

사업인정고시취소(풍납토성 보존을 위한 사업인정 사건)

[대법원 2019. 2. 28. 선고 2017두71031 판결]

【판시사항】

- [1] 사업인정의 법적 성격 및 사업인정기관이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 사업인정을 하기 위한 요건
- [2] 문화재의 보존을 위한 사업인정 등 처분에 대하여 재량권 일탈·남용 여부를 심사하는 방법 및 이때 구체적으로 고려할 사항
- [3] 국가지정문화재에 대하여 관리단체로 지정된 지방자치단체의 장이 [문화재보호법 제83조 제1항](#) 및 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 국가지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지 등을 수용할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것이 사업인정의 한 요건인지 여부(적극)

【판결요지】

- [1] 사업인정이란 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다. 그러므로 해당 사업이 외형상 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 해당하더라도 사업인정기관으로서 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지 여부와 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호 간 및 사익 상호 간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다.
 - [2] 문화재보호법은 관할 행정청에 문화재 보호를 위하여 일정한 행위의 금지나 제한, 시설의 설치나 장애물의 제거, 문화재 보존에 필요한 긴급한 조치 등 수용권보다 덜 침익적인 방법을 선택할 권한도 부여하고 있기는 하다. 그러나 문화재란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것을 말하는데([문화재보호법 제2조 제1항](#)), 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본원칙으로 한다([문화재보호법 제3조](#)). 그리고 문화재는 한번 훼손되면 회복이 곤란한 경우가 많을 뿐 아니라, 회복이 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요되는 특성이 있다.
- 이러한 문화재의 보존을 위한 사업인정 등 처분에 대하여 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 위와 같은 문화재보호법의 내용 및 취지, 문화재의 특성, 사업인정 등 처분으로 인한 국민의 재산권 침해 정도 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.
- 구체적으로는 ① 우리 헌법이 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 규정하여([제9조](#)), 국가에 전통문화 계승 등을 위하여 노력할 의무를 부여하고 있는 점, ② 문화재보호법은 이러한 헌법 이념에 근거하여 문화재의 보존·관리를 위한 국가와 지방자치단체의 책무를 구체적으로 정하는 한편, 국민에게도 문화재의 보존·관리를 위하여 국가와 지방자치단체의 시책에 적극 협조하도록 규정하고 있는 점([제4조](#)), ③ 행정청이 문화재의 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치와 원형의 보존이라는 목표를 추구하기 위하여 문화재보호법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중할 필요가 있는 점 등을 고려하여야 한다.

[3][문화재보호법 제83조 제1항](#)은 “문화재청장이나 지방자치단체의 장은 문화재의 보존·관리를 위하여 필요하면 지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지, 건물, 입목(立木), 죽(竹), 그 밖의 공작물을 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)에 따라 수용(收用)하거나 사용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

한편 국가는 문화재의 보존·관리 및 활용을 위한 종합적인 시책을 수립·추진하여야 하고, 지방자치단체는 국가의 시책과 지역적 특색을 고려하여 문화재의 보존·관리 및 활용을 위한 시책을 수립·추진하여야 하며([문화재보호법 제4조](#)), 문화재청장은 국가지정문화재 관리를 위하여 지방자치단체 등을 관리단체로 지정할 수 있고([문화재보호법 제34조](#)), 지방자치단체의 장은 국가지정문화재와 역사문화환경 보존지역의 관리·보호를 위하여 필요하다고 인정하면 일정한 행위의 금지나 제한, 시설의 설치나 장애물의 제거, 문화재 보존에 필요한 긴급한 조치 등을 명할 수 있다([문화재보호법 제42조 제1항](#)).

