

土地開發損失補償에 關한 研究

朱 奉 圭

토지개발이 지가상승을 가져오는 국면으로 나타나는가 하면 다른 면에서는 그것이 도리어 지가하락으로 나타나서 개발손실을 가져오는 국면으로 나타나고 있다. 이 가운데 토지개발이 이익은 고사하고 손실을 가져오는 경우 토지개발손실에 관한 보상문제는 우리의 관심이 될 수밖에 없다. 이러한 함에도 불구하고 토지개발손실에 관한 보상분야의 연구가 극히 미흡되어 있거나 초보적인 단계를 벗어나지 못하고 있다. 따라서 본고는 이와 같은 현시점에서 토지개발손실보상에 관한 이론진개내용을 살펴보고 아울러 그에 관한 본질을 구명하여 이 분야의 개척적인 연구에 기여케 함을 목적으로 하고 있다.

1. 問題의 提起

土地開發이 유형적으로 이루어지건 또는 무형적으로 이루어지건 그에 따라서 地價上昇이 스스로 수반케 됨은 사실이다. 그러나 경우에 따라서는 토지개발로 인하여 반사적으로 地價가 도리어 下落되는 국면을 맞이하게 되고 이것이 마침내는 土地所有者的 財產價值를 감소하게 하는 결과를 빚어내게 되는 사항도 적지않아 있다.

이러한 경우 土地開發損失에 關한 補償問題는 우리의 관심이 될 수밖에 없을 뿐만 아니라 그의 政策模索 또한 중요하다 하지 않을 수 없다. 이러한 함에도 불구하고 토지개발손실에 관한 보상분야의 연구가 극히 미흡되어 있거나 端初的인 段階를 벗어나지 못하고 있는 것이 현실이다. 그러므로 토지개발손실보상에 관한 理論內容의 體系定立과 더불어 그에 관한 基本性格의 定立 그리고 政策課題의 模索提示 등은 실로 중요한 의미를 지닌다고 볼 수 있다.

더우기 토지개발손실에 관한 보상문제는 공권력에 의한 강제적인 토지소유권의 박탈 즉 土地收用에 관한 응분의 보상일 뿐만 아니라 공공투자 또는 토지이용계획규제로 인한 地價下落에 대한 보상까지도 총망라한 측면에서 논의취급되어야 할 현시점에서 본고는 이와 같은 토지개발손실보상에 대한 이론을 體系的으로 定立하고 동시에 그에 관한 本質을 究明하여 이 분야의 연구에 資코져 함을 목적으로 하고 있다.

2. 損失補償理論

토지개발손실보상문제는 土地收用に 대한 補償理論에서 논의되어 온 것이 사실이었으나 開發損失에 대한 補償은 새로운 영역의 것으로서 傳統的인 수용보상이론으로서 설명하기에는 어려운 점이 많은 것이 사실이다. 왜냐 하면 토지에 대한 최근의 계획적인 규제는 토지의 수용이나 재산의 몰수가 아닌 土地利用에 대한 公的인 規制로 이해되어야 하는 것이기 때문이다.

어떻든 오늘의 토지개발손실에 관한 보상이란 토지에 대한 수용이건 또는 계획적인 공적 규제이건 토지소유자가 受忍하여야 할 정도의 것인가 그렇지 않으면 受忍限界를 넘은 것인가에 따라서 손실보상에 대한 이론전개가 가능하다고 볼 수 있다. 이에 관하여 외국에서 여러 가지 이론이 전개되고 있음인데, 그 가운데 주된 내용을 살펴보면 다음과 같다.

西獨에서는 보상이 인정되는 土地收用과 보상이 인정되지 않는 단순한 재산권에 대한 社會的拘束으로 우선 구분하고 있다. 그리고 토지에 대한 계획적 규제가 단순한 토지재산권의 사회적 구속성을 지니고 있음인가 그렇지 않으면 수용적인 성격을 지니고 있음인가에 관한 연구가 진행되고 있는 것이 사실이다. 그 밖에도 토지에 대한 계획적인 규제가 보상이 인정되는 수용으로 판정될 수 있는 것인가 그렇지 않음인가에 대하여 또한 집중적인 연구가 이루어지고 있다. 환언하여 토지에 대한 계획적인 규제가 당해 토지에 대하여 특별한 犧牲에 해당됨인가 그렇지 않음인가에 관한 학설로 구분되어 취급논의되고 있다. 이에 관련된 학설로서는 個別的行爲說⁽¹⁾을 비롯하여 受忍期待可能性說,⁽²⁾ 保護價値說⁽³⁾ 또한 私的效用說⁽⁴⁾ 그리고 目的違背說⁽⁵⁾ 등이 있다.

한편 美國에서는 헌법 제 5 조에서 正當한 補償없이 私人的 財產權을 公益을 위하여 收用

-
- (1) 個別的行爲說이란 계획적인 공적규제행위가 個別的인가 一般的인가에 의한 形式的基準에 따라 개별적인 행위의 경우에는 반드시 보상이 요구된다는 학설을 말한다.
 - (2) 受忍期待可能性說이란 구체적으로 계획적인 공적규제의 성질상 권리의 本質的인 實體에 대한 침해만이 平等原則에 위배되는 부담의 것이므로써 이 경우 반드시 보상이 요구된다는 학설을 말한다.
 - (3) 保護價値說이란 관계사정을 종합적으로 판단하여 保護價値 있는 權利를 침해하는 경우 반드시 보상이 요구된다는 학설을 말한다.
 - (4) 私的效用說이란 사유재산으로서의 本來的 機能發揮가 방해되는 것인가 그렇지 않음인가 또는 단순히 규제에 그쳐 있음인가 그렇지 않음인가를 기준으로 보상이 요구되어야 한다는 학설을 말한다.
 - (5) 目的違背說이란 사유재산으로서의 本來的 目的을 위배하는 것인가 그렇지 않으면 단순한 제한을 가하는 것에 불과함인가에 대한 기준을 설정하여 보상이 요구되는 가운데 이룩되어야 한다는 학설을 말한다.

