

수용재결취소등

[광주고등법원 2016. 7. 21. 선고 2015누7509 판결]

【전문】

【원고, 피항소인】

별지1 원고 명단 기재와 같음 (소송대리인 변호사 서희원)

【피고, 항소인】

광양시장 외 1인 (소송대리인 법무법인 맥 외 1인)

【피고보조참가인】

주식회사 엘에프네트웍스 (소송대리인 변호사 김병하)

【제1심판결】

광주지방법원 2015. 11. 26. 선고 2015구합10773 판결

【변론종결】

2016. 5. 26.

【주 문】

1. 제1심 판결 중 피고들 패소 부분을 취소한다.

2. 원고들의 피고 광양시장에 대한, ‘피고 광양시장의 2014. 10. 30.자 광양도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지)사업 사업시행자 지정(광양시 고시 제2014-175호)’의 무효확인 청구, ‘피고 광양시장의 2014. 12. 18.자 광양도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지)사업 사업시행자 지정(변경) 및 실시계획인가(광양시 고시 제2014-203호)’에 관한 주위적 및 예비적 청구, 원고 11, 원고 12, 원고 18의 피고 전라남도지방토지수용위원회에 대한 ‘피고 전라남도지방토지수용위원회의 2015. 3. 24.자 별지2 목록 ‘부동산’란 기재 각 부동산에 관한 수용재결’에 관한 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각한다.

3. 소송총비용 중 원고들과 피고 광양시장 사이에 생긴 부분과 보조참가로 인한 부분은 원고들이, 원고 11, 원고 12, 원고 18과 피고 전라남도지방토지수용위원회 사이에 생긴 부분은 위 원고들이 각 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】

1. 청구취지

가. 피고 광양시장이 2014. 8. 28. 한 광양 도시관리계획(지구단위계획) 결정(변경) 및 지형도면 승인(광양시 고시 제2014-143호), 2014. 10. 30. 한 광양도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지)사업 사업시행자 지정(광양시 고시 제2014-175호)이 각 무효임을 확인한다(피고 광양시장이 2014. 8. 28. 한 처분의 무효확인 청구에 관하여 원고들이 제1심에서 패소하였으나 피고들만이 불복하여 항소하였으므로, 위 청구 부분은 당심의 심판대상에서 제외되었다).

나. 주위적으로, ㉠ 피고 광양시장이 2014. 12. 18. 한 광양도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지)사업

사업시행자 지정(변경) 및 실시계획인가(광양시 고시 제2014-203호), ㉞ 피고 전라남도토지수용위원회(이하 '피고 위원회'라고 한다)가 2015. 3. 24. 원고 11, 원고 12, 원고 18에 대하여 한 별지2 목록 '부동산'란 기재 각 부동산에 관한 수용재결이 각 무효임을 확인한다.

다. 예비적으로, ㉟ 피고 광양시장이 2014. 12. 18. 한 광양도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지)사업 사업시행자 지정(변경) 및 실시계획인가(광양시 고시 제2014-203호), ㊟ 피고 위원회가 2015. 3. 24. 원고 11, 원고 12, 원고 18에 대하여 한 별지2 목록 '부동산'란 기재 각 부동산에 관한 수용재결을 각 취소한다.

2. 항소취지

주문과 같다.

【이 유】

1. 이 사건 각 처분의 경위

가. 덕례지구에 대한 종전의 도시계획 결정

전라남도지사는 2002. 12. 13. 전라남도 고시 제2002-259호로 광양시 광양읍 덕례리 일원에 대하여 한려대학교 및 광양대학교 인근의 건전한 대학촌 조성을 위하여 기존의 자연녹지지역 644,560㎡와 생산녹지지역 26,680㎡의 용도를 2종 일반주거지역으로 변경하는 내용의 도시계획변경을 결정·고시하였고, 2005. 12. 13. 전라남도 고시 제2005-208호로 위 2종 일반주거지역 중 일부인 46,660㎡를 준주거지역으로 용도변경하는 내용의 광양도시관리계획변경(덕례 제1종 지구단위계획)을 결정·고시하였다.

피고 광양시장은 2006. 2. 20. 광양시 고시 제2006-16호로 위 변경 결정 및 지형도면을 고시하였는데, 위 계획에는 교통시설인 도로·철도·주차장, 도시공간시설인 광장·공원·녹지, 공공·문화체육시설인 학교가 상당 부분을 차지하고 있다(이하 '종전 도시관리계획결정'이라 한다).

나. 피고 광양시장의 대규모점포 유치과정

전라남도지사는 2013. 7. 12. 주식회사 엘에프 및 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)으로부터 여수시, 순천시, 광양시 인근에 약 66,000㎡ 면적의 교외형 프리미엄 패션아울렛 타운을 조성하고자 한다는 취지의 투자제안서를 제출받고, 여수시장, 순천시장, 피고 광양시장에게 유치의사를 통보하여 줄 것을 요청하였다.

이에 피고 광양시장이 유치의사를 밝힘에 따라, 피고 광양시장과 참가인은 상호간에 협의를 거쳐 피고 광양시장과 참가인 사이에 토지보상과 관련한 위·수탁계약을 체결하고 그에 따라 피고 광양시장이 이 사건 건립사업이 진행될 것으로 예상되는 토지의 소유자들로부터 동의서를 징구한 후 위 토지의 용도지역을 제2종 일반주거지역에서 준주거지역으로 변경하여 해당 토지에 기반시설로서 대규모점포의 설치를 위한 도시계획시설을 배치하는 것으로 덕례지구단위계획을 변경하고, 참가인은 위 도시계획시설의 사업시행자 지정 및 실시계획인가를 받는 방법으로 광양 엘에프네트웍스 프리미엄 패션 아울렛 건립사업(이하 '이 사건 건립사업'이라 하고, 그로 인해 건립되는 아울렛을 '이 사건 아울렛'이라 한다)을 진행하기로 합의하였다.

다. 피고 광양시장과 참가인 사이의 위·수탁 계약 체결

위와 같은 투자유치 과정 및 이 사건 건립사업의 진행방법에 관한 협의에 따라 피고 광양시장은 2013. 12. 6. 참가인과 사이에 이 사건 건립사업에 관한 보상업무 위·수탁계약(이하 '이 사건 위·수탁계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(목적)본 계약은 참가인이 시행(예정)하는 이 사건 건립사업에 편입되는 토지 등의 취득 및 수용재결에 대한 보상업무를 참가인이 피고 광양시장에게 위탁함에 있어서 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.제3조(계

