

# 토지보상협의회 설치 및 운영에 관한 문제점과 개선방안\*

## A Review on the Problem of Land Compensation Council Operation and its Alternative

김 원 중\*\*

Kim, Won-Jung

### 목 차

- |                          |                 |
|--------------------------|-----------------|
| I. 들어가며                  | IV. 보상협의회 개선 방안 |
| II. 토지보상협약에 관한 개념        | V. 맺는말          |
| III. 토지보상 운영 및 보상협의회 문제점 |                 |

공익사업은 사인의 토지 등에 대한 재산권을 취득하고자 사업시행자와 토지소유자 등과의 협의를 통한 보상으로 재산권을 취득하여 오고 있으며, 이러한 협의는 사적 자치의 원칙에 부합한다. 헌법이 정하고 있는 재산권보장에 의해 사인의 재산권은 보장되어야 하며, 재산권보장은 법률에 따라 이를 정하고 있다. 이러한 재산권보장과 사적자치결정을 통하여 공익사업을 수행하기 위하여 법률은 공익사업을 위한 취득 및 보상에

투고일 : 2016. 12. 27. / 심사완료일 : 2017. 1. 17. / 게재확정일 : 2017. 2. 6.

\* 본 연구는 2016.12.22. 건국대학교 법학연구소 국내학술대회 '부동산법의 제문제'에서 발표한 논문을 수정·보완한 것임을 밝힌다.

\*\* 법학박사. 청주대학교 법학과 교수

Ph.D, Professor, Department of Law, Cheongju University

관한 법률에서 보상에 대한 협의를 위하여 보상협의회 설치에 관한 규정을 두고 있다.

사인의 재산권 보호를 위하여 사적자치의 원칙에 의한 보상협약에 대하여 보상협의회를 법률에서 규정하고 있다. 보상협의회는 사인의 재산권에 대한 중요한 침해를 가할 수 있으므로 공익사업을 위하여 상호간 협의라는 계약으로 이를 집행하기 위해서는 법률에서 명확한 근거규정이 마련되어야 한다.

이러한 보상협의회에 관한 법률의 개선방안으로 임의적 설치와 의무적 설치에 대한 근거를 시행령에서 규정하고 있으나, 이는 그 기준이 명확하지 않고, 소수자의 재산권도 보호하는 것이 헌법의 취지이므로 보상협의회 설치에 관하여 이원화 되어 있는 현행 제도 중 임의적 규정을 배제하고 필요적 의무 규정으로 전환하여 의무화 하는 것이 법치행정에 부합한다.

따라서 본 연구는 사인의 재산권을 침해하거나 제한할 수 있는 보상협약에 관한 보상협의회에 대하여 법률이 가지고 있는 문제점을 검토하여 그 개선방안으로 설치권자를 지방자치단체장으로 명확화하고 위임입법한 사항을 법률에서 명확히 정하도록 할 필요가 있다.

**[주제어]** 보상, 보상협의회, 협의, 토지, 사유재산

## I. 들어가며

사회가 발전되고 변화되어 가면서 사인이 가지고 있는 재산권이 법률 등에 의해 많은 제한을 받고 있다. 그동안 우리사회는 급격한 산업화 등으로 인하여 변화되고 발전되어 가는 것이 선진국에 비해 빠르게 진행되어 가고 있다.

사회의 급격한 발전은 개발이라는 이름하에 사인의 재산권을 제한하고 침해하는 부정적인 문제를 야기하기도 한다. 그러나 사인이 가지는 재산권은 공익을 위하여 희생되어 왔으며, 이러한 희생을 최소화하기 위하여 법률에서 사전협의를 통하여 사인의 재산 등을 취득하고자 하였다.

공익사업은 사인의 토지 등에 대한 재산권을 취득하고자 사업시행자

와 토지소유자 등과의 협의를 통한 보상으로 재산권을 취득하여 오고 있으며, 이러한 협의는 사적 자치의 원칙에 부합한다. 헌법이 정하고 있는 재산권보장에 의해 사인의 재산권은 보장되어야 하며, 재산권보장은 법률에 따라 이를 정하고 있다. 이러한 재산권보장과 사적자치결정을 통하여 공익사업을 수행하기 위하여 법률은 공익사업을 위한 취득 및 보상에 관한 법률에서 보상에 대한 협의를 위하여 보상협의회 설치에 관한 규정을 두고 있다.

우리는 공익사업을 위하여 토지 등 보상이 사업시행자와 사인간의 보상 협의를 통하여 사업을 추진하고 있는 것이 전체 사업의 80% 이상에 해당한다. 그 외의 경우는 수용이라는 제도를 통하여 사업을 추진하고 있다. 보상협의를 통하여 사업시행자와 토지소유자 등과의 상호협의를 사인의 재산권 침해를 최소화 하고 사적자치결정에 따라 원활히 사업을 수행할 수 있다.

이러한 공익사업을 위한 보상협회는 보상협의회를 통하여 이루어지며, 보상협의회는 법률과 대통령령에 그 설치와 운영 등에 대하여 정하고 있다. 보상협의회는 사인의 재산권에 대한 상호간의 협의기관으로 사유재산에 대한 제한을 가하는 것으로 중요한 사항에 해당한다.

토지 등의 보상에 대한 보상협의회는 법률유보 사항이나, 현행 법률에서는 제82조에서 보상협의회 규정만을 두고 있고, 설치와 구성 그리고 운영 등에 대하여 필요한 사항은 대통령령으로 위임입법화 하고 있다. 법률에서 규정할 사항을 위임입법으로 하여 행정기관의 권한사항으로 두는 것이 법률유보의 원칙에 부합하는가에 대하여는 의문이다.

따라서 본 연구는 사인의 재산권을 침해하거나 제한할 수 있는 보상협회의에 관한 보상협의회에 대하여 법률이 가지고 있는 문제점을 검토하여 그 개선방안을 제시하였다.

