

토지수용에서의 손실보상 범위에 관한 논의*

Discussion on Scope of Loss Compensation in Expropriation

이 학 춘**

Lee, Hak-Chun

박 정 임***

Park, Jeong-Iym

목 차

- | | |
|----------------------|---------------------------------|
| I. 서론 | IV. 손실보상 범위에서의 몇 가지 문제와
개선방안 |
| II. 손실보상의 일반이론 | |
| III. 손실보상의 범위에 관한 검토 | V. 결어 |

공용수용에 따른 손실보상은 헌법상 보장된 사유재산권 보호에 충실하여야 하며 그 대상은 공용수용이나 제한 등에 의한 직접 손실로만

투고일 : 2017. 6. 30. / 심사외퇴일 : 2017. 7. 21. / 게재확정일 : 2017. 8. 7.

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 국제전문대학원 교수

Professor, Graduate School of International Studies of Dong-A University

*** 동아대학교대학원 국제법무학과 박사과정/동아대학교 글로벌재난안전연구센터 전임 연구원

PhD Student in Department of International Law Affairs, The Graduate School of Dong-A University/Regular Researcher of Dong-A University Global Disaster Management Institute

한정하지 않고 간접적으로 발생한 손실도 보상의 대상으로 확대되고 있다. 특히 각종 생활보상의 경우 실제 손실 여부에 대한 판단의 어려움과 보상액 산정을 위한 객관적인 자료의 부족 등으로 많은 민원이 발생하고 있으므로 영업상 손실보상의 확대와 적정 보상금에 대한 보다 구체적인 기준이 마련되어야 한다. 건축물등 지상물에 대한 보상의 경우 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액과 잔여 건축물의 가격 차이에 대한 적절한 기준을 제시하여 사업시행자의 매수청구권의 요건을 명확히 하는 것이 필요하다. 마찬가지로 잔여 건축물에 대한 소유자의 매수청구권도 함께 인정하는 것이 형평의 원칙에 부합된다. 영업상 손실을 산정함에 있어서는 실제 영업손실이 발생하는 모든 기간이 반영될 수 있도록 하고 실제 휴업기간의 의미에 대한 제도적 개선이 필요하다. 예컨대 영업장소를 이전하여야 하는 경우 실제 휴업기간을 적용받는 대상에서 당해 사업을 위한 영업금지 또는 제한으로 인하여 실제 영업매출이 정상화될 때까지의 기간을 고려하여 휴업기간을 산정하는 것이 합리적이고 영업손실의 산정기간은 건물이나 시설의 복구기간으로 한정하지 않고 사실상 영업손실에 실질적인 영향을 미치는 회복기간이 모두 포함되도록 해야 한다. 결과적으로 공용수용에 따른 손실보상은 정당한 보상을 실현하기 위한 지속적인 노력이 필요하며 그런 관점에서 영업손실 산정방식은 개선되어야 한다. 따라서 수입의 감소에 따라 절감할 수 있는 경상비 등도 고려하여 그 비용을 영업손실 산정액에서 제외하는 손익상계 방식을 포함하되 영업이익이 감소함으로써 사업자가 입게 되는 실질적인 손실을 객관적이고 공정하게 산정할 수 있는 방식이어야 한다.

[주제어] 공용수용, 토지수용권, 손실보상, 영업손실보상, 생활보상

I. 서론

사유재산권의 수용 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항은 피수용재산의 객관적 재산가치에 대한 완전보상을 의미한다.¹⁾ 토지나 일반 건축물 등 유형의 재산

1) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107; 헌재 1991. 2. 11. 90헌바17·18; 헌재 2013. 12. 26.

에 대한 보상은 물적 재산권에 대한 보상으로서 객관적 자료나 현상에 의해 재산권 범위의 측정과 보상대상 포함 여부가 비교적 확실하여 보상금 산정시 상대적으로 문제의 소지가 적지만 생활보상의 경우 기존의 생활이익에 대한 평가나 영업손실 여부에 대한 판단의 어려움과 보상액 산정을 위한 객관적인 자료의 부족 등으로 보상에 대한 많은 민원이 발생하고 있다.²⁾ 또한 감정평가의 타당성 조사에서는 감정평가사들 간의 자의적인 가격산정이 큰 문제가 되어³⁾ 중앙토지수용위원회의 수용재결 추이도 매년 증가하는 경향이며⁴⁾ 이런 이유로 피수용자들은 수용재결이 있으면 이의재결 없이 행정소송을 제기하는 경우가 늘고 있다. 손실보상과 관련한 이러한 분쟁은 보상범위에 있어 세밀한 기준이 부족한 데서 기인한 측면이 크다.

이에 본 연구는 네 가지에 논점을 두었다. 첫째, 수용에 따른 손실보상의 범위를 최근 개정된 “공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률”(약칭; 토지보상법)과 시행령 및 시행규칙을 중심으로 분석하였다. 보상에 관한 세부적 기준은 대부분 시행령과 규칙으로 정하므로 이에 따른 법조문의 인용이 많았음을 밝힌다. 법조문의 표시는 가능한 본문에 하되 필요에 따라 각주도 함께 이용하였다. 둘째, 정당한 보상의 기준과 손실보상 범위의 확대에 관한 이론적 동향을 한국의 학설과 미국, 독일의 판례를 기준으로 간략히 검토하였다. 셋째, 건축물 등 지상물

2011헌바162.

- 2) 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 한국부동산연구원, 부동산연구 제20집 제1호, 한국부동산연구원, 2010, 47쪽 이하; 김용호, “공익사업에 따른 손실보상제도에 관한 연구 -정당보상을 위한 제도개선을 중심으로-”, 경원대학교대학원 박사학위논문, 2010, 92쪽.
- 3) 국토교통부, 보도자료, 2014.7.30.
- 4) 구체적 재결상황은 정주희 등, “영업손실보상 기간 관련 실무상 쟁점과 향후 과제”, 부동산연구 제26집 제4호, 한국부동산연구원, 2016, 13쪽 이하; 김용창, “공익사업에서 정당보상과 손실보상제도의 쟁점 및 개선에 대한 연구”, 공간과 사회 통권 제33호, 한국공간환경학회, 2010, 20쪽 이하.

에 대한 보상에서 잔여 건축물의 손실에 대한 보상범위와 개선점, 넷째, 영업상 손실보상 산정기준의 문제와 기타 생활보상에 대한 개선점 등을 살펴보았다.

이상과 같은 논점으로 공적 사업에 의해 침해된 사유재산권에 대한 보상법리를 정리하고 특히 건축물 등 지상물에 대한 보상과 생활보상에 관한 현행 법규 분석을 통하여 그 범위와 기준을 살핀 다음 문제점과 개선방안을 논의하고자 한다.

II. 손실보상의 일반이론

1. 손실보상의 현대적 개념

국가나 그로부터 위임받은 주체의 공익적 작용으로 인하여 발생한 손실에 대한 보상은 공익적 이유로 사유재산권의 박탈이나 제한이 부과 되는 것에 대한 사후회복조치이므로 헌법상 정당한 보상이론에 따라 ‘특별한 희생’이 될 때 구제수단으로 인정되는 것이다.⁵⁾ 그러나 개인 법익에 대한 적법한 공적 침해가 일반 재산권에만 국한되는 것이 아니라 일반재산 이외의 생활이익 등에 대한 영역으로 가해질 수도 있으므로 종래의 엄격한 손실보상 개념은 한계가 있다. 구체적으로는 영업상 손실 보상과 생활보상으로서의 이주대책 등 각종 생활대책이 현행법에 반영 되고 있으며 손실보상의 대상은 공용수용이나 제한 등에 의한 직접 손실 로만 한정하지 않고 예컨대 공간적·경제적 관련성이 있는 다른 토지 일부의 수용 또는 다른 토지상의 권리의 수용에 의하여 발생한 당해

5) 小林博志, 「行政法講義」, 成文堂, 2004. 231面 小澤 道一, 講演 土地收用法上の諸問題 (1)(2)いくつかの論争点について考える— 第100回全國土地收用研究會講演より, 用地ジャーナル / 公共用地補償機構 編, 中央用地對策連絡協議會, 全國收用委員會連絡協議會 監修13(11)(通号 155), 2005, 7面 이하.

