



## 저작자표시-비영리 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#) 

공기업정책학 석사 학위논문

생활기본시설 설치비 부담에  
관한 연구

- 부담주체 및 산정근거를 중심으로 -

2015년 8월

서울대학교 행정대학원

공기업정책학과

정 병 문

# 생활기본시설 설치비 부담에 관한 연구

- 부담주체 및 산정근거를 중심으로 -

지도교수 홍 준 형

이 논문을 공기업정책학 석사 학위논문으로  
제출함

2015년 5월

서울대학교 행정대학원

공기업정책학과

정 병 문

정병문의 석사 학위논문을 인준함

2015년 6월

위 원 장           최 태 현           (인)

부위원장           금 현 섭           (인)

위     원           홍 준 형           (인)

## 국문초록

공익사업 시행으로 인한 손실보상의 일환으로 이루어지는 생활 대책과 관련하여 당사자간 이해관계가 첨예하게 대립되고, 많은 분쟁이 발생하는 지점이 바로 생활대책 중에서도 이주자에 대한 택지 및 주택의 특별공급에 관한 것이라 할 수 있다.

종래 이주자대책의 중심은 댐건설 등으로 생활의 근거를 상실하는 이주자들에게 사업지구 밖에 별도의 이주정착지를 조성하여 종래의 생활 상태를 회복시켜 주는 방법이 주를 이루었다면, 공익사업의 규모가 커지고 대규모 신도시 개발 등 사업시행으로 인해 생활의 근거를 상실하는 이주자의 규모 또한 커짐에 따라 최근의 이주자대책의 중심은 택지개발사업지구 등 당해 사업지구 내에 조성된 택지나 주택을 이주자에게 우선하여 공급하는 이른바 특별공급이 주를 이루고 있다고 할 수 있다.

과거 부동산 가격이 꾸준히 상승하던 시기에는 사업시행지구 인근의 이주정착지로 이전하는 것보다는 사업지구 내에 조성된 주택이나 택지를 공급 받는 것이 전매를 통한 양도차익 등 경제적 이익을 도모할 수 있는 여지가 많다는 점에서 이주대상자들은 이러한 특별공급을 선호하였으나, 최근에 부동산 가액이 하락하면서 이주대상자들이 취할 수 있는 경제적 이익이 작아지고 극단적인 경우에는 손실을 보는 사례도 나타남에 따라, 사업시행자를 상대로 이주자택지나 특별공급주택의 분양가격에 이주대상자에게 부담시킬 수 없는 생활기본시설 설치비가 포함되어 있음을 주장하여 많은 소송이 제기되고 있는 실정이다.

본 연구에서는 이러한 배경을 바탕으로 2007년 선고된 대법원 2007다63089 전원합의체 판결에 대한 분석을 논의의 중심으로 삼아

생활보상의 일종인 이주대책의 일환으로 이루어지는 택지 및 주택의 특별공급을 둘러싼 제도의 문제점 및 이주정착지 제공과 특별공급의 차이점을 분석하고 이주자택지나 주택을 공급하는 경우에도 이주정착지의 경우와 같이 생활기본시설 설치비를 사업시행자가 부담하여야 하는지에 대하여 비판적으로 검토하였다.

주요어 : 생활기본시설 설치비, 생활대책, 이주자택지, 주택특별공급  
학 번 : 2014-23648

# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적 .....	1
제 2 절 연구의 범위와 방법 .....	6
제 2 장 이론적 배경 및 선행연구 .....	8
제 1 절 선행연구 .....	8
제 2 절 생활보상의 일반론 .....	9
제 3 절 이주대책의 의의와 실정법적 근거 .....	28
제 4 절 택지조성원가와 공동주택 분양가격 .....	40
제 3 장 생활기본시설설치비 관련 판례 고찰 .....	46
제 1 절 2007다63089 전원합의체 판결 분석 .....	46
제 2 절 판례에 표출된 관련 규정의 해석론 .....	53
제 3 절 전원합의체 판결이후 하급심 판례 동향 .....	70
제 4 장 실제 운용상 문제점 및 정책적 제언 .....	84
제 1 절 각 사업시행자의 관련 내부규정 비교 .....	84
제 2 절 실제 운용상의 문제점 .....	91
제 3 절 정책적 제언 .....	99
제 5 장 결론 .....	105
참고문헌 .....	108
Abstract .....	110

## 표 목차

[표 3-1] 토지보상법 제78조 개정 전·후의 비교 .....	61
[표 3-2] 생활기본시설 설치비용 산정방식 .....	65
[표 4-1] LH공사 생활기본시설 설치비 산정기준 .....	84
[표 4-2] 경기도시공사 생활기본시설 설치비 산정기준 .....	86
[표 4-3] 생활기본시설 설치비 산정기준 비교 .....	88
[표 4-4] LH공사와 SH공사 조성원가 공개내역 .....	89
[표 4-5] 사업지구별 생활기본시설 설치비 .....	90

# 제 1 장 서론

## 제1절 연구의 배경 및 목적

대한민국 헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.’고 규정하고 있다. 따라서 공익사업에 필요한 토지를 수용하는 경우에는 수용되는 재산권에 대한 정당한 보상이 이루어져야 한다. 이에 더하여 우리나라의 손실보상 법제는 유형적인 손해로 전보되지 않는 생활상의 불이익에 대해서는 ‘생활보상’이라는 형태로 국민의 인간다운 삶을 보장하고 있다.

우리나라는 산업화에 따른 경제성장과 그에 따른 주거공간의 확대를 위하여 산업단지 조성·신도시 건설 등의 대규모의 공익사업을 지속적으로 시행하였다. 이러한 대규모 면적의 개발사업은 도로, 철도 등 사회간접자본과 같은 상대적으로 작은 면적의 선형적 개발사업에서는 좀처럼 문제되지 않았던 지역사회의 파괴 및 집단이주 등의 새로운 문제를 야기하게 하였다.

즉, 이러한 선형적 개발사업의 경우에는 유형적 재산에 대한 대체적 가치 보상만으로 종전과 동일한 생활상태의 영위가 가능하지만, 대규모의 개발사업의 경우에는 이로 인해 생활의 근거지를 상실한 이들에게는 재산권의 객관적 가치에 대한 등가적 보상만으로는 메꿀 수 없는 종전 생활상태의 재건조치에 대한 현실적 요청이 제기되었다.

이에 따라 손실보상의 이념은 수용되는 재산권에 대한 객관적 가치보장에 한정되지 않고, 재산권의 존속보상으로까지 확장되어 검토되기 시작하였다. 이러한 재산권에 대한 등가적 금전보상 이외에 생존배려적 측면을 강조한 보상을 생활보상이라 하고, 생활보상의 대표적인 예가 이주자택지 공급 등을 포함하는 이주대책이라 할 수 있다.



이주대책이란 대규모 공익사업으로 유발된 생활기반의 침해에 대해서 헌법상의 공평부담의 원칙과 복지국가의 생존권보장 이념에 기반하여 당해 사업시행자가 이주정착지 등을 조성해서 주택 또는 택지를 공급하는 것을 의미한다.

즉, 이주대책은 전통적·본래적 의미의 유형적·객관적 손실에 대한 금전 보상 지급과는 별도로 사업시행자가 이주정착지 등을 조성하여 이주대책 대상자들에게 조성원가 수준으로 제공함으로써 대규모 개발사업에 필연적으로 야기되는 지역공동체 파괴를 완화할 수 있게 하는 조치를 말한다.

우리나라의 경우 이러한 이주대책은 1973년 제정된 산업기지개발촉진법에 의해 최초로 법제화 되어 사회보장정책 차원에서 사업시행자에게 이주대책 수립의무를 부담케 하였다. 이러한 이론상으로만 머물던 이주대책의 현실적 법제화는 우리나라 손실보상 역사에 있어서 큰 진전이라 할 수 있겠으나, 적용범위가 산업단지 개발의 경우로 한정되었고 여타의 공익사업에는 적용되지 않는 한계를 가지고 있었다.

이와 같이 공익사업의 종류 또는 시행자마다 제각각 보상기준이 상이하어 적정보상이 이루어지지 않는다는 점, 공공사업의 필요재산 대부분이 민사법에 의한 협의매수에 의한 방법으로 취득되고 있었으나 이를 규율하는 일반적인 법적 준칙이 없었다는 점 등을 이유로 1976년 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(이하 ‘공특법’이라 함)이 제정되었다.

공특법이 제정되면서 공특법상에 규정된 이주대책은 공익사업을 위한 협의매수 전반에 걸쳐 적용되기 시작하였다. 공특법 제정 이후 2003년 토지수용법과 공특법이 통합되어 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 함)이 제정되면서 이주대책에 대한 규정은 더욱 체계화 되면서 토지보상법상 이주대책은 비로소 민사법이 적용되는 협의매수자 뿐만 아니라 공법이 적용되는 공용수용 당사자에게도 적용되기 시작하였다.

그러나, 토지보상법상의 이주대책은 그 수립기준 및 시행방법에 대하여 사업시행자에게 과도한 재량을 부여하고 있어, 정당한 보상이라는 측면에서

이주대책 대상자의 권리 사업시행자의 일방적 시혜적 조치로 인식되고 있을 뿐만 아니라, 그 규정의 포괄성과 불명확성 때문에 사업지구별로 또는 사업시행자별로 각기 다른 이주대책이 수립되는 등 형평성 관점에서 제기되는 여러 문제점도 상존하고 있다.

또한 이주대책 대상자와의 사전 협의 및 의견수렴 과정 없이 사업시행자의 일방적인 시혜적 조치로 시행되고 있어 사회적 갈등조장 및 분쟁의 소지를 태생적으로 내포하고 있다. 한편, 이주대책 대상자들 또한 이주대책에 갈음하여 제공되는 택지 또는 주택에 대한 수분양권을 권리상태에서 바로 제3자에게 전매하여 개인의 재산을 형성하는 수단 등으로 활용하는 등 손실보상 대상범위 확대를 통한 종전 생활상태의 재건이라는 본래의 이주대책 취지와는 어긋나는 방향으로 제도가 운영되고 있는 것이 현실이다. 이처럼 이주대책의 제도적 취지와 현실적 운영 사이의 괴리는 이주대책을 둘러싼 당사자들의 이주대책에 대한 근본적 이해부족과 아울러 제도적 장치 및 법률 규정의 미비에 더해 제도운영에 대한 합리적 해석이 부족한데 기인한 것으로 판단된다.

1970년대부터 우리나라에서는 경제규모의 확대 및 개발 드라이브 정책에 따른 다양한 방식의 개발 사업이 이루어졌다. 이 과정에서 여러가지 형태의 생활보상이 이루어졌고, 이중에서도 이주대책은 생활보상에 있어 중핵적 위치를 차지하게 되었다. 이주대책의 가장 일반적인 형태는 댐 건설 사업으로 인해 수몰되는 지역의 이주민들에게 당해 사업지구 ‘밖’에 이주정착지를 조성하여 택지 또는 주택을 공급하는 형태가 전형적이었다. 이 경우 이주정착지에는 도로, 상하수도, 전기, 통신, 가스시설 등이 설치되어야 하는데, 토지보상법 제78조 제4항에서는 이러한 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하도록 규정하고 있다.

최근 들어서는 이와 같은 전형적인 이주대책과는 상이한 방식의 생활보상이 현실에서 더 많이 이루어지고 있다. 신도시개발사업 과정에서 토지를 수용당한 주민들에게 해당 사업지구 ‘내’, 즉 당해 신도시 사업지구내 새로 조성된 택지를 조성원가 이하로 공급하거나 주택에 대한 특별공급권을

부여하는 것이 그것이다. 이 경우에는 별도의 이주정착지를 마련할 필요가 없어 사업시행자에게도 간편하고, 이주민 입장에서도 추가의 노력투입 없이 신도시의 개발이익을 누릴 수 있게 되어 이주정착지에 비해 더 유리하기 때문이다.

그렇기에 이러한 경우에도 토지보상법 제78조 제4항에 따라 이주정착지를 제공하는 경우와 마찬가지로 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담해야 하는지에 대한 의문이 당연히 제기된다. 만일 사업시행자가 부담해야 한다면, 생활기본시설 설치비용이 포함된 분양대금을 이미 납부한 경우 사업시행자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있기 때문이다.

이는 이주정착지를 조성하는 전형적인 이주대책과 해당 사업지구 안의 택지나 주택을 공급하는 방식이 어떤 관계에 있는가 하는 문제와 밀접한 관련이 있다. 양자의 관계에 따라 토지보상법 제 78조 제4항의 적용범위가 결정되기 때문이다. 또한 당해 사업지구 내의 택지나 주택을 공급받는 경우에는 이미 수용된 재산권에 대한 보상을 받고, 개발이익까지 누릴 수 있게 되는데 생활기본시설 설치비용까지 면제해주는 것이 정당한 보상 범위에 포섭되는지에 대한 의문과도 연결되어 있다.

다른 한편, 이주정착지 내의 택지 또는 주택 대신 이주정착금을 선택하는 경우 토지보상법 시행규칙 제53조 제2항에 따라 최대 1,200만원을 한도로 지급받을 수밖에 없는 이주대책 대상 주민들과의 형평성 문제도 제기될 수 있는 것이다.

손실보상에 관한 일반법이라고 할 수 있는 토지보상법은 여전히 이주정착지의 공급을 이주대책의 원칙적 방법으로 제시하고 있고, 이주자 택지 및 주택의 특별공급은 토지보상법 시행령에서 이주정착지 조성에 갈음하는 방법으로 규정하고 있으며(제40조 제2항 후단), 이주대책의 세부적이고 구체적인 운영방안에 대하여는 상당부분을 사업시행자의 재량에 맡기고 있는 실정이다. 이러한 규정방식은 이주대책에 관한 통일적 규율과 예측가능성을 떨어뜨려 이주대책대상자들의 법적 지위를 불안하게 한다는 문제점이 있다.

최근 이주대책 대상자들이 한국토지주택공사 등 공익사업의 사업시행자들을 상대로 이주자택지 및 주택특별공급의 분양가에 수분양자에게 부담시킬 수 없는 생활기본시설 설치비를 포함하여 분양가를 산정하였음을 이유로 부당이득반환 청구소송을 대거 제기하고 있는 실정이며, 다수의 하급심과 대법원 판결에서 이주대책 대상자들의 청구를 인용하여 부당이득 반환청구를 인용함에 따라 공익사업의 시행자들은 예측하지 못한 거액의 손실을 부담할 위험에 놓이게 되어, 이들은 판결에 불복하여 상소로 다투게 되었고, 기존에 소송을 제기하지 않고 있던 이주대책 대상자들도 하급심 판결 결과에 고무되어 대거 소송에 참여함에 따라 소송가액 규모가 수 조원대에 이르게 되었고, 분쟁을 둘러싼 사회적 비용도 이에 따라 급증하게 되었다.

이와 같은 상황속에서 최근 대법원은 전원합의체 판결로 이주대책의 일환으로 이루어지는 특별공급과 관련하여 사업시행자가 부담해야 할 비용의 범위에 관하여 종전의 입장을 변경하는 판결을 내렸다. 즉, 종래 사업시행자는 이주대책대상들에게 택지의 소지가격 및 택지조성비 등 투입비용의 원가만을 부담시킬 수 있고 이를 초과하는 부분은 생활기본시설 설치비용에 해당하는지 여부를 묻지 않고 그 전부를 이주대책대상자들에게 전가할 수 없다는 취지로 판시한 종래 대법원 판결들을 변경하고, 토지보상법 제78조 제4항에 따라 사업시행자의 부담으로 이주대책대상자들에게 제공하여야 하는 것은 생활기본시설에 국한된다고 판결하였다.

대법원은 이로써 현재 전국 각급 법원에 소송 진행 중인 생활기본시설 설치비 관련 부당이득반환 청구 사건에 대하여 분쟁해결 방안을 일응 제시하고자 한 것으로 보인다. 그러나 전원합의체 판결이후에도 생활기본시설 설치비의 구체적 범위에 관하여 각급 법원의 판단이 상이하고 사업시행자인 한국토지주택공사 등 공익사업의 시행자들 또한 대법원의 변경된 판례 취지에 부합하는 예규나 지침을 마련하지 못하고 있는 실정이어서 이를 둘러싼 분쟁의 종국적인 해결까지는 앞으로도 상당한 시간이 소요될 것으로 예상된다.

이 논문에서는 위와 같은 배경 하에서 생활대책으로서 이주대책, 특히 이주대책 대상자에 대한 택지 및 주택의 특별공급에 있어서 생활기본시설 설치비 부담에 대한 법적 쟁점과 문제점 등을 짚고 이에 관한 개선방안을 제시하고자 하며, 대법원 2007다63089 전원합의체 판결에도 불구하고 생활 기본시설 설치비의 부담주체 및 범위에 대하여 논쟁이 끊이지 않음에 따라 관련 소송 사건들의 중국적 해결이 지연되고, 이에 따른 사회적 비용이 증대되고 있는 현실에서 대법원 판결의 타당성에 대하여 검토하여 이주 대책에 따른 택지 및 주택의 특별공급에 있어 정당한 보상의 범위에 대하여 고찰해 보고자 한다. 아울러 이와 같은 문제인식을 바탕으로 생활 대책의 일환으로서 이루어지는 이주대책의 운영과 관련한 정책적 제언과 바람직한 운영방안을 제시하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### 1. 연구의 범위

이 논문에서 논의하고자 하는 이주대책은 사업시행자에게 손실보상 의무가 발생하는 ‘공익사업’을 전제로 한다. 공익사업이란 국가 또는 지방 자치단체 및 그로부터 지정받은 자가 공공복리의 증진을 위하여 관계 법률에 의하여 허가·인가·승인·지정을 받아 시행하는 개발사업으로 사업의 시행에 필요한 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 말한다.

공익사업에 관하여는 토지보상법 제4조와 기타 개별 법률에서 규정하고 있다. 이 논문에서는 공익사업 중에서도 토지보상법이 적용되는 토지의 수용을 전제로 하는 사업에 한정하여 논의를 전개하기로 한다.

또한 이하에서는 별도의 언급이 없는 한 2014. 12. 현재 시행중인 법령을 전제로 논의하기로 한다. 예를 들어 토지보상법의 경우 2014. 3. 18. 일부 개정된 법률 제 12471호에 의하여 논의하되, 개정 전 구법의 언급이 필요

한 경우 ‘구 토지보상법(2007. 10.17. 법률 제8665호로 일부 개정되기 전의 것)’과 같은 식으로 기재한다. 그리고 토지보상법상 이주대책을 중심으로 검토하되 필요에 따라 기타 개별 법률에 관한 언급을 추가하기로 한다.

마지막으로 이 논문에서는 공익사업으로 인하여 ‘주거’를 상실한 자에 대한 이주대책에 한정하여 검토하기로 한다. 즉, 공장부지 등 여타 소유권의 상실로 인한 이주대책에 관한 논의는 배제하기로 한다. 이와 같은 전제에서, 공익사업의 시행으로 인하여 생활의 근거를 상실하게 된 자로서 사업시행자가 공익사업 관련 법령 및 사업시행자의 내부기준에 의하여 이주대책을 수립·실시해 줄 수 있는 요건을 갖춘 자를 ‘이주대책 대상자’라 부르기로 한다.

## 2. 연구의 방법

본 연구의 방법은 문헌조사와 사례연구를 중심으로 하였다. 문헌조사는 생활대책으로서의 이주대책의 전반적인 이해와 이주자 택지 및 주택 분양가와 생활기본시설 설치비용과의 관계를 대법원 및 하급심 판례, 연구보고서 및 학술논문 등을 통하여 분석한다. 사례연구는 광고택지개발사업과 관련하여 이주자들에 의해 소송 제기된 생활기본시설 설치비 관련 소송에 대해 이주자택지의 경우와 주택특별공급의 경우로 나누어 이주자들의 주장내용과 법원의 판단 및 해석론에 대해 논의한다.

## 제2장 이론적 배경 및 선행연구

### 제1절 선행연구<sup>1)</sup>

이주대책에 관한 선행연구는 크게 법·제도적인 관점과 생활보상이라는 관점에서 이루어 졌다. 법·제도적인 관점은 이주대책의 취지와 이주대책의 수립방법을 고찰한 연구이고, 생활보상이라는 관점은 이주대책의 운영 실태를 분석하여 미비점을 발견하고 대안을 제시하는 연구이다.

택지개발사업에 대한 연구는 택지개발사업과 개발이익의 배분에 대한 연구가 있다. 주택의 분양가격 산정방법에 대한 연구는 그 연구대상을 이주대책으로 특별공급하는 아파트만 한정하기보다 일반분양 아파트를 중심으로 한 연구들이 많다. 연구내용들은 분양가격 규제방법, 세대별 분양가격 산정방법, 분양가상한제가 사업수지에 미치는 영향에 관해 분석한 것들이 있다.

이주대책에 대한 법·제도적인 관점으로 공익사업의 원활한 수행을 위한 토지보상체계에 대한 개선연구로서 국토연구원의 지대식·김승중·손경환·조판기(2006)는 이주대책 관련제도 및 운영 실태를 분석하고 이주대책을 중심으로 하여 재산권보상에 대응되는 생활권 보상을 다루고 있다.

이주대책에 대한 생활보상이라는 관점으로 생활보상의 이론과 실제를 연구한 김광수(2009)는 생활보상에 대한 법 이론과 판례 및 실무를 분석하고, 종합 검토하였다. 아울러 공기업과 행정기관에서의 생활보상 실무와 외국의 생활보상 실태를 소개하고 있다.

이주대책 이론에 대해 비판적으로 고찰한 주관수(2009)는 이주대책의 이론적 근거로서 생활권 보상이론이 현실에 적합한지 검증해 보았고, 생활보상의 사례분석을 통해 제도적 개선방안에 관한 연구로서 심종진(2010)은

---

1) 황갑복, “이주대책대상자가 제안하는 이주자주택에 관한 연구”, 부동산연구 제21집 제2호, 2011, 128-129에서 발췌 요약

평택 미군기지 이전사업, 행정중심 복합도시 건설사업, 송산그린시티 조성사업지구에 대한 이주대책 사례를 조사하고, 이를 통해 이주대책 및 생활대책의 문제점과 개선방안을 각 사례별로 제시하였다.

공익사업의 생활보상제도에 대한 연구로는 조경동(2006)이 댐건설사업에 수립한 이주대책을 생활보상의 관점에서 이주단지의 입지선정과 이주단지의 기능과 역할을 구분하여 연구하였다. 택지개발에 따른 개발이익 배분에 관한 연구로 이기준(2009)은 1기 신도시 개발지구 사례를 통해 토지소유자, 개발자, 건설사업자 및 수분양자에게 배분되는 개발이익을 분석하고 문제점을 검토하였다.

## 제2절 생활보상의 일반론

### 1. 생활보상의 의의

#### 1.1 생활보상의 개념

생활보상 또는 생활권보상이라는 개념은 강학상 개념으로 실정법상의 개념은 아니기 때문에 그 개념이 명확하게 정립되어 있지 않으며, 학설 상으로도 확립된 견해의 일치는 없으나, 일반적으로 생활보상이란 공용수용 등으로 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 피수용자 등에 대하여 이주대책을 수립하는 등 생활재건을 고려한 생활기초의 박탈에 대한 보상으로서 이른바 대인적 보상의 성격을 지니는 것<sup>2)</sup>이라 할 수 있다.

통상 생활보상과 생활권보상을 구분하지 않고 혼동하여 사용하고 있으나, 양자를 구별하여 생활보상은 보상의 내용 내지 방법에 관한 것으로 금전 등 재산에 의한 손실보상에 대응하는 개념으로서 피수용자가 종전과 같은 생활상태를 유지하도록 하는 것을 실질적으로 보장하는 보상

---

2) 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 676면



즉, 피보상자의 생활재건에 중점을 둔 보상을 말하며, 생활권보상은 보상의 범위 내지 대상에 관한 것으로 피수용자가 당해 지역에서 누렸던 생활상 이익의 상실(생활기초의 박탈)에 대한 보상으로서 재산권보상에 대립되는 개념이며 보상의 범위 내지 대상에 재산권뿐만 아니라 생활권도 포함된다는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 즉, 생활권 보상은 금전보상이 원칙이지만, 생활보상은 금전보상이 갖는 한계로부터 출발하였다는 것이다.<sup>4)</sup>

양자를 구별하는 견해에 의하더라도 생활권보상은 주거대책비·이주 정착금·이농비 또는 이어비보상 등 금전에 의한 보상이고, 생활보상은 이주대책 등 금전 이외의 조치를 취하여 생활상태를 회복시키는 것이라는 점에 차이가 있을 뿐 본질적인 면에서 차이가 있는 것은 아니라는 점에서 구별실익은 크지 않다고 판단된다.

따라서 생활보상은 공익사업으로 인한 피수용자의 생활기반의 침해에 대해서 종전의 생활상태의 재건을 목적으로 생존권 보장의 이념에 입각하여 행하여지는 보상으로서, 댐건설 사업이나 대규모 택지개발사업 등과 같이 공익사업으로 인하여 기존 거주지로부터 다른 지역으로 이주하여야 하는 경우에, 종전 거주지에서의 생활 상태를 재건할 목적으로 이루어지는 일련의 보장대책을 의미하는 것으로 볼 수 있다.<sup>5)</sup>

## 1.2 생활보상의 범위

생활보상의 개념을 둘러싼 견해의 대립은 종래까지 재산권보상으로 보아왔던 것들을 재산권보상과 구별되는 개념을 상정하여 이를 생활보상으로 보아야 하는가 아니면 그대로 재산권보상으로 보아야 하는가에 관한

---

3) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2010, 832-833면 ; 장태주, 행정법개론, 현암사, 2008, 661면

4) 박균성, “손실보상의 발전방향”, 토지공법연구 제41집, 한국토지공법학회, 2008, 13-14면.

5) 류지태, 생활보상 논의의 비판적 검토, 감정평가연구 제15집 제2호, 한국부동산연구원, 2005.12., 129면.

문제였다.<sup>6)</sup> 이러한 관점에서 기존 학설은 생활보상의 내용에 있어서는 그 개념의 넓고 좁음에 따라 견해가 갈리어 있고, 개별적 생활보상의 구체적인 세부내용에 있어서도 견해가 일치하지 않고 있다.

### 1.2.1 좁은 의미의 생활보상

좁은 의미의 생활보상이란 현재 당해 장소에서 현실적으로 누리고 있는 생활이익의 상실로서 재산권보장으로 메워지지 아니한 손실에 대한 보상을 말한다. 이 견해는 생활보상을 생활권에 대하여 총체적으로 평가하는 보상으로 보면서 재산권보상과 생활권보상을 구별하고, 재산권보상과 생활권보상으로도 피수용자의 생활재건이 어렵게 되는 경우가 있음을 인정하고, 그에 대하여는 생활재건조치 및 사업손실보상을 행하여야 하는 것으로 본다. 특히 이러한 생활재건조치와 사업손실보상은 전통적인 보상이론에서 보면 보상개념의 확장이라고 본다.

### 1.2.2 넓은 의미의 생활보상

넓은 의미의 생활보상이란 재산의 등가교환적 가치보상에 그치는 것이 아니라, 종전에 누리던 유기체적인 생활상태를 개발사업 이후에도 보장해주는 것을 말한다. 따라서 생활보상은 적어도 개발사업의 시행 또는 수용이 없었던 것과 같은 생활재건을 실현시켜 재산권의 존속을 보장하는 것으로 이해한다. 이 견해에 따르면 생활보상의 내용으로서 주거의 총체적 가치의 보상, 영업상 손실의 보상, 이진료 보상, 소수잔존자 보상 등을 든다.

---

6) 강구철, 공익사업을 위한 토지 등의 수용에 있어서의 생활권보상, 법학논총 제19집, 국민대학교 법학연구소, 2007.2, 5면.

