

환매권의 법적 쟁점에 관한 판례의 검토*

A review of precedent on the issue of laws to the right of
repurchase

고 현 환**
Ko, Heon-Hwan

목 차

- I. 사실관계
- II. 원심의 판단
- III. 상고이유와 대법원판결 요지
- IV. 판례연구
- V. 결어

국문초록

환매권이란 공용수용의 목적물인 토지 등이 당해 공익사업에 불필요하게 되었거나 그 것이 현실적으로 수용의 전제가 된 공익사업에 공용되지 아니하는 경우에 원래의 피수용자가 일정한 요건 하에 다시 매수하여 소유권을 회복할 수 있는 권리를 말하는 것으로 이 연구의 쟁점은 사업시행자가 공익사업에 불필요하게 되었거나 그 것이 현실적으로 수용의 전제가 된 공익사업에

논문접수일 : 2011. 4. 1

심사완료일 : 2011. 4. 29

게재확정일 : 2011. 4. 29

* 이 논문은 현행 「공익사업용토지등의취득및보상에관한법률」이 개정되기 전의 사건을 다룬 것으로 당해법률인 공공용지의취득및손실보상에관한특별법, 토지수용법 등의 규정에 의하여 법리를 전개하였음

** 법학박사·제주대학교 법과정책연구소 전임연구원

공용되지 아니하는 경우에 사업시행자가 시행하는 사업에로의 공익사업의 변경을 통하여 환매권자에게 돌려주지 않고 계속 공익사업을 위해 활용 할 수 있는 가하는 것이다.

따라서 환매권의 법적 쟁점에 관하여 공익사업의 변환을 중심으로 사건판결을 검토하고 법리를 전개하였다.

주제어 : 환매권, 공익사업, 공용수용, 공익사업의 변환, 법적쟁점

1. 사실관계

가. 이 사건 토지(10필지 14,937m²)는 원래 원고의 소유로서, 원고는 이 사건 토지가 공원용지로 지정되기 이전에 국민주택 규모의 아파트를 건립할 계획을 세우고 그 사업승인의 전단계인 건축심의까지 마쳤다. 그런데 건설부장관이 도시계획법 제12조에 의하여 이 사건 토지를 포함한 서울 강서구 방화동 155의 2 의 78필지 합계 69,000m² 지상에 근린공원을 조성하기로 하는 내용의 도시계획결정을 한 후 1984.10.30. 건설부고시 제429호로 이를 고시하자 서울특별시장은 같은 해 11.19. 서울특별시고시 제660호로 위 토지들에 관하여 같은 법 제13조에 의한 지적승인고시를 하였고, 이 도시계획에 따른 공원조성사업의 시행자인 서울특별시는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(1990.1.13. 법률 제4206호로 개정되기 전의 것)에 의거하여 공공사업인 위 사업에 필요한 위 토지들을 협의매수하면서 원고로부터 이 사건 토지를 1984.11.29.부터 1986. 4.21.까지 사이에 전후 3차례에 걸쳐 도합 금864,727,500원의 보상금을 지급하고 취득한 후 그때마다 그 앞으로 각 소유권이전등기를 경료 하였다. 그 이후 지방자치법의 개정(1988.4.6. 법률 제4004호)으로 피고(서울특별시 강서구)가 지방자치단체인 자치구로 되면서 같은 법에 따라 그 관할구역내의 지방자치사무와 재산을 서울특별시로부터 포괄적으로 승계하게 됨으로 인하여 피고구 관할구역내의 재산인 이 사건 토지에 대하여도 이를 승계취득하게 되고 이를 원인으로 1989. 6.29. 피고구의 명의로 소유권이전등기가 경료 되었다.

나. 위 공원조성사업의 시행자인 서울특별시장은 이 사건 토지를 포함한 공원조성사업에 필요한 토지들을 협의매수의 방법으로 모두 매수한 다음, 1987. 4.경부터 약 1개월에 걸쳐 위 사업을 시행하여 위 일대에 도시계획에 따른 내용대로의 공원조성사업을 완료하고 같은 해 5.말경부터 공중의 공동사용에 제공하였는데, 건설부장관이 1990. 3.21. 주택개발촉진법에 의거하여 이 사건 토지를 포함한 방화동·개화동 일원의 토지 767,000m²를 주택개발예정지구로 지정하고, 같은 달 27. 건설부고시 제138호로 그 지정고시를, 1991. 1.16. 건설부고시 제1016호로 그 택지개발계획의 승인고시를 하게 되자, 그 이후 이 사건 토지 위의 공원시설을 철거하고 그 지상에 아파트건축공사를 착수하여 현재에 이르기까지 그 공사를 실시하고 있다.

다. 원고는 이 사건 토지가 주택개발예정지구로 지정 고시되자 특별법 제9조 제1항에 의하여 환매대상이 되었다고 보고 1990. 8.24.피고를 수형권자로 하여 지급받은 보상금상당액인 금 864,727,500원을 변제공탁하고 피고에게 환매의 의사표시를 하였다.

II. 원심(서울고등법원 1991. 7.10. 선고, 91나8380판결)의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 특별법 제9조 제1항 소정의 환매를 원인으로 원고의 소유권이전등기청구를 배척한 제1심판결(서울지방법원 남부지원 1991. 1.18. 선고, 90가합17157판결)을 유지하였다. 즉, 특별법 제9조 제1항 소정의 “당해 공공사업의 폐지·변경으로 인하여 취득한 토지가 필요 없게 되었을 때”라 함은, 같은 법 소정의 절차에 의하여 취득한 토지가 취득당시부터 취득 후에 그 취득목적사업인 공공사업의 폐지·변경 등의 사유로 이를 계속 소유할 필요성이 없어져서 원소유주 등에게 반환하는 등 원상으로 회복시키는 공평하다고 보여 지는 객관적 사정이 발생하였을 때라고 해석함이 상당할 것이고, 따라서 기존의 공원시설용지를 포함한 주변지역 일대를 주택개발예정지구로 변경하는 내용으로 도시계획이 변경되었다고 하여 이를 곧바로 공원

시설용지가 공원조성사업에 필요 없게 되었다고 단정할 수 없다 할 것인바, 서울특별시라는 동일한 사업시행자가 당초 이 사건 토지 등에 공원을 조성하기로 하는 도시계획결정에 따라 이를 취득하고 그 사업을 시행·중요하여 공공의 사용에 제공하다가 약 3년이 경과한 후, 위 공원용지를 포함하여 그 10여 배의 크기에 달하는 일대의 토지에 주택개발사업을 할 필요성이 있어서 새로운 도시계획결정이 이루어지자 그에 따라 위 공원시설을 철거하고 위 지상에 택지조성을 시행하게 된 이 사건에 있어서, 주택개발예정지 지정과 그에 따른 공사의 착수가 있다고 하여도 위 법리에 따라 다른 특별한 사정이 없는 이상 서울특별시가 이 사건 토지를 계속 보유할 필요가 없게 된 위 공원조성사업의 폐지·변경이 있었다고는 볼 수 없다 할 것이고, 이러한 사정은 이 사건 토지 위에 설치된 공원시설이 철거되고 바로 그곳이 주택건설용지가 되어 주택이 건설되고 있다는 사실만으로는 변함이 없다고 할 것이며 (사업시행자는 위 주택개발예정지구안에서 이 사건 토지 위에 있는 기존의 공원시설을 다른 곳으로 이설하고 이 사건 토지 위에는 주택을 건립하도록 하는 등 세부적인 계획을 입안·시행할 수 있다고 할 것이다), 달리 위 공원조성사업에 같은 법 소정의 “변경”에 해당하는 처분이 있음을 인정할 증거도 없다는 것이다.

Ⅲ. 상고이유와 대법원판결 요지

1. 상고이유

가. 헌법 제23조의 취지에 비추어 볼 때, 특별법을 해석·적용함에 있어서 공공사업을 위한 협의취득의 요건은 엄격하게, 그리고 환매권행사의 요건은 관대하게 운용되어야 할 것이고, 특히 이 사건은 결과적으로 공권력이 개인의 아파트건설사업은 공원조성이라는 이름 아래 제한하고, 곤경에 처한 원고로부터 싼 값에 그 부지를 취득한 다음, 다시 아파트를 건설하고 있는 셈이니, 이와 같은 공권력의 남용을 배제한다는 의미에서도 원소유자의 환매권행사를 확대·보장하여야 한다.

나. 서울특별시가 이 사건 토지를 협의취득한 기초인 공공사업은 방화근린공원시설사업인데, 그 사업에 의하여 이 사건 토지 위에 설치하였던 공원시설을 전부 철거하였으니 위 공공사업은 사실상 폐지된 것이 분명하다. 특례법 제9조 제1항 소정의 “당해 공공사업”은 일반적인 공공사업을 가리키는 것이 아니라, 협의취득 당시에 제기된 공공사업을 특정하여 지칭하는 것이므로, 근린공원의 설치와 택지의 조성은 서로 다른 사업으로서 최소한 사업변경의 의미가 있다. 그런데 토지수용법 제71조 제7항의 규정취지를 유추하여 보면 변경된 새로운 공공사업이 같은 법 제3조 제5호 내지 제8호에 규정된 공공사업인 경우에는 이를 이유로 원소유자의 환매권을 저지할 수 없는 것이다.

라. 특정한 공공사업을 위하여 토지를 협의취득한 경우 그 특정한 공공사업을 위하여 그 토지를 계속 사용할 필요가 있느냐의 여부를 따져야 할 것임에도, 원심은 비록 그 공공사업을 위하여는 계속 사용할 필요가 없다 하더라도 다른 공공사업을 위하여 사용할 필요가 있는 경우라면 환매권이 배제되는 것으로 판시함으로써 특례법 제9조 제1항 소정의 “필요 없게 되었을 때”라는 개념을 부당하게 확대해석하고 있다.

이상과 같은 논거를 들어 원심판결에 심리미진·판단유탈 및 특례법 제9조 제1항의 법리오해의 위법이 있다는 것이 상고이유의 요지이다.

2. 대법원판결 요지

사업인정을 받은 당해 공익사업의 폐지·변경으로 인하여 수용한 토지가 필요 없게 된 때에는, 구 토지수용법 제71조 제7항에 의하여 ‘공익사업의 변환’이 허용되는 같은 법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경되는 경우가 아닌 이상, 환매권자가 그 토지를 환매할 수 있는 것이므로, 서울특별시장이 당초 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(1990. 1.13. 법률 제4206호로 개정되기 전의 것)에 따라 공원조성사업(토지수용법 제3조 제3호에 해당하는 공익사업)에 사용할 목적으로 취득한 토지가 그 공원조성사업에 필요 없게 되었다면, 그 후 서울특별시에 의하여 이 사건 토지위에 택지개발

사업(土地收用法 제3조 제5호에 해당하는 공익사업)이 새로 시행되고 있다는 이유만으로는 그 토지의 원소유자가 위 특례법 제9조 제1항에 따라 그 토지를 환매할 수 없다고 볼 수 없다.

