

行政上 損失補償에 관한 考察

尹 良 洙*

目 次	
I. 머리말	III. 행정상 손실보상의 내용·분류
II. 행정상 손실보상의 의의·근거 ·원인	IV. 토지보상법상의 손실보상 V. 맺는 말

I. 머리말

행정상 손실보상에 관한 法源으로서 매우 중요한 위치를 차지하게 될 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 토지보상법으로 약칭 표기한다)이 2002년 2월 4일에 공포되었다. 이 토지보상법은 2003년 1월 1일부터 시행될 예정이며, 이 법의 시행일부터 토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(이하 공특법으로 약칭 표기한다)은 폐지된다. 토지보상법은 종래의 토지수용법과 공특법으로 이원화되어 있는 公益事業用地的 취득과 손실보상에 관한 제도를 통합함으로써, 손실보상에 관한 절차와 기준을 체계화하고 불합리한 제도를 개선하여 국민의 재산권을 충실히 보호함과 아울러 공익사업의 효율적인 추진을 도모하기 위하여 제정되었다.

그런데 공특법은 공공사업에 필요한 토지 등의 協議에 의한 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상에 관하여 규정한 법률이고, 여기에서의 '협의에 의한 취득'은 공권력의 행사와는 다른 것이므로, 同法에 의한 손실보상은 토지수용법에 의한 收用補償과는 성질이 다르다고 할 수 있다. 그러나 공특법상의 협의에 의한 취득·사용의 대상이 '공공사업에 필요한 토지 등'이고, 여기에서의 공공사업은 토지수용법에 의하여 '토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업'이며(공특법 2), 협의에 의한 취득이 이루어지지 않을 경우 토지수용법에 의한 수용이 가능하므로, 공특법상의 協議取得은 公權力行使의 뒷받침을 받고 있는

* 제주대학교 법정대학 교수

것이어서, 同法上의 협의에 의한 공공용지취득 및 보상제도가 토지수용법에 의한 公益事業用地 등의 취득·보상제도와 통합되어진 것이라 할 수 있다.

2002년 9월말 현재 토지보상법시행령이나 同法시행규칙이 제정·공포되어 있지 않았지만, 本稿에서는 토지보상법상의 손실보상규정을 중심으로 同法の 주요 내용과 문제점 및 앞으로 제정될 同法 시행령·시행규칙의 제정과정에서의 과제 등을 살펴보기로 한다. 토지보상법의 내용검토에 앞서 행정상 손실보상에 관한 일반이론을 먼저 고찰하기로 한다.

II. 행정상 손실보상의 의의·근거·원인

1. 행정상 손실보상의 意義

行政上 損失補償(compensation, Entschädigung)이란 적법한 공권력행사로 私有財産에 가해진 특별한 희생에 대하여 전체적인 평등부담의 견지에서 그것을 조절하기 위하여 행하는 재산적 보상을 말한다.¹⁾ 그 개념요소는 다음과 같다.

① 적법한 공권력행사로 인한 손실의 보상이다. 행정상 손실보상은 토지수용 등과 같이 공공의 목적을 위하여 법률에 의거해서 적법하게 행하여지는 국민의 사유재산권에 대한 부득이한 침해에 대한 보상이다. 이와 같이 행정상 손실보상은 공권력행사로 인한 것이므로 그 보상은 公法的 성질을 가지며, 私法上 계약에 의한 반대급부와 구별된다.

② 공공목적을 위한 私有財産權의 수용·사용 또는 제한에 대한 보상이다. 여기서의 收用은 재산권의 박탈을, 使用은 재산권의 박탈에 이르지 아니하는 一時的 使用을, 制限은 소유자 기타 권리자의 재산에 대한 사용·수익의 제한을 뜻한다. 공공목적을 위한 사유재산권의 수용·사용·제한을 각각 公用收用·公用使用·公用制限이라고 하는데, 이들은 공공목적을 위하여 사유재산권을 침해하는 공통점을 지니고 있어서 公用侵害로 통칭되기도 한다. 행정상 손실보상은 이러한 공용침해로 인하여 발생한 희생에 대한 보상이다.

③ 특별한 희생에 대한 調節的 보상이다. 행정상 손실보상은 公共의 需要에 충당하기 위하여 특정 개인에게 입히는 특별한 희생을 국민 전체의 부담으로 분산시켜, '公的 부담 앞의 평등'을 실현하려는 조절적 의미를 지닌 보상이다.²⁾ 따라서 일반적 부담(예; 조세)이나 재산권에 내재하는 사회적 제약에 있어서는 손실보상의 문제가 생기지 않는다.

1) 西村宏一 外 編, 國家補償法大系 4, 日本評論社, 1987. 1面.

2) 原田尚彦, 行政法要論, 學陽書房, 1995. 225面.

2. 행정상 손실보상의 근거

1) 이론적 근거

행정상 손실보상의 이론적 근거에 관해서는 恩惠說·기득권설·특별희생설 등의 학설이 있다. 이 중 통설인 특별희생설은 행정주체가 공공목적을 위하여 재산권 자체의 內在的 한계를 넘어서 사유재산권에 가한 특별한 희생에 대하여 사회 전체의 공동부담으로 보상하는 것이 正義와 公平의 견지에서 당연하기 때문에 손실보상이 인정되는 것이라고 한다.

오늘날의 자유주의적 법치국가에서 개인의 재산권은 헌법상 보장되고 있지만, 그것이 절대적인 것은 아니며, 그 내용이나 행사에는 일정한 제한이 따른다. 우리 헌법이 제23조에서 '① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다'고 규정하고 있는 것은 이러한 기본원리를 표명한 것이라 할 수 있다. 그리하여 모든 재산권은 일정한 內在的 제약 또는 사회적 구속을 받게 되며, 이러한 내재적 제약의 범위 내에서 사유재산권에 대한 제한이 이루어진 때에는 손실보상의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 공공필요에 의하여 재산권의 내재적 제약을 넘어서 사유재산권에 특별한 희생이 가하여졌을 경우에는 사회공동부담으로 그 특별한 희생을 보상함이 마땅한 것이다.

그리하여 행정상 손실보상은 사유재산권을 보장하는 헌법 아래서 私人에게 가하여진 특별한 희생을 부담의 社會化를 통하여 조절함으로써, 평등부담의 理想을 실현하고, 公益과 私益을 조절하며, 국민의 법률생활의 안정을 기하려는 데에 그 이론적 근거를 두고 있다고 할 것이다.³⁾

2) 실정법적 근거

우리 헌법 제23조 3항의 '공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다'는 규정은 행정상 손실보상의 가장 확실한 헌법적 근거가 되고 있다. 이 헌법규정에 의거하여 제정된 행정상 손실보상에 관한 일반법률은 없으나, 일정한 공익사업의 시행과 관련하여 손실보상의 기준과 방법을 정한 각 단행법률상의 규정들(예: 토지보상법 61~79, 하천법 74·75, 도로법 79·80, 건축법 70³⁾, 국토의계획및이용에관한법률 95·96 등)은 행정상 손실보상의 실정법적 근거가 된다.

그런데 단행법률에 공공목적을 위하여 국민의 재산권을 침해(수용·사용·제한)할 수 있는 근거규정은 있지만 그에 따른 보상에 관한 규정이 없는 경우에, 위의 헌법상의 보상규정이 어떤 효력을 낼 것인가, 즉 헌법 제23조 3항에 의하여 손실보상청구권이 발생하는가에 대하여는 아래와 같은 견해들이 대립하고 있다.

3) 金道稔, 一般行政法論(上), 靑雲社, 1992. 655면.

(1) 方針規定說

방침규정설은 위 헌법규정(제23조 3항)이立法에 대한 방침규정으로서, 행정주체의 손실보상의무가 직접 이 헌법규정에 의하여 성립되는 것은 아니고, 손실보상의 청구는 법률의 明示的 근거규정이 있어야 가능하다고 본다. 그러나 이 설은 공공필요에 따른 부득이한 사유재산권침해에 대한 보상을立法者の 恣意에 맡기게 되어 헌법상의 재산권보장규정(제23조 1항)의 실효성을 약화시킬 수 있는 문제점을 안고 있다.

(2) 直接效力說(국민에 대한 직접효력설)

직접효력설은 손실보상에 관한 위 헌법규정을 국민에 대하여 직접적 효력을 발하는 규범으로 보아, 관계법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 위 헌법규정에 의거하여 손실보상의 청구를 할 수 있다고 한다.⁴⁾ 이 설에서는 헌법 제23조 3항이 '보상은 법률로써 하되'라고 규정한 것은, 보상의 구체적 내용이나 방법을 법률에 유보한 것이고, 보상의 여부까지 법률에 유보한 것으로 해석할 필요가 없다고 보는 것이다.