### 1.2.3 소결

생활보상을 좁은 의미로 파악하는 견해나 넓은 의미로 파악하는 견해 모두 모두 오늘날의 대규모 공익사업에서는 종래에 인정되던 재산권보상 만으로는 헌법상 정당한 보상, 즉 완전보상의 이념이 실현될 수 없으며, 완전보상이 행하여지기 위해서는 종래의 재산권보상에 더하여 생활보상이 필요하다고 하여 재산권보상과 생활보상의 병존을 인정하는 견해이다. 그러므로 두 견해는 생활보상과 관련하여 어떤 본질적 사항에 대하여 견해를 달리 하는 것이 아니고, 단지 일부의 보상항목을 재산권 보상으로 보는가 아니면 생활보상으로 보는가 하는 점에 차이가 있을 뿐이다.<sup>7)</sup>

## 1.3 생활보상의 필요성

### 1.3.1 공익사업의 대형화

종래의 공익사업은 소규모의 청사·도로 등과 같은 점·선적 개발사업이 대부분이었으므로, 토지를 수용당하여도 당해 지역에서 계속적인 생활이 가능하여 공익사업으로 인한 생활권 자체는 침해당하지 아니하였으며, 또한 기존에 영위하던 경제생활도 단조로워 수용에 부대되어 침해되는 경제적 손실도 경미하였다. 그러므로 재산권에 대한 완전보상이 바로 정당 보상이라는 논리가 성립할 수 있었다.<sup>8)</sup>

그러나 근래에는 산업단지·택지개발 등과 같은 대규모 공익사업이 광범위 하게 행하여지면서 지역사회 공동체 전체가 파괴되어 재산권의 객관적 가치의 보상만으로는 완전한 보상에 미칠 수 없게 됨으로 인해 정당한 보상의 일환으로서 생활보상이 요청되고 있다. 즉 손실보상의 내용이 종전의 재산권에 대한 객관적 시장가치를 보상의 기준으로 하던 대물적 보상의

7) 석종현·송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2009. 718면.

8) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 766면.

개념에서 재산권의 침해로 인하여 생활근거를 상실하게 되는 피수용자에 대하여 생존배려적 측면에서 생활재건에 필요한 수준의 보상을 해주는 생활보상의 개념으로 옮겨가고 있는 것이다.

### 1.3.2 전체가치와 부분가치의 차액보상

종전의 공익사업에 수반되는 손실보상은 개발사업의 대규모화에 따른 사회적 요구에 부응하여 부분적으로 수정이 이루어졌으나 기본적으로는 재산상의 손실을 보상하는 형태에 한정하여 이루어져 있었다. 즉 공익사업의 시행으로 인한 재산적인 손실은 토지·건물·영업권 등 보상대상 물건별로 보상액을 산정한 후 이를 합하여 피수용자 개인의 보상액을 결정하여 사전에 보상액을 지불하고 그 이후에 생활의 재건은 피보상자 개인에 맡겨 스스로 하도록 하는 방법을 채택하고 있다. 이러한 방법은 부분가치의 합이 전체가치와 같아진다는 것을 전제로 하는 것이고 생활재건 조치는 보상에 있어 고려되지 않는 것이었다.

그러나 다양한 재산권의 형태가 유기적으로 불가분하게 결합되어 하나의 생활단위를 이루고 있고, 더욱이 현대의 경제적 생활상태가 점점 복잡해져 가고 있는 현실에서 단지 이와 같은 재산권의 부분가치의 단순 합계만으로는 종전과 같은 생활상태로의 복귀를 보장하기 어렵다는 것이 재산권 보상이 가지는 현실적인 한계점이다.

그러므로 생활보상은 재산권 손실의 완전한 보상이라는 헌법상 재산권 보장의 이념을 넘어 피수용자에게 특혜로서의 추가적인 보상을 지급하자는 의미가 아니고 재산권의 부분가치의 합만으로는 채울 수 없는 전체가치와의 차이를 메꾸자는 것이다. 특히 이러한 부분가치의 합과 전체가치의 차이는 경제적 약자인 서민들의 경우에 보다 현저하므로, 생활보상은 서민들의 생활안정을 위하여 실천적으로 요구되고 있는 것이다.<sup>9)</sup>

---

9) 류지태·김원보·이동과, 토지보상제도 개선 연구, 건설교통부, 2005.12, 506면.

## 1.4 생활보상의 성격

생활보상은 피수용자의 생활안정을 보상의 대상으로 확장하는 것으로 공익사업에 따른 보상에서 재산권보상과 함께 필수 불가결한 것이라 해도 과언이 아니다. 생활보상의 성격은 생존권적 성격, 원상회복적 성격, 생활안정적 성격, 공익사업 원활화적 성격으로 크게 나눌 수 있다.

### 1.4.1 생존권적 성격

생활보상의 가장 본질적인 성격은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 인간다운 생활을 보장하는 생존권적 성격이라 할 수 있다. 피수용자가 재산권에 대한 정당한 보상을 받는다고 하더라도 공익사업의 시행으로 인해 생활의 기반을 상실하게 되면, 재산권 보상만으로는 종전에 누리던 생활상태를 유지할 수 없게 되어 피수용자의 생존권 자체가 위협받게 된다. 따라서 생활보상은 최소한도의 생존을 보장하기 위한 보상으로서의 성격을 지니고 있다. 토지보상법 시행규칙 제58조 제1항이 주거용 건축물의 보상액 최저한도를 규정하고 있는 것은 생활보상의 생존권적 성격을 잘 보여주고 있다.

또한 생활보상의 성격을 생존권에 근거하는 것으로 보면 종전의 생활이 넉넉한 경우에는 종전생활을 기준으로 하되, 종전의 생활이 생존권을 보장하기에 부족한 경우에는 객관적인 생존권보장이 될 수 있도록 보상하여야 하는 당위가 도출된다. 이에 대해서는 생존권보장은 사회보장의 문제이지 손실보상의 문제가 아니라는 반론이 제기될 수 있지만, 생존권의 문제는 현대 복리국가의 모든 정책분야에서 고려되어야 하는 것이기 때문에 손실보상에도 마찬가지로 적용되어야 한다는 재반론이 가능하다.<sup>10)</sup>

---

10) 류해웅, 생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰, 감정평가연구 제15집 제1호, 한국부동산연구원, 2005.6, 78면.

따라서 생활보상은 개인의 생활권의 보장을 위한 것이며 그것은 헌법상의 복리국가의 원리에서 스스로 도출되는 당연한 요청이라 할 수 있다.<sup>11)</sup>

#### 1.4.2 원상회복적 성격

생활보상은 공익사업의 시행이 없었던 것과 같은 ‘재산상태’를 보장해 주는데 그치는 것이 아니라 공익사업의 시행이 없었던 것과 같은 ‘생활상태’를 회복할 수 있게 해주는 보상이라는 점에서 원상회복적 성격을 지닌다. 따라서 생활보상은 상실되는 재산권에 대한 대물적 보상금을 지급하는 것과는 별도로 공공사업의 결과로 인하여 생활의 근거를 상실한 자에 대하여, 법령이나 예산의 범위 내에서 종전과 같은 생활상태의 재건을 위하여 생활재건조치를 필요로 한다.<sup>12)</sup> 토지보상법 제78조에 의한 이주 대책이 여기에 해당된다고 할 수 있다.

대규모의 공익사업 시행으로 인하여 지역사회 공동체 그 자체의 파괴를 필연적으로 수반하는 광범위한 지역적 수용이 행해지는 경우 재산권에 대한 금전적 보상만으로는 이에 대한 충분한 구제가 이루어 질 수 없다. 이에 따라 정당한 보상의 이념은 재산권에 대한 것만이 아니라 지역사회의 구조변혁으로 인한 무형적 피해에 대한 보상 또는 회복까지 보상개념의 확장을 요구하고 있다. 이를 위해서는 공익사업의 시행으로 파괴된 지역사회를 재건하기 위한 지역계획의 수립과 지역주민의 생활안정을 위한 생활재건조치가 불가결하다 할 것이다.<sup>13)</sup>

#### 1.4.3 생활안정적 성격

손실보상은 피수용자 등의 생활의 안정을 그 궁극적인 목표로 한다.

---

11) 석중현·송동수, 앞의 책, 719면.

12) 석중현·송동수, 앞의 책, 719면.

13) 류해웅, 앞의 논문, 78면.

일반적으로 손실보상은 수용이 없었던 것과 같은 재산 또는 경제 상태를 재현하는 것이 목표이다. 그 어느 것이나 피수용자의 생활의 기초를 형성하는 것이므로 결국 보상의 목적은 생활의 안정에 귀결된다고 할 것이다. 따라서 보상의 종국적인 도달지점은 생활안정을 재현하는 생활보상이라고도 할 수 있다.<sup>14)</sup> 즉, 생활보상은 피수용자가 수용 이후에도 이주 전과 같은 정상적인 생활의 안정을 회복할 수 있도록 하는 보상으로서 피수용자의 생활안정을 위한 성격을 갖는다. 토지보상법 시행규칙 제56조에서 규정하고 있는 이농비 또는 이어비가 여기에 해당된다고 할 수 있다.

#### 1.4.4 공익사업 원활화적 성격

생활보상은 공익사업의 원활한 시행을 위한 의미도 아울러 가지고 있다. 최근 공익사업에 대한 지역주민의 반발이 종전에는 찾아 볼 수 없을 만큼 빈번하고 강경한 형태로 나타나고 있다. 이와 같은 지역주민의 저항은 단순히 보상을 더 받기 위한 단체행동인 경우도 없지 않지만, 조상 전래로 살아온 터전을 상실하게 됨으로 인하여 종래와 동등한 수준의 생활을 영위할 수 없을 것이라는 우려에도 기인한다고 할 수 있다. 이와 같은 상황에서 생활보상은 사업시행자와 지역주민 사이의 갈등을 해소하고 사업의 원활한 시행에 협조를 구하는 적절한 수단이 될 수 있다.<sup>15)</sup> 현재 생활대책이라는 이름으로 시행되고 있는 보상은 대부분 여기에 해당된다고 볼 수 있다.

### 1.5 생활보상의 특징

---

14) 박평준, 현행법상의 생활보상에 관한 고찰, 공법연구 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999.6, 371면.

15) 류해웅, 앞의 논문, 79면.

생활보상은 보상의 대상범위가 수용의 그것 보다 확대되고 있다는 점에서 수용의 대상과 보상의 대상이 일치하는 것이 원칙인 대물적 보상과 구별되며, 보상의 기준이 정해져 있어 객관적 성격이 강하다는 점에서 주관적 성격이 강한 대인적 보상과 구별되는 등 대인적 보상, 대물적 보상 등과 비교하여 여러 가지 고유한 특징을 지니고 있다.<sup>16)</sup>

### 1.5.1 보상기준의 객관성

생활보상은 우선 대인적 보상과 다르다. 즉, 대인적 보상은 피수용자의 수용목적물에 대한 주관적 가치기준에 따른 주관적 성격이 강한 데 대하여, 생활보상에 있어서는 보상기준이 정해져 있기 때문에 객관적 성격이 강하다. 이는 생활보상은 법령과 지침에 규정된 객관적 기준에 의한 보상이 행하여지며, 따라서 일정한 수입, 일정한 이윤 또는 일정한 생활비 등 보상액이 객관적으로 산출되기 때문이다. 그렇다 하더라도 생활보상은 아래에서 보듯이 대인보상과 유사성도 가지기 때문에 객관적 성격이 강하더라도 이는 상대적인 의미로 파악해야 한다.

### 1.5.2 보상대상의 확대성

생활보상은 엄격한 의미의 대물적 보상과 다르다. 즉, 대물보상에 있어서는 수용의 대상과 보상의 대상이 일치됨을 원칙으로 하는 데 대하여, 생활보상에 있어서는 수용의 대상과 보상의 대상이 일치하지 아니하고 그 보상의 대상이 대물보상보다 훨씬 확대되고 있다.

### 1.5.3 대인보상과 유사성

---

16) 박평준, 앞의 논문, 372면.



생활보상은 대인적 보상과 유사한 성격도 가지고 있다. 즉, 생활보상은 피수용자에게 수용이 없었던 것과 같은 내용의 종전 생활상태를 확보하려는 보상인 점에서 대인적 보상의 면도 가지고 있는 셈이다. 왜냐하면 피수용자의 재산상태의 회복 보다는 그의 생활안정 회복에 중점을 두고 있다고 볼 수 있기 때문이다.

#### 1.5.4 최종단계의 보상성

생활보상은 보상의 진행과정에 있어서 최종단계의 보상으로서의 의미를 갖는다. 보상이란 결국 피수용자에게 수용이 없었던 것과 동일한 상태를 확보시켜주는 것을 목적으로 한다고 할 때, 생활보상이야말로 보상의 종국적 형태라고 할 수 있기 때문이다. 이는 손실보상의 대상이 대인보상에서 대물보상으로, 대물보상에서 다시 생활보상으로 변천하여 왔다는 생활보상의 변천 역사를 통해서도 알 수 있는 것이다.

## 2. 생활보상의 근거

### 2.1 이론적 근거

생활보상의 이론적 근거는 공공필요를 위하여 특정한 개인에 대한 ‘특별한 희생’이 발생한 경우, 사익과 공익의 균형을 추구하는 조절적 보상으로서, 재산권보장과 법의 목적인 정의·공평의 원칙 및 생존권보장 등을 종합적으로 파악할 수 있다.<sup>17)</sup>

#### 2.1.1 재산권보장의 원칙

---

17) 박평준, 앞의 논문, 366면.

우리나라 헌법은 개인의 재산권 보장을 전제로 하는 자본주의 경제 체제를 채택하고 있다. 손실보상은 이와 같은 헌법상의 사유재산제를 지탱하는 불가결한 요소이므로 근대헌법 이후 각 나라는 예외 없이 헌법상 명시적으로 이를 보장하고 있다. 우리나라 헌법도 제23조 제1항에서 재산권 보장을 규정하고, 동시에 동조 제3항에서 공공침해에 의한 손실보상을 규정하고 있다.

우리나라 헌법은 보상기준으로서 정당한 보상을 규정하고 있는 바, 헌법상의 정당보상의 원칙은 손실에 대한 완전보상을 원칙으로 하면서도 그것을 상회(생활보상)하거나 공익상의 합리적 사유 또는 공익과 사익을 조정하는 견지에서 완전보상을 하회(개발이익의 배제)하는 경우를 부인하는 것은 아니다.<sup>18)</sup> 따라서 정당한 보상의 범위에 생활보상이 포함될 수 있다는 전제에서 볼 때, 재산권보장의 원칙은 생활보상의 이론적 근거가 될 수 있다.

한편, 손해배상은 침해행위의 위법성으로 인하여 원상회복의 내용에는 제한이 없는 것이 원칙적 취지이므로 재산적 피해뿐만 아니라 비재산적 피해에 대한 원상회복도 손해배상의 내용이 될 수 있다. 반면에 손실보상은 행위의 위법성이 아닌 적법한 공권력 작용을 전제로 재산권에 대해 발생하는 불이익을 최대한 가치 보장하여 주는 것을 그 내용으로 하고 있으며, 행위의 적법성으로 인하여 원상회복을 제도의 취지로 포함하는 것은 어려우므로, 이주대책과 같은 생활보상은 재산권 보상을 목적으로 하는 헌법 제23조 제3항에 포섭될 수 없는 제도라는 주장도 제기되고 있다.<sup>19)</sup>

## 2.1.2 평등부담의 원칙

공용침해로 인한 사인의 재산권에 대한 침해에 대하여 보상을 하는

---

18) 석종현·송동수, 앞의 책, 711면.

19) 류지태, 앞의 논문, 142면.

것은 개인에게 발생한 특별한 희생을 전체의 부담으로 전가시키는 것을 뜻한다. 따라서 손실보상제도는 공공필요에 의한 개인의 특별한 손실을 개인만의 부담으로 한정하는 것이 정의와 공평의 원칙에 위배된다고 인정되는 경우에 그 존재가치가 있다.

따라서 개인이 입은 특별한 손실을 그의 부담으로 방치하는 것은 헌법상의 평등원칙에 반하는 것이며, 결국 손실보상제도는 개인의 재산권에 대하여 미치게 된 불평등한 부담을 국민전체의 공평한 부담으로 전가하여 이를 조절하기 위한 기술적 수단이라고 할 수 있다. 따라서 손실보상은 공적 부담 앞에 평등하여야 한다는 평등부담의 원칙을 그 이념으로 한다.<sup>20)</sup>

손실보상의 이론적 근거로서의 공적 특별부담 앞의 평등부담의 법리는 재산권 침해에 국한되는 법리로 볼 것은 아니며, 적어도 학설은 특별희생에 대한 보상을 넓게 인정하려 하고, 그 이론적 근거로서 공적 특별부담 앞의 평등 법리는 헌법 제23조 제3항에 기한 종래의 손실보상청구권 뿐만 아니라 재산적·비재산적 특별희생에 대한 보상의 일반적 근거가 되는 법리로 재인식될 필요가 있다. 따라서 공공사업 등을 위한 공권력행사로 인한 생활이익의 침해가 일반적 제약을 넘어서는 특별한 희생에 해당하는 경우 당연히 공적 특별부담 앞의 평등 법리에 따라 생활보상을 하여야 하는 것이다.<sup>21)</sup>

### 2.1.3 생존권보장의 원칙

최근 손실보상의 경향은 단순한 재산권보장이라는 차원을 넘어서 생존권 보장이라는 이념을 지향하고 있다. 이와 같은 보상이념의 전환은 헌법상의 생존권개념의 형성 이외에 공용수용제도 그 자체의 변질에 연유한다고도 할 수 있는데, 그것은 수용요건으로서의 공공성의 개념이 확대되고 있을

---

20) 박평준, 앞의 논문, 367면.

21) 최승원, 생활보상의 개념과 헌법적 근거, 공법연구 제26집 제3호, 한국공법학회, 1998.6, 387면.

뿐만 아니라 재산권에 대한 사회적 의무도 증가함으로서 재산권행사에 있어서의 사회성이 강력히 요청되는 데서 기인한다.<sup>22)</sup>

특히 공공성 개념의 확대에 따라 단순히 택지를 조성하여 사인에게 매각하는 택지개발사업은 물론, 개별 기업의 영리활동을 위한 공장과 부대시설의 건축을 목적으로 하는 기업도시개발사업 까지도 공익사업으로 인정하고 있다. 또한 공익사업이 대규모화 되어 일정한 지역사회 전체가 공익사업시행지구에 편입되어 재산권뿐만 아니라 생활의 근거까지도 상실되는 경우가 빈번히 발생하고 있다.

따라서 종래의 손실보상은 등가적인 가액보상을 함으로써 종전과 같은 생활을 계속할 수 있다는 것을 전제로 하고 있으나, 오늘날 주로 시행되는 대규모 공익사업에 있어서는 그러한 금전보상만으로 인근지역에서 종전과 비슷한 규모의 토지를 구입하여 예전과 동일한 상태의 생활을 영위하는 것이 현실적으로 어려워짐에 따라 생활기반 자체가 위협 받게 된다.

이처럼 지급받은 보상금만으로는 종전과 동일한 생활 상태를 유지할 수 없다면 그러한 보상은 어떠한 이론적인 설명으로 합리화한다고 하여도 실질적인 의미를 가질 수 없다. 그렇기에게 생활보상은 공익사업의 시행으로 인하여 피수용자의 생활기반 자체의 파괴를 방지하여 종전과 대등한 생활 상태를 유지하기 위하여 필요한 것이다.

따라서 손실보상의 이념은 재산권의 보장에 한정되지 아니하고, 생존권의 보장에까지 관련되는 문제라고 할 수 있으며, 보상에 따른 생활보장권의 확보는 법적 차원에서 검토하여야 할 중요한 문제로 등장하게 되었다.

나아가서 이주대책 내지 생활대책들은 기업도시개발사업 등의 공익사업에 따라 발생한 기대이익 중에서 사업시행자가 투입한 개발자금과 노력 분을 제한 잉여적 이익요소가 당해 공익사업으로 인해 토지나 가옥을 수용당하여 이주하게 되는 자들에게 공평하게 분배될 수 있는 다양한 내용의 수단 내지 방법이 강구되는 것이 사회적 형평성에 부합되며, 이와 같은 수준의 보상수단이 기업도시개발사업과 같은 특수한 공익사업에

---

22) 박평준, 앞의 논문, 368면.

있어서 헌법이 요구하는 정당보상의 수준이라고 하는 주장도 있다.<sup>23)</sup>

## 2.2 법적 근거

### 2.2.1 헌법적 근거

생활보상의 헌법상의 근거는 명백하지 아니한바, 헌법상의 어떤 규정이 근거로 될 수 있는가에 대하여 생활보상은 헌법 제23조의 정당한 보상의 범위 밖에 있다고 보아 제34조를 근거로 보는 견해와 생활보상도 정당한 보상의 범위 안에 포함된다고 보아 제34조와 제23조를 근거로 보는 견해가 있다.<sup>24)</sup>

#### 2.2.1.1 헌법 제34조설

생활보상은 헌법 제23조의 정당한 보상의 범위에 포함되지 않는다고 보아 헌법 제34조를 근거로 보는 견해이다.<sup>25)</sup> 헌법 제23조의 규정은 재산권의 객관적 가치의 보상을 지향하고 있으며, 만약 생활보상이 정당한 보상의 범위에 포함된다고 본다면 경제적 약자가 아닌 자에게도 생활보상을 부여하여야 하기 때문에 생활보상의 취지에 반한다고 본다. 그러므로 생활보상의 근거는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정한 헌법 제34조의 사회적 기본권 조항에서 찾아야 한다고

---

23) 김해룡, 기업도시개발에 있어서의 이주 내지 생활대책, 토지공법연구 제29집, 한국토지공법학회, 2005.12, 9면.

24) 생활보상의 헌법적 근거를 규명하는 이유는 생활보상에 관하여 법률상의 근거가 없는 경우에 직접 헌법상의 규정에 근거하여 직접 보상을 청구할 수 있는 지 여부, 그리고 어느 정도의 보상이 헌법상 요구되는 것인지 여부를 판단하기 위함에 있다(김영조, 생활보상의 체계와 범위, 토지보상법 연구 제6집, 한국토지보상법연구회, 2006.2, 7면)

25) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2007, 563-564면 ; 김철용, 행정법 I, 박영사, 2009, 534면 ; 류지태·박중수, 행정법신론, 신영사, 2009, 530면.

한다.

그 논거는 헌법 제23조 제3항은 원래 수용목적물인 재산권에 대한 보상과 이와 관련되는 부대적 손실의 보상을 대상으로 하는 것이지 공익 사업 시행 이전의 생활상태를 회복하게 하는 내용의 생활보상을 대상으로 하고 있지 않다는 데에 있다.<sup>26)</sup>

또한 최근에는 생활보상을 손실보상의 성격으로 이해하지 않고 사회 보장수단의 성격을 가지는 것으로 파악하는 견해<sup>27)</sup>도 등장하였는데, 헌법 제34조와 제23조를 종합적으로 파악하는 우리나라의 일반적인 견해는 제23조에서 재산권보상의 내용을 넘는 유형의 보상과 연계하려는 점에서 근본적인 문제가 있다고 비판하고 있다.

이에 따르면 생활보상은 그 제도의 취지상, 문제의 공권력적 개입이 없었더라면 누릴 수 있었던 당사자의 기존 생활상의 지위를 회복시키는 데 그 목적이 있으므로, 손실보상의 차원을 넘는 내용을 포함하고 있으며, 따라서 다른 차원의 문제, 즉 사회보장적 측면에서 고찰되는 개념으로 이해하는 것이 타당하다고 본다.

결국 헌법 제23조 제3항의 내용은 재산권 보상을 엄두에 둔 규정으로서 제한적인 내용으로 이해되어야 하며, 재산권 보상으로 메워지지 않는 내용의 보장대책은 헌법 제34조의 규정에 의하여 해결 가능한 것으로 이해되어야 하는 것이므로, 생활보상은 헌법 제34로부터만 도출 가능한 것으로 이해되어야 한다는 것이다.<sup>28)</sup>

### 2.2.1.2 헌법 제34조·제23조 통일설

생활보상의 헌법적 근거를 헌법 제34조와 제23조에서 찾는 견해이다.<sup>29)</sup>

---

26) 김철용, 앞의 책, 534면.

27) 류지태, 앞의 논문, 136면 이하.

28) 류지태·박종수, 앞의 책, 530면.

29) 강구철, 앞의 논문, 9면 ; 박윤훈, 앞의 책, 779면 ; 석종현·송동수, 앞의 책, 720면. ; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2007, 593면 ; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2009, 713면.

이 견해는 전통적 보상이론의 최대 약점은 토지 재산권의 개념을 상품소유권 내지는 교환가치지배권으로 구성함으로써 그것을 생활권과 분리·대립된 것으로 파악한 점에 있고, 그 결과 재산권보상과 생활보상을 별개의 것 또는 대립된 것으로 보는 오류에 빠지거나 재산권보상은 인정하면서도 생활보상은 인정하지 않게 되었다고 본다.

그러한 전제아래서 이 견해는 그와 같은 사고를 근본적으로 전환하여, 재산권보상과 생활보상을 통일적으로 파악하여야 한다고 본다. 따라서 헌법 제23조 제3항의 해석에 있어서도 그것을 현대헌법의 기본권체계의 중심으로 보아야 할 제34조의 생활권과 분리시켜서 재산권을 고전적 의미의 재산권 내지는 교환가치지배권으로 파악하여서는 아니 되며, 제34조의 생활권을 기초로 한 재산권으로 파악하여야 한다고 한다.

### 2.2.1.3 판례의 태도

헌법재판소는 “이주대책은 헌법 제23조 제3항에 규정된 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 이에 부가하여 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라고 볼 것이다. 따라서 이주대책의 실시여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속하므로 이주대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것이 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.”<sup>30)</sup>라고 하거나 “이주대책의 실시는 공공필요에 의하여 재산권을 수용당한 국민이 당연히 국가에 대하여 갖는 공법상의 권리인 손실보상청구권과는 전혀 다른 개념으로서, 공공사업의 시행으로 생활근거를 잃게 된 철거민들에 대하여 생활보호의 차원에서 이루어지는 시혜적인 조치에 불과하여, 헌법 제23조 제3항에서 말하는 정당한 보상에 해당되지 아니한다.”<sup>31)</sup>라고 결정하고 있다.

---

30) 헌재결 2006.2.23 2004헌마19.

31) 헌재결 1993.7.29. 92헌마30.

이와 같은 결정을 통해 판단한다면, 헌법재판소의 입장은 이주대책은 생활보호차원의 제도로서 헌법상 재산권 보상과는 무관한 제도이며, 따라서 정당보상의 논의를 이주대책 논의에 원용할 수 없다고 하고 있으므로 다분히 헌법 제23조로부터 단절된 입장에 있다고 보여 진다.

이와 달리 대법원은 이주대책의 대표적인 판례에서 “특별법상의 이주대책은 그 본래의 취지에 있어 이주자들에 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도임이 분명하다. 그런데 이처럼 재산권의 보장 내지 사회보장에 이념적 기초를 두고 있는 특별법상의 이주대책은 그 실시를 위한 요건이나 절차, 대책의 내용 내지 그 실시에 따른 효과 등의 점에 대하여 이를 당해 법령의 규정에 의하지 않고 대부분 사업시행자의 개개의 처분에 맡기고 있다.”<sup>32)</sup>라고 판시함으로써 이주대책을 헌법 제23조와 제34조가 결합된 제도로서 이해하고 있는 것으로 판단된다.

한편 동 판례의 반대의견은 “특별법 제8조 제1항의 이주대책은 사업시행자가 이주자에 대한 은혜적인 배려에서 임의적으로 수립 시행해 주는 것이 아니라 다수의견이 적절히 실시하고 있는 바와 같이 이주자에 대하여 종전의 재산상태가 아닌 생활상태로 원상회복시켜 주기 위한 생활보상의 일환으로 마련된 제도로서, 헌법 제23조 제3항이 규정하는 바의 손실보상의 한 형태라고 보아야 할 것이다.”<sup>33)</sup>라고 하여 이주대책을 생활보상으로 보면서도 헌법 제23조 제3항에 의하여 보호되는 구체적인 보상유형에 해당하는 것으로 보고 있다.

#### 2.2.1.4 소결

제34조설에 의하면 손실보상에는 제23조에 의한 것과 제34조에 의한

---

32) 대판1994.5.24 92다35783

33) 대판1994.5.24. 92다35783 판례의 반대의견에 대한 보충의견



것의 두 종류가 있게 되어 손실보상제도를 이원적으로 파악하게 된다. 이에 대하여 제34조·제23조 통일설에 의하면, 생활보상도 정당한 보상을 이루는 하나의 내용으로서 일원적으로 파악하게 된다. 또한 손실보상의 구체적인 내용이 시대나 사회의 변천과 무관하게 어떠한 고정불변의 내용을 가지는 것이라고는 볼 수 없는 점, 생활보상을 주장하는 당사자의 입장에서도 헌법적 근거로서의 재산권 규정을 함께 주장할 수 있는 이점이 있다는 점 등을 고려하고, 우리 헌법상의 기본권체계로 볼 때 이론적으로 보아 제34조·제23조 통일설이 보다 타당한 것으로 판단된다.

