

대규모 도시개발사업 관련 법률의 위헌성에 관한 고찰*
A Study on the Unconstitutionality of the Acts Governing Large-scale Urban
Development Projects

김 종 하 (목원대학교 산학협력단 조교수)
Kim, Jong-Ha / Professor, Mokwon University

- I. 서론
- II. 도시개발 관련 법률의 제정과 변화
- III. 공공필요의 위헌성 판단 기준
- IV. 도시개발 관련 법률의 위헌적 요소 검토
- V. 결론

국문초록

우리 사회는 시대를 거치면서 신자유주의적 자본주의 사회의 특징을 두드러지게 나타내고 있다. 즉 국가의 역할은 점차 축소되고 민간영역의 역할이 증대되고 있다. 이러한 사회적·경제적 흐름 속에서 유독 공익사업 및 공공필요의 범위는 점차 확대되고 있는 모순된 현상을 보이고 있다. 이는 자본주의가 심화될수록 개인의 재산권은 더욱 보장되어야 함에도 불구하고 침해의 양상이 더욱 두드러지게 나타나고 있는 것이다. 이제는 우리 사회도 종전과는 다르게 도시 또는 택지개발이 국가적으로 시급한 시기는 지나갔다. 그럼에도 불구하고 자본에 의한 사익의 독점적 추구에 법률이 근거를 제공한다는 것은 우리 헌법 정신에 어긋나 기본권을 침해할 소지가 있으므로 이에 대한 개정이 요구된다.

첫째, 공익사업의 범위에 대한 입법 내용이 불명확하면 법집행자의 자의적 해석 및 재량이 광범위하게 인정되는 문제점이 있다. 이는 법치주의를 근간으로 하는 헌법체계에 위배되는 결과를 가져온다. 따라서 공익사업 범위에 대한 명확성의 원칙은 준수되어야 한다.

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구입니다(NRF-2014S1A5A8019014).

둘째, 사업인정 의제는 절차의 간소화를 위한 것이지 사업인정을 생략한다는 의미가 아니다. 따라서 사업인정을 의제하는 절차를 진행할 때에는 사업인정에 준하는 절차를 준수하도록 하여 사업인정의 객관성을 담보하여야 한다. 이에 사업인정은 개별적·구체적 처분에 해당되므로 이를 의제하는 절차를 진행할 때에도 대상자에 대한 사전통지, 처분의 고지 등을 법제화 하여야 하며, 지방의회의 의견청취 또는 토지수용위원회의 심의·의결을 거치도록 하여 사업인정의 객관성 및 적법성을 확보하여야 한다.

셋째, 개별법에서 사업인정의 정당성을 인정받기 위하여 민간 사업시행자의 경우 일정 비율의 재산권자의 동의를 받도록 하고 있다. 이러한 동의절차는 민간 사업시행자에 대한 공익성 확보수단이라고 할 수 있다. 그러나 수용방식에 대한 동의절차에서 재산권자는 향후 보상에 대한 설명 없이 동의를 해야 되기 때문에 예측가능성을 침해한다. 따라서 도시개발구역 지정 시 공람 또는 공청회를 개최할 때 지정권자의 주관 하에 보상설명회를 개최하여 예측가능성을 도모하여야 한다.

넷째, 도시개발법에서는 이주대책기준일을 훈령에 의하여 시행하고 있다. 이주대책기준일은 이주대책 대상자 해당 여부를 판단하는 중요한 기준이므로 이는 국민의 재산권에 영향을 미치는 규정이라고 할 수 있음에도 법률의 위임 없이 훈령에서 규정하고 있는 것은 헌법 정신에 위배되므로 이를 시정하여 법률에 직접 규정하여야 한다.

다섯째, 토지보상법은 이주대책의 기준 및 방법에 대해서 대강의 규정을 두고 구체적인 사항에 대해서는 사업시행자의 재량에 의하도록 하고 있다. 모든 사업에 대해 획일적인 이주대책을 시행할 수는 없다고 하더라도 법률에 이주대책의 수립기준 및 방법적 원칙을 규정하여야 하고, 이주대책의 합당한 수립을 위하여 주민 및 전문가가 포함된 협의회를 구성하도록 하여 사업시행자의 재량을 축소하고 객관성을 담보할 필요가 있다.

Abstract

In the midst of such social and economic change, a seemingly contradictory phenomenon is taking place: the scope of public projects and public necessity is gradually expanding. Providing legal justifications for monopolistic pursuits of private interests by the capital despite the aforementioned change poses the risk of violating the spirit of the Constitution, and infringing upon the fundamental rights of South Korean citizens. Therefore, the related Acts need to be revised as follows.

Firstly, the unclear texts used in Acts governing the scope of public projects introduce the possibility of arbitrary interpretation and discretion by those who enforce the Acts. Such interpretation and discretion would be unconstitutional, especially since the core of the Constitution lies in the rule of law. Therefore, the principle of clarity

of law must be maintained when regulating the scope of public projects.

Secondly, when deeming a project as recognized, the Acts need to require procedures corresponding to the project recognition procedures, to ensure the objectivity of project recognition. Such project recognition constitutes an individual · specific disposition. Therefore, prior notification, notice of disposition, and other measures related with the deeming procedures need to be prescribed by the relevant Acts. In addition, the Acts should require such deemed recognition to go through opinion gathering at local councils and review/resolution by land tribunals, so as to ensure the objectivity and legality of project recognition.

Thirdly, consent procedure can be regarded as a means to retain the public aspect of a private project. However, the consent procedure for expropriation method undermines the predictability of right holders, because they are required to consent without being briefed on the plan for compensation. Therefore, when holding a public display or public briefing for designation of an urban development zone, a compensation briefing needs to be held under the supervision of the person with the authority to designate such zone, so as to promote the predictability on the part of the right holders.

Fourthly, under the Urban Development Act, reference dates for inhabitants migration measures are prescribed by directives. However, a reference date is a crucial criteria for determining whether a person is subject to a migration measure, and therefore affects the property rights of all citizens. Prescribing such critical dates through directives, without delegation from an Act, is unconstitutional. The dates must be prescribed by the relevant Acts.

Fifthly, Although it would be impossible to apply the same migration measures to all projects, the relevant Acts need to reduce the scope of the discretion of the project undertakers and ensure the objectivity of the projects, by defining the criteria for establishing migration measures and the methodological principles, and providing for the establishment of councils consisting of inhabitants and experts to ensure proper establishment of migration measures.

(주제어) 공공필요(public necessity), 재산권 존속보장(existence guarantee), 공용수용권(expropriation right), 사업인정(project recognition deemed), 이주대책(inhabitants migration measures)

I. 서론

헌법상 재산권 보장은 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 재산권 존속보장과 제3항의 가치보장 전환 등 이원적 체제로 구성되어 있다. 여기서 존속보장이란 재산적 가치가 있는 개별 재산권의 구체적인 권리 존속을 보장하는데 목적을 두고, 나아가 개인 재산권 행사의 자유를 보호한다는데 주안점을 두고 있다.¹⁾ 한편 존속보장이 불가피하게 침해받을 경우에는 예외적으로 가치보장의 수단을 인정하고 있는데, 여기서 가치보장은 헌법상 공공필요 및 이에 따른 합법적인 재산권의 침해에 대해 수인하는 반면 그에 대한 손실보상으로 재산권을 보전한다는 의미이다.²⁾ 즉 사유재산의 보장 및 자유 행사를 보장하되, 공공필요에 의하여 재산권에 대한 존속보장이 불가능하게 되었을 때에는 가치보장으로 전환되며, 이때 손실보상이 존속보장과 가치보장의 가교역할을 하게 되는 것이다.

따라서 재산권 존속보장에 대한 대체적 금전보상보다는 헌법상 재산권 존속보장 원칙에 대한 법률적 보장에 대한 논의가 선행되어야 재산권에 대한 헌법적 보장 및 법적 안정성 등 법치국가적 기본원리에 충실할 수 있다. 이는 재산권이 인간의 사회적 존엄과 자유를 유지시키는 기본적 인권으로서 인간의 생활에 있어서 객관적 가치 이상의 무형의 역할도 가능하고 있으므로 이러한 재산권이 보존되지 않고 보상의 객체라는 측면만 강조된다면 재산권의 실질적 보장은 이루어지지 않을 수 있다는 점에서 의의를 가진다.³⁾

그럼에도 불구하고 우리나라에서 재산권 보장에 대한 법률 및 실무적 논의는 가치적 측면을 중시하여 정당한 보상을 중시한 측면이 있다. 이는 바이마르 헌법 시대의 “인용하라. 그리고 청산하라(dulde und liquidiere)”는 이론이 우리나라의 경제개발 및 성장 시기에 많

1) 독일의 경우 개인이 공공복리를 위하여 특별한 희생이 있을 때에는 보상하여야 한다는 가치보상을 중시하는 이른바 희생사상이 1794년 프로이센 일반국법에서 입법화되었으며, 그 후 이를 바이마르(Weimar) 헌법 제153조에서 계승하였다. 그러나 제2차 세계대전 이후 본(Bonn) 기본법에서는 재산권 존속보장을 위한 요건 확보에 주안점을 두었다. 설계경, “재산권보장과 손실보상의 근거법리에 관한 고찰”, 『법제』 통권 제571호, 법제처, 2005. 7, 35쪽; 이부하, “재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론”, 『공법학연구』 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008. 8, 335쪽 참조.

2) 헌법상 재산권의 존속보장은 원칙적으로 재산권의 존속을 보장하되, 재산권에 대하여 사회적 구속이 가해질 경우 목적과 절차 및 한계 등에 의해 공용침해가 허용되는가를 중점으로 한다. 반면 재산권의 가치보장은 공공필요에 의해 공용침해가 허용되는 경우에 손실보상의 근거와 기준 및 방법 등을 법률에 제정·해석하고 시행할 것인가에 대한 문제이다. 송희성, “재산권의 존속보장과 공공필요의 요건”, 『고시연구』 제294호, 고시연구사, 1994. 12, 85쪽.

3) 독일연방헌법재판소의 자갈채취판결 이후로 법률상 재산권 보장 체계에 대한 경계이론과 분리이론이 논의 되었다. 경계이론은 재산권 주체의 수인한도를 초과하는 특별한 희생이 초래되는 때에 재산적 가치손실에 대한 보상으로 재산권을 보전하는 것이라고 주장하고 있다. 반면 분리이론은 헌법상 재산권 보장은 개인의 재산권에 대한 위헌적 침해를 방지하고 재산권의 존속보장에 주안점을 둔다. 즉 경계이론은 재산권 보장에 대한 시각을 가치보장적 입장으로 보아 실사 위헌적 침해가 발생하더라도 보상으로 전보한다면 위헌적 소지가 해소된다고 해석한다. 반면, 분리이론은 재산적 손실에 대한 보상여부 보다는 재산권에 대한 존속보장에 주안점을 두어 침해의 정당성을 강조하는 이론이다. 표명환, “독일연방 헌법재판소의 자갈채취판결의 의미”, 『토지공법연구』 제35집, 한국토지공법학회, 2007. 2, 355쪽.