약기간)본 계약기간은 계약체결일로부터 사업지구내 편입된 토지 등의 동의서(면적의 2/3 이상 협의매수 · 토지소유자수의 1/2 이상 동의서 징구) 징구, 취득, 수용재결, 공탁 등 보상 업무를 완료한 후 사업관련 보상서류를 상호 인계·인수하고, 사업비 집행에 대한 정산을 완료한 때까지로 한다.제4조(업무의 분담)참가인과 피고 광양시장은 다음 각 호와 같이 보상업무를 분담한다.① 참가인은 다음 사항을 담당한다. 1. 사업계획 및 사업구역의 결정에 관한 사항 2. 사업인정(실시설계 승인)에 관한 사항 3. 토지 등의 취득 또는 수용재결 등에 소요되는 비용의 부담 4. 토지 등의 손실보상에 따른 제반 수수료 및 경비부담(감정, 측량, 등기, 공고, 위탁수수료, 보상관련 소송비용) 5. 보상 완료된 토지의 관리 및 지장물 철거 6. 기타 참가인과 피고 광양시장이 협의하여 부담기로 하는 업무 및 그 비용② 피고 광양시장은 다음 사항을 담당한다. 1. 편입부지 면적의 2/3 이상 협의매수 · 토지소유자수의 1/2 이상 동의서 징수 2. 보상계획 수립·공고 및 열람·통지에 관한 업무 3. 손실보상 통지 등에 대한 감정평가 4. 토지대상 및 건축물대장 등 공부의 조사 5. 분할측량 및 지적등록에 관한 업무 6. 토지조서 및 물건조서의 기재사항에 관한 조사 7. 잔여지 및 공익사업지구 밖의 토지 등의 보상에 관한 조사 8. 영업 및 농업·어업·광업의 손실에 관한 조사 9. 보상액의 산정 10. 보상협의, 계약체결 및 보상금의 지급 11. 보상관련 민원처리(이의신청을 포함한다) 및 소송수행 지원업무 12. 보상된 토지 등의 등기관련 업무 13. 수용재결 신청서 및 재결보상금의 지급·공탁에 관한 업무 14. 그 밖의 보상업무와 관련하여 전문기관의 용역 등 참가인과 피고 광양시장이 협의하여 정하는 사항제6조(위탁수수료 등의 산정 및 지급기준)① 보상업무 등의 위탁 수수료는 토지 등의 취득에 따른 사업비 또는 이주대책비를 기준으로 토지보상법 시행령 제43조 제4항의 규정에 의한 위탁수수료율을 적용하여 산출한 금액(1억 7,700만 원)으로 한다.② 참가인은 피고 광양시장에게 계약서 체결 이후 2주일 이내에 추정 위탁수수료 중 5천만 원을 선지급하고, 피고 광양시장의 청구가 있을 때 잔여 위탁수수료를 지급하며 계약이 종료되는 시점에 최종정산하여 잔액을 참가인에게 반납한다.제8조(보상액의 산정 및 정산)① 피고 광양시장은 토지 등에 대한 보상액을 산정하려는 경우에는 감정평가업자 2인 이상을 선정하여 토지 등의 평가를 의뢰하여야 한다.② 제1항에 따른 평가의뢰 절차 및 방법, 보상액의 산정기준 등에 관하여 필요한 사항은 ‘토지보상법’ 시행규칙에 따른다.③ 참가인은 피고 광양시장의 청구에 따라 피고 광양시장이 지정하는 별도 계좌에 보상금을 지급하여야 하고, 피고 광양시장은 참가인에게 최종정산하여야 한다.제12조(등기)피고 광양시장은 개인별로 매입한 토지의 소유권을 보상금 지급과 동시에 참가인의 명의로 등기하여야 한다.

라. 피고 광양시장의 동의서 징구를 위한 서한문 발송

피고 광양시장은 이 사건 위·수탁계약에 따라 2013. 12. 30., 2014. 1. 17., 2014. 2. 12., 2014. 3. 17., 2014. 4. 28. 5차례에 걸쳐 이 사건 건립사업이 진행될 것으로 예상되는 토지의 소유자들에게 ‘소유자들의 토지가 소재된 덕례지구단위계획의 일정 면적에 국내 메이저급 유통시설을 유치하여 우선 개발하는 사업을 추진중에 있으므로, 첨부된 별지3-1 기재와 같은 서한문(이하 ‘이 사건 서한문’이라 한다)과 별지3-2 기재와 같은 동의서 양식(이하 ‘이 사건 동의서 양식’이라 한다) 및 사업시행자 지정 동의서 작성요령을 참고하여 동의서 및 인간증명서를 제출하여 달라’는 취지의 공문을 ‘대규모점포 투자유치를 위한 토지소유자 서한문 발송’이라는 제목으로 발송하였고, 2014. 5. 28., 2014. 6. 17.에는 이 사건 건립사업이 진행될 것으로 추가로 예상되는 토지의 소유자들에게 위와 같은 취지로 이 사건 서한문 및 동의서 양식이 첨부된 공문을 발송하였다.

마. 피고 광양시장의 도시관리계획변경 결정

피고 광양시장은 2014. 6. 3.부터 2014. 6. 17.까지 광양시 공고 제2014-894호로 [국토의 계획 및 이용에 관한 법률](#)(이하 ‘[국토계획법](#)’이라 한다) 제28조, [동법 시행령](#)(이하 ‘[국토계획법 시행령](#)’이라 한다) 제22조에 따라

광양 도시관리계획(덕례지구 지구단위계획) 결정(변경)안을 공람공고하였고, 2014. 6. 12. 광양읍사무소에서 주민설명회를 개최하였다.

이후 위 라.항에서 본 동의서 징구 절차를 통하여 이 사건 건립사업 예정지 토지소유자의 75%로부터 동의서를 받자, 피고 광양시장은 2014. 8. 28. 광양시 고시 제2014-143호로 광양 도시관리계획(지구단위계획)변경을 결정·고시하고, 그 지형도면을 승인·고시하였는데, 그 주요 변경내용은 이 사건 건립사업을 위하여 덕례지구단위계획 사업구역 내 토지 중 제2종 일반주거지역 94,127㎡를 준주거지역으로 변경하고, 해당토지에 기반시설인 시장(대규모점포, 78,184㎡), 공공공지(4,303㎡), 경관녹지(3,344㎡), 도로를 설치하는 계획을 신설하는 것이다(이하 위 도시관리계획변경 결정을 ‘이 사건 도시관리계획변경 결정’이라 하고, 위 시장, 공공공지, 경관녹지, 도로를 ‘이 사건 도시계획시설’이라 한다).

바. 피고 광양시장의 토지매수를 위한 보상협의 요청서 발송

피고 광양시장은 이 사건 위·수탁계약에 따라 2014. 9. 2. 이 사건 도시계획시설을 설치하는 사업(이하 ‘이 사건 도시계획시설사업’이라 한다)의 대상 토지 소유자들에게 해당 토지에 대한 감정평가 결과를 첨부하여 다음과 같은 내용의 보상협의 요청서(이하 ‘이 사건 매수요청서’라 한다)를 발송하였고, 위 매수요청에 응한 토지소유자들의 토지를 매수하여 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 내 사유지 87,384㎡ 중 58,286㎡(66.7%)에 관하여 참가인 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2. 우리시에서는 귀하의 토지가 소재된 덕례지구단위계획지구 내 국내 메이저급 유통시설을 유치하기 위해서 토지소유자님들의 동의서를 받았으며 2014. 8. 28.에 ‘제2종 일반주거지역’을 ‘준주거지역’으로 2종 상향하고 감정평가를 완료하였습니다.3. 따라서 대규모점포 도시계획시설사업에 편입되는 토지 등에 대하여 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제16조를 준용하여 붙임과 같이 보상협의를 요청하오니 보상금을 청구하시기 바라며, 영농손실비는 붙임 보상결정내역에 포함되지 않고 구비서류를 갖추면 추가 지급됩니다.