일본의 경우에도 생활재건조치의 헌법적 근거에 관해 일본헌법 제25조의 생존권에서 찾는 견해, 제13조의 개인의 존엄·생명과 자유 및 행복추구권에서 찾는 견해 그리고 제14조의 평등원칙에서 찾는 견해 등 다양한 견해의 대립이 있으나, 다수설은 제25조와 제29조의 재산권을 통일적으로 파악하는 견해인데 이는 제25조의 보상과 제29조의 보상에 의하여 통일적으로 파악하여야 한다는 것이다.<sup>34)</sup>

## 2.2.2 법률적 근거

현행법상 생활보상에 대한 직접적이고 일반적인 규정을 명확하게 두고 있는 법률은 찾아보기 힘들고, 다만 토지보상법 및 그 이외의 개별 법률에 생활보상의 성격을 갖는 규정들이 산재되어 있을 뿐이다. 토지보상법에 산재된 생활보상적 규정은 이농비·이어비 보상(동법 제78조 제6항, 동법 시행규칙 제56조), 주거용 건축물의 소유자 및 세입자에 대한 주거이전비 보상(동법 시행규칙 제54조 제1항, 제2항), 주거용 건축물의 최저보상액(동법 시행규칙 제58조 제1항), 이주대책 또는 이주정착금(동법 제78조 제1항)등을 들 수 있다.

이 외에 「산업입지 및 개발에 관한 법률」, 「댐건설 및 주변지역지원

---

34) 김광수, 생활보상의 이론과 실제, 행정법연구 제24호, 한국행정법연구소, 2009.8, 118면.

등에 관한 법률」, 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」, 「기업도시개발 특별법」 등의 개별 법률에서 이주대책 등에서 생활보상에 대하여 규정 하고 있다. 이와 같이 생활보상의 법률적 근거가 명확하지 못한 것은 토지보상법을 비롯한 우리의 보상관련 법률들이 종래의 재산권보상을 위주로 정하여졌기 때문에 생활보상의 이념을 충분히 담아내지 못한 것에 기인한 것으로 보인다.

한편 이와 관련하여 생활보상에 대한 일반적이고 포괄적인 근거규정으로 제79조 제4항을 들고 있는 견해도 있다. 동 규정은 “그 밖의 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실의 보상 등에 대하여는 국토교통부령이 정하는 기준에 의한다.”고 하여 손실보상에 관하여 일종의 포괄적 규정을 두고 있는바, 생활보상도 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실이기 때문 이라는 것이다.<sup>35)</sup>

이에 대해 토지보상법 제79조 제4항의 규정으로 법령에서 규정하지 아니한 생활보상을 청구할 수 있는지의 문제를 지적하는 견해가 있다. 통상 사업시행자는 토지보상법 시행규칙에서 규정하고 있는 이주대책이나 간접보상 등에 대해서만 생활보상을 하고 있을 뿐, 손실보상의 포괄규정을 근거로 적극적으로 생활보상을 하지 않고 있는 실정이므로, 생활보상은 직접 명문으로 열거하지 아니할 때에는 그 운용을 기대할 수 없다는 것이다.<sup>36)</sup>

또한 동 규정을 생활보상의 일반적 근거규정으로 보는 경우 이 규정에서는 국토교통부령으로 위임하고 있기 때문에, 하위법령에서 생활보상에 관한 규정을 두지 않거나 불충분한 경우에 부작위위법확인소송을 제기할 수는 없다고 하더라도, 그 부작위에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는지에 대해서도 검토되어야 한다는 지적이 함께 제기된다.<sup>37)</sup>

---

35) 박윤훈, 앞의 책, 780면 ; 김동희, 앞의 책, 564면.

36) 류해웅, 앞의 논문, 84면.

37) 김영조, 앞의 논문, 13면.

## 제3절 이주대책의 의의와 실정법적 근거

### 1. 이주대책의 의의와 연혁

#### 1.1 이주대책의 최근 쟁점

행정상 손실보상과 관련하여 이주대책이라는 용어는 익숙하게 쓰여왔고 이와 관련한 많은 판례도 쌓여 있다. 1970년대 중반 이후 활발히 진행된 수많은 공익사업에서 수용대상자들에 대한 손실보상은 중요한 쟁점이었는데, 그 중에서도 특히 기존 보상체계의 한계를 보완하는 측면에서의 생활보상이 새로운 관심의 대상이었다.

생활보상은 공익사업의 시행으로 인해 다수의 주민이 생활의 기반을 상실하고 동시에 이주해야 할 때, 이들에게 수용되는 재산권에 대한 등가치적인 보상만으로는 해소되지 않는 손실을 전보하기 위해 이루어지는 보상을 말한다. 취락이 해체되어 이주해야 하는 주민들에게 이주정착지를 제공하는 이주대책은, 생활공동체를 이전할 수 있는 기반을 마련한다는 의미에서 자연스럽게 생활보상의 중심적 위치를 차지하게 되었다.

종래 이주대책과 관련해서 소송상 문제가 되었던 쟁점은 주로 이주대책의 대상자 선정과 관련된 것이었다. 이주대책의 대상자들에게는 이주정착지나 신도시의 택지나 주택이 공급되었고, 이는 곧 개발이익과 직결되었기 때문이다. 그러나 최근에는 이주대책 대상자들이 새롭게 공급받은 택지나 아파트의 공급가액에 대해 이의를 제기하면서 감액을 요구하는 사안들이 적지 않게 등장하고 있다.

이들이 가지고 있는 불만은 통상적인 이주대책의 경우 이주정착지의 생활기본시설 설치비를 사업시행자가 부담하는 것과 달리, 택지개발사업 등에서 공급되는 택지나 아파트에 대해서는 그러한 혜택이 없다는 점이다.

2000년대 초부터 제기되었던 이러한 유형의 소송은 지금 전국적으로 수백 건을 넘고 대법원에도 이미 적지 않은 수의 소송이 계류되어 있다. 이에 비해 이주대책과 관련된 관계법령은 1970년대 제정된 후 거의 방치되다시피 하고 있어 각 조문들 간의 체계를 정립해서 합리적인 해석에도달하기에는 많은 난항이 예상된다.

## 1.2 이주대책의 의의

### 1.2.1 이주대책 개념의 다양성

행정상 손실보상의 영역에서 생활보상의 일종으로 설명되는 이주대책이라는 용어는 애초 1970년대 제정된 법령에서 연원한 것이지만, 각종 이론서에 강학상의 개념으로 채택되면서 다양한 의미로 변질되어 사용되고 있다. 이주대책은 가장 넓게는 공익사업에 수반하는 주민의 이주필요와 그에 대한 대책 전반이라는 의미로 사용될 수 있다.

이런 의미로서의 이주대책은 생활보상과 거의 동의어로 사용되어 주거이전비, 세입자보상, 영업보상, 소수잔존자 보상 등을 포괄하게 된다. 이에 반해 가장 좁은 의미의 이주대책은 이주정착지를 조성해서 주택 또는 택지를 공급하는 것을 의미한다. 이렇듯 다양한 개념의 이주대책이라는 용어가 사용됨에 따라 이주대책의 개념, 적용범위, 적용법조가 각각 달라지는 상황이 초래되고 있다.

### 1.2.2 실정법상 이주대책 개념

현행법은 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(이주대책대상자)를 위하여 사업시행자가 이주대책을 세우도록 정하고 있다(토지보상법 제78조). 현행법이 상정하고

있는 이주대책의 개념은 원칙적으로 좁은 의미의 이주대책을 말하는 것으로, 이에 근거해서 사업시행자는 이주정착지를 조성하여 택지나 주택을 이주대상자에게 공급한다.

이주대책을 위해 조성되는 이주정착지가 부실하게 조성될 것을 우려해서 법률은 도로 등 생활기본시설이 통상적인 수준으로 설치되도록 정하고, 설치비용도 사업시행자에게 부담시키고 있다(토지보상법 제78조 제4항).<sup>38)</sup>

### 1.2.3 생활보상의 일종인 이주대책

이주대책은 국가의 적극적인 정책적 배려에 의해 마련된 제도로 생활보상의 일종인데,<sup>39)</sup> 생활보상이란 전통적인 유형의 재산권보상의 범위를 넘어 수용에 의해 상실되는 생활상 이익을 전보해주기 위해 만들어진 개념이다. 연혁적으로 생활보상은 유형적 재산손실에 대한 금전적 보상만으로는 공익사업의 원활한 추진이 어렵고 사업이 교착될 경우를 대비하여 입법을 통해 발전되었다. 그러므로 이주대책의 개념이나 그 적용법조를 해석할 때 이미 전통적 의미의 보상은 모두 완료된 후, 이주대책이 수립된다는 점에 유의해야 한다.

## 1.3 관련제도의 연혁

현행 토지보상법은 구법인 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법(이하 공특법)이 토지수용법과 합쳐져 단일의 법으로 제정된 것이다. 토지보상법이 제정되면서 공특법과 그 시행령에 존재하던 규정들의 일부가 법률 차원으로 승격되고 일부 보상조항이 추가되었지만, 전체적

38) 이주정착지 생활기본시설의 부족은 광주대단지 폭동(1971년)을 야기한 중요한 원인 중의 하나로 지목되어 이 조항이 만들어진 계기가 되었다. 주관수·조항구·이창원, 이주대책의 개선방안에 관한 연구, 주택도시연구원, 2006, 19면.

39) 대법원 1999.5.14.선고 98다8059 판결.

으로 이주대책과 관련된 제도의 근간은 변하지 않았다. 특별히 제도의 변화를 위해 조항이나 체계의 변동이 없었으므로 현행법의 해석에 있어서도 구법 조항들에 대한 해석이나 판례는 여전히 중요한 의미를 갖는다.

### 1.3.1 이주대책제도의 등장

우리나라의 실정법상 이주대책제도가 처음으로 등장한 것은 제정 공특법(1976) 제8조이다. 공특법은 동조에서 사업시행자의 이주대책 수립 의무(제1항), 관할지방자치단체의 장과 협의(제2항) 등을 정하고 있었으며, 이는 현행 토지보상법 제78조의 내용으로 이어지고 있다. 현행 토지보상법에 마련되어 있는 생활기본시설의 설치비용 조항(토지보상법 제78조 제4항)은, 공특법에서는 시행령 수준에서 그 내용을 정하고 있다는 점에서 현행법과 차이가 있었다(동법 시행령 제5조 제4항).

### 1.3.2 이주정착금의 도입

초기의 이주대책은 이주정착지를 조성할 의무를 예외 없이 사업시행자에게 부여하고 있었기 때문에, 실제 이주정착지의 조성이 불필요하거나 불가능한 경우 사업시행에 난관에 봉착하게 되었다. 또 초기의 이주대책 제도는 이주정착지로 이전을 원하지 않는 이주대상자들에게 대해서도 별도의 보상규정을 가지고 있지 않았다. 이주대책이 가지고 있던 이러한 경직성을 완화하기 위해 예외규정이 필요하게 되었고, 이는 이주정착금 제도의 도입으로 이어졌다(1989년 개정 공특법 시행령 제6조의2).

이에 따라 사업시행자는 이주대책을 수립·시행할 수 없는 부득이한 경우나 이주정착지로 이주를 희망하는 자가 10만호 미만인 경우(공특법 시행령 제62조의2 제1호) 등에는 이주정착금을 지급할 수 있게 되었다. 이와 동시에 이주정착지로 이주하기를 원치 않거나, 해외이주 등으로 인해 사실상 이주대책의 혜택을 누리지 못하는 이주대상자를 위한 이주정착금

제도가 도입된 것이다(공특법 시행령 제6조의2 제2호). 이와 같은 공특법 시행령 개정에 의해 사업시행자의 의무는 크게 이주정착지의 제공이라는 원칙과 법령이 정한 사유가 있으면 이주정착금을 지급할 수 있는 예외로 크게 분화되었다.

### 1.3.3 특별공급제도의 도입

택지개발촉진법 등에 의한 택지개발사업이 일반화 되면서, 택지개발사업의 시행자가 이주정착지를 조성하는 대신 당해 사업지구 내의 택지나 주택을 공급하기 위한 근거가 필요해졌다. 이러한 필요는 1989년 법개정을 통해 공특법에 반영되어, 사업시행자가 택지개발촉진법 등 관계법령에 의하여 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우에는 이주대책을 수립한 것으로 간주되었다(공특법 시행령 제5조 제5항 단서).

이하에서는 이렇게 택지개발촉진법, 주택법 등 관계법령에 의해 택지 또는 주택을 공급하는 방식을 좁은 의미의 이주대책과 구별하기 위하여 ‘특별공급’이라 부르기로 한다. 특별공급은 대상 가구수가 10호 미만인 경우에도 또 이주정착지를 쉽게 찾을 수 없는 경우 등에서 사업자의 선택에 의해 이루어질 수 있다는 점에서 커다란 특징이 있다.

2003년 공특법이 토지수용법과 합쳐져 토지보상법으로 일원화되면서 공특법 제8조의 이주대책은 토지보상법 제78조로 이어졌다. 공특법에 비하면 토지보상법 조항은 종래 시행령 수준에서 정하던 내용의 상당부분을 법률 규정으로 격상시켰다. 구체적으로 공특법 시행령(제6조의2)에 있던 이주정착금이 법률에 명시적으로 근거를 마련하고(토지보상법 제78조 제1항), 생활기본시설 설치비용 부담조항(공특법 시행령 제5조 제4항)도 법률로(제78조 제4항) 옮겨오게 되었다.

이 외에도 주거이전비(토지보상법 제78조 제5항), 이농비(토지보상법 제78조 제6항) 등이 토지보상법상의 이주대책조항에 신설되었다. 종래 공특법은 협의에 응한 자에 대한 손실보상법제였으므로, 협의에 응한 자가

이주대책의 혜택을 받는 것이 원칙이었으나, 토지보상법은 그러한 제한을 두지 않고 있다는 점에서 차이를 보인다.<sup>40)</sup>

## 2. 이주대책의 실정법적 근거

### 2.1 이주정착지의 조성

이주대책에 대한 일반법적 규정은 토지보상법에서 규정하고 있고, 토지보상법에서 정하는 범위 내에서 각 개별법에서 달리 규정할 수 있다. 토지보상법은 이주대책 수립의무를 사업시행자에게 부담시키고 있으며, 공익사업 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하는 자에 대하여는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책 대상자 중 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립·실시하여야 한다고 규정하고 있다(토지보상법 제78조 제1항 및 동법 시행령 제40조 제2항).

다만, 여기서 부득이한 경우라 하는 것은 ① 공익사업 시행지구의 인근에 택지 조성에 적합한 토지가 없는 경우, ② 이주대책에 필요한 비용이 당해 공익사업의 본래의 목적을 위한 소요 비용을 초과하는 등 이주대책의 수립·실시로 인하여 당해 공익사업의 시행이 사실상 곤란하게 되는 경우 등을 말한다(토지보상법 시행규칙 제53조 제1항). 사업시행자는 이러한 이주대책을 수립하고자 할 때에는 미리 관할 지방자치단체의 장과 협의하여야 하고(토지보상법 제78조 제1항 및 제2항), 이주대책의 내용을 이주대책 대상자에게 통지하여야 한다(토지보상법 시행령 제40조 제1항).

아울러 형식적인 이주대책이 수립되는 것을 방지하기 위하여 통상적인 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이 때 소요되는 비용은 사업시행자가 부담하도록 하고 있다(토지보상법 제78조 제4항). 다만, 이주대책 대상자에

---

40) 김광수, 생활보상의 이론과 실제, 행정법연구 제24호, 행정법이론실무학회, 2009, 119면.



① 허가를 받거나 신고를 하고 건축하여야 하는 건축물을 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축한 건축물의 소유자, ② 당해 건축물에 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 날부터 계약 체결일 또는 수용재결일 까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물의 소유자, ③ 타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하는 세입자 등은 이주대책 대상자에 포함되지 않는다(동법 시행령 제40조 제3항).

여기서 알 수 있는 것은 다음과 같다. 첫째, 이주대책 규정의 본래 목적은 해당 공익사업 인근에 이주정착지를 별도로 조성하여 이주하는 것을 상정하였다는 것이다. 둘째, 이주대책은 사업시행자가 자신의 비용으로 시행하되, 그 비용은 해당 사업비에 포함된다. 다만, 이주대책은 유형적 재산권에 대한 보상에 추가하여 지급하는 것이므로 생활기본시설 설치 비용을 제외한 기타 비용은 이주자에게 지급받을 수 있다. 셋째, 이주정착지 조성 규모 및 소요 비용은 해당 개발사업마다 다를 수 있으므로 불가피하게 사업시행자의 재량을 인정하였다. 넷째, 별도의 이주정착지를 조성하는 비용은 본래 목적 공익사업의 비용 범위 내에서 수립·시행되어야 하고, 그렇지 않을 경우에는 이주정착지를 조성하지 않을 수 있다. 다섯째, 이주대책 시행을 사업시행자에게 전적으로 위임하는 것은 이익추구를 우선 시하는 기업의 특성상 이주대책에 차질이 생길 것을 우려해서 관할 지방자치단체의 장과 협의하도록 하는 제도적 보완책을 마련하였다.

## 2.2 특별공급제도

이주대책의 본래 목적은 당해 공익사업 시행으로 인하여 수용되는 지역의 생활공동체가 해체되는 것을 방지하기 위하여 사업시행자의 책임으로 사업대상지 인근에 이주정착지를 조성하여 이주대상자들을 이주하게 하는 것이다. 그러나 공익사업을 위하여 또 하난의 다른 공익사업을 시행하여야 한다는 순환논리의 오류 및 이주정착지를 조성하기 위하여 장기적인 시간 및 비용이 추가적으로 소요되기 때문에 비합리적이라는 문제점이

제기될 수 있다. 따라서 인근 및 해당 사업지구내에 건축되는 공동주택에 이주자를 이주시키는 것이 더욱 효율적일 수 있다는 필요성이 제기되었다.

1978년 「주택공급에 관한 규칙」이 제정되면서 이러한 현실적 문제를 해결하려 하였다. 동 규칙에서는 주택의 공급방법을 규정하면서, 이주자들에게 인근 또는 해당 사업지구 내에 건설되고 있는 주택단지의 특별공급 물량에 대해 우선순위를 부여하여 이주하게 하는 제도적 기반을 마련하였다. 이후 1981년 「택지개발촉진법」이 제정·시행되어 대규모 택지개발사업이 공익사업으로 추지되면서 해당 사업지구 내에 조성되는 택지 공급에 대한 현실적 요구도 높아졌다. 즉, 택지개발사업의 경우 인근에 별도로 이주 정착지를 조성할 필요가 없이, 당해 사업지구 내에 택지 또는 주택을 공급하는 것이 사업시행자 입장에서는 더욱 효율적인 방법이다.

반면 이주대상자의 입장에서 사업대상지 인근에 이주자들만을 위한 이주정착지가 조성되는 것보다 조성되는 신도시 내에 위치한 주택 또는 택지를 공급받는 것이 개발이익을 향유할 가능성도 확보할 수 있으므로 더욱 선호할 수 있는 방안으로 생각되었다. 이러한 현실적 요구에 의해 1989년 공특법 개정에서는 사업시행자가 관계법령에 의해 택지 또는 주택을 공급하거나 알선한 경우에는 이주대책을 수립한 것으로 간주하는 규정이 신설되어(공특법 시행령 제5조 제5항), 현재는 이주대책에 갈음하는 특별공급이 이주대책의 일반적인 방안으로 활용되고 있다(토지보상법 시행령 제40조 제2항).

여기에 대하여 「택지개발촉진법」은 이주대책용으로 공급받은 토지는 명의변경, 매매 등 전매를 할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 이주대책의 구체적인 시행방법에 대하여 구체적인 규정을 두고 있지 않고, 하위 행정규칙인 「택지개발업무처리지침」에서 이주대책기준일은 택지개발예정지구 지정 공람공고일로 하되, 수도권 지역에서 이주대책으로 주택건설용지를 공급하는 경우에는 택지개발예정지구 지정 공람공고일 1년 이전을 기준일로 한다고 규정하고 있다(택지개발업무처리지침 제28조 제1항).

다만, 한국토지주택공사의 경우 내부 준칙으로 이주대책 시행방법을 규정하고 있고, 기타 사업시행자들도 이를 준용하여 적용하고 있다. 아울러 「주택법」은 공익사업을 통한 철거 주택의 소유자에 대하여 주택의 공급방법 등을 다르게 정할 수 있다고 규정하고(주택법 제38조 제1항), 『주택공급에 관한 규칙』에서 사업주체가 국민주택 등을 건설하는 경우에 입주자모집공고일 현재 무주택 세대주로서 해당 공익사업 시행 고시 등이 있는 날 이전부터 주택을 소유한 자로서 당해 공익사업의 시행을 위하여 주택이 철거된 자에게 특별공급 할 수 있다고 규정하고 있다(주택공급에 관한 규칙 제19조 제1항 제3호). 따라서 공익사업 시행자는 인근의 공동주택 특별분양 물량의 범위 내에서 이주대책 대상자의 입주자 선정을 알선할 수 있다. 그리고 이주대책용으로 특별공급 받은 경우에는 전매행위가 제한되지 않는 예외적 규정이 적용되어, 입주자로 선정된 지위를 전매할 수 있다(주택법 제45조의2 제4항 제5호).

## 2.3 이주정착금 지급

사업시행자가 부득이하게 이주대책을 수립하지 않았거나 이주대책을 수립하였다고 하더라도 이주대책 대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우에는 보상대상인 주거용 건축물 평가액의 30%를 이주정착금으로 지급하되, 그 금액이 6백만원 미만인 경우에는 6백만원으로 하고, 1천2백만원을 초과하는 경우에는 1천2백만원으로 한다(토지보상법 제78조 제1항 및 동법 시행규칙 제53조 제2항). 즉, 이주정착금은 이주정착지 조성 또는 특별공급에 대체되는 제도로서, 부득이한 경우에 소정의 현금을 지급하여 이주를 지원하는 제도이다.

대부분의 개발사업법에서는 이러한 토지보상법상의 이주정착금을 준용하고 있는데, 다만 특별법적 성격을 지니는 개발법률에서는 토지보상법과 다른 이주정착금 기준을 제시하고 있다. 『댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률』에서는 댐건설 사업시행자가 수몰이주민중 이주정착지에

이주하지 아니하는 자, 세입자 또는 무허가 건축물의 소유자로서 기본 계획의 고시일 3년 전부터 당해 지역에 계속 거주하는 자 등에 대하여 댐건설로 인한 실향 및 생활기반 상실 등을 감안하여 세대당 2천만원의 이주정착지원금, 세대당 1천만 원 한도의 생활안정지원금을 지급한다(댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제39조 및 동법 시행령 제31조 제3항).

반면, 『주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법』은 세대당 1천5백만원의 이주정착 특별지원금, 세대당 1천만원 한도의 생활안정 특별지원금을 지급한다. 다른 법률과 차이점은 이주정착지에 이주하지 아니하는 자에 대한 대체적 지원금이 아니라 전체 세대에게 지급하는 특별 지원대책이라는 점이다. 또한 『주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법』은 소위 “법외보상”으로 실무에서 시행되고 있는 생활대책을 법률에 규정하여 시행하고 있다.

## 2.4 특별공급제도 관련 쟁점

### 2.4.1 특별공급의 법적근거

현행법상 특별공급제도의 가장 본질적 문제는 특별공급이 법률 차원에서 자신의 법적 근거를 확보하지 못한 채 시행령에 의해 비로소 창설되는 제도라는 점에 있다. 법률은 사업시행자에게 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립하도록 정하고 있으므로(토지보상법 제78조 제1항), 엄밀하게 보면 법률에 의해 위임된 것은 이주대책의 내용에 한정된다. 그러나 그 위임을 받아 이주대책에 대해 정해야 하는 대통령령이 이주대책이 아닌 특별공급제도를 별도로 정하고 있다(토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서). 법률이 시행령에 위임한 범위에 이주자에 대한 택지나 주택의 특별공급이 포함되는지 여부에 의해 특별공급은 정당화되거나 무효가 될 운명인 것이다.

## 2.4.2 특별공급의 유효성

만일 특별공급에 대해 규정하고 있는 이 조항이 법률의 위임범위를 벗어난 조항이라 해석되면 특별공급제도 자체가 위헌무효가 되고, 특별공급이 유효하다는 것을 전제로 한 모든 분쟁은 처음부터 다시 검토되어야 하는 사태가 발생한다. 이와 달리 특별공급조항이 국민의 기본권을 제한하는 것이 아니라 이주대상자 등에게 더 유리한 제도로 법률의 위임범위 내에 있는 것으로 해석한다면, 특별공급은 합법적인 것으로 해석될 수 있다. 생각건대 특별공급이 법률 자체가 아니라 시행령에 근거해 운영된 것은 제도가 처음 도입된 공특법 시절부터였다는 점, 특별공급은 오랜 기간 적법한 제도라는 것을 전제로 운영되어 왔다는 점<sup>41)</sup> 등에서 현행의 법체계에 반하지는 않는다고 할 것이다.

## 2.4.3 특별공급제도의 불완전성

특별공급제도는 위에서 살펴본 위임의 범위와 관련된 문제 이외에도 여러 측면에서 법적 불완전성을 보인다. 먼저 법령상 이주대책 대신 특별공급을 선택할 수 있는 요건에 대해 정해져 있지 않고, 전통적 이주대책에 마련된 이주정착금 같은 유연한 보상조항도 역시 생략되어 있다. 단지 특별공급이 선택되면 이주대책이 배제된다는 조항만을 두고 있을 뿐이다. 이렇게 특별공급제도가 거칠게 규정된 후 제도적으로 보완되지 않은 이유는 부동산 가격상승시기에 사업시행자나 이주대책대상자 모두에게 편리하고 유리한 제도로 인식되었기 때문에 특별히 그 개정의 필요성이 제기되지 않았기 때문이다.

---

41) 관련판례 대법원 2009.11.12. 선고 2009두10291판결, 대법원 2009.9.24. 선고 2009두891판결, 대법원 1999.8.20. 선고 98두17043판결, 대법원 1996.5.10. 선고 96누2118판결, 대법원 1994.10.25. 선고 93다46919판결 등.

#### 2.4.4 특별공급과 이주대책의 관계

이주대책에 대해 정하고 있는 토지보상법 조항(제78조 제1항은)은 앞서 지적한 위임의 범위와 관련된 위법성 문제를 가지고 있기 때문에, 이 조항의 해석에 한정해서 보면 특별공급이 이주대책에 포함되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 토지보상법이 다른 조문에서 사용하는 이주대책이라는 개념은 오히려 특별공급을 포함하지 않는 것이 일반적이다.

예컨대 자치단체장과 협의해야 하는 이주대책이나 국민주택기금의 지원을 받을 수 있는 이주대책은 특별공급을 제외한 이주대책을 의미한다(토지보상법 제78조 제2항, 제3항). 또 이주정착지안의 택지나 주택의 취득 또는 특별공급에 의한 택지나 주택의 취득에 소요되는 비용은 이주대책대상자의 희망에 따라 그와 지급받을 보상금과 상계할 수 있도록 정하고 있는 조항(토지보상법 시행령 제40조 제4항)등은 이주대책과 특별공급을 별도로 인식하고 있음을 보여준다.

이주대책은 이주정착지를 제3의 장소에 조성하지만 특별공급은 이주정착지를 별도로 조성하지 않고 당해 사업지구에서 이루어진다는 점, 이주대책은 집단적 이주를 중요한 요소로 보지만 특별공급은 이를 본질적 요소로 보지 않는다는 점 등에서 이 둘은 서로 선택적 관계라고 보는 것이 옳다. 이주대책이 특별공급을 포섭하는 상위의 개념이 아니라는 의미이다.

