

경제법제분석 98-4

지하공간 관련법제 정비방안

- 지하공간 개발·이용을 중심으로 -

1998. 12

研究者：金井順(先任研究員)

한국법제연구원

目 次

第1章 序 論	5
第2章 地下空間의 概念 및 利用	7
I. 地下空間의 概念	7
II. 地下空間의 特性 및 利用必要性	8
III. 地下空間利用의 擴大發展	9
第3章 地下空間開發 關聯 法規와 問題點	13
I. 지하공간개발과 관련된 문제	13
1. 지하공간개발의 촉진 및 지원	13
2. 종합계획의 필요성	13
3. 투기 방지	13
4. 프로젝트 지연 방지	13
5. 안전기준 및 환경기준 확립	14
6. 지상에 미치는 부작용 방지	14
7. 시공의 책임성	14
8. 개인의 재산권 보호	14
II. 外國의 關聯法制	15
1. 英 國	15
2. 프랑스	15
3. 獨 逸	16
4. 日 本	17
5. 노르웨이	18
6. 스웨덴	19
III. 지하공간관련법제 현황과 문제점	19
1. 토지소유권 및 이용권에 관한 법제	19
2. 지하시설물의 설치등에 관한 법제	24

3. 토지의 사용·수용에 따른 보상에 관한 법제	29
4. 지하공간이용과 관련된 현행법제의 문제점	33
第4章 地下空間의 효율적 이용을 위한 法制化 方向	37
1. 지하공간이용에 관한 법제의 종합적 정비	37
2. 지하공간소유권 범위의 정립	38
3. 지하공간이용권의 설정방식	39
4. 지하공간이용의 보상제도 체계화	40
5. 기 타	41
第5章 大深度地下利用의 法律問題	43
Ⅰ. 대심도지하이용의 법제추진 동향	43
Ⅱ. 대심도지하에 대한 토지소유권의 효력	45
Ⅲ. 대심도이용권원의 설정방식	46
1. 공물사용권의 설정방식 - 대심도지하의 공물화	47
2. 제3자에의 대심도지하이용권부여방식	52
Ⅳ. 대심도지하이용권설정절차	53
1. 수용절차적용설	54
2. 수용절차배제설	55
Ⅴ. 대심도지하이용 대상사업관련문제	57
1. 대상사업의 범위 및 사업인정의 요건	57
2. 대심도지하이용사업의 조정 및 우선순위	60
Ⅵ. 보상문제	61
1. 보상불필요설	62
2. 보상필요설	63
Ⅶ. 공물관리권의 공간적 한계	64
第6章 結 論	67
부 록(假稱「地下空間開發法試案」)	69

第 1 章 序 論

지하공간의 이용은 인류의 역사를 통해 계속되어 왔다. 그러나 지하공간에 대한 적극적인 이용은 근세에 들어와서의 일이다. 산업혁명으로 말미암은 지하공간의 본격적 이용사례들이 나타나고 지하공간을 이용할 수 있는 과학기술의 발달로 지하공간은 우리의 새로운 관심대상으로 떠오르고 있으며, 이는 지하공간이 가지는 긍정적 특성, 안보적 필요성, 제한성을 가질 수밖에 없는 도심공간의 효율적 활용 등의 여러 가지 이유에서 더욱 강조되고 있다. 더욱이 인구의 도시집중화와 증가한 인구를 수용할 수 있는 충분한 공간의 부족은 지하공간의 개발을 촉진하는 사회적 원동력이 되었다.

공용 지하공간이 사유지 밑에 건설되는 사례가 생겨나면서 사소유권과의 충돌이 새로운 문제로 등장하고 있으며, 지하공간이용이 점차 장기적 내지 영구적 사용으로 확대되면서 일시적 사용에 관한 법규정으로는 이러한 지하공간이용권의 설정과 이에 따른 보상문제를 해결할 수 없는 문제점이 생긴다, 이런 문제를 해결하기 위하여 구분지상권제도가 민법에 도입되었고, 도시철도법등에 지하보상에 관한 규정을 두고 있으나 여전히 문제점이 남는다. 지하공간이용과 관련한 문제해결을 위한 최선의 방법은 법이 이러한 문제를 해결할 수 있는 근거를 가지는 것이다. 즉 이러한 내용을 포괄할 뿐아니라 구체적으로 규정하는 법제가 필요하다. 최근 지하공간가운데 토지소유자가 거의 이용하기 않고 장래에도 이용할 가능성이 없는 지하공간을 공공목적으로 이용하고자 할 때, 어떤 이용권도 설정하지 않고 보상도 없이 이용할 수 없을까 하는 데 논의가 집중되고 있다. 이 경우에도 지하공간의 이용과 사소유권의 관계에서 해결해야 할 법적 문제가 다양하게 나타난다. 지하공간의 개발에 적극적으로 나서고 있는 구미 각국의 선례를 살펴보는 것은 본 연구에 참고가 될 것이다.

최근 국내에서도 지하공간 개발에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 또 그와 더불어 지하공간 법제정비의 요구가 집중하고 있다. 도시성장에 따른 도시기반 시설 및 생활시설을 수용하기 위해 지하공간 이용의 질서정립을 위한 계획제도, 개발과정에서 발생하는 재산상의 권리분쟁과 이에 따른 보상문제에 대한 법적 논의 등 지하공간활용에 관한 종합적 검토가 선행되어야 할 것이다.

본 연구에서 지하공간의 합리적이고 효율적인 활용을 위하여 대두되는 토지소유권자의 소유권범위에 관한 문제는 헌법상의 재산권과 밀접한 관련을 가지고 있으므로 일차적으로 해결되어야 할 문제이다. 천층지하공간이나 대심도지하공간에는 토지이용성의 측면에서 차이가 있으므로 토지소유권의 범위를 확정할 필요가 있다. 그리고 대심도지하공간은 토지소유권자의 재산권범위를 벗어나는 공공분야에 속하는가에 대한 논의도 회피할 수 없는 과제이다. 대심도지하공간에 대하여 공공성이 우선하여 토지소유권자의 재산권범위에 속하지 않게 되는 경우 이를 정당화하는 이론적 근거는 무엇인지가 언급되어야 할 것이며, 어떠한 절차와 요건하에서 대심도지하공간을 이용하는 사업이 승인 또는 허가될 수 있는가에 대하여 논하여야 할 것이다. 그리고 마지막으로 국가는 중요한 국가의 재산인 지하공간의 효율적인 이용을 위한 국가적 차원의 계획수립에 관하여서도 언급될 필요가 있다.

따라서 본 연구는 지하공간 법제가 지녀야 할 기본적 성격을 규명하고, 이러한 성격이 어떠한 방식으로 규정되고 적용되어야 하는지를 고찰하는 데에 목적을 둔다. 그 결과를 토대로 국내 지하공간 개발에 있어 필요한 법적, 제도적 고려사항들을 제시하는 것이 본 연구의 목표라고 하겠다.

第 2 章 地下空間의 概念 및 利用

I. 地下空間의 概念

지하공간은 지표를 경계로 지상공간과 대칭을 이루는 것이며, 이용을 전제로 지하를 공간으로 파악하는 개념이다. 그러므로 지하공간이란 지표면을 경계로 하는 지표면 아래의 지층을 말한다. 깊이에 따라 淺深度, 中深度, 大深度로 구분하기도 한다. 우리나라의 경우 지하공간 자체에 대하여 개념정의를 한 법이 없다. 지하공간이란 '지표면 아래 수직 또는 수평으로 흙이나 암석을 굴착하여 만든 공간'으로서 미국지하공간협회는 '경제적 이용이 가능한 범위내에서 지표면 하부에 자연적으로 형성되었거나 또는 인위적으로 조성한 일정규모의 공간자원'으로 규정하고 있으며 이 공간자원내에 일정목적의 시설이 첨가된 경우 이를 '지하시설' 또는 '지하시설공간'으로 지칭한다.

최근에는 토지소유자의 통상적 이용가능성과 일정한 깊이이하를 기준으로 하여 한계심도지하이용 또는 대심도지하이용이라는 개념이 사용되고 있다. '한계심도'라 함은 토지소유자의 통상적 이용행위가 예상되지 않으며 지하시설물의 설치로 인하여 일반적인 토지이용에 지장이 없는 것으로 판단되는 깊이를 말한다(서울특별시지하부분토지사용에따른보상기준에대한조례 제2조제4호 [1992. 5. 15 조례 제2931호]). 이 규정에 의하면 지하공간은 한계심도를 경계로 그 아래와 그 위로 구분된다. 대심도지하공간¹⁾은 일본에서 주로 논의되는 용어로 건축물의 지하

1) 대심도지하란, 후생성등의 법안 「大都市地域の大深度地下における特定社會資本の整備の圓滑化に關する法律案」에 의하면 「대도시지역의 지하층, 건축물의 지하실이 있는 지표로부터의 깊이로서 정령으로 정하는 깊이보다 아래이고, 또한, 건축물을 지지할 수 있는 지반으로서 정령으로 정하는 요건을 만족시키는 것보다 아래의 지하를 말한다」고 정의된다. 건설성안인 「大深度地下使用に土地收用法の適用の特例等に關する法律案」에서는 「대심도지하란, 대도시지역의 지하층, 다음 각호에서 정하는 깊이 중 깊은 것보다 아래의 지하 구역을 말한다. ① 지하실이 통상 있는 깊이로 정령으로 정하는 깊이 ②통상의 공작물을 지지할 수 있는 지반으로 정령으로 정하는 요건을 만족시키는 것의 표면의 깊이」라고 하고 있고, 「통상의」라는 한정문언이 붙고 있는 이외는, 거의 같다. 요컨대, 지하실로서 통상 이용할 수 있는 부분과 건축물의 기초의 어는 것보다도 깊은 쪽이라고 하고 있다. 이러한 깊은 지하공간에, 지하철, 고속철도, 하천, 하수도, 상수도, 전기·가스관, 통신망 기타의 공공·공익시설을 건설한다는 것이 대심도지하이용프로젝트이다. 각 부처가 드는 이용가능성의 주된 것으로서, ①건설성 : 도로, 하천, 하수도시설, ②운수성 : 지하철, 신간선, ③후생성 : 淨水場, 配水池, 폐기물처리시설, ④통산성 : 전기·가스·공업용수도·복합에너지공급시설, 지하자동물류센터,

실이나 건물의 기초가 미치지 않는 지하공간이다. 도심도 지하공간의 개념정립 문제는 소유권의 효력범위를 축소하려는 의도와 토지소유자의 소유권문제는 별개로 하고 토지소유자의 동의나 보상없이 토지소유자이외의 자가 지하공간을 이용할 수 있는 법적 방안을 모색하려는 의도 등에서 제기되는 것이기 때문에 어려운 문제라 할 수 있다.

II. 地下空間의 特性 및 利用必要性

지하공간의 물리적 특성은 크게 나누면 열, 전자파, 빛, 방사능, 소리 등의 차단성, 격리성 등과 같은 공간의 대외안정성 및 지반(지하환경)자체의 안정성 및 불변성으로 나눌 수 있다.²⁾ 구체적으로 단열성/항온성, 전자파차단성, 방사능차단성, 氣密性, 不燃性/防火性, 防爆性, 防震性/低振動性, 防音性/遮音性, 화학적 안정성, 耐氣候性, 隔離性 등이다.

현대사회의 폭발적인 인구증가와 고도의 경제발전에 수반한 資源難, 環境汚染 등의 심각성으로 인해 지상개발만으로는 한계에 도달했다고 할 수 있다. 따라서 오늘날에는 지하공간이 갖는 차단성, 恒溫恒濕性, 내진성 등의 이점으로 하여 오히려 지상공간이 갖지 못하는 다음의 몇가지 측면에서 지하공간의 이용 필요성이 증대하고 있는 실정이다.³⁾

첫째, 지상공간의 공급부족이다. 토지에 대한 수요가 질적, 양적으로 증대하고 있으나 지상토지의 공급이 수요증가에 못미치는 토지의 한계성으로 인하여 지하공간이용의 필요성이 증대하고 있다.

둘째, 경제적 측면이다. 지하공간의 개발과 이용은 사회적 여건 및 과학기술의 발달로 개발의 경제성이 증대하고 있다. 지하시설의 시공비는 기술진보에 의해 점차 감소하는 추세에 있는 반면, 도심부의 지가는 상승하면서 지하공간이 갖는 경

정보처리센터, 석유비축기지, ⑤우정성: 전기통신케이블, 통신시스템, 텔레비전협의시설, 휴대전화무선중계기지, 고속우편수송망, ⑥농수성: 농업용수터널, 지하댐, ⑦과학기술청: 연구개발과 안전쾌적한 생활환경의 장의 실현, ⑧민간: 철도, 오피스, 상업, 오락, 정보, 물류, 박물관, 풀, 스키장, 이벤트홀, 물자저장고 등이다.

2) 엄형민, "지하공간이용의 활성화방안(I)", 『지하공간』, 제2호, 한국지하공간협회, 1994.9. 20쪽.

3) 공순진, "지하공간의 효율적 이용을 위한 법제개선방향", 「부동산정책」, 제2권, 동의대학교 행정대학원 부동산정책연구소, 1996.3, 12~13쪽.

제적 타당성이 인정되고 있다. 즉 용지취득을 위한 비용과 시간이 덜 들고, 기술 발달로 시공비용과 시간이 절감된다.

셋째, 에너지절약 측면이다. 지하공간은 앞에서 언급한 보온성, 항온성 등 그 자체의 물리적 특성 때문에 내부온도조절이나 시설의 유지관리에 에너지소모가 절감되는 이점이 있다. 자원의 한정성 측면에서 지하공간이용·개발이 필요하다.

넷째, 환경보호 측면이다. 고도의 산업사회로 인한 각종 폐기물 처리시설을 지하에 설치함으로써 자연보호가 용이하며, 소음·진동·악취 등을 발생시키는 시설을 지하에 두어 거주시설로부터 격리·차단함으로써 지하공간이용이 환경오염방지의 대비책이 된다. 물론 지상의 환경오염방지를 위한 지하이용시설로 인해 역으로 지상의 환경이 오염되지 않도록 충분한 대비가 필요하다.

다섯째, 전략시설설치 측면이다. 방호 및 안전시설의 설치를 위하여 지하공간이용이 필요하다.

Ⅲ. 地下空間利用의 擴大發展

지하공간에 대한 이용은 토목기술의 발달과 도시화의 심화, 지하공간이 가지는 다양한 이용상의 장점 때문에 증대하고 있다.⁴⁾

인류의 지하공간 이용은 환경과 안전의 이유로 시작되었다. 인류의 선조들이 지하공간을 생활공간으로 삼았던 것은 당시 재료나 기술의 수준에서 환경조절의 효과를 가장 쉽게 얻을 수 있었기 때문이다. 거기에서는 혹심한 자연적 기후조건으로부터 보호받을 수 있었고, 맹수나 외적의 침입으로부터의 보호처도 되었다.

인류가 지하공간을 이용하기 시작한 것은 인류의 역사와 함께라고 할 수 있으나 문명사적인 의미에서 지하공간의 이용은 배수로와 관수를 사용하는 데에서 출발하였다.⁵⁾ 그러나 오늘날의 의미에서 지하공간의 이용은 근세의 산업혁명이후 하고 할 수 있다.

4) 김영훈 교수는 이에 관하여 "지하공간은 각 국가에서 지하수송시설, 저장시설, 생산·처리 시설, 방어시설, 주거시설, 산업시설, 오락시설, 폐기물처리시설 등 다양한 기능으로의 이용이 시도되고 있으며, 특히 에너지절약, 비용절감, 환경보호의 극히 중요한 현안 문제를 해결할 수 있는 최선의 방안으로 고려되고 있다"고 기술하고 있다. 金英勳, 地下空間利用에 관한 公法의 考察, 부동산법학, 제4집(1997), 한국부동산법학회, 279쪽 이하 참조.

5) 金英勳, 앞글, 279쪽 이하 참조.

19세기 이후 지하굴착장비 및 기술의 발달로 인해 지하공간의 대규모 이용이 가능해졌다. 먼저 도로터널, 지하철 등의 각종 터널이 건설되었고, 2차대전 이후에는 안보의 목적에서 군사시설, 민방위시설 등이 지하에 자리잡았다.

현재, 미국이나 유럽에서는 환경적 장점을 이용하거나 안보의 측면에서 개발된 개별시설의 사례들을 찾아볼 수 있다. 스칸디나비아 제국은 민방위시설을 겸한 문화체육시설과 추위를 극복하는 저장시설 중심의 산업시설 등의 지하화를 추진하였으며, 미국은 환경적 측면에서 개별건물의 지하화에 많은 사례와 연구결과를 갖고 있다.⁶⁾

오늘날 지하공간 개발은 도시적 차원에서의 문제 해결을 위한 방책으로서 그 효용이 중시되는 추세를 보이고 있다. 지하공간은 도시기반시설로 산업시설로서 많은 활용이 이루어지고 있으며, 각종 지하상가, 지하철 등은 이미 우리 삶에 익숙한 지하공간 활용 예이다.

국토공간, 도시공간의 효율적 이용을 위해 지하공간에 많은 경험을 가진 기술선진국들은 21세기의 개발대상의 하나로 해양, 우주와 함께 지하공간을 들고 있다. 지하공간의 활용은 도시공간의 수직적 이용 개발이며 가장 현실성있는 제안이 될 수 있는 것이다.⁷⁾

한국은 산악형 터널 및 방호시설을 기점으로 하여, 1970년대에는 보행자와 자동차의 입체분리와 도심의 방호기능의 향상을 위하여 지하보도 및 지하상가의 건설을 진행하였다. 그 후 서울을 중심으로 지하철의 건설과 함께 지하철역 및 지하보도, 지하상가가 일체화하여 건설되면서 본격적으로 지하가 시민의 일상생활속에서 긴밀하게 이용되기 시작하였다.

우리나라의 지하가는 남북간의 군사적 대립으로 인하여, 도시내에 공공방공호의 필요성과 지상도로공간의 보차입체분리에 의한 안전한 보행공간 확보와 지상교통의 원활한 흐름을 확보하기 위하여 건설된 점이 특징이다. 1980년대후반부터의 급속한 자동차증가와 도심의 주차난으로 인한 주차공간의 수요증가는 지하공간을 새로운 주차장소로 변모시켰고 공공용지를 활용하는 공공지하주차장 건설이 본격화되었다. 90년대에 들어와서는 지하공간이 가지는 물리적인 이용상의 장점⁸⁾으

6) 앞글, 282쪽 이하 참조.

7) (주)삼우종합건축사사무소 지하공간분과위원회, 지하공간활용연구(1차연도), 1994.4. 13~15쪽.

8) 지하공간의 특성과 이에 근거하는 이용분야에 관하여는 朴海眞, 地下空間의 效率的 利用을 위한 法制度定立에 관한 研究 - 地下空間의 所有權 認定範圍를 中心으로 - 건국대학교 행정대학원 석사학위 논문, 9쪽 이하 참조.

로 인하여 변전소, 하수처리장 등의 혐오시설의 지하화, 지하고속도로 등의 건설 계획이 수립 또는 거론되고 있다.

그러나 도시지하공간의 가장 대표적인 사례는 도시기반시설인 지하철이라 하겠다. 또한 도시교통난 해소를 위한 지하차도 건설과 전국의 주요도시를 연결하게 될 고속철도는 도시환경상, 경관상, 도시토지의 고도이용과 보상비용을 감안하면 지상이나 고가보다는 지하에 부설될 가능성이 많을 것이나, 지하에 부설하는 경우 공사비용이 많이 드는 단점이 있다.

또한 상하수도관이나 가스관의 지하이용이 이미 생활화되어 있고, 전기·통신 시설등 지하매설물의 지하공동구화로 지하공간이용이 확대되고 있다.

그러나, 우리나라의 지하공간 활용 수준은 아직 초기단계에 지나지 않으며, 개발도 장기적인 계획성을 결한 산발적인 상태이다. 또한 현재 국가적인 차원에서 지하공간개발에 관한 종합적인 계획성, 유도책이 미비되어 있고, 지하공간이용시설간의 조정성도 결여되어 있는 점도 지하공간의 이용확대를 위한 제도적인 미비점으로 지적되고 있다.

第 3 章 地下空間開發 關聯 法規와 問題點

I. 지하공간개발과 관련된 문제

미국의 Minnesota대학 지하공간센터(Under-ground Space Center)의 연구는 지하공간 건설에 있어서 법제 및 제도적인 문제의 연구가 요청되는 이유를 다음과 같이 설명하고 있다.⁹⁾

1. 지하공간개발의 촉진 및 지원

지하공간 개발의 필요성이 큰 만큼 개발을 적극 지원하여야 할 것이다. 따라서 법제정비를 통해 개발의 촉진 및 지원에 관한 분명한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

2. 종합계획의 필요성

법과 제도적 틀이 정비되기 전까지는 지하공간에 대한 통합적 체계하의 개발이 어렵다고 할 수 있다. 지하공간 개발은 상당히 복잡한 문제이고, 고유의 특성을 가지고 있기에 기존의 지상을 규제하는 법적 틀만으로는 부족하기 때문이다.

3. 투기 방지

지하공간 구축기술이 발전함에 따라 지하공간 개발권을 둘러싼 투기가 일어날 소지가 있으며, 그로 인해 개발비도 증가될 가능성이 있다. 따라서 지하공간개발의 장점인 비용의 경제성을 위해 지하공간의 개발이 지금보다 더욱 활성화되기 전에 그에 대한 법제 정비가 우선적으로 이루어지는 것이 합리적이다.

4. 프로젝트 지연 방지

지하공간 개발에 있어 사업절차 기준의 미비로 인해 결과적으로 프로젝트가 지

9) Underground Space Center, University of Minnesota, "Legal and Administrative Issues in Underground Space Use : a Preliminary Survey of ITA Member Nations", Tunnelling and Underground Space Technology, Vol.6.No.2, 1991, 191~209쪽.

연될 가능성이 있다. 또한 법제 미비로 인해 민원처리에 있어 시간적, 경제적 손실이 클 것으로 예상되므로 이러한 문제들을 방지하기 위해서는 법제가 필히 정비되어야 한다. 이에 는 소유권, 지하공간의 이용 및 보상에 관한 법적 쟁점들의 정비가 포함되어야 한다.

5. 안전기준 및 환경기준 확립

지하공간 특유의 공간적 특성이 분명 존재한다. 그러한 것들은 지상의 경우와 비교할 때 매우 불리한 조건인 경우가 있다. 그러므로 지하공간의 환경 및 안전에 관한 법제 정비를 통해 지하공간이 가지는 불리한 점들의 극복을 법적으로 보장할 필요성이 있다.

6. 지상에 미치는 부작용 방지

지하공간의 부주의한 개발은 지하공간 자체만이 아니라 지상에까지 부작용을 미칠 수 있다. 그러한 부작용은 환경적 문제뿐만 아니라 지상의 안전문제까지도 포함된다. 따라서 계획단계에서 유지·관리에 이르기 까지 안전에 관한 법적 틀이 이러한 환경 및 안전관련 문제들을 다룸으로써 만일의 사태에 대비하고 무고한 피해를 막아야 한다.

7. 시공의 책임성

개발권의 문제는 책임의 문제와 밀접한 관련을 가지고 있다. 새로운 지하공간 개발로 야기된 기존의 지상건물과 지하건물에 대한 문제는 적절한 법적 절차로 신속하고 공정한 방식으로 해결되어야 한다.

8. 개인의 재산권 보호

소유권 등 개인의 재산권이 공적 이용이라는 이유로 제한될 소지가 많은 것이 또한 지하공간의 개발이다. 개발 전·후에 따르는 여러 가지 재산권 침해의 가능성을 막고 불가피한 침해에 대한 타당한 해결원칙을 법적으로 규정할 필요가 있다.

II. 外國의 關聯法制

1. 英國

영국에서는 토지소유권의 범위가 지하와 토지의 상공에까지 미친다고 할 수 있다. 토지소유자는 지하의 광물, 소유자불명의 매장물을 소유할 뿐 아니라 지하의 동굴도 상부의 토지소유자에 속한다. 따라서 지하공간에 터널을 건설하면 토지에 대한 불법침해가 되고, 토지의 상공에 대한 침해의 경우와 같이 불법행위법에 의해 보호를 받게 된다. 그러나 토지소유권의 범위에 대하여는 실정법에 의해 제한이 가해지고 있다.

영국의 경우 일정한 종류의 지하광물은 국왕의 소유에 속하는 것으로 되어 있다. 그리고 1934년의 석유생산법은 천연상태로 존재하는 원유와 천연가스는 국왕의 소유에 속하고, 국왕은 그 취득 등에 대하여 배타적 권리를 갖는다고 규정하고 있다. 또한 1934년 석탄법과 1946년 석탄국유화법에 의하면 석탄은 국왕에 속하고 이의 채굴 등의 권리는 석탄기업청에 있다고 규정한다. 그밖에 금·은·우라늄에 대하여도 같은 규정을 두고 있다.¹⁰⁾

物權法定主義를 취하고 있지 않은 영국에서도, 判例는 지하공간을 수평·수직으로 구분하여 자유로이 지하이용권을 설정할 수 있고, 또 지하광물만을 매각할 수도 있다고 한다. 대개의 경우 장기의 임대차가 설정되는 것으로 파악된다. 권리의 내용은 당사자간의 합의에 의해 정할 수 있으나 권리의 대상으로 되는 지하공간의 범위는 수평·수직으로 구분되지 않으면 안된다. 소유자에 의한 지표에서의 토지이용과 지하공간이용권의 조정은 당사자의 계약날인에 의해 상세히 정해진다.

