

도시개발사업에서의 공용수용의 주체에 관한 논의*

이 학 춘**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 도시개발사업의 주체
- III. 민간기업의 공용수용 주체성과 한계
- IV. 수용주체로서의 민간기업의 공익성 제고방안
- V. 결론

I. 서론

도시개발사업은 국가나 공공단체뿐만 아니라 민간기업과 조합 등도 참여하게 됨으로써 사업시행자의 범위가 확대되어 지속적인 증가를 보이고 있다. 경제구체의 완화에 따른 공기업 민영화와 민간기업의 공적 임무수행 요청이 증가하는 등 사회경제적 여건변화에 따라 사업주체가 민간기업, 개인, 조합 또는 민관합동법인으로까지 확대되는 것이며¹⁾ 사회·경제적 발전에 따른 복리행정의 증대로 그 업무가 상당부분 민간에게 이전되어 사인(私人)인 민간기업의 역할변화에 따라 공익사업의 체 또한 국가에서 사인(私人)으로 점차 확장되는 것이다. 이러한 공익사업은 시행자가 사업구역의 토지등을 수용 또는 사용하는 방식으로 시행할 수 있으므로 필연적으로 공용수용권이 수반되지만 민간기업은 대부분 영리 추구가 목적이므로 그 목적달성 수단으로서 공익사업을 수행하는 것이기에 공적 기관의 사업시행과는 출발과 목적이 다르다는 점에서 사인이 공익사업과 수용의 주체가 될 때에는 공적 기관의 경우보다 공익성 확보를 위한 법적·

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 국제전문대학원 교수.

1) 현재 2014.10.30. 2011헌바172.

제도적 장치가 더 강하게 요구된다.

헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용과 보상을 규정하고 있으나 수용주체인 수용권자에 대해서는 제한규정이 없다. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 토지보상법)도 수용권자에 대하여 ‘사업시행자’라고 하여 “공익사업을 수행하는 자”로만 규정하고 있다(동법 제2조 제3호). 현행법상 직접 도시개발사업을 결정하고 수용제결을 하는 기관은 사인(私人)이 아닌 국가기관이지만 실제 사업시행을 비롯하여 토지보상을 행하는 것은 사인(私人)인 민간기업이기 때문에 이 사인을 수용의 주체로 보고, 사인이 수용의 주체가 되었다면 당연히 국가가 수용의 주체가 되었을 때와 마찬가지로의 권리의무에 따라 국가가 행한 ‘공용수용’과 다르지 않도록 하여야 한다.

이상의 관점으로 본 연구는 도시개발사업의 주체로서 지정권자와 시행자에 대한 도시개발법상 요건을 법규를 중심으로 분석하고 사업주체로서 사인(私人)인 민간기업이 참여할 수 있는 범위와 한계를 정리하여 공적 영역에서 점차 확대되는 민간개발과 관련하여 향후 논의될 수 있는 사업의 공익성 확보 문제에 준거가 되고자 한다. 다만 법조항의 소개가 많은 탓으로 개별 조문은 본문 표시와 각주 표시로 혼용하였음을 밝힌다.

II. 도시개발사업의 법적 성격과 주체

1. 도시개발사업의 법적 성격

도시개발이라 함은 아직 도시적 기능으로 개발되지 않은 토지를 도시화하여 개발하거나 기존 도시지역의 기능을 제고할 목적으로 토지의 형질변경에서부터 건축에 이르기까지 종합적이고 체계적인 개발을 지향하는 사업으로서 개발계획, 사업지정 등의 행정계획, 토지수용 또는 환지처분과 같이 종전 토지의 소유권 등의 권리를 행정청의 결정에 따라 이전·귀속 확정시킴으로써 무효이거나 행정청 또는 재판에 의해 취소되지 않는 한 효력을 갖는 형성적 행정처분을 수반하는 행정작용이다. 이러한 일련의 개발행위는 「도시개발법」을 근거로 한다.

기존의 토지구획정리사업법과 도시계획법을 통합하여 2000년 7월부터 시행된 「도시개발법」은 민간사업자도 사업시행자가 되어 공익사업의 주체가 될 수 있

는 법적 지위를 부여하였으며 사업시행지역으로 지정된 구역에서 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등 다양한 기능의 단지 또는 시가지를 조성함으로써²⁾ 토지행정에 대한 광범위한 계획수립이 가능하도록 하여 국토계획법에 대한 특별법으로서의 지위도 함께 가진다. 또한 도시개발의 개념을 확대하면 「도시개발법」만이 아니라 「도시 및 주거환경정비법」, 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」, 「기업도시개발특별법」, 「지역균형개발 및 지역중소기업 육성에 관한 법률」, 「지역특화발전특구에 대한 규제특례법」, 「택지개발촉진법」등 많은 법률에 근거하여 시행되고 있다. 하지만 「도시개발법」에 의한 도시개발사업은 주택 이외에도 다양한 도시시설을 포함한 개발이라는 점에서 주택건설을 위한 택지를 개발하는 택지개발사업과 구분되며 불특정 다수를 위한 도시를 개발한다는 점에서 민간기업의 산업입지와 경제활동을 위하여 도시를 개발하는 기업도시개발사업과도 구분된다. 또한 새로운 도시적 기능을 부여하거나 기존 시가지의 도시기능 제고 등을 목적으로 한다는 점에서 노후된 도시환경을 개선하는 정비사업과도 구별된다. 이러한 도시개발사업은 계획적이고 체계적인 도시개발을 도모하고 쾌적한 도시환경 조성과 공공복리 증진에 이바지한다는 공익성을 목적으로 하므로³⁾ 이에 따른 사유재산권에 대한 공용수용도 가능하게 된다.

2. 사업의 지정권자

지정권자는 기본적으로 시·도지사⁴⁾, 대도시 시장⁵⁾이며 일정한 경우 국토교통부장관이 지정권자가 된다.⁶⁾ 도시개발사업이 필요하다고 인정되는 지역이 둘 이상의 시·도⁷⁾ 또는 대도시⁸⁾의 행정구역에 걸치는 경우에는 관계 시·도지사 또는 대도시 시장이 협의하여 도시개발구역을 지정할 자를 정하고 협의가 성립되지 아니하는 경우에는 국토교통부장관이 지정한다.⁹⁾ 그 외 국가가 도시개발

2) 도시개발법 제2조 제1항 제2호.

3) 동법 제1조.

4) 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사.

5) 지방자치법 제175조에 따른 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시의 시장.

6) 도시개발법 제3조 제1항, 제11조 제1항.

7) 특별시·광역시·도·특별자치도.

8) 「지방자치법」 제175조에 따른 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시.

