

석사학위논문

불법 행위에 대한 손실보상제도 개선에
관한 연구

- 위법 지장물 및 영업보상 중심으로 -

2013년

한성대학교 부동산대학원

부동산평가전공

박 성 수

석사학위논문
지도교수 민태욱

불법 행위에 대한 손실보상제도 개선에 관한 연구

- 위법 지장물 및 영업보상 중심으로 -

Study on the improvement of compensation system for
unlawful acts

- Focus on unlawful object and sales compensation

2013년 6월 일

한성대학교 부동산대학원

부동산평가전공

박 성 수

석사학위논문
지도교수 민태욱

불법 행위에 대한 손실보상제도 개선에 관한 연구

- 위법 지장물 및 영업보상 중심으로 -

Study on the improvement of compensation system for
unlawful acts

- Focus on unlawful object and sales compensation

2013년 6월 일

위 논문을 부동산학 석사학위 논문으로 제출함

한성대학교 부동산대학원

부동산평가전공

박 성 수

박성수의 부동산학 석사학위논문을 인준함

2013년 6월 일

심사위원장 _____ 인

심사위원 _____ 인

심사위원 _____ 인

국 문 초 록

불법 행위에 대한 손실보상제도 개선에 관한 연구 -위법 지장물 및 영업보상 중심으로-

한성대학교 부동산대학원
부동산평가전공
박 성 수

우리나라는 헌법 제23조 등을 통해 국민의 사유 재산권을 보장하고 있고 지속적으로 헌법재판소 및 판례 등을 통해서도 국민의 재산권 보장에 관한 다양한 이론을 정립해 오고 있다. 최근에는 물적재산권 외에 지적재산권 보호에도 여러 제도적 보완이 이루어지고 있지만 우리 삶의 터전이라고 할 수 있는 물적재산권인 토지의 의미는 여전히 변함이 없으면, 특히 우리나라의 경우 개인재산의 상당 부분을 차지하는 토지의 의미는 더욱 커졌다고 할 수 있을 것이다.

6.25 이후 우리나라는 급격한 산업화 및 도시화에 따라 토지가 가지는 생산적인 의미는 변해 왔지만 재산으로서 의미는 증대 되어왔다. 토지는 한정자원으로써 우리나라와 같이 토지 자원이 수요에 비해 한정된 경우 소유한 개인의 전유물로만 생각 할 수는 없을 것이다. 이러한 연유로 헌법에서는 사회성 및 공공성을 위해 개인의 재산권을 제한 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 토지가 개인의 전유물이 아니라는 이유와 공공의 이익을 위해 토지 등의 재산에 대하여 규제를 할 수 있다고 하여 개인의 재산권 보호보다 공익의 이익이 앞선다는 것은 아니다. 대원칙은 개인의 재산권 보호가 우선이고 공익을 위해 개인은 특별한 희생을 할 수 있다는 것이며, 여기에 따라 합당한 보상을 해야 한다는 것이다.

과거 우리나라는 도시의 무질서한 확장 방지 및 공공복리 증진을 위해 개

발제한구역을 지정하였다. 개발제한구역은 자연환경보호를 위해 그리고 우리가 생활하는 도시의 무질서한 개발방지를 위해 개인의 재산권을 제한한 특별법으로써 개인의 토지 사용 등에 관하여 엄격하게 법으로 규정하여 왔다. 그러나 최근 도심 및 수도권외의 개발사업이 한계에 봉착하여 택지 확보가 어려운 관계로 수도권 인근의 토지, 국·공유지, 개발제한구역 해지 등을 통한 민간사업 및 공공사업 발주하고 빈번하게 발생하고 있다. 이로 인해 그동안 재산권 제한을 받던 개발제한구역 내 부동산 소유자 그리고 국·공유지 유무상 임차인 등이 공공사업 시행으로 해당 토지에서 강제 퇴거되므로 사업시행자와 마찰이 빈번하게 발생하고 있다.

개발제한구역은 특별법에 의하여 강력한 행위제한 등을 시행하고 있어 일반지역보다 위법활동에 대하여 감시·감독이 강력하다. 따라서 관할 행정청과 소유자간의 마찰이 자주 일어나며 그 결과 행정처분 및 과태로 부과 등이 발생하고 있는 실정이다. 이러한 지역 내에 공공사업 진행시 불법시설물 등에 대한 보상의 적법성 여부 및 불법으로 용도변경 등을 하여 사용하는 시설물에 대한 보상여부 결정 등에서 『공익사업을 위한 토지 등의 취득에 관한 법률』과 『개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법』의 적용 부분에서 사업시행자인 해당 지자체 및 공공사업 시행 담당자들 사이에서도 상당한 혼선을 빚고 있다. 또한 국·공유지 내의 유상 임차인과 무단 사용자간에 보상형평성 여부, 장기간 사업진행으로 인한 영농보상금 및 주거이전비 보상의 결정여부, 영업보상 범위 여부 등 여러가지 혼선 및 마찰이 일어나고 있는 상황으로 이러한 문제로 인해 물적·인적 손실이 상당히 발생하고 있으며, 관계자들 사이에도 해결방법이 부분하다. 따라서 금번 연구는 일부 위법행위에 대한 사업시행자의 『공익사업을 위한 토지 등의 취득에 관한 법률』 적용에 관하여 해결방법을 모색하여 합리적인 손실보상 방법을 모색해야 할 것이다.

【주요어】 손실보상, 위법행위

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법 및 선행연구분석	4
1. 연구의 범위	4
2. 연구의 방법	5
3. 선행연구분석	6
제 2 장 이론적 배경	7
제 1 절 공익사업의 의미	7
제 2 절 토지보상법령의 개요	8
1. 손실보상의 개념	0
2. 손실보상의 근거	10
3. 손실보상의 원칙	12
4. 손실보상의 요건	16
5. 손실보상의 기준	20
제 3 절 손실보상의 절차	22
1. 사업인정	22
2. 보상계획의 수립	23
3. 보상계획 절차	24
제 4 절 손실보상의 유형	31
1. 토지 및 물건 보상	31
2. 영업보상	32
3. 생활 및 이주대책	38

제 3 장	위법행위에 대한 손실보상제도의 문제점	47
제 1 절	손실보상 제도의 문제점 및 공익사업의 유형	47
제 2 절	개발제한구역의 의의 및 내용	48
1.	개발제한구역의 의의	48
2.	개발제한구역의 행위제한	49
3.	이행강제금	51
제 3 절	불법시설물의 처리 방법	53
1.	행정처분의 법적 의미	53
2.	국·공유지 무단사용 및 무허가 건축물 보상	55
3.	행정처분 사항 보상	56
4.	불법용도변경 건물의 영업보상	59
제 4 장	손실보상제도 개선방안	62
제 1 절	불법행위에 따른 손실보상제도 개선방안	62
1.	국·공유지 지상의 무단 지장물 처리 방법	62
2.	개발제한구역 내 행정처분 된 지장물	65
3.	불법 용도변경 된 건물에서의 영업보상	67
제 5 장	결 론	70
	【참고문헌】	74

【 표 목 차 】

[표1-1]	연구의 구성체계	5
[표2-1]	손실보상 관련 구분	15
[표2-2]	개별법상 사업인정 의제 및 재결신청기간 특례규정	22
[표2-3]	무허가건축물 등의 건축시기에 따른 영업보상 비교	33
[표3-1]	위반시 부과액 산정식	52
[표3-2]	시도별 보상 대상 구분	56
[표3-3]	건축법령비교	60
[표4-1]	물건 목록	63
[표4-2]	한국토지주택공사 용도변경 된 건물내 영업보상 추정액	68

【 그림 목 차 】

<그림2-1>	보상업무흐름도	24
<그림3-1>	사업별 보상금 내역	48
<그림4-1>	국유지 지적도	62
<그림4-2>	물건 배치도	63
<그림4-3>	보상구간 표시 용지도	66

1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

헌법 제23조제1항 후문에 개인의 재산권은 “ 그 내용과 한계는 법률로 정한다” 라고 규정하며 재산권의 세부적인 내용은 헌법 자신이 결정하는 것이 아니며 입법권자의 과제로 위임하여 정하고 있다. 헌법 제3항에서는 공공의 필요에 의한 재산권의 수용 등에 제한으로 발생하는 사항은 법률로써 하되, 정당하게 보상을 해야 한다고 규정하고 있으며, 공공의 필요에 따른 재산권의 침해는 손실보상을 해야 된다고 하고 있다. 헌법에서 재산권 보장 의미는 재산권의 ‘존속보장’ 과 ‘가치보상’을 의미한다. 존속보장은 재산권의 존속이며, 공용목적의 침해상황이라도 단순히 정당하게 보상되었는지가 아닌 당해 사업이 공공의 목적과 적법성을 고려한다는 것이다. 입법권자는 재산권에 대하여 헌법의 근본적인 가치결정의 범위 내에서 그 내용을 확정하거나 한계를 설정하여 한다. 헌법은 입법권자에 내용결정과 한계설정 권능을 부여하여 재산권이 갖는 사회적 관련성과 그 기능에 따라 재산권자의 사적 이익과 공동체요구의 공적 이익을 동일한 가치로 실현 될 수 있게 한다. 공권력에 의한 재산권제한의 척도가 재산권에 관한 법률유보로서의 내용과 한계설정의 내재적 제한의 범위를 넘어서지 않는다면 그 방어권은 제한되어진다. 그러나 입법권자의 무제한적으로 제한을 허용하는 것은 아니다 따라서 개인 재산권의 제한은 가치보상에 중심을 두고 특별한 희생의 문제와 재산권의 보존에 등에 대한 고찰한다. 재산권 보장의 의미가 자유 실현의 물질적 기초가 되는 재산권의 보호를 통해 인간의 존엄과 가치가 궁극적 목적을 보장하는데 있다고 볼 때 존속보장이 가치보장 보다 더 우선시 되어야 한다. 그러나 헌법에서 공공의 필요에 의해 개인의 재산권을 제한하는 경우를 인정하므로 가치보장을 위한 방법 중의 하나로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하: 토지보상법) 일반법으로 토지 등 공익사업으로 인한 재산권 침해에 대한 보상에 대해서 주로 규정하고 있다.

과거 재산권에 대한 주장이 소극적이었던 것에 반해 현재는 민주화, 경제화, 정보화 등으로 우리 사회여건이 급속도로 변하고 있는 과정이다. 그러한 연유로 과거 개인재산권 문제에 소극적 이었던 소유자들도 정보통신의 발달과 정보의 공유를 통해 손실보상의 문제점을 지속적으로 재기하고 있으며, 과거와는 다르게 직접적인 보상에 초점이 아닌 부대적인 간접손실 보상까지 보상의 범위가 복잡 다변화 되었다. 따라서 현재 법적인 테두리 안에서 모든 문제를 해결하는데 한계를 보이고 있다.

또한 토지보상법 및 동법시행규칙에서 의하여 실시되는 손실보상의 절차는 과거 물건 등에 치우쳤다면 근래에 들어와서는 생활보상, 간접손실 보상 등으로 확대 되어가고 있다. 토지보상법 및 시행규칙은 포괄적인 보상에 대한 개념을 정리하고 있기 때문에 실무상 적용 부분에서 사업시행자 및 담당자는 관련 규정 적용에 어려움을 겪고 있으며, 사업시행자에 따라 적용이 다르기 때문에 혼선을 빚고 있다. 토지보상법제79조(그 밖의 토지에 관한 비용보상 등) 제79조(그 밖의 토지에 관한 비용보상 등) ① 사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 취득하거나 사용하는 토지(잔여지를 포함한다) 외의 토지에 통로·도랑·담장 등의 신설이나 그 밖의 공사가 필요할 때에는 그 비용의 전부 또는 일부를 보상하여야 한다. 다만, 그 토지에 대한 공사의 비용이 그 토지의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 토지를 매수할 수 있다. ② 공익사업이 시행되는 지역 밖에 있는 토지등이 공익사업의 시행으로 인하여 본래의 기능을 다할 수 없게 되는 경우에는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 그 손실을 보상하여야 한다. 라고 규정하고 있으나 실제 공익사업 진행시 어느부분까지 공익을 위해 필요한 부분이며, 본래의 기능을 다 할 수 없게 되는 경우를 판단하는 것은 사업시행자의 몫이기 때문에 일선에서는 상당히 논란의 여지가 있다. 동법 시행령 제39조(잔여지의 판단) 잔여지의 판단은 종래의 목적으로 사용하는 것이 어려운 경우 등으로 규정하고 있으나 실제 종래의 목적으로 사용 가능 여부를 판단하는 것 또한 주관적인 판단에 근거하고 있다, 동법 시행규칙 제45조(영업손실의 보상대상인 영업), 제47조(영업의 휴업 등에 대한 손실의 평가) 영업보상 규정 역시 영업허가, 적법한 장소, 휴업일수 산정 등에서 상당한 혼란이 있으며, 시행규칙 제48조(농업의 손실에 대한 보

상)에 따른 영농 보상의 경우 농민의 유무에 따라 양도 소득세 감면 문제가 발생하기 때문에 영농보상 지급에서도 상당한 혼선이 일어나고 있으며 상황으로 토지보상법 규정만으로는 명확한 보상의 범위와 기준을 정할 수 없어 정당 보상을 실현하는데 많은 문제점들이 발생되고 있다.

금번 논문에서는 공익사업을 위한 손실보상에서 다루게 될 내용으로는 국공유지 내에 위법한 지장물에 관한 사항 및 개발제한구역 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에 관한 특별법의 제한을 받는 개발제한 구역내의 보상의 범위에 관하여 고찰할 것이다. 또한 최근에 시행규칙 개정이 통한 영업보상 적용에 대해 다루게 될 것이다. 최근 개발제한구역 해지를 통한 공공사업 시행시 토지보상법 적용에서 특별법 우선의 원칙에 의거하여 토지보상법 적용이 가능하지 여부에 관해 당해 공공사업 시행자들 사이에 어려움을 겪고 있다. 개발제한구역은 건축물의 건축 이축 용도변경 등 행위 제한사항이 강력하며, 토지의 형질변경 또한 원칙적으로 금지하고 있기 때문이다. 통상적으로 개발제한구역 외의 지역에서는 합법적인 증축 및 적치 행위가 개발제한 구역에서는 불법이 되기 때문이다. 여기서는 위법한 사항에 관하여 사유재산에 관한 공익사업시 법적 지위와 사회의 정당한 재산질서의 규범 명령 간에 야기되는 긴장관계를 고려하여 사유재산제의 보장이 공동체 생활과의 조화와 균형을 흐트러트리지 않는 범위 내에서 보장한다¹⁾ 규정 하였다.

또한 국공유지 지상에 무단 지장물에 대해서는 이전비 보상을 원칙으로 하고 있다. 그러나 개발제한구역은 지역 내에 특정 행위가 어느 부분까지 보상 대상이 되며 어느 부분은 보상대상으로 보지 않아야 하는지 여부를 판단하는 것은 상당부분 사업시행자의 역할로서는 업무상에 상당한 혼선을 일으키고 있다. 그런 연유로 토지 소유자 및 지장물 소유자들과 마찰이 일어나고 있고 이러한 연유로 사업기간의 지체로 인해 국고가 낭비 되고 있다.

본 연구는 국공유지 지상의 무단 지장물 보상의 타당성 여부 및 개발제한구역 내 공공사업 시행으로 발생하는 문제점을 분석하여 문제점 용도변경된 영업보상의 법적해석 및 적용문제 등을, 최근 적용되고 있는 사례 감사원 지적 사항, 국가인권 위원회 제소 사항 등을 통해 정당한 보상이 이루어 질 수 있도록

1) 헌재결 1989.12.22, 88헌가13.

록 제도를 어떻게 개선 보완 하는 것이 바람직한가에 대한 검토를 하려고 한다.

제 2 절 연구의 범위와 방법 및 선행연구 분석

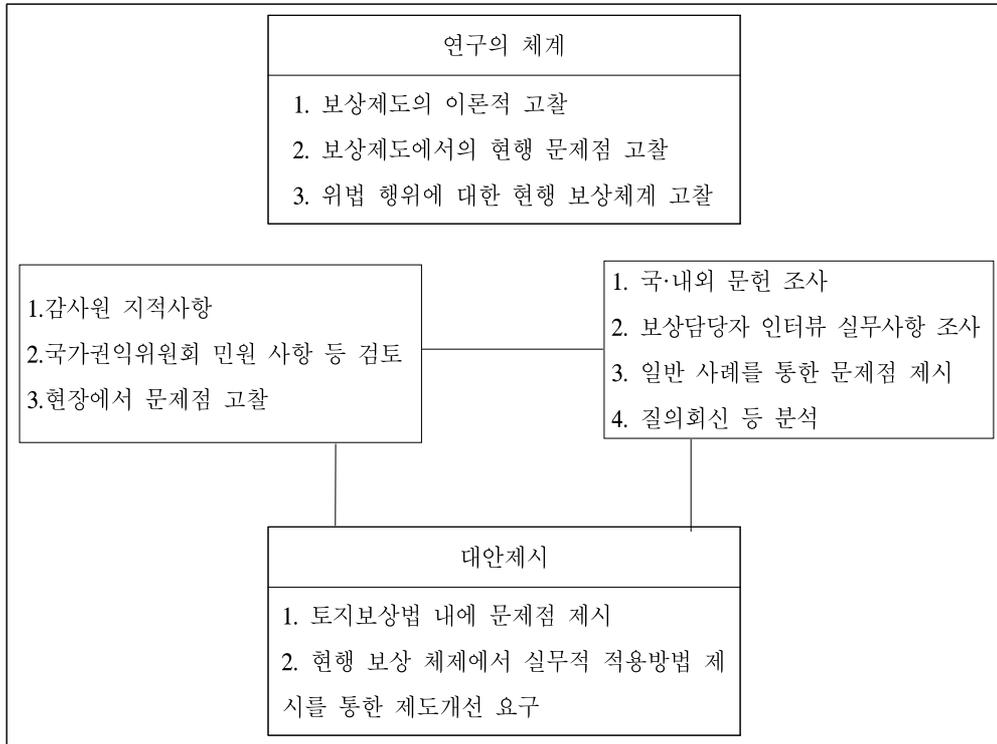
1. 연구의 범위

본 연구의 내용적 범위는 공익사업의 개념에 대해 기존 문헌 등을 통해 공익사업의 유형 및 요건 등에 대해 알아볼 것이며, 선행연구에서 문제 되었던 부분에 대해 조사할 것이며, 공익사업에서 가장 중심이 되는 손실보상의 개념 및 근거, 법적내용 등에 대해 이론적으로 알아볼 것이다.

금번 연구의 중심인 영업보상 관련 사항 및 국공유지지상의 물건 등에 관하여 보상범위에 대한 개념과 행위제한 사항 또한 관리 내용 등에서 현재 적용방법이나 논의 되어지는 사항 등을 이론적으로 검토를 할 것이며, 또한 대표적인 사례 등을 통하여 제도적 운영의 어려움을 파악하여 합리적이며 대안을 연구할 계획이다. 연구의 구성체계는 [표1-1] 과 같으며 연구 내용은 다음과 같다.

주요 내용은 위법 지장물 등에 관한 처리문제 그리고 개발제한구역내 개발제한구역의 특별법이 적용된 국공유지 지상의 무단지장물, 행정처분 된 지장물, 용도변경 된 건물에서의 영업보상 등의 처리 문제로 한정하여 연구하기로 하였다.

[표 1-1] 연구의 구성체계



2. 연구의 방법

연구의 진행 방법으로는 공익사업의 이론적 접근을 위해 각종보고서, 서적 논문, 정부간행집 등을 통해 이론적 접근을 할 계획이며, 실제 토지보상법에서 도출 되는 문제점에 대해 검토를 할 것이며 이론적 접근 외에 실무적 문제점을 파악하기 위해 국공유지 지상에 위법지장물 및 개발제한 구역 내 보상업무를 담당하는 실무자 인터뷰를 통해 실제 현장에서 진행 되는 문제점을 분석 도출 할 계획이다. 이를 통해 이론적 검토 및 실무적 내용 보완을 통해 손실보상 문제에 대해 심도 깊이 다룰 것이다.

3. 선행연구 검토

본연구와 관련된 선행연구는 물건 등에 관한 제도적 대안제시에 대한 연구는 상대적으로 적은편이나 영업보상에 관한 연구는 구체적 대안 제시가 아닌 영업보상의 확대 등 제도적 대안 제시에 관한 연구가 대부분이다. 따라서 선행연구에 관한 내용을 요약을 아래와 같이 하였다.

김봉채(2012년)은 개발제한구역지정에 따른 손실보상에서는 개발제한구역의 지정이 재산권 제한 형식인 공용침해이므로 사회적 구속성의 한계를 벗어나는 경우에는 보상규정을 두어야 한다. 이때 사회적 구속의 한계를 벗어났는가를 판단 기준으로 특별희생이론을 적용하여 판단하는 것이 옳다고 주장하였다. 김용창(2012)은 공익사업에서 정당보상과 손실보상제도의 쟁점 및 개선에 대한 연구는 손실보상제도의 주요 쟁점을 보상가치와 범위, 개발이익 배제를 위한 구체적인 수단, 손실보상방법, 보상행정관리체계로 구분하여 검토하였고 개선방향을 제시하였다.

