

行政上 損失補償에 관한 研究

保健行政科 李 輔 泳
副 教 授

I. 緒 論

1. 行政上の 損失補償制度의 意義

1) 行政上 損失補償이란 適法한 行政作用에 의하여 개인에게 가하여진 특별한 희생에 대한 補填을 말한다. 行政上の 損失補償은 그 補償原因이 適法한 行政作用에 의한 것이며 그 損失은 適法하게 과하여진 특별한 희생이란 점등에서 行政上の 損害賠償과 다르다.¹⁾

行政上の 損失補償의 概念을 뚜렷하게 하기 위하여 다음과 같이 몇가지 要素로 나누어 보기로 한다.

(1) 「適法한 行爲」로 인한 損失의 補償이다.

行政上の 損失補償은 行政主體의 適法한 行爲로 인하여 생긴 “특별한 희생”에 대한 補償인 점에서 違法한 行爲로 인하여 생긴 損害의 賠償인 行政上の 損害賠償과 구별된다. 法律은 특별한 公共의 필요가 있는 경우에는 行政主體에 대하여 개인에 대한 損失의 발생이 수반되는 내용의 行政作用을 할 수 있는 權限을 부여하는 예가 있는데 그러한 法的 根據에 따라 適法하게 行政作用의 결과 個人에게 발생된 “특별한 희생”을 補償하는 것이 곧 行政上の 損失補償이다.

(2) 適法한 「公權力」의 행사로 인한 損失의 補償이다.

行政上の 損失補償은 適法한 公權力 行爲를 原因行爲로 하는 損失의 補償이다. 그러므로 公共用地的 任意買受에 따르는 代價의 支給은 損失補償과 구별된다. 損失補償의 原因行爲가 公權力 行爲라는 것은 자기의 意思에 반하여 損失을 受認하여야 하는 適法行爲는 公權力의 발동인 行爲에 限하는 것임에 비추어 당연한 일이라고 할 수 있다.

(3) 특별한 희생에 대한 「調節的 補償」이다.

行政上の 損失補償은 위에서 본 바와같은 適法한 公權力 行爲로 인하여 생긴 “특별한 희생”을 公平負擔의 立場에서 補償하여 주는 조치이다. 그러므로 公權力의 行便로 인하여 財産權등에 영향을 미친 경우라고 하더라도 그것이 財産權에 內在하는 社會的 制約의 범위내의 것인 때

¹⁾ 李尙圭, 新行政法論(上) 法文社, p.486 (1983).

에는 損失補償의 문제가 우려할 여지가 없다. 반대로 설혹 公共의 필요에 의한 適法한 行爲로 인한 損失이라고 하더라도 그 公共의 필요를 特定人的 犧牲으로 충족시키는 것은 公平負擔의 원칙에 어긋나는 것이므로 그 “특별한 犧牲”을 전체의 負擔으로 分解·轉嫁시키는 것이 社會正義의 요구에 부합되는 것이라고 할 것이며 여기에 損失補償의 意義가 있는 것이다.²⁾

(4) 「특별한 犧牲」에 대한 補償이다.

損失補償은 “특별한 희생”에 대한 社會的 公平負擔의 요구에 따라서 하는 補償이므로 損失補償의 原因은 “특별한 희생”이라고 할 수 있다. “특별한 희생”이란 特定人的 負擔으로 放置하는 것이 正義, 公平의 원칙에 어긋난다고 인정되는 權益의 박탈이라고 할 수 있다. 그런데 종래에는 “특별한 희생”을 주로 憲法 第 22 條, 第 3 項과의 관련아래 財產權의 侵害에 대한 것으로 限定하여 보는 것이 通設의이었으나 “특별한 희생”을 財意權의 영역을 넘어서는 문제로 다루려는 경향이 有力하다. 즉 주로 憲法 第 22 條 第 3 項과의 관계에서 파악하던 損失補償을 憲法 전체의 構成原理에로 그 視角을 확대함으로써 財產權 保障의 문제에서 生活權 保障의 문제로 視點을 바꾸어 非財產的 損失도 “특별한 희생”의 內包로 삼아 補償의 대상으로 삼으려는 경향이 뚜렷하다.³⁾

2) 行政上의 損失補償의 存在理由

行政上의 損失補償의 存在理由 즉 制度的 意義는 주로 財產權 및 生活權의 보장 및 公平負擔의 原則의 실현이라는 점에서 찾을 수 있다.

(1) 財產權 및 生活權의 保障

行政上의 損失補償制度는 個人的 財產權의 존중 즉 私有財產制를 그 기초로 한다. 近代自由主義的 法治國家에서는 그 기본원리의 하나로 개인의 財產權을 보장하나 그것은 결코 公益上의 필요에 의한 財產權侵害의 가능성을 부정하는 것은 아니다. 다만 專制的 警察國家에서와 다른 점은 公益上의 필요에 의한 財產權의 侵害는 法律의 근거에 의하지 아니하면 아니될 뿐만 아니라 公益과 私益의 조절을 도모함으로써 社會的·公平負擔의 원칙을 실현하기 위하여 財產權의 侵害로 인한 損失은 적정하게 補償하지 않으면 아니된다는 원칙을 제도화한데 있다. 다시 말하면 行政上의 損失補償은 일면에 있어서는 公益目的을 위한 私有財產權의 침해를 불가피한 것으로 인정하면서 타면에서는 財產權의 保障을 위하여 침해된 私有財產權을 적정하게 補償함으로써 公益과 私益과의 사이에 균형있는 조화를 도모하려는 요청에 따르기 위한 제도라 하겠다. 그러나 資本主義의 고도화에 따른 團體主義觀念의 확대, 발전으로 財產權의 絕對性 내지 私

²⁾ 李尙圭, 上揭書, p.487.

³⁾ 주로 補償의 범위로서 論議되는 精神的 損失의 補償, 生活權 또는 營業權補償, 第三者 損失의 補償의 문제는 非財產的의 性格을 가지는 것이며 廣義의 損失補償의 하나인 刑事補償(憲法 27 條) 이라든가 英國에서는 犯罪被害補償(Criminal injuries compensation)은 주로 精神的 損失에 대한 補償이다.

有財産制의 社會的 的의에 관한 觀念에 動요를 가져오고 所有權의 絶대·불가침성을 보장하던 19세기 헌법으로부터 財産權은 일정한 社會的 義務를 수반함을 이념으로 하는 20세기 憲法에로의 변천은 反面에 損失補償의 視角을 개인의 財産權保障에서 生活權보장으로 넓히고 있는 것이 사실이다.⁴⁾

(2) 公平負擔의 原則

損失補償制度는 公共의 필요를 충족시키는 과정에서 特定人에게 과하여진 “특별한 犧牲”을 전체의 負擔으로 分解 轉嫁시킴으로써 公平負擔의 원칙을 실현시키는 데에 그 制度的 意義가 있다. 그 特定人의 犧牲을 바탕으로 公共의 필요를 충족시키는 것은 그 特定人에게 가혹한 일일 뿐만 아니라 公平의 原則에 어긋나는 일이므로 그 특별한 희생을 전체의 負擔으로 國家가 補填하여 주려는 技術的 手段이 곧 損失補償이라고 할 수 있다.⁵⁾

3) 損失補償請求權의 性質

현실적으로 行政上의 損失補償을 請求할 수 있는 權利 즉 損失補償請求權의 성질에 대하여는 公權說과 私權說이 대립되어 있다.

(1) 公權說

損失補償은 行政上의 損害賠償의 경우와는 달리 適法한 公權力 行爲로 인한 “특별한 犧牲”에 대한 補填이기 때문에 公法上의 法律關係에서의 문제이고 따라서 損失補償請求權은 公法上의 權利라는 것인 바 이는 우리나라의 通說⁶⁾이다. 損失補償請求權의 성질을 公法上의 權利로 보는 경우에는 그에 관한 訴訟은 公法上의 權利關係에 관한 訴訟으로서 行政訴訟인 當事者訴訟에 의하게 된다.

(2) 私權說

損失補償請求權을 私權의 성질을 가진 것으로 이해하는 견해로서 損失補償의 原因行爲가 비록 公法的인 것이라 할지라도 이에 대한 損失補償은 당사자의 意思 또는 적법 法律의 규정에 의거한 私法上의 債權債務關係라는 것이다. 이 견해는 財産法關係는 원칙적으로 私法關係라고 보는 독일의 國庫學說의 유물이라고 지적되고 있다. 우리나라 大法院의 일관된 태도였다.⁷⁾

損失補償請求權의 성질을 私權으로 본다면 그에 관한 訴訟은 당연히 民事訴訟에 의하게 된다.

⁴⁾ 金南辰, 訂正增補版 行政法, 華學社 p.336(1978).

徐元宇, 現代行政法論, 博英社 p.715(1979).

⁵⁾ 李尙圭, 上揭書, p.470.

⁶⁾ 金道稔, 新稿全訂 一般行政法論(上) 青雲社, p.399(1981).

朴鈞炳, 改正版 最新行政法論 講義(上) 國民書館, p.346(1981).

尹世昌, 第2全訂版 行政法(上), 博英社, p.310(1981).

⁷⁾ 大判 1969년 12월 30일 69 다 9

“徵發이 國家의 一方的인 公權力의 行使에 의한 行政處分에 해당되는 것임이 所論과 같다 하여 被徵發者의 國家에 대한 徵發物 또는 徵發權利에 관한 補償請求까지를 公權關係에 속하는 權利라고 할 수 없으므로 當院은 從前부터 徵發補償請求權에 관하여 그것이 비록 徵發에 필수적으로 수반되는 權利이기는 하나 그 性質은 私法上의 權利에 지나지 않는다” 同旨의 大法院判決: 1967년 6월 27일 66 다 1052.

(3) 兩說의 比較 評價

行政上の 損失補償은 公權力 行便關係에서의 문제일 뿐만 아니라 損失補償의 原因行爲의 違法性과는 관계가 없는 것이라는 점에서 私法上の 法律關係와는 要素를 달리하는 것으로서 公法關係에 特有한 현상이라고 할 수 있다. 이와 같이 볼 때 損失補償請求權은 公法上の 權利로 볼 수 있으며 損失補償에 관하여 규정된 實定法이 損失補償의 請求에 관하여 前審節次로서 行政審判節次를 마련하고 있는 예가 많은 것(微發法 24條의 2 土地收用法 73條, 74條)도 損失補償請求權의 그러한 성질과 相關關係가 있는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이에 관한 訴訟도 當事者訴訟이다(行訴法 第3條 2號).