사업을 실시할 필요가 있는 경우, 관계 중앙행정기관의 장이 요청하는 경우, 공공기관의 장¹⁰⁾ 또는 정부출연기관의 장¹¹⁾이 30만 제곱미터 이상으로서 국가계획과 밀접한 관련이 있는 도시개발구역의 지정을 제안하는 경우, 천재지변, 그 밖의 사유로 인하여 도시개발사업을 긴급하게 할 필요가 있는 경우 등에는 국토교통부장관이 도시개발구역을 지정할 수 있다.¹²⁾ 또한 시장(대도시 시장을 제외)·군수 또는 자치구의 구청장은 시·군·구도시계획위원회에 자문을 한 후 시·도지사에게 도시개발구역의 지정을 요청할 수 있다(동법 제3조 제4항).

3. 도시개발사업 시행자의 자격

1) 국가와 공공단체

도시개발사업의 시행자는 일정한 요건을 갖춘 자 중에서 지정권자가 지정하며 우선 국가나 지방자치단체, 공공기관, 정부출연기관, 지방공사 등이 이에 해당한다(도시개발법 제11조 제1항; 동법 시행령 제18조).

2) 도시개발구역의 토지소유자 또는 조합

해당 도시개발구역의 토지 소유자는 사업주체로 지정될 수 있으며 공유수면 매립지의 경우 매립면허를 받은 자를 해당 공유수면을 소유한 자로 보고 그 공유수면을 토지로 본다.¹³⁾ 수용방식 사업의 경우에는 도시개발구역의 국공유지를 제외한 토지면적의 3분의 2 이상을 소유한 자여야 하며(도시개발법 제11조 제1항 제5호) 도시개발구역의 토지 소유자가 도시개발을 위하여 설립한 조합도 사업시행자가 될 수 있다(동법 동조 제6호).

9) 도시개발법 제3조 제2항, 제3항.

10) 한국토지주택공사, 한국수자원공사, 한국농어촌공사, 한국관광공사, 한국철도공사, 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」 제43조 제3항에 따른 매입공공기관(같은 법 제2조 제6호에 따른 종전부동산 및 그 주변을 개발하는 경우로 한정).

11) 한국철도시설공단(「역세권의 개발 및 이용에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 역세권개발사업을 시행하는 경우에만 해당), 제주국제자유도시개발센터(제주특별자치도에서 개발사업을 하는 경우에만 해당).

12) 도시개발법 제3조 제3항; 동법 시행령 제4조.

13) 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제28조.

3) 법인

(1) 수도권 이외 지역으로 이전하는 법인

「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에서 수도권 외의 지역으로 이전하는 법인 중 과밀억제권역에 3년 이상 계속하여 공장시설을 갖추고 사업을 하고 있거나 3년 이상 계속하여 본점 또는 본사를 두고 있는 법인이 그 공장시설의 전부나 본사를 수도권 외의 지역으로 이전하는 경우¹⁴⁾와 과밀억제권역에서 대학¹⁵⁾을 운영 중인 학교법인으로서 대학시설의 전부를 수도권 외의 지역으로 이전하는 학교법인이 이에 속한다.¹⁶⁾

(2) 국가 기타 공공기관이 100분의 50 이상 출자한 법인

도시개발구역의 토지 소유자가 도시개발을 위하여 설립한 조합 이외의 자가 도시개발사업을 시행할 목적으로 출자에 참여하여 설립한 법인으로서 국가나 지방자치단체, 공공기관, 정부출연기관, 지방공사에 해당하는 자가 100분의 50 이상 출자한 법인을 말한다(동법 제11조제1항).

(3) 조합 이외의 시행자가 100분의 50 이상 출자한 법인

도시개발조합 이외의 자가 도시개발사업을 시행할 목적으로 출자에 참여하여 설립한 법인으로서 도시개발구역의 토지 소유자¹⁷⁾, 과밀억제권역에서 3년 이상 계속하여 공장시설을 갖추거나 본점 또는 본사를 두고 사업을 하고 있는 종업원의 수가 500명 이상인 법인,¹⁸⁾ 주택법상 주택건설사업 등록자(주택법 제4조) 중 도시개발사업을 시행할 능력이 있다고 인정되는 자,¹⁹⁾ 「건설산업기본법」에 따른 토목공사업 또는 토목건축공사업의 면허를 받는 등 개발계획에 맞게 도시

14) 이 경우 공장시설 또는 본사의 이전에 따라 이전하는 종업원의 수가 500명 이상이어야 하며 여러 개의 법인이 모여 지방으로 이전하는 경우에는 그 종업원 총수를 기준으로 한다(도시개발법 시행령 제18조 제3항 제1호).

15) 「고등교육법」 제2조 제1호에 따른 대학으로서 동법 제30조에 따른 대학원대학은 제외.

16) 동법 제11조 제1항 제7호; 시행령 제18조 제3항 제2호, 제8항 제1호.

17) 도시개발법 제11조 제1항 제5호.

18) 여러 개의 법인이 모여 지방으로 이전하는 경우에는 그 종업원 총수가 500명 이상인 법인을 말한다(도시개발법 제11조 제7호; 시행령 제18조 제3항).

19) 「주택법」 제2조 제12호에 따른 주택단지와 그에 수반되는 기반시설을 조성하는 경우에만 해당(도시개발법 제11조 제1항 제8호; 동법 시행령 제18조 제4항).

개발사업을 시행할 능력이 있다고 인정되는 자,²⁰⁾ 부동산개발업자²¹⁾로 등록된 자,²²⁾ 「부동산투자회사법」에 따라 설립된 자기관리부동산투자회사 또는 위탁관리 부동산투자회사²³⁾ 등에 해당하는 자가 100분의 50 이상 출자한 법인을 말한다.²⁴⁾

4) 조합 이외의 시행자가 100분의 30 이상 출자한 법인

도시개발조합을 제외한 사업시행자 자격에 해당되는 자가 100분의 30 이상 출자한 법인으로서 다음 각호의 하나에 해당하는 경우를 말한다.

① 국가나 지방자치단체(동법 제11조 제1항 제1호), 공공기관(동법 동조 제2호), 정부출연기관(동법 동조 제3호), 지방공사(동법 동조 제4호)에 해당하는 자의 출자비율 합계가 100분의 20 이상인 법인

② 국가재정법에 따라 설치된 기금²⁵⁾을 관리하기 위하여 설립된 법인에 해당하는 자의 출자비율 합계가 100분의 20 이상인 법인

③ 법률에 따라 설립된 공제회에 해당하는 자의 출자비율 합계가 100분의 20 이상인 법인

④ 금융회사²⁶⁾의 출자비율 합계가 100분의 20 이상인 법인²⁷⁾

4. 검토

도시개발사업은 도시계획에서부터 실행에 이르기까지 주택 및 다양한 도시기능을 위한 종합적인 행정작용이 개입되는 사업이란 점에서 「도시 및 주거환경정비법」에 의한 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업 등과는 법적 성격을 달리한다.

사업시행에 있어서 국가와 지방자치단체 기타 공공기관, 정부출연기관, 지방공사 등은 단독으로 사업주체가 될 수 있고 소유자의 경우 도시개발구역의 토

20) 도시개발법 제11조 제1항 제9호; 동법 시행령 제18조 제5항.

21) 부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률 제4조 제1항.

22) 도시개발법 제11조 제1항 제9의2호; 동법 시행령 제18조 제6항.