(3) 違憲無效說(立法者에 대한 직접효력설)

위헌무효설은 법률의 근거규정이 없는 한 위 헌법규정에 근거하여 직접 손실보상을 청구할 수는 없으나, 헌법상의 손실보상에 관한 규정은立法者를 기속하여, 입법자가 국민의 재산권을 침해하는 규정을 정할 때에는 보상에 관한 규정도 두도록 구속하는 힘을 가진다고 한다. 즉 헌법이 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 할 경우에는 당연히 손실보상을 행할 것으로 전제한 다음, 그 보상의 구체적인 기준과 방법은 법률로 정하도록 하였으므로, 법률이 公用收用 등을 규정하면서 손실보상에 관한 규정을 두지 아니한 때에는, 당해 법률은 위헌무효이며, 그러한 법률에 의하여 사회적 제약의 범위를 넘어 타인의 재산권을 침해한 행위는 법률상 근거없는 불법행위가 되고, 그로 인한 피해에 대하여는 행정상 손해배상청구를 할 수 있다고 한다.⁵⁾

(4) 類推適用說

유추적용설은 법률이 공용침해에 따른 손실보상에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 경우에는 헌법 제23조 1항(재산권보장조항)과 제11조(평등원칙)에 근거하고, 헌법 제23조 3항과 관계규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다는 견해이다.⁶⁾ 이는 收用類似侵害 및 收用的 侵害의 法理에 기하여 문제를 해결하려는 견해로서, 違法·無責 및 無意慾的(結果的) 公用侵害에 대한 보상과 국가배상은 그 성립요건·범위 등에서 구별된

4) 金東熙, 行政法 I, 博英社, 2002. 520면.

5) 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社, 1997. 644면.

朴鉉圻, 最新行政法講義(上), 博英社, 2001. 759면.

6) 金南辰, 行政法 I, 法文社, 2000. 605면.

石琮顯, 一般行政法(上), 三英社, 2000. 630면.

다는 것을 그 배경으로 하고 있다.

유추적용설은 수용유사침해 등의 법리에 입각한 것이고 보면, 보상규정이 없는 관계법에 의한 개인의 재산권 침해는 위법한 것이라는 전제하에서, 이러한 위법한 재산권 침해에 대하여는, 재산권보장을 정하고 있는 우리 헌법 제23조 1항 및 평등원칙을 정하고 있는 우리 헌법 제11조를 그 이념적 배경으로 하고 헌법 제23조 3항과 기타 관련법규의 유추적용에 의하여 재산권 침해는 구제될 수 있다고 보는 것이고, 내용적으로는 위헌무효설과 유사한 면이 있다고 할 수 있다.

(5) 結語

헌법 제23조 3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다’라고 규정하고 있는데, 이 조항의 文理的 해석에 의하면 公用侵⁷⁾이나 그 보상은 법률상 근거가 있어야 한다는 결론에 이르게 되고, 따라서 同조항의 규정내용과 관련해서는 위의 직접효력설의 주장은 무리가 있다고 할 수 있다.

또한 공용수용 등을 규정하면서 그에 대한 손실보상을 규정하지 않은 법률에 의한 재산권 침해행위는 위법한 것이기는 하나, 法の 집행을 담당하는 공무원이 법률을 성실하게 적용하여 개인의 재산권에 대한 침해적 처분을 한 경우에, 관계 공무원의 故意나 過失을 인정하기 곤란하고, 당해 침해행위는 違法: 無過失의 행위가 되어 과실책임주의를 취하고 있는 국가배상법에 의한 손해배상청구도 어려울 것이기 때문에, 위헌무효설에도 문제가 있다고 아니할 수 없다.

결국 법률이 개인의 재산권에 대한 공용침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정하지 아니한 경우에 그 법률에 의한 재산권침해가 보상을 요하는 ‘특별한 희생’이 되는 때에는, 국민은 직접 헌법 제23조 1항(재산권보장규정)과 제11조(평등원칙)을 근거로 하는 동시에 헌법 제23조 3항(손실보상규정) 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추적용하여 손실보상을 청구할 수 있는 것으로 보는 유추적용설이 타당하다고 보아진다.⁷⁾

7) 大判 1999.10.8, 99다27231. “공공사업의 시행 결과 그 공공사업의 시행이 기업지 밖에 미치는 간접손실에 관하여 그 피해자와 사업시행자 사이에 협의가 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도, 헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다’고 규정하고 있고, 이에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 반드시 형식적 법률에 근거하여야 하며, 토지수용법 등의 개별 법률에서 공익사업에 필요한 재산권 침해의 근거와 아울러 그로 인한 손실보상규정을 두고 있는 점, 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」 제3조 제1항은 ‘공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다’고 규정하고, 같은 법 시행규칙 제23조의 2 내지 7에서 공공사업시행지구 밖에 위치한 영업과 공작물 등에 대한 간접손실에 대하여도 일정한 조건하에서 이를 보상하도록 규정하고 있는 점에 비추어, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면 그 손실의 보상에 관하여 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 시행규칙」의 관련규정을 유추적용할 수 있다고 해석함이 상당하다.”

3. 행정상 손실보상청구권의 성질

행정상 손실보상을 청구할 수 있는 권리의 성질에 대하여는 公權說과 私權說이 대립하고 있다.

1) 公權說

공권설은 행정상 손실보상을 적법한 공권력의 행사로 입게 된 특별한 희생에 대한 보상으로서 권력작용에 따른 법적 효과로 보며, 따라서 손실보상청구권은 公法上의 권리이고, 이에 관한 소송은 행정소송인 당사자소송에 의하게 된다고 한다. 이 설은 우리나라의 통설이라고 할 수 있다.

2) 私權說

사권설은 손실보상의 원인행위가 비록 공법적인 것이라고 하더라도, 이에 대한 손실보상의 문제는 당사자의 意思 또는 직접 법률의 규정에 의거한 私法上의 채권채무관계에 해당하는 것으로 파악하여, 손실보상청구권을 私權으로 보며 그에 관한 소송은 민사소송에 의하게 된다고 한다. 우리나라의 판례의 입장이다.⁸⁾

3) 結語

행정상 손실보상은 권력작용의 결과로서 문제되는 것이기 때문에 公法關係에 특유한 제도이며, 따라서 손실보상청구권은 公權이고, 그에 관한 소송은 당사자소송이 되어야 할 것이다.

최근의 대법원 판례는 행정상 손실보상청구권이 공권적 성질을 갖고 있음을 완전히 부인하지는 않는 것으로 보인다.⁹⁾

4. 행정상 손실보상의 원인

행정상 손실보상은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 등으로 인하여 사유재산권에 가해진 특별한 희생에 대한 보상이기 때문에, 행정상 손실보상의 원인을 ① 공공필요에 의한, ② 재산권의 적법한 수용·사용·제한으로 인하여, ③ 사유재산권에 가해진 특별한 희생으로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

8) 大判 1992.10.9, 92다25533. “河川法 부칙 제2조 제1항에 근거한 손실보상청구소송은 민사소송으로서 그 청구에 관하여는 관리청이 속하는 권리주체인 국가나 지방자치단체를 被告로 삼아야 한다는 것이 當院의 판례이다.”

9) 大判 1998.2.27, 97다46450. “공유수면매립법 제16조에 의한 손실보상은 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 경우에 토지수용위원회의 裁定을 거쳐 토지수용위원회를 상대로 제정에 대한 행정소송을 제기하는 방법으로 청구하여야 한다.”

1) 公共必要

여기서의 공공필요라 함은 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리'(헌법 37②)를 위한 필요를 뜻한다고 할 것이나, 이는 불확정개념으로서 경우에 따라 特定公益事業을 위한 필요로(좁은 의미), 혹은 공공복리를 위한 필요로(넓은 의미), 또는 널리 공공목적을 위한 필요로(가장 넓은 의미) 그 의미를 파악할 수 있을 것이다. 따라서 공공필요의 의미와 내용은 구체적 사안에 따라 확정되어질 수 있는 것이다. 그런데 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한은 헌법상의 사유재산권보장원칙에 대한 예외를 이루는 것인 만큼, 구체적인 경우에 공공필요의 의미를 확정하고 그것을 인정하는 과정에서는 사유재산권에 대한 공용침해를 필요로 하는 公益과 침해되는 私益을 비례원칙에 따라 比較衡量하여 어떤 필요가 공공필요의 개념에 해당하는지를 엄격하게 판단해야 할 것이다.

2) 재산권의 적법한 收用·使用·制限

재산권이란 소유권뿐만 아니라 法에 의하여 보호되고 있는 일체의 재산적 가치있는 권리를 의미한다. 이러한 재산권에 대하여 재산적 減損을 야기하는 公權的 침해의 유형으로서, 헌법은 재산권에 대한 수용·사용·제한을 들고 있다. 그러나 이러한 세 가지만이 公權的 침해의 전부는 아니다. 즉 公用換地나 公用換權 등의 방법에 의하여 재산가치가 감소되는 경우까지도 포함하여, 재산가치를 박탈·감소시키는 일체의 공권력발동을 재산권에 대한 공권적 침해로 볼 수 있다.¹⁰⁾

그런데 행정상 손실보상의 원인이 되는 개인의 재산권에 대한 침해는 적법한 것이어야 한다. 여기서의 적법한 것이란 국회에서 심의·의결된 형식적 의미의 법률에 근거한 것임을 의미한다. 그리고 재산권의 수용·사용·제한 등은 공권력주체에 의하여 의욕되었거나 아니면 최소한 상대방의 재산상의 손실에 대한 직접적인 원인이 되어야 한다.

3) 私有財産權에 가해진 특별한 희생

행정상 손실보상은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한으로 인하여, 사유재산권에 사회적 제약을 넘는 특별한 희생이 야기된 때에 이루어진다.¹¹⁾ 여기서 특별한 희생이란 특정한 또는 일부의 사람에게만 발생한 손실이고, 그것을 방지하면 평등의 원리에 어긋나게 되는 것으로서, 재산권에 일반적으로 內在하는 사회적 제약을 넘어서 손실을 의미한다.

그런데 보상을 뜻하지 아니하는 '재산권의 사회적 제약'과 보상을 요하는 '특별한 희생'의 구분에 관하여는 견해가 갈린다.

