

現行法制改善方案研究(I)

# 現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

研究責任者：박영도(책임연구원)

共同研究者：강팔문(건설부 토지정책과 사무관)

박상희(연구원)

유해웅(국토개발연구원 수석연구원)

정태용(법제처 행정관리담당관)

**한국법제연구원**



## 發 刊 辭

財産權의 관념이 자유롭고 절대적인 권리로 파악되어 그것이 立法으로 반영되었던 근대사회와는 달리 오늘날의 사회는 社會連帶가 강조되고 福祉國家를 추구하는 결과, 필연적으로 공익목적을 위한 財産權의 規制가 강화되고 있습니다. 그리고 공법적 규제에 의하여 개인이 입은 損失에 대하여는 그것이 재산권이 지니는 內在的 制約의 범위에 속하지 않는 한 財産權保障이라는 헌법원칙상 損失補償을 행하고 있습니다.

그러나 현실적으로 주택·도로건설등 공공사업에 대한 수요가 계속 증가하고 있으며 이를 위한 用地費用이 급격히 상승하고 있어서 損失補償에 막대한 비용이 소모되어 公共事業의 수행에 상당한 어려움을 겪고 있는 실정에 있습니다. 이에 대한 해결책의 하나로써 정부는 최근 토지수용법의 改正을 추진하였는 바, 특히 債券補償制를 둘러싸고 헌법상 正當한 보상의 원칙을 위배하였다는 違憲論이 제기되는 등 상당한 논란이 제기되었습니다. 본 研究報告書에서는 이러한 토지수용법의 改正을 계기로 국민의 가장 큰 관심사의 하나인 재산권에 대한 공법적 규제, 즉 公用侵害를 규정하고 있는 법제전반에 관하여 살펴 보았습니다.

특히 收用·使用·制限을 내용으로 하는 우리나라의 公用侵害法制는 외국의 법제를 무비판적으로 도입하면서 법체계상 많은 문제점이 지적되고 있을 뿐 아니라, 財産權의 공적인 측면만을 강조하여 개인의 권리를 지나치게 침해하는 사례도 있으며, 법규정의 현실성이 결여되어 公益事業의 원활한 시행을 지연시킬 우려가 있는 경우도 있습니다. 본 研究報告書는 이러한 公用侵害法制가 안고 있는 문제점에 대한 체계적 분석을 통하여 우리나라의 公用侵害法制가 앞으로

개선해야 할 방향을 제시해 보았습니다. 특히 문제점을 도출하기 위한 기초작업으로 현행 공용침해법제를 收用, 使用, 制限의 유형별로 나누어 그 現況을 체계적으로 정리한 것은 앞으로 공용침해법제의 이론적 연구 및 실제운용에 상당한 도움이 될 것으로 기대하고 있습니다. 본 研究를 통하여 제시된 내용에 대하여 앞으로 다양한 비판과 연구가 진행되기를 기대하며, 아울러 관계자 뿐만 아니라 일반 국민에게도 公用侵害法制에 대한 이해를 넓히는 데 유용한 자료가 되기를 바랍니다.

끝으로 본 연구의 진행에 있어서 공동연구자로서 연구에 참여하여 원고를 집필해 준 建設部·法制處·國土開發研究院의 관계자에게 심심한 사의를 표하며, 研究課題의 수행에 많은 수고를 한 研究陣에게도 勞苦를 치하하는 바입니다.

1992年 6月 30日

韓國法制研究院  
院長 李世薰

# 目 次

第1章 序 論 .....	1
第1節 財産權保障의 現代的 意義 .....	1
第2節 財産權制約의 類型으로서의 公用侵害 .....	3
I. 公用侵害의 意義 .....	3
II. 公用侵害와 社會的 制約과의 區分 .....	4
III. 憲法上 公用侵害의 要件 .....	6
1. 財産權에 대한 侵害 .....	6
2. 法律上의 根據 .....	7
3. 公共必要 .....	7
4. 附帶條項(Junktimklausel) .....	9
5. 正當한 補償 .....	10
第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況 .....	13
第1節 概 說 .....	13
第2節 公用收用 및 補償關聯法制의 現況 .....	14
I. 土地收用法 .....	14
1. 沿 革 .....	14
2. 立法過程 .....	17
3. 現行 土地收用法의 主要內容 .....	21
II. 기타 個別法 (土地收用法에 대한 特例) .....	33
1. 公益事業에 관한 特例 .....	38

2. 收用對象에 관한 特例	42
3. 事業認定節次에 관한 特例	45
4. 裁決申請期間에 관한 特例	49
5. 殘地收用に 관한 特例	49
6. 管轄에 관한 特例	50
7. 補償節次 및 補償額算定에 관한 特例	51
8. 現金補償原則에 관한 特例	52
9. 未登記土地의 補償金支給에 관한 特例	52
10. 補償金의 供託에 관한 特例	52
11. 還買에 관한 特例	53
12. 移住對策에 관한 特例	53
III. 公用收用 및 補償關聯法制의 運營實態	55
1. 公共用地의 取得 및 補償實績	55
2. 公共用地 取得方法	58
3. 收用裁決	61
4. 異議申請	63
5. 補償關聯 民願現況	65
第3節 公用使用 및 補償關聯法制의 現況	65
I. 土地에의 出入	66
II. 一時使用	73
III. 繼續使用	78
IV. 空間使用 또는 地下使用	79
V. 代理開發	81
第4節 公用制限 및 補償關聯法制의 現況	82
I. 補償規定이 있는 公用制限法制	84
II. 補償規定이 없는 公用制限法制	90
1. 不作爲負擔 (行爲制限)法制	90
2. 去來制限	103

第5節 緊急時의 收用・使用・制限	104
I. 緊急事態時의 災害防止를 위한 경우	104
II. 裁決을 기다릴 여유가 없는 경우	107
第3章 主要國家의 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況	109
第1節 意    義	109
第2節 獨逸의 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況	109
I. 公用侵害制度의 成立과 發展	109
II. 公用侵害에 관한 立法權限과 個別法의 發展	112
III. 公用侵害 및 補償關聯法制의 具體的 內容	115
1. 公用侵害法制	115
2. 損失補償	118
第3節 日本의 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況	122
I. 公用侵害의 憲法的 根據	122
1. 憲法規定	122
2. 公用侵害의 憲法上 要件	123
II. 公用侵害 및 補償關聯法制의 具體的 內容	126
1. 公用侵害法制	126
2. 損失補償	130
第4章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 問題點	135
第1節 公用收用法制의 問題點	135
I. 公共事業計劃의 公共性問題	136
II. 事業認定制度의 問題	137
1. 事業認定機關	138
2. 事業認定申請의 時期	139

3. 事業認定의 要件	139
4. 任意交渉	140
III. 損失補償基準의 問題	141
1. 補償의 價格時點	141
2. 補償의 基準과 正當한 補償	142
3. 補償基準과 開發利益의 還收	145
4. 補償基準의 衡平性	146
5. 計劃의 公告 또는 公法上 制限 등에 의한 價格變動時의 補償基準	147
IV. 裁決과 補償方法에 관한 問題	149
1. 個別法上 裁決申請期間의 例外	149
2. 債券에 의한 補償	150
V. 事業認定에 대한 不服上의 問題	152
VI. 補償金에 대한 訴訟上의 問題	153
1. 損失補償의 增減請求訴訟의 形式	153
2. 補償金의 增減에 관한 訴訟의 範圍와 審判의 範圍	155
VII. 供託金・異議裁決補償金의 問題	157
1. 補償金의 支給命令	157
2. 遲延利子の 處理	158
第2節 公用制限法制의 問題點	158
I. 補償規定 採擇方式의 問題	158
1. 法律에 補償規定을 두지 않고 施行令에 補償規定을 둔 경우	159
2. 法律에 補償規定을 두고 있으나 具體的인 내용이 없는 경우	159
II. 補償要否의 問題	161
1. 都市計劃法의 開發制限區域	162
2. 都市計劃法의 保存地區	164



3. 都市計劃法の 第4種 美觀地區	164
4. 都市計劃法の 市街化調整區域	165
5. 自然公園法の 自然公園指定	165
6. 都市計劃의 長期間未執行	165
III. 補償節次의 問題	166
第5章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 改善方向	169
第1節 公用收用法制的 改善方向	169
I. 關聯法制的 整備	169
II. 收用制度의 體系的 綜合化	170
III. 各種 特例規定을 둔 法律의 整備	170
IV. 事業認定制度의 改善	171
V. 損失補償基準의 明確化	172
VI. 債券補償制度의 改善	172
VII. 收用裁決에서 정한 補償金에 대한 爭訟手段의 補完	173
第2節 公用制限法制的 改善方向	173
I. 損失補償에 관한 一般法制定의 必要性	173
II. 補償規定이 없는 法律의 補完	174
* 參考文獻	177

## 表 目 次

【ㄟ- 1】	土地收用法에 대한 特例規定 .....	34
【ㄟ- 2】	土地收用法의 適用 또는 準用 .....	37
【ㄟ- 3】	個別法律에 의한 公益事業 .....	39
【ㄟ- 4】	公用收用の 對象 .....	42
【ㄟ- 5】	事業認定 및 裁決申請期間에 대한 特例 .....	45
【ㄟ- 6】	移住對策에 관한 規定 .....	54
【ㄟ- 7】	年度別 公共用地取得實績 .....	55
【ㄟ- 8】	機關別 公共用地取得實績 .....	56
【ㄟ- 9】	中央部處別 公共用地構成費 .....	56
【ㄟ-10】	地方自治團體의 公共用地取得構成費 .....	57
【ㄟ-11】	事業別 用地取得 및 補償現況 .....	57
【ㄟ-12】	經濟計劃年次別 公共用地 取得構成費 .....	58
【ㄟ-13】	公共用地 取得方法別 面積構成費 .....	59
【ㄟ-14】	公共用地取得方法別 面積構成費 推移 .....	59
【ㄟ-15】	公共用地取得方法別 補償額構成 .....	60
【ㄟ-16】	公共用地取得方法別 m <sup>2</sup> 당 平均補償額 .....	60
【ㄟ-17】	收用裁決의 增加推移 .....	61
【ㄟ-18】	1990年 事業別 收用裁決面積 .....	61
【ㄟ-19】	1990年 事業別 收用裁決金額 .....	62
【ㄟ-20】	1990年 事業別 m <sup>2</sup> 당 收用裁決額 .....	63
【ㄟ-21】	異議申請 增加推移 .....	63
【ㄟ-22】	1990年 事業別 收用裁決面積 .....	64
【ㄟ-23】	年度別 係爭者 現況 .....	64
【ㄟ-24】	土地開發公社의 類型別 民願現況 .....	65

【표-25】	他人土地에의 出入節次 .....	67
【표-26】	土地에의 出入 등에 따른 損失補償 .....	69
【표-27】	一時使用의 對象 및 用途 .....	73
【표-28】	土地의 一時使用 또는 障礙物除去의 節次 .....	75
【표-29】	補償規定을 두고 있는 公用制限法制의 補償類型 .....	85
【표-30】	不作爲負擔(行爲制限)法制 .....	92
【표-31】	緊急時의 公用侵害 .....	105



# 第 1 章 序 論

## 第 1 節 財產權保障의 現代的 意義

近代市民社會에 있어서는 개인의 자유로운 경제활동을 통하여 富를 축적하는 것이 사회전체의 이익이 된다는 自由放任主義的 사상이 지배적이었다. 따라서 自由市場에서 자유로운 경쟁을 통하여 이익을 추구하는 개인의 경제활동에 대하여 國家는 간섭할 수 없었다. 그 결과 이러한 個人主義的 經濟觀으로 인하여 近代國家에 있어서는 재산권을 전국가적·천부적 권리로서 인정하였고 또한 그 財產權의 절대성·불가침성이 인정되었던 것이다.<sup>1)</sup> 이러한 재산권의 絕對性·不可侵性은 계약의 자유와 더불어 근대시민사회의 법적 지주가 되었으며, 所有權概念을 중심으로 한 私法秩序를 매개로 하여 近代資本主義를 발전시킨 원동력이 되었다.<sup>2)</sup>

그러나 20세기에 들어와서 資本主義의 발달에 따라 여러가지의 사회문제가 대두되면서 인간생활의 基本的 需要를 충족시킬 수 있는 자급자족적인 사회를 이룩할 수 없는 상황이 발생하면서 필연적으로 個人主義的 財產權의 절대성·불가침성은 修正되지 않을 수 없게 되었다. 따라서 한편으로는 私有財產制度를 원칙적으로 인정하면서, 다른 한편으로 國家는 사회전체의 이익을 위하여 재산권에 대하여 필요한 규제를 행하게 되었다. 이는 현대경제사회에 대응하여 재산

---

1) 財產權保障의 意義와 變遷에 관하여 자세한 것은 金南辰, 「財產權의 價値保障과 存續保障」, 月刊考試 1989. 5. 참조.

2) 韓泰淵, 「韓國憲法에 있어서의 財產權의 保障—이른바 土地公概念에 관한 立法을 계기로—」, 考試研究 1990. 3. 172面.

권의 社會的 義務性을 강조하고 그 재산권이 相對的 自由權으로 보장됨을 의미한다.<sup>3)</sup> 따라서 현대국가에 있어서 財產權保障의 變用的 대표적인 현상은 財產權保障의 相對化이며, 그 구체적 표현으로는 財產權保障의 法的 性格의 變化, 財產權概念의 分化, 財產權의 社會的 拘束性의 強化, 公用侵害의 基準 및 損失補償基準의 變化, 財產權의 社會化 등으로 나타난다.<sup>4)</sup>

이와 같은 현대국가에 있어서 재산권보장의 구조변화는 近代的 財產權의 수정에도 불구하고 本質的으로 절대적인 자유를 부정하는 것이 아니고 오히려 社會國家의 理念을 실현하는 입장에서의 수정이므로 이는 자본주의 사회전체 내지 經濟體制를 유지한다는 의미를 갖는 동시에 경제체제로서의 社會主義를 배격하고 자본주의체제의 유지·발전을 규범화한 것이라 할 수 있다. 여기에서 財產權保障과 관련된 여러가지 법적 문제에 대하여 法解釋上 또는 立法政策上의 귀결을 도출하고자 하는 사고방법이 그 출발점에 놓여있는 것이다.

이러한 전제에서 우리 憲法도 제23조 1항에서 「모든 국민의 財產權은 保障된다」라고 규정하여 앞서 살펴본 근대적 재산권, 즉 인간이 生來的 權利로서 享有하고 대상물을 자기의 자유로운 의사에 기해 利用·處分 할 수 있는 순수한 經濟的 權利로서의 재산권을 보장하는 한편, 동조 제1항 후문의 「財產權의 內容과 限界는 法律로 정한다」라는 규정과 동조 제2항의 「財產權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다」라는 규정을 두어 근대적 재산권에 대하여 社會國家의 理念을 실현하는 입장에서 수정의 필요성을 승인하는 현대적 재산권의 이념을 아울러 표현하고 있다. 이와 같은 규정을 볼 때 우리 헌법은 재산권을 前國家性·天賦의 神聖不可侵의 권리로 인정하여 절대시하는 근대개인주의적 사상에 대하여 財產權을 사회공공의

3) 安溶教, 「憲法上의 財產權保障」, 現代財產法의 諸問題(金基善博士 古稀記念論文集), 法文社 1987, 662面.; 李康嫻, 「財產權의 自由機能과 社會的 機能」, 月刊考試 1982.4, 37面.

4) 金文顯, 「社會國家에 있어서의 財產權」, 公法研究 第16輯, 1988, 79面 이하.

입장에서 이해하여 이에 적합한 경우에만 승인하는 社會國家의 理念을 실현하는 현대적 재산권을 가미하여 近代的 財產權 保障과 現代的 財產權의 調和를 도모하고 있다고 이해된다.

## 第 2 節 財產權制約의 類型으로서의 公用侵害

### I. 公用侵害의 意義

우리 憲法은 제23조 3항에서 「公共必要에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로서 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다」라고 규정하여 사회국가에 있어서의 財產權概念變化의 집약적 표현이라고 할 수 있는 財產權의 社會的 拘束性 (Sozialbindung des Eigentums)의 강화와 그에 대한 보상의 원칙을 선언하고 있다. 여기에서 「收用」이란 재산권의 박탈을, 「使用」이란 재산권의 박탈에 이르지 아니한 一時的 使用을, 「制限」이란 소유자 기타 權利者에 의한 재산권의 사용·수익을 制限하는 것을 의미하며, 이것을 전부 포괄하여 「廣義의 公用制限」 또는 「公用侵害 (Enteignung)」라고 한다.<sup>5)</sup> 이러한 規定은 개인주의적·자유주의적 재산권개념으로 부터 전환하여 재산권의 社會共同體에의 구속성을 인정하고, 국가에 대해 財產秩序의 形成에 관한 임무와 권한의 부여를 의미하며, 다른 한편으로는 국가에 대하여 社會的 拘束性의 한계를 벗어난 적법한 재산권의 침해에 대한 補償을 命令하고 있다고 이해된다.

그러나 현행 憲法에서 공용침해의 허용요건으로서 규정하고 있는 「公共必要」, 「法律上の 根據」, 「補償規定과의 附帶」, 「正當한 補償」

5) 본 研究報告書에서는 이러한 廣義의 公用制限 또는 公用侵害概念을 채택하고 있다.

등을 둘러싸고 많은 논란이 제기되어 있으나, 본 연구의 目的은 이 점을 상세히 검토하려는 것이 아니라 現行 公用侵害法制的 現況과 問題點診斷 및 改善方案을 파악하려는 데 중점을 두고 있기 때문에, 여기에서는 헌법상 규정하고 있는 公用侵害의 要件에 대해 간략하게 살펴보기로 한다.

그리고 이를 위한 전제로서 우선 公用侵害와 社會的 制約과의 구분에 관하여 살펴보기로 한다.

## II. 公用侵害와 社會的 制約과의 區分

收用이나 使用의 경우에는 개인의 재산권에 가하여진 명백한 特別犧牲이기 때문에 補償이 제공되어야 하는 것이 당연하지만, 狹義의 制限의 경우에는 財產權에 내재하는 일반적인 社會的 制約인지 아니면 補償을 요하는 特別犧牲인지 여부가 불분명한 경우가 많다. 실제로 補償規定을 두고 있지 아니한 각종 財產權制限法律에 대하여 違憲審査請求나 憲法訴訟이 제기되고 있는 것도 이러한 제한이 財產權의 內在的 制限으로서 보상없이 受忍하여야 하는 것인지 아니면 補償을 요하는 特別犧牲인지 여부에 대한 판단이 애매하기 때문이다. 制限의 경우에 있어서의 보상없는 財產權의 內在的 制約과 補償을 요하는 特別犧牲과의 구분에 관하여는 學說과 判例에서 상당한 논란이 되고 있는데, 크게는 形式的 基準說, 實質的 基準說, 그리고 折衷說로 구분할 수 있다.

우선 「形式的 基準說」은 財產權에 가하여진 侵害가 특정 개인이나 집단에게 일반인에게는 예기되지 않은 特別한 犧牲을 의미하며 따라서 平等原則에 위배되는 財產權의 侵害인가 아닌가에 의하여 양자를 구별하려는 입장이다. 또한 이 견해는 특정인에 대한 個別的 行政行爲를 통하여 侵害가 이루어 졌는지 여부에 중점을 두고 있기 때문에 個別行爲說이라고 부르기도 한다.<sup>6)</sup> 獨逸聯邦最高法院(BGH)은 현

6) 이러한 個別行爲說은 Weimar시대의 帝國法院과 Anschütz에 의하여 대표 되었다(Breuer, 「Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau-und



재까지도 기본적으로 이 說에 따르고 있다.<sup>7)</sup>

그리고 「實質的 基準說」은 形式的 基準說이 지니는 문제점을 해소하려는 학자들의 노력으로 등장한 保護價値性說(W. Jellinek), 受忍限度說(Stödter), 私的效用說(Reinhardt), 目的違背說(Forsthoff) 등의 諸理論이 實質的 基準에 의하여 財產權의 社會的 制約과 特別犧牲을 구분하고자 하였기 때문에 붙여진 이름이다.<sup>8)</sup> 즉 이 견해는 위에서 언급한 保護價値性, 受忍限度, 私的 效用, 目的違背性 등의 실질적 기준에 따라 財產權의 社會的 制約과 特別犧牲을 구분하고자 했다. 그러나 이러한 實質的 基準說 자체도 그 각각에 있어서 이론적인 취약점이 있기 때문에 실무나 판례에서 이를 그대로 채택하는 경우는 찾아 볼 수 없다.<sup>9)</sup>

결국 公用制限의 경우에 있어서의 特別犧牲(補償附 侵害)과 補償 없는 社會的 制約의 구분은 헌법이 규정하고 있듯이 立法者가 法律로써 판단하여야 할 사항이다. 따라서 위에서 언급한 양자의 구분에 관한 諸學說은 그러한 法律의 合憲與否가 다투어지는 경우에 대비한 이론이라 할 수 있다. 그러나 이들 이론중 어느 하나를 구별기준으로 하여 각종 財產權制限行爲를 획일적으로 판단할 수는 없으며, 관련문제를 유형화하여 보다 구체적으로 검토하고 이를 토대로 종합적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>10)</sup>

Eigentumsgarantie」, 1976, S. 48).

7) BGHZ 6, 270; 60, 126.

8) 獨逸聯邦行政法院(BVerwG)이 내세우는 「重大性說」도 이러한 實質的 基準說의 범주에 포함시킬 수 있다.

9) 이러한 각 理論의 具體的 內容과 問題點에 관하여는 Breuer, a. a. O., S. 54ff.

10) 金南辰, 「行政法 I」, 法文社 1992, 538面; 土地財產權의 利用制限과 관련하여서는 獨逸聯邦最高法院의 判例理論으로 狀況拘束性(Situationsgebundenheit)理論이 특별히 발전되었다. 이 理論은 일정한 土地는 그가 놓여있는 사실상의 위치로 인해서 일정한 利用이 제한받게 되며, 그와 같은 지리적 위치로 인한 制約은 財產權에 內在하는 社會的 制約으로서 補償의 대상에서 제외된다는 理論이다(BGHZ 23, 30).

### III. 憲法上 公用侵害의 要件

#### 1. 「財産權」에 대한 侵害

憲法 제23조 1항 2문에서 財産權의 「內容」을 법률로써 정하도록 하고 있기 때문에 絶對的인 財産權概念을 설정하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 그럴 필요도 없다. 왜냐하면 財産權의 概念은 구체적인 상황에 따라서 그리고 시대의 변화에 따라서 변천할 수 있기 때문이다.<sup>11)</sup> 다만 일반적인 의미에서의 憲法上的 재산권개념은 私的 效用과 任意的인 處分權能이 인정되는 모든 재산적 가치있는 權利를 뜻하는 것으로 정의할 수 있다.<sup>12)</sup>

즉, 憲法上的 財産權概念은 民法上的 기술적인 의미의 財産權概念과는 구분하여야 한다. 물론 私法上的 財産權概念과 憲法上的 財産權概念이 결코 대조적 개념으로 구성되는 것은 아니지만, 양개념이 완전히 일치되는 개념도 아님을 간과해서는 안된다.<sup>13)</sup> 오히려 憲法上的 財産權概念은 시민의 전체재산영역을 포함한다는 면에서 보다 廣義의 개념이다. 이에 物件에 대한 支配權 뿐만 아니라 請求權, 株式, 著作權과 같은 그밖의 권리도 포함된다. 또한 이에 個人的 公法上的 권리도 포함된다. 이와 같이 民法上的 財産權概念과 憲法上的 財産權概念이 일치하지 않는 것은 양개념이 상이한 의미부여에 기초하고 있기 때문이다. 憲法上的 財産權概念은 國家의 侵害로부터의 防禦(Abwehr)라는 憲法上的 財産權保障이라는 기능에 초점이 맞추어진 개념이다.

오늘날 생활양식 및 사회경제구조의 변화 그리고 사회국가의 경향

11) 財産權概念의 變化可能性에 관하여는 Sendler, 「Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum」, DÖV, 1974, S. 73ff 참조.

12) 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社 1990, 454面.

13) F. Ossenbühl, 「Staatshaftungsrecht」, 4 Aufl., 1991, S. 126.

으로 인하여 憲法上의 財產權概念은 擴大되고 있다.<sup>14)</sup> 이러한 재산권개념의 확대경향과 더불어 憲法上의 財產權概念에 포섭되고 있는 것으로는 個人的 公法上의 法的地位, 營業權, 隣接住民權 (Anliegerrecht) 등이 논의되고 있다.

## 2. 法律上の根據

憲法 제23조 3항은 公用侵害의 要件으로써 「法律上の根據」를 요청하고 있다. 여기에서 말하는 法律이란 實質的 法規가 아니라 國회가 立法節次에 따라 제정한 形式的 의미의 法律을 의미한다. 따라서 법률하위의 命令이나 規則 또는 條例에 의한 公用侵害는 허용되지 않는다.<sup>15)</sup> 그러나 法律下位의 法規가 법률의 근거에 따라 발하여진 경우에는 이러한 규범에 의한 公用侵害가 排除되는 것은 아니다. 즉, 公用侵害行爲 자체는 여러가지 방법에 의하여 행해질 수 있다. 形式的 法律이 직접 公用侵害自體를 정할 수도 있으며 (Legalenteignung), 形式的 法律이 行政府에 대하여 行政行爲에 의하여든 法規命令에 의한 個別行爲에 의하여든 公用侵害를 행할 권한을 부여할 수도 있다.<sup>16)</sup> 그러나 직접 法律에 의한 公用侵害는 憲法體系上 매우 제한된 경우에만 허용되는 것으로 간주되고 있다. 왜냐하면 직접 法律에 의한 公用侵害 (Legalenteignung)는 法律에 대한 管轄法院의 審査可能性이 排除되기 때문에 憲法上의 權利保護保障을 약화시키는 의미를 지니기 때문이다.<sup>17)</sup>

## 3. 公共必要

헌법상의 公共必要概念은 抽象的·不確定的이고 그 때문에 憲法裁

14) 憲法上의 財產權概念의 확대경향에 관하여는 Kimminich, 「Erweiterung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs」, Der Staat 14(1975), S. 397 ff.

15) BVerfGE 56, 249; Schick, DVBl. 1962, S. 774.

16) Maunz/Dürig/Herzog, 「GG-Kommentar」, Art. 14, S. 217.

17) F. Ossenbühl, a. a. O., S. 165.

判所의 통제하에서 구체화를 필요로 하는 개념이다. 이러한 헌법상의 공공필요개념을 구체화시키는 것은 개별입법자의 임무이다.<sup>18)</sup> 일반적인 의미에서의 公共必要란 公共利益을 위한 일정한 公益事業을 실현시키거나 國家安全保障, 秩序維持 등의 公益目的을 달성하기 위하여 財産權의 制限(公用收用)이 불가피한 경우를 말한다.<sup>19)</sup> 그러나 이러한 公共必要 또는 公共福利概念은 개념의 抽象性, 不確定性 및 公共性概念의 확대화경향에 따라 이를 적극적으로 정의하는 것이 불가능하기 때문에 단순히 소극적으로 묘사하는 것에 그치고 있다. 여기에서 소극적으로 묘사한다는 것은 적어도 行政主體가 그의 재정적 수요를 충족하기 위한 경우라든가 특정인의 이익을 도모하기 위한 경우 등은 公共必要를 위한 경우로 볼 수 없다는 등으로 설명하는 경우를 말한다.<sup>20)</sup> 결국 법이 公用侵害의 目的으로서 공공필요를 제시하거나 公用侵害를 할 수 있는 公益事業을 열거하고 있으나(土地收用法 제3조), 이는 일응의 기준에 불과하며 공공필요의 유무는 개별적·구체적으로 公益과 私益의 比較衡量을 통하여 정하여야 한다는 것이다. 이러한 「公共必要」가 존재하는지 여부를 판단하는 데 있어서 기준이 되는 것이 比例(過剩禁止)의 原則이다.

過剩禁止의 原則에 따르면 公用侵害는 手段의 比例性이라는 法治國家的 要請을 충족시켜야 할 뿐만 아니라 공공복리의 실현을 위한 수단의 적합성·필요성도 요청된다. 왜냐하면 公用侵害는 憲法上 財産權保障의 의미상 「최후수단(ultima ratio)」이기 때문이다. 따라서 公用侵害는 이것 이외에는 다른 法的·經濟的으로 대체할 수단이 없는 경우에만 허용되는 것으로 간주되고 있다. 예컨대, 物權이나 債權의 讓渡만으로 동일한 결과를 얻을 수 있는 경우에는 이를 채택하여야 한다. 이러한 過剩禁止의 原則은 관계인에게 최소한의 부담

18) F. Ossenbühl, a. a. O., S. 165.

19) 許營, 前掲書, 467面.

20) 金南辰, 「行政法의 基本問題」, 法文社 1992, 452面; Schmidbauer, 「Enteignung zugunsten Privater」, 1989, S. 91f.

을 주는 수단을 선택할 것도 요청한다.<sup>21)</sup>

#### 4. 附帶條項(Junktivklausel)

公用侵害는 補償의 구체적 내용을 규정한 法律에 根據하여 행하여져야 한다. 憲法 제23조 3항의 요청을 충족시키지 않는 補償規定을 든 公用侵害法律은 따라서 違憲이 된다. 이러한 「補償의 附帶」는 입법자에 대하여 「警告 및 開放機能(Warn- und Offenbarungsfunktion)」을 가진다. 경고 및 개방기능에 의하여 입법자에 대하여 「規律할 事案이 憲法上의 公用侵害要件을 충족시키는지 여부와 이러한 경우에 公的 豫算에 의하여 負擔하여야 하는 補償이 提供되어야 하는지 與否」를 입법시에 고려하도록 강제하고 있다. 즉 立法者는 여러가지 이익상황을 고려할 때 어떠한 정도와 방법으로 보상을 보장할 것인지를 스스로 최종결정하여야 한다. 이러한 附帶條項의 요청은 「基本權保護的 機能」도 수행한다. 憲法上 강제되는 公用侵害는 關係財產權者를 위한 補償의 결부에 의하여 보충적인 節次適合性を 확보할 수 있다. 입법자 스스로가 이미 보상의 방법과 정도에 관한 규율을 행한 경우에는 財產權者는 이를 受忍하여야 한다. 반대로 補償의 「要否와 方法」이 규범적으로 정해져 있는 경우, 즉 보상문제가 關係財產權者에 대하여 侵害規定과의 불가분의 결합이 이루어져 있는 경우에만 비로소 公用侵害가 행해질 수 있다.<sup>22)</sup>

附帶條項의 요청과 관련하여 財產權의 社會的 制約과 公용침해의 限界領域에 있는 財產權侵害의 內容과 效力에 관하여 입법자가 잘못 판단할 위험이 있다. 고전적인 公用侵害概念의 해체와 이로 인한 公用侵害概念의 확대화 경향과 더불어 이러한 한계가 매우 모호해 졌으며 한계확정을 개별사례별 평가에 의존하였기 때문에, 입법자의 그릇된 평가에 따른 헌법위반의 위험성이 매우 높아졌다. 이러한 위험을 줄이기 위하여 입법에서는 「白紙形式에 의한 補償規定」이라는

21) F. Ossenbühl, a. a. O., S. 166.

22) Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., S. 222.

수단이 사용될 수 있다. 예컨대 ‘法律에 근거한 措置가 公用侵害를 의미하는 경우에 금전에 의한 補償을 提供하여야 한다’는 식으로 막연한 보상규정을 둘 수가 있다. 이러한 종류의 규정은 憲法 제23조 3항의 規律要請을 충족시키는 것이 아니라 다만 이미 憲法에서 행한 것을 반복하여 규정하고 있는 것일 뿐이다. 헌법상의 附帶條項의 立法趣旨에 따르면 입법자가 補償이라는 법적 효과가 나타나는 構成要件을 명확히 규정하는 경우에만 補償附帶의 요청을 충족시켰다고 볼 수 있다. 입법자는 憲法 제23조 3항의 기준에 따라 補償請求權의 요건을 규정하여야 하며 이러한 과제를 法適用機關에 위임하여서는 안 된다.

## 5. 正當한 補償

憲法은 公用侵害와 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다고 규정하고 있다(憲法 제23조 3항). 여기에서 말하는 「正當한 補償」이 무엇을 의미하는지에 대하여는 이를 한마디로 단정하기 어렵다. 학설에서는 정당한 보상의 의미에 관하여 일반적으로 完全補償說과 相當補償說로 나누어져 있다.

「完全補償說」에 의하면 정당한 보상이 되기 위해서는 被侵害財産이 가지는 객관적 가치를 완전하게 보상하여야 한다고 한다. 즉 정당한 보상이 되기 위해서는 被侵害財産이 가지는 客觀的 市場價値뿐만 아니라 侵害에 의하여 직접적, 부수적으로 야기된 附帶的 損失(Folgeschäden)도 포함된 완전한 보상이 제공되어야 한다는 것이다. 이러한 完全補償說은 주로 자유국가적 재산권개념을 바탕으로 한 주장이며, 미국의 修正憲法 제5조의 正當補償條項을 중심으로 미국에서 발전된 관념이다. 헌법재판소는 「憲法이 規定한 正當한 補償이란 損失補償의 원인이 되는 財産權의 侵害가 기존의 법질서안에서 개인의 財産權에 대한 個別的인 侵害인 경우에는 그 損失補償은 원칙적으로 被收用財産의 客觀的 財産價値를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 完全補償을 뜻하는 것으로서, 補償金額 뿐만 아니라 補

償의 時期나 方法 등에 있어서도 어떠한 制限을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다」고 판시하여 完全補償說에 입각한 태도를 보이고 있다.<sup>23)</sup>

「相當補償說」은 주로 社會國家的 입장에서 주장되는 것으로서, 補償은 財產權侵害行爲의 공공적 중요성에 비추어 社會國家的 기준에 의하여 정하여 지는 適正한 補償이면 족하다는 입장이다. 즉 補償은 원칙적으로 완전한 보상이 제공되어야 하지만 합리적인 이유가 있는 경우에는 완전보상을 하회하는 보상도 제공될 수 있다는 입장이다. 독일 聯邦憲法裁判所는 이러한 相當補償說을 취하고 있다.<sup>24)</sup>

財產權에 대한 侵害에 대하여 어느 정도까지 보상을 제공하여야 하는지에 대한 문제는 각국의 立法態度나 社會倫理的 價値觀에 따라 정하여져야 한다.<sup>25)</sup> 따라서 현행 憲法上的 正當한 보상은 항상 획일적인 補償基準이 적용되는 것이 아니라 원칙적으로 完全補償을 해주어야 하지만 경우에 따라서는 이를 하회할 수도 있고, 生活補償까지 해주어야 하는 경우도 있다는 것으로 해석하여야 한다.

23) 1990. 6. 25, 89 헌마 107.

24) BVerfGE 24, 367; 46, 268.

25) 金南辰, 「行政法 I」, 法文社 1992, 543面.





## 第 2 章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制 의 現況

### 第 1 節 概 說

앞에서 살펴본 것 처럼 財産權은 社會性·公共性에 의한 私法的 制約 이외에도 현대의 복리국가에 있어서는 필연적으로 公益的 目的을 위한 公法的 規制가 보다 강화되고 있다. 즉 公共福利의 증진을 도모하기 위한 각종 계획과 이에 따른 公益事業의 시행 등으로 개인의 재산권은 여러가지의 公法的 規制를 받게 되었다. 憲法은 이러한 개인의 재산권에 대한 公法的 規制(收用·使用·制限)에 대하여 원칙적으로 보상을 행하도록 규정하고 있다. 다만 공법적 규제 가운데 재산권이 지니는 내재적 한계로 인하여 당연히 財産權者가 受忍하여야 할 公法上의 制限에 대하여는 補償을 인정하고 있지 않다. 그리고 개별법에서 이러한 각종 公法的 規制와 이에 따른 損失補償에 관한 사항을 규율하고 있다. 이러한 公用侵害法制는 헌법 제23조 3항에 규정된 침해의 유형에 따라 분류해 보면 크게 公用收用法制, 公用使用法制, 公用制限法制로 나누어 진다. 公用수용 및 公用사용법제는 일반법적 성격을 띤 土地收用法과 이에 대한 特例를 규정하고 있는 個別法이 있으며, 公用制限法制는 보상규정의 유무에 따라서 補償規定이 있는 公用制限法制와 補償規定이 없는 公用制限法制로 구성되어 있다.<sup>1)</sup> 이러한 收用, 使用, 制限에 관한 각종 法制는 공

1) 물론 公用侵害法制의 구분에 있어서 公用사용을 使用制限이라 하여 公用제한의 일종으로 분류하기도 하며, 公用制限法制도 분류기준에 따라서 여러가지의 유형으로 구분되고 있다. 그리고 엄격한 의미에서 보상규정이 없는 公用제한법제는 財産權의

적인 측면만을 강조하여 개인의 재산권을 지나치게 침해하는 경우도 있고, 現實性이 결여되어 공익사업의 원활한 시행을 지연시킬 우려가 있는 경우도 있으며, 외국의 法制를 무비판적으로 받아들여 법체계의 문제점을 안고 있는 法律도 있다. 따라서 現行 公用侵害法制는 공공복리를 위한 公法的 規制와 개인의 財產權保護와의 형평성유지, 현실성 없는 法制의 改善 등 앞으로 해결해야 할 많은 문제를 안고 있다. 본 연구는 이러한 인식을 토대로 現行 公用侵害法制의 개선방향을 찾고자 하는 데 그 목적을 두고 있는 바, 이를 위하여 우선 그 現況을 살펴보기로 한다.

## 第 2 節 公用收用 및 補償關聯法制의 現況

### I. 土地收用法

#### 1. 沿革

##### (1) 制定

公用收用に 따른 損失補償制度가 최초로 입법화된 것으로는 일제가 철도와 항만 등 군용시설을 설치하는 데 필요한 토지를 취득하기 위하여 1911년 4월 制令 제3호에 의하여 制定, 施行한 朝鮮土地收用令을 들 수 있다. 이 朝鮮土地收用令은 軍用施設用土地를 신속하게 취득하기 위한 強制的 取得에 치중된 반면에 補償을 통한 土地所有者의 財產權保護라는 측면은 상당히 경시되었다. 同令은 1918년 1월 1次 改正이 있는 이후 1941년 9次 改正까지 수차례의 개정을 거치면서 해방이후 1962년 1월 15일 「土地收用法」이 제정될 때까지 계속 통용되었다.

1961년부터 시행된 경제개발5개년계획에 의하여 國土開發事業이

---

社會的 制約으로서 헌법상 의미에서의 공용제한으로 볼 수는 없으나, 본 연구보고서에서는 補償이라는 측면에서 공용제한법제의 현황과 문제점을 밝혀 보려고 하므로 補償規定의 有無에 따라서 공용제한법제를 분류하였다.

활발히 추진됨에 따라 公共事業의 원활한 遂行과 私有財産權의 保護라는 목적을 효율적으로 달성할 수 있는 새로운 法律의 제정필요성이 인식되면서 1962년 1월 15일 法律 제956호로 土地收用法이 制定되었다. 이에 따라 公共用地的 強制的 取得에 따른 補償制度가 법적으로 보장되게 되었다.

(2) 改正經過

改 正	主 要 內 容
第1次 改正 (1963. 4. 2. 법률 제1312호 : 國家再建最高 會議議決)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 起業者와 土地所有者 및 關係人 사이에 協議가 성립한 경우에 관할 土地收用委員會에 協議成立의 확인을 신청할 수 있으며 이러한 확인은 裁決과 같은 效力이 인정되는 것으로 규정함(제25조의2)</li> <li>○ 異議申請의 裁決에 대하여 불복이 있을 때에는 裁決書가 送達된 날로부터 1월이내에 行政訴訟를 제기할 수 있도록 하고 裁決이 확정된 경우에 裁決正本은 집행력 있는 判決正本과 동일한 효력을 가지는 것으로 함(제72조의2)</li> </ul>
第2次 改正 (1971. 1. 19. 법률 제2293호)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 다른 법률에 의하여 土地를 收用 또는 使用할 수 있는 公益事業을 公益事業의 종류에 추가함(제3조 8호)</li> <li>○ 事業認定告示 이후에 별도로 행하던 土地稅目的 公告·通知를 事業認定告示와 동시에 하도록 함(제16조)</li> <li>○ 地價告示制를 신설하여 裁決當時의 損失補償額 算定 基準原則에 대한 例外를 인정함(제16조의2)</li> <li>○ 事業認定의 效力期間을 1년으로 하고 1년이내에 協議不成立으로 인한 裁決申請을 하지 아니하는 경우에는 事業認定의 效力이 喪失되는 것으로 함(제17조)</li> </ul>
第3次 改正 (1981. 12. 31. 법률 제3534호)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 土地收用法에 의한 사업인정당시의 地價告示制를 廢止하고, 國土利用管理法에 의하여 基準地價가 고시된 지역내에서의 토지에 대한 補償을 이 基準地價를 기준으로 하게 함. 이와 아울러 지가고시제와 관련하여 인정하였던 豫定補償金優先支給請求制度도 廢止함(제16조의2, 제46조 2항)</li> </ul>

改正	主要内容
	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 協議方法과 節次를 정하였으며 收用할 土地에 대하여 收用當事者간에 協議가 成立된 경우에는 그 사실을 公證人의 公證을 받아 管轄 土地收用委員會에 申請할 수 있도록 하고 管轄 土地收用委員會가 이를 수리함으로써 協議成立確認과 같은 效力이 있도록 함(제25조의2 제3항)</li> <li>○ 被收用者에게  협의불성립시 起業者로 하여금 裁決申請을 조속히 하도록 청구할 수 있는 裁決申請請求權을 부여하고, 이러한 청구를 받은 起業者는 2개월이 내에 管轄 土地收用委員會에 裁決을 申請하도록 함(제25조의3)</li> <li>○ 補償金의 裁決에 있어서는 不告不理의 原則에 대하여 예외로 하였고 土地收用委員會는 當事者의 主張이나 請求의 범위에 불구하고 補償金에 한하여 그 범위밖의 增額裁決을 할 수 있도록 함(제29조 3항)</li> <li>○ 異議申請裁決不服時 起業者가 行政訴訟을 제기하여 敗訴한 경우 異議申請裁決書 送達日로부터 判決日까지 「訴訟促進등에 관한特例法」 제3조에 규정된 金리를 지급하도록 함(제75조의3)</li> <li>○ 公共事業에 직접 제공된 토지의 殘餘地에 대하여 收用請求가 있는 경우에 그 잔여지에 대하여는 事業認定節次가 있는 것으로 함(제48조 4항)</li> <li>○ 損失補償額의 算定方法 및 基準에 관하여는 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」 제4조·제8조를 준용하도록 함으로써 損失補償法令의 구체화 통일화를 기함(제57조의2)</li> </ul>
<p>第4次改正 (1989. 4. 1. 법률 제4120호)</p>	<p>損失額의 算定時期 및 方法에 있어서 土地에 대한 補償은 「地價公示및土地등의評價에 관한法律」에 의한 公示地價를 기준으로 하게 함(제46조 2항)</p>
<p>第5次改正 (1990. 4. 7.)</p>	<p>○ 中央土地收用委員會의 委員중 일부를 常任委員으로 하고 전담사무기구를 설치(제30조)</p>

改 正	主 要 內 容
	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 土地收用委員會가 기간내에 裁決하지 아니하는 경우에는 委員長이 당해 土地收用委員會의 裁決에 갈음하여 代裁決할 수 있도록 한 규정을 삭제함</li> <li>○ 補償金의 다름에 대하여 訴訟提起者가 中央土地收用委員會 외에 직접적인 이해관계를 가진 法律關係當事者(訴訟提起者가 土地所有者인 경우에는 起業者, 起業者인 경우에는 土地所有者)를 상대로 訴訟을提起하도록 함(제75조의2 제2항)</li> </ul>

## 2. 立法過程

(1) 改正案立法豫告(1991년 9월 26일 : 건설부)

### ① 改正趣旨

公共事業에 필요한 用地補償費를 원활히 확보하고 現金補償에 따른 代土需要를 억제하여 지가의 안정을 도모하기 위하여 債券補償制度를 도입하고자 하며, 協議補償價格과 收用裁決價格 간의 평가시점을 일치시킴으로써 補償金의 增額裁決이 발생하는 것을 억제하여 보상의 일관성과 형평성을 도모하고 공공사업이 원활히 수행되도록하고자 함.

### ② 主要內容

㉠ 國家 또는 地方自治團體가 시설하는 철도·도로 등의 사업을 收用 또는 使用할 수 있는 公益事業에 포함함. ㉡ 起業者가 國家·地方自治團體·政府投資機關 및 公共團體인 경우에는 補償을 債券으로 支給할 수 있도록 함. ㉢ 土地에 대한 補償額을 協議取得의 경우에는 協議成立을, 裁決의 경우에는 재결당시의 가격을 기준으로 산정하던 것을 事業認定告示日 당시의 公示地價를 기준으로 평가하되 事業認定告示日부터 협의성립시와 재결시까지의 지가변동률을 고려하여 보상토록 함. ㉣ 還買價格의 결정방법을 大統領令으로 구체적

으로 정할 수 있도록 위임근거를 마련함. ㉔代執行을 할 수 있는 자를 道知事·市長·郡守에 區廳長을 추가함.