23) 도시개발법 제11조 제1항 제10호; 동법 시행령 제18조 제7항.

24) 도시개발법 제11조 제1항 제11호.

25) 국가재정법 제5조 제1항.

26) 「법인세법 시행령」 제61조 제2항 제1호부터 제13호까지 및 제24호에 해당하는 금융회사.

27) 도시개발법 시행령 제18조 제8항 제2호.

지소유자 또는 소유자가 도시개발을 위하여 설립한 조합이거나 공유수면 매립지의 경우 매립면허를 받은 자가 사업시행자가 될 수 있다. 해당 지역 토지소유자의 경우 토지수용을 통한 사업이라면 국공유지를 제외한 토지면적의 3분의 2 이상을 소유한 자이어야 한다.

법인의 경우 우선 단독 주체성을 가진 국가나 공공기관이 100분의 50 이상 출자한 법인이면 사업주체가 될 수 있다. 사실상 공익법인이 이에 해당한다 하겠다. 그 외 과밀억제권역에서 3년 이상 사업 중인 법인으로서 그 공장시설의 전부나 본사를 수도권 외의 지역으로 이전하는 법인, 과밀억제권역에서 대학을 운영 중인 학교법인으로서 대학시설의 전부를 수도권 외의 지역으로 이전하는 학교법인이 이에 속한다.

또한 출자비율이 일정비율 이상인 법인으로서 도시개발조합 이외에 사업시행 능력이 있다고 인정되는 자가 100분의 50 이상 출자한 법인, 도시개발조합 이외에 사업시행 능력이 있다고 인정되는 자의 출자비율이 100분의 50에 미달될 경우에는 지방공사, 공제회, 금융기관 등 신뢰성 있는 공공기관의 출자비율과의 합계가 100분의 50을 초과하도록 사업시행 능력있는 자의 지분 100분의 20 이상 + 신뢰성 있는 공공기관의 출자비율 100분의 20 이상 = 100분의 50 이상이 되는 법인이면 공공성이 확보된다고 보아 시행자격을 인정하고 있다.

이러한 시행주체에 의한 도시개발사업은 주거, 상업, 정보통신, 생태, 문화, 보건복지 등 다양한 기능의 개발을 위하여 시행하는 사업으로서 사업내용을 볼 때 주거, 정보통신, 생태, 보건, 복지 외에는 수익을 목적으로 한 민간기업의 참여가 불가피한 측면이 강하다. 따라서 공익적 사업에 해당하는 도시개발사업이지만 사업시행자는 해당 도시개발구역의 토지소유자나 조합, 기타 일정한 요건에 해당하는 법인, 주택건설사업등록을 한 자, 부동산개발업자, 자기관리부동산투자회사 또는 위탁관리부동산투자회사 등과 이들이 일정비율 이상 출자하여 설립한 법인을 포함함으로써 사인(私人)도 참여할 수 있는 제도적 근거가 마련되어 있으며 여기서 지정된 사업시행자는 지정권자가 수립한 개발계획에 따라 실시계획을 작성하여 인가받은 후 시행자가 해당 개발구역의 토지등을 수용 또는 사용하는 방식이나 환지방식 또는 이를 혼용하는 방식 기타 순환개발방식²⁸⁾

28) 도시개발사업을 원활하게 시행하기 위하여 도시개발구역의 내외에 새로 건설하는 주택 또는 이미 건설되어 있는 주택에 그 도시개발사업의 시행으로 철거되는 주택의 세입자 또는 소유자를 임시로 거주하게 하는 등의 방식으로 이 경우 시행자는 임시로 거주하는

으로 사업을 시행하게 된다.²⁹⁾

Ⅲ. 민간기업의 공용수용 주체성과 한계

1. 공용수용 주체의 범위 확대에 관한 논의

1) 토지보상법에 의한 수용의 주체

도시개발사업에 따른 토지수용에 관하여는 도시개발법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 토지보상법을 준용한다³⁰⁾. 최근 개정된 토지보상법은 공익사업의 유형을 열거하여 이 중 어느 하나의 사업을 시행하는 주체를 공용수용권을 부여받은 공익사업자로 규정하고 토지보상법에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업은 동법 제4조 또는 별표에 규정된 110가지의 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없으며 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다고 명시하여³¹⁾ 적용대상을 엄격히 법률에 유보함으로써 공용수용 주체의 범위에 대한 무분별한 확대를 금지하고 있다. 도시개발법에 따른 도시개발사업도 당연히 이에 포함되며³²⁾ 그 외에도 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」에 따른 혁신도시개발사업(토지보상법 제4조제8호 관련 별표 제10호), 「기업도시개발 특별법」에 따른 기업도시개발사업(동법 관련 별표 제26호)도 포함된다.

이러한 법률유보에 따른 토지수용이 이루어질 때 그 사업과 수용주체인 도시개발사업 시행자는 민간기업인 사인(私人)으로 확대되고 있음은 주지한 바와 같으며 사인(私人)이 공익사업 시행자로서 공용수용에 개입하는 경우는 국가 등의 공적 주체가 사인 또는 민간기업을 위하여 수용하는 경우이거나 사인(私人)인 민간기업이 사업시행자로서 직접 수용하는 경우를 들 수 있다. 전자의 경우는

주택(“순환용주택”)을 임시거주시설로 사용하거나 임대할 수 있다(도시개발법 제21조의2).
 29) 동법 제21조의2.
 30) 동법 제22조 제2항.
 31) 동법 제4조의2.
 32) 토지보상법 제4조제8호 관련 [별표] 그밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업 제37호.

산업단지 등과 같은 사회기반시설을 조성하여 민간사업자에게 분양하기 위하여 국가나 공공기관이 수용하는 경우이며 후자의 경우는 각종 상업시설 건립을 위한 개발사업 등이 해당되겠다. 도시개발사업에 의한 토지수용은 사업의 종류와 공익성의 강약에 따라 달라지겠지만 후자의 경우가 확대되는 것은 사실이다.

현행 토지보상법에 따를 때, 사업시행자가 지정권자로부터 사업인정을 받으면 토지 등을 수용할 수 있는 권리를 부여받게 되므로 사인(私人)인 민간기업도 토지보상법 제4조에 의한 공익사업 중 어느 하나의 사업시행자가 되면 자연히 공용수용권의 행사주체가 되고³³⁾ 결국 토지수용이 가능하도록 결정하는 사업인정은 사업시행자에게 일정절차를 거칠 것을 조건으로 수용권을 설정해 주는 형성행위이자 재량행위로서³⁴⁾ 사업시행자가 직접 수용권을 행사할 수 있는 근거가 되어 사인에 의한 수용도 가능하게 된다.