#### 2.4.5 특별공급의 적용범조

공익사업 시행으로 인한 이주절차상 이주대책대상자가 먼저 확정되고, 이들에 대해 이주대책을 수립할 것인지 특별공급의 방식에 의할 것인지 사업시행자가 선택하게 되므로 양 제도는 이주대책대상자를 확정하는 단계까지는 절차를 공유하는 것으로 보아도 좋다. 그러므로 이주대책대상자를 선정하는 기준(토지보상법시행령 제40조 제3항) 등은 특별공급에도 그대로 적용될 수 있다. 이주대책을 전제로 하지 않고 적용될 수 있는 주거이전비

등의 조항(토지보상법 제78조 제5항)은 해석에 의해 특별공급에도 적용되는 것으로 보아도 좋다.

이주대책이 면제되는 경우에 지급할 수 있는 이주정착금은 그 성격상 특별공급과 무관한 것이므로 특별공급의 경우에 적용될 수 없다. 이에 반해 본인의 희망에 의해 이주대책을 포기하고 이주정착금을 신청할 수 있는 조항은 해석에 의해 특별공급제도에 준용될 여지가 있다. 다만 이 경우에도 이러한 이주정착금조항은 특별공급의 경우에 준용되는 것이지 바로 적용되는 것은 아니라고 해야한다.

사업시행자가 특별공급을 선택하면 이주대책을 세운 것으로 간주되므로 별도로 이주정착지를 조성할 필요가 없고 이를 전제로 한 각종 제도들은 적용될 여지가 없다. 따라서 주택지조성을 위한 도시계획사업, 관계 지방자치단체 장과의 협의 등을 정하고 있는 조항은 적용되지 않는다. 또 이주대책이 면제되는 사유도 특별공급에 적용되지 않는다고 해석해야 한다. 이주대책의 면제사유 중 집단적 이주가 불가능한 경우, 인근에 이주정착지를 찾기 어려운 경우 등은 특별공급과는 무관한 사유이기 때문이다. 이를 인정하면 사업시행자가 일부에게는 특별공급을 선택하고 일부는 이주정착금을 지급하는 등 자의적으로 법을 운영할 우려가 있다.

## 제4절 택지조성원가와 공동주택 분양가격

### 1. 택지조성원가의 개념 및 적용 방법

택지조성원가는 「택지개발촉진법」에 의하여 공급하는 국민주택 등의 건설용지를 조성하는데 소요되는 직·간접비와 투자비에 대한 자본비용을 사전적으로 산출한 추정원가로서 확정된 공급 기준가격으로 「택지개발촉진법」 제18조의 2, 동법 시행규칙 제11조에 근거하여 산출한다.

산정원칙으로 택지조성원가는 택지개발계획 및 실시계획에 의거 이해 관계자가 신뢰할 수 있도록 객관적인 자료와 근거에 의하여 산정하여야 한다. 세부 항목별 택지조성원가(이하 “조성원가”)는 그 특성에 따라 원가 집계 및 배부방법(배부율)에 의하여 산정한다. 다만 사전적 조성원가와 사후적 조성원가(실제 발생원가)와의 차이가 예상되므로 가능한 실제 발생 원가에 근접하도록 객관성과 공정성 있게 산정하여 한다.

최초 조성원가 산정 후 택지개발계획 및 실시계획이 변경되거나 사정 변경(수용재결에 의한 변동, 천재지변 등)으로 조성원가가 증감되는 경우 조성원가를 재산정 할 수 있으며, 이후에 공급되는 택지는 변경된 조성 원가를 적용한다. 조성원가는 택지개발예정지구(이하 “예정지구”라 한다) 별로 산정하여 공개하며, 배부율 적용은 최근 3년간 운용실적(결산 기준)을 기준으로 한다.

구성항목은 용지비, 조성비, 직접인건비, 이주대책비, 판매비, 일반관리비, 그 밖에 국토교통부령이 정하는 비용으로 한다. 국토교통부령은 ‘그 밖에 국토교통부령이 정하는 비용’을 용지부담금, 기반시설설치비, 자본비용, 택지개발사업과 관련하여 발생하는 그 밖의 비용으로 제시하고 있다.

‘용지비’는 용지매입비, 지장물 보상비, 영업·영농·축산·어업 등에 관한 권리의 보상비, 종합토지세·도시계획세·교육세·농어촌특별세 등 용지제세, 보상 관련 용역비, 조사비, 등기비 및 그 부대비용이 포함된다.

‘조성비’에는 부지조성 공사비, 특수구조물 공사비, 가로등 공사비, 전기 통신 공사비, 조경 공사비, 정보화시설 공사비, 문화재 시발굴비용, 설계비, 측량비, 조성관련 용역비 및 그 부대비용 등 당해 사업지구의 조성에 소요된 직접비가 포함된다.

‘직접인건비’는 당해 사업을 직접 수행하거나 지원하는 직원의 인건비 및 복리후생비로서 당해 사업지구의 용지비, 조성비, 이주대책비에 직접 인건비율을 곱하여 산출한다. 이주대책비는 이주정착금 등 이주대책에 소요된 비용 및 손실액을 산정한다.

‘판매비’는 광고선전비, 판매촉진비, 기타 판매에 소요된 비용(조성사



업과 관련 없는 부분 제외)으로서 당해사업지구의 용지비, 조성비, 직접인건비, 이주대책비 합계에 판매비율을 곱하여 산출한다.

‘일반관리비’는 인건비, 임차료, 연구개발비, 훈련비, 그 밖에 사업시행과 관련한 일반관리에 소요된 비용을 포함하되, 직접인건비에 포함된 금액은 제외하는바, 당해 사업지구의 용지비, 조성비, 직접인건비, 이주대책비 합계에 일반관리비율을 곱하여 산정한다.

‘자본비용’은 택지개발사업을 시행하는데 필요한 사업비의 조달에 소요되는 비용으로서 순투입액의 누적액에 자본비용을 곱하여 산출한다

‘기타비용’은 조성사업과 관련하여 위 항목에 포함되지 않은 비용으로서 용지비, 조성비, 직접인건비, 이주대책비 합계에 기타 비용을 곱하여 산출한다.

‘기반시설설치비’는 해당 예정지구의 조성에 필요한 도로, 상·하수처리 관련시설, 에너지·통신시설 등 기반시설설치 소요비용, 각종 부담금(타법령이나 인·허가 조건에 의하여 국가 또는 지방자치단체에 납부하는 광역교통시설부담금, 생태보전협력금, 하수도시설원인자부담금, 폐기물처리시설 설치부담금 등 각종 부담금 포함), 공공시설설치비 및 기타 부대비용을 포함하여 산정한다.

단, 법령에 근거가 없거나, 택지개발사업과 관련 없는 인·허가 조건 등에 의한 기반시설설치비는 조성원가에 포함시킬 수 없고 기반시설설치비에 포함되는 공공시설설치비 등은 택지개발계획 및 실시계획에 근거하여야 하며, 택지개발계획 및 실시계획에 반영되지 않은 공공시설설치비 등은 조성원가에 포함시킬 수 없다.

이렇게 집계하여 산정한 조성원가는 개발된 택지를 공급하기 위한 기준가격이 된다. 「택지개발촉진법」에 의한 택지개발사업자는 개발 및 실시계획승인 후 보상절차(협의 및 수용)를 마친 뒤 택지를 조성하고 조성된 택지를 「택지개발촉진법」 등의 공급기준에 따라 실시계획상의 토지이용계획대로 택지를 판매한다.

택지공급 기준은 「택지개발업무처리지침」을 따르는 바 조성원가를 기준으로 조성원가 이하, 조성원가 수준, 조성원가 이상으로 판매가격이 정해진다. 택지를 조성한 사업자는 임대아파트 용지 등을 원가이하로 판매하여 손실이 발생하기도 하고, 60㎡초과 85㎡이하 주택용지 등을 원가 이상의 금액으로 판매하여 수익을 실현하기도 한다. 결국, 택지조성 사업자는 개발된 택지를 택지공급가격기준으로 판매함으로써 사업수지를 제로 수준으로 맞출 수 있다.

## 2. 공동주택 분양원가 및 분양가격 산정

공동주택의 분양가격은 본질적으로 물건의 매매에 속하므로 분양가격은 특별한 사정이 없다면 당사자의 분양계약에 따라 결정됨이 원칙이며 공동주택을 만드는데 소요되는 분양원가에 이윤을 더하는 방식으로 산정될 수 있을 것이다. 그렇다면 공동주택의 분양원가는 토지원가와 건설원가로 구분할 수 있고, 분양가격은 이 원가에 이윤을 합한 금액이라 할 수 있다. 분양원가 중 토지원가는 공공택지의 경우에는 「택지개발촉진법」 등에서 정한 방법대로 산정한 조성원가가 된다. 건설원가는 직접공사비, 설계비, 감리비 등과 판매비 및 일반관리비, 자본비용 등과 같은 간접비로 산정된다. 건설원가는 사업시행자가 내규로 산정방법을 정하고 있다.

그런데, 공동주택 분양은 원칙적으로 「주택법」의 적용을 받는다. 그럼에도 불구하고 「주택법」은 주택(아파트)의 공급가격에 대하여 특별히 규정하지 않고 있다. 다만, 특별한 경우 분양가격을 제한하는 규정만 있을 뿐이다. 「주택법」 제38조의 2는 일반에게 공급되는 공동주택은 이 법령 기준에 따라 산정한 분양가격 이하로 공급가격을 결정해야 한다는 규정으로 분양가상한제도라고 한다. 분양가상한제도에서 분양가격은 택지비, 건축비, 가산비용으로 구성된다고 정의하고, 공공택지와 민간택지로 구분하여 산정하여 각 산정방법을 통제하고 있다. 대규모 택지개발지구에서 주택을

공급할 경우 분양가상한제 적용주택의 분양가격 산정방식은 분양가격을 결정하는데 객관적인 지침으로 적용될 수 있다. 분양가 상한제 적용주택의 택지비와 건축비는 다음과 같이 산정한다.

공공택지에서 분양하는 아파트의 택지비는 「택지개발촉진법」이나 「도시개발법」에 따른 해당 택지의 공급가격에 건설교통부령이 정하는 택지와 관련된 비용을 가산한 금액으로 한다. 민간택지에서 분양되는 아파트는 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따라 감정평가한 금액에 건설교통부령이 정하는 택지와 관련된 비용을 가산한 금액으로 한다.

건축비는 기본형 건축비(지상층 건축비 + 지하층 건축비)에 건축비가산비를 합하여 산정한다. 공사비, 직접공사비, 간접공사비, 설계비, 감리비, 부대비로 분류되고 공시항목은 공공택지는 61개 항목이고 민간택지는 7개 항목이다.

지상층건축비의 범위는 지상에 설치되는 제반시설 또는 설비의 건축비를 의미한다. 지상에 설치되는 주거시설, 복리시설, 관리사무실 등 제반시설 및 설비의 공사비, 설계·감리비(설계·감리비는 지상·지하층 포함) 및 부대비용과 지하에 설치되는 시설 및 설비중에서 지상층을 지원하는 부분(기계실의 기계장비, 공동구를 통과하는 배선등을 포함한다. 산정방식은 국토교통부장관이 고시한 주거전용면적별 최고층수에 해당하는 단가에 해당주택의 공급면적을 곱하여 산정하고 구성항목은 공사비, 설계·감리비, 부대비로 구성된다.

‘공사비’는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 등에 기초하여 직접공사비, 간접공사비, 일반관리비 및 이윤(기업의 본사관리비 및 영업이익) 등을 포함한다.

‘직접공사비’는 해당 시설물의 시공에 소요되는 재료비, 직접노무비, 직접공사경비의 합계액이고, 간접공사비는 간접노무비, 보험료, 기타경비 등을 비롯하여 공사의 시공을 위하여 현장관리 등에 소요되는 법정 경비 등이다.

‘설계·감리비’는 건축사법에 의한 공동주택 설계용역에 소요되는 설계비

및 「주택법」에 의한 시공단계의 감리비다.

‘부대비용’은 주택사업을 시행함에 있어 분양을 위한 모델하우스시설 등 분양시설경비와 택지내의 제인입비용 및 건물보존등기비 등이다.

‘지하층건축비’는 주택관련 법령 및 기준 등에 의해 지하에 설치되는 제반 시설물의 건설에 소요되는 비용을 지하층 면적을 기준으로 산출한 금액으로 지하에 설치되는 제반시설 및 설비(지하주차장, 전기실, 기계실, 오수정화조, 지하저수조, 피트층 등)의 공사비, 지하층 각 부위별 고유기능을 유지하기 위해 설치되는 기계 전기 및 통신설비 등이다.

### 3. 이주자주택과 이주자택지의 공급가격 결정방식

이주대책은 사업시행자가 대규모 부동산개발사업을 위해 토지 등을 수용할 때 토지보상법에 따라 수립한다. 실시방법은 이주정착지와 이주자택지를 조성·공급하는 방법, 이주자주택을 공급하는 방법, 이주정착금을 지급하는 방법으로 개발사업의 여건에 따라 구분하여 시행한다. 하지만 이 방법들은 토지보상법 시행령 제40조 제2항에 따라 서로 완전히 대체된다. 따라서, 생활기본시설 설치비의 사업시행자 부담 규정은 조성된 택지의 공급가격에만 일부 관련될 뿐 그 이후에 진행되는 주택건설 사업과는 아무런 연관성이 없는 것이다.

## 제3장 생활기본시설설치비 반환 관련 판례 고찰

### 제1절 2007다63089 전원합의체 판결

#### 1. 원심의 판단

##### 1.1 사실관계

원고들이 거주하던 고양시 일산구 풍동 3,5통은 2000. 10. 25. 피고가 고양시 일산구 풍동 및 식사동 일대를 사업지구로 하여 시행하는 고양 풍동지구택지개발사업지구에 편입되었다. 위 택지개발사업(이하 ‘이 사건 택지개발사업’이라 한다)은 2006. 12. 31.경 모두 완료될 예정이었다.

피고 대한주택공사(이하 ‘피고’라고 한다)는 이 사건 택지개발사업 지구에 편입됨에 따라 그 소유 주택 또는 토지 등이 수용되어 생활근거지를 잃게 된 원고들에 대한 이주대책의 일환으로 원고들에게 이 사건 택지 개발사업의 시행으로 사업지구 내에 건설될 주공아파트를 일반분양조건과 동일하게 특별공급하기로 하고, 원고들에게 2003. 12. 15.부터 같은 달 17.까지 특별공급하는 아파트에 대한 분양계약을 체결하도록 하였으나 분양금액 등에 대한 원고들의 민원 제기 등으로 계약금 일부 및 중도금을 잔금으로 대체하는 공급조건을 일부 변경하면서 수차 계약체결기간을 연장하였고, 그 후 피고가 2004. 6. 11.경 원고들에게 최종적으로 특별공급 아파트에 대한 계약체결을 2006. 6. 14.부터 같은 달 28.까지 하지 않을 경우 미계약 세대에 대하여는 계약의사가 없는 것으로 간주하여 일반분양하겠다고 최고하였다.

이에 원고들은 2004. 6. 22.경 피고에게 특별공급 아파트에 대한 피고의 공급가격 및 조건에 승복하는 것이 아니라는 취지의 통지를 한 다음,

2004. 6. 28.경 피고와 사이에 각 특별공급 아파트에 대한 분양금액을 일반 분양가와 동일한 금액으로 하여 각 아파트분양계약을 체결하였다. 즉, 원고들이 분양받을 수 있는 특별공급아파트는 110.7837㎡(33평)형과 98.97587㎡(29평형)이 있었는데, 원고 27과 원고 52만 98.9587㎡(29평)형을 분양받고, 나머지 원고들은 모두 110.7837㎡(35평)형을 분양받았다.

한편, 원고들은 위 각 분양계약체결 당시 피고에게 계약금으로 각 500만 원을 지급한 것을 비롯하여 2007. 2. 21.까지 피고에게 계약서상 분양대금에 상당하는 금액을 분양대금으로 실제 지급하였다.

## 1.2 원고의 청구

사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있는 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(2007. 10. 17. 법률 제 8665호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공익사업법’이라 한다) 제78조 제1항과 이주대책의 내용에 관하여 규정하고 있는 제4항은 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 강행법규이다.

따라서 사업시행자에게는 이주대책을 수립·실시할 의무가 있으며, 그 내용에는 생활기본시설이 포함되어야 하고 설치비용은 사업시행자가 부담하여야 한다. 택지개발지구 내의 주택을 공급하는 특별공급의 경우에도 이주자들에게 택지의 소지(素地)가격 및 택지조성비, 건축비 원가만을 부담시키는 것이 타당하다.

## 1.3 원심법원의 판단

구 공익사업법에서 규정하는 이주대책은 공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 이주자들을 위하여 사업시행자가 ‘기본적인 생활시설이 포함된’ 택지를 조성하거나

그 지상에 주택을 건설하여 이주자들에게 이를 ‘그 투입비용 원가만의 부담하에’ 개별 공급하는 것으로서, 그 본래의 취지에 있어 이주자들에게 대하여 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 ‘생활보상’의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.

구 공익사업법 제78조 제1항 및 제4항의 내용에 비추어볼 때 사업시행자가 이주자들을 위한 이주대책으로서 이주정착지에 택지를 조성하거나 그 지상에 주택을 건설하여 공급하는 경우 그 이주정착지에 대한 도로, 급수 및 배수시설 기타 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설이 설치되어 있어야 하고, 또한 그 공공시설 등의 설치비용은 사업시행자가 부담하는 것으로서 이를 이주자들에게 전가할 수는 없다.

이주자들에게는 다만 분양받을 택지의 소지(素地)가격 및 택지조성비, 그리고 지상에 주택을 건설하여 공급하는 경우 건축원가만을 부담시킬 수 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이와 같은 규정들은 그 취지에 비추어볼 때 당사자의 합의로도 그 적용을 배제할 수 없는 강행법규이다.

피고는 그 소유주택 또는 토지 등이 이 사건 택지개발사업지구내에 편입됨에 따라 생활근거지를 잃게 된 원고들에 대한 이주대책으로 새로운 이주택지를 조성하여 공급하는 대신 원고들에게 이 사건 택지개발사업의 시행으로 사업지구내에 건립될 주공아파트를 특별공급하기로 하고 원고들과 사이에 이 사건 각 아파트에 대한 분양계약을 체결하면서 그 분양대금을 일반 수분양자들과 동일하게 정하였는바, 이와 같은 분양대금 및 조건에 의한 분양계약은 앞서 본 법리에 비추어 강행법규인 공익사업법에 위반되어 무효라고 할 것이다. 분양계약의 체결 경위 등에 비추어 보면, 원고들은 위와 같은 무효 부분이 없더라도 피고와 이 사건 각 아파트에 대하여 택지 소지가격 및 택지조성비, 건축비의 원가만을 포함하는 정당한 분양대금에 의한 분양계약 자체는 체결하였으리라고 보이므로 이 사건 각 분양계약 중 무효인 분양대금 부분을 제외한 나머지 부분은 유효하다.

따라서 특별공급 아파트 110.7837㎡(33평)형의 정당한 분양대금은

택지의 소지가격 및 택지조성비, 건축비 원가를 합한 59,398,594원이다. 98.9587㎡(29평)형의 정당한 분양대금은 마찬가지로 택지의 소지가격 및 택지조성비, 건축비 원가를 합한 52,956,628원이다. 피고는 2007. 2. 21.까지 기지급된 분양금에서 정당한 분양대금을 제외한 금액 상당의 부당이득을 얻었기 때문에 이를 원고에게 각 반환할 의무가 있다.

## 2. 대법원의 판단

### 2.1 다수의견

구 공익사업법 제78조 제1항은 사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있고, 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령」(2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공익사업법 시행령’이라 한다) 제40조 제2항은 “이주대책은 건설교통부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책대상자 중 이주를 희망하는 자가 10호 이상이 경우에 수립·실시한다.

다만 사업시행자가 「택지개발촉진법」 또는 「주택법」 등 관계 법령에 의하여 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우(사업시행자의 알선에 의하여 공급한 경우를 포함한다)에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다.”고 규정하고 있으며, 한편 구 공익사업법 제78조 제4항 본문은 “이주대책의 내용에는 이주정착지에 대한 도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다.”고 규정하고 있다.

위 각 규정을 종합하면 사업시행자가 구 공익사업법 시행령 제40조 제2항 단서에 따라 「택지개발촉진법」 또는 「주택법」 등 관계 법령에 의하여 이주대책 대상자들에게 택지 또는 주택을 공급(이하 ‘특별공급’이라 한다)하는 것도 구 공익사업법 제78조 제1항의 위임에 근거하여 사업



시행자가 선택할 수 있는 이주대책의 한 방법이므로, 특별공급의 경우에도 이주정착지를 제공하는 경우와 마찬가지로 사업시행자의 부담으로 같은 조 제4항이 정한 생활기본시설을 설치하여 이주대책대상자에게 제공하여야 한다고 보아야 하고, 이주대책 대상자들이 특별공급을 통해 취득하는 택지나 주택의 시가가 공급가액을 상회하여 그들에게 시세 차익을 얻을 기회나 가능성이 주어진다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있는 구 공익사업법 제78조 제1항과 이주대책의 내용에 관하여 규정하고 있는 제4항은 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 강행법규이다.

만일 이주대책대상자들과 사업시행자 또는 그의 알선에 의한 공급자에 의하여 체결된 택지 또는 주택에 관한 특별공급계약에서 구 공익사업법 제78조 제4항에 규정된 생활기본시설 설치비용을 분양대금에 포함시켜 이주대책대상자들이 생활기본시설 설치비용까지 사업시행자 등에게 지급하게 되었다면, 사업시행자가 직접 택지 또는 주택을 특별공급한 경우에는 특별공급계약 중 분양대금에 생활기본시설 설치비용을 포함시킨 부분이 강행법규인 위 조항에 위배되어 무효이고, 사업시행자의 알선에 의하여 다른 공급자가 택지 또는 주택을 공급한 경우에는 사업시행자가 위 규정에 따라 부담하여야 할 생활기본시설 설치비용에 해당하는 금액의 지출을 면하게 되어, 결국 사업시행자는 법률상 원인 없이 생활기본시설 설치비용 상당의 이익을 얻고 그로 인하여 이주대책대상자들이 같은 금액 상당의 손해를 입게 된 것이므로, 사업시행자는 그 금액을 부당이득으로 이주대책대상자들에게 반환할 의무가 있다.

다만 구 공익사업법 제78조 제4항에 따라 사업시행자의 부담으로 이주대책 대상자들에게 제공하여야 하는 것은 위 조항에서 정한 생활기본시설에 국한되므로, 이와 달리 사업시행자가 이주대책으로서 이주정착지를 제공하거나 택지 또는 주택을 특별공급하는 경우 사업시행자는 이주대책 대상들에게 택지의 소지가격 및 택지조성비 등 투입비용의 원가만을

부담시킬 수 있고 이를 초과하는 부분은 생활기본시설 설치비용에 해당 하는지를 묻지 않고 그 전부를 이주대책 대상자들에게 전가할 수 없다는 취지로 판시한 종래 대법원 판결들을 변경하도록 한다.

## 2.2 별개의견 1(대법관 김능환)

구 공익사업법 제78조 제4항 ‘이주대책의 내용’에는 생활기본시설이 포함되어야 한다. 하지만 구 공익사업법 규정이나 동법 시행령에는 생활 기본시설의 구체적인 내용에 대한 언급이 없다. 현재의 공익사업법 시행령은 2008년 이후로 제41조의2 제1항에서 생활기본시설의 범위를 도로, 상수도 및 하수처리시설, 전기시설, 통신시설, 가스시설 등으로 규정하고 있다. 하지만 원고들과 피고 사이의 아파트 분양계약은 2004년 6월 28일에 체결되었으므로 위 시행령 조항의 적용 여지는 없고 따라서 이주대책의 본질을 살펴 생활기본시설의 범위를 결정하여야 한다.

공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 이주자들은 종전의 생활근거를 상실하게 된다. 따라서 이주자들의 생활상태를 원상회복하도록 하고 동시에 인간다운 생활을 보장하기 위하여 생활보상을 하는 것이 생존 권적 기본권 보장의 이념에 부합한다. 이것이 구 공익사업법 제78조 제4항 취지로서 강행규정으로 보는 것이 타당하다.

하지만 만일 구 공익사업법 제78조 제4항의 생활기본시설을 「주택법」 제23조의 간선시설로 보게 되면, 「주택법」 규정은 주택단지 전체를 기준으로 하고 따라서 일반분양자와 이주대책대상자를 구별하여 취급하지 않기 때문에 이주대책 대상자들에 생활보상을 하고자 하는 구 공익사업법 제 78조 제4항의 입법 취지가 몰각된다.

따라서 다수의견처럼 항목에 있어서 생활기본시설을 간선시설로 볼 수밖에 없다 하더라도 주택단지 밖의 기간시설부터 이주대책대상자에게 공급되는 주택까지의 시설 설치비용은 사업시행자가 부담해야 한다. 또한 주택의 분양가에 포함된 이윤 역시 이주대책대상자에게 부담시킬 수 없

다고 보는 것이 구 공익사업법 제78조 제4항의 취지에 부합하는 해석이다.

## 2.3 별개의견 2(대법관 양창수, 대법관 신영철, 대법관 민일영)

구 공익사업법 제78조 제4항에서는 이주대책으로서 이주정착지를 제공하는 경우 사업시행자가 생활기본시설 설치비용을 부담해야 한다고 정하고 있다. 또한 구 공익사업법 시행령 제40조 제2항은 이주대책을 수립·실시하여야 하는 경우를 규정한 본문과 그 예외를 규정한 단서로서 구성되어 있다. 이러한 조문의 체계를 볼 때 특별공급의 경우에는 별도의 이주대책이 필요하지 않은 것으로 해석된다.

이주정착지의 경우, 이주자들이 종전에 거주하던 생활상태의 원상회복을 위해 생활기본시설을 사업시행자의 비용으로 설치할 필요가 있다. 하지만 특별공급의 경우, 통상적으로 공급되는 택지 등에 수반하여 복리시설, 편의시설이 신설되고 택지 등의 주변 여건이 정비되어 생활환경이 개선된다.

이 경우에도 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하게 되면 이주대책대상자는 설치비용과 택지 또는 주택의 공급사업 및 생활시설의 정비 등에 의해 발생하는 개발이익까지 누리게 된다. 이는 생활상태의 회복이라는 이주대책의 본래 취지를 넘어서는 것으로서 이주대책과 특별공급 사이의 차별의 합리성이 인정된다. 실제로도 특별공급 분양가격 상한제도 등으로 인하여 상당수가 시세차익을 보장받기 때문에 이주대책 대상자들은 특별공급을 더 선호한다.

따라서 설치비용을 포함한 분양가로 택지 또는 주택을 공급하여도 이주대책의 제도적 취지에 반하지 않는다. 그렇다면 시행령 단서에 따라 택지 또는 주택을 특별공급한 경우 별도의 이주대책을 수립할 필요가 없고, 사업시행자는 특별공급한 택지 또는 주택에 대하여 그것이 이주정착지임을 전제로 생활기본시설을 설치해 줄 의무가 없다.

## 제2절 대상판결에 표출된 관련 규정의 해석론

### 1. 이주대책과 특별공급의 관계 설정의 난점

#### 1.1 대법원 다수의견

대법원 다수의견은 특별공급을 이주대책의 한 방법으로 보고 있다. 다수의견은 “위 각 규정을 종합하면 사업시행자가 구 토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서에 따라 택지개발촉진법 또는 주택법 등 관계 법령에 의하여 이주대책대상자들에게 택지 또는 주택을 공급하는 것도 구 토지보상법 제78조 제10항의 위임에 근거하여 사업시행자가 선택할 수 있는 이주대책의 한 방법”이라고 하여 이주대책이 특별공급을 포함하는 관계에 있음을 명시적으로 밝히고 있다. 특별공급이 이주대책과 전혀 별개의 제도가 아니라 이의 한 방법이므로, 토지보상법 제78조 제1항의 위임을 받아 토지보상법 시행령 제40조 제2항에서 정하고 있다는 것이다.