사. 피고 광양시장의 사업시행자 지정 및 실시계획인가

참가인이 2014. 10. 21. 피고 광양시장에게 이 사건 건립사업을 위하여 이 사건 도시계획시설사업에 대한 사업시행자 지정신청을 하자, 피고 광양시장은 2014. 10. 30. 참가인이 위 라.항 동의서 징구를 위한 서한문 발송, 위 바.항 토지매수를 위한 보상협의절차를 통하여 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지의 2/3 이상을 소유하고, 토지소유자 총수의 1/2 이상(70.5% = 토지를 매도하지 않은 토지소유자 112명 중 동의서를 발송한 79명)의 동의를 얻어 [국토계획법 제86조 제5항, 제7항, 국토계획법 시행령 제96조 제2항](#)에 따른 사업시행자 지정 요건을 갖추었다고 판단하고, 광양시 고시 제2014-175호로 참가인을 이 사건 도시계획시설사업의 시행자로 지정·고시(이하 ‘이 사건 사업시행자 지정’이라 한다)하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

1. 사업시행지의 위치 광양시 광양읍 덕례리 707번지 일원 2. 사업의 종류 및 명칭 ○ 종류 : 도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지) 사업 ○ 명칭 : 이 사건 건립사업 3. 사업시행면적 또는 규모 ○ 사업시행면적 : 93,098㎡ - 시장 78,184㎡, 도로 8,711㎡, 공공공지 4,303㎡, 경관녹지 1,900㎡ 4. 사업시행자의 성명 및 주소 ○ 성명 : 참가인 ○ 주소 : (주소 생략)

이후 참가인이 2014. 11. 6. 피고 광양시장에게 사업시행자 지정신청변경 및 실시계획인가신청을 하자, 피고 광양시장은 2014. 11. 10. [국토계획법 제90조, 국토계획법 시행령 제99조](#)에 따라 위 실시계획을 공람공고하고,

2014. 11. 18. [국토계획법 제92조](#)에 따라 관계 행정기관의 장에게 협의를 요청한 후, 2014. 12. 18. 광양시 고시 제2014-203호로 광양 도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지) 사업시행자 지정 변경을 결정·고시하고, 그 실시계획을 인가·고시(이하 '이 사건 실시계획인가'라고 한다)하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

1. 사업시행자의 위치(변경 없음) 광양시 광양읍 덕례리 707번지 일원 2. 사업의 종류 및 명칭(변경 없음) ○ 종류 : 도시계획시설(시장, 도로, 공공공지, 경관녹지) 사업 ○ 명칭 : 이 사건 건립사업 3. 사업시행면적 또는 규모(변경) ○ 당초 : 93,098㎡(시장 78,184㎡, 도로 8,711㎡, 공공공지 4,303㎡, 경관녹지 1,900㎡) ○ 변경 : 97,826㎡(시장 78,184㎡, 도로 13,439㎡(주3), 공공공지 4,303㎡, 경관녹지 1,900㎡) 4. 사업시행자의 성명 및 주소(변경 없음) ○ 성명 : 참가인 ○ 주소 : (주소 생략)

13,439㎡

아. 피고 위원회의 수용재결

피고 광양시장은 2014. 11. 6. [공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률](#)(이하 '토지보상법'이라 한다) [제15조](#)에 따라 이 사건 건립사업의 개요, 토지조서 및 물건조서의 내용, 보상계획열람의 장소, 보상의 시기·방법 및 절차 등이 포함된 보상계획을 통지하고, 2014. 12. 24., 2015. 1. 7., 2015. 1. 22. 3차례에 걸쳐 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 소유자들에게 [토지보상법 제16조](#) 및 [동법 시행령 제8조](#)에 따라 보상협의를 요청한 후 2015. 2. 6. 피고 위원회에 재결을 신청하였다.

이에 피고 위원회는 2015. 3. 24. 이 사건 실시계획인가에 따라 토지보상법에 따른 사업인정이 의제된다는 이유로 원고 11, 원고 12, 원고 18에 대하여 별지2 목록 '부동산'란 기재 부동산에 관하여 수용재결(이하 '이 사건 수용재결'이라 한다)을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 7, 10, 16호증, 을가 제1 내지 26, 32 내지 34, 45호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장 및 관계법령

가. 원고들의 주장

이 사건 사업시행자 지정, 이 사건 실시계획인가, 이 사건 수용재결은 다음과 같은 사유로 위법하므로, 원고들은 이 사건 사업시행자 지정의 무효확인을 구하고, 아울러 이 사건 실시계획인가에 관하여 주위적으로 무효확인을, 예비적으로 취소를 구하며, 원고 11, 원고 12, 원고 18은 이 사건 수용재결에 관하여 주위적으로 무효확인을, 예비적으로 취소를 구한다.

(1) 이 사건 사업시행자 지정 부분

지방자치단체 등 공공기관 외의 자가 도시계획시설의 사업시행자로 지정을 받으려면 [국토계획법 제86조 제5항, 제7항, 국토계획법 시행령 제96조 제2항](#)에 따라 도시계획시설사업의 대상인 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고(이하 '토지소유 요건'이라 한다), 토지소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 하는데(이하 '동의 요건'이라 한다), 참가인은 아래와 같이 토지소유 요건 및 동의 요건을 갖추지 못하여 사업시행자 지정요건을 충족하지 못하였음에도 피고 광양시장은 참가인을 사업시행자로 지정하였다.

(가) 토지소유 요건 흠결

도시계획시설의 사업시행자 지정권한을 가지고 있는 피고 광양시장이 참가인과 이 사건 위·수탁계약을 체결하고, 토지의 매수 및 동의서 징구를 대리하였는데, 이를 통하여 참가인 명의로 마쳐진 소유권이전등기는 아래

와 같은 이유로 무효이다. 즉, ㉠ 피고 광양시장의 행위는 국토계획법 등 관련법령에 근거규정이 없어 무효인 대리행위에 해당하고, ㉡ 피고 광양시장이 공인중개사나 변호사가 아니면서 참가인으로부터 일정한 보수를 받고 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지의 매매를 알선하여 공인중개사법 또는 변호사법을 위반하였으며, ㉢ 참가인과 토지소유자들 사이의 토지매매계약은 사인 간의 매매계약에 불과함에도 피고 광양시장은 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 소유자들에게 이 사건 서한문을 발송하면서 ‘보상’, ‘토지보상법에 의거’라는 용어를 사용하여 마치 토지보상법에서 정하는 보상에 의한 취득인 것처럼 가장한 것은 기망에 해당하고, ㉣ 토지소유자들로 하여금 참가인에게 해당 소유 토지의 매각 또는 동의서 작성 등의 의무 없는 일을 하게 하거나 매매계약의 체결 또는 동의서 작성 등의 자유로운 권리행사를 방해한 것으로 공무원의 직권을 남용한 것이다.

(나) 동의요건 흠결

피고 광양시장이 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 소유자들로부터 제출받은 동의서(이하 ‘이 사건 동의서’라 한다)들은 다음과 같은 이유로 효력이 없다. 즉, ㉠ 원고들은 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지의 용도지역을 2종 주거지역에서 준주거지역으로 상향하는 것에 대하여 동의를 하였을 뿐 이 사건 도시계획시설사업을 추진함에 있어 참가인을 사업시행자로 지정하는 것에 대하여 동의를 한 사실이 없고, ㉡ 이 사건 동의서의 사업시행자 또는 사업시행예정자란에 ‘광양시장이 지정하는 아래 도시계획시설 사업시행자 또는 시행예정자’라고만 기재되어 있을 뿐 나머지는 공란으로 기재되어 있어 토지소유자로부터 동의를 받은 사업시행자가 구체적으로 특정되지 않았으며, 참가인이 위와 같이 공란인 사업시행자 또는 사업시행예정자란에 임의로 ‘참가인의 주소·성명·법인등록번호·전화번호’를 기재하였는바, 이는 토지소유자들의 권리의무에 관한 사문서를 변조한 것이고, 변조된 사문서를 참가인이 국토계획법에 따른 사업시행자 지정을 받는데 필요한 구비요건으로 사용한 것은 사문서의 부정행사에 해당하며, ㉢ 이 사건 동의서를 작성한 이후에 이 사건 도시관리계획변경 결정이 있었으므로 위 동의를 이 사건 도시관리계획변경 결정에 대한 동의로 볼 수 없다.