할 수 없다고 규정하고 있으며 그밖에 用途地域地區의 지정 또는 변경행위는 警察權⁽⁶⁾ 행사의 범위내에서 가능한 것으로 인정하되 보상은 수반되지 못한 것으로 되어 있다. 그러나 토지이용에 대한 규제행위가 경찰권의 범위를 넘어서 행사되었다 하면 그것은 당연히 收用の 성격을 지니고 있으므로 보상되어야 한다는 것이다.

이렇게 볼 때 美國에서의 손실보상에 관한 적정여부의 기준은 각종 토지이용 규제행위가 警察權의 範圍內에서 행사되었음인가 그렇지 않으면 그의 한계를 넘어 수용에 해당될인가 하는 문제로 귀속된다고 볼 수 있다. 따라서 그때 그리고 그의 사례에 비추어서 個別的으로 손실보상의 적정여부가 결정되어 있다고 볼 수 있으며 또한 美國에서는 法院의 判決에 의하여 보상유무를 결정하는 이론과 원칙이 정립되어 온 것도 사실이라 하겠다. 그 밖에도 경찰권행사의 범위내의 것이냐 그렇지 않으면 수용에 해당되는냐에 대한 판단기준에 관한 학설로서는 物理的侵害說⁽⁷⁾을 비롯하여 有害用途審査說⁽⁸⁾ 또한 價值減少說⁽⁹⁾ 그리고 公平說⁽¹⁰⁾ 등이 있다.

日本의 경우 일반적으로 歴史的風土, 特別保全地區를 비롯하여 自然環境保全地區內的 특별지구 그리고 自然公園法上的 國家公園등의 특별지역 등에 있어서 일정행위의 제한에 관하여서는 손실보상규정이 마련되어 있는 경우가 있음인데 이 경우에는 통상의 도시내의 地域地區制의 경우보다는 규제의 강도가 더 엄격한 경우에 반드시 손실보상이 이룩되어야 한다는 것이다. 그러나 都市計劃法上的 市街化地域과 市街化調整地區內的 開發規制에 대해서는 일반적으로 보상이 이룩되어야 함에도 불구하고 아직 보상이 이룩되지 않고 있다는 것이 일반적인 사실로 되어 있다.

그리고 우리 나라의 경우 헌법 제20조 제3항에 公共必要에 의한 財産權의 收用, 使用 또는 制限 그 밖에 補償은 法律로 정한다라고 규정하고 있다. 이와 같은 규정에 대한 해석으로 다음과 같은 학설이 전개되고 있음을 알 수 있다. 그 가운데, 第I說이란 헌법이 보

(6) 警察權이란 公衆의 保健, 安全, 道德 그리고 福利增進을 위해서만 行使할 수 있는 권리내용이다.

(7) 物理的侵害說이란 정부가 사인의 토지를 占有하거나 또는 다른 목적으로 使用할 때에만 보상이 이룩되어야 한다는 학설을 말한다.

(8) 有害用途審査說이란 재산권에 대한 행정주체의 행위가 그 財産權의 價値를 거의 전적으로 파괴할지라도 그 원래의 재산권의 행사가 他人에게 害를 가져온다면 그 규제는 적합하다는 것이다. 이것을 일명 外界의 審査說이라고도 한다.

(9) 價值減少說이란 경찰권의 행사에 의해 財産權의 價値가 消滅하였을 때 보상이 이룩되어야 한다는 학설로서 토지소유자에게 권리의 범위를 지켜주고 행정부에서는 規制할 수 있는 限界를 확립시켜 주는 것이 중요하다는 학설을 말한다.

(10) 公平說(效用性說)이란 경찰권행사의 유효와 무효의 판단기준을 그로 인한 個人的法益의 損失과 社會的必要的 比較 또는 數量에 두는 것으로서 어떤 경찰적 조치로 인한 사회적 이익이 개인적인 손실보다 더 큰 경우에는 손실보상에 관한 응분의 조치가 유효하다는 학설을 말한다.

상유무에 관하여서는 法律에 委任하고 있으므로 법률로서 보상할 것을 규정하지 않으면 손실보상을 할 수 없게 된다는 학설이다.

第2說이란 헌법 제20조 제3항에 의해서 비록 보상에 관한 법률의 규정이 없더라도 특별한 犧牲이 발생하였을 때에는 손실보상은 반드시 청구되어야 한다는 것이다. 즉 계획적인 공적규제가 특별한 犧牲에 해당할 때에는 헌법 제20조 제3항에 의해서 손실보상의 청구가 얼마든지 가능케 된다는 것이다.

第3說이란 衡平의 見地에서 이익과 손실에 대하여 어떤 조정이 이루어지지 않으면 아니 된다는 公平說으로써 손실보상은 이익과 손실의 調整次元에서 꼭 이룩되어야 한다는 학설이다.

어떻든 결론적으로 말하면 우선 土地開發利益을 적극적으로 還收하겠다는 자체가 현재 利用價值만을 토지소유자에게 歸屬케 하겠다는 것을 전제로 하고 있다면 土地所有權의 範圍도 그 토지의 현재의 이용가치에만 한정하는 것이 중요하다 할 수 있다. 따라서 토지소유자는 현재 이용가치만을 취하여야 한다는 사리가 당연한 것으로 된다. 그렇다면 開發損失補償의 경우 당연히 현재의 利用價值自體가 減少하였을 때 그 감소분을 보전받게 된다면 개발이익이 발생한 토지소유자와 개발손실을 입은 토지소유자간에 衡平性이 유지될 수 있게 될 것이라는 것은 너무나도 뚜렷하다. 그러므로 토지개발손실은 價値減少說에 따라 계획적인 공적규제로 말미암아 지가가 하락되었을 경우에는 모두 보상이 이룩되어야 한다는 學說定立이 중요하다 할 수 있게 된다.