2) 판례의 검토

헌법재판소는 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 ‘공익적 필요성’이며, 그 구성요소로서의 ‘공익성’에 대하여는 추상적인 공익일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하는 것으로 보고 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 해석한다. 즉, 헌법상 제23조 제3항에서 규정하고 있는 공공필요는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성을 의미한다. 여기서 공익성의 정도를 판단함에는 공용수용을 허용하고 있는 개별 입법목적과 그 목적에 대한 사업내용의 기여 정도와 대중을 상대로 한 영업일 경우 그 사업시설에 대한 대중의 접근가능성과 이용도 기준으로 요구한다. 필요성의 경우 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인해 재산권을 침해당하는 개인의 사익을 비교형량할 때 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도로 공익성이 우월해야 하며, 특히 사업시행자가 사인(私人)일 경우에는 그 사업시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 저하되지 않도록 보장하는 법적 근거도 갖추어야 한다고 본다. 이러한 요건을 갖출 때 사인의 공용수용 주체성도 인정되지만 고급골프

33) 헌재 2009.9.24. 2007헌바114; 김동희, 「행정법Ⅱ」, 박영사, 2010, 353면.

34) 장은혜, “공용수용에서 사인수용의 법적 문제”, 「토지공법연구」 제71권, 토지공법학회, 2015, 211면.

장 사업과 같이 공익성이 현저히 낮은 사업까지도 민간개발자에게 수용권을 허용할 수는 없다는 입장이다.³⁵⁾

대법원은, 국가가 공용수용권을 행사할 수 있는 공익사업을 위한 법률상 요건과 사업인정행위의 성격 및 그 후 그 사업인정 요건의 지속성에 관한 판단에서 공용수용을 위한 '사업인정'이란 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 일정한 절차준수를 정지조건으로 수용권을 설정하여 주는 형성행위로 본다. 또한 해당 사업이 외형상 공용수용이 가능한 사업에 해당한다고 하더라도 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부를 살펴야 하고, 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 있어 당사자들의 이익을 공익과 사익, 공익 상호간, 사익 상호간 등에 정당하게 비교형량되어야 하고 그 비교형량은 비례의 원칙에 적합하여야 한다. 뿐만 아니라 해당 공익사업을 통하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 수용권을 설정해 줄 수는 없으므로 해당 사업의 공익적 실현에 대한 사업시행자의 수행의사와 능력도 사업인정의 한 요건으로 보고 있다. 따라서 사업인정을 받은 후 그 사업이 공익과 사익의 비례성을 현저히 상실하거나 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실한 경우에는 공익 목적에 반하는 수용권 남용에 해당하여 해당 사인(私人)의 수용권 행사는 허용되지 않는다고 판시하고 있다.³⁶⁾

이와 같이 헌법재판소와 대법원 모두 민간사업자인 사인(私人)에게도 공용수용의 주체성을 인정하지만 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율을 갖출 것을 요건으로 하며 해당 사업시행자에게 비교·형량과 비례의 원칙에 따른 지속적 공익성에 대한 의사와 능력을 요구하고 있다.

2. 외국의 경우 시사점

1) 독일

독일의 경우 기본법(Grundgesetz)상 수용은 공공복리를 위하여 보상의 종류

35) 헌재 2014.10.30. 2011헌바129·172(병2합)결정.

36) 대법원 2011.1.27. 선고 2009두1051 판결.

와 범위를 정한 법률에 근거해서만 허용된다.³⁷⁾ 이러한 헌법상 원칙에 따라 민간기업에 의한 공용수용의 허용 여부는 공공복리와 사적 이익의 불일치라는 점에서 논의가 이루어져 상호간 본질적 차이는 있어도 사인(私人)을 위한 공용수용을 원칙적으로 허용한다. 공용수용은 그 주체의 문제라기보다는 내용의 공익성에 의해 인정 여부가 결정되는 것이므로 민간기업의 사익 추구를 목적으로 시작되는 것일지라도 부수적으로 공공복리를 증진시키기 위한 사업이라면 수용의 주체가 민간기업이라도 허용되는 것이다.³⁸⁾ 도시개발에 있어서 수용은 연방건설법(Baugesetzbuch)이 일반법의 지위를 가지며 사인(私人)이든 민관협력방식이든 공익을 위한 사업이면 비례의 원칙에 근거하여 수용을 허용하고 있다.³⁹⁾

연방헌법재판소와 연방행정법원은 공용수용은 평등원칙에 위반하는 특별희생(Sonder opfer theorie)을 속성으로 하므로 철저한 법률유보를 전제로 인정하며 특히 영리적 민간기업의 경우에는 명확히 수용목적이 법률에 규정됨으로써 수용가능성에 대한 행정부의 자의적 판단을 배제하고 수용과 관련된 이해관계인들의 이익이 비례원칙이나 평등원칙에 의해 보장되어야 하며 해당 사업이 공공복리에 지속적으로 기여될 수 있어야 한다는 입장이다.⁴⁰⁾ 예컨대 영리적 목적의 사업이더라도 해당 사업이 지역경제와 고용창출 개선에 기여한다면 공공복리의 성격을 가진 것으로 인정하지만 그러한 공익실현과 수용목적의 지속적 연관성이 법률에 구체적으로 명시되지 않으면 사인(私人)에 의한 공용수용을 인정하지 않는다.⁴¹⁾ 또한 침해의 중대성을 기준으로 하는 중대성이론(Schwere theorie)에 따라⁴²⁾ 사유재산권을 제한하는 입법이 공용수용인지 소유권의 내용에 관한 규정인지에 대한 심사는 법원의 판단에 위임하고 있으며 연방기본법의 보상규정⁴³⁾을 공용수용법의 효력요건으로 보고 보상규정이 흠결된 경우에는 법원이 임의로 보충하여 독자적으로 보상결정을 내리는 것을 금지하는 것이라 본

37) §14. III S. 1 u. 2; BGBl. I 2014, S. 2438.

38) BVerfGE 56, 249, 266(286).

39) §§ 85 bis 87; 강원호, “독일에 있어서 도시개발을 위한 토지확보와 보상”, 「토지공법연구」 제30집, 한국토지공법학회, 2006, 200면; 최정일, “독일에서의 수용유사침해법리와 그것의 한국법제에의 수용가능성에 관한 고찰”, 「행정법연구」 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 139-140면.

40) 정연주, “민간기업에 의한 수용”, 「홍익법학」 제11집 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 321-322면.

41) BVerfGE 74, 264(296).

42) BVerfGE 4, 219, BVerwGE 40, 258.

43) §14. III S. 2; BGBl. I 2014, S. 2438.