10) 金南辰, 前掲書, 609면.

11) 市原昌三郎, 行政法講義, 法學書院, 1990. 203面.

(1) 형식적 표준설

형식적 표준설(형식설)은 특별한 희생의 여부를 재산권침해행위가 일반적인 것이냐 개별적인 것이냐를 표준으로 하여 구별하며, 특정인 또는 국한된 범위 내의者に 대한 침해를 특별한 희생으로 보는 견해이다.

(2) 실질적 표준설

실질적 표준설(실질설)은 재산권침해의 성질·정도가 재산권에 內在하는 사회적 제약을 넘어 당해 재산권의 본질적 내용을 제한하는 것인지의 여부에 따라 특별한 희생의 여부를 판단하려는 견해이다. 이에 속하는 대표적 학설로서는 다음의 몇 가지를 들 수 있다.

가) 保護價値說 : 엘리네크(W. Jellinek)가 주장한 것으로서, 개인의 재산권 중 보호할 만한 가치가 있는 것에 대한 침해만이 보상을 요한다는 설이다.¹²⁾

나) 受忍限度說 : 슈퇴터(R. Stödter) 등이 주장한 것으로, 재산권의 침해의 내용·정도에 따라 그 침해가 보상 없이도 受忍될 것으로 기대할 수 있는 것인지 여부에 의해 재산권침해에 대한 보상 여부가 결정된다는 설이다.¹³⁾

다) 私的效用說 : 라인하르트(R. Reinhardt) 등이 주장한 것으로, 재산권의 私的 效用을 본질적으로 침해하는 경우에 특별한 희생이 된다는 설이다.¹⁴⁾

라) 目的違背說 : 포르스트호프(E. Forsthoff) 등이 주장한 것으로, 재산권침해가 종래부터 인정되어 온 재산권의 이용목적이나 기능에 위배되는 경우에 특별한 희생이 된다는 설이며,¹⁵⁾ 機能說이라고도 한다.

(3) 절충설

절충설은 형식적 표준설과 실질적 표준설이 각각 일면의 타당성은 있지만 완전한 판단 기준을 제시하지는 못하는 것으로 보고, 이 兩說의 기준을 함께 고려하여 재산권 침해에 대한 보상 여부를 판단하여야 한다는 견해이다.

(4) 結語

재산권의 사회적 제약과 손실보상을 요하는 특별한 희생을 구별함에 있어서는 실질적 기준을 주로 하고 형식적 기준을 참작하여 결정하는 것이 타당하다 할 것이다(절충설).

따라서, 공공필요에 의한 재산권 침해가 특정인 또는 특정범위의 사람에 대하여서만 이루어지고, 그 침해행위가 재산권에 內在하는 사회적 제약을 넘어 재산권의 본래적 效用을 저해함으로써 그것을 개인에게 受忍시키는 것이 社會正義와 公平의 원칙에 어긋난다고

12) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931. S.413.

13) R. Stödter, Öffentlichrechtliche Entschädigung, 1933, S.208.

14) R. Reinhardt, Scheiner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S.12.

15) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S.344.

인정될 경우, 그러한 침해로 인하여 개인이 입은 손실은 특별한 희생이 된다고 할 수 있다. 그렇지만 재산권의 內在的 제약이 인정될 수 있다고 하더라도, 그 내재적 제약의 범위는 구체적인 재산권의 周圍與件을 고려하여 개별적으로 정할 수 있는 것이지 객관적·보편적으로 정할 수 있는 것은 아니라 할 것이다.¹⁶⁾

Ⅲ. 행정상 손실보상의 내용·분류

1. 손실보상의 내용에 관한 학설

1) 完全補償說·相當補償說

공공필요에 의하여 침해된 재산적 가치와 관련해서 손실을 어느 정도로 보상할 것인가에 대하여는 학설이 크게 완전보상설과 상당보상설로 나누어지고 있다.

완전보상설은 被侵害財産이 가지는 재산적 가치를 충분하고 완전하게 보상하여야 한다는 설인데, 이는 다시 公用侵害에 의하여 직접적·필연적으로 발생한 손실의 전부, 즉 피침해재산의 손실뿐만 아니라 附帶的 損失까지도 보상하여야 한다는 설(손실전부보상설)과, 피침해재산이 갖는 객관적 市場價値를 보상하되 부대적 손실은 보상하지 않아도 된다는 설(객관적 가치보상설)로 나뉘어진다.

한편, 상당보상설은 합리적 기준에 의하여 정하여지는 적정한 보상이면 족하다는 견해로, 이는 다시 사회통념상 객관적으로 공정·타당한 것이면 된다는 견해와, 완전보상을 원칙으로 하지만 公益上 합리적 이유가 있으면 그 이하의 보상도 허용된다는 견해로 나뉘어진다.

2) 헌법상의 보상규정

우리 헌법은 제23조 3항에서 '보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다'라고 하여, 공용침해로 인한 손실에 대하여 정당한 보상을 지급토록 하고 구체적인 보상의 기준과 방법의 정립은 법률에 유보하였다. 여기서 '正當한 補償'이란 완전보상을 원칙으로¹⁷⁾ 하면서도 公益上의 필요가 있을 때에는 법률에 의한 상당보상도 인정하는 의미로 해석된다. 이와 같이 헌법상의 '정당한 보상'이 완전보상을 원칙으로 하기 때문에, 법률이

16) 塩野宏, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 1995. 286面.

17) 憲裁 1998.3.26, 96헌바12. "헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다."

손실보상의 기준 등을 정함에 있어서는 공용침해로 인하여 야기되는 재산권 자체의 손실에 대한 보상뿐만 아니라, 재산권침해에 附帶하는 경제적 손실에 대한 보상이나, 생활권 침해에 대한 보상(생활권보상) 등에 관해서도 충실히 규정하는 것이 마땅할 것이다. 재산권침해에 따른 附帶的 손실도 보상되어야 하는 것은, 토지수용 등에 따르는 이전료나 영업상 손실 등 부대적 손실이 재산권자 본인의 意思에 反한 토지 등의 강제취득으로 인하여 야기된 불이익이기 때문이며, 생활권보상이 요구되는 것은 우리 헌법이 私有財産制의 보장뿐만 아니라 국민의 기본권의 하나로서 인간다운 생활을 할 권리도 보장하고 있기 때문이다.

2. 손실보상의 분류

종래에는 공익사업이 주로 點線的 개발사업(도로·공원·국공립학교건설 등)이어서 수용되는 재산권이 주로 소규모 토지소유권이었으며, 손실보상도 토지소유권을 중심으로 하여 개개의 재산권의 상실 및 附帶되는 경제적 손실에 대한 보상을 그 기본적 내용으로 하고 있었다. 또한 토지수용에 있어서는 그 시장가격과 토지수용에 부대되는 기타 재산권의 손실을 보상하면 그것이 바로 正當補償이 된다는 논리가 성립될 수 있었다.

그러나 오늘날에는 종전과 같은 點線的 개발사업은 물론, 댐·산업단지·항만·신도시 개발 등 面的 개발사업이라 할 수 있는 대규모의 공공사업이 많이 시행되고 있으며, 그로 인하여 주민들이 재산권뿐만 아니라 생활기반 자체를 잃게 되기도 한다. 즉, 댐 건설로 인하여 마을 전체가 水沒되어 주민이 다른 곳으로 이주하여 생활하여야 하는 경우와 같이, 공익사업으로 인하여 토지 등을 수용당하고 종래의 생활기반을 잃은 자가 재산적 손실에 대한 금전보상을 받아도 그것만으로는 종전의 생활상태를 확보·유지할 수 없는 상태가 발생하기도 하는 것이다. 이러한 경우에 공익사업으로 말미암아 생활근거를 박탈당한 자에게는 재산권보상뿐만 아니라 생활권의 침해에 대한 보상(생활권보상)도 필요하게 된다.

그리하여 최근에는 손실보상에 있어서 ① 토지소유권과 기타의 각종 재산권침해 및 재산권침해에 부대되는 다양한 경제적 손실에 대한 보상, ② 생활권침해에 대한 보상, ③ 정신적 고통에 대한 보상, ④ 공공시설의 施工 또는 완성 후에 그 공공시설이 事業地 外에 미치는 이른바 事業損失(間接損失)에 대한 보상 등이 요구되고 있으며, 그에 따라 관계법률에 의한 손실보상의 내용도 매우 다종다양해지고 있다.

오늘날의 손실보상은 여러 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있다. 즉 ① 손실보상의 원인행위의 態樣을 기준으로 公用收用에 따른 보상, 公用制限·公用使用에 따른 보상, 행정활동의 변경(계획변경 등)에 따른 보상으로, ② 손실보상의 객체를 기준으로 토지, 권리, 立木, 土地定着物, 土石砂礫 등에 대한 보상으로, ③ 私人的 재산권에 대한 보상인지 공공

시설(기존도로 등)에 대한 보상인지에 따라 一般補償과 公共補償으로,¹⁸⁾ ④ 보상의 방법을 기준으로 金錢補償과 現物補償으로, ⑤ 보상의 구체적 내용을 기준으로 재산권보상, 생활권보상, 정신적 고통에 대한 보상, 사업손실(간접손실)보상 등으로 분류할 수 있다.

