

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Horizontal line at the bottom right corner of the page.

博士學位 請求論文
指導教授 韓 垣 澤

公共用地取得의 法理的·實證的 研究

A Legal and Empirical Study on the Acquisition of
Land for Public Use

成均館大學校 大學院

行政學科

政策學專攻

卞 東 軾



博士學位 請求論文
指導教授 韓 垣 澤

公共用地取得의 法理的·實證的 研究

A Legal and Empirical Study on the Acquisition of
Land for Public Use

이 論文을 行政學 博士學位 請求論文으로 提出합니다.

1997年 4月 日

成均館大學校 大學院

行 政 學 科

政 策 學 專 攻

卞 東 軾

이 論文을 卜東軾의 行政學
博士學位 論文으로 認定함.

1997年 6月 日

審査委員長 金 東 軾 

審査委員 劉 鏡 海 

審査委員 金 玄 九 

審査委員 韓 昌 奎 

審査委員 李 垣 澤 



- 目 次 -

第 1 章 序 論	1
第 1 節 研究目的	1
第 2 節 研究範圍	4
第 3 節 研究方法	7
第 4 節 先行研究 檢討	9
第 2 章 理論的·制度的 背景 및 分析의 틀	16
第 1 節 公共用地取得의 意義	16
1. 公共用地取得의 概念	16
2. 公共用地取得의 必要性	17
3. 公共用地取得의 根據(妥當性)	19
第 2 節 公共用地取得上 公益과 私益의 調和	27
1. 公益의 概念 및 私益과의 關係	28
2. 公益과 私益의 調和	30
3. 私權保護의 問題	32
第 3 節 各國의 公共用地 取得制度	34
1. 우리나라의 公共用地取得	36
2. 外國의 公共用地取得	47
第 4 節 分析의 틀	51
1. 公共用地取得의 法體系	51
2. 公共用地取得의 過程	53
3. 分析틀의 定立	56

第 3 章 公共用地 取得制度의 法理的 分析	60
第 1 節 公共事業의 範圍	61
1. 公共(公益)事業의 法定化	62
2. 公共性概念의 理論的 判斷基準	66
第 2 節 目的物의 範圍	70
1. 取得目的物의 法定化	70
2. 非代替性과 必要한 最小限의 理論	74
第 3 節 特例法上の 取得過程	76
1. 公共事業計劃의 確定	77
2. 土地·物件調書의 作成	78
3. 補償計劃의 樹立·通知(公告·閱覽 등)	79
4. 補償額의 算定·決定	79
5. 協議(補償契約의 締結)	81
第 4 節 收用法上の 取得過程	82
1. 事業認定	83
2. 土地·物件調書의 作成	85
3. 協 議	86
4. 裁決	89
5. 土地收用의 效果	92
第 5 節 損失補償制度	94
1. 損失補償의 根據	96
2. 損失補償의 基準	99
3. 完全補償의 原則	100

第 4 章 公共用地取得의 實證的 分析	106
第 1 節 公共用地取得 및 補償實績 分析	107
1. 取得方式別 總括分析	108
2. 機關別·事業別·地域別 分析	117
3. 事業主體別 分析	121
第 2 節 公共用地 取得過程上 民願分析	125
1. 類型別 總括分析	125
2. 公共事業의 範圍	127
3. 目的物의 範圍	128
4. 損失補償	129
5. 事業地區別 分析	130
第 3 節 公共用地 取得過程別 判例分析	139
1. 公共事業의 範圍	139
2. 目的物의 範圍	140
3. 特例法上의 取得過程	142
4. 收用法上의 取得過程	143
5. 損失補償	150
第 5 章 公共用地取得의 政策方向	162
第 1 節 公共用地 取得制度上의 問題點과 改善方案	162
1. 特例法과 收用法의 關係問題	164
2. 公共性概念의 擴大問題	166
3. 目的物의 擴張問題	168
4. 特例法上의 取得過程	170

5. 收用法上の 取得過程	173
6. 損失補償制度	180
第 2 節 公共用地 取得方法의 轉換을 통한 改善方案	192
1. 先買制度의 補完과 活用	193
2. 區劃整理方式의 擴大	197
3. 地帶收用方式의 援用	202
4. 土地留保制의 擴充	204
5. 土地貯藏制度의 導入	207
第 3 節 公共事業別 用地取得方案	208
1. 都市計劃事業上 公共施設用地의 取得	209
2. 新都市開發事業上 住居用地의 取得	211
3. 댐建設事業上 産業用地의 取得	213
第 6 章 結 論	215
※ 參考文獻	224
ABSTRACT	233

- 表 目 次 -

<表 2-1> 分析基準과 對象의 內容	59
<表 4-1> 公共用地取得 및 補償實績(總括分析)	108
<表 4-2> 機關別 取得 및 補償實績(1980~1994)	117
<表 4-3> 事業別 取得 및 補償實績(1980~1994)	119
<表 4-4> 地域別 取得 및 補償實績(1980~1994)	120
<表 4-5> 住宅公社의 宅地取得實績(1980~1994)	122
<表 4-6> 土地公社의 用地取得實績(1980~1994)	124
<表 4-7> 住宅公社의 民願類型과 그 內容	126
<表 4-8> 土地公社의 民願類型과 그 推移(1981~1994)	127
<表 4-9> 과천신도시의 民원분석	131
<表 4-10> 개포지구의 民원분석	131
<表 4-11> 광명철산지구의 民원분석	132
<表 4-12> 서울중계지구의 民원분석	133
<表 4-13> 인천연수지구의 民원분석	134
<表 4-14> 춘천석사지구의 民원분석	135
<表 4-15> 안양평촌지구의 民원분석	135
<表 4-16> 분당신도시의 民원분석	136
<表 4-17> 일산신도시의 民원분석	138
<表 4-18> 용인수지지구의 民원분석	138

- 그림 目次 -

<그림 2-1> 公共用地取得의 類型	27
<그림 2-2> 公共用地取得의 法體系圖	53
<그림 2-3> 公共用地取得의 過程	55
<그림 2-4> 分析의 틀	58
<그림 3-1> 公共性概念의 具體化過程	66
<그림 3-2> 目的物 範圍의 具體化過程	73
<그림 4-1> 取得 및 補償實績의 年度別 推移	111
<그림 4-2> 取得 및 補償實績의 取得方式別·年度別 推移	115

第 1 章 序 論

第 1 節 研究目的

人間은 空氣와 물과 더불어 土地 없이는 단 하루도 生存할 수 없다. 土地는 人間生存에 不可缺한 要素인 동시에 人間의 社會的, 經濟的, 文化的 生活의 基礎를 이루는 것으로서, 人間은 土地利用을 통하여 生活環境을 유지·개선하고 生産活動을 수행하고 있다. 土地는 一般財貨와는 다른 自然的, 人文的 特性을 지니고 있는데, 특히 用途의 多樣性으로 인하여 그 需要는 人口增加와 經濟成長에 따라 날로 증가하는데 반하여, 地理的 位置의 固定性, 不增性 및 個別性(非代替性)으로 인하여 供給은 상대적으로 한정되어 있기 때문에, 土地의 效率的인 利用·開發과 保存은 人間의 生活向上과 公共福利 增進의 關鍵이 되는 것이다.

現代 福祉國家에서 國家는 私有財產權을 保障하면서도 公共福利를 위하여 個人의 모든 財產權에 規制를 가할 수 있는데, 특히 土地財產權에 대하여는, 土地의 特性으로 인하여 社會性·公共性이 더욱 강력히 요구되기 때문에, 더욱 많은 制限을 가하고 있다. 이러한 土地財產權에 대한 公的 規制에는 所有制限, 去來規制, 利用計劃과 規制, 開發利益의 還收 등도 있으나, 公共用地的 取得(收用, 使用)은 가장 직접적이고 강력한 規制手段으로서 필연적으로 公益과 私益의 충돌, 公權과 私權의 마찰을 불러 일으킨다.

오늘날 급격한 都市化·産業化·地方化와 고도의 經濟成長에 따라, 公共(公益)事業에 필요한 公共用地的 取得과 그 事業의 遂行은 급격하게 증대하고 있다. 그러나, 民主化와 地方自治制의 실시에 따라, 土地所有者등의 私有財產權 侵害에 대한 저항이 날로 증대되어 公共用地的 取得難이 가중되고 있고, 따라서 이에 대한 對處方案이 절실하게 요구되고 있다.

우리나라의 公共用地 取得實績은 面積을 기준으로 1980년에 9,583만3천㎡ 이던 것이 1990년에는 2억2,548만9천㎡에 이르러, 10년 동안에 약 2.3배로 증가하였으며, 金額을 기준으로는 1980년에 2,853억900만원이던 것이 1990년에는 6조5,857억800만원에 이르러, 10년 동안에 무려 약 23배로 대폭 증가하였다¹⁾. 이러한 公共用地取得의 增加는 公益과 私益의 충돌, 公權과 私權의 마찰을 그만큼 더 많이 잠재하고 있다는 것을 나타내고 있으며, 실제로 韓國土地公社의 用地取得過程上 나타난 民願의 推移를 살펴보면, 1981년에 157건이던 것이 1991년에는 1,157건에 이르러, 약 7.3배로 증가하였으며, 그 內容도 단순한 時價補償 要求에서 現物補償 또는 生活權補償 要求로 변화하고 있을 뿐만 아니라, 民願提起方法도 점차 집단화·조직화하거나 과격한 양상을 띠게 되었다²⁾. 따라서, 이러한 마찰을 해소하고 私權을 保護하면서도 用地取得의 效率性을 제고시켜 줄 方案이 모색되어야 할 것이다.

그동안 公共用地的 取得과 損失補償에 관한 研究가 많이 있었으나, 주로 行政法學者들의 行政上 損失補償에 관한 法理的 研究가 중심이었고, 實證的 또는 政策的 研究로는 損失補償制度 改善에 관하여 상당수의 學位論文과 研究論文 또는 報告書가 있으나, 公共用地 取得方法에 관한 研究나 公共用地 取得事例에 관한 體系的 分析 또는 公共用地取得과 損失補償制度 전반에 관한 法理的 研究나 政策方向의 提示는 거의 찾아 볼 수 없는 실정이다. 더구나, 公共用地的 取得과 損失補償制度 전반에 걸친 過程中心的 接近이나 用地取得難 解決의 関건이 되는 公益과 私益의 衝突防止, 公權과 私權의 마찰 해소에 초점을 둔 研究는 더욱 찾아 보기 어려운 실정이다.

이에 本 研究는, 종래의 接近方法을 탈피하여, 주로 公共用地的 取得과 損

1) 建設交通部, 「建設交通 統計年報(建設部門)」, 1995, p.154 ; 建設部, 「建設統計年報」, 1987, p.134 참조.

2) 韓國土地公社, 「韓國土地公社 20年史」, 1995, p.241 참조.

失補償에 관하여 過程中心적으로 接近하되, 公共福利 增進 또는 公益과 私
有財産權 保護 또는 私益의 衝突要素를 추출하여 이를 해소하려는 시각에서
접근하고자 한다. 本 研究는 公共用地取得의 概念을 廣義와 狹義로 구분하
여, 주로 狹義의 取得方法에 해당하는 公共用地의取得및損失補償에관한特例
法(이하 「特例法」이라 한다)과 土地收用法(이하 「收用法」이라 한다)에 의한
取得에 過程中心적으로 接近하여, 公共用地 取得制度上 公益과 私益의 調和
에 관하여 法理的으로 연구하고, 公共用地 取得實績과 取得過程上 民願內容
및 관련 判例를 實證的으로 분석한 후 公共用地取得의 政策方向을 제시하고
자 한다. 그밖에 廣義의 取得方法에 관하여도 公益과 私益의 충돌해소라는
問題意識에 입각하여 理論的으로 검토하고 改善策을 모색하여, 이를 狹義의
取得方法에 대한 政策代案으로서 제시하고자 한다. 즉, 公共用地 取得方法에
관한 研究에서 출발하여, 公共用地 取得(狹義)制度에 관하여 法理的으로 研
究하고, 公共用地 取得事例를 實證的으로 分析한 후, 現行制度上的 問題點을
분석하고 그 改善方案을 제시하고자 한다. 公共用地의 取得에 있어서 公益
과 私益의 충돌을 합리적으로 調節하여 公共用地取得의 效率性과 私有財産
權 保護를 함께 도모할 수 있는 方案은 무엇인가?

요컨대, 本 研究는 現行 公共用地 取得制度에 관하여 公益과 私益의 調
和라는 관점에서 法理的으로 研究하고, 公益과 私益의 충돌요소 및 私權
侵害的 規定과 事例를 분석하여, 그 改善方案을 제시하고자 한다. 첫째, 現
行 公共用地 取得制度에 있어서 公共(公益)事業의 범위는 利益衡量的 원칙
에 적합한가, 또한 目的物의 범위는 必要한 最小限의 원칙에 적합한가, 그
리고 損失補償은 完全補償의 원칙에 적합한가? 둘째, 최근 15년간(1980년
~1994년)의 公共用地 取得과 補償實績은 어느 정도이며 取得過程上 民願
內容과 判例에는 어떠한 것들이 있으며 私權侵害的 問題點은 무엇인가?
셋째, 現行 公共用地 取得制度上的 問題點은 무엇이며 그 改善方案에는 어

떠한 것들이 있는가, 그리고 公共用地 取得方法의 轉換을 통한 公益과 私益의 調和方案에는 어떠한 것들이 있으며, 公共事業의 性格에 따라 取得方法을 달리하는 方案에는 어떠한 것들이 있는가?

第 2 節 研究範圍

本 研究는 公共用地取得의 概念定立에 이어 그 比較法的 考察을 하고, 現行 公共用地 取得制度上 公益과 私益의 調和에 관하여 法理的으로 研究하고, 公共用地 取得實績과 民願內容 및 관련 判例를 實證的으로 分析한 후, 公共用地 取得上 公益과 私益의 충돌요소 또는 私權侵害的 問題點을 분석하고, 그 改善方案을 제시하고자 한다.

(1) 公共用地取得의 概念에 대하여 일반적으로 「公共事業(公益事業)의 施行者가 그 事業에 提供되는 他人의 土地를 任意的 또는 強制的으로 取得·收用 또는 使用하는 것」을 말한다고 定義하고 있으나, 여기서는 그 概念을 廣義와 狹義로 나누어 定立하고, 주로 狹義의 公共用地 取得制度에 대하여 公益과 私益의 調和라는 觀點에서 研究하고자 한다. 즉, ① 狹義로는 「現在의 特定한 公共事業에 提供되는 他人의 特定한 土地를 損失補償을 條件으로 任意的 또는 強制的으로 取得하는 것」으로서 特例法上의 協議取得과 收用法上의 協議 또는 裁決取得의 경우만을 말하고, ② 廣義로는 그 밖에 民法上의 契約, 國土利用管理法上의 先買協議 및 土地區劃整理事業法上의 換地處分에 의한 取得의 경우까지 포함하여 「將來의 不特定한 公共事業에 提供하기 위한 경우 등 一切의 公共用地의 取得·備蓄」을 말하는 것이라고 區分하여 검토·分析하고자 한다.

公의 土地取得方法에는 民法上의 契約自由의 原則에 의한 取得, 特例法上의 任意的 取得, 收用法上의 強制的 取得, 國土利用管理法上의 先買制度, 遊休地 買收協議 및 去來不許可土地의 買收請求, 土地區劃整理事業法上의 換地處分, 宅地所有上限法上의 上限超過宅地 買收請求 등이 있다. 그러나, 契約自由의 原則에 의한 取得은 公權과 私權의 差의 우려가 없기 때문에, 遊休地 買收協議, 不許可土地 買收請求 또는 超過宅地 買收請求는 公共用地의 確保를 직접적인 目的으로 하고 있는 制度가 아니고 그 活用度도 미미하기 때문에, 本 研究의 目的에 비추어 검토의 實益이 없으므로 研究의 範圍에서 제외하기로 하고, 그밖에 區劃整理方式과 先買制度는 現行制度의 改善方案과 관련하여 검토하기로 한다. 결국 本 研究는 狹義의 取得方法, 즉 全面買收方式인 特例法과 收用法에 의한 取得을 중심으로 분석하고자 하는 것이다.

(2) 公共用地 取得制度의 法理的 分析은 現行 公共用地 取得(狹義)制度에 있어서 取得要件과 取得過程上 公益 또는 公權과 私益 또는 私權의 調和內容을 法理的으로 研究·分析하고자 한다. 즉, ① 特例法과 收用法에 의한 取得要件上 公益과 私益의 調和內容을 연구하고, ② 兩法에 의한 取得過程에 있어서 現行制度는 公益과 私益의 調和에 관하여 어떠한 配慮를 하고 있는가, 그 內容은 어떠한 것인가에 대해서 연구·분석한다.

(3) 公共用地取得의 實證的 分析은 1980년부터 1994년까지 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 公共用地 取得(狹義)事例를 분석한 후 1962년부터 1996년까지의 관련 判例를 살펴보고자 한다. 즉, 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 取得事例로서 ① 全國의 公共用地取得 및 補償實績과 事業主體別 取得實績을 분석하고 ② 公共用地 取得過程上의 民願內容을 분석한 후, ③ 大法院의 관련 判例를 取得過程別로 살펴보고자 한다.

行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 取得事例는 公共用地 取得(廣

義)方法 모두를 面積·價額·地域·事業別로 分析하는 것이 바람직하겠으나, 統計資料의 제약과 本 研究의 目的 및 範圍에 비추어 狹義의 公共用地 取得方法을 중심으로 분석하고자 한다. 狹義의 取得方法(全面買收方式)에 의한 取得은 建設交通部의 全國的인 用地取得 및 補償實績에 관한 取得方式別, 機關別·事業別·地域別 統計資料뿐만 아니라, 事業主體別로 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 取得方式別 또는 用途別 用地取得 및 補償實績에 관한 事例도 분석하고, 兩公社의 用地取得 過程上의 民願內容도 類型別·事業地區別로 분석하고자 한다³⁾. 그러나, 區劃整理方式에 의한 取得은 최근의 통계자료를 구할 수 없고 公權과 私權의 마찰 우려도 별로 없기 때문에, 先買制度에 의한 取得은 아직 도입과정에 있어서 그 事例가 별로 없기 때문에, 이 두가지 방법의 사례분석은 제외하기로 한다.

(4) 公共用地取得의 政策方向은 現行 公共用地 取得(狹義)制度上의 問題點과 改善方案을 연구한 후, 公共用地 取得(廣義)方法의 轉換을 통한 改善方案 및 公共事業別 用地取得方案을 제시하고자 한다. 즉, ① 特例法과 收用法에 의한 公共用地 取得要件과 取得過程에 있어서, 現行制度는 公益과 私益의 調和라는 관점에서 어떠한 問題點이 있는가를 분석하고, 그 法制的 改善策에는 어떠한 方案이 있는가를 제시하며, ② 公共用地 取得方法에 있어서 보다 公益과 私益의 調和에 충실한 取得方法에는 어떠한 것들이 있으며, 이러한 方法의 導入과 適用擴大의 方案은 무엇인가, 그리고 ③ 公共事業의 性格에 따라 取得方法을 달리하는 方案에는 어떠한 것이 있는가 등에 대하여 論한다.

3) 事業主體를 大韓住宅公社와 韓國土地公社로 선정한 것은, 兩公社가 대표적인 公共事業主體로서 주로 대단위단지개발사업 등 대규모 面的 開發事業을 수행함으로써 公共團體 중에서 가장 많은 公共用地를 取得할 뿐만 아니라 地域住民의 生活基盤을 침해함으로써 公益과 私益의 충돌여지가 많고 民願內容도 복잡다기하여, 本 研究의 目的에 비추어 分析의 實益이 크기 때문이다.

第 3 節 研究方法

本 研究는, 狹義의 公共用地 取得制度 전반에 걸쳐 現行 法體系에 따라 過程中心的으로 接近하여, 公共用地 取得要件과 取得過程에 대하여 公益 또는 公權과 私益 또는 私權의 調和라는 관점에서 研究·分析하고자 한다. 즉, 公益(公權)과 私益(私權)의 調和라는 問題意識아래, ① 特例法과 收用法上的 取得要件에 있어서 公共事業(公益事業)의 範圍와 目的物의 範圍에 관하여 연구하고, ② 取得過程에 있어서 特例法上的 取得過程(節次)과 收用法上的 取得過程(節次) 및 損失補償制度에 관하여 분석하고자 한다. 이러한 區分은 學問的으로 定立된 것은 아니나⁴⁾, 特例法과 收用法의 關係 및 本 研究의 目的에 비추어 시도해 본 것이다. 이것은 特例法과 收用法이 目的物의 범위와 公共事業의 범위를 法定化하여 서로 일치시키고 있는 점에 비추어 이를 통합·검토하고, 特例法에 의한 取得과 收用法에 의한 取得이 先·後行的 關係에 있다고 보는 입장에서 兩法에 의한 取得過程을 일련의 節次로 연결시켜 접근하고자 하는 것이다.

(1) 公共用地 取得制度의 法理的 分析과 그 制度上的의 그 改善方案은, 위와 같은 接近方法에 따라 過程中心的으로 접근하되, 公共用地取得上 公益과 私益의 調和를 基本理念으로 보고, 取得要件과 각 단계별 取得過程에 있어서 ① 公共事業의 범위가 利益衡量的의 원칙에 적합한가, ② 目的物의 범위가 必

4) 公用侵害(公用收用, 使用, 制限)의 要件을 構成要件과 許用要件으로 나누고, 構成要件으로 公用侵害의 對象으로서의 財産權과 侵害를, 許用要件으로는 法律上的 根據, 公共必要, 補償規定 및 正當한 補償을 들고 있는 견해(朴尙熙, 「公用侵害의 要件에 관한 研究」, 박사학위논문, 고려대, 1993, pp.1-4)가 있다.

또한 最小限의 원칙에 적합한가, ③ 그리고 損失補償이 完全補償의 원칙에 적합한가 라는 관점에서 法理的으로 분석하고자 한다.

公共性概念의 判斷基準에 있어서 實定法的 判斷基準으로서 特例法과 收用法은 어떤 基準下에 公共事業(公益事業)의 範圍를 설정하여 法定化하고 있으며, 事業認定, 裁決 등의 단계를 거치면서 어떻게 변화되고 具體化되고 있는가를 연구·분석하고, 理論的 判斷基準으로서 公用收用을 위한 公益과 財産保有의 私益을 比較·衡量하는 利益衡量的 尺度에는 어떤 원칙들이 있으며 어떻게 적용되고 있는가를 살펴본다. 目的物의 範圍에 있어서 어떻게 土地所有權등 일정한 財産權을 限定的으로 열거하여 法定化하고 있으며, 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 裁決 등의 단계를 거치면서 어떻게 具體化되고 있는가를 연구하고, 다시 非代替性和 必要한 最小限의 要件은 어떻게 해석되고 있으며 어떻게 적용되고 있는가, 그리고 목적물의 제한과 확장은 어느 정도 인정되는가를 살펴본다.

損失補償制度에서 損失補償의 根據, 基準과 範圍 및 方法, 그리고 補償評價에 있어서 公·私益 調和의 理論과 制度에는 어떠한 것들이 있으며 어떻게 적용되고 있는가를 연구한다. 특히, 損失補償의 基準으로서 「正當한 補償」의 해석론(完全補償說, 相當補償說 등), 補償의 範圍에서 生活權 補償의 인정 및 補償範圍의 擴大, 補償의 方法에 관한 裁원칙의 규정 등을 통하여 現行法制는 어느 정도 完全補償의 원칙을 구현하고 있는가 등을 살펴본다.

(2) 公共用地取得의 實證的 分析은 직접적인 調查研究는 하지 않고 建設交通部의 全國的인 取得實績과 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 事業主體別 取得實績과 民願內容에 관한 統計資料를 활용·재구성하여 독자적으로 분석하고, 判例도 살펴보기로 한다. 즉, ① 公共用地取得 및 補償實績 分析은 全國的 分析으로서 特례법상의 協議와 수용법상의 協議 및 裁決에 의한

取得 등 取得方式別로 總括分析한 후 機關別·事業別·地域別로 個別分析을 하고, 事業主體別 分析으로서 兩公社의 用地取得 實績을 取得方式別 또는 用途別로 현황분석을 하고, ② 公共用地 取得過程上의 民願分析은, 公共事業, 目的物, 損失補償 등이 利益衡量, 必要한 最小限, 完全補償 등의 원칙에 적합한가 라는 관점에서, 兩公社의 民願內容을 類型別로 總괄분석한 후 事業地區別로 개별분석하기로 하며, ③ 관련 判例도 取得過程에 대응시켜 분석하기로 한다.

이러한 實證的 分析을 통하여, 公共用地取得의 過去의 傾向을 파악하고 未來의 展望을 豫測하여 바람직한 政策代案을 제시하고자 한다. 全國의 用地取得과 補償實績을 取得方式別로 그 年度別 推移를 분석하여 取得方式上의 變化를 豫測하고, 이러한 分析의 結果를 근거로 取得方式上의 變化에 부응하는 政策代案을 제시하고자 한다. 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 民願內容 및 관련 判例를 用地取得過程과 節次에 대응시켜 분석함으로써 私權侵害의 문제점을 추론하여 이를 근거로 改善方案을 제시하고자 한다.

第 4 節 先行研究 檢討

公共用地的 取得과 損失補償에 관한 研究는 憲法學者들이 財產權의 收用·使用과 補償에 관한 규정(헌법 제23조제3항)에서 「正當한 補償」의 해석에 관하여 法理的으로 논쟁하고 있고, 行政法學者들이나 土地公法學者들이 行政上 損失補償 또는 公用收用の 要件, 節次 및 效果에 관하여 法理的으로 깊이 연구하고 있는데, 이들은 憲法의 財產權保障 條項과 收用法의 解釋에

관한 연구로서 本 研究에 基礎理論을 제공해 주고 있다. 그리고, 國土開發研究院, 韓國土地公社, 大韓住宅公社 등에서 公共用地的 取得에 따른 損失補償制度的 改善方案을 제시하고 있는데, 이들은 實證的 또는 政策的 研究로서 本 研究에 問題意識을 제고시켜 주고 있다.

이러한 先行研究들은 公共用地 取得過程 전반에 대한 연구라기 보다, 주로 損失補償制度에 관하여 「正當한 補償」에 초점을 두고 法理的으로 연구하거나 實證的으로 분석한 후 改善方案을 제시하고 있다는 점에 그 限界가 있다. 公共用地的 效率的 取得(公益)과 私有財產權 保護(私益)라는 두가지 目的을 함께 달성하는데 있어서, 補償問題가 가장 중요한 爭點인 것은 사실이지만, 「正當한 補償」만으로 公益과 私益의 충돌, 公權과 私權의 마찰을 해소할 수는 없는 것이다. 또한, 주로 收用法에 의한 強制的 取得方法에만 관심을 두고 特例法에 의한 任意的 取得方法에 관한 연구가 소홀하다는 점에도 그 限界가 있다. 실제로 特例法에 의한 用地取得이 收用法에 의한 取得에 못지 않게 중요하고, 그 性格이 비록 形式的으로는 私法上契約에 의한 取得이지만 實質的으로는 強制讓渡的 性格을 띠고 있는 점에 비추어 보면, 여기에서도 私權保護의 문제가 제기되는 것이다.

(1) 法理的 研究들은 그 學問的 價値에도 불구하고 狹義의 取得方法 중에서 收用法에 의한 取得(土地收用の 要件, 節次, 效果 등), 그 중에서도 특히 補償問題에 관한 연구에 편중되어 있고, 廣義의 取得方法은 물론 特例法에 의한 取得 및 同法의 收用法과의 관계에 관한 연구가 미흡하여, 現實問題의 해결방안으로서는 限界가 있다.

金南辰은 “公用收用과 利益衡量”(1996)⁵⁾에서 收用の 要件으로서 「公共必要」의 해당여부는 個別的·具體的으로 公益과 私益을 比較·衡量하여 결정하여야 한다고 보고 있고, “收用類似·收用的 侵害와 補償”(1996)⁶⁾에서 損失

5) 金南辰, 「行政法の 基本問題」, 법문사, 1996, pp.489-497.

補償概念의 擴張을 주장하고 있으며, “補償의 對象과 生活補償”(1996)⁷⁾에서는 生活權補償의 원칙을 인정하면서도 그 제한적 적용을 주장하고 있다. 그는 또한 “土地收用法 第46條2項의 違憲에 관한 憲法訴願”(1990)⁸⁾에서 補償額의 算定方法의 違憲性 여부를 논의하고 있다. 石琮顯은 “行政上 損失補償의 要件”(1994), “收用類似侵害와 收用的 侵害”(1994) 등⁹⁾에서 金南辰과 같은 견해를 취하고 있다. 金南辰의 “財産權의 價値保障과 存續保障”(1989)¹⁰⁾에 이어, 孫鎭相은 「댐建設로 인한 損失補償에 관한 研究」(1995)¹¹⁾에서 종래의 憲法規定の 解釋을 중심으로 한, 財産權의 價値保障 차원의 補償에 관한 抽象的 論議를 탈피하여, 財産權의 存續保障을 증시하는 새로운 接近方案을 모색하고 있다.

金南辰의 연구(1996), 石琮顯의 연구(1994) 등은 收用的 要件으로서 「公共必要」의 해당여부, 收用類似的 侵害理論 등에 의하여 私權保護에 충실한 입장을 취하고 있으나, 收用類似的 侵害法理는 損失補償의 概念要素로서 適法性을 포기한 것이며 그 결과 損失補償과 損害賠償의 구별을 불분명하게 하는 문제점이 있다¹²⁾. 孫鎭相의 연구(1995)는 댐건설로 인한 損失補償 등에 관한 총체적 연구로서 損失補償의 실태와 水沒民의 태도 및 민원현황까지 조사하는 등 實證的으로 接近하여 問題點을 파악하고 財産權의 存續保障 차원에서 生活權補償의 확대 등의 改善策을 제시한 점에서 설득력이 있으나, 法理的 觀點에 치중하여 종합적인 政策代案의 제시에는 이르지 못하고 있다.

6) 金南辰, 「前掲書」, 1996, pp.506-514.

7) 金南辰, 「前掲書」, 1996, pp.498-505.

8) 「司法行政」, 1990.9.

9) 石琮顯, 「新土地公法論」, 경진사, 1994, pp.201-210, pp.235-241.

10) 金南辰, 「前掲書」, 1996, pp.465-473.

11) 박사학위논문, 고려대, 1995.

12) 徐元宇, “損失補償概念의 擴張論議”, 「考試研究」, 1989.4, p.71 이하.

韓昌奎는 「國家補償法制 研究」(1975)¹³⁾에서 「國家補償」概念에 의하여 損害賠償과 損失補償의 統合을 시도하고 있으며, 崔在健은 「行政上 損失補償의 原因과 範圍」(1992)¹⁴⁾에서 補償의 原因과 範圍에 대한 擴張論議를 통하여 國家補償制度의 欠缺을 보완하려고 노력하고 있다.

韓昌奎의 연구(1975)에서 損害賠償과 損失補償의 統合시도는 私有財産權保護에 충실한 이론이지만, 法院의 法創造機能이 어려운 우리나라에서는 아직 모색단계에 불과하며¹⁵⁾, 崔在健의 연구(1992)에서 損失補償의 原因과 範圍에 대한 확장논의도 아직 검토단계에 머무르고 있다.

徐元宇는 「公用收用法制에 관한 研究」(1973)¹⁶⁾에서 公共用地的 取得과 補償問題를 연구하고, 「損失補償概念의 擴張論議」(1989)¹⁷⁾에서 補償概念의 擴張理論을 비판하고 있다. 朴鈞焄은 「行政上 損失補償의 基準」(1996)¹⁸⁾, 「土地收用に 따른 損失補償과 開發利益」(1991)¹⁹⁾ 등에서 補償의 內容과 基準 및 開發利益의 排除 등을 연구하고 있다.

徐元宇의 연구(1973)는 特例法制定(1975. 12. 31) 이전에 公共用地的 取得과 補償問題를 土地收用法을 중심으로 체계적으로 연구한 것이며, 朴鈞焄의 연구(1996, 1991)는 完全補償說의 입장에서 損失補償內容의 多樣化에 따라 財産權侵害에 附帶되는 損失과 生活權侵害에 대한 補償까지도 인정하고 있는데, 이는 私權保護에 충실한 입장이나, 이 연구 역시 法理的 觀點에 머무르고 있다.

13) 박사학위논문, 성균관대, 1975.

14) 박사학위논문, 성균관대, 1992.

15) 朴鈞焄, 「最新行政法講義(上)」, 박영사, 1996, p.629.

16) 박사학위논문, 서울대, 1973.

17) 前掲書, 1989.4.

18) 朴鈞焄, 「前掲書」, 1996, pp.693-720.

19) 「人權과 正義」, 1991.11.

韓國法制研究院은 「現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向」(1992)에서 우리나라 公用侵害法制的 現況을 파악하고 問題點을 분석한 후 改善方向을 제시하고 있는데, 특히 土地收用法의 改正(1991. 12. 31)과 관련하여 公用收用 및 補償關聯法制的 問題點을 正當한 補償의 原則과 私權保護라는 관점에서 분석하고 있다. 李在洪은 “土地收用과 관련된 몇가지 問題”(1994)²⁰에서 大法院 判例를 중심으로 收用과 補償에 관한 問題點을 분석하고 있다.

韓國法制研究院의 연구(1992)는 現行 公用侵害法制的 現況과 問題點은 잘 파악하고 있으나, 改善策은 빈약하게 제시하고 있다.

(2) 實證的 研究들은 대체로 狹義의 取得方法뿐만 아니라, 廣義의 取得方法에 관하여도 검토하고 있으나, 用地取得過程에 체계적으로 接近하지는 못하고 주로 補償問題에 관한 각종 統計資料를 분석하여 民願解消方案을 제시하고 있을 뿐이다.

國土開發研究院은 「公用收用に 따른 損失補償制度 研究(I)」(1989)에서 公用收用に 따른 損失補償制度의 現況과 問題點을 公共福利 增進과 私有財産權 保護의 調和라는 관점에서 理論的·實務的으로 검토하고 改善方案을 제시한데 이어, 「公用收用に 따른 損失補償制度 研究(II)」(1990)에서 損失補償法制(特例法과 收用法)의 問題點을 公用收用の 억제와 協議買收의 유도라는 관점에서 검토하고 改善方案을 제시하고 있다.

國土開發研究院의 연구(1989, 1990)는, 1980년대 중반이후의 민주화·개방화시대를 맞이하여 국민의 의식변화에 따른 用地取得難을 해결하기 위하여, 주로 特例法과 收用法에 의한 公共用地取得과 損失補償制度의 現況과 問題點을 실증적, 망라적으로 파악하고 다양한 改善方案을 구체적으로 제시하고 있으나, 用地取得의 法體系的 構造와 상호관계에 의한 接近이 미흡하고, 分析方法도 입체적이지 못한 면이 있다.

20) 「法曹」, 1994.3.

韓國土地公社의 「公共用地取得에 따른 損失補償制度改善에 관한 세미나」(1988)에서는, 李圭煌은 “土地政策과 補償政策의 方向”에서 補償政策 轉換의 背景, 課題와 方案을 제시하고 있고, 徐元宇는 “補償制度의 當面課題 및 改善方向”에서 公共用地 取得方法(收用取得과 協議買收)과 正當한 補償의 具體的 內容을 검토하고 開發利益의 還收問題를 제기하고 있으며, 金昌根은 “補償에 따른 民願類型과 그 解消方案”에서 取得方式別 土地取得現況과 民願內容을 검토한 후 住民慾求의 變化와 補償制度의 問題點을 지적하고 民願 解消方案을 제시하고 있다. 大韓住宅公社는 「土地取得 및 補償制度 比較研究」(1986)에서 開發方式別 宅地取得現況과 取得方式別 土地取得現況을 검토하고 民願內容을 분석하고 있다.

韓國土地公社의 연구(세미나, 1988)는 민주화추세에 따른 주민욕구변화에 대한 대응방안으로서 補償制度의 轉換方向을 모색하고 새로운 取得(廣義)方法의 도입도 검토하고 있으나, 問題提起와 方向設定水準 정도이고 事例分析의 대상이 同公社의 取得實績에 한정되어 있으며 代案提示가 구체적이지 못하다. 大韓住宅公社의 연구(1986)는 用地取得(廣義)方法에 따라 取得事例와 民願內容을 분석하고 있으나, 分析對象이 同公社의 取得實績에 한정되어 있고 代案提示가 빈약하다.

(3) 그밖에, 洪性讚의 「土地收用に 대한 行政上 損失補償의 研究」(1979)²¹⁾는 行政上 損失補償에 관하여 法理的으로 연구하고 있고, 李善永의 “行政上 損失補償法理와 實際”(1983)²²⁾는 法理的 研究에 實證的 分析까지 가미하고 있다. 朴尙熙의 「公用侵害의 要件에 관한 研究」(1993)²³⁾는 公用侵害의 要件을 構成要件과 許容要件으로 나누어 연구하고 있다.

21) 박사학위논문, 연세대, 1979.

22) 「論文集」, 부산대 행정대학원, 1983.8.

23) 박사학위논문, 고려대, 1993.

그리고, 金基玉의 “公共用地取得 및 損失補償의 問題點과 改善方案”(1993)²⁴⁾, 李尙圭의 “改正土地收用法의 問題點”(1992)²⁵⁾ 등은 現行 公共用地 取得制度上의 問題點을 지적하고 그 改善方案을 제시하고 있는 반면에, 國土開發研究院의 「土地合同開發方式의 具體的 導入方案 研究」(1986), 「公的 土地備蓄擴大 및 管理改善方案 研究」(1989), 「先買制度 活性化方案 研究」(1991) 등은 公益과 私益의 調和에 충실한, 새로운 取得方法의 導入 또는 기존의 取得方法의 活性化 方案을 모색하고 있다.

24) 「土地研究」, 1993.10.

25) 「判例月報」, 1992.3.

第 2 章 理論的·制度的 背景 및 分析의 틀

第 1 節 公共用地取得의 意義

1. 公共用地取得의 概念

公共用地取得이란 일반적으로 「公共事業(公益事業)의 施行者가 그 事業에 提供되는 他人의 土地등을 任意的 또는 強制的으로 取得·收用 또는 使用 하는 것」을 말한다고 定義하고 있다. 그러나, 여기서는 그 概念을 廣義와 狹義로 나누어 定立하고자 한다. 즉, ① 狹義로는 「現在의 特定한 公共事業에 提供하기 위하여 他人의 特定한 土地등을 損失補償을 條件으로 任意的 또는 強制的으로 取得하는 것」으로서 特例法上的의 協議取得과 收用法上的의 協議 또는 裁決取得의 경우만을 말하고, ② 廣義로는 그 밖에 民法上的의 契約, 國土利用管理法上的의 先買協議 및 土地區劃整理事業法上的의 換地處分에 의한 取得 등의 경우까지 포함하여 「將來의 不特定한 公共事業 기타 公的 需要에 提供하기 위한 경우 등 一切의 公共用地的 取得·備蓄」을 말하는 것이라고 區分하여 定義하고자 한다.

人間은 土地利用活動의 公的·私的 主體로서, 土地에 대한 需要는 公的 需要와 私的 需要로 大別되는데, 公共用地的 取得은 公的 需要로 인하여 公共事業에 供與되는 土地를 取得·收用 또는 使用하는 것을 말한다.

여기서 「公共事業(公益事業)」이란 公共의 必要에 의한 事業 내지 公共의 利益이 되는 事業을 말하는 바, 收用法 제3조 및 特例法 제2조에 의해 그 범위가 정하여 진다. 收用法 제3조는 「公益事業」에 대하여 “土地를 收用 또는 使用할 수 있는 事業은 다음 各號의 1에 해당하는 事業이어야 한다”라

고 규정하여 公益事業의 範圍를 法定化하고 있다. 特例法 제2조제1항제2호는 「公共事業」에 대하여 “土地收用法 제3조의 규정에 의하여 土地등을 收用 또는 使用할 수 있는 事業(土地區劃整理事業·再開發事業 및 農地改良事業을 포함한다)을 말한다”라고 규정하여, 公共事業의 範圍를 收用法上の 公益事業의 範圍와 一致시키고 있다.

여기서 「取得」이란 私法上の 任意的 契約에 의한 取得이건 公法上の 強制的 行政行爲에 의한 取得 또는 協議(契約)에 의한 取得이건, 일체의 取得·收用 및 使用을 뜻한다. 私法上の 任意的 取得으로는 ① 民法上の 契約自由의 原則에 의한 取得·使用과 ② 特例法上の 協議(私法上契約)에 의한 取得·使用이 있는 데, 後者の 경우에는 契約自由의 原則에 制限이 가해져 土地所有者는 미리 決定된 內容에 대해 契約締結與否의 選擇權만 가질 뿐이다. 公法上の 取得으로는 ① 收用法上の 協議(公法上契約) 또는 裁決(行政行爲)이라는 公用收用に 의한 取得·使用과 ② 土地區劃整理事業法上の 公用換地에 의한 取得, 그리고 ③ 國土利用管理法上の 先買協議(公法上契約)에 의한 取得(동법 제21조의14) 등이 있다.

2. 公共用地取得의 必要性

(1) 近代 市民國家는 私有財産權絶對의 原則과 契約自由의 原則에 의거하여 土地를 포함한 財産權을 使用·收益·處分하는 것을 所有者의 自由에 맡기고, 國家는 消極的으로 財産權의 保障 등 個人의 自由權을 最大限 保障하는데 그치고 國家權力의 介入을 最小限으로 줄여서 오로지 秩序維持를 담당하는 것을 그 임무로 하였다.

그러나, 現代 福祉國家는 보다 積極的으로 그 活動範圍를 擴大하여, 國民의 生存權을 保障하고 나아가 公共福利를 增進시키기 위하여 能動的으로

國民의 經濟生活에 介入하게 되었다. 이리하여 公共福利의 原理와 信義誠實·權利濫用禁止의 原則에 의해 私有財産權에도 內在的 制約이 가하여지게 되었고 종래의 契約自由의 原則에도 國家的 干涉이 강제되었으며, 이러한 現象은 土地를 비롯한 個人的 財産權에도 公權力에 의한 規制를 가하게 된 것이다.

現代國家 중에서도 共產主義 國家에서는 社會主義的 計劃經濟秩序下에 土地를 비롯한 모든 生産手段을 國有化함으로써 公益을 빙자하여 私益을 희생시키고 있지만, 自由民主主義 國家에서는 社會的 市場經濟秩序下에 私有財産權의 保障을 전제로 하고 다만 公共福利를 위해 公權力의 介入을 인정함으로써 公益과 私益의 調和를 도모하고 있는 것이다. 따라서, 公益을 빙자한 私益의 侵害도 있어서는 안되고 오로지 私益을 위하여 公益을 포기 하여서도 안되는 것이며, 公益과 私益의 合理的인 調和를 추구하여야 하는 것이다.

(2) 土地는 自然物로서 自然에 의하여 供給된 것이며, 人間이 存在하는데 필요한 基本的인 條件이다. 土地는 空間이고 環境이며, 位置로서¹⁾ 人間生活(衣·食·住)의 源泉的 터전이며 모든 生産活動의 基盤이다. 따라서, 人間은 土地 없이는 私的 生活뿐만 아니라 公的 生活도 營爲할 수 없고, 土地利用을 통해서 個人的 바람직한 生活環境을 維持하고 國民의 公共福利를 增進시킬 수 있는 것이다. 따라서, 우리 人間은 土地 위에 태어나서 그곳에서 자라고 生活하다가 그곳으로 돌아가는 반면에, 土地는 아무리 좋은 條件이라고 하더라도 人間에 의해 利用됨으로써 그 眞價가 나타날 수 있는 것이다.

그런데, 土地는 用途의 多樣性으로 그 需要는 人口增加와 經濟成長에 따라 날로 增大하는 반면에, 不增性和 個別性(非代替性)으로 그 供給은 相對的으로

1) 金永鎮, 「不動産學 總論」, 범론사, 1985, pp.114-150.

限定되어 있기 때문에, 土地의 效率的인 利用·開發 및 保存은 國民의 生活向上과 福利增進의 判건이 되는 것이다. 오늘날 土地의 效率的인 利用·開發 및 保存은 土地에 대한 여러가지 形態의 規制, 즉 所有制限(농지·택지소유상한제, 종합토지세), 去來規制(토지거래허가·신고제, 부동산실명제, 농지취득자격증명제, 임야매매증명제), 利用計劃과 規制(용도지역·지구제 기타 公用制限, 유희지제도), 開發利益의 還收(개발부담금제도) 등을 통해 실현될 수 있으나, 公共事業에 必要한 公共用地的 取得(公用收用·使用, 公用換地, 선매제도)과 그 事業의 遂行이야말로 가장 直接的이고 效果的인 手段이 될 것이다. 즉 公共用地的 取得은 公共事業의 遂行을 통해 土地의 效率的 利用·開發 및 保存과 公共福利의 增進에 크나 큰 기여를 하는 것이다. 이와같이 公共用地的 取得은 公共事業의 遂行에 필수불가결한 것이지만, 土地에는 地理的 位置의 固定性和 非代替性이라는 特性이 있어 당해 公共事業에 직접 必要한 土地는 다른 土地나 財貨로 代替될 수 없다. 따라서, 그 土地에 대해 消極的으로 私法的 規律에 의한 任意的 取得이 불가능할 경우에는 부득이 積極的으로 公法的 規律에 의한 強制的 取得까지 강행하지 않을 수 없는 것이다.

3. 公共用地取得의 根據(妥當性)

1) 公共用地取得의 理論的 根據

土地는 原初的으로 自然의 施惠物로서 萬人の 共有物이며, 個人의 獨占의 所有物이 될 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 近代的' 私有財産權制度의 成立過程에서 土地에 대해서까지도 個人의 所有權을 인정하게 되었으나, 오늘날에는 土地의 公概念 등 새로운 土地觀이 등장하여 土地所有權制度에 대한 修正이 일어나고 있는 것이다²⁾.

2) 鄭鳳輝, 「韓國의 土地問題와 土地政策」, 성균관대 경영대학원, 1985, pp.18-26.

(1) 財産權의 社會性 · 公共性

近代 市民法秩序下的 私有財産權絶對의 原則과 契約自由의 原則은 現代 福祉國家에서는 公共福利의 理念과 信義誠實 · 權利濫用禁止의 原則에 의해 그 修正이 불가피하게 되었고, 따라서 財産權의 社會性 · 公共性이 인정되어 所有權 기타 財産權³⁾의 行使는 絶對的 自由가 아니며 社會的 · 國家的 見地에서 必要에 의해 制限과 拘束을 가할 수 있다는 것이 당연시되었다.

近代初期에 있어서는 財産權은 天賦의 前國家的인 神聖不可侵의 權利로 인정되었으며, 이러한 財産權의 絶對성과 契約의 自由는 近代 資本主義社會 또는 市民社會의 法律的 支柱가 되었고, 프랑스人權宣言, 美國修正제5조 등에서 이를 규정하였다. 그러나, 20세기에 들어서자 資本主義의 發達에 수반한 富의 偏在는 無산계급과 有산계급간의 심각한 階級對立을 초래하여 극도의 社會적 불안상태를 조성하였으며, 個人主義的 財産權의 觀念은 修正받게 되었고, 財産權도 社會全體의 福利를 위하여 制限할 수 있게 되었다. 이러한 경향은 「財産權은 義務를 수반한다. 財産權의 行使는 동시에 公共福利를 위하여 하여야 한다」라고 규정한 1919년의 Weimar헌법에서 최초로 나타났다. 이리하여 제2차대전 후에 제정된 각국 헌법은 정도의 차는 있어도 모두 財産權의 社會的 性格을 강력히 인정하는 社會的 法治國家의

3) 財産權이란 私法上 · 公法上의 經濟的 價値가 있는 모든 權利를 말하며, 所有權 기타의 物權, 특허권 · 저작권 등의 無體財産權, 광업권 · 어업권과 같은 特別法에 의한 財産權, 債權, 營業권, 권리금 등을 포함하며, 수리권 · 하천점유권과 같은 公法的 性質을 가진 개인의 財産權도 포함한다(文鴻柱, 「韓國憲法」, 헤암사, 1990, p.291). 일반적으로 財産權이란 말과 所有權이란 말이 자주 혼용되고 있다. 그러나, 헌법상의 財産權은 민법상의 所有權보다 넓은 개념으로서, 前者는 재산 가치 있는 모든 사법상 · 공법상 권리를 의미하지만, 後者는 어떤 물건에 대한 절대적인 지배권을 뜻하는 것이다(柳海雄, 「土地公法論」, 삼영사, 1995, p.167).

입장에 서게 되었다⁴⁾.

(2) 土地公概念의 대두

財産權 중에서도 土地財産權⁵⁾은 土地의 特性(地理的 位置의 固定性, 不増性, 個別性 및 用途의 多樣性)으로 인하여 그 社會性과 公共性이 더욱 강력하게 요청되어, 오늘날 土地公概念이 대두되기에 이르렀다. 즉, 종래에는 土地는 生産要素의 하나로서 단순한 私有財産權의 客體로 인식되었으나, 오늘날 급격한 人口增加와 都市化·産業化로 土地의 不足·地價高·生活環境의 破壞 등을 경험하자, 土地는 自然의 施惠物로서 有限한 資源이며 人間의 生活과 生産을 위한 불가결의 基盤이기 때문에 本質적으로 國民 모두의 것이고 어느 個人에게 獨占될 수 없으며, 그 土地가 가지는 機能과 適性 및 位置에 따라서 가장 效率적으로 利用되도록 國家의 公權力에 의한 適正한 規制가 가해지지 않으면 안된다는 것이다. 이것은 土地所有權이 私人에게 있더라도 公共福利를 위하여 일반상품과는 달리 權利內在적으로 엄격한 公的 規制를 받는다는 것을 의미하며⁶⁾, 그 내용은 土地의 個人所有權 그 자체는 인정하되, 그 利用을 公共福利에 적합하게 규제하여야 한다 뜻으로 구체화되었다⁷⁾.

4) 金哲洙, 「憲法學新論」, 박영사, 1993, p.291.

5) 土地財産權은 財産權價値를 갖는 土地에 대한 모든 權利를 말한다. 土地財産權은 土地에 대한 財産權으로 민법상의 土地所有權을 포괄하는 개념이다(柳海雄, 前掲書, 1995, p.168). 또는, 土地財産權을 土地所有權과 利用權을 합친 개념으로 보기도 한다(渡邊洋三, 「土地と財産權」, 1980, p.84).

6) 徐元宇, “土地所有權의 公概念”, 「土地問題」, 1982, p.83.

7) 許在榮, 「土地政策論」, 법문사, 1993, pp.317-318 ; 우리나라는 1970년대 후반에 이러한 公概念을 導入하여 土地의 所有, 去來, 利用·開發 등 여러가지 측면에서 土地에 대한 公共的, 社會的 制限을 가하고 있다. 특히, 1980년대말 지가폭등을 겪은 후에는, 소위 일련의 公概念관련 立法(제정 또는 개정)이 말해주듯이, 이 概念의 適用을 확대하게 되었다. 예컨대, ① 土地의 所有制限制度로서 택지소유

이러한 公概念의 導入에 대해서는, 이것이 土地의 國有化 내지 公有化를 의미하며 自由民主主義 體制에 배치되는 것이라 하여, 또는 토지이용의 합리적 효율성을 확보하여 국민경제생활의 균형있는 발전에 기여해야 한다는 土地所有權의 社會的 義務(Sozialbindung)나 公益性(Gemeinnutzung)을 새삼 강조한 것에 불과하다고 하여 概念導入에 反對하는 見解도 있으나, 오늘날 財産權에는 內在的·私法的 制約뿐만 아니라 外在的·公法的 制限도 포함되어 있으며 土地所有權의 特殊性에 입각하여 土地의 效率的 利用·開發을 도모하기 위해 이 概念의 導入을 肯定하여야 할 것이다. 다만, 公「概念」이라는 用語의 不適合性에 대한 論議를 別論으로 한다면, 그 概念의 「導入」可能性에 대한 論議는 無意味한 것으로서 土地財産權에 대한 가중된 公共性·社會性的의 요구는 이미 憲法規範에 內在되어 있으므로, 「導入」이 아니라 具現 또는 「適用」擴大의 문제에 불과하고, 그 적용을 어느 정도까지 확대할 것인가는 헌법규범의 해석문제이며 결코 헌법정책적 판단의 영역이 아니라고 생각한다.

2) 公共用地取得의 實定法的 根據

Weimar憲法 이래, 現代 福祉國家憲法은 土地所有權등 財産權에 義務性을 부과하고 그 行使는 公共福利에 適合하여야 한다고 규정하고 있다. 우리 憲法도 이러한 규정을 두고 있고 각종 公法과 私法에서 土地所有權등에 대한 規制를 가하고 있다.

상한제(택지소유상한법), 종합토지세(지방세법) 등이 있고, ② 去來規制制度로서 토지거래허가·신고제강화(국토이용관리법), 임야매매증명제도(산림법), 등기의무화제도(부동산등기에관한특별조치법), 부동산실명제(부동산실권리자명의등기에관한법률) 등이 있고, ③ 利用規制制度로서 유희지제도(국토이용관리법) 등이 있으며, ④ 開發利益還收制度로서 개발부담금(개발이익환수법), 토지초과이득세(토지초과이득세법) 등이 있다.

土地財産權의 構造는 기본적으로 土地所有權의 自由에 대한 私法的 制限과 公法的 制限으로 나타나고 있다⁸⁾. 오늘날의 土地法制는 이러한 財産權에 대한 保障과 制限의 變化를 잘 반영하고 있다. 土地法은 현대사회에서 나타나고 있는 土地所有를 둘러싼, 社會的 利益과 私的 利益의 대립을 어떻게 조정할 것인가를 과제로 하고 있다⁹⁾.

(1) 憲法的 根據

憲法은 제23조제1항에서 “모든 國民의 財産權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로 정한다”라고 규정하여, 自由民主主義 經濟體制의 기본전제인 私有財産制度和 財産權保障의 原則을 선언하면서도 동시에 財産權은 法律以前의 超國家的 自然權이 아니라 法律에 의해 그 內容과 限界가 결정되는 것임을 밝히고 있다. 나아가 동조제2항은 “財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다”라고 규정함으로써, 財産權은 無限界의 絶對的 權利가 아니라 公共福利에 適合하게 行使하여야 할 義務가 수반되는 相對的 權利임을 선언하고 있다. 특히 동조제3항에서는 “公共必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다”라고 규정하여, 公共用地의 收用과 損失補償에 관한 直接的 根據과 基準을 제시하고 있는데, 여기서 「正當한 補償」에 의하여 公益과 私益을 調節하려고 하고 있는 것이다.

또한 同法 제37조제2항에서 “國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 必要한 경우에 한하여 法律로써 制限할 수 있으며, 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 侵害할 수 없다.”라고 규정하여, 公共福利¹⁰⁾를 위하여 財産權을 비롯한 基本權의 制限

8) 稻本洋之助·眞砂泰補, 「土地法の基礎」, 1981, pp.8-9.

9) 柳海雄, 「前掲書」, 1995, pp.172-173.

10) 헌법 제23조2항의 「公共福利」는 私法上 財産權制限의 근거이고, 동법 제37조2

가능성을 인정하면서도 그 제한의限界로서本質的 內容의 侵害禁止를 들고 있는데, 여기서 財産權의 「本質的 內容」은 私有財産制度 그 자체라고 볼 수 있으며¹¹⁾ 그 侵害禁止는 私權保護의 마지막 보루라 할 것이다.

그밖에도 經濟條項(제119조, 제120조제2항, 제122조)에서 우리나라 經濟秩序가 社會的 市場經濟體制라는 것과 國土의 效率的 利用·開發을 위해 制限과 義務를 과할 수 있다는 것을 규정하고 있다.

(2) 私法的 根據

民法은 제105조에서 “法律行爲의 當事者가 善良한 風俗 기타 社會秩序와 관계없는 규정과 다른 意思를 表示한 때에는 그 意思에 의한다”라고 규정하여, 헌법상의 私有財産制와 市場經濟秩序 理念에 의거, 契約自由의 原則을 인정하고 있다. 반면에, 同法 제211조에서 “所有者는 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다”라고 규정하고 있는데, 이것은 헌법상의 財産權保障의 內容과 限界를 私法上으로 구체화한 것으로서 결국 私有財産制度와 契約自由의 原則을 전제로 하면서도 所有權에 대한 法律의 制限可能性을 처음부터 예정한 것이며, 그 制限은 外部的·例外的인 것이 아니라 所有權 자체에 內在하는 制約이라는 것을 뜻하는 것이다. 이 때 法律에 의한 制限은 私法的 制限과 公法的 制限이 있으며, 信義誠實·權利濫用禁止의 原則(동법 제2조)에 의해 消極的으로 制限할 수 있을 뿐만 아니라 公共福利의 原理(헌법 제37조2항)에 의하여 積極的으로 所有權의 行使

항의 그것은 公法上 財産權制限의 근거규정이라고 할 수 있다는 견해(李善永, 「土地收用과 補償法論」, 법원사, 1995, pp.9-10)가 있다.

11) 憲法裁判所(1989. 12. 22. 88 헌가 13)는 「토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라 할 것이다」라고 하였다.

를 制限할 수도 있다.

또한 同法 제212조에서 “土地의 所有權은 正當한 利益이 있는 範圍內에서 土地의 上下에 미친다”라고 규정하고 있는데, 이것은 土地所有權은 土地의 效用을 발휘하는데 필요한 범위내에서 地表 뿐만 아니라 地上과 地下에도 미치는 것이나, 所有者의 利益을 침해하지 않는 上空과 地中에는 他人의 利用을 허용하여야 한다는 것을 나타내고 있다¹²⁾.

特例法은 “公共事業에 必要한 土地등의 協議에 의한 取得 또는 使用과 이에 따르는 損失補償에 관한 基準과 方法을 정함”(동법 제1조 전단)으로써 協議(私法上契約)에 의한 任意的 取得·使用의 근거법률이 되고, “公共事業의 원활한 遂行과 損失補償의 適正을 기함”(동법 동조후단)을 목적으로 함으로써 公益과 私益의 調和를 도모하고 있다. 이 法律에 의한 取得은 契約自由의 原則에 制限이 가해져 土地所有者등은 事業施行者가 일방적으로 미리 결정한 契約內容을 사실상 포괄적으로 승인하지 않을 수 없고, 다만 契約을 締結하느냐 않느냐의 자유를 가질 뿐이다.

(3) 公法的 根據

收用法은 “公益事業에 必要한 土地의 收用과 使用에 관한 사항을 규정”(동법 제1조 전단)함으로써 協議(公法上 契約) 또는 裁決(行政行爲)이라는 公用收用に 의한 強制的 取得·使用의 근거법률(一般法)이 되고, “公共福利의 增進과 私有財産權과의 調節을 도모함으로써 國土의 合理的인 利用, 開發과 産業의 發展에 기여함”(동법 동조후단)을 목적으로 하여, 公權과 私權의 調和를 통한 土地利用의 效率性을 추구하고 있다. 이 밖에도 도시계획법, 도시재개발법, 주택건설촉진법, 택지개발촉진법 등의 個別法律에서도 公用收用に 의한 強制的 取得의 근거규정이 있다. 收用法은 公用收用과 補償에 관한 一般法이고, 個別法律은 收用法에 대한 特別法으로서 公益事業

12) 郭潤直, 「物權法」, 박영사, 1993, P.298.

의 範圍, 目的物의 範圍, 事業認定의 擬制, 裁決申請期間, 補償節次 및 補償額算定 등에 관하여 特例를 규정하고 있다.

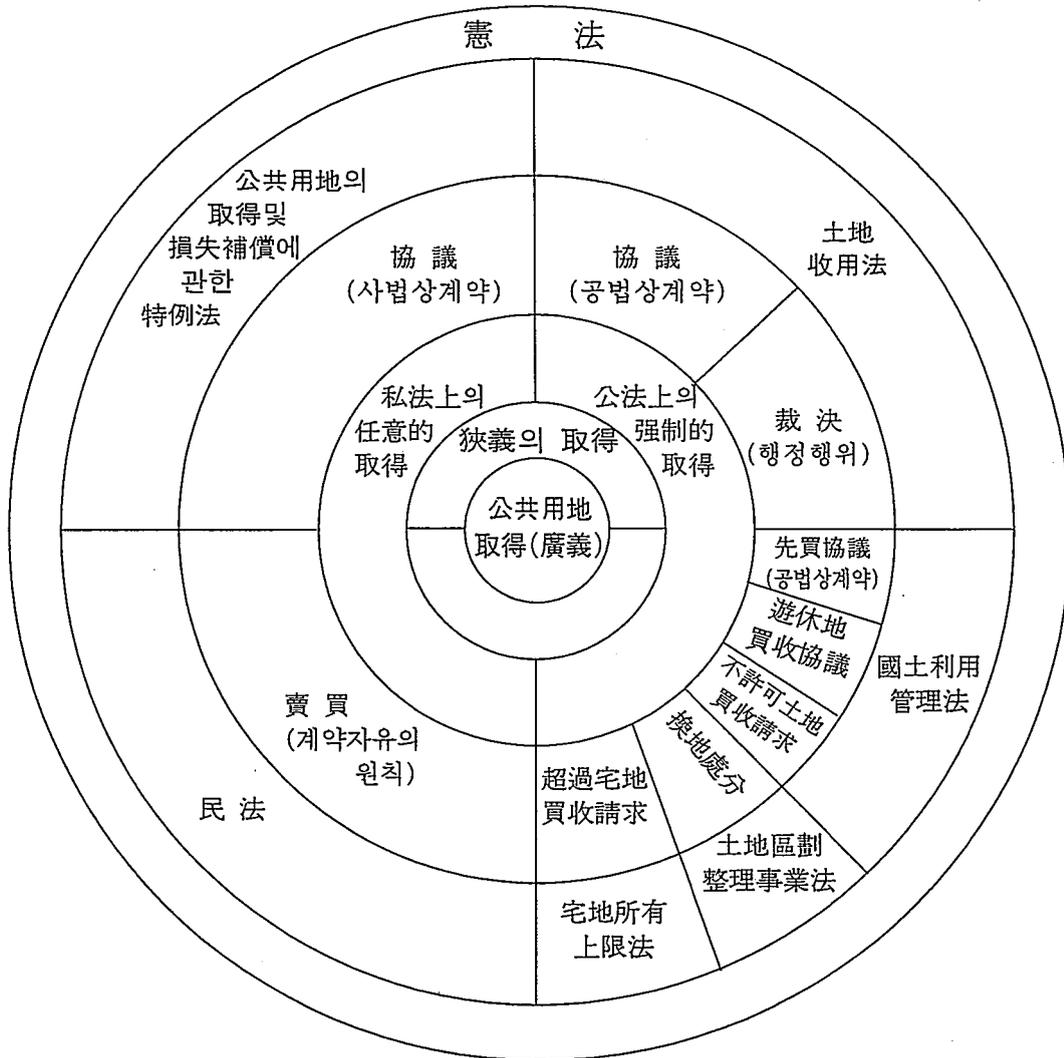
國土利用管理法 제21조의14는 先買協議(公法上 契約)의 制度를 규정하여, 土地去來契約의 許可申請이나 申告가 있을때 國家·公共團體 등이 그 土地에 대하여 公益事業에 使用하기 위한 公共用地의 確保를 위하여 買收를 원하는 경우에는 일반인의 私的 去來에 優先하여 그 土地를 買受할 수 있도록 하고 있다.

土地區劃整理事業法은 '垆地로서의 效用增進'과 '公益施設의 整備'(동법 제2조제1항제1호)를 위하여 土地區劃整理事業을 하는 경우에 公用換地(減步率)에 의한 取得의 근거법률이 되고 있다.

그밖에도, 公的 土地取得方法에는, 국토이용관리법상의 遊休地 買收協議(동법 제21조의12), 去來不許可土地의 買收請求(동법 제21조의15) 및 택지소유상한법상의 上限超過宅地의 買收請求(동법 제31조)에 의한 取得 등이 있으나, 이러한 것들은 公共用地의 確保를 직접적인 目的으로 하는 制度가 아니고, 아직은 별로 활용되지도 않고 있다.

각종 公共用地取得(廣義)의 類型을 公·私法上の 實定法的 根據와 연결시켜 圖解하여 보면, 다음 <그림 2-1>과 같다.

<그림 2-1> 公共用地取得의 類型



第 2 節 公共用地取得上 公益과 私益의 調和

現代福祉國家에서 公共用地의 取得은 위와 같이 그 必要性和 妥當성이 인

정되지만, 公共事業에 필요한 公共用地的 取得 및 그 事業의 遂行으로 인한 公共福利의 增進과 그로 인한 私有財産權의 侵害간에 公益과 私益의 衝突, 公權과 私權의 마찰이라는 問題點을 야기시키게 된다. 土地財産權에 대한 規制는 土地의 所有制限, 去來規制, 利用計劃과 規制, 開發利益의 還收 등 여러가지 形態로 나타날 수 있으나, 公共事業에 必要한 公共用地的 取得은, 그 중에서도 특히 狹義의 取得은, 土地의 所有權과 利用權에 대한 直接的 · 本質的 規制라는 점에서 公益과 私益의 衝突이 첨예화하는 것이다. 따라서, 어떻게 하면 個人의 財産權을 最大限 保障하면서도 公共福利를 增進시킬 수 있을 것인가가 특히 중요한 課題로 등장하게 되는 것이다. 결국 公用用地的 取得과 公共事業의 遂行이 土地財産權의 侵害를 正當化시킬 만큼 公共福利의 增進에 기여하는 것인가에 따라, 公益과 私益을 比較 · 衡量하여 결정할 것이다.

1. 公益의 概念 및 私益과의 關係

公益은 行政의 理念的 最高價値이며 行政人의 活動에 관한 최고의 規範的 基準이다¹³⁾. 公益의 概念에 관하여 「社會一般의 利益」, 「不特定多數人の 利益」, 「社會構成員의 配分的 利益」 등 여러 가지 定義가 있으나, 이들을 종합하여, 公益이란 「一般的인 不特定 · 多數人の 配分的인 利益」이라고 정의하는 것이 타당하다고 본다. 즉 公益이란 多數人の 利益이어야 함은 물론 不特定の 多數人の 利益이어야 하고, 그 利益은 一般性을 가진 利益이어야 하며, 그 利益은 경쟁하는 利益들의 단순한 總合(the sum)이 아님은 물론, 상반된 利益간의 妥協物(a compromise)도 아닌 配分的 利益이라는 것이다. 이리하여, 公共福利(public welfare) 또는 一般福祉(general welfare)의 概念에

13) 金圭定, 「行政學原論」, 법문사, 1997, p.141.