은 영향을 미쳤기 때문으로 판단된다. 즉 경제개발시대에 헌법상 공공필요를 개념적 확대 해석하면서 사업시행자와 재산권자의 갈등은 정당한 보상으로 귀결되었기 때문에 일면 이해되는 측면이 있다. 그러나 사회적·경제적 변화에도 불구하고 이러한 사고가 아직 잔존해 있는 것으로 보이며, 더군다나 민간 참여에 의한 공익사업이 시행되어 공·사익의 구분이 모호해지고 있음에도 불구하고 여전히 가치보장 중심의 사고방식을 유지한다면, 이는 개발 중심 사고방식에 안주하는 전근대적인 발상이라고 생각된다. 즉 현대사상의 패러다임인 신자유주의적 자본주의를 지향하고 사회주의적 사고를 경시하면서도 한편으로는 사회주의적 요소라고 할 수 있는 재산권 존속보장 침해를 당연시한다는 것은 이율배반적 태도라고 생각한다.

앞서 언급한 바와 같이 헌법상 재산권 보장은 재산권에 대한 실질적 존속보장을 목적으로 하고 있다. 여기서 재산권의 존속을 실질적으로 보장한다는 의미는 재산권을 침해할 때 관련 법률이 헌법상 요구하고 있는 공공필요 요건에 부합하고 있는가의 문제로 귀결된다. 즉 공공필요가 불확정 개념이기 때문에 입법자가 합헌적인 입법형성권을 행사하여 공공필요의 대상 및 요건, 절차 또는 공익의 지속성 등을 법률로서 구체화하여야 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 현재 대규모 도시개발 관련 법률에는 헌법적 요구에 부합하지 않는 규정들이 다소 발견되고 있다.

본 고에서는 대규모 도시개발사업 관련 법률의 제정 및 변천 과정을 개관하여 당시 사회적·경제적 배경에 따라 관련 법률이 어떻게 변화하였는지를 개관한다. 여기서는 공공필요 및 공용수용의 요건이 제정 당시에 비해 얼마나 완화되었는지를 검토한다. 아울러 헌법재판소의 공공필요에 대한 결정을 비판적으로 검토한다. 이러한 기본적 논의를 바탕으로 대표적인 도시개발사업 관련 법률이라고 할 수 있는 「도시개발법」을 중심으로⁴⁾ 위헌적 요소를 비판적으로 검토하고 이에 대한 법제도 정비방안을 제시한다.

II. 도시개발 관련 법률의 제정과 변화

1. 도시개발사업에 대한 수용권 인정

1934년 「조선시가지계획령」 제정된 일제 강점기 이후 도시개발은 토지구획정리사업에 대부분 의존하였다.⁵⁾ 1961년 군사혁명정부에서 일제 강점기의 법령정리를 위하여 「구법령

4) 현재 우리나라의 대표적인 개발사업법인 「택지개발촉진법」이 2014년 9월 정부의 규제합리화 정책발표에 의해 폐지 예정됨에 따라 앞으로 대규모 도시개발은 「도시개발법」 중심으로 추진될 것으로 예상된다. 따라서 「도시개발법」을 중심으로 위헌적 요소를 검토하되, 상호 비교·고찰을 위해서 「도시 및 주거환경 정비법」, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등을 포함하여 논하기로 한다.

5) 최근에는 환지방식으로 시행되는 토지구획정리방식은 용지 매수방식에 의하지 않고 환지방식을 이용하

정리에 관한 특별조치법」을 제정하고, 이에 따라 1962년 「도시계획법」이 제정·시행되었으나, 법령만 바뀌었을 뿐 대부분의 규정이 「조선시가지계획령」의 규정들을 바탕으로 제정되었다(구 도시계획법 제26조 내지 제40조). 이후 1966년 원활한 사업시행을 위한 조치로 「도시계획법」에서 분리하여 「토지구획정리사업법」을 제정·시행하면서 환지방식은 도시개발의 표준방식이 되었다. 그러나 환지방식은 필지의 형상을 정형화하고 기반시설을 정비하는데 초점이 맞추어져 있기 때문에 대규모 도시개발에는 적합하지 않았고, 더군다나 토지소유자로 구성된 조합이 시행하기 때문에 사업기간이 장기간 소요된다는 단점이 있었다. 이에 더하여 종전 토지의 소유권을 시행자에게 변동하지 않은 상태에서 진행되는 사업, 즉 사업기간동안 자유롭게 매매할 수 있기 때문에 사업기간동안 지가가 상당히 상승 및 투기가 조장된다는 단점이 있었다.

이러한 환지방식의 단점, 특히 부동산투기가 성행한다는 단점 때문에 정부는 1978년 「8. 8 부동산투기억제 및 지가안정을 위한 종합대책」을 발표하면서 한국토지개발공사(현 한국토지주택공사)를 설립하기로 하고, 1983년 「4. 26조치」를 통해 서울 등 6대 대도시에서 토지구획정리사업을 금지하는 한편 1981년 1월 「택지개발촉진법」을 제정·시행하였다. 이로써 수용방식에 의한 대규모 도시개발사업이 본격화되기 시작하였다. 이후 도시개발사업은 「토지구획정리사업법」과 「택지개발촉진법」으로 이원화되어 시행되었다.

「택지개발촉진법」은 국가보위입법회의에 의하여 제정된 법으로서 정부의 500만호 주택건설계획을 추진하기 위한 한시적 특별법 성격이었다. 즉 택지개발사업은 국가·지방자치단체 이외에 한국토지개발공사 또는 대한주택공사(현 한국토지주택공사)만이 시행자가 될 수 있었고, 택지개발사업은 정부의 주거정책의 원활한 시행 및 추진을 위한 특별법적 성격으로 제정되었다. 그러나 이후에도 주거안정을 위한 신도시개발이라는 명목으로 「택지개발촉진법」은 계속 활용되었다.

앞서 언급한 바와 같이 「택지개발촉진법」은 한국토지개발공사 등만이 사업시행자가 될 수 있기 때문에 획일적인 개발, 즉 창의적인 개발이 어렵다는 점, 정부에 의한 수용방식의 사업이 주민의 반발 및 갈등을 조장한다는 점 등을 이유로 2000년에는 민간참여가 가능한 도시개발사업을 위해 「도시개발법」을 제정하였다. 당시에는 이미 1994년 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」에 의해 민간에게 수용권이 부여된 바 있었고 서울 등 수도권 제조업체가 지방으로 이전하는 경우에 배후도시 개발할 수 있도록 수용권을 부여해야 한다는 산업계의 주장이 팽배해 있었기 때문에 공용수용권을 민간에게 부여하여 창의적인 상향식 도시개발사업을 추진하게 되었다. 이와 더불어 작은 정부 지향, 민간자금의 활용 및 공공부문과 민간부문의 경쟁체제 확립이라는 대외적 요인도 작용하였다.

여 도로, 공원, 하천 등의 공공시설을 정비하고 토지의 구획을 정리해 택지의 이용의 증진을 도모하는 방식을 말한다.

2. 민간사업시행자의 참여

1911년 「토지수용령」이 제정되고, 이후 1962년 「토지수용법」이 제정되었다. 당시 「토지수용법」은 수용권의 행사 주체에 대한 명문의 규정이 없었다. 즉 「토지수용법」에 대한 해석상으로는 공공필요의 요건에 해당되면 국가·지방자치단체 뿐만 아니라 민간도 수용의 주체가 될 수 있었다. 그러나 개발사업 관련 개별 법률에서 민간기업에게 공익사업 시행권을 부여한 법률이 없었기 때문에 현실적으로 수용권의 주체는 국가·지방자치단체 또는 일부 공공기관만이 될 수 있었다. 이는 당시만 하더라도 국가가 개인의 재산권을 박탈하는 것도 사유재산권을 보장하는 자본주의 경제체제에서 극히 예외적인 상황에 해당되었기 때문에 민간이 다른 다른 민간의 재산권을 박탈한다는 것은 생각하기 어려운 것이었다. 따라서 당시에는 민간사업자에 대한 수용권 부여의 사례도 없었을 뿐만 아니라 학계에서도 큰 논란이 되지 않았다.⁶⁾

그러나 1991년 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 의해 당해 산업단지에 입주할 예정인 기업에 대해서 제한적으로 민간사업시행자에게 수용권이 부여되고, 1994년 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」 및 「지역균형개발 및 중소기업육성에 관한 법률」이 제정되어 민관합동형태인 제3섹터에 대한 공익사업 참여가 법제화되면서 민간사업시행자에게 공용수용권을 부여하는 것이 합헌적인가의 논의가 시작되었다.⁷⁾ 이와 유사한 시기에 도시개발사업의 시행자를 다양화하여 민간의 자본 및 기술, 창의력을 활용하고, 이를 통해 공공부문 토지공급의 경직성과 한계를 극복하여 다양한 토지수요에 탄력적으로 대응한다는 취지에서 「도시개발법」 제정이 추진되었다.⁸⁾

2000년 정부입법 형태로 제정된 「도시개발법」은 산업단지 또는 주거단지 등 단일 목적의 개발이 아닌 복합도시를 개발하고, 민간부문을 참여시키는 것이 주요 목적이었다. 이에

- 6) 사실상 우리나라에서 최초로 민간에게 수용권을 부여한 법률은 1976년 제정된 「도시재개발법」이라고 할 수 있다. 당시 재개발사업은 1962년 제정된 도시계획법에 의하여 자력에 의한 주택개량을 유도하였으나 물리적 개량효과가 미미하여, 1973년 한시적 특별법으로 「주택개량촉진에 관한 임시조치법」을 제정·시행하여 지방자치단체에 의한 철거위주의 재개발사업을 시행하게 되었다. 이후 「도시계획법」 및 주택개량촉진에 관한 임시조치법의 재개발 관련 조항을 통합·보완하여 1976년 「도시재개발법」을 제정하면서 조합을 사업시행자로 규정하게 되었다(구 도시재개발법 제9조 내지 제10조). 그리고 재개발사업의 시행자는 재개발사업을 위하여 필요한 토지·건축물 등의 권리를 수용할 수 있다고 규정하였다(구 도시재개발법 제38조). 그러나 이는 공용환권방식의 사업시행으로서 해당 지역 조합원의 일정한 동의 하에 현물보상을 전제로 중전 자산을 수용한다는 점에서 민간사업시행자에게 공용수용권을 부여하는 것과 다소 차이가 있다.
- 7) 당시 대표적인 논문으로는 정연주, “민간사업시행자의 토지수용과 공공필요”, 「박윤훈 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997. 9, 45~65쪽; 김성주, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재검토”, 「박윤훈 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997. 9, 23~44쪽 등이 있다.
- 8) 당시 우리나라 택지공급실적(1982년~1995년)은 공공과 민간의 공급비율이 62.2%, 37.8%이었다. 따라서 하향식·획일적 개발이라는 비판이 제기되었다. 반면 일본의 경우 택지공급실적(1982년~1993년)은 공공이 26.4%, 민간이 73.6%를 차지하고 있었다. 국토연구원, 민간택지개발 활성화를 위한 제도개선방안, 1996, 65~67쪽 참조.

민간사업자는 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관 등과 민간이 공동으로 설립한 법인, 즉 제3섹터 뿐만 아니라 과밀억제권역에서 수도권 외의 지역으로 이전하는 법인 또는 토목공사업 등의 면허를 받은 자로서 시행 능력이 있다고 인정되는 자 등으로 기존 법률보다 폭넓게 규정하였다. 다만, 민간부문의 참여를 유도하려면 사업시행의 편리성과 개발이익이 보장할 필요가 있었다. 전자는 토지매입에 대한 수용권을 부여하고 인허가절차의 의제처리로 해결하고자 하였고, 후자는 기반시설 설치비용에 대해 도로·상하수도시설의 설치비용은 지방자치단체, 전기·가스공급시설은 해당 시설 공급자 등으로 명확히 규정하여 시행자의 부담을 줄이고자 하였다. 또한 조성토지의 공급가격은 감정평가가액에 따른 경쟁입찰의 방법으로 공급할 수 있게 하여 개발이익을 보장하고자 하였다.