## II. 토지보상협약에 관한 개념

### 1. 협의 및 협의취득의 개념

#### 1.1 협의의 의미 및 성격

공익사업을 위하여 사업시행자는 토지 등의 소유자와 관계인 등과 그 재산에 대한 합의로 토지 등에 대한 재산권을 매매하는 절차를 가지고 있다. 사업시행자는 공익사업을 위하여 토지 소유자 등으로부터 토지를 수용하거나 매수하여 사업을 진행하여야 한다. 이 경우 사업시행자는 사업 수행 시 토지소유자 등과 원만한 합의 등을 통하여 토지소유권을 가져올 경우 상호간의 분쟁을 발생시키지 않고 원활히 사업을 수행할 수 있다.

사업시행자는 공익사업을 수행하기 위하여 토지소유자 등과의 관계에서 사업을 위하여 그 토지 등에 대하여 상호간의 합의를 통하여 토지를 매수할 수 있다. 이러한 토지를 사업시행자와 토지소유자 등과 상호간의 자유로운 의사인 합의에 의하여 토지를 매수하는 것을 토지보상에 의한 협의라 한다. 공익사업을 위한 목적 하에서 해당 토지 등에 대하여 사업시행자와 토지소유자 등이 상호간의 의사에 의해 토지를 매매하는 것을 사전 협의라고 한다.

이러한 협의는 사업시행자와 토지소유자간의 상호간의 자유로운 의사결정에 의하여 토지 등의 소유권을 이전하는 것으로 사법상의 계약의 성격을 가지고 있다.<sup>1)</sup> 협의는 일방적 의사에 의한 표시가 아니라 쌍방의 행위에 해당하기 때문이다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제17조는 사업시행자가 토지소유자 등과 협의회가 이루어질

---

1) 석중현, 토지공법강의, 삼영사, 1999, 150쪽; 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2010, 603쪽.

경우 계약을 체결하도록 하고 있어, 법률에서 협의를 계약으로 보고 있다.

## 1.2 협의취득의 의의 및 성격

토지보상에 있어 협의취득은 토지수용절차에 의하지 아니하고 사업시행자가 법률이 정한 절차에 따라 협의취득절차에 따라 토지소유자 및 관계인 등과 협의를 통하여 토지를 취득하는 것을 의미한다.<sup>2)</sup> 이러한 토지협의취득은 법률에 의한 토지 등을 취득하는 것으로 그 목적이 공익사업을 위한 것이어야 한다.

토지보상에 대하여 토지소유자 등으로부터 공익목적을 달성하기 위하여 협의를 통하여 취득하는 경우는 이를 공법적 성격으로 보아야 하는가 아니면 사법적 성격으로 보아야 하는가에 대하여는 이견이 있다. 일반적으로 토지보상을 위한 토지소유자 등과의 협의 취득은 개인의 토지를 매수하는 것으로 임의매수로 사법상의 계약으로 보아야 한다고 보고 있다. 협의취득은 사법상의 매매행위의 성격을 가지고 있는 것으로 공익이라는 이름 하에 공법에 규정되었다고 하여 사법규정이 공법규정으로 전환되는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>3)</sup> 협의취득은 사업시행자가 사업에 필요한 토지 등을 사경제주체로서 취득하는 행위로 사법상의 매매에 해당하며, 그 효력은 당사자에게만 영향을 미친다고 보았다.<sup>4)</sup> 판례는 토지수용과 달리 토지보상 협의에 의한 취득은 사법상의 매매에 해당하고 그 효력은 당사자에게만 미친다고 보아 사법상 계약이라고 보았다.<sup>5)</sup>

2) 석종현, “토지보상법상 토지 등의 협의취득”, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003, 454쪽.

3) 석종현, 앞의 논문, 454쪽.

4) 석종현, 앞의 책, 203쪽.

5) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다44291 판결.

토지보상에 관한 내용을 규정한 것은 공법과 함께 사법적 성격을 동시에 가지는 사회법적 요소를 가지고 있다. 오늘날 사회법은 공법과 사법적 성격을 동시에 규정하는 경우가 많이 발생하고 있어, 토지보상에 대한 협의의 경우도 공법과 사법을 통합하는 사회법의 성격을 가지고 있다고 보기도 한다.<sup>6)</sup>

## 2. 토지보상협의회 개념

### 2.1 토지보상협의회 의의

공익사업을 위하여 사업시행자와 토지소유자 등과의 자유로운 의사에 따라 토지 등에 대한 소유권이전 등 협의취득을 위하여 보상협의회를 두고 있다. 보상협의회는 과거 보상심의위원회에서 협의기구로 개선하면서 심의기관이 아닌 협의기구로 구성하고 있다.<sup>7)</sup>

토지보상협의회는 그 자체로 공익사업을 위한 사업시행자와 토지소유자 등과의 토지소유 등에 대한 취득을 위한 협의기구로서 성격을 가지고 있다. 보상협회는 대등한 당사자간의 보상에 관한 협의로 상호간의 자유의사인 사적자치에 의해 이루어진다. 공익사업을 위하여 사업시행자는 토지의 취득 등에 대하여 보상을 토지소유자 등과 협의를 통하여 결정하는 사법적 성격을 가지게 된다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제80조는 손실보상의 협의에 대하여 규정하고 있으며, 협회가 이루어지지 않는 경우는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 규정하고 있다.

토지보상협의회는 사업시행자와 토지소유자 등의 상호간에 있어 의

6) 류지태, “공익사업을 위한 토지등의 취득 보상에 관한 법률의 내용 및 평가”, 고시연구 제335호, 고시연구사, 2002, 47쪽.

7) 정태용, “공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률의 주요내용”, 토지보상법연구 제3집, 한국토지보상법연구회, 2003, 216쪽.

사표시에 의한 토지소유권 등에 대한 취득을 결정하는 것으로 순수한 대등 당사자간의 계약에 해당하는 성격을 가지고 있다. 이러한 협의를 결정하는 권한을 토지보상협의회가 가지게 된다. 토지보상협의회는 순수한 협의적 기능을 가지는 것이지, 공법적 성격에 의한 강제성을 가지지는 않는다.