따라서 이주대책의 한 방법인 특별공급의 경우에도 이주대책을 수립 및 실시할 것이기 때문에 토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서 “사업시행자가 「택지개발촉진법」 또는 「주택법」 등 관계 법령에 따라 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우(사업시행자의 알선에 의하여 공급한 경우를 포함한다)에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다.”는 규정을 ‘이주대책을 수립·실시한 것이다.’라는 의미로 이해할 수 있다. 그러므로 대법원 다수의견에 따르면 이주대책에 있어 생활기본시설 설치비용 부담주체를 정하고 있는 토지보상법 제78조 제4항은 이주대상자에 대한 택지나 주택을 특별공급하는 경우에도 적용되어 사업시행자가 생활기본시설 설치비용을 부담하게 된다.

## 1.2 대법원 별개의견

대법원 별개의견은 이주대책과 특별공급을 별개의 독립된 제도로 보고 있다. 별개의견은 “한편 시행령 단서 중 사업시행자가 특별공급한 경우에 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다는 내용은 1989. 1. 24. 개정된 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 시행령」(대통령령 제 12609호) 제5조 제5항 단서로 처음 규정되었다가 1992. 5. 22. 개정된 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 시행령」(대통령령 제 13649호)으로 특별공급에 사업시행자의 알선에 의한 경우도 포함되는 것으로 개정되었는데, 이와 같이 시행령 단서를 두어 이주대책으로서 특별공급을 이주정착지의 제공과 달리 취급”이라고 하여 이주정착지를 제공하는 이주대책과 특별공급을 구분한다. 이를 전제로 특별공급의 경우에는 토지보상법 제78조 제4항이 적용되지 않기 때문에 생활기본시설 설치 비용을 사업자가 부담할 필요가 없다고 판단하고 있는 것이다.

따라서 이주대상자에 대한 택지나 주택의 특별공급이 이루어진 경우, 사업시행자가 이주대책으로서 이주정착지를 제공한 것과 같다고 할 수는 없지만 더 이상 별도의 이주대책은 필요 없다는 것이 토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서의 내용이고, 이 둘은 서로 선택적 관계에 있다는 것이 별개의견의 입장이다.

## 2. 법 제78조와 동법 시행령 제40조 및 제41조의2 체계의 해석

토지보상법 제78조 제1항에서는 사업시행자에게 이주대책을 수립, 실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다고 정하고 있다. 그에 따라 동법 시행령 제40조에서는 ‘이주대책의 수립·실시’에 관한 구체적인 사항을 정하고 있다. 그중에서도 동법 시행령 제40조 제2항에서는 “다만, 사업시행자가 「택지개발촉진법」 또는 「주택법」 등 관계 법령에 따라 이주

대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우(사업시행자의 알선에 의하여 공급한 경우를 포함한다)에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다.”고 하여 특별공급에 대해 규율하고 있다.

토지보상법 제78조 제4항에서는 이주대책의 내용에 이주정착지에 대한 생활기본시설이 포함되어야 하며 그 비용을 사업자가 부담하도록 하고 있다. 동법 시행령 제41조의2 제1항에서는 통상적인 수준의 생활기본시설에 해당하는 것들을 밝히고 있다. 동법 제78조 제8항에서는 생활기본시설에 필요한 비용의 기준을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동법 시행령 제41조의2 제2항에서는 일정한 계산식을 통해 비용을 산정하도록 하고 있다.

앞에서 본 바와 같이 포함설의 경우에는 특별공급이 사업시행자가 선택하는 이주대책의 한 방법에 해당하기 때문에 시행령에서 특별공급에 관해 규정한다 하여도 문제가 되지 않는다. 하지만 선택설의 경우 토지보상법 시행령 제40조 제2항은 법률의 위임 없이 별개의 제도인 특별공급에 대해 정하고 있어 위임입법의 한계를 벗어났다고 지적할 수 있다.

## 2.1 포함설의 관점

포함설의 관점에서 본다면 토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서에서 규정하고 있는 특별공급은 동법 제78조에서 규율하고 있는 이주대책의 일환이다. 따라서 토지보상법 제78조 제1항에서 이주대책의 수립·실시와 관련된 사항을 대통령령에 위임하고 있고, 이에 따라 동법 시행령 제40조 제2항에서 특별공급에 관해 규정하고 있는 것은 위임입법의 범위 내의 것이라고 할 수 있다. 따라서 이 견해에 의하면 토지보상법 제78조는 특별공급의 법적 근거가 될 수 있으며, 선택설이 주장하는 위임입법의 한계의 문제도 발생하지 않는다고 주장할 수 있다.

## 2.2 선택설의 관점

이주대상자에 대한 택지나 주택의 수분양권을 부여하는 내용의 특별공급과 이주정착지 제공을 내용으로 하는 이주대책은 별개의 독립된 제도라는 선택설의 입장에 따를 때, 이주대책은 토지보상법 제78조에 근거하여 시행되는 것인 반면, 특별공급은 법적 근거가 없고 동법 시행령 제40조 제2항 단서에 의해 시행되는 제도가 된다.

토지보상법 제78조 제1항은 이주대책 실시의무를 규정하면서 시행령에 이주대책에 관한 사항을 정하도록 위임하고 있으나 동법 시행령 제40조 제2항 단서는 사업시행자가 「택지개발촉진법」 또는 「주택법」 등 관계 법령에 따라 이주대책대상자에게 ‘사업시행지구 내’의 택지 또는 주택을 공급한 경우에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다고 규정하였다.

즉, 모법에서 위임한 범위를 넘어 별개의 제도인 특별공급에 대해 정하고 있는 것이다. 따라서 동법 시행령 제40조 제2항 단서가 위임의 범위를 넘는 것으로 판단된다면 이는 위헌적인 규정으로 무효가 되고, 특별공급은 그 법률적 근거를 상실하게 된다.

이에 대해 특별공급은 제도의 도입 당시부터 법률이 아니라 시행령에 근거해 운영되었으며, 법원도 판례를 통해 오랫동안 적법한 제도로 인정하고 있다는 점을 근거로 하여 현행의 법체계에 반하지 않는다는 입장이 있다. 더구나 택지나 주택의 특별공급이 이주대책에 비해 이주대상자에게 유리하여 이주대상자 측에서도 더 선호되어 온 것이 현실이다. 토지보상법 제40조 제2항 단서는 비록 모법의 위임이 없으나 이주대책대상자들에게 침익적인 것이 아니라 오히려 수익적인 내용을 규정한 것이기 때문에 동조가 법률의 위임범위 내에 있는 것으로 해석할 수 있어서 합헌적이라는 것이다.<sup>42)</sup>

---

42) 김종보, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구 제28호, 행정법이론실무학회, 2010, 174면

### 3. 선택적인 관계에 있는 이주대책과 특별공급

이른바 이주대책과 특별공급에 대한 포함설과 선택설은 모두 현행 토지보상법의 해석론이 될 수 있지만, ‘이주대책’의 의미와 토지보상법 제78조 제4항, 토지보상법 시행령 제40조 제2항 등 전반적인 토지보상법 체계와의 유기적인 관계, 나아가 이주대책보다는 특별공급으로 생활보상이 더 많이 이루어지고 있다는 현실까지 고려한다면 이주대책과 특별공급이 택일적인 관계에 있다는 선택설의 입장이 보다 타당하다고 할 것이다.

#### 3.1 현행법령의 체계

토지보상법 제78조 제4항에서는 이주대책의 내용을 ‘이주정착지 상의 생활기본시설 설치의무’를 규정하고 있는데, 이는 이주정착지가 이주대책의 중요한 개념징표가 된다는 것을 뜻한다. 즉, 이주대책은 반드시 ‘이주정착지’에 수립하고 실시해야 한다는 것이다. 토지보상법 시행령 제40조 제2항은 이주정착지가 해당 사업지구 ‘인근’에 있음을 전제로 하여 당해 사업지구 안에 조성하는 택지나 주택으로 생활보상을 하는 것은 이주대책의 규율대상이 아님을 간접적으로 드러내고 있다.

당해 사업지구 안의 택지나 주택을 조성하여 이를 제공하는 것은 특별공급에 해당하기 때문에 이주대책과 특별공급은 서로 중첩될 수 없는 제도라고 보는 것이 타당하며, 특별공급이 이주대책의 ‘한 종류’라고 보는 포함설은 토지보상법 및 동법 시행령의 해석상 지지되기 어렵다고 해야 한다.

위와 같은 이주정착지의 개념을 제외하고도 토지보상법 제78조 제2항 및 제3항에서 자치단체장과 협의해야 하는 이주대책이나 국민주택기금의 지원을 받을 수 있는 이주대책은 특별공급을 포함하지 않는 이주대책만을 의미하며 포함설로는 이에 대한 설명이 공색하다.



또한 이주정착지 ‘안’의 택지나 주택의 취득 또는 특별공급에 의한 택지나 주택의 취득에 소요되는 비용은 이주대책 대상자의 희망에 따라 지급받을 보상금과 상계할 수 있도록 규정한 토지보상법 시행령 제40조 제4항 등도 법이 이주대책과 특별공급이 별도의 개념이라고 인식하고 있는 단서로 볼 수 있다.

### 3.2 생활보상의 현실

특별공급이 이주대책에 포함되는 제도가 아니라 이주대책에 갈음하여 규정된 별개의 제도라고 보는 것이 타당한 이유는 단지 현행법의 문리 해석에만 근거한 것은 아니다. 여기에는 이주대책과 특별공급이 택일적 관계에 있다고 보아야 이주대책에 부여되는 이익으로 특별공급에서 부여되는 이익의 상한을 제한해야 하는 현실적인 필요성도 존재한다.

특별공급이라는 제도는 토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서에서 사업의 성격상 당해 사업지구 내에서 주택이나 택지를 공급할 수 있는 사업에서 이주대책 및 면제사유, 이주정착금으로 구성되는 이주대책제도에 갈음하여 시행되는 생활보상의 수단이다.

최근에 택지개발촉진법 등에 의한 택지개발사업이 일반화되면서 택지개발사업의 시행자가 당해 사업지구 인근의 토지를 매입하여 별도의 이주정착지를 조성하는 대신 당해 사업장의 택지나 주택을 공급하는 것이 보다 간명하게 생활보상을 하는 방식이라는 인식이 확산되기 시작했다.

이에 대한 법적 근거가 필요해지자 1989년 공특법 개정을 통해 사업시행자가 「택지개발촉진법」 등의 관계법령에 의하여 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우에는 이주대책을 수립한 것으로 간주하게 되었다. 이와 같이 주택법, 택지개발촉진법 등 관계법령에 의해 이주대상자에게 택지 또는 주택을 공급하는 방식에 대해서 법령적인 근거가 마련되자 택지개발사업에 수반되는 생활보상은 이주정착지로 대표되는 이주대책보다 사업시행지구 내의 특별공급으로 이루어지는 것이 일반적인 현상이 되었다.

해당사업지구 인근의 별단의 토지에 이주정착지를 조성하는 경우의 사업시행자가 부담해야 하는 생활기본시설 설치의무의 크기가 당해 사업지구 내의 택지나 주택을 조성해서 제공하는 경우의 사업시행자가 부담하는 생활기본시설 설치의무의 크기와 같을 수는 없다고 해야 한다.

특히 사업시행자의 생활기본시설 설치의무와 관련하여 이주대책과 특별공급으로 제공되는 택지나 주택이 서로 공급조건이 다름에도 불구하고 법령상으로 이주대책 대신 특별공급을 선택할 수 있는 요건이 정치하게 정해져 있지도 않다. 특별공급을 선택할 경우에는 이주대책과 등가관계가 있는 이주정착금 등의 보상 조항이 생략되어 있는 등의 사정에도 불구하고 관련 당사자들에 의한 특별공급과 관련된 법제의 정비 요구가 없었던 점을 당사자가 이 제도를 선호한 이유와 연관시켜서 생각해볼 필요가 있다.

과거 부동산 가격 상승시기에는 이주대상자 입장에서는 이주정착지로 이주하는 것보다는 사업시행지구 안의 택지나 주택을 공급받는 것이 추후에 전매차익을 얻을 가능성을 추가로 확보할 수 있다는 점 등에서 경제적으로 더 큰 이익이 되며, 사업시행자는 사업시행지구 인근에 이주정착지를 추가적으로 매입하여 생활기본시설 등을 설치해야 하는 부담을 덜 수 있다는 점에서 모두에게 편리하고 유리한 제도로 인식되었다.

이주대책에 갈음하는 특별공급을 둘러싼 이러한 현실적인 상황이 이주대상자에게 이미 헌법 제23제 제3항에 규정하는 정당한 보상을 상회한 경제적 보상이 이루어졌다는 것으로 볼 여지가 있다. 택지개발사업에서 토지나 주택소유자는 이주대책이나 특별공급 등의 생활보상을 받기 전에 이미 재산상 손실에 대해 전액 보상받고 사업지구 내의 토지나 주택과의 물권적 권리관계에서 벗어나게 된다. 도시개발법상 환지방식과는 달리 토지가 감보되는 등의 불이익도 받지 않기 때문에 경제적 손실이 거의 없다고 보아도 무방하다.

또한 이주대상자들은 택지개발사업이나 도시 및 주거환경정비법으로 시행되는 여러 사업과 달리 사업 진행을 위하여 비용을 부담하지도 않는다.

결국 이주대책에 갈음해서 주어지는 특별공급으로 인해서 이주대상자들은 사업비용을 분담하지는 않고 개발이익만을 누릴 수 있는 혜택이 주어지는 것이다.

이러한 개발이익은 대부분 단기간에 전매되는데, 수분양권의 양도와 양소득세액의 계산방법에 관하여 대법원은 전매로 발생하는 경제적 이익은 택지나 주택의 양도차익으로 추산하는 것을 원칙으로 하는 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>43)</sup> 헌법재판소도 이주대책은 헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’에 포함되는 것이라기보다는 정당한 보상에 ‘부가’하여 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려로 마련된 제도라고 보고 있다.<sup>44)</sup>

현행 토지보상법이 특별공급을 받는 이주대책 대상자들에게 개발이익에 추가해서 또다시 공급가액 안에 포함된 생활기본시설 설치비용을 감액하도록 정하고 있는 것이라면, 이는 여타의 이주대책 대상자보다 더 많은 개발이익을 누리고 있는 특별공급대상자에게 과도한 혜택을 부여하는 것이 되기 때문에 타당하지 못하다.<sup>45)</sup>

이와 같은 현실적인 맥락을 고려해보건대, 특별공급을 이주대책과 선택적인 관계로 파악하면서 두 가지 생활보상 방식으로부터 얻을 수 있는 혜택의 크기를 비슷한 수준으로 맞추어갈 필요가 있다.

### 3.3 소결

토지보상법 제78조 제8항 및 동법 시행령 제41조의 제2항 간의 위임관계를 포함하여 이주정착지의 개념을 규정하고 있는 동법 제78조 제4항 및 동법 시행령 제40조 제2항, 이외에도 동법 제78조 제2항 및 제3항,

---

43) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95누17007 판결

44) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마19 전원재판부

45) 심원태·이수안, “정당한 분양가 산정 기준으로서 이주대책과 특별공급의 관계”, 법학평론 제4권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2013, 464

동법 시행령 제40조 제4항 등의 관련 법령에서는 선택설의 입장에서 이주 대책과 특별공급이 별도의 제도라는 것을 전제하고 있는 것으로 보인다.

또한 사업시행자와 이주대상자들이 전형적인 이주대책의 방식이 아닌 특별공급의 방식을 선호하게 된 연혁적인 이유도 선택설이 입론되어야 하는 당위성이 현실적으로 뒷받침하고 있다. 이주대책과 특별공급을 선택적인 관계로 보아 특별공급 대상자들이 재산권 보상 이외에 받는 혜택의 크기를 이주대책 대상자들이 받는 혜택의 크기의 정도로 산정할 현실적인 필요가 있기 때문이다.

## 4. 토지보상법 제78조 제4항의 해석

### 4.1 2007년 개정 내용

토지보상법 제78조 제4항에서 규정하고 있는 이주대책 수립의무의 해석과 관련하여 해당 법조문의 개정 연혁을 살펴보면, 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정된 부분이 이주대책과 특별공급의 관계를 규명하는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전과 후의 토지보상법 제78조 제4항은 아래와 같다.

[표3-1] 토지보상법 제78조 개정 전·후의 비교

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 [법률 제6916호, 2003. 5. 29. 타법개정]	공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 [법률 제8665호, 2007. 10. 17. 일부개정]
제78(이주대책의 수립 등) ④이주대책의 내용에는 이주정착지에 대한 도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본 시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다. 다만, 행정청이 아닌 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다.	제78조(이주대책의 수립 등) ④이주대책의 내용에는 이주정착지(이주대책의 실시로 건설하는 주택 단지를 포함한다)에 대한 도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본 시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다. 다만, 행정청이 아닌 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다. <개정 2007.10.17.>

위에서 볼 수 있듯이 2007년 개정으로 인해 ‘이주정착지’를 부연설명하기 위해서 “이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한다”는 괄호 문구가 삽입되었다. 이와 같은 법 개정은 개정 전 법률의 규정과 비교해 보았을 때에 ‘이주대책’과 ‘이주정착지’라는 개념 요소 사이의 관계를 잘 드러낸다. 토지보상법 제78조 제4항은 이주대책의 실시로 건설하는 주택단지가 마련되는 경우에도 이것이 이주대책의 일환으로 건설되는 것이라면 사업시행지구 ‘외부’에 건설되어야 한다는 전제하에 마련된 것임을 알 수 있다.

## 4.2 이주대책과 이주정착지의 관계

토지보상법 시행령 제40조 제2항에서는 국토교통부령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 이주대책을 수립하거나 실시하지 않을 수 있다고 규정하면서, 동법 시행규칙 제53조 제1항 제1호를 통해 ‘공익사업시행지구의 인근에 택지 조성에 적합한 토지가 없는 경우’를 이주대책을 수립할 수 없는 부득이한 사유로 상정하였다.

관련 법령을 종합해볼 때, 입법자는 이주대책이 ‘택지 조성에 적합한 토지’, 즉 이주정착지를 마련할 수 있음을 전제로 하여 수립되는 것이며, 이때 이주정착지는 공익사업시행지구 그 자체가 아닌 ‘인근’에 마련될 것을 예정하고 있는 것이다. 생활기본시설 설치의무를 규정하고 있는 토지보상법 제78조 제4항의 적용대상은 공익사업시행지구 ‘인근’에 ‘이주대책’의 일환으로 마련한 토지에 관한 것이며, 사업시행지구 ‘내부’에 건설되는 주택단지가 아니다.

이와 관련하여 대전고등법원 2009. 9. 11. 선고 2008나9738 판결은 주거환경개선사업이 ‘당해 사업장’에서 특별공급을 규정하고 있다고 보아 생활기본시설 설치비용에 대한 토지보상법의 적용을 부인한 바 있다. 토지보상법 생활기본시설 설치비용을 사업시행자에게 부담시키고 있는 여러 조항들은 생활보상 대상자들에게 당해 사업장에서 건설하는 주택을 공급

하는 이른바 ‘특별공급’을 전제로 한 것이 아니기 때문에 토지보상법의 관련 규정을 적용할 수 없다는 것이다.

위의 대전고등법원 판결에 대한 상고심에서 대법원은 심리불속행 기각 판결을 하였다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다80996 판결). 이에 앞서 대구고등법원 2009. 5. 29. 선고 2007나8114 판결에서도 같은 취지로 판단한 것으로 보아 토지보상법 제78조 제4항의 적용대상을 두고, 사업시행지역 외부에 이주정착지를 마련하여 제공하는 이주대책에만 적용될 수 있다고 보는 해석론이 고등법원 및 대법원의 기존 입장과 크게 배치되지 않는 것으로 보인다.

### 4.3 개정의 의의

2007년 토지보상법 일부개정으로 동법 제78조 제4항은 ‘이주정착지’를 ‘이주대책의 실시로 건설하는 주택단지’를 포함한다고 상세히 규정하게 되었다. 개정으로 들어간 괄호 안의 내용 중에서 특히 주목해야 하는 부분은 이주정착지를 제공함에 있어서 주택단지의 형태로 제공할 수 있되, 이것이 ‘이주대책’의 한 방법으로 건설되어야 한다는 점이다.

이는 위에서 살펴본 바와 같이 이주대책의 내용에 따라 생활기본시설을 설치해야 하는 대상지인 ‘이주정착지’가 사업시행지구 ‘인근’의 토지에 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(토지보상법 제78조 제1항)들이 이주할 수 있도록 마련한 별도의 토지를 지칭하는 것을 전제로 한다.

물론 특별공급을 이주대책의 한 방법으로 보는 포함설의 입장에서는 토지보상법 제78조 제4항의 개정으로 인해 두 제도가 포함관계에 있음을 더욱 명확하게 하였다고 주장할 수 있다. 즉 ‘이주대책의 실시로 건설하는 주택단지’는 이주대책의 일환인 특별공급의 실시로 건설되는 해당 사업지구 내의 주택단지를 의미할 수도 있다는 것이다.

포함설에 의하면 이를 통해 특별공급은 토지보상법 제78조 제4항에

법률적 근거를 확보하게 된다. 그리고 특별공급의 경우에도 그 내용에 통상적인 수준의 생활기본시설이 포함되어야 하며 그 비용은 사업시행자가 부담하게 되는 결론이 도출된다.

이에 대하여 선택설에서는 ‘이주정착지’는 사업시행지구 외부의 별도의 지역을 지칭하는 것이고, ‘이주대책’의 내용에는 ‘이주정착지’에 생활기본시설을 설치할 의무가 포함되는데, 개정 법률에 따르면 ‘사업시행지 외부의 이주정착지’가 ‘주택단지’의 형태로 제공될 수 있다는 점을 확인 받은 것일 뿐 사업시행지구 내의 주택단지를 지칭하는 것이 아니라고 반박할 수 있다.

‘이주대책의 일환’으로 주택단지를 건설하게 된다고 하여 이를 ‘사업시행지구’에 마련되는 주택단지를 기존 생활의 근거를 상실하게 되는 자에게 제공하는 경우에도 사업시행자가 생활기본시설 설치의무를 부담한다고 해석할 수는 없다. 사업시행지구’에 마련되는 주택단지를 공급하는 것은 ‘특별공급’에 해당하며, 이는 토지보상법 제78조 제4항이 예정하고 있는 사업시행지구 외부의 ‘이주정착지’에 건설하는 주택단지를 공급하는 ‘이주대책’의 이익상황이 아니기 때문에 관련 규정을 특별공급에 까지 적용할 수는 없다고 보아야 한다.

#### 4.4 소결

위에서 살펴본 바와 같이 2007년에 개정된 토지보상법 제78조 제4항과 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항은 포함설의 입장과 선택설의 입장에서 모두 해석할 수 있는 여지는 있다. 다만, 토지보상법의 전체적인 취지와 현실적인 고려사항을 바탕으로 한다면 선택설의 입장에서 해석하는 것이 타당하다.

2007년 개정된 토지보상법 제78조 제4항에서 “이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한다”고 추가한 부분은 포함설이 주장하는 바와 같이 이주대책의 실시를 위하여 건설되는 ‘모든’주택단지를 의미하기 때문에

당해 사업을 통해 조성되는 택지와 주택을 공급한다고 보아 특별공급을 규정하려는 의도로 개정된 것이라고 하는 것은 타당한 해석이 아니다. 오히려 ‘이주정착지’를 보충하여 설명하려는 취지이기 때문에 토지보상법 시행령 제40조 제2항에서 ‘사업시행지구 인근’에 이주정착지를 조성해야 한다는 취지의 규정과 함께 생각해 보면, 선택설의 입장에서 토지보상법 제78조 제4항의 2007년 개정은 특별공급이 아닌 이주대책의 내용을 명확히 하려는 취지에서 비롯된 것이라고 보는 것이 자연스런 해석으로 보인다.

## 5. 이주대책에 필요한 생활기본시설 설치비용 산정문제

토지보상법 제78조 제4항에서 생활기본시설 설치의무를 규정하면서 제8항에서 사업시행자가 부담해야 하는 생활기본시설 설치비용을 산정하는 방식을 대통령령인 토지보상법 시행령에 위임하였다. 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항은 생활기본시설 설치비용을 다음과 같은 방식으로 산출하도록 규정하였다.

### [표 3-2] 생활기본시설 설치비용 산정방식

<p>1. 택지를 공급하는 경우</p> <p>사업시행자가 부담하는 비용 = 해당 공익사업지구 안에 설치하는 제1항에 따른 생활기본시설의 설치비용 × (해당 이주대책대상자에게 유상으로 공급하는 택지면적 ÷ 해당 공익사업지구에서 유상으로 공급하는 용지의 총면적)</p>
<p>2. 주택을 공급하는 경우</p> <p>사업시행자가 부담하는 비용 = 해당 공익사업지구 안에 설치하는 제1항에 따른 생활기본시설의 설치비용 × (해당 이주대책대상자에게 유상으로 공급하는 주택의 대지면적 ÷ 해당 공익사업지구에서 유상으로 공급하는 용지의 총면적)</p>

앞에서 살펴본 바와 같이 토지보상법 제78조 제4항은 사업지구 인근에



이주정착지를 마련하여 생활보상을 할 것을 규정한 것이다. 토지보상법 제78조 제8항은 제4항의 이주대책을 위하여 필요한 비용을 산정하는 방식을 동법 시행령에 위임하고 있다. 그런데 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항의 산식에서 ‘해당 공익사업지구 안’이라는 표현을 사용하여 이 산식을 통해서 산출되는 비용이 이주대책이 아닌 특별공급을 통해 제공되는 생활기본시설의 비용으로 해석될 여지를 남겨두고 있다.

그러나 ‘해당 공익사업지구 안’에서 제공되는 주택이 이주대책과 다른 체계인 특별공급의 내용으로 보아야 한다는 해석론에 따르더라도 여전히 해석하는 방식에 따라서 동규정이 이주대책에 특별공급이 포함된다는 것을 전제로하는 것으로 해석될 수도 있고, 포함되지 않는다고 해석될 수도 있다.

## 5.1 선택설의 입각한 해석

우선, 동법 시행령 제41조의2 제2항에서 ‘해당 공익사업지구 안에 설치하는 생활기본시설의 설치비용’이라는 표현을 ‘특별공급을 통해 제공하는 주택에 설치하는 생활기본시설의 설치비용’으로 해석하는 입장이 있을 수 있다. 이러한 해석론에 대해서 이주대책과 특별공급이 선택적인 관계라고 이해하는 입장에서는 토지보상법 제78조 제8항에서 대통령령으로 위임하고 있는 것은 이주대책의 비용에 관한 것인데, 대통령령에서는 모법에서 위임하고 있는 바가 아닌 특별공급 비용을 산정하는 방식을 규정하였다는 비판이 가능하다.

선택설의 입장에서는 동법 시행령이 위임입법의 한계를 벗어난 위헌적인 법령이라고 주장하며 이주대책의 비용을 산정하는 방식으로 개정해야 한다고 주장할 수 있다. 특별공급에 대해서는 생활기본시설 설치비용을 산정하기 위한 산식이 동법 시행령 제41조의2 제2항의 형태로 주어지고, 이주대책을 위한 생활기본시설 설치비용 산정방식은 현행법에 규정된 바가 없는 것이 된다. 모법에서 위임하고 있는 것은 이주대책을 실시하기

위한 생활기본시설 설치비용 산정방식임에도 불구하고 대통령령에서 이를 규정하지 않고 있어서 입법의 공백이 생기게 된다는 것이다.

## 5.2 포함설에 입각한 해석

반면, 특별공급이 이주대책의 한 방법이라고 보는 포함설의 입장에서는 동조에서 특별공급 관련 비용을 산정하는 방식을 규정한 것이 이주대책의 한 방편으로써의 특별공급에 필요한 비용을 계산하기 위한 산식이기 때문에 모법에서 위임한 범위 내의 것이라고 할 것이고 당연히 위임 입법의 한계를 벗어나는 경우도 생기지 않는다고 한다. 따라서 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항을 특별공급의 경우에 생활기본시설 설치비용을 계산하는 산식이라고 해석하는데 무리가 없다.

토지보상법과 관련 법령 간의 관계를 모두 고려해보았을 때에 이주대책과 특별공급을 구분하는 가장 의미있는 기표는 거주지가 해당사업지구 ‘밖’에 마련되는지, ‘안’에 마련되는지이다. 그렇기 때문에 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항에서는 ‘해당사업지구 안’이라는 표현을 사용하고 있어서 ‘특별공급’을 규정하고 있다는 것이 명백하다고 볼 수도 있다.