지하공간을 개발할 경우에는 도시및농촌계획법에 의한 계획허가가 필요하다. 계획허가를 할 때에는 그 지역의 개발계획의 그 밖의 중요한 고려사항도 유의해야 하고, 지방자치단체에 의해 개발의 타당성이 판단되어야 한다.¹¹⁾

2. 프랑스

프랑스민법 제552조에 의하면 토지소유권은 지상 및 지하의 소유권을 포함한다

10) 이현창, "구분지상권에 관한 연구(명지대 박사학위논문, 1990.6)", 147~8쪽.

11) 內田勝一, "地下空間に對する土地所有權の效力", *ジュリスト* 856호(1986.3.15), 12쪽.

고 규정하고 있다. 그러나 이것은 토지소유자의 범위가 上空과 地下에까지 미치는 구체적인 이용과 지배가능성까지 반드시 포함하는 것은 아니다. 예를 들어 지하와의 관계에서 광산에 대하여는 민법 제552조제2항의 규정에 의해 이미 토지소유권의 범위가 제한되고 있다. 1810년 특별법이 제정됨으로써 광산과 지표는 별개의 소유권으로 구성되었으며, 채굴권자를 위해 광업에 필요한 부분의 수용을 가능하게 하였다. 그 뒤 1919년의 입법을 거쳐 1946년에는 광물연료의 개발이 국유화되고 탄광의 소유권은 국가에 귀속하게 되었다. 이와 같이 토지소유권의 범위는 무제한적이지 않으며, 오히려 하수구나 지하철과 같이 私的所有權과 公的所有權이 밀접히 관련될 경우 양자의 관계를 조정하는 체계를 지니고 있다.¹²⁾

19세기에 지하공간만을 대상으로 한 수용절차를 인정한 이래, 국유철도, 지하철, 우편·전신·전화의 지하통신센타 등의 건설에 널리 활용되고 있다. 그리고 損失補償을 수반하는 地下空間收用은 사실상 公的空間과 私所有權의 중첩을 법적으로 승인한 것이다. 公共사업으로서 도시계획이 설정된 것은 개인이 반대할 수 없으나 보상은 받을 수 있다. 道路밑의 地下地圖는 일부가 이미 완성되었고 계속해서 작성중이다.

3. 獨逸

독일민법 제905조에 의하면 토지소유권자의 권리는 그 地表上의 공간 및 그 地表下의 空間에 미친다. 단 소유자는 간섭을 배제하는 데 아무런 이익이 없는 높이 또는 깊이에서 행하여지는 타인의 간섭은 금지할 수 없다. 따라서 이 조문의 단서에 의해 간섭을 배제할 이익이 없는 지하공간에서 행해진 타인의 간섭을 토지소유자는 금지할 수 없기 때문에 제3자는 權原없이 그와 같이 地下空間을 이용할 수 있게 된다.

일반적으로 지하공간을 이용하려는 자가 토지소유자와 협의할 경우에는 地域權이 설정된다. 그러나 협의를 성립되지 않을 때 수용에 의하며, 토지소유자는 이에 대해 행정소송으로 대항할 수 있으나, 단지 사업을 연기하는 효과밖에 없다고 한다. 지하 50미터이하에서 공공사업이 행해질 때에는 보상없이 이용이 가능하다고 한다.¹³⁾

12) 東川始比古, “地下空間に對する土地所有權の效力”, *ジュリスト* 856호(1986.3.15), 14쪽.

13) 김상용, *민법주석(V)*, 박영사, 1992, 172쪽; 유해웅, “지하공간이용의 법적 과제”, 「국토정보」, 국토개발연구원, 1991.11, 33쪽.

4. 日本

일본민법 제207조에 의하면 토지의 소유권은 法令의 제한내에서 그 토지의 상하에 미친다고 규정하고 있다. 이는 토지소유권이 지하에 무한으로 효력이 미친다고 보았던 것이고, 민법을 제정할 당시 지하공간을 이용하는 기술이 발달하지 않았기 때문에 立法者가 토지소유권이 미치는 범위를 제한할 필요성을 인식하지 못했기 때문이다. 그러나 지하나 공중의 이용기술이 발달함에 따라 토지소유권이 미치는 범위를 제한하도록 해석하게 되었다.

학설은 독일민법 제905조 단서의 토지소유자는 이를 금지하는 데 아무런 이익이 없는 높이 또는 깊이에서 침해할 수 없다는 규정이나, 스위스민법 제667조의 토지소유권은 그 행사에 대하여 이익이 존재하는 한도에서 공중 및 지하에 미친다는 규정을 본받아 토지소유권은 이익이 존재하는 한도에서 토지의 상하에 미치는 것으로 해석하고 있다. 그러나 이는 판례로 확립되어 있지 않아 실무상 한계가 있는 것으로 보여진다. 예를 들어 토지소유자의 승낙을 얻지 않고 소유자의 용익에 아무런 지장이 없는 깊이의 부분을 파서 지하철을 건설하려고 할 때 설령 토지소유자의 이익을 방해하지 않더라도 가능하다고 볼 수 없다는 것이다. 지하철이나 地下街를 실제로 건설할 때에는 토지소유권을 취득하든가 구분지상권을 설정하여야 한다. 그렇기 때문에 토지소유자와의 협의에 시간을 요하는 문제를 감안하여 될 수 있는 한 사유지를 피해 지하철노선을 결정하는 경향이 있었다.¹⁴⁾

1962년 『公共用地에 따른 손실보상기준요강』 제20조(공간 또는 지하사용에 관련되는 보상)에 의하면 공간 또는 지하사용에 대하여는 토지의 사용보상액에 토지이용이 방해되는 정도에 따라 적정하게 정해진 비율을 곱해서 얻은 액을 보상하도록 하며(제1항), 당해 공간 또는 지하사용이 장기에 걸친 때는 이에 불구하고 당해 토지의 정상적인 거래가격에 상당하는 액을 당해 토지의 이용이 방해되는 정도에 따라 적정하게 정해진 비율을 곱하여 얻은 액을 일시불로 보상하도록 하고 있다(제2항).

이와 같이 지하공간의 사용에 관한 보상을 요강으로 정하여 그 실시를 의도하고 있음에도 불구하고 최근 大深度地下空間에 대한 無補償利用이 적극적으로 논의되고 있다. 예를 들어, 대심도에 지하철을 건설할 경우 지하공간의 이용을 공기

14) 藤井俊二, “地下空間に對する土地所有權の效力”, *ジュリスト* 856호(1986.3.15), 17~8쪽.

업특권의 일종인 터널부설권을 인정하는 방안이 대두되고 있다. 이는 토지소유자가 현재 이용하지 않고 앞으로도 거의 이용가능성이 없는 지하공간에 대해 公共目的이 존재할 때 범위를 정하여 제한할 수 있다고 보는 것이다. 이러한 대심도지하이용에 대한 논의가 활발해짐에 따라 1995년에 임시대심도지하이용조사회설치법(平成7년 6월 26일 법률제113호)이 의원입법에 의해 제정되었다. 이 법은 대심도지하이용법이 아니고 그러한 법을 만들기 전에 문제점들을 검토하고 대비하기 위한 것으로 3년의 한시입법이다. 이 법에 의해 임시대심도지하이용조사회는 대심도지하이용에 관한 기본이념 및 정책의 기본이 되는 사항 및 대심도지하의 공공적 이용의 원활화를 도모하기 위한 시책에 관한 사항을 조사·심의하며(동법 제2조제1항) 이 경우 안전의 확보 및 환경의 안전을 특히 배려하도록 규정하고 있다(동법 제2조제2항).

大深度地下의 確定에 있어서는, 민법과의 관련에서 대심도지하에도 토지의 소유권이 미치는지의 여부, 헌법상 공공복리의 관점에서 소유권이 미치는 범위를 제한할 수 있는가의 문제, 토지수용법과의 관계 등의 문제를 포함해서 개개의 토지마다 충분한 전문적 조사를 하고서 판단해야 할 것이다. 대심도지하공간에 관한 문제는 특별히 고찰할 필요가 있어서 第5章에서 특별히 언급하고자 한다.

5. 노르웨이

노르웨이 수도 오슬로에서는 개인토지를 지표보다 6미터(즉 지하 2층) 깊은 지하의 부분을 이용하고자 하는 경우 시에 신청하여 허가를 받도록 하고 있다.¹⁵⁾ 오슬로 시는 개인소유의 지하를 이용할 경우 전문위원회를 열어 토지소유자에게 지불할 보상액을 협의하고 있는데 현재까지 5 내지 6미터 정도의 얇은 터널에서도 보상없이 건설되고 있다. 타협이 되지 않으면 재판소의 판단에 맡겨지나 판례로는 지하 26미터의 깊이까지 소유권을 인정한 예도 있다.

노르웨이는 국가적으로 지하도로·지하철·하수도 등의 공공터널이 지하를 통과할 때 토지소유자의 소유권이 미치는 범위를 지표면 아래 40미터 이내로 제한하여 40미터 이상의 깊이는 보상없이 공공시설을 건설하는 법안을 검토중이다. 법안의 내용을 보면 地下는 마스터 플랜이 아닌 Zoning Plan에 의하며, 地上의 地籍에 1대1 대응의 畵이 地下·空中에도 존재하도록 되어 있다.

15) 홍길성, "지하공간개발의 현황과 전망", 「부동산정책연구」(건국대), 1호, 1991.6., 268쪽.

6. 스웨덴

원칙적으로 地中 어디까지라도 소유권이 미치지만 地下工事計劃에 대해 市에서 허가를 얻는 것은 실제로는 어렵다. 토지소유권자는 지하의 시설굴착에 대해 거부권은 없지만 보상은 요구할 수 있다. 스톡홀름의 경우 1974년 시의회의 결정으로 10년걸려 지하도, 지하공간, 지하실 등을 포함한 지하지도를 작성하였다.

스웨덴의 경우 토지가 부족하기 보다는 도시의 환경보전, 환경보호의 관점에서 여러 시설을 地下化하고 있다. 또 녹화의 문제와 방음벽설치 등을 포함한 총 비용 측면에서 지하에 만드는 것이 저렴한 경우도 많이 있다.

Ⅲ. 지하공간관련법제 현황과 문제점

지하공간에 관련된 법규는 지하공간의 전반에 걸친 통합법은 없으며, 토지의 소유권 및 이용권에 관하여 헌법, 민법, 국유재산법등의 규정이 있으며, 지하층을 규정하고 있는 건축법과 동법 시행령, 지하주차장을 규정하고 있는 주차장법과 동법 시행령, 지하도로시설을 규정하고 있는 지하도로시설기준에관한규칙 등의 개발관련법규와, 지하생활공간공기질관리법등의 지하건축물상의 환경확보조항, 토지수용·사용에 따른 보상에 관련된 토지수용법, 공공용지의취득및손실보상에관한특별법과 도시철도를 위한 도시철도법 등이 관련사안에 대하여 규정하고 있다.

1. 토지소유권¹⁶⁾ 및 이용권에 관한 법제

토지이용의 기본사항은 토지의 소유권에 관한 규정과 토지사용 및 보상에 관하여 규정하고 있는 법으로 구분되고 있다. 또한 토지이용의 규제사항은 개발규제에 근거한 것, 토지이용규제에 근거한 것, 공물에 관해 규제하는 것, 개발에 따른 피해 억제에 관한 것 등으로 나눌 수 있다. 토지의 소유권에 관한 규정에서는 재산권의 권리와 의무 제한, 소유권의 내용 및 범위 등을 다루고 있다. 특히, 지상권의 내용, 지하 및 공중의 지상권인 구분지상권에 대해서는 민법에서 그 관련 조항을 찾아볼 수 있다.

16) 토지소유권을 제한하는 특별법의 예로 광업법을 들 수 있다. 지하에 매장되어 있는 광물의 소유권을 토지소유권과 별개의 소유권으로 인정하고 있다. 이는 지하자원의 개발을 토지소유자가 방해할 수 없도록 하기 위함이다. 그러나 광해로 인하여 지상에 방해가 있는 경우 당연히 지하자원개발자가 보상한다.

(1) 헌 법

헌법 제23조에 의하면 모든 국민의 재산권은 보장된다. 재산권의 내용과 한계는 입법권자의 입법형성권에 의해 법률로 정하여 진다. 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

헌법이 보장하는 재산권은 '사적인 유용성'과 '임의적인 처분권한'이 인정되는 모든 재산가치가 있는 권리¹⁷⁾를 의미한다.¹⁸⁾ 이러한 의미에서 헌법상의 재산권 개념은 민법상의 소유권개념보다 넓다. 민법상의 소유권은 물건에 대한 배타적인 지배권을 뜻하지만, 헌법상의 재산권은 재산가치 있는 모든 사법상·공법상의 권리를 뜻한다.

헌법상 보장되는 재산권은 기본권과는 달리 그 내용과 한계가 법률로 정하여진다. 즉 재산권의 내용과 한계는 법률종속적인 권리에 속한다. 이를 헌법학자는 기본권형성적 법률유보라고 하고 있다. 즉, 법률이 제정되는 경우에 비로소 해당 재산권은 그 내용과 한계가 확정되어 법규범내의 기본권으로 된다는 견해이다.¹⁹⁾ 그러나 원칙적으로 재산권은 기본권과 구분되어야 한다. 즉, 기본권은 자체적으로 본질적인 한계가 있기 때문에 법률상 제한에는 한계가 있으나, 재산권은 원칙적으로 자체적으로 본질적인 내용을 가지고 있지 않고, 다만 사유재산권의 인정에 대해 보장되면 재산권의 내용과 한계는 법률로써 얼마든지 정할 수 있다. 이러한 의미에서 재산권은 법률종속적 헌법상 권리라고 할 수 있다. 이는 기본적으로 헌법 제정권력자가 재산권과 기본권을 본질적으로 구별하고 있다고 할 수 있다.

재산권은 기본적으로 입법종속적인 권리로 이해하는 입장에서 토지소유권도 무한정적인 권리일 수 없고, 사회적 기속성을 지닌다. 그러나 재산권의 사회적 기속범위를 지나치게 넓게 하는 경우에 재산권보장의 실효성이 상실된다. 그러므로 재산권보장과 관련된 문제에서 재산권의 사회적 기속성의 한계가 중요한 논점이다. 일정한 깊이의 지하공간에 대하여 보상을 필요로 하는가는 보상을 필요로 하지 않는 재산권의 사회적 기속성과 보상을 필요로 하는 재산권수용과 구분의 문제²⁰⁾라기 보다는 지하공간이 토지소유자의 재산권의 내용에 속하는가의 여부와 관련된 문제라고 할 수 있다.

17) BVerfGE 26, 215(222) ; 31, 229(240) ; 37, 132(140) ; 50, 290(339).

18) 허영, 헌법이론과 헌법, 신정판, 594면 이하 참조.

19) 이는 특히 허영(전게서, 596면 참조)교수님이 주장하고 있는 견해이다.

20) 재산권의 사회적 기속성의 한계설정에 관하여는 판례와 학설의 다툼이 있다. 이에 관하여 자세한 것은 허영, 전게서, 606면 이하 참조.

(2) 민 법

(가) 민법 제211조(소유권의 내용)

소유자는 법률의 범위내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.

(나) 민법 제212조(토지소유권의 범위)

토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다.

(다) 민법 제279조(지상권의 내용)

지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다.

(라) 민법 제289조의2(區分地上權)²¹⁾

지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타의 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다. 이 경우, 설정행위로써 지상권의 행사를 위하여 그 토지의 사용을 제한할 수 있다. 이러한 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있다. 이 경우 토지를 사용·수익할 권리를 가진 제3자는 그 지상권의 행사를 방해하여서는 아니된다.

(3) 국유재산법과 지방재정법, 도로법, 도시공원법

(가) 국유재산법

국유재산중 행정재산과 보존재산에 대해 살펴본다. 국유재산법은 행정재산과 보존재산은 이를 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 출자의 목적으로 하는 것과 이에 私權을 설정할 수 없다고 규정하고 있다(제20조).

그러나, 재산의 용도폐지가 허용되며, 재산의 용도 또는 목적에 장애가 되지 않는 범위에서 사용 또는 수익을 허가할 수 있지만(제24조제1·2항), 행정재산상에 건물 기타의 영구시설물을 축조할 수 없도록 규정하고 있다(제24조제3항). 이 경우 시설물의 기부를 전제로 하는 경우는 예외로 축조가 허용되지만 당해재산을 타인에 사용·수익시키는 것은 금지하고 있다(제24조제4항).

21) 1984년 민법개정으로 신설된 것으로 당사자 사이의 물권적 합의와 등기에 의하여 구분지상권이 설정된다. 토지의 상·하공간의 사용권 분리로 인한 권리관계의 혼란을 방지하기 위하여 「구분지상권에관한등기처리요강」에서는 당해 토지의 등기설정범위를 명백히 표시하도록 하고 있다.

사용료는 기부채납한 재산의 경우와 공공단체가 직접 공용, 공공용 또는 비영리 공익사업용으로 사용하고자 하는 경우에는, 면제할 수 있도록 규정하고 있다(제26조). 그러나, 사용, 수익 허가기간은 3년이내이며, 기간 갱신이 가능하나(제27조), 국가는 지방자치단체가 필요할 시에는 그 허가를 철회할 수 있도록 되어 있다(제28조).

잡종재산은 대부·매각·교환·양여 또는 신탁할 수 있으며 또한 현물출자할 수 있다(제31조).

(나) 지방재정법

공유재산중 행정재산 및 보존재산의 관리 및 처분, 용도의 폐지 등 등 지하개발과 관련하여 중요한 사항은 국유재산법과 동일하다(지방재정법 제82조).

공유잡종재산은 대부·매각·교환·양여 또는 신탁할 수 있으며 또한 현물출자할 수 있고 私權設定이 가능하다(동법 제83조)

(다) 도로법

도로법 제5조(私權의 制限)에 의하면 도로를 구성하는 부지, 옹벽 기타의 물건에 대하여서는 私權을 행사할 수 없다. 다만, 소유권을 이전하거나 저당권을 설정하는 경우에는 가능하다.

동법 제40조제1항(도로의 점용)에 의하면 도로의 구역안에서 공작물·물건·기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 경우는 관리청의 허가를 받아야 한다. 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류와 도로의 점용허가에 관하여 필요한 사항은 동법시행령 제24조에서 규정하고 있다. 이에 의하면 도로의 점용허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 ①전주·전선·변압탑·공중선·우체통·공중전화 기타 이와 유사한 것, ②수도관·하수도관·가스관·송유관 기타 이와 유사한 것, ③광고탑·광고판 기타 이와 유사한 것, ④주유소·주차장·여객자동차터미널·화물터미널·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소 기타 이와 유사한 것, ⑤철도·궤도 기타 이와 유사한 것, ⑥지하상가·지하실·통로·육교 기타 이와 유사한 것, ⑦노점·자동판매기·상품진열대 기타 이와 유사한 것, ⑧간판·표지·깃대·주차미터기·현수막 및 아취, ⑨공사용 판자벽·발판·대기소등의 공사용시설 및 자재, ⑩고가도로의 노면밑에 설치하는 사무소·점포·창고·주차장·광장·공원 기타 이와 유사한 시설, ⑪위에서 언급되지 않는 것으로 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설 등이다.

(라) 도시공원법

도시공원법 제8조(도시공원의 점용허가)에 의하면 도시공원안에서 공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치하거나 토지의 형질변경, 죽목의 伐採, 栽植이나 토석의 채취등의 행위를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공원관리청의 점용허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경할 때에도 또한 같다. 공원관리청은 허가신청이 있을 때에는 공원조성계획에의 저촉여부를 확인한 후 점용사유가 불가피하고 공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정되는 경우에 이를 허가할 수 있으며 토지소유자가 허가신청을 한 경우에는 타에 우선하여 허가하여야 한다. 동법시행령 제6조제1항에서는 도시공원의 점용허가대상을 규정하고 있다. 이에 의하면 점용허가는 가능하나, 주로 공공시설이 그 대상이며, 토지소유자에 우선 허가, 지하에 설치하는 경우 우선, 최소규모 건설원칙을 규정하고 있다.

(4) 토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특례법, 도시가스사업법

(가) 토지수용법 제2조에 의하면 공익사업을 위하여 특정의 토지가 필요한 경우에 그 토지를 당해 사업에 이용하게 함이 적당한 때에는 이를 수용 또는 사용할 수 있다. 수용 또는 사용의 경우는 토지소유자와의 협의를 원칙으로 하고 협의가 성립되지 않는 경우 재결을 통한 수용, 사용이 있게 된다.

(나) 공공용지의취득및손실보상에관한특례법은 공공사업에 필요한 토지등의 협의에 의한 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상의 기준과 방법을 규정하고 있다.

(다) 도시가스사업법 제31조(공공용 토지의 사용)에 의하면 도시가스사업자는 그 사업용에 쓰이게 하기 위하여 도로·교량·하수구·구거·하천·제방 기타 공공용 토지의 地上 또는 地下에 가스공급시설을 설치할 필요가 있는 경우에는 당해 공공용 토지의 효용을 방해하지 않는 범위내에서 관리자의 허가를 받아 이를 사용할 수 있다. 또 법 제32조(타인의 토지의 일시 사용)에 의하면 도시가스사업자는 배관을 설치하거나 수리하기 위하여 타인의 토지를 부득이 사용할 필요가 있는 경우에는 이를 일시 사용할 수 있으며 그 토지가 주거용인 경우는 사용일시 및 기간에 관하여 주거자와 협의하여야 한다. 법 제33조(타인의 토지의 지하사용)에서는 도시가스사업자가 토지의 소유자 및 점유자와 협의하여 토지의 지하에 배관 및 정압기를 설치할 수 있으나 협의가 성립하지 않는 경우는 시·도지사의 허가를 받아 공사를 시행할 수 있도록 규정하고 있다.

(5) 소 결

(가) 민법 제212조는 「토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 上·下에 미친다」고 규정하고 있다. 여기서 문제되는 것은 「정당한 이익이 있는 범위」를 어떻게 한정할 것인가이다.

(나) 타인토지의 지하를 이용할 수 있는 현행법제상의 權原은 위에서 살펴본 바를 중심으로 정리하면 다음과 같다. 첫째는 토지소유자와의 임의의 교섭에 의해 권원을 취득하는 방식으로 이는 i) 민법상 임대차, 지상권이나 지역권의 설정, 지하부분에의 구분지상권 설정, ii) 토지수용법, 공공용지의취득및손실보상에관한 특례법상의 공용사용권 등, iii) 국유재산법 또는 지방재정법상의 잡종재산에 대한 대부계약에 의한 사용권, iv) 기타 법에 의한 협의사용이 있다. 둘째는 토지소유자와의 임의의 교섭에 의해 권원을 취득할 수 없는 경우에 지하공간을 이용할 수 있는 방법으로는 i) 토지수용법상의 사용재결에 의한 공용사용권설정, ii) 도시가스사업법등에 의한 행정청의 허가에 의한 사용방식, iii) 국유재산법, 지방재정법, 도로법 등의 공물사용허가, 점용허가에 의한 사용 방식 등이 있다.

지하사용을 위한 권리설정협약이 성립되지 않는 경우 토지수용법상 공공시설물의 설치를 위한 사용재결에 의해 지하부분을 사용할 권리를 갖게 되지만 이는 일시사용에 국한하는 것이다.

현행 국유재산법 및 지방재정법은 공물의 특허사용을 원칙적으로 부정하는 입법태도를 취하고 있으며 예외적으로 동법에 대한 특별법적인 성격을 지니고 있는 개별법에서 공물의 특허사용을 가능하게 하는 법적 구조를 취하고 있다.

2. 지하시설물의 설치등에 관한 법제

지하구조물의 설치 및 시설에 관한 사항과 지하구조물의 안전, 환경에 관한 사항으로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 지하구조물의 설치 및 시설에 관한 사항에서 지하건축물, 철도, 지하도로, 지하상가, 지하보도, 지하광장 등에 관해서는 건축법 및 도시계획법을 중심으로 구성되어 있으며, 지하주차장은 주차장법과 주택건설기준등에관한규정 등이 있고, 전기시설은 전기설비기준에관한규칙에, 지하가스시설은 도시가스사업법시행규칙에, 석유저장시설 및 파이프는 석유광산보안규칙에, 하수도시설, 지하수리시설은 도시계획시설기준에관한규칙과 하수도법 등에 규정되어 있다.

또한 지하구조물의 안전에 관한 사항은 지하구조물의 안전 확보를 위한 구조 및 설비관련법에 지하건축물의 안전한 환경 확보사항, 건설공사중의 안전확보사항 등이 명시되어 있다.22)

이들 시설물들과 지하관련 법제와의 관계를 정리해 보면 다음과 같다.

