

正當한 補償의 原理에 관한 研究*

朴永夏**

I. 問題의 提起	1. 概 說
II. 行政上 損失補償의 意義 및 根據	2. 損失補償의 基準과 正當한 補償
1. 概念 및 存在意義	3. 損失補償의 對象과 正當한 補償
2. 損失補償의 根據	4. 損失補償의 方法과 正當한 補償
III. 正當한 補償의 原理	VI. 結論 - 立法論的 考察

I. 問題의 提起

근대시민적 법치국가의 헌법과 현대복지국가의 헌법 아래에서 각기 절대적 또는 상대적으로 보장되는 사유재산권¹⁾에 대한 공공필요에 의한 침해에 따른 행정상의 손실보상을 어느 정도로 하여야 할 것인가에 대하여는 각국의 입법태도나 가치관의 차이에 따라 그 내용이 달리 나타나고 있다. 헌법상 보장되는 재산권에 대한 공용침해에 있어서 가장 중요시되고 있는 것은 그 침해의 공공성과 근거 및 침해에 따른 정당한 보상이다. 이 가운데에서 정당한 보상은 재산권침해와 불가분의 일체를 이루

* 본 논문은 1999년도 전주대학교 학술연구비의 지원을 받아 작성된 것임

** 본 학회 이사, 전주대학교 금융보험부동산학부 부교수.

1) 제23조제1항제1문은 재산권을 근대적 재산권 관념에 바탕을 둔 경제적 권리로서 보장하고자 하는 이념을 표현한 것이고, 동항제2문과 제2항은 사회국가의 이념을 실현하기 위한 현대적 재산권이념을 표현한 것이다. 安溶教, 韓國憲法論, 考試研究社, 1989., 487면.

는 것임은 두말할 나위가 없다. 우리 헌법도 이러한 취지에 따라 제23조제3항에서 재산권에 대한 공용침해의 법률유보 및 침해에 의한 특별 또는 불평등한 희생에 대한 정당보상에 관하여 규정하고 있다.

그러나 헌법이 규정하고 있는 정당한 보상에 대하여는 학설과 판례는 다양하게 나타나고 있으며, 더욱이 토지수용법 등 실정법상 손실보상의 기준과 대상·방법 등은 헌법이 규정하고 있는 정당한 보상이라는 이념에 적합하지 아니한 것으로 보이는 경우도 있다. 이러한 현실은 헌법이 규정하고 있는 재산권의 보장을 형해화할 뿐만 아니라, 국가의 침익행정에 대한 국민적인 협조 내지 신뢰를 상실함으로써 국민적 일체감형성에 저해가 되는 결과를 초래하고 나아가서는 실정법 질서의 타당성에 대한 회의를 야기하게 된다는 점을 짐작하기 어렵지 않다.

따라서 헌법이 규정하고 있는 공용침해와 그에 따른 정당한 보상의 원리의 내용을 보다 명확히 할 필요가 있으며, 나아가 개별법상의 구체적인 보상기준·대상 및 방법이 정당한 보상원리에 합치될 수 있도록 할 필요가 있다.

본고는 정당한 보상에 관한 학설과 판례 및 비교법적 고찰을 통하여 헌법이 규정하고 있는 공용침해와 그에 따른 정당한 보상의 원리의 내용을 보다 명확히 하는 한편, 실정 개별법의 규정이 헌법상의 정당한 보상원리에 합치되는 것인가의 여부를 검토하고, 이를 토대로 하여, 개별법상의 보상기준·대상 및 방법에 대한 해석기준 및 입법방향을 제시하고자 함을 목적으로 하고 있다.

이를 위하여 우선, 손실보상의 의의 및 근거 등을 검토한 뒤, 정당한 보상의 원리의 의미와 그 내용을 독일과 일본 및 우리 나라의 학설과 판례를 중심으로 하여 고찰한 다음, 정당한 보상원리의 구체적 내용을 밝히고자 한다. 마지막으로 우리 실정 개별법상의 보상기준·대상 및 방법을 검토하여 구체적인 해석론을 제시하는 한편, 헌법상의 정당보상의 원리에 반하는 규정 등에 대한 입법방향을 제시하고자 한다.

II. 行政上 損失補償의 意義 및 根據

1. 概念 및 存在意義

1) 行政上 損失補償의 概念

행정상의 손실보상은 헌법상의 재산권 보장규정과 밀접한 관련을 지닌다. 즉, 헌법상의 재산권 보장규정과 공용침해 및 이에 대한 손실보상은 각기 독립하여 존재하는 것이 아니라 서로 유기적인 관계를 갖고 있다.

헌법상의 재산권 보장은 일차적으로는 재산권에 대한 침해로부터의 존속을 보장하는 것(Bestandsschutz)이다, 하지만 공공필요를 위해서 불가피한 경우에는 재산권에 대한 공용침해를 허용하게 된다. 이 경우 재산권의 존속보장은 재산권의 가치보장(Vermögenswertgarantie)으로 전환되며, 기업자에게는 손실보상의무로 전환²⁾된다.

일반적으로 행정상 손실보상이란 공공필요에 의한 적법한 공권력행사에 의하여 사유재산에 가하여진 특별 또는 불평등한 희생에 대하여 사유재산권의 보장과 전체적인 평등부담의 견지에서 행정주체가 행하는 조절적인 전보³⁾라고 정의되고 있다.

2) 損失補償制度的의 沿革 및 存在意義

공권력의 행사에 의하여 발생된 손실에 대하여 국가가 보상할 의무를 진다는 법사상은 독일에서 기득권이론과 국가긴급권이론⁴⁾에 의하여 발전되어 왔다. 그러나 제1차 세계대전을 계기로 나타난 사회변동이 Weimar헌법 제153조에 있어서와 같이 재산권의 사회적 기능을 현저하게 변화시켰으며 그 결과 희생보상청구권의 적용범위가 좁아지게 되었다.

이러한 역사적 발전의 영향을 받아 우리 나라는 1948년 제헌헌법에서부터 손실보상에 관한 규정을 두어 왔다. 보상에 대한 헌법상의 규정은 9차에 걸친 헌법개정에서 그 표현을 조금씩 달리해 왔다. 개정의 주안점은 재산권에 대한 공용침해와 함께 보상을 법률유보로 할 것인가와 보상의 정도를 어떻게 할 것인가에 두어졌었다. 그러나 재산권에 대한 공용침해에 대한 보상의 실체가 바뀌었던 것은 아니다.

2) Leisner, Eigentum, in : Isense/Kirschhof(Hrsg.) HStR VI, 1989., Rn. 82 ; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1998., S. 152f.

3) 金道昶, 新稿 第3全訂版 一般行政法(上), 靑雲社, 1988., 562면 ; 朴鈞旻, 最新行政法講義(上), 國民書館, 1998., 366면 ; 金鐵容, 行政法 I, 博英社, 1998., 329면 등 참조. ; 金鐵容교수는 행정상 손실보상을 공권력의 행사로 인한 손실보상보다 넓게 보아 적법한 행정활동으로 인한 손실의 전보라고 정의하고 있다.

4) 즉, 군주가 국가긴급권에 의해 기득권을 침해할 경우에는 이에 대하여 보상의무를 져야 한다는 데에서 비롯된 것이다. 그래서 중세 이래 전통적인 권리인 기득권이 군주가 지니는 특권의 하나인 국기긴급권에 의하여 제한됨에 따른 대상(Entschädigung)의 성격으로 발전하여 근대국가의 법제에 도입되었다. 이에 대한 법사상은 1794년 「프로이센」일반국법에 반영되었고 희생보상청구권이 승인되었다.

