 사업인정 처분의 부당성에 대한 인식이 구체화될 수 밖에 없었다. 이에 따라 2007년 수용재결 처분을 무효화하고자 하였으나, 기존 법리상 별개의 처분으로 간주되어온 사업인정 처분에 대해

서는 더 이상 취소를 다투 수 없고 무효를 주장해야만 하는 입장에 놓이게 되었다.

일반적으로 행정처분의 취소 내지 무효를 다투는 사건에서 처분에 무효 사유가 있음을 주장 입증하는 것은 상당히 어려운 일이다. 이는 권리구제에 있어 상당한 공백이 존재할 수 있음을 시사한다.

4) 서울시 중구 주차장³³⁾

(1) 사실관계

서울 중구청은 2015. 12. 3. 도시계획시설(녹지, 주차장) 중복결정 처분과 2016. 2. 18. 실시계획인가 처분을 통하여 중구 다산동 성곽길 인근의 34필지(사유지 24필지, 국공유지 10필지)와 건물 25개동(주로 다세대, 다가구 주택)을 강제 수용하여 주차장과 근린생활시설을 설립하는 사업(이하 '이 사건 주차장 사업'이라 함)을 추진하였다.

지하 3층 지상 4층 규모로 지하3층에서 지상 1층(일부)에는 주차면수 199면의 주차장을 설치하고 지상 1층(일부)에서 지상 4층까지는 전시관과 카페 등 근린생활시설을 설치하는 총 사업비 318억원의 사업이었다. 이에 이 사건 주차장 사업으로 수용되는 토지 또는 건물의 소유자들과 수용 대상 주택에 거주하는 사람들이 피고 중구청장을 상대로 처분 취소 소송을 제기하였다.

서울행정법원은 2017. 5. 19. 처분을 취소하는 판결³⁴⁾로 주민들의 손을 들어주었고 피고 중구청장이 상소하였으나 기각³⁵⁾된 데 이어 2018. 6. 28. 대법원도 상고기각³⁶⁾하여 처분 취소가 확정되었다.

(2) 당사자 주장

가) 피고 행정청의 주장

행정주체는 전문적 기술적 정책적 판단에 따라 주차장 설치의 필요성과 구체적인 내용을 결정하여 처분을 할 형성의 재량이 있다. 그러나 그 형성의 재량은 무제한적인 것이 아니라 관련되는 공익과 사익을 비교 형량하여 주차장 설치로 달성하려는 공익이 그로써 제한받는 다른 공익이나 침해받는 사익보다 우월한 경우에 한하여 그 처분이 정당화된다.

피고는 주차장을 설치할 공익상 필요로 '주차난 해소, 불법주차 감소로 이면도로 기능 회복 및 이에 따른 보행자 안전 확보와 소방차 진입로 확보, 위험한 절개지 하단부의 노후 불량 주택지역 녹지화를 통한 재난예방 및 주거환경 개선'을 들면서 원고의 침해되는 사익과 이익형량을 한 결과 공익이 더 우월하므로 재량권 일탈 남용의 위법이 없다고 주장하였다.

33) 서울행정법원, 2017. 5. 19. 선고 2016구합55803 판결; 서울고등법원 2018. 1. 16. 선고 2017누54113 판결; 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018두35490.

34) 서울행정법원 2017. 5. 19. 선고 2016구합55803, 2016구합63125(병합) 판결

35) 서울고등법원 2018. 1. 16. 선고 2017누54113, 2017누56546(병합) 판결

36) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018두35490, 2018두35506(병합) 판결

나) 원고의 주장

이에 관하여 원고는 피고가 공익상 필요가 있다는 판단 근거로 삼은 이 사건 타당성 조사의 (1)조사구역 설정, (2)주차수급률 산정, (3)비용편의 분석상 중대한 오류를 지적하면서 공익상 필요가 없거나 미미하고 경제적 타당성도 부족한 반면 살던 땅과 주택을 강제 수용 당하는 주민들의 사익 침해가 크므로 피고는 처분은 재량권을 일탈·남용한 실제적 하자가 있어 위법하므로 취소되어야 한다고 주장하였다.

원고는 우선 주차장법 제3조, 주차장법 시행규칙 제1조의2 제1항에 따르면 주차장의 수급 실태조사의 조사구역은 '주차시설 수급의 적정성, 지역적 특성 등을 고려하여 같은 특성을 가진 지역별로 조사구역을 설정한다.'고 규정되어 있고 이 사건 처분사유가 '노후 불량 주거지내 부족한 주차공간 확보'인 점을 고려하면 '노후 불량 주거지 또는 구심지 단독 및 다세대 주택 지'라는 특성을 공유하는 지역만으로 조사구역을 설정하는 것이 타당한데 이 사건 타당성 조사에서는 수용되는 주택지와 성곽길로 나뉘어지는 신라호텔, 장충체육관 등이 위치한 이질적인 상업 지역까지 포함한 문제점을 지적하였다.

또한 이 사건 조사구역의 주차수급률 산정[주차수급률(%)=주차면수/자동차등록대수*100]시 차의적으로 신라호텔, 장충체육관 등에 해당하는 주차면수는 제외하면서 자동차등록대수에는 포함을 시켜 53.7%의 낮은 주차수급률을 도출하여 이를 근거로 주차난이 있다고 판단한 것은 잘못임을 지적하였다.

이 사건 타당성 조사는 비용편익비(B/C ratio)가 1.18이므로 경제적 타당성이 있다고 판단하였다. 그러나 편익의 약 71.52%에 해당하는 통행소음비용절감에 대하여 서울연구원 서울공공투자관리센터는 편익으로 평가하는 것이 부적절하다고 보고 제외하여 비용편익비는 0.23에 불과하므로 경제적 타당성이 매우 부족한 사업이라고 평가하였다.

(3) 법원의 판단

법원은 다음의 이유로 이 사건 사업의 전제가 된 사실조사가 정당하고 객관적으로 이루어졌다고 볼 수 없다고 인정하였다. ① 주차시설 수급의 적정성, 지역적 특성 등이 서로 다른 이 사건 사업지와 신라호텔 등이 위치한 장충동 지역을 하나의 사업 영향권으로 포섭하였으므로 이 사건 타당성 조사에서의 사업영향권 설정은 부당함. ② 영향권에 포함되지 않아야 할 장충동의 신라호텔 등을 영향권에 포함시키면서 주차면수의 산정에서는 신라호텔 등의 주차면수를 제외하는 한편 신라호텔 등에 등록된 차량대수를 제외하지 않아 주차수급률 산정방식에 오류가 있었음. ③ 사업의 비용대비편익은 0.23(서울연구원 서울공공투자관리센터가 재분석한 비용편익비)에 불과하여 공영주차장 설치의 공익적 목적을 고려하더라도 경제적 타당성이 매우 부족함.

또한, 법원은 주차장 설치의 공익상 필요에 관한 다음의 사실을 인정하였다. ① 중구청이 갑자기 이 사건 사업지로 대상지를 변경하는 과정에서 인구, 교통, 환경, 토지이용 등에 관한 기초조사를 미 실시. ② 다산동은 인구가 감소하는 추세이며 고도제한으로 대규모 공동주택이 신축되기 어려운 위치에 있고 향후 개발이 예정되어 있지도 않음. ③ 사업지 인근 가로망은 차량 교행이 어려운 좁거나 굽은 도로 또는 경사도가 심한 도로로 이루어져 있거나 절개지 등

로 단절되어 차량통행이 많지 않음. ④ 주차장 출입구는 성곽길 쪽에만 설치되고 성곽길 아랫마을에는 주차장 출입구가 설치되어 아랫마을에서 주차장으로 진입할 수 없음. ⑤ 이 사건 사업에는 근린생활시설도 포함되는데 이 시설이 유발하는 주차수요와 주차장에서 출차하는 차량이 성곽길 및 성곽길 아랫마을을 가로망 이용함으로 인한 교통 영향에 대하여 조사 미 실시. ⑥ 주차장은 절개지와 이격거리를 두고 지어지는데 절개지 구조보강을 위한 계획 불포함. ⑦ 이 사건 사업지 인접한 장충동 2가 202 일대에 신라호텔 기부채납으로 2018년 6월 완공 예정으로 버스 18대, 승용차 100대를 수용하는 공영주차장이 설립될 예정.

위 사실을 인정한 다음 법원은 아래의 이유로 이 사건 주차장 신축은 공익상 필요가 뚜렷하거나 침해되는 사익보다 크다고 볼 수 없다고 인정하였다. ① 향후 주차장 출구가 성곽길 아랫마을 쪽에 설치되면 출차차량으로 자동차 통행량이 증가되고 교통사고 발생 위험도 증가될 것. ② 신당119안전센터의 소방차는 주차장 설치 후 주변 가로망의 정비나 확충 없이는 화재현장 진입이 더욱 어려워질 것. ③ 근린생활시설이 유발하는 통행량, 주차수요는 중구청이 조사하지 않았으나 그로 인하여 초래되는 교통 방해, 보행자 통행 안전 위협 가능성을 배제할 수 없음. ④ 주차장 출입구는 성곽길 쪽에만 만들어지고 출구는 성곽길 아랫마을 쪽에 만들어 지므로 사업지 인근 주민들은 차량 교행이 어려운 출구 방향 가로망으로 자신의 주택으로 접근하는 것이 더욱 힘들어질 것. ⑤ 절개지 구조안전에 관한 조사 미 실시로 절개지 구조안전 확보 미지수. ⑥ 불법주차차량이 다수 있던 하나 그로 인하여 차량 통행에 지장이 초래되고 있지 않으며, 불법주차로 인한 소방차 진입의 지장 가능성보다 신축 주차장이 야기하는 차량 통행량 증가로 인한 소방차 진입의 지장 가능성보다 신축 주차장이 야기하는 차량 통행량 증가로 인한 소방차 진입의 지장 가능성이 더 적다고 단정할 수 없음. ⑦ 사업지 인근 주거조건을 고려할 때 장래 주차수요가 유의미하게 증가할 것으로 보이지 않음. ⑧ 피고 중구청은 성곽길 개발사업으로 늘어날 주차수요에 대비한 것이라고 주장하나 그러한 주차수요 조사를 하지도 않았고 그와 같은 관광객에 의한 주차수요는 위 신라호텔이 기부채납할 주차장 운영으로 흡수할 수 있을 것.

이에 따라 제1심 법원은 중구청이 이 사건 도시계획시설을 입안, 결정함에 있어서 정당성, 객관성을 갖춘 이익형량을 하지 않았다고 봄이 타당하므로 이 사건 처분에는 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 결론을 내렸다. 즉, 제1심 법원은 이 사건 타당성 조사의 조사구역 설정, 주차수급률 산정, 비용편익비 평가에 잘못이 있다는 원고의 주장을 받아들여 이 사건 사업의 전제가 된 사실조사가 정당하고 객관적으로 이루어졌다고 볼 수 없으며 공영주차장 설치의 공익적 목적을 고려하더라도 경제적 타당성이 매우 부족하고 이 사건 주차장을 설치할 공익상 필요가 뚜렷하다거나 그 공익상 필요가 침해되는 사익보다 크다고 볼 수 없다고 판단하였다. 제1심 법원의 사실인정과 법리판단은 항소심과 대법원에서 그대로 유지되었다.

(4) 공용수용 관련 쟁점 - 공사의 형량 관련

행정주체의 처분이 재량권 일탈·남용으로 취소되는 위법의 정도에까지 이음을 입증하는 부담은 크다. 주차난 해소를 위한 공영주차장 설치의 공익상 필요가 있어 보이고 그에 반대하는 주민들은 공익상 필요를 생각하지 않고 내 집 하나 지키려고 하거나 보상금을 더 많이 받아내려는 이기적인 사람들로 매도되고 그러한 사익은 공익 앞에 마땅히 양보해야 하는 것으로 보

일 수 있다.

그러나 사익에 관하여, 주민들이 잃은 집과 땅은 재산으로서의 가치만 있는 게 아니며 그 피해는 보상금으로 다 회복된다고 할 수 없다. 돌이킬 수 없게 사라져 버리는 옛 집, 골목길, 오랜 기간 쌓여온 이웃간의 유대감과 동네 문화도 있다. 그리고 공익에 관하여, 이 사건 타당성 조사처럼 전문가에 의해 조사되고 각종 수치로 뒷받침되어 마치 객관적으로 있는 것처럼 보이는 공익상 필요성도 면밀히 조사해 보면 부풀리고 꾸며진 의심스러운 것일 수 있다. 제1심 법원은 현장검증까지 나가 개발이 제한된 노후 주택지라는 지역의 특성, 경사가 심한 지형, 주차 실태, 도로 상황 등을 파악하는 등 충실한 사실조사를 기반으로 하여 대법원까지 유지된 설득력 있고 견고한 판결을 내렸다.

항소심은 “특히 특정 토지를 노외주차장으로 도시계획시설결정을 함에 따라 사유재산권이 침해될 것이 구체적으로 예상되고 그 침해의 정도가 중할 경우에는 그 도시계획시설결정으로 인하여 달성하고자 하는 공익, 즉 노외주차장의 설치 필요성 및 주차장으로서의 경제성 내지 효율성에 대한 판단은 보다 엄격하고 정확한 사실조사에 기초하여 이루어질 필요가 있다”고 하여 행정주체의 공익 판단은 엄격하고 정확한 사실조사에 기초해야 한다는 점을 명확히 하였다.

대법원은 “특히 노후 불량주택 자체를 효율적으로 개량하기 위한 목적이 아닌 공익사업을 시행하는 과정에서 다수의 기존 주택을 철거하여야 하는 경우에는 단순히 재산권 제한에 그치는 것이 아니라 매우 중요한 기본권인 ‘주거권’이 집단적으로 제한될 수 있으므로 이를 정당화 하려면 그 공익사업에 중대한 공익상 필요가 분명하게 인정되어야 한다. 이러한 중대한 공익상 필요는 신뢰할 수 있는 자료를 기초로 앞서 본 제반 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. 나아가 설치하려는 주차장 자체의 경제성 효율성과 주차장을 설치한 후 운영하는 과정에서 발생하게 될 인근 주민의 불편이나 해당 지역의 교통에 미칠 영향 등을 함께 비교衡量 하여야 한다.”고 판시하였다. 주택 자체의 개량 목적이 아닌 주차장과 같은 공익사업을 위해 많은 주택들을 철거하는 경우는 단순히 재산권 제한에 그치는 것이 아니라 기본권인 ‘주거권’이 집단적으로 제한된다는 점을 지적하고 따라서 그 공익사업에 중대한 공익상 필요가 분명하게 인정되어야 한다는 논리를 도출한 것은 행정주체에게 공익상 필요에 대한 보다 무거운 입증 부담을 지워 행정주체가 공익사업을 추진하면서 단지 공익임을 내세우며 인이하게 주민들의 주택과 토지를 수용하는 제량권 남용에 경종을 울리는 효과가 있을 것으로 기대한다.

그런 안이함은 이 사건에서 ‘이 사건 주차장 사업은 공익상 필요성, 경제적 타당성이 있다’는 결론을 정해놓고 주차난이 심각한 것처럼 만들기 위해 낮은 주차수급률을 도출하려고 이질적인 지역을 하나의 조사구역으로 설정하고 날어야 할 수치를 빼고, ‘귀에걸면 귀걸이, 코에 걸면 코걸이’식으로 비용편익비를 부풀리는 등 기만적이고 부정직한 행태로 드러났고 법정에서 준엄한 판단을 받았다.