지하개발 관련 시설별 환경·구조설비 등의 기준

지 하 시 설	관 련 법 규
지하건축물	건축법 및 동법시행령/민방위기본법시행령/주택건설기준등에 관한규정/총포·도검·화약류등단속법시행령
철 도	국유철도건설규칙/도시철도건설규칙/삭도·궤도법시행규칙
지하도로, 지하상가 지하보도, 지하광장	농어촌도로정비법시행령/농어촌도로의구조·시설기준에 관한규칙/도륙교통법시행규칙/도로의구조·시설기준에 관한규정/도시 계획시설기준에 관한규칙/지하도로시설기준에 관한규칙
지하주차장	주차장법시행규칙/주택건설기준등에 관한규정
지하전력시설	전기통신설비의기술기준에 관한규칙/주택건설기준등에 관한규정
지하가스시설	도시가스사업법시행규칙
석유저장시설 및 파이프	석유광산보안규칙/액화석유가스안전및사업관리법시행규칙
하수도시설 지하수리시설	도시계획시설기준에 관한규칙/민법/수도법및동법시행규칙, 하천 법시행령/주택건설기준등에 관한규정/토지의형질변경등행위허 가기준에 관한규칙
지하구조물의 구조 및 설비	소방기술기준에 관한규칙, 소방법시행령
지하건축물의 환경 확보사항	산업보건기준에 관한규칙, 소방법, 지하생활공간공기질관리법
건설공사중의 안전 확보사항	건축법및동법시행규칙/철도보호에 관한규정/산업보건기준에 관한규칙/산업안전기준에 관한규칙

22) 엄형민, "지하공간이용의 활성화 방안", 「지하공간」, 한국지하공간협회, 제2호, 1994.2, 5~27쪽.

(1) 도시계획법

都市計画法은 지하공간을 이용하는 시설로 수도와 하수도를 규정하는 데 불과하였으나, 1971년 도시계획법 전문개정시에 전기·가스·수도의 공급시설 및 전기노선·하수도시설 등의 지하매설물을 공동수용하는 共同溝에 대한 개념²³⁾을 도입하여 지하공간의 이용이 확대되었고, 도시계획시설을 지하에 설치하는 기준에 관하여 따로 법률로 정하도록 하였다(동법 제81조).

도시계획구역내의 도시계획시설을 지상 및 지하에 설치하고자 하는 경우에는 도시계획으로써만 이를 설치하도록 규정하고 있다(동법 제16조제1항). '도시계획시설'이란 도시계획으로 결정된 도시계획법 제2조제1항제1호 나목 및 다목의 계획에 의하여 설치되는 시설을 말하는데(동법 제2조제1항제3호), 이에 는 도로·광장·주차장·자동차정류장·철도·軌道·索道·하천·운하·항만·공항·녹지·공원·운동장·유원지·관망탑·公共空地·공용의 청사·학교·도서관·시장·수도·하수도·공동구·도살장·공동묘지·화장장·폐기물처리시설·수질오염방지시설·전기공급설비·저수지·방풍설비·가스공급설비·유류저장 및 송유설비·유통업무설비·방수설비·방화설비·사방설비·방조설비·열공급설비 기타 대통령령으로 정하는 시설의 설치·정비·개량에 관한 계획과, 토지구획정리사업, 일단의 주택지조성사업, 시가지조성사업, 일단의 공업용지조성사업 또는 재개발사업에 관한 계획에 의하여 설치되는 시설이 속한다. 그리고 이러한 시설에 관한 구조 및 설치기준 등에 관하여 필요한 사항은 도시계획시설기준에관한규칙에서 규정한다(동법 제16조제2항).

공동구가 설치된 도시계획구역안에서 공동구에 수용될 시설은 이를 공동구에 수용하여야 한다. 공동구에 수용될 시설은 수도관·하수도관·전선로·통신선로·가스관·송유관·열수송관·전기통신회선설비등이며 이들에 관한 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(동법 제16조제4항).

(2) 건축법·주차장법

(가) 지하층

지하층의 설치 는 건축구조의 안전과 방공상 중요하고 전시에 피난장소로 이용해야 하므로 건축물의 용도 및 규모에 따라 지하층의 규모나 구조를 규정하고 있다.

23) "共同溝"라 함은 지하매설물(전기·가스·수도등의 공급시설 및 통신시설·하수도시설등)을 공동수용함으로써 도시의 미관, 도로구조의 보전과 원활한 교통의 유통을 위하여 도시계획법의 규정에 의하여 지하에 설치하는 시설물을 말한다(도시계획법 제2조제1항제12호).

건축법 제2조에서 규정하고 있는 “건축물”은 토지에 정착하는 공작물중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 高架의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 기타 대통령령이 정하는 것을 말한다(동조제2호). 동법 제2조제4호에서 규정하고 있는 “지하층”은 건축물의 바닥이 지표면아래에 있는 층으로서 건축물의 용도에 따라 그 바닥으로부터 지표면까지의 높이가 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 것을 말한다. 동법시행령 제3조제2항에 의하면 건축법에서 규정하는 지하층에서 “대통령령이 정하는 기준”이라 함은 당해 층의 바닥으로부터 지표면까지의 높이가 당해 층 높이의 3분의 2(단독주택 및 다세대주택은 2분의 1)이상인 것을 말한다.

건축법 제44조의 규정에 의하면 건축주는 대통령이 정하는 용도 및 규모의 건축물을 건축하는 경우에는 지하층을 설치하여야 한다. 동법시행령 제62조에 의하면 건설교통부장관이 지정·공고하는 행정구역안에서 지상층의 바닥면적의 합계가 330제곱미터(수도권정비계획법 제2조제1호의 규정에 의한 수도권안의 건축물인 경우에는 200제곱미터를 말한다)이상인 건축물을 건축하는 경우에는 지상층의 바닥면적 합계의 15분의 1이상으로서 건축조례가 정하는 면적의 지하층을 그 대지안에 설치하여야 한다. 다만, 공장·주택(아파트 및 연립주택을 제외한다)·운동시설·전시시설·창고시설 및 법 제15조제1항의 규정에 의한 가설건축물 및 건설교통부장관이 정하는 건축물의 경우에는 그러하지 아니하다. 건축법 제44조와 동법시행령 제62조는 지하층설치의 의무를 규정하는 것으로 의무적인 지하층건축을 입법화하고 있다. 그리고 동법시행령 제63조(지하층의 구조)에서는 건축물로서 지하층의 건축에 필요한 최소한의 요건을 규정함으로써 지하층의 안전의무를 규정하고 있다.

(나) 지하주차장²⁴⁾

건축법에 의하면 지하주차장은 건축물에 속한다. 그러므로 주차장의 건설은 원칙적으로 건축법의 규제를 받으나, 주차장에 대하여는 건축법의 특별법에 해당하는 주차장법이 있기 때문에 주차장법이 우선적으로 적용된다. 주차장법은 주차장의 설치·정비 및 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 자동차교통을 원활하게

24) 자동차보급의 급속한 증가로 인한 주차수요의 증가로 주차장난을 해소하기 위해 지하주차장 건설이 활발하다. 특히 공공주차장 부족을 해결하기 위하여 공공용지의 지하를 이용하는 사례가 늘고 있고 공공성이 강한 시설의 개발에 민간의 참여를 유도하기 위해 투자비용의 범위내에서 일정기간동안 민간개발업자에게 이용권을 임대하는 방식을 도입하고 있다.

하여 공중의 편의를 도모함을 목적으로 한다. 이러한 목적으로 제정된 주차장법은 노상주차장, 노외주차장 및 부설주차장으로 구분하고 있다(법 제2조제1호). 노상주차장은 도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 설치된 주차장으로서 일반의 이용에 제공되는 것이며, 노외주차장은 도로의 노면 및 교통광장외의 장소에 설치된 주차장으로서 일반의 이용에 제공되는 것이다. 부설주차장은 주차장법 제19조(부설주차장의 설치)와 제19조의2(부설주차장의 추가설치)의 규정에 의하여 건축물, 골프연습장 기타 주차수요를 유발하는 시설에 부대하여 설치된 주차장으로서 당해 건축물·시설의 이용자 또는 일반의 이용에 제공하는 것이다. 공동주택단지의 주차장 설치기준은 건축물부설 주차장의 설치기준에 따르므로 지하주차장도 건축물 부설주차장으로 볼 수 있으나 사실상 지하주차장의 정의나 시설기준이 없는 실정이다.

(3) 지하도로시설기준에관한규정

지하도로시설로는 지하도상가, 지하공공보도, 지하도출입시설, 출입구, 지하층 연결로를 들 수 있다. 이들의 시설기준은 「지하도로시설기준에관한규정」에 규정되어 있는데 위생 및 안전을 위하여 지하도로시설의 규모 및 구조에 대한 것을 규정하고 있다. 「지하도로시설기준에관한규칙」(1987.12.15. 제정)은 「도시계획시설기준에관한규칙」 제15조의2의 규정에 의하여 지하도로의 설치에 필요한 지역·위치와 그 설치 가능시설(동규칙 제2장) 및 그 부대시설 등 지하도로의 구조 및 설치(동규칙 제3장)에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다(동규칙 제1조).

(4) 전기통신설비의기술기준에관한규칙

서울특별시, 광역시, 시 및 읍의 왕복 2차선이상의 도로에 설치하는 전송설비 및 선로설비는 지하에 매설하여야 하며, 당해 도로의 지하매설물 설치계획이 수립된 경우에는 이에 따르도록 규정하고 있다(동규칙 제17조).

(5) 지하생활공간공기질관리법

이 법은 지하생활공간의 공기질을 적정하게 관리·보전함으로써 국민의 건강을 보호하고 환경상의 위해를 예방함을 목적으로 제정되었다. 적용대상이 되는 지하생활공간은 다수인이 이용하는 일정규모의 지하역사, 지하도상가이고(법 제3조제1항),

이런 시설에서는 환기설비 및 공기정화시설을 설치하여야 한다(법 제6조제1항). 지하보·차도 및 터널 등 국가 또는 지방자치단체가 설치·관리하는 지하시설에 대하여 환경부장관은 지하공기질권고기준을 정하여 고시할 수 있다(법 제3조제2항).

(6) 소 결

현재 개발주체별로 소관 업무별 관계법을 제정하여 법적 근거로 삼고 있고, 지하공간시설의 용도에 따라 별개의 규정과 규칙을 제정하고 있다.

지하시설물의 설치에 관하여는 전면적으로 규제하는 법은 아직 없으며 건축물의 지하층 및 지하도로의 시설에 대하여 일부 규제조항이 있다. 이러한 규제사항은 지하층의 구조나 방화시설에 대한 부분적 규제에 불과할 뿐 지하공간에 대한 체계적인 형식을 갖추지 못하고 있다. 그 까닭은 도시개발에 관련된 현행 법제도가 지표중심주의로 지상의 시설물을 대상으로 만들어졌기 때문이다. 또한 단위사업에 치중한 나머지 지상과 주변건물의 지하층과의 접속지하가간의 연결이 안되는 지하보행체계의 단절, 영세점포에 의한 열악한 지하보행환경이 조성되는 문제점도 있다.

도시계획법에서는 도시계획시설에 대하여 지상, 지하 모두에 설치할 수 있도록 하고 도로와 광장 밑의 지하상가설치에 대해서는 “지하도로시설기준에관한규칙”에서 입지와 시설기준에 관한 규정을 제시하고 있다. 그러나 이러한 규정은 공공용지에 한정되어 있을 뿐 공공용지와 사유지가 동시에 포함되어 있을 경우에는 일체로 개발하기 위한 지하공간이용이나 개발절차, 지하공간개발지원 등 세부적인 규정이 미비한 실정이다.

건축법에서 규정하고 있는 지하층은 토지와 불가분적인 부분이라는 점에서 출발하고 있다. 이는 토지에 건축을 할려면 반드시 지하공간을 일정한 범위내에서 최소한 활용하도록 하는 데에서 출발한다. 즉, 건축법상 지하공간은 최소한 일정한 부분에서는 지하층의 설치와 같은 토지소유자의 의무적인 사용을 요구함으로써 지하공간은 토지소유권자의 권리가 당연히 미치는 것으로 하고 있다.

3. 토지의 사용·수용에 따른 보상에 관한 법제

(1) 토지수용법

보상절차 및 수용절차에 관하여는 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 의한 보상절차와 토지수용법에 따른 수용절차에 규정되어 있다.

실제적인 보상에 관한 법률은 公共收用에 관한 일반법이라고 할 수 있는 토지 수용법이 있다. 토지수용법 제46조에서는 손실액의 산정은 수용 또는 사용의 재결당시의 가격을 기준으로 하되 수용할 토지에 대하여는 인근 토지의 거래가격을, 사용할 토지에 대하여는 그 토지 및 인근 토지의 地料, 賃借 등을 고려한 적정가격으로 하여야 하며, 토지에 대한 보상은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 公示地價를 기준으로 하되, 공시기준일로부터 재결시까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획 또는 당해 지역과 관계없는 인근 토지의 지가변동율, 도매물가상승율, 기타 사항을 참작하여 평가한 금액으로 행하도록 규정한다.

(2) 공공용지의취득및손실보상에관한특례법

공공사업에 필요한 토지 등의 협의에 의한 취득 또는 사용에 따르는 보상을 규정한 '공공용지의취득및손실보상에관한특례법'은 손실보상의 기준과 방법을 정함으로써 공공사업의 수행을 원활히 하고 적정한 손실보상을 하기 위함을 목적으로 하고 있으며, 「공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙」 제9조의2는 지하부분사용시 사용료는 그 깊이의 구분에 따라 평가한다고 규정하고 있다.

(3) 도시계획법

동법 제81조에서 도시계획시설의 지상 및 지하에서의 설치 기준과 설치에 따른 보상 등은 따로 법률로 정하도록 하고 있으나 지하철을 제외한 여타의 경우는 아직 규정하지 않고 있다.

(4) 도시철도법

도시철도법 제4조의6제1항에는 도시철도 건설자가 도시철도의 건설을 위하여 타인 토지의 지하부분을 사용하고자 할 때에는 당해 토지의 이용가치, 지하의 깊이 및 토지이용이 방해되는 정도 등을 참작하여 보상하여야 한다고 규정하고 있다.

동법시행령 제5조제2항에서는 토지의 지하부분의 사용에 대한 보상금액은 당해 토지의 적정가격에 입체이용저해율을 곱하여 산정한 금액으로 하되(보상액 = 토지의 적정가격 × 입체이용저해율 × 구분지상권설정면적), 입체이용저해율의 산정에 필요한 입체이용가치 · 이용율 등의 구체적인 산정기준은 당해 토지 및 인근토지의 이용

실태·입지조건 기타 지역적 특성을 고려하여 특별시·광역시 및 도의 조례로 정하도록 하고 있다.

여기에서 입체이용저해율은 건물이용, 지하이용, 기타 이용에서 저해되는 비율들의 합이 될 것이다. 즉, 입체이용저해율 = 건물이용저해율 + 지하이용저해율 + 기타 이용저해율이다. 각각의 이용율과 저해율의 평가방법을 살펴보면 건물이용에 의한 이용율, 지하이용에 의한 이용율, 기타 이용에 의한 이용율은 용적율과 관계가 있다. 용적율이 높은 지역일수록 건물 및 지하이용에 의한 이용율이 크게 될 것이며, 기타 이용에 의한 이용율은 작아질 것이다. 이는 용적율이 높은 지역은 건물을 건축하여 이용하는 것이 토지를 가장 효율적으로 이용하는 것이라는 것을 의미한다.

(5) 서울특별시지하부분토지사용에따른보상기준에대한조례25)

이 조례는 도시철도법 제4조의6 및 동법시행령 제5조제1항 및 제4항의 규정에 의한 지하부분 사용에 따른 보상범위, 입체이용 저해율 산정방법 등 구체적인 보상기준을 정함으로서 감정평가의 적정을 기함을 목적으로 제정되었다.

○ 지하보상비 산정

- 지하보상비는 도시철도법시행령 제5조 각호의 규정에 의거 산정하되 지가공시및토지등의평가에관한법률 제19조의 규정에 의한 감정평가법인에 의뢰하여 평가한다. 보상비 = 지의 단위면적당 적정가격 × 입체이용 저해율 × 구분지상권 설정면적(제9조제1항).
- 한계심도를 초과하여 지하시설물을 설치하는 경우에는 다음 보상 비율을 기준으로 보상비를 산정한다. 단, 토지 여건상 지하의 광천수를 이용하는 특별한 사유가 인정되는 경우에는 별도 보상비를 산정할 수 있다(제9조제2항).

토 피(m)	한 계 심 도 초 과		
	20m 이내	20-40m 이내	40m 이상
보 상 비 율(%)	1.0-0.5%	0.5-0.2%	0.2% 이하

25) (1992.5.15 조례 제2931호, 개정 1996.10.5 조례 제3338호).

○ 한계심도

한계심도는 토지소유자의 통상적 이용행위가 예상되지 않으며 지하시설물 설치로 인하여 일반적인 토지이용에 지장이 없는 것으로 판단되는 깊이를 말하며(제2조 제4호), 고층시가지는 40m, 중층시가지는 35m, 농지·임지는 20m를 한계심도로 한다(제8조).

○ 보상대상 지역의 분류

보상대상 지역은 현황여건, 개발잠재력 등 객관적인 상황을 고려하여 고층시가지, 중층시가지, 저층시가지, 주택지 및 농지, 임지로 분류한다(제3조).²⁶⁾

○ 보상대상범위

- 지하부분 사용에 대한 보상 대상범위는 지하시설물의 점유면적 및 유지관리 등과 관련 최소한의 범위로 정하며 평면적 범위와 입체적 범위를 규정하고 있다(제4조제1항).²⁷⁾
- 병렬터널 등과 같이 지하시설물과 지하시설물 사이의 토지가 종래 목적대로 사용함이 현저히 곤란하다고 인정될 때에는 토지소유자 및 이해관계자의 청구에 의하여 보상심의위원회의 심의를 거쳐 일정범위를 보상대상에 포함할 수 있다(제4조제2항).

(6) 도시가스사업법

도시가스사업자는 배관 및 정압기 설치를 위하여 협의 내지 허가에 의해 타인의 토지의 지하를 사용할 수 있으며, 이 경우 손실보상을 하여야 한다(법 제33·37조).

26) ①“고층시가지”라 함은 16층 이상 고층건물이 최유효이용으로 예상되는 지역으로 중심상업과 일반 상업지역 등을 말한다(예상 용적률: 800%이상). ②“중층시가지”라 함은 11~15층 건물이 최유효이용으로 판단되는 지역으로 고층시가지로 변화하고 있는 일반상업, 근린상업, 준주거지역 등을 말한다(예상 용적률: 550~750%). ③“저층시가지”라 함은 4~10층 건물이 최유효이용으로 판단되는 지역으로 일반상업, 근린상업, 준주거, 주거지역 등 상가로서 성숙도가 낮은 주·공·상이 혼재된 지역을 말한다(예상 용적률: 200~500%). ④“주택지”라 함은 3층 이하 건물의 순수주택가인 주거, 녹지, 공업지역 등으로 가까운 장래에 택지화가 예상되는 지역을 포함한다(예상 용적률: 100%내외). ⑤“농지·임지”라 함은 농지·임지가 유효이용인 녹지 지역 등으로 사회, 경제 및 행정적 측면에서 가까운 장래에 택지화가 어려운 지역을 말한다.

27) 1. “평면적 범위”는 지하시설물 폭에 최소 여유폭(양측 0.5m)을 합한 폭과 시설물 연장에 수직으로 대응하는 면적으로 한다. 2. “입체적 범위”는 평면적 범위로부터 지하시설물 상·하단 높이에 보호층을 포함한 범위까지로 정하되 보호층은 터널구조물인 경우 각 6m, 개착 구조물인 경우 각 0.5m로 한다.

(7) 소 결

개발주체와 개발목적에 따라 적용법규가 다르듯이 지하이용에 따른 보상규정도 상이하다.

도시계획법에서는 사유지의 지하공간을 사용함에 따른 보상문제에 있어서도 규정이 미비하여 효율적인 개발계획의 수립에 어려움이 따를 수 밖에 없다.

우리 나라의 경우는 총괄적인 법규는 없지만 「도시철도법」에 따라 각 광역지방자치단체는 「지하부분토지사용에따른보상기준에대한조례」에서 입체이용저해율이란 개념을 도입하여 고층시가지에서는 40m를 한계심도로 한 보상범위에 대해서 규정해 놓고 있다. 서울시의 경우 지하공간 개발시 지하의 사용에 대해 「입체이용저해율」을 감안하여 조례로 정한 저해율을 기준으로 보상하고 있다. 그러나 입체이용저해율은 지역에 따라 임의적으로 정할 수 있는 점에서 문제가 제기되기도 하며, 보상기준 역시 규정마다 다소 차이를 보이고 있어 지하공간을 위한 특별법을 제정할 경우 통합된 규정이 필요할 것으로 예상된다.

4. 지하공간이용과 관련된 현행법제의 문제점

(1) 지하공간에 대한 종합적인 법체계의 불비

현행의 지하공간관련법은 지하층이나 지하시설물로 한정되어 있으며 이역시 지상층을 기본으로 하고 있다. 또한 도시철도법이나 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 등 몇몇 단행법에서 단편적으로 필요한 내용만 한정적으로 규정하고 있어 지하공간개발이 제약당하는 측면이 있다.

지하공간개발을 하더라도 公共用地的 地下 및 私有地的 地下를 일체적으로 개발 및 이용하기 위한 측면에서의 지하이용계획의 수립, 지하개발절차, 지하개발의 지원 및 지하이용과 이에 따른 손실보상 등에 관한 법규정이 미흡하기 때문에 많은 문제를 야기할 수 있다.

(2) 지하공간상의 토지소유권의 범위문제

민법 제212조는 「토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 上·下에 미친다」고 규정하고 있다. 토지소유권의 효력이 지하의 어느 범위까지 미치

는가에 대하여는 무제한설과 제한설로 나누어 지며, 제한설에는 소극적 제한설, 적극적 제한설, 관계적 제한설, 지배가능도설등이 있다.²⁸⁾ 토지소유권에 의한 가치지배는 토지를 구성하는 지표에 대해서는 기본적으로 무제한이라고 생각되어 지더라도 그 상공 및 지중에 대한 관계에서는 실제적인 수요나 사회적으로 적당하다고 인정되는 범위로 한정하려는 이른바 '사실상의 제한'이 있는 것으로 생각하는 견해가 일반적이라 하겠다.²⁹⁾ 여기서 문제되는 것은 「정당한 이익이 있는 범위」를 어떻게 한정할 것인가 이다. 지하공간에 대한 정당한 이익이 있는 범위의 기준도 없을 뿐만 아니라 일률적으로 지하 몇 m로 한정하는 것 자체가 합리적이라고 할 수 없기 때문이다. 또한 「정당한 이익이 있는 범위」에서 「이익」이란 구체적으로 어떠한 이익을 의미하는가가 문제가 된다.

토지소유권의 효력이 미치는 범위와 관련하여 현행민법은 그 규정형식 및 내용에 있어서 가장 발전된 모습을 규정한 스위스민법 제667조를 본받은 것으로 시대적 요청에 부합하는 타당한 입법이다. 그러나 민법상의 일반규정만으로는 오늘날의 과학 기술 발달에 따른 지상과 지하의 이용·개발에 충분하지 못하므로 개별적인 특별법의 제정 및 보완이 요망된다.³⁰⁾

또한 이와 관련하여 한계심도이하 지하공간 또는 大深度地下空間에는 토지소유권이 미치지 않는다고 볼 것인가에 대하여도 많은 논란이 있다.³¹⁾

(3) 지하공간이용권의 설정방식

지하시설을 설치할 지하부분에 대해서는 협의에 의해 임대하거나, 지상권 또는 구분지상권을 설정할 수 있다.

공공지하시설을 건설하기 위해서는 토지소유자의 사전동의가 있어야 하는데 지하사용을 위한 권리설정협약이 성립되지 않는 경우 토지수용법상 공공시설물의 설치를 위한 사용재결에 의해 지하부분을 사용할 권리를 갖게 되지만 이는 일시 사용에 국한하는 문제점이 있다.

28) 이에 관한 상세한 것은 김상원, "지하에 대한 토지소유권의 효력범위", 「토지법학」 제12호, 한국토지법학회, 1996, 183~186쪽; 伊藤進, "大深度地下に對する土地所有權の限界", 明治大學論叢, 61卷, 1989, 589~596쪽

29) 김상원, 앞글, 191쪽.

30) 김상원, 앞글, 196쪽.

31) 鎌田 薫, "大深度地下の公的利用と土地所有權", NBL412·414·423·424참조. 본보고서 제5장 참조.

(4) 지하공간이용의 보상문제

공공필요에 의해 지하를 이용함으로써 당해 토지의 소유자 등에게 손실이 발생한 경우에 정당한 보상을 함은 당연하다. 그런데 지하이용에 따른 보상의 발생유무의 문제는 토지소유권의 효력이 지하의 어느 범위까지 미치는가 하는 문제와도 밀접한 관련이 있다. 지하공간이용의 보상문제에 대한 현행법제의 현황·문제점은 다음과 같다.

- 현재의 土地收用法 및 公共用地의取得및損失補償에 관한特例法の 규정은 土地의 平面的 利用이라는 종래의 토지이용상황만을 고려하여 규정하고 있을 뿐, 地下空間의 利用增大 및 空中의 利用增大 현상에 적절하게 대응할 수 있는 구조는 아니다.
- 다만 土地收用法이 토지수용법에 규정하고 있는 사항을 제외하고는 損失補償額의 산정시기·방법 및 기준 등에 대하여는 公共用地의取得및損失補償에 관한特例法을 준용하도록 하고 있는데 特例法은 1989년에 同法施行令을 改正하여 토지에 관한 평가가운데 지하사용료에 대한 평가에 관한 조항을 신설(特例法施行規則 제9조의2)했다. 그러나 이는 공공사업의 시행으로 송유관 또는 용수관 등을 지하부분에 시설하기 위하여 타인의 토지에 區分地上權을 설정하여 사용하는 경우에 관하여만 규정하고 있을 뿐이므로, 지하의 공용수용 또는 사용에 대한 평가 또는 보상에 대하여는 아무런 규정이 없는 실정이다.³²⁾
- 도시철도법은 지하공간에 관한 보상규정을 토지수용법과 무관하게 규정하여 보상에 관한 구체적인 기준을 별도로 제시하고 있다. 區分地上權의 설정과 이에 대한 補償이라는 구조를 취하고 있는데 이는 도시철도의 건설을 촉진하기 위한 사업을 위한 것일 뿐 지하이용일반에 대한 규정이라고 볼 수 없다.
- 집단에너지사업법, 전기사업법 및 송유관사업법은 地下 또는 空中의 收用이나 使用에 있어 토지수용법 준용하도록 규정하고 있는데 토지수용법 및 공공용지의취득및손실보상에 관한특별법은 지하사용에 있어서의 구체적인 손실액의 평가 및 보상기준에 관하여 명확한 규정이 없다.