3. 損失補償의 本質

3.1. 損失補償의 內容

우리 나라 헌법은 공공필요에 의한 재산권의 수용 그리고 사용 또한 제한에 대한 보상은 법률으로써 하되 正當한 補償을 반드시 지급하여야 한다는 것으로 되어 있다. 이와 같은 시각에서 보면 그리고 또한 이와 같은 헌법규정에 비추어 보면 그 損失補償은 公共必要에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限과 불가분의 관계에 있음을 알 수 있다. 즉 공공필요가 있는 경우에는 개인의 재산권에 강제적인 제한 어느 면에서 보면 公用侵害가 가해질 수 있다는 사실을 인정한 반면에 한편에 있어서는 공용침해에 대하여서는 반드시 정당한 補償이 지급되고 그것이 뒤따라야 한다는 것을 이해하게 된다.

다만 위와 같은 내용의 손실보상에 관련하여 볼 때 종래에는 그 어떠한 경우에 보상이

주어질 만한 그 어떠한 특별한 犧牲이 뒤따르고 있었음인가에 대하여서만 주로 관심을 갖고 이와 같은 차원에서만이 보상이 가능하였다고 볼 수 있게 된다. 왜냐 하면 헌법은 재산권의 수용·사용의 경우는 물론 制限의 경우에도 정당한 보상을 지급할 것을 당연히 규정하고 있음에도 불구하고 實定法은 재산권의 제한에 대하여서는 보상규정을 거의 두지 않고 있다는 事實自體에서만도 충분히 알 수 있게 된다. 그 밖에도 都市計劃法 제21조의 開發制限區域 指定施行에 의해서 엄청난 희생을 입고 있는 사람이 분명히 많이 존재하고 있음에도 불구하고 法律上에 보상규정이 없으므로 인하여 더 한푼의 보상을 진원받지 못하고 있는 사실에서 더욱 뚜렷이 알 수 있게 된다.

이러한 가운데에서도 헌법은 다만 공용침해에 대한 정당한 보상을 지급할 것을 명하고 있는 것이 사실이다. 그리고 정당한 보상과 관련하여 종래에는 時價補償과 完全補償에 역점을 두고 이루어졌던 것도 사실이고 土地收用法이 아직도 손실보상의 산정을 裁決當時의 가격을 기준으로 한다는 것을 제일 원칙으로 하고 있다는 것도 사실이다. 다행히 1991년 말부터 사업인정 고시일에 가장 근접한 시점에 공시된 公示地價를 기준으로 보상하도록 함이 타당하다고 하여 시행되고 있음은 꼭 다행한 일이라 하겠다. 이에 더하여 우리 나라에서도 재산권의 存續保障이 강조되고 그에 따라 손실보상과 관련하여 공공필요의 요건이 중시되고 있음은 다행스러운 사실들이라 하겠다.

한편 손실보상에 대한 내용으로서 다음과 같은 정리내용도 있음을 살펴볼 수 있다. 이에 의하면 손실보상에서의 손실에는 收用損失과 事業損失로 구분되어 있고 이에서 收用損失이란 수용된 재산에 의해서 발생하는 손실을 말하며 이에 반하여 事業損失이란 공공용지의 취득목적이 되는 국가 또는 公社에 의한 事業施行에 의해 발생되고 있는 손실을 말한다고 되어 있다.

무릇 손실보상은 공용수용이나 공용제한을 위하여 요구되는 普遍的正義의 요청이라고 볼 수 있는 것이므로 공법상의 손실보상에 대한 實定法上的 根據는 헌법과 법률의 제규정에서 찾아 보아야 한다는 것이다. 좀더 구체화하여 본다면 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한을 법률로써 하되 그것은 보상을 지급하여야 한다는 것이 되고 보상은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하는 가운데 법률로 정한다⁽¹¹⁾는 내용에서 뚜렷하게 되어 있으며 이어서 보상청구의 理論的根據로서 통상 平等原則과 헌법상의 財產權保障內容에서 그러하다 하고 최근에는 헌법상의 生存權保障規定을 그 근거로 하여 주장을 펴고 있음에서 손실보상의 당위성은 있게 된다는 것이다.

(11) 憲法 第22條 第3項 參照.

그러나 한편 토지이용규제에 대한 손실보상의 여부에 대한 논쟁에 대해서는 여러 가지 의론이 없지않다. 좀더 구체화하여 보면 인간의 생활을 위해 재산권에 가해지는 필요 最少限의 制限은 누구나 受忍하지 않으면 아니 된다는 논리하에 보상을 否定的으로 보는 시각도 있다. 그의 이유인즉 토지이용규제의 방법은 土地利用計劃 내지는 用途地域制를 통하여 이루어지고 있는 것이 사실이기 때문이며 동시에 用途地域에 대하여서는 보상이 필요치 않다는 견해나 입장도 있을 수 있기 때문이라는 것이다. 그것은 무엇보다도 警察制限이나 負擔制限과 같이 재산권의 내재적 제약이 아니라 소유권에 존재하는 相隣關係에 의한 제약이 행정법상에 연장되어 있음에 불과하기 때문이라는 것이고[杉村敏正(1967)] 이에 더하여 또 하나는 각토지의 각각의 목적에 적합한 本來的機能을 回復시키기 위해 가해지는 재산권의 제한의 것으로써 결코 그 토지의 본래적 기능을 박탈하는 것이 되어 있지 않기 때문이라는 것이다[遠藤博也(1976)]. 그 밖에도 地域地區는 용도를 특화 내지 순화하고 이것을 계획적으로 배분함에 따라 용도의 혼재 등에 의한 都市機能의 低下나 生活環境의 惡化를 防止하는 것은 도시전체의 차원에서 뿐만 아니라 규제를 받는 담당자에게도 결국은 이익이 되는 것이기 때문이라는 것이며 이것의 예로서 주거전용지역에 자신도 중·고층건축물을 건축할 수 없는 불이익을 받음과 동시에 타인도 거기에서 중·고층건축물을 건축할 수 없는 이익도 있게 된다. 따라서 이것은 어느 면에서 보면 利益과 不利益이 交換關係에 있는 것이기 때문에 보상내용이 필요치 않다는 것이다[遠藤博也(1980)].