김희국(2011)은 손실보상제도 개선방향에 관한 연구에서는 사업인정 이전부터 투기방지 대책 등을 간구하여야 한다고 주장하였으며, 생활대책 및 자유영업에 대해서도 보상 확대 및 금액 증액 등을 주장하였다.

김해성, 정철모(2011) 공법상 영업손실보상의 개선방향에 관한 연구에서는 영업손실보상에 대한 확대를 요구하였으며, 공익사업시행지구 밖의 간접 침해의 보상요건에 관해 제도적 이해와 요건 완화를 주장하였다. 김종수(2011) 공공용지의 취득과정에서 정부가 제시하는 합법적인 요건을 갖추지 못한 영업에 대해서는 영업보상을 하지 않으나, 실비변상적 보상은 하고 폐업보상 시 영업권 상실에 따른 보상도 별도로 해야 한다고 주장하였다. 이선영(2011) 영업보상의 요건을 실질적 요건과 형식적 요건으로 구분하였고 실질적 요건으로는 영리목적, 적법한 장소 등의 법적요건, 영업보상에 대한 요건적 대안 등을 제시하였다.

선행연구는 대부분 사례분석을하여 결론을 도출하기 보다는 일반설문 및 문헌연구를 통하여 대안을 제시하였다. 그러나 본 연구는 특정 사례 등을 통하여 불법행위에 대한 제도적 개선방안을 도출하고 모색할 것이다.

제 2 장 이론적 배경

제 1절 공익사업의 의미

우리 헌법상 토지소유권 제한을 목적으로 하는 공익을 나타내는 표현은 헌법 제23조 제2항의 공공복리, 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장, 사회질서, 공공복리 그리고 헌법 제119조 제2항의 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 헌법 제120조 제2항의 균형 있는 개발과 이용, 헌법 제121조 제1항의 경자유전의 원칙, 헌법 제122조의 효율적이고 균형 있는 이용 등으로 표현되고 있다.²⁾ 공익사업 시행을 위하여 수용, 사용 등의 제한으로 인한 공익개념의 표현은 헌법 제23조 제3항에 규정된 ‘공공필요’이다.

헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 재산권의 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 헌법 제23조제3항의 손실보상은 ‘공공필요’와 재산권의 수용·사용 및 제한 즉 ‘공용침해’라는 요건을 필요로 한다. 여기서 공공필요라 함은 공공의 이익을 위하여 법률로써 정한 공익사업을 시행하거나 공익 목적을 달성하기 위하여 재산권의 제한이 불가피한 경우를 말한다. 다만, 이 개념은 추상적이고 전형적인 불확정개념이기 때문에 내용의 구체화는 개별입법자에게 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

개별적·구체적인 경우의 공익판단에 관한 종래의 일반적인 견해는 ① 당해 사업이 순수한 수익목적 내지는 영리목적을 위한 경우, ② 한정된 특정 소수인의 이익을 위한 경우, ③ 당해 사업이 사회·경제·문화생활상 직접적인 필요성이 극히 적은 경우, ④ 사업주체가 당해 토지를 직접 자기목적을 위하여 공용하지 아니한 경우 등에는 공익성이 없는 것으로 보고 있다.³⁾ 이러한 공익판단에 관한 전통적 견해는 도로·철도 등과 같은 개개의 공공설의 건설·유지

2) 김문현(2003), “헌법상 토지소유권 보장과 공익에 의한 제한”, 『부동산법학』, 제7집, 한국부동산법학회, p.12.

3) 박평준(2003), “공용수용법제의 현대적 경향”, 『부동산법학』, 제9집, 한국부동산법학회, p.111.

와 관련하여 공용수용이 인정되어 왔으나, 재산권 보장의 법리에 의해 공익판단 기준은 개별적인 공익사업에 엄격하게 적용하여 왔으나 최근에는 공익사의 범위 또한 넓게 해석되어 골프장 건설에도 수용권을 주는 경우 등도 발생하여 공익사업에 대한 정확한 정의가 필요하게 되었다. 그러나 통상 공익사업은 토지보상법 제4조에 해당하는 사업을 공익사업으로 보나 제8항에 그밖에 다른 법에 있어 토지를 수용 할 수 있는 사업으로 정하는 등 논란의 소지가 있는 것이 사실이다.

따라서 행정주체가 그의 재정적 수요를 충족하기 위해 한 침해행위는 공공필요를 위한 경우로 볼 수 없다. 왜냐하면 어떤 개인의 토지에 대한 공용침해와 그에 따른 희생은 특정 공익목적의 달성을 위해 필요한 경우에만 정당화될 수 있기 때문이다. 따라서 수용한 토지를 장기간 그대로 방치하는 것은 허용되지 않으며, 사인사이의 분쟁과 이해관계를 조정하는 국가의 수단이 아니기 때문에 특정 사인의 이익을 위한 경우는 허용될 수 없다.

제2절 토지보상법령의 개요⁴⁾

우리 헌법은 제 23조에서 사유재산권의 보장을 규정하는 동시에 재산권 행사의 공공복리 적합의무와 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 보상에 관한 사항을 함께 규정하고 있다. 이와 같은 헌법적 원리에 기초하여 공공필요에 의한 재산권의 수용과 사용 및 그에 따른 보상에 관하여 규정하고 있던 종전의 법령이 「토지수용법」과 「공공용지의취득및손실보상에관한 특례법」이다.

1962년에 제정된 토지수용법은 토지의 강제취득을 위한 수용 및 보상에 관한 사항을 규정하고 있고, 1975년에 제정된 「공공용지의취득및손실보상에관한 특례법」(이하 “공특법”이라 한다)은 강제취득 이전에 당사자의 협의에 의한 임의취득과 그 보상에 관한 사항을 규정하고 있는 바, 그 동안 이 두 법이 도로, 철도, 택지개발, 항만 및 공항 등 각종 공공사업의 시행을 위하여 필요

4) 아산시(2006), 『토지보상실무』, 충청남도: 아산시, pp.6~7.

한 토지와 물건의 취득·사용과 보상에 관한 근거법률로서 중요한 역할을 수행하여 왔다.

그러나 일제 강점기의 토지수용령을 근간으로 제정된 토지수용법과 민법의 특례법으로 제정된 공특법은 내용적으로 크게 낙후되어 있어 변화된 현실여건을 적절히 반영하지 못하고 있을 뿐 아니라, 공익사업을 위한 토지의 취득 및 보상절차, 보상 기준에 관하여 이원적으로 법령이 운영됨에 따라 법령이해의 곤란은 물론 동일한 사항을 중복규정 하거나 상이하게 규정하고 있고 불합리한 보상기준으로 국가예산이 낭비되는 등 많은 문제가 노출되면서 보상법체계의 개선 필요성이 대두되게 되었다. 물론 그 동안 부분개정을 통한 점진적인 법령의 정비도 없었던 것은 아니나, 보상 법제는 국민의 재산권과 밀접하게 관련되어 이해관계가 첨예하게 대립됨으로 인하여 전면적인 개선이 이루어지지 못하였다.

이러한 문제점이 심화됨에 따라 정부에서는 1999.3.5. 「공공건설사업 효율화 종합대책」의 일환으로 토지보상제도를 개선하기로 결정하여, 「공공용지 취득 및 손실보상제도 개선방안 연구용역」과 공청회를 거쳐 토지수용법과 공특법을 통합한 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)안을 마련하여 2000.12.18. 국회에 제출하였고, 2001.12.7. 국회를 통과하여 2002.2.4. 법률 제 6656호로 공포되었으며, 2002년도에는 법률에서 위임된 사항과 그 시행을 위하여 필요한 사항을 정하고 있는 동법시행령(2002.12.30. 공포)과 시행규칙(2002.12.31. 공포)의 제정이 완료되어 2003.1.1.부터 시행하게 되었다.

1. 손실보상의 개념

공익사업 시행에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 수용함에 따른 손실은 「토지보상법」에 의거 정당하고 공정하게 보상하여야 한다. 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 헌법재판소 판결(1994.2.24., 92헌가15등) 내용은 헌법 제23조는

제1항에서 재산권 보장의 원칙을 천명하면서, 제2항에서 재산권 행사의 공공 복리적합의무, 즉 재산권 행사의 사회적 의무성을 규정하고 있다. 또한 제3항에서 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 재산권 침해에 대하여 어느 정도까지 손실보장을 인정할 것인가의 문제는 각국의 입법 정책 및 재산권에 대한 사회적 가치관에 따라 달라질 수 있다. 일반적으로 완전보상설과 상당보상설이 대립하고 있다.⁵⁾

2. 손실보상의 근거

1) 손실보상의 이론적 근거

손실보상의 이론적 근거로는 기득권설, 은혜설, 공용징수설, 공평부담설, 특별희생설 등을 들 수 있다.

첫째, 기득권설은 프로이센시대의 손실보상 사상을 표현하는 고전적인 학설로서 자연법적 기득권의 불가침성을 전제로 하여 공공의 필요에 따른 기득권의 침해에는 그 경제적 가치로서 보상을 하여야 한다는 견해이다(Stodter, 1933:52). 그러나 이 견해는 기득권의 내용이 어디까지 미치는지가 명확하지 아니하고, 기득권 이외의 재산권의 침해에 대하여는 보상의 근거가 될 수 없고(이상규, 1988:571), 근대적 주권개념이 대두한 이래 위 이론의 기초가 되었던 기득권불가침의 원칙 자체가 파괴되었다는 점등의 이론적 결점을 내포하고 있다.

둘째, 은혜설은 근대적 사회의 주권관념의 성립과 함께 발생한 것으로서 국가의 주권은 절대적으로 개인은 이에 전혀 대항할 수 없다는 것을 전제로 하고 있다. 개인의 권익의 침해에 관한 사항은 은혜적인 보상이 부여될 수 있음에 지나지 않는다고 하는 견해이다. 이 견해는 오늘날의 법률사상에 부합되지 아니함은 물론이고, 오히려 손실보상의 이론적 근거를 부정하는 것이라고 할 수 있다(박평준, 2003:291).

셋째, 공용징수설은 헌법이 개인의 재산권을 보장하고 공공의 필요에 의한

5) 국토연구원(2006), 『공익사업의 원활한 수행을 위한 토지보상체계 개선 연구』, 경기도: 국토연구원, p3.

사유재산권의 침해에 대한 보상을 규정하고 있는 정신을 일반화하여 재산권에 대한 당연한 사회적 구속을 넘는 모든 재산권의 침해를 공용징수로 보는 견해이다. 그러나 이 견해는 손실보상의 법률적 근거에 대한 설명은 될 수 있지만, 손실보상의 이론적 근거를 제시하는 것으로는 볼 수 없다(이상규, 1988:572).

넷째, 공평부담설은 손실보상의 근거를 평등부담의 원리, 즉 사회구성원에 의한 희생을 평등화해야 한다는 주장이다. 즉, 이 견해는 공익상 필요한 사업으로서 특정 개인이 희생을 받아야 하는 경우 그 사업에 의하여 이익을 받은 사회전원이 부담으로 이루어져야 한다고 하는 평등의 사상이 깨어지기 때문에 이 깨어진 평등의 사상을 원상회복하기 위하여 특정인에게 과하여진 부담을 사회전원의 부담으로 인정된 것이 손실보상이라고 한다(차태환, 2009:254). 이 견해는 1789년의 프랑스 인권선언 제13조에 근거를 두고 있다.

다섯째, 특별희생설은 사유재산권이 보장되는 제도 하에서 공익사업을 위하여 사유재산권을 수용함으로써 사유재산에 대하여 가해진 특별한 희생에 대하여는 그것이 적법하다고 하더라도 정의·평등원칙에 입각하여 공익을 위하여 개인에게 부과된 특별한 희생은 이를 전체의 부담으로 하여 보상하는 것이 정의·공평의 요구에 합치되는 것이라는 견해이다(김동희, 2009:554). 이 사상은 독일 바이마르헌법 제153조, 독일기본법 제14조 등에 규정되어 있으며, 공용수용 등의 판례에 널리 채택되고 있는 우리나라의 통설이다.

따라서 헌법상 사유재산제를 보장하면서 공익상의 필요라는 이유만으로 사유재산에 대한 보상 없는 임의적 침해를 허용한다면 개인을 위한 구체적 재산권 보장이라는 헌법상의 선언을 유명무실하게 하는 것이 될 것이다. 그러므로 사유재산제를 전제로 하는 한 사유재산에 가해진 우연하고 특별한 희생은 이를 적절히 배분·조절함이 법의 목적인 정의·공평의 이념을 실현하는 길이다. 손실보상제도는 사유재산권의 보장과 정의·공평의 원칙 및 법률생활의 안정성이 요구하는 당연한 결과라고 할 수 있다. 이와 같은 근거를 고려하여 볼 때 특별한 희생의 기준에 대하여는 견해가 갈라지고 있지만 우리나라의 통설인 특별희생설이 타당하다고 할 것이다.

3. 손실보상의 원칙⁶⁾

손실 보상의 원칙은 다음과 같이 구분 할 수 있다.

1) 사업시행자 보상원칙(토지보상법 제61조)

공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상한다. 따라서 설사 보상업무 및 이주 대책에 관한 업무를 지방자치단체 등의 기관에 위탁하여 시행하는 경우라 하더라도 보상책임은 궁극적으로 사업시행자에게 있다.

2) 사전보상 원칙(토지보상법 제62조)

사업시행자는 당해 사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 토지소유자 및 관계인에 대하여 보상액의 전액을 지급하여야 한다. 다만 토지소유자 및 관계인의 승낙이 있거나 천재지변시의 토지의 사용 또는 시급을 요하는 토지의 사용의 경우와 같이 성질상 사전보상이 불가능한 경우에는 사후보상이 인정되나 이 경우에는 반드시 법적근거를 요한다.

3) 현금보상 원칙(토지보상법 제63조)

손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다.

다만, 부채부동산 소유자 등에게는 사업시행자가 발행하는 채권으로 지급할 수 있으며, 토지소유자가 원하는 경우에는 사업의 시행으로 조성한 토지로 보상할 수 있다.

4) 개인별 보상원칙(토지보상법 제64조)⁷⁾

6) 한국감정원(2011), 『토지보상실무』, 서울: 한국감정원, p.155. 등 참조.

7) [질의] 공익사업지구에 편입되는 토지에 대한 토지수용위원회의 협의성립확인신청과 관련하여, 사업의 실시계획승인 전에 협의취득하여 취득한 토지에 대하여 소유권이전등기말소청구권에 기한 소유권일부가처분등기가 경료된 경우가처분권자가 토지보상법 제2조제5항의 관계인에 해당되는지 여부 및 가처분권자의 동의서를 첨부하여 협의성립확인신청을 하여야 하는지 여부

손실보상은 토지소유자 또는 관계인에게 개인별로 보상액을 산정할 수 없는 경우를 제외하고는 개인별로 행하여야 한다.

실무에 있어 소유권이외의 권리를 구분 확정하기가 어려워 소유자가 각각 그 권리의 설정내용을 말소하고 보상금을 일괄 수령하도록 하고 있으나 이 경우 관계인의 권리가 소홀히 취급될 우려가 있으므로 주의를 요한다.

5) 일괄보상원칙(토지보상법 제65조)⁸⁾

사업시행자는 동일인 소유의 토지 등이 수개 있는 경우 토지소유자 또는 관계인의 요구가 있는 때에는 일괄하여 보상금을 지급하여야 한다. 이는 동일인 소유의 보상물건이 시기적으로 분리보상되어 대토 등 이주에 지장이 생기는 것을 막기 위한 것이다.

6) 사업시행이익과 상계금지 원칙(토지보상법 제66조)⁹⁾

사업시행자는 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부를 취득 또는 사용하는 경우 당해 공익사업의 시행으로 인하여 잔여지의 가격이 증가하거나 기타의 이익이 발생한 때에도 그 이익을 그 취득 또는 사용으로 인한 손실과 상계할 수 없다.

7) 개발이익 배제의 원칙(토지보상법 제67조 제2항)

[회신] 토지보상법 제2조제5호의 규정에 의하면“관계인”이라 함은 사업시행자가 취득 1)또는 사용할 토지에 관하여 지상권·지역권·전세권·저당권·사용대차 또는 임대차에 의한 권리 기타 토지에 관한 소유권이외의 권리를 가진 자 또는 그 토지에 있는 물건에 관하여 소유권 그 밖의 권리를 가진자로 규정하고 있으므로 관계인은 토지소유권이외의 권리자를 모두 포함한다 할 것입니다. 다만, 가처분등기는 토지소유자에 대하여 임의처분을 금지함에 그치기 때문에 초지수용법상의 관계인이 될 수 없다는 대법원판례(1973.2.26. 선고72다2401·2402판결)가 있으니 참고하시기 바랍니다. (2003.9.20. 토관 58342-1266 별 2조)

8) 토지에 대한 수용재결절차개시 이전에 당해토지를 매수하여 대금을 완급하고 그 토지를 인도받아 사용권을 취득하였으나 그 소유권이전등기만을 마치지 아니한 자는 토지수용으로 말미암아 그 소유권을 취득할 수 없게 되는 결과를 초래하는 점에 비추어 토지 수용법 제4조 제3항에서 말하는 관계인으로 해석함이 상당하므로 토지수용위원회의 수용재결에 대하여 이익을 신청할 수 있다 (대법원 1982.9.14. 선고 81누130판결)

9) 잔여지가 토지수용의 목적사업인 도시계획사업에 의하여 설치되는 너비 10m의 도로에 접하게 되는 이익을 누리게 되었더라도 그 이익을 수용 자체의 법률효과에 의한 가격 감소의 손실(이른바 수용손실)과 상계할 수는 없는 것이므로 그와 같은 이익을 참작하여 잔여지 손실보상액을 산정할 것은 아니다.(2000.02.25. 선고, 99두6439판결)

당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있더라도 이를 보상액에 고려하지 않는다. 따라서 당해 공익사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 배제하지 아니한다.

대법원도 같은 취지에서“토지수용으로 인한 손실보상가액을 산정함에 있어서 당해 공익사업의 시행을 직접목적으로 하는 계획의 승인·고시로 인한 가격변동은 이를 고려함이 없이 수용재결 당시의 가격을 기준으로 하여 적정 가격을 정하여야 하나, 당해 공익 사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 아니한 가격으로 평가하여야 하는 것이다”(1992.2.11선고 91누7774판결)라고 판시하고 있다.¹⁰⁾

손실보상 관련 구분은 다음표와 같이 구분한다.

10) 당해 공공사업시행으로 인한 지가상승의 배제 여부(대법원 1983.09.13. 선고 82누402 판결) 사업시행으로 인한 지가상승이 예측되는 이상, 그 동안의 지가상승을 배제하지 아니한 수용재결 당시의 지가에 따라서 한 손실보상액 결정은 위법하다. 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익의 배제 여부(대법원 1999.01.15. 선고 98두8896 판결)당해 공공사업과는 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 아니한 가격으로 평가하여야 한다. 따라서 인근의 도로가 당해 공공사업과 별개의 사업으로 개설되었다면 도로가 개설된 사정을 고려하여야 한다. 개발이익이 포함되어 있거나, 반대로 자연적 지가상승분도 반영되지 아니한 경우 손실보상액 평가 방법(대법원 1993.07.27. 선고 92누 11084 판결) 공시지가에 당해 수용사업의 시행으로 인한 개발이익이 포함되어 있을 경우 그 공시지가에서 그러한 개발이익을 배제한 다음 이를 기준으로 하여 손실보상액을 평가하며, 자연적 지가상승분을 반영하지 못한 경우에는 자연적 지가상승률을 산출하여 이를 기타사항으로 참작하여 손실보상액을 평가하는 것이 정당보상의 원리에 합당하다. 도로의 확장공사로 인한 보상평가와 개발이익포함 여부 (1997.12.05. 토정58342-1783)미불용지인 경우에는 종전에 공공사업에 편입될 당시의 이용상황을 상정하여 평가하고, 도로의 개설로 인한 개발이익이 포함되어 있는 경우에는 이를 공제한 금액으로 평가한다.