3. 해외 공용수용 제도 사례

3.1. 공익성 판단

1) 일본의 공용수용에서 공익성 판단제도

(1) 공용수용에 있어 일본의 허용조건

가) 임의취득을 위한 성실한 노력이 전제될 것

일본 헌법은 우리 헌법 제10조와 같은 행복추구권을 규정하고 있지 아니 하지만 일본도 사유재산제하에서 부동산의 매매 등 사적 거래는 당사자 간의 자유로운 의사에 근거하여 행해진다(민법상 자유계약의 원칙)는 원칙을 고수하고 있기 때문에 당연히 공익사업에 필요한 토지를 취득하기 위해서는 ‘성실한 사전협의를 의한 임의취득’이 전제되어야 한다.³⁷⁾

임의취득을 위한 성실한 노력이 보장될 수 있도록 하는 제도적 장치로서 1951년 전면 개정된 토지수용법(1967. 7. 21. 개정 전의 것) 제40조는 “제33조의 규정에 의한 토지 세목의 공고가 있는 후, 기업자는 그 토지에 대한 권리를 취득하거나 소멸시키기 위해서 토지소유자 및 관계인과 협의하도록 하는 법정 협의규정을 두고 있었다. 또한 토지수용법상 “기업자는 당해 사업을 위하여 토지를 수용하거나 사용하고자 할 때에는 사업인정을 받도록”(제16조) 규정하고 있으나, 해당 사업인정의 신청 시기에 대하여는 언제 신청하여야 하는지에 대하여 규정하고 있지 않았고, 당시의 일본 건설성은 동법의 제정 이후에는 사업계획의 즉각적인 결정 후 신속하게 사업인정의 신청을 하도록 하였다. 기업자는 관행대로 90%에 가까운 토지를 취득한 후에 사업인정 신청을 하는 것이 일반적이었기 때문에 공용수용 순서는 ① 사업계획의 즉시적 결정, ② 임의교섭(계획의 일부 수정), ③ 사업인정 신청, ④ 재결신청의 순으로 이루어지고 있었다.³⁸⁾

이후 1967년 법 개정으로 기업자의 보상 안내의무(고지), 토지소유자의 재결신청 청구권과 건적보상금 지불청구권 및 기업자의 건적보상금 지불의무 등이 발생하게 됨에 따라 기업자는 상당한 부담을 지게 되었다. 일본 건설성은 1989. 7. 14. “사업인정 등에 관한 적기 신청 등에 대하여” 등을 하달한 바 있는데, 이는 사업인정의 신청 시기에 대하여 “사업인정의 신청은 당해 사업의 완성 기간 등을 고려하여 적절한 시기에 하는 것으로 하고, 원칙적으로 ① 하나의 사업인정 신청단위에 있어 토지취득률이 80%(토지소유자, 관계인수 전체에 대한 계약이 완료된 토지소유자, 관계 인원수의 비율을 말함)가 되었을 시점, 또는 ② 토지경계의 말뚝을 설치한 후(동 신청단위에 있어 타설의 종료시를 말함)부터 3년이 경과한 시점 중 빠른 시점을 경과할 때까지 수용절차를 이행하는 것으로 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 토지소유자와의 협의취득을 위해 3년 이상 노력을 한 경우에만 사업인정의 신청을 할 수 있도록 그 시기를 제한하는 것이다.³⁹⁾⁴⁰⁾

나) 공공의 필요

37) 국토교통부(2017), 「토지수용 대상 사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한 법제도적 개선방안 연구」.
 38) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 39) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 40) 다만, 댐 건설 사업 등과 같이 대규모 사업 또는 특별한 사정이 있는 사업에 대해서는 이를 따르지 않을 수 있다.

(가) 사업인정제도의 취지

일본 헌법 제29조 제3항은 ‘정당한 보상하에서’라고 수용을 허용하고 있다. 수용은 재산권자의 재산권을 강제적으로 취득하는 제도인 이상 그 국가권력의 발동에 있어서는 신중한 배려가 필요하다는 것은 의심의 여지가 없다. 그 권력의 발동의 형식으로서 원래 사법이나 입법의 형태에 의해서도 불가능한 것은 아니나, 입법은 일반적, 추상적 규범을 정리하는 것이 본래의 모습이고, 개개 수용의 요건을 일일이 입법에 의해서 해결하는 것은 통상 적당하지 아니하다 할 것이다. 이에 사법도 또한 다름을 전제로 하여 법의 적용을 보장하는 것이 그 기능이므로 결국 행정권의 발동에 의하는 것이 일본의 실정에 맞다 할 것이다.⁴¹⁾

일본 토지수용법은 행정권의 발동에 의하더라도 그 발동의 형식은 재산권 권리의 박탈이라는 것에 상응하는 것과 같은 적절한 절차가 필요하다. 수용이라고 하는 국가권력이 발동되도록 하는 절차의 대전제인 ‘공공의 이익’의 존재 여부, 즉 공익성의 판단을 행하는 공익적 판단은 오로지 행정적 판단에 속하며, 행정기관 본래의 기능에 속한다는 취지에서 토지수용법에 사업인정과 그 절차를 규정하고 있고, 이러한 관점에서 ‘사업인정제도’는 일본의 특유의 공익성 판단을 위한 제도라고 할 수 있다.^{42) 43)}

(나) 사업인정 요건의 법정화

일본 토지수용법상 기업자는 토지수용법상 절차를 이행하여야 비로소 수용이 가능하게 되고 이러한 절차는 사업인정이라는 처분을 통해 개시된다. 즉, 수용권이라는 국가권력을 발동하도록 하는 절차의 대전제가 되는 공익성에 대한 판단은 오로지 행정적 판단에 속하며, 행정기관 본래의 기능에 속하는 것으로 보아 그 발동에 있어서 신중한 배려 차원에서 사업인정의 요건을 법정화 하고 있으며, 사업인정에서 개별적, 구체적인 사업이 토지를 수용할 수 있는 가치가 있는 것인가 여부는 동법 제20조에서 정한 ‘사업인정의 요건’에 비추어 판단되게 된다. ⁴⁴⁾

법 제20조⁴⁵⁾
 1. 사업이 법 제3조(공익사업) 각호의 1에 규정한 사업일 것.
 2. 기업자가 해당 사업을 수행할 충분한 의사와 능력을 가진 자일 것.
 3. 사업이 토지의 적정하고도 합리적인 이용에 기여하는 것일 것.
 - 당해 토지가 그 사업에 이용됨으로써 얻게 되는 공공의 이익과 당해 토지가 그 사업에 이용됨으로써 잃게 되는 사적 내지 공공의 이익을 비교, 형량하여 전자가 후자에 우월하다고 인정되어야 한다. 이는 해당 사업계획의 내용, 그 사업에 의해서 얻게 되는 공공의 이익, 수용토지의 현재 이용상황, 그 토지가 갖는 사적 내지 공적 가치 등에 대해서 종합적인 판단에 의해서 인정되어야 한다.
 4. 사업이 토지를 수용 또는 사용할 공익상 필요가 있는 것일 것.
 - 당해 사업에 대하여 1호에서 3호까지의 요건 판단에서 고려된 사항 이외의 사항에 대해서 광범위하게 ①수용, 수용이라는 취득수단을 취할 필요성, ②그 필요성이 공익목적에 합치 여부의 관점에서 판단을 추가하여야 한다는 의미로서, 사업을 조기에 시행할 필요성이 인정되어야 하고, 수용토지의 범위는 그 사업계획에 필요한 범위 내이고, 합리적이라고 인정되어야 한다(공익 적합성).

41) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 42) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 43) 이는 우리나라에서 공용수용에 관한 일반법의 역할을 하고 있는 공익사업법에 그대로 도입되었다.
 44) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 45) 류하백(2009), “토지수용에 있어 공익사업 강제외제 규정의 위헌성”, 『토지공법연구』, 44 : 14.

(다) 사업인정에 있어 공익성 판단

사업계획이 토지의 적정 또는 합리적인 이용에 기여하는지 여부 그리고 사업에 필요한 토지를 수용하거나 사용하는 것이 공익적 필요성이 있는지 여부 등 공익성에 대한 판단은 주로 사업인정의 단계에서 이루어진다. 이 때에 해당 사업인정을 담당하는 행정청은 신청된 사업이 법률상 4가지 요건에 모두 해당될 때에만 사업인정을 행할 수 있다(동법 제20조).⁴⁶⁾

2) 미국의 공용수용에서 공익성 판단제도

(1) 토지수용제도 관련 법률

미국 정부가 사인의 재산을 수용할 수 있는 근거는 미국의 연방헌법에서 찾아볼 수 있는데, 미국 연방수정헌법 제5조는 “누구도 사적 재산을 정당한 보상 없이 공적 사용을 목적으로 수용하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 정부가 공평과 정의에서 모든 국민이 전체적으로 부담하여야 할 부담을 몇몇 국민들에게만 강제하는 것을 방지하는데 이 규정의 목적이 있다 할 것이다.⁴⁷⁾

미국 연방대법원은 이 헌법 규정을 통하여 재산권과 규제권의 비교 형량을 시도해왔다고 할 수 있는데, 최소한 공적 사용을 위해서만 수용할 수 있다는 것은 사유재산에 대한 정부의 수용권에 엄격한 제한이라고 할 수 있을 것이다. ⁴⁸⁾

연방수정헌법 제5조와 제14조의 통합을 통하여 정부가 공적 사용을 위해 사적 재산을 수용할 수 있는 묵시적인 권한과 정당보상 지급의무를 결합하여 수용권이라고 할 수 있을 것인데, 연방정부나 주정부는 이러한 수용권을 통하여 개인의 사적 재산을 공적 사용을 위하여만 수용할 수 있고, 사적 사용을 위해서는 수용할 수 없는 엄격한 제한이 존재하게 된다. 즉, 연방헌법상 수용조항의 목적은 정부가 전체 국민에 의해서 부담해야 할 부담을 개인에게 강요하는 것을 방지함으로써 국민의 재산권을 보호하기 위한 것이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 연방대법원은 연방수정헌법 제5조가 “공익과 개인의 부담을 비교·형량하여야 하는 근거가 되며, 정부가 공평의 정의에 따라 모든 국민이 전체적으로 부담하여야 할 부담을 일부 국민들에게만 강제하는 것을 방지한다.”고 그 입법목적을 판시한 바 있다.⁵⁰⁾

연방수정헌법에 있어 수용에 관한 조항은 개별 주에도 적용되고 있는데 연방대법원은 1897년 판결을 통해서 “연방수정헌법상 수정조항은 연방수정헌법 제14조의 적법절차 규정을 통해 모든 주에도 적용한다.”고 판시한 바 있다. 미국의 표준이주정착지원 및 부동산취득정책법은 공공사업용지 취득 및 보상에 관한 처리를 위한 기준 법률이 되며, 미국의 오늘날 손실보상의 기준이 된다. 위 법은 용지의 취득 시에 정당한 처리, 피수용자의 주택 이전 시에 생활보상조

46) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 47) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 48) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 49) 정하명(2006), “수용요건인 공적사용에 관한 미국연방대법원의 재해석 - Kelo v.City of New London(125S.Ct.2655(2005))”, 『토지보상연구』, 6 : 217 - 218.
 50) Chi(1987), Burligton & Quincy R.R. v. City of Chicago

치 등에 최선을 다하여 협의취득의 가능성을 높이기 위해 제정되었다.⁵¹⁾

(2) 토지수용에 있어 공적 사용의 판단기준

미국에 있어 공용수용이 허용되기 위해서는 사유재산을 ‘공적 목적’으로 사용하고, 이에 대한 정당한 보상을 지급하여야 한다. 미연방헌법 수정 제5조는 ‘공적 사용’이라는 표현을 사용하고 있는데 그 의미는 공용수용이 정당화되기 위해서는 특정인의 사유재산이 공적 목적으로 사용되어야 한다는 것을 의미한다. 이에 따라, 특정인의 재산을 사익을 위해 수용하는 것은 무효가 된다 할 것이다.⁵²⁾

미국의 공적 사용 인정 범위에 대한 미국 연방대법원의 판단을 살펴보면, 이들 사건들에 있어 중점이 되는 사안은 민간개발업자들이 공적 목적을 증진시키기 위해 개인의 재산을 수용할 수 있는가 하는 문제라 할 것이다. 그리고 민간개발업자들이 경제개발을 통한 일지리의 창출, 지방자치단체의 세원확보, 지역의 복지 증진 등을 목적으로 사업을 추진하는 경우 사인에 의한 수용은 대부분 인정하는 것이 연방대법원의 판례였다. 하지만 Kelo 사건⁵³⁾ 이후에 투자를 약속하였던 제약회사 파이저(Pfizer)가 결국 이 사건 지역에 대한 투자를 포기함으로써 결국 해당 시의 재정에 막대한 낭비만 초래한 결과를 야기하였고, 결과적으로 오랜 소송을 통해 사인에 의한 수용 효용성에 대한 의구심을 야기하면서 미국 전역에 걸쳐 재산권자들의 불만만 가중시켜 많은 주에서 사인 수용을 제한하자는 입법운동을 불러오는 계기가 되었다.⁵⁴⁾

(3) 토지수용에 있어 공적 사용 인정 범위에 대한 미국 입법 동향

가) 부시 대통령의 집행명령

부시 대통령은 연방대법원의 Kelo 판결이 선고된 지 1년이 지난 2006. 6. 23. 집행명령 13406호를 발표하기에 이르렀는데, 이 집행명령 13406호에 따라 “연방정부기관은 공용수용권을 연방헌법에서 규정하고 있는 공적사용과 정당보상에 합당한 경우에만 행사해야 하며, 일반 국민의 이익을 위해서만 행사되어야 한다는 것”을 명백히 밝히면서 사인의 경제적 혜택을 증진하기 위한 공용수용권의 행사를 명시적으로 금지하게 되었다. 이에 따라 연방정부 차원에서 의 경제개발을 위한 사인수용은 허용되지 않는다고 할 것이다. 하지만 여기서 문제는 실제 미국에서의 공용수용은 연방정부에 의해 직접적으로 이루어지는 것보다 주 정부나 지방 정부에 의해서 이루어지는 경우가 많고 이러한 경우에는 비록 그 재원이 연방정부에서 제공된 경우라고 하더라도 주 법률이나 지방 정부의 자체 법규에 근거한 경우가 많다 할 것인바, 이러한 경우에는 대통령의 집행명령을 적용할 수 없는 문제가 있었다.⁵⁵⁾

나) 각 주의 대응

미국 연방대법원의 Kelo 판결을 전후하여 2009년까지 약 42개의 주정부가 경제개발과 낙후 지역에 대한 재개발을 위한 사인수용을 제한하는 헌법 개정이나 의회 입법을 하였는데, 유다 주 정부는 Kelo 판결이 있기 이전에 이미 경제개발을 목적으로 하는 공용수용은 금지한다는 법률을 입법한 바 있다.⁵⁶⁾

다른 36개의 주 정부 개혁 입법례들 중에서 14개 주의 개혁 입법들은 경제개발을 위한 수용에 상당한 제한을 가하거나 금지하고 있다. 그 중에서 가장 강력한 제한을 가하고 있는 주 정부의 예로 플로리다 주 정부와 뉴 멕시코 주 정부를 들 수 있다. 플로리다와 뉴 멕시코 주 정부는 경제개발을 위한 사인 수용은 물론 낙후 지역에 대한 재개발을 위한 사인 수용을 전면적으로 금지하는 입법을 하였다. 특히 플로리다 주는 2006년 11월 투표로 공용수용 관련 헌법 규정을 개정하였다. 플로리다 주는 그러한 개정을 통해 “(a) 사유재산권은 공적목적과 재산권자에 대한 완전 보상의 지급이나 완전 보상을 범위에 재산권자를 위해 예납한 경우를 제외하고는 수용되지 않는다. (c) 2007년 1월 2일부터 청원에 의해 개시되는 공용수용 절차에 의해 수용된 재산은 자연인 혹은 사적 단체에 이전될 수 없다. 단, 상하원의 5분의 3 이상의 찬성으로 통과한 법률에 의한 경우에는 예외로 한다”라고 규정함으로써,⁵⁷⁾ 플로리다 주에서는 상하원의 5분의 3이상이 찬성하여 인정한 경우를 제외하고는 경제개발을 위한 사인수용은 허용되지 않는다는 것을 명확히 하였다. 이러한 플로리다 주 헌법의 개정은 개발업자에게는 상당히 불리한 개정이지만 지역주민들의 재산권을 옹호하는 개정이라는 점에서 긍정적으로 평가할만하다.⁵⁸⁾

사우스다코타 주 정부 역시 “경제개발을 위한 공용수용은 금지하고, 낙후지역에 대한 재개발을 위한 수용은 허용하지만 사인, 비정부 단체나 다른 공·사단체를 위한 수용은 허용하지 않는다”는 입법을 한 바 있다. 캔자스 주 정부도 사우스다코타 주 정부와 유사한 입법을 하여 경제개발을 위한 공용수용은 금지하고 낙후 지역의 재개발을 위한 수용을 허용하고 있다. 이 밖에도 앨라배마, 조지아, 아이다호, 인디애나, 미시건, 뉴 햄프셔, 버지니아, 와이오밍, 펜실베이니아, 미네소타 등 많은 주 정부들이 경제개발을 위한 수용은 금지하면서 낙후지역의 재개발을 위한 수용은 허용하는 개혁 입법을 추진하였다.⁵⁹⁾

다) 소결

결국 Kelo 판결 이후에 미국 연방정부와 주 정부의 움직임은 재산권 보장을 핵심으로 하는 헌법 체계 속에서 공용수용은 공적사용 혹은 공적목적을 위한 경우에만 일반 국민의 재산권을 최대한 보장하는 속에서 최소한으로 허용되어야 한다는 것을 좀 더 명확히 한 것이라 볼 수 있다.⁶⁰⁾

51) 김형근 외(2011), “지방자치단체 토지수용제도 실태분석과 개선방안”, 「한국전자통신 학회 논문지」, 6(6) : 930.

52) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

53) Kelo v. City of New London, 843 A. 2d 500, 773-74.

54) 정하명(2010), “사인수용에 대한 미국연방정부와 주 정부의 법적 대응”, 「공법학연구」, 11(4) : 412.

55) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

56) 정하명(2010), 앞의 논문.

57) Florida Constitution Article X, §6. Eminent Domain.

58) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

59) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

60) 정하명(2010), 앞의 논문.

3) 독일의 공용수용에서 공익성 판단

(1) 공용수용의 목적 : 수용적격사업

독일 기본법 제14조는 다음과 같이 규정되어 있다: (1) 재산권 및 상속권은 보장된다. 내용과 한계는 법률로 정한다. (2) 재산권은 기속된다. 재산권의 행사는 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다. (3) 수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 수용은 보상의 종류와 범위를 정하는 법률이나 법률에 근거하여서만 허용된다. 보상은 공익과 관계자의 이익의 정당한 형량하에 결정된다.⁶¹⁾

이에 따라 공용수용은 공공복리를 증진시키는 공익사업의 수행을 위해서 허용된다. 따라서 어떠한 사업이 공익 사업에 해당하는지의 문제는 공용수용의 허용성과 적법성에 관한 문제가 되며, 연방건설법전은 이와 관련하여 수용의 목적(제85조), 대상(제86조), 허용요건(제87조)에 대해 상세한 규정을 두고 있다. 연방건설법전을 비롯한 독일의 연방 법률들은 공익사업의 범위에 대해 엄격한 열거주의를 취하고 있다. 연방건설법전은 제85조에서 공용수용이 허용되는 경우를 ①지구상세계화에 상응하여 어떤 토지를 이용하려고 하거나 또는 그러한 이용을 준비하려고 하는 경우, ②지구상세계화지역에는 포함되지 않지만 이미 건축된 지역과 상관관계가 있는 지역에 놓여 있는 미건축토지나 미미하게 건축된 토지를 건축법상의 규정에 따라 이용하려고 하거나 또는 그러한 건축의 이용을 제공하려는 경우, ③대체지 보상을 위해 토지를 조달하려고 하는 경우, ④공용수용으로 박탈된 권리를 새로운 권리로 대체하려는 경우, ⑤소유자가 건축법상 의무를 이행하지 않아 건축이용을 위한 토지를 이전하려는 경우, ⑥보존조례의 효력범위 내에서 건축 시설물을 보존하려고 하는 경우 등으로 열거하고 있다. 이러한 공용수용이 허용되는 사업에 대한 독일의 입법태도는 우리와 차별된다. 이들 규정을 통해 독일에서 수용목적은 계획적 토지이용의 실현과 결부되어 있고, 이를 명문으로 규정하여 수용을 엄격하게 하고 있는 특징을 보이고 있는 것이다.⁶²⁾

우리나라의 공용수용 절차에 있어 핵심적인 절차는 사업인정절차라 할 것인데, 독일의 수용제도에 있어 사업인정은 이미 그 전 단계인 도시계획의 수립 시에 이루어지고 별도의 사업인정 절차를 두고 있지 않다.⁶³⁾ 우리나라는 도시계획이 독일의 도시계획과는 달리 충분히 구체적이지 않아서 토지의 수용을 위해 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조에 따라 사업인정절차를 따로 거쳐야 한다. 이를 통해서 사업시행자는 수용권한을 부여받게 되고, 사업인정 단계에서 행정청은 당해 사업의 공공성 여부를 심사받게 된다.⁶⁴⁾ 그러나 독일은 지구상세계화의 수립과 확정 당시에 공공성을 충분히 심사하도록 하고, 이에 따라 수립된 도시계획의 공공성을 개별사업 인정 절차를 통해 다시 심사할 필요가 없도록 하고, 만약 어떠한 도시계획이 도시의 건전한 발전이라는 공익성을 가지고 있지 않다고 판단되는 때에는 행정소송을 통해 해당 계획에 대해 다툴 수 있도록 하고 있다. ⁶⁵⁾

61) 강현호, 앞의 논문, 265면.
 62) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 63) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 64) 대법원 1992. 11. 13. 선고 92누596 판결.
 65) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

(2) 공용수용의 허용요건 : 수용 전 협의

건설법전 제87조 제1항은 수용은 개별적인 사안에 있어서 공공복리를 위해서 공용수용이 필요하고, 공용수용의 목적이 이외의 다른 방법으로 달성될 수 없을 경우에만 허용됨을 규정하고 있다. 그러나 공공복리는 불확정 개념으로서 결국 관련 공익과 사익을 이익 형량하여 결정될 수 있다.⁶⁶⁾ 또한 공공복리의 '필요성'과 관련하여 연방행정법원은 이를 중요하고도 긴급한 공공의 이익이 요구되는 경우로 해석하였다. 또한 건설법전 제87조 제2항은 수용신청의 전제요건으로 협의취득의 노력을 규정하고 있는데, 이에 따르면 사업시행자는 수용신청 이전에 토지소유자에게 받아들여질 수 있는 상당한 조건을 제시하고 토지를 협의·취득하도록 진지하게 노력하여야 함을 규정하고 있다. 이러한 협의취득의 진지한 노력이 없는 경우 수용은 허용되지 않으며, 따라서 협의취득 노력은 수용의 허용요건이 된다. 이러한 수용신청 전 협의는 우리의 사업인정 후 협의와 유사하다, 즉 우리와 독일 모두 협의를 수용제결에 앞서 행하는 전치주의를 취하고 있다. 다만, 우리의 경우 보상시기 및 방법 등에 대해 사업시행자가 토지소유자에게 일반적으로 통지하는 방식을 취하는 반면, 독일의 경우 상당한 조건을 갖춰 토지소유자에게 청약을 할 것을 요구하는 실질적 전치주의에 해당한다. 또한 우리의 경우 협의의 법적 성질을 공법상 계약으로 보는 반면, 독일의 경우 전형적인 사법상 계약으로 본다.⁶⁷⁾

또한 수용신청자는 수용 토지를 적절한 기간 내에 수용목적에 위해 사용할 것을 보장하여야 하며(건설법전 제87조 제2항 제2문), 그렇지 않을 경우 해당 수용 결정은 철회될 수 있다(건설법전 제102조).⁶⁸⁾

4) 프랑스의 공용수용에서 공익성 판단

공용수용은 공익상의 용도가 분명한 경우, 즉 공익성(utilité publique)이 인정되는 경우에만 실시될 수 있다. 달리 표현하자면 공익성이 있는 즉 공공필요가 인정되는 경우에는 언제든지 수용이 가능하다. 따라서 공익성은 수용의 정당화 사유이자 한계이다.⁶⁹⁾ 초기에 매우 제한적이었던 이 '공익성' 개념은 공물이 풍부해지고 공공토목사업이 많아짐에 따라 공공서비스(service public)와 공익(intérêt général)의 두 개념을 반영하면서 입법과 판례에 의해 확대되어 왔다.⁷⁰⁾

(1) 입법에 의한 확대⁷¹⁾

수용을 필요로 하는 공익사업에 큰 변화가 있었다. 비위생적인 건물의 철거를 위한 공용수용을 허용한 1902년 2월 15일자 법률⁷²⁾이나 구획정리 목적을 촉진한 1941년 3월 9일자 법

66) 석종현(2003), 「손실보상법론」, 삼영사.
 67) 송동수, 앞의 논문.
 68) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 69) 박균성(2006), "프랑스의 공용수용법제와 그 시사점", 「토지공법연구」, 30 : 168.
 70) 오승규(2018), "프랑스법상 공용수용과 보상에 관한 고찰과 시사점", 「토지공법연구」, 81 : 65 - 84.
 71) 이하 오승규(2018), 위의 논문 참조.

물⁷³⁾이 있었지만, 오랫동안 수용은 특정의 개별적인 성격의 사업을 위해서만 인정되었었다. 그러나 1953년 토지법에서 주택건설 및 지역개발을 위한 수용을 인정하면서, 1953년 이후 주택의 건설이나 도시계획과 관련하여 집단적인 사업을 위한 수용이 인정되게 되었다. 최고행정법원 역시 이에 부응하여 1954년에 도시재개발을 위한 포괄적인 수용을 인정하였고,⁷⁴⁾ 도시계획사업의 시행에 따라 대규모 수용이 행해지게 되었다. 장래의 공용 사용을 위한 토지의 취득도 그것이 공공필요성을 갖는 경우에는 수용의 대상이 되었다. 이러한 가능성은 수용대상건물의 지정을 위한 수용청원을 허용한 1967년 12월 30일의 토지정책법률(loi d'orientation foncière)⁷⁵⁾에 의해 명문으로 인정되었다. 도시계획법전 법률 제221-1조도 이를 인정하고 있다. 도시계획법전 법률 제221-1조는 국가 또는 지방자치단체가 대도시권의 확장, 자연공간의 정비, 신도시의 개발, 도시재개발 및 마을의 정비를 준비하기 위해 토지를 확보할 필요가 있는 경우에는 수용의 방법에 의해 부동산을 취득할 수 있도록 허용하였다. 빈민굴의 해소를 예정한 1970년 1월 10일자 법률도 마찬가지다.⁷⁶⁾

(2) 관례에 의한 확대

과거에 프랑스 행정법원은 수용의 공공필요를 판단함에 있어서 수용을 하고자 하는 사업이 그 자체로써 공공필요를 실현하는지 여부만을 심사하여 판단하였고, 수용으로 인한 이익과 불이익의 형량을 하지 않았다. 또한, 관례는 공익사업의 구체적인 내용, 특히 수용할 토지의 선택 자체에 대한 심사를 거부하였다. 공익사업의 구체적인 내용에 관한 것은 행정기관의 재량에 속하는 것으로 함목적성의 문제에 불과하며 적법성의 문제가 아니라고 보는 것이 일반적인 관례의 태도였다. 다만, 권한의 남용을 판단함에 있어서 공익사업의 구체적인 내용이 심사될 수 있다고 보았다.⁷⁷⁾

관례는 수용을 할 수 있는 사업이나 이익을 점차 확대하여 갔다. 초기에 공공필요는 공물(domaine public)의 구성과 공공토목공사(travaux publics)를 실현하기 위한 공공시설(도로, 교량과 같은 기간시설)의 건설만을 위하여 인정되었다. 19세기말부터는 공역무(service public)의 사상이 공공시설의 건설을 대신하여 수용을 정당화하는 사유가 되었다. 이때부터는 공역무(교육, 위생, 문화, 대중교통, 수도 등)의 운영을 위하여 필요한 경우에는 수용이 적법하게 행하여지게 되었다. 그런데, 국가의 직무의 확대와 국가의 개입방식의 다양화로 공역무 개념은 공역무보다 덜 엄격한 개념인 공익(intérêt général)이라는 개념에 의해 대체되었다.⁷⁸⁾ 이에 따라 공익의 달성을 위하여 필요한 경우에는 공공필요가 인정되게 되었다. 또한, 어떠한 공익사업이 직접적으로 공익을 실현하는 것은 아니지만 공익과 일정한 관련이 있다고 여겨지는 경우에도 공공필요성이 인정될 수 있고, 사적인 이익의 달성을 목표로 한 사업이 결과적으로 공익을 충족할 수 있다면 그 사업에 대해 공익성을 인정해주는 경우도 있게 되었다. 국가

또는 지방자치단체의 재정상 이익만으로는 수용의 공공필요가 있다고 할 수 없으나, 공익의 달성이 수용의 주된 또는 결정적인 이유이고, 재정상 이익이 공익과 함께 부수적으로(accessoirement) 추구되는 경우에는 공공필요가 인정될 수 있다. 1918년 11월 6일 법률처럼 공익사업의 효율적인 수행을 위하여 공익사업에 필요한 토지에 한정하지 않고 구역(zone) 전체를 수용하는 구역수용제도를 인정하는 경우도 있다.⁷⁹⁾

(3) 공익상 개념의 한계

확대일로를 걸던 ‘공익성’ 개념도 주요 기본권 중 하나인 소유권에 대한 존중 필요성에 따라 그 한계에 대한 논의가 등장하게 되었다. 재정상의 목적(but financier), 사익(intérêt privé)의 추구, 기관사형(chose jugée)의 무력화 시도 등에 따라 공용수용을 하고자 하는 경우에는 직권남용으로 판단하여 공용수용을 제한하게 되었다. 종래에는 공용수용계획 그 자체에 대한 추상적(in abstracto) 심사만을 하였으나, 1971년의 획기적인 판결인 ‘Ville nouvelle Est 사건’⁸⁰⁾ 이후로는 비용-편익 종합평가이론(théorie dubilan coût-avantages)을 중심으로 비례성(proportionnalité)을 구체적으로 심사하고 있다. 이에 따라 공용수용에 따른 공사의 형량이 구체적 판단기준으로 자리매김하기 시작했다고 볼 수 있다.⁸¹⁾

3.2. 정당한 보상

1) 미국

미국의 수정헌법 제5조에서 정당한 보상을 규율하고 있는 바, 동 조항은 다음과 같이 규정하고 있다: “누구라도 ... 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이(without just compensation), 사유재산을 공공(公共)으로 수용당하지 아니한다.” 여기서 “정당한 보상”은 미국 법원의 관례와 학설에 근거하여 유지되어 왔는데, 관련 관례에 따르면 수용되는 재산의 일반적인 시장가치를 기준으로 충분하고 완전한 가액을 의미한다. 미국은 공익을 위해 계획된 사업으로 인하여 불공정한 손실을 입지 않도록 그들에게 공정하고 균등한 대우를 할 수 있는 통일된 기준을 정립하기 위하여 “표준이주지원 및 부동산취득정책법(Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act)”을 제정하였다.⁸²⁾

2) 일본

79) 오승규(2018), 앞의 논문.

80) 이 사건은 정부가 Lille시의 동부에 복합 대학 캠퍼스와 신도시를 건설하기로 1966년에 결정하면서 시작되었는데, 이 계획은 88개의 기존 건물을 철거하기로 되어 있었다. 최고행정법원(Conseil d'État)은 당해 계획의 공익성을 인정하여 이해관계인들의 청구를 기각하면서, 공익성의 판단은 그 계획의 전체를 비추어 보아 사소유권, 비용, 사회질서에 미치는 불편함 등이 그 사업의 시행으로 가져오는 이익을 능가하지 않는 경우에만 인정될 수 있다고 판시하였다.

81) 오승규(2018), 앞의 논문.

82) 정하명(2010), “토지수용제도의 발전적 개선”, 『토지공법연구』, 50 : 168.

72) Loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique.

73) Loi du 9 mars 1941 sur la reorganisation de la propriété foncière et le remboursement.

74) C.E. 17 dec. 1954, Perego.

75) Loi n. 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière.

76) 오승규(2018), 위의 논문.

77) 오승규(2018), 위의 논문.

78) 박균성(2006), “프랑스 행정법상 공익개념”, 서울대학교 법학, 47(3) : 34.

일본 헌법 제29조는 “① 재산권을 침범해서는 안 된다. ② 재산권의 내용은, 공공의 복지에 적합하게 법률로 정한다. ③ 사유 재산은, 正當한 補償(正當な補償) 아래, 공공을 위해서 이용 할 수 있다.”라고 규정하여, 일본 헌법에서도 정당한 보상이라고 규정하고 있다. 일본 토지수용법 제71조에서는 다시 이를 ‘인근유사토지의 정상적인 거래가격을 고려하여 산정한 상당한 가격’으로 규정하고 있고, 보상기준요강 제7조 제1항은 ‘정상적인 거래가격으로 보상’토록 규정하고 있다.