또한 市街化調整區域에 대하여 대표적인 주장 가운데 다음과 같은 이유에서 보상자체가 필요치 않다는 견해 및 입장내용도 있다. 즉, 첫째, 開發許可制度의 목적이 무질서 무계획한 토지이용에 기인하는 生活環境의 劣惡化, 都市機能의 低下, 公共投資의 非效率化 등의 폐해를 除去하여 계획적으로 그리고 단계적으로 시가화를 도모하는 경우에서 이다.

둘째, 토지이용이 전면적으로 부정되는 것이 아니라 농림, 어업 등에 이용은 가능하고 일정요건을 충족하면 시가화를 내용으로 하는 토지이용가능의 경우에서 이다.

셋째, 공공시설이 없는 곳에 공공시설을 필요로 하는 토지이용이 부정되는 것은 당연하고 그 제한이 이른바 내재적 이유의 경우에서 이다.

넷째, 이 제한은 현상태에서 이용을 폐지·변경하는 것이 아니라 건축물의 건축 이외의 목적을 위한 토지이용에 대한 경우에서 이다.

다섯째, 개발억제는 일정기간에 한정되는 것이지 영구적인 것이 아니라는 것을 이유로 하는 경우에서 이다.

그리고 손실보상에 대한 내용으로서 다음과 같은 정리내용도 있음을 살펴볼 수 있다. 이

에 의하면 손실보상에서의 손실에는 수용손실과 사업손실로 구분되어 있고 이에서 수용손실이란 수용된 재산에 의해서 발생하는 손실을 말하며 이에 반하여 사업손실이란 공공용지의 취득목적이 되는 국가 또는 公社에 의한 사업시행에 의해 발생되고 있는 손실을 말한다라고 되어 있다.

물론 國家 또는 公社에 의한 事業이란 治山을 비롯하여 치수, 도로, 항만 및 주택 그리고 생활환경 등의 土木事業과 公社에 의해서 관리운영되는 公益事業을 가르킨다는 견해 및 입장이 있다[今村成和(1968, pp.157~159)]. 이 가운데 특히 사업손실을 발생케 하는 원인에 대한 것을 종합정리하여 놓은 것을 살펴보면 다음과 같다. 즉, 첫째, 당해사업의 성질이 社會的으로 好感의 대상이 되지 못한 사업, 例하여 火葬場 등 嫌惡施設 등의 事業. 둘째, 建設事業에 수반되는 사업, 예컨대 工事의 騒音, 地盤沈降, 水脈枯渴, 水質汚染 및 都市地域의 分斷事業. 셋째, 당해사업의 活動과 施設의 形狀에 의거해서 발생하는 사업, 例하여 煤煙, 騒音 및 日照不足에 의해서 발생하는 사업.

그 밖에도 손실보상이 반드시 이루어져야 한다는 손실보상내용에 대해서 다음과 같은 것을 들고 있다[今村成和(1968, p.158)]. 첫째, 토지 가옥 등의 物體의 損傷 또는 交換價値의 下落손실내용. 둘째, 營業上에서 발생되고 있는 손실내용. 셋째, 육체적 또는 정신적인 苦痛 및 傷害에 의한 손실내용.

위와 같은 손실보상의 내용들은 공항 및 고속도로 등으로 대표되는 공공사업이 대형화됨에 따라서 해당지역에서 심각한 문제로 제기되고 있는 내용의 것이라 할 수 있으나 그럼에도 불구하고 이러한 사업손실에 대한 보상은 우리 나라의 경우에 있어서 補償에 관한 構想內容 가운데 가장 허약성과 빈곤성을 지니고 있다 함에서 극히 주목대상이 되는 손실보상내용이 되어 있다 하겠다. 왜냐 하면 우리 나라에서 공항 및 고속도로에 의한 소음을 비롯하여 공해문제로 심각한 문제가 제기되어 있고 사회경제적인 物議對象이 되어 있음에도 불구하고 이것이 단순히 民法上의 不法行爲問題로 처리되고 있는 형편과 상황에 있기 때문이다.

더우기 손실보상에 관한 내용 가운데 다음과 같은 내용을 지적하면서 그것이 일반적으로 등한시되어 온 이유와 근거로서 다음과 같은 것도 있음을 살펴볼 수 있다[小高 剛(1977, p.559)]. 첫째, 토지수용의 법리로부터 손실을 사업용지 때문에 권리취득에 근거한 손실 즉 土地收用損失만을 주된 대상으로 하고 있었다는 사실. 둘째, 실질적인 이용으로서 공익사업의 시행에서 수반된 간접적인 침해에 의한 손실 즉 評價損失은 무형의 것이 많고 그 범위정도를 확정하기 어렵다는 사실. 셋째, 보상액이 막대하여 공공사업비의 증대에 따른

財源抽出이 어렵다는 내용을 들고 있다.

물론 이에 더하여 정신적 고통 및 신체적 고통 등의 事業損失⁽¹²⁾은 금액으로 환산할 수 없는 경우가 많다. 그럼으로써 이 때에는 손실보상은 피해자에 대하여 거의 의미가 없게 되어 있다. 따라서 사업 그 자체에 대한 中止請求로써 대신할 수 없게 되어 있다는 내용의 정리로 요약케 된다고 할 수 있다.

