

알아두면  
유익한 코너(7)



River & Culture



허철 | (주)한조엔지니어링  
수자원부 부회장  
(hc5321@naver.com)

## 하천점용허가 당시 부관이 붙은 지장물의 손실보상 가부

(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제61조 등 관련)

다음은 「법제업무 운영규정」(대통령령) 제26조·제27조 및 「법제업무 운영규정 시행규칙」(총리령) 제22조에 의해 법제처에서 “하천점용허가 당시 부관이 붙은 지장물의 손실보상 가부”에 대한 법령 유권해석(안건번호 2011-0597, 회신일 2011. 11. 24)의 내용이다.

### ■ 질의요지

「하천법」에 따른 국가하천구역내 국유지에 하천점용허가를 받을 때 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구 의무 및 장애 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보상을 일반적으로 제한”하는 부관을 붙였고, 이후 하천점용허가가 취소 되었음에도 불구하고 계속하여 이미 설치된 지장물(건축물을 제외함)을 이용하여 영농활동을 하였으며, 이후 해당 지장물이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제22조에 따른 공익사업(하천관리청이 시행하는 하천공사)으로 인하여 철거되는 경우, 해당 지장물이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상 대상에 해당하는지?

### ■ 회답

「하천법」에 따른 국가하천구역내 국유지에 하천점용허가를 받을 때 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구 의무 및 장애 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보상을 일반적으로 제한”하는 부관을 붙였고, 이후 하천점용허가가 취소

되었음에도 불구하고 계속하여 이미 설치된 지장물(건축물을 제외함)을 이용하여 영농활동을 하였으며, 이후 해당 지장물이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제22조에 따른 공익사업(하천관리청이 시행하는 하천공사)으로 인하여 철거되는 경우, 해당 지장물은 원칙적으로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상 대상에 해당한다고 할 것이나, 예외적으로 위법의 정도 등을 고려할 때 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없다고 인정되는 경우에는 손실보상 대상이 되지 않는다고 할 것입니다.

### ■ 이유

「헌법」 제23조제1항에서는 모든 국민의 재산권이 보장됨을, 같은 조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급하여야 함을 원칙으로 명시하고 있고, 이에 따른 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “공익사업법”이라 함) 제61조에서 공익사업에 필요한 토

지등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하도록 하고 있으며, 다만 예외적으로 같은 법 제2조제5호에서는 공익사업인정 고시 이후 권리를 취득한 자는 기존의 권리를 승계한 자를 제외하고는 보상대상인 “관계인” 범위에서 배제하고 있는데, 결국 사업인정 고시 전 설치된 지장물에 대한 관계인이 공익사업법 제61조에 따른 손실보상 대상에 해당하는지 여부는 원칙적으로 “공익사업에 필요한 토지등의 취득 또는 사용으로 인하여 관계인이 손실을 입었는지”, 즉, “공익사업으로 인하여 재산권 침해가 있었는지” 여부에 따라 결정된다고 할 것입니다.

그런데, 관련 법령에 위반되어 신축된 건물에 대해서도 소유권 기타 재산권의 성립은 인정된다고 한 판례(서울행법 1999. 02. 24. 선고 98구617 판결례 참조) 등의 경우에서 알 수 있듯이, 지장물에 대한 소유권과 해당 지장물이 적법한지 또는 위법한지는 별개의 문제로서, 비록 다른 법령에 위반된 지장물이라고 하여 재산권 자체를 부인하기는 어려우나, 공익사업법에 따른 손실보상 역시 해당 지장물이 다른 법령에 위반된다는 이유만으로 보상 대상에서 제외한다면 이는 재산권 보장을 선언한 「헌법」 제23조 및 공익사업법 제61조 등에 반하는 것으로 해석될 여지가 크며, 판례 역시 동일한 취지에서 무허가 건축물의 경우에도 손실보상 대상에 해당한다고 판시한 바 있습니다(대법원 2000. 03. 10. 선고 99두10896 판결 등 참조).

그러므로, 만약 정책적인 이유 등을 들어 법령 위반의 경우 손실보상 대상에서 제외할 필요가 있다면 원칙적으로 법령에 명문의 규정을 두는 것이 타당한바, 이에 따라 공익사업법 시행규칙 제45조제1호에서 영업보상의 경우 “사업인정 고시일등 전부터 적법한 장소에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업”을 보상 대상으로 하면서, 여기서 적법한 장소란 “무허가건축물등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다”고 규정하고 있고, 같은 법 시행규칙 제54조제1항에서 주거이전비 보상의 경우에도 공익사업시

행지구에 편입되는 주거용 건축물의 소유자에 대하여는 당해 건축물에 대한 보상을 하는 때에 2월분의 주거이전비를 보상하도록 하면서, 단서 조항에서 해당 건축물이 무허가건축물등인 경우 보상대상에서 제외하도록 하는 명문의 규정을 두었습니다.