2. 各國의 損失補償制度의 發展

1) 獨逸의 損失補償制度의 發展

獨逸에서 “補償없으면 收用없다”는 원리가 확립된 것은 18세기에 들어서서의 일이며 그 이전에는 補償에 관한 恩惠說이 지배하였다. 1874년에 제정된 프로이센 收用法은 “收用の 전후에 財産의 변동에 의하여 발생된 損失의 전부의 完全한 補償”이라는 관념을 기반으로 하였던 것이며 그 후의 바이바르 憲法(1919年 8月 11日) 제 153條 제 2項은 상당한 補償 (angemessene Entschädigung)의 원칙을 명시하였다. 同憲法에서 ‘상당한 補償’이란 目的物の 객관적 가치를 뜻한다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 英美法下에서는 損失補償의 기준으로서는 損失補償의 기준으로서 客觀的 가치가 인정되기에 앞서 주관적 가치에 의하여 補償하던 때가 있었으나 獨逸에서는 그러한 沿革을 찾아볼 수 없다.

그러나 나찌(Nazi)時代에 들어서자 그의 독특한 政治體制로 인하여 私有財産權의 보호는 불충분하게 되었고 종래의 損失補償制度에 대하여는 ‘나찌’적인 수정이 가하여졌다. 法院은 ‘상당한 補償’의 의미를 일반적인 去來價格(gemeiner Wert, gemeiner Verkehrswert)으로 보아 종래의 객관적 價值說에 따랐으나 學者 사이에는 異說이 나타나기 시작하였다.

第2次 世界大戰 후에도 얼마 동안은 종전의 나찌法이 그대로 効力を 유지하였으나 곧이어 各州의 憲法으로 새로운 福利行政에 대처하기 위한 특이한 補償立法이 행하여지게 되었고 마침내 ‘본’ 基本法 제 14條 제3項 後段은 “補償은 公益과 關係人의 利益을 공정하게 衡量하여 결정하여야 한다”라는 특징있는 표현방법으로 補償에 관하여 規定하였다. 그러므로 獨逸에서는 나찌 시대를 제외한다면 프랑스에서와는 달리 ‘상당한 補償’의 관념에 의한 行政上の 補償制度가 일관되었으며 獨逸行政法에 있어서의 公權力 우월의 모습은 이 분야에서도 엿볼 수 있다.⁸⁾

2) 프랑스의 損失補償制度의 發展

프랑스의 行政上の 損失補償制度는 다른 나라에서와 마찬가지로 公用收用과의 관련 아래에서 發見되어 나왔다.

⁸⁾ 李尙圭, 上揭書, p.473.

프랑스의 公用收用 및 그에 따르는 損失補償에 관한 최초의 法律은 나폴레옹(B. Napoleon)에 의한 1810年 3月 18日의 法律이다. 이 法律은 損失補償에 관한 權限은 法院에 부여하고 오직 公用收用に 관한 公益宣言의 權限만을 국가의 元首에게 留保하였다. 그러므로 이는 公益성의 결정에 관한 權限은 行政權에 유보하나 收用 자체 및 損失補償은 司法權에 맡김으로써 私權의 보호를 도모한 제도라 하겠다.

그러나 1810年의 法律에 의한 損失補償制度는 上訴 등으로 말미암은 補償決定節次의 지연을 비롯한 절차의 번잡은 물론 鑑定人의 의견을 지나치게 신뢰한 나머지 過度補償에 의한 公益에의 압박등 폐단이 적지 아니하였다. 이러한 폐단을 없애기 위한 것이 1833年 7月 7日의 法律인데 이 法律은 陪審官으로 하여금 損失補償을 결정하도록 하였다.

그 이후에 몇 차례에 걸치는 변천을 거듭한 나머지 제정된 것이 이른바 構造에 관한 骨子法(Loi - Cardre sur la construction)으로 알려진 1957年 8月 7日의 法律이다. 이 法律은 먼저 ① 收用 및 損失補償에 관한 法令의 單一化의 취지를 宣言한 다음 ② 損失補償金은 公用收用으로부터 발생하는 直接的 損害 및 일정한 損失을 포함하여야 하며 ③ 金錢補償 이외의 방법에 의한 補償은 被害者의 선택에 맡겨야 할 뿐만 아니라 ④ 事前補償의 원칙 즉 行政廳은 결정된 補償金을 支給하거나 供託한 후가 아니면 收用目的物의 所有權을 取得할 수 없도록 하였다(同法 38條) 여기에 주목할 점은 프랑스에서는 한결 같이 公用收용을 위한 公益性의 결정기관(行政廳)과 損失補償의 決定機關(法院)과를 분리시키는 태도를 지켜나오고 있으며 특히 損失補償의 결정은 司法節次에 의하도록 하고 있다는 점이다.⁹⁾

3) 英國의 損失補償制度의 發展

英國에서의 損失補償의 문제는 普通法上の 문제가 아니라 憲法上の 원칙에 바탕을 둔 것이기 때문에 損失補償에 관한 根據法規은 모두 成文法의 형식으로 이루어져 있다.

1541年에 收用 및 損失補償에 관한 최초의 法律로서 ‘글로스터의 導管에 관한 法律’(the Bill for the conduittes at Gloucester)이 제정된 이래 損失補償의 근거는 개개의 收用關係法規 중에서 개별적으로 규정되었으며 補償에 관한 일반적인 규정은 마련되지 아니하였다. 그결과 損失補償制度는 매우 다양하고 복잡한 것이었음은 추측할 만하다. 그러나 그 후에 통일적인 法典의 필요성을 통감한 나머지 1845年에는 土地收用に 관한 一段法인 土地條項統合法(Lands Clauses Crnsolidation Act)을 제정하고 損失補償에 관한 극히 일반적인 원칙을 규정하였다. 同法이 규정한 補償의 一般原則에 관한 세부적인 내용은 法院의 判例를 통하여 짜여졌는데 判例를 통하여 이루어진 여러원칙의 骨子は ‘所有者에 있어서의 價値’(Value to the owner) 즉 被收用者의 주관적 가치를 기준으로 한 補償의 관념이다. 여기에 특히 주목할 만한 것은 同法 아래서의 補償은 被收用者의 주관적 가치를 기준으로 하나 거기에는 被收用者의 장래의 期待利益과 10%의 附加金을 加算한다는 점이다. 그러나 이러한 補償의 원칙은 현실적으로 과대한 補償을 가져오는 폐단이 많았기 때문에 이를 수정하기 위하여 1919

⁹⁾ 李尙圭, 上揭書, p. 472.

년에는 土地取得法(補償의 評價)法 [Acquisition of Land (Assessment of Compensation) Act]이 제정되었다. 이 法은 補償의 기준을 被收用者의 주관적 가치로부터 收用目的物의 객관적 가치 즉 市場價値로 함과 아울러 補償額에 대한 10%의 附加金制를 폐지함으로써 補償額算定의 합리화를 꾀한데에 의의가 있다고 할 수 있다.

그러나 이 法律도 1944年과 1947年의 두 차례에 걸쳐 중요한 수정을 받은후 1961年의 土地補償法(Land Compensation Act)에 통합 폐지되었다. 먼저 1944年의 都市計劃(Town and County Planning Act)은 第2次 世界大戰중의 戰爭目的을 위한 잠정立法으로서 戰爭인플레이 價格에 의한 補償을 피하고 第2次 世界大戰 이전 즉 1939年의 市場價値에 의하여 補償額을 산정하도록 하였다. 第2次 世界大戰의 종식에 따라 1947年에 새로이 제정된 都市計劃法은 한편에서는 1944年의 都市計劃法에 의한 戰時暫定規定을 폐지하고 다른 한편에서는 1919年의 土地取得(補償의 評價)法上의 補償의 원칙을 크게 수정하였다. 이 法律은 土地의 開發權(development power)을 국유화하여 中央土地廳에 부여하고 土地의 獨制取得에 대한 補償額은 그 土地의 強制取得 당시에 사용되고 있는 용도로 그 용도가 제한된 가치밖에 없다는 것을 전제로 한 市場價値에 의하여 算定하게 하였다. 다시 말하면 그 土地의 開發로 인하여 상승된 가치 즉 開發價値를 공제한 금액으로 補償하도록 한 획기적인 立法이다.

土地補償에 관한 一般法인 1961年의 土地補償(Land Compensation Act)은 종전의 土地補償에 관한 각 개별법을 통합하고 1919年의 土地取得(補償의 評價)法을 흡수한 것이다. 同法은 종래의 補償의 원칙을 크게 수정한 것은 아니다. 補償額의 算定기준을 구체화하고 그 決定權을 土地審判所(Lands Tribunal)에 부여함과 동시에 算定節次를 엄격히 규제하였다는 데에 의의가 있다.

英國에서의 損失補償에 관하여 위에서 본 바와 같은 土地를 중심으로 한 財產權에 관한 것이 외에 特記할 만한 것은 犯罪被害補償(Criminal injuries Compensation)이다. 犯罪被害補償이란 國家가 犯罪行爲로 말미암아 개인이 입은 身體·財產 또는 精神上的의 損害를 補填하여 주는 것을 말하는 것인바 이는 개인의 平穩한 生活權 보호를 위한 損失補償制度의 一例라 할 수 있다.¹⁰⁾

4) 美國의 損失補償制度의 發展

美國에서는 損失補償에 관하여도 各州와 聯邦의 憲法이 그 취급을 달리하고 있기 때문에 이를 일률적으로 말할 수는 없다. 그러나 극히 개괄적으로 전체의 경향을 본다면 건국 초기에 있어서의 損失補償은 '收用된 財產'에 대한 補償을 뜻하였으며 그것은 所有者의 立場에서의 가치를 기준으로' 하되 營業장 損失 및 收用의 결과 발생된 부수적인 損失에 대한 補償은 인정하지 아니하였다. 다만 이와 같이 收用に 따라 발생된 被收用物件 이외의 損失에 대한 補償을

¹⁰⁾ 李尙圭, 上揭書, p.475.