특히, 개발이익을 정당한 보상의 범위에 포함되는 것으로 보는 것이 특징이다. 철도, 도로 등의 건설이 예정됨으로써 토지의 거래가격이 양등한 경우에 그 가격상승상당분 즉, 개발이익을 보상하여야 하느냐 여부에 대하여는 명시하고 있지 않으나, 개발이익은 토지소유자 일반이 받는 것이므로 피수용자에게만 이를 부정할 이유는 없고, 양등한 경우에는 그 가격상승이 투기적인 것이 아니고, 정상적인 거래가격으로서 형성되어 있는 한 그 가격을 보상하여야 한다고 한다. 일본에서는 이렇게 개발이익을 배제한 금액으로 보상할 경우에는 평등원칙·공평부담원칙의 관점에서 보아 문제가 되고 위헌의 소지가 있는 것으로 보고 있다. 또한, 공공사업이 예정됨에 따라 주변의 토지가격이 상승하는 경우에는 투기적인 것이 아닌 한, 매수하는 토지에 대하여도 공평의 견지에서 그 상승상당분을 포함한 가격에 의하여 보상하여야 하고, 사업인정고시가 있기까지 토지가격이 상승한 경우 이것이 수용목적인 공공사업의 시행이 예정됨으로 인하여 상승한 경우라도 이를 포함하여 보상하여야 한다. 피수용자 측에서 보면 수용되지 않는 자는 공공사업에 의하여 개발이익을 받는데 대하여, 피수용자는 그러한 이익을 받을 수 없다는 것은 불공평하게 되므로, 공평부담의 원칙에서 개발이익이 포함된 보상을 받는 것은 당연하다고 보고 있는 것이다.⁸³⁾

3) 프랑스

1789년 프랑스 인권선언 제17조는 “재산권은 신성하고 불가침한 권리이므로, 합법적으로 확인된 공공필요가 이를 명백히 요구하고 정당한 사전보상이 전제되지 않는다면, 어느 누구도 이를 박탈당하지 않는다”라고 규정하면서, 공용침해로 타인의 재산권을 수용하는 경우에 정당한 사전보상(une juste et préalable indemnité)을 하여야 하는 것으로 보고 있다. 이러한 규정은 현재에도 헌법적 효력을 가지는 것으로 평가되고 있다.⁸⁴⁾

4. 공용수용 관련 법·정책 개선 방안

4.1. 공용수용 절차의 보완

현행 공용수용절차는 이해당사자들에게 대한 의견 개진 기회, 절차적 참여권의 보장, 정보 및 절차에 대한 접근권, 사법 액세스권 보장 측면에서 보완이 필요하다.

83) 강현호, 앞의 논문, 262면.
84) 강현호, 앞의 논문, 263면.

1) 사법액세스권

(1) 관련 규정

토지수용법은 중앙토지수용위원회의 재결처분에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 건설교통부장관의 사업인정 처분에 대한 이의 신청이나 행정소송에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그러나, 사업인정의 고시로서 수용목적물의 범위가 확정되고, 토지의 보전의무가 발생하는 등의 구체적인 효과를 가져오므로 사업인정은 독립된 행정처분으로 행정심판 및 행정소송의 대상이 된다.⁸⁵⁾ (93누24230)

(2) 관련 실무와 판례

사업인정과 공용수용은 선행행위와 후행행위가 서로 일련의 절차를 구성하고 하나의 법률효과의 발생을 피하고 있는 경우로 기존의 판례의 입장에 따르면 하자의 승계가 인정되어야 할 것이다. 그러나 최근의 판례는 사업인정과 수용제결간에 목적이 동일하지 않다는 이유로 하자 승계를 인정하지 않고 있다(94누13572, 95누13241).

(3) 문제점 및 개선 방안

사업인정과 같은 잠정적 결정에 대해 위법성을 다투지 못하였다고 해서, 그 위법 사유를 중 국적인 행정결정에 대한 다툼에서 제기하지 못하게 하는 것은 타당하지 않다.⁸⁶⁾ 사업인정의 요건, 사업인정절차, 사업인정결정의 내용 및 효력에 관한 규정을 신설하고, 수용제결에 관한 조항 역시 요건 및 내용, 재결사항 및 수용제결의 효력 등에 관한 규정을 신설, 보강하는 입법적 개선이 요구된다.⁸⁷⁾

2) 정보 및 절차 접근권

(1) 관련 규정

앞서 2.1.장에서 살펴본 바와 같이 토지보상법 제20조에 따라 국토교통부장관은 사업인정을 하려면, 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 한다. 사업인정신청서 및 관계서류의 사본을 토지 등의 소재지를 관할하는 시장·군수·구청장에게 송부하여 관련 계시에 공고하고 일반이 열람할 수 있도록 하여야 한다(보상령 제11조).

이러한 절차를 정합은 관계기관과의 협의 및 의견 청취 등을 통하여 공익사업의 적정화를 기하고, 이해관계인의 절차적 참여를 통하여 사전적 권리구제를 도모하는 동시에, 사업인정을 처분성 있는 행정행위로 구성하여 수용절차 최초의 단계부터 독자적인 불복수단을 마련함으로써, 수용을 할만한 실질적인 가치가 없는 사업을 초기 단계부터 배제하고자 하는 의미가 있

85) 손성태, 53면.
86) 김해룡, 260면.
87) 김해룡, 258면.

다.⁸⁸⁾

(2) 관련 실무와 판례

토지보상법에 따르면 사업인정이 이루어진 후에야 이해관계자의 의견을 청취하도록 하고 있고, 여러 유원지 사건에서 보듯이 도시계획 절차에서도 도시관리계획이 행정청에 의해 일방적으로 결정된 후에 공고·공람절차를 통해서만 이해관계자들의 의견을 청취하도록 하고 있어 사실상 정보접근권이 형해화되어 있다.

만약 사업인정계획에 대해 알았다 하더라도 지역주민 등 이해관계자가 의견을 제출한다 하더라도, 제출된 의견이 사업추진과정에 실질적으로 반영되지 못하고 있다. “이러한 공익사업 추진과정에서 이해관계자의 의견을 들어야 한다고 한 취지는 그 사업인정 여부를 결정함에 있어서 소유자나 기타 권리자가 의견을 반영할 기회를 주어 이를 참작하도록 하고자 하는 데 있을 뿐, 처분청이 그 의견에 기속되는 것은 아니”(95누30)라는 것이 판례의 입장에 따라, 형식적이라도 의견수렴 절차를 운영하게 되면 의견 수렴 절차상의 하자로 처분이 위법하게 되는 경우는 사실상 전무한 실정이다.

(3) 개선 방안

독일의 계획확정절차⁸⁹⁾ 등을 참고하여 사업인정 단계에서 공익사업 추진과 관련한 정보 및 절차 접근권을 실질적으로 실현할 수 있도록 공론화 절차 등이 진행될 수 있도록 하는 등의 견수령과 공·사의 형량 절차가 제대로 운영될 수 있도록 할 필요가 있다. 이러한 사업인정 단계의 개선 방안에 대해서는 이하에서 자세히 살펴보도록 한다.

4.2. 사업인정 단계 - 공익성 판단 절차 강화

1) 공용수용에서 공익성 판단

(1) 헌법

헌법 제23조는 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”, 제2항에서 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”, 그리고 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 우리 헌법은 사유재산권의 보장, 즉 모든 국민에게 재산권을 자유롭게 사용·수익·처분할 수 있는 권리가 있음을 보장하는 것을 대원칙으로 하고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하고 있는 요건을 갖추어 야만 예외적으로 허용한다는 것을 명백히 밝히고 있다.⁹⁰⁾

88) 손성태, 제40면.

89) 독일은 연방철도법, 연방수로법, 연방도로법 등과 같이 특정한 거대시설물을 건설계획하기 위한 행정청의 중 국적 결정(행정처분)을 도출하는 정식의 절차로 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)를 운영하고 있다.

(김해룡, 앞의 논문, 246면).

90) 헌법재판소 92헌바14 결정.

한편, 헌법 제37조제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로 제한할 수 있다는 소위 일반적 법률유보를 규정 하고 있다. 우리 헌법이 이러한 일반적 법률유보 조항을 두고 있음에도 제23조제3항을 통해 공용수용에 대해서는 특별히 개별적 법률유보 조항을 두어 다른 기본권 제한과 차별화함과 동시에, 여기에 ‘공공필요’를 공용수용의 대전제로 추가한 이유는 공용수용은 헌법 제23조제1항에서 확인하고 있는 사유재산권 보장에 대한 중대한 침해, 즉 사유재산권에 대한 공권력적, 강제적 박탈을 의미⁹¹⁾하기 때문일 것이다.⁹²⁾

(2) 공용수용에서 공공필요성 판단의 중요성

우리 헌법이 공용수용은 공공필요성이 인정되는 제한된 범위에서, 공공필요성이 인정되는 경우에도 입법형식은 법률로 하라고 규정하고 있고, 법률은 그것이 어떤 것이든 헌법에 위반되어서는 안 되는 것이므로 공용수용을 법제화하는 경우에는 공용수용의 원인이 되는 사업이 ‘공공필요’를 충족하는 대상이어야 한다는 당연한 전제에서, 실제 공용수용으로 가는 모든 법적 단계에 공공필요성이라는 요건이 일관되게 지켜지도록 각별히 주의할 필요가 있다.⁹³⁾

(3) 공익사업의 공익성을 판단하는 기준

가) 공공필요

(가) 비례성 원칙과 동일하다는 견해

공공필요한 공공이익을 위한 일정한 공익사업을 실현하거나, 국가안전보장·질서유지 등의 공익목적 달성을 위해 재산권의 수용이 불가피한 경우를 말한다. 공용수용에 있어서 공공필요는 그 재산권 침해의 적법성을 정당화하는 실질적 근거이자 한계를 이루고, 공익사업의 성립요건에서 요구하였던 공익목적에의 지향만이 아니라, 특정의 공익사업이 사실상 공공필요를 실현하는데 봉사했는지를 심사하여 그 적법 여부를 판단하기 위한 요건이 된다. 구체적인 사안에 있어 특정 사업이 공공필요를 충족하였는지를 판단함에 있어서는 수용을 통해 기대되는 공익과 피수용자의 재산권보호에 관한 이익을 비교 형량하여 엄격히 해석해야 한다. 재산권 수용을 정당화하는 공공필요의 요건이 존재하는지 여부를 판단하는데 있어서 비례성 원칙이 하나의 척도가 된다.⁹⁴⁾

(나) 공공성과 필요성이라는 두 가지로 구성되었다는 견해

공용수용에 있어서 공공필요는 사업의 ‘공공성’과 ‘필요성’이라는 2가지 요소로 구성되어 있다. 사업의 공공성이 인정된다고 하여 공용수용이 허용될 수 있는 것이 아니며, 공익을 위해

91) 헌법재판소 2011헌바129 결정.

92) 이상수(2016), “공용수용 법제에서 공공 필요성 요건 강화를 위한 제언”, 『법학연구』, 57(4) : 55 - 81.

93) 이상수, 앞의 논문.

94) 류하백(2009), “토지수용에 있어 공익사업 강제제 규정의 위헌성”, 『토지공법연구』, 44 : 4.

사익의 회생을 요구하는 현실적 필요성이 추가적으로 충족되어야 한다.⁹⁵⁾ 공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 공익사업의 범위는 공용수용에 대한 법률유보원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공익에 도움이 되는 사업이라도 공익사업으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용에 있어서 공익성을 지닌 사업이라 할 수 없다. 공용수용에 있어서 ‘필요성’은 목적물의 공익사업에의 적합성과 목적물 취득의 보충성 및 목적달성에의 필요최소성을 내포하는 개념이다.⁹⁶⁾

(다) 고양된 공익이라는 견해

공공필요는 단순히 공익이나 국가의 이익 이상의 중대한 공익으로서 특정한 공익사업과 관련하여 특정한 내지 특정집단에 대한 재산권 침해가 불가피한 ‘고양된 공익’ 개념이다.⁹⁷⁾ 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’는 헌법 제37조 제2항의 ‘국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리’ 개념보다 협의의 개념이며, 공공필요를 충족하기 위해서는 특별히 공용수용에 부수되는 특유한 정당화 근거가 요청된다.⁹⁸⁾

(라) 헌법재판소의 판단

헌법재판소에 따르면 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는바, ‘공익성’의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용 접근 가능성도 아울러 고려하여야 하고, ‘필요성’이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.⁹⁹⁾고 하면서, 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙과 과잉금지 원칙 등의 판단기준을 제시하고 있다.

나) 비례의 원칙

개별사업이 공익사업으로 인정되기 위해서는, 당해 공익사업으로 인한 공익이 사익보다 우월한 공익성을 인정받아야 하며, 이로 인한 이익은 국가와 그 구성원인 불특정의 국민들이 향유할 수 있어야 한다.¹⁰⁰⁾ 이러한 공익성의 우월은 공공필요와 같은 개념으로, 그 판단은 헌법상의 기본원리의 하나인 비례원칙에 의해서고 있다. 대법원은 “비례의 원칙(과잉금지의 원칙)이란 어떤 행정목적의 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최

소 침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.”고 판시하고 있다.¹⁰¹⁾ 헌법재판소는 위헌법률심사시 법률의 위헌 여부를 판단하는 심사기준으로서 비례원칙은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 그 내용으로 실시하고 있다.¹⁰²⁾ 또한 헌법재판소는 “공용수용은 ① 헌법 제23조 제3항에 의하여 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, ② 수용과 그에 대한 보상은 법률에 의거할 것, ③ 정당한 보상을 지급할 것 등의 요건을 모두 갖추어야 한다.”고 명시하고 있다.¹⁰³⁾

다) 국토교통부 공익성 검토기준

국토교통부장관은 공익사업인정(혹은 사업인정 의제)을 위한 공익성 검토기준을 아래와 같이 제시하고 있다.

[표 2] 공익사업인정을 위한 국토교통부 공익성 검토기준

사업인정 요건	공익성 판단기준(항목)
법령상 전체	토지보상법 제4조 각호 및 별표에 규정된 사업에 해당하는가?
	개별법에서 정한 수용제결의 신청요건을 갖추었는가?
시행자 의사와 능력	사업을 수행할 정당하고 적극적인 의사를 보유하고 있는가?
	사업을 수행할 충분한 능력을 구비하였는가?
입법목적 부합성	법령 목적, 상위계획·지침, 절차 등에 부합하였는가?
	영업이 수반되는 사업의 경우 대중성·개방성이 있는가?
공익 우월성	사업으로 얻게 되는 공익이 사업으로 잃게 되는 이익보다 우월하다고 볼 수 있는가?
사업계획의 합리성	구체적이고 합리적인 계획이라 볼 수 있는가?
수용 필요성	수용방식으로 사업을 수행할 필요가 있는가?
	수용 대상 및 범위가 적정한가?
공익지속성	사업의 정상 시행 및 완공 후 지속적 공익 관리가 가능한가?

(출처: 중앙토지수용위원회 홈페이지)¹⁰⁴⁾

(4) 공익사업법의 공익성 판단기준과 사업인정

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘공익사업법’)에서는 공용수용의 강제권을 부여할 수 있는 ‘공익사업’의 목적, 종류, 대상과 공용수용 절차에 관한 규정이 있다. 공익사업법의 제정 취지는 “공익사업에 필요한 토지의 수용과 사용에 관한 사항을 규정하여 공공복리의 증진과 사유재산권과의 조화를 도모하려는 것(동법 제1조)”이다. 공익사업이란 제 4조 각 호에 해당하는 사업을 말하는데, 국방·군사에 관한 사업, 도로·하천·제방과 관련한 사업, 주택건설·학교·산업단지 조성 등과 같은 전통적인 공익사업을 열거하고 있다.

95) 정찬우(2014), “사인의 토지수용권에 관한 고찰”, 『법학연구』, 11(2) : 97.

96) 김연태(2007), “공공수용의 요건으로서 ‘공공필요’”, 『고려법학』, 48.

97) 정남철(2006), “사인을 위한 공용수용의 위헌성 판단”, 『헌법논총』, 17 : 382.

98) 김성수(1997), “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 제명”, 『고시계』, 11.

99) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129, 172 전원재판부 결정.

100) 정기상(2014), “사업인정의제의 허와 실”, 『법경제학연구』, 11(2) : 171 - 199.

101) 대법원 91다29927 판결.

102) 헌법재판소 93헌바29 결정.

103) 헌법재판소 95헌바22 결정; 93헌바12 결정.