는 公益의 概念이 널리 포함되어 있다고 볼 수 있으며, 共同善(common good) 또는 共同利益(common interest)도 公益概念과 유사한 概念이라 할 수 있다¹⁴⁾. 결국, 公益이란 不特定·多數人의 利益으로서 個人이나 集團의 特殊利益이나 私益을 초월한 社會全體의 共有價値로서 社會一般의 共同利益을 말한다고 하겠다¹⁵⁾. 반면에, 私益이란 「私人의 利益」, 「特定·少數人의 利益」, 「個人이나 集團의 特殊利益」 또는 「公益이 아닌, 個人의 利益」이라고 정의할 수 있을 것이다.

그러나 公益의 概念을 이와같이 정의한다고 할지라도 구체적·현실적으로 과연 그 內容이 무엇인가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다. 公益概念의 구체적 규정은 구체적인 社會狀況·政治狀況·傳統狀況 등에 비추어 볼 때에만 가능해지는 것이다. 이러한 公益의 概念問題는 실은 「이러한 것이 公益이다」라는 식의 分析的(analytical)인 것이라기보다는 「行政 또는 行政人은 마땅히 公益에 충실하여야 한다」는 식의 規範的(normative)인 면을 강조하는 문제이기도 한다.

여기서 公益이란 것이 私益과 別個의 것으로서 또는 私益을 초월한 것으로 存在하느냐 하는 문제가 제기된다. 이러한 문제에 대하여는 다음과 같은 세가지 見解가 대립되고 있다¹⁶⁾.

첫째, 實體說(公益의 單一存在論)은 集合主義的 立場에 서서 公益은 私益을 초월한 道德的·規範的인 것으로 存在하며 따라서 私益과의 갈등이란 있을 수 없다고 한다. 이들은 公益의 內容에는 自然法, 正義, 善, 平等, 衡平, 自己完成, 共通으로 갖고 있는 價値 등이 있으며, 私益의 集合(sum)과는 다른, 公益이라는 實體가 있다고 先驗的으로 믿고 있다.

14) 崔昌浩·鄭世煜, 「行政學」, 1974, pp.56-57.

15) 金圭定, 「前揭書」, 1997, p.141.

16) 朴東緒, 「韓國行政論」, 1997, pp.244-248.

둘째, 過程說(公益의 實體否定과 複數論)은 個人主義의 입장에 서서 私益을 초월한 별개의 것으로서의 公益이란 있을 수 없으며 公益이란 수 많은 私人間의 葛藤의 調整·妥協의 소산이 될 수 밖에 없다고 한다. 이들은 정당한 절차를 밟아 참여하는 利益集團過程을 거쳐 산출된 「公益」은 不可避하게 單一性을 지니는 것이 아니라 複數性을 지니게 된다고 한다.

셋째, 위 두가지 見解의 統合論은 私益의 集合이 아닌 公益의 存在를 인정하면서도 私益과 關聯시켜 생각하고 있다. 이들은 公益이란 私益의 集合體도 아니며 또한 私益間의 妥協의 所産도 아니기는 하지만 그렇다고 해서 私益과 전혀 절연된 別個의 것도 아니라고 한다.

요컨대, 이러한 論議는 私益의 集合과는 다른, 公益이라는 별개의 實體가 있다고 보느냐, 아니면 私益間의 利益調整過程의 결과에 불과한 것이 公益이냐 하는 公益의 本質論에 관한 것이지만, 公益과 私益의 相關性을 인정하는 統合論이 타당하다고 본다.

그러나, 本 研究에서는 公益의 本質論은 별 의미가 없고 私益과 구별되는 公益의 概念도 「公共福利」라는 정도로 이해하여도 무방할 것이며, 문제는 어떻게 公益과 私益을 調和시키느냐에 있다고 본다.

2. 公益과 私益의 調和

公共用地的 取得에 있어서 公益이란 「公共用地取得의 效率性」 및 「公共事業의 원활한 遂行」 또는 그로 인하여 增進되는 「公共福利」 또는 「公共의 利益」을 뜻하고, 私益이란 그로 인하여 侵害되는 「土地所有權등 私有財産權」 또는 「個人의 利益」 또는 그로 인하여 얻어지는 「開發利益」을 뜻한다고 할 수 있을 것이다.

現代 福祉國家에서 公共事業의 遂行은 公共의 利益과 國家社會의 發展을

위해 필수불가결한 것이지만, 이러한 公共事業에 必要한 公共用地의 取得에 있어서 個人에게 부과되는 特別한 犧牲 등 私有財産權의 侵害를 가볍게 다루어서도 안되는 것이다. 公共事業의 遂行을 통한 公共福利의 增進이 아무리 가치있는 것이라 하더라도 公共用地取得에 있어서 個人의 財産權保障에 소홀한다면, 진정한 公共福利의 增進이 될 수 없으며 自由民主主義 體制에 대한 도전이 될 뿐인 것이다. 반면에, 私有財産權 保護의 이름으로 公共用地取得의 效率性을 저해한다면, 公共事業의 원활한 遂行은 차질을 빚게 되고 결과적으로 公共의 利益을 추구할 수 없게 되는 것이다. 따라서 自由民主主義 國家에서 公益과 私益의 調和는 公共用地의 取得에 있어서 基本理念이라 하겠고, 이러한 理念은 公共用地取得의 根據規定인 憲法 제 23조제3항에서 출발하여 特例法과 收用法의 適用단계 전반에 걸쳐 구현되어야 하는 것이다.

公共用地取得上 公益과 私益의 調和라는 理念은 公共性概念에서 利益衡量の 원칙, 目的物의 範圍에 있어서 必要한 最小限의 원칙, 損失補償에 있어서 完全補償의 원칙이라는 세가지 基本原則을 통하여 具現될 수 있다. ① 여기서 利益衡量の 원칙은 適合性, 必要性, 相當性이라는 세가지 下位原則을 그 內容으로 하여, 그 事業이 公益에 적합하고, 任意的 取得이 불가능하여 強制的 方法이 불가피하며, 事業을 통하여 증진되는 公益이 침해되는 私益보다 큰 것이어야 한다는 뜻이다. ② 必要한 最小限의 원칙은 非代替性, 必要性, 最小限性이라는 세가지 下位原則을 그 內容으로 하여, 성질상·사회통념상 그 目的物에 대체될 수 있는 다른 物件이 없고, 그 目的物이 公共事業에 편입되는 것이 불가피한 상황이며, 그 범위에 있어서 최소한도로 取得하여야 한다는 뜻이다. ③ 完全補償의 원칙은 時價補償, 事前補償, 金錢補償 등을 그 下位原則으로 하여, 침해되는 財産權의 時價·去來價格에 의한 客觀的 價値를 공사착수전 또는 수용의 시기전에 現金으로 지급하

여야 한다는 뜻이다.

이러한 세가지 基本原則 중에서도 利益衡量的 원칙은 가장 중요한 원칙으로서 必要한 最小限의 원칙이나 完全補償의 원칙속에 사실상 內在되어 있으며, 따라서 特例法과 收用法상의 取得要件과 각 단계별 取得過程 전반에 걸쳐 적용된다고 볼 수 있다.

3. 私權保護의 問題

公共用地取得上 公益과 私益의 調和라는 理念은 私權¹⁷⁾의 保護라는 차원에서 接近하는 것이 진정한 公益과 私益의 調和를 달성하는 길이 될 것이다. 現代行政國家는 國家機能의 擴大·強化·專門化로 個人의 財產權을 侵害할 가능성이 많아졌고, 특히 급격한 産業化·都市化로 택지·산업용지·공장용지·도로 등 公共用地에 대한 需要는 급증하고 있으며, 이를 取得하는 過程에서 그동안 公益의 이름아래 私益의 침해가 많았음을 감안한다면, 이제는 私權의 保護를 통한 公益과 私益의 調和를 추구하여야 할 것이다. 더구나, 오늘날 民主化·地方化 時代에는 土地所有者등의 權利意識이 強化되어 私權의 侵害가 있으면 用地取得에 어려움만 초래할 것이며, 私權의 保

17) 私權은 私法上的 權利로서 權利의 주된 機能을 중심으로 분류하면, 支配權, 請求權, 形成權, 抗辯權, 期待權으로 나누어진다. 이중 支配權(絶對權)은 財產權과 非財產權으로 나누어지고, 財產權에는 物權, 準物權, 無體財產權이 있다. 請求權(相對權)의 전형적인 것에는 債權이 있다.

公權은 公法上的 權利로서 國家的 公權과 個人的 公權으로 분류될 수 있다. 國家的 公權은 국가·공공단체 등의 行政主體가 우월적 意思主體로서 個人에 대하여 가지는 權利를 말하며, 그 權利의 目的에 따라 組織權, 警察權, 規制權, 公用負擔權, 財政權 등으로 나누어진다. 個人的 公權은 個人이 行政主體에 대하여 가지는 權利를 말하는데, 전통적으로 그 內容에 따라 自由權, 受益權, 參政權 등으로 나누어진다.

護가 오히려 用地取得의 효율성을 증진시켜 줄 것이다.

狹義의 取得方法 중 公用收用(收用法에 의한 取得)은 物的 公用負擔의 하나로서 특정한 公益事業 기타 福利行政上의 目的을 위하여 個人의 특정한 財産權을 法律의 힘에 의하여 強制的으로 取得하는 것인데, 이러한 公用收用의 權利를 行使하면, 여기서 公用收用權이라는 國家的 公權과 土地財産權이라는 私權의 마찰이 생기고, 私權保護의 문제가 제기되는 것이다. 한편, 特例法에 의한 取得은 形式的으로는 私法上의 契約에 의한 任意的 取得이지만, 契約自由의 原則에 制限이 가해져 土地所有者등은 事業施行者가 미리 결정한 契約內容을 포괄적으로 승인하지 않을 수 없고 계약체결여부에 대한 선택권만 가질 뿐이며¹⁸⁾, 더구나 배후에 公權力의 行使(公用收用)가 잠재되어 있으므로 實質的으로는 강제양도적 성격¹⁹⁾을 띠지 않을 수 없으며, 따라서 여기에서도 私權保護의 문제가 제기될 수 있다.

우리나라는 第3共和國이래 經濟成長과 國力培養을 위해 國民의 基本權을 留保하면서 까지 大單位開發事業과 社會間接資本의 擴充 등 公共事業을 적극적으로 추진하게 되었고, 이에 따른 公共用地的 取得增加는 많은 國民에게 特別한 犧牲을 강요해 왔다. 이리하여 國土의 狹小, 人口의 過密, 財政의 貧困 등 여러가지 脆弱한 與件을 극복하고 팔목할 만한 經濟成長과 所得增大를 이루었으나, 그 過程에서 土地所有權을 비롯한 個人의 財産權을 公權力에 의해 強制的으로 取得하면서 正當한 補償조차 지급하지 않음으로써 私有財産權에 대한 중대한 侵害를 일삼아 왔다. 이것은 公共事業의 遂行을 통한 公益實現에 치중한 나머지 公共用地 取得過程에 있어서 私益保護를 경시한 것이며 公權에 의한 私權의 侵害를 뜻하는 것이다.

18) 李善永, 「前揭書」, 1995, p.204.

19) 徐元宇, 「補償制度의 當面課題 및 改善方向」, 「公共用地取得에 따른 損失補償制度改善에 관한 세미나」, 한국토지공사, 1988. 5.10, p.6.

앞으로는 公共事業의 遂行에 必要한 公共用地의 取得에 있어서 私權의 侵害를 방지하여 私權의 保護를 통한 公益의 增進, 公權과 私權의 調和를 도모하여야 할 것이다. 특히, 現行憲法은 第5共和國憲法에 비하여 「正當한 補償」의 지급 등을 규정하여(동법 제23조제3항), 完全補償의 理念을 강화하고 私有財産權을 비롯한 個人의 基本的 人權의 保障을 전반적으로 강화하고 있으므로, 公共用地의 取得에 있어서도 發想의 轉換에서 부터 制度上의 問題點 補完·改善, 執行過程과 運用上의 問題點 改善, 土地政策的·社會政策的 方向設定에 이르기까지 私權保護에 충실하여야 할 것이다. 특히, 私權保護에 관한 法制的 側面에서의 改善方案이 研究·立法化되어야만 公共用地 取得過程에서 土地所有者등과의 마찰을 制度的·根源的으로 방지하고 公共事業의 원활한 遂行을 추진할 수 있을 것이다. 이러한 改善方案의 法制化는 公權과 私權의 마찰을 해소하여 公共事業의 원활한 遂行에 기여하여 公益增進의 實現期間을 단축시킬 것이며, 이렇게 구현된 公益增進은 다시 個人에게 再分配되어 궁극적으로는 私益에 귀속될 것이다. 따라서, 公益과 私益은 서로 相衡되면서도 調和를 이루는 것이고, 私益의 保護와 公益의 增進은 동시에 추구할 수 없는 對立關係에 있는 것이 아니라, 私權의 保護를 통한 公益의 增進에 의하여 調和點을 찾음으로써 해결될 수 있는 補完關係에 있다 할 것이다.

第 3 節 各國의 公共用地 取得制度

각국의 公共用地 取得制度는 그 나라의 歷史的 背景, 國土의 廣狹등 自然的 環境, 人口의 密度·財政의 貧富 등 社會的·經濟的 構造, 그리고 土地法

體系の 母胎와 土地政策의 方向 등에 따라 여러가지 形態로 서로 다르게 나타나고 있다. 그러나, 각국의 制度는 대체로 다음에 설명하는 土地收用型和 土地備蓄型の 두가지 類型을 함께 갖추고 있으며, 다만 그 具體的 內容과 適用範圍 등에 있어서 차이를 나타내고 있다.

公共用地取得의 「概念」의 廣狹에 대응하여 그 「制度」는 土地收用型(狹義의 公共用地取得)과 土地備蓄型(廣義의 公共用地取得)으로 대별할 수 있다²⁰⁾. 前者는 現在의 特定한 公共事業에 제공하기 위하여 特定한 土地를 強制的으로 取得하는 것이고²¹⁾, 後者는 將來의 不特定한 公共事業 기타 公的 需要에 대비하여 미리 상당한 양의 土地를 任意的 또는 強制的으로 取得하여 두는 것을 말한다. 土地備蓄型은 다시 土地先買型和 土地留保型으로 세분할 수 있다. 前者는 土地去來申告制를 전제로 公共事業施行地 또는 事業豫定地의 區域內에 있는 土地를 所有者가 유상양도하고자 할 때, 事業施行者가 우선적으로 取得하는 것이고, 後者는 去來申告制와 관계없이 國家 또는 公共團體가 公的 需要에 대비하여 土地를 取得하여 公有地를 확대해 나가는 것이다.

오늘날 각국의 制度는 아직까지는 收用型이 大宗을 이루고 備蓄型에 의하여 보완되고 있으나, 앞으로 收用型에서 備蓄型으로, 그 중에서도 先買型에서 留保型으로 옮겨 가고 있는 추세에 있다. 즉, 종래에는 特定한 公共事業의 수행에 必要한 最小限의 公共用地 確保에 만족하였으나, 이것이 強制的 取得으로 인한 私有財産權 侵害, 급격한 地價上昇으로 인한 補償金 不足, 節次의 복잡성 및 期間의 장기성으로 인한 事業遂行의 遲延 등 여러가지 問題를 야기

20) 이러한 用語와 概念整理는 學界에서 확립된 것이 아니고, 本 研究의 전개과정에서 필자가 시도해 본 것이다.

21) 우리나라의 特例法에 의한 取得은 任意的 取得이나, 日本의 경우 이외에는 그 예를 찾아볼 수 없는 특이한 제도로서, 그 성격상 收用型에 포섭될 수 있을 것이다.

시키자, 오늘날에는 이러한 問題를 解決하고 증대하는 公的 需要를 충족시키기 위하여 開發計劃 또는 事業施行에 관한 計劃이 決定되기 이전에 상당한 양의 土地를 미리 取得하여 公有土地를 확보해 두고자 하는 것이다.

1. 우리나라의 公共用地取得

1) 公共用地 取得制度的 沿革

(1) 朝鮮土地收用令

우리나라에서 公共用地의 取得과 損失補償에 관한 制度가 최초로 導入된 것은 1911년 朝鮮土地收用令에 의해서 이다. 그 이전의 李朝時代까지는 王土思想에 따라 土地國有制의 原則하에, 個人은 收組權과 耕作權만 가질 뿐이고 國家는 언제든지 필요에 따라 所有權을 行使하여 公共用地를 確保할 수 있었다. 1910年 韓·日合邦後 日帝는 1911년부터 1917년까지 土地調査事業²²⁾을 실시하여 近代的 土地所有權制度를 확립하면서, 公共用地의 取得과 損失補償에 관한 근거법령으로서 土地收用令을 제정하였던 것이다. 그러나, 이때의 公共用地取得은 철도·항만등 軍用施設 및 公共施設의 설치를 위한 것이었으며, 土地收用은 사실상 徵發에 의한 것이 대부분이었고 收用に 따른 補償도 미미하였던 것이다. 즉, 軍用시설용지를 신속하게 취득하기 위한 강력한 公權力 行使에 치중한 반면, 補償을 통한 재산권보호라는 측면은 경시되었던 것이다.

同令은 1945年 解放後에도 계속 시행되어 주로 日帝時代때부터의 繼續事業, 6·25戰亂 이후의 復舊事業 등의 公共事業에 필요한 公共用地取得의 법적

22) 日帝는 1910년에 總督府內에 土地調査局을 설치하고, 1912년 土地調査令을 발동하여 일정한 기간내에 所有者의 주소·성명, 土地의 면적등을 申告하게 하였는데, 未申告된 土地는 모두 總督府에 귀속시켜 全國土의 40%를 소유하였다.

근거가 되었으나, 編入土地의 대부분은 所有者의 默示的인 승인하에 補償없이 취득되거나 미미한 補償에 그쳤던 것이다.

(2) 土地收用法 등 土地公法の 制定

5·16革命後 1961년부터 경제개발 5개년계획을 추진하면서 國土開發事業을 위한 公共用地取得의 必要性이 증대해지자 1962년 1월 15일에 土地收用法을 제정하여, 公共事業의 원활한 遂行과 私有財産權의 保護라는 목적을 함께 달성하기 위하여, 土地를 收用할 수 있는 事業을 同法 畧으로 정하고 適正한 補償이 이루어지도록 法制的으로 보완하였다²³⁾. 이리하여, 公共用地의 強制的 取得에 따른 補償制度가 확립되었고 公益과 私益의 調節을 도모하게 되었다.

또한, 1966년에는 土地區劃整理事業法을 제정하여 土地區劃整理事業의 시행을 통한 公共施設用地 取得의 근거를 마련하였다. 그리고, 1972년에는 國土利用管理法을 제정하여 先買制度를 도입하였다.

(3) 公共用地取得에 관한 特例法の 制定

1970년대에 이르러 그동안의 급속한 經濟成長에 힘입어 公共事業의 遂行이 더욱 활발히 추진되자, 1975년 12월 31일에 公共用地의 取得및 損失補償에 관한 特例法이 제정되어, 同法 畧에서 公共事業의 對象, 土地등의 損失補償에 관한 基準과 方法 및 節次 등을 규정함으로써, 收用以前의 協議에 의한 任意的 取得과 補償의 법적 근거를 마련하였고 國民의 財産權保護에도 일음 이바지하게 되었다. 1980년대에는 個人의 財産權侵害에 대한 正當한 補償의 問題가 강조되자, 다원화된 評價基準과 方法을 同法 規則에 통합·정비하여 評價의 客觀性과 補償의 適正性을 제고하였다.

23) 그 후, 1971년에 都市計画法, 1976년에 都市再開發法, 이어서 住宅建設促進法 및 宅地開發促進法 등 收用에 관한 個別法이 제정되었다.

2) 現行 公共用地 取得制度

(1) 公共用地取得의 背景과 動向

우리나라는 99,607km²(3,013,112萬坪)의 좁은 國土에 4,485萬名의 國民들이 生活하고 있어²⁴⁾ 人口의 過密現象을 나타내고 있을 뿐만 아니라, 國土의 66%를 山地가 차지하고 있어 土地利用構造도 취약한 실정이다²⁵⁾.

이러한 與件下에서도 최근 고도의 經濟成長에 따른 都市化·産業化로 인하여 社會間接資本의 확충과 大單位開發事業을 비롯한 각종 公共事業을 적극적으로 추진하게 되었고, 이것은 公共施設用地·工場用地·宅地用地 등 公共用地 取得에 대한 需要를 크게 증가시켰으며, 이러한 추세는 앞으로도 계속될 전망이다. 그러나 財政의 貧困, 國·公有地의 狹小(全國土의 21%) 등으로 事前에 公共用地를 備蓄해 두지 못하고 있어 公共事業의 시행에 必要한 대부분의 土地를 新규로 取得할 수 밖에 없고, 이에 따라 결과적으로

24) 建設交通部, 「國土利用에 관한 年次報告書」, 1996.

25) 우리나라(남한)의 국토면적은 1995년말 현재 99,607km²로서 10만km²가 채 안된다. 이는 지구전체 육지면적의 약 0.07%에 지나지 않으며 세계의 약 200개 국가중 98번째에 해당한다. 이와 같은 작은 땅덩어리에 인구는 세계에서 23번째로 많은 4,485만명으로 인구밀도(451명/km²)는 방글라데시, 대만에 이어 세번째 높은 나라이다. 게다가, 국토 이용구조를 보면, 산지가 전국토의 66%, 농경지가 22%에 달하여 실제로 이용가능한 국토면적은 4.5%에 지나지 않는 실정이다. 국민 1인당 국토면적은 2,221m²(672坪)로서 일본보다 좁으며 특히 도시지역에서 1인당 이용가능한 주거면적은 5평도 안된다. 이와 같이 세계에서 가용 토지면적이 가장 좁은 우리나라는 어느 나라 보다도 토지를 가장 효율적으로 이용·개발하고 보존·관리하여야 한다. 그럼에도 불구하고, 서울에 전체인구의 4분의 1, 수도권에는 약 43%가 모여 살고 있으며, 더욱이 토지소유가 일부계층에 편중되어 있다고 한다(許在榮, 前掲書, 1993, p.1 참조) ; 우리나라는 전국 사유지의 65.2%를 상위 5%의 국민이 소유하고 있고, 대도시 및 인근 중소도시는 상위 5%가 전체 사유지의 70% 이상을 보유하고 있다고 한다(土地公概念研究委員會, 「土地公概念研究委員會 研究報告書」, 국토개발연구원, 1989, pp.33-35).

는 私有財産權에 대한 特別한 犧牲을 요구하지 않을 수 없게 된 것이다.

그런데, 종전의 公共用地 取得(狹義)이 收用法上의 協議 또는 裁決에 의한 強制的 取得에 의존하여 私有財産權의 保障과 심한 마찰을 불러 일으키게 되자, 特例法(1975년말)을 제정하여 協議에 의한 任意的 取得方法을 도입하고 損失補償의 基準과 方法을 구체화하기에 이르렀다. 이리하여, 그동안 대부분의 公共用地取得은 特例法上의 協議에 의해 取得되었고, 收用法上의 協議에 의한 取得이 상당한 양을 차지하고 있었으며 裁決에 의한 取得은 약간에 불과하였다. 예컨대, 1982년의 경우 총 취득면적 136,678千m² 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 78%, 수용법상의 협의에 의한 취득이 21.7%인데 비하여 재결에 의한 취득은 0.3%에 불과하였으며, 1986년의 경우에도 124,184千m² 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 63.4%인 반면에, 수용법상의 협의에 의한 취득이 33.6%, 재결에 의한 취득은 3% 밖에 되지 않았다. 그러나, 民主化·地方化라는 時代的 흐름에 따라 完全한 補償에 대한 욕구가 표출되면서, 그 樣相이 달라지고 있는 실정이다. 예컨대, 1987년의 경우 151,985千m² 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 57.5%로 감소한 반면에, 수용법상의 협의에 의한 취득이 28.6%, 재결에 의한 취득은 13.9%나 되었다. 1989년에서 90년 사이에는 종래의 樣相에 회귀하여, 1989년의 경우 161,984千m² 중 82.7%가 특례법상의 협의, 13.1%가 수용법상의 협의, 4.2%가 재결에 의한 취득이었다. 1991년부터 다시 새로운 樣相이 나타나, 93년에는 139,349千m² 중 특례법상의 협의는 35.2%에 불과한 반면에, 수용법상의 협의는 58.2%나 되고 재결도 6.6%에 이르게 되었다²⁶⁾.

이러한 現象은 時代的 狀況의 產物로서, 당시의 政治·社會的 要因, 經濟的 要因 등이 變數로 작용한 결과라고 볼 수 있겠다. 政治體制의 民主性, 土地政策의 合理性, 國民의 權利意識, 地價·物價의 安定性 등에 따라 任意的 取得方法과 強制的 取得方法, 또는 특례법상의 협의, 수용법상의 협의와 재

26) 建設交通部, 「前掲書」, 1995, p.154. 참조.

결 중 어떤 방법이 主流를 이루느냐가 결정되어 왔다고 說明할 수 있을 것이다. 예컨대, 70년대 후반에서 80년대 초반까지는 權威主義 政治體制下에서 地價上昇에 대한 대책 또는 投機對策²⁷⁾으로서 政府의 8·8 조치 및 公概念導入 意志表明 등으로 國民의 權利意識은 위축되었고, 따라서 특례법상의 협의에 적극적, 자발적으로 협력하였으나, 1987년 民主化의 熱望과 6·29선언의 영향으로 새로운 樣相이 나타나 특례법상의 협의에 의한 취득율이 낮아지고

27) 우리나라는 1975년부터 90년까지 지가가 13.4배나 양등하여 국민소득(3.4배)이나 도매물가(3.1배)보다 3~4배나 더 높게 상승하였다. 지가급등의 구조적 원인은 가용토지가 전국토의 4.5%에 불과하여 토지공급이 극도로 제한되어 있는 반면에, 급격한 산업화·도시화로 토지수요는 크게 늘어났기 때문이지만, 그 이면에는 망국적인 부동산투기가 큰 원인으로 작용하였음을 직시하여야 하겠다. ① 1977~78년경 중동에서의 외화획득·인플레이·주택부족현상·대체투자시장의 불완전·경제성장과 경기순환 등 복합적 요인으로 부동산투기가 일어났고, ② 82년~83년에는 통화공급증가와 금리인하조치 및 금융증권사건 등으로 투기가 재연되었고, ③ 신규아파트건설에 의한 부지수요의 증대로 투기가 심화되었다. ④ 88년~90년에는 선거와 경기순환, 서울올림픽행사 및 개발사업 등으로 최고조에 이르렀다.

이러한 부동산 투기에 대하여 정부의 대응은 대중요법과 충격요법에서 종합적 대책으로 점차 발전하고 있으나, 투기대책이 아닌 토지정책적 차원의 사전예방적, 장기적 대책으로는 미흡하며 사권과의 마찰도 문제되고 있다. ① 78년 1월~8월에 세제 및 행정적 규제의 강화에 이어 소위 8·8조치(부동산투기억제 및 지가안정을 위한 종합대책)에 의하여 토지거래허가·신고제 및 관인계약서제도를 도입하여 투기를 진정시켰고, ② 83년~86년에 보다 종합적인 대책을 마련하였으나, 88년~90년의 투기를 예방하지는 못하였다. ③ 88년~90년경에는 보다 근본적인 대책을 마련하여, 토지공개념연구위원회를 구성하고 택지소유상한제, 개발이익환수제, 토지거래규제강화, 종합토지세, 토지초과이득세, 기업의 비업무용 토지규제 강화 등 획기적이고 강력한 제도를 도입하기에 이르렀고 그 효과도 얻었으나, 토지초과이득세의 헌법불합치결정, 토지거래허가제의 위헌논의 등 사권과의 마찰을 불러 일으키고 있다. ④ 95년 3월엔 부동산실권리자명의등기에관한법률을 제정하여 95년 7월부터 부동산실명제를 실시하고 있으나, 그 타당성과 실효성에 대한 논의가 진행 중에 있다.

재결 취득율이 높아졌다가, 88년 올림픽 이후 公概念관련 法律의 制定 등 강력한 不動產投機對策의 영향으로 종래의 樣相으로 회귀하였다고 볼 수 있겠다. 1991년부터, 정부의 강력한 투기대책에 대한 반작용으로서 일부 공개념관련법률의 위헌논의 등 私權侵害의 문제가 제기되면서, 다시 새로운 樣相이 나타나 특례법상의 협의 취득율이 감소하기 시작하여 93년 文民政府의 출범으로 더욱 감소하고 있는 것으로 分析된다. 이러한 分析은 앞으로의 政治·社會的, 經濟的 變化를 豫測하면, 미래의 公共用地 取得方式과 樣相을 豫測할 수 있고, 나아가 補償과 民願에 대한 예측까지 할 수 있다는 推論을 가능하게 한다. 결국, 앞으로도 民主政府下에서 私權意識이 고양된다고 본다면, 用地取得難은 더욱 가중되고 民願은 복잡다기해질 것이며, 따라서 公·私益의 調和는 私權의 保護를 통해서만 달성할 수 있게 될 것이다.

(2) 現行制度의 特色 -特例法과 收用法의 關係-

우리나라의 現行 公共用地 取得(廣義)制度는 私法上의 法律行爲에 의한 取得과 公法上의 協議 또는 行政行爲에 의한 取得으로 나누어 볼 수 있다.

이것을 公共用地取得 「概念」의 廣狹에 따라 分說해 보면, ① 狹義의 公共用地取得은 私法에 의한 取得으로 特例法上의 協議(私法上契約)에 의한 取得이 있고, 公法에 의한 取得으로 收用法(기타 個別法)上의 協議(公法上契約) 또는 裁決(行政行爲)에 의한 取得이 있으며, ② 廣義의 公共用地取得은 이밖에도 私法에 의한 取得으로 民法上의 契約自由에 의한 取得이 있고, 公法에 의한 取得으로 國土利用管理法上의 先買協議(公法上契約)에 의한 取得과 土地區劃整理事業法上의 換地處分(行政行爲)에 의한 取得이 있다.

이러한 概念에 대응하여, 現行「制度」의 特色을 살펴보면, 우리나라는 國土의 狹少, 人口의 過密, 財政의 貧困 등으로 아직까지 ① 收用型에 의한 取得(狹義의 公共用地取得)에 주로 의존하고 있고, ② 備蓄型에 의한 取得(廣義의 公共用地取得)으로는 先買型이 도입단계에 있을 뿐이고 留保型은 검토단

계에 머무르고 있으며²⁸⁾, 따라서 私權侵害의 우려도 그만큼 크다고 하겠다. 그러나, 우리나라의 收用型取得은 收用法에 의한 強制的 取得 이전에 特例法에 의한 任意的 取得의 機會를 보장하고 있는데, 이것은 일응 私權保護를 위해 그나마 다행스러운 制度라 하겠으나, 다른 나라에서 類例를 찾기 어려운 특이한 제도라 하겠다²⁹⁾.

그런데, 現行法制은 特例法과 收用法의 關係에 있어서 特例法에 의한 任意的 取得이 收用法에 의한 強制的 取得의 必要的 先行節次에 해당하는가에 대하여 明文規定을 두지 않아 解釋上의 문제를 남겨 두고 있다. 이에 관한 理論的 研究³⁰⁾도 부족한 실정이나, 多數說은 特例法에 의한 取得을 收用法에 의

28) 우리의 현실에 비추어 볼 때, 당분간 備蓄型으로의 轉換은 어려울 것 같고, 收用型에서의 私權保護를 위한 改善策을 강구하는 것이 당면한 課題라고 생각되어, 本研究의 範圍도 주로 이것을 대상으로 삼고 있다.

29) 다만, 日本에서 「公共用地的取得에 관한 特別措置法」을 제정하여 簡易한 節次에 의해 取得할 수 있는 제도를 마련하고 있다.

30) 任意的 取得과 強制的 取得이 先·後行的 關係에 있는가 選擇的 關係에 있는가에 대하여 多數說은 통일적, 선·후행적 관계에 있다는 前者의 입장을 취하고 있으나 독립적·선택적 관계에 있다는 反對說도 있다.

多數說의 見解 : 公共用地的 取得에 있어서는 제일차적으로는 「公特法」(特例法)에 의한 取得과 그에 따른 損失補償이 고려되고, 그것이 如意치 못한 경우에 土地收用法이 규정하는 收用節次에 의한 取得과 그에 따른 損失補償이 문제되거나, 이 경우에 있어서도 收用節次の 일환으로서 協議過程이 先行된다(徐元宇, 前揭論文, 1988.5.10, pp.8-9) ; 公用收用은 임의매수가 불가능하거나 협의나 화해가 성립되지 않는 경우에만 행하여 진다(金南辰·朴尙熙, 「前揭書」, 1994, p.93) ; 公用收用은 개인의 특정한 재산권을 강제적으로 취득하는 것으로 헌법상 보장된 재산권에 대한 중대한 침해를 의미하기 때문에 손실보상을 전제로 엄격한 제약하에서 협의가 성립되지 않는 경우에만 인정되는 것이고 보통은 任意買收의 방법에 의하여 公共用지를 취득하여 왔다(石琮顯, 「新土地公法論」, 경진사, 1994, p.333).

少數說의 見解 : 公共用地的 協議取得과 公用收用に 의한 強制取得의 상호관계는 현행법상으로 양자는 서로 전혀 관계없이 독립된 法制度로 취급되고 있다. 따라서

한 取得의 必要的 先行節次로 보아 任意的 協議取得이 不可能한 경우에만 強制的 協議 또는 裁決取得을 할 수 있는 것으로 보고 있고, 實務에서도³¹⁾ 이와 같은 입장에서 用地取得과 補償業務를 수행하고 있는 것으로 보인다. 小數說은 양자는 獨立된 法制度로서 任意的 取得이 可能的 경우에도 바로 收用節次를 개시하여 強制的 取得을 할 수 있다고 본다. 特例法은 民法에 대한 「特例法」으로서 限時的 性格을 지니고 있다는 점에 비추어 보면 法理上으로는 小數說의 견해도 일리가 있으나, 當事者가 對等한 地位에서 協議에 의하여 取得하는 方法이 우선적으로 적용되어야 한다는 점에 비추어, 그리고 實務上の 慣行과 本 研究의 目的에 비추어 여기서는 多數說의 견해를 따르고자 한다. 다만, 收用法에 의한 取得節次內에서는 同法 제25조에서 協議前置主義를 취하여 協議가 성립하지 아니하거나 協議를 할 수 없는 경우에만 裁決을 신청할 수 있도록 明文으로 규정하고 있고, 따라서 協議를 거치지 아니하고 裁決을 신청하는 것은 설사 재결이 있었다고 하더라도 그 처분은 違法이며 원칙적으로 無效가 된다고 본다³²⁾.

3) 特例法과 收用法의 性格

(1) 特例法の 目的, 性格과 地位

公共用地的取得및損失補償에 관한特例法은 公共事業에 必要的 土地등의 任意的 取得·使用과 이에 따른 損失補償에 관한 基準과 方法을 정하는 特例法이다. 特例法은 “公共事業에 必要的 土地등의 協議에 의한 取得 또

公特法에 의한 協議가 중단되고 收用節次로 이행하게 되는 경우 協議節次는 모두 원점으로 돌아가고 公用收用節次라는 전혀 새로운 별개의 절차가 시작하게 된다 (孫鎭相, 「딤建設로 인한 損失補償에 관한 研究」, 박사학위논문, 고려대, 1996, p.35); 藤田宙靖, 「西トイシの土地法と日本の土地法」, 1988, p.214 참조.

31) 建設交通部, 「前掲書」, 1995, p.154 참조.

32) 大判 71.5.24, 70다 1459 참조.

는 使用과 이에 따르는 損失補償에 관한 基準과 方法을 정함으로써 公共事業의 원활한 수행과 損失補償의 適正을 기함을 목적으로 한다”(동법 제1조). 여기서 ‘土地등의 取得·使用’이란 公共事業에 必要한 土地등을 土地收用法에서 定한 節次에 의하지 아니하고 協議에 의하여 事業施行者가 取得·消滅시키거나 使用·制限하는 것을 말한다(동법 제2조4호, 5호 참조).

公共用地의 取得(狹義)過程은 特例法上の 協議에 의한 取得과 收用法上の 協議 또는 裁決에 의한 取得으로 나누인다. 이중, 特例法은 비록 契約自由의 內容(內容決定, 相對方選擇, 方式의 自由등) 대부분이 制約되기는 하나 當事者가 對等한 地位에서³³⁾ 契約締結自由의 原則에 의거하므로 그 法的 性格은 어디까지나 私法關係이며, 따라서 特例法上の 協議에 의한 取得은 私法上の 契約에 의한 任意的 取得으로서³⁴⁾ 公權力의 行使가 배제된다는 점에서 일응 私權保護의 견지에서 바람직한 方法인 것이다.

特例法에 의한 取得과 收用法에 의한 取得의 關係는, 비록 明文의 規定은 없으나, 前述한 바와 같이 選擇的關係에 있는 것이 아니라 先·後行的, 前·後置的 關係에 있다고 본다면, 前者의 任意的 方法이 불가능한 경우에

33) 當事者地位의 對等性 : 特例法上の 協議는 當事者가 形式上으로는 對等한 地位에서 契約締結自由의 原則에 의하여 請約과 承諾에 의한 私法上の 契約을 締結하는 것이며, 事業施行者가 비록 行政主體이기는 하나 土地등의 所有者에 대하여 公權力的 主體로서 優越的 地位에 있는 것이 아니라 平等關係 내지 對等關係·非統治關係를 유지하는 것이고 契約自由의 內容 일부가 제한받을 뿐이다. 이것은 特例法에 의한 취득이 收用法에 의한 取得보다 私權保護의 측면에서 더 바람직하다는 것을 의미한다.

34) 通說 : 朴鈺炘, 「前掲書(下)」, 1996, p.653 ; 金南辰·朴尙熙, 「前掲書」, 1994, p.92 ; 石琮顯, 「前掲書」, 1994, p.333. 判例 : 大判 91 다 28290, 1992. 2. 14. ; 憲判 헌마 213 병합, 1994. 2. 24. 다만, 任意買收는 公用收用이 그 배경이 되고 있기 때문에 형식상으로는 私法上の 契約이지만 실질적으로는 公用收用に 가까운 제도이다(金南辰·朴尙熙, 「前掲書」, 1994, p.92).

만 後者의 強制的 方法에 由來로 이행할 수 있게 된다. 따라서, 事業施行者의 이 두가지 方法에 對한 選擇權을 배제하고 特例法에 依한 任意的 取得에 先行的 地位를 부여함으로써 私權의 保護를 制度的으로 保障하고 있는 것이다.

여기서 特例法의 法的 性格이 비록 私法이라고 하더라도 民法上의 契約自由의 原則이 그대로 適用될 수 없는 특별한 예외인 特例法인 이상, 協議에 依해 公共用地를 取得하기 위해서는 事業의 公共性을 비롯하여 當事者, 目的物 및 契約의 締結節次와 方式 등에 있어서 特例法이 정하는 要件을 충족하여야 하는 것이다. 이것은 特例法에 依한 取得이 비록 任意的 取得方法이라고 하더라도, 公共用地는 그 性格上 場所의 特定성과 非代替性으로 말미암아 土地所有者등의 立場에서는 實質적으로 強制讓渡의 性格을 띠지 않을 수 없으므로, 그 取得要件을 規制함으로써 私權의 保護를 꾀하고자 하는 것이다. 그런데, 特例法은 公共事業의 範圍와 目的物의 範圍를 收用法과 일치시키고 있는 점에 비추어 用地取得의 要件은 대체로 收用의 要件과 일치한다고 볼 수 있고, 따라서 特例法의 規定이 不明한 경우에는 收用法의 規定을 類推適用할 수 있을 것이다. 다만, 特例法上의 協議는 私法上契約인 점에서 公權力의 行使를 前提로 하는 收用의 節次 등은 적용될 수 없는 반면, 기타의 要件은 오히려 完化되어 적용될 수 있을 것이다.

(2) 收用法의 目的, 性格과 地位

土地收用法은 公益事業에 必要한 土地의 公用收用(強制的 取得·使用)과 이에 관한 節次 및 이에 따른 損失補償 등 그 效果를 規定하는 土地公法이다. 收用法은 “公益事業에 必要한 土地의 收用과 使用에 관한 사항을 規定하여 公共福利의 增進과 私有財産權과의 調節을 도모함으로써 國土의 合理的인 利用, 開發과 産業의 發展에 기여함을 목적으로 한다”(동법 제1조). 여기서 ‘土地의 收用·使用’은 特定한 公益事業 기타 福利行政上의

目的을 위하여 他人의 特定한 財産權을 法律의 힘에 의하여 強制的으로 取得·消滅시키거나 財産權의 行使를 制限하는 것을 말한다.

收用法은 公法으로서 收用法上的 協議에 의한 取得은 公法上的 契約에 의한 取得이며, 起業者가 國家的 公權의 主體로서 土地所有者등과 公法的 效果의 發生을 목적으로 契約을 締結하는 것이다. 收用法上的 裁決에 의한 取得은 公權力(行政行爲)에 의한 強制的 取得이며, 土地收用委員會가 起業者에게 부여된 收用權의 具體的 內容을 결정하는 것이다. 따라서, 收用法上的 取得方法은 協議이건 裁決이건 當事者의 自由로운 意思를 반영하지 않고 公權力的 主體의 公益實現目的을 優先시키는 것으로서 統治關係에 입각한 것이며³⁵⁾, 여기에는 私權侵害의 우려가 크게 잠재하고 있는 것이다.

그러나, 收用法에 의한 取得은 特例法上的 協議가 成立되지 아니하는 경우에만 가능하다는 점에서 公權力的 介入을 가급적 自제하도록 法制的으로 保障하고 있는데, 이것은 私權保護를 위한 自動安全裝置로서의 역할을 하는 것이다. 또한, 事業認定後 收用法에 의한 取得段階內에서도 協議(公法上契約)가 成立되지 아니하는 경우에만 裁決(行政處分)에 의한 取得이

35) 當事者의 適格性 : ① 收用權의 主體는 土地收用法上的 公益事業의 主體로서 起業者를 말한다(起業者收用權說). 起業者는 모든 公益事業을 遂行하는 者를 말하는 것이 아니라 法律에 의해 收用·使用을 必要로 하는 일정한 公益事業을 行하는 者에 국한되는데(수용법 제4조1항), 이것은 公權力的 主體로서 優越的 地位를 가지는 起業者를 일정한 公益事業의 主體에 한정시킴으로써 私權保護를 도모하고자 하는 것이다. ② 收用權의 客體는 收用の 目的物인 財産權의 主體로서 土地所有者 및 關係人을 말한다(동법 제4조2항, 3항). 收用の 目的物이 아닌 土地등의 所有者 기타 權利者는 收用權이라는 公權力的 客體가 될 수 없으며 財産權 기타 權利를 消滅·制限받지 않는다. 특히 事業認定後 새로운 權利를 取得한 者는 既存權利를 承繼한 者를 제외하고는 關係人에 포함되지 않는데(동조3항), 이것은 收用權의 客體를 한정시킴으로써 私權保護를 도모하고자 하는 것이다.

가능하도록 함(동법 제25조2항)으로써, 가급적 當事者間의 合意에 의한 取得을 택하고 부득이한 경우 最終的 手段으로서 權力的 單獨行爲에 의한 取得에 의존하고 있는데, 이것도 私權侵害를 극소화하고자 하는 취지라 하겠다.

收用法의 法的性格은 公法이므로 契約自由의 原則이 그대로 適用될 수 없음은 물론이고, 公權力의 行使에 의해 公共用地를 強制的으로 取得하기 위해서는 事業의 公益性을 비롯하여 當事者, 目的物 및 收用の 節次 등에 있어서 收用法이 정하는 要件을 엄격히 충족하여야 하는 것이다.

2. 外國의 公共用地取得

1) 英美의 制度

(1) 英國은 成文의 單一憲法이 없는 國家로서 收用과 補償은 憲法上의 明文規定을 요하지 않고 國會의 立法이나 法院의 判決에 의할 수 밖에 없다. 또한 「開發權과 利用權의 分離」라는 전통적 制度아래 開發利益의 還收에 성공하고 있다. 英國은 1947年 都市農村計劃法(Town and Country Planning Act)을 제정, 土地에 대한 所有權을 현재의 利用權과 장래의 開發權으로 분리하여 土地所有者에게는 利用權만 부여하고 開發權은 國家에 귀속시키고 있다. 政府가 開發權의 주체이자 규제자로서 開發計劃을 수립하고 國家 또는 公共團體는 각종 公共事業에 必要한 土地를 取得할 수 있는 土地取得(收用)權을 가지고 있다. 특히 地帶收用に 의해 광범위한 土地를 一括取得하여 事業豫定地域을 확보함으로써 開發利益의 公有化와 地價上昇의 抑制를 도모하고 있다. 私人은 政府로부터 開發許可를 받아 開發權의 讓渡 또는 賃貸 절차를 거쳐 開發行爲를 할 수 있다. 1975년 노동당정부는 地域社會土地法(Community Land Act)을 제정하여, 開發許可制에서 한 걸음 더 나아가, 모

은 開發用地를 公共團體가 의무적으로 取得하여 公有化하도록 하는 土地公有化政策을 추진하기에까지 이르렀다가, 1985년 보수당정부의 출범으로 이 政策은 폐지되었다. 그동안 先買制度는 없었으나, 地域社會土地法에 의해 處分申告地域內의 土地에 대한 去來契約申告가 있을 때 公共團體가 土地取得權의 行使 여부를 결정하도록 하고 있다³⁶⁾.

(2) 美國은 地方分權主義에 의해 聯邦政府는 公共用地取得에 관한 制度에 있어서도 대부분 州政府 및 地方自治團體에 委任하고 있고, 收用權의 適用範圍를 최소화하고 다양한 任意的 土地備蓄制度를 활용하고 있다. 美國은, 聯邦政府는 聯邦憲法修正 제5조에 의하여, 州政府는 修正 제14조에 의하여 收用權이 있다. 州政府 및 地方自治團體는 주택지·상공업용지 등 都市開發事業에 必要한 土地를 확보하기 위해 收用權을 발동할 수 있다. 또한 開發事業에 必要한 土地에 대해 協議가 成立되지 아니하면 시가보다 다소 낮은 가격으로 先買收用할 수 있다. 地方自治團體는 公共施設用地 등 開發事業에 必要한 土地를 장래의 需要에 대비하여 事前에 買入할 권한이 있다. 또한 장래의 公的 需要에 대비해 土地를 買入하여 留保해 두는 土地銀行制度 있는데, 이러한 留保土地를 필요할 때 언제든지 공급함으로써 開發의 시기, 대상지역, 규모 등을 적절히 조절할 수 있다. 그밖에도 대지주로부터의 條件附 贈與(獻納制), 買入 대신에 地役權의 設定(地役權制), 토지소유자로부터의 開發權讓受(開發權移讓制) 등의 制度도 이용하고 있다³⁷⁾.

36) 國土開發研究院, 「各國의 土地政策」, 1980, pp.361-372 ; 同院, 「公用收用に 따른 損失補償制度研究(Ⅱ)」, 1990, pp.63-66 ; 韓國土地公社, 「主要諸國의 土地政策概要」, 1981, pp.157-162 ; 柳在成, 「土地財産權의 社會的 拘束성과 損失補償에 관한 研究」, 박사학위논문, 충남대, 1992.2, p.64 ; Davis, Keith, *Law of Compulsory Purchase and Compensation*, London, 1980, 참조.

37) 韓國土地公社, 「前揭書」, 1981, pp.163-166 ; 國土開發研究院, 「前揭書」, 1990, pp.60-63.

2) 大陸의 制度

(1) 獨逸은 公用收用制度를 民主的·合理的으로 정비하였을 뿐만 아니라, 先買權(Vorkaufrecht)方式을 制度化하였고, 取得한 土地에 대한, 公共事業 遂行 후의 再分配問題까지 배려하고 있다. 獨逸은 收用權의 行使를 必要的 最小限에 그치도록 하여, 特定한 公益事業의 遂行에 緊急한 必要가 있을 경우에 그 事業에 直接 提供되는 土地를 強制的으로 取得할 수 있다. 그 대신에, 先買制度를 發展시켜 활용하고 있다. 즉, 先買指定地域內의 土地去來는 地方自治團體의 認可가 필요한데, 私人間의 契約價格이 正常價格인 경우에는 先買權에 의해 任意取得(先買協議)할 수 있으나, 契約價格이 投機價格인 경우에는 土地取得權에 의해 強制取得(先買收用)할 수 있다. 先買權에는 一般先買權과 特別先買權이 있다. 前者는 建築詳細計劃의 적용지역 및 토지구 획정리사업의 편입토지를 대상으로 하고 당사자간에 계약이 성립하였을 때 공공단체가 개입하여 협의취득하는 것이고, 後者는 지방자치단체가 지정한 토지등을 대상으로 하고 토지소유자가 양도를 희망하면 당연히 공공단체가 취득하되 가격과 조건에 대해서만 협의하는 것이다. 그밖에, 土地區劃整理事業에서 減步率에 의한 公共用地取得이 있다. 그리고, 特記할 것으로 土地貯藏(再私有化)制度가 있는데, 이것은 國家나 公共團體가 開發事業을 遂行하기 위해 個人의 土地를 一時的으로 公所有化하는 것으로서, 開發事業을 完遂한 후에는 再私有化하여야 한다는 점에서 土地의 國有化·公有化 그 자체를 의미하는 것은 아니다. 즉, 공공단체는 收用權·先買權 등의 행사로 取得한 土地를, 공공사업을 완수하여 취득목적이 실현되면, 즉시 원래의 소유자, 건축 의무자 또는 토지과소보유자에게 再讓渡하지 않으면 안된다. 다만 공공시설 용지·변환지등의 경우에는 재양도하지 않을 수 있다³⁸⁾.

38) 國土開發研究院, 「前掲書」, 1980, pp.193-204 ; 韓國土地公社, 「前掲書」, 1981,

(2) 프랑스는 公用收用과 先買制度에 의한 取得에 의존하고 있다. 프랑스는 公共施設用地·福祉施設用地 및 都市計劃區域內的 土地에 대하여 土地所有者와 賣買의 協議를 하고 協議가 成立되지 않을 때에는 強制的으로 收用權을 行使하여 取得한다. 이때 地帶收用に 의하여 광범위한 土地의 일괄취득도 할 수 있다. 또한, 인구 1만명 이상의 시·읍·면의 長期開發區域, 不動產去來干涉區域 등에서 공공시설용지나 서민주택용지를 확보하기 위해 先買權을 行使할 수 있다³⁹⁾.

3) 東洋의 制度

(1) 日本은 合理的이고 效率的인 公共用地 取得制度로서 주로 公權力에 의한 強制的 取得方法인 公用收用과 土地去來屆出制의 實시에 의한 先買制度를 활용하고 있다. 日本은 1951년에 土地收用法을 제정한 이래 土地收用の 對象事業을 상당히 廣範圍하게 인정하고 있지만, 收用の 目的物은 당해 公共事業에 직접 必要的 最小限의 범위내의 土地에 한정하여, 地帶收用도 영국이나 프랑스와 같은 일괄취득은 인정하지 않고 있다. 최근에는 公共用地的取得에 관한 特別措置法을 제정하여 簡易한 節次에 신속하게 取得할 수 있는 제도를 마련하였다. 또한 公有地擴大推進에 관한法律을 제정(1972)하여 土地去來屆出制를 실시하고 先買制度를 인정함으로써 수시로 土地를 取得하여 비축할 수 있게 하였다. 그밖에, 宅地開發의 方法으로 區劃整理事業을 광범위하게 실시하여 전 도시토지의 27%가 이 사업에 의해 개발되었다. 그러나, 오늘날 公共減步率의 인하요구, 換地후의 재분할로 인한 과소택지의 밀집, 地價의 급상승으로 인한 구매자의 감소 등의 문제가 일자, 새로운 方法의 導入을 검토하고 있는데, 독

pp.172-175 ; 韓國法制研究院, 「現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向」, 1992, pp.109-112.

39) 韓國土地公社, 「前掲書」, 1981, pp.170-171 ; 國土開發研究院, 「前掲書」, 1990, pp.70-71.

일의 建築詳細計劃이 유력시되고 있다. 그리고, 地價公示法(1969)에 의하여 都市計劃區域內의 土地의 價格을 公示하여 一般土地去來의 指標로 삼고, 收用時 보상가격, 先買時의 매매가격의 산정기준으로 활용하고 있다⁴⁰⁾.

(2) 臺灣은 協議取得, 收用に 의한 強制取得 이외에도, 強制買入制度 및 土地區劃整理方式에 의하고 있다. 土地收用の 對象事業은 일정한 범위로 한정하고 있고, 특정한 公共事業에 필요한 최소한의 土地를 收用할 수 있다. 補償額은 協議取得이건 強制取得이건 法定告示地價를 기준으로 하고 있다⁴¹⁾. 去來申告地價가 告示地價보다 낮은 경우, 또는 所有上限을 超過하는 土地나 空閑地의 경우에는 特定事業과 관계없이 土地政策的 次元에서 強制買入할 수 있다. 1977년에 증진의 都市土地所有權均等化法을 土地所有權均等化法으로 개정하여, 土地所有者의 申告地價가 政府의 査定·告示價의 80% 이하인 경우에는 政府가 申告價格으로 강제매입하거나 토지가치세를 징수하게 된다⁴²⁾. 또한, 稅制面에 있어서도 土地增加稅를 통하여 間接的 規制를 하고 있는데, 이것은 開發利益의 公有化를 실현시켜 주고 있다.

第 4 節 分析의 틀

1. 公共用地取得의 法體系

40) 國土開發研究院, 「前掲書」, 1980, pp.43-51 ; 同院, 「前掲書」, 1990, pp.72-74 ; 韓國法制研究院, 「前掲書」, 1992, pp.122-134.

41) 國土開發研究院, 「公用收用に 따른 損失補償制度研究(I)」, 1989, p.103, p.106. ; 韓國土地公社, 「前掲書」, 1981, pp.161-163.

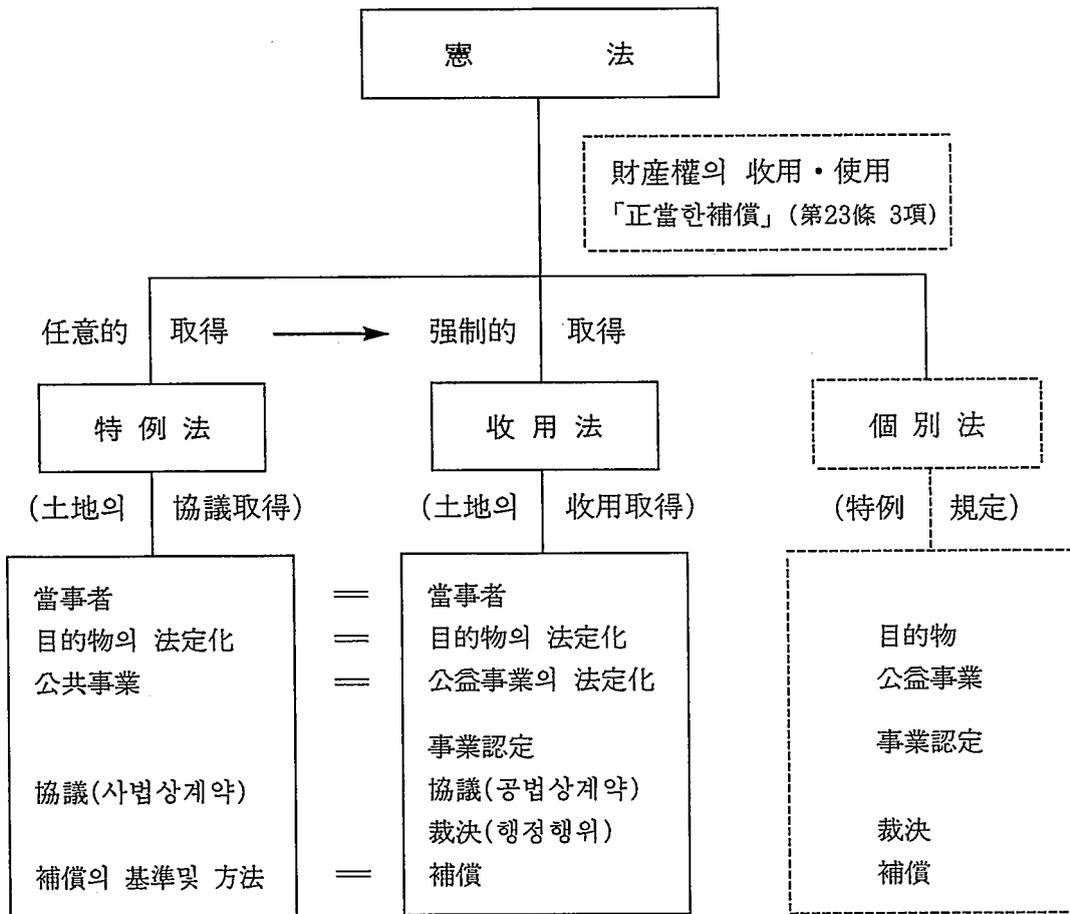
42) 國際不動產學會, “臺灣의 土地改革訓練所와 土地改革事業에 대한 紹介”, 「土地와 建物」 제8호, 1993, pp.225-234.

우리나라는 現代 福利國家의 憲法下에 1962年에 收用法이 제정된 이래 公權力에 의한 強制的 取得과 損失補償의 根據와 基準으로 삼아 오다가, 1975年에 特例法이 제정·시행되면서부터 協議에 의한 任意的 取得方法이 추가되고 損失補償의 基準과 方法에 대해 具體적으로 규정하기에 이르렀다. 特例法(제2조)은 「公共事業」의 範圍를 收用法上의 「公益事業」의 範圍(수용법 제3조)와 일치시킴으로써 事業의 公共性(公益性)에 대한 판단을 收用法에 의존하고 있고, 取得의 目的物(土地등)과 收用의 目的物(수용법 제2조2항)도 서로 일치시키고 있으며, 또한 當事者(事業施行者와 起業者, 土地등의 所有者와 土地所有者 및 關係人)도 실질적으로 서로 일치시키고 있다. 1981年에는 收用法을 개정하여 損失補償의 算定方法과 基準 등에 대하여 收用法에 규정된 것을 제외하고는 特例法(제4조, 제8조)을 準用하도록 함(수용법 제57의2조)으로써 補償制度를 一元化하고 있다.

결국, 現行制度는 形式的으로는 用地取得方法의 二元化(特例法과 收用法)와 損失補償制度의 一元化(特例法)에 입각하고 있다. 그러나, 實質적으로는 特例法과 收用法에 의한 用地取得은 取得의 法的 性格과 節次에 있어 상이할 뿐, 當事者, 目的物の 범위, 公益事業의 범위(事業의 公益性) 및 損失補償의 基準과 方法 등에 있어서 서로 일치하거나 상호 依存·補完하는 관계에 있다. 다만, 個別法에서 目的物の 범위, 公益事業의 범위, 事業 認定, 裁決, 補償 등에 관하여 收用法에 대한 特例를 인정하고 있다. 특히, 特例法上의 任意的 取得과 收用法上의 強制的 取得이 先·後行的 關係에 있다고 본다면, 任意的 取得이 不可能한 경우에만 強制的 取得으로 移行할 수 있는 것으로서 兩法에 의한 取得過程이 일련의 有機的 節次에 의한 統一的 法秩序를 형성하고 있는 것이다.

狹義의 公共用地取得의 法的 體系를 特例法과 收用法의 關係를 중심으로 圖解하여 보면, 다음 <그림 2-2>와 같다.

<그림 2-2> 公共用地取得의 法體系圖



2. 公共用地取得의 過程

이와 같은 法體系下에, 特例法과 收用法에 의한 公共用地取得은 相互依存·補完關係를 유지하면서 일련의 節次에 의한 統一的 秩序를 형성하고 있는데, 이러한 公共用地 取得過程(節次)을 보다 具體的으로 分析해 보면, 다음과 같다.

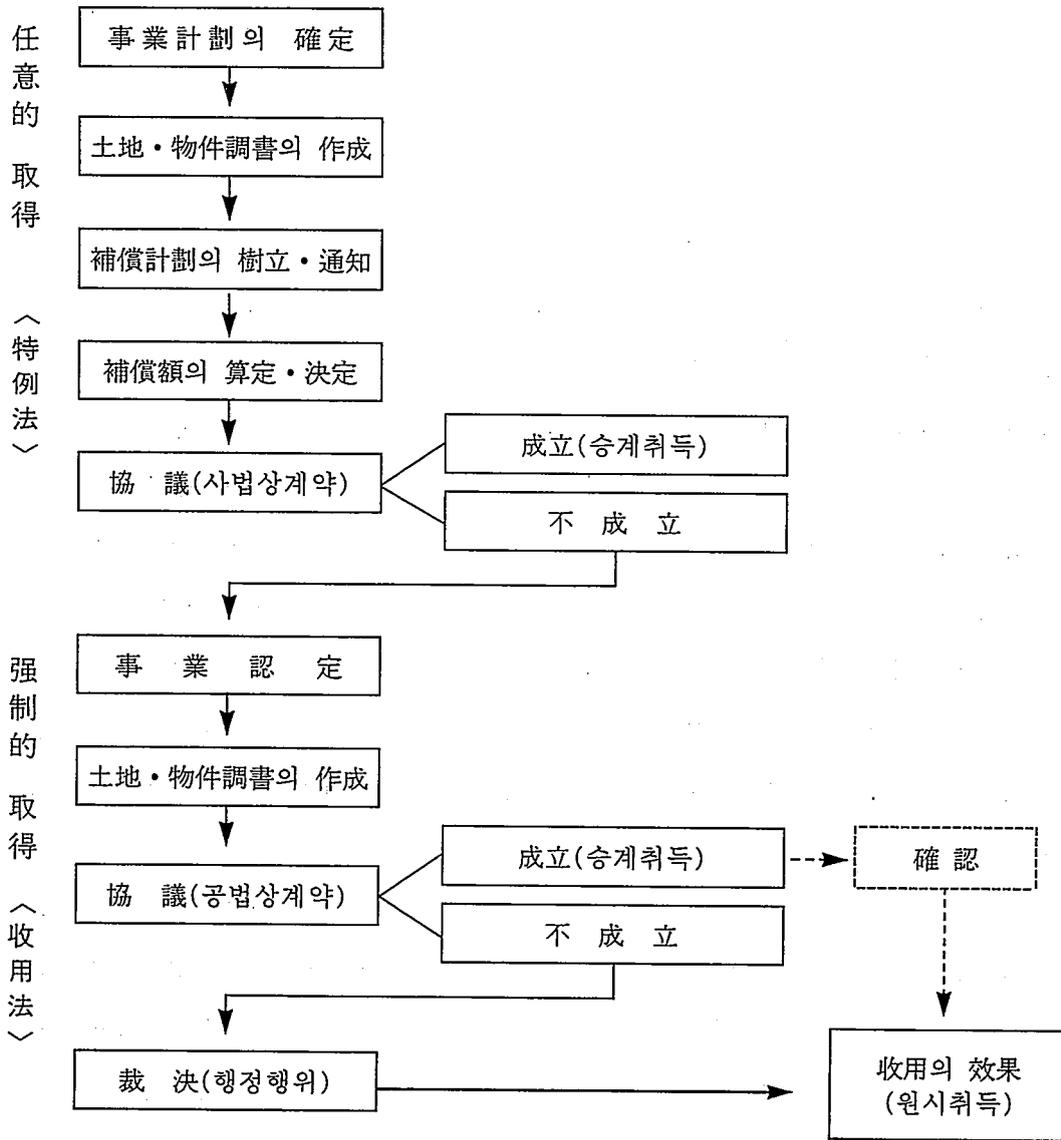
우선, 特例法은 協議(私法上契約)에 의한 任意的 取得節次를 규정하고 補償 目的物の 法定화와 損失補償의 算定基準 및 方法 등을 구체적으로 명시하여 損失補償의 근거와 基準이 되고 있다. 特例法에 의한 取得과 補償은 ① 公共 事業計劃의 確定, ② 土地·物件調書의 作成, ③ 補償計劃의 樹立·通知, ④ 補償額의 算定·決定, ⑤ 協議(補償契約의 締結), ⑥ 補償金支給 등의 節次를 거치게 되어 있는데, 여기서 協議가 成立하여 補償契約이 체결되면 事業施行 者는 補償金을 지급하고 用地를 承繼取得함으로써 取得節次는 종결된다.

그 다음, 收用法은 特例法上的 任意的 取得이 不可能한 경우에 協議(公法 上契約) 또는 裁決(行政行爲)에 의한 強制的 取得의 節次를 규정하고 公益 事業의 法定화와 收用의 目的物の 範圍 등을 명시하여 公權力에 의한 取得 의 근거가 되고 있다. 收用法에 의한 取得은 ① 事業認定, ② 土地·物件調 書의 作成, ③ 協議, ④ 裁決, ⑤ 補償金支給 등의 節次를 거치게 되어 있는 데, 여기서 事業認定後에 協議가 成立하면 起業者는 用地를 承繼取得하고 收用의 節次는 종결되지만, 協議가 不成立되거나 不可能한 경우에는 土地收 用委員會의 裁決에 의해 用地를 原始取得하게 된다. 이때에도 協議는 裁決 處分을 위한 必要的 前置節次로서, 裁決申請前에 반드시 協議를 거쳐야 하 며, 협의를 거치지 아니한 재결처분은 절차의 위법으로서 원칙적으로 무효 가 된다.

요컨대, ① 제1차적으로 特例法上的 協議(私法上契約)가 成立하면 用地取 得 節次가 종결되고, ② 이러한 協議가 不成立되거나 不可能한 경우에는 제 2차적으로 收用法上的 事業認定을 받아 協議(公法上契約)를 하게 되는데, 이 때 協議가 成立하면 收用의 節次는 종결되지만 그렇지 못한 경우에는 최종 적으로 裁決에 의하여 收用의 效果가 발생하게 되는 것이다.