고려하지 아니하는 원칙에는 두 가지의 예외가 인정되었는데 그 하나는 土地의 일부를 收用한 경우의 殘地에 대한 補償이며 다른 하나는 ‘收用된 財産’의 가치에 대한 利子를 補償하는 경우가 있다는 것이다.

그 후에 各州의 憲法은 損失補償制度에 관한 많은 변화를 가져 왔으며 判例는 補償은 기준을 被收用者의 주관적 가치에 의하지 아니하고 市場價値에 의하여 객관적으로 평가하게 되었다. 결국 美國에서는 처음에는 損失補償의 기준을 所有者에 있어서의 가치라는 주관적 가치에 의하는 반면에 補償의 대상 내지 항목은 매우 제한되었으나 後期에 들어서면서 補償의 기준은 被收用者의 市場價値 즉 객관적 가치에 의하게 하고 補償의 대상은 대폭 확장하게 되었다. 이러한 사정은 美國에서의 損失補償制度가 美國의 그것과 비슷한 과정을 거쳐 발전되었음을 나타낸다.

아무튼 일찌기 正當한 補償(just compensation)의 관념을 확립한 美國에서는 憲法修正 제 5 조의 운용에 있어서 ‘정당한 補償’이란 被收用財産의 일반적인 市場價値를 기준으로 하여 충분하고 완전한 價額으로서의 補償 즉 完全한 財産的 補償을 뜻한다는 태도를 判例法¹¹⁾으로 지켜 나오고 있다.

II. 行政上の 損失補償의 根據

1. 行政上の 損失補償의 理論的 根據

行政上の 損失補償의 이론적 근거에 관한 학자들의 주장은 일정하지 아니한데 그 중에서 중요한 것으로는 既得權說, 恩惠說, 公用徵收說 및 特別犧牲說을 들 수 있다.

1) 既得權說

이 說은 自然法的인 既得權의 不可侵을 전제로 하여 公共의 필요에 의한 既得權의 侵害에는 그 經濟的 가치에 의한 補償을 하여야 한다고 주장하는 古典的 學說이다. 그러나 이 說은 自然法的인 既得權의 관념을 인정하고 그 不可侵을 전제로 하고 있다는 점에서 自然法的 주장으로서의 無理가 있으며 既得權 이외의 침해에 대한 補償의 근거가 될 수 없다는 결점이 있다.

2) 恩惠說

이 說은 公益 또는 國家權力의 절대성 내지 法律의 만능을 예정하고 개인은 이에 전혀 대항할 수 없다는 것을 전제로 하여 개인의 權益의 침해에 대하여는 恩惠적인 補償이 부여될 수 있음에 지나지 아니한다고 보는 것이다. 이러한 주장은 오늘날의 法律思想에 부합되지 아니함은 물론 오히려 行政上の 損失補償의 이론적 근거를 부정하는 것이라 아니할 수 없다.

¹¹⁾ U.S. ex rel T.V.A. v. Powerson, 319 U.S. 267, 275(1943)
U.S. v. Miller, 317 U.S. 369, 375(1943).

3) 公用徵收說

이는 憲法이 개인의 財產權을 보장하고 공공의 필요에 의한 私有財產의 侵害에 대한 보상을 규정하고 있는 정신을 일반화하여 財產權에 대한 당연한 사회적 구속을 넘는 모든 財產權의 侵害를 公用徵收로 설명하려는 學說이다. 그러나 이 說은 損失補償의 法律的 根據에 대한 설명은 될지 언정 損失補償의 이론적 근거를 제시하는 것이라고는 하기 어렵다.

4) 特別犧牲說

이는 自然法的인 正義·公平의 관념을 기초로 하여 特定人에게 가하여진 ‘특별한 희생’ (besonderes Opfer)은 이를 전체의 부담으로 補償하는 것이 정의와 공평의 요구에 맞는 일이라고 설명하는 것인데 오늘날의 通說이다.

5) 諸說의 比較評價

公法上的 損失補償은 國體主義的 견지에서 損失의 調節的 補償制度 (ausgleichende Entschädigung)인 것이며, 그러한 補償을 통하여 정의 공평의 원칙을 실현하려는 것임에 틀림없다. 다시 말하면 私有財產의 제도적 보장을 전제로 한다면 私有財產에 가하여진 우연하고 특별한 침해내지 희생은 이를 적절히 배분·조절함이 法의 目的인 정의·공평의 이념을 실현하는 길이라는 것을 行政上的 損失補償의 첫째 근거로 볼 수 있다.

그러나 行政上的 損失補償制度는 財產權 존중의 필요와 이의 침해를 필요로 하는 公益과를 조절함으로써¹²⁾ 합리적으로 法律生活의 안정을 도모하기 위해서도 필요 불가결한 제도이다. 法的 生活의 안정은 현재에 있어서의 財產權을 보장할 뿐만 아니라 장래에의 예측을 가능하게 함으로써 비로서 달성될 수 있음은 물론이다. 정의·공평의 원칙은 法의 最高理想중의 하나임에 틀림없으나 장래에의 예측을 가능하게 하기 위하여서 정의·공평의 원칙의 實定法化는 또한 法的 生活의 안정을 실현시키는데 있어서의 첩경이라 아니할 수 없다. 여기에 行政上的 損失補償制度를 긍정할 둘째 근거로 엮을 수 있다.

요컨대 行政上的 損失補償은 私有財產權을 보장하는 法秩序 아래에서 당연히 요구되는 正義·公平의 原則 및 法的 生活의 安定性을 도모하기 위하여 「특별한 희생」을 전체의 부담으로 補償하는데 그 이론적 근거를 두고 있는 것이라고 할 수 있다.

2. 行政上的 損失補償請求權의 根據¹³⁾

行政上的 損失補償關係는 국가와 개인 사이에 補償請求權 및 補償金支給義務를 내용으로 하는 法律關係이므로 거기에는 일정한 法的 根據가 있지 않으면 안된다. 法的 根據로는 일응 憲法·

¹²⁾ 본 基本法 第 14 條 第 3 項 참조.

¹³⁾ 종래에는 일반적으로 損失補償의 ‘實定法的 根據’로 다루어진 문제이다. 엄밀하게 본다면 損失補償의 理論的 根據의 경우와는 달리 현실적인 損失補償請求權의 法的 根據에 관한 문제이다. (徐元宇 ‘行政上的 損失補償의 根據와 原因’ 月刊考試 1977年 7月號 p.97 참조.

法律·慣習法 및 條理를 생각할 수 있을 것이다. 그러나 行政上의 損失補償에 관한 慣習法을 우리나라에서 찾아 볼 수 없음은 물론 公法の 영역에 있어서 補充的 法源으로서의 지위에 있는 條理를 行政上의 損失補償의 근거로 삼기 위하여는 그것이 憲法法理속에 具體化되었다고 인정될 수 있는 경우가 아니면 아니된다고 보는 것이 보통이다.¹⁴⁾

그러므로 行政上의 損失補償에 관한 實定法的 근거로 첫째로 생각할 수 있는 것은 公用負擔과 損失補償에 대하여 규정한 憲法 第22條 第3項이다. 이 憲法の 규정에 따라 公用負擔에 관한 法令은 그에 따르는 損失補償에 관하여 아울러 규정하는 것이 보통이다. 따라서 公用負擔에 의하여 財產權이 侵害된 者는 그 法律을 근거로 하여 行政上의 損失補償을 청구할 수 있음은 물론이다. 그런데 公用負擔에 관한 法令이 損失補償에 관하여 규정하지 아니한 경우¹⁵⁾에는 財產權을 침해당한 개인이 損失補償을 청구할 수 있는 實定法的 根據가 문제된다.

이에 대한 學者들의 태도는 각국 헌법의 규정 태도에 따라 한결같지 아니하나 일반적으로 立法指針說·違憲說 및 直接效力說로 요약할 수 있다.

1) 立法指針說¹⁶⁾

이 說은 憲法이 일반적으로 가지는 政策闡明性에 착안하여 국민은 직접으로 憲法の 규정에 의하여 어떠한 權利를 주장할 수 있는 것이 아니라 憲法の 法理에 입각한 法律의 규정을 기다려서 비로소 구체적인 權利·義務를 가지게 된다고 한다. 그러나 이는 憲法이 가지는 性質 내지 效力의 一面에만 치중한 것으로서 憲法이 직접 實定法的 규정을 스스로 간직하고 있는 경우가 있음을 간과한 것이라고 하지 아니할 수 없음과 아울러 損失補償에 관한 憲法の 규정이 국민의 權利保障을 위한 규정이라는 것을 무시한 이론이라 할 것이다. 물론 이것은 憲法の 규정태도에 따라서는 프로이센 憲法 第9條의 경우와 같이 단순한 立法指針的 效力 내지 意義밖에 없는 例外가 있음을 부인하는 것은 아니다.

2) 違憲說¹⁷⁾

이 說은 公用收用에 있어서 적정한 補償을 지급하지 아니한 경우에는 違憲의 문제가 제기됨은 당연한 일이나 그경우에도 被害者는 法律에 규정되지 아니한 損失補償을 청구할 수 있는 것이 아니라 오직 그러한 違憲法律에 의한 行政作用의 取消을 청구하고 不法行爲로 인한 損害賠償을 청

¹⁴⁾ 東京地方裁判所는 條理에 의거하여 정당한 補償을 청구할 수 없다고 判示하였다(1951年 3月 1日 判決, 下級 民集 2卷 3號, p.301).

¹⁵⁾ 損失補償을 할 方法을 규정하고 그 補償方法등을 모두 下位法規에 委任한 경우에 그 下位法規가 제정되지 아니하고 있는 때도 같다.

¹⁶⁾ 方針規定說 이라고도 한다.(金道稔, 上揭書, p.401).