3.2. 損失補償의 支給

손실보상의 지급의 경우 정당한 보상이란 우리 나라 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 공공필요에 의한 재산권의 수용 그리고 사용 또는 제한에 대한 정당한 보상을 법률로 정하고 이에 따라서 응분의 보상이 반드시 지급되어야 한다라고 규정되어 있는 내용에서 뚜렷이 알 수 있다. 그런데 이와 같은 정당한 보상이 이룩되려면 그 나름대로 여러 가지 요건들이 구비되고 충족되어야 한다 함에서 명약관화한 것이나 이들에 관한 要件內容들에 대하여 일단 체계적으로 정리요약하여 이에 관한 참고와 이해에 도움을 주기 위한 입장에서 꼭 논의되어야 할 중요한 사항으로서 공공의 필요에 관한 내용정립이 무엇보다도 중요하다라는 사실이라 하겠다. 왜냐 하면 공공의 필요가 무엇인가에 대한 정확하고도 객관적인 개념정립이 되어 있지 않는 가운데 그 스스로에 대한 혼선을 빚고 있기 때문이다. 그러나 일반적으로 공공필요에 관한 여부는 공권적 침해로 얻게 되는 公益과 재산권보장이란 私益間의 利益衡量을 통해서 판단하고 결정되어야 한다는 내용이 결드려 있기 때문에 중요하다 할 수 있다.

그 밖에 중요한 것은 公權力行使에 관한 내용의 정립이 중요하다 할 수 있다. 왜냐 하면 사유재산을 수용·사용 또는 제한한다는 것은 違法한 것이 아니라 어디까지나 法이 정한 내용과 절차에 의한 違法한 것이어야 하며 사법상의 계약은 제외케 되는 것이어야 한다 한은 너무나도 당연하다. 그럼으로써 모든 것은 行政處分이나 裁決에 의한 것이어야 한다는 요건구비가 반드시 필요하다 함을 이해하는 것 또한 중요하다.

그리고 또한 중요한 것은 재산권에 관한 수용·사용 또는 제한에 관한 내용정립이 필요하다 할 수 있다. 왜냐 하면 재산권의 수용·사용 또는 제한이란 곧 재산권은 사적인 유용

(12) 美國에서 사업손실보상에 관한 방법의 검토방향을 航空機騒音訴訟의 예를 들어 살펴보면 美國에서는 코스비(Causby) 判決 이후 정부는 항공기의 소음에 대하여 개인의 재산향유를 실질적으로 침해하고 동시에 그것에 의해서 財産價値를 감소시킨 경우에는 그 재산가치를 수용하지 않는 경우라도 손실보상에 대한 의무를 다하도록 규정하고 있다. 이에 대하여 身體的 및 精神的 苦痛에 의한 손실에 대한 보상은 적어도 소음소송에 관한 한 인정하고 있지 않다. 왜냐 하면 정신적 손실은 피해자의 주관적 요소에 의하여 크게 좌우되기 때문에 사실인즉 확정하기가 지극히 어렵기 때문이라 하고 있다.

성과 임의적인 처방가능이 인정되는 모든 財産價値 있는 사법상 및 공법상의 권리를 의미하는 것이 되어 있으며 수용·사용 및 제한 등 財産的 損失을 초래하는 일체의 행위를 내포하고 있기 때문에 재산권에 관한 수용·사용 또는 제한에 관한 내용을 정확하게 이해할 필요가 있다 할 수 있다.

이에 더하여 侵害行爲에 대한 개념정립이 중요하다 할 수 있다. 왜냐 하면 침해행위에 대하여 그 침해행위가 일반적인 것이냐 또는 개별적인 것이냐 하는 형식적인 기준에 따라서 구분되어야 한다는 形式的基準說과 그 침해행위가 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이냐 혹은 아니냐에 따라 구분되어야만 한다는 實質的基準說이 있으므로 이에 대한 판단기준을 설정하여야 함이 무엇보다도 중요하다고 보아지기 때문이다.

이렇게 볼 때 개발손실보상의 정당한 보상지급을 받기 위해서는 위와 같은 공공필요에 관한 내용정립을 비롯하여 공권력 행사내용 그리고 수용·사용 또는 제한에 관한 내용정립과 아울러 침해행위에 대한 내용정립이 중요하다 하지 않을 수 없다.

3.3. 損失補償의 方法

개발이익의 환수가 地方稅로서 지방자치단체의 장에게 징수권이 부여된다고 할 때 개발손실의 보상도 당연히 地方自治團體의 長이 의무자로 되어야 한다고 할 수 있다. 물론 국가와 그 밖의 공공기관이 原因者로 될 때에는 좀더 검토되어야 할 과제가 되어 있다고 할 수 있다. 왜냐 하면 국가가 都市計劃的인 決定變更⁽¹³⁾이나 地域地區內的 土地指定⁽¹⁴⁾ 등으로 발생된 개발손실의 경우 개발손실을 받드시 보상하여야 한다고 할 때 국가가 개발손실을 보상하여야 함은 너무나도 당연하다 할 수 있기 때문이다.

더우기 이론적으로 보면 원인자가 국가가 되어 있으므로 마땅히 국가가 부담하여야 함이 명약관화하나 다만 開發基金이 중앙에 설치되어 있지 못하고 국가의 개발로 인하여 발생된 개발이익의 경우 지방자치단체가 환수하는 것이므로 지방자치단체가 負擔主體가 되어

(13) 都市計劃的인 決定變更으로 인한 손실보상이란 대체적으로 建弊率이나 容積率의 許容程度가 큰 용도지역이 작은 용도지역으로 변경됨으로써 발생된 손실보상을 비롯하여 都市計劃의 再整備 특히 용도지역의 하향조정으로 인하여 발생된 손실보상내용 등을 말한다.