## 2.2 토지보상협의회 법적 근거

토지보상협회에 관하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률이 제정되기 이전인 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에서 보상업무를 심의하기 위하여 지방자치단체장에 보상심의위원회를 설치할 수 있도록 규정하였다. 공익사업을 위하여 필요한 토지 등을 취득하거나 사용할 때 사유재산권 보장원칙에 따라 토지소유자 등과 협의를 통하여 진행하는 것이 타당하다. 그러나 협의가 성립되지 않을 경우 수용이라는 강제적인 절차를 통해 토지를 취득하도록 하여, 기존 협의 취득에 대하여는 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에서 정하고 강제 수용의 경우에는 토지수용법으로 이원화하였다가 법률의 중복성 등을 고려하고 효율적 법률을 위해 2003년 1월 1일부터 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률이 제정되어 시행되고 있다.<sup>8)</sup>

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률로 법이 통합되기 이전에는 협의에 의한 취득을 위하여 보상심의위원회를 설치하여 협의를 진행하도록 하다가 법률이 통합된 이후에는 보상협회로 개편하여 지방자치단체장이 협의회를 설치하도록 임의규정화하고 일정규모 이상의 경우는 필요적 보상협의회를 두도록 의무화하고 있다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제82조는 보상

8) 국토해양부, 희망의 땅 기회의 바다 선진 대한민국, 정책자료집, 2013, 289-290쪽.

협의회에 관한 근거를 규정한 조항이며, 이 법 조항에 따라 토지보상협의회가 설치되어 운영되고 있다. 이 조 제1항은 공익사업이 시행되는 해당 지방자치단체의 장은 필요한 경우에 보상액 등을 평가하기 위한 사전의견 수렴 등에 대한 사항을 위하여 보상협의회를 둘 수 있도록 임의규정화하고 있다. 이에 반해 이 조 제1항 단서 조항에서는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 공익사업을 시행하는 경우는 보상협의회를 의무화하고 있다.<sup>9)</sup>

### Ⅲ. 토지보상 운영 및 보상협의회 문제점

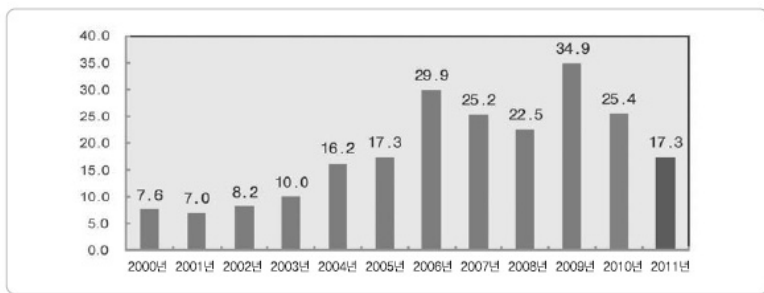
#### 1. 토지보상 운영

공익사업을 위한 토지보상은 법률에 따라 토지를 취득하고 있으며, 국토부 자료에 따르면 2008년부터 2011년까지 취득 토지는 6억 5,184만 4,000㎡(100조 562억 원)으로 연평균 1억 6,296만 1,000㎡(20조 7,075억 원)에 이른다. 이처럼 토지보상에 대하여 보상금이 1년에 20조 이상이 지급되는 상황이다.

토지보상에 대하여 토지보상액 추이는 지속적으로 증가하다가 2010년부터는 다소 감소하고 있으나 여전히 보상액은 높게 발생하고 있다.

공익사업을 위한 토지보상은 그 방법에 있어 주로 협의에 의한 취득으로 이루어지고 있다. 토지보상이 이루어지는 경우 그 방법이 협의 취득 비율이 80-85% 수준으로 나타나고 있으며, 2011년의 경우는 79% 수준으로 다소 낮아졌다. 그러나 공익사업을 위한 토지를 취득하는 경우는 협의에 의한 취득이 약 80%를 차지할 정도로 높게 이루어지고 있다.

9) 법률에서 '보상협의회'를 두도록 규정하고 있으며, 대부분의 보상은 토지를 그 대상으로 하고 있어 '보상협의회'는 '토지보상협의회'라 할 수 있어, 본 연구에서는 '보상협의회'를 '토지보상협의회'라 명칭하여 사용하였다.



〈그림 III-1〉 토지보상액 추이: 국토해양부(2013)<sup>10)</sup>

국가나 지방자치단체가 공익사업을 위하여 사인의 토지를 취득하는 방법으로 협의에 의한 취득과 보상에 의한 취득이 있을 수 있으나, 가장 바람직한 보상은 협의에 의한 취득에 해당된다. 협의취득은 당사자간의 의사합치에 이루어지고 있어, 사적자치가 실현되므로 피해를 최소화 할 수 있다.

공익사업은 공익이라는 이름하에 사인의 재산권을 강제로 취득하는 것으로 당사자의 반대사에 의한 취득은 개인의 재산권을 지나치게 침해할 수 있다. 따라서 협의에 의한 취득은 당사자 합의로 이루어지는 것으로 그 피해를 최소화할 수 있는 방법에 해당한다.

〈표 III-1〉 토지보상 유형의 변화: 국토해양부(2013)

| 구분    | 계            | 현금            | 채권           | 대토         |
|-------|--------------|---------------|--------------|------------|
| 2006년 | 299,185(100) | 287,495(96.1) | 11,690(3.9)  | -          |
| 2007년 | 251,741(100) | 229,351(91.1) | 22,140(8.8)  | 250(0.1)   |
| 2008년 | 224,980(100) | 212,465(94.4) | 10,473(4.7)  | 2,042(0.9) |
| 2009년 | 348,554(100) | 292,645(84.0) | 52,927(15.2) | 2,982(0.8) |
| 2010년 | 254,373(100) | 197,717(84.0) | 54,707(21.5) | 1,949(0.8) |
| 2011년 | 172,654(100) | 147,214(85.3) | 24,651(14.3) | 789(0.4)   |

10) 토지보상 운영과 현황에 대하여 국토해양부 자료를 참고하였으며, 이 자료는 국토교통부 홈페이지에 게시된 최근의 자료이며, 국토교통부가 게시한 자료가 2013년까지이므로 자료 수집의 한계가 있음을 밝힌다.