¹⁷⁾ '立法者에 대한 直接效力說'이라 부르는 예도 있다.(朴統煥, 上揭書, p.348)

구할 수 있음에 그친다고 한다.¹⁸⁾ 그러나 직접 또는 간접으로 損失補償規定을 가지지 아니한 모든 公用收用關係法今이 당연히 違憲이 될 것인지 하는 것은 의문스럽다. 다시 말하면 직접, 간접으로 無補償을 전제로한 公用收用關係法今 및 그에 의거한 公用收用은 違憲이라 하겠으나 法の沈黙 즉 補償規定의 결여가 곧 損失補償을 부정한 것이라고는 보기 어려울 것이다.¹⁹⁾

3) 直接效力說²⁰⁾

이는 憲法은 그 자체로 實定法으로서의 效力을 가지므로 그에 반하는 法律은 違憲立法이 되어 그 執行이 거부됨은 물론 被害者는 憲法의 규정에 의거하여 현실적으로 正當한 補償을 청구할 수 있다고 한다.²¹⁾

第3共和國 憲法 第20條 第3項은 美國憲法修正 第5條 및 日本憲法 第29條 第3項 등의 예에 따라 “公共必要에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限은 法律로써 하되 正當한 補償을 支給하여야 한다.” 라고 규정함으로써 損失補償을 法律에 留保하는 태도를 止揚하고 그 자체로서 實定法的 規定形式을 취하여 直接效力說의 태도를 밀바침하였다.²²⁾

4) 諸說의 比較 評價

損失補償請求權의 實定法的 根據에 관한 위의 여러 學說 가운데서 어느것이 타당한 것인지 하는 것은 결국 각국의 憲法의 태도에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없는 일이다. 우리 憲法 第22條 第3項은 “公共必要에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限은 法律로써 하되 補償을 支給하여야 한다. 補償은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 정한다.” 라고 규정하여 財產權의 收用·使用 또는 制限의 경우의 損失補償을 당연한 것으로 전제한 다음 그 補償의 구체적 기준과 방법은 法律로 정하도록 留保하되 西獨憲法 第14條 第3項의 예에 따라 補償의 내용은 公益과 關係者의 私益이 적정하게 調和를 이루도록 하였다. 그러므로 現行憲法 아래에서의 損失補償請求權의 內容과 行使方法은 憲法이 규정한 일반적인 補償基準인 “公益과 關係者의 利益을 正當하게 衡量” 하는 전제아래 法律로 구체적으로 정하여지는 것이며 法律의 근거없이 損失補償請求權을 行使할 수는 없다. 그러나 公用收用등에 관하여 정한 法律이 損失補償에 관한 규정을 두지 아니하거나 補償基準이 憲法이 전제한 기준에 부합되지 아니한 때에는 당해 法律은 公用收用 등의 경우의 損失補償을 당연히 전제하고 있는 憲法 第22條 第3項에 위반되는 것이 된다. 그러므로 違憲인 法律의 집행으로 인한 被害者는 正當한 法律의 근거없이 한 財產權

¹⁸⁾ 田上穰治, 行政法額論, p.102.

金道昶, 上揭書, p.402.

¹⁹⁾ 金道昶, 上揭書, p.403. 朴統, 上揭書, p.349.

尹世昌, 上揭書, p.306.

²⁰⁾ ‘國民에 대한 直接效力說’이라 부르는 예도 있다(朴統炳, 上揭書, p.349).

²¹⁾ 金哲洙, 新憲法學概論, 博英社, p.366 (1980).

²²⁾ 大判 1967年 11月 2日·67다 1334 “徵發補償金 請求權은 徵發補償 審議會의 査定이 없더라도 곧 발생한다고 보는 것이 正當하다” 大判 1969年 1月 21日·68다 2192 (同旨).

의 침해로 인한 損害賠償 또는 原狀回復을 청구할 수 있다고 하겠는 바 現行 憲法 아래에서는 違憲說이 타당하다고 할 수 있다. 大法院도 종래의 直接效力說의 입장을 바꾸어 損失補償을 請求하려면 그 損失補償의 기준과 방법을 정한 法律에 의해 서만 可能하다고 하였다.²³⁾

Ⅲ. 行政上的 損失補償의 原因

行政上的 損失補償은 ① 適法한 公權力의 行使로 말미암은 ② 특별한 희생을 그 원인으로 한다. 여기에서 특히 문제가 되는 것은 「특별한 희생」인데 「특별한 희생」이란 일반적으로 균등하게 과하여진 것이 아니라 다른자와 구별되어 특정인에게 불균형하게 과하여진 權益의 박탈을 뜻한다. 이러한 특별한 희생이 있음으로써 비로소 그 희생을 一般人에게 公평하게 分배하여 부담을 조절할 필요성이 인정되는 것이다.

그러나 補償하여야 할 특별한 희생의 범위를 어느 정도까지 인정할 것인지 하는 것이 문제된다. 왜냐하면 私有財産權은 절대적인 것이 아니라 제도적으로 보장되고 있는 것으로서 일정한 社會的 拘束에 있기 때문에 그 財産權에 內在하는 一般的 社會的 制約은 어느 정도까지 受忍하지 아니할 수 없기 때문이다. 특별한 희생의 범위에 관한 견해는 形式的 標準說과 實質的 標準說로 大別된다.

1. 形式的 標準說

이는 경제적 가치의 박탈행위가 일반적인 것인지 개별적인 것인지의 여부에 따라 後者의 경우 즉 특정인 또는 한정된 범위내의 사람에 대한 박탈행위만을 특별한 희생으로 본다. 이說에 의하면 침해의 범위가 일반적, 추상적으로 된 것이며 일반적 침해로 보아 損失補償을 필요로 하지 아니한다. 그러나 일반적인 침해라고 하여 당연히 損失補償의 대상이 되지 아니한다고 보는 것은 私有財産制와의 관련아래 여러가지 어려움이 있으며 여기에 이說의 약점이 있다

2. 實質的 標準說

이說은 다시 다음과 같이 細分하여 볼 수 있다.

1) 受忍限度說

침해의 本質性과 強度를 표준으로 하여 財産權의 본체인 排他的 支配性을 침해하지 아니하는 범위내의 침해는 財産權에 당연히 내포된 社會的 制約인 것이나 보통의 부담이상으로 財産權의 본체를 침해하는 것은 財産權의 內在的 制約의 범위를 넘는 것이므로 補償을 요하는 특

²³⁾ 大判 1976年 10月 16日 76다 1443.

별한 희생에 해당한다고 한다.²⁴⁾

2) 私的 效用說

이 說은 私育財産制度의 本質을 財産權의 私的 效用에 두는 결과 財産權에 대한 私的 效用을 침해하는 것을 특별한 희생으로 본다.²⁵⁾

3) 目的 違背說

이 說은 財産權에 대한 侵害行爲가 당해 財産權에 대하여 종래부터 인정되어 온 目的에 위배되는 것인지의 여부에 따라「특별한 희생」인지의 여부를 가리려는 것으로서 종래부터의 目的 供用을 制約하는 것은 「특별한 희생」이라고 한다.²⁶⁾

3. 兩說의 比較·評價

위의 兩說은 각각 일면의 타당성만을 지니고 있을 뿐 「특별한 희생」에 대한 완전한 判斷基準은 되지 못한다. 그러므로 이 문제는 위의 兩說이 주장하는 바를 결합시켜서 얻은 구체적인 解答의 最大公約數를 표준으로 하여 해결할 수 밖에 없는 流動的·相對的인 것이라 하겠다. 이와같이 볼 때 「특별한 희생」이란 특정인의 부담으로 방치하는 것이 정의·공평의 원칙에 반한다고 인정되는 權益의 박탈이라고 할 수 있다. 즉 財産權의 경우 그에 대한 침해가 財産權에 內在하는 社會的 制約을 넘어 財産權의 本來的 效用을 沮害함으로써 그것을 개인에게 受忍시키는 것이 社會正義와 公平의 원칙에 어긋난다고 인정되는 때에 이를 가리켜 「특별한 희생」이라고 할 수 있다.²⁷⁾

IV. 行政上의 損失補償의 對象

원래 損失補償은 土地 등의 財産(엄격하게 財産權)을 補償의 직접적인 對象으로 하되 그 財産과 因果關係있는 통상적인 損失을 附加的인 對象으로 생각하는 것이 오늘날 우리 나라의 損失補償理論의 지배적인 견해이다. 그러나 財産을 補償의 대상으로 한다는 생각은 결코 損失補償理論에 있어서의 不變의 眞理는 아니며 損失補償의 歷史에 비추어 보면 변천하는 각 시대의 思潮를 반영하는 것으로 볼 수 있다. 즉 美國에 있어서의 補償의 歷史를 例로 들어보면 먼저 19세기 중엽에는²⁸⁾ 被收用者의 만족을 補償의 대상으로 함으로써 主觀的 色彩가 매우 짙었는가 하면

²⁴⁾ R. Stüdtter의 주장

²⁵⁾ Reinhardt의 주장

²⁶⁾ W. Weber 및 R. Huber의 주장

²⁷⁾ 李尙圭, 上揭書, p. 482.

²⁸⁾ 1845年의 土地條項 統合法(Lands Clauses Consolidation Act)이 시행되기 시작하면서 부터 때를 가리킨다.

20世紀에 들어서면서 부터는²⁹⁾ 구체적인 收用의 對象이된 財産의 市場價値를 補償의 對象으로 생각하게 되어 補償의 客觀性이 두드러지게 나타나게 되었다. 그것이 20世紀의 후반에 접어들면서 부터 새로이 生活補償의 觀念이 나타나게 되어 被收用者의 生活의 안정을 補償의 對象으로 생각하는 경향이 나타나게 되었다. 물론 生活補償이라고 하더라도 아직 뚜렷이 生活補償이라는 用語로 定着된것은 아니고 住居의 總體的 가치의 補償이라거나 少數殘存者補償 등으로 불리우고 있는 데에 그치는 것이나 그 實體를 보면 被收用者의 生活安定을 補償의 대상으로 하고 있다는 점에서 生活補償의인 것임에는 틀림없다고 하겠다.

이와 같이 損失補償의 對象은 역사적으로 변화를 거듭하고 있으며 그것은 사람에서 물건으로 다시 물건에서 生活로의 길을 걷고 있다고 할 수 있다.

