

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제8호 2022년 9월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 8, September 2022

토지보상법상 공익성 협의제도에 관한 소고

이 은 노*

국문초록

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’) 개정으로 지난 2019. 7. 1.부터 공익성 협의제도가 시행되었다. 이로써 국토교통부장관이 사업인정을 하거나, 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 허가·인가·승인권자 등(이하 ‘인허가권자’)이 사업인정이 의제되는 인허가를 하려면 반드시 중앙토지수용위원회(이하 ‘중토위’)와 협의할 의무를 부담하게 되었다. 이는 과거 토지보상법이 사업인정 및 사업인정의제 과정에서 국토교통부장관 및 인허가권자에게 중토위의 의견을 청취할 의무를 부과하였으나, 의견청취 조항의 법적 구속력 미비에 따른 실효성의 한계라는 문제를 해결하기 위해 수용권 부여 과정에서 헌법상 공공필요 충족여부에 관한 판단절차를 강화한 것이다.

토지보상법상 공익성 협의제도의 도입은 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치의 실현이라는 측면에서는 긍정적인 변화이나, 동시에 제도적 미비, 운영상의 한계로 개발사업 현장에서 수많은 문제를 초래하고 있다. 수용권 부여 과정에서 공익사업의 헌법상 공공필요 충족여부에 대한 검토를 강화함으로써 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치를 실현하는 것도 중요하지만, 공익사업의 시행 역시 공공적 차원에서 상당한 중요성을 가지므로, 양자의 조화를 위해서는 균형적인 입법과 제도운영이 필요하다.

공익성 협의과정에서 중토위의 일부 자의적 판단이 공익사업 현장에서의 예측불가능성을 가중시키고 있으며, 협의 과정에서 부동의 의견을 받은 사업시행자가 이에 불복할 방법이 마땅하지 않다는 점은 현행 공익성 협의제도가 갖는 한계의 단면을 보여주고 있다. 이에 법

* 변호사, 법무법인(유) 올춘

치행정의 원리에 부합하는 방향으로 공익성 협의제도가 운영될 수 있도록 공익성 검토기준의 법적근거와 내용을 보다 명확히 규정하여 공익사업 이해관계자들에게 충분한 예측가능성을 부여하고, 협의 결과에 대한 이해관계자의 불복 및 사법적 통제가 원활히 이루어질 수 있도록 현행 제도를 보완해 나갈 필요가 있을 것으로 생각된다.

주제어 : 사업인정의제, 인·허가의제, 토지보상법, 공익성 협의, 중앙토지수용위원회

목 차

- I. 들어가며
- II. 토지보상법상 수용권 부여 구조
- III. 공익성 협의제도의 특징과 법적 쟁점
- IV. 공익성 협의제도의 개선방향
- V. 결론

I. 들어가며

통상 대규모 부지조성 및 신규시설의 건설을 목적으로 하는 개발사업은 크게 ① 토지소유권의 확보, ② 신규시설의 건설, ③ 건설된 시설의 분양 단계로 이루어지며, 이러한 개발사업을 규율하는 개발사업법제는 통상 위의 각 단계에 관한 규율들을 중심으로 구성된다. 예를 들어 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’)은 ① 사업에 반대하는 조합원에 대한 수용권 부여,¹⁾ ② 신규시설의 건설계획 전반을 규율하는 사업시행계획 인가절차,²⁾ ③ 분양방식과 내용을 규율하는 관리처분계획 인가절차를 중심으로 주택재개발사업을 규율하고 있으며, 필요한 경우 주택법, 토지보상법 등 관련 법률을 준용하고 있다.

- 1) 도시정비법상 주택재건축사업의 사업시행자에게는 일정한 요건하에 수용권이 아닌 매도청구권이 인정된다(도시정비법 제64조).
- 2) 대부분의 개발사업법제들은 신규시설 건설계획에 대한 승인과 강제적 소유권확보 권능 부여를 연계시키고 있다. 예를 들어 도시정비법은 주택재개발사업의 사업시행계획이 인가된 때, 국토수용권 행사의 근거가 되는 사업인정이 의제되는 것으로 규정하고 있다(도시정비법 제65조 제2항). 즉, 토지소유권 확보와 건설은 순차적으로 이루어지지만, 수용권 부여와 건설계획의 승인이라는 법적 효과는 그 이전에 동시에 발생하는 것이다.

위 사업단계 중 가장 핵심적인 부분은 ‘사업부지의 토지소유권 확보’이다. 사업부지가 원활하게 확보되지 못하면, 개발사업의 후속 절차가 진행될 수 없기 때문이다. 원칙적으로 사업시행자는 토지소유자와의 협의를 통해 사업부지의 소유권을 확보해야 하나, 법령상 요건을 갖추어 수용권을 부여받은 사업시행자는 이에 근거해 사업추진에 반대하는 사업부지 내 토지소유자들의 토지소유권을 강제적으로 박탈할 수 있게 된다. 공용수용에 관한 일반법인 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’)은 현재 사업인정 및 사업인정의제도를 통해 사업시행자에게 공용수용권을 부여하는 구조를 취하고 있다(법 제20조, 제21조).

입법자는 구 토지수용법 제정 시부터 토지보상법상 공용수용권 부여의 원칙적인 방식으로 국토교통부장관의 사업인정을 규정하면서, 동시에 개별사업법상 인허가 발급에 사업인정을 의제시키는 규율방식을 취하고 있다.³⁾ 개별사업법 규정에 근거한 사업인정의제를 통해 공용수용권이 부여되는 입법례가 일반화되면서,⁴⁾ 개별사업이 헌법상 공공필요를 갖춘 공익사업에 해당하는지 여부에 관한 실질적 심사 없이 공용수용권이 부여되어 국민의 재산권이 과도하게 침해되고 있다는 비판이 확대되었다. 이에 사업인정이 의제되는 과정에서 개별사업의 공공필요 충족여부에 대한 통제를 강화하기 위해 사업인정 의제과정에 중앙토지수용위원회(이하 ‘중토위’)의 의견청취제도를 도입하였으나, 중토위의 의견에 실질적인 구속력이 인정되지 않아 제도의 실효성을 확보하기 어렵다는 한계가 존재하였다. 이러한 한계를 보완하고자 토지보상법 개정을 통해 2019. 7. 1.부로 공익성 협의제도가 시행된 것이다.⁵⁾

공익성 협의제도는 사업인정이 의제되는 개별사업의 공공필요 충족 여부에 대한 판단절차를 강화함으로써 국민의 재산권을 보장한다는 취지로 도입되었으나, 실제 운영 과정에서 중토위의 자의적인 기준 적용, 제도적 미비에 따른 불복방법의 한계 등 수많은 문제점이 노정되고 있다. 이에 본 글에서는 최근 개발사업의 초반 성패를 실질적으로 좌우하고 있는 중토위의 공익성 협의제도의 특징과 한계를 살펴보고, 그에 따른 개선방향을 제시해 보고자 한다.

3) 예를 들어, 1962년에 제정·시행된 토지수용법은 토지수용을 위해서는 국토건설청장의 사업인정을 받아야 한다고 규율하고 있었는데(구 토지수용법 제14조), 마찬가지로 1962년에 제정·시행된 도시계획법은 도시계획사업에 필요한 토지의 수용이 가능하다고 규율하면서, 토지수용법을 준용함에 있어 도시계획의 결정을 사업인정으로 본다고 규정하고 있었다(구 도시계획법 제10조 제1항, 제11조).

4) 현재 대부분 공익사업은 토지보상법상 사업인정이 아니라 개별법령상 인·허가에 따른 사업인정의제를 통하여 토지수용권한이 부여되는 실정이다. 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 496면 참조.

5) 2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것.