<[http://www.molit.go.kr/USR/WPGE0201/m\\_17004/DTL.jsp](http://www.molit.go.kr/USR/WPGE0201/m_17004/DTL.jsp)>, 검색일: 2016.12.27.

공익사업을 위한 토지보상의 유형은 현금보상을 원칙으로 하고 있으나, 채권과 대토에 의한 보상도 함께 이루어지고 있다. 특히 현금보상이 점차 감소하고 채권에 의한 보상이 증가하고 있다. 채권보상은 현금보상 대신 채권으로 지급하는 방식이며, 부채지주에 대하여 채권보상을 의무화하고 있으며, 한국토지주택공사(LH)등의 사업시행자의 재정을 고려하여 채권 우선 보상제를 실시하게 되어 채권보상이 증가하였다.

이에 반하여 대토에 의한 보상은 사업이 장기화에 따라 이루어지고 있어 수익의 불확실성과 각종 세금제도의 추가 요구 등이 있어 채권보상에 비해 그 증가폭이 다소 둔하게 발생하였다.

## 2. 토지보상협의회의 문제

### 2.1 토지보상협의회 설치 규정의 차별

#### 2.1.1 임의적 설치와 의무적 설치 규정 구분 불명확성과 입법형성의 침해

토지보상협의회에 대하여는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제82조 제1항에서 설치에 대하여 규정을 하고 있다. 이 조항 전단은 지방자치단체장은 필요한 경우 보상협의회를 둘 수 있다고 규정하고 있다. 이 조항 후단에서는 대통령령으로 정하는 일정규모 이상의 공익사업을 시행하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보상협의회를 두어야 한다고 정하고 있다.

이 조항 전단의 경우는 임의적 설치에 대한 규정을 정하고, 후단은 의무적 설치에 대하여 정하고 있다. 의무적 설치에 대하여는 대통령령인 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령 제44조의2 제2항은 ““대통령령으로 정하는 규모 이상의 공익사업”이란 해당 공익사업지구 면적이 10만 제곱미터 이상이고, 토지등의 소유자가 50인 이상

인 공익사업을 말한다.”고 정하여 그 기준을 제시하고 있다. 의무적 보상 협의회 설치에 대하여 시행령에서 정하고 있는 일정한 면적과 소유자 일정 수 이상에 대한 그 논리적 근거가 명확하지 않다. 필요적 의무설치 규정이 그 면적이 10만 제곱미터이어야 하는가와 50인 이상의 경우에만 그 설치를 의무화해야 하는가에 대한 구체적인 논리적 근거를 제시하여야 함에도 이를 제시하지 않고 단지 선언적으로 규모를 획정하고 있다.

우리 헌법은 국민의 기본권 보호와 법치국가원리를 천명하고 있으며, 재산권을 보장하고 있다. 모든 국민의 재산권은 보장되며, 재산권은 개인의 사적 유용성과 임의처분성을 떠나서 생각할 수 없다고 보고 있다. 특히 재산의 사적 유용성과 임의처분권은 사유재산제도를 통하여 보장되며, 구체적인 권리의 보장으로 인정되고 있다.<sup>11)</sup> 재산권에 대하여 그 내용적 한계를 정하는 것은 입법권자의 형성의 자유가 인정되고 있으나, 재산권보장의 성격을 무시하는 형성은 정당화 될 수 없다고 보고 있다.<sup>12)</sup>

재산권보장이 사회적 기속성에 의해 행정청이 이를 제한하기 위하여는 입법에 의하여야 하나, 입법에 의하는 경우에도 이를 수궁할 수 있는 타당성을 가질 필요가 있다. 공익사업을 위한 토지보상에 대한 취득은 사업시행자와 토지소유자 등 간의 사전적인 협의를 통하여 하는 것이 헌법에서 추구하고 있는 사유재산보장에 부합될 수 있다. 이러한 사전적 협의를 위해서는 협의회가 기본적으로 존재하여야 한다.

토지보상협의회가 임의적 설치가 아닌 필요적 설치로 구성되어야 하는 것은 개인의 재산권을 보장하는데 필요적 기구라 할 수 있다. 즉 사적자치의 원칙에 의해 개인의 재산권을 보장하기 위해 사업시행자와 토지소유자간의 상호 협의에 의해 사업을 추진하는 것이 개인의 재산권을 보장하는 것으로 법치행정에 부합한다. 그럼에도 임의적 설치와 필요적 설치에 대한 명확한 근거 없이 입법 특히 행정입법에 의해 이를 임의

11) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 511쪽.

12) 헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌마402 결정.

적으로 정하여 구분하고 있는 것은 재산권 보장에 저해될 뿐 아니라 입법형성의 자유를 침해하는 한계를 가질 수 있다.

### 2.1.2 지방자치단체장의 설치 재량 남용 가능성

공익을 위하여 토지소유자 등의 보상에 관한 협의를 위하여 지방자치단체에 보상협의회를 둘 수 있도록 하고 있다. 토지 등 보상협회에 대하여 임의적 설치의 경우는 그 설치권자를 지방자치단체장의 자유재량으로 정하고 있다. 이처럼 지방자치단체장의 자유재량행위로 규정하고 있는 것은 입법자가 행정법규를 정립함에 있어 장래 발생하는 사태에 대하여 합리적 규정을 두는 것이 불가능하고 적절한 해결의 필요성이 있는 경우, 전문성과 기술성이 요구되어 행정청에 법의 집행과정에 정책적·행정적 판단을 부여할 경우에 재량행위로 규정하는 것이 필요하다고 보고 있다.<sup>13)</sup>

이러한 재량행위에 대한 존재이유로 인하여 행정청에 자유재량을 부여하고 있다. 보상협의회에 대하여 지방자치단체장에게 설치에 관한 재량행위를 부여하는 것이 행정기관의 전문성과 기술성 또는 법의 집행과정에 행정적 판단이 필요한 경우에 해당할 것인가에 대하여는 의문이다. 토지보상협의회는 공익사업을 위하여 개인의 재산권을 자의적으로 침해하지 않고 합의에 의해 취득하는 것으로 그 협의기관은 사유재산권 보장과 행정의 침해를 방지하기 위해 중요한 기구라 할 수 있다.