현대의 행정은 다양한 행정수요를 충족하기 위하여 법적 규제를 가하는 경우가 많아졌으며, 이 때 문제로 되는 것의 하나가 기득권과의 조정이다. 재산권은 단순히 사유재산으로서 경제적 자유권에 해당할 뿐만 아니라 생산수단이나 생활의 터전으로 이용되거나 이용할 가치를 지니므로, 재산권에 대한 공용침해는 생활 내지는 생산기반에 많은 영향을 미치게 된다. 이에 반하여 행정목적도 여러 사람의 생활상 공동수요를 충족하기 위한 것이며, 그러한 과정에서 공용침해에 따른 희생을 요구하지 않을 수 없다.

이와 같이, 행정상 손실보상제도는 공공의 이익을 위해 특정한 이해관계인이 받는 특별 또는 불평등한 희생을 조정하기 위한 제도이다. 따라서 사회적 이익을 위해 행정권에 의해 가해진 특정인의 특별 또는 불평등한 희생을 공평의 관념에 따라 사회일반의 부담으로 보상하고자 하는 데 손실보상의 존재의의가 있다.

그러므로 손실보상제도가 갖는 기능적 의의는 첫째, 행정상의 손실보상은 공용침해로 인한 사유재산권을 보장하며 둘째, 행정작용으로 인해 개인이 받은 특별 또는 불평등한 손실을 전보함으로써 공적 부담 앞에서의 평등을 실현하고, 셋째, 공익과 사익의 이해조절을 도모하는 데에서 찾을 수 있다.

2. 損失補償의 根據

1) 理論的 根據

행정상 손실보상의 이론적 근거에 대하여는 종래 기득권설·은혜설·평등부담설 그리고 특별희생설 등이 주장되어 왔다. 그러나 오늘날에 있어서는 일반적으로 특별희생설 내지 불평등희생설로 보는 것이 일반적인 견해이다. 특별희생설은 손실보상은 사인이 받은 희생이 타인과 비교하여 특별한 또는 불평등한 희생이라는 데에 착안하여 이를 보상함으로써 이해를 조정하기 위한 제도라고 한다.

어느 정도의 희생을 특별한 또는 불평등한 희생으로 볼 것인가에 대하여는 희생을 받은 자의 범위를 기준으로 하여 이를 판단하고자 하는 형식적 기준설과, 희생의 강도를 기준으로 하여 판단하고자하는 실질적 기준설⁵⁾ 및 형식적 기준과 실질적 기

5) 다시 논자에 따라, ①보호가치설(Schutzwürdigkeitstheorie), ②수인요구가능설(Zumutbarkeitstheorie) ③사적 효용설(Privatnützigkeitstheorie), ④목적위배설(Zweckentremdungstheorie), ⑤사회적 제약설(Sozialbindungstheorie), ⑥상황구속성설(Theorie der Situationsgebundenheit) 등으로 나뉜다. 金南辰, 行政法의 基本問題, 法文社, 1994., 362~363면 ; 許營, 韓國憲法論, 博英社, 1995., 464~465면 참조 ; R. Breuer, Die Bodennutzung in Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976.,

준을 보완하여 구체적으로 판단하고자 하는 절충설이 있으며, 절충설이 우리 나라의 다수설이다.

2) 實定法的 根據

(1) 憲法の 規定

우리 나라의 현행헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상을 법률로 하되, 정당한 보상을 하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 공용침해의 근거와 그에 대한 정당한 보상이 불가분의 일체⁶⁾로서 법률에 규정되어야 한다는 것이다.

한편, Weimar 헌법 제153조는 공공복리를 위한 재산권의 침해에 대하여 상당한 보상(angemessene Entschädigung)⁷⁾을 규정(제2항제2단)하고 있었다. 그러나 독일기본법 제14조는 우리의 현행헌법과 유사한 규정을 두고 있다. 즉, 동조 제3항에서는 공공복리를 위하여 공용수용(Enteignung)을 할 수 있다고 규정하고, 수용은 반드시 보상의 종류와 범위를 정하는 법률 및 이에 근거하여 하도록 하는 불가분조항(결부조항 ; Jungkrimklausel)⁸⁾ 형태를 띠고 있으며 보상은 일반과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 보상을 결정하여야 한다고 규정하고 있다.

그리고 日本國憲法은 제29조제3항에서 ‘사유재산은 정당한 보상 하에 이를 공공을 위하여 사용할 수 있다’고 규정하고 있다. 이것이 헌법상 보상의 근거조항이다. 이와 같이 일본의 헌법은 공공의 이익을 위하여 필요한 때에는 사유재산을 수용 또는 사용할 수 있다는 점과, 이 경우에는 정당한 보상을 요한다는 점을 규정하고 있다. 손실보상을 필요로 하는 헌법적 근거로서, 평등원칙만을 드는 견해⁹⁾, 재산권 보장만을 드는 견해¹⁰⁾ 및 재산권 보장과 평등원칙을 드는 견해¹¹⁾가 있다.

SS.55~62.

6) 이렇게 보는 것이 우리 나라의 多數說이다. 許營, 憲法理論과 憲法, 1995., 609면.

7) 국내 대부분의 교과서들은 독일 기본법 제14조제3항의 정당한 형량에 의한 보상이라는 표현의 의미를 과거 바이마르 헌법 제153조를 계승한 상당보상설의 한 유형으로 설명하고 있다. 石琮顯, 土地公法講義, 三英社, 1999, 83면 ; 柳海雄, 收用補償의 理論과 實際, 不研社, 1999., 114면.

8) 불가분조항은 보상을 수용의 전제조건으로 하여 국민을 보호하고자 하는 기능, 수용침해의 경우 예산에 의한 보상을 하여야 한다는 것을 입법자에게 경고하는 기능 및 행정부와 법원의 자의적 판단으로부터 입법부를 보호하고자 하는 기능을 갖고 있다. BVerfGE 4, 219 ; 24, 367.

9) 柳瀨良幹, “憲法と補償”, 柳瀨良幹, 人權の歴史, 47頁 以下.

10) 結城光太郎, “正當な補償の意味, 公法研究 11卷, 82頁.”

11) 손실보상제도는 공공을 위하여 특정인의 재산에 침해를 가한 경우에 그 특정인의 손실을 그

한편, 美合衆國憲法 修正 제5조는 ‘적법절차 없이는 누구도 생명과 자유와 재산권을 박탈할 수 없으며, 정당한 보상(just compensation) 없이는 공익을 목적으로 사유재산권을 수용할 수 없다’고 규정하여 공용수용에 있어서의 정당한 보상을 요구하고 있다. 이 요건은 수용의 요건을 나타낸 것으로 수용권을 제한하는 것은 아니다¹²⁾.

(2) 個別法的 根據

우리 나라의 경우 공용침해 및 이에 따른 손실보상에 관한 일반법이 제정되어 있지 아니하다¹³⁾. 토지수용법이 공용수용 및 공용사용에 관한 일반적인 사항을 규정하고 있으며, 그 밖의 개별법은 스스로 규정하고 있지 아니한 사항에 대하여는 토지수용법의 규정을 준용하도록 하고 있어 토지수용법이 사실상 공용침해 및 손실보상의 일반법으로서의 지위를 차지하고 있다. 다만, 토지수용법은 손실보상액의 산정방법 및 기준 등에 관하여는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법의 규정을 준용하도록 규정하고 있어 그 범위 내에서는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법이 손실보상의 근거법이 되고 있다.