特例法과 收用法에 의한 用地取得過程을 일련의 節次로 연결시켜 보면, 다음 <그림 2-3>과 같다.

<그림 2-3> 公共用地取得의 過程



3. 分析틀의 定立

위와 같은 公共用地取得(狹義)의 法體系와 公共用地 取得過程을 特例法과 收用法의 關係를 중심으로 통합하여, 公共用地取得上 公益과 私益의 調和라는 理念아래, 公共事業(公益事業), 目的物, 損失補償을 分析對象으로 하고 利益衡量的의 원칙, 必要的 最小限의 원칙, 完全補償의 원칙을 分析基準으로 삼아 分析의 틀(Analytical framework)을 定立해 보면, 다음 <그림 2-4>와 같다.

本 研究는 現行 公共用地取得의 法體系에 따라 特例法과 收用法에 의한 取得過程을 연결·통합하여, ① 取得要件에 있어서 法定화된 公共事業(公益事業)의 범위와 目的物의 범위에 관하여 연구하고, ② 取得過程에 있어서 特例法上의 取得過程(節次)과 收用法上의 取得過程(節次) 및 損失補償制度에 관하여 분석하고자 한다. 이것은 特例法과 收用法이 公共事業과 目的物의 범위를 法定化하여 서로 일치시키고 있는 점에 비추어 이를 통합·분석하고, 特例法에 의한 取得과 收用法에 의한 取得이 先·後行的 關係에 있다고 보는 입장에서 兩法에 의한 取得過程을 일련의 節次로 연결시켜 접근하되, 公益과 私益의 調和라는 問題意識에 입각하여 각 단계별 取得過程과 節次에 접근하고자 하는 것이다.

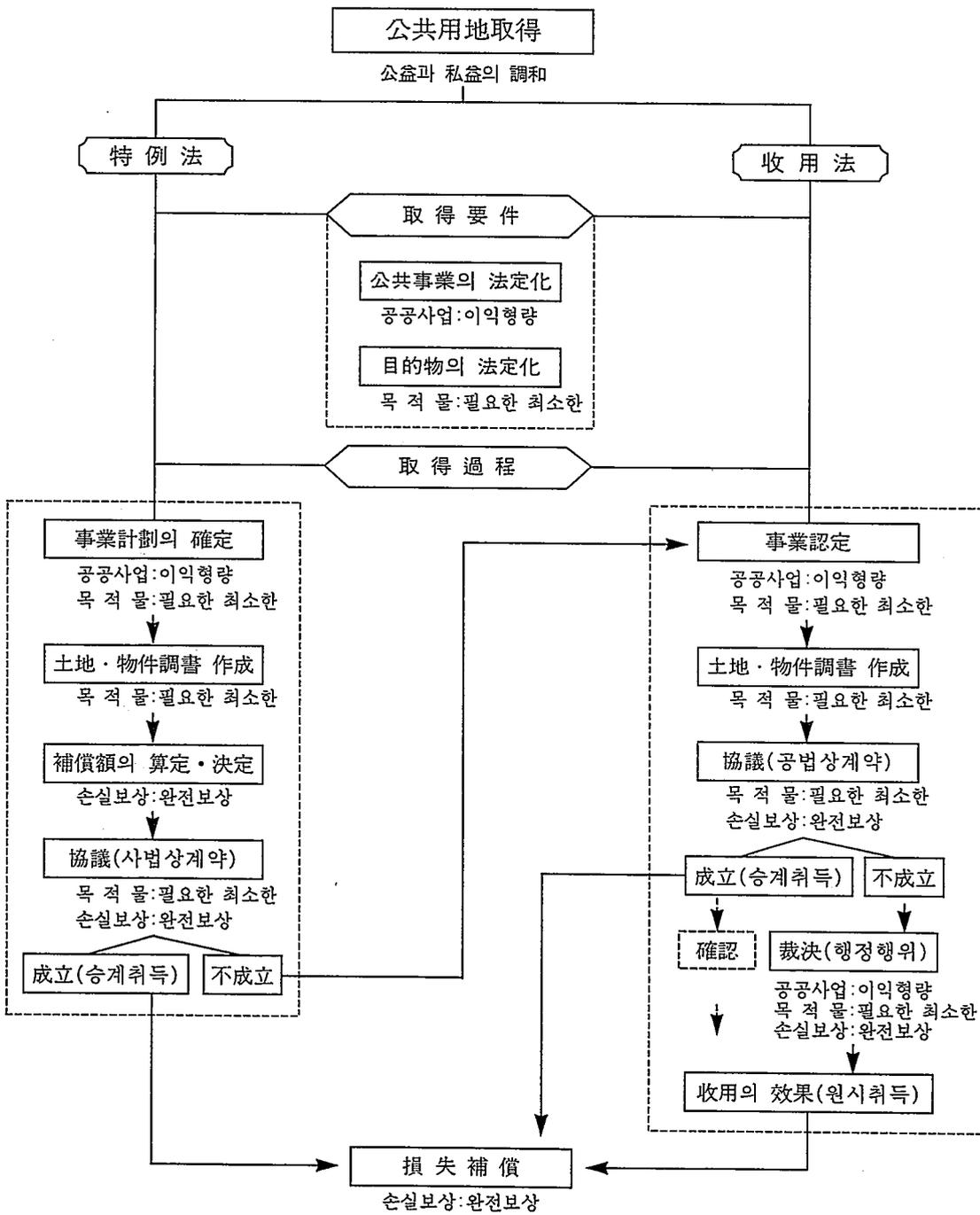
本 研究는, 公益과 私益의 調和라는 基本理念아래, 公共事業의 범위에 있어서 利益衡量的의 原則(比例의 原則), 目的物의 범위에 있어서 必要的 最小限의 原則, 그리고 損失補償에 있어서 完全補償의 原則을 部門別 分析基準으로 삼아 각 단계별 取得過程(節次)에 접근하고자 한다. 이것은 損失補償에 집중된 종래의 接近方法을 탈피하여, 公共事業과 目的物의 범위라는 측면까지 각 단계별 取得過程(節次)에 연계시켜 분석함으로써, 損失補償에 이르기 이전의 단계에서부터 公益과 私益의 충돌요소를 해소하는 방안을 모색하고자 하는 것이다.

결국, 本 研究는 現行 公共用地取得의 法體系에 따라 特例法과 收用法에 의한 取得過程을 일련의 절차로 연결·통합하되, 公益과 私益의 調和를 分析基準의 基本理念으로 하고, 公共事業, 目的物, 損失補償이라는 세가지 基本軸(分析對象)에 있어서 각각 利益衡量的의 원칙, 必要한 最小限의 원칙, 完全補償의 원칙을 部門別 分析基準의 基本原則으로 삼아 각 단계별 取得過程(節次)에 접근하고자 하는데⁴³⁾, 그 部門別 分析基準의 下位原則과 取得過程(節次)과의 연계성을 설명하면 다음과 같다. ① 公共性概念에서 利益衡量的의 原則은 適合性的의 원칙, 必要性的의 원칙, 相當性的의 원칙을 그 내용으로 하며, 取得要件上 公共事業의 法定化에서 출발하여 特例法上的 取得過程 중 事業計劃의 確定, 收用法上的 取得過程 중 事業認定, 裁決 등의 단계를 거치면서 보다 具體적으로 적용된다. ② 目的物の 範圍에 있어서 必要한 最小限의 原則은 非代替性, 必要性, 最小限性을 그 내용으로 하며, 取得要件上 目的物の 法定化에서 출발하여 特例法上的 取得過程 중 事業計劃의 確定, 土地·物件調書의 作成 및 協議, 收用法上的 取得過程 중 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 協議 및 裁決 등의 단계를 거치면서 보다 具體적으로 적용된다. ③ 損失補償에 있어서 完全補償의 原則은 時價補償의 원칙, 事前補償의 원칙, 金錢補償의 원칙 등을 그 내용으로 하며, 特例法上的 取得過程 중 補償額의 算定·決定, 協議, 收用法上的 取得過程 중 協議, 裁決 등의 단계를 거치면서 보다 具體적으로 적용된다.

위와 같은 分析基準의 內容에 細部基準을 보충하고 分析對象을 각 단계별 取得過程과 연계시켜 分析基準 및 分析對象의 內容을 정리하여 보면, 다음 <表 2-1>과 같다.

43) 다만, 實證的 分析 중 公共用地 取得實績 또는 民願分析은 事例의 성격상 또는 통계자료의 제약으로 각 단계별 取得過程에 접근할 수는 없고, 民願分析에서 위 分析對象과 分析基準을 적용하는데 그칠 수 밖에 없다.

<그림 2-4> 分析의 틀



<表 2-1> 分析基準과 對象의 內容

分析基準			分析對象과 各 단계별 取得過程과의 연계성				
基本理念	基本原則	下位原則과 細部基準	分析對象	特例法		收用法	
				取得要件	取得過程	取得要件	取得過程
公益과 私益의 調和	利益衡量의 원칙	① 適合性 : 사업의 공익적합성, 환매권 인정 ② 必要性 : 강제적 취득방법의 불가피성, 임의적 방법·구획 정리방식 선호 ③ 相當性 : 공익과 사익간의 상당성 관계, 재산권침해의 受忍가능성	公共事業의 범위 (事業의 公共性)	공공사업의 법정화	사업계획의 확정	공익사업의 법정화	사업인정 재결
	必要的 最小限의 원칙	① 非代替性 : 성질상, 사회통념상 대체 물건의 부재 ② 必要性 : 공공사업 편입의 불가피성 ③ 最小限性 : 양적 범위와 질적 정도의 최소한성	目的物의 범위	목적물의 법정화	사업계획의 확정 토지·물건 조서의 작성 협의	목적물의 법정화	사업인정 토지·물건 조서의 작성 협의 재결
	完全補償의 원칙	① 時價補償 : 재산권의 객관적가치보상, 사업의 공고·고시일 또는 사업인정고시일의 공시지가지급 ② 事前補償 : 공사 착수전 또는 수용 시기전 지급 ③ 金錢補償 : 현금 지급	損失補償		보상액의 산정·결정 협의		협의 재결

第 3 章 公共用地 取得制度의 法理的 分析

여기에서는 現行 公共用地 取得(狹義)制度에서의 公益과 私益의 調和內容을 法理的으로 연구·분석하고자 한다. 즉, 公共用地取得上 公益과 私益의 調和라는 理念아래, 取得要件과 각 단계별 取得過程에 있어서 公共事業의 범위에서 利益衡量的의 원칙은 어느 정도 고려하고 있는가, 또한 目的物의 범위에서 必要한 最小限의 원칙은 어느 정도 고려하고 있는가, 그리고 損失補償에서 完全補償의 원칙은 어느 정도 구현되고 있는가를 분석하고자 한다.

公共用地的 取得要件과 관련하여 公共性(公益性)概念의 判斷基準에 있어서 實定法的 判斷基準으로서 特例法과 收用法은 어떤 기준하에 公共事業 또는 公益事業의 範圍를 설정하여 法定化하고 있으며, 事業認定, 裁決 등의 단계를 거치면서 어떻게 변화하고 구체화되고 있는가를 연구·분석하고, 理論的 判斷基準으로서 公用收用을 위한 公益과 財産保有의 私益을 比較·衡量的 利益衡量的의 尺度로서 比例의 原則에는 어떤 소원칙들이 있으며 어떻게 적용되고 있는가를 살펴본다. 特例法과 收用法은 目的物의 範圍에 있어서 어떻게 土地所有權등 일정한 財産權을 限定的으로 열거하여 法定化하고 있으며, 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 裁決 등의 단계를 거치면서 어떻게 구체화되고 있는지를 검토하고, 다시 非代替性和 必要한 最小限의 要件은 어떻게 해석되고 있으며 어떻게 적용되고 있는가, 그리고 目的物의 制限과 擴張은 어느 정도 인정되는가를 연구한다.

特例法上的 取得過程(節次)에 있어서 公共事業計劃의 確定, 土地·物件調書의 作成, 補償計劃의 樹立·通知, 補償額의 算定·決定, 協議(補償契約의 締結) 등의 절차를 거치면서 公益과 私益의 調和를 위하여 어떠한 배려를 하고 있는가를 연구한다. 특히, 事業計劃의 確定節次, 土地·物件調書의 記載사항, 補償

計劃의 公告·통지 및 열람, 補償額算定의 方法과 基準, 補償契約의 締結節次 등에 초점을 두고 연구한다. 特例法에 의한 取得이 不可能한 경우에는 收用節次로 이행하게 되는데, 收用法上의 取得過程(節次)에서 事業認定, 土地·物件 調書의 作成, 協議, 裁決 등의 절차를 거치면서 收用者와 被收用者간의 利益을 어떻게 調節하고 있으며 公權과 私權의 調和를 위하여 어떤 배려를 하고 있는가를 검토한다. 특히, 事業認定의 性質, 節次와 效果, 土地·物件調書의 作成節次와 調書의 效力, 協議의 性質, 節次와 內容 및 協議成立의 確認, 裁決의 節次, 裁決機關과 不服節次 및 和解 등에 초점을 두고 분석한다. 그밖에 起業者의 權利取得, 物件의 引渡·移轉, 危險負擔의 移轉 등 收用の 效果에 있어서 公權과 私權의 調和를 위하여 어떠한 배려를 하고 있는가를 살펴 본다.

損失補償制度에서는 損失補償의 根據, 補償의 基準과 範圍 및 方法, 그리고 補償評價에 있어서 公·私益 調和의 理論과 制度에는 어떠한 것들이 있으며 어떻게 적용되고 있는가를 검토한다. 특히, 補償의 基準으로서 「正當한 補償」의 해석론(完全補償說, 相當補償說 등), 補償의 範圍에서 生活權補償의 인정 및 補償範圍의 擴大, 補償의 方法에 관한 제원칙의 규정 등을 통하여 現行法制은 어느 정도 完全補償의 원칙을 구현하고 있는가를 연구한다. 그밖에, 補償評價制度에서 補償額算定의 基準과 方法의 法定化, 評價機關의 獨立化·專門化 및 地價體系의 一元化 등을 살펴보고, 還買權制度에 대하여도 살펴본다.

第 1 節 公共事業의 範圍

公共用地取得(收用)의 가장 重要하고 基本이 되는 前提的 要件으로서 「公共必要」내지 「公共性(公益性)」이란 무엇을 의미하는 것인가? 이 概念의 重

要件에 비추어 그 概念의 判斷基準을 명확히 確立하는 것은 公益과 私益을 調節하는 출발점이 된다고 할 수 있다. 이 概念의 判斷基準이 不分明하면, 公權力의 恣意的 行使를 초래하여 私權侵害의 우려가 크다 하겠다. 現行法制에서도 公共用地 取得過程上 이 概念의 判斷基準과 관련된 규정들이 있고, 이러한 實定法的 基準 이외에도 理論的으로 確立된 原則이 있어 公益과 私益의 調和를 꾀하고 있다.

1. 公共(公益)事業의 法定化

우리 憲法은 公共用地取得(收用)의 目的으로서 「公共必要」를 명시하고 있고(제23조3항), 特例法과 收用法은 用地取得(收用) 對象事業으로서 公共事業 또는 公益事業의 範圍를 法定化하는 등 (특례법 제2조2호, 수용법 제3조 등) 公共性概念의 判斷基準과 관련된 규정을 두고 있다.

1) 特例法上 公共事業의 範圍

特例法은 “公共事業이라 함은 土地收用法 제3조의 규정에 의하여 土地등을 收用 또는 使用할 수 있는 事業을 말한다.”(동법 제2조2호)라고 규정하여 特例法の 適用對象이 되는 公共事業의 範圍를 收用法上의 公益事業의 範圍와 일치시키고 있다.

이것은, 公共事業이란 公共의 利益이 되는 事業을 말하지만, 모든 公共事業이 特例法の 適用對象이 되는 것이 아니라, 收用法 제3조에 列擧된 一定한 公共事業의 경우에 있어서만 特例法上의 協議에 의한 用地取得을 할 수 있다는 것을 뜻한다. 그러나, 오늘날 收用法上 強制的 取得의 要件으로서 公益性概念이 확대되고 있는 점에 비추어 보면, 特例法上 任意的 取得의 要件으로서 公共性概念은 더욱 完化되지 않을 수 없다 하겠다.

2) 收用法上 公益事業의 範圍

收用法 제3조는 ‘土地를 收用 또는 使用할 수 있는 事業’으로서, 國防·軍事, 道路·電氣·通信, 廳舍·市場·文化施設, 教育·學藝, 住宅의 建設·宅地의 造成, 製鐵·石油 등 事業의 種類를 限定的으로 列舉하여 公益事業의 範圍를 法定化하고 있다.

이것은, 公益事業이란 公共의 利益이 되는 事業을 말하지만, 모든 公益事業이 收用의 對象事業이 되는 것이 아니라 收用法 제3조에서 列舉한 一定한 公益事業의 경우에 있어서만 公用收用に 의한 用地取得을 할 수 있다는 것을 뜻한다¹⁾. 그러나, 어떠한 事業이 이러한 範圍內的 公益事業에 해당한다고 하더라도 起業者가 당연히 收用權을 行使할 수 있는 것은 아니며, 과연 그 事業이 收用權을 設定해 줄 정도의 公益性이 있는지를 建設交通部長官이 具體的으로 판단하여 事業認定을 하여야만 收用權을 發動할 수 있는 것이다.

그리고 從來에는 收用의 要件에 있어서 「事業의 公益性」概念이 엄격하게 適用되어 事業主體가 직접 自己事業用途에 제공하는 경우에만 인정되었으나²⁾, 오늘날에는 그 概念이 完化·확대되어 土地利用計劃을 위한 收用, 開

1) 다만, 이밖에도 個別法에서 都市計劃事業, 再開發事業, 宅地開發事業, 아파트지구 개발사업, 국민주택건설사업, 도로사업 등의 경우에도 公用收用을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이들 事業의 경우에는 收用法 제3조에 열거된 公益事業에 해당되는지 여부에 무관하게 각 個別法에 의하여 직접 收用할 수 있다(도시계획법 제29조1항, 도시재개발법 제38조1항, 택지개발촉진법 제12조1항, 주택건설촉진법 제22조1항, 제34조1항, 도로법 제49조의2 등).

2) 종래의 일반적 견해에 의하면 ① 당해事業이 순수한 收益目的 내지는 營利目的을 위하여 행하여지는 것일 경우, ② 한정된 特定少數人의 利益을 위하여 행하여지는 것일 경우, ③ 당해사업이 社會·經濟·文化生活上 직접적인 必要性이 극히 적은 경우, ④ 事業主體가 당해土地를 직접 自己目的을 위하여 供用하지 아니하는 경우 등은 公共性이 없는 것으로 보았다(朴銳炳, 「最新行政法講義(下)」, 박영

發利益還收·地價抑制를 위한 收用, 私人(第三者)를 위한 收用, 地帶收用 등을 인정하기에 이르렀다.

3) 公共性概念의 具體化過程

憲法 제23조3항은 “公共必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 憲法上的 「公共必要」에서 출발하여 特例法과 收用法은 公共事業(公益事業)의 法定化(특례법 제2조2호, 수용법 제3조)를 비롯하여 다음과 같이 「公共性(公益性)」概念의 判斷基準과 相關한 規定을 두고 있다. 公共性概念은 公共用地取得(收用)의 節次가 進行되어 감에 따라 점차 縮小·精密化되고 具體化되어 간다³⁾.

(1) 特例法上的 取得過程

特例法 제2조2호는 特例法の 適用對象事業으로서 公共事業의 範圍를 收用法上的 公益事業의 範圍(동법 제3조)와 일치시키고 있는데, 이것은 어떤 事業이 抽象적으로 公共事業에 해당하더라도 具體적으로 收用法에서 規定한 公益事業의 範圍內에 속하지 아니하면 特例法에 의한 公共用地取得이 불가능하다는 것을 뜻한다.

(2) 收用法上的 取得過程

① 收用法 제3조는 收用法의 適用對象事業으로서 公益事業에 대하여 國防·군사, 도로·하천, 전기·통신, 보건·문화시설, 공원·시장, 교육·학예, 주택건설·택지조성, 기타 제철·비료·석유화학 등 일정한 事業의 種類를 限定的으로 열거하고 있다. 이것은 公益事業의 範圍를 抽象적으로 규정하면 公權

사, 1996, p.643 ; 石琮顯, 「新土地公法論」, 경진사, 1994, pp.247-248).

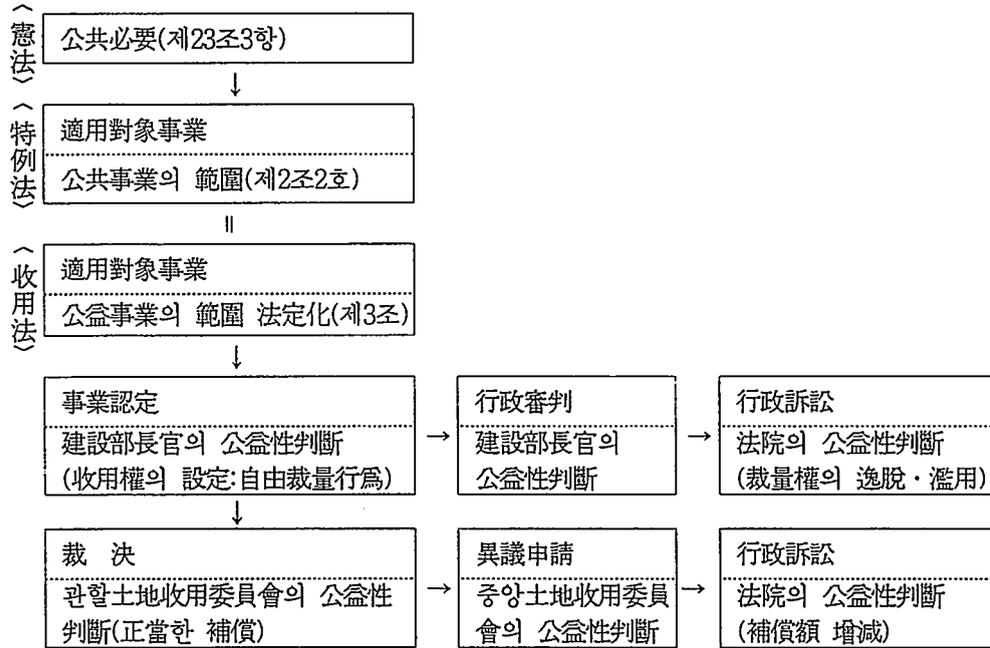
3) 公共事業의 범위는 이 밖에도 特例法上的 事業計劃의 確定 단계와도 關連이 있으나, 概念의 「具體化」로서의 의미는 별로 없다고 본다.

力の恣意的行使를 초래하여 私權侵害의 우려가 크기 때문에, 事業의 範圍를 個別的·具體的으로 法定化하여 公共性概念의 判斷基準을 實定法的으로 確立함으로써 反射的으로 私權의 保護를 기하고자 하는 취지이며, 따라서 이 규정은 엄격하게 해석되어야 한다. ② 어떤 事業이 이러한 公益事業의 範圍에 속하는 경우에는 起業者는 事業認定을 申請할 수 있으나, 이때 建設交通部長官은 어떤 事業이 形式的으로 收用法上의 公益事業에 해당하는 경우라도 그 事業을 위하여 公用收用權을 設定해 줄 만한 公共性이 있는지 여부를 具體的으로 판단하여 事業認定 여부를 自由裁量으로 결정한다(동법 제14조 내지 제16조 참조). 이 段階에서 公共性概念은 縮小·精密化될 수 밖에 없고 具體化되는 것이다. 이러한 事業認定에 대해 不服이 있는 者는 行政審判(違法·不當) 또는 行政訴訟(違法)에 의해 建設交通部長官 또는 法院에 대해 다시 한번 公共性概念의 判斷을 要求할 수 있다(행정심판법 제3조, 제5조, 행정소송법 제19조, 제9조 참조). 다만 違法性은 裁量權의 逸脫·濫用이 있는 경우에만 인정된다. 여기서 公共性概念은 더욱 縮小·精密化되고 具體化될 수 있으며 이것은 收用權設定에 제동을 걸어 私權保護의 安全裝置가 된다. ③ 事業認定의 告示가 있는 후 協議가 成立되지 아니하는 때에는 起業者는 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있고, 管轄土地收用委員會는 當事者가 申請한 範圍內에서 收用할 土地의 區域, 損失의 補償, 收用の 時期 등의 사항에 대하여 裁決하는데(동법 제29조), 특히 損失補償은 公益과 私益을 比較·衡量하여 결정한다. 여기서 公共性概念의 判斷은 「正當한 補償」을 결정하는데 중요한 역할을 하게 된다. 이러한 裁決에 대하여 不服이 있는 者는 異議申請 또는 行政訴訟에 의하여 中央土地收用委員會 또는 法院에 대해 다시 한번 損失補償과 相關한 公共性概念의 判斷을 要求할 수 있다(수용법 제73조 내지 제75조의 2).

이상과 같이 公共性概念은 特例法과 收用法에 의한 用地取得의 節次가 진행됨에 따라서 그 概念의 判斷主體가 달라지고 判斷基準이 縮小·精密化되

면서 具體化된다. 이와같은 公共性概念의 具體化過程을 도해하여 보면 다음 <그림 3-1>과 같다.

<그림 3-1> 公共性概念의 具體化過程



2. 公共性概念의 理論的 判斷基準

「公共性」의 概念定立에 있어서, 종래에는 公益이란 不特定多數人의 利益이라는 정도로 이해하였으나, 오늘날에는 私權保護의 強化라는 취지에서 行政主體가 그의 財政的 需要를 充足시키기 위한 경우 또는 特定人의 利益을 위한 경우에는 公益을 위한 것으로 볼 수 없다고 消極的으로 설명하게 되었다.

現行法에서도 위와 같이 公共性概念의 判斷基準과 관련된 규정을 두고 있으나, 이러한 것들은 일응의 形式的 判斷基準에 불과하며, 公共性概念 또는

公共必要의 유무는 個別的·具體的으로, 또한 公益과 私益을 比較·衡量하여 결정하여야 한다. 결국, 公共性概念은 公共用地取得(收用)을 통해 얻어지는 公共의 利益이 反對概念인 用地取得(收用)을 통해 侵害되는 個人의 利益보다 큰 경우에 인정되는 것이다.

그렇다면, 公益 또는 私益이란 무엇이며 兩者를 比較·衡量할 수 있는 基準은 무엇인가? 이에 관해서 다음⁴⁾은 주로 收用理論을 중심으로 설명한 것이지만, 이 理論은 特例法의 性格에 비추어 特例法에 의한 取得의 경우에도 적용된다고 보아야 할 것이다.

1) 公用收用을 위한 公益

公益이 최소한 國家의 財政收入을 증대시킨다거나 支出을 減少시킨다거나 하는 內容의 國庫的 利益을 의미하는 것이 아니라는 점에 대해서는 意見이 일치하고 있다. 특히, 計劃이 부수된 公用收用に 있어서는 그 計劃이 形式的으로나 實質적으로 適法하여야 하고 收用이 公益에 適合하여야 하는데, 이것은 收用을 통해 實現되는 公益(예. 교통의 신속 등 都市의 健全한 發展)이 그것에 의해 侵害되는 公益(예. 景觀 등 自然環境의 毀損)보다 큰 경우에 인정되는 것이다.

2) 被收用者の 財産保有의 利益

私益은 個人(土地所有者 등)의 財産保有의 利益을 말하는데, 이것은 補償이 전의 收用決定段階에서부터 고려되어야 한다. 즉, 補償만 충분히 해주면 私益의 犧牲은 代償된다고 보면 큰 잘못이며 收用權의 발동자체가 불가피한 경우에만 인정된다는 것을 숙지하여야 한다. 憲法上의 財産權保障의 취지는 단순한 價値의 保障에 있는 것이 아니라 財産權의 具體的 存續의 保障에도

4) 金南辰, “公用收用과 利益衡量”, 『行政法의 基本問題』, 법문사, 1996, pp.489-497 참조.

있다는 점을 간과하여서는 안된다. 다만, 收用의 對象이 되는 財産權이 個人의 自由伸張에 직접적으로 기여하는 것인가, 아니면 단순히 匿名的 生産手段에 지나지 않는 것인가에 따라 存續保障에 있어 차등을 둘 수 있다. 즉, 어떤 財産權이 직접 個人의 住居 또는 營業用에 제공되어 있는 식으로 個人의 日常的生活과 밀접한 관련을 맺고 있는 것일 때에는 存續保障의 면에서 보다 높은 평가를 받아야 한다는 것이다⁵⁾.

3) 利益衡量的 尺度

公益과 私益을 比較·衡量하는 基準(尺度)으로서 比例의 原則(廣義)내지 過剩措置禁止의 原則이 있는데, 이것은 ① 適合性 ② 必要性 ③ 相當性이라는 세 개의 小原則으로 세분된다.

(1) 適合性の 原則 : 첫째로, 收用目的物로서 豫定되어 있는 것이 收用을 통해 達成하고자 하는 公益을 위해 適合한 것인가를 검토하여야 한다. 收用法에 의하면, 起業者가 土地를 收用(使用)하고자 할 때에는 建設交通部長官의 事業認定을 받아야 하고(동법 제14조), 그후 協議가 成立되지 아니하는 때에는 土地收用委員會의 裁決을 받도록 하고 있는데(동법 제29조), 이때 關係機關은 適合性の 문제를 고려하여야 한다. 또한, 이 原則은 還買權(수용법 제71조, 특례법 제19조)에 의해 뒷받침되고 있다.

(2) 必要性의 原則 : 둘째로, 당해 公益事業에 있어서 收用이라는 強制的 公權力의 發動이 반드시 必要한가, 收用보다 부드러운 任意的 方法이나 公益侵害의 정도가 적은 方法은 없는가를 검토하여야 한다. 즉, 任意買收의 方法을 통해 目的을 達成할 수 있다면 구태여 收用이라는 強制的 手段을 취할

5) 西獨法院(BGHZ 68, 100(103)=NJW 1977, S.935)은 收用의 目的物이 직접 農民의 職業的生存에 이바지하는 農家의 敷地임을 이유로 收用節次에 있어 그의 保存에 특별히 높은 價値를 부여하였다.

必要가 없는 것이다. 다만, 우리나라에서는 公共用地의 任意買收 역시 特例法の 적용을 받음으로써 收用法에 의한 取得과 별로 차이가 없는 것이 현실이다⁶⁾. 또한, 區劃整理方式에 의한 公用換地가 公用收用보다는 土地所有者들에게 有利하고 私權侵害의 우려가 적다고 인정되고 있다.

(3) 相當性の 原則 : 셋째로, 收用을 통해 追求하는 公益이 그로 인해 侵害되는 私益과 相當한 關係가 있는가, 個人의 財産權에 대한 侵害가 公益의 관점에서 受忍可能한 것인가를 검토하여야 한다. 즉 收用을 위한 公益이 優越한 것이고 豫定된 收用の 目的物이 非代替的인 것일 때에는 公益實現을 위해 收用權을 行使할 수 있으나, 公益이 과히 큰 것이 아니고 다른 手段이나 다른 目的物으로써도 目的을 達成할 수 있을 때에는 私益保護에 優位를 두어야 한다.

4) 私人을 위한 公用收用の 경우

收用이 特定個人이 利益을 위해 행해질 수 없음은 물론이다. 즉, 私企業인 은행·공장·백화점 등을 위한 收用은 公共必要를 위해서만 收用을 許容하는 憲法의 精神에 정면으로 違背된다. 그러나, 私益과 함께 公益에 이바지하는 混合狀態의 경우에는 收用權을 행사할 수 있다. 즉, 私企業으로서의 工場이 설립됨으로써 그 지역내의 고용증대효과를 주고 地域發展에 기여하는 바 크다면, 그 工場의 設立을 위한 收用에는 公益성을 인정할 수 있는 것이다. 收用法 제 3조 및 同令 제2조가 제철·비료, 석유화학·전자 등에 관한 사업을 收用할 수 있는 公益事業의 範圍內에 포함시키고 있는 것은 이를 말해 주는 것이다.

6) 그럼에도 불구하고, 特例法에 의한 方式이 收用法에 의한 方式보다 부드러운 것임은 부인할 수 없다 하겠고, 따라서 特例法の 實效성은 여기에서도 찾을 수 있다.

第 2 節 目的物の 範圍

取得(收用)의 對象이 되는 目的物은 事業의 公共性(公益性) 못지 않게 중요한 公共用地 取得要件의 하나로서, 그 範圍를 적정하게 設定하는 것은 公益과 私益의 調節에 중요한 역할을 하게 된다. 비록 事業의 公共性이 인정되고 正當한 補償을 지급하더라도 必要한 범위를 넘어 取得하는 경우나 必要한 범위내에서 取得하더라도 土地所有者등이 目的物에 대하여 가지는 價値를 확일적으로 평가하는 경우에는 私權侵害의 우려가 크다 하겠다.

1. 取得目的物の 法定化

우리 憲法은 公共用地取得의 對象으로서 「財産權」을 규정하고 있고(제23조3항), 特例法과 收用法은 일정한 財産權을 限定的으로 열거하여 法定化하고 있는 등(특례법 제2조1호, 수용법 제2조 등) 目的物の 範圍와 관련된 규정을 두고 있다.

1) 特例法上 目的物の 範圍

取得의 目的物은 公共事業에 必要한 土地등의 財産權을 말하는데, 特例法 제2조1호는 이 目的物の 範圍를 收用の 目的物の 範圍(수용법 제2조)와 일치시키고 있다. 즉, 土地등이라 함은 ① 土地, ② 土地에 관한 所有權 이외의 權利, ③ 土地와 함께 公共事業을 위하여 必要로 하는 立木·建物 기타 土地에 定着한 物件 및 이에 관한 所有權 이외의 權利, ④ 광업권·어업권 또는 물의 사용에 관한 권리, ⑤ 土地에 속한 土石 또는 砂礫 등을 말한다.

이와 같이 特例法은 取得目的物(土地등)의 範圍에 대하여 土地所有權등 일정한 財産權을 限定的으로 열거하여 法定化하고 있는데, 이것은 特例法에 의한 取得이 비록 私法上契約에 의한 取得이기는 하지만 그 배후에는 公權力의 行使가 잠재되어 있는 점에 비추어, 그 目的物의 範圍를 制限하지 아니하면 私有財産權에 대한 侵害의 우려가 그만큼 크기 때문에 이를 방지하고자 하는 취지이다.

2) 收用法上 目的物의 範圍

收用의 目的物은 收用의 對象이 되는 特定한 土地所有權 기타의 財産權을 말한다. 즉, 公益事業에 必要한 特定の 土地 및 物件이 收用의 客體가 된 경우에 그 土地 및 物件에 관한 所有權 및 기타의 權利를 말한다. 收用法 제2조에 의하면, 收用의 目的物로는 ① 公益事業에 必要한 土地, ② 土地에 관한 所有權 이외의 權利, ③ 土地와 함께 公益事業을 위하여 必要로 하는 立木·建物·기타 土地에 定着한 物件 및 이에 관한 所有權 이외의 權利, ④ 鑛業權·어업권 또는 물의 사용에 관한 權利, ⑤ 土地에 속한 토석 또는 사력 등이 있다⁷⁾. 이와같이 收用法은 收用目的物의 範圍에 대하여 土地所有權등 일정한 財産權을 限定的으로 列舉하여 法定化하고 있는데, 이것은 收用法에 의한 取得이 協議(公法上契約)에 의한 取得이건 裁決(行政行爲)에 의한 取得이건, 起業者가 公權力의 主體로서 契約自由의 原則에 의하지 않고 優越的 地位에서 合意 또는 單獨行爲에 의해 取得하는 점에 비추어, 그 目的物의 範圍를 制限하지 아니하면 私有財産權에 대한 重大한 侵害를 초래할

7) 다만, 道路法 등에서는 事業의 특성에 따라 收用法上의 目的物(物件 또는 權利)의 일부만을 收用對象으로 하고 있고, 그밖에 特許法 기타 個別法에서는 無體財産權과 動産 등도 收用對象으로 하고 있다(도로법 제44조, 택지개발촉진법 제12조1항, 주택건설촉진법 제34조1항, 도시계획법 제29조1항, 특허법 제106조1항 등).

우려가 있어 이를 방지하고자 하는 취지이다.

3) 目的物 範圍의 具體化過程

憲法 제23조3항의 「財産權」에서 출발하여 特例法과 收用法은 取得(收用) 目的物의 法定化(특례법 제2조1호, 수용법 제2조)를 비롯하여 다음과 같이 目的物의 範圍와 相關한 節次를 규정하고 있다. 目的物의 範圍는 用地取得(收用)의 節次가 進行되어 감에 따라 점차 縮小되고 具體化·特定化되어 간다⁸⁾.

(1) 特例法上的 取得過程

特例法 제2조1호는 取得의 目的物의 範圍를 收用의 目的物의 範圍(수용법 제2조)와 일치시키고 있는데, 이것은 어떤 土地所有權 기타의 財産權이 비록 公共事業에 必要하다고 하더라도 具體적으로 特例法과 收用法에서 규정한 目的物의 範圍內에 속하지 아니하면 特例法에 의한 取得이 불가능하다는 것을 뜻한다.

(2) 收用法上的 取得過程

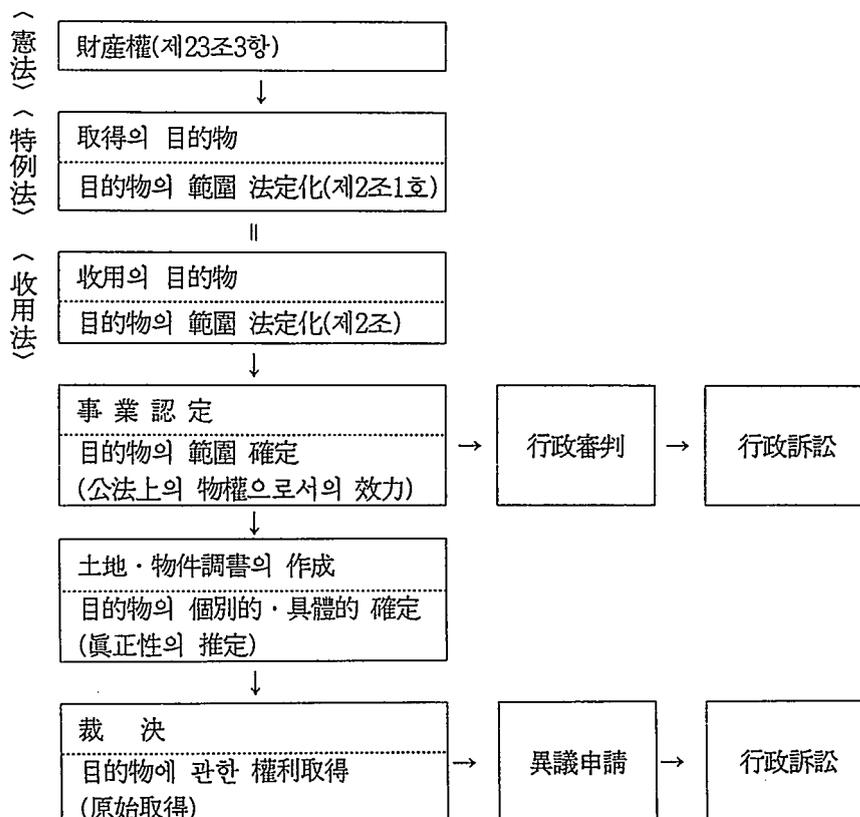
① 收用法 제2조는 收用의 目的物로서 토지, 토지에 관한 소유권 이외의 권리, 토지의 정착물 및 이에 관한 소유권 이외의 권리, 광업권·어업권·물의 사용에 관한 권리, 토석·사력 등 일정한 目的物의 種類를 한정적으로 열거하고 있다. ② 위와 같은 土地所有權등 일정한 財産權은 事業認定의 告示에 의하여 收用할 目的物의 範圍가 確定되고 公法上的 物權으로서의 效力이 발생한다(동법 제17조 참조). 여기서 土地의 位置나 豫定面積이 具體적으로 特定되는 것이다. ③ 이와 같이 그 範圍가 確定된 目的物은 土地·物件調書의 作成에 의하여 目的物의 內容이 具體的·個別的으로 確定되며 그 內容은 眞正

8) 目的物의 범위는 이 밖에도 特例法上的 土地·物件調書의 作成, 協議 단계와 收用法上的 協議 단계와도 相關이 있으나, 範圍의 「具體化」로서의 의미는 별로 없다고 본다.

性の推定을 받게 된다(동법 제24조 참조). 여기서 土地와 物件의 內容·數量 및 面積 등이 보다 具體적으로 特定되는 것이다. ④ 이와 같이 일응 特定된 目的物은 최종적으로 裁決에 의하여 그 目的物에 관한 權利를 原始取得하게 되는 것이다(동법 제67조). 여기서 最終적으로 目的物의 特定이 確定된다.

이상과 같이 取得의 目的物은 特例法과 收用法에 의한 取得節次가 진행됨에 따라서 그 範圍가 縮小·具體化되면서 特定되어진다. 이와같은 目的物 範圍의 具體化過程을 도해하여 보면 다음 <그림 3-2>와 같다.

<그림 3-2> 目的物 範圍의 具體化過程



2. 非代替성과 必要한 最小限의 理論

비록 法定化된 目的物の 範圍內에 속하는 土地등이라고 하더라도, 다시 非代替성과 必要한 最小限이라는 要件을 갖추어야 具體적으로 特定한 公共事業에 提供될 수 있다. 즉, 取得의 目的物은 당해 公共事業에 必要할 뿐만 아니라 다른 方法으로서는 그 事業에 必要한 需要를 충족시킬 수 없으며 그 必要한 最小限度에 그쳐야 하는 것인데⁹⁾, 이러한 理論도 私權保護의 관점에서 確立된 것이다.

1) 特例法上 目的物の 制限과 擴張

(1) 特例法上 取得의 目的物은 公共事業에 반드시 必要할 뿐만 아니라 다른 方法으로서는 그 事業에 必要한 需要를 충족시킬 수 없으며 그 必要한 最小限度에 그쳐야 한다. 즉 「非代替성과 必要한 最小限」이라는 收用의 要件이 원칙적으로 援用될 것이지만, 協議에 의한 任意的 取得의 性格上 그 要件이 다소 완화될 수 있다고 본다.

(2) 取得의 目的物에 관하여 「目的物の 制限과 擴張」의 理論이 收用の 경우에 準하여 適用될 수 있는데, 특히 目的物の 擴張에 관하여는 殘餘地買收 또는 收用(수용법 제48조1항)과 定着物移轉收用(동법 제49조3항,4항)에 對應하여 殘餘地取得請求 및 評價(특례법 제4조6항, 규칙 제26조1항)와 定着物取得評價(동법령 제2조의10제4항)에 관한 明文規定이 있다. 殘餘地取得評價란 同一한 所有者의 所有에 속하는 일단의 土地의 一部가 公共事業用地로 編入

9) 通說 : 정태건·林護貞, 「公共用地的 取得과 損失補償」, 경영문화원, 1990, p.221-222 ; 李善永, 「土地收用과 補償法論」, 법원사, 1995, pp.63-64 ; 金南辰·朴尙熙, 「土地公法論」, 경세원, 1994, p.117, p.121 ; 石琮顯, 「前掲書」, 1994, p.268, p.271. 判例 : 大判 87 누 395, 1987. 9. 8. ; 大判 93 누 8108, 1994. 1. 11.

됨으로 인하여 殘餘地를 종래의 目的이나 用途에 利用할 수 없게 된 경우에 殘餘地에 대한 評價는 일단의 土地全體價格에서 公共事業用地로 편입되는 土地의 價格을 差減한 額으로 한다는 것인데, 이는 殘餘地를 포함한 全部의 土地取得을 前提로 한 것이라 할 수 있다. 定着物取得評價는 取得할 土地에 定着物이 있는 경우에 그 定着物을 移轉함으로써 인하여 종래의 目的대로 利用 또는 使用할 수 없거나 移轉이 현저히 곤란한 경우 또는 移轉費用이 取得價格을 초과할 때에는 이를 取得價格으로 평가한다는 것인데, 이는 移轉에 갈음하는 取得을 전제로 한 것이라 할 수 있다.

여기서 殘餘地取得評價와 定着物取得評價는 目的物の 範圍가 오히려 擴張되고 있으나, 이것은 土地所有者등의 利益을 保護하기 위한 私權保護의 견지에서 규정한 것이다.

2) 收用法上 目的物の 制限과 擴張

(1) 收用の 目的物은 公益事業에 반드시 必要할 뿐만 아니라 다른 方法으로는 그 事業에 必要한 需要를 充足시킬 수 없으며, 그 必要한 最小限度에 그쳐야 한다.

(2) 이와같이 收用の 目的物은 「非代替性和 必要한 最小限」이라는 要件을 갖추면 되는 것이지만, ① 이러한 要件을 갖추고도 目的物이 될 수 없는 경우가 있는가 하면, ② 이러한 要件을 갖추지 못하고서도 目的物이 될 수 있는 경우도 있다. ① 前者를 目的物の 制限이라고 하는데, 예컨대 起業者所有의 土地, 公益事業에 이미 提供되고 있는 土地 등이 있다. ② 後者를 目的物の 擴張이라고 하는데, 이것은 被收用者の 財産權保護 또는 토지의 合理的 利用이라는 견지에서 目的物の 範圍나 程度를 擴張하는 경우로서, 예컨대 擴張收用(殘地收用·完全收用·移轉收用), 地帶收用 등이 있다. 여기서 殘地買收 또는 收用이란 同一한 土地所有者에 속하는 일단의 土地의 一部가 收用됨으로 인하여 殘餘地를 종래의

목적에 使用하는 것이 현저히 곤란한 경우에는, 土地所有者가 그 全部의 收用을 請求할 수 있고 이에 의하여 起業者가 일단의 土地全部를 收用하는 것을 말한다(수용법 제48조1항). 完全收用이란 土地의 使用이 3年 이상일 때, 土地의 使用으로 인하여 土地의 形質을 變更할 때, 또는 使用하고자 할 土地에 所有者의 建物이 있을 때에는, 所有者의 請求에 의하여 使用에 갈음하여 收用을 하는 것을 말한다(동법 동조2항). 移轉收用이란 土地의 定着物이 移轉이 현저히 곤란할 때, 移轉으로 인하여 종래의 목적에 使用할 수 없게 된 때에는 所有者의 請求에 의하여, 移轉料가 그 價格을 초과할 때에는 起業者의 請求에 의하여 移轉에 갈음하여 收用을 하는 것을 말한다(동법 제49조3항,4항). 地帶收用이란 公益事業을 위하여 직접 必要한 土地 이외에 그 사업과 관련한 事業의 施行을 위한 建築, 土地의 造成·整理가 必要하여 그 土地에 인접한 附近一帶의 土地를 收用하는 것을 말한다(동법 제3조7호, 도시계획법 제29조3항 참조).

여기서 殘地收用, 完全收用, 移轉收用 등은 土地所有者등의 利益을 保護해 주는 制度로서 私權保護의 側面에서도 바람직한 것이나, 地帶收用은 私權侵害의 우려가 크지만 制度의 補完과 改善이 있으면 오히려 私權保護에 이바지할 수 있다.

第 3 節 特例法上の 取得過程

特例法上の 用地取得과 補償節次(동법 규칙 제1장의2)는 事業施行者가 任意的 協議에 의해 公共用地를 取得하고 그 損失을 補償하는 데 있어서 반드시 거쳐야 하는 用地取得의 要件의 하나이다. 私法上の 契約은 契約自由의 原則에 의해 當事者間의 意思의 合致가 있으면 특별히 어떤 節次를 거칠 필

요없이 法律效果가 발생하는 것이지만, 特例法上的 協議取得에 있어서는 이와같이 일련의 節次를 거칠 것을 요구하고 있는 데, 이것은 特例法에 의한 取得이 任意的 方法이기는 하지만, 土地所有者들에게 契約自由의 原則을 制限함으로써 私權侵害의 우려가 큰 점에 비추어, 事業施行者에게 일정한 節次를 거칠 것을 요구함으로써 恣意的인 特例法適用에 의한 取得을 방지하여 私權保護에 충실하고자 하는 것이다.

또한 特例法上的 節次는 收用法上的 事業認定 이전에 非權力的 作用에 의하여 행하여지는 先行的 節次로서, 그 節次 자체는 公權力的 作用에 의하여 행하여지는 收用の 경우와는 엄격히 分離·區別되는 것이지만, 각 단계별 節次內에서 公共事業, 目的物, 損失補償 등이 연계되어 있는 경우에는 利益衡量, 必要한 最小限, 完全補償 등의 원칙이 적용되는 점은 收用の 경우와 별로 다를 것이 없다고 본다.

1. 公共事業計劃의 確定

事業施行者는 事業의 公共性이 인정되는 경우에만 公共事業에 관한 計劃을 樹立·確定하여 事業의 施行을 告示하여야 한다. 이와같이 特定한 公共事業에 대한 事業計劃이 樹立·確定되어 事業의 施行告示가 있는 후에만 特例法에 의한 用地取得이 있을 수 있으며, 事業의 施行告示 이전에는, 私權侵害의 우려가 없는 民法上的 契約自由의 原則에 의한 取得이 있을 뿐, 契約自由가 制限되는 特例法에 의한 取得은 절대적으로 있을 수 없다. 이 때에 비로소 公共用地取得(狹義)에 있어서 特例法과 收用法의 適用에 의한 取得節次가 開始되는 것이지만, 그 중에서도, 利益衡量的 원칙 중 특히 必要性의 원칙에 의하여 特例法에 의한 任意的 取得方法을 先行的으로 요구하고 있는 것이다.

事業施行者는 事業計劃이 確定되면 用地圖를 작성하여 取得할 土地의 範

圖를 확정하고, 基本調査를 하여 被補償者와 補償의 目的物을 조사하는데, 이때 公簿上의 調査뿐만 아니라 事實現況調査까지 함으로써 私益侵害事實을 個別的·具體적으로 확인하여야 한다.

(1) 用地圖作成과 用地取得計劃의 樹立 : 事業施行者는 公共事業의 計劃이 確定되면 축적 600분의 1 내지 1,200분의 1의 地籍圖에 對象物件인 土地를 표시한 用地圖를 作成하여야 한다. 다만 対象물건이 山林인 경우에는 축적 3,000분의 1 내지 6,000분의 1의 지적도에 의하여 용지도를 작성할 수 있다(규칙 제5조의 2). 이 用地圖의 作成에 의하여 取得할 土地의 範圍가 確定되고 이에 의거하여 用地取得計劃을 樹立·推進하게 된다.

(2) 補償目的物의 基本調査 : 事業施行者는 公共事業에 편입되는 土地등의 所有者 기타 被補償者와 補償의 目的物에 대하여 公簿上의 調査뿐만 아니라 事實調査·現況調査까지 거쳐 具體的·個別的으로 확인하여야 한다. 이리하여 土地등의 所有者의 姓名·住所, 土地의 所在地·地番·地目·面積 및 權利의 種類와 內容, 地上物의 種類와 數量 기타 損失補償에 있어서 필요한 사항을 파악하여야 한다.

2. 土地·物件調書의 作成

補償目的物의 調査가 완료되면, 事業施行者는 用地圖를 기본으로 하여 必要한 最小限의 원칙에 의하여 土地調書 및 物件調書を 作成하여야 하는데(규칙 제5조의2 제2항), 이 때에 일정한 書式에 따라 物件과 權利關係를 公簿上의 記載 뿐만 아니라 現況調査에 의하여 實際利用狀況까지 빠짐없이 기입하여야 한다.

(1) 土地調書는 地籍圖(林野圖)에 의하여 地番地域別로 地番을 抽出하고, 土地臺帳(林野臺帳)을 열람하여 地目·面積 및 所有者의 姓名·住所를 기입하고, 登記簿를 열람하여 所有權과 기타 權利에 관한 사항을 확인하여 기입한다. 뿐만 아니라 현지 답사등 현황조사를 통하여 現實的인 利用狀況을 기입한다.

(2) 物件調書는 公共事業에 편입되는 土地에 定着한 物件 즉, 建物·工作物·立竹木 등에 대하여 公簿上의 調査와 現況調査를 거쳐, 物件의 種類·構造·數量, 所有權 기타 權利關係 및 現實的인 利用狀況을 기입한다.

3. 補償計劃의 樹立·通知(公告·閱覽 등)

事業施行者는 土地·物件調書와 補償의 時期·方法 및 節次 등을 記載한 補償計劃을 新聞에 公告할 뿐만 아니라 土地所有者들에게 個別通知까지 하여야 하고, 그 內容을 一般에게도 閱覽시키도록 함(규칙 제5조의 3)으로써 利害關係人에게 意見陳述의 機會를 주고 土地所有者들에게 異議申請까지 할 수 있게 하고 있다.

(1) 補償計劃의 公告·通知 : 事業施行者는 土地·物件調書의 作成이 끝나면, 그 調書와 補償의 時期·方法 및 節次 등을 기재한 補償計劃을 정하여 주요 日刊新聞에 公告하고 對象物件의 所有者 또는 權利者에게 個別通知하여야 한다(규칙 제5조의3제1항).

(2) 補償計劃의 閱覽 : 事業施行者는 補償計劃을 公告·通知한 때에는 그 內容을 14일 이상 一般에게 閱覽시켜야 한다(동조2항).

(3) 異議申請 : 對象物件의 土地所有者들은 土地·物件調書의 內容에 대하여 異議가 있을 때에는 閱覽期間內에 事業施行者 또는 市長·郡守에게 異議를 제기할 수 있다(동조3항).

4. 補償額의 算定·決定

補償額의 算定은 事業施行者가 직접 하는 것이 아니라 第3者的 專門評價者 2人 이상에게 일정한 書式에 따라 評價依賴하도록 함(규칙 제5조의4)으

로써 公正한 評價를 통하여 完全補償의 원칙을 구현하려 하고 있다. 또한, 이때 專門評價者는 法令이 정한 評價基準에 따라 評價하여야 한다. 事業施行者는 2人 이상의 評價者와 評價結果를 算術平均하여 補償額을 査定하고, 경우에 따라서는 補償審議委員會의 審議를 거쳐, 補償額을 決定할 뿐이다. 여기서 補償審議委員會의 구성에는 적어도 土地등의 所有者 3할 이상이 포함되어야 한다(동법 제4조5항).

(1) 評價依頼 : 事業施行者는 對象物件에 대한 評價를 의뢰하고자 할 때에는 評價依頼書에 土地·物件調書의 사본을 첨부하여 2人 이상의 鑑定評價業者(土地등 評價者)에 評價를 의뢰하여야 한다(규칙 제5조의4제1항).

(2) 補償額의 算定 : 補償額의 算定은 鑑定評價業者가 評價依頼書의 내용에 의거하여 각 補償物件別로 評價基準에 따라 評價하여야 한다. 評價는 鑑定評價業者 2人 이상이 행하며, 補償額의 算定은 評價額의 算術平均値를 기준으로 한다. 다만, 이주비·이장비·이농비는 事業施行者가 정한다(령 제2조의10제8항). 土地등의 評價者는 對象物件에 대한 평가를 한 후 評價書를 작성하여 지정된 기간내에 依頼者에게 송부하여야 한다.

(3) 補償額의 決定 : 事業施行者는 補償目的物の 評價結果를 기준으로 補償額을 査定·審議·決定한다. 補償額의 査定은 補償額을 調整한다는 의미가 아니라 2人 이상의 評價者의 評價結果를 算術平均하는 작업인데, 이때 評價者의 評價가 관계법령에 위반하여 평가되었거나 부당하게 평가되었다고 인정할 경우에는 당해 評價者에게 그 사유를 명시하여 다시 평가를 의뢰할 수 있으며, 評價者의 評價額을 適正한 것으로 인정할 수 없는 특별한 사유가 있거나 評價額중 最高評價額이 最低評價額의 1.3배를 초과하는 경우에는 다른 2人 이상의 評價者에게 다시 평가를 의뢰할 수 있고 이 경우에는 再評價額의 算術平均値를 기준으로 査定한다(규칙 제5조의4제4항). 評價額의 審議는 補償審議委員會의 審議를 거치는 것을 의미하는 데, 補償審議委員會는 일정규모 이상의 公共事業을 시행하는 경우에 地方自治團體에 설치되는 審議機關으로 土地등의 取得에 관련된 補償業務에 관한 사항을 審議·諮問한다(동법 제4조7항, 령 제9조1항 참조). 事業施行者는 査定·審議를 거쳐 최종적으로 補償

額을 判斷・決定한다.

5. 協議(補償契約의 締結)

事業施行者는 補償額을 決定한 후 지체없이 일정한 書式의 損失補償協議 要請書를 所有者등에게 송부하여 補償契約의 請約을 하고 契約締結을 위한 協議를 성실하게 행하여야 한다(규칙 제5조의5, 제5조의6 참조). 協議가 成立된 때에는 지체없이 契約을 締結하여야 한다(규칙 제5조의7). 事業施行者는 對象物件의 取得을 위한 契約을 締結한 때에는 지체없이 補償金을 支給하여야 한다(규칙 동조).

(1) 補償契約의 請約 : 事業施行者는 補償額을 算定・決定한 때에는 지체없이 補償額・契約締結期限 및 契約條件 등을 기재한 損失補償協議要請書를 對象物件의 所有者등에게 송부하여야 하며, 이때 契約締結期限은 특별한 사유가 없는 한 2月の 범위내에서 정하여야 한다(규칙 제5조의5제1항,2항).

(2) 契約締結을 위한 協議 : 事業施行者는 補償契約의 請約을 한 때에는 對象物件의 所有者등과 個別的 또는 集團的으로 契約締結을 위한 協議를 誠實하게 하여야 한다(규칙 제5조의6제1항). 事業施行者가 所有者등과 協議를 한 때에는 그 事實에 대하여 協議의 일시・장소 및 협의방법, 當事者의 주장내용과 협의사항 등의 내용이 포함된 協議調書를 작성하여 협의당사자의 서명・날인을 받아야 한다(동조 2항).

(3) 補償契約의 締結 : 事業施行者는 土地등의 所有者와 協議가 成立된 때에는 지체없이 契約을 締結하여야 하며, 그 契約의 內容에는 契約一般條件의에 契約의 解除 또는 變更에 관한 사항과 이에 따르는 補償額의 還收나 原狀復舊 등에 관한 사항이 포함되어야 한다(규칙 제5조의7제1항,2항).

(4) 補償金의 支給 : 事業施行者는 對象物件의 取得(使用)을 위한 契約을 締結한 때에는 지체없이 補償金을 支給하여야 한다(규칙 제5조의7제3항). 補償金은 對象物件의 所有者등이 이를 수령하는데 가장 편리한 방법으로 支給하여야 한다(동조4항).

第 4 節 收用法上の 取得過程

收用法上の 收用の 節次는 起業者가 公權力의 行使에 의해 公共用地를 強制的으로 取得하는 過程에 있어서 반드시 거쳐야 하는 土地收用の 要件의 하나이다. 土地收用은 公益事業을 위하여 個人의 財産權을 強制的으로 取得하는 것이므로 被收用者의 權利를 保護하고 收用者와 被收用者 사이의 상반된 利害關係를 調節할 必要性이 있고, 이 때문에 收用은 法律이 정한 일정한 節次에 따라서 행해지도록 하고 있는 것이다.

公用收用權은 一般的으로 法律에 의거한 특별한 行政行爲에 의하여 設定되는데¹⁰⁾, 보통의 경우에는 그 行政行爲는 여러 개의 段階的 行爲의 結合에 의하여 성립되는 일련의 節次를 거침으로써 비로소 收用の 效果가 完成된다. 收用法上の 普通節次는 ① 事業認定 ② 土地·物件調書의 作成 ③ 協議 ④ 裁決·和解 등 4段階로 이루어진다. 이와 같이 收用法은 公共用地取得에 있어서 일련의 節次를 거칠 것을 엄격히 요구하고 있는데, 이것은 收用法에 의한 取得이 起業者가 公權力의 主體로서 優越的 地位에서 土地所有者등에게 契約自由의 原則을 制限 내지 배제함으로써 私權侵害의 우려가 대단히 큰 점에 비추어, 收用者와 被收用者의 상반된 利害關係를 調節하고 土地所有者등의 私權保護에 충실하기 위한 것이다. 따라서, 각 단계별 收用節次內에서 利益衡量, 必要한 最小限, 完全補償 등의 원칙이 特例法에 의한 取得의

10) 다만, 個別法에서 公用收用權이 직접 法律에 의하여 設定되는 경우가 있는데, 이 때에는 아무런 節次가 필요없고 收用權者인 行政廳의 行政處分(收用通告)에 의하여 無條件으로, 또는 補償金額의 決定을 條件으로 즉시 收用の 效果가 발생한다(도로법 제49조, 농촌근대화촉진법 제155조 등).

경우보다 엄격하게 적용되어야 한다.

1. 事業認定

事業認定이란, 事業施行者가 私法上の 任意的 方法으로서는 公益事業에 필요한 目的物을 取得할 수 없는 경우에, 國家(建設交通部長官)가 特定한 事業이 收用法 제3조에 列擧되어 있는 公益事業에 해당함을 認定하여 起業者에게 일정한 節次를 거칠 것을 條件으로 目的物에 대한 收用權을 設定해 주는 行政行爲(收用の 第1段階 行爲)이다. 이 때 事業의 公共性에 있어서 利益衡量의 원칙과 目的物의 범위에 있어서 必要한 最小限의 원칙이 구체적으로 적용된다.

① 事業認定은 收用權의 主體인 起業者가 직접 할 수 있는 것이 아니고 起業者는 다만 建設交通部長官에게 일정한 書式에 의해 事業認定을 申請할 수 있을 뿐인데(수용법 제14조, 령 제9조), 이것은 收用の 當事者가 아닌 第3者的 機關에 事業認定權을 부여함으로써 起業者의 恣意的인 收用權發動을 방지하고 被收用者의 權益을 保護하고자 하는 것이다. ② 建設交通部長官의 事業認定은 自由裁量行爲(設權의 形成行爲說)로서, 起業者가 法定화된 範圍內의 公益事業을 위해 事業認定을 申請하더라도 公共性의 程度 등을 고려하여 自由로운 判斷아래 事業認定 여부를 決定할 수 있으나, 事業認定을 하고자 할 때에는 道知事등과 協議하고 中央土地收用委員會 및 利害關係人의 意見を 청취하여야 한다(동법 제15조). 이것은 事前에 關係機關과의 協議와 被收用者의 意見陳述을 거치도록 함으로써 收用權設定에 있어 適法節次에 의한 私權保護를 도모하고 있는 것이다.

(1) 事業認定의 性質 : 事業認定의 性質에 대하여는 收用權의 主體가 누구인가와 관련하여 學說이 나누어진다. ① 確認行爲說은 國家가 特定한 事業이 公用收用을

할 수 있는 公益事業에 해당하는지 여부를 判斷·決定하여 단순히 確認하는 行爲에 불과하다고 하나¹¹⁾, ② 設權의 形成行爲說은 積極的으로 起業者에게 일정한 節次의 履行을 條件으로 收用權을 設定해 주는 것이라고 한다¹²⁾. 前說은 國家收用權說의 立場에서 特定한 事業이 收用法上의 公益事業에 해당함을 形式的으로 確認해 주는 羈束裁量行爲라고 하지만, 後說은 起業者收用權說의 立場에서 收用權이라는 創設的 權利를 設定해 주는 自由裁量行爲라고 한다. 後說이 通說이며 타당하다고 생각한다. 따라서 特定한 事業이 形式的으로 收用法上의 公益事業에 해당하는 경우라도 그 事業을 위하여 收用權을 認定해 줄 정도의 公益性이 있는지의 여부를 具體的으로 判斷하여 事業認定 여부를 決定하여야 하는 것이다.

(2) 事業認定의 節次 : 起業者가 事業認定을 받고자 하는 경우에는 事業認定申請書를 작성하여 道知事 등을 거쳐 建設交通部長官에게 제출하여야 한다. 事業認定申請書에는 起業者의 姓名·名稱, 事業의 種類, 事業豫定地, 事業認定申請事由 등을 기재하고, 事業計劃書, 事業豫定地 및 事業計劃을 표시하는 圖面, 收用할 土地의 細目を 기재한 書類 등을 첨부하여야 한다(수용법 제14조, 령 제9조). 建設交通部長官이 事業認定을 하고자 할 때에는 道知事 등과 協議하고 미리 中央土地收用委員會 및 利害關係人의 意見を 청취하여야 한다(동법 제15조, 령 제12조). 建設交通部長官이 事業認定을 한 때에는 지체없이 그 뜻을 起業者, 土地所有者, 關係人 및 관계道知事 등에게 通知하고 起業者의 성명·명칭, 事業의 종류, 起業地 및 收用할 土地의 細目を 公報에 告示하여야 한다(동법 제16조)¹³⁾.

(3) 事業認定의 效果 : 事業認定에 의하여 起業者에게 公用收用權이 발생하고, 이를 公報에 告示하면 收用할 目的物의 範圍가 確定되고 그 目的物에 관한 公法上의 物權

11) 李善永, 「前掲書」, 1995, p.84.

12) 金道昶, 「一般行政法論(下)」, 청운사, 1992, p.607 ; 朴銳炆, 「前掲書(下)」, 1996, p.654 ; 金南辰·朴尙熙, 「前掲書」, 1994, p.133 ; 大判 92 누 596, 1992. 11. 13.

13) 그러나 個別法에서는 事業認定을 擬制하는 特례규정이 있다. 즉, 都市計劃法 등에서는 當該事業에 관한 實施計劃承認·施行認可·區域決定 등을 事業認定에 갈음하고 있다(도시계획법 제30조2항, 주택건설촉진법 제34조3항, 택지개발촉진법 제12조2항, 도로법 제49조의2제2항, 농촌근대화촉진법 제154조2항 등).