[표2-1] 손실보상 관련 구분

범위	피침해권익	구분			시행규칙
공익사업 지구내	재산권	토지보상 (토지소유권)	취득하는 토지	일반토지, 공법상제한받는다 지, 미불용지, 도로·구거, 개간지, 소유권외의 권리목적에되는 토지	제22~27조, 제34조
			사용하는 토지	일반사용, 지하사용	제30~31조
			잔여지보상	가치하락감가보상, 매수수용보상	제32조
		토지이외의 재산권 보상	토지소유권외의 권리		제28조
			건축물 등 물건의 보상	건축물, 공작물, 과수, 묘목, 입목, 농작물, 분묘	제33~42조
			권리등의 보상	광업권, 어업권	제43~44조
	부대적 손실보상	실비변상적 보상	동산이전비, 이사비, 공사비, 사업폐지손실	제55,57조	
		일실손실 보상	영업손실보상, 농업손실보상, 축산업손실보상, 잠업손실보상, 휴직·실직보상	제45~52조	
	비재산권	주거용 건축물 보상특례	비준가격보상 인정, 최저보상액 보장, 재편입가산금, 이주대책(또는 이주정착금), 주거이전비		제58조
			이농비, 이어비		제22조
지구외	재산권	토지, 건축물, 공작물, 권리(어업권)			제59~60조, 제62조, 제63조
		일실손실보상	영업보상, 농업손실보상		
	비재산권	소수잔존자보상			제61조

4 손실보상의 요건¹¹⁾

(1). 손실보상 요건의 개요

헌법 제23조 제3항은 손실보상요건을 규정하고 있다. 재산권의 가치보장을 중시하는 경우 특별한 희생이, 존속보장을 중시하는 경우 공공필요가 문제시 된다. 재산권의 존속보장이 가치보장에 우선하는바 오늘날 재산권의 존속보장이 중시된다.

(1) 공공필요

재산권에 대한 공권적 침해는 공공필요에 의해서 행해질 수 있는바 공공필요는 공용침해 및 손실보상의 실질적 허용요건이자 본질적 제약요소가 된다. 공공필요는 대표적 불확정개념으로 시대적 상황과 국가정책적 목적에 따라 가변적이다. 따라서 공공필요가 인정되기 위해서는 토지보상법 및 동법에 대한 특례를 인정한 각 개별법에 규정한 공익사업이어야 하고 광의의 비례원칙에 합치해야 한다. 즉 구체적인 상황에 따라 공권적 침해를 통하여 추구하는 공익과 재산권자의 이익을 비교·형량하여 결정하여야 한다. 오늘날 공공성개념의 확대로 사인을 위한 수용(사용수용)이 인정됨에 따라 공공필요는 상당히 넓은 개념이 되고 있다. 오늘날 공공필요는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리와 함께 국가 또는 지역경제상의 이익도 포함된다.

(2) 재산권에 대한 공권적 침해

재산권이란 재산적 가치 있는 모든 공권, 사권을 말하며 물권, 채권 그리고 특별법상의 권리를 포함한다. 비재산적 법익이 침해된 경우 희생보상청구권이 논의되고 있다. 영업기회나 이득가능성은 이에 포함되지 않는다.

이때의 침해는 수용 사용 또는 제한 외에도 공용환권, 환지등에 의해 재산적 가치가 감소하는 경우까지를 포함한다. 침해의 방식은 법률에 의한 직접적인 침해(법률수용)와 법률에 근거하여 이루어지는 행정행위에 의거한 침해의 경우가 있다(행정수용).

11) 한국감정원(2011), 전게서, pp.145~147.

헌법 제 23조 제3항에 따라 보상이 주어지는 침해는 적법한 것이어야 한다. 위법한 침해의 경우에는 수용유사침해보상의 법리를 원용하여 보상될 수 있다. 또한 의도된 것이어야 한다. 의도되지 아니한 침해의 보상은 수용적 침해보상의 문제가 된다.

(3) 법률에 근거(침해의 적법성)

공공의 필요만으로 수용이 가능한 것은 아니며 법률의 근거가 있어야 한다. 토지보상법 제4조는 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 열거하고 있다. 기타 개별법률(국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시 및 주거환경정비법)에 수용 또는 사용의 근거가 두어지고 있다.

보상규정이 없는 공용침해도 손실보상의 대상이 되는 공용침해로 보는 견해와 보상규정 없는 공용침해는 위법한 공용침해로 취소소송의 대상이 되어야 하는 것으로 보는 견해로 나뉜다.

(4) 특별한 희생

1) 특별한 희생과 재산권의 내재적 제한의 구별

공공필요를 위한 재산권의 침해에 대하여 손실보상이 인정되기 위하여 재산권에 대한 특별한 희생이 있어야 한다. 재산권의 내재적 제한에 해당하는 경우에는 사인에게 수인의무가 있다.

(가) 경계이론

재산권의 내재적 제한과 공용침해는 별개의 제도가 아니고, 양자간에는 정도의 차이가 있을 뿐이며, 내재적 제한의 경계를 벗어나면 보상의무가 있는 공용침해로 전환한다는 이론을 말한다. 즉, 재산권의 내재적 제한을 벗어나는 재산권규제는 특별한 희생으로서 보상규정의 유무를 불문하고 보상이 따라야 한다는 논리이다. 경계이론은 보상규정이 없는 경우에도 보상을 해주어야 한다는 이론이므로 '수용유사침해론'으로 연결된다.

(나)분리이론

입법자의 의사에 따라 공용침해(수용·사용·제한)와 재산권의 내재적 제한의 설정이 분리된다는 이론을 말한다. 따라서 입법자가 공용침해(수용·사용·제한)를 규정한 것이 아니라 재산권의 내재적 제한을 규정하는 경우에는 원칙적으로 보상을 요하지 않는다. 그러나 입법자가 공용침해를 규정하였음에도 보상 규정이 없다면 보상의 문제를 가져오는 것이 아니라, 위헌의 문제만을 가져온다는 견해이다. 분리 이론은 우리의 헌법재판소가 취하는 입장이다.

(2) 특별한 희생(수용과 재산권의 내재적 제한의 구분)에 관한 학설

1) 형식설

(가) 개별행위설

공권력주체의 개별행위로 다른 사람에게는 없는 특정인의 권리가 침해된 경우에는 특별한 희생에 해당된다는 이론이다.

(나) 특별희생설

독일의 연방통상재판소에 의해 앞서 본 개별행위설을 대체하여 발전된 이론으로, 개인이나 집단을 다른 개인이나 집단과 비교할 때 불평등하게 다루고, 또한 그들에게 공익을 위하여 수인을 요구할 수 없는 재산권에 대한 침해를 하게 되는 경우에 특별한 희생에 해당된다고 한다.

2) 실질설

침해의 본질적 내용 및 강도를 기준으로 하여 특별한 희생과 재산권의 내재적 제한을 구별하는 견해

(가) 중대설

독일의 연방행정재판소가 취하는 이론으로 침해의 중대성과 범위를 구분기준으로 하는 입장이다. 침해의 중대성과 범위에 비추어 사인이 수인할 수 없는 경우에만 보상이 주어진다는 것이다.

(나) 보호가치설

침해되는 재산상의 권리가 보호할 가치가 있는 경우에 특별한 희생에 해당된다고 한다.

(다) 수인한도설

재산권에 대한 침해의 본질성과 강도를 기준으로 하여 보상 없는 재산권에 대한 침해가 재산권의 주체에게 수인가능한 것이 아닌 경우에는 특별한 희생으로 보는 견해이다.

(라) 사적효용설

개인이 갖는 재산권의 사적 이용가능성이 본질적으로 침해되는 경우에는 특별한 희생에 해당된다고 한다.

(마) 목적위배설

재산권에 대한 침해가 재산권의 본래의 기능 또는 목적에 반하는 것인가를 기준으로 하여, 재산권에 대하여 종래 인정되어 온 이용목적에 위배되는 경우에는 특별한 희생에 해당된다고 한다.

(바) 상황구속성의 이론

재산권 특히 토지 등이 소재하는 위치와 지정학적 상황에 따른 사회적 제약을 기준으로, 당해 재산의 특수한 상황에 따라 재산권에 가해진 제약은 재산권의 내재적 제한에 불과하다는 이론이다.

3) 학설에 대한 검토

현재 우리나라의 통설은 형식적 기준설과 실질적 기준설을 종합하여 특별한 희생여부를 판단하여야 한다는 견해이다.

5 손실보상의 기준

손실보상의 기준은 그 나라의 헌법을 밑받침하고 있는 재산권에 대한 사회적 가치관에 의해 결정된다. 헌법 제 23조 제3항은 재산권의 수용 사용 제한 및 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급할 것을 규정하고 있다. 여기서 정당한 보상의 의미와 관련하여 완전보상설과 상당보상설의 대립이 있다.

(1) 헌법상기준

손실보상은 피침재산이 갖는 경제적 가치를 완전히 보상하여야 한다는 것으로 피해재산의 객관적 시장가치만을 내용으로 하고 부대적 손실은 포함하지 않는다는 견해와 발생한 손실 전부 즉 부대적 손실까지 정당한 보상의 범위에 포함하는 견해가 있다.

(2) 개별법상 보상기준

헌법의 정당보상 기준의 범위와 내용을 구체화한 토지보상법은 구체적인 보상기준을 마련하고 있다.

1) 시가에 의한 완전보상

보상액 산정은 협의에 의한 경우는 협의성립당시의 가격을, 재결에 의한 경우는 재결당시의 가격을 기준으로 한다. 보상액 지급방법에 있어서는 현금보상을 원칙으로 하고 예외적으로 현물보상과 채권보상이 인정된다.

2) 개발이익배제

당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있더라도 이를 보상액에 고려하지 않는다. 따라서 당해 공익사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 배제하지 아니한다.

대법원도 같은 취지에서 “토지수용으로 인한 손실보상가액을 산정함에 있어서 당해 공익사업의 시행을 직접목적으로 하는 계획의 승인·고시로 인한 가격변

동은 이를 고려함이 없이 수용재결 당시의 가격을 기준으로 하여 적정 가격을 정하여야 하나, 당해 공익 사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 아니한 가격으로 평가하여야 하는 것이다"(1992.2.11 선고 91누7774판결)라고 판시하고 있다.

3) 생활보상

주거환경을 보장하는 주거의 총체적 가치보장으로 보상금이 가장 유효하게 이용되는 이주대책 등을 규정하고 있으며 이는 토지보상법이 생활보상을 지향함을 나타낸다.

4) 헌법상보상기준과 토지보상법상 기준과의 관계

현행 헌법 제23조 제3항은 정당보상을 천명하고 있으며 토지보상법은 구체적 기준으로 공시지가 보상을 규정하고 있다.

공시지가가 각종 조세부과의 기준으로 시가에 미치지 못하는 경향이 있는 바 이와 같은 공시지가를 기준으로 산정한 손실보상액이 정당보상이 될 수 있는지 여부가 문제시 된다.

이에 대하여 학설은 긍정설과 부정설로 나뉘며 대법원판례는 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하는 것은 개발이익을 배제하는 것이고 보상액의 산정방법에 어떠한 제한을 가한 것은 아니므로 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하는 것이 완전보상에 어긋난다고 할 수 없다. 또한 헌법재판소는 공시지가가 시가에 미치지 못하는 것은 공시지가제도운영상의 문제이지 공시지가 자체의 문제는 아니므로 공시지가를 기준으로 보상하는 것은 정당보상에 합치한다고 본다.

제 3 절 손실보상의 절차

1. 사업인정¹²⁾

(1) 의제

사업인정은 당해사업이 토지보상법 제4조의 공익사업에 해당되어 사업시행자에게 법에서 따라 행해지는 일련의 절차를 거쳐 수용할 수 있는 권원을 부여하는 행정행위로서, 통상 각 개별법에 의한 사업승인 등이 사업인정으로 의제되고 있으므로 토지보상법에 의한 사업인정을 받는 사례는 별로 없다.

[표 2-2] 개별법상 사업인정(고시) 의제 및 재결신청기간 특례규정

개별법	사업인정 의제	의제 근거조문	재결신청기간 특례
경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률	실시계획승인 고시	제13조 제2항	실시계획에서 정한 사업시행기간 이내
택지개발촉진법	예정지구 지정·고시	제12조 제2항	실시계획에서 정한 사업시행기간 이내
보급자리 주택건설 등에 관한 특별조치법	주택지구 지정·고시	제27조 제2항	지구계획에서 정한 사업시행기간 이내
도시개발법	개발계획의 수용·사용 대상토지 세부목록 고시	제22조 제3항	개발계획에서 정한 사업시행기간 이내
도시 및 주거환경 정비법	사업시행인가 고시	제40조 제2항	사업시행인가 시 정한 사업시행기간 이내
산업입지 및 개발에 관한 법률	산업단지 지정·고시(토지 등의 세목을 산업단지지정 이후 개발계획에 포함시키는 경우는 개발계획고시)	제22조 제2항	개발계획에서 정한 사업시행기간 이내
물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률	공사시행인가 고시	제10조 제2항	공사시행인가 시 정한 사업시행기간 이내
하천법	하천공사시행계획, 하천	제78조 제3항	하천공사 또는 수문조사시설공

12) 토지보상학회(2011), 『토지보상실무』, 서울: 한국토지보상학회, pp.13~14. 참조.

개별법	사업인정 의제	의제 근거조문	재결신청기간 특례
	공사실시계획, 수문조사 시설설치계획 수립·고시		사의 사업기간 내
소하천정비법	소하천정비시행계획 공고	제12조 제2항	시행계획 공고일로부터 2년 이내
공공기관 지방이전에 따른 혁신도시건설 및 지원에 관한 특별법	혁신도시개발예정지구 지정·고시	제15조 제2항	혁신도시개발사업의 시행기간 이내
국방·군사시설사업에 관한 법률	실시계획 승인	제6조 제3항	실시계획에 정한 시행기간내
기업도시개발특별법	토지 등 세목을 제11조 제4항(개발계획승인)에 의하여 고시한 때	제14조 제2항	개발계획 고시일로부터 2년 이내
국토의 계획 및 이용에 관한 법률	실시계획 고시	제96조 제2항	실시계획에서 정한 도시계획시설사업 시행기간 이내
도로법	도로구역 결정 또는 변경 고시 ※ 수용권의 주체는 관리청(제48조제1항)	제48조 제2항	도로공사 사업시행 기간 이내

2. 보상계획의 수립¹³⁾

사업예정지가 확정되면 지구관리와 더불어 원활한 보상시행을 위하여서는 보상계획을 수립하여 체계적으로 보상을 시행하여야 한다. 사업인정부터 공탁까지 사업지구 규모에 따라 소요기간이 약간씩 차이가 있지만 아래와 같은 절차에 의해 보상업무가 수행되므로 계획단계에서부터 소요기간을 염두에 두어야 착공 등 사업일정에 차질 없이 맞출 수 있다.

13) 토지주택공사(2011), 『토지보상지침』, 경기도: 토지주택공사, p.14. 참조.

〈그림2-1〉 보상업무흐름도

사업인정(개발계획승인 등)		
토지 및 물건조사 작성 (지장물 및 토지현황조사)	1~2개월	5개월
보상계획공고 및 열람	14일간	
감정평가사 선정 및 보상협의회 개최	30일간	
감정평가	30일이내	
보상액 사정 및 보상내역 통보	15일	
협의보상시행	1~2개월	
재결신청서류 작성 및 신청	1개월	10개월 *중토위 현장확인 또는 평가자문회의시 1개월 추가소요
재결공람 및 이의신청	1개월	
사업시행자의견 조회 및 제출	1~2개월	
재결평가	1개월	
평가자문회의 및 현장 확인	(1개월)	
재결서 작성 및 심의	1개월	
재결협의 및 공탁	2개월	

3. 보상계획 절차¹⁴⁾

(1) 기본조사

보상업무의 전방에 기초로 활용하기 위하여 토지 등의 현황과 내역, 기타 필

14) 한국감정원(2011), 전계서, pp.145~160.

요한 사항 등에 관하여 조사하는 업무를 말하며 일반적으로 기본조사라 함은 보상업무에 관련된 일체의 서면, 현지조사를 통칭한다. 기본조사에 의해 작성된 토지조서 및 물건조서를 기초로 감정평가, 협의보상 및 재결이 이루어지고 손실보상의 구체적인 범위를 확정하는 것이므로 정확한 조사와 작성이 되어야 한다.

(가) 현장조사의 원칙

토지에 대한 보상액은 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용 상황과 토지소유자 또는 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 이를 고려하지 않도록 되어 있다.

단, 무허가건축물 등의 부지 및 불법형질 변경 된 토지는 현황조사 대상이 아니다(토지보상법 시행규칙 제24조)

(나) 구분조사의 원칙

토지에 건축물, 입목, 공작물 그밖에 토지에 정착한 물건이 있는 경우에는 토지와 그 건축물 등을 각각 평가하여야 하므로 구분하여 조사한다.

(다) 기본조사 대상

토지보상법의 적용대상은 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요로 하는 입목, 건물 기타 토지에 정착한 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 광업권, 어업권 또는 물의 사용에 관한 권리, 토지에 속한 흙, 돌 모래 또는 자갈에 관한 권리이다(토지보상법 제3조) 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리는 토지조서 작성을 위한 조사사항에 해당되며, 그 외는 물건조서의 작성을 위한 조사대상이 된다.

일반적으로 물건조사라 하면 물건조서를 작성하기 위하여, 물건(광업권 어업권 또는 물의 사용에 관한 권리를 포함한다)이 있는 토지의 소재지 및 지번 물건의 종류, 구조, 규격 및 수량, 물건소유자의 정보 및 권리 관계의 관계인의 인적정보를 포함하여 보상금 산정에 필요한 사항을 조사하는 것을 의미한다

다.(토지보상법 제14조, 시행령 제7조제4항)

따라서 물건조사라 함은 물건조서를 작성하기 위한 조사 및 기타 사업시행자가 직접 보상액을 산정하기 위한 조사를 포함하는 포괄적 개념이라고 할 수 있다.

(2) 보상계획 공고 및 열람

보상계획공고 및 통지는 토지 및 물건 등의 기본조사가 완료되어 보상준비가 되었음을 소유자들에게 알리는 것으로, 열람기간 종료 및 이의신청에 대한 회신이 종료된 시점을 기준으로 토지 및 물건조서의 기재사항이 확정된다. 보상계획공고 및 열람 절차가 누락된 경우 재결 절차의 하자로 인해 재결 취소 사유 등 문제가 발생된다. 토지보상법 제15조(보상계획의 열람 등)은 토지를 수용하기 위한 적법한 절차의 한 단계이므로 정확한 날짜와 열람 통지를 해야한다. 보상계획공고 및 열람기간은 14일로 하며 민법 제157조에 의거 초일은 산입하지 아니하여 계산하고 토요일, 공휴일은 계산하므로 실제로 15일 이상 공고하여야 한다.

(3) 보상 협의회 설치

보상협의회는 해당 사업지역을 관하는 특별자치도, 시·군 또는 구(자치구)에 설치한다. 다만 해당사업지역을 관할하는 특별자치도, 시·군 또는 구(자치구)의 부득이한 사정으로 인하여 설치가 곤란한 경우 또는 공익사업을 시행하는 지역이 2 이상의 시·군 또는 구(자치구)에 걸쳐있는 경우로서 협의가 보상계획의 열람기간 만료 후 30일 이내에 이루어 지지 아니하는 경우에는 사업시행자가 설치하여야 한다. 보상협의회회의 실시시기¹⁵⁾는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 보상 계획의 열람기간 만료 후 30일 이내에 보상협의회를 설치하여야한다.

(4) 감정평가 및 보상액산정 ¹⁶⁾

15) 보상협의회 개초 지연 시 후속절차 진행 가능하나 보상협의회가 사전 의견수렴을 하기 위한 절차를 감안하여야 한다(토지정책과-3163, 3008.10.02)

16) 한국감정원(2011), 전계서, pp.55~58.

1). 감정평가에 의한 방법

토지, 지장물(건물, 수목, 공작물 등), 영업(일반영업, 축산업, 잠업, 어업, 광업), 분묘시설물, 농기구, 농작물

2). 통계 등에 의한 방법

이주정착금, 주거이전비, 이사비, 분묘이장비, 영농손실액, 이농비, 이어비, 영업보상특례, 재편입주거용건축물가산금, 주거용건축물최저보상특례 등이있다.

가. 통계에 의하여 산정하는 경우

① 영농손실액 (토지보상법시행규칙 제 48조)

통계청의 농가경제조사통계의 도별 농업총수입 중 농작물수입을 도별 표본 농가현황 중 경지면적으로 나누어 산정한 도별 연간 농가평균 단위경작 면적당 농작물총수입의 2년분을 보상한다.

② 주거이전비 (토지보상법시행규칙 제 54조)

통계청에서 발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 명목 가계지출비를 기준으로 산정하며, 주거용 건축물의 소유자는 2월분, 세입자는 4월분(무허가건축물의 세입자는 사업 인정고시 일 등 당시 1년 이상 거주)을 보상한다.

③ 영업보상특례 (토지보상법시행규칙 제 52조)

통계청에서 발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 산정하며, 영업을 허가 등이 없이 행하여 온 자 3월분(적법한 장소에서 영업을 허가 등이 없이 행하여 온 자)을 보상한다.

④ 이농비·이어비 (토지보상법 제 78조제 6항, 동법 시행규칙 제 56조)¹⁷⁾

통계청이 발표하는 농가경제조사통계의 연간 전국평균 가계지출비 및 농업 기본통계조사의 가구당 전국평균 농가인구를 기준으로 산정한 가구원수에 따른 1년분의 평균생계비를 기준으로 산정한다.