(2) 立法豫告에 대한 贊反意見

① 反對意見

□ 서울변호사협회(대한변호사협회에 1991년 10월 12일 의견서 제출)

서울지방변호사회는 建設部가 입법예고한 土地收用法 改正案의 주요골자에 違憲的인 요소가 있어 이에 반대한다는 내용의 의견서를 채택하였다.

서울변협은 이 의견서에서 『公共事業을 위한 土地收用時 補償金을 債券으로 支給할 수 있도록 한 建設部의 개정안은 국민의 財産權을 收用·使用 또는 制限하는 경우 正當한 補償을 하도록 규정된 憲法 제23조 3항에 위배된다』며 『土地收用補償金은 現行法대로 土地收用과 동시에 現金으로 支給해야 한다』고 밝혔다.

서울변협은 『憲法에서 의미하는 「正當한 補償」이란 收用對象財産의 客觀的 經濟價値를 保全해 주는 것을 말하는데, 改正案에는 債券의 만기일, 이율상환개시의 시기 등에 관해 아무런 언급이 없어 土地收用 대상자는 補償時期의 遲延과 그 동안의 인플레이션 등으로 인해 실질적인 손해를 볼 수 밖에 없다』고 지적하고 『建設部의 개정안은 行政目的과 便宜를 위해 正當한 補償原則을 저버린 短見』이라고 주장했다. 또한 『개정안에는 補償金算定의 기준시점을 公示地價의 公示基準으로 하되 수용시까지의 地價變動率을 고려해 평가하도록 돼 있으나 事業認定告示日로부터 수용시까지의 지가변동률측정을 정부가 일방적으로 하게 돼 적정하고 객관적인 보상가격을 평가할 수 없다』며 補償金은 收用 당시의 財産價格을 기준으로 算定해야 한다고 밝혔다.

② 贊成意見

□ 한국일보(1991년 11월 14일자, 사설)

정부는 도로건설, 택지개발 등 公共目的을 위해 토지를 수용할 때

不在地主土地와 기업의 非業務用不動産에 대해서는 일정액 이상을 債券으로 補償기로 했다. 정부는 이를 위해 「土地收用法」 개정안을 4일 국무회의에서 통과시킨 뒤 이를 국회에 상정, 이번 국회 회기안에 매듭짓기로 했다. 정부의 이번 결정은 법조계 일부에서 『私有財産權 侵害』 운운하며 『財産權 保護를 明示한 憲法에 違背된다』고 제기한 違憲論 문제를 검토한 뒤 내려진 것이다. 정부측의 이번 결정은 우리의 현 經濟與件에 비추어 타당하다고 생각한다. 분당, 일산, 평촌, 중동 등 신도시건설에서 政府의 관대한 매수가격과 전액일시 현금지불이 미친 經濟的 逆作用이 컸었다는 것을 상기치 않을 수 없다. 정부가 개인이든 기업이든 土地所有者에 대해 적정한 보상을 해야하는 것은 憲法을 들먹이지 않더라도 당연하다.

그러나 4개 신도시지역에 대한 보상, 특히 일시에 現金으로 전액 보상했던 것은 통화량 팽창에 기여했을 뿐 아니라 補償金 중 상당액이 토지매입에 재투입돼 결과적으로 土地投機와 價格上昇을 부채질하는 결과를 가져왔었다. 정부의 部分債券補償制는 인플레이조장과 투기 및 부동산가격양등축진의 부작용을 완화해 보자는 것이다. 지금 세계 어느 나라에서도 土地에 대해서 재산권의 1백% 행사를 보장하는 나라는 없다. 우리나라의 경우도 憲法 제23조 1항에서 『모든 國民의 財産權은 保障된다. 그 內容과 權利는 法律로 정한다』고 개인의 財産權保障을 규정하고 있으나 제2항에서 『財産權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다』고 규정, 財産權 行使에 制限을 가할 수 있다는 것을 명문화하고 있다.

그런데 제3항에서 『...재산권의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되 正當한 보상을 지급하여야 한다』고 했다. 시비가 될 수 있는 것은 바로 이 「正當한 補償」이다. 정부가 部分債券補償을 강행하는 것은 현안의 개정안 내용이 「正當한 補償」 지불요건에 저촉이 되지 않는다고 판단했기 때문이다. 정부안은 이 점을 상당히 유의한 것으로 판단된다. 債券補償의 대상을 현재 그 땅을 경작하거나 활용하고 있는 농민이나 주민은 제외하고 不在地主나 企

業의 非業務用土地로 한정된 것이다. 또한 債券補償의 대상이라 해도 일정액 이상에 대해서 적용기로 했다. 債券의 發行條件은 상환기간 5년 이내이며 금리는 1년만기 정기에금금리(현재 3년만기 연 13.5%) 이상이 될 것으로 보이는데 채권으로 보상을 받는 경우에는 양도소득세를 80%(5년 미만)에서부터 1백%(5년 이상)까지 대폭 면제해주기로 했다. 정부측은 가능한 한 「正當한 補償」을 의도했다고 하겠다.

### (3) 政府案 確定 (1991년 11월 4일)

1991년 11월 4일 일정금액 이상의 不在地主農地 또는 企業의 非業務用不動産을 收用할 경우 기준초과금액에 대해 현금대신 채권으로 보상할 수 있도록 하는 내용의 土地收用法 改正案을 통과시켰다. 이 개정안은 기준금액을 大統領令으로 정하도록 하되 債券償還期間을 5년 이내로 제한하고 정기에금 이상의 채권이율을 보장토록 했다. 개정안은 그러나 이밖의 토지에 대해서는 소유자가 원하는 경우에 한해 債券補償을 가능토록 했다. 한편 개정안은 收用補償額 算定基準도 변경, 開發利益이 포함되지 않는 事業告示日 당시의 公示地價를 기준으로 하되 공시기준일부터 協議 또는 裁決時까지의 다른 지역의 가격변동을 참작, 평가해 보상가격을 결정토록 했다.

### (4) 土地收用法 改正法律 確定 (1991년 12월 31일 법률 제4483호)

#### ① 改正趣旨

公共事業에 필요한 用地補償費가 사업비에서 차지하는 비율이 증가됨에 따라 사업시행자가 國家·地方自治團體 등인 경우로서 土地所有者 및 關係人이 원하는 때에는 補償金을 債券으로 지급할 수 있도록 하여 사업시행자의 자금확보를 지원하고 社會間接施設의 확충에 이바지하도록 하며 기타 현행규정의 운영상 나타난 일부 未備點을 개선·보완하려는 것임.

#### ② 主要內容

㉑ 起業者가 國家·地方自治團體·政府投資機關 및 公共團體인 때에는 土地所有者 및 關係人이 원하는 경우 補償을 債券으로 지급할



수 있도록 함. ㉞ 協議取得 또는 收用하여야 할 토지의 補償額은 開發利益이 포함되지 아니하는 사업인정고시일 당시의 公示地價를 기준으로 하도록 명확히 규정하되, 公示基準日부터 協議成立時 또는 裁決時까지의 당해 사업과 관계없는 지역의 지가변동을 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 정하도록 함.

(5) 土地收用法 施行令 立法豫告(1992년 1월 29일)

① 土地收用法의 改正(1991. 12. 31. 법률 제4483호)에 따라 그 시행에 필요한 사항을 정하고, 아울러 현행 規定의 시행상 나타난 미비점을 정비·보완하려는 것임.

② 主要內容

㉞ 補償金을 債券으로 지급할 수 있는 起業者로서의 政府投資機關과 公共團體의 범위를 정함. ㉞ 補償金을 債券으로 지급할 수 있는 不在不動產所有者的 토지를 사업인정고시일 현재 토지소유자가 당해 토지소재지 구·시·읍·면 또는 그와 연접한 구·시·읍·면지역 및 당해 토지로부터 20킬로미터이내의 지역에 1년이상 주민등록을 하지 아니하거나, 주민등록을 한 경우 사실상 거주하지 아니한 경우의 당해 토지로 함. ㉞ 補償金을 債券으로 지급할 수 있는 非業務用土地를 사업인정고시일을 기준으로 法人稅法施行令 제43조의2 제1항 및 3항의 규정에 의하여 起業者가 非業務用 不動產 등으로 판정하는 토지로 함. ㉞ 부재부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지에서 補償金이 일정금액을 초과하는 경우에 그 초과금액에 대하여 채권으로 보상하게 되는 바, 債券補償의 기준이 되는 일정금액을 토지에 대한 補償金 1억원으로 함.

3. 現行 土地收用法의 主要內容

타인의 재산권을 공공필요에 의하여 강제적으로 취득하는 公用收用的 일반적 근거법률이 土地收用法인 바, 이하에서는 土地收用法의 내용을 개정된 내용을 중심으로 개괄해 보고자 한다.

(1) 公用收用の 當事者・目的物・對象事業

① 公用收用の 當事者

㉠ 收用權者(公用收用の 主體)

수용권자는 그 사업을 위해 公用收用을 할 수 있는 특정한 公益事業의 주체이고, 土地收用法上 起業者로 호칭되고 있다(同法 제4조 1항). 수용권자는 收用の 目的物을 取得하는 권리 및 收用の 目的을 達成하기 위한 權利(土地出入權 등)와 義務(補償義務)를 가진다.

㉡ 被收用者

收用目的物の 소유권자 및 관계인이 被收用者이며(同法 제4조 2항・3항), 보상청구권 및 그밖에 각종의 권리(裁決申請權・收用請求權・還買權 등)와 의무를 가진다.

② 公用收用の 目的物

㉠ 目的物の 種類와 制限

公用收用の 목적물은 토지소유권이 주된 목적물이며(同法 제2조 1항), 그밖에 어업권・광업권을 포함한 소유권 이외의 권리가 目的物이 된다(同法 제2조 2항). 또한 公用收用은 특정한 公益事業을 위한 필요최소한도에 그쳐야 하고, 토지를 收用 또는 사용할 수 있는 사업에 이용되고 있는 토지는 그의 收用이 制限된다(同法 제5조).

㉡ 目的物の 擴張

被收用者の 권리보호를 위하여 또는 사업의 目的달성을 위하여 예외적으로 그 必要한도를 넘어서 收用이 허용되는 경우이며, 擴張收用 및 地帶收用이 그것이다.

a. 擴張收用

토지의 일부를 收用함으로써 잔여지를 종래의 目的에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에 토지소유자가 그 토지전부의 收用을 청구하는 殘地收用(全部收用, 同法 제48조 1항), 3년 이상의 토지사용・사용으로 인한 토지형질변경・사용하고자 하는 토지위에 토지 소유자의 건물이 있을 때에 토지소유자가 수용을 청구하는 完全收用(同

法 제48조 2항), 移轉의 현저한 곤란 및 종래목적사용불가시(同法 제49조 3항) 및 이전료가 물건가액초과시(同法 제49조 4항)에 청구하는 移轉에 갈음하는 收用 등이 있다. 殘地收用の 경우 그 잔여지에 대하여는 事業의 認定 및 事業認定의 告示가 있는 것으로 간주된다(同法 제48조 4항).

b. 地帶收用

이는 본래사업에 필요한 토지 이외의 부근지대의 토지를 收用함을 말하는데, 土地收用法에는 이에 관한 명문규정이 없다. 다만, 都市 計劃法에 특별한 경우에만 일시사용을 인정하고 있다(同法 제29조 3항).

③ 公用收用の 對象事業

公用收用을 할 수 있는 대상인 事業은 土地收用法 제3조에 열거되어 있는 공익사업과 個別單行法에서 규정하고 있는 사업이다.

(2) 公用收用の 節次

公用收用權은 법률에 정한 일련의 절차를 거쳐 收用の 효과를 발생하는데, 이를 收用の 普通節次라 하며 여기서는 이것만을 고찰의 대상으로 삼는다. 土地收用法이 정한 普通節次는 ①事業準備, ②事業認定, ③土地調書·物件調書の 作成, ④協議, ⑤裁決·和解로 나누어 진다.

① 事業의 準備

구체적으로 公用收用の 절차에 들어가기에 앞서 起業者가 일정한 요건(同法 제10조 13조)하에 타인의 토지에 출입하여 측량·조사하고(同法 제9조), 장애물을 제거함을 말한다(同法 제12조). 다만, 이것은 공용제한에 불과하다고 하여 보통절차로 보지 않음이 일반적이다.

② 事業의 認定

사업의 인정은 특정한 사업이 土地收用法 제3조상의 公益事業에 해당함을 인정하여(同法 제4조 4항), 起業者에게 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 收用權을 부여하는 形成的 行

政行爲이다. 따라서 독립하여 行政爭訟의 對象이 된다.

#### ㉓ 事業認定權者

건설부장관이 원칙적으로 事業認定機關이지만(同法 제14조), 事業認定申請書의 형식적 심사후 사업인정을 하고자 할 때에는 관계부장관 및 도지사와 협의하고 中央土地收用委員會 및 사업인정에 관한 利害關係者의 의견을 들어야 한다(同法 제15조). 사업인정은 사업인정권자의 裁量에 의한 形成的 行爲이므로, 해당 사업의 公益性 與否를 구체적으로 판단하여 결정하여야 한다. 그러나 土地收用法은 이러한 사업인정의 요건에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 關係諸利益을 정당하게 형량하는 것이 가장 중요하다.

#### ㉔ 事業認定申請의 時期

사업인정이 행해지게 되면 그 시점에서부터 소유자의 권리 등의 운명이 법적으로 결정되게 된다. 土地收用法은 단순히 起業者가 토지를 收用 또는 使用하고자 할 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 건설부장관의 사업인정을 받아야 한다(제14조)고 규정하고 있어 土地收用의 절차에서 起業者는 사업인정을 언제 신청하여야 하는가를 분명히 밝히고 있지 않다. 이 규정은 起業者가 언제 收用을 의욕하고, 그것을 결정하는 것이 언제이어야 하는가에 대하여 아무런 표현을 하고 있지 않아 전적으로 起業者의 결정에 맡겨져 있다.

#### ㉕ 事業認定의 告示

건설부장관이 사업인정을 할 때에는 관계자와 관계도지사에게 그 뜻을 通報하고, 起業者의 姓名 또는 名稱, 事業의 種類, 事業地 및 收用·使用한 土地의 細目을 市·道公報에 告示한다(同法 제16조 1항). 사업인정은 고시한 날로부터 그 효력을 발생한다(同法 제16조 2항).

#### ㉖ 事業認定의 效果

收用의 목적물이 確定되며, 그 목적물에 대한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 효력이 발생한다. 즉, 關係人의 變更禁止(同法 제4조 3항), 고시된 土地의 變更禁止(同法 제18조의2), 起業

者에게 土地物件調查權發生(同法 제22조) 등의 효력이 발생한다.

㉓ 事業認定의 失效

起業者가 사업인정고시후 1년 이내에 土地收用委員會에 그에 대한 裁決을 신청하지 않을 때에는 그 기간 만료일의 익일로부터 사업인정은 그 효력을 상실한다(同法 제17조). 또한 사업인정후 사업의 폐지와 변경의 고시가 있는 때(同法 제18조 5항)에도 사업인정은 그 효력을 상실한다.

③ 土地調書·物件調書의 作成

土地收用委員會에 있어서의 심리의 신속과 원활을 기하려는 데 이 절차의 의의가 있다. 起業者는 사업인정의 고시후 土地調書 및 物件調書를 작성하여 서명·날인하고, 土地所有者와 關係인도 이에 서명·날인케 하여야 한다(同法 제23조 1항). 다만, 조서에 이의가 있는 경우(同法 제23조 2항), 대리서명·날인(同法 제23조 3항) 등의 예외가 있다. 이렇게 작성된 토지조서 및 물건조서에 대하여는 원칙적으로 이의를 진술할 수 없다. 다만, 조서의 記載가 虛僞임을 입증한 때에는 예외이다(同法 제24조).

④ 協議 및 協議成立의 確認

事業認定의 告示후 起業者는 그 토지에 관하여 權利를 取得하거나 消滅시키기 위하여 토지소유자 및 관계인과 協議하여야 한다(同法 제25조 1항). 이 협의가 성립하면 公用收用의 節次는 종결되고, 收用의 效果가 발생한다. 즉, 收用의 시기까지 보상금의 支給 또는 供託(同法 제61조) 및 토지·물건의 인도 또는 이전(同法 제63조)이 이루어져 권리의 취득·상실이 발생하게 된다(同法 제67조). 起業者는 그 협의가 성립한 때에는 收用裁決申請期間內에 토지소유자 및 관계인의 동의를 얻어 管轄 土地收用委員會에 協議成立의 確認을 신청할 수 있으며, 협의성립의 확인은 裁決로 간주되며 裁決에 관한 규정이 준용된다(同法 제25조의2).

⑤ 裁決·和解

㉔ 裁決

裁決은 협의의 불성립 또는 협의불능시에 행하는 公用收用の 최종적 절차이며, 起業者에게 부여된 收用權의 구체적인 내용을 결정하고 그 실행을 완성시키는 형성적 행정처분이다. 이러한 裁決은 사업인정고시후 1년 이내에 管轄 土地收用委員會에 起業者가 신청할 수 있다(同法 제25조 2항). 裁決申請은 起業者만이 할 수 있는 바, 당사자간의 협의불성립시에는 토지소유자 및 관계인은 起業者에 대해 서면으로 裁決申請의 조속한 청구를 할 수 있고(同法 제25조의3 제1항), 起業者가 이러한 청구를 받은 때에는 그 청구가 있는 날로부터 2月 이내에 裁決申請을 하여야 한다(同法 제25조의3 제2항). 만약, 이 기간후에 裁決을 신청한 때에는 그 경과한 기간에 대하여 「訴訟促進등에 관한 特例法」 제3조의 규정을 적용하여 이자를 補償金에 가산하여 지급하여야 한다(同法 제25조의3 제3항).

이러한 裁決申請의 처리기관으로서 土地收用法은 건설부에 中央土地收用委員會(同法 제30조)를, 서울특별시·직할시와 도에 地方土地收用委員會(同法 제30조의2)를 두게하였다(同法 제28조). 이들 위원회의 임기는 3년이다(同法 제31조). 土地收用委員會가 裁決申請을 받은 때에는 지체없이 그 뜻을 公告하고, 관계서류의 사본을 일반에게 열람시키고 그 열람기간중에 관계인의 의견을 들은 다음 審議를 거쳐 裁決하여야 한다(同法 제36조~44조). 裁決에 명백한 오류가 있는 경우에는 土地收用委員會는 職權 또는 當事者의 申請에 의하여 更正裁決을 할 수 있다(同法 제29조의2). 이와 같은 裁決에 의해 公用收用の 절차는 종결되며, 일정한 조건 아래 收用の 효과를 발생시킨다. 즉, 起業者는 補償金의 支給 또는 供託을 조건으로 권리를 취득하고, 被收用者가 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 代執行申請權이 발생한다(同法 제61조·77조). 被收用者는 수용물건의 인도·이전의무를 지는 반면에 損失補償請求權 및 還買權을 취득한다. 裁決은 起業者가 收用の 시기까지 補償金을 지급하거나 공탁하지 않으면 효력을 상실한다(同法 제65조).

㊦ 裁決에 대한 不服

裁決은 行政行爲이므로 行政上 爭訟節次에 따라 취소·변경을 구할 수 있으며, 裁決에 대한 이의신청이 제기되어도 사업의 진행 및 토지의 收用 또는 使用은 정지되지 아니한다(同法 제76조). 補償裁決 즉, 損失補償額에 대해서만 불복하는 경우 종래에는 行政不服節次에서 補償額만의 증감을 청구할 수 있었으나, 이제는 訴訟節次에서도 그것을 청구할 수 있게 되었다(同法 제75조의2 제2항).

a. 異議申請

中央土地收用委員會의 裁決에 대해서는 同委員會에(同法 제73조 1항), 地方土地收用委員會의 경우에는 당해 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙토지수용위원회에(同法 제74조) 異議申請을 할 수 있다. 중앙토지수용위원회는 이의신청이 있는 경우 原裁決이 위법 또는 부당하다고 인정할 때에는 그 전부 또는 일부를 취소하거나 損失補償額을 변경할 수 있다(同法 제75조 1항). 이로 인해 補償金이 증액된 경우에는 起業者는 1월 이내에 그 증액된 補償金을 지급하여야 하고(同法 제75조 2항), 당해 裁決에 불복할 경우에는 補償金을 공탁한 후 行政訴訟를 제기할 수 있다(同法 제75조의2 제1항).

b. 行政訴訟

異議申請에 대한 裁決에 불복이 있으면 그 裁決書 송달 후 1월 이내에 行政訴訟를 제기할 수 있다(同法 제75조의2 제1항). 여기에서의 행정소송은 ①土地收用の 효과 그 자체를 다툰 때는 土地收用委員會를 피고로 하여 取消訴訟를 제기할 수 있고, ②단지 補償金額에 불복이 있을 때는 기업자와 피수용자간에 보상금의 증감을 청구할 수 있는 形式的 當事者訴訟에 의거하는 방법을 말한다.

形式的 當事者訴訟이 채용된 입법정책적 이유는 ①行政處分에 관한 訴訟에 있어 분쟁의 실체가 법률관계의 당사자간의 財産上の 것이고, 處分行政廳을 被告로 하여 관여시키지 않으면 안될 만큼 이해관계를 행정측이 가지고 있지 않으므로 당해 법률관계에 직접 利害關係를 갖는 當事者를 訴訟當事者로 하는 것이 적당한 점, ②行政處分이 법률관계의 당사자가 관여하는 대결적 심리방식 아래서 행해지

고 있으므로 당해 처분에 관한 소송에서도 처분청을 피고로 하기 보다는 당해 처분의 당사자를 피고로 하는 것이 적당하다는 점 등에서 찾을 수 있다.

이에 따라 中央土地收用委員會의 異議裁決에 대한 행정소송 가운데 손해보상금의 증감에 관한 소송은 起業者나 土地所有者 또는 關係人을 피고로 제기할 수 있게 되었다(同法 제75조의2 제2항). 그러나 보상액의 증감에 관한 訴訟의 構造에 관하여는 必要的 共同訴訟說과 必要的 併合訴訟說로 나뉘어져 있고, 訴訟의 性質에 관하여는 抗告訴訟인가 當事者訴訟인가, 形成訴訟인가 確認訴訟인가가 문제된다.<sup>2)</sup>

補償金の 증감에 관한 소송 가운데 增額請求訴訟을 할 경우 異議裁決에서 정한 보상금액이 正當補償額에 미치지 못한다고 인정되는 경우에 정당보상액에서 供託 또는 支給된 金원을 초과하는 부분에 대하여 遲延利子가 발생하는지 여부가 문제로 된다. 이에 是 裁決이나 이에 대한 訴訟節次에 의하여 비로소 정당보상액이 확정되므로 지연이자가 발생하지 않는다는 견해와 헌법의 규정에 따라 損失補償請求權은 收用으로 당연히 발생하고 裁決이나 訴訟의 節次는 다만 이미 발생한 보상액을 확정 또는 확인하는 의미밖에 없으므로 지연이자가 발생한다는 견해의 대립이 있다.

「土地收用法」 제45조도 토지소유자가 입은 손실은 이를 보상하여야 한다고 하고 있으므로 收用의 시기 이후에는 起業者가 정당한 보상액을 지급하여야 하는 것은 당연하다. 그리고 同法 제75조의 3은 起業者가 제기한 소송이 却下·棄却 또는 取下된 경우에 異議裁決書 正本發送日로부터 判決宣告日까지 연 2할5푼의 비율에 의한 지연이자의 지급을 명하고 있는 것을 보더라도 지연이자가 발생하는 것으로 보는 것이 타당하다.

2) 이에 관하여 자세한 것은 第5章 「公用收用法制的 問題點」에서 살펴보기로 한다.



c. 和解

土地收用委員會는 裁決이 있기 전에는 언제든지 그 委員 3인으로  
써 構成되는 小委員會로 하여금 起業者·土地所有者·關係人에게 화  
해를 권할 수 있다(同法 제40조 1항). 화해가 성립되면 協議의 성  
립이나 裁決과 같은 효과가 발생한다.

(3) 公用收用の 效果

公用收用の 직접적 效果는 起業者가 수용목적물에 대한 權利를 取  
得하고, 被收用者는 그 權利를 喪失하는 데 있다. 다만, 起業者가  
收用の 시기까지 補償金을 支給 또는 供託할 것을 조건으로 權利가  
발생하며, 피수용자는 損失補償請求權 및 還買權을 취득한다. 그밖  
에 피수용자는 수용목적물의 引渡·移轉義務를 지며, 이 의무를 이  
행하지 않는 경우 起業者는 代執行 또는 代執行請求權을 가진다.

① 損失補償

公用收用은 土地收用委員會의 裁決로써 절차상 종료되지만, 收用  
의 시기까지 토지소유자 및 관계인에게 補償金을 지급 또는 공탁함  
으로서 收用的 效果가 발생한다(同法 제65조·67조).

㉠ 損失補償의 原則

起業者補償의 原則(同法 제45조 1항), 個別拂의 原則(同法 제45  
조 2항), 事前補償의 原則(同法 제61조), 現金補償의 原則(同法 제  
45조 4항) 등이 있다. 다만, 현금보상의 경우 다른 법률에 특별한  
규정이 있는 경우에 그에 따르고, 다음과 같은 경우에는 債券補償을  
할 수 있다. 즉, 채권보상은 起業者의 要件과 對象에 대한 要件이  
충족될 때 한정적으로 행해될 수 있다(同法 제45조 5항). 첫째, 기  
업자가 國家·地方自治團體·韓國土地開發公社 기타 政府投資機關  
및 公共團體인 경우와, 둘째, 그 대상이 ①土地所有者 및 關係인이  
원하는 경우, ②不在不動產所有者의 토지 또는 非業務用土地로서 補  
償金이 일정금액을 초과하는 금액에 대하여 보상하는 경우로 한정하  
고 있다. 그리고 債券은 구체적으로 償還期間이 5년을 넘지 아니하  
는 범위내에서 정하여야 하고, 이율은 債券發行 당시 1년만기 정기

예금 금리수준이상으로 하여 정당한 보상이 될 수 있도록 정하여야 함을 명문으로 규정하고 있다(同法 제45조 6항).

그러나 이러한 債券交付의 방법에 의한 보상은 「정당한 보상」을 규정하고 있는 憲法 제23조 3항과의 관계에서 위헌의 소지가 있다는 거센 비판을 받고 있다.<sup>3)</sup>

#### ㊦ 損失補償의 內容

公用收用に 있어서의 損失補償은 완전한 것일 것이 요구되며, 그러기 위해서는 첫째, 발생한 손실은 빠짐없이 보상될 것, 둘째, 각 損失에 대한 補償金額은 그 손실의 전부를 회복시키기에 충분할 것의 두가지 요건이 충족되어야 한다. 따라서 ①損失의 種類, ②損失金額의 算定基準, ③損失金額의 算定方式의 세가지가 주요내용이 된다.

##### a. 損失의 種類

土地收用法은 토지수용으로 인한 손실을 土地(同法 제46조 1항), 殘餘地損失(同法 제48조 1항·제47조), 地上物件(同法 제49조·제50조), 營業損失(同法 제51조)등을 예시한 뒤 「기타 손실」을 규정하여 모든 종류의 손실을 보상하도록 하고 있다(同法 제51조).

##### b. 損失金額의 算定基準

보상액을 어떠한 기준에 의하여 산정할 것인지의 문제는 “正當한 補償”의 확보를 위하여 매우 중요하다. 따라서 산정된 보상액이 정당한 보상이 될 수 있도록 하기 위하여는 補償額 算定の 時期와 方法이 정당한 것이 되어야 하는 것으로서, 가능한 한 수용의 시기에 근접한 시점의 適正價格을 반영할 수 있는 요인들을 보상액 산정의 기준으로 하여야 한다. 公示地價를 報償額 算定の 기준으로 하고 있다(同法 제46조 2항).

##### c. 損失金額의 算定時期

土地收用に 있어서의 보상액의 산정은 재결 당시의 가격을 기준으

3) 李尙圭, 「改正土地收用法의 問題點」, 判例月報 258, 1992. 3, 9面 이하 참조.

로 한다(同法 제46조 1항). 다만, 同法 제46조 2항은 公示地價를 보상액 산정의 기준으로 하도록 하면서, 同條 제3항에서는 「위 公示地價를 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지의 協議成立 또는 裁決 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정시일에 가장 근접한 시점에 공시된 것으로 한다」고 규정하고 있다.<sup>4)</sup>

㉔ 補償金の 支給 또는 供託

起業者는 수용의 시기까지 관할 토지수용위원회가 裁決한 補償金を 支給 또는 수용하고자 하는 土地所在地의 供託所에 供託할 수 있다(同法 제61조 1항·2항). 따라서 收用補償金を 지불 또는 공탁하지 않으면 수용재결은 그 효력을 상실한다(同法 제65조). 그런데, 관할 토지수용위원회가 裁決한 보상금액에 관하여 起業者가 불복하는 경우에는 起業者는 補償金を 받을 자에게 자기의 예정금액을 지불하고 裁決에 의한 보상금액과의 差額을 供託하여야 한다(同法 제61조 3항). 다만 이 경우 공탁을 하지 않음으로써 생기는 효력여부에 대하여는 아무런 명문규정이 없다. 따라서 異議裁決補償額을 공탁하지 않았다고 하여 異議裁決의 효력이 상실되는 것은 아니다.<sup>5)</sup>

② 收用者의 權利取得

㉕ 收用의 效力發生의 時期

起業者가 권리를 취득하고, 收用目的物上의 다른 권리가 소멸되는 효과는 收用의 時期에 발생한다(同法 제67조 1항).

㉖ 收用目的物의 引渡·移轉義務와 強制執行

被收用者는 수용의 시기까지 起業者에게 토지나 물건을 인도하거나 이전하여야 한다(同法 제63조). 한편 피수용자의 목적물의 인도·이전의 의무는 기업자의 損失補償과 동시이행의 관계에 있는 것이 아니며, 인도·이전의 의무는 이행과는 관계없이 수용의 시기가

4) 李尙圭, 前掲論文, 12~13面 참조.

5) 「土地收用」, 人權과 正義 1991. 11, 33面.

도래함으로써 起業者는 목적물에 대한 권리를 취득한다. 被收用者가 고의·과실없이 그 의무를 이행할 수 없을 때 등에는 起業者의 청구에 의하여 區·市·郡의 長이 이를 대행하며(同法 제64조), 또한 의무자에게 義務不履行·移行遲滯가 있거나 의무자의 이행이 현저히 公益을 害한다고 인정되는 사유가 있으면 起業者의 신청에 의하여 도지사·시장 또는 군수가 대집행할 수 있다(同法 제77조).

㉔ 危險負擔의 移轉

收用의 效果는 보상을 조건으로 收用의 시기에 완성되거나 裁決에 의해 일응 구체적인 권리관계의 내용이 결정되므로 被收用者의 고의나 과실없이 멸실 또는 훼손된 경우에는 그로 인한 손실은 起業者의 부담으로 한다(同法 제68조).

③ 還買權

還買權은 收用目的物이 공익사업에 있어서 불용으로 되거나 이용되지 않고 있다는 객관적 사실만을 근거로 하여 수용당시의 土地所有者 및 그의 包括承繼人이 원칙적으로 補償金에 상당하는 금액을 지급하고 收用의 목적물을 다시 취득할 수 있는 권리이다. 따라서 還買權者는 수용당시의 토지소유자 또는 그의 포괄승계인이며(同法 제71조 1항), 還買權이 「不動產登記法」에 의하여 등기되어 있을 때에는 제3자에게 대항할 수 있다(同法 제71조 6항). 還買의 목적물은 토지의 所有權만이며(同法 제71조 1항), 다음과 같은 경우에 還買權을 행사할 수 있다. 첫째, 收用日로부터 10년 이내에 公益事業의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 收用한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때, 둘째, 收用日로부터 5년을 경과하여도 收用한 토지의 전부를 원래의 公益事業에 이용하지 아니한 때이다(同法 제71조 1항·2항). 還買는 ① 起業者의 通知나 公告에 의하여, 또는 ② 還買權者가 자발적으로 할 수 있다(同法 제72조 1항). 起業者에게 수용당시의 補償金에 상당하는 금액을 지급하고 還買한다는 의사 표시를 함으로써 還買는 성립한다(同法 제71조 1항). 이러한 還買權은 起業者의 통지나 공고가 있을 때에는 그 통지일 또는 공고일로

부터 6월이 경과함으로써 소멸하고(同法 제72조 2항), 起業者의 통지나 공고가 없는 경우에는 ① 토지가 불필요하게 된 때로부터 1년, 수용시기로부터 10년, ② 사업에 이용하지 아니하고 5년이 된 때에는 수용시기로부터 6년을 경과함으로써 소멸한다(同法 제72조 1항).

## II. 기타 個別法(土地收用法에 대한 特例)<sup>6)</sup>

公共事業에 관한 규정을 두고 있는 대부분의 법률에서는 개별 사업의 특성을 감안하여 【표-1】 과 같이 土地收用法의 일부규정에 대한 特例規定을 두면서 나머지 사항에 대하여는 土地收用法에 의하도록 하고 있는 바, 이러한 특례는 주로 公益事業의 範圍, 收用對象의 範圍, 事業認定의 擬制, 그리고 裁決申請期間의 例外에 관한 것이다. 이러한 특례규정 이외의 사항에 관하여는 土地收用法에 따르도록 하고 있는데, 그 표현방식은 「土地收用法을 適用한다」·「土地收用法이 정하는 바에 의한다」 또는 「土地收用法을 準用한다」라는 세 가지를 혼용하여 사용하고 있는데, 이는 【표-2】 와 같다.

6) 이 부분의 내용 및 공용사용법제·보상규정없는 공용제한법제의 현황은 法制處 鄭泰容 行政管理擔當官의 원고를 본 연구보고서의 취지에 부합하게 편집·정리하였음.

【표-1】 土地收用法에 대한 特例規定

구 분 법 률 명	공관 익한 사업 례에	수관 용한 대특 상례 에	사관 업한 인특 정례 에	재기 특 결간 례 청 관 한	잔관 지한 수특 용례 에	관특 할례 에 관 한	보보 에 상 상 관 절 금 한 차 산 특 정 례	현관 금 보 특 상 례 에	미 에 등 관 한 토 특 지 례	공 특 탄 례 에 관 한	환 특 매 례 에 관 한	이 관 주 한 대 특 례 에
주택건설촉진법 (제34조), 도로 법(제49조의 2), 농어촌도로정비 법(제13조), 수 도 법(제44조), 골재채취법(제36 조, 제37조), 도시교통정비촉 진 법(제8조의 2) 공공철도건설촉 진 법(제5조), 항 만 법(제48 조), 학교시설사 업 촉진 법(제10 조), 폐기물관리 법(제10조), 환 경개선비용부담 법(제18조), 국 방·군사시설사업 에 관한법률(제6 조)	○	○	○	○								
도시계획법(제29 조, 제30조)	○	○	○	○	○							
도시재개발법(제 38조)	○	○	○	○		○		○				
택지개발촉진법 (제12조, 제13 조)	○	○	○	○		○		○			○	

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

구 분 법 률 명	공관 의한 사업 특례 에	수관 용한 대특 상례 에	사관 업한 인특 정례 에	재기 결신 에 청 관 한	특 관 지 한 수 용 례 에	관 특 할 례 에 관 한	보 보 에 상 상 관 절 금 한 차 산 특 례 및	현 관 금 한 보 상 례 에	미 에 등 관 한 기 토 지 특 례	공 특 탁 례 에 관 한	환 특 매 례 에 관 한	이 관 주 한 대 특 책 례 에
농촌근대화촉진 법(제154조, 제 157조, 제158 조), 농어촌발전 특별조치법(제68 조, 제69조)	○	○	○				○			○		
농지확대개발촉 진법(제22조), 광업법(제86조 ~제90조), 해 저광물자원개발 법(제30조), 오 수·분뇨및축산폐 수의처리에 관한 법률(제8조)	○	○	○									
전원개발에 관한 특례법(제6조), 도시철도법(제5 조②)		○	○	○								○
도시저소득주민 의주거환경개선 을위한임시조치 법(제14조), 임 시행정수도건설 을위한특별조치 법(제6조, 제7 조), 측량법(제 13조), 지적법 (제34조), 한국 고속철도건설공	○	○										

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

구 분 법 률 명	공관 의 사 업 례 에	수 관 용 한 대 상 례 에	사 관 업 인 특 정 례 에	재 기 특 결 간 례 청 관 한	간 관 지 한 수 용 례 에	관 특 할 례 에 관 한	보 보 에 상 상 관 절 금 한 차 산 특 및 정 례	현 관 금 한 보 상 례 에	미 에 등 관 기 토 특 지 례	공 특 탁 례 에 관 한	환 특 매 례 에 관 한	이 관 주 한 대 특 례 에
단법(제23조), 수로업무법(제15 조), 수출자유지 역설치법(제19 조), 소음·진동 규제법(제5조), 수질환경보전법 (제5조), 대기환 경보전법(제5 조), 청소년기본 법(제42조), 문 화재보호법(제75 조)	○	○										
산업입지및개발 에관한법률(제22 조, 제36조)	○	○	○	○		○						○
특정지역종합개 발촉진에관한특 별조치법(제22 조, 제43조~제 47조), 관광진흥 법(제29조, 제 30조, 제34조)	○	○	○	○				○				○
집단에너지사업 법(제46조)	○	○		○								
항 공 법 ( 제 98 조), 수도권신공 향건설촉진법(제 10조), 한국수자 원 공사법(제24 조)	○	○	○	○		○						



第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

구 분 법 률 명	공관 익한 사특 업례 에	수관 용한 대특 상례 에	사관 업한 인특 정례 에	재기 결간 특례 신청 에 관 한	잔관 지한 수특 용례 에	관특 할례 에 관 한	보보 에 상 상 관 절 금 한 차 산 특 정 례	현관 금한 보특 상례 에	미 에 등 관 기 한 토 특 지 례	공 특 탁 례 에 관 한	환 특 매 례 에 관 한	이 관 주 한 대 특 책 례 에
한국석유개발공사법 (제17조)	○	○				○						
한국가스공사법 (제16조의 3)		○	○	○		○						
대한주택공사법 (제9조)						○						
중소기업진흥법 (제17조, 제22조)	○	○	○									○

【표-2】 土地收用法의 適用 또는 準用

“토지수용법을 적용한다”는 표현	“토지수용법에 의한다”는 표현	“토지수용법을 준용한다”는 표현
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 한국수자원공사법 (제24조④)</li> <li>• 측량법 (제13조②)</li> <li>• 지적법 (제34조②)</li> <li>• 도시교통정비촉진법 (제8조②)</li> <li>• 공공철도건설촉진법 (제5조②)</li> <li>• 한국고속철도건설공단법 (제23조③)</li> <li>• 수로업무법 (제15조②)</li> <li>• 관광진흥법 (제29조③)</li> <li>• 중소기업진흥법 (제17조③)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 대기환경보전법 (제5조①)</li> <li>• 수질환경보전법 (제5조①)</li> <li>• 소음·진동규제법 (제5조①)</li> <li>• 임시행정수도건설을위한 특별조치법 (제7조)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 도시계획법 (제30조①)</li> <li>• 도시재개발법 (제39조①)</li> <li>• 택지개발촉진법 (제12조④)</li> <li>• 주택건설촉진법 (제34조②)</li> <li>• 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법 (제14조②)</li> <li>• 산업입지및개발에관한 법률 (제22조④)</li> <li>• 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법 (제22조③)</li> </ul>

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

“토지수용법을 적용한다”는 표현	“토지수용법에 의한다”는 표현	“토지수용법을 준용한다”는 표현
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 수출자유지역설치법 (제19조)</li> <li>• 한국석유개발공사법 (제17조②)</li> <li>• 한국가스공사법 (제17조)</li> <li>• 광업법 (제89조①)</li> <li>• 해저광물자원개발법 (제30조②)</li> <li>• 폐기물관리법 (제10조②)</li> <li>• 오수·분뇨및축산폐수의 처리에 관한법률 (제8조②)</li> <li>• 환경개선비용부담법 (제18조③)</li> <li>• 학교시설사업촉진법 (제10조②)</li> <li>• 청소년기본법 (제42조②)</li> <li>• 문화재보호법 (제75조②)</li> <li>• 국방·군사시설사업에 관한법률 (제6조②)</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 도로법 (제49조의2③)</li> <li>• 농어촌도로정비법 (제13조③)</li> <li>• 수도법 (제44조③)</li> <li>• 골재채취법 (제36조②)</li> <li>• 항공법 (제98조④)</li> <li>• 수도권신공항건설촉진법 (제10조④)</li> <li>• 항만법 (제48조③)</li> <li>• 농촌근대화촉진법 (제154조②)</li> <li>• 농어촌발전특별조치법 (제68조①)</li> <li>• 농지확대개발촉진법 (제22조)</li> <li>• 집단에너지사업법 (제46조②)</li> <li>• 임시행정수도건설을위한 특별조치법 (제6조)</li> </ul>

1. 公益事業에 관한 特例

土地收用法에는 個人의 財産權을 收用할 수 있는 公益事業이 다음의 사업에 한정되어 있다(土地收用法 제3조, 同法 施行令 제2조).

- (1) 국방·군사에 관한 사업
- (2) 법률 또는 법률의 위임에 의하여 발하는 명령에 의하여 시설하는 철도·궤도·도로, 주차장, 식도, 전용자동차도, 교량, 하천, 제방, 언제, 사방, 방풍, 방화, 방조, 방수, 운하, 관개 및 발전용수로, 저수지, 船渠, 항만, 부두, 상수도, 하수

- 도, 공중변소, 진개 및 오물처리장, 전기, 전기통신, 방송, 가스, 측후, 항공 및 항로표지에 관한 사업
- (3) 국가 또는 지방자치단체가 설치하는 청사, 공장, 연구소, 시험소, 보건 또는 문화시설, 공원, 광장, 운동장, 시장, 묘지, 화장장, 도살장 기타 공공용시설에 관한 사업
  - (4) 법률 또는 법률의 위임에 의하여 발하는 명령에 의하여 시설하는 사회교육이나 학예에 관한 사업
  - (5) 국가 또는 지방공공단체 기타 국가 또는 지방공공단체가 지정한 자가 임대나 양도 목적으로 시설하는 주택의 건설 또는 택지의 조성에 관한 사업
  - (6) 제철, 비료, 석유의 정제 및 송유, 석유화학, 전자 및 조선, 종합기계·전기기기 및 계기·방직기 및 가공기와 디젤엔진의 제작, 그리고 씨멘트·비스코스인견사·아세테이트·소오다회·화학펄프·가성소다 및 합성수지의 생산에 관한 사업
  - (7) 위에 열거된 사업의 시행을 위하여 필요한 도로, 교량, 전선로, 재료적치장 기타 부대시설에 관한 사업
  - (8) 기타 다른 법률에 의하여 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업

그러나 【표-3】의 사업의 경우에는 個別法律에서 個人的 財產權을 收用할 수 있다는 규정을 따로 두고 있는 바, 이들 사업의 경우에는 土地收用法 제3조에 열거된 公益事業에 해당되는지 여부를 따질 필요없이 각 個別法律에 의하여 직접 個人的 財產權을 收用할 수 있다.