II. 토지보상법상 수용권 부여 구조

1. 국토교통부장관의 사업인정

(1) 사업인정의 의의 및 법적성질

‘사업인정’이란 국토교통부장관(이하 ‘국토부장관’)이 개별 개발사업이 토지보상법상 공용수용권이 부여될 수 있는 ‘공익사업’임을 인정하는 행위로서, 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 형성행위이다.⁶⁾ 구체적으로 입법자는 공익사업을 법 제4조 각호 어느 하나에 해당하는 사업으로, 사업인정을 공익사업에 수용권을 부여하는 사업이라고 규정하고 있으므로(토지보상법 제2조 제2호, 제7호), 사업인정은 결국 ① 대상 사업이 토지보상법 제4조가 정하는 공익사업에 해당하는지, 그리고 ② 해당 공익사업이 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’를 충족하여 공용수용권이 부여되기에 적합한 사업인지의 여부를 판단하는 행위이다.⁷⁾

(2) 사업인정의 실체적 요건

사업인정의 핵심은 대상 공익사업이 헌법상 공공필요를 충족하는지 여부를 판단하는 데 있다. 공공필요는 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성으로서, ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성된다. 통상 ‘공익성’ 충족여부는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지하는 정도를, ‘필요성’ 충족여부는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권 침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 존재하는지를 기준으로 판단된다.⁸⁾

입법자는 사업인정을 받을 수 있는 추상적 사업 유형들을 토지보상법 제4조의 제1호 내지 제7호에 규정하고 있다. 이는 사업인정의 실질적 요건인 공공필요, 즉 사업의 공익성과 필요성 유무를 판단하기 위한 일응의 기준을 제시한 예시적 규정에 해당하며, 사업인정을 위

6) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 572-573면; 김동희, 『行政法Ⅱ』(제26판), 박영사, 2021, 393-394면; 박군성, 『행정법론(하)』(제20판), 박영사, 2022, 504-505면; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결 등.

7) 이러한 맥락에서 토지보상법상 사업인정은 재량행위에 해당한다(대법원 1992. 11. 13. 선고, 92누596 판결 등).

8) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129,172결정 등.

해서는 개별사업의 특성을 고려한 구체적 판단이 요구된다. 한편 입법자는 토지보상법 제4조 제8호 별표에 사업인정 의제를 통해 수용권이 부여될 수 있는 근거규정을 둔 개별법률들을 열거하고 있는데, 위 법률들은 토지보상법 제4조 제1호 내지 제7호에 따른 기준들을 충족하는 개별사업들이 구체적으로 입법된 것으로서,⁹⁾ 여기에는 토지보상법 제4조 제8호 별표에 열거된 법률이 규정한 요건을 갖추면 수용권 부여가 정당화될 수 있는 공공필요의 기본적인 요건을 갖추었다는 입법자의 1차적 판단이 반영된 것이다.¹⁰⁾

그러나 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 근거한 사업이라고 하더라도, 공용수용은 불가피한 최소한도에 그쳐야 한다는 헌법상 재산권 보장 조항의 근본취지상 사업인정기관인 국토부장관은 ① 당해 공익사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지 여부와 ② 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 정당하게 비교·교량하여 달성되는 공익의 우월성이 인정되는지 여부를 개별적·구체적으로 판단하여 최종적인 사업인정 여부를 결정하여야 한다.¹¹⁾

(3) 사업인정의 절차적 요건

사업인정을 받고자 하는 사업시행자는 국토교통부령으로 정하는 요건을 갖추어 작성한 사업인정신청서를 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사를 거쳐 국토부장관에게 제출하여야 한다(토지보상법 제20조 제1항, 같은 법 시행령 제10조). 이 때 사업시행자는 수용할 토지의 세목과 해당 사업의 공공성, 수용의 필요성 등에 대해 중앙토지수용위원회가 정하는 바에 따라 작성한 사업시행자의 의견서를 첨부하여야 한다(토지보상법 시행규칙 [별지 제10호 서식]). 그리고 국토부장관은 사업인정을 하려면 시·도지사 및 중토위와 협의하여야 하며, 이해관계자들에 대한 의견청취절차를 거쳐야 한다(토지보상법 제21조 제1항).

(4) 수용권의 행사의 한계

실체적, 절차적 요건을 갖추어 국토부장관으로부터 사업인정을 받은 사업시행자는 필요한 범위 내에서 수용권 행사를 통해 사업부지 내 토지소유권을 확보할 수 있다.¹²⁾ 한편 사업시

9) 제정 토지수용법 현행 토지보상법 제4조 제1호 내지 제7호와 같은 공익사업의 예시조항들만 규정하고 있다가(구 토지수용법 제3조 제1호 내지 제7호), 1971년 개정으로 공익사업의 종류에 ‘기타 다른 법률에 의하여 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업’이 추가되었다(구 토지수용법 제3조 제8호). 이후 위 조항은 일부 문언이 수정된 형태로 토지보상법에 규정되다가, 2015. 12. 29. 개정을 통해 다른 법률들이 별표에 열거된 형태로 규정되었다.

10) 김중보, 앞의 책, 572면 참조.

11) 김중보, 앞의 책, 570-574면 참조.

12) 사업시행자는 ‘공익사업을 위해 필요’한 경우 토지등을 수용할 수 있다(토지보상법 제19조 제1

행자는 사업인정을 받는 당시뿐만 아니라 수용권을 행사하는 시점까지 사업인정의 요건인 ‘공익성’과 ‘필요성’을 충족하여야 한다. 사업시행자가 사업인정을 받은 후 ① 해당 공익사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나, ② 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우, 또는 ③ 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실한 경우에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다.¹³⁾

(5) 소결

정리하면 헌법상 공공필요를 구체적으로 충족하는 토지보상법 제4조 각호의 공익사업에 대하여만 사업인정을 통해 수용권이 부여될 수 있으며, 수용권 행사 시점까지 해당 공익사업의 공공필요가 유지되어야만 사업인정을 받은 사업시행자의 수용권 행사가 정당화될 수 있다. 즉, 사업인정에 따른 수용권의 부여 및 행사는 헌법상 재산권 보장의 취지상 필요최소한의 범위에서만 제한적으로 허용될 수 있는 것이다.

2. 개별법에 근거한 사업인정 의제

(1) 사업인정의제의 기본적인 구조

토지보상법은 국토부장관으로부터 직접 사업인정을 받는 경우 외에도, 같은 법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 개별법 규정에서 사업인정이 의제되는 것으로 규정하는 인허가를 발급받을 경우, 사업인정이 의제될 수 있음을 규정하고 있다.¹⁴⁾ 예를 들어, 도시정비법은 사업시행자가 정비사업의 시행을 위해 토지등을 수용할 수 있고, 수용에 관하여는 도시정비법이 정하는 사항 외에는 토지보상법을 준용하며, 사업시행계획이 인가·고시된 때 토지보상법상 사업인정 및 그 고시가 의제된다고 규정하고 있다(도시정비법 제65조 제2항). 최근 토지보상법 개정으로 사업인정이 의제되는 인허가 발급 과정에서 인허가권자가 중토위와의 협의를

항). 구체적으로 사업시행자는 사업인정을 받는 경우에도 원칙적으로 토지소유자와의 협의를 통해 사업부지의 토지수용권을 확보하여야 하며(토지보상법 제26조, 제16조), 협의가 성립되지 않은 경우에만 지토위 또는 중토위에 재결을 신청하여 수용재결을 통해 토지소유권을 확보할 수 있다(토지보상법 제28조).

13) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결 등.

14) 토지보상법 제4조 제8호 별표는 ① 법 20조에 따라 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 ② 법 제20조에 다른 사업인정이 의제되는 사업을 구분하여 열거하고 있다. 이러한 규정 형식은 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 사업인정이 의제되는 공익사업이 별개의 사업으로서, 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우 수용권을 부여하는 원칙적인 방식인 사업인정 절차를 거칠 수 없다는 오해를 불러일으키는 원인으로 작용하기도 한다.

거쳐야 한다는 규정이 도입되었으나(토지보상법 제21조 제2항), 사업시행자가 토지보상법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 개별법이 정하는 인허가를 발급받으면, 사업시행자가 위 인허가에 따라 의제된 사업인정에 근거하여 수용권이 부여되는 기본적인 구조는 여전히 유지되고 있다. 토지보상법 제4조 제8호 별표 2.에 열거된 법률들 대부분은 위와 같은 체계를 취하고 있다.¹⁵⁾

(2) 과거 사업인정 의제의 문제점

현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 발급하려는 경우 중도위와 협의하여야 한다는 규정을 두고 있지만, 토지보상법이 사업인정 의제와 관련된 사항을 명시적으로 규율하고, 사업인정이 의제되는 인허가 과정에 중도위가 개입할 수 있는 법률상 근거를 마련한 것은 비교적 최근의 일이다.¹⁶⁾ 최근 사업인정 의제에 대한 중도위의 개입이 강화되고 있으나, 여전히 사업인정 의제제도가 갖는 구조적 특징의 핵심은 사업시행자의 수용권이 공용수용에 관한 일반법인 토지보상법이 아닌 개별법률에 의해 부여된다는 데 있다.