(2) 이 사건 실시계획인가 부분

(가) [국토계획법 제96조](#)에서는 사업시행자가 토지 등의 수용 및 사용을 함에 있어서 토지보상법을 준용하도록 하고 있고, [국토계획법 제91조](#)에 따른 실시계획을 고시한 경우 토지보상법의 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 의제하고 있으므로, 국토계획법에 따른 실시계획인가를 하기 위해서는 토지보상법을 준용하여 그러한 공용수용을 허용할 수 있는 공익성을 가지는지 여부를 판단하여야 하는데, 이 사건 건립사업은 참가인의 독점적이고 배타적인 영리목적의 판매를 위한 각종 시설의 설치를 내용으로 한 사업에 불과할 뿐 공익성을 인정할 수 없다.

(나) [국토계획법 제2조 제6호](#)에서는 수용권이 행사될 수 있는 기반시설의 하나로 ‘공동구 등 유통·공급시설’을 설치하고 있는데, 위 규정은 유통시설의 구체적인 내용을 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있으므로 이는 포괄위임금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다. 또한 [도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙](#) (이하 ‘이 사건 시행규칙’이라 한다) [제82조 제1호](#)에서는 기반시설로서의 시장의 범위에 ‘[유통산업발전법 제2조 제3호](#) 및 [제5호](#)에 따른 대규모점포’를 포함시키고 있는데, 이는 상위법령인 국토계획법 및 동법 시행령에서 위임한 범위를 넘어 당연무효에 해당하고, 무효인 국토계획법 및 이 사건 시행규칙에 바탕을 둔 이 사건 실시계획인가 역시 무효이다.

(3) 이 사건 수용재결 부분

사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하였음에도 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다고 할

것인데, 위 (2)항에서 본 바와 같이 이 사건 건립사업은 공익성이 인정되지 않으므로 이 사건 수용재결은 수용권을 남용한 것이다.

나. 관계법령

별지4 관계법령 기재와 같다.

3. 각 처분의 적법 여부

가. 이 사건 사업시행자 지정의 무효확인 청구부분

(1) 도시계획시설 관련 규정 및 이 사건의 쟁점

국토계획법은 도시계획시설에 관하여 [제2조 제6호](#)에서 “기반시설이란 다음 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 말한다.”고 규정하고 있고, [같은 조 제7호](#)에서 도시·군계획시설이란 “기반시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설을 말한다.”고 규정하고 있으며(이하 도시·군관리계획을 ‘도시관리계획’이라고 하고, 도시·군계획시설을 ‘도시계획시설’이라 한다), [제43조](#)에서 “지상·수상·공중·수중 또는 지하에 기반시설을 설치하려면 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 한다.”고 규정하고 있다.

한편 국토계획법은 도시계획사업의 시행자에 관하여 [제86조 제7항](#)에서 “국가 또는 지방자치단체, 공공기관, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 아닌 자(이하 '민간사업자'라 한다)가 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받으려면 도시계획시설사업의 대상인 토지(국공유지는 제외한다)의 소유 면적 및 토지소유자의 동의 비율에 관하여 대통령령으로 정하는 요건을 갖추어야 한다.”고 규정하고 있고, [국토계획법 시행령 제96조 제2항](#)은 위 대통령령으로 정하는 요건이란 “도시계획시설사업의 대상인 토지(국·공유지를 제외한다) 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻는 것을 말한다.”고 규정하고 있다.

그리고 국토계획법은 도시계획시설사업에 필요한 토지 등의 수용에 관하여 [제95조 제1항](#)에서 “도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건 및 그에 관한 소유권 외의 권리를 수용하거나 사용할 수 있다.”고 규정하고 있고, [제96조 제1항](#)에서 “[제95조](#)에 따른 수용 및 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 토지보상법을 준용한다.”고 규정하고 있으며, [제2항](#)에서 “[제1항](#)에 따라 토지보상법을 준용할 때에 [제91조](#)에 따른 실시계획을 고시한 경우에는 [같은 법 제20조 제1항](#)과 [제22조](#)에 따른 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 본다.”고 규정하고 있다.

위와 같은 국토계획법의 규정들을 종합하여 보면, 참가인과 같은 민간사업자가 도시계획시설의 사업시행자로 지정되기 위해서는 [국토계획법 제86조 제7항](#), [국토계획법 시행령 제96조 제2항](#)에 따라 도시계획시설 사업의 대상 토지면적의 2/3 이상의 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 1/2 이상의 동의를 얻어야 하는바, 행정청은 사업시행자를 지정한 때를 기준으로 위 요건의 충족 여부를 판단하여야 한다.

따라서 이 사건 사업시행자 지정 당시 참가인이 토지소유 요건과 동의 요건을 갖추지 못하였다면 이 사건 사업시행자 지정은 위법하므로 이하에서는 참가인이 토지소유 요건과 동의요건을 갖추었는지에 관하여 살펴보고, 갖추지 못하였다면 그러한 하자의 정도가 어떠한지에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 토지소유 요건을 갖추었는지 여부

이 사건 사업시행자 지정 당시 참가인이 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 내 사유지 중 2/3 이상인 66.7%(87,384㎡ 중 58,286㎡)에 관하여 소유권이전등기를 마쳤음은 앞서 본 바와 같은바, 피고 광양시장이 이 사건 위·수탁계약에 따라 참가인을 대리하여 토지의 매수행위를 한 것은 아래와 같은 점 등을 고려할 때 위법하다고 할 수 없고, 설령 위법하다고 하더라도 우리 민법이 물건변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는

이상 토지소유 요건을 충족하였는지 여부는 사업시행자로 지정받으려는 자가 그 소유 명의로 해당 토지에 관한 등기를 마쳤는지 여부를 기준으로 판단하여야 할 것인데, 원고들이 주장하는 사유만으로는 참가인 명의의 소유권이전등기가 원인무효에 해당한다고 볼 수 없어, 참가인은 이 사건 사업시행자 지정 당시 토지소유 요건을 충족하였다고 할 것이다.

○ 행정청의 어떤 행위가 그 근거규정이 없다는 이유만으로 위법하다고 볼 수 없다. 따라서 피고 광양시장이 참가인과 이 사건 위·수탁계약을 체결하고, 토지의 매수 및 동의서 징구를 대리한 행위에 관하여 국토계획법 등 관련 법령에 근거규정이 없다는 이유만으로 원고들의 주장과 같이 그 자체로서 위법하다고 할 수는 없다.