IV. 판례연구

1. 문제의 소재

근래에 들어 토지 등의 재산권이 각종의 토지공법에 의거 수용 또는 협의매수 되고 있고, 한편으로는 공공필요에 의해 수용 또는 협의 매수된 토지에 대하여 당초 계획되었던 공공사업 추진계획이 폐지되거나 일정한 기간 내에 실현되지 못하는 사례가 적지 않게 발생함에 따라, 그 대상 토지에 대한 환매청구가 또한 빈발하고 있는 상황이다. 위 사건은 수용 또는 협의취득의 목적이 된 공익사업이 그 후 사정의 변경 등에 따라 폐지, 변경되었으나, 수용 또는 협의 취득한 토지가 다른 공익사업을 위하여 필요한 경우 그 다른 공익사업에 그대로 사용 하는 것이 가능 한가 즉, 공익사업의 변환과 관련되는 문제이다. 우리나라¹⁾ 토지수용법 제3조를 보면 “토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업이어야 한다.”고 규정하면서 그 제1호 내지 제8호에서 사업의 공익성의 정도에 따라 사업을 분류하여 규정하고 있으며, 동법 제71조 제7항은 “국가, 지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 후, 사업인정을 받은 공익사업이 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에는 당해 토지에

1) 참고로 일본의 구 토지수용법 중 환매권에 관하여 규정하고 있는 제66조는 그 제3항에서 “제1항의 기간내에 수용된 토지를 다른 군기에 관한 사업 또는 내무대신이 인정한 사업에 쓸 경우에는 불용으로 간주하지 아니 한다”고 규정하여 공익사업의 변환을 인정하고 있었으나, 그 후 이를 개정하여 일본의 현행 토지수용법에서는 이 조문을 삭제하였다. 법개정의 방향이 우리나라와는 정반대이지만, 우리나라의 토지수용법에서 “공익사업의 변환”을 인정한 근거와 같은 이유에서 립법론으로서의 재고의 여지가 있다고 일본의 현행 토지수용법을 비판하는 견해도 있다.

대한 제1항 및 제2항의 규정에 의한 기간은 당해 공익사업의 변경을 관보에 고시한 날로부터 기산한다.”고 규정하고 있다. 위 토지수용법 제71조 제7항이 바로 제한적으로 “공익사업의 변환”을 인정함으로써, 환매권의 행사를 제한하기 위한 규정으로서 1981. 12. 31. 법률 제3534호로써 신설된 것이다. 동법에서 공익사업의 변환을 인정하는 이유는 원래 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권 등의 발동은 공공복리의 증진을 위하여 긴급하고도 불가피한 특성의 공익사업을 시행하는 데에 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것이므로, 그 특정된 공익사업의 전부 또는 일부가 폐지·변경됨으로써 그 공익사업을 위하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었다면, 설사 그 토지가 새로운 다른 공익사업을 위하여 필요하다고 하더라도 환매권을 행사하는 환매권자에게 일단 되돌려주었다가 다시 협의취득하거나 수용하는 절차를 밟아야 하는 것이 원칙이다. 그러나 수용 또는 협의취득의 대상이 된 토지의 원소유자는 적어도 법적으로는 완전한 보상을 받은 셈이므로 그 보상금 상당액을 지급하고 당해 토지를 환매하더라도 다시 협의취득이나 수용 등에 의하여 그 토지의 소유권을 상실하게 되면 별다른 재산상의 이득을 얻지도 못하면서 번거로운 절차를 되풀이하는 결과가 되기 때문이다²⁾

그러나 공익사업의 변환을 제한 없이 인정할 경우에는 토지수용권이 남용될 우려가 있기 때문에 동법에서는 공익사업의 변환이 허용되는 사업시행자의 범위를 국가, 지방자치단체 또는 정부투자기관으로 한정하고 있고, 공익성의 정도가 높은 동법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 공익사업으로 변경하는 경우에 한하여 환매권의 행사를 제한하고 있다. 그런데 공익사업의 변환과 관련하여 토지수용법과는 달리 공특법³⁾에서는 공익사업의 변환에 관한 규정

2) 유원규, “공익사업의 변환과 환매권의 행사”, 「대법원관례해설」 제17호, 법원행정처 2001, 363면.
 3) 공공용지의취득및손실보상에관한특별법-약어 <대법원은 공특법이 환매권을 인정하고 있는 입법이유에 대해서, 토지 등의 원소유자가 사업시행자로부터 토지 등의 대가로 정당한 손실 보상을 받았다고 하더라도 원래 자신의 자발적인 의사에 기하여 그 토지 등의 소유권을 상실하는 것이 아니어서 그 토지 등을 더 이상 당해 공공사업에 이용할 필요가 없게 된 때, 즉 공익상의 필요가 소멸한 때에는 원소유자의 의사에 따라 그 토지 등의 소유권을 회복시켜 주는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 데에 있다고 할 것이므로, 사업시행자가 공특법 소정의 절차에 따라 취득한 토지 등이 일정한 기간 내에 그 취득목적사업인 공공사업의 폐지·변경 등의 사유로 그 공공사업에 이용될 필요가 없어졌다고 볼 만한 객관적인 사정이

을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 토지수용법 제71조 제7항을 준용하는 규정도 두고 있지 않는데도 불구하고 대법원은 위 사건에서 도시계획사업인 공원조성사업은 택지개발사업의 실시계획승인에 따라 폐지되거나 변경된 것으로 보아야 한다고 함과 아울러 토지수용법 제71조 제7항이 공특법에도 “유추적용”됨을 전제로 위 택지개발사업은 토지수용법 제3조 제5호에 해당하는 공익사업임을 이유로 원고의 환매권을 인정하고 있다. 그런데 공특법에 준용규정이 없음에도 불구하고 토지수용법 제71조 제7항을 공특법에 그대로 유추적용시킨 판례의 태도가 타당한지 문제가 된다. 이와 관련하여 토지수용법 제71조 제7항의 공익사업의 변환이 기업자 또는 사업시행자가 동일한 경우에만 허용되는 것인지 아니면 사업시행자가 다르더라도 사업 그 자체가 변환의 요건을 충족하는 공익사업에 해당하는 때에도 인정되는 것인지도 문제가 된다.

2. 환매권의 이론적 근거

1) 의의

환매권이란 토지수용법, 공공용지취득및보상에관한특별조치법 등에 의하여 공공의 목적 내지 공공사업의 추진을 위하여 수용, 협의매수 등의 수단에 의해 행정청 또는 사업시행자에게 취득된 토지 등의 재산권이 당초 계획되었던 목적사업의 폐지, 변경 등의 사유가 발생하였을 때, 토지 등의 원소유자가 그 목적물에 대한 권리를 다시 회복할 수 있는 권리를 말한다.

2) 학설

일본과 마찬가지로⁴⁾, 우리나라의 학설과 판례도 통상 환매권의 인정근거에 대해서 피수용자의 감정의 존중이나 공평의 원칙 등을 거론하여 왔다⁵⁾. 즉

발생하면 사업시행자의 주관적인 의사와는 관계없이 환매권자가 토지 등을 환매할 수 있다고 보아야 할 것이다(당원 1992.4.28. 선고 91다29927 판결 참조)

4) 田村悅一 “買受權”ジュリスト 増刊 行政法の争点(舊版) 1980. 274面

5) 김도창, 「일반행정법(하)」, 청운사, 2000, 621면; 박윤혼, 「행정법강의(하)」, 박영사 1998, 682면; 김원주 “환매권”, 「고시계1987. 9」, 51면; 김동희 「행정법2」, 박영사 1994, 325면; 대법원 1992.4.28 선고 91다29927판결

토지수용은 피수용자의 의사에 반하여 그 권리를 박탈하는 것이므로 재산상으로 완전한 보상이 있었다 하더라도 피수용자에게 아직 감정상의 손실이 남아 있기 때문에 그 감정상의 손실을 受忍할 만한 공익상의 필요가 존재하지 않게 된 경우에는 피수용자에게 원소유권을 회복할 수 있는 기회를 주는 것이 공평의 원칙에 비추어 보아도 당연하다는 것이다⁶⁾. 기타 공익사업에 사용할 목적으로 토지수용법 및 공특법 등의 절차에 의하여 공익사업자에게 취득된 토지는 그 사업이 폐지, 변경되었을 때에는 연고권을 가지고 있었던 원소유자에게 회복시켜 주는 것이 정책적 견지에서 옳은 것이라는 이유에서 입법자의 재량에 의해 인정된 것일 뿐, 그 이상의 헌법상 내지 조리상의 의의나 근거는 존재하지 아니한다는 입법재량사항으로 보는 견해도 있다⁷⁾.

3) 판례

① 하급심

서울고법 1993.6.25선고 92구21571판결은 “공익사업에 사용할 목적으로 토지수용법 및 공특법 등의 절차에 의하여 공익사업자에게 취득된 토지는 그 사업이 폐지, 변경되었을 때에는 연고권을 가지고 있었던 원소유자에게 회복시켜주는 것이 정책적 견지에서 옳은 것이라는 이유에서 입법자의 재량에 의해 인정된 것일 뿐, 그 이상의 헌법상 내지 조리상의 의의나 근거는 존재하지 아니 한다”고 하여 입법재량사항으로 보는 것 같다.

② 大法院

대법원 1995.2.10선고 94다31310판결은, “환매권을 인정하고 있는 입법이유는 토지 등의 원소유자가 사업시행자로부터 토지 등의 대가로 정당한 손실보상을 받았다고 하더라도 원래 자신의 자발적인 의사에 기하여 그 토지 등의 소유권을 상실하는 것이 아니어서 그 토지 등을 더 이상 당해 공공사업에 이용할 필요가 없게 된 때, 즉 공익상의 필요가 소멸한 때에는 원소유자의 의사에 따라 그 토지 등의 소유권을 회복시켜 주는 것이 ‘공평의 원칙’에 부합한다는 데에 있으므로 기업자가 소정의 절차에 따라 취득한 토지 등이 일정한 기간

6) 유원규 ‘공익사업의 변환과 환매권의 행사’ 「인권과 정의」, 1992, 9, 102면.

7) 서울고법 1993. 6. 25, 92구21571.