⑤ 이사비 (토지보상법시행규칙 제55조제2항)

주거용 건축물의 거주자의 보상금 산정은 동법 시행규칙(별표 4)¹⁸⁾의 기준에 의하여 산정하며, 이사비 중 노임은 통계법 제 3조제 4호의 규정에 의한 통계작성기관이 작성·공표한 공사부문 보통인부의 노임을 기준으로 한다.

나. 다른 보상금액의 일정비율로 산정하는 경우

①이주정착금 (토지보상법시행규칙 제53조제2항)

이주정착금은 주거용 건축물에 대한 평가액의 30%에 해당하는 금액 산장하여 지급하며 6백만원 이상 1천2백만원 이하의 범위 안에서 보상액을 결정한다.

② 20년 이내 공익사업 재편입 주거용 건축물 등 가산금 (토지보상법시행규칙 제58조 제2항) 주거용 건축물 및 그 대지에 대한 평가액의 30% 해당금액으로 하나 1천만원이 넘는 경우 1천만원으로 보상한다.

③ 주거용건축물의 최저보상특례 (토지보상법시행규칙 제58조)

주거용 건축물 평가액이 5백만원 미만은 5백만원으로 보상결정한다.

다. 사업시행자가 조사하여 산정하는 경우

①분묘에 대한 보상액 (토지보상법시행규칙 제42조)

감정평가의 방법도 가능함 하나 연고자가 있는 분묘(유연분묘)에 대한 보상액 = 분묘이전비 + 석물이전비 + 잡비((분묘이전비+석물이전비) × 30%)

17) 가구원수에 따른 1년분의 평균생계비 = 연간 전국평균 가계지출비 ÷ 가구당 전국평균 농가인구 × 이주가구원수

18) ※ 이사비 = 노임 + 차량운임 + 포장비((노임 + 차량운임)의 15%)

+ 이전보조비(100만원) 으로 산정한나 분묘 외에 석물이전비는 감정평가에 의하여 산정한다. 또한 연고자가 없는 분묘(무연분묘)에 대한 보상액 = 연고자가 있는 분묘에 대한 보상액 중 이전보조비(100만원)를 제외한 금액의 50% 이하 범위 안에서 산정한다.

보상계획 공고 및 열람이 완료된 이후, 사업시행자는 토지등의 보상액 산정을 위해 감정평가 업자 2인 이상에게 감정평가를 의뢰¹⁹⁾하여야 하며, 토지소유자가 요청하는 경우, 토지소유자가 추천하는 감정평가 업자 1인을 추가로 선정하여 감정평가를 의뢰 할 수 있다. 다만 사업시행자가 국토해양부령이 정하는 기준에 따라 직접 보상액을 산정 할 수 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

감정평가액은 3인 감정평가액을 산술평가액으로 산정한다. 통계에 의한 방법으로 산정 하는 경우는 이주정착금, 주거이전비, 이사비, 분묘이장비, 영농손실액, 이농비, 이어비, 영업보상특례, 재편입주거용건축물가산금, 주거용건축물 최저보상특례 등이 있다.

(5) 협의

보상협의라 함은 사업인정 고시가 있는 후에 기업자와 토지 소유자 및 관계인의 사이에 수용할 토지 등에 대한 권리의 득실 등에 관하여 협의하는 것을 말한다. 즉 협의는 수용할 토지의 범위·수용시기·손실보상 등에 관한 사업시행자와 피수용자간의 교섭 행위를 말한다.

(7) 채권보상 및 대토보상

현금보상에 대한 예외로서, 토지보상법은 채권보상과 대토보상을 인정하고 있다. 채권보상은 임의적 채권보상과 의무적 채권보상을 구별하고 있으며, 영자는 각각 사업시행자 요건, 대상요건 등을 달리하고 있으므로 해당 조항을 달리한다.

토지보상법 제63조제1항에서 규정하는 채권보상의 대상이 되는 “토지소유자

19) 토지 보상법 제68조 , 동법시행령 제28조

가 받을 보상금²⁰⁾”의 범위에 관하여 국토해양부는 “토지보상금”을 의미한다고 해석하고 있다. 따라서 물건에 대한 보상액, 기타 보상액은 채권보상시 고려 대상이 아니다.

대토보상은 토지 소유자가 원하는 경우 사업시행자가 해당 공익사업의 합리적인 토지이용계획과 사업계획 등을 고려하여 토지로 보상이 가능한 경우에 일정한 기준과 절차에 따라 해당 공익사업의 시행으로 조성한 토지로 보상하는 것을 말한다. 실질적으로 대토보상은 대토가 가능한 택지 등을 공급할 수 있는 사업에 적용 될 수 있으므로, 택지개발사업, 산업단지조성사업등에 한정될 것이며, 도로, 공원 등의 사업은 적용 할 수 없다.

(8) 수용 재결 등

손실보상을 전제로 공익사업의 구체적인 시행이나 기타 복리행정상 목적의 달성 또는 그 수요를 충족시키기 위하여 개인의 특정한 재산권을 권리자의 의사와는 상관없이 법률의 힘에 의하여 강제적으로 취득하거나 소멸시키는 것을 말하며, 강학상 보통 공용질수 또는 공용수용이라고 한다.

재결은 사업시행자가 보상금을 지급할 것을 조건으로 하여 토지 등에 대한 권리를 취득하고, 피수용자는 그 권리를 상실하게 되는 것을 결정하는 형성적 행정 행위를 말한다. 이는 사업시행자에게 주어진 수용권의 실행을 완성시키는 행위이다.

토지수용의 근거는 헌법 제23조 3항을 근거로 하여 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여 한다” 라고 규정하고 있다. 실정법상 근거는 토지수용에 관한 일반적인 성격을 가진 법률로써 ”공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한법률“ 또는 개별법에 근거로 하여 도로법, 산업입지 및 개발에 관한 법률 등으로 각 개별법에서 공익사업의 내용 사업인정의 절차, 재결신청의 기간 등을 규정하고 있으며 그 외에는 토지보상법을 준용한다고 규정하고 있다.

20) 토지소유자가 받을 보상금의 범위 토지정책과-1250(2008.06.03)

제4절 손실보상의 유형

1. 토지 및 지장물 보상

(1) 개념

토지란 지표를 의미하나, 일반적으로 지적법에서 정하고 있는 지목을 말하며, 이러한 토지는 지표면상에 무한히 연속하고 있어 편의상 인위적으로 구분하여 구분한다. 그러한 연유로 한 필지마다 소재지, 지번, 지목, 경계, 면적 등을 정하여 공부에 등록하고 거래 단위로 사용한다. 『부동산 가격공시 및 감정평가에 관한법률』 제 17조에서는 “토지의 평가에 있어서는 평가대상토지와 용도지역, 이용상황, 지목, 주변환경 등이 동일 또는 유사한 인근지역에 소재하는 표준지의 공시지가를 기준으로 공시기준일부터 가격시점까지의 지가 변동률, 생산자물가상승률, 및 기타 사항을 종합적으로 참작하여 평가하여야 한다.” 고 규정하고 있으면 토지보상법 제 70조 제1항에서도 “협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 『부동산 가격공시 및 감정평가에 관한법률』 에 의한 표준지 공시지가를 기준으로 하여 보상하라고 규정하고 있다.

(2) 평가방법

보상평가에서는 공시지가 기준으로 평가를 원칙으로 하며 구분건물의 경우 필요에 따라 거래사래 방법을 사용한다. 그러한 연유로 다른 방법의 평가 보다는 공시지가 기준 방식을 소개하도록 하겠다. 공시지가 기준평가는 나지 상태의 비교표준지의 공시지가를 기준으로 하는 방법과 건부지인 비교표준지의 공시지가를 기준으로 하는 방법이 있을 수 있으나, 표준지공시지 평가시 나지상 정하고 평가하므로 하므로 건부지인 비교표준지 자체에 건부감가요인이 있더라도 이를 고려치 않고 평가되므로(나지상정설) 평가에 있어서는 표준지가 나지이든지 건부지이든지 달라지지 않는다.

(3) 물건의 보상방법

통상 물건은 이전비로 보상평가를 한다. 토지보상법 75조에 의거하여 건축물, 입목, 공작물 등은 토지에 정한 물건은 이전에 필요한 비용으로 보상하여 하나 이전이 어렵거나 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우 그리고 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우 취득비로 평가한다.

2. 영업보상

(1) 일반적 요건

영업보상을 받기 위해서는 ① 사업인정고시일등 이전부터 ② 적법한 장소 ③ 인적·물적시설을 갖추고 ④ 관계법령에 의거 허가 등을 득하고 ⑤ 영리를 목적 ⑥ 계속적으로 행하는 영업이어야 한다.

첫째, 시간적 요건으로 사업인정고시일등 전부터 행하고 있는 영업이어야 한다. 따라서 사업인정고시일등 이후 영업행위를 한 영업의 경우는 보상대상에서 제외된다. 공익사업의 시행이 고시되어 불특정다수인에게 공표되어 있음에도 새로이 영업을 하는 것은 당해 공익사업으로 인한 영업상의 손실을 감수하고 영업을 시작한 것으로 볼 수 있다. 사업시행자는 물건조서를 작성하는 경우 사업자등록증 등에서 영업의 개시일을 알 수 있는 서류에 따라 영업 개시일을 확인하여야한다.

둘째, 장소적 요건으로 적법한 장소에서 행하는 영업이어야 한다. 적법한 장소란 무허가건축물등, 불법형질변경토지, 관계 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위등이 금지되는 장소가 아닌 것을 말한다. 1989년 1월 24일 당시의 무허가건축물 등에 대해서는 이를 적법한 건축물로 본다(공익사업법규칙 부칙 제 3조, 2007.4.12). 다만, 무허가건축물등에서 임차인이 영업하는 경우(따라서 소유자가 영업하는 경우는 제외된다) 임차인이 사업인정고시일등 1년 이전부터 사업자등록을 하고 영업을 했다면 영업보상의 대상이 된다(공익사업법규칙 제45조 제 1호 단서). 그러나 보상액은 영업시설등의 이전비용을 제외한 금액

은 1천만원이 한도이다.

[표 2-3] 무허가건축물 등의 건축시기에 따른 영업보상 비교

항목	무허가건축물 등의 건축 시기	
	1989. 1. 24 이전	1989. 1. 24 이후
건축물의 적법성	적법한 건축물로 간주	위법 건축물
영업보상 여부	다른 요건 구비시 가능	다른 요건 구비 이외에 사업인정고시일등 1년 이전부터 사업자등록 필요
보상대상자	소유자·임차인 모두 가능	임차인 만 가능
보상액	제한 없음	영업시설등의 이전비용을 제외한 금액은 1천만원 한도

셋째, 시설적 요건으로 인적·물적시설을 갖추고 행하는 영업이어야 한다. 인적시설은 근로자를 말하는데 영업주가 직접 영업하는 경우도 이에 포함하며, 물적시설은 영업에 필요한 고정자산을 포괄적으로 말하는데 건축물·기계장치·차량운반구·공구와 기구·비품 등을 말한다.

넷째, 행정적 요건으로 영업을 행함에 있어 관계법령에 의거 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가등을 받아 그 내용에 따라 행하는 영업이어야 한다. 허가등이라 함은 영업에 관한 허가·인가·승인·면허·신고·등록 등을 말하며, 과세수단인 사업자등록과는 다르다. 따라서 사업시행자는 허가등의 여부와 내용(예 : 허가를 받은 자, 허가장소, 허가범위, 허가시기 등)을 조사·판단하여야한다. 허가 등을 받은 자와 영업자가 다른 경우, 허가 등의 장소가 아닌 곳에서 행하는 영업, 허가 등의 범위를 벗어난 영업, 사업인정고시일등 후에 허가 등을 받은 영업 등은 행정적 요건을 구비하지 못한 경우로 판단하며, 행정적 요건을 갖추지 못한 경우 영업보상 대상에서 제외한다. 한편, 허가관청이 공익사업을 이유로 허가등의 기간연장을 불허하거나 기간연장을 허가하면서 보상포기의 조건을 붙인 경우 당해 공익사업이 아니었다면 기간연장이 정상적으로 되었을 것으로 인정된다면 보상대상이 된다고 본다²¹⁾.

다섯째, 영리성 요건으로 영리를 목적으로 행하는 영업이어야 한다. 영리는 재산상의 이익을 말하며, 원칙적으로 영업은 영리를 목적으로 하는 사업을 말한다. 따라서 비영리목적의 사업 중 대부분은 영업보상에서 제외된다.

여섯째, 계속성 요건으로 계속적으로 행하는 영업이어야 한다. 따라서 천재지변·불경기 등으로 휴업이나 폐업하고 있는 영업은 대상에서 제외된다. 또한 5일 시장의 이동상인도 제외된다. 그러나 계절성 영업인 경우에는 영업보상의 대상이 된다²²⁾.

(2) 개별적 요건

1) 폐업보상의 요건

영업보상에 있어 대부분 휴업으로 보상하나, 예외적으로 일정한 요건에 해당하는 경우는 폐업으로 보상한다(공익사업법규칙 제46조 제2항).

첫째, 이전시 영업을 할 수 없는 특수한 영업의 경우이다. 영업장소 또는 배후지의 특수성으로 인하여 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 내의 다른 장소로 이전하여서는 당해 영업을 할 수 없는 경우에 폐업으로 보상한다. 인접하고 있는 시·군·구라 함은 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구와 행정구역상으로 인접한 모든 시·군·구를 말하며(대법원 1994.12.23 선고 94누8822 판결), 특수한 영업의 여부는 사업시행자의 판단에 따른다.

둘째, 사업장 이전시 허가등이 불가능한 경우이다. 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의지역안의 다른 장소에서는 당해 영업의 허가등을 받을 수 없는 경우에 폐업으로 보상한다. 영업장소가 특정되어 있거나 신규로 영업허가등을 해주지 않는 경우(예 : 폐광지역개발 지원에 관한 특별법 제 11조에 의한 카지노업) 등 법령에서의 제한으로 허가등을 받을 수 없는 경우이다.

셋째, 혐오시설에 등에서의 영업의 경우이다. 도축장 등 악취 등이 심하여

21) 이선영(2008), 『신토지수용과 보상법론』, 서울: 리북스, p.719. 참조.

22) 건설교통부·서울지방국토관리청(2007), 『보상업무 매뉴얼』, 경기도: 건설교통부, p.103. 참조.

인근주민에게 혐오감을 주는 영업시설 등은 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역안의 다른 장소로 이전하는 것이 현실적으로 불가능한 경우로서 시장·군수 또는 구청장이 객관적인 사실에 근거하여 인정하는 경우에 폐업으로 보상한다. 이전이 현저히 곤란한지의 여부는 시장·군수 또는 구청장이 객관적인 사실에 근거하여 판단하여야 하므로 당해 및 인접지역의 관할 시장·군수 또는 구청장의 확인이 있어야 한다.

한편, 일본에서는 ① 법령등에 의하여 영업장소가 한정 또는 제한되는 업종의 영업소(예: 나이트클럽, 여관) ② 특정지에 밀착한 유명점(예: 유명시찰입구의 토산품점) ③ 영업장소가 물리적 조건에 의해 한정되는 영업소(예: 공유수면의 점용에 의한 보트임대업) ④ 소음·진동·악취등을 수반하는 업종 기타 사회적 조건에 의해 영업장소가 한정되는 영업소(예: 양돈장, 영계장) ⑤ 생활공동체를 영업기반으로 하는 점포등으로서 당해 생활공동체 밖으로 이전함으로써 인하여 고객의 확보가 특히 곤란하다고 인정되는 영업소(예: 자연부락내의 주민만을 고객으로 한 소매점이 댐사업으로 인해 주민집단이전지와 다른 장소로 이전하는 경우 등 다섯 가지 중 하나에 해당하고 개별적인 사정을 조사한 후 사회통념상 타당한 이전지가 없다고 인정되는 때에 폐업보상을 한다²³⁾.

2) 휴업보상등의 요건

먼저, 영업장소 이전시 보상은 공익사업의 시행으로 영업장소를 이전함으로써 휴업하는 경우 기간에 따라 통상 3개월 내외로 주어진다. 따라서 휴업을 하지 않고 계속 영업을 할 수 있는 영업장의 경우에는 휴업보상의 대상이 아니다. 이와 관련하여 종전 국토해양부의 질의회신에서는 서로 상반된 유권해석이 많아 혼란이 있다. 한편, 휴업기간은 3월 이내로 한다. 다만, ① 당해 공약사업을 위한 영업을 금지 또는 제한으로 인하여 3월 이상의 기간 동안 영업을 할 수 없는 경우 ② 영업시설의 규모가 크거나 이전에 고도의 정밀성을 요구하는 등 당해 영업을 고유한 특수성으로 인하여 3월 이내에 다른 장소로 이전하는 것이 어렵다고 객관적으로 인정되는 경우에는 실제 휴업기간으로

23) 토지보상법 시행규칙 제45조, 46조 참조

하되, 2년을 초과할 수 없다.

둘째, 영업시설 일부편입시 보상은 공익사업에 영업시설의 일부가 편입됨으로 인하여 잔여시설에 그 시설을 새로이 설치하거나 잔여시설을 보수하지 아니하고는 그 영업을 계속할 수 없는 경우에 주어진다. 이 경우에는 ① 해당 시설의 설치 등에 소요되는 기간의 영업이익 ② 해당 시설의 설치 등에 통상 소요되는 비용 ③ 영업규모의 축소에 따른 영업용 고정 자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액으로 평가한다. 다만, 휴업보상액을 초과하지 못한다.

셋째, 임시영업소 설치하는 영업장의 경우에는 영업을 휴업하지 아니하고 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우 보상액은 임시영업소의 설치비용으로 평가하며, 휴업보상액을 초과하지 못한다. 그러나 임시영업소 설치시 보상요건에 대한 구체적인 기준이 없으며 임시영업장 설치 비용문제에서 휴업보상 비용과의 문제점 등으로 활성화되지 못하고 있다. 일본에서는 ① 은행·우체국 등 공익성이 강한 사업으로 그 영업활동을 휴업시키는 것이 사회적으로 보아 타당하지 아니할 때 ② 임시영업소를 설치하는데 적당한 장소가 있다고 예상되고, 임시영업소 설치시의 보상액이 영업휴업시의 보상액상당액 이하일 때 ③ 시급을 요하는 공사 등으로서 임시이전시킬 필요가 있을 때에는 영업을 휴업하지 않고 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 것이 필요하고 상당하다고 인정하여 임시영업소 설치비용·임시영업으로 인한 수익감소액·점포등의 위치를 변경함으로써 일시적으로 단골고객을 상실하여 생기는 통상손실액·점포등의 이전에 수반하여 통상 생기는 손실액(예: 영업시설등의 이전에 따른 감손액, 이전광고비 등)을 더한 금액으로 보상한다.

3) 무허가등의 영업보상 특례 요건

영업보상의 일반적 요건 중 행정적 요건을 구비하지 못한 경우 무허가 영업보상이 주어진다(토지보상법 시행규칙 제52조). 이 경우에는 영업시설등의 이전비용과 도시근로자가구 월 평균 가계지출비를 기준으로 산정한 3인가구 3개월분 가계지출비에 해당하는 금액을 보상금으로 지급한다. 휴업보상시 휴업 7기간이 원칙적으로 3개월 이내인 점을 고려할 때 무허가등의 영업에 있

어 3개월분의 가계지출비를 기준으로 보상하는 것은 과도한 점이 있다고 본다.

4) 영업의 간접보상 요건

손실보상은 원칙적으로 공익사업시행지구 안에서 발생하는 손실인 직접손실을 대상으로 하나, 예외적으로 일정한 요건을 갖춘 경우 공익사업시행지구 밖에서 발생하는 손실인 간접손실도 대상으로 하고 있다. 이러한 간접보상제도는 당초 댐건설로 야기되는 수몰민의 생계대책을 위하여 도입되었으나, 공익사업으로 인해 발생한 특별한 희생에 대해서는 종전의 생활상태를 유지할 수 있도록 보상해야 한다는 생활보상의 개념이 대두되면서 간접보상의 대상이 확대되었다. 영업의 간접보상 요건은 다음과 같다(공익사업법규칙 제64조 제1항).

첫째, 실질적 요건으로 공익사업시행지구 밖에서 영업보상의 대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 공익사업의 시행으로 인하여 ① 폐업보상 또는 휴업보상 : 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없는 경우 ② 휴업보상 : 진출입로의 단절, 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피한 경우이어야 한다. 따라서 ① 공익사업시행지구 밖에서 영업을 할 것 ② 영업보상의 일반적 요건을 갖춘 것 ③ 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없을 것 또는 진출입로의 단절 등의 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피할 것이 필요하다.

둘째, 형식적 요건으로 영업자의 청구가 있어야 한다. 간접손실은 사업시행자가 그 발생을 예견하기 어렵기 때문에 영업자의 청구가 있어야 비로소 보상대상이 될 수 있다.