1. 損失補償의 對象의 變遷

1) 對人的 補償

英國에서 처음으로 損失補償의 인정한 制定法(Statute)인 1845年의 土地條項統合法(Land Clauses Consolidation Act) 아래에서의 收用된 土地의 價値는 被收用者에 있어서의 價値를 기준으로 평가 되었다.³⁰⁾ 여기에서 「被收用者에 있어서의 價値」(Value to the owner)란 土地의 客觀적인 價値를 뜻하는 것이 아니라 被收用者가 당해 土地를 사용함으로써 현재 얻고 있는 便益價値를 上廻하는 것이 보통이기 때문에 당해 土地의 客觀적인 市場價値는 특별한 경우를 제외하고는 주관적 利用價値의 下限을 나타내는 것으로 인식되었다. 初期에 있어서의 損失補償이 土地에 대한 被收用者의 주관적인 利用價値를 대상으로 지급된 것은 당시의 英國에서 任意買受가 일반적인 형태였고 損失補償은 被收用者와 收用者사이의 協의의 결과 주관적으로 정하여진 補償額에 의하여 지급되었기 때문인 것으로 짐작된다. 따라서 初期의 損失補償은 被收用者 개인의 입장을 대상으로 한 對人的 補償이었다고 할 수 있을 것이다.

2) 對物的 補償

損失補償의 初期의 現狀으로서 假定된 위에서 본 바와 같은 對人的 補償은 補償額의 算定에 관하여 客觀적인 기준이 없고 또 高額인 것이 보통이었다. 그래서 公益事業員의 經減을 위하여 생각된 것이 곧 財産에 대한 客觀적인 市場價値의 補償 즉 對物的 補償이다. 對人的 補償에서 對物的 補償으로 바뀐주된 이유는 위에서 본 바와 같이 對人的 補償은 그 補償額이 일반적으로 高額일 뿐만 아니라 補償額算定의 客觀적인 기준이 없이 매우 애매하다는 점이다.³¹⁾

29) 1919年의 土地 取得法 (Acquisition of Land Act)의 施行時期를 말한다.

30) Corrie v. McDermott (1914) A.C.1056.

Re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board (1909) 1 K.B.16.

31) 李尙圭, 上揭書, p.484.

여기에 對物的 補償의 대표적인 특징의 하나로 들 수 있는 것은 收用의 對象과 補償의 對象이 일치된다는 점이다. 收用의 對象과 補償의 對象을 일치시켜서 생각하는 대표적인 制度의 例로서는 미국의 경우를 들 수 있으나 우리 나라에서 보통 인정되고 있는 것과 같은 「通常的으로 받는 損失의 補償」은 收用의 對象과 補償의 對象과가 반드시 일치하지 아니하는 경우가 많다. 물론 미국에서도 殘地補償이 인정되고 있으나 그것은 예외적인 현상으로서 殘地는 원래 收用의 對象이 아닌데도 補償의 대상으로 삼는 것이다. 이에 대하여 英國에서는 1919年의 土地取得法(Acquisition of Land Act)에 의하여 對物的 補償의 원칙이 채택되었지만 종전의 對人的 補償의 遺物이 부분적으로 殘存되고 있으며 우리나라의 損失補償도 그것에 가깝다고 할 수 있다.

對物的 補償의 특징으로 단 하나 들 수 있는 것은 對物的 補償은 被收用者나 關係人에게 만족할만한 補償이 되지 아니하는 경우가 많다는 점이다. 對物的 補償의 대표적인 경우로 들 수 있는 美國의 제도는 理論的으로는 首尾一貫하여 매우 論理的이나 補償의 실제면에서 본다면 移轉費損失 및 營業上의 損失등 부족한 점이 많은 것이 사실이다.

3) 生活補償

對物的 補償의 위에서 본 바와 같은 문제를 補完하는 뜻에서 새로이 등장한 것이 이른바 生活補償이라고 할 수 있다. 對物的 補償에서 生活補償으로의 변천으로 가장 크게 작용한 것은 損失補償理論에 대한 社會福祉 國家觀念의 導入이라고 할 수 있겠다. 損失補償의 目的을 社會福祉國家的인 觀點에서 본다면 收用이 없었던 것과 같은 財產상태로 만드는 것만으로는 불충분하고 收用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 만들수 있는 것이 아니면 아니된다고 하겠다. 따라서 補償에 있어서는 被收用者와 關係人의 종래와 같은 生活을 念頭에 두어야 하며 財產補償은 결국 生活補償을 목적으로 하는 것으로서 生活補償의 일부를 이루는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 損失補償은 財產의 等價交換의 價値의 補償에 그칠 것이 아니라 有機體的인 生活을 종전과 마찬가지로 수준으로 보장할 수 있는 것이 되지 않으면 社會福祉國家觀念에 충실한 補償이라고 말하기는 어려울 것이다.³²⁾

2. 生活補償의 內容

오늘날 대부분의 國家에서 일반적으로 채택되고 있는 對物的 補償은 미국의 判例에서 볼 수 있는 것처럼 理論的으로 매우 정연한 것이 사실이나 실제적으로 被收用者에게 명후한 것은 숨길 수 없다. 따라서 對物的 補償의 그와 같은 문제를 補完하는 의미에서 殘地補償이나 移轉補償등(土地收用法 47, 49條) 對人的 補償手段이 加味되고 있으나 오늘날에는 다시 개인의 生活保障이라는 의미에서 여러 가지의 生活補償의인 手段이 인정되게 되었다. 生活補償의 수단

³²⁾ 李尙圭, 上揭書, p.485.

으로 보통 인식되고 있는 대표적인 補償을 들어보면 다음과 같다.

1) 住居의 總體價値의 補償

이는 英國에서 1985年 10月부터 인정된 것으로서 住居의 總體價値 (gross value of dwelling)의 補償이란 사람이 居住하기에 부적합한 住居의 收用에 있어서 지급될 補償額이 住居의 總價値보다 적은 경우에는 住居의 總體價値에 상당하는 금액으로 補償하는 것을 말한다. 즉 簡易建物の 전부나 일부를 포함하는 토지를 收用함에 있어서 被收用者가 그 建物を 자기의 住居로서 所有하고 단 현실적으로 占有하고 있으나 그 簡易建물이 사람의 居住用으로 적합하지 않기 때문에 그의 市場價格이 매우 낮은 때에는 評價表(valuation list)에 의하여 결정되는 그 住居의 總體價値로 補償하는 것을 말한다.³³⁾ 결국 그러한 경우에는 당해 建物の 市場價格이 아무리 낮더라도 거기에서 현실적으로 일정한 삶이 營爲되고 있는 限 일정한 住居의 總體價値의 補償이 되는 셈이며 이는 곧 撤去되는 建物の 住民의 生活補償인 것이다. 이러한 補償의 觀念이 생긴 것은 비교적 최근의 일로서 종래의 對物的 補償에 社會福利國家的 요청을 加味하여 생활의 안정을 보장하려는 것이라고 할 수 있다.

2) 營業上損失의 補償

우리나라의 土地收用法 第51條는 營業上 損失의 補償을 인정함으로써 英國의인 補償例를 취하고 있다. 「學業上의 損失」은 土地등의 收用과 因果關係있는 營業上의 損失을 말하는 것으로서 營業廢止로 인한 경우로 나누어 그 營業이윤을 補償하게 되는 것이다. 미국에서는 이 경우의 營業이윤은 당해 土地의 位置·形狀·面續 등에 의하여 생기는 것이 아니라 營業主의 知識·能力 또는 努力에 左右되는 것이라고 할 수 있기 때문에 憲法이 보호하는 權益이라고는 할 수 없다는 것이다. 즉 土地를 收用함에 있어서 收用の 對象인 土地에 밀접하게 의존하는 事業으로서 그 事業의 존재가 당해 土地의 價値를 높이는 것일 때에는 營業이윤은 土地評價에 고려되는 요소가 되는 것이나 土地에 강하게 의존하지 아니하는 사업인 때에는 그 學業利潤은 고려의 대상이 되지 아니한다. 이와같이 收用の 對象인 土地와 一體關係에 있는 事業인지의 여부에 따라 그 事業의 評價가 달라지는 것으로서 우리 나라나 英國과 같이 事業 그 자체를 土地와는 관계 없이 補償의 對象으로 하는 것과는 크게 다르다. 위에서 본 바와 같은 美國의 例가 對物的 補償에 속하는 것인데 대하여 우리나라의 것과 같은 學業上損失의 補償은 生活補償의 일종이라고 할 수 있다.

3) 移轉料補償

移轉料補償은 收用の 직접적인 對象이 아닌 것에 대하여 補償을 하는 것이기 때문에 對物的 補償에 속하지 아니한다. 移轉料補償은 財産權에 대한 補償이라기 보다는 被收用者 자신에 대하여 平等의 원칙의 입장에서 지급되는 것이므로 사람에 대한 補償이라고 할 수 있다. 그렇기

³³⁾ Parrish, Cripp's Compulsory Acquisition of Land, 1962, pp.729~731.

때문에 對物的 補償에 철저한 美國에서는 移轉料는 補償하지 아니하는 것이 원칙이다. 그에 대하여 역사적으로 對人的 補償을 거쳐 對物的 補償制度를 채용한 英國에서는 移轉料는 收用的 직접적인 결과라는 이유로 보상을 하는 것이 원칙이며³⁴⁾ 土地收用法 第 49 條도 移轉料補償을 인정하고 있다.

이와 같은 移轉料補償은 물건에 대한 것이 아니라 사람에게 대한 것이나 被收用者의 經濟的 損失에 대한 補償에 상당하므로 그 補償을 인정하는 것이 타당한 것이다 왜냐하면 損失補償은 결과적으로 收用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 再現하는 것이 바람직하기 때문이다.

4) 少數 殘存者 補償

이는 收用的 결과 증진의 生活共同體로부터 分離되는 者가 생기는 경우에는 그들의 受忍限度를 넘는 현저한 損失을 보상하여 生活를 재건할 수 있도록 하는 것을 말한다. 예컨대 댐工事 등으로 말미암아 生活共同體의 대부분이 水沒로 이진하고 소수의 殘存者가 생긴 때에는 그 少數殘存者가 증진과 같은 생활을 계속하는 것은 거의 불가능한 일이며 소수잔존자에게 증진에 準하는 생활을 보장하기 위하여 하는 보상이 그에 속한다. 少數殘存者 補償의 內容은 移轉料補償 및 學業上損失의 補償등이 混合된 형태의 것이 보통이며 被收用者 이외의 第三者의 生活維持를 보장하기 위한 것인 점에서 生活보상에 해당한다.