토지·건물의 가치가 하락되는 경우와 같이 간접적으로 발생한 손실도 보상의 대상으로 확대된다.⁶⁾

독일도 토지소유자가 의도한 건축계획이 건축금지를 규정하고 있는 주변의 도시개발계획에 따라 방해되고 있거나 상당히 침해받을 경우 보상청구를 인정하고 있으며⁷⁾ 우리 대법원 판례도 “행정주체의 행정행위를 신뢰하여 재산출연이나 비용지출 등의 행위를 한 자가 그 후에 공공필요에 의하여 수립된 적법한 행정계획으로 인하여 재산권 행사가 제한되고 이로 인한 공공사업의 시행 결과 공공사업의 기업지 밖에서 발생한 간접손실에 대하여도 사업시행자와 협의가 이루어지지 아니하고 그 보상에 관한 명문의 법령이 없는 경우 피해자는 헌법 제23조 제3항 및 ‘토지보상법 시행규칙’을 유추적용 함으로써 사업시행자에게 보상을 청구할 수 있다”고 판시하여⁸⁾ 이 내용은 토지보상법에도 반영되고 있다.⁹⁾ 다만 판례는 간접손실이 발생하였다 하여 이에 대한 손실보상청구권을 곧바로 취득하는 것이 아니라 그 요건으로 손실의 예견가능성과 손실의 범위에 대한 특정성을 요구함으로써¹⁰⁾ 제한적 긍정의 입장을 취하고 있다.

헌법재판소는 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치에 대한 완전보상을 헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이라 보며, 토지의 경우에는 그 특성상 인근 유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가하여야 한다는 입장이다. 다만 소유자

6) 토지보상법 제76조 이하.

7) 宮地 基, “2000年以降のドイツ連邦憲法裁判所判例の動向について”, 明治學院大學法律科學研究所年報/明治學院大學法律科學研究所 編(30), 2014, 5面 이하; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 121 ff; BGHZ, 58, 124.

8) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결; 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다25581 판결.

9) 토지보상법 시행규칙 제57조; 日本의 경우 榊原秀訓/林晃大/福永實他, “行政法判例回顧と展望 2014”, 法律時報(87卷6号), 2015, 30面 이하.

10) 대법원 1998. 1. 20. 선고 95다29161 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다44352 판결.

의 주관적인 가치, 투기적 성격을 띠고 우연히 결정된 거래가격이나 호가(呼價), 객관적 가치의 증가에 기여하지 못한 투자비용이나 그 토지 등을 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 가격 등에 좌우되어서는 안 되므로 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함하지 않는다고 하여¹¹⁾ 제한적 확대의 입장이다. 이와 관련하여 “경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법”은 개발이익의 10%를 해당 경제자유구역의 산업·유통시설용지의 분양가격이나 임대료의 인하, 기반시설이나 공공시설 설치비용에 충당하도록 규정하고 있다(동법 제9조의8 및 동법 시행령 제11조의5).

이상과 같이 손실보상은 당사자의 귀책사유 없이 공익실현을 위하여 특정인의 재산권에 가하여진 특별한 손실을 전보하는 것이며 그 보상은 피침해재산의 외형상 가치에만 한정되지 않고 부수적 손실까지도 포함하는 완전보상을 의미한다는 판례의 태도처럼 손실보상의 영역은 확대되고 있다. 이런 관점에서 토지수용으로 인한 손실보상은 적법한 공권력 행사로 국민에게 가해진 모든 특별한 손해를 평등한 공적 부담에 근거하여 국가나 공공단체 또는 공익사업의 주체가 그 손해를 보상해 주는 것이며 사유재산에 기본적으로 내재된 사회적 제약과는 구별된다 하겠다.¹²⁾

2. 손실보상의 법적 구조

손실보상의 헌법적 근거로서 헌법 제23조 제3항은 사회국가에 있어서의 재산권의 사회적 기속의 강화와 그에 근거한 재산권의 침해에 대한 보상원칙을 정하고 있다.¹³⁾ 개별법상 근거로는 토지보상법이 기본법의

11) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519쪽, 533-534쪽; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31.

12) Bellaby, Paul/Flynn, R. “Risk and the Public Acceptance of New Technologies”: Basingstoke: Palgrave Macmillan. 2007, p. 15; Nosal Ed. “The expropriations of Land: Market Value Compensation Should Be Paid”, *Journal of Public Economics*, Vol. 82, 2001, pp. 431-432.

역할을 하고 각종 공익사업의 종류와 목적에 따라 도시개발법의 경우 토지수용(동법 제23조) 및 손실보상 규정(동법 제65조) 기타 이주대책(동법 제24조) 등이 있고 도시 주거환경정비사업의 경우 토지수용(동법 제38조) 및 손실보상 규정(동법 제37조), ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’의 경우 토지수용(동법 제95조) 및 토지보상법 준용규정(동법 제96조), ‘도시 및 주거환경정비법’의 경우 손실보상(동법 제37조) 및 토지보상법의 준용(동법 제40조) 등에 산재되어 있다. 이 중 ‘토지보상법’은 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써(동법 제1조) 오늘날 모든 공익사업 시행에 따른 손실보상에 적용되는 일반법적 지위를 지니고 있으며 특히 토지등을 취득하거나 사용할 수 있는 공익사업은 최근 토지보상법 제4조와 제4조의2에 의해 열거되어 이 법에 의하지 아니하고는 새로이 창설하거나 개정하지 못하도록 명시함으로써¹⁴⁾ 엄격한 법정주의를 채택하고 있다.

3. 수용에 따른 손실보상절차

3.1 협의수용과 재결수용

공익사업 시행자는 사업인정 전에 협의에 의한 토지 등의 취득(협의수용)이 필요할 때에는 ① 토지·물건조서의 작성, ② 보상계획의 공고·열람, ③ 보상액산정, ④ 협의, ⑤ 보상계약체결 순으로 행하여진다. 토지조

13) 정연주, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 토지공법연구 43(1), 한국토지공법학회, 2009, 311쪽.

14) 토지보상법 제4조의2(토지등의 수용·사용에 관한 특례의 제한) ① 이 법에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업은 제4조 또는 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 정할 수 없다.

② 별표는 이 법 외의 다른 법률로 개정할 수 없다.

서와 물건조서를 작성하여 토지소유자와 관계인의 서명 또는 날인을 받고(동법 제14조) 토지조서와 물건조서를 작성하였을 때에는 공익사업의 개요, 토지조서 및 물건조서의 내용과 보상의 시기·방법 및 절차 등이 포함된 보상계획을 전국 일간신문에 공고한 후, 토지소유자 및 관계인에게 각각 통지하여 이의신청을 받은 후(동법 제15조) 감정평가에 의한 보상액 산정(동법 제21조), 개별적인 보상협의절차(동법 제26조 이하)를 거쳐 계약을 체결하게 되고 협의가 성립되지 않은 경우 수용재결 및 이의재결 등의 절차를 거쳐 손실보상에 대한 결정(재결수용)을 받는다(동법 제28조 이하).

수용재결에 따라 보상금을 공탁할 경우 재결평가액은 2인 이상의 감정평가업자의 평가액을 산술평균하여 산정하고 이 경우 토지소유자는 보상계획 열람 만료일부터 30일 이내, 보상대상 토지면적의 1/2 이상, 토지 소유자 총수의 과반수 동의를 얻어 감정평가업자를 추천할 수 있다(동법 제40조 이하).

여기서 협의수용은 사업시행자가 토지소유자와 협의하여 토지 등을 취득하는 것으로서 사법상 매매계약의 성질이므로 협의가 성립되면 협의한 내용대로 그 효과가 발생할 것이지만 관련법에 근거하여 목적물에 대한 소유권 취득시기, 손실보상절차와 기준, 환매권 등에 있어서 공법적 수용과 동일한 효과가 발생한다는 특징을 가진다.

3.2 불복절차

토지소유자 등은 관할 토지수용위원회로부터 수용재결이 있을 시 사업시행자로부터 보상금을 직접 수령하거나 공탁된 보상금을 수령할 권리가 있으나 수용재결에 불복하는 토지소유자는 수용재결서정본을 받은 날로부터 30일 이내에 토지수용위원회에 이의신청을 할 수 있으며 이의신청과 관계없이 수용재결서를 받은 날로부터 60일 이내에 관할

법원에 행정소송을 제기할 수도 있다(동법 제85조 제1항). 이는 수용재결시 이의신청절차를 거치지 않고 바로 행정소송으로 진행할 수 있는 이의재결 임의주의에 따른 것이다. 이 기간 내에 소송이 제기되지 않거나 그 밖의 사유로 이의신청에 대한 재결이 확정된 때에는 “민사소송법”상의 확정판결이 있는 것으로 보며, 재결서정본은 집행력 있는 판결의 정본과 동일한 효력을 가진다(동법 제86조 제1항). 지방토지수용위원회의 수용재결에 이의가 있는 자는 해당 지방토지수용위원회를 거쳐 중앙토지수용위원회에 이의신청을 할 수 있고 중앙토지수용위원회의 수용재결에 이의가 있는 자는 곧바로 중앙토지수용위원회에 이의신청을 할 수 있다(동법 제83조).

