

博 士 學 位 論 文

不動産 損失補償의 基準과 適用에 關한
研究

2009年

漢 城 大 學 校 大 學 院

經 濟 不 動 産 學 科

不 動 産 學 專 攻

曹 龍 根

博 士 學 位 論 文
指導教授 閔 太 郁

不動産 損失補償의 基準과 適用에 관한
研究

**A Study on the Standard of Compensation for Real
Estate and Its Application**

2008年 12月 日

漢 城 大 學 校 大 學 院

經 濟 不 動 産 學 科

不 動 産 學 專 攻

曹 龍 根

博 士 學 位 論 文
指導教授 閔 太 郁

不動産 損失補償의 基準과 適用에 관한
研究

**A Study on the Standard of Compensation for Real
Estate and Its Application**

위 論文을 不動産學 博士學位論文으로 提出함.

2008年 12月 日

漢 城 大 學 校 大 學 院

經 濟 不 動 産 學 科

不 動 産 學 專 攻

曹 龍 根

曹 龍 根의 不動産學博士學位論文을 認准함

2008年 12月 日

審査委員長 이용만 (印)

審 査 委 員 이선영 (印)

審 査 委 員 백성준 (印)

審 査 委 員 강원철 (印)

審 査 委 員 민태욱 (印)

(국문초록)

부동산 손실보상의 기준 및 그 적용에 관한 연구

한성대학교 대학원 경제부동산학과

조 용 근

지도교수 : 민 태 욱

현대 복지국가가 안고 있는 주요과제인 공익사업의 원활한 수행과 사유재산권의 보장을 위해서는 공익과 사익의 조정수단인 손실보상제도가 그 기능을 제대로 발휘되어야 하고, 그러기 위해서는 무엇보다 적절한 손실보상기준이 확립되고 개별보상에서 그 적용이 담보되어야 한다.

부동산 손실보상기준으로 우리 헌법은 제23조제3항에서 정당보상을 선언하고, 토지보상법 등 개별 법령에서는 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상의 지향 등을 규정하였다. 본 연구에서는 이들 기준과 그 적용에 대하여 제도의 내용과 운용현황을 점검하여 합리적이고 발전적인 개선방안을 제시함으로써 손실보상제도의 발전에 이바지하고자 한다.

첫째로 헌법상 정당보상에 대하여 학설은 완전보상설, 상당보상설 및 절충설로 나뉘나, 그 내용은 재산권침해로 발생한 손실에 대하여 어느 범위까지 보상할 것이냐에 관한 대립으로 완전보상 및 상당보상 등에 대한 입법적 규정도 없어 사변적일 수밖에 없다. 손실보상제도는 헌법상의 제도로 헌법적 관점에서 검토하여야 하는바, 정당보상의 내용은 결국 각국의 입법례와 헌법의 밑받침이 되는 사회·윤리적 가치관에 따라 결정된다 하겠다. 이에 관한 우리 헌법의 규정은 수차 변천되어 왔다. 헌법의 연혁과 재산권

보장의 관점에서 볼 때 완전보상을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 완전보상설은 전통적인 대물보상을 중심으로 한 학설로 행정기능의 확대와 강화로 개발사업이 대규모적으로 시행되어 재산권뿐만 아니라 생활권마저 침해되고 있는 오늘날의 확대된 보상개념을 포용하기에는 부족하다. 아울러 정당보상은 추상적이고 불확정적인 이론적 개념으로 일반조항으로서의 의미를 가질 뿐이어서 개별보상에 구체적으로 적용하기 위해서는 이러한 이론적 개념을 구체적·실천적 개념으로 정형화할 필요가 있다. 요약하면 현대적 사회복지국가에서의 정당보상의 범위는 재산의 객관적 교환가치, 부대적 손실보상, 생활보상까지 아우르는 보상개념으로 확장되어야 하고, 아울러 보상액의 적정화뿐만 아니라, 보상대상의 사전법정, 보상의 시기와 방법의 합리화, 보상절차의 적법화(due process of law)와 민주화의 조건도 구비한 실천적 개념으로 정립하여야 하여야 할 것이다.

둘째로 법령상의 손실보상기준 중, 먼저 적정가격에 의한 보상에 대하여는 적정가격의 개념이 모호할 뿐만 아니라, 손실보상의 객관화와 개발이익을 배제하기 위한 대안으로 도입한 공시지가의 낮은 현실화와 평가기법의 미개발 등으로 적정가격 즉 정당보상에 이르지 못하여 제 기능을 제대로 실현하지 못하고 있는 실정이다. 공시지가제도의 시급한 개선, 평가기법의 개발 및 적정가격의 명확화를 기하여야 할 것이다. 다음에 개발이익을 배제하기 위하여 도입한 공시지가는 적용방법에 따라 배제되는 개발이익의 범위가 다른바 아직도 미흡한 점이 많다. 의제적 사업시행인가의 조정, 재결신청기간의 단축(예컨대 1년), 기업이익의 상계 그리고 지가상승으로 인한 대체지취득의 곤란에 대한 생활보상의 보완 등을 해야 할 것이다. 아울러 피수용자에게는 개발이익을 배제하면서 주변토지소유자에게는 이를 향유케 하는 것은 형평성은 물론 사회정의에도 반하므로 모두 환수토록 개발부담금제도 등을 정비하여야 할 것이다. 마지막으로 생활보상의 지향에 대하여서는 오늘날 공익사업이 대규모적으로 시행됨에 따라 생활근거를 상

실한 주민의 수용이전의 상태를 회복할 수 있도록 생활보상제도 전반에 걸친 체계화, 실질화 및 다양화를 기하여야 할 것이다.

셋째로 부동산 손실보상의 기준에 관한 외국의 입법사례 즉 미국, 영국, 독일, 일본의 손실보상제도를 소개하고 그것이 시사하는 사항을 제시하였는바 우리의 손실보상제도의 개선에 참작하여야 할 것이다.

넷째로 부동산 손실보상기준의 개별보상 곧 토지보상, 건물보상, 영업보상 그리고 사업손실보상에의 구체적 적용과 그 운용현황을 검토하고 발전적인 개선방안을 모색하여 보았다. 먼저 토지보상법은 토지보상평가기준의 하나로 현황평가주의를 택하면서 미불용지, 불법형질변경토지, 무허가건축물의 부지 및 도로 등의 부지에 대하여 광범위한 예외를 인정 독자적으로 평가케 하였으나 법리상 부적정한 부분이 많다. 개선하여야 할 것이다. 다음에 영업보상에 관하여도 보상대상영업의 요건, 휴 · 폐업보상기준, 보상내용의 실질화 등에 대하여 전반적인 검토와 보완이 필요하다. 마지막으로 사업손실보상에 대하여 현행 간접보상제도의 확충, 보상액 산정기준과 재결절차의 보완이 필요하고, 특히 간접침해보상에 대하여는 명문화 등 제도화가 필요하다. 그리고 손실보상기준의 개별보상에의 적용에 대하여 실증적이 검토를 하였는바, 먼저 공시지가기준평가제에 대하여는 공시지가의 현실화를 선행연구를 통해 조사 · 분석하였는바, 낮은 현실화로 이를 기준으로 산정한 보상가격이 정당보상에 못 미쳐서 사유재산권침해, 보상저항, 국민불신 등 부작용을 야기하는바, 공시지가의 현실화추진, 공시지가 조사 · 결정기관의 중립화, 보상평가기법의 개선, 공시지가의 적용범위조정, 재결신청기간의 단축 등 관련법령을 정비하여야 할 것이다. 그리고 이런 미비점의 보정수단으로 실무상 널리 적용하고 있는 ‘기타요인’에 대하여도 실제로 평가서 100부를 수집 · 조사하여 보정의 불가피성, 보정현황 및 보정방법 등에 대한 검증을 거쳐 적용시 유의사항과 합리적인 개선방안을

제시하여 보았다. 임시방편에 불과한 기타요인에 의한 보정을 계속 방치할 경우 그 남용으로 보상의 적정과 형평을 해할 우려가 있으니 공시지가를 현실화하고 기타요인에 의한 보정을 명문화 하되 공시지가기준보상이 형해와 되지 않도록 적정한 조정이 필요하다고 본다.

한 나라의 보상제도 여하에 따라 국민들의 재산권보장의 정도를 측정할 수 있고 또한 정당한 보상은 국가에 대한 신뢰도를 높이는데 이바지하는 길이 된다. 손실보상이 제대로 실현되지 아니할 경우 사유재산권침해는 물론 공익사업의 원활한 시행도 할 수 없으니, 정당보상의 이념을 구현하는 내용의 손실보상기준의 확립과 이들 기준의 개별보상에의 구체적 적용보장을 통하여 재산권보장과 공익사업의 원활한 수행을 기하여야 할 것이다.

주요용어: 손실보상, 정당보상, 개발이익, 공시지가, 적정가격, 기타사항

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
1. 연구의 범위	3
2. 연구의 방법	4
제2장 재산권보장과 손실보상의 법리적 기초	6
제1절 재산권보장과 그 제한	6
1. 재산권의 헌법적 개념	6
2. 재산권보장의 연혁	8
3. 재산권보장의 성격	10
4. 재산권보장의 내용	11
5. 재산권제한과 그 한계	13
제2절 재산권침해에 대한 손실보상	20
1. 손실보상의 의의	20
2. 손실보상의 이론적 근거	24
3. 손실보상의 제도적 배경	27
제3장 부동산 손실보상기준	29
제1절 헌법상 손실보상기준	30
1. 헌법규정의 변천	31
2. 정당한 보상	33
제2절 현행법령상 손실보상기준	50
1. 법령규정의 변천	50
2. 적정가격에 의한 보상	59

3. 개발이익의 배제	70
4. 생활보상의 지향	79
제3절 외국의 입법사례	87
1. 미국	88
2. 영국	101
3. 독일	109
4. 일본	114
제4장 부동산 손실보상기준의 적용	129
제1절 토지에 대한 보상	129
1. 취득토지에 대한 보상	129
2. 사용토지에 대한 보상	158
3. 공용제한토지에 대한 보상	166
제2절 건축물 등에 대한 보상 및 영업에 대한 보상	175
1. 건축물 등에 대한 보상	175
2. 영업에 대한 보상	179
제3절 사업손실에 대한 보상	188
1. 의의 및 구분	188
2. 근거 및 성격	190
3. 실정법상 보상기준	191
4. 보상규정 결여시 구제수단	196
5. 문제점 및 개선방안	205
제4절 부동산 손실보상기준의 적용에 대한 검증	206
1. 문제의 제기	207
2. 공시지가기준평가제의 적용	207
3. 공시지가기준평가제의 적용검증	211
4. 기타사항참작에 의한 보정검증	218

5. 문제점 및 개선방안	232
제5장 결론	236
참고문헌	240
ABSTRACT	249

표 목 차

<표 1> 헌법 제23조의 규범구조	9
<표 2> 보상목적물을 기준으로 한 손실보상체계	41
<표 3> 토지수용법 연혁	53
<표 4> 공특법 연혁	55
<표 5> 적정가격과 정상가격	63
<표 6> 적정가격과 실거래가격의 비교	67
<표 7> 발생요인별로 구분하는 개발이익의 개념	72
<표 8> 개발이익환수제도	78
<표 9> 생활보상권의 개념과 내용	82
<표 10> 부동산평가의 유형별 평가기준 및 평가방법 비교	140
<표 11> 개별공시지가 적용현황	142
<표 12> 토지소유권의 범위	160
<표 13> 지역별 입체이용률 배분기준	163
<표 14> 입체이용저해율	163
<표 15> 한계심도초과 적용비율	164
<표 16> 사업손실보상 영역도	189
<표 17> 취득토지의보상액 평가	208
<표 18> 2000년 공시지가의 가격수준	212
<표 19> 감정평가 목적별· 용도지역별 공시지가 대비 현실화율	203
<표 20> 전국 시·도별 감정평가 목적별 공시지가 대비 현가율	214
<표 21> 보상이 대비 공시지가	214
<표 22> 용도지역별· 이용상황별· 도시규모별 보정률현황	223
<표 23> 공시지가 대비 보상가격 현황	224
<표 24> 보정사유별 활용현황	227

<표 25> 공시지가의 현실화를 분석을 위한 자료선택	227
<표 26> 보정률 산정방법	228

그 립 목 차

<그림 1> 손실보상의 기준	29
<그림 2> 매도인, 매수인 상호간의 가격조정곡선	66
<그림 3> 사업단계별 지가곡선	73
<그림 4> 토지의 입체적 이용	162

제1장 서론

제1절 연구의 목적

현대국가는 국민의 복지증진과 국가경쟁력제고를 위해 국토의 효율적 이용과 공익사업 등을 적극적으로 수행하여야 할 책무를 안고 있다. 그리하여 국가는 토지이용계획을 수립하고, 산업단지개발·신도시건설·도시재개발·댐건설 등 각종 개발사업을 수행하고 있다. 그런데 이들 사업은 막대한 양의 토지를 필요로 하나,¹⁾국토는 협소하고 토지의 개별성과 부동산성, 투자대상으로서의 높은 가치성 그리고 전통적으로 내려오는 강한 소유욕 등에 의한 공급부족으로 높은 지가를 형성하여 그 확보가 어렵게 되었다.²⁾ 사유재산제를 기반으로 하는 자본주의 경제체제하에서 토지취득에는 정당한 보상이 전제되어야 한다. 공익사업에 필요한 토지는 협의에 의해서 취득함이 원칙이나 그렇지 못할 경우 강제수용에 의할 수밖에 없고, 수용은 사유재산권에 대한 중대한 침해로 공익과 사익의 충돌을 불가피하게 한다. 손실보상제도는 공익사업의 시행으로 특정인이 받은 손실을 사회전체의 부담으로 하여 재산가치를 회복시켜주는 것을 목적으로 하는 제도로 공익과 사익을 조절하는 기술적 수단이다. 그러나 사업시행자는 사업을 효율적으로 시행하기 위해 비용을 최소화하려하고, 소유자는 박탈되는 재산가치의 회복을 위해 보다 많은 보상을 요구한다. 분쟁의 다수는 공공의 필요성 즉 사업의 타당성 보다는 보상액의 적정성을 둘러싸고 일어난다. 경

1) 최근 10년간('96-'05) 공공사업을 위해 국가지방자치단체·정부투자기관 등이 취득한 토지는 총 1,559,416천㎡이고 보상금액은 83조4,358억 원에 달한다(국토해양부, 「2006년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서」).

2) 2005년 말 현재 토지이용현황은 살펴보면 산림지는 65%, 농지는 20.7% 이고 대·공장용지·공공용지 등 도시적 용지는 6.1% 인 6,101,287천㎡에 불과하다(국토해양부, 「2006년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서」). 그리고 공사비에서 토지비가 차지하는 비중은 매년 높아가 오늘날에는 40여%에 달하고 있다.

제성장과 민주화로 권리의식이 높아지면서 보상의 현실화 요구는 다른 어느 때보다 고조되고,³⁾집단화되어가고 있다.

사업시행자와 토지소유자간의 이러한 이해관계를 원만히 해소하기 위해서는 보상이 과부족 없이 적정하여야 하는바, 적정성의 정도는 바로 보상기준에 의해 결정된다. 우리 헌법은 제23조제3항에서 손실보상의 일반적 기준으로 정당한 보상을 선언하고, 이의 구현을 위해 구체적 기준과 방법을 법률에 유보하였으며, 이에 따라 제정된 「공익사업을위한토지등의취득 및보상에관한법률」(이하“토지보상법”이라한다⁴⁾)과 개별특별법에서 손실보상의 구체적 기준으로 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상 등의 지향을 규정하였다.

따라서 본 연구는 현행 손실보상제도에 대한 정당보상, 적정가격, 개발이익의 배제, 공시지가, 생활보상 및 간접손실 등 제반문제에 대한 이론적 접근과 실무상 운용사항을 구체적으로 검토하여 위 손실보상의 기준과 그 적용에 대한 합리적인 개선방안을 제시함으로써 공익사업의 원활한 시행과 국민의 재산권보장에 이바지함을 목적으로 한다.

「토지수용법」과 「공공용지의취득및손실보상에관한특별법」(이하“공특법”이라한다)을 통합하여 새로 제정한 토지보상법이 시행⁵⁾된지도 6년이 지났다. 그러나 민원은 집단화 되어가고 보상저항은 줄지 않고 있다.⁶⁾ 이것은 헌법의 구체화법으로서의 보상관련법령이 아직도 불명확·불완전하여 국민이 보상을 청구할 법적 근거가 모호하고⁷⁾, 보상액의 부적정으로 정당보

3) 토지소유자들의 요구의 태반은 보상가격이 저렴하다는데 집중되어 있다. 즉 “보상가가 시가의 절반도 안 된다, 현시가대로 보상해 달라, 보상비만으로 이주할 수 없으니 이주대책을 수립해 달라, 정당한 보상을 하여 달라, 의탁할 유일의 재산인 땅과 집을 빼앗겼으니 앞으로 살길을 마련해 달라, 대상 토지는 조상전래의 문전옥답이다.”등이다.

4) 토지보상법이라는 약칭은 당초 제안법률안의 명칭이었고, 입법과정에서 정부와 국회에서 약칭하기로 한 명칭이다. 그러나 사회에서는 공익사업법, 공토법등 으로 약칭하기도 한다.

5) 토지보상법은 공공용지의 취득과 보상에 관한 일반법으로 2003.1.1부터 시행되었다.

6) 2002-2004년간 대한주택공사·한국토지공사·한국수자원공사 및 한국도로공사의 토지에 대한 보상민원중 보상액 불만이 31%(국민고충처리위원회의 경우는 35%)로 가장 많다.

상이 제대로 실현되지 못하는 등 손실보상제도가 본래의 기능을 제대로 발휘하지 못하고 있다는 징표이다.

오늘날 국민의 복리증진을 위하여 공공사업이 대규모화되고 다양화 되어감에 따라 그로 인한 손실은 단순히 직접적인 재산권침해에 그치지 않고 간접침해 그리고 생활권침해 나아가 정신적 피해까지 발생시키고 있다. 따라서 정당보상의 실현을 위해서는 종래와 같이 재산의 객관적 가치의 보상만으로는 부족하고 부대적손실과 파괴된 생활권의 회복이 절실하게 되었다. 이러한 시대적 요구에 부응하는 확장된 보상 개념과 구체적 실천적 개념의 새로운 정립은 사유재산권의 보장에만 기여하는 것이 아니고 공익사업의 원활한 수행을 위해 필수 전제가 되었다. 프랑스 인권선언 제 17조는 정당보상을 전제로 하여서만 재산권의 수용을 허용하고 있는 것처럼 정당한 보상은 공용침해의 정당화 사유이다.

현행법령이 손실보상기준으로 채택한 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상의 지향도 적정가격개념의 모호성, 공시지가의 비현실화 및 적용의 강제, 평가기법의 미개발 및 적용미숙, 개발이익환수장치의 미흡, 단편적인 생활보상 등 정당한 보상을 구체화하기에는 아직도 부족한 점이 적지 않다. 따라서 법령상의 손실보상기준이 정당보상에 부합하도록 정비하여야 하고, 개별보상에의 구체적 적용이 보장되어야 할 것이다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한

7) 법률이 공용침해를 규정하면서 보상에 관하여는 전혀 규정을 않거나 보상의 기준·내용·방법·절차 중 그 일부만을 규정하는 경우가 적지 않다. 따라서 정당한 보상의 실현을 위하여 입법의 정비와 합리적 법규해석이 필요하다.

및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 하여, 재산권제한의 정당화요건으로 공공의 필요(사업의 타당성), 법률의 형식 및 정당한 보상(보상액의 적정성)을 요하고 있다. 그 결과 이들 요건의 충족여하를 둘러싸고 사업시행자와 토지소유자간에 심각하게 다투게 되었고, 공익(공익사업의 원활한 수행)과 사익(재산권보장)의 조절수단으로서의 손실보상제도가 안고 있는 과제 중 손실보상의 기준과 그 적용이 중요하게 되었으며, 이 논문도 이를 고찰대상으로 한다.

첫째로 부동산 손실보상기준의 연구는 헌법상의 기준인 정당보상을 비롯하여 법령상의 기준인 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상 등의 지향에 대하여 각 제도의 내용과 법령상 기준의 정당보상에의 합치여하를 고찰한다.

둘째로 부동산 손실보상기준의 적용에 대한 연구는 재산권보상 중 토지보상, 건축물보상, 영업보상 그리고 사업손실보상에 관하여 손실보상기준의 적용에 대하여 고찰한다.

셋째로 손실보상의 기준과 그 적용을 고찰함에 있어 주요대상은 부동산이고, 주요제도는 헌법 및 토지보상법 등을 중심으로 하나, 필요시에는 보상평가이론과 평가기법도 포함한다.

넷째로 손실보상의 기준 및 그 적용에 관한 헌법, 토지수용법, 공특법 등의 법제변천과, 영국, 미국, 독일, 일본 등 외국의 입법사례도 비교법적으로 검토한다.

2. 연구의 방법

현행 토지보상법은 공법인 토지수용법과 사법인 공특법을 통합하여 일원화한 법으로 우리나라의 손실보상제도를 한 단계 발전시킨 것만은 확실하다.⁸⁾ 그러나 그간 제도의 내용과 운용현황을 살펴볼 때, 공법과 사법의

8) 토지수용법과 공특법이 갖고 있는 절차와 내용의 중복 및 상호모순을 피하기 위함.

단순한 혼합법으로 내용과 체제가 아직도 덜 정비되어 있을 뿐만 아니라, 손실보상기준인 적정가격의 산정과 개발이익의 배제를 위하여 도입한 공시지가가 시가와 너무 괴리되었고, 평가기법의 낙후 등으로 보상액이 정당보상에 미치지 못하여 보상저항이 곳곳에서 일어나 결국 사업지연을 초래하여, 이 법의 목적인 공익사업의 원활한 수행과 국민의 재산권보호가 아직도 불충분함을 보여주고 있다. 따라서 손실보상의 기준과 그 적용에 관한 연구는 이론적 연구와 헌법, 행정법, 학술논문 등의 문헌연구, 외국제도의 비교연구뿐만 아니라, 공시지가기준평가제와 기타사항참작에 대한 실증적인 검토 그리고 보상담당기관의 운용실태 등도 검토하여본다.

상술하면 제2장에서는 본 연구의 기초로서 재산권의 보장과 제한을 규정한 헌법 제23조의 규범구조와 손실보상제도를 문헌을 통하여 개괄적으로 고찰한다. 그리고 제3장에서는 먼저 손실보상의 이념이자 헌법상 일반적 기준인 정당보상에 대하여 우리 헌법의 연혁, 학설과 판례를 검토하여 21세기 현대복지국가이념에 맞도록 보상범위의 확대와 추상적이고 불확정적인 개념을 구체적이고 실천적 개념으로 정립되도록 정당보상의 성립조건을 제시하여 본다. 이어 토지보상법 및 개별 특별법 등에 규정된 손실보상의 기준인 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상 등의 지향에 대하여 구체적 내용을 살펴보고, 정당보상의 이념에 부합하도록 정비방안을 모색한다. 제4장 손실보상기준의 적용에서는 위에서 살펴본 각 손실보상기준이 개별보상 곧 토지보상, 건축물보상, 영업보상 그리고 사업손실보상에 어떻게 구체적으로 적용되고 있는가를 토지보상법 등 실정법과 실제운영현황을 검토한다. 특히 제4절에서는 적정가격의 산출과 개발이익배제를 위하여 정부가 대안으로 채택한 공시지가기준평가제가 그 기능을 제대로 발휘하고 있나, 그렇지 못하다면 그 원인은 무엇이며 실무상 어떻게 보완하고 있나 등을 공시지가기준평가제와 기타사항의 보정을 가지고 구체적으로 검증하여 보고 개선방안을 모색하여 본다.

제2장 재산권보장과 손실보상의 법리적 기초

헌법은 제23조제1항에서 재산권을 보장하고 제3항에서 공용침해와 손실보상을 규정하고 있다.⁹⁾ 손실보상제도는 현대복지국가의 기본과제인 공공복리증진과 국가경쟁력제고를 위한 공익사업의 원활한 수행과 사유재산권보장이라는 상호 대립되는 이해관계를 조화롭게 해결하기 위한 헌법상의 제도이다. 따라서 헌법규정과 헌법정신에 입각하여 다루어져야 할 것이므로 본 논문의 기초로서 헌법상 재산권보장과 그 제한 그리고 손실보상제도를 필요한 범위 내에서 간략히 개관한다.

제1절 재산권의 보장과 그 제한

1. 재산권의 헌법적 개념

우리 헌법은 제23조제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”라고 하여 사유재산제도를 보장함과 동시에 재산권을 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있다. 그러면서 동조제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 하여 공공필요가 있는 경우 법률에 의거 정당한 보상을 조건으로 그 침해를 허용하고 있다. 여기서 재산권은 헌법의 보장대상이요 동시에 공용침해의 대상으로서의 이중적 지위에 있음을 알 수 있다. 헌법이 보장하는 재산권은 ‘사적인 유용성’과 ‘임의적인 처분권능’이 인정되는 모든 재산가치 있는 권리를 뜻하며,¹⁰⁾ 생활양식과 사회경제구조의 변

9) 공권력 행사에 의하여 국민의 권익이 침해된 경우 우리 실정법상 구제제도로는 절차적인 행정쟁송제도와 실체적인 손해전보제도가 있으며, 손해전보제도는 다시 위법행위에 의한 손해배상과 적법행위에 의한 손실보상으로 구분된다.

화 그리고 사회국가의 경향에 따라 계속 확대되고 있다. 그리하여 헌법상 재산권은 사법상 또는 공법상 경제적 가치가 있는 모든 권리를 말한다고 할 수 있다. 그것은 민법상의 개념¹¹⁾보다 넓고 그 내용에 구속되지 않으며 구체적인 내용과 한계는 법률로 정하도록 위임되어 있다. 따라서 그 때 그 때의 입법에 의하여 구체화 된다.¹²⁾ 그리하여 민법상의 소유권을 비롯하여 물건·채권·무체재산권은 물론 특별법상의 제 권리(광업권, 어업권 등) 및 공법상의 제 권리(하천점용권, 수리권, 공무원의 봉급청구권, 연금청구권)를 포함한다. 현존하는 이익은 물론이고 미래에 실현이 가능한 이익도 포함되나 단순한 기대이익 및 반사적 이익은 제외된다.¹³⁾ 그리고 그 내용도 소유·이용·처분 및 상속을 포함한다.

재산권의 객체 중 가장 대표적인 것은 부동산이다. 부동산은 토지 및 그 정착물로, 토지는 인위적으로 구분되고 토지대장에 1필의 토지로 등록된 일정범위의 지면을 말하고, 정착물이란 토지에 고정적으로 부착하여 용이하게 이동할 수 없고 부착된 상태대로 거래되는 것이 그 물건의 거래상의 성질로 인정되는 것으로 건물, 임목 등을 말한다. 토지는 생산재로서는 물론 우리 삶의 터전으로 일반재화와 다른 여러 특성¹⁴⁾을 가지고 있을 뿐만

10) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 1992, 454면

11) 민법상 재산권은 주로 물건 즉 동산과 부동산을 대상으로 하고 소유권을 중심개념으로 하고 있다.

12) 따라서 입법권자는 입법을 함에 있어 반드시 그 시대의 사회가치·통념을 반영하여야 한다 (BVerfGE20,351).

13) 김백유, 「헌법학1」, 2006, 1,137면.

14) 토지의 특성은 첫째로 자연적 특성으로 부동성·부증성·영속성·개별성 그리고 인접성이라는 물리적 특성을 갖고 있고, 둘째로 토지시장의 불균형성 즉 토지의 부동성과 개별성으로 인하여 토지시장은 국지적이고 추상적이며 상품이 표준화가 되지 아니한 불완전한 경쟁시장이다. 그 결과 수급조절이 어렵고 균형가격은 형성되지 않고 일물일가의 법칙도 적용되지 않는다. 셋째로 토지의 자연적 특성 및 시장의 불완전성으로 인하여 토지가격은 다원화의 특성을 갖는다. 즉, 토지가격은 토지에 결부된 권익의 가치로 교환의 대가인 가격과 용익의 대가인 임료로 구분되고, 장기적인 배려 하에 성립되며, 거래당사자의 개별적인 동기나 특수한 사정이 개입되기 쉽고, 가격형성요인도 복잡하다. 넷째로 부동산시장의 불완전성에 따른 부동산경제의 경기변동은 일반경제와 달라 그것에 늘 동행하는 것은 아니며, 주기가 길고(장파), 정점이 높고 저점이 깊으며 경기 국면도 상승·하강·침체·회복의 4국면 이외에 안정국면이 추가되는 특성을 갖

아니라 그 자체로서 국토공간을 구성하며, 용도가 다양하고, 환경성이 있으며, 경제적 비중이 커서 고도의 사회성과 공공성이 있으며, 그 결과 공공복리를 위하여 효율적이고 값지게 이용토록 각종의 사회적 국가정책적인 제약을 받는다.

2. 재산권보장의 연혁

1627년의 권리청원(Petition of Right)¹⁵⁾과 1689년의 권리장전(Bill of Rights)에 영향 받은 1776년의 버지니아권리장전(Virginia Bill of Rights), 미국독립선언(Declaration of Independence)¹⁶⁾ 및 1789년의 프랑스 인권선언(declaration des drets de l'homme et citoyen)에서는 자유주의 인권사상¹⁷⁾을 기반으로 재산권을 신성불가침의 권리로 간주하였다.¹⁸⁾ 즉 프랑스 인권선언은 제17조에서 “소유권은 불가침이고 신성한 권리이므로, 법에 의하여 공공필요를 위하여 명백히 인정되고 또 정당한 보상이 지불될 조건이 아니면 이를 박탈할 수 없다.”라고 하였고, 미국헌법수정 제5조는 “누구든지--적법절차(due process)에 의하지 않으면 재산은 박탈되지 아니하며, 정당한 보상(just compensation)없이 사유재산은 공용을 위하여 수용당하지 아니 한다.”라고 하고 있다. 그리하여 재산권절대원칙은 계약자유, 원칙 및 과실책임의 원칙과 더불어 자본주의의 발전의 원동력이 되었다. 그러나 19세기 말에 이르러 자본주의는 부의 일방적 편재와 무산계

고 있다.

15) 1215년의 대헌장의 정신을 계승하여 과세에 대한 의회동의권과 신체의 자유 등을 보장했다.

16) 버지니아 권리장전에서는 생명·자유·재산에 대한 권리와 행복·안전권을 추구하는 권리라 하고, 미국독립선언에서는 생명·자유에 대한 권리와 행복을 추구하는 권리라 하며, 프랑스 인권선언에서는 자유·재산·안전 및 압제에 대한 저항의 권리라 한다.

17) Grotius와 Locke의 자연법사상과 Pufendorf, Leibniz 그리고 Wolff의 신자연법사상은 자유주의 인권사상이 여러 나라의 인권선언과 헌법에 수용되는 결정적인 계기를 만들었다.

18) 허영, 전계서, 202-206면; 김백유 전계서, 1,134면.

급의 확대를 가져와 심각한 사회문제가 일어나게 되었고, 이를 해결하고 무산대중의 인간다운 생활을 보장해 주기위해 국가권력의 적극적 관여를 가져왔고 생활권 보장이 새로이 등장하면서 재산권의 절대성은 부인되었으며, 그 내용과 한계는 국법에 의하여 규정된다고 하여 재산권의 자연권성은 실정권으로 격하되었으며, 개인의 경제영역에 대한 국가적 태도도 종래의 자유방임주의적 태도에서 적극적 간섭주의로 전환되었다. 이를 최초로 반영한 헌법이 1919년의 와이마르(Weimar)헌법이며 제2차 세계대전 후에 제정된 민주국가 헌법들¹⁹⁾은 이러한 조류에 따라 재산권의 사회적 구속성을 수용하게 되었으며 우리 헌법도 마찬가지이다.

<표 1> 헌법 제23조의 규범구조

제23조1항전단 후단 2항	재산권의 존속보장	.재산권보장규정(재산권자유와 사유재산제도) .재산권내용규정(내용과 한계의 법률유보) .사회적 제약규정(재산권행사의 공공복리적합의무)
3항	재산권의 가치보장	.공용침해와 보상규정(보상법률주의, 정당보상의 원칙) - 침해모습: 수용, 사용, 제한 - 침해요건: 공공필요, 법률의 형식, 정당보상 - 침해의 한계: 본질적 내용의 침해금지

우리 헌법은 재산권의 보장과 관련된 여러 규정을 두고 있지만 재산권 보장에 관한 중심적이고 일반적인 규정은 제23조이고, 그 규범구조는 제1항전단은 재산권보장에 관한 일반적 규정을, 동항후단은 재산권의 내용과 한계에 관한 기본권 형성적 법률유보를, 제2항은 재산권의 사회적 기속을, 제3항은 공용침해와 보상과의 관계로 구성되어 있다.²⁰⁾

19) 독일 Bonn기본법 제14조, 이탈리아헌법 제42조, 일본헌법 제42조 등.

3. 재산권보장의 성격

헌법은 제23조제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”라고 하여 재산권의 보장을 선언하였다. 내용과 한계가 법률로 정하여지고 그 행사가 공공복리에 적합하여야 하는 재산권을 헌법이 보장한다는 것은 어떠한 의미를 갖는 것인가, 그 법적 성격에 대하여는 세 가지 견해가 대립하고 있다. 개인적 자유권설은 “헌법상 재산권보장은 개개인이 현재 누리고 있는 구체적인 재산상의 권리는 불가침이다.”라는 뜻으로 개인의 자유권을 의미한다고 한다(소극적·방어적 자유권).²¹⁾ 다만, 그 내용과 한계가 법률로 정하여지고 그 행사도 공공복리에 적합하여야 하는 고도의 사회적 의무성을 수반한다는 점에서 다른 자유권에 대한 특색이 발견된다고 하고, 제도적보장설은 “재산권보장은 개개인이 재산을 사유할 수 있는 법제도인 사유재산제도를 보장하는 것.”이라고 하며,²²⁾ 권리·도 동시보장설은 “재산권 보장은 자유권으로서의 재산권과 제도로서의 사유재산제도를 동시에 보장하는 것.”이라고 한다.²³⁾

우리나라가 자유민주적 기본질서를 국가의 구성원리로 채택하고 있는 이상 제23조제1항이 경제질서로서 사유재산제도를 보장하는 것이라는 데는 이의가 없다. 다만, 동조동항후단의 규정 때문에 재산권을 자유권으로 보지 않는 견해가 있으나 법제도로서의 사유재산제도가 보장되지 않는 곳

20) 헌법의 재산권 관련규정은 제23조 외에도 소급입법에 의한 재산권 박탈금지(제13조제2항), 무체재산권보장(제22조제2항), 자유시장경제질서(제119조제1항), 경제에 관한 국가적 규제와 조정(제119조제2항), 광업권특허(제120조), 농지소작제금지(제121조), 국토에 관한 제한과 의무(제122조), 대외무역의 규제와 조정(제125조), 사영기업의 국공유화의 원칙적 제한(제126조) 등이 있다.

21) 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987, 290면.

22) 강병두, 「신헌법」, 법문사, 1987, 176면.

23) 김철수, 「신헌법학개론」, 박영사, 1987, 361면.

에서 개인의 재산권만이 보장될 수 없으며, 개인의 재산권이 전면적으로 부인되는 곳에 사유재산제도만이 법제도로써 존재할 수 없기 때문에 다수설인 동시보장설이 타당하다고 본다.²⁴⁾

4. 재산권보장의 내용

가. 내용과 한계의 법정

헌법은 제23조제1항후단에서 “재산권의 내용 및 한계는 법률로 정한다.”고 하여 입법자에게 재산권의 구체적 내용을 형성할 권한을 부여하고 있다. 입법자는 위임받은 법률의 일반적 추상적 규정을 통하여 재산권의 범위를 확장할 수 있고 기존재산권을 축소할 수도 있다.²⁵⁾ 그러나 입법자에게 부여한 재산권에 대한 입법형성권은 무제한의 것이 아니고, 거기에는 엄격한 내재적 한계가 존재한다. 즉, 제23조제2항의 재산권행사의 사회적기속성의 한계 내에서만 허용되고, 법치국가원리에서 파생되는 명확성의 원칙과 비례성의 원칙을 준수하여야 하며, 동조제1항전단이 보장하는 사유재산권과 사유재산제도의 본질적 내용을 침해해서는 안 되는 한계를 갖고 있다.

나. 재산권보장의 이중성

헌법 제23조제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”라고 하여 기본권으로서의 재산권과 제도적 보장으로서의 사유재산제도를 보장하고 있다. 기본권으로서의 재산권을 보장한다는 것은 개개인에게 재산을 소유하고 상속하게 할 뿐만 아니라, 그것을 사용·수익·처분할

24) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1993, 456면; 김백유, 전거서, 1136면.

25) 헌법재판소 1993.7.29. 선고 92헌바20결정.

수 있는 자유를 보장한다는 것이다. 재산권보장의 실질적 내용은 위법한 재산권의 침해금지, 재산권의 무상침해금지, 소급입법에 의한 사유재산권의 침해금지, 국가외적인 침해에 대한 보호의무를 포함한다. 그리고 사유재산제도의 보장은 생산수단의 사유를 핵심적 내용으로 하는 법률제도의 보장을 의미한다. 사유재산제도는 주관적 공권으로서 재산권이 보장되기 위한 필수적 전제조건이면서 객관적 가치질서를 의미하기 때문에 사유재산제도를 부인하는 법률제도는 정당화될 수 없다. 개인의 재산권을 보장한 헌법 제23조제1항은 행정·사법·입법까지도 구속한다.

다. 재산권의 존속보장과 가치보장

재산권을 보장한다함은 재산권의 실체적 권리 그 자체의 존속과 가치를 동시에 보장하는 이원적 개념을 의미한다.²⁶⁾²⁷⁾ 재산권의 존속보장은 공공필요에 의하지 않고는 재산권을 침해당함이 없이 재산의 소유·이용·수익·처분 등 그 자체의 존속을 보장함을 의미하며 재산권자는 이에 근거하여 소유재산의 물적 지배권 내지 보유권을 가지고 토지의 거래가격이나 임료 등의 교환가치를 스스로 형성할 수 있으며 이러한 침해에 대하여는 물권적 청구권을 가지게 된다. 이에 대하여 재산권의 가치보장은 공공필요에 의해 재산권이 비록 침해되더라도 재산권의 정당한 가치를 향유할 수 있도록 보장함을 의미하며, 이러한 보장이 없는 재산권의 침해는 정당화될 수 없다. 가치권이 침해된 경우 손실보상청구권 또는 손해배상청구권을 갖게 된다.

26) 이선영, 「토지가치권론」, 법원사, 2006, 4면.

27) 재산권의 존속보장은 재산권의 인격적 자유에 대한 관계를 중시하므로 보상의 내용에 있어 재산권의 존속 자체의 보상을 중시하는데 대하여, 재산권의 가치보장은 재산권을 재산적 가치있는 권리로 보아 보상의 내용을 재산권의 객관적 시장가치의 보상으로 보게 된다. 그리하여 존속보장은 손실보상의 요건에 있어서 공공성을 중시하는데 가치보상은 특별한 희생을 중시한다.

5. 재산권의 제한과 한계

가. 재산권의 사회적 기속

헌법은 제23조제2항에서 “재산권은 공공복리에 적합하게 행사하여야 한다.” 라고 하여, 법률로써 그 내용과 한계가 이미 확정된 구체적 재산권의 행사도 공공복리에 적합한 것이라야 한다는 공공복리적합성 즉 구체적 재산권의 사회적 기속을 선언하여 재산권이 절대무제한의 권리가 아님을 명백히 하였다. 사회적 제약이란 공공복리를 위하여 재산권의 주체가 그 재산에 관하여 보상없이 일반적인, 적절한 그리고 기대 가능한 갖가지 제한을 받게 되는 것을 말한다.²⁸⁾ 29) 사회적 기속의 법적성격에 대하여는 재산권행사의 윤리적 의무,³⁰⁾ 헌법적 한계,³¹⁾ 내재적 제약³²⁾ 등 견해가 대립되나, 단순한 윤리적 의무가 아니고 헌법상의 의무라고 보며³³⁾ 입법자의 입법권 행사에 의하여 구체화된다 하겠다.

나. 재산권침해(공용침해)와 그 한계

28) 김승중, “계획제한과 손실보상에 관한 연구”, 「감정평가연구」제14집, 2004.12.

29) 재산권의 내재적 제약과 사회적 제약은 사유재산제도를 전제로 하는 재산권에 대한 제한의 논거로 기능하는 것이라는 점에서 같다. 그러나 내재적 제약은 사물의 자연적 성질로서 당연히 재산권에 부착되는 제약으로 근대적 재산권이 성립할 때부터 재산권이 본래적으로 지니고 있었다고 볼 수 있다. 그리고 그 제약에는 법률의 근거도 보상도 필요 없다. 그러나 토지의 사회성과 공공성이 강조되는 오늘날 양자는 서로 겹쳐지고 혼용되며 실제 적용에 있어서도 구분키 어렵다.

30) 문홍주, 전게서, 299면; 한태연, 전게서, 399면.

31) 허영, 전게서, 456면.

32) 권영성, 전게서, 460면.

33) 김철수, 전게서, 364면.

1) 공용침해의 모습

공용침해란 협의로는 헌법 제23조제3항에서 규정한 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 및 제한을 말하나³⁴⁾, 오늘날은 널리 공공성개념의 확대에 따른 일체의 보상부 침해(토지보상법 기타개별법상의 수용·사용 이외에 「도시개발법」에 의한 공용환지³⁵⁾, 「도시및주거환경정비법」(이하 “정비법”이라 한다)에 의한 공용환권³⁶⁾, 더 나아가 포괄적 종합적 건지에서 국토의 합리적 이용·개발·정비를 위한 각종의 공법상의 제한)를 의미한다고 할 수 있다. 침해대상에 관하여 토지보상법 제3조는 공익사업에 필요한 목적물을 규정하고 있다.³⁷⁾ 여기서는 협의의 공용침해에 대하여 좀 더

34) 우리 헌법 제23조를 해석함에 있어 독일기본법 제14조가 자주 언급되므로 양조문의 기본구조를 간단히 살펴보면 다음과 같다.

우리 헌법 제23조

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다(재산권 보장, 재산권의 내용한계형성규정).
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야한다(재산권 행사의 사회적 제약).
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 상당한 보상을 지급하여야한다(재산권의 제한과 보상 법률주의, 정당보상주의).

독일 기본법 제14조

- ① 재산권과 상속권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정한다(동일).
- ② 재산권은 그 의무를 수반하며, 그 행사는 공공복리에 적합하여야한다(동일).
- ③ 공용수용은 공공복리를 위해서만 허용되고, 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 그 법률에 근거하여서만 행하여진다. 또한 보상은 공공의 이익과 관계인의 이익을 공정하게 형량하여 정하여야하며, 보상액을 이유로 분쟁이 생긴 경우에 일반법원에 그 구제를 청구할 수 있다(재산권의 수용만 규정하되 수용과 보상의 불가분조항, 이익형량 보상주의).

이상과 같이 양국헌법은 제1항과 제2항은 유사하나 제3항에서 상당한 차이(공용침해의 모습·보상의 정도 등)가 발견된다.

- 35) 공용환지란 일정구역의 토지의 구획이나 형질을 변경하거나 공공시설의 정비 등에 의해 토지의 이용가치를 증진시키기 위하여, 특정토지에 대한 소유권 기타의 권리를 권리자의 의사여하를 불문코 교환·분합하는 것을 말한다. 근거법으로 「도시개발법」이 있다.
- 36) 공용환권이란 토지의 효용을 증진하기 위하여 일정한 지구내의 토지의 구획·형질을 변경하여, 권리자의 의사를 불문하고 종전의 토지나 건축물에 관한 권리를 토지정리 후에 새로 건축된 건축물 및 토지에 관한 권리로 강제로 변환시키는 토지의 입체적 변환방식을 말한다. 근거법으로 「도시및주거환경정비법」이 있다.

살펴보면,

공용수용³⁸⁾은 특정한 공익사업이나 공공복리의 실현을 위하여 국가 또는 공공단체가 타인의 특정의 재산권을 법률의 힘에 의하여 강제적으로 취득하는 것으로, 본래적 수용과 간주수용(예컨대, 확장수용³⁹⁾), 취득수용과 소멸수용으로 구분할 수 있고 관련된 법으로서는 일반법으로서의 토지보상법을 비롯하여 60여개의 개별 특별법이 있다.

다음 공용사용이라 함은 특정의 공익사업이나 그 밖의 공공목적을 위하여 국가 또는 공공단체가 개인의 재산권을 일시적 또는 계속적으로 사용하는 것으로 일시적 사용과 계속적 사용으로 구분된다.

마지막으로 공용제한이란 특정의 공익사업의 수요를 충족시키기 위해, 혹은 공익상 필요한 특정한 물건의 효용을 높이기 위하여 특정한 재산권에 과해지는 제한으로 계획제한, 사업제한, 공물제한으로 구분된다.⁴⁰⁾오늘날 공용제한은 계속 확대되어가고, 그 중요성이 날로 증대되고 있다.

2) 공용침해의 요건

37) 토지보상법 제3조는 수용·사용의 목적물에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 토지 및 이에 관한 소유권외의 권리
2. 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요로 하는 입목·건물·기타 토지에 정착한 물건 및 이에 관한 소유권외의 권리
3. 광업권·어업권 또는 물의 사용에 관한 권리
4. 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈에 관한 권리

38) 공용수용이론은 17세기 H. Grotius(1583-1645)에 의하여 정립되었고 Putter와 Moser에 의해 공용수용법으로 발전하였다. Grotius는 “신민의 기득권은 왕에 의하여 형벌로서 또는 수용에 의하여 박탈할 수 있다. 후자의 경우에 있어서는 공익의 필요가 있어야하며 또한 자기의 권리를 침해당한 자에게는 공공의 재산으로부터 보상이 지급되지 않으면 아니 된다.”고 하였다.

39) 사유재산권보장을 위하여 수용은 최소한에 국한되어야하나 확장수용은 오히려 피수용자 이익을 위하여 필요한 경우로 잔여지 수용·사용에 갈음하는 수용·이전이 현저히 곤란한 경우의 이전에 갈음하는 수용을 말한다.

40) 이선영은 전게서 91-92면에서 재산권제한을 강화상 공용제한이라고 하며 재산권의 본질적 내용이 침해되어 보상을 요하는 제한과 재산권의 사회적 구속성에 따라 보상을 요하지 않는 제한으로 구분하고, 또 한편 제한의 목적에 따라 국토계획제한, 공익사업제한, 공공시설제한으로 유형화하고 있다.

헌법은 공용침해의 정당화 사유로서 공공필요, 법률의 형식 그리고 정당한 보상을 요하고 있다. 재산권에 대한 공권적 침해는 공공필요에 의해서 행하여져야 하며 순수한 영리목적이나 개인을 위해서는 아니 된다. 공공필요란 일정한 공익사업을 수행하거나 공공복리를 달성하기 위하여 재산권의 제한이 불가피한 경우로 다의적이며 불확정적인 개념이다. 따라서 시대적, 사회적 가치관에 따라 변화·확대되어 가고 있다. 구체적으로 공공필요 여부는 공용침해로 얻게 되는 공익과 재산권 보유이익간의 이익형량을 통해서 판단되어야 하고, 이익형량의 판단기준으로서는 광의의 비례원칙(과잉금지의 원칙) 즉 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙의 순차적 판단에 의하게 되며 헌법 제37조제2항⁴¹⁾ 및 토지보상법 제19조(토지의 수용 또는 사용)가 그 근거가 된다. 적합성의 원칙이란 행정목적에 위하여 행하는 행정작용은 그 달성하고자 하는 목적에 적합하게 행사하여야 한다는 원칙을 말하고, 필요성의 원칙이란 행정목적상 명백하고 현존하는 필요성이 있는 경우에 한해서만 권리 또는 자유의 침해가 가능하며, 이 경우에도 침해의 정도는 필요한 최소한에 그쳐야 한다는 원칙이다. 그리고 상당성의 원칙이란 침해의 정도가 공익상의 필요의 정도와 상당한 인과관계가 유지되어야 한다는 원칙이다. 즉, 어떤 행정작용이 설정된 목적을 위하여 필요한 경우에도 그것과 결부된 불이익이 더 큰 경우에는 그 행정작용을 취해져서는 안 된다는 원칙이다. 현대국가에 있어서 공공복리증진이 커다란 국가적 과제로 되면서 공공적 사용수용(私用收用), 제3자를 위한 사업에 이르기까지 공공성은 확장되고, 이는 사유재산권에 대한 침해에서 생활기반의 침해로 이어져 이의 보상이 중시하게 되었다. 토지보상법 제4조에서는 수용적격사업 즉 공익사업의 종류를 규정하고 있다.⁴²⁾ 공익성의

41) 헌법 제32조제2항: 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

42) 토지보상법은 헌법이 추구하는 공공의 필요를 제4조에서 공익사업으로 열거하고 있다. 공익사업 해당여부는 그 사업자체의 성질로 보아 그 사업의 공공성과 독립성을 인정할 수 있는가의 여부로 정할 것이고 그 사업주체에 따라 결정될 사항이 아니다(대법원 1970.9.22. 선고 70누 81

판단은 1차적으로 입법권에 의하여 입법의 형식으로 행하여지고, 이어서 행정권에 의하여 사업인정으로 나타난다. 공공필요는 헌법 제37조제2항의 공공복리개념⁴³⁾보다 넓고 적극적⁴⁴⁾인 개념이라 하겠다.⁴⁵⁾ 헌법은 공용침해를 법률에 유보하고 있기 때문에 공용침해를 하려면 법률의 근거가 있어야한다. 여기서 법률은 의회 제정의 형식적 의미의 법률을 의미하며⁴⁶⁾, 행정명령이나 조례에 의해서는 공용침해를 할 수 없다.⁴⁷⁾ 토지보상법, 「국토의계획및이용에관한법률」(이하 “국토계획법”이라한다.) 등은 공용침해의 법적 근거가 된다. 법률의 근거 없이 공공목적을 위한다는 이유로 행한 재산권침해는 불법행위를 구성하고 국가배상의 대상이 될 것이다. 재산권침해는 법률이 정한 일련의 취득절차를 준수한 경우에 논의될 수 있는 것이며, 절차결여의 하자가 있으면 행정쟁송을 통해 구제 받게 된다. 헌법 제23조제3항후단은 “--보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 보상법정주의와 정당한 보상의 원칙을 천명하고 있다. 헌법은 손실보상의 요건으로서 법률상의 보상규정을 요하고 있다. 공권력에 의한 재산권의 침해행위가 그 내재적 한계를 넘어서 특별한 희생을 가져왔을 경우 당연히 보상하여야 하나, 토지 등 소유자가 구체적으로 손실보상을 청구하려면 법률의 근거가 필요하다. 여기서 소위 불가분조

관결).그러나 개별 특별법에서는 사업주체가 사기업체의 경우 공행정주체와 달리 법정 또는 국가나 지자체의 지정을 요하는 등 차이가 크다. 그러나 보상에 있어서는 사기업체의 경우에도 토지보상법을 준용하는 등 차이가 없다.

43) 공공필요와 공공복리를 구별하는 견해와 동일시하는 견해로 나뉜다(김백유, 전게서, 1,156면).

44) 이점에서 소극적인 재정목적(조세징수), 경찰목적(물수), 국방목적(징발)과 구별된다.

45) 권영성은 전게서 461면에서, 김백유는 전게서 1,156면에서 헌법 제23조제3항의 공공필요는 여러 가지 국가적 목적을 실현하기 위한 정책적 고려는 물론 사회정의를 위하여 필요한 경우까지 포함하는 개념인데 대하여 공공복리는 국민공동의 이익을 의미하는 것으로 전자가 더 넓은 개념이라고 기술하고 있다.

46) 지방의회가 제정한 조례에 의한 재산권제한이 가능한가에 대하여 견해가 대립되나 지방자치법 제15조단서는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야한다고 규정하여 법률의 위임 없이는 재산권을 제한할 수 없음을 명백히 하고 있다.

47) 권영성은 전게서 461면에서 조례에 의한 재산권사용을 일시적으로 제한할 수 있다고 한다.

항48)의 인정여부와 개별법에 보상규정을 두지 않은 경우49) 헌법 제23조제3항의 효력이 문제된다. 불가분조항이란 공용침해의 허용규정을 두는 법률이 같은 법률 내에 그에 상응하는 손실보상에 대한 규정을 동시에 두어야 하는 것으로 이를 인정할 경우, 보상규정 없는 침해규정은 위헌무효이고, 보상규정이 없는 침해규정에 의한 공용침해행위는 위법하게 된다. 다수설은 불가분조항을 인정하고 있다. 헌법 제23조제3항의 성격에 대하여는 첫째로 방침규정이나 현실규범이냐의 대립이 있었으나 오늘날은 현실규범으로 본다. 현실규범으로 보는 견해에 있어서도 다시 기본권의 구체화적 법률유보면 보다는 정당한 보상면을 중시하여 직접적 효력을 주장하는 직접 효력설과 법률유보면을 중시하여 직접적 효력을 부인하는 위헌무효설 및 유추적용설이 대립하고 있다. 둘째로 손실보상청구권의 기본권성을 인정하는 경우에도 다시 기본권은 실체적인 재산권 그 자체이냐, 아니면 재산권이 침해될 경우 침해된 권익확보수단으로서의 청구권적 기본권이냐의 문제로 일반적으로 청구권적 기본권으로 보고 있다. 셋째로 손실보상청구권이 법률의 규정 또는 행정처분 이외의 법률관계에 의해 발생하는 경우 그 법적 성질에 대하여는 공권설과 사법설이 대립한다.50) 공권설은 원인행위인 공법작용과 일체성의 관계에 있으므로 그 법적효과인 손실보상 역시 공법적인 것이다. 따라서 공권이고 그에 관한 소송은 행정소송(당사자소송)에 의한다고 본다. 이에 대하여 사권설은 원인행위가 비록 공법적인 것

48) 그러나 독일기본법법과 다른 구조를 갖는 우리 헌법상 공용수용에 대하여는 인정하되 공용제한에 대하여는 부정하는 견해가 유력하다.

49) 손실보상에 관하여 일반규정이 없다. 따라서 개별법에서 보상규정을 두는 경우에는 이에 의거 보상을 청구할 수 있다할 것이나 보상규정을 두지 않는 경우가 문제이다. 우리 현행법을 살펴보면 공용침해 중 공용수용, 공용사용에 대하여는 토지보상법, 국토계획법 등에서 일반적으로 보상규정을 두고 있으나, 공용제한 특히 계획제한에 대하여는 대개 규정을 두지 않고 있어 그 제한이 단순한 사회적 제약을 넘어서 특별한 희생에 이를 경우 손실보상을 할 수 있는지, 그 근거는 무엇인지가 헌법 제23조제3항의 효력과 관련하여 문제된다.

50) 손실보상청구권이 공권이나 사권이냐의 논의는 구체적인 경우에 이에 적용되는 법규 및 법원리와 소송형태를 결정하는데 실익이 있다. 재산권의 협의취득의 경우에는 사법상 권리가 되고, 수용제결과 같은 행정처분의 결과로서 발생하는 경우에는 공법상 권리가 됨에 이견이 없다.

이라 하여도 그 결과인 손실보상은 당사자의 의사 또는 직접 법률의 규정에 의거한 사법상 채권·채무관계에 불과하므로 사권이고 그에 관한 소송은 민사소송에 의한다고 본다. 대법원은 법률의 규정⁵¹⁾에 의해 발생하는 손실보상청구권은 사법상권리라고 보고 있다. 손실보상은 공법에 특유한 제도이고 손실보상청구권은 보상대상자가 공권력 주체에 대한 권리로 원인행위와 밀접한 관련이 있으며 토지보상법이 보상의 다툼에 이의신청(제73조)과 형식적 당사자소송인 보상금증감청구소송(제75조의2)을 마련하고 있는 점에 비추어 공권으로 봄이 타당하다. 손실보상청구권은 법이 부여한 힘으로 직접 법률의 규정으로 또는 법률관계의 법적 효과로 발생하게 되는데 공용수용의 경우 수용법률관계를 통한 수용의 효과로 피수용자에게 손실보상청구권이 성립되는 경우이다.

공용침해에 대한 보상은 정당한 보상이어야 하며 보상의 기준은 재산가치의 상계정신에 따르느냐 손실보상정신에 따르느냐에 따라 그 내용이 달라질 수 있고, 같은 가치상계정신에 따른다 해도 상당보상, 정당보상, 입법보상, 이익형량보상 등에 따라 보상의 정도가 다르다.⁵²⁾ 공용침해가 모두 보상을 요하는 것은 아니며 침해받는 손실이 내재적 제약 내지 사회적 제약을 넘는 특별한 희생이 있는 경우에만 보상의 대상이 된다. 공용침해 중 공용수용 및 공용사용에 대하여는 특별한 희생임에 이의가 없으나, 공용제한에 대하여는 구체적 사례별로 판단하여야 할 것이다.

3) 공용침해의 한계

헌법 제23조제1항후단은 “재산권의-- 한계는 법률로 정한다.”고 규정하고 있고, 동조제3항은 “--재산권의 수용·사용·제한 및 보상은 법률로써 하되--”라고 규정하고 있다. 여기에서 공용침해의 한계가 문제된다. 이에 대하여는 제37조제2항⁵³⁾의 “--본질적인 내용을 침해할 수 없다.”는 규정

51) 예컨대, 하천법 부칙 제2조제1항.

52) 허영, 전제서, 468면.

이 이 경우에도 적용된다고 보는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 여기서 본질적 내용의 침해에 대하여는 독일 등에서 다양한 견해가 나타나고 있으나, 우리나라에서는 대개 재산권의 보장과 관련하여 본질적 내용을 침해할 수 없다고 말하고 있음이 일반적이다. 본질적 내용에 대하여 일의적으로 말할 수는 없으나 그 핵심은 어디까지나 사유재산제도 그 자체라고 보는 것이 일반적이다. 그러므로 상속제도는 폐지할 수 없으며 소급입법⁵⁴⁾에 의한 재산권 박탈도 원칙적으로 할 수 없다. 헌법재판소는 “재산권의 본질적 내용의 침해란 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화 되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극의 목적을 달성하지 못하게 되는 지경에 이르는 경우”라고 하였다.⁵⁵⁾

제2절 재산권침해에 대한 손실보상

1. 손실보상의 의의

손실보상이란 공공필요에 의한 적법한 공권력행사에 의하여 사유재산에 가하여진 특별한 희생에 대하여 사유재산권보장과 전체적인 평등부담의 견지에서 행정주체가 행하는 조절적인 재산전보를 말한다.

53) 헌법 제37조제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 제한할 수 없다.”라고 규정하여 제한의 대상이 되는 기본권제한의 목적으로 국가안전보장·질서유지·공공복리를, 제한의 형식으로 형식적 의의의 법률 그리고 제한의 한계로서의 자유와 권리의 본질적 내용의 침해금지 등 기본권의 일반적 법률유보 내용을 구체적으로 규정하고 있다.

54) 소급입법은 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급입법과 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 불진정소급입법이 있는바, 전자는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자의 구법질서에 기대하였던 신뢰보호와 법적 안정성을 위하여 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻어진 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 보기 때문에 원칙적으로 위헌으로 본다.

55) 헌법재판소 1989.12.12. 선고 88헌가13결정.

손실보상의 특징을 보면, 첫째로 손실보상의 원인행위는 공공필요에 의한 적법한 공권력 행사이다. 현행법상 손실보상은 법률이 공공필요에 의하여 처음부터 국민의 사유재산권에 대한 부득이한 침해를 예상하고 있는 경우에, 그 법률에 의거한 행위로 말미암아 발생한 손실을 전보하는 것이다. 이점에서 위법행위로 인한 행정상 손해배상과 구별된다.⁵⁶⁾ 손실보상과 손해배상에 관하여 종래 성질이 다른 제도로 인식되어 왔으나 중간영역으로서 위험책임의 등장과 더불어 과실유무와 행위의 위법·적법의 구별이 특별히 문제 되지 아니함에 따라 오늘날은 별개의 제도라기보다 상호보완관계에서 국민의 권리구제수단으로 인식하기에 이르렀다. 그 밖에도 무과실책임이론, 수용유사적침해이론, 수용적 침해이론 등⁵⁷⁾이 다양하게 등장하여 양자를 접근시키고 있으며, 한걸음 더 나아가 양자를 통합하여 일원적으로 고찰하려는 견해가 다수이며 바람직한 현상이다.⁵⁸⁾ 손

56) 행정상 손실보상과 행정상 손해배상은 다 같이 공권적 지위에 있는 자의 행위로 발생된 손실을 보전하여주는 재산전보제도라는 점에서 같지만 우리 법제에서는 다음과 같은 점에서 엄격히 구별하여 달리 취급하고 있으며, 다수학설은 양자의 구별은 상대적인 것에 불과하다고 보고 양자의 통합적인 고찰의 필요성을 강조한다.

- ① 행정상 손실보상은 적법행위로 허용되고 예측된 손해의 전보인데, 행정상 손해배상은 위법행위로 야기된 손해의 전보제도이다.
- ② 행정상 손실보상은 단체법상의 사상과 사회공평부담주의를 기본원리로 하나 행정상 손해배상은 개인주의적 법사상에 기초하여 도덕적 책임주의를 기본원리로 한다.
- ③ 행정상 손실보상은 재산적 손실을 보상하는데 대하여 행정상 손해배상은 재산상의 손해뿐만 아니라 생명, 신체에 대한 손해도 보상한다.
- ④ 행정상 손해배상에 대하여는 국가배상법이란 일반법이 정비되어 있는데, 손실보상은 일반법이 정비되어 있지 않아 구체적인 손실에 대하여 실정법적 근거를 결할 수 있다.

57) 우리 법제에서는 위법유책행위에 대하여는 손해배상을, 적법무책행위에 대하여는 손실보상제도를 마련하고 있으나, 위법무책행위에 대한 적용법규가 정비되어 있지 못하다. 이런 권리의 사각지대를 메우기 위한 이론인 위험책임이론은 프랑스에서 발전된 이론이고 수용유사적 침해이론과 수용적 침해이론은 독일에서 발전된 이론이다. 이들 이론의 수용여부에 대하여는 견해가 대립되고 있으며 자세한 내용은 관련되는 곳에서 상술한다.

58) 손실보상과 손해배상은 이념상 공적부담의 평등원칙에 입각하고 있고, 요건상 적법성 불요 또는 중간영역이론 대거 등장, 적용상 중첩되는 경우가 많고 나아가 피보상자는 보상에 관심이

실보상은 공공필요에 의한 재산권 침해의 경우에 발생하는 문제이다. 공공필요란 공익상 필요한 경우로 질서유지 공공복리를 뜻한다 하겠다.

손실보상은 공권력적 행정작용에 의해 발생한 손실에 대한 보상이라는 점에서 공법적 성질을 가지며 이점에서 사법상 손해배상 또는 사법상의 계약에 대한 반대급부와 구별된다. 토지보상법은 공특법에서와 같이 공공용지의 협의취득에 대한 대가도 보상이라는 용어를 사용하고 있는데 본래의 손실보상과는 다르며⁵⁹⁾ 공공용지의 임의취득에 따르는 대가의 지급은 배후에 공권력이 잠재하여 소유자는 임의취득에 응하지 않을 수 없는 지위에 있다 할 것이므로 토지소유자의 법적 지위와 손실보상의 통일성을 위하여 편의상 하나의 동일한 손실보상체계에서 다루고 있을 뿐이다. 또한 손실보상은 행정기관이 처음부터 의도한 손실에 대한 보상이라는 점에서 비의도적 결과적 손실에 대한 보상인 수용적 침해보상과 구분된다.

둘째로 손실은 재산적 손실이고 그 정도는 특별한 희생이다. 행정상 손실은 오토-마이어(Otto Mayer)의 특별희생설과 관련하여 보상의 전제조건이 되는 것으로 중요한 개념이다. 재산권에 대하여 발생한 손실이라는 점에서 비재산적 법익에 대해 발생한 손실의 보상인 희생적 보상과 구별된다. 재산상의 손실은 재산권의 상실⁶⁰⁾이 가장 전형적인 것이지만 그밖에 기존재산의 경제적 가치의 상실⁶¹⁾ 및 감소⁶²⁾뿐만 아니라 새로운 비용의 지출이나⁶³⁾ 장래 기대이익의 상실⁶⁴⁾도 포함한다.⁶⁵⁾ 그리고 손실은 직접

있을 뿐이다.

59) 행정상 손실보상이 공법상의 제도임에 대하여 협의취득은 사법상 매매에 해당한다.

60) 행정작용에 의한 공공사업은 토지·건물 등 개인의 재산권을 취득·소멸시키는 것을 목적으로 하는 것이므로 재산권의 상실은 가장 전형적인 손실이다.

61) 예컨대, 소유자의 동의에 의하여 또는 행정주체의 절차상 하자나 예산사정에 의하여 사유토지에 도로를 건설하거나 사유건물을 공용청사로 사용할 경우 사유재산권은 상실되지 않더라도 그 재산의 경제적 가치는 상실되어 손실이 발생하는 것이다.

62) 공공사업으로 기존재산의 통상적 가치가 하락하거나 종래의 목적대로 사용할 수 없는 경우에 가치의 감소가 발생한다.

적인 손실과 간접적인 손실로 구분할 수 있다. 전자는 개인의 재산이 직접 공공사업에 제공됨으로써 입은 손실이고, 후자는 직접 공공사업에 제공되지 않으나 공공사업의 시행으로 또는 시행결과 완성된 시설물로 인하여 입은 손실이다. 오늘날 공공성 개념의 확대와 더불어 손실개념이 확장되고 그 대상도 점차 넓어지고 있다. 그리하여 종래 손실보상이 직접손실에 한하였으나 오늘날은 간접손실(사업손실)까지 고려하게 되었고 보상도 재산권보상에서 생활권에 대하여도 보상중이고, 나아가 정신적 및 신체적 피해에 대하여도 보상대상으로 검토 중이다. 보상은 반드시 손실이 있음을 전제로 하는 것이나 손실이 있다하여 언제나 보상이 될 수 있는 것은 아니다. 피해자에게 손해를 감수하여야 할 원인이 있다든지 재산권 자체에 내재하는 사회적 제약에 대하여는 손실보상의 문제가 일어나지 않는다. 손실보상은 사회적 제약을 넘어서 특별한 희생에 이를 것을 필요로 하며, 또한 실정법적 근거가 있어야 한다. 그러나 실제상 특별한 희생과 사회적 제약을 구체적으로 구별하기는 극히 어려운 과제이다.⁶⁶⁾

셋째로 손실의 발생원인은 공용침해이다. 행정상 손실은 행정작용에 의한 특별한 희생의 구체적 내용으로 재산권에 대한 공용침해로 발생한다. 공용침해는 헌법 제23조의 재산권의 수용·사용·제한보다도 넓게 보아야 한다.⁶⁷⁾ 그리고 침해대상인 재산권도 넓게 모든 재산적 가치 있는 권리나 보호가치 있는 이익을 포함한다 할 수 있다.

63) 공공사업용지상의 건물·입목 기타 공작물은 지장물로서 이전·이식하여야 하는 바, 그 소요비용은 새로운 비용이 된다.

64) 공공사업으로 인하여 건물을 이전하거나 영업장을 이전하여야 하는 경우의 차임·영업이익 등은 장래기대이익의 상실에 속한다.

65) 김경렬, 「신토지공법」, 경영문화원, 1983, 102면; 임호정의, 「공공용지의 취득과 손실보상」, 경영문화원, 1985, 256면.

66) 재산권에 대한 단순한 사회적 제약과 특별한 희생과의 구별은 후술한다.

67) 미합중국헌법 수정 제5조“누구든지 적법절차에 의하지 않고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니하며, 사유재산은 정당한 보상에 의하지 아니하고는 공공의 용으로 수용당하지 아니한다.”에서의 수용은 권리의 박탈뿐만 아니라 권리의 제한·사용가치의 저하를 포함한다.

2. 손실보상의 이론적 근거

공공필요에 의한 적법한 재산권 침해에 대하여 손실보상을 인정해야 하는 합리적 이유 또는 그 인정의 타당성은 무엇인가를 둘러싸고 종래 논의가 많았으나 오늘날은 특별희생설로 통일되었다.