(5) 공물의 지하이용문제

국유재산법은 행정재산과 보존재산에 대하여 私權설정을 인정하지 않는 원칙을

32) 박영하, "지하이용권원설정에 관한 연구", 「국토연구」 제18권, 국토개발연구원, 1992.12, 182쪽.

취하고 있다(동법 제24·27조). 따라서 개별법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공물의 특허사용을 원칙적으로 제한하고 있어 소유권별로 지하공간의 개발이 단절적·개별적으로 진행되어 토지의 고도이용에 장애가 되고 지하이용수요에 부응하지 못하는 문제점이 있게 된다.

(6) 계획성의 결여문제

지하공간이용 제규정은 지하공간의 이용을 전제로 하고 있지 않으며, 지하공간을 개발 및 이용하는 데 있어서 지상부의 토지이용과 조화되는 계획을 상정하고 있지도 않고 있다. 지상공간과는 달리 지하공간은 일단 개발되면 다른 용도로 사용하기가 어렵기 때문에 지하공간이용의 무질서한 확산을 방지할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 지하공간에 대한 利用計劃樹立을 통해 지하공간에 대한 개발촉진과 함께 일정기준에 따라 개발계획을 통제하여 지표면과 같이 이용을 규제할 수 있어야 할 것이다. 계획적 측면이 부실함으로써 야기되는 문제점은 첫째로 일부지구의 지하이용 과밀집중의 폐해 및 위험성 증대, 둘째로 단위시설 중심의 도로점용 허가로 인한 문제 발생, 셋째로 지하공간 이용의 도시시설 지정의 한계성, 넷째로 복합적 지하공간 이용 추진을 위한 사업방법의 결여, 다섯째로 지상과 지하공간 연계의 취약성을 들 수 있다.³³⁾

(7) 유지·관리상의 문제

국내의 대표적 지하구조물은 건물의 지하층, 지하보도 겸용의 지하상가, 그리고 지하철역이다. 그런데 이러한 세 가지 지하시설은 동일 공간을 형성하여 일체화된 유지관리 체계가 요구됨에도 불구하고 관련법과 유지관리 책임이 각각 별도의 부서에 분산되어 있어서 상호협조체계가 구축되어 있지 않아 상호 중첩되는 경우 그에 적절히 대처하지 못하는 실정이다. 거기에 유지관리 및 보수에 관한 자료들이 개별적으로 관리되기 때문에 생기는 부작용뿐 아니라, 지하공간의 주이용 대상인 기존의 각종 지상구조물의 하부구조인 지하실, 차고, 유류저장탱크, 건물기초 등의 관리에 대한 책임한계도 불분명하다. 결국 지하공간 개발에 있어서 필수적인 현황, 시설별 장기수요 예측 및 필요 지하공간의 용적 등에 관한 자료부족으로 종합적인 개발관리가 곤란한 것이 현재의 실정이다.³⁴⁾

33) 류해웅, "지하공간의 법적 이용과 보상", 「국토연구」, 통권 제15권, 1991.6, 국토개발연구원, 73쪽.

第 4 章 地下空間의 효율적 이용을 위한 法制化 方向

1. 지하공간이용에 관한 법제의 종합적 정비

현행 지하공간이용관련 법제는 몇몇 단행법에서 필요한 사항에 대해서 한정적으로 규정하는 체계를 취하고 있어서 공·사유지의 지하공간을 일체적으로 개발 및 이용하기 위한 측면에서의 법제가 미비되어 있어 지하공간이용에 장애가 되고 있는 실정이다. 따라서 지하공간이용에 관한 法制를 종합적으로 정비하여 그 근거가 되는 法 제정을 추진할 필요가 있다 하겠다. 이에선 지하공간의 개념과 범위, 지하공간이용기본계획수립,³⁵⁾ 지하공간개발구역의 지정, 지하공간개발계획의 결정, 지하공간개발사업시행,³⁶⁾ 지하공간개발 관리 및 지원 등,³⁷⁾ 지하이용에 따른 보상에 관한 규정이 포함되어야 할 것이다. 또한 한계심도이하 내지 대심도 지하공간의 개발에 있어서 대상개발사업의 종류, 개발사업의 조정, 개발사업인정요건, 개발사업시행절차 등에 관한 규정을 두도록 한다. 그리고 이러한 법 제정의 경우 현행 관련법규와의 위계, 상충성 등을 고려하여야 할 것이다.

34) 앞글, 73쪽.

35) 지하공간이용기본계획수립에는 계획수립대상도시, 계획수립의 주체 및 절차, 지하이용기본계획의 내용(도시전체의 지하이용에 관한 기본방향과 지하에 설치하는 공공시설에 관한 기본계획을 포함하며, 지하 공공시설은 지하간선도로, 지하철, 지하하천, 상하수도·가스·전기·통신등의 간선관망, 간선공동구 등의 도시간선시설이며, 지구단위시설의 지하변전소, 지하주차장, 지하하수처리장, 지하정수장, 지하배수지, 지하체육시설, 지하도서관, 지하보도 등이 포함된다.) 등이 포함된다.

36) 개발사업시행자 및 사업시행 계획의 수립과 인가, 보상, 관리처분계획과 분양, 지하공간에 대한 권리의 확정, 청산, 비용부담 등에 관한 사항을 규정한다.

37) 지하공간의 관리에는 i) 지하조사절차, 지하조사자료의 종합관리에 관한 사항, ii) 지하공간개발사업시행인가 신청시 환경영향평가 실시에 관한 사항, iii) 지하매설물의 종합적인 관리를 위한 매설물설치허가절차, 매설기준에 관한 사항, iv) 지하구조물의 구조 및 설비기준, 보행자들의 이용 쾌적성 및 재해시의 안전성, 지하구조물의 공기환경의 유지 등에 관한 기준에 관한 사항 등을 규정한다. v) 지하공간개발의 지원등에 있어서는 지하공간개발시행인가가 결정되면, 도로법상의 도로점용허가, 도시공원법상의 도시공원 점용허가, 하천법의 하천점용허가 등 타법령에 의한 인·허가를 의제하는 방안, 기타 국유재산법 및 지방재정법상의 행정재산에 대한 사권설정제한규정의 적용배제방안 등이 검토될 수 있을 것이다.

법을 제정하는 경우에는 i) 도시계획법 제81조와 관련하여, 지하는 물론 지상 공간의 개발에 관한 내용을 이에 포함시키는 방식이나 또는 ii) 별도의 지하공간 개발에 관한 법률을 제정하는 방식이 제시될 수 있겠다. 그리고 보상의 근거 및 기준에 대하여는 i)에 포함시키는 방식이나 ii)에 포함시키는 방식, 또는 토지수용법에 일괄하여 규정하는 방식도 검토할 수 있겠다.

2. 지하공간소유권 범위의 정립

민법 제212조는 「토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 上·下에 미친다」고 규정하고 있다. 토지소유권의 효력이 지하의 어느 범위까지 미치는가에 대하여는 실제적인 수요나 사회적으로 적당하다고 인정되는 범위로 한정하려는 것이 일반적이다. 여기서 문제되는 것은 「정당한 이익이 있는 범위」를 어떻게 한정할 것인가 이다. 또한 「정당한 이익이 있는 범위」에서 「이익」이란 구체적으로 어떠한 이익을 의미하는가가 문제가 된다. 지배적인 견해는 보호할 가치가 있는 모든 이익을 포함한다고 한다.³⁸⁾

지하에 있어서 토지소유권이 미치는 범위는 개별토지마다 지하에 미치는 이용가능성을 감안하여 이익이 미치는 한도를 찾아야 할 것이다. 이 때 이익이 미치는 토지 소유자의 특수한 개인적 이용을 행함으로써 발생하는 주관적 이익이 아니라 토지이용의 경제적 활동에 의해 통상 발생하는 이익을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 각 광역자치단체의 조례 예를 들면 서울특별시지하부분토지사용에 따른 보상기준에대한조례의 “한계심도”의 정의 및 규정(제2·8조), 보상대상지역분류(제3조) 규정에서 보듯이 보상대상지역을 현황여건, 개발잠재력 등 객관적인 상황을 고려하여 고층시가지, 중층시가지, 저층시가지, 주택지 및 농지·임지로 분류(제3조)하고 「한계심도」를 고층시가지는 40미터, 중층시가지는 35미터, 저층시가지 및 주택지는 30미터, 농지·임지는 20미터로 규정(제8조)하고 있는 것은 지하공간에 있어서 「정당한 이익이 있는 범위」를 파악하는 데 하나의 실질적인 기준이 될 수도 있을 것이다.

38) 김상원, 앞글, 193쪽 ; 이영준, 물권법, 박영사, 1992, 385쪽.

3. 지하공간이용권의 설정방식

(1) 한계심도이하의 지하공간이용방식

지하공간의 법적 이용방식에 관한 논의의 초점은 한계심도이하의 지하공간에 있어서 公共的·公益的 목적이 존재하는 경우에 토지소유자의 동의없이, 그리고 보상을 지불하지 않고 이용할 수 있는 권리를 公的으로 부여할 수 있는가 이다.

현행 법체계하에서 토지소유권의 범위를 일률적으로 지하 몇 미터로 한정하는 방안보다는 주변토지의 이용상태, 지질 등을 고려하여 地域과 用途別로 差等適用 하는 방안이 보다 더 설득력을 갖고 있는 실정임을 고려할 때, 일본에서 제안되고 있는 특별입법에 의한 공물사용권설정방식이나 행정권의 설권행위에 의한 사용권 설정방식 등을 수용하기에는 각 방식이 지니고 있는 문제점에 대한 해결이 어려운 실정이므로 아직은 시기상조라고 할 수도 있을 것이다.

그러나 현행 區分地上權설정방식은 한계심도이하의 지하공간에서 관념적, 추상적인 소유권에 얽매어 公共必要에 의한 地下空間利用의 阻害要因으로 작용할 수 있다. 더구나 이러한 사업이 지하철도 등 긴급하고도 시급한 공익사업일 경우 비교 이익형량의 관점에서 재고의 필요성이 요구된다고 할 수 있겠다. 따라서 경제성이 있다고 인정되는 지하심도까지 토지소유권이 미친다고 하더라도 이를 넘어서는 구역에서는 그 이용권을 설정할 수 있는 방안도 검토해 둘 필요가 있을 것이다.

(2) 한계심도이내의 지하공간이용방식

한계심도이내의 지하공간에 있어서 토지소유자와 지하이용자간의 권리조정을 위해서는 현행 구분지상권 설정방식등을 이용하는 것이 타당하다고 본다.

다만 이러한 구분지상권제도의 도입취지를 적극 활용하여 한계심도이내의 지하공간이용을 촉진하기 위해서는 다음과 같은 제도적 보완책이 필요하다고 본다.

i) 私有地開發과 공공사업의 병행시행이 가능하도록 입체도로의 예에서 처럼 公共과 民間의 개발을 복합화하여 추진하는 방향으로 구분지상권의 운용이 도모되어야 하며, 사유지 지하의 공공적 이용과 형평을 이루는 차원에서 公共用地의 地下一部分을 雜種財産으로 전환시킴으로써 구분지상권이 설정되도록 하는 방안도 검토가 필요하다.

ii) 현행 『구분지상권에관한등기처리要領』(등기 제395호, 1981.8.26 대법원) 상, 지하공간의 입체이용관계를 제3자에게 명확히 밝히기 위한 방안으로 구분지상권의 설정범위를 평면적 분할내용과 입체적 분할내용으로 제시하도록 하는 방안의 도입 검토가 필요하다.³⁹⁾

4. 지하공간이용의 보상제도 체계화

1) 지하이용과 관련하여 침해된 재산권에 대한 손실보상의 근거법률을 정비하여야 한다.

이 경우 지하이용에 따른 보상의 근거는 i) 각 개별법에 두는 방안, ii) 지하공간의 개발 및 보상에 관한 별도의 법에 두는 방안, iii) 토지수용법의 규정을 적용하거나 준용하는 방안이 검토될 수 있다.⁴⁰⁾

2) 보상기준을 합리적으로 설정하는 것이 필요하다.

지하보상제도의 체계화에 관해서는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 및 동법시행규칙(제8조 및 제9조의2)과 도시철도법에서 규정하고 있다. 그러나 여타 지하공간을 사용할 때의 지하공간이 지닌 특성상 가스배관, 송유관에 있어서는 이 기준을 적용하는 데 한계가 있다. 따라서 지하사용으로 인한 손실보상기준의 설정은 현행 각 개별법상의 보상기준을 종합적으로 고려·분석하여 이를 일반화하는 노력이 필요할 것이다. 특히 토지수용법과 동법을 준용하도록 하고 있는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법의 규정을 중심으로 일반화 하는 방안이 검토될 수 있을 것이다. 이 경우 기존의 도시철도법의 지하보상등에 관한 규정을 중심으로 하고 기타 개별법의 관련규정과 행정규칙 및 관련부처와 사업시행자의 관행 등을 상세히 검토하여 입법에 반영하는 것이 바람직하다.⁴¹⁾

현행 도시철도법이 보상기준을 시·도지사에게 위임하고 있는 실정 등을 감안할 때 보상에 대한 구체적인 방법과 내용을 합리적으로 개발하여 시도별 보상방식의 동일성을 유지할 필요성이 있다.

39) 서울특별시 지하철건설본부, 『지하보상관련안전폭등에 관한 기술용역보고서』, 1991.12, 59쪽 참조.

40) 공공사용권설정의 근거와 관련하여 지하이용에 관한 보상의 전체적인 통일성을 확보하기 위해서는 이를 토지수용법에서 일괄하여 규정하고 이를 근거로 하도록 준용규정을 두는 방안이 바람직하다는 견해가 있다. 공순진, 앞글, 38쪽.

41) 공순진, 앞글, 39쪽.

그리고 지하공간에서 토지소유자의 이익이 미치는 범위와 이익이 미치지 않는 범위를 구별하는 것은 쉬운 문제가 아니다. 따라서 현행 도시철도법과 지방자치단체의 조례에서 규정하고 있는 것처럼 토지이용에 대한 저해율이 높은 친심도에서부터 저해율이 0에 도달하는 심도까지 연속적으로 보상의 요부를 파악하는 방법도 현재로서는 하나의 대안일 수 있겠다.

5. 기 타

(1) 토지수용법과 다른 개별법과의 관계

토지수용법은 토지등의 수용 또는 사용권을 설정하여 공적 부담을 과하는 근거법인 동시에 공공용지의취득및손실보상에관한특례법과 함께 손실보상에 관한 일반법이라 할 수 있다. 그러므로 지하이용권을 설정하는 개별법상의 사업이 토지수용법 및 특례법 소정의 공익사업에 해당하는 것인가의 여부에 따라 접근을 달리 하여야 할 것이다.

i) 개별법상의 사업이 이러한 공익사업이나 공공사업에 해당하지 않는 경우,
ii) 개별법에 토지수용법 소정의 사업인정 의제에 관한 규정이 없는 경우에는 토지수용법의 적용이 곤란하다. 따라서 이러한 경우에는 i) 개별법에 토지수용법 소정의 사업인정 의제에 관한 명시적 규정을 두는 방안, ii) 개별법에서 토지수용법에 의한 공용사용권설정이 아닌 행정청의 결정에 의하여 공용사용권을 설정할 수 있는 근거를 부여하는 방안이 검토될 수 있을 것이다. 다만, 후자의 경우는 그에 따른 재산권제한의 정도가 비교적 경미한 경우에 한정되는 것으로 보아야 함으로 지하공간의 일체적 이용과 관련하여 일정한 한계가 있을 것이다.⁴²⁾

(2) 국공유지의 특허사용

현행 국유재산법 및 지방재정법은 공물의 특허사용을 원칙적으로 부정하는 입법태도를 취하고 있으며 예외적으로 동법에 대한 특별법적인 성격을 지니고 있는 개별법에서 공물의 특허사용을 가능하게 하는 법적 구조를 취하고 있다. 그러나 대규모의 지하공간이용은 공물 특히 공공용물의 지하사용을 우선적으로 전제하고 있는 경우가 많으며 토지이용의 고도화를 위하여 국공유지와 사유지의 일체적 이용이 요구되는 바 이에 관한 제도정비가 시급한 실정이다.

42) 앞글, 39~40쪽.

국공유의 공물의 특허사용에 관한 제도를 정비함에 있어서는 공물에 대한 공법상의 특수성을 저해하지 않는 범위내에서 국공유의 공물의 지하사용을 적극적으로 행할 수 있도록 i) 국유재산법 및 지방채정법을 개정하는 방식, ii) 지하공간 개발에 관한 근거법에서 이들 법률에 대한 특례를 인정하는 방식을 검토할 수 있을 것이다.⁴³⁾

(3) 안전 등의 확보문제

지하공간 개발은 사전 안전 및 환경평가를 제도화하여야 한다.

- 지하구조물은 밀폐된 공간이 대부분이어서 재해가 발생하면 그 피해가 치명적이고 구조 변경이 어렵다는 단점이 있다. 시공전 허가와 완공후 검사의 제도화가 필요하고 또한 설계단계부터 공간유지를 위한 안전설계와 내부구조설계에서 대피가 용이하도록 하고 소재의 선택까지도 제도화할 필요가 있다. 또한 보험가입을 의무화하여 사고시 신속한 복구가 가능하도록 할 필요가 있다.
- 지하공간이 핵폐기물저장, 유류 및 가스저장, 산업폐기물 저장을 위하여 제공되는 경우 지하수의 오염과 지반침하의 문제를 고려하여야 한다. 이에 따라 지하환경보호를 위한 환경평가 등 규정이 필요하다.

43) 박영하, "지하이용권원설정에 관한 연구", 「국토연구」, 제18권, 국토개발연구원, 1992.12, 185쪽.

第 5 章 大深度地下利用의 法律問題

I. 대심도지하이용의 법제추진 동향

지하이용중에서도 대심도지하이용에 대하여 논의가 많으므로 여기에서는 일본에서의 논의를 중심으로 살펴보기로 한다. 도시의 지하는 지하실, 지하철, 수도, 하수도, 가스관, 통신망 등 각종 목적으로 이용되고 있다. 토지소유권자 이외의 자가 지하를 이용하기 위해서는 민법의 구분지상권, 토지수용법상의 사용권 등의 설정을 받는 것이 필요하다. 이것에 대해 건축물의 기초가 미치지 않는 깊은 지하의 경우, 토지소유자의 동의도 보상도 없이 이용할 수 없을까라는 문제가 제기되었다. 이것이 이른바 대심도지하이용법제화 문제이다. 대심도지하공간에서는 보호되어야 할 토지소유자의 이용이익이 거의 존재하기 않기 때문에 법률로 대심도지하공간⁴⁴⁾의 범위를 정하여 구분지상권등의 私權을 설정함이 없이 이를 이용할 수 있는 권리를 공적으로 부여하는 것을 입법론적으로 해결하려는 것을 말한다. 이러한 지하공간에 지하철, 신간선, 하천, 하수도, 상수도, 전기·가스관, 통신망 기타의 공공·공익시설을 건설하려는 것이 대심도지하이용프로젝트이다.

지상의 토지이용의 경우 권리관계가 복잡하기도 하고, 매수교섭·수용절차에 시간과 비용을 필요로 하므로,⁴⁵⁾ 여러 가지 이유에서 개발의 진전이 없는 데 반하여, 대심도는 이런 어려운 점이 해소되어 왔고, 용지취득의 비용과 시간을 필요로 않고 단기간에 공사가 진행될 수 있는 등 시간적, 경제적 이점외에도 지하공간자체의 특성에 의거한 이점들이 있다. 그래서 사회자본 정비의 원활화를 위하여 대심도지하이용의 촉진이 도모되고 있는 것이다. 다만, 이를 위하여서는 환경·안전면에서 문제가 없어야 하는 것이 전제가 되고, 이외에 대심도에서는 토지소유자에게 전혀 양해를 얻지 않고 지하공간을 건설하고 유지할 수 있는 理論的 論據와 法制度가 필요하게 된다.

일본 각의는 임시행정개혁추진위원회의 답신에 따라 1988년 6월 28일 「종합토지대책요강」에서 「도심부예의 철도의 노선연장과 대도시의 도로, 수로등 사회자

44) 「대심도지하공간」의 意義에 대해서는 주1)참조.

45) 용지매수에 수고와 시간이 드는 것에 관해서는, 小高 剛, “公共事業のために用地買収と土地問題”, 「自治研究」, 68권8호, 76쪽 이하 참조.

본정비의 원활화에 이바지하도록 대심도지하의 공적 이용에 관한 제도를 창설하기 위해 법률안을 차기통상국회에 제출할 준비를 진행한다"고 결정했고 이에 따라 관계各省은 1988년 각각 연구회를 개설하여 대심도지하이용의 법제도를 제안했다.⁴⁶⁾ 건설성법안은 「大深度地下使用に土地收用法の適用の特例等に関する法律案」, 후생성·농수성·통산성·운수성·우정성안은 「大都市地域の大深度地下における特定社會資本の整備の圓滑化に関する法律案」이다. 그러나 9개에 이르는 관계성청(환경청, 국토청, 후생성, 농수성, 통산성, 운수성, 우정성, 건설성, 자치성), 특히 건설성과 기타 관청간에 관계법률안이 토지수용법의 특례법인지 각성관할의 특례법인지에 대하여 대립하여 1989년 5월 국회제출이 좌절되었다.⁴⁷⁾ 그 후 의원입법에 의해 臨時大深度地下利用調査會設置法(법률제113호)이 1995년 6월에 제정되었다. 이것은 원래 의도된 대심도지하이용법이 아니고, 그것에 관해서 문제점을 보다 깊게 검토하기 위한 법률이다. 1995년 11월에는 이 조사회가 설치되어, 대심도지하이용의 법제와 기술·안전·환경면의 검토가 행해지고 있다.

46) (1) 건설성에서는, 「大深度地下利用法制懇談會報告書」, 日本不動産學會誌, 4권4호(1989), 76쪽; 운수성에서는, 재단법인운수경제연구센터 - 「大深度地下鐵道の整備に関する調査報告研究書」, 1988; 후생성은, 「大深度水道管路構想について」, 1989; 우정성은, 「大深度地下利用研究會報告書」, 1988; 통산성은, 「大深度地下利用に係る法制度上の課題について」, 1989. 를 통하여 대심도지하공간법제화를 제안하고 있다. (2) 各省의 법안 개요는, 成田頼明, 「土地政策と法」, 弘文堂, 1993, 289쪽; 鎌田 薫, 「大深度地下の公的利用と土地所有權(下)-運輸省の大深度地下鐵道構想を中心として」, NBL 424호(1989), 33쪽; 小高 剛, 「新たな都市基盤整備の手法」, 「都市問題の理論と手法」, 都市問題研究會, 1991, 100쪽 참조.

47) 대심도지하의 이용권의 부여와 소유권제한을 위한 절차를 어떻게 할까, 특히, 그 판단권자를 어떤 조직으로 할까(건설성이 토지수용절차의 특례라는 형태로 갖는 것일까, 각성이 독자의 공기업특권부여절차를 갖는 것일까), 각종 사업상호의 관련·조정은 어떻게 행할 것인가 하는 문제는 가장 이해관계가 첨예한 부분이어서 합의에 이르기가 어려운 사항이다. 대심도 지하공간과 이용과 관련한 각성의 법안은 소유자에 의해 통상 이용되고 있지 않는 대심도 지하공간에 토지소유자의 동의없이도 공공성이 높은 시설을 설치할 수 있는 권리를 법률규정 또는 행정청의 인허가에 의해 사업자에게 무상으로 설정, 부여하는 것이 가능하다는 점에서 공통적이다. 그러나 5개성통합안은 대심도지하는 토지소유권이 미치고 있지만 통상적인 토지이용이 이루어지지 않고 있기 때문에 공법상의 사용권을 설정하기 위해 私權과의 조정이 불필요하며, 사업별로 소관성이 무상사용권을 부여하며 토지수용법의 적용을 배제한다는 입장이고, 건설성안은 대심도 지하에 私權이 미치고 있다는 전제하에 私權행사에 실질적인 제한을 주지 않는 범위내에서 공공사업을 위해 필요한 공법상의 무상사용권을 설정하며, 또한 철도, 수로등은 대심도에서 완결되는 것이 아니기 때문에 지표부근에서는 토지수용법의 대상이 되므로 토지수용제도와 대심도지하이용제도가 유기적 일체적으로 기능할 필요가 있으므로 토지수용법상의 절차보다 간소화된 절차에 의해 건설대신이 사업을 인정한다고 하는 것이다.

대심도지하이용과 관련하여서는 지하이용조정원칙, 이용계획, 대심도지하의 공공이용을 위한 법적 방법 등의 법적 문제가 논점으로 제기된다.