중앙토지수용위원회는 이의신청을 받은 경우 재결이 위법하거나 부당하다고 인정되면 그 재결의 전부 또는 일부를 취소하거나 보상액을 변경할 수 있고 보상금이 늘어난 경우 사업시행자는 재결취소 또는 변경의 재결서정본을 받은 날부터 30일 이내에 보상금을 받을 자에게 그 늘어난 보상금을 지급하여야 하지만(동법 제84조), 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 재결에 불복할 때에는 재결서를 받은 날부터 60일 이내에, 이의신청을 거쳤을 때에는 이의신청에 대한 재결서를 받은 날부터 30일 이내에 각각 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 제기하려는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송이라면 그 소송을 제기하는 원고가 토지소유자 또는 관계인일 때에는 사업시행자를 피고로 하고, 사업시행자가 원고일 때에는 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 하여(동법 제85조 제2항) 형식은 행정소송이지만 사실상 민사소송과 같은 성격을 띠고 있다.

Ⅲ. 손실보상의 범위에 관한 검토

1. 토지 및 지상물 등에 관한 보상규정

현행 토지보상법에 의한 보상종류는 감정평가인의 평가에 따른 보상과 사업시행자가 산정한 금액으로 보상하는 경우로 나눌 수 있다. 전자는 토지보상, 지상물에 대한 보상, 영업상 손실보상 등이며, 후자는 영농손실보상, 휴직보상, 이주정착금, 주거이전비, 이사비 등으로서 관련 법규에 보상대상 및 산정기준이 규정되어 있어 사업시행자가 산정하여 보상한다. 감정평가에 의한 보상가격은 “부동산가격 공시 및 감정평가에 관한 법률”에 의거 사업시행자가 2인 이상의 감정평가업자로 하여금 평가한 금액을 산술평균하여 산정하고 있으나, 토지소유자가 보상대상 토지면적의 2분의 1 이상에 해당하는 토지 소유자와 당해 토지소유자 총수의 과반수의 동의를 얻은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 보상계획의 열람기간 만료일로부터 30일 이내 해당 사업시행자에게 추가로 1개의 감정평가업체를 추천하여 3인의 감정평가업자가 산정할 수 있다(동법 시행령 제28조). 이하 각 건축물등 지상물과 영업상 손실보상을 포함한 생활보상을 중심으로 보상내용을 살펴본다.

1.1 토지보상

사업시행자가 협의나 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 “부동산 가격공시에 관한 법률”에 따른 공시지가를 기준으로 보상하되, 공시기준일부터 가격시점까지의 관계 법령에 따른 그 토지의 이용계획, 해당 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 지가변동률, 생산자물가상승률과 기타 그 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 고려하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다(토지보상법 제70

조 제1항). 이 경우 토지에 대한 보상액은 가격시점에서의 현실적 이용상황과 일반적 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자나 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 고려하지 않으며(동법 제70조 제2항) 취득하는 토지와 이에 관한 소유권 외의 권리에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법은 투자비용, 예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 결정한다(동법 제70조 제6항).

1.2 건축물 등에 대한 보상규정

건축물·입목·공작물과 그밖에 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용을 보상함을 원칙으로 하되, 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 종래 목적대로 사용할 수 없게 된 경우,¹⁵⁾ 건축물 등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우,¹⁶⁾ 사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우에는 해당 물건의 가격으로 보상하도록 하여¹⁷⁾ 원래 가액을 초과하지 않도록 제한한다.

건축물의 가격은 원가법으로 평가하되, 주거용 건축물에 있어서는 거래사례비교법에 의하여 평가한 금액¹⁸⁾이 원가법에 의하여 평가한 금액보다 큰 경우와 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”에 의한 구분소유권의 대상이 되는 건물의 가격은 거래사례비교법으로 평가한다.¹⁹⁾

15) 사업예정지에 있는 건축물등이 여기에 해당될 경우 사업시행자는 관할 토지수용위원회에 그 물건의 수용재결을 신청할 수도 있다(동법 제75조 제5항).

16) 사업예정지에 있는 건축물등이 여기에 해당될 경우 사업시행자는 관할 토지수용위원회에 그 물건의 수용재결을 신청할 수도 있다(동법 제75조 제5항).

17) 동법 제75조 제1항.

18) 공익사업의 시행에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 주택임주권 등을 당해 건축물의 소유자에게 주는 경우 또는 개발제한구역 안에서 이전이 허용되는 경우에 있어서는 당해 사유로 인한 가격상승분은 제외하고 평가한 금액(동법 시행규칙 제33조 제2항).

19) 동법 시행규칙 제33조 제2항.

건축물 사용료는 임대사례비교법으로 평가하되, 임대사례비교법²⁰⁾으로 평가하는 것이 적정하지 않은 경우에는 적산법²¹⁾으로 평가할 수 있다.²²⁾ 물건의 가격으로 보상한 건축물의 철거비용은 사업시행자가 부담하며 건축물의 소유자가 당해 건축물의 구성부분을 사용 또는 처분할 목적으로 철거하는 경우에는 건축물의 소유자가 부담하도록 하여(동법 시행규칙 제33조 제4항) 원인제공 및 수익자부담의 원칙을 적용한다.

1.3 잔여 건축물의 손실에 대한 보상규정

사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단의 건축물 일부가 수용 또는 사용됨으로 인하여 잔여 건축물의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 경우 그 손실을 보상하여야 한다(동법 제75조의2). 예컨대 동일한 건축물소유자에 속하는 일단의 건축물 일부가 수용됨으로 인하여 잔여 건축물의 가격이 감소된 경우의 잔여 건축물의 손실은 공익사업시행지구에 편입되기 전의 잔여 건축물의 가격²³⁾에서 공익사업시행지구에 편입된 후의 잔여 건축물의 가격을 뺀 금액으로 평가하여 보상하여야 하고(동법 시행규칙 제35조 제1항), 동일한 건축물소유자에 속하는 일단의 건축물 일부가 수용됨으로 인하여 잔여 건축물에 보수가 필요한 경우 그 보수비는 잔여부분을 종래 목적대로 사용할 수 있도록 동일한 유용성을 유지하는데 통상 필요한 공사비로 평가하여²⁴⁾ 보상하여야 한다. 이

20) 다수의 임대차사례를 수집하여 적절한 사례를 선택하고, 실질임료를 사정보정 및 시점수정한 다음 지역요인·개별요인을 비교하여 구한 임료와 비교 판단함으로써 대상 부동산의 실질임료를 구하는 방법.

21) 가격시점의 대상 부동산 기초가격에 기대이율을 곱해 얻은 금액에 대상물권을 계속해서 임대차 하는데 필요한 제경비를 가산하여 시산임료를 구하는 방법.

22) 동법 시행규칙 제33조 제3항.

23) 해당 건축물이 공익사업시행지구에 편입됨으로 인하여 잔여 건축물의 가격이 변동된 경우에는 변동되기 전의 가격(동법 시행규칙 제35조 제1항).

24) 「건축법」 등 관계법령에 의하여 요구되는 시설의 개선에 필요한 비용은 포함하지

경우 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비²⁵⁾를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 크다면 사업시행자는 그 잔여 건축물을 매수할 수 있도록 하여(동법 제75조의2 제1항) 보상범위가 실질 손해를 넘지 않도록 제한하고 있다.

2. 생활보상에 관한 검토

2.1 이론적 검토

정당한 보상으로서의 생활보상은 당사자가 생활의 근거를 상실함으로써 입게 되는 손실에 대하여 수용 전과 같은 경제적 생활 상태를 회복시켜주는 것을 말한다.²⁶⁾ 나아가 생활보상은 금전보상이 갖는 한계에서 출발한 것으로 영업상 손실보상을 포함한 확대개념으로 보고 있다.²⁷⁾ 앞서 살핀 바와 같이 현행 토지보상법상 생활보상은 영업의 손실 등에 대한 보상(동법 제77조), 농업의 손실에 대한 보상(동법 시행규칙 제48조), 이농비(離農費)·이어비(離漁費) 보상(동법 제78조 제6항, 동법 시행규칙 제56조), 주거이전비 보상(동법 시행규칙 제54조 제1항), 세입자에 대한 주거이전비 보상(동법 시행규칙 제54조 제2항), 이주대책 또는 이주정착금(동법 제78조 제1항) 등을 들 수 있다. 이 경우 영업상 손실보상의 유형은 영업폐지로 인한 폐업보상, 휴업보상, 무허가 영업등의 영

아니한다(동법 시행규칙 제35조 제1항).