이렇듯 1980년대까지는 정부주도의 도시개발이 주를 이루었고, 공용수용권의 주체도 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관 등으로 제한적으로 인정되었다. 이후 1990년대에는 도시계획의 지방분권 움직임과 더불어 공익사업에 민관합동방식인 제3섹터가 참여하기 시작하였고, 2000년대에는 독자적인 민간부문의 참여가 가능하게 되었다. 향후 대표적인 주거단지 개발의 근거법인 「택지개발촉진법」이 폐지되면, 대규모 도시개발사업에 대한 민간 참여는 더욱 확대될 것이다.

3. 공용수용권 행사의 요건

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”)에는 공용수용권의 행사에 대한 구체적인 요건이 규정되어 있지 않다. 다만, 동법에서 규정하고 있는 공익사업에 해당되고, 사업인정을 받으면 공용수용권을 행사할 수 있다. 즉 토지보상법상 사업인정이란 특정사업이 토지 등을 수용할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하는 일련의 절차를 의미하는 것으로 수용할 목적물의 범위를 확정하는 동시에 사업시행자에게는 수용의 목적물에 대한 권리자에게 대항할 수 있는 일정의 특허를 부여하는 것이다.⁹⁾ 그러나 이러한 공익사업의 해당 여부는 개별 입법에 의하여 정하도록 하여 입법재량을 부여하고 있고,¹⁰⁾ 사업인정은 해당 개별법에서 의제처리하는 경우가 대부분이기 때문에 결국 공용수용권 행사의 요건은 개별법마다 상이하게 규정된다.

도시개발법에서는 민간 사업시행자가 수용방식으로 도시개발사업을 시행할 때에는 2단계로 구분하여 공용수용권 행사요건을 규정하고 있다. 우선 토지소유자가 도시개발구역을

9) 석중현, 일반행정법(하), 삼영사, 2005, 633쪽; 류지태, 행정법신론, 신영사, 2006, 919쪽; 김동희, 행정법 II, 박영사, 2008, 384쪽; 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14670 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누4889 판결; 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결.

10) 공익사업의 규정행태에 대해서는 개별입법주의, 제한열거주의, 포괄주의가 있는데, 토지수용법은 공익사업에 대해서 형식적으로는 제한열거주의를 채택하고 있는 것 같지만 실질적으로 포괄주의를 채택하고 있다고 주장하는 견해가 있다. 류해웅, “개발사업법상 공용수용의 특례규정에 관한 법제적 고찰”, 「감정평가연구」 제16집 제1호, 한국부동산연구원, 2006. 6, 42쪽 참조.

제안하고자 할 때에는 토지면적의 3분의 2이상에 해당하는 토지 소유자의 동의를 받아야 한다(도시개발법 제11조 제6항 및 동법 시행령 제23조 제4항).¹¹⁾ 그리고 이러한 도시개발 구역 지정 제안자가 수용방식의 사업시행자로 지정받기 위해서는 해당 구역 내 토지면적의 3분의 2 이상을 소유하고 토지 소유자 총수의 2분의 1이상에 해당하는 자의 동의를 받아야 한다. 이 경우 토지 소유자의 동의요건 산정 기준일은 도시개발구역지정 고시일을 기준으로 하며 그 기준일 이후에 사업시행자가 취득한 토지는 동의 요건에 필요한 토지 소유자의 총수에 포함하고 이를 동의한 자의 수로 산정한다(도시개발법 제22조 제1항). 도시개발법에 따라 수용방식으로 사업을 시행하고자 할 때 상기와 같이 토지소유 요건 뿐만 아니라 토지소유자 총수의 동의요건을 충족하여야 하는 2단계 구조로 규정한 것은 도시개발법에 규정된 환지방식의 사업절차상 요건과 형평성을 고려한 조치인 동시에¹²⁾ 민간 사업시행자에 대하여 수용권을 부여할 때 일정한 제한을 두고자 한 것으로 보인다.

〈표 1〉 도시·군계획사업의 수용요건 비교

법률명	사업명	수용권 부여요건
국토의 계획 및 이용에 관한 법률 · 도시·군관리계획 수립지침	도시계획시설사업	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 민간이 도시계획시설사업을 시행하고자 하는 자는 토지면적의 2/3 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 1/2 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 함(동법 제86조 제7항 및 동법 시행령 제96조 제2항). ◦ 민간이 도시계획시설사업을 제안하는 경우 토지면적의 80%이상을 확보(동의포함)하여야 한다(동지침 8-1-2-3). ◦ 실시계획 인가·고시를 사업인정으로 의제(동법 제96조 제2항).
도시개발법	도시개발사업	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 민간이 도시개발사업을 제안하는 경우 토지면적의 2/3 이상의 동의를 얻어야 함. 단, 토지소유자가 제안하는 경우에는 토지면적의 1/2이상을 소유(동법 제11조 제5항). ◦ 민간사업시행자는 사업구역의 2/3 이상 토지를 매입하고, 토지소유자 총수의 1/2 이상의 동의를 얻어야 수용권 발생(동법 제22조 제1항) ◦ 개발계획의 승인·고시(토지세목 포함시)를 사업인정으로 의제(동법 제22조 제3항)

11) 다만, 토지소유자가 수용방식으로 도시개발구역을 제안하는 경우에는 해당 구역 토지면적의 3분의 2 이상을 사용할 수 있는 권원을 가지고 2분의 1 이상을 소유한 자이어야 한다. 그리고 여기서 “사용권원”이란 토지사용승낙서 및 토지매매계약을 포함한다(도시개발법 제11조 제5항 및 동법 시행령 제23조 제4항).

12) 사업방식 즉 수용방식 또는 환지방식 구분없이 도시개발구역을 제안하고자 하는 경우에는 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자의 동의를 받아야 하는 것은 동일하다(도시개발법 제11조 제6항). 이에 더하여 환지방식의 사업의 경우 개발계획을 수립하고자 할 때 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자와 토지소유자 총수의 2분의 1 이상의 동의를 받아야 한다(도시개발법 제4조 제4항).

법률명	사업명	수용권 부여요건
도시 및 주거환경정비법	재개발사업 · 도시환경정비사업	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 토지 등 소유자의 3/4이상의 동의와 토지면적의 1/2 이상에 해당하는 동의를 얻어 조합설립(동법 제16조 제1항). ◦ 지정개발자가 사업시행자인 경우 사업시행인가를 신청하기 전에 토지면적 50% 이상의 토지소유자 동의와 토지 등 소유자 과반수의 동의를 얻어야 함(동법 제28조 제5항). ◦ 토지소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우에는 토지 등 소유자의 3/4이상의 동의를 요함(동법 제28조 제5항). ◦ 사업시행인가·고시를 사업인정으로 의제(동법 제40조 제2항).

주: 도시·군계획사업이란 도시·군관리계획을 시행하기 위한 사업으로서 ① 도시·군계획시설사업, ② 「도시개발법」에 따른 도시개발사업, ③ 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비사업을 말함 (국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호).

III. 공공필요의 위헌성 판단 기준

1. 목적의 공익성

헌법 제23조 제3항에서는 재산권의 수용의 본질적 요건으로 “공공필요”를 규정하고 있다. 여기서 공공의 필요라고 하는 것은 공공성 또는 공익과는 구별되는 개념으로 이해하여야 하고, 고양된 공익개념을 의미한다.¹³⁾¹⁴⁾

이러한 공공필요의 개념의 사회적·경제적 환경변화에 따라 탄력적으로 해석될 수밖에 없다. 따라서 공공필요에 해당하는 사업인가의 여부는 일차적으로 법률에 명시되어야 한다. 다만, 현재 공공필요는 사업주체가 국가 등 공공부문인지 여부 또는 영리사업을 위한 것인지 여부에 관계없이 사회적·경제적 수요를 충족한다면 공공필요의 개념에 포함하는 경향이 있다. 따라서 공공필요의 개념이 어느 정도까지 확대되어야 하는가의 문제가 제기된다. 예를 들어 종전에는 국방시설 또는 대중적으로 접근 가능한 시설, 즉 사회간접자본의 설치가 대표적인 공공필요에 해당되었다. 그러나 이후에는 도시집중화로 인하여 폐해를 해소하기 위하여 개발사업으로 인한 결과물이 주택, 상업시설 등 영리시설이 입지하고 그 결과물을 제3자에게 소유하게 하는 도시개발 또는 택지개발사업에도 공공필요의 개념이 확대되었다. 이는 다시 국민의 소득수준이 높아지면서 여가 또는 문화를 위한 체육시설 및

13) 헌법 제37조 제2항의 공공복리는 공공필요에 의한 재산권 침해의 헌법적 근거가 아니라 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있는 근거이기 때문에 헌법 제23조의 3항에서 규정하고 있는 공공필요와 구분되어야 한다.

14) 개별사업이 공익사업으로 인정되기 위해서는 당해 공익사업으로 인한 공익이 사익보다 훨씬 우월한 공익성을 인정받아야 하며, 이로 인한 이익은 불특정 국민들이 향유할 수 있어야 한다. 류해웅, 신수용보 상법론, 부연사, 2001, 244쪽.

관광단지 조성사업까지 확대되었고, 한편 외국인의 투자를 유치한다는 명목으로 외국 기업의 관광사업에도 공공필요를 인정하고 있다.

이렇게 공공필요의 개념이 일정한 경계없이 확장되면 공용수용이 재산권 존속보장의 예외적인 경우에 해당하는 것이 아니라 공용수용의 일반화의 결과를 낳게 되고, 이는 사유재산권보장을 행해화할 소지가 있다. 또한 대규모 자본의 투입이 지역경제 성장 등 공익을 증진시키고, 이는 공공필요의 개념에 포함된다는 논리는 공익과 공공필요를 동일한 개념으로 보는 시각에서 나오는 오류라고 생각된다.¹⁵⁾ 이러한 사고방식은 공공필요의 개념을 최대한 확장 해석하여 원활한 사업추진을 도모하고 이로 인한 재산권 침해는 손실보상으로 보전하면 된다는 가치보장 우월적 사고에 초점이 맞춰져 있다.