내에 그 취득목적사업인 공공사업의 폐지 변경 등의 사유로 그 공공사업에 이용될 필요가 없어졌다고 볼 만한 재관적 사정이 발생하여야 하고 기업자의 주관적인 의사와는 관계없이 환매권자가 토지 등을 환매할 수 있다.”고 하여 공평의 원칙을 환매권의 인정근거로 보고 있으며, 경우에 따라 대법원 1993. 5.27. 92다 34667판결에서는 “원래 공적인 부담의 최소한의 요청과 비자발적으로 소유권을 상실한 원소유자를 보호할 필요성 및 공평의 원칙 등 환매권을 규정한 입법이유(당원 1992.4.28. 선고, 91다 29927 판결 참조)에 비추어 공익목적에 필요없게 된 토지가 있을 때에는 일단 먼저 원소유자에게 그 사실을 알려주어 환매할 것인지의 여부를 최고하도록 하고, 그러한 기회를 부여한 후에도 환매의 의사가 없을 때에 비로소 원소유자 아닌 제3자에게 전매할 가능성을 가지도록 한다는 것으로서 이는 법률상 당연히 인정되는 환매권 행사의 실효성을 보장하기 위한 것이라고 할 것이므로.....”라고 하여 공적부담의 최소성의 원칙을 또 하나의 논거로 제시하고 있다.

③ 헌법재판소

헌법재판소는 1995. 10.26. 선고 95헌바22결정에서 “헌법 第23조는 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기초위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다. 이와 같은 우리 헌법의 재산권 보장에 관한 규정의 근본취지에 비추어 볼 때, 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 공용수용은 헌법 第23조 第3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다. 그리고 일단 공용수용의 요건을 갖추어 수용절차가 종료되었다고 하더라도

라도 그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 또는 수용된 재산권이 당해 공공사업에 필요없게 되었다고 한다면, 수용의 헌법상 정당성과 공공필요에 의한 재산권취득의 근거가 장래를 향하여 소멸한다고 보아야 한다. 따라서 수용된 토지 등이 공공사업에 필요없게 되었을 경우에 피수용자가 그 토지 등의 소유권을 회복할 수 있는 권리 즉 환매권은 헌법상의 재산권 보장으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 보는 것이 상당하다(헌법재판소 1994.2.24. 선고, 92헌가15 내지 17·20 내지 24 결정 참조). 고 하여 환매권은 피수용자의 감정의 존중 또는 반드시 명백한 의미내용을 가졌다고 할 수 없는 공평의 원칙에 근거한다기 보다는 헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권보장에 직접근거를 가지는 것이라고 하였다⁸⁾.

4) 검토

토지환매권 인정의의로 거론되는 공평성원칙론 및 그리고 헌법상 재산권의 존속보장을 내용으로 하는 재산권보장원칙론은 본질적으로 헌법상 재산권이 보장된 국가에 있어서 공공의 필요 때문에 토지수용 및 토지협의매수제도가 인정되는 특수성을 감안하여 전개되는 논지이다. 그에 더하여 이 논지들은 토지수용이나 협의매수시에 비록 보상이 이루어 졌다고는 하나, 그것으로써 토지와 원소유자간의 법적 관계가 완전히 단절되지 아니하였다는 사고가 전제되어 있음도 알 수가 있다. 그러나 환매권의 인정을 입법재량으로 보는 견해는 토지수용이나 협의매수 등으로 토지의 소유권이 보상을 통해 이전된 이상 토지의 원소유자와 토지간에는 더 이상의 규범적·법적 관계는 존재하지

8) 이러한 환매권의 헌법 근거설에서도 비판은 있다. 즉 환매권의 전제가 되는 토지는 이미 손실보상을 받았고, 그 손실보상이 완전보상이라면 피수용자는 이미 헌법상 재산권보장원칙에 근거한 보상을 다 받은 셈이 되므로 환매권이 인정되지 않는다고 하여 그 재산권이 침해되었다고 말하기는 어렵다는 것이다. 그러나 재산권보장에서도 가치보장은 어디까지나 이차적인 것이고 존속보장이야말로 재산권보장의 일차적인 요소라고 본다면 가치보장보다 우월한 존속보장을 회복하게 하는 환매권을 재산권보장과 무관한 제도라고는 할 수 없다. 더구나 우리 행정현실에서는 손실보상이 실제의 시가에 못 미치는 경우가 대부분이므로 환매권을 통한 재산권 회복은 중대한 의미를 가질 수 있다. 김남진 “토지 및 토지 등에 관한 환매권-문제점을 중심으로” 부동산감정평가(1992) 8면

아니한다는 논지에서 출발하고 있다. 그러므로 이러한 입법재량을 구속하는 헌법적 내지 조리법적 원칙은 존재하지 아니한다는 입장이다. 이 견해에 따르면 헌법상의 재산권보장원칙은 토지의 원소유자에 대한 재산권의 가치를 충족시키는 정당한 보상을 통하여 충족되었고, 그것으로서 토지원소유자와 토지간에는 법적인 관계가 단절되었으므로, 그 이후에 발생한 사유와 결부하여 재산권의 보장을 논할 사유는 없다고 보는 것 같다. 전자의 견해에 속하는 것으로서 토지 원소유자 감정존증론을 보면, 원소유자의 감정이라는 것만으로는 과연 그것이 법적으로 어떠한 의미를 갖는 것인지 불분명하다. 이 주장을 토지수용 등으로 인해 비록 금전적 보상을 받기는 하였으나 어쩔 수 없이 토지소유권을 침해당한 아쉬운 감정이 그 실체라고 보고, 그러한 감정이 법상의 토지환매요건이 존재할 대에 원소유자에게 환매권행사를 인정하는 것이 규범적으로 요청된다는 것으로 이해한다면 과연 그 규범적 실체는 무엇인가 하는 또 다른 의문이 제기되는데, 이는 헌법적 또는 조리상의 원리로부터 찾지 않으면 안 될 것이다. 이러한 점에서 필자는 원소유자의 감정존증론은 그 주장하는 학자들이 그 배경이 되는 규범적 근거를 언급하지 아니하고 오직 단순히 토지에 대한 원소유자의 감정만을 토지공법상 환매권인정의 이론적 근거로 언급하였기 때문으로 생각되며, 이 주장은 본질적으로 헌법상의 재산권보장원칙이 환매권인정의 규범적 내지 이론적 근거로 보는 견해와 통합될 수 있을 것이다. 둘째, 환매권 인정제도가 공평성의 원칙으로부터 나온다는 논거도 본질적으로 그것이 헌법상의 재산권보장원칙과 결부됨으로서 의미가 있다고 할 것이다. 왜냐하면 이때의 공평성원칙 논거 역시 토지수용 등의 비자발적 토지소유권 이전이 공익사업의 필요에 의해 이루어진 이상 그러한 사업이 불요하게 된 상황에서는 해당 토지가 원소유자에게 회복되는 것이 공평하다는 것을 내용으로 하는 것이므로, 이 주장점 역시 궁극적으로는 개인의 재산권보장원칙에 터 잡아 있다고 할 것이다. 이상과 같은 입장에서 토지환매권의 규범적 내지 법리적 의의나 근거는 재산권의 헌법적 보장원칙에 집중되며, 원소유자의 감정론이나 공평성론은 이 논거의 방론적 의미를 지닌다고 할 것이다.

3. 환매권의 실정법적 근거

우리 헌법 제23조 제1항과 3항을 보면, 「재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다」고 규정하고 있다. 재산권의 보장한계와 관련하여 이를 공동화 내지 형해화하는 것은 용인되지 못하다는 점이 재산권의 본질성에 관한 판례와 통설이다. 여기서 확인하여야 할 문제는 토지수용 등의 제도와 결부된 토지공법상의 환매권이 헌법상 보장하고 있는 재산권의 본질적 부분에 속하는가(즉 토지수용을 정당화할 사유가 소멸한 경우에 토지의 원소유자로서의 회복을 의미하는 재산권의 존속보장), 그렇지 않으면 입법자에 의하여 정해질 수 있는 내용확정(Inhaltsbestimmung)에 속하는가 하는 문제이다. 이 문제는 일반적으로 환매권제도의 이론상의 근거 이외에 실정법상의 근거가 요구 되는가 아닌가의 논점으로 다루어지고 있는데, 다음과 같은 두 가지 견해가 성립 된다.

1) 헌법의 직접적용설

재산권의 내용적 범위는 본질적으로 가치보장 뿐만 아니라 그 존속보장까지를 의미하는 것이라고 보고, 비자발적으로 재산권의 침해를 받은 원소유자에게 환매권을 인정하는 것은 재산권의 본질적 내용에 포함된다는 주장이다. 환매권의 의미를 이와 같이 파악한다면 개별법률에 환매규정의 존재여부를 떠나서 바로 헌법상의 재산권보장규정인 헌법 제23조가 직접적으로 환매권의 실정법적 근거가 된다고 보아야 할 것이다. 더 나아가서 이는 입법자에게 개별 법률에 환매권조항을 규정하지 않으면 안되게 하는 소위 입법의무의 근거로 작용한다고도 할 수가 있다.

2) 개별법 근거설

환매권이 비록 토지수용 등의 제도와 결부되어 인정된다고 하더라도, 이를 인정하기 위하여는 개별법상의 근거를 요한다는 견해가 학계의 유력한 견해이다. 이는 환매권 자체를 재산권의 본질적 부분으로 보지는 아니하는 입장이

라 할 것인데, 그 논거는 분명하지 않지만 공공의 필요에 의한 재산권에의 침해(수용 또는 협의취득)는 헌법상 정당한 보상원칙과 법률상의 보상근거규정에 따라 손실보상이 이루어짐으로써 헌법상의 재산권보장원칙의 본질적 부분은 일단 충족되었다고 인식하는데 바탕을 두고 있다. 그러므로 추후에 발생한 사실관계의 변화에 따라 이루어지는 당해토지에 대한 환매권은 반드시 헌법상 재산권의 본질적 부분을 이루는 것이라고 할 수는 없지 않은가 하는 시각이다. 즉 헌법상 재산권보장원칙은 정당한 보상이 이루어짐으로써 일단 충족되므로 추후에 환매권이 인정되지 않는다고 해서 헌법상 재산권보장의 원칙에 반한다고 할 수는 없지 않은가 하는 점이다.

3) 검토

생각하건대, 환매권의 대상이 되는 토지에 대하여는 토지수용등이 이루어졌을 때, 금전적 보상을 받음으로써 재산권의 가치보장이 이루어졌으므로 그 후 토지수용 등의 근거가 되었던 공익사업의 폐지나 변경 등의 사유가 발생하였다고 하여 당해 토지를 반드시 원소유자에게 회복시키는 환매권을 인정하지 않는다고 하더라도 이를 재산권의 본질부분에 대한 침해 내지는 재산권의 공동화현상을 수반하는 것이라고 할 수는 없을 것이다. 이 입장에 따른다면 토지수용제도와 관련하여 환매권 인정여부는 재산권의 내용확정에 속하는 것으로서 입법자가 행하는 입법재량에 속한다고 할 것이다. 그러므로 환매권이 인정되기 위하여는 헌법상의 재산권보장 근거규정 이 외에도 개별 법률에 환매권규정이 필요하다고 할 것이다.⁹⁾ 즉 환매권의 인정의의는 헌법상의 재산권보장원칙에 관련된 사안임은 틀림없으나 그것이 개별법상의 규정유무와 관계없이 헌법으로부터 직접 도출되는 권리로 볼 수는 없고 입법자가 이를 법률에 규정하고 있는 경우에만 인정될 수 있는 권리라고 정의할 수 있을 것이다.