○ 국토계획법 등 관련법령에서 민간사업자가 대상사업의 토지소유자들로부터 동의서를 받는 방식을 제한하고 있지 않으므로, 반드시 참가인이 동의서를 징구하여야 할 의무가 있다고 볼 수 없고, 그 의사에 기하여 자유롭게 동의서 징구의 방식 중 하나로써 피고 광양시청에게 위탁할 수 있다고 할 것이며, 오히려 [토지보상법 제81조 제1항](#)에서 사업시행자는 보상업무를 지방자치단체 등에 위탁할 수 있다고 규정하고 있는 취지, 보상업무의 전문성 등에 비추어 볼 때, 지방자치단체 등이 도시관리계획을 추진함에 있어 사업시행자 지정을 받으려는 민간사업자에게 행정적인 지원을 하는 것이 도시관리계획을 통한 공공복리 증진과 국민의 삶의 질 향상을 용이하게 하는 측면도 있어 이를 두고 공무원의 직권을 남용한 것이라고 볼 수 없다.

○ 이 사건 서한문에서 ‘보상’, ‘토지보상법에 의거’라는 표현을 사용한 것은 참가인으로부터 보상업무를 수탁 받은 피고 광양시장이 이 사건 위·수탁계약에 따라 다수인과의 토지매매계약체결에 앞서 토지 소유자들간의 형평성과 정당한 보상을 위하여 토지보상법상의 보상액 산정 절차를 준용하여 2인의 감정결과를 산술평균한 금액을 적정가격으로 정하였기 때문으로 보이고, 이를 두고 피고 광양시장이 토지소유자들에게 사인간의 매매계약을 토지보상법상 수용으로 기망하였다고 보기 어렵다.

○ 피고 광양시장이 사업에 동의하는 토지소유자들과 보상협의를 진행한 행위는 [공인중개사법 제2조 제3호](#)에서 말하는 ‘중개를 업으로 행하는 것’에 해당한다거나 법률사건의 대리·중재, 법률사무의 취급·알선에 해당한다고 볼 수는 없으므로, 피고 광양시장이 공인중개사법 또는 변호사법을 위반하였다고 볼 수도 없다.

(3) 동의 요건을 갖추었는지 여부

가) 동의의 유효요건

[국토계획법 제86조 제7항](#) 및 [그 시행령 제96조 제2항](#)은 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받기 위한 동의요건으로서 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 함을 규정하고 있는바, 사업시행자로 지정받은 민간기업이 실시계획 인가를 받으면 도시계획시설사업의 대상인 토지를 수용할 수 있게 되는데, 동의요건은 이러한 민간기업에 대한 수용권 부여를 정당화하는 근거로서 의미가 있고([대법원 2014. 7. 10. 선고 2013두7025 판결](#) 참조), 민간기업의 일방적인 의사로 수용절차가 진행되지 않도록 하는 제어장치를 둔 것이다{헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166, 2011헌바35(병합) 결정 참조}.

위와 같은 동의 요건의 입법취지에 비추어 사업시행자지정신청을 받은 행정청은 사업시행자지정의 요건인 토지 소유자의 동의 여부를 심사함에 있어 동의의 유효성, 즉 ① 동의의 진정성, 즉 해당 서면이 토지소유자의 진정한 의사로 작성되었는지와 ② 동의의 내용(‘누구’를 ‘어떠한 도시계획시설사업’의 ‘시행자로 지정’하는 것인지)을 확인하여야 한다.

갑 제1호증의 3, 을가 제45호증의 각 기재에 의하면 피고 광양시청이 이 사건 사업시행자 지정 당시 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지의 소유자 총수인 112명 중 78명으로부터 이 사건 동의서를 각 제출받은 사실을 인정할 수 있는바, 이 사건 동의서가 위와 같은 동의의 유효요건을 갖추었는지에 관하여 살펴보기로 한다.

나) 동의의 진정성이 인정되는지 여부

이 사건 동의서에 해당 토지소유자의 인감증명서가 첨부되어 있는 사실, 이 사건 동의서상 도시계획시설 사업 시행자 또는 시행예정자란을 제외하고는 이 사건 동의서의 작성권한 있는 자가 주소, 주민등록번호, 전화번호, 작성일자, 동의자의 성명을 기재하고, 서명 또는 날인한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 참가인이 위 도시 계획시설 사업시행자 또는 시행예정자란에 주소, 성명, 법인등록번호, 전화번호를 기재한 것은 아래에서 보는 바와 같이 유효하므로, 이 사건 동의서는 동의의 유효요건으로서 진정성은 충족되었다.

다) 동의의 내용이 인정되는지 여부

1) 이 사건 동의서가 '사업시행자를 지정'하는 것에 관한 것인지

앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 서한문에서 이 사건 동의서의 청구가 [국토계획법 시행령 제96조](#)(시행자의 지정)에 근거한 것임을 밝히고 있어 토지소유자들은 해당 조문을 확인함으로써 이 사건 동의서가 가지는 의미를 이해할 수 있었던 점, 이 사건 동의서에는 본인 소유의 토지에 대하여 도시계획시설사업 시행자 또는 시행예정자가 동의 내용대로 도시계획시설사업을 하는데 대하여 동의한다는 기재가 있는 점, 이 사건 동의서 양식과 함께 '사업시행자 지정 동의서 작성요령'이라는 제목의 서면을 함께 첨부한 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 동의서가 원고들의 주장과 같이 용도지역을 2종 주거지역에서 준주거지역으로의 상향에 한정되는 것이라고 볼 수 없다(이에 대하여 원고들은, 이 사건 동의서를 사업시행자 지정에 관한 것으로 보더라도 사업시행자 지정을 받으려는 자가 토지소유자들로부터 사업시행자 지정을 위한 동의를 받을 당시 사업시행자 지정 및 실시계획인가를 받는 경우 토지를 수용할 수 있는 권한을 부여받게 된다는 사실을 고지할 의무가 있다고 주장하나, 토지보상법에서는 수용 등의 효과, 수용재결 등에 대한 불복절차, 손실보상의 방식, 손실보상의 종류와 기준 등에 관하여 상세한 규정을 두고 있어 토지소유자로서는 토지보상법 규정을 검토함으로써 동의 여부에 관한 이해관계를 사전에 예측할 수 있고, 민간사업자 등이 토지소유자로부터 동의를 받음에 있어서 위와 같은 내용을 모두 고지하거나 안내하기에는 현실적인 어려움이 있을 것으로 보이는 점, 국토계획법 및 동법 시행령상 도시계획시설사업의 시행자로 지정받기 위한 동의요건에 관하여 판단 기준시기나 동의율의 산정방법에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 사업시행자로 지정받으려는 자가 동의를 받으면서 위와 같은 사실을 고지할 의무가 있다고 볼 수 없어 이 부분 주장도 이유 없다).

2) 이 사건 동의서가 '참가인을' 사업시행자로 지정하는 것인지

앞서 든 증거들, 제1심 증인 소외 1의 증언, 제1심 증인 소외 2의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 이 사건 건립사업의 대상 토지소유자들이 이 사건 동의서를 작성하여 피고 광양시장에게 송부할 당시 이 사건 동의서 중 '도시계획시설 사업시행자 또는 시행예정자'란의 오른쪽에 '광양시장이 지정하는 아래 도시계획시설 사업시행자 또는 시행예정자'라고 부동산자로 인쇄되어 있고, 주소, 성명, 주민등록번호, 전화번호는 기재되어 있지 않은 사실, 피고 광양시장으로부터 이 사건 동의서를 건네받은 참가인이 위 주소, 성명, 주민등록번호, 전화번호를 수기로 보충기재한 사실을 인정할 수 있고, 이에 반하는 제1심 증인 소외 2의 일부 증언은 믿지 아니한다.