토지보상법이 명시적으로 사업인정 의제를 규율하고 중도위의 개입근거를 마련하기 전까지, 토지보상법은 사업인정 의제를 통한 수용권의 부여 과정에서 전적으로 배제되었다. 앞서 살펴보았듯 사업인정을 통해 사업시행자에게 수용권이 부여되기 위해서는 원칙적으로 해당 공익사업이 헌법상 공공필요를 충족하는지 여부에 관한 구체적 판단이 선행되어야 한다. 그러나 개별법상 사업인정이 의제되는 인허가의 경우, 사업시행자가 해당 인허가의 개별법상 요건을 갖추어 해당 인허가가 발급되기만 하면 공공필요 충족여부에 관한 판단 없이도 사업인정이 의제되므로 수용권을 행사할 수 있게 된다.¹⁷⁾ 개별법이 사업인정 의제의 요건으로 사업인정에 필요한 실체적·절차적 요건들을 별도로 규정하고 있지 않기 때문이다.¹⁸⁾ 대

15) 현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 발급하려는 경우 중도위와 협의하여야 한다는 규정을 두고 있다(토지보상법 제21조 제2항). 다만, 사업인정이 의제되는 구조의 핵심적인 특징 공용수용에 관한 일반법인 토지보상법이 아닌 개별법률에 의해 수용권이 부여된다는 점이므로, 기본적인 구조를 논함에 있어 중도위와의 협의는 명시적으로 언급하지 않았다.

16) 2016. 6. 30. 시행된 구 토지보상법(2015. 12. 29. 법률 제13677호로 개정된 것)이 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률상 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중도위의 의견을 청취하여야 한다는 규정을 도입하면서, 토지보상법에 사업인정 의제에 관한 명시적인 규율이 최초로 도입되었다. 이후 2019. 7. 1. 시행된 구 토지보상법(2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것)이 위 의견청취 규정을 협의 규정으로 변경하면서 현행 공익성 협의제도가 도입되었다. 구 토지보상법은 사업인정 의제 및 중도위 의견청취 규정을 도입하면서, 토지보상법 제4조 제8호 별표를 통해 사업인정 의제를 규정하고 있던 개별법률들을 체계적으로 정리하였다.

17) 이러한 맥락에서 개별법상 사업인정 의제규정을 “공익사업 강제의제규정”이라고 보는 견해도 존재한다. 류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제의제규정의 위헌성”, 『토지공법연구』 제44집(2009) 참조.

법원은 개별법상 인허가의 발급으로 사업인정이 의제되는 경우, 토지보상법상 별도의 사업 인정 및 사업인정을 위해 요구되는 절차를 거치지 않아도 된다고 판시하여 사업인정 의제 과정에서 토지보상법의 배제를 더욱 강화시켰다.¹⁹⁾

개별법상 사업인정 의제 규정을 통해 수용권을 부여받는 공익사업은 실체적으로는 공공필요 충족여부에 대한 판단, 절차적으로는 토지보상법상이 요구하는 서류제출이 생략될 수 있다는 점에서 원칙적인 방식인 사업인정을 통해 수용권을 부여받는 공익사업에 비해 특권적 지위를 부여받게 된다.²⁰⁾ 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우, 수용권 부여 과정에서 토지보상법이 아닌 개별법이 핵심적인 기능을 하고, 토지보상법상 아무런 통제도 적용될 수 없다는 점에서 주객의 전도가 발생하게 되는 것이다. 이러한 점에서 과거의 사업인정의제제도는 공공필요 충족여부에 대한 판단을 전제로 하는 토지보상법상 사업인정제도를 형해화(形骸化)시킨다는 점에서 헌법상 재산권 보장원칙에 배치된다는 비판이 다수 제기되었다.²¹⁾

(3) 사업인정 의제에 대한 제도적 보완

사업인정 의제제도가 사업인정제도를 형해화시킨다는 비판이 제기된 근본적인 원인은 토지수용법 제정 당시부터 국토부장관이 사업인정을 하기 위해서는 관계부처 장관 및 중토위의 의견을 청취하여야 했음에도 불구하고(제정 토지수용법 제15조),²²⁾ 사업인정 의제 과정에

18) 현재까지도 토지보상법 제4조 제8호 별표상 사업인정 의제를 규정한 개별법 조항들은 사업인정과 관련된 별도의 실체적·절차적 요건에 관하여 규율하고 있지 않다. 일반적으로 의제되는 인허가를 받기 위해서는 이에 필요한 관련 서류를 제출하여야 하는 것과 대조적이다. 대표적인 예로 건축법 제11조 제3항 및 제5항 참조.

19) 대법원은 민간투자법이 실시계획의 고시가 있는 때에 토지보상법상 사업인정 및 그 고시가 의제된다고 규정하고 있으므로, 민간투자법상 실시계획의 고시가 있으면 토지보상법상 사업인정이 불필요하고, 사업인정을 위해 요구되는 의견청취를 거치지 않아도 된다고 판시한 바 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두686 판결 등).

20) 개별법상 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우, 재결신청 기간에 대하여도 토지보상법상 사업인정을 거친 경우에 비해 특혜를 부여받는다. 원칙적으로 토지보상법은 사업인정 시 재결신청 기간을 1년으로 제한하고, 사업인정 사업시행자가 사업인정 고시일로부터 1년 이내에 재결신청을 하지 않을 경우 사업인정 고시일로부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정이 실효된다고 규정하고 있는데 반해(토지보상법 제23조 제1항), 개별법상 인허가에 의해 사업인정이 의제되는 경우에는 통상 재결신청기간이 인허가상 사업기간으로 연장되기 때문이다(대표적으로 국토계획법 제96조 제2항 단서). 이러한 점에서 개별법상 사업인정 의제가 사업인정에 비해 사업시행자의 수용기간을 연장시킴으로써 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해한다는 비판적 견해들도 존재한다(대표적으로 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011), 296-299면 참조). 이에 대하여 헌법재판소는 사업기간 내에 재결신청을 할 수 있다는 취지의 규정이 피수용재의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2012헌바198 전원재판부 결정).

21) 한국토지공법학회, “토지보상법상 사업인정 절차 개선방안”, 『토지공법연구』 제74집(2016), 351-352면 참조.

22) 사업인정 절차에서 중토위가 제출하는 의견은 구속력이 있는 의견이라기보다는, 하나의 참고자료에 불과하였다고 한다. 이재훈, “사업인정의제사업에 대한 중앙토지수용위원회 의견청취절차와 공익성 판단”, 『토지보상법연구』 제17집(2017), 119면 참조.

서는 사업인정권자인 국토부장관 또는 수용업무를 담당하는 중토위가 개입할 근거가 없어 수용권 부여 과정에서 공공필요 충족여부에 대한 판단이 배제되었기 때문이다. 이러한 문제점을 보완하기 위해 토지보상법은 최근 사업인정이 의제되는 과정에 중토위가 개입할 수 있는 명시적 근거를 마련하고, 개입의 수준을 강화하는 방향으로 개정이 이루어졌다.