2. 침해의 필요성

목적의 공익성, 나아가 공공필요가 인정되는 사업으로 법률에 명시되었다고 하더라도 해당 사업이 반드시 공용수용을 요하는 것은 아니다. 따라서 해당 사업이 목적 달성을 위하여 공용수용 이외에 다른 적합한 수단을 선택할 수 있는지, 또는 구체적인 재산권이 반드시 사업대상에 포함되어 재산권의 강제적 박탈이라는 방법을 사용하여야 하는지 판단하여야 한다.¹⁶⁾

토지보상법은 사업시행자가 동법 제4조에 해당하는 공익사업을 위해 재산권을 수용하려면 국토교통부장관의 사업인정을 받도록 규정하고 있고,¹⁷⁾ 사업인정 후에 매수 협의를 진행하되, 협의가 성립되지 않았을 때에는 사업시행자가 사업인정 고시일로부터 1년 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다(토지보상법 제20조 및 28조). 이에 대해 관련 개별 법률에서는 토지보상법을 준용하되, 사업인정을 득한 후에 협의를 거쳐 일정 비율의 토지면적을 매수한 후에 잔여 재산권에 대해서 재결신청을 하도록 규정하고 있다. 이러한 일정 비율의 협의매수를 의무하고 있는 개별법의 규정형식은 토지보상법상 사업인정 후 협의매수를 구체화한 것으로 보인다. 다만 개별 법률에서는 구역지정·고시(토지세부목

15) 최근 헌법재판소는 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」에 의한 관광휴양지 조성사업에 대하여 헌법 제23조 제3항에 위배된다고 결정하였다. 헌법재판소는 “공공필요”를 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성으로 정의하고, 공용수용은 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다고 하였다. 그러나 관광휴양지 조성사업 중 고급골프장 및 리조트의 운영으로 인한 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 해당 사업으로 인하여 강제수용당하는 주민들의 기본권 침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수 없으므로 이는 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 결정하였다. 헌법재판소 전원재판부 2011헌바129, 2014. 10. 30.

16) 공공필요의 판단요건으로서의 필요성을 적합성, 협의의 비례성, 보충성 등을 포괄하는 개념으로 보는 견해도 있다. 송희성, 앞의 논문, 71쪽. 다만, 여기에서는 적합성의 의미로 사용한다.

17) 사업인정은 공익사업의 시행자에게 일정한 내용의 수용권을 설정해 주므로 이는 행정처분의 성격을 가지는 것으로서, 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 사업시행자에게는 목적물에 대한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시키는 대인적 처분에 해당한다. 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누4889 판결 참조.

록 포함) 등 일정한 절차를 거치면 토지보상법상 사업인정을 의제하고, 재결신청 기간에 대해서도 특례를 두고 있다.

사업인정 의제는 중복 절차를 피하여 시간 및 비용을 절감하고 시급한 공익사업을 효과적으로 추진하기 위하여 도입된 제도이다. 즉 사업인정 의제는 절차의 간소화에 제도적 취지가 있는 것이지, 이를 통해 주민의 절차 참여를 배제하는데에 활용하여서는 안될 것이다. 이의 문제점은 공익사업에 대한 판단, 즉 사업인정 및 구역지정 단계에서 주민참여절차를 형식화 하고, 공익과 사익 또는 사익과 사익의 갈등문제를 손실보상금 증감 문제로 귀결시키는 문제를 낳게 된다. 따라서 개별 법률에서는 구역 지정 등 사업인정이 의제되는 절차 진행 시 주민참여절차를 생략하는 경우가 없도록 규정하여야 한다.

한편 침해의 필요성은 재결 단계에서도 심사·판단되어야 한다. 여기서 재결은 수용재결과 보상재결로 구분할 수 있을 것인데, 만약 침해의 필요성을 충족하지 못한다고 판단될 때에는 강제 수용을 허용하여서는 안될 것이다. 이에 대해 토지보상법은 사업시행자가 사업인정의 고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니한 경우에는 그 다음날에 사업인정의 효력은 상실하고 기간 연장도 불가능하게 하여 상당히 엄격하게 규정하고 있다(동법 제23조 제1항). 이는 강제수용권을 행사할 때는 사업인정시점으로부터 일정 기간 내에 행사하도록 하고 만약 법정 기간을 초과하였을 때에는 사업인정을 실효하도록 하여 재산권자를 보호하고 있다. 그러나 개별 법률들은 특례 조항으로 사업시행기간 내에 재결신청을 할 수 있도록 특례규정을 두고 있어서 사업인정 실효 조항이 적용되는 경우는 없다.¹⁸⁾ 더군다나 재결신청 요건으로 일정 비율의 토지매수를 법정하고 있기 때문에 그 요건을 갖춘 경우에 수용재결은 형식적인 절차에 지나지 않으며, 손실보상금의 적정성 여부에 대해서만 판단할 뿐이다.¹⁹⁾ 따라서 토지보상법상 사업인정 실효조항은 사문화되었다고 해도 과언이 아니다.

3. 법익의 균형성

침해적 행정처분이 필요한 경우에는 그에 의해 침해되는 이익과 예상되는 편익을 상호 비교 형량하여 결정하여야 한다.²⁰⁾ 이러한 법익의 비교 형량은 공용수용을 가능하게 하는

18) 다만, 「기업도시개발특별법」은 개발계획의 고시일(사업인정 의제시점)부터 4년 이내에 재결신청할 수 있다고 규정하여 구체적인 기간을 명시하고 있다(동법 제14조 제4항).

19) 사업인정 실효 및 재결신청 기간은 피수용자를 보호하기 위한 조치이다. 그러나 개발계획에서 정한 기간 내에 재결을 신청할 수 있도록 하면, 사업시행기간이 변경되는 경우 그에 따라 재결신청기간도 변경될 수 있다는 해석이 가능하다. 이에 대해서 헌법재판소는 사업인정 고시일로부터 1년 이내에 재결신청을 하지 않을 경우 사업인정이 실효된다면 개발사업이 원활하게 진행되기 어렵기 때문에 이러한 특례 규정은 사업이 원활히 진행되기 위한 입법 목적의 정당성이 인정되고, 손실보상금에 수용 시까지 지가변동을 반영하는 방법이 있기 때문에 침해의 최소성에 반하지 않는다고 결정하였다. 헌법재판소 전원재판부 2012헌바198, 2013. 2. 28.

필수적 판단 요건에 해당한다. 즉 증진되는 공익이 있다고 하더라도 ① 공익과 공익, ② 공익과 사익 간의 정당한 비교 형량을 하여야 한다. 여기서 공익과 공익의 형량은 주로 도시개발로 인한 공익증진과 그로 인한 환경파괴의 형량이 대표적이고, 공익과 사익의 형량은 도시개발을 통한 효율적 지역 발전 및 주택난 해소 등의 공익이 침해되는 재산권에 비해서 우월한가의 문제이다. 또한 공익을 가장한 민간 사업시행자의 사익과 재산권자의 사익에 대한 형량이 제기되고 있다.

첫째, 공익과 공익의 형량은 주로 도시개발로 인한 공익증진과 그로 인한 환경파괴의 형량이 대표적이다. 대규모 도시개발사업은 환경파괴는 필연적으로 발생한다. 그러나 개발구역 지정 및 개발계획을 수립하기 전에는 해당 법률에 의한 개발사업의 환경파괴 형태 및 정도를 예측하기는 곤란하기 때문에 헌법적으로는 명백성 통제로 충분할 것으로 생각된다.²¹⁾ 따라서 이는 사전적으로는 개발계획에 대한 공공성 담보에 의해 해결되어야 하고, 개별적 사안에 따라 행정소송으로 구제되어야 할 것이다.

둘째, 공익사업에 해당되어 강제수용된 토지를 근간으로 사업을 시행하면, 사업시행의 결과물이 사업시행자에게 소유·존속되어 운영되는 것이 아니라 제3자에게 분양되고 이는 하나의 투자 대상으로 인식되어 상당 부분 이익이 실수요자가 아닌 투자자에게 배당된다.²²⁾ 따라서 공익사업을 위하여 침해되는 사익에 비해서 우월한 공익이 존재하는가의 문제가 제기된다.²³⁾ 「택지개발촉진법」의 경우 85㎡이하의 공동주택용지의 경우 조성원가를 기준으로 매각하도록 하여 실수요자에게 저렴한 주택공급을 유도하고 있지만, 「도시개발법」은 감정평가 가액을 기준으로 매각할 수 있게 규정하여 시장논리를 적용하고 있다. 개발이익이 배제된 보상금을 지불하고 공용수용한 토지를 조성하여 감정평가 가액, 즉 시장가격에 의한 매각을 허용한다는 것은 사업시행자의 이윤을 법률로서 보장하겠다는 의미이다. 해당 사업이 공익사업이라는 것을 감안할 때, 특히 민간사업자에 의한 사업의 경우 적정 이윤의 보장은 사익보장으로 연결되어서는 안되며 이러한 이윤이 재투자될 수 있도록 해당 법률에 구체적으로 규정되어 있어야 한다. 만약 그러한 규정이 없다면 이는 사익을 침해할만한 고양한 공익이 존재한다고 볼 수 없고, 이는 공익을 가장한 사익을 위한 사업이라고 보아야 한다. 이렇게 공익으로 위장한 사익적 목적으로 사적 재산이 공용수용되는 것을 허용한다면 공익사업과 사익사업의 구별은 형해화 될 것이다.

20) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결 참조.

21) 명백성 통제는 경제정책 또는 환경정책 등의 수행을 위한 행정입법 시 입법자에게 예측 판단권에 대한 광범위한 입법 재량을 인정하되, 헌법재판소는 입법 재량이 명백히 재량의 한계를 초과하였는지 여부에 대해서만 심사하는 것을 말한다.

22) 우리나라의 자가점유비율은 54.2%로 조사되었다(2010년 기준). 즉 주택보급율은 지난 수십년 간 대폭적으로 증가하였지만, 같은 기간동안 자가점유비율의 변화는 미미한 실정이다. 국토교통부, 국토교통통계누리(<https://stat.molit.go.kr/>) 참조.

23) 석인석, “경제개발을 위한 사인의 재산권수용의 합헌성 논의”, 「토지공법연구」 제58집, 한국토지공법학회, 2012. 8, 208쪽 참조.

4. 침해의 최소성

공익사업을 위하여 공용수용이 필요한 경우에도 최소의 범위 내에서만 허용된다. 즉 공익사업을 위하여 필요한 재산권이라고 하더라도 공용수용 외의 방법으로 공익적 목적을 달성할 수 있으면 강제적 방법을 사용하여서는 안되며, 설사 공용수용을 하더라도 최소의 범위 내에서 행하여야 한다. 따라서 사법상 임의매매 또는 환지방식에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에는 그에 의하여야 한다.

토지보상법에 의한 재결을 신청하기 전에 매수 협의를 진행하여야 하는데, 이는 사업인정 전 협의와 사업인정 후 협의 등 2회의 협의를 규정하고 있다(토지보상법 제14조 및 제26조).²⁴⁾ 그러나 사업인정 전에 협의매수절차를 거친 경우에는 사업인정 후에 협의매수절차를 생략할 수 있으므로 사실상 1회의 협의매수절차를 거치는 것으로 보아도 무방하다(토지보상법 제26조 제2항).²⁵⁾

한편 「도시개발법」은 민간이 사업시행자인 경우 침해의 최소성을 위하여 타인의 재산권을 수용할 수 있되, 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하여야 재결을 신청할 수 있다. 즉 사업시행자가 사적인 방법으로 일정 면적의 토지를 소유하여야 나머지(3분의 1) 토지에 대해서 수용권을 행사할 수 있다(동법 제22조 제1항). 이러한 형식의 법률 규정은 민간 사업시행자에게 수용권을 부여할 때 국가 및 지방자치단체 등과는 달리 침해의 최소성을 엄격히 규정하고 있다고 볼 수 있다.²⁶⁾

5. 공익의 지속성

공공필요는 고양된 공익개념이고, 이 때 공익은 일시적인 공익이 아니라 지속적이어야 한다 즉 공공필요에 의한 공익사업은 사업의 준공시점뿐만 아니라 그 이후에도 공익이 지속되어야 한다. 여기서 공익의 지속성은 개발사업으로 인한 편익을 공공적으로 귀속시키고 피수용자를 포함한 지역공동체가 개발편익을 형평하게 향유하는 것을 말한다.