위 국토계획법령의 문언·입법취지를 고려하여 위 인정사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 동의의 유효성을 판단함에 있어 동의의 내용을 제3자가 결정하도록 위임하는 것이 금지된다고 볼 수는 없는 점, ② 이 사건 동의서 중 '시행예정자'는 [국토계획법 제86조 제7항](#)에서 말하는 '도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받으려는 자'를 의미하는 것으로 볼 수 있는 점, ③ 이 사건 동의서에는 '피고 광양시장이 지정하는'이라고 기

재되어 있어 위임의 취지가 명시적으로 표출되어 있는 점을 종합하면, 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지소유자들이 '피고 광양시장이 지정하는 아래 도시계획시설 사업시행자 또는 시행예정자'가 공란으로 되어 있음을 확인하고도 서명을 한 것은 피고 광양시장이 동의를 상대방인 '시행자로 지정을 받으려는 자'를 보충하는 것을 위임한 것이고, 피고 광양시장은 사업시행자란이 공란으로 되어 있는 이 사건 동의서를 참가인에게 교부하고 참가인이 이 사건 동의서 중 사업시행자란을 보충 기재한 것은 위와 같이 위임된 보충권을 행사한 것으로서 적법하다 할 것이고, 이를 두고 사문서 변조행위에 해당한다고 볼 수 없다. 그러므로 그와 같은 보충기재 절차를 거쳐 이 사건 동의서에 기재된 참가인을 토지소유자들의 동意的 상대방으로 인정할 수 있다.

3) 이 사건 동의서가 '이 사건 도시계획시설사업'에 대한 것인지

① 국토계획법에 따르면 도시계획시설이란 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말하고(제2조 제7호), 도시계획시설을 설치하려면 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 한다(제43조 제1항). 또한 국토계획법은 도시관리계획의 수립 및 진행과정에 있어서 다양한 이해관계자들에게 관련 정보를 제공하고 의견을 개진할 수 있는 기회를 부여하도록 제도적으로 규율하고 있는데, 즉 도시관리계획은 광역도시계획과 도시기본계획에 부합되도록 입안되어야 하고(제25조 제1항), 그 도시관리계획은 계획의 상세 정도, 도시관리계획을 결정하여야 하는 기반시설의 종류 등에 대하여 도시 및 농·산·어촌 지역의 인구밀도, 토지 이용의 특성 및 주변 환경 등을 종합적으로 고려하여 차등을 두어야 하며(제25조 제3항), 이해관계자를 포함한 주민들 역시 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있고(제26조 제1항), 도시관리계획을 수립 또는 이를 변경하고자 하는 때에는 미리 인구·경제·사회·문화·토지이용·환경·교통·주택 그 밖에 사항 중 당해 계획의 수립 또는 변경에 관하여 필요한 사항을 조사하거나 측량하여야 하며(제27조 제1항), 도시관리계획을 입안할 때에는 주민의 의견을 들어야 하고, 그 의견이 타당하다고 인정되면 도시관리계획안에 반영하여야 한다(제28조 제1항). 또한 시·도지사 등은 관계 행정기관의 장과의 협의 및 도시계획위원회의 심의를 거쳐 도시관리계획을 결정 및 고시하고, 이를 일반인이 열람할 수 있도록 해야 한다(제30조 제1항, 제3항, 제6항, 제32조 제4항).

위와 같은 국토계획법의 규정들은 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획결정 과정에서 그 이해상대방인 주민들에게 도시계획시설에 대하여 합리적인 사회적·경제적 주체로서 도시계획시설의 설치가 자신들에게 미치는 사회적·경제적 손익이나 공익 등을 판단하여 의견을 개진할 수 있는 기회를 부여하고, 도시관리계획결정에 도시계획시설의 대략적인 종류·명칭·위치·규모를 포함시켜 토지소유자 등에게 향후 민간사업자가 도시계획시설 사업시행자로 지정받으려는 경우에 이를 동의할 것인지 여부를 판단하는 기초적인 정보를 제공하고자 하는데 그 입법취지가 있다.

결국 국토계획법의 도시관리계획 및 도시계획시설에 대한 규정체계, 문언, 그러한 규정들의 입법취지 등을 모두 고려하여 본다면, 민간사업자를 사업시행자로 지정하는데 있어 토지소유자들의 동意的 대상이 되는 '도시계획시설사업'이라 함은 적법한 절차를 거쳐서 결정된 도시관리계획에 따른 도시계획시설에 관한 사업으로 해석할 수밖에 없다. 따라서 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획 결정이 있기 전에 이루어진 토지소유자들의 동意的는 동意的의 대상을 특정할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다.

② 다만 행정청은 도시관리계획에 대하여 상당한 범위의 재량을 가지고 있으므로, 사전에 민간사업자를 사업시행자로 지정할 계획으로 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획을 결정할 수도 있다. 그 경우 토지소유자들이 민간사업자를 사업시행자로 지정하는데 동의하지 않아 이를 전제로 한 도시관리계획이 장기 미집행 도시계획으로 남게 된다면 이는 불필요한 행정력의 소모일 뿐만 아니라, 그러한 도시계획의 존재로 인하여 토지소유자들의 재산권 행사에 불필요한 제약을 가하게 될 수도 있다는 사정을 고려하여 보면, 도시계획시설 설치를

위한 도시관리계획 결정이 있기 전에 이루어진 토지소유자들의 동의라 할지라도 예외적인 경우에 한하여 그 동意的 효력을 인정할 필요가 있다.

그리고 그러한 동意的가 예외적으로 유효하기 위하여는 위 ‘가) 동意的의 유효요건’항에서 살펴본 동意的의 요건의 입법취지나 국토계획법의 도시관리계획 및 도시계획시설에 대한 규정체계, 문언, 그러한 규정들의 입법취지에 비추어 토지소유자들에게 적어도 도시계획시설 설치에 관한 도시관리계획 결정이 있는 경우에 준하는 정도로 도시계획시설의 방법으로 설치될 시설에 관한 계획, 즉 [국토계획법 제43조 제1항](#)에서 말하는 시설의 종류·명칭·위치·규모가 제공된 상태에서 이루어진 동意的여야 하고, 나아가 사업시행자로 지정받으려고 하는 자는 동意的 후에 이루어진 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획 결정이 위 시설에 관한 계획과 달리 결정된 경우 그 동意的를 철회할 수 있다는 취지를 토지소유자들에게 고지할 신의칙상 의무도 있다.

③ 이 사건에서 보건대, 이 사건 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획인 이 사건 도시관리계획변경 결정이 이루어지기 전에 토지소유자들이 이 사건 동意的서를 작성하여 피고 광양시장에게 송부한 사실은 앞에서 본 바와 같으므로, 이 사건 동意的서는 원칙적으로 사업시행자 지정을 위한 동意的로서의 효력이 없고, 다만 이 사건 동意的서나 그와 일체를 이루는 이 사건 서한문, 사업시행자 지정 동意的서 작성요령에 동意的의 의사표시 이후 이 사건 도시계획시설로 설치될 이 사건 건립사업의 종류·명칭·위치·규모와 그 계획이 변경된 경우 동意的를 철회할 수 있다는 취지의 기재가 있는 경우에만 예외적으로 그 효력을 인정할 수 있다. 그런데 위 각 서류의 기재를 모두 살펴봐도 그러한 기재가 없으므로, 이 사건 동意的서를 이 사건 도시계획시설사업에 대한 동意的로 볼 수 없다.