104) 중앙토지수용위원회, <http://oclt.molit.go.kr/intro.do>

한편 공익사업법상 "사업인정"이란, 공익사업을 토지 등을 수용하거나 사용할 사업으로 결정하는 것¹⁰⁵⁾으로서, 사업시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다. 따라서 해당 사업이 공익사업에 해당한다고 하더라도 사업인정기관은 해당 공익사업으로 인하여 취득되는 공익과 상실되는 사익 또는 공익을 정당하게 비교, 교량하여 그 사업이 수용·사용할 만한 충분한 공익이 있는 경우에 한하여 사업인정을 하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 헌법재판소는 "사업인정이란 특정한 사업이 토지수용을 할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하여 사업시행자에게 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 특정한 재산권의 수용권을 설정하는 행정행위이며, 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업을 결정하는 것을 말한다."고 판시하고 있다.¹⁰⁷⁾

2) 공익사업의 사업인정 의제

(1) 공익의 확장과 경계

공익 또는 공익성이란 대표적인 불확정 개념으로 정치, 경제, 사회적 상황에 따라 변화하는 개념이다. 복지 지향적 현대사회는 다양한 공공서비스의 수요가 발생하고 있으며 그 실현 형태는 공익사업의 시행으로 제공되고 있다. 전통적인 공익사업인 국방, 도로, 항만 및 사회간접자본의 설치를 위한 공익사업과 산업화 시기 과도한 도심 집중화에 따른 택지 및 주택문제 해결을 위한 택지조성 사업 등은 이미 우리에게 익숙한 공익사업이다.¹⁰⁸⁾

그러나 최근 국민의 소득수준이 높아지고 다양한 형태의 여가, 문화를 즐기게 됨에 따른 사회적 필요에 따라 국민의 건강증진과 여가선용을 위한 체육시설 또는 관광단지 조성사업까지 공공필요의 영역이 넓어지고 있다. 특히 사인을 위한 수용이 인정됨에 따라 공익은 상당히 넓은 개념이 되고 있다. 오늘날 공공필요는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리와 함께 국가 또는 지역경제상의 이익도 포함하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이러한 공익성의 확장은 그 반대 개념으로서의 사익 추구 측면에서 보면 공익의 확장으로 인한 사익의 침해 또는 사익의 제한이 확대되는 것을 의미한다. 현대사회에서 공익과 사익은 동위 관계에서 조화를 이루어야 함은 당연한 사실이다. 하지만 삶의 질 향상에 따른 다양한 형태의 합리적이고 공익적인 토지이용이 요구되는 반면, 국민의 권리 의식이 향상되고 집단적, 지역적 이기주의가 표면화됨에 따라 공익과 사익은 첨예하게 대립되는 경향을 보이고 있다.¹¹⁰⁾

따라서 공익성 확장의 경계는 공익을 실현하기 위한 사익의 제한과 이로 인해 발생되고 있는 공익과 사익의 갈등이 발생하는 그 부분을 의미한다. 결국 공익성 확장의 경계는 공익과 사익이 충돌하고 그에 따른 사회적 갈등이 발생하는 것이므로 이에 대한 공익과 사익간의 조정을 필요로 하게 된다. 양자 간 조정은 공익을 위한 침해를 인정한다 하더라도 그로 인해 불

이익이 발생하는 경우 어떠한 방법으로든지 구제하는 것을 의미한다.¹¹¹⁾

(2) 사업인정 의제의 특례

가) 사업인정 의제의 개념

사업인정 의제란 개별 법률들이 각각의 법률에 따른 인·허가 절차상 개발계획승인, 실시계획승인, 조성계획승인 등이 있을 경우 공익사업법에서 정하는 사업인정의 절차가 있음에도 불구하고 당해 사업추진을 위한 개별 법에서 사업인정이 있는 것으로 의제하는 것을 말한다. 사업인정이 있게 되면 사업시행자는 수용권 및 사업대상지 조사권을 갖게 되며, 피수용인은 그에 대한 목적물의 보존과 수인의무 및 사업시행자에 대한 수용제결신권권이 발생한다. 사업인정 의제는 각 개별법에서 사업인정 절차에 준하는 절차를 이행하였을 경우 이중적인 절차를 되풀이하므로 인한 행정력의 낭비를 막기 위한 취지에서 도시계획법에 의해 처음 도입되었다.¹¹²⁾

사업인정은 공용수용절차의 제1단계로 국토해양부장관이 국가를 대신하여 행하는 국가행위¹¹³⁾로써 앞서 살펴본 것처럼 당해 사업으로 인해 얻어지는 공익과 그로 인해 상실되는 사익을 비교형량하여, 달성되는 공익이 상실되는 사익에 대해 최소한 같거나 그 이상일 경우 사유재산에 대한 최소 침해의 원칙에 따라 제한적으로 사유재산을 공용수용할 수 있는 권한을 부여하는 형성행위이며 처분이다.¹¹⁴⁾

나) 사업인정 의제된 공익사업의 특례

(가) 공익성의 인정

헌법 제23조 제3항은 공공필요가 있는 경우에 한해 제한적으로 수용 등을 인정하고 있으며 이는 공익성이 확보되지 아니한 사업은 공익사업이 아니며 그에 따른 수용은 위헌이라고 명시하고 있다. 공익성이 우월하다는 것은 당해 사업으로 인해 얻어지는 공익성이 그로 인해 침해되는 사익보다 더 크다는 것이고 이것은 사업인정 절차를 통해 공·사익 간의 비교형량을 거쳐서 나오는 결과인 것이다. 결국 사업인정은 당해 공익사업의 공익적 우월성을 공식적으로 인정하는 효과를 가지며, 이에 따라 사익의 침해는 사회적으로 감수해야 할 범주 내로 구속되게 된다.

이러한 사업인정이 가지는 공·사익 간의 비교형량을 통한 우월한 공익성의 인정은 사업인정 의제되는 공익사업에도 그대로 적용된다. 개별법에 의한 인·허가 또는 개발계획승인, 실시계획승인 등의 제반 절차에서 일부 공·사익 간 비교형량이 전혀 없지는 않다. 그러나 이것만으로는 충분하다 할 수 없을 것이며, 특히 헌법이 규정하고 있는 공공필요와 이를 구체화한 공익사업법에 따른 사업인정 절차를 통한 공·사익 간의 비교형량이 충분히 이행되지 못했음에도

105) 공익사업법 제2조 제7호.

106) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결.

107) 헌법재판소, 2007. 11. 29. 선고, 2006헌바79 결정.

108) 김기영, 김갑열(2012), "공익성 확장의 경계에 위치한 공익사업과 사업인정 의제", 「대한부동산학회지」, 30(1) : 341 - 361.

109) 박균성(2003), 「행정법론(상)」, 박영사.

110) 김기영, 김갑열(2012), 위의 논문.

111) 성소미(2000), "현행 토지공법에 있어서 공익과 사익의 조정에 관한 법실증적 연구", 박사학위논문, 단국대학교.

112) 류지태, 노병철(2006), 「감정평가 및 보상법규」, 회경사.

113) 류지태, 노병철(2006), 위의 책.

114) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결.

불구하고 사업인정 의제 제도를 통해 당해 사업은 공익사업이 가지는 공익적 우월성을 가진다.¹¹⁵⁾

(나) 사업인정 절차의 특례

앞서 살펴본 바와 같이 사업시행자가 사업인정을 받기 위해서는 국토교통부장관에게 사업시행자의 성명과 주소, 사업의 종류 및 명칭과 사업예정지를 나타내는 사업계획서 및 도면, 사업인정 신청사유 및 수용 등을 할 토지의 세목(토지 외의 물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 경우에는 당해 물건 또는 권리가 소재하고 있는 토지의 세목)을 기재한 서류 등을 포함하는 사업인정신청서를 제출하여야 한다. 또한 사업인정신청을 받은 국토해양부장관이 사업인정을 하고자 할 때에는 관계 중앙행정기관의 장 및 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사와의 협의하여야 하며, 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 관한 이해관계가 있는 자의 의견을 청취하여야 한다. 즉, 사업인정이 신청되면 국토해양부장관은 당해 사업의 시행계획, 법적 근거, 사업에 필요한 토지 등의 세목 및 사업의 필요성과 효과 등에 대해 중앙행정기관의 장 또는 광역자치단체장과 협의하고, 또한 사전에 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 관하여 이해관계가 있는 자들로부터 의견을 청취하는 절차를 거쳐야 한다.

이러한 절차는 당해 공익사업과 관련된 공익과 사익을 비교衡量하는 절차적 과정이며 의견청취를 통해 공·사익 간의 조정이 이루어지는 실질적인 효과가 있다. 그러나 사업인정 의제된 공익사업은 개별법이 정하는 일정한 인·허가 또는 승인절차에 따라 사업인정 절차가 생략되거나 그 효력은 동일하게 가지게 된다.¹¹⁶⁾

(다) 재결신청 기간의 특례

공익사업이 사업인정을 거치게 되면 그 효과로 수용권을 가지게 된다. 토지 등을 수용하기 위해서는 관할 재결위원회에 재결을 신청하여야 하며, 공익사업법 제28조¹¹⁷⁾는 재결신청 기간을 사업인정고시가 있는 날부터 1년 이내로 규정하고 있다. 재결신청 기간을 별도로 규정하는 것은 공익사업의 조속한 추진 및 토지 등의 소유자에 대한 재산권 제한 기간이 지나치게 늘어남을 막는 효과를 동시에 지닌다.¹¹⁸⁾

그러나 사업인정 의제된 사업은 개별법에서 예외 없이 재결신청기간을 사업시행기간대로 정하고 있다. 이는 사업마다 각기 다른 사업시행기간에 관계없이 사업시행자는 언제든지 재결신청을 할 수 있고, 이에 따라 공익사업이 사업시행자의 사정으로 인해 상당기간 길어지고, 토지 등의 소유자가 받는 재산권의 제한기간 역시 길어지는 부작용을 초래하게 된다.¹¹⁹⁾ 공익사업

법 제30조¹²⁰⁾는 토지 등의 소유자가 사업시행자에게 재결신청을 청구할 수 있고 이를 받은 사업시행자는 60일 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하여야 하나 이는 협의의 거절을 경우에만 적용되므로 사업인정 의제된 이후 원천적으로 지연되는 공익사업에 해당되지는 않는다.¹²¹⁾

그리고 개별법상 사업인정 의제가 있다. 그 형태는 크게 예정지구 지정·고시를 사업인정으로 의제하는 형태와 실시계획승인을 사업인정으로 보는 경우의 두 가지로 나뉘고 있다. ‘택지개발촉진법’, ‘산업입지 및 개발에 관한 법률’, ‘국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법’, ‘신항정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법’ 등은 예정지구 지정·고시를 사업인정으로 의제하는 경우로써 이것은 개발사업으로 인한 지가상승분을 계획단계에서부터 배제하고자 하는 입법자의 의도에 따른 것이다. ‘경제자유구역 지정 및 운영에 관한 법률’, ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’, ‘도시 및 주거환경정비법’ 등은 해당 사업의 실시계획승인을 사업인정고시로 의제하고 있다.¹²²⁾

다) 사업인정 의제의 문제점¹²³⁾

사업인정은 당해 사업의 공익성을 구체적, 개별적으로 판단, 결정하기 위한 것으로 ‘공익사업법’은 관계기관과 협의 및 의견청취와 이해관계인의 의견청취 등의 절차적 참여를 규정함으로써 사전적 구제를 가능하게 하고 있다. 그러나 사업인정을 의제하고 있는 개별법에는 공익성에 대한 판단이나 결정 과정이 없고, 일부 개별법은 이해관계인의 의견청취 절차 등도 구비되어 있지 않다. 이러한 문제점들은 사업인정제도의 목적을 약화시킬 뿐만 아니라 행정편의에 의한 기본권 침해를 야기하는 결과가 초래되기도 한다.¹²⁴⁾

(가) 공익사업의 낱말

우리 헌법은 ‘공공필요’에 한하여 공용수용을 허용하고 있으나, ‘공공필요’는 불확정 개념으로 그 범위에 대하여는 다양한 견해가 전개되고 있다. 그러나 현대적 의미에서의 공익 개념은 상대적이며, 다원적인 것이므로 공익은 그와 경합하는 사익과의 관계에서 단지 상대적으로 우월할 뿐이며, 법적으로 실현되어야 할 이익이라 할 것이다.¹²⁵⁾ 헌법의 ‘공공필요’에 대하여

115) 김기영, 김갑열(2012), 앞의 논문.
116) 김기영, 김갑열(2012), 앞의 논문.
117) 제28조(재결의 신청)

① 제26조에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때(제26조제2항 단서에 따른 협의의 요구가 없을 때를 포함한다)에는 사업시행자는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.
② 제1항에 따라 재결을 신청하는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 수수료를 내야 한다.

118) 김기영, 김갑열(2012), 앞의 논문.
119) 김기영, 김갑열(2012), 앞의 논문.

120) 제30조(재결 신청의 청구)

① 사업인정고시가 된 후 협의가 성립되지 아니하였을 때에는 토지소유자와 관계인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 서면으로 사업시행자에게 재결을 신청할 것을 청구할 수 있다.
② 사업시행자는 제1항에 따른 청구를 받았을 때에는 그 청구를 받은 날부터 60일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하여야 한다. 이 경우 수수료에 관하여는 제28조제2항을 준용한다.
③ 사업시행자가 제2항에 따른 기간을 넘겨서 재결을 신청하였을 때에는 그 지연된 기간에 대하여 「소송촉진 등에 관한 특별법」 제3조에 따른 법정지체율을 적용하여 산정한 금액을 관할 토지수용위원회에서 재결한 보상금에 가산(加算)하여 지급하여야 한다.

121) 김기영, 김갑열(2012), 앞의 논문.

122) 유하백(2009), “토지수용에 있어 공익사업 강제계획규정의 위헌성”, 『토지공법연구』, 44 : 30.

123) 이하 국토교통부(2017), 「토지수용 대상 사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한 법제도적 개선방안 연구」.

124) 석종현 외 8인(2000), 「공공용지취득 및 손실보상제도 개선방안 연구(1)」, 건설교통부.

125) 송동수(2002), “독일에 있어 토지에 관한 공익과 사익의 조정 - 행정명령을 중심으로”, 『공법학회』, 16(1) : 47.

공익사업법 제4조는 공익사업이라는 형식으로 이를 규정하고 있다. 그런데 동법 제4조 제8호에서는 “이 법에 따라 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업은 제4조 또는 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없다.”라는 규정을 두어 타법에 의해 수용이 인정되는 사업도 ‘공공필요에 의한 공익사업’이 되는 비논리적인 형태로 이루어져 있다.¹²⁶⁾

현행 공익사업법은 당해 사업이 동법에 규정된 공익사업에 해당하더라도 국토교통부장관의 사업인정을 통해 수용가능 여부가 결정되도록 규정하고 있다. 그러나 공용수용이 가능한 개별법들은 개별법상의 목적사업의 지정고시나 실시계획승인고시가 있게 되면 공익사업법상의 사업인정으로 의제되고 있다. 따라서 사업인정 의제는 행정편의주의적인 수용권 남용의 우려가 있다. 또한, 개별법에서 사업인정 의제만으로 공용수용을 개시하는 경우, 새로운 공익사업을 임의적으로 추가하는 문제도 제기될 수 있다.¹²⁷⁾

한편, 우리 대법원¹²⁸⁾과 헌법재판소¹²⁹⁾는 “어떤 사업이 공익사업인가의 여부는 그 사업 자체의 성질에 의하여 정할 것이고, 사업주체의 여하에 의하여 정할 것이 아니다.”라고 판결한 바 있다. 이는 사인이 수행하는 사업이 사적인 이윤추구를 목적으로 하면서 부수적으로 공공복리의 증진에 기여하는 경우까지도 공용수용이 허용될 수 있다는 것을 의미한다. 공익사업이 남발될 우려가 있는 것이다.

(나) 사업인정절차의 결여

수용이 허용되는 개별법은 「공익사업법」 상의 사업인정절차 없이 개별법상의 절차에 따라 시행되는 예정지구 지정고시나 개발계획 승인고시 및 실시계획 승인고시 등이 사업인정으로 의제된다. 또한, 일부 개별법은 이해관계인의 의견 청취가 규정되어 있지 않은 경우도 있다.¹³⁰⁾ 또한, 사업인정이 의제된 개별법은 토지세목 고시를 사업인정고시의제에 포함하고 있지 않은 경우가 있어 토지소유자가 본인 소유토지의 수용대상 여부를 인지하기 어렵고, 토지소유자에게 사업인정 의제사실을 통지하지도 않으므로 토지소유자는 수용 사실을 알지 못하게 되는 결과를 초래하기도 한다. 따라서 사업인정의제서의 이러한 절차적 흠은 헌법이 보장하고 있는 재산권 보장(헌법 제23조)과 적법절차 보장(헌법 제12조)에 대한 침해로 작용한다고 할 것이다.¹³¹⁾

(다) 재결 신청기간의 장기화

공익사업법은 사업인정을 받은 후, 사업시행자와 토지소유자 및 관계인의 협의가 성립하지 않으면 사업시행자는 사업인정의 고시가 있는 날부터 1년 이내에 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고, 재결신청을 하지 아니한 때에는 사업인정고시가 있는 날부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정은 그 효력을 상실하게 함으로써 장기간동안 사유재산권이 침해받지 않도록

록 하고 있다.¹³²⁾

그러나 수용이 허용되는 대부분의 개별법은 “해당 토지 등에 대한 재결의 신청은 개별법의 개발계획에서 정하는 기간 내에 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 개별법에서의 개발계획 기간은 사업에 따라 다양하지만, 실시계획에서 정하는 사업시행기간이 실시계획승인고시(사업인정의제) 후 1년 이내에 완료된다고 보기는 어렵다. 따라서 이러한 재결신청기간의 장기화는 재산권자의 권리를 장기간 침해하는 결과를 초래하게 된다고 할 것이다. 또한 사업인정 고시로 형질변경금지 등의 행위제한이 가해지면 토지소유자가 적극적인 토지개발을 할 수 없고, 협의가 성립하지 않는다면 보상도 행해줄 수 없게 되어 재산권의 침해를 받게 되는 것이다.¹³³⁾

(라) 사업인정 의제에 대한 권리구제의 불합리

사업인정은 일정한 절차를 거칠 것을 요건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 행정처분에 해당하므로 항고소송의 대상이 된다.¹³⁴⁾ 그러므로 사업인정에 있어 이해관계인의 의견청취 결여 등 절차적 하자나, 사업인정 재량권이 일탈, 남용된 경우 등의 하자가 있다면 이를 대상으로 사업인정 취소소송을 제기할 수 있다.