가. 기득권설

기득권설은 자연법적인 기득권불가침원칙에 입각하여 기득권은 원칙적으로 이를 침해할 수 없는 것이나, 예외적으로 긴급권에 의한 경우에는 그 침해도 허용된다고 보고 그 경우에는 경제적 가치에 의한 보상을 해야 한다는 입장이다. 이 설은 기득권의 범위자체가 불확실하고 기득권이외의 것에 대한 침해에 대한 보상근거를 제시하지 못하는 단점이 있음은 물론, 기본적인 것으로서는 근대적 주권관념의 형성에 의하여 이설의 기초를 이루는 기득권불가침원칙 자체가 타파되게 됨에 따라 그 타당성의 기초 자체를 상실하였고, 오늘날 법치주의국가에서 이설을 취하는 학자는 없다.

나. 은혜설

은혜설은 극단적인 공익우선 및 국가권력 절대사상에서 출발하여 국가가 공익을 위하여 적법한 공권력행사에 의하여 국민의 재산권에 손실을 가한 경우에도 당연히 보상되어야 하는 것은 아니나, 개별법에서 보상에 관하여 규정을 두는 경우는 단지 은혜로서 보상하는 것에 불과하다고 본다. 이설에 의하면 보상은 의무적인 것이 아니고 보상을 하지 않을 수도 있다는 결과가 되어 재산권보장과 공평부담원칙을 존재이유로 하는 손실보상제도에 반하고, 오늘날 법치주의에서 국가권력의 절대성은 인정될 수 없으므로 이설을 취하는 학자는 없다.

다. 공용징수설

공용징수설은 헌법이 개인의 재산권을 보장하고 공공필요에 의한 공용 수용과 그 보상에 관한 규정이 있기 때문에 손실보상제도가 있는 것이라고 한다. 이 설은 보상의 실정법적 근거는 될 수 있어도 무엇 때문에 재산권 침해에 대하여 보상을 하여야 하는가를 설명하지 못한다.

라. 특별희생설

특별희생설은 오토-마이어(Otto Mayer)이래의 통설로 공익을 위하여 개인에게 부과한 특별희생은 이를 전체의 부담으로 하여 손실을 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 합치된다고 본다. 구체적으로 보상을 하여야 할 특별한 희생이 무엇인가, 사회적 제약과는 어떻게 구별되는가⁶⁸⁾가 문제된다. 특별한 희생과 사회적 제약과의 구별에 대하여 학설은 형식적기준설과 실질적기준설로 나뉜다. 형식적기준설은 침해를 받는 사람의 수를 요소로 하여 특정여부로 구분한다. 그리하여 재산권에 대한 개별적인 침해행위가 특정인의 재산권을 제약하는 경우(개별행위설) 또는 특정개인이나 특정집단의 재산권을 제약하는 경우(특별희생설)에 그것은 평등원칙에 위배되며 특별희생에 해당된다고 한다. 이에 대하여 실질적기준설은 재산권에 대한 침해행위의 본질 내지는 강도를 요소로 하여 재산권의 본질적 내용을 침해하는 재산권의 내재적 한계를 초월한 침해를 특별희생이라고 한다. 다시 여러 학설로 나누어지는데, 수인한도설은 마운츠(Maunz)가 주장한 견해로 재산권의 배타적 지배성을 침해하지 아니하는 침해는 재산권에 당연히 내포된 사회적제약인 것이나 재산권의 본질적 실체를 침해하는 것은 평등원칙에 위반하는 것이므로 보상을 요하는 특별한 희생에 해당된다고 하고, 보호가치설은 엘리넥(Jellneck)이 주장한 견해로 재산권을 분류하여 보호가치 있는 재산권을 침해하는 경우에 특별희생으로 보며, 사적효용설은 레

68) 재산권에 대한 특별한 희생과 사회적 제약과는 어떠한 기준에 따라 구별할 것인가의 문제는 주로 재산권의 제한에서이다, 그 이유는 재산권의 수용·사용에 대하여는 토지보상법 및 개별법에서 대부분 보상규정을 두고 있으나, 재산권제한에 대해서는 대체로 규정을 결하고 있기 때문이다.

인하트(Reinhardt)가 주장한 견해로 재산권의 본래의 효용이 본질적으로 침해되는 경우에는 특별한 희생으로 보고, 목적위배설은 포르스토프(Forsthoff)가 주장한 견해로 재산권에 대한 종래로부터의 목적공용을 제약하는 것은 특별한 희생이라고 하며, 사회적 제약설은 침해행위가 기본권 이론에 의하여 허용되는 사회적 제약을 넘는 것인지 아닌가를 표준으로 하여 구분한다는 견해이고, 상황적구속설은 일정한 토지는 그것이 놓여 있는 사실상 위치로 인하여 토지의 일정한 이용이 제약받게 되며, 그와 같은 지리적 위치로 인한 제약은 사회적 제약에 지나지 않는다고 한다.

과거 대법원은 개발제한구역의 지정으로 인한 각종 행위제한과 이로 인한 토지소유자의 불이익은 공공복리를 위하여 감수하지 않으면 안 될 사회적 제약이고 특별한 희생이 아니라고 판시하였으나,⁶⁹⁾ 헌법재판소는 개발제한구역의 지정으로 발생하는 재산권의 제약을 두 가지로 나누어 하나는 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없거나(목적위배설) 또는 토지를 전혀 이용할 수 있는 방법이 없는 예외적인 경우(사적효용설)에는 수인한계를 넘는 것(수인한도설)이므로 특별희생에 해당되고, 또 하나는 개발가능성의 소멸과 그로 인한 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약이라고 한다.⁷⁰⁾

살피보건대 은혜설과 기득권설은 연혁적 관점에 의미를 가짐에 불과하고, 각각 국가권력의 절대성, 기득권불가침의 원칙이 오늘날에는 인정될 수 없다는 비판을 면하기 어렵다. 이에 대해 특별희생설은 공익을 위하여 개인에게 부과한 특별한 희생은 이를 전체의 부담으로 하여 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 합치되는 것으로 본다. 특별희생설이 통설이며 주된 근거는 재산권보장과 공평부담의 원칙이다. 특별희생설에 있어서도 형식적기준설과 실질적기준설은 모두 일면적 타당성은 있으나 완전한 판단기준이 되기에는 미흡하다. 전자는 현재 인적범위가 특정되지 않아서 개별

69) 대법원 1996.6.28. 선고 94다54511판결; 동 1995.4.28. 선고 95누627판결.

70) 헌법재판소 1998.12.24. 선고 89헌바214결정.

적이지 않는 일반적인 재산권의 중대한 침해행위에 손실보상이 인정되지 않는 난점이 있고, 후자는 그 내용이 불확정적이고 기준이 세분되어 있는 점이 난점이다. 따라서 이들 양 기준은 상호보완적인 관계에 있다고 보아서로 절충하고, 헌법재판소의 판결을 종합해서 판단하여야 할 것으로, 특별한 희생의 한계를 실질적 기준을 주로하고 형식적 기준을 참작하여 결정하여야 할 것이다.⁷¹⁾

3. 손실보상의 제도적 배경

손실보상제도의 합리적인 근거는 재산권보장, 공평부담의 원칙 및 생활보상에서 찾아 볼 수 있다.⁷²⁾

가. 재산권보장으로서의 손실보상

손실보상제도는 자본주의국가에서만 인정되는 제도이고, 사유재산권이 보장되지 아니하는 공산주의 국가에서는 처음부터 이러한 제도가 없다.⁷³⁾ 자본주의국가에서 사유재산제도는 그 존립의 기초이고 이를 기반으로 하여 발전해왔다. 프랑스 인권선언 이래 각국 헌법은 사유재산제도와 재산권을 보장하는 헌법규정을 두고 있으며, 적법한 공권력 발동인 공용수용과 사적 재산권의 조정을 위하여 손실보상제도가 생겨났던 것이다. 보상이 수반되지 않는 사유재산권침해는 자본주의의 존립기반을 무너뜨리는 것이 되고 법적 안정을 해치는 것이 된다. 공공필요를 위해 불가피하게 특정의 재산권을 침해하여 특정인에게 손해를 끼친 경우 이를 본인의 부담으로

71) “이 문제를 법 이론적으로 해결하는 것은 불가능에 가깝다.” (김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서의 공공필요와 특별한 희생의 재조명”, 「고시계」, 1996.7).

72) 이상규, 「신행정법론(상)」, 법문사, 1981, 469면; 윤세창, 「행정법(상)」, 박영사, 1980, 301면.

73) 윤세창, 전제서, 301면.

돌려야 할 이유가 없는 한 손실보상을 해줌으로써 재산의 교환가치를 보장해 주어야 하는 것이다.

나. 공평부담으로써의 손실보상

손실보상의 근거로서는 공평부담의 원칙을 들 수 있다. 이것은 전술한 특별희생설을 포함하고 있다고 할 수 있다. 공공필요로 특정개인에게 재산상 손실을 초래한 경우 그것을 개인의 부담으로만 돌리는 것은 평등의 원칙에 반한다. 손실보상은 이렇게 불평등하게 개인에게 가한 손실을 전체의 부담으로 전가하기 위한 법 기술인 것이다.⁷⁴⁾ 손실보상을 평균적 보상, 혹은 조절적 보상이라고 하는 것도 이 때문이다. 이처럼 손실보상제도는 공공필요에 의한 사유재산권의 침해를 부득이한 것으로 인정하면서도 그 침해가 사유재산권의 사회적 한계를 넘어 특별한 희생에 이를 때 공평부담의 견지에서 이를 조절하기 위한 제도인 것이다.

다. 생존권보장과 손실보상

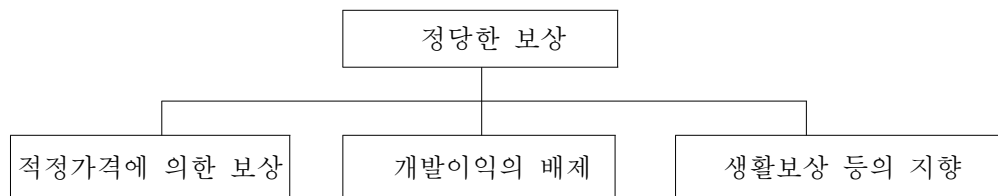
오늘날 손실보상제도는 비록 단편적이지만 재산권 보장을 넘어 생활보상을 지향하고 있다. 국가기능의 확대 강화로 댐건설, 신도시건설 등 공공사업이 대규모적으로 시행되고, 이것은 주민들에게 생활근거상실, 간접침해 등 생존권을 위협한다. 이리하여서 오늘날 보상은 단순한 재산권보상만으로는 부족하고 주거의 총체적 가치보상, 생활재건조치, 간접침해보상 등 그 확장이 요구된다.

74) 秋山義昭, “법치국가적국가책임론”, 금촌성화교수편, 「공법상 경제법제 문제(상)」, 1982, 82면.

제3장 부동산 손실보상의 기준

공익과 사익의 조절수단으로써의 손실보상제도가 그 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 적절한 손실보상기준의 확립과 개별보상에서 그 적용이 담보되어야 한다. 손실보상기준이라 함은 공용침해로 발생한 손실에 대하여 어느 정도의 보상을 인정할 것인가에 관한 문제로 각국의 입법태도와 사회·윤리적 가치관의 차이에 따라 같지 아니하다.

<그림 1> 손실보상의 기준⁷⁵⁾



우리 헌법은 제23조제3항에서 공용침해로 발생한 손실보상의 일반적 기준으로써 정당한 보상을 선언하고, 구체적 기준에 대하여는 법률에 유보하였다. 이에 따라 제정된 토지보상법 등은 손실보상의 기준으로 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상 등의 지향을 규정하고 있다. 학설상으로는 정당보상의 범위에 대하여 완전보상설과 상당보상설이 논의되어 왔으나 완전보상 및 상당보상에 대하여 손실보상법령에서는 직접 규

75) 손실보상기준은 엄격히는 정당보상이 손실보상의 이념 내지 최고원칙이고, 그 아래로 손실보상 기준의 원칙으로 적정가격보상의 원칙, 개발이익의 배제, 생활보상의 지향 등을 들 수 있고, 이들 원칙 아래에 개별적 구체적 기준, 예컨대 토지보상의 경우 공시지가기준, 현황평가기준, 나지상정기준 등이 있다고 할 수 있다. 그러나 본 연구에서는 이런 위계를 인정하여 존중은 하되 모두가 손실보상기준으로 작용함으로 다 같이 손실보상기준으로 다룬다. 현행법령상의 손실보상기준으로 제시하는 바는 학자에 따라 같지 않다. 박평준은 손실보상기준으로 헌법상 일반적 기준으로 정당보상의 원칙을, 구체적 보상기준으로 시가보상의 원칙·공시지가제·개발이익환수제·생활보상제를 들고 있다(박평준, 토지수용법론, 고시연구사, 1999, 297-307면) 그러나, 시가보상의 원칙은 보상액을 사업인정 당시의 공시지가를 기준으로 산정토록 하여 사실상 폐지된 것이나 다름없다고 본다.

정이 없고 다만, ‘적정가격’ 및 ‘객관적 가치’로 보상한다고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 이에 대한 논의는 추상적, 사변적일 수밖에 없는 한계가 있다. 행정기능의 확대와 강화로 공익사업이 대규모적으로 시행되고 국민의 의식수준이 높아진 오늘날, 손실보상이 제대로 실현되기 위해서는 손실보상기준이 정립되고 개별보상에의 그 적용이 담보되어야 한다. 먼저 손실보상의 이념인 정당보상의 범위가 이러한 변화에 맞추어 사회복리국가이념에 부합되도록 확대되어야 하고, 추상적·불확정개념을 구체적·실천적 개념으로 정립되어야 할 것이다. 그리고 법령상의 손실보상기준도 정당보상의 이념을 실현할 수 있도록 그 내용이 정비되고 개별보상에 그 적용이 보장되어야 할 것이다. 그리하여 헌법상의 손실보상기준인 정당보상에 대하여는 우리 헌법의 변천과 정당보상의 범위에 대한 학설 및 판례를 분석하여 개념의 재정립을, 토지보상법 등 개별법령상의 각 손실보상기준에 대하여는 그 내용과 정당보상과의 관계를 검토하여 합리적인 개선방안을 제시하고자 한다.

제1절 헌법상 손실보상기준

1. 헌법규정의 변천

우리 헌법은 1948.7.17 제정 이래 현행헌법에 이르기까지 9차례의 개정이 있었으며⁷⁶⁾ 그 중 손실보상에 관한 규정은 제3공화국 헌법에서 현행 헌법에 이르기까지 4차례의 개정이 있었고, 개정의 초점은 재산권침해와 보상을 법률유보로 할 것인가와 보상의 기준을 정당보상으로 할 것인가, 상당보상으로 할 것인가 이었다.

76) 헌법연혁집 참조.

가. 제헌헌법(1948.7.17)

1948년 제헌헌법 제15조제3항에서는 “공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용·사용·제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로서 행한다.”라고 규정하여 보상을 법률에 유보하고 보상의 정도는 상당한 보상이라 하였다. 이는 독일 와이마르(Weimar)헌법 제153조와 매우 유사한 규정으로 상당한 보상⁷⁷⁾의 의미와 내용에 대하여 학설은 크게 두 가지로 나뉜다. 하나는 상당한 보상이란 소유권 불가침의 시대의 미국 헌법이나 프랑스 인권선언에 있는 정당한 또는 상당한 보상과 다르고, 공공과 개인의 조화를 기준으로 한 적당한 가격을 말하고,⁷⁸⁾ 다른 하나는 상당한 보상은 완전한 보상을 원칙으로 하고 기타 합리적 이유가 있을 때에는 완전한 보상을 하회할 수 있다는 견해인바,⁷⁹⁾ 일반적으로는 후자로 해석하였다.⁸⁰⁾

나. 제3공화국 헌법(1962.12.26)

1963년 제3공화국 헌법 제20조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 개정하여 보상을 법률에 유보하였던 제헌헌법의 태도를 지양하여 헌법자체로서 실정법적 효력을 갖는 규정형식을 취하였고, 상당한 보상의 개념을 정당한 보상의 개념으로 바꾸었다. 여기서(보상을 지급하여야 한다) 재산권 침해법률에 보상규정을 결한 경우 헌법에 의거 직접 보상을 청구할 수 있게 하여 구제를 강화한 것으로 해석하였다. 다음 보상의 정도에 관하여 구법의 상당한 보상과 새 법의 정당한 보상의 개념상의 동일성 여하가 문제

77) 상당보상이라는 표현은 농지개혁에 따른 농지매수보상의 헌법적 근거를 마련한 것이었다고 한다(박윤훈, 「최신행정법강의」, 박영사, 1996, 696면).

78) 문홍주, 전거서, 103면.

79) 박일경, 「헌법요론」, 1955, 295면.

80) 김남진, “행정상의 손실보상”, 고시계, 2006.1, 44면.

되었는바, 학설은 완전보상설과 상당보상설이 대립하였다. 다수설인 완전 보상설은 정당한 보상은 공용침해에 의한 손실의 객관적 가치의 전액을 완전히 보상하는 것이라 하였으며, 미국판례의 영향을 받아 정당보상의 기준은 수용자가 얻은 이익이 아니라 피수용자의 손실이라고 해석하였다.⁸¹⁾ 그리고 상당보상설은 정당보상은 완전보상이 아니라 사회국가적 견지에서 개인의 이익과 국가의 이익을 비교·형량하여 합리적인 조화점에 도달된 상당한 보상이라고 하였다.⁸²⁾ 그리고 판례는 제3공화국의 헌법이 정당한 보상을 “재산권의 객관적 가치를 완전하게 보상하여야 한다는 취지일 뿐만 아니라, 그 보상의 시기, 방법 등에 있어서 어떠한 제한을 받아서도 아니 된다는 것을 의미한다.”⁸³⁾고 하였다.

다. 유신헌법(1972.12.27)

1972년 제4공화국 유신헌법 제20조제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다.”고 규정하여 공용침해와 보상에 관한 사항을 모두 법률에 위임하였다. 그리고 상당보상이라든지 정당보상이라는 용어를 사용하지 않았다. 그 결과 위임의 범위에 보상의 시기·방법·기준·절차 등인가, 보상여부까지도 포함되는가, 법률에서 정당한 보상에 못 미치는 보상도 정할 수 있는가, 나아가 독일기본법 제14조제3항의 불가분조항을 우리헌법이 채택하였다고 볼 수 있는가 등에 관하여 논란이 되어 왔다. 대법원은 보상의 청구에 보상의 기준과 방법을 정한 법률에 의하여서만 가능하다고 판시하였고,⁸⁴⁾보상의 정도에 관하여 학설은 완전보상설과 상당보상설이 대립하였다.

81) 한동섭, 「헌법」, 1966, 170면.

82) 김기범, 「헌법강의」, 1963, 177면.

83) 대법원 1969.1.21. 선고 68다2192판결.

84) 대법원 1976.10.12. 선고 76다1443판결.

라. 제5공화국 헌법(1980.10.27)

1980년 제5공화국 헌법 제22조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다.”라고 규정하여 이익형량보상을 선언하는 등 독일기본법 제14조제3항과 같은 표현을 사용하여, 헌법에서는 일반 추상적인 보상기준을 제시하고 구체적인 보상기준과 방법은 법률에 유보하였다. 보상에 구체적인 법률의 근거가 필요하며⁸⁵⁾ 보상의 정도는 상당보상설을 취하였다.

마. 제6공화국 헌법(1987.10.29, 현행)

1987년 제6공화국 헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 재산권침해와 보상을 법률에 위임하였고, 동시에 정당보상의 원칙을 천명하였다. 제3공화국 헌법과는 정당한 보상을 규정한 것은 같으나 보상을 법률에 유보한 점이 다르다. 그리하여 손실보상의 정도에 관하여는 완전보상설, 상당보상설, 절충설이 대립하고, 보상의 실정법적 근거와 관련하여 ‘--보상은 법률로써 하되’라는 문구에 중점을 두어 위헌무효설을 취하거나, ‘--정당한 보상을 지급하여야 한다.’에 중점을 두어 직접효력설을 취한 것으로 보인다⁸⁶⁾.

2. 정당한 보상

헌법 제23조제3항은 “--재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 손

85) 대법원 1985.11.12. 선고 84카 36판결.

86) 박균성, “손실보상규정흡결시의 공용침해에 대한 손실보상에 관한 고찰”, 박윤훈편, 1996, 24면.

실보상에 관한 일반적 기준으로 정당한 보상을 선언하고 있다.⁸⁷⁾

가. 정당보상에 대한 학설

정당보상의 범위에 대하여는 다음과 같이 학설이 대립하고 있다.

1) 완전보상설

완전보상설은 미연방헌법 수정 제5조의 정당한 보상(just compensation)의 해석⁸⁸⁾을 중심으로 발전한 이론으로 손실보상은 피침해재산이 가지는 재산적 가치에 대하여 충분하고도 완전한 상(full and perfect compensation)이 되어야 한다는 견해다.⁸⁹⁾ 완전보상설은 다시 피침해재산에 대한 객관적 시장가치를 보상하는 것으로 충분하다는 견해(객관적가치

87) 보상의 기준은 재산가치의 상계정신에 따르느냐, 손실보상정신에 따르느냐에 따라 그 내용이 달라질 수 있다. 또 가치상계정신에 따른다 하여도 상당보상, 정당보상, 입법보상, 이익형량보상 등에 따라 보상의 정도가 달라질 수 있다. 그리고 손실보상정신은 공용침해로 발생한 모든 직접, 간접의 손실을 모두 보상하는 완전보상이 된다.

88) 1971년 미연방헌법 수정 제5조에서 “정당한 보상없이 사유재산을 공용이용의 목적으로 수용당하지 아니 한다.”라고 하여 보상기준으로서 정당보상(just compensation)의 원칙을 천명하였다. 여기서 정당한 보상의 의미에 대해 판례법상 원칙을 보면 ① 정당한 보상은 수용된 재산권의 금전에 의한 충분하고 완전한 등가치의 보상(full and perfect equity compensation)을 의미하는 것 ② 손실보상의 척도는 수용자의 이익이 아니고 피수용자의 손실이라는 것 ③ 피수용자의 시장가격이 결정될 수 있는 경우에는 그 시장가격이 보상기준이 된다는 것 등이다. 충분하고도 완전한 보상은 완전보상의 원칙을 의미하는 것으로 이해되고 있으나 이는 피수용재산의 시장가치(market value) 즉 객관적 가치의 보상이며 부대적 손실은 포함하지 않았다. 제2차 대전 후의 판례에서는 공정한 시장가치(fair market value at the time of the taking)를 기준으로 보상액을 정하는 것의 합헌성을 인정하였다. 그 후 판례의 태도는 변화하여 부대적 손실도 이전비용을 사용료의 계산속에 포함시키는 것을 인정하게 되었고 영업보상도 인정하게 되었다.

89) 완전보상의 근거로 다음 세 가지를 들고 있다. 첫째 헌법상 인권보장이 전제로서 자연법적 천부인권사상의 영향을 받았으며, 헌법상의 재산권보장도 18·19세기적인 소유권불가침의 원칙을 규정한 것이라 해석되고, 둘째 공용수용 등은 공공을 위해 특정인의 재산에 예기치 않은 특별한 희생을 과하는 것이기 때문에 완전한 보상을 주어 그 손실을 보상하지 않는 한 불평등한 결과가 되며, 셋째 재산권을 보상한 이상 그것이 공공용에 공하여질 경우에는 재산권의 가치에 상응하는 경제적 가치를 보상하지 않는다면 재산권보장의 의미가 불충분하기 때문이다.

보상설)와 직접적 필연적으로 발생한 손실 전부를 보상하는 것으로 부대적손실의 보상도 포함되어야 한다는 견해(손실전부보상설)로 나뉜다. 우리 헌법의 개정언해를 살펴보면 상당한 보상에서 정당한 보상으로 변화해왔으며 따라서 완전한 보상을 의미한다고 한다. 정당보상의 범위에 생활보상이 포함되는지 불명하다. 다만 생활보상의 헌법적 근거를 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 제34조와 정당한 보상을 규정한 제23조제3항의 결합에서 찾으려는 견해가 다수이다.⁹⁰⁾

2) 상당보상설

독일 Weimar헌법을 계승한 Bonn기본법 제14조제3항의 정당한 형량보상의 해석⁹¹⁾을 중심으로 발전한 이론으로 손실보상은 공 · 사익의 비교형량에 의한 합리적인 적정한 보상이어야 한다고 보는 견해다. 현행 헌법은 20세기적 헌법으로의 성격을 지니고 재산권의 보장도 재산권의 사회적 구속성으로 충분히 고려한 상태에서의 보장이며, 헌법상의 보상조항도 완전한 보상이라 하지 않고 정당한 보상이라 하고 있는 점에서 찾고 있다.

90) 김도창, 전제서(상), 603면.

91) 1874년에 제정된 프로이센 토지수용법 제1조는 프로이센 보통국법상의 “수용의 전후에 재산의 변동으로 인하여 발생한 손실 전부의 완전한 보상”의 원칙을 그대로 수용하여 명시하고 있었는데 여기의 완전보상이란 거래가치나 판매가치 까지도 포함한 것으로 해석되고 있다. 1919년 Weimar 헌법 제153조1)제2항은 상당보상을 헌법상 원칙으로서 명시하게 이르렀는데 이는 19세기적인 사유재산권의 절대사상에 대한 비판과 전통적인 완전보상에 대한 반성에 의하여 인정된 것으로 이해할 수 있으며, 특히 재산권의 사회적 구속성을 강조한 것이다. Weimar 헌법상의 상당한 보상은 판례법상 완전한 보상을 의미하였고, 그 구체적 내용은 피수용재산의 완전한 객관적 가치를 뜻하였으며, 객관적 가치란 시장가치 또는 통상가치(Gemeiner Wert)에 의하여 표시되는 것이었다. 따라서 Weimar헌법 제153조제2항의 상당한 보상은 실질적으로 정당한 보상의 관념과 다른 것이 아니다. 그리하여 Weimar헌법이후의 공용수용은 ①모든 가치 있는 재산이 공용수용의 대상이 되었으며 ② 재산권 침해의 법적 형식도 행정행위 그리고 법률에 의하여 직접 가능하여졌고 ③ 침해의 태양은 권리취득 외에 제한도 포함하게 되었으며 ④ 수용의 목적도 특정목적에 국한하지 않고 일반 공공적 목적까지 확대되었으며 ⑤ 그리고 수용은 보상이 전제되어야 한다. 1949년 서독기본법 제14조제3항에서 “보상은 공공의 이익과 관계자의 이익과를 공정하게 형량하여 정하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 학설, 판례는 Weimar헌법상의 상당한 보상과 본질적인 차이가 없다고 한다. 그러므로 독일 기본법 하에서도 Weimar 헌법상의 상당한 보상에 대한 해석과 같이 완전보상의 원칙은 견지되고 있다고 할 수 있다.

상당보상설은 다시 당시의 사회통념에 비추어 객관적으로 공정·타당한 것이면 된다는 견해(합리적보상설)와 완전한 보상이 원칙이지만 예외적으로 그를 상회 또는 하회하는 보상도 허용된다고 보는 견해(완전보상원칙설)⁹²⁾로 나뉜다. 우리 헌법이 구체적 보상기준을 법률에 유보하고 있고 개별법률이 인정하는 부대적 손실 및 생활권보상까지도 포함하는 완전보상이 되어야 하나 경우에 따라서는 하회할 수도 있다한다.

3) 절충설⁹³⁾

일본에서 발전된 견해⁹⁴⁾로 손실보상을 완전한 보상을 요하는 경우와 상당한 보상을 필요로 하는 경우로 나누어 보는 견해로⁹⁵⁾ 예컨대 ① 일상의 필수재산인 작은 재산의 침해에 대하여는 완전한 보상이 행하여져야하고 자본주의 경제발전의 원동력이 된 큰 재산의 침해에 대하여는 상당한 보상을 행하면 된다는 견해 ② 기존의 재산권질서의 범위 안에서 개별적인 침해행위는 완전보상을 필요로 하나, 기존의 재산권질서를 구성하는 어떤 재산권에 대한 사회적 평가가 변화되어 그 권리관계에 변혁을 목적으로 행하여진 침해행위는 상당한 보상으로 충분하다는 견해 ③ 직접 공공용에 공하기 위한 재산의 수용 혹은 사용의 경우에는 완전보상을, 사회권의 실현 내지 경제적 사회적 약자의 보장이라는 적극적 목적에 의한 제한으로 보상을 요하는 경우에는 상당보상이라는 견해 ④ 인간다운 생존을 위하여 필요불가결한 생존재산은 완전보상을, 인간다운 생존에 있어 이미 대립물

92) 김도창, 전게서(상), 605면.

93) 절충설을 별도로 인정하지 않고 상당보상설에 포함시키는 견해도 있다.

94) 1889년 명치헌법에는 손실보상에 관한 규정은 없었고, 명치22년에 제정된 토지수용법제17조에서 “상당한 가치의 보상”을 규정하였으며, 현행 일본헌법은 제11조와 제29조제3항에서 “사유재산을 공공의 목적으로 사용하는 경우에는 정당한 보상을 하지 않으면 안 된다”라고 규정하고 있는데 여기서 공공의 목적이란 공공시설뿐만 아니라 공공적 사용침해도 포함하는 것으로 이해되는 것이 통설이다. 사용한다함은 재산권을 취득·박탈하는 경우뿐만 아니라, 이를 침해·제한하는 경우를 포함하고, 정당한 보상이란 어느 정도의 보상인가에 대하여 완전보상설과 상당보상설(판례, 다수설)이 대립되고 있다.

95) 박윤훈, 전게서(상), 465면-466면.

로 전화한 독점의 기업활동인 독점재산은 상당보상을 하여야한다는 등의 견해가 있다.⁹⁶⁾

보상의 범위에 대하여 개인의 재산권에 대한 침해에 대하여는 피해자가 입은 손실 전부를 보상해주는 완전한 보상이어야 함을 원칙으로 하면서 공익상 합리적인 사유가 있거나 공익과 사익을 조정하는 견지에서 완전보상을 하회할 수도 있고, 생활권보상까지 해주는 경우도 있다고 한다.⁹⁷⁾

나. 판례의 입장

헌법재판소와 대법원은 헌법의 정당한 보상은 피침해재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야한다는 완전보상을 뜻하는데, 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 안 된다고 하고 있다. 그리고 정당보상의 범위에 부대적 손실과 생활보상이 포함되는지 여하는 밝힌 바 없다.⁹⁸⁾

96) 류해웅, “토지이용계획제한과 손실보상”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1992.

97) 석종현, 전거서, 642면.

98) 헌법재판소는 헌법이 규정한 “정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다.”라는 완전보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다.“라고 하여 완전보상을 뜻하는 것으로 판시하였다(헌법재판소 1995. 6.25. 선고 89헌마107결정).

대법원은 “헌법 제23조제3항의 규정은 보상청구권의 근거에 관해서 뿐만 아니라 보상의 기준과 방법에 관하여서도 법률의 규정에 유보하고 있는 것으로 보아야 하고, 토지수용법과 지가공시법의 규정들은 바로 헌법에서 유보하고 있는 그 법률의 규정들로 보아야 할 것이다. 그리고 정당한 보상이라 함은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이라 할 것이나, 투기적인 거래에 의하여 형성되는 가격은 정상적인 객관적인 가치로 볼 수 없으므로 이를 배제한다고 하여 완전보상의 원칙에 어긋나는 것은 아니다.”라고 하여 완전보상을 뜻하는 것으로 판시하였다(대법원 1993.7.13. 선고 93누2131판결).

다. 보상대상의 확대와 실천적 개념의 정립

완전보상설은 이상론일 수 있고 현실론으로는 상당보상설이 적합할 것 같지만, 양설의 차이가 명확히 부각되지 않는 점에 비추어 구별의 실익은 없는 듯하다. 그러나 완전한 보상이라고 할 때의 보상은 최저보상이다. 따라서 보상의 내용을 정하는 법률이 완전보상의 원칙에 반하면 당해 법률은 그 한도 내에서 위헌이 된다. 그러나 입법으로는 완전보상을 상회하여 보상하는 것을 정하는 것은 가능하다 할 것이다. 그리고 절충설에서 주장하는 경제상태에 따른 보상의 차별화, 큰 재산과 작은 재산의 구별 등은 재산권보상차원보다는 생활권보장차원에서 고려할 사항⁹⁹⁾인 것으로 생각된다. 이상 학설들을 종합하여 살펴보면, 이제까지의 논의는 정당보상의 범위에 관해 주로 “대물보상”을 전제한 재산권보상에 관한 논의라 할 수 있고 “생활권보상 등”은 포함하지 못하여 오늘날의 확대된 보상관념에서 볼 때 미흡하다 할 것이다. 종전의 학설에 따라 헌법 제23조제3항의 정당한 보상을 완전보상으로 볼 경우, 오늘날의 사회복지국가에 적합한 개념이 되려면 다음 두 가지 점이 검토·보완되어야 할 것이다.

1) 정당보상의 범위확대

개발사업이 소규모적으로 이루어지던 근대 시민적 법치국가에서는 손실이 재산권침해에 그치고 부대적 손실도 경미하여 정당보상이 재산권의 객관적 가치보상만으로도 달성되었으나, 개발사업이 대규모로 행하여지는 오늘날의 사회적 법치국가에서는 손실이 재산권의 객관적 가치는 물론 이에 수반하여 부대적 손실, 생활의 근거상실 등 피해규모가 크고 다양하여 재산권의 보상만으로는 정당보상을 이룰 수 없게 되었다. 이에 따라 정당보

99) 작은 재산과 큰 재산은 대물보상차원에서 같이 취급할 것이나 생존재산으로서 작은 재산과 자본재산으로서의 큰 재산중의 일부분은 같을 수 없는 바, 이점은 생활보상차원에서 고려하여야 할 것이라 생각된다.

상의 범위도 부대적 손실을 포함한 재산권보상은 물론 생활권보상, 사업손실 나아가 정신적 피해까지 포함하도록 확대되어야 한다.

2) 실천적 개념의 정립

손실보상은 공익사업의 시행으로 토지소유자 등이 받은 피해를 공평부담으로 전환시키는 것을 목적으로 함으로 완전한 것이어야 하며 완전한 보상이 되려면 정당보상이 추상적, 불확정적인 이론적 개념만으로 머물지 않고 헌법의 구체화법으로서의 토지보상법 등 개별법에 의하여 구체적, 실천적 개념으로 정립되어야한다. 그리하여 보상금액이 객관적인 시장가치(Market Value)로서 적정하여야할 뿐만 아니라, 보상목적물이 사전에 법정되어야하고, 보상시기와 방법이 합리적이며, 보상의 절차가 적법하고 민주적이어야 할 것이다. 이런 제반조건을 갖추어야 정당보상이라고 할 수 있다 하겠다. 따라서 이런 조건을 기준으로 우리 현행법의 내용을 검토하고자 한다.

가) 보상목적물의 확대와 사전법정

보상목적물은 보상가액의 적정성과 함께 정당보상이 실현되기 위한 중요한 조건이다. 보상목적물이 사전에 법정되지 않는다면 사업시행자가 편의에 따라 또는 재정적 사정을 이유로 보상을 행할 우려가 있고, 보상의 통일을 기할 수 없게 되며, 결국에는 보상청구권의 구체적 행사가 곤란하게 될 것이다. 보상목적물은 대물적 보상목적물과 생활유지적 보상으로 구분할 수 있고, 전자는 다시 공익사업에의 편입여하에 따라 직접적인 것과 간접적인 것으로, 보상목적물의 형태에 따라 유형적인 것과 무형적인 것으로 분류할 수 있다. 그리고 후자 즉 생활보상은 대물보상의 보완수단으로서 종전과 마찬가지로의 생활수준을 유지할 수 있게 해주는 보상이다. 따라서 생활보상은 생존권적, 생활회복적, 생활안정적 성격을 가진다. 현행법상 생활보상은 이사비, 주거이전비, 이농·이어비의 지급을 목적으로 하고

있으며 그것은 무형적이고 비재산적인 것으로 수용의 대상이 아니다. 우리 헌법은 보상법정주의를 취하여 보상목적물을 법률에 규정하도록 하고 있으나 간접보상의 목적물은 아직 미흡하고 간접침해보상의 목적물에 대하여는 아예 규정을 결하고 있는바, 국민의 재산권보장과 관련하여 문제가 아닐 수 없다. 그리고 생활보상에 관하여는 그 적용여부가 불명한바 공익사업의 종류·규모에 관계없이 보상요인이 발생하면 모든 공익사업에 적용하는 것이 원칙이나 구체적 적용여부는 사업시행자의 구체적 객관적인 판단에 의하여 개별적 선별적으로 적용함이 타당하다. 그리고 생활보상은 농촌지역을 중심으로 규정한 것으로 도시지역에 있어서의 생활보상목적의 보완이 필요하다. 그리고 기본조사시 보상목적물을 빠짐없이 성실하게 조사하여 보상하여야 할 것이다. 민주화의 요청, 경제성장, 세계화와 지방화로 국민의 권리의식이 고양되고 이에 따라 주민들의 요구와 반응이 다양해졌다. 이러한 시대적 요청에 부응하기 위하여 보상대상의 확대화가 요청되고 있다. 정당보상범위의 확대에 따라 손실보상범위는 보상목적물을 기준하여 다음과 같이 체계화할 수 있다. 손실보상을 크게 재산권보상과 생활권보상으로 이루어지고, 다시 재산권 보상은 재산의 객관적 가치보상과 부대적 손실보상으로 이대분하여 재산의 객관적 가치보상에는 토지보상, 토지이외의 건물·공작물·목 등 지상물보상, 권리보상으로 세분하고 부대적 손실보상은 영업손실 등의 일실손실보상과 건물·수목 기타 물건의 이전료 등의 실비변상적 보상으로 세분한다. 그리고 생활권보상은 주거의 총체적 가치의 보상과 이주대책을 포함한 생활재건으로 구성된다. 마지막으로 사업손실보상은 간접보상과 간접침해보상으로 구성되며 재산권보상과 생활권보상적 성질을 모두 갖추고 있으나 후자의 성격이 강하여 생활권보상에 편입한다. 앞으로의 과제는 정신보상까지 검토하여야 하고 반면에 불로소득인 개발이익은 정당보상에서 배제되어야 한다. 이상 손실보상을 보상목적물을 기준하여 분류표를 작성하면 다음과 같다.

<표 2> 보상목적물을 기준으로 한 손실보상체계

재산권보상					생활권보상	
재산의 객관적 가치보상			부대적 손실보상		광의	협의
토지	건물등	권리	실비변상	일실손실		
.취득토지 .사용토지 .제한토지	.건물 .공작물 .수목	.어업권 .광업권 .소유권 외 의 권리	.이전료 .이식료 .잔여지 공사비등	.영업보상 .농업보상 .축산보상 .잠업보상	.이주대책 .생활재건 - 대체토지알선. - 공영주택알선. - 고용알선. - 자금융자 등 .사업손실 - 간접보상 - 간접침해보상	.주거용건물에 대한 특례 - 비준가격보상 - 최저보상 - 재편입가산보상 - 주거이전비 .이농비 .이어비

나) 보상가액의 적정성

보상가액의 적정성은 재산권보상과 특히 관련되는 것으로 보상원인과 더불어 보상관련분쟁의 가장 큰 부분으로 정당보상이 실현되기 위한 가장 중요한 조건이다. 적정가격이란 당해 토지 및 주택에 대하여 통상적인 시장에서 정상적인 거래가 이루어지는 경우 성립될 가능성이 가장 높다고 인정되는 가격(부동산가격공시법 제2조제6호)이므로 통상적인 시장에서 정상적으로 거래되는 가격 즉 시장가치에 가장 접근한 가격을 말하는 것으로 곧 완전보상을 의미하게 된다(적정가격보상원칙에서 상설).

다) 보상시기의 적절성

보상시기와 관련하여서는 사전보상의 원칙이 적용된다. 이 점에서 손해배상이 사후배상인 점과 다르다. 보상은 피보상자에게 가장 적합한 시기에 지급되어야 한다. 지급이 지연되거나 유예되는 경우 피보상자가 손실을 입게 될 것이기 때문이다. 프랑스 인권선언은 제17조에서 “재산권은 정당하고도 사전의 보상을 조건으로 하는 경우를 제외하고는 박탈할 수 없다.”라

고 규정하여 사전보상을 강조하고 있다. 사전보상의 원칙에 위반하여 소유자에게 손해를 입혔을 경우에는 불법행위를 구성하게 된다. 보상금은 사업 착수 전에 지급하되, 천재·지변 등 급박한 경우와 피수용자의 승낙¹⁰⁰⁾을 받은 경우에는 예외적으로 허용된다. 토지보상법은 강제취득의 경우에는 재결에서 정한 시기¹⁰¹⁾까지 지급 또는 공탁하지 못하는 경우 재결을 실효토록 하여 강력히 보호하고 있으며, 협의취득의 경우에도 계약체결된 보상액을 지체없이 지급하도록 하고 있다. 판례도 “토지 등을 협의취득하여 공익사업을 시행하기 위해서는 일단 협의가 성립되어 계약이 체결되었더라도 사업시행자는 원칙적으로 그 계약에서 정하여진 보상액 전액을 소유자 등에게 지급하기 전에는 공사에 착수할 수 없으며, 다만, 소유자 등으로부터 그 보상액 전액을 지급하기 이전에 착공하는 것에 대한 승낙을 얻은 경우에 한하여 보상액 지급전에 공사에 착수하는 것이 예외적으로 허용될 뿐이고, 사업시행자가 협의 및 계약체결의 절차를 거치지 아니 한 채 소유자 등으로부터 착공에 관한 승낙을 얻어 공사에 착수하는 것은 특례법이나 특례법시행규칙이 예정하고 있는 바가 아니다.”라고 판시하고 있다.¹⁰²⁾

라) 보상방법의 합리성

보상방법과 관련하여 정당한 보상이 되기 위하여 보상의 수단, 방법에 어떠한 제한을 두어서는 아니 되고 가장 합리적인 방법으로 지급되어야 한다. 공공용지의 취득으로 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실은 공익사업을 위하여 토지를 취득한 기업자가 이를 보상한다. 그리고 보상은 금전 보상을 원칙으로 하면서도 주변지가상승, 화폐가치하락 등으로 적정가치가

100) 현실적으로 사업시행자들은 소유자등의 기공승락을 받아 보상액 후급의 약속을 하고 사업을 시행하는 일이 많으며, 이는 사전보상의 원칙에 대한 예외이다. 그러나 사전보상의 원칙은 피수용자의 이익을 보호하기 위한 편의상의 원칙이지 손실보상의 본질에 기하는 원칙은 아니다.

101) 토지수용위원회에서는 보상금지급을 재결일로부터 30일 정도가 보통이나, 사안이 복잡하거나 규모가 크다는 등 특별한 사정의 경우에는 40일 정도 부여하고 있다.

102) 대법원 1993.9.28. 선고 92다5477판결

못되는 한계를 보충하여 완전한 보상의 실현을 위하여 현물보상(대체주택 제공, 대체지 제공, 영농시설 제공 등), 매수보상 등 다양한 방법을 모색하여 피수용자에게 선택케 하여야 한다. 그러나 우리 법제는 현물보상의 실질화나 다양성에 있어서 아직도 미흡한 점이 많다.

공공용지취득에 따라 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실에 대한 보상은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 현금으로 보상한다. 현금은 법정통화로서 강제통용력이 법에 의해 보장되고 객관적 가치의 변동이 적어 피수용자를 보호하기 때문이다. 금전의 지급방법에 있어서는 선급과 후급, 개별급과 일괄급, 일시급과 분할급등의 방법이 있으나 현행법은 선급, 개별급, 일시급을 원칙으로 한다. 그러나 금전보상이 일시에 대규모적으로 이루어질 경우 대체지 취득을 곤란케 하여 종전과 같은 생활상태의 회복이 불가능하기 때문에 이의 보완이 필요하다. 그리하여 현행법은 그 보완으로써 채권보상, 대토보상, 현물보상 및 매수보상을 하고 있다.

현물보상이란 금전보상의 원칙에 대한 보완적 수단으로 대지 또는 건물 등의 가치를 평가하여 그에 상응한 현물로서 보상에 갈음하는 제도다. 도시개발법에 의한 환지계획에서 정한 대지로의 환지교부, 정비법에 의한 관리처분계획에서 정한 대지 또는 건축물 기타 시설물의 분양 등이 그것이다. 공용환지는 토지의 이용가치를 증진하기 위하여 일정한 감보율에 의하여 감보된 종전 토지를 도로, 구거, 공원, 학교, 기타 공공시설 용지에 제공하게 되는데, 이때 제공되어 진 토지에 대하여는 금전으로 보상되는 것이 아니고 비록 면적은 감소하였지만 종전 토지와 동일하거나 상회하는 가치로 환지를 받게 됨으로 손실을 충분히 전보될 수 있다 할 것이며 만약 토지의 가치보다 현물보상조건이 된 가치가 하회하는 경우에는 그 차액에 대한 감가보상금을 지급받을 수 있다.

그리고 토지보상법은 토지소유자가 원하는 경우로서 사업시행자가 공익사업의 합리적인 토지이용계획과 사업계획 등을 고려하여 토지로 보상이 가능한 경우에는 토지소유자가 받을 보상금중 일부를 공익사업의 시행으

로 조성한 토지로 보상할 수 있도록 하였다. 토지로 보상 받을 수 있는 자는 건축법상 대지분할제한면적 이상의 토지를 사업시행자에게 양도한 자가 되며, 대상자가 경합되는 때에는 부채부동산 소유자가 아닌 자로서 채권으로 보상을 받은 자가 우선한다. 토지보상면적은 주택용지의 경우 330㎡, 상업용지의 경우 1100㎡를 초과할 수 없고, 보상하는 토지가격은 일반 분양가격으로 한다. 토지보상을 하고자하는 경우에는 보상계획공고시 보상기준 등을 공고하거나 따로 일간신문에 공고할 것이라는 것을 공고한다. 토지로 보상받을 경우 보상계획 체결일부터 소유권이전등기를 완료할 때까지 전매할 수 없으며, 위반의 경우 토지보상금을 현금으로 보상할 수 있다. 그러나 이 경우에도 사업시행자나 토지소유자는 일정한 사유가 있는 경우, 토지로 보상을 아니 하거나 받지 않고 현금으로 보상하거나 받을 수 있다.

채권보상제도는 사업시행자의 재정부담을 완화하여 사회간접자본시설의 확충에 이바지하고, 일시에 인근지역의 부동산에 보상금이 몰려들어 지가 상승을 가져오는 것을 방지하기 위해 제도화한 것이다. 그러나 이제도의 내용이 평등원칙에 위배되지 않는지, 정당한 보상에 이를 수가 있는지 검토를 요한다. 첫째로 채권보상의 조건은 사업시행자가 국가, 지자체, 한국토지공사 기타 대통령령으로 정하는 공공단체인 경우로 ① 토지소유자나 관계인이 원하는 경우 ② 부채부동산 소유자의 토지로서 보상금이 1억 원을 초과하는 경우 초과한 금액에 대하여 보상하는 경우에는 사업시행자가 발행하는 채권으로 지급할 수 있다. 이때 정당보상이 될 수 있도록 상환기간(5년) 이율(변제 만기 정기에금 금리수준이상)등을 정하여야 한다.

둘째로 정당보상과의 관계에 있어서 채권보상은 사실상 후불, 유동성 및 환가성이 제한되며, 나아가 보상방법에 대한 선택권의 박탈이며 채권은 환가면에서 물가나 기타 사정에 의해 수익률에 영향받고 부채부동산소유 등과 다른 토지를 구분함은 평등원칙과 주거이전의 자유등과 관련하여 문제가 된다. 그러나 자산증식수단으로 이용하는 부채부동산 소유자의 통상적인 수익만 보장되면 평등에 위배되는 것이 아니며 후급도 가능하다. 사회

간접시설의 확충필요성과 국가예산부족사이에 절충적인 타협책으로 나온 것이므로 고려해야한다. 정당보상수준이 되도록 상환기간 등을 정하도록 하고 있는 점, 통상적인 경우에는 소유자가 원하는 경우만 인정하므로 위헌이라 할 수 없지만 재정적 사정이 공공필요와는 구별되듯이 채권보상의 이유가 되어서는 안 될 것이다. 채권보상은 엄격한 제한 하에 최소한에 그쳐야 할 것이다.

매수보상은 금전보상의 변형이라 볼 수 있는 것으로 토지보상법은 두 유형의 매수보상제도를 규정하고 있다. 하나는 종래부터 인정되어온 이전에 갈음하는 매수보상제이고, 다른 하나는 최근에 현재의 위헌판결에 따라 생겨난 매수보상제이다. ① 수용 또는 사용할 토지에 정착한 지상물건은 이전료를 보상하고 이전하게 하는 것이 원칙이지만 물건의 이전이 현저히 곤란하거나 이전으로 인하여 종래의 목적에 사용할 수 없게 되는 때에는 그 물건의 매수를 청구할 수 있도록 하고 있다. ② 장기미집행 도시계획시설부지, 개발제한구역 내 토지, 개발행위허가제, 토지거래 허가제에서도 일정한 경우 매수청구제도가 인정되고 있다. 매수보상제의 공통점은 보상요건이 구비된 경우에 행하여지는 것으로 금전보상제도와 대체관계를 가지고 있으며¹⁰³⁾, 형성권으로 하지 않고 협의청구권으로 구성하였고, 그 가격도 시가보다 훨씬 낮은 공시지가로 산정토록 하여 그 실효성이 크게 낮은 점이다.

마) 보상절차의 적법성과 민주성

공공용지의 취득에 있어 적법절차가 보장되어야 한다. 보상절차는 침해하게 대립하는 사업시행자와 피수용자의 이해관계를 조정하는 절차로 소

103) 보상수단으로는 금전보상이 원칙이나 매수보상 등 대체적 수단도 있으며, 보상은 아니나 보상을 보완하는 제도가 있다. 예컨대, 행위제한제도의 완화·보유과세의 감면·비용지원 등이다. 이들은 보상요건이 덜 구비되어도 할 수 있어 제한의 효과와 정책적 구제를 할 수 있는 장점이 있다.

유자의 권익이 부당하게 침해받지 않기 위해서 필수적으로 요구되는 사항이다. 그리하여 각국에서는 법률로 엄격히 규정하고 있다. 미연방헌법수정 제5조와 제14조에서는 “적법절차(due process of law)에 의하지 않으면 재산은 박탈되지 아니하며--“ 라고 규정하여 보상의 민주화의 일환으로서 적법절차에 의한 보상을 강조하고 있다.

토지보상법은 협의에 의한 임의취득절차를 규정한 공득법과 수용에 의한 강제취득절차를 규정한 토지수용법을 통합하여 협의취득절차 및 강제취득절차에 관하여 구체적으로 규정하면서 종래 이원적 제도로 인한 중복절차를 간소화하였다. 협의취득이란 사업시행자가 공익사업에 필요한 토지등을 토지소유자 또는 기타 이해관계인과의 협의 즉 계약에 의하여 취득하는 것으로 원칙적인 방법이다. 토지보상법상 협의취득은 사업인정전의 협의취득과 사업인정후의 협의취득으로 구분된다. 토지보상법은 전자를 원칙적인 취득방법으로 여기고 있다.¹⁰⁴⁾ 사업인정전의 협의취득절차는 ① 토지조서·물건조서작성 → ② 보상계획의 공고·열람 → ③ 보상평가 및 보상액 결정 → ④ 협의 및 계약체결의 순으로 진행된다. 다음 강제취득이란 협의가 성립되지 않거나 협의할 수 없는 경우에 공권력에 근거한 취득으로 강제취득절차 즉 수용절차는 ① 사업인정¹⁰⁵⁾ → ② 토지·물건조서

104) 공익사업을 위한 용지취득 중 협의에 의한 취득비율이 97%를 점한다.

106) 사업인정의 성질이 확인행위인가 형성행위인가와 관련하여서는 수용권의 본질을 어떻게 보느냐에 따라 다른바, 수용권의 본질에 대하여는 국가수용권설과 사업시행자수용권설이 대립되고 있다. 양자를 구체적으로 비교하면 다음과 같다.

구분	국가수용권설	사업시행자수용권설
수용의 본질	재산권의 박탈	재산권의 강제적 취득
수용권의 본질	수용의 효과를 발생케 하는 능력	수용의 효과를 향유할 수 있는 능력
수용권의 주체	국가	기업자
수용권의 객체	공공단체, 사인, 목적물	목적물
사업인정	확인행위, 기속행위	설권적 형성행위, 재량행위
협의를 성질	사법상계약	공법상계약

작성→ ③ 협의¹⁰⁶⁾ → ④ 재결 순으로 진행된다. 이들 절차는 사업시행자와 피수용자와의 이해조절을 위한 중요절차로 위반할 경우에는 하자있는 행위가 되어 협의취득절차와 달리 무효 또는 취소사유가 된다. 재결로 수용절차는 종결되며 일정한 조건하에 수용의 효과가 발생되어 기업자는 보상금의 지급 또는 공탁을 조건으로 수용의 시기에 토지 등에 대한 권리를 원시취득하고, 피수용자가 의무를 이행하지 않으면 대집행신청권을 갖게 된다. 한편 피수용자인 토지소유자 및 관계인은 손실보상청구권을 갖고 수용목적물을 인도·이전할 의무를 부담한다. 재결 후 수용의 시기까지 보상금을 지급 또는 공탁하게 되면 이의신청 또는 행정소송이 제기된 경우에도 그 효력은 정지되지 아니하고 배타적 지배권을 행사할 수 있는 물권변동의 효력이 발생한다. 수용에 의한 토지취득은 법률의 규정에 의한 원시취득으로 등기는 처분요건에 불과하다. 재결에 대한 불복은 이의신청과 행정소송에 의한다. 수용재결은 수용부분과 보상액부분이 있는바 이의신청은 일괄하여 불복하되 재결서를 받은 후 30일내에 중앙토지수용위원회에 하며, 별도규정이 없는 사항에 대하여는 행정심판법이 일반법으로 적용된다, 행정소송은 원재결서를 받은 후 60일, 이의재결을 거친 경우에는 이의재결서를 받은 후 30일 내에 제기하되 원재결을 대상¹⁰⁷⁾으로 하며 수용부분에 대한 불복은 재결취소의 항고소송으로, 보상액에 대한 불복은 보상액증감

재결의 성질	국가가 수용권을 행사하여 수용의 효과를 발생시키는 행위	기업자에게 수용권을 정하는 행위. 수용을 결정하고 수용자의 토지에 관한 권리를 박탈하여 그 실행을 완성시키는 형성적 행정처분
--------	--------------------------------	---

106) 사업인정전 협의가 대등 당사자 간의 사법상계약이나 사업인정후의 협의에 대하여는 공법상 계약설과 사법상계약설이 대립한다. 양자는 공익성 판단 및 협의성립확인제도 유무에 차이가 있고, 전자가 승계취득이라는 데에는 대립이 없으나 후자가 원시취득이나 승계취득이냐에 대하여는 견해가 대립한다.

107) 소송대상에 대하여 구법시대에는 원처분주의와 재결주의 대립하였으나 새 법에서는 원처분주의로 명확히 규정하였다.

에 관한 당사자소송을 제기할 수 있다.

(2) 관련문제

첫째로 개별특별법의 상당수는 토지보상법상의 사업인정절차(이해관계인의 의견청취 및 관계기관 협의절차, 세목고시 등 절차)를 아니 거처도¹⁰⁸⁾ 사업인정을 의제할 뿐만 아니라, 재결신청기간도 1년이 아닌 사업시행기간으로 장기화하는 등 특례를 인정하고 있는바, 이는 의제제도의 취지¹⁰⁹⁾를 몰각하여 의견진술기회보장 등 국민의 기본권을 위협하고 있다¹¹⁰⁾. 각 개별법에서도 토지보상법의 사업인정절차와 동등한 절차를 거친 경우에 한정하여 사업인정을 의제하여야 할 것이고, 재결신청기간도 보상액과 관련하여 중요한 사항이고 피보상자를 오랫동안 불안상태에 남아있게 하며 공익사업주체에게만 편의하게 하고 개인의 재산권행사를 지나치게 제약하여 바람직 못하므로 1년으로 단축하여야 할 것이다.¹¹¹⁾ 그리고 사업인정절차의 중요성에 비추어 사업인정에 대한 행정소송 등 독립한 불복제도를 별도로 명시할 필요가 있다.

둘째로 사업인정절차에 하자가 있으나 재결절차에서 비로소 알게 되어서 그 취소가 가능하냐에 대하여 민원이 많은 바, 소위 하자의 승계란 두 가

108) 사업인정의제 특례를 유형화하면 ① 사업인정절차에 준하는 절차를 거친 경우, ② 관계기관의 협의절차만 거친 경우, ③ 협의절차도 거침이 없이 단순히 실시계획인가 토지세목고시 또는 도로구역결정만 행하여진 경우로 3분할 수 있는 바, 문제되는 것은 후 두 경우이다.

109) 사업인정 등 인허가의제제도는 한 법률에서 인허가를 받은 경우에는 다른 개별법규정에 의한 인허가를 받은 것으로 간주하는 제도로 절차중복을 방지, 신속한 처리도모, 민원편의 도모취지이지 단순히 절차생략이 아니다. 사업인정은 공익성을 판단하여 수용권을 부여하는 중요한 절차로 국민의 재산권보장과 관련하여 중요한 절차로 엄격히 준수하여야한다.

110) 실무현황을 살펴보면 사업인정건수 대 수용재결건수는 2001년(29:1759), 2000년(23:1557), 1999년(37:1410), 1998년(30:1661)로, 사업인정건수에 대하여 수용재결건수가 압도적으로 많은바, 이는 토지수용법에 의거 사업인정받기보다 개별 특별법에 의하여 사업인정을 의제받는 건수가 압도적으로 많음을 의미한다.

111) 일본에서는 재결신청기간을 1년으로 하여 갱신하도록 하고 있다.

지 이상의 행정행위가 단계적으로 연속하여 행하여지는 경우에 선행행위의 하자를 후행행위의 위법사유로 주장할 수 있는가의 문제로 선행행위에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에도 하자의 승계가 인정되는 경우에는 그 행위의 위법을 이유로 후행행위의 효력을 다룰 수 있게 되어 실익이 있을 것이다.¹¹²⁾ 각 행정행위는 독립성이 있기 때문에 독립하여 다룰 수 있으나 제소기간이 경과하면 불가쟁력이 생겨 다룰 수 없는 것이다. 행정행위의 불가쟁력은 행정법관계의 조속한 안정과 능률적인 행정목적을 달성하기 위한 것이나 둘이상의 연속한 행위가 사회관념상 하나의 행위로 평가되는 일련의 행위에 대해 이를 적용할 경우 국민의 재판청구권을 잃게 될 우려가 있다. 이들 요구를 조화시킨 것이 하자승계론이며 이에 대하여는 다수설적 입장인 하자승계론과 새로운 규준력 이론이 있다. 전자는 선행행위와 후행행위가 서로 결합하여 동일한 하나의 법률효과를 목적으로 하는 경우에는 하자가 승계되고, 양 행위가 별개 독립된 법률효과를 목적으로 하는 경우에는 하자가 승계되지 않는다. 이에 대하여 후자는 둘이상의 행정행위가 동일한 법적 효과를 추구하는 경우에 선행행위는 후행행위에 대하여 일정한 한계¹¹³⁾ 내에서 구속력을 가지며, 그러한 구속력이 미치는 범위 안에서 후행행위에 있어서 선행행위의 효과와 다른 주장을 할 수 없게 된다. 사업인정은 수용권의 설정행위이고 재결은 수용권을 실행·완성하는 행위로 그 효과를 달리하므로 하자승계는 부정된다. 규준력이론에서도 사물적 한계 내에 있으므로 구속력은 그대로 발휘되며 추가적 요건도 만족된다. 따라서 승계는 부정된다.

112) 하자의 승계논의가 이루어지려면 다음 요건이 구비되어야 한다.

- ① 선행행위와 후행행위는 모두 항고소송의 대상이 되는 처분일 것.
- ② 선행행위에 존재하는 하자는 취소사유일 것.
- ③ 후행행위자체에는 고유한 하자가 없을 것.
- ④ 선행행위를 다투지 아니하여 불가쟁력이 발생하였을 것.

113) 구속력이 미치려면 ① 사물적 한계로서 연속되는 여러 행위들이 동일한 목적을 추구하여, 그의 법적 상태가 궁극적으로 일치할 것 ② 대인적 한계로서 양행위의 수범자가 일치할 것 ③ 시간적 한계로서 선행행위의 사실 및 법상태가 동일성을 유지할 것 ④ 추가적 요건으로 예측가능성, 수인가능성이 있을 것 등이 요구된다.

셋째로 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 토지를 협의취득 또는 수용한 후, 사업인정을 받은 공익사업이 제4조제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우에는, 당해 토지에 대한 환매기간은 당해 공익사업의 변경을 관보에 고시한 날로부터 기산하여야 한다. 이때 공익사업의 변경에 따른 기산특례규정의 적용시 기업자가 동일하여야 하는지 여부가 문제된다. 대법원은 공익사업의 변경이 국가, 지방자치단체 또는 정부투자기관 등 기업자가 동일한 경우에만 허용되는 것으로 해석되지 않는다고 판시하였다.¹¹⁴⁾ 또한, 동조 동항의 위헌여부와 관련하여 현재는 토지보상법 제91조제6항은 환매권행사를 제한하고 있다 하더라도 그것이 재산권의 본질적인 내용의 침해라거나 기본권제한에 있어서 과잉금지의 원칙에 위배되는 제한이라고 볼 수도 없으므로 헌법 제23조제1항, 제37조제2항에 위배되지 않는다고 보았다¹¹⁵⁾

제2절 현행법령상 손실보상기준

헌법 제23조제3항의 위임에 따라 제정된 토지보상법 기타 개별 특별법은 손실보상에 있어 정당보상의 이념을 구현하는 기준으로 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 및 생활보상의 지향을 규정하고 있다. 먼저 손실보상기준에 대한 우리 법령상 규정의 변천을 살펴보고 이어 각 기준의 내용과 정당보상과의 관계를 검토한다.

1. 법령규정의 변천

114) 대법원 1994.1.25. 선고 93다11760판결, 11777(병합), 11784(병합).

115) 헌법재판소 1997.6.26. 선고 96헌바94결정.

손실보상기준은 고정된 것이 아니고 입법과 사회·윤리적 가치관의 변천에 따라 계속 변경되어 왔다. 따라서 이 절에서는 이러한 기준과 이를 구체화한 토지수용법, 공특법, 토지보상법 기타 개별 특별법에서의 손실보상규정의 변천을 살펴본다.

가. 토지수용법

토지수용법은 조선 토지수용령(1911.4 제령 제3호)에 대체하여 1962년에 제정(1962.1.15. 법률 제965호) 그간 9차례나 개정되었다.

한일합방이후 식민정책의 일환으로 의용되어 1961년까지 운용된 구 토지수용령은 공권력적 요소가 강하고 개인의 재산권보장을 소홀히 하였다. 토지수용은 사실상 정발에 의한 것이 대부분이었고 보상은 미약하였으며 손실보상기준에 관한 규정은 없었다. 토지수용법은 전문 9장 82개조로 구성되어 있으며 수용 또는 사용의 목적물, 수용 또는 사용이 허용되는 공익사업, 수용의 절차, 수용의 효과 등에 관하여 일반적 규정을 두고 있으며 따라서 토지수용법은 공공용지의 강제취득과 보상에 관한 일반법적 성격을 가졌다고 하겠다.

손실보상기준에 관한 우리 법령상의 규정을 살펴볼 경우 주로 토지수용법령의 개정과 더불어 여러 번 바뀌어 왔다.¹¹⁶⁾

1962년 토지수용법이 처음 제정되면서 재산권의 침해로 발생한 손실에 대한 보상은 수용 · 사용의 재결당시의 가격을 기준으로 하되 수용할 토지에 대하여는 인근토지의 거래가격을 고려한 적정가격으로, 사용할 토지에 대하여는 그 토지 및 인근토지의 지료, 임료, 차임 등을 고려한 적정가격으로 정하도록 규정하여 시가보상주의(時價補償主義)를 취하고 있었다

116) 법령상 손실보상기준은 토지수용법을 비롯하여 공특법, 국토이용관리법 등에서 규정하고 있으나, 토지수용법에 대부분 규정되었으므로 여기서는 토지수용법을 중심으로 살펴본다(관련법령의 연혁집 참조).

(토지수용법제46조). 이후 법령은 보상액산정의 가격시점과 산정기준을 둘러싸고 수차 변경되어왔다.

1971년 개정 토지수용법은 지가고시제를 채택하여 종래의 보상기준에 추가로 지가고시된 토지에 대한 보상액산정은 고시가격에 고시일로부터 재결시까지의 당해사업시행과 관계없는 토지의 지가변동률을 곱한 액을 합산한 금액을 기준으로 하도록 하여 시가(時價)에 의한 적정가격보상과 개발이익배제라는 이원적 체제를 갖추게 되었다(토지수용법제46조제2항).

1981년의 개정에서는 지가고시제를 폐지하고 기준지가고시제를 채택하여 종래의 보상기준에 추가로 국토이용관리법 제29조제1항의 규정에 의하여 기준지가가 고시된 지역에서의 토지에 대한 보상은 기준지가를 기준으로 산정하도록 하여 역시 이원적 체제를 유지하였다(토지수용법제46조제2항).

1989년 「지가공시 및 감정평가에 관한 법률」(이하 “지가공시법”이라 한다)을 제정하여 종래의 기준지가고시제를 폐지하고 전국의 모든 토지를 대상으로 한 공시지가제를 채택하여 보상액 산정방법을 공시지가만을 기준으로 하도록 하였다(토지수용법제46조제2항).

1991년 개정토지수용법은 보상액산정방법의 적정화를 위하여 협의취득 또는 수용하여야 할 토지의 보상액을 재결당시의 가격을 기준으로 하도록 하였다. 그러나 구체적인 보상액의 산정에 있어서는 재결당시의 현실적인 토지가격(시장가격)이 아니라 공시지가를 기초로 하고 있다. 그리고 여기의 공시지가는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지의 협의성립 또는 재결당시의 공시된 공시지가로서 당해 토지의 협의성립 또는 재결당시의 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 근접한 시점에 공시된 공시지가이다(토지수용법제46조제3항) 따라서 보상액의 산정기준시점을 사실상 사업인정당시로 변경하여 사실상 시가보상주의를 폐기시켰다.¹¹⁷⁾ 그 결과 공시지가의 적정성과 관련하여 여러

117) 현행법령상의 손실보상기준으로 제시하는 바는 학자에 따라 같지 않다. 박평준교수는 손실보

문제점을 발생시키고 있다. 그밖에 최근의 보상추세에 맞추어 생활권보상에 관한 사항도 상당부분 규정하기에 이르렀다.

<표 3> 토지수용법 연혁

연혁		주요내용
1차	'63.4.2	· 협의성립확인제도 신설 · 재결의 위산·오기시 경정재결 및 재결유탈제도 신설 · 이의신청에 대한 재결에 대해 행정소송을 허용하고 재결확정시 확정판결과 같은 효력 인정
2차	'71.1.19	· 사업인정고시와 토지세목고시를 동시에 하도록 함 · 지가고시제도의 채택 및 피수용자의 재결신청청구권 도입 · 예정보상액 선급청구권 인정 · 재결신청기간을 3년에서 1년으로 단축
3차	'81.12.31	· 지가고시제도를 (미시행)삭제하고 기준지가고시제로 변경 · 협의성립확인에 대한 공증제도 도입 · 예정보상액 선급청구제도 폐지 · 보상액의 증액재결제 채택
4차	'89.4.1	· 기준지가고시제를 삭제하고 공시지가제로 변경
5차	'90.4.7	· 중앙토지수용위원회에 상임위원과 상설 전담사무기구 설치 · 보상금증감소송제도 도입 · 토지평가사와 공인감정사를 감정평가사로 일원화
6차	'91.12.31	· 채권지급제도 신설 · 공시지가 기준시점 및 가격기준시점 신설 · 채권보상액 산정방법 신설 · 손실보상액 산정방법 및 기준에 대한 공특법의 규정 준용
7차	'95.12.29	· 한국토지공사로의 명칭변경

상기준으로 헌법상 일반적 기준으로 정당보상의 원칙을, 구체적 보상기준으로 시가보상의 원칙, 공시지가제, 개발이익환수제 그리고 생활보상제를 들고 있다(박평준, 「토지수용법론」, 고시연구사, 1999, 297-307면).

