성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.014
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp 447 - 479

# 잔여지 수용청구에 대한 법적 고찰

강현호*

## 【목 차】

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 공익사업을 위한 토지의 취득
Ⅲ. 잔여지의 발생과 그 처리에 대한 규정
1. 잔여지 수용에 대한 규정의 경과
2. 잔여지 수용청구의 요건과 판단기준
Ⅳ. 잔여지 수용청구와 우리 헌법상 재산권 보장
1. 우리 헌법상 재산권 보장
2. 헌법상 가치보장에 따른 잔여지 수용청구
3. 잔여지 수용청구와 정당한 보상
Ⅴ. 독일 연방건설법전상의 잔여지 수용과 시사점
1. 독일 연방건설법전에 따른 잔여지 수용청구
2. 우리나라의 잔여지 수용청구에 대한 시사점
Ⅵ. 결론

## 【국 문 요 약】

사회의 발달정도는 국민의 생활에 편익이 되는 다양한 기반시설들을 얼마나 잘 갖추었는가에 상당 부분 의존되는바, 국가와 사회가 발달할수록 기반시설을 설치하기 위한 공익사업들이 시행된다. 공동구, 공원, 체육시설이나 도로 등을 구비하기 위한 공익사업이 진행될수록 국민들이 소유하고 있는 토지를 필요로 하게 되고 이런 와중에 토지의 전부를 수용하지 않는 한 수용하고 남는 토지 잔여지가 많이 발생하게 된다. 잔여지에 대하여 피수용자는 수용을 청구할 수 있는데, 우리나라의 헌법상 재산권 보장의 관점에서 잔여지를 바라볼 때, 가치보장적인 관점에서 피수용자의 잔여지 수용청구에 대해서 소극적으로 대응할 필요는 없으며

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

오히려 보다 적극적으로 잔여지를 수용할 필요가 있다고 사료된다.

잔여지 수용과 관련하여 담당하는 기관들이 잔여지에 대한 수용청구에 미온적으로 대응할 때, 국민들은 기본권 보장에 대해서 의구심을 갖게 될 것이다. 잔여지에 대한 매수 내지 수용청구가 사업시행자 내지 관할 토지수용위원회에서 적절하게 검토되지 아니하는 경우에는 국민들이 다른 기관들을 찾아가는 현상들도 발생하게 되는바 이런 현상은 바람직하지 아니한 것으로 보인다.

우리 토지보상법상의 잔여지 수용청구의 요건에 대해서 독일 연방건설법전에 규정되어 있는 잔여지 수용청구의 요건을 비교하면서 시사점을 찾고자 하였을 때, 독일에서 잔여지 수용청구의 요건들이 상당부분 완화되어 있음을 발견할 수 있었다. 토지소유자의 동일성, 일단의 토지의 범위, 그리고 잔여지에 대한 이용가능성의 측면에서 보다 완화되어 있음을 참고로 하여, 우리의 토지보상법제도 이러한 점들을 고려하여 잔여지 수용청구요건을 완화하는 방향으로 개선될 필요가 있다.

## Ⅰ. 서설

국가와 사회가 존재하는 동안에는 부단히 공익을 달성하기 위한 사업들이 이루어지고 있다. 공익사업이 정상적으로 진행되어서 사회가 필요로 하는 사회기반시설들이 적절하게 제공되는 사회가 보다 국민의 삶을 질을 높이는데 이바지한다. 공익사업의 대표적인 주자가 바로 도로, 공원, 도서관, 체육시설, 공연장, 환경보호시설 등이다. 공익을 위한 사업에 있어서는 사업시행자 등이 토지 등을 취득하는 것을 필요로 한다. 이러한 토지 등의 취득에 있어서 사업시행자는 공익사업을 위하여 필요한 부분만 취득하고자 하다. 그런데 피수용자의 입장에서 살펴보면 일단의 토지의 일부분이 수용 당하는 경우에 잔여토지를 더 이상 소유할 필요를 느끼지 못할 수도 있다. 그렇지만 현실에서는 피수용자가 잔여지를 처분하는 것이 쉽지 아니하다. 물론 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 "토지보상법"이라 한다)에서 잔여지의 매수 내지 수용(이하 "잔여지의 수용"이라 한다)을 위한 법규정이 있으나, 그 요건의 충

족이 쉽지 아니한 문제가 있다. 또한 잔여지의 매수 내지 수용과 관련된 기관들 - 예를 들면 공익사업의 시행자, 토지수용위원회 또는 국민권익위원회 등 - 상호간에도 의견의 일치를 보지 못하고 있다. 그래서 본고에서는 우리나라의 잔여지 수용에 대해서 고찰함과 동시에 독일에서의 잔여지 수용과 관련된 규정들을 고찰함으로써 하나의 시사점을 얻고자 한다.

먼저 공익사업을 위한 토지의 취득에 대해서 일반적인 고찰을 한다(Ⅱ). 그런 연후에 사업시행자에 의한 토지의 취득으로 인하여 남게 되는 잔여지와 그에 대한 처리에 대해서 살펴본다(Ⅲ). 다음으로는 피수용자에게 잔존하는 잔여지를 어떻게 다룰 것인지와 관련하여 우리 헌법상의 재산권 보장의 이념에 비추어 보고자 한다(Ⅳ). 그리고 잔여지에 대한 연구가 아직까지는 많지 아니한 상황에서 비교법적인 고찰의 일환으로써 독일에서의 잔여지 수용에 대한 탐구를 하면서 우리나라에의 시사점을 얻고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 공익사업을 위한 토지의 취득

공익사업을 위해서 토지가 필요한 경우에 원칙적으로 사업시행자와 토지소유자 상호간의 협의에 의하여 취득을 하고자 노력한다. 토지의 취득과 관련된 법률로 토지보상법이 있는바, 간략하게 그 절차를 살펴보기로 한다. 토지보상법의 목적은 제1조에서, 이 법은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모하는 것을 목적으로 한다라고 규정하고 있다. 어떠한 사업이 공익사업에 해당되는가와 관련하여서 토지보상법 제4조에서 열거하고 있다.[1)]

1) 토지보상법 제4조(공익사업) 이 법에 따라 토지등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업이어야 한다. <개정 2014. 3. 18., 2015. 12. 29.> 1. 국방·군사에 관한 사업 2. 관계 법률에 따라 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·궤도(軌道)·하천·제방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방(砂防)·방풍(防風)

공익사업에 필요한 토지등을 취득하기 위해서 먼저 동법 제16조(협의)와 제17조(계약의 체결)에서 정하는 바와 같이, 사업시행자는 토지등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하고, 협의가 성립되었을 때에는 토지소유자 및 관계인과 계약을 체결하여야 한다. 이 공익사업을 위해서 필요한 토지는 재산권 보장의 관점에서 먼저 토지의 소유자와의 계약을 통해서 취득을 시도하여야 하는데, 토지보상법 제16조(협의)에서 사업시행자는 토지등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하며, 협의의 절차 및 방법 등 협의에 필요한 사항은 대통령령[2]으로 정한다라고 규정하고 있다. 법 제16조에서 사업시행자는 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 할 의무를 부과하고 있다. 여기서 성실하다는 의미는 토지소유자의 이해관계를 잘 파악하고 재산권을 합리적으로 보장하면서 매도할 수 있도록 최선의 노력을 다하는 것을 의미한다. 협의와 관련하여 관할토지수용위원회가 수용재결을 한 경우에도 사업시행자가 토지소유자와 협의를 하여 토지를 취득할 수 있는가가 문제가 된 경우에, 판례는 토지보상법의 취지에 비추어 볼 때 이를 금지할 이유는 없다고 보고 있다.[3]

---

・방화(防火)・방조(防潮)・방수(防水)・저수지・용수로・배수로・석유비축・송유・폐기물처리・전기・전기통신・방송・가스 및 기상 관측에 관한 사업 3. 국가나 지방자치단체가 설치하는 청사・공장・연구소・시험소・보건시설・문화시설・공원・수목원・광장・운동장・시장・묘지・화장장・도축장 또는 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업 4. 관계 법률에 따라 허가・인가・승인・지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교・도서관・박물관 및 미술관 건립에 관한 사업 5. 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택 건설 또는 택지 및 산업단지 조성에 관한 사업 6. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 통로, 교량, 전선로, 재료 적치장 또는 그 밖의 부속시설에 관한 사업 7. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 주택, 공장 등의 이주단지 조성에 관한 사업 8. 그 밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업[전문개정 2011. 8. 4.].

2) 토지보상법 시행령 제8조(협의의 절차 및 방법 등) ① 사업시행자는 법 제16조에 따른 협의를 하려는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 보상협의요청서에 다음 각 호의 사항을 적어 토지소유자 및 관계인에게 통지하여야 한다. 다만, 토지소유자 및 관계인을 알 수 없거나 그 주소・거소 또는 그 밖에 통지할 장소를 알 수 없을 때에는 제2항에 따른 공고로 통지를 갈음할 수 있다. 1. 협의기간・협의장소 및 협의방법 2. 보상의 시기・방법・절차 및 금액 3. 계약체결에 필요한 구비서류 ….

3) 대법원 2017. 4. 13., 선고, 2016두64241 판결 [수용재결무효확인] 토지보상법은 사업시행자로 하여금 우선 협의취득 절차를 거치도록 하고, 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 수용재결취득 절차를 밟도록 예정하고 있기는 하다. 그렇지만 일단 토지수용위

이 단계에서의 매매계약의 성질에 대해서 이를 사법상의 매매계약으로 볼 수도 있으나[4], 이를 완전한 의미의 사법상의 계약으로 보기에는 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면, 이미 공익사업과 관련하여 협의취득의 대상이 되었다는 그 자체로 인해서 동 계약의 법적 성질은 공법상의 계약으로서의 성질을 가진다고 할 것이다. 이를 사법상의 계약이 아니라 공법상의 계약으로 보는 이유는 이 단계에서의 매매계약의 체결에 대해서도 완전한 계약상의 자유에 맡겨서는 아니되고, 공법상의 제한의 법리가 적용될 필요가 있기 때문이다.