④ 이에 대하여 피고들은 사업시행자 지정 처분의 적법성 판단시기인 사업시행자 지정 처분 당시에는 이 사건 도시관리계획변경 결정이 되어 토지소유자들이 도시계획시설의 명칭·종류·규모·위치 등을 인식하고 있었고, 사업시행자 지정 처분 이전에 동意的를 자유로이 철회할 수 있었으므로 위 하자가 치유되었다고 주장한다.

살피건대, 하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적으로 인정하여야 하는데([대법원 2002. 7. 9. 선고 2001두10684 판결](#)참조), 사업시행자 지정 및 실시계획인가처분은 설권적 처분의 성질을 갖고 있는 점, 이 사건 도시관리계획변경 결정 이후 토지소유자들에게 추가적으로 동意的를 구하거나 동意的의 내용을 확인하기 위하여 아무런 노력을 하지 않았을 뿐만 아니라 동意的의 철회 여부를 확인하지도 않은 점, 하자의 치유를 인정하더라도 원고들을 비롯한 토지소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고들의 주장과 같이 위 하자가 치유되었다고 할 수 없다.

라) 소결

따라서 이 사건 동意的서의 기재만으로 토지소유자들이 이 사건 도시계획시설사업의 시행자로 참가인을 지정하는데 동意的하였다고 볼 수 없으므로, 참가인은 도시계획시설 사업시행자 지정에 필요한 동意的의 요건을 충족하지 못하였고, 피고 광양시장의 이 사건 사업시행자 지정은 위법하다고 할 것이다.

(4) 이 사건 사업시행자 지정이 당연무효인지 여부

1) 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다([대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두25173 판결](#)참조). 그리고 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대해

여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 불구하고 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것이고, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할 지라도 외관상 명백하다고 할 수 없다([대법원 2011. 7. 28. 선고 2011두2842 판결](#) 등 참조).

한편 주택재개발사업의 사업시행자인 정비사업조합은 관할 행정청의 조합설립인가와 등기에 의해 설립되고([도시 및 주거환경정비법 제16조 제1항, 제18조 제1항](#)), 조합 설립에 대한 토지 등 소유자의 동의는 조합설립인가 처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 절차적 요건 중 하나에 불과하므로, 조합설립 동의에 흠이 있다 하더라도 그 흠이 중대·명백하지 않다면 조합설립인가처분이 당연무효라고 할 수 없는바([대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다85379 판결](#) 참조), 이러한 법리는 같은 구조를 가진 토지 소유자의 동의에 의한 도시계획시설사업 시행자 지정에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 사업시행자 지정 및 실시계획인가를 통하여 민간사업자인 사업시행자에게 도시·군계획시설사업의 시행을 위한 범위 안에서 해당 사업에 필요한 토지 등에 대한 수용권 등 일정한 사항에 관하여 공권력을 행사할 수 있는 행정주체로서의 지위가 부여되는 점, 민간사업자가 사업시행자로 지정을 받기 위한 유효요건으로서 토지소유요건과 동의요건을 규정한 이유는 사업시행자의 일방적인 의사로 수용권 등이 행사되지 않기 위한 제어장치를 둔 것인 점, 위와 같은 소유요건 및 동의요건은 설권적 처분의 성질을 가지는 사업시행자 지정 및 실시계획인가를 위한 법령상 가장 기본적인 요건으로서 중요한 의미를 갖는 점 등을 고려하면, 참가인이 이 사건 도시계획시설사업 대상 토지 소유자들 1/2 이상의 동의를 얻지 못하였다는 흠결은 그 하자가 중대하다고 볼 것이다.

3) 그러나 [국토계획법 제86조 제7항](#) 및 [동법 시행령 제96조 제2항](#)은 도시계획시설사업의 시행자로 지정받기 위한 동의요건으로서 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 함을 규정하면서 세부적인 요건을 전혀 규율하고 있지 않은 점, 당시 토지소유자가 위와 같은 동의 여부를 결정함에 있어 제공되어야 할 정보의 범위나 동의와 도시관리계획결정과 시간적 관련성 등에 관하여 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있을 수 있었던 점, 참가인이 사업시행자 지정의 다른 요건인 도시계획시설사업의 대상 토지 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지의 소유 요건은 충족한 점, 피고가 토지소유자들에게 이 사건 동의서를 징구할 당시 해당 토지에 '메이저급 유통시설'을 유치할 계획임을 밝히고, 2014. 3.경 동의서를 제출하지 아니한 토지소유자들을 상대로 주민설명회를 개최하거나 전화상담을 통하여 이 사건 도시관리계획변경에 관한 일부 정보를 제공한 점 등을 종합하여 볼 때, [국토계획법 시행령 제96조 제2항](#) 소정의 토지소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의는 원칙적으로 도시계획시설 설치를 위한 도시관리계획 결정이 있는 후에 이루어져야 하고, 예외적으로 도시관리계획 결정 전에 한 동의의 유효요건이 위에서 살펴본 바와 같음이 객관적으로 명백하였다고 할 수 없으므로, 이 사건 사업시행자 지정 처분이 당연무효라고 볼 수는 없다.

(5) 소결론

따라서 이 사건 사업시행자 지정 처분은 참가인이 [국토계획법 제86조 제7항](#) 및 [국토계획법 시행령 제96조](#)의 동의 요건을 갖추고 있지 못한 것으로서 위법하기는 하나, 취소할 수 있는 하자가 있는데 그치고 당연무효라고 볼 수는 없다.

나. 이 사건 실시계획인가 무효확인 또는 취소 부분

(1) 공익성 주장에 대한 판단

국토계획법 및 동법 시행령, 이 사건 시행규칙의 각 규정 형식과 내용, 도시계획시설사업에 관한 실시계획의 인가처분은 도시계획시설결정에 따른 특정 도시계획시설사업을 구체화하여 현실적으로 실현하기 위한 것인 점 등을 종합하여 보면, 행정청이 실시계획인가처분을 하기 위해서는 그 실시계획이 법령이 정한 도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 적합하여야 함은 물론이고, 운영방식 등에서 일반인의 이용에 제공하기 위한 시설에 해당하는지 여부, 즉 공익성이 인정되는지도 함께 살펴 이를 긍정할 수 있어야 한다. 그리고 일반인의 이용에 제공하기 위한 시설에 해당하는지 여부는 당해 시설을 이용하는 일반인의 숫자, 당해 시설의 운영상의 개방성, 시설 이용에 드는 경제적 부담의 정도, 시설의 규모와 공공적 요소 등을 종합적으로 고려하여 그 시설의 이용 가능성이 불특정 다수에게 실질적으로 열려있는지를 중심으로 판단하여야 한다([대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두12884 판결](#) 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정 등을 종합하여 볼 때, 도시계획시설인 이 사건 아울렛(대규모점포)을 건립하기 위한 이 사건 실시계획인가는 적법하다고 할 것이다.

○ 이 사건 아울렛은 [국토계획법 제2조 제6호 다목](#), [동조 제7호](#), [제43조 제1항](#), [제2항](#), [동법 시행령 제2조 제1항 제3호](#), [이 사건 시행규칙 제82조 제1호](#), [유통산업발전법 제2조 제3호](#), [별표]에서 규정하는 도시계획시설 중 시장, 즉 대규모점포에 해당하고, 그 규모나 기능 등에 비추어 [이 사건 시행규칙 제83조](#)에서 규정하는 결정기준에도 부합한다.