으로서의 효력이 발생한다. 즉, 事業認定에 의하여 起業者는 일정한 節次를 거칠 것을 條件으로 目的物을 收用할 수 있는 權限을 부여받게 되고, 事業地域의 土地의 細目이 告示되면 收用할 土地의 位置와 豫定面積의 範圍가 特定되어지며, 그 범위내에서 起業者는 公益事業의 시행에 따른 權利를 행사할 수 있게 된다¹⁴⁾. 事業認定告示後에 그 土地등에 대한 새로운 權利를 取得한 者는 기존의 權利를 承繼한 者를 제외하고는 被收用者(關係人)로서의 損失補償請求權 등의 權利를 주장할 수 없다(수용법 제4조3항). 事業認定의 告示가 된 土地에 대하여는 土地所有者·關係人 기타 누구든지 事業에 지장이 될 形質의 변경이나 定着物의 손괴·수거 등의 行爲를 하지 못하고(동법 제18조의2), 起業者등은 事業의 準備나 土地·物件調書を 작성하기 위하여 土地 또는 工作物에 出入하여 이를 측량·조사할 수 있다(동법 제22조).

2. 土地·物件調書の 作成

土地·物件調書の 作成은 起業者에게 부과된 義務로서 必要한 最小限의 원칙을 보다 구체적으로 적용하여 收用目的物인 土地나 物件의 內容을 具體的·個別的으로 確定하는 節次이다. 이것은 裁決申請의 準備節次の 일종으로서 調書の 內容은 眞正性の 推定을 받고 事實確認的 의미를 지닌다.

① 起業者는 事業認定後에 土地·物件調書を 作成하여야 하는데(수용법 제23조1항), 이때 일정한 書式에 따라 物件과 權利關係를 公簿上의 調査뿐만 아니라 現況調査까지 거쳐 빠짐없이 기입하여야 한다. 土地·物件調書の 作成은 收用할 土地 및 物件의 內容을 確定하는 것이므로, 여기서 私益侵害事實을 個別的·具體적으로 확인하도록 하고 있는 것이다. ② 起業者는 調書作成過程에 土地所有者와 關係人을 立會시켜야 하고 이때 土地所有者등이 調書の 內容에 異議가 있으면 附記할 수 있도록 하고 있는데(동법 동조2항), 이것은 調書가

14) 李善永, 「前掲書」, 1995, p.93 ; 大判 87 누 1141, 1988. 12. 27. 참조.

지니는 眞正性의 推定力에 의한 私權侵害를 방지하고자 하는 것이다.

(1) 調書의 作成節次 : 土地 및 物件調書는 먼저 公簿의 確認과 現況調査를 실시하고 그 결과를 토대로 土地와 物件을 구분하여 각각 調書를 作成한다. 起業者는 事業認定의 告示後 土地調書 및 物件調書를 作成하여 이에 서명·날인하여야 하고, 이때 土地와 建物の 調書에는 實測平面圖를 첨부하여야 한다. 起業者는 그 作成過程에 土地所有者와 關係人을 立會시켜 이에 서명·날인하게 하여야 하는데, 이때 소유자 및 관계인은 調書의 內容에 異議가 있으면 그 내용을 부기할 수 있다(수용법 제23조, 령 제15조).

(2) 調書의 效力 : 土地·物件調書는 그 調書作成當時의 土地나 物件의 現象을 증명하고 裁決을 위한 審議過程 기타 當事者 사이에 紛爭이 생긴 경우의 증거방법으로서, 調書의 記載事項은 별도의 입증을 기다릴 필요없이 일응 眞正한 것으로 推定받는다. 다만, 調書에 異議를 부기한 경우에는 眞實性의 推定을 받지 못하나 기타 調書로서의 效力은 지니게 된다(동법 제24조). 그러나, 所有者등의 立會를 요구하지 아니하고 作成한 調書는 節次上의 瑕疵를 지닌 것으로 調書로서의 效力을 인정할 수 없다. 土地·物件調書의 作成에 의하여 收用할 土地나 物件의 內容·數量·面積 등이 具體的·個別的으로 確定된다¹⁵⁾.

3. 協 議

協議는 收用할 土地의 範圍, 收用時期 및 損失補償 등에 관한 起業者와 被收用者 사이의 交渉行爲이다. 收用法은 協議前置主義를 취하여, 事業認定의 告示가 있는 후 起業者는 그 土地등에 대하여 權利를 取得하거나 消滅시키기 위하여 土地所有者 및 關係人과 協議하여야 하며(동법 제25조1항), 協議가 成立되면 그것으로 收用節次는 終結된다. 協議를 거치지 아니한 裁決申請은 違法이 된다¹⁶⁾.

15) 李善永, 「前揭書」, 1995, p.93 참조.

① 이와같이 收用法은 協議前置主義를 취하여 起業者는 事業認定後 土地所有者등과 반드시 協議를 하여야 하며(동법 제25조1항), 이를 거치지 않은 裁決은 違法으로서 原則적으로 無效가 되는데, 이것은 비록 公法上契約이기는 하나 當事者의 合意에 바탕을 둔 協議取得이 權力的 單獨行爲에 의한 裁決取得보다는 私權侵害의 우려가 적다는 점을 감안한 것이다. ② 起業者가 協議를 하고자 하는 경우에는 事業認定後 즉시 協議의 內容을 土地所有者등에게 通知하여야 하고, 事業認定後 1年 이내에 土地所有者등 被收用者 全員과 協議하도록 함(동법 동조, 령 제15조의2)으로써 請約과 承諾에 의한 契約의 形式을 갖추어 當事者의 合意에 바탕을 두고 있다. ③ 協議가 成立되면 起業者는 目的物을 取得하나 이때에는 承繼取得에 불과하고 土地收用委員會의 確認을 거쳐야 비로소 收用의 效果로서 原始取得하게 된다(동법 제25조의2 참조). 이것은 起業者가 優越的 地位에서¹⁷⁾ 契約自由의 原則을 制限하고 이루어진 協議成立段階에서 收用의 效果를 인정한다면 被收用者는 確定力에 의해 協議의 成立이나 內容을 다룰 수 없게 되어 私權侵害의 우려가 크고 契約으로서의 本質에도 반하기 때문에, 當事者가 아닌 第3者的 機關의 確認을 거쳐 비로소 收用의 效果를 인정함으로써 私權保護에 충실하고자 하는 것이다.

(1) 協議의 性質 : 協議의 性質에 관해서는 收用權의 主體가 누구인가와 관련하여

16) 大判 80 구 168, 1981. 3. 31. 다만, 起業者의 過失없이 土地所有者등을 알 수 없는 때에는 그들과 協議하지 아니하고 裁決申請을 할 수 있다(大判 70 다 1459, 1971. 5. 24 ; 大判 93 다 34756, 1993. 11. 12. 참조).

17) 일반적으로 公法上契約을 行政行爲와 구별할 때, 前者는 當事者가 對等한 地位에서 意思의 合致에 의해 성립된다는 점을 들고 있으나(李尙圭, 「新行政法論(上)」, 법문사, 1994, p.467), 雙方의 意思가 完全한 對等價値를 가진 것은 아니며(金道昶, 「一般行政法論(上)」, 청운사, 1992, p.511), 行政主體가 다소 優越的 地位에 있다 할 것이다.

學說이 대립된다. ① 私法上契約說은 收用權의 主體는 國家이고 協議는 起業者가 土地所有者등과 對等한 地位에서 행하는 任意的 合意로서 私法上の 賣買契約과 性質上 차이가 없다고 하나, ② 公法上契約說은 協議는 起業者가 國家的公權의 主體로서 土地所有者등에 대하여 그 土地등의 權利를 取得·消滅시키기 위하여 행하는 收用節次의 실행방법에 불과하고 公法의效果의 발생을 목적으로 하며, 協議가 成立되지 않으면 裁決에 의하게 된다는 점에서 公法上の 契約이라고 한다. 後說이 通說이며 妥當하다¹⁸⁾.

(2) 協議의 節次와 內容 : 起業者가 協議를 하고자 하는 경우에는 事業認定의 告示가 있는 후 즉시 協議의 內容 즉, 協議期間 및 方法, 補償의 시기·방법 및 절차, 契約締結의 기간 및 장소 등을 土地所有者 및 關係人에게 通知하여야 한다(수용법 제25조, 령 제15조의2). 協議는 事業認定의 告示가 있는 날로부터 1年이내에 土地所有者 및 關係人등 被收用者 全員과의 사이에서 土地·物件調書의 作成範圍內에서 裁決에 의하여 결정될 모든 사항을 대상으로 하며(동법 동조, 제29조 참조), 그밖에 協議의 內容이 특히 制限되어 있지는 않다. 起業者와 被收用者간의 協議가 成立되면 收用節次는 종결되는 것이지만, 協議의 通知에서 정한 기간내에 協議가 成立되지 아니하는 경우에는 起業者는 協議經緯書를 작성하여 土地所有者 및 關係人의 서명·날인을 받아야 한다(령 제15조의2).

(3) 協議의 成立과 確認 : 起業者와 被收用者 사이에 協議가 成立되면 合意의 內容에 따라 起業者는 目的物을 取得하고 이로써 收用의 節次는 종결된다. 이때 起業者는 目的物을 原始取得하는 것이 아니라 所有者등으로 부터 承繼取得하는 것이라 해석된다¹⁹⁾. 協議가 成立되면 起業者는 事業認定告示日로부터 1年이내에 被收用者의 同意를 얻어 管轄土地收用委員會에 協議成立의 確認을 신청할 수 있다(동법 제25조의2제1항, 령 제18조). 土地收用委員會에서 協議成立의 確認을 하면, 裁決과 같은 效力이 발생하여 起業者, 所有者 및 關係人은 그 확인된 協議의 成立이나 內容에 대하여 다툴 수 없는 確定力이 생긴다(동법 동조4항). 즉, 起業者는 確認에 의하

18) 朴鈞炘, 「前掲書(下)」, 1996, p.658 ; 李善永, 「前掲書」, 1995, p.107.

19) 大判 94 누 2732, 1994. 6. 28. ; 大判 78 다 1518, 1978. 11. 14.

여 土地등의 所有權 기타 權利를 收用의 效果로서 原始取得하게 된다.

4. 裁決

裁決은 協議가 成立되지 아니하거나 不可能한 경우에 행하는 收用의 最終的인 節次인 바²⁰⁾, 土地收用委員會의 裁決은 收用權 자체의 行使가 아니라 起業者에게 부여된 收用權의 具體的 內容을 결정하고 그 實行을 완성시키는 形成的 行政處分으로서, 이 때 利益衡量的 원칙, 必要的 最小限의 원칙, 完全補償의 원칙이 보다 구체적이고 엄격하게 적용된다. 이 裁決處分에 의하여 起業者는 公益事業에 필요한 土地등을 取得하고 所有者 및 關係人은 그 權利를 喪失하는 收用의 效果가 발생된다.

① 起業者는 協議가 成立되지 아니하거나 불가능한 경우에 事業認定後 1年 이내에 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있으나(수용법 제25조2항), 이 期間內에 裁決申請이 없으면 事業認定의 效力을 喪失시키고 있는데(동법 제17조), 이것은 事業認定後 裁決申請을 장기간 懈怠함으로써 土地所有者들에게 財産權行使에 制約(土地등의 保全義務, 동법 제18조의2)만 초래하는 것을 방지하여 私權保護에 충실하기 위한 것이다. 또한, 協議가 成立되지 아니하는 경우에 土地所有者들에게 裁決申請請求權을 인정하고 있는 것(동법 제25조의3)도 같은 취지에서 비롯된 것이다. ② 土地收用委員會는 裁決申請을 받은 때에는 지체없이 그 뜻을 公告하고 2週間동안 一般에게 閱覽시키고 所有者들에게 意見陳述의 기회를 주도록 함(동법 제36조)으로써 行政處分에 앞서 利害關係人의 參與節次에 의한 私權保護를 도모하고 있다. ③ 裁決機關인 土地收用委員會는 合意制行政官廳으로서 事業認定機關(建設

20) 大判 70 다 1459, 1971. 5. 24. ; 大判 93 누 2902, 1993. 7. 13. 참조.

交通部長官)과 분리됨으로써 第3者的·準司法的 地位에서 公益과 私益을 比較·衡量하여 公正한 裁決을 하도록 하고 있다. 또한, 不告不理의 原則에 의해 當事者가 申請한 範圍內에서 收用의 目的物, 損失補償, 收用時期 등을 결정하도록 하면서, 다만, 損失補償에 있어서는 增額裁決을 할 수 있도록 하고 있는데(동법 제29조), 이것은 完全補償의 원칙을 실현하기 위한 것이다. ④ 裁決의 效果에 있어서도 起業者는 補償金의 支給을 條件으로 裁決에서 정한 收用의 時期에 土地등에 관한 權利를 原始取得하나, 起業者가 收用의 時期까지 補償金을 지급하지 아니하면 裁決은 效力을 상실하게 되는데(동법 제65조), 이것은 事前補償의 원칙을 감안한 규정이다. ⑤ 管轄土地收用委員會의 裁決에 不服이 있는 者는 中央土地收用委員會에 異議申請을 할 수 있고(동법 제73조, 제74조), 異議申請에 대한 裁決에 不服이 있는 者는 法院에 行政訴訟를 提起할 수 있도록 함(동법 제75조의2)으로써 최종적으로는 司法機關에 의한 私權救濟를 보장하고 있다. ⑥ 그밖에, 土地收用委員會는 裁決이 있기 전에는 언제든지 當事者에게 和解를 권고할 수 있는데(동법 제40조), 이것은 當事者의 合意에 의한 해결은 公權과 私權의 마찰을 완화할 수 있다는 점에서 인정된 제도이다.

(1) 裁決의 申請 등 : 起業者는 協議가 成立되지 아니하거나 協議할 수 없는 경우에 事業認定告示日로부터 1年이내에 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있다(수용법 제25조2항, 령 제17조). 이 期間內에 裁決申請이 없으면, 事業認定의 告示는 期間滿了日 다음날로 效力을 상실한다(동법 제17조). 裁決申請은 起業者만이 할 수 있으나, 事業認定告示後 協議가 成立되지 아니하는 경우에는 土地所有者 및 關係人은 起業者에 대하여 裁決申請을 조속히 할 것을 書面으로 請求할 수 있다(동법 제25조의3). 土地收用委員會는 起業者의 裁決申請을 받은 때에는 지체없이 그 뜻을 公告하고, 公告日로부터 2週間 관계書類의 사본을 一般에게 閱覽시킴과 아울러 그 기간중에 所有者 및 關係人에게 意見陳述의 기회를 주어야 한다(동법 제36조, 령 제17조, 제20조).

(2) 裁決機關과 裁決의 內容 등 : 裁決機關으로서 土地收用委員會는 裁決이라는 형식의 行政行爲를 行하는 合意制行政官廳이며 行政委員會의 일종이다. 建設交通部에 中央土地收用委員會를, 서울特別市·廣域市 및 道에 地方土地收用委員會를 둔다(동법 제28조). 土地收用委員會는 裁決申請의 閱覽期間이 경과한 때에는 지체없이 審議를 하여야 하고 審議開始日로부터 2週間 안에 裁決을 하여야 한다(동법 제37조, 제38조). 土地收用委員會는 不告不理의 原則에 의하여 起業者, 土地所有者 및 關係人이 申請한 範圍內에서 收用할 土地의 區域, 損失補償, 收用의 時期 등에 대하여 裁決하여야 한다. 다만, 損失補償에 있어서는 당사자가 신청한 범위를 넘어서 增額裁決을 할 수 있다(동법 제29조2항,3항). 裁決은 主文과 裁決理由 및 日字를 기재한 文書로 하여야 하며, 裁決書에는 委員長·委員이 서명·날인한 후 起業者, 土地所有者 및 關係人에게 송달하여야 한다(동법 제43조).

(3) 裁決의 效果 등 : 裁決으로써 公用收用의 節次는 종결되며 일정한 條件아래 收用의 效果가 발생한다. 起業者는 補償金의 支給을 條件으로 收用의 時期에 土地등에 관한 權利를 原始取得한다(동법 제61조, 제67조). 被收用者는 收用目的物의 引渡·移轉의 義務를 짐과 동시에 損失補償請求權 등을 取得한다(동법 제61조, 제63조). 裁決이 確定되면 民事上의 確定判決과 동일한 效力이 발생하지만, 起業者가 收用의 時期까지 補償金을 支給하지 아니하면 그 效力이 상실된다(동법 제65조). 裁決은 行政行爲이므로, 그에 대하여 不服하는 者는 行政上爭訟으로서의 異議申請 및 行政訴訟을 提起할 수 있다. 中央土地收用委員會의 裁決에 대하여 異議가 있는 者는 裁決書正本의 송달을 받은 날로부터 1月 이내에 中央土地收用委員會에 異議申請을 할 수 있고(동법 제73조), 地方土地收用委員會의 裁決에 대하여 不服이 있는 者는 裁決書正本의 송달을 받은 날로부터 1月 이내에 그 地方土地收用委員會를 거쳐 中央土地收用委員會에 異議를 申請할 수 있다(동법 제74조). 異議申請에 대한 中央土地收用委員會의 裁決에 대하여 不服이 있는 경우에는 行政訴訟을 提起할 수 있다(동법 75조의2). 이때의 行政訴訟은 抗告訴訟에 의하여 裁決의 取消를 구할 수 있을 뿐만 아니라, 形式的當事者訴訟에 의해 當事者는 직접 相對方을 被告로 하여 補償金增減請求를 할 수도 있다(행정소송법 제3조2항).

(4) 和解 : 土地收用委員會는 그 裁決이 있기 前에는 언제든지 그 委員 3人으로써 구성되는 小委員會로 하여금 起業者, 土地所有者 및 關係人에게 和解를 권고할 수 있다(수용법 제40조1항). 和解가 成立되면 土地收用委員會는 和解調書を 작성하여, 和解에 참여한 委員, 起業者, 土地所有者 및 關係人이 이에 서명·날인하여야 한다(동조2항). 和解調書는 收用裁決과 같은 效力이 발생하며 調書에 서명·날인한 起業者, 土地所有者 및 關係人은 調書의 成立과 內容을 다룰 수 없다(동조3항).

5. 土地收用の 效果

土地收用に 있어서 裁決이 있게 되면, 起業者와 被收用者에게 일정한 收用に 관한 權利와 義務를 發生시키게 되는데, 이를 土地(公用)收用の 效果라고 한다.

公共用地 取得過程에서 여러가지 段階的 節次를 거치는 동안에 當事者의 合意에 의한 公益과 私益의 調和點을 도저히 찾을 수 없는 경우에는, 부득이 公權力의 一方的 行使인 裁決에 의해 收用の 效果가 발생하는 것인데, 이러한 收用の 效果 중 公益과 私益의 調和라는 관점에서 가장 중요한 것은 「正當한 補償」의 문제이지만 이것은 第5節에서 따로 검토하기로 하고, 여기서 는 그밖의 效果에 관하여 살펴보면 다음과 같다. ① 土地收用委員會의 裁決이 있으면 起業者는 裁決로서 정한 收用の 時期에 補償金を 支給함으로써 土地 또는 物件의 所有權을 原始取得하고 이와 양립할 수 없는 다른 權利는 消滅한다(수용법 제67조). 이것은 收用の 效果는 裁決에 의하여 發生하지만, 그에 의하여 즉시 收用の 效果가 完成되는 것이 아니고 起業者의 損失補償의 履行을 條件으로 裁決에서 정한 時期에 그 效果가 完成된다는 것을 의미하는 데, 起業者의 權利取得의 時期를 補償金支給時期와 일치시킴으로써 原始取得에 의한 私權侵害의 우려를 減殺시키고 公權과 私權의 조화를 도모하

고 있는 것이다. ② 被收用者는 收用의 時期까지 土地나 物件을 起業者에게 引渡하거나 移轉할 義務를 지는데(수용법 제63조), 이것은 物件의 引渡·移轉의 時期를 起業者의 權利取得 및 補償金支給時期와 일치시킴으로써 衡平의 原則에 의한 公·私益 조화를 도모하고 있는 것이다. ③ 裁決이 있는 후 土地나 物件이 被收用者의 故意·過失없이 滅失·毀損되었을 때에는 그로 인한 損失은 起業者의 負擔으로 하는데(동법 제68조), 이것은 私法上的의 債務者危險負擔主義(민법 제537조)에 대한 예외로서, 裁決을 한 날로부터 收用의 時期까지에는 物件이 引渡·移轉되기 전에 不可抗力으로 滅失·毀損되더라도 起業者는 補償金を 지급하여야 하며, 따라서 被收用者의 利益을 특별히 保護하고자 하는 것이다. ④ 그밖에도, 還買權(동법 제71조, 제72조)은 原所有者·權利者의 主觀的價値 내지 感情上的 損失을 회복시키고 公平의 原則을 실현시킨다는 점에서 私權保護에 이바지하는 바 크다.

(1) 起業者의 權利取得 : 起業者는 補償金의 支給(供託)을 條件으로 하여 收用의 時期에 土地·物件의 所有權 기타의 權利를 取得하고 이와 양립할 수 없는 다른 權利는 消滅한다(동법 제67조). 즉, 土地收用委員會의 裁決이 있으면, 起業者는 裁決로서 정한 收用의 時期에 補償金を 支給함으로써 土地 또는 物件의 所有權 기타 權利를 取得하며, 起業者가 補償金支給義務를 이행하지 아니하면 그 裁決의 效力은 상실된다. 收用의 效果는 裁決(協議成立)에 의하여 발생하지만, 그에 의하여 즉시 收用의 效果가 완성되는 것이 아니고 收用者의 損失補償의 履行(補償金의 支給·供託)을 條件으로 裁決(協議)에서 정한 時期에 그 效果가 완성되는 것이다. 收用に 의한 起業者의 權利取得은 原權利者의 權利의 承繼的 取得이 아니고 法律의 규정에 의한 原始的 取得이며, 그 效果는 對物的으로 모든 權利者에 대하여 발생한다. 따라서, 收用의 目的物인 土地나 物件에 관한 種래의 다른 모든 權利는 消滅함과 동시에 起業者가 새로이 所有權을 取得하게 되며, 이때의 所有權은 아무런 負擔이나 瑕疵가 없는 完全한 所有權으로서 私法上的의 擔保責任의 문제는 발생할 여지가 없다. 여기서 消滅되는 權利는 土地·物件에 관한 所有權 이외의 權利로서 地상권·전세권·저당권 등은 물론

이고 인가·허가된 公法上的 權利 또는 관습법상의 권리도 소멸한다.

(2) 物件의 引渡·移轉 : 被收用者는 收用의 時期까지 土地·物件을 引渡하거나 移轉할 義務를 지며, 그 不履行에 대하여는 行政代執行이 허용된다. 즉, 土地所有者 및 關係人 기타 土地·物件에 관하여 權利를 가진 者는 收用의 時期까지 土地나 物件을 起業者에게 引渡하거나 移轉하여야 하며(수용법 제63조), 이 義務를 不履行하는 경우 등에는 引渡나 移轉을 代執行할 수 있고(동법 제77조), 履行이 不可能한 경우 등에는 이를 代行하여야 한다(동법 제64조).

(3) 危險負擔의 移轉 : 收用に 의한 危險負擔은, 私法上的 債務者負擔主義(민법 제537조)와 달라서, 被收用者가 아니라 起業者가 危險을 負擔한다. 즉, 土地收用委員會의 裁決이 있는 후 土地나 物件이 土地所有者 또는 關係人の 故意·過失없이 滅失·毀損되었을 때에는 그로 인한 損失은 起業者의 負擔으로 한다(수용법 제68조).

第 5 節 損失補償制度

憲法은 제23조제3항에서 “公共必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다”라고 규정하여 損失補償에 관한 直接的 根據와 基準을 제시하고 있고, 特例法과 收用法도 損失補償의 基準에 관한 諸原則, 補償額의 算定基準과 方法 등에 대하여 규정하고 있는데, 이러한 규정들은 公共必要로 인하여 個人에게 가해진 特別한 犧牲에 대하여 正當한 補償을 지급함으로써 私有財産權의 保障과 公平負擔을 실현하고자 하는 것이다. 正當한 補償의 지급은 完全補償의 原則에 의하여 公益과 私益의 調和를 달성하는데 있어서 그 출발점이며 귀결점이라 하겠다.

特例法과 收用法은 公共事業(公益事業)으로 인하여 土地所有者등이 입게

되는 損失 中 補償의 對象이 될 수 있는 損失의 範圍를 個別的, 具體的으로 규정하고 있다. 이것은 補償의 目的物을 法定化함으로써 起業者에 의한 任意的 補償을 배제하고 法令에 의한 正當한 補償을 保障하여 完全補償의 原則을 具現하고자 하는 취지이다. 특히 取得의 目的物에 대한 客觀的 財産價値의 補償 이외에 非財産的·無形的 損失에 대한 生活權補償까지 인정하고 있는 것이다. 이와같이 補償目的物의 法定主義는 取得目的物의 法定主義와는 구별되고, 損失補償의 實定法的 根據와는 表裏의 關係에 있다할 것이다²¹⁾.

特例法上 損失補償은 私法上의 契約에 의한 反對給付로서의 賣買代金으로서, 收用法上의 損失補償이 公權力의 行使에 의한 特別한 犧牲에 대한 財産權의 補償인 것과는 그 法的 性格을 달리하고 있다. 그러나, 特例法과 收用法은 公共用地 取得過程에 있어서 相互補完關係를 유지하여 統一的 秩序를 형성하고 있기 때문에 損失補償에 있어서도 理念·原則·算定의 基準과 方法 등에 있어 별로 다를 게 없고, 收用法도 補償額算定의 基準과 方法 등에 대해서는 特例法의 規定을 準用하도록 하고 있다(동법 제57조의2, 특례법 제4조).

21) 補償目的物이란 公共事業에 必要한 土地등의 取得·使用으로 인하여 所有者등이 입게 되는 損失 中에서 補償의 對象이 될 수 있는 損失의 範圍를 말하는데, 補償目的物의 法定主義란 이러한 補償目的物에 관하여 어떠한 損失에 대하여 어떠한 範圍까지 補償을 할 것인가를 法令에 規定하고 있어야 한다는 主義를 뜻하는 것이다.

補償의 目的物은 取得의 目的物과는 구별되는 概念으로서, 取得의 目的物은 반드시 補償의 目的物이 될 수 있지만 補償의 目的物이 반드시 取得의 目的物이 되는 것은 아니다. 즉, 財産權補償 내지 對物的補償의 目的物은 財産權의 客觀的 價値 자체에 대한 損失이지만, 生活權補償의 目的物은 被補償者의 生活基盤의 侵害에 대한 非財産的·無形的 損失이므로, 前者의 경우에는 補償의 目的物과 取得의 目的物이 일치하지만, 後者의 경우에는 서로 일치하지 아니한다.

1. 損失補償의 根據

損失補償의 根據는 다음과 같이 理論的 根據와 實定法的 根據로 나누어 볼 수 있으나, 이론적 근거에 대하여는 特別犧牲說이 定說로 확립되었으나, 실정법적 근거에 대하여는 몇 가지 學說이 伯仲勢에 있고, 어느 학설에 의하느냐에 따라 補償의 여부와 정도에 있어서 큰 차이를 나타내게 된다.

1) 理論的 根據

損失補償의 理論的 根據로는 프랑스의 平等負擔說과 독일의 既得權說 또는 特別犧牲說 등을 들 수 있으나, 다른 學說은 역사적 의미밖에 없고 오늘날은 特別희생설로 확립되어 있다.

① 프랑스에서는 1789년의 人權宣言 제13조에 근거를 둔 「公的負擔 앞의 平等」(l'égalité devant les charges puliques)을 損失補償의 이론적 근거로 보았다. ② 독일에서는 近代初에는 自然法的인 既得權(wohlerworbenes Recht)의 관념에 근거를 두어 公共必要에 의한 既得權의 侵害에 대하여는 그 經濟的 價値에 따라 보상하여야 한다고 하였다가, 그 뒤 그것과 平等原則을 결합하여 平等負擔의 原則(Lastensgleichheitssatz)을 근거로 하게 되었으며, 오토 마이어는 이를 더욱 발전시켜 犧牲說(Opfertheorie)내지는 特別犧牲說을 주장하였고, 이 이론은 「바이마르」헌법 이래 판례상으로 損失補償의 근거로 확립되어 왔다²²⁾.

特別희생설이 통설²³⁾·판례이며 타당하다고 본다. 公共必要를 위하여 財産權 그 자체에 內在하는 社會的·自然的 制約을 넘어서 私有財産에 대하여

22) 金道昶, 「前掲書(上)」, 1992, p.654 ; 朴鈞炆, 「前掲書(上)」, 1996, p.684.

23) 金道昶, 「前掲書(上)」, 1992, p.654 ; 李尙圭, 「前掲書(上)」, 1994, p.640 ; 金南辰, 「行政法(I)」, 법문사, 1995, p.543.

「특별한 犧牲」을 강요하지 않으면 안 되는 경우에도, 私有財産制를 전제로 하는 이상, 그와 같은 「특별한 犧牲」에 대하여는 전체국민의 부담으로 轉嫁하여 전체적인 公平負擔의 견지에서 調節的 補償(ausgleichende Entschädigung)을 행하여야 하는 것이다. 이것은 헌법 제11조의 平等原則은 公的負擔에 대한 平等도 그 내용으로 하기 때문이다. 이러한 「특별한 犧牲」에 대한 보상을 통하여, 비로소 公的負擔 앞의 平等(社會正義)이란 理想을 실현할 수 있으며, 公益과 私益의 조절을 도모할 수 있고, 法律生活의 安定을 기할 수 있는 것이다²⁴⁾.

2) 實定法的 根據

損失補償에 관한 實定法的 근거로서 憲法은 제23조제3항에서 “財産權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다”라고 직접 규정하고 있으나, 國家賠償의 경우와는 달리, 이 憲法規定에 근거하여 補償의 基準과 方法 등에 관하여 정한 一般法은 없고, 각 個別法에서 이를 정하고 있을 뿐이다(수용법 제6장, 도시계획법 제30조, 하천법 제74조 및 제75조 등). 따라서, 公共必要에 의한 財産權의 收用 등이 행하여졌는데, 당해 法律에서 그에 대한 損失補償에 관하여 정하지 아니하여 損失補償에 관한 法律的 根據가 없는 경우에 公用侵害를 당한 國民은 직접 憲法 제23조제3항을 근거로 하여 補償을 請求할 수 있는지의 여부에 관하여 해석상 문제되고 있다. 이러한 문제는 바꾸어 말하면 위의 憲法規定이 어떠한 效力을 가지는가에 관한 것으로서 다음과 같이 견해가 대립되고 있다.

① 立法指針說(方針規定說)은 損失補償에 관한 憲法規定은 立法指針(Programmvorschrift)에 지나지 않으므로 財産權을 侵害당한 자에 대한 補償여부는 立法者가 자유로히 정할 수 있으며, 입법자가 補償不要로 판단하여 보

24) 朴銳旻, 「前掲書(上)」, 1996, p.684.

상규정을 두지 않았으면 보상을 청구할 수 없다고 한다. ② 立法者에 대한 直接效力說(違憲無效說)은 憲法規定은 財産權을 侵害당한 國民에게 直接 그 규정에 근거한 損失補償請求權을 부여한 것은 아니나, 立法者에 대하여는 國民의 財産權을 侵害하는 立法을 할 때에는 반드시 補償에 관한 규정도 두도록 구속하는 效力을 가진다고 한다. 따라서 法律이 財産權侵害를 규정하면서 補償에 관하여 규정하지 않으면 그 法律은 違憲無效이며, 그 법률에 근거한 財産權侵害行爲는 不法行爲가 되고, 損失補償은 청구할 수 없으나, 損害賠償은 청구할 수 있다고 한다²⁵⁾. ③ 國民에 대한 直接效力說은 損失補償에 관하여 규정한 憲法規定은 國民에 대하여 直接 效力을 가지며, 따라서 財産權을 侵害당한 國民에게 직접 損失補償請求權을 부여한 것으로 본다²⁶⁾. 따라서 어떤 法律이 財産權侵害를 규정하면서 損失補償에 관하여 규정하지 아니한 경우에도 그러한 法律이나 그에 의거한 財産權侵害行爲는 違憲無效가 아니고 有效하며, 그러한 재산권침해를 당한 자는 직접 헌법규정을 근거로 하여 民事訴訟(또는 公法上 當事者訴訟)으로 補償請求를 할 수 있다고 한다. ④ 類推適用說은 法律이 財産權侵害를 규정하면서 補償에 관하여 규정하지 않으면 그 法律은 違憲違法이 된다고 하고, 따라서 憲法 제23조제3항을 직접 적용하여 補償을 청구할 수는 없으나, 憲法 제23조제1항 및 제11조에 근거하여 헌법 제23조제3항 및 관계규정을 類推適用하여 損失補償을

25) 金道昶, 「前掲書(上)」, 1992, p.600 ; 李尙圭, 「前掲書(上)」, 1994, p.644 ; 다만, 우리 大法院의 판례(大判 93 다 41860, 1994.10.28.)에서는, 法律이 憲法裁判所의 결정에 의하여 違憲으로 된 경우에도 違憲決定 전에 당해 法律에 근거하여 행한 處分은 그 처분시에는 그 근거법률의 違憲與否가 명백한 것은 아니라는 이유로, 특별한 사정이 없으면 當然無效는 아니며, 取消할 수 있는 행위에 그친다고 보고 있다. 이러한 판례의 입장에서 보면, 財産權을 侵害하는 立法을 행하면서 補償規定을 두지 아니한 法律에 의한 재산권의 침해행위도 無效는 아니며, 取消할 수 있는 행위에 그친다고 하겠다(朴鈺旻, 「前掲書(上)」, 1996, p.686).

26) 金哲洙, 「憲法學新論」, 박영사, 1993, p.297.

청구할 수 있다고 한다.

이러한 學說의 대립은 公益과 私益의 調和라는 관점에서 중요한 의미를 갖는 것으로서, 財産權에 대한 「特別한 犧牲」에 해당하는 制限을 가하면서 補償에 관한 규정을 두지 않는 경우에, 어느 학설에 의하느냐에 따라 補償請求權의 存否와 補償의 정도에 있어서 현격한 차이를 나타내게 된다. 이러한 학설들 중 立法者에 대한 直接效力說이 公益과 私益의 調和라는 理念에 가장 부합할 뿐만 아니라 憲法政策的 관점에 비추어서도 가장 타당하다고 생각한다.

立法指針說은 손실보상의 이론적 근거인 正義·공평의 원칙에서 보나, 私有財産制를 보장한 우리 헌법의 원칙에서 보나 받아들일 수 없고, 現行 憲法은 '補償은 法律로써 하되' 라고 규정하고 있으므로 國民에 대한 直接效力說도 채택할 수 없으며, 類推適用說은 法解釋適用의 원칙상 문제가 있고, 독일에서와 같은 판례법이나 관습법으로서의 犧牲補償請求權의 法理의 발전이 없는 우리나라에서는 인정하기가 어렵다고 하겠다. 결국 憲法規定에 대하여 어떠한 效力을 갖게 할 것인가는 憲法政策的 문제라 할 것인바, 우리 憲法은 立法者에 대한 直接效力說을 취한 것이라고 하겠다²⁷⁾.

2. 損失補償의 基準

憲法 제23조제3항이 규정한 「正當한 補償」이란 어떤 意味인가? 損失補償의 基準은 그 나라 憲法의 財産權에 대한 社會的 價値觀에 의하여 결정될 것인바, 이러한 損失補償의 基準에 대하여 完全補償說과 相當補償說이 對立하고 있고 그밖에 折衷說이 있다.

① 完全補償說은 被侵害財産의 時價·去來價格에 의한 客觀的 價値의 完

27) 朴銳炳, 「前掲書(上)」, 1996, pp.685-689.

소한 補償을 하여야 한다(客觀的價値補償說)고 하거나, 나아가 附帶的 損失까지 補償하여야 한다(損失全部補償說)고 한다²⁸⁾. ② 相當補償說은 完全補償을 原則으로 하면서도 公益上의 合理的인 事由가 있으면 그것을 下廻할 수 있다(完全補償原則說)고 하거나, 社會觀念上 客觀的으로 合理的이며 公正·妥當한 補償을 하면 된다(合理的補償說)고 한다. ③ 折衷說은 二元的 立場에서 完全補償을 原則으로 하고 특히 국방·국토개발·환경조성 등 特別한 犧牲의 정도가 완화될 수 있는 合理的 理由가 있는 때에는 相當한 補償이 허용된다고 한다.

第5共和國憲法은 “補償은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 정한다”라고 규정하였는데(동헌법 제22조3항), 이 헌법하에서는 다수설은 相當補償說을 취하고 있었다. 그런데, 現行 第6共和國憲法이 “補償은 法律로써 하되 正當한 補償을 支給하여야 한다”라고 규정하자, 完全補償說이 다수설적 지위를 차지하게 되었으나, 아직도 相當補償說 내지 折衷說이 유력하며, 이밖에 正當한 補償의 內容에 대한 이러한 논의는 별로 의의가 없고 具體的인 狀況에 있어서의 侵害行爲에 따른 特定財産의 評價方法과 具體的 侵害內容 등에 따라서 個別的으로 판단하여야 한다는 견해도 있다. 그러나, 特例法과 收用法은 ‘適正價格補償’(특례법 제4조2항 및 수용법 제46조2항)을 규정하고 있는 점에 비추어, 여기서는 相當補償說(完全補償原則說)에 입각하여 설명하기로 한다.

3. 完全補償의 原則

위와 같이 損失補償의 基準에 대하여는 完全補償說과 相當補償說 및 折衷

28) 完全補償說 : 文鴻柱, 「前掲書」, 1990. p.294 ; 憲判 89 헌마 107, 1990. 6. 29. 참조.

說 등의 대립이 있지만, 어느 학설에 의하더라도 公益과 私益의 調和라는 理念 아래 完全補償의 原則에 충실하여야 한다는 점에는 異論이 있을 수 없다. 特例法과 收用法은 完全補償의 大原則에 입각하여 다음과 같이 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則을 규정하고 財産權補償(對物的補償) 뿐만 아니라 生活權補償(間接補償)까지 인정함으로써 正當한 補償을 실현하려 하고 있다.

1) 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則

特例法과 收用法은 完全補償의 原則의 下位原則으로서 時價補償의 原則, 適正價格補償의 원칙, 事前補償의 원칙, 金錢補償의 원칙 등 다음과 같은 諸原則을 규정하고 있다.

(1) 時價補償의 原則 : 補償額은 時價 즉, 契約締結當時 또는 協議成立當時 또는 裁決當時의 價格을 基準으로 이를 算定한다(特例法 제4조1항, 수용법 제46조1항). 특히 取得 또는 收用하여야 할 土地에 대하여는 公示地價를 基準으로 하는데, 그 公示地價는 당해 土地의 價格時點 당시 公示된 公示地價 중 價格時點에 가장 近接한 時點에 公示된 公示地價로 한다. 다만 公共事業의 計劃·施行이 公告·告示됨으로 인하여 土地의 價格이 變動되었다고 인정되는 경우에는, 당해 公告·告示日前의 時點 또는 事業認定 告示日前의 時點을 公示基準日로 하는 公示地價로서 당해 土地의 價格時點 당시 公示된 公示地價 중 당해 公共事業의 公告·告示日 또는 事業認定 告示일에 가장 近接한 時點에 公示된 公示지가로 한다(특례법 제4조2항1호,3항, 수용법 제46조2항1호,3항 및 제57조의2). 이것은 事業의 計劃·施行이 公告·告示됨으로 인하여 地價上昇이 있는 경우에는 契約締結時 또는 收用時를 基準으로 하지 않고 事業의 公告·告示日 또는 事業認定 告示日을 基準으로 함으로써 損失補償에 있어서 開發利益을 排除하고 있는 것이다. 그리고 住居用建物에 대하여는 最低 100만원의 補償을 보장하여(특례법규칙 제5조의9) 특례를 규정하고 있다.

(2) 適正價格補償의 原則 : 取得 또는 收用하여야 할 土地에 대하여는 公示地價를 基準으로 하되, 그 公示基準日로부터 價格時點까지의 관계法令에 의한 당해 土地의

利用計劃, 당해 公共(公益)事業으로 인한 地價의 變動이 없는 地域의 地價變動率, 都賣物價上昇率 기타 당해 土地의 位置, 形狀, 環境, 利用狀況 등을 참작하여 평가한 適正價格으로 補償額을 정한다. 建物·立木·土地에 定着한 物件과 이에 관한 所有權 이외의 權利, 광업권, 어업권, 물의 使用에 관한 權利와 土地에 속한 土石 및 모래·자갈 등에 대하여는 去來價格·原價·收益性 등을 참작한 適正價格으로 補償額을 정한다(특례법 제4조2항, 수용법 제46조2항, 제57조의2).

(3) 事前補償의 原則 : 補償金은 事業施行前, 즉 工事に 着手하기 前 또는 收用의 時期 前에 지급하여야 한다(특례법 규칙 제5조의11, 수용법 제61조).

(4) 事業施行者(起業者)補償의 原則 : 土地所有者·關係人 등이 입은 損失은 事業施行者(起業者)가 이를 補償하여야 한다(특례법 제3조1항, 수용법 제45조1항). 또한 企業利益과의 相計가 禁止된다(수용법 제53조).

(5) 金錢補償의 原則 : 補償金은 現金으로 지급한다(특례법 제3조2항, 수용법 제46조, 제61조).

(6) 個別拂의 原則 : 補償은 土地所有者·關係人 등에게 個人別로 지급하여야 한다(특례법 제2조3항, 수용법 제45조2항). 또한 同一所有者에게 동시에 補償하여야 한다(특례법 규칙 제5조의8).

2) 損失補償의 內容 -生活權補償-

特例法과 收用法은 損失補償의 內容에 대하여 財産權補償(對物的補償)뿐만 아니라 生活權補償(間接補償)까지 인정하여 正當한 補償을 실현하고자 하고 있다.

特例法 제4조 및 同施行令 제2조의10은 補償額의 評價基準과 方法을 규정하고, 同規則은 補償目的物別 評價方法에 있어서 土地의 評價(제2장), 地上物의 評價(제3장), 農業의 評價(제4장), 權利 등의 評價(제5장), 間接補償(제5장의2), 기타 評價(제6장) 등으로 나누어 補償內容을 個別的·具體적으로 규정하고 있다. 收用法은 土地 기타 物件의 收用補償(제46조, 제50조), 殘餘地

補償(제47조), 定着物 移轉補償(제49조), 測量·調査로 인한 損失補償(제54조), 事業의 廢止·變更으로 인한 損失補償(제55조), 기타 土地에 관한 費用補償(제56조), 營業 등의 損失補償(제51조) 등으로 나누어 補償內容을 個別的·具體的으로 규정하고 있다.

그런데 이러한 特例法과 收用法上的 損失補償 內容에 있어서 財產權補償은 被侵害財產權의 客觀的價値 자체에 대한 補償으로서 너무나도 당연한 보상이고 財產價値의 增減만 없으면 될 것이지만, 生活權補償(間接補償)은 個人의 生活基盤의 侵害로 인한 非財產的·無形的損失에 대한 補償으로서 完全補償의 原則 具現이라는 견지에서 최근에 損失補償 內容의 多樣化²⁹⁾ 또는

29) 종래에는 公共事業이 주로 도로·국공립학교건설 등 이른바 點線的 開發事業이어서 收用되는 財產權도 주로 小規模 土地所有權이었고, 土地를 收用당한 자가 당해 지역에서 생활을 계속 영위할 수 있어 生活權 자체는 침해당하지 아니하였으며, 국민의 경제생활도 매우 단조로워서 土地收用に 附帶되어 침해되는 經濟的 손실도 輕微하였다. 그리하여 公共事業으로 침해되는 재산권도 주로 토지였고, 또한 당시에는 土地去來에 있어서도 市場經濟의 원칙이 타당하여 隣近에서 同價値의 類似土地를 취득할 수 있었으므로 土地에 대하여 完全補償을 하면 그것이 바로 正當補償이라는 論理가 성립할 수 있었다. 그러나 오늘날은 損失補償의 內容이 多樣化되고 있다. 그것은 오늘날은 국민의 經濟生活이 高密度化하여 감에 따라 公共事業으로 인하여 침해되는 재산권이 土地所有權에 한정되지 않고 다양화되고 있으며, 또한 재산권상실에 附帶되는 經濟的 손실도 多樣化되고 있다. 그리고 오늘날도 종전과 같은 公共事業이 없는 것은 아니나, 대개의 경우 댐·産業團地·港灣建設 등 이른바 面的 開發事業인 大規模公共事業이 대대적으로 행하여지며, 이러한 경우에는 주민들이 一時에 遠距離로 移住하여야 하며 公共事業으로 인하여 재산권만 침해당하는 것이 아니라 生活基盤 자체를 상실하게 된다. 그리하여 오늘날에는 토지소유권과 함께 土地所有權 이외의 각종 재산권 그리고 재산권침해에 附帶되는 經濟的 손실에 대한 보상기준 그리고 生活權침해에 대한 보상기준의 발전 없이, 종래와 같이 憲法規定의 해석을 중심으로 재산권, 그 중에서도 土地의 收用に 있어서 完全補償을 하여야 하는 것인지 相當補償을 하여도 되는 것인지와, 完全補償을 하여야 한다면 무엇이 完全補償인가 하는 抽象的 논의만으로는 문제를 해결할 수 없게 되었다 (朴銳炳, 「前掲書(上)」, 1996, pp.698-699.).

補償範圍(目的物)의 擴大化 추세에 따라 인정된 것이다.

現行法上の 補償內容 중에서 生活權補償의 내용을 추출해 보면, 特例法 제8조, 同施行令 제5조의 移住對策, 同規則 제5장 權利 등의 評價 중 漁業權 間接補償(제23조2항), 同規則 제5장의2의 間接補償(제23조의2 내지 제23조의 6), 同規則 제6장 기타 評價 중 營業損失補償(제24조 내지 제25조의3), 殘餘地評價(제26조), 移徙費(제27조), 移住對策費 등(제27조의2), 營農補償(제29조), 離農費 등(제30조), 住居對策費(제30조의2), 休職·失職補償(제30조의3), 그리고 收用法 제47조의 殘餘地補償 등을 들 수 있다.

3) 補償評價制度上的 配慮

現行法은 補償額 算定の 客觀性과 公正性을 保障하기 위해 補償額 算定の 基準과 方法을 法定化하고 補償額 算定機關을 第3者的 機關에 獨立化시킴으로써 完全補償의 原則, 특히 時價補償의 원칙을 실현하려 하고 있다.

(1) 補償額 算定方法과 基準의 法定化 : 特例法은 제4조에서 補償額의 算定 時期(價格時點), 方法 및 基準에 관한 規定을 두고, 同施行令 제2조의10에서 補償額의 評價基準을 具體적으로 規定한데 이어, 同規則은 제1장 總則에서 評價方法의 適用(제3조), 評價時點(제4조), 對象物件의 評價 등(제5조)을 規定하고, 同規則 제2장 내지 제6장에서는 補償目的物別 評價方法을 個別的·具體적으로 規定하고 있다. 收用法은 제46조에서 算定の 時期(價格時點) 및 方法을 規定하고, 算定方法 및 基準 등에 관하여 特例法의 規定을 準用하도록 하고 있다.

(2) 評價機關의 獨立化·專門化 : 特例法에 의한 取得節次에 있어서 補償額의 算定은 事業施行者의 의뢰에 의하여 2人 이상의 專門評價者(鑑定評價業者)가 행한 평가결과를 算術平均하여 결정한다(동규칙 제5조의4). 收用法에 의한 收用節次에 있어서 協議取得의 경우 補償額의 算定은 特例法의 規定을 準用하나(동법 제57조의2), 裁決取得의 경우에는 起業者의 裁決申請에 의하여 管轄土地收用委員會가 裁決事項의 하나로서 補償額을 결정하는데, 이때 增額裁決도 할 수 있다(동법 제29조).

4) 還買權制度의 確立

現行法은, 利益衡量의 원칙 중 適合性의 원칙에 입각하여, 原所有者·權利者의 主觀的價値 또는 感情上의 損失을 회복시키고 公平의 原則을 실현시키기 위하여 還買權制度를 인정하고 있다. 특히, 還買權은 形成權으로서 還買事由는 權利의 成立要件이 아니라 行使要件이라는 점에서 私權保護에 이바지하는 바 크다.

還買權이란 取得(收用)의 目的物이 取得(收用)後 당해 公共(公益)事業에 대하여 不必要하게 되었을 때 등의 경우에는 원래의 土地所有者등이 다시 이를 買受하여 原所有權을 회복할 수 있는 權利를 말한다(특례법 제9조, 수용법 제71조, 제72조). 이러한 還買權은 法律의 규정에 의하여 당연히 성립하는 形成權으로서, 土地등이 不必要하게 되었거나 不利用하게 되어야 한다는 還買事由는 還買權의 行使要件에 불과하며, 土地所有者등은 事業主體의 同意 없이 一方的 意思表示로써 이 權利를 行使할 수 있다. 다만, ① 特例法은 土地所有者·關係人 및 그 包括承繼人이 土地·物件의 所有權 기타 權利에 대하여 還買權을 가진다고 하고 있으나(동법 제9조), ② 收用法은 土地所有者 및 그 包括承繼人이 土地만을 目的物로 하여 還買權을 가지도록 하고 있어(동법 제71조, 제72조), 所有權 이외의 權利에 대해서는 이 權利를 인정하지 않고 있다.

第 4 章 公共用地取得의 實證的 分析

여기에서는 公共用地取得의 事例와 判例를 구체적으로 分析함으로써 本研究에 實證的으로 接近하고자 한다. 公共用地取得의 實證的 分析은 1980년부터 1994년까지 行政部 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 公共用地 取得(狹義)事例를 分析한 후, 1962년부터 1996년까지의 관련 判例를 살펴보고자 한다. 즉, 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 取得事例로서 ① 全國의 公共用地取得 및 補償實績과 事業主體別 取得實績을 분석하고 ② 公共用地 取得過程上的 民願內容을 분석한 후, ③ 大法院의 관련 判例를 살펴보고자 한다.

行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 取得事例는 公共用地 取得(廣義)方法 모두를 面積·價額·地域·事業別로 分析하는 것이 바람직하겠으나, 統計資料의 제약과 本研究의 目的 및 範圍에 비추어 狹義의 取得方法을 중심으로 분석하고자 한다. 狹義의 取得方法(全面買收方式)에 의한 取得은 建設交通部의 全國的인 用地取得 및 補償實績에 관한 取得方式別, 機關別·事業別·地域別 統計資料뿐만 아니라, 事業主體別로 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 取得方式別 또는 用途別 用地取得 및 補償實績에 관한 事例도 분석하고, 兩公社의 用地取得 過程上的 民願內容도 類型別·事業地區別로 분석하고자 한다. 그러나, 區劃整理方式에 의한 取得은 최근의 통계자료를 구할 수 없고 私權侵害의 우려도 별로 없기 때문에, 先買制度에 의한 取得은 아직 도입과정에 있어서 그 事例가 별로 없기 때문에¹⁾, 이 두가지 방법

1) 1986년부터 88년 사이에 각 市道에서 先買者指定이 이루어진 총 226건(479,150m²) 중에서 先買協議로 취득된 것은 8건(14,785m²)에 불과하였다(國土開發研究院, 「先買制度 活性化方案 研究」, 1991, p.107).

의 사례분석은 제외하기로 한다. 결국, 公共用地取得(狹義) 및 補償實績은 全國的 分析으로서 特례법상의 協議와 수용법상의 協議 및 裁決에 의한 取得 등 取得方式別로 總括分析한 후 機關別·事業別·地域別로 個別分析을 하고, 事業主體別 分析으로서 兩公社의 用地取得(狹義) 實績을 取得方式別 또는 用途別로 현황분석을 하고, 兩公社의 取得過程上的 民願內容을 類型別로 總괄분석한 후 事業地區別로 개별분석하기로 한다.

이러한 實證的 分析을 통하여, 公共用地取得의 過去의 傾向을 파악하고 未來의 展望을 豫測하여 바람직한 政策代案을 제시하고자 한다. 全國의 用地取得(狹義)과 補償實績을 取得方式別로 그 年度別 推移를 분석하여 取得方式上的 變化를 豫測하되, 政治體制의 民主性, 國民의 權利意識 기타 政治·社會的 要因과 地價·物價의 安定性 기타 經濟的 要因, 補償價의 時價反映率 기타 土地政策的 要因 등 그 影響要因과의 因果關係를 분석함으로써 未來豫測의 妥當性和 信賴性을 확보하고자 한다. 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 民願內容 및 관련 判例를 用地取得過程과 節次에 대응시켜 분석함으로써 私權侵害의 문제점을 추론하여 이를 근거로 改善方案을 제시하고자 한다.

第 1 節 公共用地取得 및 補償實績 分析

公共用地取得 및 補償實績 分析은 1980년부터 1994년까지 全國의 公共用地取得(狹義) 및 補償實績을 年度別·取得方式別로 總括分析하고 機關別·事業別·地域別로 個別分析한 후, 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 用地取得 實績을 取得方式別 또는 用途別로 分析하고자 한다.

1. 取得方式別 總括分析

먼저, 1980년부터 1994년까지 全國의 公共用地取得의 總面積 및 補償金額과 年度別 取得面積 및 補償金額을 取得方式에 따라 特例法上的 協議, 收用法上的 協議 및 裁決로 나누어 總括分析해 보면, 다음 <表 4-1>과 같다²⁾.

<表 4-1> 公共用地取得 및 補償實績(總括分析)

(1) 取得面積(1980~1994)

單位：千m²(%)

年 度	面 積	取 得 方 式			
		特例法上 協議	收用法上 協議	裁 決	異議申請
總 計 ('80~'94)	2,137,980	1,319,429(61.7)	702,979(32.9)	115,572(5.4)	25,057(1.2)
'80	95,833	68,212(71.2)	25,647(26.8)	1,974(2.0)	1,224(1.3)
'81	97,849	65,584(67.0)	29,234(29.9)	3,031(3.1)	1,534(1.6)
'82	136,678	106,623(78.0)	29,661(21.7)	394(0.3)	139(0.1)
'83	153,767	78,714(51.2)	72,609(47.2)	2,444(1.6)	873(0.6)
'84	131,612	104,830(79.7)	23,189(17.6)	3,593(2.7)	670(0.5)
'85	112,021	91,951(82.1)	17,023(15.2)	3,047(2.7)	1,150(1.0)
'86	124,184	78,803(63.4)	41,692(33.6)	3,689(3.0)	988(0.8)
'87	151,985	87,452(57.5)	43,385(28.6)	21,148(13.9)	1,068(0.7)
'88	144,035	101,039(70.2)	39,677(27.5)	3,319(2.3)	1,197(0.8)
'89	161,984	133,986(82.7)	21,236(13.1)	6,762(4.2)	1,904(1.2)
'90	225,489	135,672(60.2)	67,835(30.1)	21,982(9.7)	3,161(1.4)
'91	175,672	88,704(50.5)	74,179(42.2)	12,789(7.3)	637(0.4)
'92	153,691	75,631(49.2)	68,511(44.6)	9,549(6.2)	3,781(2.5)
'93	139,349	49,030(35.2)	81,099(58.2)	9,220(6.6)	2,627(1.9)
'94	133,831	53,198(39.8)	68,002(50.8)	12,631(9.4)	4,104(3.1)

2) 建設交通部, 「建設交通 統計年報(建設部門)」, 1995, pp.154-165 ; 建設部, 「建設統計年報」, 1987, pp.110-120 참조.

(2) 補償金額(1980~1994)

單位：百萬원(%)

年 度	金 額	取 得 方 式				地 價 變 動 率 (全 國)
		特例法上 協議	收用法上 協 議	裁 決	異議申請	
總 計 ('80~'94)	49,014,663	18,242,807(37.2)	24,477,356(50.0)	6,294,500(12.8)	1,982,170(4.0)	11.3(평균)
'80	285,309	142,295(49.9)	123,189(43.2)	19,825(6.9)	4,908(1.7)	11.7
'81	482,550	135,287(28.0)	305,759(63.4)	41,504(8.6)	3,338(0.7)	7.5
'82	495,938	349,025(70.4)	131,508(26.5)	15,405(3.1)	2,452(0.5)	5.4
'83	707,010	471,937(66.7)	194,836(27.6)	40,237(5.7)	9,604(1.4)	18.5
'84	1,021,286	630,177(61.7)	268,232(26.3)	122,877(12.0)	20,440(2.0)	13.2
'85	928,894	527,442(56.8)	319,351(34.4)	82,101(8.8)	20,556(2.2)	7.0
'86	1,069,103	507,261(47.5)	452,336(42.3)	109,506(10.2)	30,818(2.9)	7.3
'87	1,238,587	558,380(45.1)	561,087(45.3)	119,120(9.6)	47,924(3.9)	14.7
'88	1,938,208	788,091(40.7)	897,842(46.3)	252,275(13.0)	57,768(3.0)	27.5
'89	5,073,462	3,465,657(68.3)	1,079,839(21.3)	527,966(10.4)	122,558(2.4)	32.0
'90	6,585,708	3,245,513(49.3)	1,622,756(24.6)	1,717,439(26.1)	301,992(4.6)	20.6
'91	9,622,299	2,419,659(25.2)	6,150,401(63.9)	1,052,239(10.9)	716,252(7.4)	12.8
'92	6,684,687	2,451,374(36.7)	3,457,640(51.7)	775,673(11.6)	194,722(2.9)	-1.3
'93	6,335,598	1,259,324(19.9)	4,586,607(72.4)	489,667(7.7)	226,570(3.6)	-7.4
'94	6,546,024	1,291,385(19.7)	4,325,973(66.1)	928,666(14.2)	222,268(3.4)	-0.6

1) 公共用地取得의 年度別 推移

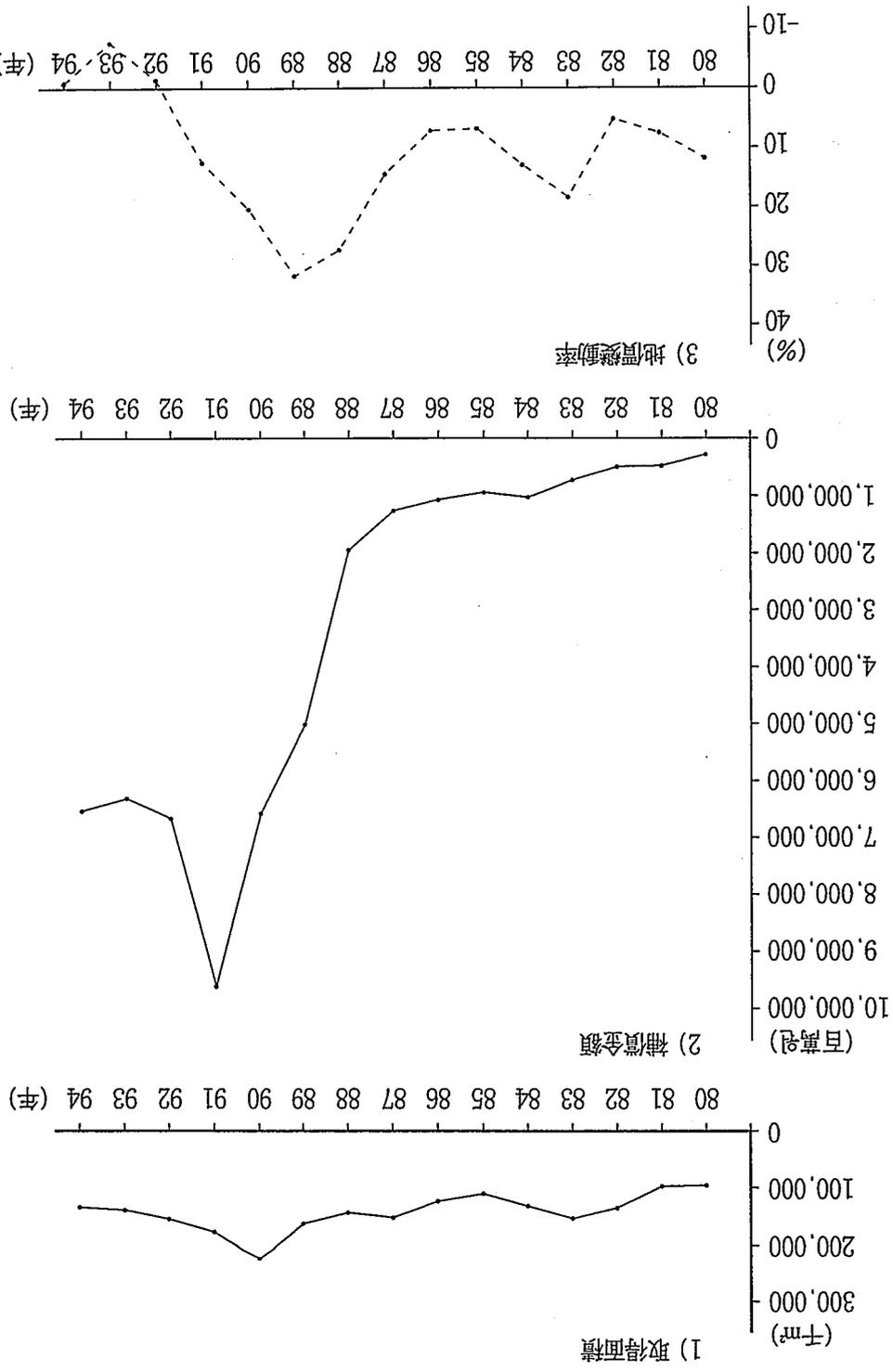
위 <表 4-1>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 全國의 公共用地 總取得面積은 21억3,798만㎡(6억4,673만9천평)이고, 總補償金額은 49조146억6,300만원이다.

公共用地取得과 補償實績 取得面積과 補償金額으로 나누어 그 年度別 推移를 살펴보면 다음과 같다. 公共用地的 取得面積은 1980년에 9,583만3천㎡를 취득하고, 1982년에 1억3,667만8천㎡를 취득한 이래, 대체로 소폭으로 증감하다가, 1989년에서 91년 사이에 대폭 증가하여 1990년에는 2억2,548만9천㎡를 취득하는 등 최고조에 이르렀다가 1992년 이후 감소하는 추세에 있다. 또한, 補償金額은 1980년에 2,853억900만원을 지급하고 1982년에 4,959억

3,800만원을 지급한 이래, 대체로 소폭으로 증가하다가 1989년에서 91년 사이에 대폭 증가하여 1991년에는 9조6,222억9,900만원을 지급하는 등 최고조에 이르렀다가 1992년 이후 6조원대에서 소폭으로 변동하는 추세에 있다. 이러한 公共用地取得 및 補償實績의 年度別 推移를 도해하여 보면 다음 <그림 4-1>과 같다.

이러한 現象은 地價變動率과 연관지어 이해할 필요가 있다. 즉, 1980년에서 1991년까지 地價가 대폭 상승하여 1989년에는 32%가 상승하는 등 1988년에서 90년 사이에 최고조에 이르렀다가 1992년 이후에 하락하는 추세에 있는 점을 감안하면, 取得面積과 補償金額간 추이상의 격차를 설명할 수 있을 것이다. 그러나, 取得面積만 기준으로 하더라도, 1989년에서 91년 사이에 가장 많은 用地를 取得한 사실은 88올림픽이후 景氣上昇에 힘입어 각종 開發事業을 추진한 탓에 직접적 原因을 찾을 수 있겠으나, 地價가 최고조에 이른(1988년~90년) 다음 년도들이라는 점은 흥미있는 일이라 하겠다.

<圖 4-1> 取得 吳 補償實績의 年度別 推移



2) 公共用地取得의 取得方式別·年度別 推移

위 <表 4-1>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 總取得面積 21억3,798만 m² 중 特例法上の 協議에 의한 취득이 13억1,942만9천m²로서 61.7%나 차지하고 있고, 收用法上の 協議에 의한 취득은 7억297만9천m²로서 32.9%를 차지하고 있으며 裁決에 의한 취득은 1억1,557만2천m²로서 5.4%에 머무르고 있다. 그러나, 補償金額을 기준으로 하면, 總 49조146억6,300만원 중 特例법상의 協의에 의한 보상은 18조2,428억700만원으로서 37.2%를 차지하고 있고, 수용법상의 協의에 의한 보상은 24조4,773억5,600만원으로서 50.0%나 차지하고 있으며, 재결에 의한 보상도 6조2,945억원으로서 12.8%에 이르고 있다.

公共用地取得과 補償實績을 取得方式에 따라 年度別 推移를 살펴보면 다음과 같다.

① 그동안 대부분의 公共用地取得은 特例法上の 協議에 의해 취득되었고, 收用法上の 協議에 의한 취득이 상당한 양을 차지하고 있었으며, 裁決에 의한 취득은 약간에 불과하였다. 즉, 公共用地의 取得方式別 取得率(%)은 1980년에 取得面積을 기준으로 9,583만3천m² 중 特例법상의 協의에 의한 취득이 71.2%나 되고 수용법상의 協의에 의한 취득은 26.8%이며 재결에 의한 취득은 2.0%에 불과하며, 補償金額을 기준으로 하면 2,853억900만원 중 特例법상의 協의에 의한 보상 49.9%, 수용법상의 協의에 의한 보상 43.2%, 재결에 의한 보상 6.9%로 나타나 있다. 1982년에는 取得面積을 기준으로 1억3,667만8천m² 중 特例법상의 協의에 의한 취득이 78%나 되고 수용법상의 協의에 의한 취득은 21.7%이며 재결에 의한 취득은 0.3%에 불과하며, 補償金額을 기준으로 하더라도 4,959억3,800만원 중 特例법상의 協의에 의한 보상 70.4%, 수용법상의 協의에 의한 보상 26.5%, 재결에 의한 보상 3.1%로 나타나 있다. 1983년에는 取得面積을 기준으로 하면 1억5,376

만7천㎡ 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 51.2%로 대폭 감소하고 수용법상의 협의와 재결에 의한 취득이 47.2%와 1.6%로 증가하였으나, 補償金額을 기준으로 하면 7,070억1,000만원 중 특례법상의 협의에 의한 보상이 66.7%나 되고 수용법상의 협의와 재결에 의한 보상은 27.6%와 5.7%에 불과하여, 역시 특례법상의 협의에 의한 취득이 大宗을 이루고 있다.