그러나, 같은 법 제75조나 그 밖의 공익사업법령의 다른 조항들을 살펴보면, 이 건 질의에서 문제되는 입목, 공작물 기타 토지에 정착한 물건 등의 지장물에 대한 보상에 관하여는 토지와 분리하여 보상을 하고, 원칙적으로 이전비를 보상하도록 하되 이전이 어려운 경우 등에는 물건가격으로 보상하도록 하며, 농작물 등의 경우에는 그 종류 등을 종합적으로 참작하여 보상하도록 하였을 뿐이고, 해당 지장물의 토지소유자가 누구인지, 또는 해당 지장물의 토지에 대한 사용권한의 유무나 적법성에 따라 손실보상 여부에 대하여 차등을 두어 규정하고 있지 아니합니다.

한편, 이 건 질의에서는 하천점용허가를 받을 때 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구의 의무 및 장래 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보상을 일반적으로 제한”하는 부관을 붙였는데, 이러한 부관의 효력에 따라 손실보상이 제한될 수 있는지가 문제될 수 있습니다.

점용허가에 붙은 부관의 효력 인정여부는 일률적으로 판단할 것이 아니라 공익사업의 확정 및 시행 여부를 포함하여 부관의 구체적인 내용을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이나, 문제된 부관 중 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구의 의무” 부분은 손실보상청구권과 그 내용이 다른 점, 「하천법」 제33조제2항에서 하천의 오염으로 인한 공해 기타 보건위생상 위해를 방지함에 필요한 부관을 붙일 수 있음을 규정하고 있는 점, 같은 법 제76조에서 일정한 경우에 원상회복을 인정하고 있는 점 및 하천점용허가를 받은 자가 하천점용허가를 받음으로 인하여 얻는 이익에 비추어 원상회복의무를 부담하더라도 형평성에 반한다고 볼 수 없는 점을 고려할 때 구체적인 사실관계에 따라 달리 판단될 수 있으나, 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 볼 수 있을 것입니다.

한편, “장래 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보



상을 일반적으로 제한”하는 부관과 관련하여서는 「하천법」 제33조제1항에 따른 하천의 점용허가는 그 성질상 상대방에게 권리·이익을 부여하는 수익적 처분이고 같은 법 제33조제2항에서 점용허가에 대하여 하천의 오염으로 인한 공해, 그 밖의 보건위생상 위해를 방지함에 필요한 부관을 붙일 수 있다고 되어 있어, 하천점용 허가시 비록 같은 법 제33조제2항에서 규정된 내용 이외의 경우에도 일견 그 점용허가에 조건이나 부담 등의 부관을 붙일 수 있다고 할 것이나, 점용허가에 붙는 “보상청구를 제한”하는 부관은 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 하고(대법원 2002. 09. 24. 선고 2000두5661 판결 참조), 이러한 손실보상을 제한하는 부관은 구체적으로 특정 공익사업이 전제되는 경우에 점용허가에 대하여 조건을 붙일 수 있다는 것으로 이해하여야 할 것이지, 공익사업의 시행 여부가 특정되지 않은 경우에도 장래 시행될 공익사업 일반에 대하여 보상을 제한하는 등의 조건을 붙일 수 있다는 취지로 해석되기는 어렵다고 할 것입니다.

즉, 점용허가에 붙은 부관의 효력 인정 여부는 일률적으로 판단할 것이 아니라 공익사업의 확정 및 시행 여부를 포함하여 부관의 구체적인 내용을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이나, 이와 같이 장래 시행될 수 있는 불특정한 공익사업을 전제로 하여 이로 인한 피해에 대하여 일반적으로 보상을 청구할 수 없다고 제한하는 내용의 부관은 하천관리청이 시행하는 하천공사 등의 경우 손실을 보상하도록 한 같은 법 제76조제1항의 적용을 배제하고 있으므로 법령에 위배된다고 볼 여지가 크고, 따라서 그 효력을 인정하기가 다소 어렵다고 할 것이며[법제처 2010. 03. 26. 회신, 안건번호 2010-0040 참조(‘하천과 문화’ 2011 겨울호 게재)], 유사한 취지에서 판례 역시 하천점용허가와 관련하여 일체 보상요구를 할 수 없도록 한 부관은 임의로 처분할 수 없는 공법상 권리인 손실보상청구권을 포기하는 것으로 허용될 수 없어 무효인 것으로 보고 있습니다(서울고등법원 2007. 10. 23. 선고 2007누1943 판결 참조).