여기서는 ① 재산권보상, ② 생활권보상, ③ 정신적 고통에 대한 보상, ④ 사업손실(간접손실)보상, 및 ⑤ 公用制限에 따른 보상 등에 관하여서만 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

1) 재산권보상

재산권보상은 공용침해로 인한 개별적·구체적인 재산손실에 대한 對價性을 갖는 보상으로서, ① 토지소유권을 비롯한 각종의 재산권의 상실에 대한 보상과, ② 재산권상실에 附帶하는 경제적 손실에 대한 보상을 말한다. 여기서의 재산권상실에 부대하는 경제적 손실의 보상에는, 재산권상실에 부대하여 지출을 요하는 경비(移轉料 등)에 대한 實費辨償的 보상과, 재산권상실에 부대하여 경제활동(예; 농업·어업, 각종 인·허가영업 경영 등)을 폐지 또는 休止함으로써 생기는 逸失損失(期待利益損失)에 대한 보상이 포함된다.

손실보상에 관련된 實定法上的 토지·地上物件·권리·영업·농업·잔여지 등에 대한 손실보상은 재산권보상으로 볼 수 있다.

2) 생활권보상

(1) 意義

생활권보상(또는 생활보상)은 공익사업으로 인하여 침해된 재산권의 객관적 가치를 보상함으로써도 회복되지 않은 被侵害財產權者 등의 종전과 같은 생활상태를 재건할 수 있도록 생존배려적인 측면에서 행하는 보상이라 할 수 있다.

그런데 생활권보상의 개념은 아직 정립되어 있지 않은 실정이다. 생활권보상을 廣義로 이해하는 입장(광의설)은 생활권보상을 공익사업의 시행으로 인한 개인의 재산권침해에 대하여 그러한 침해가 없었던 것과 같은 생활상태(재산상태 뿐만 아니라)를 확보할 수 있게 해주는 보상으로서, 재산권보상(그 附帶的 손실에 대한 보상 포함)과 정신적 고통에 대한 보상 이외의 보상으로 이해한다. 이러한 견해에서는 주요한 생활권보상으로서 ① 住居의 總體價値의 보상, ② 영업상 손실의 보상, ③ 이진료 보상, ④ 少數殘存者補償 등을 든다.¹⁹⁾

한편, 생활권보상을 狹義로 이해하는 입장(협의설)은 생활권보상을 손실보상 중에서 그 대상을 구체적·개별적으로 특정할 수 있는 유형·무형의 재산이나 재산적 이익을 대상으로 하는 보상을 제외하고, 상대방이 당해 지역에서 생활을 함으로써 사실상 누렸던 이익에 대한 보상으로 파악한다. 이 견해에서는 우리나라 실정법상의 생활권보상의 예로서 영

18) 朴鈞妍, 前掲書. 771면.

19) 李尙圭, 前掲書. 649~652면.

세농 등 생업보상·生活費補償(離農費 등)·주거대책비보상 등을 들고, 逸失損失補償(공공 필요에 의한 재산권의 수용·사용에 부수하여 사업을 폐지하거나 휴업하게 되는 경우에 그 폐지·휴업기간 중에 사업경영으로 얻을 수 있는 期待利益을 逸失함으로써 입게 되는 손실에 대한 보상)은 재산권보상의 한 내용으로 파악하여 생활권보상에서 제외하고 있으며, 보상금이 피보상자의 생활재건을 위하여 가장 유효하게 쓰여지도록 유도하는 각종 조치를 '생활재건조치'라 하여 이를 재산권보상과 생활권보상으로부터 구분하기도 한다.²⁰⁾

그런데 생활권보상의 개념에 관한 광의설과 협의설은 생활권보상의 어떤 본질적인 사항에 대하여 견해를 달리하는 것이 아니고, 단지 일부 항목의 보상을 생활권보상으로 파악하는가 아니면 재산권보상으로 파악하는가의 차이를 나타낼 뿐이라 할 수 있다. 예컨대 少數殘存者補償이나 離職者補償·逸失損失補償 등을 광의설에서는 생활권보상으로 보는데 대하여 협의설에서는 그것을 재산권보상으로 보고 있는 것이다. 즉 광의설은 협의설에서 재산권보상의 일종으로 보는 일부 항목의 보상을 생활권보상에 포함시킴으로써 생활권보상의 범위를 넓게 파악하고 있는 것이다.

이와 같이 광의설과 협의설이 본질적으로 차이가 없지만, 재산권보상과 생활권보상이 併存하면서도 생활권보상의 관념이 아직 확실하게 정립되어 있지 않은 상황에서, 재산권보상의 범위를 가급적 넓힘으로써 헌법 제23조 3항의 '정당한 보상'이 지급되는 대상의 범위를 넓힐 수 있는 점을 고려하여, 여기서는 기본적으로 협의의 생활권보상개념을 취하기로 한다(단, 이주대책의 수립 등 被補償者를 위한 각종 생활재건조치는 생활권보상의 내용에 포함시키기로 한다). 그러나 재산권보상과 생활권보상의 한계는 불분명하고, 경계영역에서는 양쪽에 걸치는 것도 있을 수 있기 때문에 兩者의 범위를 명확하게 구분하는 것은 어려운 일이 아닐 수 없다.

(2) 法的 根據

생활권보상의 헌법적 근거에 관하여는, 생활권보상이 헌법 제23조 3항의 '정당한 보상'의 범위밖에 있는 것으로 보아 그 근거를 헌법 제34조에서 찾는 견해와, 생활권보상도 헌법 제23조 3항의 '정당한 보상'의 범위 안에 포함되는 것으로 보아 그 근거를 헌법 제23조와 제34조에서 찾는 견해가 있다.

前者의 견해(제34조설)는 생활권보상이 비록 공공필요에 의한 재산권의 수용 등에 따라 이루어지는 것이라 하더라도, 헌법 제23조 3항은 財產權의 수용 등에 따른 보상에 대한 규정이므로 생활권보상의 직접적 근거가 되기 어렵고, '모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다'라고 규정한 헌법 제34조의 생활권적 기본권 조항이 생활권보상의 근거가 된다고 한다.²¹⁾ 이 견해에서는 헌법 제34조의 '인간다운 생활을 할 권리'가 수용 등 공권

20) 朴鉉祈, 前掲書. 780~787면.

21) 金鐵容, 行政法 I, 博英社, 2001. 379면. 金東熙, 前掲書. 526면.

력 행사와 관련해서는 被收用者 등의 종전대로의 생활상태를 유지할 권리를 그 내용에 포함하는 것으로 볼 수 있고, 만약 생활권보상이 헌법 제23조 3항의 정당보상의 범위에 포함되는 것으로 본다면 경제적 弱者가 아닌 자에게도 생활권보상을 부여하여야 하는데, 이는 생활권보상의 본래의 취지에도 어긋나게 되므로, 헌법 제23조 3항은 생활권보상의 직접적 근거가 될 수 없다고 본다.

後者の 견해(제23조·제34조 통일설)는 헌법 제34조가 현대 헌법상의 기본권체계의 중심을 이루고 있는 것으로 보고, 헌법 제23조 3항의 재산권도 헌법 제34조의 생활권과 분리되는 古典的 의미의 재산권이 아니라, 제34조의 생활권을 기초로 한 재산권으로 보며, 재산권보상과 생활권보상을 통일적으로 파악하여 생활권보상도 '정당한 보상'의 하나의 내용이 되는 것으로 보아, 생활권보상의 근거를 헌법 제23조와 제34조에서 찾고 있다.²²⁾

생각건대 헌법 제23조 3항의 '재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상'규정은 원래 수용 등의 목적물인 財産權에 대한 보상과 이와 관련되는 附帶的 손실의 보상을 대상으로 하는 것이므로, 피수용자 등으로 하여금 공익사업시행 이전의 생활상태를 회복할 수 있도록 하는 내용의 생활권보상은 직접 그 대상에 포함되기 어려운 면이 있다고 할 수 있다. 그렇지만 생활권보상도 헌법 제23조 3항의 재산권의 수용 등을 그의 원인으로 하는 것이며, 행정상 손실보상제도가 對物的 보상을 바탕으로 하면서도 생활권보상을 지향하고 있는 점을 고려하여, 헌법 제23조와 제34조에서 생활권보상의 헌법적 근거를 찾는 견해가 보다 타당하다고 생각한다.

생활권보상의 법률적 근거는 後述하는 토지보상법 등에서 찾을 수 있다.

3) 정신적 고통에 대한 보상

댐 건설사업을 위한 토지수용 등에 있어서 피수용자가 오랫동안 친족·이웃들과 더불어 공동생활을 해오던 先祖傳來의 땅을 떠나 생소한 곳에 거주하게 됨으로써 상당한 정신적 고통과 생활의 변화에 대한 불안감을 느끼게 되는 경우, 이는 공공필요에 의한 적법한 公用侵害로 인하여 야기된 정신적 고통이며, 이에 대한 보상도 이루어져야 할 것이다. 이러한 정신적 고통에 대한 보상은 재산권보상이나 생활권보상과 구별될 수 있는 것이다. 종래에는 公共用地를 적법한 절차에 따라 취득하는 경우에 설령 그로 인하여 정신적 고통을 받는 일이 있더라도 그것은 사회생활상 受忍하여야 할 것으로 보아 그에 대한 보상을 인정하지 않는 것이 보통이었다. 그러나 민사소송에서 慰養料가 인정되는 점을 고려할 때 공용침해로 인한 정신적 고통에 대하여도 일반적으로 일정한 보상을 행하도록 할 필요가 있다. 정신적 고통의 평가에 관해서는 그 고통 자체가 주관적인 것이어서 객관적·금전적 평가가 곤란한 점이 있지만, 民事上의 손해배상소송에 있어서도 그 평가는 재판관

22) 金南辰, 前掲書. 618면. 朴鈺祈, 前掲書. 783면.