(14) 地域地區內的 土地指定이란 空港地區를 비롯하여 第4種 美觀地區 그리고 都市設計區域內的 土地 그 밖에 都市計劃施設用地가 이에 해당된다. 이 가운데 우선 空港地區란 공항시설의 보호를 위하여 필요할 때 도시계획으로 결정되어 있는 것을 말하고 동시에 이에 의해서 행위제한이 가해지고 있는 것을 말하며 第4種 美觀地區는 통상 한옥보존지구로 불리우고 있는 것을 말함인데 동지구는 한국 고유의 건축양식을 보존하거나 주거 및 생활환경의 미관유지를 위하여 지정된 미관지구로서 여러 가지 건축규제를 가하여 재산권행사에 심한 제한이 가하여지고 있는 것을 말한다. 그 밖에 都市計劃施設用地란 바로 이것에 의해서 결정되고 확정고시가 끝난 상태에 이르러 하루 빨리 사업이 시행 되어야 함에도 불구하고 예상문계등 행정적 및 재정적인 이유로 인하여 오랜 세월이 경과하여도 사업이 실시되고 있지 않는 경우의 토지이용계약이 가해지고 있는 경우를 말한다.

야 함이 합리적이라 할 수 있다. 왜냐 하면 공공기관의 자체개발로 개발이익이 발생하는 경우는 거의 없고 대부분은 정부의 計劃決定過程과 節次의 것들과 깊이 연유되어 있기 때문이다.

한편 方法論的으로 공공기관에 개발손실을 부담시킨다는 것으로 되어 있기는 하나 직접적으로 재원이 마련되지 못한 현실을 감안하고 국민이 정부에 대하여 일차적인 책임을 묻는 것이 일반적 현상인 것이므로 지방자치단체가 개발손실을 보상하고 추후 당해 공공기관에 求償權을 행사할 수 있도록 함이 효과적이라 할 수 있다. 그럼으로써 最終的인 손실보상의 부담자는 당연히 公共機關이 되고 행위로 인한 지방자치단체의 求償權行使가 제도화 되도록 함이 중요한 보상방법의 하나라 할 수 있다.

이에 더하여 개발손실의 보상의 경우 개발이익환수와 똑같이 시행토록 함이 중요함인데 이 때에 다음과 같은 문제점이 제기되므로 특별히 유념할 필요가 있다는 사실을 간과해서는 아니된다 하겠다.

첫째로, 개발이익은 토지소유권의 處分時 환수하면서 개발손실의 보상의 경우는 保有段階의 바탕에서 이룩된다면 양자의 제도운영상에 형평이 이루어지지 못한다는 평가가 나오게 된다는 사실 때문이다.

둘째로는, 개발이익과 개발손실을 토지소유권이 처분될 때 동시에 하게 되면 發生利益과 發生損失이 자연히 相計될 수 있는 반면에 국민의 재산권에 손실을 가져와도 즉시 보상되지 못하는 결과를 가져오게 된다는 사실 때문이다.

이렇게 본다면 위와 같은 두 가지 방법의 경우 모두가 장점과 단점을 지니고 있다 함을 알게 되는 것이나 어쨌든 개발손실이 제도화되고 직접적으로 국민의 재산권이 보장될 수 있도록 하기 위하여서는 相計의 方法보다 保有時 직권이나 신청에 의함이 합리지며 효율적이라 함을 강조하게 된다.

이러한 가운데 우리 나라의 경우는 開發權의 公有化와 깊이 연관되어서 나타나고 있는 손실보상방법을 심도있게 검토하여야 한다 함을 부언하지 않을 수 없다. 왜냐 하면 공공투자로 인한 개발로 말미암아 주변의 특정토지의 가격이 하락한 경우에는 每筆地마다 손실액을 정확히 산정해서 보상토록 함이 중요하기 때문이다. 그 밖에 용도지역지구의 지정 또는 변경으로 인한 지가하락의 경우에는 그 地域全體를 대상으로 하며 비록 그 지역내 每筆地의 지가상승 또는 하락이 있다 하더라도 그 전토지의 개발권을 매입하여 公有化하는 방법으로서 손실보상을 하는 방법을 취사선택함이 타당하고 합리적이라 할 수 있기 때문이다.

4. 損失補償評價의 實用

우리 나라 헌법에서 손실보상판정에 관한 내용을 우선 살펴보면 다음과 같다. 무엇보다도 헌법은 정당한 보상원칙을 정하고 있으며 이 사상을 실현하기 위한 수단으로서 土地收用法을 비롯하여 公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特例法 같은 여러 가지 법률을 제정하여 피수용자 및 토지소유자들이 입은 재산의 손실을 완전히 보상받을 수 있도록 그에 관한 구체적인 평가방법과 절차 등을 정하여 응분의 것이 지급되도록 규정하고 있으나 그럼에도 불구하고 昨今에 피수용자들은 보상액이 지극히 낮다는 불만을 표출시키고 있는 사례가 적지 않음을 우리들은 보고 또한 듣고 있다. 여기에 언급할 필요도 없이 補償評價에는 평가액이 적정하여야만 하지만 한편 소유자와 起業者들의 경우 그들의 입장이 각각 다르기 때문에 사실상 양자가 동시에 승복할 수 있는 가격이 존재하기 어렵다는 것이 사실이다. 따라서 감정평가의 결과내용이 평가액수준면에서 보았을 때 극히 적거나 낮은 경우가 항상 있기 마련이라는 점에서 손실보상평가의 결과내용이 반드시 완벽한 가운데 적용케 된다고 볼 수 있는 것은 아니다. 例하여 우리 나라에서 제정되어 있는 토지수용법을 살펴보면 우선 그것은 협의취득 또는 수용할 토지의 평가시 그 公示基準日로부터 협의성립 또는 裁決時까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 利用計劃時 당해 公益事業으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동률 그리고 도매물가상승률 기타 당해 토지의 位置, 形狀 그리고 利用狀況 등을 참작하여 평가한 適正價格으로 손실보상액을 산정하고 있다 함에서 그 좋은 예를 들 수 있게 된다.