4. 환매권의 법적 성질

9) 결론적으로 동일한 견해로서는 박윤훈, 전거서 687면; 김원주, 환매권, 고시계, 1987. 9월호, 53면;

(1) 공권인지 사권인지의 여부

1) 학설

a. 사권론

대법원은 토지공법상의 환매권을 사법적인 성격을 가지는 것으로 보고, 이에 관한 다툼을 민사소송으로 다루고 있다. 이를 사법적 권리로 보는 대법원의 입장은 행정상 손실보상에 관한 쟁송의 경우와 마찬가지로의 논지를 그 배경으로 한다. 손실보상의 요건에 관한 문제가 비록 공법적 규율에 의한 것이라고 할지라도 권리행사의 목적물이 금전상의 보상인 한에서는 당사자의 사적인 권리행사이므로 행정상 손실보상청구권을 사법상의 법률관계로 본다는 것과 동일한 입장이다.¹⁰⁾ 즉 환매권 역시 환매목적물인 토지의 소유권회복을 청구하는 것이기 때문에 사법상의 법률관계로 파악하고 있다. 환매권을 사권으로 보는 이와 같은 견해는 이 권리가 수용권과 같이 공익을 위하여 인정되는 것이 아니라 환매권자의 개인적 이익으로서의 재산권을 인정한 것이라는 점이 주된 논거이다. 또한 이는 토지공법상 인정된 권리가기는 하지만, 수용의 해제나 취소가 아니라 유효하게 성립된 수용이 사후에 발생한 법정의 환매요건이 충족됨으로 수용당한 자가 순수한 자기 개인적인 이익을 위하여 이미 이용되고 있지 아니하는 공공용지를 다시 취득할 수 있는 권리가기 때문에 그 법적 성질은 사법상의 현상이므로 환매권의 법적 성질은 사법상의 권리로 보아야 한다는 논지가 그것이다.¹¹⁾ 고등법원판례 역시 사권으로 보고 있고¹²⁾ 헌법재판소도 기업자의 환매거부의사표시는 공권력의 행사가 아니라고 판시함으로써 환매권의 법적 성질을 사권으로 보는 듯한 결정을 내린 바도 있다¹³⁾. 더 나아가서 대법원과 헌법재판소는 공특법상 협의매수와 관련하여서는 토지수용법상의 환매권과는 달리 사업시행자가 공공용지를 협의매수 형식을 통해 취득하는 것이라는 점에서 이를 사법상의 현상이라고 보는 바당에서, 특

10) 대판 1991. 4. 26, 90다8978.

11) 임호정, 공공용지에 대한 환매권, 전계논문, 814면.

12) 서울고법 1971. 11. 23, 70구326

13) 헌재 1994. 2. 24, 92헌거15-17

례법상의 환매권을 사법적인 것으로 보고 있다¹⁴⁾.

b. 공권론

환매권을 공권으로 보는 견해는 우선 이를 수용의 해제로 보는 입장에서부터 나오고 있다. 수용된 목적물이 공공사업에 필요 없이 되거나 일정기간 공익사업에 제공되지 않으므로 수용이 그 근거를 상실하게 된 것이고 환매권 그 자체도 공법상의 보호에서 나온 것으로서, 그 내용은 원상회복을 목적으로 하는 수용절차의 재개의 의미를 지니는 것이라는 입장이 그것이다¹⁵⁾, 환매권은 본질적으로는 헌법상 재산권보장원칙에 근거함과 동시에 토지수용법 및 기타 공공필요에 기한 재산권에의 침해를 인정하고 있는 특별법들에 의거한 토지의 비자발적인 협의매수제도와 관련된 것이라는 점과, 그와 동시에 환매권 행사요건, 행사절차 등의 특례규정에 의해 이루어진다는 점에서 공법적 특색을 지닌다는 것이다. 대법원은 이 환매권에 관한 법적 성질을 언급하면서 피수용자의 감정의 존중과 공평성의 원칙에 그 정당성의 근거를 찾고 있다¹⁶⁾ 즉 「원래 公的인 부담의 최소한의 원칙과 비자발적으로 소유권을 상실한 원소유자를 보호할 필요성 및 공평성의 원칙 등 ... 입법취지에 비추어 「환매권은 공공의 목적을 위하여 수용 또는 협의취득된 토지의 원소유자 또는 그 포괄승계인에게 재산권보장과 관련하여 공평성의 원칙상 인정하고 있는 권리」라는 논지를 피력함으로써 헌법상 인정하고 있는 재산권보장의 원칙에 의거 도출되는 권리로 파악하고 있었는데¹⁷⁾, 이러한 판례의 태도는 환매권이 사법상의 법률관계에 있어서 당사자간의 환매권설정 특약에 기한 권리와는 본질적인 차이가 있음을 스스로 인정하고 있다 할 것이고, 이러한 논거는 본질적으로 환매권의 공권으로서의 성질에 대한 논거로 받아들일 수 있다는 것이다. 헌법재판소 역시 최근 「공용수용된 토지 등에 대한 환매권은 헌법상의 재산권보장으로부터 도출되는 것으로서, 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함된

14) 대판 1992. 10. 27, 91누3871; 헌재 1992. 11. 12, 90헌마160; 1992. 12. 24, 90헌마182; 1994. 2. 14, 93헌마 213-215 결정

15) 환매권의 법적성질은 김원주, 환매권, 고시계 1987, 9월 53면 이하 참조

16) 대판 1993. 5. 27, 선고 92다34667.

17) 대판 1993. 6. 29, 91다43480

권리입」을 분명히 한 점도 동일한 맥락에서 받아들일 수 있다는 점도 강조되고 있다¹⁸⁾. 이는 독일에 있어서도 동일한 논거를 찾아볼 수 있다¹⁹⁾.

또한 환매권의 행사절차와 관련하여 불 때도 토지의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 경우에 환매가격의 조정에 있어서 협의가 성립되지 않을 때는 토지수용법은 법원이 조정하도록 하고 있고, 공특별법은 토지수용위원회의 재결을 규정하고 있는데, 이는 (대법원이 공특별법의 환매권을 사권으로 보고 있는 것과 달리) 입법자가 이를 공법적인 것으로 인식하는 것으로 볼 근거가 된다는 것이다. 더구나 대법원은 공특별법 제9조의 경우 토지수용법 제71조 5항 규정이 준용되지 않는다고 판시하고 있어²⁰⁾, 공특별법상 재결에 불복이 있을 경우 행정소송으로 가야 하는 쟁송법상의 특수성도 환매권의 공권론을 뒷받침한다고 주장되고 있다²¹⁾.

2) 판례

가. 대법원

대법원은 1989. 12.12. 89다카9675판결에서 “토지수용법 제71조 제1항 및 공공용지의취득및손실보상에관한특별법제9조 제1항이 환매대금의 선이행을 명문으로 규정하고 있다고 하여도 이러한 명문규정이 없는 징발재산의 환매권행사에 있어서는 위 토지수용등의 경우와 같이 선이행이라고 해석해야 할 근거가 없으며, 위 환매의 성질은 ‘사법상의 매매’와 같고 공법상의 역수용 또는 역징발과 같이 볼 것이 아니므로 징발재산매수시에 국가가 그 매수대금을 선이행하게 되어 있다고 하여 환매대금도 선이행되어야 한다는 논리는 성립하지 않는다.”

나. 헌법재판소

헌법재판소는 1994. 2.24. 92헌마283결정에서 “청구인들이 주장하는 환매권의 행사는 그것이 공공용지의취득및손실보상에관한특별법 제9조에 의한 것이든,

18) 헌재 1995. 10. 26, 95헌바22 결정; 헌재 1994. 2. 24, 92헌가15 내지 17 결정 참조

19) Karl Nussens/Karlheinz Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S.165.

20) 대판 1994. 5. 24, 93누17225

21) 서울민사지법 1992. 4. 17, 91나24136

토지수용법 제71조에 의한 것이든, 환매권자의 일방적 의사표시만으로 성립하는 것이지, 상대방인 사업시행자 또는 기업자의 동의를 얻어야 하거나 그 의사 여하에 따라 그 효과가 좌우되는 것은 아니다. 따라서 이 사건의 경우 피청구인이 설사 청구인들의 환매권 행사를 부인하는 어떤 의사표시를 하였다 하더라도, 이는 환매권의 발생 여부 또는 그 행사의 가부에 관한 사법관계의 다툼을 둘러싸고 사전에 피청구인의 의견을 밝히고, 그 다툼의 연장인 민사소송절차에서 상대방의 주장을 부인하는 것에 불과하므로, 그것을 가리켜 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수는 없다”고 하였다.

3) 검토

토지공법상의 환매제도가 민법상의 환매와 유사한 법적 측면이 있고 그 실체는 소유권반환 내지 재취득이라는 점에서 사법상의 권리성 인정 논거로 이용할 측면이 있기는 하지만, 토지수용법 등이 규정하는 환매권은 공익사업 또는 공공사업에 의해 사업주체가 공권력을 배경으로 취득한 토지에 관련된 것이므로 여기서의 환매권 법리는 토지수용과 손실보상의 연장선에서 이해되어야 하고, 손실보상청구권을 공권으로 본다면 그와 관련된 토지공법상의 환매권도 공권으로 보아야 할 것이다. 더 나아가서 그것을 공권으로 보아야 할 이유는 공공사업의 추진과 공익성판단이 관련되고 행정청의 고권적 행정작용이 그 원인이기 때문이다.