의 판단에 최종적으로 맡겨지고 있는 점에 비추어, 평가의 곤란성이 정신적 고통에 대한 보상의 부인근거가 될 수는 없을 것이다.²³⁾

댐건설및주변지역지원등에관한법률에서는 水沒移住民 중 이주정착지에 이주를 원하지 아니한 자에 대하여는 댐건설로 인한 失郷 및 생활기반상실 등을 감안하여 세대당 1,200만원의 이주정착지원금과 세대구성원 1인당 200만원의 생활안정지원금을 지급하도록 규정하고 있는데(同法 39), 이는 현행 공특별시행규칙(제27조의 2조 ④항)의 규정에 의한 일반적인 이주정착금(300~500만원)에 비하여 월등하게 多額이며, 따라서 그 중에는 失郷으로 인한 정신적 고통에 대한 보상이 포함되어 있다고 볼 것이다.²⁴⁾

4) 事業損失(間接損失)補償

사업손실이란 공익사업의 실시 또는 완공 후의 시설이 당해 公益事業地 外에 미치는 손실을 말하며, 이를 간접손실이라고도 한다. 이러한 사업손실에 대한 보상은 종래에 公益事業地의 인접토지와 物權의補償請求權에 한정하여 인정되고 있었다(토지수용법 47·48·56). 그러나 실제로 발생하는 사업손실은 반드시 공익사업지의 인접토지에 한정되는 것도 아니고, 물권적보상청구권에 부합하는 것에만 그치는 것도 아니다.

공익사업으로 인하여 사업지 주변에 야기될 수 있는 손실은 物理的 내지 기술적 손실과 사회적 내지 경제적 손실로 나누어 볼 수 있다. 물리적 손실은 공사중의 소음·진동이나 공사에 따르는 교통불편, 완성된 시설에 의한 日照減少·電波障害 등 공익사업이 야기하는 직접적 피해이다. 사회적 손실은, 예컨대 댐 건설에 따라 다수인이 이주함으로써 발생하는 지역경제에의 영향이나, 어업권의 소멸에 따라 어업활동이 쇠퇴됨으로써 생기는 경제활동에의 영향 등과 같이, 공익사업이 지역사회의 변동을 야기함으로써 간접적으로 개인에게 미치는 영향 또는 피해이다.²⁵⁾ 이러한 사회적 손실 중에는 사회·경제정책의 측면에서 해결방안을 강구하는 것이 바람직한 것들도 있다. 사업손실 중 물리적 손실에 대하여는 보상이 필요한 경우가 있지만, 현행법상 이에 대한 보상은 별로 인정되지 않고 있다.

그리하여 사업손실(간접손실)보상제도는 극히 未備되고 체계성을 결여하고 있으며, 이에 대한 근본적인 재검토가 필요한 실정이라고 할 수 있다.

5) 公用制限에 따른 보상

공공필요에 의한 사유재산의 사용권·수익권 등의 제한, 즉 公用制限을 통하여 개인에게 사회적 제약을 넘어서는 손실을 입힌 경우에도 상당한 보상이 지급되어야 할 것이다. 그런데 실제에 있어서는 공용제한에 따른 손실보상에 관한 규정을 두고 있지 않은 법률들이 있

23) 塩野宏, 前掲書. 292면.

24) 朴鈞焄, 前掲書. 788면.

25) 金東熙, 前掲書. 530면. 朴鈞焄, 前掲書. 790~791면

으며, 두고 있는 법률이 있어도(도로법 79, 철도법 76③, 산림법 63 등) 그 보상기준은 통일되어 있지 않다. 공용제한의 근거를 정하면서 그에 따른 보상규정을 두고 있지 않은 것은 그 공용제한이 대체로 재산권의 사회적 제약에 해당된다고 보기 때문이라 할 수 있다.

실제에 있어서 공용제한으로 인한 특별한 희생이 발생함에도 불구하고 그에 대한 보상규정이 결여되어 있는 경우에는 收用類似侵害 및 收用的 侵害에 대한 보상이론에 따라서 보상함이 마땅할 것이다.

IV. 토지보상법상의 손실보상

1. 토지보상법의 주요내용

중래의 토지수용법 및 공특법과 비교하여 토지보상법의 특징으로 볼 수 있는 주요내용은 다음과 같다.

① 토지를 취득 또는 사용할 수 있는 公益事業의 범위를 관계법률에 의하여 시행하는 철도·공항·항만·공영차고지·폐수처리장 등에 관한 공익사업과 국가 또는 지방자치단체가 시행하는 공공용 시설사업 등으로 한정하고, 제철·비료·전자·造船 등에 관한 사업을 제외함으로써 국민의 재산권 보장을 강화하였다(同法 4).

② 사업시행자가 공익사업의 준비를 위하여 필요한 때에는 시장·군수·구청장의 허가를 받아 타인이 점유하는 토지에 출입하여 측량·조사 및 장애물의 제거 등을 할 수 있도록 하되, 이로 인하여 발생하는 손실에 대하여는 보상하도록 하였다(同法 9~13).

③ 공익사업을 위하여 토지·물건 등을 취득·사용하고자 하는 경우에는 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고 및 열람, 보상협의 등의 절차를 거치도록 명시적으로 규정하여 국민의 재산권에 대한 절차적인 보호를 강화하되, 토지 등을 수용·사용함에 있어서 건설교통부장관으로부터 사업인정을 받기 전에 이러한 절차를 거친 경우에는 이를 생략할 수 있도록 하여 공익사업이 원활하게 추진될 수 있도록 하였다(同法 14~16, 26).

④ 중앙토지수용위원회의 위원의 수를 종전의 8인 이내에서 20인 이내로 확대하고, 회의는 위원장이 회의마다 지정하는 위원 7인을 포함한 9인으로 구성하도록 함으로써 중앙토지수용위원회의 효율적인 운영을 도모하였다(同法 52).

⑤ 사업시행자가 토지 등에 대한 보상액을 산정하고자 하는 경우에는 감정평가업자 2인 이상에게 토지 등의 평가를 의뢰하도록 하되, 토지소유자의 요청이 있는 때에는 토지소유자가 추천하는 감정평가업자 1인을 추가로 선정할 수 있도록 하였다(同法 68).

⑥ 보상의 전문화를 통하여 보상에 따른 분쟁의 소지를 줄이고 공익사업이 원활하게 수행될 수 있도록, 보상에 관한 업무를 보상전문기관에 위탁할 수 있도록 하였다(同法

81).

⑦ 종전에는 재결에 불복이 있는 경우 이의신청을 거치지 아니하고는 행정소송을 제기하지 못하였으나, 토지보상법에서는 개정된 행정소송법의 취지에 맞추어 이의신청의 재결을 거치지 아니하고도 행정소송을 제기할 수 있도록 함으로써 국민의 권리구제기간을 단축하고, 보상금증감소송의 당사자로 되어 있던 재결청을 소송당사자에서 제외하여 사업시행자와 피보상자간의 당사자주의에 충실하도록 하였다(同法 85).

⑧ 종전에는 환매금액에 관하여 사업시행자와 토지소유자간에 다툼이 있는 경우, 공특법에서는 이를 토지수용위원회에, 토지수용법에서는 法院에 그 금액의 증감을 청구할 수 있도록 하였으나, 토지보상법에서는 이를 법원으로 단일화하도록 하였다(同法 91).

⑨ 소유권의 보존등기 또는 이전등기가 되어 있지 아니한 토지·물건 등에 대하여 詐僞 그 밖의 부정한 방법으로 확인서를 발급받은 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 정당한 권리가 보호될 수 있도록 하였다(同法 94).

2. 토지보상법상의 손실보상 원칙

토지보상법은 손실보상의 원칙으로서 다음과 같은 것들을 규정하고 있다.

1) 사업시행자보상원칙

공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다(同法 61).

2) 事前補償원칙

사업시행자는 당해 공익사업을 위한 공사에 착수하기 이전에 토지소유자 및 관계인에 대하여 보상액의 전액을 지급하여야 한다. 다만 천재·지변시의 토지의 사용과 시급을 요하는 토지의 사용 또는 토지소유자 및 관계인의 승낙이 있을 때에는 그러하지 아니하다(同法 62).

3) 현금보상원칙

손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급하여야 한다(同法 63①). 다만, 예외적으로 일정한 경우에 채권보상도 허용하고 있다(同法 63②).

4) 개인별 보상원칙

손실보상은 토지소유자 또는 관계인에게 개인별로 행하여야 한다. 다만, 개인별로 보상액을 산정할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다(同法 64).

5) 일괄보상원칙

사업시행자는 동일한 사업지역 안에 보상시기를 달리하는 동일인 소유의 토지 등이 수 개 있는 경우 토지소유자 또는 관계인의 요구가 있는 때에는 일괄하여 보상금을 지급하도록 하여야 한다(同法 65).

6) 사업시행이익과의 상계금지원칙

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

7) 時價補償원칙

토지보상법은 보상액의 가격시점(보상액 산정의 기준이 되는 시점)에 관한 규정에서, '보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다'고 규정하고 있는데(同法 67①), 이는 시가보상원칙을 정한 것으로 볼 수 있다.

8) 개발이익배제원칙

보상액의 산정에 있어서 당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있는 때에는 이를 고려하지 아니한다(同法 67②).