이와 같이 문화재보호법은 지방자치단체 또는 지방자치단체의 장에게 시·도지정문화재뿐 아니라 국가지정문화재에 대하여도 일정한 권한 또는 책무를 부여하고 있고, 문화재보호법에 해당 문화재의 지정권자만이 토지 등을 수용할 수 있다는 등의 제한을 두고 있지 않으므로, 국가지정문화재에 대하여 관리단체로 지정된 지방자치단체의 장은[문화재보호법 제83조 제1항](#)및 토지보상법에 따라 국가지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지 등을 수용할 수 있다.

[4] 공익사업을 수행하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 타인의 재산권을 공권력적·강제적으로 박탈할 수 있는 수용권을 설정하여 줄 수는 없으므로, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 한 요건이라고 보아야 한다.

【참조조문】

[1][공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조](#)

[2][헌법 제9조](#),[문화재보호법 제2조 제1항](#),[제3조](#),[제4조](#)

[3][문화재보호법 제4조](#),[제34조](#),[제42조 제1항](#),[제83조 제1항](#)

[4][공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조](#)

【참조판례】

[1][4][대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결](#)(공2011상, 448) / [1][대법원 1995. 12. 5. 선고 95누4889 판결](#)(공1996상, 279),[대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14670 판결](#)(공2005상, 856) / [2][대법원 2000. 10. 27. 선고 99두264 판결](#)(공2000하, 2441),[대법원 2005. 1. 28. 선고 2004두10661 판결](#)(공2005상, 418)

【전문】

【원고, 상고인】

주식회사 삼표산업 (소송대리인 변호사 안용득 외 14인)

【피고, 피상고인】

국토교통부장관

【피고보조참가인】

문화재청장 외 2인 (소송대리인 변호사 정주교 외 2인)

【원심판결】

대전고법 2017. 11. 2. 선고 2017누10454 판결

【주 문】

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

【이 유】

1. 이 사건 사업인정의 공익성, 필요성, 비례의 원칙 위반 여부

가. 사업인정이란 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다. 그러므로 해당 사업이 외형상 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 해당한다고 하더라도 사업인정기관으로서는 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지 여부와 공익성이 있는 경우에도 그 사업의 내용과 방법에 관하여 사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호 간 및 사익 상호 간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다([대법원 1995. 12. 5. 선고 95누4889 판결](#), [대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14670 판결](#) 등 참조).

문화재보호법은 관할 행정청에 문화재 보호를 위하여 일정한 행위의 금지나 제한, 시설의 설치나 장애물의 제거, 문화재 보존에 필요한 긴급한 조치 등 수용권보다 덜 침익적인 방법을 선택할 권한도 부여하고 있기는 하다. 그러나 문화재란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것을 말하는데(문화재보호법 제2조 제1항), 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본원칙으로 한다(문화재보호법 제3조). 그리고 문화재는 한번 훼손되면 회복이 곤란한 경우가 많을 뿐 아니라, 회복이 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요되는 특성이 있다([대법원 2005. 1. 28. 선고 2004두10661 판결](#) 참조).

이러한 문화재의 보존을 위한 사업인정 등 처분에 대하여 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 위와 같은 문화재보호법의 내용 및 취지, 문화재의 특성, 사업인정 등 처분으로 인한 국민의 재산권 침해 정도 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

구체적으로는 ① 우리 헌법이 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 규정하여(제9조), 국가에 전통문화 계승 등을 위하여 노력할 의무를 부여하고 있는 점, ② 문화재보호법은 이러한 헌법 이념에 근거하여 문화재의 보존·관리를 위한 국가와 지방자치단체의 책무를 구체적으로 정하는 한편, 국민에게도 문화재의 보존·관리를 위하여 국가와 지방자치단체의 시책에 적극 협조하도록 규정하고 있는 점(제4조), ③ 행정청이 문화재의 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치와 원형의 보존이라는 목표를 추구하기 위하여 문화재보호법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중할 필요가 있는 점([대법원 2000. 10. 27. 선고 99두264 판결](#) 등 참조) 등을 고려하여야 한다.