물론 환매요건은 法上的 사실관계 충족에 관한 판단이면 족하고 손실보상요건으로서의 공공의 필요성 등에 관한 판단은 필요 없기 때문에 손실보상의 문제와는 단절된다는 논리가 제기될 수 있으나, 환매권행사요건과 관련하여 토지수용이나 협의매수의 대상이었던 토지가 사용되어질 공익사업의 폐지나 변경여하의 판단이나 그 사업의 추진에 필요 없게 된 때의 판단도 역시 공공의 필요성 충족여부 등에 관한 판단이 요구된다는 점에서 오직 토지의 원소유자의 개인적 환매이익에 관련된 사항은 아니라고 할 것이다. 토지공법상의 환매권은 법률에 의해 환매의 요건이 충족될 경우에는 토지의 원소유자에게 환매권을 인정한다는 법률상 인정된 주관적 공권으로서의 지위를 지닌다고 할 것이다. 환매권의 법적 성질을 공권으로 보는 한에서는 그에 관한 소송은

행정소송법상의 당사자소송으로 다루어야 할 것이다²²⁾. 한편 환매권을 공권으로 보면서도 공특법상의 환매권만을 사권으로 보는 견해도 적지 아니하다. 그 이유는 그 기초가 되는 손실보상원인 자체가 협의매수 형식이라는 점에서이다²³⁾. 그러나 이 견해는 받아들이기 어렵다. 왜냐하면 공특법상의 협의매수 역시 순수한 私法上的 토지매매계약으로 볼 수는 없는, 본질적으로 비자발적 토지매매이기 때문이다. 헌법재판소도 공특법상의 협의매수는 토지수용법상의 강제취득방법이 사실상 후속조치로 존재하므로 토지소유자가 협의매수에 불응할 경우 수용당한다는 심리적 강박을 받게 되고, 또한 공특법 제5조·제6조는 일종의 공법적 규제이므로 공특법 역시 토지수용법과 유사한 기능을 가지며, 동법상의 임의매수는 재산권의 收用과 동일한 것으로서 그에 대한 환매권도 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함된다고 판시하고 있다²⁴⁾. 이는 헌법재판소가 공특법상의 토지매수에 대하여 공법적인 성질을 인정한 것으로서 의미를 갖는다고 할 것이다.

(2) 형성권으로서의 환매권

환매권은 환매기간내에 환매의 요건이 발생하면 환매권자가 수령한 보상금의 상당금액을 기업자에게 지급하고 일방적으로 의사표시를 함으로써 기업자의 의사에 관계없이 성립되는 것으로²⁵⁾, 형성권의 일종이라고 한다.

5. 환매권행사의 요건

(1) 의의

22) 대판 1993. 5. 25. 92누15722

23) 김남진, 「토지 및 토지 등에 관한 환매권 -문제점을 중심으로- 부동산감정평가」, 法志社 1992, 10면

24) 헌재 1994. 4. 24. 92헌가15 병합결정

25) 대판 1993. 8. 24. 93다 22241 “공공용지의취득및손실보상에관한특별법 제9조에 의한 환매는 환매기간내에 환매의 요건이 발생하면 환매권자가 수령한 보상금의 상당금액을 사업시행자에게 미리 지급하고 일방적으로 의사표시를 함으로써 사업시행자의 의사와 관계없이 환매가 성립되는 것이고.....”

공특법 제9조 제1항은 “토지 등의 취득일로부터 10년 이내에 당해 공공사업의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었을 때에는 취득당시의 토지 등의 소유자 또는 그 포괄승계인은 필요 없게 된 때로부터 1년 또는 취득일로부터 10년 이내에 토지 등에 대하여 지급한 보상금의 상당 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지 등을 매수할 수 있다”고 규정하고 있다. 같은 조 제2항은 협의 취득한 토지를 일정한 기간 동안 공공사업에 이용하지 아니하였다는 것을 요건으로 하는 환매권에 관하여서도 규정하고 있으나, 이 사건에서는 쟁점의 대상이 되고 있지 아니하므로 위 제1항의 요건에 관하여서만 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 “토지 등의 취득일로부터 10년 이내에 당해 공공사업의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었을 때”라는 요건을 환매권의 성립 또는 취득의 요건으로 보는 견해도 있지만,²⁶⁾ 환매권은 목적토지가 사업에 필요 없게 된 때에 원소유자가 이를 다시 취득할 수 있는 권리로서 그것은 협의취득과 동시에 법률상 당연히 성립되는 것이므로 위 요건은 성립 또는 취득의 요건이 아니라 그 행사의 요건, 즉 현실적으로 환매를 행하기 위한 요건이라고 해석하는 것이 정당하다.

(2) 필요 없게 되었을 때

“필요 없게 되었을 때”라고 함은 단지 사업에 이용되지 아니하고 있는 데에 그치지 아니하고 사업을 위하여 사용할 필요 자체가 없게 된 경우를 말하는 것으로서, 수용당시에 이미 사업에 사용할 필요가 없게 된 경우(원래의 불용)와 수용후 그 필요가 없게 된 경우(사후의 불용)를 포함한다. 어느 경우에도 토지가 공공사업에 필요 없게 된 것인가 아닌가는 객관적으로 판단되어야 하는 것이고, 매각의 의사 등 사업시행자의 주관적인 의도를 표준으로 하는 것은 아니다. 예를 들어 공원으로 사용할 목적으로 취득한 토지를 철책으로 나누어 그 중 한 부분을 다른 사람에게 임대하거나 주차장의 부지로 만든 경우

26) 美濃部達吉, 前掲書 416면

와 같은 객관적인 상황이 발생하였다면, 비록 공원계획변경의 표시가 따로 없었더라도 그 부분은 당해 사업에 “필요 없게 되었을 때”에 해당한다고 인정하여야 한다. 이 사건에서도 공원조성사업이 시행되어 이 사건 토지를 포함한 그 일대의 토지들 위에 공원조성공사가 완료되고 그 토지들이 공중의 공동사용에 제공되었다가, 그 후 이 사건 토지를 포함하여 더 넓은 범위의 토지들이 택지개발예정지구로 지정되고 이에 대한 택지개발계획이 승인되자, 이 사건 토지 위의 공원시설을 철거하고 그 지상에 아파트건축공사를 착수하여 현재에 이르기까지 그 공사를 시행하고 있다면, 설사 당초의 취득목적사업인 위 공원조성사업에 더 이상 필요 없게 된 것임은 객관적으로 명백하다고 하지 않을 수 없다.

(3) 당해 공공사업의 폐지·변경

가. 당해 공공사업

‘당해 공공사업’은 협의취득의 목적이 된 구체적인 공공사업을 가리킨다고 봄이 규정의 명문에 부합하는 해석이다. 따라서 이 사건에 있어서의 ‘당해 공공사업’은 도시계획사업으로서의 공원조성사업을 가리키는 것이라고 보아야 한다. 이에 대하여 이 사건에 있어서의 ‘당해 공공사업’은 도시계획사업에 포함되어 있는 주택용지건설사업이나 공원시설사업 등 세부적인 개개의 사업을 가리키는 것이 아니라, 광범위하게 도시계획사업 자체를 포괄적으로 가리키는 것이라는 반론이 있을 수 있다. 도시계획법이 정하는 “도시계획”의 범위 속에는 녹지나 공원시설의 설치·정비·개량에 관한 계획(제2조 제1항 제1호 나목)과 일단의 주택지조성사업에 관한 계획(제2조 제1항 제1호 다목, 제7호)이 함께 포함되어 있고, 주택개발촉진법 소정의 “택지”함은 그 법이 정하는 바에 따라 개발·공급되는 주택건설용지 및 공공시설용지를 말하는데(제2조 제1호), 여기에서 말하는 “공공시설용지”라 함은 도시계획법 제2조 제1항 제1호 나목에서 정하는 도시계획시설등을 설치하기 위한 토지를 가리키는 것이라고 규정하고 있으므로(제2조 제2호). ‘당해 공공사업’은 공원 등 공공시설에 관한 사업, 주택지조성사업 등을 모두 포함하는 포괄적인 도시계획사업을 가리키는

것이라고 해석할 여지가 있다는 것이다.

그런데 이처럼 도시계획사업으로서 주택지조성사업을 할 수도 있고 택지개발사업으로서 공원조성사업을 할 수도 있도록 관계 법률이 규정하고 있다고 하여 특례법 제9조 제1항 소정의 '당해 공공사업'의 범위를 위와 같이 넓혀 해석할 수는 없다고 생각한다. 우선 도시계획법 제23조에 의하면 도시계획사업은 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 도시계획구역을 관할하는 시장·군수가 시행하도록 규정되어 있는 반면, 택지개발촉진법 제7조에 의하면 택지개발사업은 국가·지방자치단체·한국토지개발공사 또는 대한주택공사 중에서 건설부장관이 지정하는 자가 시행하도록 규정되어 있으므로 그 사업시행주체가 다르다. 이 사건 원심은 위 공원조성사업 및 택지개발사업의 사업시행자가 모두 서울특별시로서 동일하다는 점을 위 공원조성사업의 폐지·변경이 없다는 사유의 하나로 내세우고 있는 듯하나, 이 사건에서도 도시계획사업인 위 공원조성사업의 시행자는 행정청인 서울특별시장이고 위 택지개발사업의 시행자는 지방자치단체인 서울특별시라고 보아야 할 것이니 그 시행자가 법률상 동일하다고 볼 수 없다. 또한 서울특별시가 당초부터 도시계획사업으로서의 택지개발사업을 시행한 경우를 가정하여 보자. 이 경우에는 원고가 이미 국민주택 규모의 아파트를 지어 그 부지로 사용하려던 이 사건 토지를 서울특별시가 택지로 조성하기 위하여 수용 또는 협의취득할 필요가 있었다거나 그 수용 등의 요건을 갖추고 있었다고 하기 어려울 것이다. 그렇다면 공원조성사업으로부터 택지개발사업으로의 변경은, 설사 두 사업이 모두 도시계획사업의 범위에 속하는 것이라고 하더라도, 환매권행사의 요건을 충족시키는 것이라고 인정함이 마땅하다.

나. 폐지·변경

당해 공공사업의 '폐지·변경'이라고 함은 당해 공공사업을 아예 그만두거나 다른 공공사업으로 바꾸는 것을 의미한다. 물론, 다른 사업으로 바꾸는 것이 아니라 동일한 사업의 사업계획이 당초와 다르게 변경되는 데에 불과한 경우는 당해 공공사업의 변경에 해당한다고 볼 수 없으므로 환매권행사의 요건은 충족되지 않는다. 현실적으로 보더라도 환매권의 행사기간으로 정하여진 10년 내에 차도를 보도로 바꾸는 등 당초의 설계를 수정하여야 할 경우가 적

지 않을 것이므로 이러한 경우까지 환매를 허용하여서는 곤란할 것이다²⁷⁾. 판례도 같은 취지에서, 도시계획사업인 하천복개공사 자체가 폐지·변경 되었다던가 또는 기타의 사유로 인하여 수용한 토지가 필요 없게 되었음을 인정할 자료가 없는 이상, 사업시행자 대한 사업시행허가가 취소되었다는 점만으로는 그 사업의 폐지·변경되었다고 볼 것은 아니라고 하고 있다²⁸⁾. 그러나 이 사건에 있어서와 같이 도시계획사업으로 공원조성사업이 시행된 토지에 대하여 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업실시계획의 승인이 있었고, 당해 토지가 그 택지개발계획에 의하여 公園의 부지가 아닌 주택건설용지로 변경되었다면, 적어도 당해 토지에 관한 한 위 공원조성사업은 폐지 또는 변경되었다고 하지 않을 수 없다. 택지개발촉진법 제11조는 택지개발사업의 시행자가 택지개발사업실시계획의 승인을 얻은 때에는 도시계획법 제12조·제24조 및 제25조 등의 각 규정에 의한 도시계획의 결정·도시계획사업시행의 허가 및 실시계획의 인가를 받은 것으로 본다고 규정하고 있는바, 이와 같은 건설부장관의 택지개발계획의 승인은 당해 사업이 택지개발촉진법상의 택지개발사업에 해당함을 인정하여 시행자가 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 행정처분의 성격을 갖는 것이고 그 승인고시의 효과는 수용할 목적물의 범위를 확정하고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상 권리로서의 효력을 발생시키는 것이기 때문이다²⁹⁾ 따라서, 당초의 도시계획사업으로서 이 사건 토지에 대하여 행하여진 위 공원조성사업은 위 택지개발사업의 실시계획승인에 따라 폐지되었거나 적어도 변경된 것으로 볼 수밖에 없다.

