

補償規定 없는 財産權制約法律에 대한
憲法的 審査

金 顯 哲
憲法研究官

- 目 次 -

I. 서론	273
II. 미국·일본·프랑스의 경우	275
1. 미국	275
2. 일본	278
3. 프랑스	279
III. 독일에서의 논의	281
1. 독일기본법상의 재산권보장과 불가분조항	281
2. 불가분조항에 대한 독일 민사법원의 판례와 입법실무	284
3. 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률 :	
“小庭園(Kleingarten)” 판결	287
4. 보상의무 있는 내용규정 : “출판물 의무납본” 판결	290
5. 재산권보장규정에 대한 새로운 해석의 확립 :	
“자갈채취” 판결	293

6. 보상(조정)조치의 내용 : “문화재보호법” 판결	300
7. 평가	302
IV. 한국에서의 논의	310
1. 우리헌법상 재산권조항의 변천과정	310
2. 재산권의 보호범위와 재산권에 대한 제한의 허용정도	315
3. 우리나라 현행헌법상 불가분조항의 채택 여부	318
4. 분리이론의 수용 여부	323
V. 결 론	344

I. 서론

우리나라 제헌헌법의 모델인 1919년 바이마르헌법(Weimar Verfassung)의 재산권조항인 제153조는 다음과 같이 규정하고 있었다.¹⁾

[제1항] 재산권(Das Eigentum)은 헌법에 의해서 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정해진다.

[제2항] 공용침해(Eine Enteignung)²⁾는 공공복리를 위해서 그리고 법률의 근거하에서만 이루어진다. 공용침해는 제국법률이 달리 규정하고 있지 않는 한 상당한 보상을 통해서 이루어진다. 보상액에 관한 다툼이 있는 경우 제국법률이 달리 규정하지 않는 한 일반법원에 제소할 수 있다. 제국에 의한 주, 지방자치단체, 공공조합에 대한 공용침해는 보상을 통해서만 이루어질 수 있다.

[제3항] 재산권은 의무를 진다. 그 행사는 公共善에 이바지해야 한다.

이 조항의 특징은 수용과 보상이 완전히 결합되지 않았고, 보상 여부 및 액수에 대하여도 법률로써 달리 정할 수 있었다는 점이다. 이 조항의 해석에 있어서 제국재판소는 공용침해(Enteignung)의 개념을, 이미 경찰국가 시절부터 관습법상으로 혹은 실정법상으로 인정되어 온 희생보상(Aufopferungsentschädigung)의 법리,³⁾ 즉 “수인하라, 그리고 보상받으

1) 정연주, “우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전”, 「한국에서의 기본권이론의 형성과 발전 (정천허영박사 화갑기념논문집)」 (박영사 1997), 336-337면.

2) 여기에서의 공용침해(Enteignung)는 과거 19세기에는 주로 철도사업시행을 위한 토지소유권의 강제취득, 즉 오늘날의 ‘공용수용’을 의미하는 것이었다. 이러한 Enteignung 개념은 바이마르헌법을 거쳐 Bonn기본법에 이르기까지 그 개념과 대상이 확장되었으나 후술하는 독일연방헌법재판소의 1981. 7. 15.자 “자갈채취” 판결에 의하여 다시 전통적인 협의의 수용개념으로 회귀하였다. 이와 관련하여 독일기본법상 Enteignung을 우리나라 헌법 제23조 제3항에서 표현되고 있는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 모두 포함하는 개념으로 보는 견해로 김경재, 도시계획에 의한 재산권제한, 「공법연구 제2집」 (한국공법학회 1972), 83면이하; 계획열, 「헌법학(中)」 (박영사 2002), 520면의 주) 109 참조. 이 글에서도 Enteignung의 번역에 있어 ‘공용침해’라는 용어를 주로 사용하되, 필요에 따라 ‘수용’ 또는 ‘공용수용’이라는 용어도 사용하였다.

3) 희생보상이론은 현대의 법체계가 갖추어지지 아니한 18세기의 자연법사상에 근거

라”(Dulde und liquidiere!)는 법리의 연장선상에서 넓게 보았다. 구체적으로 보면, 첫째 공용수용(공용침해)의 객체가 토지소유권뿐 아니라 동산 기타 모든 재산가치 있는 사권(청구권·조합권 등)에까지 확장되었고, 둘째 법률에 의한 수용(입법수용)이 인정되었으며, 셋째 공용수용은 재산권의 전반적 혹은 부분적 박탈뿐만 아니라 널리 재산권의 단순한 제한까지 포함하는 것으로⁴⁾ 보았다.⁵⁾