독일의 경우에는 연방의 입법권한에 속하는 영역에서의 공용수용에 관한 사항은 연방법에서 이를 규정하고 있다. 그러나 독일의 경우에도 연방법으로서 공용수용 및 손실보상에 관한 일반법은 없으며, 각 개별법에서 이를 규정하고 있다. 그 가운데에서 대표적인 것으로는 도시계획상의 필요에 의한 공용수용 및 손실보상에 관한 근거법률인 연방 건설법전(Baugesetzbuch), 국방·군사상의 필요에 따른 공용수용과 손실보상의 근거법인 토지조달법(Landbeschaffungsgesetz)이 있다. 그리고 이러한 연방법의 영역에 속하지 않는 사항은, 각각 그 명칭은 다르지만, 주에서 제정된 공용수용 및 손실보상에 관한 일반법¹⁴⁾이 적용된다. 이들 각 주의 일반법은 대부분 연방 건설

대로 방치하는 것은 재산권 보장의 취지에 반할 뿐만 아니라, 평등원칙에 반하는 것이므로 전체의 부담으로 하여 보상하고자 하는 것이다. 橋本公巨, "憲法上の補償と政策上の補償", 行政法の爭點 JURIST(増刊), 東京: 有斐閣, 1990., 181頁.

12) 토지이용규제와 같이 수용으로 되는가의 여부가 문제가 되는 사례에서는 소유자는 제한이 무효인가 아니면 보상을 필요로 하는가의 판단을 구하는 역수용(inverse condemnation)소송을 제기할 수 있다. 松井茂記, 美國憲法入門, 東京: 有斐閣, 1989., 226頁.

13) 손실보상에 관한 일반법의 예로서는 영국의 Land Compensation Act, 1961(토지보상법)과 프랑스의 Loi Cardre sur la construction, 1957. 8. 7.(構造에 관한 骨子法)을 들 수 있다. 그러나 독일과 일본 및 미국의 경우에는 이에 관한 일반법이 제정되지 않고 있다.

14) Landesenteignungsgesetz Rheinland-Pfalz

vom 22. April 1966(GVBl. S. 103) ; Hessisches Enteignungsgesetz

법전에서 규정하고 있는 공용수용 및 손실보상에 관한 규정을 그대로 담고 있다¹⁵⁾. 독일의 경우 독일기본법 제14조 제3항에 근거를 두고 있는 법률¹⁶⁾의 손실보상에 관한 규정은 모두 손실보상은 피수용물의 거래가격에 의한 완전보상을 하여야 한다고 규정하고 있다.

III. 正當한 補償의 原理

1. 概 說

전술한 바와 같이, 각국의 헌법은 공용침해로 인한 특별한 희생에 대하여는 정당한 보상을 하여야 한다고 규정하고 있다. 예컨대, 우리나라의 현행헌법 제23조 제3항은 ‘정당한 보상을 하여야 한다’고 규정하고 있으며, 독일기본법 제14조제3항은 ‘보상은 일반과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 보상을 결정하여야 한다’고 규정하고 있고, 일본국헌법 제29조제3항에서 ‘사유재산은 정당한 보상 하에 이를 공공을 위하여 사용할 수 있다’고 규정하고 있다.

그런데 정당한 보상의 원리를 검토하기 위해서는 헌법이 규정하고 있는 정당한 보상이란 무엇을 의미하는가를 먼저 밝혀 보아야 한다. 우리나라의 대부분의 교과서는 이를 손실보상의 기준을 의미하는 것으로 이해하여 손실보상의 기준에 관한 학설과 판례의 태도를 검토한 뒤 자신의 견해를 밝히는 방식¹⁷⁾을 취하고 있다.

그러나 정당한 보상이란 재산권에 대한 공용침해의 결과 발생한 손실에 대한 보상액을 결정함에 있어서의 기준뿐만 아니라 손실보상의 내용이나 대상·시기·방법 등¹⁸⁾이 정당하여야 함을 의미하는 것이다.

vom 4. April 1973(GVBl. S. 107) ; Landesenteignungsgesetz Baden-Württemberg vom 6. April 1982(GBl. S. 97) ; Landesenteignungs- und- entschädigungsgesetz NW vom 20. Juni 1989(GV NW, S. 365) 등이 있다.

15) 宋東洙, “공용수용과 손실보상에 관한 비교법적 고찰 —한국과 독일을 중심으로—”, 土地公法研究 第9輯(韓國土地公法學會), 2000. 2., 110면 참조.

16) 예컨대, Baugesetzbuch 제95조제1항, Landbeschaffungsgesetz 제18조제1항 및 Landesenteignungs- und- entschädigungsgesetz NW 제10조제1항 등 참조.

17) 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社, 1997., 656면 ; 金鐵容, 前掲書 366면 ; 金東熙, 新訂補板 行政法 I, 博英社, 2000., 366면 ; 柳海雄, 新收用補償法論, 不研社, 2000., 112면 ; 金南辰·朴尙熙, 土地公法論, 經世院, 1994., 38면 ; 石琮顯, 前掲書 82면 등 참조.

생각건대, 헌법이 정하는 정당한 보상의 기준이 완전한 보상을 의미하는 것이라 하더라도 보상의 대상을 좁게 파악한다든지 기타 보상의 방법이 정당하지 아니한 경우에는 정당한 보상에는 도달할 수 없게 된다. 따라서 손실보상의 기준이나 대상·방법·시기 등을 분리하여 논의하는 것은 의미가 없다¹⁹⁾. 이하에서는 손실보상의 기준, 방법, 시기 등을 중심으로 하여 고찰하고자 한다.

2. 損失補償의 基準과 正當한 補償

1) 學說·判例의 檢討

(1) 序說

공용침해에 따른 특별 또는 불평등한 희생에 대하여는 정당한 보상을 하여야 한다. 이 경우 보상의 기준에 대하여는 견해가 나누어지고 있다. 즉, 학설과 판례는 손실보상액이 공용침해에 따라 손실을 입게 되는 재산권의 시장에서의 거래가격에 충족되는지의 여부에 따라 완전보상설과 상당보상설로 나뉜다. 우리 나라에서는 완전보상설과 상당보상설 및 절충설로 학설을 구분하고 있으며, 절충설이 다수설의 지위를 차지하고 있으나, 절충설은 상당보상설의 변형²⁰⁾이라고 보아야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 독일과 미국의 경우에는 완전보상설, 그리고 우리 나라의 경우와

18) 대법원은 “헌법(구) 20조 3항에서 말하는 정당한 보상이라는 취지는 그 손실보상액의 결정에 있어서 객관적인 가치를 완전하게 보상하여야 된다는 취지일 뿐만 아니라 한 걸음 나아가서 그 보상의 시기, 방법(이 방법 중에는 피징발자가 징발로써 그 권리를 잃음과 동시에 지체없이 법원에 그 보상액을 청구할 수 있을 것을 포함한다)등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니 된다는 것을 의미한다”고 판시한 바 있다. 대법 671102선고 67다1334판결.