이러한 협의가 원활하게 진행되지 못하는 경우에는 토지보상법 제19조 이하에 따른 수용이라는 강제적 취득수단을 동원하게 된다. 수용에 의한 취득절차의 하나로서 토지보상법 제26조는 사업인정고시 후에 실시되는 협의절차를 규정하고 있다. 토지보상법 제26조(협의 등 절차의 준용) 제1항에 의하면, 사업인정을 받은 사업시행자는 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고·통지 및 열람, 보상액의 산정과 토지소유자 및 관계인과의 협의 절차를 거쳐야 한다. 여기서의 협의는 사업인정 후에 이루어지는 협의로서 원칙적으로 수용재결을 위한 요건이 된다.[5] 이 경

---

원회가 수용재결을 하였더라도 사업시행자로서는 수용 또는 사용의 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급 또는 공탁하지 아니함으로써 재결의 효력을 상실시킬 수 있는 점, 토지소유자 등은 수용재결에 대하여 이의를 신청하거나 행정소송을 제기하여 보상금의 적정 여부를 다툴 수 있는데, 그 절차에서 사업시행자와 보상금액에 관하여 임의로 합의할 수 있는 점, 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리를 증진시키고, 재산권을 적정하게 보호하려는 토지보상법의 입법 목적(제1조)에 비추어 보더라도 수용재결이 있은 후에 사법상 계약의 실질을 가지는 협의취득 절차를 금지해야 할 별다른 필요성을 찾기 어려운 점 등을 종합해 보면, 토지수용위원회의 수용재결이 있은 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다.

4) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다26924 판결 [전부금] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법에 의한 손실보상의 협의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 요건을 완화하는 약정을 할 수 있고, 그와 같은 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 매매대금을 정할 수 있는 것이다.
대법원 2014. 4. 24. 선고 2013다218620 판결 [협의수용대금등] 공익사업법에 따른 손실보상의 협의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 공익사업법 소정의 손실보상의 요건을 완화하는 약정을 하거나 공익사업법 소정의 손실보상의 기준에 구애받지 아니하고 매매대금을 정할 수 있는 점(대법원 2000. 9. 8. 선고 99다26924 판결 등 참조) ….

우에 협의는 사업인정고시 이전에 이미 이루어진 협의가 존재하고 토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없을 때에는 생략될 수도 있으며, 다만, 사업시행자나 토지소유자 및 관계인이 제16조에 따른 협의를 요구할 때에는 협의하여야 한다. 이러한 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없는 경우에는 사업시행자는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있으며, 관할토지수용위원회의 재결이 있게 되면 토지수용법 제45조(권리의 취득·소멸 및 제한) 제1항에 의거하여, 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다. 물론 사업시행자가 수용 또는 사용의 개시일까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하거나 공탁하지 아니하였을 때에는 해당 토지수용위원회의 재결은 효력을 상실한다(토지보상법 제42조 제1항).

토지보상법 제28조(재결의 신청) 제1항에 의하면, 사업인정 후의 협의절차에서 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에는 사업시행자는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있으며, 사업인정고시가 된 후 협의가 성립되지 아니하였을 때에는 토지소유자와 관계인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 서면으로 사업시행자에게 재결을 신청할 것을 청구할 수 있다(토지보상법 제30조 제1항).

사업시행자는 제38조 또는 제39조에 따른 사용의 경우를 제외하고는 수용 또는 사용의 개시일(토지수용위원회가 재결로써 결정한 수용 또는 사용을 시작하는 날을 말한다. 이하 같다)까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하여야 하고(토지보상법 제40조 제1항), 사업시행자가 수용 또는 사용의 개시일까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하거나 공탁하지 아니하였을 때에는 해당 토지수용위원회의 재결

5) 대법원 2017. 12. 28., 선고, 2017다270565 판결: 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라고 한다) 제26조 제1항, 제16조 및 같은 법 시행령 제8조 제1항에 의하면, 사업인정을 받은 사업시행자는 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하고, 그 협의를 하려는 경우에는 보상협의요청서에 협의기간·협의장소 및 협의방법, 보상의 시기·방법·절차 및 금액, 계약체결에 필요한 구비서류를 적어 토지소유자 및 관계인에게 통지하여야 한다고 규정하고 있으므로, 사업시행자가 수용할 토지의 저당권자에게 위 규정에 의한 협의나 통지를 하지 않았다면 위법하다.

은 효력을 상실한다라고 규정하고 있다(동법 제42조 제1항). 그리고 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다(동법 제45조 제1항).[6]

## Ⅲ. 잔여지의 발생과 그 처리에 대한 규정

### 1. 잔여지 수용에 대한 규정의 경과

공익사업을 위해서 필요한 토지를 취득함에 있어서 사업시행자가 공익사업에 편입되는 토지의 전부를 취득하면 좋겠지만, 실제로는 사업에 필요한 만큼만 취득하게 되어 잔여지가 발생한다. 이러한 경우에 특정인은 수용되고 남은 토지 즉 잔여지(殘餘地)를 가지고 무엇인가를 하여야 할 것인데, 종전의 목적대로 이용할 수 있다면 그나마 다행이라고 할 것이지만 그렇다고 하더라도 피수용자의 손실을 온전하게 전보하는 것은 아니라고 할 것이며, 잔여지의 형상이 부정형이라든지 좁고 긴 형태라든지 또는 출입이 어렵게 되는 등의 사정으로 인하여 피수용자가 잔여지를 이용하는데 어려움을 겪게 될 수 있다. 이러한 경우를 들어서 토지보상법 제74조에서는 잔여지 등의 매수 및 수용 청구에 대한 규정을 두고 있다.

잔여지 등의 매수와 수용청구와 관련하여 처음에는 구 토지수용법 제74조 (잔여지 등의 매수 및 수용청구) 제1항 제1문에서 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 사업시행자에게 일단의 토지의 전부를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다라고 규정하고 있었다.[7] 동 규정에 의하면 동일인이

6) 대법원 2017. 3. 30., 선고, 2014두43387 판결: 사업시행자가 수용 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 수용보상금을 지급하거나 공탁하면 수용 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 설령 그 후 이의재결에서 보상액이 늘어났다 하더라도 그 사유만으로 달리 볼 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다35461 판결 등 참조).

7) 구 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 ( 약칭: 토지보상법 ) [시행 2003. 1. 1.] [법률 제6656호, 2002. 2. 4., 폐지제정] 제74조 (잔여지 등의 매수 및 수용청구) ①동일한

소유하는 직사각형 모양의 토지의 중간부분이 도로의 개설로 인해서 수용되고 양쪽 부분이 남게 되는 경우에 - 토지소유자는 한 쪽 부분은 보유하고 다른 쪽 부분에 대해서만 매수 내지 수용청구를 하고 싶더라도 - 잔여지 수용청구를 하려면 양쪽 부분 모두를 매수 내지 수용 청구를 하여야만 되었다.[8] 그러나, 이러한 규정의 불합리성이 공감되면서 동일인이 원하는 부분에 대해서만 매수 및 수용 청구가 가능하도록 개정이 되었다.[9] 잔여지 매수청구권의 법적 성질과 관련하여서는 이를 형성권으로 보는 것이 판례의 입장이다.[10]

---

토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 사업시행자에게 일단의 토지의 전부를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에 한하되, 그 일단의 토지의 일부에 대한 관할 토지수용위원회의 수용재결이 있기 전까지 하여야 한다.

8) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2002다68713 판결 [매매대금] 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 폐지되기 전의 것) 제48조 제1항은 공익사업을 위해 기업자에 의한 토지의 강제취득에 따라 남게 된 일단의 토지의 일부를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 경우에는 당해 토지소유자에게 형성권으로서 잔여지 수용청구권을 인정하고 있고, 이에 따라 잔여지에 대한 수용청구를 하려면 우선 기업자에게 잔여지매수에 관한 협의를 요청하여 협의가 성립되지 아니한 경우에 한하여 그 일단의 토지의 일부 수용에 대한 토지수용위원회의 재결이 있기 전까지 관할 토지수용위원회에 잔여지를 포함한 일단의 토지 전부의 수용을 청구할 수 있고, 그 수용재결 및 이의재결에 불복이 있으면 재결청과 기업자를 공동피고로 하여 그 이의재결의 취소 및 보상금의 증액을 구하는 행정소송을 제기하여야 하며, 곧바로 기업자를 상대로 하여 민사소송으로 잔여지에 대한 보상금의 지급을 구할 수는 없다.

9) 류창용, 잔여지 보상실무에 있어서 권리구제측면의 문제점 및 개선방안 — 철도 및 도로 보상을 중심으로 —, 토지보상법연구 제17집, 2017, 67면.
토지보상법 [시행 2008. 4. 18.] [법률 제8665호, 2007. 10. 17., 일부개정] 제74조 (잔여지 등의 매수 및 수용청구) ① 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다.
현행 토지보상법 제74조(잔여지 등의 매수 및 수용 청구) ① 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다.

10) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014두46669 판결[토지수용재결신청거부처분취소] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라고 한다) 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리

## 2. 잔여지 수용청구의 요건과 판단기준

잔여지의 매수 내지 수용청구의 요건으로는 '동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때'이다. 법규정에 따른 요건을 살펴보자면 첫째, 잔여지가 먼저 동일한 소유자에게 속하여야 한다. 둘째, 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용되어야 한다.[11] 셋째, 남은 잔여지를 종래의 목

---

로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다.

대법원 2010. 8. 19. 선고 2008두822 판결 [토지수용이의재결처분취소등] 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다.

대법원 1993. 11. 12. 선고 93누11159 판결: 토지수용법에 의한 잔여지수용청구권은 그 요건을 구비한 때에는 토지수용위원회의 특별한 조치를 기다릴 것 없이 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지고 ….

대법원 1994. 11. 8. 선고 93누21682 판결 [토지수용재결처분취소등] 원심은 이 사건 토지(1,024㎡)가 수용됨으로 인하여 잔여지(669㎡)는 폭 3 내지 5m, 길이 70 내지 80m의 길쭉한 부정형의 토지로서 맹지가 되었으며, 이 사건 토지에 변전소가 설치되어 고압전류가 흐르리라는 것이 예상되는 사실은 이를 인정할 수 있으나, 변전소 주위에 철조망이 설치될 것이기 때문에 접근이 어렵고, 벼락, 누전, 화재의 위험이 있으며, 경사지가 되어 장마, 홍수시에는 토지가 유실될 것이 확실하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란하다는 원고의 주장은 이를 인정할 증거가 없다고 배척하고, 오히려 그 거시의 증거를 종합하여 잔여지는 도시계획상 자연녹지지역에 속하는 공원용지이며 지목이 전인 사실을 인정한 후, 사정이 그러하다면 잔여지가 이 사건 수용으로 인하여 토지의 가격이 감소되기는 하였지만 잔여지를 본래의 목적(농경지 상태)대로 사용하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 이 사건 이의재결 중 원고의 잔여지수용청구를 기각한 부분은 적법하다고 판단하였다. 관계법령과 기록에 비추어 볼 때, 원심의 위 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같은 법리오해 또는 채증법칙위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

이철환, 공용사용토지의 수용 재결신청 거부처분에 대한 불복방법, 인권과 정의 제458호, 2016/6, 98면: '사용하는 토지의 수용청구권'에 관하여는 실무상 사례가 흔하지 않아 그에 관한 직접적인 학설과 판례가 거의 없다고 하면서, 사용하는 토지소유자의 수용청구권은 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가진다고 보아야 한다고 주장하고 있다.