6. 환매권의 행사기간 (채척기간의 기산점과 만료)

토지수용법 제71조와 특례법 제9조 제1항의 권리행사기간의 성질은 환매권

27) 中川善之助·兼子一, 前掲書 277면은, 통상의 도로를 고속도로로 바꾸는 것은 사업 그 자체가 달라진 것이라고 볼 여지가 있지만 단순히 통상의 道路의 종류가 변경되는 것(예, 지방도가 국도로 되는 등)은 사업의 변경이라고 볼 수 없다고 한다.

28) 대판 1978.11. 1. 선고, 78다1369판결

29) 대판 1986. 8.19. 선고, 86누256판결

이라는 형성권을 행사할 수 있는 기간이므로 제척기간이라고 보아야 한다. 제척기간은 일정기간동안 계속된 권리의 불행사라는 사실상태를 존중하여 권리의 소멸을 가져오게 하는 소멸시효제도와 달리 권리의 불행사라는 사실상태의 존속과 관계없이 법률관계의 조속한 확정을 위하여 법이 미리 정하여 놓은 권리를 행사할 수 있는 기간이다. 제척기간의 기산점에 관하여 법에 명문의 규정이 없는 경우에는 각 구체적인 경우마다 그 형성권을 행사할 수 있는 때로부터 진행되고 그 법정기간이 만료되는 때에 권리가 소멸하는 것으로 보아야 할 것이지만 하나의 권리에 관하여 각 그 기산점을 달리하는 장단기의 제척기간을 규정하고 있는 경우에는 어느 일방의 기간이 만료됨으로써 다른 일방의 기간이 만료되지 않았더라도 권리소멸의 효과가 발생한다고 보아야 할 것인지는 문제가 있다. 제척기간이 사실상태의 존속과 관계없이 불안정한 법률관계의 조속한 확정을 위하여 법이 예정해 놓은 권리행사기간이라는 제도의 취지에 충실하자면 어느 일방의 기간이 먼저 만료되면 다른 일방의 기간이 만료되지 아니하였다 하더라도 바로 권리소멸의 효과가 발생한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 모든 경우에 일률적으로 위와 같이 해석한다면 불합리한 결과가 생길 수도 있으므로 어느 권리의 행사에 장단기의 제척기간을 두고 있는 취지와 각 구체적 권리의 성질에 따라 개별적으로 결정함이 옳을 것 같다. 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 의한 토지 등의 취득은 사업시행자가 공공사업에 필요하여 취득하는 것이므로 그 취득 후 취득한 토지 등이 공공사업에 필요없게 되었다면 이를 사업시행자가 그대로 보유하는 것은 부당하므로 원래의 소유자에게 돌려주어야 할 것인바, 그 節次를 규정한 것이 공특법 제9조 제1항이라고 생각된다. 만약 사업시행자가 토지취득 후 바로 토지의 일부가 공공사업에 필요 없게 되었음에도 불구하고 필요 없게 된 때로부터 1년이 경과하였다는 이유만으로 아직 취득일로부터 10년이 되려면 상당기간이 남아 있음에도 불구하고 환매권을 행사할 수 없다고 한다면, 토지 등의 취득 후 거의 10년이 다 되어서야 공공사업에 필요 없게 되었을 경우 취득일로부터 10년이 경과하였다는 이유만으로 필요 없게 된 때로부터 1년이 경과하려면 상당기간이 남아 있음에도 불구하고 환매권을 행사할 수 없다고 하는 것은 불합리하다고 아니할 수 없다. 이미 공공사업에 필요 없게 된

토지 등을, 장단기의 제척기간 중 어느 일방이 경과하였다는 이유만으로 사업 시행자에게 보유시키는 것보다는 가능한 한 원래의 소유자에게 이를 환원시켜 주는 것이 制度의 취지에 부합하기 때문이다. 이 점에서 볼 때 대법원86다324, 86다카1579 판결은 매우 합리적이고 타당한 결론을 도출해 낸 것으로서 공공사업을 위하여 자신의 의사와는 거의 관계없이 토지 등의 소유권을 상실하였던 환매권자의 권리를 보호하기 위하여서도 꽤 귀중한 선례가 되리라고 보여 진다.

7. 공익사업의 변환

수용 또는 협의취득의 목적이 된 공익사업이 그 후 사정의 변경 등에 따라 폐지·변경되었으나, 수용 또는 협의취득한 토지가 다른 공익사업을 위하여 필요한 경우 그 다른 공익사업에 그대로 사용하는 것이 가능한가하는 문제가 있다. 원래 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권 등의 발동은 공공복리의 증진을 위하여 긴요하고도 불가피한 특정의 공익사업을 시행하는 데에 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것이므로, 그 특정된 공익사업의 전부 또는 일부가 폐지·변경됨으로써 그 공익사업을 위하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었다면, 설사 그 토지가 새로운 다른 공익사업을 위하여 필요하다고 하더라도 환매권을 행사하는 환매권자에게 일단 되돌려주었다가 다시 협의취득하거나 수용하는 절차를 밟아야 하는 것이 원칙이다. 그러나 수용 또는 협의취득의 대상이 된 토지의 원소유자는 적어도 법적으로는 완전한 보상을 받은 셈이므로 그 보상금 상당액을 지급하고 당해 토지를 환매하더라도 다시 협의취득이나 수용 등에 의하여 그 토지의 소유권을 상실하게 되면 별다른 재산상의 이득을 얻지도 못하면서 번거로운 절차를 되풀이하는 결과가 된다.

토지수용법 제3조는 “토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업은 다음 각호의 1에 해당하는 사업이어야 한다”고 규정하면서 그 제1호 내지 제8호에서 사업의 공익성의 정도에 따라 사업을 분류하여 규정하고 있으며³⁰⁾ 같은 법 제71

30) 제1호의 사업이 공익성의 정도가 가장 높고, 아래로 내려 갈수록 공익성의 정도가 낮아진다.

조 제7항은 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 후, 사업인정을 받은 공익사업이 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에는, 당해 토지에 대한 제1항 및 제2항의 규정에 의한 기간은 당해 공익사업의 변경을 관보에 고시한 날로부터 기산하도록 규정하고 있다. 위 토지수용법 제71조 제7항이 바로 “공익사업의 변환”을 인정함으로써 환매권의 행사를 제한하기 위한 규정으로서 1981.12.31. 법률 제3534호로써 신설된 것이다³¹⁾. 그런데 위 법개정 당시 전문위원의 검토 보고는 제71조 제7항의 신설에 반대하면서 그 이유를 다음과 같이 개진하고 있다³²⁾. 즉, “일단 수용된 토지를 다른 일정한 공익사업을 위하여 전용하는 경우에 환매권을 제한하려는 법개정이유에 긍정적인 측면이 없는 것은 아니지만, 다른 한편으로 생각해보면 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권의 발동은 공익을 위한 명확한 목적을 가진 긴급하고 불가피한 사업시행을 위하여 필요한 최소한도에 그쳤을 때에만 그 정당성이 인정된다 하겠으므로, 수용 후에 그 목적을 변경한다거나 5년이 경과되도록 수용토지 전부를 이용하지 아니할 정도로 이용목적이 불명확하고 불요불급한 사업을 위하여 토지를 수용한다는 것은 수용권의 남발이라고 할 수 있으며 위 환매권 제한규정이 개정취지와는 달리 토지수용이 정당화될 수 없는 사업을 위해 위장된 목적으로 토지를 수용하여 전용하는 극단적인 사태에 대한 우려도 배제할 수 없다 하겠으므로 제71조 제7항은 공익사업 추진상의 행정편의와 환매권의 부당한 제한에 대한 우려라는 양측면을 형량하여 볼 때 삭제함이 마땅하다”는 것이다.³¹⁾ 이와 같은 전문위원의 의견에도 불구하고 토지수용법 제71조 제7항이 신설된 것은, 이 조항이 공익사업의 변환이 허용되는 사업시행자의 범위를 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관으로 한정하고 있고, 공익성의 정도가 높은 같은 법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 공익사업으로 변경하는 경우에 한하여 환매권의 행사를 제한하고 있으므로 남용의 우려가 크지 않다는 데에 그 이유가 있는 것으로 보인다.

31) 제108회 국회 제23차 건설위원회 회의록 중 토지수용법 개정법률안의 제안설명 참조

32) 전주의 건설위원회회의록 중 전문위원의 검토보고 참조

특례법 제2조 제2호는 그 법에서 “공공사업”이라 함은 토지수용법 제3조의 규정에 의하여 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업(토지구획정비사업·재개발사업 및 농지개량사업을 포함한다)을 말한다고 규정하고 있으므로 “공공사업”은 토지수용법의 “공익사업”과 다름이 없다. 그럼에도 불구하고, 특례법은 “공공사업”의 변환을 인정하는 조문을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라 “공공사업의 변환”에 관한 토지수용법 제71조 제7항을 준용하는 규정도 두고 있지 않다. 여기에서 두 가지의 서로 상반된 해석이 가능하다. 첫째는 특례법에서 “필요 없게 되었을 때”라고 함은, “당해 공공사업”에 필요 없게 되었을 때만을 의미하는 것이 아니므로 일반적으로 공공사업의 변환이 인정되어야 한다는 해석이다. 그런데 환매권행사의 요건인 「불용」에 관한 규정형식과 규정내용은 토지수용법이나 특례법이나 전혀 다를 바 없는 데도 토지수용법 제71조 제7항의 규정을 두어 “공익사업의 변환”을 일정한 요건 아래에서만 특별히 인정하고 있는 점에 비추어 본다면 특례법에 관한 위와 같은 해석은 무리임이 자명하다. 둘째는 특례법이 규정한 환매권은 공공사업의 변환으로 인한 제한을 받지 아니하고 언제나 행사할 수 있다는 해석이다. 입법의 미비임이 분명하지만, 토지수용법은 공용수용에 관하여 모법의 지위에 있다고 볼 수 있고, 토지수용법상의 협의취득과 특례법상의 협의취득이 대동소이한 것이며, 두 법에서 인정하고 있는 환매권 역시 사법상의 권리라는 동일한 법적 성격을 가지는 것으로서 그 요건과 절차도 같다는 점에서, 토지수용법이 인정하고 있는 “공공사업의 변환”에 관한 제71조 제7항의 규정을 특례법에 의한 환매권의 경우에도 유추적용할 수 있는 것이 아닌가 생각될 수도 있다. 대상판결도 같은 입장을 취하고 있는 것으로 생각되지만, 이 점에 관하여 명확한 입장을 밝히고 있는 것이라고 단정하기는 어렵다.