8차	'97.12.13	. 직할시장을 광역시장으로, 건설부장관을 건설교통부장관으로 변경
9차	'99.2.8	. 타인토지출입허가권을 시·도지사에서 시장·군수·구청장으로 이양 . 사업인정고시 후 물건의 부가증치 등의 허가를 시·도지사에서 시장·군수·구청장으로 이전 . 잔여지에 대한 수용청구기간을 재결신청서 열람기간 내에서 재결 전으로 연장

나. 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법

토지수용법은 토지의 수용에 대하여는 비교적 상세하나 손실보상에 관해서는 근본원칙과 보상의무만을 규정, 내용이 상세하지 못하여 구체적인 경우에 적용하기 어려워 보상기준과 방법을 구체화하는 각종 훈령이 제정·시행되었다. 예를 들면 1962.11.12 「댐건설수몰지역용지매수및손실보상요강」, 1964.7.13 「수몰선외간접피해손실보상요강」, 1971.11.5 「건설사업용지보상규정」, 1975.9.1 「공공사업용지보상규정」 등이 그것이다. 그러나 이들은 훈령이어서 그 성격상 타 행정영역과 정부투자기관에 적용하기 곤란하고, 또한 그 내용이 부분적이어서 손실보상의 형평과 통일을 기할 수가 없었다.

그리하여 이들 훈령을 통합하여 1975.12.31 법률 제2847호로 새로 제정한 것이 공특법이다. 공특법은 공공용지의 협의취득과 손실보상을 원활히 수행하기 위하여 제정되었으며 그동안 6차에 걸쳐 개정되었다. 전문12조와 부칙으로 구성되어 있고 손실보상에 관하여는 사업시행자보상의 원칙, 금전보상의 원칙, 개별불의 원칙 등 손실보상의 원칙, 시가보상주의, 개발이익배제, 토지 등 보상의 기본원칙, 토지소유자의 잔여지 매수청구권 및 보상심의위원회 등과 보존등기미필 토지 등에 대한 보상, 소유자 불명토지 등의 취득, 이주대책, 환매권 등을 규정하고 있었으며, 토지수용법에서도 손실보상액의 산정방법, 산정기준, 이주대책에 관한 규정을 준용하였다. 70년대 이후 고도경제성장과 산업화 도시화에 따라 막대한 공공용지가 필요

하고 이를 재산권보장과 공공사업의 원활한 수행을 조화시킨 법으로 사법적 성격을 가진 법이다. 그러나 협의불성립의 경우 수용에 의할 수 있다는 배경으로 인하여 실질상으로는 공법적 성격을 가졌다고 하겠다.

<표 4> 공특법 연혁

연혁	주요내용
1차 '90.1.13	. 산림법개정에 따라 명칭변경
2차 '91.12.31	. 가격시점의 용어정의 . 채권보상의 근거. 기한 등 신설 . 공공용지보상채권 발행규정 신설 . 개발이익배제를 위한 공시지가기준 보상액 신설
3차 '94.12. 2	. 미등기토지 보상을 위한 정당한 소유자 확인기관 중 시장관할 명확화
4차 '95.12. 2	. 한국토지공사 명칭변경
5차 '96.12. 3	. 공공용지 발행채권 발행회계 변경 및 재무부재정경제원 명칭변경 . 위헌결정에 따라 소유자 불명토지 등의 취득조항 삭제
6차 '99. 2. 1	. 관계서류 발급촉탁시 지자체외에도 국가가 발급한 서류의 수수료도 면제

다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률

토지수용령을 근간으로 제정된 토지수용법과 민법의 특별법으로 제정된 공특법은 2002년에 이르기 까지 국민의 복지증진을 위하여 도로·철도·항만·공항개발·택지개발·신도시건설 등의 공공사업에 필요한 토지 등의 취득·사용과 보상에 관한 근거법률로서 중요한 역할을 수행하여 왔다. 그러나 제정된 지 오래되고 내용도 크게 낙후되어 변화된 현실여건을 적절히 반영하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 공익사업을 위한 토지의 취득 및 보상의 절차, 보상기준에 관하여 이원적으로 법령이 운영됨에 따라 법령 이해의 곤란은 물론 동일한 사항을 중복규정하거나 상이하게 규정하고

있고 불합리한 보상규정으로 국가예산이 낭비되는 등 많은 문제가 발생되면서 보상법체계의 개선 필요성이 대두 되었다.

물론 두 법은 그동안 수차례의 개정을 통하여 정비가 일부 이루어지기도 했으나, 보상법제는 국민의 재산권과 밀접하게 관련되어 이해관계가 첨예하게 대립됨으로 인하여 전면적인 개선이 이루어지지 못하고 있었다.

이런 문제점이 심화됨에 따라 정부에서는 1999.3.5 “공공건설산업 효율화 종합대책”의 일환으로 토지보상제도를 개선하기로 결정하여 “공공용지의 취득 및 손실보상제도 개선방안” 연구용역과 공청회를 거쳐 토지수용법과 공특법을 통합한 토지보상법안을 마련하여 2001. 12. 7 국회를 통과 2002.2.4 법률 제6656호로 공포, 이어 하위법령을 정비하여 2003.1.1부터 시행하게 되었다. 토지보상법의 성격을 살펴보면,

첫째로 공공용지의 취득대상(제3조)과 취득절차(제14조- 제48조) 그리고 손실보상에 관한 기준과 방법(제61조- 제82조)을 규정하고 있으므로 공공용지의 취득과 손실보상에 관한 일반법으로서의 지위에 있다.

둘째로 토지보상법은 공법적 성격의 토지수용법과 사법적 성격의 공특법을 통합시킨 법으로 공법과 사법의 혼합법적 성격을 갖는다. 따라서 구체적인 법적용에 있어서 그 구별이 전제 되어야 한다.¹¹⁸⁾

라. 개별 특별법

그밖에 공공용지의 취득과 보상에 관련되는 개별 특별법으로는 국토계획법, 도시개발법, 도시정비법, 수산업법, 광업법, 도로법, 하천법, 다목적댐법, 택지개발촉진법, 「산업입지및개발에관한법률」 등 60여개나 되며, 이들 법률은 토지보상법에 대한 특별법으로 여러 특례를 규정하고 있으며, 그 밖의 사항은 토지보상법이 일반법으로 적용된다. 그러나 이런 특례는 제대

118) 우리 법제는 공법과 사법의 이원적 체제를 갖고 있어 구체적 법규가 공법에 속하는지, 사법에 속하는지의 구별은 적용법규 및 법원리와 재판관할을 결정하기 위해 필요하다.

로 정비되어 있지 않아 체제상으로는 내용상으로 불합리한 점이 많다. 시급한 개선이 요구된다.

1) 수용할 수 있는 공익사업에 관한 특례

토지를 수용할 수 있는 사업은 토지보상법 제3조에 규정되어 있는바 여기서는 제한열거주의를 채택하고 있으나 실질적으로 포괄주의이어서 대부분 공익사업을 망라하고 있다. 그러면서 개별법에서 중복 또는 그 밖의 사업을 규정하고 있다. 즉 개별법에서는 도시계획시설사업, 도시재개발사업, 도시정비사업, 택지개발사업, 그 밖의 사업을 위하여 수용을 인정하는 경우가 있다(국토계획법, 도시정비법, 택지개발법, 측량법, 수출자유지역설치법, 석유화학공업육성법, 산림법, 농지확대개발촉진법 등).

2) 수용목적물에 관한 특례

수용대상인 목적물에 대하여는 토지보상법 제4조에 규정되어 있는바, 개별법에서는 이중의 일부에 대하여만 또는 그 밖의 목적물에 대하여 수용을 인정하는 경우가 있다. 토지로부터 분리되어 있는 토석, 죽목, 운반기구, 기타의 동산(도로법), 특허권, 실용신안권, 의장권과 같은 공업소유권 등의 무체재산권(특허법, 실용신안법, 의장법)을 수용의 목적물로 하는 경우가 있다.

3) 수용절차에 관한 특례

먼저 사업인정의 의제를 지적할 수 있다. 개별 특별법에서는 사업인정에 대하여 형식, 절차, 인정권자 등에 관하여 특별규정을 두고 있다. 특례규정은 사업인정의제시기에 따라 3유형으로 구분할 수 있다. 첫째는 기본계획 또는 실시계획승인고시이고, 둘째는 토지세목고시를 조건으로 한 지역의 지정고시이며, 셋째는 토지세목고시이다. 첫째는 세목고시도 없어 공익사업 범위가 미확정된 상태에다. 사업인정을 의제하는 것은 재산권침해의 우려가 있고 법률적 안정성과 예측가능성에 반하며 너무 편의적으로

불합리하다.¹¹⁹⁾ 둘째는 세목고시가 늦어질 수 있고 보상액 산정시 적용할 공시지가가 사업인정 당시인바 언제로 보아야 할지 불명하게 된다.¹²⁰⁾ 토지세목고시시로 통일하여야 할 것이다.¹²¹⁾

다음에 재결신청기간의 장기화를 들 수 있다. 개별 특별법에서는 대부분 재결신청기간을 사업시행기간으로 하는 특례를 규정하고 있다. 이것은 사업인정고시로부터 1년으로 하는 토지보상법과 형평에 어긋나며 재결신청기간이 늦어질수록 몇 년 전 공시지가를 소급적용하게 되어 피수용자의 재산권침해가 커지는 등 불합리하므로 삭제하여야 할 것이다.¹²²⁾ 일본은 매년 경신제를 택하고 있다.

마지막으로 수용수용조건의 특례를 들 수 있다. 수용수용의 조건으로 사업지역 내 토지의 1/2이상 매입 등을 요구하여 공익사업의 시행을 어렵게 하고 있다.

4) 수용효과에 관한 특례

먼저 보상방법으로 금전보상의 원칙에 대하여 택지개발촉진법, 도시정비법 등에서는 현물보상을 규정하였다.

다음에 환매금액결정에 있어 택지개발촉진법등에서는 환매금액을 당초 받은 보상금에 법정이자를 합산한 액으로 하도록 하고 있는데 불합리하다는 것이 대법원의 견해이다.

마지막으로 관할에 관하여 택지개발사업, 국가산업단지개발사업, 행정중

119) 토지세목고시가 없는 의제사업인정은 토지보상법상 사업인정취지가 될 수 없고 그 적법성에도 문제가 야기될 있다는 주장이 있다(이선영, 「신토지수용과 보상법론」, 리북스, 2005, 149면)

120) 도로법은 제49조의2에서 도로구역의 결정고시를, 하천법은 제76조3항에서 하천정비시행계획이 있을 때에 사업인정이 의제되도록 규정하였다. 따라서 이들 행위만 있으면 수용·사용할 토지의 세목고시를 아니 하여도 사업인정고시의 효력이 있다(토관4663, 2004.10.15).

121) 국토해양부장관이 사업인정을 공고할 때 토지세목고시를 누락하면 절차상 하자가 발생하여 사업인정의 취소사유가 된다(대법원 1989.12.27. 선고 87누1141판결).

122) 류해웅, “개발법상 공용수용의 특례규정에 관한 법제적 연구”, 「감정평가연구」제16집1호, 2006, 47면.

심복합도시건설사업, 기업도시개발사업 등에서는 수용사건관할을 중앙토지수용위원회로 하는 특례를 규정하고 있는바, 이는 피수용자에게 불편하고, 사건이 중토위에 집중되어 재결을 지연시키는 원인이 되고 있으므로 관할사항을 조정하여야 할 것이다.

2. 적정가격에 의한 보상

가. 의의

적정가격에 의한 보상이란 토지·물건 및 권리 등의 가격을 적정하게 평가하여 보상하여야 한다는 원칙이다(법 제70조1항, 제71조, 제76조 등). 적정가격이란 당해 토지 및 주택에 대하여 통상적인 시장에서 정상적인 거래가 이루어지는 경우 성립될 가능성이 가장 높다고 인정되는 가격(부동산가격공시법 제2조제6호)이다. 여기서 ① 통상적인 시장이란 통상 다수의 매도인과 매수인이 합리적이고 합법적인 사고를 가지고 경제원칙에 입각하여 행동함에 따라 형성되는 즉 시장통제가 없는 일반적인 공개시장을 의미한다. ② 정상적인 거래가 되려면 정상적 거래성립을 위한 충분한 시간동안의 시장공개와 대상 부동산에 대한 매도자, 매수자가 충분한 정보를 가져야 되고, 또한 거래당사자간에 개별적인 동기나 특수한 사정이 개입되지 말아야하며 특별한 평가조건이 없어야한다. 만약에 개별적인 동기나 특수한 사정이 반영되어 있을 시에는 그러한 사정이나 조건 등이 없는 상태로 보정되어야한다. ③ 성립될 가능성이 가장 높다고 인정되는 가격이란 대상 부동산에 대하여 충분한 정보와 지식을 가지고 있는 전형적인 매수자들이 제시하는 가격은 대상 부동산에 대해 성립될 가능성이 가장 많은 가격이라는 것이다. 이는 유사매매사례 중에서 매매가능성이 가장 많은 가격을 의미한다. 요약하면 적정가격이란 일반시장에서 매수자와 매도자간에 서로 주고받는 객관적인 시장가치에 근접한 최빈거래가능가격을 의미한

다.¹²³⁾ 한편 이러한 적정가격의 성격에 대하여는 개발이익배제주의와 시장가격주의로 견해가 나뉜다. 개발이익배제주의는 개발계획 및 사업시행에 의한 지가상승은 개발이익으로 간주하여 이를 배제시킨 가격이 적정가격이라 하고, 시장가격주의는 개발이익도 당시의 시장상황을 반영한 시장가격이므로 개발이익이 포함된 시장가격이 적정가격이라고 한다. 생각하건데 적정가격은 평가시점의 시장가격에 의하는 것이므로 투기가격은 배제되지만 현실화되고 구체화된 개발이익을 포함하는 시장가격주의가 타당하다 하겠다.

나. 다른 가격개념과의 관계

1) 정상가격과의 관계¹²⁴⁾

정상가격이란 통상적인 시장에서 충분히 거래된 후 대상물건의 내용에 정통한 거래당사자간에 통상 성립된다고 인정되는 적정가격이다(감정평가에관한규칙 제9조). 부동산 특히 토지에는 자연적, 인문적 특성이 있어 다른 일반재화와는 달리 합리적인 시장이 형성되기 어렵고, 수요·공급에 의한 균형가격도 성립되기 어렵다. 따라서 부동산의 평가에 전문적인 지식을 갖고 있는 감정평가사로 하여금 가격을 결정케 하여 활용하고 있는바 감정평가사가 추구하는 가격이 바로 이 정상가격이다. 감정평가에관한규칙 제5조에서는 대상물건에 대한 평가가액은 정상가격을 구하는 것을 원칙으로 하는 정상가격주의를 규정하고 있는바 정상가격이 되려면 다음 조건이 구비되어야 한다. ① 대상물건의 시장성, 이는 공개된 경쟁시장에서의 시장성을 의미한다. 만약 시장성이 없다면 그 부동산(예: 교회, 학교, 사찰,

123) 이선영은 「토지가치권론」, 2006, 100면에서 적정가격은 토지 등의 경제적 가치 내지 교환가치를 평가하는 것으로서 보통 적정사용료를 이에 포함하기도 한다, 적정가격은 당위가격이라는 점에서 공적·법률적 의미가 있고 거래가능가격이라는 점에서 미실현가격이며, 가격수준이라는 점에서 추상적 가격이라고 한다.

124) 백일현외 3인, 「강정평가론」, 2002. 122면; 노용호외1인, 「감정평가실무」, 2002, 12면.

도로, 하천)은 당해 성격이나 조건에 부합하는 특정가격을 구하게 된다. ② 출품시간의 합리성, 이는 시장노출시간의 합리성 즉 매수인을 확보하거나 매도인이 시장상황을 판단할 수 있는 필요시간을 말하며 부동산의 유형, 수급량, 부동산의 경기상황에 따라 일정치 않다. ③ 거래의 자연성, 이는 비정상적인 요인의 개재나 거래동기의 강제성 등의 요인이 없어야 한다. 가격을 불합리하게 하는 예로는 급매, 친지간의 은혜적 거래, 강매, 개별적 동기나 특별한 동기, 가격의 통제 등을 들 수 있다. ④ 당사자의 정통성, 이는 당해시장의 수급동향이나 시장상황 등은 물론이고 대상 부동산의 적정용도와 경제가치 등에도 정통해야한다. 이러한 정보나 지식은 전문적 수준이 아니고 보통의 주의를 기울이면 알 수 있는 수준의 정통성을 말한다. ⑤ 통상적 시장, 이는 시장참여자가 합리적인 사고로 경제원칙에 입각하여 행동함으로써 형성되는 시장을 의미한다. 구 규칙의 ‘합리적 시장’을 현실적 여건을 감안하여 개정법에서 완화한 것이다. 이러한 시장에서는 대체 · 경쟁관계를 통하여 부동산은 최유효사용¹²⁵⁾으로 귀착된다.

정상가격과 적정가격과의 관계에 대하여는 2000.1부동산가격공시법개정에 의한 적정가격 개념의 변경 전¹²⁶⁾에는 양자가 같다는 일원설과 다르다는 이원설이 대립되었던바, 일원설은 정상가격은 불합리한 요소를 배제하고 통상적인 자유시장을 전제로 하며 개별적이고 특수한 거래사례를 정상화하는 절차를 거친 가격으로 따라서 부동산 거래의 실제에 있어서 지향해야 할 목표가격이고, 적정가격 역시 평가시점 현재 구체화된 가격이 아

125) 부동산은 용도가 다양해서 투자자가 대상 부동산에 대하여 기꺼이 투자하고자 하는 값은 대상 부동산의 여러 가지 대안적 이용 중에서 상호 대체 · 경쟁의 과정을 통하여 가장 수익성이 높은 이용에 할당하게 된다는 것을 근거로 부동산에 있어서 최유효이용이 가치의 전제가 된다. 여기서 최유효사용이란 공지나 개량부동산에 대해서 합리적이며 합법적으로 이용이 가능한 대안 중에서 물리적으로 채택이 가능하고 경험적인 자료에 대해서 적절히 지지될 수 있고 경제적으로도 타당성이 있다고 판명된 것으로서 최고의 가치를 창출하는 이용을 말한다.

126) 구 「지가공시및감정평가에관한법률」상 적정가격이란 “당해 토지에 대하여 자유로운 거래가 이루어지는 경우 합리적으로 성립한다고 인정되는 가격”이고, 구 「감정평가에관한규칙」상 정상가격이란 “대상물건이 통상적인 시장에서 충분한 기간 거래된 후 그 대상물건의 내용에 정통한 거래당사자간에 통상 성립한다고 인정되는 적정가격”이다.

나라, 장래 합리적으로 성립할 것으로 기대되는 거래가능가격이다. 이에 두 가격은 당위가격(sollen wert)으로 일치한다고 하고,¹²⁷⁾이원설은 정상가격이 현실적, 분석적 가격이라면 적정가격은 일반물가의 행정지도가격의 성격을 가진 가치지향적, 정책적 가격이다.¹²⁸⁾ 즉 정상가격은 존재의 가격이고 적정가격은 당위가격이라는 것이다.¹²⁹⁾ 따라서 정상가격은 시장가격이므로 투기가격수준과 개발이익 등을 어느 정도 포함된 가격이라면 적정가격은 이들을 배제한 가격으로 구별된다는 것이다. 생각하건데 토지공개념¹³⁰⁾하의 부동산가격공시법의 도입배경을 고려할 때 종전의 적정가격개념이 가치지향적 정책가격의 당위적 성격을 부인할 수 없다. 따라서 종전에는 정상가격과 적정가격은 당위적 측면에서 sollen가격이라는 견해와 정상가격은 sein가격이며 절대적 개념인데 비해, 적정가격은 sollen가격이며 법정개념으로서 서로 다르다는 견해 등이 있을 수 있었으나 부동산시장의 환경변화, 공시지가기준평가의 보완, 감정평가의 과학화(특히 평가방식의 계량화)유도차원에서 현재의 적정가격 개념으로 개정¹³¹⁾한 취지와 내용, AI 및 일본감정평가기준에서의 정상가격개념의 정의면에서 볼 때 객관적이고 실증적인 의미에서 오늘날은 다 같이 시장가치(sein)를 지향하고 따

127) 조주현, “정상가격과 적정가격의 개념적 차이와 실증적 의미에 관한 연구”, 「감정평가논문집」 제4호, 1994, 118면; 이진세, “정상가격과 최유효사용에 관한 연구”, 「감정평가논문집」 제6호, 1996, 188면; 이선영, 「토지가치권론」, 법원사, 2006, 46면.

128) 서동기외 2인, 「감정평가론」, 2000, 167면.

129) 홍길성, 「신부동산 감정평가론」, 1992, 238-243면; 허장식, 「감정평가이론」 1993, 서울고시사, 104면.

130) 토지공개념이란 80년대 후반 지가가 지나치게 등귀하여 토지투기가 일어나서 이를 가라안치기 위해 등장한 개념으로 토지의 특성에 기인하여 토지재산에 대해 가해지는 강한 사회적 공공적 구속성을 의미한다. 즉 토지재산권은 단순한 상품이 아니고 인간의 생활과 생산을 위한 불가결의 기반이기 때문에 그 소유자가 누구이든 간에 그 토지가 가지는 기능·적성·위치에 따라 공공복리를 위하여 가장 값지게 그리고 가장 효율적으로 이용되지 않으면 안 되며, 이에 국가의 공권력에 의한 적정한 규제가 가해지지 않으면 안 된다. 실정법적 근거로는 헌법 제23조2항, 제119조 2항, 제120조2항, 제122조 그리고 토지공개념 3법(「토지초과이득세법」, 「개발이익환수에 관한법률」, 「택지소유상한에관한법률」)을 들 수 있다.

131) 부동산가격공시법은 2000.1.28개정하면서 적정가격을 래트클리프(Ratcliff)의 최빈거래가능가격으로 접근시켰다.

라서 중국적으로 일치한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 둘 다 감정평가 주체가 중국적으로 추구하는 동일한 가격이기 때문이다. 다만, 적정가격은 나지를 상정한 가격인 점에서 양자는 완전히 일치한다고는 할 수 없다(감정평가규칙 제17조1항, 6항).

<표 5> 적정가격과 정상가격

	적정가격	정상가격
일원론	Sollen Wert	
이원론	Sollen Wert	Sein Wert

* Sein Wert: 현실의 불완전한 부동산시장에서 성립되는 가격을 기준으로 하는 가치 개념으로 “있는 상태 그대로의 가치”

Sollen Wert: 합리적인 자유시장에서 성립되리라 인정되는 가치개념으로 “있어야 할 상태의 가치”

2) 시장가치와의 관계

적정가격과 정상가격 개념은 모두 시장가치개념을 내포하고 있다. 따라서 적정가격 개념을 이해하기 위하여는 시장가치 개념을 명확히 할 필요가 있다. 국제평가기준위원회가 전 세계 공통적 사용을 목표로 마련한 국제평가기준(International Valuation Standards: IVS)에 의하면 시장가치란 “구매의욕이 있는 구매자와 판매의욕이 있는 판매자가 충분한 정보를 가지고 신중하게 강요됨이 없이 행동하여 적절한 시장조사 후에 공정한 거래교섭을 거쳐 가격시점에 교환되어야 하는 자산에 대한 추정금액을 말한다.”라고 하고 있고(영국의 왕립평가사협회가 정의한 시장가치 개념도 이와 같다), 미국감정평가협회(Appraisal Institute ; AI)에서 제시하는 시장가치란 “일정한 조건이 충족된 상황에서 대상 부동산의 특정권익에 대해 성립될 가능성이 가장 많은 가격”이라고 정의하고 있으며 일정한 조건을

다음과 같이 제시하고 있다.¹³²⁾¹³³⁾

- ① 특정일 현재 매매완료가 발생할 것.
- ② 평가대상 부동산권익에 대한 공개경쟁시장이 존재할 것.
- ③ 매수자와 매도자들은 각자 충분한 지식을 가지고 사려 깊게 행동할 것.
- ④ 가격은 부당한 자극에 의해 영향 받지 아니할 것.
- ⑤ 매수자와 매도자들은 전형적으로 동기화 되어 있을 것.
- ⑥ 거래 쌍방은 자신들의 최선의 이익을 고려하여 행동하고 있을 것.
- ⑦ 대상 부동산에 대한 마케팅 노력은 적절한 것이었으며, 대상 부동산은 합리적 시간동안 공개시장에 노출되었을 것.
- ⑧ 매매가격은 현금이나 그에 상응하는 금융적 수단에 의해 지불되었을 것.
- ⑨ 가격은 어떤 특별하거나 창의적인 금융방법이나 관련당사자가 허용하는 매매양허에 영향 받지 아니한 것으로서, 매도부동산에 대한 정상적인 조건을 반영하는 것일 것.

참고로 위에 적시한 시장가치의 개념이 정립되기까지의 논의를 소개하면 다음과 같다.

① 측정기준의 문제 즉 무엇을 기준으로 측정해야 하는가의 문제로 이는 매매조건이나 금융조건에 관한 문제로 모두 현금으로 측정할 것인가. 아니면 현금등가 또는 가장 전형적인 금융조건이 결부된 상태 하에서의 시장가치기준으로 할 것인가 논란이 됐으나 저당대부의 일반화와 복잡성으로 인하여 현금등가분석, 전형적인 금융조건이 결부된 상태 하에서의 시장가치로 평가로 결말이 났다. 현금등가분석이란 매매조건이나 금융조건의

132) AI 12판의 시장가치개념은 그 동안 수차의 개정의 결과이다.

133) 안정근, 전계서, 55면; Appraisal Institute, 『The Appraisal of Real Estate』, 12th ed, 2004, pp.24.

차이를 매매시점을 중심으로 현금가치로 환산하는 것을 말한다.

② 다음은 평가대상을 물리적 실체로 하느냐, 또는 부동산에 결부된 권익을 대상으로 하느냐하는 문제로, 부동산가치를 소유권 기타 권익가치로 볼 때 감정평가는 부동산에 결부된 특정권익의 경제가치를 평가대상으로 하는 것이지 물리적 실체를 대상으로 하는 것이 아니다.

③ 그리고 감정평가에서 추구하는 가치가 부동산이 갖는 고유가치로서 내재가치인가 아니면 시장참여자들의 집단적인 가치판단에 의한 외연적인 가치인가의 문제로서, 가치란 내재적인 것이 아니라 집단가치판단에 의해 결정된다고 하여, 시장가치는 존재가치이지 당위가치는 아니라고 한다. 평가를 과학으로 볼 때 객관적으로 증명될 수 있는 시장자료를 토대로 시장가치를 구해야 할 것이다. 또한 시장가치는 당위가치가 아니고 객관적인 시장자료를 바탕으로 평가시점 현재 특정부동산에 대해 확정된 특정권익에 대한 가치인 존재가치이다

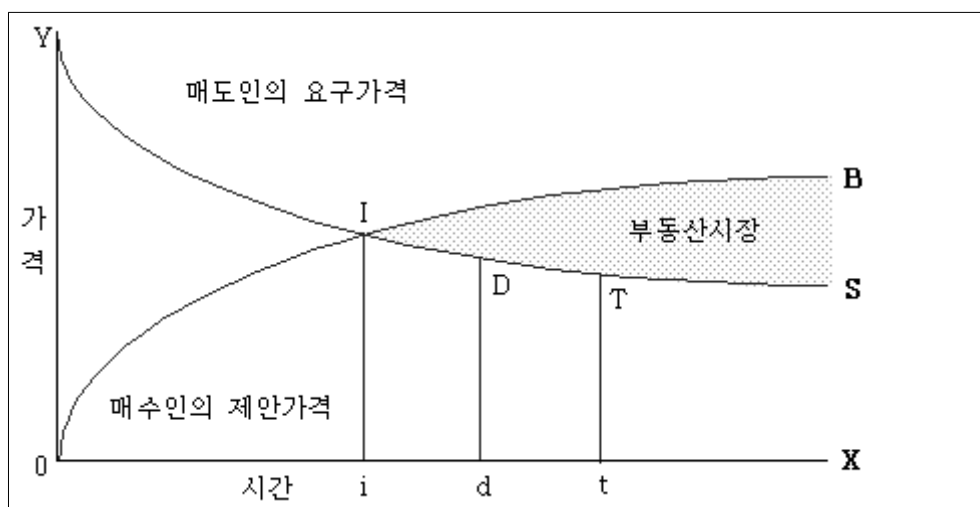
④ 끝으로 시장가치의 정의자체의 문제로 시장가치의 정의는 계속 변해왔는바, AI에서는 당초 “화폐액으로 표시하는 최고가격”이라 했고 래트클리프(Ratcliff)은 “성립될 가능성이 가장 많은 매매가격(the most probable selling price)”으로 정의하였는데, ‘83년부터 AI견해와 Ratcliff의 견해를 종합하여 “가능성이 가장 많은 가격(the most probable price)”이라고 정의하고 있다. 이는 시장가치를 객관화 시킨 점에서 장점이 있고 오늘날 컴퓨터에 의한 계량적 평가기법에 의한 부동산시장가치결정과정도 부합된다. 부동산가격공시법은 2000.1 적정가격개념을 최빈거래가능가격으로 개정하여 시장가치의 개념에 더 가까이 접근시켰다. 그러나 AI의 시장가치는 매우 구체적으로 규정하고 있는데 대하여 우리 법의 적정가격은 ‘통상적인 시장’, ‘정상적인 거래’ 등 아직도 추상적 개념에 머물고 있는바 구체적인 정의가 필요하다고 본다.

3) 실거래가격과의 관계

공시지가표준지의 적정가격을 평가함에 있어 가장 문제가 되는 것은 공시지가와 현실의 시장에서 형성되는 실거래가격 간에 격차가 발생된다는 것이다.

실거래가격이란 현실 시장에서 매도인의 요구가격(seller's price)과 매수인의 제안가격(buyer's price)간의 상호 조정과정에서 형성되며 부동산시장이 존재하는 권역은 다음과 같다.

<그림 2> 매도인·매수인 상호 간의 가격조정곡선



자료 : 김영진, 「신부동산감정평가론」, 범론사, 1990. 26면

부동산시장은 부동산의 특성 특히 정보부족으로 불완전시장이 되어 불합리한 요소, 즉 당사자의 개별적인 동기나 특별한 사정이 개입할 소지가 많다. 따라서 실거래가격은 합리적으로 성립하는 가격이라 할 수 없으므로 거래사례비교법을 적용하여 적정가격을 구하고자 할 경우 실거래가격에서 투기적이고 비합리적인 요소를 배제하기 위한 사정보정의 절차를 거쳐야

한다.¹³⁴⁾ 그러나 적정가격과 실거래가격이 전혀 무관한 가격은 아니며 양자는 밀접한 관계를 가지고 형성되고 파괴되어가는 상호의존관계에 있다. 따라서 토지시장의 여건에 따라 적정가격은 실거래가격과 같을 수도 있고 다를 수도 있다. 최근 실거래가 신고제도의 도입 및 정비에 따라 신고가격은 적정가격 결정의 참고로 활용하여야 할 것이다.¹³⁵⁾

<표 6> 적정가격과 실거래가격의 비교

구 분	적 정 가 격	실 거 래 가 격
성 격	규범적· 이념적 가격	존재적· 실제적 가격
산정방법	감정평가사가 구하는 가격	실제거래에서 형성되는 가격
비 교	1. 당해 토지 등에 대하여 통상적 인시장에서 정상적인 거래가 이루어지는 경우 성립될 가능성이 가장 높다고 인정되는 가격 2. 가격수준은 매도인이나 매수인 어느 쪽에도 치우치지 않는 합리적이고 객관적인 가치를 표시하는 중용치 이다.	1. 구체적인 토지거래 등에 의해 형성되기 때문에 실증적이나 개개의 거래 등은 반드시 합리적이거나 충분한 정보에 기하고 있는 것이라 말할 수 없고 또한 투기 등 여러 가지 특수한 거래사정이 개재하고 있는 등 적정가격이라고 보기 어려운 경우가 많다. 2. 토지의 비이동성· 부정성 등의 특성에 의하여 거래가 매도인 주도(Seller's Market)로 이루어지기 때문에 가격수준은 고가 지향적이다.

자료출처: 한국감정원, 「보상평가(상)」, 2001, 752면

4) 투기가격과의 관계

투기가격(speculative value)이란 부동산에 대한 투기활동의 과정에서 형성된 가격을 말하며, 엄격히 말하면 부동산의 객관적 가치를 반영하는 가격이 아니고 통상적으로 후일 개발될 경우의 소유자의 희망가격인 셈이다.

134) 부동산에 대한 시장의 실거래가액은 정상적인 거래의 모든 측면을 구비하고 있지 못하는 수가 많기 때문에 대상 부동산의 가치를 충분히 반영하고 있다고 보기 어렵다. 부동산의 가치와 가격사이에는 오차가 있다. 즉, '가치=가격+오차'의 등식이 성립한다. 오차는 (0)이 될 수도 있고 (-)도 될 수 있다. 따라서 부동산의 가치를 평가할 때에는 적절한 방법으로 이 같은 차이를 수정하여야 한다 (안정근, 현대부동산학, 법문사, 2004. 98-99면).

135) 실거래가격은 부동산거래법에 의거 계약체결 후 30일 내에 시·군·수에게 신고토록 하였다. 공시지가평가 및 보상가격평가시 기타요인보정자료로 활용성이 기대된다.

따라서 투기가격은 후일 개발가능성이 실현될 것을 전제로 하므로 불확실한 것이다. 적정가격은 투기적 요소를 배제한다. 그러나 실제로 정상적 거래와 투기적 거래를 구분하기는 어렵다. 따라서 적정가격을 구하려면 현실적인 거래에서 이루어지는 실거래가격을 비교 조정하는 것이 필요하다.

나. 내용

1) 적정가격의 판단주체

보상가격의 적정성 판단은 보상목적물에 대한 전문평가인의 평가결과를 기준으로 보상주체가 한다. 그러므로 보상가격의 적정성 판단주체는 협의절차에서는 사업시행자이고, 수용 및 이의제결절차에서는 토지수용위원회이며, 소송절차에서는 법원이라 하겠다.

2) 적정가격의 보상대상과 산정기준

적정가격의 보상대상은 주로 토지(취득토지, 사용토지, 잔여토지)이지만 이전대상이 아닌 건축물, 토지에 속한 흙·돌·모래·자갈, 광업권·어업권 및 물에 대한 권리, 토지·물건상 소유권외의 권리 등이다.

적정가격의 산정기준은 보상목적물의 종류에 따라 다르다. 감정평가사가 토지 등 평가목적물을 평가하려면 일정한 평가기준에 따라 평가하여야 하는바, 평가기준에 대하여 토지는 공시지가를 기준으로 평가하고, 이전대상이 아닌 건축물 등은 취득가격을 기준으로 평가하며, 생활보상에 대하여는 법령의 규정을 기준하여 주로 사업시행자가 결정한다. 적정가격을 산정함에 있어서는 합리적인 시장형성을 곤란케 하여 적정한 가격형성을 저해하는 요인들, 예컨대 특수한 거래사정이나 개별적인 동기가 개재되어 있거나 특수한 평가조건이 반영되어 있는 경우에는 그러한 사정이나 조건이 없는 상태로 보정이 이루어져야한다.

3) 평가의 적정성 보장

감정평가는 적정가격 내지 정상가격의 평가를 원칙으로 함으로 적정가격보상과 밀접한 관계가 있다. 즉 적정가격보상의 원칙이 실현되기 위해서는 평가의 적정성이 보장되어야 한다. 따라서 무엇보다 평가기법의 연구·발전, 평가주체의 전문성 및 독립성 확보 그리고 평가기준이 확립되어야 할 것이다. 부동산가격공시법은 보상목적물에 대한 평가를 평가전문가에 의하여 수행토록 하되 국토해양부장관에게 사무소 개설등록을 한 감정평가사와 국토해양부장관으로부터 설립인가를 받은 법인소속의 감정평가사만으로 평가케 하고 있다.

다. 적정가격 개념의 명확화

1) 정상가격과의 개념통일

위에서 검토한 바와 같이 부동산가격공시법 제2조제6호에서 규정한 적정가격과 감정평가에관한규칙 제4조제1호에서 규정한 정상가격은 같은 의미의 가격을 다른 용어로 표현한 것에 불과하다. 그럼에도 실정법령에서는 양자를 분리하여 사용함은 혼란과 오해를 일으킬 소지가 있으니 하나로 통일하여야 할 것이다. 참고로 일본 지가공시법은 토지평가위원회가 일정한 기준일의 당해 표준지의 단위면적당 정상적인 가격을 판정하여 이를 공시하도록 규정하고 있으며 정상적인 가격이란 “토지에 대해서 자유로운 거래가 이루어지는 경우 그 거래에 있어서 통상 성립한다고 인정되는 가격을 말한다.”라고 규정하여 우리나라가 적정가격으로 공시하도록 규정한 것과 달리 정상가격으로 공시토록 하였다.

2) 시장가치로의 접근

2000.1.28 부동산가격공시법을 개정(법률 제6237호)하여 적정가격 개념을 최빈거래가능가격(most probable sales price)으로 변경하여 시장가치에 접

근시켰음에도 아직 투기가격, 개발이익 등과 관련하여 시장에서 변동하는 지가를 포용하는 데는 한계가 있고¹³⁶⁾ 여전히 모호하다. 따라서 전문가마다, 감정사마다 달리 인식할 우려가 있으므로 적정가격개념의 명확화, 통일화와 더불어 공시지가기준도 정당한 거래가격 등에 의하여 보완되어야 할 것이다.

3. 개발이익의 배제

가. 의의

개발이익이란 개발사업의 시행으로 발생하는 토지가격의 증가(增價)를 말한다. 개발이익이라는 용어가 처음으로 법률용어로 사용되게 된 것은 1972년 국토이용관리법(제3조의2제2항)이 제정되면서 부터이다. 한편 「개발이익환수에관한법률」 제2조제1호에서는 “개발이익이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말한다.” 라고 규정하였다. 토지의 가치는 토지이용과 밀접한 관계가 있어서 토지이용이 변화하면 토지가치도 변하게 된다.¹³⁷⁾ 토지가치는 현재 이용가치와 잠재적 이용가치로 구분해 볼 수 있으며 개발이익은 바로 잠재적 이용가치와 관련된다. 이러한 개발이익은 주로 개발사업으로 인하여 발생하는 것이고 토지소유자의 자본이나 노력에 의하여 발생하는 것이 아니다. 따라서 개발이익은 보상액에서 배제하되, 개발사업지 주변토지의 개발이익은 환수하지 않고 있다.

136) 국토해양부, 「공시지가제도 개선에 관한연구」, 2000.9

137) 국토해양부의 1990년도 정책보고자료에 의하면 임야가 주거지역(주거용)으로 변하면 지가는 4배, 상업지역(상업용)으로 변하면 6배, 공업지역(공업용)으로 변하면 3배로 상승한다고 한다.

나. 내용

1) 개발이익의 배제이유

개발이익을 보상액에서 배제하는 것이 오늘날 대부분 국가의 입장이다. 손실보상액에서 개발이익을 배제하는 이유로는 보통 다음과 같다.¹³⁸⁾

첫째로 손실보상은 현재의 재산적 가치만 대상으로 하고 아직 실현되지 아니한 잠재적 손실은 포함되지 않기 때문이다.

둘째로 개발이익은 통상 사업시행자의 투자에 의하여 발생하는 것이고 토지소유자의 노력이나 자본에 의해 발생하는 것이 아니므로 토지소유자에게 귀속시켜서는 아니 되고 사업시행자나 국민전체에 귀속시킴이 공평배분상 타당하다.

셋째로 개발이익은 공익사업의 시행에 의하여 비로소 발생하는 것으로 소유자에게 귀속시킴은 공익사업의 시행을 불모로 한 주관적 가치부여에 불과하며 당해 토지의 현재의 객관적 가치라 할 수 없기 때문이다.

그밖에도 우리나라와 같이 지가상승이 지속되고 있는 경우(지가의 하방경직성) 개발이익은 지가폭등으로 토지의 효율적인 이용을 저해하고, 정부의 재정부담을 증가시키게 되고, 토지투기를 부추겨 소유편중현상과 빈익빈 부익부로 인한 부의 불평등과 위화감 조성 등 사회 · 경제적으로 여러 모순을 발생시키기 때문이다.¹³⁹⁾

2) 개발이익 배제범위

138) 석중현, 손실보상법론, 삼영사, 2003, 140면에서 개발이익배제의 필요성으로 미실현이익에 대한 배제, 형평의 원리의 실현, 주관적 가치에 대한 배제를 제시하고 있다.
황명찬, “개발이익환수에 관한 연구”, 「연구논총」 제7집, 건국대학교행정대학원, 1979, 138면 참조

139) 참고로 1987년 한 해 동안에 발생한 개발이익은 약 34조원으로 그 해 GNP의 35.7%요, 피고용자보수의 84.6%라고 한다(한만희, 전개논문, 636면).

개발이익을 발생요인별로 구분하면 ① 토지소유자의 투자 ② 정부의 투자 ③ 토지이용계획의 결정 ④ 기타 사회 · 경제적 요인 등으로 나눌 수 있는바, 보상평가에서 배제되어야 할 개발이익은 토지소유자의 투자와 관계없이 증가한 정부투자에 의한 증가분과 토지이용계획의 결정에 의한 증가분(B+C)이다.¹⁴⁰⁾ 그러나 표준지공시지가산정시에는 적정한 거래가능가격 수준으로 가격이 결정되어야 하므로 개발이익의 종류를 불문하고 현실화 · 구체화 된 개발이익은 포함하여 평가하고 있다.

<표 7> 발생요인별로 구분하는 개발이익의 개념

$V=A+B+C+D$ V; 일정기간 지가의 증가분 A; 토지소유자의 투자에 의한 증가 B; 정부의 투자에 의한 증가 C: 토지이용계획적 결정에 의한 증가 D: 기타 사회 · 경제적 요인에 의한 증가	
최협의	정부투자에 의한 증가
협의	최협의, 토지이용계획적 결정에 의한 증가
광의	협의, 기타 사회 · 경제적 요인에 의한 증가

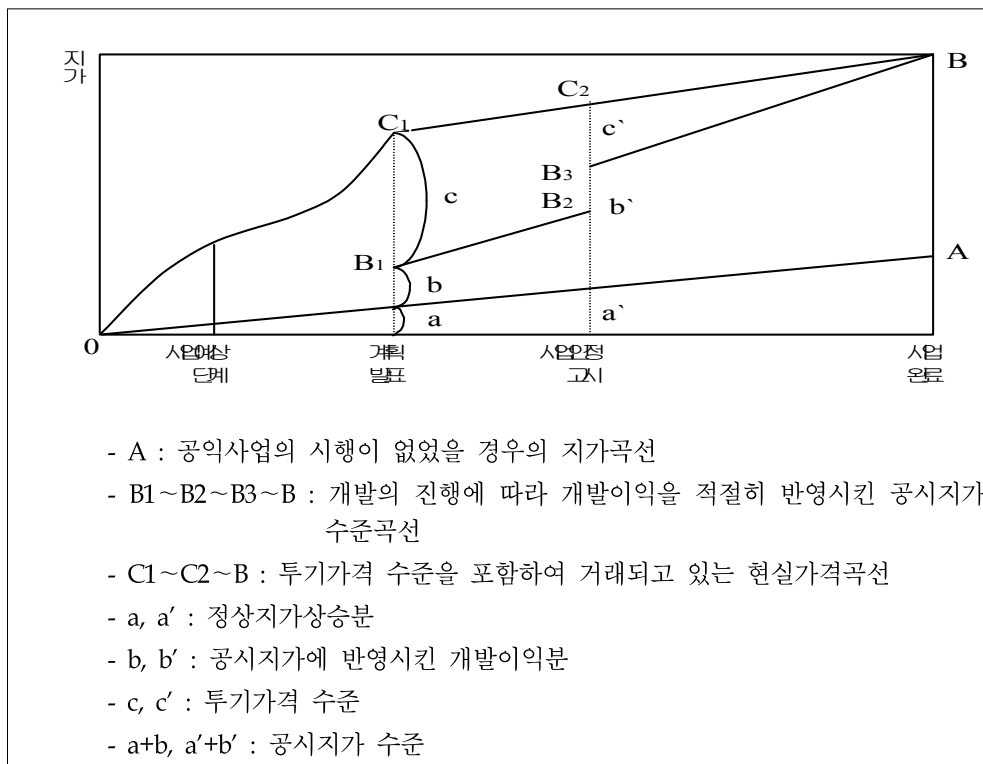
자료: 한국감정원, 보상평가(상), 2000.1. 1061-1062면

상설하면 표준지조사 · 평가기준(국토해양부훈령)제19조제1항은 표준지 평가에 있어 ① 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인한 지가의 증가분 ② 공익사업의 시행에 따른 절차로서 행하여진 토지이용계획의 설정 · 변경 · 해제 등으로 인한 지가의 증가분 ③ 기타 공익사업의

140) “정부 스스로 창조한 가치증가분은 공평의 원리상 보상되어 질 수 없다.”(United States v. Cors, 337 U.S. 325(1949))

착수에서 준공까지 그 시행으로 인한 지가의 증가분은 이를 반영하여 평가하도록 규정하고 있다. 다만, 그 개발이익이 주위환경 등의 사정으로 보아 공시기준일 현재 현실화·구체화되지 아니하였다고 인정되는 경우에는 반영하지 않는다. 또한 동조 제2항에서는 “공익사업시행지구 안에 있는 토지는 개발이익을 반영함에 있어서 당해 공익사업의 단계별 성숙도 등을 고려하여 평가하되, 인근지역 또는 동일수급권 안의 유사지역에 있는 유사용도 토지의 지가수준과 비교하여 균형이 유지되도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 아래 그림에서 투기가격수준과 현실화·구체화 되지 않은 개발이익을 포함하고 있는 현실가격곡선(C1-C2-B)과 공시지가수준($a+b$, $a'+b'$)은 c , c' 만 큼 차이를 보이고 있다.

<그림 3> 사업단계별 지가곡선



자료: 국토해양부, 「2007년 공시지가조사 평가업무요령」

3) 개발이익 배제방법

현행법상 개발이익배제방법은 다양하나 공익사업을 위한 토지취득과 관련하여 토지보상법은 다음과 같은 방법으로 토지보상액에서 개발이익을 배제하고 있다. 배제되는 개발이익은 증가된 이익 전부가 아니고 당해 공익사업시행으로 발생한 개발이익에 한정된다.¹⁴¹⁾

가) 비교표준지 선정

보상액산정에는 표준지공시지가를 기준으로 산정한다. 공시지가산정에는 기준일 현재 현실화·구체화된 개발이익만 포함되고, 당해 사업으로 인하여 개발이익이 포함되어 있는 경우에는 이를 공제한다. 그러나 다른 사업시행으로 인한 개발이익은 배제되어서는 아니 된다(토지보상법제23조제2항).

나) 연도별 공시지가 적용

토지에 대한 보상액은 표준지공시지가를 기준으로 평가하되 ① 사업인정 전 협의취득의 경우에 적용하는 공시지가는 당해 토지의 계약체결시점 당시 공시된 공시지가 중 계약체결시점에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 하고, ② 사업인정 이후 강제취득의 경우에는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지의 협의성립당시 또는 체결당시에 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 적용한다. ③ 다만, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 취득하여야 할 토지가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 당해 공고일 또는 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 당해

141) 대법원은 1992.2.11 판결에서 당해 사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 않는 가격으로 평가한다고 판시하고 있다.

공익사업의 공고일 또는 고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가를 적용한다(토지보상법제70조).

다) 당해 사업과 무관한 지가변동률 적용

시점수정은 사업인정고시일(공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 지가변동의 경우에는 공고 또는 고시일) 전의 공시지가의 공시 기준일로부터 협의성립시 또는 재결시까지의 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동률을 적용하도록 하고 있다(토지보상법제70조). 시점수정방법으로 지가변동률 대신 물가변동률을 적용하여야 한다는 견해가 있으나, 물가변동률은 정상지가상승분마저 반영되지 못할 가능성이 있어 정당보상과의 관계에 비추어 볼 때 부적절하다고 본다. 당해 공공사업의 시행을 목적으로 한 용도지역의 변경은 고려되지 아니하며, 보상액평가에 있어 기타사항을 참작하는 경우에도 개발이익이 포함되지 아니하도록 하여야 할 것이다.

위와 같은 방법으로 개발이익을 배제하여도 다음과 같은 사유로 미흡하다. 첫째로 공시지가 자체에 이미 개발이익이 상당부분 반영되어 있다.

둘째로 사업인정 이후 재결시점사이의 시점수정에 적용되는 당해 사업과 무관한 인근지가변동률에도 개발이익이 개입되지 않는다고 할 수 없다. 더욱 개별법상 재결신청기간이 장기임에 비추어 더욱 그러하다.¹⁴²⁾

셋째로 평가실무상 기타사항 보정시 개발이익을 상당히 반영하고 있다. 과도한 보정은 적정가격보상의 원칙 및 공시지가제를 무의미하게 할 우려가 있고 협의에 응한 자를 불응한 자보다 불리하게 역 차별하게 되는 모순을 발생시킬 우려가 있다.

다. 개발이익배제와 정당보상과의 관계

142) 일본은 재결신청기간을 1년으로 하되 갱신간주하고 있다.

토지보상법에서 보상액을 산정함에 있어 개발이익을 배제토록 규정한 것이 헌법의 정당보상에 합치되는지가 문제된다.

위헌이라는 견해는 어떤 사업으로 인하여 주변의 지가가 상승하면 그 상승이익은 일반적으로 토지소유자가 취득하게 되기 때문에 공익사업지안의 토지소유자에 대하여만 개발이익을 거부해야 할 이유가 없다고 한다.¹⁴³⁾

합헌이라는 견해는 국가배상과 달리 손실보상은 적법행위로 인한 특별한 희생을 평등부담하는데 목적이 있으므로 현재의 재산적 가치만 대상으로 하고 아직 실현도 되지 아니한 잠재적 손실은 그 대상에 포함되지 않는 것이 원칙이다.

이에 대하여 판례는 개발이익은 국민 모두에게 귀속되어야 할 성질의 것이고 또한 공공사업의 시행으로 비로소 발생하는 것으로 토지의 객관적 가치로 볼 수 없다. 그러므로 보상에서 배제한다하여 완전보상의 원칙에 어긋나는 것이 아니라고 한다.¹⁴⁴⁾ 생각하건데 개발이익은 개발사업의 시행에 따라 발생하는 것이고 소유자의 투자나 노력에 의하여 발생한 것이 아니므로 이를 배제하여도 완전보상 따라서 정당보상에 어긋나지 않는 것이므로 합헌적 견해가 타당하다. 이 문제는 정당보상의 문제라기보다 입법정책사항이라 할 것이다.

라. 주변토지에서의 개발이익 환수문제

편입토지소유자에게는 보상에서 개발이익을 배제하면서 주변토지소유자로부터는 개발이익을 환수하지 않고 그대로 둠은 형평에 반하는 결과가 된다.¹⁴⁵⁾

143) 류하백, 「토지수용과 기본권 침해」, 부연사, 2005, 177면.

144) 헌법재판소 1990.6.25. 선고 89헌마107결정

145) 헌법재판소 1989.5.24 선고 89헌가37결정: 헌법 제11조제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결

1) 가격시점 및 시점수정방법의 조정문제

개발이익의 배제는 개별법에서의 사업인정의제시점을 언제로 하고 가격시점에서부터 재결시까지의 시점수정을 무엇으로 하느냐에 따라 달라질 수 있다. 그리하여 가격시점을 현행 재결시점에서 사업인정시점으로 바꾸고, 적용지가변동률을 물가변동률로 바꾸자는 의견이 있다.¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾ 예컨대, 일본에서는 보상액 산정에 있어서 가격시점은 사업인정시이고 재결시점까지의 시점수정은 물가변동률에 의하고 있다.

생각하건데 보상액에 정상적인 지가변동률은 반영되어야하고, 보상시기와 수용시기는 같을수록 좋은 점을 고려할 때, 가격시점과 시점수정은 현행제도가 더 타당하다. 더욱 개정법에서는 적용공시지가와 지가변동률을 사업인정시점에서 사업계획 또는 시행공고시로 변경하였다. 다만 이러한 개정은 개발이익의 배제측면에서는 이해되나 보상시기도 당겨야 할 것이며, 재결신청기간이 장기인 우리의 제도 하에서는 공시지가의 장기 소급적용으로 다른 사업으로 인한 개발이익마저 배제하게 되어 오히려 현실지가와 괴리를 크게 할 우려도 있다.

2) 개발이익의 환수문제

피수용자와 인근토지소유자와의 공평성을 도모하고 투기억제와 지가안정을 위해 인근지역의 개발이익은 모두 환수되어야한다.

코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 됨을 뜻한다.

류하백은 전게서 191면에서 개발이익을 일반이익이라하고 이는 사업시행지역과 주변지역 토지소유자가 동시에 사유화할 성질의 것이다.

146) 류해웅박사는 전게서 127면에서, “토지보상에 있어서 개발이익 법제적 고찰,” 「감정평가연구」, 2007.6 에서 혁신도시등 대규모 개발사업이 추진되면서 과당보상이 문제되고 있다. 그 원인은 동시 다발적으로 개발사업이 추진됨에 따라 개발기대와 공익사업의 주변지역에서 발생하는 대체수요로 인한 지가상승이 광범위한 파급과 제도적으로 보상액 산정시 기타요인의 참작 등이 라 한다.

147) 일본의 입법례임

현행법상 개발이익의 환수방법은 양도소득세 등의 과세적 방법과 공시지가제, 개발부담금제 등의 비과세적 방법으로 구분된다. 현행 개발부담금제는 개발사업시행자에게 부과하는 것이나 개발사업주변지역의 토지소유자로부터도 불로소득적인 개발이익을 부담금을 통해 환수할 수 있도록 제도를 보완하여야 할 것이다. 앞으로 개발이익환수체제정비, 과표현실화, 기부채납제도의 기준마련 등 이 필요하다 할 것이다.¹⁴⁸⁾

<표 8> 개발이익환수제도

개발이익환수방법	개발이익발생요인		
	유형적개발	무형적개발	사회경제적요인
.과세적방법		.간주취득세	.양도소득세 .토지초과이득세)*
.비과세적방법	.개발부담금 .수익자부담금 .광역교통시설부담금 .과밀부담금 .기반시설부담금 .공공용지감보 .토지수용시개발이익배 제(공시지가기준평가 제) .기부채납	.농지조성비 .대체산림자원조성비	

자료: “개발이익 환수제도”(정희남외, 「토지에 대한 개발이익 환수제도의 개편방안」, 국토연구원, 2003, 48면)를 변형한 것임

* 주: 토지초과이득세는 유흥지를 대상으로 정상지가상승률을 초과하여 얻은 지가상승이익의 50%를 매 3년마다 부과하는 제도이었으나 IMF 금융위기로 경제사정이 악화되어 부동산 경기침체로 ‘98년 폐지되었다.

148) 김승중외, “영국의 개발이익 환수제도에 관한 연구”, 「감정평가연구」제15집제1호, 2005.6, 참고.

4. 생활보상의 지향

가. 생활보상의 등장

손실보상대상은 역사적으로 변화되어 왔다. ① 19세기에는 피수용자가 수용재산에 대하여 갖는 주관적 가치 즉 피수용자가 당해 토지를 사용함으로써 현재 얻고 있는 편익가치의 보상인 대인보상이었다. ② 그러나 대인보상은 보상액의 산정에 있어 객관적 기준이 없고 너무 고액이어서 보상액산정의 객관화와 공사비절감을 위하여 20세기 초에는 시장에서의 객관적인 교환가치를 보상액으로 하는 대물보상으로 바꾸게 되었다. 그리하여 대물보상은 수용이 없었던 것과 같은 재산상태를 회복시키는 것으로 원칙적으로 수용의 대상과 보상의 대상이 일치하게 되었다. 그러나 공공사업의 규모가 대규모화하고 다양화함에 따라 발생하는 부대적 손실, 간접손실 및 생활보상이 제대로 이루어지지 않아 만족할 만한 보상이 되지 않는 경우가 많았다. ③ 그리하여 현대 복지국가의 보상제도는 대물보상에서 한 걸음 더 나아가 수용이 없었던 것과 같은 생활상태를 확보해 주는 생활보상에 이르게 되었다. 생활보상의 등장은 두 가지 사유에 기인한다고 하겠다. 첫째는 개발사업의 대규모화와 대물보상의 한계이다. 오늘날 다목적댐의 건설과 같은 개발사업이 대규모적으로 시행됨에 따라 수몰민의 생활근거 파괴 등으로 경제적 시장가치만의 보상으로는 회복할 수 없게 되었다.¹⁴⁹⁾둘째는 복리국가주의 요청이다. 복리국가주의의 이념을 실현하기 위한 공공사업이 종전의 생활상태를 변경시켜 지역경제를 파괴하여 생업유지 및 생활재건을 어렵게 만들었으므로 현대 복리국가이념 하에서 인간다

149) 생활보상과 생활권보상이라는 용어에 대하여 다수설은 구별하지 않고 혼용하는데 대하여 박균성교수는 이를 구별하여(박균성, 「행정구제법」, 박영사, 2002, 147면) 생활보상은 금전 등 재산에 의한 손실보상에 대응하는 개념으로 피수용자가 종전과 같은 생활상태를 유지하도록 하는 것을 실질적으로 보상하는 것으로 보고, 생활권보상은 피수용자가 당해지역에서 누렸던 생활상의 이익의 상실에 대한 보상을 말하며 재산권보상에 대립되는 개념으로 파악하고 있다.

은 생활을 최대한 보장하기 위해 개발사업이 없었던 것과 같은 재산상태의 실현에 그치지 않고 나아가 동일한 생활상태를 회복시켜주는 생활보상이 필요하게 되었다.

나. 생활권보상의 근거

1) 헌법적 근거

생활권보상의 헌법적 근거에 관하여는 헌법 제23조설, 헌법 제34조설 및 헌법 제23조·제34조결합설이 대립한다. 제23조설은 생활권보상을 헌법 제23조의 정당성에 근거가 있다는 견해이고, 제34조설은 생활권보상은 헌법 제23조제3항의 정당보상의 범위에 포함되지 않는다고 한다. 제23조제3항은 재산권의 객관적 가치의 보상을 지향하고 있으며, 만약 생활권보상이 그 규정의 정당보상의 범위에 포함된다면 경제적 약자가 아닌 자에게도 생활권보상을 하여야하기 때문에 생활권보상의 근본취지에 반한다고 한다. 따라서 생활보상의 근거는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 규정한 헌법 제34조제1항의 사회권적 기본권조항에서 찾아야 한다고 한다. 이 설에 의하면 손실보상을 제23조에 의한 재산권보상과 제34조에 의한 생활권보상의 두 종류가 있게 되어 이원적으로 파악하게 된다. 이에 대하여 결합설은 재산권보상을 인정하면서도 생활권보상은 인정하지 않는 오류를 피하기 위해서는 재산권보상과 생활권보상을 통일적으로 파악하여야하며, 헌법상 기본권의 체계 하에서는 제23조의 재산권도 결국은 제34조의 생활권을 기초로 한 것으로 보아야한다고 한다. 따라서 생활권보상은 제34조제1항과 제23조제3항의 결합에 의하여 정당보상에 포함된다고 한다(다수설). 생각하건데 생활권보상의 문제는 결국 재산권침해로부터 발생한다는 점, 재산권보상과는 달리 생활권보상에 관한 명문의 헌법규정이 없는 점, 생활권 보상입법의 미비시에 헌법 제34조만으로 생활권보상청구권을 인정하기에는 아직 무리라는 점, 다수설이 정당한 보상을 대물보상을 상회

하는 생활권보상까지 포함하는 것으로 해석하는 점 그리고 손실보상의 통일성유지라는 관점에서 결합설을 취함이 타당하다고 본다. 아울러 생활권보상은 단순한 입법정책적인 배려에 의하여 그 인정여부가 좌우되는 것이 아니라 헌법적 근거에 의해 인정되는 헌법상의 권리에 기한 것이다.

2) 법률적 근거

생활권보상을 인정한다 하더라도 직접 이를 청구하기 위해서는 다시 법률적 근거가 필요하다. 현행 실정법상으로는 토지보상법(제78조, 제79조 등), 기업도시개발특별법, 「댐건설및주변지역지원등에관한법률」 등에서 단편적이지만 생활권보상을 규정하고 있고, 따라서 이를 근거로 손실보상청구권을 행사할 수 있다.

다. 생활권보상의 성격 및 특색

생활권보상은 대규모 공공사업으로부터 개인의 생존권을 보장하고, 대체지 알선, 공영주택 알선, 고용소개 등 공공사업시행이 없었던 것과 같은 생활상태의 재건을 위한 보상이라는 점에서 원상회복적 성격을 갖는다. 재산권은 상호 유기적으로 기능을 발휘하는 것이므로 개체의 철저한 보상이 총체의 완전한 보상이 될 수 없는 것이다.

대인보상이 주관적 성격이 강한데 대하여 생활보상은 보상기준이 정해져 있기 때문에 객관적 성격이 강하다. 그리고 대물보상이 수용대상과 보상대상의 일치를 원칙으로 하는데 대하여 생활권보상은 보상대상이 수용대상보다 훨씬 확대된다. 그리고 생활권보상은 피수용자의 생활상태의 유지·회복을 위한 보상인 점에서 대인적 보상인 면도 있으나 객관적 성격이 더 강하다. 나아가 생활권보상은 보상의 역사에서 최종단계의 보상으로서의 의미를 갖기도 하다.

라. 생활권보상의 개념과 내용

생활권보상이라는 용어는 실정법상의 용어가 아님은 물론, 학문상으로도 아직 정립된 용어가 아니어서 그 개념이 구구하고 명확하지 않다.¹⁵⁰⁾ 생활권보상의 개념을 좁게 보느냐 넓게 보느냐에 따라 생활권보상의 내용도 다르다.

<표 9> 생활권보상의 개념과 내용

개념 내용	재산권보상		생활권보상	
	재산의 객관적 가치 (토지·자본·물·관대 등)	부대적 손실 (살·변상·일상·손실)	광의 (사업·생활·재건·조치)	협의 (주거·통행·주거·안락·비·아·비·등)
최 광의				
광 의				
협 의				

최광의로는 손실보상제도의 궁극적인 목표는 재산권에 대한 보상이 아닌 생활권보상이어야 한다는 전제에서, 종래 재산권보상인 대물보상과 일체의 부대적 손실보상을 생활권보상에 포함시킨다. 다음 광의로는 재산의 등가교환적 가치의 보상에 그치는 것이 아니라 유기체적인 생활을 종전과 마찬가지로 수준으로 보상해 주는 것, 즉 수용이 없었던 것과 같은 생활상태를 실현하기 위한 보상으로 최광의 개념에서 부대적 손실보상을 제외한 소수잔존자보상, 이직자보상, 이주대책을 중심으로 하는 생활재건조치¹⁵¹⁾

150) 생활의 근거를 상실하는 자에 대한 보상 (김도창, 전거서, 606면).

개인의 생존권에 대한 보상(이상규, 전거서, 581면), 총체적인 생활이익의 상실로서 재산권 보상으로 메워지지 아니한 손실에 대한 보상(박윤훈, 전거서, 728면), 재산권 보상만으로는 전보되지 아니하는 생활기초의 박탈에 대한 보상(김동희, 「행정법1」, 501면), 수용이 없었던 것과 같은 생활재건을 실현시켜 재산권의 존속을 보장하는 것(석종현, 일반행정법(상), 683면).

등이 대표적인 것이다. 마지막으로 협의로는 현재 당해 장소에서 현실적으로 누리고 있는 생활이익의 상실로서 재산권보상으로 메워지지 아니한 손실에 대한 보상을 의미한다. 광의의 개념에서 소수잔존자보상, 이직자보상을 재산권보상으로 돌린다.¹⁵²⁾ 살피보건대 최광의설은 재산권보상과 생활권보상을 구분하지 않고 일원적으로 생활권보상으로 파악하려고 한다. 따라서 이설에 의하면 기존의 재산권중심의 손실보상체계는 생활권보상체계로 바뀌게 된다. 광의설과 협의설은 재산권보상과 생활권보상을 구분하는 점에서는 같으나, 그 내용과 범위에서 다르다. 즉 광의설은 순수한 등가교환적 재산권보상이 아닌 것은 가능한 한 재산권보상에서 제외하여 이를 생활권보상으로 파악하려고 한다. 아직까지 생활권보상의 법적 근거가 명확히 정립되어 있지 아니한 오늘날 피수용자를 보호하기 위해서도 재산권보상의 범위를 넓이는 협의설이 타당하다. 따라서 기존의 재산권보상으로 보상 가능한 영업상 보상이나 이전료보상 등은 생활권보상에서 제외한다.¹⁵³⁾ 이하 협의의 생활권보상을 중심으로 설명한다.

1) 주거용 건물에 대한 보상특례

토지보상법은 주거의 총체적가치보상의 입장에서 주거용 건물과 관련하여 평가방법에 있어서 비준가격의 특례¹⁵⁴⁾, 최저보상평가액의 특례¹⁵⁵⁾, 타

151) 생활재건조치는 대규모 댐건설, 신도시건설, 공단조성 등으로 마을 주민 전체가 생활기반을 잃게 되는 경우에 행하여지는데 이는 보상금을 피보상자의 생활재건을 위하여 가장 유효하게 쓰여 지도록 유도하는 각종조치를 말한다. 생활재건조치수단으로는 이주대책이 중심을 이루고, 대체지 알선, 공영주택알선 또는 우선분양, 개간비 보조, 용자, 직업훈련 및 고용알선 등이 있다.

152) 다수학설이 생활보상과 생활권보상을 구분 않고 혼용하는데 대하여 박균성교수는 이를 구별하여 전자는 피수용자가 종전과 같은 생활상태를 유지하는 것을 실질적으로 보상하는 보상이라 하여 이주대책을 중심으로 하는 생활재건조치(이주대책, 국민자금지원, 가산금, 생계비 또는 주거비지급)를 이에 소속시키고, 후자를 피수용자가 당해지역에서 누렸던 생활이익의 상실에 대한 보상이라 하여 보상의 대상 내지 범위에 재산권 및 생활권을 포함시킨다(다수학설은 생활권보상으로 소수잔존자보상, 이직자보상, 사업손실보상과 전기 생활재건조치를 포함시킨다). 그리고 생활보상은 원칙적으로 입법정책에 속하는 것으로 실정법적 근거를 요한다고 한다(「행정구제법」, 박영사, 2002, 147면)

공공사업에 재편입시 가산금지급의 특례¹⁵⁶⁾ 그리고 주거이전비의 보상 등을 규정하고 있다(토지보상법시행규칙 제54조, 제58조).

2) 이농비·이어비 보상

공공사업의 고시 등이 있는 날 현재 당해 지역에 거주하고 있는 농어민이 공공사업의 시행으로 인하여 농어업을 계속할 수 없게 되어 다른 지역으로 이향하는 경우 이농비 또는 이어비를 지급한다.

이농비 또는 이어비는 지급받을 보상금이 없거나, 지급받을 다른 보상금 총액이 가족 수에 따른 1년분의 평균생계비에 미달하는 자에 한하여 지급한다(토지보상법 제56조).¹⁵⁷⁾

3) 생활재건조치(이주대책)

생활재건조치는 대규모 댐건설, 신도시건설, 공단조성 등으로 마을 주민 전체가 생활기반을 잃게 되는 경우에 행하여지는데 이는 보상금을 피 보상자의 생활재건을 위하여 가장 유효하게 쓰이도록 유도하는 각종 조치를 말한다. 생활재건조치수단으로는 이주대책이 중심을 이루고, 대체지 알선, 공영주택알선 또는 우선분양, 개간비 보조·융자·직업훈련 및 고용알선 등이 있다. 여기서는 생활재건조치의 중심이 되는 이주대책¹⁵⁸⁾에 대해

154) 건축물 평가는 보통의 경우 원가법에 의한 복성가격으로 보상하나 주거용 건축물에 대하여는 거래사례비교법에 의한 비준가격에 의하도록 하여 주거용 건축물소유자를 보호하고 있음.

155) 공공사업계획고시 등이 있는 날 현재 건축된 기존 주거용 건물로서 그 평가액이 500만원 미만의 경우에는 그 보상액은 500만원으로 하되 적법한 건물에만 적용.

156) 공공사업의 시행으로 주거용건물의 보상을 받아 다른 지역에서 주거용 건물을 매입하거나 신축한 것으로서 보상받은 날로부터 20년 이내에 다른 공공사업에 편입될 경우 그 건물 및 대지에 대하여 당해 평가액의 30%를 가산하여 보상하되 그 산정액이 1000만원 초과시엔 1000만원으로 함.

157) 지급받을 보상금이 없는 자: 가족 수에 따른 일 년분의 평균생계비
= (가계비/12월 /호당농가인구)* 이향가족 수* 12월
보상금총액이 가족 수에 따른 1년분의 평균생계비에 미달하는 자= 가족 수에 따른 12월분의 평균생계비- 보상금.