우리나라에서는 少數殘存者 補償을 직접 규정한 예는 찾아보기 어려우나 土地收用法 第 56 條 第 1 項을 擴大解釋하면 少數殘存者 補償이 가능하다.³⁵⁾

3. 生活補償의 性格

生活補償의 性格은 生存權的 性格과 原狀回復의 性格으로 요약할 수 있다.

1) 生存權的 性格

生活補償의 第 1 次的인 성격은 生存權 保障이라는 데서 찾을 수 있으며 여기에서 生活補償의 最低線은 개인의 生存權을 보장할 수 있는 것이어야 한다는 요청이 우리나라 즉 英國에서의 住居의 總體價値의 補償에서 볼 수 있는 것과 같이 收用的 對象은 거의 經濟的 價値가 없는 簡易建物이라고 하더라도 거기에서 生活이 營爲되고 있는 限 그 간이건물에 대하여 生活根據로서의 總體的 價値를 인정하여 補償을 하는 것은 生活補償의 당연한 歸結이라고 할 수 있다. 이러한 요청은 社會福祉國家에서의 당연한 요청이라고 할 수 있는 것이기 때문에 단순히 社會保障의 분야에서 뿐만 아니라 損失補償을 포함한 行政의 모든 분야에 적용되는 것이라고 하겠다.

2) 原狀回復의 性格

生活補償은 收用이 없었던 것과 같은 經濟的 狀態를 실현시키는 것에만 그치는 것이 아니라 收

³⁴⁾ Lawrance, Compulsory Purchase and Compensation, 1967, p.115.

³⁵⁾ 李尙圭, 上揭書, p.487.

用이 없었던 것과 같은 生活狀態를 再現하는 것이라는 전제에 입각한다. 이는 被收用者는 물론 收用의 직접적인 영향을 입은 第三者도 마찬가지로 취급되는 것이다. 이는 英國에서 이른바 原狀回復價値(reinstatement value)의 補償을 인정하고 있는 것으로도 쉽사리 알 수 있다. 즉 教會·學校 등과 같이 특수한 目的에 사용되는 財産은 자유로운 公開市場價格이 없기 때문에 어딘가의 다른 土地로 옮겼을때에 原狀과 같은 教會·學校 등을 建設하는데 필요한 費用이 補償額 算定에 반영되어야 한다는 것이다. 生活補償의 이러한 原狀回復的 性格은 종래의 對物的 補償 아래에서는 생각할 수 없는 성격의 것이다.

4. 우리 나라에 있어서의 損失補償의 對象

우리 나라의 憲法 第22條 第1項은 近代立憲國家의 예에 따라 개인의 財産權을 보장함과 동시에 同條 第3項은 公共의 필요에 따르는 財産權의 制限 내지 收用의 경우에는 損失補償을 하도록 함으로써 財産權補償 즉 對物的 補償을 大前提로 제시하고 있음을 알 수 있다. 그런데 現行憲法 第32條 第1項은 人間다운 生存을 보장한 바이마르(Weimar) 憲法 第151條 第1項의 예에 따라 人間다운 生活을 할 權利를 보장하여 生活權的 基本權의 理念的 바탕을 제시함과 동시에 損失補償의 내용은 「公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量」한 것이어야 함은 憲法 第22條 第3項 후단이 明示하고 있는 것은 결국 우리나라의 損失補償은 權利國家的 觀點에서의 生活補償을 志向하는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 우리 나라에서의 損失補償은 對物的 補償을 主軸으로 하되 生活補償을 志向하는 것으로 이해할 수 있다고 하겠다.³⁶⁾

V. 行政上の 損失補償의 內容

1. 損失補償의 範圍

損失補償의 범위는 각국의 立法態度와 憲法을 民받침하는 社會倫理的 價値觀의 차이에 따라 반드시 동일하지는 아니하나 「完全한 補償」(perfect compensation)과 「相當한 補償」(angemessen entschädigung)의 觀念이 서로 엇갈려 있다.

1) 完全補償說

損失補償은 被收用財産이 가지는 財産的 價値를 充分하고 完全하게 補償하는 것이어야 한다는 견해로서 주로 自由國家의 財産權 觀念을 바탕으로 한 주장이다. 이러한 完全補償說은 구체적인 說明의 태도에 따라 다시 ① 損失補償의 目的은 公平負擔의 원칙의 실현에 있으므로 발생한 損失의 전부를 補償하는 것이어야 한다는 주장과 ② 損失補償은 財産權의 보장에 대응하는 것이므로 被收用財産의 객觀적 가치를 완전히 補償하는 것이어야 한다는 주장으로 나누

³⁶⁾ 李尙圭, 上揭書, p.489.

어 볼 수 있다. 이들 두 가지 주장의 차이는 주로 附帶的 損失의 補償을 필요로 하는 것인지의 여부에 있다. 즉 前者의 주장에 의하면 附帶的 損失의 補償은 完全補償을 위한 요건인 것이나 後者에 따르면 附帶的 損失은 포함되지 아니한다.

이와 같은 完全補償의 관념은 美國憲法修正 第5條의 正當한 補償(just compensation) 條項의 해석을 중심으로 주로 美國에서 발전되어 나왔으며 우리나라 第3共和國 憲法 第20條 第3項은 이러한 뜻에서의 「정당한 보상」을 규정하였었다.³⁷⁾ 다만 美國大審院은 損失補償에 관하여 被收用財産의 객관적 가치의 完全한 補償이라는 完全補償의 태도를 굳게 지키면서도 附帶的 損失(consequential or incidental damage)의 補償에 관하여는 매우 流動的인 태도를 보이고 있다.³⁸⁾

2) 相當補償說

이 說은 주로 社會國家的인 입장에서 주장되는 것으로서 損失補償은 그 財産權 侵害行爲의 공공적 중요성에 비추어 이른바 社會國家的 基準에 의하여 정하여지는 적정한 補償이면 족하다고 한다 이 說 역시 그 구체적인 주장의 내용에 따라 ① 社會通念에 비추어 객관적으로 타당성이 인정되는 것이며 完全補償을 下廻하여도 무방하다고 보는 견해와 ② 私有財産制의 본질에 비추어 完全補償이 필요한 것이나 합리적 사회적 이유를 바탕으로 예외적으로 完全補償을 上廻하거나 下廻할 수도 있다고 하는 견해로 大別된다.

이와 같은 相當補償說은 19세기적인 財産權의 絕對觀念에 대한 비판과 그에 따르는 財産權의 社會的 制約性을 바탕으로 하면서 社會政策的 配慮가 加味된것 임은 의심할 여지가 없다. 「상당한 보상」을 憲法上의 원칙으로 명시한 예로 들 수 있는 것이 곧 바이마르 憲法 第153條이며 본 基本法 第14條 第3項 3段³⁹⁾도 표현에 차이가 있을 뿐 바이마르 憲法 第153條의 원리에 따른 것이다. 다만 주목할만한 것은 獨逸에서도 憲法上으로는 相當한 補償의 입장을 취하고 있으나 현실적으로는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는⁴⁰⁾ 完全補償의 원칙의 범주를 벗어나지 않고 있다는 점이다.⁴¹⁾

³⁷⁾ 大判 1969년 1월 21일, 68다 2192.

“憲法 第20條 第3項의 ‘정당한 補償’ 이라함은 損失補償額의 결정에 있어서 객관적인 가치를 완전히 보상하여야 한다는 취지 일뿐 아니라 한걸음 나아가서 그 補償의 時期, 方法등에 있어서 어떠한 制限을 받아서는 아니된다는 것을 의미한다고 풀이하여야 할것이다.” 大判 1970년 2월 24일 69다 1769(同旨)

³⁸⁾ Mitchell V. U.S. 267 U.S. 341(1925)(이 사건에서 大審院은 附帶的 損失은 補償의 대상이 되지 않는다고 判示하였다).

³⁹⁾ 본 基本法 14條 3項 3段

“補償은 公益과 關係者의 利益을 公正하게 평가하여 결정한다.”

⁴⁰⁾ 完全補償을 下廻할 수 있는 예외적인 경우로 Knoll 교수는 “財産的·社會的 關係의 새로운 法秩序의 形成에 있어서 그 자체로서 正當視되지 않고 장애에 있어서는 허용되지 않는 財産關係의 除去를 위한 침해”를 들며 金南辰, ‘徵發補償法’ 公法研究 2輯, p.55.

⁴¹⁾ 今村成和, 損失補償制度의 研究, pp.58-62.

3) 우리나라에서의 損失補償의 범위

(1) 現行憲法下에서의 補償의 범위

現行憲法 第 22 條 第 3 項 後段은 「補償은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 正한다」라고 하여 西獨憲法 第 14 條 第 3 項 제 3 段의 예에 따른 一般的인 補償의 기준을 제시한 다음 구체적인 補償의 기준과 방법의 定立은 法律에 留保하였다. 이는 한편에서는 近代立憲國家의 基本的인 제도인 私有財產制度를 보장하면서 다른 한편에서는 現代福利國家의 중요한 기능의 하나로 들리우는 生活配慮의 實效를 도모함으로써 公益과 私益의 調和를 기하려는 뜻으로 볼 수 있다. 그러므로 現行憲法 아래에서의 補償의 범위는 西獨憲法 아래에서의 경우와 마찬가지로 상당한 補償의 입장을 취하되 현실적으로는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는⁴²⁾ 完全補償의 원칙에 서는 것이라고 하겠으며 아울러 위에서 본 바와 같은 生活補償의 憲法的 기초가 굳혀졌다고 할 수 있다.

(2) 구체적 補償의 범위

위에서 본 바와 같은 憲法의 규정 아래에서 현실적으로 인정되고 있는 損失補償의 범위에 대한 대표적인 예를 들면 다음과 같다.