【표-3】 個別法律에 의한 公益事業

법 른 명	공 익 사 업
• 도시계획법	• 도시계획사업 (제 29조①)
• 도시재개발법	• 재개발사업 (제 38조①)

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

법 률 명	공 익 사 업
• 택지개발촉진법	• 택지개발사업 (제 12조①)
• 주택건설촉진법	• 아파트지구개발사업 (제 22조①) • 국민주택건설사업 (제 34조①)
• 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법	• 주거환경개선사업 (제 14조①)
• 산업입지및개발에관한법률	• 공업단지개발사업 (제 22조①)
• 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법	• 개발촉진지구개발사업 (제 22조①)
• 임시행정수도건설을위한 특별조치법	• 임시행정수도의 건설 (제 7조)
• 도로법	• 관리청의 도로공사 (제 49조의 2 )
• 농어촌도로정비법	• 군수의 농어촌도로정비공사 (제 13조①)
• 수도법	• 수도사업 (제 44조①)
• 골재채취법	• 공익사업용 골재채취사업 (제 36조①)
• 한국수자원공사법	• 한국수자원공사의 사업 (제 24조①)
• 측량법	• 건설부장관의 기본측량실시 (제 13조①)
• 지적법	• 기초점표석 및 표지의 설치 (제 8조①)
• 도시교통정비촉진법	• 도시교통정비시행계획의 시행 (제 8조①)
• 공공철도건설촉진법	• 공공철도건설 개량사업 (제 5조①)
• 한국고속철도건설공단법	• 한국고속철도건설공단의 고속철도건설사업 (제 23조①)
• 항공법	• 공항개발사업 (제 98조①)
• 수도권신공항건설촉진법	• 신공항건설사업 (제 10조①)
• 항만법	• 관리청의 항만공사 (제 48조①)
• 수로업무법	• 수도조사 (제 15조①)

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

법 률 명	공 익 사 업
· 관광진흥법	· 관광지조성사업 (제29조①)
· 농촌근대화촉진법	· 농지개발사업 또는 농가주택개발사업 (제154조①)
· 농지확대개발촉진법	· 농지개발기본계획에 의한 부대시설설치 (제21조)
· 농어촌발전특별조치법	· 정주생활권개발사업 (제69조①)
· 중소기업진흥법	· 중소기업진흥공단의 단지조성사업 (제17조①)
· 수출자유지역설치법	· 수출자유지역조성사업 (제19조①)
· 집단에너지사업법	· 집단에너지공급시설의 설치·유지·보수 및 이를 위한 실지조사·측량·시공 (제46조①)
· 한국석유개발공사법	· 한국석유개발공사의 석유탐사·개발·비축 및 수송사업 (제17조①)
· 광업법	· 채광시설 및 이에 필요한 부대시설의 설치 (제86조, 제87조)
· 해저광물자원개발법	· 해저광물의 탐사·채취 (제30조)
· 폐기물관리법	· 폐기물처리시설설치사업 (제10조①)
· 오수·분뇨및축산폐수의처리 리에관한법률	· 분뇨처리시설 또는 축산폐수공동처리시설의 설치 (제8조①)
· 소음·진동규제법	· 소음·진동측정망설치사업 (제5조①)
· 수질환경보전법	· 수질오염도측정망설치사업 (제5조①)
· 대기환경보전법	· 대기오염도측정망설치사업 (제5조①)
· 환경개선비용부담법	· 환경오염방지사업 (제18조①)
· 학교시설사업촉진법	· 학교시설사업 (제10조①)
· 청소년기본법	· 수련지구조성계획의 시행 (제42조①)
· 문화재보호법	· 문화부장관 또는 지방자치단체장의 문화재보존 관리 (제75조①)
· 국방·군사시설사업에관한 법률	· 국방·군사시설사업 (제6조①)

## 2. 收用對象에 관한 特例

公用收用은 주로 토지를 대상으로 하여 행하여지지만 토지 이외의 物件이나 權利도 收用の 대상이 되는 바, 土地收用法에는 다음의 物件 또는 權利가 收用對象으로 규정되어 있다(土地收用法 제2조).

- (1) 토지
- (2) 토지에 관한 소유권 이외의 권리
- (3) 건축물·입목 기타 토지에 정착된 물건
- (4) 토지정착물에 관한 소유권 이외의 권리
- (5) 토지에 속한 토석·사력
- (6) 광업권, 어업권 또는 물의 사용에 관한 권리

【표-4】에서 보는 바와 같이 「水道法」 등 8개 법률에서는 土地收用法의 입장을 그대로 따르고 있고, 「道路法」 등 29개 법률에서는 收用을 필요로 하는 事業의 特性에 따라 土地收用法에 收用對象으로 규정되어 있는 物件 또는 權利의 일부만을 수용대상으로 하고 있으며, 「特許法」·「實用新案法」 및 「意匠法」에서는 무체재산권인 특허권·실용신안권 및 의장권을 수용대상으로 하고 있다. 그리고 「航路標識法」에서는 항로표지만을 수용대상으로 하고 있다.

【표-4】 公用收用的 對象

법률명	구분							
	토지	토소의 지유권에 권리 한외	토지 정착물	토에 권 권 리 정 한 외 의 물 유	광업권·어	물관의 사용권	토석·속사력	특용의 허신안권·권 실·
토지수용법(제2조), 수도법(제44조), 택지개발촉진법(제12조①), 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법(제14조①), 한국수자원	○	○	○	○	○	○	○	

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況

구 분 법 률 명	토 지	토 소의 유 권 리 에 관 이 한 의	토 지 정 착 물	토 에 권 권 리 지 관 이 외 의 착 소 유	광 업 권 · 어	물 관 의 한 사 권 리 에	토 지 석 에 속 사 력	특 용 의 장 권 · 안 권 · 권 · 실
공사법(제24조①), 수도권신공항건설촉진법(제10조①), 항공법(제98조①), 농어촌발전특별조치법(제69조①), 국방·군사시설사업에 관한법률(제6조①)	○	○	○	○	○	○	○	
산업입지및개발에 관한법률(제22조), 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법(제7조), 중소기업진흥법(제17조①), 한국석유개발공사법(제17조①), 전원개발에 관한특별법(제6조③), 도시철도법(제5조②), 항만법(제48조①)	○	○	○	○	○	○		
대기환경보전법(제5조①), 수질환경보전법(제5조①), 소음·진동규제법(제5조①), 한국고속철도건설공단법(제23조②), 집단에너지사업법(제46조)	○		○					
골재채취법(제36조①)	○	○	○	○			○	
관광진흥법(제29조①)	○	○	○	○		○	○	
도로법(제49조의2①), 농어촌도로정비법(제13	○	○	○	○				

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

구 분 법 률 명	토 지	토 소의 권 리 에 관 한 의	토 지 정 착 물	토 에 권 이 외 의 착 소의 물 유	광 업 권 · 어	물 관 한 사 용 리	토 지 석 에 속 사 력	특 용 의 신 장 권 안 권 · 권 실 ·
조①), 주택건설촉진법 (제34조①), 도시계획법 (제29조①), 공공철도건설촉진법 (제5조①), 도시교통정비촉진법 (제8조의2), 학교시설사업촉진법 (제10조①), 폐기물관리법 (제10조①), 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한 법률 (제8조), 환경개선비용부담법 (제18조), 청소년기본법 (제42조①)	○	○	○	○				
광업법 (제86조, 제87조, 제89조)	○					○		
지적법 (제34조①), 해저광물자원개발법 (제30조①), 임시행정수도건설을위한특별조치법 (제6조⑩)	○							
특허법 (제106조①), 실용신안법 (제29조), 의장법 (제61조)								○

또한 일부 법률에서는 수용대상을 다음과 같이 「物件」·「工作物」·「權利」 등으로만 표현하고 있는 바, 이러한 경우 구체적으로 어떠한 물건 또는 권리가 수용의 대상이 되는지 여부를 판단하기가 매우 어렵다.



- (1) 토지 또는 물건 : 農村近代化促進法(제154조 1항)
- (2) 토지 및 지상물 : 農地擴大開發促進法(제21조 1항)
- (3) 토지·건축물·입목 기타 공작물 : 測量法(제13조 1항), 水路業務法(제15조 1항), 文化財保護法(제15조 1항)
- (4) 토지·건축물 기타의 권리 : 都市再開發法(제38조 1항)
- (5) 토지·건물·물건 및 권리 : 輸出自由地域設置法(제19조)

### 3. 事業認定節次에 관한 特例

「土地收用法」에서는 建設部長官의 事業認定을 수용의 필수절차로 규정하고 있는 바, 公益事業의 施行者는 事業認定에 의하여 비로소 당해 사업에 필요한 物件 또는 權利에 대한 收用權을 취득하게 된다. 事業認定申請이 있으면 建設부장관은 관계서류를 관계 시장·군수 또는 구청장에게 송부하여 일반에게 열람시켜 이해관계인의 의견을 들어야 하며, 관계 부처의 장관과 서울특별시장, 직할시장 또는 도지사와 협의하고 中央土地收用委員會의 의견을 들어야 한다. 또한 建設부장관이 사업인정을 하는 때에는 그 사업의 종류, 시행지, 시행자, 그리고 수용할 물건 또는 권리의 세목을 고시하여야 한다(土地收用法 제14조, 제15조, 제16조 : 同法 施行令 제9조·제10조).

「都市計画法」을 비롯한 30개 법률에서는 【표-5】와 같이 당해 사업에 관한 실시계획승인·시행인가·구역결정 등을 土地收用法 제14조의 규정에 의한 사업인정에 갈음하고 있는 바, 각 개별법에서 土地收用法에 대한 특례를 규정하고 있는 주된 이유가 이와 같이 事業認定節次를 간소화하는 데 있다.

【표-5】 事業認定 및 裁決申請期間에 대한 特例

법 률 명	사업인정으로 의제되는 처분	재 결 신 청 기 간
· 도시계획법	· 도시계획사업실시계획승인 (제30조②)	· 실시계획승인시 정한 시행기간내(제30조②)

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법 률 명	사업인정으로 의제되는 처분	재 결 신 청 기 간
• 주택건설촉진법	• 주택건설사업계획승인 (제34조③)	• 사업계획승인시 정한 시행 기간내 (제34조③)
• 택지개발촉진법	• 택지개발계획승인 (제12조 ②)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제12조②)
• 농촌근대화촉진법	• 농지개량사업 또는 농가 주택 개량사업의 시행인가 (제154조②)	
• 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법	• 개발촉진지구의 개발사업 실시계획승인 (제22조②)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제22조②)
• 산업입지및개발에 관한 법률	• 공업단지개발사업의 실시 계획승인 (제22조②)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제22조②)
• 한국수자원공사법	• 사업실시계획승인 (제24조 ③)	• 사업계획승인시 정한 시행 기간내 (제24조②)
• 도시철도법	• 도시철도건설사업계획승인 (제5조①)	• 사업계획승인시 정한 시행 기간내 (제5조②)
• 공공철도건설촉진법	• 공공철도건설사업의 실시 계획승인 (제5조③)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제5조③)
• 수도권신공항건설촉진법	• 신공항건설사업계획승인 (제10조②)	• 사업계획승인시 정한 시행 기간내 (제10조②)
• 학교시설사업촉진법	• 학교시설사업의 시행계획 승인 (제10조③)	• 시행계획승인시 정한 시행 기간내 (제10조③)
• 전원개발에 관한특별법	• 전원개발사업의 실시계획 승인 (제6조①)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제6조③)
• 한국가스공사법	• 가스사업실시계획승인 (제16조의3)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제17조①)
• 도시재개발법	• 재개발사업시행인가 (제39 조②)	• 시행인가시 정한 시행기간내 (제39조②)
• 농어촌발전특별조치법	• 정주생활권개발계획승인	• 개발계획승인시 정한 시행

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況

법 률 명	사업인정으로 의제되는 처분	재 결 신 청 기 간
	(제69조②)	기간내 (제69조②)
• 환경개선비용부담법	• 환경오염방지사업계획승인 (제18조③)	• 사업계획승인시 정한 시행 기간내 (제18조③)
• 국방·군사시설사업에 관한법률	• 국방·군사시설사업의 실시계획승인 (제6조③)	• 실시계획승인시 정한 시행 기간내 (제6조③)
• 관광진흥법		• 관광지조성계획승인 또는 관광지조성사업허가시 정한 시행기간내 (제29조 ②)
• 진흥기업진흥법	• 단지조성사업의 실시계획 승인 (제17조②)	
• 항만법	• 항만공사실시계획공고 (제48조②)	• 실시계획에서 정한 공사기간내 (제48조②)
• 골재채취법	• 골재채취허가 (제36조②)	• 허가시 정한 채취기간내 (제36조③)
• 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률	• 분뇨처리시설 또는 축산 폐수공동처리시설의 설치승인 (제8조③)	
• 수도법	• 수도사업의 인가 (제44조 ②)	• 수도공사 완공시까지 (제44조②)
• 집단에너지사업법		• 집단에너지공급사업의 개시기간내 (제47조)
• 도로법	• 도로구역결정 (제49조의2 ②)	• 도로구역결정일부터 2년이내 (제49조의2②)
• 농어촌도로정비법	• 도로노선지정 (제13조②)	• 노선지정일부터 2년이내 (제13조②)
• 폐기물관리법	• 폐기물처리시설 설치계획 결정 (제10조③)	• 설치계획결정일부터 2년이내 (제10조③)

법 률 명	사업인정으로 의제되는 처분	재 결 신 청 기 간
· 농지확대개발촉진법	· 농림수산부장관의 승인 (제21조①)	
· 도시교통정비촉진법	· 도시교통정비시행계획의 수립 (제8조의③)	· 시행계획에서 정한 시행기간내 (제8조의2③)
· 항공법	· 공항개발사업의 실시계획 수립 또는 승인 (제98조 ②)	· 실시계획수립 또는 승인시 정한 시행기간내 (제98조 ②)
· 광업법	· 동력자원부장관의 인정 (제88조①)	
· 해저광물자원개발법	· 동력자원부장관의 승인 (제30조②)	

그런데 土地收用法에서는 事業認定을 하기 전에 반드시 이해관계인의 의견을 듣도록 하고 있는데 반하여, 「都市計画法」·「都市再開發法」·「都市鐵道法」·「學校施設事業促進法」·「鑛業法」 및 「農村近代化促進法」을 제외한 26개 법률에는 土地收用法에 의한 사업인정으로 의제되는 실시계획승인·시행인가·구역결정 등과 관련하여 미리 利害關係人의 의견을 듣는 절차를 두고 있지 아니하다. 수용에 의한 財産權侵害가 개인에게 미치는 영향을 고려할 때 土地收用法에 의한 事業認定으로 擬制되는 實施計劃承認·施行認可·區域決定 등과 관련하여 미리 이해관계인의 의견을 듣도록 하는 제도적 보완이 이루어져야 할 것이다.

또한 「土地收用法」에서는 수용할 물건 또는 권리의 구체적인 범위를 확정하기 위하여 사업인정을 한 때에는 반드시 수용할 물건 또는 권리의 세목을 고시하도록 하고 있는데 반하여, 「水道法」·「住宅建設促進法」·「農漁村發展特別措置法」·「農村近代化促進法」·「廢棄物管理法」·「汚水·糞尿 및 畜産廢水의 처리에 관한法律」·「鑛業法」·「海底鑛物資源開發法」 및 「國防·軍事施設에 관한法律」의 경우에는 당해 법

물이나 그 하위법령에 土地收用法에 의한 事業認定으로 擬制되는 實施計劃承認·施行認可·區域決定 등과 관련하여 수용할 물건 또는 권리의 세목을 고시 또는 공고하도록 명시되어 있지 아니하다. 收用할 물건 또는 권리의 범위를 확정짓기 위해서는 그 구체적인 세목이 없어서는 아니되므로 이들 法令에 수용할 물건 또는 권리의 세목을 고시 또는 공고하도록 하는 明文規定을 두도록 하여야 할 것이다.

「航路標識法」에 의하여 항로표지를 수용하는 경우와 「特許法」·「實用新案法」 또는 「意匠法」에 의하여 특허권·실용신안권 또는 의장권을 수용하는 경우에는 사업인정절차가 없다. 항로표지를 수용하는 경우에는 해운항만청장이 미리 그 所有者에게 통지하면 되고, 특허권·실용신안권 또는 의장권을 수용하는 경우에는 主務部長官의 신청에 따라 당사자의 의견을 들은 후 보상금액과 함께 수용결정을 하게 된다(航路標識法施行令 제7조 1항, 特許權의收用·實施등에 관한規程 제2조, 제5조).

#### 4. 裁決申請期間에 관한 特例

「土地收用法」에서는 土地收用委員會에 대한 裁決申請期間을 事業認定告示日부터 1년이내로 규정하고 있다. 그러나 「都市計劃法」 등 26개 법률에서 주로 당해 사업의 시행기간을 기준으로 재결신청기간에 대한 특례를 규정하고 있는 바, 그 구체적인 내용은 【표-5】와 같다. 「航路標識法」에 의하여 항로표지를 수용하는 경우와 「特許法」·「實用新案法」 또는 「意匠法」에 의하여 특허권·실용신안권 또는 의장권을 수용하는 경우에는 土地收用法에 의한 절차를 거치지 아니하므로 裁決申請期間에 대한 특례 여부가 문제될 소지가 없다.

#### 5. 殘地收用に 관한 特例

土地의 일부가 수용되고 남은 잔여지를 종래의 목적에 사용하지 못하게 되는 경우 토지소유자는 殘餘地에 대한 收用을 請求할 수 있

는 바, 이를 殘地收用이라고 한다. 土地收用法에서는 잔지수용을 인정하면서 그 요건으로 「종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 것」을 요구하고 있다(土地收用法 제48조 1항).

그러나 「都市計画法」에서는 잔지수용의 요건을 「종래의 목적에 사용할 수 없거나 택지로 이용할 수 없을 것」으로 보다 완화하여 규정하고 있다(都市計画法 제29조 2항).

## 6. 管轄에 관한 特例

中央土地收用委員會는 시행자가 국가나 서울특별시·직할시 또는 도인 사업과 수용할 토지가 2이상의 서울특별시·직할시 또는 도의 구역에 걸치는 사업에 관한 裁決申請事件을 관할하고, 그 이외의 사건은 서울특별시·직할시 및 도에 설치된 地方土地收用委員會가 관할한다(土地收用法 제35조).

「産業立地및開發에 관한法律」에서는 국가공업단지개발사업인 경우에는 중앙토지수용위원회의 관할로 하고, 지방공업단지개발사업 또는 농공단지개발사업인 경우에는 지방토지수용위원회의 관할로 하는 특례를 두고 있다(産業立地및開發에 관한法律 제22조 3항).

재개발사업·택지개발사업·공항개발사업·신공항건설사업 또는 한국수자원공사가 한국수자원공사법에 의한 실시계획승인을 받아 시행하는 사업의 경우에는 관할이 中央土地收用委員會로 단일화되어 있으며(都市再開發法 제39조 3항, 宅地開發促進法 제12조 3항, 航空法 제98조 3항, 首都圈新空港建設促進法 제10조 3항, 韓國水資源公社法 제24조 4항), 대한주택공사·한국가스공사 또는 한국석유개발공사가 각각 大韓住宅公社法·韓國가스公社法 또는 韓國石油開發公社法에 의하여 시행하는 사업에 대하여 관할 토지수용위원회를 정함에 있어서는 이들 공사를 각각 국가로 보므로 이러한 사업의 경우에도 역시 관할이 中央土地收用委員會로 단일화하게 된다(大韓住宅公社法 제9조 1항, 韓國가스公社法 제17조 2항, 韓國石油開發公社法

제17조 2항).

이와 같이 관할이 中央土地收用委員會로 단일화되면 시행자는 收用節次에 따른 절차의 번잡이나 비용의 증가를 피할 수 있게 되지만 수용의 상대방은 이와 반대로 物件 또는 權利의 소재지나 자신의 거주지에 전혀 관계없이 처음부터 中央土地收用委員會에 가야만 하는 불편을 겪게 된다.

### 7. 補償節次 및 補償額算定에 관한 特例

土地收用法에는 먼저 사업시행자가 당사자와 買收協議를 하여 매수하되 협의가 성립되지 아니하면 土地收用委員會의 裁決을 거쳐 수용하도록 되어 있는 바, 이 경우 買收額 또는 補償額은 協議成立 또는 裁決 당시의 가격을 기준으로 하여 산정하도록 되어 있다. 그러나 「農村近代化促進法」 및 「農漁村發展特別措置法」에서는 收用에 따른 補償은 當事者끼리 협의하여 정하되, 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우에는 농림수산부장관이나 서울특별시장·직할시장 또는 도지사가 결정하고, 이 결정에 이의가 있을 때에는 농림수산부장관에게 재결을 신청하도록 하고 있다(農村近代化促進法 제157조, 農漁村發展特別措置法 제68조 1항).

그리고 「航路標識法」에 의하여 항로표지를 수용하는 경우에는 그 항로표지를 건설하기 위하여 보통 소요되는 비용에 시가에 의하여 산정한 감가액을 공제한 금액을 기준으로 하여 港灣廳長이 補償金을 決定하도록 되어 있고(航路標識法 제14조), 「特許法」·「實用新案法」 및 「意匠法」에 의하여 특허권·실용신안권 또는 의장권을 수용하는 경우에는 특허청장이 특허권자·실용신안권자 및 의장권자와 그 실시권자 및 질권자의 의견을 참작하여 공업소유권심의위원회의 자문을 거쳐 보상금을 결정하도록 되어 있다(特許法 제106조, 實用新案法 제29조, 意匠法 제61조, 特許權의收用·實施등에 관한規程 제5조, 제9조).

## 8. 現金補償原則에 관한 特例

「土地收用法」에서는 現金補償을 原則으로 하면서 예외적으로 國家·地方自治團體·政府投資機關 또는 公共團體가 시행하는 사업에 대하여는 土地所有者나 關係人이 원하는 경우에는 補償金全額을, 不在地主의 土地이거나 非業務用土地로서 補償金이 일정금액을 초과하는 경우에는 그 초과액을 施行者가 發行하는 債券으로 보상하는 債券補償을 認定하고 있다(土地收用法 제45조 4항, 5항). 그런데 「宅地開發促進法」과 「都市再開發法」에서도 現金補償原則에 대한 예외로서 각각 債券補償과 現物補償을 인정하고 있다. 즉 시행자가 한국토지개발공사인 宅地開發事業의 경우에는 보상금의 1/2 이내의 범위 안에서 한국토지개발공사가 발행하는 土地開發債券으로 지급할 수 있으며, 재개발사업의 경우에는 相對方이 원하는 경우에는 관리처분 계획에서 정한 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 할 수 있다(宅地開發促進法 제29조, 都市再開發法 제38조 1항).

## 9. 未登記土地의 補償金支給에 관한 特例

「土地收用法」에는 事業施行者의 過失없이 補償金을 받을 자를 알 수 없을 때에는 補償金을 供託하도록 되어 있으나, 「觀光振興法」 및 「特定地域綜合開發促進을위한特別措置法」에서는 「公共用地的取得및 損失補償에 관한特例法」 제5조와 마찬가지로 所有權의 移轉登記 또는 保存登記가 되어 있지 아니한 토지에 대하여는 시장·군수 또는 읍·면장이 확인하는 정당한 권리자에게 보상금을 지급할 수 있도록 하고 있다(土地收用法 제61조 2항, 觀光振興法 제30조, 特定地域綜合開發促進에 관한特別措置法 제47조).

## 10. 補償金の 供託에 관한 特例

수용할 물건 또는 권리에 대하여 所有權 이외의 權利 또는 處分の



制限에 관한 登記가 되어 있거나 質權이 設定되어 있는 경우 「土地收用法」에는 補償金을 供託할 수 있는 명문규정이 없으나, 「農村近代化促進法」 및 「農漁村發展特別措置法」에는 이러한 경우 원칙적으로 補償金을 供託하도록 명문화되어 있다(農村近代化促進法 제158조, 農漁村發展特別措置法 제68조).

### 11. 還買에 관한 特例

수용할 물건 또는 권리의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우 수용 당시의 소유자가 이를 還買하기 위하여 지급하여야 하는 금액이 「土地收用法」에는 「補償金에 相當하는 金額」이라는 불확정개념으로 되어 있어서 구체적인 금액에 대하여 논란의 여지가 있는데 반하여, 「宅地開發促進法」에는 「補償金에 補償金支給日부터 還買日까지의 法定利子를 加算한 金額」으로 명확하게 규정되어 있다(土地收用法 제71조 1항, 宅地開發促進法 제13조 1항, 同法 施行令 제10조).

還買權의 對抗력에 관하여 「土地收用法」에 「還買權은 不動產登記法이 정하는 바에 의하여 收用의 登記가 되었을 때에는 제3자에게 對抗할 수 있다」라는 규정이 있음에도 불구하고 「宅地開發促進法」에서는 「還買權者는 還買로서 제3자에게 對抗할 수 있다」는 규정을 별도로 두고 있는 바, 여기의 「…… 還買로서 ……」 對抗할 수 있다」는 표현의 구체적인 뜻을 알 수 없다(土地收用法 제76조 6항, 宅地開發促進法 제13조 2항).

### 12. 移住對策에 관한 特例

土地收用法에서는 이주대책에 관하여는 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」 제8조의 규정을 준용하도록 하고 있는 바, 公共用地的取得및損失補償에 관한特例法 제8조에는 ①시행자의 이주대책수립의무, ②이주대책수립시 지방자치단체장과의 사전협의, ③국민주택자금의 우선지원, ④이주대책업무의 위탁이 규정되어 있다. 현재

「電源開發에 관한特例法」(제 10조)・「觀光振興法」(제 34조)・「都市鐵道法」(제 8조, 제 9조)・「産業立地및開發에 관한法律」(제 36조)・「中小企業振興法」(제 22조) 및 「特定地域綜合開發促進에 관한特別措置法」(제 43조~제 46조)에 이주대책에 관하여 따로 규정되어 있으나 【표-6】에서 보는 바와 같이 「特定地域綜合開發促進에 관한特別措置法」 제 43조 내지 제 46조를 제외하고는 특례로서의 의미는 없다 할 것이다.

【표-6】 移住對策에 관한 規定

구 분 법 률	이수 주립 대의 책무	자의협 치장의 단과 체의	국자선 민금지 주의원 택우	이업위 주무탁 대의 책	분과와 양보의 대상상 금비계	취등감 등록면 세세 의	이우 주선 자고 의용
공공용지의취득및 손실보상에관한특 례법(제8조), 전 원개발에관한특례 법(제10조), 관광 진흥법(제34조)	○	○	○	○			
도시철도법(제8 조, 제9조)	○	○	○	○	○		
특정지역종합개발 촉진에관한특별조 치법(제43조~제 46조)	○	○	○	○	○	○	○
산업입지및개발에 관한법률(제36 조), 중소기업진 흥법(제22조)	○						○

III. 公用收用 및 補償關聯法制的 運營實態<sup>7)</sup>

1. 公共用地的 取得 및 補償實績

(1) 公共用地的 取得實績

「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」(1975. 12)이 제정된 이후 【표-7】과 같이 公共用地取得面積은 1977년에 7천3백54만m<sup>2</sup>를 취득한 이후 1990년에는 2억2천5백49만m<sup>2</sup>를 취득하여 1977년~1990년의 14년간 총18억7백35만m<sup>2</sup>를 매수하였다. 이는 補償額에 있어서 총 20조3천8백3십억원에 이르는 규모이다.

【표-7】 年度別 公共用地取得實績

단위 : 만m<sup>2</sup>, 억원

구 분	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983
면 적	7,354	8,492	11,347	9,583	9,785	13,668	15,377
금 액	1,058	1,861	2,750	2,853	4,826	4,959	7,070
구 분	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990
면 적	13,161	11,202	12,417	15,199	14,404	16,198	22,549
금 액	10,213	9,289	10,691	12,386	19,282	50,735	65,857

(2) 機關別 公共用地取得實績

1977년이후 公共用地的 기관별 취득실적을 보면 총18억7백35만 m<sup>2</sup> 중 中央行政機關이 65.0%인 11억7천4백73만m<sup>2</sup>, 地方自治團體가 35.0%인 6억3천2백62만m<sup>2</sup>를 매수하였다. 補償額의 分擔率은 中央政府가 64.5%인 13조1천417억원, 地方自治團體가 35.5%인 7조2천413억원 정도의 보상비를 부담하였다. 앞으로 地方自治制의

7) 이 부분의 내용은 建設部 土地政策課 姜八文 事務官의 원고를 본 연구보고서의 취지에 부합하게 편집·정리하였음.

실지로 인하여 地方自治團體의 분담률은 크게 증가할 것으로 판단된다(【표-8】참조).

**【표-8】 機關別 公共用地取得實績('77~'90)**

단위 : 만m<sup>2</sup>(%)

	계	중앙정부	지방자치단체
면적	180,735(100)	117,473(65.0)	63,262(35.0)
금액	203,830(100)	131,417(64.5)	72,413(35.5)

자료 : 건설부 토지정책과

中央政府의 買收面積 11억7천473만m<sup>2</sup>에 대한 各 機關別 구성비는 건설부가 53.9%로 가장 많고 그 다음이 국방부의 34.1%, 농림수산부 4.0%의 순으로 나타났다. 金額別로는 건설부가 78.1%, 교육부 10.5%, 국방부 5.6% 순이다. 이는 공공사업에서의 건설부 역할이 매우 큼을 의미하며 국방부와 농림수산부가 매수면적에 비해 補償金額比率이 낮은 것은 국방군사사업이 산악지대에 위치하고 농지정리사업의 주된대상인 농지의 가격이 상대적으로 저렴하기 때문이다(【표-9】 참조). 地方自治團體의 買收面積 6억3천262만m<sup>2</sup>에 대한 지역별 구성비는 京畿가 16.0%로 가장 많으며 그 다음이 慶北의 15.9%, 忠北 14.5% 순으로 나타났다.

또한 금액별로 볼 때 서울이 29.8%로 타 시도의 10%내외의 구성비와는 대조적으로 매우 높은 구성비로 나타났다. 이는 서울의 地價

**【표-9】 中央部處別 公共用地構成費('77~'90)**

단위 : %

	건설부	국방부	농림수산부	교육부	체신부	기타
면적	53.9	34.1	4.0	3.9	0.3	3.8
금액	78.1	5.6	0.6	10.5	2.0	3.2

水準이 높아 공공사업에 用地費의 부담이 과중하다는 것을 보여주며 道路 등 都市基盤施設을 확충하는 데 많은 어려움을 겪고 있다는 점을 시사하고 있다(【표-10】 참조).

【표-10】 地方自治團體의 公共用地取得構成費('77~'90)

단위 : %

	서울	경기	강원	충북	충남	경북	경남	기타 시·도
면적	6.6	16.0	6.9	14.5	13.0	15.9	10.6	16.5
금액	29.8	14.3	2.4	4.5	5.9	6.5	8.9	27.7

(3) 事業別 公共用地取得實績

사업별 公共用地的 면적구성비는 國防軍事事業이 23.1%로 가장 많으며 다음이 道路 16.8%, 댐 14.7%, 住宅 10.6%, 工團 10.5%, 治水河川 4.1%, 學藝 2.8% 순이다. 또 金額別 순위는 住宅이 46.2%로 가장 많으며 다음이 道路 17.8%, 工業團地 8.2%, 學藝 7.2%, 國防軍事 3.8%, 治水河川 1.7% 순이다.

면적의 경우 國防軍事가 1위인 반면 금액별로는 5위인 것은 국방 사업의 사업지가 주로 비도시지역으로 山林地에서 이루어지기 때문이며 주택의 경우 국방의 경우와 반대인 것은 事業地가 주로 도시지

【표-11】 事業別 用地取得 및 補償現況('77~'90)

단위 : 만m<sup>2</sup>, 억원

구분	계	국방군사	도 로	주 택	치수하천	공 단	댐	학 예	기 타
면적	180,735	41,837 (23.1)	30,412 (16.8)	19,096 (10.6)	7,429 (4.1)	18,888 (10.5)	26,510 (14.7)	5,073 (2.8)	31,490 (17.4)
금액	203,830	7,679 (3.8)	36,283 (17.8)	94,163 (46.2)	3,521 (1.7)	16,712 (8.2)	5,417 (2.7)	14,687 (7.2)	25,368 (12.4)
원/m <sup>2</sup>	11,278	1,835	11,930	49,310	4,740	8,848	2,043	28,951	8,056

역으로 보상가가 높기 때문으로 판단된다. 이와 같은 현상은 補償單價로 실증되고 있는 바, 주택사업은 m<sup>2</sup>당 補償價가 49,310원으로 가장 높은 반면 國防軍事事業은 1,835원에 불과한 것으로 나타나고 있다(【표-11】 참조).

이를 다시 經濟計劃年次別로 公共用地取得構成費 추이를 보면(【표-12】 참조), 國防軍事事業의 경우 그 구성비가 낮아지고 있는 반면 國民生活 및 福祉와 연관이 높은 도로, 주택, 치수, 하천 등의 구성비가 계속 증가하고 있음을 알 수 있다. 특히 住宅의 경우 4.8%에서 18.0%로 크게 증가함으로써 住宅에 대한 투자가 급격히 증가하고 있어 많은 用地를 매수하여야 하는 宅地開發事業에 있어서 많은 어려움이 발생되고 있음을 시사하고 있다.

【표-12】 經濟計劃年次別 公共用地 取得構成費

단위 : %

	4차경제계획	5차경제계획	6차경제계획
국방군사	31.34	21.36	18.32
도 로	10.68	15.40	22.85
주 택	4.83	6.37	18.00
치수하천	2.11	3.20	6.20
공 단	11.04	16.17	12.99
댐	1.98	27.13	11.44
학 예	3.98	3.55	1.20
기 타	34.04	16.82	9.00

## 2. 公共用地 取得方法

1977~1990년간의 公共用地 取得面積 18억7천355만m<sup>2</sup> 중 當初協議로 취득한 것이 66.4%로 가장 많으며 다음이 事業認定後協議 29.1%, 收用裁決 4.4% 순으로 우리나라의 公共用地 取得方法은 協議買收가 중심임을 알 수 있다(【표-13】참조).

**【표-13】 公共用地取得方法別 面積構成費('77~'90)**

단위 : 백만m<sup>2</sup>

계	당초협의	사업인정후협의	수용재결	(이의신청)
1,807.4 (100.0)	1,200.8 (66.4)	526.1 (29.1)	80.5 (4.4)	(16.1) (0.9)

주) 이의신청은 수용재결과 중복됨

그러나 최근 收用裁決 및 異議申請 面積이 매우 크게 증가하고 있는 실정으로 【표-14】에서 보듯이 1977년부터 1988년까지 각 년도별 收用裁決面積比率는 3% 이하를 유지해 왔으나 1989년에는 收用裁決이 4.2%로 增加趨勢를 보이더니 1990년에는 9.7%로 1988년의 2.3%에 비해 4.2배정도의 급격한 증가를 보였다. 이는 최근 사회의 민주화·개방화로 인한 이주민들의 생존권적 요구가 늘어 나고 收用裁決까지 가는 것이 보상에서 유리하다는 생각때문이며 한편으론 事業의 실시가 이주민의 완전철수후에야 시행되어야 하는 취약성으로 인한 移住民들의 기대 이상의 요구 또한 주요요인으로 판단되어 진다. 또한 補償金額을 기준으로 보면 지금까지의 公共用地取得에 대한 총 보상액은 약20조3천830억원으로 取得方法別 補償費는

**【표-14】 公共用地取得方法別 面積構成費 推移**

단위 : %

	1977	1980	1982	1984	1986	1988	1989	1990
당초협의	46.2	71.1	78.0	79.6	63.4	70.1	82.7	60.2
사업인정후 협의	51.2	26.7	21.7	17.6	33.6	27.5	13.1	30.1
수용재결 (이의신청)	2.7 (0.35)	2.2 (1.27)	0.3 (0.10)	2.8 (0.50)	3.0 (0.79)	2.3 (0.83)	4.2 (1.18)	9.7 (1.40)

주) 이의신청은 수용재결과 중복됨.

當初協議가 54.4%, 事業認定後協議가 30.3%, 收用裁決이 15.3%로 나타났다(【표-15】 참조).

**【표-15】 公共用地取得方法別 補償額構成**

단위 : 억원

계	당초협의	사업인정후협의	수용재결	(이의신청)
203,830 (100.0)	110,830 (54.0)	61,739 (30.3)	31,270 (15.3)	(6,795) (3.3)

주) 이의신청은 수용재결과 중복됨

收用裁決 및 異議申請金額構成費가 面積構成費에 비해 매우 높다는 것은 이들 방법에 의한 補償費가 높다는 것을 의미하며 실제로 m<sup>2</sup>당 平均補償額을 보더라도 當初協議가 9천229원, 事業認定後協議 1만1천736원, 收用裁決 3만8천845원, 異議申請 4만2천321원으로 收用裁決 및 異議申請이 當初協議나 事業認定後協議보다 3~4배 이상 높은 것으로 나타났다. 이는 여러가지 요인이 있겠지만 가장 주요한 요인으로는 當初協議나 事業認定後協議의 경우 비교적 지가가 낮은 非都市地域인 반면 收用裁決 및 異議申請은 지가가 높은 都市地域에서의 발생이 많기 때문으로 판단되며 한편으로는 지금까지의 보상기준시점이 協議買收는 契約時點을 기준으로, 收用裁決은 裁決時點을 기준으로 보상가를 산정하게 되어 공공사업으로 인한 지가상승분이 상당히 반영되어 왔기 때문으로 판단된다(【표-16】 참조).

**【표-16】 公共用地取得方法別 m<sup>2</sup>당 平均補償額**

단위 : 원/m<sup>2</sup>

당초협의	사업인정후협의	수용재결	이의신청	평균
9,229	11,736	38,845	42,321	11,278



### 3. 收用裁決

#### (1) 收用裁決件數

中央土地收用委員會의 收用裁決件數는 1962년의 2건에서 1977년에 26건, 82년에 47건, 87년에 181건, 90년에 374건으로 최근에 급격하게 증가하고 있다. (【표-17】 참조)

【표-17】 收用裁決의 增加推移

단위 : 건

1962	1967	1972	1977	1982	1987	1989	1990
2	14	8	26	47	181	260	374

#### (2) 收用裁決面積 및 補償額

1990년 中央土地收用委員會의 收用裁決은 총 374건에 21.3km<sup>2</sup>로 면적별 구성비를 보면 住宅 및 宅地가 73.5%로 가장 많고 그 다음이 道路 11.0%, 댐 5.6%, 工團 3.5%, 國防 1.9%로 나타났다

【표-18】 1990年 事業別 收用裁決面積

	면적(천m <sup>2</sup> )	구성비(%)
국 방	397	1.9
도 로	2,345	11.0
주택·택지	15,675	73.5
공 단	753	3.5
학 예	44	0.2
댐	1,197	5.6
공 공 청 사	167	0.8
치 수 하 천	599	2.8
공 원	154	0.7
전 기	2	0.0
계	21,333	100.0

(【표-18】 참조). 특히 주택·택지, 도로의 구성비가 매우 높다는 것은 이들 事業의 위치가 대부분 도시지역에 있기 때문이며 그만큼 이해당사자간의 民願의 소지가 크고 개발에 대한 기대이익으로 피보상자의 心理的 損失感이 크기 때문인 것으로 분석된다.

또한 補償金額은 총 1조6,322억원으로 용도별 구성비를 보면 주택 및 택지가 90.9%, 도로 3.6%, 치수하천 1.9%, 공공청사 1.3%, 공단 1.2% 순으로 주택 및 택지의 구성비가 90%나 차지하는 것으로 이들 事業의 규모가 클 뿐 아니라 地價 또한 높은 도시지역에서 추진되기 때문인 것으로 보인다(【표-19】 참조).

【표-19】 1990年 事業別 收用裁決金額

	면적(천m <sup>2</sup> )	구성비(%)
국 방	3,138	0.2
도 로	58,972	3.6
주택·택지	1,483,899	90.9
공 단	18,887	1.2
학 예	44	0.0
댐	10,469	0.6
공 공 청 사	20,618	1.3
치 수 하 천	28,809	1.8
공 원	2,106	0.1
전 기	36	0.0
계	1,632,181	100.0

또한 m<sup>2</sup>당 平均收用裁決額을 보더라도 공공청사나 학예와 같이 도심지에서 이루어지는 事業을 제외하고는 주택 및 택지의 경우가 9만5천원으로 가장 높고 다음이 道路와 工團이 2만5천원으로 향후 도시지역에서의 사업확대 등으로 특히 주택 및 택지의 補償額은 더욱 증가할 것으로 판단된다(【표-20】 참조).

【표-20】 1990年 事業別 m<sup>2</sup>당 收用裁決額

단위: 원

		금 액
국	방	7,905
도	로	25,148
주 택	· 택 지	94,667
공	단	25,082
학	예	119,232
	담	8,746
공	공 청 사	123,461
치	수 하 천	48,095
공	원	13,677
전	기	18,189
계		76,510

#### 4. 異議申請

##### (1) 異議申請件數

中央土地收用委員會의 이의신청건수는 1967년 7건에서 1982년 48건, 1987년 106건, 1988년 127건, 1990년 197건으로 최근에 많은 증가를 보였다(【표-21】 참조).

【표-21】 異議申請 增加推移

단위: 건

1967	1982	1987	1989	1990
7	48	106	127	197

##### (2) 異議申請面積

1990년도 中央土地收用委員會의 異議申請은 총197건의 3.2km<sup>2</sup>로

사업별 면적구성비는 주택 및 택지가 55.8%로 가장 많고 다음이 공단 11.9%, 치수하천 9.6%, 국방 7.7%, 도로 4.2%로 收用裁決面積順位와 비슷한 분포를 보이고 있다.

**【표-22】 1990年 事業別 收用裁決面積**

	면적(천m <sup>2</sup> )	구성비(%)
국 방	243,753	7.7
도 로	133,358	4.2
주택·택지	1,763,351	55.8
공공청사	11,787	0.4
공단	375,390	11.9
전기	5,511	1.7
공원	18,108	0.6
학예	18,915	0.6
치수하천	304,809	9.6
기타	286,319	9.1
계	3,161,122	100.0

(3) 係爭者數

협의매수가 되지 않고 민원을 야기함으로써 土地收用과 異議裁決 등 국가의 공권력으로 강제취득함에 따라 관련되는 주민의 수는 계속 증가추세에 있다. 1988년에 4,522명의 국민이 收用 및 異議裁決과 관련되었던 데 반해 1990년에는 23,306명에 달하고 있다.

**【표-23】 年度別 係爭者 現況**

년 도 민 원	수용 및 이의재결 (건)	계쟁자 수
1988	345	4,522
1989	437	9,094
1990	573	23,306

5. 補償關聯 民願現況

公共事業의 시행에 따른 보상관련민원은 주로 보상가액에 관한 사항이며 移住對策을 요구하는 민원도 상당수에 달하고 있다. 그렇지만 토지개발공사가 住宅開發事業을 수행하는 과정에서 나타난 보상관련민원을 보면 보상가 불만이 가장 많은 것으로 나타나 있으나 차츰 補償價 보다는 이주대책이나 간접보상 등 生活保護 및 再定着과 관련한 민원의 비율이 많아지고 있는 것으로 나타나고 있다.

【표-24】 土地開發公社의 類型別 民願現況

단위 : 건, %

	1988	1989	1990	1991
계	212 (100)	756 (100)	504 (100)	606 (100)
보상가 불만	128 (60)	509 (67)	250 (50)	258 (43)
이주대책	62 (29)	192 (25)	193 (38)	226 (37)
간접보상·기타	22 (10)	64 (8)	61 (12)	122 (20)

補償民願을 사업별로 보면 사업의 특성상 특이하게 나타나는 민원이 있는 바, 댐건설사업의 경우는 댐건설 反對(타지역 건설 또는 계획백지화), 生活定着時까지 생활대책비 지급, 이주단지조성, 대체농지조성, 정신적인 피해보상, 환경변화에 따른 피해대책 등이 民願으로 제기되고 있다. 또한 住宅建設事業은 사업시행반대, 조기보상 요구, 사업지구편입 및 제척요구와 아파트입주권에 대신하여 移住宅地를 공급하여 줄 것을 요구하는 사례가 있고 道路建設事業은 고속도로건설에 따른 지역권분리문제 해결요구가 발생하고 있다.

第3節 公用使用 및 補償關聯法制의 現況

公用使用은 공익사업의 주체가 타인의 재산권위에 공법상의 사용

권을 취득하고, 상대방은 그 사용을 수인할 의무를 지는 것을 내용으로 하는 公用侵害를 말한다<sup>8)</sup>. 公用使用은 보통의 경우에는 민법상의 계약에 의하여야 할 것이지만 권리자의 承諾을 얻지 못하거나 긴급하여 그 承諾을 얻을 여유가 없는 경우에는 권리자의 의사를 불문하고 직접 법률에 의하여 또는 법률에 근거한 行政行爲에 의하여 사용권이 설정된다. 따라서 公用사용권은 공법상의 권리이며, 사업자가 私企業者인 경우에도 國家的 公權으로서의 公用사용권을 취득하게 된다. 이러한 公用使用은 그 내용에 따라 일반적으로 일시사용과 계속사용으로 구분하여 설명하고 있다. 그러나 本研究에서는 토지에의 출입, 일시사용, 계속사용, 지하 또는 공간사용, 대리개발로 그 유형을 세분하여 살펴 보기로 한다.

## I. 土地에의 出入

「土地收用法」 제9조의 규정에 의하면 公益事業의 施行者는 그 사업의 준비를 위하여 측량 또는 조사를 할 필요가 있을 때에는 타인의 토지를 출입할 수 있는 바, 土地收用法 외에도 「都市計画法」 등 41개 법률에 공공사업에 관한 측량·조사 또는 그 사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 타인의 토지를 출입할 수 있도록 규정되어 있다. 이 중 「測量法」(제11조 1항) 「地籍法」(제31조 1항) · 「水路業務法」(제11조 1항) 및 「軍用電氣通信法」(제6조 1항)의 경우에는 토지 이외에 건물에도 출입할 수 있으며, 「漁港法」(제16조 1항) · 「水路業務法」(제11조 2항) 및 「氣象業務法」(제19조 1항)의 경우에는 수면 또는 수역에도 출입할 수 있다.