여 좀 더 살펴본다.

가) 이주대책의 의의

이주대책이란 공공사업의 시행에 필요한 주거용 건축물 제공함으로써 생활근거를 상실하는 이주자를 위해 사업시행자가 택지를 조성하여 공급하는 것을 주된 내용으로 토지보상법 제78조에 근거를 두고 있다. 최근 판례는 이주대책의 취지를 종전의 생활상태를 원상회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 이른바 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의해 마련된 제도라고 하였다.

나) 이주대책의 내용

이주대책대상자는 공공사업에 필요한 주거용 건축물을 제공함으로써 인하여 생활근거를 상실하게 되는 자이다. 따라서 타인이 소유하고 있는 건물에 거주하는 세입자, 건물소유자라도 당해 건물에 계속 거주하고 있지 아니한 자 등은 제외된다. 그리고 사업시행자가 이주대책을 수립하고자 할 때에는 미리 그 내용을 이주대책대상자에게 통지하여야 하며 관할 지자체장과 협의하여야 한다. 단, 사업시행자가 구청장 등이거나 국가기관인 경우에는 각각 도지사의 승인 또는 의견을 들어야 한다.

이주대책으로 이주정착지를 조성하는 경우 이주정착지에 대한 도로, 급수시설, 배수시설 기타 공공시설 등 당해 지역의 여건에 따른 생활기본시설이 포함되어야 한다. 사업시행자가 택지개발촉진법, 주택법 등 관계법령에 의하여 이주대책 대상자에게 택지, 주택을 공급하는 경우에는 이주대책을 수립, 시행한 것으로 본다. 주택조성지에 적합한 토지가 없는 경우 등 이주대책을 수행할 수 없는 부득이한 경우, 이주를 희망하는 자가 10호 미만인 경우, 다른 곳으로 이주를 희망하는 이주민에 대하여는 건물(토지포함)평가액의 30%에 해당하는 금액을 이주정착금으로 지급할 수 있다.

다) 이주대책에 대한 구제

158) 현행법은 주거용 건축물을 제공한 자에 대한 이주대책(제78조)과 공장부지를 제공한 자에 대한 이주대책(제78조의 2)을 규정하고 있는데, 여기서는 전자에 한한다.

이주민에게 부여하는 이주대책상의 택지분양권이나 아파트입주권 등을 받을 수 있는 지위를 수분양권이라 하는바, 이 수분양권의 법적 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라 구제방법이 다르다.

이주대책에 대한 수분양권을 절차적 권리로 보는 견해에 의하면 수분양권은 이주자가 일련의 이주대책절차에 따라 이주대책을 수립·시행하는 사업시행자에게 선정신청을 하여 사업시행자로부터 이주대책 대상자로 확인·결정을 받음으로써 취득하게 되는 공법상 권리라고 한다. 따라서 여기의 확인·결정은 단순한 절차상의 사실행위가 아니고 수분양권의 취득요건으로서 행정처분에 해당하므로 선정신청에 대하여 제외 또는 거부하는 경우에는 이에 대하여 항고소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있다 할 것이다. 그러나 사업시행자가 이주대책을 수립시 실시하지 않으면 구체적인 수분양권이 없으므로 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권의 확인 등을 구할 수 없다 할 것이다.

이에 대하여 이주대책에 대한 수분양권을 실체적 권리로 보는 견해는 수분양권은 토지보상법 제78조에 근거하여 취득하지만 사업시행자가 실제로 이주대책을 수립하기 전에는 아직 추상적인 권리나 법률상의 이익에 불과하고 이주대책을 수립한 후 비로소 구체적인 권리로 바뀌게 된다는 것이다. 따라서 사업시행자가 이주대책을 수립시행하지 아니한 경우에는 사업시행자에게 이를 청구하는 공법상 당사자소송을 제기할 수 있다. 이주대책이 수립된 후에 그 이주대책에서 제외된 이주자는 수분양권에 터잡은 분양신청을 하여 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있다.

생각하건데 이주대책이 실효적인 생활보상수단이 되기 위해서는 이주자에게 구체적인 이주대책수립청구권을 인정하고 그 이행이 없을 때에 부작위위법확인소송을 제기할 수 있도록 하여야 할 것이다.

마. 생활권보상과 정당보상과의 관계

생활권보상은 대물보상과 달리 무형적이고 비재산권적인 것으로서 수용의 대상이 되는 것도 아니고 재산권보상을 보완하는 것이어서 생활권보상은 구체적으로 어떠한 경우에 할 것인가, 댐건설 등 대규모사업이 아닌 소규모사업 등 각종 공공사업에도 적용할 것인가, 또 이러한 공공사업이 있다하여 반드시 보상할 것인가 등 모호한 점이 많으므로 이를 명확히 할 필요가 있다.

그리고 형식적인 면에서 볼때 법률이 아닌 규칙에 규정되어 실효성이 적을 우려가 있고 행정규칙에 의한 재산권제한이라는 문제가 생기므로 법률에 직접 명시할 필요가 있고, 내용적인 면에서는 단편적이고 비체계적이며 적용대상지역도 좁다. 생활권보상은 단순한 정책적 배려가 아닌 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 제23조의 정당보상의 원칙과 현대복지국가원리상 당연히 도출되는 헌법상의 권리이다. 따라서 생활권보상은 공공사업의 종류, 규모에 상관없이 보상원인이 발생하면 모든 공공사업에 적용하는 것이 원칙이라 하겠다. 다만, 사업시행자가 구체적 객관적 판단에 의하여 대물보상만으로도 종전과 같은 생활수준을 유지할 수 있다고 판단되면 적용하지 아니할 수 있다 할 것이다. 그러나 그렇지 아니할 경우에는 실질적인 생활권보상을 위하여 적극적으로 운용하여야 할 것이다. 그리고 적용대상지역도 협소하게 농촌에 머물지 말고 널리 도시영세민에게까지 확대해 나가도록 하여야 할 것이다.

기타 이주대책 수립시 이주민들의 의견(주택수요 형태, 조건 등에 관한) 수립절차보완 등 실효성 확보가 필요하고 그밖에 생활재건에 필요한 금융지원, 고용기회 마련, 교육훈련 등의 다양한 지원제도가 필요하다고 판단된다.

제3절 외국의 입법사례

외국의 입법사례 즉 미국, 영국, 독일 및 일본에서의 손실보상기준을

비교법적으로 검토함으로써 우리에게 시사하는 바를 알아보고자 한다.

1. 미국

가. Relocation Act 개요¹⁵⁹⁾

미국에서 손실보상기준을 규정하고 있는 우리나라의 토지보상법에 해당하는 법으로는 연방법 Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act of 1970(이하 “Relocation Act”라고 약칭한다)이다. 미국에서 공익사업을 위한 용지취득에 대한 보상은 이 법률의 규정에 의하여 행하여지며 그밖에 명문으로 통일적인 기준을 정한 법률이 없다. 1971년에 제정된 Relocation Act는 일반적인 보상기준과 함께 공익사업을 위한 사유재산의 취득에 따른 이주자에게 제공되는 통일적이고 형평에 맞는 급부금 등의 기준과 이전지원서비스에 대한 기준을 정하고 있다. 미국 헌법수정 제5조에 따른 수용의 경우 정당한 보상(just compensation)¹⁶⁰⁾은 오직 재산권보상에 한정되어 있어서 그 토지상에 거주하는 사람의 생활에 염두를 두고 있는 것은 아니었으나, 시대의 흐름에 따라 결국 사람의 이전에 따른 지원조치를 정한 Relocation Act가 제정되었다. 이는 정당한 보상 개념이 물적 요소로부터 인적요소(in rem에서 in personam)로 변화되었음을 보여주는 것이다. Relocation Act는 연방법으로 연방에서 직접 행하는 사업 및 연방의 보조를 받아 주 또는 자치체에서 행하는 사업(federal and federally assisted program)에 대하여서 직접 적용된다. 이

159) 이법을 소개한 문언으로는 다음 3편의 논문이 있으며 이글은 이들을 참고하여 요약한 것이다
小高剛編, “損失補償の 理論と 實際,” 住宅新報社, 1997.
최환용, “미국의 손실보상기준에 관한 연구”, 「감정평가연구」 15집1호, 2005.6, 25-44면.
박윤훈, “미국의 손실보상기준-이전자의 생활재건조치를 중심으로”, 「한국공법이론의 새로운 전개」 삼지원, 2005.6

160) 헌법수정 제14조의 규정에 따라 주의 재산수용에도 적용된다.

법률 제1장은 총칙(General Provision)으로 용어 정의 부분이고, 제2장은 통일이전재건지원(Uniform Relocation Assistance)을 규정한 것으로 이전보상에 관한 규정과 생활재건조치에 관한 규정으로, 재산상의 보상만으로 만족할 수 없는 경우를 위하여 생활재건을 지향한 규정이다. 제3장은 취득되어야 할 재산권보상과 교섭절차를 규정한 부분이다. Relocation Act를 구체화하기 위하여 1989년3월 연방규칙 C.F.R. Title 49, Part 24가 제정되었다.

나. 토지에 대한 보상

Relocation Act 제3장은 통일부동산취득정책(Uniform Real Property Acquisition Policy)에 관하여 규정하고 있다. 토지에 대한 정당한 보상을 산정하는 경우의 몇몇 원칙과 사업시행자와 권리자와의 교섭절차의 개요가 규정되어 있다. 교섭절차는 임의취득인 경우의 절차로 수용절차에 대해서는 별도의 법규가 정해져 있다.

1) 공정한 시장가치

부동산(real property)에 대하여는 수용시의 공정한 시장가치(fair market value)가 정당한 보상(just compensation)의 액수이다¹⁶¹⁾. 사업시행자는 교섭을 개시함에 있어서 보상액으로 정당한 시장가치를 제시하여야 한다고 절차적으로 규정하고 있다. 보상액이 실제로 어떤 것이어야 하는가는 전적으로 법원의 판단에 맡겨져 있다. 우리 토지보상법이 토지에 대한 보상을 공시지가를 기준으로 평가한 적정가격으로 보상하도록 규정한 것과 대조가 된다.

2) 개발이익의 배제

161) United States v. General Motors Corp., 323 U.S. 373(1945).

감정평가일 이전에 생긴 당해 공공사업에 의한 영향과 당해 사업에 의하여 토지가 취득될 것을 예상하여 생긴 가치의 증감은 이를 고려하지 아니한다(will be disregarded). 공공사업시행계획 등으로 시장가격이 상승하거나 하락한 경우에 그 증가분 또는 하락분은 보상액 산정시 배제한다는 것이 일반적이다. 162)

3) 잔지보상

토지의 일부수용의 경우에는 취득부분의 보상과 잔여지에 대한 손해(damages remaining real property)의 보상을 구분하여 명백하게 하여야 한다. 잔여지의 이용가치가 거의 또는 전적으로 없어지게 된 경우(uneconomic remnant)에는 사업시행자는 소유자에게 매수를 청구할 수 있다. 소유자는 그러한 청구가 있는 경우에는 수락 또는 거부를 선택할 수 있다. 우리나라에서는 잔여지 매수청구권이 소유자에게 있는 것과 대조가 된다.

다. 건축물 등에 대한 보상

토지에 건축물 기타의 공작물로서 부동산으로 보는 것이 존재하는 경우에 그러한 공작물이 토지로부터 분리되어야 할 경우 또는 사업시행자가 사업에 의하여 이러한 공작물이 악영향을 받을 것이라고 판단한 경우에는 사업시행자는 이러한 공작물에 대하여 적어도 토지에 대한 것과 동일한 권리(interest)를 취득하여야 한다. 따라서 건축물 등의 이전을 강제할 수는 없으며, 토지와 공작물을 일체로 수용하지 않으면 안 된다. 그리하여 이러한 공작물이 토지소유자의 소유인 경우에는 가격감정평가에 있어서는 당해 공작물은 토지와 일체의 것으로 다루어진다. 따라서 토지가격과 건축물 등의 가격과를 분리하여 산정하지 아니한다. 소유자가 소유권을 유보한

162) 박윤훈, 전계논문, 59-66면의 관련판례 참고.

공작물이 있는 경우에는 그 가격은 공제된다. 이 경우 소유자는 그 공작물을 적시에 이전할 의무가 있으며, 그 의무이행이 없는 한 사업시행자는 다른 보상의 지급을 동결할 수 있다. 가격을 일체로서 행하는 것은 임차인 소유의 건축물·구조물 및 공작물에 대하여도 동일하지마는 토지와 공작물의 소유자가 다르기 때문에 특별한 취급을 필요로 한다.

라. 이전재건금부금

Relocation Act 제2장은 피매수이전자의 이전재건에 관해 정하고 있는데 이곳에서 정하고 있는 조치는 보상이 아니고 행정상의 조치이나 실질적으로 보상으로 보아도 될 것이다. 제2장의 조치는 크게 이전재건금부금과 이전재건서비스로 나누어진다. 전자는 보상적 금전급부이고, 후자는 협의의 생활재건조치로 우리나라에서의 생활재건조치에 해당한다. 문제는 전자인바, 그것은 피매수이전자가 개인인 경우와 영업자 등의 사업자인 경우로 구분하여 규정하고 있으며 각각 급부내용이 다르다.

1) 개인에 대한 이전재건금부금

개인에 대한 이전재건금부금은 세 가지 항목으로 나누어진다. ① 동산의 이전비, ② 새 주택취득을 위한 필요한 추가비용의 급부, ③ 대체주택의 제공이다. 미국에서는 건물본체는 토지와 일체로 평가되어 그 취득가격이 토지가격에 포함되어 정당한 보상으로서 지급되며 따라서 여기에서의 이전금부금은 동산의 이전비이며 본체의 보상액이 모자라는 경우에는 차액의 급부가 된다.

가) 동산이전급부(moving cost reimbursement)

사람과 동산의 물리적 이전비가 지급된다. 피매수이전자는 실비보상(actual reasonable moving cost and related expanses)과 정액보상(fixed moving cost)중의 하나를 선택할 수 있다. 실비보상은 그 성격상 사후보

상이다. 실액보상은 사람과 동산의 이전비의 실액으로, 운송업자의 합리적인 운송실비(actual reasonable moving cost)에 관련비용을 더한 것이다. 자기가 직접 운송하는 경우에도 마찬가지이다. 원칙적으로 최대 50마일까지의 이전비로 제한된다. 관련비용은 ① 동산의 포장 및 해체비용 ② 가정용기구의 해체 및 설치비용 ③ 동산의 일시보관비용, ④ 보관 및 운송의 보험료, ⑤ 전화·전기·가스 등의 접속비용, ⑥ 기타 사업시행자가 적당하다고 인정하는 비용 등이다. 이전비 및 관련비의 어느 것도 사업시행자의 입장에서 보아 필요하고 합리적인 것으로 인정되는 것이어야 하며 또한 영수증 또는 발생비용의 증명서를 요한다.

다음에 정액보상은 주가 방의 수에 따라 기준표를 만들고 이전에 수반되는 모든 비용이 포함된 것으로 작성되고 있다. 그리고 이전식 주택의 이전에 대해서도 이전처로의 이동에 소요된 실적비용과 그 점유자이전의 실액비용이 지급된다.

나) 대체주택의 취득비용추가급부(replacement housing payments)

대체주택의 취득비용은 본래적 보상으로 당연히 행하여지는바, 그것과는 별도로 아래와 같은 추가적인 조치가 행하여진다.

먼저 피매수이전자가 취득해야할 동등의 대체주택(comparable replacement dwelling)의 요건은 다음과 같다. 여기에서 동등의 대체주택이란 종전주택의 주택과 대체주택이 기능적으로 서로 동등하다(functionally equivalent)는 것이다. 그리고 동등의 대체주택은, 일정수준의 버젓하고(decent), 안전하며(safe), 위생적(sanitary)이어야한다. 이와 같은 decent, safe, sanitary 라는 요건을 충족한 주택을 DSS 주택이라고 하며, 여기에서 논의하고 있는 급부항목을 운용함에 있어서 매우 중요한 개념이다. DSS 주택은 종전주택과 전적으로 동일한 형태의 것일 필요는 없다. 그것은 생활이 동등정도가 가능할 것을 요하며, 종전주택에 있어서와 생활스타일이 유지되면서 종전주택과 같은 정도의 쾌적함(amenity)을 가진 것이어야 하며. 이에 더하여 ① 점유자(본인과 가족)를 수용할 수 있는

적절한 크기의 것이며, ② 불합리하고 유해로운 환경조건이 문제되지 아니한 지역에 위치하고, ③ 공익시설, 상업시설 및 공공시설과의 관계에서 현재의 위치보다 나쁘지 아니한 지역에 위치할 것이며, ④ 근무지에 합리적으로 접근이 가능하고, ⑤ 주거의 크기에 통상적으로 갖추어야 할 부지관련시설을 갖춘 부지에 위치할 것이며, ⑥ 사적 시장에 용이하게 접근할 수 있어야 하고, ⑦ 새 주택을 구입하거나 임대하는 경우의 비용이 본인의 수입범위 안에 있어야 한다. 임차인의 경우, 주택임대료와 관리비(utility cost)의 합계가 종전 주택의 그것을 초과하지 아니한 경우 또는 한 달의 조수입의 30%를 초과하지 아니한 경우에는 본인의 수입범위 안으로 본다. DSS주택에는 또한 기술적인 요건이 있다. 그것은 연방규칙에 정하여져 있는 최저요건에 합치되고, 주택. 거주관계법령에의 적합할 것을 의미한다. 그러한 요건은, ① 구조적으로 견고하여 풍우에 견디고 잘 수리되어 있어야 하며, ② 조명과 전기기구에 적합한 안전한 전기배선이 되어 있어야 하고, ③ 건강에 알 맞는 온도(화씨 약 70도)를 유지할 수 있는 난방시스템이 있어야 하며, ④ 피매수이전자에게 적합한 방과 living room이 갖추진 규모이어야 하고, ⑤ 밝고 환기가 잘되며, 프라이버시가 유지되는 욕실과 세면대, 상하수가 적절히 되어지는 것 ⑥ 부엌은 충분한 주방이 있고 냉온수, 배수설비가 있고 주방기구와 냉장고 공간과 전기 가스접속이 있을 것 ⑦지표면의 안전한 open space에의 자유로운 출구가 있을 것 ⑧ 출입구의 지장, 신체장애자의 이용에 지장이 없을 것.

그리고 대체주택취득비용의 추가급부는 세 가지의 기본형이 있다. ① 구입비차액지급, ② 임대료차액급부, ③ 선불계약금급부(downpayment)가 그것이다. 피매수이전자가 소유자인가 임차인인가 그리고 어느 정도 기간 거기에서 살아왔는가에 따라 이러한 구분이 생긴다.

다음에 구입비차액급부는 소유자로서 180일 이상의 점유자가 지급 받을 수 있는 자격을 가지며, 그 재산에 대한 정상적인 거래가격의 보상에 추가하여(addition to the fair market value of your property) 종전주택에 대

한 보상이 당연히 지급되고 이에 추가하여 지급되는 것이다.

그리고 임대료차액급부를 지급 받기 위하여서는 소유자로서 점유자이거나 임차인이 교섭의 직전 90일 이상 주택을 점유하고 있는 자이어야 한다. 지급액은 피매수이전자(소유자, 임차인)가 최대 42개월간 DSS주택을 임대할 수 있도록 지급된다.

그리고 선불계약금은 새로운 DSS주택을 취득하는 경우의 준비금의 급부(downpayment)이다. 90일 이상 179일 이하의 소유점유자 또는 90일 이상의 임차인이 그것을 받을 자격이 있다. 준비금 급부에 더하여 부대비용의 지급을 받을 수 있다. 준비금의 금액은 사업시행자가 결정하는바, 대개의 경우 사업시행자는 위에서 본 임대료차액급부로서 계산한 금액을 한도로 결정한다.

다) 대체주택제공

대체주택취득을 위한 급부항목으로서 최후수단인 대체주택제공(housing replacement by federal agency as last resort)이 있다. 이는 예외적인 항목이라 하겠다. 어느 장소에서 공공사업이 시행되는 경우에는 필요한 주택의 공급이 부족한 경우가 있다. 이러한 경우에는 사업시행자는 최후수단으로서 대체주택제공이라는 행정수단에 의하여 문제를 해결한다. 또한 동등의 주택이 없다면, 5,250달러 또는 22,500달러의 한도액으로서는 취득할 수 없는 경우에는 이전교섭에 들어가기 전에 사업시행자에 의하여 주택제공이 행하여져야 한다. 사업시행자는 다음과 같은 방법으로 필요한 주택을 제공한다.

- ① 기존의 동등주택을 구입하여 그것을 피매수이전자의 종전재산과 교환한다.
- ② 사업으로 취득한 다른 주택을 이전 배치하거나 필요에 따른 수선을 행하여 그것을 피매수이전자의 종전재산과 교환한다.
- ③ 기존의 주택을 구입, 수선, 증축에 의하여 그것을 피매수이전자의 종전재산과 동등의 것으로 개량한다.

- ④ 토지를 구입하여 종전재산과 동등의 주택을 건축한다.
- ⑤ 기존의 주택을 구입하여 장애가 있는 자에게 맞게 수선한다.
- ⑥ 5,250달러 또는 22,500달러의 한도액을 초과하여 지급한다.
- ⑦ DSS주택의 건축 또는 그 계약을 위하여 직접 용자한다. 가장 중요한 것은 피매수이전자가 선택한 주택은 DSS기준에 합당한 것이어야 한다.

2) 영업자, 농업인 및 비영리단체에 대한 이전급부금

가) 영업자, 농업인 및 비영리단체의 경우의 소유자 또는 임차인에게는 이전비급부가 행하여진다. 개인의 경우에 인정되는 주택취득비의 추가급부나 최후수단으로서의 주택제공은 행하여지지 아니한다. 이전비급부로서는 실액보상이나 정액보상중 하나를 받을 수 있다. 실액보상은 전문적인 운송업자 또는 스스로 행한 운송의 합리적인 비용과 관련비용을 지급한다. 관련비는 동산의 손실, 대체지 탐색비, 사업재건비 등이다. 실액보상은 일정한 요건을 충족한 경우에만 인정된다.

나) 실액보상

- ① 사람과 동산의 이전비용: 실제로 이전에 지급된 합리적이고 필요한 운송비가 지급된다. 운송영업자가 운송하거나 스스로 운송하거나 상관없다. 영수증이나 발생비용증명서가 필요하다. 사람과 동산의 이동, 운송비에 더하여 기계, 장치 기타의 동산의 포장비(Packing), 담는 용기비(crating), 포장해체비(unpacking), 용기해체비(uncrating), 전기가스해체비 disconnecting), 벽외장철거비(dismantling),이전비(removing), 재조립비(reassembling), 재부착비(reinstalling) 등의 비용이 지급된다.
- ② 유형동산의 직접손실: 영업자, 농업인 또는 비영리단체는 이전 또는 조업중단에 의하여 생긴 유형동산의 직접손실실액에 대하여 지급을 받을 수 있다. 그 금액은 종전의 지역에서의 계속사용자산의 가격에서 매각액을 감한 금액(즉 매각손) 또는 그것을 이전하는 경우의 평가이전비용액 중 낮

은 금액이다.

③ 탐색비 : 영업자, 농업인 및 비영리단체는 대체부동산의 탐색에 요한 합리적인 실비를 지급 받는다. 1,000달러를 한도로 한다. 여행중의 교통비, 식비 및 숙박비, 탐색중의 합리적 시간비용, 부동산업자, 중개인 또는 상담자에의 수수료 기타 사업시행자가 합리적이고 필요하다고 인정하는 비용이 포함된다.

④사업재건비용: 소규모영업자, 농업인 또는 비영리단체는 10,000달러를 한도로 하여 새로운 토지에 사업을 이전하고 재건하는데 요하는 실제의 비용을 지급 받는다.

다) 정액보상

영업자, 농업인 또는 비영리단체는 실액보상에 갈음하여 일괄 정액보상을 받을 수 있다. 정액보상은 최저액 1,000달러, 최고액 20,000달러이며 법정액이다. 영업자의 정액보상에 대하여서는 사업시행자는 다음과 같은 경우에만 그 수급자격을 인정한다.

- ① 당해 영업자가 이전하여야 할 동산을 소유하고 있거나 임차하고 있는 경우.
- ② 이전의 결과로 고객이 크게 감소한 경우.
- ③ 이전하는 영업소가 동일한 영업을 행하는 3개 이상의 영업소의 하나가 아닐 것.
- ④ 당해 영업소가 이전 직전 2년간의 그 영업소를 포함한 기업전체의 소득에 실질적으로 공헌하였을 것.

3) 이전재건금부금의 특색

가) 보상과 행정조치의 이원화

우리나라에서는 이전비 등 통상 발생하는 손실의 보상(통손보상)이 헌법

상의 보상인데, 이전재건금부금은 헌법상의 보상은 아니다. 우리 토지보상법에서도 대가보상과 통손보상을 다 함께 당사자 간의 협의 또는 토지수용위원회의 재결절차를 거쳐 보상하도록 되어 있으나 미국의 경우에는 보상과 행정조치의 이원적 구조로 되어 있고, 보상의 범위는 좁게 되어 있다. 다만 첫째로 수용절차에 들어간 피매수이전자에 대하여서도 재판 외에서 이 법률에 의한 이전재건금부금이 지급됨으로 결국 보상금과 금부금은 지급의 절차가 다를 뿐이며, 피매수이전자의 입장에서는 보상과 다를 바가 없다. 둘째로 그리하여 여기에서의 이전금부금은 동산의 이전비이며, 또한 건물 본체의 가치는 토지와 일체로 평가되어 정당한 보상으로 지급된다. 보상액이 부족한 경우에 차액금부에 해당한다. 우리나라에서는 건물이전비와 동산이전비는 동일한 성격을 가진 것으로 다루어지지만 미국에서는 동산이전비는 보상이 아니고, 행정조치로 행하여진다. 여하튼 미국의 이전재건금부금의 지급은 피매수이전자 개인별로 이전전과 동일한 정도의 생활을 재건하기 위하여 구체적으로 필요한 구입비의 차액지급 또는 임대료 차액지급이 행하여지며, 최후수단으로 대체주택이 제공되는데 있다고 하겠다.

나) 실액사후보상

이전금부금은 원칙적으로 실제로 들어간 비용에 대하여 이를 사후에 지급하도록 되어 있다. 우리나라에서는 보상은 원칙적으로 사전에 산정하도록 되어 있으나 통상적으로 실제로 요하는 금액을 산정한다, 그러나 이주대책이나 이주정착금은 실제 요하는 금액에 의하여 산정한다고 할 수 없다. 보상금의 지급시기에 관하여 헌법상 사전급여 하여야 하는 것은 아니지만 사전급여야 하는 것으로 보고 있으며¹⁶³⁾ 실제로 들어간 금액을 그대로 보전하여 주는 것이 생활재건이라는 관점에서 보아 철저하고 과부족이 없도록 하기 때문에 극히 합리적이다.

163) 토지보상법 제62조.

다) 영업보상

미국에서는 우리나라와 같은 영업보상은 행하지 아니한다. 정규보상에 포함되지 아니함은 물론, 행정조치인 급부금의 대상도 되지 아니한다.

마. 이전재건지원서비스(relocation planning, assistance coordination, and advisory services)

연방 또는 연방에 의하여 지원되는 사업으로 인하여 이전되는 개인, 가족, 사업 또는 농업은 적절한 이전을 위하여 이전재건서비스가 제공된다. 이전재건서비스는 사업시행자에게 고용된 이전재건상담원에 의하여 제공된다. 우리나라의 용지담당자와 달리 미국의 경우는 정식으로 상담원제도가 채택되어 있고, 또한 그 직무를 상세히 규정하여 이전재건상담서비스를 법률상의 의무로 하고 있는 점에서 특색이 있다. 상담서비스는 매수지의 인접지에 중요한 경제적 손실이 발생한다고 인정할 때에는 그 인접지의 소유자에게도 제공한다.

1) 주택이전지원 서비스

DSS주택이 취득 가능한 경우가 아니면 이전을 요구할 수 없도록 되어 있으므로, 사업시행자는 이전재건상담원으로 하여금 이전하여 이전재건상담원은 다른 기관과도 연계되어 있으며, 연방·주·자치체의 피매수이전자에 대한 주택제공에 대한 정보도 제공한다. 상담원은 또한 자치체·주·연방의 피매수이전자에 대한 재정조치 및 지원조치에 대해서도 조사하고 조언한다.

2) 사업 및 농업이전지원 서비스

이전상담원은 사업장 또는 농업을 이전하는 경우에는 관련 사업장과 농장의 목록(listings of commercial properties and farms)을 확보한다. 지원

서비스는 이전하는 사업과 농업이 이주장소에서의 적응가능성을 높이고 경제적인 어려움을 감소하기 위하여 단계별로 행하여진다.

3) 다른 기관에 의한 지원 서비스

이전상담원은 다른 공적기관 또는 사적기관에 의하여 주어지는 서비스에 대하여 잘 알고 있다. 이주자가 특별한 문제가 있어 필요로 하는 경우에는 상담원은 전문가를 확보하고 있는 이들 기관의 서비스를 확보하도록 모든 노력을 다할 것이다.

4) 기타의 서비스

사업시행자는 사업지역의 인근에 이전재건사무소(relocation)를 설치할 수도 있다. 사업시행자가 필요하다고 인정할 때에는 야간에도 문을 열며, 각종의 정보가 갖추어져 있다. 예를 들면 취득 가능한 대체재산의 목록, 자치체 주택조례, 건축법규, 사회 서비스 정보, 임차보증금(security deposits)의 정보, 용자의 이자율과 기간에 관한 정보, 주택취득을 위한 선금의 표준적인 금액에 대한 정보, 연방 용자정보, 부동산세정보 등이다.

5) 이전지원목록(Relocation Advisory Assistance Checklist)

목록은 이주자가 합리적으로 기대할 수 있는 지원서비스를 요약한 것이다. 여기에 기재된 서비스 이외에 사업시행자는 그들의 이전지원활동을 이전자가 정당하고 계속적인 지원을 받을 수 있도록 이전을 야기한 다른 기관들의 지원활동과 조정하여야 한다. 다른 중요한 이익들은 사회보장을 받을 이익(Social Security Eligibility), 사회복지를 받을 이익(Welfare Eligibility), 소득세(Income Tax) 기타의 이익 등이며, 이주로 인하여 이들 이익에 불리한 영향이 있어서는 아니 된다. 이주지원을 위하여 받은 급부는 1954년의 내국세법의 적용 또는 사회보장법에 의한 자격이나 그 정도의 결정 그리고 그 밖의 연방법률을 적용하기 위한 소득으로 간주되지 아

니한다.

6) 권리구제절차

자기가 받을 이전지원서비스 또는 이전지원금부금의 금액을 사업시행자가 잘못 결정하였다고 생각하는 이주자는 사업시행자에게 문서로 불복을 제기할 수 있다. 권익이 침해된 경우에는 신속하고 정식의 청문의 기회가 부여된다. 그리고 불복에 있어서는 스스로의 비용으로 변호사나 기타의 자의 조력을 받을 수가 있다. 사업시행자는 신속하게 불복을 심사하여야 하며, 공정하고 충분한 심사를 확보하기 위하여 모든 관련 증거를 심사하여야 한다. 사업시행자는 이유를 붙인 결정을 하고 문서에 의하여 통지하여야 한다. 만약 이전자가 그 결정에 만족하지 못한 때에는 사업시행자는 법원의 소송의 제기를 권고한다.

바. 기타의 보상

기타보상에 대하여 우리나라는 "기타 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실의 보상 등에 대하여는 국토해양부령이 정하는 기준에 의한다"는 포괄적 규정을 두고 있으나(토지보상법 제79조4항), 미국에서는 그러한 규정을 두고 있지 않다. 판례법·보상실무·감정평가실무에 맡겨져 있다 하겠다.

사. 우리나라의 제도와 비교

Relocation Act를 생활재건이라는 관점에서 우리의 제도와 비교하여 보면 상당한 부분에 있어서 유사하다. 다음 사항은 우리가 유리하다.

- 1) 이전료는 보상이 아니고 행정조치의 형식을 취한다.
- 2) 법정한도액이 있다.
- 3) 영업보상이 없다.

그러나 다음 사항은 도입을 검토할 만한 점들이다.

- 1) 피매수이전자의 특수사정을 가능한 한 고려한다.
- 2) DSS대체주택을 당연히 취득할 수 있으며, 그것이 종전 주택의 가격을 넘는 것을 당연한 전제로 해서 차액에 대해서 추가보상을 하고, 융자관련 이자차액보상도 존재한다.
- 3) 동산이전비의 보상은 영수증을 제출하는 사후급으로, 실제로 든 비용이어서 생활재건상의 확실성이 높다.
- 4) 최후수단으로서 주택제공이라는 수단이 있고 저소득자에게 행하여진다. 구입비차액한도액을 초과하여서도 제공된다.
- 5) 이전재건상담원에 의한 이전재건지원조치가 상세하게 법정되어 상담원의 직무가 명확하고, 피매수이전자가 서비스를 받을 권리가 있음을 확실하게 하고 있다. 특히 DSS주택이 마련되지 않고는 이전이 강제되는 경우가 없도록 보증하는 직무규정이 중요하다.

2. 영국

가. 보통법에 의한 부동산소유권의 보장¹⁶⁴⁾

영국에서는 존 로크의 소유권론의 등장 이전부터 사적 소유권의 보장은 국가의 기본법의 하나로 인정되어 왔다. 재산권의 신성성은 영국 보통법(Common law)의 주요 원리의 하나로 사적소유권은 기본권에 포함된 것으로¹⁶⁵⁾ 그 중에서 인격의 자유의 일환으로서 현재에도 유지되고 있다. 그러므로 부동산소유권도 재산권과 관련된 기본권 내지 인격적 자유의 일부

164) 영국의 손실보상제도에 관하여는 감창희의 “행정상 손실보상의 기준 및 내용에 관한 연구”(경희대학교 대학원 박사학위논문, 1999) 제3장 제1절 영국의 제도를 참고, 요약한 것이다.

165) J.W.Gough, Fundamental Law in English Constitutional History (Oxford clarendon Press: 1955).P.54.

이고 그 보장은 기본법에 속하고 보통법원리의 중핵 부분을 차지한다고 말할 수 있다. 영국 토지법에서는 토지는 법형식상으로는 국왕에게 소유되어 있고, 토지소유자는 모두 국왕으로부터 임차인이 된다는 것이다. 그러나 실제상으로는 임차인에게 의거한 소유권의 한 형태로서의 자유토지 보유권원은 소유권과 동등한 것으로 취급되고 그것은 토지의 이용 및 처분의 자유는 보통법에 의해 보장되어 왔다. 보통법에 의해 보장해온 재산권의 이용 및 처분에 관한 개인의 자유는 수많은 행정법규에 의해 점차로 좁혀져 온 것으로 보여 진다.

나. 손실보상법규의 연혁

영국에서는 일찍이 “王은 惡을 행할 수 없다”(The King can do no wrong)라는 절대주의적인 국가무책임의 원칙이 지배하였으나 공용수용에 따른 손실보상은 그와 같은 원칙이 지배되지 않았다.¹⁶⁶⁾ 손실보상에 관한 법률은 모두 성문법 형식으로 제정되었음이 특이하다.

1541년에 수용 및 손실보상에 관한 최초의 법률로서 ‘글로스터의 導管에 관한 法律’ (The Bill for the Conduit at Gloucester)이 제정된 이후 손실보상의 근거는 각 수용관계법규에서 개별적으로 규정하였다. 그 결과 다양하고 복잡하게 전문개별법이 난립되었으며, 1845년에 이르러 비로소 토지수용에 관한 일반법인 토지조항통합법(Land Clauses consolidation Act)이 제정되어 손실보상에 관한 일반원칙이 만들어졌다. 그것은 판례를 통하여 이루어진 피수용자의 주관적 가치를 기준으로 하며, 현재 누리고 있는 편익가치, 당해 토지의 주관적인 이용가치, 장래 기대이익이 고려되어야만 할 것을 명확히 하였다(모든 감정가치는 제외하고 또 개발이익은 공제되는 것으로 했다)¹⁶⁷⁾. 동법이 인정한 손실보상은 피수용자의 주관적 가치를

166) H. Street, Government Liability- A Comparative Study (Cambridge University Press, 1975). pp.2.

기준으로 하여 피수용자의 장래의 기대이익에 10%의 부가금을 가산되는 것이었다. 1919년에 토지취득법(Acquisition of Land Act)을 제정하여 보상의 기준을 수용목적물의 객관적 가치, 즉 시장가치로 함과 아울러 10%의 부가금제도를 폐지하여 보상액산정의 합리화를 도모하였다. 그러나 이 법률도 1961년에 제정된 토지보상법(Land Compensation Act)에 흡수되었다. 토지보상법은 토지보상에 관한 일반법으로서 보상액의 산정기준을 구체화하고 그 결정권을 토지심판소에 부여하여 수용의 절차 및 보상액의 산정절차를 엄격히 규제하였다. 특히 1947년에 도시계획법은 토지개발권을 국유화하여 중앙토지청에 부여하고 토지의 강제취득에 대한 보상액은 개발로 상승된 가치는 배제토록 하였다.

다. 손실보상의 기준과 범위

1) 손실보상의 일반적 기준

영국에 있어서의 손실보상의 기본원칙은 처음에는 소유자의 주관적 가치를 기준으로 하였으나 1919년 토지취득법에 의하여 일반시장의 거래가치를 기준으로 하였고 그것이 오늘에 이르렀다. 1961년의 토지보상법 제5조는 다음과 같이 토지보상의 평가기준에 관한 획기적인 기본원칙을 규정하고 있다.¹⁶⁷⁾

- ①재산의 취득이 강제로 행하여진다는 이유로 특별한 지출이 고려되어서는 안 된다.
- ②토지가격의 평가는 일반시장에서 팔 의사가 있는 매도인이 토지를 매각할 때 기대되는 가격에 상당할 것을 원칙으로 한다.
- ③토지가 어떤 특별목적에 대한 적응성을 갖지 아니할 때에는 그러한 특

167) 高原賢治, “財産權と 損失補償” 有斐閣, 1978, 126頁.

168) David M. Lawrence and Victor Moore, Compulsory Purchase and Compensation. 5th ed (London: the Estates Gazette limited, 1972), p. 100-108.

별한 가치는 보상평가에 고려되지 않는다.

④ 토지의 가격이 토지심판소에서 금지되고 있는 방법이나, 법 또는 공중위생에 위배되는 방법 등에 의한 이용으로 말미암아 상승했을 경우에는 그것은 보상평가에 고려하지 않는다.

⑤ 교회나 학교등과 같이 이윤을 목적으로 하지 않는 용도로 토지가 사용되고 있기 때문에 그 토지에 대한 시장성이 없거나 일반적인 수요가 없는 경우에, 다른 장소에서 동일하게 건설하는 것이 정당한 것으로 토지심판소에서 판단할 때에는 재건에 필요한 비용을 기준으로 하여 평가한다.

⑥ 전술한 제2의 원칙은 토지자체의 가치와 직접 관계없는 수용으로 인한 기타의 손해에 대한 보상을 배제하는 것은 아니다.

이밖에 토지보상법은 다음의 원칙을 추가하고 있다.¹⁶⁹⁾

① 수용계획으로 인하여 증가하였거나 감소된 토지의 가치는 고려하지 않는다.

② 수용으로 말미암아 동일 토지소유자의 인근 토지의 가치가 상승하였을 때에는 보상액과 그 상승가격을 상계한다.

③ 수용의 대상이 될 것이라는 보도로 말미암아 발생한 토지가격의 저하는 고려하지 않는다.

그리고 1965년 강제매수법은 “--토지소유자의 잔여토지로부터 분리됨으로써 토지소유자에게 끼친 손해 내지는 잔여토지에 불리하게 끼친 손해에 대하여서는 보상을 고려하여야한다”고 규정하고 있다.¹⁷⁰⁾ 특히 사업시행자는 이러한 잔여지 보상이나 이익침해에 대한 보상을 위하여 토지소유자에게 손실보상을 청구하게 한다든지 또는 진입로, 축대 등의 건설이라든가 기타의 시설의 편익을 갖추어 주는 이른바 조정공사를 해주기도 한다. 그리고 사업시행자가 시행한 공사로 인하여 손해가 발생한 경우에는 첫째

169) David M. Lawrence and Victor Moore, op.cit., p.92, p.108.

170) 강제매수법 제7조.

로 수용된 토지가 부작위약관의 적용을 받을 경우, 둘째 기업자가 시행한 공사로 인하여 일조권이 침해된 경우, 셋째 기업자의 수용으로 말미암아 통행로가 폐쇄되었거나 통행의 부자유로 인하여 토지가치가 감소되었을 경우에는 보상청구권을 인정한다.

2) 손실보상의 구체적 범위

강제취득된 토지에 대한 권리의 보상은 취득객체의 가치보상, 방해보상, 침해적 영향보상의 구체적 범위에 의해 받아들여지며 각 범위의 내용마다 보상액이 산정된다.

가) 취득객체의 가치보상

소유자 자신이 이용한 경우에는 그 토지가 만약 공개시장에서 자발적인 매수에 의해 팔렸다면 실현했다고 기대되는 금액, 곧 공개시장가치의 보상이다.¹⁷¹⁾ 토지의 공개시장가치는 현재의 이용가치 및 기대할 수 있는 개발가치라는 두 가지 요소로 구성되어 있다. 현재 이용가치에 관해서 토지의 일부가 강제매수 되었기 때문에 잔지에 가치감소가 생겼을 때는 그것에 대한 보상이 행해진다. 기대할 수 있는 개발가치에 관해서는 영국에서 실질적으로 거의 모든 개발이 개발허가 없이는 합법적인 것이 될 수 없기 때문에 토지취득 당국이 아직 개발허가를 받지 못한 경우는 현재의 이용가치를 넘는 액을 지불할 수 없는 것으로 풀이된다. 한편 강제취득된 토지에 대한 평가는 감정평가사나 변호사에게 평가의뢰 된다. 보상액을 결정하는 것은 토지의 취득당국이지만 취득당국의 평가액에 합의하지 않는 자는 우선 그 토지가 속한 지방의 참사회에 대해 적절한 선택적 개발에 대한 증명의 발행을 신청한다. 토지의 강제취득에 대한 합의가 이루어 지지 않을 때에는 소유자는 토지심판소에 사건을 제기할 수 있다.

임차권이 설정되어 있는 경우, 현재 이용가치에 대해서는 임차권의 잔존

171) LCA (the Land Compensation Act 1961) 1961, section 5(2).

기간 등을 고려해서 또 기대이익에 대해서는 토지의 강제매수가 없으면 임차권을 유지하고, 이용을 계속한 경우에 가질 수 있는 이익을 고려해서 보상액이 조정된다.¹⁷²⁾

나) 방해보상

방해보상¹⁷³⁾은 제정법이 아닌 판례법의 원리로서 인정되는 것이다. 방해보상에서 말하는 방해란 취득 당국에 의한 공공사업의 수행에 따라서 생기는 재산에 대한 직접적인 방해를 의미한다.

강제취득을 받은 자가 강제취득이 없으면 필요 없었을 것이라는 일정한 행위나 비용의 지출을 해야만 하는 것을 통해서 발생하는 피해를 의미한다. 주로 합리적인 이전비용에 대한 보상이다. 예컨대 이전을 요하는 물건의 제거비용, 수용당하기 이전의 새로운 물건의 탐색 및 취득에 부수되는 비용, 새로운 거주공간의 대체비용이라는 이전 가능한 동산의 이전 및 취득의 비용, 전화의 재가입비용, 물건의 양도에 관한 법률상의 비용 등을 포함한다. 방해에 대한 보상은 수용된 토지의 임차인에 대해서도 지불된다. 더욱이, 예컨대 강제매수된 건물이 장애자용으로 특별한 구조나 설비를 갖추고 있을 때는 그것과 동등한 주거의 구입 혹은 수선에 필요한 비용의 증가를 고려해서 보상액이 산정된다.¹⁷⁴⁾방해보상과는 별도로 방해지불이 제정법에 의해 인정되고 있다. 이것은 방해보상의 대상이 되지 않는 일정한 케이스에 있어서 강제취득이 사실상은 발생하고 있음에도 불구하고 청구자 스스로는 강제적으로 취득된 이익을 조금도 가지지 않고 단순히 점유를 빼앗긴 것에 지나지 않는 것에서부터 보상을 받을 수 없는 경우에 일정한 지불을 인정하는 것이다. 더욱이 특정한 물건에 관해서는 그

172) DOE and WO, Land Compensation 4, p.4, para.1.

173) LCA 1961 (the Land Compensation Act 1961) section5 (6).
LCA 1973 (the Land Compensation Act 1973), section 46.

174) DOE and WO, op.cit., pp.19-20, pp. 54-65.

특별한 성격에 착안해서 추가적인 지불이 인정된다. 농장상실에 대한 지불과 주거상실에 대한 지불이 그것이다.

다) 침해적 영향보상

침해적 영향보상은 강제취득의 대상이 되지 않았던 토지에 대해 공공사업에 의해 야기된 가치감소를 보상하는 것이다. 따라서 이 보상은 통상 기본적으로는 조금도 토지의 강제취득 상대방이 되지 않지만 제정법상의 권한이 주어진 당국의 활동에 의해 토지의 가치감소를 입은 자의 청구에 대해서 지불된다. 침해적 영향에 의한 재산가치의 감소는 도로건설, 비행장 건설, 그 외 공적개발, 공적개발에 의한 토지의 이용변경 등에 의해 소음, 진동, 악취, 가스, 연기, 인공적 조명, 고체 혹은 액체의 배출 등의 물리적 요인에 의해 발생된 50파운드 이상의 가치감소이어야 한다. 또한 그것은 도로나 항공의 건설공사에서 발생한 것이 아니라 개발후의 이용으로부터 발생한 것이어야 한다.¹⁷⁵⁾ 보상액은 그런 물리적 요인이 새롭게 생기거나 기존의 물리적 요인이 증대한 경우에 그것들이 없었을 때 재산의 시장가치와 현재의 시장가치의 차액을 기초로 해서 이것에 합리적인 감정이나 법률상담에 필요한 비용도 포함하지만, 조망의 상실, 개인적인 불편, 거래기회의 상실 등에 대한 보상은 포함되지 않는다. 당국의 개발에 의해 재산가치가 증가했을 경우는 그 증가분은 이 보상액과 상쇄된다. 또한 토지의 일부를 취득함에 즈음하여 경계선상의 벽이나 문이 헐었을 때는 피보상자는 법률상의 권리로서 금전에 의한 보상청구로서 그치지만, 실제로는 조정사업으로 피보상자와의 합의에 의거해 새로운 경계에 새로운 입구, 담, 벽, 문등을 설치하는 것이 통상 행해지고 있다.¹⁷⁶⁾

175) Cf. LCCA 1845, section 63; CPA 1965, section 7; DOE and WO, Land Compensation 2, pp.9-10, paras. 28-29; ibid. 4, pp.18-19. paras. 41-42.

176) DOE and WO, op.cit., p.22, p.72.

3) 사회보장적 조치

기타 주거의 상실에 대해서는 몇 개의 부가적 조치가 제정되어 있다. 먼저 구 주거에 대한 보상금으로는 새 집을 매수하기에 충분하지 않거나 수입이 적기 때문에 새 거주지의 매수에 필요한 용자를 받을 수 없는 자에 대해 지방당국이 저당권부 용자를 제공하고 있다. 다음으로 주거가 강제취득된 경우, 강제취득의 권한을 가진 당국과의 합의에 의해 주거가 매각된 경우, 재개발이나 개량을 위해 주거가 매각된 경우, 인간적 주거로서 부적절하다고 선언된 경우, 그 외의 이유에 의해 영속적으로 주거를 이전해야만 하는 자가, 강제취득명령이 공시된 날, 매매의 합의가 행해진 날, 혹은 그 외의 조치가 취해진 날에 있어서 일정한 기간의 주거용 건물을 충족시키는 경우에는, 이 자가 그밖에 합리적인 조건에 맞는 적절한 주거를 확보할 수 없었을 때는 지방의 주택당국이 이 자에게 새 주거를 제공할 의무를 부담한다.¹⁷⁷⁾이 의무의 이행방법은 특히 한정되어 있지 않지만 당국이 소유하는 주택으로 매각된 가능한 것의 매각, 주택의 취득 및 전매, 당국과의 공유형태에 의한 주택의 제공 등이 있을 수 있다. 특색은 지방의 주택당국에 의한 이런 제공의 조치는 손실보상과는 독립적인 제도로서 위치를 부여받고 있다. 따라서 만약 취득당국이 주거상실에 대해 새 거주지의 제공을 받았다는 이유로 손실보상액을 감액하거나 하는 일은 위법이라고 하겠다.

라. 특색

영국의 손실보상법 및 손실보상기준의 특색은 다음과 같다

1) 영국의 손실보상의 내용은 수많은 제정법 및 그것들에 관한 판례법의

177) 불법침해자나 악화(재산가치의 하락)통지의 송달을 한 사람은 신거주제공으로의 권리를 가지지 않는다.

축적에 의해 취득객체의 가치보상, 방해보상 및 침해적 영향보상의 3개의 종류로 되어있다. 이것들의 보상기준은 우리나라의 손실보상법이 수용하는 토지에 대한 혹은 그것에 관한 소유권이외의 권리에 대한 보상 및 토지 등의 취득 혹은 사용에 의해 통상손실을 보상기준의 두 개의 축으로 하고 있는 것과 비교하면 체제구성상의 차이가 있고 영국의 손실보상이 구체적 범위가 3가지 유형으로 세분화 되어있어서 많은 참고가 된다고 볼 수 있다.

2) 영국의 손실보상법에 있어서는 엄밀한 의미에서의 보상과는 개념적으로 구별되는 지불에 의해 보상의 불충분한 점이 기능적으로 보충되어 있고 그것에 대해서는 취득당국에 비교적 대폭적인 권한이 인정되어 있는 방해보상이나 또 손실보상과 사회보장적 조치가 기능적으로 연결되어 있고 사회보장적 조치로서도 복수의 메뉴가 제정되어 있는 것 등에도 특색이 있다.

3) 영국의 손실보상법에서는 주택이나 농지라는 특정의 재산, 그 중에서도 주택에 관해서는 특별한 배려를 기울이고 있는 점에도 특색이 있다.

3. 독일

공용침해와 손실보상을 규정한 연방법 중 가장 중요한 것은 건설법전(建設法典)이다. 건설법전은 우리나라의 토지보상법과 유사한 내용을 담고 있다.¹⁷⁸⁾

가. 토지보상

178) 독일의 손실보상제도는 김창휘의 전계학위논문을 참고, 정리한 것임.

수용에 의하여 발생한 권리손실에 대한 보상은 피수용토지나 기타 수용 대상의 거래가치(동법 제194조)에 의하여 결정된다. 거래가치는 수용청의 수용재결의 시기를 기준으로 한다(동법 제95조제1항).

가격시점이 재결시이고 보상기준이 거래가치인 점에서 우리 토지수용법 제정당시와 같다. 거래가치에 의한 보상은 토지소유자로서는 동등한 가치의 것을 재구입할 수 있다는 것을 원칙으로 하고 있지만, 재구입의 원칙은 형식적인 의미에서만 적용될 뿐이다. 원래 거래가치란 통상적이지 않은 관계 내지 인적인 관계를 고려하는 것이 아니라 오로지 토지의 본질 그 외의 형질 및 토지의 위치 등에 의거해 평가의 시점의 가격에 따라 산정할 수 있는 것으로 결국 기초가 되는 것은 토지의 품질을 말한다고 할 수 있다. 다시 말해서 토지의 경우 그것이 공용침해의 시점에서 현실적으로 어떻게 이용되고 있는가가 기준이 되는 것이 아니라 그 토지가 객관적으로 어떤 이용가능성을 가지고 있느냐와 같은 객관적으로 존재하는 가치형성적 요소가 거래가치의 기준이 된다.¹⁷⁹⁾ 이러한 이용가능성은 합리적인 경제적 접근방법과 토지의 상황구속성을 고려하여 결정하여야 한다. 권리자 혹은 의무자의 재산상태 및 수용의 공공복지 목적의 여하도 여기서 말하는 거래가치의 평가에 즈음해서는 일체 배제한 상태로 평가해야한다¹⁸⁰⁾. 장래 예상되는 가치의 상승은 보상액의 산정시에 고려되어서는 안 된다. 그리고 토지소유권의 가치가 토지에 설정되거나 토지에 새로이 설정된 혹은 특별히 보장된 제3자의 권리에 의하여 하락된 경우에는 이는 권리손실에 대한 보상이 확정시에 고려하여야 한다.

나. 건물보상

수용목적물인 건물 등에 대해서는 토지와 함께 수용의 대상이 되는 것

179) Maunz/ Durig/ Herzog, a.a.O., S.241.

180) Vgl., Wener Pohl, a.a.O., SS. 10-11.

을 전제하고 규정하였다. 건물 등의 손실에 있어서도 거래가치로 보상하여야 한다. 또한 건설법전은 보상을 행하지 않고 언제라도 제거를 청구할 수 있는 건물 등에 대하여 명문으로 규정하고 있다. 즉, 공법상의 규정에 의하여 철거가 언제나 보상없이 행하여질 수 있는 건축시설에 대해서는 정당한 이유가 있는 경우에 한하여서만 보상이 인정된다. 또 철거가 일정한 기간의 경과 이후에 보상없이 행하여 질 수 있는 경우에는 그에 따른 보상액을 산정함에 있어서 잔여기간과 전체기간을 고려하여 산정하여야 한다.

다. 부대적 손실보상

실질내용에 대한 보상이외에 관계인이 공용침해에 의하여 당한 그 밖의 재산상 손실에 대하여도 조절적 보상이 인정될 수 있다. 수용에 의하여 발생한 기타의 재산상의 손실로 인한 보상은 재산상 손실이 권리손실에 대한 보상의 산정에서 고려되지 않는 경우에만 보상된다. 보상은 일반인 및 관계인의 이익의 정당한 형량하에 확정되어야 한다고 규정하고 있다. 만일 법률상의 규정에 재산상의 손실에 대한 부대적 손실에 대한 보상에 관한 명시적 규정이 없는 경우에도 독일 연방최고법원의 입장에 의하면 부대적 손실은 보상의 필수적 구성요소라고 한다. 이익의 정당한 형량을 통하여 보상을 요하는 그 외의 손실은 다음과 같다.

1) 영업상의 손실

영업상의 손실은 일시적인 것과 계속적인 것을 모두 포함한다. 영업상의 손실은 토지의 통상 거래에 있어서 계상되는 것이 아니라, 영업자체의 상황에 따라 자금화 할 수 있는 것이다.

2) 이사비용

건물의 수용에 의하여 필요한 가족이사비용은 건설법전 제96조제1항 제3호에 규정되어 있으며, 이는 가족이사 외에 영업체를 통한 이사도 포함하여 해석하고 있다. 여기서 말하는 이사비용은 장소와 상황에 상응하여 발생하는 비용이다. 이사에 즈음해서 가족의 공동작업도 이익의 정당한 형량의 범위 내라고 할 수 있다. 영업체에 의한 이사비용은 상황에 따라 신 거주로의 재배치 또는 신 주거에 필요한 수리의 기간 중의 호텔 체재비, 불박이 가구 등의 재설치, 모양의 변화도 보상에 고려하여야한다.¹⁸¹⁾

3) 잔지손실

동일한 소유자에 속하는 일단의 토지의 일부를 수용하는 경우 공익사업의 시행으로 인하여 잔여지의 가격이 증가되었을 경우 이러한 공익사업으로 인한 재산상의 이익은 손실보상에서 상계되어야 한다(이익상계원칙).¹⁸²⁾ 그 결과 잔지손실이 무보상으로 될 수 있다. 이는 정당보상의 실현과정으로서 이익형량을 하여야하기 때문이다. 한편 토지의 일부수용 또는 장소적, 경제적으로 일단을 이루는 토지의 일부수용에 의하여 잔존하는 토지에 생기는 가치의 감소는 잔지의 보상이 이루어져야한다.

4) 재산권자의 책임상계

공용침해로 인한 재산상의 손실범위에서 재산권자 자신의 책임에 기인한 부분이 고려되어야한다. 이러한 책임상계의 원칙은 평등의 원칙과 조리상 당연히 인정되는 것으로서 실정법상의 규정여부와 관계없이 적용되어야한다.¹⁸³⁾

5) 기타

181) Wener pohl, a.a.O., S.22.

182) vgl. BGHZ 21,388.

183) Vgl. Nubgen/ Boujong, a.a. O., Rdnr .,396.

연방최고재판소의 판례를 통하여 나타난 부대적 손실에 대한 종류는 다음과 같다.

가)영업체의 이전비용, 이전을 위한 교통비, 투자가치의 상실로 인한 비용, 새로운 사업을 위한 준비비용, 사업이 본 궤도에 오르기 전의 운영상의 곤란에 대한 비용, 영업체의 가치감소에 대한 보상, 일정한 고객의 상실에 대한 보상 등 영업상의 손실에 대하여는 일반적으로 이를 부대적손실로서 인정하고 있다. 또한 변호사상담¹⁸⁴⁾, 사적인 자문 및 보상에서 제외되는 이전에 필요한 경비도 보상을 요하는 것으로 보고 있다

나)보상대상의 재구입을 위한 비용, 즉 중개수수료, 공증수수료, 건물신축비용 등은 보상을 요하는 부대적 손실로서 인정하지 않는다.¹⁸⁵⁾

라. 시사점

독일에 있어서는 공용침해와 관련된 일반사항을 규율하는 연방법은 없으나 우리나라의 토지수용법과 유사한 건설법전을 통하여 규율하고 있다. 공용수용의 대상은 토지소유권을 비롯하여 그 외의 권리를 박탈하거나 부담을 설정하는 등 모든 재산권이 대상이 된다. 그리고 손실보상의 범위는 수용에 의하여 발생한 권리손실에 대한 보상은 수용대상의 거래가치에 의하여 결정된다. 보상의 가장 기본적인 원칙은 이익형량이다. 따라서 경우에 따라서는 보상액이 거래가격보다 낮을 수 있다. 그러나 법률에서 명시적으로 시장가격에 의하여 보상하도록 규정하고 있는 경우에는 그에 따라야한다. 우리나라의 토지수용법의 내용과 거의 유사하며 특이한 규정은 없는 것 같다. 독일에서의 일반적인 논의는 입법자가 형량원칙에 따라 공용침해와 관련된 공익 및 관계자의 이익을 비교형량하여 보상의 기준, 종류, 범위 등에 관한 기본적 사항을 정해야한다고 보고 있지만¹⁸⁶⁾ 입법자가 정

184) BGHZ61, 240.

185) BGHZ41, 354.

하는 보상의 기준은 일반적이고 다의적, 추상적이기 때문에 행정청은 각각의 개별적 상황에 따라 이 기준을 적용시켜 구체적인 보상의 종류와 방법 및 범위를 정해야하며 법원은 이 구체적인 보상이 법률에서 정한 기준에 합치되는 것인지 즉 정당보상에 해당되는지의 여부를 심사하게 된다. 건설법전의 규정에 의한 손실보상의 기준과 내용을 우리나라의 법제와 비교하여 볼 때 거의 유사한 실정에서 중요한 시사점을 던져주고 있다. 최근 독일에서의 수용에 대한 논의는 수용유사침해와 수용적 침해 등 국가책임확장의 영역이 강조되고 있는 것도 또한 시사점이다.

4. 일본

가. 손실보상기준요강의 성립경위와 그 구성¹⁸⁷⁾

공공사업의 실시를 위해서 필요한 용지취득 및 관련 보상은 종래 각 기업자마다 정하는 보상기준으로 처리되어 왔었기 때문에 보상에 대한 생각, 보상항목 및 보상액의 산정방법 등에 대해 기업자 사이에서 혼란이 가중되었다. 그리하여 그 폐해를 제거하여 보상항목, 보상액 산정방법, 보상방법, 보상기준의 적정한 실시 등에 대하여 통일적인 처리기준의 확립을 도모하기 위하여 소화 37년 6월 29일의 각의 결정에 따라 ‘손실보상기준요강’이 정해졌고 공공용지취득에 따른 손실보상을 원활 그리고 적절히 하기 위한 조치에 대한 답신을 하였다. 그 내용 중 하나로서 보상기준의 확립이 채택되고 그 흐름 속에서 각의결정으로 성립한 것이다. 이 답신의 내용 및 관련법령은 다음과 같다. 먼저 손실보상기준요강은 보상항목의 정리통일과 보상액산정방법의 통일 및 손실보상기준의 적정한 실시 등 통일적인 손실

186) Vgl. Kreft, Öffentliche Ersatzleistungen, Rdnr.82.

187) 일본의 손실보상제도는 2002년, 감정평가논집 제12집 제2호에 실린 주봉규 교수의 “일본의 손실보상에 관한 연구”와 김창희의 전계학위논문을 참고, 정리한 것임.

보상기준의 확립을 위하여 각의 결정이 되었다. 제1장에서는 요강의 목적, 용어정의, 보상액 산정시기, 보상을 받아들이는 자등 보상전반에 걸치는 통칙적 사항에 관하여, 제2장에서는 토지, 건물에 관한 보상에 관해서, 제3장에서는 토지의 상공공간 및 지하사용에 관한 보상에 관해서, 제4장에서는 토지 등의 수용·사용으로 인해서 통상 생기는 손실의 보상 및 이전료, 입목보상, 영업보상, 농업보상, 어업보상, 잔지보상, 그 외에 통상보상에 대해서, 제5장에서는 토지 등의 취득·사용에 따라 필요로 되는 인접지에 대한 공사비의 보상, 소수잔존자보상 및 이직자보상에 대해 각각 규정하고 있다.

나. 손실보상액 산정기준

공공용지를 임의매수로 취득할 경우 손실보상기준은 다음과 같다.

1) 정상가격에 따른 보상(시장가격주의 원칙)

토지나 물건등과 같이 수용되는 것에 시장성이 인정될 경우에는 당해 시장에서 성립될 가격 즉 정상적인 거래가격으로 보상액을 산정한다. 또 토지, 건물의 사용의 경우에 있어서는 임대시장에 성립하는 정상적인 지대, 차임으로서 손실의 보상이 된다. 그러나 거래시장 또는 임대시장이 미성숙한 경우에는 평가의 곤란성과 더불어 종전의 토지 등과 같은 정도의 대체지 등을 취득하는 것과 아울러 대체하는 토지 등의 차임이 불가능하게 되기 때문에 시장주의의 원칙을 취할 수 가 없다. 이런 경우에는 현물 보상 그 외에 통손보상 및 생활재건보상 등으로 보상의 문제를 해결하지 않을 수 없는 것으로 보고 있다.

2) 권리가격공제주의

토지에 관한 소유권이외의 권리의 목적으로 되고 있는 토지에 대해서는

당해 권리가 없는 것으로 하여 산정한 액수로부터 당해 권리의 가격을 공제한 액수로 보상이 된다. 세월의 흐름에 따라 지대개정의 지행성과 개정액의 저액화에 따라 토지수익성이 저하되기 때문에 일반적으로는 토지의 거래는 적은 것이 실정이고, 이에 대해 차지권의 매매 등에 인한 거래는 비교적 많다.

3) 통손보상주의

건물 등의 이전료 보상에 대해서는 당해 건물 등을 통상 타당하다고 인정될 이전지에 통상 타당하다고 인정될 이전방법으로 이전하는 데에 요하는 비용을 보상하는 것으로 한다.¹⁸⁸⁾

4) 생활재건보상

공공사업의 시행에 따라 생활의 기초를 잃게 될 사람이 있을 경우에는 생활재건을 위해 토지 또는 건물취득의 알선 및 직업의 소개, 지도의 조치를 위하여 노력하는 것으로 한다고 규정하고 있다. 이것은 기업자의 노력 규정이고 의무규정이 아니다. 손실보상요강에는 생활재건에 관한 것으로서 소수잔존자보상(동요강제45조) 및 이직자보상(동요강제46조)이 마련되어 있는 것에 불과하다.

5) 정신적 고통에 대한 보상문제

위법행위로 타인에게 정신적인 고통을 준 사람은 그것에 대해 손해배상의 책임을 진다. 이것은 민사관계에서의 원칙이다. 그러나 공공사업에 따른 손실보상에서는 정신적 불이익에 대한 보전에 대해서는 아무런 규정이 없을 뿐 만 아니라 부정하는 경향이 있다. 예를 들면 소화 37년 3월 20일 공공용지심의회답신제1,1(1)에 따르면 공공용지를 적법한 절차로 취득할 경우에서 만약에 정신적 고통을 주는 것이 있다고 하더라도 이것은 사회

188) 小林忠雄 編, 公共用地の取得に伴う損失補償基準解説, 近代圖書株式會社, 1998, 118頁.

생활상 수인해야할 것이며 통상 생길 손실이라고 인정할 수 없는 것이기 때문에 이런 종류의 보상항목은 마련할 필요가 없다고 하여 또 전기의 각 의요해 제2에서는 종래 일부에서 행하여진 정신적 손실에 대한 보상, 협력 장려금, 그 외에 이것들에 속하는 불명확한 명목으로 인한 보상 등의 조치는 하지 않는 것으로 한다고 하고 있다. 이러한 생각에 대해서는 의문을 제기하는 학설이 보이는 것 같다.¹⁸⁹⁾

다. 손실보상의 내용

1) 재산권에 대한 보상

토지 등 재산권의 수용, 사용, 제한에 대한 보상에 대하여 일본 토지보상법은 금전보상의 원칙을 채용하고 있다. 그리고 보상금액의 산정에 대해서는 수용하는 토지 또는 그 토지에 관한 소유권이외의 권리에 대한 보상금의 액수는 근방유지(近傍類地)의 거래가격 등을 고려하여 산정한 사업의 인정고지시에서의 상당한 가격¹⁹⁰⁾에 권리취득 재결 때까지의 물가변동 등에 응하는 수정률을 곱하여 얻을 액수로 한다. 이 경우에 있어서 그 수정률은 법령으로 정하는 방법에 인해서 산정하는 것으로 한다고 규정하고 있다¹⁹¹⁾. 중요한 것은 거래가격을 원칙으로 한다는 것과 사업인정고지시점이라고 하는 가격고정제를 채택하고 있다는 것이고 보상액산정과 관련하여 근방유지의 거래가격을 고려하도록 한 것은 토지시장이 존재하는 한 시장가격을 기준으로 보상액을 산정하는 것이 가장 합리적이라는 것이다. 가격고정제는 그 동안 보상액산정에 있어서 재결시점주의가 가지는 문제점을 개선하고자 도입된 제도이다. 즉 보상액을 산정함에 있어서 발생하는

189) 제4장 부동산손실보상기준의 적용 참조.

190) 일본의 토지수용법은 헌법 제29조 제3항의 정당한 보상규정에도 불구하고 상당한 가격에 의한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 이는 현행 일본토지수용법이 대체로 프로이센 법을 계수하고 있으나 보상액에 있어서는 Weimar 헌법의 영향을 받은 것으로 본다.

191) 일본의 토지수용법은 소화 42년(1967)에 재결시주의에서 사업인정고시주의로 바뀌었다.

기업이익(개발이익)의 올바른 평가를 위함이었다. 일반적으로 공공사업의 경우 계획발표로부터 수용재결시까지의 시간이 걸리는 것이 보통이며, 그 사이에 지가는 높이 상승하는 것이 통상적인 모습이다. 그러므로 보상액을 산정함에 있어 재결시를 기준으로하면 기업이익이 포함된 보상을 하지 않으면 안 되게 되므로, 그와 같은 기업이익이 배제된 보상액을 지급하여야 하며 나아가서는 재결시점주의로 보상액을 산정하게 되면은 피수용자들은 재결이 늦어지면 질수록 보상액이 고액으로 산정될 가능성이 많아짐으로 협의매수는 그만큼 늦어지는 결과가 초래된다. 또 조기에 매수에 협조한 사람과 비교하면 그 보상액과 관련된 형평성의 문제가 발생하게 된다.¹⁹²⁾ 더욱 근방토지로부터도 개발이익이 흡수되어 있지 않으면 피수용자가 보상액으로 근방유지를 취득 못하기 때문에 정당한 보상이라고 할 수 없다는 의문이 제기될 수 있다. 그러므로 동법 제39조제2항은 사업인정고시가 있으면 토지소유자는 기업자에게 재결신청을 해야 할 것을 청구할 수 있는 것으로 하며, 나아가 동법 제46조의2제1항은 재결전이라도 보상금지불 청구권을 가지는 것으로 하며, 동법 제46조의 4제1항에서 기업자는 이 청구를 받았을 때에는 두 달 이내에 기업자의 자기 견적으로 보상금을 지불해야 하는 것으로 하고 있다.