우리나라의 경우 공익사업이라는 이름하에 토지보상에 대하여 사업시행자가 토지소유권자 등과 합의에 의한 계약을 통하여 보상금을 지급하고 재산권을 취득하고 있다. 일본의 경우 토지수용법 제94조에서 사업을 위하여 토지소유자와 기업자간의 협의를 통하여 사업을 하도록 하고 있다. 일본은 사업시행자인 기업자와 토지소유자간의 협의를 통하고 수용에 대하여는 수용위원회에서 이를 하도록 수용위원회를 도도부현

13) 김철용, 행정법, 고시계사, 2016, 151쪽.

지사 소할하에 설치하도록 하고 있다.<sup>14)</sup> 일본은 사업시행자와 토지소유자간의 협의에 의하고 있는 것은 우리와 동일하다.<sup>15)</sup>

토지소유취득은 개인의 재산권을 우선적으로 보장하는 것이 필요하므로 지방자치단체장이 보상협의회를 스스로 판단하여 필요에 의하여 설치할 수 있도록 재량성을 부여하는 것은 개인의 재산권보장을 침해할 소지가 있다. 즉 헌법은 민주주의를 기본원칙으로 하며 사유재산을 보장하도록 하고 제한할 경우에도 법률로써 하도록 하고 있다. 이러한 헌법정신에 의한 재산권보장을 볼 경우 순수하게 소수자의 토지취득에 관한 협의를 진행하는 보상협의회를 지방자치단체장의 순수한 재량으로 두는 것은 재량행위로 인하여 사인의 재산권 침해를 가져올 수 있다.

지방자치단체장이 필요한 경우에 설치할 수 있다고 임의적 설치규정으로 정하고 있는 것은 지방자치단체장의 순수자유재량으로 보기는 어렵다고 본다. 판례는 기속재량을 입법의 미비로 중대한 공익을 보호할 필요에서 정책적으로 인정하는 것이라고 개념 규정하는 견해도 있다.<sup>16)</sup> 이처럼 설치에 대하여 입법적 미비에 의한 것으로 보여 지는 것이지, 그 설치에 관한 규정을 행정청의 자유재량으로 입법에서 부여하였다고 보기는 어렵다. 그 이유는 사유재산에 대한 침해를 가져올 수 있는 중요한 내용인 사인의 토지 등 보상을 상호간 협의를 통하여 공익사업을 추진하도록 하는 것으로 재산권 보장과 직접적 관련되므로 임의적 설치를 자유재량으로 부여하였다고 보기는 어렵기 때문이다.

14) 일본 토지수용법 第五十一條 “この法律に基く権限を行うため、都道府縣知事の所轄の下に、收用委員會を設置する”.

15) 일본의 경우도 공익사업을 위해 토지 등을 취득할 경우에 당연히 사적 거래에 의해 당사자간 자유로운 의사에 근거해 행하여야 하고, 재산권의 본질적인 토지소유자의 임의처분권을 침해해서는 아니되므로 사전협의를 의한 취득이 전제되어야 한다고 보고 있다(류하백, “일본의 토지수용과 보상제도”, 토지공법연구 제49집, 한국토지공법학회, 2010, 108쪽).

16) 박균성, “납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단”, 행정판례연구16-1, 박영사, 2011, 132쪽(김철용, 앞의 책, 151쪽 재인용).

따라서 토지보상협의회 설치에 관하여 지방자치단체장의 자유재량으로 부여하는 것은, 보상협회의 실질적 기능을 달성할 수 없는 한계와 함께 재량남용 등을 가져올 수 있다.<sup>17)</sup>

## 2.2 보상협의회 대통령령으로 위임입법화

### 2.2.1 법정화 미흡에 따른 보상협회의 목적 달성 미흡

토지 등 보상에 대한 보상협의회를 법률에서 정하지 않고 위임입법화함에 따라 보상협회의 제도적 입법취지를 구현하기 어려울 수 있다. 보상협의회는 공익사업을 시행하는 사업시행자와 토지소유자간의 사전적 협의에 의해 토지소유권을 취득하는 것으로 사적자치의 원칙에 부합하는 것으로 가장 민주적이고 합리적 방식에 의한 사업수행방식이다. 이러한 보상협의회에 대하여 법률에서 규정 하는 것은 보상협회가 추구하고 있는 당사자간의 합의에 의한 사업수행으로 효율성과 사업으로 인한 사업시행자와 토지소유자간의 충돌을 차단할 수 있다.

따라서 보상협회는 공익사업을 위한 취득에 대한 가장 중요한 방법 중 하나이다. 보상협회를 위한 추진 기관으로 각 지방자치단체 등에 보상협의회를 설치하도록 하는 것은 사업수행의 원활을 위하여 매우 중요하다. 토지 등 보상이 상호간의 협의에 의해 이루어지는 것은 공익사업으로 인하여 피해를 최소화하여 사인에 피해를 줄이고 원만히 사업을 수행하며 필요한 사업을 신속히 수행할 수 있는 최적의 방안이다.

따라서 공익사업을 위한 보상협의회는 중요한 기관으로 이를 법정화하는 것은 중요성을 강조할 뿐 아니라 공익사업의 원활한 수행을 위한 목적을 달성할 수 있다. 보상협의회는 공익사업을 원활히 수행하기 위하여 사업시행자와 사인간의 사적자치를 통하여 합의에 의하여 보상을

17) 한국토지공법학회, “토지보상법상 보상협의 절차의 개선 방안”, 토지공법연구 제74집, 한국토지공법학회, 2016, 377쪽 참조.

하는 방법이다. 사업시행자와 토지소유자 등의 상호합의에 의해 이루어지는 토지 등 보상은 가장 적합한 방법으로 행하는 기관이 토지보상협의회이다.