25) 건축물의 나머지 부분을 종래의 목적대로 사용할 수 있도록 그 유용성을 동일하게 유지하는 데에 일반적으로 필요하다고 볼 수 있는 공사에 사용되는 비용을 말한다. 다만, 「건축법」 등 관계 법령에 따라 요구되는 시설 개선에 필요한 비용은 포함하지 아니한다(토지보상법 제75조의2 제1항).

26) 조정한, 행정법개론, 진원사, 2013, 772쪽.

27) 최승원/김민정, “정당보상으로서의 생활보상”, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 38쪽 이하; 박균성, “손실보상의 발전방향”, 토지공법연구 제41집, 한국토지공법학회, 2008, 13-14쪽.

업손실보상특례 등 직접손실보상과 기타 간접손실보상으로 세분할 수 있다. 이러한 영업상 손실보상은 재산권 상실에 수반되는 경제적 손실에 대한 보상으로서 실비변상적 요소와 일실손실보상의 요소가 모두 포함 된다고 본다. 특히 일실손실에 대한 보상적 측면에서는 영업에서 발생하는 소득 또는 영업이익이 장래에도 계속 유지될 것임을 전제로 하여 일정기간 동안의 소득 또는 영업이익을 보상하는 취지라는 견해²⁸⁾가 있는 반면, 영업상 손실보상은 사업시행자의 총체적인 재산권이 형성하고 있던 생활관계의 상실에 대한 보상의 성격을 띤다는 견해²⁹⁾도 있다. 전자의 견해에 따르면 소득 또는 영업이익이 지속되는 기간에 대한 입증 이 문제가 될 것이고 후자는 재산관계의 전체적 구조와 그에 따른 규모의 경제 등에 따라 보상의 범위가 달라질 것이다.

미국의 판례는 정당한 보상을 수용된 재산과 동일한 가치의 보상으로 이해하고 보상범위는 수용된 재산에 대하여 금전에 의한 충분하고 완전한 동일 가치의 보상으로 본다. 재산을 수용당하지 않은 것처럼 수용 전과 동일한 지위를 누리도록 하는 등가성을 기준으로 한 것이다.³⁰⁾ 연방대법원은 이러한 정당보상에 의한 공용수용 여부를 결정하는 기준으로 사익과 공익의 비교형량을 제시하고 보상을 통하여 피수용재산권자를 금전적으로 충분한 상태로 만들어야 한다는 입장이다.³¹⁾ 피수용자의 재산 상태를 수용이 이루어지지 않았더라면 가능했을 것으로 추정되는 경제적 상태로 돌려놓는 것이 정당보상의 목적이며 그 판단기준으로서의 등가성은 공정한 시장가치(fair market value)에 있다고 한다.³²⁾

28) 김종수 외, “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 감정평가학논집 제8권 제2호, 한국감정평가학회, 2009, 119-120쪽.

29) 정기상, “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위-대상판결 : 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842 판결-”, 사법 24호, 사법발전재단, 2013, 213-215쪽.

30) 석인선, “미국 헌법상 정당보상의 판단기준”, 법학논집 Vol.18 No.1, 이화여자대학교 법학연구소, 2013, 8쪽; *Monogahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312, 326 (1893); *Olson v. United States*, 292 U.S. 246, 255 (1934).

31) *Agins v. Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980).

수용시를 기준으로 공개시장의 매도인과 매수인이 자발성과 분별성, 충분한 지식과 정보를 갖춘 상태에서 매매를 성사시킬 가능성이 많은 적절한 가격 등의 요소가 포함된 것을 공정한 시장가치로 보는 것이다.³³⁾ 이는 연방소득세에 대한 기부액의 공제소송에서도 확인된다. 부동산을 기부한 자의 기부금 허용 공제액을 판단할 때 일반적으로 기부금의 액수는 기부된 자산의 공평한 시가이며 따라서 전체 재산의 공정한 시장가치가 감소하는 비율만큼 감소된 전체 재산의 조정된 기준으로 세액 공제를 판단해야 한다는 것이다.³⁴⁾

독일의 경우 “수용은 공공복리를 위하여 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 근거해서만 허용된다”는 기본법상 원칙³⁵⁾에 근거하여 연방건설법전(BauGB)이 손실보상에 관한 일반법적 기능을 하며 간접손실에 대한 일반규정은 두고 있지 않지만 수용으로 인한 손실보상의 대상을 i) 직접적인 권리의 손실에 대한 보상(Entschädigung für den Rechtsverlust)과 ii) 기타 재산상 손실에 대한 보상(Entschädigung für andere Vermögensnachteile)으로 규정함으로써³⁶⁾ 간접침해에 의한 재산상 손실도 보상대상으로 확장할 근거가 되고 있다. 따라서 연방건설법전 등 관련 법규에서 규정하는 기타 재산상 손실에 관한 판례에 따라 그 범위와 내용이 결정되는 것이며 이에 따르면 공익적 사업과 관련된 재산권 침해의 범위를 ‘공용수용’(Enteignung)에 대한 보상뿐만 아니라 적법한

32) Gary Knapp, Annotation, Supreme Court's Views as to What Constitutes “Just Compensation”, Required, Under Federal Constitution's Fifth Amendment, for Taking of Private Property for Public Use, 155 L. Ed. 2d., 1185, 1195 (2006); U.S. v. 564.54 Acres of Land, 441 U.S. 506, 510 (1979); U.S. v. 50 Acres of Land 469 U.S. 24 (1984).

33) 이기한, “미국 헌법상의 연방대법원의 손실보상의 판단기준”, 세계헌법연구 제12권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2006, 226-227쪽.

34) Nick R. Hughes, Petitioner V. Commissioner Of Internal Revenue, Respondent. No. 6395-06. United States Tax Court(May 6, 2009).

35) Grundgesetz §14. III S. 1 u. 2, BGBl. I 2017, S. 2347.

36) BauGB §§95-96, BGBl. I 2017, S. 2808.

행정작용의 공용수용과 같은 효과를 발생하는 부수적 결과에 대한 보상인 ‘공용수용적 침해’(enteignender Eingriff)에 대한 보상, 위법한 소유권 침해에 대한 보상인 ‘공용수용유사침해’(enteignungsgleicher Eingriff)로 구분하고 있으나³⁷⁾ ‘공용수용유사침해’는 위법성을 전제로 한 손해배상 법리로 다루어야 할 대상이므로 여기서의 손실보상 논의에서 제외한다.

연방통상법원은, 공용수용은 평등원칙에 위반하는 것을 속성으로 한다는 특별희생이론(Sonder opfer theorie)에 따라 수용당사자를 특별하게 취급하고 이러한 특별희생은 보상을 통하여 상계되어야 한다는 원칙을 확립하고 있다.³⁸⁾ 나아가 그 자체로서는 적법하지만 행정작용의 부차적 결과를 통한 손해가 지나치게 커서 공용수용법상의 희생의 한계를 넘는 침해에 관한 것도 공용수용적 침해(enteignender Eingriff)로 취급함으로써 예외적으로 형태, 크기와 강도에 따라 그 침해가 너무 커서 당사자에게 특별희생이 된다면 그러한 경우도 공용수용의 원칙에 따라 보상되어야 한다며 손실보상의 범위를 확대하고 있다.³⁹⁾ 예컨대 유동인구나 차량통행량에 따라 매출의 영향을 받는 상점 위치나 도로변 주유소는 그러한 부대조건에 따라 영업상 이익을 누릴 수 있는 이점이 있어도 그 조건이 일반적 재산권으로 보호되지는 않지만⁴⁰⁾ 장기간 도로공사로 인하여 도로변 상점이나 주유소 나아가 노점상들까지 지속적이고 지나친 판매 감소로 인한 감내할 수 없는 영업상 손실이 발생한다면 특별희생으로서 보상대상이 되어야 하는 것이다.

노점상이 필요하다는 의견에 72.7%가 동의하고 있는 우리의 경우를 보면⁴¹⁾ 각 지방자치단체에서 실제로 이루어지는 노점상에 대한 영업보

37) 유대종, “독일의 손해전보법”, 서울법학 제17권 1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009, 115쪽.

38) BGHZ 6. 270. 280.

39) BGHZ 57, 359; BGHZ 64, 220; BGH NJW 1980, 770.

40) BGHZ 57, 259.