나. 원심은, 다음과 같은 사정들을 종합하면, ① 풍납토성의 역사적 가치에 비추어 이를 복원·정비하기 위한 이 사건 사업은 그 공익성이 당연히 인정될 뿐 아니라, ② 이 사건 수용대상부지는 풍납토성 성벽의 부지 또는 그 성벽에 바로 인접한 부지로서, 이를 수용하여 성벽 또는 해자 시설을 복원·정비하는 것은 풍납토성의 보존·관리를 위하여 필요하며, ③ 공·사익 상호 간의 비교형량 또한 비례원칙에 적합하다고 판단하였다.

(1) [헌법 제9조](#), [문화재보호법 제1조](#), [제4조](#) 등을 고려하면, 문화재보호법에서 정한 ‘문화재 보존·관리 및 활용’을 위한 사업은 헌법적 요청에 의한 국가의 의무를 실현하기 위한 것으로서 정당한 공익에 해당한다.

- (2) 풍납토성은 백제 한성기 왕궁을 수비하기 위한 토성으로 추정되는 유적지로, 한국에서 발견된 최고(最古)의 왕성 유적으로서 백제 한성기의 역사를 보여주는 유적 중에서 가장 중요한 것으로 평가되고 있다. 풍납토성은 현재 서성벽 일부 구간과 동·남·북성벽 합계 2.7km가량이 잔존한 상태로, 고구려 국내성, 경주의 월성, 평양의 낙랑토성보다 훨씬 크고 웅장하다고 평가되고 있고, 수차례의 발굴조사 결과 1,000여 기가 넘는 유구와 수만 점의 유물이 출토되었다.
- (3) 발굴조사결과 보고서에 의하면 이 사건 수용대상부지 중 원고의 사옥부지에는 성벽 또는 해자 시설이 존재하였을 것으로 추정되고, 설령 그렇지 않더라도 성벽 또는 해자 시설에 매우 근접한 위치일 것으로 추정되며, 성벽 또는 해자 시설의 복원·정비를 위해서는 이와 근접한 주변 지역 역시 수용대상이 될 수밖에 없다.
- (4) 문화재청과 참가인 서울특별시 및 서울특별시 송파구는 2017. 1.경까지 풍납토성 사적으로 지정된 구역(총면적 379,984.3㎡) 중 276,686㎡를 약 5,502억 원에 매입하였다. 향후 매입하기로 예정된 핵심 권역인 II 권역 내 토지 등의 보상을 위해서 약 1조 원이 투입될 것으로 예상하는데, 이 사건 수용대상부지 중 원고의 공장부지는 풍납토성 성벽부인 II-1지구로서 풍납토성 전체 복원·정비사업의 핵심 권역에 속한다.
- (5) 서성벽의 존재가 강하게 추정되므로, ‘철저한 고증을 통한 서성벽의 복원·정비’라는 이 사건 사업의 목적은 결국 풍납토성을 그 원형에 가깝게 복원하는 것으로서, 원형 유지의 원칙에 부합한다.
- (6) 이 사건 사업은 풍납토성 복원·정비 및 활용을 궁극적 목적으로 하는 것이고, 발굴조사는 풍납토성을 복원·정비하기 위해 선행되어야 할 기본적인 업무이다.
- (7) 유실된 성벽 구간의 부분적인 복원 및 정비도 그 자체로 의미 있는 사업이므로, 서성벽 전체의 완전한 복원이 가능한 경우에 한하여 이 사건 사업의 시행이 가능하다고 볼 수는 없다.
- (8) 공장 운영 중단에 따른 불이익은 영업보상 등으로 어느 정도 구제될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사업인정고시로 이 사건 수용대상부지가 수용됨으로써 원고 등에게 발생하는 사익 침해의 정도가 문화재 등의 가치 보호라는 공익에 비추어 크다고 보기 어렵다.
- (9) 풍납토성의 형태 등에 비추어 수용의 필요성이 적은 부분은 여러 토지에 걸쳐 남북 방향으로 길고 좁게 이어진 형상일 수밖에 없는데, 잔여지로서 활용도가 높지 않아 이 부분만을 수용대상에서 제외하는 것이 원고에게 이익이라고 볼 수도 없다.