보상협의회는 중요한 기관으로 공익사업과 사인의 의사합치를 이끌어 내는 기관이다. 토지보상협회가 이루어지지 않는 경우는 토지수용이라는 강제적인 절차로 진행하게 되어 사업시행자와 토지소유자 간의 법적 분쟁이라는 방법을 통하여 강제하는 방안이다. 따라서 보상협의회는 자유로운 의사에 의해 상호간의 합의에 의해 이루어지는 토지보상으로 민주주의와 법치행정에 부합한다.

현행 보상협의회에 대한 근거에 대하여 법률에서 구체적으로 규정을 두지 않는 것은 법치행정상 법률유보의 원칙에 저해되는 결과를 가져올 수 있다.<sup>18)</sup> 따라서 기본적으로 중요한 사항의 경우는 법률에 규정을 둘 필요성이 있을 것이다. 그럼에도 보상협의회에 대하여는 법률에 그 설치만을 정하고 있어, 토지보상협의회의 제도적 목적과 기능을 구현하지 못하는 한계를 가지고 있다.

### 2.2.2 중요사항 위임입법으로 위임입법한계 초과

보상협의회에 대하여 구체적인 기준과 설치·구성 및 운영 등에 대하여 법률 제82조 제1항, 제2항, 제3항에서 대통령령으로 위임입법화 하고 있다. 법률 제82조 제1항 단서에서 필요적 보상협의회 설치기준에 대하여 대통령령으로 정하도록 하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령 제44조의2 제2항에서 대통령령으로 정하는 규모이상의 공익사업으로 “면적 10만 제곱미터 이상이고, 토지등의 소유자가 50인 이상인 경우”를 정하고 있다.

18) 헌법재판소는 법률유보원칙은 단순한 행정작용이 법률에 근거만 두면 되는 것이 아니라 국가공동체와 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역의 경우에는 입법자가 본질적인 사항에 대하여 스스로 결정하여야 한다고 보았다(헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바70 결정).

위의 법률 시행령에서 그 설치에 대하여 법률은 제82조에서 지방자치단체장이라고 규정하고 있으나, 시행령 제44조의2에서는 설치범위를 “특별자치도, 시·군 또는 구(자치구를 의미)”에 설치하도록 하고 있다. 이처럼 설치범위를 법률에서는 지방자치단체의 장이라고 하였으나 시행령에서는 특별자치도와 기초지방자치단체로 제한하고 있다. 이 시행령은 법률이 지방자치단체장이라고 하였으나, 지방자치법은 지방자치단체의 종류를 제2조에서 규정하고 있어, 이 규정에 따라 규정된 특별자치시가 제외되어 있어, 입법상의 불비를 가지고 있다.

보상협의회 설치·구성 및 운영에 있어 법률에서 협의하기 위한 사항을 규정하고 있고, 설치와 구성 운영 등에 세부적인 내용은 위임입법화 하고 있다. 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있어 법률 명확성의 원칙을 요구하고 있다. 또한 중요사항에 대하여 법률에서 정하여야 하는 국회전속사항으로 보아야 하나, 이를 법률에서 위임입법으로 하여 행정부의 권한으로 행정입법화하는 것은 법률유보의 원칙에 반하는 결과를 가져올 수 있다. 보상협의회는 재산권에 대한 사적자치결정에 의해 이를 결정할 수 있는 협의기관으로 공익사업을 위한 중요한 기관이다.<sup>19)</sup>

따라서 이러한 재산권에 대한 상호간의 협의를 결정하는 사항에 대하여 보상협의회에 관한 기본적인 기준 등을 법률로 정하는 것이 법치행정에 부합한다. 그럼에도 현행 법률은 법률이 아닌 시행령인 대통령령으로 이를 위임입법화하고 있어 위임입법의 범위를 지나치게 넓게 인정하고 있어, 위임입법의 한계를 초과하고 있다.

---

19) 중요사항유보설의 기본적 특색에 대하여 첫째 국회가 미리 규율하여야 할 대상이 국민 등의 자유와 재산을 침해하는 권력적 작용보다 확대되며, 둘째 국가 등의 기본정책결정과 행정조직의 골격을 국회가 법정화해야 하며, 셋째 위임입법의 한계에 의해 국회가 하여야 할 사항에 대하여 국회가 이를 규정하여야 한다고 보고 있다. 김철용, 앞의 책, 23쪽.

## IV. 보상협의회 개선 방안

### 1. 보상협회의 설치 규정의 법정화

#### 1.1 보상협의회 설치 의무적 규정화

보상협의회 설치에 관하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제82조는 임의적 설치규정과 의무적 설치규정으로 이원화하고 있다. 공익사업을 위하여 보상에 관한 협의를 보상협의회가 진행하여 공익사업을 원활히 수행하도록 하는 것이 보상협회의회의 목적이다. 사업시행자가 공익사업을 위하여 사인의 토지 등을 취득하기 위하여 사인과 협의를 통하여 이를 원만히 취득하는 것이 입헌민주주의의 재산권보장에 부합한다. 보상협의회는 공익사업을 위해 개인의 재산권에 대한 제한을 가하는 것을 상호간의 협의인 계약을 통하여 이를 해결하도록 하고 있어 사적자치의 원칙에 부합한다.

헌법에 의한 개인이 가지는 재산권을 보장하는 것은 국가와 지방자치단체의 책무이며, 개인은 이를 보장받을 권리를 가지고 있다. 따라서 공익사업을 위하여 개인의 토지 등을 취득하는 것은 상호간의 협의를 통하여 이루어지는 것이 피해를 최소화 하며, 헌법과 법률 등에 의한 재산권 보장에 부합한다. 개인이 가지는 재산권은 전체의 국민이 받는 피해가 아닌 특정인이 받는 피해이므로 그 피해를 받는 자가 다수이거나 소수이거나 불문하고 이를 보호하여야 할 가치가 있다. 법은 누구에게나 평등하고 그 적용이 동등하게 집행되어야 한다. 법의 효율성과 국민인 사인이 받는 피해를 상호 비교할 경우 행정기관의 법집행의 한계기준으로 삼을 수 있다. 사인이 가지는 재산권에 대한 보상을 위하여 협의하는 것은 사인의 재산권을 보호하고, 상호간의 계약을 통하여 이루어지게 되어 있어 단순히 법의 효율성만을 보아서는 아니 된다.