구체적으로 구 토지보상법(2015. 12. 29. 법률 제13677호로 개정된 것)이 토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 법률에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중토위의 의견을 청취하여야 한다는 규정을 도입하면서, 토지보상법에 사업인정 의제에 관한 명시적인 규율이 최초로 도입되었다. 위 근거규정에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인허가권자가 중토위에 의견제출을 요청한 경우, 중토위는 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’에 따른 검토의견을 인·허가권자 등에게 제출하였다.²³⁾ 인·허가권자는 중토위로부터 의견제출을 받으면 절차적 의무를 완수한 것이고 그 의견에 별도로 구속되지 않았으므로, 사업인정 의제 시 중토위의 의견을 청취하여야 하는 절차는 공익사업의 인허가권자가 실질적으로 수용권을 부여하는 과정에서 실질적인 영향을 미치지 못했다.²⁴⁾

이처럼 중토위의 의견제출이 형식적인 절차로 전략함에 따라 사업인정이 의제되는 공익사업의 인·허가권자는 여전히 별도의 공공필요 충족여부 판단이라는 통제 없이 실질적으로 국토부장관의 사업인정 권한을 행사할 수 있었다. 이에 입법자는 토지보상법 개정(2018. 12. 31. 법률 제16138호로 개정된 것)을 통해 인·허가권자 등이 사업인정이 의제되는 공익사업의 승인 등을 하는 경우 중토위와 사전에 협의할 의무를 부여하였다. 이는 사업인정 의제를 통한 수용권 부여 과정에서 국토부 및 중토위의 공익성 통제를 실질화하기 위함이었다.²⁵⁾

23) 토지보상법은 공익사업의 인허가권자가 중토위로부터 무엇에 관한 의견을 청취해야 하는지에 관하여 구체적 내용을 규율하지는 않았다. 그러나 사업인정의제의 법적 효과 및 중토위의 역할에 비추어 보면, 중토위의 의견검토는 실질적으로 사업인정 발급의 요건을 판단하는 ‘공익성 검토’에 해당한다. 이러한 공익성 검토의 구체적 기준을 마련하기 위해 중토위는 연구용역을 발주하여 10개 항목으로 구성된 공익성 판단기준을 마련하였고, 이를 근거로 공익성 검토업무를 수행하였다. 참고로 ‘공익성 검토’라는 용어는 중토위가 자체적으로 이름붙인 것이라고 한다. 이재훈, 앞의 글, 114-119면 참조. 공익성 검토매뉴얼은 2016. 8. 중토위 내부책자로 발간되었고, 관련된 주요내용은 2019 토지수용 업무편람에도 포함되었으나(512-536면), 2020 토지수용 업무편람에서는 삭제되었다.

24) 중토위는 2016년 7월부터 12월까지 수행한 1,030건의 공익성 검토사안 중 대부분의 경우 공익성을 부정할 사유가 없음을 근거로 ‘의견 없음’을 회신하였으며, 주로 민간이 사업시행자인 7건에 대해서만 협의취득의 노력을 이행하라는 취지의 의견을 회신하였다. 이재훈, 앞의 글, 116-117면 및 126-127면. 다만, 이는 제도 도입 초기였기 때문인 것으로 보이며 이후에는 다수의 부적정 및 조건부 의견제시 사례가 확인된다. 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용 업무편람, 520-536면 참조.

25) 협의 시 중앙토지수용위원회의 주요 검토사항은 다음과 같다.

* 사업인정에 이해관계가 있는 자에 대한 의견수렴 절차 이행 여부, 허가·인가·승인대상 사업의 공공성, 수용의 필요성, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항(토지보상법 제21조 제3항).

* 해당 공익사업이 근거 법률의 목적, 상위 계획 및 시행 절차 등에 부합하는지 여부와 사업시행자

(4) 소결

원칙적으로 사업시행자에 대한 수용권의 부여는 국토부장관의 사업인정에 의해야 하나, 현행 토지보상법은 법 제4조 제8호 별표 규정을 통해 사업인정 의제제도를 두어 우회적인 수용권 부여절차를 두고 있다. 이와 같은 사업인정 의제제도가 사업인정 과정에서의 공익성 통제를 잠탈한다는 비판이 제기되어 왔는데, 이러한 문제점을 해결하기 위해 토지보상법은 최근 사업인정 의제 과정에 중도위가 개입하는 절차를 도입하였고, 최근에는 인·허가기관의 의견청취의무를 협의의무로 강화하여 수용권 부여 과정에서 중도위를 통한 공익성 검토를 강화하고 있다.

Ⅲ. 공익성 협의제도의 특징과 법적쟁점

1. 공익성 협의제도의 구조와 절차

(1) 공익성 협의제도의 구조

공익성 협의제도는 개별법상 공익사업에 대한 인허가 발급을 통해 사업인정이 의제되는 과정에서 인허가권자가 수용업무를 담당하는 중도위와의 협의를 거치도록 함으로써 해당 공익사업이 수용권 부여의 실체적 요건인 공공필요를 갖추었는지 여부를 검토하도록 하는 제도이다. 이는 인허가의제 제도에서 주된 인허가권자가 인허가를 발급하면서 다른 법률에서 정하는 관련 인허가도 발급되기 위한 전제로서 의제되는 인허가의 인허가권자와 협의를 거쳐야하는 것과 유사한 구조이다.²⁶⁾

전반적으로 사업인정의제와 인허가의제의 그 구조가 유사하지만, 인허가의제의 경우 의제의 요건인 협의는 주된 인허가의 근거법률에 규정되어 있고 협의의 상대방이 의제되는 인허가권자인 반면, 사업인정의제의 경우 의제를 위한 협의는 개별법이 아닌 토지보상법에 규정되어 있고, 협의의 상대방이 사업인정권자인 국토부장관이 아니라 중도위라는 점에서 다소간의 차이가 존재한다.²⁷⁾ 인허가의제제도는 절차 간소화를 위해 도입된 제도로서 다른 법률

의 재원 및 해당 공익사업의 근거 법률에 따른 법적 지위 확보 등 사업수행능력 여부(토지보상법 시행령 제11조의 2).

26) 대표적인 예로 건축법 제11조 제6항.

27) 사업인정의제를 인허가의제의 일종으로 보는 견해로는 법제처, 인·허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구, 2017. 그러나 공익성협의제도는 인허가의제제도와 전반적으로 유사하나, 협의 상대방이 인허가권자가 아닌 중도위라는 구조적인 차이가 있고, 이러한 차이가 공익성 협의제도와 관련된 고유한 법적 쟁점을 발생시킨다.

의 인허가 절차를 별도로 거치지 않아도 된다는 의미를 가질 뿐 의제되는 인허가를 발급받기 위해서는 해당 인허가의 실제적 요건을 갖추어야 하는 것처럼,²⁸⁾ 사업인정의 실제적 요건을 갖춘 경우에만 개별법상 공익사업에 대한 인허가로 사업인정이 의제될 수 있다. 즉, 공익성 협의제도에서의 ‘협의’는 단순한 자문이 아니라 ‘합의’ 또는 ‘동의’에 준하는 것이며, 실무도 이와 같이 운용되고 있다.²⁹⁾

(2) 공익성 협의제도의 절차³⁰⁾

개별법상 공익사업에 대한 인허가권자는 사업인정이 의제되는 인허가를 하려는 경우 중토위와 협의하여야 한다(토지보상법 제21조 제2항). 이에 인허가권자는 협의요청의 취지를 기재한 공문을 발송함으로써 중토위에 공익성 협의를 요청한다. 협의요청이 접수되면 중토위는 해당사업이 토지보상법 제4조가 정하는 공익사업에 해당하는지, 개별법이 정한 절차를 준수하였는지, 토지보상법령상 의견수렴 절차(토지보상법 시행령 제11조, 같은 법 시행규칙 제9조의2)를 이행하였는지 여부를 검토한다(사전검토).

사전검토의 요건을 충족한 공익사업에 대하여, 중토위는 공익성 평가를 실시하여 평가결과에 따라 협의개시 여부를 결정한다. 구체적으로 중토위는 공익성이 높다고 평가된 사업은 협의개시 없이 동의 의견을 제시하고, 공익성이 부족한 경우 협의를 개시하며, 공익성이 결여된 경우에는 협의 개시 없이 부동의 의견을 제시한다(내용 검토). 협의를 개시하면 중토위는 14일 이내의 기간을 정하여 인허가권자에게 공익성 보완에 필요한 조치를 요구하는데, 이에 인허가권자가 보완계획을 제출하면 위원회는 제출된 보완계획이 적정한지를 판단하여 조건부 동의, 보완촉구 또는 부동의 의견을 제시한다(토지보상법 제21조 제6항).

중토위는 인허가권자가 제출한 사업내용을 심사하여 동의, 조건부 동의, 부동의 의견을 낼 수 있다. 동의는 수용재결을 신청할 수 있음을, 조건부 동의는 조건을 이행한 경우에 수용재결을 신청할 수 있음을, 부동의는 수용재결을 신청할 수 없음을 의미한다. 부동의 의견을 받은 사업시행자는 공익성을 보완하여 재차 중토위에 협의를 요청할 수 있다(토지보상법

28) 박군성, 앞의 책, 732-733면; 법제처, 앞의 보고서, 제119면; 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 등.