타인의 토지에 출입하기 위하여는 國家 또는 公共團體의 경우에는 法律의 規定만으로도 충분하지만 私人的 경우에는 行政廳의 許可를

---

8) 公用使用은 公用制限의 일종으로서의 使用制限으로 설명하는 것이 일반적이다. 그러나 公用사용은 公用使用權의 設定이 주목적이고 財產權에 대한 制限은 그 효과에 불과한 것이기 때문에 다른 公用制限의 경우와 구분하여 고찰하는 것이 낫다고 본다.

받아야 하는 것이 원칙이다. 그러나 【표-25】에서 보는 바와 같이 「公有水面埋立法」·「骨材採取法」 및 「電氣通信事業法」에는 施行者가 私人인 경우에도 許可節次 없이 상대방에게 通知만 하면 되도록 되어 있고, 「砂防事業法」·「草地法」·「測量法」·「軍用電氣通信法」·「火田整理에 관한法律」 및 「韓國水資源公社法」에는 아예 출입절차에 관한 규정이 없다.

【표-25】 他人土地에의 出入節次

구 분	법 률 명
<ul style="list-style-type: none"> <li>당사자간의 협의에 의하되, 협의불성립시에는 허가를 받도록 하고 있는 법률</li> </ul>	전기사업법(제56조)
<ul style="list-style-type: none"> <li>허가를 받도록 하고 있는 법률</li> </ul>	도시계획법(제5조②), 특정지역종합개발촉진에 관한 특별조치법(제4조③), 산업입지및개발에 관한법률(제25조), 수도법(제45조②), 주택건설촉진법(제32조의2②), 택지개발촉진법(제10조②), 도시철도법(제6조), 공공철도건설촉진법(제4조의2), 항공법(제97조②), 수도권신공항건설촉진법(제9조②), 중소기업진흥법(제18조②), 학교시설사업촉진법(제8조②), 관광진흥법(제28조), 제주도개발특별법(제4조④), 수산업법(제65조), 온천법(제19조①), 광업법(제83조), 지가공시및토지등의평가에 관한법률(제11조②)
<ul style="list-style-type: none"> <li>원칙적으로 허가를 받도록 하되, 출입자가 행정청인 경우에는 통지를 하면 되도록 하고 있는 법률</li> </ul>	토지구획정리사업법(제36조①, ②), 농촌근대화촉진법(제168조①, ②)
<ul style="list-style-type: none"> <li>원칙적으로 허가를 받도록 하되, 출입자가 국가인 경우에는 통지</li> </ul>	토지수용법(제9조①), 송유관사업법(제27조②)

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

구 분	법 률 명
를 하면 되도록 하고 있는 법률	
· 출입자가 행정청 또는 정부투자기관인 경우로서 별다른 절차를 규정하고 있지 아니한 법률	사방사업법, 초지법, 측량법, 군용전기통신법, 화전정리에 관한 법률, 한국수자원공사법
· 출입자가 모두 행정청인 경우로서 통지만 하면 되도록 하고 있는 법률	국토이용관리법(제4조②), 도로법(제48조②), 하천법(제43조②), 하수도법(제23조②), 항만법(제45조②), 어항법(제16조), 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률(제6조②), 지적법(제31조②), 수로업무법(제11조②), 기상업무법(제19조)

토지에의 출입으로 인하여 손실이 발생한 경우 出入者는 당연히 이를 補償하여야 할 것인 바, 대부분의 법률에 補償義務가 명시되어 있다. 그러나 「地籍法」·「韓國水資源公社法」·「地價公示 및 土地 등의 評價에 관한法律」 및 「火田整理에 관한法律」에는 보상의무가 명시되어 있지 아니하다. 補償範圍에 대하여는 「水路業務法」(제14조)·「漁港法」(제16조)·「溫泉法」(제20조) 및 「軍用電氣通信法」(제14조)에는 「정당한 보상」으로 되어 있고, 「農村近代化促進法」에는 「보통 생길 손실의 보상」으로 되어 있다. 그리고 「土地收用法」(제57조)·「送油管事業法」(제27조 2항) 및 「軍用電氣通信法」(제14조)에서는 補償請求期間을 1년이내로 제한하고 있다.

土地에의 출입으로 인한 손실에 대한 補償節次는 다음과 같이 여러가지 형태로 되어 있는 바, 이렇게 보상절차가 서로 달라야 할 이유가 있는지는 의문이다(【표-26】 참조).

- ① 協議에 의하되, 協議不成立時에는 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請하도록 한 法律: 도시계획법(제6조), 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법(제4조), 산업입지및개발에 관한법률



(제25조), 수로법(제45조), 주택건설촉진법(제32조의2), 택지개발촉진법(제10조), 도시철도법(제6조), 공공철도건설촉진법(제4조의2), 항공법(제97조), 수도권신공항건설촉진법(제9조), 중소기업진흥법(제18조), 학교시설사업촉진법(제9조), 관광진흥법(제28조), 도로법(제79조), 하천법(제74조), 하수도법(제39조), 측량법(제14조), 항만법(제65조), 오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률(제7조), 전기통신사업법(제47

【표-26】 土地에의 出入 등에 따른 損失補償

구분 법률명	제한유형				보상 근거	보상 범위	보상 청구 기간	보상절차					
	토지에의 출입	일시 사용	장애 물변경· 제거	토지의 시굴· 시추				협재 의결 ↓ 토지 지원 수용 제 위 원 회	협재 의결 ↓ 토지 중의 수용 지 위 원 회	원 의 결 회 ↓ 이 행 정 청 이 결 정	협 의 ↓ 법 원 에 제 소	보 상 의 무 자 가 결 정	
온천법(제19조, 제20조)	○		○		○						○		
기상업무법 (제19조~제21조)	○		○		○							○	
군용전기통신법 (제6조~제14조)	○	○			○		1년						○
농촌근대화촉진법 (제168조)	○				○								
지적법(제31조~제33조) 한국수자원공사법(제34조)	○	○	○										
지가공시및토지등의평가에 관한법률(제11조), 화전정 리에 관한법률(제5조)	○												

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

구 분 법 률 명	제 한 유 형				보 상 근 거	보 상 범 위	보 상 청 구 기 간	보 상 절 차					
	토 지에 의 출 입	일 시 사 용	장 애 물 변 경 · 제 거	토 지 의 시 굴 · 시 추				협 의 ↓ 토 지 수 용 위 원 회	재 결 ↓ 토 지 수 용 위 원 회	원 회 이 의 신 청	협 의 ↓ 행 정 청 이 결 정	협 의 ↓ 법 원 에 제 소	보 상 의 무 자 가 결 정
골재채취법(제47조)	○	○	○		○								
도시계획법(제5조, 6조) 특 정지역종합개발촉진에 관한 특 별조치법(제4조), 산업입지 및 개발에 관한 법률(제25조), 수도법(제45조), 주택건설촉 진법(제32조의2), 택지개발 촉진법(제10조), 도시철도법(제6조), 공공철 도건설촉진법(제4조의2), 항공법(제97조), 수도권신 공항건설촉진법(제9조), 중 소기업진흥법(제18조), 학 교시설사업촉진법(제8조, 제 9조), 관광진흥법(제28조), 도로법(제48조, 제79조), 하천법(제43조, 제74조), 하수도법(제23조, 제39조), 측량법(제10조~제14조), 항만법(제45조, 제65조), 오수·분뇨및산업폐수의처리 에 관한 법률(제6조, 제7조); 전기통신사업법(제40조~제 42조, 제47조)	○	○	○		○		○						

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況

구 분 법 률 명	제 한 유 형				보 상 근 거	보 상 범 위	보 상 청 구 기 간	보 상 절 차						
	토 지에 의 출 입	일 시 사 용	장 애 물 변 경 · 제 거	토 지 의 시 굴 · 시 추				협 의 ↓ 토 지 수 용 위 원 회	재 결 ↓ 토 지 수 용 위 원 회	원 회 의 중 토 지 수 용 위 원 회	협 의 ↓ 행 정 청 이 결 정	협 의 ↓ 법 원 에 제 소	보 상 의 무 자 가 결 정	
제주도개발특별법(제4조)	○		○		○			○						
수로업무법(제11조~제14조)	○	○	○		○			○						
송유관사업법(제27조②)	○	○	○		○		1년		○					
토지구획정리사업법(제36조, 제37조)	○	○	○		○				○					
국토이용관리법(제4조, 제5조)	○		○		○				○					
사방사업법(제9조~제12조)	○	○	○		○						○			
초지법(제5조의2), 수산업법(제65조, 제66조, 제83조, 제84조), 전기사업법(제55조, 제56조, 제58조)	○		○		○						○			
토지수용법(제9조, 제12조, 제54조, 제57조)	○		○	○	○		1년		○					
공유수면매립법(제11조, 제19조)	○	○			○			○						
광업법(제83조, 제85조)	○		○		○									
어항법(제16조)	○	○			○						○			

조), 공유수면매립법(제19조), 제주도개발특별법(제4조), 수로업무법(제14조)

- ② 協議에 의하되, 協議不成立時에는 管轄 土地收用委員會에 裁決을 申請하도록 하고, 管轄 土地收用委員會의 裁決에 不服할 때에는 中央土地收用委員會에 異議申請을 하도록 한 法律: 토지수용법(제57조), 송유관사업법(제27조 2항), 토지구획정리사업법(제37조), 국토이용관리법(제5조)
- ③ 協議에 의하되, 協議不成立時에는 行政廳이 決定하도록 한 法律: 사방사업법(제12조), 수산업법(제84조), 전기사업법(제58조), 초지법(제5조의2), 어항법(제16조), 온천법(제20조)
- ④ 協議에 의하되, 協議不成立時에는 法院에 提訴하도록 한 法律: 기상업무법(제21조)
- ⑤ 償義務者가 補償額을 決定하도록 한 法律: 군용전기통신법(제21조)
- ⑥ 補償節次에 관한 規定이 없는 法律: 농촌근대화촉진법, 골재채취법, 광업법, 지적법, 한국수자원공사법, 지가공시및토지등의평가에관한법률, 화전정리에관한법률

위에서 본 바와 같이 土地에의 出入으로 인하여 損失이 발생한 경우 대부분의 법률에서는 그 補償에 관하여는 行爲者와 손실을 받은 자가 協議하여 정하되, 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우에는 행위자나 손실을 받은 자가 관할 토지수용위원회에 裁決을 申請하도록 하고 있는데, 土地收用法·送油管事業法·土地區劃整理事業法 및 國土利用管理法의 경우를 제외하고는 관할 토지수용위원회의 裁決에 대하여 不服할 때에는 土地收用法 제73조 내지 제75조에 규정되어 있는 異議申請節次를 거치지 아니하고 바로 訴訟을 提起할 수 있음에 주의하여야 한다.

土地에의 출입으로 인한 損失에 대한 補償은 미리 그 손실을 확정 짓기 어려운 만큼 事後補償이 될 수 밖에 없는데, 損失補償額의 算定基準·算定方法 등 구체적 사항에 관하여는 따로 규정되어 있지 아니하다.

II. 一時使用

公益事業에 관한 調査·測量 또는 그 사업의 시행을 위하여 개인의 재산을 일시사용할 수 있게 하고 있는 法律은 33개로서 그 현황은 【표-27】과 같은 바, 타인의 토지를 재료적치장·임시도로 등으로 一時使用할 수 있도록 하고 있는 경우가 대부분이나 일부 법률에서는 土地 이외에 건물·공작물 등도 일시사용의 대상으로 하고 있다. 一時使用의 절차·보상 등에 관하여는 토지수용법에 의하지 아니하고 個別法에서 직접 정하고 있는 것이 보통이다.

【표-27】 一時使用의 對象 및 用途

대 상	용 도	법 률 명
토 지	· 재료적치장	· 공유수면매립법(제11조①), 어항법(제16조①)
	· 재료적치장·가도(임시도로)	· 도시계획법(제5조①), 특정지역종합개발촉진에 관한 특별조치법(제4조④), 주택건설촉진법(제32조의2①), 택지개발촉진법(제10조①), 관광진흥법(제28조), 골재채취법(제47조①)
	· 재료적치장·통로·가도(임시도로)	· 제주도개발특별법(제4조④), 도로법(제48조), 하천법(제43조①), 하수도법(제23조①), 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한 법률(제6조①) · 항공법(제97조①), 수도권신공항건설촉진법(제9조①), 항만법(제45조①)
	· 재료적치장·도로·가도	· 토지구획정리사업법(제36①)

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

대 상	용 도	법 률 명
토 지	·용도불특정	·산업입지및개발에관한법률(제25조①), 수도법(제48조①), 도시철도법(제6조), 공공철도건설촉진법(제4조의2), 학교시설사업촉진법(제8조①), 중소기업진흥법(제18조①), 사방사업법(제9조③), 한국수자원공사법(제34조), 송유관사업법(제27조①)
토지·건물 기타 토지에 정착한 공작물	·용도불특정	·전기사업법(제55조①)
토지·죽목 기타 공작물	·용도불특정	·지적법(제32조①)
토지·건물·입목(죽목) 기타 공작물	·용도불특정	·측량법(제12조), 수로업무법(제13조)
토지, 토지에 정착한 공작물, 수면, 수저, 영조물	·용도불특정	·군용전기통신법(제7조①)
토지, 토지에 정착한 건물·수면·수저·통신기설비	·용도불특정	·전기통신사업법(제40조①)

타인의 재산을 일시사용하기 위하여는 國家 또는 公共團體의 경우에는 法律의 規定만으로 충분하지만 私人의 경우에는 行政廳의 許可를 받아야 하는 것이 원칙이다. 그러나 【표-28】에서 보는 바와 같이 公有水面埋立法 및 電氣通信事業法의 경우에는 施行者가 私人인 경우에도 허가절차없이 상대방에게 通知만 하면 되도록 되어 있고, 砂防事業法 및 韓國水資源公社法에는 아예 出入節次에 관한 規定이 없다.

일시사용으로 인하여 손실이 발생할 경우 사용자는 당연히 이를 보상하여야 할 것인 바, 대부분의 법률에 보상의무가 명시되어 있다. 그러나 「地籍法」 및 「韓國水資源公社法」에는 보상의무가 명시되어 있지 아니하다. 補償範圍에 대하여는 水路業務法(제14조)·漁港法(제16조) 및 軍用電氣通信法(제14조)에 “正當한 補償”으로 되어 있다. 그리고 送油管事業法(제27조 2항) 및 軍用電氣通信法(제14조)에서는 補償請求期間을 1년 이내로 제한하고 있다. 一時使用으로 인한 손실에 대한 補償節次는 토지에의 출입으로 인한 損失補償의 경우와 마찬가지로 다음과 같이 여러가지 형태로 되어 있다(【표-26】참조).

【표-28】 土地의 一時使用 또는 障礙物除去의 節次

구 분	일시사용 및 장애물제거	일시사용	장애물제거	장애물제거 및 토지의 시초·시추
· 미리 동의를 받도록 하고 있는 법률	도시계획법(제5조③), 특정지역종합개발촉진에 관한특별조치법(제4조③), 산업입지및개발에 관한법률(제25조②), 수동법(제45조②), 주택건설촉진법(제32조의2②), 택지개발촉진법(제10조②), 도시철도법(제6조), 공공철도건설촉진법(제4조의2), 항공법(제97조②), 수도권신공항건설촉진법(제9조②), 중소기업진흥법(제18조②), 학교시설사업촉진법(제8조②), 관광진흥법(제28조), 골재채취법(제47조③)	제주도개발특별법(제4조④)	국토이용관리법(제4조③), 측량법(제11조), 지적법(제32조), 기상업무법(제20조①), 수로업무법(제12조①)	

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

구 분	일시사용 및 장애물제거	일시사용	장애물제거	장애물제거 및 토지의 시초·시추
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 미리 동의를 받되 동의하지 않을 경우에는 허가를 받도록 하고 있는 법률</li> </ul>	송유관사업법 (제27조②)			<ul style="list-style-type: none"> <li>• 토지수용법 (제14조)</li> <li>• 전기사업법 (제55조①)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 허가를 받도록 하고 있는 법률</li> </ul>			전기통신사업법(제42조③), 온천법(제19조①), 광업법(제83조①)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행정청이 아닌 경우에만 허가를 받도록 하고 있는 법률</li> </ul>	토지구획정리사업법 (제36조①)	어항법 (제16조①)		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행위자가 모두 행정청인 경우로서 통지만 하면 되도록 하고 있는 법률</li> </ul>	도로법(제48조②), 하천법(제43조②), 하수도법(제23조②), 항만법(제45조②), 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률(제11조②)	측량법(제12조), 수로업무법(제13조), 군용전기통신법(제7조)	초지법 (제5조의2 ③)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행위자가 행정청인지 여부에 관계없이 통지만 하면 되도록 하고 있는 법률</li> </ul>		공유수면매립법(제11조②) 전기통신사업법(제40조②)	수산업법(제66조①)	



구 분	일시사용 및 장애물제거	일시사용	장애물제거	장애물제거 및 토지의 시초·시추
• 행위자가 행정 또는 정부투자기관인 경우로서 별다른 절차를 규정하고 있지 아니한 법률	사방사업법, 한국수자원공사법			

- ① 協議에 의하되, 協議不成立時에는 관할 토지수용위원회에 裁決을 申請하도록 하고, 관할 토지수용위원회의 裁決에 불복할 때에는 法院에 提訴하도록 한 法律: 도시계획법(제6조), 특정지역지역종합개발촉진에 관한특별조치법(제4조), 산업입지및개발에 관한법률(제25조), 수도법(제45조), 주택건설촉진법(제32조의2), 택지개발촉진법(제10조), 도시철도법(제6조), 공공철도건설촉진법(제4조의2), 항공법(제97조), 수도권신공항건설촉진법(제9조), 중소기업진흥법(제18조), 학교시설사업촉진법(제9조), 관광진흥법(제28조), 도로법(제79조), 하천법(제74조), 하수도법(제39조), 측량법(제14조), 항만법(제65조), 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률(제7조), 전기통신사업법(제47조), 공유수면매립법(제19조), 수로업무법(제14조)
- ② 協議에 의하되, 協議不成立時에는 管轄 土地收用委員會에 裁決을 申請하도록 하고, 管轄 土地收用委員會의 裁決에 不服할 때에는 中央土地收用委員會에 異議申請을 하도록 한 法律: 송유관사업법(제27조 2항), 토지구획정리사업법(제37조)
- ③ 協議에 의하되, 協議不成立時에는 行政廳이 決定하도록 한 法律: 사방사업법(제12조), 전기사업법(제58조), 수산업법(제84조), 어항법(제16조)

④ 補償義務者가 補償額을 決定하도록 한 法律：군용전기통신법 (제21조)

⑤ 補償節次에 관한 規定이 없는 法律：골재채취법, 지적법, 한국 수자원공사법

一時使用으로 인한 損失에 대한 補償 역시 미리 그 손실을 확정짓기 어려운만큼 事後補償이 될 수 밖에 없는데, 損失補償額의 算定基準·算定方法 등 구체적 사항에 관하여는 따로 규정되어 있지 아니하다.

### III. 繼續使用

공공필요에 의하여 비교적 장기간에 걸쳐 개인의 재산 또는 권리를 사용하는 계속사용은 원칙적으로 土地收用法에 의한 節次를 거쳐 使用權을 設定받아 행하여야 하고 그 補償에 관하여도 역시 土地收用法에 의하게 되는데, 電氣事業法(제55조)·電氣通信事業法(제39조)·軍用電氣通信法(제7조, 제11조~제14조)·水產業法(제64조, 제66조, 제83조)·特許法(제106조)·實用新案法(제29조) 및 意匠法(제61조)에서는 다음과 같이 土地收用法에 대한 特例를 인정하고 있다.

電氣事業法과 電氣通信事業法에서는 土地收用法의 일부규정에 대한 特例規定을 두고 있는 바, 「電氣事業法」 제55조의 경우 전기사업자로 하여금 전기사업용 전기설비의 설치와 유지·보수를 위하여 필요한 때에는 토지수용법이 정하는 바에 의하여 타인의 토지 또는 이에 정착하는 건물 기타 공작물을 사용할 수 있도록 함으로써 계속사용의 대상을 「土地와 이에 定着하는 建物 기타 工作物」로 하는 특례를 두고 있으며, 「電氣通信事業法」 제39조의 경우 기간통신사업자로 하여금 電氣通信業務에 제공되는 선로 및 공중선과 그 부속설비를 設置하기 위하여 필요한 경우에는 미리 그 소유자 또는 점유자와 協議하여 타인의 토지 또는 이에 정착한 건물·공작물과 수면·수저를 사용하되 협의가 성립되지 아니하거나 協議를 할 수 없는 경우에는 토지수용법이 정하는 바에 의하여 이를 사용할 수 있도록 함으로써

계속사용의 대상을 「土地, 土地에 定着하는 建物 및 工作物 그리고 水面 및 水底」로 하는 특례와 토지수용법에 의한 절차를 밟기 전에 협의를 하도록 하는 特例를 두고 있다.

軍用電氣通信法과 水産業法에서는 사용대상·사용절차·보상시기 및 보상금결정방법에 관한 특례를 두고 있다. 「軍用電氣通信法」 제7조 및 제11조 내지 제14조의 경우 국방부장관으로 하여금 군용통신의 선로 및 그 부속시설의 설치 또는 보수를 위하여 필요한 때에는 그 所有者 또는 占有者에게 通知한 후 타인의 土地와 이에 定着한 工作物이나 水面·水底 또는 營造物을 사용할 수 있도록 하고, 이로 인하여 발생한 손실의 보상에 대하여는 손실을 입은 자가 1년 이내에 국방부장관에게 청구하되 보상금액은 국방부장관이 결정하도록 하고 있다. 「水産業法」 제64조·제66조 및 제83조의 경우에는 어업자로 하여금 「어장표지의 설치, 어구·어업에 관한 신호를 하거나 이에 필요한 시설물의 설치, 그리고 어업에 필요한 표목의 보존 또는 설치」를 위하여 필요한 때에는 許可를 받아 타인의 토지 또는 공작물 기타 토지의 정착물을 사용할 수 있도록 하고, 이로 인하여 발생한 손실의 보상에 대하여는 어업자와 손실을 입은 자가 협의하여 정하되 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 어업자나 손실을 받은 자의 신청에 의하여 서울특별시·직할시장 또는 도지사 가 보상금액을 결정하도록 하고 있다.

그리고 「特許法」·제106조 「實用新案法」 제29조 및 「意匠法」 제61조에서는 특허발명·등록실용신안 또는 등록의장의 실시에 관하여 土地收用法과는 전혀 다른 규정을 두고 있다. 즉 政府는 국방상 필요한 때에는 특허발명·등록실용신안 또는 등록의장을 실시할 수 있으며, 이로 인하여 발생한 損失의 補償은 특허청장이 주무부처관의 신청에 따라 당사자의 의견을 들은 후 결정한다.

#### IV. 空間使用 또는 地下使用

「土地收用法」에는 공간사용 또는 지하사용에 관한 규정이 없고

「電氣事業法」과 「都市鐵道法」에 각각 공간사용 또는 지하사용에 관한 규정이 있다. 「都市計画法」 제81조에 都市計劃施設을 공간 또는 지하에 설치하는 경우 그 設置基準과 補償에 관하여 따로 법률로 정하도록 규정되어 있으나 아직까지 이러한 法律은 제정되어 있지 아니하다.

타인토지의 공간 또는 지하를 사용하는 경우 그 補償額의 산정기준과 방법에 관하여는 일반적으로 「公共用地의取得및損失補償에관한特例法」에 의하게 되는데 同法施行規則 제8조 2항 및 제9조의2에 공간사용 또는 지하사용시의 토지사용료에 관하여 다음과 같이 규정되어 있다. 그러나 이들 기준은 실제로 적용하기에는 너무 추상적이라 할 것이다.

- ① 空間使用에 의한 土地使用料 : 정상적인 경우의 토지사용료에 토지의 이용이 방해되는 정도에 따라 적정하게 정한 비율을 곱하여 얻은 액으로 평가함.
- ② 地下使用에 의한 土地使用料 : 정상적인 경우의 토지사용료에 토지의 이용이 방해되는 정도에 따라 적정하게 정한 비율을 곱하여 얻은 액으로 평가하되, 공공사업의 시행으로 인하여 송유관 용수관 등을 시설하기 위하여 타인의 토지에 구분지상권을 설정하여 사용하는 경우에는 깊이의 구분에 따라 평가함.

電氣事業者는 그 사업을 수행하기 위하여 필요한 경우에는 미리 그 土地의 所有者 또는 占有者와 협의하여 현재의 사용방법을 방해하지 아니하는 범위 안에서 타인의 토지의 공간에 전선로를 설치할 수 있다(電氣事業法 제57조). 문제는 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우인데, 이 경우에는 土地收用法에 의한 使用節次를 밟을 수 밖에 없을 것이다. 공간에 전선로를 설치함으로써 인하여 발생한 손실에 대하여는 電氣事業者가 손실을 받은 자와 협의하여 보상하되, 協議가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 전기사업자나 損失을 받은 자가 서울특별시장·직할시장 또는 도지사에게 裁定을 신청할 수 있다(電氣事業法 제58조). 이 경우 구체적

인 補償額算定基準에 대하여는 아무런 언급이 없는 바, 「公共用地的 取得및損失補償에 관한特例法 施行規則」 제8조 2항의 규정이 유력한 기준이 될 것이다.

都市鐵道事業者가 타인토지의 지하에 도시철도의 선로를 부설하여 계속 도시철도용지로 사용하고자 할 때에는 「土地收用法」에 의한 使用 및 補償節次를 거쳐서 지하부분에 대한 사용권을 설정받아서 사용하게 되는데, 도시철도법에서는 지하사용의 특수성을 감안하여 다음과 같이 보상대상·보상기준 및 보상방법에 관한 특례를 규정하고 있다(都市鐵道法 제4조의6, 同法 施行令 제5조, 제5조의2).

- ① 地下補償의 對象 : 도시철도시설물의 설치 또는 보호를 위하여 사용되는 토지의 지하부분
- ② 地下補償의 基準 : 당해 토지의 적정가격에 도시철도시설물의 설치로 인하여 당해 토지의 이용이 저해되는 입체이용저해율(건물의 이용저해율, 지하부분의 이용저해율, 기타의 이용저해율)을 곱하여 산정한 금액. 이 경우 입체이용저해율의 구체적인 산정기준은 당해 토지 및 인근 토지의 이용실태·입지조건 기타 지역적 특성을 고려하여 조례로 정함.
- ③ 地下補償의 方法 : 도시철도건설사업자는 지하사용에 따른 보상을 토지소유자에게 개인별·일시불로 지급하고, 보상한 지하부분에 대하여는 토지소유자와 협의하여 구분지상권을 설정하여야 함.

## V. 代理開發

農地·山林·草地 및 內水面의 경우 行政廳이 제3자를 지정하여 일정기간 동안 대리개발을 하도록 하고 그 소유자에게는 적정한 대가를 지급하도록 하는 대리개발제가 인정되고 있다. 이 대리개발제는 제3자에 의한 사용과 대가의 지급이라는 계약에 가까운 형태를 취하고 있으나 실질적으로는 公用使用의 한 變形에 해당된다 할 것인 바, 현재 인정되고 있는 대리개발제는 다음과 같다.

- ① 農地 : 유휴농지에 대하여는 시장 군수 또는 구청장이 대리경작자를 지정하여 경작시킬 수 있는 바, 이 경우 대리경작자는 토지사용료를 지급하여야 함(農地の保全및利用에 관한法律 제10조)
- ② 山林 : 산림소유자가 사업을 하지 아니하거나 사업요건에 위반하게 사업을 한 때에는 시장·군수 또는 구청장은 다른 자로 하여금 사업을 대집행하게 할 수 있는 바, 이 경우 산림소유자가 대집행비용을 변상하지 아니한 때에는 산림소유자가 대집행자와 사업으로 인하여 발생한 수익을 서로 분배하는 分收契約을 체결한 것으로 봄(山林法 제14조)
- ③ 草地造成地區 안의 私有未墾地 : 토지소유자가 초지조성허가를 신청하지 아니한 때에는 허가청이 다른 자를 대리조성자로 지정하여 초지를 조성하게 할 수 있는 바, 이 경우 토지소유자와 대리조성자 간에 임대차관계가 성립된 것으로 봄(草地法 제14조)
- ④ 內水面開發地域 안의 內水面 : 내수면개발지역안의 수면관리자가 개발의무를 이행하지 아니하거나 개발의사가 없을 때에는 수산청장은 다른 자로 하여금 수면을 개발시킬 수 있는 바, 이 경우 대리개발자는 수면관리자에게 수면사용대가를 지급하여야 함(內水面漁業開發促進法 제6조)

#### 第 4 節 公用制限 및 補償關聯法制的 現況

일반적으로 公用制限이란 「公益上 필요한 특정한 事業의 需要를 충족시키기 위하여 또는 公益上 필요한 특정한 物件의 效用을 높이기 위하여 특정한 財産權에 가하여지는 公法上的 制限」이라고 정의되고 있다. 그러나 국토의 합리적인 이용을 위한 일정한 지역내의 모든 土地의 이용이 제한되는 것과 같은 국토이용체계의 발전에 따라서 公用制限의 원인인 事業 및 事業主體의 特定性이 완화되었으

며, 동시에 財産權의 特定性도 크게 完化되었다. 따라서 公用制限概念을 현실에 맞게 재구성하는 것이 불가피하게 되었다. 그러한 경우에 公用制限이란 「公益事業 기타 福利行政上의 목적을 위하여 또는 物件의 效用을 확보하기 위하여 개인의 財産權에 가하여지는 公法上의 制限」을 의미한다.<sup>9)</sup> 이러한 公用制限은 재산권에 대한 公法上의 制限이라는 점에서 경찰상의 제한이나 재정상의 제한 등과 같으나, 公用制限은 그 목적이 福利行政上 또는 物件의 效用을 확보하기 위한 것이라는 점에서 차이가 있다. 그리고 公用制限은 財産權에 대하여 일정한 制限이 가하여 지는 데 그치고, 財産權 그 자체를 강제적으로 박탈하거나 交換·分合하지 않는다는 점에서 公用收用이나 公用使用·公用換地 등과 구분된다. 그러나 이러한 公用制限에 관한 分類에 대하여는 학자에 따라 각양각색이며, 어떤 통일적인 기준이 없는 상태이다.<sup>10)</sup>

어떻든 公用制限에 의한 財産權侵害에는 원칙적으로 損失補償의 문제가 따르게 된다. 그러나 憲法 제23조 2항에서 財産權行使의 公共福利適合義務를 규정하고 있기 때문에 이러한 범위내에서 公用制限이 이루어 지는 경우에는 손실보상이 필요없게 된다. 그러므로 補償의 有無에 따라서 公用制限을 분류하는 것이 현실적으로 가장 큰 의미가 있다.<sup>11)</sup> 이하에서는 公用制限法制를 보상규정이 있는 公用제한법제와 보상규정이 없는 公用제한법제로 나누어서 살펴 보고, 보

9) 金道昶, 「一般 行政法論(下)」, 643面.

10) 公用制限의 分類은 당해 제한을 필요로 하는 公益上의 수요의 종류에 따라 計劃制限·事業制限·公物制限·使用制限으로 나누기도 하고(石琮顯), 이 이외에 保存制限을 더 들기도 하며(金道昶, 朴鈞炳), 保存制限을 公物制限에 포함시켜 公的 保存物에 대한 公用制限으로 설명하기도 하며(石琮顯), 內容에 따라 作爲·不作爲·受忍의 公用制限으로, 目的 또는 法的 형태에 따라 公物制限·負擔制限·使用制限으로 분류하기도(金南辰, 李尙圭) 한다.

11) 憲法上의 公用制限이란 補償을 전제로 한 개념이므로 補償規定이 없는 財産權制限에 대하여는 公用制限이란 표현을 사용하는 것이 부적절하지만, 일반적으로 이에 대하여도 이러한 표현을 사용하고 있으므로 여기에서도 公用制限이란 표현을 사용하기로 한다.

상규정이 없는 공용제한법제는 가장 일반적이고 또한 논란이 되고 있는 제한유형인 不作爲負擔(行爲制限)과 去來制限에 대하여 살펴 보기로 한다.

### I. 補償規定이 있는 公用制限法制

憲法 제23조 3항은 公用制限의 경우에도 법률로써 그에 대한 補償을 規定하도록 하고 있으나, 대부분의 公用制限에 관한 法律은 보상에 관한 규정을 두고 있지 않은 것이 일반적인 현상이다. 그 이유는 대부분의 公用制限行爲를 立法者가 財產權의 사회적 제약으로서 財產權者가 補償없이 受忍하여야 하는 것으로 보고 있기 때문이다. 그러나 어떤 法律은 이러한 재산권의 사회적 제약을 넘어서 特別犧牲에 해당하는 것으로 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 이를 규정하지 않고 있기 때문에 違憲이라고 주장하고 있는 경우도 있다. 그리고 보상규정을 두고 있는 公用制限法制도 그 보상의 형태는 다양하다. 일반적으로 立法者가 공용제한에 대하여 補償을 행할 것인지를 여부를 결정하는 데 있어서 제시하는 基準으로서 ①개발계획에 따라 私有地의 이용행위가 제한 또는 금지되는 경우라도 종전 方法에 의한 토지이용의 계속이 가능하고 또한 그 制限이 객관적으로 보아 그 財產權의 본래 기능에 반하지 아니하는 한 補償이 불필요하나, ②그 制限이 객관적으로 현실화되어 있는 財產價値를 현저히 손상하거나 私的 開發成果를 본질적으로 저해하는 것인 때에는 특별한 희생으로 보아 그 나타난 開發利益에 대하여 공공개발계획에서 오는 개발이익과의 형량을 통해서 補償이 이루어 져야 한다는 점이 지적되고 있다.<sup>12)</sup>

이러한 기준에 의하여 補償規定을 두고 있는 法律이라 하더라도 그 보상의 類型은 여러가지 형태로 나타나고 있는 바, 그것을 구체적으로 살펴보면 【표-29】와 같다.

12) 金道昶, 「一般行政法論(下)」, 1990, 645面.



【표-29】 補償規定을 두고 있는 公用制限法制的 補償類型

법률명	행 위 제 한	보상주체	보상방법	보상절차	비 고
하천법	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 하천구역의 지정(제2조 1항 2호 다목)</li> <li>- 하천예정지의 지정(제9조의2)</li> <li>- 새로이 하천구역(제2조 1항 2호 가목에 해당되는 하천구역)으로 지정된 경우(제74조 ②)</li> </ul>	제74조 1항 - 건설부장관이 행한 처분: 國庫 - 도지사가 행한 처분: 道		제74조 ③, ④ - 협의(건설부장관 또는 도지사와 손실을 받은 자) - 협의가 성립하지 않거나 협의를 할 수 없을 때: 관할토지수용위원회에 재결 신청	보상의 구체적 내용을 정한 법률
폐기물관리법	- 사후관리대상인 폐기물을 매립하는 시설이 사용종료되거나 폐쇄된 후 浸出水の 누출, 제방의 유실 등으로 인하여 주민의 건강 또는 재산이나 주변환경에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 시설이 소재한 토지의 소유권 또는 소유권외의 권리를 가지고 있는 자에 대하여 대통령령이 정하는 기간동안 그 토지이용을 공원, 수목의 식재, 초지의 조성 및 체육시설의 설치에 한정하도록 용	- 환경처장관(제50조 ②)	- 기금으로 정당한 보상(제50조 ②)	- 환경처장관이 손실보상받을 자와 협의(제50조 ②)	

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

법률명	행 위 제 한	보상주체	보상방법	보상절차	비 고
	도제한(제50조 ①)				
군용전기 통신법	- 특별구역안에서 군용 통신에 장애요소가 되는 각종장애설비등 의 사용을 제한(제9 조 ④)	- 국방부장 관(제11 조 ①)	- 정당한 보상금 을 지급 (제11조 ①)	- 손실보상을 받고 자 하는 자는 대 통령령이 정하는 바에 의하여 손 실보상청구서와 기타 필요한 서 류를 첨부하여 국방부장관에게 청구(제11조 ②) - 국방부장관은 보 상청구를 받은 날로부터 3월이 내에 보상금액을 결정하여 청구자 에게 서면으로 통지(제12조) - 보상금액의 결정 에 대하여 불복 이 있는 자는 그 결정의 통지를 받은 날로부터 1 월이내에 국방부 장관에게 이의 신청(제13조) - 손실보상의 청구 는 그 청구의 원 인이 된 사유가 발생한 날로부터 1년이내에 하여 야 함(제14조)	
수도법	- 대통령령이 정하는 바 에 의하여 수질보존 상 필요하다고 인정	- 수도사업 자 또는 전용수도	- 수도사 업자와 손실을		보상의 구체적 내용을

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制의 現況

법률명	행위 제한	보상주체	보상방법	보상절차	비고
	되는 구역에 상수보 호구역을 지정하고 수질의 오염을 초래할 우려가 있는 행위를 금지하거나 제한할 수 있음(法 제3조, 令 제5조)	의 설치자(令 제6조 ①)	받은 자가 협의(令 제6조 ②) - 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을때는 관할 토지수용위원회에 재결신청(令 제6조 ③)		대통령령으로 정한 법률
산림법	- 보안림안에서의 행위 제한(法 제62조)	- 국가(法 제63조)	- 통상 받을 손실을 보상(法 제63조)	- 산림소유자는 허가를 하지 아니하기로 결정된 날로부터 1월이 내에 산림청장에게 손실보상을 청구(令 제53조 ①) - 산림청장은 손실보상청구를 접수	

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법률명	행위제한	보상주체	보상방법	보상절차	비고
				한 날로부터 25일 이내에 보상에 관한 결정을 하고 그 결과를 청구인에게 통지(승 제53조 ②)	
철도법	<p>- 교통부장관이 철도보호상 필요하다고 인정할 때에 철도노선에 인접한 일정한 지역내에서 立木, 생나무가지, 낙엽, 잔디, 土石, 나무뿌리·풀뿌리나 나무껍질의 採取 또는 採掘이나 경작 또는 죽목의 식재를 금지하거나 제한할 수 있음(제76조 ①)</p> <p>- 교통부장관은 열차의 안전운행상 필요하다고 인정될 때에는 철도경계선으로부터 30미터를 초과하지 아니하는 범위내에서 건축 기타 공작물 등의 설치·증축·증설 또는 개량을 제한하거나 그 점유자 또는 소유자에 대하여 필요한 사항을 명할 수 있음(제76조 ②)</p>	- 국 가	- 법률에서 대통령령에 위임하고 있으나 대통령령이 제정되어 있지 않음		보상의 구체적 인 내용을 정하고 있지 않은 법률

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

법률명	행 위 제 한	보상주체	보상방법	보상절차	비 고
원자력법	- 방사선에 의한 인체·물체 및 공공의 災害를 방어하기 위하여 정하여진 일정범위의 제한구역안에서 일반인의 출입이나 거주 의 제한(제96조 ②)	- 정당한 보 상(法 제 96조 ④)	- 대통령 령에 위임하 고 있 으나 대통령 령에는 이에 대한 규정을 두고 있지 않음		
문화재보호법	- 국가지정문화재의 관리상황이 그 문화재의 보존상 부적당하거나 특히 필요하다고 인정되는 경우 그 소유자·보유자·관리자 또는 관리단체에 대한 일정한 행위의 금지 또는 제한(제25조 ① 1호)	- 국 가(제 30조)	- 규정되 어 있지 않 음		
소방법	- 市長 또는 郡守는 소방대상물의 위치·구조·설비 또는 관리의 상황에 관하여 화재예방상 필요하거나 또는 화재가 발생하면 인명에 위험이 미칠 것으로 인정된 때에는 그 權原을 가진 관계자에 대하여 당	- 市 또는 郡(제8조)	- 규정되 어 있지 않 음		

법률명	행 위 제 한	보상주체	보상방법	보상절차	비 고
	해 소방대상물의 改修·移轉·除去·使用의 금지 또는 제한, 공사의 정지나 중지 기타 필요한 조치를 명할 수 있음(제7조)				
제주도개발특별법	- 도지사는 법 제23조 1항에 의하여 지정된 보존자원의 보호를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 신고·공개금지·이동금지 등의 필요한 조치를 할 수 있음(제23조 ③)	- 도지사(제23조 ⑥)	- 규정이 마련되어 있지 않음		

## II. 補償規定이 없는 公用制限法制

위에서 언급한 補償規定을 둔 公用制限法制 이외의 경우는 補償規定을 두고 있지 않다. 이러한 補償規定을 두고 있지 아니한 公用制限法制는 그러한 公用制限行爲를 財産權者가 보상없이 수인하여야 할 社會的 制約으로 보고 있기 때문이다. 이하에서는 이러한 補償規定이 없는 公用制限法制 가운데 不作爲負擔(行爲制限)과 去來制限을 규정하고 있는 公用制限法制에 대하여 살펴보기로 한다.

### 1. 不作爲負擔(行爲制限)法制

#### (1) 用途地域·地區制에 의한 不作爲負擔

국토이용계획에 의한 지역 안에서의 행위제한(국토이용관리법 제15조), 수도권정비계획에 의한 권역 안에서의 행위제한(수도권정비계획법 제9조~제11조), 도시계획에 의한 지역·지구·구역 안에서

의 행위제한(도시계획법 제4조, 제19조~제22조), 수도권보호구역  
 안에서의 행위제한(수도법 제5조 3항, 4항), 특별대책지역 안에서  
 의 행위제한(환경정책기본법 제22조 2항), 해양생태계보호구역 또  
 는 보전지역 안에서의 행위제한(자연환경보전법 제23조), 절대보전  
 지역·상대보전지역 또는 특별관리지구 안에서의 행위제한(제주도  
 개발특별법 제20조~제22조), 이전촉진지역 또는 제한정비지역안  
 에서의 공장설치제한(공업배치및공장설립에관한법률 제20조), 개발촉  
 진지구·개발예정지구 또는 개발규제지구 안에서의 행위제한(특정  
 지역종합개발촉진에관한특별조치법 제10조, 제12조), 개발촉진지역  
 안에서의 행위제한(농지확대개발촉진법 제8조), 임시행정수도건설  
 예정지역 안에서의 행위제한(임시행정수도건설을위한특별조치법 제  
 5조), 관광지 안에서의 행위제한(관광진흥법 제30조), 수련지구 안  
 에서의 행위제한(청소년기본법 제44조), 특별보호지구 안에서의 행  
 위제한(조수보호및수렵에관한법률 제4조), 보호지역 안에서의 행위  
 제한(축산법 제9조), 농업진흥지역 또는 농업보호구역 안에서의 행  
 위제한(농어촌발전특별조치법 제44조), 초지조성지구 및 단지조성  
 지구 안에서의 행위제한(초지법 제8조), 낙농지대 안에서의 행위제  
 한(낙농진흥법 제9조), 보호수면 안에서의 행위제한(수산업법 제69  
 조)

(2) 事業施行地區의 指定에 따른 行爲負擔制限

토지구획정리사업시행지구 안에서의 행위제한(토지구획정리사업  
 법 제39조), 택지개발예정지구 안에서의 행위제한(택지개발촉진법  
 제6조), 공업단지 안에서의 행위제한(산업입지및개발에관한법률 제  
 12조), 공항개발예정지역 안에서의 행위제한(항공법 제93조)

(3) 特定施設 또는 그 機能을 保護하기 위한 行爲制限

접도구역·고속교통구역 및 연도구역 안에서의 행위제한(도로법  
 제50조, 제51조, 제54조의2, 고속국도법 제10조), 연안구역 안  
 에서의 행위제한(하천법 제45조), 철도선로인접지역 안에서의 행위제한  
 (철도법 제76조), 특별보호구역 안에서의 행위제한(군용전기통신법

제9조), 군사시설보호구역 안에서의 행위제한(군사시설보호법 제7조), 비행안전구역 안에서의 행위제한(공군기지법 제8조), 해군기지구역안에서의 행위제한(해군기지법 제6조), 방어해면구역 안에서의 행위제한(방어해면법 제6조), 학교환경위생정화구역 안에서의 행위제한(학교보건법 제6조), 문화재보호구역 안에서의 행위제한(문화재보호법 제20조), 전통건조물보호지구 안에서의 행위제한(전통건조물보호법 제8조), 전파방해방지구역 안에서의 행위제한(전파법 제74조의3)

(4) 災害發生防止를 위한 不作爲負擔

보호지역 안에서의 행위제한(원자력법 제96조).

이러한 부작위부담을 규정하고 있는 개별법의 내용은 【표-30】과 같다.