헌법 제23조는 재산권의 보장에 대하여 규정하고 있으며, 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있다. 이처럼 헌법에서 재산권을 제한할 경우에 법률로 하도록 법률유보의 원칙을 천명하고 있다. 따라서 공익사업을 위한 사인의 재산권 취득에 대한 것도 법률로 규정하도록 하고 있으며, 이에 의해 현행 법률은 공익사업에 관하여 제82조에서 보상에 관하여 보상협의회 규정을 두었다고 볼 수 있다. 토지보상 등에 대한 협의를 위하여 보상협의회가 법에 명확히 규정을 두도록 하고 있는 것이 헌법의 해석으로 볼 수 있으며, 임의적으로 설치하도록 하는 것은 재산권보장을 침해하는 사항이라 할 수 있다.

따라서 보상협의회 설치가 현행 임의적 규정과 의무적 규정으로 이원화되어 있는 것은 헌법의 가치인 재산권 보장과 평등의 원칙 그리고 법률유보의 원칙에 부합하지 않아 피해를 발생시킬 수 있어, 소수의 재산권에 대한 피해도 방지하기 위하여는 의무적 설치규정으로 전환하는 것이 타당하다.

## 1.2 토지보상협의회 설치 및 구성 등 법률로 규정

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제82조는 보상협의회에 대하여 설치 근거 규정을 마련하고 있고, 보상협의회 의무규정에 관한 설치범위에 대하여는 대통령령으로 위임입법화하고 있다. 보상협의회는 사인이 가지고 있는 토지 등의 재산에 대한 공익을 위하여 협의라는 이름으로 취득하는 사인의 재산에 대한 침해에 해당한다. 이러한 사인의 재산권 침해에 대하여 이를 법률에서 규정을 두는 것이 아닌 위임입법으로 하여 행정부의 권한으로 규정하고 있는 것은 위임입법의 한계인 중요사항 법률유보와 재량의 범위를 남용할 우려가 발생하고 있다.

보상협의회에 관한 설치·구성·운영 등에 대하여 이를 위임입법인

대통령령으로 정하고 있다. 보상협의회는 사적 재산에 대한 공익이라는 이름으로 이를 취득하는 것으로 중요한 사인의 재산권 침해에 해당한다. 따라서 사인의 재산권에 대한 침해사항을 협의하는 협의기관인 보상협의회는 법률로 그 설치와 구성에 대하여 정하는 것이 법률유보의 원칙에 부합한다.

국민 개개인의 재산권을 보호하기 위하여는 헌법 제23조에서 법률로 정하도록 하고 있어, 이를 법률로 정하여야 하는 것이지 이를 단지 대통령령으로 위임입법화 하는 것은 법률유보의 원칙에 반하는 결과를 가져오게 된다. 보상협의회는 토지소유자 등의 재산권에 대한 중요한 사항으로 최소한의 설치 및 구성에 대하여는 법률에서 정하여야 한다. 헌법재판소도 중요사항의 경우에는 법률에서 명확히 규정을 하도록 하고 있다.<sup>20)</sup>

따라서 토지 등 보상에 관한 협의를 위한 보상협의회는 사인의 재산권에 대한 중요한 침해를 가져올 수 있는 사항으로 이를 설치와 구성에 있어서 최소한의 법률유보사항으로 정하여야 한다. 즉 보상협의회 설치에 대한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률시행령 제44조(임의적 보상협의회 설치·구성 및 운영 등)과 제44조의2(의무적 보상협의회 설치·구성 및 운영 등)의 설치와 구성에 관하여는 법률에서 이를 정하여야 할 필요가 있다.

## 2. 토지보상협의회 설치권자 구체화(특별자치시장 포함)

토지 등의 보상협의를 위하여 설치되는 보상협의회는 현행 법률인 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제82조에서 설치권자를 “지방자치단체장”이라고 규정하고 있으나, 이법 시행령 제44조와 제44조의2에서는 “특별자치도지사, 시장·군수·구청장”으로 규정

20) 헌법재판소 2000. 2. 24. 98헌바37 결정.

하고 있다. 공익사업을 위한 토지 등의 재산권에 대한 협의취득의 경우 그 토지 등은 최소단위가 기초지방자치단체이므로 그 최소단위에 대하여 시행령에서 정하고 있다.

토지 등의 보상에 관하여 협의회가 설치되는 지역은 최소단위로 보아 기초지방자치단체장으로 정하고 있으나, 법률에서는 이를 지방자치단체장이 설치하도록 하고 있는 반면에 시행령은 특정하여 “특별자치도지사, 시장·군수·구청장”으로 규정하고 있다. 이 경우 지방자치단체로서 현행 지방자치법은 특별자치시를 두고 있는 데 특별자치시의 경우는 보상협의회 설치를 할 수 있는 근거조항을 가지고 있지 못하는 한계가 발생하고 있다. 즉 입법인 법률에서는 지방자치단체장으로 하여 설치할 수 있는 근거조항을 마련하고 있으나 시행령에서는 지방자치단체장이 아니라 특정한 “특별자치도지사, 시장·군수·구청장”으로 행정청을 규정하고 있어 명확화는 달성하였다. 그러나 지방자치법에서 규정하고 있는 법인격체인 “특별자치시”를 포함하고 있지 않고 단지 세종특별자치시 설치 등에 관한 특별법 제8조 제1항에서 “다른 법령에서 지방자치단체, 시·도 또는 시·군·구를 인용하고 있는 경우에는 각각 세종특별자치시를 포함하는 것으로 보아 해당 법령을 적용한다.”고 규정하여 포괄적으로 의제조항을 규정하고 있다. 토지보상에 대하여 입법상의 구체성과 명확성을 확보하기 위하여는 세종특별자치시 설치 등에 관한 특별법이 아닌, 토지보상에 관한 법률인 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에서 “특별자치시장”을 구체적으로 규정하는 것이 타 지방자치단체장에 대하여 열거하고 있는 것에 부합하므로 입법의 형평과 구체화에 부합할 것이다.