29) 박군성, 앞의 책, 514면 참조. 참고로 인허가의제에서의 협의의 법적성질에 관하여, 이를 강학상 자문(협의)으로 보는 견해와 동의로 보는 견해가 대립한다(박군성, 『행정법론(상)』(제21판), 박영사, 2022, 730면). 원칙적으로 협의는 주무행정청을 구속하지 않으나, 동의에는 구속력이 존재한다. 법령상 협의로 규정되어 있더라도 해석상 동의로 보아야 하는 경우에는, 동의를의견으로서 법적 구속력을 갖는다(박군성, 앞의 책[행정법론(상)], 54-56면).

30) 본 목차의 내용은 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2022 토지수용 업무편람, 2021, 35-36면의 내용을 정리한 것이다.

시행규칙 제9조의3).

(3) 공익성 검토 기준

토지보상법 개정으로 개별법상 인허가권자에게 사업인정 의제 시 중토위의 의견을 청취할 의무가 부과된 이후, 중토위는 [표1]과 같이 사업인정 요건을 8가지로 분류하고 그에 따른 세부적인 공익성 판단 기준을 설정하여 업무에 활용하였다. 2019 토지수용 업무편람에는 공익성 검토기준의 세부사항과 사례별 검토실무가 포함된 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’이 포함되어 있는데,³¹⁾ 이후 토지보상법 개정을 통해 공익성 협의제도가 시행되자, 중토위는 공익성 판단 기준을 형식적 심사와 실질적 심사로 구분하는 방식으로 세부 평가기준을 재정비하였다.³²⁾ 구체적인 내용은 아래 [표]와 같다.

[표1] 구 공익성 검토기준³³⁾

사업인정요건	공익성 판단 기준
법령상 전제	토지보상법 제4조 각호 및 별표에 규정된 사업에 해당하는가? 개별법에서 정한 수용재결의 신청요건을 갖추었는가?
시행자 의사와 능력	사업을 수행할 정당하고 적극적인 의사를 보유하고 있는가?
	사업을 수행할 충분한 능력을 구비하였는가?
입법목적 부합성	법령목적, 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?
공익 지속성	사업의 정상 시행 및 완공 후 지속적 공익 관리가 가능한가?

31) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용 업무편람, 512-536면 참조.

32) 2018, 2019 토지수용 업무편람에는 공익성 검토기준의 세부내용과 의견회신 사례가 제시되어 있었으나, 2020 토지수용 업무편람에서부터는 목차가 수정되면서 공익성 검토와 관련된 내용이 축소고, 의견회신 사례 및 공익성 검토 매뉴얼이 삭제되었다(기존: 제7장 공익성 검토 → 변경: 제2장 공익성 협의).

33) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 502면 참조.

[표2] 현 공익성 검토기준³⁴⁾

구분	평가항목		평가기준	
형식적 심사	수용사업의 적격성		토지보상법 제4조 해당 여부	
	사전절차의 적법성		사업시행 절차 / 의견수렴 절차 준수 여부	
실질적 심사	사업의 공공성	시행목적 공공성	주된 시설 종류(국방·군사·필수기반·생활 등 지원 기타)	
		사업의 공공기여도	공공시설(용지) 비율	
			공적귀속장치(기부채납 등)	
		사업시행자 유형	국가 / 지자체 / 공공기관 / 민간	
			국가·지자체 출자비율	
		사업재원의 공공성	정부재정 투입비율	
			공공기관 자기자본 비율	
		사업수행능력	사업재원 확보 비율	
			유사사업 수행실적(민간, SPC)	
		목적 및 상위계획 부합여부	주된 시설과 입법목적 부합여부	
			상위계획 내 사업 추진 여부	
		공익의 지속성	완공 후 소유권 귀속	
			완공 후 관리주체	
	수용의 필요성	시설의 대중성	시설의 개방성: 이용자 제한 여부	
			접근의 용이성: 유료 여부 등	
		피해의 최소성	사익의 침해최소화	이주대상 가구수
				이주대책 수립
			공익의 침해최소화	보전지역 편입비율, 사회·경제·환경 피해
				(감점) 중요공익시설 포함
		방법의 적절성	분쟁제기 여부	
			대면협의 등 분쟁완화 노력	
		사업의 시급성	공익실현을 위한 현저한 긴급성	
			정부핵심과제	

34) 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2019 토지수용업무편람, 37-38면 참조.

2. 공익성 협의제도와 관련된 법적 쟁점

(1) 공익성 검토기준 항목의 적정성

입법자가 토지보상법에 공익성 협의제도를 규정한 취지는 사업인정의제도하에서 개별법상 공익사업의 공공필요 충족여부에 대한 판단이 누락되는 것을 방지함으로써 국민의 재산권을 보장하는 것이다. 그러므로 공익성 협의제도 하에서 중토위의 핵심적 역할은 검토대상 공익사업이 헌법상 공공필요의 구성요소인 ‘공익성’과 ‘필요성’을 갖추었는지 여부를 판단하는 데 있다.

그런데 과거 중토위가 제시했던 구 공익성 검토기준을 보면, 중토위의 검토범위가 대상 공익사업의 공익성 및 필요성 충족여부를 판단하는 데 필요한 사항을 넘어 대상 공익사업의 전반에 관한 사항으로 확장되어 있음을 확인할 수 있다. 현 공익성 검토기준은 공공필요성 판단의 실질을 갖는 공익성 협의제도의 취지에 부합하는 방향으로 사업의 공공성과 수용의 필요성만을 실질적 심사항목으로 규정하였다. 그러나 사업의 공공성 항목의 구성요소들은 개별 공익사업의 특성에 관한 것으로서 개별법상의 요건 및 인허가과정에서 심사가 이루어지는 사항이라는 점에서, 원칙적으로 공공필요 충족여부 판단에 참고가 되는 요소에 불과할 뿐 중토위가 심사해야할 대상은 아니다.

사업의 공공성 항목의 세부기준들에 관하여는 개별법상 공익사업의 인허가과정에서 이미 심사된 바 있다는 점에서 해당 항목에 대한 중토위의 심사는 불필요한 절차의 중복일 수 있고, 중토위가 인허가권자에 비해 대상 공익사업에 관한 전문적인 지식을 갖추고 있지 못한 상황에서 해당 사업의 공공필요 외적 요소를 심사하고 의견을 제시하는 것은 행정기간간 권한준중의 원칙에 배치될 소지가 있다.³⁵⁾ 특히 중토위가 공익성 판단을 이유로 민간에 수익이 과도하게 귀속되지 않는지, 수익을 공공부문 귀속시킬 장치가 마련되어 있는지 등 대상 공익사업의 구체적 요소들을 심사하고, 중토위가 특정 기준의 충족을 요구할 수 있는지에 관하여는 논란이 있다.³⁶⁾

35) 이재훈, 앞의 글, 124면 참조. 2019 토지수용 업무편람에는 사업계획의 합리성 판단은 전문적이고 기술적인 사항이 많고, 해당 사업계획 수립단계에서 각종 자문·내부협의를 거쳐 확정되는 경우가 많기 때문에 사업계획의 비합리성을 의심할 특별한 사정이 있는 경우에만 검토하는 것이 바람직하다고 기재되어 있는데(508면 각주 11 참조), 이러한 입장은 공익성과 필요성과 직접적으로 관련이 없는 다른 항목에도 동일하게 적용될 수 있다. 당초 전문기관이 아닌 중토위가 사업계획의 비합리성을 의심할 정도라면, 인허가과정에서 이미 문제되어 시정되었을 가능성이 높다.

36) 중토위는 개발이익의 공적 귀속 장치의 부재, 또는 과도한 민간에의 이익 귀속, 사업의 변질가능성 등을 이유로 다수의 부정적 의견을 제시한 바 있다. 2019 토지수용 업무편람 520-536면 참조. 소위 대장동 사건 이후에는, 중토위가 개발사업의 초과이익 환수 방안을 요구한 사례들도 확인된다.