9) 감정평가업자 평가원칙

사업시행자는 토지 등에 대한 보상액을 산정하고자 하는 경우에는 地價公示및토지등의 평가에관한법률에 의한 감정평가업자 2인 이상에게 토지 등의 평가를 의뢰하여야 한다. 다만, 사업시행자가 건설교통부령이 정하는 기준에 따라 직접 보상액을 산정할 수 있는 때에는 그러하지 아니하다(同法 68①).

3. 토지보상법상의 손실보상 내용

토지보상법이 정하고 있는 손실보상의 내용을 공익사업으로 인하여 침해될 수 있는 권리·法益의 차이에 따라 ① 재산권보상, ② 생활권보상, ③ 정신적 고통에 대한 보상, ④ 사업손실(간접손실)보상으로 구분하여 살펴보면 다음과 같다.

1) 재산권보상

재산권보상은 公用侵害로 인한 개별적·구체적인 재산적 손실에 대한 보상을 말하는데, 토지보상법상의 재산권보상은 ① 취득·사용하는 토지에 대한 보상, ② 취득·사용하는

토지 이외의 재산권보상, ③ 實費辦償的 補償, ④ 逸失損失補償으로 분류될 수 있다.

(1) 취득·사용하는 토지에 대한 보상

가) 취득하는 토지의 보상기준

토지보상법은 협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지 등에 대하여 협의성립 또는 재결당시의 가격을 기준으로 보상액을 산정할 것을 원칙으로 하고 있다(同法 67①). 그러나 이 경우의 토지가격은 협의성립 또는 재결 당시의 현실적인 가격이 아니라, 당해 공익사업의 시행으로 인한 地價上昇分 즉 開發利益을 배제하기 위하여, 地價公示및토지등의평가에관한법률에 의한 公示地價를 기준으로 하되, 그 公示基準日부터 가격시점까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 지가변동을, 생산자물가상승을 기타 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 하도록 하고 있다(토지보상법 70①).

그리고 토지에 대한 보상액은 가격시점에 있어서의 토지의 현실적인 이용상황과 일방적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자 또는 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등을 이를 고려하지 않도록 하고 있다(同法 70②).

위에서의 公示地價란 地價公示및토지등의평가에관한법률에 의하여 매년 건설교통부장관이 전국의 표준지에 대하여 공시하는 단위면적의 가격을 말한다. 그런데 토지보상법은 사업시행자가 취득하는 토지의 보상액산정기준이 되는 공시지가를, 事業認定前의 협의에 의한 토지취득의 경우에는 원칙적으로 당해 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 가격시점에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 하고(同法 70③), 事業認定後의 토지취득에 있어서는 事業認定告示日前의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 당해 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 하도록(同法 70④) 규정하고 있는바, 이러한 공시지가를 여기서는 편의상 '사업인정고시일 현재의 공시지가'로 표현하기로 한다.

토지보상법이 補償對象土地의 보상액을 사업인정고시일 현재의 공시지가를 기준으로 하여 산정하도록 한 것은 개발이익을 배제하기 위한 것이다.²⁶⁾ 이는 사업인정고시일 현재의 공시지가를 기준으로 하여 보상액을 산정함으로써, 당해 공익사업의 영향으로 생긴 정상적인 地價上昇分을 초과한 당해 토지가액의 增加分인 개발이익을 보상액에서 배제시킬 수 있기 때문이다.²⁷⁾ 한편 공익사업의 영향으로 地價가 하락한 경우(예; 협도시설설치 등

26) 憲裁 1990.6.25, 89헌마107. “헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’은 완전보상을 뜻하는 것이나 개발이익을 보상액에서 배제하는 것은 정당보상의 원리에 어긋나는 것이 아니며, 위 토지수용법의 규정이 헌법상 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라 볼 수 없고, 평등의 원칙이 국가가 언제 어디에서 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지의 선택을 방해하는 것은 아니므로 일부 토지소유자로부터만 개발이익을 환수하는 것이 합리적 이유없는 차별이라고는 할 수 없다.”

의 경우)에는 사업인정고시일 현재의 공시지가를 기준으로 함으로써 하락하기 전의 공시지가를 기준으로 하여 보상액을 산정하게 되므로 보상대상토지의 소유자는 손해를 입지 않게 된다.

그런데 토지를 수용당하는 토지소유자의 경우에는 地價公示制에 의하여 당해 공익사업의 시행에 따르는 개발이익이 배제되나, 그 인근지역의 토지소유자의 경우에는 당해 공익사업으로 인한 地價上昇에 따른 개발이익을 얻게 되고, 이를 방지할 경우에 형평상의 문제가 제기될 수 있는바, 그 시정책으로서 개발이익의 社會化를 위한 개발이익환수제도가 시행되고 있다. 즉, 개발이익환수에 관한 법률(2002.2.4 일부개정)은 개발사업으로 인하여 개발이익을 얻은 개발사업자 또는 토지소유자로부터 개발부담금을 징수하도록 규정하고 있다(同法 3). 同法에서의 ‘개발이익’이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 正常地價上昇분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자 또는 토지소유자에게 귀속되는 土地價額의 增加分을 말하며, ‘개발부담금’이라 함은 개발이익 중 同法에 의하여 국가가 부과·징수하는 금액을 말한다(同法 2). 同法은 개발부담금의 부과대상인 개발사업을 ① 택지개발사업(주택단지조성사업 포함), ② 공업단지조성사업, ③ 관광단지조성사업, ④ 都心개발사업, ⑤ 유통단지조성사업, ⑥ 온천개발사업, ⑦ 여객자동차터미널사업 및 화물터미널사업, ⑧ 골프장건설사업, ⑨ 地目변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업 등으로 규정하고 있으며(同法 5), 개발부담금 납부의무자가 납부하여야 할 개발부담금은 원칙적으로 개발이익의 100분의 25로 하고 있다(同法 13).

토지의 양도차액에 대하여 부과되는 讓渡所得稅制도 개발이익환수제도의 일환으로 볼 수 있다.

나) 사용하는 토지의 보상기준

토지보상법은 협의 또는 재결에 의하여 사용하는 토지에 대하여는 그 토지와 인근 類似토지의 地料·임대료·사용방법·사용기간 및 그 토지의 가격 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하도록 하고 있다(同法 71①).

또한 토지보상법은 公用使用하는 토지에 대하여, 사업인정고시가 있는 후 ① 토지를 사용하는 기간이 3년 이상이거나, ② 토지의 사용으로 인하여 토지의 형질이 변경되는 때, 또는 ③ 사용하고자 하는 토지에 그 토지소유자의 건축물이 있는 경우에는 당해 토지 소유자가 사업시행자에게 그 토지의 매수를 청구하거나 관할 토지수용위원회에 그 토지의

27) 大判 1993.7.27, 92누11084. “공시지가에 당해 수용사업의 시행으로 인한 개발이익이 포함되어 있을 경우에는 그 공시지가에서 개발이익을 배제한 다음 이를 기준으로 하여 손실보상액을 평가하고, 반대로 그 공시지가가 당해 수용사업의 시행으로 지가가 동결된 관계로 개발이익을 배제한 자연적인 지가상승분도 반영하지 못한 경우에는 그 자연적 지가상승률을 산출하여 이를 기타 사항으로 참작하여 손실보상액을 평가하는 것이 정당보상의 원리에 합당하다고 할 것이다.”

수용을 청구할 수 있도록 하고 있다(同法 72).

(2) 취득·사용하는 토지 이외의 재산권보상

가) 건축물 등 地上物件에 대한 보상

a) 건축물·立木·工作物 기타 토지에 정착한 물건(이하 건축물 등이라 한다)에 대한 보상에는 收用補償과 移轉補償(이는 後述하는 실비변상적 보상에 해당한다)이 있을 수 있는데, 토지보상법은 이를 통합하여 건축물 등에 대하여는 이전에 필요한 비용(이하 移轉費라 한다)으로 보상하도록 하고 있다. 다만, ① 건축물 등의 이전이 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우나, ② 건축물 등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우, 또는 ③ 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우에는 당해 물건의 가격으로 보상하도록 하고 있다(同法 75①).

b) 농작물에 대한 손실은 그 종류와 성장의 정도 등을 종합적으로 참작하여 보상하도록 하고 있다(同法 75②).

c) 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈(흙·돌·모래 또는 자갈이 당해 토지와 별도로 취득 또는 사용의 대상이 되는 경우에 한한다)에 대하여는 거래가격 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하도록 하고 있다(同法 75③).

d) 분묘에 대하여는 移葬에 소요되는 비용 등을 산정하여 보상하도록 하고 있다(同法 75④).

e) 위의 a~d항의 규정 및 그 밖의 물건에 대한 보상액의 구체적인 산정 및 평가 방법과 보상기준은 건설교통부령으로 정하게 되어 있다.

나) 권리에 대한 보상

광업권·어업권 및 물(용수시설을 포함) 등의 사용에 관한 권리에 대하여는 투자비용·예상수익 및 거래가격 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하도록 하고 있다(同法 76①).

다) 殘餘地에 대한 보상

잔여지에 대한 보상은 公益事業地外에 미치는 손실에 대한 보상, 즉 사업손실(간접손실)보상으로서의 성질도 지니지만, 그것이 공익사업으로 인한 개별적·구체적인 재산적 손실에 대한 보상으로서의 성질도 지니기 때문에 재산권보상의 일종이 될 수도 있다. 잔여지에 대한 보상에는 잔여지가격하락보상·잔여지수용보상 및 잔여지공사비보상 등이 있는데, 이 중 잔여지공사비보상은 後述하는 실비변상적보상에 해당한다.