## V. 맺는말

공익사업을 위한 토지 등의 취득은 사업시행자와 토지 소유자 등과의 상호간 협의에 의한 계약으로 진행되는 취득과 상호간의 협의가 이루어지지 않을 경우 강제적인 수용이라는 절차를 통하여 사업을 수행하고 있다. 공익사업을 위한 강제적인 수용절차는 토지수용위원회를 지방과 중앙으로 구분하여 정하여 재결이라는 결정을 통하여 이를 진행하고 있다. 우리사회는 그동안 성장과 개발위주의 정책으로 인하여 사인의 토지 등에 대한 재산권을 공익이라는 이름을 앞세워 강제적으로 취득하는 사례가 계속적으로 증가하여 왔다.

공익이라는 이름으로 하는 강제적인 사인의 재산권 수용 등은 헌법이 보장하고 있는 재산권 보장에 반하는 결과를 가져올 수 있다. 그러나 그동안 재산권행사의 공공복리라는 것을 적용하여 공익을 앞세워 사인의 재산권을 수용 등으로 강제취득 하여 왔다. 이러한 강제적인 수용에 반해 당사자간의 협의 즉 계약이라는 사적자치결정을 통하여 공익을 위한 사업을 수행하는 것은 사인의 재산권 침해를 최소화 할 수 있다.

행정기관이 공익을 위하여 사인의 재산권, 특히 토지 등에 대한 재산권을 취득하는 것은 사인의 재산권 침해를 최소화 하고 헌법과 법률이 보장하는 재산권 보장에도 부합한다. 따라서 사인의 재산권을 보장하면서 공익사업을 추진할 경우 가장 효율적인 행정기관의 법집행이 될 수 있다.

이러한 사인의 재산권 보호를 위하여 사적자치의 원칙에 의한 보상협약에 대하여 보상협의회를 법률에서 규정하고 있다. 보상협의회는 사인의 재산권에 대한 중요한 침해를 가할 수 있으므로 공익사업을 위하여 상호간 협의라는 계약으로 이를 집행하기 위해서는 법률에서 명확한 근거규정이 마련되어야 한다.

현행 법률에서는 법률에 임의적 설치와 의무적 설치를 구분하여 정하

고 있고, 그에 대한 설치 및 구성 등에 대하여는 시행령으로 위임입법화하고 있다. 보상협의회는 상호간의 협의를 통하여 공익사업을 추진하는 것으로 사인의 재산권에 대한 공익을 위한 취득으로 중요한 법률유보사항이다.

따라서 법률에서 보상협회에 대한 구체적인 근거 규정을 마련할 필요가 있다. 이러한 법률의 개선방안으로 임의적 설치와 의무적 설치에 대한 근거가 시행령에서 규정하고 있으나, 이는 그 기준이 명확하지 않고, 소수자의 재산권도 보호하는 것이 헌법의 취지이므로 보상협회 설치에 관하여 이원화 되어 있는 현행 제도 중 임의적 규정을 배제하고 필요적 의무 규정으로 전환하여 의무화 하는 것이 법치행정에 부합한다.

보상협회 설치권자가 현행 법률에서는 지방자치단체장으로 그러나 시행령에서는 “특별자치도지사, 시장·군수·구청장”으로 열거하고 있어, 최소단위 중 특별자치시의 경우는 보상협회 설치에 관하여 입법에서 의제만 하고 있다. 따라서 설치권자를 법률에서 정하는 바에 따라 지방자치단체장으로 하여, 그 행정청을 열거할 필요가 있다. 즉 법률에서 이를 열거하는 것이 입법의 명확성의 원칙에 부합한다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

김철용, 행정법, 고시계사, 2016.

석중현, 토지공법강의, 삼영사, 1999.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2016.

홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2010.

국토해양부, 희망의 땅 기획의 바다 선진 대한민국, 정책자료집, 2013.

## 2. 학술지

- 류지태, “공익사업을 위한 토지등의 취득 보상에 관한 법률의 내용 및 평가”, 고시연구 제335호, 고시연구사, 2002, 37-49쪽.
- 류하백, “일본의 토지수용과 보상제도”, 토지공법연구 제49집, 한국토지공법학회, 2010, 89-109쪽.
- 박균성, “납골당설치신고 수리거부의 법적 성질 및 적법성 판단”, 행정판례연구16-1, 박영사, 2011, 107-148쪽.
- 석중현, “토지보상법상 토지 등의 협의취득”, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003, 453-470쪽.
- 정태용, “공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률의 주요내용”, 토지보상법연구 제3집, 한국토지보상법연구회, 2003, 195-222쪽.
- 한국토지공법학회, “토지보상법상 보상협의 절차의 개선 방안”, 토지공법연구 제74집, 한국토지공법학회, 2016, 371-409쪽.

## 3. 웹자료

- 국토교통부, 국토교통백서,  
 <[http://www.molit.go.kr/USR/WPGE0201/m\\_17004/DTL.jsp](http://www.molit.go.kr/USR/WPGE0201/m_17004/DTL.jsp)>, 검색일: 2016.12.27.

[Abstract]

## **A Review on the Problem of Land Compensation Council Operation and its Alternative**

Kim, Won-Jung\*

Public utilities are operated through the compromise between a land's owner and the operator who wants to get the ownership of the land. It is suitable for private self-governing principles.

Private property right should be guaranteed by the constitution. There is a law regulating Compensation Council that discusses how to compensate in accordance with the law of owning and recompensing for public utilities.

Compensation Council could infringe on the private property right. Thus, explicit and specific regulations about compromise should be sated in the law. As a measure to improve the law, the causes to establish temporary and obligatory council are regulated in enforcement ordinance.

To protect the property right of the minority by the constitution, however, it is needed to exclude the regulation on temporary council. Rather, it should be changed into obligatory regulation.

This study reviewed some problems the law of compensation council could have like limiting or infringing on the private property right. Thus, it suggested alternative improved measures.

[Key Words] compensation, compensation council, compromise, land, private property

---

\* Ph.D, Professor, Department of Law, Cheongju University