공익의 지속성을 개념적으로 세분하면 다음과 같다. 첫째, 공익사업으로 인한 편익을 공공으로 귀속시켜야 한다. 이는 형평성 있는 개발이익환수 및 사용과 관련이 있다. 우리나라

24) 토지보상법에서 2회의 협의를 규정하고 있는 것은 종전 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」과 「토지수용법」을 통합하면서 각각의 법률에 규정된 협의매수조항이 중복된 것으로 보인다.

25) 토지보상법에서는 사업시행자가 공익사업의 수행을 위하여 사업인정 전에 협의에 의한 토지 등의 취득을 규정하고 있는데(동법 제14조), 개별법에 의하여 구역지정 등으로 사업인정이 의제되는 시점에는 사업시행자가 지정되기 전이기 때문에 현실적으로 사업시행자의 법적 지위가 없는 자에 의한 협의가 이루어지고 있다.

26) 다만, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」은 민간 사업시행자의 토지취득 요건을 규정하고 있지 않다. 이에 대해 헌법재판소는 민간 사업시행자에게 일정한 토지를 협의 취득하도록 하는 것은 수용권의 남용을 방지하기 위한 정책적 목적으로 이해되어야 한다. 따라서 이는 입법자의 정책적 판단, 즉 입법 재량의 범위에 해당된다고 하였다(헌법재판소 전원재판부 2007헌바114, 2009. 9. 24).

라에서 개발이익환수조치는 ① 피보상자에 대한 개발이익배제, ② 사업시행자에 대한 개발부담금 등 비과세적 방법, ③ 수분양자에 대한 양도소득세 등 과세적 방법으로 구분된다. 그 중에서 개발이익을 배제한 보상액을 산정 및 지급하는 것은 그 편익이 사업시행자에게 귀속된다는 점,²⁷⁾ 양도소득세 등 과세적 방법은 수분양자뿐만 아니라 피보상자 및 사업시행자에게도 적용된다는 점을 감안하면 실질적인 개발이익환수는 개발부담금 등이 대표적인 수단이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 개발부담금도 종전 50%에서 25%로 하향 조정되었고, 앞으로도 20%로 하향될 계획이기 때문에 실질적인 개발이익환수는 점차 감소하고 있다고 볼 수 있다.²⁹⁾

둘째, 개발편익은 특정 주체가 아닌 지역공동체가 향유하여야 한다. 이는 위에서 언급한 개발이익환수와도 관련이 있지만, 추가적으로 피수용민에 대한 재정착률 향상 또는 고용보장 등과 관련이 있다. 우선 원주민 재정착을 위하여 금전적인 손실보상 외에 이주대책 등을 시행하고 있다. 그러나 이주대책의 취지에도 불구하고 이주대책으로 받은 권리를 불법 거래하는 경우가 빈번하게 발생하고 있다. 따라서 형식적인 이주대책의 시행보다는 피보상자의 의견을 충분히 수렴한 실질적인 이주대책을 수립하는 것이 중요하다.³⁰⁾ 한편 고용보장과 관련하여 사업시행 및 수용으로 인한 시행결과물의 운영수익을 공적으로 사용하는 방도를 마련하는 동시에 해당 지역민들에 대한 고용할당제를 실시하는 등의 조치 등을 부가함으로써 수용을 통한 편익을 지역공동체가 함께 향유하도록 제도적으로 규율되어야 한다는 의견이 있다.³¹⁾

- 27) 개발이익을 배제하여 손실보상액을 산정·지급하는 것은 사업시행자 입장에서는 저렴하게 토지 매입의 수단으로 작용한다. 여기서 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체 등 공공부문인 경우에는 저렴한 토지 매입으로 인한 재정투입감소분이 재정의 효율적 운영에 편익으로 작용한다고 할 수 있지만, 민간 사업시행자인 경우에는 그 효과가 민간에게 귀속하게 된다.
- 28) 최근 민간사업시행자는 법인세 감면을 위하여 프로젝트금융투자주식회사(이하 PFV; Project Financing Vehicle)를 별도로 설립하여 사업시행을 하는데, 이런 형태의 사업시행은 과세적 방법에 의한 개발이익환수의 효과가 미미하다고 할 수 있다.
- 29) 「개발이익환수에 관한 법률」에 의한 개발부담금은 당초 개발이익의 50%를 환수하도록 규정되었다가, 1998년 외환위기 당시에 경기활성화를 목적으로 25%로 하향 조정되었을 뿐만 아니라 한시적 감면조치가 반복적으로 시행되었다. 최근 정부는 규제완화라는 명목으로 개발부담금 한시적 감면 및 향후 20%로 하향 조정한다는 계획을 발표하였다(국토교통부 보도자료, 개발부담금 한시적 감면, 2014. 1. 14). 그러나 개발부담금은 불로소득을 환수한다는 목적 외에도 개발이익을 지역사회에 환원한다는 취지도 있으므로 이를 규제라고 보는 시각은 개선되어야 한다.
- 30) 행정중심복합도시의 경우 협의계약체결률이 76.7%를 기록하여 이제까지 평균 협의계약체결률 38%보다 높은 협의를 기록하였다. 이는 보상설명회 당시에 주민의 의견을 충분히 청취하고 분야별로 구분하였다. 그 결과 생활대책(25.3%), 이주대책(22.3%) 등에 많은 의견이 제시된 것을 감안하여 주민의 의견을 최대한 반영하여 생활대책 및 이주대책을 수립하였기 때문에 협의계약체결률이 향상될 수 있었다. 지대식·김승중·손경환·조관기, 공익사업의 원활한 수행을 위한 토지보상체계 개선 연구, 국토연구원, 2006. 12, 46쪽 참조.
- 31) 헌법재판소는 산업입지 및 개발에 관한 법률 제11조에 대한 위헌소원에서 민간기업을 수용의 주체로 규정한 것이 헌법에 위배되지 않는다고 결정하였지만, 소수의견으로는 그에 대한 공익적 담보장치의 필요성을 제기하였다. 헌법재판소 전원재판부 2007헌바114, 2009. 9. 24 참조.

IV. 도시개발 관련 법률의 위헌적 요소 검토

1. 공익사업의 범위 및 사업인정의 형해화

우리 헌법은 공공필요에 의한 재산권의 수용 등은 법률로서 하도록 규정하고 있다(헌법 제23조 제3항). 이러한 헌법의 공공필요를 구체화한 것이 토지보상법이다. 이에 토지보상법은 제2조에서 공익사업의 정의를 내리고 있는데, 구체적 개념정의가 아닌 동법 제4조의 각 호에 해당하는 사업을 공익사업이라고 한다고 하여 형식적으로는 열거주의 입법태도를 보이고 있다. 이에 동법 제4조에서는 공공성을 가졌다고 판단하는 사업을 각 호에 열거하고 있다.³²⁾ 그러나 토지보상법 제4조 제8호에서는 “그 밖에 다른 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”이라고 규정하여 공익사업의 범위를 포괄적으로 규정하고 있다(토지보상법 제2조 및 제4조). 즉 토지보상법 제4조는 구체적인 사업명을 적시하여 열거하는 것이 아니라 공익사업을 예시하고 있으며 이와 더불어 개별법의 입법재량을 인정하고 있기 때문에 포괄주의라고 보는 것이 적절할 것으로 판단된다.

이상에서 보는 바와 같이 공익사업의 추상적 개념을 구체화하여야 할 토지보상법에서도 그 범위를 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 결국 사업인정단계에서 개별적·구체적으로 대상 사업이 공익사업에 해당되는지 여부를 판단하여야 한다. 그러나 개별법에서 구역지정 및 개발계획 등 일정한 정한 절차를 거치면 사업인정을 의제하고 있고, 여기서 구역지정 및 개발계획 등의 절차는 행정청의 광범위한 재량행위이기 때문에 법률상 공익사업의 범위는 명확성의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라 국민적 예측가능성을 보장하고 있지 않다. 즉 공익사업 및 공공필요의 효과로서 공용수용이 인정되는 것이 아니라 법률상 공용수용이 인정되기 때문에 공익사업 및 공공필요에 해당된다는 논리 모순적인 법·제도 운영이 현실이다.

공익사업의 범위가 추상적이라는 것을 인정한다고 하더라도 입법 내용이 불명확하다면 국민들의 생활을 향도할 수 없을 뿐만 아니라 법집행자의 자의적 해석을 초래할 수 있다. 이는 민주주의 및 법치주의를 근간으로 하는 헌법체계를 오작동하게 하는 것이기 때문에

32) 토지보상법 제4조에서 열거하고 있는 공익사업은 크게 전통적인 공익사업과 확장된 공익사업으로 구분할 수 있다. 전자는 ① 국방·군사에 관한 사업, ② 관계 법률에 따라 허가 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항 등 교통관련 시설, 하천·제방·댐 등 상하수도 시설, 기타 전기·전기통신·방송·가스 및 기상 관측에 관한 사업, ③ 국가나 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험소·보건시설·문화시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·묘지·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 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 통로, 교량, 전선로, 재료 적치장 또는 그 밖의 부속시설에 관한 사업 등이고, 후자는 ⑥ 국가, 지방자치단체, 공공기관, 지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택 건설 또는 택지 및 산업단지 조성에 관한 사업, ⑦ 그 밖에 다른 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업 등이 해당된다.

명확성의 원칙은 준수되어야 한다.

더군다나 사업인정은 사업시행자가 수용할 수 있는 주체의 요건을 갖추고 있는가에 대한 판단뿐만 아니라 해당 사업이 고양된 공공필요가 있는가에 대하여 판단하는 일련의 절차를 의미한다. 즉 사업인정은 재산권을 수용할만한 공공필요가 있는지에 대한 수용절차의 첫 단계라고 할 수 있다. 따라서 절차의 간소화를 위하여 개별법에서 사업인정을 의제한다고 하더라도 공공필요를 판단할 수 있는 주민참여절차 및 지방의회 의견청취 등을 통하여 객관화할 수 있는 절차 뿐만 아니라 정당성을 확보할 수 있는 법적 장치를 마련하여야 하며, 이를 준수하여야 한다.

2. 사업인정 절차의 객관성

법령의 위헌심사 기준으로 명확성의 정도는 최소한의 명확성을 충족하였는지를 판단할 것이나, 법령 입안의 관점에서는 침익적 성격을 갖는 규정의 경우 최대한의 명확성을 지향하여야 할 것이다. 만약 불확정 개념을 통하여 국민의 권익을 침해할 때에는 간접적으로 대상 주민들의 행정절차 참여 및 지방의회 의견청취 등으로 최대한 객관화할 수 있어야 하며, 재산권자의 동의 등을 통해 정당화할 수 있는 수단이 보완되어야 한다.

도시개발 관련 개별법에서는 사업인정을 개발구역지정과 연동하여 의제하고 있다.³³⁾ 그리고 구역지정을 할 때에는 개발계획을 수립하도록 규정하고 있다. 따라서 공익사업 및 공용수용의 범위는 개발계획, 나아가 도시계획과 연관성이 강화되었다고 볼 수 있다. 즉 수용목적 및 범위의 설정이 개발계획을 통해 구체화되고 객관화되며, 주민참여절차는 구역지정과 직접적 연관관계가 있으며 적법절차원칙에 의해 반드시 실질적으로 준수되어야 한다.