2) 잔지보상

일본의 토지수용법 제74조제1항은 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지 일부분을 수용하거나 또는 사용함으로 인하여 잔지의 가격이 하락하고 그 이외에 잔지에 관하여 손실이 발생할 때에는 그 손실을 보상하여야 한다고 규정하고 있다. 이 잔지의 보상 중에 수용손실 이외에 사업손실도 포함될 것인가에 대해서는 논란이 있다. 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지는 통상 토지재산권 전체가 하나로 되어있을 때 재산가치 및

192) 손실보상기준요강 제7조는 토지에 대해서는 정상적인 거래가격으로 규정하고 있으며, 제3조에서는 보상액산정의 시기는 계약을 체결한 때로 규정하고 있다.

사용가치가 높은 것이다. 하지만 그 토지의 일부분만이 수용될 때에는 사업용지로 될 피수용지 만이 분리되어 평가되기 때문에 피수용토지만을 한정하여 완전보상을 하더라도 실제로는 완전보상이라고 할 수 없게 된다. 한편 일본토지수용법 제90조는 잔지에 발생한 손실과 기업이익과의 상계를 금하고 있다.

3) 부대적 손실보상

일본의 토지수용법은 권리대가보상뿐만 아니라 공사비용에 따른 보상, 이전료보상, 그 이외에 이작료, 영업상의 손실, 건물의 이전에 따른 임대료의 손실, 그 이외에 토지를 수용 또는 사용함에 따라 토지소유자 또는 관계인이 통상 받을 손실을 보상하는 것으로 하고 있다. 일반적으로 통손보상이라고 하는 것이다. 이런 부대적손실의 보상이 헌법 제29조제3항의 정당한 보상에 포함될 것인지에 대하여는 논란이 있다. 사인간의 토지취득에 있어서는 양도인은 이전료나 이전에 따른 영업상의 손실은 재산권자가 부담하는 것이다. 그러나 공용수용에 의한 경우에는 피수용자가 스스로 원해서 이전하거나 영업을 휴·폐업하는 것이 아니라 공공사업을 위해서 그것을 강요당하는 까닭에 손실보상의 기초에 있는 평등원칙으로서 전체 부담에 있어서 그런 손실을 보전하는 것이 필요하다고 하겠다.¹⁹³⁾ 부대적 손실보상도 헌법 제29조제3항의 정당한 보상에 해당하는 것이며 정책상의 보상으로 보아서는 안 된다. 그리고 건물 등의 이전에 다른 목조의 건축물에 대신하여 내화건축물을 건축하는 등의 건축기준법 그 이외의 법령의 규정을 기초하여 필요하다고 하는 기존의 시설의 개선에 요하는 등의 비용을 보상을 하지 않는 것으로 한다.

4) 생활권보상

대규모 공공사업을 위해 토지의 수용, 특히 댐의 건설 등에 의하여 마을

193) 宇賀克也, 國家補償法, 439頁.

의 대부분이 수몰하게 되면 피수용자들은 재산권의 상실만이 아니라, 그것과 동시에 거기에 거주하는 사람들의 생활 그 자체의 상실을 동반하게 되는 것이다. 또한 소수잔존자들에게 있어서는 마을 공동체에서 누려왔던 여러 가지의 편익을 상실하게 된다. 더욱 개별재산에 대한 보상금으로 대체지를 구입하는 것은 사실상 불가능하며, 농사에 전념하던 전업농들은 생활의 변경과 함께, 직업의 변경을 강요받게 되는 것이다. 이와 같이 개별재산에 대한 보상이 아니고 생활전체에 대한 보상 혹은 보다 적극적인 생활재건을 위한 보상청구권의 존재가 여기에서의 문제인 것이다. 일본에서는 그러한 문제의식으로 인하여 실무 내지는 이론이 존재하고 있다. 공공용지의 취득에 관한 특별조치법, 도시계획법, 수원지역대책특별조치법이 생활재건조치 등에 대하여 노력의무를 규정하고 있다. 수원지역대책특별조치법 제8조에서 관계 행정기관의 장, 관계지방공공단체, 지정담 등을 건설할 사람 및 수원지역정비계획에 인한 사업을 실시할 사람은 지정담 등의 건설 또는 정비사업의 실시에 따라서 생활의 기반을 잃게 될 사람에 대해 다음 제안되는 생활재건에 의한 조치가 실시될 것을 필요로 할 때에는 그 사람의 신고에 의하여 당해 생활재건에 의한 조치가 실시될 것을 필요로 할 때에는 그 사람의 신고에 의하여 당해 생활재건에 의한 조치의 알선에 노력하는 것으로 하여 ① 택지개발을 하고 또 농지로 하는 것이 적당한 토지 그 이외에 토지취득에 관한 것② 주택, 점포 그 이외에 건물의 취득에 관한 것③ 직업의 소개, 지도 또는 훈련에 관한 것④그 이외에 적당한 토지가 없었기 때문에 환경이 아주 열악한 토지에 주거를 옮긴 경우에 있어서의 환경정비에 관한 것을 들고 있다. 공공용지의 취득에 관한 특별조치법 제46조에서는 특정 공공사업을 할 때 필요한 토지 등을 재건할 사람이 현물급부를 요구한 경우에서 그 요구가 상당하다고 인정될 때에는 특정 공공사업을 시행하는 사람은 사정이 허용하는 한 그 요구에 응하려고 하여야한다고 규정하고 있다. 그리고 동법 제47조제1항은 특정 공공사업에 필요한 토지 등을 제공함으로써 생활기반을 잃게 될 사람을 위해서는 수

원지역특별조치법 제8조와 같은 조치를 열거하고 있다. 손실보상기준요강은 생활재건보상이라는 개념을 사용하고 있지 않지만 소수잔존자보상, 이직자보상등에 대하여 규정하고 있다. 생활보상에 대해서는 입법정책상 또는 실무상 생활재건조치의 중요성은 인식되고 있으나 그것은 법률적으로는 일종의 노력의무에 그치고 있으며 규정상으로는 재판상의 청구권을 부여하고 있는 것은 아니라고 하는 것은 주의하여야한다. 판례에 있어서도 생활재건보상은 인정되지 않고 있는 것이다.

5) 사업손실보상

사업손실보상에 관하여 일본의 실정법은 통일적인 제도를 규정하지 않고 있다. 토지수용법이 잔지 및 인접지등에 대하여 이른바 미조가끼보상(도랑, 울타리 보상)을 규정하고 있다(동법 제75조, 제93조) 이에 대해서는 그 성질이 헌법상의 손실보상이나 손해배상이나 또는 정책상의 보상이나 하는 이론상의 문제가 있지만 제정법상으로는 손실보상으로 보아야 할 것으로 보고 있다. 그늘, 악취, 소음피해 등에 관해서는 토지수용법에서는 특별한 규정이 없다. 이에 대하여는 만일 그와 같은 피해에 대하여 토지 등의 가격이 하락하였다면 잔지보상의 대상으로 보는 견해도 있지만, 정신적·신체적 손해에 대하여는 토지수용법상의 취급이 곤란한 것으로 보고 있다. 그리고 손실보상기준요강에서는 손실보상으로서 사업손실을 취급하기를 부정하고 요건이 충족되는 한 불법행위의 문제로 처리하는 것으로 한다.¹⁹⁴⁾ 판례의 주류는 사업손실을 잔지보상에 포함하는 입장을 채택하고 있다(긍정설). 또한 소송실무에 있어서는 국영공항, 구국유철도의 공공시설의 가동으로 인하여 발생하는 소음피해 등에 관하여는 국가배상법제2조의 규정인 영조물의 설치·관리의 하자문제로서 처리하고 있다¹⁹⁵⁾. 사업

194) 손실보상기준요강 제41조 단서는 “사업의 시행으로 인하여 생기는 그늘·악취·소음 그 이외의 것들에 속하는 것으로 인한 불이익 또는 손실에 대해서는 보상을 하지 아니 한다.”고 규정하고 있다.

195) 실무에 있어서의 손해배상적 처리에 관하여는 이론적 견지에서 의문을 제기하고 사업손실을

손실은 잔지에서만 발생하는 것이 아니며, 긍정설의 입장에 서면 피수용자 이외에 제3자는 사업손실의 보상을 받지 못하는 데에도 피수용자만이 보상을 받을 수 있다는 불균형이 생기게 된다. 물론 손실보상기준요강의 시행에 대한 각의요해 제3에서 사업손실에 대하여 일정한 경우에 사전에 배상하는 것은 지장이 없다고 되어 있다. 사실 그늘, 전파장애, 물고갈등에 대해서는 사무차관통달을 기초로 하여 사전배상이 되고 있다. 이런 경우에는 피수용자 이외에 제3자, 잔지소유자도 사전배상을 받을 수 있으며 이러한 보상에 사업손실이 포함될 실익은 없다.

6) 정신적 손실보상

수용손실의 대상으로서 정신적 손실이 포함되느냐 하는 문제가 있다. 정신적 손실이란 선조전래의 토지라든가 오랫동안 살아온 토지를 잃는다는 데 대한 고통 같은 것이 전형적인 것으로 생각된다. 수용의 결과 나타나는 것이므로 수용손실에 해당한다. 토지수용법상의 해석으로서는 통상생기는 손실에 포함될 수 있느냐 하는 것이다. 이와 관련하여 일본의 토지수용법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또한 일반보상기준의 시행에 대한 각의요해에서는 종래 일부에 행하여져 온 정신적 손실에 대한 보상, 협력장려금, 기타 이들과 비슷한 불명확한 명목으로 된 보상 등의 조치는 하지 않는 것으로 한다. 라고 하여 정신적 손실에 대한 보상을 부정하고 있다¹⁹⁶⁾. 일본최고재판소도 수중제의 문화재적 가치의 보상이 청구된 사건에서 “토지수용법상의 통상 받은 손실은 객관적 사회적으로 보아 수용에 따라 피수용자가 당연히 받게 될 것이라고 생각되는 경제적 재산적인 손실을 말하는 것이라고 해석함이 상당하고, 경제적 가치가 아닌 특수한 가치에 대해서까지 보상의 대상으로 하는 취지는 아니라고 할 것이다”고 판시하고 있다. 일본 헌법 제29조가 정당한 보상이라 할 때 그것은 공평부담의 관점

손실보상으로서 구성하여야 한다는 견해가 제기되고 있다.

196) 小林忠雄 編, 「公共用地の取得に伴う損失補償基準解説」, 近代圖書株式會社, 1998, 209頁.

에서 완전보상이라고 보는 한 그 손실이 재산적 손실에 한정된다고 할 수만은 없다. 정신적 손실에 대한 곤란성은 재산권수용에 즈음하여 발생하는 정신적 고통이 독립의 구제 대상으로 인정될 수 있는가 또는 구체적으로 객관적인 평가와 그 보전의 방법이 있는가가 문제이다. 일본에 있어서는 선조전래의 토지환경에 대한 특별한 주관적 감정이 존재하고 있는 것, 통상적인 매매거래가 성립하지 않는 경우라고 하는 경우라고 보면 독립된 정신적 손실에 대한 보상항목으로 구체화 할 수 있는 것으로 보고 있다. 또 정신적 손실의 평가에 대해서는 정신적 고통 그 자체가 주관적인 것이므로 객관적, 금전적 평가가 곤란함은 인정해야 하지만, 민사의 손해배상 소송에 있어서도 재판관의 판단에 최종적으로 맡겨지고 있다.

라. 토지가격 고정제도

1) 토지가격고정제도의 의의

사업인정, 재결신청, 심리, 재결을 거쳐서 기업자가 손실보상금을 지불하는 것을 조건으로 재결로 정하는 수용시기에 토지 등이 수용된다. 이들 일련의 수용절차 중에 어느 특정한 시점을 기준으로 하여 가격을 산정하며 그것으로 손실보상을 하려고 하는 것이 토지 등의 가격고정제도이다. 그때 손실보상이 행하여진 시기가 언제인가에 따라서는 정당한 보상이 된 것인가 아니 된 것인가가 문제되며, 손실보상을 실제로 평가할 시기와 평가기준으로 되는 가격시점과의 사이에서 어긋남이 생기게 되면은 그 정도의 크고 적음에 따라 평가의 기술적인 측면에서의 곤란성이 인정되어 일본의 토지수용법 제71조에서는 일반지가의 상승분까지도 배제하려고 하는 보상액의 산정방법을 채용하고 있기 때문에 피수용자에 대해 불필요한 재산적 불이익을 과할 결과를 초래한다고 생각되기 때문에 위헌성이 의심의 유무도 문제가 될 것이다.

2) 토지가격고정제도의 유효성

토지가격고정제도는 공공사업으로 개발이익이 클수록 그 유효성은 높아진다. 하지만 이 토지가격고정제도는 모든 경우에 유효하게 가능하지는 않다.¹⁹⁷⁾ 사업인정고시때로 토지가격 등을 고정하여 사업인정고시이후 재결에 이르기까지의 기간에서의 물가변동을 고려하여 보상액을 산정하기로 하고 있는 가격고정제도의 보다 높은 효과발생의 본질적인 내용이 되는 것은 일반지가의 동향, 당해 공공사업의 시행예정이 지가에 주는 영향의 정도 및 일반물가의 동향의 세 가지 요인을 지적할 수 있다. 그리고 토지수용법 제71조가 예정하고 있는 전제조건은 지가의 상승, 지가의 상승에 비교하여 상대적으로 물가상승이 안정되는 것이다. 따라서 이들 조건이 되는 정도에 따라 가격고정제도의 존재의의가 결정되어진다고 할 수 있다.

3) 물가수정가격의 문제점

사업인정고시 때의 토지가격과 관련에서 재결시에 있어서의 당해 토지가격을 산정하는 방법에는 다음 네 가지 있다.

- ①사업인정고시시점의 토지가격에 재결시까지 생길 기업이익을 정하여 이에 지가의 상승을 곱하거나 또는 재결시에 근방유지의 기업이익을 정하여 거래가격에 당해 토지를 비준한다(기업이익가격).
- ②사업인정고시시의 토지가격에 재결시까지 생길 일반지가의 상승율을 곱하고 재결시에 있어서의 근방유지의 거래가격에 당해 토지를 비준한다(일반지가).
- ③ 사업인정고시시의 토지가격에 재결시까지의 물가변동에 응하는 수정률을 더한다(물가수정가격).
- ④사업인정고시시의 토지가격을 그대로 재결시의 가격으로 한다(인정고시지가).

197) 예를 들면, 기업이익과 비교하여 기업손실이 큰 경우, 기업이익이 전혀 없거나 또는 적은 공공사업의 경우, 일반의 토지가격이 하락 또는 변화가 없는 경우 혹은 지가의 상승이 낮은 경우, 일반의 물가의 상승에 비교하여 상대적으로 지가의 상승이 낮은 경우 등을 예로 들 수 있다.

위 산정방법 가운데 일본의 토지수용법 제71조에서는 ③의 산정방법을 채용하고 있다. 이 방법으로 산정될 토지가격에서는 기업이익을 포함한 토지가격 뿐만 아니라 일반의 지가변동에 인한 그것까지도 배제하는 결과가 된다. 즉 본조에서는 권리취득 재결시까지의 물가변동에 응하는 수정률을 곱하여 얻은 액을 가지고 토지에 관련한 보상액으로 한다고 하고 있지만 이 물가수정에 인한 산정방법에 따르는 한 사업인정고시시점부터 재결시에 이르기까지에 생기는 일반지가상승분이 당해 보상액 중에서 배제되게 되어 그것은 본조가 목적으로 하는 기업이익의 배제라고 하는 본래의 취지를 일탈하여 재산적 불이익을 토지소유자 등의 피수용자 측에 부당하게 과하는 결과가 된다.

4) 가격고정시점과 평가의 곤란성

토지가격 등의 평가주체로 되는 것은 수용절차상에서는 기업자 및 수용위원회이고 소송절차로 옮겨질 경우에는 법원이 그 임무를 맡는다. 또 피수용자가 그 주장을 뒷받침하기 위하여 평가할 수 있다. 수용절차의 실무에서는 이런 사람으로부터 부동산감정사 등의 전문가에게 평가를 의뢰하여 그 평가보고서를 기초로 그것을 자료로 하여 적정한 보상액을 판단하고 있다. 이들 각 주체가 하는 평가사무의 처리는 그 시기를 달리한다. 토지수용법에서 규정하는 사업인정시 및 그것에 접근하는 전후의 시기에 평가를 하는 것은 기업자이며 그것에 따른 재결신청이 있는 후에 평가를 하는 것은 수용위원회이고 나아가 재결시점이후에 소송절차로 이행할 경우에는 법원이 그 임무를 맡는다. 그것으로부터 가격고정시점과 평가사무를 처리할 시기와의 사이에 큰 어긋남이 생겨 당해 지역의 평가요인에 변화가 인정될 경우에는 적정한 토지가격의 평가가 곤란해진다. 그래서 토지수용법에서는 수용위원회가 토지가격 등의 판단을 할 때에 이러한 폐해가 생길 것을 피하기 위해 사업인정 후에 빠른 시기에 사건을 수용위원회에 계속하기 위해 사업인정고시가 있던 날로부터 1년 이내에 재결신청을 할

수가 있도록 하고 있다.

5) 도시계획사업과 토지가격고정제도

가) 1년간의 가격고정

통상 도시계획사업은 그 규모가 크기 때문에 사업에 필요한 기간도 장기에 걸친다. 도시계획사업에서는 사업인가 또는 승인을 받으면 그것으로 토지수용법상의 사업인정이 의제되고, 사업인정 후 1년마다 그것이 자동적으로 경신되어 그때마다 사업인가가 의제된다. 따라서 가격고정시점도 사업인가 또는 사업승인의 경신에 대응하여 새로이 경신하여 설정되게 된다. 그래서 경신할 때마다 이미 발생하고 있는 기업이익이 경신시점에 새로이 산정될 토지가격 등 가운데 흡수된다.

나) 토지가격기준시

어느 시점의 가격으로 보상액을 산정하는 것이 적절한가에 관해서 구법당시에서의 학설. 판례에서는 수용재결시로 하는 것과 수용시기로 하는 것으로 나누어져 있었으나 본조에서는 사업인정고시시점을 기준으로 하여 해결하였다.

6) 기업이익배제와 정당한 보상

가) 기업이익의 배제

공공사업의 실시로 지가가 상승한다는 전제에서 가격고정시점을 이른 시기에 설정하면 할수록 그 만큼 기업이익은 당해 토지가격 등에 포함되지 않게 된다. 그러한 시각에 따르면 가격고정은 사업인정 이전의 계획결정이나 사업결정단계에서 하는 것이 적절하다. 또 단지 소문이라도 지가의 상승이 보이는 것으로부터 보면은 소문이 넓어지는 이전의 시점에서 가격고정을 해야 할 것이다. 일반의 토지가격은 물적으로는 지역요인 및 개별

요인으로 또는 인적으로는 지역선호성, 투기동기 및 급매매가 가능한 가 등 여러 요인으로 형성된다.

나) 기업이익의 배제와 정당한 보상의 관계

헌법 제29조제3항에서는 사유재산을 공공을 위해서 사용할 때에는 정당한 보상을 하여야한다고 규정하고 있다. 이른 시기에 가격고정을 하면서도 다른 한편에서는 손실보상금의 지불시기를 늦게 하면 지가의 상승을 전제로 하는 한 피수용자 측에 종전의 재산가치의 복원이 불가능하게 되며 이것이 헌법규정과 관련하여 위헌성의 유무문제를 발생할 우려가 있다. 이러한 사태발생을 방지하기 위해서는 토지 등에 관한 가격고정과 보상금의 지불시기를 일치시킬 필요가 있다. 그 취지 아래에서 보상금의 지불청구제도가 마련되었다. 하지만 이 규정에서는 가격고정에 대응하는 것으로 기업자의 보상금지불을 의무로 규정한 것이 아니라 토지소유자등으로부터 지불청구가 있는 경우에 한하여, 게다가 재결접수개시결정 및 그 등기에 요하는 시간적인 경과를 거친 후에 당해 피수용자에 견적보상금을 지불하면은 충분하다고 하고 있다. 그것은 권리취득시기까지의 보상금의 지불을 해야 한다고 하는 제95조에 규정하는 취지와는 다르다.

마. 특색

일본의 손실보상법제의 특징적인 면을 살펴보면 보상법제에 있어서 그 근거가 되는 법률규정이 헌법이외에 토지수용법등이 적용되는 것은 우리 법제와 매우 흡사하다. 그러나 실제 보상실무에 있어서는 법적으로 구속력이 없지만 공공용지의 취득에 따른 손실보상기준요강(소화 37년에 각의결정으로 제정)등의 각의결정과 각의요해 등을 적용하고 있다.

이러한 각의결정, 각의요해 등에서 우리가 참고할 수 있는 것은 보상항목의 다양화에 대한 논의를 가능하게 한다는 것이다. 즉 전통적인 재산권 보

상이외에 생활권보상, 사업손실보상 및 정신적 손실보상의 근거로 이와 같은 각의 요해, 각의 결정 등이 인용된다는 것이다. 그리고 토지가격고정제도의 운영에 있어서 매우 정밀하다는 것이다. 즉 사업인정고시시점의 토지가격에 체결시점 내지는 계약체결시점까지의 물가변동률만을 참고한다는 것이다. 우리나라의 토지보상법은 제70조에서 공시지가를 기준으로 시점수정, 지역요인, 개별요인 비교 등을 하여 보상액을 산정토록 규정하고 있으나 실제운영에 있어서는 많은 문제점을 가지고 있다. 즉 대부분의 공공용지가 협의매수되는 실정을 놓고 보면 협의매수시점이 다양하기 때문에 보상액의 산정에 있어서 우리나라의 토지보상법이 정하고 있는 내용을 보면 개발이익의 환수차원에서 많은 사항이 고려되고 있지만 공시지가기준 자체는 물론, 지가변동률의 적용에 있어서도 사업인정고시이후의 지가는 이미 상승하고 있으며 나아가서 계약체결시점의 차이에 따라 지가변동률의 적용이 달라서 협의매수에 적극적으로 응한 토지소유자가 보상에 차등을 받을 수 있다는 것이다.

제4장 부동산 손실보상기준의 적용

이상 헌법상 정당보상과 법령상 손실보상기준의 내용과 상호관계를 살펴 보았다. 다음은 이러한 손실보상기준이 개별보상에 어떻게 적용되고 있는가에 대하여 토지에 대한 보상, 건물 등에 대한 보상, 영업보상 및 사업 손실보상 순으로 살펴보면서 개선방안을 모색하고자 한다.

제1절 토지에 대한 보상

1. 취득토지에 대한 보상

취득토지에 대한 보상은 토지의 객관적 가치에 대한 재산권보상의 성격을 갖는다. 취득토지에 대한 보상평가에는 다음과 같은 기준이 적용된다.

가. 일반토지에 대한 보상평가기준

토지의 보상액을 평가함에 있어서는 여러 가지 기준이 있다. 일반적인 이용방법,¹⁹⁸⁾ 현황평가주의, 나지상정¹⁹⁹⁾ 및 공시지가주의가 그것이다. 여

198) 토지에 대한 보상액평가는 가격시점에 있어서의 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 기준으로 하여야하며, 토지의 소유자가 갖는 주관적 가치나 그 토지를 특별한 용도에 사용할 것으로 전제한 것은 이를 고려하지 아니한다. 가격시점이란 협의취득의 경우에는 계약체결당시를, 수용에 의한 강제취득의 경우에는 재결당시를 의미한다.

199) 토지에 건축물 등 지장물이 있거나, 지상권 등 토지의 사용수익을 제한하는 사법상 권리가 설정되어 있는 경우에는 지장물이 없거나, 지상권 등이 설정되어있지 아니한 상태의 토지 즉 나지를 상정하여 평가한다(토지보상법 제22조제2항). 나지상정평가는 토지의 최유효이용이 나지라는 것을 전제로 한 것이고 건부감가를 하지 않기 위한 것이다. 따라서 개발제한구역 안에서 건부지가 나대지보다 비싼 경우에는 현황평가 즉 건부지로 평가하여야한다. 그리고 지장물이 수용목적물이 되는 경우에는 토지와 함께 일괄평가하게 되어 현황으로 평가한다.

기서는 현황평가주의와 공시지가주의에 대하여 구체적으로 살펴본다

1) 현황평가주의

토지보상법은 제70조제2항에서 “토지에 대한 보상액은 가격시점에서 있어서의 현실적인 이용상황을 고려하여 평가한다.” 라고 하여 현황평가주의를 규정하고 있다.²⁰⁰⁾ 그러나 예외사항이 많고, 그 내용이 불명하여 해석과 적용에 있어 어려움이 적지 않다.²⁰¹⁾

가) 현황평가주의의 원칙

현황평가주의란 토지의 보상가격은 지적공부상의 지목²⁰²⁾에 불구하고 가격시점²⁰³⁾에 있어서의 현실이용상황에 따라 평가하여야한다는 뜻이다²⁰⁴⁾ 지적공부상의 지목과 현황은 대체적으로 일치하나, 현행법은 지목변경을 강제하지 않고 토지소유자의 신청이나 직권에 의해서 행하도록 하여 (지적법제2조) 관계법령에 의거 토지의 형질, 사용목적 또는 용도를 변경

200) 현행법상 부동산평가는 적용법규 및 목적에 따라 일반평가, 표준지공시지가평가 및 보상평가로 나눌 수 있는바, 그 중 보상평가는 국민의 재산권보장과 직결되어 있어 토지보상법, 부동산가격공시법 및 기타 개별법에 의거 행하며 일반평가나 표준지공시지가평가에 비하여 평가기준 및 산정방법에 있어 규제가 엄격한 법정평가로 정당보상과 관련 유의할 점이 많다.

201) 현황평가주의에 대하여는 현황이 위법행위에 기인하는 경우에도 적용될 수 있는가, 피보상자를 보호하기 위한 현황평가가 오히려 불리한 경우에는 어떻게 할 것인가, 도로보상기준 등이 정당보상과 합치되는가, 무허가건축물부지 및 불법형질변경에 대한 입증책임 및 소급효 문제, 예외사항을 대부분 법률의 위임없이 시행규칙에 규정하고 있어 그 법규성 문제 등이 특히 논할 점이다. (조용근, “토지보상평가기준으로서의 현황평가주의” 『월간 감정평가사』, 2008.11월호 참조)

202) 토지의 지목은 지적법시행령 제5조제1항에 의하여 28개로 설정. 구분하여 지적공부에 등록되고 있는바, 여기서 지목이란 1필지의 토지를 대상으로 주된 사용목적 또는 용도에 따른 토지의 종류를 구분·표시하는 명칭이다.

203) 가격시점이란 토지보상액을 평가함에 있어 기준이 되는 시점으로 수용의 경우에는 재결당시, 협의 취득의 경우에는 계약체결당시를 말하는 것으로 사업시행자, 토지수용위원회가 정한다.

204) 현행법은 토지에 대한 보상액 산정을 공시지가기준평가방식을 택하여 비교표준지 공시지가에 지가변동률, 지역요인 및 개별요인의 품등비교치를 곱하여 평가하는 것으로 토지이용현황을 어느 시점의 이용현황을 기준으로 결정할 것인가는 비교표준지선정, 시점수정 및 사정보정 등에서 실익이 크다.

하거나 건물의 용도를 변경한 경우에도 변경절차를 밟지 않아 일치하지 않는 경우가 발생한다. 이 경우 지적공부상의 지목만으로 평가케 함은 소유자의 보호에 어긋나게 되기 때문이다. 판례 및 실무에서도 토지의 보상평가는 현실이용상황에 따라 평가하여야 한다고 하였다.²⁰⁵⁾²⁰⁶⁾

그러나 이러한 현황이 관계법령에 의하여 금지되거나 또는 허가가 유보된 경우에 이를 위반 또는 허가없이 행한 경우 등 위법에 기인한 경우까지 보호할 수는 없으므로 이런 경우에는 현황에 따른 평가를 인정하지 않는다. 현실이용상황은 법령의 규정이나 토지소유자의 주관적 의도 등에 의하여 의제될 것이 아니라 관계증거에 의하여 객관적으로 확정되어야 하는 것이다.²⁰⁷⁾ 그리고 지적법상의 지목은 주지목추종의 원칙에 따라 주된 사용목적에 따른 토지의 구분이므로 1필1목의 원칙이 지배하나, 보상평가에서는 한 필지의 토지라도 여러 용도로 사용되고 있는 경우에는 각각의 용도에 따라 평가해야한다.²⁰⁸⁾

205) 토지가격을 평가함에 있어 공부상의 지목과 실제현황이 다른 경우에는 공부상의 지목에 불구하고 가격시점에 있어서의 현실적인 이용상황을 기준으로 하여야한다(대법원 1995.12.12 선고 95누10730판결).

206) 국토해양부 질의회신(토정58342-189,1998.12.13);관계법령에 의거 적법하게 형질변경된 것이라면 지목변경여부와 관계없이 형질변경된 상황에 따라 평가·보상하여야 한다.

207) 대법원 1998.89.18. 선고 97누13375 판결.

9) 다음은 보상금산정내역표는 1지목4용도의 1필지 토지를 현황대로 구분평가한 예이다(서울고법 1994.7.1 선고 93구13126판결).

지번	지 목 (이용현황)	지 적 (㎡)	표준지	공시지가	지 역 요인	개 별 요인	기 타 요인	금액(원고별)
중 계 동 산70	임야	22,314						480,031,374
	(대지	2,154	중계동308의1대	315,000	1	0.9597	0.95	130,934,336
	전	4,189	상계동1181의5잡	145,000	0.9	0.9030	0.95	99,259,193
	임야	15,470	상계동산44의1임	90,000	0.95	0.8754	1.00	245,075,740
	도로)	501	상계동산44의1임	90,000	0.95	0.8754	0.6	4,762,105

나) 현황평가주의의 예외

현행법은 현황평가주의에 대한 예외를 광범위하게 인정하고 있다(토지보상법시행령 제38조, 동법시행규칙 제22조제2항-제26조). 이러한 예외는 현황평가주의가 물리적인 이용상황을 기준으로 한 것인가 또는 그 외에 법률적인 규제사항을 포함하는 것인가에 따라 협의의 예외와 광의의 예외로 나눌 수 있다. 협의로는 ① 일시적인 이용상황 ② 미불용지 ③ 무허가 건축물부지 ④ 불법형질변경된 토지 ⑤ 도로 및 구거부지 ⑥ 건물 등 부지가 있고, 광의의 예외로는 ⑦ 공법상 제한받는 토지가 있다. 여기서는 ①⑦에 대하여 검토하고 나머지에 대하여는 다음의 특수토지에 대한 보상평가기준에서 검토한다.

(1) 일시적 이용상황

취득할 토지의 이용상황이 일시적인 경우에는 토지보상액을 평가함에 있어 이를 고려하지 아니한다. 일시적인 이용상황이란 관계법령에 의한 국가 또는 지방자치단체의 계획이나 명령 등에 의하여 당해 토지를 본래의 용도로 이용하는 것이 일시적으로 금지 또는 제한되어 그 본래의 용도와의 다른 용도로 이용되고 있거나²⁰⁹⁾ 토지 등의 주위환경의 사정으로 보아 현재의 이용방법이 임시적인 것을 말한다.

(가) 본래의 용도와 다른 용도로 이용되는 경우

관계법령에 의한 계획이나 명령에 의한 제한은 계획제한으로 일반적 계획제한과 개별적 계획제한으로 나눌 수 있는바, 일반적 계획제한은 토지의

209) 계획제한중 개별적제한의 경우 도로 등 도시계획시설을 설치하기 위하여 그 전에 일시적으로 행위를 금지 또는 제한하게 되는바(도로로의 도시관리계획의 결정) 이 경우 도로계획선의 저측으로 채소를 갈고 있는 경우 전(田)으로 평가할 수 없고 종전의 이용상황인 대(垓)로 평가해야 한다.

효율을 높이기 위한 제한으로 용도지역·용도지구·용도구역 등에 의한 영구적인 제한이고, 개별적 계획제한은 공공시설을 설치하기 위하여 그 전에 일시적으로 행위를 금지 또는 제한하게 되기 때문에 행하여지는 제한이다. 따라서 여기서는 개별적 계획제한에 국한된다 할 것이다. 구체적으로 예를 들면 똑같이 나대지에 채소를 가꾸는 경우에도 주거지역내에서도 도로계획선의 저축으로 인한 경우에는 개별적 제한으로 일시적인 이용상황이 되지만, 개발제한구역 내에서 건축금지로 인한 경우에는 일반적 계획 제한으로 일시적인 이용상황이 되지 않는다.

(나) 현재의 이용방법이 임시적인 경우

물건의 가치는 그 물건을 사용·수익함으로써 얻을 수 있는 장래 기대이익의 현재가치로 이용가치가 클수록 커진다. 그리하여 토지의 이용상황은 고정된 것이 아니고 저가이용의 토지에서 고가이용의 토지로 즉, 임야에서 전으로, 다시 전에서 대지로 변화하고 있다. 따라서 어느 토지가 어떠한 규제도 받지 않음에도 저가이용의 토지로 이용되고 있다면 예컨대, 택지개발사업이 완성되어 분양받은 대지에 채소를 심고 있거나 주거지역내 대지를 주차시설로 이용하는 경우 등, 그것은 그 토지 등의 주변사정으로 보아 현재의 이용방법이 임시적인 것에 해당되기 때문에 저가이용의 토지 즉 전이나 주차장으로 보지 말고 고가이용의 토지 즉 대지로 평가해야 한다.

(다) 관련 문제

현황평가주의의 대표적인 예외로 일시적인 이용상황은 위 두 가지에 국한되는가, 불법형질변경된 토지를 일시적인 이용상황으로 볼 수 있는가에 관하여 일시적인 이용상황에 대한 시행령규정을 예시적 사항으로 보고 불법형질변경된 토지에도 적용할 수 있다는 견해와 시행령규정을 제한규정으로 보아 불법형질변경에 대하여는 별도규정이 마련되어 있어 적용할 수

없다는 견해가 대립되는바, 1995.1.7개정 전에는 적용하여 왔으며 그 내용이 미비된 현재의 상황에서도 적용을 인정함이 타당하다.

그러므로 불법형질변경에 기인한 것으로서 현재 이용되고 있는 상황이 그 토지의 일반적인 이용상황으로 보기에 타당하다 할 수 없는 경우, 현재 이용되고 있는 상황을 일시적인 이용상황으로 보아 처리할 수 있을 것이다. 그리고 1995.1.7전에 불법형질변경된 토지 중 현실이용상황대로 평가하는 것이 타당하지 아니한 경우로서 소급입법의 논란이나 행정규칙에 의한 재산권제한의 문제도 발생되지 않아 효과적일 것이다.

(2) 공법상제한을 받는 토지의 평가

공법상제한을 받는 토지라 함은 국토계획법, 「개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법」, 건축법, 농지법, 산지관리법 등 관계법령의 규정에 의하여 이용규제나 제한을 받는 토지를 말한다. 토지는 공공성의 특성상 일반재화와 달리 도시계획 등에 의한 각종 제한을 받는다. 이들 제한은 통상 일반적 계획제한과 개별적 계획제한으로 나누나 구별기준이 반드시 명백한 것은 아니다.²¹⁰⁾

(가) 일반적 계획제한

일반적 계획제한이란 비침해적, 보전적 제한으로서 제한을 가한 자체로 목적이 완성되고 별도로 구체적인 사업시행이 필요하지 않은 경우의 제한으로 국토계획법의 규정에 의한 용도지역·지구·역의 지정 및 변경, 농지법, 산지관리법 기타관계법규에 의한 농업진흥지역, 공원구역, 보전임지, 문화재보호구역, 군사시설보호구역, 상수원보호구역, 접도구역 등에 의한

210) 이선영, 전거서 91-93면에서 재산권제한을 국토계획제한, 공익사업제한, 공공시설보호제한으로 3분하고, 국토계획제한은 용도지역·지구·구역에 따른 제한으로 제한받는 상태대로 평가토록 하고, 공익사업제한은 토지보상법제4조에 열거되어있는 공익사업과 개별법상의 의제공익사업의 시행을 위하여 제한받고 있는 토지로 도시계획시설사업을 위한 토지가 대표적이며 제한이 없는 상태로 평가토록하고, 공공시설보호제한은 도로·상수도·군사시설 등 특정 공공시설을 보호하기 위한 제한(접도구역, 군사시설보호구역, 수변구역 등)으로 제한이 없는 상태대로 평가한다고 하고 있다.

제한이 있다. 일반적 계획제한은 보통 재산권 자체에 내재하는 사회적 제약에 해당하는 경우로 제한받는 상태를 기준으로 제한의 정도를 감안하여 적당히 감액하여 평가한다. 당해 공익사업²¹¹⁾의 시행을 직접 목적으로 용도지역 등이 변경된 경우, 현황평가의 원칙에 따라 보상액을 산정해야 할 가격시점 현재의 변경된 용도지역·용도지구에 따라 보상액을 평가하여야 하는지 또는 변경 전 용도지역·용도지구에 따라 보상액을 평가하여야 하는지에 대하여 의문이 있으나 변경되기 전의 용도지역·용도지구 등을 기준으로 평가함이 타당하다 할 것이다. 이는 개발이익을 배제할 뿐만 아니라 개발손실을 방지하기 위해서도 필요하다. 예컨대 택지개발사업의 시행 절차로서 생산녹지지역이나 자연녹지지역을 일반주거지역으로 변경한 경우에, 그 택지개발사업을 시행하기 위한 토지의 보상평가에 있어서는 일반주거지역이 아니고 자연녹지지역이나 생산녹지지역을 상정하여 평가하여야 하며 판례도 또한 같다.²¹²⁾

(나) 개별적 계획제한

개별적 계획제한이란 사업제한, 특별제한으로 제한을 가한 그 자체로 목적이 완성되지 않고 구체적인 사업시행을 필요로 하는 즉, 사업이 시행되어야 최종적인 목적이 달성되는 경우로 국토계획법에 의한 도시계획시설로 결정된 토지, 토지보상법에 의한 사업인정, 개별법에 의한 사업인정의 제 및 택지개발법등 관계법규에 의한 사업의 시행을 목적으로 한 사업구역(도시개발구역, 정비구역, 택지개발예정구역 등)·지구·용지 등이 있다. 개별적 계획제한은 공법상제한이 당해 공공사업의 시행을 직접목적으로 가해진 경우로 이로 인한 손실은 특별한 희생에 해당하는 경우로 제한받지 않는 상태를 기준으로 평가한다. 이는 시설결정으로 인하여 하락된 가

211) 당초의 목적사업뿐만 아니라 사업의 종류가 변경되어 다른 사업에 편입되는 경우도 포함한다(대법원 1992.3.13. 선고 91누4323판결).

212) 대법원 1991.10.22. 선고 90누6323판결; 1991.11.26. 선고 91누285판결; 1993.9.10 선고 93누5543판결; 1995.11.7. 선고 94누13725판결.

격을 고려하지 아니하고 시설결정 이전의 상태로 보고 평가하여야한다는 뜻이다. 그리고 당해 공공사업이란 당초의 목적사업 뿐만 아니라 다른 사업으로 변경된 경우도 포함된다.²¹³⁾

(다) 관련 문제

일반적 계획제한이 사회적 제약의 한계를 넘어 특별한 희생을 발생시킨 경우 예컨대, 개발제한구역에 대한 '98년 현재결정에서 특별한 희생이 발생하는 나대지 와 사정변경으로 인한 용도폐지된 경우에는 이를 손실보상하여야한다. 그럼에도 매수청구에 따른 토지가격을 공법상제한이 있는 상태에서의 가격이 되도록 한 것(G/B법제30조)은 문제가 있다. 그리고 재개발사업도중에 문화재가 출토되어 문화재보호지구로 지정된 경우 공법상제한 받는 상태로 보상하는 것도 문제가 있다.

2) 공시지가주의

가) 의의

토지보상법 제70조제1항은 토지에 대한 보상평가는 공시지가를 기준으로 평가토록 규정하고 있다. 토지는 일반재화와 달리 고가성과 개별성으로 인하여 거래사례가 희소하여 적정가격을 구하기 어렵다. 그리하여 토지보상법은 이러한 점을 고려하고 개발이익을 배제하기 위하여 공시지가제를 택하여 공시지가를 기준으로 평가토록 한 것이다.²¹⁴⁾ 즉 전국 약 3700만 필지의 토지 중 대표적인 50만 필지를 표준지로 선택하여 주변의 거래사례 등을 참작하여 적정가격을 산정·고시하고, 이것을 이용하여 개별토지의 적정가격을 산정토록 하는 것이다.

213) 대법원 1992.3.13. 선고 91누4323판결.

214) 민태욱, “적정가격보상원칙과 시가보상론”, 『부동산학연구』제11집, 2005, 19면.

나) 공시지가제도 개관

(1) 공시지가의 의의

종래 공적 지가체계²¹⁵⁾는 행정목적에 따라 토지의 평가기준을 달리함으로써 동일 토지에 대한 행정목적별 적용지가수준이 달라 혼란을 가져왔고 호환할 수도 없었다. 막대한 경비와 시간을 들여 만든 공시지가의 이러한 문제점을 시정하고 지가체계의 일원화²¹⁶⁾를 위해 토지공개념²¹⁷⁾의 일환으로서 공시지가제도가 등장하였다. 공시지가는 표준지공시지와 개별공시지가로 대별되는바, 표준지공시지는 국토해양부장관이 매년 조사·평가하여 공시한 공시기준일 현재 표준지의 단위면적(m^2)당 적정가격을 말하고, 개별공시지²¹⁸⁾는 표준지공시지를 기준으로 시장·군수·구청장이 개별토지와 표준지와 토지특성의 차이에 따른 토지가격비준표²¹⁹⁾상의 가격격차율을 추출하여 산정되는 개별토지의 단위면적(m^2)당 가격을 말한다.

215) 1989년 이전의 우리나라 지가체계는 주무부처, 평가주체, 근거법규 및 평가목적에 따라 각기 다른 종류의 지가(건설부의 기준지가, 내무부의 과세시가표준액, 국세청의 기준시가 등)를 산정하는 다원화한 지가체계를 유지하여 공적지가 상호간의 충돌과 국민의 혼란을 가져오고 있었다.

216) 지가체계 일원화란 공적지가를 1개로 통일한다는 뜻이 아니라 지가산정체계를 1원화 한다는 뜻으로 지가다원화는 여전히 유지되고 있다.

217) 토지공개념이란 토지재산에 대한 사회적 공공적 구속성을 의미한다. 환언하면 토지는 단순한 상품이 아니고 인간의 생활과 생산을 위한 불가결의 기반이기 때문에 그 소유자가 누구이든 간에 그 토지가 가지는 기능 적성 위치에 따라 공공복리를 위해 가장 값지게 그리고 가장 효율적으로 이용되지 않으면 안 되며 이를 위해 국가의 공권력에 의한 적절한 규제가 가해지지 않으면 안 된다. 실정법적 근거로는 헌법 제23조제2항, 제119조제2항, 제120조제2항, 제122조 그리고 토지공개념 3법(지가공시법, 토지초과이득세법, 토지소유상환에관한법률)을 들 수 있다. 지가상승억제와 투기방지라는 정책목표를 달성하기 위한 수단으로 도입된 개념이다. 사유재산제도를 부정하기보다 이를 보호하면서 그로부터 발생하는 문제를 국가의 조정과 규제를 통하여 개선하고자 하는 사상이라 하겠다.

218) 개별공시지가는 원래 국무총리 훈령“개별토지가격합동조사지침”(1990.4.11. 제241호제정)으로 존재하다가 법규성이 문제되자 1995.12.29. 지가공시법에 편입된 것이다. 표준지공시지와는 공적지가를 산정하기위한 제도라는 점에서는 같지만 목적·결정주체·절차 및 효력과 적용에서 다르고 보상평가에는 적용되지 않는다.

219) 토지가격비준표는 표준지공시지와 표준지의 특성을 다중회귀분석하여 추출된 토지 특성별 배율을 행렬표 형태로 재구성한 것으로 개별공시지가산정에 적용되는 가격격차율표이다.

(2) 표준지 선정

표준지란 공시지가를 조사·평가하는 기준점으로 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적, 사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 이를 대표할 수 있는 필지로 선정된 토지를 말한다. 표준지는 개별공시지가의 산정에 있어서 비교표준지가 되며, 지가산정 및 평가에 있어 주요한 역할을 한다. 표준지는 「표준지의선정및관리지침」(국토해양부훈령 제564호)에서 정한 기준에 따라 선정하되 다양한 토지유형별로 일반적이고 평균적인 토지이용상황, 가격수준 및 그 변화를 나타낼 수 있도록 하여야 한다. 표준지는 원칙적으로 과세대상 필지를 대상으로 선정하되 국공유지와 1필지가 둘 이상의 용도로 이용되고 있는 토지에 대하여는 선정하지 아니한다. 표준지 상호간의 연계성을 고려하여 용도지역별 또는 용도지대별로 표준지를 균형 있게 분포시키고, 인근 개별토지의 가격비교기준이 되는 토지로서 연도별로 일관성을 유지할 수 있도록 선정하여야 한다.²²⁰⁾

(3) 표준지 분포

지역별, 용도지역별, 전체적인 표준지수를 배분하기 위한 분포기준이 주어진다. 예외로 다른 토지의 가격산정에 비교 가능성 및 활용성을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 표준지 분포를 조정할 수 있다. 표준지 선정자는 지역분석²²¹⁾을 토대로 용도지역 또는 용도지대별로 분포 및

220) 표준지의 선정원칙은 다음과 같다(국토해양부 훈령 제564호 표준지의 선정 및 관리지침).

- ① 지가의 대표성: 표준지선정 단위구역 내에서 지가수준을 대표할 수 있는 토지 중 인근지역 내 가격의 충화를 반영할 수 있는 토지.
- ② 토지특성의 중용성: 표준지선정단위구역내에서 개별토지의 토지이용상황, 면적, 지형지세, 도로조건, 및 공적규제 등이 동일 또는 유사한 토지 중 토지특성빈도가 가장 높은 표준적인 토지.
- ③ 토지용도의 안정성: 표준지선정단위구역내에서 개별토지의 주변 이용상황으로 보아 그 이용상황이 안정적이고 장래 상당기간 동일 용도로 활용될 수 있는 표준적인

활용의 적절성을 판단하여 지가분포가 다양하고 변화가 많은 지역에 상대적으로 많은 표준지를 분포하여야 한다.

(4) 표준지 특성조사

표준지 특성조사는 토지가격형성에 중요한 요인으로 작용하고 토지관련 자료의 정보요인으로 가치가 있는 것 중 토지특성조사표에 기재된 항목(19개)을 조사하는 것을 말한다. 토지특성조사는 매년 1월1일을 기준으로 하며, 토지특성의 조사요령은 관련공부에 의거 사전에 지목, 면적, 용도지역, 지구, 구역, 기타 공법상의 제한, 형상, 도로접면, 간선도로와의 거리, 유해시설의 존재여부를 조사하고, 신규나 교체되는 표준지에 대하여는 전년도 개별공시지가의 토지특성을 참조하여 조사한 후, 이어 현장조사도면을 가지고 현장에 임하여 실지조사를 통하여 공부와의 일치여부를 확인하고 농지의 구분과 비옥도, 경지정리, 토지의 이용상황, 지형지세(형상, 고저, 방위), 도로접면, 간선도로거리, 유해시설의 실재와 유해성의 정도 등을 구체적으로 파악하여야 한다. 그리고 현장조사시 표준지선정 단위구역을 구분하고 주위환경과 가격수준 등 필요한 자료도 조사해야한다. 개별공시지가를 산정하기 위한 개별토지의 특성조사도 이와 같다.

(5) 공시지가평가와 결정

국토해양부장관이 표준지에 대한 공시기준일(매년 1월1일) 현재의 적정가격을 평가하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 2이상의 감정평가업자에게 이를 의뢰하여야한다. 의뢰받은 감정평가업자는 표준지조사·평가기준에

토지

④ 토지구별의 확정성: 표준지선정단위구역내에서 다른 토지와 구분이 용이하고 위치를 쉽게 확인할 수 있는 표준적인 토지.

221) 지역분석이란 지역의 지가수준에 전반적인 영향을 미치는 가격형성요인을 일정한 지역범위로 조사, 분석함으로써 지역 내의 표준적인 이용과 지가수준 및 그 변동추이를 판정하는 것으로 그 방법은 가격형성요인에 대한 당해지역의 용도지역이나 용도지대를 적절하게 세분하여 실시하며, 인접한 지역과 상호연계성이 유지될 수 있도록 하여야한다.

따라 평가하여²²²⁾ 그 결과를 국토해양부장관에게 제출하며, 장관은 2인 이상의 감정평가업자가 제출한 조사·평가액의 산술평균치를 기준으로 표준지공시지가를 결정·공고한다.

<표 10> 부동산평가의 유형별 평가기준 및 평가방법 비교

	표준지평가	일반평가	보상평가
근거법규	부동산가격공시법	감정평가규칙	토지보상법
가격종류	적정가격	정상가격	적정가격
일반적객관적기준	적용	적용	적용
현실상황기준	적용	적용	원칙적 적용
나지상정기준	적용	적용/ 비적용	적용
공법상제한기준	적용	적용	일반적 제한: 적용 개별적제한:비적용
개발이익	일부반영	반영	배제
평가방식	3방식	3방식	공시지가기준평가

222) 표준지조사·평가기준(국토해양부 훈령 제549호)

① 적정가격으로 평가하되 시장에서 형성되는 가격자료를 충분히 조사하여 표준지의 객관적인 시장가치를 평가한다. 특수토지 등 시장성이 없거나 거래사례 등을 구하기가 곤란한 토지는 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 토지의 조성에 필요한 비용추정액 또는 임료 등을 고려한 가격으로 평가한다. ② 개별적인 동거나 특수한 사정, 투기적인 요소가 배제된 객관적인 가격으로 평가한다. ③ 공부상의 지목에 불구하고 공시기준일 현재의 실제지목 및 이용상황을 기준으로 평가하되, 일시적인 이용상황은 이를 고려하지 아니 한다. ④ 표준지에 건물 기타의 정착물이 있거나 지상권 등 토지의 사용 수익을 제한하는 사법상 권리가 설정되어 있는 경우에는 그 정착물이 없는 토지의 나지상태를 상정하여 평가한다. ⑤ 공법상제한상태는 일반적 계획제한사항뿐만 아니라, 개별적인 계획제한사항이 있는 경우에도 그 공법상 제한을 받는 상태를 기준으로 평가한다. ⑥ 개발이익¹⁾을 반영하여 평가한다. 다만, 그 개발이익이 주변환경 등의 사정으로 보아 공시기준일 현재 현실화·구체화되지 아니하였다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. ⑦ 일단지기준으로 평가한다. 즉, 용도상 불가분의 관계¹⁾에 있는 2필지 이상의 일단의 토지 중에서 대표성이 있는 1필지가 표준지로 선정된 때에는 그 일단을 1필지로 보고 토지특성을 조사하고 평가한다.

표준지공시지가의 평가는 거래사례비교법, 복성식평가법 또는 수익환원법의 3방식 중에서 당해 표준지의 특성에 가장 적합한 방식으로 평가하되, 다른 방식에 의하여 평가한 가격과 비교하여 그 적정여부를 검토한 후 평가가격을 결정한다.

이에 대하여 개별공시지가는 시장·군수·구청장이 공표된 표준지공시지가를 기준으로 산정의 대상이 되는 개별토지의 특성을 조사하고 적합한 표준지를 선택한 후, 비교표준지와 개별토지의 특성을 비교하여 서로 다른 특성을 찾아낸 다음, 서로 다른 토지특성에 따른 가격배율을 토지가격비준표에서 추출하여 비교표준지공시지가에 곱하여 산정한다. 실무상 구체적인 산정은 컴퓨터에 의하여 자동적으로 계산된다.

(6) 공시지가의 효력과 적용

표준지공시지가는 ① 주변지역의 일반적이고 평균적인 지가수준을 반영하는 가격으로 부동산 시장에 지가정보를 제공하고 ② 개인 간에 이루어지는 일반적인 토지거래에 있어서 토지가격결정의 지표가 된다. 여기서 지표란 거래가격 결정시 반드시 공시지가에 의하여야 한다는 구속력을 나타낸 것이 아니고 행정지도적 의미를 가질 뿐이라고 본다. 따라서 공시지가를 기준으로 토지거래를 하지 아니하여도 그 계약이 무효가 되거나 취소사유가 되는 것은 아니다. 표준지공시지가는 ③ 국가, 지자체, 정부투자기관 및 공공단체가 그 업무와 관련하여 지가를 산정하는 경우 그 기준이 된다. 이 경우 당해 토지가격과 표준지 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야하고 필요시 산정된 지가를 적용목적에 따라 가감조정할 수 있다. 이 경우에는 지가정책상의 목적을 실현하기 위하여 일정한 의무규정을 둔 것으로서 구속력을 가진다고 하겠다. ④ 표준지 공시지가는 감정평가업자가 타인의 의뢰를 받아 토지를 개별적으로 평가하는 경우 그 기준이 된다.

다음 표준지공시지가의 적용에 관하여는 부동산가격공시법에서 원칙적인 방법을 정하고 있고, 구체적이 적용방법은 공시지가를 적용하고자하는 각 개별법령에서 정하도록 하고 있다. 표준지공시지가는 국가, 지자체등이 다음 목적(부동산가격공시법 제9조)을 위하여 감정평가업자에게 의뢰하여 표준지 공시지가를 기준으로 지가변동 등을 참작하여 개별토지가격을 평가하여 간접적으로 사용하는 경우와 표준지공시지가 와 토지가격비준표를

사용하여 지가를 직접 산정하여 사용하는 경우(각종조세, 부담금부과)로 나누어 볼 수 있다.

- ① 공공용지의 매수 및 토지의 수용, 사용에 대한 보상
- ② 국·공유토지의 취득 또는 처분
- ③ 국토계획법 제21조의4제3항의 규정에 의한 토지의 매수
- ④ 국토계획법 기타 법령에 의하여 조성된 공업용지, 주거용지, 관광용지 등의 공급 또는 분양
- ⑤ 도시개발법, 도시정비법 또는 농어촌정비법에 의한 도시개발, 도시정비 또는 농업생산기반정비를 위한 환지, 체비지의 매각 또는 환지신청
- ⑥ 토지의 관리, 매입, 매각, 경매, 재평가 등

이에 대하여 개별공시지가는 ① 각종 조세의 과세표준의 기초가 되고 ② 각종 부담금 산정의 부과기준이 되며 ③ 국·공유재산의 대부·사용료 산정기준이 된다. 개별공시지가의 적용현황은 다음과 같다.

<표 11> 개별공시지가 적용현황

제 도	적 용 범 위	적 용 근 거	적용개시 일
· 종합부동산 세	- 종합부동산세액 산출을 위한 기준시가	종합부동산세법제13조제1항, 제 2항	'05. 1. 5
· 양도소득세	- 양도차액 산출을 위한 기준시 가	소득세법 제99조제1항	'90. 5. 1
· 증여세	- 증여가액 산출을 위한 기준시 가	상속세 및 증여세법시행령 제50 조	'90. 5. 1
· 상속세	- 상속가액 산출을 위한 기준시 가	상속세및증여세법시행령 제50조	'91. 1. 1
· 재산세	- 과세표준액 결정자료	지방세법 제111조 및 제187조	'96. 1. 1
· 취득세	- 과세표준액 결정자료	지방세법시행령 제80조의2	'96. 1. 1
· 등록세	- 과세표준액 결정자료	지방세법 제99조의2	'96. 1. 1

아 별도 고찰한다.²²³⁾

1) 미불용지

가) 의의

미불용지란 종전에 시행된 공익사업에 편입된 부지로서 보상금이 지급되지 아니한 토지를 말한다(토지보상법시행규칙 제25조본문). 예컨대 국가나 지방자치단체가 개인소유의 토지에 아무런 권원없이 도로개설이나 하천사업 등 공익사업을 시행한 경우를 말하며, 이러한 예는 일정시대나 6.25사변 중에 무단으로 건설한 도로에서 많이 찾아 볼 수 있다. 그밖에 소유자 불명의 토지, 보상액이 보상청구비용보다 적어 수령을 포기한 토지, 새마을사업으로 건설한 도로, 소유자로부터 기공승락을 받아 시공하였으나 예산사정으로 보상금 지급이 지연된 경우 등을 들 수 있다. 미불용지가 주로 문제되는 것은 이러한 미불용지가 새로 공익사업에 편입된 경우에 어느 상황을 기준으로 보상액을 평가할 것인가와 관련하여서이다.

나). 평가기준

먼저 미불용지의 판단은 1차적으로 평가의뢰자가 판정하나 의견제시(평가의뢰시 미불용지 또는 편입당시의 이용상황을 표시)가 없는 경우 객관적 판단기준에 의하며²²⁴⁾, 대법원은 공익사업의 시행으로 현실이용상황을 변경함으로써 오히려 토지가격이 상승한 경우 예컨대 전에 택지를 조성한 경우까지 미불용지로 볼 것은 아니라고 보고 있다.²²⁵⁾ 미불용지에 대한 보상도 헌법 제23조제3항에 의해 정당보상이 이루어져야 하나, 미불용

223) 조용근, “토지보상평가기준으로서의 현황평가주의”, 「월간 감정평가사」, 2008.11월호 93면. 참조.

224) 현황이 도로인 경우로서 이것이 미불용지인지 사도인지 구별되지 아니할 경우, 토지소유자가 도로개설 당시 자기 토지 편익을 위해 스스로 설치한 경우에는 사도로 보고, 일반적으로 사도 공물로 제한을 받으나 공적주체가 점유를 계속하며 사용하는 것은 미불용지로 본다.

225) 대법원 1992.11.10. 선고 92누4833판결.

지는 그 용도가 공익사업부지로 제한됨으로 거래가격이 아예 형성되지 못하거나 상당히 감가되는 것이 보통이다. 따라서 미불용지를 사업시행자가 새로 취득하면서 가격시점에 있어서의 현실이용상황(도로)에 따라 손실보상액을 산정한다면 적정가격으로 보상이 이루어 질 수 없게 되는 경우가 많이 생기게 되어 소유자에게 심히 부당하다. 이와 같은 부당한 결과를 구제하기 위하여 현황평가에 대한 예외로 특별히 종전의 공익사업에 편입될 당시의 이용상황(지목, 면적, 지형, 지세, 도로와의 접근정도 등의 개별요인)을 상정하여 평가하도록 하였다. 다만, 편입당시의 이용상황을 알 수 없을 때에는 편입당시의 공부상 지목과 유사한 인근 토지의 이용상황 등을 참작하여야 평가한다(토지보상법시행규칙 제25조단서). 이론적으로 미불용지는 사전보상의 원칙에 대한 위배로 손해배상 또는 부당이득반환청구에 의하여 해결하여야 할 것이다. 그러나 이를 위법으로 다룰 경우 이미 시행된 공익사업에 현저한 지장을 초래할 우려가 있어 공익을 위한 사정판단의 견지에서 입법정책적으로 손실보상을 하여 주는 것이라고 할 수 있다. 공법상제한사항 및 가격시점은 보상액 산정시점인 수용재결시(협의취득의 경우에는 계약체결시)를 기준으로 한다. 미불용지를 평가함에 있어 비교표준지로 선정된 표준지의 공시지가에 공공사업시행으로 인한 개발이익이 포함되어 있는 경우에는 이를 배제한 가격이어야 한다. 인근지역에 이용상황이 유사한 표준지가 없어서 인근지역의 표준적 이용상황의 공시지가표준지를 비교표준지로 선정한 경우에는 형질변경소요비용, 기부채납비율, 감보율 등을 고려하여 평가한다.

다) 관련 문제

첫째로 미불용지의 시효취득과 관련하여 민법은 제245조제1항에서 점유취득시효를 규정하고 있는데, 이 제도는 등기부취득시효 규정과 더불어 일정한 권리를 행사하는 것과 같은 외관이 장기간 계속된 경우에 그러한 권리외관을 신뢰하여 이루어진 다수의 법률관계를 보호하고 채증곤란을 구

제하기 위하여 그러한 사실상태가 실체적 권리관계와 일치하는지 여부를 묻지 않고 권리취득효과가 생기게 하는 제도이다. 점유취득시효가 성립하려면 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하여 등기를 하여야 하나 선의, 무과실은 요건이 아니다. 그리고 이 요건 중 평온, 공연 및 자주점유는 추정된다. 이러한 점유취득시효가 미불용지인 도로에도 인정되어 국가나 지방자치단체가 그 소유권을 취득할 수 있는가가 문제된다. 종래 판례는 점유자가 타인소유의 토지를 무단으로 점유하여 왔다면 특단의 사정이 없는 한 자주점유에 해당한다고 하여 시효취득을 인정하였다.²²⁶⁾ 그러나 1997년 대법원은 토지의 점유자가 점유개시 당시에 소유권 취득원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단 점유한 것이 입증된다면, 특단의 사정이 없는 한 자주점유의 추정력이 없다고 하여 종전의 판례를 변경하였으며 그 후 판결도 이를 견지하여 왔다.²²⁷⁾ 국가나 지자체가 타인소유의 토지에 도로를 건설하면서 하는 점유는 특단의 사정이 없는 한 자주점유라 할 수 없음이 타당하고²²⁸⁾, 또한 이 경우까지 시효취득을 인정한다면 토지소유자에게 지나친 불이익을 가한다 할 것이어서 최근의 판례가 타당하다고 생각된다.²²⁹⁾

둘째로 부당이득반환청구권의 행사와 관련하여 부동산 시효취득은 소급효를 갖는 원시취득이다. 따라서 미불도로에 대한 점유시효취득을 부정할 경우 법률상 원인 없는 점유가 되어 부당이득반환문제가 일어난다. 또한 도로법 제5조는 “도로를 구성하는 부지에 대하여는 사권을 행사할 수 없다”라고 규정하여 국가, 지방자치단체가 사인 소유의 토지를 무단으로 도

226) 대법원 1991.6.28. 선고 89다카12176판결.

김상준, “사유지상의 도로개발과 점유취득시효의 완성”, 민사판례연구15, 박영사, 1993, 45면.

227) 대법원 1997.8.21. 선고 95다28625전원합의체판결; 1998.5.29. 선고 97다30349판결.

228) 점유개시당시 타인소유라는 사실을 잘 알고 있었다면 실제 소유자가 반환청구를 해올 경우, 반환하는 것이 사회적 통념이므로 소유의 의사로 점유하는 것으로 볼 수 없기 때문이다.

229) 과거 도로보상과 관련하여 시효취득토지에 보상을 하였다하여 감사 지적되는 일이 많았다.

로부지로 점유하고 있다면 토지소유자는 소유권은 있어도 사용, 수익은 할 수 없게 된다. 그러나 사용, 수익을 침해당함으로 발생하는 손해상당액은 부당이득으로 청구가능하다 할 것이다. 즉 국가 또는 지자체가 사인 소유의 토지를 취득하는 등의 적법한 권원 없이 일반 공중의 통행로로 제공한 경우에는 법률상 원인 없이 임료상당의 이익을 보는 것으로 인정, 부당이득을 반환할 의무가 있는 것이다. 그리고 미불도로의 경우 임대사례를 구할 수 없어 임료산정은 일반적으로 임대사례비교법²³⁰⁾에 의하지 않고 적산법²³¹⁾에 의한다. 적산법 적용에 있어 기초가격은 미불용지의 평가방법 즉 인근 토지의 일정비율이 아니고 편입당시의 현실적 이용상황에 따라 평가하여야 한다. 임료상당 이익인 사용료는 가격시점으로부터 과거 5년간만 청구가 가능하다. 이는 사용료의 소멸시효가 지방재정법, 예산회계법상 5년이기 때문이다. 그러나 다음의 경우에는 부당이득반환의 대상이 되지 않는다 할 것이다.

- ① 무상사용에 동의한 토지
- ② 기부채납을 받아 개설한 도로
- ③ 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기한 토지
- ④ 보상금을 지급하였으나 미등기한 도로부지
- ⑤ 일단의 주택지 조성사업시 개설된 도로

셋째로 도로부지에 대한 소유물반환청구권은 도로의 이용, 관리에 지장을 가져오므로 인정될 수 없고, 다만 소유권침해로 인한 민사상 손해배상 청구권이 가능하다고 본다.

넷째로 손실보상청구권의 행사문제와 관련하여 이는 미불용지가 새로운 공공사업에 편입되기 전의 문제로 대법원은 보상규정의 흠결과 예산상의 사정을 이유로, 위헌무효설은 보상규정의 흠결을 이유로 손실보상청구권을

230) 임대사례비교법이라 함은 대상물건과 동일성 또는 유사성이 있는 다른 물건의 임대사례와 비교하여 대상물건의 사용료를 구하는 방법을 말한다.

231) 적산법이라 함은 가격시점에서 대상물건의 가격을 기대이율로 곱한 금액에 대상물건을 계속 사용하는데 필요한 제 경비를 더하여 대상물건의 사용료를 구하는 방법을 말한다.

부인하고 있으나, 직접효력설에 의하면 인정하게 된다. 특별한 침해임에도 보상규정을 결한 것은 재산권 보호상 문제가 있으니 규정을 보완하여 보상토록 하여야 할 것이다.

다섯째로 취득토지에 대하여 보상 후 등기를 하여야 함에도 실무상 이를 등한시하여 추후 새로운 공익사업에 편입시 미불용지로 취급되어 2중 보상이 되는 일이 있는 바, 이전등기 등 사후정리를 철저히 하여야 할 것이다.

여섯째로 미불용지에 대한 보상의무를 누가 부담하느냐가 문제되나 원칙적으로는 종전사업시행자가 보상하여야 할 것이다. 그러나 현실적으로는 새로운 사업시행자가 보상하는 경우가 많다.

2) 무허가건축물의 부지

가) 의의

무허가건축물이라 함은 건축법등 관계법령에 의거 허가나 신고를 하고 건축하여야 할 건축물을 허가나 신고를 하지 않고 건축한 건축물을 말한다. 무허가건축물에 대한 보상과 그 부지에 대한 보상은 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉, 무허가건물이라도 관계법령에 의하여 지정되지 아니한 상태에서 현실적 이용을 하고 있다면 보상하여야 하지만 사업인정 이후의 무허가건물은 보상대상이 되지 않는 데 비하여 그 부지는 언제나 보상대상이고 다만 평가기준이 일반토지와 다를 뿐이다.

사용승인을 받지 아니한 건축물부지는 건축허가시 대지에 대해 충분한 검토를 거쳤으므로, 또한 사용승인미필건축물이라도 추후에 양성화조치 등으로 적법한 건축물이 되었다면 그들 부지는 여기에 해당되지 아니 한다고 본다.

나) 평가기준

무허가건축물(부속건물 포함)등 부지는 현황 대지로 평가하지 아니하고

무허가건축물 등이 건축될 당시의 이용상황(예컨대 전)을 상정하여 평가한다. 조성된 부가가치, 건축비는 물론 조성비도 인정되지 않는다. 건축물의 부지범위는 당해 건축물의 규모, 용도 등 제반여건과 현실적인 이용상황을 감안하여 무허가건축물의 사용, 수익에 필요한 범위내의 토지와 무허가건축물 등의 용도에 따라 불가분적으로 사용되는 범위의 토지를 의미한다. 그러나 '89.1.24이전에 건축된 무허가건물 등의 부지에 대하여는 기득권보장과 소급입법금지의 원칙에 의거 현황평가의 원칙에 따라 무허가건물부지로 평가한다. 무허가건물부지로 평가한다는 의미는 공부상 지목이 대인표준지를 기준으로 평가하되 공부상 지목이 대가 아닌 토지를 적법한 절차에 따라 대로 형질변경하는데 소요되는 비용상당액을 개별요인 비교시 감안하여 평가한다는 의미이다. 이 경우 부속건축물부지도 무허가건축물부지에 포함되는 것으로 본다. 그러나 가설건축물은 도시계획사업의 시행절차 3월전 까지 무상으로 철거함을 조건으로 허가함으로 편입으로 철거되는 것이 아니고 기간만료로 철거되는 것이므로 보상의 대상에 해당되지 않는다.

다) 입증책임문제

무허가건축물 등 부지라는 입증책임은 누가 부담할 것인가에 다툼은 있으나 사업시행자가 입증해야한다고 봄이 타당하다. 현황평가주의의 대원칙에 대한 예외를 인정하기 위한 것이기 때문이다.