그런데 이것은 어느 면에서 보면 開發利益을 배제하기 위한 의도적인 규정조항이기 때문에 이에 따라서 평가가 이룩된다면 실제적인 去來價格과의 괴리현상이 나타나게 됨은 너무나도 명백하다. 이렇게 볼 때 손실보상에 대한 적용상의 문제는 실제적인 去來價格과 補償價格간의 격차에서 비롯되고 있다 함에서 그것의 심각성을 인식할 수 있게 된다. 그 밖에도 보상액의 크기에 절대적인 영향을 미치고 있는 것은 또한 地價變動率이라 할 수 있음인데 이것의 실질적인 적용상에 어려움이 뒤따르게 된다는 것도 중요하다 할 수 있다. 무엇보다도 鑑定評價를 담당하고 있는 전문적인 인적자원은 標準地的 公示地價를 기준으로 개별적 요인 및 기타 분석요인을 참작하여 지가변동률을 적용하여 손실보상액을 산정하고 있는 것이 사실이라 하겠다. 그런데 문제는 적용하고 있는 지가변동률이 지역적인 것이고 個別地價變動率이 아니어서 당해 토지의 개별법이 완전히 반영되지 못하게 되는 경우가 있다

함에서 중요하고도 심각하다 하지 않을 수 없다. 이에 더하여 때에 따라서는 평가자체가 과소평가로 이어질 수밖에 없는 국면에 달하게 되는 경우도 없지않아 있다 함에서 특별한 유의가 필요하다 할 수 있다. 왜냐 하면 당해 피수용자의 토지에 적용할 개별지가변동률은 작성되어 있지 않고 지역의 지가변동률을 적용하도록 법정화되어 있기 때문이며 아울러 이에 따라서 자유재량이 전연 부여되어 있지 않는 감정평가의 전문적인 인적자원인 鑑定評價士의 경우 부득이 당해 지역의 평균적인 지가변동률만을 적용할 수밖에 없는 형편에 놓여 있는 것이 사실이기 때문이다.

따라서 감정평가사가 당해 토지를 평가할 때는 인근지역의 공시지가 표준지를 기준으로 할 것이기 때문에 당연히 地域要因에 관한 상대적인 비교는 생략될 수밖에 없게 되고 그럼으로써 개별요인만을 갖고 비교할 것인데 이와 같은 논리라면 당연히 당해 토지의 地價變動率은 당해 지역의 지역지가변동률을 대신하여 개별토지가변동률을 적용시행하여야 함은 너무나도 당연하다. 왜냐 하면 당해 지역의 지가변동률이 당해 筆地의 것보다 낮은 경우 보상액이 작아지는 것은 당연한 이치가 되기 때문이다. 더우기 변동률은 地目別로 적용하도록 되어 있어서 도시용토지의 용도지역이나 이용상황이 지목과 적합하지 않을 경우 과소평가될 위험은 더욱 커진다고 볼 수 있기 때문에 더욱더 그러하다 할 수 있게 된다. 그리하여 법에서 정하고 있는 지가변동률의 적용은 당해 토지를 고려하여 감정평가사가 지역의 지가변동률을 합리적으로 보정하여 적용하도록 개선해 가는 방향모색이 중요하다 하겠다.

이에 더하여 손실보상평가의 결과내용에 관한 실용상에 문제점을 지목하여 본다면 정부의 공시지가는 언제든지 시가보다 낮다는 고정관념이나 선입감이 뒤따라 있다는 사실이다. 왜냐 하면 공시지가는 投機價格이나 正常上昇率 이상의 上昇分은 배제되기 때문에 낮은 것 같이 인식되고 있음이 일반적이기 때문이다. 그 밖에도 개별지가는 綜合土地稅 및 土地超過利得稅의 重課稅에 기여하고 있기 때문에 국민의 비판이 부단히 이어지고 있으며 이와 같은 課稅抵抗이 마침내는 공시지가로까지 소급확산되어 있음을 부인할 수 없기 때문이다.

이렇게 본다면 바람직한 地價評價는 공시지가의 기준평가가 아니라 공시지가를 참작하여 평가하는 것이 바람직하다는 논의가 가능하다고 할 수 있다. 왜냐 하면 부동산의 가격은 施工의 狀況에 따라서 달라지기 마련이기 때문이다. 그럼으로써 지가는 이렇듯 多樣性을 지니고 있기 때문에 어떤 단일적인 하나만이 있게 된다는 판단이나 신뢰를 갖는 것은 위험하다 할 수 있다. 이것은 곧 하나의 토지부동산의 경우 補償價格과 課稅價格間에 반드시

일치점이 있을 수 없다는 사실에서 그러하고 또한 과세가격이라 하더라도 내무부의 綜合土地課稅課標와 국세청의 投機地域課標가 같아야 한다는 객관적인 이유가 없기 때문이다. 따라서 評價目的에 의해서 대상부동산의 가격은 상이하게 평가될 수밖에 없는 것이 사실이라 하지 않을 수 없기 때문이다.

이러한 가운데 토지부동산에 관한 價格多元說이 나오게 되고 동시에 이 학설에 대한 지지축면이 없지않아 있는 것이 사실임을 부인할 수 없다. 그럼으로써 公示地價의 適正價格은 그 어떤 사회적 및 행정적인 압력없이 올바르게 평가될 수 있도록 하게 하는 제도적 장치가 반드시 마련되어야 한다 함은 물론 보상가격이 이로 말미암아 낮게 평가되는 사례가 발생되지 않도록 함이 손실보상평가의 실용상에 있어서 특별한 배려가 뒤따라야 하는 것이라 할 수 있다.

