

土地收用法 제48조 제2항 違憲訴願

(1997.3.27. 96헌바21 전원재판부)

【판시사항】

국가 등에 의하여 私有地가 不法使用되는 경우에 土地收用法 제48조 제2항에 의한 收用請求權을 인정하지 않는 것이 憲法에 위반되는지 여부

【결정요지】

公權力의 작용에 의한 損失(損害)填補制度를 損失報償과 國家賠償으로 나누고 있는 우리 憲法 아래에서는 不法使用의 경우에는 國家賠償 등을 통하여 문제를 해결할 것으로 예정되어 있고 기존 침해상태의 維持를 전제로 報償請求나 收用請求를 함으로써 문제를 해결하도록 예정되어 있지는 않으므로 土地收用法 제48조 제2항 중 “使用” 부분이 不法使用의 경우를 포함하지 않는다고 하더라도 憲法에 위반되지 아니한다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 別個意見

主文表示 중 “土地收用法 제48조 제2항…… 부분은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다.”로 함이 상당하다.

청 구 인 최 ○ 원

대리인 변호사 임 영 득

당해사건 서울고등법원 95구17672 토지수용이의재결처분취소 등

【심판대상조문】

- 土地收用法 제48조(殘餘地등의 買收 收用 請求) ① 생략
② 土地를 使用하는 경우에 土地의 使用이 3年 이상일 때, 土地의 使用으로 因하여 土地의 形質을 變更할 때 또는 使用하고자 할 土地에 그 所有者가 所有하는 建물이 있을 때에는 土地所有者는 그 土地의 收用을 請求할 수 있다.
③~④ 생략

【참조조문】

憲法 제11조 제1항, 제23조 제1항·제3항, 제27조, 제29조 제1항

【주 문】

토지수용법 제48조 제2항 중 “사용” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

강릉시 옥천○ 87의 6 도로 107㎡(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)는 1993. 4. 23. 강릉시 옥천○ 87의 2 대 185㎡에서 분할되어 1994. 1. 11. 지목변경 및 분할등기가 마쳐진 청구인 소유의 토지이다. 청구인은 강릉시가 1976. 4.경부터 강릉시 옥천동 사거리 부근의 도시계획시설의 일부로 이 사건 토지를 편입하여 도로를 개설한 후 무단 점유 사용하여 오고 있으므로 토지수용법(이하 ‘법’이라고 한다) 제48조 제2항 소정의 “토지의 사용이 3년 이상일 때”에 해당한다는 이유로 1995. 4. 18. 강원도지방토지수용위원회에 이 사건 토지의 수용재결을 신청하였으나 같은 달 20. 이 사건 토지는 수용

재결대상이 아니라는 이유로 위 신청이 반려되었으므로 중앙토지수용위원회에 위 반려처분에 대한 이의신청을 하였는바, 중앙토지수용위원회로부터 같은 해 5. 26. 같은 이유로 이의신청을 각하하는 내용의 이의재결을 받았다.

이에 청구인은 서울고등법원에 위 재결처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후 법 제48조 제2항에 규정한 “사용”에 적법한 절차를 거친 사용이 아닌 “사실상의 사용”을 포함하지 않는 것이 헌법에 위반하는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하여 줄 것을 신청(95부887)하였으나 서울고등법원이 1996. 3. 22. 이를 기각하자 같은 해 4. 4. 이를 송달받고 같은 달 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제48조 제2항 중 “사용” 부분이 헌법에 위반하는지 여부인바, 위 법률조항의 내용은 다음과 같다.

법 제48조(잔여지 등의 매수 또는 수용청구) ② 토지를 사용하는 경우에 토지의 사용이 3년 이상일 때, 토지의 사용으로 인하여 토지의 형질을 변경할 때 또는 사용하고자 할 토지에 그 소유자가 소유하는 건물이 있을 때에는 토지소유자는 그 토지의 수용을 청구할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 도시계획사업과 같은 공익사업을 수행함에 있어서는 사업에 필요한 용지를 도시계획법 및 토지수용법의 절차에 따라 수용 또는 사용하여 당해 토지의 소유권 또는 사용권을 취득한 후에