① 土地收用法上의 補償基準

公用收用に 관한 一般法이라고 할 수 있는 土地收用法을 收用할 土地나 物件에 대한 補償은 裁決 당시의 隣近土地의 去來價格 등을 고려한 適正價格으로 하되(同法 46 條 1 項) 起業者는 동일한 土地所有者에 속하는 一團의 토지의 일부를 收用하므로 인하여 殘餘地의 價格이 감소되거나 기타의 損失이 있을 때 또는 殘餘地에 通路·溝渠·墻柵 등의 新設 기타의 공사가 필요한 때에는 그 損失이나 공사의 비용을 補償하여야 하며(同法 47 條) 收用한 土地에 있는 物件은 移轉料를 補償하고 이를 移轉케 하여야 한다. 이 경우에 그 移轉으로 인하여 물건이 분할되어 그 전부를 移轉하지 아니하면 종래의 目的에 사용하기 어려운 때에는 所有者는 그 物件 전부의 移轉料를 청구할 수 있다(同法 49 條 1 項 2 項). 다만 起業者는 동일한 土地所有者에 속하는 一團의 土地의 일부를 收用하는 경우에 당해 土地를 收用하는 사업의 시행으로 인하여 殘餘地의 價格이 증가되었거나 기타의 利益을 가져온 경우에도 그 이익을 收用으로 인한 損失과 相計하지 못한다(同法 53 條).

② 地價告示制

現行 土地收用法은 補償額의 결정에 있어서 裁決時의 時價에 의한 完全補償을 원칙으로 하되 起業者가 國家나 地方自治國體인 때에는 地價告示制를 채택함과(同法 16 條의 2) 동시에 國土

⁴²⁾ 徵發財產補償에 관한 韓國公法學會 Symposium 참조: 公法研究 2 輯 p.124 이하: 徵發이나 國土利用計劃 등의 경우와 같이 “특별한 희생” 性이 완화될 수 있는 때에는 객관적 타당성이 인정될 수 있는 상당한 補償이 허용된다고 하겠다.

利用計劃을 위하여 필요한 때와 開發豫定地域에서의 基準地價告示制를 취하여 (國土利用 管理法 29 條 都市計劃法 55 條). 補償額의 결정에 있어서는 告示된 地價를 기준으로 하여 통상적인 地價變動率 (당해 公益事業의 施行과 無關함)을 참작한 금액으로 하도록 하였다. ④ 補償額의 算定에 있어 公益사업의 시행에 따르는 이른바 開發利益을 배제하여 被收用者의 부당한 加重 利得을 없앴과 아울러 ⑤ 國家나 地方自治國體가 起業者인 경우의 補償金 및 公益事業費는 결국 국민 또는 국민의 부담이 되는 것인데 公益事業의 施行에 따라 오르게 된 地價部分 즉 開發 利益까지를 補償한다면 被收用者에게는 二重의 이익을 주는 것이 되어 公平負擔이라는 補償理論에 어긋난다는 고려에서 우려난 것으로 인정된다.⁴³⁾

公用收用に 따르는 補償額算定에 있어서의 開發利益의 控除制度는 第 2 次 世界大戰 후의 外國立法例나 學者들의 주장으로 많이 볼 수 있는 것이나, 같은 公益事業地域 안의 土地所有者중 土地를 收用당한 者와 收用당하지 아니한 者와의 사이의 균형의 유지가 문제되지 아니할 수 없다. 이 문제는 당해 公益事業地域 안의 被收用者가 아닌 土地所有者에게 開發利益에 상당하는 범위 안에서 開發稅 (development tax) 또는 受益者負擔金 (都市計劃法 65 條에 의한 受益者負擔은 이 성격의 것임)을 과하는 방법으로 해결될 수 있을 것이다.

2. 損失補償의 手段

損失補償은 法定通貨에 의한 補償 즉 金錢補償을 원칙으로 하나 法律이 정하는 바에 따라 그 이외의 방법에 의한 補償이 인정되는 경우도 있다.

1) 金錢補償

損失補償은 金전의 支給에 의함 (土地收用法 46 條 61 條 및 公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特列法 3 條 2 項)을 원칙으로 한다. 이는 自由로운 流通이 보장되고 객관적 가치에 변동이 적어 損失補償의 完全性を 확보하기 쉬운 補償手段이란 점에서 유래된 것이다. 國債 기타의 有價證券에 의한 補償도 金전에 準하여 가능하다 하겠으나 그 경우에는 그의 額面價額에만 의할 것이 아니라 實質價額을 참작하여야 한다.

2) 現物補償

損失補償은 金錢補償을 원칙으로 하는 것이나 예외적으로 특별한 사정에서는 法律이 정하는 바에 따라 現物補償을 할 수 있다. 都市再開發法 第 38 條에 의한 再開發事業의 경우 施行者가 管產處分計劃에서 정한 垆地 또는 建築施設을 분양하거나 土地區劃整理事業의 시행 후 換地計劃에 따른 換地交付를 하는 것은 現物補償의 예이다. 이 경우에 교환 될 土地는 종전의 土地의 地目·地積·等位 기타의 객관적 이용도 등을 참작하여 換地를 지정하여야 한다.

⁴³⁾ 李尙圭, 上揭書, p.492.

3) 買收補償

買收補償은 金錢補償의 변형으로 볼 수 있는 것이다. 收用 또는 使用한 土地에 정착한 地上 物件은 移轉料를 補償하고 移轉하게 하는 것이 원칙이지만 物件의 移轉이 현저히 곤란하거나 移轉으로 인하여 증래의 目的에 사용할 수 없게 되는 때에는 상대방의 이익을 위하여 그 物件의 買收請求權을 인정(土地收用法 48條 1項, 2項, 49條 1項내지 4項) 하고 이에 (徵發 財産整理에 관한 特別措置法 2條 내지 9條등) 따라 그 物件을 買收함으로써 실질적인 補償을 도모하기 위한 것이다.

Ⅵ. 損失補償의 節次

1. 補償額의 決定方法

損失補償額의 決定方法에는 一律的 規定은 없고 다만 個別法에서 規定하고 있으며 그 節次로서는 ① 當事者間의 協議에 의하는 경우(土地收用法 25條 1項) ② 土地收用委員會와 같은 議決機關의 裁決에 의하는 경우(土地收用法 25條) ③ 諮問機關의 심의를 거쳐 행정청이 결정하는 경우(徵發法 24條 同法 施行金 11條) ④ 당사자의 同意와 행정청의 承認을 얻어 事業者가 決定하는 경우(農村近代化 促進法 131條) ⑤ 行政廳이 일방적으로 결정하는 경우(特許法 43條) ⑥ 決定前置主義에 의하여 관계행정청이 결정하는 경우(徵發法 24條의 2 徵發財産整理에 관한 特別措置法 8條의 2) 등이 있다.

2. 補償額의 算定基準

損失補償의 기준은 個別的인 규정에 따라야 하게 되어 있는데 被收用財産이 가지는 재산적 가치를 충분히 만족하게 보상하여야 한다는 完全補償(美國修正憲法 第5條, 우리나라 舊憲法 第20條 3項)과는 달리 우리나라의 現在의 損失補償은 一般的으로 公益 및 관계자의 이익을 정당하게 衡量하여 法律로 정하는 바에 의한 補償의 입장을 취하고(憲法 第22條 3項) 있는바 國家·地方自治國體에 의한 土地收用の 경우(土地利用 管理法·土地收用法·都市計劃法 등) 基準地價告示制의 광범위한 채택(國土利用管理·都市計劃·건축·山林開發·국민주택 건설·농지확대 개발 등)으로 時價를 무시하고 고시된 地價를 보상기준으로 하고 있으며 또한 代執行을 하는 경우(山林開發·農地保全·特定市街地整備 農地開發·內水面 漁業 開發등)에는 特別補償料率을 算定하고 또한 土地의 소유만을 認定하고 그 利用과 開發을 制限(開發制限區域 <그린벨트> 農地轉用 등) 하고 있으면서도 補償에 대한 규정은 전연 없는 경우도 있다.

3 補償額의 支給方法

補償額의 支給方法은 支給時期에 따라 先拂과 後拂로 支給回數에 따라 一時拂과 分割拂로 支給의 個別性 여부에 따라 個別拂과 一括拂로 나눌 수 있다.

1) 先拂과 後拂

補償額의 支給時期에 관하여 프랑스 人權宣言 제 17 條 및 프로이센 憲法 제 8 條 등은 先拂의 원칙을 明示하고 있는데 이는 被收用者의 보호를 위한 당연한 조치라 하겠다. 우리 나라 憲法은 이에 관하여 明文의 규정을 두지 아니하였으나 土地收用法은 원칙적으로 先拂主義를 채택하였다(土地收用法 61 條·62 條). 다만 성질상 先拂이 곤란한 경우(急施를 위한 土地 收用이나 天災·地變의 土地收用 등)에는 後拂을 인정하지 아니할 수 없는데(土地收用法 61 條) 後拂의 경우에는 物價變動의 위험은 補償義務者가 부담하여야 할 것이며 損失發生時부터 補償支給時까지의 利子를 補償額에 가산하여야 할(徵發法 19 條 5 項) 것이다.

2) 一時拂과 分割拂

이는 補償額을 일시에 全額支給하는지 그렇지 않으면 여러차례 나누어 支給하는지에 따르는 區分이다. 一時拂이 원칙이나 부득이 分割拂로 하는 경우(農地改革法 8 條)에는 위에서 본 後拂의 경우와 같은 物價變動의 위험 및 利子의 문제가 생긴다.

3) 個別拂과 一括拂

補償額을 被補償者에게 個人別로 支給하는 것을 個別拂이라 하고 一團의 被補償者에게 支給할 補償額의 合計額을 그 중의 一人(代表者)에게 支給하는 것을 一括拂이라 한다. 土地收用法은 個別拂을 원칙으로 하되 被補償者의 補償額을 개별적으로 산정할 수 없는 경우에는 예외적으로 一括拂에 의하도록 하였다(同法 45 條 2 項 公用用地的 取得 및 損失補償에 관한 特別法 3 條 3 項).

VII. 損失補償에 대한 不服 및 補償請求方法

損失補償의 금액이나 시기등의 결정에 대하여 異議가 있는 경우에는 行政訴訟節次를 통하여 不服의 申請을 할 수 있다. 損失補償에 관한 行政訴訟에 대하여는 각 個別法에 특별한 규정이 있는 예가 적지 않으나(土地收用法 73 條 내지 75 條의 2 徵發法 24 條의 2) 그러한 특별한 규정이 없는 경우에는 行政訴訟인 當事者訴訟으로 履行判決(補償金 支給 또는 增額支給)을 구할 수 있다. 補償金請求의 訴를 제기하기 위하여는 먼저 관계 行政廳의 支給決定節次를 거치게 한 예도 있다(徵發法 24 條의 2·徵發財産整理에 관한 特措法 8 條의 2).