다.⁴⁴⁾ 또한 사인(私人)에 의한 사유재산권의 특별한 희생은 의도되지 않은 위법한 침해에도 존재할 수 있으므로 사유재산권의 직접적 손상이면 충분하다고 판결함으로써 공용수용유사침해로 손실보상의 범위도 확장되고 있다.⁴⁵⁾

2) 미국

연방수정헌법 제5조는 “적법절차 없이는 누구도 생명과 자유와 재산을 박탈당할 수 없고 정당한 보상(just compensation) 없이는 공익에 사용할 목적으로 사유재산권을 수용할 수 없다”⁴⁶⁾고 규정하고 있으며 연방대법원의 경우 정당한 보상에 의한 공용수용 여부를 결정하는 기준으로 사익(private interest)과 공익(Public interest)의 형량(balancing)을 제시하고 기본적으로 보상을 통하여 수용재산 소유자를 금전적으로 충분한 상태로 만들어야 한다는 입장이다.⁴⁷⁾ 또한 공공정책으로 인한 경제적 부담은 공공성과 정의에 비추어 국민 전체가 부담하여야 하며, 특정 개인에게 불공정하게 전가되어서는 안 된다는 논거로⁴⁸⁾ 국가행위 등에 의하여 사인의 재산에 물리적 침해가 가해진 경우에는 이를 사실상 수용행위로 보고 정부가 공용수용권을 행사한 것과 마찬가지로의 효과를 인정하여 정당보상을 지급해야 한다는 규제적 수용(regulatory taking) 이론의 등장에 따라 수용개념이 확대되었다.⁴⁹⁾ 이에 따라 민간에 의한 도시재개발사업도 공적 목적 또는 공적 편익이면 수정헌법 제5조의 공적 사용(public use)에 해당한다고 판결⁵⁰⁾한 이래 사회간접자본시설과 각종 택지개발 등에 대한 재정적 한계를 극복하고 공적 사업에 민간기업의 활력을 도입하기 위해 사적 이익을 위한 개발을 포함한 사기업의 공용수용도 공익달성에 직접 기여한 것이 인정될

44) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, 2013, S. 121 ff.

45) BGHZ 32, 208; BGHZ 37, 44, 47; BGHZ 57, 359; BGHZ 64, 220; BGH NJW 1980, 770; 최정일, 앞의 논문, 139-140면.

46) U.S. Const. amend. V.

47) Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255, 1980.

48) Pen central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 1977, p.123.

49) 김상진, “미국의 토지 이용규제와 사법적 규제”, 「법학연구」 제50집, 한국법학회, 2013, 246면 이하; 이기환, “미국연방대법원의 규제적 수용(Regulatory Taking)과 손실보상(Taking)의 판단기준에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제21권 제3호, 미국헌법학회, 2010, 356면 이하; Pennsylvania Coal Co. v. Mahon 260 U.S. 393(1922); Penn Central Transportation Co. v. New York city, 438 U.S. 104 (1978).

50) Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005).

때에는 공용수용을 허용함으로써 공용수용 주체의 범위 역시 확대되어 왔다.⁵¹⁾

그러나 공적 목적을 증진하기 위해서라도 민간개발업자들이 사유재산을 수용할 수 있는가에 대한 반론과 사인(私人)에 의한 수용의 효용성에 대한 논쟁 역시 확산되어 많은 주(州)에서 사인수용을 제한하는 입법을 하게 된다.⁵²⁾ 연방정부도 공용수용권은 헌법에서 규정하고 있는 공적 사용과 정당한 보상에 합당한 경우 일반국민의 이익을 위해서만 행사되어야 한다는 것을 강조하며 민간기업의 사익 추구를 위한 공용수용권 행사를 금지함에 따라⁵³⁾ 경제적 이유의 개발을 위한 민간기업에 의한 수용은 제한하면서도 명백히 낙후된 지역의 재개발사업에 대한 민간기업의 참여는 허용하되 사인수용은 예외적으로 허용하는 등 사익 추구가 주된 목적이 되는 개발을 위한 수용은 비록 일자리 창출이나 부수적인 공익적 효과가 있어도 제한하는 입법 태도를 보이고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 기조는 좁은 의미의 공익개념에서 사적 이익을 위한 개발을 포함하는 넓은 의미의 공익개념으로 진화했다는 의미가 있는 반면 경제적 정체 상태의 지역은 모두 퇴락지구로 지정하여 강제수용할 수 있는 길을 지나치게 확대했다는 비판 역시 존재한다.⁵⁵⁾ 결국 미국의 수용주체에 대한 태도는 사인(私人)에 의한 경제개발 목적의 공익개념을 인정하면서도 공익 목적의 개발사업이 지나치게 확대되는 것을 제한하는 추세로 간다고 볼 수 있다.

3. 민간기업의 공용수용 주체로서의 한계

1) 엄격한 법률유보와 공공필요에 의한 한계

51) Abraham Bell, Private Takings, 76 U. Chi. L. Rev., 517, 557-60, 2009.

52) Patricia E. Salkin, Lora A. Lucero, Community redevelopment, public use, and eminent domain, 37 U. Urb. Law. 201, 202 (2005); Ilya Somin, The limits of Backlash: Assessing the Political Response to KELO, 93 Minn. L. Rev. 2100, 2121 (2009).

53) Executive Order 13406 (2006).

54) Ala. Code § 24-2-2(c) (2008); Geo. Code Ann. § 22-1-1(1), (10) (Supp. 2008); Ind. Code § 32-24-4.5-7 (Supp. 2008); Mich. Comp. Laws §213.23(1), (3), (8) (Supp. 2008); Minn. Stat. § 117.025 (2008); Va. Code Ann. § 1-219.1 (2008); 정하명, “사인수용에 대한 미국연방정부와 주정부의 법적 대응”, 「공법학연구」 제11집 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 411-415면.

55) 김용창, “미국 도시개발사업에서 사적 이익을 위한 공용수용 - 연방 및 주 대법원 판례를 중심으로”, 「국토연구」 제74권, 국토연구원, 2012, 136면.

공공필요에 해당하는 공익은 추상적 개념이고 공익사업의 범위도 국가 정책 목표나 시대적·사회적 상황에 따라 달라질 수 있는 불확정 개념이므로 공용수용에서 법률유보는 공공성의 담보를 위해 반드시 필요하며 행정에 대한 법률우위의 원칙에 따라 법치행정의 구현수단이 되어 필요한 법률의 부존재로 인해 특정 행정활동은 배제되는 것이다.⁵⁶⁾ 이 경우 법률유보는 포괄위임 금지의 원칙에 의해 다시 제한되므로 법률에 근거하더라도 하위법에 대한 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 이루어져야 한다.⁵⁷⁾ 결국 헌법상 기본권의 제한은 법률로 정하고 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 보상 역시 법률에 의해야 하므로 구체적 법률유보에 위반된 공용수용은 위헌적 행정작용으로서 공용수용의 허용 한계로 작용하며 이러한 한계를 구체적으로 명시한 것이 토지보상법 제4조와 제4조의2이다.

또한 행정영역이 공공필요성으로 확대됨에 따라 헌법 제23조의 공공필요성은 공공정책의 방향결정과 각종 행정결정에 있어서도 그 당부를 판단하는 기준이 되고 있으며⁵⁸⁾ 사인이 공익사업 수행에서 추구하는 주된 목적은 사실상 영리추구이므로 그런 점에서 공익적 필요성이 갖는 의미는 대단히 중요하고 한편으로 사인에 의한 수용은 사인을 통한 국가기능의 확장이란 측면도 있으므로 공익의 객관적 기준이 정립되지 않으면 공익의 범위가 확장된 영역에서 국민의 기본권 또한 침해될 가능성이 높아져 최소한 사업에 부합하는 기간 동안은 지속적인 공익실현이 확보되도록 법적·제도적 제한장치가 요구되는 것이다.