3. 생활 및 이주대책

(1) 생활보상의 성격²⁴⁾

1) 생존권적 성격

생활보상의 가장 기본적인 성격은 인간다운 생활을 보장하는 생존권적 성격이라고 할 수 있다. 즉 피수용자가 재산권보상을 받는다고 하더라도 공익사업의 시행으로 인해 생활의 기반을 상실하게 되면, 재산권보상만으로는 종전과 같은 생활을 유지할 수 없게 되어 생존권 자체가 위협받게 된다. 따라서 생활보상은 최소한도의 생존을 보장하기 위한 보상의 성격을 지니고 있다.²⁵⁾ 그 예로서 주거용 건축물의 보상액 최저한도(규칙 제58조 제1항)가 여기에 해당된다. 생활권보상의 성격을 생존권에서 찾을 때 종전의 생활이 넉넉한 경우에는 종전생활을 기준으로 하되, 종전의 생활이 생존권을 보장하기에 부족한 경우에는 객관적인 생존권보장이 될 수 있도록 보상하여야 하는 것이 된다. 이는 사회보장의 문제이지 손실보상의 문제가 아니라는 반론이 제기될 수 있으나, 생존권의 문제는 복지국가의 모든 정책분야에서 고려되어야 하는 것이기 때문에 손실보상에 대해서도 타당하다.

2) 원상회복적 성격

생활권보상은 공공사업의 시행이 없었던 것과 같은 재산상태를 확보해 주는데 그치는 것이 아니라 공공사업의 시행이 없었던 것과 같은 생활상태를 재건할 수 있게 해주는 보상이라는 점에서 원상회복적 성격을 지닌다. 생활보상의 이러한 원상회복적 성격은 종래의 대물보상 아래에서는 생각할 수 없는 것이기 때문에 보상에 대한 발상자체의 수정이 불가결하다. 따라서 생활보상

24) 류해웅(2005), “생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰”, 『부동산연구』, 제15집 제1호, 한국부동산연구원, p.69.

25) 김동섭(1998), “완전보상의 이념구현을 위한 생활권보상제도에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, p.50.

은 대물적 보상급을 지급하는 것과는 별도로 공공사업의 결과로 인하여 생활의 근거를 상실한 자에 대하여, 종전과 같은 생활상태의 재건을 위한 생활재건조치를 필요로 한다.²⁶⁾ 이주대책(토지보상법 제78조)이 여기에 해당한다고 할 수 있다.

3) 생활안정적 성격

생활권보상은 피수용자가 이주 후에도 이주 전과 같은 정상적인 생활 안정을 유지할 수 있도록 보상이다. 보상은 수업이 안정되어 종래와 같은 수준을 유지할 수 있을 정도로 이루어져야 한다는 것은 생활권보상의 전형으로 이해되고 있다. 예를 들어 농민이나 어민이 수용 후 전업 농어민인 경우 전업을 할 때에 수입감소에 대하여 보상하도록 하는 것은 영농보상 등에 해당한다. 축산보상을 예로 사회·경제적 발전에 따라 축산이 오페수 냄새 등으로 혐오시설로 구분하여 이전이 불가능함에 따라 일부 폐업보상을 하도록 하는 것은 이를 반영하는 것이라 할 수 있다.

4) 원활한 공익사업적 성격

생활보상은 공익사업의 원활한 시행을 도와주는 측면도 있다. 공익사업에 대해 대다수 지역주민의 반발이 빈번하게 나타나고 있다. 이와 같은 지역주민의 저항은 단순히 보상을 더 받기 위한 단체행동인 경우도 있지만, 오랜기간 살아온 터전을 상실하게 됨에 따른 심적 문제에서 비롯되기도 한다.

생활권보상은 이와 같은 지역주민과 사업시행자 사이의 갈등을 해소하고, 사업의 원활한 시행에 협조를 구하는 수단이 될 수 있다. 단순히 재산권보장만으로 밀어붙이기식 사업은 점차 민주화시대에 그 명분이 약화되고 있으므로 사업이 계획단계부터 지역주민의 참가를 통해 당해 사업에 대한 합의를 얻어 지역주민의 협력을 바탕으로 사업을 해나갈 필요가 있다. 현재 생활대책이라는 이름으로 시행되고 있는 보상은 대부분 여기에 해당한다고 할 수 있

26) 한견우(2000), 『현대행정법1』, 서울: 신영사, pp.664~669.

다.

(2) 실정법적 근거

상기와 같이 이념적으로 개인의 귀책사유없이 특별한 희생이 가해지는 경우 생활보상이 지급되어야 한다는 기본적 입장에는 이설이 없다. 그러나 구체적으로 생활보상청구권이 발생하기 위해서는 법적 근거가 있어야 하는 바, 헌법적 근거와 법률적 근거로 이를 구분할 수 있다.

1) 헌법적 근거

헌법상의 근거를 규명하여야 하는 이유는 생활보상에 관하여 법률상의 근거가 없는 경우에 직접 헌법상의 규정에 근거하여 직접 보상을 청구할 수 있는지의 여부 그리고 헌법상 어느 정도의 보상이 요구되는지의 여부를 판단하기 위함이다.

① 제34조설

생활보상은 헌법 제23조의 정당한 보상의 범위에 포함되지 않는다고 보아 제34조를 근거로 보는 견해이다. 헌법 제23조의 규정은 재산권의 객관적가치의 보상을 지향하고 있으며, 만약 생활권보상이 정당한 보상의 범위에 포함된다면 경제적 약자가 아닌 자에게도 생활권보상을 부여하여야 하기 때문에 생활보상의 취지에 반하기 때문이라고 한다. 그러므로 생활보상의 근거는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정한 헌법 제34조의 사회적 기본권 조항에서 찾아야 한다고 한다.

헌법 제23조제3항은 원래 수용목적물인 재산권에 대한 보상과 이와 관련되는 부대적 손실의 보상을 대상으로 하는 것이지 공익사업의 시행 이전의 생활상태를 회복하게 하는 내용의 생활권보상을 대상으로 하고 있지 않다는 데에 있다.²⁷⁾

② 헌법 제34조, 제23조 통일설

이 견해는 생활보상의 헌법적 근거를 헌법 제34조와 제23조에서 찾는다. 이 설은 종래 보상이론의 최대약점은 재산권의 개념을 교환가치 지배권으로 구성함으로써 그것을 생활권과 분리·대립된 것으로 파악한 결과 재산권 보상과 생활보상을 별개의 것 또는 대립된 것으로 보는 오류를 범하고, 재산권 보상은 인정하면서도 생활보상은 인정하지 않게 되었다고 한다. 그러한 전제 아래에서 이 견해는 그와 같은 사고를 근본적으로 전환하여 재산권보상과 생활보상을 통일적으로 파악하여야 하며, 헌법상 기본권의 전제 하에서는 헌법 제23조의 재산권도 결국은 제34조의 생활권을 기초로 한 것으로 보아야 한다는 데에 그 논거를 구하고 있다. 따라서 생활보상은 헌법 제34조 제1항과 제23조 제3항의 결합에 의하여 정당보상에 포함된다고 한다. 이러한 입장에서 헌법 제23조제항의 해석에 있어서도 그것을 현대 헌법의 기본권체계의 중심으로 보아야 할 제34조의 생활권과 분리시켜 보아서 거기에서의 재산권을 고전적 의미의 재산권 내지는 교환가치 지배권으로 파악하여서는 아니되며, 제34조의 생활권을 기초로 한 재산권으로 파악하여야 한다고 한다.

(2) 현행법상 이주대책의 내용

토지보상법 제78조 이하 내지 동시행령, 시행규칙에서 공익사업의 시행자에게 공익사업으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는자(이하 이주대책대상자라 한다.)를 위하여 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 이를 도시개발법 제23조, 산업입지 및 개발에 관한 법률 제36조, 택지개발촉진법 제12조, 폐기물처리시설설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제18조, 기업도시개발특별법 제14조, 주한미군기지이전에따른평택시등의지원등에관한특별법 제33조 등이 준용하고 있다. 이와 같이 이주대책의 일반적인 사항을 규정하고 있는 법은 토지보상법이고, 개별법도 토지보상법을 준용하고 있으므로 이주대책제

27) 김철용(2011), 『행정법1』, 서울: 박영사, p.485.

도의 요건을 살펴봄에 있어 토지보상법의 내용을 중심으로 검토하기로 한다.

1) 이주대책의 종류

① 이주정착지의 조성 · 공급

토지보상법에서는 이주정착지를 조성하여 공급하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 그 구체적인 방법은 규정하고 있지 않다. 다만, 이주정착지에는 도로 · 급수시설 · 배수시설 기타 공공시설 등 당해 지여조건에 따른 생활기본시설이 포함되도록 하고, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 하도록 규정하고 있다(토지보상법 제78조제4항). 그러나 현실적으로 일부 댐사업을 제외하고 이주대책으로 별도의 이주정착지를 조성하여 공급하는 경우는 거의 없다.

② 택지 · 주택의 공급

사업시행자가 택지개발촉진법 또는 주택법 등 관계법령에 의하여 이주대책 대상자에게 택지 또는 주택을 공급하거나, 사업시행자의 알선에 의하여 공급한 경우에는 이주대책을 수립 · 실시한 것으로 본다(토지보상법 시행령 제40조 제2항 단서).

③ 이주정착금의 지급

이주대책을 수립 · 실시하여야 하나 ①공익사업지구의 인근에 택지조성에 적합한 토지가 없는 경우, ②이주대책에 필요한 비용이 당해 공익사업의 본래의 목적을 위한 소요비용을 초과하는 등 이주대책의 수립 · 실시로 인하여 당해 공익사업의 시행이 사실상 곤란하게 되는 경우, ③이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 미만인 경우, ④이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우 등에는 이주정착금을 지급한다(토지보상법 시행령 제41조).

이주정착금은 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30퍼센트에 해당하는 금액으로 하되, 그 금액이 6백만원 미만인 경우에는 6백만원으로 하고, 1천2백만원을 초과하는 경우에는 1천2백만원으로 한다(토지보상법 시행규칙 제53조 제2항).

2) 이주대책의 수립 · 실시요건과 대상자격요건

① 이주대책의 수립 · 실시요건

이주대책은 이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립 · 실시한다(토지보상법 시행령 제40조 제2항). 다만, 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에도 ①공익사업지구의 인근에 택지조성에 적합한 토지가 없는 경우 ②이주대책에 필요한 비용이 당해 공익사업의 본래의 목적을 위한 소요비용을 초과하는 등 이주대책의 수립 · 실시로 인하여 당해 공익사업의 시행이 사실상 곤란하게 되는 경우에는 이주대책을 수립하지 않을 수 있다(토지보상법 시행규칙 제53조).

② 이주대책대상자 적격요건

이주대책대상자가 되려면 “공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자”여야 한다(토지보상법 제78조 제1항). 이를 건축물요건, 소유요건, 거주요건으로 나누어 설명하면 다음과 같다.

ㄱ) 건축물 요건

이주대책의 대상이 되는 건축물은 주거용 건축물이어야 한다. 여기서 주거용 건축물이라 함은 건축법상의 단독주택 및 공동주택 뿐만 아니라, 당해 건축물이 주거용으로 용도변경이 가능한 건축물로서 실제 용도변경을 한 경우

에는 여기에 해당되는 것으로 본다.²⁸⁾ 따라서 건축물 대장상 단독주택 또는 공동주택이 아닌 다른 용도로 등재된 건축물도 관계법령의 규정에 의하여 용도변경이 가능하고, 적법한 절차를 거쳐 실제적으로 주거용으로 용도변경을 한 경우에는 이주대책의 대상이 되는 주거용 건축물로 본다.

다만 주거용 건축물이라 하여도 그 건축물이 무허가 건축물²⁹⁾인 경우에는 이주대책대상이 되지 않는다.(토지보상법 시행령 제40조 제3항 제1호)

ㄴ) 소유요건

주거용건축물을 공익사업에 제공하는 소유자가 이주대책의 대상자이다(토지보상법시행령 제40조 제3항 제3호). 세입자나 임차인은 이주대책대상에서 제외된다. 다만 주한미군기지가이전에따른평택시등의지원등에관한특별법 제 33조에서는 세입자를 이주대책 대상자에 포함시키고 있다.

법상 소유자라 함은 대외적인 소유권을 가진 자를 의미하는 것이 아니라 실질적인 처분권을 가진 자를 의미하는 것으로 보아야 하며, 실질적인 처분권이 있음을 입증하는 방법도 건물등기부등본 이외의 다른 신빙성 있는 자료에 의하여서도 가능하다.³⁰⁾

ㄷ) 거주요건

주거용건축물의 소유자로서 공익사업을 위한 관례법령에 의한 고시 등이 있는 날로부터 계약체결일 또는 수용체결일까지 계속하여 당해 건축물에 거주하여야 한다. 다만 질병으로 인한 요양, 징집으로 인한 입영, 공무, 취학 그 밖에 이에 준하는 부득이한 사유로 인하여 거주하지 아니한 경우에는 거주한 것으로 본다(토지보상법시행령 제40조 제3항 제2호).

여기서 “공익사업을 위한 관례법령에 의한 고시 등이 있는 날”이란 당해

28) 건설교통부 질의회신 2001.8.27. 토관58342-1293.

29) 그 건축물이 허가를 받거나 신고를 하고 건축하여야 하는 건축물인데도 허가를 받지 아니하거나 신고를 받지 건축물

30) 대법원 1999.8.20. 선고 98두17043 판결.

토지에 공공사업이 시행된다는 사실을 불특정 다수인이 알 수 있도록 확정 고시 또는 공고된 날 중 가장 먼저 고시·공고된 날을 의미하며, 택지개발사업의 경우는 택지개발촉진법 제3조의 3에 의한 택지개발예정지구 공람·공고일을 의미한다. 다만 한국토지공사 및 대한주택공사의 이주대책의 수립 및 시행에 관한 예규에 의하면 ① 수도권 정비 계획법에 의한 수도권 지역 ② 신 행정수도의 건설을 위한 특별 조치법에 의한 예정 지역 등 사업 지구 내 위장 전입 및 불법 행위를 방지하기 위하여 필요한 경우로서 국가 또는 지방자치단체의 요청이 있는 지역에서는 이주자 택지 공급 대상자는 예정 지구 지정 공람·공고일 1년 이전부터 계속 거주한 자로 소급하여 적용하고 있다.³¹⁾

거주 사실에 대한 입증은 주민등록에 의하는 것을 원칙으로 하되 주민등록이 되어 있지 않은 경우에는 토지보상법 시행규칙 제15조의 부재 부동산 소유자의 거주 사실에 대한 입증 방법을 준용하여 ① 주민등록법 제2조의 규정에 의하여 당해 지역의 주민등록에 관한 사무를 관장하는 시장·군수·구청장 또는 그 권한을 위임 받은 읍·면·동장 또는 출장소장의 확인을 받아 입증하는 방법, ② 공공요금 영수증 등 객관성이 있는 자료에 의하여 입증하는 방법을 적용할 수 있다.³²⁾

3) 주거이전비

현행 규정은 주거이전비로 주거용 건축물의 소유자에게는 가구원수에 따라 2월분의 주거이전비를 보상하되, 건축물의 소유자가 당해 건축물에 실제 거주하고 있지 아니하거나, 당해 건축물이 무허가 건축물 등인 경우에는 주거이전비를 지급하지 않고(토지보상법 시행규칙 제54조 제1항), 주거용 건축물의 세입자인 경우에는 고시 등이 있는 당시 당해 공익사업지구 안에서 3월 이상 거주한 자에 대하여 가구원수에 따라 4월분의 주거이전비를 보상하되, 다른 법령에 의하여 주택입주권을 받았거나 무허가 건축물 등에 입주한 세입자에 대하여는 주거이전비를 지급하지 않는다(토지보상법 시행규칙 제54조 제2항). 주거이전비는 통계법 제3조 제4호의 규정에 의한 통계작성기관이 조사·발

31) 한국토지공사 이주대책의 수립 및 시행에 관한 예규 제14조.

32) 한국토지공사 이주대책의 수립 및 시행에 관한 예규 제11조.

표하는 도시가계조사통계의 근로자가구의 가구원수별 월평균 가계지출비를 기준으로 산정하며, 이 경우 가구원수가 1인인 경우에는 2인 기준의 월평균 가계지출비에서 1인당 평균비용을 뺀 금액으로 하고, 가구원수가 7인 이상인 경우에는 6인 기준의 월평균 가계지출비에 6인을 초과하는 가구원수에 1인당 평균비용을 곱한 금액을 더한 금액으로 산정하고, 1인당 평균비용은 6인 기준의 근로자가구 월평균 가계지출비에서 2인 기준의 근로자가구 월평균 가계지출비를 차감한 금액을 4로 나누어 구한다. (토지보상법 시행규칙 제54조 제3항)

제 3 장 위법행위에 대한 손실보상제도의 문제점

제 1 절 손실보상 제도의 문제점 및 공익사업의 유형

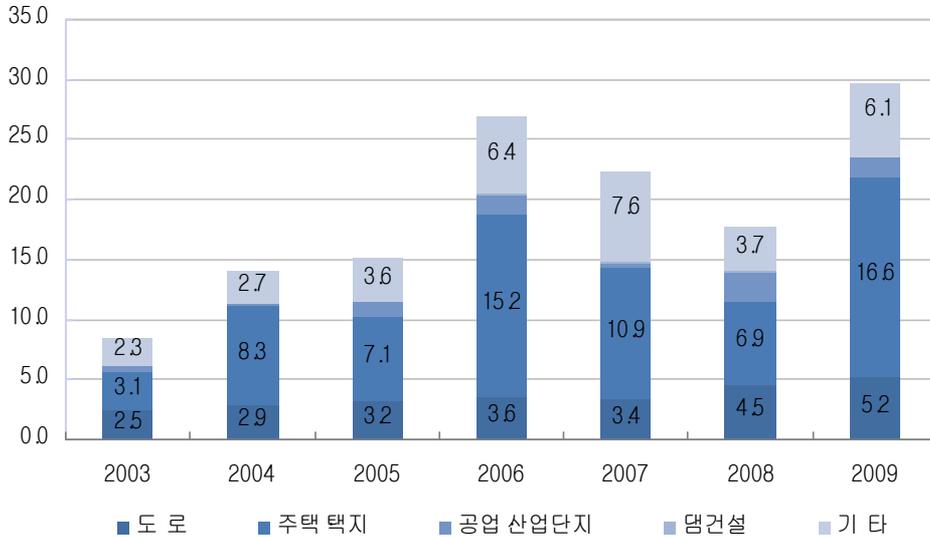
현행손실보상의 제도는 토지보상법 적용에서 해석부분에서 문제의 소지가 상당히 있다. 법적인 적용의 어려움이 있을시 관련기관에 질의를 통해 해결하나 사업유형 및 내용에서 상당수가 사업시행자의 판단으로 뭉이기 때문에 사업시행에 어려움이 많이 있으며, 사업진행의 유형에 따라 공익사업의 진행시 민원 등 사항이 다르다 나타난다. 공익사업의 유형의 분류는 크게 법적인 부분과 실무적인 부분으로 구분하며, 법률적 구분은 토지보상법 제4조(공익사업)³³⁾에 따라 분리한다.

그리고 실무적 구분은 크게 단지 사업과 선형 사업으로 구분한다. 단지사업은 대규모 예산을 동원하여, 하나의 지역을 통째로 개발하는 방식으로 택지개발, 산업단지사업 등이 대표적이며, 선형사업은 도로사업을 의미한다.