그 밖에도 손실보상평가의 실용상에서의 위와 같은 문제에 더하여 이론상에서 또한 특별한 배려가 필요하다 하는 것이 있다면 그것은 적정가격의 본질면의 이론적 음미검토라 할 수 있다. 무엇보다도 地價公示法上的 適正價格은 손실보상의 정당한 보상평가를 위해서 정확하여야 한다는 사실이다. 이를 위해서는 적정가격의 개념을 재정립하고 법률상 용어를 통일시켜야 한다는 것이며 또한 적정가격은 공동체가 추구할 이념을 구현하는 가격이어야 한다는 것이다. 이렇게 볼 때에 손실보상평가상에서의 이론상 문제는 바로 손실보상이라는 측면에서의 평가자체가 공정성면에서 결여되어 있다는 사실이다. 例하여 讓渡所得稅 및 相續稅의 과세가치를 평정할 때는 재산세적인 성격이나 내용을 갖기 때문에 대상부동산이 市場價値나 交換價値로써 높게 평가되기 마련이고 한편 綜合土地稅의 과세가치를 평정할 때에는 세목이 수익세 성격이나 내용을 갖고 있기 때문에 대상부동산의 有用性價値 즉 便利性, 快適性, 收益性 및 生活性을 평가하여야 하므로 낮게 평가되는 사례가 있게 되어서[湯淺富一(1993, pp. 32~33)] 이론상에 문제점이 없지 않아 있음을 간과할 수 없게 되는 것도 사실이다.

5. 綜 合

첫째, 손실보상에 관한 이론전개는 토지개발손실보상에 있어서 우선 그것이 토지에 대한 수용이건 또는 계획적인 공적규제이건 토지소유자가 受忍하여야 할 정도의 것인가 그렇지 않으면 受忍限界를 넘은 것인가에 따라서 손실보상에 관한 이론이 전개되고 있는 것이 일반적이다. 獨逸의 경우는 보상이 인정되는 토지수용과 보상이 인정되지 않는 단순한 재산

권에 대한 사회적 구속으로 구분하고 동시에 토지에 대한 계획적 규제가 단순한 토지재산권의 사회적 구속성을 지니고 있음인가不然인가의 수용적인 성격에 초점을 맞추어 이론이 접근시도되어 있고 美國에서는 토지이용에 대한 규제행위가 警察權의 범위를 넘어서 행사되었을 경우 이것은 당연히 수용의 성격을 지니고 있다는 이론적 근거에 입각한 이론전개가 있고 日本의 경우는 地域地區制에 있어서 일정행위의 제한에 관하여서는 당연히 손실보상이 이룩되어야 한다는 當爲性에 입각한 이론전개가 있다. 한편 우리 나라의 경우는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 및 제한이 가해질 경우에는 손실보상은 반드시 請求되어야 하고 동시에 衡平의 見地에서 이익과 손실의 조화가 이룩되어야 한다는 이론적 근거에서 이론전개가 되고 있다.

둘째, 손실보상에서의 손실에 대한 구분은 收用損失과 事業損失로 분류하여 논의되어져 있고 이러한 가운데 손실보상의 支給은 반드시 공공필요에 따른 침해의 경우를 비롯하여 공권력행사에 따른 수용·사용 또는 제한에 따른 손실발생의 경우 손실보상에 관한 지급이 이룩되어야 한다는 것이 사실로 되어 있으나 한편 그에 대한 정확한 내용정립이 미흡되어 있으므로 손실보상지급에 관한 내용정립이 중요한 과제로 제기된다.

셋째, 개발손실보상에 관한 方法으로서 국가가 도시계획적인 결정변경이나 허가의 취소 변경 또는 지역지구의 토지지정을 함으로써 발생된 개발손실에 대하여서는 당연히 국가가 보상하여야 함이나 한편 토지가발이익발생의 경우 그 자체를 지방자치단체가 환수하도록 되어 있는 것임으로써 토지가발손실보상은 지방자치단체가 부담주체가 되어야 한다 하겠다.

넷째, 손실보상에 관한 적용상문제는 일단 去來價格과 補償價格間的 격차에서 비롯되고 있다 함에서 그의 심각성을 인정하지 않을 수 없음인데 그것은 곧 보상에 관한 감정평가가 지역적인 지가변동률을 반영하고 있음인가 그렇지 않으면 개별토지의 지가변동률이 반영되어 있음인가에 의해서 달라지고 있는 양상으로 나타나고 있는 것이 사실이다. 그런데 이 경우 대부분은 당해 지역의 지가변동률을 반영하여 실용토록 되어 있어서 보상액이 흡족하게 이룩되어 있지 못하고 있는 것이 사실이므로 감정평가에서의 地價變動率의 適用은 당해 개별토지를 고려하여 감정평가의 전문가가 지역의 지가변동률을 합리적으로 補正하여 적용시행토록 하는 방향을 모색함이 중요하다 하겠다.

서울大學校 農經濟學科 教授

441-744 경기도 수원시 권선구 서둔동 103

전화 : (0331) 290-2428

팩시 : (0331) 291-5830

參 考 文 獻

- 朱奉圭(1980): 『土地經濟學』, 서울大出版部.
- _____(1990): 『土地政策』, 서울大出版部.
- _____(1993): “土地開發利益還收와 開發損失補償의 政策課題,” 『經濟論集』 32. 3.
- 許在榮(1992): 『土地政策論』, 서울, 法文社.
- 黃明燦(1987): 『土地政策總論』, 서울, 經營文化院.
- 今村成和(1968): 『損失補償制度の研究』, 東京, 有斐閣.
- 渡邊洋三(1980): 『土地と財産權』, 東京, 岩波書店.
- 藤田宇靖(1980): “財産權制限と補償の要否,” 『ジュリスト』 372.
- 杉村敏正(1967): “公用負擔,” 『公法研究』 29.
- 小高 剛(1977): “空港騒音をめぐる行政上の問題點,” 『ジュリスト』.
- _____(1982): “公用制限と損失補償,” 『法學雜誌』 28.
- 遠藤博也(1976): 『計劃行政法』, 東京, 學陽書房.
- _____(1980): 『都市計劃法』, 東京, 有斐閣.
- 湯淺富一(1993): “公的土地評價,” 『近畿大學短大論集』 25. 2.