특히 모법에 해당하는 토지보상법 제78조 제8항에서 위임한 것이 이주대책의 비용과 관련한 내용이기 때문에 입법자들이 모법의 위임을 받아 제정한 동법 시행령에서 특별공급을 규정하고 있는 것은 이주대책이 특별공급을 포함하고 있다는 전제를 가지고 있다고 생각할 여지도 있다.

## 5.3 새로운 문언해석의 가능성

토지보상법 시행령 제41조의2 제2항의 문언에 충실한 해석을 하더라도 선택설의 입장에서도 설명이 가능하다. “해당 공익사업지구 안에 설치하는 제1항에 따른 생활기본시설의 설치비용”이라는 표현을 ‘특별공급으로

제공되는 주택에 대한 생활기본시설 설치비용'이라고 이해하되, 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항이 특별공급을 위한 입법이 아니라 이주대책을 위한 생활기본시설 설치비용의 기준으로 삼을 수 있도록 하는 취지라고 이해하는 것이 그것이다.

이는 선택설의 입장에서든 채택할 수 있는 입장인데, 토지보상법 시행령에서 제시하고 있는 산식은 정당한 생활기본시설 설치비용이 얼마인지 그 액수를 정하는 데에 그 목적이 있는 것이지 토지보상법 제78조 제8항에서 위임한 바를 일탈하여 특별공급으로 주택을 공급하는 상황을 상정한 계산방식은 아니라는 것이다.

특히 이주대책이라는 것이 생활보상의 일종이기 때문에 공익사업을 이유로 해당사업지구 '안'에서 살고 있었던 기존 거주자들의 생활수준에 맞추어서 이주대책을 실시하라는 취지에서 규정된 것으로 이해하면서 '해당 공익사업지구 안'이라는 표현에만 매몰되지 않고, 토지보상법과 관계 법령의 전체적인 체계를 살펴본다면 오히려 이주대책과 특별공급을 별개의 제도로 구상하고 있음을 알 수 있다. 따라서 이를 이주대책에 특별공급이 포함되기 때문에 동조가 법률에서 위임받은 범위를 일탈한 것이 아니라고 해석하는 것은 전체적인 법령 간의 체계정합성에 반하는 해석이라고 판단된다.

## 5.4 소결

현행 법령을 위임입법의 범위를 일탈한 위헌적인 입법으로 규정하고, 새로운 '입법론'을 제시하는 것도 의미있는 방법일 수 있다. 하지만 이에서 한 발 더 나아가 토지보상법 시행령 제41조의2 제2항 또한 선택설의 입장에서 충분히 설명이 될 수 있음을 보임으로서, 현행법 체계에 충실한 문언해석으로도 선택설이 더 합리적인 해석론임을 설명할 수 있다.

해당사업지구 안에 설치하는 생활기본시설 설치비용을 '기준'으로 하여 모법에서 위임하고 있는 이주대책을 실시하기 위하여 필요한 비용을

산정하기 위한 산식을 정한 것으로 해석하는 것이 헌법합치적 해석을 하는 동시에 전체 법령의 체계정합성에 부합하는 해석이 된다. 최근에 부동산 가액이 하락하면서 발생하는 부동산이나 건설과 관련된 많은 분쟁들은 부동산 가액이 상승하던 시기에 시행되던 법령의 미비한 점 등을 활용한 개발이나 부동산 거래가 횡행했다는 점에서 비롯된 것이다. 본 논문에서 다루고 있는 대상판결의 경우도 마찬가지이다.

부동산 가액이 상승하던 시기에는 사업시행지구 인근의 이주정착지로 이전하는 것보다는 특별공급된 주택을 공급받는 것이 전매를 통한 양도차익을 확보할 수 있는 등 더 큰 경제적 이익을 얻을 수 있다는 점에서 이주대상자들 사이에서 선호되었던 것이 사실이다.

그러나 최근에 부동산 가액이 하락하면서 확보할 수 있는 양도차익의 크기가 작아지거나 극단적으로는 특별공급으로 제공받은 아파트를 전매하려고 할 때 매수희망자를 찾기 어렵다는 현실적인 이유 때문에 특별공급으로 제공받는 아파트의 분양가액을 낮추어보고자 하는, 일명 ‘분양가 깎기 소송’이 대상판결과 같이 부당이득반환소송의 형태로 제기되고 있는 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 이주대상자에 대한 택지나 주택의 특별공급은 이주대책의 한 유형이 아니며 이주대책과 선택적인 관계로 병렬적으로 규정된 제도이다. 그러므로 특별공급대상자에게 이주대책대상자가 제공받는 혜택을 추가로 부여하는 것은 토지보상법 등의 본래 의도에서 벗어난 것이라고 해야 한다. 생활보상으로 지급받는 아파트의 정당한 분양가를 산정하면서 생활기본시설 설치의무를 사업시행자 측에서 부담하여야 하기 때문에 이를 분양가액에서 제외해야 한다는 대상판결의 원고의 청구와 이를 지지하는 대법원 다수의견은 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상의 이념, 토지보상법의 전체 취지 및 현실적인 고려가 결여된 입장이라고 생각된다.

오히려 양창수 대법관, 신영철 대법관, 민영일 대법관의 의견과 같이 특별공급은 통상의 이주대책과 달리 통상적으로 공급되는 택지 등에

수반하여 복리시설, 편의시설이 대거 신설되고 택지 등의 주변여건이 정비되어 생활환경이 대폭 개선되기 때문에 이주대책과 같이 생활기본 시설 설치비용을 사업시행자가 부담하게 된다면 이주대책대상자는 생활 시설의 정비 등에 의해 발생하는 개발이익을 별도의 비용 부담 없이 누리는 과도한 혜택을 누린다는 점에서 형평에 어긋난다고 보는 것이 합리적일 것이다.

기존의 생활상태의 회복이 이주대책의 원래 취지라고 한다면, 이주 정착지 조성의 경우와 마찬가지로 특별공급의 경우에도 사업시행자가 생활기본시설 설치비용을 부담한다면 이는 이주대책의 본래 취지를 넘어서 특별공급 대상자들에 대한 과도한 혜택을 부여하는 형태가 되기 때문이다. 이러한 제도의 취지는 분양가격 상한제도 등으로 상당수가 시세 차익을 보장받는 등의 현실적인 부분뿐만이 아니라 현행 토지보상법의 문언해석으로도 이주대책과 특별공급은 포함관계가 아닌 선택적인 관계에 있다는 점을 설명할 수 있으므로, 이주정착지 조성의 경우와는 달리 사업시행자는 특별공급대상자에게 생활기본시설을 설치해 줄 의무가 없다고 보는 것이 무리한 해석론이 아니라고 보인다.

### **제3절 전원합의체 판결이후 하급심 판례 동향**

#### **1. 주택특별공급 관련 하급심 판례**

##### **1.1 수원지방법원 2011가합16281 채무부존재확인 소송**

원고들은 2005.12.30. 건설교통부고시 제2005-532호로 승인고시된 광교지구택지개발사업의 시행자인 경기도시공사로부터 이주대책에 따른 주택특별공급대상자로 선정되어, 피고가 공급하는 광교신도시 A12블럭

자연앤힐스테이트 아파트에 대하여 일반분양가와 동일한 금액으로 분양 계약을 체결하였으나, 원고들은 위 아파트의 분양가격에서 생활기본시설 설치비를 제외한 용지비 및 조성비, 건축비를 합한 정당한 분양대금을 제외한 나머지 부분은 무효라고 주장하며 이 사건 소송을 제기하였다.

### 1.1.1 원고들의 주장

이 사건 각 분양계약의 근거가 되는 법률은 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007.10.17. 법률 제8665호 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공익사업법’이라고 한다)인데, 피고는 구 공익사업법 제78조 제4항에 따라 이주대책 대상자에게 적용할 분양대금을 산정함에 있어 생활기본시설 설치비용을 공제하고 산정하여야 함에도 이를 포함하여 산정하여 이 사건 각 분양계약을 체결하였는바, 이 사건 각 분양계약 중 정당한 분양대금을 초과하는 부분은 강행법규에 위반하여 무효이므로, 피고는 원고들에게 그 초과액을 부당이득으로 반환하여야 한다.

### 1.1.2 주요쟁점에 대한 판단

#### 1.1.2.1 부당이득반환의무의 발생

사업시행자가 구 공익사업법 시행령 제40조 제2항 단서에 따라 택지 개발촉진법 또는 주택법 등 관계 법령에 의하여 이주대책대상자들에게 택지 또는 주택을 공급(이하 ‘특별공급’이라 한다)하는 것도 구 공익사업법 제78조 제1항의 위임에 근거하여 사업시행자가 선택할 수 있는 이주대책의 한 방법이므로, 특별공급의 경우에도 이주정착지를 제공하는 경우와 마찬가지로 사업시행자의 부담으로 같은 조 제4항이 정한 생활기본시설을 설치하여 이주대책대상자들에게 제공하여야 한다고 봄이 상당하고, 이주 대책대상자들이 특별공급을 통해 취득하는 택지나 주택의 시가가 그

공급가액을 상회하여 그들에게 시세차익을 얻을 기회나 가능성이 주어진다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

그리고 구 공익사업법은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모함을 목적으로 하고 있고, 위 법에 의한 이주대책은 공익사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 인하여 생활의 근거를 상실하게 되는 이주대책대상자들에게 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위하여 마련된 제도이므로, 사업시행자의 이주대책 수립·실시의무를 정하고 있는 구 공익사업법 제78조 제1항은 물론 그 이주대책의 내용에 관하여 규정하고 있는 같은 법 제78조 제4항 본문 역시 당사자의 협의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행법규이다.

나아가 구 공익사업법 제78조 제4항의 취지는 이주대책대상자들에게 생활의 근거를 마련해 주고자 하는데 그 목적이 있으므로, 위 규정의 ‘도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설’이라 함은 주택법 제23조 등 관계 법령에 의하여 주택건설사업이나 대지조성사업을 시행하는 사업주체가 설치하도록 되어 있는 도로 및 상하수도시설, 전기시설·통신시설·가스시설 또는 지역난방시설 등 간선시설을 의미한다고 보아야 한다.

따라서 만일 이주대책대상자들과 사업시행자 또는 그의 알선에 의한 공급자와 사이에 체결된 택지 또는 주택에 관한 특별공급계약에서 구 공익사업법 제78조 제4항에 규정된 생활기본시설 설치비용을 분양대금에 포함시킴으로써 이주대책대상들이 생활기본시설 설치비용까지 사업시행자 등에게 지급하게 되었다면, 사업시행자가 직접 택지 또는 주택을 특별공급한 경우에는 특별공급계약 중 분양대금에 생활기본시설 설치비용을 포함시킨 부분이 강행법규인 구 공익사업법 제78조 제4항에 위배되어 무효이고, 사업시행자의 알선에 의하여 다른 공급자가 택지 또는 주택을

공급한 경우에는 사업시행자가 위 규정에 따라 부담하여야 할 생활기본 시설 설치비용에 해당하는 금액의 지출을 면하게 되어, 결국 사업시행자는 법률상 원인 없이 생활기본시설 설치비용 상당의 이익을 얻고 그로 인하여 이주대책대상들이 같은 금액 상당의 손해를 입게 된 것이므로, 사업시행자는 그 금액을 부당이득으로 이주대책대상자들에게 반환할 의무가 있다 할 것이다{대법원 2011.6.23. 선고 2007다63089, 2007다63096(병합) 전원 합의체 판결 등 참조}.

### 1.1.2.2 부당이득의 범위

원고들과 같이 이주대책의 일환으로 주택을 특별공급받는 경우, 공급자인 아파트 건설사업자들은 택지개발사업의 사업시행자로부터 생활기본 시설 설치비용이 공제되지 아니한 가액으로 택지를 공급받아 그 택지비를 분양가에 포함시켜 분양하게 되므로, 원고들이 각 납부한 분양대금에는 ‘생활기본시설 설치비용’이 공제되지 않은 상태로 포함되어 있다고 보아야 한다.

따라서 피고가 반환해야 할 부당이득액은 ‘원고들이 분양받은 각 아파트의 대지권면적 ×(이 사건 택지개발사업에 투입된 생활기본시설 설치비용 합계액 ÷ 이 사건 택지개발사업의 유상공급 대상면적)’에 따라 계산된 금액이다.

한편, 생활기본시설 설치비용은 ① 생활기본시설 용지비(= 총 용지비 × (생활기본시설 설치면적 ÷ 전체 사업면적)), ② 생활기본시설 조성비, ③ 직접인건비, 판매비와 일반 관리비, 기타비용 중 생활기본시설 용지비 및 조성비에 해당하는 부분을 합산한 금액으로 구성된다.

### 1.1.2.3 생활기본시설 설치비용에 대한 구체적 판단

특별공급 중 주택특별공급과 관련한 소송에서의 쟁점은 비교적 간단



하다고 할 수 있다. 비록 대법원 2007다63089 전원합의체 판결이 생활 기본시설의 구체적 범위에 대해서는 자세한 판시를 하고 있지 않아, 하급심 판결에서는 재판부에 따라 생활기본시설에 포함되고 제외되는 구체적 비용에 대해 견해가 일치하지 않는 면이 있으나, 아파트 분양 가격에 포함된 토지비에는 생활기본시설 설치비가 공제되지 않았으므로 이에 대해서는 사업시행자의 부당이득 반환의무가 성립한다는 점에 대해서는 판례와 포함설에 의하면 의견이 일치하고 있기 때문이다.

사업시행자가 부담해야 하는 생활기본시설 설치비의 구체적인 내용에 관련하여 본 소송에서 피고는 생활기본시설인 도로·상하수도·전기시설 등 간선시설 대부분이 도로부지 아래 매설되거나 도로부지 상에 설치되므로, 생활기본시설 용지비는 도로면적에 한정된다고 주장하였으나, 재판부는 피고의 주장을 배척하고 도로, 보행자도로, 교통광장, 수도용지, 하수종말처리장, 전기공급설비, 가스공급설비, 집단에너지공급시설에 대한 용지비를 모두 포함하였다.

한편, 배수시설이 저류지도 생활기본시설에 포함된다는 원고들의 주장에 대해서는 방재시설에 해당하여 구 주택법에서 말하는 간선시설에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 이를 받아들이지 않았다. 생활기본시설 조성비와 관련해서는 재판부는 원고측의 광역도로공사비, 옹벽 및 방음벽 공사와 관련된 구조물 공사비도 생활기본시설 공사비에 포함된다는 주장을 받아들이지 않았고, 피고측의 가압장 및 배수지가 생활기본시설에 포함되지 않는다는 주장에 대해 이들 시설이 구 공익사업법 제78조 제4항의 ‘급수시설’ 및 ‘배수시설’에 해당한다는 이유로 이와 관련된 공사비가 생활기본시설 설치비에 포함된다고 보았다.

### 1.1.3 소결

재판부는 위와 같은 인정사실을 토대로 대지권 지분면적 1㎡당 생활 기본시설 설치비용을 533,846원으로 판단하여, 원고별로 대지지분에 따른

부당이득금액(27,958,582원~28,005,027원)을 인정하였다.

## 1.2 서울고등법원 2014나4325 채무부존재확인 소송(항소심)

### 1.1.1 주요쟁점에 대한 판단

원고들은 전기공급설비, 가스공급설비, 집단에너지공급시설도 생활기본시설 설치면적에 포함되어야 한다고 주장하나, 사업주체가 전기, 가스, 난방 등을 공급하는 자에게 그 시설 용지를 택지조성원가 이상으로 유상공급 하였다면 그 용지비가 분양대금에 전가되었다고 볼 수 없으므로, 이를 생활기본시설 설치비용에 포함시켜서는 안되는데 피고가 이를 분양대금에 포함하여 원고들에게 부담시켰음을 인정할 증거가 없으므로, 위 부분은 생활기본시설 설치면적에 포함되지 않는다 할 것이니, 원고들의 위 주장은 이유 없다.

원고들은 연구용역비 중 확정측량비 부분을 제외한 나머지 부분(이하 '나머지 연구용역비'라 한다)도 생활기본시설과 관련된 비용은 생활기본시설 설치비로 산정해야 한다고 주장하나, 변론 전체의 취지를 종합하면, 나머지 연구용역비에는 문화재 시굴·발굴 조사, 도시경관 야간조명 연구용역, 유원지 조성계획수립 용역 등 생활기본시설과는 전혀 무관한 비용이 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 원고들의 주장은 이유 없다.

### 1.1.2 소결

원심에서 생활기본시설 설치면적으로 인정한 전기공급 설비, 가스공급 설비, 집단에너지공급 시설에 대하여 항소심은 이들 시설에 대해 사업시행자가 택지조성원가 이상으로 유상공급하였다면 그 용지비가 원고들에 대한 토지 분양대금에 전가되었다고 볼 수 없음을 이유로 원심과 일부

다른 판단을 내리고 있다.

하급심 판결에서 이와 같이 생활기본시설 설치비의 구체적 산정내역에 대해 견해가 통일되어 있지 않기 때문에 이 부분에 대해서는 대법원 판결로 정리되어야 할 필요가 있다. 이러한 세부적인 차이 외에 항소심 판결은 원심판결의 판단을 대체로 유지하고 있는 것으로 보인다.

## 2. 택지특별공급(이주자택지) 관련 하급심 판례

### 2.1 수원지방법원 2011가합17512 채무부존재확인 청구소송

피고는 수원시 영통구 이의동, 원천동, 하동, 매탄동, 팔달구 우만동, 장안구 연무동, 용인시 수지구 상현동, 기흥구 영덕동 일원을 사업구역으로 하는 '광고지구 택지개발사업'의 사업시행자이고, 원고는 이 사건 사업지구 내에 거주하던 주민으로 이주대책대상자로 선정된 자로서 이 사건 분양 계약 상의 정당한 분양금액을 초과하는 분양대금은 강행법규에 위반되어 무효이므로, 원고들의 피고에 대한 이 사건 이주대책용 단독주택용지 공급에 따른 분양대금채무는 정당한 분양금액을 초과하여서는 존재하지 아니하고, 만일 정당한 분양금액을 초과하여 원고들이 분양대금을 납부하였다면 원고들은 피고에게 그 초과 금액에 대하여 부당이득금 반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

#### 2.1.1 원고들의 주장

피고는 이 사건 사업의 시행자로서 원고에게 이 사건 이주자택지를 특별 공급함에 있어 강행법규인 구 공익사업법 제78조 제4항에 따라 생활 기본시설 설치비용을 부담하여야 함에도, 이를 위반하여 위 이주자택지의 특별공급가격에 생활기본시설 설치비용을 포함시킴으로써 이주대책 대상

자인 원고에게 위 비용을 부당하게 전가하였다. 따라서 이 사건 분양  
공고상의 공급조건 중 생활기본시설 설치비용을 특별공급가격에 포함시킨  
부분은 강행법규에 위배되어 무효이다.

## 2.1.2 주요쟁점에 대한 판단

### 2.1.2.1 선결쟁점에 대한 판단

피고가 이주대책대상자와 특별분양계약(특별공급계약, 이하 ‘특별분양  
계약’이라 한다)을 체결함에 있어 그 특별분양대금(특별공급가격, 이하  
‘특별분양대금’이라 한다)에 ‘이윤 및 택지조성원가 외의 기타 비용’을  
산입할 수 있는지가 문제된다.

피고가 이주대책대상자와 체결한 특별분양계약의 분양대금에 ‘이윤  
및 택지조성원가 외의 기타 비용’을 산입할 수 없다면, 택지조성원가에서  
생활기본시설 설치비용을 공제한 나머지 금액(택지조성원가 - 생활기본  
시설 설치비용)이 정당한 특별분양대금이 될 것이고, 이 사건에 있어서  
이 사건 특별분양대금이 정당한 특별분양대금을 초과하게 된다면, 그  
차액에 해당하는 특별분양계약 부분은 무효이고, 그 차액 상당액은 피고가  
이주대책대상자에게 반환하여야 할 부당이득이 될 것이다(이 경우가  
택지조성원가에서 생활기본시설 설치비용을 공제한 나머지 금액과 특별  
분양대금의 차액을 피고가 이주대책대상자에게 반환하여야 할 부당이득인  
생활기본시설 설치비용으로 보는 입장이다).

관련 법령 및 판례, 특별분양계약의 목적, 내용 등을 종합하여 인정되는  
다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 대법원 판례는 이주대책대상자들이 특별공급을  
통해 취득하는 택지의 시가가 그 공급가액을 상회하여 그들에게 시세  
차익을 얻을 기회나 가능성이 주어지는 것을 배제하지 아니하고 있으나  
(대법원 2011.6.23. 선고 2007다53089,63096 판결 등 참조), 그렇다고 하여  
이것만으로 피고가 특별분양대금에 이윤을 산입하는 것 자체를 불허하고

있다고 단정할 수 없는 점, ㉔ 구 공익사업법 제78조는 생활기본시설 설치비용을 이주대책대상자에게 전가할 수 없다는 취지로 규정하고 있을 뿐, 사업시행자로 하여금 택지조성원가에서 생활기본시설 설치비용을 차감한 액수로만 이주대책대상자에게 택지를 특별공급하여야 한다고 규정하고 있지는 아니하고, 사업시행자의 부담으로 이주대책대상자에게 제공하여야 하는 것은 생활기본시설에 국한되는 것이므로, 사업시행자는 이주대책대상자에게 생활기본시설 설치비용을 전가하지 않는 범위 내에서 계약상대방과의 합의를 통하여 이주주택지의 분양대금을 자유로이 정할 수 있다 할 것이고, 반드시 택지조성원가에서 생활기본시설 설치비용을 차감한 액수의 범위 내에서만 특별공급계약의 분양대금을 정하여야 하는 것은 아닌 점, ㉕ 피고의 이윤을 고려하지 않은 채 택지조성원가를 기준으로 삼아 거기에서 생활기본시설 설치비용을 차감한 액수만을 정당한 분양대금이라고 하여 이를 초과하는 부분은 전부 강행법규에 위배되어 무효라고 계산하는 방식은, 사적자치의 원칙을 정당한 이유 없이 제한할 염려가 있을 뿐만 아니라 결과적으로 강행법규인 구 공익사업법 제78조의 규정을 법령상 근거없이 확장하여 적용하는 결과가 되어 부당한 점, ㉖ 피고가 원고에 대한 분양대금을 산정하면서 택지조성원가를 주요 근거로 삼기는 하였으나, 이는 피고가 업무처리의 통일성을 확보하기 위하여 자체적으로 정한 내부 기준에 불과하므로, 법원이 이후 분양대금 중 강행법규에 위배되어 무효인 부분이 포함되어 있는지 여부를 판단함에 있어 위와 같은 기준에 구속되어야 하는 것은 아닌 점, ㉗ 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익은 사업시행자의 투자에 의한 것으로 피수용자인 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니어서 피수용 토지가 수용 당시 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 사업시행자는 특별분양계약의 분양대금에 ‘이윤 및 택지조성원가 외 기타 비용’을 산입할 수 있다고 봄이 상당하다.

#### 2.1.2.2 생활기본시설의 범위

구 공익사업법 제78조 제4항 소정의 ‘도로·급수시설·배수시설 그 밖에 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설’이라 함은 주택법 제23조 등 관계 법령에 의하여 주택건설사업이나 대지조성사업을 시행하는 사업주체가 설치하도록 되어 있는 도로 및 상하수도시설, 전기시설·통신시설·가스시설 또는 지역난방시설 등 간선시설을 뜻하므로, 관련 법령에 의하여 사업주체에게 그 설치의무가 부과되어 있지 않은 시설은 비록 그 용도가 도로 등에 해당한다고 하더라도 구 공익사업법 제78조 제4항에서 말하는 생활기본시설에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

#### 2.1.2.5 생활기본시설 용지비

생활기본시설에 해당하는 간선시설은 주택단지 안의 도로를 주택단지 밖의 도로와 연결시키는 도로로서(주택법 제2조 제10호) 그 길이가 200m 이상이어야 하고(주택법 제23조 제6항, 주택법 시행령 제24조 제4항 별표 제1호), 주택단지는 적어도 폭 8m 이상이거나 이에 준하는 도로에 의하여 구획되는 것이어서(주택법 제2조 제6호), 도로의 폭이나 길이가 위와 같은 요건에 미치지 못하는 경우에는 원칙적으로 주택단지 안의 도로에 불과하여 간선시설이 될 수 없다.

원고는 이 사건 사업지구 내에 설치된 전기공급설비, 가스공급설비 및 집단에너지공급시설도 생활기본시설 설치면적에 포함되어야 한다고 주장하나, ㉠전기공급설비의 경우, 이 사건 사업지구 내에 설치된 변전소 등 전기공급설비의 용지는 피고가 한국전력공사 등 사업자에게 유상으로 공급하게 되므로, 그 용지비가 택지 공급가격에 포함되어 원고에게 전가되었다고 보기 어렵고, ㉡가스공급설비 및 집단에너지공급시설의 경우, 주택법상 가스와 지역난방에 관한 간선시설을 설치하여야 하는 사람은 해당 지역에 가스 또는 난방을 공급하는 자이므로(주택법 제23조 제1항 제2호), 일응 해당 지역의 공급자가 열공급시설 관련 비용을 부담한 것

으로 보이고, 달리 피고가 위 비용을 원고에게 부담시켰음을 인정할 증거가 없으므로, 위 각 시설이 생활기본시설 설치면적에 포함된다고 볼 수 없다.

#### 2.1.2.6. 생활기본시설 조성비

이 사건 사업구역 내의 가압장 및 배수지는 기간시설인 광역상수도 배관을 통하여 이 사건 이주자택지에 급수되는 수돗물을 원활하게 공급할 목적으로 설치된 사실을 인정할 수 있는 바, 위 인정사실에 의하면, 위 가압장 및 배수지는 주택단지 밖의 기간시설과 주택단지 안의 기간시설을 연결시키는 생활기본시설에 해당한다고 볼 수 있으므로, 그 설치비용은 생활기본시설 조성비에 포함되어야 한다.

기타 조성비 및 기반시설 설치비용(상수도공사비, 우수/오수공사비, 천력구간건설공사 부담금, 통신관로이설공사 부담금 및 도시가스이설공사 부담금 제외)에 대해 원고는 위 각 조성비 및 기반시설 설치비도 생활기본시설 설치비용에 해당하므로 생활기본시설 조성비에 포함되어야 한다고 주장하나, 갑호증의 기재만으로는 위 각 조성비 및 기반시설 설치비가 주택단지 내의 기간시설과 외부의 기간시설을 연결시키는 간선시설에 관하여 지출되었다거나 구 공익사업법에 정한 ‘당해 기간시설을 연결키는 간선시설에 관하여 지출되었다거나 구 공익사업법에 정한 ‘당해 지역 조건에 맞는 생활기본시설 설치비용’에 해당한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 2.1.3 소결

주택특별공급의 경우와 마찬가지로 이주자택지에 대해서도 주요 쟁점은 이주대책 대상자들에게 부담시킬 수 없는 생활기본시설 설치비의 범위에

대한 것이지만, 이주자택지 관련 소송은 주택특별공급 관련 소송보다 논점이 복잡하다. 왜냐하면, 주택특별공급의 경우에는 주택분양가격에 포함되는 토지비에 당연히 생활기본시설 설치비와 포함되어 있으므로 이 부분에 대해서만 판단을 하면 되지만 이주자택지의 경우 정당한 분양가격을 산정하는 방식에 대해서 의견이 나뉘기 때문이다.

즉, 이주자택지의 정당한 특별분양가격에 대해서는 택지조성원가에서 생활기본시설 설치비를 뺀 금액을 정당한 분양대금으로 보는 견해, 택지조성원가가 아닌 감정가격에서 생활기본시설 설치비를 공제한 금액을 정당한 분양대금으로 보는 견해, 택지조성원가에서 이윤 및 기타비용을 가산한 금액에서 생활기본시설 설치비를 공제한 금액을 정당한 분양대금으로 보는 견해 등 재판부마다 의견이 분분한 실정이다.

이 사건 판결의 경우는 피고가 이주대책대상자와 특별분양계약을 체결함에 있어 그 특별분양대금에 ‘이윤 및 택지조성원가 외의 기타비용’을 산입할 수 있는지에 대해 이를 긍정하는 전제에서, 1㎡당 생활기본시설 설치비용이 1㎡당 택지조성원가와 1㎡당 특별분양대금의 차액에 미달하므로 원고의 피고에 대한 부당이득반환청구권이 성립될 여지가 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다.