33) 제4조(공익사업) 이 법에 따라 토지등을 취득하거나 사용할 수 있는 사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업이어야 한다. 1. 국방·군사에 관한 사업 2. 관계 법률에 따라 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·궤도(軌道)·하천·제방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방(砂防)·방풍(防風)·방화(防火)·방조(防潮)·방수(防水)·저수지·용수로·배수로·석유비축·송유·폐기물처리·전기·전기통신·방송·가스 및 기상 관측에 관한 사업 3. 국가나 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험소·보건시설·문화시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·묘지·화장장·도축장 또는 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업 4. 관계 법률에 따라 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교·도서관·박물관 및 미술관 건립에 관한 사업 5. 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택 건설 또는 택지 조성에 관한 사업 6. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 도로, 교량, 전선로, 재료 적치장 또는 그 밖의 부속시설에 관한 사업 7. 제1호부터 제5호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 주택, 공장 등의 이주단지 조성에 관한 사업 8. 그 밖에 다른 법률에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업

〈그림3-1〉 사업별 보상금 내역

(단위 : 조 원) 도로사업: 25.3조 원(558.4천 m²), 주택 및 택지사업: 68.3조 원(270.9천m²)



제 2 절 개발제한구역 내 손실보상 사업의 문제점

1. 개발제한구역의 의의

우리나라는 60년대부터 시작된 산업화의 진행으로 70년대 초반부터 서울을 비롯한 중추도시의 경우 인구가 급증하면서 도시가 밖으로 팽창해 나가기 시작하였다. 도시가 무질서하게 외곽으로 확산되는 경우 교통·주택·환경문제는 물론, 도시내부의 토지가 비효율적으로 될 수 있고, 도시외곽의 녹지가 무분별하게 훼손되는 등 많은 문제를 초래할 수 있는데, 이러한 문제를 미리 방지하기 위하여 1971 년에 도시계획법을 개정하여 개발제한구역제도를 도입하였다³⁴⁾

개발제한구역을 지정함으로써 가장 큰 긍정적 평가는 도시근교에 녹지공간을 유지하고 개발을 억제하여 도시 인근에 녹지 확보를 통한 도시민 보호적인 측면도 있다 또한 한정된 국토자원을 후세에게 물려줄 수 있다는 긍정적

34) 국토해양부 홈페이지(<http://www.mltm.go.kr>) 정책마당 개발제한구역의 개요

평가를 내릴 수 있을 것이다. 개발제한구역은 지정 이후 개발을 억제하는 제 역할을 하고 있다가 2000년대 이후 시급한 주택난해소 및 서민들에게 저렴한 주택을 공급하기 위해 대규모 택지개발이 이루어졌다. 이는 도시성장관리측면에서 그동안 아껴두었던 개발제한구역의 토지를 이용하는 것으로 상대적으로 도시 내 토지보다 저렴한 지가로 서민주택을 공급하는 것으로 이는 개발제한구역의 오픈스페이스보다는 도시민에게 주택을 공급하는 것이 공익성이 크다는 판단에서일 것이다.

개발제한구역의 지정에 따른 부작용 또한 있다. 개발을 억제하여 도시의 무분별한 팽창을 방지하는 기능을 해야 하나 개발제한구역을 뛰어넘어 대규모 개발이 이루어져 통근시간이 길어지고 도로 등 기반시설등을 광역적으로 확충해야 하는 부작용을 낳기도 하였다.

또한 개발제한구역 내 거주하는 주민들은 그동안 재산권행사에 제약을 받는 고통을 겪고 있다. 다른 용도지역에서와 같이 공익을 위하여 토지이용의 제약을 받을 수는 있다고 하나 개발제한구역은 그 면적이 커 다른 토지이용 규제보다 그 영향을 받는 사람이 많다. 이렇다 보니 토지이용규제에 따른 보상은 생각할 수 없게 되고, 이러한 이유에서 1998년 헌법제판소에서 헌법불합치 판결³⁵⁾을 받게 되어 개발제한구역 해제 정책을 하게 된 가장 큰 이유가 되었다.

2. 개발제한 구역의 행위 제한³⁶⁾

개발제한구역은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법으로 행위 제한을 하고 있다. 행위 제한은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제 12조에 의거하여 행위 제한을 한다. 개발제한구역제도가 도입된 이후 지금까지 총 47회에 걸쳐 도시계획법시행규칙을 개정하여 규제를 완화

35) 도시계획법21조에 규정된 개발제한구역제도는 합헌규정이지만 개발제한구역의 지정으로 일부소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적인 기준과 방법은 입법정책적으로 정할 사항이므로 입법자가 보상입법을 마련할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치 결정을 내린 것이다. (위헌소원에 대한 판결요지, 전원재판부 1998.12.24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78)

36) 시흥시(2011), 『개발제한구역의 업무지침』, 경기도: 시흥시, pp.3~9.

해 음으로 생활불편차원의 규제는 많이 개선되었으나 구역의 해제·조정을 원하는 거주주민 및 토지소유자의 기대수준에는 미흡하다. 김대중 정부에 들어 100대 국정과제의 하나로 개발제한구역의 합리적 개선이 제도개선 방안으로 마련되었으며 '98.12.24헌법재판소의 개발제한구역에 대한 헌법불합치결정으로 일부나마 해소되었다. 즉, 헌법불합치결정 주요내용 중 개발제한구역제도는 합헌이며 구역지정으로 건축이 금지되는 나대지나 토지오염 등으로 농사를 지을 수 없게 된 농지 등은 보상이 없으면 위헌으로 결정해 개발제한구역 지정당시 지목이 대지인 경우에 나대지 신축을 허용한 것이다. 도시계획법 제 21조 제3항의 규정에 의하여 시장·군수가 개발제한구역 안에서의 행위를 허가할 수 있는 사항은 다음과 같다. 즉, 다음에 해당하는 건축물의 건축과 공작물의 설치로 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 것으로는,

- 공익상 필요한 건축물의 건축과 공작물의 설치
- 그 용도로 보아 인구밀집 지역 안에 두는 것이 부적당하고 개발제한구역 안에 두는 것이 적당하다고 인정되는 건축물의 건축과 공작물의 설치
- 농림수산업 등 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없는 사업의 관리에 필요하다고 인정되는 건축물의 건축
- 개발제한구역의 지정당시 이미 있던 주택용 건축물의 증축·개축 또는 재축
- 비주택용 건축물과 공작물의 개축 또는 재축
- 개발제한구역 안에서 건설부령이 정하는 부락공동시설·공익시설·공용시설 및 공공시설의 설치로 인하여 철거된 건축물 또는 공작물의 철거 후 2년 이내의 이축 개발제한구역 안에 거주하는 주민의 생활환경개선에 필요한 건설부령이 정하는 건축물의 건축 및 공작물의 설치 등이다. 또한 토지의 형질변경으로서 다량의 토석 채취·임목의 벌채를 수반하지 아니하거나 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 것. 토지의 분할로서 건축물의 신축 또는 증축 등의 행위가 수반되지 아니하거나 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 것 등이다. 그리고 제 1항에 의한 건축물 및 공작물의 종류 규모와 건축물의 최소 대지면적, 건축면적의 대지

면적에 대한 비율, 건축 면적의 토지형질변경 면적에 대한 비율 및 토지분할의 기준은 건설부령으로 정하도록 되어 있다. 한편 도시계획법시행령 제20조 제1항 제 1호의 규정에 의한 건축물 및 공작물의 종류와 규모를 규정한다.

3. 이행강제금

1) 개요

이행강제금은 일정기간 내에 비대체적 작위의무 또는 부작위의무를 이행하지 아니하면 소정의 금액을 부과·징수 할 것을 계고한 후 당해 의무불이행에 대해 과하는 금전벌로서 의무이행을 강제하는 간접 행정 강제제도이다. 징역형과 벌금형을 선택적으로 부과할 수 있는 형사벌제도보다 강력한 제도로써 불법행위를 한 자가 자진해서 시정할 때까지 계속적으로 금전적 제재를 하며, 이로 인해 예방적 효과를 거두는 한편 대집행에 따른 행정적 무리와 개인의 마찰을 피할 수 있다. 우리나라의 경우 기존 형사벌제도가에서 불법행위에 대하여 막대한 행정력을 동원하여 단속하여 실효를 거둘 수 없었고, 처벌을 강화하고 계속적인 특별법을 제정하였음에도 불구하고 지나고 나면 다시 누적되는 현상이 반복됨에 따라 특정행위 규제에만 적용되는 한정적 제도로써 현행 법제에 예외적으로 이행강제금 제도를 도입하였다. ‘11.7월 현재 24개의 법³⁷⁾에서 시행중이며, 개발제한구역 내 불법건축물의 경우 건축법에 의거하여 이행강제금을 부과하였다가 2009년 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령에 산정기준을 명시하였다.³⁸⁾

37) 건축법, 교통약자의 이동편의 증진법, 국토의계획 및 이용에 관한 법률, 금융지주회사법, 농지법, 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법, 대덕연구개발특구등의 육성에 관한 특별법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률, 옥외광고물 등 관리법, 은행법, 장사등에관한 법률, 장애인,노인,임산부등의 편의보장에 관한 법률, 전기통신법, 주차장법, 특정건축물정리에관한 특별 조치법, 한국증권선물거래법, 개발제한구역의 지정 및 관리에관한 특별조치법

38) 이외희,봉인식,이지은(2008), 『개발제한구역 제도개선 법제화방안』, 경기도: 경기개발연구원, pp.12~14.

정부에서는 이행강제금의 효용성을 강화하기 위해 2009.8월 부과율을 3배 인상하였으나, 부담완화를 요구하는 민원으로 이행강제금을 한시적으로 3년간 감면토록 보완하였다. 이행강제금 제도시행일(2010.2.7.)로부터 3년간 감면하되 1차년도에는 75%, 2차년도에는 50%, 3차년도에는 20%로 연차별로 감면율을 각각 차등 적용하여 감면토록 하였는데, 이를 제대로 알지 못한 개발제한구역 내 주민들이 실제로 높은 이행강제금을 부과 받았을 때 저항이 예상된다.

2) 산정 및 부과

시장·군수·구청장은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제30조에 의해 법령 등의 위반자에 대한 행정처분을 할 수 있다. 불법행위를 했을 경우 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당행위자에게 시정명령을 할 수 있다. 그런데 지자체의 경우 주민민원 등에 의해 집행을 게을리 할 수 있는데 이때 국토해양부장관은 그 집행을 철저히 할 것을 명령할 수 있고 이 명령이 이행되지 않을 경우 국토해양부장관이 직접 시정명령하거나 해당지역을 관할하는 지방 국토관리청의 장으로 하여금 집행하게 할 수 있다.

[표 3-1] 위반시 부과액 산정식

위반행위	부과액 산정식	부과율	
		허가 사항	신고 사항
가. 건축물의 건축	건물시가표준액 × 위반면적 × (부과율)	50/100	25/100
나. 건축물의 용도변경	건물시가표준액 × 위반면적 × (부과율)	30/100	15/100
다. 공작물의 설치	개별공시지가 × 위반면적 × (부과율)	50/100	25/100
라. 토지의 형질변경	개별공시지가 × 위반면적 × (부과율)	30/100	15/100
마. 물건을 쌓아두는 행위	개별공시지가 × 위반면적 × (부과율)	30/100	15/100
바. 축목벌채	개별공시지가 × 위반면적 × (부과율)	30/100	15/100

제3절 기존 불법시설물의 처리 기준

1. 행정처분의 법적 의미

행정처분은 학문상의 행정행위 또는 그에 준하는 행정청의 행위보다 넓은 개념이다. 행정처분에는, 행정청의 공권력행사작용, 공권력행사의 거부, 공권력행사나 그 거부에 준하는 행정작용이 포함된다. 행정청의 공권력행사작용 행정처분 가운데 대표적인 것은 행정청의 공권력행사작용이다. 행정청의 공권력행사작용이란 행정청이 공권력의 소지자인 행정주체 기관의 지위에 서서 구체적 사실에 대한 법의 집행으로서 하는 권력적 활동을 말한다. 그러한 공권력의 행사작용의 중심을 이루는 것은 학문상의 행정행위라고 할 수 있으나, 행정청이 공권력의 행사로서 하는 사실행위도 포함된다.

그러므로 행정청의 공권력행사작용은 행정청이 법집행 행위로서 공권력을 행사하여 사인에 대한 구체적인 사실에 관한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생하게 하는 행위를 뜻하는 것이라고 할 수 있다. 이를 종합해 보면, 행정청의 공권력행사작용의 개념요소로는, ① 행정청의 행위, ② 구체적 사실에 대한 법집행 행위, ③ 권력행위 및 사인의 권리·의무에 대하여 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 행위를 들 수 있다. 그리고 행정청의 공권력행사작용은 결국 행정청의 처분적 행위와 권력적 사실행위로 요약할 수 있다.

행정청의 처분적 행위란 학문상의 통설적인 행정행위의 개념과 크게 다를 것이 없다. 행정청의 구체적인 사실에 대한 법집행 행위로서 하는 단독적 공법행위를 뜻한다고 보는 것이 보통이다. 다시 말하면, 행정청이 법에 의거하여 공권적(高權的)인 지위에서 하는 공법적 행위로서 대외적으로 구체적인 법적효과를 발생하는 행위를 말하는 것이다.

그러므로 행정청이 상대방과 대등한 지위에서 하는, 이른바 공법상의 계약이

나 합동행위라든가 행정청의 사법상의 행위가 이에 포함되지 아니함은 물론, 대외적으로 아무런 법적 효과도 발생하지 않는 내부적 행위라거나 단순한 사실행위는 처분적 행위라고 할 수 없다. 그러나 구체적으로 행정처분에 해당하는지의 여부는 행정소송이 가지는 행정구제기능에 비추어 판단하여야 할 것이다. 그리고 학문상의 행정행위로 보기에 다소 문제가 있더라도 행정처분에 포함시켜 볼 수 있는 것을 보면, 행정입법과 행정계획 등 일반처분이 이에 해당한다. 행정처분은 구체적인 사실에 대한 법집행 행위를 뜻하기 때문에 행정입법은 이에 속하지 않는 것이 원칙이다. 다만, 행정청의 법정 행위가 다른 집행행위를 기다릴 것 없이 직접 그 자체로 개인의 권익을 침해하는 결과를 발생하게 하는 내용의 것이면 행정처분으로 보아야 한다.

또한, 행정계획의 경우에 많이 볼 수 있는 것처럼 일반적 처분은 그 자체로서 곧 행정처분에 포함되는 것은 아니다. 특정인의 권리·의무에 직접 관계되는 때에도 그 범위 내에서 행정처분이 된다. 그런데 행정청의 단순한 사실행위는 그 자체로서 행정소송의 대상인 행정처분이 되지 않는 것이 보통이다.

또, 행정청의 권력적 사실행위가 사인의 권익을 침해하는 내용의 것이면서도 그 사실행위는 비교적 단기간 내에 목적을 달성하고 종료되는 것이 보통이기 때문에, 그 취소 또는 변경을 구하기 위한 소송의 대상인 행정처분으로 보기에 적합하지 않다. 그러나 계속적 성질을 가지는 내용의 권력적 사실행위는 행정소송의 대상인 행정처분으로서의 행정청의 공권력행사에 해당한다.

계속적 성질의 사실행위란 행정소송절차를 통한 구제를 받을만한 시간적 여유가 있는 사실행위를 뜻하는 것이라고 볼 것인바, 개인의 신체·재산에 공권력을 행사함으로써 구체적인 사실 상태에 변동을 가져온다거나 기타 권익침해를 초래하는 사실행위로서 그러한 계속적 성질을 가지는 것은 행정청의 공권력행사작용인 행정처분에 해당한다.

거부처분 거부처분이라 함은 소극적 행정행위의 하나로서 현존의 법률 상태에 변동을 가져오지 않는 내용의 행정행위를 말하는바, 일정한 적극적 행정행위의 신청이 있을 경우에 그 신청에 따르는 행정행위를 할 것을 거부하는 내용의 행정행위를 가리킨다. 현행 <행정소송법>은 행정소송의 대상인 행정처분으로 행정청의 공권력 불행사를 들고 있다. 이는 곧 행정청의 거부처분을

뜻하는 것이라고 할 수 있다.

거부처분은 행정청의 부작위와는 달리 비록 소극적 내용의 것이기는 하더라도 외관상 행정청의 일정한 행정행위가 있는 것이다. 따라서 엄격히 본다면 위에서 본 처분적 행정행위와 크게 다를 것이 없다. 다만, 그 행정행위가 가지는 소극적 효과에 비추어 해석상의 의문을 없애기 위하여 거부처분도 행정처분의 개념에 포함되는 것임을 명시한 것이다.

공권력행사나 그 거부에 준하는 행정작용 행정청의 공권력행사나 그 거부에 준하는 행정작용이란 행정작용 중 위에서 본 것처럼 행정청의 공권력행사 작용 또는 거부처분은 아니더라도 행정청의 대외적 작용으로서 개인의 권익에 구체적으로 영향을 미치는 작용을 가리키는 것이라고 할 수 있다. 이것은 행정소송사항으로서의 행정처분에 관한 일종의 포괄적 개념이라고 하겠다.

2. 국·공유지 무단사용 및 무허가 건축물 보상

과거 「토지보상법」 제75조제1항의 규정에 의하면 건축물 등 지장물에 대한 평가는 이전비로 보상하되 이전비가 매수비보다 많은 경우 또는 사업시행자가 매수하여 사용하는 경우 취득비로 보상하도록 되어 있다. 「국유재산법」 제5조제1항의 규정에 의하면 누구든지 국유재산을 정당한 사유없이 사용 또는 수익하지 못한다고 규정하고 있어 국유지를 정당한 사유 없이 무단 점유한 경우 즉, 국유지상에 무단으로 무허가건축물을 축조한 경우에는 보상이 어려울 것으로 보았다. 국유지상을 무단으로 점유하는 것은 불법 행위이기 때문에 관련 기관이 국가 토지를 불법으로 이용하는 대상자에 대하여 국가 본인이 보상하는 것은 타당하지 않은 것으로 판단하여 과거에는 보상 대상으로 보지 않았다. 그러나 관련 지자체에 따라서 보상여부를 개별적 판단하는 경우가 대부분으로 보상업무를 하는 담당자는 보상업무를 진행 하는데 혼란을 야기하는 경우가 많았다.

[표3-2] 시도별 보상 대상 구분

보상	개별상황 따라 결정	보상 제외
서울특별시 (중,광진,노원,강서,금천,관악, 강남,강동) 대구광역시 충청남도 한국전력공사 SH공사 인천도시개발공사	광주광역시 (국토해양부 질의회신 및 국유 재산법에 따라 처리) 경상남도·경상북도 (종합적 검토 후 사업시행자 판단·결정) 전라북도 한국철도시설공단	서울특별시 (성북,강북,구로,영등포) 대전광역시 울산광역시 강원도 한국토지주택공사 한국수자원공사 한국도로공사

그러나 최근 국가권익위원회의 권고 등을 통하여 국공유지내 무허가건축물 등의 경우에도 사업인정고시 이전에 건축된 건축물의 경우에는 손실보상의 대상으로 판단한다. 다만 주거용건축물이 아닌 위법건축물의 경우에는 위법의 정도가 사회통념상 용인할 수 없을 정도로 사회적 비난 가능성이 크고 합법화될 가능성이 거의 없어 거래의 객체가 되지 않을 때에는 손실보상에서 제외한다. 그러한 이유로 사업인정 고시전 증치된 물건 등은 보상 대상으로 봐야 한다고 한다.

3. 행정 처분 사항

개발제한구역은 행위제한이 강력하게 행하여지기 때문에 대부분의 행위가 불법이다. 또한 개발제한구역의 목적은 도시의 확산의 막기 위해 행해진 제한이기 때문에 대부분 수도권에 집중적으로 분포하여 있으며, 불법 행위는 유형은 물건의 증치, 건축물의 용도변경, 토지의 형질변경 등 다양하게 이루어지고 있다. 불법행위로 인하여 발생하여 관할 행정청이 계고 및 이행강제금을 부과한 경우 국토부의 유권해석은 불법건축물에 해당되어 관할관청에서 시정

명령(계고)을 한 경우 건물이 보상대상에 해당되는지 여부는 토지보상법 제25조의 규정에 의하면 ‘사업인정고시가 있는 후에는 고시된 토지에 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치를 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 미리 사업시행자의 의견을 들어야 하고’(제2항), ‘제2항의 규정에 위반하여 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치를 한 토지소유자 또는 관계인은 당해 건축물·공작물 또는 물건을 원상으로 회복하여야 하며 이에 관한 손실의 보상을 청구할 수 없도록’(제3항) 규정하고 있고, 국토의 계획 및 이용에 관한법률 제64조의 규정에 의하면 ‘특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 제2항제1호 또는 제2호의 규정에 의하여 가설건축물의 건축이나 공작물의 설치를 허가한 토지 안에서 도시계획시설사업이 시행되는 때에는 그 시행예정일 3월전까지 가설건축물 또는 공작물의 소유자의 부담으로 당해 가설건축물 또는 공작물의 철거 등 원상회복에 필요한 조치를 명하여야 하되, 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하고’(제3항), ‘특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 제3항의 규정에 의한 원상회복의 명령을 받은 자가 원상회복을 하지 아니하는 때에는 행정대집행법에 의한 행정대집행에 의하여 원상회복을 할 수 있도록’(제4항) 규정하고 있다.

헌법은 ‘국민의 재산권을 보장’하고, ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상’을 지급하여야 한다고 법률로 정하고 있다, 따라서 토지보상법에서는 세부적인 수용절차 및 보상기준 등을 정하고 있어 위 법령에서 규정하지 아니한 보상내용(무허가건물내의 영업 등)에 대하여는 보상할 수 없다고 본다.