19) 原藤博也 교수는 보상의 대상, 항목, 평가방법·시기·기준 등을 분리하여 논의하는 것은 의미가 없다는 의미에서 완전보상이나 상당보상이라는 문제는 실제상 그다지 생산적이라고 생각하지 않는다고 한다. 동 교수는 최고재판소의 소화 28년12월 23일판결에서의 농지매수대가에서와 같이 시장가격성립의 여지가 전무하다면 공정가격이나 통계가격에 의한 매수도 완전보상으로 볼 여지가 있으며, 48년 10월 18일 판결에서 말하는 완전보상도 인근에서 대체지를 취득할 수 없을 때 혹은 담건설로 수몰되는 경우와 같이 수용대상인 재산권의 대가보상에 못미치는 수많은 손실이 발생한 때에는 대체지 취득을 위한 보상이 충분하더라도 수용전후의 피수용자의 재산가치가 대등하다고 할 수 없는 사태가 발생한다. 또 피수용자 이외의 제3자에게 발생하는 손실은 보상대상에서 제외되고 있다고 한다. 原藤博也, 實定行政法, 東京: 有斐閣, 1989., 235·236頁 참조.

20) 朴銳旿, 前掲書 703면; 柳海雄, 前掲書 115면.

일본의 경우에는 상당보상설이 다수설의 지위를 차지하고 있다.

(2) 完全補償說

완전보상설은 정당한 보상의 개념을 피침해재산의 가치를 완전하게 보상(vollständige Entschädigung)하는 것을 의미한다고 보는 견해²¹⁾이다. 우리 나라 제3공화국헌법 제20조 제3항의 정당한 보상은 그 의미가 완전한 보상을 의미하는 것으로 이해되었었다.²²⁾

우리 나라의 판례는 대체로 완전보상설의 입장에 서 있다. 완전보상설을 취하는 판례로는 우선, 대법원의 경우 '정당한 보상이라는 취지는 그 손실보상액이 객관적 가치를 완전하게 보상하여야 된다는 취지일 뿐만 아니라, 한 걸음 나아가서 그 보상의 시기, 방법 등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니된다는 것을 의미한다고 풀이하여야 한다'²³⁾고 하여 완전보상설을 취하고 있으며, 헌법재판소도 '헌법상의 정당보상이란 객관적 가치를 충분하고 완전하게 보상'하는 것으로, 여기에서 객관적 가치란 시장에서의 거래가격에 기준을 두어야 한다고 판시²⁴⁾하였다. Weimar 헌법 제153조제2항에서 규정하고 있는 상당한 보상(angemessene Entschädigung)에 대하여 제국법원은 상당한 보상이라는 의미를 시장에서의 거래가격 즉 완전한 보상이라는 의미로 해석²⁵⁾하여 완전보상설의 입장을 취하였다. 한편, 연방보통법원은 일관성 있게 완전보상설의 입장을 견지하고 있다²⁶⁾. 그런데 연방헌법법원은 입법자가 보상의 종류와 그 액수를 결정할 수 있는 바, 상황에 따라서는 시장의 거래가격에 대한 완전보상 또는 그 이하로 보상액을 결정할 수 있다고 판시²⁷⁾하고 있다. 이 판례가 완전보상설을 취하는 것인가의 여부에 대하여 논란이 있으나, 이에 대하여는 거래가격을 보상기준으로 하는 것이 원칙이지만 예외적인 경우에 한하여 그 기준을 일탈할 수 있다는 것으로 이해하면 완전보상설을 부정하는 입장으로 볼 수 없다고 한다²⁸⁾. 미국의 연방대법원은 무엇이 정당한 보상인가에 대하여, 공정한 시장가치를 보상하여야

21) 許營, 前掲·韓國憲法論, 469면.

22) 金道稔, 前掲書(上), 603면.

23) 대법 1967. 11. 2. 선고 67다1334 판결 ; 대법 1970. 2. 24. 선고 69다1769 판결 ; 대법 1969. 12. 30. 선고 67다797 판결.

24) 헌재결 1995. 4. 20. 93헌바20 참조.

25) RGZ 112, 189(192).

26) BGHZ 11, 156(162) ; 26, 373(374) ; 29, 217(221) ; 39, 198(200) ; 41, 354(358).

27) BVerfGE 24, 367(421) ; 46, 268(284).

28) Leisner, Socialbindung und Eigentums, 1972., S. 114 ; Ossenbühl, a.a.O., S. 208f.

하는 것²⁹⁾이라고 하고 있다. 그러나 궁극적인 기준은 공평 내지 공정성이라 하고 있을 뿐 그 이상 구체적인 기준은 그다지 명확하지도 않다. 한편, 일본의 최고재판소는 ‘완전한 보상을 하여야 한다’고 판시하고 있다³⁰⁾.

(3) 相當補償說

상당보상설은 두 가지의 입장으로 대별된다. 첫째, 정당한 보상이란 제반사정을 고려하여 상당 또는 타당하다고 인정되는 가액의 보상을 의미한다고 한다. 이 경우 정당한 보상은 재산권을 침해하는 공공목적의 성질에 비추어 타당하고 합리적인 보상이면 되고, 그 산정의 기초가 합리적이면 반드시 그 재산의 실체가치인 전액을 보상하지 않더라도 된다는 것이다. 여기에는 무엇이 정당한 보상인가는 구체적인 권리의 침해를 인정하는 법률의 목적 및 침해행위의 태양을 고려하여 피침해이익의 성질 및 정도를 감안하여 보상이 주어질 당시의 사회통념에 비추어 사회적 정의의 관념에서 보아 공정타당한가의 여부를 판단하여 결정하면 된다고 하고 재산권에 대하여는 사회적 구속이 있음을 이유로 하여 상당보상설을 취하는 견해³¹⁾, 자유국가와는 달리 사회국가에 있어서는 상당보설이 타당하다고 하는 견해³²⁾ 등이 있다.

둘째, 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해를 완전한 보상을 필요로 하는 경우와 상당한 보상을 필요로 하는 경우로 나누어 생각하려는 견해가 있다. 예컨대, 헌법상의 정당보상의 원칙은 완전보상을 원칙으로 하면서도 그것을 상회(생활보상)하거나 공익상의 합리적인 사유 또는 공익과 사익을 조정하는 견지에서 완전보상을 하 회하는 경우를 부인하는 것은 아니라 하는 견해³³⁾도 있다. 일본의 경우에는 사용재산(작은 재산)에는 완전보상, 수익재산(큰 재산)에는 상당보상이 타당하다는 견해³⁴⁾, 기존의 재산법질서 안에서 이루어진 개별적인 침해행위에 대하여는 완전보상이 필요하나, 기존의 재산법질서를 구성하는 재산권에 대한 사회적 평가가 변화함에 따라 그 권리관계의 변혁을 목적으로 이루어지는 침해행위에 대하여는 상당보상이면 족하다는 견해³⁵⁾ 등이 그것이다.

일본의 최고재판소는 농지개혁에 대한 보상에 있어서 상당보상설을 채택하였다.

29) *United States v. Fuller*, 409 U. S. 488(1973).

30) 最高裁昭和48年 10月 18日 判決.

31) 田中二郎, 新版 行政法 上卷 全訂第2版, 弘文堂, 1983., 259頁.

32) 宮澤俊義, 日本國憲法コンメンタール, 280頁.

33) 權寧星, 憲法學原論, 博英社, 1995., 541면 ; 石琮顯, 前掲書 84면 참조.

34) 高原賢治, “社會國家における財産權”, 日本國憲法體系 7卷, 249頁.

35) 今村成和, 損失補償制度の研究, 有斐閣, 1957., 74頁.