지하의 이용조정 규율과 이용계획의 문제는 공법·사법 양분야에 걸쳐서 토지소유권이 미치는 범위의 한정, 지하의 3차원적 상린관계, 도로·하천등의 공물관리권의 입체적 한계의 획정, 지하도시시설의 계획결정, 지하를 대상으로 하는 입체 zoning 등의 문제의 검토와 관계법률의 개정을 필요로 할 것이다. 또한 대심도 지하공간의 공적 이용에 대해서도, 토지소유권과의 분리의 可否, 보상의 요부, 수용법상의 사용과의 관계, 이용권설정방식, 이용권과 토지소유권 및 다른 권리(광업권·지하수이용권 등)과의 조정, 공물관리권과의 관계 등 많은 難題가 있다. 따라서 그 법제화는 뉴프론티어로서의 대심도지하공간의 이용에 기대를 걸고 있는 관계자가 생각하는 만큼 용이하지 않으며, 각청간의 조정도 또한 쉽지않은 문제이다.⁴⁸⁾

이하에서는 대심도지하이용과 관련하여 몇몇 법적 문제에 대한 논의를 살펴보기로 한다.

II. 대심도지하에 대한 토지소유권의 효력

대심도지하공간의 이용에 관한 법률문제의 하나는 대심도지하공간에 토지소유권이 미치는가 여부이다. i) 토지소유권이 대심도지하공간에 미치지 않는다고 한다면 적어도 국가는 대심도지하공간을 자유로이 이용할 수 있게 된다. ii) 대심도지하공간에도 토지소유권이 미친다고 하면, 이것을 無償으로 공공을 위해 이용함에는 토지소유자의 개별적인 승낙을 얻지 못하면, 헌법 제29조제2항에 의거하여 토지소유권에 제한을 가하거나 동조제3항에 의거하여 강제적으로 사용하는 등 행정법적인 방법을 채용하게 된다.

지하공간에 있어서의 토지소유권이 미치는 범위에 관하여 일본민법 제207조는 「토지의 소유권은 법령의 제한의 범위내에서 그 토지의 상하에 미친다」고 규정하고 있다. 이 규정을 문자 그대로 해석하면 무한하게 토지소유권이 미치는 것이 된다. 그러나 민법전이 제정된 明治20년대에는 토지소유권은 지상지하무한으로 미친다는 說(無限定說)도 유력했지만 이것은 오늘날의 재산권현실과 괴리된 해석이다. 오늘날의 민법학상의 통설은 스위스민법 제667조 「토지의 소유권은, 그 행사에 대하여 이익이 존재하는 한도에서 공중 및 지하에 미친다」는 규정, 독일민법

48) 成田頼明, 앞글, 「土地政策と法」, 282쪽.

제905조 단서 「토지소유자는 이것을 금지할 어떤 이익도 없는 높은 곳 또는 깊은 곳에서의 침해를 금지할 수는 없다」는 규정에 따라서 토지소유권의 범위를 지하의 중심까지가 아니고 「이익이 미치는 한도」로 하고 있다.49)

오늘날의 소유권사상에서 현재 어느 정도의 구체성을 가진 이익이 존재하고 또한 그것을 사적 소유권의 내용으로서 보호하는 것이 사회적으로 타당하다고 판단되는 경우에만 소유권의 내용으로 하는 것이 타당하다고 해석되고 있다. 지하공간에 대하여 소유권이 미치는 범위를 확정하거나 또는 적어도 소유권에 제한을 가하는 것의 타당성을 판단하는 경우에는 위와 같은 고려를 하는 것이 가능하고 또한 필요할 것이라고 생각된다. 어쨌거나 현실에서는 대심도지하공간의 토지소유자에 의한 이용가능성은 우물 기타의 극히 한정된 것밖에 없다. 그러나 그것이 한정적인 것이라 해도 토지소유자에 의한 대심도지하공간의 현실의 이용가능성이 인정되는 이상, 대심도지하공간에 대해 일률적으로 토지소유권의 범위외에 있다고 판단을 내리는 것은 불가능하다 하겠다.50)

각부처 법안은 대심도지하공간이 한정된 범위내이지만 실제로 우물 기타의 용도에 이용되고 있는 것을 무시할 수 없으므로 대심도지하공간에도 토지소유권이 미치고 있다는 점을 부정할 수 없다는 점에서 일치하고 있다.

Ⅲ. 대심도이용권원의 설정방식

토지소유자의 통상적 이용관계가 예상되지 않는 깊이에 위치하는 대심도지하공간을 이용하고자 할 때 권리의 설정방식에 대하여 견해가 분분하다. 우선 특별법을 만들 필요없이 현행법상의 구분지상권의 취득이나 토지수용법상의 공용사용권의 설정방식 등을 취하면 된다는 견해가 있다.51) 그러나 대심도지하이용구상은

49) 상세한 것은 伊藤 進, “大深度地下空間に對する土地所有權の限界”, 法律論叢, 61卷4・5號 合併號(1989), 590쪽; 鎌田 薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(中) - 運輸省の大深度地下鐵道構想を中心として”, NBL 414호(1988), 18쪽 등 참조. 외국법에 대해서는, ジュリスト 856호의 특집 참조.

50) 鎌田 薫, 앞글, NBL 414호(1988), 23쪽.

51) 대심도지하에도 일응 지상으로부터의 소유권이 미치는 것을 부정할 수 없다는 것을 전제로 하여(그 근거는 우물을 파는 것이다.), 토지소유자의 승낙을 얻어 대심도지하공간에 구분지상권을 설정받거나, 토지소유자와의 임의의 교섭에 의한 대심도지하이용권을 취득하지 못하는 경우 토지수용법에 의한 사용권을 설정받는 것을 제외하는 견해로 이는 기존의 지상·지하이용권원 취득방식이다. 토지수용법상의 수용적격사업에 해당되는 경우에 기업자는 토

토지소유자의 승낙이나 보상없이 지하공간을 이용할 수 있는 방안으로서의 성격이 강조되고 있으며 따라서 일본민법 제207조의 「법령의 제한」이 없는 경우의 해석론보다도 법령의 제한을 추가하려고 하는 입법론을 전제로 하는 것이다.⁵²⁾ 그래서, 만약 법령의 제한이 없는 상태에서는 대심도에도 소유권이 미친다고 해도, 소유권제한의 입법으로 대심도지하이용구상을 정당화하는 방안은 없을까가 중요한 쟁점이 된다. 그 결과 구분지상권 기타의 이용권의 설정없이 대심도지하공간을 이용하려고 한다면 어떤 형태로든 토지소유권을 제한하지 않으면 안되게 된다. 소유권을 제한할 수 있는 것은 일본헌법 제29조 및 민법 제206조, 제207조가 명문의 규정으로서 인정하는 바이다. 따라서 여기서 대심도지하공간의 공공적 이용을 실현하는 구체적인 방법은 어떠한 것이어야 하는지에 대한 고찰이 필요하며, 이에는 토지소유권의 제한과 대심도지하공간의 공공적 이용의 권원과의 관계에 대한 검토를 필요로 한다.⁵³⁾ 아래에서 소유권제한의 특별입법에 의한 대심도지하이용권의 구성논의에 대해 살펴보기로 한다.

1. 공물사용권의 설정방식 - 대심도지하의 공물화

(1) 개요

이 방식은 헌법 제29조제2항 및 민법 제207조에 근거하여 대심도지하공간은

지수용법에 따라 사용의 사업인정을 받은 후 사용재결을 신청하고 사용재결을 얻어 지하사용권을 취득할 수 있다. 지하사용권이 재결에 의해 설정된 때는 당해 토지에 대한 타권리로서 기업자의 지하이용을 방해하는 것이 되는 것은 그 사용기간중 행사할 수 없는 제한을 받게 된다. 이 경우 구분지상권의 설정 대가 또는 강제사용에 대한 보상에 대하여는 입체이용저해가 전혀 고려될 수 없는 경우에는 지표의 이용과 분리하여 정형적, 명목적인 보상을 하거나 혹은 영(zero)보상을 하는 것을 제안한다(成田頼明, “地下の高度利用と収用”, 『ジュリスト』, 913호(1988.7.15), 21쪽 참조.). 그러나 이러한 방식을 채용하는 경우 토지소유자와의 협이가 이루어져 구분지상권이 설정된 부분은 사적으로 등기가 행해지는 데 반하여 협의가 이루어지지 않아 토지수용법에 의한 사용재결로 취득한 부분은 사용재결에 의한 지하사용권을 공법상의 권리로 해석하기 때문에 등기가 행하여지지 않는 모순이 있게 된다는 비판이 있다(成田頼明, 앞글, 17쪽.). 또한 현행의 수용법은 평면적인 토지이용을 염두에 두고 만들어진 것으로 지하의 장기적·계속적 사용을 예정한 것이 아니므로 지하이용권설정에 대한 입법적인 해결이 필요하다고 한다(成田頼明, “公共事業等のための地下利用 - とくに大深度地下利用の立法化をめぐる”, 『行政法の争点(新版)(ジュリスト増刊 法律學の争点)シリーズ』, 1990, 275쪽.).

52) 梅澤忠雄 監修, “地下空間の活用とその可能性”, 地域科學研究會, 1989”, 135쪽 이하 참조.

53) 鎌田 薫, 앞글, NBL 414호(1988), 28쪽.

이익이 미치지 않는 공간이므로 소유권이 미치지 않으며, 따라서 (우물이나 온천 이외의) 저해율 0인 대심도지하공간에는 사적 토지소유권이 미치지 아니한다는 취지의 법률을 제정하는 방안이다. 국가가 대심도지하공간을 공물화하여 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하여 줌으로써 대심도지하공간을 이용하도록 하는 방식이다. 이 견해에 의하면 대심도는 私法上 소유권이 미치지 않는 無主의 공간이지만 국가가 공법상 관리하는 공간이므로 공물사용권설정방식에 의해 지하이용의 무질서한 개발을 방지하고 적절한 이용절차를 확보할 수 있고 허가제 등에 의해 통제가 가능하게 된다는 것이다. 허가권자에게는 지하공간의 독점적인 사용을 인정하는 것이 되므로 공물의 사용규제에는 특허사용에 준하는 발상이 필요한데 이는 공유수면매립권에 유사하다고 할 수 있다. 따라서 각부처마다 특허사용권을 부여하는 것은 혼란을 야기하므로 가칭 대심도지하국가관리법과 같은 입법에 의한 특허사용권부여의 조정이 필요하다는 것이다.⁵⁴⁾ 그리고 실제로 대심도지하공간에 우물이나 온천을 파고 있으므로 소유권이 미친다는 비판에 대해서 우물이나 온천을 파는 권리를 토지소유권의 내용으로 하지 않는 방식을 택하거나, 대심도지하이용을 방해하지 않는 한도에서 우물이나 온천을 이용할 권리를 인정하도록 하는 방안을 택함으로써 해결할 것을 제안하고 있다.⁵⁵⁾

54) 伊藤 進은 다음과 같이 서술한다. 즉, 대심도지하공간은 이익이 미치고 있지 않는 공간이므로 소유권이 미치고 있지 않는 공간이다. 그것은 현행법의 해석으로도 승인되지만, 특별법으로 明定하는 편이 좋다. 그 경우, 대심도지하공간의 소유권의 귀속의 관계도 국고에 귀속하는 것으로 명기할 것인지, 그렇지 않으면 소유권의 효력은 대심도지하에는 미치지 않는다고 명기하는 것에 그치고, 그 결과 대심도지하공간도 지배가능한 부동산인 것에는 변함이 없으므로, 그것을 無主의 부동산으로 해석하여 민법 제239조제2항에 의해 국고에 귀속하는 것으로 해석할 것인지, 어느 것이든 가능하다. 그래서, 대심도공간의 관리와 이용에 관한 법률을 마련하는 것이 필요하다고 한다(伊藤 進, “大深度地下空間に對する土地所有權の限界”, 法律論叢, 61卷4·5號合併號(1989), 607쪽.). ; 阿部泰隆는, 앞의 대심도지하공간을 무주의 부동산으로 하여 민법 제239조제2항에 의해 국고에 귀속하는 것으로 해석하는 고찰법에 의하면 대심도지하공간은 國有地가 되는데, 종래는 하나의 부동산으로 고찰되고 있던 地表에서 地下까지의 부분을 특별한 규정도 없이 私有地와 國有地로 나누는 것은 물권법의 고찰에 따르지 않는 것이 된다고 한다. 그래서 대심도지하공간을 국유지로 함에는 특별한 법률이 필요하며, 그러한 특별법이 있으면, 그곳에서의 이용에 대해서는 특히 공공성이 높은 사업에만 허용하는 제도를 만들 수 있을 것이라고 한다. 다만, 특별법으로 대심도지하공간만을 국유지로 하는 것으로 해도, 그것은 통상의 매매가능한 보통재산이 아니고 또 통상 공공용에 제공되고 있는 행정재산도 아니므로 보통의 국유재산 제도로서는 설명을 붙이기가 어려운 문제인 것만은 확실하다고 하고 있다(阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題(3)”, 法律時報 68권11호, 日本評論社, 1996.10, 70쪽, 주(2)).

55) 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권11호, 63쪽 이하.

(2) 헌법적 논의

(가) 합헌론

위의 대심도지하의 공물화 견해에 의하면 대심도에도 지표의 소유자의 이익이 있다는 통설의 입장에 입각한다 해도 이러한 입법이 헌법상 가능하다고 한다. 그 논거는 다음과 같다.

“헌법 제29조제1항은 재산권을 보장하고 있는데, 재산권의 내용은 법률로 정하는 것으로 되어 있고(동조제2항), 재산권을 공공을 위하여 「사용」하는 경우 보상이 필요하다(동조제3항). 헌법으로 보장된 재산권의 내용을 법률에서 정하는 것은 모순처럼 보일 수 있으므로 혼란스런 면이 있다. 그러나, 재산권은 모두 법률에 의한 정함을 필요로 하고 또한 현실에도 규정이 있으므로, 재산권은 본질적으로 법률의존적권리이다. 따라서 헌법상 보장되는 재산권이란 법률로 내용이 정해지고 법적 권리로써 보장된 재산권을 의미한다고 해석하지 않을 수 없다.⁵⁶⁾ 그러나 재산권은 법률로 제한할 수 있다고 하지만 민법 제207조의 文理에서 예상되는 것처럼 法令으로 자유로 제한할 수 있다는 의미는 아니다. 재산권의 핵심부분은 헌법상 보장을 받는 것이지만 그 주변부분은 법률로 제한할 수 있다고 해야 할 것이다. 그 경계선의 판단은 곤란하지만 대심도지하와 같이 통상 이용되고 있지 않으며 소유자의 이익이 극히 미약하여 토지수용의 대상이 되어도 阻害率이 0이므로 보상을 받지 않는 공간은 재산권의 핵심부분이 아니므로, 법률로도 제한할 수 없을 정도의 헌법상 보장할 가치가 있는 것이 아니며, 법령에 의해 소유권이 미치지 않는다고 결정하는 것은 헌법의 재산권보장의 제한에는 반하지 않는다고 하여야 할 것이다. 대심도까지 우물을 파는 등의 경우에는 토지소유자에게 소유권에 기초하는 것이 아니라 하천의 연안자의 取水의 자유와 같은 지위에서 대심도지하이용을 방해하지 않는 범위에서 허용하는 제도를 두는 것이 좋을 것이다. …… 여기서 서술하는 이론구성은, 「재산권의 내용은 법률로 정한다」라는 헌법 제29조제2항에 기초하여 대심도지하는 처음부터 民有에 속하지 않는다고 결정하는 것이다. 특정의 공공사업을 염두에 두고 대심도의 토지소유권을 제한하는 것이 아니라 미리 토지소유권의 내용을 결정하고 토지소유권의 내용에서 제외된 부분에 대해서 공공사업에 이용하게 한다라는 순서로 제도를 설계하는 것이다.”⁵⁷⁾

56) 戶波江二, “財産權の保障とその制限”, 法學セミナー, 466호(1993), 74쪽 이하.

57) 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권11호, 63쪽 이하.

(나) 비 판⁵⁸⁾

대심도지하의 공물화에 의한 대심도지하이용권설정방식의 논거에 대한 비판은 다음과 같다.

i) 대심도지하도 民有에 속한다는 일반적 전제에 서는 경우, 대심도지하공간일 반을 국가가 관리하는 公物로 구성하는 이론은 헌법상의 재산권을 배제하는 것으로서 재산권제한의 “公共必要”가 전제되어야 한다. 따라서 실제로 대심도지하이용 구상이 없는 지역은 공공목적이 없는 것이므로, 법률에 의해 대심도지하의 재산권을 제한하는 것은 합당하지 않다는 반론이 제기된다. 예를 들면, 지하철도를 건설 할 긴급한 필요성이 대심도공간일반의 사적 이용제한을 정당화한다고는 생각하기 어렵다거나, 헌법 제29조제2항은 도시계획에 의한 토지이용제한에는 적합해도, 공공사업에 의한 사회자본정비라는 것만으로 소유권의 내용을 제한하는 것에는 의문이 있다고 하는 것이다. 그래서 대심도지하공간에서 기도되는 각각의 개발사업이 그 목적 및 내용에서 합리적인 것이고 강제적인 사용권의 성립에 관해서 절차적 보장이 있는 경우에만 대심도지하공간의 공공적 이용을 허용하고, 그럼으로써 토지소유자에게 경제적 손실이 발생하지 않는 한 보상의무를 면제하는 것으로 하는 것이어야 한다는 비판을 하고 있다.⁵⁹⁾

58) 대심도지하의 공물화 특별입법에 대한 비판에 대하여는 비판의 논리가 재산권을 공공의 필요를 위하여 제한할 수 있다는 일본헌법 제29조제3항에 근거하는 것으로서 공물화방안과는 헌법상 근거가 전혀 다른 이론구성이라는 반론이 있다. 즉 대심도지하공간에 대한 공물화방안은 헌법 제29조제3항의 공공의 필요에 의한 재산권제한의 방식이 아니라 처음부터 대심도지하를 재산권의 내용에 포함되지 않는 공간으로 구성하는 입법방식이며, 이러한 입법은 재산권의 내용을 법률로 정한다는 헌법 제29조제2항에 합치라는 것으로 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라는 것이다. 그리고 대심도지하공간일반에 토지소유권을 부정해도, 지표의 소유자에게는 소유권에 기초한 것이 아니라 하천의 연안자의 取水의 자유와 같은 지위에서 대심도지하이용을 방해하지 않는 범위에서 우물의 이용을 허용하므로 토지소유자에게 특히 과대한 제한이 되지 않는다고 한다. 또한 토지소유자는 타법령에서 제한 받지 않는 한 토지의 지하를 건물 및 공작물의 기초를 위해 자유로이 이용할 수 있으나 토지의 기초가 미치지 않는 지하공간에는 토지소유자의 소유권이 미치지 않게 되는데, 다만 토지소유자는 허가를 받은 대심도지하이용사업을 방해하지 않는 한에서 우물이나 온천이용을 할 수 있으므로, 實害는 거의 없는 것이므로 과대한 사권제한을 단행했다 등이라고는 말할 수 없다는 것이다. 게다가 토지소유권의 범위를 일일이 지하 몇 미터 등으로 법령에서 명시하지 않아도 개별 사업의 허가절차에 있어서 건물·공작물의 기초에 영향이 미치지 않는 지하공간인지 어떤지를 판단하는 절차를 둔다면 소유권은 건축 및 우물의 이용이라는 관점에 관한 한 충분히 보호되는 것이 된다고 하고 있다. 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권11호, 64쪽.

59) 稻本洋之助, “地下空間の公共的整備・利用と土地所有權(特輯地下空間の開発と利用)”, 季刊日本不動産學會誌, 4卷4號, 1988. 50~51쪽.

ii) 대심도지하를 토지소유권의 범위의로 하는 이러한 대심도지하의 공물화案에 대해서 대심도지하공간의 개념자체가 현대적인 정책과제에 부응하기 위해 도입된 점을 고찰한다면 대심도지하를 공물로 하여 대심도지하일반을 토지소유권에서 분리하여 사적인 이용을 금지해버리는 것은 목적에 비하여 과도한 제한이라고 하는 의견이 있다.⁶⁰⁾

즉, 대심도지하는 금일의 심각한 토지문제를 해결하기 위하여 남겨진 유일한 공간이고, 토지소유자에 의한 자유로운 이용을 원칙적으로 일체 금지하며, 계획에 적합한 사업을 그것을 가장 잘 실현할 수 있는 사업자가 행하는 경우에만 예외적으로 그 이용을 허용하는 것이지 않으면 公共의 利益을 실현할 수 없다고 고찰된다면, 대심도지하공간전체를 국가가 독점적인 관리하에 두어 마땅한 것이 된다. 그러나 이런 고찰법에 대해서는, ① 이러한 규제의 이유가 설득적이지 않으며, 地表나 천심도지하공간의 경우에 비하여 규제가 과대하고, 균형을 잃고 있다는 비판이, ② 계획적합적인 사업만을 실현하려고 하게 된다면 도시계획법상의 개발허가제도에 유사한 제도를 마련하는 것으로 충분하며, 이용권한을 국가가 독점할 필요까지는 없다는 비판이 있을 수 있다는 것이다.

다른 한편, 긴급한 필요가 있는 공공사업을 위하여 대심도지하공간을 이용하는 것만이 목적이라면, 당면이용의 필요가 없는 부분도 포함하는 대심도지하공간전체를 국가의 독점적인 관리권하에 두는 것은 지나치며, 당해 공공목적 실현하기에 필요한 부분에 대해서만 토지소유권을 제한하면 족하다고 한다. 즉 필요가 없는 대심도지하공간은 토지소유자의 사적 소유권이 미치는 범위로 하여 두고, 필요있는 대심도지하공간 부분만을 제한한다고 하는 편이 실무적으로도 명확하다는 것이다.

iii) 수백미터 깊이에서 우물과 온수이용이 행해지고 있는데 일률적으로 소유권의 한계를 정하는 것은 곤란하며, 또한 대심도지하의 깊이는 지질과 지반의 상황에 따라서도 다르므로 그 범위를 지하 몇미터라고 법률에서 일의적으로 명시할 수 없는 것이라는 반론이 있다. 즉, 대심도지하의 소유권을 일률적으로 제한한다면 지나치게 사권제한을 단행한다는 인상을 주고, 정책적으로도 바람직하지 않으므로 사례별로 대심도지하의 이용에 수반하여 손실이 생기는지 여부를 보아 가며

60) 鎌田 薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(中2) - 運輸省の大深度地下鐵道構想を中心として”, NBL 423호(1989), 30쪽; 鎌田 薫·岩城謙二, “大深度地下利用の問題點(對談)”, 法令ニュース, 24卷4號(1989), 23쪽; 小高 剛, “大深度地下利用の法的問題點(特輯土地對策の新局面-土地基本法をめぐって)”, 法律のひろば, 43卷4號(1990), 46쪽; 건설성보고서, 77쪽.

정하는 것이 타당하다고 하는 견해이다.⁶¹⁾

2. 제3자에의 대심도지하이용권부여방식

(1) 개요

(가) 이 방식은 대심도지하는 토지소유자에게 현실적인 이용이익이 없는 공간 이더라도 관념적으로 소유권이 미치고 있으므로 공공목적으로 제3자가 대심도지하를 이용하기 위해서는 지하이용권을 설정할 필요가 있다는 견해⁶²⁾로 대심도지하이용권리를 국가가 토지소유자로부터 무상으로 박탈하여 제3자에게 부여하는 법률을 제정하는 방식이다.

대심도지하를 공공적·공익적 시설의 정비를 위한 이용이 우선해야 할 영역으로 법적으로 위치시키고, 수용법유사의 절차에 의한 사용권의 설정 또는 행정청의 설권행위(사업인가)에 의한 사용권설정에 의거하여 대심도지하의 이용을 인정하는 것으로 하는 방식이다.⁶³⁾

이는 대심도지하공간에 대하여 토지소유권을 일반적으로 제한하는 취지를 갖는 것이 아니라도, 公共의 目的이 있는 경우에 법률로 대심도지하공간의 범위를 정하여 이를 이용할 권리를 공적으로 부여함으로써 토지소유권의 범위를 내용적으로 제한하는 제도를 전제로 하는 것이라고 할 수 있다. 각부처의 모든 안이 일정한 요건을 갖춘 사업자에게 공법상의 사용권 내지 공기업특권으로서의 대심도지하이용권을 부여하는 것에 의해 토지소유자의 의사와는 무관계하게 공공·공익사업을 실시할 수 있다고 구성되고 있다.

(나) 이들 방식은 지하공간소유자에게 이용권을 배제하여 起業者가 자유로이 이용할 수 있도록 하는 데 의미를 두는 것이다. 그러나 지하공간 역시 地表로부터 연속되어 있어 사소유권이 미치는 범위를 결정하기가 쉽지 않으며, 지하공간에 대해 공기업특권이나 행정행위에 의해 지하이용권을 부여하는 것이 타당한지에 대해서 논란이 있게 된다.

61) 野村好弘, “大深度地下利用と法(1)”, 法律のひろば, 42卷8號(1989), 79쪽.

62) 園部逸夫, “大深度地下鐵道の構想と法的課題”, JURIST 제913호(1988), 8쪽; 일본 각성청의 견해.

63) 成田頼明, 앞글, 『行政法の争点(新版)(JURIST增刊 法律學の争点)シリーズ 9』, 276쪽 참조.