또한 개발제한구역 내 불법지장물 처리 방법으로는 「개발제한구역지정 및 관리에 관한 특별조치법」에 의한 개발제한구역안의 무허가 공장건축물(용도변경 포함)에 대하여 관할 행정관청에서 철거계고 및 이행강제금을 부과하였으나 공공사업에 따른 사업인정 고시 전까지 철거되지 않고 있는 무허가 건축물의 보상대상 여부는 토지보상법 제75조제1항의 규정에 의하면 건축물·입목·공작물 기타 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 한다고 되어 있으므로 건축물 및 시설을 보상하는 경우에는 같은 법

시행규칙 제33조 및 제36조의 규정에 의하여 보상하여야 하나, 당해 건축물 등이 관계 법령에서 보상에 관하여 제한을 둔 경우 또는 관계 법령에 위배되어 이전·철거 등의 조치가 진행되고 있는 등의 경우에는 당해 공익사업의 시행으로 인한 손실이 발생한다고 볼 수 없으므로 보상대상에 해당되지 아니한다고 본다. 개발제한구역 및 기타 지역에서 불법으로 인하여 발생하는 물건에 대해서는 보상대상이 아니라고 보고 있다. 그러나 최근 이와 상반되는 견해로서 한국농어촌공사가 관리하는 농업생산기반시설 부지 위에, 「농어촌정비법」 제23조에 따른 목적외 사용 승인을 받지 않았거나, 또는 목적외 사용 승인은 받았으나 승인 대상에는 포함되지 않은 건축물, 공작물, 과수, 관상수 또는 입목을 건축하거나 식재하고 있던 중, 같은 법 제128조제1항에 따른 불법시설물철거 및 원상회복 명령이 있었고, 이러한 명령 이후 「토지보상법」 제22조에 따른 사업인정고시가 있는 경우, 해당 건축물, 공작물, 과수, 관상수 또는 입목이 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상의 대상에 해당하는 여부에 관해 다음과 같이 해석하였다.

최근 한국농어촌공사가 관리하는 농업생산기반시설 부지 위에, 「농어촌정비법」 제23조에 따른 목적 외 사용 승인을 받지 않았거나, 또는 목적 외 사용 승인은 받았으나 승인 대상에는 포함되지 않은 건축물, 공작물, 과수, 관상수 또는 입목을 건축하거나 식재하고 있던 중, 같은 법 제128조제1항에 따른 불법시설물철거 및 원상회복 명령이 있었고, 이러한 명령 이후 「토지보상법」 제22조에 따른 사업인정고시가 있는 경우, 해당 건축물, 공작물, 과수, 관상수 또는 입목은 원칙적으로 「토지보상법」에 따른 손실보상 대상에 해당하나 위법의 정도 등을 고려하여 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없다고 인정되는 경우를 제외하고는 손실보상 대상이 본다. 「헌법」 제23조에서는 국민의 재산권 제한시 정당한 보상을 지급하여야 함을 원칙으로 명시하고 있고, 이에 따라 「토지보상법」 제61조에서는 공익사업에 필요한 토지등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하도록 하고 있다. 따라서 건축물은 적법한 건축허가를 받아 건축된 것인지 여부에 관계없이 토지보상법의 사업인정 고시 이전에 건축된 건축물이기만 하면 보상대상으로 보는 견해도 있다.

그러나 시행규칙 제54조(주거이전비의 보상) 제1항 및 제2항에 무허가 건축물에 제한으로 주거이전비 보상에는 예외 규정을 두고 있으므로 무허가 건물도 보상의 대상에 포함하나 부수적인 간접보상은 제한하고 있는 사항이다. 또한 판례³⁹⁾에 따르면 원칙적으로 주거용 건물의 경우에 보상대상에 해당하므로 예외적으로 적용이 가능한 지장물은 작업장 1동에 한하나 이 또한 위법의 정도 등을 고려할 때 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없다고 인정되는 경우로 보기 어렵고 행정처분 등의 행위가 단발적인 경우나 지속적이지 못한 경우 위법의 정도가 큰 것으로 볼 수 없으므로 보상 대상 대상으로 보아야 한다고 주장하는 견해 또한 있어 판례 등을 비취 보면 직접보상은 이루어지는 경우가 많으나 간접 보상은 상당히 제한적인 것으로 보여 지고 있다.

4. 불법용도변경 건축물 내 영업 행위

과거 건축물은 합법적이거나 불법으로 용도변경 된 건축물 내에 영업보상을 대하여 논란이 많았으나, 최근 법률 개정을 통하여 ‘무허가건축물등’에 불법용도변경 건축물이 포함됨을 명확하게 규정하였다. 허가를 받거나 신고를 하지 않고 용도 변경한 건축물은 불법용도변경 건축물에 해당되어 용도변경 당시의 이용상황을 상정하여 평가를 하게 되므로, 축사를 불법으로 용도 변경하여 공장으로 이용하는 경우 등에는 축사를 기준으로 평가하게 되어 영업손실 보상을 받을 수 없으며, 또한 허가나 신고 없이 주거용으로 용도를 변경하여 거주한 경우 이주대책대상에서 제외하여 이주대책이나 이주정착금을 받을 수 없도록 하였다.

그러나 국토해양부 취지와는 다르게 영업손실 보상을 받을 수 없게 되는 경우는 토지 소유자의 경우에 해당되며, 용도 변경된 건축물을 ‘무허가건축물등’으로 보는 경우는 보상법 제45조(영업손실의 보상대상인 영업) 무허가건축물등에서 임차인이 영업하는 경우에는 그 임차인이 사업인정고시일등 1년 이전부터 「부가가치세법」 제5조에 따른 사업자등록을 하고 행하고 있는 영업을 말하며, 임차인의 경우에는 영업보상 대상이 된다고 판단된다. 이러한 이유로

39) 대법원 2000두6411

개정 이후에도 소유자가 영업하는 경우는 영업보상이 되지 않으며, 임차인이 사업인정고시 1년 전부터 영업을 한 경우는 영업 보상이 되기 때문에 문제점을 안고 있다.

[표3-3] 건축법 법령 비교

변경전	변경후
<p>「건축법」 등 관계법령에 의하여 허가를 받거나 신고를 하고 건축을 하여야 하는 건축물을 허가받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축한 건축물(이하 "무허가건축물등"이라 한다)의 부지 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등 관계법령에 의하여 허가를 받거나 신고를 하고 형질변경을 하여야 하는 토지를 허가받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 형질변경한 토지(이하 "불법형질변경토지"라 한다)에 대하여는 무허가건축물등이 건축될 당시 또는 토지가 형질변경될 당시의 이용상황을 상정하여 평가한다.</p>	<p>「건축법」 등 관계법령에 의하여 허가를 받거나 신고를 하고 건축 또는 용도변경을 하여야 하는 건축물을 허가받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축 또는 용도변경한 건축물(이하 "무허가건축물등"이라 한다)의 부지 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등 관계법령에 의하여 허가를 받거나 신고를 하고 형질변경을 하여야 하는 토지를 허가받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 형질변경한 토지(이하 "불법형질변경토지"라 한다)에 대하여는 무허가건축물등이 건축 또는 용도변경될 당시 또는 토지가 형질변경될 당시의 이용상황을 상정하여 평가한다.</p>

또한 토지보상법상 불법용도변경 건축물은 무허가건축물등에 해당되어 적법한 장소요건을 충족하지 않은 것으로 보아 불법용도변경 건축물내 영업은 영업보상 대상에서 제외하여 왔으나, 최근 불법용도변경 건축물내 영업은 무허가건축물등에 해당되지 않아 불법용도 건축물내 영업을 영업보상 대상에서 제외하는 것은 부당하다는 최근 판결(대법원 2010두 11641)⁴⁰ 및 국민권익위원회의

40) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제67조 제1항은 공익사업의 시행으로 인한 손실보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다고 규정하므로, 위 법 제77조 제4항의 위임에 따라 영업손실의 보상대상인 영업을 정한 같은 법 시행규칙 제45조 제1호에서 말하는 '적법한 장소(무허가 건축물 등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업'에 해당하는지 여부는 협의성립, 수용재결 또는 사용재결 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

요청에 의거 한국토지주택공사가 지금 진행되는 보상지역에서 영업보상 기준을 자료를 토대로 다소 수정하여 의뢰하고 있으나, 아래와 같은 이유로 다소 문제점이 있다.

국토해양부에서는 [건축법] 이 개정된 이후 불법용도변경건축물을 무허가건축물등에 포함시켜, 사실상 무허가건축물등을 위법건축물로 확대 해석하고 있으며(20 06.7.19. 토지정책팀-2856), 또한 [건축법] 제2조에서 "건축"은 건축물을 신축, 증축, 개축, 재축하거나 건축물을 이전하는 것으로 정의하고 있는바, 건축물 용도변경은 변경이라는 용도의 건축기준에 맞게 건축을 하는 것이므로(건축법제19조), [건축법] 등 관계법령에 의하여 허가를 받거나 신고를 하고 건축을 하여야 하는 건축물을 허가나 신고를 하지 아니하고 건축물 용도변경을 한 경우에는 "무허가건축물등"에 해당한다고 보고 있다.

한국토지주택공사에서 담당하고 있는 대다수의 보상지역이 보금자리주택 마련을 위한 개발제한구역(용도지역)내로서, 이번에 한국토지주택공사에서 "불법용도변경 건축물내 영업의 영업보상 기준 개선"에 따라 추가로 영업보상을 의뢰한 것 중 대다수가 용도지역은 개발제한구역, 지목은 목장용지 및 잡종지, 건축물 용도는 동·식물관련시설(다만 적법한 건물임.)내에서 자유업을 하고 있는 건물소유자 및 임차인이나, [개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법] 제12조(개발제한구역에서의 행위제한)제1항 개발제한구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목의 벌채, 토지의 분할, 물건을 쌓아 놓는 행위 또는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호에 따른 도시계획사업의 시행을 할 수 없다"라고 규정되어 있는 바, 단순히 개발제한구역내의 적법한 건물이라 하더라도, 목장용지내의 동·식물관련 시설에서 자유업을 하는 경우에는 판단의 어려움이 발생하고 있다고 주의를 주고 있다.

제4장 손실보상제도 개선방안

제1절 불법행위에 따른 손실보상제도 개선방안

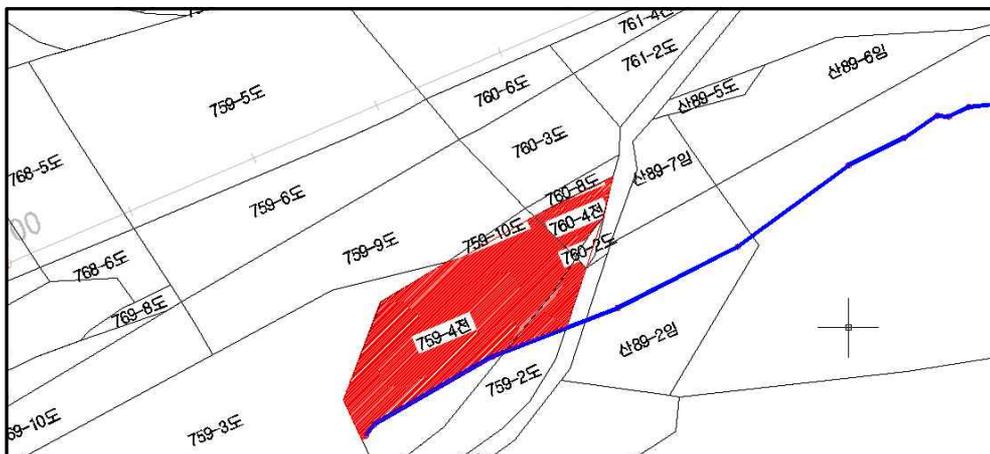
1. 국공유지 지상의 무단 지장물 처리 방법

당해 토지는 국유지인 토지로 인접해 있는 영업장(식당) 진입로로 수년간 사용되어 현재까지 왔으며, 소유자는 수년 동안 식당에 진입로로 사용하면서 국유지 지상에 수목 및 가로등 표시석 등 영업에 도움이 되는 시설물을 설치하였으나 어떠한 제제 및 처분을 받지 않았다.

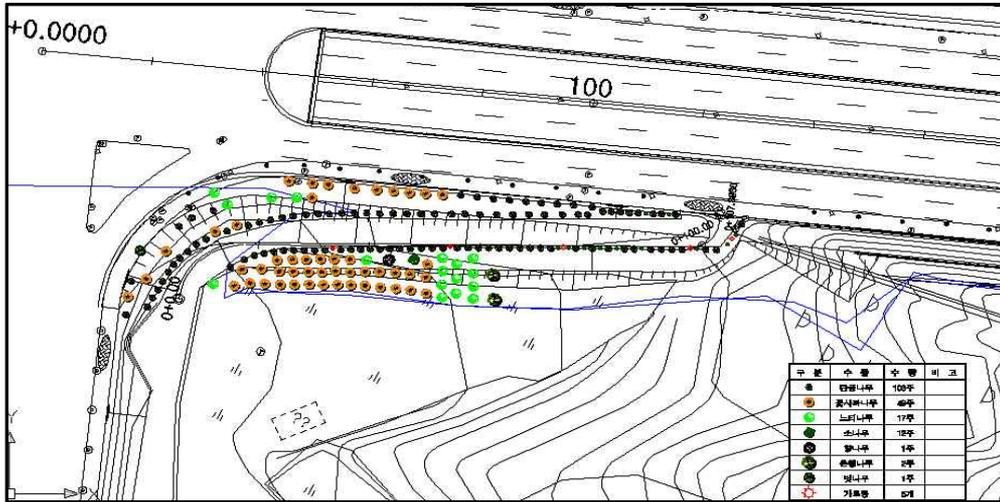
2009년 해당 국유지가 도로구역 결정 되어 국도확장사업에 편입 확정되어, 2010년 보상이 이루어지는 시점에 국유지상 불법으로 설치한 수목 등이 있어 물건의 이전비로 평가하여 지장물 등에 대해 보상금 22,000,000원 산정 되었으며, 지장물 소유자는 아무런 제한도 받지 않고 보상금 전액을 수령하게 되었다.

영업장 소유자는 수십년간 국유지를 무단으로 사용하였으며, 사용으로 본 이득에 대해 어떠한 행정처분이 이루어 지지 않은 상황이기 때문에 토지보상법 75조에 의하여 물건 이전비에 대한 보상금은 집행 되었다.

〈그림4-1〉 국유지 지적도



〈그림4-2〉 물건 배치도



[표4-1] 물건 목록

번호	물건의종류	구조및규격	해당	단위	금액
1	가로등	철파이프조 1.6(H)	6	식	일괄평가 1,325,000
2	계단	목조 손잡이(철파이프조) 포함	10	m	포함 ↑
3	조경석	솔향기 표시석 1×1.3	1	식	포함 ↑
4	단풍나무1	R7× H4	6	주	일괄평가 20,960,000
5	단풍나무2	R10×H5	50	주	포함 ↑
6	단풍나무3	R14×H6	30	주	포함 ↑
7	단풍나무4	R18×H6.5	20	주	포함 ↑
8	꽃사과나무	R15×H5	40	주	포함 ↑
9	팔배나무	R15×H5	7	주	포함 ↑
10	소나무1	R10×H2.5	10	주	포함 ↑
11	소나무2	R12×H3	1	주	포함 ↑
12	소나무3	R25×15	1	주	포함 ↑
13	느티나무	R25×H10	6	주	포함 ↑
14	느티나무	R33×H12	1	주	포함 ↑
15	향나무	R25×H16	1	주	포함 ↑
16	왕벚나무	R25×H10	1	주	포함 ↑
17	은행나무	R50×H12	2	주	포함 ↑

그러나 국유지 상에 사용허가를 득하고 가설건축물을 건축한 경우 계약에 따라 국유지가 공익사업에 편입되는 경우 원상회복을 시켜야 하는 이유로 보상대상에서 제외하는 것이 원칙이다. 이러한 경우 합법적으로 임대료를 국가

에 납부를 하는 국민은 국유재산법 시행령 13조에 따라 원상회복 등 및 계약 특약 등의 사유로 보상대상으로 볼 수 없는 반면 불법적으로 사용하는 경우는 보상대상으로 봐야 하는 경우가 발생하기 때문에 법치를 확립해야 되는 국가가 법을 보호하지 않는다고 봐야 하는 문제가 발생한다.

위에서도 언급하였듯이 국공유지의 무단 점유로 물건의 설치 및 입목 등의 식재 등이 보상 대상으로 확정하는바, 국공유지 지상에 임목 등을 식재하는 경우가 빈번히 발생하고 있다. 이러한 문제의 1차 책임은 관리청이지만, 해당 국공유지의 관리가 어렵고 무단 증치 및 식재 파악을 하는 것이 어려움이 있다. 그러한 위의 이유로 과거와 같이 사업인정고시 이전부터 존치하는 물건에 대해서도 보상을 하지 않는 것은 국민의 재산권 보호를 해야 할 당사자인 정부에게는 합당하지 않다.

또한 헌법 제23조 모든 국민의 재산권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하며, 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다. 에 위배된다. 국민의 재산권은 보호해야한다. 하지만 그렇다고 국공유지 지상에 사용승인 허가 등을 득하지 아니하고 무단으로 설치한 지장물 등에 대해 이전에 필요한 비용을 지급하는 것은 사회적인 통념상 용인이 되기 어려우며, 재산권의 보장은 공공복리 및 한계는 법률에서 정한다고 하였다. 또 헌법 11조 모든 국민은 법앞에 평등하다 따라서 불법을 행한 경우라도 보상대상이라고 본다면 사용허가를 받고 사용하는 경우일 지라도 동일한 원칙에 따라 보상대상으로 봐야 할 것이다. 그러나 나라의 질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 관리 감독 역시 정부의 역할이기 때문에 그에 따른 적절한 제한을 해야 할 것이다. 따라서 토지보상법을 일부 개정을 통해 모든 사업인정 고시 이전에 증치된 물건이라면 보상대상으로 봐야 그러나 사회적 통념으로 볼때 용인이 가능한 범위 내에서 금액적 제한을 필요하다. 따라서 동법시행규칙 46조 5항과 같이 ⑤제45조제1호 단서에 따른 임차인의 영업에 대한 보상액 중 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 제외한 금액은 제1항에 불구하고 1천만원을 초과하지 못한다. 라는 규정과 같은 불법시설물에 대

해서는 정확한 금액적 제한이 필요하다 할 것이다.

2. 개발제한구역 내 행정처분 된 지장물

당해 사업은 수도권 인근 개발제한구역을 관통하는 사업으로 2010년 사업인 정고시 이후 매년 해당예산으로 토지를 매수하고 있다. 그렇기 때문에 매년 예산 할당에 따라 바로 인접 토지는 후년에 보상이 이루어 진다. 이러한 경우 2010년 현장조사 이후 개발제한구역내 불법시설물에 대해 당해 시에 행정처분 내역을 조회를 하는 경우 상반기에 이미 조사가 이루어지는 경우가 태반이기 때문에 해당 시설물은 처리가 완료된 상태에서 조사가 완료 되었다고 판단하나 통상 물건을 치우거나 변경후 과태료 부과를 피하고 행정처리가 완료 된 경우 다시 물건을 증치하여 사용하는 경우가 태반이다. 그러한 연유로 2011년 보상을 하는 경우 이러한 물건에 대해 행정처분 사항이 없는 것으로 판단하게 되며 개발제한구역 내에 불법시설물 여부와 관계없이 토지보상법에 75조에 따라 이전비 등을 보상하고 있다. 반면 후년에 보상대상이 되는 토지의 경우 당해 시군에 처분 내역을 조회하는 경우 그해 불법시설물 조사를 실시하여 해당 보상구간에 행정처분이 내려지는 경우가 태반이기 때문에 보상대상에서 제외 된다⁴¹⁾. 이러한 경우 전년에 보상구간에 속한 사람은 불법행위일 지라도 행정처분이 없다는 이유로 물건에 대한 보상금을 수령하고 2012년 보상구간에 속한 사람은 행정처분에 따라 보상대상에서 제외 되는 경우는 합리적이지 못하다고 할 것이다.

41) 「하천법」 제69조에 따라 하천관리청이 지장물의 이전·제거 및 원상회복 명령을 하였으나 철거 등이 되지 않고 있다가, 이후 해당 지장물이 공익사업 시행으로 철거되는 경우에도, 원칙적으로는 손실보상 대상에 해당한다고 할 것이나, 예외적으로 위법의 정도 등을 고려할 때 손실보상을 하는 것이 사회적으로 용인될 수 없다고 인정되는 경우에는 손실보상 대상이 되지 않는다고 할 것입니다.

똑같은 불법 상황에서 단순히 행정처분 등에 따라 보상 대상으로 선정한다는 것은 헌법 11조에 따른 모든 국민은 법앞에 평등하다는 정신에 위배된다고 할 것이다. 따라서 「토지보상법」 제75조 제1항에 의거하여 건축물·입목·공작물 기타 토지에 정착한 물건(이하 “건축물등”이라 함)에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 하고, 다만, 건축물등의 이전이 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우, 건축물등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우, 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우 중 하나에 해당하는 경우에는 당해 물건의 가격으로 보상하도록 규정하고 있다 여기서, 해당 건축물등이 행위처분 및 허가 여부를 떠나서 토지의 소유주체에 따라 보상여부에 차등을 두고 있지 아니하므로 건축물등 자체에 대한 보상시에는 사업인정고시 이전의 물건 등에는 이전비 또는 물건의 가격으로 보상하여야 하는 것이 타당 할 것이다.