토지보상법은 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 취득 또는 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있는 때에는 사업시행자가 그 손실을 보상하도록 하고 있는데(同法 73 前段), 이 경우의 보상이 잔여지가격하락보상이다.

한편, 토지보상법은 잔여지수용보상제도에 관하여는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 ‘동

일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란한 때에는 당해 토지소유자는 사업시행자에게 일단의 토지의 전부를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다. 이 경우 수용의 청구는 매수에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에 한하되, 그 일단의 토지의 일부에 대한 관할 토지수용위원회의 수용재결이 있기 전까지 하여야 한다'(同法 74①). 그리고 위의 규정에 따라 매수 또는 수용의 청구가 있는 잔여지 및 잔여지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 사업시행자 또는 관할 토지수용위원회에 그 권리의 존속을 청구할 수 있도록 하고 있다(同法 74②).

(3) 실비변상적 보상

實費辨償的 보상이란 공익사업으로 인한 재산권의 상실·이전 등에 附帶하여 지출을 요하는 비용에 대한 보상을 말한다.

토지보상법상 실비변상적 보상에 해당하는 것으로는, ① 토지에 정착한 물건에 대한 보상으로 그 移轉에 필요한 비용(예: 수용·사용할 토지 등에 정착한 他人의 立木·건물 기타의 물건의 이전에 대한 移轉料, 果樹 등의 移植料, 家畜의 運搬費 등)의 보상(同法 75 ①), ② 분묘에 대한 이장비보상(同法 75④), ③ 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건물의 거주자가 주거이전을 하여야 할 경우 주거이전에 필요한 비용과 가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용에 대한 보상(同法 78⑤), ④ 잔여지공사비보상(同法 73 後段), ⑤ 인근지공사비보상(同法 79①) 등을 들 수 있다. 이 중 잔여지공사비보상은 동일한 토지소유자에 속하는 일단의 토지의 일부가 취득 또는 사용됨으로 인하여 잔여지에 통로·도랑·담장 등의 신설 그 밖의 工事가 필요한 경우 그 공사의 비용에 대한 보상(同法 73 後段)을 말하며, 인근지공사비보상은 공익사업의 시행으로 인하여 취득 또는 사용하는 토지(잔여지를 포함) 外의 토지에 통로·도랑·담장 등의 신설 그 밖의 공사가 필요한 경우 그 비용의 전부 또는 일부에 대한 보상(同法 79①)을 말하는데, 이들은 실비변상적 보상의 성질을 지니면서, 또한 공익사업지 외에 미치는 손실에 대한 보상(사업손실보상)의 성질도 지닌다.

(4) 일실손실보상

逸失損失補償이란 토지 등의 재산권의 수용·사용에 부수하여 일정한 사업을 폐업 또는 휴업하게 되는 경우에, 폐업·휴업기간 중에 사업경영으로 얻을 수 있는 期待利益을 逸失함으로써 입게 되는 손실에 대한 보상을 말한다. 이에 속하는 것으로서, 토지보상법은 영업의 폐지·휴업에 따르는 영업손실의 보상, 농업의 손실에 대한 보상, 근로자의 임금손실에 대한 보상 등에 관하여 규정하고 있는바, 그 내용은 다음과 같다. 즉 ① 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전비용 등을 참작

하여 보상하여야 하며(同法 77①), ② 농업의 손실에 대하여는 농지의 단위면적당 소득 등을 참작하여 보상하여야 하고(同法 77②), ③ 휴직 또는 실직하는 근로자의 임금손실에 대하여는 근로기준법에 의한 평균임금 등을 참작하여 보상하도록 하고 있다(同法 77③).

2) 생활권보상

생활권보상은 크게 ① 사업시행자가 피수용자 등의 생활보장을 위하여 피수용자 등에게 일정액의 보상금을 직접 지급하는 경우의 생활권보상과, ② 직접 피수용자 등에게 지급되는 것이 아니라 보상금이 피수용자 등의 생활재건을 위하여 가장 유효하게 사용될 수 있도록 하기 위한 각종 조치인 生活再建措置로 나눌 수 있다.

토지보상법은 제78조에서 위의 생활재건조치의 일종인 이주대책의 수립에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 '① 사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책(移住對策)을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다(同法 78①). ② 국가나 지방자치단체는 이주대책의 실시에 따른 주택지의 조성 및 주택의 건설에 대하여는 주택건설촉진법에 의한 국민주택기금을 우선적으로 지원하여야 한다(同法 78③). ③ 이주대책의 내용에는 이주정착지에 대한 도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다. 다만, 행정청이 아닌 다른 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다(同法 78④). ④ 공익사업의 시행으로 인하여 영위하던 농·어업을 계속할 수 없게 되어 다른 지역으로 이주하는 농·어민이 지급받을 보상금이 없거나 그 총액이 건설교통부령이 정하는 금액에 미달하는 경우에는 그 금액 또는 차액을 보상하여야 한다(同法 78⑥).'

위의 토지보상법 제78조는 공익사업으로 인하여 생활근거지를 떠나야 하는 주민들에 대한 이주대책의 수립에 관한 규정이지만, 同條 제1항은 이주정착금의 지급에 관해서도 규정하고 있으며, 同條 제6항은 공익사업으로 인하여 이주하는 농·어민에게 건설교통부령이 정하는 일정액의 보상금을 지급할 것을 전제로 하고 있는바, 이러한 이주정착금지급이나 離農·離漁보상금지급은 사업시행자가 피수용자 등에게 직접 지급하는 생활권보상이라 할 수 있다.

그리고 토지보상법 제79조 2항은 '기타 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실의 보상 등에 대하여는 건설교통부령이 정하는 기준에 의한다'라고 규정하여, 토지보상법시행규칙으로 기타의 생활권보상에 관하여도 규정할 수 있도록 위임하고 있는데, 同규칙은 아직 제정되어 있지 않다.

현행 공특별시행규칙에는 피보상자에게 직접 지급되는 생활권보상으로서 ① 零細住居用건물의 최저보상액(공특별시행규칙 5의9), ② 零細土地에 대한 加算金(同규칙 6의3①),

③ 移轉補償時의 가족 수에 따른 주거비(同규칙 10⑤), ④ 離農費·離漁費(同규칙 30), ⑤ 賃入者에 대한 주거대책비(同규칙 30의2), ⑥ 無許可·無免許·無申告營業者에 대한 주거대책비(同규칙 25의3②) 등이 규정되어 있다.

3) 정신적 고통에 대한 보상

공익사업으로 인하여 피수용자 등이 받게 되는 정신적 고통에 대한 보상에 관하여는 토지보상법이 직접 규정하고 있지 않다. 그러나 '기타 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실의 보상 등에 대하여는 건설교통부령이 정하는 기준에 의한다'라는 토지보상법 제79조 2항의 규정에 의하여, 同法시행규칙에서 공익사업으로 인한 주민의 정신적 고통에 대한 적절한 보상방안이 강구되어질 수 있다.

4) 사업손실(간접손실)보상

사업손실보상은 공익사업의 실시 또는 완성 후의 시설이 事業地外에 미치는 손실에 대한 보상이다. 前述한 토지보상법상의 잔여지가격하락보상·잔여지공사비보상(同法 73)과 인근지공사비보상(同法 79①)은 公益事業地 外에 미치는 손실에 대한 보상이기 때문에 사업손실(간접손실)보상의 일종이라고도 할 수 있다.

이와 같이 토지보상법은 사업손실과 관련하여서는 잔여지가격하락보상과 잔여지·인근지공사비보상에 관해서만 직접 규정하고 있고, 공익사업으로 인하여 事業地 外의 지역에 미칠 수 있는 기타의 物理的 손실이나 사회적 손실에 대한 보상 등에 관해서는 규정하고 있지 않다.

토지보상법시행규칙에서 공익사업 또는 공공시설이 사업지 외의 지역에 미치는 물리적 피해 등 여러 가지 사업손실(간접손실)에 대하여도 적절한 보상이 이루어지도록 규정할 필요가 있다.

현행 공특법시행규칙은 ① 공공사업의 시행으로 인하여 당해 공공사업시행지구 인근에 있는 어업권자의 어업에 피해가 발생한 경우의 보상(同규칙 23②), ② 공공사업시행지구 밖의 대지·건물 또는 농경지가 공공사업의 시행으로 인하여 산지나 하천 등에 둘러싸여 교통이 두절되거나 경작이 불가능하게 된 경우의 보상(同규칙 23의2), ③ 소유농지의 대부분이 공공사업시행지구에 편입됨으로써 건물만이 공공사업시행지구 밖에 잔존하여 매매가 불가능하고 이주가 부득이한 경우의 보상(同규칙 23의3), ④ 공공사업의 시행으로 인하여 1개 부락의 가옥이 대부분 공공사업시행지구에 편입되고 잔여가옥의 생활환경이 현저히 불편하게 되어 이주가 불가피한 경우의 이른바 少數殘存者補償(同규칙 23의4), ⑤ 공공사업시행지구 밖에서 관계법령에 의하여 면허 또는 허가 등을 받거나 신고를 하고 영업을 하고 있는 자가 공공사업의 시행으로 인하여 그 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 영업을 할 수 없는 경우의 보상(同규칙 23의5), ⑥ 공공사업시행지구 밖에 있는 공작물

기타 시설이 공공사업의 시행으로 인하여 그 본래의 기능을 다할 수 없게 되는 경우의 보상(同규칙 23의6), ㉞ 건물의 일부가 공공사업지구에 편입되어 그 건물의 잔여부분을 종래의 목적대로 사용할 수 없거나 사용이 현저히 곤란한 경우의 보상(同규칙 23의7) 등을 규정하고 있다.²⁸⁾

4. 토지보상법에 의한 손실보상의 문제점

오늘날 도시계획의 수립·시행, 댐 건설, 공항·항만·공원의 조성·관리, 지하도·지하철건설 등 대규모의 面的 공익사업이 다양하게 시행되고 있으며, 각각의 공익사업이 피수용자 및 인근주민 등에게 미치는 피해도 다종다양하게 나타나고 있다. 예로서 공원이나 문화시설의 조성사업 등에 있어서는 보통 피수용자 등의 재산권침해 및 그에 따른 보상 문제가 큰 관심을 끌게 되고, 댐건설사업이나 공항건설사업 등에 있어서는 재산권과 생활권의 침해뿐만 아니라 정신적 고통과 사업손실(간접손실)에 대한 보상 등 여러 가지 손실에 대한 보상이 모두 중요한 문제로 부각된다.