적에 사용하는 것이 현저히 곤란하여야 한다.[12)]

첫째 요건인 동일한 소유자에게 속하는 토지와 관련하여, 현행법상 잔여지 역시 수용되는 토지의 소유자이어야 한다. 동일한 소유자인지 여부의 판정은 비교적 간명하다.[13)] 둘째 요건인 일단의 토지의 일부와 관련하여 아직까지 일단의 토지인지 아닌지에 대한 판정을 위한 기준이 구체적으로 확립되어 있지 아니한 상태이다.[14)] 판례는 반드시 1필지의 토지만을 가리키는 것은 아니지만 일반적인 이용 방법에 의한 객관적인 상황이 동일한 토지를 말한다고 보고 있다.[15)] 일단의 토지의 판정 기준으로 미국의 경우를 살펴보면, 미국 연방법원은 3개의 요소들을 들고 있는데, 이용의 통일성(unity of use), 소유권의 통일성(unity of ownership(title)), 그리고 최유효이용과 관련이 있는 물리적 통일성(연접성 내지 인접성)(physical unity(proximity or contiguity))이 그것이다.[16)] 우리나라에서도 일단의 토지를 판별함에 있어서 중앙토지수용위원회는 1. 소유자의 동일성 2. 지반의 연속성 3. 용도의 일체성을 모두 충족하여야 한다는

---

11) 참고: 대법원 1999. 5. 14. 선고 97누4623 판결 [토지수용재결처분취소] 토지수용법 제47조 소정의 잔여지 보상은 동일한 소유자에 속한 일단의 토지 중 일부가 수용됨으로써 잔여지에 발생한 가격감소로 인한 손실을 보상대상으로 하고 있고, 이 때 일단의 토지라 함은 반드시 1필지의 토지만을 가리키는 것이 아니라 일반적인 이용 방법에 의한 객관적인 상황이 동일한 한 수필지의 토지까지 포함하는 것이라고 할 것이므로, 일단의 토지가 수필지인 경우에도 달리 특별한 사정이 없는 한 그 가격감소는 일단의 토지 전체를 기준으로 산정하여야 할 것이다.

12) 정남철, 잔여지수용청구의 소송법적 쟁점, 인권과 정의 제397호, 2009년 9월, 27면.

13) 강선호·유정석, 정당보상 관점에서 본 잔여지 가치하락보상 연구, 부동산연구, 제26집 제1호 (2016. 3), 35면.

14) 김경현, 토지보상제도에 관한 몇가지 문제점과 개선방안, 토지보상법연구 제20집, 2020, 15면.
심민석, 미국의 잔여지보상에 대한 연구, 헌법학연구 18(3), 한국헌법학회, 370면.
심민석, 미국의 '일단의 토지'에 관한 연구, 법학연구 16(1), 인하대학교 법학연구소 2013, 427면.
서광채, 잔여지 감가보상의 문제점 및 개선방안: 미국 잔여지 보상제도와의 비교, 한국감정평가학회「감정평가학 논집」, 제16권 제3호 (2017년 12월), 19면.
서경규, 잔여지 감가보상에 관한 판례분석, 부동산연구, 제29집 제1호 (2019. 3), 21면.

15) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두30252 판결 [손실보상금]; 대법원 1999. 5. 14. 선고 97누4623 판결.

16) UNIFORM APPRAISAL STANDARDS FOR FEDERAL LAND ACQUISITIONS 2016, 4.3.4. Criteria for Analysis. In determining the larger parcel, federal courts consider unity of use, unity of ownership (title), and physical unity (proximity or contiguity) as it relates to highest and best use—factors historically called the three unities.

기준을 제시하고 있다.[17]

잔여지의 매수 내지 수용과 관련하여 실질적으로 가장 중요한 요건이 셋째 요건으로서 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때이어야 한다. 어떠한 경우가 이러한 경우에 속하는지와 관련하여 토지보상법 시행령 제39조(잔여지의 판단) 제1항에서는 보다 구체적으로 규정을 두고 있다.[18] 동 시행령에 의하면 잔여지의 매수 내지 수용청구의 주된 대상으로서 지목[19]이 대지인 경우나 이용현황이 농지[20]인 경우를 들고 있으며, 또한 이용가능성이 불가능한 경우를 들고 있다. 농지란 주로 지목으로 볼 때에는 전, 답, 과수원을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그리고 동 시행령 제39조 제2항에 의하면, 잔여지가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는지를 판단할 때에는 1. 잔여지의 위치・형상・이용상황 및 용도지역 2. 공익사업 편입토지의 면적 및 잔여지의 면적을 종합적으로 고려하여야 한다라고 규정을 두고 있다.[21] 동법 시행령에 의

17) 토지수용업무편람, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2021, 618면 이하: 「잔여지 수용 및 가치하락 손실보상 등에 관한 참고기준」 제3조(일단의 토지에 대한 판단) ① 일단의 토지는 다음 각 호의 사항을 모두 충족하는 한 필지 또는 둘 이상의 토지를 말한다. 1. 소유자의 동일성 2. 지반의 연속성 3. 용도의 일체성 ② 제1항제3호의 용도의 일체성이라 함은 일반적인 이용 방법에 의한 객관적인 상황이 동일한 관계를 말한다.

18) 토지보상법 시행령 제39조(잔여지의 판단) ① 법 제74조제1항에 따라 잔여지가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 토지소유자는 사업시행자 또는 관할 토지수용위원회에 잔여지를 매수하거나 수용하여 줄 것을 청구할 수 있다. 1. 대지로서 면적이 너무 작거나 부정형(不定形) 등의 사유로 건축물을 건축할 수 없거나 건축물의 건축이 현저히 곤란한 경우 2. 농지로서 농기계의 진입과 회전이 곤란할 정도로 폭이 좁고 길게 남거나 부정형 등의 사유로 영농이 현저히 곤란한 경우 3. 공익사업의 시행으로 교통이 두절되어 사용이나 경작이 불가능하게 된 경우 4. 제1호부터 제3호까지에서 규정한 사항과 유사한 정도로 잔여지를 종래의 목적대로 사용하는 것이 현저히 곤란하다고 인정되는 경우.

19) 공간정보관리법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 24. “지목”이란 토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것을 말한다라고 하면서, 지목에는 전, 답, 대 등으로 구분하고 있다. 제67조(지목의 종류) ① 지목은 전・답・과수원・목장용지・임야・광천지・염전・대(垈)・공장용지・학교용지・주차장・주유소용지・창고용지・도로・철도용지・제방(堤防)・하천・구거(溝渠)・유지(溜池)・양어장・수도용지・공원・체육용지・유원지・종교용지・사적지・묘지・잡종지로 구분하여 정한다.

20) 농지법 제2조 제1호에 의하면 농지란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 토지를 말한다: “가. 전・답, 과수원, 그 밖에 법적 지목(地目)을 불문하고 실제로 농작물 경작지 또는 대통령령으로 정하는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지. 다만, 「초지법」에 따라 조성된 초지 등 대통령령으로 정하는 토지는 제외한다. 나. 가목의 토지의 개량시설과 가목의 토지에 설치하는 농축산물 생산시설로서 대통령령으로 정하는 시설의 부지”라고 규정하고 있다.

21) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령 ( 약칭: 토지보상법 시행령 )

하면 잔여지 수용에 대하여 어떠한 잔여지가 그 대상이 되는지 여부의 판단에 있어서 사업시행자 내지 관할 토지수용위원회의 재량적 판단을 허용하고 있다고 볼 수 있다.

국토교통부 홈페이지에서 잔여지 매수기준[22]을 살펴보면 제3조에서 잔여지의 매수에 있어서 하나의 판단기준을 제시하고 있는바, 동기준 역시 지목을 중요한 고려요소로 삼고 있음을 알 수 있다. 대지는 면적과 이용가능성이 중요하고, 전·답·과수원의 경우에는 300㎡라는 잔여면적 기준과 실제적인 이용가능성이 중요하고, 잡종지는 종래의 용도대로 이용가능성이 중요하고, 임야는 원칙적으로 잔여지 매수 대상에서 제외하고 있으며, 기타 용도의 잔여지는 역시 종래의 용도대로 사용가능성 여부이다. 중앙토지수용위원회에 의하면, 잔여지의 매수요건으로서 '종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란하게 된 때' 중 '종래의 목적'이라 함은 취득 당시에 해당 잔여지가 현실적으로 사용되고 있는 구체적인 목적을 의미하고 장래 이용할 것으로 예정된 목적은 이에 포함되지 않으며, '사

---

[시행 2021. 1. 1.] [대통령령 제31169호, 2020. 11. 24., 타법개정]

22) http://www.molit.go.kr/. 제3조 잔여지의 이용상황(용도)별 매수 기준은 다음과 같다. 다만 동 기준에도 불구하고 위치, 형상, 지역별 특성, 주변여건등 구체적인 사실관계에 따라 다르게 적용 할 수 있다. ① 대지(垈地) 1. 해당 시·군의 조례에서 정하는 최소 대지면적 이하의 토지. 단, 동일한 토지소유자의 대지가 연접하여 일단의 대지로 이용되고 있는 토지는 제외한다. 2. 토지의 형태상 건축이 사실상 불가능하다고 인정되는 토지 3. 당해 공익사업의 시행으로 인하여 진·출입이 차단되거나, 소음·진동등 환경요인의 변화로 주거가 사실상 불가능하여 대지로서 기능이 상실된 것으로 인정되는 토지 4. 기타 위 각 호에 준하는 정도의 사용상의 지장을 주는 경우로서 대지로서 기능이 상실되었다고 인정되는 토지. ② 전(田)·답(畓)·과수원(果樹園) 1. 잔여면적이 300㎡ 이하인 경우. 단 동일한 소유자의 토지가 연접하여 일단의 토지로 이용되고 있는 경우에는 제외 2. 농기계의 진입과 회전이 곤란할 정도로 폭이 좁고 길게 남거나 부정형 하여 영농이 현저히 곤란하다고 인정되는 토지 3. 당해 공익사업 시행으로 인하여 진·출입 또는 용·배수가 차단되어 영농이 현저히 곤란하다고 인정되는 토지 4. 기타 위 각 호에 준하는 정도로 영농이 현저히 곤란하다고 인정되는 토지 ③ 잡종지(雜種地) 잡종지는 잔여면적, 위치, 형태, 용도지역, 이용상황등을 종합적으로 고려하여 종래의 용도대로 이용함이 사실상 어렵다고 인정되는 토지 ④ 임야(林野) 임야는 원칙적으로 잔여지 매수대상이 아니다. 다만 아래와 같이 특별한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 토지의 위치, 용도지역, 주변여건등으로 보아 잔여면적이 토지로서 이용가치를 상실하였다고 인정될 정도로 작은 토지. 2. 잔여 토지가 급경사 또는 하천으로 둘러싸여 고립되는등 토지로의 진·출입이 불가능하여 토지로서의 이용가치가 상실되었다고 인정되는 토지 ④ 기타 기타 용도의 잔여지의 경우 잔여지의 면적, 위치, 형태, 용도지역등 제반사항을 종합적으로 고려하여 종래 용도대로 사용함이 현저히 곤란하다고 인정되는 토지.