따라서 구역지정 및 개발계획 수립단계에서 다수의 주민참여가 최대한 보장되어 있거나 또는 지방의회의 의견청취가 보장되어 있는가의 여부가 공공성을 측정할 수 있는 수단인 동시에 공익사업 범위 및 사업인정의 객관화와 직접적 연관관계가 있다고 볼 수 있다.³⁴⁾

한편 「도시개발법」에 따른 사업추진은 크게 3단계를 거친다. ① 도시개발구역 지정 및 개발계획 수립을 위하여 기초조사, 주민의 의견청취, 관계 행정기관의 장과의 협의 및 도시계획위원회의 심의, 토지소유자의 동의, 도시개발구역 및 사업시행자를 지정하는 단계,

33) 종전에는 실시계획승인·고시를 받은 때에는 사업인정을 받은 것으로 의제하였으나, 손실보상금의 기준시점이 사업인정 시점이기 때문에 실시계획승인·고시 시점을 사업인정 의제시점으로 하게 되면 보상금이 증가한다는 비판 때문에 개발이익을 배제하고 사업시행자를 보호한다는 측면에서 각 개별법에서는 구역지정·고시를 사업인정 의제시점으로 규정하고 있다.

34) 토지보상법에는 사업인정 절차로 ① 사업계획의 수립 및 토지·물건조서의 작성, ② 관계 중앙행정기관의 장 및 시·도지사와 협의, ③ 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 이해관계 있는 자의 의견청취 등을 규정하고 있다. 사업계획 및 토지 및 물건조서를 작성하는 것은 공익사업의 목적 및 범위를 확정하는 것이고, 이를 토대로 관계 행정기관의 장 및 시·도지사와 협의를 하며, 주민의 의견청취를 하여 사업인정 여부를 결정하도록 하고 있다(토지보상법 제20조 내지 제22조).

② 개발계획을 토대로 보상계획 및 이주대책 등이 포함된 실시계획을 작성·고시, 사업시행자와 재산권자의 협의 및 재결신청하는 단계, ③ 철거·이주 및 착공하여 공사를 완료하는 단계 등이다.

우선 시·도지사가 도시개발구역을 지정하고자 할 때 개발계획을 수립하도록 규정하면서, 개발계획을 수립할 때에는 수용의 대상이 되는 토지 등에 대한 권리의 세부목록을 포함하여 수립하도록 하고 있다.³⁵⁾ 그리고 개발계획에 토지 등의 세부목록이 포함되었을 때에는 개발계획 수립·고시를 사업인정으로 의제하고 있다(도시개발법 제22조 제1항).³⁶⁾ 이에 앞서 사업을 시행하고자 하는 자는 시장·군수·구청장에게 도시개발구역의 지정을 제안할 수 있고, 제안을 받은 시장·군수·구청장은 시·도지사에게 도시개발구역 지정을 요청할 수 있다(도시개발법 제7조 제1항). 그리고 시·도사에게 의하여 도시개발구역이 지정되었을 때에는 도시지역 및 지구단위계획구역으로 결정·고시된 것으로 의제한다(도시개발법 제9조 제2항). 즉 도시관리계획이 변경된 것으로 간주하면서 행위제한이 수반된다. 따라서 도시개발구역의 지정 및 요청시 도시관리계획의 변경·결정에 준하는 주민참여절차가 보장 및 지방의회 의견청취 등이 수반되어야 한다.

그러나 「도시개발법」은 시·도지사에게 도시개발구역 지정을 요청하고자 할 때에는 공람이나 공청회를 선택적으로 개최할 수 있도록 하고 있고, 공청회의 개최 대상을 대통령령에 위임하고 있다(도시개발법 제7조 제2항). 이에 도시개발법 시행령은 구역의 면적이 100만㎡ 이상인 경우에 한하여 공람기간이 끝난 후 공청회를 개최하되, 공청회 개최가 2회 이상 시·도지사 등이 책임질 수 없는 사유 또는 정상적으로 진행되지 못한 경우에는 생략할 수 있다고 규정하고 있다. 아울러 지방의회의 의견청취는 규정되어 있지 않다.³⁷⁾

지방자치단체의 민주적 정당성은 주민의 의사에 기초하여 객관화된다. 아울러 적법절차의 원칙이란 행정절차의 형식적 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용이 합리성을 갖춘 실질적인 적법성이 있어야 한다. 위에서 언급한 바와 같이 도시개발구역 및 개발계획의 수립·고시는 사업인정으로 의제되기 때문에 재산권자에게는 수용절차의 첫 단계에 해당하며, 재산권자에게 직접적 침해를 초래한다. 따라서 일반적인 도시계획 수립절차보다 더욱

35) 도시개발법상 도시개발구역을 지정하려면 해당 도시개발구역에 대한 개발계획을 수립하여야 한다. 다만, 개발계획을 공모하여 수립하거나 자연녹지지역 또는 도시지역 외의 지역을 대상으로 도시개발구역을 지정할 때에는 도시개발구역을 지정한 후에 개발계획을 수립할 수 있다(도시개발법 제4조 제1항).

36) 다만, 개발계획을 수립할 때 토지 등의 세부목록은 도시개발구역이 지정된 후에 포함할 수 있도록 예외 규정을 두고 있다(도시개발법 제5조 제1항).

37) 헌법재판소는 도시개발법상 공청회의 개최가 선택적으로 규정되어 있고, 그 대상이 대통령령에 위임된 것에 대하여 모든 도시개발사업에 대해서 공청회를 실시하여야 한다면 간단한 의견청취 절차만으로도 무방한 도시개발사업에 대해서 무의미한 시간과 비용을 낭비함으로써 사업시행의 효율성을 저해할 수도 있기 때문에 공청회 개최를 선택적으로 규정하거나 대통령에 위임한 것은 포괄위임입법 금지원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다(헌법재판소 2010헌바471, 2012. 8. 23). 그러나 이러한 결정은 도시개발구역 및 개발계획 수립·고시의 효과를 경미하게 판단한 결정이라고 생각된다.

엄격하게 처분의 사전통지, 지방의회의 의견청취, 처분의 고지 등을 법률에 구체적으로 규정하여 재산권자의 권익을 보호하여야 한다. 또한 사업인정이 의제되는 절차를 진행할 때에는 해당 지방자치단체가 단독적으로 판단하는 것이 아니라 지방의회의 의견청취 또는 토지수용위원회의 심의·의결을 거치도록 하여 사업인정의 객관성 및 적법성을 확보하여야 한다.

3. 사업인정 절차의 정당성

「도시개발법」에 따른 민간사업시행자가 도시개발구역 지정을 제안하고자 할 때에는 토지면적의 3분의 2이상의 동의를 얻어야 하고, 수용방식으로 사업을 시행하고자 할 때에는 토지면적의 3분의 2이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 2분의 1이상의 동의를 받아야 한다. 그리고 동의자 수 산정은 도시개발구역 지정·고시일을 기준으로 한다. 이러한 재산권자 동의에 대한 입법형태는 공익사업 및 공용수용의 정당성을 확보하는 과정이라고 할 수 있다. 따라서 재산권자의 동의절차에서 위헌·위법한 사유가 있다면 이는 구역지정·개발계획 고시 및 사업인정 의제를 취소할 수 있는 사유에 해당된다.

그러나 헌법재판소는 이에 대해서 수용동의 조항, 동의기준일 조항은 구역지정 및 개발계획 수립단계 이후 사업시행자가 사업을 위하여 필요한 토지로서 수용대상이 되는 토지 세부목록을 고시하는 등 보상계획 하에서 토지소유자들을 상대로 토지수용 협의절차로 나아가는 토지수용단계에서 적용되는 것으로서 수용동의 조항, 동의기준일 조항, 사업인정 의제 조항이 헌법에 위배되는 것으로 선언된다고 하더라도 그 전단계인 구역지정 및 개발계획 수립단계에서 이루어진 고시의 효력에 아무런 영향을 미치지 않는다고 결정하였다.³⁸⁾

이러한 헌법재판소의 결정은 도시개발법의 각 규정간 연관성을 잘못 판단한 것으로 보인다. 헌법재판소는 “토지소유자 총수의 2분의 1이상의 동의”를 사업인정 의제 시점 이후에 이루어 지는 것으로 잘못 판단한 것으로 보인다. 이러한 판단의 오류로 인하여 설사 재산권자에 대한 동의 조항에 위헌적 사유 또는 재산권자의 동의 과정에서 사업시행자의 위법적 사유가 있다고 하더라도 이는 도시개발구역 지정의 취소사유에 해당되지 않는다는 결정한 것이다.³⁹⁾

하지만 이러한 헌법재판소의 결정은 <표 2>의 사업절차 사례에서 보다시피, 주민참여 및 재산권자 동의가 마무리된 상태에서 이를 근거로 도시개발구역·개발계획 수립 및 사업시행자 지정이 이루어진다는 것을 간과한 것으로 보인다. 도시개발구역 및 개발계획 수

38) 헌법재판소 2010헌바471, 2012. 8. 23.

39) 헌법재판소의 태도처럼 도시개발법에 규정된 재산권자의 동의 조항이 구역지정·개발계획 수립 및 사업인정 의제 이후에 토지수용을 위한 협의절차에 해당된다고 본다면 동의자 수 산정을 구역지정일을 기준으로 산정하며, 그 이후에는 철회할 수 없도록 하는 규정과 모순되는 결정이다(도시개발법 제22조 제1항).

립·고시로 사업인정이 의제되면 보상계획 공고 및 감정평가액을 개별적으로 통지하여야 한다. 만약 사업인정 의제 시점 이후에 수용방식에 대해서 재산권의 동의를 받고자 한다면 보상액이 적다고 생각하는 자는 보상협의를 응하지 않을 뿐만 아니라 수용방식의 사업시행에 대해 동의를 하지 않을 것이므로 재산권자에 대한 동의는 사업인정 의제 이전에 마무리하는 것이 일반적이다. 즉 재산권자에 대한 동의는 토지수용 협의절차에 해당하는 것이 아니라 사업인정 절차에 해당하는 것이므로 이에 대한 위헌·위법적 사유는 도시개발구역 및 개발계획 수립·고시의 취소사유에 해당한다.

〈표 2〉 용산국제업무지구 사업절차 사례

구분	세부 절차 진행		비고
사업명	용산국제업무지구 도시개발사업		
위치	서울특별시 용산구 한강로 3가 일원		
추진경위	◦ 2007. 8. 17.	한강르네상스 계획 및 서부이촌동 통합개발 발표	서울특별시장
	◦ 2007. 8. 30.	민간사업자 모집공고	이주대책 기준일 토지거래허가구역 지정
	◦ 2007. 11. 2.	사업자 선정 및 협약 체결	삼성컨소시엄
	◦ 2007. 12. 18.	PFV(드림허브프로젝트금융투자주식회사) 설립	사업시행예정자
	◦ 2008. 10. 1.	사업설명회 개최 및 주민동의서 접수	사업시행예정자
	◦ 2009. 3. 30.	도시개발사업 구역지정 제안	사업시행예정자 → 용산구청장
	◦ 2009. 7. 15.	도시개발사업 구역지정 제안 승인	용산구청장
	◦ 2009. 7. 20.	도시개발구역지정 및 개발계획 수립 공람	용산구청장
	◦ 2009. 9. 23.	도시개발구역 지정 요청	용산구청장 → 서울특별시장
	◦ 2010. 4. 22.	도시개발구역 지정 및 개발계획 수립 고시·공람 (토지세목고시 제외)	구역 내 행위제한
	◦ 2011. 9. 8.	주민보상업무 SH공사 수탁시행	사업시행예정자
	◦ 2011. 10. 5.	한국철도공사 토지 매수 완료	사업시행예정자
	◦ 2011. 10. 20.	사업시행자 지정(드림허브프로젝트금융투자주식회사)	서울특별시장
	◦ 2011. 10. 20.	개발계획 변경·고시(토지세목고시)	사업인정 의제
◦ 2012. 8. 23.	보상계획 발표	사업시행자	

한편 사업인정 의제시점이 형식적으로는 도시개발구역 및 개발계획 수립·고시한 때로 규정하고 있다. 그러나 개발계획을 수립할 때에 토지 등 세부목록을 제외하고 수립할 수 있고, 도시개발구역 지정 후에 토지 등 세부목록이 포함되면 사업인정으로 의제한다. 따라서 실질적으로 사업인정으로 의제되는 절차는 토지 등 세부목록 고시이다. 즉 도시개발구역 지정·고시로 인하여 이미 행위제한이 발생한 이후에 토지 등 세부목록 고시 시점에 사업인정이 의제된다.