사업을 실시하여야 할 것임에도 현실적으로는 이 사건의 경우와 같이 기업자가 적법절차에 의한 권원을 취득하지 않은 채 사업을 시행하는 경우가 많은바, 이때 토지소유자가 입는 경제적 손실은 적법절차에 의하여 토지를 사용 또는 수용당하는 경우에 비하여 결코 적지 않음에도 법 제48조 제2항이 이러한 경우에는 수용청구권을 인정하지 않는 취지라면 위 규정은 무단점유당한 토지소유자에 대하여 합리적 이유없이 재판을 통하여 정당한 보상을 받을 수 있는 권리를 제한하는 위헌의 법률조항이다. 따라서 법 제48조 제2항의 “사용”에 “사실상의 사용”을 포함하지 않는 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기간이유의 요지

이 사건 심판대상 규정은 평등권, 재산권, 손실보상청구권을 보장하는 헌법의 규정에 위반되지 아니한다.

다. 건설교통부장관, 중앙토지수용위원회위원장, 강릉시장의 의견요지

우리 법제는 행정상의 손실 또는 손해의 전보방법으로 손실보상과 손해배상의 양제도를 두고 있고 양제도는 그 개념과 적용범위를 달리하는바, 이 사건과 같이 국가나 지방자치단체가 무단으로 토지를 사용하고 있는 경우는 국가배상법에 의한 손해배상의 대상이 되는 것이고 실제로 청구인은 강릉시를 상대로 위 무단점유를 이유로 소를 제기하여 승소한 바도 있다.

이 사건 심판대상 규정은 적법절차에 의하여 토지를 사용하는 경우 그 사용기간이 3년 이상일 때에 토지소유자의 이익을 위하여 수용청구권을 인정한 것이므로 무단점유의 경우에 적용될 수 있는 규

정이 아니다. 따라서 이 사건 심판대상 규정의 “사용”에 “사실상의 사용”이 포함되지 않는다고 하여 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 법 제48조 제2항은 “토지를 사용하는 경우에 토지의 사용이 3년 이상일 때……에는 토지소유자는 그 토지의 수용을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 이는 법 제48조 제1항이나 법 제49조 제3항·제4항과 함께 이른바 확장수용에 관한 규정이다. 즉, 사업을 위하여 토지의 수용까지는 필요하지 않고 토지의 사용으로 충분할 경우에는 비례의 원칙상 토지의 사용에 그쳐야 함이 당연하지만 그렇게 하는 것이 오히려 토지소유자의 이익을 해할 수도 있으므로 위 규정은 그러한 경우 토지소유자에게 수용청구권을 부여하고 있는 것이다. 그리고 법 제48조 제2항 소정의 “사용”이란 법 제1조, 제2조, 제48조 등의 규정을 종합하여 볼 때 공용제한의 한 형태로서의 “적법한 사용”을 의미하고 청구인이 주장하는 바와 같이 적법한 절차를 거치지 아니한 “사실상의 사용”을 포함하지 아니함은 문면상 분명하다.

나. 청구인은 이 사건과 같은 불법사용의 경우에 수용청구권을 인정하지 않는다면 재판을 통하여 재산권의 침해에 대한 전보를 받을 헌법상의 권리가 침해된다고 주장하나, 헌법 제29조 제1항은 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민의 국가배상청구권을 규정하고 있고 이에 따라 국가배상법이 제정되어 있어 불법사용을 당한 토지의 소유자는 국가배상법에 의한 손해배상을 청구할 수 있고 그밖에 민법에 의한 부당이득반환을 청구할 수도 있으므로(실제로 청구인은 1994. 12. 9. 춘천지방법원 강릉지원에서 강릉시를 상대로 하

여 1989. 3. 20.부터 1994. 8. 20.까지 동안의 부당이득금 8,650,239원의 지급을 명하는 판결을 받았다), 이 사건 심판대상 규정이 불법사용의 경우에는 수용청구권을 인정하고 있지 않다고 하여 청구인의 재산권 및 재판청구권을 위헌적으로 침해한다고 할 수 없으므로 위 주장은 이유없다.