즉, '정당한 보상이란 그 당시의 경제상태에서 성립할 것이라고 생각되는 가격에 기초하여 합리적으로 산출된 상당한 액을 말하는 것이므로 반드시 시가와 완전히 일치할 것을 요하는 것은 아니다³⁶⁾'고 판시하였다³⁷⁾.

2) 私 見

앞에서도 살펴본 바와 같이, 행정상 손실보상제도는 공공의 이익을 위해 특정한 사유재산권의 침해에 따른 특별 또는 불평등한 희생을 조정하기 위한 제도이다. 따라서 사회적 이익을 위해 행정권에 의해 가해진 특정인의 특별 또는 불평등한 희생을 공평의 관념에 따라 사회일반의 부담으로 보상하고자 하는 데 손실보상의 존재 의의가 있다.

요컨대, 완전보상설은 손실보상의 대상이 되는 이익의 객관적 가치를 완전하게 보상하여야 한다고 하는 데에 반하여, 상당보상설은 재산권의 사회적 구속성 또는 현대국가의 사회국가성을 그 근거로 제시하거나, 완전보상을 원칙으로 하더라도 일정한 경우에는 완전보상을 상회하거나 하회할 수 있다고 하고 있다. 그러나 상당보상설의 논거에는 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 현대 헌법이 보장하는 재산권은 근대적 의미의 절대적인 재산권이 아니라 이미 사회적 제약을 받고 있는 상대적 재산권이라는 점이다. 따라서 공용침해에 따른 희생 중에서 재산권을 보상의 대상으로 하는 경우 절대적 재산권으로서 지닌 가치를 보상하는 것이 아니라 사회적 제약을 받고 있는 상태의 상대적 재산권을 보상한다는 점이다. 둘째, 침해에 의하여 발생한 손실이 보상의 대상이 되기 위해서는 사회적 제약의 범위를 넘는 특별한 또는 불평등한 희생에 해당하여야만 한다는 점이다. 셋째, 상당보상설은 상당보상의 합리적이고 타당한 근거와 수준을 제시하기 곤란하며, 헌법 제23조제3항이 공용침해에 따른 손실보상의 근거·방법 등을 법률에 규정하도록 하고 있음에 비추어 상당보상의 구체적인 기준이 입법되어야 한다는 점을 간과하고 있다.

이와 같이 상당보상설을 취하는 경우에는 공용침해 당시 이미 사회적 제약을 받고 있는 피침해재산권을 다시 침해하는 결과를 낳게 되어 재산권보장의 형해화를 초래할 우려가 있어 행정상 손실보상제도가 갖는 사유재산제도의 보장, 공적 부담담에서의 평등 실현 및 공익과 사익의 조절 도모라는 기능적 의의를 발휘할 수 없게

36) 最大判 昭和28. 12. 23. 民集7卷13號 1523頁.

37) 同旨 最大判 昭和30. 10. 26. 民集9卷11號 1690頁.

됨이 명백하다.

따라서 헌법이 규정하는 정당한 보상이란 보상대상물의 객관적 가치를 완전하게 보상하여야 한다는 의미를 갖는다고 하겠다.

3. 損失補償의 對象과 正當한 補償

1) 學說·判例의 檢討

손실보상의 기준에 관하여 어떠한 입장에 입각하든지 간에 종래 손실보상의 대상을 공공필요에 의하여 침해된 재산권의 객관적 가치로 볼 것인가 아니면 공공필요에 재산권의 침해에 의하여 야기된 재산을 포함한 모든 손실로 볼 것인가가 문제가 된다. 전자의 경우는 손실보상이 재산권의 보장에 대응하는 것이라는 입장을 취하고 있으며, 후자는 손실보상의 목적이 공평부담의 실현에 있으므로 발생한 손실의 전부를 보상의 대상에 포함시켜야 한다는 데에 차이가 있다.

손실보상은 재산상의 손실을 전보하는 제도라는 견해³⁸⁾, 손실보상의 대상을 ‘피침해재산이 갖는 객관적 가치를 보상’하는 것으로, 이는 피침해재산의 시장에서의 거래가격에 기준을 두어야 한다고 판시³⁹⁾한 헌법재판소의 견해는 불분명하지만 전자의 입장을 취하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 오늘날의 학설은 대부분 후자의 입장으로 전환하고 있다고 할 수 있다. 예컨대 의도적인지 아니면 단순한 부수적인 효과인지를 따지지 않고 공권력작용에 의해서 재산권침해결과가 나타난 경우도 보상하여야 한다는 견해⁴⁰⁾, 재산권의 제한 전후에 있어서 과부족이 없는 상태의 실현을 위해 정당한 보상이 완전한 보상이어야 한다는 견해⁴¹⁾, ‘보상은 반드시 불평등을 평등한 것으로 되돌릴 수 있는 발생한 손실 전부에 대한 완전한 것이지 않으면 아니 된다’는 견해⁴²⁾ 등은 후자의 입장을 취하는 것이다. 독일 연방보통법원은 손실보상은 피수용자로 하여금 동일한 종류의 재산을 취득할 수 있도록 함으로써 수용으로 인한 손실을 상쇄하는 것이라고 판

38) 柳海雄, 前掲書 95면.

39) 헌재결 1995. 4. 20. 93헌바20 참조.

40) 許營, 前掲書 466면.

41) 현행 독일기본법 제14조는 일반과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 보상을 결정하여야 한다고 규정하고 있는 제3항의 표현을 상당보상설로 해석하는 입장에 대하여서는 공평부담의 원칙(Prinzip der Lastengleichheit)에 반하여 헌법정신에 맞지 않는다는 비판이 있다. Weber, Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in : FS für Michaelis, 1972, S. 316(322) 참조.

42) 結城光太郎, 前掲論文 82頁 이하 참조.

시⁴³⁾하고 있다. 미국의 연방대법원은 손실보상은 소유자가 상실한 가치를 문제로 하여 통상 그의 공정한 시장가치를 보상하여야 하는 것⁴⁴⁾이라고 하고 있다. 한편, 일본의 최고재판소는 수용 전후를 통하여 피수용자의 재산가치를 대등하게 하여주는 보상을 하여야 하며, 금전으로 보상하는 경우에는 피수용자가 그 인근에 피수용지와 동등한 대체지 등을 취득하기에 족한 금액의 보상을 요한다'고 판시⁴⁵⁾하고 있다. 이 판례는 토지수용에 있어서 완전보상의 구체적 내용이라고 일컬어지는 합리적인 시장에서 성립할 수 있는 정상적인 시장가치는 허구에 불과하다. 급매하지 아니하고 자유로운 거래에서 성립할 수 있는 가치라 하더라도 토지는 대체성을 결하고 있기 때문에 기업자측에서는 그 토지를 취득하지 않으면 아니 되며, 토지소유자측은 거부 의 자유가 처음부터 박탈되어 있다. 따라서 시장가격에 의한 보상은 수용을 매매에 준하는 것으로 보는 것에 의할 것이 아니라 공공사업에 의한 특별한 희생의 회복을 도모할 수 있도록 하는 보상이어야 한다는 의미를 지니고 있다⁴⁶⁾.

2) 實定法의 規定態度

우리 나라의 현행 토지수용법은 토지에 대한 보상, 잔여지에 대한 보상, 이전료의 보상, 영업 등 손실의 보상, 측량·조사로 인한 보상, 사업의 폐지·변경으로 인한 보상, 사업손실의 보상 등에 관하여 규정함으로써, 단순히 피침해재산권에 대한 보상뿐만 아니라 부대적 손실 및 생활이익의 상실에 대하여도 보상하고자 하는 태도를 보이고 있다.