또한 대심도지하공간의 소유권은 모두 제한되는 것이 아니고 공공목적이 있는 범위내에 한하여 제한된다고 한다면 공공사업이 행해지는 공간만 소유권이 존재하지 않게 되는 기묘한 이론구성이 되어 버리므로, 대심도는 공공목적이 있든 없든 깊은 바다, 수천 미터의 깊이의 공간과 마찬가지로 소유권이 미치지 않는다고 하여 그것을 국가가 관리하는 것으로 구성하는 것이 타당하다는 비판이 있다.⁶⁴⁾

(2) 지하이용권의 성질

여기서 사업자에게 주어지는 지하이용권의 성질은 공유수면매립권, 유수점용권과 같은 공법상의 권리로 파악되고 있다.⁶⁵⁾ 공법상의 사용권의 구체적인 특징은 첫째, 권리가 당해 사업을 위해 행사될 것을 요구하는 점, 둘째, 당해 사업과 분리하여 처분하는 것이 허용되지 않는 점, 셋째, 대항요건으로서 등기를 요하지 않으며 등기도 할 수 없는 점 등이 들어진다. 그러나 대심도지하공간이용권의 등기와 의 관계, 이전성·양도성의 유무, 압류·가처분과의 관계, 저당권설정의 가부 등은 명확하지 않다. 그리하여 거래의 안전의 관점에서 등기를 요하도록 구성하는 것도 검토할 필요가 있다는 견해⁶⁶⁾도 있다.

IV. 대심도지하이용권설정절차

각 부처의 대심도지하이용구상은 모두 일정한 요건을 갖춘 사업자에 대해서 공법상의 사용권 내지 공기업특권으로서의 대심도지하이용권을 부여하는 것에 의해 토지소유자의 의사와는 무관계하게 공공·공익사업을 실시할 수 있다고 구성되고 있다.

그러나 기본적인 발상에 있어서는 토지수용법과의 유기적·일체적 운용을 주장하는 안과, 토지수용법과는 별개의 체계의 입법을 주장하는 안이 대립하는 양상을 보이고 있다. 이는 이론상의 대립점이라기 보다는 오히려 부처간의 권한쟁의에 기인하는 대립이라고 할 수 있다.

이런 대립은 직접적으로는 대심도지하이용권부여의 권한은 누구에게 속하는가(토지수용법의 特則으로서 파악하는 建設省案에서는 건설부장관의 소관이 되지만,

64) 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권11호, 65쪽.

65) 成田頼明, 앞글, 「土地政策と法」, 284~5쪽; 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 28쪽.

66) 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 28쪽.

기타의 部處案에서는 대상사업을 소관하는 주무장관이 사용권부여의 권한을 갖는 것으로 파악되고 있다), 어떠한 事業이 對象事業이 될 수 있는가(특히, 민간기업도 대심도지하사용권을 취득할 수 있는지) 등에 대한 차이로 나타나게 된다.⁶⁷⁾ 이하에서는 대심도지하이용권설정 방식과 절차에 대한 수용절차의 적용여부에 대한 논의를 살펴보기로 한다.

1. 수용절차적용설

사적소유권이 범위내에 있는 대심도지하공간에 공공시설을 설치하는 경우에도 토지수용법상의 사용재결 또는 이것과 동일한 체계에 속하는 공용사용제한에 의해 이것에 대처하는 것이 온당한 방법이라는 견해⁶⁸⁾로 다음과 같이 토지수용법과의 유기적·일체적 운용을 주장하는 입장이 있다.

i) 토지수용법의 特則으로 파악하는 경우, 대심도지하공간도 私的所有權의 자유로운 행사가 가능한 공간이므로, 토지수용법에서의 사업인정의 절차에 준한 절차를 거쳐 대심도지하의 사용권이 부여되는 것에 의해, 토지소유자는 공익사업에 필요한 공간에 대해서만 권리행사를 제한받는 것이 되고 그 이외의 부분에서는 토지소유자가 자유로이 대심도지하공간을 이용할 수 있다는 견해이다. 이 경우는 구체적인 사업계획의 시공예정지에 대해서만 토지소유권을 제한하면 되는 것이므로, 소유권제한에 따르는 이해관계인의 의견청취 기타 주민참가절차도 사업인정 내지 사용권부여의 재결단계에서 행하면 족한 것이 된다고 한다.⁶⁹⁾

ii) 수용절차에 의하는 경우 대심도와 淺中深度의 이용권을 별개로 구성하는 모순을 회피할 수 있고, 지하사용에 관한 현행의 보상기준과의 정합성을 취하기 쉽다는 이점이 있다고 한다.⁷⁰⁾

iii) 건설성안은, 토지수용법에 준한 간소한 절차를 새로운 특별법에서 정하고 대심도지하이용은 모두 건설대신의 개별 사업인정에 의해 대심도지하의 사용권을 설정하는 방법에 의해야 한다는 입장이다. 이 경우에 수용위원회의 재결은 행하지

67) 앞글, NBL 424호(1989), 27쪽.

68) 앞글, NBL 423호(1989), 31쪽.

69) 앞글, NBL 424호(1989), 27·28쪽.

70) 小高 剛, “大深度地下利用の法的問題點(特輯土地對策の新局面-土地基本法をめぐって)”, 法律のひろば, 43卷4號(1990.4), 47쪽.

않고, 수용법상의 사업인정과 보상의 양자를 합친 건설대신의 사업인정이라는 일체화된 처분으로 처리하려는 것이다. 線狀의 공공사업은 대심도지하에서 완결되는 것이 아니고 地上에의 連絡부분이 필요하게 되므로 천심도부분에서의 토지수용법 절차와의 조정이 필요한 점, 건설대신의 專管에 맡기는 편이 각종사업에 걸치는 종합적·통일적 판단이 가능하게 되는 점 등에서 이 방식이 최선이라고 주장하고 있다. 이 방식에 있어서는 토지소유자 개개의 동의·승낙을 필요로 하지 않으며, 이해관계인의 의견제출에 덧붙여 필요에 따라 의견을 듣는 기회를 부여하면 족하다고 하고 있다.⁷¹⁾

2. 수용절차배제설

토지수용법과는 별개의 체계의 입법절차에 의한 대심도지하공간이용권을 부여 하자는 견해이다. 대심도지하이용구상안의 대부분은 대심도지하공간이 토지소유자에게 현실의 이용의 이익도 금후의 이용가망도 없는 지하공간이라는 것을 이유로, 토지소유자등이 현실로 이용의 이익을 받고 있는 토지 등을 강제적으로 취득하는 경우를 대상으로 한 토지수용법을 적용할 필요는 없다는 입장을 취하고 있다.⁷²⁾ 이러한 견해를 살펴보면 다음과 같다.

i) 5개부처안은, 토지수용법과는 다른 법체계의 새로운 간의·신속한 처리를 위한 독자법을 제정하여, 사업자의 신청에 의거하여, 각종사업소관부처의 대심도 지하사용인가(사업인가)에 의해 사용권을 설정하여야 한다고 하고 있다. 이 경우의 절차로서는 인가신청서의 공고·종람, 토지소유자등의 의견제출로써 족하다고

71) 成田頼明, 앞글, 『行政法の争点(新版)(ジュリスト増刊 法律學の争点)シリーズ 9』, 277쪽.

72) 鎌田 薫은 이러한 정책이 제언되고 있는 것의 배경으로서는, ①地價가 현저히 높게 오르고, 土地負擔이 증대하고 있는 점, ② 긴급한 공공시설정비의 필요가 있음에도 불구하고, 수용법의 절차에 따르고 있어서는 그 실현이 곤란하고(주 24), 地價의 上昇에 대한 부당한 기대에 의해 이런 경향은 더욱 더 조장된다고 예상되는 점, ③토지수용법의 對象事業이외의 事業에 대하여도 대심도지하공간의 無償使用을 인정하려고 하는 점 등이 들어진다고 하고 이에 대하여 ①은 토지수용법의 적용을 배제해야 할 결정적인 이유가 되지 않으며, 또한 補償不要라는 점에 착안하여 토지수용법의 적용을 배제하여 보상에 관한 절차를 거치지 않고 공공시설을 설치할 수 있지만 구체적인 손실을 입증한 자에 대하여 사후보상을 행하는 등 토지수용법과 같은 원리에 기초하는 특별절차법을 두는 것을 부정할 이유로는 되지 않는다고 한다. 따라서 ②, ③의 점에 대한 정책적 배려가 토지수용법이 대상사업의 범위를 한정하고 또한 엄격한 절차를 정하고 있는 것의 실질적인 근거를 덮을 정도의 정당성을 가질 수 있는 지에 대한 판단이 필요하다고 하고 있다(鎌田 薫, 앞글, NBL 423호(1989), 31~32쪽.).

하고 있다.73)

ii) 지표의 토지수용의 경우 보상액 0인 것이 있지만 이는 예외적인 경우인 데 대하여 대심도지하이용의 경우에는 보상액 제로가 통상적이므로 후자에 수용절차를 적용하는 것은 시간과 비용을 낭비하는 것이 된다고 한다. 즉 대심도지하공간에서는 통상의 토지이용이 행해지지 않으며 예외적으로 우물을 파는 정도라면 극히 미약한 권리이므로 이것을 보장하기 위하여 그 권리의 가격과 비교되지 않는 비용을 지출하는 것도 사회적으로 효율적이지 않게 된다. 또한 수용절차를 간략화하여 적용하는 것도 마찬가지로 효율적이지 못하므로 재결절차를 불필요한 것으로 생략하면 사전보상교섭도 불필요하므로 지하이용권부여절차가 신속하게 진행될 수 있다. 또한 지하이용권 설정의 경우 명목보상제로안도 있으나 이는 보상절차의 비용이 더 드는 결과를 가져오므로 일반적인 제도로 하는 것은 문제가 있다는 것이다.74)

따라서 대심도지하이용권의 설정절차는 토지소유자 등의 권리자·관계인이 관여하는 절차를 택한다해도, 명백히 보상이 0인 것이 확실한 것을 확인하는 제도를 두어서 대심도지하의 사용권을 일정한 공공사업자에게 부여하는 제도로 하는 것이 타당하며 이것을 보상0 수용제도라고 명명하고 있다. 이것은 원래 대물적인 처분이고 누가 관여해도 결과에 변화는 없다고 한다면, 토지소유자와 관계인에게 수용절차와 같이 관여시킬 필요는 없고, 토지와 물건의 측량 등은 당장 不要하고, 이 지역에서의 그 깊이라면 저해율이 0인지 어떤지를 논하게 하면 족한 것이 된다. 다만, 그럼에도 재산을 공공을 위해서 박탈하는 이상, 사업인정과 같은 공공성의 판단절차는 필요하게 된다. 그러나 명확히 보상0이 되는지가 미심쩍은 공간에 대해서는 일반 수용절차에 의해 보상액을 결정(0재결이 되는 것도 많을 것이다)하면 된다고 하고 있다.75)

요컨대 대심도지하이용에 있어서 토지수용법의 재결절차를 적용할 것이 아니라 그 적용을 배제하는 절차에 의해 사업의 공익성·타사업에 대한 우선성과, 지하조

73) 成田頼明, 앞글, 『行政法の争点(新版)(ジュリスト増刊 法律學の争点)シリーズ 9』, 277쪽.; 통상성은, 大深度地下의 確定 및 告知에 의해 私權制限의 효과를 발생시키고(그러므로, 이때 공청회, 종람 등의 주민참가절차를 취한다), 개별 구체적인 대심도지하이용의 승인절차는 施設整備에 關連되는 技術的인 내용(安全·보안의 확보, 주변환경의 보전 등)이 중심이 된다고 하고 있다. 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 28쪽.

74) 阿部泰隆, “大深度地下利用의 法律問題(4·完)”, 法律時報 68권12호, 日本評論社, 1996.11, 58·60쪽.

75) 앞글, 法律時報 68권11호, 68쪽.

사에 의해 지표의 건물이용에 통상 지장을 주지 않는 범위인 것을 확인하면 충분하다는 견해이다. 그러나 지반과의 관계에서 지표의 건물이용에 영향을 주는 경우에는 수용절차의 적용을 주장할 수 있도록 하고 있다.⁷⁶⁾

대심도지하이용절차를 대심도지하의 소유권을 사실상 박탈하는 것으로 한다면, 절차참가권자는 토지에 권리를 갖는 者가 되지만, 지하공사에 의해 안전·환경면에서의 영향을 감안하는 자에게도 발언권을 주는 것으로 한다면 참가권자의 범위는 주변까지 확대되게 된다. 따라서 이 경우의 절차는 수용절차를 떠나, 환경평가의 주민참가절차에 의하는 것이 되는 것이다.⁷⁷⁾

V. 대심도지하이용 대상사업관련문제

1. 대상사업의 범위 및 사업인정의 요건

(1) 대상사업의 범위 - 공공사업

(1) 대심도지하이용사업은 토지소유권을 제한하는 것이므로, 공공적인 성격의 사업에 한정하는 것에는 견해가 일치하고 있지만, 구체적인 사업내용 내지 범위에 관하여는 i) 각 부처소관 특정공공사업에 한정하는 것, ii) 토지수용법대상사업에 한정하는 것, iii) 토지수용법대상사업이외에도 인정하려는 것으로 나누어진다.⁷⁸⁾ i)에는 운수성, 후생성 및 농수산성의 구상이 해당되며, ii)에는 대심도

76) 앞글, 法律時報 68권12호, 59쪽; 鎌田 薫(NBL 424호, 28쪽)은 대심도지하사용권을 토지수용법과 별개의 원리에 의거하여 구성하는 경우에는 대심도지하공간의 지정에 의해 토지소유권이 일반적으로 제한되는 것이고, 개별적인 사용권부여에 의해 (기존건물의 제거를 제외하고) 토지소유권이 제한되는 것은 아니므로, 주민참가절차는 대심도지하공간지정의 경우에 행해지면 좋고 구체적인 사업의 단계에서는 不必要하다고 해석하고 있는 데 대하여, 阿部泰隆은 이 경우에도 대심도지하공간의 지정을 일일이 행하지 않고 개별 사업의 허가절차에서 건물의 기초에 일반적으로 영향이 없는 것을 확인하면 좋다고 생각하므로, 주민참가절차 내지 권리자참가절차는 구체적 사업단계에서 행하는 것이 된다고 하고 있다. 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권12호, 59쪽 주2.

77) 앞글, 法律時報 68권12호, 60쪽.

78) 鎌田 薫은 대심도지하이용의 대상사업 범위가 이렇게 다른 것은 직접적으로는 자기부처의 소관사항의 범위내에서밖에 立法論을 전개할 수 없는 組織原則上的 限界와, 동시에 의식적으로 土地收用法과는 다른 體系의 立法을 구상하려는 적극적인 의도에서 찾을 수 있다고 하고 있다. 즉, 건설성이 대심도지하이용법안을 토지수용법의 연장선상에서 구상하는 것은 당연한 것이나, 기타의 부처에 있어서는 ① 이제까지의 토지수용법의 운용실적에 비추어 대심

지하이용법안을 토지수용법의 연장선상에서 구상하는 건설성안이 해당하는데, 토지수용법의 대상사업중에서 지하에 설치할 수 있고, 또한 대심도지하공간에서의 사업실시의 긴급성 및 필요성이 인정되는 것을 선택한다는 것이다. iii)의 경우는 대심도지하를 대도시문제와 국민의 필요에 부응하는 다양한 시설의 정비가 기대되는 뉴프론티어로서 파악하여 공공성·공익성에 대하여 종래의 고찰법을 경직적으로 유지할 필요가 없다는 입장에서 서는 견해이다. 따라서 대심도지하이용대상사업은 협의의 공공·공익사업에 한정하지 않고 현재의 토지수용법의 대상이 되고 있지 않는 공공성을 갖는 민간기업이 행하는 산업·도시기반시설 등도 포함하여야 한다는 통산성 및 우정성의 구상 등이 여기에 해당된다.⁷⁹⁾

도지하공간의 이용권한의 부여에 대해서는 당해 사업의 주무관청이 책임을 갖고 담당해야 한다는 생각, ② 토지수용법상의 절차에 필연적으로 따르는 비용과 시간을 절약하기 위하여 토지수용법과는 다른 원리에 의거하여 사업의 신속한 집행을 가능하게 할려고 하는 의도, ③ 토지수용법의 대상사업이외의 사업에 대해서도 대심도지하공간의 무상사용을 허용해야 할 것이라는 배려, ④ 일찍부터 이 구상을 검토하고 터널부설에도 실적을 쌓아온 행정청의 제안이 후발부처의 구상의 완성과 그것과의 조정때문에 실현이 늦어져서는 못건널 것이라는 感情 등도 포함하는 의도에서 토지수용법과는 별개의 체계의 입법을 제안한 것으로 추측할 수 있다고 한다. 따라서 이러한 점이 필연적으로 법적 구조의 相違가 되어 나타난 것이라고 하고 있다. 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 26~27쪽.

79) 鎌田 薫은, 대심도지하의 무상이용의 법적 근거는 당해 사업의 공공성을 이유로 토지소유권을 제한하는 것이므로 대심도지하이용사업은 소유권 제한을 정당화하는 「공익성」을 인정받을 수 있는 것이 필수 요건이므로, 現行法體系下에서는 토지수용법 제3조 또는 공공용지의취득에관한특별조치법 제2조에서 규정하는 사업만이 그러한 의미에서의 公共性을 인정받고 있다고 해석해야 할 것이 아닌가하는 의문이 있을 수 있다고 한다. 그러나 i) 대심도지하공간에서의 소유권의 제한은 극히 경미한 것이라는 점 ii) 都市·土地開發法制等を 보면, 공공성·공익성의 개념은 상당히 확장되어가고 있다고 평가할 수 있는 점, iii) 토지수용의 對象事業에 대해서도 이것을 확장하는 것이 선진자본주의제국의 일반적 경향이라는 점 등을 감안하면, 토지수용법등보다도 넓은 범위의 사업을 大深度地下空間利用法制의 적용대상으로 하는 것도 가능하다고 하고 있다. 다만, 동시에 공공성개념을 완화하려고 하는 경우에는, 그것에 대체되는 조치로서 사업의 필요성·공익성, 규제 내용 및 정도의 타당성 등을 인정하기 위한 적절한 절차가 규정되는 것이 통례이므로, 여기서도 이러한 형태의 적정절차가 정해질 필요가 있다고 하고 있다(鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 27쪽.). 이는 결국 재산권의 제한정도가 경미하고 민간기업이라도 공익적인 사업이라면 이것을 긍정할 여지도 있다는 견해라 할 수 있다. ; 여기에 대하여 阿部泰隆은 수용법의 적용대상사업이외에도 대심도지하이용을 인정하려는 제안에서 처럼 민간기업에게 사권을 제한하는 특권을 부여할 수 없다고 하고 있다. 다만, 대심도지하가 소유권이 미치지 않는 無主의 공간이라고 파악하는 입장에 선다면, 공유수면매립의 경우처럼 국가가 대심도지하공간을 선점하고 민간사업자에게도 그곳에서의 활동을 허용하는 제도를 만들 수 있을 것이라고 하고 있다. 그러나 민간사업은 優先度면에서 원칙적으로 열세이므로 당분간은 인정하지 않고 우선은 대심도지하이용의 동향을 지켜보는 것으로 하는 것이 바람직하다고 하고 있다. 게다가 민간기업에 대심도지하이

(2) 사업인정 요건

가) 건설성안 : 토지수용법적용원칙

건설성안에서는 대심도지하이용을 토지수용법의 특례로서 파악하므로 대심도지하이용의 경우의 사업인정의 요건은 토지수용법을 약간 수정하고 있을 뿐이다. 즉, i) 토지수용법상의 수용적격사업(동법 제3조)인 도로, 하천, 하수도, 철도, 기타 공공의 이익이 되는 사업에 해당하고, ii) 사업자가 해당사업을 시행할 충분한 의사와 능력을 갖는 자일 것, iii) 사업이 대심도지하에서 시행되는 것이고 또한 통상의 토지이용을 저해하지 않는 것일 것, iv) 사업계획이 토지의 적정하고 합리적인 이용에 기여하는 것일 것, v) 대심도지하를 사용할 공익상의 필요가 있는 것일 것으로 하고 있다. 사업의 인정은 건설대신이 공공용지심의회의 심의를 거쳐서 행하도록 하고 있다. 따라서 대심도지하이용의 경우와 통상의 토지수용과의 차이는 iii)의 요건뿐이라 할 수 있다.⁸⁰⁾

나) 건설성이외의 부처안

건설성이외의 다른 부처안을 보면 사업인정의 요건으로서 i) 일정한 예기된 사업(특정사회자본이라 한다.)에 해당하고, ii) 이것을 긴급하게 정비하기 위하여 대심도지하를 사용할 필요가 있을 것, iii) 특정사회자본이 대심도지하에 존재할 것, iv) 특정사회자본을 설치할 공간에 제거 또는 移設하는 것이 곤란한 공작물 기타 물건이 존재하지 않을 것, v) 특정사회자본의 설계상 載荷重이 대도시지역에서 통상 예상되는 건축물의 荷重으로서 政令으로 정하는 하중이상일 것, vi) 특정사회자본의 설계상 載荷重이 기존의 건축물 및 공작물의 하중이상일 것을 들고 있다. 이러한 요건들이 대부분 기술적인 성격을 갖고 있어서 실제로 대심도지하를 사용할 근거는 ii)의 요건뿐이므로, 결국 신청한 당해사업이 공공성이 있는지 여부를 판단하는 것이 된다. 대심도지하를 이용함에는 주무장관의 허가를 요하도록 하고 있다.⁸¹⁾

용을 인정하는 경우에는 공공 공간의 사적 이용에서 얻어지는 이익의 공공환원책을 동시에 마련해야 할 것이라고 하고 있다. 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권12호, 61쪽.; 또한 成田頼明은 純民間企業의 수익사업시설에 대해서도 널리 대심도지하이용대상시설로 하여야 한다는 경제계 등의 주장에 대하여 대심도지하공간을 공공·공익적 이용이 우선하는 공간으로 파악하고 이러한 전제위에서 토지소유자 등의 권리를 제한하는 제도인 이상 헌법 제29조제2·3항과의 관계에서도 이와 같은 주장을 포용하는 것은 문제가 있다고 하지 않을 수 없다고 한다. 成田頼明, 앞글, 『行政法の爭點(新版)(ジュリスト増刊 法律學の爭點)シリーズ 9』, 274~7쪽.

80) 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권12호, 61쪽.

81) 앞글, 61쪽.

2. 대심도지하이용사업의 조정 및 우선순위

(1) 대심도지하는 무한한 공간이라 생각하겠지만 실제로 현재 경제적으로 이용 가능한 깊이는 한정되어 있으므로 같은 지역에서 실시가능한 사업은 제한된다. 따라서 공공성이 있다고 기획된 사업이 먼저 지하를 선점하게 되면 다른 사업은 지하를 사용할 수 없게 되고, 지하를 선점하려고 서둘러 사업을 급조하게 된다. 후발사업이 지하이용의 공공성이 더 높다해도 선발사업의 지하공간을 피해야 하므로 사업계획에 차질이 생기게 된다. 따라서 지하공간이용사업을 조정할 필요가 있게 된다. 조정방안으로 사업자간의 사전협의를 의하여 조정을 행하고 최종적으로는 주무장관간의 협의에 의하는 방안, 사업자간에 사전협약이 성립하지 않는 경우 주무장관간에 협의하는 방안이 있겠다.

(2) 대심도지하이용에 대하여 각부처의 협의에 맡기는 것으로는 종합적인 조정에 미치지 못하거나 장차 분쟁의 원인이 될 우려가 있으므로 조정에 있어서 대심도지하이용사업의 우선순위기준을 정하는 것이 바람직하다. 이에 따라 이를 위한 기본적인 전제는 지상과 淺深度지하공간에 시설을 설치하는 것으로는 시간과 비용이 많이 들고, 대심도지하공간에 시설을 설치할 긴급한 필요성이 높은 특례의 사업에 한해 대심도지하이용을 인정한다는 것으로 하는 입장을 취한다면, 구체적으로 우선순위기준을 i) 사업시행의 긴급성이 높고 또한 가까운 장래에 사업에 착수할 전망이 높은 것, ii) 지표와 淺深度지하공간의 이용으로는 목적을 달성하기 곤란한 것, iii) 공공성이 높고 다른 것에 우선하여 대심도지하이용을 인정받아야 할 사업의 장애가 되지 않는 것으로 정하여 계획단계에서 심사하도록 하는 것이 필요하다 하겠다.⁸²⁾ 또한 비교조사하여 일단 사업계획이 세워진 후 새로운 대심도지하이용계획이 만들어지는 경우는 기존의 계획사업도 당해사업이 진행되기 전에는 그 노선변경, 깊이의 재점검 등을 포함하여 협의에 응하는 것으로 할 필요성 여부도 검토가 필요할 것이다.

82) 阿部泰隆은 i)의 기준요건은 불필요하게 사업계획을 세워서 대심도지하를 선점하는 것을 금지하는 취지이며, ii)는 지표와 淺深度에서의 문제해결책을 각각의 소관행정으로 취급하지 않고 넓게 고찰하겠다는 것으로, 하천, 지하철 등 지표와 淺深度의 이용으로는 사업의 목적을 달성할 수 없는지 여부를 검토할 필요가 있다는 것이고, iii)은 대심도지하이용의 경우에도 우선순위를 정할 필요가 있다는 것으로 고속철도, 지하철, 하천, 도로 수도관 등등을 상호 비교 검토할 필요성에서 기인한다고 고찰하고 있다. 앞글, 法律時報 68권12호, 61쪽.