사업인정 의제에 있어서도 행정소송 등의 절차를 통하여 권리를 구제받을 수 있다. 그러나 사업인정이 의제된 사업에 대한 통지가 없거나, 사업인정 의제고시에 토지세목 등이 포함되지 않는 경우에는 토지소유자가 본인 소유 토지가 사업인정이 의제된 사업에 편입되는지조차도 알지 못하는 등의 문제가 발생하고 있다.¹³⁵⁾ 이와 같은 문제는 사업인정의제되는 예정지구 지정고시나 실시계획승인고시 등에 대하여 이의제기가 가능하다는 것을 토지소유자에게 개별적으로 통지할 것 등을 규정하지 않은 개별법에서의 입법불비로 인한 것이다.¹³⁶⁾

(마) 사업인정 권한의 정당성 문제 발생

공익사업법상 사업인정은 국토교통부장관이 당해 사업의 공익성을 절차에 따라 판단, 결정하나 개별법에서는 공익사업법상 사업인정 권한이 없는 시도지사 또는 시장, 군수가 승인하거나, 승인권자가 직접 시행하는 사업에 대해서까지 사업인정 의제를 규정하고 있다. 헌법상 공용수용의 전제 요건인 ‘공공필요’가 있는지 여부에 대한 판단 권한의 정당성에 문제가 발생하는 것이다.

(바) 정당보상의 침해 우려

공익사업법은 사업인정 후의 취득의 경우에 공시지기는 사업인정고시일 정의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 해당 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 그 사업인정고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 기준으로 산정하도록 규정하고 있다(공익사업법 제70조 제4항¹³⁷⁾). 이와 같은 공시지가를 기준으로 하는 손실보상액 산

126) 국토교통부(2017), 위 연구보고서.
 127) 정하명(2010), “공용수용제도의 발전적 개선방안”, 「공법연구」, 50 : 154.
 128) 대법원 1970. 9. 22. 선고 70누81 판결
 129) 헌법재판소, 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129-172(병합) 결정.
 130) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 131) 류하백(2009), 앞의 논문.

132) 「공익사업법」 제28조.
 133) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 134) 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결.
 135) 이선영(2003), “최근 주요 토지법의 개편 현황과 공법적 검토”, 「토지법학」, 19 : 158.
 136) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

정은 사업인정이 의제되는 개별법에도 동일하게 적용된다. 손실보상액의 가격산정은 재결시를 기준으로 하므로, 적정가격은 선택된 공시지가에 재결시까지의 그 토지의 이용계획, 해당 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률과 그 밖에 그 토지의 위치, 형상, 환경, 이용상황 등을 고려하여 평가한 것이다(공익사업법 제70조 제1항).

공익사업법 제23조 제1항에서는 재결신청 기간을 사업인정고시일이 된 날로부터 1년으로 규정하고 있으므로, 선정된 공시지가와 재결시까지의 시간은 2년 내로 제한된다. 그러나 개별법들은 재결신청기간을 사업기간 내로 규정함으로써 선정된 공시지가와 재결시까지의 시점에 큰 차이가 발생하게 된다. 공시지가 공시일로부터 재결시까지의 시차는 지가변동률, 생산자물가상승률과 그 밖에 그 토지의 위치, 형상, 환경, 이용상황 등을 적용하여 적정가격을 산정하더라도 사업에 편입되지 않는 인접지의 경우 지가가 상승된 상태로 토지거래가 이루어지는 반면 수용대상 토지는 개발이익배제를 이유로 수년 전 공시지가를 기준으로 산정되는 보상액에는 한계가 있을 수밖에 없다.¹³⁸⁾

3) 법·제도 개선 제안

(1) 공익사업의 공익성을 담보하는 방안

가) 사업의 공익성 담보

수도시설이나 가스시설과 같이 그 자체가 공익적인 성격이 명백한 시설일 경우에도 이러한 시설의 설치에 필요한 공용수용 관련 입법이라면 공익성 요건과 관련해서는 특별히 문제될 것이 없을 것이다. 그러나 체육시설 설치사업과 같은 경우에는 오로지 공익에 기여할 목적으로 들어서는 체육시설이 있는가 하면, 순수하게 영리 목적의 체육시설이 있을 수 있고, 또 경우에

따라서는 양자의 성격이 섞여 있는 것도 있을 수 있기 때문에 이러한 경우 공용수용을 인정하기 위해서는 법률에서 해당 사업이 공익적인 범위로 한정된다는 점을 명확하게 해둘 필요가 있다.¹³⁹⁾

공익사업법 제4조는 공익사업을 국방군사에 관한 사업 등 8개의 사업을 열거하면서 이들 공익사업은 토지보상법에 따라 토지 등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업이라고 규정하고 있다. 이 가운데 제4조제1호부터 제7호까지에서 열거하고 있는 사업들은 누가 봐도 공익적 성격을 인정할 만한 것이므로 공용수용을 인정하기 위한 사업의 공익성 인정 여부를 따질 때 문제될 소지도 거의 없다. 문제는 “그 밖에 다른 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”도 공익사업이라고 규정하고 있는 제8호이다. 제8호는 만일 어떤 법에서 해당 사업을 시행하는 주체에게 토지수용권을 인정하고 있다면 그 사업은 토지보상법에 따른 공익사업이라고 보게 되는 구조를 가지고 있기 때문이다. 만약 개별법에서 공용수용권을 부여한 사업이 공익성과 비공익성이라는 관점에서 보았을 때 사업의 성격이 분명하지 않고 양자에 넓게 걸쳐 있는 사업의 경우에는 사업의 공익성 확보를 위하여 입법자가 세심하게 검토할 필요가 있고, 더욱이 논란의 여지가 있는 사업의 경우에는 공익적 성격이 인정되는 범위로 제한된다는 점을 법률에 명확하게 할 필요가 있는 것이다.¹⁴⁰⁾

또한, 공용수용이 수반되어야 할 사업을 시행하기 위한 사업계획은 개별법에 따라 조성계획, 실시계획, 개발계획 등 다양한 용어로 불리고 있는데, 중요한 것은 이러한 사업계획의 승인 여부에 대한 결정권을 쥐고 있는 집행권자에 대하여 입법적 통제장치를 강화할 필요가 있다. 어떤 사업이 처음부터 공용수용을 예정하고 있는 경우 사업계획 승인 여부에 대한 결정권을 쥐고 있는 집행 공무원이 사업계획을 철저히 검증해서 공익성 요건이 충족되는 경우에만 해당 사업계획을 승인한다면 공익성 시비로 인한 사회적 갈등은 원초적으로 발생하지 않을 것이다. 공익성 검증이 미진하거나 공익성 검증 결과 문제가 있었음에도 불구하고 이러한 상태에서 내준 승인이 발생할 일으키는 것이다. 공용수용과 같은 재산권 침해를 예정하는 내용까지 포함되는 사업계획의 승인에 관한 입법을 함에 있어서는 단순히 사업계획에 포함되어야 할 사항과 승인을 위한 절차에 대해서만 규정할 것이 아니라 사업계획의 승인 여부를 결정할 때 고려해야 할 기준 정도는 법률에 직접 둘 필요가 있다. 그리고 이러한 기준에는 공용수용과 관련된 공익성 검증을 위한 장치, 즉 공용수용을 허용하고 있는 해당 법률의 입법 목적, 사업의 목적과 내용, 사업이 입법목적에 이바지하는 정도 등을 검증하도록 하는 내용들이 반드시 포함되도록 하여야 한다. 이렇게 해야만 초기단계부터 공용수용과 관련된 헌법적 전제에 합치되는 방향으로 집행이 이루어질 것을 기대할 수 있고, 결과적으로 공용수용을 둘러싼 사회적 갈등을 줄이는 데에도 기여할 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾

나) 공공필요성에 대한 객관적 검증제도의 도입

공용수용은 사유재산권에 대한 침해를 법적으로 정당화하는 제도이지만, 이것은 어디까지나

137) 제70조(취득하는 토지의 보상)

① 협의나 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따른 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일부터 가격시점까지의 관계 법령에 따른 그 토지의 이용계획, 해당 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령으로 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률(「한국은행법」 제86조에 따라 한국은행이 조사·발표하는 생산자물가지수에 따라 산정된 비율을 말한다)과 그 밖에 그 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 고려하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다. [개정 2016.1.19 제13796호(부동산 가격공시에 관한 법률)] [[시행일 2016.9.1]]

② 토지에 대한 보상액은 가격시점에서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자나 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 고려하지 아니한다.

③ 사업인정 전 협의에 의한 취득의 경우에 제1항에 따른 공시지가는 해당 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 가격시점과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다.

④ 사업인정 후의 취득의 경우에 제1항에 따른 공시지가는 사업인정고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 해당 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 그 사업인정고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다.

⑤ 제3항 및 제4항에도 불구하고 공익사업의 계획 또는 시행이 공고되거나 고시됨으로 인하여 취득하여야 할 토지의 가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 제1항에 따른 공시지가는 해당 공고일 또는 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 그 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 그 공익사업의 공고일 또는 고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다.

⑥ 취득하는 토지와 이에 관한 소유권 외의 권리에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법은 투자비용, 예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 국토교통부령으로 정한다.

138) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

139) 이상수(2016), 앞의 논문.

140) 이상수(2016), 앞의 논문.

141) 이상수(2016), 앞의 논문.

사유재산권의 보장이라는 원칙에 대한 예외이다. 도입 과정에서 충분히 검토를 거친 후 입법된 공용수용이라고 하더라도 실제 사업계획의 승인 여부를 결정하는 집행 단계에서는 구체적인 사업 내용이 공익사업에 해당하는 것이 분명한지를 확실하게 검증하고, 또 수용권을 행사하는 단계에서는 해당 사업이 공익성 요건을 계속해서 충족하고 있는지, 수용이 필요한지를 꼼꼼하게 검증할 필요가 있다. 이와 같이 철저한 검증을 통과해서 인정된 공용수용이라야 진정한 의미에서 ‘정당한 공용수용’이라고 할 수 있을 것이고, 정당한 공용수용이라야 피수용자들의 자발적 협조를 기대할 수 있을 것이며, 그 이후 절차인 수용재결이나 강제집행에서도 정당성이 유지된다고 볼 수 있을 것이다. 공익성 검증에 객관성을 담보하기 위한 방법으로는 전문위원회의 성격을 가진 제3의 기구를 통하여 검증을 하게 하는 방안이 가장 좋다고 본다. 소수의 몇 사람보다는 전문가들로 구성된 위원회를 조직하여 위원들의 다양한 의견을 듣도록 하는 것이 공익성 판단에 객관성과 함께 신중성을 담보할 수 있다고 보기 때문이다.¹⁴²⁾

다) 공익사업 관리 심의기구 신설

공익사업은 경제사회적 요청에 신속하게 대응하는 과정에서 공익성 검증을 위한 사업인정 절차가 소홀하게 다루어진 측면이 있다. 각 부처의 사업인정 의제 사업 남발도 공익성 검증 기능을 약화시키는 주요 요인으로 작용하였다. 따라서 공익사업 주무부처인 국토교통부가 국민의 재산권을 보호하고 예산낭비를 예방하기 위해서는 공익사업을 체계적으로 관리하고 심의할 수 있는 기능을 맡는 ‘공익사업 관리 심의기구’를 신설할 필요가 있다.¹⁴³⁾ 현재 공익사업의 공익성 검증이 취약하다는 문제제기와 함께 현행 예비타당성 조사 등의 분석항목에 공익성에 대한 검증 기능을 추가해야 한다는 주장도 일부에서 제기되고 있다.¹⁴⁴⁾

‘공익사업 관리 심의기구’가 사업인정 등 공익사업의 공익성 객관성을 확보하고 새로운 유형의 공익사업에 대한 토지수용규정 신설 기준 마련 및 신규 수용규정 심의 기능을 수행한다면 공공필요성 강화 및 국민의 사유재산권 보호에 더욱 효과적일 수 있을 것이다.¹⁴⁵⁾

(2) 사업인정 절차의 공익성 강화 방안

가) 사업인정 판단 요건의 명문화

토지 등을 수용·사용할 수 있는 사업은 먼저 공익사업법 제4조 각 호에 규정된 공익사업에 해당해야 한다. 그리고 공익사업에 해당한다고 하더라도 즉시 토지 등을 수용·사용할 수 있는 것은 아니고, 사업자가 토지를 수용·사용하고자 할 때에는 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다(공익사업법 제20조). 공익사업법이 공용수용할 수 있는 공익사업을 열거하고 있더라도 이는 공공성 유무를 판단하는 일종의 기준을 제시한 것에 불과하므로, 사업인정의 단계에서 개별적·구체적으로 공공성에 관한 심사를 통과하여야 비로소 토지 등의 수용·사용이 가능하게 된다.

그러나 현행 공익사업법은 사업인정의 판단기준에 대하여 구체적인 기준이 명시되어 있지 않다.¹⁴⁶⁾ 현행 공익사업법 제19조 제1항은 사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 필요하면 이 법에서 정하는 바에 따라 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있다고 명시하고, 동법 제20조 제1항에 따라 사업시행자는 제19조에 따라 토지 등을 수용하거나 사용하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 사업인정을 받아야 한다고 규정할 뿐 구체적인 사업인정 요건을 정하고 있지 않고 있다.

일본의 경우 수용권이라는 국가권력을 발동하도록 하는 절차의 대전제가 되는 공익성에 대한 판단은 오로지 행정적 판단에 속하며, 행정기관 본래의 기능에 속하는 것으로 보아 그 발동에 있어서 신중한 배려 차원에서 사업인정의 요건을 법정화하고 있다.¹⁴⁷⁾ 우리나라 대법원은 “사업인정이란 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용이 수용권을 설정하여 주는 형성행위이므로, 해당 사업이 외형상 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 해당한다고 하더라도 사업인정기관으로서 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부와 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간 및 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다. 그뿐만 아니라 해당 공익사업을 수행하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 타인의 재산권을 공권력적·강제적으로 박탈할 수 있는 수용권을 설정하여 줄 수는 없으므로, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 한 요건이라고 보아야 한다.”¹⁴⁸⁾ 판시하고 있다.