그렇다면, 「하천법」을 위반한 지장물 소유자는 원칙적으로 이러한 위법 상태를 제거하여야 할 법상 의무가 있는 것

이고, 나아가 이 건 질의와 같은 하천점용 허가 당시 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구를 하도록 의무를 부여”한 부관 역시 이러한 위법상태를 제거하여야 할 법상 의무를 구체화시킨 경우에 해당하므로, 이러한 사정은 손실보상 대상에서 제외할 하나의 중요한 요소로 작용할 수는 있을지언정, 이러한 사정에 근거하여 일률적으로 손실보상 없이 공익사업 시행을 위한 재산권 침해가 가능하다고 보기는 어렵습니다.

이에 대하여, 이 건 질의와 같이 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구 의무 및 장래 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보상을 일반적으로 제한”하는 부관을 붙여 하천점용 허가를 받은 지장물에게까지 손실보상을 하여 주는 것은 정의 관념 등에 반한다는 주장이 있을 수 있으나, 「하천법」 관계 조항에 위반되는 경우 같은 법 제69조에 따라 지장물 이전·제거 조치, 그 밖의 필요한 처분을 하거나, 「행정대집행법」에 따른 대집행 절차를 이행하거나, 「하천법」 제37조에 따른 변상금 부과 또는 제95조에 따른 형사처벌 등 위법 사항을 바로 잡을 수 있는 수단이 충분하고, 또한 하천관리청으로서 평소 이러한 조치를 통한 관리를 하여야 하는 것인바, 이러한 「하천법」과 별도의 목적을 가지고 별도의 규율 대상을 다루고 있는 공익사업법상 손실보상 제도를 통하여 「하천법」 등 개별법이 추구하는 목적을 달성할 수는 없는 것이고, 더욱이 이러한 경우까지 손실보상을 원칙적으로 불허한다는 논리를 확대해석한다면 사업시행자가 하천관리청이 아닌 공기업 등 제3자의 경우에도 법률상 근거 없이 손실보상을 하지 않고 타인의 재산권을 임의로 처분할 수 있다는 결론에 도달할 위험성도 있다고 할 것입니다.

다만, 공익사업법에 따른 손실보상이 공익사업의 시행 등 적법한 공권력의 행사에 의한 재산상의 특별한 희생에 대하여 사유재산권의 보장과 전체적인 공평부담의 견지에서 행하여지는 조절적인 재산적 보상(대법원 2004. 04. 27. 선고, 2002두8909 판결 등)이라는 점 등을 고려할 때, 예외적으로 관계 법령의 입법 취지와 그 법령에 위반된 행위에 대한 비난 가능성과 위법성의 정도, 합법화될 가능성, 사회통념상 거래 객체가 되는지 여부 등 전반적인 사실관계를 종합하여 판

단하여야 할 것이고(대법원 2001. 04. 13. 선고 2000두6411 판결 참조), 구체적인 개별 사안별로 대상 대상물이 공익사업 지구에 존재하게 된 시기, 존치 기간, 규모 및 이용현황, 사업 인정 고시와의 관계 등 전반적인 사정을 고려할 때, 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없는 경우라면 손실보상 대상에 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 이 건 질의와 같이 하천점용허가 당시 “점용허가 취소 등의 경우 원상 복구 의무” 부관이 붙어 있었던 점 역시 이러한 전반적인 사정을 고려할 때 하나의 요소로 작용할 수는 있을 것입니다.

따라서, 「하천법」에 따른 국가하천구역내 국유지에 하천점용허가를 받을 때 “점용허가 취소 등의 경우 원상복구 의무 및 장래 시행될 수 있는 불특정 공익사업을 전제로 보상을 일반적으로 제한”하는 부관을 붙였고, 이후 하천점용허가가 취소되었음에도 불구하고 계속하여 이미 설치된 지장물(건축물을 제외함)을 이용하여 영농활동을 하였으며, 이후 해당 지장물이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제22조에 따른 공익사업(하천관리청이 시행하는 하천공사)으로 인하여 철거되는 경우, 해당 지장물은 원칙적으로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상 대상에 해당한다고 할 것이나, 예외적으로 위법의 정도 등을 고려할 때 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없다고 인정되는 경우에는 손실보상 대상이 되지 않는다고 할 것입니다. 🌊