3) 불법형질변경된 토지

가) 의의

불법형질변경에 있어서 불법이란 국토계획법등 관계법령에 의거 허가를 받거나 신고를 하고 형질변경하여야 할 토지를 허가나 신고없이 형질변경하는 경우를 말하고, 형질변경이란 절토, 성토, 정지 등 토지의 형상을 변경하는 행위 및 공유수면을 매립하는 행위를 말한다. 토지의 형상이 어느

정도 달라져야 형질변경이라고 할 수 있느냐는 법령에 따라 같지 아니하나 일반적으로는 국토계획법 제56조제1항 제2호에 의하여 시장, 군수의 허가를 받아야 행할 수 있는 토지의 형질변경행위를 말한다. 따라서 처음부터 허가나 신고를 요하지 않거나 당초에는 불법으로 형질변경하였으나 사후에 허가나 신고를 추진받은 경우에는 불법형질변경에 해당하지 않는다. 불법형질변경 여부를 판단하는 시점은 원칙적으로 형질변경당시를 기준으로 하여야 할 것이나 형질변경이 장기간에 걸쳐서 행하여질 경우에는 현실적으로 보상당시를 기준으로 하여야 할 것이다. 불법형질변경은 대부분 토지소유자에 의하여 행해지겠지만 제3자도 할 수 있다. 그러나 제3자에 사업시행자는 포함되지 않는다 하겠다. 왜냐하면 사업시행자는 공물관리권 또는 공익사업시행권이 있기 때문이다. 현재의 토지이용행위가 법상 지목과 부합하지 않는 경우 실무상으로는 불법형질변경된 토지로 다루고 있으나, 불부합이 불법으로만 이루어지는 것은 아니므로²³²⁾ 이를 일률적으로 불법형질변경된 토지로 취급하는 것은 현황평가주의의 원칙에 반하는 것이고 지나치게 행정편의적인 것으로 부당하다.

나) 보상평가 기준

불법형질변경된 토지에 대한 평가는 불법형질변경 당시를 상정하여 평가한다. 불법형질변경행위에 대하여는 원상회복을 명할 수 있고 형사처벌도 할 수 있음에도 보상평가를 형질변경된 상태대로 행하는 것은 위법행위로 조성된 부가가치를 인정하는 결과가 되어 적정보상원칙이 훼손될 우려가 있으므로 이런 부당한 결과를 방지하기 위하여 불법형질변경된 토지에 대하여 특별히 형질변경 당시의 이용상황을 상정하여 평가함으로써 적정가격을 초과하는 부분을 배제하려는 것이다.²³³⁾ 불법으로 임야를 전으

232) 자적법상 지목과 현황이 불부합하는 예로는 처음부터 지목을 잘못 정한 경우, 지목을 변경한 후 공부상 지목변경절차를 아직 밟지 아니한 토지, 주 용도와 다른 용도로 쓰던 토지를 용도별로 분할한 경우 등을 들 수 있다.

233) 대법원 2002. 2.8. 선고 2001두7121판결.

로, 전을 대지로 변경하였음에도 높은 가격의 지목인 전 또는 대로 보상하는 것은 위법행위를 합리화하는 것이 되고 공정성을 잃은 불합리한 보상이 될 수 있으므로 이를 막기 위해서도 필요한 것이다. 이 경우 부가가치는 물론 조성비도 인정되지 아니한다.

그러나 ① 토지보상법 부칙의 경과규정에 의거 1995.1.7 이전에 이미 공공사업지구에 편입된 경우와 ② 형질변경이후의 이용상황이 오히려 형질변경 당시의 이용상황보다 더 나빠진 경우에는 현황평가한다. 여기서 공공사업지구에 편입된 시기를 어느 때로 볼 것이냐가 명확하지 아니하여 공익사업시행계획공고시, 공익사업인정시, 보상계획공고시 등 견해가 대립되거나 국토해양부에서는 공익사업이 구체적으로 시행되는 것을 의미하는 공공사업계획공고시 또는 사업인정고시시로 보고 있고,²³⁴⁾ 대법원은 도시계획시설의 도시계획결정고시 및 지적도면의 승인고시시로 보고 있으나²³⁵⁾ 명확히 하여야 할 것이다.

다) 관련 문제

불법형질변경된 토지의 보상평가에 대하여는 토지보상법시행규칙 제24조 및 부칙 제6조의 경과규정과 관련하여 몇 가지 사항이 논의되고 있다.²³⁶⁾

첫째 소급입법금지와 관련하여 불법형질변경된 토지에 대하여 1995.1.7. 근거규정이 마련되기 전에는 현황평가를 하였다. 그리하여 변경규정을 과거에 이미 형질변경된 토지까지 소급적용할 것인가, 소급적용의 경우 어디까지(무한이) 소급시킬 것인가 등을 둘러싸고 논의가 대립되고 있다. 실무상으로는 소급적용하고 있다. 그러나 소급입법에 의한 재산권 제한이 금

234) 토정58307-71,1996.1.17.

235) 대법원 2005. 5.12. 선고 2003두9565판결).

236) 그 밖에 평등의 원칙 위반(무허가건축물부지, 95.1.7사업편입토지와 차별), 신뢰보호의 원칙 위반 (1995.1.7개정 전 법령에 따라 현황평가로 보상받을 것이라는 데 대한 신뢰)등도 논의의 대상이나 다른 문제와 부대됨으로 생략한다.

지되는 것은 진정소급효 즉 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 것인바, 1995.1.7이전에 형질변경된 토지에 대하여는 진정소급입법에 해당된다 할 것이고, 따라서 1995.1.7이전에 형질변경된 토지에 대하여는 개인의 신뢰보호와 법적안정성을 내용으로 하는 법치국가원리상 1995.1.7 당시 공익사업에 편입여하를 가리지 말고 기득권을 인정함이 타당할 것이다²³⁷⁾

둘째 입증책임과 관련하여 현황평가의 원칙상 이와 다른 형질변경을 주장하는 자, 즉 사업시행자가 부담한다는 견해와 토지조서작성권이 사업시행자에게 있으므로 토지조서의 현황과 다르다는 것은 이를 주장하는 자가 입증하여야 하므로 토지소유자에게 있다는 견해가 대립하나, 현황평가의 원칙상 불법형질변경사실을 입증하지 못하면 현황평가하여야 하므로 사업시행자가 입증책임을 부담한다고 하여야 할 것이다.

셋째 시행규칙의 법규성과 관련하여 불법형질변경된 토지의 보상평가방법을 규정한 토지보상법시행규칙 제24조는 국민의 재산권과 직접 관계되는 내용을 정한 것인지, 행정조직 내부에서의 업무처리절차·기준을 정한 것인지에 대하여 견해가 대립하고 있으며, 또한 상위법령의 근거도 없이 부령인 시행규칙에 규정하고 있어 그 법규성이 문제된다. 이에 관하여 형식적기준설은 규정형식을 중시하여 실질적 내용을 가리지 않고 법규명령이라는 견해이고²³⁸⁾, 실질적기준설은 형식보다는 행정조직 내부에서의 사무처리준칙(보상평가업무의 처리기준)으로서의 실질을 중시하여 행정규칙에 불과하다는 견해²³⁹⁾이며, 절충설은 상위법령의 수권여부에 따라 법규명령이거나 행정규칙이 된다는 견해이다. 판례는 일률적이지 않고 대통령

237) 불법형질변경된 토지 중 1995.1.7이전에 공익사업에 편입된 토지와 편입되지 아니한 토지간의 차별, 무허가건축물부지에 대하여는 소급효를 인정하지 않으면서 불법형질변경된 토지에 대하여는 소급효를 인정하는 차별이 평등의 원칙상 가능한가 등의 문제도 저절로 해결된다.

238) 김도창, 전게서, 325면; 김동희, 전게서, 151면; 박윤훈, 전게서, 246면; 석종현, 전게서, 183면; 이상규, 전게서, 310면.

239) 강구철, 전게서, 239면; 서원우, 전게서, 349면; 김철용, 전게서, 165면.

령에 위임되면 법규명령이나 총리령이나 부령에 위임되면 실질을 중시하여 행정규칙이 된다는 입장이다.²⁴⁰⁾ 생각하건데 이는 국민의 재산권에 직접 관계되는 법규적 사항이므로 법규로 보아야 하고, 또한 법규성을 명백히 하고 행정규칙으로 국민의 재산권을 제한한다는 논의를 불식시키기 위해서도 상위법령에 규정함이 타당하다.

4) 도로 및 구거부지

가) 의의

사람과 차량의 전부 또는 어느 일방만이 통행할 수 있도록 되어있는 다소 넓은 길을 도로라 하며²⁴¹⁾ 크게 공도와 사도로 나눌 수 있다. 그리고 하천이 아닌 소규모로 물이 흐르는 토지는 구거부지²⁴²⁾와 도수로 부지로 나눌 수 있다. 도로든 구거부지이든 그 위에 사권이 존재하는 경우에는 이를 소멸시키기 위해 보상이 필요하며, 현행법은 위의 두 종류의 토지에 대한 평가를 일반토지와는 달리 인근토지에 대한 평가액의 일정률로 보상하도록 규정하여 현황평가주의에 대한 예외가 되고 있다. 관련법령도 이러한 토지의 보상액평가방법에 대하여 수차 변경한 바 있으나 아직도 미흡하여 정당보상에 어긋날 소지가 있다.

나) 도로의 구분

도로는 그 기준에 따라 여러 가지로 나눌 수 있으나 보상평가기준과 관련하여서는 공도와 사도로 나누고 사도는 다시 사도법상 사도, 사실상 사도로 구분한다. 사도법상 사도는 토지소유자가 자기토지의 편익을 위하여 시장·군수로부터 개설허가를 받아 설치한 도로로 도로법의 적용 또는 준

240) 홍정선, 전거서, 210면; 장태주, 「행정법개론」, 현암사, 2005, 348면.

241) 지목은 도로이나 아직 도로로 개설되지 아니한 토지는 도로에 포함시켜서는 안 되며 미불도로 용지도 별도의 보상규정이 있으므로 여기에 포함되지 아니 한다.

242) 구거라 함은 용·배수의 목적으로 일정한 형태를 갖춘 인공적인 수로 및 그 부속시설물의 부지와 자연적인 용수가 있는 소규모 수로의 부지를 말한다.

용을 받지 않는 도로²⁴³⁾이고, 사실상 사도란 토지소유자가 자기토지의 편익증진을 위하여 개설한 도로로써 도시계획도로가 아닌 도로로, 토지보상법시행규칙 제26조제2항은 다음 각 호의 도로를 사실상의 사도로 규정하고 있다. 이들 도로가 지적공부상 도로로 표시되고 있는지 여하와는 상관 없다. 마지막으로 공도는 위 사도외의 도로로 도로법상의 도로 등을 말한다. ① 개설당시의 토지소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도로 ② 토지소유자가 그 의사에 의하여 타인의 통행을 제한할 수 없는 도로 ③ 건축법 제35조의 규정에 의하여 건축허가권자가 그 위치를 지정, 공고한 도로 ④ 도로개설 당시의 토지소유자가 대지 또는 공장용지 등을 조성하기 위하여 설치한 도로

다) 사실상사도의 범위와 관련하여 현행 사실상사도 규정 중 ① 및 ④는 도로개설의 자의성과 자기토지에의 효용증진이라는 기준에서 살펴볼 때 전형적인 사도의 예이고 ③은 건축물의 대지는 원칙적으로 너비 4미터이상의 도로에 2미터이상 접하여야 하고, 미달될 경우 시장, 군수에 의해 건축허가·신고시 지정·공고하도록 되어 있어 대법원 판례에서도 사실상사도로 보았으나 ②는 민법에 의한 주위토지통행권(제219조, 제220조), 물권으로서의 통행지역권 또는 사용대차, 임대차등의 채권계약에 의해 통행권이 설정된 도로, 공동생활을 하면서 자연발생적으로 형성된 도로²⁴⁴⁾가 이에 속한다 할 것이나 민법제220조의 경우를 제외하고는 사실상 사도로 보기 어렵다.

라) 도로가치의 특성과 보상평가방법

243) 도로법의 적용을 받는 도로는 관리청을 기준하여 일반국도·고속국도·특별시도·광역시도·지방도·시도·군도이다.

244) 대법원 1993.5.25. 선고 92누17259판결: 이 토지들은 주민들의 통행 또는 학생들의 통학로로 사용되면서 자연발생적으로 사실상 도로가 된 것이므로 사실상사도 등에 관한 손실보상액을 산정한 것은 정당하다.

도로는 공공용물로 주위토지의 수익을 올려주거나 효용을 높여주고 그 자체로서는 어떤 수익을 발생하거나 효용을 발휘하는 것이 아니며 공공재로서 배타성이 없기 때문에 독립하여 가치산정이 어렵다. 그 결과 도로는 그 도로로부터 편익을 받는 주위토지와 일괄평가하거나 구분평가하는 방법을 택하고 있다. 일괄평가는 도로와 그 도로로부터 편익을 받는 주위 토지를 함께 평가하여 기여정도에 따라 도로 값을 산출하는 방법이고, 구분평가는 도로와 그 주위 토지의 소유자가 다르거나 그 효용증진에 기여하는 정도가 다른 경우에는 구분하여 평가하되 ① 도로부지에 대하여는 도로가 개설되지 않은 것으로 보고 소지가격으로 평가하는 방법과 ②도로인 상태대로 평가하되 그 가격은 인근 토지의 일정률로 평가하고, 주위 토지는 도로가 개설되어 효용이 증진된 상태대로 평가하는 방법이 있다. 토지보상법시행규칙은 제26조제1항에서 구분평가방법 중 현황평가주의에 부합하는 ②의 방법을 택하되 감가율은 사도법상 사도와 사실상 사도에 대하여는 인근토지평가액의 각 1/5, 1/3 이내로 평가하며, 공도에 대하여는 일반토지평가방법으로 정상평가토록 하였다. 그리고 구거부지에 대하여는 인근토지에 대한 평가액의 1/3 이내로 평가하며, 관행용수권에 의한 용수를 위한 도수로부지에 대하여는 일반 토지 평가방법에 따른다. 다만, 개설당시의 토지소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도수로부지에 대하여는 구거부지의 평가방법에 의한다. 여기서 인근토지란 당해 도로부지 또는 구거부지가 도로 또는 구거로 이용되지 아니하였을 경우에 예상되는 표준적인 이용상황과 유사한 토지로서 당해 토지와 위치상으로 가까운 토지를 말한다. 도로에 대하여 인근토지의 일정비율로 보상하는 이론적 근거에 대하여는 보통 가치화체설과 사용수익제한가치설로 설명한다. 전설은 도로부지의 가치가 그에 의해 보호되고 있는 다른 토지의 가치로 일부분이 이전해가고 남은 가치를 1/5, 1/3 이내로 본다는 견해이고(①③④ 해당), 후설은 타유공물인 도로는 공적목적달성을 위해 필요한 범위 안에서 그 사용수익권을 제한당하고 있으므로 도로부지의 보상평가는 사용수

익권이 제한된 상태에서의 경제적 가치를 대상으로 하여야한다고 하는 견해이다(②해당). 생각건대 어느 설에 의하든 공시지가가 시가에 비해 훨씬 낮게 공시되어 있고 이것을 기준하여 산정한 인근 토지의 평가액의 일정 비율이 과연 정당한 보상이라고 할 수 있는지 의문스럽다²⁴⁵⁾. 물론 판례는 이의신청 및 행정소송에 의해 불복할 수 있으므로 위헌이 아니라고 하나 의문스러운 것은 마찬 가지이어서 검토를 요할 부분이다.

마) 관련 문제

(1) 시행규칙의 규범성 문제

도로의 평가방법을 규정하고 있는 토지보상법시행규칙 제26조가 부령 즉, 법규명령의 형식으로 제정되어 있으나 그 내용은 행정규칙의 성격을 갖고 있기 때문에 이 규정을 법규명령으로 보아야 할 것인가 또는 행정규칙으로 보아야 하는지가 문제된다. 실질적기준설은 규정의 실질을 중시하여 당해 규정이 일반국민을 구속한다고 보여 지지 않고 행정기관 내부에서의 사무처리기준을 정하는 것이라고 보이는 경우에는 규정형식에 불구하고 행정규칙으로 보아야한다는 견해이고, 형식적기준설은 규정의 형식을 중시하여 대통령령, 총리령, 부령의 형식으로 제정되면 국민의 재산권과 직접 관계되지 아니하는 사항이라도 국민과 법원을 구속하게 된다고 하는 견해이며, 절충설은 법령의 구체적 위임에 근거하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령은 행정규칙의 내용에 관한 사항이라도 법규명령이고 그와 같은 위임의 근거없이 제정된 대통령령, 총리령, 부령은 행정규칙이라는 견해이다. 대법원은 재량준칙이 부령으로 제정되어 있는 경우 행정규칙에 해당된다고 한다. 생각건대 동규정이 법규명령에 해당한다면 그것이 위헌 또는 위법의 법규명령이라는 판결이 있기까지는 동규정에 따른 평가는 적법한 평가가 되고 그에 따르지 아니한 평가는 위법한 평가가 될 것이다. 그러나 동규정이 행정규칙에 해당한다면 개별적인 도로부지의 보상평가가 동규정

245) 이선영, “토지보상법률주의의 이론과 실제”, 「감정평가논집」 제11집, 2001.

에 위배된 평가라고 하여 무조건 위법하게 되는 것이 아니고, 반대로 동규정에 따른 평가라고 하여 무조건 적법하게 되는 것이 아니며, 당해 평가의 적법여부는 헌법을 포함한 법령의 규정 및 그 취지에 따른 것인지 여부로 판단되어진다. 즉, 본 건의 경우 헌법은 정당한 보상을 천명하여 놓고 있는바, 이는 어느 토지의 평가액을 인근토지평가액의 1/3 이내로 평가하기 위해서는 그와 같이 낮은 가격으로 보상하여도 될 만한 객관적 사유²⁴⁶⁾가 있어야지 사실상 사도부지에 해당한다고 하여 무조건 인근토지에 대한 평가액의 1/3 이내로 평가하여서는 아니 된다 할 것이다.

(2) 정당보상과의 관계

토지보상법시행규칙 제26조를 법규명령으로 볼 경우 정당보상과의 관계 즉, 위헌여부가 문제되는데, 이를 검토하여 볼 때 헌법 제23조제3항의 정당보상은 학설이 나누어지지만 재산권 침해로 인한 손실을 완전히 보상하는 완전보상을 원칙으로 할 경우 도로의 종류가 다양하고 그에 따른 공법상, 사법상 제한의 정도도 각기 달라 그 값도 달라야 함에도 도로부지에 대하여 통상의 토지에 비해 극히 낮은 값을 획일적으로 적용하여 정당보상에 합치되는지 문제된다.

구법시대의 판례는 사도법상 사도외의 도로부지에 대해 모두 1/3로 평가할 것이 아니라 객관적 사유가 있는 경우에만 1/3로 평가토록 하고 도로 개설경위나 목적, 주위환경, 소유관계, 이용관계 등을 고려하여 판단토록 하였다. 사실상사도의 경우 획일적으로 인근토지가액의 1/3로 평가할 것이 아니고 판례²⁴⁷⁾를 참작하고 주위의 토지에 대한 기여정도, 도로로의 제공

246) 대법원 1997.4.25. 선고 96누13651판결: 사도법에 의한 사도외의 도로가 사실상 도로인 경우, 공특법시행규칙 제6조의2제1항제2호의 규정취지는 사실상 불특정 다수인의 통행에 제공되고 있는 토지이기만 하면 그 모두를 인근 토지의 1/3 이내로 평가한다는 것이 아니라 그 도로의 개설경위, 목적, 주위환경, 인접토지의 획지면적, 소유권의 이용상태 등의 제반사정에 비추어 당해 토지 소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 공중의 통행에 제공하는 등 인근토지에 비하여 낮은 가격으로 보상하여 주어도 될 만한 사유가 인정되는 경우에만 인근 토지의 1/3이내에서 평가하고 그러한 사유가 인정되지 아니하는 경우에는 위규정의 적용에서 제외한다는 것으로 봄이 상당하다.

에 자의성이 있는지, 공법상 제한과 사용수익의 침해정도를 구체적으로 고려하여 합리적으로 평가함이 타당하다고 본다.

보상대상이 되는 도로의 분류 및 감가율은 수차 개정되었으나 아직도 미흡하다. 사실상사도개념을 명확히 하여 사실상사도의 적용범위의 확장으로 인한 재산권 침해를 막아야 한다. 사실상사도 중 ②는 대부분 사실상사도와 부합하지 않으므로(민법 제220조 제외) 삭제 또는 보완하여야 할 것이다. 그리고 도로 및 구거보상을 법률의 구체적인 위임하에 대통령령으로 정할 필요가 있다.

2. 사용토지에 대한 보상

토지이용이 종래에는 지표에 건물이나 공작물 등을 설치하는 평면적 이용에 국한 되었으나, 오늘날에는 산업화·도시화와 과학기술의 발달로 지하 및 공중까지도 포함하는 입체적 이용으로 전환되었다.

가. 지상사용료보상

지상을 사용하는 토지의 손실보상은 사용료에 의하게 된다. 토지의 사용료는 임대사례비교법²⁴⁸⁾으로 평가한다. 다만 적정한 임대사례가 없거나 대상토지의 특성으로 보아 임대사례비교법으로 평가하는 것이 적정하지 아니한 경우에는 적산법²⁴⁹⁾으로 평가할 수 있다.

247) 대법원 2002.12.24. 선고 2001두3822판결: 당해 토지 소유자가 자기토지의 편익을 위하여 스스로 공중의 통행에 제공하는 등 인근 토지에 비하여 낮은 가격으로 보상하여도 될 만한 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 사도법에 의한 사도 외에 도로의 부지는 인근 토지에 대한 평가금액의 1/3 이내로 평가하여서는 아니 된다.

248) 임대사례비교법이란 대상물건과 동일성 또는 유사성이 있는 다른 물건의 임대사례와 비교하여 대상물건의 사용료를 구하는 방법을 말한다. 산식은 다음과 같다.

$$\text{비준임료} = \text{사례임료} * \text{사정보정} * \text{시점수정} * \text{지역요인} * \text{개별요인}$$

나. 지하사용료보상

도시화·산업화에 따라 도시공간은 날로 좁아지고 복잡한 도시교통문제의 해결을 위하여 지하공간이 개발되기 시작하여 건축 및 토목기술의 발전에 따라 오늘날에는 널리 터널, 지하철, 지하상가, 주차장, 송전선, 통신시설, 고층빌딩의 전기실·기계실 창고·음식점·다방·매점 등으로 다양하게 활용되고 있다. 그리하여 이제는 지하공간이 새로운 생활공간으로 등장하여 지하공간에 대한 소유권의 범위, 지하사용의 법률관계 및 보상문제와 관련하여 정당한 이익의 한계가 새로운 논의 대상으로 부상하게 되었다.²⁵⁰⁾

1) 지하공간에 대한 소유권의 범위

지하공간이란 지표면을 경계로 그 아래의 지중을 말하며 깊이에 따라 천심도(淺深度), 중심도(中深度), 대심도(大深度)로 구분된다. 토지소유권의 범위, 지하공간사용형식 및 보상과 관련하여 논의의 중심은 대심도이다. 대심도란 일본에서 주로 사용하는 용어로 토지소유자의 동의 없이 그리고 보상을 지불하지 않고 사용할 수 있는 공간으로 우리나라에서는 한계심도란 용어를 사용하고 있으며 토지소유자가 통상적으로 이용하지 않는 공간이다. 지하공간에 대한 토지소유권의 범위에 대한 학설과 입법례는 다음과 같다.

249) 적산법이란 가격시점에서 대상물건의 가격을 기대이율로 곱한 금액에 대상물건을 계속 사용하는데 필요한 제 경비를 더하여 대상물건의 사용료를 구하는 방법을 말한다. 산식은 다음과 같다.

$$\text{적산임료} = \text{기초가격} \times \text{기대이율} + \text{필요 제 경비}$$

250) 지하공간은 지상공간과 구별되는 특수성이 있다. 즉 단열성, 항온성, 전파차단성, 차광성, 방사능 차단성, 기밀성, 불연성 방화성, 방폭성, 방진성·저진동성, 방음성, 차음성, 화학적 안전성 등.

<표 12> 토지소유권의 범위

학설	내용	입법례
무제한설	토지의 상하 무한대	프랑스민법 제552조
소극적제한설	이익이 없는 상하의 범위에 대하여 제한가능(사회적 기속)	독일민법 제905조
적극적제한설	이익이 있는 한도 내에서만 인정	스위스민법 제667조, 우리 민법 제212조

민법 제212조는 “토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.”라고 규정하였을 뿐이어서, 지하의 어느 범위까지를 정당한 이익이 있는 것으로 할 것인가에 대해 견해는 모두 구체적 사례에서 거래관념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다고 하고 있을 뿐, 더 이상의 진척은 없다. 그리고 이익은 소유권과 결합되어진 것으로 재산적 이익에 국한되지 않고, 학술적·심미적 이익 등 보호할 가치가 있는 모든 이익이 포함되고 토지소유자의 특수한 개인적 이용에 따른 주관적 이익은 해당되지 않는다 할 것이다.²⁵¹⁾

2) 외국에서의 지하사용의 보상관계

국가에 따라 같지 않다. 즉 지하사용에 대하여 일정한 깊이까지 보상하고 그 이상은 무보상인 점은 같으나 사용방식, 보상깊이, 보상액 산정방식은 다르다. 예컨대 미국은 지하76ft까지 소유권이 인정되고 30ft(약10m)까지 개발이 허용되며, 일본의 경우 입체이용저해율에 의하여 산정하되 대심도는 국철 30m, 철도공단 30m, 영단지하철 23m이고, 영국의 경우 깊이에 상관없이 터널길이 1m당 3.5파운드이고 그 이상의 경우에도 보상하는 경우가 있으며, 프랑스는 심도에 따른 체감률을 나타낸 라사르표 등을 사용

251) 김상원, “지하공간 이용에 관한 보상문제”, 이선영박사 화갑기념, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006, 297면.

김창휘, “토지의 지하사용보상에 관한 고찰”, 박윤훈편 「행정상손실보상의 주요문제」, 박영사, 1997.

하여 산정하되 파리는 30m, 리용은 40m까지이고 그 이상은 무보상이나 명목적으로 1프랑 정도를 더 지불하며, 독일은 심도에 따라 체감지불하되 15m이상은 1m당 3%씩 가치감소율이 증대하며 최고감소율은 30%이다. 노르웨이와 핀란드는 6m이하에서는 공공목적으로 무보상개발이 가능하다.

3) 지하공간 사용방식과 법률관계

먼저 사법상 이용을 살펴보면 지하공간의 사용은 소유자와 사업시행자와의 계약에 의하여 임차권, 지상권, 지역권을 설정하여 사용할 수도 있으나 존속기간이 반영구적이고 필요범위에 한정하여 사용수익권을 지배하는 민법상의 구분지상권이 전형적인 방법이라 하겠다.

보통지상권은 토지의 상하전부를 객체로 하여 지상권이 설정되면 토지소유자의 토지이용이 전면적으로 배제되는데 반하여 구분지상권은 토지의 상하 어떤 일부만을 객체로 한정함으로써(분층소유권 유사) 목적이외의 범위는 토지소유자가 종전대로 이용할 수 있다는데 그 특색이 있고 지표면과 연결하여야 하는 것은 아니므로 가장 합리적이다.

다음 공법상 이용을 살펴보면 사업시행자는 토지보상법에 의한 사업인정을 받음으로써 공용사용권을 취득하거나 협의불성립시 재결에 의하여 공용사용권이 실행되어 토지사용권을 취득한다. 토지사용권의 성질에 관하여 지상권에 유사한 것으로 보는 견해가 있으나 공법상 공익사업을 전제로 재결에 의하여 지하사용권을 취득하는 점, 부동산등기법상 등기가 행하여지지 아니하는 점에서 공법상 권리로서 공용제한에 해당된다고 봄이 타당하며, 대상토지의 일정부분(당해 사업에 제공되는 지하의 구분지상권 설정부분)에 한정하여 사용하며 그 범위 내에서 소유권의 내용이 제한된다. 지하공간이용의 근거 법으로는 도시철도법, 광업법, 토지보상법, 지방자치단체(현재 서울, 인천, 부산, 대구 등)의 조례 등을 들 수 있다.

4) 지하사용의 보상관계

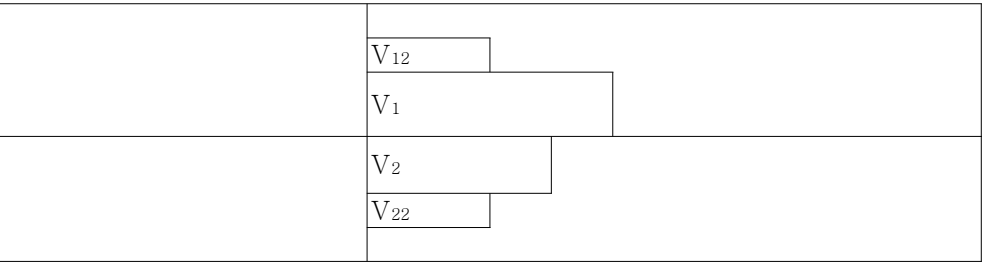
우리나라에서 지하사용방식은 공법상 사용권설정과 사법상 지상권 또는

구분지상권 설정이며, 보상과 관련한 지하깊이는 한계심도와 약간 초과분까지 보상을 행하고 있다.

가) 입체이용률과 입체이용저해율

구분지상권 설정지의 경제가치는 당해 설정지의 최유효이용에 관계된 층수 등에 기초하여 발생하는 상하공간의 효용의 집적이다. 따라서 유한이지만 이들 입체적 이용가치의 집적이 토지가격이라고 생각되고 현재 고층화 이용을 하고 있지 않아도 어떤 유한의 지상공간 및 지하공간에는 그와 같이 가치가 잠재배분되어 있다고 볼 수 있다. 이것을 도시하면 다음 그림과 같다. 따라서 획지의 입체이용가치는 각 높이에 따른 이용가치의 총계이고 이는 획지의 나지가격으로 나타난다.

<그림 4> 토지의 입체적 이용



$$\text{획지의 입체이용가치} = V_1 + V_2 + V_{12} + V_{22}$$

$$\text{건물의 지상층이용} = V_1, \text{ 건물의 지하층 내지 지하이용} = V_2$$

$$\text{기타이용} = \text{지상기타 } V_{12} + \text{지하기타 } V_{22}$$

$$\text{건물이용률(A)} = V_1 / (V_1 + V_2 + V_{12} + V_{22})$$

$$\text{지하이용률(B)} = V_2 / (V_1 + V_2 + V_{12} + V_{22})$$

$$\text{기타이용률(C)} = (V_{12} + V_{22}) / (V_1 + V_2 + V_{12} + V_{22})$$

$$A+B+C=1$$

<표 13> 지역별 입체이용률 배분기준

지역구분	고층시가지 16층이상	중층시가지 11-15층	저층시가지 4-10층	주택지 3층이하	농지· 임지 -
한계심도	40m	35m	30m	20m	20m
용적률	800%이상	550-750%	200-500%	100%내외	100%이하
건물이용률	0.80	0.75	0.75	0.70	0.80
지하이용률	0.15	0.10	0.10	0.15	0.10
기타이용률	0.05	0.15	0.15	0.15	0.10
기타이용률 의 상하배분 비율	1:1-2:1	1:1-3:1	1:1-3:1	1:1-3:1	1:1-4:1

구분지상권 등의 설정에 의해 획지의 입체이용가치의 일부분에 저해를 주는 경우에 있어서 획지의 입체이용률에 대한 저해부분의 이용율의 비율을 획지에 대한 입체이용저해율이라 한다.

입체이용저해율= 건물이용저해율+지하이용저해율+ 기타이용저해율

건물이용저해율= 건물이용률(A)* 저해층층별효용비합계/최유효층수별효
용비 합계

지하이용저해율= 지하이용률(B)* 심도별 지하이용효율²⁵²⁾

기타이용저해율= 기타이용율(C)* 상하배분비율

.

<표 14> 입체이용저해율

나지: 건물이용저해율 + 지하이용저해율 + 기타이용저해율 건부지: (건물이용저해율 + 지하이용저해율)* 건물노후율 (n/N) + 기타이용저해율

252) 심도란 토피심도를 말하는 것으로 토피는 도시철도 등 지하시설의 최상단에서 지표까지의 수직거리를 말한다(0-40m).

나) 지하사용에 대한 보상기준

지하공간의 일시적 사용에 대한 사용료는 당해 토지의 사용료에 입체이용저해율을 곱하여 산정한 금액으로 한다. 지하공간의 영구적 사용에 대한 사용료는 당해 토지의 적정가격에 입체이용저해율을 곱하여 산정한 금액으로 한다. 토지의 적정가격은 공시지가를 기준으로 산정하며, 입체이용저해율은 지하시설물의 설치로 인하여 당해 토지의 이용이 저해되는 정도에 따른 건물이용저해율, 지하이용저해율 및 기타이용저해율로 구분된다(법 제71조2항, 시행규칙 제31조).

다음은 현행 도시철도법²⁵³⁾과 서울시조례²⁵⁴⁾의 규정에 의한 지하철도의 설치에 대한 보상기준이다.

① 한계심도를 초과하는 지하부분 사용료는 토지의 단위면적당 적정가격에 적용비율을 곱하여 산정한다.

한계심도란 지하시설물을 설치해도 일반적인 토지이용에 지장이 없는 깊이를 말하며 고층시가지는 40m, 중층시가지는 35m, 저층시가지 · 주택지 및 농지 · 산지에서는 20m이다.

<표 15> 한계심도초과 적용비율

한계심도초과	20미터이내	20-40미터	40미터이상
적용율(%)	1.0-0.5	0.5-0.2	0.2이하

253) 도시철도법: 1979년에 제정된 지하철도건설촉진법이 1986년 「지하철도의건설및운영에관한 법률」로 개정되면서 지하사용에 대한 보상제도가 입법화되었고, 1990년 도시철도법으로 명칭 변경하여 오늘에 이르고 있다.

254) 지하공간사용에 관한 보상조례는 서울·부산·대구·인천 등이 제정 시행하고 있으며 서울특별시의 보상조례가 모델이다.

② 한계심도이내의 지하부분 사용료는 토지의 단위면적당 적정가격²⁵⁵⁾에 입체이용저해율과 구분지상권설정면적²⁵⁶⁾을 곱하여 산정한다.

5) 문제점 및 개선방안

가) 지하공간은 한번 개발하면 원상태로의 회복이 불가능하다. 따라서 지하공간을 효율적으로 사용할 수 있도록 현황을 정확히 파악하여 지하공간 이용의 종합계획(주민의견수렴포함)을 수립하여 단계적으로 개발하여야 할 것이다.

나) 지하공간사용형식은 구분지상권과 같은 지하사용권을 설정, 등기를 하도록 하여야 할 것이다.

다) 현행 지하사용보상제도의 보완

지하철도, 지하터널, 각종 도시계획시설 등 다양한 지하사용에 대하여 현행 도시철도법의 보상규정으로는 대처할 수 없으니, 입체이용저해율의 산정 등 보상기준을 보다 구체적으로 마련해야 할 것이다.

라) 대심도에 대한 무보상이론의 검토

최근 논의되고 있는 대심도이하의 공간사용에 대한 무보상이론은 대심도이하의 지하공간을 재산권 범위에서 제외하는 견해와 대심도이하의 지하공간의 공적이용을 재산권의 사회적 제약으로 보는 견해가 대립하고 있다 후자의 견해는 토지재산권의 범위가 이용가능한 지표의 상하에 무한정으로 미치는 것으로 전제, 대심도 이하의 공간에 대한 공공필요에 의한 이용은 수인해야할 사회적 제약의 범위 내에 속하는 것으로 인정하자는 견해이고, 전자의 견해는 일정한 한계심도 이하의 지하공간에 대하여는 원칙적으로 사소유권을 인정하지 아니하는 제도와 결부시키자는 견해이다. 후자는 오늘날 지하공간의 공공이용의 필요성과 더불어 사소유권에 어떠한 한

255) 토지의 단위면적당 적정가격은 감정평가업자가 표준지공시지가를 기준으로 지가변동률을 반영하여 산정한다.

256) 지하사용에 대한 보상대상 범위는 구분지상권 설정범위로 지하시설물 점유면적만이 아니라 구조물 안정을 위해 굴착 등이 제한되는 일정한 보호층을 포함하되, 보호층은 지하시설물의 상하 좌우로 일정범위(예컨대, 시설물의 종류에 따라 0.5-6미터)로 한다.

계를 갖기 위한 주장이라 할 것이나 보상이 수반하지 않아 문제이고, 전자는 지하공간이용이 현행 헌법과의 관계는 물론 소유권이 정당한 이익이 있는 범위 내에서 상하에 미친다는 규정과도 배치된다. 사실상 개인의 통상적인 이용이 이루어 지지 않는 공간이더라도 공적 개발이 가능한 것은 소유권의 지배범위 내라 할 것이다. 따라서 현행 헌법상의 사유재산제도와 사유재산권의 보장에 배치되는 것으로 볼 수 있다. 대심도를 정함에 있어서는 지역특성 및 개별토지의 특성 등을 감안하여 구체적으로 정하되, 토지이용에 대한 저해율이 높은 지표부분에서부터 토지이용저해율이 0에 달하는 심도까지 연속적으로 보상의 정도를 파악하는 것이 타당하다.²⁵⁷⁾ 공익과 사익을 구체적으로 형량하여 사유재산권과의 충돌없이 공적으로 이용토록 조정하여야 할 것이다.

3. 공용제한 토지에 대한 보상

가. 공용제한의 의의

공용제한이란 종래 특정의 공익사업의 수요를 충족시키기 위해, 혹은 공익상 필요한 특정한 물건의 효용을 높이기 위하여 특정한 재산권에 과해 지는 제한으로 정의되어 왔으나, 오늘날은 그 밖에 국토의 합리적이고 효율적인 이용을 위한 토지이용계획제한과 공공목적을 위한 특정개인의 재산권에 대해서 과하여지는 공법상의 제한을 포함하는 등 점차 넓혀져 가고 있는 추세이고, 그 중요성이 날로 증대되고 있다.

공용제한은 그 기준에 따라 여러 가지로 구분할 수 있는바, 목적 및 원인을 기준으로 공물제한, 부담제한(작위부담, 부작위부담, 수인부담), 사용제한으로 구분하거나, 당해 제한을 필요로 하는 공익상의 수요의 종류에 따

257) 대부분 입법례는 우리 법제와 같이 대심도는 물론 그밖에 일정범위까지 추가보상하고 있다.

라 계획제한(수도권정비계획, 도시계획 등에 의한 제한), 사업제한(사업지, 사업예정지, 사업인접지에 대한 제한), 공물제한(사유공물, 특허기업용 물건, 보존공물에 대한 제한) 및 사용제한(일시적 사용, 계획적 사용으로 인한 제한)으로 나눌 수 있다.

여기서는 중복을 피하여 손실보상의 근거와 기준에 대하여 검토한다.

나. 손실보상의 근거

1) 헌법적 근거

헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 --제한 및 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야한다”라고 하여 공공필요의 경우 법률에 의한 재산권제한을 허용하면서 정당한 보상을 하되 보상의 구체적 내용을 법률에 위임하였다.

2) 법률적 근거

공용수용 및 사용에 대하여는 토지보상법 및 개별특별법에서 침해와 보상에 대하여 규정하고 있어 이를 근거로 손실보상을 청구하면 된다. 그러나 공용제한을 규정한 많은 법률²⁵⁸⁾은 공용제한을 재산권 자체에 내재하는 사회적 제약으로 보아 보상규정을 마련하여 놓지 않고 있다. 문제는 그 제한이 사회적 제약을 넘어서 특별희생을 가져온 경우의 보상에 관해서이다. 개별법에 보상규정이 있으면 이에 의거 직접 보상을 청구할 수 있을 것이나(소위 구체조항의 경우에도 헌법합치적 해석에 따라 보상한다는 뜻으로 받아들여), 보상규정이 없는 경우 헌법 제23조제3항에 의거 직접 보상을 청구할 수 있을 것인가에 관하여는 소위 불가분조항의 인정여부 및 제23조제3항의 효력과 관련하여 학설이 대립하고 있다.

258) 박영도 등, “현행 공용침해법제의 현황과 개선방안”, 한국법제연구원, 1992, 90-103면.

가) 불가분조항의 인부

불가분조항(Junktim-klausel)이란 재산권의 침해규정과 이에 대한 손실 보상의 기준·방법 등에 관한 규정이 반드시 같은 법률안에 동시 규정되어야 한다는 것으로, 독일 기본법 제14조제3항에서 유래되었으며, 불가분조항²⁵⁹⁾은 개인의 권리보호²⁶⁰⁾, 입법자에 대한 경고²⁶¹⁾, 국가재정보호²⁶²⁾의 기능을 한다. 그리고 불가분조항에 위반하면, 즉 보상규정을 두지 아니한 침해규정은 위헌이어서 규범통제에 의하여 무효화 되고, 위헌법률에 근거한 재산권 침해행위는 위법하여 취소의 대상이 된다고 한다.²⁶³⁾우리 헌법은 불가분조항을 채택하였다고 할 수 있는지에 관하여 다수견해는 우리 헌법 제23조제3항이 재산권침해와 보상을 함께 법률에 유보한 문리적 해석 및 입법취지(동조항의 연혁)에 비추어 우리헌법도 불가분조항을 인정하고 있다고 한다.²⁶⁴⁾ 이에 대해 부정설은 우리 헌법 제23조제3항은 “공공 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 침해와 보상을 법률에 위임하였지 독일기본법 제14조²⁶⁵⁾와 같이 보상규정을 침해규정의 효

259) 헌법 제23조제3항을 불가분조항으로 해석하게 되면 보상규정이 없는 침해법률은 위헌무효이고, 이에 근거한 재산권침해행위는 위법하여 원칙적으로 취소되어야 하는 것으로 해석하게 된다. 따라서 이 경우 행정청이나 법원은 근거규정이 없는 보상을 허용해 줄 수 없다고 본다.

260) 불가분조항에 따라 입법자가 공용침해조항 마련시 신중하게 되고, 공용침해의 전제조건으로 공용침해에 대한 손실보상의 방법, 종류 및 범위에 관한 조항을 규정함으로써 국민의 재산권이 더한층 보장된다.

261) 입법자가 침해규정을 마련시 보상여부를 다각도로 검토하게 된다.

262) 보상규정을 두어야 사전에 예산권을 확보할 수 있게 된다.

263) 류해웅, “토지이용계획제한과 손실보상“, 건국대학교 박사학위논문, 1990, 146면 ; 류지태, 감평행정법, 부연사, 1999. 294면,

264) 불가분조항이란 말을 처음 사용한 사람은 입센으로 그는 불가분조항이란 보상규정을 공용수용의 효력요건으로 하고(효력요건설), 보상규정이 없을 때 재판관이 그것을 보충하여 독자로 보상을 인정하는 것을 금한다(비보충설).는 의의를 갖는 헌법상 제도라고 하였다.

265) 독일기본법 제14조3항은 “공용수용은 법률로써 하되 당해 법률은 보상의 방법과 보상의 정도를 규정하여야 한다. 라고 규정하여 같은 법률에 침해규정과 보상규정을 함께 규정토록 하고 있고 재산권 침해행위중 공용수용에 한하여 규정하고 있다.

력요건 등으로 결합시키지는 아니했다고 한다.

생각건대 헌법 제23조제3항은 규정형식에서 보면 보상규정을 침해규정의 조건으로 하지 아니했고, 규정내용을 보아도 우리헌법은 독일 기본법과는 달리 공용수용뿐만 아니라 공용제한과 공용사용도 함께 규정하고 있으며, 그밖에 독일에서도 불가분조항의 효과를 자갈채취사건판결이후에는 공용수용에 국한하고 있는 점에 비추어 공용수용의 경우에는 불가분조항을 인정하고 공용사용과 공용제한의 경우에는 입법권에 과중한 부담을 지우는 것이며 또한 혼란의 우려가 있으므로 부정하는 것이 타당하다 하겠다.

현행 실정법 즉 토지보상법과 기타 개별법률들을 살펴볼 경우 공용수용 및 공용사용에 대하여는 공용침해허용규정과 보상규정이 함께 규정되어 있어 문제가 없을 것이나 공용제한의 경우에는 일부 법률(철도법, 도로법, 문화재관리법, 소방법, 원자력법 등)을 제외하고는 대부분의 법률(국토계획법등)에서 제한규정에 대응하는 보상규정이 없어 문제가 된다.

나) 제23조제3항의 효력

(1) 방침규정설

손실보상에 관한 헌법규정은 재산권보장의 원칙을 선언한 단순한 프로그램적 규정으로 입법방침에 불과하여 재산권을 침해당한 자는 이 규정으로 보상을 직접 청구할 수 없고 보상에 관한 규정을 법률에 둔 경우에 비로소 가능하며²⁶⁶⁾ 규정을 두지 아니한 경우 국민은 수인할 수밖에 없고 당해 법률은 위헌 또는 무효가 아니다.²⁶⁷⁾

이설은 헌법자체도 실정법적 규정임을 간과하고 있으며 헌법규정이 실효성을 입법자의 의도 내지 자의에 맡기는 것이 되기 때문에 오늘날 자유주의적 법치국가에서는 받아들이기 어려운 견해로 현재 주장하는 자가 없다.

266) 김도창, 전제서, 598면.

267) 영국에서는 손실보상은 제정법에 근거가 있을 때에만 인정되지만, 법률이 보상규정을 두지 아니하였다고 해도 위헌문제는 일어나지 아니 한다.

(2) 직접효력설

헌법 제23조제3항을 국민에 대하여 직접적 효력을 가지는 규정으로 본다. 따라서 특별희생이 발생하면 비록 개별법에 규정이 없더라도 이를 직접적인 근거규정으로 하여 손실보상을 청구할 수 있다고 한다.²⁶⁸⁾²⁶⁹⁾

손실보상에 관한 일반규정이 없는 현제도하에서 손실보상의 최고 상위법인 헌법에 직접적 효력을 인정한 것이다. 또 이설은 법률에 유보한 것은 보상의 구체적 내용이나 방법만이지 보상여부까지는 아니라고 한다. 이에 대하여는 동조동향전단에서 “--보상은 법률로 정한다.”라고 하여 보상을 법률에 유보한 문언을 무시할 수 없다는 비판이 있고, 이러한 비판에 대하여 범목적론적 해석을 통하여 가능하다고 하나, 문리해석상 무리한 주장이라고 반박한다.

(3) 위헌무효설(입법자에 대한 직접효력설)

헌법 제23조제3항을 국민에 대하여 직접적인 효력을 가지는 규정으로 보지 않고 입법자에 대한 구속규정으로 보는 견해로, 헌법 제23조제3항이 보상을 법률로 정하도록 위임하고 있다는 것과 보상은 재정지출의 문제를 수반하므로 예산권을 갖고 있는 국회가 법률로 정하는 것이 타당하며, 또한 헌법은 입법자에 대하여 재산권침해규정을 두는 경우에는 보상규정을 두도록 구속하는 효력을 가지는 바(소위 부대조항), 법률이 재산권침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정하지 않을 경우 그 법률은 위헌무효이고²⁷⁰⁾ 그 법률에 근거한 재산권침해행위는 불법행위가 되므로 국가배상법에 의한 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 손실보상은 헌법규정을 근거로 직접 청구하지 못하고 법률로 구체적으로 규정하여야 가능하다고 한다. 우리

268) 김동희, 「행정법1」, 박영사, 1997, 481-482면; 홍준형, 「행정구제법」 1993, 103면.

269) 미국에서는 헌법수정 5조, 프랑스에서는 위험책임의 법리, 독일에서는 Weimar헌법 제153조, 일본에서는 헌법 제29조3항에 의거 직접 보상청구할 수 있다고 한다.

270) 김도창, 전게서, 657면; 이상규, 전게서, 643-644면; 박윤훈, 「행정법(상)」, 1996, 685-686면; 류지태, 「행정법신론」, 1995, 355면.

헌법규정은 독일기본법 제14조와 같이 규정하고 있지 않으며, 불법행위가 되려면 재산권 침해행위의 위법성과 직무를 집행하는 공무원에게 과실이 있어야 하나, 법령심사권이 없는 공무원에게 과실이 있었다고 입증할 수 없어 결국 손해배상청구권이 부정되어, 공용침해로 특별한 손실을 받은 자에 대한 구제가 어렵다는 지적이 있고, 이에 대하여 과실개념의 완화를 통하여 가능하다고 하나 위법성은 객관적이며 과실은 주관적 개념으로 타당하지 않다고 한다. 결국 위헌무효설은 미완성이론이라고 반박한다.

(4) 유추적용설(간접효력설)

헌법 제23조제1항의 재산권보장규정과 제11조의 평등원칙규정을 직접적인 근거로 하고 헌법 제23조제3항 및 관계규정의 유추적용을 통하여 손실보상을 청구할 수 있다고 한다.²⁷¹⁾ 이 견해는 독일의 경계이론의 중심을 이루는 수용유사침해의 법리를 받아들여서 문제를 해결하고자 하는 견해로 독일과 달리 우리나라의 경우에는 이 이론을 인정할 근거가 없다는 것이 판례의 입장이다.

(5) 입법부작위위헌설

최근에 등장한 이론으로 보상규정을 두지 아니한 침해규정은 위헌무효가 되는 것이 아니고, 보상규정을 두지 아니한 입법부작위가 위헌이라는 견해이다. 헌법재판소는 이 경우의 입법부작위를 부진정입법부작위로 보고 있어 헌법소원 등에 의해 구제제도로서의 실효성을 없게 하고 있다.

(6) 소결

방침규정설은 헌법의 규범적 성격을 몰각시켜 헌법상 재산권보장을 무의미하게 할 우려가 있고, 유추적용설에 관하여 유추적용이라 함은 어떠한 사항에 적용할 법 규정이 없는 경우에 이와 유사한 사항을 규정하는 법

271) 석종현, 「행정법(상)」, 박영사, 1993, 663면.

규정을 적용하는 것으로서 유사한 사항을 규율하는 법 규정이 있어야 하는데, 헌법 제23조제1항 및 제11조는 보상과 유사한 규정이라고 할 수 없고,²⁷²⁾ 수용유사적 침해이론은 독일의 관습법으로 인정되는 희생보상청구권이 우리법제에는 존재하지 않아 그 도입에 관하여 견해가 대립되고 판례는 부정하고 있다. 위헌무효설에 대하여는 특정법률이 공용침해를 규정하면서 그에 관한 보상규정을 결한 경우 일률적으로 위헌이라고 판단할 수 있을지 의문이고, 불법행위로 인한 손해배상문제도 공무원의 과실을 입증하기 어려워 결국 구제받을 수 없게 되어 타당하다 할 수 없으며, 과실의 객관화 내지 완화해석은 과실개념의 주관성에 비추어 타당하다 할 수 없다고 본다. 직접효력설의 제23조제3항에서 “—제한과 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 법률에 위임한 것은 보상의 기준·방법 등 구체적 내용이지 보상여부까지는 아니라는 견해는 보상여부까지 유보했다면 법률로 보상을 안 할 수도 있다는 모순되는 결과가 된다. 이상을 종합하면 ① 재산권 침해입법시에 신중히 검토하여 재산권침해가 예상될 경우 보상규정을 마련하도록 조치함이 최선이나 의문시 될 경우 구제조항²⁷³⁾이라도 마련하여야 할 것이고, ② 재산권 침해규정을 두면서 보상규정의 결여가 보상을 배제하는 의미라면 이는 위헌으로 직접 보상청구가 가능하고, 거부시에는 침해조치의 취소를 청구할 수 있다 할 것이며, ③ 법률이 손실을 보상해야하는 재산권침해를 규정하면서 이에 대한 보상규정을 두지 아니한 경우에는 입법부작위²⁷⁴⁾에 대한 헌법소원을

272) 박균성, 「행정구제법」, 박영사, 2002, 123면.

273) 현실적 필요나 제반사정으로 거의 백지식으로 규정하는 경우로 예컨대 “보상에 해당하는 경우에는 정당한 보상을 한다.”등 구체적인 보상의 방법이나 범위에 관하여 명시적인 규정을 결한 경우이다. 합헌으로 보되 정당한 보상의 구체적 내용에 관한 해석의무가 법원에 귀속된 것이라고 봄이 타당하다.

274) 입법부작위는 단순입법부작위, 진정입법부작위 및 부진정입법부작위로 구분되는 바 단순입법부작위는 입법기관이 국가작용의 어떤 영역에서 단순히 입법을 하지 아니하고 있는 경우를 말한다. 이 경우에는 입법기관이 입법을 하여야할 법적의무를 지고 있지 않으며 입법을 할 것인가, 입법내용을 어떻게 정할 것인가는 전적으로 입법기관의 재량에 맡겨져 있다. 진정입법부작위는 헌법이 국회에 입법의무를 지우고 있음에도 국회가 현실적으로 그 의무를 이행하지 아니하

통해 구제 받는 것이 타당하다 하겠으며²⁷⁵⁾, ④ 보상은 법률유보사항이므로 기준과 방법 등은 법률에 직접 규정하도록 하고, 명령에 위임하는 경우에는 백지 또는 포괄위임하지 아니하도록 유의하여야 할 것이다.

(7) 판례의 입장

우리나라 판례는 이와 관련하여 명확한 입장을 밝힌 바 없이 시대적 상황에 따라 태도를 달리하고 있다. 즉 제3공화국에서는 헌법규정의 해석상 직접효력설, 제5공화국헌법에서는 하천법관련 제외지 소유토지 및 김위탁 수수료건에서 유추적용설, 조선철도(주)주식의 손실보상금 청구에 관한 헌법소원사건에서는 입법부작위 위헌판결을 하였다. 그리고 최근 개발제한구역지정에 관한 사건에서 헌법불합치 결정을 하였다.

다. 손실보상의 기준

1) 헌법상의 기준

헌법은 제23조제3항에서 “공용제한 등에 대한 보상은 정당한 보상을 지급하여야 한다. 라고 하여 손실보상의 일반적 기준으로 정당한 보상을 선

여 법률이 존재하지 아니하는 경우이고, 부진정입법부작위는 헌법이 국회에 입법의무를 지우고 있고 그에 따라 국회가 입법의무를 이행하여 법률을 제·개정하였지만 그 법률이 헌법상의 입법사항에 있어서 불완전하거나 불충분하게 규정한 경우이다. 헌법소원의 대상이 되는 것은 진정입법부작위로 헌법이 기본권보장을 위해 입법자에게 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 경우를 말하며 헌법 제23조제3항은 명시적인 입법위임이라 할 수 있다. 그리고 판결의 다수의견은 보상규정이 없는 침해규정을 부진정입법부작위라 하나 소수의견은 보상규정이 전혀 없거나, 없는 것이나 마찬가지인 경우에는 진정입법부작위이고 불완전한 규정의 경우 부진정입법부작위라 본다. 생각건대 여러 사항(예컨대 침해와 보상)을 법률에 위임한 경우 어느 사항(예컨대 보상)에 관해 전혀 규정이 없다면 진정입법부작위로 보아야 하며 따라서 소수견해가 타당하다고 본다. 현재가 헌법소원을 인용결정을 할 때에는 주문에서 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하고 공권력의 행사를 취소하거나 그 부작위가 위헌임을 확인할 수 있으며, 이에 따라 입법자는 새로운 처분으로 입법하여야 하고 이에 의해 소원인은 만족을 얻게 된다.

275) 보상규정을 결여한 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기하여 당해 조항에 대한 위헌결정을 받은 후 입법자의 보상입법을 기다려 이에 따라 손실보상을 청구할 수 있다.

언하였다. 여기의 정당한 보상의 범위에 관하여 완전보상설, 상당보상설 그리고 절충설이 대립하나 현행 헌법상으로는 완전보상을 의미하는 것으로 재산의 객관적 가치는 물론 부대적 손실 그리고 생활보상까지 하여야 할 것이다.

2) 법률상의 기준

법률은 공용제한에 따른 손실보상의 구체적인 기준과 방법에 대하여 헌법으로부터 위임받았으나 토지보상법은 규정을 결하고 개별특별법에서도 이에 규정하지 않거나 백지형식 또는 구체적 보상규정을 두고 있을 뿐이다.²⁷⁶⁾ 오늘날 공용제한 특히 계획제한의 비중이 날로 더하여지고 현재의 헌법불합치판결과 이에 따라 도입한 보상유사의 제도²⁷⁷⁾를 인정하는 개별 입법의 증가추세에 비추어 공용제한에 대하여도 토지보상법에의 편입 등 일반법화가 필요하다. 공익사업제한과 관련한 보상의 기준에 관하여 학설은 다음과 같이 대립한다.

가) 상당인과관계설

공용제한행위와 상당인과관계에 있는 손실을 모두 보상해야한다는 견해이다. 이설에 의하면 토지의 이용제한으로 인하여 필요하게 된 지출 및 장래에 누릴 수 있는 이익의 상실도 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 보상하게 되어 보상의 범위가 가장 넓게 된다. 이설에 대하여는 소유자의 주관적 사정에 의하여 손실보상의 산정이 좌우되어 객관적 산정이 곤란하다는 비판이 있다.

나) 지가저락설

276) 김남진, “도시계획법 제21조(개발제한구역지정)의 위헌심판”, 「판례월보」, 1992.11월호, 39면
홍준형, “재산권보장과 손실보상의 근거-학설·판례의 재검토” 「행정논총」(서울대학교행정대학원)제33권제2호, 1995, 118면.

277) 장기미집행도시계획시설 실효제, 토지매수청구제 그리고 가설건축물허가제도 등.

토지이용제한에 의해 초래되는 토지이용가치의 저하가 지가하락으로 나타난다고 보고 지가저락분을 보상하여야 한다는 견해이다. 지가는 공용제한 이외에 다른 요인에 의하여 정해지는 것이므로 공용제한으로 지가가 항상 저락하는 것은 아니며 손실보상의 범위를 지나치게 제한한다는 비판이 가능하다.

다) 적극적 실손보전설

공용제한으로 토지소유자가 현실적으로 예상하지 않았던 지출을 하지 않을 수 없는 경우에 한하여 적극적이고 현실적인 지출만을 보상하면 된다는 견해이다. 이설에 의하면 보상되지 않는 손실이 있게 된다는 문제가 있다. 이설에 의하면 공용제한에 의한 지가저락은 보상대상이 되지 않는다

라) 판례의 경향

재판례의 축적이 적어 판례의 경향이 아직 불명확하다.

마) 소결

공용제한으로 인한 손실은 지가하락으로 나타남이 일반적이므로 지가하락설을 취함이 타당하다. 그러나 공용제한 전후에 제한으로 인하여 비용지출을 부득하게 했다면 보상에 이를 반영하여야 할 것이다.

$$\text{보상액 } C = r\Delta P + c$$

ΔP 는 제한전 재산권의 순가치에서 제한 후 현재가치를 감한 액, r 은 토지소유자가 당연히 수인하여야 할 보정률, c 는 비용지출분

제2절 건축물 등에 대한 보상 및 영업에 대한 보상

1. 건축물 등에 대한 보상

건축물 등 지상물건은 공익사업에의 필요여부 및 그 종류에 따라 보상 기준 및 방법도 다르다.

가. 지상물인 건축물 등

건축물, 공작물, 수목 기타 토지에 정착한 물건이 공익사업에 불필요한 따라서 제거해야할 지상물인 경우에는 이전비로 보상함이 원칙이나 다음의 경우에는 취득비로 평가한다. 이전비라하면 대상물건의 유용성을 동일하게 유지하며 이를 당해 공익사업용지 이외의 지역으로 이전·이설하거나 이식하는 데에 소요되는 비용을 말하며, 물건의 해체비, 건축비와 적정 거리까지의 운반비를 포함한다. 단, 건축법령의 규정에 의하여 필요로 하는 시설의 개선에 필요한 비용은 포함하지 아니한다.

- 1) 이전이 현저히 곤란한 경우
- 2) 이전하여서는 종래목적에 사용할 수 없는 경우
- 3) 이전비가 취득비를 초과하는 경우
- 4) 공익사업에 직접 제공할 목적으로 취득하는 경우

위의 경우에서 이전가능 여부는 물리적 또는 기술적인 면에서 판단할 것이 아니고 경제적인 관점에서 이전시킴이 타당한지 여부를 판단하여야 할 것이다.²⁷⁸⁾ 무허가건축물 즉 허가나 신고를 요하는 건축물을 허가나 신고 없이 신축한 건축물의 보상에 관하여는 '89.1.24(개발제한구역지정일이 앞선 경우에는 개발제한구역 지정일)이전에 건축한 건축물에 대하여는 적법한 건축물과 같이 취급하고, 공익사업시행계획의 공고일 또는 사업인정고시일 이전에 신축된 경우에는 현황을 중시하여 특별히 제한하는 규정이 없는 한 보상대상이 된다고 보아야 할 것이다. 단, 가설건축물은 보상대상

278) 지상정착물 등의 이전가능성 여부 등에 대하여는 아무런 검토없이 취득가액의 범위 내에서 이전비용으로만 평가하였으므로 잘못이고, 이러한 잘못된 감정평가를 기초로 하여 손실보상액을 산정한 이 사건의 이의재결은 위법하다(대법원 1994.4.26. 선고 94누13360판결).

에서 제외된다. 그러나 사업인정이후에 지은 건축물은 보상대상이 아니다. 건축물 등 보상에 대하여는 보상대상이 아닌 건축물, 이전비보상대상과 취득비보상대상상의 구분, 보수비산정방법을 명확히 할 필요가 있고, 사업시행자가 평가의뢰시 구분 의뢰하여야 할 것이다.

나. 취득할 건축물 등

취득할 건축물에 대한 보상액은 건축물의 구조, 이용상태, 면적, 내구연한, 유용성, 이전가능성 및 그 난이도 그 밖의 가격형성상의 제 요인을 종합적으로 고려하여 평가한다.

건축물가격은 원가법²⁷⁹⁾으로 평가함이 일반적이다. 다만 주거용 건축물에 있어서는 거래사례비교법에 의하여 평가한 금액이 원가법에 의하여 평가한 금액을 넘는 경우에 한하여 거래사례비교법²⁸⁰⁾에 의하여 평가한다.

그리고 건물의 일부 편입시의 보상액은 편입부분 취득비와 잔여부분보수비²⁸¹⁾의 합계액이다. 그러나 건물의 잔여부분을 종래의 목적대로 사용할 수 없거나 사용이 현저히 곤란한 경우, 취득비와 보수비의 합계액이 전체 가격보다 많은 경우에는 전체에 대하여 원가법에 의하여 평가하여 보상한다. 그리고 잔여부분감가보상액은 건물의 전체가격에서 잔여부분의 가격을 감한 금액으로 보상한다.²⁸²⁾

건축물의 사용료는 임대사례비교법으로 평가한다. 다만, 임대사례비교법으로 평가한 가격이 적정하지 아니한 경우에는 적산법으로 평가할 수 있다.

279) 원가법= 재조달원가- 감가상각누계액.

280) 거래사례비교법= 거래사례가격 * 사정보정* 시점수정 * 잔존률* 개별요인

281) 보수비라 함은 건축물의 잔여부분을 종래의 목적대로 사용할 수 있도록 그 유용성을 동일하게 유지하는데 통상 필요하다고 볼 수 있는 공사에 소요되는 비용을 말하고, 보수비 평가기준은 철거단면으로 하느냐 내부수선으로 하느냐에 따라서 달라질 수 있으며, 보수비는 잔여건축물의 가격범위 내에서 평가한다.

282) 임호정·김원보 공저, 전계서, 173-174면.

물건가격으로 보상한 건축물의 철거비용은 사업시행자가 부담한다. 다만, 건축물의 소유자가 당해 건축물의 구성부분을 사용 또는 처분할 목적으로 철거하는 경우에는 건축물의 소유자가 부담한다.

공작물 그 밖의 시설은 건축물의 보상방법을 준용한다. 즉, 취득의 경우에는 원가법으로, 사용의 경우에는 임대사례비교법으로 평가한다. 그러나 다음의 공작물 등은 별도의 가치가 있는 것으로 평가하여서는 안 된다.

- 1) 공작물 등의 용도가 폐지되었거나 기능이 상실되어 경제적 가치가 없는 경우
- 2) 공작물 등의 가치가 보상이 되는 다른 토지 등의 가치에 충분히 반영되어 토지 등의 가격이 증가한 경우
- 3) 사업시행자가 공익사업에 편입되는 공작물 등에 대한 대체시설을 하는 경우

다. 농작물의 보상

농작물을 수확하기 전에 토지를 사용하는 경우의 농작물의 손실은 농작물의 종류 및 성숙도 등을 종합적으로 고려하여 평가한다.

파종 중 또는 발아기에 있거나 묘포에 있는 농작물은 가격시점까지 소요된 비용의 현재액을, 그 외 농작물의 경우에는 예상총수입(당해 농작물의 최근 3년간의 평균총수입)의 현재액에서 장래 투하비용의 현재액을 뺀 금액으로 한다. 이 경우 보상당시에 상품화가 가능한 풋고추, 들깨잎 또는 호박 등의 농작물이 있는 경우에는 그 금액도 뺀다.

라. 분묘에 대한 보상

- 1) 연고자가 있는 분묘(유연분묘)에 대한 보상은 이장비, 석물이전비, 잡비(이장비 및 석물이전비의 30%이내), 이장보조비를 합산하여 보상한다.

이장비= 4분판1매+마포2필+전지5권+제레비+인부임5인분+운구차량비

석물이전비= 비석, 상석, 망주석 등의 이전실비(좌향표시 등으로 이전사용이 불가능한 경우에는 제작 운반비를 말한다).

이장보조비= 1기당 묘지면적(30제곱미터)에 당해 묘지가 소재하고 있는 시군 또는 인근 시군의 재단법인이 설치하는 사설묘지 단위면적당 사용료를 곱한 금액으로 지급하되 50만원을 초과할 수 없다.

2) 연고자가 없는 분묘(무연분묘)에 대한 보상액은 유연분묘에 적용되는 이장비, 석물이전비, 잡비의 합산액의 50% 이하의 범위 안에서 산정한다.

2. 영업에 대한 보상

가. 영업보상의 의의

영업손실보상은 일정한 장소에서 인적·물적 설비를 갖추고 영업활동을 하는 중에 공익사업시행으로 인해 당해 영업을 폐지 또는 휴업하게 되는 경우에 주어지는 보상이다.

현행 토지보상법상 영업보상의 유형으로는 폐업보상, 휴업보상, 사업지구밖의 간접영업보상이 있다. 그밖에 무허가 영업도 일정한 보상이 인정된다. 영업보상은 재산적 가치를 보상하는 것이 아니라 현재 그 영업에서 발생하는 소득 또는 이익이 장래에도 계속 유지될 것임을 전제로 하여 일정기간동안의 소득 또는 이익에 한하여 보상하는 것으로 상법상의 영업권²⁸³⁾과 구별된다. 따라서 영업보상은 재산상 손실에 부대된 보상으로 일실손실보상의 일종이다.

283) 영업권이란 고객선 또는 구입선 관계, 영업상의 비결, 판매의 기회, 경영의 내부적 조직 등 다년간의 영업활동에서 생기는 재산적 가치가 있는 사실관계를 말한다.

나. 영업보상의 대상요건

영업보상의 대상이 되기 위해서는 무엇보다도 법에서 정한 영업보상대상인 영업을 되어야 한다.²⁸⁴⁾ 먼저 사업인정고시일등 전부터 일정한 장소에서 인적, 물적 시설을 갖추고 계속적으로 영리를 목적으로 행하고 있는 영업이어야 하며, 영업을 행함에 있어서 관계 법령에 의한 허가·면허·신고 등을 필요로 하는 경우에는 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 적법한 영업이어야 한다. 구체적으로 다음의 제반요건을 구비하여야 영업보상의 대상이 된다(규칙 제45조).

1) 시간적 요건

보상대상인 영업을 되려면 보상계획의 공고, 통지 또는 사업인정고시 전부터 행하고 있는 영업이어야 한다. 이는 사업인정고시일등 이후에 행하는 영업은 특별한 손실이 있다고 볼 수 없다는 것이다. 대법원은 대체로 공익사업의 시행고시 후 허가받거나 신고한 영업은 손실보상의 대상이 아니라고 판시한 바 있다.²⁸⁵⁾ 예산확보가 안 되어 사업시행기간이 지체되는 경우, 사업시행기간이 장기이거나 장기간으로 연장되어 그 사이 허가영업이 이루어지거나 자유영업이 행하여지는 경우가 문제된다.