## 2.2 서울고등법원 판결

이 사건 원심판결에 대해서 전부패소한 원고가 항소를 포기함으로써 항소심의 판단을 살펴볼 수 없었지만, 서울고등법원에 계속 중인 유사사건에서는 재판부마다 정당한 특별분양대금을 산정하는 방식에 대해 일치된 의견을 보이지 못하고 있어 혼란을 야기하고 있다.

이렇듯 법원 판결이 제각각인 것은 대법원 2007다63089 전원합의체 판결에서 생활기본시설의 내용과 범위 및 계산방식을 명시하지 않은 데서 비롯됐다. 이주대책대상자에 대한 특별분양가가 택지조성비(A)와 이에 따른 이윤(a), 생활기본시설 설치비용(B)과 이에 대한 이윤(b)으로 구성



된다고 보면, 변경 전 대법원 판례는 택지조성비(A)를 제외한 모든 금액(a+B+b)을 반환 대상으로 봤다. 즉, “사업시행자는 이주대책대상자들에게 택지의 소지(素地)가격 및 택지조성비 등 투입비용의 원가만을 부담시킬 수 있고, 이를 초과하는 부분은 생활기본시설 설치비용에 해당하는지 여부를 묻지 않고 그 전부를 이주대책대상자들에게 전가할 수 없다”는 것이다.

변경된 대법원 판례에 따른 반환범위에 대해 서울고등법원 민사9부와 민사11부는 이주대책대상자에 대한 특별공급분양가를 기준으로 그것이 정당한 분양대금보다 많다면 사업시행자는 차액을 반환해야 한다는 입장이다. 민사9부는 “사업시행자의 부당이득액을 산정하는 경우 그 비용뿐만 아니라 이윤까지 부당이득에 포함하는 것이 옳다”고 판시했다.<sup>46)</sup> 이 판결에 따르면 택지조성비와 이에 대한 이윤(A+a)이 정당한 분양가가 되고, 사업시행자는 생활기본시설 설치비용과 이에 대한 이윤(B+b)을 반환해야 한다.

반면, 같은 법원 민사11부는 “분양대금이 택지조성원가를 초과하는 경우에는 생활기본시설 설치비용 전액을 부당이득으로 인정한다”고 판시해 조금 다른 입장을 보였다.<sup>47)</sup> 이에 따르면 택지조성비와 이윤 전부(A+a+b)가 정당한 분양대금이 되고, 사업시행자는 생활기본시설 설치비용(B)만 부당이득으로 반환하면 된다.

한편, 같은 법원 민사23부는 특별공급분양가가 아닌 일반분양가, 즉 감정가격을 기준으로 부당이득 여부를 판단하는 ‘감정가격 기준설’에 입각한 판결을 내렸다.<sup>48)</sup> 재판부는 “사업시행자는 감정가격보다 낮은 택지조성원가에서 다시 일정한 금액을 차감해 분양대금을 정했다”며 “감정가격의 개념으로부터 출발해 그 금액에서 생활기본시설 설치비용을 차감한 액수를 실제 분양대금의 액수와 비교하는 방법으로 무효 부분의

---

46) 서울고법 2012.5.24.선고 2011나11346 판결

47) 서울고법 2012.9.20.선고 2012나5232 판결

48) 서울고법 2012.9.12.선고 2012나13882 판결

유무를 가려야 한다”고 지적했다.

재판부는 “사업시행자는 이주대책대상자에게 생활기본시설 설치비용을 전가하지 않는 범위 내에서 합의를 통해 분양대금을 정할 수 있다”며 사적자치의 원칙을 이유로 ‘정당한 분양대금’이라는 개념도 부정했다. 이 판결의 입장에 따르면 일반분양가 즉, 감정가격에서 생활기본시설 설치비용을 뺀 금액보다 특별공급분양가가 큰 경우에만 부당이득이 발생한다.

## 제4장 실제 운영현황상 문제점 및 정책적 제언

### 제1절 기관별 생활기본시설 설치비 산정기준

#### 1. LH공사

LH공사는 이주 및 생활대책 수립지침을 제정하여 이주대책 수립기준과 이주주택지 및 이주자주택의 공급가격 산정방법을 제시하고 있다. 이주주택지는 조성원가에서 이주주택지의 대지면적에 해당하는 토지보상법 시행령 제41조의2에 따른 생활기본시설 설치비를 제외한 금액을 기준으로 산정하고, 이주자주택은 일반분양가격에서 이주자주택의 대지면적에 해당하는 생활기본시설 설치비를 차감한 금액을 기준으로 산정한다.

[표 4-1] LH공사 생활기본시설 설치비 산정기준

#### 생활기본시설 설치비용의 산정기준(제17조 관련)

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률시행령」 제41조의제3항에 따른 “해당 생활기본시설을 설치하는데 소요되는 공사비, 용지비 및 해당 생활기본시설의 설치와 관련하여 법령에 의하여 부담하는 각종 부담금”산정에 필요한 세부기준은 다음과 같다.

#### □ 생활기본시설 설치비용

생활기본시설 설치비용은 해당 생활기본시설을 설치하는데 소요되는 (공사비<sup>1</sup>+용지비<sup>2</sup>+부담금<sup>3</sup>)을 말한다

1. 공사비 : 해당 사업지구 안에 설치하는 도로(가로등·교통신호기 포함), 상수도 및 하수처리시설, 전기시설, 통신시설, 가스시설 등 기타 이에 준하는 시설을 설치하는데 필요

#### 한 공사비

가. 시설공사비 : 토공, 포장공, 교량공, 가로등공, 교통신등공, 도로표지판설치공, 상수공, 우수공, 배수지, 가압펌프장, 오·폐수중계펌프장, 전기공, 통신공, 가스공 등 공사비의 합계액. 단, 토공의 경우 총사업면적 분의 사업지구내 생활기본시설 설치면적 비율 상당액만 반영

나. 측량비 : 사업지구내 설계 및 공사수행과 관련된 측량비용 × (사업지구내 생활 기본시설 설치면적/총사업지구면적)

다. 조성관련용역비 : 사업지구내 사업관련 “인·허가, 설계, 자문, 감리 등”의 수행에 소요된 비용 × (사업지구내 생활기본시설 설치면적/총사업지구 면적)

※ 생활기본시설 설치면적은 도로, 상·하수도, 전기, 가스, 통신 관련 시설을 설치하기 위해 토지이용계획상 별도로 구획되어 있는 면적(이하 같음)

2. 용지비 : 사업지구내 총용지비 × (사업지구내 생활기본시설설치면적/총사업지구면적)

※ 사업지구내 용지의 형질변경 등을 원인으로 법령에 따라 부과되는 각종부담금은 총용지비에 포함하여 계산

3. 부담금 : 상·하수도분담금 등 해당 생활기본시설의 설치와 관련하여 법령에 의하여 부담하는 각종 부담금

4. 공사비, 용역비 및 각종 부담금의 산정에 관하여 제1호 내지 제3호에서 정하지 아니한 사항은 택지개발촉진법령 및 관련지침의 산정기준에 따른다.

자료 : LH공사, 「이주 및 생활대책 수립지침」, <별표1>

## 2. 경기도시공사

경기도시공사는 현재 이주대책시행세칙을 규정하여 LH공사와 동일한 내용으로 이주자택지 및 이주자주택의 공급가격을 산정하고 있다. 개정 전 경기도시공사의 이주대책시행세칙에서도 마찬가지로 생활기본시설 설치비를 공제하고 산정하고 있었으나 LH공사와 달리 특이한 점이 있다면 산정과정에서 아래 1호 산식과 2호 산식에 의한 산술평균치로 하였는데

2호 산식은 완성된 택지에 설치된 공공시설면적에서 기존공공시설면적을 차감하는 방식으로 개발로 인해 편익이 증가된 공공시설 설치비용을 고려하고 있다는 것이고, 생활기본시설용지비와 생활기본시설공사비는 무상귀속대상면적을 기준으로 산정하고 있다는 점이다.

[표 4-2] 경기도시공사 생활기본시설 설치비 산정기준(개정전)

<p>이주주택지의 공급가격은 아래 제1호의 산식과 제2호의 산식에 의한 산술평균치로 한다. 다만, 산정된 공급단가가 조성원가의 80%를 초과하는 경우에는 조성원가의 80%로 한다.</p> <p>1. <math>\frac{\text{총사업비(이주대책비 제외)} - \text{생활기본시설설치비}}{\text{유상공급대상면적}}</math></p> <p>2. <math>\frac{\text{총사업비(이주대책비 제외)} - \text{생활기본시설설치비}}{\text{유상공급대상면적}} + \frac{\text{생활기본시설설치비}}{\text{유상공급대상면적}}</math></p> <p><math>\times \frac{(\text{공공시설면적} - \text{기존공공시설면적})}{\text{공공시설면적}}</math></p> <p>생활기본시설설치비는 생활기본시설의 설치를 위한 용지비와 조성비로 하며 그 산출 방법은 다음 각 호와 같다.</p> <p>가. 생활기본시설용지비  <math>\text{용지비} \times \text{무상귀속대상면적} / \text{총사업면적}</math></p> <p>나. 생활기본시설공사비  <math>\text{기본시설공사비} + \text{기타공사비} \times \text{무상귀속대상면적} / \text{총사업면적}</math></p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

자료 : 경기도시공사, 「이주대책 시행세칙」, <별표1>

### 3. SH공사

SH공사는 생활기본시설 설치비용에 대한 산정기준을 2010년에 마련

했다. SH공사가 본격적으로 택지개발사업을 수행한 것은 2003년 택지개발 사업지구인 장지, 발산지구부터다. 서울특별시는 이주대책으로 이주자주택만을 공급하였다.

2007년 하반기 토지보상법 개정 이후 이주자주택과 이주자택지에 대한 생활기본시설 설치비용을 공제하는 지침을 마련했다. SH공사의 이주 및 생활대책 수립 지침에는 LH공사와 같은 구체적인 산정방식에 대한 규정은 없고 제6조에서 “이주대책대상자에게 공급하는 이주자 주택 또는 택지의 공급은 SH공사 일반 분양 또는 택지공급 가격에서 토지보상법 시행령 제41조의2 규정에 의거 산정한 생활기본시설 설치비용을 차감한 금액으로 한다.”라고만 규정하고 있다.

실제 산정기준은 개정된 토지보상법을 따라 용지비는 지구외 용지비 및 제세공과금이 제외된 순용지비로 토지보상비, 지장물보상비 및 기타 부대비 등의 합계액으로 산출하고, 조성비는 도로(가로등, 교통신호기 포함), 우·오수공, 상수도공, 전기공사비로 산출하고 있다.

가스공사비는 공급자가 모두 부담하므로 SH공사가 부담하는 금액은 없고, 부담금은 하수처리부담금, 지중화간선 부담금 등을 포함하여 산정하고 있다. 세부적으로 토목공종은 생활기본시설과 관련된 공사비 이외에 이와 무관한 공사비가 많이 포함되어 있기 때문에 생활기본시설 공사비(도로, 상수도, 하수도)는 공사비 총액에서 생활기본시설이 차지하는 비율로 산정하고 있지만, 전기통신 공사비는 모두 생활기본시설 설치비로 우선 간주하여 투입금액 전부를 산정하고 있다. 또한 부담금은 생활기본시설로 분류 가능한 부분에 대하여 하수처리부담금과 지중화간선시설 부담금 등과 같은 SH공사가 부담한 금액을 전부 산정하였다.

#### 4. 생활기본시설 설치비 산정기준 비교

개정전 규정으로 비교할 때 LH공사는 생활기본시설 설치비 산정기준이

구체적으로 제시되어 있는 반면, 경기도시공사는 이주자택지만 제시되어 있고 SH공사는 아직 명확한 세부기준을 마련하고 있지 아니하다.

하지만 생활기본시설 설치비 산정기준이 토지보상법 시행령 제41조의 2에 따라야 한다는 원칙에는 동일한 입장이고 경기도시공사는 2011년 LH공사와 동일한 내용으로 시행세칙을 개정하였고 SH공사는 개정된 토지보상법에 맞춰 세부지침을 마련중에 있다. 2011년까지의 산정기준만으로 비교해볼 때 각 기관별 공사비, 용지비, 각종 부담금에 대한 산정기준은 서로 상이함을 알 수 있다.

[표 4-3] 생활기본시설 설치비 산정기준 비교

구분	LH공사	경기도시공사	SH공사	
공통점	「토지보상법 시행령」 제41조의2제3항의 생활기본시설설치비 산정기준 준용			
차 이 점	공사비	시설공사비, 측량비, 조성관련용역비	기본시설공사비, 기타공사비	도로, 우·오수공, 상수도공, 전기·가스공사비
		생활기본시설면적 비율 기준	무상귀속면적 비율 기준	생활기본시설면적 비율 기준
	용지비	총용지비	용지비	순용지비
		생활기본시설면적 기준	무상귀속면적기준	도로면적기준
	부담금	해당 생활기본시설 설치와 관련하여 법령에 의하여 부담하는 각종 부담금	-	해당 생활기본시설 설치와 관련하여 법령에 의하여 부담하는 각종 부담금

공사비는 LH공사의 경우 시설공사비, 측량비, 조성관련용역비로 구분하고 있는 반면 경기도시공사는 기본시설공사비와 기타공사비로 구분하고 있고 SH공사는 토지보상법 규정을 그대로 인용하고 있다. 용지비는 총

용지와 순용지비로 기관별 사용하는 용어는 다르지만 세부 적용내용은 같다.

그런데 기준면적을 LH공사와 SH공사는 생활기본시설면적 기준만을 적용하는데 반해 경기도시공사는 무상귀속면적을 기준으로 하고 있다. 부담금은 LH공사와 SH공사는 상·하수도 부담금은 기본으로 포함되지만 세부 부담금 내역은 다를 수 있다. 반면 경기도시공사는 생활기본시설과 관련된 부담금이 없다.

## 5. 주요 사업지구 생활기본시설 설치비

사업시행자는 생활기본시설 설치비용을 조성원가의 이주대책비에 포함시킨다. 생활기본시설 설치비는 이주대책으로 공급되는 택지나 주택에 대한 비용으로 이주대책대상자들에게는 공제되는 금액이지만 사업시행자에게는 추가로 발생하는 비용이기 때문이다.

이주대책비는 이주정착금 등 이주대책에 소요된 비용 및 손실액으로 생활기본시설 설치비, 주거이전비, 이사비 등이 해당된다. 아래 표는 LH공사와 SH공사의 주요 사업지구 조성원가 공개내역으로 사업지구별 이주대책비가 조성원가총액에서 차지하는 비율을 보여준다.

[표 4-4] LH공사와 SH공사 조성원가 공개내역

사업자	사업지구	공개일	조성원가	이주대책비	비율
LH 공사	대구혁신도시	'10.12.27	1,634,654,640	14,742,549	0.9%
	고양삼송	'10.12.10	5,829,151,498	81,461,965	1.4%
	성남여수	'09.09.01	985,917,709	13,944,748	1.4%
	오산세교	'09.03.01	2,252,298,922	16,326,339	0.7%
	남양 별내	'07.06.01	4,539,541,545	71,236,341	1.6%
SH 공사	장지지구	'07.04.26	836,527,628	1,135,011	0.1%
	발산지구	'07.04.26	523,151,217	2,484,698	0.5%



	은평지구	'07.12.05	5,075,184,778	105,935,881	2.1%
	강일지구	'08.10.17	605,792,519	12,456,944	2.1%

※ 이주대책비는 주거이전비, 이사비 등과 이주자 택지의 생활기본시설 설치비용의 합계금액임

LH공사 이주대책비는 주거이전비, 이사비 등과 같은 실비로 지급된 금액과 이주자택지에 대한 생활기본시설 설치비를 계상한 금액이고, SH공사 이주대책비는 주거이전비, 이사비 및 이주자주택에 대한 생활기본시설 설치비<sup>49)</sup>를 합산한 금액이다. 이주대책대상자수에 따라 이주대책비 총액이 달라지지만 조성원가 중 이주대책비가 차지하는 비율은 2.5%이내임을 알 수 있다.

조성원가에서 산출된 생활기본시설 설치비가 주택의 분양가에서 차지하는 비율은 대략 분양가의 10% 미만이다. 금액은 전용 84㎡형 아파트의 경우 1,300만원에서 3,000만원 범위로 산정된다. 아래 표는 사업시행자와 이주대책대상자가 산정한 생활기본시설 설치비와 실제 분양가격을 비교하였다.

[표 4-5] 사업지구별 전용84㎡형 아파트 세대당 생활기본시설 설치비

(단위 : 천원)

사업지구	분양가격 (A)	생활기본시설 설치비				차액 (B-C)
		SH공사 산정 (B)	B/A	이주자 산정 (C)	C/A	
장지지구	367,971	15,583	4.2%	297,770	80.9%	282,187
발산지구	227,332	13,102	5.8%	186,306	82.0%	173,204
은평1지구	349,005	29,266	8.4%	235,648	67.5%	206,282
강일지구	342,591	25,407	7.3%	263,165	76.8%	238,118

사업시행자는 전용 84㎡형 아파트에 대한 생활기본시설 설치비는 11백만원에서 25백만원으로 산정했다. 이 금액은 분양가격의 4.2% ~ 8.4%

49) SH공사가 산정한 생활기본시설 설치비는 실제 이주대책대상자들에게 공제한 금액이 아닌 개정된 토지보상법시행령에 따라 산정한 금액이다.

수준으로 이주대책 중 최대 1천만원의 이주정착금보다 최대 3배까지 높은 금액이다. 반면에 이주대책대상자들이 산정한 생활기본시설 설치비는 186백만원 ~ 296백만원으로 분양가격의 67% ~ 82%의 수준이다. 사업시행자가 산정한 생활기본시설 설치비와 이주자들이 산정한 비용과는 173백만원 ~ 282백만원의 차액이 발생하고 있다.

개정된 토지보상법에서 규정한 생활기본시설 설치비용 산정의 공통된 특성을 종합해보면 생활기본시설 설치비용은 조성원가에서만 산출되는 비용이고, 세대당 금액은 사업지구별로 차이가 있으나 이주정착금보다는 높은 수준으로 11백만원 ~ 25백만원 수준이다. 이 비용은 조성원가 중 이주대책비에 포함되고 전체 조성원가의 0.1% ~ 2.5% 수준이다. 또한, 집단취락지역을 개발하는 사업일수록 이주대책대상자들이 늘어나 이주대책비용도 많이 소요된다. 세대당 분양가격에서 생활기본시설 설치비용이 차지하는 비율은 3.9% ~ 7.3%으로 그리 높지 않은 비율이다. 하지만, 이주대책 대상자들은 사업시행자의 분양가격 중 67% ~ 82%가 생활기본시설 설치비용이라고 여기고 있어 그 차액이 매우 심하게 벌어지는 것으로 나타난다.

## 제2절 실제 운용상의 문제점

### 1. 생활기본시설 비용부담 확대적용 부적절

토지보상법에서는 이주정착지(이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한다)에 대한 도로, 급수시설, 배수시설, 그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담한다고 규정하고 있다(법 제78조 제4항).

그러나 생활기본시설 설치비용을 사업시행자에게 부담하도록 하는 것은 그동안 이주대책의 공급여건변화를 반영하지 못하고, 실무상 보상투기를

조장하며, 이주대책에 대한 법원의 해석에 부정적인 영향을 미치고 있는 것으로 판단된다.

## 1.1 이주대책 공급여건의 변화

이주대책수립시 사업시행자에게 생활기본시설 설치비용을 부담하도록 한 이후 이주대책의 공급여건이 변화하였다. 종래의 이주대책은 공익사업지구 밖에 새로운 이주정착지를 조성하는 형태였으나, 도로·급수·배수시설이 없는 이주정착지 조성이 문제되어 1976년 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 시행령을 개정하여 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하도록 개선하였다.

1980년대에는 택지개발사업 등 사업지구 내에서 이주자 택지나 주택의 공급이 가능해짐에 따라 이주대책의 유형이 사업지구 내에서 공급하는 이주자택지나 주택공급으로 변화하였다. 사업시행자는 이주대책의 일환으로 택지공급가격을 저가로 공급해왔지만, 이때에도 생활기본시설 설치비용을 공제해야 한다는 민원과 소송이 계속되었다.

이러한 문제를 명확히 하기 위해 2007년 10월 토지보상법은 이주대책의 건설하는 주택단지를 포함하여 통상적인 수준의 생활기본시설의 비용을 사업시행자가 부담하도록 개정하였다.

그러나 토지보상법 제78조 제4하에서는 이주정착지에 대한 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하도록 규정하고 있으나, 토지보상법 시행령 제40조 제2항에서는 택지개발촉진법 및 주택법 등에 의해 사업지구 내에 택지 또는 주택을 공급하는 경우까지 이주대책을 수립한 것으로 의제하고 있기 때문에 사업지구 내에서 대규모 택지개발을 통한 이주자택지 또는 주택공급의 경우까지 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담해야 하는가에 대한 비판이 있다.<sup>50)</sup>

---

50) 택지개발사업을 통해 건설되는 광대한 신도시와 그에 수반해서 설치되는 대규모 기반시설은 토지보상법이 이주대책에서의 소규모 이주정착지와 그 안의 공원, 도

## 1.2 보상투기의 요인

사업시행자가 생활기본시설 설치비용을 부담함에 따라 사업지구에 따라 이주민들이 과도한 보상혜택을 받게 되는 경우가 발생하여 이주대책이 보상투기의 요인으로 작용하고 있다. 그동안 이주자 택지나 주택의 공급가격은 사업시행자의 내규에 따라 택지는 조성원가의 70 ~ 80% 수준, 주택은 일반분양가격으로 공급해 왔다.

그러나 2007년 이주자 택지 또는 주택을 공급시 생활기본시설을 공제하도록 토지보상법령이 개정된 이후 공급된 이주자 택지 공급가격은 조성원가의 53.9 ~ 70%까지<sup>51)</sup> 낮아지게 되었고 이로 인해 택지개발에 따른 이주민들은 수천만원에서 수억원에 달하는 시세차익을 누리게 되는 반면, 도로나 공공시설 설치를 위한 도시계획시설사업에 따른 이주민들은 1,200만원의 이주정착금을 지급받는데 불과하여 사업간 형평성 문제가 심화되었다.<sup>52)</sup> 이로 인해 실무상 택지개발과 같이 이주자택지나 주택

---

로 등 생활기본시설과는 차원이 다른 것이다. 그래서 이 둘을 단순 비교하고 시설설치의 비용부담 법리를 이주대책에 대한 토지보상법 조항에서 배타적으로 찾으려는 시도는 성공하기 어렵다(김중보, 2010, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용범조”, 행정법연구 28, 행정법이론실무학회, 178면); 2007년 10월 17일 개정된 토지보상법 제78조 제4항이나 2008년 4월 17일 신설된 토지보상법 시행령 제41조의2가 심도 있는 검토를 거쳐 입법화된 것인지는 의문이다. 왜냐하면 토지보상법의 이주대책은 원래 공익사업시행지구 바깥에 별도의 이주정착지 조성을 전제로 입법화된 것이고, 공익사업시행지구 안에 이주대책대상자를 위한 택지나 주택을 특별 공급하는 것은 이주대책에 갈음하는 별도의 제도로 설계되었다는 사실을 정확히 인식하지 못한 상태에서 이주정착지의 개념에 “이주대책의 실시로 건설하는 주택단지”를 단순 포함시켰고, 이러한 주택단지가 공익사업시행지구 안에 건설하는 것인지 바깥에 건설하는 것인지를 구분하지 않기 때문이다(강신은, 앞의 논문, 353면)

51) 생활기본시설 공제 후 공급한 개발사업의 이주자택지 공급가격은 원주혁신도시 건설(조성원가의 57.9%), 사천용현택지개발사업(조성원가의 53.9%), 울산방어택지개발사업(조성원가의 67.6%), 제주혁신도시건설사업(조성원가의 69.9%) 등이며, 이 내용은 2011년 생활보상에 대한 실태조사의 결과임(김승송 외, 2011, 공정사회 구현을 위한 개발사업의 생활보상제도 정비방안 연구, 국토연구원, 49-60)

52) 지난 2011년 7월 감사원의 보상실태감사 결과에 따르면, 수도권 인근 택지개발 사업지구에서 주거용 건물을 소유한 자는 1인당 평균 1억 6천여 만 원의 시세차익을 누린 것으로 조사되었다. 총 7개 사업에서 반사적 혜택을 본 이주민이 2천

공급이 가능한 사업의 이주대책은 위장전입 등 보상투기를 유발하는 부정적 측면이 있다.

### 1.3 실무상 혼란 야기

이주대책에 대한 대법원의 판례변경은 실무상 많은 혼란을 야기하고 있다. 최근에는 대법원이 주택특별공급의 경우에도 이주정착지를 제공하는 경우와 마찬가지로 사업시행자가 생활기본시설 설치비용을 부담하여야 한다고 판결하였다.

이로 인해 종래 일반분양가로 공급하던 분양주택의 경우에도 생활기본시설설치비용을 공제한 금액으로 공급할 수밖에 없게 되었다. 이와 관련하여 대법원은 특별공급을 통해 공급가액을 상회하는 시세차익을 얻을 기회나 가능성이 주어진다고 하여 생활기본시설을 공제하지 않는 것이 적절하지 않다는 견해를 밝혔다.

게다가 택지의 소지가격 및 조성비 등 투입원가만 부담시킬 수 있고 이를 초과하는 부분은 이주자에게 전가할 수 없다고 판시한 종래의 판결을 변경하면서 생활기본시설 설치비용은 공제하되 사업이윤을 이주자에게 부담시킬 수 있다는 취지의 판결을 통해 기존의 이주대책에 관한 판례를 전면 수정하였다.

그러나 택지개발사업 시행자는 이주대책수립시 사업이윤을 이주자에게 부담시킬 수 있게 되어 사업비 부담을 줄이게 되었지만, 이주민의 생활안정을 위해 추진하는 이주대책에 이윤을 부과하도록 하는 근거가 무엇인지는 명확하게 밝히고 있지 않다.

생각건대 이주대책의 취지는 종전과 동일한 생활상태를 유지할 수 있도록 이주민의 이주정착을 지원하는 것이며, 생활기본시설 설치비용을

---

여 명인 것을 감안하며, 총사업비의 3,200억 원이 이주민에게 지급된 것으로 추정된다. 최근 전체 공익사업의 연평균 이주대책비용이 500억 원인 것을 감안하면, 상당한 보상비용이 택지개발사업 이주민에게 지급된 것으로 판단된다(김승중 외, 전게서, 65-66면).

사업시행자가 부담하도록 하는 목적은 종전과 동일한 이주정착지를 조성하는 경우 종전의 생활상태를 유지하는 데 필요한 공공시설은 사업시행자가 부담하라는 뜻으로 이해해야 할 것이다.

상기 대법원 판결의 반대의견에서도 “특별공급은 통상적으로 택지 또는 주택 등의 공급사업에 포함되어 이루어지므로 공급되는 택지 등에 수반하여 국·공유시설, 복리시설, 편의시설 등이 신설되거나 택지 등의 주변 여건이 정비됨으로써 종전보다 훨씬 나은 생활여건이 조성되는바, 만약 특별공급의 경우에도 사업시행자가 생활기본시설을 설치해 주어야 한다면 이주대책대상자는 생활기본시설 설치비용 상당의 이익 외에도 위와 같은 택지 또는 주택의 공급사업 및 생활시설의 정비 등에 의하여 발생하는 개발이익까지도 누리게 되어 종전 생활상태의 회복이라는 이주대책의 제도적 목적을 넘어서게 되기 때문에 … 사업시행자는 특별공급한 택지 또는 주택에 대하여는 그것이 이주정착지임을 전제로 생활기본시설을 설치해 줄 의무가 없다고 봄이 상당하다”고 판시하고 있다.

따라서 생활기본시설 설치비용 공제제도를 사업지구 내 공급하는 택지나 주택에까지 적용하는 경우 이주자의 원상회복적 보상이 아니라 이를 상회하는 과다보상이 될 우려가 있다. 이러한 문제를 완화하고자 대법원은 이주정착지 공급가격에 투입원가만 반영하도록 한 종래의 판결을 모두 변경하였으나, 이는 오히려 사업시행자로 하여금 이주자택지 또는 주택공급시 공급가격에 어떤 비용을 부과할 수 있으며 또 어느 만큼의 이윤을 추가할 것인지를 판단하게 함으로써 이주대책의 문제를 보다 복잡하게 만든 측면이 있다.