용하는 것이 현저히 곤란하게 된 때'라고 함은 물리적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우는 물론 사회적·경제적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우 즉, 절대적으로 이용 불가능한 경우만이 아니라 이용은 가능하나 많은 비용이 소요되는 경우도 포함된다고 보고 있는바, 이러한 해석은 판례의 입장을 받아들여서 정립한 것을 보인다.[23] 중앙토지수용위원회의 「잔여지 수용 및 가치하락 손실보상 등에 관한 참고기준」에 따르면, 택지, 농지, 산지 그리고 그 밖의 토지로 구분하여 판단기준을 제시하고 있다.[24] 택지의 경우에는 면적과 이용가능성이 기준이 되는데, 주거용 토지의 경우에는 단독·다세대 주택 90㎡, 연립 주택 330㎡, 아파트 1,000㎡이 기준이 되고, 상업용 내지 업무용 토지는 150㎡, 그리고 공업용 토지는 330㎡가 기준이 된다. 농지나 산지 그리고 그 밖의 토지의 경우에도 면적 330㎡가 중요한 기준으로 제시되고 있다. 한국철도시설공

---

23) 토지수용업무편람, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2021, 316면 이하.
중앙토지수용위원회 2017. 8. 10.: 같은 리 산15-17, 같은 리 산15-35, 같은 리 산15-36은 각각 면적이 크나 이 건 공익사업으로 인하여 진출입로가 단절되어 맹지가 된다는 점, 사업시행자가 대체 진출입로 설치비용이 잔여지 매수 비용보다 많이 소요되어 대체 진출입로 설치가 곤란하다고 하는 점 등으로 볼 때 종래의 목적대로 사용하는 것이 현저히 곤란하다고 판단된다.
중앙토지수용위원회 2017. 8. 10.: 이건 공익사업으로 인하여 3필지로 분할되고 잔여지는 양분되어 맹지가 됨에 따라 신설도로 개설시 진출입을 위해서는 신설도로를 횡단하여야 하며 기존농로를 이용한 진출입도 어려워 농기계의 진입과 회전이 곤란하므로 기계화 영농이 어려우며, 농지로써 효용성이 떨어지는 등 종래의 목적으로 사용하는 것이 현저히 곤란하다.
대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두4679 판결 [토지수용이의재결처분취소등]: 동일한 토지소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 기업자에게 일단의 토지의 전부를 매수청구하거나 관할 토지수용위원회에 일단의 토지의 전부의 수용을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 '종래의 목적'이라 함은 수용재결 당시에 당해 잔여지가 현실적으로 사용되고 있는 구체적인 용도를 의미하고, '사용하는 것이 현저히 곤란한 때'라고 함은 물리적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우는 물론 사회적, 경제적으로 사용하는 것이 곤란하게 된 경우, 즉 절대적으로 이용 불가능한 경우만이 아니라 이용은 가능하나 많은 비용이 소요되는 경우를 포함한다.

24) 토지수용업무편람, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2021, 618면 이하: 「잔여지 수용 및 가치하락 손실보상 등에 관한 참고기준」제2장 잔여지의 수용 제5조(잔여지 수용의 판단기준) ① 잔여지의 수용 여부를 판단할 때에는 「토지보상법」 시행령 제39조에서 규정한 사항을 종합적으로 고려하되, 종래의 이용 상황을 기준으로 제6조부터 제9조까지에 따라 판단한다. 제6조(택지의 판단), 제7조(농지의 판단), 제8조(산지의 판단), 제9조(그 밖의 토지의 판단) 등이 중요한 기준이다.

단의 잔여지 매수 기준을 살펴보면 역시 지목별로 기준을 정하고 있는 바, 지목으로는 대지, 전·답·과수원, 잡종지, 임야, 기타의 토지로 구분하고 있다.[25]

## Ⅳ. 잔여지 수용청구와 우리 헌법상 재산권 보장

### 1. 우리 헌법상 재산권 보장

토지소유자의 입장에서는 평온하게 자신의 토지에 대한 지배권을 행사하고 있다가 공익사업이 시행됨으로 인하여 토지에 대한 지배권을 - 협의매수를 통해서든 아니면 수용을 통해서든 - 상실하게 된다. 이러한 소유권의 상실은 우리 헌법 제23조[26]에서 규율하는 재산권 보장의 이념에 비추어 볼 필요가 있는데, 왜냐하면 잔여지의 매수 내지 수용과 관련하여서도 우리 헌법상의 재산권 보장의 이념이 반영되어야 하기 때문이다. 우리 헌법이 보장하는 재산권이란 재산적 가치를 지니는 권리로서 '재산적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리'를 포함하고 있다.[27] 헌법이 보호하는 재산권의 범위는 소유권 등 사법상 권리 뿐만 아니라 보호가치가 있는 다양한 공법상의 권리도 포함한다. 다만, 재산권을 보장하는 것

25) 한국철도시설공단의 잔여지 매수 기준: https://land.kr.or.kr/cmpnstn/sltCmpnstnStdr.do?flag=2: 국토교통부의 잔여지 매수기준과 비교하여 보면, 대지의 경우에 분할제한 면적이 기준이 되어서 그 이하의 대지는 매수의 대상이 되고, 그 이상인 대지는 건축이 현저히 곤란한 부정형 판단기준으로 형상이 사각형은 폭 5m이하, 삼각형은 한변의 폭이 11m이하인 경우, 이외의 형상은 잔여지에 내접하는 사각형 또는 삼각형을 도출하여 판단하는 점에서 보다 구체화하고 있다. 전·답·과수원과 관련하여서는 농경지로서 활용이 가능한가 여부와 관련하여 330㎡이하인지 여부로 그 이하이면 매수 대상으로 보고 그 이상이면 영농이 현저히 곤란한 부정형이라야만 매수 대상으로 보는데, 형상이 사각형은 폭 5m이하, 삼각형은 한변의 폭이 11m이하인 경우, 이외의 형상은 잔여지에 내접하는 사각형 또는 삼각형을 도출하여 판단하고 있다. 잡종지와 관련하여서는 대동소이하며, 임야에 대해서는 330㎡이하인 경우에는 경제적 가치가 현저히 적다고 인정되는 최소면적 토지로서 매수 대상으로 삼을 수 있으며, 기타의 토지에 대해서는 330㎡이하인 경우에는 경제적 가치가 현저히 적다고 인정되는 최소면적 토지로서 매수 대상으로 삼을 수 있다고 규정하고 있다.

26) 헌법 제23조 ①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

27) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 805면 이하; Helmut Rittstieg, Grundgesetz und Eigentum, NJW 1982, S. 721.

이므로 재산적 권리로 보기 어려운 단순한 반사적 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업 활동의 사실적·법적 여건 등은 보장 대상으로 보기 어렵다.[28] 헌법상 보장되는 재산권의 주요 지표로서는 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 들 수 있다.[29] 사적유용성이 인정되기 위해서는 그 권리가 권리주체에게 귀속되어 그 주체의 이익을 위해 이용 가능해야 하며, 원칙적 처분권이란 자신의 의사에 따라 처분할 수 있어야 함을 의미한다.[30] 독일 연방헌법재판소는 특정의 법주체에게 사적효용이 있는 것으로 배타적으로 귀속되어 있고, 자신의 노력과 자본이 투하되는 등 적지 않은 기여로 그러한 지위를 이룩했으며, 그것이 자신의 생존에 이바지할 수 있을 때, 재산권으로서 보호 받을 수 있다고 결정을 하였다.[31]

### 2. 헌법상 가치보장에 따른 잔여지 수용청구

헌법상 재산권의 보장의 이념과 관련하여 크게 존속보장과 가치보장으로 관점이 나누어진다.[32] 재산권에 대한 보장의 나아갈 방향은 이제는 존속보장(Bestandschutz)의 관점에서 탈피하여 가치보장(Wertschutz)의 관점으로 나아가야 할 것이라고 사료된다. 과거 농경사회에서나 또는 초기의 산업사회에서는 재산권의 존속보장 즉 특정한 위치에 존재하는 토지의 소유 및 그와 결부된 감정 자체가 가지는 의미가 중요하였을 것이다. 그러나, 정보화 내지 디지털 사회 그리고 문화와 경관을 포함하는 환경사회로 나아가고 있는 현대사회에서는 재산권 특히 토지의 존속보장

---

28) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 807면.

29) 허영, 한국헌법론, 2003, 457면; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 805면.

30) 헌법재판소 2010. 4. 29. 2007헌바40; 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2007헌마103 전원재판부 【게임산업진흥에관한법률제32조제1항제6호등위헌확인】

31) BVerfGE 69, 272(299ff.).
Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017 C.H.Beck, § 27 Rn. 44: 헌법상 재산권의 판단에 중요한 기준은 어떠한 지위 내지 권리가 개인의 노력이나 자본의 투자 등과 같은 특별한 희생으로부터 발생하였는지 여부라고 한다.

32) 정남철, 잔여지수용청구의 소송법적 쟁점, 인권과 정의 제397호, 2009년 9월, 20면.
이철환, 공용사용토지의 수용 재결신청 거부처분에 대한 불복방법, 인권과 정의 제458호, 2016/6, 93면.