수용방식으로 사업을 시행하고자 하는 민간 사업시행자는 사업인정이 의제되기 전에 토지면적의 3분의 2이상을 소유하고, 토지소유자 총수의 2분의 1의 동의를 받아야 한다. 일반적으로 민간 사업시행자는 조기에 도시개발구역 지정 및 개발계획을 수립·고시(토지 등 세부목록 제외)하여 행위제한을 가한 후에 큰 면적의 토지를 우선 매입하고, 토지소유자에게 수용방식의 사업시행에 대한 동의를 받는 방법을 사용한다. 이 때에는 사업시행자 지정 및 사업인정이 의제되기 전이므로 보상설명회 개최의 법적 의무는 없으므로 토지소유자는 어떤 보상이 행해지는가에 대한 설명 및 정보가 없는 상태에서 “사업시행예정자”의 개별적인 설명 하에 동의서를 날인·제출한다. 그러나 이러한 행태는 사업시행자 지정 및 토지 등 세부목록 고시·사업인정 의제 이후 구체적인 보상설명회를 개최할 때에는 기존의 동의를 철회할 수 없을 뿐만 아니라 법적으로 공용수용 대상에 포함되기 때문에 재산권자와 사업시행자와 갈등요인으로 작용한다.⁴⁰⁾ 따라서 도시개발구역 지정 시 공람 또는 공청회를 개최할 때 지정권자의 주관 하에 보상설명회를 개최하도록 하여 재산권자의 예측가능성을 도모하여야 한다.

4. 이주대책기준일의 합리성

토지보상법은 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위하여 사업시행자는 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다고 규정하고, 동법 시행령은 당해 건축물에 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 날부터 계약체결일 또는 수용체결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물 소유자는 이주대책에서 제외한다고 규정하고 있다(토지보상법 제78조 제1항 및 동법 시행령 제40조 제3항 제2호). 여기서 “관계법령에 의한 고시 등이 있는 날부터”라는 기준 시점을 이주대책 기준일이라고 한다. 이러한 이주대책 기준일은 이주대책을 기대한 사전적 투기를 방지하기 위하여 일정한 시점을 기준으로 설정하고, 해당 시점으로부터

40) 민간 사업시행자는 주민들을 대상으로 개별적 가정방문, 단체 문자메세지, 홍보물 등을 이용하여 주민 동의서를 받고 있다. 그런데 이 과정에서 보상에 대한 거짓말은 물론 “집값이 떨어질 수도 있다”는 등의 으름장을 놓고 있다. 또한 홍보물을 통해 지급 동의를 하지 않으면 “보상금을 제외하고도 최대 0억 원의 혜택을 손해보십니다”라는 등의 문구가 적혀있다. 경향신문, “4년된 아파트도 허무는 용산국제지구”, 2009. 2. 27. 기사.

손실보상 협의일 또는 재결일까지 거주하지 않은 자는 이주대책 수립 대상에서 제외하고 있다. 즉 이주대책 기준일 이후에 주택을 매입·거주한 자는 이주대책 대상자에서 제외되는 것이다. 다만, 토지보상법에서 규정하고 있는 “관계법령에 의한 고시”가 어떠한 절차를 의미하는 것인지에 대해서는 구체적으로 정한 바가 없다.⁴¹⁾

이에 「도시개발법」은 사업시행자는 토지보상법에 따라 이주대책 등을 수립·시행하여야 한다고만 규정하고 있을 뿐 이주대책 기준일에 대해서는 규정된 바 없다(도시개발법 제24조). 다만 도시개발업무지침(국토교통부 훈령)에서 도시개발구역 지정권자가 투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 이주대책기준일을 별도로 정하여 공고할 수 있다고 규정하고 있다(도시개발업무지침 2-8-14-3). 여기서 “별도로 정하여 공고”하는 것은 「도시개발법」에 따른 일련의 절차 중 특정한 절차 및 공고를 의미하는 것이 아니라 지정권자의 필요에 따라 이주대책기준일을 공고하는 것을 말한다. 즉 지정권자의 자유재량에 의해 이주대책 기준일이 결정된다는 것을 의미한다. 그리고 그러한 행위는 법령의 위임이 없는 훈령에 근거하고 있다.⁴²⁾ 그러면 이주대책기준일이 법령의 위임없이 훈령에 규정되어 시행될 수 있는지, 이러한 행위가 국민의 권익을 침해하지 않는지가 문제된다.

법규명령은 국민에 대하여 구속력을 갖는 것을 의미하고, 행정규칙은 행정부 내부를 구율하기 위해 제정하는 것으로 훈령, 예규, 고시, 지침 등의 명칭으로 제정되어 시행된다. 즉 훈령은 공법상의 행정청 내부에서 준수할 준칙 등을 정하는데 그치고 대외적으로는 구속력을 가지지 않는 것이 원칙이다.⁴³⁾ 다만 법령의 규정이 특정 행정기관에게 법령의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 수입행정기관이 행정규칙 형식으로 법령의 구체적 사항을 정하고 있다면 수입한계를 벗어나지 않는 범위 내에서는 법령의 구체적 내용을 보충하는 기능을 가지는 것으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다.⁴⁴⁾

그러면 이주대책기준일은 국민의 권익과 관계있는 것인지, 만약 국민의 권익과 연관성이 있다면 법규명령의 위임에 의해 훈령에서 정하고 있는지를 판단하여야 한다. 이와 관련하여 이주대책기준일은 이주대책의 수립 및 시행 이전에 그 기준일을 정하는 것으로 그 자체로는 당사자의 권익에 영향이 없다고 할 수 있으나, 이주대책기준일의 설정은 국민에 대해 반복적으로 적용되는 규정으로 평등의 원칙 또는 신뢰보호의 원칙 및 예측가능성을 보장하기 위하여 법규명령에 규정되거나 그 위임규정에 의하여야 타당하다.⁴⁵⁾ 그럼에도

41) “고시 등이 있는 날”로 규정한 것은 지구지정 고시를 할 뿐 고시 이전에 주민 등에 대한 공람·공고를 예정하지 않은 법률이 있는 반면, 지구지정 고시 이전에 주민 등의 공람·공고를 예정한 법률도 있기 때문에 그러한 경우를 포섭하기 위한 것이다. 헌법재판소 2004헌마62, 2005. 5. 26.

42) 도시개발업무지침에 이주대책기준일에 대한 조항이 없을 당시에는 법률의 해석상 토지보상법 시행령에서 규정하는 “관계법령에 의한 고시 등이 있는 날”, 즉 이주대책기준일을 보상계획공고일로 보았다. 대법원 2014.9.4. 선고 2012다109811 판결 참조.

43) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83누54.

44) 대법원 1989. 11. 14. 선고 89누5676; 헌법재판소 91헌마25, 1992. 6. 26.

45) 헌법재판소는 재량권 행사의 준칙을 정하고 그에 따라 반복적으로 시행되어 평등의 원칙 또는 신뢰보

불구하고 이주대책기준일에 대한 법규명령의 위임없이 훈령으로 제정·시행하고, 그에 따라 이주대책 대상자에 해당되는지 해당되지 않는지를 구분하는 것은 법치주의에 위배되는 것으로 위헌적이다.⁴⁶⁾

5. 이주대책 기준 및 방법의 합목적성

이주대책은 종전과 유사한 유기체적 생활을 회복하도록 하기 위하여 시행되는 손실보상의 일환으로 시행되는 제도이다.⁴⁷⁾ 이주대책 대상자에 해당되면 종전 재산의 규모와 관계 없이 동일한 수준의 이주대책의 수혜자가 된다. 따라서 이주대책이 법·제도상 목적에 합당하게 운영되려면 ① 대상자에게 종전생활상태를 회복하는 수단으로 작용하는가, ② 대상자 상호 간 형평성 있는 대책이 수립되고 있는가의 여부가 중요한 판단기준이 된다. 그러나 이주대책은 종전생활상태의 회복을 목적으로 재산권자 상호 간 형평성있게 수립·시행되어야 함에도 불구하고 토지보상법에는 이주대책의 대강의 기준 및 방법만 정해져 있을 뿐 구체적인 사항은 사업시행자의 재량에 맡겨지고 있어 평등의 원칙에 적합한지 의문이다.

토지보상법상 이주대책의 방법은 ① 사업시행자가 해당 개발사업으로 조성된 택지를 공급하거나 이주할 수 있는 주택을 알선하는 방법, ② 이주정착금을 지급하는 방법 등으로 구분된다(토지보상법 제78조 및 동법 시행령 제40조). 기타 구체적인 방법은 사업시행자의 재량에 의하게 된다.

우선 사업시행자가 이주대책 대상자를 위한 조성택지(이하 “이주자 택지”)를 공급할 때에는 기반시설의 설치비용을 부담하여야 한다(토지보상법 제78조 제4항). 따라서 이주자 택지는 원가의 약80% 수준에서 공급되는 것이 일반적이기 때문에 이에 대한 권리를 제3자에게 매각하면 상당한 시세차익을 누릴 수 있다.⁴⁸⁾ 반면 이주정착금은 주거용 건축물에 대한 평가액의 30%에 해당하는 금액을 기준으로 지급하되, 1천2백만원을 상한선으로 지급한다(토지보상법 시행규칙 제53조 제2항).⁴⁹⁾ 따라서 대부분의 이주대책 대상자들은 이주자

호의 원칙에 따라 행정기관이 상대방에 대한 관계에서 자기구속을 당하게 되는 경우에도 대외적인 구속력을 가진다고 판단하였다. 헌법재판소 90헌마13, 1990. 9. 3.

46) 훈령 등은 법률에 근거없이 국민의 권리의무에 관한 사항을 규정하거나 법령의 내용과 다른 사항 또는 다른 중앙행정기관의 소관업무에 관한 사항을 규정하지 아니하여야 한다(훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정 제2조 제1항 제2호).

47) 헌법재판소는 이주대책을 생활보호 차원에서 이루어지는 정부의 시혜적인 조치라고 해석한다. 따라서 이주대책은 헌법 제23조 제3항에서 말하는 정당한 보상에 해당하지 않는다는 입장을 견지하고 있다. 헌법재판소 92헌마30, 1993. 7. 29. 참조.