이미 개별법상 인허가절차에서 대상 공익사업의 전반적인 사항에 대한 심사가 완료된 상황에서, 사업인정 여부가 공익성 협의과정에서 대상 공익사업의 공공필요 충족여부가 아닌 사업의 전반적인 타당성에 관한 중토위의 의견으로 인해 결정될 수 있다는 점은 불합리한 측면이 있다. 어떠한 개발사업이 공익사업에 해당하는지 여부는 개별법의 제정과정에서 입법자의 1차적 판단이 반영되었고, 사업의 공공성은 개별법에 정해진 사업 자체의 특성에 좌우되는 경향이 강하다. 따라서 공익성 협의과정에서는 필요 최소한의 범위 내에서만 재산권에 대한 강제적 박탈을 허용한다는 헌법상 재산권 보장의 취지 실현차원에서, 중토위의 검토범위는 ‘수용의 필요성’ 항목에 집중될 필요가 있다. 실제로 현 공익성 검토기준상 수용의 필요성 항목의 세부 평가기준들은 사업의 공익성 항목에 비하여 계량적인 판단이 용이하므로, 객관적·구체적 기준의 수립가능성 및 이해관계자의 수용성도 높을 것으로 생각된다.³⁷⁾

(2) 중토위의 강화된 심사기준 적용가능성

1) 강화된 심사기준 적용의 문제점

공익성 협의제도와 관련하여 나타나는 실무상 문제점 중 하나는 중토위가 공익성 협의 과정에서 부지면적 협의취득 비율 등 개별법률이 정하는 인허가의 요건보다 가중된 요건을 요구하거나, 사업과 관련하여 개별법령이 규정하지 않은 요건을 추가적으로 요구하는 경우가 빈번하게 발생한다는 점이다.³⁸⁾ 중토위가 요구하는 가중된 기준은 공표된 기준이 아니므로 이해관계자가 사전에 확인할 수 없다는 점에서 개발사업 현장의 혼란은 가중되고 있다. 이러한 경향은 사업시행자가 민간인 공익사업의 경우 더욱 강하게 나타나는데, 사업시행자가 개별법상 요건을 모두 갖추었음에도 불구하고 중토위가 요구하는 가중된 기준을 충족하지 못해 부동의 의견을 받아 수용권을 행사하지 못하고, 그에 따라 사업이 좌초위기에 몰리는 경우도 발생하고 있다.³⁹⁾

37) 사업시행자의 입장에서는 개별법 및 토지보상법이 정하는 요건을 모두 갖추었음에도 중토위가 추가로 요구하는 조건을 충족시키지 못해 수용권을 행사할 수 없는 상황이 발생하는 것을 납득하기 어려우므로, 중토위로서는 추가 또는 초과조건 요구의 법령상 근거를 제시할 수 있어야 할 것이다.

38) 예를 들어 개별법에서는 인허가의 요건으로 사업부지 토지소유권의 2/3를 확보할 것을 규정하고 있음에도, 중토위가 사업시행자에게 협의취득 독려를 명목으로 더 넓은 면적의 토지소유권을 확보할 것을 요구하는 경우를 예로 들 수 있다.

39) 사업시행자가 수용재결을 받기 위해서는 재결신청서에 중토위와의 협의결과를 기재하고 중토위의 의견서를 첨부해야 하는데(토지보상법 시행령 제12조 제2항 제5호, 같은 법시행규칙 제10조 [별지 제13호 서식]), 재결신청서에 부동의 의견을 기재하게 되면 사업시행자의 수용재결신청은 기각 또는 각하되므로 사업시행자는 실질적으로 수용권을 행사할 수 없게 된다. 즉, 중토위의 협의의견이 사업인정의 발급여부 및 수용권 행사가부를 좌우하는 것이다.

중토위가 공익성 협의에서 개별법상 기준보다 강화된 기준을 요구하게 되는 근본적인 이유는 사업인정이 의제되는 구조 아래서 개별법과 토지보상법이 이원적으로 작동하고 있기 때문이다. 중토위가 사업의 공공필요 충족여부를 판단하는 데 사용하는 세부기준의 상당부분은 사업의 본질적 요소와 관련된 사항들인데, 이와 관련된 요건들은 대부분 개별법에 규정되어 있다.⁴⁰⁾ 한편, 토지보상법령은 중토위가 공익성 협의 과정에서 검토해야할 사항들을 정하고 있는데, 위 사항들은 사업의 공공성, 수용의 필요성과 같이 추상적 요건으로서 개별법상 사업의 기준들과 유리되어 있다(토지보상법 제21조 제3항, 제8항, 같은 법 시행령 제11조의2, 같은 법 시행규칙 제9조의2). 즉, 사업인정 의제의 근거규정은 개별법에 존재하지만, 개별법은 인허가를 위해 사업이 갖추어야 할 요건들만을 규정하고 있으므로, 중토위로서는 공익성 검토를 위해서는 기존 개별법상 규정을 기초로 이를 가중하거나, 공익성 및 필요성의 측면에서 새로운 요소들을 추가적으로 심사하게 되는 것이다. 그리고 그 과정에서 사업시행자에게 개별 공익사업들의 실무와 유리된 과중한 요건이 요구되기도 한다.

중토위가 공익성 협의과정에서 개별법이 정하는 요건보다 강화된 요건을 요구하는 것은 무분별한 수용권 부여를 제한하는 것이라는 점에서 헌법상 재산권 보장의 원칙에 부합할 수는 있다. 그러나 이러한 제도운영 방식은 사업시행자 등 이해관계자의 입장에서 중토위가 제시할 요건을 예측하기 어렵고, 중토위가 제시하는 기준의 근거와 적정성이 불분명해 사업시행자의 권리를 과도하게 침해한다는 문제가 있다. 현실적으로 개별법보다 강화된 요건(예를 들어 토지소유권 확보비율)의 충족이 요구되는 경우, 해당 사업의 수익성 악화 등의 문제로 사업진행에 중대한 차질이 발생해 공익사업의 시행을 통해 달성될 수 있는 공공성 실현을 제약될 수 있다는 사회적 차원의 문제도 발생할 수 있다.

현재 중토위는 공익성 협의과정에서 ‘공익성 검토기준’, ‘공익성 검토매뉴얼’ 등을 기초로 의견을 결정하고 있는데, 이러한 기준들은 법령의 명시적 수권하에 작성된 기준이 아니며, 일반 국민에게 공표되어 있지도 않다. 이는 법률의 구체적 위임 없이 행정기관 내부의 기준을 통해 개별법률에서 정한 기준보다 강화된 기준을 적용하여 국민의 권익을 제한하는 것이라는 점에서 위법 소지가 상당하다.⁴¹⁾ 이러한 상황에서 중토위의 강화된 심사기준 적용이 정당화되려면 개별법상 요건을 기준으로 하여 가중 또는 추가할 수 있는 요건의 범위를 법령에 명확하게 규정하여 이해관계자에게 예측가능성을 부여할 수 있어야 할 것이다.

40) 개별법상 인허가권자와 중토위의 심사권한 및 범위가 상이하므로, 공익성 협의 과정에서 중토위의 심사범위가 적정 범위로 제한될 필요가 있는 것이다.

41) 이에 관하여 논의의 영역은 다르지만 ‘침익적 조례의 경우 법률적 위임근거가 있더라도, 상위법령의 제한범위를 초과하면 무효’라는 법리(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결 등)를 참고해볼 수 있을 것이다.

2) 공익성 협의에서 중토위 심사권한의 범위

중토위가 공익성 협의과정에서 사업 및 인허가에 관하여 개별법이 정하는 기준보다 강화된 기준을 적용할 수 있는지 여부는 공익성 협의제도상 중토위의 심사권한이 인정되는 범위와 연결된다. 이와 관련하여 토지보상법 제4조 제8호 별표에 공익사업으로 열거된 사업들의 경우, 공공필요 충족여부에 관한 입법자의 1차적 판단이 이미 내려졌다고 볼 수 있으므로 중토위가 공익성 협의 과정에서 사업시행자에게 개별법이 정하는 요건을 강화하거나 추가하여 요구할 수 없다는 견해가 제시될 수 있다. 이 경우, 중토위는 개별법상의 요건 충족여부를 중심으로 검토하되, 수용의 필요성 등 개별법상의 요건만으로는 충분한 판단이 어려운 요소에 한해서만 보완적인 추가요건의 충족을 요구할 수 있을 것이다.