사업인정을 받은 당해 공공사업이 폐지·변경됨으로 인하여 시행자가 취득한 토지가 그 사업에 필요 없게 되었으나, 새로운 다른 공익사업에 다시 필요하게 된 경우에, 그 새로운 사업이 토지수용법 제71조 제7항에 의하여 공익사업의 변환이 허용되는 같은 법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 공익사업이 아닌 이상, 환매권자는 아무런 제한 없이 그 토지를 환매할 수 있다고 보아야 한다. 이 점이 바로 대상판결이 내린 결론의 핵심이며 이 사건에 있어서 보면,

서울특별시장이 당초 특례법에 따라 이 사건 토지를 취득한 목적사업인 공원 조성사업은 토지수용법 제3조 제3호에 해당하는 공익사업인 반면, 서울특별시가 그 후 시행한 택지개발사업은 같은법 제3조 제5호에 해당하는 공익사업임이 법문상 명백하므로, 이 사건 토지 위에 택지개발사업이 새로 시행되고 있다는 이유만으로는 공원조성사업에 필요 없게 된 이 사건 토지의 원소유자인 원고가 특례법 제9조 제1항에 따라 환매권을 행사하는 것을 부정할 수 없다고 한 것이다.

8. 토지수용법 제7조 제7항의 공특법에의 유추적용 여부

(1) 문제의 소재

대법원은 위 사건에서 도시계획사업인 공원조성사업은 택지개발사업의 실시계획승인에 따라 폐지되거나 변경된 것으로 보아야 한다고 함과 아울러 토지수용법 제71조 제7항이 공특법에도 “유추적용”됨을 전제로 위 택지개발사업은 토지수용법 제3조 제5호에 해당하는 공익사업임을 이유로 원고의 환매권을 인정하고 있는데, 준용규정이 없는데도 불구하고 토지수용법 제71조 제7항을 공특법에 그대로 유추적용시킨 대법원의 태도가 타당한지 검토되어야 한다.

(2) 학설

1) 긍정설

이 견해는 공특법에 공익사업의 변환에 관한 규정을 두고 있지 않은 것은 입법의 미비라고 보고 토지수용법상의 “공익사업의 변환”에 관한 제71조 제7항의 규정이 공특법에도 유추적용될 수 있다는 것으로 그 이유는 토지수용법은 공용수용에 관하여 母法의 지위에 있다고 볼수 있고 토지수용법상의 협의취득과 공특법상의 협의취득이 대동소이 한것이며, 두 법에서 인정하고 있는 환매권 역시 사법상의 권리라는 동일한 법적 성격을 가지는 것으로서 그 요건과 절차도 같기 때문이라는 것이다.³³⁾

2) 부정설

이 견해는 공특법에는 토지수용법상 공익사업의 변환에 관한 규정을 류추 적용할 수 없다고 하는 것으로 그 논거로는 첫째, 토지수용법과 공특법은 별도의 환매에 관한 규정을 두고 준용되는 것은 따로 규정하고 있음(예-공특법 제9조 제5항)³⁴⁾에도 공익사업의 변환에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 것은 이를 유추적용 할 수 없다는 것을 의미한다는 점, 둘째, 환매권의 법적성질에 관하여 절충적 입장에서 토지수용법과 공특법상 환매권에 관련하여 무시할 수 없는 명문상의 차이가 있고³⁵⁾ 기본적으로 토지수용법상 환매권은 공권력 주체로서의 기업자에 대한 권리인 반면 공특법상 환매권은 본래의 토지수용자인 사인에 대한 권리로서 양자는 그 성질상 차이가 있기 때문에 유추적용 될 수 없다. 셋째, 공익사업의 변환제도는 예외적인 제도라고 할 수 있고 재산권보장의 중요한 내용을 이루는 존속보장에 대한 침해라고 할 수 있으므로 법률에 명시적인 규정이 없이 이러한 침해적 법규정을 류추적용 한다는 것은 문제가 있다는 점을 들고 있다.³⁶⁾

- 33) 유원규, “공익사업의 변환과 환매권의 행사”, 『대법원판례해설, 법원행정처』, 제17호, 1991, 366면
- 34) 2000년 현행 공특법 제9조 제5항 “토지수용법 제72조의 규정(환매권의 소멸)은 제1항 제2항의 규정에 의한 환매권에 대하여 이를 준용한다.”
- 35) 토지수용법에는 토지의 수용 또는 협의취득후의 사업변경에 따른 특례규정(환매권의 발생 또는 행사기간의 연장-동법 제71조7항)이 있으나, 공특법에는 그와같은 규정이 없고, 토지수용법은 환매권과 관련하여 토지를 수용할 수 있는 공익사업간에 차등을 두고 있다. 즉 동법 제3조에 열거되어 있는 여덟종류의 사업 가운데 제1호에서 제4호까지의 공익사업에 대해서는 사업변경에 따르는 환매권행사기간의 연장을 인정하고 있는데 대하여 제5호에서 제8호까지의 나머지 공익사업에 대하여는 그것을 인정하고 있지 않다.
- 36) 법률신문, 1993.2.1, 김남진, “공특법상의 환매권발생의 요건”. 15면: 임호정, “공용지에 대한 환매권, 전개논문, 619면: 그러나 이처럼 부정설의 입장을 취하는 경우에도 공특법에 의하여 협의취득된 토지에 대하여 당초의 공익사업이 후에 다른 공익사업으로 변경된 경우에 환매권의 행사를 제한할 것인가에 대하여는 두가지의 해석이 가능할 것이다. 그 하나는 그러한 경우 당초의 당해공공사업이 폐지된 것으로 보아 환매권은 공익사업의 변환과 관계없이 언제나 행사할 수 있다는 입장이고, 다른 하나는 공익의 측면에서 토지수용법 제71조 제7항에 관계없이 즉 토지수용법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에 제한적으로 공익사업의 변환을 인정하는 것이 아니고 일반적으로 공익사업의 변환을 인정하여 환매권을 행사할 수 없다고 보는 입장이 그것이다. 김남진교수는 명시적으로 이에 대하여 언급하고 있지는 않으나 위글의 전체적인 문맥으로 후자의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

(3) 검토

토지수용법 및 공특별상의 환매권은 모두 재산권 보장과 관련된 헌법상의 권리인데 이러한 환매권을 구체적으로 어느 정도로 보장하고 제한 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 보호법의 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 립법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다고 할 수 있다. 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 '입법재량권'이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 환매권을 어느 정도로 보장하고 제한할 것인지는 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다. 그러므로 헌법원리에 위배될 정도로 립법자가 립법재량권을 자의적으로 행사한 경우에 해당하지 않는 한 공익사업의 변환이 환매권에 대한 제한으로서 이를 인정할 것인가 부정할 것인가는 순전히 입법자의 판단에 맡겨진 것이라 볼 수 있다. 공특별은 환매권과 관련해서 환매권의 소멸에 관해서는 토지수용법 제72조를 준용한다고 규정하고 있지만 공익사업의 변환에 관해서는 토지수용법 第71조 제7항을 준용한다는 규정을 두고 있지 않는 점에 비추어 볼 때, 공특별상 환매권의 경우에는 공익사업의 변환을 인정하고 있지 않다고 보는 것이 타당하다. 기본적으로 공익사업의 변환은 환매권의 행사를 제한하는 것으로 헌법상 보장된 재산권에 대한 침해라고 볼 수 있기 때문에 법치행정의 원리와 관련해서 볼 때에도 법률상 명문의 규정이 있는 경우에만 예외적으로 인정된다고 보아야 한다. 또한 공익사업의 변환제도는 환매권을 인정하고 있는 립법체중 유일하게 우리나라의 경우에만 인정되는 제도라는 점에서도 이를 제한적으로 해석함이 타당하므로 공익사업의 변환규정은 공특별에 유추적용 될 수 없다고 보아야 한다. 따라서 공특별에 의하여 협의취득한 토지에 대하여는 공익사업이 변경되는 경우에는 당초의 사업이 공익성이 강한 다른 공익사업으로 변경되고 그 새로운 공익사업을 위하여 토지를 계속 이용할 필요가 있는지의 여부에 관계없이 협의 취득의 목적이 된 당해 공익사업이 폐지된 것으로 보아 환매권의 행사가 가능하다고 해야 한다.

V. 결어

우리나라 행정의 수준에 비추어 볼 때, 과연 공익사업 내지 공공사업을 계획하고 시행함에 있어서 미래의 사정변경에 대한 예측을 어느 정도로 정확하게 하여 개인의 토지에 대한 收用 또는 협의취득을 행하고 있는지 의문이다. 물론, 아무런 시행착오가 없이 공공사업이 시행되어 수용된 토지가 그 목적사업에 계속 이용되는 경우도 적지 않겠지만, 수용된 토지가 그 수용목적사업과 다른 공익사업에 이용되는 경우도 빈번하게 있음을 우리는 주변에서 보아 왔다. 이러한 토지수용의 현실에 비추어 대상판결이 행정관청 등 공익사업의 시행자에게 주는 충격은 상당히 클 것으로 예상된다. 그러나 국민의 재산권보장이라는 헌법이념에 비추어 볼 때, 행정편의 위주의 사고방식에 따라 공익사업을 자의적으로 변경하여 여기에 수용토지를 전용하는 관행은 앞으로 반드시 고쳐져야만 할 것이다.