41) 리서치보고서 편집부, “노점상 관련 인식 조사”, 리서치보고서 제4호, 마크로밀엠브레

상은 금전보상 보다는 주로 대체영업장소 알선으로 이루어지고 있다.⁴²⁾

2.2 영업상 손실보상 규정

2.2.1 보상대상이 되는 영업의 기준

영업손실의 보상대상인 영업은 사업인정고시일 전부터 적법한 장소에서 인적·물적 시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업을 말하고 관계법령에 의한 허가등을 필요로 하는 영업의 경우에는 사업인정고시일 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업이어야 한다. 다만 무허가 건축물에서 영업하는 임차인의 경우는 사업인정고시일 1년 전부터 사업자등록을 하고 영업한 경우를 말한다(동법 시행규칙 제45조 제1호·제2호).

2.2.2 영업폐지에 대한 손실보상

공익사업 시행으로 인하여 영업을 폐지하는 경우 영업손실은 2년간의 영업이익(개인영업인 경우에는 소득)에 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액으로 평가한다.⁴³⁾ 이 경우 영업이익은 해당 영업의 최근 3년간⁴⁴⁾ 평균 영업이익을 기준으로 평가하되, 사업계획이나 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 영업이익이 감소되었다면 해당 공고 또는 고시일 전 3년간의 평균 영업이익을 기준으로 평가한다(동법 시행규칙 제46조 제2항).

인, 2015, 29쪽.

42) 황진태 등, “노점상 연구에서 도시 비공식성 개념의 이론적·실천적 함의”, 공간과 사회 제53호, 한국공간환경학회, 2015, 74쪽 이하.

43) 동법 시행규칙 제46조 제1항, 이 경우 임차인의 영업보상액 중 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 제외한 금액은 1천만 원 초과 금지(동법 시행규칙 제46조 제5항).

44) 특별한 사정으로 인하여 정상적인 영업이 이루어지지 아니한 연도는 제외(동법 시행규칙 제46조 제2항).

2.2.3 영업장소 이전으로 인한 휴업손실

공익사업의 시행으로 인하여 영업장소를 이전하여야 하는 경우의 영업손실은 휴업기간에 해당하는 영업이익과 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익 감소액에 일정한 비용⁴⁵⁾을 합한 금액으로 평가하며⁴⁶⁾ 이 경우 휴업기간은 4개월 이내로 한다. 다만, 일정한 경우⁴⁷⁾에는 실제 휴업기간으로 하되, 그 휴업기간은 2년을 초과할 수 없다(동 시행규칙 제47조 제2항). 공익사업에 영업시설의 일부가 편입됨으로 인하여 잔여시설에 그 시설을 새로이 설치하거나 잔여시설을 보수하지 아니하고는 그 영업을 계속할 수 없는 경우의 영업손실 및 영업규모의 축소에 따른 영업손실은 일정한 금액⁴⁸⁾을 더한 금액으로 평가한다. 이 경우 보상액은 영업장소를 이전함으로 인한 영업손실 평가액을 초과하지 못한다(동 시행규칙 제47조 제3항).

2.2.4 무허가영업에 대한 손실보상의 특례

사업인정고시일등 전부터 허가등을 받아야 행할 수 있는 영업을 해당 지역에서 무허가로 행하여 온 자가 공익사업의 시행으로 인하여 영업을

-
- 45) 1. 휴업기간 중의 영업용 자산에 대한 감가상각비·유지관리비와 휴업기간 중에도 정상적으로 근무하여야 하는 최소인원에 대한 인건비 등 고정적 비용, 2. 영업시설·원재료·제품 및 상품이전에 소요되는 비용 및 그 이전에 따른 감손상당액, 3. 이전광고비 및 개업비 등 영업장소를 이전함으로 인하여 소요되는 부대비용(동법 시행규칙 제47조 제7항).
- 46) 동법 시행규칙 제47조 제1항, 또한 영업을 휴업하지 아니하고 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우에는 임시영업소의 설치비용을 영업손실로 평가한다. 다만 이 경우에도 이 평가액을 초과하지 못한다(동 시행규칙 제47조 제4항).
- 47) 1. 당해 공익사업을 위한 영업의 금지 또는 제한으로 인하여 4개월 이상의 기간동안 영업을 할 수 없는 경우, 2. 영업시설의 규모가 크거나 이전에 고도의 정밀성을 요구하는 등 당해 영업의 고유한 특수성으로 인하여 4개월 이내에 다른 장소로 이전하는 것이 어렵다고 객관적으로 인정되는 경우(동 시행규칙 제47조 제2항).
- 48) 이하 시행규칙 제47조 제3항; 1. 해당 시설의 설치 등에 소요되는 기간의 영업이익, 2. 해당 시설의 설치 등에 통상 소요되는 비용, 3. 영업규모의 축소에 따른 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액.

계속할 수 없게 된 경우에도 특례규정을 두어 보상하고 있다. 이 경우에는 통계작성기관⁴⁹⁾이 조사·발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 산정한 3인 가구 3개월분 가계지출비에 해당하는 금액을 영업손실에 대한 보상금으로 지급하되 영업휴업보상금에 규정한 영업시설등의 이전비용⁵⁰⁾은 별도로 보상한다. 다만 본인 또는 생계를 같이 하는 동일 세대의 직계존속·비속 및 배우자가 해당 공익사업으로 다른 영업에 대한 보상을 받은 경우에는 영업시설등의 이전비용만을 보상한다(동법 시행규칙 제52조).

2.2.5 이주정착금의 보상

사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 “이주대책대상자”를 위하여 미리 관할 지방자치단체의 장과 협의하여 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다(동법 제78조 제1항, 제2항). 이주대책은 부득이한 사유를 제외하고는 이주대책대상자 중 이주정착지에 이주희망 가구 수가 10호(戶) 이상인 경우 수립·실시한다(동법 시행령 제40조 제2항). 이주대책의 내용에는 이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한 이주정착지에 대한 도로, 급수시설, 배수시설, 그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담한다.⁵¹⁾ 따라서 사업시행자가 이러한 공공시설비를 분양대금 속에 포함시켰다면 강행법규 위반으로서 무효라고 할 것이다.

49) 중앙행정기관·지방자치단체 및 통계청장의 지정을 받은 통계작성지정기관(통계법 제3조 제3호).

50) 토지보상법 시행규칙 제47조 제1항 제2호에 따른 영업시설·원재료·제품 및 상품의 이전에 소요되는 비용 및 그 이전에 따른 감손상당액.

51) 다만, 행정청이 아닌 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다(동법 제78조 제4항).

이주정착금은 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30%에 해당하는 금액으로 하되, 그 금액이 6백만 원 미만인 경우에는 6백만 원으로 하고, 1천 2백만 원을 초과하는 경우에는 1천 2백만 원으로 한다(동법 시행규칙 제53조 제2항).

2.2.6 주거이전비의 보상

공익사업시행지구로 편입되는 주거용 건물의 거주자에 대하여는 주거이전에 필요한 비용과 가재도구 등 이사비용 산정하여 가구원 수에 따라 2개월분의 주거이전비를 보상하여야 한다.⁵²⁾ 다만, 건축물 소유자가 해당 건축물 또는 공익사업시행지구 내 타인의 건축물에 실제 거주하고 있지 않거나 해당 건축물이 무허가건축물등인 경우에는 별도의 규정을 적용받는다.⁵³⁾ 사업시행으로 인하여 이주하게 되는 주거용 건축물의 세입자(이주대책대상자인 세입자는 제외)로서 사업인정고시일 당시 해당 공익사업시행지구 내에 3개월 이상 거주한 자에게는 가구원 수에 따라 4개월분의 주거이전비를 보상하여야 한다(동법 시행규칙 제54조 제2항). 무허가건축물등에 입주한 세입자의 경우, 사업인정고시일 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 당시 그 공익사업지구 안에서 1년 이상 거주한 세입자라면 역시 주거이전비를 보상하여야 한다(동법 시행규칙 제54조 제2항 단서). 주거이전비는 통계작성기관⁵⁴⁾이 조사·발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구원 수별 월평균 가계지출비를 기준으로 산정한다(토지보상법 시행규칙 제54조 제3항).

52) 동법 제78조 제5항, 시행규칙 제53조 제1항.

53) 동법 시행규칙 제53조 제1항, 무허가건축물의 경우는 동 규칙 제4항에 별도 규정.

54) 중앙행정기관·지방자치단체 및 통계청장의 지정을 받은 통계작성지정기관, 통계법 제3조 제3호.