한편, 개별법이 정한 요건은 해당 사업의 인허가에 필요한 요건만을 규정한 것이지, 수용권 부여의 근거인 사업인정의 요건까지 규정한 것은 아니므로, 공익성 협의과정에서 중토위가 적극적으로 해당 사업의 공공필요 충족여부를 판단할 수 있다는 견해가 제시될 수 있다. 이러한 견해를 취할 경우, 중토위는 공익사업의 특성에 따른 공공필요 충족여부를 판단함에 있어 사업시행자에게 적극적으로 추가 및 초과 조건을 요구하고 그 충족여부를 심사할 수 있을 것이다.

토지보상법 제4조 제8호 별표에 규정된 개별법률은 공익사업 해당여부에 관한 추상적 판단에 불과하고, 개별법상의 요건들은 개별법상 인허가를 발급하는 데 필요한 사항을 규율하는 데 그치므로, 원칙적으로 사업인정 과정에서 해당 공익사업의 공공필요 충족여부에 관한 추가적인 판단이 필요하다는 점은 분명하다. 그러나 이미 개별법 제정과정에서 대상 공익사업의 공공성 충족여부에 관하여 입법자의 1차적 판단이 반영되었고, 개별법상 인허가과정에서 사업시행자의 사업수행능력 및 사업의 타당성은 심사되었으므로, 공익성 협의과정에서 대상 공익사업의 공공필요 충족여부가 아닌 사업의 특성에 관한 중토위의 의견으로 인해 사업인정 여부가 결정될 수 있다는 점은 불합리한 측면이 있다. 중토위는 기본적으로 수용재결을 내리는 기관으로서 해당 분야에 전문성을 갖고 있다는 점에서도, 공익성 협의에서 중토위의 심사범위는 공공필요 중 수용의 필요성 판단에 집중될 필요가 있다.

(3) 중토위의 부동의 의견에 대한 대응수단

1) 중토위 부동의에 대한 불복방법의 한계

개별법상 인허가권자가 공익성 협의과정에서 중토위의 동의 의견을 받지 못하는 경우에는 사업인정만 의제되지 않을 뿐, 개별법상 요건을 갖추었다면 개별법상 인허가는 발급될 수 있다.⁴²⁾ 이는 인허가의제에서 주된 인허가의 요건을 갖추었으나, 요건불비를 이유로 다른 법률상 인허가가 의제되지 않는 경우와 실질적으로 동일하다. 의제되는 인허가의 거부사유로 주된 인허가의 발급이 거부되는 경우, 주된 인허가에 대한 거부처분을 대상으로 항고소송을 제기하고 의제되는 인허가 거부사유의 위법성을 다툴 수 있지만,⁴³⁾ 개별법상 인허가는 발급되었으나 사업인정만 의제되지 않은 경우 사업시행자는 수익적 처분인 주된 인허가에 대하여 다툴 수 없다. 따라서 주된 인허가와 다른없는 개별법상 인허가가 발급된 상황에서, 사업인정이 의제되지 못한 직접적인 원인인 중토위의 부동의 의견만을 독립적으로 다투는 것은 현실적으로 불가능하다는 문제가 있다.

2) 독립적 사업인정절차의 허용여부

중토위가 공익성 협의에서 부동의 의견을 제시하여 사업인정을 의제받지 못하게 된 경우, 사업시행자로서는 별개의 절차로서 국토부장관에게 사업인정을 신청하여 수용권을 부여받는 방식을 고려해볼 수 있다. 통상 주된 인허가의 신청인이 의제되는 인허가의 요건을 갖추지 못해 다른 법률상 인허가가 의제되지 않은 경우, 신청인은 사후에 요건을 갖추어 인허가의 제와 별도의 절차를 거쳐 다른 법률상 인허가를 득할 수 있다. 그러므로 개별법상 인허가를 받았으나 중토위의 부동의로 사업인정을 의제받지 못한 경우에도, 사후 별도의 사업인정 절차를 통해 수용권을 부여받는 것은 이론적으로 얼마든지 가능하다.

그러나 현재 실무상 중토위는 사업인정 의제 과정에서 공익성 협의결과 부동의 의견으로 인해 사업인정을 의제받지 못한 사업시행자가 별도로 토지보상법상 사업인정을 신청하는 것을 수용하지 않고 있다. 이러한 거부에 명확한 법적 근거는 없으나, 토지보상법 제4조 제8호 별표에 ① 법 20조에 따라 사업인정을 받아야 하는 공익사업과 ② 법 제20조에 다른 사업인정이 의제되는 사업을 구분하여 열거하고 있다는 점이 하나의 이유가 될 수 있을 것으로 보인다. 이와 같은 규정 형식은 ‘사업인정을 받아야 하는 공익사업’과 ‘사업인정이 의제되는 공익사업’이 상호 배타적 사업으로서, 사업인정이 의제되는 공익사업의 경우 수용권을 부여하는 원칙적인 방식인 사업인정 절차를 거칠 수 없다는 오해를 불러일으킬 수

42) 개별법상 인허가가 재량행위라면, 인허가권자는 사업인정 요건의 불비를 이유로 개별법상 인허가를 거부할 수도 있다. 다만, 실무상 중토위의 공익성협의 부동의를 이유로 개별법상 인허가를 거부하는 경우는 극히 예외적인 것으로 보인다. 참고로 인허가의제에 관하여, 대법원은 행정청이 의제되는 인허가의 불허사유를 이유로 주된 인허가를 거부할 수 있다는 입장이다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두7519 판결 등 참조).

43) 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결 등.

있기 때문이다.

토지보상법상 수용권을 부여하는 원칙적인 절차는 사업인정이고, 사업인정 의제는 개별법에 사업인정을 의제하는 별도의 근거규정이 존재하는 경우에만 인정될 수 있으므로, 사업인정 의제규정을 두고 있는 개별법상 공익사업의 사업시행자는 수용권을 부여받는 방식으로 토지보상법상 사업인정절차를 거치는 방법과 개별법상 사업인정 의제절차를 거치는 방법 중 하나를 선택할 수 있다.⁴⁴⁾ 사업시행자가 중도위의 부동의 의견에 대하여 실질적으로 불복할 수 있는 방법이 제한되는 상황에서 사업시행자에게 별도로 사업인정 절차를 거치는 것을 허용하지 않는다면, 사업시행자 입장에서 부동의 의견의 위법성을 다투어볼 기회를 실질적으로 박탈당하는 것과 다름없다는 점에서도 공익성 협의결과를 이유로 사업인정을 의제받지 못하는 사업시행자가 별도로 사업인정 절차를 거치는 것을 허용할 필요가 있다.

IV. 공익성 협의제도의 개선방향

1. 공익성 검토기준의 정비

(1) 수용의 필요성 중심의 재정비

현재 공익성 협의제도 운영에 있어 중도위의 검토범위는 대상사업이 수용권 부여의 전제조건인 공공필요를 충족하는지를 판단하는 데 필요한 항목을 넘어 대상사업과 관련된 전반적 항목으로 과도하게 확장된 측면이 있다. 이는 불필요한 절차의 중복, 인허가권자의 판단에 대한 실질적 사후심사, 행정기관의 권한존중 원칙 침해, 과도한 권한행사에 의한 이해관계자의 권익침해 등의 문제를 초래하는 원인이 된다. 그러므로 공공필요 충족여부 판단이라는 중도위 본연의 역할에 집중하여, 수용 필요성 판단에 필요한 항목을 중심으로 공익성 검토기준을 재정비할 필요가 있다.

(2) 가중요건 제시의 근거규정 마련 필요

44) 사업인정이 의제될 수 있는 경우라도 토지보상법상 사업인정을 받는 것도 가능하다는 견해로는 박균성, 앞의 책[행정법론(하)], 505면; 서울행정법원 1999. 1. 7. 선고 98구26633 판결. 위 견해들은 사업인정을 받을 수 있는 방법의 선택가능성에 대한 입장이지만, 중도위가 사업인정 의제절차인 공익성협의에서 부동의 의견을 제시한 경우, 사업시행자가 별도로 사업인정절차를 거칠 수 있는지에 관해서도 적용될 수 있을 것이다.