損失補償請求權은 위에서 본 바와 같이 公法上的 權利이므로 損失補償의 請求는 行政訴訟法 第 1 條의 ‘……公法上的 權利關係에 관한 訴訟’ 즉 當事者訴訟에 의하여야 하며 이렇게 보는 것이 通說이다.⁴⁴⁾

⁴⁴⁾ 金南辰, 上揭書, p.332. 金道昶, 上揭書, p.409. 朴統, 上揭書, p.355-3.
徐元宇, 上揭書, p.226. 尹世昌, 上揭書, p.310.

다만 大法院은 損失補償의 請求는 民事訴訟事項이라는 태도를 堅持하고 있다.⁴⁵⁾

VIII. 開發制限區域과 損失補償⁴⁶⁾

(利害得失의 調整對策)

開發制限區域指定으로 實質的으로는 住民들은 그 土地의 利用이 制限되며 財産上의 損失을 받게 되는 것이고 동시에 다른 한편으로는 既成市街地區 내지 開發豫定地區와 比해 볼 때 評價基準의 차이 開發許可의 難易, 地價의 下落 등 현저한 차이가 나타남을 부인할 수 없다 正義와 公平의 理念에 비추어 볼 때 이러한 利害得失에 대한 어떤 調節이 이루어 지지 않으면 아니 된다는 것을 이 理論은 부정하려는 것은 아니다 사실 土地所有權의 特質로서 一般의 商品과 현저히 다른 性質 즉 限定的이며 勞力에 의한 生産物이 아니고 自然의 財物이며 代替性·彈力性 再生産性이 없고 또한 國民의 生存·活動의 不可缺한 기반이라는 점에서 空氣나 물처럼 이윤 취득의 수단으로 생각할 수 없는 強度의 公共性을 생각할 때 그에 대한 어느 정도의 강력한 規制는 합리적이라 생각하지 않을 수 없는 일면을 가지는 것이다. 그러나 다른 한편 土地問題가 이다지도 심각한 것으로 된 원인을 생각하고 또한 이들 土地權利者에 대한 當局의 對策 등을 깊이 생각해볼 때 어제까지도 다른 財貨와 마찬가지로 수준의 財貨價値를 가지고 있었던 土地가 거의 180度에 가까운 轉換을 갑작스레 받게 되어 다른 財産과는 異質의인 凍結을 받게 된다는 것은 土地의 財産의 價値에 대한 既得權을 무시하는 소치라 아니할 수 없을 것이다.⁴⁷⁾

이러한 規制가 필요하게 된 都市計劃의 實施原因은 흔히 지적하는 바와 같이 高度經濟成長 政策에 의한 都市에로의 人口集中에 의한 宅地需要의 增加 그리고 政府의 政策에 의한 지원된 企業의 設備投資나 土地의 買占 내지 내땅 마련하기 政策에 의한 스프롤화 등에 있다고 할 수 있겠으나 그 原因이야 어쨌든 이러한 責任을 土地所有者들만이 지지않으면 아니 된다는 이치는 없는 것이다. 그리하여 이러한 利害得失의 調整을 위하여 예컨대 利益을 받는 者에게는 高率의 開發許可料나 受益者負擔金을 과하고 不利益을 받는 者에게는 各種 稅金은 減免은 물론 허용되는 開發行爲는 이를 적극적으로 지원하는 한편 現生活에 필요한 都市計劃施設은 물론 기

⁴⁵⁾ 大判 1970년 3월 24일, 69다 1561 (同旨).

大判 1969년 6월 10일, 68다 2389 (同旨).

大判 1969년 12월 30일, 67다 9 (同旨).

大判 1969년 5월 19일, 67다 2038 (同旨).

다만 下級審判決중에는 損失補償請求는 行政訴訟인 當事者訴訟으로 하여야 한다고 判示한 예도 있다. (서民地判 1968년 10월 30일, 68가 1339).

⁴⁶⁾ 舊憲法과 舊法律에 의한 說明이지만 理論은 지금도 妥當하므로 新·舊法律을 對照하길 바람.

⁴⁷⁾ 徐元宇, 上揭書, p.732.

타의 公共施設을 적극적으로 新設 또는 改良하는 조치 등을 고려해 보아야 할 것이다.⁴⁸⁾ 일부 學者들은 이상과 같은 개별적인 대책 내지 조치에 앞서 기본적인 土地利用計劃을 내용으로 하는 土地政策의 확립이 긴요함을 강조함과 동시에 開發制限區域에서의 開發行爲制限에도 원칙적으로 補償이 주어져야 한다고 주장하기도 한다.⁴⁹⁾

IX. 結 論

行政上 損失補償이란 公共必要에 의한 適法한 公權力行使로 인하여 가하여진 ‘特別한 犧牲’에 대하여 私有財產權의 보장과 전체적인 公平負擔의 견지에서 行政主體가 행하는 조절적인 財產的 填補를 말한다.

行政上 損失補償은 公共必要에 의한 私有財產權의 收用·使用 또는 制限으로 인하여 私有財產權에 가하여진 特別한 犧牲을 그 원인으로 한다.

최근에는 國土利用計劃·都市計劃 등 行政計劃을 통한 福利行政上的의 目的을 실현하기 위한 수단으로서 用途地域·用途地區 등의 지정을 통한 計劃制限을 하는 경우가 점차 많아지고 있으나 計劃制限의 근거법규에서 損失補償에 관한 규정을 두지 않는 것이 보통이기 때문에 財產權에 대한 社會的 制約과 특별한 희생은 어떻게 구별할 것이냐가 문제되면서 그에 관한 學說이 검토되고 있으며 이에 대한 損失補償을 긍정적으로 보아야 할 것으로 사료되며 아울러 計劃策定 節次의 民主化에 對한 聽問權·意見陳述權 등의 보장 등을 통하여 公·私益의 조절을 위한 제도적 장치에 보다 관심을 가져야 할 필요가 있다고 본다. 計劃의 確定은 이미 ‘既成’의 事實’을 형성하기 때문에 事後의 不服節次로는 權利救濟의 效果性을 확보하기 어렵게 되는 점에도 유의할 필요가 있을 것 같다.

현대국가는 公共福利의 증진을 그 責務로 하면서 각종의 規制手段을 동원하여 財產權에 대한 제한의 범위를 확대하고 있다.

土地 財產權의 公共性을 지나치게 강조하여 財產權의 社會的 制約의 범위를 확대하려는 최근의 論議는 지금까지의 損失補償 理論에 대한 도전을 의미할 수 있다. 또한 收用補償을 전제로 한 財補權 侵害에서 補償의 여부가 不明한 計劃制限에 의한 財產權 侵害가 점차 증대되고 있는 경향에 대하여 유의할 필요가 있는 것이다.

現行 憲法 아래에서의 補償의 범위도 상당한 補償의 입장을 취하되 현실적으로는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 完全補償의 원칙에 서는 것이라 볼 수 있다.

⁴⁸⁾ 金敬宰, “都市計劃에 의한 財產權制限 - 土地利用에 대한 消極的인 公法的인 制限을 中心으로 - ; 公法研究, 第 2 輯, 法文社 p. 85(1972).

⁴⁹⁾ 荒 秀, 開發許可制度上住民의 損失, シュリスト 372 號 pp. 47 ~ 53 참조.

參 考 文 獻

1. 金南辰, 訂正增補版 行政法, 서울 華學社, 1978.
2. 金道昶, 新稿全訂, 一般行政法論, 서울, 靑雲社 1981.
3. 金伊烈, 行政法講義(上). 서울 一潮閣, 1974.
4. 金哲洙, 新憲法學概論, 서울. 博英社, 1980.
5. 朴鉉炳, 改正版 最新行政法講義(上), 서울. 國民書館 1981.
6. 徐元宇, 現代行政法論(上), 서울, 博英社, 1983.
7. 尹世昌, 第2全訂版 行政法(上), 서울. 博英社, 1981.
判例中心, 例解 行政法, 서울. 日新社, 1971.
8. 李尙圭, 新訂版 新行政法論(上), 서울. 法文社, 1983.
註釋判例 行政法 I. II, 서울. 三英社, 1977. 1978.
9. 韓國行政科學研究所, 行政判例集, 上·中·下, 1976.
10. 杉村敏正, 行政法概論(總論), 1974.
11. 田中二郎, 行政法總論, 1958.
12. 成田賴明의, 現代行政法, 1972.
13. Dickison, J., Administrative Justice and the Supremacy of Law in U.S., 1927.
14. Hamson, C., Executive Discretion and Judicial Control, 1954.
15. Mitchell, Contracts of Public Authorities 1954.
16. Street, Justice in the Welfare State, 1968.

A Study on Administrative Damage Compensation

Bo Young Lee

Dept. of Health Administrative

Kwangju Health Junior College

>Abstract<

Administrative Damage Compensation is a controlling property compensation done by administrative body in terms of securing the individual property rights and fair sharing by the whole for the 'Special Sacrifices' made in the process of the legal enforcement of public authority required in the public.

Administrative Damage Compensation is mainly caused by 1. publicly needed expropriation, use and restriction of individual property rights 2. special sacrifices forced on individual property rights in that process.

Of late, as a way for achieving the aims set up for welfare administration through the administrative scheming such as making the use of national territory, city planning and etc, the cases of plan regulation by way of designating the needed areas and zones are gradually increasing, however, because it is common that clauses related with damage compensation are not included in the basic laws for plan regulation, other theories are being taken into account, with a new questionable issue of how to distinguish special sacrifices from social restriction on property rights coming out.

Compelled to put much emphasis on the improvement of public welfare, the nations of modern era are trying to expand the extent of limitation on property rights, making all kinds of restriction methods available.

Recent disputes to expand the scope of social restriction on property rights supported by too much accent on the public use relationship of land property rights can have the meaning of challenge to the Damage Compensation Theories advocated so far.

It is also needed for us to pay attention to the current trend that the intrusions into property rights caused by plan restrictions for which any kind of compensation procedure is not secured, in the case of when the compensation for expropriation precedes ahead.

The real extent of compensation under the current Constitution takes a stand reaching a considerable degree of compensation, but in reality, it is considered to be based on total compensation excluding a distinctively exceptional case.