독일의 경우에는 손실보상의 대상을 ①수용으로 인한 직접적인 권리의 손실과 ②수용으로 인한 기타 재산상의 불이익으로 양분하여 명시적으로 규정하고 있다. 여기에서 권리의 손실(Rechtsverlust)에 대한 손실보상이라 함은 침해된 순간의 침해된 재산권의 실체가치(Substanzwert)를 말하며 이는 시장에서의 거래가격을 의미한다. 침해된 순간의 가치가 보상기준이 된다는 점에서 침해 이후의 가상적인 발전예상은 손실보상의 산정에 고려되지 않는다⁴⁷⁾. 또 기타 재산상의 불이익(Vermögensnachteile)에 대한 손실보상은 결과적 손실(Folgeschäden)에 대한 보상이라고도 하며, 권리손실에 대한 보상 산정시 고려되지 아니한 영업상의 손실이나 토지의 일부 또는 토지에

43) BGHZ 11, 156(162) ; 26, 373(374) ; 29, 217(221) ; 39, 198(200) ; 41, 354(358).

44) United States v. Fuller, 409 U. S. 488(1973).

45) 最高裁昭和48年 10月 18日 判決.

46) 原藤博也, 前掲書 233頁.

47) Ossenbühl, a.a.O., S. 209.

관한 권리의 수용으로 인하여 발생한 가격의 하락 또는 수용에 따라 필요하게 된 이 전비 등이 보상의 대상이 된다. 기타 재산상의 불이익 또는 결과적 손실의 대표적인 것이 영업손실이고, 그 외 고객상실비용 및 필수적인 법률상담비용, 이전비용 등이 판례⁴⁸⁾상 인정되고 있다.

한편, 일본에서는 헌법상 보상은 요청되지는 않으나 입법정책으로서 보상을 하는 경우로서 단순한 재산보상에 머무르지 말고 생활보상을 지향하여야 한다는 견해가 지배적⁴⁹⁾이다.

3) 私 見

손실보상의 대상에 관한 학설은 손실보상의 대상을 침해된 재산권을 중심으로 파악할 것인가 아니면 공용침해의 결과 야기된 특별 또는 불평등한 희생으로 볼 것인가에 따라 견해가 구분된다. 전자의 경우는 손실보상이 재산권의 보장에 대응하는 것이라는 입장을 취하고 있으며, 후자는 손실보상의 목적이 공평부담의 실현에 있으므로 발생한 손실의 전부를 보상의 대상에 포함시켜야 한다는 데에 차이가 있다.

그런데 오늘날의 학설은 대부분 발생한 손실의 전부를 손실보상의 대상으로 하여야 한다는 방향으로 나아가고 있다. 생각건대, 이 문제의 해결에서 중요한 것은 헌법 제23조 제3항의 해석이라 할 수 있다. 헌법 제23조제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다’고 규정하고 있다. 이를 문리적으로 해석하면, 재산권에 대한 공용침해에 따라 야기되는 손실보상은 침해된 재산권에 대한 보상만을 의미하는 것이 아니라 특별한 희생인 손실은 무엇이든지 간에 정당하게 보상하여야 함을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 침해의 대상은 재산권에 한정되지만, 손실보상의 대상은 재산권에 대한 공용침해로 인하여 입게되는 특별한 희생이다.

따라서 손실보상은 침해대상인 재산권의 손실은 물론, 부수적인 손실 및 재산가치 있는 손실뿐만 아니라 정신적 손실까지를 포함하는 특별한 희생 내지는 불평등한 희생을 보상하여야 하는 것으로 새겨야 한다. 왜냐하면, 손실보상은 특별한 희생에 대한 조절적인 전보이므로 특별한 희생인 손실인 이상 의도된 손실에 한정할 필요도 없으며 반드시 재산상의 손실에 한정할 필요가 없다. 또, 대규모의 공익사업 시

48) BGHZ, 61, 240(248) ; BVerwGE 40, 254(257).

49) 今村成和, 前掲書 153·157頁 ; 下山英二, 國家補償法, 269, 382, 405頁 ; 高原賢治, 前掲論文 158頁 以下 ; 西埜 章, “ダム建設による収没の補償”, 室井 屋・鹽野 宏, 行政法を學ぶ, 2, 192頁 以下 등.

행을 위한 공용수용으로 인하여 조상 대대로 살아오던 장소를 떠나 생소한 장소로 거주를 이전하여야 하는 데에서 오는 정신적 고통이나 새로운 생활에 대한 불안감 등 정신적 손실도 보상이 되어야 한다.

특히, 학설상 생활보상과 관련하여, 그 헌법적 근거를 무엇으로 볼 것인가에 대하여는 견해가 다양하게 나뉘고 있다. 그러나 이와 같이 공용침해로 인하여 야기된 특별 또는 불평등한 희생 전부를 손실보상의 대상으로 파악한다면, 굳이 헌법상의 평등조항이나 생활권보장조항을 들 필요 없이 재산권보장조항 즉, 헌법 제23조만을 생활보상의 헌법적 근거로 제시할 수도 있을 것으로 본다.

4. 損失補償의 方法과 正當한 補償

헌법이 규정하는 정당한 보상은 손실보상의 방법에도 적용된다. 우리 나라의 토지수용법은 손실보상의 방법에 관하여 원칙적으로는 기업자보상의 원칙, 금전보상의 원칙, 사전보상의 원칙, 시가보상의 원칙, 개별보상의 원칙 그리고 개발이익배제의 원칙 등에 따라 손실보상을 하도록 규정하고 있다. 여기에서는 현금보상의 원칙과 시가보상의 원칙 및 개발이익배제의 원칙과 정당한 보상과의 관계를 살펴보기로 한다.

1) 現金補償과 正當한 補償

(1) 實定法の 檢討

토지수용법은 토지를 수용 또는 사용함으로써 인하여 토지소유자 또는 관계인이 입은 손실에 대한 보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현금으로 지급한다(동법 제45조제4항)고 함으로써 현금보상의 원칙을 정하고 있으며, 예외적으로 일정한 경우에 채권보상을 할 수 있다고 규정하고 있다(동조 제5항 참조).

현금보상의 원칙을 취하는 논거에 관하여는 화폐경제의 현실에 비추어 현금으로 보상함으로써 피수용자가 이를 임의로 사용하도록 하여 종전과 같은 정도의 생활을 재건하는 것을 일반적으로 기대할 수 있다는 견해⁵⁰⁾, 금전은 자유로운 유통이 보장되고 객관적 가치의 변동이 적기 때문이라는 견해⁵¹⁾, 현물보상시 피수용자가 원하는

50) 小高 剛, 土地收用法入門, 靑林書院新社, 1978., 122頁.

51) 金南辰, 行政法 I, 法文社, 1997., 547面.

대체지를 기업자가 취득하기 곤란함으로 인한 보상불능사태 발생의 방지⁵²⁾ 등이 제시되고 있다.