【표-30】 不作爲負擔(行爲制限)法制

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
국토이용 관리법 (제15조)	○도시지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>— 토지의 형질변경</li> <li>— 죽목의 벌채·재식</li> <li>— 토석의 채취</li> <li>— 건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축</li> <li>— 건설자재 또는 콘테이너를 장기간 쌓아 놓는 행위</li> <li>— 토지의 분할</li> </ul>
	○취락지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 환경오염의 위험이 있는 공장, 유류 및 화학류저장소등의 시설·건축물 또는 공작물의 설치가 금지됨</li> </ul>
	○경지지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 농축산업에 직접관련된 목적 이외의 토지이용행위가 금지됨</li> </ul>



법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
	○산림보전지역	·영림과 관련되지 아니한 농지조성, 택지조성, 공장설치, 집단묘지의 설치 그리고 채토장 또는 채석장의 설치가 금지됨
	○공업지역	·공장 및 산업시설과 이의 운용·관리를 위한 건축물, 종업원의 사택 등의 시설·건축물 또는 공작물만 설치할 수 있음.
	○자연환경보전지역	·다음의 행위가 금지됨 -건축물 기타 공작물의 신축·개축 기타 증축 -입목·죽의 벌채 -개간·매립 또는 간척 -토지의 형질변경 -가축의 방목 -야생 동·식물의 포획·채집 -토석·사력의 채취
	○관광휴양지역	·관광진흥법의 관광지에 관한 규정에 의함
	○수산자원보전지역	·다음의 행위가 금지됨 -공장의 설치 -공유수면의 매립 또는 간척 -준설 -광물의 채굴 -가축의 방목
	○개발촉진지역	·지역을 세분하는 경우 세분목적에 어긋나는 행위가 금지됨
	○유보지역	·별도의 행위제한이 없음
수도권정비계획법 (제9조 ~13조)	○개발유보권역	·다음의 행위가 금지됨 -토지구획정리사업, 택지조성사업, 공업용지조성 등 시가화를 촉진하는 사업 -공장의 신설 또는 증설

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
	○자연환경보전 지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>— 일정규모 이상의 택지조성사업, 공업용지 조성사업과 공유수면매립 및 간척사업</li> <li>— 공장의 신설 또는 증설</li> <li>— 기타 자연보전권역의 지정목적에 위배되는 행위</li> </ul>
	○이전촉진권역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 인구집중유발시설의 신설 또는 증설이 금지됨</li> </ul>
	○제한정비권역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 인구집중유발시설의 신설이 금지됨</li> </ul>
	○개발유도권역	
도시계획법 (제4조, 제19조~ 제22조)	○도시계획구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>— 토지의 형질변경</li> <li>— 축목의 벌채·재식</li> <li>— 토석의 채취</li> <li>— 건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축</li> <li>— 건설자재 또는 콘테이너를 장기간 쌓아놓는 행위</li> <li>— 토지의 분할</li> </ul>
	○지역 — 전용주거지역 — 일반주거지역 — 준주거지역 — 중심상업지역 — 일반상업지역 — 근린산업지역 — 전용공업지역 — 일반공업지역 — 준공업지역 — 보전녹지지역 — 생산녹지지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 건축법에서 허용하고 있는 용도의 건축물만 건축할 수 있음</li> </ul>

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
	-자연녹지지역	
	○지구 -풍치지구 -미관지구 -고도지구 -방화지구 -보존지구 -주차장정비지구 -공항지구 -시설보호지구 -도시설계지구 -아파트지구 -방재지구	• 건축법 및 건축조례에서 정한 기준에 따라 건축하여야 함
	○구역 -특정시설제한구역 -시가화조정구역	-규모가 큰 공장, 학교, 중앙도매시장 등 특정시설의 설치가 금지됨 -농·임·어업용 건축물의 건축, 죽목의 벌채 재식, 토석의 채취 등만 허용됨
	○개발제한구역	• 구역지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할 그리고 도시계획사업의 시행이 금지됨
	○도시개발예정구역	• 도시계획이 결정될 때까지 건축, 토지형질변경 등의 토지이용행위에 대한 허가를 거부할 수 있음
자연공원법 (제24조, 제25조)	○공원구역 -자연보존지구  -자연환경지구	• 학술연구 또는 자연보호상 필요한 행위, 최소한의 공원시설의 설치, 자연경관을 해치지 아니하는 조림·육림 등만 허용됨  • 자연보존지구 안에서 할 수 있는 행위, 1차

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
	- 취락지구  - 집단시설지구  ○ 공원보호구역	산업행위, 밀집하지 아니한 공원시설의 설치, 조림·육림·벌채, 기존 건축물의 증축·개축·재축 등만 허용됨  • 자연보존지구와 자연환경지구에서 할 수 있는 행위, 주거용건축물의 건축 등 주민의 생활환경조성행위, 비공해가내공업, 의원·약국·이용원·미용원 일용품판매점 등의 설치만 허용됨  • 탐방휴양에 적합한 공원시설 및 그 부대시설의 설치만 허용됨  • 취락지구안에서 할 수 있는 행위만 허용됨
수도법 (제5조 ③, ④)	○ 수도원보호구역	• 다음의 행위가 금지됨 - 특정유해물질, 폐기물, 그리고 오수·분뇨 또는 축산폐수를 버리는 행위 - 기타 상수원을 오염시킬 명백한 위험이 있는 행위  • 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 - 건축물 기타 공작물의 신축·증축·개축·재축·이전·변경 또는 제거 - 죽목의 재배 또는 벌채 - 토지의 굴착, 성토 기타 토지의 형질변경
환경정책기본법 (제22조 ②)	○ 특별대책지역	• 다음의 경우에는 토지이용과 시설설치를 제한할 수 있음 - 주민의 건강·재산이나 생물의 생육에 중대한 위해를 가져올 우려가 있는 경우 - 자연생태계가 심하게 파괴될 우려가 있는 경우 - 토양 또는 수역이 특정유해물질에 의하여 심하게 오염된 경우

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
자연환경 보전법 (제23조)	○해양생태계보호 구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>- 건축물 기타 공작물의 신축·개축 또는 증축</li> <li>- 하천·호소 등의 수위 또는 수량에 증감을 가져오는 행위</li> <li>- 입목·죽의 식재</li> <li>- 택지의 조성, 토지의 개간 기타 토지의 형질변경</li> <li>- 토석의 채취</li> <li>- 입목·죽의 벌채 또는 훼손</li> <li>- 입목·죽 이외의 식물이나 낙엽 또는 나뭇가지의 채취</li> <li>- 동물의 포획 또는 동물의 알의 채취</li> <li>- 가축의 방목</li> </ul>
	○보전지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>- 폐기물을 버리는 행위</li> <li>- 합성세제나 특정수질유해물질을 사용하여 수질을 오염시키는 행위</li> <li>- 산불예방을 위하여 금지된 인화물질의 소지, 불을 이용한 취사 그리고 야영하는 행위</li> <li>- 자연환경보전에 관한 안내판 기타 표지물을 이전·오손 또는 훼손한 행위</li> <li>- 기타 자연환경의 보전에 유해한 행위</li> </ul>
제주도개발특별법 (제20조 ~제22조)	○절대보전지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 자연환경의 고유한 특성을 보호하기 위한 지역지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물 기타 시설의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할, 공유수면의 매립, 수목의 벌채, 토석의 채취, 도로의 신설 등이 금지됨</li> </ul>
	○상대보전지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 자연환경의 보전과 적정한 개발을 유도하기 위한 지역지정목적에 위배되는 건축물의 건</li> </ul>

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
		축, 공작물의 설치 등이 금지됨
	○특별관리지구	· 자연환경의 계획적 보전·관리를 위한 지역 지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질 변경, 공유수면매립, 그리고 하천의 복개가 금지됨
공업배치 및공장설립에 관한 법률 (제20조)	○이전촉진지역 및 제한정비지역	· 연면적이200m <sup>2</sup> 이상이거나 종업원이 16인 이상인 공장의 신설·증설 또는 이전이 원칙적으로 금지됨 (이전촉진지역의 경우 제한정비지역에 비하여 규제가 더 강함)
특정지역 종합개발 촉진에 관한특별조치법 (제10조, 제12조)	○개발촉진지구	· 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 - 토지의 형질변경 - 토석·사력의 채취 - 입목·죽의 벌채와 재식 - 건축물 기타 공작물의 신축·개축·이축·증축 - 이동이 용이하지 아니한 물건의 설치 또는 퇴적 - 토지분할
	○개발예정지구	· 개발촉진지구가 지정될 때까지 위의 행위에 대한 허가를 거부할 수 있음
	○개발규제지구	· 지구지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할, 그리고 도시계획사업 기타 이와 유사한 사업의 시행이 금지됨
농지확대 개발촉진법 (제8조)	○개발촉진지역	· 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 - 토지의 형질변경 - 공작물 등의 설치 - 분묘의 설치 - 기타 개간에 지장을 주는 행위

第2章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
임시행정 수도건설 을위한특 별조치법 (제5조)	○임시행정수도건설예정지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>- 토지의 굴착·성토 등 토지의 형질변경</li> <li>- 이동이 용이하지 아니한 물건의 퇴적</li> <li>- 토석·사력의 채취</li> <li>- 입목·죽의 벌채와 재식</li> <li>- 건축물·공작물 기타 시설의 신축·증축·개축 및 설치</li> <li>- 광업권 및 어업권의 설정</li> <li>- 토지분할</li> </ul>
관광진흥 법 (제36조)	○관광지	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>- 유해물 또는 오물을 버리는 행위</li> <li>- 소음으로 타인에게 불쾌감을 주는 행위</li> <li>- 토석의 채취, 입목·죽의 벌채 등 자연자원을 훼손하는 행위</li> <li>- 과도한 대금을 받는 등 부당한 상행위</li> </ul>
청소년기 본법 (제44조)	○수련지구	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>- 정당한 사유없이 토석·자갈·모래를 채취하거나 입목·죽을 벌채하는 행위</li> <li>- 청소년의 사행심을 조장하거나 미풍양속을 해치는 행위</li> <li>- 조성계획에 의하지 아니한 토지이용행위</li> <li>- 기타 청소년에게 해로운 행위</li> </ul>
조수보호 및수렵에 관한법률 (제4조)	○특별보호지구	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 수목이나 대나무의 벌채 또는 건축물이나 공작물의 설치에 허가를 받아야 할 수 있음</li> </ul>
축산법 (제9조)	○보호지역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위가 금지됨</li> <li>- 전염병을 발생 또는 전파시킬 우려가 있는 가축 기타 짐승의 사냥</li> <li>- 소음 등 공해를 발생시키는 행위</li> <li>- 보호할 가축의 생육에 지장을 주거나 지정</li> </ul>

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
		목적에 저해되는 행위
농어촌발전특별조치법 (제44조)	○농업진흥지역	• 농수산업과 직접 관련되지 아니한 토지이용 행위가 금지됨
	○농업보호구역	• 농업환경의 보호와 상충되는 행위가 금지됨
초지법 (제8조, 제23조)	○초지조성지구 및 단지조성지구	• 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 - 토지의 형질변경 - 공작물의 설치 - 분묘의 설치 - 토석의 채취 - 임목의 벌채 및 반출 - 기타 초지조성에 지장을 주는 행위
낙농진흥법 (제9조)	○낙농지대	• 낙농 이외의 목적으로 사용하기 위하여는 허가를 받아야 함
수산업법 (제69조)	○보호수면	• 매립·준설이나 유량 또는 수위의 변경을 가져올 수 있는 공사는 승인을 받아야 할 수 있음
토지구획정리사업 (제39조)	○토지구획정리사업시행지구	• 토지구획정리사업의 시행에 장애가 될 토지의 형질변경, 건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축, 그리고 물건의 설치·퇴적은 허가를 받아야 할 수 있음
산업입지 및 개발에 관한 법률 (제12조)	○공업단지	• 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토석·사력의 채취 등은 허가를 받아야 할 수 있음
택지개발촉진법 (제6조)	○택지개발예정지구	• 토지의 형질변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토석·사력의 채취 등은 허가를 받아야 할 수 있음
도로법	○접도구역 및 고	• 다음의 행위가 금지 또는 제한됨



법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
(제50조, 제51조, 제54조의 2)	속교통구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>-토지의 형질변경</li> <li>-건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축</li> <li>-물건을 부가 또는 증치하는 행위</li> <li>-죽목의 재식·벌채</li> </ul>
	○연도구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·건축물 기타 공작물의 신설, 죽목 또는 토석의 채취, 그리고 공사는 허가를 받아야 할 수 있음</li> </ul>
고속국도법 (제10조)	○접도구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·도로법에 의한 접도구역 안에서의 행위제한에 의함</li> </ul>
하천법 (제45조)	○연안구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>-공작물의 신축·개축 또는 제거</li> <li>-죽목의 재식 또는 벌채</li> <li>-토지의 굴착·성토·절토 기타 토지의 형질변경</li> </ul>
군사시설보호법 (제7조)	○군사시설보호구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·행정청이 다음 사항을 허용하는 처분을 할 때에는 미리 군부대장과 협의하여야 함</li> <li>-도로·철도·교량·운하·수도·수로 등과 그 부속공작물의 설치·변경</li> <li>-하천 또는 해면의 매립·준설 및 항만의 축조·변경</li> <li>-가옥 기타 축조물의 신축 또는 증축</li> <li>-통신시설의 설치 및 사용</li> <li>-광물·토석 또는 토사의 채취</li> <li>-조림 또는 임목의 벌채</li> <li>-토지의 개간 또는 지형의 변경</li> </ul>
공군기지법 (제8조)	○비행안전구역 -제1구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·군사시설이 아닌 건조물·수목 등 장애물의 설치 또는 재배가 금지됨</li> </ul>
	-제2~6구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>·일정높이 이상의 건조물·수목 등 장애물의 설치 재배 또는 방치가 금지됨</li> </ul>

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
해군기지법 (제6조)	○해군기지구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 행정청이 다음 사항을 허용하는 처분을 할 때에는 미리 군부대장과 협의하여야 함</li> <li>-항만의 축조·변경</li> <li>-해안의 굴착</li> <li>-하천 또는 해면의 매립·준설</li> <li>-해저시설물의 부설 또는 변경</li> <li>-해운의 영위</li> <li>-어업권설정, 어업 또는 해조채취</li> <li>-부표·입표 기타 표지의 설치 또는 변경</li> <li>-각종 포의 발사, 폭발물의 파열</li> <li>-지반의 개착, 매립 기타 지형의 변경</li> <li>-도로·철도·교량·운하·터널·수로 등과 그 부속공작물의 설치 또는 변경</li> <li>-광물 또는 토사의 채취</li> <li>-가옥 기타 건축물의 신축 또는 증축</li> <li>-통신시설의 설치·사용 또는 전파의 발사</li> </ul>
방어해면법 (제6조)	○방어해면구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 어로·채조·시설물설치 기타 군사상 장애가 될 행위를 금지 또는 제한할 수 있음</li> </ul>
학교보건법 (제6조)	○학교환경위생정화구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다음의 행위와 시설의 설치가 금지됨</li> <li>-오염물질배출허용기준을 초과하여 학습과 보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설</li> <li>-극장, 총포화약류의 제조장 및 저장소, 압축가스·액화가스의 제조장 및 저장소</li> <li>-도축장·화장장</li> <li>-오물수집장소</li> <li>-오물매립장, 오물진개소각장, 쓰레기종말처리시설 및 분뇨종말처리시설</li> <li>-폐수처리장, 화제장</li> <li>-전염병원, 전염병격리병원, 격리소</li> <li>-전염병요양소, 진료소</li> </ul>

법률명	지역·지구 등	행위제한의 내용
		<ul style="list-style-type: none"> <li>-가축시장</li> <li>-전문음식점, 각종 유흥음식점, 간이주점</li> <li>-호텔, 여관, 여인숙</li> <li>-공중목욕장 중 휴게시설</li> <li>-사행행위장, 당구장, 경마장</li> </ul>
문화재보호법 (제20조)	○문화재보호구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>-보호구역 안의 동물·식물·광물을 포획·채취하거나 이를 그 구역 밖으로 반출하는 행위</li> <li>-보호구역의 현상을 변경하거나 문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위</li> </ul>
전통건조물보존법 (제8조)	○보존대상전통건조물의 보호구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 건조물을 신축·개축 또는 증축하거나 그 토지의 형질을 변경하는 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> </ul>
	○전통건조물보존지구	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음</li> <li>-건조물의 현상을 변경하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위</li> <li>-건조물을 신축·개축 또는 증축하거나 그 토지의 형질을 변경하는 행위</li> </ul>
전파법 (제74조의3)	○전파방해방지구역	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 다음의 행위는 승인을 받아야 할 수 있음</li> <li>-최고부의 높이가 지표에서 30m를 넘는 건축물 또는 공작물의 신축·증축·개축 또는 수선</li> <li>-건축물 또는 공작물을 최고부의 높이가 지표에서 30m를 넘도록 하는 증축</li> </ul>

## 2. 去來制限

財産權의 처분에 대한 制限으로 「國土利用管理法」에 의한 토지거

래허가제와 토지거래신고제가 있다. 土地去來許可制은 토지투기가 극심하고 지가상승이 급격한 지역을 규제구역으로 지정한 후 이 規制區域 안에서 토지거래계약을 체결하고자 할 때에는 미리 허가를 받도록 하는 제도이다. 허가를 받지 아니하고 계약을 체결한 경우 處罰을 받게 됨은 물론 그 契約 또한 效力이 발생하지 아니한다. 土地去來申告制은 토지투기가 성행할 우려가 있고 지가가 급격히 상승할 우려가 있는 지역을 申告區域으로 지정한 후 이 신고구역 안에서 토지거래계약을 체결하고자 할 때에는 미리 신고하도록 하는 제도이다. 신고를 하지 아니하고 계약을 체결한 경우 處罰을 받게 되지만 그 契約은 有效하다(土利用管理法 제21조의2, 제21조의3, 제21조의7). 토지거래허가제 또는 토지거래신고제와 관련하여 不許可處分을 받은 자의 買收請求權을 제대로 보상하여야 한다는 주장은 제기되고 있으나 이로 인한 損失의 補償에 관하여는 별로 논의되지 아니하고 있는 바, 이는 土地去來許可制 또는 申告制가 財產權의 社會的制約에 의한 것이라고 보기 때문일 것이다.

「國土利用管理法」 이외에 「特定地域綜合開發促進에 관한特別措置法」(제19조, 제20조)과 「臨時行政首都建設을 위한特別措置法」(제6조)에도 이와 유사한 토지거래허가제 또는 토지거래신고제가 규정되어 있다.

## 第 5 節 緊急時의 收用·使用·制限

### I. 緊急事態時의 災害防止를 위한 경우

土地收用法에서는 천재·지변 기타 사변에 임하여 公共의 安全을 保持하기 위한 공익사업을 긴급히 시행할 필요가 있을 때에는 시행자는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 타인의 토지를 6월 이내의 기간동안 사용할 수 있도록 하는 一時使用의 特例를 두고 있다(土地收用法 제26조). 그리고 道路法(제49조)·港灣法(제46조)·漁

港法(제21조)·防潮堤管理法(제10조)·農村近代化促進法(제155조)·電氣事業法(제55조 2항)·集團에너지事業法(제46조) 및 鑛業法(제84조)에서는 이에서 더 나아가 【표-31】과 같이 위험방지를 위하여 필요한 때에는 별다른 절차를 거치지 아니하고 토지에의 출입, 토지의 일시사용, 장애물의 변경·제거, 그리고 토석·죽목 등의 수용·사용을 허용하는 特例를 두고 있다. 이러한 경우의 損失에 대한 補償은 손실을 받은 자와 協議하여 정하도록 하되 협의가 성립되지 아니할 때에는 양당사자 중 일방이 管轄 土地收用委員會에 裁決을 신청할 수 있게 하거나 行政廳이 決定하도록 하고 있다.

【표-31】 緊急時的 公用侵害

법률명	행위주체	사 유	공용침해의 내용	손 실 보 상
도로법 (제49조, 제79조)	관리청	재해로 인한 도로의 구조와 교통에 대한 위험방지를 위하여 특히 필요한 때	○토지·가옥 기타 공작물의 일시 사용 ○장애물의 변경·제거 ○토석·죽목·운반기구 기타 물건의 수용·사용	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의불성립시에 관할 토지수용위원회에 재결신청 -관할토지수용위원회의 재결에 불복할 때에는 법원에 제소 (정당한 보상)
항만법 (제46조, 제65조)	관리청	재해로 인한 항만시설 또는 항만사용에 대한 위험방지를 위하여 특히 필요한 때	○토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 ○공작물 기타 장애물의 변경·제거 ○토석·죽목·운반	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의불성립시에 관할 토지수용위원회에 재결신청

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

법률명	행위주체	사 유	공용침해의 내용	손 실 보 상
			구 기타 물건의 수용·사용	-관할 토지수용 위원회의 재결 에 불복할 때에 는 법원에 제소 (정당한 보상)
어항법 (제21조)	수산청장· 직할시장· 도지사	천재지변 기타 비 상재해로 인하여 어항관리에 필요 한 때	○토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 ○공작물 기타 장 애물의 변경·제 거 ○토석·죽목·운반 구 기타 물건의 수용·사용	-손실을 받은 자 와 협의하여 정 함 -협의불성립시에 는 수산청장이 결정 (정당한 보상)
방조제관 리법 (제10조, 제11조)	농림수산부 장관·지방 자치단체의 장	천재·지변 기타 긴박한 사태로 인 하여 관리방조제 의 위험을 방지하 거나 재해복구에 필요한 때	○토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 ○공작물 기타 장 애물의 변경·제 거 ○토석·죽목 기타 물건의 사용	-직할시장·도지 사·시장 또는 군수가 결정 (정당한 보상)
광업법 (제84조)	광업권자· 조광권자	광업상 긴박한 위 험방지에 필요한 때	○토지에의 출입 ○토지의 사용	(보상한다는 규정 만 있음)
농촌근대 화촉진법 (제155조, 제157조)	국가·지방 자치단체· 농지개발조 합·농어촌 진흥공사	풍설·출수·해일 또는 토지의 훼손 등에 의한 관개배 수시설·농업용도 로 기타 농지의 보전이나 이용에	○토지의 일시사 용 ○토석·토목 기타 현물의 수용·사 용	-손실을 받은 자 와 협의하여 정 함 -협의불성립시에 는 농림수산부 장관·서울특별

법률명	행위주체	사 유	공용침해의 내용	손 실 보 상
		필요한 시설의 급박한 재해를 방지할 필요가 있는 때		시장·직할시장 또는 도지사가 결정 (정당한 보상)
전기사업법 (제55조 ②, 제58조)	전기사업자	천재·지변 기타 긴급한 사태로 인하여 전기사업용 전기설비가 손괴되거나 손괴될 우려가 있는 때	○토지 또는 이에 정착한 건물 기타 공작물의 일시사용 (15일 이내)	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의불성립시에 서울특별시·직할시장 또는 도지사가 결정
집단에너지사업법 (제46조)	집단에너지사업자	천재·지변 기타 긴급한 사태로 인하여 공급시설이 손괴되거나 손괴될 우려가 있는 때	○토지 또는 이에 정착한 건물 기타 공작물의 일시사용 (15일 이내)	-토지수용법 준용(협의→관할 토지수용위원회 재결신청→중앙 토지수용위원회 이의신청)

## II. 裁決을 기다릴 여유가 없는 경우

收用·使用에 관한 裁決節次가 지연됨으로 인하여 재해를 방지하기 곤란하거나 기타 公共의 利益에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정할 때에는 재결을 신청한 시행자는 當該 土地收用委員會의 허가를 받아 6월 이내의 기간동안 타인의 토지를 사용할 수 있는 바, 이 경우 施行者는 擔保를 제공하여야 한다(土地收用法 제27조).





## 第 3 章 主要國家의 公用侵害 및 補償關 聯法制的 現況

### 第 1 節 意 義

現行法制가 안고 있는 문제점을 찾아내어 그 개선방향을 제시하기 위하여는 법제자체에 대한 분석과 法制에 대한 運營實態調査 등이 선행되어야 하는 것은 물론이다. 그러나 우리와 유사한 法制를 채택하고 있는 外國의 법제를 살펴보는 것 또한 이에 못지않게 중요하다. 특히 外國의 법제를 계수한 우리의 現實에서는 이러한 작업의 중요성은 더욱 강조될 수 있다. 이하에서는 外國의 公用 침해 및 補償 관련법제 가운데 獨逸과 日本의 경우를 살펴보기로 한다. 왜냐하면 우리나라의 公用侵害法制는 憲法上的의 규정형식이나 個別法의 내용 등에 있어서 獨逸 및 日本의 법제와 유사할 뿐 아니라 이들 국가로부터 가장 많은 영향을 받았기 때문이다. 따라서 이하에서는 獨逸과 日本의 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況에 대하여 우리나라 법제의 문제점 및 개선방향을 제시하는 데 필요한 範圍內에서 살펴보기로 한다.

### 第 2 節 獨逸의 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

#### I. 公用侵害制度的 成立과 發展

「Enteignung」으로 표현되는 독일의 公用侵害制度<sup>1)</sup>는 일반적 희

---

1) Enteignung의 본래의 뜻은 「公用收用」을 의미하였으나, 그 개념이 「재산권에 대

생 (Aufopferung)의 특별한 경우로써, 19세기에 프로이센 일반국법 序章 제74조, 제75조에 명시된 一般犧牲補償請求權으로부터 파생된 것이다.<sup>2)</sup> 이와같이 公用侵害制度가 一般犧牲補償請求權으로부터 파생하여 나온 것은 공법상의 補償體系의 理論·體系의 整備의 결과가 아니라 法的·社會的 發展의 산물이라 할 수 있는데, 이는 ①公用侵害의 대상은 土地 혹은 그 밖의 物權에 국한된 점, ②被侵害權利는 公的 事業者(Unternehmer)에게 讓渡(移讓)된다는 점, ③公用侵害는 공공복리에 이바지하여야 한다는 점, ④公用侵害의 집행은 법률에 근거한 행정행위에 의하여 수행된다는 점, ⑤被侵害者에 대한 완전한 보상이 보장된다는 점등을 주요 특징으로 하였다. 그러나 이러한 고전적 공용침해개념은 오늘날은 법사학적 영역에서만 통용되고 있으며, 公用侵害制度는 그후 國家의 侵害(Zugriff)에 해당되는 영역 및 그에 따른 공용침해와 보상에 해당되는 법익의 영역이 본질적으로 확대되는 한편(收用法上 財産權概念), 이러한 확대된 시민의 재산권영역에 대한 국가의 侵害可能性과 類型(Modalität)이 본질적으로 정비되면서(過程으로서의 公用侵害概念) 근본적으로 변형이 이루어 졌다.

우선 바이마르시대에 이르러 바이마르헌법 제153조 2항은 「公用侵害는 公共福利를 위하여 법률의 근거에 의해서만 이를 할 수 있다. 公用侵害는 독일국의 법률에 달리 정한 것이 있는 경우를 제외하고는 相當한 補償으로써 하여야 한다. 補償金額에 대하여 분쟁이 있을 때에는 독일국의 법률에 달리 정한 것이 있는 경우를 제외하고는 일반법원에 提訴할 수 있어야 한다. 州, 公共團體 및 公益上의

---

한 일체의 補償附 侵害라는 의미로 확장되어 사용되고 있기 때문에 여기에서는 「公用侵害」라는 용어로 표현하기로 한다.

- 2) 프로이센 一般國法 序章 제74조는 「國家의 構成員인 個人의 權利와 利益은 公共福利의 增進을 위한 權利·義務와 실질적인 충돌이 있는 경우에 후자가 우선하지 않으면 아니된다」고 규정하고 있으며, 제75조는 「이에 대하여 국가는 公共福利를 위하여 個人의 權利와 利益을 희생시킬 필요가 있는 경우에 그에게 損失을 補償하여야 한다」라고 규정하고 있다.

團體에 대하여 국가가 公用侵害를 행하는 경우에는 언제나 補償을 하여야 한다」고 규정하였다. 同憲法上的의 규정에서 보는 바와 같이 일정한 요건하에서 보상을 조건으로 公用侵害를 인정함으로써 일단 문언상으로는 古典的 公用侵害를 규정하고 있지만, 判例와 學說上으로는 土地와 物權에 국한시켰던 수용법상의 기반(Substrat)을 전체 私的 財產權 영역으로 확대해석하였다. 이러한 확대의 이유는 매우 다양한데,<sup>3)</sup> 특히 다음과 같은 점이 강조되고 있다. 첫째, 17세기에서 20세기 사이에 재산의 구조가 物權에서 債權으로까지 발전되었다는 점이다. 이는 財產權概念이 20세기초에 請求權, 有價證券, 기타 資本施設에 대한 가치 등 모든 영역에 확대되면서 가능해졌다. 둘째, 自由法治主義的 國家로부터 社會的 法治國家로의 변화로 표현되는 사회의 변화 등과 같은 측면이 강조되고 있다는 점이다.

한편 獨逸基本法 제14조 3항은 「公用侵害는 公共의 福利를 위해서만 허용된다. 그것은 補償의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의해서만 또는 법률의 근거 위에서만 행하여진다. 補償은 公益과 關係者의 利益을 정당히 형량하여 정한다. 補償額에 관하여 분쟁이 있을 때에는 一般法院에 提訴한다」고 규정하여 국민의 재산권에 대한 適法한 公權力의 侵害行爲로 인한 損失補償의 헌법적 근거를 마련하였다. 基本法 제14조 3항의 해석과 관련하여 보상문제를 관할하는 聯邦最高法院의 判例의 태도는 바이마르공화국의 帝國法院(Reichsgericht)의 판례를 유지·발전시켰다고 볼 수 있다. 이를 요약하면 ①財產權의 概念을 확장시켰고, ②侵害行爲의 완화, 즉 損失補償概念에 있어서의 原因行爲의 適法성을 고수하지 않았으며, ③財產權에 대한 특별한 희생과 財產權에 內在하는 社會的 制約으로서의 社會的 拘束性의 한계에 관한 帝國最高法院의 個別行爲說(Einzelaktstheorie)이 特別犧牲說에 의하여 더욱 발전되었고, ④

3) Sandler, 「Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum」, DÖV 1974, S.73 ff.

收用類似的 侵害와 收用的 侵害가 새로운 법제도로 창설되었다는 점을 들 수 있다.

## II. 公用侵害에 관한 立法權限과 個別法の 發展

基本法下에서 公用侵害節次는 일부는 聯邦法으로, 일부는 州法으로 규율되고 있다. 聯邦은 基本法 제74조 14호에 따라 입법권한을 가지는 사항영역에 대해서만 公用침해에 관한 立法權限을 가진다.<sup>4)</sup> 이에 따라 聯邦은 公用侵害의 요건 및 절차에 관한 중요한 내용만을 규율하고 있으며 그밖의 사항에 관하여는 各州의 公用侵害法律에 위임하였다. 제85조 1항의 목적범위내에서 公用侵害를 허용하고 있는 建設法典과 방위의 목적을 위한 「土地徵發法」 및 「聯邦鑛業法」<sup>5)</sup>은 公用침해에 관한 모든 사항을 규정하고 있으며, 이에 반하여 「聯邦長距離道路法」은 公用침해에 관하여 부분적인 규정만을 두고 있다. 반면에 「聯邦電鐵法」은 聯邦電鐵에 단지 公用侵害의 權限을 위임하고 있을 뿐이다.<sup>6)</sup> 聯邦法에 어떠한 규정도 없는 경우에는 聯邦을 위한 公用侵害의 경우에도 州法이 적용된다.<sup>7)</sup>

公用侵害節次の 발전은 기본적으로 1874년 6월 11일의 土地財産權收用に 관한 프로이센법률에 의하여 영향을 받았으며,<sup>8)</sup> 同法律은 노르트라인-베스트팔렌, 자아르란트, 슐레스비히-홀스타인州에서는 아직도 통용되고 있다. 이에 따르면 公用침해의 근거는 우선 일정한 기업 및 기업자를 위한 收用的 허용요건을 확정하는 결정이다

4) G. Friedrich, 「Rechtsprobleme beim Erlaß eines Bundesenteignungsgesetzes」, Diss. Erlangen-Nürnberg 1978 ; Zuleeg, DVBl. 1963, S.322.

5) 이에 관하여는 Weides/Jahnz, DVBl. 1984, S.92f.

6) 그밖의 聯邦法規定에 관하여는 Weyreuther, DVBl. 1972, S. 93.

7) BGHZ 64, 361 ; BVerfGE 45, 297, 320.

8) 法治國家의 행정절차의 발전에 대한 이전의 收用法律의 基本的 意義에 관하여는 Frenzel, Der Staat 1979, S. 592ff.

(소위 收用權의 委任, 프로이센 收用法 제2조).<sup>9)</sup> 고유의 收用節次의 開始는 임시적인 계획확정에 의하여 행하여 지며(프로이센 收用法 제15조), 그밖의 진행과정에서 종국적인 계획확정이 나타난다. 이러한 종국적인 計劃確定過程에서 公用收用의 對象, 被讓渡土地所有權의 범위와 한계, 부과될 제한의 종류와 범위가 결정되어진다(프로이센 收用法 제21조). 즉, 이미 計劃確定段階에서 補償을 정함에 있어서의 예외를 비롯하여 모든 규율이 이루어지며, 이는 新法律에 따른 收用에 관한 決定과도 일치하고 있다. 이러한 計劃確定에 따라서 起業者는 보상의 확정에 관한 申請을 제기한다. 補償에 관한 決定에 대하여 起業者 및 기타 利害關係人에게 6개월내에 爭訟提起를 할 수 있도록 하고 있다. 利害關係人이 爭訟提起를 포기하거나 確定判決이 내려진 경우 또는 6개월이라는 기간이 到過한 경우에 公用수용이 확정된다. 쟁송수단으로 다투어지기 이전의 수용은 긴급한 경우에 허용되며(프로이센 收用法 제34조), 事前의 占有指定<sup>10)</sup>은 그밖의 경우에는는 허용되지 않는다.

1922년 7월 26일의 「單一收用節次에 관한法律」에서는 公共福利를 위한 收用節次가 補償裁決과 收用裁決로 결합되어 있고, 양자가 計劃確定決定과 결합될 수 있는 단일절차가 허용되고 있다(프로이센 單一收用節次法 제4조). 計劃確定에 의하여 임시적인 占有指定이 가능하다(同法 제6조). 프로이센의 單一收用節次, 특히 그 애초의 형식에 있어서의 절차는 매우 장기간을 요하는 것이었고, 이에 의하여는 토지소유자가 보다 높은 補償金을 받기 위하여 절차를 장기간 지연하는 것이 허용되었다. 따라서 事業費用의 上昇을 고려할때 事業計劃을 보다 빨리 실현하여야 하는 수용주체에게는 상당한 부담이

9) 프로이센 收用法의 경우에는 狹義의 收用을 의미하므로 「收用」이라는 表現을 사용하기로 한다.

10) 事前의 占有指定(Vorzeitige Besitzeinweisung)은 목적된 措置의 即時施行이 公共福利의 이유상 필연적으로 요청되는 경우에만 인정된다(建設法典 제116조).

되었다.

收用に 관한 新法律은 본질적으로 절차를 단일화시켜 놓고 있다. 더이상 특별한 收用權의 委任은 존재하지 않는다.<sup>11)</sup> 프로이센 收用法에 따른 것과는 달리 收用に 관한 決定과 補償에 관한 決定은 원칙적으로 하나의 決定에 결합되어 있다. 그렇지만 補償額에 관하여 종국적인 결정이 이루어지지 않은 경우에는 收用に 관한 先決定(Vorabentscheidung)도 가능하다. 收用裁決에 存續力이 발생한 이후에 발해진 財産權의 移轉을 목적으로 하는 특별한 施行令에 의하여 여전히 대부분의 讓渡(Übereignung)가 규율되지만, 事前的 占有指定이 이 경우에도 규정되어 있다.

收用節次의 전면적인 실시는 바람직하지 않으며, 오히려 관계인들이 평온하게 합의하는 것이 더 바람직하다.<sup>12)</sup> 이는 收用節次以前에 民法에 따른 보통의 「任意」取得에 의하여 행해질 수 있다. 절차진행 중에도 관계인은 전체에 대하여 또는 개별적인 부분영역에 대하여 협의할 수 있다.<sup>13)</sup> 이러한 協議는 公法上的 契約이며, 이러한 협의가 이루어진 경우에는 이것이 상응한 行政行爲로 대체되어 다루어진다. 收用廳은 그러한 當事者의 合意에 협력하여야 한다.

나중에 기대와는 달리 收用目的이 달성될 수 없는 경우에는 비록 이것이 -建設法典 제102조와 같이- 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 被收用된 시민은 헌법에 근거하여 再收用請求權(Rückenteignungsanspruch)을 가진다.<sup>14)</sup>

11) 니더작센州에서는 절차의 개시전에 內務長官의 결정을 필요로 하고 있으나, 이는 일반적으로 收用權을 위임한 것이 아니라 구체적인 收用節次를 위하여 그런 것이다(니더작센 收用法 제23조 참조).

12) Erichsen/Martens, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 9 Aufl., 1992, S.636.

13) 建設法典에서도 당사자사이에 財産權移轉에 관한 合意가 契約으로 이루어진 경우에도 여전히 補償確定節次가 허용된다. vgl. BGHZ 95, 1, 6f.

14) BVerfGE 38, 175; 이에 관하여는 Kimminich, DÖV 1975, S.314f.; Wiggingshaus, 「Die Rechtsstellung des enteigneten Grundeigentümers」, 1978; 再收用時 補償에 관하여는 BGHZ 76, 365.

### III. 公用侵害 및 補償關聯法制的 具體的 內容

#### 1. 公用侵害法制

公用侵害에 관한 일반사항을 규율하는 聯邦法은 없으나, 우리나라의 土地收用法에 상응하는 내용을 담고 있는 「建設法典」(BauGB)상의 公用收用に 관한 규정을 소개하기로 한다.

##### (1) 公用收用の 目的

公用收用은 다음과 같은 사항을 위해서만 허용된다. 즉 地區詳細計劃의 指定에 따라 토지를 이용하거나 토지의 이용을 준비하는 것, 地區詳細計劃의 施行地域內에 있지는 않으나 既存市街地地域에 있는 나대지 혹은 소건물이 지어진 택지를 특히 建築瑕疵의 補完을 위해 건축법 규정에 따라 이용하거나 건축적 이용에 제공하는 것, 토지의 補償用土地를 調達하는 것, 收用に 의해 박탈된 권리를 새로운 권리로 代償하는 것, 保全條例의 通用地域 내에서 建築施設을 보전하는 것(建設法典 제85조 1항). 다만 위와 같은 목적과는 다른 목적을 위한 수용이나 주법상에 위와 같은 수용에 관한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(同法 동조 2항).

##### (2) 公用收用の 對象

公用收用の 對象은 土地所有權을 剝奪하거나 負擔을 설정하는 것, 土地에 관한 他權利를 박탈하거나 負擔을 설정하는 것, 土地의 取得·占有 혹은 利用을 위해 권한이 있거나 義務者의 土地利用을 제한하는 권리를 박탈하는 것(同法 제86조 1항) 등이다.

##### (3) 公用收用の 要件

收用은 개별적인 경우에 公共福利를 위해 필요하고 다른 기대할 수 있는 방법으로는 收用目的을 달성할 수 없는 경우에만 허용된다(同法 제87조 1항). 수용은 申請者가 진정으로 다른 적당한 토지의 제공이라는 조건으로 수용할 토지의 任意的 取得에 노력하더라도 불가능하다는 것을 요건으로 한다. 신청자는 土地가 상당한 기간내에

예정된 目的에 사용되도록 노력해야 한다(同法 동조 2항). 建築的 利用을 위해 준비하거나(제85조 1항 1호), 建築的 利用에 제공할 목적(제85조 1항 2호)의 土地收用은 계마인데나 公用需要者 혹은 事業施行者를 위해서만 인정된다. 土地收用은 建築措置를 상당한 기간내에 실행할 수 있고, 실행할 의무가 있는 建築施行者를 위하여 인정될 수 있다. 공식적으로 지정된 再開發地區內에서 收用이 계마인데에 허용되는 경우에는 再開發施行者에게도 收用이 인정된다(同法 동조 3항).

#### (4) 公用收用の 範圍

土地는 收用目的의 실현을 위해서 필요한 범위내에서만 수용될 수 있다. 토지에 負擔을 설정함으로써 收用目的을 달성할 수 있는 경우에는 수용은 이에 국한되어야 한다(同法 제92조 1항). 토지에 地上權이 설정되어야 하는 경우에 所有者는 이러한 부담설정 대신에 所有權의 收用을 요구할 수 있다. 토지에 다른 권리가 설정되어야 하는 경우에 그러한 物權設定이 부당하다고 인정되면 소유자는 所有權의 收用을 요구할 수 있다(同法 동조 2항). 토지나 이와 공간적 혹은 경제적으로 관련된 土地所有權 중 그 일부만이 수용되어야 하는 경우에 所有者는 잔여토지나 잔여토지소유권으로서는 더이상 상당한 범위가 建築的 혹은 經濟的으로 이용될 수 없는 범위내에서 殘餘土地나 殘餘土地所有權에 대해서도 收用을 확장하도록 요구할 수 있다(동법 동조 제3항).

#### (5) 收用節次

收用節次는 關係人과 口頭辯論期日을 지정함에 의하여 개시된다. 口頭辯論을 위하여 申請人, 關係土地의 所有者, 그밖의 登記簿에 기재된 關係人과 계마인데가 출석의 요구를 받는다. 出席要求期間은 1개월로 한다(同法 제108조 1항). 收用節次의 開始는 해당토지와 登記簿上의 所有者 및 關係人과의 最初의 口頭辯論期日 등을 표시하여 그 지방의 慣例에 따라 公告하여야 한다. 公告時에는 모든 관계인에게 收用申請과 그밖의 절차에서 처리되는 신청사항에 대하여 그가



출석치 않은 경우에도 결정될 수 있다는 사실을 적시하여 그의 權利를 늦어도 口頭辯論때까지 행사하도록 요구하여야 한다(同法 제108조 5항). 收用廳은 登記所에 收用節次의 개시를 통지한다. 收用廳은 關係土地登記簿에 수용절차가 개시되었다는 사실을 기재하도록 登記所에 요청한다(收用의 記載). 수용절차가 종료되면 收用廳은 收用의 기재를 말소하도록 등기소에 요청한다. 登記所는 收用節次의 개시시점 이후에 關係土地登記簿에 행해져 있거나 행해진 모든 登記事項을 收用廳에 통지하여야 한다(同法 제108조 6항).

(6) 協議(Einigung)

收用廳은 관계인간의 협의를 위하여 노력하여야 한다. 關係人 사이에 協議가 성립한 경우에 收用廳은 協議에 관한 文書를 작성해야 한다. 문서는 關係人에 의해 서명동의를 받아야 한다. 所有者의 代理人은 公的으로 증명된 代理權을 요한다. 公證된 協議文書는 더 이상 다룰 수 없는 收用裁決과 동일한 效力을 갖는다(同法 제110조).

(7) 收用裁決

協議가 성립하지 않은 경우에 收用廳은 口頭辯論에 근거하여 收用申請, 기타의 申請 및 異議提起에 관하여 裁決로써 결정한다. 關係人의 신청에 의해 收用廳은 사전에 被收用土地所有權의 讓渡나 負擔設定에 관하여 혹은 기타 수용에 의하여 발생하는 權利變更에 관하여 결정해야 한다. 이러한 경우에 收用廳은 權利者에게 장래의 補償額의 先支給을 제공하도록 명해야 한다. 수용청의 裁決事項은 關係人에게 送達되어야 한다. 裁決은 申請의 허용, 형식 및 기간에 관한 告知와 동시에 判決(제217조)에 갈음된다. 수용청이 收用申請을 허용하는 경우에 裁決(收用裁決)에서 收用關係人 및 收用受惠者, 기타 關係人, 收用目的과 토지를 규정된 目的을 위해 사용해야 하는 期間, 收用對象, 土地에 대한 物權設定의 경우에 그 종류, 契約으로 정해질 수 있는 내용 및 권리의 순위·權利者와 土地, 收用前後의 所有關係 및 기타 法律關係, 補償의 종류와 정도 및 清算金 受領者 및 提供者를 명시한 清算金支給額, 土地에 의한 補償의 경우 對象土

地(同法 제113조)<sup>15)</sup> 등의 사항을 명시하여야 한다.

## 2. 損失補償

### (1) 補償에 관한 一般論

公用侵害에 대하여 損失補償을 보장한다는 것은 야기된 특별희생에 대한 調節的 補償(Ausgleich)을 의미한다. 보상은 평등원칙에 따라서 정하여 진다.<sup>16)</sup> 따라서 보상은 관계인의 현재와 장래에 있어서의 모든 재산적 손실을 포함하는 民法上的 損害賠償(Schadenersatz)이 아니라, 「발생된 財産的 損失에 대한 調節的 補償(Ausgleich)」만을 의미한다. 補償에 의하여 關係人은 동일한 종류와 가치를 지닌 物件, 즉 等價의 대상을 지급받은 補償金으로 다시 마련할 수 있는 상태에 있어야 한다. 따라서 補償의 算定을 위한 기준은 再獲得理論(Wiederbeschaffungstheorie)에 따라서 被收用物의 去來價値(소위 市場價値)가 된다. 이러한 기본입장에 대하여 별다른 이의가 없는 경우에도, 보상이 「완전한」 價値補償(Wertausgleich)이어야 하는가 여부 또는 補償이 개별적인 사례에 따라 市場價値보다 이하로 제공될 수 있는가 여부의 문제에 대하여는 상당한 異論이 있다.