Ⅳ. 손실보상 범위에서의 몇 가지 문제와 개선방안

1. 잔여 건축물의 손실에 대한 보상 범위

건축물·입목·공작물과 그밖에 토지에 정착한 물건(건축물등)에 대하여는 이전비와 해당 물건의 가격보상 두 가지 방식이 있으며 이 경우 공익사업구역에 포함되지 않는 잔여 건축물등에 관한 보상범위가 문제된다. 사업시행자는 동일한 소유자에게 속하는 일단의 건축물의 일부가 수용됨으로 인하여 잔여 건축물의 가격이 감소하거나 기타 손실이 있을 때에는 그 손실을 보상해야 한다(동법 제75조의2). 예컨대 동일한 건축물소유자에 속하는 일단의 건축물의 일부가 수용됨으로 인하여 잔여 건축물 가격이 감소된 경우 잔여 건축물의 손실은 사업시행지구에 편입되기 전의 잔여 건축물의 가격에서 사업시행지구에 편입된 후의 잔여 건축물의 가격을 뺀 금액으로 평가하여(동법 시행규칙 제35조 제1항) 손실을 보상해야 한다. 또한 동일한 건축물소유자에 속하는 일단의 건축물의 일부가 수용됨으로 인하여 잔여 건축물에 필요한 보수비의 경우는 건축물의 잔여 부분을 종래 목적대로 사용할 수 있도록 동일한 유용성을 유지하는데 통상 필요한 공사비로 평가하여(동법 시행규칙 제35조 제1항) 그 손실을 보상하되 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 잔여 건축물을 매수할 수 있다(동법 제75조의2 제1항). 이 경우 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 잔여 건축물을 매수할 수 있도록 되어 있으나 이는 합리적이지 못하다. 일단의 건축물 중 일부가 수용되고 남은 잔여 건축물을 평가할 때 기존 일단의 건축물일 때보다 감정평가액이 상당히 감소될 수 있으므로 그런 환경요인을 고려하지 않고 단순평가하면 소유자에게 불리한 결과가 되기 때문이다.

일실손실에 대한 보상 관점에서 영업상 손실보상을 사업시행자의 총체적인 재산권이 형성하고 있던 생활관계의 상실에 대한 보상의 성격으로 보는 견해⁵⁵⁾에 의하면 재산관계의 전체적 구조와 그에 따른 규모의 경제 등에 따라 보상범위가 달라지므로 일부가 수용되고 남은 잔여 건축물을 평가할 때 수용 전의 총체적인 형성가치를 고려해야 하는 것이다.

이 문제는 현행 공시지가 기준의 보상에서도 나타난다. 공시지가는 시가에 미치지 못하는 경우가 대부분이기 때문이다. 국토연구원 전문가 설문조사 결과에서도 보상가격이 시장가격을 초과한 경우는 21.2%, 시장가격보다 낮게 책정된다는 의견은 64.3%로 그 차이가 크며 토지소유자의 87.8%는 보상가격이 정상적인 시장가격보다 낮다는 응답이고, 그 중 64.4%는 보상가격이 시장가격의 80% 미만에 불과하다는 입장이다.⁵⁶⁾ 현실을 반영하지 못한 낮은 공시지가 기준의 보상은 정당한 보상에 걸림돌로 작용하고 있는 것이다. 따라서 수용 전후의 총체적인 형성가치를 고려하여 보상금액을 판단하는 것이 필요하다.

2. 생활보상에 있어서 손실보상 산정기준의 문제

사업시행으로 인하여 영업을 폐지하는 경우 영업손실은 2년간 영업이익⁵⁷⁾에 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액으로 평가하며(토지보상법 시행규칙 제46조 제1항) 영업이익은 해당 영업의 최근 3년간⁵⁸⁾ 평균 영업이익을 기준으로 하여 평가하되, 사업계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 영업이익이 감소된

55) 정기상, 앞의 논문, 213-215쪽.

56) 정희남 외, 국책사업의 갈등해결을 위한 보상제도 개선방안 연구, 국토연구원, 2008, 125쪽; 허강무, “정당보상 구현을 위한 손실보상 제도의 개선방안”, 법학연구 제32호, 전북대학교 법학연구소, 2011, 341쪽.

57) 개인영업인 경우에는 소득을 말한다.

58) 특별한 사정으로 인하여 정상적인 영업이 이루어지지 아니한 연도를 제외한다.

경우에는 해당 공고 또는 고시일 전 3년간의 평균 영업이익을 기준으로 평가하고 있으나(동 시행규칙 제46조 제3항) 이와 같은 획일적인 영업상 손실의 산정기간은 실제 영업손실을 제대로 반영할 수 없다는 문제에 직면한다. 휴업기간과 영업이전기간이 반드시 일치하는 것은 아니기 때문이다. 예컨대 사고 등으로 인해 파손된 건물 또는 내부시설을 수리 하거나, 토지수용 등으로 영업장소를 이전하게 되는 경우 실제 영업손실은 파손된 건물 및 시설 등의 피해복구기간에 한정되는 것이 아니라, 수리 복구기간 이후에도 지속적으로 지속되는 경우가 일반적이므로 영업손실을 물적 피해의 복구기간으로 한정하는 것은 실제 영업손실을 충분히 반영하지 못할 뿐만 아니라 그 기간을 미리 확정하는 것 또한 현실적이지 못하다. 파손된 건물 또는 내부시설을 복구했다 하더라도 고객들은 해당 업소의 영업재개 시점을 알지 못하며 따라서 그에 대한 홍보비용이 추가될 수 있고 건물 및 내부시설의 수리복구 이후에도 당분간 해당 영업소 이용을 회피할 가능성이 높아 그 기간은 사업내용별, 시기별, 지역별로, 고객 성향별로 다를 수밖에 없기 때문이다.⁵⁹⁾

기타 이주정착금액의 산정기관의 문제, 이주대책 대상자에 대한 실질적 이주대책, 과도한 현금보상 문제에 대한 대안 등도 문제로 제기된다.

3. 개선방안

3.1 잔여 건축물에 대한 손실보상 개선방안

잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 큰 경우에는 사업시행자는 그 잔여 건축물을 매수할 수 있도록 되어 있다(토지수용법 제75조의2). 그러나 일단의 건축물 중 일부가 수

59) 박한석, “영업손실 보상에 있어서 산정기준의 개선에 관한 고찰”, 손해사정연구 제11권, 한국손해사정학회, 2015, 153쪽.

용되고 남은 잔여 건축물을 평가할 때 기존 일단의 건축물일 때의 총체적 가치를 기준으로 평가해야 함에도 그런 환경요인을 고려하지 않고 단순평가하면 감정평가액이 상당히 감소되어 피수용자는 부당하게 불리한 결과가 될 수 있다. 따라서 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 단순히 크다는 이유만으로 사업시행자의 매수청구권을 인정하는 것보다 매수청구권을 행사할 수 있는 가격 차이의 적절한 기준을 제시하는 것이 분쟁을 줄일 수 있는 방안이 될 것이다. 또한 공익사업시행지구에 편입되기 전의 잔여 건축물의 가격에서 공익사업시행지구에 편입된 후의 잔여 건축물의 가격을 뺀 금액으로 평가하여 손실을 보상하도록 되어 있으나(동법 시행규칙 제35조 제1항) 편입되기 전의 잔여 건축물의 가격 평가 자체가 객관적이기 힘들다는 한계가 있다. 예컨대 교외에서 본채와 여러 별채가 모인 일단의 건축물로 영업을 하던 곳이 도시계획상 도로에 일부 건물이 편입되고 나머지 건축물은 잔존하게 될 때 그 건축물은 기존 영업시설로서의 가치는 상실하고 단지 건축물 자체로서만 평가될 때의 가격감소분은 단순한 면적개념으로 파악할 수 없게 된다. 일단의 건축물이 가지던 전체로서의 조화가 깨어진 상태의 일부 건축물은 가격 차이를 평가하기 어려우므로 분쟁의 여지가 크다고 할 수 있다. 이 경우도 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액이 잔여 건축물의 가격보다 큰 경우에 있어 사업시행자의 잔여 건축물매수청구권처럼 피수용자인 소유자도 매수청구권을 행사할 수 있도록 하는 것이 형평에 맞다고 본다.