개별법상 인허가요건을 갖추었으나, 대상 공익사업이 수용권이 정당화될 정도로 공익이 우월하거나 수용의 필요성이 인정되지 않아 사업인정을 발급받기에는 부적절한 경우가 존재할 수 있다. 이러한 경우에도 중토위는 인허가권자 및 사업시행자에 대한 보완요구는 명확한 법적근거 및 기준이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있다. 구체적으로 토지보상법령에 개별법령상 인허가 및 수용권 행사에 필요한 요건을 가중할 수 있는 범위를 명시하고,⁴⁵⁾ 공공필요 판단과 연관성이 떨어지는 요건의 보완을 요구할 수 없다는 취지의 규정을 두는 것을 고려해볼 수 있을 것이다. 특히, 논란의 핵심인 대상 공익사업에 따른 개발이익의 공공부분 귀속 수준과 관련해서는 보다 세밀한 법령상 근거가 마련이 필요할 것으로 생각된다.

(3) 구체적 검토기준 및 의견제시 사례의 공개

현재 공익성 협의제도와 관련된 가장 중요한 문제는 중토위의 협의의견에 대한 사업시행자 등 이해관계자의 예측불가능성이 과도한 수준이라는 데 있다. 이는 중토위가 공익성 검토에 적용하는 내부기준 및 과거 의견제시 사례들이 일반에 공개되지 않기 때문에 발생하는 문제이다. 이와 관련해 중토위로 하여금 과거처럼 토지수용 업무편람에 해당 기준의 주요 내용 및 과거 의견제시 사례를 공개하도록 할 필요가 있다.⁴⁶⁾ 지난 2019 토지수용 업무편람에 포함되었던 ‘공익성 검토업무 매뉴얼’ 수준의 정보가 공개된다면, 공익성 협의와 관련된 이해관계자들의 예측불가능성 문제는 상당부분 해소될 것으로 보인다. 또한 내부기준 및 의견제시 사례를 공개함으로써 그 적정성에 관한 다양한 논의가 이루어질 수 있고, 이러한 논의가 중토위 기준 변경의 계기로 작용하는 선순환 효과도 기대할 수 있을 것이다.

2. 사업인정 절차 진행의 허용

사업시행자가 공익성 협의 시 중토위로부터 부동의 의견을 제시받은 경우, 이에 대한 사업시행자의 실질적 불복을 위해서는 별도의 사업인정절차 진행을 허용할 필요가 있다. 실무상 사업인정 의제절차가 진행되고 있는 경우 같은 개별법상 상버에 대하여 별개의 사업인정 절차를 허용하지 않고 있으나, 이를 인정하지 않을 법령상·이론적 근거가 없고, 이를 허용

45) 예를 들어 개별법이 인허가 및 수용권 행사를 위해 일정한 토지면적 확보요건을 규정한 경우, ‘중토위는 개별법이 규정하는 수준의 100분의 20이상을 가중할 수 없다’는 방식으로 중토위의 보완요구의 범위를 제한할 수 있을 것이다.

46) 앞서 언급하였듯 토지보상법 개정으로 공익성 협의제도가 시행되면서 2019 토지수용 업무편람에 기재되었던 공익성 검토업무 매뉴얼의 내용이 삭제되었다. 공익성 협의가 시행되어 사업시행자의 중도에 대한 의견청취의무가 협의제도로 변경되고 중토위 내부 기준이 일부 변경되었을 수 있지만, ‘공공필요 충족여부 판단’, ‘공익성 검토’라는 판단의 본질적인 대상과 내용은 변경되지 않았으므로, 여전히 의견청취 제도 운영 시의 사례들을 포함한 중토위의 의견제시 사례들을 제공하는 것은 이해관계자들의 예측가능성을 제고하는 측면에서 상당한 의미가 있다고 생각된다.

하지 않을 경우 사업시행자로서는 실질적으로 중토위의 부동의 의견에 대하여 다룰 수단이 없다는 점에서도 중토위 실무운영의 개선이 필요하다.

3. 이의신청 절차의 마련

중토위가 공익성 협의에 대하여 부동의 의견을 제시할 경우 이에 대하여 재협의를 요청할 수 있으나(토지보상법 시행규칙 제9조의3), 재협의 결과로도 부동의 의견이 제시되는 경우에는 해당의견에 불복할 마땅한 수단이 존재하지 않는다. 이에 중토위의 공익성 협의의견에 대한 인허가권자 및 사업시행자의 불복수단 보장 차원에서 토지보상법상 이의신청의 대상에 중토위의 공익성 협의의견을 포함시키는 방법은 고려해볼 수 있을 것이다. 현행 토지보상법은 이의신청의 대상을 토지수용위원회의 재결로 제한하고 있고(토지보상법 제83조), 행정기본법도 처분에 대한 이의신청만을 규정하고 있으나(행정기본법 제36조), 공익성 협의에서 중토위의 부동의 의견은 사업시행자의 권익을 침해하는 사업인정 거부처분의 실질을 갖고 있음에도 공익성협의제도의 구조상 이에 대한 마땅한 불복수단이 존재하지 않는 상황이므로, 중토위의 부동의 의견에 대하여 예외적으로 처분성을 인정할 수 있다는 이론구성이 가능하다는 점에서 고려해 볼 수 있는 방안이라고 생각된다.⁴⁷⁾

V. 결 론

토지보상법 개정에 따른 공익성 협의제도의 도입은 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치의 실현이라는 측면에서는 긍정적인 변화이나, 제도적 미비, 운영상의 한계로 일선 개발사업 현장에서 수많은 문제를 초래하고 있다. 수용권 부여 과정에서 공익사업의 공공필요 충족여부에 대한 검토를 강화하며 국민의 재산권 보장이라는 헌법적 가치를 실현하는 것도 중요하지만, 그 과정에서 공익사업을 통한 공익실현 및 공동체의 후생증진이라는 가치가 경시되어서는 안 된다. 그러므로 양자의 조화를 위해서는 공익사업에의 수용권 부여 과정에서 공공필요와 관련된 중토위의 개입이 명확한 법적근거와 구체적 기준아래에서만 이루어질 수 있도록 균형적으로 공익성 협의제도를 설계하고 이를 운영하는 것이 필요하다.

현재 공익성 협의제도 운영상 중토위가 적용하는 공익성 검토기준의 구체적 내용과 근거가 불명확해 인허가권자 및 사업시행자의 예측가능성이 과도하게 낮으며, 중토위의 부동의

47) 중토위의 부동의 의견은 그 실질이 사업인정 거부처분이라는 점에서 그에 대하여 곧바로 행정소송을 제기할 수 있다고 이론구성하는 것도 가능할 것으로 생각된다. 중요한 것은 중토위의 부동의 의견에 대하여 중토위 내부 또는 외부의 재검토 수단을 제도화하는 것이다.

의견이 위법·부당하더라도 인허가권자 및 사업시행자가 이에 불복할 수단이 마땅하지 않아 중토위의 의견에 대한 사법적 통제가 제한된다는 문제가 있다. 이에 중토위의 심사범위를 공공필요 판단의 핵심요소인 수용의 필요성 측면에 집중하고, 추가 또는 가중된 요건 제시와 관련된 중토위 권한범위와 한계를 법령에 명확히 규정하는 방향으로 공익성 검토기준을 재정비하며, 중토위 부동의 의견에 대하여 사업시행자에게 별도의 사업인정절차 및 토지보상법상 이의신청을 허용하는 방향으로 제도를 개선할 필요가 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희, 『行政法Ⅱ』(제26판), 박영사, 2021,
김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 박영사, 2018.
박균성, 『행정법론(상)』(제21판), 박영사, 2022.
박균성, 『행정법론(하)』(제20판), 박영사, 2022.
전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021.

[논문]

- 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011)
류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제취득규정의 위헌성”, 『토지공법연구』 제44집(2009)
이재훈, “사업인정의제사업에 대한 중앙토지수용위원회 의견청취절차와 공익성 판단”, 『토지보상법연구』 제17집(2017)
한국토지공법학회, “토지보상법상 사업인정 절차 개선방안”, 『토지공법연구』 제74집(2016)

[연구보고서]

- 법제처, 『인·허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구, 2017.
한국토지공법학회, 『사업인정 의제사업 공익성 판단 기준 등 연구』, 2016.

[기타]

- 국토교통부 중앙토지수용위원회, 토지수용 업무편람