2) 장소적 요건

영업보상대상인 영업을 되려면 장소적 요건으로 일정한 장소를 요구하고 있고 국토해양부는 그 의미에 대하여 “고객이 직접 와서 물건을 취득, 판매하는 장소”로 해석하고 있다. 공익사업지구 내에 사무실과 영업장소가 모두 소재하는 경우에는 상관이 없으나 분리되어 있는 경우 문제의 소지

284) 영업보상을 받으려면 대상영업에 해당되어야 하나 대상요건이 불확실하여 판단이 어렵고 민원이 많이 발생한다. 참고로 독일이나 일본에서는 보상대상이 되는 영업의 요건에 대해서는 별도로 규정을 두고 있지 않다.

285) 대법원 2001.4.27. 선고 2000다50237판결.

가 있다. 그리하여 공익사업지구 내에 건설사무소, 버스회사사무실등이 영업보상에서 제외된다.

3) 시설적 요건

보상대상이 되기 위해서는 일정한 장소에서 인적, 물적 시설을 갖추어야 한다. 예컨대 철학관에 대하여 지방토지수용위원회에서는 휴업보상대상에서 부정하였으나 중앙토지수용위원회에서는 전화기, 책상, 쇼파 등 최소한의 물적 시설을 구비하였다하여 이를 인정하였다. 후자가 타당하다고 본다. 사회가 복잡해지고 기계문명이 발달되어 감에 따라 영업의 종류와 형태도 다양화하여 자판기영업, 무인점포 등 인적 시설이 없는 영업도 늘어나고 있어 이러한 새로운 업종이 공익사업으로 인하여 손실을 볼 경우 시설요건을 충족하지 못하여 보상대상에서 제외될 우려가 있다.

4) 계속적 반복적 요건

보상대상인 영업이 되기 위해서는 계속적 반복적으로 영업을 수행하여야 하는바, 물건조사시 또는 감정평가시 영업이 계속적으로 이루어지지 않고 있는 계절영업, 영업휴업, 영업중단상태에 있는 경우 영업이익이 없다고 보아 영업보상대상에서 제외되고 있다. 보상금을 받기 위해 조사시에는 잠시 사업을 하는 경우와 그 때에 마침 쉬는 사업과의 형평성의 문제가 제기된다. 국토해양부는 유권해석을 통하여 유치원은 계속적인 영리행위를 하는 것이 아니므로 영업보상의 대상이 아니라고 한 바 있다. 그러나 어린이집과 유치원은 유사기능을 하면서도 어린이집만 보상의 대상이 된 것은 납득이 안 되며 형평성에도 반한다 하겠다. 국토해양부는 계절적 수요에 의하여 일시 숙박을 제공하는 등 부업으로 행하는 민박은 보상대상이 아니지만 민박마을로 지정된 경우에 민박은 보상대상이라고 한다.²⁸⁶⁾

286) 국토해양부 질의회신: 2001.12.11 토정58342-1912; 2003.4.17 토정58342-547.

5) 영리성의 요건

영업보상대상이 되려면 영리를 목적으로 영업을 행하여야 한다. 영업손실을 영업이익으로 파악하기 때문이다. 따라서 교육·종교·유치원 등 비영리사업의 경우 영업이익이 있을 수 없다하여 보상대상에서 제외하고, 임대사업은 그 소득이 영업소득이 아니고 자산소득이라 하여 보상대상에서 제외하고 있어 문제이다.

6) 영업의 적법성

영업을 함에 있어 관계법령에 의하여 인·허가 등을 필요로 하는 경우에는 그 인·허가 등을 받고 그 내용대로 영업하는 경우에 한하여 영업보상의 대상이 될 수 있다. 자유영업은 별도의 허가 등을 받을 필요가 없으므로 영업보상의 대상이 된다.

영업자체의 적법성과 더불어 영업장소의 적법성도 요구되느냐. 예컨대 무허가건축물에서의 영업행위에 대하여 보상의 대상이 될 수 있느냐에 대하여 인·허가 등을 요하는 업종은 적법한 건축물이 아닐 경우 영업인·허가가 안 되어 문제가 없으며 무허가건축물에서 영업하는 경우에는 불법영업으로 영업보상대상에서 제외되어야 할 것이다.²⁸⁷⁾ 그러나 관할 세무서에 사업자등록을 필하면 영업이 가능한 자유영업의 경우 국토해양부는 부정하였으나 영업장이 무허가란 이유로 보상대상에서 제외하는 것은 다른 영업자와 형평성에 어긋나고 또한 부당결부금지의 원칙²⁸⁸⁾에도 위배된다 하겠다. 그리고 '89년 1월 24일 이전의 무허가건축물의 경우에는 적법한 건축물로 보아 보상하여야 한다고 본다. 또한 가설건축물에서의 영업행위에 대하여 대법원은 세입자의 영업은 보상대상이 아니라고 한 바 있다.²⁸⁹⁾

287) 국토해양부는 시설물의 적법성 여부도 영업의 적법성의 판단기준이 된다고 하여 건물의 적법성도 요구하고 있다. 이리하여 가설천막에서의 자유영업, 불법형질변경토지에서의 영업, 권원 없이 타인의 토지를 점유한 좌판영업등도 영업보상에서 제외하고 있다.

288) 부당결부금지의 원칙이란 행정기관이 행정활동을 함에 있어서 그것과 실체적 관련이 없는 반대급부와 결부시켜서는 아니 된다는 것으로 건축법상의 의무를 강제하기 위하여 수도나 전기의 공급을 중단하는 것과 같이 주로 행정의 실효성을 확보하기 위한 제재수단으로 활용되어 왔다.

이상 보상요건을 검토할 경우 이들 중에는 내용이 불합리하거나 불명확하여 보상대상이 되는 영업인지를 결정키 곤란하여 실제 손실이 발생하고 있음에도 보상의 대상에서 제외되는 경우가 생기는 일이 많다. 이는 판례나 국토해양부 유권해석에서도 마찬가지이다. 따라서 전반적인 재검토와 보완이 필요하다고 본다.

다. 보상기준

1) 폐업보상

가) 폐업보상과 휴업보상과의 구분

영업보상은 폐업보상과 휴업보상으로 구분되고 양자는 요건과 효과가 크게 다르므로 먼저 양자의 구분이 선행되어야 한다. 구체적으로 발생한 영업손실이 폐업보상대상인지 휴업보상대상인지의 구분은 당해 영업의 이전가능성 여부에 따라 나누어진다고 할 수 있다. 대법원도 이전이 가능하면 휴업보상이고 이전이 사회적, 경제적, 물리적으로 불가능하면 폐업보상으로 본 바 있다.

폐업보상의 대상은 다음과 같다.²⁹⁰⁾

① 영업장소 또는 배후지의 특수성으로 인해 다른 장소에 이전하여서는 당해 영업을 할 수 없는 경우.

배후지란 당해 영업의 수익을 올리는 고객이 소재하는 지역적 범위를 말하는바, 배후지의 특수성이란 곧 당해 영업의 지역적 범위의 특수성을 말한다. 인접하는 시·군·구는 당해영업소가 소재하고 있는 시·군·구와

289) 대법원 2001.8.21. 선고 2001다7209판결.

290) 폐업보상이나 휴업보상이나에 따라 보상액이 8배차이가 남을 고려할 때 폐업사유로 세가지만 인정하는 것은 미흡하다. 예컨대 이전비용이 보상액을 초과하여 사실상 당해 영업을 계속하기 곤란한 경우 등, 기타 경제적 이전불가능도 고려해야 할 것이다.

행정구역상 인접하고 있는 모든 시·군·구를 말하며(대판 1994.12.23 선고 94누8822판결), 다른 장소로 이전할 수 없다함은 법적²⁹¹⁾ 물리적²⁹²⁾은 물론 이전하여서는 수익의 감소로 사실상 영업을 할 수 없는 경우도 포함한다고 본다.

② 다른 장소에서는 영업을 허가 등을 받을 수 없는 경우

관계법에 의하여 영업을 지역제한이나 규제로 허가를 받을 수 없는 경우 및 당해 영업을 신고가 수리되지 아니하는 경우가 이에 해당된다. 대법원은 주민의 집단민원으로 연탄공장을 할 수 있는 토지를 구할 수 없어 사용되는 연탄공장이 위치하고 있던 지역에서 당해 공장을 법률상 또는 사실상 이전할 수 없게 되었을 때는 폐업보상의 대상이 된다고 하였다.

③ 혐오감을 주는 영업시설로서 다른 장소로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 시장·군수·구청장이 인정한 경우

혐오감을 주는 영업은 현실적으로 이전이 불가능하므로 폐업보상의 대상이 될 가능성이 높다. 현행법에는 이를 시장 등이 인정하여야 한다는 요건을 두고 있다. 대법원은 양돈장 설치가 주민들의 반대로 영업장소를 이전하여 영업할 수 없게 되었다면 폐업보상의 대상이 된다고 판시한 바 있으나 양돈장이 이전될 경우 악취 등 환경공해를 우려한 주민들의 반대가 있을 가능성이 있다고 하더라도 그러한 가정적인 사정으로 양돈장을 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵다고 하여 폐업보상을 부정한 사례도 있다. 기준이 셋으로 한정하고 그나마 그 내용이 모호하다. 원칙적인 기준만 정하고 사업시행자가 현실요건을 고려하여 결정할 수 있도록 보완해야 할 것이다.²⁹³⁾

291) 대법원 1993.12.10. 선고 93누11579판결: 연탄공장의 폐업보상.

292) 대법원 1990.10.10. 선고 89누7719판결: 양돈장의 폐업보상.

293) 민원 중에 폐업으로 보상해 달라는 민원이 대종을 이룬다.

나) 보상기준

폐업보상은 2년간의 영업이익에 영업용 고정재산 등의 매각손실액을 합산하여 보상한다.

$$\text{폐업보상액} = \text{영업이익} * \text{보상연한(2년)} + \text{영업용 고정재산, 원재료, 제품, 상품의 매각손실액}$$

여기서 영업이익이란 당해 영업의 최근 3년간의 영업이익의 산술평균치를 기준으로 2년분을 산정한다. 개인영업으로서 최근 3년간의 영업이익의 산술평균치가 다음 산식에 의하여 산정된 연간 평균영업이익에 미달하는 때에는 그 연간 평균영업이익을 당해 영업의 최근 3년간의 영업이익의 산술평균치로 본다.

$$\text{연간평균영업이익} = \text{통계기관이 작성·공표한 제조부문 보통인부 노임} \\ \text{단가} * 25\text{일} * 12\text{월}$$

매각손실액은 현재평가액 또는 장부가액에서 처분가액을 감하여 산정하나 산정이 사실상 곤란한 경우에는 현재가액을 기준하여 영업용고정재산은 60%, 재고재산은 일정률(제품·상품은 수요성이 있으면 20%이내, 수요성이 없으면 50%이내, 반제품·제품품·저장품은 60%이내, 원재료는 20%이내, 사용 중인 것은 50%이내)로 한다.

그리고 영업규모 축소시의 손실보상액은 영업이익* (축소부분영업규모/종전영업규모) * 보상연한 + 영업규모 축소에 따른 과잉 유희시설 매각손실액이다.

2) 휴업보상

휴업보상이란 폐업하여야 할 정도는 아니나 공익사업으로 인하여 일정

한 기간 동안 영업을 할 수 없거나, 영업장소의 이전으로 인하여 종전의 통상적인 수익의 손실이 예상되는 경우에 행해지는 보상을 말한다.

가) 이전하는 영업을 휴업보상

휴업보상액= 영업이익 * 휴업기간 + 인건비등 고정적 비용 + 영업시설, 원재료, 제품 등의 이전에 소요되는 통상적 비용 + 기타 상품의 이전에 따른 감손상당액

휴업기간은 특수한 경우²⁹⁴⁾외에는 3월 이내이며, 고정경비는 인건비(사업시행자가 휴직보상을 한 경우에는 제외) 제세공과, 임차료 감가상각비 등이고, 감손상당액은 현재가액에서 이전후의 가액(산정곤란시 현재액의 10%)을 감한 액이다.

나) 임시영업소 설치비

영업을 휴업하지 않고 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우는 두 경우로 나누어 볼 수 있는 바, 임시영업소를 임차하는 경우의 보상액은 임시영업기간 중의 임차료 상당액에 기타부대비용이고, 임시영업소를 가설하는 경우의 보상액은 지대상당액에 임시영업소 신축비용과 해체철거비에서 발생자재대를 감한 액을 더하여 산정한다.

다) 시설보수 등에 따른 휴업보상

공공사업에 영업시설의 일부편입시의 보상액은 시설설치(보수)기간 해당 영업이익에 동기간의 통상 고정경비와 설치(보수)비용을 더하여 산정한다.

3) 무허가영업 등에 대한 보상

294) 휴업기간이 3월 이상인 경우에, 이를 입증하면 휴업기간으로 할 수 있다.

무허가영업 등에 대하여는 보상하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 사업인 정고시일등 전부터 무허가영업을 해 온자가 공익사업시행으로 인하여 당해 장소에서 영업을 계속할 수 없게 된 경우에는 가구원수에 따라 3월분의 주거이전비를 영업손실에 대한 보상금으로 지급하여야 한다. 다만, 본인 또는 생계를 같이 하는 동일 세대안의 직계존속·비속 및 배우자가 당해 공익사업으로 다른 영업에 대한 보상을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. 그리고 영업시설 등의 매각이나 이전에 따른 손실도 이를 보상한다. 이경우의 보상금은 영업의 휴업에 의하여 평가한 금액을 초과하지 못한다.

4) 휴직·실직보상

사업인정고시일 등 당시 공익사업지구안의 사업장에서 3월 이상 근무한 근로자(소득세법에 의한 소득세가 원천 징수된 자에 한한다)에 대하여는 영업휴업으로 인해 휴직을 하게 된 경우에는 휴직일수(90일까지)에 대하여 근로기준법에 의한 평균임금의 100분의 70에 상당하는 휴직보상을 하며, 영업을 폐업한 경우에는 근로기준법에 의한 평균임금의 90일분에 상당하는 실직보상을 한다(규칙 제51조).

라. 문제점 및 개선방안

문제점의 대부분은 보상대상영업요건 등 관계된 곳에서 제시했으나 다음 사항을 추가한다.

1) 권리금에 대한 보상문제

권리금은 보통 영업시설비와 영업장소와 상호에 대한 성가(聲價)로 구성되는데 영업설비는 보상대상이나 성가는 대상이 아니다. 권리금의 발생형태 및 내용은 다양하고 그 규모 또한 천차만별이어서 법제화, 평가방법에 있어 곤란하다. 그러나 현실적으로는 건물주와 별도로 수수되고 있고 이를 둘러싸고 분쟁이 잦다. 따라서 이를 방치하기 보다는 이에 대한 적절한 제

도보완 및 보상기준을 마련함이 필요하다.

2) 휴직보상에 있어 휴직기간을 90일로 제한한 것은 그 기간 동안에 전업은 사실상 불가능하여 조정이 필요하다.

3) 부동산임대업에 대한 보상문제

부동산 임대업에 대하여 임대소득은 자산소득으로 영업보상의 대상이 아니라하여 부인하고 있으나 부동산임대행위는 임대차 당사자 간에 일방이 사용·수익할 수 있게 일정한 부동산을 제공하고 상대방이 이에 대해 차임을 지급하는 일종의 영리행위이므로 다른 영업과의 형평성상 영업보상의 대상이 된다고 할 것이다. 일본에서는 영업보상대상으로 보아 이전기간의 임대료상당액에서 관리비 상당액을 감하여 보상하고 있다.

제3절 사업손실에 대한 보상

1. 의의 및 구분

사업손실보상이라는 개념은 간접보상 또는 제3자보상이라고도 하며 아직 정립된 개념이 아니다. 입법례에 따라 다르고 학자에 따라 달리 사용하고 있으며, 우리 「공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률시행규칙」(이하 “토지보상법시행규칙”이라 한다)에서는 “공익사업시행지구 밖의 토지등의 손실”이라고 하고 있다. 그러나 사업손실보상이란 “공공사업의 시행 또는 완성후의 시설이 사업지 밖에 미치는 손실에 대하여 하는 보상”²⁹⁵⁾이라고 일응 정의할 수 있다. 사업지구 밖에서 재산권의 수용·사용·제한에 따른 손실이 아닌 점에서 간접손실이라고 할 수 있다.

295) 석종현, 전계서, 181면; 김동희, 전계서, 504면.

<표 16> 사업손실보상 영역도

공익사업지역 내 (직접손실)	수용손실 (수용보상)	수용·사용·제한		
공익사업지역 밖 (간접손실)	사업손실 (사업보상)	사회적·경제적 침해 (간접보상)	농경지, 건물, 공작물, 분묘 고립 등	(현행법상보상규정) · 농경지에 대한 간접보상 · 건물 등의 간접보상 · 소수잔존자보상 · 영업의 간접보상 · 공작물 등의 간접보상 · 건물 잔여부분의 평가
		물리적·기술적 침해 (간접침해보상)	소음 진동 수고갈 일조침해 등	(현행법상 보상규정) · 어업의 간접피해

* “간접침해 영역개념도”(『공익사업에 따른 간접침해보상의 범위와 한계에 대한 연구』 한국감정평가연구원, 2001.6)를 변형한 것임

사업손실보상은 물리적·기술적 손실에 대한 보상(간접침해보상)과 사회적·경제적 손실에 대한 보상(간접보상)으로 구분할 수 있다²⁹⁶⁾²⁹⁷⁾. 종래에는 개발사업이 소규모적인 사업이어서 손해도 재산권에 대한 직접손실에 대한 보상이 주류를 이루었으나, 오늘날은 댐건설 등 대규모적인 개발로 시행됨에 따라 손실은 재산권에 대한 직접손실, 간접손실과 생활권에 대한 손실 나아가 정신적 피해 등 손실이 다양하고 광범위하며 장기적으로 발생하여 대물보상만으로는 대처할 수 없게 되었다. 그리하여 사업손실보상은 이러한 대물보상의 한계를 극복하고 생활보상을 지향하는 현대보상이념의 요구에 따른 것이라 할 것이다.

296) 박윤훈, 전게서, 745-746면; 김동희, 전게서, 504-505면.

297) 사업손실은 또한 피해의 성질에 따라 재산적 손실, 신체적 피해, 정신적 피해로 구분할 수 있다. 즉 재산적 손실이란 공공사업의 시행에 따라 부수적으로 생기는 손실로 재산적 손실을 가지는 것을 말하고, 신체적 피해란 일조저해에 의한 건강피해, 소음·진동·배기가스에 의한 난청·두통·위장장애 등을 들 수 있고, 정신적 피해란 소음·진동에 의한 불쾌감·초조감·수면방해에 의한 정신적 고통 등을 들 수 있다.

2. 근거 및 성격

가. 간접보상의 근거 및 성격

사업손실보상은 원인행위가 사업지역내의 직접적인 효과라기보다는 사업지역 밖의 간접적인 것으로 재산권보상 및 생활권보상과는 구별된다고 할 것이나 간접손실의 보상방법이 편입된 것으로 하여 보상하므로 편입된 후에 주어지는 보상은 재산권에 대한 보상과 생활권에 대한 보상이 주 내용이 될 것이다. 또한 사업손실보상은 손실이 있는 후에 행하는 사후보상의 성격을 갖는다. 간접침해에 대한 보상과 직접침해에 대한 보상은 침해의 태양에 따른 분류이고 재산권보상과 생활권보상은 침해의 대상에 따른 분류로 보아 간접침해는 재산권에 대한 보상과 생활권에 대한 보상이 모두 있을 수 있다는 점에서 보상개념의 확장으로 볼 수 있을 것이다,

토지보상법상 사업손실보상의 법적 근거로는 제73조 및 제74조 그리고 제79조제2항의 기타 공익사업시행으로 인한 손실보상을 들 수 있다. 현행 토지보상법의 사업손실보상규정은 종전 공특법시행규칙에 규정되었던 것인데, 법의 위임없이 시행규칙에서 보상의 내용을 규정함으로써 법규정 여부에 관하여 논란이 많았었다. 이런 문제를 해결하기 위하여 좀 명확하지는 않지만 현행 토지보상법은 제79조제2항에서 “기타 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실보상 등에 대하여는 국토해양부령이 정하는 기준에 의한다”라고 규정하였다. 손실보상에 관한 상세한 규정은 같은법시행규칙 제59조 이하에서 규정하고 있다.²⁹⁸⁾

나. 간접침해보상의 근거 및 성격

298) 토지보상법시행규칙 제7절에서 공익사업지구 밖의 보상이란 제하에 사업손실보상 중 7가지 간접보상을 규정하고 있는 바, 공익사업지구 밖의 보상은 간접보상과 간접침해보상 나아가서 잔여토지보상, 기타토지에 대한 비용보상 및 잔여건물보상을 포함한다고 하겠다.

보상규정이 있는 사업손실보상은 손실보상의 성격을 갖게 되지만 보상규정이 없는 사업손실보상에 대하여는 손실보상으로 이해하는 입장과 손해배상으로 이해하는 입장이 대립한다.²⁹⁹⁾ 손실보상과 손해배상 모두 특별한 희생의 존재를 원인으로 한다.

간접손실에 대하여 보상규정이 없는 경우에 독일의 수용유사침해이론 및 수용적 침해이론을 적용하여 구제하여 주어야한다는 견해와 독일의 이론은 독일 관습법상의 희생보상청구권에 근거하는 것이어서 그러한 관습상의 권리가 인정되지 않는 우리나라에서는 인정될 수 없다는 견해가 맞서고 있다. 다만, 손실의 발생이 예견이 가능한 경우에 주어지는 조정보상법리는 사업손실보상에 적용될 수 있는 것으로 보여 진다.

3. 실정법상 보상기준

가. 간접보상에 대한 보상기준

사회적·경제적 손실은 댐건설 등 대규모사업에 따르는 다수인의 이주로 인한 지역경제에의 영향이나 어업활동에의 영향 등 지역사회의 변동으로 인하여 개인에게 미치는 간접적 영향 또는 피해로서, 공공사업을 위해서가 아니고 피보상자의 총체적 삶을 유지시키기 위한 것으로 생활보상에 속하는 것이 대부분이다. 현행법은 토지보상법시행규칙에서 공익사업시행지구 밖의 손실에 대한 보상이라 하여 종전의 공특법시행규칙에서와 같이

299) 손해배상설은 사업손실에 대한 보상의 성질을 손해배상으로 본다. 그러나 공익사업의 시행에 있어서는 위법성과 고의·과실여부가 명확하지 않다. 손실보상설은 적법한 공권력의 행사에 기인하여 특별한 희생이 발생하였다면 손실보상의 대상이 되는지 여부를 검토하여야하며 손실보상의 대상이 되면 간접손실에 대한 보상의 성질은 손실보상으로 보아야한다는 견해로 헌법 제23조제3항을 근거로 하며 사업손실 중에는 수용손실과 실질적으로 다르지 않은 경우가 있으며 사업을 위한 희생이라는 점에서는 수용손실과 동일선상에서 처리하여야한다는 견해로 타당하다고 판단된다. 판례는 대체로 손해배상설에 입각하고 있다.

간접보상에 해당하는 내용을 여럿 규정하고 있다.³⁰⁰⁾

1) 잔여지 손실보상, 기타 토지에 대한 비용보상, 잔여건물보상

토지보상법은 제73조에서 잔여지의 손실과 공사비의 보상을, 제74조에서 잔여지의 취득보상을, 제79조제1항에서 기타토지에 대한 비용보상을 그리고 제75조의 2에서 잔여건물보상에 관하여 규정하고 있다. 잔여지손실보상에 대하여 살펴보면, 잔여지란 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지 중 일부를 매수 또는 수용함으로 인하여 남게 된 토지를 말한다. 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란하거나 1택지로도 이용할 수 없게 된 경우에는 토지소유자는 전체 토지의 매수를 사업시행자에게, 수용의 경우에는 토지수용위에 수용을 청구할 수 있다. 잔여지로서 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 토지의 판단은 그 토지의 위치, 형상, 이용 상황과 편입토지와 비교 및 용도지역 등을 고려하여 판단하되 다음 각 호의 토지를 잔여지로 본다.

- ① 대지로서 당해 시·군 건축조례에 의한 최소대지면적 이하인 토지
- ② 최소대지면적 이상의 토지인 경우에도 토지형상의 부정형등 기타 사유로 사실상 대지로서 이용이 현저히 곤란하다고 인정이 되는 토지
- ③ 농지의 경우 농기계의 진입과 회전이 곤란할 정도로 폭이 좁고 길게 남거나 부정형하여 영농이 현저히 어렵게 된 토지
- ④ 도로의 건설 등으로 교통이 두절되거나 사용 또는 경작이 불가능하게 된 토지
- ⑤ 기타 위에 준하는 정도의 이용장애 사유가 인정되는 토지

동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지일부를 수용함으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 기타의 손실이 있을 때에는 그 손실을 보상하여야 하는바, 보상금액의 산정방법으로는 전후비교법(前後比較法)과 분리

300) 과거에는 이향위자료보상(1971.11.5. 건설사업용지보상규정 제17조), 교통보상, 기타보상(64.7.13. 댐수몰선의간접피해손실보상요강 제5조, 제6조)도 규정되었으나 그 후 삭제되었다.

합산법(分離合算法)이 있다. 전자는 필지전체의 종전가격에서 잔여지의 현재가격을 차감한 액으로 평가하는 방법이고, 후자는 공공사업에 편입된 토지의 가격에 잔여지가 분할되므로 최유효면적에서 멀어짐에 따른 손실을 더하여 보상액을 평가하는 방법이다. 전자는 이해가 쉽고 후자에 비하여 상대적으로 정확한 장점이 있으나 잔여지에 대해 적절한 비교매매사례를 찾기 어렵다는 단점이 있다. 이에 대하여 후자는 잔여지에 발생한 분할손실을 정확하게 산정하기 곤란하다는 단점이 있다. 일반적으로 전자가 많이 활용되며 현행법도 전후비교법을 택하고 있다.

동일한 토지 소유자에 속하는 일단의 토지 일부를 수용함으로 인하여 잔여지에 통로, 도랑, 울타리 등의 신설, 기타의 공사가 필요한 경우의 손실액 평가는 공사비용을 보상하여야 하는 바, 그 보상액은 그 시설이나 공사에 필요한 시설비나 공사비로 한다.

2) 공익사업시행지구 밖의 대지 등에 대한 보상

공익사업지구 밖의 대지·건축물·분묘 또는 농지가 공익사업의 시행으로 인하여 산지나 하천 등에 둘러싸여 교통이 두절되거나 경작이 불가능하게 된 경우에는 그 소유자의 청구에 의하여 이를 공익사업시행지구에 편입된 것으로 보아 보상하여야 한다. 다만, 그 보상비가 도로 또는 도선시설의 설치비용을 초과할 경우에는 도로 또는 도선시설을 설치함으로써 보상에 갈음할 수 있다. 편입된 것으로 보아 보상하므로 편입된 후 대지 등의 재산권보상과 생활권보상이 주어지게 된다.

3) 공익사업시행지구 밖의 건축물에 대한 보상

소유농지의 대부분이 공익사업시행지구에 편입됨으로써 건축물만이 공익사업시행지구밖에 남게 되는 경우로서 그 건축물의 매매가 불가능하고 이주가 부득이한 경우에는 그 소유자의 청구에 의하여 이를 공익사업시행지구에 편입되는 것으로 보아 보상하여야 한다. 편입된 것으로 보아 보상

하므로 편입된 후 건축물에 대한 재산권보상과 생활권보상이 주어지게 된다.

4) 소수잔존자에 대한 보상

공익사업의 시행으로 인하여 1개 마을의 주거용 건축물이 대부분 공익사업시행지구로 편입됨으로써 잔여 주거용 건축물 거주자의 생활환경이 현저히 불편하게 되어 이주가 부득이한 경우에는 당해 건축물 소유자의 청구에 의하여 그 소유자의 토지 등을 공익사업시행지구로 편입되는 것으로 보아 보상하여야한다. 편입된 것으로 보아 보상하므로 편입된 후 주거용 건축물 및 대지에 대한 재산권보상과 생활권보상이 주어지게 된다.

5) 공익사업시행지구 밖의 공작물 등에 대한 보상

공익사업시행지구밖에 있는 공작물 등이 공익사업시행으로 인하여 그 본래의 기능을 다 할 수 없게 되는 경우에는 그 소유자의 청구에 의하여 이를 공익사업시행지구로 편입되는 것으로 보아 보상하여야한다. 편입되는 것으로 보아 보상하므로 편입된 후 공작물 등의 재산권보상이 주어지게 된다.

6) 공익사업시행지구 밖의 어업의 피해에 대한 보상

공익사업의 시행으로 인하여 당해 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 피해가 발생한 경우 사업시행자는 실제 피해액을 확인할 수 있는 때에 그 피해에 대하여 보상하여야 한다. 이 경우 실제 피해액은 수산업시행령 별표4의 평년수익액을 기준으로 평가한다. 어업의 간접보상이 인정되기 위해서는 피해가 발생하고, 그 실제 피해액을 확인 할 수 있어야한다. 보상은 어업권의 취소·정지·제한의 보상방법에 준하게 된다.

7) 공익사업시행지구 밖의 영업손실에 대한 보상

공익사업시행지구 밖에서 영업손실의 보상대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 공익사업시행으로 인하여 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 당해 장소에서 영업을 계속할 수 없는 경우에는 그 영업자의 청구에 의하여 당해 영업을 공익사업시행지구내에 편입되는 것으로 보아 보상하여야 한다.³⁰¹⁾보상의 대상이 되기 위해서는 영업을 적법하여야한다. 처음부터 면허·허가 등이 필요 없는 자유영업이 보상대상에 포함되느냐에 관하여 의견의 대립이 있으나, 토지보상법규정은 불법영업을 배제하기위한 예시규정이므로, 사업지구내의 자유영업이 보상대상이 되는 것과의 형평상 인정함이 타당하다 것이다.³⁰²⁾ 그리고 반드시 배후지의 2/3이상이 상실되어야 보상대상이 될 것이냐의 문제는 이는 영업을 할 수 없다는 판단의 예시규정으로 보아 2/3미만의 배후지가 상실되었으나 영업의 특수성 때문에 사실상 영업을 할 수 없는 경우에도 보상대상이 된다고 본다.³⁰³⁾ 편입되는 것으로 보아 보상하므로 영업손실보상방법에 준하게 된다.

8) 공익사업시행지구 밖의 농업손실에 대한 보상

경작하고 있는 농지의 3분의 2 이상에 해당하는 면적이 공익사업시행지구내에 편입됨으로 인하여 당해지역에서 영농을 계속할 수 없게 된 농민에 대하여는 공익사업시행지구 밖에서 그가 경작하고 있는 농지에 대하여도 영농손실액을 보상하여야 한다. 보상요건으로 농민의 청구를 요하지 않으며 보상은 영농손실보상에 준하게 된다.

나. 간접침해에 대한 보상기준

301) 임형욱, “영업의 간접보상”, 「감정평가논집」제9호, 한국감정평가협회, 1999.

302) 건설교통부 질의회신: 1998.5.18 토정 58342-693 자유영업은 간접보상의 대상에 해당하지 않는다.

303) 건설교통부 질의회신 : 1998.1.24 토정 58342-112 간접영업보상은 배후지의 2/3 이상이 상실되어 영업을 할 수 없는 경우에 국한시키고 있다.

물리적·기술적 손실은 ①공사 중의 소음·진동이나 공사에 따르는 교통의 불편으로 인한 손실, 가축의 폐사·산란을 저하, 불면증 등 ②환경오염 및 용수고갈 등으로 인한 손실 ③ 완성된 시설물로 인한 일조의 감소, 대기·온도의 변화, 전파장애 등을 들 수 있다.³⁰⁴⁾ 간접침해보상에 대하여는 실정법상 보상규정이 전혀 없다. 소음·진동규제법, 주택법, 「주택건설기준에 관한 규칙」 등에서는 단지, 규제대상이 되는 소음허용기준 등에 관하여 규정할 뿐, 손실보상에 관하여는 규정을 결하고 있다. 따라서 간접침해가 특별한 희생에 이르는 경우 이에 대한 구제수단이 문제이다. 그러나 실무상으로 일정범위의 보상을 행하고 있다.³⁰⁵⁾

4. 보상규정결여시 구제수단

토지보상법에 보상규정이 없는 간접손실에 대하여 구체적으로 어떠한 구제수단이 있는가가 중요하다.

가. 간접보상의 경우

토지보상법시행규칙의 7가지 간접보상규정은 예시적 규정이므로 유사사안에 대하여는 유추적용할 수 있다고 본다.³⁰⁶⁾ 그러나 유추적용할 규정도 없는 경우에는 헌법 제23조제3항의 규정을 통해서 손실보상을 할 수 있는가

304) 임석희, “공익사업에 따른 간접침해의 문제와 손실보상제도 개선방안”, 전게서, 41면.

간접침해 중 가장 빈발하는 것은 지자체와 대한주택공사·한국토지공사·한국수자원공사·한국도로공사를 대상으로 조사한 바에 의하면 공사기간 중 발생하는 소음·진동(50-80%)이고 다음이 일조권침해(20%)라고 한다.

305) 한국도로공사는 내규에 의하여 보상하고 있고, 판례도 일조권침해에 대해 보상을 인정하고 있다(대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602판결 참조; 서울고법 민사19부는 2004.10.18. 일조·조망권침해에 대하여 손해배상인정).

306) 구 공특법 하에서 판례는 간접보상을 유추적용하여 손실보상을 인정하는 경우가 많았다. 예컨대, 서울고법 1999.8.25. 선고 98나36155판결.

가 문제되며 이에 대하여 위헌무효설에서는 보상규정이 없는 한 손실보상은 인정되지 않고 손해배상으로 해결하여야 하고, 다만 과실요건의 완화를 주장하고 있으며, 직접효력설은 헌법 제23조제3항의 규정을 직접근거로 하여 손실보상이 주어진다고 하고, 유추적용설은 헌법 제23조제1항과 제11조를 직접 근거로 하고 제23조 제3항과 관계규정을 유추적용하여 손실보상을 하게 된다고 한다.

나. 간접침해의 경우

간접침해에 대한 구제책으로 당사자 간에 임의적 합의로 해결할 수 있음은 물론 공법상으로는 환경행정쟁송, 행정상 손실보상 및 손해배상이 있고, 사법상으로는 민사상 손해배상 및 배제청구 그리고 기타 환경분쟁조정 및 국민고충처리위원회에 의한 조치로 나누어 볼 수 있는바, 이들 제도는 피해만큼 다양하고 각각 유용성과 한계를 가지고 있으며 미비점도 많다.³⁰⁷⁾

1) 환경행정쟁송

개인의 권익이 행정청의 위법한 배출시설의 허가나 위법한 개선명령, 환경규제조치의 해태 등 사전·사후 감독 내지 관리권행사의 잘못으로 발생한 경우 피해자는 행정심판 또는 행정소송을 제기하여 처분취소나 부작위 위법확인소송을 제기하거나 집행정지신청을 통해 구제 받을 수 있다. 그러나 이 방법은 원고적격 즉 법률상 이익문제, 집단적 분쟁해결을 위한 소송절차 불비와 이행소송제도 불인정 등으로 구제제도로서의 역할에는 한계가 있다.

307) 박수혁, “사업손실보상에 관한 법적 문제점과 개선방안” 「감정평가」, 2003.7.8 한국감정평가협회; 건설교통부, “공공용지취득 및 손실보상제도 개선방안 연구(1.2)”(사)한국토지공법학회, 2006.

2) 행정상 손실보상

종래 손실보상은 공용침해로 직접 발생한 재산적 손실만을 보상해 주었으나 간접손실도 공익사업이 원인이 되어 발생한 것으로 달리 취급할 이유가 없다. 더욱 최근 사업이 대규모화함에 따라 이를 보상하지 않고는 정당보상에 이를 수 없게 되었다. 그리하여 토지보상법에서도 간접보상에 관하여 일부 규정하고 있으나 간접침해보상에 대해서는 규정이 전무하다. 그리하여 보상규정이 없는 경우 실무상 민원이 많이 제기됨에 이르러 사업시행자는 보상근거를 내부규정으로 마련하고 보상하고 있으며 국토해양부는 공익사업지구 밖에서 소음, 진동 등에 의한 침해의 경우 사업시행자가 여러 가지 요인들을 종합적으로 판단하여야 한다는 입장이다. 명문의 규정이 없는 경우의 해결방법을 살펴보면 다음과 같다.

가) 헌법 제23조제3항의 직접 또는 유추적용

손실보상에 관하여 헌법 제23조제3항의 직접효력을 인정하고 제23조제3항의 손실보상에 간접손실도 포함된다고 보면 보상규정이 없는 간접손실에 대하여는 헌법 제23조제3항에 근거하여 보상청구권이 인정된다고 볼 수 있다. 또는 헌법 제23조제3항은 직접손실만을 대상으로 하고 간접손실은 포함하지 않는다고 본다면 헌법 제23조제3항을 유추적용할 수 있게 된다.

나) 토지보상법의 유추적용

당해 간접손실은 공익사업으로 사업시행지구 밖의 토지소유자 등이 입은 손실이어야 하며 그 손실이 당해 사업으로 인하여 발생하리라는 것이 쉽게 예견되어야 하고 그 손실의 범위도 구체적으로 특정할 수 있는 경우라면 토지보상법의 관련규정을 유추적용하는 것도 가능할 것이다(대법원 2002.3.12. 선고 2800다73612판결도 같은 입장).³⁰⁸⁾

308) 국토해양부는 공익사업지구 밖에서의 소음·진동 등에 의한 침해의 경우 별도의 보상규정이 없

다) 평등원칙 및 재산권보장규정의 근거

헌법상 평등원칙과 재산권보장규정이 손실보상의 직접적 근거가 될 수 있다면 간접손실에도 이를 근거로 하여 적용할 수 있다고 본다.

라) 수용적 침해이론 및 조정보상법리

수용적 침해이론은 적법작용의 비전형적, 비의도적인 침해에 대한 보상을 말하고 손실보상의 이론적 근거인 특별한 희생을 인정요건으로 한다. 다만, 침해발생에 대하여 비의도적이라는 점에서 전통적인 손실보상과 구별된다. 그리고 조정보상법리는 적법 비의도적인 수용적 침해이지만 예견이 가능할 때 수용적침해보상의 전반적인 손실보상의 인정이 어렵다면 예견이 가능한 부분에 한해서는 손실보상으로 해결하자는 독일의 이론이다. 예견이 가능하므로 처음부터 보상규정을 둘 수 있다는 점에서 통상 예측이 불가능한 수용적침해행위나 간접침해로 인한 손실과는 구별된다. 수용적 침해이론은 독일의 희생보상청구권이라는 일종의 관습법에 근거하는 바 관습법의 성립이 없는 우리의 현실에 적용하기는 무리가 있다는 비판이 있고, 조정보상법리는 판례의 내용과 맥을 같이 하는 바 예견가능성과 범위의 특정성이 있는 경우에는 손실보상으로 해결할 수 있다는 점에서 시사하는 바가 크다 할 것이다.

3) 행정상 손해배상제도

국가나 지방자치단체의 위법한 행위로 개인에게 가한 손해를 전보하여주는 제도로 헌법 제29조 및 국가배상법을 근거로 한다. 이들 법에서는 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해와 영조물의 설치 관리의 하자로 발생한 손해를 배상하여주는 제도를 규정하고 있다. 국가 또는 지방자치단체가 위법한 허가를 하여주거나 감독의 해태로 환경오염물질이 배출하여 손해가 발생한다든가, 국가가 직접 설치 운영하는 도로·공항 등 시설로부터

음으로 사업시행자가 여러 요인들을 종합적으로 검토, 판단하여야 한다는 입장이다.

소음이 배출하여 피해가 발생한 경우 피해자는 행정상 손해배상을 청구할 수 있다. 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 책임은 무과실책임이 인정되고 하자에 대한 입증은 추정이론에 의거 영조물로 인하여 손해가 발생하면 일단 하자의 존재가 추정되고 영조물의 관리자등이 그 설치·관리에 하자가 없었음을 입증하지 아니하는 한 손해배상책임을 지는 것으로 보는 것이 일반적 이라는데 특색이 있다.

4) 민사상 손해배상과 배제청구

당사자 간에 합의로 분쟁이 해결될 경우 가장 좋으나 합의가 성립되지 않을 경우 재판을 통한 해결방법으로는 사후구제제도로 민법 제750조이하의 불법행위로 인한 손해배상청구와 사전구제제도로 민법 제217조에 의한 방해배제청구가 인정되고 있다. 환경오염으로 피해가 발생하면 민법 제750조에 의거 사법상 손해배상을 청구하는 방법이 가장 많이 활용되고 있다. 그러나 불법행위가 성립하기 위해서는 고의·과실과 위법성의 존재, 손해의 발생, 불법행위와 손해간의 인과관계 등이 있어야한다. 환경오염피해는 그 특성상 일반 불법행위와 달리 고의·과실, 위법성, 인과관계 등의 입증이 어렵다. 그리하여 무과실책임규정의 확대, 위법성에 있어서의 수인한도론과 개연성 이론, 고의·과실이나 인과관계 등의 입증책임을 전환 내지는 완화 등이 논의되고 있는 추세이다. 위법성의 판단방법 및 기준으로서는 수인한도론이 통설인바, 수인한도론은 사람이 공동생활을 해나가기 위해서는 어떤 현상에 대하여 누구나 어느 정도까지는 수인하여야 할 범위가 있다는 것으로 환경침해가 존재하는 사실만으로 위법한 것이 아니고 소음·진동의 정도 및 태양, 공공성의 정도, 지역성(주거지역, 공업현장 등) 피해법익의 종류와 피해정도, 소음발생을 예방·경감하기 위한 노력, 공법상 규제(소음허용기준 등)위반의 정도 등, 여러 사정을 종합 판단하여 수인하여야 할 한계를 넘는 경우에만 위법성이 있다는 것이다. 그리고 인과관계의 입증에 대하여는 상당인과관계설이 통설이고 손해배상을 청구하는 자

가 입증하여야하나, 소음·진동피해 등은 입증하기 어렵고 정신적 피해에 대한 위자료청구 등에 있어서는 입증책임이 완화 되어가고 있다.³⁰⁹⁾ 손해배상청구제도가 가장 많이 활용되는 제도이나 귀책사유입증, 사후구제제도 등이 이제도가 갖고 있는 한계이다. 소음·진동 등의 생활이익을 침해받은 자는 민법상의 물권적 청구권인 방해배제청구권(민법 제217조1항)을 행사하여 구제 받을 수 있다. 방지사설의 설치청구, 오염시설의 개선이나 조업방법의 변경, 정지등을 요구하는 것을 말한다. 현재는 일조, 소음, 통풍, 조망 등 제한된 범위 내에서의 방해금지차처분이 대부분이며 손해배상과 함께 청구하고 있다.³¹⁰⁾ 고의·과실이 없더라도 인과관계만 있으면 청구할 수 있고 또한 원상회복적이어서 중요하다. 그러나 공익사업의 시행과 관련되어있기 때문에 방해배제청구의 기대가능성은 낮다.

5) 기타 구제방법

가) 환경분쟁조정위원회의 조정

환경분쟁조정위원회는 환경오염으로 인한 국민의 건강 및 재산상의 피해를 구제하기 위하여 설치된 독립적인 합의제 행정관청으로 준사법적인 업무를 수행하는 기관으로 환경부에 중앙환경분쟁조정위원회 각 시도에 지방환경분쟁조정위원회가 설치되어 있다. 환경분쟁은 그 원인과 내용이 복잡하고 인과관계입증이 어려워 당사간의 접촉으로 해결하기 어렵다. 환경분쟁조정제도는 행정기관이 가지고 있는 전문성과 절차의 신속성을 활용하여 환경분쟁을 간편하고 신속·공정하게 해결하기 위하여 마련한 제도이다.³¹¹⁾ 환경분쟁의 조정수단으로는 알선·조정·재정이 있고 조정절차

309) 소음·진동관련 손해배상을 인정한 판례로는 김포공항 소음피해사건, 매항리 미군 사격장 소음피해사건, 고속도로 소음·진동으로 인한 양돈피해사건, 골프장 발파 소음·진동으로 인한 축산피해사건, 폭파작업장의 폭음·진동으로 인한 양계피해 사건 등을 들 수 있다.

310) 일본의 경우 공항소음, 신간선소음, 도로소음 등과 관련한 소송에서 대부분 손해배상을 인정하고 있으며 차지청구는 민사소송의 대상이 되지 않는다고 각하하는 상황이다.

로는 민원이 제기되면 침해행위와 피해와의 인관관계 및 수인한도를 조사·검토한 후 배상액을 결정한다. 법적으로 강제집행력이 없고 당사자 간의 합의의 효력밖에 없어 실효성이 약하고 지연에 악용될 우려가 있다.

나) 국민고충처리위원회의 처리

국민고충처리위원회는 기존의 행정심판이나 행정소송으로 구제 못 받는 국민의 권익을 보호하기 위하여 설치된 제도로 국민고충처리위원회에 고충민원을 제기하고 신청이 이유 있다고 판단하여 위원회에서 시정이나 제도개선을 권고하거나 의견을 제시하게 되면 비록 위원회의 결정이 법적 구속력이나 강제집행력은 없다하더라도 행정기관은 정당한 사유가 있지 않는 한 이를 존중하도록 하고 있어 어느 정도의 구제수단이 될 수 있다.³¹²⁾

다. 정신적 손실의 경우

오늘날 손실보상의 대상은 공공사업의 규모와 더불어 확대되고 다양해져가고 있다. 종래에는 도로사업, 학교신축 등 소규모적인 개발사업이었기에 재산적 손실에 중점을 두었으나 오늘날은 댐건설, 신도시건설 등 대규모적인 개발사업의 시행과 국민의 권리의식의 신장으로 대물보상만으로는 해결하지 못하는 분야 즉 생활보상, 정신보상, 사업손실보상 등이 생겨났다. 토지보상법은 이러한 변화에 맞추어 생활보상, 간접보상에 관한 규정을 마련하고 있으나 아직 초보단계이고 정신보상과 간접침해보상에 관하여는 그나마도 전무하다. 그러나 공공사업으로 마을 전체가 편입되어 상호

311) 1991.7-2005.9기간 중 중앙환경분쟁조정위의 분쟁조정실적을 보면 1,671건을 접수하여 1,354건을 처리, 그 중 소음진동피해사례가 가장 많아 1,159건으로 86%에 달했다.

312) 국민고충처리위원회가 1994.4발족한 이후 1999.12말까지 총 61,006건의 민원을 접수하여 60,125건을 처리하였다. 분야별로는 건축·도시분야가 25.4%이고, 형사·법무분야가 21.2%이며, 재정·세무분야가 13.0%를 차지했다.

부조기구인 생활공동체가 파괴되고 고향을 떠난 이의 향수, 정신적 불안·초조 등, 그것이 수인한도를 초과하는 경우에는 이에 상응하는 보상방안이 마련되어야 할 것이다. 민법의 불법행위법에서는 불법행위에 의하여 생기는 손해를 재산적 손해와 정신적 손해로 나누고, 정신적 손해를 불법행위에 의하여 피해자가 느끼는 고통·불쾌감 등 인간으로서의 정신적 안정상태가 파괴되거나, 피해자의 정신상태에 발생한 불이익이라고 한다. 이러한 정신적 손실은 적법한 공권력 행사에 의해 야기된 재산적 손실 내지 신체적 피해에 의하여 발생할 수 있다. 공공사업의 시행으로 소음·진동 등에 의해 생기는 불쾌감·초조감, 공공사업으로 인하여 조상전래의 전·답으로부터 떠나는 것에 대한 정신적 고통, 공공사업으로 잔류한 소수잔존자의 소외감 등이 그 예이다.

정신보상을 인정할 것인가에 대하여 종래 손실보상이론이 재산권보상을 중심으로 전개하여 왔기에 부정설이 주류를 이루어 왔지만 오늘날은 개발사업이 대규모화 하고 보상대상도 확대되며 국민의 권리의식이 강조됨에 따라 정신적 손실에 대하여 상당한 관심을 갖게 되었다. 판결은 아직 없으나 실무상으로는 일부에서 사례금, 위로금 등의 명목으로 지불되고 있고, 이것이 최소한 부당이득으로 보지 않고 있다. 313) 부정설은 정신적 손실은 사회적 수인의무 범위에 속하며, 재산적 손실이 충분히 보상되면 정신적 고통은 회복되고, 정신적 고통이 원인이 되어 병이 되어버리면 그로 인한 재산상의 실질적 피해를 배상 또는 보상하면 된다고 한다. 이에 대해 수인한계의 본질은 상대적 양적문제로 어떤 종류의 손실이 수인한도 내에 있는지 논리적으로 설명할 수 없고 정신적 고통은 재산적 손해와 직접적 관계가 없으므로 재산적 손실에 대한 보상이 크다 하여 회복될 수 없으며

313) 일본판례는 통상적이 손해에 정신적 손실이 포함되지 않는다고 수인한도내의 손해라던가 등을 이유로 부정하고 있으나, 소화 14년의 '전원개발강요 제8조', 소화 35년의 '토지개발사업에 따른 용지 등 매수 및 손실보상요강 제7조', 소화 제28년의 '토지수용 등의 경우에 있어서 소득세 및 채평가세 취급방법에 대하여'등을 근거로 정신적 손실에 대한 보상이 행정실무상 행하여졌다가 소화 37년 '공공용지의 취득에 관한 특별조치법'에 의하여 설치된 공공용지심의회가 건설대신에 보낸 답신에서 정신적 손실을 원칙적으로 부정한 이래로 부정되고 있다.

정신적 고통이 병이 되었거나 생활계속이 어렵게 된 경우 손해배상이나 생활보상 등을 하면 된다지만 정신적 고통까지 치유된다고 할 수 없다는 비판이 있다. 이에 대하여 긍정설은 민사소송상 당연히 인정되는 위자료가 공익사업의 시행과 관련하여 인정되지 않을 이유가 없고, 촌락공동체가 파괴되는 경우에는 당해 공동체의 상호부조기능의 침해로 보아 보상이 필요하며,³¹⁴⁾ 보호이익이 비대체성이나 손실보상의 단체주의적 성격을 전제로 할 때 보상이 인정되어야 하고,³¹⁵⁾ 토지수용법 제51조의 해석에 의하여 손실보상이 가능하다는 견해³¹⁶⁾도 있다.

생각하건대 정신적 손실의 독자성이 인정된다면 중대한 무형적 침해에 대해서 보상이 이루어져야 하고 불법행위에 의한 정신적 손해에 대하여 위자료청구권이 인정된다면 적법행위에 대하여도 정신적 보상이 인정되어야 할 것이다. 보상의 근거³¹⁷⁾, 요건 그리고 정도를 마련함이 타당하다. 다만, 보상액을 객관적으로 평가하여 산정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 우선은 민법의 불법행위법이나 국가배상법의 위자료산정기준을 차용할 수밖에 없다 하겠다.

라. 판례의 입장

대법원은 공익사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 그 손실보상에 관하여 공특법시행규칙의 관련규정 등을 유추 적용할 수 있다고 하면서 보상청구권은 사법상의 권리이므로 사업시행자

314) 김동희, 전계서, 1,504면.

315) 홍준형, 전계서, 164면.

316) 김남진, 전계서, 556면.

317) 정신적 손실에 대한 보상에 대한 법적 근거로는 헌법 제23조제3항을 기본으로 하여 제10조, 제11조를 통합적으로 고찰하고, 민법 제751조 및 토지보상법 제71조의 해석상 가능하다고 본다.

를 상대로 민사소송으로 직접 손실보상금지급청구를 하여야 한다고 하고 있다. 따라서 유추적용할 수 있는 법규정이 있는 경우에는 민사소송으로 해결하고, 유추적용할 수 있는 법규정이 없는 경우에는 손해배상을 인정하는 듯하다.³¹⁸⁾

5. 문제점 및 개선방안

가. 사업손실보상제도의 명문화와 체계화

오늘날 관심이 높아져 가는 환경오염³¹⁹⁾ 특히 소음·진동·일조·조망 등의 물리적·기술적 피해에 대하여 보상제도가 전혀 명문화 되어 있지 않은바, 공익사업과 관련해서 발생한 손실을 공법적으로 해결할 손실보상제도의 명문화가 필요하고, 사회적·경제적 손실에 대하여는 간접보상청구기한에 대한 규정이 없어 보상이 종결된 후에 신청하는 민원이 많은바 명문의 규정이 필요하다. 그리고 현행보상규정의 내용 및 범위가 불명확하고³²⁰⁾ 비체계적이어서 적용상 어려움이 많은바 이를 명확히 하고 규정형식도 법률 등에 상향 규정하되, 성질상 모두 망라하기 어려울 경우에는 개괄주의로 표현함이 타당할 것이다.³²¹⁾ 그리고 실정법에 규정이 없는 경우 유추해석토록 하고 있으나 실무상 유추해석하여 보상한다는 것은 기대할

318) 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다561500판결.

319) 환경오염은 원인별로 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염 그리고 소음·진동·폐기물 등으로 구분될 수 있다.

320) 간접보상의 범위 및 요건에 관한 기준이 미흡한 예

- 농경지 보상요건 중 교통두절로 경작불가능여하는 모호하고, 면적에는 한도가 없는지 등.
- 건물 등에 대한 보상에서 매매불가능의 판단기준이 모호하다.
- 임야에 대한 간접보상 규정미비로 민원이 많다.

321) 공특법에 이어 토지보상법에서도 입법과정을 살펴보면 사업손실보상은 가급적 명문화 하지 않는 방향으로 나아가, 법률에서는 모호하게 규정하고, 시행규칙에 이르러 겨우 일부를 명시하였는바 적절한 방법이 아니라 하겠으니 정식 입법형식을 갖추는 것이 명확성의 원칙과 국민의 권리구제에도 부합한다 하겠다.

수 없으니 민원해소와 사업추진차원에서라도 보상이 가능한 것은 명문화하는 것이 적절하다.

나. 간접보상의 손해전보방법 개선

간접보상의 방법으로 매수보상과 차액보상이 있으나 잔여토지 및 건물의 가치하락보상을 제외하면 매수보상만 규정하고 있는바, 재산권보장은 존속보장이 가치보장보다 우선하여야 하고 또한 소유자들의 선택폭을 넓혀 주도록 차액보상제의 도입이 필요하다고 할 것이다.

다. 기타 보상방법의 도입

사업손실은 그 원인이 다양하고 복잡적이며 그 영향이 또한 광역적이어서 다양한 구제방법을 마련하여야 하는바, 소음·진동이 심한 지역에서의 이주대책사업실시, 토지매수청구제도를 마련하고, 아파트 층간 소음분쟁을 구제하기 위해 방음시설의 설치 등을 강화해야 할 것이다.

라. 사업손실의 보상절차 마련

현행법은 사업손실보상액의 결정 및 불복방법에 대하여 아무런 규정이 없는바, 청구기간(예컨대, 1년)을 명시하고, 당사자들 간에 협의가 이루어지지 않는 경우 수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 재결절차를 마련하여야 할 것이다.

제4절 부동산 손실보상기준의 적용에 대한 검증

-

1. 문제의 제기

토지보상법 등 현행법령은 손실보상기준의 원칙으로 적정가격보상의 원칙과 개발이익배제의 원칙을 택하였다. 그리고 토지의 개별성과 고가성으로 적정한 거래사례의 취득이 곤란하고 불로소득적인 개발이익을 배제하기 위하여 토지보상평가기준으로 공시지가제도를 도입하여 토지보상가격을 공시지가를 기준으로 평가토록 하였다. 그러나 공시지가기준평가에 대하여는 공시지가를 기준으로 평가하면 과연 적정가격이 산출되는가, 적정가격이 산출되지 못한다면 그 원인은 무엇이며 무엇으로 보완할 수 있는가, 개별 토지를 이런 기준만으로 평가하게 한 것이 위헌이 아닌 가 등 논의점이 많다. 결론적으로 말하면 여전히 적정가격은 산출되지 못하고 있다. 따라서 정당보상의 문제를 해결하기 위하여 실무상으로는 ‘기타사항의 참작’으로 보정을 하고 있는 실정이다. 그러나 이에 대하여도 기타사항이 삭제된 현행법 하에서 그 참작이 가능한지, 가능하다고 하더라도 기타사항에 의한 보정의 방법 및 정도 등에 대하여 역시 논의점이 많다. 따라서 여기서는 우선 공시지가기준에 의한 보상액의 산정방법을 살펴보고, 이어 공시지가기준평가의 적정성과 기타사항에 의한 보정문제를 실증적으로 검토하여 합리적인 개선방안을 모색하고자 한다. 322)

2. 공시지가기준평가제의 적용

토지보상법 제70조제1항의 규정에 의거 취득토지에 대하여는 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하되, 공시기준일로부터 가격시점까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을

322) 조용근, “토지보상에 있어 기타사항에 의한 보정의 고찰”, 『월간 감정평가사』, 2008.10. 100면 참조.

받지 아니하는 지역의 지가변동률, 생산자물가상승률 그 밖에 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.

<표 17> 취득토지의 보상액 평가

$$\text{토지의 보상액} = \text{비교표준지공시지가} * \text{시점수정} * \text{지역요인} \\ * \text{개별요인} * \text{기타요인}$$

주: 표준지공시지가 중에서 당해 토지를 평가하기 위해 선정한 표준지공시지가를 비교표준지공시지가라 한다.

가. 비교표준지 선정

적정한 비준가격을 산정하기 위하여 거래사례비교법(시장접근법)을 적용함에 있어 대표사례의 선택이 중요한 것과 같이 공시지기기준 평가방식의 적용에 있어서도 비교표준지공시지가의 선정이 가장 중요하다. 취득토지를 평가함에 있어서는 대상토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 이상의 표준지공시지가를 기준으로 한다(규칙 제22조1항). 비교표준지 선정은 당해 토지와 용도지역, 이용상황이 유사한 인접지역 또는 유사지역에 있는 표준지 중에서 선정한다.³²³⁾ 그러나 공시지가는 적정가격으로 의제되어 등가분석 등 가격보정이나 사정보정은 하지 않는다.

323) 비교표준지선정은 도시지역에서는 용도지역이 같은 것을, 비도시지역에서는 1997년도까지는 이용상황이 같은 것을, 1998년도부터는 용도지역이 같은 것을 우선하여 선정하여 왔다.

보상평가지침 제9조는 비교표준지선정을 다음 각 호의 기준에 따르도록 규정하고 있다.

1. 당해 또는 인접 시·군·구 안의 인근지역에 위치할 것.
2. 실제지목 및 이용상황이 동일 또는 유사할 것.
3. 용도지역·지구·구역 등 공법상 제한사항이 동일 또는 유사할 것.
4. 주위환경 등이 동일 또는 유사할 것.
5. 지리적으로 가능한 한 근접하여 있을 것.

나. 연도 별 공시지가 적용

사업인정전의 협의취득에 있어서는 당해 토지의 가격시점(계약체결당시)에 공시된 공시지가 중 가격시점에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다(법제70조3항). 사업인정후의 취득에 있어서는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다(법 제70조4항) 다만, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 취득하여야 할 토지가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 당해 공고일 또는 고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 당해 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 당해 공익사업의 공고일 또는 고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다(법 제70조5항).

다. 시점수정

시점수정은 지가변동률과 생산자물가상승률을 적용하여 수정한다. 지가변동률은 국토계획법 제125조의 규정에 의하여 국토해양부 장관이 매월별로 조사·발표하는 지가변동률³²⁴⁾로서 평가대상 토지가 소재하는 시·군 또는 구의 용도지역별지가변동률을 적용한다. 그러나 평가대상 토지가 소재하는 시·군 또는 구의 지가가 당해 공익사업으로 인하여 변동된 경우에는 당해 공익사업과 관계없는 인근 시·군 또는 구의 용도지역별 지

324) 지가변동률 조사방법: 국토계획법령에 의하여 국토해양부장관이 감정평가사에 의뢰하여 매월별로 표본지 4,500필지를 조사 발표하되, 표본지는 전국 2,720여만 개별 토지 중에서 통계적 방법에 따라 선정하며, 지가변동률산정은 표본지의 가격을 조사·평가하고 조사결과를 전산 통계처리하여 산정한다. 지가변동률 발표는 행정구역별(시·군·구), 용도지역별(주거지역·상업지역·공업지역·녹지지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역) 그리고 이용상황별(전·답·주거용·상업용·임야·공업용지 기타)로 하고 있다.

가변동률을 적용한다(영 제37조). 지가변동률은 기준시점의 지가지수와 비교시점의 지가지수를 비교하여 산정한다.

$$\text{월별지가변동률} = <(\text{금월지가지수}/\text{전월지가지수})-1> * 100$$

$$\text{누계지가변동률} = <(\text{비교시점지가지수}/\text{연초지가지수})-1> * 100$$

그리고 생산자물가상승률은 생산자물가지수에 의한다. 생산자물가지수는 한국은행장이 매월 발표하는 도매물가지수이다.

$$\text{생산자 물가지수} = \text{금월지수} / \text{전월지수}$$

생산자물가상승률은 전국적 차원의 물가수준을 나타내는 것으로, 인근지역의 지가에 관한 변동추이는 지가변동률이 더 적절히 반영한다고 보아 일반적으로 시점수정은 지가변동률을 적용한다. 다만, 이것이 불합리한 경우(지가변동률이 물가변동률보다 낮은 경우 등)에 예외적으로 생산자 물가지수를 보완적으로 적용한다.

라. 지역요인 비교

대상 토지와 표준지가 인근지역 내에 소재하는 경우에는 비교하지 않으나(1:1), 유사지역에 소재하는 경우에는 비교하되 대상 토지는 가격시점을 기준으로, 표준지는 공시지가의 평가시점이 각 기준이 된다. 그리고 비교대상은 대상 토지와 표준지가 아니고 대상 토지의 지역요인과 표준지의 지역요인이고, 비교사항은 대상 토지에 따라 다르나 보통 가로조건, 접근조건, 행정조건, 환경조건, 기타조건 등이다.

마. 개별요인 비교

가격시점 당시 대상 토지의 최유효이용³²⁵⁾과 표준지의 최유효이용을 상정한 개별요인이 비교대상이 된다. 개별요인으로는 보통 가로조건, 획지조건, 접근조건, 행정조건, 기타조건 등이다.

바. 기타사항 참작

이상 제 요인으로 산정한 보상액은 적정가격이어야 하나, 적정가격에 이르지 못한 경우, 적정가격에 이르기 위하여 명문의 규정은 없지만 실무상으로는 기타요인을 참작하여 보정함이 보통이다.

3. 공시지가기준평가제의 적용검증

가. 공시지가기준평가의 적정성 검토

1) 토지보상현황(공시지가의 현실화율)

토지보상법 제70조는 토지에 대한 보상은 공시지가를 기준으로 산정한 적정가격으로 지급토록 규정하고 있다. 여기서 공시지가를 기준으로 산정한 보상액이 적정가격인가를 검증하기 위하여 정부, 연구기관 등의 기관에서는 물론 개인에 의하여서도 수차에 걸쳐 조사·분석하였고 그 방법은 공시지가의 현실화율³²⁶⁾에 대한 조사이며 그 결과는 공시지가현실화율³²⁷⁾

325) 최유효이용이란 공지 및 개량부동산(improved property)의 최고가치를 창출하는 이용 즉, 양식과 통상의 이용능력을 가진 사람에 의한 합리적이고, 합법적이며, 채택 가능한 최고·최선의 이용으로서 시장자료에 의해 지지될 수 있고, 경제적으로도 타당성이 있는 것으로 최고의 가치를 창출하는 이용을 말하며, 최고최선의 이용이라고도 한다.

326) 공시지가의 현실화율(= 공시지가/ 시가)이란 공시지가의 시가반영도를 말한다.

327) 공시지가가 시가에 어느 수준인지를 파악하기 위해서는 보통 공시지가현가율을 사용하되 이는 시가 대 공시지가의 비율로, 시가는 직접 파악하기 힘들어 보통 감정평가액인 보상가액, 경매

이 상당히 낮은 것으로 나타났다. 따라서 이를 기준으로 산정(엄격히는 평가)한 보상가격은 적정가격 즉 정당보상에 미치지 못할 수 있다는 것이다. 그간 수행된 공시지가현실화율 조사·분석자료 중 대표적인 사례는 다음과 같다.

가) 도시규모별 공시지가의 시가반영도

국토해양부가 2000, 7~8월에 시·군·구 공무원 및 토지공사, 주택공사 등의 보상담당직원, 감정평가사, 중개사 6000명을 대상으로 설문조사를 실시하였다.

<표 18> 2000년 공시지가의 가격수준

(공시지가/실거래가격, %)

구분	대도시	중소도시	군 지역
주거지역, 주거용지	75	73	59
상업지역, 상업용지	74	74	61
공업지역, 공업용지	71	73	60
녹지지역	65	63	55
준도시지역		67	56
준농림지역, 농경지		63	52
농림지역, 농경지		62	52
자연환경보전지역, 임야		61	51

자료: 국토해양부, 공시지가에 대한 의견조사결과, 2000.7

이에 의하면 공시지가의 현실화율은 대도시의 경우 65~75%이고 중소

가액 등을 대리가격으로 활용하기도 한다.

도시의 경우는 61~74%이며 군지역은 51~61%로 나타났다. 대도시로 갈수록 현실화율이 높아짐을 알 수 있다. 전체 응답자의 87%가 공시지가에 있어서 가장 큰 문제점으로 현실화율이 낮고 지역 간 불균형의 존재를 지적하였고, 67%가 공시지가의 적정수준을 실거래 가격에서 투기요인과 개발이익이 배제된 70~90% 수준이라고 답하였다.

나) 전국 시도별 현실화율

국토해양부가 2005.10 발표한 전국 시·도별 현실화율은 2003년 66.72%, 2004년 76.32%, 2005년 90.86%이다. 그러나 이는 공식적, 정기적으로 조사된 자료에 의한 것이 아니며 시민단체로부터 곧 반론이 제기되었다.

다) 공시지가제도 개선대책 (정책토론 자료)

1997.10 전국 45만 표준지중 7,648필지의 공시지가 대비 체감지가(일반인이 인식하는 현실지가)의 조사결과는 대도시는 70-80%이나 시군지역은 50%정도이고, 용도지역별로는 주거지역81, 상업지역78, 공업지역83, 녹지지역78, 농림지역62. 준농림지역57, 자연환경보전지역63%이다.

라) 보상가 및 경매가 대비 공시지가

김영도의 “부동산 공시가격 현실화 방안 연구”에서 조사·분석한 자료에 의하면 2006년 공시지가는 보상가격의 67.51%, 경매평가액의 72.88%로 나타났다.

<표 19> 감정평가 목적별·용도지역별 공시지가 대비 현실화율
(단위:%)

구분	상업	주거	공업	녹지	관리	농림	자연환경	평균
보상평가	70.39	67.37	60.40	70.79	63.96	62.78	64.09	67.51
경매평가	77.99	76.26	75.42	70.27	68.19	69.00	69.82	72.88

자료: 김영도, “부동산 공시가격 현실화 방안 연구”, 150면, 155면

<표 20> 전국 시·도별 감정평가 목적별 공시지가 대비 현실화율
(단위:%)

구분	평균	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산
보상평가	67.5	75.09	67.54	66.05	71.30	74.99	66.24	62.78
경매평가	72.88	70.75	81.22	77.37	71.64	86.46	78.49	73.90

경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주
70.58	63.72	65.15	72.89	66.27	62.52	62.51	63.44	67.99
67.00	73.08	71.02	67.23	77.80	75.69	72.88	67.99	71.59

자료: 김영도, “부동산 공시가격 현실화 방안 연구”, 150면, 155면

마) 공공개발사업지구의 보상가 대비 공시지가

한국토지공사 등이 사업지구별로 조사한 1999년 각종 공공개발사업지구의 보상가 대비 공시지가는 49.6%로 나타났다.

<표 21> 보상가 대비 공시지가

(단위:%)

용도지역	S지구		T담지구		K지구		전체	
	필지수	평균값	필지수	평균값	필지수	평균값	필지수	평균값
주거지역			322	32.2	18	208.1	340	41.5
상업지역			90	62.1			90	62.1
녹지지역	126	71.0	163	44.0	845	68.8	1134	65.5
농림			1100	43.9			1100	34.5
준농림	6	45.1	66.1	34.4			66.7	34.5
전체	132	69.8	2336	40.3	86.3	71.7	3331	49.6

자료제공: 한국토지공사, 대한주택공사, 한국수자원공사, 1999년

이상에서 살펴본 바와 같이 공시지가가 아직도 현실화 되어있지 않다는데 대하여는³²⁸⁾ 각종 조사에서 입증되고 있으며, 담당부서인 국토해양부 자체에서도 이견이 없다. 다만, 조사대상 및 방법에 따라 현실화율에 차이가 있을 뿐이다. 따라서 이 논문에서는 별도 조사·검증하지 안했고 기존의 조사·검증한 자료를 기초로 검토하였다.