이러한 공익상 필요성의 범위는 공익사업의 범위와 직결되므로 이미 살핀 엄격한 법률유보의 원칙에 따라 토지보상법은 제4조에서 공익사업의 범위를 열거하고 있다. 도시개발사업도 여기에 포함되어 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하기 위하여 시행하는 사업으로서⁵⁹⁾ 토지보상법상 국가, 지방자치단체 등이 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택건설 또는 택지 및 산업단지 조성에 관한 사업⁶⁰⁾에 해당될 수도 있고 특히 “그밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지

56) Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, S. 148 f; Steffen Detterback, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. München 2011, S. 74 ff.; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2012, 53면; 홍준형, 「행정법」, 법문사, 2011, 19면.

57) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 195면; 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 148면.

58) 박균성, 「행정법원론(상)」 제11판, 박영사, 2012, 10면.

59) 도시개발법 제2조 제1항.

등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업”⁶¹⁾으로 명시된 110개의 공익사업에는 「도시개발법」에 따른 도시개발사업(제37호) 외에도 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」에 따른 혁신도시개발사업(10호), 「기업도시개발 특별법」에 따른 기업도시개발사업(26호) 등도 포함하고 있다.

이와 관련하여 「사회기반시설에 대한 민간투자법」도 민간투자사업을 위하여 토지등을 수용할 수 있는 사회기반시설로 개별법에 근거한 53개의 사업을 열거하여 민간기업인 사업시행자에게 전면적인 수용을 허용하고 있다.⁶²⁾

2) 정당한 보상에 따른 제한

공용수용에 있어서 헌법상 정당한 보상은 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미하고 판례도 토지의 경우 그 특성상 인근 유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가하여야 하며 이 경우 소유자가 갖는 주관적인 가치나 투기적 성격을 띠고 우연히 결정된 거래가격 또는 흔히 불리우는 호가, 객관적 가치의 증가에 기여하지 못한 투자비용이나 그 토지 등을 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 가격 등에 좌우되어서는 안 되며, 개발이익은 원칙적으로 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되지 않는다고 보고 있다.⁶³⁾ 하지만 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」은 개발이익의 10%를 해당 경제자유구역의 산업·유통시설용지의 분양가격이나 임대료의 인하, 기반시설이나 공공시설 설치비용에 충당하도록 규정함으로써(동법 제9조의8 및 시행령 제11조의5) 별도의 정당한 보상을 위한 노력을 기울이고 있다.

또한 사인수용권자에게 부여되는 권리는 공익사업의 수행을 위하여 필요한 경우에 한하여 허용되는 것으로 그로 인하여 파생되는 손실에 대한 엄격한 보상의무가 따른다. 이에 따라 사업시행자는 토지 등의 수용에 따른 손실이나 타인 토지의 출입에 따른 손실, 측량이나 조사를 위하여 타인 토지에 출입하여

60) 토지보상법 제4조 제5호.

61) 동법 제4조 제8호.

62) 사회기반시설에 대한 민간투자법 제2조 제1호.

63) 현재 1995.4.20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533-534; 현재 2001.4.26. 2000헌바31 참조.

발생하는 손실, 사업인정의 실효로 인하여 발생하는 손실, 사업의 폐지 및 변경으로 발생하는 손실 등도 보상하여야 하고, 토지소유자등과 성실하게 협의하도록 절차상 제한을 가하고 하고 있으며(토지보상법 제16조) 기타 토지소유자와 관계인에 대한 사업시행자의 보상계획 공고·통지·열람의무(동법 제14조, 제15조) 등의 절차상 제한 역시 정당한 보상을 위해 사인(私人)에게 가증되는 규제라 하겠다.

Ⅵ. 수용주체로서의 민간기업의 공익성 제고방안

1. 공공과 민간 컨소시엄의 활성화

민간기업이 공익사업에 진입하여 공용수용의 주체로서 공익성을 유지하기 위해선 부적격 개발업자의 진입차단이 우선되어야 한다는 점에서 최근 활성화되고 있는 공공기관과 민간개발사업자의 협력체계에 의한 컨소시엄 형태가 사업의 공익성과 안정성을 높이는데 효과적일 것이다. 지방자치단체나 토지주택공사와 같은 공공기관이 참여하는 방법은 여러 가지가 있으나 소유 토지를 활용하여 지분을 가질 수도 있고 비용구조나 수익 및 위험분담, 개발 이후의 관리 운영 등 전반적 사항을 조율할 수도 있다. 이런 형태가 활성화되면 사업의 공신력을 제공함으로써 자금조달을 용이하게 할 수 있고 인허가권 등 행정력을 활용하여 사업을 순조롭게 추진할 수 있는 동력이 될 수 있다.⁶⁴⁾

또한 중소개발사업자 간의 컨소시엄을 활용한 지주공동사업의 활성화를 위해 세제 혜택을 부여하는 방안과⁶⁵⁾ 개발사업에 대한 금융기관의 장기투자를 유도하여 시공사와 시행자, 금융기관 간의 파트너쉽에 따른 금융위험의 분담방안도 생각할 수 있고⁶⁶⁾ 특히 시행자와 공공기관의 출자비율이 100분의 30 내지 100분의 50을 초과하는 법인 중 일반시민의 소액자금을 위탁받아 투자된 위탁관리 부동산투자회사⁶⁷⁾에 대한 지원을 강화한다면 유휴자금의 공적 활용과 투자라는

64) 유재윤 외, “도시개발사업 참여주체별 역할 재정립 방향 연구”, 국토연구원, 2012, 66-67면.

65) 이현석 외, “시장변화에 따른 부동산PF 개선방안 연구”, 「도시행정학보」 제24집 제1호, 한국도시행정학회, 2011, 121면.

66) 유재윤 외, 앞의 연구보고서, 70면 이하.

67) 도시개발법 제11조 제1항 제10호; 동법 시행령 제18조 제7항.

두 가지 효과를 얻을 수 있을 것이다.

2. 절차상 공공성의 제고

살핀 바와 같이 사인이 공용수용의 주체가 되는 경우 가중된 규제와 한계가 가해지는 이유는 외형상 공익사업이더라도 사인(私人)인 민간기업이 추구하는 주된 목적은 영리추구이기에 사업수행을 함에 있어서 공익성을 소홀히 하지 않도록 지속적 제한이 불가피한 때문이고 특히 도시개발사업을 시행하기 위한 토지수용권의 행사는 많은 부분 민간기업의 참여로 이루어지므로 국가제도를 이용해 사익을 추구하는 결과를 막기 위해서라도 더욱 엄격한 공공필요에 대한 기준과 국가 개입이 요구된다. 따라서 1차적으로는 인·허가청에서 공공필요성을 판단하되 지방의회나 전문심사위원회(예컨대 분쟁조정위원회)에서 공익성에 대한 적절한 통제를 하는 게 바람직할 것이며 특히 개별법에 규정된 공익사업은 입법목적, 사업내용, 그 사업이 입법목적에 이바지하는 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.