그런데 일본의 토지수용법은 현금보상의 원칙을 취하고 있으면서도 다음과 같은 현물보상을 인정하고 있다(동법 제70조). 즉, 대체지 보상(동법 제82조)·경지의 조성에 의한 보상(동법 제83조)·공사의 대행에 의한 보상(동법 제84조)·이전의 대행에 의한 보상(동법 제85조)·택지조성에 의한 보상(동법 제86조)이 그것이다. 이와 같은 현물보상은 당사자쌍방의 편의, 특히 완전한 생활재건을 통하여 피수용자의 이익 및 사회경제상의 편리를 고려하여 제도화된 것⁵³⁾이다.

(2) 私見

생각건대, 공용침해에 따른 손실보상의 방법은 현금보상보다는 현물보상이 우월한 것이라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 토지수용법은 현금보상의 원칙을 채택하고 있다. 이것은 수용목적물이 대부분 부동산이어서 그 개별성이나 위치고정성 등의 특성으로 인하여 수용목적물과 동일한 보상을 할 수 없다는 현실적인 한계 및 오늘날의 화폐경제의 현실을 감안하거나 보상의 편리성, 화폐의 유동성 등을 감안한 것이라 할 수 있다. 이러한 현금보상은 대단히 간단한 방식임에는 틀림이 없다.

그러나 현금보상의 원칙을 따르게 되면, 대규모의 토지수용 등으로 인하여 인근에 있는 대체지의 부족 또는 지가의 양등 등의 현상이 나타나게 되어, 경우에 따라서는 피수용자에게 지급된 손실보상금만으로는 수용목적물을 대체할 수 있는 토지 등을 취득하지 못하게 됨에 따라 공용침해 이전과 같은 생활을 유지하거나 경제활동을 유지할 수 없게 될 수도 있다.

이러한 경우를 감안한다면, 현금보상의 원칙을 취한다 하더라도, 일정한 경우에는 일본의 경우에서 본 바와 같이, 현물보상의 방식을 도입할 필요가 있다고 본다.

2) 時價補償의 原則과 正當한 補償

(1) 土地收用法의 規定態度

토지수용법에서는 보상액의 산정은 협의의 경우에는 협의성립당시의 가격을 기준으로 하고, 재결의 경우에는 수용 또는 사용의 재결당시의 가격을 기준으로 한다

52) 竹村忠明, 土地收用法と補償, 清文社, 1992., 431頁.

53) 小高 剛, 前掲書 122~123頁.

(법 제46조제1항)고 규정하고 있다. 이와 같이 토지수용법은 토지 등의 보상은 협의성립당시의 가격 또는 재결당시의 가격을 기준으로 하도록 하고 있어 일견 시가보상의 원칙을 나타내고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 토지수용법은 토지의 수용 또는 사용에 대한 보상에 있어 협의성립당시 또는 재결당시의 가격을 정함에 있어 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하도록 하고 있어 시가보상의 원칙이 아니라 적정가격보상의 원칙을 규정하고 있다. 즉, 토지수용법은 협의수용 또는 재결수용하고자 하는 토지에 대하여는 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가⁵⁴⁾를 기준으로 하여 평가한 적정가격으로 보상액을 정하도록 하고 있다. 사용하여야 할 토지에 대하여도 적정가격으로 보상액을 하도록 하고 있다.

(2) 私 見

우리 나라의 토지수용법과는 달리, 독일에서는 손실보상은 시가보상의 원칙을 취하고 있다 즉, 수용재결시점 당시의 시장에서의 거래가격이다. 연방 건설법전 제194조는 거래가격이란 통상적인 매매를 목적으로 하는 시장가격이라고 명시적으로 규정하고 있다. 토지수용법이 협의수용시에는 협의성립당시의 가격을, 그리고 재결수용시에는 재결당시의 가격을 기준으로 하고 있음에 대하여 협의수용과 재결수용시의 보상액 산정시점이 달라진다는 점을 들어 그 불합리성을 지적하는 견해⁵⁵⁾도 있다. 그러나 구체적으로 보상액을 산정하는 방법은 공시지가를 기준으로 하여 시점수정⁵⁶⁾을 하도록 하고 있으므로 양자간의 불합리성을 지적하는 것은 의미가 없다.

여기에서 문제가 되는 것은 우리 나라의 토지수용법이 공시지가를 기준으로 하여 산정한 적정가격으로 보상액을 정하도록 하고 있다는 점이다. 왜냐하면, 공시지가의 현실화율은 매우 낮다는 것은 주지의 사실인 바, 결코 시장가격을 완전히 반영하지 못하고 있는⁵⁷⁾ 공시지가를 기준으로 하여 산정된 적정가격은 결코 토지에 관한

54) 여기에서 보상액의 산정을 위하여 적용되는 공시지가는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 당해 토지의 협의성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가중 당해 사업인정고시일에 가장 근접한 시점에 공시된 공시지가이다(동조 제3항).

55) 宋東洙, 전게논문 129면 참조.

56) 토지수용법은 협의수용 또는 재결수용하고자 하는 토지에 대하여는 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 하되, 그 공시기준일부터 협의성립시 또는 재결시까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동률·도매물가상승률 기타 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가하도록 규정하고 있다(토지수용법 제46조제2항 참조).

권리의 시장가치를 제대로 반영한 것이라 할 수 없다. 따라서 실제상 토지수용법이 시가보상의 원칙을 택하고 있다고 할 수 없는 것이다. 그렇다면, 토지수용법상의 보상기준은 헌법상의 정당보상원칙을 위반하는 것이 된다.

3) 開發利益의 排除와 正當한 補償

(1) 土地收用法의 規定態度

개발이익의 배제에 관한 문제는 공익사업의 시행으로 인하여 발생한 개발이익에 의하여 수용할 토지의 가격이 변동된 경우 이를 보상액의 산정에서 고려하여야 하는가의 문제이다.

이와 관련하여 토지수용법은 보상액을 산정함에 있어서 개발이익을 배제하도록 하고 있다. 즉, 토지수용법은 보상액의 산정시 공시지가를 기준으로 하되, 그 공시기준일부터 협의성립시 또는 재결시까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동률⁵⁸⁾·도매물가상승률 기타 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상액을 정하도록 하고 있다. 사용하여야 할 토지에 대하여는 그 토지 및 인근토지의 자료·임대료 등을 참작한 적정가격으로 보상액을 하도록 하고 있는 것(법 제46조 제2항)이다.

(2) 私見

일반적으로 개발이익이라 함은 불로소득적 가치증가분을 말하며, 개발이익은 사회적으로 환원되어야 한다고 보는 것이 일반적이다. 토지수용에 있어서도 당해 공익사업으로 인해 발생한 개발이익은 보상액 산정에서 배제되는 것이 마땅하다는 견해⁵⁹⁾도 있으며, 개발이익을 배제하는 것은 입법정책상 문제이므로 개발이익을 배제하는 입법을 하더라도 보상제도의 본질에 반하는 것은 아니라는 견해⁶⁰⁾도 있다.

57) 유해웅, “토지수용에 있어서 보상의 기준에 대한 법적 검토”, 월간고시 1992. 8., 29면 참조.

58) 보상액을 산정할 때 적용하는 지가변동률은 국토이용관리법 시행령 제45조의2 제1항의 규정에 의하여 건설교통부장관이 분기별로 조사한 것으로서 평가대상 토지가 소재하는 구·시·군의 지가변동률이다(령 제18조의7 제1항). 구·시·군의 지가가 당해 공익사업으로 인하여 변동된 경우에는 당해 공익사업과 관계없는 인근 구·시·군의 지가변동률로 한다(동조2항).

59) 박병선, 토지정책과 수용재결, 건설교통부 중앙토지수용위원회, 1995., 30~31면.