(3) 대심도지하이용사업인정에 대한 판단을 누가 할 것인가에 대하여 i) 수용절차에 준한 절차에 의하여 건설성이 사업인정판단권한을 갖는다는 견해와 ii) 각부처가 각각 독자의 판단권을 갖는다는 견해가 대립한다. 여기에 대하여 관계부처에서 독립된 중립적인 조직이 판단권한을 갖도록 하자는 견해⁸³⁾가 있다.

VI. 보상문제

공공필요에 의해 지하를 이용함으로써 당해 토지의 소유자 등에게 손실이 발생한 경우에 정당한 보상을 함은 당연하다. 그런데 지하이용에 따른 손실의 발생 유무의 문제는 토지소유권의 효력이 지하의 어느 범위까지 미치는가 하는 문제와도 밀접한 관련이 있다.

대심도지하이용구상은 토지소유자의 토지이용 승낙이나 보상없이 공익사업을 시행해 불려는 의도에서 발상된 것이기 때문에 대심도지하공간의 이용문제는 일반적인 지하공간의 이용과 비교해 볼 때 토지소유권이 미치는 범위의 문제, 토지소유자의 이용이익의 존재여부 등의 문제에 있어 견해가 나누어 지며 이에 따라 보상문제 있어서도 보상불필요설과 보상필요설로 견해가 나누어 진다. 따라서 대심도지하이용에 따른 補償의 要否를 결정하는 요건으로 토지소유자 등에 의한 통

83) 阿部泰隆에 의하면, know-how가 있고 이해관계가 없는 조직 즉 관계부처에서 독립된 중립적인 조직이 판단권한을 가지는 것이 제일 바람직하다고 한다. 즉, i)의 건설성이 판단권을 갖는다고 하는 경우 건설성은 know-how가 있지만, 자기자신의 지하하천, 하수도, 지하도로 등의 대심도지하이용프로젝트를 갖고 있으므로 타 부처의 사업과 자기 성의 사업의 결합에 대하여 적절한 판단을 행할 수 있을 것인가에 의문이 있게 된다. 다른 한편 대심도지하이용사업을 지하의 도시시설설치문제로 파악한다면 건설성관련의 권한이 되게 된다. 그러나 도시시설의 설치에 관한 도시계획의 권한은 지방자치단체장에게 있고 건설대신은 승인권을 갖고 있음에 불과하므로 결국 대심도지하이용의 권한은 지방자치단체장에게 있게 되는 것이고 이 경우 적당한가라는 문제가 있게 된다. 이것에 대하여 지방분권화시대의 대도시정책으로서 타당하다고 할 수도 있을 것이다. 그러나, 전국간선망과 통근고속철도, 고속도로와 같이 단지 한 지방자치단체의 내부만의 문제가 아니고 다른 지역에도 관련되는 광역적인 문제인 경우에는 중앙정부가 결정하되 지방정부의 의견을 듣는 것으로 하는 편이 바람직하다고 할 수도 있을 것이다. 또한 지표의 대규모시설에서도 실제에서는 도시계획결정을 거치지 않는 것도 많은데 대심도지하이용의 경우에만 도시계획결정을 요구한다면 현행제도와 맞지 않는 난점도 있다. 그리고 ii)의 중앙부처가 각각 다른 부처와 협의하면서도 각각 자신의 프로젝트를 인가할 수 있는 시스템의 도입은 혼란의 염려가 있다. 그러나 특히 우선순위가 높다고 인정되는 사업에 대해서는 특별로서 그 부처에 맡기는 방법도 검토할 만하다고 하고 있다. 앞글, 法律時報 68권12호, 62~63쪽.

상의 건물이용이나 대심도이용을 들고 있으며, 이들 요건을 저해하지 않을 때 보상을 요하지 않는 것으로 보는 것이 일반적이다. 그러므로 보상은 토지소유자의 이용이익을 저해하는가의 여부에 따라 결정되는 것으로 볼 수 있다.

1. 보상불필요설

(1) 대심도지하공간구상이 원래 無償으로 지하공간을 이용하려고 하는 것이고, 그를 위하여 토지소유자에게 현실적인 이용의 이익이 없고 또한 구체적인 손실을 입는 것도 없는 공간을 대심도지하공간으로서 지정하고 있는 것이므로 각부처의 모든 제안이 기존물건의 제거의 경우 등을 제외하고 보상을 요하지 않는 것으로 하고 있다.⁸⁴⁾

(2) 보상불필요설의 논거는 다음과 같다.

i) 대심도지하공간에는 토지소유자의 이익이 존재하지 아니하며 따라서 토지소유권의 효력이 미치지 않으므로 대심도지하공간의 이용자는 보상없이 이를 사용할 수 있다.⁸⁵⁾

ii) 대심도지하공간은 토지소유자 등에게 있어서 통상의 이용가능성이 없는 공간이며 대심도지하공간의 이용은 토지소유자의 소유권을 침해하는 것으로 생각되지 않으므로 공공목적을 위하여 무보상으로 이용할 수 있어야 한다.⁸⁶⁾

iii) 대심도지하공간은 현실적인 이용이나 장래의 이용가능성이 없는 공간으로서 대심도지하공간에 대한 소유권은 어디까지나 관념적·추상적인 것에 지나지 않으며, 따라서 대심도 지하공간이용으로 인한 소유권의 제약은 일본 헌법 제29 조제2항에 의한 본래 재산권에 내재하는 제약으로서 보상은 필요하지 않다.⁸⁷⁾

iv) 대심도지하공간은 공공사업에는 이용할 수 있는 것이므로, 이용할 수 없는 공간은 아니지만, 통상의 토지소유자에게는 이용의 방법이 없는 것이므로 그 개발권을 국가가 법률에 의해 빼앗는 것은 모순이 아니다. 더욱이, 광업권은 토지소유

84) 각부처의 대심도지하이용구상은 i) 통상의 건축행위의 방해가 되지 않는 대심도지하공간에서 공공사업을 행하려고 하는 것인 점, ii) 대도시부에 있어서는 각종의 법률·조례등에 의해 신규의 지하수를 퍼올리면 엄격히 규제되고, 사실상 새로 우물을 파서 이용하는 것은 불가능하다는 것 등을 이유로, 기존의 우물등의 제거의 경우를 제외하고 補償은 불필요하다고 제안하고 있다.

85) 1987년 12월 7일 일본 참의원토지문제등에관한특별위원회에서 행한 내각법제국장의 답변.

86) 1989년 후생성 「大深度水道管路構想について」보고서 중

87) 1988년 일본운수성 「大深度地下鐵道の整備に關する調査研究報告書」, 69쪽

자에게는 큰 경제적 이익이지만 국가적인 이유로 제3자에게 설정하고 토지소유자에게는 보상하지 않는다. 대심도지하의 사용권은 토지소유자에게는 대단한 이익은 없으며, 국가적으로 중요하다고 생각하면 국가가 무상으로 사용할 수 있는 것이다. 그리고 명백히 손해율이 0인 지하를 대심도로 한다고 정의한다면 손해가 없는 것이므로, 국가가 무상으로 사용권을 설정하는 것도 허용된다고 해야 마땅하다. 또한 명목적이든 보상금을 준다고 한다면 권리자를 확정하지 않으면 안되므로 권리자의 탐색, 토지의 측량, 매수교섭 등 시간과 노력을 요하게 되어 대심도지하 이용을 구상할 의미가 없게 된다.⁸⁸⁾

2. 보상필요설

보상필요설의 논거는 다음과 같다.

i) 지하공간에서 토지소유자의 이익이 미치는 범위와 이익이 미치지 않는 대심도를 구별하는 것은 어려운 일이며 설령 공익목적에 의해 지하공간의 이용권이 부여된다 하더라도 반드시 無補償으로 행해질 수 있는 것인가에는 의문이 있다.

토지소유자의 사권은上空은 무제한, 지하는 지구의 중심까지 미치므로(토지소유권무한계설의 견해), 토지소유자의 승낙을 받지않고 소유자의 용익에 전혀 지장이 없는 深度의 공간을 이용하는 것은 실제 소유자의 이익을 침해하지 아니하고는 불가능하며 따라서 기업자는 토지소유자에게 보상하여야 한다. 또한 장차 기술이 발달되면 지상의 토지소유자는 그 지하공간을 보다 깊게 이용할 수 있게 될지도 모른다. 이익이 미치는 범위라고 할 때 현재 향수하고 있는 이익만이 아니고 장래 이익의 향수의 가능성있는 것으로 충분하다. 대심도는 토지소유자가 이용하지 않는 공간이라고 하지만, 현실적으로는 대심도지하공간도 이용할 수 있기 때문에 토지소유자에게 이용의 이익이 없으므로 그 부분을 지하철의 부설 등을 위해 자유롭게 무상으로 이용할 수 있다고는 말할 수 없는 것이다.⁸⁹⁾ 대심도지하공간에 공공시설을 설치하는 것은 기술적으로도 경제적으로도 충분히 가능하다고 하면서 반면에 대심도지하공간은 토지소유자에 의한 이용가능성이 없는 공간이라는 것이 토지소유자 등을 충분히 납득시킬수 있는 것인가에 대하여 의문의 여지가 있다. 공공사업의 無償실시를 인정하는 것은 공공사업예정지의 소유자와 기타 소

88) 阿部泰隆, 앞글, 法律時報 68권11호, 67·68쪽.

89) 鎌田 薫·岩城謙二, 앞글, 法令ニュース 24권4호, 21쪽.

유자간에 현저한 불평등을 발생시키며 다른 특정한 공익목적을 위하여 당해 재산권의 본래의 사회적 효용과는 무관계하게 우연히 부과된 제한에 해당하는 경우로서 보상을 요하는 것이 될 것이다.⁹⁰⁾

ii) 민법의 기본적 입장에서 본다면, 토지소유자의 승낙을 얻지 않고 소유자의 用益에 전혀 지장이 없는 공간을 이용하는 것은 설령 소유자의 이익을 해하지 않는다 해도 불가능하고 보상이 필요하다.⁹¹⁾

iii) 손해가 경미하기 때문이라고 하여, 일반적으로 무보상의 권리박탈이 허용된다는 뜻은 아니므로 얼마간의 보상을 토지소유자에게 부여하는 것이 타당하다.⁹²⁾

iv) 토지소유자에게 현실적인 이용이익이 없는 공간이더라도 관념적으로 소유권이 미치고 있기 때문에 대심도지하에도 일응 지상으로부터의 소유권이 미치는 것을 부정할 수는 없으므로(근거: 우물) 입체이용저해가 전혀 고려될 수 없는 경우에는 지표의 이용과 분리하여 정형적·명목적인 보상을 하거나 또는 零(0)보상을 하는 것으로 한다.⁹³⁾

Ⅶ. 공물관리권의 공간적 한계

도로 기타의 公物아래에 있는 대심도지하공간의 이용에 대해서 그 부분에도 공물관리권이 미치는지라는 문제가 있고, 또한 대심도지하공간에 도로 기타의 公物이 설치된 때는, 그 공물관리권이 地表에 미치는지라는 문제가 있다. 지표의 공물과 대심도의 공물이 같은 토지의 상하에 존재하는 경우 각각의 관리권은 어디까지 미치는지, 뒤에 설치하는 자는 앞에 설치한 자에게 공물 점용허가를 받아야 하는지의 문제가 제기되며 이에 대하여 다음과 같이 제안하고 있다.⁹⁴⁾

현행 공물관리법제가 반드시 입체적인 토지이용을 염두에 두고 구성되고 있지는 않으며 또한 이러한 문제에 대한 명확한 해석론이 있는 것도 아니므로 이러한 문제를 해결하기 위하여 공물관리권의 범위를 입체적·공간적으로 한정하는 방법의 검토가 필요하며 이를 위해 현행법상의 입체도로제도나 입체하천제도의 예를

90) 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 29~30쪽.

91) 小高 剛, 앞글, 「都市問題の理論と手法」, 110쪽.

92) 石田喜久夫, “地下所有權の制限の可能性と限界”, *ジュリスト* 913號, 14쪽.

93) 成田頼明, 앞글, 「土地政策と法」, 284쪽.

94) 阿部泰隆, 앞글, *法律時報* 68권11호, 69쪽; 운수경제연구센터 보고서, 70쪽; 鎌田 薫, 앞글, NBL 424호(1989), 29쪽 참조.

활용하는 것이 제안된다. 이것은 도로의 구역을 입체적으로 결정하면 도로의 관리자는 도로관리를 이 입체적인 구역내에서 행하고, 이것 이외의 구역은 자유로운 이용영역으로 하는 것이다. 따라서 사권제한도 점용허가도 이 입체적인 구역내에서 효력을 갖게 되는 것이다.

대심도에는 토지소유권이 미치지 않는다거나 제한된다는 입법을 하는 경우 도로 등의 지표의 공물아래의 대심도에는 토지소유권이 미치지 않으므로 관리권도 미치지 않으며 지표의 도로관리자의 허가제도 등은 적용되지 않게 되며, 또한 대심도에 도로, 하천 등의 공물이 설치되는 경우에도 당해 지하부분에만 관리권이 미치게 된다. 그래서 지표의 도로아래의 대심도에 지하도로를 건설하는 경우 개별 도로관리권이 각각 별개의 권원에 기초하여 존재하게 된다. 따라서 각각의 공물관리권의 입체적 범위를 명확히 하고 대심도지하이용을 허가받은 자는 도로법, 하천법, 도시공원법등의 공물관리법상의 허가를 받은 것으로 의제하는 규정을 둔다면 이 문제는 해결될 것이라고 제안되고 있다.

第 6 章 結 論

1. 오늘날 지하개발기술의 발전과 더불어, 여러 가지 도시문제를 해결하기 위한 수단으로 지하공간이용이 증대하고 있다. 특히 사유지지하공간을 이용할 수밖에 없는 경우가 많아지면서 私所有權과 충돌이 일어나고 이에 따라 지하공간의 利用權設定과 補償이 사회적 문제로 등장하고 있다.

2. 이러한 상황에서 지하공간 가운데 토지소유자의 이익이 거의 미치지 않는 깊이에서 公共目的으로 이용하고자 할 때 기존의 구분지상권이나 토지수용법상의 사용권 등의 어떤 利用權도 설정하지 않고 補償도 없이 이용할 수 없을까에 논의의 초점이 모아지고 있다. 일본에서는 이를 대심도지하공간이용법제화라고 하여 많은 논의를 해오고 있고, 우리나라에서도 지하공간확보에 있어서 절차에 많은 시간과 비용과 노력이 들고, 또한 긴급한 사업에 시의적절하게 대처하지 못하는 사태가 발생하는 등 지하공간이용에 있어서 어려움이 점점 증대되고 있는 실정으로서 일본의 대심도지하공간이용의 법제화논의를 우리의 현실에 적용해 볼려고 하는 시도도 있다. 이 문제는 우리나라에서는 한계심도이하의 지하공간의 이용문제로 다루어 지고 있는데 공공사업의 신속한 실시와 원활을 기하기 위하여 일정한 깊이의 지하공간에서 토지소유권을 배제시켜야 한다는 논리는 아직 다수를 점하고 있지는 못하고 있다. 또한 현행 공공용지의취득및손실보상에관한특별법이나 도시철도법시행령에서도 한계심도이하에도 지상으로부터의 소유권이 미치는 것을 부정할 수 없다는 것을 전제로 하는 태도를 견지하여, 토지의 깊이와 토지이용저해율에 의거한 보상이 인정되고, 사용권원도 민법상의 區分地上權에 의해 취득되거나 또한 구분지상권이 설정될 수 없더라도 토지수용법상의 裁決에 의해 權利의 設定이 가능하도록 하고 있어 비록 시간이나 매수·보상비용이 많이 들더라도 공공사업의 실시는 가능하도록 되어 있다.

3. 그러나 현행법제는 지하공간의 적극적 이용 및 개발에는 부적합한 여러 가지 문제점을 안고 있다. 그러므로 지하공간개발에 관련하여 계획적인 지하이용을 통한 토지이용효율의 증대로 토지이용수요의 증대에 대비하고 지상, 지하의 일체적이고 유기적 이용체계를 구축함으로써 도심과 부도심기능의 활용활성화를 도모하고, 지하공간의 이용·개발 및 지하시설의 유지·관리를 위하여 획일적이고 무질서한 지하공간개발을 지양하고, 광역성, 공공성, 종합성, 일체성, 안전성 등을 확보할 수 있는 종합계획을 실현시킬 수 있도록 다음과 같은 법제개선이 필요하다.

1) 종래의 지하이용 및 개발은 몇가지 단행법에서 한정적으로 규정하여 온 것이 사실이나, 공공용지의 지하 및 사유지의 지하를 일체적으로 개발 및 이용하기 위한 측면에서 지하이용계획의 수립, 지하개발절차, 지하개발의 지원 및 지하이용과 이에 따른 보상 등 지하공간에 관한 법제를 종합적으로 정비하여 그 근거가 되는 법률의 제정을 추진하여야 할 것이다.

2) 지하에 있어서 토지소유권이 미치는 범위는 개별 토지마다 지하의 이용가능성을 감안하여 정립해야 할 것이며, 이 때 토지소유권의 이익이 미치는 한도는 토지소유자의 특수한 개인적 이용을 행함으로써 발생하는 주관적 이익이 아니라 토지이용의 경제적 활동에 의해 통상 발생하는 이익을 의미한다고 보아야 할 것이다.

3) 지하공간이용권원의 설정방식에 있어서는 i) 한계심도 이내의 지하공간이용에 있어서는 토지소유자와 지하이용자간의 권리조정을 위해서 기존의 권리설정방식을 채용하되 구분지상권 설정방식을 이용하며 좀더 권리관계가 명확해지는 이점이 있을 것이다. ii) 한계심도 이하의 지하공간은 토지소유자의 소유권이 미치는지의 논의의 여부를 떠나서 한계심도이하의 지하공간을 이용하는 목적에 맞게 어떤 형태로든 사용권 설정방식을 정할 필요성이 있다.

4) 우리나라의 수용 및 사용에 따른 보상절차는 개인 토지에 도시계획사업이 아닌 경우에는 공공용지취득및손실보상특별법의 보상절차에 따라 보상하고, 도시계획사업인 경우 토지수용법 등의 토지수용절차로 크게 이분화된다. 공공용지취득및손실보상특별법에서 보상협약이 이루어지지 않을 경우는 토지수용법의 수용절차에 따른 불이익으로 민원 발생을 유발시킬 수 있으므로 보상 및 수용에 관한 절차 및 내용을 종합적으로 운영하여 향후 도시지하공간개발에 참여할 수 있는 기회를 제공하여야 할 것이다. 그리고 지하공간이용권 설정방식의 여하에 따라서 지하이용과 관련하여 침해된 재산권에 대한 損失補償의 根據 法律의 整備가 필요하다. 지하이용에 따른 보상의 근거는 i) 각 개별법에 둘 수도 있으며, ii) 또한 토지수용법의 규정을 적용하거나 준용하는 방안을 검토할 수 있으며, iii) 아니면 새로운 법률에 의거하는 방식도 있을 수 있을 것이다.

4. 지하공간은 대도시권에 있어서 최후로 남겨진 귀중한 공간이다. 도시문제와 토지문제의 해결차원에서만이 아니고 환경보전과 방재 및 안전의 관점에서도 극히 중요한 영향을 미치는 공간이다. 지하공간이용의 기술적 이용가능성 자체가 극히 유동적이기 때문에 지하공간이용에 있어서 환경·안전 등에 대한 신중한 배려가 필요하다.

(假稱)地下空間關發法試案

- 建設交通部案(1992. 5) -

제 1 장 總 則

제 1 조 (목적) 이 법은 도시내 지하공간의 개발과 이용에 관련된 계획 수립 및 사업 실시등에 관한 사항을 규정하여 지하공간의 계획적인 개발을 추진하게 함으로써 도시기능 정비와 도시공간의 질적 개선에 기여함을 목적으로 한다.

제 2 조 (적용지역) 이 법의 적용지역은 도시계획법 제3조에 의한 도시계획의 적용 대상 구역 중 대통령령으로 정하는 도시계획 구역을 대상으로 한다.

제 3 조 (정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "지하공간"이라 함은 지적법에서 정하는 각 필지의 토지에 있어서 지표면을 경계로 하여 그 아래의 부분을 말한다.
2. "한계심도"라 함은 현재 및 가까운 장래에 있어서 토지소유자에게 실질적으로 이익이 발생하는 것으로 판단될 수 있는 지하공간내 최대한의 깊이로서 대통령령으로 정하는 일정 깊이를 말하며, "한계심도 이내"라 함은 지표면에서부터 한계심도에 이르기까지의 부분을 말하고, "한계심도 이하"라 함은 한계심도에서부터 지구중심으로 향하는 부분을 말한다.
3. "지하 도시계획시설"이란 도시계획법 제2조제1항제1호 나목의 도시계획시설 중 특히 지하에 설치하기로 결정된 도시계획시설을 말한다.
4. "지하공간 개발구역"이라 함은 일단의 구역 내에 있는 사유지의 지하공간 또는 공공 유지의 지하공간을 공공시설 설치와 함께 일체적으로 개발, 정비하기 위하여 도시계획으로 결정한 구역을 말한다. 단, 도시계획시설 설치만을 목적으로 하는 경우는 제외한다.
5. "지하공간 개발사업"이라 함은 지하공간 개발구역 내에서 실시하는 도시계획 사업을 말한다.
6. "한계심도 이하의 지하공간 개발사업"이라 함은 한계심도 이하에서 실시하는 지하공간 개발사업을 말한다.
7. "구분지상권"이라 함은 민법 제29조의2에서 규정하는 지상권으로서 토지의

지하에 일정한 범위를 정하여 건물, 기타 공작물을 소유하기 위하여 그 구분층을 사용할 것을 내용으로 하는 권리를 말하며, "구분지상권자"라 함은 구분지상권을 지니고 있는 자를 말한다.

8. "입체 이용 지하율"이라 함은 이 법에 의해 실시되는 도시계획시설에 관한 도시계획사업 및 지하공간 개발사업으로 인하여 당해 토지의 이용이 저해되는 정도를 말한다.

9. "공공용 지하공간"이라 함은 도시계획법 제2조제1항제14호의 "공공시설"로서 지하공간에 설치되는 것을 말한다.

제 4 조 (한계심도의 설정 및 한계심도 이하의 지하공간에 대한 개발행위 규제) ① 시장, 군수는 건설부장관의 승인을 받아 대통령령이 정하는 바에 따라 한계심도를 설정할 수 있다

②한계심도 이하의 지하공간에 대한 개발은 이 법에 의거한 도시계획사업 및 기타 대통령령이 정하는 특별한 경우에 한한다.

제 2 장 地下空間開發과 관련된 計劃

제 5 조 (지하공간개발 기본계획의 수립) ①인구 100만인 이상인 시의 시장(서울 특별시장 및 직할시장을 포함한다. 이하 같다)은 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 도시계획 구역 안의 지하공간 개발에 관한 기본계획(이하 "지하공간개발 기본계획"이라 한다)을 수립하여 건설부장관의 승인을 얻어야 한다.

②건설부장관은 제1항의 규정에 의한 시 이외의 시 또는 군에 대하여도 필요하다고 인정할 때에는 지하공간개발 기본계획을 수립하여 승인을 받도록 할 수 있다.

③시장, 군수는 지하공간 개발 기본계획을 수립하고자 하는 때는 공공시설의 관리자 및 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자들과 협의를 하도록 한다.

④건설부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 제출된 지하공간 기본계획에 대하여 변경 또는 조정이 필요하다고 인정할 때에는 시장 또는 군수에게 그 변경이나 조정을 명할 수 있다.

⑤지하공간개발 기본계획의 수립에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제 6 조 (지하 도시계획시설의 결정) ①시장, 군수는 지하도시 계획시설에 대한 도시계획을 입안하고 건설부장관은 이를 결정하도록 한다.

1. 지하공간개발 기본계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 부합되도록 입안하여

야 한다.

2. 입안 및 결정절차에 관하여서는 도시계획법이 정하는 바에 따른다.

②지하도시 계획시설로서 한계심도 이하의 지하공간에 2이상의 도시계획시설을 복합화하여 설치하는 경우에는 복합기능을 가지는 시설로서 결정한다.

③시장, 군수가 지하도시 계획시설에 관한 도시계획을 입안하고자 하는 때는 공공시설의 관리자 및 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자들과 협의하도록 한다.

④지하도시 계획시설에 대한 결정 기준은 대통령령에 별도로 정한 것 이외에는 도시계획법이 정한 바에 따른다.

제 7 조 (지하공간 개발구역의 결정) ①시장, 군수는 지하공간의 개발이 필요한 지역에 대하여 지하공간 개발구역으로 결정할 것을 입안하고, 건설부장관이 이를 결정하도록 한다.

1. 지하공간개발 기본계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 부합되도록 입안되어야 한다.

2. 입안 및 결정절차에 관하여는 도시계획법이 정하는 바에 따른다.

②시장, 군수는 지하공간개발 구역내의 공공시설 설치와 관련하여 공공시설의 관리자 및 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자들과 협의하도록 한다.

③지하공간 개발구역의 지정 요건에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제 8 조 (지하공간 개발계획의 입안 및 결정) ①시장, 군수는 지하공간 개발계획의 지정 고시가 있는 날로부터 2년내에 해당 구역내의 지하공간에 대한 개발계획(이하 "지하공간 개발계획"이라 한다.)을 입안하여 건설부장관에게 그 결정을 신청하여야 한다. 입안 및 결정과정은 도시계획법 제11조 및 제12조에 정하는 바에 따른다.