(存續保障)이 과거처럼 중요한 의미를 지니지는 못하게 될 것이고 존속보장의 가치는 상당부분 상실하게 될 것이다. 또한 복지국가 내지 급부국가로의 이행에 있어서 보다 고양된 공익을 위하여 국민의 재산권에 대한 이용의 필요성이 높아지게 될 것이라는 점 등을 고려할 때 이제는 가치보장의 관점에서 바라보아야 할 것이다. 다만, 가치보장이라고 하여 '인용하라 그리고 청산하라'는 식의 국가 우월주의적 의미에서 재산권을 강제로 박탈한다는 의미에서의 가치보장이 아니라, 자유로운 왕래를 가능하게 하는 교통과 정보통신의 발달, 지역을 중심으로 하는 사회구조의 탈피, 세계를 무대로 하는 세계공동체의 형성 등으로 인한 사회의 구조적 변화에 터잡아 토지를 포함한 재산권을 보다 나은 공익을 위해서 제공하고 그에 대해서는 충분하고도 적절한 보상을 제공하는 의미에서의 가치보장을 말하는 것이다.[33]

### 3. 잔여지 수용청구와 정당한 보상

우리 헌법은 재산권을 보장하되, 즉 그 가치를 충분하게 보장하되, 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있으며, 그러한 법률로서 토지보상법을 들 수 있다.[34] 토지보상법은 헌법상 재산권 보장의 의미를 충분히 반영하면서 규정을 제정 내지 개정을 하여야 할 것이며, 또한 법문언의 해석에 있어서도 헌법상의 재산권 보장의 이념이 녹아 있어야 할 것이다. 재산권에 대한 가치보장적 관점에서 볼 때, 공익사업을 위해서 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용되고 남은 잔여지와 관련하여 피수용자가 이를 매수 내지 수용하여 달라고 하는 경우에 어떻게 바라볼 것인가에 대해서 생각해 볼 필요가 있다. 재산권에 대한 존속보장이라는 관점은 특정의 공익사업을 위해서 수용을 할 수 있는가라는 수용의 정당성의 관점에서 중요하게 부각

---

33) 헌법 제23조 ①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.
정남철, 잔여지수용청구의 소송법적 쟁점, 인권과 정의 제397호, 2009년 9월, 20면.

34) 강선호·유정석, 정당보상 관점에서 본 잔여지 가치하락보상 연구, 부동산연구, 제26집 제1호 (2016. 3), 34면.

될 수 있을지언정 잔여지의 매수 내지 수용과 관련하여서는 중요하게 등장할 수 있는 관점은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 존속보장을 주장하는 경우는 피수용자가 자신의 토지를 빼앗기지 아니하고 계속 보유하려는 경우에 이를 보강하기 위한 논거이기 때문이다. 지금은 피수용자가 자신의 토지를 금전적 가치 내지 대가적 가치를 보상하면서 인수하라는 주장을 하는 것이므로, 잔여지에 대한 매수 내지 수용과 관련하여서는 가치보장적 관점이 중요하고 이러한 가치보장적 관점에서는 충분하고도 적절한 보상이 담보되어야 할 것이다. 가치보장적 관점에서는 특히 우리 헌법 제23조 제3항에서 규정하는 정당한 보상이 중요하다고 할 것이다. 정당한 보상의 의미와 관련하여 공용침해로 인하여 피침해재산의 경제적 가치(價値)에 증감이 없도록 완전히 보상하여야 한다는 완전보상설[35], 재산권의 사회적 구속성과 공용침해의 공공성에 비추어 볼 때 원칙적으로는 완전보상을 하여야 하지만 합리적 사유가 있는 경우에는 상당한 보

35) 헌법재판소 2001. 4. 26. 2000헌바31: 헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권(財産權)에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한(制限)을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다고 할 것이다. 대법원 2001. 9. 25. 선고 2000두2426 판결 [토지수용이의재결처분취소] 한 동의 건물은 각 부분이 서로 기능을 달리하면서 유기적으로 관련을 맺고 전체적으로 그 효용을 발휘하는 것이므로, 건물의 일부가 수용되면 토지의 일부가 수용되는 경우와 마찬가지로 또는 그 이상으로 건물의 효용을 일부 잃게 되는 것이 일반적이고, 수용에 따른 손실보상액 산정의 경우 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것인데(대법원 1993. 7. 13. 선고 93누2131 판결, 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 93헌바20 결정 등 참조), 건물의 일부만이 수용되고 그 건물의 잔여부분을 보수하여 사용할 수 있는 경우 그 건물 전체의 가격에서 편입비율만큼의 비율로 손실보상액을 산정하여 보상하는 한편 보수비를 손실보상액으로 평가하여 보상하는 데 그친다면 보수에 의하여 보전될 수 없는 잔여건물의 가치하락분에 대하여는 보상을 하지 않는 셈이어서 불완전한 보상이 되는 점 등에 비추어 볼 때, 잔여건물에 대하여 보수만으로 보전될 수 없는 가치하락이 있는 경우에는, 동일한 토지소유자의 소유에 속하는 일단의 토지 일부가 공공사업용지로 편입됨으로써 잔여지의 가격이 하락한 경우에는 공공사업용지로 편입되는 토지의 가격으로 환산한 잔여지의 가격에서 가격이 하락된 잔여지의 평가액을 차감한 잔액을 손실액으로 평가하도록 되어 있는 공특법시행규칙 제26조 제2항을 유추적용하여 잔여건물의 가치하락분에 대한 감가보상을 인정함이 상당하다.
Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017 C.H.Beck, § 27 Rn. 68.
이학춘·박정임, 토지수용에서의 손실보상 범위에 관한 논의, 일감부동산법학 제15호, 건국대학교 법학연구소 2017년 8월, 146면

상(補償)으로 족하다는 상당보상설 등이 주장되고 있는바, 헌법적 관점에서의 정당한 보상은 언제나 조절적 상당보상이라고 보는 것이 타당하다.[36] 왜냐하면 보상에 있어서 완전보상이라는 것은 현실적으로 존재하기 어려운 것이고 피수용자에 대해서는 도리어 희망고문이 되기 쉽기 때문이다. 우리 헌법재판소나 판례는 헌법상의 정당한 보상을 완전보상으로 이해하면서 완전보상을 하여야 한다고 주장을 하기는 하지만, 이는 보상의 실제에 대해서 이해가 뒷받침 되지 못한 상태에서 이론적 주장을 하는 것에 다름이 아니라고 사료된다. 이는 완전보상을 하여야 한다고 하면서 토지에 대해서 공시지가로 보상하는 것을 완전보상으로 이해하고 있는 것이나, 또한 보상에 있어서 공익사업으로 인한 개발이익을 배제하는 점에서도 완전보상이라고 보기는 어렵다. 참고로 독일 기본법 제14조 제3항에 의하면, 공익과 이해관계인의 이익을 정당하게 형량하여 보상을 하도록 규정하고 있는바, 여기서의 보상은 완전보상이 아니라 상당한 보상으로 해석되고 있는 점을 고려할 필요가 있다.[37] 우리 헌법의 재산권 보장에 의하면 피수용자가 잔여지의 매수 내지 수용청구에 대해서 가치보장적 관점에서 볼 때 청구를 보다 인용하는 방향으로 나아갈 것을 제시하고 있다고 볼 것이다. 피수용자의 토지의 일부에 대해서 공익사업을 위해서 매수 내지 수용하는 경우에는 잔여지에 대해서도 충분하고도 적

---

36) 허강무, 공시지가를 기준으로 한 손실보상평가의 법적 쟁점 검토, 토지보상법연구, 제16집, 77면: 공시지가가 시가(market value)에 미달되는 등의 문제로 정당보상이 이루어지고 있지 않다는 논란이 지속적으로 제기되고 있다.
김경현, 토지보상제도에 관한 몇가지 문제점과 개선방안, 토지보상법연구 제20집, 2020, 8면: 현행 토지보상법은 표준지 공시지가를 기준으로 토지보상을 하고 있는바, 표준지 공시지가는 실거래가보다 낮은 수준에서 책정되고 있으므로, 토지보상 과정에서 늘 저가보상에 따른 갈등이 따르고 있다.
이학춘·박정임, 토지수용에서의 손실보상 범위에 관한 논의, 일감부동산법학 제15호, 건국대학교 법학연구소 2017년 8월, 162면: 토지소유자의 87.8%는 보상가격이 정상적인 시장가격보다 낮다는 응답이고, 그 중 64.4%는 보상가격이 시장가격의 80% 미만에 불과하다는 입장이다.

37) GG Art 14 (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.
정남철, 잔여지수용청구의 소송법적 쟁점, 인권과 정의 제397호, 2009년 9월, 32면.

절한 보상을 통해서 가능한 한 폭넓게 매수 내지 수용하는 것이 타당하다고 할 것이다.[38]

## Ⅴ. 독일 연방건설법전상의 잔여지 수용과 시사점

### 1. 독일 연방건설법전에 따른 잔여지 수용청구

잔여지에 대한 매수 내지 수용과 관련하여 독일 연방건설법전의 규정 및 독일 법원의 판례를 살펴보고 비교 검토함으로 시사점을 얻고자 한다. 잔여지와 관련하여 독일 연방건설법전 제92조가 규정하고 있다.[39] 동법 제92조의 내용은 다음과 같다: "(1) 수용목적의 실현을 위하여 필요한 범위 내에서만 토지는 수용되어져야 한다. 수용목적의 실현을 위하여 권리로 토지에 대한 부담을 지우는 것으로 충분한 경우, 수용은 이것으로 제한되어진다. (2) 토지에 지상권이 설정되어져야 하는 경우에, 소유자는 그러한 부담을 대신하여 재산의 박탈을 요구할 수 있다. 토지에 다른 권리가 설정되어져야 하는 경우에, 그러한 설정이 물권으로서 그에게 부적절하다면, 소유자는 재산의 박탈을 요구할 수 있다. (3) 토지 또

38) 박신, 도로의 개설로 인한 손실보상의 현황과 과제 – 잔여지 보상을 중심으로 –, 토지보상법연구 제13집, 2013, 67면.