② 이러한 現象은 1986년까지 지속되다가, 1987년 6·29선언이후 民主化·地方化라는 時代的 흐름에 따라 完全한 補償에 대한 욕구가 표출되면서 특례법상의 협의에 의한 취득율이 대폭 감소하는 새로운 樣相이 나타나게 되었다. 즉, 1987년에는 取得面積을 기준으로 1억5,198만5천㎡ 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 57.5%인 반면에, 수용법상의 협의에 의한 취득이 28.6%이고, 재결에 의한 취득은 13.9%나 되었고, 補償金額을 기준으로 하면, 1조2,385억8,700만원 중 특례법상의 협의에 의한 보상은 45.1%에 불과하고, 수용법상의 협의와 재결에 의한 보상은 45.3%와 9.6%나 되었다.

③ 그러다가 88올림픽이후 종래의 樣相에 회귀하여, 1989년에는 取得面積을 기준으로 1억6,198만4천㎡ 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 82.7%로 대폭 증가하였고, 수용법상의 협의와 재결에 의한 취득은 13.1%와 4.2%에 불과하였으며, 補償金額을 기준으로 하더라도 5조734만6,200만원 중 특례법상의 협의에 의한 보상이 68.3%로 大宗을 이루고 수용법상의 협의와 재결에 의한 보상은 21.3%와 10.4%를 차지하였다. 즉, 取得面積을 기준으로 특례법에 의한 취득이 수용법에 의한 취득의 4배 이상에 이르게 되었고, 補償金額을 기준으로 하더라도 2배 이상을 차지하였던 것이다.

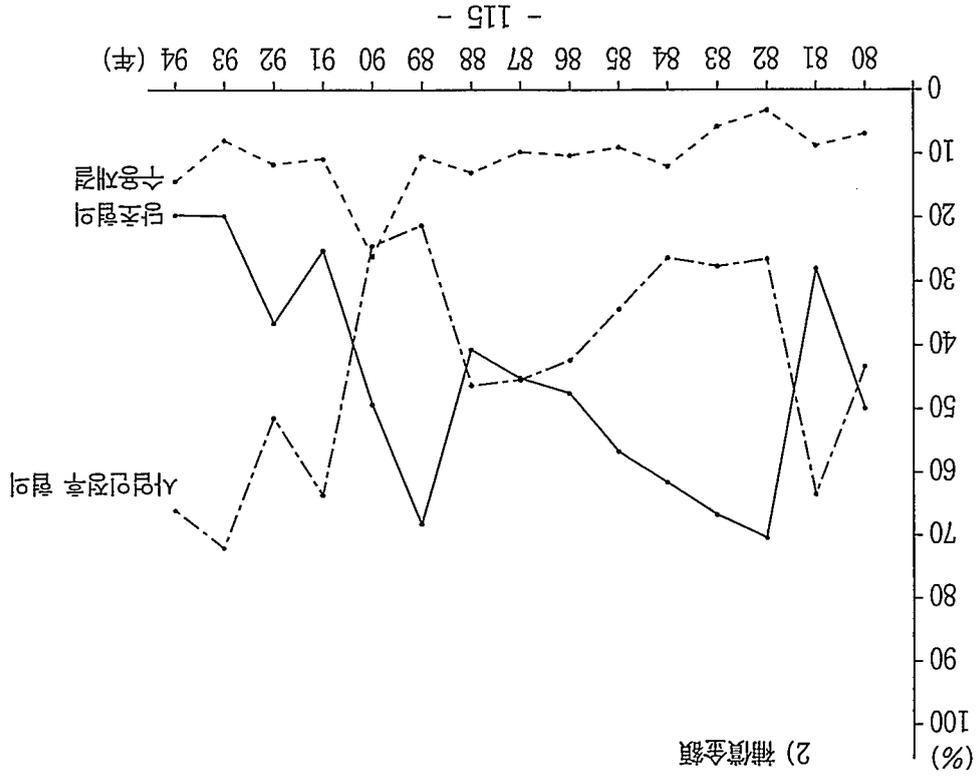
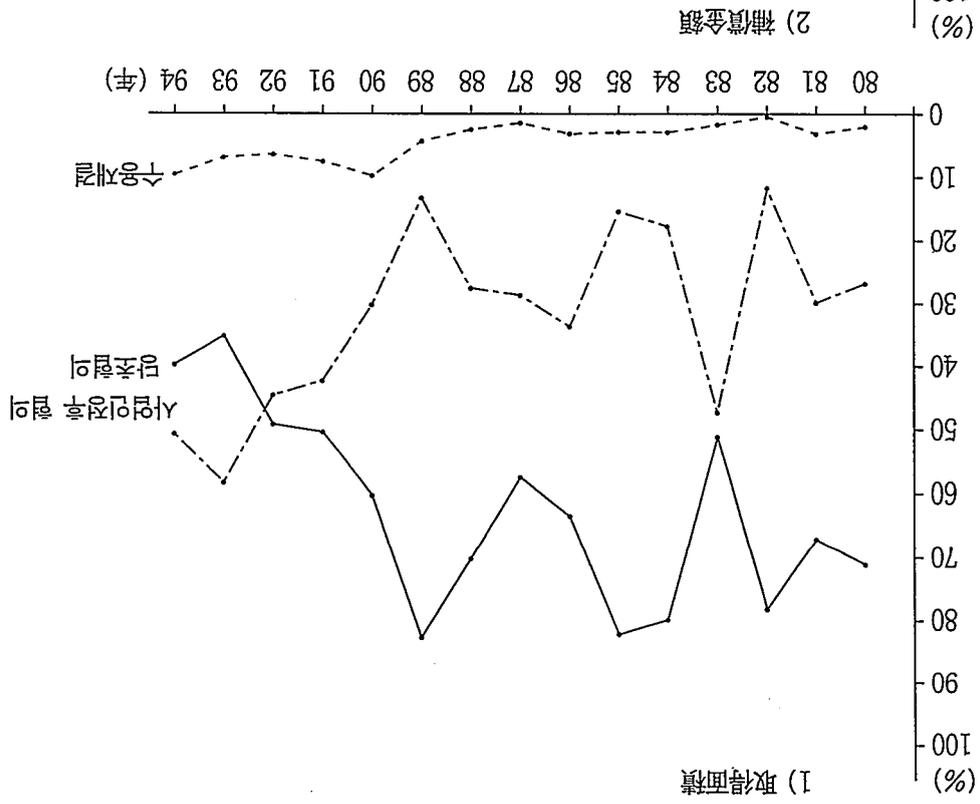
④ 그러나, 1991년부터 民主化의 성숙분위기 속에서 다시 새로운 樣相이 나타나 특례법상의 협의에 의한 취득율이 대폭 감소하기 시작하여 文民政府의 출범이후 더욱 급격하게 감소하고 있다. 즉, 1991년에는 取得面積을 기준으로 1억7,567만2천㎡ 중 특례법상의 협의에 의한 취득이 50.5%, 수용법상

의 협의와 재결에 의한 취득이 42.2%와 7.3%로 특례법상의 협의에 의한 취득이 약 절반을 차지하는 것으로 나타났으나, 補償金額을 기준으로 하면 9조6,222억9,900만원 중 수용법상의 협의에 의한 보상이 63.9%로 특례법상의 협의에 의한 보상 25.2%의 2.5배 이상을 차지하게 되었고, 재결에 의한 보상 10.9%를 포함하면 수용법에 의한 보상이 특례법에 의한 보상의 약 3배에 이르게 되었다. 더구나, 1993년에는 取得面積 기준으로 1억3,934만9천 m² 중 수용법상의 협의에 의한 취득이 58.2%로서 특례법상의 협의에 의한 취득 35.2%를 훨씬 능가하였고, 재결에 의한 취득 6.6%를 포함하면 수용법에 의한 취득이 특례법에 의한 취득의 약 2배에 이르게 되었으며, 補償金額을 기준으로 하면, 6조3,355억9,800만원 중 수용법상의 협의와 재결에 의한 보상이 72.4%와 7.7%로서 수용법에 의한 보상이 특례법상의 특례법상의 협의에 의한 보상 19.9%의 5배 이상에 이르게 되었다.

이러한 公共用地取得 및 補償實績의 取得方式別·年度別 推移를 도해하여 보면 다음 <그림 4-2>와 같다.

이러한 現象은 時代的 狀況의 產物로서, 당시의 政治·社會的 要因, 經濟的 要因 등이 變數로 작용한 결과라고 볼 수 있겠다. 政治體制의 民主性, 土地政策의 合理性, 國民의 權利意識, 地價·物價의 安定性 등에 따라 任意的 取得方法과 強制的 取得方法, 또는 특례법상의 협의, 수용법상의 협의와 재결 중 어떤 방법이 主流를 이루느냐가 결정되어 왔다고 說明할 수 있을 것이다.

<그림 4-2> 取得 및 補償實績의 取得方式別・年度別 推移



① 1970년대 후반에서 80년대 초반까지는 權威主義 政治體制下에서 地價 上昇에 대한 대책 또는 投機對策으로서 政府의 8·8조치 및 公概念導入 意志 表明 등으로 地價는 비교적 안정되었으나 國民의 權利意識은 위축되었고, 따라서 特례법상의 협의에 적극적, 자발적으로 협력하였던 것으로 보인다. ② 그러나, 1987년 民主化의 熱望과 6·29선언의 영향으로 國民의 權利意識이 고양되어 새로운 樣相이 나타나 特례법상의 협의에 의한 취득율이 낮아지고 재결 취득율이 높아졌다고 분석된다. 그러나 이때까지는 特례법상의 협의 취득이 주류를 이루고 있었다. ③ 그러다가 88년 올림픽이후 地價폭등을 계기로 公概念관련 法律의 制定등 강력한 不動產投機對策의 영향으로 종래의 樣相으로 회귀하여 特례법상의 협의 취득율이 대폭 상승, 수용법상의 협의 취득율을 압도하였다고 볼 수 있겠다. ④ 그러나 1991년부터, 정부의 강력한 투기대책으로 地價는 안정되었으나 그에 대한 반작용으로서 일부 공개념관련 법률의 위헌논의 등 私權侵害의 문제가 제기되면서, 다시 새로운 樣相이 나타나 特례법상의 협의 취득율이 대폭 감소하기 시작하였고, 93년 文民政府의 출범으로 더욱 감소하여 수용법상의 협의 취득이 오히려 주류를 이루고 있는 것으로 분석된다.

이러한 分析은 앞으로의 政治·社會的, 經濟的 變化를 豫測하면, 미래의 公共用地 取得方式과 樣相을 豫測할 수 있고, 나아가 補償과 民願에 대한 예측까지 할 수 있다는 推論을 가능하게 한다.

위 分析의 結果에서, 앞으로 民主化의 定着과 地價의 安定 아래에서 特례법상의 협의에 의한 취득율은 30%내외를 유지할 것으로 예측할 수 있을 것이다. 즉, 特例法에 의한 취득의 비중이 낮아지고 收用法에 의한 취득이 주류를 이루게 될 전망이다. 그러나, 이러한 現象은 公權과 私權의 差를 잠재하고 있고 用地取得의 效率性을 저해하는 결과를 초래할 것이다. 따라서 特例法의 修正·補完을 통하여 特례법상의 협의 취득율을 높이는 방안을 강

구하든지 또는 特例法을 收用法에 統폐합하여 取得方法을 一元化하는 방안이 요청된다 하겠다.

2. 機關別 · 事業別 · 地域別 分析

다음에, 1980년부터 1994년까지 全國의 公共用地取得의 總面積과 補償金額을 機關別 · 事業別 · 地域別로 個別分析해 보면, 다음 <表 4-2> ~ <表 4-4>와 같다³⁾.

1) 機關別 分析

<表 4-2> 機關別 取得 및 補償實績(1980~1994)

(1) 中央行政機關(政府投資機關, 市 · 道 教育委員會 包含)

單位 : 千m², 百萬원(%)

機關名	總 計	建設交通部	內 務 部	法 務 部
面 積	1,338,364	788,544(58.9)	1,719(0.1)	3,831(0.3)
金 額	27,936,954	22,409,849(80.2)	33,642(0.1)	38,368(0.1)
機關名	國 防 部	教 育 部	通商産業部	動 資 部
面 積	428,661(32.0)	45,729(3.4)	3,403(0.3)	29,557(2.2)
金 額	1,104,489(4.0)	2,775,805(9.9)	98,706(0.4)	309,811(1.1)
機關名	農林産業部	情報通信部	環 境 部	勞 動 部
面 積	17,144(1.3)	4,130(0.3)	445(0.04)	3,262(0.3)
金 額	79,145(0.3)	530,739(1.9)	5,247(0.02)	16,387(0.06)
機關名	科 技 處	港 灣 廳	鐵 道 廳	其 他
面 積	1,049(0.08)	2,302(0.17)	7,153(0.5)	1,435(0.11)
金 額	16,975(0.1)	192,435(0.7)	289,957(1.0)	35,399(0.12)

3) 建設交通部, 「前掲書」, 1995, pp.154-165 ; 建設部, 「前掲書」, 1987, pp.110-120 참조.

(2) 市·道

單位：千㎡, 百萬원(%)

機關名	總計	서울	釜山	大邱
面積	830,421	44,423(5.4)	15,633(1.9)	19,980(2.4)
金額	21,103,513	5,572,101(26.4)	2,606,031(12.3)	1,959,570(9.3)
機關名	仁川	光州	大田	京畿
面積	8,009(1.0)	12,822(1.5)	7,193(0.9)	110,444(13.3)
金額	844,690(4.0)	645,290(3.1)	653,156(3.1)	2,867,889(13.6)
機關名	江原	忠北	忠南	全北
面積	56,611(6.8)	102,421(12.3)	53,326(6.4)	65,850(7.9)
金額	423,496(2.0)	677,203(3.2)	750,603(3.6)	769,351(3.6)
機關名	全南	慶北	慶南	濟州
面積	116,305(14.0)	118,826(14.3)	93,486(11.3)	5,092(0.6)
金額	896,189(4.2)	964,355(4.6)	1,371,974(6.5)	101,615(0.5)

위 <表 4-2>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 中央政府의 總取得面積은 13억3,836만4천㎡(4억485만5천평)이고, 總補償金額은 27조9,369억5,400만원이며, 地方自治團體의 總取得面積은 8억3,042만1천㎡(2억5,120만2천평)이고, 總補償金額은 21조1,035억1,300만원이다. 地方自治制의 실시에 따라 앞으로 地方自治團體의 取得率이 더욱 증가할 전망이다.

中央政府에서 行政機關別 取得率(構成比, %)은 面積을 기준으로 하면, 建設교통부가 58.9%로 가장 많고 國防부가 32.0%로 그 다음이며 기타 教育부 3.4%, 農林部 2.2%, 農林산업부 1.3% 등의 순이며, 金額을 기준으로 하면 建設교통부가 80.2%나 되고 教育부 9.9%, 國防부 4.0%, 정보통신부 1.9% 등의 순으로 나타나 있다. 이것은 公共事業에서 建設교통부가 주도적 위치를 차지하고 있다는 것을 뜻한다.

地方自治團體에서 市·道別 取得率은 面積을 기준으로 하면, 京畿 14.3%, 全南 14.0%, 京畿 13.3%, 忠北 12.3%, 京畿 11.3% 등의 순이고 서울은 5.4%

에 불과하나 金額을 기준으로 하면, 서울이 26.4%나 되고, 경기 13.6%, 부산 12.3% 등의 순이며 경남은 6.5%, 경북은 4.6%, 전남은 4.2%에 불과하다. 그러나, 中央政府의 行政機關間的 현저한 불균형적 분포에 비하여, 地方自治團體의 市·道間에는 비교적 고른 분포를 나타내고 있다. 다만, 면적기준과 금액기준간에 그 순위가 일치하지 않는 것은 도시와 지방간의 현저한 지가격 차에 기인한 것으로 보인다.

2) 事業別 分析

<表 4-3> 事業別 取得 및 補償實績(1980~1994)

單位：千㎡, 百萬圓(%)

事業名	總計	國防軍事	道路	住宅·宅地
面積	2,236,260	457,399(20.5)	501,049(22.4)	283,978(12.7)
金額	49,416,088	1,210,047(2.4)	12,189,644(24.6)	21,691,750(43.9)
事業名	鐵道	治水·河川	工業團地	空港·港灣
面積	11,917(0.5)	107,084(4.8)	224,391(10.0)	13,827(0.6)
金額	676,240(1.3)	652,311(1.3)	4,131,365(8.4)	245,194(0.5)
事業名	댐建設	電氣·通信	廳舍	上下水道
面積	298,149(13.3)	37,595(1.7)	30,713(1.4)	37,893(1.7)
金額	853,026(1.7)	683,576(1.4)	792,304(1.6)	577,409(1.1)
事業名	學術·文化財	農業用水	公園	其他
面積	59,033(2.6)	31,406(1.4)	25,677(1.2)	116,149(5.2)
金額	3,034,810(6.1)	75,603(0.5)	610,863(1.2)	1,991,946(4.0)

위 <表 4-3>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 事業別 取得率은 面積을 기준으로 하면, 도로가 22.4%로 가장 많고 그 다음이 국방군사 20.5%, 댐건설 13.3%, 주택·택지 12.7%, 공업단지 10.0% 등의 순이며, 金額을 기준으로 하면, 주택·택지 43.9%, 도로 24.6%, 공업단지 8.4%

등의 순이고, 국방군사는 2.4%, 댐건설은 1.7%에 불과하다. 이와 같이, 면적기준과 금액기준간에 순위가 일치하지 않는 것은 도로나 주택·택지는 주로 높은 지가의 도시지역을 대상으로 하는 반면에, 국방군사나 댐건설은 주로 낮은 지가의 비도시지역을 대상으로 하기 때문이라고 분석된다.

3) 地域別 分析

<表 4-4> 地域別 取得 및 補償實績(1980~1994)

單位：千㎡, 百萬원(%)

地域名	總計	서울	釜山	大邱
面積	2,235,831	85,939(3.9)	34,294(1.5)	37,611(1.7)
金額	49,397,212	9,354,096(18.9)	3,557,772(7.2)	3,452,361(7.0)
地域名	仁川	光州	大田	京畿
面積	31,848(1.4)	33,114(1.5)	18,965(0.9)	470,198(21.0)
金額	1,977,608(4.0)	1,924,507(3.9)	1,783,920(3.6)	12,072,534(24.4)
地域名	江原	忠北	忠南	全北
面積	223,906(10.0)	227,899(10.2)	203,876(9.1)	163,554(7.3)
金額	1,488,775(3.0)	1,663,024(3.4)	2,603,870(5.3)	1,898,433(3.8)
地域名	全南	慶北	慶南	濟州
面積	257,202(11.5)	226,167(10.1)	209,177(9.4)	12,081(0.5)
金額	1,698,259(3.4)	2,050,390(4.2)	3,483,786(7.1)	387,877(0.8)

위 <表 4-4>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 地域別 取得率은 面積을 기준으로 하면, 경기가 21.0%로 가장 많고 그 다음이 전남 11.5%, 충북 10.2%, 경북 10.1%, 강원 10.0%, 경남 9.4% 등의 순이고, 서울은 3.9%, 부산은 1.5%에 불과하나, 金額을 기준으로 하면, 경기가 24.4%로 역시 가장 많고 서울이 18.9%로 그 다음이며, 그밖에 부산 7.2%, 경남 7.1% 등의 순이며

전남은 3.4%, 강원은 3.0%에 불과하다. 이와 같이 면적기준과 금액기준간에 그 순위가 일치하지 않는 것은 도시지역과 비도시지역간의 지가격차에 기인한 것으로 보인다. 경기도는 면적기준으로나 금액기준에 있어서 1위를 차지하고 있는데, 이는 신도시개발 등 公共事業의 집중현상과 비교적 높은 지가에 기인한 것으로 분석된다.

3. 事業主體別 分析

끝으로, 1980년부터 1994년까지 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 年度別 用地取得實績을 取得方式 또는 用途에 따라 分析해 보면, 다음과 같다.

1) 住宅公社의 取得方式別 取得實績

大韓住宅公社는 1977년 이전에는 區劃整理方式에 의하여 公共用地를 取得하거나 都市計劃法에 의한 一團의 住宅地造成事業을 통하여 全面買收方式에 의하여 用地를 取得하였으나, 1978년부터 住宅建設促進法에 의한 垜地造成事業을 시행하면서, 그리고 1981년부터는 宅地開發促進法에 의한 宅地開發事業을 병행하여 시행하게 되면서 이러한 大單位 公營開發事業은 주로 全面買收方式에 의하여 用地를 取得하게 되었다.

1980년부터 1994년까지 大韓住宅公社의 宅地取得面積을 取得方式에 따라 年度別 推移를 살펴보면 다음 <表 4-5>와 같다⁴⁾.

4) 大韓住宅公社, 「住宅統計便覽」, 1996, p.771 참조.

<表 4-5> 住宅公社의 宅地取得實績(1980~1994)

단위 : 千m²(%)

年 度	面 積	協議買收	土地收用
總 計	54,662	41,093(75.2)	13,569(24.8)
1980	776	729(93.9)	47(6.1)
1981	2,211	1,891(85.5)	320(14.5)
1982	2,703	2,491(92.2)	212(7.8)
1983	3,062	2,575(84.1)	487(15.9)
1984	4,482	3,867(86.3)	615(13.7)
1985	2,996	2,448(81.7)	548(18.3)
1986	3,823	3,070(80.3)	753(19.7)
1987	2,879	2,470(85.8)	409(14.2)
1988	4,125	2,779(67.4)	1,346(32.6)
1989	7,731	5,762(74.5)	1,969(25.5)
1990	6,968	3,452(49.5)	3,516(50.5)
1991	3,401	2,142(63.0)	1,259(37.0)
1992	1,353	794(58.7)	559(41.3)
1993	3,759	3,600(95.8)	159(4.2)
1994	4,393	3,023(68.8)	1,370(31.2)

위 <表 4-5>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 대한주택공사의 總取得面積은 5,466만2천m²이고, 이 중에 협의취득은 4,109만3천m²로서 75.2%를 차지하고 있고 수용취득은 1,356만2천m²로서 24.8%를 차지하고 있다.

取得面積의 年度別 推移를 살펴보면, 1980년에 77만6천m²를 취득하고, 1982년에 270만3천m²를 취득한 이래, 1988년까지 소폭으로 증감하다가 1989년에서 90년 사이에 수도권 신도시개발사업의 추진으로 대폭 증가하여 최고 수준에 이르렀다가 1991년에 다시 종래의 수준으로 감소한 후 소폭으로 증감하고 있다.

取得方式別 推移를 살펴보면, 대체로 협의취득율이 감소하고 수용취득율이 증가하고 있는 추세를 보이고 있다. 즉, 取得方式別 取得率(%)은 1980년

에 取得面積 77만6천㎡ 중 협의매수에 의한 취득이 93.9%나 되고 토지수용에 의한 취득은 6.1%에 불과하며, 1982년에도 270만3천㎡ 중 협의매수 취득이 92.2%나 되고 토지수용 취득은 7.8%에 불과하였으나, 1988년에는 412만5천㎡ 중 협의매수 취득이 67.4%로 감소하고 토지수용 취득은 32.6%로 증가하였으며, 그 이후 대체로 이러한 수준에서 소폭으로 증감하는 추세를 보이고 있다.

2) 土地公社의 用途別 取得實績

1980년부터 1994년까지 韓國土地公社의 公共用地 取得實績(面積, 金額)을 用途에 따라 年度別 推移를 살펴보면 다음 <表 4-6>과 같다⁵⁾.

<表 4-6>에서 보듯이, 1980년부터 1994년까지 韓國土地公社의 總取得面積은 2억3,581만7천㎡이고, 이 중에 주거용지가 1억4,215만2천㎡로서 60.3%를 차지하고 있고, 공업용지가 9,366만5천㎡로서 39.7%를 차지하고 있다. 總補償金額은 12조1,994억9,200만원이고, 이 중에 주거용지가 10조3,713억8,600만원으로서 85.0%를 차지하고 있으며, 공업용지가 1조8,281억600만원으로서 15.0%를 차지하고 있다.

이와 같이 用途別 取得率에 있어서 면적과 금액간에 현저한 격차가 나타나는 것은 주거용지는 주로 지가가 높은 도시지역을 대상으로 하고, 공업용지는 지가가 상대적으로 낮은 비도시지역을 대상으로 하기 때문인 것으로 분석된다.

5) 韓國土地公社, 「韓國土地公社 20年史」, 1995, p.240 참조.

<表 4-6> 土地公社의 用地取得實績(1980~1994)

단위 : 千m², 百萬원(%)

年度	面積	用 途		金 額	用 途	
		住居用地	工業用地		住居用地	工業用地
總計	235,817	142,152(60.3)	93,665(39.7)	12,199,492	10,371,386(85.0)	1,828,106(15.0)
1980	2,494	1,623(65.1)	871(34.9)	19,375	11,760(60.7)	7,615(39.3)
1981	8,355	8,095(96.9)	260(3.1)	102,319	97,919(95.7)	4,400(4.3)
1982	3,220	3,216(99.1)	4(0.1)	53,514	53,337(99.7)	177(0.3)
1983	7,419	4,719(63.6)	2,700(36.4)	88,103	82,328(93.4)	5,775(6.6)
1984	8,945	7,256(81.1)	1,689(18.9)	226,463	220,645(97.4)	5,818(2.6)
1985	12,728	6,273(49.3)	6,455(50.7)	278,893	209,877(75.3)	69,016(24.7)
1986	9,510	5,431(57.1)	4,079(42.9)	231,327	190,102(82.2)	41,225(17.8)
1987	11,931	6,560(55.0)	5,371(45.0)	332,971	251,651(75.6)	81,320(24.4)
1988	12,421	8,639(70.0)	3,782(30.0)	520,154	424,052(81.5)	96,102(18.5)
1989	27,899	22,711(81.4)	5,188(18.6)	1,760,644	1,717,249(97.5)	43,395(2.5)
1990	45,106	30,135(66.8)	14,971(33.2)	2,388,319	2,219,580(92.9)	168,739(7.1)
1991	35,942	19,893(55.3)	16,049(44.7)	2,724,702	2,581,720(94.8)	142,982(5.2)
1992	21,717	6,051(27.9)	15,666(72.1)	1,402,983	900,415(64.2)	502,568(35.8)
1993	17,019	5,122(30.1)	11,897(69.9)	1,144,121	666,630(58.3)	477,491(41.7)
1994	11,111	6,428(57.9)	4,683(42.1)	925,604	744,121(80.4)	181,483(19.6)

年度別 推移를 살펴보면, 1980년에 面積 249만4천m², 金額 193억7,500만원을 취득하고, 1982년에 面積 322만m², 金額 535억1,400만원을 취득한 이래 1988년까지 대체로 대폭 증가하다가, 1989년에서 91년 사이에 수도권 신도시(5개 신도시 중 분당, 일산, 평촌, 중동의 4개 도시) 개발사업의 추진으로 최고수준에 이르러 1990년에는 面積 4,510만6천m², 金額 2조3,883억1,900만원을 취득하였으며, 1992년부터는 대체로 감소하는 추세를 보이고 있다.

用途別 推移를 살펴보면, 그동안 대체로 面積을 기준으로 1981년부터 1984년까지 주거용지 취득율이 압도적 우세를 보이다가, 1985년에는 대폭 감소하

여 86년까지 소폭으로 증감하며 공업용지 취득율과 균형을 이루었고, 1988년에 다시 대폭으로 증가한 후 계속 우세를 보이다가 1992년과 93년에는 오히려 공업용지 취득율이 우세를 나타내게 되었으며, 1994년에 다시 주거용지 취득율이 약간 우세를 보이고 있으나 앞으로 균형을 이룰 전망이다. 이러한 현상은 1980년대초와 80년대말에서 90년대초에는 대단위 신도시개발사업의 추진으로 주거용지의 확보에 주력하였다는 것을 나타내고 있다. 금액을 기준으로 하면, 1981년부터 1984년까지 주거용지 보상율이 압도적 우세를 보이다가, 1985년부터 88년 사이에는 공업용지 보상율이 대폭 증가하였으나 이 기간 중에도 주거용지 보상율이 계속 우세를 나타내었으며, 1989년부터 공업용지 보상율이 대폭 감소하였다가 1992년부터 다시 대폭 증가하였으나, 대상지역간의 지가격차로, 주거용지 보상율이 언제나 우세로 나타나 있다.

第 2 節 公共用地 取得過程上 民願分析

公共用地 取得過程上의 民願分析은 대표적인 公共事業主體인 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 用地取得 過程上의 民願內容을 類型別로 總括分析하고, 이러한 民願內容을 公共事業, 目的物, 損失補償 등이 利益衡量, 必要한 最小限, 完全補償 등의 원칙에 적합한가라는 관점에서 分析한 후, 事業地區別로 分析하고자 한다.

1. 類型別 總括分析

먼저, 住宅公社의 用地取得過程上 나타난 民願內容을 類型別로 그 內容을

分析해 보면, 다음 <表 4-7>과 같다⁶⁾.

<表 4-7> 住宅公社의 民願類型과 그 內容

民願 類型	民 願 內 容	
取得方式	全面買收方式 반대(區劃整理方式 요구)	
事業의 公共性	① 신도시개발등 公共事業 반대 ② 지구지정 후 사업의 미착수로 인한 토지소유자등의 재산권 행사 제약에 대한 불만 ③ 공공사업의 추진과정에 주민의 참여 요구	
目的物의 範圍	① 存置·除斥 : 일괄적 收用 반대, 사업지구내 기존가옥의 보존 ② 殘餘地收用 : 토지의 일부 편입으로 인한 잔여토지의 가격 하락에 대한 보상 또는 전부수용 요구	
損失補償 「正當한 補償」	財産權 補償	① 時價補償 : 被侵害財産의 時價·去來價格에 의한 客觀的 價値의 完全한 補償 요구 ② 價格時點 : 協議買收價格의 적정성(특례법상의 계약체결당시, 수용법상의 협의성립당시 또는 체결당시 등 가격시점의 차이에 따른 보상가격의 불균형 해소) 요구 ③ 現物補償 : 金錢補償 대신 환지(단독필지), 아파트 또는 상가분양권 등 현물보상 요구
	生活權 補償	① 移住對策 : 이주주택지 요구, 세입자에 대한 임대아파트입주권 요구 ② 生活維持補償 : 영업자의 생활대책 및 점포소유자에 대한 상가우선분양권 요구

다음에, 1981년부터 1994년까지 土地公社의 用地取得過程上 나타난 民願 內容을 類型別로 그 推移를 分析해 보면, 다음 <表 4-8>과 같다⁷⁾.

6) 大韓住宅公社, 「土地取得 및 補償制度 比較研究」, 1986, pp.121-173 참조.

7) 韓國土地公社, 「前揭書」, 1995, p.241 참조.

<表 4-8> 土地公社의 民願類型과 그 推移(1981~1994)

단위 : 件(%)

年 度	民願類型	損 失 補 償			公 共 事 業 · 目 的 物 的 範 圍		
		補償價格	移住對策	分 讓	存置·除斥	施 工	其 他
總 計	8,859	2,829(31.9)	1,243(14.0)	1,520(17.2)	829(9.4)	636(7.2)	1,802(20.3)
1981	157	37(23.6)	4(2.5)	19(12.1)	28(17.8)	(4.5)	62(39.5)
1982	253	82(32.4)	63(24.9)	5(2.0)	30(11.8)	7(2.8)	66(26.0)
1983	340	82(24.1)	45(13.2)	23(6.8)	15(4.4)	12(3.5)	163(47.9)
1984	398	118(29.6)	39(9.8)	66(16.6)	69(17.3)	15(3.8)	91(22.9)
1985	593	215(36.3)	101(17.0)	55(9.3)	68(11.5)	32(5.3)	122(20.5)
1986	405	116(28.6)	60(14.8)	76(18.7)	43(10.6)	24(5.9)	86(21.2)
1987	416	154(37.0)	81(19.5)	41(9.8)	45(10.8)	14(3.1)	81(19.5)
1988	468	150(32.1)	62(13.3)	65(13.9)	69(14.7)	32(6.8)	90(19.2)
1989	1,321	573(43.4)	192(14.5)	181(13.7)	138(10.4)	54(4.1)	183(13.9)
1990	1,025	311(30.3)	193(18.8)	211(20.6)	80(7.8)	21(2.1)	209(20.4)
1991	1,157	380(32.8)	226(19.5)	198(17.1)	76(6.6)	24(2.1)	253(21.9)
1992	920	238(25.9)	67(7.3)	273(29.7)	52(5.6)	103(11.2)	187(20.3)
1993	733	173(23.6)	59(8.0)	184(25.1)	35(4.8)	162(22.1)	120(16.4)
1994	673	200(29.7)	51(7.6)	123(18.3)	81(12.0)	129(19.2)	89(13.2)

2. 公共事業의 範圍

事業의 公共性에 관한 民願은, <表 4-7> 및 <表 4-8>에서 보듯이⁸⁾, 신 도시개발 등 公共事業 반대, 지구지정 후 사업의 미착수로 인한 土地所有者 등의 財產權行使 制約에 대한 불만, 사업추진과정에서의 주민참여 요구 등 단순히 私有財產權 侵害에 대한 저항의 수준에 머물고 있고, 公益과 私益의 비교·형량이라는 관점에서 건설교통부장관의 事業認定에서의 公益性判斷에

8) <表 4-8>에서 「存置·除斥」은 用地編入除外 요구 이외에 公共事業 반대를 포함하고 있는 것으로 보인다.

대한 不當性을 주장하거나, 裁決에 대한 불복절차를 통하여 公益性을 다투는 경우는 거의 찾아 볼 수 없다.

따라서, 위와 같은 피상적인 民願內容만으로 당해 公共事業이 과연 利益衡量의 원칙에 적합한가를 판단할 수는 없으나, 이러한 토지소유자들의 요구는 대체로 정당하다고 볼 수 있을 것이다. 다만, 신도시개발 등 公共事業 반대는 事業 그 자체의 반대라기 보다는 區劃整理方式을 관철시키거나 正當한 補償을 얻기 위한 시위적 성격이 강하다는 점에서, 事業의 公益適合性이나 公益과 私益간의 相當性關係보다 強制的 取得方法의 불가피성(必要性)이나 完全補償, 특히 生活權補償의 충족여부에 토지소유자들의 관심이 집중되어 있는 것으로 분석된다.

3. 目的物의 範圍

目的物의 範圍에 관한 民願은, 위 <表 4-7> 및 <表 4-8>에서 보듯이, 사업지구내 기존가옥의 보존 또는 用地編入除外 등 存置·除斥 요구, 토지의 일부편입으로 인한 잔여토지의 가격하락에 대한 보상 또는 전부수용(殘餘地收用) 요구 등으로 나타나 있고, 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 裁決 등 각 단계별 取得過程을 거치면서 必要한 最小限의 원칙이라는 관점에서 구체적으로 目的物의 擴張問題를 다투는 경우는 거의 찾아 볼 수 없다.

위와 같은 토지소유자들의 요구는 目的物의 非代替性이나 公共事業編入의 불가피성(必要性)보다는 편입의 양적 범위와 질적 정도의 最小限性 여부에 관심이 집중되어 있으며, 특히 存置·除斥 요구는 生活基盤의 存續保障 또는 生活維持 차원의 生活權補償과 직결되어 있다는 점에서, 대체로 정당한 요구라고 볼 수 있을 것이다. 그러나, 최근 신도시개발사업 등 대단위 面的開發事業에서는 오히려 目的物의 범위를 확장하되 區劃整理方式을 적용한다

면, 現物補償을 통하여 生活權補償 요구까지 충족시킬 수 있을 뿐만아니라 用地取得의 效率性을 제고시켜 公益增進에도 기여하게 될 것이다.

4. 損失補償

損失補償에 관한 民願은 財産權補償뿐만 아니라 生活權補償까지 요구하는 추세를 나타내고 있다. 위 <表 4-7>에서 보듯이, 財産權補償은 被侵害財産의 時價·去來價格에 의한 客觀的 價値의 完全한 補償(時價補償) 요구, 特례 법상의 계약체결당시, 수용법상의 협의성립당시 또는 재결당시 등 價格時點의 차이에 따른 보상가격의 불균형 해소 요구, 金錢補償 대신 환지(단독필지), 아파트 또는 상가분양권 등 現物補償 요구 등을 그 內容으로 하고 있고, 生活權補償은 이주자택지, 세입자에 대한 임대아파트입주권 등 移住對策 요구, 영업자의 생활대책 및 점포소유자에 대한 상가우선분양권 등 生活維持補償 요구 등을 그 內容으로 하고 있다.

위 <表 4-8>에서, 補償價格에 관한 민원은 時價反映 및 조기보상 요구, 價格時點의 차이로 인한 보상가격의 격차해소 요구 등을 주요 內容으로 하고, 移住對策 및 分讓에 관한 민원은 金錢補償 대신에 환지, 아파트분양권 제공 등 現物補償의 요구 또는 영업자에 대한 상가분양우선권 제공 등 生活維持補償의 요구 등을 內容으로 하고 있는 것으로 보인다.

이러한 民願의 推移를 살펴보면, 1980년대에는 補償價格의 適正性과 移住對策차원의 生活權補償 요구에 民願이 집중되었으나, 1990년부터는 現物補償 또는 生活維持차원의 生活權補償 요구가 증가하고 있다고 분석된다.

이러한 토지소유자들의 요구 가운데 時價補償과 事前補償 또는 價格時點의 조정은 完全補償의 원칙에 비추어 너무나 정당한 요구이나, 문제는 金錢補償으로부터 現物補償으로의 전환을 요구하고 있다는 점이다. 과거의 個別

的 施設을 위한 點線的 開發事業에서는 金錢補償이 完全補償의 원칙에 일응 부합한다고 볼 수 있으나, 최근 대단위단지개발사업 등 面的 開發事業에서는 現物補償이 오히려 토지소유자등의 生活基盤을 그대로 존속시킬 수 있다는 점에서 오히려 完全補償의 원칙에 부합할 수 있을 것이므로, 이들의 요구는 수용되어야 할 것이다.

5. 事業地區別 分析

1) 住宅公社의 民願內容 및 對應方案

1978년부터 住宅建設促進法(垡地造成事業)에 의하여 또는 1981년부터 宅地開發促進法(宅地開發事業)에 의하여, 住宅公社의 宅地取得은 급격하게 증가하였고, 이에 따라 民願內容도 점차 복잡화·다양화되어, 종래의 補償價格의 適正化 요구에서 移住對策 또는 生活權補償 요구로 변모하게 되었다.

住宅公社의 公共用地 取得過程上 나타난 民願內容과 對應方案을 事業地區別로 分析해 보면 다음 <表 4-9>~<表 4-11>과 같다⁹⁾.

(1) 과천시도시

과천 신도시개발은 주택건설촉진법에 의하여 정부종합청사 이전에 따른 배후 住居都市建設事業의 일환으로 추진되었고, 주택공사측은 評價價格으로 土地를 取得한 후 그 지역에 居住를 희망하는 자에게 아파트분양권을 제공하겠다고 제안하였으나, 지역주민의 반발로 基準地價로 補償하였으며 토지소유자에게 단독주택필지를 조성원가로 분양하게 되었다. 이 때의 民願內容에는 區劃整理方式 요구와 개발추진과정에서의 주민참여 요구도 포함되어 있었다. 그러나, 1980년대초라는 권위주의시대의 사회분위기에 따라 사업주체

9) 大韓住宅公社, 「大單位團地開發事例 研究」, 1987, pp.39-68 ; 同公社, 「前揭書」, 1986, pp.121-173 참조.

와 지역주민간의 마찰을 크지 않았고 用地取得과 事業遂行은 비교적 원활하게 추진되었다.

<表 4-9> 과천시도시의 민원분석

事業概要	民願發生 經緯와 內容		
	公社側 提案	住民要求	對應方案
위치 : 경기도 시흥군 과천면 별양동 의 면적 : 2,962천m' 사업기간 : 1980.11.10 ~1984.8 근거법 : 주택건설 촉진법	① 移住對策 : 토지소유자에 대한 아파트 분양권 제공 ② 補償價格 : 평가가격 제시	① 토지소유자에 대한 지구내 환지. 요구, 이주단지 선조성 후철거 요구, 세입 자에 대한 임대아 파트 입주권 요구 ② 시가보상 요구 ③ 구획정리방식 요구 ④ 개발추진과정에 주민참여 요구	① 토지소유자에 대한 지구내 단독 필지 조성원가 분양, 세입자에 대한 입주권 및 이사비 지급 ② 기준지가 보상

(2) 개포지구

<表 4-10> 개포지구의 민원분석

事業概要	民願 內容	對應方案
위치 : 서울 강남구 개포동 일원 면적 : 1,024천m' 사업기간 : 1981.4~1984.3 근거법 : 주택건설촉진법, 택지개 발촉진법 및 구획정리사업법	① 補償價格 : 시가보상 요구 ② 移住對策 : 토지소유 자에 대한 단독주택 용지 요구	① 평가가격 보상 ② 단독필지 조성, 원가 분양

개포지구 개발은 당시 정부의 500만호 住宅建設計劃에 따라 서울시와 주택공사 및 토지공사가 구획정리사업법, 주택건설촉진법 및 택지개발촉진법에 의하여 최초의 大單位團地 開發事業의 하나로서 추진되었다. 지역주민의 民願은, 위 과천 신도시개발과 비슷하게, 다음 광명철산지구와 달리, 時價補償 또는 이

주대책차원의 단독필지 요구에 머물렀으며, 결국 評價價格으로 補償하였으며 아파트분양권 이외에도 단독필지를 조성원가로 분양하였다.

(3) 광명철산지구

<表 4-11> 광명철산지구의 민원분석

事業概要	民願內容 (구성비:%)
위치 : 경기도 광명시 철산동 일원 면적 : (1차) 466천㎡ (2차) 1,201천㎡ 사업기간 : (1차) 1980.12~1981.11 (2차) 1983.12~1986. 3 근거법 : 택지개발촉진법 및 주택 건설촉진법	① 移住對策(48.2) : 단독필지 요구(12.1) 아파트 입주권 요구(14.5), 상가분양 요구(1.2), 종교부지 요구(8.2), 기타(1.0) ② 補償관련 불만(41.6) ③ 除斥 요구(9.0) ④ 잔여지수용 청구(0.7) ⑤ 기타(0.5)

광명철산지구 개발은 1차지구는 주택건설촉진법에 의하여, 2차지구는 동법과 택지개발촉진법에 의하여 추진되었다. 이 지구는 대상지역이 영세민 주거지역으로서 민願도 時價補償보다 다양한 내용의 移住對策 요구가 많아졌으나, 아직까지는 권위주의적 시대상황에 따라 이러한 요구가 만족스럽게 수용되지 않은 채 별 차질 없이 사업이 수행되었다.

2) 土地公社의 民願內容 및 對應方案

1981년에 宅地開發促進法에 의하여 公營開發方式이 도입된 이래, 土地公社의 宅地取得은 급격하게 증가하였고, 이에 따라 民願內容도 점차 복잡화·다양화되고 民願提起方法 또한 집단화·조직화되거나 과격한 양상을 띠게 되었다. 民願內容은 대체로 1988년 이전에는 公營開發 反對, 補償價格의 現實化 또는 移住對策 요구에 집중되어 있었으나, 1989년부터 평촌, 분당, 일산 등 대단위 신도시개발사업의 추진을 분기점으로 生計維持·生活對策 개념의 生活權補償까지 요구하기에 이르렀다.

土地公社의 公共用地 取得過程上 나타난 民願內容과 對應方案을 事業地區別로 分析해 보면 다음 <表 4-12>~<表 4-18>과 같다¹⁰⁾.

(1) 서울중계지구

<表 4-12> 서울중계지구의 민원분석

事業概要	주요 民願發生 經緯와 內容		
	公社側 提案	住民要求	對應方案
위치 : 서울특별시 도봉구 중계동, 하계동, 공릉동 일원(도시빈민, 철거민 거주지역) 면적 : 1,593천m' 사업비 : 140,369백만원 계획인구 : 99,460인 사업기간 : 1985.4.10~1992.6	① 移住對策 : 가옥 소유자, 무주택 토지소유자에 대한 아파트 분양권 및 세입 자에 대한 임대 아파트입주권 제공	① 이주주택지(공 동주택용지) 요구 및 가옥 현황(규모·허가 유무)에 따른 차별화 요구 ② 時價補償 요구	① 이주주택지 공급계약체결 및 가옥현황 에 따른 차별 화 반영

서울중계지구 개발은 서울의 주택난해소와 낙후지역개발 차원에서, 개포지구와 고덕지구에 이어, 서울에서 세번째이자 아직까지는 마지막으로 시행한 大單位團地 開發事業의 하나로서 추진되었다. 당시의 사회적 분위기는 제5공화국 후반기로서 民主化에 대한 열망이 고조되고 있었고, 따라서 民願의 內容도 복잡다기하여 졌으며 民願提起方法도 집단시위·농성등 물리적 실행행사의 양상을 띠게 되었다. 이 때부터 時價補償 요구는 당연시되었고, 도시빈민, 철거민 거주지역이라는 대상지역의 특성 때문에 주로 移住對策의 내용을 둘러싸고 심한 마찰이 일어나게 되었으며, 결국 네차례의 이주대책 수립 끝에 가옥현황에 따른 이주대책의 차별화와 이주주택지(공동주택용지)

10) 韓國土地公社, 「前掲書」, 1995, pp.244-290 ; 大韓住宅公社, 「前掲書」, 1996, pp.268-288 참조.

의 공급에 의하여 타결되었다.

(2) 인천연수지구

<表 4-13> 인천연수지구의 민원분석

事業概要	주요 민원發生 經緯와 內容		
	公社側 提案	住民要求	對應方案
위치 : 인천광역시 연수구 연수동, 동춘동, 선학동, 청학동 일원(자영농, 축산농, 영세농어민 거주지역) 면적 : 6,113천㎡ 사업비 : 455,612백만원 계획인구 : 170,000인 사업기간 : 1985.4.10~1994.12	① 補償時期 : 연차별, 단계별 보상 제안 ② 補償價格 : 농지보다 높은 임야의 평가가격 제시, 축산휴업 보상 지급	① 전면적, 同時 補償 요구 ② 時價補償 및 재평가 요구, 축산폐업보상 요구 ③ 除斥 요구 ④ 移住對策 요구	① 동시보상 지급 ② 재평가 시행, 축산폐업 보상 지급

인천연수지구 개발은 사업면적이 약 180만평에 달하여 당시로는 최대규모의 사업이었으며, 대상지역이 자영농, 축산농, 영세농어민 거주지역으로서 민원의 內容도, 지역의 특성을 반영하는 듯, 時價補償 요구는 물론, 전면적 동시보상(事前補償), 축산폐업보상, 生計對策 요구 등 完全補償을 요구하게 되었고, 민원提起方法도 집단시위·사무실점거·농성 등 더욱 과격한 양상을 띠게 되었다. 결국, 이때부터 補償價格의 再評價가 실시되었고, 휴업보상 또는 이전보상이 아닌 폐업보상까지 지급하게 되었으며, 生計維持 차원의 生活權補償 문제가 대두되기 시작하였다.

(3) 춘천석사지구

춘천석사지구 개발은 자연집단부락과 도시영세민의 혼재지역을 대상으로 추진되었는데, 자가소유중심의 석사동지역과 세입자중심의 효자동지역 간에 除斥 또는 이주대책을 둘러싸고 주민간의 이해가 엇갈려 민원의 內

容이 양분되었다. 이러한 경우에는 토지소유자등이 目的物에 대하여 가지는 價値를 개별적으로 평가하는 방안이 모색되어야 함에도 불구하고, 획일적으로 再評價에 의한 補償價格인상으로 대처함으로써 用地取得과 사업추진에 난항을 겪게 되었다.

<表 4-14> 춘천석사지구의 민원분석

事業概要	주요 민원發生 經緯와 內容		
	公社側 提案	住民要求	對應方案
위치 : 강원도 춘천시 석사동, 효자동 일원(집단부락, 도시 영세민 혼재지역) 면적 : 329천m ² 사업비 : 27,225백만원 계획인구 : 10,000인 사업기간 : 1986.10.8~1992.7	① 補償價格 : 평가가격 제시 ② 移住對策	① 時價補償 및 재평가 요구 ② 선이주대책 시행 요구 ③ 除斥 요구	① 재평가 시행

(4) 안양평촌지구

<表 4-15> 안양평촌지구의 민원분석

事業概要	주요 민원內容(住民要求)	對應方案
위치 : 경기도 안양시 동안 구 평촌동, 비산동, 호계동, 관양동 일원 (농·축산업 자연부락, 농민·도시빈민층 혼재 지역) 면적 : 5,106천m ² 사업비 : 1,228,731백만원 계획인구 : 168,188인 사업기간 : 1989.2.27~ 1995.12	① 生活權補償 : 원주민 이주 대책, 소작농·축산농 생활 대책 요구, 아파트입주권 요구 ② 補償價格 : 시가보상 및 호프만식산정 요구, 평가 기관선정권, 무허가건물보상, 이의신청기간 연장 요구 ③ 토지소유자에 대한 환지 요구	① 이주대책 : 가옥(무허가포함)소유자 에 대한 단독택지 또는 아파트분양권, 세입자에 대한 임대아파트 입주권 부여 ② 생활대책 : 영업자, 영농민에 대한 상가점포우선분양권 제공

안양평촌지구 개발은, 1989년부터 수도권 대단위단지 신도시개발사업의 일환으로서, 농축산업 원주민과 도시빈민층이 혼재하는 생산녹지 또는 자연녹지 지역을 대상으로 추진되었다. 이때에는 政治·社會적으로 民主化·地方化 추세가 성숙되어 있었고, 따라서 民願의 內容이 보다 다양화·구체화되었고, 이때부터 生計維持차원의 生活權補償 요구가 현실적으로 대두되었으며, 民願 提起方法도 집단화·조직화되었을 뿐만 아니라 다른 개발지역과 상호비교적 관점에서 구체적인 방안까지 제시하면서 完全補償을 요구하기에 이르렀다.

주요 民願內容으로는 호프만식산정 및 주민의 평가기관 선정권요구 등 時價補償을 담보할 수 있는 방안제시에서 부터 토지소유자에 대한 환지요구등 現物補償 요구, 그리고 원주민 이주대책, 소작농·축산농 생활대책 요구 등 生活權補償 요구에 이르기까지 다양하게 나타났으며, 소유자에 대한 단독택지분양, 영업자·영농민에 대한 상가점포분양 등 그 일부가 실현되기도 하였다.

(5) 분당신도시

<表 4-16> 분당신도시의 민원분석

事業概要	주요 民願內容(住民要求)	對應方案
위치 : 경기도 성남시 중원 구 분당동 외 15개동 일원(농·축산업 자연 부락, 공장 혼재지역) 면적 : 19,684천㎡ 사업비 : 4,106,570백만원 계획인구 : 390,320인 사업기간 : 1989.5.4~ 1996.12	① 生活權補償 : 원주민 생활 대책 요구, 축산업자 생활 대책, 공장이전대책 요구, 상업용지분양 요구 ② 補償價格 : 시가보상 요구 ③ 存置·除斥 : 원주민 집단거 주지 존치, 신도시개발 반대	① 생활대책 : 가옥소유자·영업자에 대한 상가점포 분양, 임차농·농지소유자에 대한 시장점포우선 분양권 제공

분당신도시 개발도 제6공화국 출범당시 선거공약이었던 200만호 住宅建設計劃에 따라 수도권 신도시개발사업의 일환으로 추진되었으나, 면적이 약 600만평에 달하여 그 중에서도 가장 큰 규모일 뿐만 아니라, 서울의 중산층 특히 강남지역 거주자들의 수요를 충족시킬 수 있는, 교육, 문화, 편의시설과 현대적 도시환경을 갖춘 都市를 개발한다는 政策目標에서 출발하였다는 데에 그 특색이 있다. 따라서, 농·축산업 자연부락과 공장이 혼재되어 있는 대상지역의 대다수 저소득층 주민들은 계층적 위화감 또는 상대적 박탈감으로 신도시개발 자체를 반대하는 집단행동에 들어갔고, 개발사업 자체의 불가피성을 인식한 후부터는 時價補償요구는 물론 生計維持차원의 生活權補償을 강력하게 요구하게 되었다.

주요 民願內容으로는 원주민 생활대책, 축산업자 생활대책, 공장이전대책, 상업용지분양 요구 등 生活權補償 요구와 원주민 집단거주지존치 요구 등을 들 수 있고, 가옥소유자·영업자에 대한 상가점포분양, 임차농·농지소유자에 대한 시장점포분양 등 그 일부가 실현되기도 하였다. 여기서, 평촌지구와 더불어, 이주대책적 차원이 아니라 생계유지·생활대책적 차원의 生活權補償이 부분적으로나마 실현되었다는 사실은 획기적인 일로서, 이것은 앞으로 公共用地取得과 損失補償에 관한 政策이 全面買收方式에서 區劃整理方式으로, 時價補償에서 生活權補償으로, 金錢補償에서 現物補償으로 전환될 필요가 있다는 것을 나타내 주고 있다.

(6) 일산신도시

일산신도시 개발도 수도권 신도시개발사업의 일환으로 추진되었는데, 농업자연부락과 공장혼재지역의 주민들은 서울 위성도시로서의 지역발전을 기대하면서도 생계대책에 대한 불안감으로 基本調査부터 거부하는 과격시위를 벌였으며, 「신도시건설반대투쟁위원회」를 구성, 점차 조직적 집단행동에 들어가게 되었다. 결국, 주민선정의 평가기관에 평가를 의뢰하는 등 時價補償

을 담보하고 이주자택지를 공급하는 등 生活權補償을 보장함으로써 用地取得節次를 진행하게 되었다.

<表 4-17> 일산신도시의 민원분석

事業概要	주요 民願內容(住民要求)	對應方案
위치 : 경기도 고양군 일산 읍 백석리, 일산리, 주엽리, 장항리 및 송포면 대화리 일원 (농업자연부락, 공장 혼재지역) 면적 : 15,709천m' 사업비 : 125,158백만원 계획인구 : 26,928인 사업기간 : 1989.6.20~ 1995.12	① 補償價格 : 時價補償 요구 ② 生活權補償 : 이주대책 및 생활대책 요구 ③ 除斥 : 신도시개발 반대, 기본조사 거부	① 주민선정 평가기관에 평가의뢰 ② 이주자택지 공급 ③ 공부에 의한 기본 조사 실시

(7) 용인수지지구

<表 4-18> 용인수지지구의 민원분석

事業概要	주요 民願內容(住民要求)	對應方案
위치 : 경기도 용인군 수지 면 동천리, 죽전리 일원 면적 : 949천m' 사업비 : 175,916백만원 계획인구 : 37,852인 사업기간 : 1990.12.28~ 1994.12.20	① 生活權補償 : 이주대책 및 생활대책 요구, 세입자에 대한 임대아파트입주권, 선입주후 철거 요구, 지구외이주 거부 ② 補償價格 : 시가보상 요구	① 이주대책 : 임대아파 트 입주권 또는 주거대책비 지급, 세입보증금 대여

용인수지지구 개발에서는 세입자에 대한 임대아파트입주권 부여, 선입주

후철거요구 및 지구외이주 거부 등이 주요 民願內容이었으며, 결국 임대아파트입주권 또는 주거대책비를 지급하는 등 移住對策을 마련함으로써 민원을 해소하게 되었다.

第 3 節 公共用地 取得過程別 判例分析

위에서 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 公共用地 取得事例로서 全國의 用地取得 및 補償實績과 事業主體別 取得實績을 분석하고, 取得過程上的의 民願內容도 분석하였다. 이제 司法府의 公共用地取得과 損失補償에 관한 判例를 분석할 필요가 있을 것이다. 특히, 行政主體의 公共用地 取得過程에 대한 토지소유자들의 民願이 사업주체와의 當事者관계에서 해결방안을 찾지 못하면, 궁극적으로는 行政審判을 거쳐 行政裁判에 의하여 최종적으로 해결된다는 점에서 行政訴訟의 제기 그 자체가 私權侵害的 取得過程에 대한 民願의 표출방법이고, 이에 대한 法院의 판단인 判例는 公權과 私權의 조화점이라고 볼 수 있겠다. 여기에서는 公共用地的 取得過程別로 관련 判例를 分析함으로써 政策方向 제시의 근거로 삼고자 한다.

1. 公共事業의 範圍

1) 事業의 公共性

公益事業인가의 여부는 그 事業 자체의 性質로 보아 그 사업의 公共性和 獨占性을 인정할 수 있는지의 여부로서 정할 것이고 그 事業主體 여하에 따라 정할 성질이 아니다(大法 70. 9. 22. 70 누 81).

2) 公共事業의 例

(1) 國防·軍事에 관한 사업 : 軍人は 비상시의 신속한 출동에 대비하여 軍의 營內나 근접지 居住의 必要性이 크고 下士官 이상의 軍인들이 軍의 人事命令에 따라 수시로 근무부대를 이동하는 경우가 많으며 대개의 경우 軍 주둔지 주변의 주거사정이 열악한 점 등 軍의 제한 특수성을 고려하면 營內外의 獨신용 숙소는 물론 軍인과 그 가족들의 住居用으로 사용되는 軍人아파트(幼稚園) 등 軍官舍는 軍福祉施設의 차원을 넘어 軍事上으로 緊要한 施設이라고 할 것이다(大法 92. 10. 27. 91 다 483).

(2) 國家·지방자치단체가 설치하는 工場에 관한 사업 : 서울特別市가 經營하는 道路鋪裝用 原料인 瀝青生産工場의 移轉用地도 土地收用法上의 公益事業에 해당한다(大法 63. 10. 31. 4294 行상 128).

(3) 文化施設에 관한 사업 : 위키힐 觀光서비스 提供事業을 韓國戰爭에서 戰死한 故위키將軍을 추모하고 外國人을 대상으로 하여 交通部所管事業으로 행하기로 하는 政府方針 아래 交通部長官이 土地收用法 제3조제1항제3호 所定の 文化施設에 해당하는 公益事業으로 인정하고 스스로 起業者가 되어 土地收用의 裁決申請에 의하여 행한 收用裁決은 適法有效한 것이다(大法 63. 10. 31. 4294 行상 128).

2. 目的物の 範圍

1) 必要한 最小限의 要件

公用收用은 公益事業을 위하여 他人의 特定한 財産權을 法律의 힘에 의하여 強制的으로 取得하는 것이므로 收用할 目的物の 範圍는 原則적으로 事業을 위하여 必要한 最小限度에 그쳐야 한다(大法 87. 9. 8. 87 누 395).

公用收用은 公익사업을 위하여 他人의 特定한 財産權을 法律의 힘에 의하여 強制的으로 취득하는 것이므로 收用할 目的物の 範圍는 원칙적으로 事業을 위하여 必要한 最小限度에 그쳐야 하므로 그 한도를 넘은 부분은 收用對象이 아니므로 그 부분

에 대한 收用은 違法하고 超過收用된 부분이 적법한 收用對象과 불가분적 관계에 있는 경우에는 그에 대한 異議裁決 전부를 取消할 수 밖에 없다(大法 94. 1. 11. 93 누 8108).

2) 目的物の 擴張 : 殘餘地收用

殘餘地收用請求는 起業者가 필요해서 하는 것이 아니고 土地所有者가 收用으로 인하여 殘餘土地를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란하게 된 경우 등 그 損失補償의 일환으로 土地所有者에게 부여된 權利이므로 그 請求는 收用할 土地의 범위와 그 補償額을 결정할 수 있는 土地收用委員會에 대하여 土地收用補償額을 다투는 방법에 의하여 행사할 수 있다(大法 89. 6. 13. 88 누 8852).

土地收用 당시까지 모두 農耕地로 사용되던 土地의 일부가 수용됨으로 인하여 殘餘地가 종래 사용되던 농경지로서의 사용이 현저히 곤란한 것이 아니고 이미 도시 계획법에 의하여 도로로 결정된 것이므로, 同一 土地의 일부가 수용됨으로 인하여 殘餘地가 종전의 사용 목적대로 사용함이 현저히 곤란한 것이라고는 볼 수 없고, 또 殘餘地의 收用을 請求하기 위하여는 늦어도 收用裁決 이전까지 一團의 土地에 대한 소유권을 취득하여야 하는 것이고 收用裁決 이후에 그 소유권을 취득한 자는 이를 청구할 수 없다(大法 92. 11. 27. 91 누 10688).

土地(1,024㎡)가 收用됨으로 인하여 殘餘地(669㎡)는 폭 3 내지 5m, 길이 70 내지 80m의 길쭉한 부정형의 토지로서 盲地가 되었으며 收用土地에 변전소가 설치되어 고압전류가 흐르리라는 것이 예상되더라도, 그 殘餘地가 도시계획상 자연녹지지역에 속하는 公園用地이며 지목이 田이라면, 잔여지가 수용으로 인하여 토지의 가격이 감소되기는 하였지만 잔여지를 본래의 목적인 農耕地 상태대로 사용하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 이의제결 중 잔여지수용청구를 기각한 부분은 적법하다(大法 94. 11. 8. 93 누 21682).

3. 特例法上の 取得過程

1) 協議의 法的 性格 : 私法上契約說

公共用地的取得및損失補償에 관한特例法에 따른 協議取得은 타인의 특정한 財産權을 그 권리자의 의사 여하에 관계없이 법률의 힘에 의하여 강제적으로 취득하는 公用收用과는 달리, 事業施行者는 私法上の 賣買契約처럼 그 권리자와 대등한 지위에서 協議를 하여야 하며 권리자와 협의가 이루어지지 않으면 위 特例法에 따른 협의 취득은 성립되지 아니한다 할 것이다(大法 92. 2. 14. 91 다 28290, 28306).

特例法에 의거하여 事業施行者가 公共事業에 필요한 土地등을 協議取得하고 그 협의취득에 따른 補償金을 지급하는 행위는 公法上の 行政處分이 아니라 私經濟의 主體로서 행하는 私法上の 法律行爲에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되는 公權力의 행사로 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 판례인데, 그 판례의 법리는 事業施行者가 협의절차를 통하여 토지를 공급하고 그 대금을 교부받는 경우에도 똑같이 적용된다(憲裁 1994. 2. 24. 93 헌마 213 병합).

2) 特例法の 適用範圍 : 協議(私法上 契約)에 의한 取得의 경우

(1) 公用收用の 경우

特例法은 公共事業에 필요한 土地 등의 協議에 의한 取得의 경우(私法上の 賣買契約과 같은 성질이다)에 적용되는 것이고 수용법상의 公用徵收에는 적용될 수 없다(大法 84. 5. 29. 83 누 635).

土地收用法 제57조의2에서는 損失補償額의 算定方法 및 基準 등에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 特例法 제4조 및 제8조의 규정을 準用한다고 규정하고, 위 特例法 제4조제2항은 公共事業의 計劃 또는 시행이 公告 또는 告示됨으로 인하여 취득하여야 할 토지 등의 가격이 변동되었다고 인정되는 때에는 당해 公共事業의 公告日 또는 公示日 현재의 가격을 기준으로 補償額을 산정한다고 규정하고 있으나 위 特例法은 원칙적으로 協議에 의하여 公共用地를 취득하는 경우에 적용되

고 예외적으로 收用 등 公用徵收의 경우에 土地收用法에 규정이 없는 경우에 한하여 위 特例法 제4조의 규정이 준용되는 것이며, 土地收用法 제46조에 의하면 損失補償額의 산정은 收用裁決 당시를 기준으로 산정하도록 규정하고 있으므로 위 特例法 제4조제2항의 규정은 收用に 의한 土地의 취득에는 그 적용이 없다고 할 것이다(大法 90. 11. 9. 90 누 2673).

特例法에 따른 協議取得은 私法상의 賣買契約과 같은 성질의 것으로 土地收用法상의 收用과 같은 公用징수에는 해당되지 아니하므로 地當권자는 토지소유권이 협의취득에 의하여 이전되어도 이에 추급할 수 있는 것이니 위 特例법에 의한 補償金(실질은 賣買代金)에 대하여 物上代位權을 행사할 수 없다(大法 81. 5. 26. 80 다 2109).

(2) 不當利得의 경우

特例法은 公共事業에 필요한 土地등을 協議에 의하여 取得하거나 使用할 경우에만 적용되는 것이므로 權原없는 占有로 인한 不當利得의 반환을 구하고 있는 사건에서 위 特例법 규정을 적용할 것은 아니다(大法 93. 9. 10. 93 다 24711).

4. 收用法상의 取得過程

1) 事業認定

(1) 事業認定의 性質 : 設權的 形成行爲說

土地收用法 제14조에 의한 事業認定은 단순한 確認行爲가 아니라 形成行爲이고 당해 사업이 비록 土地를 收用할 수 있는 公益事業에 해당된다 하더라도 行政廳으로서는 그 사업이 公用收用을 할만한 公益性이 있는지의 여부를 모든 사정을 참작하여 구체적으로 판단하여야 하는 것이므로 事業認定 여부는 行政處의 裁量에 속하는 것이다(大法 92. 11. 13. 92 누 596).

(2) 事業認定의 效力

土地收用法 제14조에 따른 事業認定은 그후 일정한 節次를 거칠 것을 條件으로 하여 일정한 내용의 收用權을 設定해 주는 行政處分의 성격을 띠는 것으로서 그 事

業認定을 받음으로써 收用할 目的物의 範圍가 확정되고 收用權으로 하여금 目的物에 관한 현재 및 장래의 權利者에게 對抗할 수 있는 일종의 公法上의 權利로서의 效力을 발생시킨다고 할 것이다(大法 87. 9. 8. 87 누 395 ; 大法 86. 8. 19. 86 누 256, 88. 12. 27. 87 누 1141 同旨).

土地細目の 公告는 事業認定에 의하여 지정된 範圍내에서 구체적으로 收用할 수 있는 目的物을 임시로 결정하는 行爲이며 이로써 目的物에 대하여 막연한 효력밖에 없었던 事業認定이 現實化하고 具體化되는 것이며, 이로써 被收用者가 特定되고 收用, 使用의 대상이 되는 土地 등이 일응 特定되게 되는 것이나 終局的으로는 裁決에 의하여 特定이 確定된다(大法 88. 12. 27. 87 누 1141).

事業認定의 告示가 있는 후에는 土地의 形質變更 금지 등의 效力이 생기므로 事業認定의 告示가 있으면 그 利害關係人은 그 違法을 다룰 法律上의 이익이 있어 그 취소를 구할 訴訟要件을 구비하고 있는 것이다(大法 73. 7. 30. 72 누 137).