공익사업의 변환제도는 그 입법논의에서도 나타난 바처럼³⁷⁾ 국가, 지방자치단체, 정부투자기간 등이 토지수용이 정당화되지 않는 사업을 위해 위장된 목적으로 토지를 수용하여 이를 전용하는 등의 남용의 위험도 있을 수 있다. 따라서 이에 대한 우리 대법원 판례의 태도는 법문의 규정한 바에 따라서 한정적으로 이를 인정하고 있을 뿐이다. 대상판결은 설사 이미 취득된 문제되는 土地가 다른 공익사업에 필요하여 그 다른 공익사업을 원인으로 해서도 토지수용의 대상이 되는 경우라고 하더라도 그 다른 공익사업이 토지수용법 제3조 제1호 내지 제4호에 해당하는 보다 높은 공익성을 가진 사업이 아닌 한 공익사업의 변환은 인정되지 아니하고 해당 토지를 일단 환매권자에게 돌려주었다가 다시 협의취득하거나 수용하는 절차를 밟아야 한다고 판시하고 있다³⁸⁾. 그런데 토지수용법은 공익사업의 변환을 명문으로 인정하고 있으나 공특법은 공익사업의 변환에 대한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 공특법의 공공사업은 토지수용법 제3조의 규정에 의한 공익사업을 의미하므로(공특법 제2조제2호),

37) 제108회 국회 제23차 건설위원회 회의록 중 토지수용법개정법률안의 제안설명 부분참조

38) 대판 1994. 4.28 선고 91다29927

토지수용법 제71조의 '사업'과 공특법 제9조의 '당해 공공사업'은 같은 것이라고 볼 수 있다³⁹⁾. 그럼에도 불구하고 공특법에는 공익사업의 변환제도가 명문으로 존재하지 않고 있음은 특이하다고 할 수 밖에 없다. 대상판결은 이러한 사정에 근거하여 공특법에 명문규정도 없고 토지수용법 관련규정의 준용규정도 존재하지 않음에도 불구하고 토지수용법 제71조제 7항의 공익사업의 변환의 규정을 공특법에 의한 토지취득에도 류추적용 하고 있는데 공익사업의 변환제도는 대법원판례의 기본취지도 그러하듯이 예외적인 제도이고 공익사업의 변환을 인정하는 것은 바로 재산권 보장의 중요한 내용을 이루는 존속보장에 대한 침해라고 할 수 있기 때문에 법률에 명시적인 규정 없이 이러한 침해적 법규정을 유추적용하는 것은(대상판결 중 당초 공익사업이 폐지되었다는 것과 원고의 환매권이 인정된다는 결론에는 찬동하지만) 문제가 있다. 즉 공익사업의 변환을 인정하는 것은 환매권을 제한하는 것이 되어 재산권을 침해하는 것이므로, 법률에 명시적인 규정도 없이 이를 인정함은 목적을 위해 수단과 절차를 무시하는 것이되어 부당하다고 할 수 있다. 또한 토지수용법상 공익사업의 변환은 기업자의 협의취득이나 수용의 절차에 앞서서 필수적으로 따르는 사업인정의 변경고시로 이루어지나 공특법에 의하여 토지를 사업시행자가 취득하는 경우에는 그에 앞서 변경고시절차가 따르지 않기 때문에 공특법에 의한 환매에는 토지수용법상의 공익사업의 변환에 관한 규정이 적용될 여지가 없다⁴⁰⁾. 따라서 적절한 입법조치가 없는 한⁴¹⁾ 해석으로써 공특법에 이

39) 대판 1994. 1.25 선고 93다 11760판결 "수용되거나 협의취득된 토지의 환매권에 관하여 규정한 토지수용법 제71조 제1항 소정의 "사업"과 특례법 제9조 제1항 소정의 "당해 공공사업"이라 함은, 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정을 받을 때 구체적으로 특정된 공익사업을 가리키는 것으로 봄이 상당하므로, 이 사건과 같이 도시계획법 제30조 제2항에 따라서 같은 법 제25조의 규정에 의한 도시계획사업 실시계획의 인가를 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정으로 보게 되는 경우에도, 그 도시계획사업 실시계획의 인가를 받을 때 구체적으로 특정된 공익사업이 바로 토지수용법 제71조 제1항 또는 특례법 제9조 제1항 소정의 수용 또는 협의취득의 목적이 된 "사업" 또는 "당해 공공사업"에 해당하는 것이라고 보아야 할 것이다".

40) 임호경 "공공용지에 대한 환매권", 행정상손실보상의 주요문제, 박영사, 1997. 210면

41) 설사 법률에 규정된다고 하더라도 그것이 위헌입법이 아닌가 하는 논의가 생길 수 있다. 현재결 1997. 6.26 헌바 94의 반대의견에서는 토지수용법상 공익사업의 변환에 대해서 ①본래의 목적 공익사업 이외의 다른 법정 공익사업을 위하여 불복절차 등 아무런 적법절차 없이 전용을 허용하므로 입법목적의 정당성이나 입법수단의 적정성이 있다고 할 수 없고 ②

를 유추적용하는 것은 잘못된 것이라 생각된다. 한편 토지수용법은 공익사업의 변환에 있어서 사업의 변경에 관해서만 규정하고 있고 기업자(또는 사업시행자)가 바뀌는 경우에는 명확한 규정을 두고 있지 않는데, 기업자(또는 사업시행자)가 바뀌는 경우에도 공익사업의 변환이 인정될 것인지도 중요한 문제라고 할 수 있다. 이에 대해 대법원은 공익사업의 변환이 원래의 공익사업의 시행자와 변환의 대상이 되는 새로운 공익사업의 시행자가 동일한 경우에만 허용되는 것은 아니라고 판시하고 있다⁴²⁾. 요컨대 판례는 다른 요건만 충족시킨다면 어떤 사업시행자(국가, 지방자치단체, 정부투자기관)가 수용한 토지가 원래의 사업에 필요 없게 되거나 사실상 5년 이상 이용되지 않았다 하더라도, 다른 사업시행자가 시행하는 사업에로의 공익사업의 변경을 통하여 환매권자에게 돌려주지 않고 계속 공익사업을 위해 활용 할 수 있다는 입장인 것이다. 생각건대 공익사업의 변환은 환매권을 제한하는 어디까지나 예외적인 제도라고 할 것이므로⁴³⁾, 법령을 해석함에 있어서는 국민의 권리를 제한하는 쪽으로 확대해석하는 것은 바람직하지도 않을 뿐만 아니라 토지수용법 제71조 제7항은 공익사업의 변환을 사업의 변경에 따른 공익사업의 변환만을 인정하

토지수용법에서 보다는 훨씬 심각한 징발법에서도 인정하지 않는 환매권의 제한을 토지수용법에서 두고 있으며, 다른 법률에서 토지수용법의 절차를 많이 준용하고 있으므로 그 미치는 영향이 크기 때문에 환매권의 제한에 있어서 토지수용법에 있어서는 국민의 피해의 정도를 더 최소화하여야 함에도 피해를 극대화한 것이므로 그것은 피해의 최소성의 한계를 일탈하였고^③ 수용토지에 대하여 공익사업의 변환을 계속 적용하면 환매권을 취득하는 기회를 영원히 상실하는 결과를 초래하고 환매권의 규정은 형해화 내지 사문화 될 수 밖에 없으므로 환매권을 제한하고 있는 토지수용법상의 공익사업의 변환규정은 헌법상 기본권제한의 절대적 한계를 일탈한 것이라고 주장하였다.

42) 대판 1994. 1.15 선고 93다11760, 11777, 11784병합: 이른바 "공익사업의 변환"이 국가 지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 경우에 한하여, 그것도 사업인정을 받은 공익사업이 공익성의 정도가 높은 토지수용법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에만 허용되도록 규정하고 있는 토지수용법 제71조제7항 등 관계법령의 규정내용이나 그 입법이유 등으로 미루어 볼때, 같은 법 제71조 제7항 소정의 "공익사업의 변환"이 국가 지방자치단체 또는 정부투자기관 등 기업자(또는 사업시행자)가 동일한 경우에만 허용되는 것으로 해석되지는 않는다.

43) 대판 1995. 2. 10. 94다 31310: "이른바 공익사업의 변환은 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 경우 그 사업인정을 받은 공익사업이 공익성의 정도가 높은 토지수용법 제3조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에 한하여 허용되는 것으로서, 이는 어디까지나 예외적인 제도라고 할 것인바...."

고 있지, 기업자의 변경에 따른 공익사업의 변환은 규정하고 있지 않으므로 기업자를 달리하는 경우에는 공익사업의 변환을 인정할 수 없다. 또 사업시행자가 바뀌는 경우에도 공익사업의 변환을 인정한다면 폐지된 공익사업의 시행자가 아무런 이유 없이 토지가액의 변동으로 인한 전매차익을 얻을 수 있는데 이는 국가 또는 지방자치단체가 법률이 예상하고 있는 재정수입이외의 방법으로 수입을 얻는 것이 되므로 불합리하다고 할 수 있다⁴⁴⁾. 따라서 판례의 태도는 타당한 것이 아니라고 생각되어지므로 사업자의 변환의 경우에는 공익사업의 변환을 허용하지 않아야 하며, 대법원 역시 공익사업의 변환은 어디까지나 예외적인 제도라는 자신의 입장에 충실한 법해석을 해야 할 것이다.

참고문헌

- 김도창, 「일반행정법(하)」, 청운사, 2000.
박윤훈, 「행정법강의(하)」, 박영사, 1998.
김남진, “토지 및 토지등에 관한 환매권-문제점을 중심으로” 부동산감정평가, 1992.
유원규, “공익사업의 변환과 환매권의 행사”, 「대법원판례해설」 제17호, 법원행정처, 2001.
임호정 “공공용지에 대한 환매권”, 「행정상손실보상의 주요문제」, 박영사, 1997.
Karl Nussens/Karlheinz Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987.
田村悦一“買受權”ジュリスト 増刊 行政法の争点(舊版) 1980.

44) 예를들어 서울특별시가 특정의 공익사업을 핑계로 토지를 취득한 후 다른 공익사업을 위해 토지가 필요한 정부투자기관에 그 토지를 전매하고 공익사업의 변환을 통하여 별도의 수용 절차를 생략할 수 있다고 한다면, 정부투자기관이 지방자치단체인 서울특별시로부터 토지를 취득하는 경우라도 서울특별시가 그 토지를 수용한 가격으로 토지를 인수받는 것이 아니고 정부투자기관이 새로이 개시하는 사업시점을 기준으로 그 토지의 정당한 보상을 지급하고 서울특별시로부터 그 토지를 협의취득해야 하므로 토지가격의 상승으로 인한 시세차익은 서울시에 귀속하게 되므로, 사업시행자에게 토지의 전매차익이라는 경제적 이익을 추구할 수 있는 방법을 제도적으로 보장해주는 결과가 될 수 있다는 점에서 문제가 있다

[Abstract]

**A review of precedent on the issue of laws to the right of
repurchase**

Ko, Heon-Hwan

Researcher at Law and Policy Research Institute of Jeju National University

The right of repurchase is recover possession to repurchase within a legal condition, When it need not in public services for the objects of taking or do not public using in public services.

An issue of this study is that the business performer should operating for public services do not return to a person the right of repurchase, in case When it need not in public services for the objects of taking or do not public using in public services.

Therefore This study should that review of precedent and explain legal theories revolve around to change of public services on the issue of laws to the right of repurchase

Key Words : The right of repurchase, public services, taking, change of public services, issue of laws