절차적 측면에서는 조합의 경우 부실운영으로 인한 문제점이 가장 크며 그 외는 주로 보상과정에서 지역주민과의 갈등으로 사업추진에 애로를 겪는 것이 현실이므로 도시개발조합 운영에 대한 감독과 사업시행자와 지역주민간의 갈등을 중재할 자치단체의 역할이 더욱 필요하다. 따라서 도시분쟁조정위원회나 도시개발분쟁조정위원회의 업무범위를 확대하여 심사기능과 사후 감시기능을 부여함으로써 감독기능과 갈등 중재기능을 함께 할 수 있도록 연계하는 것이 좋겠다.

3. 분쟁조정위원회의 기능 조정

공용수용의 주체에 관한 논의는 ‘공공필요’라는 공익적 목적 달성을 위한 수단으로서 의미가 있으므로 공공복리를 위한 사업에 민간사업자의 개입이 더 효율적인 경우라면 사업과 수용주체성을 인정해야 하지만 수용권의 남용을 방지하고 공익사업 본래의 목적달성을 위해서는 해당 주민들에 대한 재산상 피해를 최소화하기 위한 분쟁해결 노력이 중요하며 그런 점에서 도시개발사업분쟁조정위원회의 기능 조정이 필요하다. 현행 도시개발법에 의하면 도시개발사업으로

인한 분쟁을 조정하기 위하여 도시개발구역이 지정된 특별자치도 또는 시·군·구에 도시개발사업분쟁조정위원회를 둘 수 있도록 하고 해당 지방자치단체에 「도시 및 주거환경정비법」상 도시분쟁조정위원회가 이미 설치되어 있는 경우에는 그 기능을 대신할 수 있도록 규정하고 있다(도시개발법 제21조의4). 이와 같이 도시개발사업분쟁조정위원회는 별도의 구성과 기능에 대한 명시규정 없이 재량사항으로 함으로써 분쟁조정위원회의 기능에 법적 힘을 부여하지 못하고 있다.

〈주택임대차위원회와 도시분쟁조정위원회의 비교〉

	주택임대차위원회	도시분쟁조정위원회
위원회	위원장(법무부차관) 1명을 포함한 9명 이상 15명 이하의 위원으로 구성	부시장·부지사·부구청장 또는 부군수를 위원장으로 한 10인 이내의 위원으로 구성
기능	우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준을 심의	정비사업의 시행과 관련한 분쟁 사항을 심사·조정 - 「주택법」, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 그 밖의 관계 법률에 따라 설치된 위원회의 심사대상에 포함되는 사항은 제외할 수 있다.
지원 기구	실무위원회, 전문위원	없음

〈표〉와 같이 주택임대차보호법은 위원회에서 심의할 안건협의를 효율적으로 지원하기 위한 실무위원회(동법 시행령 제17조)와 위원회의 심의사항에 관한 전문적인 조사·연구업무를 수행하기 위한 전문위원(동법 시행령 제18조)까지 규정되어 있으나 도시분쟁조정위원회와 도시개발사업분쟁조정위원회는 그런 점에서 미흡하다. 주택임대차위원회의 업무는 우선변제를 받을 임차인 및 소액 보증금 중 최우선변제를 받을 수 있는 일정액의 범위와 기준만을 심의함에도 실무위원회와 전문위원의 지원을 받도록 하고 있으나 사업시행상 복잡한 이해관계와 보상문제를 다루는 분쟁위원회에 별도의 지원기구가 없다는 것은 문제가 있다. 따라서 분쟁조정위원회의 업무범위에 보상금에 관한 분쟁조정뿐만 아니라 사업의 공공필요성에 대한 지속적 모니터 기능과 도시개발조합에 대한 감독 및 사후 심의기능을 명시하고 위원회의 설치를 의무규정으로 두는 한편 주민의견 수렴 등 갈등요인에 관한 중재기능까지 포함시키는 방향으로 확대하여 주택임대차위원회처럼 기능을 강화할 수 있는 실무위원회와 전문위원을 두는

것이 바람직하다. 분쟁조정위원회의 구성원들이야말로 시민의 입장에서 체감하는 공익성에 대한 판단이 더 정확할 수 있기 때문이다. 아직 이에 관한 시행규칙이 없으므로 업무범위에 관한 시행세칙도 마련되어야겠다.

4. 개발사업 관련 법체계의 정비

여러 유사 개발사업에 관한 법체계를 통합하여 하나의 기본법에 수용하는 방안도 검토할 필요가 있다. 도시개발사업과 유사한 개발사업으로는 「도시 및 주거환경정비법」에 의한 정비사업으로서 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업 등이 있고 「기업도시개발법」에 의한 기업도시개발사업도 있다. 이러한 유사한 명칭의 개발사업을 하나의 법체계로 통합하여 중복되는 규정을 단순화하고 상호 관련되는 사항은 체계적으로 적용될 수 있도록 하는 것이 법적용과 행정효율성을 높이는 방안이 될 것이다.

도시개발법상 도시개발구역의 지정(동법 제3조), 개발계획의 수립·변경(동법 제4조) 및 사업시행절차(동법 제6조 이하)와 「도시 및 주거환경정비법」상 도시·주거환경정비기본계획의 수립(동법 제3조), 정비구역의 지정(동법 제4조), 사업시행절차(동법 제6조 이하) 등은 기본취지와 순서에 있어 큰 틀에서 서로 같은 체계를 유지하고 있으므로 통합하는데 무리가 없을 것이며, 분쟁조정위원회에 관한 규정도 「도시 및 주거환경정비법」에 의하면 설치를 의무규정으로 하고 있으나(동법 제77조의2) 도시개발법에서는 재량사항으로 규정하고 있는 등(동법 제21조의4) 혼란의 소지가 있으므로 단일법으로 의무조항으로 하면 규정이 명확해지고 기능이 강화되는 방향으로 개선될 수 있으리라 본다.

VI. 결론

이상과 같이 도시개발사업은 그 개발구역과 시행자에 대한 지정부터 시행자의 자격요건까지 정리해 본 결과 세밀한 규정이 있음을 알 수 있다. 이에 근거하여 공익개발사업과 수반되는 공용수용의 주체에 관하여 논의한 결과 그 사업주체의 개념이 점차 확대되는 반면 그에 따른 본래의 공익성을 담보할 수 있는

장치 또한 여전히 필요함도 알 수 있다. 특히 자유주의 시장경제원리가 가장 발달한 미국의 수용주체에 대한 태도는 사인(私人)에 의한 경제개발 목적의 공익개념을 인정하면서도 공익 목적의 개발사업이 지나치게 확대되는 것을 제한하는 입장으로 우리나라에 시사하는 바가 크다.