○ 일반적으로 기반시설은 도시 공동생활을 위해 기본적으로 공급되어야 하지만 공공성이나 외부경제성이 크기 때문에 시설의 입지결정, 설치 및 관리 등에 공공의 개입이 필요한 시설을 의미하는데, 기반시설을 조성하는 행정계획 영역에서 행정주체가 가지는 광범위한 재량의 영역, 현대 도시생활의 복잡·다양화 및 질적 수준 향상 등을 고려하면 당해 시설이 가지는 국민들의 행복한 삶의 추구에 보탬이 되는 기반시설로서의 가치 및 그로부터 파생되는 공공성의 요청이 충족되는 이상 당해 시설의 설치 및 운영에 사업시행자의 영리 목적이 포함되었다는 이유만으로 이를 기반시설이 아니라고 보기 어렵다.

○ 이 사건 아울렛은 지하 1층 및 지상 3층, 건물면적이 약 50,000㎡에 이르고, 약 250개의 의류매장, 식당, 카페 등의 매장과 영화관 등이 설치될 예정으로서 불특정 다수인에게 이용 가능성이 열려있고, 그 위치 및 규모에 비추어 대량의 일자리창출과 광양시 뿐만 아니라 인접 도시로부터 방문이 기대되어 주변 관광상품의 활성화, 유통산업 발달로 인한 세입증대 등 직·간접적으로 국민들의 삶의 질 향상이 예측된다.

(2) 국토계획법 및 이 사건 시행규칙의 위헌 주장에 대한 판단

(가) [헌법 제75조](#)는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하고 있고, 여기서 법률에서 위임받은 사항이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그러나 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 다른 것으로 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변

화될 것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수밖에 없다. 그리고 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당한다고 볼 수 없다(헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2003헌가18 결정 등 참조).

(나) [국토계획법 제2조](#)는 기반시설 중 하나로써 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구 등 유통·공급시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 규정하고 있고([제6호](#)), 도시·군계획시설이란 기반시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설이라고 정하고 있으며([제7호](#)), [국토계획법 시행령 제2조 제1항 제3호](#)는 유통·공급시설로 유통업무설비, 수도·전기·가스·열공급설비, 방송·통신시설, 공동구·시장, 유류저장 및 송유설비를 들고 있다. 한편, [국토계획법 제43조](#)는 기반시설을 설치하려면 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시·군관리계획으로 결정하여야 하고([제1항](#)), 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준 등에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정하도록 하고 있으며([제2항](#)), 국토교통부령인 [이 사건 시행규칙 제82조 제1호](#)에서는 시장의 하나로 [유통산업발전법 제2조 제3호](#) 및 [제5호](#)에 따른 대규모점포 및 임시시장을 규정하고 있고, [유통산업발전법 제2조 제3호](#), [별표] ‘대규모점포의 종류’에서는 하나 또는 대통령령으로 정하는 둘 이상의 연접되어 있는 건물 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되는 매장으로써 상시 운영되며 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상이라는 요건을 모두 갖춘 점포의 집단 중 ‘용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포의 집단으로서 쇼핑, 오락 및 업무 기능 등이 한 곳에 집적되고, 문화·관광시설로서의 역할을 하며, 1개의 업체가 개발·관리 및 운영하는 점포의 집단인 복합쇼핑몰’을 대규모점포 중 하나로 규정하고 있다.

(다) 위 법리에 비추어 [국토계획법 제2조 제6호](#)의 ‘유통·공급시설’이 포괄위임금지원칙에 반하는지 살피건대, [국토계획법 제2조 제6호](#) 다목에서는 유통·공급시설의 예시로 공동구를 들고 있고, 같은 목에서 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설을 함께 규정하고 있어 대통령령에 규정될 내용이 대강 예측이 가능한 점, 유통·공급시설은 국토계획법의 취지에 일반적인 통념을 더하여 볼 때 그 자체로 공공필요성을 인정할 수 있으므로, 구체적인 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있음을 이유로 헌법불합치 결정을 받은 ‘체육시설’과는 상이한 점, 유통·공급시설의 종류와 규모는 시대가 변화해감에 따라 변동할 수 있어 이를 하위법령에 위임하는 것이 입법기술상 더 타당할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, [국토계획법 제2조 제6호](#)의 ‘유통·공급시설’이 포괄적 위임입법의 금지를 규정한 [헌법 제75조](#)를 위반하였다고 볼 수 없다.

(라) 또한 이 사건 시행규칙에 관하여 보건대, 이 사건 시행규칙은 [국토계획법 제43조 제2항](#), [동법 시행령 제2조 제3항](#)에 따라 기반시설의 세분 및 범위에 관한 사항을 규정하기 위하여 제정된 것으로써 이 사건 시행규칙 제8절에서 [동법 시행령 제2조 제1항 제3호](#)의 ‘시장’에 관하여 시장의 종류와 결정기준, 구조 및 설치기준 등을 상세히 규정하면서 [유통산업발전법 제2조 제3호](#)에 따른 대규모점포를 포함시키고 있는데, 일반적으로 시장이라 함은 ‘수요자와 공급자 사이에 재화와 서비스의 거래가 이루어지는 일정한 장소’를 의미하고, 위 유통산업발전법상의 대규모점포가 이에 해당함은 규정의 문언상 명백하며, 그 시설 및 규모에서 파생되는 영향력을 고려할 때 더욱 공익성을 가진다고 할 것이어서 대기업이 영리목적으로 설치하였다는 사정만으로는, 이 사건 시행규칙이 대규모점포를 국토계획법 및 국토계획법 시행령의 ‘유통·공급시설’과 ‘시장’으로 규정한 것을 두고 위임받은 범위를 넘었다고 볼 수 없다.

(3) 소결론

따라서 이 사건 실시계획인가가 공익성이 없고, 무효인 법령에 기초하여 무효 또는 취소사유가 있다는 이 부분 원고들의 주위적, 예비적 청구는 모두 이유 없다.

다. 이 사건 수용재결 무효확인 또는 취소 부분

공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 [헌법 제23조](#)의 근본취지에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실하거나 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 또는 사업시행자가 해당 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 여전히 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 공익 목적에 반하는 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다고 할 것이다([대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결](#) 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 건립사업이 공익성을 가지고 있음은 앞에서 본 바와 같고, 달리 이 사건 실시계획인가 결정 이후 공익성을 상실하였다고 볼 만한 사정이 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고 11, 원고 12, 원고 18의 이 부분 주위적, 예비적 청구는 모두 이유 없다.

4. 결 론

결국 이 사건 사업시행자 지정은 위법하기는 하나 당연무효라고 볼 수 없고, 이 사건 실시계획인가 및 이 사건 수용재결은 적법하므로, 원고들의 피고 광양시장에 대한 이 사건 사업시행자 지정의 무효확인 청구, 원고들의 피고 광양시장에 대한 이 사건 실시계획인가에 관한 주위적 및 예비적 청구, 원고 11, 원고 12, 원고 18의 피고 위원회에 대한 이 사건 수용재결에 관한 주위적 및 예비적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 중 피고들 패소 부분은 이와 결론이 달라 부당하므로 이를 취소하고 원고들의 피고들에 대한 위 각 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]