事業認定處分 자체의 違法은 事業認定단계에서 다투어야 하고 이미 그 쟁송기간이 도과한 收用裁決단계에서는 事業認定處分이 當然無效라고 볼만한 특단의 사정이 없는 한 그 違法을 이유로 裁決의 取消를 구할 수는 없다(大法 92. 3. 13. 91 누 4324).

건설부장관이 宅地開發計劃을 承認함에 있어서 토지수용법 제15조에 의한 利害關係者의 意見を 듣지 아니하였거나, 같은 법 제16조 제1항 소정의 토지소유자에 대한 通知를 하지 아니한 瑕疵는 중대하고 명백한 것이 아니므로 事業認定 자체가 當然無效라고 할 수 없고, 이러한 瑕疵는 수용계결의 선행처분인 事業認定단계에서 다투어야 할 것이므로 쟁송기간이 도과한 이후에 위와 같은 하자를 이유로 收用裁決의 取消를 구할 수 없다(大法 93. 6. 29. 91 누 2342).

2) 土地·物件調書의 作成

起業者가 土地調書나 物件調書を 작성함에 있어 所有者 등의 立會와 署名捺印이 있었는지의 여부는 그 記載의 證明力에 관한 문제이어서 立會와 서명날인이 없었다는 사유만으로는 中央土地收用委員會의 異議裁決이 違法하다 하여 그 취소의 사유로 삼을 수는 없는 것이다(大法 90. 1. 23. 87 누 947).

土地收用을 함에 있어 土地所有者 등에게 立會를 요구하지 아니하고 작성한 土地調書는 節次上의 瑕疵를 지니게 되는 것으로서 土地調書로서의 效力이 부인되어 調書의 기재에 대한 證明力에 관하여 推定力이 인정되지 아니하는 것일 뿐, 土地調書의 작성에 하자가 있다 하여 그것이 곧 收用裁決이나 그에 대한 異議裁決의 효력에 영향을 미치는 것은 아니라 할 것이므로 土地調書에 실제 현황에 관한 기재가 되어 있지 아니하다거나 實測平面圖가 첨부되어 있지 아니하다거나 토지소유자의 立會나 서명날인이 없었다든가 하는 사유만으로는 異議裁決이 위법하다 하여 그 取消를 구할 사유로 삼을 수 없다(大法 93. 9. 10. 93 누 5543).

3) 協議

(1) 協議의 性質

土地收用節次에 있어서 起業者는 그 土地에 관하여 權利를 取得하거나 消滅시키기 위하여 土地所有者(死亡時는 그 相續人) 및 關係人과 協議하여야 하며 協議가 成立되지 아니하거나 協議할 수 없을 때에는 起業者는 裁決을 신청할 수 있고 그 申請書에는 土地所有者 및 關係人の 姓名 및 住所를 기재하여 그들로 하여금 收用節次에 참가케 하여야 함이 土地收用法이 정한 바와 같을 것이나 起業者의 過失없이 이를 알 수 없는 때에는 그들과 協議를 하지 아니하고 이를 裁決申請書에 기재하지 아니하여 그들로 하여금 收用節次에 참가하게 하지 아니한 채 裁決에 이르렀다고 하여 違法이라 할 수 없다고 해석함이 土地收用法 제25조·제61조·제64조의 立法趣旨에 비추어 相當하다 할 것이고 설사 起業者의 過失로 인하여 土地所有者나 關係人을 알지 못하여 그들로 하여금 收用節次에 참가케 하지 아니하고 收用裁決을 하여 그 節次가 違法이라 하더라도 그 事由만 가지고는 當然無效라 할 수 없는 法理라 할 것이다(大法 71. 5. 24. 70 다 1459).

(2) 協議의 節次와 內容

土地收用法施行令 제15조의2제1항이 규정하는 通知節次는 기업자와 토지소유자와의 사이에 효율적이고 실질적인 協議가 이루어질 수 있도록 하기 위한 事前準備節次에 지나지 아니하는 것으로서 그 通知에 특별한 요식절차가 필요한 것도 아니며

로 事業認定의 告示후 토지소유자의 권리보호를 위하여 필요한 상당한 기간 동안 기업자와 토지소유자 사이에 토지의 취득조건 등에 관하여 실질적인 協議가 진행된 이상, 協議에 앞서 기업자가 토지소유자에게 위 시행령이 정하는 사항들을 구체적으로 통지한 바가 없다고 하여 그 協議節次에 違法이 있다고 할 수 없으므로 이를 들어 收用裁決의 取消을 구하는 사유로 삼을 수 없다(大法 93. 11. 26. 93 누 17669).

起業者가 과실없이 土地所有者의 登記簿上 住所와 실제주소가 다른 사실을 알지 못하거나 과실로 이를 알지 못하여 登記부상 住所로 보상협약에 관한 通知를 한 결과 補償協議節次를 거치지 못하였다 하더라도 그러한 사유만으로는 收用裁決이 當然無效이거나 不存在하는 것으로 볼 수 없다(大法 94. 4. 15. 93 누 18594).

土地收用の 경우 起業者가 과실없이 진정한 土地所有者를 알지 못하여 登記簿上 소유명의자를 토지소유자로 보고 그를 被收用者로 하여 매수협약에 따른 수용절차를 마쳤다면, 그 收用の 효과를 부인할 수 없게 되어 수용목적물의 소유자가 누구임을 막론하고 이미 가지고 있던 소유권은 소멸함과 동시에 起業者가 완전하고 확실하게 그 권리를 취득하게 된다(大法 93. 11. 12. 93 다 34756).

(3) 協議의 成立과 確認

土地收用に 있어서 起業者가 土地所有者와 協議하여 土地를 買收함으로써 所有權을 取得하여 土地收用の 효과를 거두었다 할지라도 土地收用法 제25조의2 규정에 의하여 管轄土地收用委員會로부터 그 協議成立의 確認을 받지 아니한 것이면 土地收用委員會의 裁決에 의한 土地收用的 경우와는 달리 그 土地를 原始取得한 것으로는 볼 수 없고 원래 所有者로부터 承繼取得한 것이라고 해석할 수 밖에 없다(大法 78. 11. 14. 78 다 1528).

土地收用法 제25조제1항에 의한 協議段階에서 起業者와 土地所有者 사이에 協議가 성립되어 그를 원인으로 기업자 앞으로 所有權移轉登記가 經了되었다 하더라도 그 協議에 대하여 같은 法 제25조의2제1항에 의한 土地收用委員會의 確認을 받지 아니한 이상, 재결에 의하여 수용의 경우와는 달리 그 토지를 原始取得한 것으로 볼 수 없고, 원래의 소유자로부터 承繼取得한 것이라고 볼 수 밖에 없다 할 것인

바, 收用裁決處分은 그 후의 토지승계인들에 대하여도 효력이 미치는 것이므로, 수용재결처분이 있는 뒤, 다른 개발사업을 위하여 土地收用委員會의 확인절차를 거치지 않은 수용협약과 그에 기한 소유권이전등기로 소유권을 승계취득한 자가 있다 하더라도 收用裁決處分은 하등 영향을 받지 아니한다(大法 94. 6. 28. 94 누 2732).

4) 裁決

(1) 裁決의 申請 등

起業者의 收用裁決申請을 기각하는 裁決이 확정되었다 하더라도 起業者는 收用裁決申請期間의 제한규정 등에 저촉되지 아니하는 한 다시 收用裁決申請을 할 수 있고 土地收用委員會도 이에 근거하여 다시 收用裁決을 할 수 있다(大法 92. 10. 27. 91 누 11100).

收用に 관한 協議期間이 정하여져 있다 하더라도 協議의 성립가능성 없음이 명백해졌을 때와 같은 경우에는 굳이 협의기간이 종료될 때까지 기다리게 하여야 할 필요성도 없는 것이므로 협의기간 종료 전이라도 起業者나 그 業務代行者에 대하여 裁決申請의 청구를 할 수 있는 것으로 보아야 하며, 다만 그와 같은 경우 土地收用法 제25조의3제2항에 의한 2월의 기간은 협의기간 만료일로부터 기산하여야 한다(大法 93. 7. 13. 93 누 2902).

起業者의 協議要請과 이에 따른 土地所有者의 裁決申請請求가 있었으나 당시는 起業者에게 아직 收用事業施行權限이 부여되지 아니한 상태이었고, 起業者가 收用事業施行權限을 부여받은 뒤에 다시 협의요청을 하여 협의가 성립되지 아니하자 비로소 裁決申請을 하게 된 것이라면 당초의 토지소유자의 裁決申請請求를 받은 때로부터 2개월이 지난 후에 起業者의 재결신청이 있게 되었다 하여도 토지소유자에게 土地收用法 제25조의3제3항에 의한 遲滯補償金은 인정될 수 없다(大法 91. 10. 25. 90 누 9964).

(2) 裁決의 節次 및 內容

土地收用法上 土地收用委員會의 審議는 職權主義에 의한 書面審理節次로 진행되도록 되어 있고 土地所有者 또는 關係人은 심의개시 전의 열람기간 중에 한하여 意

見陳述의 기회를 부여 받으며 심의 중에는 土地收用委員會가 필요하다고 인정할 때에 한하여 起業者·土地所有者·關係人 또는 참고인을 출석케 하거나 의견서 또는 資料를 제출하게 하고 있을 뿐이고 당사자에게 審議期日에 출석하여 의견을 진술하고 자료를 제출할 수 있는 권한을 부여한 聽聞節次를 채용하고 있지 않으므로 同法 제37조제2항에 규정하고 있는 심의기일 및 장소의 通知는 당사자를 청문하기 위한 출석통지가 아니라 단순히 심의기일 및 장소를 당사자에게 알리는 告知行爲에 불과하다고 해석되고, 위와 같은 심의기일 및 장소에 관한 適法한 통지를 결여하였다고 하여도 이는 심의의 효력에 영향을 미치는 하자라고 하기는 어렵다(大法 90. 3. 13. 88 누 8296).

中央土地收用委員會가 異議裁決에서 起業者의 협의제시 價格을 초과한 金원을 토지에 대한 損失補償金額으로 정하였다 하더라도 異議裁決에 當事者主義나 不告不理의 原則에 위배된 違법이 있다고 볼 수 없다(大法 93. 10. 8. 93 누 8610).

土地收用法은 收用·使用의 일차 단계인 事業認定에 속하는 부분은 事業의 公益性 判斷으로 事業認定機關에 일임하고, 그 이후의 具體的인 收用·使用의 決定은 土地收用委員會에 맡기고 있는바, 이와 같은 土地收用節次의 2分化 및 事業認定의 성격과 토지수용위원회의 裁決사항을 열거하고 있는 같은 법 제29조제2항의 규정 내용에 비추어 볼 때, 土地收用委員會는 행정쟁송에 의하여 事業認定이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 裁決을 행할 수는 없다(大法 94. 11. 11. 93 누 19375).

(3) 裁決의 效果

土地收用으로 인한 起業者의 補償金支給義務는 그 收用時期로부터 발생하고, 구체적인 損失補償金額이 裁決이나 行政訴訟의 절차에 의하여 현실적으로 確定되어진 다 하여 달리 볼 것이 아니며, 裁決節次에서 정한 보상액과 行政訴訟節次에서 정한 보상액과의 차액 역시 收用과 대가관계에 있는 손실보상의 일부이므로 위 차액이 收用의 시기에 지급되지 않는 이상 이에 대하여는 遲延損害金이 발생한다(大法 92. 9. 14. 91 누 11254 ; 大法 91. 12. 24. 91 누 308 同旨).

土地收用に 관한 土地收用委員會의 收用裁決은 구체적으로 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 점에서 일반의 行政處分과 다를 바 없으므로 收用裁決處分이 無効인 경우에는 재결자체에 대한 무효확인을 訴求할 수 있다. 土地收用法 제73조 내지 제75조의2의 각 규정에 관련하여, 관할 土地收用委員會의 收用裁決에 대하여 불복이 있는 자는 中央土地收用委員會에 異議申請을 하고 중앙토지수용위원회의 異議裁決에도 불복이 있으면 수용재결이 아닌 이의재결을 대상으로 行政訴訟을 제기하도록 해석하는 것은 土地收用に 관한 재결이 위법·부당함을 이유로 取消를 訴求하는 경우에 한하는 것이고, 收用裁決 자체가 당연무효라 하여 無效確認을 구하는 경우에만 그와 같이 해석할 수는 없다(大法 93. 4. 27. 92 누 15789 ; 大法 93. 1. 19. 91 누 8050 同旨).

土地收用法 제75조의2제2항의 규정은 그 제1항에 의하여 異議裁決에 대하여 불복하는 行政訴訟을 제기하는 경우, 이것이 補償金の 増減에 관한 소송인 때에는 이의 재결에서 정한 보상금이 증액 변경될 것을 전제로 하여 기업자를 상대로 보상금의 지급을 구하는 公法上の 當事者訴訟을 규정한 것으로 볼 것이다(大法 91. 11. 26. 91 누 285).

(4) 和解

土地收用法 제40조 所定の 土地收用委員會의 起業者, 土地所有者 또는 관계인에 대한 和解의 勸告는 반드시 거쳐야 하는 必要的인 節次가 아니라 土地收用委員會의 裁量에 따른 任意的인 節次이다(大法 86. 6. 24. 84 누 554).

提訴前和解는 裁判上 和解로서 確定判決과 同一한 효력이 있고 創設的 效力을 가지는 것이므로 和解가 이루어지면 종전의 法律關係를 바탕으로 한 權利義務關係는 消滅한다(大法 92. 5. 26. 91 다 28528).

5) 收用の 效果

(1) 起業者의 權利取得

土地收用法에 의한 土地收用은 起業者가 과실없이 被收用者를 確定하지 못한 때에는 形式上の 權利者를 그 被收用者로 確定하더라도 違法이라 할 수 없고 收用の

效果는 收用目的物の 所有者가 누구임을 막론하고 이를 拒否할 수 없으며 國家의 公權力에 의하여 이미 가지고 있던 所有權은 그 收用으로 인하여 消滅함과 동시에 起業者가 完全하고 확실하게 그 權利를 取得하게 되는 것이다(大法 71. 6. 22. 71 다 873 ; 大法 79. 9. 25. 79 다 1369 同旨).

(2) 損失補償金 支給

起業者의 土地收用으로 인한 損失補償金 支給義務는 그 收用の 時期로부터 발생하고 현실적으로 구체적인 損失補償金額이 裁決이나 行政訴訟의 절차에 의하여 확정되어 진다 하여 달리 볼 것이 아니며 裁決節次에서 정한 補償額과 行政訴訟節次에서 정한 補償金額의 차액 역시 收用과 對價關係에 있는 損失補償의 일부이므로 동 차액이 收用の 시기에 지급되지 않은 이상 이에 대한 遲延損害金이 발생하는 것은 당연하다(大法 91. 12. 24. 91 누 308 ; 大法 92. 1. 17. 91 누 1127 同旨).

(3) 物件의 引渡·移轉

收用裁決에 의하여 수용의 효력이 발생하기도 전에 起業者가 수용대상토지를 權原없이 占有한 사실이 있다 하여도 그로 인하여 기업자에게 損害賠償이나 損失補償의 책임이 발생함은 별론으로 하고 收用裁決의 효력에는 아무런 영향이 없는 것이다(大法 92. 3. 10. 91 누 5419).

(4) 危險負擔의 移轉

댐 建設로 인한 水沒地域내의 土地를 買收하고 地上立木에 대하여 적절한 補償을 하기로 特約하였다면 補償金이 支給되기 전에 그 立木이 洪水로 滅失되었다고 하더라도 買收 또는 補償하기로 한 자는 履行不能을 이유로 위 補償約定을 解除할 수 없는 것이다(大法 77. 12. 27. 76 다 1472).

5. 損失補償

1) 補償의 根據

우리 憲法은 制憲이래 현재까지 일관하여 재산의 收用·使用 또는 制限에 대한

補償金を 지급하도록 규정하면서 이를 法律이 정하도록 위임함으로써 국가에게 명시적으로 收用 등의 경우 그 補償에 관한 立法義務를 부과하여 왔는바, 해방 후 私設鐵道會社의 전 재산을 收用하면서 그 補償節次를 규정한 軍政法令 제75호에 따른 補償節次가 이루어지지 않은 단계에서 朝鮮鐵道の 統一廢止法律에 의하여 위 軍政法令이 폐지됨으로써 대한민국의 法令에 의한 收用은 있었으나 그에 대한 補償을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 法律이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있으므로, 대한민국은 위 軍政法令에 근거한 收用に 대하여 補償에 관한 法律을 제정하여야 하는 立法者의 헌법상 명시된 立法義務가 발생하였으며, 위 廢止法律이 시행된 지 30년이 지나도록 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 立法裁量의 한계를 넘는 立法義務不履行으로서 補償請求權이 확정된 자의 헌법상 보장된 財産權을 침해하는 것이므로 違憲이다.

우리나라 憲法이 모든 국민의 財産權을 보장하며, 公共의 必要에 의한 財産權의 收用·使用 또는 制限은 法律로서 하되 正當한 補償을 지급하여야 한다는 취지를 명정한 만큼 徵發에 관한 法律이 제정되기 전에 軍事上의 必要에 의하여 국민의 財産權을 收用 또는 使用하였다 할지라도 그 수용 또는 사용이 法律의 根據없이 이루어진 경우에는 그것을 재산권자에 대한 관계에서는 不法行爲라 하지 않을 수 없고, 따라서 그로 인한 損害를 賠償할 義務가 있다(大法 66. 10. 18. 66 다 1715).

河川法(1971.1.19 법률 제2292호로 개정된 것) 제2조제1항제2호, 제3조에 의하면 提外地는 河川區域에 속하는 土地로서 법률의 규정에 의하여 당연히 그 所有權이 국가에 귀속된다고 할 것인 바, 한편 동법에서는 위 법의 시행으로 인하여 국유화가 된 提外地의 所有者에 대하여 그 損失을 補償한다는 직접적인 보상규정을 둔 바가 없으나 동법 제74조의 損失補償要件에 관한 규정은 補償事由를 制限的으로 열거한 것이라기 보다는 例示的으로 열거하고 있으므로 국유로 된 제외지의 소유자에 대하여는 위 법조를 類推適用하여 관리청은 그 손실을 보상하여야 한다(大法 87. 7. 21. 84 누 126).

2) 補償의 基準 - 正當한 補償 -

憲法 제23조제3항에서 규정한 “正當한 補償”이란 원칙적으로 被收用財産의 客觀的인 財産價値를 完全하게 補償하여야 한다는 完全補償을 뜻하는 것이지만, 公益事業의 시행으로 인한 開發利益은 完全보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 客觀적 가치 내지 피수용자의 손실이라고는 볼 수 없다(헌재 1990. 6. 29. 89 헌마 107 ; 헌재 1991. 2. 11. 90 헌바 17 병합 同旨).

公示地價에 의하여 補償額을 산정하도록 되어 있는 舊土地收用法(1991. 12. 31 法律 제4483호로 개정되기 전의 것) 제46조제2항과 地價公示및土地등의評價에관한法律 제10조제1항제1호는 完全補償原則을 선언한 憲法 제23조제3항에 違反되지 아니한다(大法 93. 7. 13. 93 누 2131).

3) 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則

(1) 時價補償의 原則

土地收用으로 인한 損失補償額 算定은 당해 公共事業의 施行 등으로 인한 價格變動은 고려함이 없이 收用裁決당시의 價格을 기준으로 하여야 하나 그 전에 이미 都市計画法에 의하여 아파트地區로 지정된 경우에는 위와 같은 公法的 制限을 받은 狀態에서의 評價를 하여야 한다(大法 79. 8. 8. 79 누 118 ; 大法 79. 8. 28. 79 누 118 同旨).

損失補償金의 算定은 土地收用法 제46조제1항에 따라 裁決당시의 價格을 기준으로 하되, 인근토지의 去來價格을 고려한 適正價格으로 하여야 하는 바 이 件 土地에 대한 被告 中央土地收用委員會의 裁決당시에는 이미 都市計画法에 따른 建設部長官의 아파트地區 決定告示와 住宅建設促進法에 의한 建設部長官의 아파트建設을 위한 垆地造成 事業認定告示 등이 있어 이 件 土地의 가격이 低落되었으니 被告委員會는 裁決당시 이미 저락된 가격을 기준으로 하여 裁決당시의 이 件 土地의 現況에 따라 그 損失補償金額을 산정하여야 함이 상당하다고 해석되므로 이 件 土地에 대한 아파트建設을 위한 事業의 計劃 또는 施行이 告示됨으로 인하여 그 가격이 저

락된 特殊事情을 고려하지 아니하고 收用土地의 저락전의 價格을 損失補償金額 산정의 근거로 하여야 한다는 原審의 判斷에는 土地收用法 제46조제1항의 解釋 및 適用을 그릇한 違法이 있다 할 것이다(大法 79. 9. 25. 78 누 399 ; 大法 79. 7. 24. 79 누 113 同旨).

土地收用法 제46조제1항에 따라 補償額을 算定함에 있어서는 당해 公共事業의 시행을 직접 목적으로 하는 計劃의 承認·告示로 인한 가격변동은 고려함이 없이 收用裁決당시의 가격을 기준으로 정하여야 할 것이므로 收用裁決당시 生産綠地地域에 속하는 畵을, 宅地開發豫定地區에 편입된 사정을 배제하고 評價한 것은 정당하다(大法 91. 10. 22. 90 누 6323 ; 大法 93. 9. 10. 93 누 5543 同旨).

土地收용으로 인한 損失補償額을 算定함에 있어서는 당해 公共事業의 施行을 직접 목적으로 하는 計劃의 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 정하여야 하는 것인 바, 宅地開發實施計劃의 承認과 더불어 用途地域이 住居地域으로 변경된 係爭土地에 대하여 그 이후에 이 사업을 시행하기 위하여 이를 收用하였다면, 그 裁決을 위한 평가를 함에 있어서는 用途地域의 변경을 고려함이 없이 평가하여야 할 것이고 原審이 이 사건 토지들을 住居地域내의 토지를 기준으로 하여 평가하여야 한다고 판단한 것은 잘못된 것이다(大法 91. 11. 26. 91 누 285).

公示地價는 公示基準日을 기준으로 하여 효력이 있다 할 것이므로 公示地價의 公示가 있는 경우에는 그 公示基準日 이후를 價格時點으로 한 評價나 補償은 公示地價를 기준으로 하여 산정하여야 할 것이고, 비록 收用裁決時에는 公示地價의 公示가 없었다 하더라도 異議裁決時에는 公示地價의 公示가 있었고 그 公示基準日이 收用裁決 이전으로 된 것이라면 異議裁決은 이 公示地價를 기준으로 하여 평가한 금액으로 행하는 것이 옳다고 할 것이다(大法 91. 9. 24. 91 누 2038 ; 大法 92. 5. 26. 91 누 10831 ; 大法 92. 9. 22. 91 누 8388 同旨).

(2) 適正價格補償의 原則

土地收用法 제46조는 명문으로 隣近土地의 去來價格을 고려한 適正價格에 의하여 補償하기로 한 바 原審判決은 隣近土地의 去來價格에 이를 加減하여야 하는 취지가

아니라고 판단하였고, 둘째로는 同法에서 適正價格에 의한 補償이라 함은 그 취지가 公共目的을 위한 土地收用に 있어서 收用을 아니할 때의 收用土地가 가지는 客觀的 交換價値 이하의 가격으로 損失補償을 함으로써 被收用者에게 財産的 損失을 주어서는 아니된다는 취지이지, 收用으로 인하여 通常적으로 豫見되는 이른바 開發利益 내지는 起業利益을 고려한 地價上昇에 의한 上昇利益까지를 被收用者에게 補償하여야 한다는 취지는 아님에도 불구하고 原審은 이러한 開發利益 내지는 起業利益까지 補償하여야 되는 취지로 판단한 違法이 있다(大法 70. 7. 28. 70 누 65).

文化的·學術的 價値는 특별한 사정이 없는 한 그 土地의 不動產으로서 經濟的·財産的 價値를 높여주는 것이 아니므로 土地收用法 제51조 所定の 損失補償의 대상이 될 수 없다고 해석하는 것이 상당하다. 이 사건 土地가 철새 到來地로서 自然文化的 學術價値를 지녔다 하더라도 損失補償의 대상이 될 수 없다(大法 89. 9. 12. 88 누 11216).

土地收用法 제46조제1항에 의하면 土地收用으로 인한 損失補償額의 算定은 土地收用裁決 당시의 가격을 기준으로 하되 隣近土地의 去來價格을 고려한 適正價格으로 하여야 하도록 규정되어 있어 이 규정에 따라 補償額을 산정함에 있어서는 당해 公共事業의 施行을 직접목적으로 하는 計劃의 承認·告示로 인한 가격변동은 이를 고려함이 없이 收用裁決 당시의 가격을 기준으로 하여 적정가격을 정해야 할 것이므로 宅地建設促進法에 따른 公共事業의 수행을 직접목적으로 하는 이 사건 土地에 대한 建設部告示로 인한 가격변동은 이를 고려하지 않아야 마땅하다(大法 82. 9. 28. 82 누 382 ; 大法 79. 7. 24. 79 누 113, 83. 9. 13. 82 누 402, 86. 6. 24. 85 누 160 同旨).

收用對象土地의 보상금을 산정하기 위하여 標準地 公示地價를 收用裁決時의 가액으로 時點修正함에 있어 수용대상토지가 都市計劃區域내에 있는 경우에는 원칙적으로 地目別 地價變動率이 아닌 用途地域別 지가변동률을 적용하여야 한다. 구체적 去來事例價格이 아닌 呼價라 하여 수용대상토지의 보상가액산정시 참작할 수 없는 것은 아니지만, 보상액 산정시 참작될 수 있는 호가는 그것이 인근유사토지에 대한 것으로, 투기적 가격이나 당해 공공사업으로 인한 開發利益 등이 포함되지 않은 정상적인 거래가격 수준을 나타내는 것임이 立證되는 경우라야 한다(大法 93. 10. 22.

93 누 11500).

(3) 事前補償의 原則

土地收用法 제65조의 규정에 의하면 起業者가 收用時期까지 管轄土地收用委員會가 裁決한 補償金을 지불 또는 공탁하지 아니하였을 때에는 그 裁決은 효력을 상실하는 것이므로, 起業者가 收用時期 후에 보상금을 지급하더라도 그 토지의 소유권을 취득하는 것이 아니다(大法 90. 6. 12. 89 다카 24346).

起業者가 管轄土地收用委員會에 裁決한 補償金을 그 지정된 收用時期까지 지급 또는 공탁하지 아니한 때에는 위 裁決은 효력을 상실하며 그 裁決의 前提가 되는 裁決申請도 아울러 효력을 상실하고 나아가 土地收用法 제17조 소정의 事業認定의 告示가 있는 날로부터 1年 이내에 裁決申請을 하지 않은 것으로 되어 事業認定도 역시 효력을 상실하여 결국 그 收用節次一切가 白紙狀態로 還元된 것이다(大法 87. 3. 10. 84 누 158).

特例法에 따라 土地 등을 協議取得하여 公共事業을 시행하기 위하여는 일단 協議가 성립되어 契約이 締結되어야 함은 물론 계약이 체결되었더라도 사업시행자는 원칙적으로 그 계약에서 정하여진 補償額 全額을 소유자 등에게 지급하기 전에는 工事に 착수할 수 없으며, 다만 소유자 등으로부터 그 보상액 전액을 지급하기 이전에 着工하는데 대한 承諾을 얻은 경우에 한하여 보상액 지급전에 공사에 착수하는 것이 예외적으로 허용될 뿐이고, 사업시행자가 協議 및 契約締結의 절차를 거치지 아니한 채 소유자등으로부터 着工에 관한 承諾만을 얻어 공사에 착수하는 것은 위 특례법이나 시행규칙이 예정하고 있는 바가 아니라고 해석되고 같은법 시행규칙 제5조의11 제2항단서의 규정을 이와 달리 해석할 근거로 삼을 수는 없다. 이른바 “기공승낙서”를 제출받고 한 공사가 특례법 또는 시행규칙이 예정한 바에 따라 시행된 것이라고 할 수 없다(大法 93. 9. 28. 92 다 54777).

(4) 個別拂의 原則

土地收用法 제45조제2항은 土地를 收用·使用함으로 인한 補償은 被補償者의 個人別로 산정할 수 없을 때를 제외하고는 피보상자에게 個人別로 하여야 한다고 규정하고 있으므로, 補償은 收用·使用의 대상이 되는 物件別로 하는 것이 아니라 피

보상자의 個人別로 행하여지는 것이라고 할 것이므로 피보상자는 收用對象物件 중 일부에 대하여만 不服事由를 주장하여 行政訴訟을 제기할 수 있다고 할 것이나 행정소송의 대상이 된 物件 중 일부 항목에 대한 보상액은 과소하고 다른 항목의 보상금은 과다한 경우에는 그 항목 상호간의 流用을 허용하여 과다부분과 과소부분을 합산하여 補償金相計額을 결정하여야 할 것이다(大法 92. 9. 8. 92 누 5331 ; 大法 91. 5. 28. 90 누 6316 同旨).

4) 補償目的物別 評價方法

(1) 土地

收用裁決 후 異議申請裁決 전에 地價公示및土地등의評價에관한法律에 의한 地價公示가 되었더라도 公示基準日이 收用裁決 전이라면 收用對象土地에 대한 損失補償額은 公示地價를 기준으로 평가한 가격에 의하여 산정하여야 한다. 土地의 收用에 따르는 損失補償額을 算定하기 위한 가격을 감정·평가함에 있어 標準地와 收用對象土地의 地域要因 및 個別要因을 대비하여 분석하려면 公示基準日 현재의 標準地의 상태와 收用裁決이 될 당시의 收用對象土地의 상태를 비교하여야 한다(大法 93. 2. 9. 92 누 5485).

地價公示및土地등의評價에관한法律 제10조제2항에 의하여 관계 行政機關이 建設部長官으로부터 제공받은 標準地와 地價算定 對象土地의 지가형성 요인에 관한 표준적인 比準表를 사용하여 산정하는 이른바 個別公示地價는 바로 土地收用に 있어 補償額 算定基準이 되지 않는다(大法 93. 6. 8. 92 누 18931).

收用對象土地에 대한 損失補償額을 산정함에 있어서 당해 土地가 都市計劃區域내에 있는 경우 用途地域이 토지의 價格形成에 미치는 영향을 고려하여 볼 때, 당해 토지와 같은 용도지역의 標準地가 있으면 다른 特別한 사정이 없는 한 용도지역이 같은 토지를 당해 토지에 적용할 標準地로 선정함에 상당하고, 가사 표준지와 당해 토지의 지목이나 주변환경 등에 상이한 점이 있다 하더라도 이러한 점은 地域要因이나 個別要因의 분석 등 品等比較에서 참작하면 된다. 당해 토지와 같은 용도지역의 표준지가 있음에도 불구하고 용도지역이 다른 토지를 표준지로 선정한 감정인의

평가를 바탕으로 보상액을 정한 것은 위법한 것이다(大法 93. 2. 26. 92 누 8675 ; 大法 93. 11. 12. 93 누 8344, 大法 94. 6. 24. 93 누 21972 同旨).

公示地價는 公示基準日을 기준으로 하여 효력이 있다 할 것이므로 公示基準日 이후를 價格時點으로 한 評價나 補償은 公示된 公示地價를 기준으로 하여 산정하여야 하고 收用裁決時에 기존의 공시지가가 공시되어 있다 하더라도 異議裁決時에 새로운 공시지가의 공시가 있었고 그 公示基準日이 收用裁決日 이전으로 된 경우에는 異議裁決은 새로 공시된 공시지를 기준으로 하여 評價한 금액으로 행하는 것이 옳다(大法 93. 5. 25. 92 누 15215).

收用對象土地들에 대한 감정평가가 토지의 現實利用 상황을 고려하지 않은 채 공부상의 地目만을 기준으로 하였고, 구체적인 보상액 산정내용을 밝히지 아니하였다면 그와 같은 감정평가는 그릇된 평가라고 할 것이어서 違法한 것이다(大法 92. 1. 17. 91 누 1127).

公法上 制限을 받는 收用對象土地의 補償額을 算定함에 있어서는 그 公法上의 制限이 당해 公共事業의 施行을 直接目的으로 가하여진 경우는 물론 당초의 목적사업과 다른 목적의 공공사업에 편입 수용되는 경우에도 그 제한을 받지 아니하는 상태대로 평가하여야 할 것인 바, 이와 같이 特例法 제6조제4항 소정의 “당해 事業을 직접목적으로 公法上 制限이 가하여진 경우”를 확장 해석하는 이유가 事情變更 내지 고의적인 事前制限 등으로 인한 토지소유자의 不利益을 방지하기 위한 것이라는 점에 비추어 볼 때 수용대상토지의 보상액 평가시 고려대상에서 배제하여야 할 당해 공공사업과 다른 목적의 공공사업으로 인한 公法上 制限의 범위는 그 제한이 구체적인 事業의 施行을 필요로 하는 것에 한정된다고 할 것이다. 당해 公共事業의 施行 이전에 이미 都市計画法에 의한 告示 등으로 利用制限이 가하여진 상태인 경우에는 그 制限이 都市計画法의 규정에 의한 地域·地區·區域의 지정 또는 변경으로 인한 제한의 경우 그 자체로 制限目的이 완성되는 一般的 計劃制限으로 보고 그러한 제한을 받는 상황 등에 따라 評價한 가격을 기준으로 적정한 보상가액을 정하여야 하고, 都市計画法에 의한 道路·公園·廣場 등 都市計劃施設로 결정되거나 일단의 주택지조성사업·시가지조성사업 등 都市計劃에 관한 事業으로 결정·고시됨

으로 인한 制限의 경우 구체적인 사업이 수반되는 個別的 計劃制限으로 보아 그러한 制限이 없는 것으로 평가하여야 한다고 하여 수용대상토지에 대하여 당해 公共事業施行 이전에 開發制限區域 지정으로 인한 제한은 고려하지 아니한 상태로 보상액을 평가하였음은 정당한 것이다(大法 92. 3. 13. 91 누 4324).

係爭土地가 市의 都市計劃에 따라 都市計劃法上 道路開設豫定用地에 편입되어 宅地의 分割이나 건물 新築 등 주변土地의 용도가 都市計劃線에 맞추어 사용되게 되자 자연히 係爭土地가 인근 주민들이 통행하는 道路로 이용되어 오다가 그후 市가 都市計劃事業을 시행하기 위하여 계쟁토지 일부에 도로개설공사를 하여 이를 완공하였다면 토지의 보상액을 산정하기 위한 價格을 鑑定評價함에 있어서 토지가 도로로 편입된 사정을 고려하지 않아야 한다. 特例法施行規則 제6조의2제2항제1호에 규정된 “事實上の 私道”라 함은 土地所有者가 자기 土地의 이익증진을 위하여 스스로 개설한 道路를 의미하고 土地의 일부가 일정기간 不特定多數人의 통행에 供與되고 있더라도 土地所有者가 소유권을 행사하여 통행을 금지시킬 수 있는 상태에 있는 토지는 거기에 해당하지 않는다(大法 92. 11. 10. 92 다 25045).

(2) 土地에 定着한 物件

建築物을 收用함에 있어서의 補償金의 算定은 裁決당시의 순수한 客觀的 時價대로 鑑定하면 되는 것이지 그 建築物이 장차 市場建築物로 存置되는 것을 전제로 하여 그 營業을 계속하는 경우의 利益을 參照하여야 할 것이라고는 할 수 없다(大法 71. 12. 24. 71 다 1610).

土地收用法 제49조 및 제57조의2의 규정에 의하여 준용되는 公共用地의取得및損失補償에관한特例法 제4조 동시행령 제2조제4항의 규정을 종합하면 物體의 收用に 있어서는 그 物件의 移轉이 현저하게 곤란하거나 移轉으로 인하여 종래의 목적에 사용할 수 없게 되는지의 여부를 먼저 가려보고 그에 따라 移轉費用 또는 取得價額 중 어느 것으로 보상할 것인지를 정하여야 한다(大法 94. 4. 26. 93 누 13360).

收用할 토지에 定着한 物件이 移轉 가능한 것인지의 여부는 기술적인 문제가 아니라 經濟的인 관점에서 판단하여야 할 문제인데, 비닐하우스와 균상은 그 구성재료에 비추어 볼 때, 기술적으로는 이를 분리 이전하여 재사용할 수 있을는지 모르

나 경제적으로는 이것이 불가능하거나 현저히 곤란한 것으로 보이므로, 이에 대하여 取得價格을 기준으로 하여 평가한 것은 정당하다(大法 91. 10. 22. 90 누 10117).

(3) 營業 등 損失

舊 特例法施行規則(1991. 10. 28 전의 것) 제24조는 營業廢止에 대한 損失評價에 관하여 규정하는 외에 酪農業과 같은 경우에 대하여는 따로 규정된 것이 없는데 그 성격상 漁業의 폐지에 따른 損失의 評價를 규정한 위 施行規則 제25조의2제1항을 土地收用으로 인한 酪農業의 폐지에 대한 損失評價의 경우에 類推適用할 수 있다(大法 92. 5. 22. 91 누 12356).

逸失利益을 산정함에 있어 향후의 豫想所得에 관한 증명은 과거 사실에 대한 立證에 있어서의 證明度보다 이를 경감하여 被害者가 현실적으로 얻을 수 있는 구체적으로 확실한 소득의 증명이 아니라 合理性과 객관성을 잃지 않는 범위내에서의 상당한 蓋然性이 있는 소득의 증명으로서 족하다(大法 93. 3. 12. 92 다 36175).

土地收用으로 인한 損失補償에 준용되는 舊特例法施行規則(1991. 10. 28 건설부령으로 개정되기 전의 것) 제24조제1항은 폐지하는 營業의 손실액은 法人의 경우에는 純利益을 기준으로 하고 個人의 경우에는 所得을 기준으로 하여 평가한다고 규정하고 있는 바, 소득이란 總收入金額에서 必要經費를 공제한 금액을 가리키는 것이고 이 금액에다가 自家勞力費를 가산한 액수를 가리키는 것은 아니다(大法 93. 3. 23. 92 누 7412).

5) 還買權

(1) 還買權의 性質

還買權을 인정하고 있는 立法原理는 土地 등의 原所有者가 事業施行者로부터 토지 등의 대가로 정당한 損失補償을 받았다 하더라도 원래 자신의 自發的인 의사에 기하여 그 土地 등의 所有權을 상실한 것이 아니어서, 그 토지 등을 더 이상 당해 公益事業에 이용할 必要가 없게 된 때, 즉 공익사업의 需要가 消滅한 때에는 原所有者의 意思에 따라 그 토지 등의 所有權을 회복시켜 주는 것이 公平의 原則에 부합한다는 데 있다고 할 것이므로 事業施行者가 소정의 절차에 따라 취득한 토지 등

이 일정한 기간내에 그 취득목적사업인 公共事業의 폐지·변경 등의 사유로 그 公共事業에 이용될 필요가 없어졌다고 볼만한 客觀的 事情이 발생하면 事業施行者의 主觀的인 意思와는 관계없이 還買權者가 토지 등을 환매할 수 있다고 보아야 할 것이다(大法 92. 4. 28. 91 다 29927 ; 大法 93. 12. 28. 93 다 34701 同旨).

(2) 還買의 要件

收用된 土地의 還買權에 관한 土地收用法 제71조제1항 소정의 “事業의 폐지·변경 기타의 事由로 인하여 收用한 土地의 전부 또는 일부가 必要없게 된 때”라 함은 기업자의 主觀的인 意思와는 관계없이 收用의 목적이 된 구체적인 특정의 公益事業이 폐지되거나 변경되는 등의 사유로 인하여 당해 토지가 더 이상 그 公益事業에 직접 이용될 필요가 없어졌다고 볼만한 客觀的인 事情이 발생한 경우를 말하는 것이고, 收用된 土地 등이 필요없게 되었는지의 여부는 당해 사업의 목적과 내용, 수용의 경위, 당해 토지와 사업과의 관계, 용도 등 제반사정에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다. 土地收用法 제71조제1항은 公共事業에 필요한 土地 등의 收用日로부터 10年 이내에 당해 公共事業의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 취득한 土地 등의 전부 또는 일부가 必要없게 되었을 때에 還買權의 행사를 허용하여, 토지 전부가 필요없게 된 경우 뿐만 아니라 토지 중의 일부가 필요없게 된 경우에도 그 부분에 대하여 환매권을 행사할 수 있도록 규정하고 있으므로, 土地를 收用한 후 그 중 일부를 수용목적에 따라 사용한 경우에는 나머지 부분에 대하여 같은 法條 제2항 소정의 환매권은 행사할 수 없으나 제1항의 규정에 의한 환매권의 행사는 허용된다(大法 94. 8. 12. 93 다 50550).

事業施行者가 公共事業에 필요하여 취득한 土地가 공공사업의 폐지·변경 등의 사유로 공공사업에 이용할 必要가 없게 된 것은 아니라고 하더라도 사실상 土地 전부를 공공사업에 利用하지 아니한 상태가 5년 이상 계속되는 때에는 사업시행자가 5년 이내에 공공사업에 이용하지 아니할 토지를 미리 취득하여 두도록 허용하는 것은 “特例法”에 의하여 취득할 것을 인정한 원래의 취지에 어긋날 뿐 아니라, 토지가 이용되지 아니한 채 방치되는 결과가 되어 사회·경제적으로도 바람직한 일이 아니기 때문에 취득한 토지가 公共事業에 이용할 필요가 없게 되었을 때와 마찬가지로

지로 보아 還買權의 행사를 허용하는 것이 “特例法” 제9조제2항의 立法趣旨이다. 위 “特例法” 제9조제1항이 취득한 土地가 公共事業에 이용할 必要가 없게 된 때에는 토지 중 일부가 필요가 없게 된 경우에도 還買權을 행사할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 제2항은 취득한 土地 “전부”가 公共事業에 利用되지 아니한 경우에 한하여 還買權을 행사할 수 있고 그 중 일부라도 공공사업에 이용되고 있으면 나머지 부분에 대하여도 장차 공공사업이 시행될 가능성이 있다고 보아 還買權의 행사를 허용하지 않는다고 규정함으로써 제1항의 경우보다도 還買權 행사의 要件을 加重하고 있다고 해석된다(大法 92. 12. 8. 92 다 18306).

(3) 還買의 節次

土地收用法 제72조의 규정이 還買할 土地가 생겼을 때에는 起業者(“特例法상의 事業施行者”)가 지체없이 이를 原所有者 등에게 通知하거나 公告하도록 규정한 취지는 공익목적에 필요없게 된 토지가 있을 때에는 먼저 原所有者에게 그 사실을 알려주어 還買할 것인지의 여부를 최고하도록 하고 그러한 기회를 부여한 후에도 환매의 의사가 없을 때에 비로소 원소유자 아닌 제3자에게 전매할 가능성을 가지도록 한다는 것으로서 이는 法律上 당연히 인정되는 還買權 行使의 실효성을 보장하기 위한 것으로, 起業者의 法的인 義務를 정한 것이라고 보아야 할 것이고 起業者가 원소유자의 환매가능성이 존속하고 있는데도 이러한 의무에 위배한 채 환매의 목적이 될 토지를 제3자에게 처분한 경우 처분행위 자체는 유효하다 하더라도 적어도 원소유자에 대한 관계에서는 法律에 의하여 인정되는 還買權 자체를 행사함이 불가능하도록 함으로써 환매권자체를 상실시킨 것으로 되어 不法行爲를 구성한다(大法 93. 5. 27. 92 다 34667).

第 5 章 公共用地取得의 政策方向

여기에서는, 위와 같은 現行 公共用地 取得制度에 관한 法理的 研究와 公共用地取得의 實證的 分析을 기초로, 公共用地取得의 政策方向을 提示하고자 한다.

公共用地取得의 政策方向은 公益과 私益의 調和라는 관점에서 現行 公共用地 取得(狹義)制度上的 問題點과 改善方案을 法理的으로 연구한 후, 公共用地 取得(廣義)方法의 轉換을 통한 改善方案 및 公共事業別 用地取得方案을 연구·제시하고자 한다. 즉, ① 特例法과 收用法에 의한 公共用地 取得要件과 取得過程에 있어서, 現行制度는 公權과 私權의 調和라는 관점에서 어떠한 問題點이 있는가를 분석하고, 그 法制的 改善策에는 어떠한 方案이 있는가를 제시하며, ② 公共用地 取得方法에 있어서 보다 公益과 私益의 調和에 충실한 取得方法에는 어떠한 것들이 있으며, 이러한 方法의 導入과 適用擴大의 方案은 무엇인가, 그리고 ③ 公共事業과 對象地域의 性格에 따라 用地取得方法을 달리하는 方案에는 어떠한 것이 있는가 등에 대해서 論한다.

第 1 節 公共用地 取得制度上的 問題點과 改善方案

公共用地 取得制度上的 問題點과 改善方案에서는, 위 取得方式別 取得實績과 取得過程上的 民願內容 및 判例의 分析結果를 근거로, 特例法과 收用法에 의한 取得要件과 取得過程에 있어서 現行制度는 公益과 私益의 調和라는 관점에서 어떤 問題點이 있으며 改善方案에는 어떠한 것들이 있는가를 연구·제시한다.

特例法과 收用法의 關係에 있어서 前者에 의한 取得이 後者에 의한 取得의 必要的 先行節次의 關係에 있는지가 명확하지 않다는 문제점을 지적하고 양 법의 關係설정방안을 제시한다. 取得要件 중 公共事業의 範圍에 있어서 現行法上 公共性概念의 判斷基準이 과연 合理的인지 문제점을 지적하고, 概念의 擴大解釋을 방지하기 위한 方案으로서 利益衡量의 原則을 立法化하고, 公共事業의 範圍를 보다 구체적·개별적으로 규정하는 방안을 제시하면서도, 公共性概念의 확대추세에 부응하는 방안도 모색한다. 目的物의 範圍에 있어서 取得의 目的物의 擴張問題를 必要的 最小限의 原則적용과 관련하여 검토·분석하면서도, 目的物의 확장추세에 부응하는 방안도 모색한다.

特例法上의 取得過程에 있어서 取得과 補償節次上의 문제점을 지적하고 이를 보다 엄격하게 하고 각 段階別 取得節次의 內容도 보다 구체적으로 개편하며 주민참여절차를 확대하는 방안을 제시한다. 특히, 特例法에 의한 取得節次의 開始段階로서 公共事業의 施行告示 段階의 立法化, 土地·物件調書의 記載사항 補完, 補償額算定 方法의 改善 등의 방안을 모색한다. 收用法上의 取得過程에 있어서 收用節次上의 문제점을 지적하고 節次의 嚴格化·具體化·民主化 方案을 모색하며 각 단계별 수용절차의 내용상의 문제점도 지적하고 改善方案을 제시하며, 또한 收用效果上의 문제점을 지적하고 개선책을 강구한다. 특히, 事業認定要件의 立法化와 事業認定機關과 事業認定節次 및 事業認定擬制의 改善, 土地·物件調書 記載사항의 補完, 協議要請書의 書式化, 裁決의 節次(申請 등)와 裁決機關의 改善 등의 방안을 모색한다.

損失補償制度에 있어서 現行制度는 補償節次의 能率性和 補償價格의 合理性에만 치우친 나머지, 私權侵害的 要素가 많다는 점을 지적하고 損失補償의 基準과 方法 등에 대한 개선책을 강구한다. 損失補償의 基準設定과 生活權補償의 法制化 기타 補償의 範圍(目的物)擴大, 補償方法의 轉換 등 진정한 完全補償의 原則을 구현하기 위한 방안은 물론, 補償에 의한 富의

再分配 등 社會政策的·土地政策的 배려까지 가미한 개선책을 모색한다. 그밖에 價格時點, 補償目的物別 評價方法, 評價機關 및 評價技法 등 補償評價制度上的 문제점도 지적하고 개선책을 강구하며, 아울러 還買權制度의 문제도 언급한다.

1. 特例法과 收用法의 關係問題

1) 特例法과 收用法의 關係設定

收用法에 의한 公共用地取得의 要件에 있어서는 우선 그 前提的 要件으로서 特例法과의 關係가 명시되어야 할 것이다. 現行 收用法은 特例法과의 關係가 選擇的 關係인지 先·後行的 關係인지에 대해 전혀 규정한 바가 없어, 해석상 論難의 여지를 남겨두고 있다. 다수설은 特例法에 의한 協議가 成立되지 아니하거나 不可能한 경우에만 收用法의 적용에 의한 取得이 가능하다고 해석하고 있으나, 任意的 協議取得이 可能的한 경우에도 이러한 노력없이 바로 收用節次를 개시하여 強制的 取得을 할 수 있다는 해석도 있을 수 있는데, 이렇게 되면 起業者의 裁量에 따라 協議取得 또는 收用取得 중 어느 하나를 선택할 수 있게 되어 特例法の 死文化와 私權侵害를 초래하게 될 것이다. 따라서, 이러한 論難의 여지를 해소하고 恣意的인 公法適用에 의한 私權侵害를 방지하기 위하여 다수설의 견해를 입법화하여야 할 것이다. 즉, 起業者가 協議取得을 위하여 진지하게 노력하였으나 실패한 경우에만 事業認定을 신청할 수 있다는 명문규정을 두어야 할 것이다¹⁾.

1) 獨逸의 경우 연방통일법전인 건설법전(BauGb 제87조2항)에 의하면, 수용신청자가 피수용자를 적절한 조건으로 協議取得하기 위하여 진지하게 노력하였으나 실패하였음이 收用申請의 前提條件이 되고 있다(孫鎭相, 「댐建設로 인한 損失補償에 관한 研究」, 박사학위논문, 고려대, 1996, p.186 참조).

2) 特例法과 收用法의 統合·調整

特例法에 의한 協議取得은 私法上 契約에 의한 取得으로서 公權力의 介入을 배제하고 있고, 收用法과의 관계에 있어서도 必要的 先行節次로서 보는 다수설에 의하면, 特例法에 의한 任意的 取得이 不可能한 경우에만 收用法에 의한 強制的 取得으로 이행할 수 있다. 이와 같이 收用法은 特例法上の 協議取得이 不可能할 경우에만 적용되고, 收用法의 적용단계내에서도 協議(公法上 契約)가 成立되지 아니한 경우에만 裁決(行政行爲)에 의한 취득이 가능하도록 하고 있다(수용법 제25조).

이러한 兩法上の 公共用地 取得의 節次는 加급적 當事者의 合意에 의한 取得方法을 택함으로써 일응 私權保護에 이바지한다고 할 수 있으나, 特例法上の 協議와 收用法上の 協議가 그 內容과 節次에 있어서 서로 중복되어 用地取得의 效率性을 저해할 뿐만 아니라, 特例法上の 協議取得과 收用法上の 協議 또는 裁決取得 사이에 價格時點의 차이로 인한 補償額의 불균형을 초래하여 特例法上の 協議取得에 협력한 土地所有者 등이 收用取得의 경우보다 오히려 불리한 補償을 받게 되는 逆機能도 있음에 비추어 볼 때, 장기적으로는 兩法을 統合·調整하는 것이 바람직하다 하겠다. 실제로 1975년말에 特例法이 制定·發效된 이래, 형식적으로는 私法上 契約에 의한 取得方法이 대두되어 중요한 역할을 하면서²⁾ 公權力에 의한 私權侵害는 다소 완화되었으나 그 배후에는 여전히 收用權의 行使가 잠재되어 있고, 특히 損失補償에 있어서는 收用取得의 경우보다 오히려 正當補償에 못미쳐 民願의

2) 그러나, 전술한 全國의 公共用地 取得實績 중 取得方式別·年度別 推移 分析에서 보았듯이, 1991년부터 特例法상의 협의취득율이 급격히 감소하여 94년에는 取得面積 기준으로 39.8%, 補償金額 기준으로 19.7%에 불과한 것으로 나타나 있다(本稿 <表 4-1> 및 <그림 4-2> 참조). 이러한 점에 비추어 이제는 特例法이 死文化될 위기에 처하지 않았는지, 우려하지 않을 수 없고, 따라서 兩法의 統合·調整은 미래지향적 처방이라 하겠다.

對象이 되는 등 많은 문제점을 야기해 왔다. 또한 兩法은 取得의 法的 性格과 節次에 있어 서로 다를 뿐, 當事者, 目的物, 事業의 公益性 및 損失補償의 基準과 方法 등에 있어서는 서로 一致하거나 依存·補完하는 관계에 있음을 감안하면, 特例法을 改廢하여 收用法으로 統合·調整하는 것이 法體系上으로도 적합하고 完全補償의 원칙에도 접근하는 길일 뿐만 아니라, 用地取得의 效率性도 제고시키는 길일 것이다. 특히, 特例法上의 協議節次를 收用法上의 協議節次에 흡수·통합하되, 私權保護의 內容을 반영시킨다면 형식적으로는 公權力에 의한 強制的 取得이면서도 실질적으로는 公法規定의 私法化와 節次의 간이화를 통하여 用地取得의 效率性과 私權保護를 아울러 도모할 수 있을 것이다.

2. 公共性概念의 擴大問題

(1) 特例法에 의한 協議取得의 要件에 있어서는 公益과 私益의 調和라는 관점에서 큰 問題點은 없다고 생각되지만, 特例法上 公共性概念의 擴大解釋을 방지하기 위하여 前述한 公共性概念의 理論的 判斷基準, 즉 利益衡量的 基準으로서 比例의 原則을 立法化하고, 公共事業의 範圍도 보다 具體的·個別的으로 규정하여야 할 것이다.

(2) 收用法上 收用의 要件에 있어서도 公共性概念의 擴大解釋을 방지하기 위하여 公共性概念의 理論的 判斷基準(比例의 原則 : 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙)을 立法化하고, 公益事業의 範圍도 보다 具體的·個別的으로 규정하여야 할 것이다. 예컨대, 收用法 제3조에서는 公益事業의 하나로써 「文化施設」에 관한 事業을 들고 있는데, 判例는 위커힐 관광서비스 제공사업을 文化施設에 해당하는 公益事業으로 보아 이에 대한 收用裁決은 有效適法하다고 판시하고 있으나³⁾, 도저히 납득하기 어렵고 이런 식으로 공

益事業의 範圍를 확대해석한다면 私權侵害의 우려가 크다할 것이다. 따라서 그 概念이 불명확한 「文化施設·社會教育·學術」 등에 대해서는 下位法令에서 보다 具體적으로 예시하여 그 概念을 명확히 하도록 개선하여야 할 것이다.

公共性概念의 擴大解釋을 방지하기 위하여는 위와 같이 積極적으로 公益事業의 범위를 구체적·개별적으로 규정하는 방안 이외에도, 다음과 같이 消極적으로 公益事業에 해당하지 않는 경우를 규정할 수 있을 것이다. ① 計劃된 事業의 公共性 자체가 전면적으로 否定되는 경우로서, 예컨대, 道路事業으로 인한 交通혼잡이 지역주민의 生活에 현저한 피해를 초래하는 경우 또는 수해집단 보다 피해집단이 많은 경우 등을 들 수 있다. ② 계획된 事業자체의 公共性은 인정되지만, 優先順位에 있어서 公共性이 부정되는 경우로서, 예컨대 계획된 사업을 계속 방지하여 오랫동안 私權制限을 강요한 경우 등을 들 수 있다. ③ 계획된 事業자체의 公共성과 優先順位는 인정되지만 公共性이 부정되는 경우로서, 예컨대 개발계획에 영향력을 행사한 극소수의 수해집단에게 특별한 利益을 주는 경우를 들 수 있다⁴⁾.

(3) 위와 같이 公共性概念의 擴大解釋을 방지하는 것이 일응 바람직하겠으나, 오늘날 公共性概念이 緩和·擴大되고 있는 추세에 비추어 이에 부응하면서도 私權保護에도 충실한 方案을 강구할 필요가 있을 것이다. 즉, 종래에는 起業者가 직접 자기의 事業에 제공하는 경우에만 公共性이 인정되었으나, 오늘날 福利國家에서는 土地利用計劃을 위한 收用, 開發利益還收·地價抑制을 위한 收用, 私人을 위한 收用, 地帶收用 등을 인정하기에 이르렀는데, 이들 중 최소한 土地利用計劃을 위한 收用과 私人을 위한 收用은 인정할 필요가 있을 것이나, 여기서도 궁극적으로는 公益과 私益의 比較·衡量의 尺度 즉 比例의 原則이 私權侵害를 방지하는 안전장치가 될 수 있을 것이다.

3) 大判 71 다 1716, 1971. 10. 22.

4) 韓國法制研究院, 「現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向」, 1992, pp.136-137 참조.

① 土地利用計劃을 위한 收用은 國土利用計劃이나 地域計劃에 의거하여 土地의 合理的인 利用·開發·保全을 위하여 土地의 用途地域·地區지정, 大規模事業시행, 公共施設정비 등을 정한 土地利用計劃과 관련하여 公共用 地를 일괄적으로 取得하는 것인데, 이때 公益과 私益의 충돌은 計劃決定過程에서의 토지소유자들의 참여 등 節次의 客觀化와 損失補償의 客觀化 및 開發利益의 社會還元 등을 통하여 해소될 수 있을 것이다⁵⁾. 요컨대 土地利用計劃을 위한 收用을 인정하되, 엄격한 行政節次와 正當한 補償 및 社會政策的 배려를 통하여 公益과 私益의 조화를 달성하도록 할 것이다. ② 私人을 위한 公用收用은 土地의 最有效利用과 基幹産業의 造成을 위하여 필요한 경우에 比例의 原則 즉 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙에 의하여 事業의 公共性이 인정된다면 이를 인정하여도 무방할 것이다.

3. 目的物의 擴張問題

(1) 特例法上 取得의 目的物에 있어서 「非代替性和 必要한 最小限」이라는 要件을 명문규정화하여 目的物의 擴張을 제한하고, 土地의 定着物을 土地와 獨立하여 取得의 目的物로 할 수 있는가에 관한 學說의 대립을 立法的으로 해결하여야 할 것이다.

(2) 收用法上 收用의 目的物에 있어서도 「非代替性和 必要한 最小限」이라는 要件을 명문규정화하여 目的物의 擴張을 제한하고, 土地의 定着物을 土地와 獨立하여 收用의 目的物로 할 수 있는가에 관한 學說의 대립을 立法的으로 해결하여야 할 것이다. 또한, 地帶收用に 대한 制度의 補完과 改善을 통해 公益과 私益의 調和에 이바지하도록 하여야 할 것이다.

(3) 위와 같이 目的物의 擴張을 제한하는 것이 바람직하겠지만, 오늘날

5) 石琮顯, 「新土地公法論」, 경진사, 1994, pp.249-251 참조.

殘地收用·完全收用·移轉收用 등 私益을 보호하는 경우는 물론, 私權侵害의 우려가 있는 地帶收用까지 인정하는 등 目的物의 범위가 擴張되고 있는 추세에 비추어, 이에 대응하는 方案을 마련하여야 할 것이다. 地帶收用은 公共事業의 수행을 위하여 필요한 경우(수용법 제3조7호, 도시계획법 제29조3항) 또는 開發利益의 還收와 地價安定을 위하여 필요한 경우에 주변일대의 土地를 一括取得하는 制度로서 일응 私權侵害의 우려가 있으나, 要件과 節次의 엄격화, 現物補償의 확대 등 制度의 補完이 따른다면, 오히려 私權保護에 충실하면서도 地價安定과 投機抑制 등 土地政策的 效果 및 開發利益의 公有化, 所得再分配 등 社會政策的 效果까지 얻을 수 있을 것이다.

「必要한 最小限」의 原則은 非代替性이 강하여 立地選定이 不自由로우면서도 公共性이 강하여 時價補償 이외에는 별다른 요구가 없는 도로사업 등 일부 소규모 點線的 施設事業의 경우에는 타당하나, 立地選定이 自由롭거나 現物補償, 生活權補償 등의 生計對策까지 요구하는 신도시개발사업 등 대규모 面的 開發事業의 경우에는 그 적용을 완화하는 것이 결과적으로 私權을 보호하면서 公益을 증진시키는 길일 것이다. 따라서 現行法上 인정되는 事業의 수행을 위하여 필요한 경우뿐만 아니라 外國의 경우처럼 開發利益의 還收를 위하여 필요한 경우에도, 대규모 面的 開發事業에 있어서는, 당해事業에 직접 必要한 土地의 범위를 초과하여 주변토지를 일괄취득할 수 있도록 하는 방안이 강구되어야 할 것이다. 특히, 土地超過利得稅의 憲法不合致決定⁶⁾에 따라 開發利益還收制度의 實效性이 의문시되는 점에 비추어, 이러한 地帶收用制度의 도입은 開發利益의 公有化를 실현하는 길이 될 것이다.

6) 憲判 92 헌바 49 및 92 헌바 52 병합, 1994.7.29.

4. 特例法上の取得過程

現行 特例法 規則(제1장의2)은 公共用地取得과 補償의 節次에 관하여 土地·建物調書의 作成 단계부터 규정하고 있는데, 이것은 그 이전의 公共事業의 施行告示 단계부터 규정하도록 개정하고, 그 단계별 內容도 다음과 같이 具體적으로 개편하고 住民參與節次를 확대함으로써 節次의 嚴格化·具體化·民主化를 통하여 利益衡量, 必要한 最小限, 完全補償의 원칙을 실현하여야 할 것이다.

1) 公共事業計劃의 確定

(1) 公共事業의 施行告示 : ① 特定한 公共事業에 관한 計劃을 樹立·確定하여 그 事業의 施行告示가 있는 후에만 特例法の 適用에 의한 公共用地取得을 할 수 있음을 명문화하고 그 이전의 民法上 契約에 의한 取得 단계와 분리시켜야 할 것이다. ② 公共事業의 施行計劃이 確定되면 土地所有者 등 被補償者는 事業推進日程이나 補償內容에 대하여 많은 궁금증과 관심을 가지게 되지만, 事業主體는 관계法令에 따른 節次를 事實上 密行的으로 진행시키는 데 그치고 상세한 日程說明이나 案内資料를 제공하지 못하고 있는 실정이다. 이것은 종래에는 公共事業의 機密維持와 效率的인 事業遂行에 치중한 나머지 形式的인 法的 節次를 거치는 데에만 급급한 결과이나, 오늘날 民主化推進에 따라 公共事業에 대한 폭 넓은 情報와 損失補償의 時期, 方法, 節次 등에 관한 일반적인 資料를 미리 地域住民에게 제공하여 住民의 參與와 協助를 받도록 해야 할 것이다. 따라서, 事業施行者에게 사업 시행설명회 개최, 사업계획안내서 송부, 보상심의위원회 구성계획 공표 등을 통해 事業日程과 補償計劃을 告知해야 한다는 의무규정을 신설하여야 할 것이다.

(2) 用地圖作成(取得目的物の 調査) : 現行法上の 解釋論으로는 用地圖作成 단계(규칙 제5조의2, 제1항)에서는 取得할 目的物(土地)의 範圍만 確定하고 基本調査 단계로 이행한다고 보고 있으나, 用地圖作成 단계에서 取得目的物(土地·物件)에 대한 事實과 權利關係의 調査가 완료되도록 立법화하여야 할 것이다. 이것은 取得目的物에 대한 調査없이 補償目的物에 대한 調査를 하는 것은 論理上 모순이고 무의미한 일일 것이기 때문이다.

(3) 基本調査(補償目的物の 調査) : 基本調査 단계에서는 被補償者와 補償目的物을 調査하는데, 이 節次에 대해서도 明文規定이 없고 學說도 정립되어 있지 않으므로 立法的 解決을 하여야 할 것이다.

2) 土地·物件調書の 作成

(1) 調書の 作成節次 : 現行法에 의하면 土地·物件調書の 作成過程(규칙 제5조의 2 제2항)에 土地所有者등의 參與節次가 없는데, 收用節次에서의 調書作成節次に 準하여 土地所有者 및 權利者の 立會와 署名捺印 그리고 異議附記權 등을 인정하여 調書の 眞正性을 확보하고 目的物の 범위에 있어서 必要한 最小限의 원칙을 실현하여야 할 것이다. 이러한 요구는 자칫 特例法과 收用法의 性格差異를 망각하고 用地取得推進의 遲延을 초래한다는 비판을 받을 수도 있으나, 오히려 紛爭 事前豫防의 效果를 나타내어 取得期間을 단축시킬 수 있으며, 現行法上の 補償計劃 閱覽期間 중의 異議申請權(규칙 제5조의3제3항)은 實效性이 의문시된다는 점을 감안할 때 土地所有者등의 參與節次 인정의 必要하다고 본다.

(2) 調書の 記載事項 : 現行法上으로는 土地·物件調書の 內容(書式)에 取得의 目的物에 대한 事實과 權利關係만 기입하도록 되어 있으나(규칙 제5조의2 제2항), 補償의 目的物에 대한 事實과 權利關係도 함께 기입하도록 하여야 할 것이다. 이것은 土地所有者등의 立場에서는 取得의 目的物은 이미

公共事業에 제공되도록 운명지워진 이상, 오히려 補償의 目的物에 대한 관심이 더 크다고 할 수 있고, 이 다음 補償節次에서 마찰을 방지하여 取得과 補償의 迅速과 能率을 기할 수 있을 것이기 때문이다.

3) 補償額의 算定·決定

(1) 評價依賴 : 現行法에 의하면, 事業施行者가 2人이상의 鑑定評價業者(土地등 評價者)에게 補償評價를 의뢰하고 이들이 算定한 評價結果를 算術平均하여 補償額을 査定하게 되지만(규칙 제5조의4), 이 제도는 事業施行者의 評價者選定權獨占으로 인하여 편향적 評價를 초래할 우려가 있으므로, 土地所有者등에게 評價者 1人 選定權을 부여하여 當事者地位의 對等性을 유지하고 時價補償의 원칙을 실현하여야 할 것이다. 또한, 막연히 2人이상의 評價者에게 의뢰하기보다 目的物의 面積이나 價額에 따라서 評價者數를 달리하는 방법도 강구되어야 할 것이다.