절차적 면에서 사인이 공익사업수행을 함에는 공익성을 소홀히 하지 않도록 지속적 제한이 불가피하므로 1차적으로는 인·허가청에서 공공필요성을 판단하되 지방의회나 전문심사위원회에서 공익성에 대한 적절한 통제를 하는 게 바람직할 것이다. 현실적으로 사업시행자는 주로 보상과정에서 지역주민과의 갈등으로 사업추진에 가장 애로를 겪고 있는 실정이므로 이러한 갈등을 중재할 자치단체의 역할이 더욱 중요하며 도시개발조합의 경우 부실운영에 대한 감독기능을 전담할 기구가 필요하다는 점에서 전문가와 시민들이 참여하는 분쟁조정위원회의 역할과 기능을 확대하는 방안이 효과적일 것으로 본다. 그런 점에서 도시개발사업분쟁조정위원회 설치를 의무규정으로 두는 등 유사개발사업에 관한 법체계를 단일법으로 통합하는 것이 규정의 명확성과 기능 강화 면에서 효율적이라 본다.

또한 수용주체로서의 민간기업의 지속적 공익성을 담보하기 위한 방안으로 부적격 개발업자의 진입차단을 강화하고 개발사업자의 체질개선을 통하여 단발성 개발업자는 도태시켜 오랜 경험을 축적한 안정된 사업자가 사업시행자로 자리 잡을 수 있도록 해야 한다. 공공기관과 민간기업 또는 중소기업개발사업자 간의 컨소시엄을 활용한 지주공동사업을 활성화시켜야 할 것이다.

그 외에 우리 토지보상법은 토지수용위원회의 재결 전 화해의 권고(동법 제33조), 손실보상액 산정시 사전의견 수렴을 위한 보상협의회 운영(동법 제82조 회), 재결에 대한 이의신청(동법 제83조) 등 절차상 공익성을 위한 장치를 마련하고 비공공기관 또는 민간기업의 공용수용 주체의 허용 여부를 개별법의 규정에 맡기던 것을 토지수용법에서 일괄 규정하여 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다고 명시한 것은 헌법 제23조에 충실한 진일보된 변화라 하겠다.

[참고문헌]

[단행본]

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
김동희, 「행정법Ⅱ」, 박영사, 2010.
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2012.
홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2012.
홍준형, 「행정법」, 법문사, 2011.

[논문]

- 강현호, “독일에 있어서 도시개발을 위한 토지확보와 보상”, 「토지공법연구」 제30집, 한국토지공법학회, 2006.
김상진, “미국의 토지 이용규제와 사법적 구제”, 「법학연구」 제50집, 한국법학회, 2013.
김용창, “미국 도시개발사업에서 사적 이익을 위한 공용수용 - 연방 및 주 대법원 판례를 중심으로”, 「국토연구」 제74권, 국토연구원, 2012.
유재윤·정소양·박근현, “도시개발사업 참여주체별 역할 재정립 방향 연구”, 국토연구원, 2012.
이기한, “미국연방대법원의 규제적 수용(Regulatory Taking)과 손실보상(Taking)의 판단기준에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제21집 제3호, 미국헌법학회, 2010.
이현석·신종칠·박성균, “시장변화에 따른 부동산PF 개선방안 연구”, 「도시행정학보」 제24집 제1호, 한국도시행정학회, 2011.
장은혜, “공용수용에서 사인수용의 법적 문제”, 「토지공법연구」 제71권, 토지공법학회, 2015.
정연주, “민간기업에 의한 수용”, 「홍익법학」 제11집 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.
정하명, “사인수용에 대한 미국연방정부와 주정부의 법적 대응”, 「공법학연구」 제11집 제4호, 한국비교공법학회, 2010.
최정일, “독일에서의 수용유사침해법리와 그것의 한국법제에의 수용가능성에 관한 고찰”, 「행정법연구」 제34호, 행정법이론실무학회, 2012.

[외국자료]

Bell Abraham. "Private Takings", 76 U. Chi. L. Rev. 2009.

Detterback Steffen. Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2011.

Ipsen Jorn. Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011.

Ossenbuhl/Cornils. Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013.

Salkin E Patricia/Lucero A Lora. "Community redevelopment, public use, and eminent domain", 37 U. Urb. Law. 2005.

Somin Ilya. "The limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo", 93 Minn. L. Rev. 2009.

Detterback Steffen. Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2011.

[국문초록]

도시개발사업에서의 공용수용의 주체에 관한 논의

이 학 준*

도시개발사업은 시행자가 도시개발구역의 토지등을 수용 또는 사용하는 방식 등으로 시행할 수 있으므로 필연적으로 공용수용권이 수반된다. 최근에는 경제규제의 완화에 따른 공기업 민영화와 민간기업의 공적 임무 수행 요청이 증가하는 등 사회경제적 여건변화에 따라 공익사업의 주체가 국가에서 사인(私人)으로 점차 확대되고 있는 것이다. 하지만 민간기업은 대부분 영리 추구가 목적이고 그 목적달성 수단으로서 공익사업을 수행하는 것이므로 출발과 목적이 다르기에 사인이 공익사업과 수용의 주체가 될 때에는 공적 기관의 경우보다 공익성 확보를 위한 법적·제도적 장치가 더 강하게 요구된다. 이런 기조에서 본 연구는 도시개발사업의 주체인 지정권자와 시행자에 대한 법적 요건을 분석하고 사인(私人)이 사업주체로 참여할 수 있는 자격과 범위를 정리하여 공적 영역에서 점차 확대되는 민간개발과 관련하여 향후 논의될 수 있는 사업의 공익성 확보 문제에 준거를 마련하고자 민간 컨소시엄의 활성화, 절차상 공익성의 제고, 분쟁조정위원회의 기능 조정, 개발사업 관련 법체계의 정비 등의 개선방안을 제시하였다.

주제어: 도시개발사업, 수용의 주체, 사인수용, 공공필요, 공용수용권

* 동아대학교 국제전문대학원 교수.

[Abstract]

Discussion regarding the parties of Public expropriation
in urban development projects*

Lee, Hak-Chun**

Urban developments are inevitably accompanied by a common right of concession, as the enforcer can implement the land in the urban development zone. In recent years, the privatization of public corporations due to the easing of economic regulations and the demand of public enterprises to perform their official duties have increased, and as a result of the changes in socioeconomic conditions, the subject of public service projects has gradually expanded from the state to the private sector. When the private sector becomes the subject of the public service and the acceptance, the legal and institutional apparatus for securing the public interest is strongly demanded rather than the public institution. However, most of the private companies are aimed at for-profit and they are doing public service as a means of achieving their goals. In this paper, this study analyzed the legal requirements for the business designation and the executive who are the subjects of the urban development project. And the purpose of this paper is to review the qualifications and scope of private enterprise and to be able to deal with the problem of ensuring the public interest of the project to be discussed in relation to the private development which is gradually expanding in the public domain. Therefore, it suggested the activation of the private consortium, the improvement of the public interest in the procedure, the adjustment of the function of the dispute settlement committee, and the improvement of the legal system related to the development project.

Key words : Urban development project, Parties of public expropriation, Private taking, Public necessity, Eminent domain

* This work was supported by the Dong-A University research fund.

** Professor of Dong-A university.