3. 불법용도 변경된 건물에서의 영업보상

그동안 토지보상법상 불법용도변경 된 건축물은 무허가건축물등에 해당되어 적절한 장소요건을 충족하지 않은 것으로 보아 불법용도변경 건축물내 영업은 영업보상 대상에서 제외하여 왔다. 그러나 최근 불법용도변경 건축물은 무허가건축물 등에 해당되지 않아 실제 건축법상 용도변경은 건축의 범주에 포함되지 않고, 허가나 신고 없이 용도를 변경한 건축물은 무허가건축물 등으로 볼 수 없어 불법용도 변경 건축물내 영업을 영업보상 대상에서 제외하는 것은 부당하다는 판결⁴²⁾ 및 국민권익위원회의 권고⁴³⁾에 의거하여 영업보상 대상으로 판단하여 불법용도 변경에서의 영업도 영업보상 대상으로 판단하게 되었다.

이러한 연유로 기존 보상대상에서 제외되었던 영업보상비가 추가적으로

42) 대법원 2010두 11641 '97.12. 건축법 개정으로 건축물의 용도를 변경하는 행위를 건축물의 건축으로 보는 규정이 삭제되어, 불법용도변경 건축물은 토지보상법상 무허가건축물등에 해당되지 않고, 따라서, 불법용도변경 건축물이 무허가건축물등에 해당한다는 사유로 불법용도변경 건축물내 영업을 영업보상에서 제외하는 것은 부당하다고 판시

43) 토지주택공사가 국권위의 시정권고에 대해 재심의 요청('11. 07. 15)하였으나 기각 결정('11. 08. 22)

발생하여 과도한 국고 손실이 발생한다는 관계기관의 문제제기 및 불법행위는 보상하지 않는다는 토지보상법 입법취지상 불법용도변경 건축물내 영업은 보상이 불가하다는 것이 국토교통부 입장으로 인하여 위에서 언급한 토지보상법 시행규칙 개정을 통하여 용도변경 된 건축물을 무허가 건축물로 판단하도록 관련 법률을 수정하였다.

[표4-2] 한국토지주택공사 용도변경 된 건물내 영업보상 추정액⁴⁴⁾

지구명	자가 영업자		임차영업자				추가보상액	
			1천만원 보상자		이전비 보상자			
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
하남미사	36	7	232	23	228	46	496	76
구리갈매	11	2	158	16	75	15	244	33
시흥은계	11	2	51	5	23	5	85	12
부천옥길	15	3	13	1	9	2	37	6
계	73	15	454	45	335	67	862	127

이러한 경우 기존 소유자 및 세입자는 영업보상 대상으로 보상을 하였으나, 법령 변경후 영업보상 대상을 세입자로 한정하는 경우 소유자에 대한 역차별 문제가 발생하게 되며, 국가 예산의 과도한 지출을 막기 위해 과거부터 합법적으로 영업을 영위한 소유자에 대한 역차별 문제 있다 할 것이다. 따라서 용도변경 된 건축물의 소유자 구제하기 위한 방법이 필요하다 할 것이다.

44) 2011년 주요 보상지구의 불법용도변경 건축물내 영업은 약 862건으로 불법용도변경 건축물을 적법한 장소로 볼 경우 약 127억원의 보상금 추가소요 되며 이건 토지 주택공사 개별 사업장을 기준으로 작성된 자료로 전국에 개발사업장일 기준으로 작성 된다면 보상비는 더 늘어날 것이다.

-읍·면 단위 용도변경 영업장 -

사업내용: 지방군도 사업
사업인정고시일 : 2011년 3월 25일
사업자등록 : 1991년4월15일
건문구조 : 블록조 슬래브지붕 2층 (주택)
업종 : 도소매업 및 자유업
사업장 위치: 본 건물 1층(주택)

불법용도 변경된 건물의 소유자가 사업인정고시일 1년 이전부터 「부가가치세법」 제5조에 따른 사업자등록을 하고 영업을 하는 경우 세입자와 같이 보상대상으로 판단하는 방법이 있으며, 또한 용도변경 등을 하는 경우 과거 불법 주거용건축물(89.12.4)을 양성화하여 합법건축물로 인정한 경우 및 최근 다시 불법 건축물을 양성화 하려는 법률 개정이 있으므로 불법용도 변경 된 건축물내 영업장도 위의 내용을 적용하여 사업인정고시 이전 특정시점부터 근린생활시설 등으로 이용하였다면 합법적인 영업장으로 봐야 할 것이다. 하지만 무조건 사업인정고시 이전이 아닌 과거 법률부터 검토하여 과거부터 합법적으로 이용하였는지 여부 및 정확한 시점을 제시해서 건물 소유자에게도 형평성 있는 영업보상 체계를 만들어야 할 것이다.

제 5장 결론

공공사업에 의한 국토의 개발은 국민이 가진 토지를 수용 및 사용 도는 제한하는 결과를 가져온다. 이 경우 행정기관의 작용으로 국민의 권리 등이 침해됨으로 여러 사회적 문제를 발생 시키고 있다. 더구나 오늘날은 과거와는 다르게 국민경제의 발달과 정보통신의 발달로 인하여 공공필요에 의한 공익사업으로 자신의 생활권이 침해 되는 경우 권리의식이 높아져서 토지 등의 보상에서 여러 가지 요구사항등 민원이 더 강해지고 있는게 현실이다.

이러한 현상은 민주화 지방화에 따른 국민의 권리의식의 변화 및 인터넷을 통한 정보공유를 통해 재산권에 가치에 대한 보장을 확고히 하려고 하기 때문이다. 우리나라 헌법 제23조 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다” 라고 규정하고 있다. 그러나 정당한 보상의 규정은 어디에도 없으면 이러한 정당한 보상이라는 기준에 근거하여 어디에 기준을 두고 보상 절차를 진행해야 하는지 알 수 없기에 관계 법령에 의거하여 절차가 진행 될 수밖에 없다.

사업시행자는 토지 등의 소유자에게 관련법령에 의거하여 원만한 협의를 거쳐 보상금을 지급하는 것은 그 손실에 대한 정한 보상 차원에서 당연한 것이다. 그러나 관계 법령들 간의 교집합 부분에서 법들이 상충 되는 경우 그 중간지점을 찾기는 어려운 것이면 강제취득을 하게 되는 경우 사유재산권에 대한 공공의 문제가 발생하는 경우도 빈번하다.

특히 최근 들어 공공사업을 추진함에 있어 택지 공급의 한계로 인하여 수도권 인근의 개발제한구역 및 국공유지를 통한 개발사업을 하는 경우 토지보상법과 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법과의 충돌 되는 부분에서 정확한 규정이 없는 경우가 빈번하여 재산상의 피해가 발생하였음에도 불구하고 보상규정과 특별법과의 문제 등에서 보상규정에 어긋난다는 이유로 보상이 이루어지는 못하는 경우가 빈번하게 발생하였다.

과거에는 공익사업이 주로 소규모 개발사업 이었고, 그에 따른 재산권의 침

해도 공사를 수행함에 있어서 큰 문제가 되지 못하였을 뿐만 아니라 피수용자 역시 이 부분에서 강력하게 자신의 재산권 보호를 주장하지 못하였다. 그러나 최근에는 권리구제 및 국가인권위원회 등에서 다양하게 피수용자의 권리를 보호하기에 활동하고 있다.

본 연구의 내용에서 제시한 손실보상 제도의 문제점과 개선방향은 다음과 같다

첫째 국공유지 지상의 무단 지장물 등의 처리 방법에 대해 다음과 같이 개선 방법을 제시하고자 한다. 과거 국공유지 지상의 무단지장물 등은 보상대상으로 보지 않는 견해가 다분하였으나, 국민의 재산권 보호와 사회 분위기의 변화에 따라 무단지장물도 보상대상으로 판단하게 되었다. 현재 국공유지 지상의 무단지장물은 사회적 통념이 허용되는 범위에서 보상을 하지만 실제 사회적 통념이라는 모호한 의미로 제한을 하는 것은 혼선만을 가중시킨다 할 것이다. 따라서 사용허가를 득하지 아니하고 설치한 지장물 일지라도 사업인정고시 이전에 증치 되었다면 보상대상으로 보고 있다. 그러나 관계 법령을 위반한 사항 등에 대해서는 사유재산일 지라도 제한을 해야 한다고 주장하며 또 일부에서는 보상자체를 반대하는 주장도 있다. 따라서 사유재산 보호와 사회질서 유지 문제에서 정부는 중립적 입장에서 포괄적인 보상보다는 불법행위에 대한 정확한 제한을 해야 할 것이며, 사회적 통념으로 용납이 가능한 범위를 설정하여 정확한 금전적 대안을 제시해야 할 것이다.

둘째 개발제한구역 내에 행정처분 된 지장물 처리방법 및 문제점 등을 제시하여 개선방향에 대해 도출하였다. 개발제한구역은 개발제한구역의 특별법에 의거하여 관리되는 지역으로 통상 1년에 2회 내외로 괄할 시군구에서 일제조사를 하여 불법 지장물 등에 대해 행정처분 및 이행강제금을 부과한다. 현재 실무에서는 사업인정고시 이전에 증치된 지장물 일지라도 행정처분이 대상 지장물에 대해서는 보상대상으로 보지 않는다. 그러나 이러한 경우 사업운영적인 측면에서 형평성의 문제점이 생길 수도 있으며 사회문제가 발생할 가능성이 크다. 개발제한구역 내에 임차인 등은 대부분 사회적 약자 계층으로 정부에서는 이들을 보호해야 하는 의무가 있으며 최소한의 안전장치가 필요하다고 할 것이다. 그래서 일부에서는 무조건 적인 보상을 주장하고 있다. 사업

인정고시 및 처분 유무를 떠나 사회적 약자라면 포괄적인 보상대상으로 보아야 한다고 주장하고 있다. 그러나 포괄적인 보상이 모든 문제를 해결 할 수는 없다 할 것이다. 따라서 불법 행위에 대해 적절한 제한이 필요하다 따라서 관계 법률 등에 정확한 불법 행위에 따른 제한 사항을 명시하여 사업인정 고시 이전에 증치 된 지장물에 대해 행정처분 사항과는 관계없이 손실보상 대상으로 판단하는 것이 사회적 형평상 타당하다 할 것이다.

셋째 불법용도 변경된 건물에서의 영업보상은 다음과 같은 개선 방향을 제시하였다. 과거 불법용도 변경 된 건축물 내에서 영업은 판례 등으로 유추하여 영업보상 대상으로 보아 적법한 장소로 판단하였다. 따라서 영업보상 대상으로 판단되어 영업보상보상금을 지급하였으나 이러한 경우 사회적 비용 발생이 커지는 문제점 등이 발생하여 무허가 건축물에 불법용도 변경된 건축물을 포함시키는 법 계정을 하였다. 하지만 이러한 경우 소유자와 세입자를 역차별하는 경우가 발생하게 되어 사회적 문제가 발생하고 있는 것이 현실이다. 따라서 기존 불법건축물에 적용되는 사항을 세입자 및 소유자 동일하게 적용하여 세입자와 소유자 유무에 상관없이 사업인정고시 1년 전부터 합법하게 영업 등을 영위하는 경우 영업보상 대상으로 판단하여 보상해야 할 것이다.

공익사업을 진행하는 경우 토지보상과는 다르게 지장물 등 물건에 대한 보상은 통상 사회적 약자와 대면하는 경우가 빈번하다. 이러한 경우 법률적 원칙에 의거하여 보상대상 여부를 결정하는 것은 어려운 문제이다. 우리 헌법이 손실보상에 있어서 정당하게 보상하여야 하는 원칙을 천명하고 있지만, 불법 및 위법 등에 대해서 어떠한 적용을 해야 하는지에 대해서는 토지보상법 규정이 미흡하여 유추적용을 하는 데에 상당한 어려움이 많은 것이 실정이다. 현실적으로 명백한 기준과 한계가 없는 상태에서 여러 가지 법적사항 등이 충돌하고 사회적 통념이라는 문구 등에 따라 절차를 진행 하는 것은 한계가 있을 수 밖에 없다. 따라서 기준을 법령에서 규정하여 동일하게 원칙을 적용하는 것이 바람직하다. 이러한 부분을 제도권 안으로 진입하게 되면 손실보상 대상 범위가 확대되어 예산 확보 등의 문제점 등이 발생한다고 하지만 이러한 지장물 등 물건에 대한 보상은 전체 보상에서 미미할 뿐만 아니라 이러한 사항으로 발생하는 사회적 비용을 해결 할 뿐 아니라 헌법에서 보장하는 재

산권 또한 보하기 때문에 타당하다 할 것이다.

이렇게 함으로 공익사업 시행시 손실보상제도가 정의 공명 및 공적 부담에 있어서의 평등원칙에 근거한 정당한 제도로 헌법취지에도 부합한다고 생각한다. 따라서 손실보상 근거를 법률에 규정하여 손실보상의 영역으로 발전시킬 수 있도록 연구 노력하여 공평하고 정당한 보상이 되도록 해야 할 것이다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

1) 단행본

- 강병운(2008), 『신감정평가 및 보상법규』, 서울: 리북스
- 건설교통부·서울지방국토관리청(2007), 『보상업무 매뉴얼』, 경기도: 건설교통부
- 국토연구원(2006), 『공익사업의 원활한 수행을 위한 토지보상체계 개선연구』, 경기도: 국토연구원
- 국토해양부(2012), 『사례를 통한 수용 보상의 이해』, 경기도: 국토해양부
- 김철용(2005), 『행정법1』, 서울: 박영사
- 시흥시(2012), 『개발제한구역의 업무지침』, 경기도: 시흥시
- 아산시(2006), 『토지보상실무』, 충청남도: 아산시
- 이선영(2008), 『신토지수용과 보상법론』, 서울: 리북스.
- 이외희, 봉인식, 이지은(2008), 『개발제한구역 제도개선 법제화방안』, 경기도: 경기개발연구원
- 이흥규(2010), 『감정평가 및 보상법규』, 서울: 리북스
- _____ (2010), 『감정평가 실무연습』, 서울: 리북스
- 중앙토지수용위원회(2011), 『토지수용재결기준』, 경기도: 중앙토지수용위원회
- 차태환(2009), 『토지보상법론』, 서울: 부연사
- 토지보상학회(2011), 『토지보상실무』, 서울: 한국토지보상학회
- 토지주택공사(2011), 『토지보상지침』, 경기도: 토지주택공사
- 한견우(2000), 『현대행정법1』, 서울: 신영사
- 한견우, 최진수(2009), 『현대행정법』, 서울: 신영사
- 한국감정원(2011), 『토지보상실무』, 서울: 한국감정원
- 한국토지보상관리회(2009), 『보상전문가 과정』, 서울: 한국토지보상관리회
- 한국토지주택공사(2011), 『보상실무편람』, 경기도: 한국토지주택공사

2) 학위논문

- 김동섭(1998), "완전보상의 이념구현을 위한 생활권보상제도에 관한 연구", 한양대 석사학위논문
- 김용호(2010), "공익사업에 따른 손실보상제도에 관한 연구", 경원대 석사학위논문
- 김찬수(2009), "사업손실보상제도의 개선방안에 관한 연구", 연세대 행정대학원 석사학위논문
- 이용삼(2010), "공익사업 보상평가의 개선방안 연구", 건국대 석사학위논문
- 정주석(2011), "개발제한구역 내 불법용도변경 건축물 확산 실태분석 연구", 서울시립대학교 도시계획과 석사학위논문
- 채천석(2008), "공익사업을 위한 간접손실보상에 관한 연구", 고려대 박사학위논문

3) 학술논문

- 경재웅(2011), "생활보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 연구", 『한국집합건물법학회』, 제8집, pp.71~110
- 김문현(2003), "헌법상 토지소유권 보장과 공익에 의한 제한", 『부동산법학』, 제7집, 한국부동산법학회, pp.7~37
- 김봉채(2005), "개발제한구역지정에 따른 손실보상", 『한국부동산학보』, 제24집, 한국부동산학회, pp.5-18
- 김용창(2010), "공공사업에서 정당보상과 손실보상제도의 쟁점 및 개선에 대한 연구", 『공간과 사회』, 제33호, 한국공간환경학회, pp.5~47
- 김해성 · 정철모(2012), "공법상 영업손실보상의 개선방안에 관한 연구", 『도시행정학보』, 제25집, 한국도시행정학회, pp.265~294
- 류하백(2011), "토지수용법제에 대한 평가", 『토지공법연구』, 제53집, 한국토지공법학회, pp.31~86
- 류해웅(2005), "생활권보상의 법리와 제도에 관한 고찰", 『부동산연구』,

- 제15집 제1호, 한국부동산연구원, pp.69~90
- 박평준(2003), “공용수용법제의 현대적 경향”, 『부동산법학』, 제9집, 한국부동산법학회, pp.109~126
- 서경규, 이성근, 김종수(2009), “영업손실의 보상요건에 관한연구”, 『부동산연구』, 제19집, 한국부동산연구원, pp.73~93
- 윤재천(2011.12), “공공사업 시행과정상 문제점에 대한 실무적 검토”, 『토지보상법연구』, 제9집, pp.90~105
- 이상훈, 윤동건(2011), “사업인정과 정당보상의 주요쟁점에 관한 고찰”, 『사단법인 한국토지공법학회』, 제53집, pp.87~112
- 정연주(2002), “공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 대한 헌법적 검토”, 『토지공법연구』, 제16집, 한국토지공법학회, pp.1~43
- 정하명(2010), “공용수용제도의 발전적 개선방안”, 『토지공법연구』, 제50집, 한국토지공법학회, pp.140~172
- 한국토지주택공사(2011), “불법용도변경 건축물내 영업의 영업보상 기준 개상(안)”
- 허강무(2011), “정당보상 구현을 위한 손실보상 제도의 개선방안”, 『법학연구회』, 제32집, 전북대학교, pp.331~354

ABSTRACT

Study on the improvement of compensation system for unlawful act

– Focus on unlawful object and sales compensation

Park, Sung Su

Major in Real Estate Appraisal

Graduate School of Real Estate

Hansung University

Article 23 of the Korean Constitution have been guaranteed the property rights of the people. Theory on people's property rights have been guaranteed by the Constitutional Court and the precedent has been established. In addition, the physical property and intellectual property rights protection have been complement institutional. But in Korea, the land is one of the most important fixed assets accounted for the largest position. In addition it have a greater percentage of the personal property

since The 6.25 war, korea has been changed rapid industrialization and urbanization. As a result, it means that was considered the most important than any other private property in korea.

However the individual owned it, it doesn't mean that they have monopolized all authority. Constitution can restrict the property rights

of the individual for public welfare, so land is not a concern of only individual, it doesn't mean that public welfare is important than individual's property rights

Faced with the limitations of recent development projects through relationships difficult to obtain residential land near the city and metropolitan area of the metropolitan area near the land, countries, common development, including the termination of the restricted area, and private businesses and public works order, resulting in the meantime, property restrictions or miss in restricted areas batdeon development property owners and countries. Commons is in reaction to public works projects, including enforcement of the friction between the concessionaire is happening frequently.

Special Measures Act for the acquisition of land for public projects and on the development of a restricted area designation and management for compensation, etc. for the legality of the compensation for the illegal facilities and tenants to use the facilities and the change of use of illegal governed by the laws of considerable confusion among the concessionaire of its municipalities and public works projects of the person in charge of the enforcement of the cutoff. In addition, business loss compensation in a situation that is happening on the countries within a common tenant compensation paid in equity, whether due to long-term projects in progress, farming compensation and housing yijeonbi-compensation, sales compensation, and many other friction to minimize crosstalk between the concess

Under a special law which prescribes strict legal restrictions, the Limited Development District puts much more rigorous supervision on the area than general district. Accordingly, owners of the area frequently clash with administrative authority, and in turn, sometimes have to go through administrative disposition and imposition of fine

for negligence. But the thing is, even among implementers of public projects and local government, there is a controversy over the legality and application of 『ACT ON ACQUISITION OF AND COMPENSATION FOR LAND, ETC. FOR PUBLIC WORKS』 and 『ACT ON SPECIAL MEASURES ON DESIGNATION AND MANAGEMENT OF DEVELOPMENT-RESTRICTED AREAS』 to facilities which is illegal, or illegally altered its purpose of use. Even worse, opinions divided when it comes to fairness between lessees of national land and illegal users, a compensation range of cultivation loss and residential migration expenses and business loss, which are caused by long-term business operation. Due to all these matters, the government and implementers cannot help but to cost a great deal of personnel and materiel loss, and still there is a lot of fundamental disagreement among them. Considering these issues, this study aims to examine proper measures for loss compensation to some illegal act by seeking solutions to application of 『ACT ON ACQUISITION OF AND COMPENSATION FOR LAND, ETC. FOR PUBLIC WORKS』

【Key Words】 Loss Compensation, Illegal Act