다. (1) 청구인은 나아가 이 사건과 같은 경우에 수용청구권을 인정하지 않음으로 인하여 그의 손실보상청구권 및 평등권이 위헌적으로 침해되었다고 주장한다. 살피건대, 공권력의 작용에 의하여 재산권이 침해된 경우 그 손실(손해)을 어떠한 제도에 의하여 전보할 것인가 하는 것은 기본적으로 입법정책의 문제라고 할 것인바, 우리 헌법은 제23조 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하는 한편 제29조 제1항에서 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”라고 규정함으로써 그 침해가 적법한 경우에는 손실보상제도에 의하여, 위법한 경우에는 국가배상제도에 의하여 손실(손해)을 전보하도록 하는 이원적 제도를 택하고 있고, 이에 따라 손실보상에 관하여는 토지수용법 기타 법률이, 국가배상에 관하여는 국가배상법이 각 제정되어 있다. 위와 같은 손실(손해)전보제도로서의 손실보상과 국가배상의 양제도는 그 연혁과 성격을 달리하는 것으로 각각 독자적이고 별개의 발전과정을 거쳐왔으며 나라에 따라 실정제도 측면에서 다른 점은 있을지라도 근대적 법제를 가진 여러 나라는 양제도의 위와 같은 구별을 전제로 행정상 손실(손해)전보제도를 두고 있다.

(2) 다만, 국가배상과 손실보상의 양제도가 연혁적으로나 실정제도상 별개로 발전되어 온 것이기는 하나 그 구별이 실제에 있어 반드시 명확하지 않은 경우도 많고 양제도의 어느 것에 의하여도 구제받기 곤란한 경우도 있을 수 있다. 또 양제도는 본래 공권력의 작용에 기인하는 손실(손해)을 전보하는 제도로써 사유재산과 개인의 권리를 보장하는 것이라는 의미에서는 기본적인 점을 같이 하는 것이라고 할 수 있고 피해자의 입장에서 본다면 공권력의 작용이 적법한 것인지 위법한 것인지에 따라 다른 취급을 받아야 할 이유가 없는 것으로 생각되기도 한다. 그러므로 적법절차를 거치지 않고 개인의 토지를 도로의 부지로 사용하는 것은 공용제한으로서의 사용에는 해당하지 않지만 그 침해의 효과나 내용에 비추어 보면 적법한 사용의 경우와 똑같이 그 소유자에게 소유권의 사회적 제약을 넘어서는 특별한 희생을 강요하고 있고 이러한 위법한 침해에 대하여는 적법한 침해와 똑같이 보호하여 주는 것이 마땅하다는 생각도 있을 수 있다.

(3) 그러나 공권력의 작용에 의한 손실(손해)전보제도를 손실보상과 국가배상으로 나누고 있는 우리 헌법 아래에서는 불법사용의 경우에는 원래 국가배상 등을 통하여 문제를 해결할 것으로 예정되어 있고 기존 침해상태의 유지를 전제로 보상청구나 수용청구를 함으로써 문제를 해결하도록 예정되어 있지는 않으므로 이 사건 심판대상 규정이 적법한 사용의 경우에 한하여 수용청구권을 인정하고 있다고 하여 입법재량의 한계를 일탈한 것이라고 할 수는 없다. 물론 우리 법질서가 택하고 있는 이원적 손실(손해)전보제도 아래에서 구체적 사건에 따라서는 청구인 주장과 같은 문제가 있을 수도 있

으나 이는 관련 법규의 합리적 해석이나 새로운 이론의 적용을 통하여 해결하여야 하는 일반법규의 해석·적용에 관한 문제로서 법원의 전권에 맡겨진 것이며, 그러한 문제가 있다는 이유만으로 이 사건 심판대상 규정이 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

라. 따라서 이 사건 심판대상 규정을 위헌의 법률조항이라 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 토지수용법 제48조 제2항 중 “사용” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 아래 5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시중 『토지수용법(……) 제48조 제2항 중 “사용”부분은 헌법에 위반되지 아니한다』는 『심판청구를 기각한다』로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고, 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그

96헌바21

뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

1997. 3. 27.

재판장	재판관	김	용	준
	재판관	김	문	희
	재판관	황	도	연
주 심	재판관	이	재	화
	재판관	조	승	형
	재판관	정	경	식
	재판관	고	중	석
	재판관	신	창	언
	재판관	이	영	모