공익사업의 공익성 강화를 위해 일본 입법례와 우리나라 대법원의 판례를 참고하여 공익사업법에 사업인정 판단요건을 신설할 필요가 있다.¹⁴⁹⁾

나) 사유재산권 보호를 위한 토지 취득요건 강화

공용수용에서의 일정한 토지취득 요건은 부처별 공익사업 관련 법률과 해당 공익사업의 유형에 따라 각기 다르게 정하고 있다. 공용수용권을 부여하는 개별 법률에서 적게는 사업대상 토지의 50% 이상을, 많게는 67% 이상의 토지를 협의 매수하는 때에, 그리고 토지소유자 총수의 50% 이상 내지 80% 이상의 동의를 얻는 때에 비로소 일방적인 공용수용권을 부여하고 있다.¹⁵⁰⁾

그러나 사인이 수용의 주체가 되는 경우는 국가가 수용의 주체가 되어 그 수용의 이익을 공동체 전체의 것으로 확산시키는 역할을 자임하는 경우와 비교하여 수용의 이익이 공적으로 귀속될 것이라는 보장이 상대적으로 낮다는 점에서 그와 같은 수용이 정당화되기 위해서는 당해 수용의 공공 필요성을 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 더욱 심화

142) 이상수(2016), 앞의 논문.
 143) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 144) 이호준 외 7인(2013), 「우리나라 수용법제에 대한 법경제학적 검토」, 한국개발연구원.
 145) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

146) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 147) 류하백(2009), “토지수용에 있어 공익사업 강제체제규정의 위헌성”, 「토지공법연구」, 44 : 14.
 148) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결.
 149) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
 150) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

된 입법적 조치가 수반되어야만 한다.¹⁵¹⁾

다만 피수용자와의 협의요건을 일률적으로 적용할 경우 사업별 특성에 따라 요건이 각기 달리 정해져 있고, 사업의 원활한 진행에 문제가 있다. 또한 토지소유자가 악용할 경우 사업 진행에 난항을 겪을 수 있다. 따라서 공익사업법 제20조의3 제1항 제5호 '사업시행자가 이해관계인의 의견청취, 관계 행정기관과의 협의 등의 절차를 성실하게 이행할 것'에 근거하여 사업시행자에게 미리 일정한 비율의 토지를 매수하도록 유도하는 방안으로 공익성을 강화할 수 있을 것이다.¹⁵²⁾

다) 민간사업시행자의 공익성 강화 방안

공익사업을 시행하는 사업시행자라 하더라도 민간기업의 경우에는 이윤추구를 궁극적인 목표로 하고 있기 때문에 국가 또는 지방자치단체, 공법인이 사업시행자가 되는 경우와 비교하여 공용수용권을 부여함에 있어 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 한다. 사인이 공익사업을 시행하는 때에는 행정청이나 공공단체가 시행하는 때와 비교하여 시설의 공공적 기능 유지라는 측면이나 시설의 운영, 처분 과정에서 발생하는 이익의 공적 귀속이라는 측면에서 상대적으로 공공성이 약하다고 볼 수 있다. 나아가 해당 시설이 영리성이 강한 시설이라면 해당 사업이 공익사업을 가장한 사인을 위한 영리사업으로 변질될 우려도 있다. 그러므로 민간사업시행자의 공익사업은 공익사업법에 따른 사업인정절차를 이행하도록 함으로써 당해 사업의 공익성에 대한 판단을 구체적·개별적으로 시행하여 행정편의적인 재산권 침해가 발생하지 않도록 개선되어야 할 것이다.¹⁵³⁾

또한, 해당 사업의 수용으로 인한 개발이익에 대하여 지속적인 환수조치를 보장한다거나 그 기업의 수용으로 인한 영업상 수익에 대한 공적 사용의 방도를 마련하고 해당 지역민들에 대한 의무적인 고용할당제를 실시한다거나 하는 조치 등을 부가함으로써 수용을 통해 맺게 된 풍성한 과실을 수용자와 피수용자를 포함한 공동체가 함께 향유하도록 제도적으로 규율해 나가야 할 것이다.¹⁵⁴⁾

(3) 사업인정 의제 제도에 대한 개선 방안

가) 사업인정 의제 사업의 공익성 강화 방안

공용수용 법제를 포함하고 있는 개별법 중 많은 법들이 사업계획의 승인이 있으면 토지보상법상 사업인정이 있는 것으로 의제하는 규정을 두고 있는 입법례가 많고, 심지어 사업계획 발표 시점의 처분을 토지보상법상의 사업인정으로 의제하는 입법례도 많다.¹⁵⁵⁾

개별법에 따라서는 사업계획이 비교적 상세하게 작성될 것을 요구하고 있어 집행자가 그 사업계획의 승인 여부를 심사할 때 해당 사업이 공용수용을 위한 공익성과 필요성을 갖추고 있는지를 판단하는 것이 용이한 경우도 있다. 그러나 또 다른 개별법에서는 사업계획 승인 이후 별도로 구체적인 실행계획을 승인받도록 하는 경우도 있는데, 이 경우의 사업계획에는 해당 사업의 대강만이 포함될 것임에도 이러한 상태에서 사업계획의 승인이 있으면 토지보상법상의 사업인정이 의제되는 것으로 규정할 경우 공용수용의 요건을 제대로 판단할 수 없는 상태에서 공용수용을 허용해주는 결과를 초래하는 문제가 있기 때문에 이러한 경우에는 특히 의제 규정을 가법게 다루서는 안 된다. 더구나 절차 간소화에 목표를 두고 출발했던 의제제도가 주민의 의견청취와 같은 정당한 절차를 회피하기 위한 수단으로 오용되는 경우도 있는 현실에서, 의제의 범위가 사업인정의 의제로까지 확대되는 경향에 대해 우려하는 목소리가 많다. 또한 사업인정의 의제가 불가피한 경우에도 사업인정으로 의제되는 시점은 다시 한번 생각해 보아야 할 문제이다. 지금까지의 대다수 입법례는 사업계획(또는 실시계획)의 승인 및 고시를 토지보상법상의 사업인정 및 사업인정의 고시로 의제하고 있다.¹⁵⁶⁾

사업인정 의제는 국토교통부장관의 사업인정이 없더라도 인허가권자의 인허가만 있으면 공용수용권이 부여되므로 국토교통부장관의 사업인정을 통해 공용수용권 부여를 적절히 통제하겠다는 공익사업법의 입법 취지를 사실상 형해화하고 있다. 사업인정의제제도는 수용절차를 간소화한 것이나, 이로 인해 토지소유자는 사업인정단계에서 자기 토지가 공익사업에 편입되는지조차도 알지 못하여 사업인정절차에 참여할 수 없고, 또한 사업인정처분에 대하여 행정쟁송을 제기할 기회마저 잃게 되는 문제가 생긴다. 따라서 사업인정제도의 취지에 부합하게 특정사업에서도 공공필요에 대한 판단을 할 수 있는 공익성 판단기준과 적절한 절차의 이행이 필요한 바, 이를 위해 공익사업법 제20조의3 제1항 사업인정의 요건과 연계할 필요가 있다. 「공익사업법」 제20조의3 제2항 '제20조의 사업인정이 있는 것으로 의제되는 법률의 허가, 인가, 승인권자 등은 제1항에 따른 요건을 구비하여 사업인정이 의제되는 지구지정, 사업계획 승인 등을 하여야 한다'를 신설하여 사업인정 의제의 공익성을 담보할 수 있는 장치를 마련할 필요가 있다.¹⁵⁷⁾

나) 사업인정 의제의 절차적 기준 설정 - 사업인정 의제의 축소

공익사업법에서 정한 사업인정 절차를 배제하는 사업인정 의제는 공익성 검증을 약화한다는 점에서 그 제도의 확대를 지양하는 것이 타당하다. 공익사업을 위한 수용 또는 사용에 관한 일반법인 「공익사업법」이 존재하는 이상, 구체적인 국가행사나 국책사업을 위한 특별법을 제정하는 데에는 더욱 신중해져야 한다. 「공익사업법」에 규정되지 않은 내용을 보완하거나 특정한 쟁점에 관하여 별도의 규율을 할 필요가 있는 경우에 한하여 특별법에 일정한 규정을 두되, 공익사업의 시행 골격은 공익사업법의 규정에 따르도록 하는 것이 옳다.¹⁵⁸⁾

현재 대부분의 공익사업이 개별 법률에서 정한 사업인정 의제의 방식으로 시행되고 있어서

151) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

152) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

153) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

154) 헌법재판소, 2009. 9. 24. 선고 2007헌마114 결정 김중대 재판관 소수의견.

155) 택지개발촉진법 제12조 제3항은 택지개발지구의 지정·고시가 있는 때에는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조제1항 및 제22조에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 의제하고 있는데, 택지개발사업 시행자가 실시계획을 작성하여 승인권자로부터 승인을 받기도 전에 택지개발지구 지정·고시만 있어도 토지보상법상의 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 의제하는 체계를 취하고 있다.

156) 이상수(2016), 앞의 논문.

157) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.

158) 정기상(2014), "사업인정의제의 허와 실", 『법정책학연구』, 11(2) : 171 - 199.

사업인정 의제를 일시에 전면적으로 폐지하거나 축소하는 것은 현실적으로 어렵다. 이에 따라 생각해 볼 수 있는 방안은 사업인정으로 의제되는 처분 절차에서 공익성 검증 기능이 수행되도록 그 처분 절차를 개편하는 것이다. 그 절차 개편의 중심에는 공익성 검증의 기능을 수행할 기본적인 절차적 기준을 설정하는 것이 놓여 있어야 한다. 공공필요의 유무에 관한 판단에는 제량이 개제될 수밖에 없는 이상, 그 판단에 영향을 미칠 수 있는 의견을 적절하게 수렴하는 것이 공익성 검증절차에 핵심을 이룬다고 본다. ‘공익사업의 시행 자체에 관한 이해관계인의 의견청취 절차’를 반드시 사업인정으로 의제되는 처분의 절차 내로 편입시키는 것이 바람직하며, 개별 법률의 시행령에서 ‘이해관계인의 의견 청취 절차와 그 의견에 대한 조치결과 통지절차’를 규정하는 방안을 검토해볼 수 있다.¹⁵⁹⁾

다) 사업인정 의제 조항의 단계적 폐지

사업인정 의제 제도는 사업인정 단계에서 토지소유자 등 이해관계인의 절차 참여를 제약하고, 사업인정 처분에 대하여 행정쟁송을 제기할 기회마저 잃게 되는 문제가 발생한다는 점에서 최소한의 공익사업에서만 적용되어야 한다. 그간 사업인정 의제는 부처 및 지방자치단체의 공익사업 진행의 편의를 위하여 2000년대 이후 남발된 측면이 강하다고 볼 수 있다.¹⁶⁰⁾

따라서 공익사업 중 이해관계인의 의견청취, 관계 행정기관과의 협의 등 중복되는 행정절차 등을 생략하여 사업인정 절차에 소요되는 시간을 단축하고 신속하게 사업을 시행할 필요성이 낮은 사업 및 최근 5년간 사업실적이 없는 사업은 재결 기간의 특례를 제외한 수용 및 사용절차를 공익사업법에 따라 사업인정절차를 이행할 수 있도록 사업인정 의제사업 소관 부처에 입법 개선 권고가 필요하다.¹⁶¹⁾

4.3. 수용재결 단계 - ‘정당한 보상’의 실현

1) ‘정당한 보상’의 개념

(1) 헌법상 규율

우리 헌법상 재산권 규정에 있어서 제1항과 제2항은 거의 그대로 존치되었으나, 제3항의 보상과 관련하여 변경이 이루어져 왔다. 1960년 11월 29일자 헌법개정까지만 해도 ‘상당한 보상’이라는 단어를 사용하였으나, 1963년 12월 17일 제5차 개정헌법에서는 ‘정당한 보상’이라는 단어를 사용하기 시작하였다. 제7차 개정헌법에서는 이에 상당 또는 정당한 보상이라는 단어가 삭제되었으나, 제8차 헌법개정에서는 정당하게 형량하여 보상하도록 하고 있었고, 제9차 헌법개정에서는 다시금 ‘정당한 보상’이라는 단어를 사용하여 현재에 이르고 있다.¹⁶²⁾

(2) ‘정당한 보상’의 의미에 관한 견해의 대립

159) 정기상(2014), 위의 논문.
160) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
161) 국토교통부(2017), 앞의 연구보고서.
162) 강현호, 앞의 논문, 243면.

이러한 ‘정당한 보상’의 의미에 대하여 학자들의 견해는 객관적 가치 내지 시장에서 거래되는 가치를 보상하는 것을 중심으로 하되, 부대적 손실도 포함하고 나아가 생활보상까지도 포함하는 견해와 이에 반하여 객관적 가치보다 하회하는 보상을 할 수도 있다는 견해로 나뉘어진다. 강현호 교수는 이를 종합하여 다음과 같이 분류한 바 있다.¹⁶³⁾

가) 완전보상설

완전보상설은 첫째, 손실보상의 목적은 평등원칙의 실현에 있으므로 발생한 손실 전부를 보상하여야 하는 견해와 둘째, 손실보상은 재산권에 대한 보상이므로 침해재산의 객관적 가치를 보상하여야 한다는 견해로 나뉘어진다. 전설은 부대적 손실(잔여지보상, 영업손실보상, 이전비용등)의 보상도 완전보상의 요건으로 보고 있으나, 후설은 요건으로 보지 않는다.¹⁶⁴⁾

나) 상당보상설¹⁶⁵⁾

그 때 그 때의 사회통념에 비추어 객관적으로 공정 타당한 것이면 된다는 견해와, 완전한 보상이 원칙이나 합리적인 이유가 있으면 그 이하의 보상도 허용된다는 견해로 나뉘어진다.

다) 절충설¹⁶⁶⁾

163) 강현호, 앞의 논문, 252-253면.
164) (i)박윤환 교수는 정당한 보상이란 발생한 손실을 전부 보상하는 것이라고 보고 있다. 물론 발생한 손실의 범위를 어떻게 보아야 하는가가 문제될 수 있을 것이다. (ii)류해운 박사는 정당한 보상에는 피수용자의 생존권의 확보를 고려하여 피수용자의 본래 생활을 유지할 수 있게 되어야 하므로, 정당한 보상에는 생활보상까지 포함되어야 한다고 보고 있다. (iii)정하중 교수는 정당한 보상이란 피침해재산의 객관적 가치를 완전하게 보상하는 것으로서 보고, 이러한 객관적 가치는 계구매가가능가격을 뜻한다고 보고 있다. (iv)장영수 교수는 정당한 보상이나 상당한 보상이냐는 문언적 차이만 존재하는 것이 아니라, 보상의 정도에 실질적인 차이를 두는 것으로 파악하고 있다. 즉 정당한 보상은 완전보상 내지 시가보상을 의미하는 것으로 이해되는 반면에, 상당한 보상은 피침해자의 경제적 능력 등을 고려하여 시가에 미치지 못하는 보상을 하는 것도 가능하다고 이해되는 것으로 파악하고 있다. (v)박근성 교수는 정당한 보상이란 공용침해가 일어나기 전의 생활과 유사한 생활수준을 회복하도록 하는 보상으로 보아, 생활보상을 완전보상의 범주에 포함시킨다고 보는 듯하다. (vi)김중권 교수는 정당한 보상을 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하지만, 예외적인 경우에는 객관적 가치보다 하회하여 보상하여도 정당한 보상에 포함된다고 보고 있다. (vii)한수용 교수는 정당한 보상을 국민 일반의 이익과 피수용자의 이익이란 상충하는 양 법익의 정당한 범익형량의 결과로서 나오는 보상, 즉 정당한 이익조정 결과에 따른 보상을 의미하므로 원칙적으로는 피수용재산의 시장가치(객관적인 재산가치)를 완전하게 보상할 것을 요청하지만, 다른 한편으로는 시장가치의 부분적 보상이 적절한 보상으로 간주되는 경우도 배제할 수 없다고 보고 있다(강현호, 앞의 논문).
165) (i) 김남철 교수에 의하면 재산권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한 입법자가 정한 보상기준이 시가를 하회한다 하더라도 사회적 합리성이 인정되는 경우에는 합헌으로 보아야 한다고 보아, 다소간의 하회 가능성을 열어 두고 있으며, 생활보상을 정당보상의 범주에 포함시키는 것에는 부정적으로 보고 있다. (ii) 표명환 교수는 분리이론에 의거하여 내용규정과 수용규정에 따른 보상을 구분하고 있다. 전자에 있어서는 객관적 가치보다 하회할 수 있으나, 후자의 경우에는 객관적 가치를 보상하여야 한다고 보는 듯 하다(강현호, 앞의 논문).
166) (i) 오승철 교수에 의하면, 보상의 1차적 기준은 시장가치가 되어야 하지만 시장가치만이 보상의 기준이 되어서는 안 되며, 사회·경제영역에서 헌법이 지향하는 다른 원리를 또한 고려하여야 한다고 보아, 생존권적 재산에 대하여는 시가 이상의 보상을 하고, 비생존권적 재산에 대하여는 시가 이하의 보상을 하는 것이 우리 헌법이 지향하는 정의의 원리에 적극 부합한다고 파악하고 있다. (iii) 허강무 교수는 정당한 보상의 판단에는 부대적 손실까지도 포함하는 보상을 원칙으로 하여야 한다고 보고 있다(강현호, 앞의 논문).

완전한 보상을 요하는 경우와 상당한 보상으로써 충분한 경우를 나누어본다. 작은 재산의 침해에 대하여서는 완전한 보상이 행하여져야 할 것이나, 큰 재산의 침해에 대하여는 상당한 보상만을 행하면 된다고 하고, 혹은 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해에는 기존의 재산법질서의 범위 안에서의 개별적인 침해행위와 기존의 재산법질서를 구성하는 어떤 재산권에 대한 사회적 평가가 변화되어 그 권리관계의 변혁을 목적으로 행하여지는 침해행위와의 두가지 종류가 있으며, 전자의 경우는 완전한 보상을 요하지만, 후자의 경우에는 상당한 보상을 하면 된다고 한다.

(3) 관련 법령과 법원의 입장

토지보상법은 개발이익 배제 논리에 따라 보상액의 산정에 있어 ‘협약에 의한 경우에는 협의의 성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다’는 규정과 ‘해당 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다’는 규정을 두고 있다(제70조).