(2) 補償審議委員會 : 現行 補償審議委員會는 地方自治團體에 설치되는 審議機關으로서 15人이상 23人 이내로 구성되며 登記되지 아니한 土地등의 所有者 확인, 補償額의 査定, 잔여지의 범위인정, 이주대책의 수립, 평가를 위한 사전 의견수렴에 관한 사항 등을 審議·諮問하는 機關인 데(령 제9조1항, 2항), 본래의 기능을 충족시키지 못하고 하나의 장식적 기구로 전락해 있는 실정이다. 따라서 住民參與와 業務內容의 확대를 통하여 土地所有者등의 意見을 수렴하고 取得의 目的物과 補償의 目的物의 範圍에 관한 豫審的 機能을 강화함으로써 事業主體와의 紛爭을 사전에 방지하도록 하여야 할 것이다. 이와 같이 補償審議委員會의 改善과 活性化를 통하여 私權과 公權의 衝突을 여과시키고 公共事業의 원활한 수행과 私有財産權의 保護를 동시에 추구하여야 할 것이다.

4) 協議(補償契約의 締結)

補償契約의 締結은 土地所有者등과 個別的 또는 集團的으로 忠實하게 協議를 하여 체결하여야 하는데(규칙 제5조의6), 이러한 協議 단계에서 事業施行者는 土地所有者등에게 契約締結여부에 따른 그 다음 단계의 節次와 事業의 變更·廢止에 따른 還買權 등 權利·義務의 內容을 告知해 주어야 한다는 조항을 신설하여, 用地取得節次의 進行을 원활하게 추진할 수 있도록 하여야 할 것이다.

5. 收用法上의 取得過程

收用法에 의한 公共用地 取得節次에 있어서는 다음과 같이 그 節次를 嚴格化·具體化하고 土地所有者등 被收用者의 參與를 확대하여 節次의 民主化를 도모하여야 할 것이다. 收用의 節次는 일련의 段階的 節次로 이루어져 있으나, 그 단계별 節次 하나 하나가 權力的 單獨行爲인 行政行爲 또는 公法上 契約으로서 私權侵害의 우려가 크기 때문에 더욱 節次의 嚴格化·具體化와 民主化가 요구되는 것이지만, 用地取得의 效率性제고를 위하여서도 이러한 節次의 改善이 요구되는 것이다.

1) 事業認定

(1) 事業認定의 要件 : 現行法은 事業認定의 要件에 대하여 직접적인 규정을 두지 아니하고, 「公益事業을 위하여 特定의 土地가 필요한 경우에 그 土地를 당해사업에 이용하게 함이 적당한 때에는 收用할 수 있다」(수용법 제2조1항)라고 하여 收用に 관한 일반원칙만 규정하고 있는데, 이것은 事業認定을 할 것인가의 여부에 대한 판단을 전적으로 事業認定機關(건설교통부장관)의 自由裁量에 맡기게 되어 합리적이지 못하다. 事業認定은 收用の 제1

단계행위로서 事業認定이 告示되면 收用할 目的物의 範圍가 確定되고 그 目的物에 관한 公法上 物權으로서의 效力이 발생하는 점에 비추어, 그 要件을 具體적으로 규정하는 것이 私權保護에 충실할 뿐만 아니라 신속하고 원활한 사업수행을 위하여서도 필요할 것이다⁷⁾.

(2) 事業認定機關 : 現行法上 事業認定權은 建設交通部長官에게 있는데(수용법 제14조), 이것은 결국 國家事業 중 대부분의 경우에는 建設交通部長官이 起業者로서⁸⁾ 事業認定申請을 하여 그 기관이 事業認定權者로서 事業認定處分을 하고, 그 후 그 기관이 土地收用委員會 委員長으로서 裁決處分까지 하게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되며⁹⁾, 地方自治團體의 事業의 경우에도 事業認定의 擬制 등에 의하여 사실상 지방자치단체장에게 事業認定權이 부여되는 경우에는¹⁰⁾ 동일한 결과를 초래하게 된다. 따라서 收用의 當事者(기업자와 토지소유자등)가 아닌 第三者的 機關에 事業認定權을 부여함으로써 公正하게 公益과 私益을 비교·형량하여 사업인정여부를 결정하도록 개선하여야 할 것이다.

(3) 事業認定의 節次 : ① 起業者가 事業認定을 申請하고자 할 때에는 事業認定申請書라는 일정한 書式에 관계서류를 첨부하여 신청하게 되어 있는데(수용법 제14조, 령 제9조), 그 記載事項 중 事業認定을 申請하는 事由를 보다 具體적으로 기재하도록 書式을 보완하여야 할 것이다. ② 建設交通部長官이 事業認定申請書를 수리하였을 때에는 事業認定申請書 및 관계서류의 사본을 관계 區·市·郡의 長에게 송부하여야 하고, 郡의 長 등은 起業者의

7) 金南辰·朴尙熙, 「土地公法論」, 경세원, 1994, p.134 ; 韓國法制研究院, 「前掲書」, 1992, pp.139-140 참조.

8) 전술한 全國의 公共用地 取得實績(1980~1994)의 機關別 分析에서 中央行政機關 중 建設交通部의 취득율이 58.9%로 나타나 있다(本稿 <表 4-2> 참조).

9) 韓國法制研究院, 「前掲書」, 1992, p.138 참조.

10) 朴銳旻, 「最新 行政法講義(下)」, 박영사, 1996, p.655 참조.

姓名·名稱, 事業의 種類 및 事業豫定地를 公告하고 14日間 그 서류를 일반에게 閱覽하게 하며 그 公告의 內容과 意見書提出權을 土地所有者들에게 通知하도록 되어 있는데(령 제10조), 이 通知에는 起業者의 事業認定申請書 사본을 첨부하여 사업인정신청사유를 알려야 할 것이고, 意見書提出權을 告知하는데 그칠 것이 아니라 일정한 書式의 의견서를 함께 송부하여 意見陳述을 권고·유도하여야 할 것이다.

(4) 事業認定의 擬制 : 收用法上 建設交通部長官이 事業認定을 하고자 할 때에는 道知事 등과 협의하고 미리 중앙土地收用委員會와 利害關係人의 意見을 청취하여야 하고, 事業認定을 한 때에는 그 뜻을 起業者, 土地所有者, 關係人 등에게 通知하여야 한다(동법 제15조, 제16조). 그러나, 都市計画法 등 個別法에서는 實施計劃承認·施行認可·區域決定 등을 事業認定에 갈음하고 있는데(동법 제30조2항, 주택건설촉진법 제34조3항, 택지개발촉진법 제12조2항 등), 이러한 個別法에 의한 事業의 경우에는 土地所有者들은 자신의 土地등의 財産權이 公共事業에 편입되는 사실조차 알지 못하게 되어, 事業認定節次에 참여할 수 없게 되고 行政訴訟를 제기할 기회도 잃게 되며, 특히, 事業認定處分 자체의 違法은 事業認定단계에서 다투어야 하고 이미 그 쟁송기간이 도과한 裁決단계에서는 사업인정의 위법을 이유로 재결의 취소를 구할 수 없다¹¹⁾는 점에 비추어 私權侵害의 우려가 크다. 따라서 이러한 事業에 대하여는 土地所有者등이 事業計劃의 樹立단계에서부터 이를 인지하고 참여할 수 있도록 하고, 이에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 개선하여야 할 것이다¹²⁾.

(5) 事業認定의 效果 : ① 事業認定 告示 후에는 公益事業의 主體를 變更할 수 없다는 규정을 두어야 할 것이다. 이것은 事業認定 告示 후에 새로운

11) 大判 91 누 4324, 1992. 3. 13.

12) 朴鈞炳, 「前掲書(下)」, 1996, p.654 참조.

權利를 取得한 者는 기존의 權利를 承繼한 者를 제외하고는 關係人에 포함되지 아니한다(수용법 제4조3항)고 하여 事業認定을 時點으로 被收用者의 範圍를 한정하고 있는 취지를 起業者의 경우에도 적용시킴으로써 衡平의 原則에 의한 公權과 私權의 調和를 도모하고자 하는 것이다. ② 收用法은 토지수용위원회의 裁決處分에 대하여는 異議申請 등의 不服節次를 규정하면서(동법 제73조, 제74조 및 제75조의2), 건설교통부장관의 事業認定處分에 대하여는 아무런 규정을 하지 않고 있는데¹³⁾, 事業認定의 중요성에 비추어 그 不服節次를 규정하여야 할 것이다.

2) 土地·物件調書의 作成

土地·物件調書의 記載事項(書式)에 있어서 取得의 目的物에 대한 事實과 權利關係만 기재하도록 되어 있으나(수용법 제23조5항, 령 제15조1항, 규칙 제6조, 제7조), 補償의 目的物에 관한 事實과 權利關係도 함께 기재하도록 할 것이다. 이것은 被收用者의 입장에서는 收用의 目的物은 이미 公益事業에 제공되도록 운명지워진 이상, 오히려 補償의 目的物에 대한 관심이 더 크다고 할 수 있고, 이렇게 하는 것이 그 다음 단계인 協議 또는 裁決에 있어서 收用者와 被收用者의 마찰을 줄이고 節次의 進行을 신속하게 추진하는데 도움을 줄 것이기 때문이다. 또한, 調書의 書式에 被收用者의 異議附記欄

13) 따라서, 起業者가 事業認定을 신청하였으나 國家가 이를 拒否하는 경우 또는 事業認定이 違法하거나 不當한 경우에, 그로 인하여 不利益을 받은 者가 行政爭訟을 제기할 수 있는가의 문제를 남겨 두고 있다. 이것은 事業認定의 性質과 관련된 문제로서, 設權的 形成行爲說에 의하면 事業認定을 裁量行爲로 보고 사업인정신청을 拒否하는 경우에는 행정쟁송을 제기할 수 없으나, 사업인정이 不當한 경우에는 행정심판의 대상이 되고, 違法(裁量權의 逸脫·濫用)한 경우에는 행정소송의 대상도 된다고 한다(金南辰·朴尙熙, 「前掲書」, 1994, p.139). 이와 같은 해석은 行政審判法과 行政訴訟法에 의한 일반적인 不服節次가 인정된다는 것이나, 收用法에 구체적인 규정을 둘 필요가 있다고 생각한다.

을 마련하여 異議附記權을 인지시키고 이의여부에 대한 의사표시를 하도록 유도하여야 할 것이다.

3) 協議

起業者는 事業認定告示 후 즉시 協議時期 및 方法, 補償의 時期·方法 및 節次, 契約締結의 期間 및 場所 등을 土地所有者들에게 通知하여야 하는데 (수용법 제25조, 령 제15조의2), 이때에 特例法上的 損失補償協議要請書의 書式에 準하여 일정한 書式의 協議要請書에 의하여 請約을 하도록 규정하여야 할 것이다. 이것은 協議의 性格이 公法上契約이기는 하지만, 特例法上的 協議와는 協議의 具體的 內容, 節次 및 損失補償額算定の 基準과 方法 등에 있어서 별 차이가 없고 請約과 承諾에 의한 契約으로서 그 效果도 다같이 承繼取得하는 것이므로, 가급적 當業者의 自由로운 意思와 協議의 眞正性을 확보하여 必要한 最小限의 원칙과 完全補償의 원칙을 실현하고자 하는 것이다.

4) 裁決

(1) 裁決의 申請 등 : ① 收用法上으로는 起業者는 協議가 不成立되거나 不可能한 경우에는 事業認定告示日로부터 1年 이내에 裁決을 申請하여야 하지만(동법 제25조2항, 령 제17조), 個別法에서는 事業의 施行期間內에 裁決을 申請할 수 있도록 하는 등 裁決申請期間에 例外를 두는 경우가 있다(도시계획법 제30조2항 등). 이것은 公共事業을 원활하게 추진하기 위한 취지이나, 事業認定이 告示되면 그 目的物에 관하여 公法上的 物權으로서의 효력이 발생하여 土地所有者들은 신속한 補償을 받지 못한 채 形質의 변경금지 등 行爲制限만 받게 되는 등 土地所有者들의 權利를 장기간 침해하는 결과를 초래하게 된다. 따라서 이러한 예외는 극히 한정적으로 인정되도록 개선하여야 할 것이다¹⁴⁾. ② 起業者가 裁決을 申請하는 경우에는 裁決申請書라는 일정한 書

式에 관계서류를 첨부하여 신청하게 되어 있는데(수용법 제25조2항, 령 제17조, 규칙 제8조), 그 記載事項에 裁決申請의 事由를 具體的으로 기재하도록 書式을 보완하여야 할 것이다. ③ 土地收用委員會가 裁決申請을 접수한 때에는 裁決申請書 및 관계서류의 사본을 관계 區·市·郡의 長에게 송부하여야 하고, 郡의 長 등은 이를 公告하고 2週日동안 일반에게 閱覽하게 하며 그 公告의 內容과 意見書提出權을 土地所有者등에게 通知하도록 되어 있는데(동법 제36조1항, 령 제17조3항, 4항), 이 通知에는 起業者의 裁決申請書 사본을 첨부하여 裁決申請事由를 알려야 할 것이고 意見書提出權을 告知하는데 그칠 것이 아니라 일정한 書式의 意見書를 함께 송부하여 意見陳述을 권고·유도하여야 할 것이다.

(2) 裁決機關 : ① 現行 土地收用委員會는 公共用地的 強制的 取得 및 損失補償에 관한 準司法的 合意制行政官廳이자 非常設的 審判機關으로서, 建設交通部에 中央土地收用委員會를, 서울特別市, 廣域市 및 道에 地方土地收用委員會를 두고 있는데(동법 제28조), 起業者와 土地所有者등의 상충되는 利害關係를 調整하여 公正한 審判을 하고자 하는 본래의 기능을 충족시키지 못하고 있는 실정이다. 따라서, 그 法的地位를 常設的 獨立審判機構로 격상시키고¹⁵⁾ 그 構成員을 전문요원으로 보강하여 公共事業의 원활한 遂行과 土地所有者등의 財產權保護를 함께 도모할 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 現行 中央土地收用委員會의 위원장은 建設交通部長官이 되고, 地方土地收用委員會의 위원장은 서울특별시장·광역시장 또는 도지사가 된다고 되어 있으나(동법 제30

14) 韓國法制研究院, 「前揭書」, 1992, pp.149-150 참조.

15) 現行 土地收用委員會는 準司法的 合議制行政官廳(行政委員會)이면서도 이례적으로 非常設機構로 되어 있는데, 이것을 常設機構로 격상시켜 職務의 獨立性和 專門性を 부여함으로써 公正·妥當한 裁決機關이 되도록 하여야 할 것이다. 土地收用委員會와 유사한 기능을 수행하는 國稅審判所, 訴請審査委員會, 中央勞動委員會, 公正去來委員會 등이 모두 常設機構로 되어 있다.

조2항, 제30조의2제3항), 建設交通部長官 또는 지방자치단체장이 당연직위원장이 되는 것은 準司法的 審判機關으로서의 본질에 반하고, 특히 건설교통부장관은 事業認定機關으로서 事業의 公益性 등 收用의 要件에 대한 判斷機關임에 비추어 裁決機關을 分離·獨立시킨 취지에 배치되므로 개폐되어야 할 것이다. ② 現行 土地收用委員會의 審議原則으로는 書面主義·非公開主義·職權主義의 원칙이 적용되고 있는데, 이 중에 특히 職權主義는 審議에 필요한 證據調查를 收用委員會가 職權으로 한다는 것으로서 私權侵害의 우려가 많다. 따라서 當事者의 證據調查參與權(被收用者의 去來事例 등 資料提出權)을 보장하고 지역주민 등 利害關係人에게도 意見陳述權을 인정하여야 할 것이다.

5) 收用의 效果

(1) 起業者의 權利取得 : 土地收用委員會의 裁決이 있으면 起業者는 裁決로서 정한 收用의 時期에 補償金支給을 條件으로 土地등의 所有權 기타 權利를 取得하는데(수용법 제67조), 이것은 原權利者의 權利의 承繼的 取得이 아니고 法律의 規定에 의한 原始的 取得으로서 登記를 要하지 아니하며(민법 제187조), 그 效果는 對物的으로 모든 權利者에게 발생한다. 따라서, 土地所有者등 被收用者가 收用의 事實을 默秘하고 第3者에게 土地所有權 기타 權利를 讓渡하면, 그 第3者는 비록 善意라고 하더라도 사실상 자기의 權利를 구제받을 길이 없게 되는 결과를 초래할 수 있다¹⁶⁾. 따라서, 收用의 登記를 조속히 하도록 하는 방안을 강구하여 제3자의 피해를 방지하도록 하여야 할 것이다.

(2) 危險負擔의 移轉 : 裁決이 있는 후 土地·物件이 不可抗力으로 滅失·

16) 물론, 이때 讓受人(第3者)은 讓渡人(被收用者)을 상대로 不法行爲로 인한 損害賠償請求 또는 不當利得으로 인한 返還請求를 할 수 있으나, 詐欺的手段으로 利得을 취한 者로부터 구제받기란 사실상 어려울 것이다.

毀損된 때에는 그 損失은 起業者의 負擔으로 하고 있는데(동법 제68조), 協議成立 후에도 이러한 危險負擔의 移轉을 인정하는 것이 衡平의 원칙에 부합할 것이다.

6. 損失補償制度

現行 憲法은 “補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다”(제23조2항)라고 규정하여 第5共和國 憲法보다 完全補償의 理念을 強化하고 있다. 現行 特例法과 收用法도 完全補償의 大原則에 입각하여 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則을 규정하고 財産權補償 뿐만 아니라 生活權補償까지 인정하여 「正當한 補償」의 이념을 구현하고 있다.

그러나 現行 補償法規는 法體系上 縱的·橫的 秩序를 충족하지 못하고 있고, 法內容上 補償過程의 能率性和 補償價格의 合理性에만 치중한 나머지, 補償目的物의 擴大, 補償方法의 轉換을 통한 完全補償의 原則실현에는 미흡한 점이 많다.

따라서 特例法과 收用法의 統合·調整 또는 補完·整備를 통해 法體系를 바로 잡고, 損失補償의 基準과 方法에 관한 제원칙을 補完·改善하고 補償目的物을 확대하며 生活權補償을 補強·法制化하여 「正當한 補償」의 이념을 구현함은 물론, 補償方法의 轉換을 통해 富의 再分配, 開發利益의 公有化 등 社會政策的·土地政策的 배려까지 하도록 개선되어야 할 것이다.

1) 損失補償의 基準과 方法에 관한 改善策

現行法上 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則 중 完全補償의 原則에 비추어 問題點을 검토하고 그 改善策을 제시하면 다음과 같다.

(1) 時價補償의 原則

補償額을 時價를 基準으로 算定함은 完全補償의 원칙에 비추어 일응 타당하나, 現行 補償法規 體系上 特例法上의 協議取得이나, 收用法上의 協議取得 또는 裁決取得이나에 따라서 時差(價格時點의 차이)에 의한 補償價格의 불균형을 초래하여, 결국은 公共事業에 협력한 協議買收者에게 正當한 補償이 지급되지 않는 불합리한 결과를 초래하고 있다. 따라서 協議買收者에 대하여 추가보상, 價格時點의 시차조절 등의 보완책이 강구되어야 할 것이다.

(2) 適正價格補償의 原則

特例法 제4조2항 및 收用法 제46조2항의 「適正價格」보상은 일응 完全補償의 원칙을 실현하기 위한 규정으로 볼 수 있으나, 이것은 被侵害財産의 時價·去來價格에 의한 客觀的 價値의 완전한 보상을 의미한다는 규정을 신설하여 完全補償說 또는 최소한 完全補償原則說을 立法化하는 것이 더욱 바람직할 것이다.

또한 取得土地에 대한 補償은 公示地價를 기준으로 하되, 당해 土地의 利用計劃, 당해 事業으로 인한 地價의 變動이 없는 지역의 地價變動率, 都賣物價上昇率 기타 사항을 참작하여 평가하는데(특례법 제4조2항1호, 수용법 제46조2항1호), 이 규정은 相當補償說(完全補償原則說)에 의하면 公益上의 合理的 理由가 있으면 完全補償을 下回할 수 있다는 근거규정으로 볼 수 있지만, 完全補償說에 의하면 公示地價 자체가 時價를 반영하지 못하는 경우에는 時價에 의한 補償을 청구할 수 있다고 보게 된다. 종래의 基準地價와는 달리, 公示地價는 매년 公示하여 시가반영에 비교적 충실하지만, 標準地公示制度를 채택하여 전국의 매필지별 지가동향을 파악할 수 없고, 따라서 適正價格의 補償을 담보할 수 없다. 따라서 標準地의 세분화와 隣近類似土地의 去來價格에 대한 情報把握方案¹⁷⁾ 등 보완책을 마련하여야 할 것이다.

17) 예컨대 現地 公認仲介士의 必要的 參與, 地域住民의 意見聽取節次 등이 있을 것이다.

(3) 事前補償의 原則

事業施行者(起業者)는 事業施行前, 즉 工事に 착수하기 전 또는 收用의 時期까지 補償金을 지급하여야 하는데(특례법 제5조의11, 수용법 제61조), 이것은 일응 完全補償의 원칙을 실현하기 위한 규정이기기는 하지만, 事業施行 時期가 대체로 事業施行公告日로부터 6개월 내지 10개월이 경과된 후가 되므로 사실상 私權侵害를 초래하고 있다. 즉 그동안에 公共事業의 施行告示로 인하여 隣近地域의 地價가 급격히 상승한 후에는 補償金을 지급받아도 그 지역에서 동일한 가격으로 代土를 할 수 없게 되어 결과적으로 正當한 補償이 되지 못하는 것이다. 따라서 補償金은 「契約을 締結한 때에는 지체 없이」(특례법 규칙 제5조의7), 또는 「收用의 時期까지」(수용법 제61조) 지급할 것이 아니라, 「契約締結과 동시에」 또는 「協議成立時 또는 裁決時에」 지급하도록 개선되어야 할 것이다.

(4) 金錢補償의 原則

補償은 特別한 事由가 있는 경우를 제외하고는 現金으로 지급하는데(특례법 제3조2항, 수용법 제45조4항), 이것은 자유로운 流通이 보장되고 가장 客觀的인 價値尺度가 되는 金錢으로 보상한다는 점에서 合理的일 수 있다. 그러나 金錢補償은 公共事業으로 인한 隣近地域의 地價上昇이나 인플레이션 등의 영향으로 正當한 補償이 되지 못하는 경우가 많고, 事業施行者는 싼 값으로 용지를 취득하여 비싼 값으로 매도하여 막대한 讓渡差益을 얻는 등 결과적으로 私有財産權을 침해하고 事業主體의 利益 보호에 치중하여 민원의 대상이 되고 있다. 따라서 金錢補償에서 現物補償으로 補償方法의 轉換을 통해 開發利益의 일부를 土地所有者 등에게 還給함으로써 진정한 완전보상의 원칙을 실현하여야 할 것이다¹⁸⁾. 특히 최근에 대단위단지 開發事業이

18) 최근 開發利益還收法의 발효로 事業施行者의 利益은 줄어들게 되었으나, 事業地域內 土地所有者에 대한 開發利益의 還給이 없는 한, 事業施行者나 地域外 土地所有者

증가하면서 區劃整理方式이 급격히 줄어들고 있는 현실에 비추어 代物補償의 擴大는 艱요한 과제라 하겠다.

그런데 改正特例法과 收用法(1991.12.31)은 사업시행자가 국가 또는 일정한 公共團體인 경우로서 土地所有者등이 원하는 때에는 事業施行者가 발행하는 債券으로 지급할 수 있도록 하여(특례법 제3조2항, 제3조의2, 령 제2조 내지 제2조의9, 수용법 제45조5항), 公共用地補償債券에 의한 債權補償制度를 도입하고 있는데, 위에서 지적한 바와 같이 金錢補償도 正當한 補償에 미흡하거늘, 하물며 채권보상은 더욱 중대한 私權侵害를 초래할 것이다. 특히, 收用法은 일정한 不在不動產所有者의 土地나 非業務用土地로서 보상금액이 일정액을 초과하는 경우에는, 그 초과금액에 대하여 토지소유자등의 의사에 관계없이 債券으로 지급할 수 있도록 규정하고 있는데(동법 동조동항2호), 이것은 憲法上的 平等의 原則 또는 比例의 原則에도 위배된다고 본다¹⁹⁾.

2) 生活權補償의 法制化와 補償範圍(目的物)의 擴大

現行法은 損失補償의 內容에 있어서 補償範圍(目的物)의 擴大化 추세에 따라 財産權補償(對物的 補償)뿐만 아니라 生活權補償(間接補償)까지 인정하고 있으나, 體系的으로 法制化되지 못하여, 法律-施行令-規則이라는 上下位法關係에 있어서 體系的 秩序가 잡혀 있지 못하고, 等位法內에서도 條文의 體制上 또는 內容上 混亂을 일으키고 있다.

生活權補償이란 生活權保障의 理念에 입각하여 개인의 生活基盤의 침해에 대한 非財産的·無形的 損失을 보상하는 것을 말하며, 廣義로는 間接補償²⁰⁾

에 대한 開發利益의 還收는 均衡감각을 결여한 片向적 立法으로 비난받아 마땅하다.
19) 韓國法制研究院, 「前掲書」, 1992, pp.150-151 참조.

20) 間接補償이란 土地·建物 기타의 物件이 公共事業의 用地 등으로 직접 편입되지 않

을 포함하여 사용되고 있다. 이러한 生活權補償의 憲法的 根據에 관해서, ① 그것을 憲法 제23조3항의 「正當한 補償」의 範圍外로 보고 제34조(人間다운 生活을 할 權利)에서 근거를 찾는 견해에 의하면, 生活權補償은 立法政策의 문제로서 法律에 규정이 없으면 補償을 청구할 수 없다고 하지만, ② 제34조와 제23조(財産權의 保障)를 통일적으로 파악하여 「正當한 補償」의 範圍內라고 보는 견해에 의하면, 실정법상의 규정이 없는 경우에도 直接 제23조3항에 의해 補償을 請求할 수 있다(直接效力說)는 解釋이 가능하게 된다. 이와같은 학설의 대립은 補償目的物의 範圍를 평가주체에 따라 다르게 볼 수 있게 하여 補償目的物의 法定主義를 무의미하게 만들 여지가 있다. 따라서 生活權補償을 體系的으로 立法化하여 학설의 대립을 해소하고 補償目的物의 擴大를 통해 完全補償의 원칙을 실현하여야 할 것이다.

(1) 生活權補償의 法制化方案

現行法制上 生活權補償의 내용을 분석·검토해 보면 다음과 같이 上下位法間의 縱的 體系에 있어서 본말이 전도되어 있고, 等位法間의 橫的 體系에 있어서도 補償目的物의 混亂과 더불어 無秩序하게 散在되어 있다. 즉 生活權補償에 대하여 特例法 제4조는 「補償額의 算定 時期, 方法 및 基準」을 규정한 후 同令 제2조의10에서 「補償額의 評價등」을 규정하고, 同法 제8조, 同令 제5조 및 同規則 제27조의2에서 移住對策을 규정하며, 同法 제4조 및 同令 제2조의10에 대응한 下位法的 규정으로서 同規則 제2장이하의 目的物別評價 규정 중 제6장 「기타 評價」의 대부분, 즉 營業損失補償, 移徙費, 移住對策費, 營農補償, 離農費등, 住居對策費, 休職·失職補償 등을 규정하고 있다. 그리고 間接補償에 대하여 特例法 規則은 제5장 「權利등에 대한 評價」 중에서 漁業被害補償을 규정하고 제5장의 2 「間接補償」에서 農耕地에

으나, 그 公共事業으로 인하여 對象物件이 본래의 用途나 機能을 다 할 수 없는 경우, 그 所有者등이 間接으로 입게 되는 損失을 補償하는 것이다.

대한 間接補償, 建物등의 間接補償, 少數殘存者補償, 營業의 間接補償, 工作物등의 間接補償 등을 규정하며, 제6장 「기타 評價」 중에서 殘餘地에 대한 評價를 규정하고 있으며, 收用法도 殘餘地の 損失補償(동법 제47조)을 규정하고 있다.

이와같이 現行法은 法律(특례법) 제4조 「補償額의 算定方法 및 基準」에서 마땅히 對物的 財産權補償과 生活權補償을 구분하여 규정하여야 함에도 生活權補償에 관한 규정을 결여하고 있으면서, 根據規定만 두고 세부적 사항은 施行令이나 規則에 두면 충분할 移住對策을 法律에 규정(제8조)하는 우를 범하고 있다. 뿐만 아니라, 規則에서도 對物的 財産權補償에 대해서는 제2장에서 제5장까지 「土地」, 「地上物」, 「農業」, 「權利등」으로 補償目的物을 분명하게 구분하여 규정하고 있으면서, 生活權補償에 대해서는 「生活權」이라는 용어조차 쓰지 않고 제6장에서 「기타」라고 하여 補償의 目的物이 무엇인지 불분명하게 다루고 있고, 「間接補償」에 대해서는 제5장의 2에서 別章으로 다루고 있으면서도 他章(제5장, 제6장)에도 흠어 놓아 概念의 혼란과 함께 條文의 體制上 오류를 범하고 있다.

따라서 特例法 제4조의2에 「生活權補償」이라는 條文을 신설하고 同法 제8조의 移住對策은 施行令이나 規則에만 두고 法律에서는 삭제하며, 規則 제6장의 「기타」평가는 「生活權」평가로 용어를 바꾸어야 할 것이다. 이와같이 生活權補償에 관한 法體系를 세우고 다음과 같이 그 性格과 內容의 重要度에 따라 補償의 目的物을 각각 배열하여 條文의 體制를 바로 잡아야 할 것이다. 즉 규칙 제6장 「生活權補償」에는 각 조항에서 移住對策을 비롯하여 營業損失補償, 營農補償, 失職등補償, 移徙費, 住居對策費, 離農費 등의 순서로 배열하여야 할 것이다. 또한 「間接補償」은 제5장의 2에서 제6장의 2로 옮기고 각 조항에서 他章에 있는 것도 흡수하여 農耕地등의 間接補償, 殘餘地補償, 建物등의 間接補償, 少數殘存者補償, 工作物등의 間接補償, 營業의

間接補償, 漁業權 등의 間接補償 등의 순서로 배열하여야 할 것이다.

(2) 補償範圍(目的物)의 擴大

補償의 目的物이 늘어나면 그만큼 「正當한 補償」에 충실하게 되는데, 새로이 補償目的物의 範圍에 포함시켜 法定化할 필요성이 있다고 생각되는 것을 들어 보면 다음과 같다.

① 利用權의 補償 : 최근 所有權과 利用權의 分離化 경향에 따라, 土地賃借權 등 利用權에 대한 補償問題가 대두되고 있다. 現行法에도 土地등에 대한 所有權 이외의 權利에 관한 평가규정(특례법 령 제2조의10제3항, 규칙 제21조)이 있으나, 보다 具體的·個別的으로 규정하여야 할 것인 바, 특히 營業權上의 權利金 등 慣習法上의 權利를 최대한 인정하여야 할 것이고, 區分地上權 등 새로운 利用權에 대한 보상규정도 마련되어야 할 것이다.

② 開發損失의 補償 : 間接補償의 目的物擴大의 일환으로 開發損失의 補償도 法制化될 수 있을 것이다. 現行 間接補償制度는 廣義의 生活權補償의 하나로서 農耕地 등 극히 제한된 範圍의 目的物만을 대상으로 하고 있으나, 화장장, 교도소 등 嫌惡施設의 事業으로 인하여 隣近地域의 土地등의 價格이 하락한 경우에는 開發損失을 補償해 줌으로써 現行 開發利益의 排除, 開發利益의 還收와 더불어 진정한 開發利益의 公有化를 달성하여야 할 것이다.

③ 都市計劃施設決定의 問題 : 公法上制限을 받는 土地에 대한 補償의 範圍도 확대하여야 할 것이다. 一般制限(用途地域·地區 指定 등 計劃制限)에 대한 補償은 시기상조라고 하더라도²¹⁾, 都市計劃施設決定만 해놓고 장기간 동안 事業에 착수하지 않고 방치해 둠으로써 土地所有者등이 財産權行使에 제약만 받는 경우에도 補償이 인정되어야 할 것이다. 都市計劃施設이란 도로·광장·주차장·하천·학교·공원 등을 말하는데, 都市計劃施設決定을

21) 이에 대해 開發制限區域 指定 등으로 地價가 하락한 경우에는 이른바 特別한 犧牲에 해당되므로 收用類似的 侵害理論에 의하여 補償하여야 한다는 見解가 있다.

받으면 그 土地는 사실상 財産權을 행사할 수 없게 되지만, 現行法上 損失補償은 事業의 施行告示가 있거나 特例法上의 協議가 성립하거나 또는 收用法上의 協議가 成立하거나 裁決이 있는 후에만 補償金이 지급되기 때문에, 都市計劃施設決定만 해놓고 事業의 施行에 착수는 하지 않은 채 施設決定 解除도 하지 않으면서 장기간 방치하는 경우에는 사실상의 財産權 侵害에 대한 보상을 받을 수 없게 된다. 또한 公共用地를 取得한 후에는 그 土地가 당해 事業에 불필요하거나 불이용된 경우에는 所有者등이 還買權에 의해 原所有權을 회복할 수 있으나, 都市計劃施設決定으로 公法上 行爲制限만 받고 사실상 私法上 去來는 봉쇄당하면서 수년간 자기재산을 死藏시켜야 하는 경우에는 아무런 구제책이 없는 것이다. 따라서 都市計劃施設決定時에, 事前補償의 原則을 보다 충실하게 적용하여, 補償金을 지급하든지, 아니면 일정한 기간내에 事業의 施行告示가 없으면 同決定은 失効된다는 규정을 두어야 할 것이다.

④ 移住對策의 問題 : 移住對策은 生活權補償의 가장 중요한 예의 하나이지만, 現行法上으로는 移住定着地의 造成·分讓에 머물고 있고(특례법 제8조, 령 제5조 및 규칙 제27조의2) 代替地조성·공급, 就業알선, 자금대부 등 生活再建措置의 수준에는 이르지 못하고 있으며, 關係法規(택지개발촉진법 제18조 및 령 제13조의2)와의 연계성이 부족할 뿐만 아니라 그 基準과 內容도 통일성이 결여되어 있다. 따라서, 法體系를 정비하여 移住對策의 基準과 內容을 통일적으로 정하고 생활재건조치 차원의 대책을 마련하도록 개선되어야 할 것이다²²⁾.

3) 補償評價制度의 改善

(1) 補償額算定의 基準과 方法

22) 大韓住宅公社, 「土地取得 및 補償制度 比較研究」, 1986, pp.136-173 참조.

現行法도 補償額算定の 基準과 方法을 法定化하여 完全補償 특히 時價補償의 원칙에 충실하려 하고 있으나, 價格時點, 補償目的物別 評價方法 등에 있어 問題點이 있어 改善이 요청된다.

① 價格時點

現行法은 補償額算定の 基準이 되는 時點에 대하여 契約締結當時, 協議成立當時 또는 裁決當時의 價格을 基準으로 하도록 하고 있으나(특례법 제4조 1항, 수용법 제46조1항), 公共事業의 施行告示 후에는 계속적으로 價格이 상승하게 된다는 점을 감안한다면, 現行法上的 評價時點(특례법 規程 제4조)은 事實상 事前評價에 의거하여 價格時點의 時價를 반영하지 못하고 있으므로, 未來評價 내지 條件附評價制度를 채택하여 評價의 適正性을 확보하여야 할 것이다.

특히, 土地에 대한 補償額의 算定은 特例法上 「契約締結當時의」, 收用法上 「協議成立當時 또는 裁決當時의」 公示地價를 基準으로 하나(특례법 제4조1항,2항, 수용법 제46조1항,2항), 開發利益의 排除로 인하여 실제로는 당해 「公共事業의 公告·告示日」 또는 「事業認定告示日」을 基準으로 하여 時點修正과 事情補正을 하도록 규정하고 있는데(특례법 제4조3항, 수용법 제46조3항), 이것은 결국 協議買收者와 被收用者간에 事業의 公告·告示日과 事業認定 告示日간의 時差에 의한 補償價格의 격차를 초래하게 되어 特례법상의 당초협의취득율을 감소시키는 원인이 되고 있음에 비추어²³⁾, 이를 해소할 수 있는 새로운 評價時點 또는 評價方法이 모색되어야 할 것이다.

② 補償目的物別 評價方法

23) 제4차 改正收用法(1989. 4. 1)에 의하여 收用法上的 事業認定告示後 협의취득과 체결취득간의 보상가격의 격차는 해소되었으나, 特例法上的 당초협의취득과의 격차는 여전히 남아 있고, 이로 인하여 이때부터 사업인정후 협의취득율은 급증하고 당초협의취득율은 크게 감소한 것으로 나타나 있다(本稿 <表 4-1> 및 <그림 4-2> 참조).

現行法은 補償目的物의 法定主義에 의거하여 일정한 範圍의 補償의 目的物을 열거하고 그 評價方法도 일률적으로 규정하고 있으나, 被補償者에 대한 目的物의 性格에 따라 補償額 算定基準에 차등을 두는 방법도 검토할 필요가 있을 것이다. 예컨대, 投機目的 保有財産과 生計維持手段으로서의 財産간에는 評價에 있어서 차등을 둔다면 진정한 公益과 私益의 조화에 의한 補償額決定이 될 것이다.

公法上制限을 받는 土地의 評價(특례법 규칙 제6조4항)에 있어서, 一般制限(用途地域·地區 指定 등 計劃制限)에 대한 보상은 시기상조라고 하더라도, 都市自然公園指定에 대해서는 손실보상을 해 주도록 하여야 할 것이다. 建設交通部指針(훈령 제674호, 84.11.12)에 의하면, 「都市自然公園과 같이 保存的 性格을 지닌 公園은 公法上制限의 정도를 감안하여 평가한다」라고 하고 있는데, 이것은 都市自然公園이 비록 都市計劃施設로서 特別制限에 속하지만 그 保存的 性格 때문에 一般制限과 같이 취급한다는 我田引水格 해석이 아닐 수 없다.

營業權補償 評價(규칙 제24조)에 있어서, 現行制度는 2~3년간의 純利益을 廢業補償으로 지급하고 있으나, 이는 어디까지나 實物補償의 차원이며 權利에 대한 損失補償은 가산되어 있지 않아 適正補償이 되지 못하고 있다. 營業權評價에서는 權利金 등 場所的利益의 對價를 가산하고, 인근지역의 同種營業의 利益을 고려하여 損失補償을 하도록 하여야 할 것이다.

賃入者에 대한 住居對策費支給(규칙 제30조의2)에 있어서도 公共事業으로 인하여 實物에 대한 損失은 없다고 하더라도 住居의 상실에 의한 生活權 侵害는 대단히 크므로, 補償的 次元에서 몇 개월의 住居對策費를 지급할 것이 아니라 社會政策的 次元에서 賃貸住宅의 공급 등에 의한 所得再分配를 추구하여야 할 것이다. 그밖에 移住對策(특례법 제8조, 령 제5조)에 있어서 移住希望者數에 따라서 對策樹立을 하고 있으나, 移住希望者數에 불문하고 對策

은 수립하되, 그 具體的 施行內容이 다르도록 개정되어야 할 것이다.

(2) 評價機關 등

土地·建物 등 不動產은 다른 商品과 달리 地理的位置의 固定性·個別性 등의 특성을 지니고 있어, 그 價格은 局地的 不完全市場에서 個別的으로 形成되며 一物一價의 法則이 적용되지 않는다. 따라서, 專門家의 評價에 의존하지 않고는 適正價格을 도출할 수 없고, 특히 補償評價는 事業主體와 土地所有者 등 被補償者간에 利害關係가 대립되는 것이므로 評價의 客觀性·信賴性과 公正性이 강력히 요구되는 것이다. 現行法도 이러한 점을 감안하여 補償主體와 評價主體의 분리, 評價機關의 單一化·專門化 및 地價體系의 一元化 등을 보장하고 있으나, 아직도 몇가지 問題點이 있어 다음과 같이 改善이 요망되는 것이다.

現行法은 補償額의 算定은 事業施行者의 의뢰에 의하여 2人이상의 專門評價者가 행하도록 하여(특례법 규칙 제5조의4), 第3者的 專門評價機關의 複數評價에 의하도록 함으로써 評價의 客觀性과 公正性을 기하고 있으나, 산정된 補償額의 適正性에 대한 判斷(査定·決定)은 特例法上의 協議節次에서는 事業施行者가, 收用節次에서는 收用法上의 協議取得의 경우에는 起業者가, 裁決取得의 경우에는 土地收用委員會가 행하도록 하고 있는데(규칙 동조, 수용법 제29조), 이것은 適正性判斷에 대한 信賴性·公正性을 해칠 우려가 있다. 최소한 事業主體 또는 土地收用委員會內에 專門資格者로 구성된 審議委員會(小委員會)를 설치하여 이 업무를 담당하도록 함으로써 補償額에 대한 국민의 信賴를 확보하여야 할 것이다. 또한, 現行制度는 補償節次에 評價 專門資格者만 참여시키고 있으나 不動產價格의 특성(局地性·個別性)에 비추어 관련전문자격자 특히 現지 公認仲介士 등을 참여시켜 去來事例 등 地價動向을 반영하여 보상가격의 현실화를 도모하여야 할 것이다. 또한, 漁業 評價 등 특별히 專門性을 요하는 경우에는 水産學教授·水産廳公務員 등의

참여를 거침으로써 평가의 객관성·적정성을 기하여야 할 것이다.

(3) 새로운 評價技法의 모색

特例法 規則은 原價方式·收益方式·比較方式 등 3方式 評價技法(Three Approaches to Values)을 사용하고 있으나(동규칙 제2조, 제3조), 經濟現象과 評價對象物件이 복잡·다양화됨에 따라 새로운 技法의 개발이 필요하다고 본다. 3方式 중 去來事例比較法이 時價反映에 가장 충실하다고 볼 수 있으나, 그 非科學性으로 인하여 評價의 客觀性·信賴性과 公正性을 담보하기에는 미흡한 점이 많다. 특히, 土地의 評價結果는 모든 土地政策의 기초가 된다는 점에서 時價近接性이 그 생명이라 할 수 있고, 時價反映은 個人의 財產權保護의 관건이 된다는 점에서 새로운 評價技法의 개발·적용이 절실하다 하겠다.

새로운 技法으로는 電算化模型을 응용한 統計學的 評價方法으로서 回歸分析技法(Regression Analysis Techniques)을 들 수 있겠다. 이것은 統計學的 接近方法에 의하여 알고 있는 價格으로부터 모르고 있는 價格을 찾아내는 方法으로서, 각 土地의 立地條件 등 地價形成의 個別的 要因과 알고 있는 土地의 市場去來價格 등을 동시에 입력하여 回歸分析을 통하여 모르고 있는 土地의 價格을 도출하는 地價分析 및 土地評價方式인데, 近接性·立地條件 등 地價形成要因과 地價간의 상호관계를 하나의 地價構成體系로 이해하고 이를 이론적으로 해석한다는 점에서 科學的이고, 評價者의 主觀性이 개입될 여지가 적다는 점에서 客觀性과 公正性을 담보할 수 있을 것이다²⁴⁾.

4) 還買權制度의 問題

還買權은 起業者가 公共用地로 取得한 土地등이 不必要하거나 不利用되는 경우에 原所有者등이 원래의 權利를 回復할 수 있는 權利로서, 公共用地的 取得이 土地所有者등의 입장에서는 實質的으로 強制讓渡의 性격을 띠고 있

24) 大韓住宅公社, 「前掲書」, 1986, pp.85-89 참조.

으므로, 原所有者·權利者의 主觀的價値 내지 感情上의 損失을 회복시키고 公平의 원칙을 실현시킨다는 점에서 私權保護에 이바지한다.

現行法은 還買權者와 그 目的物에 있어서 特例法上으로는 土地所有者와 關係人이 土地·物件의 所有權 기타 權利에 대하여 還買權을 가지지만(동법 제 9조), 收用法上으로는 土地所有者가 土地所有權에 대해서만 이 權利를 가지도록 하고 있는데(수용법 제71조), 이것은 公共事業에 협력한 特例法上의 協議買收者에 대한 특혜라고 이해할 수도 있으나, 收用に 의한 경우에도 均衡에 맞게 확장되어야 할 것이다. 그리고 還買權의 對抗力에 있어서, 還買權留保의 登記(특례법 제9조), 또는 收用の 登記(수용법 제71조)가 되어 있는 때에는 제3자에게 對抗할 수 있는데, 收用の 登記를 해태할 경우에는 還買權者에 對해 還買權의 登記請求權을 인정해 주어야 할 것이다.

第 2 節 公共用地 取得方法의 轉換을 통한 改善方案

公共用地 取得方法의 轉換을 통한 改善方案에서는, 위 取得過程上 民願內容 및 判例의 分析結果를 근거로, 現行 用地取得方法 중에 先買制度를 보완·활용하고 區劃整理方式을 확대적용하는 방안을 제시하고, 그밖에 公益과 私益의 調和에 충실한 外國制度의 도입방안을 검토하고자 한다. 이것은 短期的으로는 위와 같은 現行 公共用地 取得(狹義)制度上의 改善方案을 강구하되, 長期的으로는 다음과 같은 公共用地 取得(廣義)方法의 轉換을 통하여 財政支出의 경감, 用地取得의 效率性 증대와 私有財産權의 보호는 물론, 地價安定과 開發利益의 公有化 등 土地政策의 效果까지 얻을 수 있는 방안을 모색하고자 하는 것이다.

先買制度의 要件과 節次에 있어서 미비점을 지적하고 이를 보완하여 활용하는 방안을 강구한다. 특히, 私權侵害의 극소화와 用地取得의 實效性 확보, 그리고 地價安定과 不動產去來秩序 확립을 위하여 協議先買뿐만 아니라 強制先買까지 인정하는 방안을 모색한다. 최근 대단위 公營開發事業에서 대부분 全面買收方式에 의존함으로써 私權侵害의 문제점이 가중되고 있는 점을 지적하고, 區劃整理方式의 적용확대방안을 마련한다. 아울러, 私權保護와 開發利益의 公有化를 위하여 外國의 地帶收用方式을 區劃整理方式과 접합시켜 도입하는 방안을 모색한다. 그밖에, 土地留保制의 확충방안을 모색하고, 土地貯藏(再私有化)制度의 도입방안을 강구한다.

1. 先買制度의 補完과 活用

先買制度는 土地去來契約의 許可申請이나 申告가 있을 때, 그 土地가 公益事業에 使用하기 위한 公共用地의 確保를 위하여 필요한 경우에, 一般人の 私的去來에 優先하여 國家·地方自治團體 기타 公共機關이 그 土地를 買收할 수 있게 하는 제도인데(국토이용관리법 제21조의14), 現行制度는 관련法令이 整備되지 않고 있어 裝飾的 規정에 불과하고, 아직까지 先買權에 의한 取得事例도 별로 없다. 이 制度를 補完·整備하여 잘 活用하면, 私權侵害를 극소화하면서 公共用地를 效率的으로 取得할 수 있을 뿐만 아니라 投機目的去來에 제동을 걸어 地價安定과 不動產去來秩序를 확립할 수 있는 一石二鳥의 효과를 얻을 수 있을 것이다.

1) 現行 先買制度의 檢討

(1) 先買의 要件

國土利用管理法은 先買의 要件에 대하여 「土地去來契約의 許可申請이나 申告가

있는 경우 ① 公益事業用 土地나 ② 土地去來契約 許可를 받아 取得한 土地를 그 利用目的대로 利用하고 있지 아니한 土地에 해당하는 土地에 대하여 國家·地方自治團體·韓國土地公社 기타 大統領令이 정하는 政府投資機關 및 公共團體가 買收를 원하는 때」라고 규정하고 있다(동법 제21조의14제1항). 즉, 土地去來 許可區域 또는 申告區域內 土地로서 ① 公益事業用 土地 또는 ② 許可를 받아 取得한 土地를 그 利用目的대로 利用하고 있지 않는 土地에 해당하는 土地에 대하여 去來許可申請이나 申告가 있는 경우에 국가·공공단체 등이 그 土地의 買收를 원하여야 한다.

(2) 先買의 節次 등

① 先買者의 指定 : 先買要件이 갖추어지면 市長·郡守 또는 區廳長은 國家·地方自治團體·한국토지공사 기타 大統領령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 先買者를 指定하여 그 土地를 協議買收하게 할 수 있다(동법 동조동항, 령 29조 2항).

② 先買의 通知·協議 : 市長·郡守 또는 區廳長은 對象土地에 대하여 土地去來契約의 許可申請이나 申告가 있는 날부터 30일 이내에 先買者를 指定하여 土地所有者에게 이를 通知하여야 하며, 先買者는 지정통지를 받은 날부터 30일 이내에 당해 토지소유자와 先買協議를 완료하여야 한다(동조2항). 先買者로 지정된 자는 그 지정일로부터 15일 이내에 買收價格 등 先買條件을 기재한 書面을 토지소유자에게 通知하여 先買協議를 하여야 하며, 지정일로부터 30일 이내에 先買協議調書を 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(령 제32조의3). 이때의 協議는 公法上契約으로서 先買者와 土地所有者간에 合意가 있어야 하며, 外國의 제도에서 처럼 先買者의 一方의行爲에 의한 先買收用은 인정될 수 없다고 본다.

③ 先買價格 등 : 先買者가 土地를 買收하는 경우의 價格은 公示地價를 기준으로 하되, 土地去來契約의 許可申請書나 申告書에 기재된 가격이 公示地價보다 낮은 경우에는 허가신청서 또는 신고서에 기재된 가격으로 할 수 있다(동조3항). 市長·郡守 또는 區廳長은 先買協議가 이루어지지 아니한 때에는 지체없이 許可·不許可 또는 申告受理 등의 여부를 결정하여 이를 통보하여야 한다(동조5항).

④ 先買者의 土地利用義務 : 協議가 成立되어 先買者가 당해 土地를 買收한 경우

에는, 先買者는 그 土地를 遊休地取得의 경우와 같이 國土利用計劃·都市計劃 기타 土地의 利用에 관한 計劃에 따라 有効적절하게 利用하여야 한다(동법 동조4항, 제 21조의13).

2) 先買制度의 補完과 活用方案

(1) 先買의 要件

現行법은 先買對象土地로서 「公益事業用」土地를 들고 있는데(동법 제21조의14제1항), 이것은 現在의 特定한 公益事業의 施行을 전제로 한 것인지, 將來의 不特定한 公益事業에 使用할 土地를 備蓄하기 위해서도 先買할 수 있는지, 도대체 그 要件이 불분명하다²⁵⁾. 先買取得이 비록 公權力의 行使에 의한 強制的 取得은 아니라고 하더라도 私的去來에 대한 優先權을 부여하는 이상, 그 要件은 엄격하고 명확하게 규정하여야 할 것이다.

(2) 先買의 節次 등

① 現行법은 先買協議가 成立되지 아니한 때에는 先買取得은 할 수 없고 去來契約 許可·不許可 또는 申告受理 등의 여부를 결정하여 통보하도록 규정하고 있으나(동법 제21조의14제5항), 오히려 要件과 節次를 강화하여 強制先買制度를 도입해 볼 수 있을 것이다. 즉, 私人間에 예정된 去來가 投機的 目的에서 비롯된 경우에는 公權力의 개입에 의한 強制(收用)先買를 인정하되, 實需要目的에서 비롯된 것인 경우에는 協議先買만 인정하는 방안이 있을 것이고, 또는 私人間の 去來目的에 관계없이 強制先買를 인정하되, 先買價格의 現實化와 土地利用義務의 강화를 전제조건으로 하는 방안도 있을 것이다. 또는, 申告區域에 대해서는 協議先買만 인정하고, 許可區

25) 先買의 要件과 관련하여 「그 土地가 公共利用을 위하여 필요한 때 또는 國·公有地의 擴大를 추진하기 위하여 필요한 경우」에도 先買할 수 있다고 해석하는 견해(金庚烈, 「土地公法」, 사법행정문화원, 1995, p.719)가 있다.

域에 대해서는 強制先買까지 인정하는 방안도 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 土地去來契約 申告의 경우와는 달리, 許可는 그 법적 성질이 認可로서 행정청의 許可여부에 따라 去來契約 效力의 발생여부가 결정된다(동법 제21조의3제7항)는 점을 감안하면, 不許可보다는 先買收用이 오히려 土地所有者의 賣却意思에 부합하고 公共用地 取得의 實效性 확보에도 기여할 것이다. ② 現行法은 先買價格에 있어서 公示地價를 기준으로 하되, 許可申請書나 申告書에 기재된 가격이 공시지가보다 낮은 경우에는 기재된 가격으로 선매할 수 있다고 규정하고 있으나(동법 제21조의14제3항), 형식적 기재가격에 관계없이 최소한 收用의 경우의 補償價格에 준하여 공시지가 이상의 가격을 지급하도록 개정하여야 할 것이다.

(3) 先買制度의 活用

現行 先買制度의 미비점을 補完하여 잘 活用하면, 이 제도야말로 公共用地 取得의 수단으로서 뿐만 아니라 投機目的去來 방지와 地價安定 대책으로서도 그 效用성이 높다 하겠다. 다만, 先買制度의 活用に 대한 정부의 政策方向은 대체로 先買制度를 公共用地取得과 엄격하게 결부시키지 않고, 상당히 융통성 있게 國公有地 擴大의 수단으로서 활용하여 土地를 備蓄하였다가 不動產市場에서 需要와 供給을 調節함으로써 地價安定과 投機防止를 기하고자 하는 데 있는 듯하다. 그러나, 이러한 目的에서라면 現行 協議先買制度에 의하는 것은 별 問題가 없겠으나, 새로이 強制先買制度를 도입하는 경우에는 과연 土地市場의 需要供給調節을 위해 公權力이 개입하여 私人間의 去來를 배제하고 優先적으로 強制取得할 權限을 부여할 수 있겠는가에 의문이 있다. 오히려 臺灣처럼 土地所有上限制를 도입하면서 所有上限을 超過하는 土地나 遊休地에 대해서 國公有地 擴大를 위한 強制取得權을 부여하고 이렇게 비축한 土地를 市場機能調節을 위해 공급할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

2. 區劃整理方式의 擴大

區劃整理方式에 의한 公共用地取得은 土地區劃整理事業上的 換地處分過程에서 土地所有者로부터 一定率의 土地를 제공받아 公共用지를 確保하는 것을 말한다. 區劃整理事業이란 垡地로서의 效用增進과 公共設施의 整備를 위하여 土地의 交換·分合 기타의 區劃變更, 地目 또는 形質의 變更이나 公共設施의 設置·變更에 관한 事業을 말한다(토지구획정리사업법 제2조1항). 換地處分이란 土地區劃整理事業의 결과 그 土地위에 存在하는 증래의 所有權 기타의 權利에 變動을 가할 필요가 있을때에, 權利의 目的物인 증래의 土地와 같은 價値의 土地로 交換하고 그것이 어려울 때에는 金錢으로 清算하는 行政行爲를 말한다.

이 방식은 土地收用과 같이 物的 公用負擔에 속하지만, 土地收用이 土地에 대한 權利의 取得과 消滅을 발생시키는데 반하여, 權利의 對象인 土地의 區劃, 形質의 變更을 가하면서도 원칙적으로 土地의 權利關係에는 變動을 일으키지 않는다는 점에서 구별되고, 따라서 公權과 私權의 衝突 여지가 적고 土地所有者 상호간의 利害關係도 잘 調節되어 바람직한 개발방식이다. 그럼에도 불구하고 최근에 이 방식에 의한 開發事業은 급격히 줄어들고 있고 특히 大單位開發事業에는 거의 대부분 全面買收方式(協議 또는 收用取得)에 의존하고 있는 실정이다. 이러한 현상은 다음과 같은 理由에서 비롯되는 것 같다²⁶⁾.

① 區劃整理는 土地收用に 비하여 技術的·時間적으로 또는 法運用面에서 복잡하고 어렵다. ② 開發利益이 實需要者가 아닌 土地所有者에게 돌아가게 되어, 개발 후에 地價가 上昇하면 실수요자, 특히 무주택 저소득층의 토지취득이 어렵게 된다. ③ 大單位團地開發을 할 경우 事業施行過程에서 計劃의 修正·補完이 뒤따라야 하는

26) 大韓住宅公社, 「大單位團地 開發事例研究」, 1987, pp.34-36 참조.

데 區劃整理事業에 의하면 이것이 어렵다. ④ 開發事業主體의 計劃施行이 포괄적이
지 못하고 管理範圍가 한정된다. 事業主體는 替費地등 일부 土地만 관리할 수 있고
나머지는 개별 土地所有者등 權利者에게 귀속·관리된다. ⑤ 開發前後의 地價 差異
를 악용한 土地投機가 발생할 가능성이 크다.

그러나, 이러한 理由의 대부분은 事業主體의 便益에 치중하여 公共事業의
效率的 推進에 초점을 둔 것이고, 土地所有者등의 權益保護에 대한 관심은
소홀히 하고 있는 것이라 하겠다. 특히, 現行 全面買收方式은 補償價에 있어
開發利益을 排除하여 隣近地域 土地所有者와 당해 事業地域 土地所有者간에
심한 開發利益 配分의 不公正을 초래하여 民願의 대상이 되고 있고, 前述한
事例(民願)分析에서도 土地所有者등은 開發方式을 區劃整理方式으로 전환하
여 줄 것을 강력히 요구하고 있는 것으로 나타나 있다. 특히, 民主化·地方
化 時代에 즈음하여, 全面買收方式에 대한 住民의 抵抗이 더욱 커질 것에
대비하여 區劃整理方式의 擴大에 의한 私權保護를 도모하여야 할 것이다.
최소한 全面買收方式과 區劃整理方式의 併用 또는 折衷을 통해 公權과 私權
의 충돌을 극소화하여야 할 것이다.

그런데, 現行 區劃整理事業法은 對象地域·事業目的 등에 있어서 제약이
많아, 事業主體의 입장에서 적용을 꺼리게 되고 특히 대단위개발사업에 적
용되기에는 부적당한 점이 많아 그 改善이 요구된다.

1) 現行 區劃整理方式의 檢討

(1) 對象地域(事業의 施行地)

土地區劃整理事業은 都市計劃法(제12조)에 의하여 결정된 都市計劃區域 또는 國
土利用管理法에 의한 準都市地域의 土地에 대해서 이를 施行할 수 있다(구획정리사
업법 제3조). 따라서 換地處分에 의한 公共用地取得은 이러한 都市計劃區域과 準都
市地域內的 土地에 대해서만 가능하고 그밖의 地域에서는 다른 取得方法(協議買收

또는 收用 등)에 의존할 수 밖에 없다.

(2) 事業目的

區劃整理事業은 「垡地로서의 效用增進과 公共施設의 整備를 위하여」(동법 제2조1항1호) 시행하는데, 여기서 垡地로서의 效用增進과 무관하게 公共施設의 整備만을 위하여서도 區劃整理事業을 시행하여 公共用地를 取得할 수 있을 것인가에 해석상의 문제가 있다.

公共施設이란 道路, 公園, 廣場, 河川, 초등학교 및 중·고등학교 교육에 필요한 學校校地와 기타 公共의 用에 供하는 施設로서 대통령령이 정하는 것(시장, 운하, 수로, 제방, 수도, 녹지 등)을 말한다(동법 동조동항2호, 령 제2조). 이들 중 道路에 대해서는 「垡地の 效用增進을 기할 수 있는 것에 한한다」고 부기되어(동조동항동호) 의문이 없으나, 그밖의 公共施設에 대해서는 그 施設의 整備만이 目的인 경우에도 區劃整理事業을 시행하여 用地를 확보할 수 있을 것인가가 문제된다. 道路에 관한 규정을 反對解釋한다면 도로 이외의 公共施設에 대해서는 垡地로서의 效用增進과 무관하게 區劃整理事業을 시행할 수 있다 할 것이지만, 전통적으로 區劃整理事業은 垡地로서의 效用增進에 주된 目的을 두고 公共施設의 整備는 부수적 목적에 불과하다는 점에 비추어 現行法の 해석으로는 도로는 물론 모든 公共施設에 대해서 垡地로서의 效用增進과 무관하게 公共施設의 整備만을 목적으로 하는 경우에는 區劃整理事業은 할 수 없고 協議買收 또는 收用의 方法에 의하여야 한다고 생각한다²⁷⁾.

(3) 公共用地의 歸屬

換地處分過程上의 減步率은 適正基準이 확립되어 있지 않아서 事業主體의 裁量權이 濫用될 우려가 있으나 대체로 50% 이상을 차지하고 있는데, 이중 替費地로 귀

27) 이점에 대해 「公共施設의 整備가 目的인 경우 즉, 특별한 목적을 위하여 넓은 道路나 廣場 등만을 신설하는 경우…… 區劃整理의 方法으로 행할 수 없는 것이고…… 買收 또는 土地收用의 方法에 의하여 설치함이 타당한 것이다」라고 보는 견해(金庚烈, 「前掲書」, 1995, p.363)가 있으나, 道路나 廣場 등 일정한 公共施設의 경우에 국한된다는 뜻인지, 도로 이외의 모든 公共施設의 경우에도 구획정리사업을 할 수 없다는 뜻인지 분명하지 않다.

속되는 부분을 공제하면, 公共施設用地는 25%~30% 정도가 된다²⁸⁾.

이러한 公共施設用地 즉, 區劃整理事業의 施行으로 인하여 생긴 公共施設의 用에 供하는 土地는 換地處分の 公告가 있는 날의 日에 그 管理者의 구분에 따라 國家 또는 地方自治團體에 無償으로 귀속된다. 다만, 公共施設 중 초등학교 및 중·고등학교 교육에 필요한 學校用地와 市場用地는 有償으로 하도록 하고 있다(동법 제63조).

2) 區劃整理方式의 適用擴大方案

(1) 對象地域

現行法은 區劃整理事業의 對象地域을 都市計劃區域과 準都市地域에 국한하고 있으나(동법 제3조), 그밖에도 宅地開發 豫定地區, 工業團地 등의 都市地域 및 準農林地域 등의 地域에서도 區劃整理方式에 의한 開發事業을 할 수 있도록 對象地域을 擴大하여야 할 것이다.

(2) 事業目的

現行法은 區劃整理事業은 「垡地로서의 效用增進과 公共施設의 整備를 위하여」라고 事業目的을 制限하고 있으나(동법 제2조1항1호), 오늘날 福利行政 國家에서는 事業目的上的 制限을 완화하여 垡地로서의 效用增進 또는 公共施設의 整備 기타 일정한 新都市開發事業이나 宅地開發事業, 住宅團地·工業團地·觀光團地 造成事業 등 大單位開發事業의 수행을 위해서도 區劃整理方式을 취할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(3) 公共用地的 歸屬

위와 같이 對象地域, 事業目的 등에 있어서 制限을 완화하여 區劃整理方式의 適用을 확대해 나가야 할 것이지만, 이때 減步率의 基準이 확립되지 아니하면 私權侵害의 結果를 초래하게 될 것이므로 適정한 基準設定이 필요하다. 지금은 대체로 減步率이 50%이상을 차지하고 公共施設用地는 25%~

28) 廉在善, 「不動產市場 및 投資論」, 성균관대 경영대학원, 1985, p.120, p.140.

30% 정도가 되고 있으나, 對象地域과 事業目的 및 事業規模 등에 따라 달라져야 할 것이고 가능한 한 인하여야 할 것이다.

(4) 區劃整理方式의 有用性

開發方式을 全面買收方式에서 區劃整理方式으로 전환하면, 土地所有者들에게 財産的 損失이나 感情上的 被害意識을 주지 않고 公共事業의 원활한 遂行을 추진할 수 있어 私權과 分權의 마찰을 극소화할 수 있다. 區劃整理方式은 全面買收方式, 특히 公用收用에 의하는 경우 보다 다음과 같은 점에서 有用性이 있다.

① 收用方式에 의하면 당해 公共施設에 편입되는 土地의 所有者는 자기의 意思에 반하여 金錢的 補償만 받고 土地所有權을 상실하며, 그 地域住民은 移住가 불가피하여 財産的·感情的 損失을 강요당하게 되지만, 區劃整理方式에 의하면, 당해 事業地域內的 土地所有者는 그 地域內에서 그 土地에 인접한 위치에 換地處分을 받음으로써 오히려 財産的 利益을 보게 되어 損失補償의 문제가 발생하지 않으며, 土地所有權도 그대로 존속하여 다른 地域으로 移住할 필요가 없다. 따라서, 公權과 私權의 마찰이 별로 없고 地域住民의 협조하에 公共事業을 원활하게 수행할 수 있다. ② 收用方式에 의하면, 당해 事業地域內的 土地所有者는 開發利益의 排除로 正常時價에 의한 補償조차 받지 못하고 財産權을 박탈당하는 반면에, 隣近地域의 土地所有者는 開發로 인한 지가상승 등의 利益을 보고 財産權은 그대로 존속되는 불균형을 초래하지만, 區劃整理方式에 의하면, 地域內 土地所有者와 地域外 所有者간의 이러한 격차를 해소할 수 있을 뿐만 아니라 地域內 土地所有者들 상호간에도 施設用地와의 위치에 따라 路線價式評價法에 의해 공정하게 배분받게 된다. 따라서, 당해 公共事業에 직접 제공되느냐 또는 隣近地域에 있느냐 하는 우연한 사정에 의해 損失과 利得의 희비가 교차하는 불균형이 없어지고 開發利益이 고르게 향유됨으로써 衡平의 原則에 적합하다. ③ 또한, 收用

方式에 의하면 公共施設이 整備되더라도 그 주변의 袋地·不整形地·傾斜地 등은 形狀이 종전 그대로 남거나 오히려 더욱 악화되지만, 區劃整理方式에 의하면 公共施設이 整備됨과 아울러 주변의 不整形地 등이 地形·形質의 變化로 정비되고 각 筆地의 垡地는 원칙적으로 크고 작은 道路에 접하게 됨으로써 市街地의 美觀改善이나 垡地로서의 效用增進 등 土地의 效率的 利用을 도모할 수 있게 된다.

따라서, 區劃整理事業法의 改正을 통해 區劃整理方式의 適用範圍를 확대하고 이 방식에 의하여 私有財産權을 保護함과 아울러 公共用地取得의 效率性 확보와 公益增進을 도모하여야 할 것이다.