2) 공시지가의 현실화율이 낮은 사유³²⁹⁾

그러면 공시지가의 현실화율이 왜 그렇게 낮은가, 환언하면 공시지가와 시가와 괴리되는 사유는 무엇일까, 다음과 같이 지적할 수 있다.

첫째로 공시지가를 처음 도입하면서 토지공개념의 원활한 정착을 위하여 낮은 가격으로 평가하였다.

둘째로 정부가 조세저항, 지가상승을 우려하여 저평가를 조장·묵인하였고 공시지가의 현실화도 지속적으로 추진하지 아니하였다('93 토초세과동으로 추진 중단).

셋째로 보상지역에선 공시지가의 상향조정을, 과세와 관련하여서는 하향조정을 요구하는 등 상충된 민원³³⁰⁾ 참조)에 당국이 적절히 대응하지 못하였다.

넷째로 공시지가제도가 중립기관(예컨대, 감정평가전문기구)의하여 조사·평가되지 않고 정부에 의해 주도적으로 운영되어 왔기 때문이다(평가에 독립성 보장 미흡과 정치성의 개입).

다섯째로 공시지가의 목적 내지 기능의 모순³³¹⁾과 모호한 적정가격개념으

328) 토지가 포함된 대부분의 보상감정평가서에서는 “공시지가기준평가액이 부적정하여 기타요인으로 ()%를 보정한다.”라고 기술하고 있다.

329) 국토해양부, 「공시지가 제도개선에 관한 연구」, 2000. 9; 김장진, “지가공시제도의 합리화에 대한 연구”, 경원대학교 대학원 박사학위논문, 2000. 참조.

330) 공시지가에 대한 이의신청현황: 2006년도 3,322건 중 하향요구 1,697건 상향요구 1,625건이고, 2007년도 총 3,144건 중 하향요구 1,583건 상향요구 1,561건임.

로 인한 공시지가개념의 혼란 및 운용에 있다. 부동산가격공시법에서는 공시지가를 적정가격이라고 하나 적정가격의 본질이 모호하므로 학자나 전문가마다 견해가 달라 통일적으로 정립되어 있지 않고 감정평가사가 이런 상태에서 표준지공시지가를 평가하기 때문이다.

3) 공시지가의 비현실화 영향

이렇게 공시지가가 비현실화 즉 시가와 괴리는 공시지가에 대한 국민의 신뢰성과 조세부과의 형평성유지의 저해는 물론 손실보상에 있어 정당보상원칙에의 위반으로 사유재산권이 침해되고 민원이 빈발하는 원인이 되며, 공시지가에 부여한 각종 기능이 제대로 발휘할 수 없게 한다.

나. 공시지가기준평가제 적용강제의 위헌성 검토

토지보상법 등에서 공시지가에 의해서만 보상액을 산정하도록 규정하는 것은 보상액의 산정방법에 대한 제한으로 헌법의 정당보상의 이념에 위반되지 않느냐가 문제되며, 이런 논의는 공시지가가 시가보다 낮다는 데서 비롯된다.

위헌으로 보는 견해는 ① 보상액 산정기준을 공시지가만으로 강제함으로써 보상액산정방법을 필요이상으로 제한하고 있고 ②공시지가를 기준으로 산정한 보상액이 시가에 미치지 못하므로 공시지가에 의한 방법은 정당한 보상이 될 수 없다는 것이다.³³²⁾이에 반하여 합헌으로 보는 견해는 ① 공시지가제도는 개발이익을 배제하기 위하여 도입하였고 개발이익은 토지소유자에게 귀속되어야 할 정당한 보상에 포함되지 아니하는 것이며 ② 공

331) 공시지가는 크게 일반거래의 지표로서의 기능과 개별지가의 산정이나 평가의 기준으로서의 기능이라는 상충성으로 인하여 운용에 혼란을 가져오고 있다. 즉 지표성은 시장가격이 불합리하다는 인식에서 출발하여 평가가격으로 대치하려하고, 기준성은 시장가격 그 자체를 인식하여 활용하려한다. 그리하여 행정기관은 기준성에 평가사는 지표성에 역점을 두려한다.

332) 허영, 전게서, 464면; 김철수, 전게서, 560면.

시지가는 공시기준일 당시의 적정가격을 조사·평가한 것이며, 공시지가가 공시기준일의 적정가격을 반영하지 못하고 있다면 이의신청절차 등에 의하여 시정할 수 있고 ③ 공시지가기준 보상액이 완전보상에 미달시 기타사항 반영에 의한 보정방법으로 조정할 수 있다고 한다.³³³⁾

대법원과 현재는“헌법 제23조제3항의 규정은 보상청구권의 근거뿐만 아니라 보상의 기준과 방법도 법률의 규정에 유보하고 있는 것으로 보아야 하고, 구 토지수용법 제46조제2항의 규정들은 바로 헌법에서 유보하고 있는 법률의 규정으로 보아야 하므로 공시지가를 기준으로 보상액을 산정토록 한 구 토지수용법 제46조제2항의 규정이 헌법 제23조제3항에 위배되는 것이라고 할 수 없다.”고 하였다. 그리고 공시지가가 공시기준일의 적정가격을 반영하지 못하고 있다면 잘못된 제도의 운영으로 보아야 하고 시가에 미치지 못할 경우에는 기타사항의 참작에 의한 보정방법으로 조정할 수 있어 역시 헌법에 위배되지 않는다고 한다.³³⁴⁾

생각하건데 공시지가를 기준으로 한 보상방법은 손실보상의 객관화 및 개발이익의 배제에 기여하고 있으나 공시지가 자체가 시가에 현저히 미달되고 이를 기준으로 산정한 보상액도 적정가격 따라서 정당보상에 이르지 못한다면 위헌인 것이며, 실무상 기타사항의 참작에 의한 보정으로 위헌성을 모면하고 있는 실정이고 보면 조속한 제도개선이 필요하다 하겠다. 그리고 공시지가기준평가는 수익방식과는 거리가 있어 외국인의 투자결정에 도움이 되지 못하고 또한 평가업체가 공시지가기준평가란 단순한 평가기법에 안주하게 되어 평가기법의 발전을 저해할 우려도 있다.

다. 기타 감정평가사간 가격격차율 발생

공시지가기준에 의한 보상평가는 감정평가사 간에 가격격차율이 심하

333) 김동희, 전계서, 509면; 박윤훈, 전계서, 723면.

334) 대법원 1993.7.13. 선고 93누 2131판결; 헌법재판소 1990.6.25. 선고 89헌마107결정.

여³³⁵⁾ 민원 내지는 보상가액의 적정성 문제가 자주 제기되는바, 그 원인은 평가사간의 시각차이로 서로 다른 비교표준지의 선정, 토지특성의 파악, 기타사항참작에 의한 보정률의 적용에 있으며 그 밖에도 현장조사생략 등 과실에 기인하기도 한다.

4. 기타사항참작에 의한 보정 검증

기타사항참작에 의한 보정이란 공시지가를 기준으로 토지보상액을 산정함에 있어 시점수정, 지역요인, 개별요인에 의하여 산정한 결과가 부적정한 경우에 기타 지가형성에 영향을 미치는 요인을 참작하여 보완하는 것을 말한다. 기준지가가 고시된 지역 내의 토지에 대한 수용보상액의 산정요인으로 구 국토이용관리법 제29조제5항은 “인근유사토지의 정상거래가격 및 기타사항”을 참작하도록 규정되어 있었다. 그러나 1989.7 지가공시법을 제정하여 기준지가제도 대신 공시지가제도를 채용하면서 인근유사토지의 “정상거래가격”을 삭제하였으며, 이어 1991.12.31 토지수용법 제46조제2항을 개정하여 “기타사항”마저 삭제하고,³³⁶⁾ 토지보상법 제70조제1항의

335) 중앙토지수용위원회에서는 비공식적인 가격타당성조사심사위를 두어서 감정평가사간의 가격격 차율이 5% 이상이 평가물건에 대하여는 사전에 재심사하고 있다.

336) 토지수용법상 “기타사항”규정의 삭제 연혁을 살펴보면 다음과 같다.

① 토지수용법 제46조2항(1989.6.30이전)

국토이용관리법에 의하여 기준지가가 고시된 지역에서의 토지에 대한 보상은 고시된 기준지가를 기준으로 산정하되, 기준지가 고시대상지역 공고일로부터 재결 시까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획 또는 당해 지역과 관계없는 인근토지의 지가변동률, 도매물가상승률 기타사항을 참작하여 평가한 금액으로 한다.

② 토지수용법 제46조2항 (1989.7.1-91.12.31)

토지에 대한 보상은 지가공시법에 의한 공시지가를 기준으로 하되 공시기준일로부터 협의 성립 시 또는 재결 시까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획 또는 당해 지역과 관계없는 인근토지의 지가변동률, 도매물가상승률 기타사항을 참작하여 평가한 금액으로 행한다.

③ 토지수용법 제46조2항 (1992.1.1이후)

협의취득 또는 수용하여야 할 토지에 대하여는 지가공시법에 의한 공시지가를 기준

규정에 의거 공시지가만을 기준으로 보상액을 산정토록 하였다. 그러나 공시지가만을 기준으로 산정한 보상액이 적정가격에 미치지 못하여 헌법상 정당보상을 실현 못할 가능성이 발생하게 되자, 이를 해결하기 위한 유효수단의 하나로 삭제되었던 “기타사항”에 의한 보정을 논의하게 되었다. 논의사항은 기타사항참작이 가능한지, 가능하다면 어떻게 어느 정도 참작할 것인가 등이다. 이런 논의는 현실과 같이 공시지가와 시가가 괴리되어 있는 한 계속 유효할 것이다.³³⁷⁾

가. 기타사항의 참작가능 여부

토지보상법 제70조제1항의 규정에 의하여 토지보상액은 공시지가만을 기준하여 적정가격으로 산정하도록 되어 있다. 그러나 공시지가의 비현실화로 공시지가자체가 적정가격에 이르지 못하여 공시지가만을 기준으로 산정한 보상금이 정당보상에 이르지 못할 경우 기타사항을 참작할 수 있는지에 대하여 견해가 대립되어 왔다.³³⁸⁾

1) 대립된 두 견해

으로 하되, 그 공시기준일로부터 협의 성립 시 또는 재결 시까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자 물가상승률 그밖에 당해 토지의 위치, 형상, 환경, 이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상액을 정한다.

④ 토지보상법 제70조1항

협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 지가공시법에 의한 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일로부터 가격시점까지의 관계법령에 의한--<이하 ③과 동일>.

337) 연구범위를 공시지가 기준보상의 골간을 유지하는 범위로 국한시킨 것은 현행보상법령의 체제에 따르기 위한 것임.

338) 류해웅, 전거서, 580-581면; “토지보상에 있어서 개발이익 배제에 관한 법제적 고찰”, 「감정평가연구」 제17집1호, 감정평가연구원, 2007. 6.

부정하는 견해의 주요 논거는 현행법에는 구 토지수용법(89.1.24개정 이전) 제46조제1항제2호에 규정되어 있던 보상액의 산정에서 기타사항을 참작할 수 있도록 하는 근거규정이 삭제되었기 때문에 참작하도록 되어 있는 규정을 삭제한 것은 참작하지 못한다고 해석하여야 하고, 공시지가 자체가 이미 인근유사토지의 정상적인 거래가격 등이 참작되어 있는 적정 가격이기 때문에 그 외 별도로 기타사항을 참작할 필요가 없다고 보아야 하며, 토지보상법 제70조제1항은 시점수정과 개별요인 비교항목만을 한정하여 열거 규정하였기에 다른 항목은 참작할 수 없고, 보상평가업자의 자의적 평가로부터 공정성을 보장하기 위해 기타사항을 참작할 수 없다고 본다. 이에 대하여 긍정하는 견해는 헌법 제23조제3항은 공용침해에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 선언하였고, 이에 따라 제정된 토지보상법이 택한 공시지가기준보상액이 정당한 보상에 합치되어야 하며, 같은 법 제70조제1항의 참작사항은 한정적 열거규정이 아닌 예시적 사항으로 보아야 하고, 보상평가업자의 자의성을 배제하기 위해 기타사항을 참작할 수 없다는 것은 정책의 문제를 규범의 문제로 해결하려는 오류를 갖기 때문에 기타사항을 참작하여야 한다고 한다.³³⁹⁾

2) 판례의 입장

헌법재판소와 대법원은 헌법상의 정당한 보상은 피침해재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로 완전보상은 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 안 된다고 하였고³⁴⁰⁾, 공시지가가 공시기준일의 적정가격을 반영하지 못하고 있다면 기타사항의 참작에 의한 보정방법으로 조정할 수

339) 다수견해; 임호정, 「지가공시 및 보상의 주요문제」, 임호정 정년기념논문집, 부연사, 2001, 45면; 임호정외1, 「공익사업용지보상법론」, 부연사, 2003, 323면; 서현석, “수용대상토지에 대한 보상액 산정기준과 방법”, 「감정평가논문집」 제3집, 한국감정평가협회, 1993, 156면.

340) 헌법재판소 1995.6.25. 선고 89헌마107결정; 대법원 1993.7.13. 선고 93누2131판결.

있다고 하였다.³⁴¹⁾ 다만, 법적 근거가 없으므로 반드시 참작하여야 하는 것은 아니지만 인근유사토지에 대한 정상가격으로서 보상액 평가에 영향을 미칠 수 있는 것임이 입증된 경우에는 참작할 수 있으며, 개발이익이 포함되지 아니하고 투기적인 거래에서 형성된 것이 아닌 가격이어야 한다고 하였다.³⁴²⁾ 판례가 인정한 보정사유로는 인근유사토지의 정상거래가격, 보상평가선례, 호가시세 및 자연적인 지가상승분등이다.

3) 소결

법 규정대로라면 표준지공시지가는 적정가격이고³⁴³⁾, 공익사업을 위해 협의 또는 재결로 취득하는 토지의 보상가격은 표준지공시지가에 시점수정을 하고 지역요인과 개별요인만을 비교조정하면 적정가격이 산출되어야 하며, 별도로 기타사항을 참작할 필요가 없어야 한다. 그러나 공시지가의 시가와외의 괴리요인에서 지적인 바와 같은 사유로 인하여 결국 공시지가는 적정가격에 미치지 못하게 되었고, 이를 기준으로 산정한 보상액 역시 적정가격 즉 헌법상의 정당보상에 미치지 못하는 결과가 되었다. 따라서 기타사항을 참작하여 적정한 보상액이 산출된다면 국민의 재산권보장을 위해 당연히 허용하여야 할 것이고, 이것이 토지보상법 제70조제1항의 규정을 헌법에 합치되도록 해석하는 것이 된다. 그리고 비록 부령이지만 「감정평가에 관한 규칙」 제17조제6항에서도 토지의 평가에 있어서는 기타사항을 참작하도록 규정되어 있다.³⁴⁴⁾ 따라서 긍정적으로 보는 견해가 타당하

341) 헌법재판소 1995.4.20. 선고 93헌바20결정; 1999.12.23. 선고 98헌바13결정; 99헌바25결정 병합; 대법원 1993.7.13. 선고 93누2131판결.

342) 대법원 1998.1.23. 선고 97누7711판결.

343) 부동산가격공시법 제3조, 토지보상법 제70조제1항.

344) 「감정평가에 관한 규칙」 제17조는 토지평가에 있어 참작할 수 있는 기타사항으로 ① 관계법령에 의한 토지의 사용·처분 등의 제한 또는 해제 ② 도시관리계획의 결정·변경 또는 도시계획사업의 시행 ③ 공익사업의 시행이나 공공시설의 정비 ④ 토지의 형질변경이나 지목의 변경 ⑤ 토지개량비등 유익비의 지출 ⑥ 은행 등 금융기관의 이자율의변동 ⑦ 기타 지가에 영향을 미치는 사항 등을 규정하고 있다.

다 할 것이다. 다만, 이 경우에도 보상평가업자의 자의적이고 재량적인 평가로 과다보상이 되지 않도록 엄격히 적용되어야 하고, 공시지가제도의 도입취지에 따라 개발이익은 배제되어야 할 것이다.³⁴⁵⁾참고로 관련법령의 주무부서인 국토해양부에서도 기타사항 참작에 대해 처음에는 매우 소극적이었으나, 그 후 인정하되 과도하게 적용하지 않도록 유의사항을 시달하고 있으며, 수용재결기관인 중앙토지수용위원회에서도 이를 인정하되 사전 가격심사를 통하여 조절하고 있다.

나. 기타사항 보정률 현황

기타사항에 의한 보정이란 공시지가를 기준으로 평가한 보상가격이 적정가격(=시장가치에 가장 근접한 가격)에 미치지 못하여 적정가격수준으로 보정하는 작업이다. 그리고 공시지가 현실화란 공시지가 자체를 적정가격수준으로 결정·공시함을 의미한다. 따라서 공시지가 현실화 문제는 공시지가를 현실화시킬 수 있는 제도적 장치를 마련하거나 개선하는 작업이라 하겠다. 기타사항 보정률과 공시지가현실화율은 대체로 역의 관계 즉 “기타요인 보정률 = 1/공시지가 현실화율”의 관계가 성립한다. 따라서 현실화율이 낮으면 보정률이 높고, 현실화율이 높으면 보정률은 낮아 그 정도는 예컨대, 현실화율이 80%인 경우 보정률은 25%가 된다. 이는 적정한 보상가산정에 공시지가가 절대적임을 알 수 있다. 기타사항에 의한 보정과 공시지가 현실화는 다 같이 공시지가가 시장가치보다 낮아 일어나는 문제로 공시지가 현실화가 이에 포섭된다 하겠다.

1) 기타사항 보정률 조사·분석

실무상 기타사항 보정실태를 구체적으로 알아보기 위하여 최근에 작성

345) 토지보상법 제67조제2항에서 개발이익배제의 원칙을 채택하고, 구체적 배제방법은 동법 제70조에서 적용할 공시지가 및 지가변동률 등을 규정하고 있다.

한 ‘감정평가서’ 100부를 선정(이하 ‘실태조사’라 한다)하여 분석한 결과 보정률 현황은 다음과 같으며 이를 개괄적으로 유형화 할 경우 비도시지역이 도시지역보다 높고, 임야, 경지가 대지보다 높으며, 공시지가현실화와 역의 관계에 있음을 알 수 있다. 아울러 기타사항 보정률이 상당히 높아 공시지가기준 평가제를 무의미 하게 할 우려가 있음을 또한 알 수 있다.

<표 22> 용도지역별, 이용상황별, 도시규모별 보정률 현황
(단위:%)

	용도지역	대도시	중소도시	군지역	전체
용도지역	주거지역	115-150	130-170	180	115-180
	상업지역	120			120
	공업지역	110-200	150		110-200
	녹지지역	120-170	170-290	110-170	120-290
	관리지역		135-220	270	235-270
	농림지역		250-300	150-250	150-300
	자연환경				
이용상황	주거지	115-165	130-270	160-200	115-200
	상업지	120-150			110-150
	공업지	110-200	150-190		110-210
	경지	115-200	135-350	150-257	115-350
	임야	120-170	170-300	165-270	120-300
전체		110-200	130-300	150-270	110-350

2) 다음은 한국토지공사에서 제공한 공시지가 대비 보상가격 현황표이다.

이를 살펴보면 ① 동일 사업지내에 있는 토지에 대하여도 공시지가의 가격을 상당히 다르게 보정하여 보상하고 있고, ② 보정사유로 인근유사토지의 보상선례를 사용한 것은 인근지역 또는 유사지역 내의 기존 보상금액과의 균형성을 유지하기 위한 것임을 알 수 있다.³⁴⁶⁾

<표 23> 공시지가 대비 보상가격 현황

(단위:%)

평가년도	사업지구명	기타요인보정률 (%)	현실화율(%)	기타요인 보정사 유
1994	삼척교동	120	83	보상선례
	광주풍암	120	83	
	김천부곡	150	67	
	김천교동	110-120	83-91	
	김해장유	115	87	
	양산물금	110-174	57-91	
	대구칠곡3	130-140	71-77	
	용인수지2	112-115	87-89	
	청주하북대	130-160	63-77	
1995	기흥구갈2	110-150	67-91	보상선례
	의정부송산	132	76	
	경산사동	120	83	
	대전노은1	160-175	57-61	
1996	오창첨단	170-195	51-59	보상선례
	제주연동	94-111	90-106	
	구리토평	120	83	
	수원천천2	150-200	50-67	
	수원율전	220-225	44-45	
	순천연향2	185-300	33-54	
	안동정상	180-600	17-56	

자료: 한국토지공사 1997

다. 기타사항 참작의 필요성

346) 민태욱, “적정가격보상원칙과 시가보상론”, 한국부동산분석학회, 2005, 25면에 의하면 온양-음봉 간 지방도4차로 확·포장공사에 편입된 충남 아산시 탕정면 128-1의 2번지의 답, 대, 임야에 대한 인근 표준지공시지가와 2004.3.5. 실제 산정된 보상액을 보면 다음과 같다. 이에 의하면 보정률(보상액/ 표준지 공시지가)은 190%-950%로 상당히 높다 하겠다.

대상	128-1 답	125-11 대	175-4 임야
표준지	142-3 답	107-8 대	79 임야
공시지가	42,000원	230,000원	15,000원
보상액	174,000원	445,000원	143,000원
보정률	410%	190%	950%

1) 정당보상의 실현에 기여

헌법 제23조제3항은 공용침해에 대한 보상기준으로 정당보상의 원칙을 선언하였는바, 여기의 정당보상의 범위를 둘러싸고 완전보상설, 상당보상설 그리고 절충설이 대립하고 있으나 완전보상설이 통설이다. 따라서 피침해 재산이 가지는 재산적 가치에 대하여 충분하고도 완전한 보상(full and perfect compensation) 즉 피침해재산에 대한 객관적 시장가치와 부대적 손실이 포함된다. 헌법재판소와 대법원도 헌법의 정당한 보상은 피침해재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 하며 시기나 방법에 있어 어느 제한도 받지 않는다고 하였다.³⁴⁷⁾³⁴⁸⁾ 그리고 헌법상의 정당보상은 관련 법률에 의하여 구체화된다, 이에 따라 토지보상법은 토지의 개별성과 고가성으로 인한 거래의 희소성을 피하고 개발이익을 배제하기 위하여 보상액을 공시지가를 기준으로 산정토록 하였다. 따라서 보상액의 적정여부는 공시지가의 적정여부에 좌우된다. 그러나 공시지가의 비현실화³⁴⁹⁾로 공시지가 자체가 시장가치에 못 미쳐, 이를 기준으로 산정한 보상액이 정당보상에 미치지 못할 가능성이 생겨났고 이를 해결하기 위한 수단의 하나로 실무상 기타사항에 의한 보정이 활용되었다. 헌법상 정당보상에 이르는 길은 제한할 수 없고 제한될 경우 곧바로 위헌성 논란의 대상이 된다. 그러므로 공시지가제도를 손실보상액 산정기준으로 하는 한, 그 기준을 재산권의 시장가치상당 수준으로 상향시켜야 하고 그 수단은 기타사항에 의한 보정이다. 따라서 기타사항에 의한 보정은 공시지가기준으로 산정한 보상액이 정당보상에 이르도록 하여, 토지보상법의 위헌소지의 발생가능성을 막는 보완수단이다.

347) 헌법재판소 1995.6.25. 선고 89헌마107결정; 대법원 1993.7.13. 선고 93누2131판결

348) 박윤훈, “미국에서 있어서의 손실보상평가의 기준”, 미국헌법연구 제2호, 1991, 43면.

349) 공시지가의 비현실화란 공시지가가 시가에 미달되는 정도를 말하는 것으로 일반적으로 도입 초기 저평가, 적정가격 개념의 애매모호, 조세저항 등의 우려 때문에 제대로 추진 못한다에 기인한다.

2) 보상의 형평성 도모

개별토지의 보상액을 평가함에 있어 토지보상법 등 실정법에 “기타사항의 참작”이 명시되어 있지 아니하여 적용이 가능한지가 불명하고, 가능하다 하더라도 명문의 규정이 없어 적용여부가 임의적이다 보니, 사업시행자가 이를 적용하지 않고 실정법에 규정된 요소만으로 평가하여 보상할 경우 보상가격의 적정성을 기할 수 없고, 인근 토지와 가격균형을 도모할 수 없으며, 사업자가 산정 제시한 보상액에 응한 자와 불응한 자간의 보상의 형평성을 해할 우려가 있다. 그러므로 기타사항에 의한 보정을 명문화하여 당연히 보정토록 할 필요가 있다.

라. 기타사항에 의한 보정방법

이하에서는 기타사항에 의한 보정사유, 보정률 산정방법 그리고 보정률 결정방법 등에 대한 실태조사를 분석하여 합리적인 보정방법에 대한 하나의 기준을 제시하고자 한다.

1). 보정사유

기타요인 보정사유로 어떤 자료를 활용하여야 하느냐에 대하여 이를 규율하는 실정법 규정은 없다. 실태조사에 의하면 다음과 같이 기타요인 보정사유로 ① 정상거래가격 ② 보상선례 ③ 개별공시지가 ④ 경매평가 ⑤ 담보평가를 사용하고 있으며, 그 중 보상평가선례가 가장 많이 활용되고 있음을 알 수 있다.

이것은 대법원이 판결을 통하여 현재까지 인정한 ① 정상거래가격(대법원 1994.10.14. 선고 94누2664판결) ② 보상선례(대법원 2003.2.28. 선고 2001두3808판결) ③ 호가시세(대법원 1993.10.22. 선고 93누11500판결) ④ 정상지가상승분(대법원 1993. 3.9. 선고 92누9531 판결) 등과 같다.

<표 24> 보정사유별 활용현황

(단위: 건수, %)

정상거래가격	보상평가선례	호가시세	개별지가	경매평가	담보평가
19	74	-	2	4	1

김영도가 2006년 공시지가현실화율을 분석하기 위하여 감정평가업무를 담당한 감정평가사를 상대로 어떤 자료를 수집하여 분석해야 하는지에 대한 설문조사결과는 다음과 같다.

<표 25> 공시지가의 현실화율 분석을 위한 자료선택

(단위: 명)

설문내용	설문결과분석		
	계(%)	경력5회이하	경력6회이상
실거래가격자료(수집되는 경우)	105(86)	43	62
보상평가선례	74(67)	25	49
경매평가선례	80(64)	32	48
담보평가선례	43(39)	23	20
호가수준(보정없이 현실화를 자료로 활용)	21(19)	11	10

자료: 2006.8.21-8.26) 분석결과

감정평가사 130명중 110명 (경력 5회 이하 44명, 6회 이상 66명)의 응답자의 86%가 실거래가격의 자료를, 67%가 보상평가선례를, 64%가 경매평가선례를 선택하였다고 조사되었다.³⁵⁰⁾

살펴보건대, 실거래가격은 실거래가격신고제가 실시된지 일천하여 아직 자료가 불충분하고 그 적정성 검토도 없어 속단 할 수 없으나 개별적인 동기나 특별한 사유 및 개발이익이 포함될 우려가 있어 정상거래가격여하를 판단하여 보정하여야 할 것이고, 보상평가선례는 토지소유자와 협의, 수용

350) 김영도, “부동산공시가격의 현실화 방안에 대한 연구”, 단국대학교박사학위논문, 2006, 71면.

위원회의 재결을 받으려고 평가한 가격이나 사업시행자측의 사정이 개입될 우려가 있고, 호가시세는 단순한 시세가 아니고 인근 유사토지의 정상적인 가격이어야 하며, 개별공시지가는 본래의 목적이 과세나 부담금의 산정기준으로 비전문가인 공무원이 토지가격비준표에 의거 대량 산정한 가격으로 부적당하고, 담보평가와 경매평가는 보상평가와는 평가목적이 달라 평가기준도 조금 다르나 전자는 안정성을 감안한 낮은 수준의 평가(보통 20%정도 낮게 평가)이고 후자는 이를 기초로 최저가격을 정하여 경매에 붙이는 가격임에 유의하여야 할 것이다.

2) 보정률 산정방법

실태조사에서는 보정률 산정방법이 다음과 같이 다양하게 나타났다.

- ① (보상평가선례가격 또는 정상거래가격을 기준한 대상토지가격)/(공시지가를 기준한 대상토지가격) = (보상평가선례가격 또는 정상거래가격*지가변동률*지역요인*개별요인)/(표준지공시지가*지가변동률*지역요인*개별요인)
- ② 보상평가선례가격/ 표준지공시지가
- ③ 담보평가선례가격/ 개별공시지가
- ④ 정상거래가격/ 표준지공시지가 또는 인근 표준지공시지가

① 이 통상적인 산정방법으로 가장 많고, ②③④는 간략한 산정방법으로 적지 않았다.

<표 26> 보정률 산정방법

전체	통상적인 방법(①)	간략한 방법(②③④)
100	44	56

보정률 산정방법에 관한 법령상의 규정은 없으나, 일반적으로 통용되는 방법은 보정사유(보상선례평가, 정상거래가격 등)를 기준으로 산정한 대상토

지평가액과 표준지공시지가를 기준으로 산정한 대상토지의 평가액을 비교하여 보정률을 산정하는 ①의 방법이 간략히 산정하는 ②③④의 방법보다 적절하다고 사료된다.

3) 보정률 결정방법

인근유사토지의 적정한 보정사유를 적용하여 산정한 보정률을 구체적으로 어느 정도 반영할 것인가에 대하여는 아무런 법령상의 규정이 없다.

가) 사례가 하나인 경우

실태조사에서는 산출된 보정율의 일부만을 반영함이 대다수이고 전부 반영한 것은 일부였으나 일부만을 반영함이 타당할 것이다. 왜냐하면 토지보상액을 공시지가를 기준으로 산정토록 한 입법취지가 적정가격의 산출이고 개발이익의 배제인 점을 고려할 때 산출된 보정률 전부를 반영함은 첫째로 보상선례만을 기준으로 보상가격을 산정한 것과 같은 결과가 되어 공시지가기준평가제가 배제되는 결과가 되고, 둘째로 산출된 보정률에는 투기적인 요소나 당해 사업으로 인한 개발이익이 상당부분 포함될 가능성이 있기 때문이다.³⁵¹⁾ 판례도 일부 참작에 그쳐야 한다고 강조하고 있다.³⁵²⁾

나) 사례가 다수인 경우

실태조사에서는 다수 사례 중 하나의 사례를 선택하여 결정하거나 다수의 사례를 종합하여 결정하기도 하였다. 판례³⁵³⁾도 대상토지에 가장 유사한

351) 예컨대, 대상 토지보상가격을 가격시점을 2008.6.30로 하고 2005.1.1을 공시기준으로 하여 산정하는 경우에 보상선례 또는 인근유사토지의 거래사례가 2006.6.6 일 경우 보상사례 속에는 당해 사업으로 인한 개발이익이 일부 반영되어 있을 가능성이 있으므로 이를 배제하여 정상적인 부분만 기타요인 보정률로 반영해야 하기 때문이다.

352) 대법원 1992.4.14. 선고 91누1615판결 참조.

353) 대법원 1991.12.14. 선고 91누308판결 참조.

거래사례를 들어 평가하면 된다고 하였다. 따라서 이 경우에도 사례가 하나인 경우와 같이 하면 될 것이나 다수사례를 종합하여 결정하여도 객관적으로 보아 합리적이면 가능하단 것이다. 결국 적절한 보정률은 구체적으로 공시지가 및 인근유사지역의 지가수준, 보상선례, 경제현황 등을 객관적 종합적으로 고려하여 산정한 보정률 범위 내에서 형평에 맞게 결정하면 적절할 것이다.

마. 기타사항에 의한 보정시 유의사항

기타요인 보정은 공시지가기준으로 산정한 보상액을 보완하여 적정가격을 산정함으로써 정당한 보상을 실현하기 위한 수단임을 고려하여, 공정한 평가가 되도록 신중하게 접근하여야 하고 오·남용으로 과대보상이 되지 않도록 유의하여야 할 것이다.

1) 먼저 보정사유의 선정에 있어서는 보정사유가 다음의 요건을 갖추었는지 신중히 조사하여 선정하여야 할 것이다. 이는 보상액을 오·남용없이 적정히 산정하기 위한 가장 중요한 조건이다.

① 보정사유가 대상토지의 인근유사토지에 대한 사례일 것

인근유사토지란 대상토지의 인근에 위치하고 용도지역·지목·등급·지적·형태·이용상황·법령상의 제한 등 자연적, 사회적 조건이 대상토지와 동일하거나 유사한 토지를 말한다. 지금까지 판례가 인정하고 실무상 활용하는 보정사유는 보상평가선례, 정상거래가격, 경매평가 등이다. 그러나 개별지거나 담보평가 등은 부적당하다고 본다.

② 이들 보정사례가격은 정상적인 거래가격수준을 나타내는 것 즉 정상적인 거래에서 성립된 가격이어야 한다.³⁵⁴⁾ 보상가격에 투기가격이거나 당해 사업으로 인한 개발이익이 포함된 가격이어서는 아니 된다.³⁵⁵⁾ 개발이익이

354) 대법원 1990.2. 27. 선고 89누6372판결.

포함된 경우에는 그 개발이익을 납득할 만한 합리적이고도 객관적인 근거에 의거 적절히 공제하여야한다³⁵⁶⁾. 보상의 현실은 개발이익을 포함시키는 일이 빈번한 바, 엄격히 지켜져야 할 사항이다.

③ 보정사례가격은 이를 적용함으로써 당해 보상대상토지의 적정한 보상액평가에 영향을 미칠 수 있어야한다.³⁵⁷⁾

④ 보정사유의 존부, 해당성, 보상액에의 영향 등에 대한 입증책임에 관하여 판례는 토지보상법에 명문으로 기타사항을 참작하도록 규정되어 있지 않으므로 반드시 그것을 적용하여야 하는 것은 아니기 때문에 그것을 적용하여야 적정한 보상이 이루어지며 그것을 적용함으로써 정당한 보상이 이루어진다는 것은 그것을 주장하는 자가 입증하여야 참작할 수 있다고 한다. 따라서 증액사유는 피보상자가, 감액사유는 사업시행자가 입증하여야 할 것이다.

2) 다음에 보정율의 산정방법은 통상적인 방식으로 정밀하게 하여야 할 것이다(보상평가선례가격 또는 정상거래가격을 기준한 대상토지가격)/ 표준지공시지가를 기준한 대상토지가격 = (보상평가선례가격 또는 정상거래가격* 지가변동률* 지역요인* 개별요인)/ (표준지공시지가* 지가변동률* 지역요인* 개별요인)

3) 마지막으로 보정율의 결정은 대상토지의 보상가격이 적정가격이 되도록 사안을 종합적으로 고려하여 산출된 보정율의 범위 내에서 그 일부로 결정하여야 할 것이다.

355) 보상액에서 배제되어야 할 개발이익은 당해 사업으로 인한 개발이익이며 재개발사업이 사업시행지구별로 분할 시행하는 경우에는 각 지구별 사업은 각각 독립된 별개의 사업으로 볼 수 있다(대법원 1994.1.25. 선고 93누11524판결).

356) 대법원 1993.1.26. 선고 92누8743판결.

357) 대법원 1993.2.12. 선고 92누11763판결.
서현석, “수용대상토지에 대한 보상액산정기준과 방법”, 「감정평가논문집」, 1993, 129.면

5. 문제점 및 개선방안

가. 문제점

1) 보상의 적정성과 형평성 문제

현행법이 기타사항의 적용에 대하여 이를 명문으로 규정하지 않고 있어 이의 적용여부 및 근거를 둘러싸고 실무자간은 물론 감독기관과 늘 논의의 대상이 되고 있다. 또한 참작의 가능성을 인정하더라도 참작여부가 사업시행자 임의적이다 보니 사업시행자가 기타사항을 참작치 아니 할 경우 보상의 적정성과 균형성³⁵⁸⁾이 깨지고, 이에 대한 불복으로 사업시행마저 지연시키게 된다.³⁵⁹⁾

2) 공시지가에 대한 국민의 신뢰성 문제

실제상 보상액이 기타사항을 적용하여 적정하게 산정하였다 하더라도, 감정평가서에 명백히 드러나지 않아 국민들은 시가보다 낮은 공시지가만을 기준으로 보상액을 산정하여 정당보상이 아니라고³⁶⁰⁾오해하고 있다.

3) 개발이익의 배제와 과도한 보정의 문제

358) 여기서는 기타요인을 참작하여 기 보상받은 인근 유사토지와 기타요인을 참작하지 않고 보상 대상토지와 균형성을 말하는 것이고, 실정법상 개발이익이 배제되는 수용토지와 개발이익을 향유하는 이웃토지와를 비교하는 것이 아님. 후자는 개발이익환수 차원에서 논의할 사항임.

359) 보상에 응한 자는 실정법에 규정된 요인만으로 평가한 보상을 받게 되고, 불응한 자는 재결이나 소송에서 기타사항을 보정하여 보상을 받게 되어 보상의 균형성을 해할 수 있다.

360) 시가 적정가격·정상거래가격은 본질적으로 같은 개념임에도 보상에 있어서는 시가개념에 대하여 시가가 무엇을 의미하는가에 관하여 개발사업에 관한 계획의 발표이전의 가격인 원래의 지가라고 인식하는 견해와 당해 개발사업자체의 예상효과만 반영된 지가와 당해 개발사업으로 인하여 유발되는 예상민간투자효과까지 모두 반영된 지가로 인식하는 견해로 나뉘나 여기서는 전자로 본다.

기타요인 보정실태를 살펴보면 기타요인 보정방법으로 개발이익의 상당부분을 보상액에 포함시키고 있는데, 이런 관행이 지나칠 경우 적정가격보상주의와 개발이익배제의 원칙에 반할 우려가 있다³⁶¹⁾. 나아가 기타사항의 과도한 보정으로 공시지가기준보상이 형해화 되어 사실상 보상선례기준으로 바뀌었다는 비판도 일고 있다. 그러므로 기타사항의 자의적 행사에 대한 통제와 개발이익 배제의 실효성 확보가 문제된다.

나. 개선방안

1) 공시지가기준 보상제도 개선 및 보완

적정보상액산정을 위해 기타사항에 의한 보정의 주요인이 공시지가의 비현실화와 공시지가기준보상의 일방적 강제에 있다 할 것이므로 이에 대한 개선·보완이 선행되어야 할 것이다.

① 공시지가의 현실화 추진

공시지가 현실화 계획을 수립하여 일관성 있게 꾸준히 추진해야 할 것이다. 현실화 수준은 정당보상의 원칙상 시장가격수준이어야 하고, 그 방법은 조세충격을 줄이도록 점진적이어야 하며, 아울러 관련법령의 정비도 (부동산가격공시법, 토지보상법, 조세관련법 등) 뒤따라야 할 것이다. 정부의 현실화 추진 의지가 중요하다.

② 공시지가기준 보상제도의 완화

공시지가 기준보상제도의 완화를 위해 기타사항을 명문화함에 있어 일정한 보상선례, 정상거래가격을 병렬적으로 명시하고 (예: 토지보상법 제70조 제1항 말미의 개정안을“--보상선례, 정상거래가격, 기타사항--”으로)그 요건을 시행령에서 구체화 할 필요가 있다.

③ 공시지가의 기능 조절

361) 토지보상법 제67조제2항에서 개발이익배제의 원칙을 채택하고 제70조에서 구체적 배제방법을 구체적으로 규정하고 있다.

현행법은 공시지가를 보상액 산정기준이요 또한 과세 및 개발부담금 산정 기준으로 규정하고 있는 바, 기준상호간 모순(보상은 높게, 과세는 낮게)으로 정당한 보상을 실현키 곤란하다. 그러므로 조세부과에 관하여는 공시지가가감규정(부동산가격공시법 제10조)을 활용하여 과세기준(특히 재산세, 종합부동산세)은 공시지가의 일정률로 하고 여기에 세율을 곱하도록 법령정비를 하여야 할 것이다.

④ 적정가격 개념의 명확화

2000.1.28 구 지가공시법의 개정시 적정가격개념이 시장가격에 더 접근하도록 개선되었으나 아직도 모호(적정가격의 성격, 존재가격이나 당위가격이나, 정상가격과 시가등과의 관계 등)하여 적용에 혼란을 가져오고 있으니 정상가격개념과의 일원화 나아가 시장가격과 일치토록 개정되어야 할 것이다.

2) 기타사항의 명문화

기타사항을 실정법에 명문화 하여 적용여부에 대한 의문을 불식시키고, 공시지가 기준평가에 대한 국민의 불신을 막아야 할 것이다. 이것이 집행규범과 재판규범을 일치시킴으로써 입증책임이 누구에게 있느냐와 상관없이 적용되고, 보상협의를 응한 자와 불응자간의 형평성 문제도 저절로 해결될 수 있다고 본다. 그리고 보정사유에 대한 요건(예컨대, 정상거래가격 등의 요건)과 보정방법 등을 시행령에 명확히 규정하고 이의 적용시 감정평가서에 보정사유 해당요건, 보정방법 및 보정률 결정 등을 구체적으로 명시, 합리적인 보정이 되도록 하여야 할 것이다.

3) 보상평가 심사제 강화

보상평가의 결과는 피보상자에게는 물론 국가재정에도 지대한 영향을 미치므로 감정평가의 전문성과 윤리성제고와 함께 감정평가 심사제를 강화하여야 할 것이다. 현행 보상평가심사제는 내부적 심사제로 형식화할 우려

가 있으므로 외부심사제(협회 등 외부 전문기관의 사전심사)를 도입하여 기타요인에 의한 보정의 자의적 행사로 부실평가, 부당평가가 되지 않도록 엄격히 통제하여야 할 것이다.³⁶²⁾

4) 기타

현행법이 공시지가 기준보상제를 취하는 한 개발이익은 엄격히 배제되어야 한다.³⁶³⁾ 기타사항 보정을 토지소유자의 불만을 해결하는 수단으로 이용하는 것은 부적절하니 경계해야 할 것이다. 주변토지가격 상승으로 대체지 취득곤란 등 문제는 현물보상의 확대 및 조세감면 등의 별도조치로 해결해야 할 것이다.

362) 감정평가업무는 토지의 고유특성으로 인하여 과당경쟁시 공정성 향상보다는 고객의 요구에 영합할 소지가 있으므로 평가의 공정성을 해하지 않도록 그 독자성과 자율성 또한 존중되어야 하므로 심사제 강화문제는 공적평가에 한정되어야 할 것이다.

363) 개발이익이란 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 등에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 발생한 토지가액의 증가분으로 토지소유자의 투자나 자본으로 발생된 것이 아니고, 사업의 시행에 따라 비로소 발생하는 것으로 수용당시 수용토지가 갖는 객관적 가치로 볼 수 없으므로 완전보상의 범위에 해당하지 않는다. 그밖에 투기를 부추겨 지가상승을 가져오는 등 부작용이 심하여 오늘날 대부분의국가에서 인정하지 않는 추세이다.

제5장 결 론

현대 복지국가가 안고 있는 주요과제인 공익사업의 원활한 수행과 사유재산권의 보장을 위해서는 공익과 사익의 조정수단인 손실보상제도가 그 기능을 제대로 발휘되어야 하고, 그러기 위해서는 무엇보다 적정한 내용의 손실보상기준이 확립되고 개별보상에서 그 적용이 담보되어야 한다.

손실보상기준으로 우리 헌법은 제23조제3항에서 정당보상을 선언하고, 토지보상법 등 개별 법령에서는 적정가격에 의한 보상, 개발이익의 배제 그리고 생활보상의 지향 등을 규정하였다. 본 연구에서는 제3장에서 이들 기준과 제4장에서 그 적용에 대하여 제도의 내용과 운용현황을 점검하여 합리적이고 발전적인 개선방안을 제시함으로써 손실보상제도의 발전에 이바지하고자 하였다.

첫째로 헌법상 정당보상에 대하여 학설은 완전보상설, 상당보상설 및 절충설로 나뉘나, 그 내용은 재산권침해로 발생한 손실에 대하여 어느 범위까지 보상할 것이냐에 관한 대답으로 완전보상 및 상당보상 등에 대한 입법적 정의도 없어 사변적일 수밖에 없다. 손실보상제도는 헌법상의 제도로 헌법적 관점에서 검토하여야 하는바, 정당보상의 내용은 결국 각국의 입법례와 헌법의 밑받침이 되는 사회적 가치관에 따라 결정된다 하겠다. 이에 관한 우리 헌법의 규정은 수차 변천되어 왔다. 헌법의 연혁과 재산권보장의 관점에서 볼 때 완전보상을 의미하는 것으로 보아야할 것이다. 그러나 완전보상설은 전통적인 대물보상을 중심으로 한 학설로 행정기능의 확대와 강화로 개발사업이 대규모적으로 시행되어 재산권뿐만 아니라 생활권마저 침해되고 있는 오늘날의 확대된 보상 개념을 포용하기에는 부족하다. 아울러 정당보상은 추상적이고 불확정적인 이론적 개념으로 일반조항으로

서의 의미를 가질 뿐이어서 개별보상에 구체적으로 적용하기 위해서는 이러한 이론적 개념을 구체적·실천적 개념으로 정형화할 필요가 있다. 요약하면 현대적 사회복지국가에서의 정당보상의 범위는 재산의 객관적 교환가치, 부대적 손실보상 및 생활보상까지 아우르도록 확장되어야 하고, 보상액의 적정화 뿐 만 아니라, 보상대상의 사전법정, 보상의 시기와 방법의 합리화, 보상절차의 적법화(due process of law)와 민주화의 조건도 구비한 실천적 개념으로 정립되어야 하여야 할 것이다.

둘째로 법령상의 손실보상기준 중, 먼저 적정가격에 의한 보상에 대하여는 적정가격의 개념이 모호할 뿐만 아니라, 손실보상의 객관화와 개발이익을 배제하기 위한 대안으로 도입한 공시지가의 낮은 현실화와 평가기법의 미개발 등으로 적정가격 즉 정당보상에 이르지 못하여 제 기능을 제대로 실현하지 못하고 있는 실정이다. 공시지가제도의 시급한 개선, 평가기법의 개발 및 적정가격의 명확화를 기하여야 할 것이다. 다음에 개발이익을 배제하기 위하여 도입한 공시지가는 적용시기 및 산정방법에 따라 배제되는 개발이익의 범위가 다른바, 아직도 미흡한 점이 많다. 의제적 사업시행인가의 조정, 재결신청기간의 단축(예컨대 1년), 기업이익의 상계 그리고 지가상승으로 인한 대체지취득의 곤란에 대한 생활보상의 보완 등을 해야 할 것이다. 아울러 피수용자에게는 개발이익을 배제하면서 주변토지소유자에게는 이를 향유케 하는 것은 형평성은 물론 사회정의에도 반하므로 모두 환수토록 개발부담금제도등을 정비하여야 할 것이다. 마지막으로 생활보상의 지향에 대하여서는 오늘날 공익사업이 대규모적으로 시행됨에 따라 생활근거를 상실한 주민의 수용이전의 상태를 회복할 수 있도록 생활보상제도 전반에 걸친 체계화, 실질화 및 다양화를 기하여야 할 것이다.

셋째로 제3장제3절에서 손실보상의 기준에 관한 외국의 입법사례를 소개하고 그것이 시사하는 사항을 제시하였는바 우리의 손실보상제도의 개

선에 참작하여야 할 것이다.

넷째로 제4장에서는 제1절에서 3절에 걸쳐 손실보상기준의 개별보상 곧 토지보상, 건물보상, 영업보상 그리고 사업손실보상에의 구체적 적용과 그 운용현황을 검토하고 발전적인 개선방안을 모색하여 보았다. 먼저 토지보상법은 토지보상평가기준의 하나로 현황평가주의를 택하면서 미불용지, 불법형질변경토지, 무허가건축물의 부지 및 도로 등의 부지에 대하여 광범위한 예외를 인정 독자적으로 평가케 하였으나 내용이 불명하고 소급입법 및 형평성저해 등 법리상 부적정한 부분이 많다. 개선하여야 할 것이다. 다음에 영업보상에 관하여도 보상대상영업의 요건, 휴 · 폐업보상기준, 보상내용의 실질화 등에 대하여 전반적인 검토와 보완이 필요하다. 마지막으로 사업손실보상에 대하여 현행 간접보상제도의 확충, 보상액 산정기준과 재결절차의 보완이 필요하고, 특히 간접침해보상에 대하여는 명문화 등 제도화가 필요하다.

제4장제4절에서 손실보상기준의 개별보상에의 적용에 대하여 실증적인 검토를 하여 보았다. 먼저 공시지가기준평가제에 대하여는 공시지가를 적용하여 보상액을 산정하여 보았고, 공시지가현실화율의 조사 · 분석에 대한 선행연구를 검토하여 보았다. 요약하면 공시지가의 비현실화로 이를 기준으로 산정한 보상가격이 정당보상에 못 미쳐서 사유재산권침해, 보상저항, 국민불신 등 부작용을 야기하고 있는바, 공시지가의 현실화추진, 공시지가 조사 · 결정기관의 중립화, 평가기법의 개발, 공시지가의 적용완화, 재결신청기간의 단축 등 관련법령의 정비가 시급하다. 그리고 공시지가의 미비점의 보정수단으로 실무상 널리 적용하고 있는 ‘기타요인’에 대하여도 보정률 현황, 보정사유 및 보정방법 등에 대한 실증적인 검토를 거쳐 적용시 유의사항과 합리적인 개선방안을 제시하여 보았다. 기타요인의 비중이 상당하였다. 불가피한 임시적 보완수단에 불과한 기타요인에 의한 보정을 계속 방치할 경우, 그 남용으로 오히려 보상의 적정과 형평을 해할 우려도

있다. 공시지가제의 시급한 개선과 기타요인에 의한 보정을 명문화하되 공시지가기준보상이 형해와 되지 않도록 적절한 조정이 필요하다고 본다.

한 나라의 보상제도 여하에 따라 국민들의 재산권보장의 정도를 측정할 수 있고 또한 정당한 보상은 국가에 대한 신뢰도를 높이는데 이바지하는 길이 된다. 손실보상이 제대로 실현되지 아니 할 경우 사유재산권침해는 물론 공익사업의 원활한 시행도 할 수 없으니, 정당보상의 이념을 구현하는 내용의 손실보상기준의 확립과 이들 기준의 개별보상에의 구체적 적용을 보장하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

1) 단행본

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1999.

김백유, 「헌법학 I, II, III」, 강의교재용, 2006.

김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 1998.

문홍주, 「한국헌법론」, 해암사, 1987.

한동섭, 「헌법」, 박영사, 1965.

허영, 「한국헌법론」, 박영사, 1992.

김남진, 「행정법 I. II」, 법문사, 1998.

김도창, 「일반행정법 (상)(하)」, 박영사, 2001.

김동희, 「행정법 I. II」, 박영사, 1998.

류지태, 「행정법신론」, 신영사, 1998.

———, 「감평행정법」, 부연사, 1999.

서원우, 「행정법」, 박영사, 1997.

석종현, 「일반행정법(상)(하)」, 삼영사, 1998.

———, 「토지행정법론」, 경진사, 1993.

윤세창, 「행정법(상)(하)」, 박영사, 1982.

이상규, 「신행정법론(상)(하)」, 법문사, 1998.

홍정선, 「행정법론(상)(하)」, 박영사, 2007.

곽윤직, 「민법총칙」, 「물권법」, 「채권법총론·각론」, 박영사, 2002.

박정식외, 「현대재무관리」, 다산출판사, 2001.

안국진외, 「경제학원론」, 박영사, 2006.

_____, 「거시경제학」, 박영사, 2006.

조 순, 「경제학원론」, 법문사, 1987.

건설교통부, 「지가공시에 관한 연차보고서」, 2000-2007.

_____, 「국토계획 및 이용에 관한 연차보고서」, 2000-2007.

_____, 「공시지가제도 개선에 관한 연구」, 2000.

_____, 「건설교통통계년감」, 2006.

_____, 「지하 및 공중공간 사용에 따른 보상평가제도 개선방안연구」
1999.

국토개발연구원, 「국토관련 헌법재판소 판례집」, 2000.

김경열, 「신토지공법」, 경영문화원, 1983.

김종보, 「건축행정법」, 도서출판 학우, 2002.

노태욱 역, 「도시토지경제학」, 부연사, 2000.

류해웅, 「신수용보상법론」, 부연사, 2000.

류하백, 「일본의 손실보상제도 해설」, 한국감정평가연구원, 1999.

민태욱, 「부동산공법의 이론과 실제」, 부연사, 2004.

_____, 「조세법」, 부연사, 2005.

박균성, 「행정구제법」, 박영사, 2006.

박윤훈, 「최신행정법강」의 (상)(하)」, 박영사, 1999.

박평준, 「토지수용법론」, 고시연구사, 1999.

백일현 외, 「감정평가론」, 부연사, 2002.

서동기 외, 「감정평가론」, 부연사, 2000.

안정근, 「부동산평가론」, 법문사, 2001.

_____, 「부동산평가실무」, 법문사, 2001.

_____, 「현대부동산학」, 법문사, 2000.

이선영, 「신토지수용과 보상법론」, 리북스, 2008.
 ———, 「토지가치권론」, 법원사, 2006.
 이창석, 「부동산학개론」, 부연사, 2005.
 임호정 외, 「공공용지보상실무」, 부연사, 2006.
 ———, 「지가공시 및 감정평가」, 부연사, 2004.
 ———, 「지가공시 및 보상의 주요문제」, 부연사, 2001.
 ———, 「감정평가 및 보상판례요지」, 부연사, 2003.
 조주현, 「부동산시장분석론」, 부연사, 2005.
 한국감정평가협회, 「감정평가논집」1-18집.
 한국감정원, 「보상평가 (상)(하)」, 2000.
 한국토지공법학회, 「토지공법연구」제5집-제24집.
 홍병각외, 「감정평가실무」, 부연사, 2004.

2) 논문

강구철, “손실보상규정이 없는 경우 보상여부에 관한 고찰”, 「감정평가논집」제8호, 1998.
 강길부, “수용재결의 문제점과 개선과제”, 박윤훈편, 「행정상 손실보상의 주요문제」, 박영사, 1997.
 강현호, “한국헌법‘제23조와 독일 기본법 제14조의 해석”, 「토지공법연구」제18집, 한국토지공법학회.
 권오순, “감정액 편차의 발생원인과 허용한계에 관한 연구”, 「인권과 정의」, 2007.10.
 김근전, “부동산 가격의 발생요인에 관한 일고”, 「감정평가논집」제6호. 1996.
 김동희, “행정상 손실보상의 근거”, 박윤훈편, 「행정상손실 보상의 주요문제」, 박영사, 1997.

- 김승중, “계획제한과 손실보상에 관한 연구”, 『감정평가논집』제14집, 2호, 204.12.
- 김용창외, “외국의 감정평가제도” 감정평가연구원, 1999.
- 김창휘, “토지의 지하사용보상에 관한 고찰”, 박윤혼편, 『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- 김철용, “개발행정법에 있어서 생활보상에 관한 고찰” 한국부동산법학회, 『고시계』, 1987.
- , “개별공시지가처분의 법적성질”, 『감정평논문집』3집, 1993.
- 김태동, “고지가의 요인분석과 향후 토지정책 방향”, 『감정평가논집』제3집, 1993.
- 김해룡, “토지거래허가제와 손실보상”, 박윤혼편, 『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- 노태욱, “공시지가의 적정성과 대안에 대한 연구”, 『감정평가논집』제10집, 2000.
- 류지태, “수용유사침해이론의 비판적 검토”, 『감정평가논집』, 2004.
- 류해웅, “정당보상과 개발이익환수”, 박윤혼편, 『행정상 손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- , “보상의 대체적 수단에 관한 법제적 고찰”, 『감정평가논집』제12집, 2002.
- 민태욱, “적정가격보상원칙과 시가보상론”, 『부동산학연구』, 2005.12.
- 박균성, “손실보상흡결시의 공용침해에 대한 권리구제”, 박윤혼편, 『행정상 손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- 박수혁, “사업손실보상에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 『원간감정평가사』, 2003.
- , “독일법상 재산권침해에 대한 보상과 우리나라 보상법예의 시사”, 『토지보상법연구』, 한국토지보상법연구회, 2001.2.
- 박윤혼, “손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재검토”,

- 박윤희편, 「행정상 손실보상의 주요문제」, 박영사, 1997.
- , “미국에 있어서의 손실보상평가의 기준”, 「미국헌법연구」제2집, 1991.
- , “영국의 손실보상평가기준에 관한 고찰”, 「감정평가논집」제7호, 한국감정평가협회, 1997.
- 방경식, “공시지가의 적정가격과 정상가격 재론”, 「부동산정책연구」제3집, 건국대학교 부동산정책연구소, 1993.
- 서원우, “시장가격결정에 있어서의 시장가격주의의 문제점”, 「감정평가논집」제3집, 1993.
- 석종현, “간접침해보상에 관한 소고”, 「감정평가논집」14집, 2005.
- 성선제, “정당한 보상-미국의 경험을 중심으로-”, 「토지공법연구」제19집, 2003.
- 손진상, “다목적댐건설과 손실보상: 임하다목적댐건설에 있어서 손실보상 실태와 수몰민의 태도조사를 중심으로”, 「부동산고시」, 1998.1.
- 송희성, “재산권의 존속보장”, 박윤희편 「행정상 손실보상의 주요문제」, 박영사, 1997.
- 윤창구, “지가변동과 토지시장”, 「감정평가논집」 6호, 1991.
- 이건세, “정상가격과 최유효사용에 관한 연구”, 「감정평가논집」제6호, 1996.
- 이광윤, “손해배상과 손실보상의 일원론과 이원론”, 「부동산고시」, 1999.4.
- 이선영, “공법상 토지재산권 침해에 따른 정당보상의 이론과 실체”, 「감정평가논집」제14집1호, 2004.6.
- 이승길, “토지의 입체적 이용을 위한 구분지상권”, 「토지법학」제15호, 2000.
- 이창석, “개별지가의 문제점과 개선방안에 관한 소고”, 「감정평가논문집」 3집, 1993.

- 임호정, “정당보상과 기타사항의 참작에 대한 고찰”, 『지가공시 및 보상의 주요문제』, 부연사, 2001.
- _____, “보상액의 산정에 있어서 개발이익의 배제”, 『지가공시 및 보상의 주요문제』, 부연사, 2001.
- _____, “도로의 평가방법”, 『지가공시 및 보상의 주요문제』, 부연사, 2001.
- _____, “실농보상의 개선방안, 지가공시 및 보상의 주요문제”, 부연사, 2001.
- 정연우, “공용침해와 불가분조항”, 『고시연구』, 1992.4.
- 정재근, “표준지 공시지가의 개념과 법적성격”, 『감정평가논집』제4호, 1994.
- 정하중, “헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 『토지보상법연구』제3집, 한국토지보상법연구회, 2003.2.
- _____, “독일 Bonn.기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제23조제3항의 해석”, 『사법행정』, 1992.
- _____, “수용류사적 그리고 수용적 침해제도”, 『고시연구』, 1994.3
- 조용근, “토지보상액산정에 있어서의 기타사항에 의한 보정고찰”, 『월간 감정평가사』, 2008.10.
- _____, “토지보상평가기준으로서의 현황평가주의”, 『월간감정평가사』, 2008.11.
- 조용호, “최근 판례 및 법원의 입장에서 본 인근유사토지의 정상거래가격과 보상평가선례에 의한 보정에 관하여”, 『감정평가논집』제7호, 1997.
- 조주현, “정상가격과 적정가격의 개념적 차이와 실증적 의미에 관한 연구”, 『감정평가논집』 제4호, 1994.
- 주봉규, “일본의 손실보상에 관한 연구”, 『감정평가논집』제12집1호, 2002.채
- 채미옥, “공시지가의 개선방향”, 『토지연구』, 제8권5호.

- 최정기, “지가공시제도의 운영현황과 과제”, 박윤혼편,『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- 한만희, “토지공개념제도의 현황과 발전방향”, 박윤혼편,『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997
- 허 통, “보상평가제도와 헌법상의 정당보상관계”, 박윤혼편,『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- 홍준형, “수용유사침해이론의 재조명”, 박윤혼편,『행정상손실보상의 주요문제』, 박영사, 1997.
- _____, “재산권침해와 손실보상의 근거”,『감정평가논집』제 6호. 1996.

3) 학위논문

- 김영도, “부동산공시가격의 현실화 방안에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2007.
- 김장진, “지가공시제도의 합리화 방안”,경원대학교대학원 박사학위논문, 2001.
- 김창휘, “행정상 손실보상의 기준과 내용에 관한 연구”, 경희대학교대학원 박사학위논문, 2006.
- 남경홍, “공시지가와 감정평가가격의 괴리수준에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 류일룡, “공법상 영업손실보상에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2006.
- 류해웅, “토지이용계획제한과 손실보상”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 1992.
- 백일현, “부동산감정평가 피드백과정에서의 영향요인에 관한 연구”, 경원대학교대학원 박사학위논문, 2006.
- 서원우, “공용수용법제에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1972.

- 손진상, “댐건설로 인한 손실보상에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- 송석호, “지가정책의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 2001
- 홍완표, “토지법상 개발권양도제의 도입에 관한 연구”, 서울시립대학교 대학원 박사학위논문, 2000.

4) 연구보고서

- 국토연구원, “공시지가제도의 선진화 방향에 관한 연구”, 1999.
- 건설교통부, 한국부동산연구원, “토지가격비준표작성 연구”, 2006.
- _____, 한국부동산연구원, “공시지가현실화 방안에 관한 연구”, 2004.
- _____, “보상업무 전문화를 위한 연구”, 2002.
- _____, “용지보상기준 및 개별공시지가 적정성 확보를 위한 토지특성 조사방안 연구”, 1998.
- 채미옥외, “공시지가제도의 선진화 방향에 관한 연구”, 국토연구원, 1999.
- 한국감정평가연구원, “공익사업에 따른 간접침해 보상의 범위와 한계에 관한 연구”, 2001.

2. 외국문헌

- 今村成和, 「國家補償法」, 1967.
- 美濃部達吉, 「公用收用法原理」, 東京; 有斐閣, 1987.

西埜章,「公法上の 損失補償の 原理と 體系」,現代行政法大系:國家補償,
東京;有斐閣,1983.

田中二郎,「行政法(上)(下)」,弘文堂,1991.

竹村忠明,「土地收用法と 補償」,東京;清文社,1992.

地價調查研究會,「土地價格比準表」,住宅新報社,2000.

黑澤 泰,「土地の 市價評價の 實務」,實務斐閣,2000.

Appraisal Institute,「The Appraisal of Real Estate」12th ed., Apprai
sal Institute, 2001.

Appraisal Institute,「The Dictionary of Real Estate Appraisal」
4th ed., Chicago: Appraisal Institute, 2002.

Alder, John,「Constitutional and Administrative Law」 2nd ed.,
Macmillan, 1994.

Denise Dipasquale, William C. Wheaton,「Urban Economics and Real
Estate Markets」, new Jersey, 1996.

Neil Carn; Joseph Rabianski; Ronald Racster; Maury Seldin,「Real Es
tate Market Analysis」, 1983.

Ring, Alfred A., 「Real Estate」, 6th ed., 1985.

Ratcliff, Richard U.,「Valuation for Real Estate Decision」, Democrat
Press, 1972.

ABSTRACT

A Study on the Standard of Compensation for Real Estate and Its Application

Cho, Yong Keun.

Major in Real Estate

Dept. of Economic & Real Estate

Graduate School

Hansung University

To accomplish the public services and secure the private right for property which are main issues for welfare state, the compensation system for property loss which is a way of mediation between public and private benefit should be operated well. Accordingly, the standard of compensation for property loss and its application for private compensation should be established.

As the standard of compensation for property loss, the constitution declares just compensation and exclusion of development profit and also regulates the aim of living compensation. This study will present and examine the contents and working condition about these standards and their applications and also will provide rational improvement plan to contribute to the development of compensation system for property loss.

Firstly, regarding the just compensation which is the standard of compensation for loss according to the constitution, theories are classified as perfect compensation theory, proper compensation theory and compromise compensation theory. However, the contents of these theories have antagonistic relationship about the degree of compensation for the loss from infringement of property right. Accordingly, it must be speculative because there is not definition of perfect compensation and proper compensation. As the compensation system for property loss should be examined with the view point of constitution because it is registered in the constitution, the contents of proper compensation is finally decided by legislative cases and social value which are based on the constitution. The constitution has been amended for several times. When approaching from the view point of constitution history and property right guarantee, it may be considered as perfect compensation. However, perfect compensation can not include the concept of compensation which is nowadays extended to the invasion to the property right and living right because the development has been progressed broadly by the extension and strength of administration ability which is made by the theory of the traditional substitute compensation. Furthermore, just compensation is the abstract and indefinite concept and is considered as general article. Accordingly, to apply to private compensation in the concrete, theoretical concept is needed to be standardized as private and practical concept. Therefore, the scope of just compensation in the modern welfare state should be extended to the concept such as objective exchange validity of the property, appendant compensation for loss, and living compensation. And also the scope should standardize rationalization of compensation

amount, prior legislation of compensation targets, time of compensation, rationalization of compensation methods, due process of law and qualification of democratization as a practical concept.

Secondly, regarding compensation by the proper amount which is belonged to standard of compensation for loss in the legislation, the concept of proper amount is ambiguity. Furthermore, low realization of the reference land price announcement which is adopted as alternative plan for objectivity of compensation for loss, development profit exclusion and undeveloped appraisal method prohibit reaching proper compensation (proper amount). Therefore its own function is not fulfilled. The regulation of the reference land price announcement should be improved and the development of appraisal method and definition of proper amount should be clarified as well. It is insufficient because the reference land price announcement regulation which is adopted to exclude development profit varies to the time of application and the degree of excluded development profit. Legislative business enforcement permission, reduction of judgement request (for instance : 1 year), recognition of corporate profit set off, and supplementation of living compensation about the difficulty of substitute land acquisition caused by the increase of land price should be done. In addition, exclusion of development profit for the inmate and possession of these for surrounding land owner is against the fairness and social justice. Hence, development allotment regulation should be the improvement to redeem. Lastly, regarding living compensation aim, to recover the condition of living foundation which was nowadays lost by the broad work for public interest, systematization, actualization and

diversification around living compensation regulation should be contributed.

Thirdly, this study provided the foreign legislation case about the standardization of compensation for loss and presented its meaning, and these should be considered for improvement of our regulation of compensation for loss.

Fourthly, specific application of private compensation of loss compensation standard (land compensation, building compensation, sales compensation and compensation for business loss) and its operating condition will be examined and the improvement about these issue will be considered. Above all, the land compensation law recognizes the broad exemptions on the unpaid land, illegal land quality change, road and so on as the one of land compensation appraisal regulation and makes them appraised. However there are unfits in principle of law, accordingly they should be improved. The broad examination and supplementation in reference to the condition of compensation operation, compensation for business close and realization of compensation contents about the operational compensation are needed. Lastly, regarding the compensation for business loss, the extension of indirect compensation system, standard of computation of compensation amount, and process of decision making are needed to be improved. Especially systematization and stipulation are needed regarding indirect invasion compensation. In reference to compensation for loss standard application to private compensation, the real examination was performed. The unrealistic announcement of the reference land price caused invasion to

private property right, compensation resistance and credit loss by the people because compensation amount which was fulfilled with the unrealistic announcement could not reach the just compensation. Accordingly, related regulation such as promotion of realistic announcement of the reference land price, survey of the reference land price announcement, mediation of decision making institution, improvement of compensation appraisal method, the range control of the reference land price announcement application and deduction of the period for decision making should be considered. On this, regarding 'other factor' which is applied in practice as the improvement method for these sort of insufficiency, rational operating plan was presented through the realistic examination about correction of unnecessary, correction condition and the method of correction. The corrections by other factors is temporary method and if this situation is continued, the propriety and equilibrium of compensation will be damaged by the abuse of other factors. So, correction by other factors should be stipulated. On this, the proper correction is needed not to make compensation of the reference land price announcement standard altered.

The compensation system of one country can measure the degree of property right guarantee and the proper compensation can lift up the degree of reliability to the country. If the compensation for loss is not working well, this will cause the invasion to the private property right and will prohibit the smooth operation of the public utilities. Therefore, through the settlement of compensation for loss standard and specific application guarantee to the private compensation which realize the

principles of just compensation, the property right guarantee and smooth operation of public utilities should be ensured.

Keyword : Compensation for loss, just compensation, development profit, the reference land price announcement, proper price, other factors.