또한 공시지가 기준방식을 적용하여 토지보상액을 산정할 때, 공시지가가 시가에 미치지 못한 현실에서 기타 요인으로서 잔여 건축물에 대한 평가 보정은 정당보상을 위한 필요적 과정임에도 토지가격의 변동이 심한 지역은 일시적으로 높은 공시지가로 인해 수용 대상이 아닌 토지소유자의 조세저항이 생기는 등 양면의 성질이 있으므로 더욱 민감한 문제이다. 이 역시 공시지가의 적용을 탄력적으로 할 필요가 있다. 예컨대

평상시 공시지가는 기존의 방식을 유지하되 수용대상 토지에 대해서는 시가를 반영하여 산정하여야 한다. 현행법에서는 “공시지가를 기준으로 하여 보상하되 해당 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 지가변동률, 생산자물가상승률과 그밖에 그 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 고려하여 평가한 적정가격”으로 규정함으로써(동법 제70조 제1항) 인근의 정상적인 거래가격을 참작하도록 하고 있지만 일시적인 이용상황과 토지소유자 또는 이해관계인이 갖는 주관적 가치 및 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 고려하지 않고 있다.⁶⁰⁾ 그 결과 공시지가 자체가 정상 시가를 반영하지 못하거나 그것을 기준으로 한 평가액이 인근 거래가격 수준에 미달되어 적정가격의 보상이 되지 않을 수 있지만 실제 보상평가 시에는 인근의 정상적인 거래가격을 참작하여 적정가격으로 평가함으로써 정당한 보상을 추완하고 있으므로 현실을 반영하여 개정되어야 할 것이다.⁶¹⁾

3.2 생활보상 범위의 개선방안

합리적인 완전보상이 되려면 영업상 손실보상의 범위를 보다 다양화해야 한다. 예컨대 이전광고비 및 개업비 등 영업장소를 이전함으로써 인하여 소요되는 부대비용(동 시행규칙 제47조 제1항 제3호)의 범위를 현실화하여 업종이나 영업규모에 따라 보상내용과 범위를 구별하되 권리금이라 일컫는 특수한 장소적 이익을 인테리어와 비품 비용 등 실제 투입된 가액만이 아니라 고객 규모와 매출증가 추세 등 현실적 가치를

60) 이선영, “토지권수용 요건의 토지법적 고찰”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 25쪽; 박종수/양기영, “손실보상에 있어서 공시지가제도의 합리적 개선방안에 관한 논의”, 토지공법연구 제68호, 한국토지공법학회, 2015, 53쪽.

61) 대법원은 공시지가를 기준으로 평가한 가격이 인근 유사토지의 정상거래가격에 미달하는 경우에는 그 정상거래가격을 적정하게 보정한 것을 적법한 평가방법으로 보고 있다. 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003다38207 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006두11507 판결.

반영한 고려가 필요하며 서비스업의 경우는 단순 물적 손실만이 아니라 영업장소의 이전 후 정상적인 영업이 이루어질 때까지의 기회비용을 포함한 장래의 영업이익까지 고려하는 것이 분쟁의 소지를 예방하는 길이다. 기존 영업에서 발생하던 소득 또는 이익이 장래에도 계속 유지될 것임을 전제로 하여 일정기간 동안의 소득 또는 영업이익을 보상하는 것이 일실손해에 대한 보상 취지라는 견해⁶²⁾에 따른 것이다. 그러면 영업이익의 지속기간에 대한 판단이 문제가 된다. 영업손실을 산정함에 있어 완전보상의 취지에 부합하려면 실제 영업손실이 발생하는 모든 기간이 반영될 수 있도록 하여야 한다.

예컨대 영업장소를 이전해야 하는 경우의 영업손실은 휴업기간에 해당하는 영업이익과 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익 감소액에 일정한 비용을 합한 금액으로 평가하며 이 경우 휴업기간은 4개월 이내로 하되 일정한 경우에는 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 실제 휴업기간으로 하고 있으나(동법 시행규칙 제47조) 실제 휴업기간을 적용받는 대상을 (i) 당해 공익사업을 위한 영업금지 또는 제한 때문에 4개월 이상 영업을 할 수 없는 경우와 (ii) 영업시설 규모가 크거나 영업이전에 고도의 정밀성이 요구되는 등의 특수성으로 인하여 4개월 이내에 다른 장소로 이전하는 것이 객관적으로 어렵다고 인정되는 경우로 한정하는데 (i)의 경우 실제 영업매출이 정상화될 때까지의 기간을 고려하여 휴업기간을 산정하도록 하는 것이 합리적이다. 실제 영업매출이 정상화되는 시점은 사업시행이 없었더라면 얻었을 기대매출액이 회복되는 시점으로 삼아야 하고 그 기대매출액은 사업시행공고 후 영업손실액 산정 대상기간인 매출회복기간에 상응하는 전년도 동일기간 매출액으로 하되 특별한 사정으로 사업시행공고 후 매출회복기간과 사업시행공고 1년 전 동일 기간의 매출액 비교가 곤란할 경우에는 그 중 영업이익이 큰 쪽으로 적용하는 것이 완전보상에 부합되는 방향일 것이다.

62) 김종수 외, 앞의 논문, 119-120쪽.

또한 공장부지의 경우 인근 산업단지에 입주하게 하는 등의 이주대책 대상에 “산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률(산업집적법)” 제2조 제1호에 따른 제조업 공장⁶³⁾만을 규정하고 있으나 영세한 사업자는 산업집적법의 요건을 갖추지 못한 경우가 많으므로 보상의 사각지대를 없애기 위해서는 사업자등록이 되어 있는 사업장이라면 제조업 이외에도 모두 포함시킬 필요가 있다.

이주정착금의 경우, 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30%에 해당하는 금액으로 하되, 그 금액이 6백만 원 미만인 경우에는 6백만 원으로 하고, 1천 2백만 원을 초과하는 경우에는 1천 2백만 원으로 규정하고 있으나⁶⁴⁾ 이 금액에 관하여는 경제환경의 변동에 따른 신속한 대응을 위하여 주택임대차보호법상 주택임대차위원회(동법 제8조의2)와 같이 보상협의회(토지보상법 제82조)에서 이주정착금의 범위와 구체적 금액을 정할 수 있도록 권한을 명시하는 것이 바람직하다.

기타 이주대책 대상자에게 강제이주를 강요하기에 앞서 감정평가사나 공인중개사와 같은 전문가와의 상담을 통해 취득 가능한 대체주택의 목록, 지자체의 주택조례, 건축법규, 사회서비스 정보, 임차보증금 정보, 대출이자율, 대출기간 등에 대한 각종 정보를 제공하는 등 실질적인 이주대책이 보장되어야 할 것이다.⁶⁵⁾

또한 토지소유자에 대하여는 대토보상제를 확대하여 현금보상을 줄이고 개발이익에 따라 추가 지급할 수 있는 조건부 사후보상금 방안도 고려할 필요가 있다. 당장의 현금보상이 필요한 당사자에게는 사후보상금의 기대권을 담보로 한 저리의 금융대출로 해결할 수 있다.

63) 건축물 또는 공작물, 물품제조공정을 형성하는 기계·장치 등 제조시설과 그 부대시설(“제조시설등”)을 갖추고 통계법 제22조에 따라 통계청장이 고시하는 표준산업분류에 따른 제조업을 하기 위한 사업장을 말한다(동법 제2조 제1호; 동법시행령 제2조 제1항).

64) 토지보상법 시행규칙 제53조 제2항.

65) 이병홍, “공익사업 손실보상만족도 향상방안에 관한 연구”, 대구대학교대학원 박사학위논문, 2012, 103쪽 이하.

V. 결어

공용수용에 따른 손실보상은 헌법상 보장된 사유재산권 보호에 충실한 국가의 기본적 책임이다. 특히 영업상 손실보상 등 각종 생활보상의 경우 실제 손실 여부에 대한 판단의 어려움과 보상액 산정을 위한 객관적인 자료의 부족 등으로 그러한 손실보상 대상에서 제외되거나 포함되더라도 보상액에 대한 불만 등 많은 민원이 발생하고 있으므로 영업상 손실보상의 확대와 적정 보상금에 대한 보다 구체적인 기준이 마련되어야 한다. 이상의 관점에서 정당한 보상을 위한 몇 가지 개선방안을 정리하면 다음과 같다.

건축물등 지상물에 대한 보상의 경우 잔여 건축물의 가격 감소분과 보수비를 합한 금액과 잔여 건축물의 가격 차이에 대한 적절한 기준을 제시하여 사업시행자의 매수청구권의 요건을 명확히 하는 것이 필요하다. 마찬가지로 잔여 건축물에 대한 소유자의 매수청구권도 함께 인정하는 것이 형평의 원칙에 부합된다. 민법상 지상물매수청구권도 지상권자와 지상권설정자 모두에게 인정되고 있음을 참고할 수 있다.

보상액의 기준이 되는 공시지가 역시 정상 시가를 반영하지 못하거나 그것을 기준으로 한 평가액이 인근 거래가격 수준에 미달되어 적정가격의 보상이 되지 않는 현실을 감안할 때 인근의 정상적인 거래가격을 참작한 적정가격으로 평가하도록 개정되어야 할 것이다.