그러한 입장의 차이는 「關係人과 一般의 利益에 대한 正當한 衡量下에 보상이 정해져야 한다」고 규정하고 있는 「基本法」 제14조 3항 3문의 문구에서 그 원인을 찾을 수 있다. 왜냐하면, 이러한 規定形式(Formel)은 애매하고 암묵적이며 실질적이지 못하기 때문이다.<sup>17)</sup> 따라서 補償은 衡平性에 따른 調節(Billigkeitsausgleich)이라는 관념에 따라 접근하는 것이 적절하다고 본다. 이미 帝國法院은<sup>18)</sup> 「相當補償」을 규정한 바이마르憲法 제153조 2항 2문을 「完全補

15) 그밖에 公用收用에 관한 建設法典上的의 具體的 內容에 관하여는 柳海雄 · 朴尙熙 (譯), 「日本과 獨逸의 都市計劃法」, 國土開發研究院, 1990년 참조.

16) F.Ossenbühl, 「Staatshaftungsrecht」, 4 Aufl., 1991, S. 168.

17) BGHZ 11, 162 ; 26, 373 ; 29, 217 ; 39, 198 ; 41, 354.

18) RGZ 112, 189.

償」의 의미로 해석했다. 基本法 제14조 3항 2문상의 損失補償에 대하여 聯邦憲法裁判所는 立法者가 상황에 따라서 完全補償도, 그 이하의 補償도 정할 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>19)</sup>

## (2) 補償의 範圍

공용침해에 대한 보상은 被收用物의 損失(實質損失)과 公用侵害에 의하여 직접적·필연적으로 야기된 손실(附帶的 損失)의 두 가지 손실영역으로 나누어진다. ① 實質損失(Substanzverlust)에 대한 補償에 관해서는 公用侵害에 대한 補償은 調節的 機能이 있지만, 損害賠償은 아니다. 따라서 被收用者는 侵害가 행해지지 않았다면 존재할 수 있는 것에 대하여 보상을 청구할 수 없는 바,<sup>20)</sup> 이로부터 두 가지의 사실이 추론된다. 첫째, 補償의 範圍는 被收用物의 價値에 의하여 정하여진다. 따라서 관계인이 피수용물의 가치 대신에 받아야 하는 금전가치는 박탈된 「實質部分(Substanz)」의 거래가치에 의하여 산정된다. 둘째, 가상되는 침해의 계속적인 진행은 고려되지 않는다. 오히려 強制的 取得(Entziehung)의 시점에서의 實質價値만이 算定의 基準이 된다. 장래에 예상되는 가치의 상승은 보상의 산정시에 고려되지 않는다. 去來價値(一般價値)는 피수용물에 대하여 일반적 거래행위에서 얻을 수 있는 價格에 의하여 정하여진다(시장가격; 채획득가치). 물론 이러한 市場價格의 算定에 있어서는 비교를 위하여 적용시킬 수 있는 價格이 형성되어 있는 市場이 전제된다. 그러나 피수용물이 裸地인 경우에, 일반적으로 公示地價에 따라 지급되는 比較價額이 산정될 수 있다(價額比較節次).

土地賣買價의 전체적인 파악과 토지감정위원회의 이에 상응한 매매가액조사표를 통하여 比較價額은 쉽게 확정될 수 있다. 비교가액이 없는 경우, 價額算定節次나 物件價額算定節次에 따라야 한다.<sup>21)</sup> 地의 경우에는 土地部分의 가액과 建物部分의 가액을 나누어 산정

19) BVerfGE 24, 367.

20) BGHZ 57, 359.

21) BGH, NJW 1980, 39.

한다. 이 경우에 後者は 일반적으로 價額算定節次(Ertragswertverfahren)나 物件價額算定節次(Sachwertverfahren)에 따른다.

侵害로 인하여 영업체를 폐쇄하여야 하는 경우에는 營業體의 가치를 산정해야 하며 이러한 산정된 가액을 補償으로 제공하여야 한다. 그러나 일시적인 營業停止의 경우에는 영업체의 가치를 산정하는 것이 매우 어렵기 때문에, 判例는 영업정지의 시점에 남아있는 박탈된 實質로부터의 收益(Ertrag)을 산정하는 것을 인정하고 있다. 왜냐하면 이는 영업할 경우의 實質價値에 상당하는 것으로 간주될 수 있기 때문이다.<sup>22)</sup>

그리고 ② 實質內容에 대한 보상이외에 몇몇 法律規定(예; 建設法典 제96조, 土地徵發法 제19조)에서는 關係人이 公用侵害에 의하여 당한 그밖의 재산상 손실에 대하여도 調節的 補償(Ausgleich)을 인정하고 있다. 부대적 손실로 묘사되는 이러한 損失은 특히 영업활동에 대한 侵害의 경우(예; 收益에 대한 損失, 移轉費用, 移徙費用, 辯護士費用 등)에 발생한다. 이와 같은 손실은 「被收用者의 입장에서는 물적인 가치관계가 없어서 특별한 개별법상 규정이 없는 경우에도 基本法 제14조에 근거하여 보상받을 수 있는, 收用に 의하여 直接的·必然的으로 야기된 손실」에 해당되는 것이다.

補償義務있는 부대적 손실과 이미 실질에 대한 補償을 통하여 고려된 손실 및 특히 補償의 필요가 없는 「間接的 損失」 사이의 구분 문제가 매우 어려운 사항이다. 「直接的 損失」와 「間接的 損失」를 구분하기 위한 적합한 구별기준이 아직 발견되지 않았기 때문에, 附帶的 損失은 다만 사례유형별로 파악할 수 있다.

일반적으로 附帶的 損失은 취득에 대한 損失(Erwerbsverluste), 在庫損失, 移轉費用, 再購買費用, 辯護士費用 및 기타 諮問費用, 租稅負擔 등으로 구분된다. 이러한 모든 손해의 유형이 수용법상의

---

22) BGHZ 57, 359.

부대적 손실로 인정되는 것은 아니며, 개개의 유형에 대하여 聯邦最高法院은 매우 다른 접근방식을 취하고 있다. 지금까지 특히 영업체의 移轉費用, 이전을 위한 交通費, 投資價値의 상실로 인한 비용, 새로운 사업을 위한 準備費用, 사업이 본체도에 오르기 전의 運營上의 곤란에 대한 비용, 營業體價値減少에 대한 補償, 일정한 고객의 상실에 대한 補償 등이 부대적 손실에 대한 보상으로 인정되고 있으며, 辯護士相談(Rechtsberatung) 또는 私的 諮問 및 보상에서 제외되는 移轉稅에 대한 필요적 경비도 보상을 요하는 것으로 보고 있다. 그에 반하여 보상대상의 再購入을 위한 費用(예: 중개수수료, 공증수수료, 건물신축비용 등)은 보상을 요하는 附帶的 損失로서 인정되지 않고 있다.<sup>23)</sup>

그리고 보상액은 여러 가지의 이유로 去來價値 이하로 주어질 수 있다. 예컨대 장래의 價値上昇(예: 건축예정지)은 補償의 범위에 포함되지 않으며, 利益相計(Vorteilsausgleich)의 原則과 共同過失의 法理가 적용되는 경우에도 補償의 정도가 줄어들 수 있다.

### (3) 爭訟手段

基本法 제14조 3항 4문에 의하면 收用補償額에 대하여 다툼이 있는 경우에는 一般法院에서 爭訟으로 다룰 수 있다. 이는 「行政法院法」 제40조 1항 1문상의 行政訴訟事件으로서의 公法上의 爭訟을 타 관할에 지정하는 것에 해당된다(指定에 의한 民事事件). 이 규정은 民事法院에 收用法을 類推適用하여 단지 「物的으로 制限된」 決定權限을 행사하도록 규정하고 있다. 물론 民事法院의 각 權限領域을 基本法 제14조 3항 4문의 범위를 넘어서서 확대시키는 것은 個別立法者에게 허용된다. 基本法 제14조 3항 4문에 근거할 때 「收用に 관한 爭訟」과 「補償에 관한 爭訟」은 구분되며 「보상에 관한 爭訟」에 대해서만 이 규정이 적용된다. 이는 收用補償의 法律適合性의 原則을 규정하고 있는 基本法 제14조 3항 2문의 문맥을 보아도 알 수 있다.

23) F.Ossenbühl, a.a.O., S.171.

收用으로 인한 補償請求權의 內容과 範圍는 立法者가 정해야 하며 따라서 基本法 제14조 3항 4문에 따른 民事法院의 決定權限은 關係人이 受忍하여야 하는 公權力의 侵害가 收用을 의미하는지 여부와 이것이 긍정되는 경우에 보상의 방법과 범위가 법률에 따라서 보장되는지 여부의 문제에 국한된다.

民事法院에 지정된 보상관련쟁송은 단지 주장되는 補償請求權의 額에 관하여서만이 아니라, 근본적으로 補償請求權이 존재하는지에 관해서도 제기될 수 있다. 수용으로 인한 補償請求權은 관계인 사이의 보상액에 관한 다툼뿐만 아니라 收用이 존재하는지 여부의 문제와 같은 補償請求權의 존재여부도 民事法院에서 주장될 수 있다. 모든 補償請求額에 관한 결정은 補償請求權이 근본적으로 존재하고 있는지 여부에 관한 審査와 決定을 전제하고 있다. 收用法上 이러한 權利保護制度가 가지는 이중성으로 인한 불편함은 收用과 補償을 구분하여 권리보호하는 것 뿐만 아니라 補償爭訟의 경우에도 청구의 原因과 청구의 程度(금액)를 구분하고 있다는 점에도 내재되어 있다는 점을 判例는 적절하게 지적하고 있다.<sup>24)</sup>

### 第 3 節 日本의 公用侵害 및 補償關聯法制的 現況

#### I. 公用侵害의 憲法的 根據

##### 1. 憲法規定

私有財産權의 保障에 관해 규정하고 있는 日本憲法 제29조 3항에서는 「私有財産은 正當한 보상하에 이를 公共을 위해 利用할 수 있다」라고 규정하고 있는데, 이 규정이 公用侵害에 관한 포괄적인 憲法的 根據로 인정되고 있다. 이 규정의 내용은 「公共目的을 위해 適

24) BVerwGE 39, 172; BGHZ 4, 266.

法한 公權力의 행사로 이루어지는 私有財産에 대한 侵害」라는 요소, 다시 말해 「特別犧牲의 存在」와 이에 대한 「전체적인 公平負擔의 견지에서 이루어지는 正當한 調節的 財産的 補償」을 그 핵심으로 하고 있는데, 이와 같은 점에서 이 규정은 公用侵害의 憲法的 根據로 되는 동시에 그에 대한 補償의 憲法的 根據로 인정되고 있다.

이와 같은 헌법상의 근거를 바탕으로 각 개별법에서 구체적으로 公用侵害 및 그에 대한 보상에 관해 규정하고 있는데, 이는 학계일반의 公用侵害에 관한 구분론과 같이 公用收用(使用)의 경우와 公用制限 및 그 밖의 公的 侵害行爲에 관한 규정으로 나누어 볼 수 있다. 그러나, 이들 경우 모두에 적용되는 公用侵害의 要件으로서의 特別犧牲과 補償의 원칙 및 방식은 일반적 사항으로 일치되고 있는바, 현실적으로 根據 法令外의 본질적인 부분에서는 차이를 갖지 않는다. 따라서 이하에서는 公用侵害의 憲法上 要件에 대하여 日本에서 문제되는 점에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 公用侵害의 憲法上 要件

公用侵害와 그에 따른 보상의 헌법적 근거로 되는 日本憲法 제29조 3항은 「私有財産을 公共의 目的으로 이용하는 경우에는 正當한 補償을 하지 않으면 안된다」고 하고 있는데, 여기에서의 「公共의 目的」은 광의로 해석되어야 한다. 즉, 「目的의 公共性」은 도로·공원 등의 공공시설을 목적으로 하는 전형적인 ‘公用侵害’의 경우 외에도 주택단지나 공업지역의 조성을 목적으로 하는 土地收用(都市計画法 제12조의1 제2항·3항 및 제69조)과 같은 「公共的 私人侵害」의 경우를 포함하는 것이다.

또한 「利用한다(be taken)」함은 財産權을 取得·剝奪하는 경우뿐만 아니라, 이를 侵害·制限하는 경우를 포함하는 것으로 이해된다. 따라서, 豫防接種事故事例와 같은 경우를 보상에 의해 救濟하여야 한다는 견해에서는 비록 財産權을 그 대상으로 하지 않는다 할지라도 財産的 評價가 가능한 손실이 있다면 이를 그대로 방치하는 것

은 負擔의 公平에 반하는 것이므로 전체의 부담에 전가하여 조절할 필요가 있는 「特別한 犧牲」으로 판단하고 있다. 종래의 학설은 財産權의 침해·제한에 있어 그 보상의 요부를 「特別한 犧牲」의 有無로부터 결정하여야 한다고 하였다. 그러나, 아직까지도 「特別한 犧牲」의 구체적 기준에 관해서는 학설이 나누어지고 있다. 그 대표적인 것으로 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 侵害行爲의 一般性·個別性

침해행위의 일반성 및 개별성의 여부는 그 侵害의 對象이 일반적인가 개별적인가라는 形式的 基準에 의해 결정된다. 個別的 侵害는 제한된 범위의 특정인 또는 그 財産權에 대한 침해가 특별한 희생이 되는 경우를 말하며, 一般的 侵害는 불특정한 일반인 또는 그 財産權에 대한 침해를 의미한다.<sup>25)</sup> 그러나, 이러한 형식적 기준이 일응 양자를 구분하는 표준이 된다하더라도 범위의 대소를 통해 이를 결정하여서는 안된다.

(2) 侵害內容程度의 強弱

침해의 本質性과 強度與否가 실질적인 구별의 기준이 된다. 財産權의 본체를 이루는 排他的 支配權을 침해하는가, 재산권의 박탈이 그의 본래적인 效用의 발휘를 방해하는 정도의 侵害를 이루는가를 基準으로 한다. 이 점에 대해 앞의 形式的 基準과 實質的 基準을 모두 고려하여 補償의 요부를 결정하여야 한다는 견해와,<sup>26)</sup> 제1차적으로는 이 基準에 의하면서도 權利者側에 수인할만한 이유가 있는 경우 ① 租稅 受益者負擔, ② 沒收·罰金, ③ 違法·有害·危險物의 除去廢棄, ④ 社會적으로 有害한 行爲의 制限 등)에는 보상이 부정되며, 社會共同生活의 조화를 목적으로 하거나 다른 특정한 公益目的을 위해 그 財産權의 사회적 효용과 무관한 우연한 제약을 받는 때에는 보상을 긍정한다는 제2차적 기준을 제시하는 견해가 있다.<sup>27)</sup>

25) 遠藤博也, 「實定行政法」, 1989, 232面.

26) 田中二郎, 「行政上の損害賠償及び損失補償」, 1954, 258面.

27) 今村成和, 「損失補償制度の研究」, 1968, 31面.



그렇지만, 같은 건축의 全面禁止라 해도, 도심부, 도심부의, 원생 자연 등에서 建築禁止의 구체적인 상황에 따라 그 의미는 각각 다르다. 이와 같이 地域의 희생이나 규제이유를 무시한 채 侵害程度의 強弱을 일률적으로 논할 수는 없는 것이다.

(3) 侵害目的의 消極性·積極性

奈良縣 貯水池條例에 관한 최고재판소의 1963년 6월 26일의 判決은 「災害를 미연에 防止한다는 사회생활상 自己의 利益이 아닌 필요에 의할 때, 저수지의 제방을 사용하는 財産上의 權利를 가진 자는 누구나, 公共福祉의 目的을 위해 당연히 이를 受忍하지 않으면 안되는 債務를 負擔한다」라 하였다. 여기에서, 災害의 原因이 되는 인간의 생명·신체나 재산에 危害를 가하는 不健康, 不衛生狀態나 위험한 행동 등이 원래 허용될 수 없는 것이므로 이를 제한·금지함으로써 발생하는 損失은 受忍하는 것이 마땅하다고 할 수는 없다. 危險이라는 것도 천차만별하며 그 發生確率이나 態樣도 다양하고 이의 防止나 被害의 輕減을 위한 직·간접적인 수단 또한 잡다하므로 危險防止라는 소극적 목적으로부터 일괄적으로 補償을 부정할 수는 없는 것이다. 반대로, 都市綠地保全, 古都保全이라는 적극적 목적을 위해 제한하는 경우에도 그것이 지역희생에 반하는 利用行爲에 대한 制限일 때에는 補償이 否定된다(東京地方法院判決 1982. 5. 31 참조).

(4) 侵害目的의 必然性·偶然性

건축기준법상의 建築物의 敷地, 構造, 建築設備에 관한 규정에 의해 건축물소유자나 거주자의 안전, 건강을 위해 일정한 規制를 하는 경우, 이는 財産權에서 기인하는 내재적·필연적 제약이므로 補償이 필요치 않다. 그러나, 공항, 고속도로 등의 安全性을 위한 주변, 연도의 기존건축물의 개축·이전 등이 불가피한 경우 등은 財産權에 대한 외재적·우연적 제약이므로 보상이 필요하다.

(5) 既得權 侵害, 現狀保全

위의 奈良縣貯水池 事件에서 문제가 된 바와 같이, 農民이 여러해

동안 제방에 경작을 계속한 자인 경우, 條例에 의한 이의 禁止는 현실적으로 적극적 손실을 발생시킨다. 이와 같이 일정한 消極目的을 위한 경우에는 既得權尊重의 견지에서 補償을 긍정할 여지가 있다 (最高裁判所判決 1968. 11. 27 참조). 반면, 위의 공항주변이나 고속도로연도에서의 제각, 개축에 대한 보상은 現存物件에 국한된다. 따라서 財產權에 대한 외재적·우연적 제약에 있어서도, 장래를 향한 現狀保全을 목적으로 하는 제한동결의 경우에는 補償을 필요로 하지 않는다.<sup>28)</sup>

## II. 公用侵害 및 補償關聯法制的 具體的 內容

### 1. 公用侵害法制

#### (1) 土地收用法

일본의 公用收用制度는 우리나라의 그것과 매우 흡사한 모습을 가지고 있다. 土地 및 立木, 建築物 등의 土地定着物과 土地에 관한 諸權利를 그 대상으로 하고 있는 收用制度는 土地收用法 및 이에 관한 政令(法規命令)에 의해 실시되고 있다.

일본의 土地收用法은 2차대전후인 1951년에 제정된 이래 1991년 4월 26일에 개정된 현재의 법에 이르기까지 총 75회에 걸쳐 부분적으로 改正되어 왔다. 따라서, 일본의 軍國主義時代나 明治時代에는 현재와 같은 成文의 土地收用法에 근거한 收用制度가 있었다고 하기 어려우며, 그 내용에 있어서도 구시대의 土地去來와는 많은 차이를 갖고 있다. 특히, 우리나라의 토지수용법과 비교해 볼 때 일본의 土地收用法이 우리의 법보다 9년 먼저 제정되었다는 점과 그 내용에 있어 거의 동일하다는 점은 일본의 土地收用制度가 우리에게 미친 영향을 미루어 짐작케 한다.

일본의 土地收用法은 총 12章 本文 146조와 附則 42조로 구성되어 있는데, 그 편성을 살펴보면 「總則」, 「事業의 準備」, 「事業의 認

28) 遠藤博也, 前掲書, 233面.

定 등」, 「收用·使用의 節次」, 「收用委員會」, 「損失의 補償」, 「收用·使用의 效果」, 「收用·使用에 관한 特別節次」, 「手數料 및 費用의 負擔」, 「不服申請 및 訴訟」, 「雜則」, 「罰則」, 「附則」 등으로 우리의 土地收用法과 비교하는 경우 그 규모에 있어 매우 방대하다. 그러나, 실제에 있어서는 損失補償과 費用負擔을 별개의 장으로 나누었다든가, 總則의 일부내용을 雜則의 장에서 규정하였다든가 하는 편성상의 차이를 가질 뿐이며, 거의 대부분의 내용은 大同小異하므로 별도의 설명을 요하지 않는다.

土地收用法에 나타난 일본의 土地收用制度는 앞서 언급한 바와 같이 우리의 것에 비해 별다른 특징을 가지지 않는다. 다만, 土地收用法의 각 조항의 규정내용은 우리 것에 비해 매우 구체적이며 상세한 것이다. 그 일례로 日本土地收用法 제3조의 「土地를 收用 또는 使用할 수 있는 事業」에 관한 규정은 총 35호에 걸쳐 대상이 되는 사업의 종류와 그 근거법률의 조항을 구체적으로 적시하여 열거한데 비하여 우리 土地收用法 제3조에서는 이에 관해 「公益事業」이라는 題下에 8호에 걸쳐 대상사업을 추상적으로 제시하여 이 규정이 列舉規定인지 例示規定인지를 모호하게 하고 있다. 그러나, 무엇보다도 일본 土地收用法의 가장 큰 특징은 被收用者에 대해 補償金支拂의 原則을 확인하는 것인 동시에 被收用者를 起業者의 補償遲延으로 부터 직접적으로 보호하고 나아가 事業施行의 신속성을 제고한다는 측면에서 매우 肯定的인 것으로 평가될 수 있을 것이다.

## (2) 個別法上의 公用制限

土地收用法 이외의 각 개별법에 의하여 財産權의 이용이 제한되는 경우로서, 利用規制는 그 규제목적에 따라 위험방지를 위한 公用制限과 자연보전·문화재보호를 위한 制限 및 都市計劃制限으로 大別되는데, 이에 관한 법제들을 살펴보면 다음과 같다.

### ① 危險防止를 위한 公用制限

이는 公共施設의 안전, 위험·재해·공해의 방지, 環境保全 등을 목적으로 토지의 형질변경·토석채취, 건축행위, 식물의 벌채·채

취 등과 같은 다양한 土地利用行爲를 규제하는 것을 말한다. 특히 이러한 公用制限은 목적에 따른 제한이므로 실제에 있어서는 都市計劃制限이나 문화재·자연보전을 위한 제한 등과 상호중복되는 경우가 많다. 따라서 이에 관한 규정들 역시 이를 目的으로 하는 特화된 法令이 아닌 여러 個別法에 산재하고 있는 데, 環境保全法 제17조·航空法 제49조·高速道路法 제14조·森林法 제25조·建築基準法 제3장 등의 규정이 그것이다.

### ② 自然保全·文化財保護를 위한 制限

이는 自然과 文化財를 보전·보호하기 위해 행하는 土地利用規制로서 이에 관한 법률로는 自然環境保全法·自然公園法·文化財保護法·古都에서의歷史的風土의保存에 관한特別措置法, 鄉村에서의歷史的風土의保存및生活環境의整備등에 관한特別措置法 등이 있다. 이와 같은 제한은 원칙적으로 위의 위험방지를 위한 제한의 경우와 같으나, 그 목적의 積極성과 지역특성에 대한 고려로 인해 그 補償與否의 결정 및 정도 등에 差異를 가질 수 있다.

### ③ 都市計劃制限

도시계획제한은 주로 都市計劃法의 규정에 의해 이루어지는데, 일반적으로 넓은 의미의 都市計劃制限에는 시가화구역과 시가화조정구역의 구분(同法 제7조) 및 市街化調整區域에서의 원칙적인 개발행위·건축행위의 금지(同法 제29조 이하, 제43조)와 도시계획결정후의 사업계획지(同法 제53조)·사업예정지(同法 제55조) 등에 대한 협의의 도시계획제한(同法 제52조의2, 제57조의2), 도시계획사업인가후의 도시계획사업제한(同法 제65조), 도시계획시설 도시계획사업자체에 대한 制限, 용도지역 등의 地域地區制(同法 제8조) 등이 포함된다.

또한 도시계획제한의 각 제한형식은 각각 그 目的과 制限의 내용을 달리함으로 都市計劃法의 규정 외에도 여러 個別法에 의하는 경우가 있는데, 道路法 제91조·河川法 제57조에 의한 예정지에서의 토지이용제한과 土地區劃整理法에 의한 구획정리사업, 都市再開發

법에 의한 제1종시가지재개발사업 등이 그 예이다.

(3) 그밖의 公用侵害

公用收用(使用)과 공용제한에 속하지 않으면서도 公共目的實現을 위한 특별희생으로서의 성격을 가지는 侵害行爲로는 공공시설 내외에서의 자원개발·이용과 기득지위 및 신뢰이익의 박탈·침해, 應急負擔 등과 豫防接種事故를 들 수 있다.

① 公共施設 內外에서의 資源開發·利用

이는 土地利用規制(公用制限)과 매우 유사한 외관을 가진다. 그러나, 엄격히 볼 때 이는 公共施設 內外에서 토지·자원 등을 이용하거나 토지·수·수산·삼림·광업 등의 天然資源을 개발·이용하는 행위로서 일반적인 이용규제와는 차이를 가진다. 이에 관한 규정들은 여러 個別法에 산재해 있는데, 道路法(제70조), 都市公園法(제12조), 河川法(제76조), 海岸法(제19조), 電氣通信法(제62조), 道路運送法(제69조), 漁業法(제75조), 森林法(제58조), 鑛業法(제97조) 등에서 이에 관한 규정을 찾아볼 수 있다.

② 既得地位의 剝脫, 信賴利益의 侵害

허가 등과 같은 기득의 법적지위를 공익상의 필요에 의해 박탈하거나 그의 갱신을 거부·철회하는 경우나, 計劃·政策의 變更 등이 신뢰의 이익을 침해한 경우 등이 이에 해당된다. 전자의 경우와 같은 예는 國有財產法 제24조, 제19조 등에서 발견할 수 있다. 그러나, 후자의 경우는 법령에 의해 규정되는 침해가 아니며 信賴利益의 侵害는 곧바로 信義則違反을 이유로 위법한 행위를 이루게 되는 경우이다. 따라서, 이에 대한 救濟 역시도 손실보상이 아닌 損害賠償의 問題로 처리된다.

③ 應急負擔과 그밖의 負擔

이에 해당하는 것으로서 ㉠ 수해·지진 등의 재해로 인한 緊急한 狀況에서 현장의 土地工作物 등을 사용·처분하거나 현장에 있는 사람을 응급조치업무에 종사시키는 것, 필요한 物資를 수송하거나 필요한 물자의 保管을 명하는 것(災害對策基本法·災害復舊法·水防

法·大規模地震法 등의 규정), ㉠ 消防法 제29조에 의한 消防對象物의 사용·처분 및 파괴 등, ㉡ 公益事業이나 災害救助 또는 다른 공익상의 필요에 의해 役務의 제공, 서비스공급 등의 부담을 과하는 경우(道路運送法, 海運法, 電氣通信事業法, 電氣法 등의 규정), ㉢ 文化財의 수리나 멸실·훼손·도난방지 등의 조치를 國家가 다투는 경우에 이를 위해 文化財를 출품·공개함으로 인해 입은 損失(文化財管理法 제41조, 제52조)과 같은 부담들을 들 수 있다.

#### ④ 豫防接種事故

예방접종사고를 特別犧牲으로 볼 것인가에 있어서는 學說과 判例가 대립되는 양상을 보여왔다. 그러나, 이를 肯定하고 있는 입장(東京地方法院 1984. 1. 18 판결, 大版地方法院 1987. 9. 30 판결)에서는 공공의 이익을 위한 特別犧牲에 있어 그 대상이 財產權인가 생명·신체인가를 구별할 필요가 없으며 오히려 後者가 더욱 존중되어야 한다고 주장하고 있다. 그리고, 豫防接種事故의 경우는 그에 대한 豫見可能性과 발생의 총계적 확률 등을 고려할 때에도 다른 公用侵害와 비교할 때 그 유사성이 긍정되는 것으로 보고 있다.

## 2. 損失補償

### (1) 損失補償의 根據

日本憲法 제29조 제3항은 「私有財産은 正當한 補償에 이를 공공을 위해 이용할 수 있다」고 규정하고 있는데, 이 규정이 公用侵害에 대한 補償의 憲法的 根據로 된다. 여기에서의 보상은 「行政上 適法한 行爲에 기초한 損失補償」을 의미하는 것으로서 「違法한 公權力의 행사에 의해 가해진 財產上의 特別犧牲」을 전제로 이에 대한 전체의 公平負擔原則에 입각한 調節的 補償으로 이해된다. 즉, 이러한 보상은 프랑스 인권선언 이후 근대적 憲法들이 규정하고 있는 私有財産 制度의 保障과 公用侵害라는 양자를 조정하는 성격의 보상이다. 다만, 오늘날에 와서는 점점 補償의 對象範圍가 확대되는 경향을 나타내어 재산권에만 국한된 것으로 볼 수 없게 되고 있다.

또한, 日本憲法 제14조의 「平等原則」이 보상의 헌법적 근거로 되고 있다. 바로 이 평등의 원칙으로부터 公平負擔의 原則이 도출되는 것이다. 즉, 公用侵害로 인한 특별희생은 전체가 그 결과를 公平하게 負擔한다는 전제 위에서만 인정될 수 있는 것이며 보상은 特別犧牲이라는 불평등관계를 전체의 부담으로 解消하는 기능을 한다. 요컨대 「負擔의 公平性」을 통한 「平等慣例」의 실현이라는 사상이 公用侵害制度를 가능하게 하는 뿌리가 된다고 할 수 있다.

損失補償의 또다른 근거로 들 수 있는 것이 近年에 강하게 주장되고 있는 「生活權의 保障」이다. 이는 통상손실이나 이전비용 혹은 영업상손실에 대한 보상과 같은 「財産權의 補償」과는 달리 生活再建 등과 같은 보다 진전된 목적을 위한 보상으로서의 「財産的 損失의 補償」을 위한 근거로 제시된다. 즉, 수용 등의 경우에 있어 그 전후에 있어 財産權의 대체재산을 통한 보상만으로는 생활의 재건이 불가능한 경우가 있는데, 이 때 그 손실이 재산적 평가가 가능한 것이라면 이를 보상하여 生活權을 보장해 주어야만 하는 것이다.

이와 같이 보상의 근거들(實質的 根據) 중에서도 형식적으로 실정법상 근거로 되고 있는 것이 憲法 제29조 3항인데, 특히 보상에 있어 이 규정이 타개별법규의 補償規定을 필요로 하지 않는 直接請求權規定인가의 여부가 문제로 된다. 이에 관해 앞의 豫防接種事故의 경우에 법원은 憲法 제29조 3항에 의해 直接補償을 請求할 수 있는 것으로 판시하고 있으나, 각 개별법규가 損失補償請求權의 행사와 확정에 관한 절차를 규정하고 있는 경우에는 그 절차에 따라 청구할 수 있으며, 직접 憲法 제29조 3항을 근거로 損失補償을 請求하는 것은 허용되지 않는다고 보는 입장이 유력하다(最高裁判所 1987. 9. 22 判決 참조).

## (2) 正當한 補償

日本憲法 제29조 3항의 「正當한 補償」의 의미에 관해서는 우리의 경우와 마찬가지로 完全補償說과 相當補償說이 대립하고 있다. 전자는 損失對象의 客觀的 市場價格의 補償을 의미하며, 후자는 합

理的인 이유가 있는 경우에 市場價格 이하의 社會通念上 相當하다고 인정되는 補償으로도 족하다는 것을 의미한다는 점은 이미 주지한 바와 같다. 이러한 학설의 경향은 오늘날 사회국가에서의 재산권의 사회적 구속을 이유로 하는 相當補償說과 完全補償說, 그리고 이를 절충하여 使用財産에 대해서는 完全補償을, 收益財産에 대해서는 相當補償을 의미하는 것으로 보는 입장이 부각되고 있다. 그러나, 판례의 경우에는 일관성을 유지하지 못하고 完全補償說의 입장을 나타내는 경우(最高裁判所 1973. 10. 18 판결 등)와 相當補償說의 입장을 나타내는 경우(最高裁判所 1953. 12. 23 판결 등)가 대립하여 나타나고 있다.

그러나, 정당한 보상을 完全補償으로 볼 것인가, 相當補償으로 볼 것인가의 문제로 양립시키는 것은 실제에 있어 매우 不合理하며 非生産的인 것이다. 즉, 소위 「生活補償」이 필요한 경우 등과 같이 완전보상으로도 그 정당한 보상이 되지 못하는 경우가 있으며, 相當補償을 고집할 경우 합리성을 빙자한 손실의 방치 등과 농작물 등의 買收對價의 不合理性 등을 낳을 염려가 있다. 따라서, 正當한 補償의 정도를 보상의 대상, 항목, 평가의 방법 및 시기, 기준 등과 같은 具體的 事項들을 고려하지 않은 채, 일반·추상적으로 完全補償인가 相當補償인가 논하는 것은 이미 그 의의를 상실하고 있는 것이다.

### (3) 補償의 基本原則

公用侵害에 대한 보상은 일반적으로 다음과 같은 기본원칙에 의하여야 한다.

#### ① 事前補償의 原則

프랑스 人權宣言 제17조에 나타난 바와 같은 사전보상의 원칙이 日本憲法 제29조 3항에 명시되어 있지는 않다. 그러나, 土地收用法은 土地收用に 있어 補償을 收用裁決의 주요내용으로 하고 있을 뿐만 아니라(同法 제48조 1항 1호·제49조 1항 1호), 補償의 支拂이 收用裁決의 效力發生要件으로 되는 등(同法 제100조) 事前補償



의 原則이 實定法上으로 擔保되고 있다. 그러나, 오늘날 公用侵害의 대상이나 침해행위의 다양화·확대화로 인해 예외적으로 事後補償이 인정되는 경우가 있다(同法 제10조, 제124조 2항 및 公共用地取得에 관한 特別措置法 제37조 등).

② 起業者補償의 原則

土地收用法은 收用に 의해 土地所有權을 取得하여 公用事業을 행하는 起業者가 補償하도록 규정하고 있다(同法 제68조). 그리고, 자연자원의 개발·이용 등의 경우와 같은 여러 個別法(河川法, 鑛業法, 公有水面法, 農地法, 森林法 등)에서도 수익자의 입장에서는 권리취득자가 補償義務者가 되는 것으로 하고 있다.

③ 個別拂의 原則

土地收用法 제69조는 손실보상을 관계권리자에 대해 각 개인별로 지불하도록 규정하고 있다. 따라서 토지의 所有者와 借地權者가 모두 있는 경우에 토지에 관한 보상금 전액을 土地所有權者에게 지불하고, 그 중에 차지권자에 대한 보상을 포함시키도록 하는 代位主義는 인정되지 않으며 補償義務者는 權利者 각인에 대해 個別的으로 補償하여야 한다(個別主義). 그러나, 권리자가 수인이고 각 개인별로 손실의 부담이 곤란한 경우에는 예외적으로 총괄하여 보상을 지불할 수도 있다(同條 단서).

④ 金錢補償의 原則

損失補償은 金錢으로 支拂하는 것이 原則이다(土地收用法 제70조). 이는 화폐경제사회에서 금전보상에 의해 被收用地와 동등한 代替地 등을 取得할 수 있다는 사고를 바탕으로 하는 것이다. 그러나, 공항 등의 건설을 위한 대규모수용의 경우에는 金錢補償에 의해 그 근방에 동등한 代替地를 취득하여 생업을 계속하고 생활을 재건한다는 것이 곤란할 때가 있다. 따라서, 이와 같은 경우에는 당해 토지의 특별한 資產價値로 인해 금전보상 보다는 代替地補償의 요구가 강하게 일게 된다. 법도 이러한 점을 배려하여 代替地, 耕作地, 宅地造成 등의 경우에 現物補償을 인정하고 있는 경우가 있다(土地收

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

用法 제82조~제86조, 公共用地的取得에 관한特別措置法 제23조·제38조·제46조 등).

## 第 4 章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制 의 問題點

### 第 1 節 公用收用法制의 問題點<sup>1)</sup>

최근 社會間接施設의 設置와 관련하여 土地收用制度에 대하여 활발한 논의가 되고 있다. 논의의 초점은 用地補償에 두어져 있으며, 어떻게 하면 보다 원활히 社會間接施設을 擴充할 수 있을 것인가에 관심이 모아지고 있다. 그러나 사회간접시설의 수요는 증대되어만 가는데 用地의 取得은 점차 어려워져 사실상 계획대로 公共事業을 할 수 없다는 것이 문제로 되고 있다. 특히 오늘날 급격한 地價上昇에 따라 用地補償費가 증대되고, 이로 인해 공공사업을 제대로 할 수 없다는 점이 가장 심각한 문제로 부각되고 있다.<sup>2)</sup> 따라서 문제의 해결을 위해서는 바람직한 방향으로 制度를 改善해 나가야 할 것은 물론, 보다 效果的인 制度의 運營을 위한 정책상의 노력이 요구되고 있다. 제도상의 문제를 종합해 볼 때 우리제도가 지나치게 收用補償에 철저한 반면에 開發利益의 還收에는 소홀하였다는 점을 지적할 수 있다. 종래 보상의 기준에 대한 원칙은 裁決時를 기준으로 하고,

1) 이 부분의 내용은 國土開發研究院 柳海雄 首席研究員의 원고를 본 研究報告書의 취지에 부합하게 편집·정리하였음.

2) 우리가 직면하고 있는 補償制度上的 문제점에 대하여는 用地取得上的 문제로 用地補償費의 급격한 상승, 協議에 의한 用地取得의 감소, 用地補償制度上的 문제로 補償額 算定基準의 불합리, 補償額의 衡平性결여, 金錢補償原則으로 인한 財政負擔의 가중, 土地備蓄制度의 불비, 制度運營上的 문제로 補償金의 투기자금화, 再評價時 補償金의 과도한 상승, 公的 土地備蓄의 소홀, 集團民願에 의한 補償行政의 무원칙등을 지적할 수 있다. 자세한 내용은 國土開發研究院, 「公共事業用地補償制度의 改善方案(社會間接資本擴充을 위한 政策討論會)」, 1991. 9. 17. 참조.

補償額의 算定時 公示地價基準日로부터 裁決時까지의 地價上昇分을 인정함으로써 開發利益이 포함된 價額으로 補償을 행하는 제도를 채택하고 있었다. 이는 수용보상에서 私權을 두텁게 保護하고자 하는 취지가 담겨져 있기는 하지만 합리적이라고 볼 수는 없었다. 1991년 12월 31일 土地收用法의 改正을 통해 보상액의 산정방법은 事業 認定告示日前의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가를 적용하도록 함으로써 이러한 문제는 다소 해결을 보았다.

결국 關係財産權者에게 발생한 損失에 대하여 어떠한 補償基準에 의해 얼마만한 범위의 보상을 할 것인가는 被收用者의 財産權保障과 公的負擔의 平等에 관련하는 문제이다. 이와 같은 보상제도상의 문제와 우리의 현실을 감안할 때, 어떻게 하면 공공사업에서 用地의 取得을 원활히 하고, 토지소유자에 대한 私權保護에도 충실할 수 있을 것인가에 보다 관심을 기울일 필요가 있다. 이하에서는 이러한 양자가 조화되는 측면에서 現行 公用收用法制의 問題點에 대하여 살펴보기로 한다.

## I. 公共事業計劃의 公共性問題

수용제도와 관련하여 가장 먼저 문제로 될 수 있는 것은 당해 公共事業의 公共性이 인정될 수 있느냐이다. 「土地收用法」은 당해 사업이 「公益事業을 위하여 필요한 경우에 그 土地를 당해 事業에 利用하게 함이 적당한 때」(同法 제2조 1항)에 토지를 收用할 수 있도록 規定하고 있는데, 여기서 문제로 되는 것이 「公益事業」에 해당하는가 여부에 대한 판단이다.

公共의 利益이 되는 공익사업에 해당되지 않는 경우는 대체로 다음과 같이 예상할 수 있다. 첫째, 計劃된 事業의 公共性 그 자체를 근본적으로 부정하는 경우, 예를 들어 도로사업 그 자체가 交通公害에 의해 상당범위의 주민생활을 근본적으로 파괴하는 것이기 때문에 오히려 反公共的인 경우가 있다. 그리고 어떤 사업이 특정한 범위의 주민에게는 공공적이라 할 수 있지만, 그 반대로 다른 사람에게는

公共的이지 않은 사업도 상정할 수 있을 것이다. 둘째, 計劃된 事業의 公共性은 承認되지만 行政計劃으로서는 優先順位가 약하기 때문에 공공성이 부정되는 경우, 예를 들어 이미 오래전에 계획된 사업을 방치하여 수년에 걸쳐 私權制限을 강요한 것으로 되어 새로운 사업에 착수하는 것은 '당해 사업에 이용하게 함이 적당하지 못한 경우'에 해당하여 공공성이 부정되게 된다. 세째, 계획사업자체의 公共性和 優先順位는 承認되지만 자신의 所有地 등이 事業計劃의 範圍內에 포함되는 것에 대하여는 공공성이 부정되는 경우이다. 도로사업의 경우 計劃決定過程에 이미 지역의 유력자 등이 개입하여 계획선이 바뀌거나, 新市街地開發事業에서 자신의 토지를 事業地에 포함시킨 것이 당해 사업에 이용하게 함이 적당하지 못하기 때문에 公共性이 부정되는 경우가 이에 해당한다.

## II. 事業認定制度的 問題

事業認定制度란 起業者가 「그 토지를 당해 사업에 이용하게 함이 적당」하기 때문에 강제적 수단에 의해서 토지 등을 취득하지 않을 수 없다고 하는 事業認定의 신청사유, 즉 공공성에 관한 사항을 기재한 申請書를 建設부장관에게 제출하고(同法 施行令 제9조 1항 4호), 개개 구체적인 경우에 있어서 특정한 사업이 법이 인정하고 있는 토지 등을 收用·使用할 수 있는 사업임을 결정하는 國家作用을 말한다. 따라서 公用수용에서 事業認定은 가장 중요한 최초의 절차인 것이다. 그러나 현행 우리나라의 사업인정제도는 매우 일반적인 규정만을 정하고 있어서 事業認定廳의 裁量이 넓게 인정되고 있다는 문제점을 지적할 수 있다. 제도의 내용에 대하여 구체적 규정을 두고 있지 않은 것은 그 만큼 현대의 收用制度가 지녀야 할 능률성과 정의성에서 보아 합리적이라고 할 수 없다. 예를 들어 事業認定의 要件에 대하여 아무런 規定을 두고 있지 않은 것은 오히려 사업인정 그 자체를 어렵게 할 수도 있다. 그리고 事業認定의 主體, 事業認定의 意思決定節次, 事業認定申請의 時期 등에 있어서도 그 문제점을

지적할 수 있다. 이하에서 그 문제점을 구체적으로 살펴보도록 한다.

### 1. 事業認定機關

土地收用法이 상정하는 公共事業의 施行者인 起業者는 대부분이 國家나 地方自治團體이다. 법제상 사업인정의 신청은 다른 국가기관도 행할 수 있다고는 하나 실제로는 대부분이 건설부장관에 의하여 행해지고 있다. 따라서 행위별 주체는 대개의 경우 起業者가 건설부장관이기 때문에 事業認定申請者도 건설부장관이며, 事業認定에 대하여 異議申請을 하는 것도 건설부장관이고 나아가 收用委員會의 裁決에 대하여 審査를 請求하는 것도, 裁決하는 것도 건설부장관이다.

그러므로 사업의 인정권자인 건설부장관이 스스로 기업자이고 事業認定申請者이기 때문에 사업의 인정에 관하여 스스로 불리한 처분을 하는 일은 기대하기 어렵다. 결국 자기의 사업인정신청을 자기가 수리하고, 確認處分을 행하며 때로는 자기가 인정한 것에 대하여 스스로 이의를 신청하여 자기가 심사·결정하게 된다. 行政法은 起業者로서의 건설부장관과 事業認定權者로서의 건설부장관 그리고 審査請求에 대한 裁決者로서의 건설부장관을 각각 별개의 인격으로서 관념하는 것이 일반적이다. 건설부장관이라는 한 사람의 인격이 計劃者로서의 장관, 起業者로서의 장관, 事業申請者로서의 장관, 事業認定權者로서의 장관, 事業認定에 대한 異議申請者로서의 장관, 異議申請에 대한 決定者로서의 장관이 관념적으로 구별되고 있다. 따라서 건설부장관이 사업인정을 행하고, 이에 의하여 公共性이 確保되었기 때문에 개인의 財産을 強制的으로 取得하는 근거가 확립되었다고 하는 것이 설령 법적으로 인정된다고 하더라도 보통 일반의 시민 상식과 일치하지 않음은 명백하다. 公共事業의 施行에 반대하는 土地所有者나 利害關係人은 이러한 관념적 구별의 이해가 어려운 것임에 틀림이 없다.