그런데 종전의 토지수용법과 공특법을 통합하여 손실보상에 관한 절차와 기준을 체계화하기 위하여 제정된 토지보상법은 손실보상의 내용이 크게 다를 수 있는 공익사업들의 유형을 분류하고 있지 않다.

공익사업의 시행에 따른 정당한 손실보상이 이루어지려면 토지보상법에서 우선 손실보상의 원인이 되는 공익사업들의 유형을 분류하고, 각 공익사업의 유형에 따라 어떤 공익사업에는 재산권보상을, 어떤 공익사업에는 재산권보상+생활권보상을, 어떤 공익사업에는 재산권보상+생활권보상+정신적 고통에 대한 보상을, 어떤 공익사업에는 재산권보상+생활권보상+정신적 고통에 대한 보상+사업손실(간접손실)보상을 충실하게 행하도록 규정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

공익사업들의 유형을 분류함에 있어서는 우선 국민의 재산을 收用 또는 使用할 수 있는 각 개별법상의 공익사업들을 열거하는 것이 필요한데,²⁹⁾ 토지보상법은 제4조에서 공익사업에 해당하는 사업을 제1호부터 제6호까지 열거하고 있으나, 同條 제7호에서 '그 밖에 다른 법률에 의하여 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업'도 개괄적으로 공익사업에 포함시키고 있어서, 同法上의 공익사업이 확정되지 않고 있기 때문에 그 유형분류는 원천적으로 어렵게 되어 있다.

28) 金鐵容, 前掲書, 377~378면.

29) 日本의 土地收用法은 제3조에서 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 공익사업은 다음 각호의 1에 해당하는 것에 관한 사업이어야 한다고 규정하고, ① 도로법에 의한 도로, 도로운송법에 의한 一般自動車道 또는 專用自動車道, 주차장법에 의한 路外駐市場, ② 하천법이 적용되거나 준용되는 하천 기타 공공의 이익에 관계되는 하천 또는 이들 하천에 治水나 利水의 목적으로 설치하는 堤防·護岸·댐·水路·저수지와 기타 시설, ③ 砂防法에 의한 砂防設備 또는 同法이 준용되는 砂防을 위한 시설, ④ --- 등, 제35호까지 각 개별법에서 정하는 사업들을 모두 열거하고 있다.

이와 같이 토지보상법에서 국민의 재산권을 침해할 수 있는 공익사업들이 확정되지 못한 것은, 국민의 재산권·생활권 등에 대한 침해의 정도를 달리하는 하는 각종 공익사업들의 유형분류를 불가능하게 만들고, 결과적으로 공익사업으로 인하여 국민에게 야기되는 여러 가지 피해에 대한 손실보상의 기준이나 내용도 불확실하게 만들 수 있는 것이다.

이러한 문제점에 대하여 既存法律에 의한 공익사업 외에 새로운 공익사업이 발생할 수도 있기 때문에, 위와 같은 토지보상법 제4조 7호의 개괄주의적 규정이 필요하며, 따라서 토지보상법에서 국민의 재산권을 수용·사용할 수 있는 개별법상의 공익사업을 모두 열거하는 것이 바람직하지 않다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 既存法律에서 규정하고 있지 않은 새로운 공익사업을 인정하고 그러한 사업을 위하여 국민의 재산권을 수용·사용할 수 있도록 함에 있어서는 새로운 법률의 제정이 필요한 것이며, 당해 새 법률에서 새로운 공익사업의 내용과 효과 및 그로 인하여 야기되는 국민의 피해 등을 감안하여 그 보상의 기준과 내용을 새로이 규정할 수 있으므로, 미래의 새로운 공익사업의 발생가능성 때문에 토지보상법에서 공익사업의 종류를 확정하기 곤란하다고만 할 것은 아니라고 생각된다.

공익사업의 종류가 확정되고 그 유형이 분류된 후에 그 유형별 사업의 시행에 따르는 손실보상의 내용도 재산권보상·생활권보상·정신적 고통에 대한 보상·사업손실(간접손실)보상별로, 보상하여야 할 사항(항목)을 규정하고, 각 사항별 보상기준을 정하는 방식으로, 공익사업에 따른 손실보상을 체계화·충실화시킬 필요가 있다.

V. 맺는 말

우리 헌법은 '공공필요에 의한 재산권의 收用·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다'고 하여 손실보상에 있어서의 정당보상원칙을 선언하고 있다. 이러한 헌법상의 정당보상원칙과 관련하여, 종래에 공익사업목적으로 취득되는 토지소유권과 기타의 財産權에 대하여는 정상적인 시장가격으로 보상하고, 재산권의 상실에 附帶되는 경제적 손실에 대하여는 실비변상적 보상과 일정한 범위의 逸失損失補償을 하면 정당보상이 되는 것으로 보아왔다.

그런데, 이와 같은 재산권에 대한 전통적 손실보상이론은 토지·노동 등의 시장기능이 정상적으로 작용하는 것을 전제로 한다. 즉 토지 등의 재산권을 수용당한 자는 그 보상금으로 그에 상당한 토지 등을 구입하여 종래대로 농업·어업 또는 상업활동에 종사할 수 있고, 영업폐지 등으로 실직하게 된 근로자도 타지역에서 자유로이 다시 취직할 수 있을 것을 전제로 하는 것이다. 그러나 실제에 있어서 공공사업으로 인한 대규모의 농지수용에 있어서는, 농지면적의 제한 또는 공공사업에 따르는 농지가격의 상승 등으로 인하여, 被

收用者가 종전의 것에 상당하는 농지 등을 구입하는 것이 거의 불가능하고, 재취직이나 轉業도 현실적으로 매우 어려운 것이 사실이다.³⁰⁾ 이와 같이 재산권에 대한 전통적 손실 보상이론이 전제로 하고 있는 토지·노동 등의 시장기능이 정상적일 수 없는 상황에서는, 재산권을 개별적으로 평가한 價額과 實費辦償的인 보상 및 逸失損失에 대한 한정적인 보상만으로는 완전한 재산권보상이 될 수 없는 것이다.³¹⁾

한편 생활권보상에 관하여는 아직 그 개념도 확실히 정립되어 있지 않은 실정이며, 토지보상법은 공익사업의 시행으로 인하여 침해될 수 있는 被收用者 등의 생활권에 대하여 총체적으로 평가하여 보상하는 제도를 마련하지 못하고 부분적이고 단편적인 생활권보상에 그치고 있을 뿐이다.

공익사업으로 인하여 被侵害財産權者 등이 받게 되는 정신적 고통에 대한 보상에 관하여는 토지보상법에 직접 규정된 바 없으며, 사업손실(간접손실)과 관련하여서는 토지보상법이 잔여지가격하락보상과 잔여지·인근지공사비보상에 관해서만 직접 규정하고 있고, 공익사업으로 인한 소음·악취·진동·교통불편 등 이른바 物理的 사업손실이나 공익사업이 사업지 외의 지역에 미치는 항구적 피해에 대한 보상 등에 관해서는 규정하고 있지 않다.

토지보상법 제75조 5항의 '그 밖의 물건에 대한 보상액의 구체적인 산정 및 평가방법과 보상기준은 건설교통부령으로 정한다'는 규정과, 제79조 2항의 '기타 공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 손실의 보상 등에 대하여는 건설교통부령이 정하는 기준에 의한다'라는 규정이 있지만, 이러한 위임규정들은 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 재산권보상과 사업손실(간접손실)보상을 확대시킬 수 있도록 하기 위한 규정이지만, 그 보상대상이나 보상내용을 포괄적으로 건설교통부령에 위임하고 있어서 行政立法上의 포괄적 위임금지 원칙에 위배되는 문제점이 있는 것으로 보인다. 즉 공익사업으로 인하여 발생한 피해로서 보상해야 할 피해가 어떠한 것인지에 관하여는 건설교통부령이 아닌 법률로서 규정함이 마땅할 것이다.

이와 같이 새로 제정·공포된 토지보상법은 공익사업으로 인하여 국민에게 야기될 수 있는 損失에 대한 補償法으로는 충실치 못한 점이 많다.

앞으로 충분한 논의와 연구를 거쳐 토지보상법의 개정·보완이 이루어져야 할 것이다. 同法이 개정·보완될 때까지는 同法시행령 및 同法시행규칙의 내용을 가급적 충실히 마련함으로써 同法의 미비점을 보충할 수밖에 없을 것이다.

30) 金東熙, 前揭書. 528면.

31) 朴鈞圻, 前揭書. 780면.