영업상 손실을 산정함에 있어서는 실제 영업손실이 발생하는 모든 기간이 반영될 수 있도록 개선하여야 한다. 따라서 영업장소를 이전하여야 하는 경우 실제 휴업기간을 적용받는 대상에서 당해 공익사업을 위한 영업의 금지 또는 제한으로 인하여 4개월 이상의 기간동안 영업을 할 수 없는 때에는 실제 영업매출이 정상화될 때까지의 기간을 고려하여 휴업기간을 산정하도록 하는 것이 합리적이다. 영업손실의 산정기간은 건물이나 시설의 복구기간으로 한정하지 않고 사실상 영업손실에 실질

적인 영향을 미치는 회복기간이 모두 포함되도록 해야 한다. 또한 영업 손실 산정방식은 영업이익이 감소함으로써 사업자가 입게 되는 실질적인 손실을 객관적이고 공정하게 산정할 수 있는 방식이어야 하므로 수입의 감소에 따라 절감할 수 있는 경상비 등도 고려하여 그 비용을 영업손실 산정액에서 제외하는 손익상계 방식이어야 한다. 이와 함께 폐업보상 해당 여부와 휴업기간에 관한 세분화·구체화된 기준을 마련하고 실제 휴업기간의 범위를 명확히 하는 개선이 필요하다.

공장부지의 경우 영세 사업자에 대한 보상의 사각지대를 없애기 위해서는 사업자등록이 되어 있는 사업장이라면 제조업 이외에도 모두 영업보상에 포함시킬 필요가 있다. 이주정착금액에 관하여는 경제환경의 변동에 따른 신속한 대응을 위하여 주택임대차보호법상 주택임대차위원회와 같은 역할을 보상협의회가 할 수 있도록 이주정착금의 범위와 구체적 금액을 정할 수 있는 권한을 명시하는 것이 바람직하다.

또한 경제적인 이유로 대체주택 취득이 용이하지 않은 피수용자를 위해서는 세입자 대책으로 제공되는 임대아파트 입주권 우선부여 및 주택알선, 장기저리의 융자지원, 취업알선 대상자 확대를 포함한 세부적인 이주대책지원 프로그램이 보완되어야 한다.

장기적으로 토지소유자에 대하여는 대토보상제를 확대하여 현금보상을 줄이고 개발이익에 따라 추가 지급할 수 있는 조건부 사후보상금 방안도 고려할 필요가 있다. 기타 협의불성립으로 인한 재평가의 경우에는 사업시행자와 감정평가업자가 심리적으로 부담을 가질 수밖에 없는 것이 현실이므로 재평가를 수행하는 감정평가업체의 선정이 객관적이고 공정하게 이루어지도록 제3의 기관인 한국감정평가협회가 감정평가업자를 추천하는 것이 합리적이고, 재평가 업무를 수행할 수 있는 요건도 일정 경력 이상으로 강화하는 것이 안전할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

정희남 외, 국책사업의 갈등해결을 위한 보상제도 개선방안 연구, 국토
연구원, 2008.

조정환, 행정법개론, 진원사, 2013.

小林博志, 行政法講義, 成文堂, 2004.

Ossenbühl/Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013.

2. 학술지

김용창, “공익사업에서 정당보상과 손실보상제도의 쟁점 및 개선에 대
한 연구”, 공간과 사회 통권 제33호, 한국공간환경학회, 2010,
5-47쪽.

김종수/이성근/서경규, “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 감정
평가학논집 제8권 제2호, 한국감정평가학회, 2009, 117-129쪽.

박균성, “손실보상의 발전방향”, 토지공법연구 제41집, 한국토지공법학
회, 2008, 1-22쪽.

박 필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 부동산
연구 제20집 제1호, 한국부동산연구원, 2010, 47-97쪽.

박종수/양기영, “손실보상에 있어서 공시지가제도의 합리적 개선방안에
관한 논의”, 토지공법연구 제68호, 한국토지공법학회, 2015,
49-67쪽.

박한석, “영업손실 보상에 있어서 산정기준의 개선에 관한 고찰”, 손해
사정연구, 제11권, 한국손해사정학회, 2015, 147-160쪽.

석인선, “미국 헌법상 정당보상의 판단기준”, 법학논집 제18권 제1호,

- 이화여자대학교 법학연구소, 2013, 1-28쪽.
- 유대중, “독일의 손해전보법”, 서울법학 제17권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009, 113-160쪽.
- 이기한, “미국 헌법상의 연방대법원의 손실보상의 판단기준”, 세계헌법연구 제12권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2006, 215-244쪽.
- 이선영, “토지권수용 요건의 토지법적 고찰”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 1-35쪽.
- 정기상, “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위-대상판결 : 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842 판결-”, 사법 24호, 사법발전재단, 2013, 207-235쪽.
- 정연주, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 토지공법연구 제43권 제1호, 한국토지공법학회, 2009, 309-340쪽.
- 정주희/김태훈/김원보, “영업손실보상 기간 관련 실무상 쟁점과 향후 과제”, 부동산연구 제26집 제4호, 한국부동산연구원, 2016, 7-24쪽.
- 최승원/김민정, “정당보상으로서의 생활보상”, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 199-227쪽.
- 황진태/권규상/조영지, “노점상 연구에서 도시 비공식성 개념의 이론적·실천적 함의”, 공간과 사회 제25권 3호(통권 제53조), 한국공간환경학회, 2015, 54-86쪽.
- 허강무, “정당보상 구현을 위한 손실보상 제도의 개선방안”, 법학연구 제32호, 전북대학교 법학연구소, 2011, 331-353쪽.
- 리서치보고서 편집부, “노점상 관련 인식 조사”, 리서치보고서 제4호, 마크로밀엠브레인, 2015, 1-48쪽.
- 小澤道一, 講演 土地收用法上の諸問題(1)(2)いくつかの論争点について考える-- 第100回全国土地收用研究会講演より, 用地ジャーナル / 公共用地補償機構 編; 中央用地對策連絡協議會, 全國收用委員會連絡協議會 監修13(11)(通号 155), 2005.

宮地 基, “2000年以降のドイツ連邦憲法裁判所判例の動向について”, 明治學院大學法律科學研究所年報/明治學院大學法律科學研究所編(30), 2014.

榊原秀訓/林晃大/福永實他, “行政法 判例回顧と展望 2014”, 法律時報(87卷6号), 2015.

Bellaby, Paul/Flynn, R. “Risk and the Public Acceptance of New Technologies”, *Basingstoke : Palgrave Macmillan*, 2007.

Nosal Ed, “The expropriations of Land: Market Value Compensation Should Be Paid”, *Journal of Public Economics*, Vol.82, 2001.

3. 학위논문

김용호, “공익사업에 따른 손실보상제도에 관한 연구 -정당보상을 위한 제도개선을 중심으로-”. 경원대학교대학원 박사학위논문, 2010.

이병홍, “공익사업 손실보상만족도 향상방안에 관한 연구”, 대구대학교 대학원 박사학위논문, 2012.

[Abstract]

Discussion on Scope of Loss Compensation in Expropriation

Lee, Hak-Chun*

Park, Jeong-lym**

Compensation for loss due to public expropriation shall be faithful to the protection of private property rights guaranteed by the Constitution. The object is not limited to direct losses due to public expropriation or restrictions, but indirect losses are also covered. Especially, in case of various life compensation, there are many complaints about actual loss. Therefore, more specific criteria should be laid out for the expansion of business loss compensation and appropriate compensation. In the case of compensation for land, such as buildings, it is necessary to clarify the requirements for the right to demand for purchase the business operator by giving appropriate criteria. Likewise, it is equitable to recognize the owner's right to request the purchase of the remaining building. In calculating operating loss, it should be improved to reflect all periods in which actual operating loss occurs. And as for the meaning of actual period of suspension of business, the legal system should be improved. Therefore, if the business location is to be relocated, it is reasonable to estimate the length of the business off period

* Professor, Graduate School of International Studies of Dong-A University

** PhD Student in Department of International Law Affairs, The Graduate School of Dong-A University/Regular Researcher of Dong-A University Global Disaster Management Institute

until the actual business sales are normalized. As a result, loss compensation for public expropriation requires continued efforts to achieve fair compensation. From that point of view, it must be improved in such a way as to be able to objectively and fairly estimate the actual losses incurred by the business.

[Key Words] Public expropriation, Eminent Domain, Compensation, Business Loss Compensation, livelihood compensation