이에 대해 헌법재판소와 대법원은 ‘정당한 보상’이란 객관적 재산가치에 대한 완전한 보상을 의미한다고 하면서, 그 객관적 가치의 산정에 원칙적으로는 어떠한 제한도 허용되지 않지만, 객관적 가치의 산정에 있어 공정시장가격 내지 시가보상을 추구하고, 개발이익을 배제하는 토지보상법 관련 규정들이 헌법상 정당보상의 원칙에 위배되지 않는다고 판단한 바 있다 (헌재 2011. 12. 29. 2010헌바205 결정; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바 13 등).¹⁶⁷⁾

대법원 역시 이와 마찬가지로 ‘정당한 보상’이란 ‘원칙적으로’ 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 재산권의 객체가 갖는 객관적 가치란 그 물건의 성질에 정당한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격, 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 보통이라는 하지만, 그러나 헌법 제23조 제3항에 규정된 ‘정당한 보상’의 원칙이 모든 경우에 예외없이 개별적 시가에 의한 보상을 요구하는 것이라고 할 수 없다고 하여 다소간 절충적인 입장을 견지하는 것으로 보인다.¹⁶⁸⁾

167) 「헌법」 제 23조 제항에서 규정된 “정당한 보상”의 의미와 관련하여 헌법재판소는 “헌법이규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전 보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다고 할 것이다”라고 하였다(헌재1990. 6. 25, 89헌마107 결정.1) 그러면서 재산권의 객체가 갖는 객관적 가치란 그 물건의 성질에 정당한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 보통이라고 볼 수 있다. 이 사건 법률조항들은 수용되는 토지 등의 구체적인 보상액 산정 및 평가방법으로 ‘투자비용·예상수익 및 거래가격’을 규정하고 있는데, 이는 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하기 위하여 그 토지 등의 성질에 정당한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격 즉 시가를 산정하기 위하여 참고할 수 있는 적절한 기준이라 할 수 있으므로, 이 사건 법률 조항들은 ‘정당한 보상’을 지급하여야 한다고 규정한 헌법 제23조 제3항에 위배되지 아니한다.”고 판단하였고, “토지의 경우에는 그특성상 인근 유사 토지의 거래 가격을 기준으로 하여 토지의 가격 형성에 미치는 제요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없는데 이에 소수주가갖는 주관적인 가치 투기적 성격을 띠고 우연히 결정된 거래가격 또는 흔히 불리우는 호가 객관적 가치의 증가에 기여하지 못한 투자비용이나 그 토지등을 특별한 용도로 사용할 것을 전제로한 가격 등에 좌우되어서는 안 되며 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되지 아니한다”고 하였다(헌재2001. 4. 26, 2000헌바1 결정).

2) 법·제도 개선 제안

토지보상법 관련 규정상 현금보상(제63조)과 개발이익배제원칙(제70조)에 따라 택지개발사업과 같은 대규모 면적사업이 있게 되면 공익사업지구내 편입되는 토지의 소유자와 개발이익을 향유하는 공익사업 지구 밖에 있는 토지의 소유자 간에 형평성 문제가 발생한다. 또한 보상금으로 인근의 대체지를 취득하는 과정에서 발생하는 지가 급등의 문제 등으로 인하여 이로 인하여 보상금이 저렴하다는 등의 민원이 끊임없이 제기되고 있는 실정이다.¹⁶⁹⁾

(1) 보상 수준의 향상

주변토지 소유자들은 개발이익을 향수하는 데도 불구하고 피수용자 개인에게만 개발이익을 배제한 금액으로 보상을 한다면 이는 결과적으로 피수용자 개인에게만 특별한 희생을 강요하는 것이 되어 정외공평의 원칙에 반하는 것이 된다.

해외 관련법제를 살펴본 결과에 따르면 미국의 경우는 가능한 한 피수용재산의 객관적 가치 내지 공정시장가격의 보상을 정당한 보상으로 보는 반면에, 일본에서는 피수용자의 입장을 보다 많이 반영하여 인근지역에서 피수용자와 동등의 대체지 등을 취득할 수 있는 금액의 보상을 정당한 보상으로 보고 있으며, 프랑스의 경우에는 부대적 손실의 보상까지도 포함하는 방향으로 나아가고 있고, 독일의 경우에는 기타 사회적 형평의 관념도 보상에 있어서 고려하는 방향으로 나아가고 있는 듯 하다.¹⁷⁰⁾

토지취득시 토지 소유자와의 협의 취득이 어려워 강제수용절차를 밟는 경우라 하더라도 토지소유자의 재산권에 대한 손속보장에서 가치보장으로 전환하여 인근 지역에서 대토를 마련할 수 있는 수준의 금전 보상을 하여야 한다. 비록 공익사업에 직접적으로 필요하지 않더라도 목적물의 범위를 확대하여 일정 부분의 토지를 공익사업에 편입시켜서 토지소유자에게 대체지 보상의 형태로 되돌려 주는 방안 등 대체지 보상을 확대하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.¹⁷¹⁾

(2) 생활 보상의 강화

앞서 살펴보았듯이 ‘정당한 보상’의 범위 논의에서 가장 문제가 되는 부분이 이주 대책을 비롯한 생활보상 부분이다. 생활보상이란 대물적 보상에 입각한 전통적인 보상 개념에서 더 나아가 공용침해가 있기 전의 생활상태의 회복을 목적으로 하는 보상을 말한다. 공용수용으로 인해 주거이전이 요구되는 주거용 건축물의 소유자와 임차인에게 재산권 보상으로 회복할 수 없는 종전의 생활기반을 회복하기 위해 보상하는 것과 같이 재산적 가치의 보상뿐만 아니라 생활의 기반을 제공하는 보상을 포함하는 개념이다.¹⁷²⁾

168) 강현호, 앞의 논문, 257면.
169) 이인범, 앞의 논문, 78면.
170) 강현호, 앞의 논문, 267면.
171) 이인범, 앞의 논문, 78면.
172) 강현호, 앞의 논문, 231면.

생활보상의 문제는 종래의 전형적인 재산권 침해에 대한 보상을 넘어서, 생활기반의 상실 등과 같은 생활에 대한 침해에 대하여 침해 이전의 생활 상태와 동등하거나 유사한 생활 상태를 실현해 주는 것을 의미하는 것이다. 따라서 재산권 침해가 없던 상태와 동일한 재산 상태를 실현하는 것을 목적으로 하는 재산권보상과는 구별된다. 일반적으로 생활보상의 내용으로는 이주대책과 주거 이전비 보상, 생활비 보상과 용지공급, 실직보상 및 기타의 보상 등을 포함할 수 있다. 이와 같은 생활보상은 헌법 제34조에 근거하고, 실정법적으로는 이주정착금(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제78조 제1항, 동법 시행령 제41조, 동법 시행규칙 제53조 담권설 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제39조, 동법 시행령 제31조), 주거 이전비 및 동산의 이전비 보상(동법 시행규칙 제54조, 제55조), 이농비·이어비 보상(동법 제78조 제6항, 동법 시행규칙 제56조), 사업폐지 등에 대한 보상(동법 시행규칙 제57조), 소수 잔존자에 대한 보상(동법 제61조) 등의 규정에서 찾아볼 수 있다.¹⁷³⁾ 그러나, 이러한 생활보상에 대해서는 시혜적인 조치라는 인식이 강하여 행정정에 많은 제약의 여지를 인정하고 있다.

그러나, 생활보상에도 생존권의 보장 측면에서 필요한 최소한의 수준은 보장될 필요가 있다. 비교법적으로 살펴더라도, 생활보상을 위한 입법적 조치는 전향적으로 확대되어 왔다. 미국의 경우 1970년 이주 지원 및 부동산 취득 정책 통일법을 제정하여 연방정부차원 나아가 주 정부차원에서 피수용자의 이주를 위한 보상조치를 규정하였다. 동법에 의하면 종전의 주거지에 상응하는 새로운 주거지의 재건에 필요한 비용을 추가적으로 지급하는 제도로서, 이주자에 대한 대체주택의 제공, 주택취득시 필요한 추가적인 비용의 보상, 동산의 이전비보상, 자영업자나 농업경영자의 영업재건비용보상 등이 지급된다. 그리고 사업시행자가 사업 시행전에 이주지원계획을 수립 하도록 하고 있으며, 주거나 영업 등의 이전으로 이주자에게 발생하는 불편사항을 조사하고 최소화하도록 규정하고 있다.¹⁷⁴⁾ 독일의 연방건설법전은 지구상세계획, 도시정비사업, 도시개발사업 또는 도시재정비사업 등으로 불이익한 영향을 받게 되는 경우에 지방자치단체는 이해관계자들에게 이러한 영향을 설명하고 가능한 한 불이익한 영향을 감소시키는 조치를 취할 의무가 있다. 특히 주거나 일자리의 이전에 있어서 영향이 최소화되도록 배려하고 있다(연방건설법전 제180조: 배려조치).¹⁷⁵⁾ 이러한 입법례를 참조하여 생활보상의 수준을 높일 수 있도록 입법적 개선이 필요하다.

5. 맺음말

우리 헌법은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다’고 정하여(제23조 제3항), 국민의 재산권 보장을 위해 공용수용 과정에 있어, ‘공공필요’에 대한 면밀한 검토와 법률적 근거에 의한 수용 절차, ‘정당한 보상’의 지급을 요청하고 있다. 하지만, 현실적으로 국토계획법에 따라 민간 사업자의 회원제 골프장 건설에까지 공익성을 인정하여 공용수용이 허용되거나, 수용을 강행한 사업의 진행

이 되지 않아 환매권이 행사되는 등 그간 ‘공공필요’에 대한 면밀한 검토 없이 공용수용제도가 개인의 재산권을 박탈하여 특정 사업자에게 이전하고 개발이익을 독점시키는 데 활용된 사례들이 다수 존재한다. 사업시행자가 혈값에 토지를 수용한 후 사업진행에 따라 막대한 개발이익을 독점하는 가운데, 수용제결을 당한 국민은 수용보상금으로 기존의 생활/경제수준을 유지할 수 없는 것이 현실이다. 현존하는 다양한 이해관계의 조율과 사회적 합의, 절차적 정의에 대한 시대적 요구를 반영하여 공익사업의 원활한 추진 기반을 마련하기 위해서는 갈등 예방을 위한 조치가 사업인정 단계에서부터 충분히 이루어져야 할 것이다.

본 연구에서는 이러한 관점에서 공익사업법 등 관련 현행 절차, 공용수용과 관련한 갈등사례 분석 등을 통해 공용수용과 관련한 현행 절차의 문제점에 대해 고찰하고, ‘공공필요’, ‘완전한 보상’ 관련 규정 및 해석례, 공공필요에 대한 판단 절차, 주민 의견 수렴 절차 등에 대한 해외 법제 분석을 통하여 법·제도적 개선사항을 제안해보고자 하였다. 도출된 개선사항은 첫째, 사법절차에 대한 접근권을 강화하고 권리구제를 용이하게 할 수 있도록 공익사업법상 사업인정과 수용제결간의 관계를 정립하는 입법적 조치, 둘째, 공익사업 추진과정에 대한 정보 및 절차 접근권을 강화하고, 공공필요성에 대한 검증이 충분히 이루어질 수 있도록 공익사업에 대한 인정 기준을 관련 법률에 명시하는 한편 공공필요성에 대한 객관적 검증제도, 공익사업 관리 심의기구 신설과 같은 행정적 조치, 셋째, 사업 인정 의제 조항을 단계적으로 축소하고 폐지하는 한편 공익사업을 위한 특별한 희생에 대한 보상 수준을 확대하기 위한 사회적 합의 등으로 정리해 볼 수 있을 것이다. 이러한 제언 사항을 구체화하고 현실의 정책으로 연계될 수 있도록 후속 연구와 조치가 이루어질 수 있기를 기대해 본다.

173) 강문수, 앞의 논문, 134면.

174) 강현호, 앞의 논문, 261면.

175) 강현호, 앞의 논문, 266면.

■ 참고문헌

1. 강문수, “손실보상범주의 확대와 경향과 입법적 전개”, 『토지보상법연구』, 15 : 129 - 155.
2. 강현호, “우리 헌법상 정당한 보상의 의미에 관한 고찰”, 『토지보상법연구』, 16 : 231 - 274.
3. 국토교통부(2017), 『토지수용 대상 사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한 법제도적 개선방안 연구』.
4. 김기영, 김갑열(2012), “공익성 확정의 경계에 위치한 공익사업과 사업인정 의제”, 『대한부동산학회지』, 30(1) : 341 - 361.
5. 김성수(1997), “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 『고시계』, 11.
6. 김연태(2007), “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』, 48 : 83.
7. 김해룡(2016), “현행 토지수용절차의 문제점과 개선방안 - 사업인정과 수용체결의 관계 및 사업인정 의제호 규정의 중심으로”, 『토지공법연구』, 73(2) : 243 - 261.
8. 김형근 외(2011), “지방자치단체 토지수용제도 실태분석과 개선방안”, 『한국전자통신 학회 논문지』, 6(6) : 930.
9. 류지태, 노병철(2006), 『감정평가 및 보상법규』, 회경사.
10. 류하백(2009), “토지수용에 있어 공익사업 강제제규정의 위헌성”, 『토지공법연구』, 44 : 4 - 30.
11. 박균성(2003), 『행정법론(상)』, 박영사.
12. 박균성(2006), “프랑스의 공용수용법제와 그 시사점”, 『토지공법연구』, 30 : 168.
13. 석종현 외 8인(2000), 『공공용지취득 및 손실보상제도 개선방안 연구 (I)』, 건설교통부.
14. 석종현(2003), 『손실보상법론』, 삼영사.
15. 성소미(2000), “현행 토지공법에 있어서 공익과 사익의 조정에 관한 법실증적 연구”, 박사학위논문, 단국대학교.
16. 손성태(2000), “토지수용절차상 사업인정의 효과 및 권리구제에 관한 연구”, 『대한부동산학회지』, 18: 37 - 57.
17. 송동수(2002), “독일에 있어 토지에 관한 공익과 사익의 조정 - 형량명령을 중심으로”, 『공법학회』, 16(1) : 47.
18. 오승규(2018), “프랑스법상 공용수용과 보상에 관한 고찰과 시사점”, 『토지공법연구』, 81 : 65 - 84.
19. 이인범, “현행법상의 손실보상에 관한 문제점과 개선 방안”, 『토지보상법연구』, 14 : 75 - 83.
20. 이부하(2016), “토지수용절차에서 헌법적 쟁점”, 『토지공법연구』, 73(1) : 91 - 108.
21. 이상수(2016), “공용수용 법제에서 공공 필요성 요건 강화를 위한 제언”, 『법학연구』, 57(4) : 55 - 81.
22. 이선영(2003), “최근 주요 토지법의 개편 현황과 공법적 검토”, 『토지법학』, 19 : 158.
23. 이호준 외 7인(2013), 『우리나라 수용법제에 대한 법경제학적 검토』, 한국개발연구원.
24. 장은혜(2015), “공용수용에서 사인수용의 법적 문제”, 『토지공법연구』, 71 : 207 - 226.
25. 정기상(2014), “사업인정의제의 허와 실”, 『법경제학연구』, 11(2) : 171 - 199.
26. 정남철(2006), “사인을 위한 공용수용의 위헌성 판단”, 『헌법논총』, 17 : 382.
27. 정연주(2010), “민간기업에 의한 수용”, 『홍익법학』, 11(2) : 209 - 334.
28. 정찬우(2014), “사인 토지수용권에 관한 고찰”, 『입법학연구』, 11(2) : 97.
29. 정하명(2006), “수용요건인 공적사용에 관한 미국연방대법원의 재해석 - Kelo v.City of New London(125S cT.2655(2005))”, 『토지보상연구』, 6 : 217 - 218.
30. 정하명(2010), “사인수용에 대한 미국연방정부와 주 정부의 법적 대응”, 『공법학연구』, 11(4) : 404 - 412.
31. 정하명(2010), “토지수용제도의 발전적 개선”, 『토지공법연구』, 50 : 154 - 168.
32. 최승원/김민정(2012), “정당보상으로서의 생활보상 — 독일 연방건설법전상의 생활보상을 중심으로”, 행정법연구 행정법이론실무학회 제34호.
33. 한수용(2015), 『헌법학』 제5판, 법문사.
34. 황윤원(2009), 『사인의 토지수용에 관한 법적 연구』, 박사학위논문, 단국대.
35. 중앙토지수용위원회, <http://octl.molit.go.kr/intro.do>
36. Chi(1987), Burligton & Quincy R.R. v. City of Chicago