②시장, 군수가 지하공간 개발계획을 입안하고자 할 때에는 지하공간 개발구역안의 인구, 토지 및 건축물의 현황, 공공시설 현황, 지진, 지하수 분포 등의 지하환경, 지하공간의 이용상황, 지하공간에 관한 토지소유권 및 사용권, 기타 대통령령이 정하는 사항을 조사하여야 한다.

제 9 조 (지하공간 개발계획의 기준) ①지하공간개발 기본계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 부합되도록 입안되어야 한다.

②지하공간 개발계획에 포함되어야 할 사항은 다음과 같다

1. 지하공간 개발구역 내의 공공시설 배치계획을 포함한 지하공간에 관한 이용계획을 수립한다.

2. 지하공간 개발구역 내의 지하 교통체계에 관한 계획을 수립한다
 3. 기타 지하공간 개발계획 수립과 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③시장, 군수는 지하공간 개발계획과 관련하여 공공시설의 관리자 및 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자들과 협의를 하도록 하여야 한다.

제 3 장 地下空間 開發事業

제 1 절 지하공간 개발사업 시행자 및 사업시행 계획수립과 시행인가

제10조 (지하공간 개발사업의 시행자) ①지하공간 개발사업은 해당 지하공간 개발구역 내의 지하공간에 대한 사용권을 지니는 토지 소유자 및 구분지상권자, 또는 이들이 설립하는 지하공간 개발조합이 이를 시행한다. 단, 조합을 설립하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의한 요건을 갖추어 건설부장관으로부터 조합 설립에 관한 인가를 받아야 한다.

②제1항에 규정한 토지소유자 및 구분지상권자 또는 이들이 설립한 지하공간 개발조합이 지하공간 개발계획의 결정고시가 있는 날로부터 1년 이내에 사업인가 신청을 하지 않은 때, 또는 공공시설에 관한 사업과 병행하여 시행할 필요가 있다고 인정될 때에는 건설부장관은 시장 또는 군수와 개발사업을 시행하는 공공법인체(이하 “公社”라 한다) 및 지하공간 개발사업의 시행을 목적으로 하여 설립된 법인(이하 “특수법인”이라 한다) 중에서 시행자를 지정하여 지하공간 개발사업을 시행하게 할 수 있다. 단, 법인의 구성요건에 대해서는 대통령령으로 정한다.

③건설부장관은 제2항의 규정에 의하여 시행자를 지정한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 관보에 고시하여야 한다.

④건설부장관은 토지소유자 및 구분지상권자 또는 이들이 설립한 지하공간개발조합이 사업현황 기타 사정에 의하여 사업 계속이 곤란하게 될 우려가 있는 경우로서 사업목적을 달성할 수 없다고 인정될 때에는 시장 또는 군수로 하여금 지하공간 개발사업을 대행하게 할 수 있다. 이때 사업대행자가 시행자에 대하여 가지는 보수청구권 등의 행사에 대해서는 대통령령으로 한다.

제11조 (사업 시행계획의 수립 및 인가) ①지하공간 개발사업의 시행자가 지하공간 개발사업을 시행하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 사업시행

계획서 등을 작성하여 관할 도시사를 거쳐 건설부장관의 인가를 받아야 한다.

②건설부장관이 사업시행계획을 인가하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 시장 또는 군수로 하여금 관계 서류의 사본을 일정기간(예, 30일간) 일반인에게 공람시키고, 시장 또는 군수는 이해 관계인으로부터 제출된 의견을 첨부하여 건설부장관에게 송부하여야 한다.

③건설부장관은 제1항 및 제2항에 의해 지하공간 개발사업을 인가하거나 그 사업을 변경, 중지 또는 폐지한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 내용을 관보에 고시하여야 한다.

제 2 절 사업시행을 위한 준비

제12조 (건축물 및 공작물의 개수 명령) 시장 또는 군수는 지하공간개발구역내의 건축물, 공작물로서 공공의 안전과 도시환경을 위하여 필요가 있다고 인정되는 것에 대하여는 그 건축물이나 공작물의 소유자 또는 점유자에게 자비로 개수할 것을 명할 수 있다. 이에 불응하는 경우에는 행정대집행법이 정하는 바에 의하여 이를 대행할 수 있다.

제13조 (지장물 등의 철거이전 요구) 지하공간 개발사업의 시행자는 사업의 시행상 지장이 있다고 인정되는 때에는 지하공간 개발의 구역 안에 건축물 또는 공작물의 소유자에게 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 철거 또는 이전을 요구할 수 있다. 다만 이 경우에 행정청이 아닌 시행자는 미리 관할 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 요구에 불응하는 경우에는 행정대집행법이 정하는 바에 의하여 이를 집행하며, 행정청이 아닌 자는 관할 시장 또는 군수에게 행정대집행을 위탁할 수 있다

제14조 (손실보상) 제12조 및 제13조의 시행으로 손실을 받은 자가 있을 때에는 사업시행자는 손실을 받은 자와 협의하여 손실을 보상하여야 한다. 시행자 또는 손실을 받은 자간의 상호협약이 성립되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 그 지하공간 개발구역을 관할하는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다. 지하공간 개발사업의 시행을 위한 공사로 인하여 발생한 지반침하, 건축물 등의 균열등으로 인한 손실보상에 관하여도 이를 준용한다.

제15조 (토지등의 수용 및 지하공간의 사용 보상) ①지하공간개발 사업자가 지하공간 개발사업을 위해 타인 토지의 지하공간을 사용하고자 할 때는 당해 토지의 이용가치, 지하의 깊이 및 토지이용이 방해되는 정도 등을 참작하여 보상하여야

한다.

②제1항의 규정에 의한 지하공간 보상의 대상, 기준 및 방법에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

③제1항 및 제2항에 의해 보상한 토지의 지하공간 부분에 대하여는 토지소유자와 협의하여 구분지상권을 설정하여야 한다.

④이 법에 특별히 정하는 사항 이외의 토지 등의 수용 및 사용에 관해서는 도시계획법 제29조 및 제30조를 준용한다.

제 3 절 관리처분계획

제16조 (분양신청 등) ①지하공간에 대한 사용권을 지니는 토지소유자 또는 구분지상권자가 지하공간을 분양받고자 하는 경우에는 이 법에 의한 사업시행인가의 고시가 있는 날로부터 일정기간(예로서, 60일)내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 시행자에게 지하공간에 대한 분양을 신청하여야 한다.

②제1항의 토지소유자, 구분지상권자 외에 지하공간에 대한 전세권자, 임차권자, 저당권자, 기타의 권리자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제1항의 기간 내에 그 권리를 사업시행자에게 신고하여야 한다.

③지하공간 내의 공공용 지하공간을 이용하고자 하는 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자 및 기타 대통령령에서 정하는 사업자는 제1항의 기간내에 사업시행자에게 지하공간에 대한 사용을 신청하여야 한다.

제17조 (관리처분계획의 인가) ①사업시행자가 제16조제1항의 규정에 의한 기간이 경과한 때에는 본 법이 정하는 바에 의하여 지하공간에 대한 관리처분계획을 정하여 건설부장관의 승인을 받아야 한다. 다만, 사업시행자 이외에 지하공간에 대한 사용권자로서 토지소유자나 구분지상권자가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

②사업시행자는 관리처분계획 수립시 공공시설의 관리자 또는 공공시설의 이용사업자 등의 의견을 들어 이를 계획에 반영하도록 한다.

③건설부장관은 제1항의 규정에 의하여 관리처분계획을 인가하고자 할 때에 그 내용에 국공유지가 있을 때에는 미리 관리청의 의견을 들어야 한다.

④관리처분계획에서 정하여야 할 사항 및 인가절차 등에 대해서는 대통령령으로 정한다.

⑤관리처분계획의 수립기준, 관리처분의 방법, 재산의 평가, 기타 필요한 사항에

대해서는 대통령령으로 정한다.

제18조 (보류지하공간) 사업시행자는 지하공간 개발사업에 필요한 경비를 충당하거나 사업시행계획이 정하는 목적을 위하여 관리처분계획에서 지하공간의 일부를 분양하지 아니하고 이를 보류지하공간으로 정할 수 있다.

제19조 (분양신청을 아니한 자 등에 대한 조치) 사업시행자는 지하공간 개발구역 내의 지하공간에 대하여 사용권리를 지니는 토지소유자 또는 구분지상권자가 분양신청 기간 내에 분양신청을 하지 아니하거나 분양을 희망하지 아니할 때에는 제26조의 규정에 의하여 청산하여야 한다.

제20조 (가청산) 사업시행자는 제17조의 규정에 의한 관리처분계획의 인가가 있을 때 또는 제26조의 규정에 의한 청산을 함에 있어서 필요한 때에는 제27조의 규정에 준하여 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있다.

제21조 (관리처분계획에 의한 처분 등) 지하공간은 관리처분계획에 의하여 이를 처분 또는 관리하여야 한다.

제 4 절 공사완료에 따른 조치

제22조 (공사완료의 공고와 분양처분) ①사업시행자는 지하공간 개발사업에 관한 공사를 완료한 때에는 건설부령이 정하는 바에 의하여 건설부장관에게 공사완료 보고서를 제출하고 준공검사를 받아야 한다.

②건설부장관은 제1항의 규정에 의한 준공검사의 결과 지하공간 개발사업의 사업시행이 계획대로 완료되었다고 인정할 때에는 검사필증을 시행자에 교부하고 공사의 완료를 공고하여야 한다.

③사업시행자는 제2항의 규정에 의한 공고가 있을 때에는 지체없이 지하공간을 분할하여 분양처리를 하여야 한다. 다만 사업 계획서에 특별한 규정이 있는 경우에는 당해 지하공간 개발사업에 관한 공사가 전부 완료되기 전에도 완공된 부분에 대하여 준공검사를 받아 지하공간을 분양처분할 수 있다.

④제3항의 규정에 의하여 사업시행자가 분양처분을 하고자 할 때는 관리처분계획에 정한 사항을 분양받을 자에게 통고하고 이를 고시한 후 그 내용을 건설부장관에게 보고하여야 한다.

제23조 (지하공간에 대한 권리의 확정) ①제17조의 규정에 의하여 고시된 관리처분계획에 따라 지하공간을 분양받은 자는 지하공간에 대한 사용권을 취득한다. 단, 분양받은 자가 토지소유자권자가 아닌 경우에는 구분지상권을 취득하며, 구

분지상권 설정기간 등에 대해서는 관리처분계획에 정하는 바에 따른다. 이 경우에 종전의 지하공간에 관한 전세권, 저당권, 등기된 임차권은 그 분양받은 지하공간에 설정되는 것으로 본다.

②제1항의 규정에 의하여 취득하는 지하공간은 토지구획정리사업법의 규정에서 환지로 보며, 제18조의 규정에 의하여 사업시행자에게 귀속하는 지하공간은 토지구획정리사업법의 규정에 의한 보류지로 본다.

제24조 (매수청구권) ①지하공간 개발사업의 시행과 관련된 공공시설의 설치를 위하여 토지, 토지의 지하공간 등에 수용된 자는 당해 지하공간 개발구역 안에서 사업시행자가 매각하고자 하는 지하공간을 타에 우선하여 매수청구할 수 있다.

②제1항의 경우 매수대금의 결정방법, 납부시기, 분할납부를 포함한 납부방법등 필요한 사항을 대통령령으로 정한다.

제25조 (등기절차 및 권리변동의 제한) ①사업시행자는 제22조제3항의 규정에 의한 분양처분의 고시가 있을 때에는 지체없이 지하공간 및 건축물, 공작물에 대한 등기를 촉탁 또는 신청하여야 한다.

②제1항의 등기에 관하여 필요한 사항은 대법원 규칙으로 정한다.

③지하공간 개발사업에 관하여 제22조제4항의 분양처분 고시가 있는 날로부터 제1항의 규정에 의한 등기가 있을 때까지는 다른 등기를 하지 못한다.

제26조 (청산금 등) ①지하공간, 건축물 또는 공작물을 분양받을 자가 지하공간 개발사업의 시행전에 사용하고 있던 지하공간, 건축물 또는 공작물의 가격과 지하공간 개발사업의 완료 후에 관리처분계획에 의하여 분양받은 지하공간, 건축물 또는 공작물의 가격과 차액이 있을 때에는 사업시행자는 분양처분의 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액을 징수하거나 지급하여야 한다.

②제20조의 규정에 의하여 징수 또는 지급한 가청산금의 차액에 관하여도 제1항과 같다.

③제1항의 가격평가에 있어서 종전의 지하공간, 건축물 또는 공작물에 대하여는 지하공간 개발사업의 공사착수 전의 가격을, 지하공간 개발사업으로 인하여 분양받은 지하공간, 건축물 또는 공작물에 대하여는 공사착수전의 가격에 당해 공사에 소요된 비용 중 대통령령이 정하는 비용을 가산한 가격을 기준으로 한다.

④제3항의 경우 가격평가에 있어서 지하공간, 건축물 또는 공작물의 위치, 용도, 이용현황 등을 참작하여야 한다. 다만, 지하공간의 사용과 관련된 권리자로서 토지소유자 및 구분지상권자 전원의 동의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제27조 (청산금의 징수 등) ①제26조의 규정에 의한 청산금은 대통령령이 정하는 바에 의하여 분할 징수하거나 분할 지급할 수 있다.

②청산금을 납부할 자가 이를 납부하지 않을 때에는 행정청인 시행자는 국세 또는 지방세 징수의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다. 행정청이 아닌 자인 시행자는 관할 시장, 군수에게 그 징수를 위탁할 수 있다.

③제26조의 규정에 의한 청산금을 지급받을 자가 이를 받을 수 없거나 거부한 때에는 그 청산금을 공탁할 수 있다.

④청산금을 지급받을 권리 또는 이를 징수할 권리는 분양처분을 한 날의 다음 날로부터 5년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

제28조 (물상대위) 지하공간 개발구역 안에 있는 지하공간, 건축물 또는 공작물등에 관하며 설정된 저당권은 저당권 설정자가 지급받을 청산금에 대하여 이를 행사할 수 있다.

제29조 (구분지상권등 계약의 해지) ①지하공간 개발사업의 시행으로 인하여 구분지상권, 전세권 또는 임차권의 설정목적은 달성할 수 없게 된 때에는 그 권리자는 계약을 해지할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 계약을 해지할 자가 가지는 전세금, 보증금, 기타 계약상의 금전반환청구권은 사업시행자에게 이를 행사할 수 있다.

③제2항의 규정에 의하여 금전을 지급한 사업시행자는 당해 지하공간의 사용권을 지니는 토지소유자 또는 구분지상권에게 이를 求償할 수 있다.

④사업시행자는 제3항의 규정에 의한 求償이 되지 아니할 때에는 당해 지하공간의 사용권을 지닌 토지소유자, 구분지상권자에게 귀속될 지하공간, 건축물 또는 공작물을 압류할 수 있으며 이 경우에는 저당권과 동일한 효력을 가진다.

⑤제17조에 의한 관리처분계획의 인가 고시가 있는 날로부터 2월을 경과한 때에는 제1항의 규정에 의한 계약의 해지를 할 수 있다.

제 5 절 비용부담의 원칙

제30조 (비용부담의 원칙) ①지하공간 개발사업의 시행에 관한 비용은 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정에 있는 경우를 제외하고는 지방자치단체가 시행하는 경우에는 지방자치단체가, 행정청이 아닌 자가 시행하는 경우에는 그가 부담함을 원칙으로 한다.

②지방자치단체는 행정청이 아닌 시행자가 시행하는 지하공간 개발사업으로 설

치되는 주요 공공시설로서 대통령령이 정하는 것에 대하여는 당해 공공시설 설치에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 부담할 수 있다.

제31조 (공공시설관리자 등의 비용부담) ①사업시행자는 공공시설의 관리자 또는 상수도, 가스, 전력 등의 공익사업자가 지하공간 개발사업으로 인하여 이익을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 지하공간 개발사업에 소요되는 비용의 일부를 그 공공시설의 관리자, 공익사업자와 협의하여 이를 부담시킬 수 있다. 다만, 이 경우 협의가 성립되지 아니한 때에는 건설부장관이 공공시설에 관한 주무장관 및 공익사업자의 의견을 들어 이를 결정한다.

②비용부담의 비율 및 부담방법에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제32조 (보조 및 용자) ①행정청이 시행하는 지하공간 개발사업에 관한 기초공사 및 지하공간 개발사업의 시행에 소요되는 비용은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 일부를 국고에서 보조하거나 용자할 수 있다.

②국가 또는 지방자치단체는 행정청이 아닌 자가 시행하는 지하공간 개발사업에 소요되는 비용의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 보조하거나 용자 또는 용자를 알선할 수 있다.

제 4 장 限界深度 以下の 地下空間 關發事業

제33조 (한계심도 이하의 지하공간 개발사업의 종류) 한계심도 이하의 지하공간을 개발할 수 있는 공익사업은 다음 각호의 하나에 해당하는 사업이어야 한다.

1. 도 로
2. 하 천
3. 하수도
4. 철 도.
5. 기타 대통령령이 정하는 공익사업

제34조 (한계심도 이하의 지하공간 개발사업에 대한 조정) 한계심도 이하의 지하공간 개발사업 시행자중 주된 사업자는 공동으로 사업시행을 희망하는 사업자, 이들 사업자에 의해 지장이 초래될 우려가 있는 지하시설의 관리자 및 이들 사업자가 설치하는 시설에 의해 사업변경이 필요하게 된 자 등과 협의하여야 한다.

제35조 (사업 인정) 사업시행자가 한계심도 이하의 지하공간 개발을 위해 권리를 취득하고자 하는 때에는, 도시계획법에서 정하는 사업계획인가 신청 외에 토지수용법 제14조에 의한 사업의 인정을 별도로 받아야 한다.

제36조 (사업인정 신청서의 제출) 사업시행자가 사업인정을 받고자 하는 때는 사업인정신청서를 건설부장관에게 제출하여야 한다.

제37조 (사업인정의 요건) 건설부장관은 사업시행자가 신청한 사업이 다음 각호의 진부에 해당되는 때는 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐 사업을 인정할 수 있다.

1. 사업이 한계심도 이하의 지하공간 개발사업의 종류에 해당되는 것일 것
2. 사업자가 한계심도 이하의 지하공간 개발사업의 종류에 해당되는 것일 것
3. 사업이 한계심도 이하의 지하공간에서 시행되는 것이며 통상의 토지이용을 저해하지 않는 것일 것
4. 사업계획이 토지의 적정하고 합리적인 이용에 기여하는 것일 것
5. 한계심도 이하의 지하공간을 사용하는 공익상의 필요가 있을 것

제38조 (사업인정 신청서의 공람) 건설부장관은 사업인정에 관한 처분을 행하고자 하는 때는 사업자의 명칭, 사업의 종류 및 사업자를 공고하고 일정기간 사업인정 신청서 및 그 첨부서류를 일반에 공람시켜야 한다.

제39조 (이해 관계자의 의견서 제출 등) ①사업인정에 대하여 이해관계를 가진 자는 건설부장관에게 의견서를 제출할 수 있다.

②건설부장관은 이해관계자가 제출한 의견서에 기재된 사항을 심사하기 위해 필요하다고 판단되는 때는 이해 관계자에 대하여 공청회를 개최할 수 있다.

제40조 (사업인정의 고시 등) 사업인정을 한 때에는 사업자의 명칭, 사업의 종류, 사업지 등의 일정 사항을 고시함과 동시에 사업지 및 사업공간을 표시하는 도면을 일반에게 공람시켜야 한다.

제41조 (사업인정의 효과) 사업시행자는 사업인정을 얻음으로써 사업공간을 사용하는 권리를 취득하고 당해 한계심도 이하의 지하공간에 관한 기타의 권리는 사용기간 중에는 행사할 수 없다.

제42조 (기존 물건의 제거) 사업시행자는 당해 지하공간에 대한 권리를 취득한 경우 해당 지하공간에 있는 물건을 이전 또는 제거할 수 있다.

제43조 (기존 물건의 이전 등에 의한 손실의 보상) ①기존 물건을 이전 혹은 제거함으로써 손실이 생겼을 때 사업자는 손실을 입은 자에 대하여 통상 생겨나는 손실로서 보상하여야 한다.

②손실의 보상은 사업시행자가 손실을 입은 자와 협의하여 정하여야 한다. 협의가 성립되지 않는 때는 사업자는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

제44조 (토지수용법과의 관계) 기타 토지 수용 및 사용과 관련하여서는 토지수용법에 정하는 바에 따른다.

제 5 장 補 則

제45조 (자료의 제출 등) ①건설부장관은 지하공간 개발사업의 시행을 위하여 감독상 필요하다고 인정할 때에는 사업시행자에 대하여 보고 또는 자료의 제출을 명할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 그 업무 또는 회계에 관한 사항을 조사하게 할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 업무 또는 회계를 조사하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다.

제46조 (감독) ①건설부장관은 지하공간 개발사업의 시행이 이 법 또는 이 법에 의한 명령, 처분이나 사업시행계획 또는 관리처분계획에 위반되었다고 인정할 때에는 지하공간 개발사업의 적정한 시행을 위하여 필요한 범위 안에서 시행자에게 처분을 취소, 변경 또는 정지하거나, 그 공사의 중지, 변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

②건설부장관은 사정변경으로 인하여 지하공간 개발사업의 계속 시행이 현저히 공익을 해칠 우려가 있다고 인정할 때에는 이 법에 의한 인가 또는 승인을 취소하거나 시행자에게 공사의 중지, 변경 기타 필요한 처분이나 조치를 명할 수 있다.

제47조 (관계서류의 보관) ①행정청이 아닌 사업시행자가 지하공간 개발사업을 완료하였거나 폐지한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관계 서류를 시장 또는 군수에게 인계하여야 한다.

②제1항의 규정에 의하여 관계서류를 인계받은 시장 또는 군수는 당해 지하공간 개발사업의 서류를 건설부령이 정하는 바에 따라 보관하여야 한다.

제48조 (환매권) ①지하공간 개발사업의 사업시행계획 인정 후 지하공간의 사용에 관한 권리를 협의 취득한 날 또는 수용한 날로부터 5년이내에 사업의 폐지, 변경, 기타의 사유로 인하여 수용한 지하공간의 사용이 필요없게 된 때에는 그 협의 취득한 날 또는 수용 당시 지하공간에 대한 사용권을 지니던 토지소유자 및 구분지상권자 또는 그 포괄 승계인(이하 "환매권자"라 한다)은 그 필요없게 된 때로부터 1년, 그 협의취득일 또는 수용일로부터 5년이내에 당해 지하공간의 구분지상권에 대하여 지급받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자에게 지급하고 이를 환매할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 환매할 지하공간이 생겼을 때에는 사업시행자는 지체 없이 이를 환매권자에게 통보하여야 한다.

제49조 (도시계획구역 외의 지하도시계획시설에 대한 준용) 도시계획법 제80조에 의해 도시계획구역 외의 도시계획시설로서 결정된 지하도시계획시설의 설치를 위한 경우에는 한계심도 설정 및 한계심도 이하의 지하공간 개발사업에 관한 규정을 적용할 수 있다.

제50조 (지하도시계획시설을 위한 도시계획사업에서의 손실보상) 지하도시계획시설에 관한 도시계획사업에 대해서는 도시계획법이 정하는 비에 따르며, 손실보상에 대해서는 지하공간 개발사업에 관한 이 법의 규정을 적용한다.

제51조 (지하공간 개발구역 내 지하공간 개발사업의 분할 시행) 지하공간 개발구역내를 분할하여 지하공간 개발사업을 시행할 수 있다. .

제52조 (권한의 위임) ①이 법에 의한 건설부장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 서울특별시장, 직할시장 또는 도지사(이하 "시", "도지사"라 한다)에게 위임할 수 있으며 시, 도지사는 건설부장관의 승인을 받아 그 위임을 받은 권한을 시장(서울특별시장 및 직할시장은 제외한다), 군수, 구청장(자치구의 구청장에 한한다)에게 재위임할 수 있다. 단 제5조의 규정은 그러하지 아니하다.

②제1항의 규정에 의하여 권한이 위임된 경우에 그 위임된 사항 중 중앙도시계획위원회의 의결을 거쳐야 할 사항에 대하여는 도시계획법 제75조의 규정에 의한 지방도시계획위원회 또는 시도도시계획위원회 또는 구도시계획위원회의 의결을 거쳐야 한다.

제53조 (다른 법령의 준용 및 배제) 이 법에서 정한 것 이외에 지하공간 개발사업에 관하여 필요한 사항은 도시계획법을 적용한다.

제 6 장 罰 則

附 則

(다른 法令의 개정) ①이 법의 제정에 따라 도시철도법 제4조의6(지하보상 등)과 제5조(토지수용법에 대한 특례)의 내용을 개정하여, 지하보상 및 토지수용 등에 대한 특례가 이 법에 의거하도록 한다.

②국유재산법, 지방재정법의 내용에 지하공간 개발사업 시행을 위하여 필요한 경우, 사업시행자로 하여금 해당 지하공간에 구분지상권을 설정 가능하게 한다.

경제법제분석 98-4
지하공간 관련법제 정비방안

1998년 12월 26일 印刷

1998년 12월 31일 發行

發行人 徐 承 完

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 東 亞 商 社

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전 화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-a0190호

값 5.500 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-089-4 93360