다. 앞에서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 사업인정의 공익성, 필요성, 비례의 원칙 등 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 지방자치단체의 장인 참가인 송파구청장이 [문화재보호법 제83조 제1항](#)에 따라 국가지정문화재를 수용할 수 있는 사업시행자가 될 수 있는지 여부

문화재보호법 제83조 제1항은 “문화재청장이나 지방자치단체의 장은 문화재의 보존·관리를 위하여 필요하면 지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지, 건물, 임목(立木), 축(竹), 그 밖의 공작물을 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)」에 따라 수용(收用)하거나 사용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

한편 국가는 문화재의 보존·관리 및 활용을 위한 종합적인 시책을 수립·추진하여야 하고, 지방자치단체는 국가의 시책과 지역적 특색을 고려하여 문화재의 보존·관리 및 활용을 위한 시책을 수립·추진하여야 하며(문화재보호법 제4조), 문화재청장은 국가지정문화재 관리를 위하여 지방자치단체 등을 관리단체로 지정할 수 있고

(문화재보호법 제34조), 지방자치단체의 장은 국가지정문화재와 그 역사문화환경 보존지역의 관리·보호를 위하여 필요하다고 인정하면 일정한 행위의 금지나 제한, 시설의 설치나 장애물의 제거, 문화재 보존에 필요한 긴급한 조치 등을 명할 수 있다(문화재보호법 제42조 제1항).

이와 같이 문화재보호법은 지방자치단체 또는 지방자치단체의 장에게 시·도지정문화재뿐 아니라 국가지정문화재에 대하여도 일정한 권한 또는 책무를 부여하고 있고, 문화재보호법에 해당 문화재의 지정권자만이 토지 등을 수용할 수 있다는 등의 제한을 두고 있지 않으므로, 국가지정문화재에 대하여 관리단체로 지정된 지방자치단체의 장은 문화재보호법 제83조 제1항 및 토지보상법에 따라 국가지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지 등을 수용할 수 있다.

원심이, 풍납토성이 국가지정문화재라 하더라도 관리단체인 참가인 송파구청장이 이 사건 수용대상부지를 수용할 수 있다고 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로서, 거기에 [문화재보호법 제83조 제1항](#)의 수용주체에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 참가인 송파구청장의 공익사업 수행 의사와 능력이 인정되는지

가. 공익사업을 수행하여 공익을 실현할 의사나 능력이 없는 자에게 타인의 재산을 공권력적·강제적으로 박탈할 수 있는 수용권을 설정하여 줄 수는 없으므로, 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 한 요건이라고 보아야 한다([대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결](#)참조).

나. 원심은, 이 사건 사업을 위한 사업비는 모두 조달 가능한 것으로 보이고, 사업비 조달 방식도 적법하며, 토지수용보상금도 관계 법령에서 정한 보조금 및 지방비의 용도에 포함되므로, 참가인 송파구청장이 이 사건 사업비를 송파구의 자체 예산으로 조달하지 않는다는 사정만으로 참가인 송파구청장에게 사업 수행 의사나 능력이 없다고 볼 수 없다고 판단하였다.

관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 공익사업을 시행할 의사 또는 능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 사적 지정처분의 하자 승계 여부

원심은, 이 사건 각 사적 지정처분과 이 사건 사업인정고시는 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하고, 사적 지정처분의 불가쟁력이나 구속력이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 예측 불가능한 것이라고 인정하기에 부족하며, 원고가 주장하는 각 사적 지정처분의 하자가 당연무효 사유에 해당한다고 볼 만한 사정도 없어 그 주장하는 사적 지정처분의 하자가 이 사건 사업인정고시에 승계되는 것도 아니라는 취지로 판단하였다.

관련 법리에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 하자 승계 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.