## 2. 알선에 의한 이주대책 사문화

### 2.1 문제점

토지보상법은 사업시행자가 이주자에게 택지 또는 주택공급을 알선한 경우에도 이주대책을 수립한 것으로 보고 있다(령 제40조 제2항). 주택공급에 관한 규칙에서도 국민주택 등의 주택을 공급하는 경우에 토지보상법 제4조의 공익사업으로 인해 철거되는 주택의 소유자 및 세입자 등에게 주택의 특별공급을 규정하고 있다(규칙 제19조). 또한 국가 등 공공주체가 국민임대주택을 공급하는 경우 공익사업에 따른 철거민에게 임대주택 우선공급을 규정하고 있다(규칙 제32조). 그러나 당해 사업지구에서 이주정착지를 제공하지 못하는 사업시행자가 택지개발 등 다른 사업지구에 알선하는 경우는 매우 제한적이다.<sup>53)</sup>

## 2.2 알선에 의한 이주대책의 한계

만약 인근지역에 토지공급이 가능한 사업이 있는 경우 토지공급이 불가능한 사업을 추진하는 사업시행자가 이를 알선한다면, 별도의 이주대책을 수립하지 않고 이주민의 주거안정을 도모할 수 있을 것이다.

예컨대 도로사업에 따른 이주민이 택지개발사업에서 공급하는 이주자 택지 또는 주택 등을 공급받을 수 있도록 연계하는 것이 바람직하다. 그러나 도로사업시행자가 당해 사업에 따른 이주민을 택지개발사업시행자에게 알선하는 경우 사업시행자 모두에게 곤란한 상황이 발생하게 된다. 이주대책을 알선하는 사업시행자 입장에서는 이주대책을 알선하지 않는다면, 최대 1,200만원의 이주정착금만 보상하면 쉽게 해결될 일인데 이주대책을 알선함으로써 보상업무가 증가하게 된다.

게다가 만약 도로사업에 따른 이주민이 택지개발사업에서 이주자 택지 등을 공급받는 경우 생활기반시설 설치비용은 도로사업시행자가

53) 실무상 이주대책의 알선이 실제로 운영되는 경우는 동일한 사업시행자가 택지개발사업을 추진하면서 부대사업으로 연결도로를 건설하는 경우와 같이 사업시행자가 동일한 경우이거나 서울특별시와 같이 별도로 지방공사를 통해 도시계획시설사업 등과 국민주택 등과 연계하는 경우에만 가능하다(자세한 내용은 김승중 외, 전게서, 73-74면).

부담하게 되기 때문에 이주정착금을 지급하는 것보다 보상액이 증가하게 된다. 또한 다른 사업지구에서 택지개발사업으로 이주대책 알선요청이 있는 경우, 예컨대 도로사업시행자의 요청으로 택지개발사업시행자가 도로사업의 이주민을 위해 이주자 택지 등의 공급을 늘리는 경우 일반 분양분이 감소되어 택지개발사업의 사업성이 떨어지기 때문에 택지개발사업시행자 입장에서 그리 반가운 일이 아니다.

따라서 택지공급 가능사업과 불가능한 사업은 사업시행자가 동일하거나 임대주택을 알선하는 경우가 아니면, 사업간 연계가 현실적으로 불가능한 구조적 문제점을 안고 있다.

### 3. 생활기본시설 설치비용 부담의무의 개선

#### 3.1 이주정착지 조성환경의 변천

이주정착지 조성은 1950년대 도심지 주택상가 밀집지역의 화재민이나 한강변, 청계천변 등의 수재민 등에 대한 빈민구호 차원에서 시행되었다. 도시철거민을 위한 이주정착지는 1958년 미아리 정착지 조성사업을 시작으로 1970년 초까지 조성되었다.

이들 이주정착지역들의 대부분은 서울 변두리 주변에 위치한 국공유지로서 교통 등 접근성이 좋지 않았을 뿐만 아니라, 고지대의 황무지에 위치하여 상하수도, 전기 등 생활필수 시설조차 전혀 없이 단지 8내지 10평의 토지만을 주는 것이 당시 이주정착지 조성사업의 전부였다.

생활기본시설을 갖추지 못한 이주정착지는 많은 문제를 야기하였으며, 1971년 광주이주단지에서 발생한 폭동의 중요한 원인 중 하나는 생활기본시설 없이 이주정착지를 조성하였기 때문이다. 이후 1976년 제정된 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 시행령 제5조는 이주정착지에 도로·급수시설 등 지역조건에 따른 생활기본시설을 포함



해야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담하도록 하였다.

### 3.2 생활기본시설 설치비용 공제의 모순점

그러나 기존 주택에 대한 보상평가시에는 공공시설 등 생활기본시설을 반영해 평가하면서 이주정착지를 조성하는 경우에는 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하도록 하는 것은 이해하기 어렵다.

특히, 택지개발과 같이 다양한 공공시설을 설치하여 주거환경이 대폭 개선되는 경우에도 생활기본시설 설치비용을 사업시행자가 부담하도록 한다면, 투입된 비용만큼의 혜택이 이유 없이 원주민에게 지원되는 결과를 낳게 된다.

그럼에도 불구하고 지나 수십 년 동안 이러한 제도가 운영되어온 데에는 과거의 보상제도가 주거이전에 필요한 실제경비를 충분히 보상하지 못한 데 원인이 있는 것으로 보인다.

### 3.3 소결

따라서 공익사업에 따른 이주민에게 강제이주로 인해 발생하는 추가적인 재산상·비재산상 손실을 모두 보상하여 이전에 필요한 보상금액이 현실화된다면, 더 이상 생활기본시설의 설치비용을 사업시행자가 부담할 필요는 없을 것이다.

이주대책 대상자에 대한 보상금액이 현실화되고 수용되는 재산권에 대해 완전한 보상이 이루어지는 경우에는 이들에게 추가적인 혜택을 제공하여야 할 유인이 없어지므로 이러한 생활기본시설 설치비용의 사업시행자로의 전가는 정당성을 확보하지 못하게 된다.

생각건대 이주정착지를 조성하는 경우 사업시행자는 도로·급수시설 등 생활기본시설을 의무적으로 설치하고, 이주민은 생활기본시설의 설치비용을 전부 또는 일부 부담하도록 개선하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

## 제3절 정책적 제언

### 1. 최근 개정법령의 해석문제

#### 1.1 초기의 특별공급과 생활기본시설

특별공급에 대한 적용법조의 일반원칙에 따르면 생활기본시설 설치 의무와 비용부담에 관한 조항도 특별공급에는 적용되지 않는다. 원래 이 조항이 집단적 이주와 이주정착지를 전제로 한 것이어서 이주대책에 한정적으로 적용될 수 밖에 없었기 때문이다.<sup>54)</sup>

택지개발촉진법, 주택법 등은 택지조성, 주택건설의 과정에 설치해야 할 기반시설에 대해 상세히 정하고 있는 법률이므로 당해 사업의 목적에 맞게 그에 의해 기반시설의 기준과 설치비용 및 비용부담자가 정해져야 한다. 그러므로 택지개발촉진법 등에서 정하는 바에 따라 조성되는 택지들 중 일부가 토지보상법의 특례규정에 의해 특별공급되는 경우에는 공급가액에 대해서도 택지개발촉진법 등이 우선 적용된다.

공특법 시절에는 이주대책의 내용으로 이주정착지에 대한 생활기본시설이 포함되도록 정하고(공특법 시행령 제5조 제1항), 이주대책의 비용을 사업시행자에게 부담시키는 구조를 취하고 있었다(동조 제4항).<sup>55)</sup> 그리고 그와 무관하게 이주대책의 변형으로 특별공급제도를 두었기 때문에(동조 제5항) 생활기본시설의 설치비용과 특별공급은 체계상 관련

---

54) 같은 취지, 대법원 2010.1.28. 선고 2009다80996 판결 : 원심이 생활기본시설설치비 조항은 사업지구 '인근'에 조성되는 '이주정착지'를 전제로 한 것이라는 이유로 이 조항이 주거환경개선사업에는 적용되지 않는다고 한 것(대전고등법원 2009.9.11. 선고 2008나9738 판결)에 대한 상고를 기각한 판결.

55) 대법원 2003.7.25. 선고 2001다57778 판결, "그 이주정착지에 대한 도로, 급수 및 배수시설 기타 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설이 설치되어 있어야 하고, 또한 그 공공시설 등의 설치비용은 사업시행자가 부담하는 것으로써 이를 이주자들에게 전가할 수는 없는 것."

성을 찾을 수 없었다.

또 초기에 불분명하던 공특법상 생활기본시설(공특법 시행령 제5조 제1항)과 이주대책의 비용(동조 제4항)의 관계는, 이주대책의 비용이 도로 등 공공시설 부지의 보상비와 그 설치공사비의 합계액으로 정해지면서 명확해졌다(1998년 개정으로 삽입된 공특법 시행규칙 제27조의2 제1항). 이들은 토지보상법이 제정되면서 이주대책의 내용에 생활기본시설이 포함되고, 이에 필요한 비용을 사업시행자가 부담하도록 통합된다(제정 토지보상법 제78조 제4항). 연혁을 통해 살펴보면 생활기본시설 등 공공시설의 설치비용이 ‘이주대책’을 위한 이주정착지 설치비용에 관한 것이었다는 점이 잘 드러난다.

## 1.2 토지보상법의 개정

최근 토지보상법은 생활기본시설의 관련조항 개정을 통해서, 사업시행자가 생활기본시설을 설치하고 비용을 부담해야 하는 경우를 이주정착지 외에 ‘이주대책의 실시로 건설하는 주택단지’로 확대하였다(토지보상법 제78조 제4항). 이 개정은 특별공급과 관련된 주택공급가격이 부적절한 것이라는 감사원과 국민고충처리위원회(현 국민권익위원회)의 지적에 따른 것이다.<sup>56)</sup>

## 1.3 개정조항의 적용범위

그러나 특별공급은 ‘당해’공익사업지구 내에서 발생하는 주택 또는

---

56) 국민고충처리위원회 의결, 2004.2.16. 2003고충15468 등 병합, “건설교통부장관은 사업시행자가 주택법 등 관계법령에 의하여 이주대책대상자에게 주택을 공급하는 경우도 토지보상법 제78조 제4항에서 규정하고 있는 이주정착지에 필요한 생활기본시설 등을 사업시행자가 부담한다는 뜻이 명백하도록 제도를 개선하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.”; 동법안(의안번호 177442)에 대한 국회 건설교통위원회 검토보고서, 26쪽 참조.

택지를 공급하는 것이고, 이 때 주택단지는 당해 공익사업 그 자체를 위해 조성된다. 이에 반해 이주대책은 당해 사업지구 외부에서 실시되므로, ‘이주대책의 실시로 (외부에) 조성’되는 주택단지로 적용범위를 한정하는 이 조항은 특별공급제도와 아무런 연결점을 갖지 못한다.

그 문구에도 불구하고 입법취지를 존중해서 특별공급에 대해 이 조항이 적용되는 것으로 해석하는 경우에도, 단독주택용 택지에 대해서는 여전히 문제가 남는다. 보통 개발사업법에서 주택단지라는 개념은 주택법의 그것에 준해서 공동주택과 그 부대시설이 건설되는 일단의 토지라는 의미로 사용되기 때문이다(주택법 제2조 6호).

만약 특별공급에 대해 생활기본시설설치비를 사업시행자에게 부담시키고자 하였다면, ‘이주정착지(택지개발촉진법, 주택법 등 관계법령에 의해 주택 또는 택지가 공급되는 당해 공익사업지구를 포함한다)’로 규정되었어야 한다.

#### 1.4 시행령과 위임범위

이러한 문제점에도 불구하고 토지보상법은 이 조항이 특별공급의 생활기본시설 설치비용에 대해서도 규율하게 된 것으로 보고, 그 내용을 다시 대통령령에 위임하고 있다(토지보상법 제78조 제8항). 그리고 이에 근거해서 대통령령은 생활기본시설의 종류를 정하고 사업시행자가 부담하는 생활기본시설의 설치비용을 구체화하고 있다(토지보상법 시행령 제41조의2 제1항, 제2항).

특히 주택과 택지의 공급가격 산정방식을 정하고 있는 제2항은 이주정착지를 전제로 하지 않고, 오히려 해당 공익사업지구에서 택지 또는 주택이 공급된다는 점을 명확히 하고 있다. 이는 이 조항이 특별공급을 규율대상으로 하고 있다는 뜻이고, 그래서 법률의 위임범위와 잘 맞지 않는다.

현행법상 특별공급과 공급가격에 대한 토지보상법 시행령의 조항에 대해서는 위헌무효로 보고 적용을 배제할 수도 있고, 합헌적 해석의 법리에 따라 효력을 인정할 여지도 있다. 다만 이 조항이 개정될 당시 마련된 부칙(부칙 제1조, 대통령령 20771호, 2008.4.17)은 그 시행일을 다음날로 명시하고 있으므로, 이 조항은 그 이전에 이루어진 특별공급에 적용되지 않는다. 이 조항은 기존의 특별공급제도를 변경한 것으로 창설적인 것이며, 확인적 성격을 갖는 것이 아니라는 의미이다.

## 2. 생활보상으로서 특별공급의 한계

### 2.1 토지보상법의 한계

이주대책과 특별공급이 유사한 기능을 수행한다고 해서, 그들이 실질적으로 작동하기 위해 채택되는 실체법상의 수단들까지 서로 등가관계에 있거나 상관관계에 있다고 추론하는 것은 무리이다.

택지개발사업을 통해 건설되는 광대한 신도시와 그에 수반해서 설치되는 대규모 기반시설은, 토지보상법이 이주대책에서 상정하는 소규모 이주정착지와 그 안의 공원, 도로 등의 생활기본시설과는 차원이 다른 것이다. 그래서 이 둘을 단순 비교하고 생활기본시설 설치비용의 비용 부담 법리를 이주대책에 대한 토지보상법 조항에서 배타적으로 찾으려는 시도는 성공하기 어렵다.

### 2.2 특별공급과 환지방식

특별공급은 도시개발법상 환지방식에 의해 환지를 받는 것과 그 실질이 유사한데, 환지방식은 수용권이 없어서 보상조항도 없고 오히려 환지받는 자들에 대해 사업비용을 위한 담보가 예정된다. 그럼에도 불구하고 이러한

환지방식이 헌법상 용인되는 것은 환지에 존재하는 개발이익이 고려되기 때문이다.

이에 반해 택지개발사업에서 토지나 주택소유자는 재산상 손실에 대해 전액을 보상받아 물권적 권리관계에서 벗어난다. 또한 사업의 진행 과정에서 사업을 위해 비용을 분담하거나 토지가 감보되는 등의 불이익도 받지 않는다. 그래서 이들에 대해 이주대책에 갈음해서 주어지는 특별공급은, 사업비용을 분담하지 않고 개발이익만을 누릴 수 있는 혜택이 주어진다라는 것을 뜻한다. 이렇게 주어진 혜택은 상당부분 단기간에 전매되고 있으며, 이 때 특별공급에 의한 택지나 주택의 전매가격은 전액 양도차익으로 계산되는 것이 원칙이다.

그러므로 현행 토지보상법이 특별공급을 받는 자들에게 개발이익에 추가해서 또 다시 공급가액을 감액하도록 정하고 있는 것이라면 이는 헌법이 정하고 있는 정당한 보상의 범위를 훨씬 상회하는 것이다. 57)

## 2.3 특혜의 상한선

이주대책에 갈음하여 시행되는 특별공급은 그에 의해 부여되는 이익이 이주대책의 혜택을 과도하게 상회하는 것은 옳지 않으며, 이주정착금이 1,200만원을 상한으로 하고 있다는 점은 중요한 기준이 되어야 한다.

크게 보면 이주대책의 대안으로 채택된 특별공급제도에서 공급가격이 감액될 수 있는 한계는 이주정착금에 의해 부여되는 이익에 준해서 판단되는 것이 옳다. 특히 이주대책이나 특별공급이나 생활보상에 불과한 것이고 이주대책대상자들에 대해서 이미 손실보상액이 전액 지불된 상태라는 점이 고려되어야 한다.

---

57) 헌법재판소, 2006.2.23. 2004헌마19 결정, “이주대책은 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 정당한 보상에 부가하여, 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이다.”

## 2.4 특별공급제도의 개선방안

연혁적으로 이주대책이 먼저 제도화되고, 그 이주대책을 갈음하는 또 하나의 제도로 특별공급이 도입되었다. 그러나 현재 좁은 의미의 이주대책은 거의 활용되지 않고 특별공급이 이주대상자에 대한 생활보상으로 확고하게 자리 잡고 있다.

이러한 현실과는 달리 관련법령은 이주대책에 대해 다양한 조항들을 두고 있는 반면에, 특별공급에 대해 규율하는 것에 매우 인색하다. 이 때문에 이주대책을 위해 마련된 조항들이 특별공급에 적용되는가에 대한 논란의 소지가 상존하고, 생활기본시설 설치비를 둘러싼 최근의 논쟁도 그 중의 하나이다.

입법론으로는 특별공급을 이주대책과 병행해서 법률에 근거를 마련하고, 이 양자의 관계를 명확하게 선언해야 한다. 또 특별공급과 이주대상자, 이주정착금 등의 관계를 정하는 조항들이 섬세하게 마련되어야 한다. 특별공급의 공급가액에 대해 택지개발촉진법 등이 우선 적용되는 것이므로, 그에 대한 보완책으로 토지보상법이 특별공급대상자에 한해 공급가액을 일부 조절하는 합리적인 법체계가 마련되어야 한다.

## 제5장 결론

연혁적으로 손실보상은 물적 보상에서 인적 보상을 포함하는 방향으로 그 범위가 확대되어 왔고, 이주정착지의 조성, 이주정착금의 지급 등에서 나아가 이주자에 대한 택지 및 주택에 대한 특별공급제도까지 도입되면서 그 방법이 다양해졌다. 또한 사업시행자별로 이주대책에 관한 내부지침을 별도로 마련하여 이주대책대상자의 범위를 토지보상법에서 정한 것보다 확대하여 실시하고 있다. 그럼에도 불구하고 이주대책, 특히 이주자택지나 주택의 특별공급을 둘러싼 문제점과 견해대립은 여전히 해결되지 않고 있다.

공익사업이 대규모화 되는 동시에 민간개발참여가 두드러지면서 재산권 침해 및 손실보상에 대한 분쟁은 더욱 심화될 전망이다. 손실보상의 기준은 절대불변인 것은 아니고 당시 시대적 상황 및 요구에 따라 유동적으로 변화하기 마련이다. 이러한 차원에서 이주대책은 공익과 사익의 조절 역할을 하는 하나의 장치로서 역할을 담당하고 있고, 앞으로도 이에 대한 요구는 더욱 높아질 것으로 보인다.

그러나 손실보상의 일반법적 성격을 가지고 있는 토지보상법에 이주대책 관련 규정이 미흡하고 비체계적으로 구성되어 있어서, 사업시행자와 사업의 종류에 따라 이주대책 대상자 선정 및 이주대책의 기준·방법·이주정착금 등이 서로 상이하여 사업시행의 갈등요소로 작용하고 있고, 사회적 비용을 증가시키는 요인이 되고 있다. 따라서 토지보상법의 체계 정비 및 관련규정 보완 등을 통하여 이주대책이 통일적·효율적으로 운용될 수 있도록 제도를 정비할 필요가 있다.

현재 토지보상법 시행령에서 규정하고 있는 특별공급(이주자 택지 또는 주택공급)을 이주대책의 한 방법으로 법률에서 직접 규정하여야 한다. 또한 이주정착지와 이주정착금 특별공급의 관계를 명확히 하여 생활기본시설 설치비와 관련한 소모적인 논쟁을 종식시킬 필요가 있다. 대법원



2007다63089 전원합의체 판결을 위시한 우리나라 판례는 특별공급의 경우에도 생활기본시설 설치비를 사업시행자의 부담으로 한다는 것을 당연한 전제로 하고 있으나, 이에 대해서는 연혁적으로나 법리적으로 재검토의 여지가 있는 것으로 보인다.

판례의 대체적인 흐름은 주택특별공급의 경우에는 주택분양가에 포함된 토지지분에 대해서는 생활기본시설 설치비가 공제되지 않았음이 명확하므로 이주대책대상자에게 토지지분에 상응하는 생활기본시설 설치비를 반환해주어야 한다는 논지를 전개하고 있고, 택지의 특별공급 즉, 이주자택지의 경우에는 기준이 되는 정당한 분양가에 대한 약간의 견해대립이 있으나 일반적으로 조성원가에서 일정금액을 할인해 공급되는 이주자택지의 특성상 정당한 분양가에서 생활기본시설 설치비를 공제한 금액이 특별공급가액 이상이므로 사업시행자의 부당이득반환의무를 부정하는 것으로 보인다.

앞에서 살펴본 바와 같이 특별공급은 이주정착지 조성과는 별개의 제도로서 이해되어야 하며, 이주정착지 조성과 관련하여 적용되는 생활기본시설 설치비의 사업시행자 부담은 특별공급에는 적용되지 않는 것으로 보는 것이 헌법 제23조의 정당한 보상의 원리에 부합하는 것이다. 정당한 보상은 손해의 완전한 보전 즉, 완전한 보상을 의미하지만 완전보상이 과잉보상을 정당화 하는 것은 아니기 때문이다. 지금까지 살펴본 바와 같이 특별공급은 이주대책의 한 유형이 아니며 이주대책과 선택적인 관계로 병렬적으로 규정된 제도이다. 따라서 특별공급대상자에게 이주대책대상자가 제공받는 혜택을 부여하는 것은 토지보상법 등의 기존 의도에서 벗어난 것이다.

생활보상으로 지급받는 아파트의 정당한 분양가를 산정하면서 생활기본시설 설치의무를 사업시행자 측에서 부담하여야 하기 때문에 이를 분양가액에서 제외해야 한다는 대법원 2007다63089판결의 다수의견은 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상, 토지보상법의 전체 취지 및 현실적인 고려가 결여된 입장이라고 생각된다.

오히려 대법원 소수의견과 같이 특별공급은 통상의 이주대책과 달리 통상적으로 공급되는 택지 등에 수반하여 복리시설, 편의시설이 신설되고 택지 등의 주변여건이 정비되어 생활환경이 개선되기 때문에 이주대책과 같이 생활기본시설설치비용을 사업시행자가 부담하게 되면 이주대책대상자는 생활시설의 정비 등에 의해서 개발이익이 발생하면 별도의 비용 부담 없이 이를 누리는 과도한 혜택을 누린다는 점에서 형평에 어긋난다고 보는 것이 합리적일 것이다.

판례의 견해에 따라 특별공급의 경우에도 생활기본시설 설치비를 사업시행자가 부담하는 것이 타당하다고 하더라도 생활기본시설 설치비의 구체적 범위나 산정방식에 대한 명확한 기준이 마련되지 않는다면 이를 둘러싼 분쟁은 종국적으로 해결되지 못한 채 지속될 것이다. 특히, 같은 법원 내에서도 재판부별로 그 견해를 달리하고 있는 정당한 분양가격에 대한 기준은 속히 대법원 판례를 통한 통일적인 기준마련이 시급하다고 하겠다.

특별공급의 경우에도 생활기본시설 설치비에 대한 부담을 전적으로 사업시행자가 져야 한다면 이는 결과적으로 이주대책대상자에게 과도한 혜택을 부여하게 되는 결과로 되며, 특히 생활기본시설이 잘 조성된 택지사업일수록 차감해야하는 생활기본시설 설치비가 증가한다는 역설에 봉착하게 된다.

이와 같이 생활기본시설 설치비의 구체적 범위나 산정방식에 대한 명확하고 납득할 만한 기준이 없고 이를 적용할 경우 오히려 불합리한 결과를 초래할 수 있으므로, 생활기본시설 설치비를 이주대책대상자에게 전가할 수 없다는 판례의 취지를 살리는 동시에 실무적으로 적용하기 용이한 방법으로 협의양도인택지와 마찬가지로 택지개발업무처리지침에 택지공급가격기준을 명시하여 이주자택지에 대해서는 이를테면 조성원가의 80% 등으로 획일적으로 적용하는 것도 가능한 대안이라고 생각된다.

## 참 고 문 헌

### <단행본>

- 김동희, 『행정법I』, 박영사, 2007.  
김철용, 『행정법I』, 박영사, 2009.  
류지태·박종수, 『행정법신론』, 신영사, 2009.  
박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2010.  
박윤훈, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2004.  
석종현·송동수, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2009.  
정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2007.  
홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2009.  
홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011.

### <논문>

- 강구철, 공익사업을 위한 토지 등의 수용에 있어서의 생활권보상, 법학논총 제 19집, 국민대학교 법학연구소, 2007.  
김영조, 생활보상의 체계와 범위, 토지보상법 연구 제6집, 한국토지보상법연구회, 2006.  
김중보, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구 제28호, 행정법이론 실무학회, 2010.  
김해룡, 기업도시개발에 있어서의 이주 내지 생활대책, 토지공법연구 제 29집, 한국토지공법학회, 2005.  
류지태, 생활보상 논의의 비판적 검토, 감정평가연구 제15집 제2호, 한국 부동산연구원, 2005.  
류지태·김원보·이동과, 토지보상제도 개선 연구, 건설교통부, 2005.  
류해웅, 생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰, 감정평가연구 제15집 제

- 1호, 한국부동산연구원, 2005.
- 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2010.
- 박균성, 손실보상의 발전방향, 토지공법연구 제41집, 한국토지공법학회, 2008.
- 박윤흔, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2004.
- 박평준, 현행법상의 생활보상에 관한 고찰, 공법연구 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999.
- 석종현·송동수, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2009.
- 심원태·이수안, “정당한 분양가 산정 기준으로서의 이주대책과 특별공급의 관계”, 법학평론 제4권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2013.
- 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2007.
- 최승원, 생활보상의 개념과 헌법적 근거, 공법연구 제26집 제3호, 한국공법학회, 1998.
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2009.
- 홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011.
- 황갑복, “이주대책대상자가 제안하는 이주자주택 가격에 관한 연구”, 부동산연구 제21집 제2호, 2011

Abstract

Study on the basic living  
facilities installation cost  
burden

Austin Jung

Department of Public Enterprise Policy

The Graduate School

of Public Administration

Seoul National University

In connection with life measures to be carried out as part of the loss compensation by utilities enforcement, it is interest is sharp conflict between the parties, special supply of residential land and housing of immigrants among the many conflicts of the point is immediately life measures that have occurred it can be said to relate.

Center of traditional immigration measures is to construct a different immigration settlement outside of migrants of the business district to lose the basis of life in such as dam construction, if the

way to restore the traditional living conditions was the main, as the scale of public utilities is ringing become large-scale new by the urban development business enforcement, such as even greater scale of immigration to lose the basis of living large, the center of the recent immigration measures, such as residential land development business district, within the business district supplying construction have been land and houses in preference to immigrants, it may be a so-called special supply forms a main.

The time in the past of real estate prices had been steadily rising, rather than be transferred to immigration settlement of nearby business enforcement district, to be subject to construction has been housing and residential land supply in the business district transfer gains, such as it is through the resale migrating subject from the point that there are many room that can be achieved economic benefits, were like these of a special supply, recently in real estate value has fallen, smaller economic benefits that can be migrants take Te, in extreme cases, depending on the case to see the loss is also displayed, basic equipment installation cost of living that can not be made to bear the business enforcement person to migrants in sale price of immigration home too special supply housing to the other party insists that is included, the fact is a lot of litigation have been raised.

In this study, based on such a background, in the center of the discussion the analysis of sentence has been the Supreme Court 2007 DA63089 all collegial body ruling in 2007.

As part of the immigration measures, which is a kind of life compensation, if you analyze the differences between the problems and immigration settlement of the offer and the special supply of the system over the special supply of residential land and housing to be

carried out, to supply a migration home too much housing It was also critically examine whether the life basic equipment installation cost should be business enforcement's bear, as in the case of migrant settlements.

**keywords : Basic facilities installation cost of living, life measures, immigration residential land, housing special supply**

*Student Number : 2014-23648*