60) 柳海雄, 前掲書 126면.

헌법재판소도 토지수용에 있어서의 개발이익이란 기업자의 투자에 의하여 발생되는 것으로서 피수용자인 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생된 것이 아니고 또 공공사업의 시행에 의하여 비로소 발생하는 것이므로 그것이 피수용토지가 수용 당시 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라 할 수 없다고 판시⁶¹⁾하고 있다.

생각건대, 개발이익은 피수용자의 노력이나 자본의 투하에 의하여 발생된 것이 아닌 불로소득이므로 마땅히 보상액의 산정에서 배제되어야 한다. 다만, 개발이익을 배제하는 것을 입법정책의 문제로 보는 견해는 개발이익을 포함하여 보상액을 산정하도록 하는 것도 입법정책으로 볼 소지가 있어 문제가 있다고 보여진다. 개발이익은 정당한 보상의 원리상 당연히 보상액의 산정에서 제외되어야 하는 것이기 때문이다.

이와 같이 공용침해의 목적물이 된 토지의 보상액 산정에서 개발이익을 배제하는 것은 당연하다. 그러나 보상액의 산정시 개발이익을 배제하는 것과 관련하여 정착 문제가 되는 것은 공용침해의 목적물이 된 토지와 그 주변토지와와의 형평성 문제이다. 이를 구체적으로 살펴보면, 공용침해의 목적물이 된 토지에 대하여는 그 보상액의 산정에서 개발이익을 배제하면서도 그 주변 토지에 대하여 개발이익을 향유하도록 한다면 헌법상의 평등의 원칙에 반하게 된다는 점이다. 또, 토지초과이득세의 부과 등 주변 토지의 개발이익을 환수하도록 하는 제도를 두는 경우에도 토지초과이득세의 경우처럼 개발이익을 전부 환수하지 아니한 경우에는 역시 양자간의 형평성 문제가 야기된다.

이와 같이 개발이익의 배제는 개발이익의 환수 및 개발손실의 보상과 표리의 문제를 이루고 있는 것이므로 이에 관한 입법적 정비가 필요하다고 본다.

VI. 結論 - 立法論的 考察

이상에서 본고는 공공필요에 의한 재산권의 침해와 이에 따른 행정상의 손실보상과 관련하여, 헌법이 규정하고 있는 정당한 보상의 원리를 살펴보았다. 구체적으로는 우선 행정상의 손실보상의 의의와 행정상 손실보상제도의 존재의의 및 손실보

61) 憲裁決 1990. 6. 25. 89헌마107 참조.

상의 이론적 실정법적 근거를 살펴본 다음, 정당한 보상의 원리에 관한 각국의 입법례와 함께 다양하게 제시되고 있는 학설과 판례를 검토하고, 나아가 손실보상의 구체적인 측면 즉, 손실보상의 기준과 대상 및 방법을 정당한 보상의 원리에 비추어 분석하였다.

본 연구에서 명확히 하고자 하였던 것은 행정상의 손실보상은 공용침해로 인한 특별한 희생에 대한 것이지 재산권을 보상하기 위한 것이 아니라는 점이며, 정당한 보상은 손실보상의 기준뿐만 아니라 그 대상과 방법 등 모든 측면에서의 보상이 정당하여야 한다는 점이다.

이에 바탕을 두고 정당한 보상의 원리에 대한 해석의 지침을 제공하고자 하였으며, 나아가 최근에 진행되고 있는 토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특별법의 손실에 보탬이 되고자 하였다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 손실보상에 관한 규정의 개정이 완전한 보상을 지향하여야 한다는 점이다. 특히, 근대의 절대적 토지소유권과는 다른 현대의 재산권은 사회적 제약을 이미 받고 있을 뿐만 아니라 특별한 희생에 해당하는 경우에만 보상대상이 됨에 불과하다는 점을 고려하여 완전하고도 충분한 보상이 이루어져야 하는 것이다.

둘째, 손실보상의 대상을 공용침해의 대상과 혼동하여서는 아니되며, 공용침해로 인하여 야기되는 모든 특별 또는 불평등한 희생을 보상의 대상으로 삼아야 한다는 점이다. 이와 관련하여 생활보상을 보다 실질화할 수 있도록 하여야 하며, 나아가 정신적 손실에 대하여도 보상할 수 있는 방안을 제도화하여야 한다.

셋째, 일견 시가보상방식으로 보이는 실정법상의 보상방식은 실제로는 적정가격 보상방식이라 하지 않을 수 없는 바, 정당보상에 합치될 수 있도록 하는 방안을 강구하여야 한다는 점이다. 이와 관련하여, 공시지가의 현실화율을 제고하기 위해서는 시가공시및토지등의평가에관한법률에서 규정하고 있는 공시지가제도의 개선이 필요하다고 하겠다.

마지막으로 현금보상의 원칙을 보완할 수 있도록 하기 위하여 현물보상방식을 널리 제도화하여야 하며, 개발이익의 배제와 아울러 철저하게 개발이익을 환수할 수 있는 제도적 장치를 보완함으로써 손실보상분야의 형평성을 제고하여야 한다.

< 참고문헌 >

- 權寧星, 憲法學原論, 博英社, 1995.
- 金南辰, 行政法의 基本問題, 法文社, 1994. / 行政法 I, 法文社, 1997.
- 金南辰·朴尙熙, 土地公法論, 經世院, 1994.
- 金道昶, 新稿 第3全訂版 一般行政法(上), 青雲社, 1988.
- 金東熙, 新訂補板 行政法 I, 博英社, 2000.
- 金鐵容, 行政法 I, 博英社, 1998.
- 박병선, 토지정책과 수용재결, 건설교통부 중앙토지수용위원회, 1995.
- 朴鈞焄, 最新行政法講義(上), 國民書館, 1998.
- 石琮顯, 土地公法講義, 三英社, 1999.
- 宋東洙, “공용수용과 손실보상에 관한 비교법적 고찰 —한국과 독일을 중심으로—”, 土地公法研究 第9輯(韓國土地公法學會), 2000. 2.
- 安溶教, 韓國憲法論, 考試研究社, 1989.
- 柳海雄, 收用補償의 理論과 實際, 不研社, 1999. / 新收用補償法論, 不研社, 2000.
- 유해웅, “토지수용에 있어서 보상의 기준에 대한 법적 검토”, 월간고시 1992. 8.
- 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社, 1997.
- 許 營, 憲法理論과 憲法, 1995. / 韓國憲法論, 博英社, 1995.
- 今村成和, 損失補償制度の研究, 有斐閣, 1957.
- 原藤博也, 實定行政法, 東京 : 有斐閣, 1989.
- 小高 剛, 土地收用法入門, 青林書院新社, 1978.
- 竹村忠明, 土地收用法と補償, 清文社, 1992.
- 田中二郎, 新版 行政法 上卷 全訂第2版, 弘文堂, 1983.
- 橋本公亘, “憲法上の補償と政策上の補償“, 行政法の爭點, 有斐閣, 1990.
- 松井茂記, 美國憲法入門, 東京 : 有斐閣, 1989.
- Leisner, Eigentum, in : Isense/Kirschhof(Hrsg.) HStR VI, 1989. / Socialbindung und Eigentums, 1972.
- Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1998.
- R. Breuer, Die Bodennutzung in Konflikt zwischen Stödtbau und Eigentumsgarantie, 1976.
- Weber, Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in : FS für Michaelis, 1972.