39) BauGB § 92 Umfang, Beschränkung und Ausdehnung der Enteignung (1) Ein Grundstück darf nur in dem Umfang enteignet werden, in dem dies zur Verwirklichung des Enteignungszwecks erforderlich ist. Reicht eine Belastung des Grundstücks mit einem Recht zur Verwirklichung des Enteignungszwecks aus, so ist die Enteignung hierauf zu beschränken. (2) Soll ein Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet werden, kann der Eigentümer anstelle der Belastung die Entziehung des Eigentums verlangen. Soll ein Grundstück mit einem anderen Recht belastet werden, kann der Eigentümer die Entziehung des Eigentums verlangen, wenn die Belastung mit dem dinglichen Recht für ihn unbillig ist. (3) Soll ein Grundstück oder ein räumlich oder wirtschaftlich zusammenhängender Grundbesitz nur zu einem Teil enteignet werden, kann der Eigentümer die Ausdehnung der Enteignung auf das Restgrundstück oder den Restbesitz insoweit verlangen, als das Restgrundstück oder der Restbesitz nicht mehr in angemessenem Umfang baulich oder wirtschaftlich genutzt werden kann. (4) Der Eigentümer kann verlangen, dass die Enteignung auf die in § 86 Absatz 2 bezeichneten Gegenstände ausgedehnt wird, wenn und soweit er sie infolge der Enteignung nicht mehr wirtschaftlich nutzen oder in anderer Weise angemessen verwerten kann. (5) Ein Verlangen nach den Absätzen 2 bis 4 ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Enteignungsbehörde bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend zu machen.

는 공간적으로나 경제적으로 서로 연관된 토지의 일부만 수용되어져야 하는 경우에, 잔여지가 더 이상 적절한 범위에서 건축적으로 또는 경제적으로 이용될 수 없으면, 소유자는 잔여지에 대한 수용을 요구할 수 있다. (4) 수용의 결과로 제86조 제2항에 언급된 대상을 더 이상 경제적으로 이용하거나 다른 방식으로 적절하게 활용할 수 없는 경우, 소유자는 제86조 제2항에 표시된 대상으로 수용이 확장될 것을 요구할 수 있다. (5) 제2항부터 제4항에 따른 청구는 구두협상 종료 시점까지 수용행정청에 서면으로 또는 진술조서방식으로 청구할 수 있다."

연방건설법전 제92조의 전반적인 취지는 헌법적인 과잉금지원칙의 관점을 구체화 하고 있으며, 최소침해의 원칙에 따라서 수용은 공간적으로 제한되는바, 토지는 공간적으로 수용목적에 필요한 만큼만 수용되어져야 한다.[40] 그리고 필요한 경우에는 수용을 하는 대신에 필요로 되는 정도에 비례하는 권리를 설정하는 것으로 제한된다. 만약 도로의 개설을 위해서 피수용자의 토지에 터널을 뚫어야 할 필요가 있는 경우이고 만약 토지가 장기적으로 지하공간만 필요하다면, 통상적으로 이 토지에는 지역권의 설정으로 충분하다고 볼 것이다. 수용목적의 달성을 위하여 토지에 지상권을 설정하는 것으로 충분하더라도, 소유자는 이러한 객관적으로 요청되는 지상권의 설정 대신에 수용을 요구할 수 있다.[41] 소유자가 이러한 신청을 하면, 연방건설법전 제92조 제2항 제1문에 의거하여 부담이 개개의 경우에 토지소유자에게 부적절한 지 여부 즉 개인적으로 경제적으로 수인불가능한 지 여부에 대해서는 더 이상 심사할 필요가 없다. 지상권으로 부담을 받는 것 그 자체로부터 입법자는 부적절하다는 것이 명백하게 추정될 수 있다고 보아 인수청구권의 성립은 오직 소유자의 요청에 의존되도록 하였다.[42] 연방건설법전 제92조 제2항 제2문 "토지에 지상권 외에 다른 권리가 설정되어져야 하는 경우에, 그러한 설정이 물권으로서 그에게 부적절하다면, 소유자는 재산의 박탈을 요구할 수 있다."라는 규정에 의하면 토지가 지상권이 아닌 다른 물권으로 부담 지

40) Scheidler, Alfred, Die Voraussetzungen der Enteignung nach den §§ 85 ff. BauGB ZfBR 2017, S. 127. Battis in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage 2019, § 92 Rn. 1.

41) BVerwG NJW 1996, S. 2113.

42) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 22.

워지고 소유자가 재산의 박탈을 요구하는 경우에는 그러한 설정이 물권으로서 그 소유자에게 부적절한 지 여부가 심사되어져야 한다. 부적절 여부는 소유자의 이익 상황을 기초로 판단한다. 부적절성은 토지에 대한 의도된 부담과 추론가능한 정도로 연관이 있어야 한다.[43] 제92조 제2항은 피수용자의 보호를 위하여 토지에 대한 부담 대신에 완전한 박탈을 허용하며, 제3항에서 제5항은 이러한 수용의 확장에 대한 요청을 부분수용이나 부속물이나 잔여지에 대해서도 허용한다.

독일 연방건설법전 제92조 제3항에 의하면 잔여지 수용의 요건으로는 첫째, 토지 또는 공간적으로나 경제적으로 연관된 토지의 일부만 수용되어져야 한다. 둘째, 잔여지가 더 이상 적절한 범위에서 건축적으로 또는 경제적으로 이용될 수 없어야 한다라는 요건을 제시하고 있다. 이러한 요건에 대해서 보다 세부적으로 살펴보면 다음과 같다.

### 가. 토지 또는 공간적으로나 경제적으로 연관된 토지의 일부 수용

수용되는 토지와 관련하여 독일에서는 토지의 일부가 수용되거나 또는 공간적으로나 경제적으로 연관된 토지의 일부가 수용되는 것을 전제로 하고 있다. 여기서 공간적으로 서로 연관된 토지란 여러 토지가 경계를 맞대고 있어서 통일적인 토지로 간주될 수 있는 경우의 토지이다. 토지가 하나의 단지로 보여지는 전체적인 조망이 요청되는가가 문제될 수 있는데, Runkel이라는 교수는 부정적으로 보고 있다. 개개의 토지의 공간적인 연관성은 토지에 대한 최소한의 크기 또는 숫자를 전제로 하지 않으며, 두개의 경계하는 토지로 충분하다.[44]

서로 연관된 토지와 관련하여 피수용자는 연관된 토지들의 소유자이어야만 하는가 아니면 물권적 이용권으로 충분한가가 문제될 수 있다. 예를 들면, 피수용자가 주택의 소유자이면서 동시에 경계하는 토지를 임차하여 주말농장으로 사용하는 임차인인 경우라면, 그 피수용자가 임대차계약에 대해서 수용을 확장할 수 있는 지가 문제될 수 있는데, 법문언에 의할 때 토지점유(Grundbesitz)의 법적 의미가 중요하다고 사료되는바,

43) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 23.

44) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 71.

통일된 해석을 위하여 지역권이나 임차권 등 다른 이용권능에 기초한 토지점유도 포함한다고 보는 것이 타당하다고 볼 수 있을 것이다.[45]

서로 연관된 토지에 대한 확장청구권과 관련하여 수용되는 토지가 전부인지 아니면 일부분만 수용되는지는 중요하지 않다. 토지의 일부분이 수용되기만 하면 연관된 토지에 대해서 확장수용청구권이 성립될 수 있으며, 그리고 이러한 확장수용청구권은 연관된 토지 전부에 대해서 행사되어져야만 하는 것은 아니고 이러한 연관된 토지의 일부분에 대해서 행사될 수도 있다.[46] 고려할 수 있는 것은 수용되는 부분을 통한 토지의 분지화의 경우에 소유자는 - 다른 잔여지는 경계하는 토지와 함께 이용할 수 있다면 - 잔존하는 잔여지 중 하나에 대해서만 확장수용을 청구할 수 있을 것이다.[47]

### 나. 경제적 이용의 부적절성

잔여지가 더 이상 적절한 범위에서 건축적으로 또는 경제적으로 이용될 수 없으면 잔여지에 대한 수용청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 잔여지에 대한 확장수용을 주장하는 자는 부적절성을 포함하여 실체법적 요건들을 모두 충족하여야 한다.[48] 잔여지가 더 이상 적절한 범위에서 건축적으로 또는 경제적으로 이용될 수 없어야 한다는 제92조 제3항의 전단부는 확장수용청구권의 주장을 위한 또 하나의 실체법적 요건으로서, 여기에서 건축적 이용은 통상적으로 경제적 이용의 한 예로 볼 수 있을 것이다.

실체법적인 요건의 충족여부의 기준은 잔여지가 되는데, 먼저 이러한 잔여지가 경제적으로 어느 범위에서 이용될 수 있는 지가 검토되어져야 한다. 이 때 종전의 경제적 이용에만 초점을 맞추어서는 아니 되고, 오히려 법적으로 허용되는 이용의 범주에서 객관적인 경제적 이용가능성이 기준이 되어야 한다.[49] 이러한 범위에서 토지의 객관적인 경제적 이용가

45) Battis in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage 2019, § 92 Rn. 4.

46) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 73.

47) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 70.

48) BGHZ 93, 165 = DVBl. 1985, 791.

49) Scheidler, Alfred, Die Voraussetzungen der Enteignung nach den §§ 85 ff. BauGB ZfBR 2017, 122.

능성과 객관적인 경제적 처분가능성이 상당한 범위에서 일치하며, 경제적인 처분가능성은 필요로 되는 이용의 변경, 재건축 또는 경영상 구조변경 등을 포함한다.[50] 연방건설법전 제92조 제3항은 경제적 통일성도 보호하는데, 공간적으로나 경제적으로 서로 연관된 토지가 수용되는 부분의 분리로 인해서 더 이상 적절하게 이용되어질 수 없는 경우도 보호한다. 여기서 경제적으로 서로 연관되어 있는 경제적 통일성은 동일한 소유자에게 속할 필요가 없다. 연방건설법전 제92조 제3항에 의한 수용청구권의 요건심사에 있어서는 토지의 협소화 내지 분지(分枝)화의 직접적인 결과뿐만 아니라 사업시행으로 인한 부정적인 영향, 예를 들면 높은 보호벽체 내지 차단벽체를 지닌 도로시설물의 건축도 고려되어야 한다.[51]

토지에 대한 부분수용의 경우에 경제적으로 상호 연관된 잔여지가 더 이상 적절하게 이용되어질 수 있는 지 여부는 토지소유주의 개인적 사정을 기준으로 삼을 것이 아니라, 당해 토지의 객관적인 상황에 근거하여 판단하여야 한다. 객관적인 관찰 외에 소유자의 이익을 위하여 적절한 이용가능성과 관련하여 주관적인 요소도 고려될 수 있으나, 과도한 주관화는 삼가야 할 것이다.[52] 독일 기본법 제14조 제1항의 재산권보장의 관점에서도 수용 법률은 수용의 확장이 요청되는지 여부의 평가에 있어서 - 행사되어진 이용의 관점에서 - 지금까지의 규정만이 아니라 또한 토지의 현실적 상황에 따라서 객관적으로 주어지는 허용되는 이용가능성도 기준으로 삼을 수 있다.[53] 잔여지에 대한 객관적인 경제적 이용은 적

---

NVwZ 2001, 351: § 8 III NdsEnteigG ist dahin auszulegen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eineAusdehnung der Enteignung auf den Restbesitz geboten ist, - ebenso wie nach § 92 IIIBauGB - nicht nur auf die bisherige Bestimmung, etwa in Gestalt der ausgeütenNutzung, sondern auch auf die nach der „ituation" des Grundstüks objektiv sichanbietende zuläsige Nutzbarkeit abgestellt werden kann.