3. 地帶收用方式의 援用

원래 土地收用은 公益事業에 직접 必要한 他人의 土地등을 收用함이 원칙이지만, 때로는 公益事業에 직접 편입될 必要가 없으나 그 事業의 遂行을 위하여 隣近一帶의 土地가 必要한 경우가 있는데, 이때 隣近一帶의 土地를 收用하는 것이 地帶收用이다. 그러나, 오늘날 外國에서는 開發利益의 公有化와 地價安定을 위하여 필요한 경우에는, 당해 事業의 遂行을 위하여 필요하지 않는 경우에도, 隣近一帶의 광범위한 土地를 一括取得하는 경향을 보이고 있다. 이러한 地帶收用은, 특히 後者의 경우에는, 區劃整理方式과 接木시키면 開發利益의 公正한 配分과 地價安定 및 私權保護를 함께 도모할 수 있을 것이다.

1) 地帶收用制度의 檢討

(1) 現行法上의 地帶收用

現行法上으로 地帶收用이란 公益事業을 위하여 직접 必要한 土地 이외에, 事業의

施行을 위한 建築, 土地의 造成·整理에 필요하여, 그 土地에 인근한 附近一帶의 土地를 收用하는 것을 말한다. 이것은 당해 公益事業에 직접 編入되지는 않으나 그 事業의 施行을 위하여 필요하다는 점에서 殘地收用·移轉收用·完全收用 등의 擴張收用과 구별된다.

예컨대, ① 土地收用法은 公益事業의 施行을 위하여 필요한 通路·교량·전선로·재료적치장 기타 부대시설에 관한 事業도 公益事業의 範圍로 규정하고 있으며(동법 제3조7호), ② 都市計画法은 都市計劃事業의 施行을 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 그 도시계획시설에 인접한 土地·建築物 또는 그 토지에 定着된 物件이나 그 토지·건축물 또는 물건에 관한 所有權이외의 權利를 일시 使用할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제29조3항)²⁹⁾. 그러나, 엄밀히 말한다면 前者는 地帶收用の 예이고 後者는 地帶使用의 예라고 할 수 있을 것이다.

(2) 外國의 地帶收用

現代 福利國家에서는 당해 公益事業에 직접 必要한 最小限의 範圍內에서 土地를 個別的으로 取得하는 傳統的 收用制度 이외에도, 그 범위를 넘어서 隣近一帶의 土地를 一括取得하는 地帶收用을 인정하는 경향이 있다³⁰⁾. 이러한 地帶收用은 公益事業에 직접 必要한 土地의 範圍를 초과하여 地價上昇이 예상되는 隣近一帶의 광범위한 土地를 一括取得하는 收用을 말한다. 이것은 被收用者의 財産權保護나 土地의 合理的 利用을 위한 것이 아니라, 開發利益의 公有化·投機抑制와 地價安定을 위한 것이며 또한 超過取得의 범위가

29) 金庚烈, 「前掲書」, 1995, p.80 ; 다만, 現行法上的의 이러한 규정들은 地帶收用の 예로 보기 어렵다는 견해가 있다. 즉, 前者는 公益事業을 위하여 필요한 範圍를 초과한 것이 아니며 後者는 事業의 施行을 위한 일시적 使用에 불과하다고 한다(정태건·林護貞, 「公共用地의 取得과 損失補償」, 경영문화원, 1990, p.233). 그러나 이러한 견해는 地帶收用の 概念定立의 차이에 있어 유래하는 것이라 본다. 이 견해는 外國의 地帶收用 概念에 접근하고 있는 듯하다.

30) 이러한 地帶收用制度로는 英國의 事業區域(action area), 佛蘭西의 優先市街化地域(ZUP), 長期整備地區(ZAD), 스웨덴 스톡홀름市の 再開發地區 등이 있다(朴鈞旻, 「最新行政法講義(下)」, 박영사, 1996, pp.651-652).

광범위하다는 점에서 擴張收用이나 우리나라의 地帶收用과 구별된다.

2) 現行制度的 改善方案

現行 地帶收用制度는 事業의 施行에 필요한 범위내에서 隣近一帶의 土地를 收用함으로써 私權侵害의 정도는 작으나, 開發利益의 公有化·地價安定과 地域住民 사이의 衡平性 확보에는 도움이 되지 못하는 반면에, 外國의 새로운 地帶收用制度는 開發利益의 公有化를 통한 衡平의 原則은 구현할 수 있으나 광범위한 土地의 一括取得으로 收用의 目的物의 範圍가 지나치게 확장되어 私權侵害의 우려가 대단히 크다.

따라서, 外國의 地帶收用制度를 도입하되, 엄격한 要件과 節次에 의해 公權力의 濫用을 규제·방지하고 開發方式에 있어 區劃整理方式을 接合시킨다면, 開發利益의 公有化와 私權保護를 함께 도모할 수 있을 것이다. 現代 福利國家에서 私有財産權 侵害의 正當性의 根源은 그것이 侵害에서 그치는 것이 아니라 公共의 利益을 實現시킴으로써 결국은 被侵害財産權者에게도 利益이 되 돌아온다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 따라서, 公共事業에 필요한 公共用地의 取得過程에서 경직된 사고로 私權保護를 위한 取得方法에 연연할 것이 아니라, 公共用地를 取得하여 公共事業을 수행한 후에 利益의 公正한 分配가 보장된다면 이러한 방법을 선택하여야 할 것이다.

4. 土地留保制의 擴充

土地留保制란 國家 또는 公共團體가 將來의 不特定한 公共事業 기타 公的 需要에 대비하여 미리 상당한 양의 土地를 取得하여 두는 제도를 말한다.

중래의 收用型取得은 特定한 公共事業의 遂行에 必要한 最小限의 公共用地確保에 그쳤으나, 이것이 公權力의 行使에 의한 私有財産權 侵害, 地價의

급상승으로 인한 補償金부담가중, 節次의 복잡성 및 期間의 장기성으로 인한 事業遂行의 지연 등 여러가지 問題를 야기시키자, 오늘날에는 公共事業에 관한 計劃이 결정되기 이전에 將來의 公共事業에 필요에 따라 제공하기 위하여 미리 土地를 확보해 두는 備蓄型取得으로 전환하여, 이러한 문제를 해결하고 증대하는 公的 需要에 유연하게 대처하고자 하는 것이다. 備蓄型取得方法 중에서도 先買型은 土地去來申告制 등을 전제로 하여 취득기회가 제한되어 있을 뿐만 아니라 私人間의 去來에 公共機關이 개입하여 優先적으로 취득함으로써 私權侵害의 우려가 있으나, 留保型은 國家 또는 公共機關이 私人和 對等한 當事者로서의 地位에서 土地市場에서 土地所有者와의 자유로운 合意아래 취득함으로써 私權侵害의 우려가 없고 合理的이며 가장 이상적인 제도이다.

1) 外國의 土地留保制度

土地留保制度는 주로 國土가 광활하고 國家의 財政이 풍부한 美國에서 많이 이용되고 있고, 기타 先進國에서도 차츰 이 제도에 의한 公共用地取得이 증가하고 있다. 美國은 將來의 公的 需要에 대비하여 土地를 買入하여 留保해 두는 土地銀行制를 실시하고 있는데, 이러한 留保土地를 필요할 때 언제든지 공급함으로써 開發의 時期, 對象地域, 事業規模 등을 적절하게 調節할 수 있어, 私權侵害의 우려가 없이 效率적으로 公共事業을 추진할 수 있다. 기타 先進國에서도 종래의 收用型위주의 取得方法을 탈피하여 先買制 또는 留保制에 의한 備蓄型 取得方法으로 전환하고 있다.

2) 土地留保制의 擴充方案

우리나라는 國土의 협소, 人口의 과밀, 財政의 빈곤 등 취약한 요건으로 土地留保制를 실행하기가 어려워져서 현재로서는 그 實績이 극히 미미한 실정

이다. 그러나 앞으로 다음과 같이 開發利益의 還收, 土地稅制 등에서 확보한 財政收入의 일부를 國公有地擴大를 위한 土地留保基金으로 적립하도록 한다면, 이 제도의 시행을 기대할 수 있을 것이다.

① 住宅地造成事業·工業用地造成事業 등의 開發事業을 施行하고자 하는 자는 開發負擔金을 납부하여야 하며, 國家·地方自治團體 또는 政府投資機關의 開發事業이나 整備事業 등에 의하여 土地所有者가 자신의 노력에 관계 없이 地價가 上昇되어 現저한 利益(開發利益)을 받은 때에는 國家는 그 利益을 還收할 수 있는데(국토이용관리법 제3조의2제1항, 2항), 최근에 開發利益還收에 관한 法律과 土地超過利益稅法이 制定(1989. 12. 30)되어 事業施行者로부터 開發負擔金을, 土地所有者로부터 土地超過利得稅를 부과·징수함으로써 開發利益을 직접적으로 還收하고 있다³¹⁾. 開發利益의 還收은 그밖에 受益者負擔金, 讓渡所得稅 등 이른바 開發稅制에 의해 구현되고 있으며, 損失補償에 있어서 開發利益을 排除함으로써 간접적으로 실현되고 있다. 여기서 還收된 收入은 단순한 財政收入에 그칠 것이 아니라 그 일부를 土地留保基金으로 적립하고, 公共事業을 위한 公共用地取得, 지역주민의 福祉向上, 서민주택의 건설 등을 위한 目的에서만 지출할 수 있도록 規制함으로써³²⁾ 開發利益還收에 대한 國民的 共感을 얻도록 하여야 할 것이다. ② 土地稅制面에서도 讓渡所得稅·土地超過利得稅 등 開發稅的 性格을 띤 것은 물론, 財産稅·法人稅·登錄稅·取得稅 등 土地를 과세대상으로 한 租稅收入은 그 일부를 土地留保基金으로 적립하도록 하여야 할 것이다. 이것은 특히 최근에 土地綜合稅制의 실시, 地價公示法에 의한 地價體系의 一元化, 官認契約書

31) 다만, 土地超過利得稅는 未實現 開發利益을 환수하는 제도로서 憲法裁判所에서 憲法不合致決定(1994. 7. 29. 92 헌바 49)을 받은 바 있다. 따라서 이를 폐지하고 종합 토지세를 보강하거나 양도소득세에 흡수·통합하거나 또는 수익자부담금제를 강화하는 것이 바람직할 것이다.

32) 鄭鳳輝, 「韓國의 土地問題와 土地政策」, 성균관대 경영대학원, 1985, p.118.

의 도입에 의한 實去來價格反映 등으로 인하여 租稅收入이 크게 증가하고 있는데, 이에 대한 租稅抵抗을 극소화시키고 國民의 受容性을 얻기 위해서도 필요한 방안이 될 것이다.

5. 土地貯藏制度의 導入

土地貯藏制度란 國家나 公共團體가 公共事業 특히 開發事業을 수행하기 위해 個人의 土地를 일시적으로 公所有化하여 開發事業을 완수한 후에는 再私有化하도록 하는 제도로서, 土地의 國·公有化는 구별된다. 이것은 國家·公共團體는 土地收用權 또는 先買權의 행사에 의하여 취득한 土地로써 開發事業을 완수하여 取得目的이 실현되면, 즉시 建築義務者 또는 土地過少保有者 등에게 造成된 土地를 再讓渡하지 않으면 안되는 제도이다. 다만, 公共施設用地·變換地 등의 경우에는 재양도하지 않을 수 있다. 이 제도는 독일에 실시되고 있는데, 公共事業의 수행을 통한 公益增進으로부터 再私有化를 통한 所得再分配까지 그 과정이 신속하게 진행된다는 점에서 示唆하는 바 크다.

이러한 土地貯藏制度를 우리나라에 導入하는 方案을 제시해 보면 다음과 같다. ① 事業主體는 國家 또는 地方自治團體에 국한하여야 할 것이다. 이것은 再私有化하는 과정에서 公正性을 보장하기 위한 것이다. ② 公共事業의 範圍는 住宅의 建設 또는 宅地의 造成에 관한 사업(토지수용법 제3조5호), 國民住宅 및 국민주택과 동일규모의 住宅建設(주택건설촉진법 제34조1항), 農地改良事業 또는 농가주택개량사업(농촌근대화촉진법 제154조1항) 등 서민생활의 福祉向上을 위한 事業을 적용대상으로 할 것이다. 이것은 이 제도를 所得再分配라는 社會政策的 次元에서 활용하기 위한 것이다. ③ 事業을 완수한 후 再私有化하는 과정에서 讓受人資格은 당해地域의 土地所有者 및

기타 權利者, 庶民住宅 建設業者, 無住宅者, 小作農 등에 국한할 것이다. 이것은 당해지역 土地所有者등의 權益을 보호하고 建設景氣를 부양하며 저소득층에게 所得을 再分配하는 효과를 얻기 위한 것이다.

요컨대, 土地貯藏制度는 公共事業으로 인한 開發利益을 低所得層에게 再分配하는 제도로서 일정한 開發事業에 적용할 만한 가치가 있다 하겠다.

第 3 節 公共事業別 用地取得方案

위에서 現行 公共用地 取得(狹義)制度上的 問題點과 改善方案을 연구하고, 公共用地 取得(廣義)方法의 轉換을 통한 改善方案도 살펴 보았다. 그러나 現代福利國家에서 이러한 公共用地 取得制度上的 改善方案과 取得方法의 轉換方案을 一律적으로 모든 公共事業에 적용하는 것은 法制的·平面的 接近方法으로서 實際的·運用上에는 限界가 있을 것이므로, 公共事業의 性格에 따라 取得(廣義)方法을 달리하는 方案도 모색되어야 할 것이다. 특히, 오늘날 公共性概念의 확대추세와 더불어 都市計劃事業(도시계획법)뿐만 아니라 垜地造成事業(주택건설촉진법)·宅地開發事業(택지개발촉진법)·工業團地開發事業(산업입지및개발에관한법률) 등 大單位 公營開發事業이 급증하고 있는 실정에 비추어 볼 때, 公共事業의 性格과 對象地域의 特性에 따라서 取得方法과 補償方法을 달리하는 것이 利益衡量의 原則을 통한 公益과 私益의 調和 또는 私有財產權 保護와 用地取得의 效率性提高를 위하여서도 필요한 일일 것이다.

公共事業의 種類는 여러가지로 나눌 수 있으나, 여기에서는 本 研究의 目的에 비추어 公共事業을 都市計劃事業, 新都市開發事業 및 垜建設事業으로

나누어, 각 公共事業의 目的·性格 및 規模와 地價·用途地域·地目 및 地域住民의 性向과 分布 등 對象地域의 特性에 따라, 全面買收方式, 區劃整理方式, 先買制度 등 여러가지 取得方法 중 어떤 方法이 적합할 것인가, 그리고 金錢補償과 現物補償, 財産權補償과 生活權補償 등 補償의 方法과 內容은 어떤 것이 적합할 것인가를 살펴보고자 한다.

1. 都市計劃事業上 公共施設用地의 取得

1) 都市計劃事業과 對象地域의 特性

都市計劃事業은 都市의 建設·整備·改良 등을 위한 都市計劃을 시행하기 위한 事業을 말한다(도시계획법 제1조 참조). 都市計劃事業은 都市地域(都市計劃區域)을 대상으로 하며 個別的 施設을 위한 點線的 開發事業으로서 그 規模는 비교적 작은 편이나 對象地域의 地價가 높고 일반적으로 住民의 生活水準이나 權利意識이 비교적 높은 편이다. 따라서 都市計劃事業에 필요한 公共用地의 取得에는 여러가지 어려움이 다르지만, 특히 都市計劃施設에 필요한 公共施設用地의 取得은 公共性이 강하여³³⁾ 利益衡量은 쉬운 편이나 目的物이 일단 公共施設用地로서의 適格성을 갖추어 立地選定되면, 다른 土地로써 代替하거나 재조정하기가 어렵고, 또한 公共施設의 種類에 따라서 그 地域의 地價가 급상승하거나 급하락하게 되어 取得하고자 하는 用地의 補償價格의 決定도 어렵게 된다. 예컨대, 道路·學校·廳舍 등의 公共施設(便益施設)의 경우에는 周邊地價가 상승하는 반면에, 鐵道·矯導所·쓰레기處理

33) 都市計劃施設事業의 경우, 대부분이 都市地域內에서 소규모 補償으로 이루어지기 때문에, 時價補償 이외의 문제는 발생하지 않으며 公共性이 강하여 地域住民과의 마찰은 비교적 적은 편이라 하겠다(國土開發研究院, 「公用收用に 따른 損失補償制度 研究(I)」, 1989, p.91).

場 등의 公共施設(嫌惡施設)의 경우에는 周邊地價가 하락하게 되어, 開發利益의 排除와 開發損失의 補償 문제가 대두된다.

2) 都市計劃事業上 公共施設用地的 取得方案

都市計劃事業上 公共施設用地的 取得方案은 公共施設의 種類에 따라 달라질 수 밖에 없다. 여기서 道路, 公園, 學校, 쓰레기處理場 등 주요 公共施設別로 用地取得上의 問題點을 검토하고 用地取得의 方案을 제시해 보면 다음과 같다.

(1) 公共施設別 用地取得의 問題點

① 道路 : 도로는 形狀이 대단히 길어 많은 筆地의 土地를 확보하여야 하며 土地의 일부편입으로 殘餘地가 많이 생겨 그 처리문제가 어렵다³⁴⁾. 또한 주변의 土地價格을 급상승시켜 代替地 확보가 어렵고 영세 점포나 사업장에 대한 補償에 어려움이 따른다.

② 公園 : 공원은 서비스面積의 비율이 높아 市街地內에서 확보하기가 어렵다. 都市自然公園의 경우에는 自然的인 形狀을 그대로 보존하면서 土地所有者에게 行爲制限義務를 부과하여 財産權行使를 제한하게 되는데, 여기서 損失補償의 문제가 대두된다.

③ 學校 : 학교는 쾌적한 環境을 요구하며 학생수를 예상하기 어려워 사전에 적정한 규모의 用地를 확보하기가 어렵다. 학교는 일반적으로 주변의 土地價格을 상승시키지만 近接한 住宅地의 가격은 오히려 하락시키기도 한다.

④ 쓰레기處理場 : 쓰레기처리장은 주변 地域住民의 生活環境에 극심한 피해를 주고 地價의 하락을 초래하여, 지역주민의 저항이 Nimby현상으로 나타나고 있다. 立地選定에 각별한 주의가 요구되고 開發損失 補償의 문제가 대두된다.

34) 道路事業의 경우 所有土地의 일부편입으로 殘餘地처리에 다소 애로가 있는 반면, 開發利益을 지역주민이 대부분 還給받게 됨에 따라 民願이 발생하는 빈도는 적다(國土開發研究院, 「前掲書」, 1989, p.90 참조).

(2) 公共施設別 用地取得의 方案

① 道路 : 道路用地는 公共성과 非代替性이 강하고 立地選定이 엄격하므로 正當한 補償을 전제로 全面買收方式에 의하되, 對象地域의 殘餘地정도와 隣近地域의 地價上昇을 고려하여 경우에 따라서는 區劃整理方式을 절충하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 事業地區內 土地所有者에 대하여 殘餘地의 유무와 이용가능성에 따라 補償方法을 달리하여, 위치와 규모에 있어서 이용가능한 잔여지가 있는 소유자에게는 金錢補償을, 그렇지 않은 所有者에게는 現物補償을 함으로써 開發利益의 환급을 조절하고, 地區外 토지소유자에 대하여 地價상승 정도에 따라 開發利益을 환수하는 방안이 강구되어야 할 것이다.

② 公園 : 公園用地는 가급적 國·公有地를 이용하되, 個人의 土地를 사용하는 경우에는 都市自然公園에 대한 損失補償의 문제를 立法的으로 해결하여야 하고, 公園指定目的에 위배되지 않는 범위내에서 土地所有者의 行爲制限 義務를 완화하여야 할 것이다.

③ 學校 : 學校用地는 상대적으로 立地選定에 탄력성이 있으므로 先買制度를 활용하는 것이 바람직할 것이다. 學校用地로서 適格성을 갖춘 土地를 여러 개 선정한 후 先買權 行使를 시도하여 그 중에서 協議가 성립하는 用地를 취득한다면, 私權侵害를 극소화하면서 用地取得을 원활히 할 수 있을 것이다.

④ 쓰레기處理場 : 쓰레기處理場用地는 가급적 國·公有地를 이용하도록 하며, 個人의 土地를 取得하는 경우에는 編入用地에 대한 補償뿐만 아니라 周邊土地에 대한 開發損失의 補償까지 배려하여야 할 것이다.

2. 新都市開發事業上 住居用地의 取得

1) 新都市開發事業과 對象地域의 特性

新都市開發事業은, 前述한 取得事例 중 事業主體別 分析에서 보았듯이, 住

宅建設促進法 또는 宅地開發促進法에 의하여 서울을 비롯한 大都市 주변지역을 대상으로 하고 있다. 이러한 新都市開發事業은 面的 開發事業으로서 그 規模가 크고 對象地域의 地價는 비교적 높은 편이며, 地域住民의 性向은 도시빈민·철거민 거주지역, 자연농·영세농어민 거주의 자연집단부락, 농·축산업 자연부락, 농민·도시빈민 혼재지역, 영세상·공업자 혼재지역 등 다양하며, 生活水準은 낮은 반면 최근 權利意識은 점차 높아져 가고 있다. 따라서 公共性概念에서 公益과 私益의 比較·衡量부터 어렵고 立地選定과 目的物の 範圍設定에도 어려움이 따르지만, 무엇보다도 地域住民의 生活基盤상실에 대한 補償問題, 특히 移住對策 등 生活權補償의 문제가 심각하게 대두된다³⁵⁾.

2) 新都市開發事業上 住居用地的 取得方案

新都市開發事業上 住居用地的 取得은 特例法 또는 收用法에 의한 全面買收方式을 택하되, 區劃整理方式을 절충하는 것이 바람직할 것이다. 損失補償에 있어서는 특히 移住對策, 營農·營業補償, 失職等補償, 殘餘地補償 기타 生活權補償에 있어서 社會政策的 배려가 필요할 것이고, 또한 金錢補償과 現物補償을 적절히 조화시켜 土地所有者들에게 換地, 아파트 또는 상가분양권을 제공함으로써 지역주민과의 마찰을 줄이고 私權保護와 더불어 用地取得의 效率性을 제고하여야 할 것이다. 또한 協議買收者와 收用取得者간에 補償價格의 불균형을 해소하고, 事業地區內 土地所有者에 대한 開發利益의 排除와 地區外 토지소유자에 대한 開發利益의 還收가 조화를 이루도록 하여야 할 것이다.

35) 宅地事業의 경우 대부분 영세민 밀집지역인 都市 변두리지역을 개발하게 됨에 따라 다수의 移住民이 발생하며 대단위 面的開發로 地域住民의 生活基盤을 상실하게 되고, 開發利益이 公共部門에 還收되어, 期待利益의 상실에 따른 추가보상 요구는 물론 社會政策的 次元의 生活維持對策까지 요구하게 된다(國土開發研究院, 「前揭書」, 1989, pp.90-91 참조).

또는 立地選定에 탄력성이 있는 경우에는 과감하게 地帶收用方式을 도입·적용할 수도 있을 것이다.

3. 댐建設事業上 産業用地의 取得

1) 댐建設事業과 對象地域의 特性

댐建設事業은 山地·河川·農耕地 등 자연적 立地與件을 갖춘 지역을 대상으로 하고, 그 規模가 크고 對象地域의 地價는 비교적 낮은 편이며, 地域住民의 性向은 자영농·영세농민, 농·축산업자 또는 영세상공업자가 대부분이고, 生活水準과 學力이 낮고, 權利意識도 낮은 편이다. 댐建設事業은 다른 公共事業과 달리 주변지역의 地價가 하락하여 開發損失의 문제가 발생하고, 水沒民에 대한 移住對策 등 生活權補償, 특히 間接補償의 문제가 대두된다³⁶⁾. 즉, 댐建設事業은 다른 公共事業과 다른 특수성으로 被補償者와 인근 지역주민들에게 不利益을 초래함에도 불구하고, 상당한 利益을 주는 道路事業(도시계획사업), 大單位團地造成事業(신도시개발사업) 등 여타 公共事業과 같이 收用法과 特例法 등을 기준으로 補償하고 있어 문제되고 있다³⁷⁾.

2) 댐建設事業上 産業用地의 取得方案

댐建設事業上 産業用地의 取得은 立地與件上 적합하다면, 國·公有地를 이용하거나 先買制度를 활용할 것이지만, 그렇지 못한 경우 全面買收方式을

36) 댐事業의 경우 대부분의 地域住民이 農業에 종사하고 있는 관계로 土地, 建物 등 對物補償 이외에 生活基盤상실에 따른 對策과 離農費, 失農費 및 間接補償의 요구가 많다(國土開發研究院, 「前掲書」, 1989, p.91 참조).

37) 댐建設事業과 他事業의 特性을 비교하면 다음과 같다(孫鎭相, 「前掲論文」, 1996. 2. 참조).

택하되, 事業地區內 土地所有者등 水沒民에 대한 移住對策, 營農·營業補償, 離農費, 殘餘地補償 등 生活權補償에 충실하여야 하고, 특히 地區外 주변지역의 비편입 토지소유자등에 대하여 農耕地·建物등의 間接補償, 營業의 間接補償, 少數殘存者補償 등 間接補償에 만전을 기하여야 할 것이며, 기타 開發損失의 補償도 인정하여야 할 것이다.

區 分	道路事業	大單位圍地造成事業	댐事業
土地編入정도	소규모 토지일부 편입	대규모 토지전부 편입	대규모 토지전부 편입
殘餘土地영향	지가 상승	지가 상승	지가 하락
損失補償 生計對策	時價補償	代土가능한 보상액 공단, 인근지역 취업 등으로 생계대책 가능	낮은 보상액 취업 어려움 등으로 생계대책마련에 장기간 소요
周邊地域영향	개발촉진	개발촉진	낙후 유발
총 합	상당한 利益	원래상태 維持가능	원래상태보다 不利

第 6 章 結 論

本 研究는 現行 公共用地 取得制度上 公益과 私益의 調和에 關하여 法理的으로 研究하고, 公共用地 取得實績과 民願內容 및 관련判例를 實證的으로 分析한 후, 公共用地 取得에 있어서 公益과 私益의 충돌요소 및 私權侵害의 問題點을 分析하고, 그 政策代案을 제시하였다.

(1) 公共用地 取得制度의 法理的 分析에서는 現行 公共用地 取得(狹義)制度에 있어서 取得要件과 取得過程上 公益과 私益의 調和內容을 法理的으로 研究·分析하였는데, 그 分析結果는 다음과 같다.

첫째, 特例法에 의한 協議取得은 私法上의 契約에 의한 取得으로서 公權力의 개입을 배제하고 있을 뿐만 아니라, 收用法과의 關係에 있어서도 必要的 先行節次의 關係로서 特例法에 의한 任意的 方法이 不可能한 경우에만 收用法에 의한 強制的 方法으로 이행할 수 있다고 해석된다. 特例法과 收用法은 公共性(公益性) 概念의 判斷基準에 關하여 公共事業(公益事業)의 範圍를 法定化하고 있고(특례법 제2조2호, 수용법 제3조), 事業認定·裁決 등의 단계를 거치면서 그 概念이 縮小·精密化되고 具體化되도록 하고 있다. 그러나, 궁극적으로는 公益과 私益을 比較·衡量하여 個別的·具體的으로 결정하여야 한다고 해석된다. 特例法과 收用法은 取得(收用)의 目的物의 範圍에 關하여 土地所有權등 일정한 財產權을 限定的으로 열거하여 法定化하고 있고(특례법 제2조1호, 수용법 제2조), 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 裁決 등의 단계를 거치면서 그 範圍가 具體化되고 있다. 그러나, 이러한 目的物의 範圍內에 속하는 土地등이라고 하더라도 다시 非代替性과 必要的 最小限이라는 要件을 갖추어야 구체적으로 特定한 公共事業에 제공될 수 있다고 해석된다.

둘째, 特例法은 公共用地取得에 있어서 一連의 節次를 거칠 것을 엄격히 요구함으로써 자의적인 特例法適用에 의한 取得을 방지하여 私權保護에 충실하고 있다. 收用法은 特例法上の 協議取得이 不可能한 경우에만 適用될 뿐만 아니라, 收用法 適用段階內에서도 協議(公法上契約)가 成立되지 아니하는 경우에만 裁決(行政行爲)에 의한 取得이 가능하도록 함(동법 제25조)으로써 가급적 當事者의 合意에 의한 취득방법을 택하고, 부득이한 경우에 최종적 수단으로서 權力的 單獨行爲에 의하도록 하고 있다. 收用法은 公共用地取得에 있어서 一連의 節次를 거칠 것을 엄격히 요구하고 있는데, 이것은 收用法에 의한 取得이 公權力의 주체로서 優越的 地位에서 契約自由의 原則을 제한 내지 배제함으로써 私權侵害의 우려가 큰 점에 비추어, 收用者와 被收用者간의 상반되는 利害關係를 調節하기 위한 것이다. 또한, 事業認定, 土地·物件調書의 作成, 協議, 裁決 등 각 단계별 取得過程에서도 公權과 私權의 조화를 위한 배려를 하고 있다.

셋째, 特例法과 收用法은 完全補償(正當한 補償)의 原則을 실현하기 위하여 補償目的物을 法定化하고 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則을 규정하고 財産權補償 뿐만 아니라 生活權補償까지 인정하고 있다. 또한, 補償額算定の 客觀性과 公正性을 위해 補償額算定の 基準과 方法을 法定化하고, 補償評價機關을 獨立化·專門化시키고 있다.

(2) 公共用地 取得의 實證的 分析에서는 1980년부터 1994년까지 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 公共用地 取得(狹義)事例를 분석한 후 1962년부터 1996년까지의 관련 判例를 살펴보았다. 즉, 行政府 및 그 機關 또는 公共團體(公社)의 取得事例로서 全國의 公共用地取得 및 補償實績과 事業主體別 取得實績을 분석하고 公共用地 取得過程上的 民願內容을 분석한 후, 大法院의 相關 判例를 取得過程別로 살펴보았는데, 그 分析結果는 다음과 같다.

첫째, 全國의 公共用地取得 및 補償實績을 取得方式別·年度別로 總括分析한 結果는 다음과 같다.

1970년대 후반에서 80년대 초반까지는 權威主義 政治體制下에서 地價上昇에 대한 대책 또는 投機對策으로서 政府의 8·8조치 및 公概念導入 意志表明 등으로 地價는 비교적 안정되었으나 國民의 權利意識은 위축되었고, 따라서 1980년에 면 적기준으로 特례법상의 협의 취득율이 71.2%로 나타나는 등 特례법상의 협의에 적극적, 자발적으로 협력하였던 것으로 보인다. 그러나, 1987년 民主化의 熱望과 6·29선언의 영향으로 國民의 權利意識이 고양되어 새로운 樣相이 나타나, 87년에는 57.5%로 나타나는 등 特례법상의 협의에 의한 취득율이 낮아지고 재결 취득율이 높아졌으나, 이때까지는 特례법상의 협의 취득이 주류를 이루고 있었다. 그러다가 88년 올림픽이후 地價폭등을 계기로 公概念관련 法律의 制定등 강력한 不動產投機對策의 영향으로 종래의 樣相으로 회귀하여, 89년에는 82.7%로 나타나는 등 特례법상의 협의 취득율이 대폭 상승, 수용법상의 협의 취득율을 압도하였던 것으로 보인다. 그러나 1991년부터, 정부의 강력한 투기대책으로 地價는 안정되었으나 그에 대한 반작용으로서 일부 공개념관련법률의 위헌논의 등 私權侵害의 문제가 제기되면서, 다시 새로운 樣相이 나타나 91년에는 50.5%로 나타나는 등 特례법상의 협의 취득율이 대폭 감소하기 시작하였고, 93년 文民政府의 출범으로 93년에는 35.2%로 나타나는 등 特례법상의 협의 취득율이 더욱 감소하여 수용법상의 협의 취득이 오히려 주류를 이루고 있는 것으로 분석된다.

위 分析의 結果에서, 앞으로 民主化의 定着과 地價의 安定 아래에서 特례법상의 협의에 의한 취득율은 30%내외를 유지할 것으로 예측할 수 있을 것이다. 즉, 特例法에 의한 취득의 비중이 낮아지고 收用法에 의한 취득이 주류를 이루게 될 전망이다. 그러나, 이러한 現象은 公權과 私權의 마찰을 잠재하고 있고 用地取得의 效率性을 저해하는 결과를 초래할 것이다. 따라서 特例法의 修正補完을 통하여 特례법상의 협의 취득율을 높이는 방안을 강구

하든지 또는 特例法을 收用法에 統폐합하여 取得方法을 一元化하는 방안이 요청된다 하겠다.

둘째, 대표적인 公共事業主體인 大韓住宅公社와 韓國土地公社의 公共用地 取得過程上의 民願內容 및 對應方案을 分析한 結果는 다음과 같다.

그동안 民願은 주로 補償價格에 대한 불만이 주종을 이루었으나, 차츰 移住對策이나 間接補償차원의 生活權補償 요구, 그리고 公營開發方式 반대(區劃整理方式 요구) 또는 除斥(用地編入除外) 요구 등으로 그 樣相이 변모되어 왔고, 최근에는 生計維持·生活對策차원의 生活權補償까지 요구하기에 이르렀으며, 民願提起方法도 점차 組織化·集團化되고 있는 것으로 분석된다. 民願內容은 대체로 1988년 이전에는 公營開發 反對, 補償價格의 現實化 또는 移住對策 요구에 집중되어 있었으나, 1989년부터 평촌, 분당, 일산 등 대단위 신도시개발사업의 추진을 분기점으로 生計維持·生活對策 개념의 生活權補償까지 요구하기에 이른 것으로 나타나 있다.

그러나, 事業主體는 그동안 이러한 民願의 變化推移에 적절하게 대응하지 못하고, 조직적 집단행동에 밀려 補償價格인상에 급급하거나 移住對策차원의 生活權補償에 머무르는 등 수동적으로 대처해 온 것으로 분석된다. 앞으로는 이러한 民願의 變化에 적극적·능동적으로 대처하여 단순히 時價補償에 집착할 것이 아니라 生計維持차원의 生活權補償 또는 取得方法과 補償方法의 전환을 통하여 진정한 公益과 私益의 調和 또는 完全補償의 原則을 실현하는 방안이 요청된다 하겠다.

(3) 公共用地取得의 政策方向에서는 公益과 私益의 調和라는 관점에서 現行 公共用地 取得(狹義)制度上의 問題點과 改善方案을 法理的으로 연구한 후, 公共用地 取得(廣義)方法의 轉換을 통한 改善方案 및 公共事業別 用地取得方案을 연구하였는데, 그 研究結果는 다음과 같다.

첫째, 公共用地 取得制度上의 問題點과 改善方案으로서 特例法과 收用法

에 의한 取得要件과 取得過程에 있어서 現行制度는 公益과 私益의 調和라는 관점에서 어떤 問題點이 있으며 改善方案에는 어떠한 것들이 있는가를 연구한 結果는 다음과 같다.

特例法과 收用法의 關係에 관하여, 前者가 後者의 必要的 先行節次의 關係에 있다는 것을 明文化하여야 할 것이다. 그러나, 장기적으로는 兩法을 統合·調整하여 一元化하는 것이 더욱 바람직할 것이다. 特例法과 收用法에 의한 用地取得은 取得의 法的 性格과 節次에 있어 서로 다를 뿐, 當事者, 目的物, 事業의 公共性 및 損失補償의 基準과 方法 등에 있어서는 서로 一致하거나 相互 依存·補完하는 關係에 있고, 特例法에 의한 取得이 私法上 契約에 의한 任意的 取得으로서 公權力의 개입을 배제함으로써 일응 私權保護에 이바지하고 있음은 부인할 수 없으나, 이를 必要的 先行節次로 함으로써 特別法上의 協議取得과 收用法上의 協議 또는 裁決取得 사이에 價格時點의 차이로 인한 補償額의 不均衡을 초래하는 역기능도 있으며 또한 特例法은 暫定的·限時的 性格을 띠지 않을 수 없다는 점에 비추어 볼 때, 차제에 차라리 特例法을 改廢하여 收用法으로 統合·調整하여 一元化하되, 特別法上의 私權保護에 관한 규정과 그밖에 여러가지 改善策을 반영하여야 할 것이다. 公共性概念의 擴大解釋을 방지하기 위하여 그 理論的 判斷基準을 立法化하고 公共事業(公益事業)의 範圍도 보다 具體的·個別的으로 규정하여야 할 것이다. 다만, 公共性概念의 확대추세에 부응하여 土地利用計劃을 위한 收用, 私人을 위한 收用을 인정하되, 利益衡量의 原則(比例의 原則)에 의하여 私權侵害를 방지하여야 할 것이다. 取得(收用)의 目的物에 있어서 非代替性과 必要한 最小限이라는 要件을 明文化하여야 할 것이다. 다만, 目的物의 확장추세에 부응하여 地帶收用을 인정하되, 要件과 節次의 엄격화, 現物補償의 확대 등을 통하여 私權侵害를 방지하여야 할 것이다.

特例法에 의한 取得過程(節次)에 있어서, 現行法은 土地·物件調書의 作成

단계부터 규정하고 있으나, 그 이전의 公共事業의 施行告示 단계부터 규정하고, 그 단계별 取得節次의 內容도 보다 具體적으로 개편하고 住民參與節次를 확대함으로써 節次의 嚴格化·具體化·民主化에 의한 公權과 私權의 조화를 도모하여야 할 것이다. 收用法에 의한 公共用地 取得過程(節次)에 있어서, 그 節次를 보다 嚴格化·具體化하고 土地所有者등 被收用者의 參與를 확대하여 節次의 民主化를 도모하여야 할 것이다. 특히, 事業認定 단계에서 事業認定의 要件을 구체적으로 규정하고, 事業認定 申請이 있는 후 土地所有者등에게 事業內容을 通知할 때 事業認定申請書사본을 첨부하도록 하여 事業認定申請事由에 대한 意見陳述을 권고·유도하여야 할 것이다. 裁決단계에서도 裁決機關인 土地收用委員會를 合理的으로 개편하고 그 獨立性を 強化하여야 할 것이다.

損失補償에 있어서, 現行制度는 補償過程의 能率性和 補償價格의 合理性에만 치중하여 왔으나, 補償目的物의 擴大, 補償方法의 轉換 등을 통해 진정한 完全補償의 原則을 실현함은 물론, 補償에 의한 富의 再分配 등 社會政策的·土地政策的 配慮까지 하도록 개선되어야 할 것이다. 損失補償의 基準과 方法에 관한 諸原則을 보완·개선하고, 補償目的物을 확대하며 生活權補償制度를 보강·법제화하여 正當한 補償을 실현하여야 할 것이다. 특히, 時價補償의 原則에 있어서 價格時點을 조정하여 特例法上의 協議取得, 收用法上의 協議 또는 裁決取得간에 衡平性を 확보하고, 開發利益의 排除를 合理的으로 개선하여 地域住民간에 開發利益의 公正한 分配를 도모하여야 할 것이다. 또한, 金錢補償의 原則에서 現物補償의 範圍를 확대하여 開發利益의 일부를 土地所有者등에게 還給하여야 할 것이다. 그리고, 生活權補償에 관한 규정을 法制的으로 體系化하고 補償目的物을 더욱 확대하여 權利金 등 慣習法上의 權利에 대한 보상을 인정하고 間接補償의 範圍도 확대하여 開發損失에 대한 보상을 인정하여야 할 것이다. 補償評價制度에 있어서도, 補償額算

정의 基準과 方法에 관한 규정을 보다 구체화하고, 評價機關의 專門性·獨立性을 더욱 강화하여 公正하고 適正한 평가를 도모하여야 할 것이다.

둘째, 公共用地 取得方法의 轉換을 통한 改善方案으로서 現行 用地取得方法 중에 先買制度和 區劃整理方式을 보완·활용하는 방안을 연구하고, 그밖에 公益과 私益의 調和에 충실한 外國制度의 도입방안을 연구한 結果는 다음과 같다.

現行 先買制度는 그 要件과 節次가 불분명한데, 이것을 補完하여 活用하면, 私權侵害를 극소화하면서 公共用地를 효율적으로 取得할 수 있을 뿐만 아니라 地價安定과 不動產去來秩序도 확립할 수 있을 것이다. 先買權을 公共用地取得을 目的으로 하는 경우에 한하여 인정하되, 協議先買 뿐만아니라 強制先買까지 인정하여 實效性 있는 제도로 활용하여야 할 것이다. 최근 大單位 公營開發事業에 있어서 거의 대부분 全面買收方式(協議 또는 收用取得)에 의존하고 있는데, 앞으로는 住宅建設促進法·宅地開發促進法 등 관계 법령을 개정하여 區劃整理方式의 適用을 확대함으로써 公益과 私益의 조화를 도모하여야 할 것이다. 또한, 外國의 地帶收用制度를 도입하여 당해 公益事業에 직접 必要한 範圍를 넘어서 附近一帶의 土地를 一括取得하는 地帶收用을 인정하되, 그 要件과 節次를 엄격히 하고 區劃整理方式을 接合시켜 私權의 保護와 開發利益의 公有化를 함께 도모하여야 할 것이다. 土地留保制의 擴充은 현재의 재정형편으로는 어렵겠으나, 앞으로 開發利益의 還收制度和 土地稅制에 의하여 확보한 財政收入의 일부를 土地留保基金으로 적립하였다가 이 基金으로 國公有地를 확대·비축해 나가도록 하여야 할 것이다. 그밖에, 土地貯藏制度를 도입하여 公共事業으로 인한 開發利益을 土地所有者등과 低所得層에게 단기간에 再分配하도록 하여야 할 것이다.

셋째, 公共事業別 用地取得方案으로서 公共事業의 性格과 對象地域의 特性에 따라서 取得方法和 補償方法을 달리하는 方案을 연구한 結果는 다음과

같다.

都市計劃事業은 주로 公共施設을 위한 點線的 開發事業으로서 公共施設의 種類에 따라 그 用地의 取得方法을 달리하여야 할 것이다. 즉 道路用地는 公共성과 非代替性이 강하고 立地選定이 엄격하므로, 全面買收方式에 의하되, 경우에 따라서는 區劃整理方式을 절충할 것이고, 學校用地는 상대적으로 立地選定이 탄력적이므로, 先買制度를 활용할 것이며, 公園用地나 쓰레기처리장은 가급적 國公有地를 이용하도록 할 것이다. 新都市開發事業은 대규모 面的 開發事業으로서 그 用地取得은 全面買收方式에 의하되, 區劃整理方式을 절충하거나, 生活權補償과 現物補償을 강화할 것이며, 開發利益의 배제와 開發利益의 환수가 조화를 이루도록 하여야 할 것이다. 氾建設事業上 用地取得은, 國·公有地를 이용하거나 先買制度를 활용할 수 없다면, 全面買收方式에 의하되, 生活權補償을 강화할 것이며, 間接補償 또는 開發損失의 補償에도 만전을 기하여야 할 것이다.

(4) 本 研究는, 公共用地取得과 損失補償에 관한 종래의 研究가 取得(收用)의 效果인 損失補償에 집중되어 「正當한 補償」을 통하여 公益 또는 用地取得의 效率성과 私益 또는 私有財産權 保護의 調和를 도모하려고 하고 있으나, 이러한 단편적 接近方法은 現實問題의 解決方案으로서는 限界가 있다고 보고, 公共用地取得과 損失補償 전반에 걸쳐, 즉 取得(收用)의 要件과 節次 및 效果에 過程中心的으로 接近하여 私權保護라는 시각에서 종합적·체계적으로 問題의 解決方案을 모색하려고 하였다. 그러나 本 研究는 다음과 같은 限界와 課題를 남겨두고 있다.

첫째, 本 研究의 궁극적 목적은 公共用地의 取得에 있어서 公益(用地取得의 效率性)과 私益(私有財産權 保護)의 調和를 달성하는데 있으나, 주로 取得過程上 公益과 私益의 충돌요소를 추출하여 소극적으로 私權侵害의 問題를 해소하는 方案의 모색에 치중함으로써 결과적으로 公益을 적극적으로 증

進시키는 方案의 모색에는 소홀한 점을 부인하기 어렵다.

現行 公共用地 取得(狹義)制度上的 問題點과 改善方案에 있어서 주로 法理的, 制度的 접근에 치우쳐 事業主體가 公共事業을 추진하고 公共用地를 取得하는 과정에서 실제 運用上 부딪치는 어려움을 감안하지 않은 점도 극복하여야 할 課題로 남겨두고 있다.

둘째, 本 研究는 公共用地의 取得事例로서 取得實績과 民願內容 및 관련 判例를 分析하고 있으나, 統計資料의 제약으로 그 範圍가 狹義의 取得方法(全面買收方式)에 국한되어 있고, 특히 事業主體別 取得實績과 取得過程上的 民願分析은 주택공사와 토지공사의 대단위公營開發事業上 住居用地의 取得實績과 民願內容을 중심으로 분석하고 있고, 取得過程別 判例分析도 評釋이 絶여되어 있다는 점에서 研究의 限界를 나타내고 있다.

取得事例가 狹義의 取得方法에 국한된 것은 本 研究의 目的 및 分析의 틀에 비추어 일응 타당하다고 볼 수도 있으나, 廣義의 取得方法과 相互比較的 觀點에서 분석할 수 없는 결과를 초래하고 있다.

取得過程上的 民願分析에서 주택공사와 토지공사의 事例는 宅地開發促進法과 住宅建設促進法에 근거한 用地取得과 民願內容을 대상으로 하고 있는데, 兩法은 公共事業(事業認定), 目的物, 損失補償 등에 있어서 부분적으로나마 收用法에 대한 特例를 규정하고 있다는 점에서, 收用法과의 상호연계성이 부족하다는 批判을 면할 수 없을 것이다. 또한 이 事例는 주로 新都市開發事業上 住居用地를 대상으로 하고 있고, 都市計劃事業上 公共施設用地나 産業基地開發事業上 工業·産業用地의 取得事例에 대한 분석이 絶여되어 있다는 점에서도 限界를 나타내고 있다. 또한, 民願分析이 직접 Survey나 Interview를 통하여 實態와 意識을 파악하지 못하고 兩公社의 기존자료를 활용한 점에서 適實性이 부족하다는 점도 극복하여야 할 課題로 남겨두고 있다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

- 姜 珉·金錫俊 外, 「國家와 公共政策」, 법문사, 1991.
- 姜信澤, 「社會科學研究的 論理」, 박영사, 1991.
- 建設交通部, 「建設交通 統計年報(建設部門)」, 1995.
- _____, 「建設統計年報」, 1987.
- _____, 「國土利用에 관한 年次報告書」, 1996.
- _____, 「收用 및 補償便覽」, 1992.
- _____, 「地價公示에 관한 年次報告書」, 1996.
- _____, 「韓國의 土地政策」, 1986.
- 高翔龍, 「民法學特講」, 법문사, 1995.
- 郭潤直, 「物權法」, 박영사, 1993.
- _____, 「民法總則」, 박영사, 1993.
- 國際不動產學會, “대만의 토지개혁훈련소와 土地改革事業에 대한 소개”, 「土地와 建物」 제8호, 1993.
- 國土開發研究院, 「各國의 土地政策」, 1980.
- _____, 「公用收用に 따른 損失補償制度 研究(I)」, 1989.12.
- _____, 「公用收用に 따른 損失補償制度 研究(II)」, 1990.12.
- _____, 「公的 土地備蓄擴大 및 管理改善方案 研究」, 1989.
- _____, 「先買制度 活性化方案 研究」, 1991.
- _____, 「綜合土地政策에 관한 研究」, 1984.
- _____, 「土地基本法制定에 관한 公廳會 結果報告書」, 1990.
- _____, 「土地政策에 관한 討論會 結果報告書」, 1984.
- _____, 「土地合同開發方式의 具體的 導入方案 研究」, 1986.

- 金庚烈, 「土地公法」, 사법행정문화원, 1995.
- 金圭定, 「行政學原論」, 법문사, 1997.
- 金基玉, 「公共用地取得 및 損失補償의 問題點과 改善方案」, 「土地研究」, 1993. 10.
- 金南辰, 「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.
- _____, 「行政法 I」, 법문사, 1995.
- _____, 「行政法 II」, 법문사, 1994.
- _____, 「行政法의 基本問題」, 법문사, 1996.
- 金南辰·朴尙熙, 「土地公法論」, 경세원, 1994.
- 金道昶, 「一般行政法論(上)」, 청운사, 1992.
- _____, 「一般行政法論(下)」, 청운사, 1992.
- 金相容, 「土地法」, 법문사, 1988.
- 김상윤, 「土地政策論」, 법문사, 1994.
- 金永鎭, 「不動產學總論」, 법문사, 1985.
- 金昌根, 「補償에 따른 民願類型과 그 解消方案」, 「公共用地取得에 따른 損失補償 制度改善에 관한 세미나」, 한국토지공사, 1988.5.10.
- 金哲洙, 「憲法學新論」, 박영사, 1993.
- 金鐵容, 「開發行政法에 있어서 生活補償에 관한 考察」, 「不動產法學 I」, 한국부동산법학회, 1987.
- _____, 「鑑定評價 및 補償法論」, 법문사, 1990.
- 김태동, 「땅, 투기의 대상인가 삶의 터전인가」, 비봉출판사, 1990.
- 大法院, 公共用地取得 및 損失補償에 관한 判例(1962-1996).
- 大韓住宅公社, 「大單位團地 開發事例研究」, 1987.
- _____, 「住宅統計便覽」, 1995.
- _____, 「土地取得 및 補償制度 比較研究 -公社의 用地業務를 中心으로-」, 1986.
- 文鴻柱, 「韓國憲法」, 해암사, 1990.
- 閔京植, 「土地公概念에의 憲法的 接近」, 「人權과 正義」, 1989.7.

- 朴東緒, 「韓國行政論」, 법문사, 1997.
- 朴尙熙, 「公用侵害의 要件에 관한 研究」, 박사학위논문, 고려대, 1993. 6.
- 朴鈞炳, 「土地收用に 따른 損失補償과 開發利益」, 「人權과 正義」, 1991. 11.
- _____, 「最新 行政法講義(上)」, 박영사, 1996.
- _____, 「最新 行政法講義(下)」, 박영사, 1996.
- 徐元宇, 「公用收用法制에 관한 研究」, 박사학위논문, 서울대, 1973.
- _____, 「補償制度의 當面課題 및 改善方向」, 「公共用地取得에 따른 損失補償制度 改善에 관한 세미나」, 한국토지공사, 1988. 5.
- _____, 「損失補償概念의 擴張論議-收用類似的 侵害理論의 問題點을 중심으로-」, 「考試研究」, 1989. 4.
- 徐鉉錫, 「收用對象土地에 대한 補償額算定 基準과 方法 ; 大法院 判例를 중심으로」, 「人權과 正義」, 1993. 4.
- 石琮顯, 「新土地公法論」, 경진사, 1994.
- _____, 「一般行政法(上)」, 1993.
- 孫鎭相, 「댐建設로 인한 損失補償에 관한 研究」, 박사학위논문, 고려대, 1996.2.
- 宋希誠, 「公用侵害와 公共必要」, 「現代公法論의 研究」(星溪 李葵錫教授 停年紀念 論文集), 1992.
- 廉在善, 「不動産市場 및 投資論」, 성균관대 경영대학원, 1985.
- 오진모, 「債券補償의 必要성과 土地政策」, 「土地研究」, 1994. 5·6.
- 柳在成, 「土地財産權의 社會的 拘束성과 損失補償에 관한 研究」, 박사학위논문, 충남대, 1992. 2.
- 劉鍾海, 「現代行政學」, 박영사, 1996.
- 柳海雄, 「土地公法論」, 삼영사, 1995.
- 李圭惶, 「土地政策과 補償政策의 方向」, 「公共用地取得에 따른 損失補償制度改善에 관한 세미나」, 한국토지공사, 1988. 5.10.
- 李尙圭, 「改正土地收用法의 問題點」, 「判例月報」, 1992.3.
- _____, 「國家補償法」, 법문사, 1995.

- _____, 「新行政法論(上)」, 법문사, 1994.
- _____, 「新行政法論(下)」, 법문사, 1994.
- 李善永, “行政上 損失補償法理와 實際”, 「논문집」, 부산대 행정대학원, 1983. 8.
- _____, 「土地收用과 補償法論」, 법원사, 1995.
- 李世薰, “公共事業과 生活補償의 問題”, 「不動產法學의 諸問題」(石霞 金基洙教授 華甲記念論文集), 1992.
- 李英俊, 「物權法」, 박영사, 1996.
- _____, 「民法總則」, 박영사, 1996.
- 이원준, “土地開發方式의 目的과 展望”, 「地籍」 제18권 9호, 대한지적공사, 1988.
- 李在洪, “土地收用과 관련된 몇가지 問題 : 大法院 判例의 整理를 中心으로”, 「法曹」, 1994. 3.
- 李兌一, “우리나라 土地政策의 史的 考察”, 「土地研究」 제1권 2호, 한국토지공사, 1990.
- 林聖日, “生活補償의 發展方向”, 「土地研究」, 1994. 6.
- 任炯昱, 「鑑定評價 및 補償法規」, 부연사, 1996.
- 鄭鳳輝, 「韓國의 土地問題와 土地政策」, 성균관대 경영대학원, 1985.
- 鄭正佶, 「政策學原論」, 대명출판사, 1993.
- 정태건·임호정, 「公共用地的 取得과 損失補償」, 경영문화원, 1990.
- 蔡學義, 「韓·中 兩國의 都市化에 따른 土地利用計劃과 規制에 관한 比較研究」, 박사학위논문, 영남대, 1988.
- 崔在建, “損失補償의 概念과 根據에 관한 小考”, 「現代公法의 諸問題」(如山 韓昌奎博士 華甲記念論文集), 1993.
- _____, 「行政上 損失補償의 原因과 範圍」, 박사학위논문, 성균관대, 1993. 2.
- 최종영, “토지수용법상 수용토지의 손실보상에 관한 고찰”, 「사법논집」 제10집, 법원행정처.
- 崔昌浩·鄭世煜, 「行政學」, 법문사, 1974.
- 崔亨根, 「公共用地 取得에 따른 損失補償研究」, 박사학위논문, 경희대, 1990. 8.

- 土地公概念研究委員會, 「土地公概念研究委員會 研究報告書」, 국토개발연구원, 1989.
- 韓國公法學會, 「財産權保障의 理論과 實際」, 1994.9.24.
- 한국과학기술연구소, 「서기 2,000년의 한국에 관한 조사연구」, 과학기술처, 1971.4.
- 韓國法制研究院, 「現行 公用侵害法制的 現況과 改善方向」, 1992.
- 韓國地方行政研究院, 「公共事業實施에 따른 補償業務에 관한 研究」, 1991.
- 韓國土地公社, 「公共用地補償判例」, 1992.
- _____, 「외국의 토지제도」, 1991.
- _____, 「用地實務」, 1988.
- _____, 「우리의 토지는 어떻게 개발되고 활용되어야 하는가? : 土地開發의 原則과 方向」, 1988.
- _____, 「主要諸國의 土地政策」, 1981.
- _____, 「土地區劃整理實務」, 1982.
- _____, 「土地信託開發制度의 活用方案」, 1987.
- _____, 「土地와 開發」, 1990.
- _____, 「土地統計便覽」, 1995.
- _____, 「韓國土地公社 20年史」, 1995.
- 韓垣澤, 「地方行政論」, 법문사, 1995.
- 韓昌奎, 「國家補償法制 研究」, 박사학위논문, 성균관대, 1975.
- 許 範, 「政策倫理分析의 構造와 基準」, 「研究論集」 제12집, 중앙공무원교육원, 1992.
- 許在榮, 「土地政策論」, 법문사, 1994.
- 憲法裁判所, 公共用地取得 및 損失補償에 관한 判例(1987-1996).
- 洪性讚, 「土地收用に 대한 行政上損失補償의 研究」, 박사학위논문, 연세대, 1979.
- 황명찬, 「土地政策의 現況과 展望」, 「土地研究」 제1권 2호, 한국토지공사, 1990.
- _____, 「土地政策論」, 경영문화원, 1985.

2. 外國文獻

1) 日本文獻

- 甲斐道太郎,「土地所有權の近代化」,有斐閣,東京,1983.
- 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.
- 今村成和,「國家補償法」,有斐閣,平成2年.
- 大西泰博,「西ドイツにおける土地取得認可制度と先買權制度に関する考察」,早稲田
大 社會科學研究院,1983.
- 大澤正男,「土地財産權の理論と展望」,成文堂,東京,1981.
- 渡邊洋三,「土地の財産權」,岩波書店,東京,1980.
- 渡邊洋三・稻本洋之助,「現代土地法の研究(上,下)」,岩波書店,1982.
- 稻本洋之助・機能通原・田山光年明・原用純考,「ヨーロッパの土地法制」,東京大學
出版會,1983.
- 西野 章,「損失補償の要否と内容」,一粒社,1991.
- 西村宏一 外,「國家補償法大系 I, II, III, IV」,日本評論社,1987.
- 阿部泰隆,「國家補償法」,有斐閣,1990.
- 遠藤博也,「實定行政法」,有斐閣,1989.
- 原田尙彦,「行政法要論」,學陽書房,東京,1984.
- 原田純孝,「フランスの公的土地取得法制,土地所有權の比較法的研究」,有斐閣,東
京,1978.
- 足立忠夫,「土地收用制度の問題點」,日本評論社,1991.
- 佐藤正和,「等價交換方式の實務と問題點」,「法律時報」第58卷 第2號,日本評論社,
1986.
- 華山 謙,「補償の理論と現實」,勁草書房,1969.

2) 西洋文献

(1) 英・美

- Anderson, James E., *Public Policy-Making*, 3rd ed., Holt, Rinehart and Winston, 1984.
- Beatson, Matthews, M.H., *Administrative Law-Cases and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Burn, E.H., *Land Law-Cases and Materials*, 4th ed., Butterworth, London, 1986.
- Craig, P.P., *Administrative Law*, 2nd ed. Sweet and Maxwell Ltd., London, 1989.
- Davis, K.C., *Administrative Law*, 6th ed., West Publishing Co., 1977.
- Davis, Keith, *Law of Compulsory Purchase and Compensation*, London, 1980.
- deLeon, Peter, *Advice and Consent : The Development of the Policy Sciences*, Russell Sage Foundation, New York, 1988.
- Dror, Yehezkel, *Design for Policy Sciences*, American Elsevier, New York, 1971.
- Dunn, William N., *Public Policy Analysis : An Introduction*, 2nd ed., Prentice Hall, 1994.
- Epstein, Richard A., *Takings : Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985.
- Garner, J.F., *Administrative Law*, 6th ed. with Jones, B.L., 1985.
- Hagmen, Donald G. and Misczynski, D.J., *Windfalls for Wipeout-Land Value Capture and Compensation*, ASPO, Chicago, 1978.
- Heap, Desmond, *An Outline of Planning Law*, 9th ed., Sweet and Maxwell Ltd., London, 1987.
- Hogwood, Brian W. and Gunn, Lewis A., *Policy Analysis for the Real World*, Oxford University Press, 1984.

- Jantsch, Erich, "From Forecasting and Planning to Policy Sciences", *Policy Sciences*, Vol.1, 1970.
- Kaiser, Edward J., Godschalk, David R., and Chapin F. Stuart, Jr., *Urban Land Use Planning*, University of Illinois Press, Urbana and Chicago, 1995.
- Kratovil, Robert and Wener, Raymond J., *Real Estate Law Theory*, Prentice-Hall, N.J., 1979.
- Lasswell, Harold D., "The Policy Orientation", in Daniel Lerner and H.Lasswell (eds.), *The Policy Sciences*, Stanford University Press, 1951.
- Leyland, P., Woods T. and Harden, J., *Textbook on Administrative Law*, Blackstone Press Ltd., London, 1994.
- Nigro, Felix A. and Nigro, Lloyd G., *Modern Public Administration*, 6th ed., Happer and Row Publishers, 1984.
- Prethus, Robert, *Public Administration*, The Ronald Press Co., New York, 1975.
- Wade, H.W.R., *Administrative Law*, 6th ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Walters, Alan A., "The Values of Land", in Harold B. Dunkerley ed., *Urban Land Policy*, Oxford University Press, New York, 1983.
- Wright, S.W. and Wright R.R., *Land Use*, West Publishing Co., 1985.

(2) 獨逸

- Aust/Jacobs, *Die Enteignungsentschädigung*, 3 Aufl., 1991.
- Engelhardt, *Neue Rechtsprechung des BGH zur öffentlichrechtlichen Entschädigung*, NVwZ 1989, S. 1026ff.
- Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9 Aufl., 1992.
- F.Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 4 Aufl., 1991.
- Grammlich, *Privatbegünstigende Enteignung als Verfassungsproblem*, JZ 1986.

- H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8 Aufl., 1991.
- Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Band VI, 1989.
- Leisner, *Bestandsgarantie des Eigentums-vom Bergrecht unterminiert?* DVBI 1988, S. 555ff.
- Scherzberg, *Die Subsidiarität des enteignungsgleichen Eingriffs*, DVBI 1991, S. 84ff.
- U. Steiner, *Besonders Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., 1988.

ABSTRACT

A Legal and Empirical Study on the Acquisition of Land for Public Use

Byun, Dong Shik

Dept. of Public Administration

The Graduate School of

Sung Kyun Kwan University

(Supervised by Prof. Han, Won Taek)

I. Introduction

This thesis, in chapter 1, describes the purpose of the study and extent and method of it as the following.

This thesis analyzes legally the acquisition system of land for public use, analyzes empirically the acquisition cases and the judicial precedents, and presents a policy direction, in the viewpoint of the adjustments of public good and private gain. The concern of this thesis is to prevent the invasion of property rights derived from the exercise of public power in taking land for public use.

There are many precedent theses, dissertations or papers on the

acquisition of land for public use and loss compensation for it, but their concerns are only to study how to pay just loss compensation for special sacrifice. This thesis, breaking from these commonplace approaches, studies how to protect the private right extending over the process of taking land for public use, according to the existing legislative system.

This thesis defines the concept of 'acquisition of land for public use' in two senses, a narrow one and a broad one, and studies centering around the narrow one which means the acquisition of land by the Special Case Act or the Compulsory Land Purchase Act.

II. Theoretical-Institutional Background and Framework

This thesis, in chapter 2, sets up the concept of 'acquisition of land for public use' or 'taking land for public use', describes the necessity and validity of it, investigates foreign systems on it as well as domestic systems, and creates a framework according to the current legislative system.

This thesis defines the concept of 'acquisition of land for public use', which is classified into two senses, a narrow one and a broad one. In the narrow sense, it is defined as voluntary, under threat of compulsion, or compulsory acquisition of land by the Special Case Act or the Compulsory Land Purchase Act. In the broad one, it is defined as the acquisition of it by the right of prior purchase or the land readjustment enterprise, etc.

Land is vital to man's existence. It is the source of his food, as well as the foundation of his social and economic activities. Private property once may have been conceived as a barrier to government power, but today that barrier is easily overcome, almost for the asking. In early modern times, the private ownership of land had been recognized as a sacred and inviolable human right. But with the advent of the modern welfare state, it has been regarded to be imperative to use the land for the benefit of the public interest of the whole community.

In modern welfare state, a difficult problem awaiting solutions is the conflict between the public good and private gain, between the promotion of public welfare and the guarantee of private right of real property. Although a public enterprise such as development work is indispensable to promote the public interest and develop the country, it should not be negligible to infringe upon the private right of real property in taking land for public use and paying compensation for it.

The only compulsory purchase power needed is the state's right to force exchanges of property rights that leave individuals with rights more valuable than those they have been deprived of. Nor shall private property be taken for public use, without just compensation. ① The eminent domain logic allows forced exchanges only for the public use, which excludes naked transfers from one person to another. ② It requires compensation, so everyone receives something of greater value in exchange for the rights surrendered.

This thesis analyzes the acquisition system of land and the acquisition cases according to the following framework. ① Is the limits of public

enterprise suitable for the principle of 'weighing public interest and private interest' ? ② Is the limits of object land suitable for the principle of 'necessity and minimum' ? ③ Is the loss compensation suitable for the principle of 'just compensation' ?

III. Legal Analysis of the Acquisition System

This thesis, in chapter 3, analyzes legally the current acquisition system of land, in accordance with the procedure for acquisition, integrating a voluntary, under threat of compulsion, acquisition by the Special Case Law and a compulsory acquisition by the power of eminent domain.

The current legislative acquisition system of land seeks after the adjustments of public good and private gain in taking land for public use as the following.

① It requires the 'public use' as a strict limitation upon the power of government to take private property.

② It requires the 'necessity and minimum' in the limits of object land.

③ It requires 'just compensation' that compensation should be the market value of the land - the amount which the land if sold in the open market by a willing seller might be expected to realize.

IV. Empirical Analysis of the Acquisition Cases

This thesis, in chapter 4, analyzes empirically the acquisition achievements, the civil petitions and the judicial precedents in accordance with the procedure for acquisition.

The empirical analysis of the acquisition cases are classified into three parts as the following.

- ① It analyzes acquiring authorities' acquisition achievements according to the acquisition method - voluntary or compulsory method.
- ② It analyzes the civil petitions according to the analytical framework.
- ③ It analyzes the judicial precedents according to the procedure for acquisition.

V. Policy Direction for the Acquisition

This thesis, in chapter 5, presents a policy direction for the acquisition of land.

As the above points stated, the current acquisition system seeks after the adjustments of public good and private gain in taking land for public use, but there are many provisions and cases to infringe on the private ownership of land. And so, it is necessary to present a reform measure from the side of legislative system as the following.

- ① It is necessary to draw up a reform measure in the process of taking land by the Special Case Act and the Compulsory Land Purchase

Act.

② It is necessary to draw up a reform measure through the conversion of the system on the acquisition method of land - the extended application of land readjustment method, the practical use of prior purchase method, etc.

③ It is necessary to take a different acquisition method according to a different public enterprise.

VI. Conclusion

This thesis, in chapter 6, describes the conclusion as the outline of the study.

Where land is purchased compulsorily, or by agreement under threat of compulsion, any unexpended balance of established development value attaching to the land will be extinguished unless all the interests in the land are not apportioned adequately between the whole community and individuals through the adjustment of public good and private gain, the harmony of public power and private right.

But, in the current acquisition system and cases, there are many provisions and cases which are likely to infringe on the private right. And so, it is necessary to draw up a reform measure to protect property rights.