## 2. 事業認定申請의 時期

事業認定이 행해지게 되면 그 시점에서부터 소유자의 권리 등의 운명이 법적으로 결정되게 된다. 토지수용법은 단순히 「起業者가 土地를 收用 또는 使用하고자 할 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 建設部長官의 事業認定을 받아야 한다」(제14조)고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하면 土地收用の 節次에서 起業者가 사업인정을 언제 신청하여야 하는가가 분명하지 않다. 즉, 이 규정은 기업자가 언제 수용을 의욕하고, 그것을 결정하는가에 대하여 아무런 표현을 하고 있지 않기 때문에 전적으로 起業者의 決定에 依存할 수 밖에 없다. 물론 土地收用の 目的과 節次를 생각할 때 사업인정은 事業計劃의 對象土地에 대한 決定 후 바로 신청하여야 한다는 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그래서 土地收用の 節次는 事業計劃의 對象地 決定→事業認定의 申請→事業認定의 取得→任意交渉→裁決의 申請→裁決→收用の 과정을 거치도록 되어 있다.

그러나 실제로는 기업자가 사업계획의 對象地를 決定한 후 먼저 任意交渉에 전력을 다하여 이러한 방법에 의하여 대부분의 用地를 取得하고 취득할 수 없는 특정한 토지에 대해서만 사업인정을 신청할 수도 있을 것이다. 이와 같은 경우에는 事業認定의 對象으로 되는 토지가 좁게 特定될 뿐만 아니라 事業着手後에 申請되는 것도 있을 수 있으므로 事業認定 그 자체의 處分이 현실적으로 拘束力을 가지게 된다. 이는 주로 사업을 원활히 수행하기 위한 기업자측의 전략에 기인하는 것이다. 따라서 計劃決定이 내려지고 이를 보다 신속히 실현하기 위해 起業者에 의해 행해질 것으로 생각되는 非正常的인 節次가 존재할 수 있다면 과연 이를 許容하여야 할 것인가라는 의문이 제기된다.

## 3. 事業認定의 要件

起業者는 토지를 수용하려고 할 때 事業認定을 받지 않으면 안된

다. 사업인정은 사업의 公益性 및 土地를 收用하여야 할 필요성이 있는 사업인가를 판단하는 처분이다. 그러나 土地收用法은 事業認定의 要件에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 채, 단지 토지의 收用과 使用에 대한 일반원칙으로 「公益事業을 위하여 特定한 土地가 필요한 경우에 그 土地를 당해 事業에 利用하게 함이 적당한 때에 收用 또는 使用할 수 있다」(土地收用法 제2조 1항)라고만 규정하고 있다. 이와 같이 사업인정에 대한 구체적인 요건을 두지 않고 있는 법제하에서는 事業認定申請書와 添附書類의 形式的 要件을 구비하고 있기만 하면 되고, 事業認定을 할 것인가의 여부에 대한 판단은 완전히 事業認定權者의 裁量에 맡겨지게 된다. 事業認定의 告示에 의해 收用の 裁決을 申請할 수 있는 權利가 발생하고, 토지의 가격이 事業認定告示時點 이전의 公示地價를 기준으로 하게 되며, 土地의 保全義務가 발생하게 되는 등의 효과를 생각할 때 事業認定의 要件을 분명히 하는 것이 타당하다고 본다.

#### 4. 任意交渉

사업인정과 직접 관련을 갖는 것은 아니지만 起業者가 事業認定前이나 事業認定後에 행하는 任意交渉의 문제를 생각할 수 있다. 起業者의 任意交渉에 의한 토지 등의 취득은 일반적으로 民法上の 契約에 의한 取得에 해당한다. 그러나 실질적으로 과연 民法上の 契約에 의해 행해지고 있는지가 의문이다. 收用이라는 強制的 取得의 수단을 배경으로 하여 事業用의 土地를 取得한다고 하면 이는 분명히 대등한 당사자를 전제로 하는 민법상의 계약이라고 할 수 없을 것이다. 물론 오늘날의 많은 任意交渉이 起業者와 所有者 등의 집단 사이에 행해지는 소위 團體交渉이라 하더라도 여러가지 문제가 지적될 수 있다. 그것은 任意交渉에 응하여 土地를 讓渡한 자의 대부분이 強制로 買收되었다는 느낌을 갖기 때문이다. 그리고 소유자의 입장에서 보면 대등한 私人間에 행하는 조건보다 훨씬 불리한 조건에서 부득이 公共機關인 起業者에게 賣却하지 않을 수 없었다는 사실이



존재하기 때문이다.

### III. 損失補償基準의 問題

#### 1. 補償의 價格時點

현행법상 토지에 관한 補償額의 算定은 裁決時主義를 원칙으로 하고 있다(土地收用法 제46조 1항). 그러나 補償額의 算定은 실제 事業認定告示前의 시점을 공시기준으로 하는 公示地價를 기준으로 하여 時點修正과 事情補正에 의하도록 규정하고 있다(同法 동조 제2항, 제3항). 이에 반하여 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」은 補償에 있어서 계약체결당시의 가격을 기준으로 하고 土地收用法과 마찬가지로 公示地價를 기준으로 補償額을 算定하도록 하고 있다(公共用地的取得및損失補償에 관한特例法 제4조 1항·2항·3항). 이러한 補償基準은 법이론적으로나 실제상에서 보아 여러가지 문제점을 내포하고 있다.

특히 土地收用의 경우 補償의 基準時點을 언제로 보아야 하는가가 문제이다. 보상의 기준시점에 대한 改正의 趣旨나 法文의 內容에서 보아 현행의 규정은 裁決時點을 原則으로 하는 가격시점을 채택하고 있다고 보기 어렵다. 오히려 종래의 裁決時點原則에서 事業認定告示時點으로 전환되었다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 改正法의 規定은 단순히 종래의 裁決時點原則을 形式的으로만 存置시키고 있는 것에 불과한 것이 된다. 따라서 事業認定告示前의 공시지가를 기준으로 하는 價格時點에서 부터 裁決時點까지의 時點修正과 事情補正에 의해 보상액이 산정되는 방식으로 원칙이 재구성되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그리고 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」상 보상액의 산정은 현행법에서와 같이 協議取得의 법적 성질을 감안하여 契約締結 당시의 가격을 기준으로 하되, 事業認定告示 이후에 행해지는 協議에 대해서는 土地收用法과 같은 수준의 보상이 행해질 수 있도록 事業認定告示時點의 가격으로 한정하는 예외를 인정하는

것이 타당할 것이다.

## 2. 補償의 基準과 正當한 補償

土地收用과 補償에 관한 제도는 사유재산과 포리일체의 관계에 있는 것으로, 公共의 利益으로 되는 事業의 遂行과 私有財産의 保護라는 두가지 목적을 조정하는 것을 목적으로 하고 있다. 설령, 공익사업이라 하더라도 私有財産制를 헌법이 보장하고 있는 이상 無補償으로 또는 適法한 節次에 의하지 않고 특정인의 財産을 收用할 수는 없다. 공공사업을 위해 재산이 수용됨으로 인하여 권리자가 받는 특별한 희생에 대하여는 公的 負擔의 平等理念에 비추어 보더라도 전체의 부담으로 정당한 보상이 행해지지 않으면 아니되는 것이다. 이 경우 侵害된 財産價値에 대하여 어느 정도 補償할 것인가에 대한 손실보상의 범위는 손실보상의 기준에 의해 결정된다. 損失補償의 범위는 각국의 立法態度와 憲法을 뒷받침하는 社會倫理的 價値觀의 차이에 따라 동일하지는 않다.

일반적으로 보상의 기준은 憲法上 正當한 보상으로 표현되고 있으며, 이것이 무엇을 의미하는가에 대한 학설은 完全補償說,<sup>3)</sup> 相當補償說, 그리고 양자를 경우에 따라 선택할 수 밖에 없다는 折衷說로 나누어져 있다. 土地財産權의 侵害가 특별한 희생에 해당되어 보상의 대상이 된다고 하더라도, 우리 憲法이 의미하고 있는 正當한 補償에 대해 반드시 完全補償 혹은 相當補償이어야 한다는 양자택일적인 해석은 아무런 유용성이 없다. 왜냐하면, 財産權의 完全剝奪에 이르는 公用收用의 경우에는 完全補償이 제공되어야 하지만, 財産權을

3) 大法院은 제3공화국 헌법상의 보상에 관하여 「憲法 第20條 3項의 '正當한 補償'이라 함은 損失補償額의 決定에 있어서 客觀的인 價値를 완전히 補償하여야 한다는 취지일 뿐 아니라, 한걸음 나아가서 그 補償의 時期, 方法 등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니된다는 것을 의미한다고 풀이하여야 할 것이다」라고 판시(대법 1969. 1. 21 선고 68 다 2192 판결)하여, 憲法上 保障하고 있는 正當한 補償이 完全補償을 의미하는 것임을 분명히 하였다.

制限하는데 그치는 경우에는 相當補償이 제공될 수 있다고 해석될 수 있기 때문이다. 따라서 土地收用에 따른 보상은 完全補償을 原則으로 하여야 한다고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

개정전의 「土地收用法」과 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」은 起業者가 土地所有者나 關係人에게 正當한 보상을 하기 위해 「인근토지의 거래가격을 고려한 적정가격」을 기준으로 하고 있었다. 學說도 市場價格主義를 기본원칙으로 하여 보상액을 결정하여야 한다고 보는 것이 일반적이었다.<sup>5)</sup> 그러나 改正 土地收用法은 이와 같은 市場價格原則을 직접 채택하지 않고 단지 公示地價를 기준으로 사정보정을 행하도록 하고 있다. 그렇지만 공시지가가 결코 市場價格<sup>6)</sup>을 완전히 반영하고 있지 못한 실정에 비추어 볼 때 시장가격원칙이 채택되고 있다고는 보기 어렵다. 그리고 가격시점을 裁決時로

- 
- 4) 그러나 田中二郎박사는 「무엇이 正當한 補償인가는 구체적인 權利의 侵害를 인정하는 法律의 目的 및 侵害行爲의 態樣을 생각하고 侵害行爲의 性質 및 程度에 비추어 補償이 주어지는 당시의 社會通念에 비추어 보아, 그리고 社會의 正義의 관점에서 보아 객관적으로 公正타당한가의 여부를 판단하여 결정할 수 밖에 없다 할 것이다」하며, 예를 들어 전염병독에 오염된 건물에 대한 處分の 경우 행하는 補償과 같이 어느 정도까지 그것을 受忍하는 것이 사회적으로 상당하다고 인정되는 합리적 사유가 있는 경우, 또는 農地改革을 위한 農地買收와 같이 社會制度의 改革을 행할 경우에는 相當補償으로 충분하다고 한다(田中二郎, 「新版行政法(上)」, 東京:成文堂, 1983, 217面).
- 5) 朴鈞炘교수는 土地收用制度가 公共機關이 公公事業을 위하여 市場價格으로 去來(補償)하려고 하는 경우에 상대방이 매도거부를 할 수 없게 하며, 取得價格을 당해 公公事業이 없는 상태에서의 통상의 거래에서 성립할 수 있는 市場價格 이상으로 상승하는 것을 막는 것이기 때문에 市場價格이 補償額의 算定基準이 되는 것은 당연하다고 한다(朴鈞炘, 「最新行政法講義(上)」, 서울:國民書館, 1991, 716面); 足立忠夫, 「行政と平均的市民 -土地收用と市民-」(東京:日本評論社, 1975), 92面 참조.
- 6) 土地의 市場價格(fair market value)이란 客觀的 社會的인 評價에 의해 결정되는 가격으로 보통 시장에서 買收者가 支拂을 요한다고 인정되는 價格(gemeine Verkaufswert)이며, 權利者 자신의 主觀的이거나 感情的 價格(Affektionswerte)이 고려되지 않은 것이라 할 것이다. 市場價格은 '土地所有者가 시장에 賣渡를 위해 내 놓을 때 얻어지는 價格'으로, 토지가 다른 상품과 다르기 때문에 英美法에서도 '買收者의 손이 닿을 때까지의 相當한(reasonable and ample)

하여 사정보정을 하는 것이 정당한 보상에 합치한다고 단적으로 말하기도 어렵다. 이러한 점을 고려할 때 현행의 보상기준이 정당한 보상에 해당하는가에 대한 법적·기술적 검토가 요청되고 있다.

完全補償이 되기 위해서는 ①發生한 損失을 모두 補償하여야 하고, ②각 損失에 대한 補償額이 그 손실의 모두를 충족할 수 있어야 한다.<sup>7)</sup> 즉, 完全補償이란 통상의 경우 「收用前後를 통하여 被收用者의 財産價値를 같게 하려고 하는 補償을 하여야 하는 것이고, 金錢으로 補償할 경우에는 被收用者가 인근에서 피수용지와 동등한 代替地 등을 取得하는데 충분한 補償」을 의미한다.<sup>8)</sup> 그러나 지가의 상승이 계속되고 있는 사정에서 이러한 기준에 의한 보상이 토지소유자를 충족시킬 수 없게 된다. 그렇다고 해서 地價變動을 예상하여 補償額을 결정하는 補償基準을 채택할 수도 없는 것이다. 따라서 收用을 당하는 토지와 收用을 당하지 않는 토지간에 衡平이 취해질 수 있도록 하는 제도적 장치를 통해 이러한 문제를 해결해 나가는 것이 올바른 방법이라 할 것이다.

土地收用法上 보상은 完全補償이어야 하나 보상이 私益的 裁決事項으로서 起業者, 土地所有者 그리고 關係人이 신청한 범위내에서 收用裁決한다는 當事者主義의 입장을 취하고 있기 때문에 그 신청의 범위내이면 실령 그것이 객관적인 정당한 보상에 이르지 않게 되더라도 정당한 보상으로 취급되게 된다. 「土地收用法」상 보상의 경우와는 달리 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」에 의한 協議買

---

期間後에 얻어질 수 있는 價格'과 같은 다양한 조건이 붙여지게 된다(Lewis Orgel, 「Valuation under the Law of Eminent Domain」, 2nd edition, 1953, p. 90). 그렇지만 市場價格 내지는 隣近類似土地의 去來價格을 구체적으로 확정하는 것은 용이하지 않다.

7) 小高 剛, 「用地買收補償」(東京:有斐閣, 1987), 23~24面.

8) 日本의 最高裁判所가 취하고 있는 입장(最高裁 1973. 10. 18 判決民集 27卷 9號, 1210面)으로 完全補償의 정도를 비교적 구체화하고 있다고 할 수 있다. 그러나 公共事業으로 인해 주변의 지가가 상승하여 사실상 收用補償이 이루어진 후에는 補償額으로 代替地를 취득할 수 없는 점에 문제가 있다.

收는 私法上 契約을 목적으로 하는 행위이기 때문에 정당한 보상의 문제는 크게 발생할 여지가 없다. 그러나 協議買收도 공공사업을 위한 公的 土地取得의 한 방법이므로 收用의 경우와 같이 정당한 補償의 가격수준이 고려되어야 할 것이다. 따라서 土地收用이나 協議買收에 있어서 가격수준은 결국 補償額의 算定時點과 事情補正·時點修正 등에 의해 결정되며, 객관적으로 합리적인 방법에 의해 산출된 가격수준에 이르면 정당한 보상에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

### 3. 補償基準과 開發利益의 還收

현행 토지수용법은 보상액의 결정에 있어서 裁決時의 價格을 원칙으로 하되, 地價의 適正性을 유지하기 위하여 公示地價를 기준으로 하고, 公示基準日로부터 裁決時까지 당해 토지의 利用計劃, 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 地價變動率, 都賣物價上昇率, 기타 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상액을 정하도록 하고 있다(土地收用法 제46조 2항). 일반적으로 이에 의하면 開發利益이 排除될 수 있다고 보고 있다. 그리고 補償額의 算定基準時點이 사실상 事業認定告示日前的 公示基準日이므로 개발이익이 배제되는 제도적 장치가 이루어졌다고 할 수 있다. 그러나 이 규정에 의할 때 과연 개발이익이 완전히 배제될 수 있는지는 의문이다.

보상액의 산정에서 開發利益의 排除는 보상기준이 되는 시점, 언제의 공시지가를 사용할 것인가, 그리고 기준이 되는 시점까지 무엇으로 事情補正을 할 것인가에 달려있다. 현행법이 보상액의 산정을 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가에 의한다고 하나, 당해 公共事業에 관한 計劃이 公告됨으로 인해 발생한 增價가 아직 보상의 대상에 포함될 수 있게 되어 있다. 그리고 裁決時까지 사정보정을 할 때 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동율을 적용한다고 하더라도 地價上昇率을 適用하게 되어

공시기준일 이후의 增價가 보상액에 포함되게 된다. 따라서 현행의 補償額 算定基準으로서도 개발이익이 완전히 배제될 수 있다고 말하기는 어렵다.

#### 4. 補償基準의 衡平性

收用補償에서 衡平의 문제는 ①수용을 당하는 被收用者와 주변의 수용을 당하지 않는 자간의 관계, ②協議取得에 응한 자와 收用裁決에 까지 이르는 자간의 관계, ③時價補償을 받는 자와 公示地價를 기준으로 補償을 받는 자간의 관계에서 발생한다. 補償이 公平·정의에 반하는 결과를 없애기 위한 제도임을 생각할 때 수용을 당하는 자와 수용을 당하지 않는 자간의 조정은 불가결하다. 그러나 被收用者는 정당한 보상이라는 고정가격으로 그소유의 토지를 公共事業에 제공하는 반면, 주변의 수용당하지 않는 자는 당해 公共事業으로 인하여 상승하는 地價를 불로소득으로 얻고 있기 때문에 문제가 된다. 물론 이러한 不勞所得을 還收하기 위해 「土地超過利得稅制」가 제도적으로 장치되어 있으나, 이는 遊休地만을 대상으로 정상지가상승을 초과하여 얻은 地價上昇利益의 50%를 매 3년마다 부과하는 제도로 구성되어 있어, 여전히 형평의 문제는 해결되지 않은 채 남을 수밖에 없다. 더우기 公示地價가 市場價格의 약 90% 수준에 불과하다는 것을 고려하면, 被收用者에게는 오히려 相對的 損失을 가져다 주는 결과가 되어 형평의 문제는 더욱 커지게 된다. 따라서 開發利益이 排除된 補償을 하여야 한다는 것과 수용을 당하지 않은 자와의 형평이 도모될 수 있도록 하여야 한다는 상호 충돌하는 요청이 동시에 충족될 수 있는 방향으로의 제도개선이 당면과제로 되고 있다.

현행제도는 보상액의 산정을 協議取得은 契約締結 당시의 가격을, 收用取得은 裁決 당시의 가격을 기준으로 하고 있기 때문에 공공사업에 적극적으로 협조한 자가 오히려 낮은 수준의 보상가를 받게 되는 모순을 안고 있다. 물론 協議取得이 私的 契約에 따른 것이고, 收用裁決에 의한 취득은 公權力에 의한 強制取得이라는 점에서 제도

상의 차이는 불가피하다. 그러나 자의적이든 타의적이든 公共事業을 위한 토지의 취득에 협력한 자에게 비협력자보다 불이익이 되도록 한다면 공평은 물론 정의의 관념에 비추어 보더라도 모순이 아닐 수 없다. 따라서 協議取得의 경우와 收用裁決에 의한 取得이 형평을 유지할 수 있는 제도로의 개선과 함께 公的 土地取得의 政策運營에서도 이 점이 충분히 고려될 수 있어야 할 것이다.

### 5. 計劃의 公告 또는 公法上 制限 등에 의한 價格變動時的 補償基準

補償의 基準에 대한 원칙의 적용에 있어서 公共事業의 計劃 또는 施行의 公告로 인해 地價가 변동한 토지와 公法上 制限을 받는 토지에 대하여 보상액산정을 어떻게 할 것인가가 문제이다. ①計劃의 公告 등에 따라 地價는 변동하는 것이 일반적이므로 이를 補償價額의 算定에서 고려하지 않게 되면 開發利益이 포함된 가격수준으로 보상하거나 또는 開發損失을 보상에서 고려하지 않는 결과를 가져오게 된다. 따라서 수용보상시 그 토지가 사업계획으로 인해 변동되었다고 인정될 때 적정한 時點修正이나 事情補正이 불가피하다. 이와는 달리 ②公法上 制限이 가해지고 있는 토지에 대하여는 제한이 없었던 것으로 평가하여 補償額을 算定하는 것은 오히려 불합리한 결과를 가져오게 된다. 따라서 公共事業의 시행과 직접 관계가 없는 일반적인 공법상의 제한으로 인해 地價가 상승하였거나 하락하였더라도 그 상태대로 평가하여야 하는 것이다. 이에 대하여는 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」이 명문의 규정을 두어 해결하고 있다.

즉 同法은 協議取得에 의한 補償額은 계약체결 당시의 가격을 기준으로 산정하지만, 公共事業의 計劃이나 施行의 公告 또는 告示로 인하여 토지 등의 가격이 변동되었다고 인정될 때는 당해 公共事業의 公告日 또는 告示日前의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지의 가격시점 당시 고시된 공시지가 중 당해 公共事業의 公

告日 또는 告示日에 가장 근접한 시점에 공시된 公示地價로 산정하도록 하고 있다(公共用地的取得및損失補償에 관한特例法 제4조 2항). 당해 公共事業의 施行<sup>9)</sup> 등으로 발생한 開發利益<sup>10)</sup>이나 특별한 투자에 의해서만 비로소 가능한 利用價値는 補償에서 고려될 수 없다. 그리고 公益事業의 施行이나 事業認定告示로 인하여 地價變動(하락)이 있는 경우에도 補償額의 算定에서 이를 고려하여서는 안된다.<sup>11)</sup> 또한 公法上 制限을 받는 토지는 그 공법상 제한이 당해 公共事業의 施行을 직접적으로 하여 가하여진 경우를 제외하고는 제한받는 상태대로 평가하도록 하고 있다(同法 施行規則 제6조 4항).

따라서 공법상 제한 등이 당해 公共事業의 施行을 直接目的으로 하여 가하여진 경우에는 公法上 制限이 없는 상태대로 평가하고,<sup>12)</sup> 당해 공공사업의 시행과 직접 관계가 없는 一般的인 制限의 경우에는 공법상 제한 등을 받아 상승 또는 하락된 상태에서 평가하여야 한

9) 「公法上 制限을 받는 토지를 제한을 받지 않는 상태대로 평가하게 하고 있는 '당해 공공사업의 시행을 직접목적으로 하여 가하여진 경우'란 都市計劃施設로 決定 告示된 토지가 당초의 目的事業에 편입 수용되는 경우는 물론, 당초의 目的事業과 다른 목적의 공공사업에 편입 수용되는 경우도 포함된다」(대법 1989. 7. 11 선고 88누 11797 판결).

10) 「土地收用으로 인한 損失補償額을 算定함에 있어서 당해 公共事業의 遂行을 직접 목적으로 하는 계획의 承認告示로 인한 地價變動은 이를 고려함이 없이 收用裁決 당시의 가격을 기준으로 하여 適正價格을 정하여야 하나 당해 公共事業과 관계없는 다른 事業의 施行으로 인한 開發利益은 이를 排除하지 아니한 價格으로 評價하여야 한다」(대법 1982. 3. 14 선고 88누 1844 판결).

11) 「당해 公共事業의 施行을 직접목적으로 하는 계획의 承認告示로 인한 價格變動은 이를 고려함이 없이 收用裁決 당시의 가격을 기준으로 하여 適正價格을 정해야 할 것이므로 住宅建設促進法에 따른 公共事業의 수행을 직접목적으로 하는 이 사건 토지에 대한 건설부 고시로 인한 가격변동은 이를 고려하지 않아야 마땅하다」(대법 1982. 9. 28. 선고 82누 382 판결).

12) 「이 사건 收用裁決에 의한 損失補償額을 評價算定함에 있어서도 協議收用인 경우와 같이 그 收用土地가 公法上 制限을 받는 토지라도 그 공법상의 제한이 당해 公共事業의 施行을 目的으로 하여 가하여진 경우에는 그 제한이 없는 상태대로 正常 評價하여야 한다」(대법 1987. 7. 7 선고 87누 45 판결).



다.<sup>13)</sup> 그러나 「土地收用法」은 이와 관련하여 아무런 규정을 두지 않고, 단지 본법에 규정된 것을 제외하고는 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」의 규정을 준용하도록 하고 있어(土地收用法 제57조의 2), 매우 소극적인 태도를 보이고 있다. 土地收用法에서 補償의 原則과 例外를 구분하여 직접규정하는 것이 보상실무에 정확을 기하는 길이라 생각된다.

#### IV. 裁決과 補償方法에 관한 問題

##### 1. 個別法上 裁決申請期間의 例外

特定目的을 갖는 각 개별법은 土地收用法에서 규정하고 있는 1년 이내의 裁決申請原則에도 불구하고 사업기간내 裁決申請을 할 수 있게 예외규정을 두고 있는 것이 일반적이다.<sup>14)</sup> 그러나 개별법에서 裁決申請의 期限에 대한 예외를 인정하는 것은 土地所有者的 權利를 장기간 侵害하게 되는 결과를 초래하고, 나아가 수용에 따른 보상액을 증가시키는 결과를 초래한다. 이는 公共事業의 원활을 기하기 위해 채택된 제도이기는 하나, 事業認定이 告示되면 누구든지 고시된 토지에 대하여 사업에 지장이 될 우려가 있는 形質의 變更 등의 行爲制限이 가해지고 있고(土地收用法 제18조의2 제1항, 제2항), 이에 대한 보상도 조속히 행해질 수 없게 되어 지나치게 토지소유자에

13) 「土地의 收用으로 인한 損失補償額을 算定함에 있어서는 당해 公共事業의 施行을 직접목적으로 하는 계획의 승인, 고시로 인한 가격변동은 이를 고려함이 없이 收用裁決 당시의 가격을 기준으로 하여 적정가격을 정하여야 할 것인 바, 이 사건 토지는 收用裁決 당시 開發制限區域內的 토지이므로 土地收用으로 인한 損失補償額을 정함에 있어서는 이러한 사정만을 고려하고 이 사건 공공사업이 직접목적으로 하는 제2종합청사 및 남서울대공원 건립으로 인한 開發利益을 排除한 價格으로 評價하여야 할 것이다」(대법 1984. 5. 29 선고 82 누 549 판결).

14) 예를 들어 都市計画法은 土地收用法을 準用함에 있어서 實施計劃의 認可가 土地收用法上的 事業認定으로 간주되지만, 裁決申請은 土地收用法 제17조 및 제25조 2항의 규정에 불구하고 實施計劃의 認可는 都市計劃事業의 施行期間內에 행할 수 있도록 규정하고 있다(都市計画法 제30조 2항).

게 불이익을 요구하는 것이 된다. 따라서 收用土地에 대한 補償이 보다 신속히 행해질 수 있도록 하는 것이 被收用者를 보호하는 길이라는 것을 생각할 때 土地收用法上의 규정과 같이 1년 이내의 裁決申請이 행해지는 것이 원칙이 되어야 하고, 지극히 한정적으로 예외를 인정하는 것이 바람직하다 할 것이다.

## 2. 債券에 의한 補償

土地收用法의 改正에 의해 債券補償이 가능해 짐에 따라 종래 現金補償原則은 크게 수정되었다. 물론 보상방법에 대하여 「土地收用法」이 ‘다른 法律에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 現金으로 支給한다’(제45조 4항)고 규정하고 있어 종래와 마찬가지로 現金補償原則은 유지되고 있다고 말할 수 있다. 그러나 補償이 特定한 경우(同法 동조 5항)에 債券으로 행해질 수 있도록 함으로써 보상방법에 많은 변화를 가져온 것만은 부정할 수 없다.

債券補償은 起業者의 要件과 對象에 대한 요건이 충족될 때 한정적으로 행해질 수 있다(동조 동항). 첫째, 起業者가 국가·지방자치단체·한국토지개발공사 기타 정부투자기관 및 공공단체인 경우와 둘째, 그 對象이 ①土地所有者 및 關係人이 원하는 경우, ②不在不動產所有者의 土地 또는 非業務用土地로서 보상금이 일정금액을 초과하는 금액에 대하여 보상하는 경우로 한정하고 있다. 그리고 債券은 구체적으로 상환기간이 5년을 넘지 아니하는 범위내에서 정하여야 하고, 利率은 債券發行 당시 1년만기 정기예금 금리수준이상으로 하여 正當한 보상이 될 수 있도록 정하여야 함을 명문으로 규정하고 있다(同法 동조 6항).

債券補償制度가 ‘事業施行者의 資金確保를 지원하고 社會間接施設의 擴充에 이바지함’을 목적으로 도입되었다고는 하나, 이러한 제도가 시행된다고 할 때 平等의 原則이 준수되고 正當한 補償이 행해질 수 있을 것인가에는 의문이 제기될 수 있다. 비록 債券補償의 對象이 한정되고 있기는 하나, ②의 경우는 분명히 평등의 원칙에 위배

된다는 주장도 가능하다. 不在地主에 대한 補償이 불평등하게 이루어진다는 것은 憲法上 住居移轉의 自由를 부정하는 것이 되고, 나아가 자본주의의 근본원리인 私有財産制度 그 자체를 부분적으로 부정하는 것이라고 해석할 여지도 있기 때문이다. 그리고 非業務用土地에 대하여는 稅制를 통해 이의 규제를 강력히 하고 있으므로 보상에 서까지 구별한다는 것은 比例原則에 위배된다는 주장도 가능하기 때문이다. 물론 債券補償의 적용이 일정금액 이상이라고는 하나 被收用者의 입장에서 볼 때 價値基準이 서로 다르고 만족도도 상이할 것이므로 받아들이기 어려운 경우가 많을 것이다.

또한 債券補償의 구체적인 방법이 정당한 보상에 이를 수 있도록 償還期限과 利率 등을 정하도록 하고 있으나, 과연 이러한 債券補償으로 정당한 보상이 가능하다고 볼 수 있을까도 문제이다. 즉 채권보상 그 자체가 정당한 보상이 될 수 있는가 하는 점에 의문이 제기될 수 있다. 대법원도 「憲法上의 정당한 보상」이란 보상의 방법에 있어서 어떠한 제한도 받지 않는 것으로 보고 있다.<sup>15)</sup> 그리고 일반적으로 收用土地에 대한 補償은 完全한 補償이어야 함에는 異論이 없다. 그러나 채권보상에 의할 때 침해전후의 과부족이 없는 상태가 실현되어 완전보상이 이루어질 수 있다고 보기에 는 무리가 있을 것이다. 완전보상이 「收用財産이 객관적으로 갖는 화폐가치로서 행하는 補償」<sup>16)</sup> 이라고 할 때 채권보상이 정하는 방법으로는 이러한 기준에 충족되기 어렵다. 더구나 우리나라의 경우 債券市場이 金融市場에서 활성화되지 못하고 있어 설령 債券補償이 完全補償의 수준에 이른다고 하더라도 이에 대하여 재산권자는 만족해하지 않기 때문이

15) 대법원은 「憲法 제20조 3항의 '正當한 補償'이라 함은 損失補償額의 決定에 있어서 客觀的인 價値를 完全히 補償하여야 한다는 취지일 뿐 아니라, 한 걸음 나아가서 그 補償의 時期, 方法 등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니된다는 것을 의미한다고 풀이하여야 할 것이다」(대법 1967. 11. 2 선고 67 다1334 판결)라고 판시하였다(同旨: 대법 1970. 2. 24 선고 69 다 1769 판결; 대법 1969. 12. 30 선고 67 다797 판결).

16) 結城光太郎, 「正當な補償の意味」, 公法研究 第11號, 1949, 84面.

다. 따라서 債券補償制度 그 자체의 違憲性에 대한 문제는 別論으로 하더라도 이의 구체적 내용이 완전한 보상에 이를 수 있도록 하는 것이 중요하다고 할 것이다.

### V. 事業認定에 대한 不服上의 問題

土地收用法은 中央土地收用委員會의 裁決處分에 대하여 不服이 있는 경우에는 行政訴訟를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 건설부장관의 사업인정처분에 대한 이의 신청이나 행정소송에 대하여는 규정하고 있지 않다.

事業認定이 국가기관의 確認行爲라는 견해에 의하면 그것은 羈束行爲이고, 이와는 달리 이를 국가기관의 設權的 形成行爲라고 하는 견해에 의하면 그것은 裁量行爲가 된다. 이와 같이 구별하는 것은 기업자가 사업인정을 신청하였으나 國家가 이를 拒否하는 경우 또는 事業認定이 違法하거나 不當하다고 판단하는 경우에 그로 인하여 불이익을 받는 자가 일정한 절차에 의하여 行政訴訟를 제기할 수 있는가에 있다. 다시 말해 사업인정을 羈束行爲라고 한다면 국가는 당연히 사업인정을 하여야 할 것이므로 이를 거부하거나 또는 그 事業認定이 위법·부당하다고 하는 경우에는 行政訴訟가 가능할 것이고, 반면에 사업인정을 裁量行爲라고 한다면 국가가 사업인정을 거부하더라도 행정소송의 대상이 될 수 없으며, 단지 裁量權의 逸脫 또는 濫用이 없는 한 사업인정은 원칙적으로 행정소송의 대상이 되지 않게 된다.

그러나 事業認定은 土地收用을 위한 제1단계의 조치로서 사업의 공익성을 인정하여 국민의 재산권을 침해할 수 있게 하는 중대성을 지니고 있으며, 事業認定의 법적 성질이 국가의 확인행위라고 하는 설이 타당하다고 하는 입장에서 보면 事業認定申請의 拒否 또는 위법 부당한 사업인정에 대하여는 行政爭訟이 가능하다고 할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

17) 前掲書, 106面.

## VI. 補償金에 대한 訴訟上の 問題

### 1. 損失補償의 增減請求訴訟의 形式

토지수용법상 收用裁決에 대한 불복은 ①土地收用の 效果 그 자체를 다룰 때는 행정처분의 취소소송의 일반원칙대로 土地收用委員會를 피고로 하여 取消訴訟을 제기할 수 있고, ②단지 補償金額에 불복이 있을 때는 이를 收用裁決에서 분리하여 起業者와 被收用者間에 보상금의 증감을 청구할 수 있는 形式的 當事者訴訟에 의하는 방법이 있다.

토지수용에 있어서 보상금은 土地收用委員會의 裁決에 의해 결정되므로 토지수용법의 개정에 의해 形式的 當事者訴訟이 도입(1990. 4. 7)되기 이전에는 단지 裁決에 의한 補償金額에 대해서만 불복하는 경우에도 土地收用委員會를 피고로 裁決의 取消訴訟을 제기하고, 재결이 취소된 뒤 토지수용위원회가 補償金에 대하여 다시 裁決하여야 했기 때문에 권리구제가 우회적이었다.<sup>18)</sup> 그래서 利害關係人이 異議 裁決處分の 公正력을 배제하기 위하여 裁決取消訴訟을 제기하는 동시에, 관련 청구인의 권리관계(보상금의 증감 등)에 관한 當事者訴訟을 병합하지 않으면 안되는 불편이 있었다. 그리고 토지수용위원회측도 土地所有者와 起業者간의 財産上紛爭에 관한 소송에 피고로서 관여하고, 訴訟費用을 負擔하여야 하는 불합리가 있었다.<sup>19)</sup> 形

18) 朴鈞旻, 「損失補償關係訴訟 -改正 土地收用法을 중심으로-」 考試研究 1991. 3, 40面: 대법원은 「行政訴訟에 있어서 法院은 行政廳 또는 所屬機關의 위법 부당한 처분에 대하여 원칙적으로 取消 또는 變更을 할 권한이 있을 따름이므로 本件에 있어서도 中央土地收用委員會의 裁決을 取消하여 그 취소부분에 대한 裁決이 없었던 이전의 상태로 환원시키면 족한 것이고, 所論과 같이 判決主文에 適正價格을 명시할 수 없는 것이니 원판결에 判斷逸脫의 위법은 없다」고 판시하였다(대법 1970. 7. 28 선고 70 누 66, 67, 68 판결).

19) 金道稔, 「一般行政法論(上)」(서울: 靑雲社, 1990), 767面; 朴鈞旻, 前掲書, 997, 998面.

式的 當事者訴訟은 이러한 불편과 불합리를 소송기술적으로 해결하기 위해 제도화된 것이다.<sup>20)</sup> 즉 두가지의 관련청구를 하나로 묶어서 실질적으로 처분의 효력을 다투는 抗告訴訟的인 성질의 소송이지만, 당해 處分廳을 피고로 하지 않고 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 점에서 형식적으로만 당사자소송으로서의 성질을 가지는 것이다.<sup>21)</sup> 土地收用法은 종래 이를 허용하는 명문의 규정을 두지 않았으나 개정 법률에서는 이러한 소송형태를 인정하게 되었다. 이에 따라 中央土地收用委員會의 異議裁決에 대한 行政訴訟 가운데 損失補償金의 증감에 관한 소송은 起業者나 土地所有者 또는 關係人을 피고로 제기할 수 있게 되었다. 그러나 異議裁決에 대한 행정소송 가운데 損失補償金의 增減 이외의 소송은 여전히 中央土地收用委員會를 被告로 하여 提起하도록 하고 있어 사실상 土地收用の 異議裁決에 대한 소송이 이원화되게 되었다.

이와 같이 損失補償金의 增減에 대한 訴訟이 형식적 당사자소송을 채용한 것이라고 보는 것이 일반적이거나, 이를 特殊한 訴訟形式으로 파악하는 견해도 있다. 그러한 주장의 하나는 損失補償請求權 그 자체가 법규에 의거하여 객관적으로 성립·존재하는 것은 訴의 성질을 바로 결정하는 것이 아니라 하며, 實體法上的 法律關係 그 자체를 다투게 하지 않고 原因行爲인 行政處分을 다투게 하는 것은 통상의 소송에서 보면 예외적인 것이라는 것이다.<sup>22)</sup> 따라서 예외적인 訴訟

20) 대법원은 「徵發이 국가의 일방적인 公權力의 行使에 의한 行政處分에 해당하는 것이라 하여도, 被徵發者의 국가에 대한 徵發物에 관한 補償請求까지를 公法關係에 속하는 權利라고는 할 수 없으므로, 그것이 비록 징발에 필수적으로 수반되는 권리가기는 하나, 그 성질은 私法上的 權利에 지나지 않는 것이라 할 것인즉, 그 請求權의 行使을 위한 訴訟도 行政訴訟이 아니고 民事訴訟으로 하여야 한다」(대법 1970.3.24 선고 69 다 1561 판결)고 하였다(同旨: 대법 1969.12.30 선고 67 다 9; 대법 1969.6.10 선고 68 다 2389 판결; 대법 1969.5.19 선고 67 다 2038 판결). 그러나 下級審의 판결 가운데는 損失補償請求는 行政訴訟인 當事者訴訟으로 하여야 한다고 판시한 예도 있다(서울지법 1968.10.30 선고 68 가 1339 판결).

21) 金道昶, 前掲書, 767面; 朴鈞炳, 前掲論文, 41面.

22) 鹽野 宏·原田尙彦, 「演習行政法」(東京:有斐閣, 1983), 191-192面 참조.

類型을 採用하는 것은 법률상 명백한 경우 또는 이것을 이용하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우에 한정되어야 한다는 입장에서 수용법상의 처분의 효력보다도 객관적으로 이미 존재하고 있는 법률관계의 내용 그 자체(損失補償請求權)를 다투는 체계를 채용하고 있는 것으로 파악하고 있다. 또 하나의 견해는 이에 대한 우리의 土地收用法上 規定은 일본과는 달리 裁決廳도 共同被告로 하고 있어 形式的 當事者訴訟으로 설명하기 곤란한 점이 있으므로 법률이 정한 特殊的 形態의 訴訟으로 보아야 한다는 것이다.<sup>23)</sup>

그러나 土地收用法의 개정취지나 이를 통해 법원에서 正當補償額을 審理確定하도록 하여 법원에서 보상문제를 종결짓도록 하고자 한 점에서 볼 때 이는 當事者訴訟으로 파악하는 견해가 타당하다고 할 수 있다. 補償金의 增減請求訴訟이 裁決廳 外에 당사자인 起業者나 土地所有者 또는 關係人을 被告로 하여 제기하도록 하고 있어, 形式的 當事者訴訟이 인정되었다고 보는 것이 일반적이다.<sup>24)</sup> 형식적 당사자소송은 行政處分의 對立效果를 인정하면서 당사자의 만족을 지향하는 것으로 이들 양자의 결합점에서 성립하는 소송이라 할 것이다.

## 2. 補償金의 增減에 관한 訴訟의 範圍와 審判의 範圍

### (1) 訴訟의 範圍

현행 土地收用法은 補償金의 增減에 관한 訴訟이 구체적으로 무엇을 의미하는가에 대하여 명백하게 규정하고 있지 않아 해석상 논란의 소지가 있다.<sup>25)</sup> 즉, 이러한 소송이 補償金額만을 다투는 것을 의미하는지, 아니면 補償의 範圍<sup>26)</sup>에 관한 것을 포함하는 것인지가 문

23) 尹炯漢, 「土地收用法 제75조의2 제2항의 新設에 따른 몇가지 문제점」, 人權과 正義 1991. 8, 128面.

24) 朴鈺炘 교수는 그러나 분석적으로 볼 때는 補償裁決取消訴訟과 確認給付訴訟만이 인정된 것으로 보고 있다(朴鈺炘, 前揭論文, 46面).

25) 尹炯漢, 前揭論文, 125面.

26) 損失의 範圍에는 殘地收用請求, 移轉困難한 경우의 收用請求, 使用에 갈음하는 收用의 請求와 같은 損失補償의 原因 등이 해당된다(前揭論文, 125面).

제될 수 있다.

왜냐하면 土地收用法 제75조의 2 제2항의 규정만에 의하면 보상 금액을 다투는 것이기 때문에 補償對象에 대한 評價만을 의미하는 것으로 볼 수 있지만, 보상대상에 대한 평가와 보상의 범위는 상호 밀접불가분의 관계에 있기 때문에 손실의 범위에 대한 다툼도 「補償金の 增減에 관한 訴訟」에 포함되는 것으로 해석할 수 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 損失의 範圍에 따라 補償金の 額數의 增減이 있을 수 있기 때문에 이를 포함하는 것으로 파악하여야 한다는 것이다.<sup>27)</sup>

## (2) 審判의 範圍

현행 토지수용법은 法院에서 正當한 補償額을 審理確認할 것인지를 명문으로 규정하고 있지 않아, 異議裁決 전체를 취소하여야 하는지 아니면 正當補償額과의 差額에 해당하는 부분만의 일부취소 또는 변경을 하여야 하는 것인지에 대하여 대립하는 견해가 나타나고 있다.

전부취소라고 주장하는 견해는 「補償金增減請求訴訟」은 엄격한 의미에서의 증감이 아니고 土地收用委員會의 裁決 중에서 補償裁決部分은 완전히 소멸시키고 法院이 始審的으로 正當補償額을 새로이 정하는 것<sup>28)</sup>임을 이유로 하고 있다. 그러나 이러한 주장을 하면서 土地收用裁決을 收用裁決과 補償裁決로 나누고 補償金增減에 관한 訴訟에서는 補償裁決만이 취소대상이 된다고 보고 있다.<sup>29)</sup>

이에 반하여 부분취소라고 주장하는 견해는 「改正土地收用法은 '補償金の 增減에 관한 訴訟'이라는 표현을 사용하고 있고 裁決廳의 起業者나 土地所有者 또는 關係人을 각각 피고로 하도록 하고 있는 바, 이는 법원에서 正當補償額의 審理를 하는 것을 전제로 하고

27) 前掲論文, 125面.

28) 朴鈞炳, 前掲論文, 46面.

29) 前掲論文, 46面の註 27) 참조.



있다고 할 것이므로 개정 토지수용법하에서는 법원에서 正當補償額을 審理確定하여야 하며, 正當補償額과의 差額에 해당하는 부분의 취소가 적극적 변경이 아니라고 할 것이므로 異議裁決이 채택한 鑑定機關의 補償額評價가 보상액평가에 관한 원칙에 위배되었다고 인정되는 경우에는 이의재결의 전체를 취소할 것이 아니라, 정당보상액과의 差額에 해당하는 부분만의 一部取消 또는 變更을 하여야 한다<sup>30)</sup>는 주장을 하고 있다.

개정전의 土地收用法에 의하면 裁決處分 가운데 補償額에 해당하는 부분, 특히 정당보상액과의 차액에 해당하는 부분의 일부취소가 인정되지 않고 재결전부를 취소하여야 하는 것으로 파악되고 있었다.<sup>31)</sup> 그러나 改正 土地收用法은 그 立法趣旨나 土地收用の 異議裁決에 대한 訴訟을 이원화하고 있는 점 등에 미루어 보더라도 종전과 같이 異議裁決全體를 取消하여야 하는 것으로 볼 것이 아니라 정당보상액과의 차액에 해당하는 부분만의 一部取消에 한정하는 것으로 파악하는 것이 타당할 것이다.