48) 이주자택지의 공급가액은 사업대상지마다 기반시설의 설치 정도가 다르기 때문에 일률적으로 논할 수 없고, 사업대상지에 따라 다르게 책정되나 개발원가보다는 저렴하게 매입할 수 있다. 이주자택지 분양권의 프리미엄은 공개되지 않아 통계를 언급할 수는 없지만 지역에 따라 1억원에서 2억원 가량에 거래된다.

49) 이주정착금은 이주대책을 수립·실시하지 아니하는 경우, 이주대책대상자가 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우에 지급한다(토지보상법 시행령 제41조).

택지를 선택하고 이주정착금을 희망하는 경우는 거의 없는 실정이다. 아울러 이주자 택지를 선택한 자는 이주자 택지 분양권을 제3자에게 전매하는 등 자본이득의 수단으로 활용되고 있다. 즉 이주대책의 당초 취지와는 다르게 운영되고 있는 실정이다.

한편 도시개발사업의 경우와 달리 공공시설의 설치 또는 도로의 건설 등의 사업의 경우 이주자 택지를 조성할 수 없기 때문에 선택의 여지없이 이주정착금을 지급받아야 한다. 따라서 이주정착금을 상향 조정하여 이주자 택지와 형평성을 도모하여야 한다.

둘째, 사업시행자의 재량에 의하도록 하고 있기 때문에 사업시행자의 내부 규칙에 따라 각각 다른 형태의 이주대책이 수립되고 있다. 이주대책을 사업시행자의 재량에 의하도록 하는 것은 사업대상지마다 실시계획 및 지구단위계획이 다르므로 이를 획일적으로 통일할 수 없고 사업시행자의 재정 여건에 맞추어 시행하도록 하는 취지이다. 그러한 점을 감안한다고 하여 획일적인 이주대책 수립 기준 및 방법을 법률에 규정할 수 없을지라도 수립 및 방법적 원칙은 제시되어야 헌법에 합당한 법집행이 될 것이다. 예를 들어 이주대책을 수립할 때에는 이해관계인의 의견을 듣고 최대한 반영하여 수립하되, 이주대책 대상자 및 전문가집단으로 구성되는 협의회를 구성하여 사업시행자의 재량을 축소하고 객관성을 담보받게 하는 등의 방법적 원칙이 법률에 규정되어야 한다.

V. 결 론

우리 사회는 시대를 거치면서 신자유주의적 자본주의 사회의 특징을 두드러지게 나타내고 있다. 즉 국가의 역할은 점차 축소되고 민간영역의 역할이 증대되고 있다. 이러한 사회적·경제적 흐름 속에서 유독 공익사업 및 공공필요의 범위는 점차 확대되고 있는 모순된 현상을 보이고 있다. 즉 규제완화라는 명목 하에 시행되는 일련의 정책들은 외형적으로는 작은 정부를 지향하면서 민간의 창의적 원동력을 활용하는 것처럼 보이지만, 그 내면에는 자본에 의한 사회주의적 요소를 많이 나타내고 있다. 이는 자본주의가 심화될수록 개인의 재산권은 더욱 보장되어야 함에도 불구하고 침해의 양상이 더욱 두드러지게 나타나고 있는 것이다. 반면 개인의 재산권 존속보장을 주장하는 목소리는 공익을 위한 개발사업을 반대하는 주장으로 단정하고 금기시하는 분위기가 존재한다. 이제는 우리 사회도 종전의 개발중심의 정책 덕분에 도시 또는 택지개발이 국가적으로 시급한 시기는 지나갔다. 그럼에도 불구하고 외형을 변형하여 자본에 의한 사익의 독점적 추구가 나타나고 있는 것이 아닌가하는 우려가 있다. 이러한 행태에 법률이 근거를 제공한다는 것은 우리 헌법 정신에 어긋나 기본권을 침해할 소지가 있으므로 이에 대한 개정이 요구된다.

첫째, 공익사업의 범위에 대한 입법 내용이 불명확하면 법집행자의 자의적 해석 및 재

량이 광범위하게 인정되는 문제점이 있다. 이는 법치주의를 근간으로 하는 헌법체계에 위배되는 결과를 가져온다. 따라서 공익사업 범위에 대한 명확성의 원칙은 준수되어야 한다.

둘째, 사업인정 의제는 절차의 간소화를 위한 것이지 사업인정을 생략한다는 의미가 아니다. 따라서 사업인정을 의제하는 절차를 진행할 때에는 사업인정에 준하는 절차를 준수하도록 하여 사업인정의 객관성을 담보하여야 한다. 이에 사업인정은 개별적·구체적 처분에 해당되므로 이를 의제하는 절차를 진행할 때에도 대상자에 대한 사전통지, 처분의 고지 등을 법제화 하여야 하며, 지방의회의 의견청취 또는 토지수용위원회의 심의·의결을 거치도록 하여 사업인정의 객관성 및 적법성을 확보하여야 한다.

셋째, 개별법에서 사업인정의 정당성을 인정받기 위하여 민간 사업시행자의 경우 일정 비율의 재산권자의 동의를 받도록 하고 있다. 이러한 동의절차는 민간 사업시행자에 대한 공익성 확보수단이라고 할 수 있다. 그러나 수용방식에 대한 동의절차에서 재산권자는 향후 보상에 대한 설명 및 정보 없이 동의를 해야 되기 때문에 예측가능성을 침해한다. 따라서 도시개발구역 지정 시 공람 또는 공청회를 개최할 때 지정권자의 주관 하에 보상설명회를 개최하여 예측가능성을 도모하여야 한다.

넷째, 도시개발법에서는 이주대책기준일을 훈령에 의하여 시행하고 있다. 이주대책기준일은 이주대책 대상자 해당 여부를 판단하는 중요한 기준이므로 이는 국민의 재산권에 영향을 미치는 규정이라고 할 수 있음에도 법률의 위임없이 훈령에서 규정하고 있는 것은 헌법 정신에 위배되므로 이를 시정하여 법률에 직접 규정하여야 한다.

다섯째, 토지보상법은 이주대책의 기준 및 방법에 대해서 대강의 규정을 두고 구체적인 사항에 대해서는 사업시행자의 재량에 의하도록 하고 있다. 모든 사업에 대해 획일적인 이주대책을 시행할 수는 없다고 하더라도 법률에 이주대책의 수립기준 및 방법적 원칙을 규정하여야 하고, 이주대책의 합당한 수립을 위하여 주민 및 전문가가 포함된 협의회를 구성하도록 하여 사업시행자의 재량을 축소하고 객관성을 담보할 필요가 있다.

이상의 내용은 대규모 도시개발사업의 추진과정에서 발생할 수 있는 재산권 존속보장과 관련된 위헌적 소지가 있는 규정들을 중심으로 검토하고 개선책을 제시하였다. 현대 사회에서 개인의 재산권은 절대적으로 보장될 수 없고, 사회적 제약을 받는다. 다만 그 사회적 제약은 예외적인 경우에 해당되는 것이라는 점은 주지의 사실이다. 따라서 재산권 존속보장에 대한 예외에 해당되는 공공필요는 엄격하게 해석되어야 하며, 이에 대한 입법자의 재량은 인정하되 절차적 보안을 통해 객관성 및 정당성·합리성을 담보하여야 한다.

(투고일 : 2015. 8. 8. / 심사일 : 2015. 8. 19. / 확정일 : 2015. 8. 20.)

참 고 문 헌

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2008.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2006.
- 류해웅, 신수용보상법론, 부연사, 2001.
- 석종현, 손실보상법론, 삼영사, 2005.
- , 일반행정법(하), 삼영사, 2005.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
- 홍정선, 일반행정법(하), 박영사, 2008.
- 국토연구원, 민간택지개발 활성화를 위한 제도개선방안, 1996.
- 김광수, “재산권 보장의 구조와 사회적 의무”, 「공법연구」 제28집 제3호, 한국공법학회, 2003. 3, 49~67.
- 김남진, “재산권의 가치보장과 존속보장”, 「월간고시」 184, 법학사, 1989. 5, 31-40.
- 김배원, “한국헌법상 토지재산권의 보장과 제한”, 「토지법학」 제20호, 한국토지법학회, 2005. 3, 17~35.
- 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 관한 검토”, 「공법연구」 제32집 제4호, 2004. 3, 1~18.
- 김연태, “공용수용의 요건으로서의 공공필요”, 「고려법학」 제48집, 고려대학교 법학연구원, 2007. 4, 83~105.
- 박진근, “재산권규정의 재해석을 통한 재산권 최고규범으로서 사적 자치”, 「법과 정책연구」 제12권 제3호, 한국법정책학회, 2012. 9, 1287~1311.
- 박평준, “헌법상 토지재산권에 대한 공용침해”, 「헌법학연구」 제3집, 한국헌법학회, 1997. 10, 389~415.
- 류하백, “수용보상제도의 변천·왜곡과 주요 기본권 침해내용에 관한 연구”, 「감정평가연구」 제13집 제1호, 한국감정평가연구원, 2003. 5, 71~106.
- 류해웅, “개발사업법상 공용수용의 특례규정에 관한 법제적 고찰”, 「감정평가연구」 제16집 제1호, 한국부동산연구원, 2006. 6, 29~56.
- 이부하, “헌법상 경제질서와 재산권보장”, 「공법학연구」 제7권 제3호, 한국비교공법학회, 2006. 8, 23~46.
- , “재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국

- 비교공법학회, 2008. 8, 331~351.
- , “헌법상 토지재산권의 보장 및 그 제한 법률에 대한 합헌성”, 「토지공법연구」 제43집 제1호, 한국토지공법학회, 2009. 2, 227~245.
- , “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 「헌법학연구」 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 275~303.
- 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 「법조」 제54권 제5호, 법조협회, 2005. 5, 122~155.
- 정연주, “재산권보장과 이익형량”, 「공법연구」 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001. 5, 29~61.
- 조한상, “헌법 제37조 제2항 공공복리 개념에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제12집 제5호, 한국헌법학회, 2006. 12, 83~111.
- 정하중, “헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장”, 「헌법논총」 제9집, 헌법재판소, 1998. 12, 277~340.
- 정희남, 토지에 대한 개발이익환수제도 개편방안, 국토연구원, 2003. 12.
- 지대식·김승중·손경환·조판기, 공익사업의 원활한 수행을 위한 토지보상체계 개선 연구, 국토연구원, 2006. 12.
- 석인석, “경제개발을 위한 사인의 재산권수용의 합헌성 논의”, 「토지공법연구」 제58집, 한국토지공법학회, 2012. 8, 197~220.
- 설계경, “재산권보장과 손실보상의 근거법리에 관한 고찰”, 「법제」 통권 제571호, 법제처, 2005. 7, 34~52.
- 손상식, “토지재산권 제한의 위헌심사기준”, 「재산권 보장과 위헌심사」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012. 10, 61~122.
- 송희성, “재산권의 존속보장과 공공필요의 요건”, 「고시연구」 249, 고시연구사, 1994. 12, 84~108.
- 표명환, “독일연방헌법재판소의 자갈채취판결의 의미”, 「토지공법연구」 제35집, 한국토지공법학회, 2007. 2, 335~357.
- , “헌법상 공용수용규정과 헌법재판소의 해석 법리에 관한 고찰”, 「토지공법연구」 제59집, 한국토지공법학회, 2012. 5, 123~146.
- 허완중, “헌법 제23조 제1항과 제3항의 구별”, 「재산권 보장과 위헌심사」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012. 10, 1~60.