소유자는 총 3608㎡ 토지 및 그 지상에 주택을 소유하고 있었는데, 연방도로청이 연방고속도로의 건설을 위하여 계획확정결정으로 소유자의 토지 중 약 960㎡ 토지를 수용한 경우에, 잔여지에 대한 수용청구의 사안이다.

50) NVwZ 2001, S. 351.

51) BVerwGE 129, 83 (91).

52) Schlichter, Otto/ Stich, Rudolf, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl. 1995, § 92 Rn. 37.

53) BGH, Urteil vom 9. 11. 2000 - III ZR 18/00 (Oldenburg).

절한 범위에서 보장되어야 한다. 그래서 경제적인 이용가능성의 제약이 있는 경우에 그 전부가 확장청구권을 근거지우는 것은 아니며, 그러한 이용가능성의 제약에 대해서는 연방건설법전 제96조 제1항 제2문 제2호에 의하여 전보되어져야 한다.

잔여지가 더 이상 적절한 범위에서 건축적으로 또는 경제적으로 이용될 수 없다고 하는 부적절성은 잔여지의 이용이 종전의 전체토지의 이용과 비교하여 비경제적이라고 해서 긍정되어지지는 않으며, 또한 잔여지의 경제적 이용가능성이 약간 또는 급격하게 악화되었는지 여부도 결정적인 것이 아니고, 잔여지에 대한 확장수용청구권의 기준이 되는 것은 오직 수용 후에 잔여지가 경제적으로 적절하게 활용되어질 수 있는 지 여부이다. 부적절성의 경계는 바로 잔여지로 인한 통상적인 거래관행에 따른 수익률이 비교가능한 이용에 따른 수익률보다 상당히 아래에 위치하는 것이 될 수 있으며, 경제적으로 전혀 의미가 없을 것은 요구되지 않을 수 있다.[54] 제92조 제3항의 순전히 경제적으로 관찰하는 방식은 수용되기 전에 건축적 또는 경제적 목적 외의 목적으로 이용되어졌고 법적으로도 그렇게 이용되어질 수 없었던 토지에 대해서는 보충이 필요하다. 예를 들면, 공적 또는 사적 녹지 내지 자연과 경관의 보호, 관리 및 개발을 위한 지역이라면, 이러한 토지에 대해서는 부분수용이 없었더라도 건축적 또는 경제적 이용이 허용되지 않았으므로 잔여지에 대한 확장수용청구권은 고려되지 않을 것이다.[55]

독일에서는 연방건설법전 제92조와 유사한 효과를 지니는 조항으로는 연방건설법전 제168조를 들 수 있는데, 동조항에 의하면 도시건설적 개발영역에 위치하는 토지의 소유자는 도시건설적 개발영역에 관한 설명 또는 도시건설적 개발조치의 현황을 고려하여 토지를 보유하거나 종전의 방식이나 기타 허용된 방식으로 이용하는 것이 경제적으로 더 이상 수인

---

Ferner, Hilmar, Nomos - Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht, 2021, § 92 Rn. 3.

54) BVerwGE 129, 83 = NVwZ 2007, 1308: 항공기소음으로 인한 주거지의 확장수용청구권에 있어서 연방행정법원은 그와 결부된 기업적으로 이용되는 토지에 대한 확장과 관련하여 연방건설법전 제92조 제3항에 기초하였다.
Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 79.

55) Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020, Rn. 80.

가능하지 아니한 경우, 지방자치단체에 대해서 토지의 인수를 요구할 수 있도록 규정하고 있다.[56] 인수의 요건은 토지를 보유하거나 종전의 방식이나 기타 허용된 방식으로 이용하는 것이 경제적으로 수인하기 불가능한 경우이다.

### 2. 우리나라의 잔여지 수용청구에 대한 시사점

독일에서의 잔여지 수용을 고찰한 후 우리나라에서의 잔여지 수용과 비교하면, 독일에서의 잔여지 수용에 대한 범위가 다소 넓다는 것을 발견할 수 있다. 일단 독일에서는 잔여지의 소유자가 기 수용된 토지의 소유자와의 동일성을 요구하고 있지 아니하다. 우리나라에서는 수용되는 토지가 동일인의 소유임을 전제로 하고 있는 것과 비교된다.[57] 우리의 경우에 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 수용되고 남는 잔여지에 대한 수용청구에서 일단의 토지로 보는 범위가 다소 협소한데 반하여, 독일 연방건설법전 제92조 제3항은 공간적으로나 경제적으로 서로 연관된 토지가 수용되는 부분의 분리로 인해서 더 이상 적절하게 이용되어질 수 없는 경우도 보호하고 있으며, 여기서 경제적으로 서로 연관되어 있는 경제적 통일성은 동일한 소유자에게 속할 필요가 없다는 점에서 비교적 확장되어 있다고 사료된다. 우리 판례도 경우에 따라서는 동일한 소유자에게 속하는 분필된 필지들을 하나의 필지로 보아 잔여지 수용청구를 인용한 경우도 발견되고 있기는 하지만, 이것만으로는 부족하다고 할 수 있을 것이다.[58] 그리고 독일에서는 수용목적의 달성을 위

---

56) BauGB § 168 Übernahmeverlangen: Der Eigentümer eines im städtebaulichen Entwicklungsbereich gelegenen Grundstücks kann von der Gemeinde die Übernahme des Grundstücks verlangen, wenn es ihm mit Rücksicht auf die Erklärung zum städtebaulichen Entwicklungsbereich oder den Stand der Entwicklungsmaßnahme wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen. Die Vorschrift des § 145 Absatz 5 Satz 2 bis 5 ist entsprechend anzuwenden.

57) 서광채, 잔여지 감가보상의 문제점 및 개선방안: 미국 잔여지 보상제도와의 비교, 한국감정평가학회「감정평가학 논집」, 제16권 제3호 (2017년 12월), 20면: 우리 토지보상법상 잔여지 수용을 위한 첫번째 요건으로 동일한 토지소유자에 속하는 토지여야 하는데, 이러한 요건은 삭제하는 것이 바람직하다는 의견도 존재한다.

58) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000두1362 판결 [토지수용재결처분취소등] 기록에 의하면, 이

하여 토지에 지상권을 설정하는 것으로 충분하더라도, 소유자는 지상권을 설정하는 대신에 수용을 요구할 수 있도록 연방건설법전 제92조 제2항 제1문에서 명시적으로 규정하고 있는바, 이는 우리나라에서는 수용되고 있지 않다. 지상권의 설정으로 부담을 받는 경우에는 다른 법적인 요건이 없이 그 자체로 수용청구권을 긍정하고 있는 점에서 우리나라보다 넓은 범위라고 할 수 있다.

독일에서는 수용되는 토지의 일부에서도 원칙적으로 하나의 필지의 일부를 전제로 하고 있지 않으며, 연관된 토지의 일부인 경우에도 잔여지에 대한 수용을 긍정하고 있다. 공간적으로나 경제적으로 서로 연관된 토지를 하나의 토지로 보아, 그로부터 공익사업을 위하여 분리되고 남은 토지도 잔여지의 범주에 포함시키면서 잔여지의 수용청구를 긍정하고 있다.

우리 토지보상법은 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤

---

사건 전체 토지는 이 사건 수용재결 당시 약 45도 급경사의 비탈을 중간에 두고 등고차가 7~8m인 위쪽의 이 사건 수용토지 부분과 아래쪽의 이 사건 잔여지 부분으로 이루어져 있었는데, 전자는 네모 반듯하고 평탄한 토지로서 노폭 25m의 대로에 접하고 있었던 데 비하여, 후자는 상당부분이 위 비탈에 속하는 부정형의 토지로서 그 아래쪽 일부의 평탄한 부분만이 노폭 4m의 소로에 접하고 있어, 접면·형태·고저 등의 획지조건이나 지세·지질·지반 등의 환경조건에서 이 사건 수용토지 부분이 이 사건 잔여지 부분보다 훨씬 우세하기는 하였으나, 그 전체가 이 사건 수용재결 당시 동일한 지목(답)의 1필지 토지로서(피고 서울특별시가 이 사건 수용재결일 이전인 1992. 2. 12. 직권으로 이 사건 전체 토지를 이 사건 수용토지와 잔여지로 분할한 바 있으나, 이는 당해 공공사업의 시행을 직접 목적으로 한 것이므로 그로 인한 영향은 이 사건 전체 토지의 수용재결 당시의 현황을 판단함에 있어서 고려될 수 없으므로, 이 사건 전체 토지는 이 사건 수용재결 당시 1필지의 토지였다고 봄이 상당하다.) 물리적인 연속성을 갖추고 있었던 데다가 그 실제이용상황도 이 사건 수용토지 부분과 이 사건 잔여지 부분 모두 장기간 방치된 잡종지 상태로서 양자 간에 별다른 차이가 없었음을 알 수 있는바, 그렇다면 이 사건 전체 토지는 이 사건 수용재결 시점에 있어서의 객관적인 현황 내지 이용상황을 기준으로 할 때 동일한 목적에 제공되고 있었던 일체의 토지라고 할 것이므로 토지수용법 제47조에서 말하는 '일단의 토지'에 해당한다고 할 것이다. 따라서 원심이 이 사건 전체 토지를 잔여지 손실보상의 대상이 되는 일단의 토지에 해당한다고 본 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 일단의 토지에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

대법원 1999. 5. 14. 선고 97누4623 판결 [토지수용재결처분취소] 토지수용법 제47조 소정의 잔여지 보상은 동일한 소유자에 속한 일단의 토지 중 일부가 수용됨으로써 잔여지에 발생한 가격감소로 인한 손실을 보상대상으로 하고 있고, 이 때 일단의 토지라 함은 반드시 1필지의 토지만을 가리키는 것이 아니라 일반적인 이용 방법에 의한 객관적인 상황이 동일한 한 수필지의 토지까지 포함하는 것이라고 할 것이므로, 일단의 토지가 수필지인 경우에도 달리 특별한 사정이 없는 한 그 가격감소는 일단의 토지 전체를 기준으로 산정하여야 할 것이다.