## VII. 供託金·裁決補償金の 問題

### 1. 補償金の 支給命令

補償金の 増減에 관한 訴訟 가운데 増額請求訴訟을 할 경우 異議裁決에서 정한 보상금액이 정당보상액에 미치지 못한다고 인정될 경우 起業者에 대하여 어떤 수액의 지급을 명하여야 할 것인가가 문제이다. 土地收用法 제75조의2 제3항은 異議裁決이 확정되었을 때에는 民事訴訟法上的 確定判決이 있는 것으로 보며, 裁決正本은 집행력있는 判決正本과 동일한 효력이 있다고 규정하고 있으므로 이의재결에서 정한 보상액을 초과하는 부분만의 지급을 명하여야 하는 것

30) 尹炯漢, 前掲論文, 126面.

31) 대법 1970.7.28 선고 70 누 66 67 68 판결; 대법 1986.6.24 선고 83 누 278 판결; 1986.8.19 선고 83 누 315 판결 등.

으로 보고 있다.<sup>32)</sup> 그러나 異議裁決에서 증액된 補償金이 供託되지 않은 경우에는 그 遲延利子の 처리문제가 복잡하게 되는 난점이 있는 것으로 지적되고 있다.

## 2. 遲延利子の 處理

補償金의 增減에 관한 訴訟 가운데 增額請求訴訟을 할 경우, 異議裁決에서 정한 보상금액이 正當보상액에 미치지 못한다고 인정되는 경우에 正當補償額에서 供託 또는 支給된 金원을 초과하는 부분에 대하여 지연이자가 발생하는지 여부가 문제된다. 이에 관해서는 裁決이나 訴訟의 節次는 다만 이미 발생한 보상액을 확정 또는 확인하는 의미밖에 없으므로 지연이자가 발생한다는 지적이 있다.<sup>33)</sup> 土地收用法 제45조도 土地所有者가 입은 損失은 이를 補償하여야 한다고 하고 있으므로 수용의 시기 이후에는 기업자가 正當한 보상액을 지급하여야 하는 것은 당연하다. 그리고 同法 제75조의3은 '起業者가 提起한 訴訟이 却下·棄却 또는 取下된 경우에 異議裁決書 正本發送日로부터 判決宣告日까지 연 2할5푼의 비율에 의한 遲延利子の 지급을 命'하고 있는 것을 보더라도 遲延利子が 發生하는 것으로 보는 것이 타당하다.

## 第 2 節 公用制限法制的 問題點

### I. 補償規定 採擇方式의 問題

憲法 제23조 3항은 公用制限의 경우에도 법률로써 그에 대한 補償을 規定하도록 하고 있으나, 公用制限에 관한 대부분의 법률은 補償에 관한 규정을 두고 있지 않은 것이 일반적이다. 그리고 補償規定을 두고 있는 몇몇 법률들도 補償規定의 채택방식에 있어서 문제점

32) 尹炯漢, 前揭論文, 130面.

33) 前揭論文, 130面.

을 내포하고 있는 경우가 있다. 이하에서 이러한 보상규정을 두고 있는 몇몇 법률들이 그 補償規定 採擇方式에서 안고 있는 문제점에 대하여 살펴 보기로 한다.

### 1. 法律에 補償規定을 두지 않고 施行令에 補償規定을 둔 경우

憲法 제23조 3항은 公用制限과 이에 따른 補償規定을 附帶(Junktim)하여 법률로써 규정하도록 명시하고 있다. 따라서 입법자가 재산권의 사회적 제약을 넘어서 특별한 희생이 되는 公用制限을 法律로써 規定할 경우에는 반드시 동 법률에 補償에 관한 규정도 동시에 규정하여야 한다. 이러한 憲法上的 附帶條項의 요청에 반하는 財產權侵害法律은 違憲이 된다. 그런데 「水道法」은 上水保護區域內에서의 行爲制限에 관하여는 同法(제3조)에 규정하면서 補償에 관한 사항은 이를 규정하지 않고 施行令에 이에 관한 규정을 두고 있다. 즉 법률상의 근거없이 시행령으로 補償에 관한 일반적 사항을 정하고 있다. 이는 憲法上的 補償附帶의 原則에 어긋나는 위헌적인 면이 있다고 볼 수 있다. 물론 施行令으로 補償의 구체적인 방법과 내용을 정할 수는 있다. 그러나 형식적 법률 자체는 어떠한 경우에도 憲法 제23조 3항의 補償附帶의 요청을 충족시켜야 한다. 즉 「水道法」이 憲法上的 補償附帶의 요청을 충족시키기 위해서는 同法律에 補償에 관한 규정을 마련하여야 한다고 본다.

### 2. 法律에 補償規定을 두고 있으나 具體的인 내용이 없는 경우

憲法 제23조 3항은 「公用制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다」고 하여 補償附帶를 규정하고 있는데, 이 경우에 보상에 관한 법률규정은 보상에 관한 宣言的인 規定만이 아니라 보상의 具體的인 基準과 方法까지도 규정해야 한다고 보는 것이 일반적이다.<sup>34)</sup> 그런데 公用制限에 관하여 보상규정을

34) 許營, 「韓國憲法論」, 1990, 468面.

두고 있기는 하지만 막연하게 補償을 규정할 뿐 그 구체적인 기준과 방법을 명시하지 않은 법률들이 있다.

- ①「鐵道法」은 철도보호상 필요할 때 철도노선에 인접한 일정한 지역 내에서의 行爲制限(제76조 1항)과 열차의 안전운행상 필요하다고 인정할 때 철도경계선 30미터 내에서의 일정한 行爲制限(제76조 2항)에 대하여 損失補償을 하도록 규정하고 있으나(제76조 3항), 損失補償의 구체적인 기준과 방법에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않다.<sup>35)</sup>
- ②「原子力法」은 방사선에 의한 인체·물체 및 공공의 災害를 방어하기 위하여 정하여진 일정범위의 제한구역안에서의 일반인의 출입이나 거주를 제한하면서(제96조 2항) 막연하게 「正當한 補償」을 규정하고 있는데, 이는 憲法에 규정해 놓은 「정당한 보상」의 원칙을 법률로 다시 선언한 정도의 의미밖에 없다. 즉 原子力法 또한 補償의 구체적인 기준이나 방법등에 관하여는 명시하고 있지 않고 볼 수 있다.
- ③「文化財保護法」은 국가지정문화재의 관리상황이 그 문화재의 보존상 부적당하거나 특히 필요하다고 인정되는 경우에 그 所有者·保有者·管理者 또는 管理團體에 대한 일정한 行爲制限을 규정하면서(제25조 1항 1호) 損失補償에 관하여 규정하고 있으나(제30조), 補償의 구체적인 방법이나 절차에 관하여는 명시하고 있지 않다.
- ④「消防法」은 소방대상물의 使用制限에 대한 市 또는 郡의 補償義務를 규정하고 있으나(제8조), 보상의 방법이나 절차에 관한 구체적인 내용을 두고 있지 않다.
- ⑤「濟州道開發特別法」도 보존자원의 보호를 위한 行爲制限(제23조 3항)에 대한 도지사의 補償義務를 규정하고 있으나(제23조 6항),

35) 「鐵道法」은 損失補償에 관한 사항을 大統領令에 委任하고 있으나 大統領令이 制定되어 있지 않다.

보상의 구체적인 방법이나 절차 등에 관하여는 명시하고 있지 않다.

이러한 ‘行爲制限으로 입은 損失은 補償하여야 한다’는 식의 補償規定은 헌법에 규정해 놓은 것을 법률이 다시 한번 반복하여 규정해 놓은 것일 뿐이다. 왜냐하면 이와 같은 법률에 근거하여 損失補償을 청구하려고 하더라도 補償의 請求節次 등에 관하여 구체적인 節次가 명시되어 있지 않기 때문에 同法律에 의한 權利保護가 사실상 힘들기 때문이다. 독일의 경우도 몇몇 법률이 이와 같이 ‘白紙形式의 補償規定(Salvatorischer Klauseln)’을 채택하고 있어서 그 違憲與否가 논란이 되고 있다.<sup>36)</sup> 그러나 이러한 법률들을 무조건 위헌으로 볼 수는 없고, 법률의 憲法合致的 解釋에 의하여 그 법효과가 인정될 수 있는 경우에는 이러한 방법에 의하여 그 補償의 方法을 모색하여야 할 것이다.<sup>37)</sup>

## II. 補償要否의 問題

公用制限을 규정한 법률의 대부분은 補償에 관한 규정을 두고 있지 않은 것이 일반적이다. 이는 그러한 公用制限行爲가 憲法 제23조 1항 2문과 2항상의 財產權의 社會的 制約에 해당하기 때문에 그러한 制限行爲에 대하여는 補償을 할 필요가 없다고 보기 때문이다. 그러나 입법자가 법률을 제정할 시점에서는 그러한 公用制限이 補償이 필요없는 재산권의 사회적 제약에 해당하였으나 상황의 변화(시간의 흐름, 재산권개념의 변천, 국민의 권리의식의 신장 등)에 따라 補償을 요하는 公用制限이 되는 경우가 있다. 그리고 관계 재산권자에게 명백한 특별희생을 가하는 것으로서 補償을 요함에도 불구하고 이를 결한 경우도 있다. 이하에서는 이러한 補償要否가 문제되어 자주 민

36) 朴尙熙, 「公用侵害, 白紙形式에 의한 補償規定의 許容與否」, 法制研究 創刊號(1991), 248面.

37) 獨逸의 경우에는 補償義務있는 內容規定(Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)의 문제로서 최근에 활발한 논의가 이루어 지고 있다.

원의 대상이 되고 있는 個別法上的 公用制限에 대하여 살펴 보기로 한다.

### 1. 都市計画法의 開發制限區域

都市計画法 제21조 1항에 의하여 開發制限區域으로 지정된 경우에는 同條 제2항에 의하여 建築物의 建築, 工作物의 設置 또는 土地의 形質變更, 土地面積의 分割 또는 都市計劃事業의 施行을 할 수 없도록 되어 있으나 이에 대한 보상규정은 마련되어 있지 않다. 이는 開發制限區域의 指定에 의하여 財産權者가 받는 불이익을 財産權의 社會的 拘束性의 범위내에서 財産權자가 당연히 감수해야 할 受忍義務로 보고 있기 때문이다. 그러나 開發制限區域의 경우 다른 용도지역·지구에 비하여 行爲制限이 매우 엄격하여 이 구역내에서의 토지이용은 사실상 現狀凍結되기 때문에 개발제한구역의 지정으로 인한 재산권의 제한은 재산권의 사회적 구속의 범위를 넘어선 補償을 요하는 公用侵害라는 주장이 강하게 대두되고 있으며, 법원과 헌법재판소에도 이와 관련된 소송이 빈번히 제기되고 있다.

대법원은 서울高法의 決定<sup>38)</sup>에 대한 上告審에서 「都市計画法 제21조 1항의 制限은 公共福利에 적합한 合理的인 制限이라 볼 것이고, 그 제한으로 인한 土地所有者의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대하여 損失補償의 규정을 아니하였다 하여 「都市計画法」 제21조 1항, 2항의 규정을 「憲法」 제23조 3항이나 제37조 2항에 위배되는 것이라고 할 수 없는 것이다」라고 하여 원고의 上告를 棄却하였다.<sup>39)</sup> 그러나 이

38) 서울고법 1989. 8. 23 선고 89 부 102 결정; 「도시계획법 제21조의 제한은 憲法 제23조 2항의 규정에 따른 財産權의 內在的 制約의 범위내에 속하는 一般的인 制限으로서 누구도 그 제한을 受忍하지 않으면 아니되는 것이고, 이와같은 同法條 소정의 制限規定은 특정인에 대하여 특별한 재산상의 희생을 강제하는 것이라고는 볼 수 없으므로 위와 같은 제한을 부과함에 있어서는 이에 대한 損失補償을 要件으로 할 필요가 없다」고 판시.

39) 대법 1990. 5. 8 선고 89 부 2 판결.

러한 대법원의 판결과 관계없이 開發制限區域의 지정과 관련된 憲法 訴願이 빈번히 제기되고 있는데,<sup>40)</sup> 아직 이에 대한 심판이 내려지지 않고 있다.

학설의 경우에도 補償에 관하여 부정적인 입장과 긍정적인 입장으로 나누어져 있다. 부정론적인 입장에서는 「開發制限區域의 지정으로 인한 開發行爲制限의 내용과 범위는 이 구역안에서의 토지의 본래적인 기능인 利用·收益·處分에 저촉되지 않는 것이라면 그것은 결코 토지의 본래의 기능을 박탈하는 것이라고 볼 수 없고, 오히려 이 開發行爲의 原則적인 禁止에 의한 재산권의 제한은 不合理하고 無計劃적인 도시팽창으로 토지가 침식될 우려가 있는 현상을 고려할 때, 이들 토지에 대해서 그 권리가 보장된 財産權의 본래적인 기능이 확보되게끔 규제한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 지역에 있어서의 開發行爲가 許可되지 않았다 하더라도 그것은 반드시 財産權의 本質적인 侵害라고 할 수 없고 동시에 그것은 일반적으로 특별한 희생이 아닌 財産權에 당연히 內在하는 社會的 制約의 범위내에서의 制限이라 할 수 있다. 따라서 憲法上 補償이 반드시 주어져야 하는 것은 아니다」라고 주장하고 있다.<sup>41)</sup> 긍정적인 입장은 개발제한 구역안에서의 모든 行爲制限에 대하여 補償을 긍정하는 것이 아니라 개별적으로 판단하여 補償을 인정하여야 한다는 것이 일반적인 입장이다. 예컨대 開發制限區域指定前에 建築을 위하여 垜地로 造成되었으나 건축전에 당해지역이 開發制限區域으로 지정된 경우에는 그로 인해서 발생한 손실에 대하여는 補償을 하여야 한다는 입장이다.<sup>42)</sup>

40) 89 헌마 46 「財産權侵害에 대한 憲法訴願」(1989. 3. 20) ; 89 헌마 152 「開發制限區域의 指定으로 인한 財産權侵害에 대한 憲法訴願」(1989. 7. 11) ; 89 헌마 174 「都市計画法 제21조 및 同法 施行令 제20조에 대한 憲法訴願」(1989. 8. 7) ; 89 헌마 214 「都市計画法 제21조의 違憲與否에 대한 憲法訴願」(1989. 9. 19).

41) 徐元宇, 「現代行政法論(上)」, 1988, 730面.

42) 金南辰, 「公用制限과 損失補償 -開發制限區域의 指定과 關連하여-」, 現代 公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌 教授 停年記念論文集), 1983, 64面 이하.

## 2. 都市計劃法の 保存地區

保存地區란 「文化財保護法」에 의한 문화재 및 중요시설물(국방상 중요시설물을 말함)의 보호와 보존을 위하여 都市計劃區域 중 일정한 구역을 획정·구분하여 지정한 지구를 말한다(都市計劃法 제18조 1항 9호). 이러한 문화재의 보존을 위하여 지정한 保存地區 내에서는 「文化財保護法」의 적용을 받는 文化財를 직접 보호·관리하기 위한 建築物과 施設 이외의 建築物 또는 施設物을 建築 또는 設置할 수 없다(同法 제19조 1항 3호). 다만 시장 또는 군수가 문화재보존상 지장이 없다고 인정하여 문화부장관의 승인을 얻은 때에 한하여 例外的으로 建築이 許容되고 있다. 따라서 保存地區로 지정된 지역 내의 財産權者는 사실상 거의 財産權의 行使가 制限되게 된다.<sup>43)</sup>

## 3. 都市計劃法の 第4種 美觀地區

都市計劃法上 美觀地區는 제1종~제5종 미관지구로 구분되는데(都市計劃法 제18조 1항 2호, 都市計劃法 施行令 제16조의2), 이 가운데 財産權侵害與否가 문제되고 있는 것이 제4종 미관지구이다. 제4종 미관 지구는 주로 韓國固有의 建築樣式을 保存하거나 傳統的인 美觀의 造成을 위하여 필요한 경우에 지정된다. 이러한 지구로 지정 되면 이 지구내의 건축물은 樣式·構造·材料 등에 있어서 제한을 받기 때문에 통상의 건축물보다 建築費가 가중될 뿐만 아니라 토지에 대한 高密度利用이 制限되므로 상당한 민원이 야기되고 있다. 이

43) 경주에서 개최된 慶州都市計劃심포지움(1989.6.16)에서 保存地區의 問題點에 대한 해결방안이 논해 졌는데, 여기에서 保存地區內에서의 私有地에 대하여는 이를 買收하여 주둔지 地區指定을 解除해야 한다는 주민의견이 많았다. 그리고 경주의 특성상 보존지구를 지정하여 보호 관리해야 하는 것은 불가피한데, 이는 文化財保護라는 국가목적 달성을 위한 것이지만 당해 도시의 정비 관리를 위한 것이 아니므로 국가목적 달성을 위하여 특정주민에게 私有財産權의 制限을 受忍하도록 하는 것은 불합리하다는 지적도 있었다.



러한 지구내의 建築物 가운데 財産權侵害가 심각한 경우에 대하여는 독일식의 政策的 補償(Ausgleich)이 고려되어야 한다고 본다.

#### 4. 都市計画法의 市街化調整區域

市街化調整區域은 도시의 무질서한 시가화를 방지하고 도시의 計劃的·段階的인 開發을 도모하기 위하여 일정기간 시가화를 유보할 필요가 있다고 인정되는 경우에 지정된다. 이러한 구역으로 지정되면 상당히 엄격한 土地利用規制를 받게 된다(都市計画法 제20조의 2). 일반적으로 市街化調整區域은 구역의 지정목적상 광범위한 지역을 대상으로 하므로 民願 또한 집단화되는 경향이 있다. 구역내에서 민원이 발생하는 주요원인은 첫째, 區域의 指定으로 不動產去來가 위축되고, 둘째, 土地利用規制에 따라 開發이 制限되므로 地價가 하락하며, 셋째, 개발시 公營開發을 할 경우에 生活의 根據地를 상실하게 된다는 점에 있다.<sup>44)</sup>

#### 5. 自然公園法의 自然公園指定

「自然公園法」(제4조)에 의하여 私人의 토지를 國立公園으로 지정하면서 보상규정을 두지 않은 自然公園法 제43조 1항은 자연공원법상 기타처분에 대하여는 補償規定을 두고 있는 것과는 衡平이 맞지 않은 것으로 볼 수 있다. 이에 대하여는 현재 違憲與否에 대한 憲法訴願이 제기되고 있다.<sup>45)</sup>

#### 6. 都市計劃의 長期間未執行

都市計劃에 의하여 都市計劃施設의 설치가 결정되었으나 財政上의 이유등으로 장기간 미집행상태로 방치됨으로 인하여 건축물의 新

44) 國土開發研究院, 「計劃制限에 따른 權利救濟」, 1989, 92面; 柳海雄, 「土地利用計劃制限과 損失補償」, 建國大學校 大學院 博士學位請求論文, 1990. 8, 254面 이하.

45) 자세한 내용은 中央日報 1992년 1월 28일자 22面 참조.

築・増築・改築禁止 등의 土地所有者가 당하는 財産權行使의 制約에 대하여 상당한 민원이 야기되고 있다. 이러한 도시계획의 장기간 미집행은 5~20년이 일반적이고 심지어는 30년을 넘는 경우도 있는데, 토지소유자의 입장에서는 토지이용이 제한됨으로써 일상생활에서 불편할 뿐 아니라 收用 등이 조속히 이루어지지 않음으로써 법률적으로도 불안정한 상태에 놓이게 된다. 이러한 도시계획의 장기간 미집행에 대해서는 計劃執行請求權을 인정하든지 收用的 侵害(enteignende Eingriff)를 인정하든지 하는 법적인 문제가 발생한다. 독일의 경우 판례(聯邦最高法院)는 그 기간적 한계를 3년으로 제한하고 있다. 즉 이러한 기간내에의 建築 등의 制限은 관계토지가 計劃關聯(Plannungszusammenhang) 하에 있기 때문에 補償없는 社會的 制約으로 受忍하여야 하나, 이러한 기간을 초과하는 경우에는 社會的 制約에서 公用侵害로 바뀌게 된다. 즉, 土地所有者가 실제로 건축할 의사를 가지고 있으나 그가 의도하고 있는 建築計劃이 건축금지를 규정하고 있는 도시계획에 의하여 방해되고 있거나 피부로 느낄만큼 상당하게 침해받고 있는 경우에는 補償請求權을 인정하고 있다.<sup>46)</sup>

### III. 補償節次의 問題

公用制限에 대하여 대부분의 경우 補償規定을 두고 있지 않은 것이 일반적인 현상이다. 補償規定을 두고 있더라도 「損失을 입은 자가 있는 경우에는 補償하여야 한다」는 식으로 막연하게 규정하고 있는 경우가 대부분이며, 補償의 구체적인 내용을 정하고 있는 경우는 몇몇 법률에 국한되어 있다. 특히 補償의 節次에 관하여는 「河川法」(제74조 3항·4항), 「廢棄物管理法」(제50조 2항), 「軍用電氣通信法」(제11조 2항·제12조·제13조·제14조), 「水道法施行令」(제6조 2항·3항), 「山林法施行令」(제53조 1항·2항) 이외에는 이를 정한

46) F. Ossenbühl, a. a. O., S. 156f. ; BGHZ 58, 124.

법률은 없다. 그러나 이들 법률들도 補償節次가 지나치게 行政便宜主義的이거나 간략하여 구체적으로 보상을 원하는 경우에 원활하게 보상받기가 어려운 실정이다. 예컨대, ①「河川法」은 건설부장관 또는 도지사와 손실을 받은 자가 協議하고 협의가 성립하지 않거나 협의를 할 수 없을 때 管轄 土地收用委員會에 裁決申請을 하도록 하고 있으나(제74조 3항·4항), 裁決에 대하여 불복이 있는 경우에 대하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. ②「廢棄物管理法」은 환경처장관이 損失補償을 받은 자와 협의하여 補償額을 정하도록 규정하고 있고(제50조 2항), 협의가 성립하지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 대하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. ③「軍用電氣通信法」은 補償金額의 결정에 대하여 불복이 있는 자는 그 결정의 통지를 받은 날로부터 1월이내에 국방부장관에게 異議申請을 하도록 규정하고 있을 뿐(제13조), 異議申請에 대한 국방부장관의 결정에 대하여 불복하는 경우의 節次에 관하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. ④「水道法」과 「山林法」은 補償節次를 施行令으로 정하고 있는데(水道法 施行令 제6조 2항·3항; 山林法 施行令 제53조), 이는 補償의 구체적인 내용을 법률로 정하도록 규정한 憲法 제23조 3항 상의 附帶條項의 요청에 반하는 것으로 볼 수 있다. 특히 「水道法」은 법률에 근거규정이 없음에도 불구하고 施行令으로 이를 規定하고 있으므로 違憲의 소지가 많다. ⑤그밖에 몇몇 법률(鐵道法, 原子力法, 文化財保護法, 消防法, 濟州道開發特別法) 등은 막연하게 補償을 규정하고 있을 뿐, 補償에 관한 구체적인 기준과 내용은 전혀 규정하고 있지 않다.



# 第 5 章 現行 公用侵害 및 補償關聯法制 의 改善方向

## 第 1 節 公用收用法制의 改善方向

### I. 關聯法制의 整備

公共用地取得을 위한 법적 수단은 契約에 의한 任意買收와 公用收用に 의한 强制取得의 방법이 있다. 이 가운데 任意買收는 公用收用 이 그 배경이 되고 있기 때문에 형식상으로는 私法上의 계약이지만 실질적으로는 公用收用に 가까운 제도이다. 따라서 기업자의 公共用地取得의 면이나 상대방의 권리보호의 면에서도 任意買收를 제도화 할 필요가 있어서 제정된 것이 「公共用地的取得및損失補償에 관한特例法」이다. 그러나 동 法律은 공공용지의 취득절차에 관한 사항을 제외하고는 目的物, 公益事業, 損失補償, 還買權 등에 있어서 土地收用法의 규정과 유사한 규정을 두고 있다. 다만 보상액 산정기준에 있어서 改正 土地收用法은 사업인정고시일 당시의 公示地價를 기준으로 평가하되 事業認定告示日부터 협의성립시와 裁決時까지의 지가 변동율을 고려하여 補償하도록 규정한 것에 반하여, 改正 公特法은 취득 또는 사용할 수 있는 계약체결당시의 가격을 기준으로 하고 취득할 토지에 대하여는 公示地價를 기준으로 하되, 공시기준일로부터 가격시점인 계약체결당시까지의 당해 사업과 관계없는 지역의 地價變動率 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상토록 하고 있어서 兩法律間에 보상기준이 상이하다. 그리고 協議가 성립하지 않거나 협의할 수 없을 때 기업자는 事業認定告示日로부터 1년 이내에 裁決

을 申請할 수 있어 재결신청시점에 따라 보상액의 불균형이 발생할 수 있으므로, 협의에 응한 土地所有者와 이의를 제기한 토지소유자 중 오히려 협의에 응한 土地所有者가 더 큰 불이익을 초래할 수 있다. 따라서 양법률을 하나로 통합하여 公益事業을 위한 土地取得節次를 단일화하거나 補償基準을 統一하는 방안이 모색되어야 한다고 본다.

## II. 收用制度的 體系的 綜合化

現行 土地收用法은 공익사업에 대한 개별적 사업인정을 바탕으로 각 공익사업별로 수용절차를 진행시키는 것을 基本構造로 하고 있는데, 이에 의하여는 최근의 公共性概念의 확대에 따른 광범위한 공익사업의 수행에 필요한 토지의 효율적인 取得에는 적합하지 못하다는 지적이 있다.<sup>1)</sup> 즉 특정한 개별적인 공익사업을 위하여 土地를 취득하는 그 자체가 收用의 목적이라기 보다는 國土利用의 종합적인 체계에 따른 토지의 이용을 확보하는 것이 수용의 목적이란 인식이 있다. 따라서 公共用地的 取得은 토지의 합리적인 이용·개발·보전을 도모하기 위하여 土地의 용도구분·대규모사업·공공시설의 규모를 정한 國土利用計劃과 관련하여서 행하여져야 한다. 그러므로 종래의 개별주의, 당사자주의를 바탕으로 한 관계인의 利害調節을 위한 절차로서는 점차 客觀化되고 있는 수용목적의 실효성을 거두기 힘들게 된다. 따라서 수용제도는 이러한 國土利用計劃과의 체계적인 종합화가 이루어져야 한다고 본다.

## III. 各種 特例規定을 둔 法律의 整備

공공사업에 관한 규정을 두고 있는 대부분의 法律에서는 개별사업의 특성을 감안하여 土地收用法의 일부규정에 대한 특례규정을 두면서 나머지 사항에 대하여는 土地收用法에 의하도록 하고 있는 바, 이

1) 石琮顯, 「新土地公法論」, 1989, 220面.

러한 특례는 주로 공익사업의 범위, 수용대상의 범위, 사업인정의 의제, 그리고 재결신청기간의 예외에 관한 것이다. 그러나 公共事業에 관한 규정을 두고 있는 법률마다 特例規定을 두는 것이 일반화되는 것은 바람직하지 않다 할 것이다. 가능한 한 이러한 토지수용법에 대한 特例를 줄이고 이를 토지수용법으로 흡수하는 방안이 모색되어야 한다고 본다. 그리고 이러한 特例規定이외의 사항에 관하여는 「土地收用法을 適用한다」, 「土地收用法이 정하는 바에 의한다」, 「土地收用法을 準用한다」라는 세가지 표현방식이 혼용되어 사용되고 있는 데, 「土地收用法에 대한 特例」라는 표현이 土地收用法에 대한 예외를 뜻하므로 이를 입법기술적으로 정확히 표현하는 것이 바람직하다고 본다.

#### IV. 事業認定制度的 改善

토지수용법의 문제점에서 보았듯이 사업인정의 주체에 있어서 起業者도 건설부장관이고, 事業認定申請者도 건설부장관이고, 事業認定權者도 건설부장관이기 때문에 사업의 인정에 관하여 스스로 불리한 처분을 하는 일은 기대하기 어려우며, 이러한 것은 「누구나 자기사건에 審判官이 될 수 없다」는 自然的正義(Natural Justice)의 원칙에도 반하는 것이다. 따라서 起業者가 국가, 특히 建設部長官인 경우에는 사업인정의 절차나 요건을 강화하여 節次的正義를 확보하는 것이 필요하다.

事業認定申請의 時期에 있어서도 토지수용법상 구체적인 규정이 없기 때문에 기업자는 언제든지 事業認定을 신청할 수 있다. 따라서 현실적으로 기업자는 사업계획의 대상지를 결정한 후 事業認定을 신청하지 않고 임의교섭에 주력한 후 任意交渉에 실패한 특정의 토지에 대하여만 사업인정을 신청하는 편법을 쓰는 경우가 많다. 이는 사업계획의 對象地決定→事業認定의 申請→事業認定의 取得→任意交渉→裁決의 申請→裁決→收用の 과정을 거치도록 하고 있는 토지수용의 절차를 기업자가 便宜에 의하여 왜곡하는 결과를 초래하게

된다. 따라서 사업계획이 수립되면 즉시 事業計劃의 대상지에 대하여 일정기간내에 事業認定申請을 하도록 명문화하는 것이 필요하다고 본다.

그리고 사업인정의 요건에 관하여 토지수용법은 「公益事業을 위하여 특정한 토지가 필요한 경우에 그 토지를 當該事業에 이용하게 함이 적당한 때에 收用 또는 使用할 수 있다(제2조 1항)」고 하여 토지의 수용 및 사용에 관한 일반원칙만 규정하고 있을 뿐 사업인정에 관한 구체적인 요건을 결하고 있다. 사업인정의 고시에 의하여 收用裁決을 신청할 수 있는 권리가 발생하고, 土地價格이 사업인정고시시점 이전의 공시지가를 기준으로 하며, 토지의 保全義務가 발생하는 것등을 생각할때 事業認定의 要件을 法上으로 분명히 하는 것이 필요하다.

#### V. 損失補償基準의 明確化

土地에 관한 보상액의 산정은 裁決時主義를 원칙으로 하면서(토지수용법 제46조 1항), 실제 사업인정고시전의 시점을 公示基準으로 하는 공시지가를 기준으로 하여 時點修正과 事情補正을 행하도록 하고 있다(동법 제46조 2항, 3항). 이는 형식적으로는 補償額算定基準日이 재결시점이지만, 실제로는 사업인정고시시점으로 補償額算定基準日이 바뀌었다고 보아야 한다. 따라서 法文上에도 이를 명백히 하는 것이 타당하다고 본다.

#### VI. 債券補償制度의 改善

土地收用法의 問題點에서도 살펴 보았듯이 不在不動產所有者나 非業務用土地에 대한 債券補償制度는 헌법상 평등의 원칙이나 정당한 보상의 원칙과 관련하여 현재 상당한 논란이 되고 있다. 그러나 대규모 公益事業의 원활한 실시와 財源確保의 어려움을 해결하기 위하여는 이러한 債券補償制의 실시가 불가피한 면도 있다. 따라서 憲法上의 평등의 원칙이나 정당한 보상의 원칙과 관련하여 나타나는



여러가지의 論難을 해소하여 이 제도를 효율적으로 운용하기 위해서는 不在地主나 非業務用土地의 강제채권보상의 범위를 施行令으로 보다 엄격히 제한하는 등 債券補償制의 실시범위를 최소한의 범위로 국한시켜야 할 것이다.

### VII. 收用裁決에서 정한 補償金에 대한 爭訟手段의 補完

종래의 토지수용법에서는 形式的 當事者訴訟을 인정하는 명문규정이 없었으나, 개정법률에서는 이러한 명문규정을 마련하였다. 따라서 損失補償額의 증감에 관한 소송은 기업자나 토지소유자 또는 관계인을 被告로 하여 제기할 수 있게 되었다. 그러나 改正法律은 재결청 또한 공동피고로 하고 있어 진정한 形式的 當事者訴訟을 인정하고 있는지 여부가 문제된다. 이에 대하여는 재결청을 共同被告로 하고 있는 文句를 삭제하든지 아니면 이를 하나의 特殊한 訴訟形態로 보든지 하여 이에 대한 論難의 여지를 없애야 할 것이다.

## 第2節 公用制限法制的 改善方向

### I. 損失補償에 관한 一般法制定의 必要性

公用收用이나 사용에 관하여는 일반법적인 성격을 지닌 土地收用法과 이에 관한 특례를 정하고 있는 個別法이 있어서, 손실보상의 문제도 이러한 법률에 의하여 해결이 가능하다. 그러나 公用制限의 경우에는 앞서서도 살펴 보았듯이 損失補償에 관하여 규정하고 있는 法律은 극소수에 불과하고, 규정하고 있더라도 補償의 구체적인 기준이나 방법, 절차 등을 상세하게 규정하고 있는 法律은 없다고 해도 과언이 아니다. 즉 보상의 절차를 규정하고 있는 몇몇 法律(河川法, 廢棄物管理法, 軍用電氣通信法, 水道法施行令, 山林法施行令) 들도 행정청이 행한 補償金額의 결정에 관하여 불복이 있는 경우에 대한 절차적인 규정을 두고 있지 않기 때문에 이에 대한 權利保

護가 현실적으로 어렵다. 따라서 보상이 필요한 公用制限에 대하여 각 個別法이 이에 관하여 보다 구체적이고 명백한 損失補償規定을 두든지 아니면 이러한 보상규정을 통합하여 하나의 法律로 제정하든지 하는 方案이 모색되어야 한다.

손실보상에 관한 一般法을 마련할 경우에는 그 내용에 손실보상에 관한 一般原則, 손실보상의 主體, 손실보상의 方法 및 節次, 손실보상의 算定基準 등이 포함되어야 할 것이다. 그러나 公用制限의 경우는 그 행위제한의 유형이 다양하기 때문에 이러한 모든 경우를 算定한 公用制限에 관한 일반법을 제정하는 것은 매우 어려운 일이다. 장기적으로는 이러한 방향에서의 公用制限에 대한 손실보상의 一般法이 제정되어야 할 것이나, 우선은 현재 보상이 필요하다고 立法者가 판단하여 보상규정을 두고 있는 개별법률들의 보상에 관한 조항을 보다 구체화시키는 것이 고려하여야 할 개별적인 사항이 잘 반영될 수 있으므로 보다 現實的이라고 생각된다. 특히 행정청의 보상금액 결정에 대한 불복이 있는 경우에 대한 명시적인 節次規定을 마련하는 것이 시급하다고 본다. 그러나 개별법에 의한 補償方式을 계속 고집하는 경우에는 公用制限에 따른 보상방안이 다원화되어 전체적인 형평의 유지가 어렵고 행정상으로도 非能率을 초래할 수 있다. 따라서 公用制限에 따른 손실보상에 관하여 一般法을 제정하여 행위제한의 유형에 따라 보상방안을 마련하는 것이 전체의 형평이 고려될 수 있고 制度의 體系도 도모되어 그 능률적인 운영을 기대할 수 있기 때문에 장기적으로는 이러한 방향에서 公用制限에 관한 損失補償法制가 정비되어야 한다고 생각된다.

## II. 補償規定이 없는 法律의 補完

法律에 보상규정이 없는 公用制限에 대하여 보상을 하지 않는 것은 당연하다. 그러나 財產權者에 대한 명백한 재산권침해행위로써 관계인에게 특별희생을 초래하고 있음에도 불구하고 그러한 公用制限法律에 보상규정이 없기때문에 보상이 행해지지 않는 경우도 想定

해 볼 수 있다. 이러한 경우에 대한 보상방안으로 등장한 것이 獨逸의 聯邦最高法院(BGH)의 판례이론으로 등장한 「收用類似的 侵害 (Enteignungsgleicher Eingriff)의 理論」이다. 收用類似的 侵害의 法理는 위법한 公用侵害로 인해 특별한 犧牲을 입은 자에 대하여 補償을 인정하자는 理論이다. 여기에서의 違法이란 公用侵害의 根據法規가 당연히 補償規定을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않음으로써 違憲法律이 되는 결과, 同 法律에 근거한 公用侵害가 결과적으로 違憲이 된다는 의미의 違法이라는 것이다. 이 法理의 이론적 근거는 헌법상의 평등의 원칙과 프로이센 一般國法 序章 제 74조, 75조의 「일반적 희생관념」이다. 그러나 同 法理는 獨逸 聯邦憲法裁判所の 「자갈채취사건」에 대한 판결<sup>2)</sup>에서 부정된 이후 獨逸에서도 상당한 논란이 되고 있다.<sup>3)</sup> 아직까지 학설상으로 동 법리의 인정여부가 논란이 되고 있는 우리 현실에서 동 법리를 근거로 하여 補償을 청구하는 것은 현실적으로 어렵다고 본다. 독일에서는 최근에 「補償義務있는 內容規定 (Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)」<sup>4)</sup>의 문제로서 법률자체에 違憲的인 要素가 있더라도 법률전체의 취지상 憲法合致的 解釋에 의하여 補償 (Ausgleich)<sup>5)</sup>이 가능한 경우에는 이러한 방식을 취하는 방안이 모색되고 있다. 우리의 경우에도 論難이 되고 있고 재산권자의 財產權侵害가 명백하여 특별희생으로 볼 수 있는 公用制限에 대하여는 이러한 방식의 補償方案이 검토될 필요가 있다고 본다. 그러나 보상규정을 결하고 있는 것이 명백한 立法上의 欠缺인 경우에는 법률의 개정을 통하여 근본적인 補償方案이 마련되어야 할 것이다.

2) BVerfGE 58, 300.

3) 이에 관한 자세한 내용은 F.Ossenbühl, 「Staatshaftungsrecht」, 4 Aufl., 1991, S. 173ff. 참조.

4) K. Kleinlein, 「Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung - eine Alternative zur Enteignung ?」, DVBl. 1991, S. 365f.

5) 이는 法的 意味에서의 補償 (Entschädigung)이라기 보다는 政策的 意味에서의 調節補償이라고 할 수 있다.



## 參 考 文 獻

### I. 國內文獻

#### 〈單行本〉

- 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1990.
- 金庚烈, 新土地公法, 經營文化院, 1990.
- 金南辰, 行政法 I, 法文社, 1992.
- \_\_\_\_\_, 行政法 II, 法文社, 1991.
- \_\_\_\_\_, 行政法의 基本問題, 法文社, 1992.
- 金道昶, 一般行政法論(上), 青雲社, 1990.
- \_\_\_\_\_, 一般行政法論(下), 青雲社, 1990.
- 金弘大, 土地公概念法制, 稅經社, 1990.
- 朴鉞炳, 最新行政法講義(上), 國民書館, 1990.
- \_\_\_\_\_, 最新行政法講義(下), 國民書館, 1990.
- 石琮顯, 新土地公法論, 經進社, 1989.
- 柳京春, 土地利用의 公法的 規制, 江原大學校 出版部, 1990.
- 柳海雄·朴尙熙 譯, 日本의 獨逸의 都市計劃法, 國土開發研究院, 1990.
- 柳海雄, 土地利用計劃制限의 損失補償, 建國大學校 博士學位請求論文, 1989.
- 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社, 1990.
- \_\_\_\_\_, 新行政法論(下), 法文社, 1990.
- 韓國法學教授會, 法의 土地, 三英社, 1982.
- 許 營, 韓國憲法論, 博英社, 1990.

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

尤堂尹世昌教授停年記念論文集編纂委員會, 現代公法學的 諸問題,  
博英社, 1983.

建設部, 國土利用에 관한 年次報告書, 1991.

〈單行論文〉

姜京根, 財産權保障에 관한 憲法裁判所의 態度, 考試研究 1991. 5.

\_\_\_\_\_, 憲法上 財産制度와 財産權의 性格, 考試研究 1989. 12.

金南辰, 財産權의 價値保障과 存續保障, 月刊考試 1989. 5.

\_\_\_\_\_, 土地去來許可制의 合憲性, 考試研究 1989. 9.

\_\_\_\_\_, 土地公概念의 思想的 基礎, 司法行政 1991. 11.

\_\_\_\_\_, 土地收用法 第46條 2項의 違憲에 관한 憲法訴願, 司法行政  
1990. 9.

\_\_\_\_\_, 土地財産權의 狀況拘束性, 月刊考試 1989. 3.

\_\_\_\_\_, 韓國에서의 土地公概念擴大導入을 위한 立法, 月刊考試  
1990. 12.

金相容, 傳統的 財産權制限原理와 土地公概念과의 關係, 司法行政  
1991. 11.

閔京植, 土地財産權에 대한 規制와 限界, 月刊考試 1989. 10.

朴圭河, 獨逸에 있어서의 公用收用과 損失補償制度, 考試研究  
1991. 8.

朴鈺炘, 損失補償關係訴訟, 考試研究 1991. 3.

\_\_\_\_\_, 土地公示制, 考試行政 1990. 7.

\_\_\_\_\_, 土地收用に 따른 損失補償과 開發利益, 人權과 正義  
1991. 11.

\_\_\_\_\_, 行政上 損失補償의 內容(基準), 考試界 1989. 3.

徐光錫 외, 土地收用に 관한 座談會, 人權과 正義 1991. 11.

徐元宇, 西獨에 있어서의 財産權의 保障과 그 限界, 月刊考試  
1989. 10.

- \_\_\_\_\_, 西獨의 土地利用計劃法制와 土地公概念, 月刊考試 1990. 9.
- \_\_\_\_\_, 損失補償概念의 擴張理論, 考試研究 1989. 4.
- 石琮顯, 生活補償, 考試研究 1989. 6.
- \_\_\_\_\_, 損失補償制度의 問題點과 그 課題, 月刊考試 1989. 1.
- \_\_\_\_\_, 開發制限區域指定으로 인한 財產權侵害에 대한 損失補償, 考試研究 1991. 9.
- 尹炯漢, 土地收用法 第75條의 2 第2項의 新設에 따른 몇가지 問題點, 人權과 正義 1991. 8.
- 李康嫻, 土地財產權의 保障과 規制, 考試研究 1989. 2.
- 李鳴九, 公用收用概念의 變遷—古典的 收用概念의 生成과 崩壞, 考試研究 1991. 9.
- 李尙圭, 改正 土地收用法의 問題點, 判例月報 1992. 3.
- \_\_\_\_\_, 土地去來許可制의 憲法的 問題, 判例月報 1991. 2.
- 鄭然宙, 財產權保障과 收用類似侵害, 考試研究 1991. 5.
- \_\_\_\_\_, 公用侵害와 不可分條項, 考試研究 1992. 4.
- \_\_\_\_\_, 公用侵害의 許容要件으로서의 公共必要, 法律研究(延世大) 1輯, 1990.
- 鄭準鉉, 形式的 當事者訴訟의 考察, 法制 1992. 1. 31(第363號).
- 韓泰淵, 韓國憲法에 있어서의 財產權의 保障, 考試研究 1990. 3 4.

## 2. 日本文獻

- 乾昭三, 土地法の理論的展開, 法律文化社, 1990.
- 國宗正義, ドイツ土地收用法, 建設綜合資料社, 1985.
- 渡邊洋三・稻本洋之助, 現代土地法の研究(上, 下), 岩波書店, 1982.
- 西野 章, 損失補償の要否と内容, 一粒社, 1991.
- 成田賴明, 土地政策と法, 弘文堂, 1989.
- 遠藤博也, 實定行政法, 有斐閣, 1989.

現行 公用侵害法制의 現況과 改善方向

足立忠夫, 土地收用制度の問題點, 日本評論社, 1991.

### 3. 獨逸文獻

#### <單行本>

- Aust/Jacobs, Die Enteignungsentschädigung, 3 Aufl., 1991.  
Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9 Aufl., 1992.  
Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht,  
Raumplanungsrecht, 2 Aufl., 1981.  
F.Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4 Aufl., 1991.  
F.Weyreuther, Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums,  
1983.  
H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl., 1991.  
K.H.Wigginghaus, Die Rechtsstellung des enteigneten  
Grundeigentümers, Schriften zum öffentlichen Recht,  
Band 348, 1978.  
Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie · Enteignung ·  
Entschädigung, 3 Aufl., 1984.  
Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz-Kommentar, Artikel 14,  
1983.  
Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987.  
R.Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau  
und Eigentumsgarantie, 1976.

#### <單行論文>

Böhmer, Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der  
Abgrenzungsproblematik von Sozialbindung und



- Enteignung, Der Staat 1985, S.595ff.
- Grammlich, Privatbegünstigende Enteignung als Verfassungsproblem, JZ 1986, S.269ff.
- Kleinlein, Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung -eine Alternative zur Enteignung?, DVBl. 1991, S.365ff.
- Lege, Enteignung und "Enteignung", NJW 1990, S.864ff.
- Schwabe, Die Enteignung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1983, S.273ff.
- Schmitt-Aßmann, Formen der Enteignung, JuS 1986, S.833ff.
- Sendler, Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum, DÖV 1974, S.73ff.
- von Brünneck, Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung, NVwZ 1986, S.425ff.



研究報告 92-3

現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向

---

---

1992年 6月 15日 印刷

1992年 6月 30日 發行

發行人 李 世 薰

發行處 韓 國 法 制 研 究 院

印刷處 韓國컴퓨터산업(주)

-----  
서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

---

---

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함.

값 6,200원