란할 때를 수용청구의 요건으로 삼고 있음에 반하여, 독일 연방건설법전에서는 종래의 목적에 한정하지 아니하고 그 잔여지가 법적으로 허용되는 이용의 범주에서 객관적인 경제적 이용가능성을 기준으로 삼고 있다. 독일법상의 이러한 기준은 독일 도시계획법체제 하에서 지구상세계획 체제를 기반으로 하는 것에서도 기인한다고 볼 수 있는데, 우리나라의 토지이용계획체제는 미국식의 용도지역제(Zoning) 위에 세워져 있다면, 독일의 토지이용계획체제는 지구상세계획 체제로서 토지에 대한 법적인 이용가능성이 보다 명확하게 되어 있기 때문이라고 할 수 있다.

독일에서 수용청구권의 요건심사와 관련하여 토지의 협소화 내지 분지(分枝)화의 직접적인 결과뿐만 아니라 사업시행으로 인한 높은 차단벽체를 지닌 도로시설물 등도 고려함에 반하여, 우리의 경우는 주거용도의 대지에 대해서만 고려되는 점에서도 비교가 된다고 할 수 있다. 독일에서도 우리나라의 임야와 같은 토지나 또는 공법상의 제한을 받는 지역에 대해서는 잔여지에 대한 수용청구를 상당히 제한적으로 보고 있는 점은 공통이 된다고 할 것이다.

## Ⅵ. 결론

사회가 발달할수록 더욱 더 공익사업이 많이 수행되게 된다. 왜냐하면 사회의 발달정도는 국민의 생활에 편익이 되는 기반시설들을 얼마나 잘 갖추었는가에 상당 부분 의존되기 때문이다. 도로, 공원, 체육시설 등을 구비하기 위한 공익사업이 진행될수록 국민들이 소유하고 있는 토지를 수용하게 되고 잔여지가 많이 발생하게 된다.

우리나라의 헌법상 재산권 보장은 존속보장에서 가치보장으로 방향전환이 이루어져야 하며, 가치보장적인 관점에서 바라볼 때 피수용자의 잔여지 수용청구에 대해서 소극적으로 대응할 필요는 없으며 오히려 보다 적극적으로 잔여지를 수용할 필요가 있다고 사료된다. 잔여지 수용과 관련하여 담당하는 기관들이 잔여지에 대한 수용청구에 미온적으로 대응할 때, 국민들은 기본권 보장에 대해서 의구심을 갖게 될 것이다. 잔여지에 대한 매수 내지 수용청구가 사업시행자 내지 관할 토지수용위원회에서

적절하게 검토되지 아니하는 경우에는 국민들이 다른 기관들을 찾아가는 현상들도 발생하게 되는바 이런 현상은 바람직하지 아니한 것으로 보인다. 실제로 잔여지 수용과 관련하여 국민권익위원회에 대한 민원제기가 증가하고 있고, 국민권익위원회에서 잔여지를 매수 내지 수용하는 것을 권고하는 의견을 내고 있는 점은 바람직하지 아니한 현상으로 보인다.

우리 토지보상법상의 잔여지 수용청구의 요건과 독일 연방건설법전 상의 잔여지 수용청구의 요건을 비교하였을 때, 독일에서의 요건들이 토지소유자의 동일성의 측면에서, 일단의 토지의 범위가 공간적으로나 경제적으로 서로 연관된 토지까지 확장되는 측면에서 보다 완화되어 있으며, 또한 잔여지에 대한 이용가능성과 관련하여서도 우리는 종래의 목적에 사용할 수 있는가가 기준이 되는 반면에, 독일에서는 법적으로 허용되는 객관적인 경제적 이용가능성을 기준으로 삼고 있는바, 우리도 이러한 점들을 고려하여 잔여지 수용청구를 확대하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

(논문투고일: 2021.6.3., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

강현호

수용, 잔여지, 토지보상, 재산권 보장, 공익사업

## 【참 고 문 헌】

강선호·유정석, “정당보상 관점에서 본 잔여지 가치하락보상 연구”, 부동산연구, 제26집 제1호 (2016. 3), 31-46면.

김경현, “토지보상제도에 관한 몇가지 문제점과 개선방안”, 토지보상법연구 제20집, 2020, 1-20면.

김형근·김부성, “잔여지 매수청구제도 개선방안에 관한 연구”, 한국전자통신학회논문지 제7권 제3호, 617-623면.

류창용, “잔여지 보상실무에 있어서 권리구제측면의 문제점 및 개선방안 — 철도 및 도로 보상을 중심으로 —”, 토지보상법연구 제17집, 2017, 55-88면.

박신, “도로의 개설로 인한 손실보상의 현황과 과제 — 잔여지 보상을 중심으로 —”, 토지보상법연구 제13집, 2013, 59-95면.

서광채, “잔여지 감가보상의 문제점 및 개선방안: 미국 잔여지 보상제도와의 비교”, 한국감정평가학회 「감정평가학 논집」, 제16권 제3호 (2017년 12월), 5-28면.

서경규, “잔여지 감가보상에 관한 판례분석”, 부동산연구, 제29집 제1호 (2019. 3), 7-24면.

심민석, “미국의 잔여지보상에 대한 연구”, 헌법학연구 18(3), 한국헌법학회, 343-374면.

심민석, “미국의 ‘일단의 토지’에 관한 연구”, 법학연구 16(1), 인하대학교 법학연구소 2013, 425-459면.

이철환, “공용사용토지의 수용 재결신청 거부처분에 대한 불복방법”, 인권과 정의 제458호, 2016/6, 89-109면.

이학춘·박정임, “토지수용에서의 손실보상 범위에 관한 논의”, 일감부동산법학 제15호, 건국대학교 법학연구소 2017년 8월, 141-174면.

정남철, “잔여지수용청구의 소송법적 쟁점”, 인권과 정의 제397호, 2009년 9월, 19-43면.

토지수용업무편람, 국토교통부 중앙토지수용위원회, 2021.

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2011.

허강무, “공시지가를 기준으로 한 손실보상평가의 법적 쟁점 검토”, 토지보상법연구 제16집, 75-108면.

허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2003.

BGH, Urteil vom 9. 11. 2000 - III ZR 18/00 (Oldenburg).

BGHZ 93, 165 = DVBl. 1985, 791.

Brügelmann, Reisnecker, 「Kommentar zum Baugesetzbuch」, 2021, § 92.

BVerfGE 1, 264(278).

BVerwG NJW 1996, 2113.

BVerwGE 129, 83 = NVwZ 2007, 1308.

Ferner, Hilmar, Nomos - Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht, 2021, § 92 Rn. 3.

Helmut Rittstieg, “Grundgesetz und Eigentum”, NJW 1982.

Kämper in Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht 4. Auflage 2017 § 19 Das Mandat im Planfeststellungsrecht.

Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017 C.H.Beck.

Rittstieg, Helmut, Grundgesetz und Eigentum, NJW 1982.

Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch § 92, 2020.

Scheidler, Alfred, Die Voraussetzungen der Enteignung nach den §§ 85 ff. BauGB ZfBR 2017, 122-128.

Schlichter, Otto/ Stich, Rudolf, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl. 1995, Carl Heymanns Verlag.

Stüer in Stüer, Bau- und Fachplanungsrecht, 2015.

## Abstract

# Eine rechtliche Untersuchung über die Enteignung des verbleibenden Restgrundstücks

Kang, Hyun Ho

Der Grad der gesellschaftlichen Entwicklung hängt in hohem Maße davon ab, wie gut verschiedene lebenswichtige Infrastrukturen ausgestattet sind. Im Zuge der Entwicklung von Gesellschaft werden öffentliche Versorgungsprojekte zum Aufbau von Infrastruktur umgesetzt. Während die öffentlichen Arbeiten zur Schaffung öffentlicher Bezirke, Parks, Sportanlagen und Straßen voranschreiten, werden diese Projekte Grundstücke brauchen, den die Bürger besitzen, und im Wege der Projekte werden nach der Enteignung viel Restgrundstücke übrig bleiben, wenn nicht das gesamte Grundstück enteignet wird. Ein Eigentümer des enteigneten Grundstückes kann die Enteignung des verbleibenden Restgrundstücks beantragen, aber wenn man das verbleibende Restgrundstück unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung des Eigentumsrechts gemäß der koreanischen Verfassung betrachtet, ist es nicht empfehlenswert, passiv auf den Antrag des Eigentümers des enteigneten Grundstückes auf Enteignung des verbleibenden Restgrundstücks umzugehen.

Wenn die für die Enteignung von Restgrundstücken zuständigen Stellen schüchtern auf Anträge auf Enteignung von Restgrundstücken reagieren, werden die Eigentümer des enteigneten Grundstückes Zweifel an der Gewährleistung der Grundrechte haben. Wird der Antrag auf Enteignung des verbleibenden Restgrundstücks vom Projektträger oder von dem zuständigen

Landenteignungsausschuss nicht sorgfältig geprüft, kommt es zu dem unerwünschten Phänomen des Klopfens anderer Einrichtungen als des zuständigen Landenteignungsausschusses.

Als wir versuchten, Konsequenzen zu ziehen, indem wir die Anforderungen an die Enteignung von Restgrundstücken nach dem deutschen Bodenentschädigungsgesetz mit den Anforderungen nach dem koreanischen Landentschädigungsgesetz verglichen haben, stellten wir fest, dass die Anforderungen für die Enteignung des verbleibenden Restgrundstücks in Deutschland als die Anforderungen in Korea erheblich gelockert sind. Im Hinblick auf die Lockerung der Identität der Grundeigentümer, des Umfangs einer Grundstücksgruppe und der Verfügbarkeit von Restgrundstücken ist unser Landentschädigungsrechtssystem in Richtung einer Erleichterung der Enteignungsvoraussetzungen des verbleibenden Restgrundstücks zu verbessern.

Kang, Hyun Ho

Enteignung, Restgrundstück, Entschädigung, Eigentumsgarantie, öffentliches Vorhaben