이 경우 무엇이 특별희생인가를 판단함에 있어서는 재산권의 제한과 수용은 엄격히 단절된 것이 아니고, 상대적인 것에 불과했던 것이다(경계이론). 그런 상태하에서 법원은 보상을 정한 법률이 없는 상태에서도 직접 보상을 판단하였다. 우리 제헌헌법의 수용·사용·제한 개념은 바로 독일의 판례법과 학설을 받아들여 좁은 의미의 수용에만 한정하지 않고 더 넓게 공용침해조항을 마련한 것이라 볼 수 있다.⁶⁾ 그런데 독일연방헌법재판소는 1981. 7. 15. 유명한 “자갈채취” 판결을 통하여 보상규정 없는 재산권 제약법률에 대한 연방민사법원의 직접보상 경향에 대한 경종을 울리면서 종래와 같은 광의의 수용개념을 협의의 수용, 즉 고전적인 수용개념으로 회귀하였다(분리이론). 이러한 독일연방헌법재판소의 판결은 우리나라에도 영향을 미쳐 우리 헌법재판소는 1998. 12. 24. 선고한 89헌마214등 사건에서 이른바 “분리이론”을 명시적으로 받아들였고,⁷⁾ 이러한 태도는 그 이후의 일련의 결정⁸⁾에서 반복되고 있다.

하고 있다. 당시 영주가 공공필요를 위하여 재산권에 대한 침해를 할 경우에 희생보상법리에 기초하여 손실보상이 행해졌고, 1794년 프로이센일민주법 제74조와 제75조에 의해서 명문화되었다. 강현호, “한국헌법 제23조와 독일기본법 제14조의 해석”, 「토지공법연구 제18집」(한국토지공법학회 2003. 6), 82면의 주) 22.

4) 예컨대 제국재판소는 “Hamburg 기념물” 판결에서, 보존가치가 있는 사인의 건축물을 기념물보호대장에 등록하도록 하는 재산권의 처분자유에 제한을 가하는 행정조치를 ‘공용수용’이라고 판시하였다(RGZ 116, 268). 정하중, “헌법상의 재산권 보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 「서강법학연구 제5권」(서강대학교법학연구소 2003.5), 61면.

5) 김문현, 「사회·경제질서와 재산권」(법원사 2001), 334면.

6) 이명웅, “헌법 제23조의 구조”, 「헌법논총 제11집」(헌법재판소 2000), 323-324, 332면.

7) 한수용, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 「저스티스 제32권제2호」(한국법학원 1999.6), 35면.

이러한 우리 헌법재판소의 입장에 대하여는 독일연방헌법재판소가 취한 분리이론 자체에 대한 비판에서부터 독일기본법(제14조)과 우리헌법(제23조)상 재산권조항의 차이를 간과한 것이라는 비판에 이르기까지 많은 논란을 불러 일으켰다. 그러므로 이하에서는 보상규정 없는 재산권제한법률에 대한 헌법적 심사의 문제에 있어 먼저 독일 이외의 국가 중 미국·일본·프랑스의 입법례 및 판례를 살펴보고(Ⅱ), 독일에서의 논의과정을 개관해 보며(Ⅲ), 우리나라에서도 독일과 같이 분리이론이 타당할 수 있는지를 검토한 후에(Ⅳ), 이 글의 마무리를 해 보기로 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 미국·일본·프랑스의 경우

1. 미국

가. 미국연방헌법에는 우리나라의 헌법 제23조 제1항, 제2항에 해당하는 규정은 없고, 같은 조 제3항에 해당하는 규정이 있을 뿐이다. 즉, 연방헌법 수정 제5조는 “... 누구든지 정당한 보상 없이는 공공필요를 위해 사유재산을 수용당하지 아니한다”⁹⁾고 규정하고 있을 뿐이다. 이 수용조항(Takings clause)은 수정헌법 제14조를 통하여 州에도 적용된다.¹⁰⁾ 통상 수용조항과 관련한 사건에서 법원은 다음의 4가지 점을 살핀다. 즉, ①공권력에 의한 조치가 수용에 해당하는가(“Is there a ‘taking’?”) ②그 대상이 재산에 해당하는가(“Is it ‘property’?”) ③공공목적이 존재하는가(“Is the taking for ‘public use’?”) ④정당한 보상이 있는가(“Is ‘just compensation’ paid?”) 하는 문제가 그것이다.¹¹⁾

8) 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289; 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383; 2003. 4. 24. 99헌바110등, 판례집 15-1, 371; 2003. 8. 21. 2000헌가11 등, 판례집 15-2상, 186; 2003. 11. 27. 2001헌바35, 판례집 15-2하, 222 등.

9) “; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

10) Chicago, Burlington & Quincy Railroad v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897).

나. 보상이 필요없는 단순한 규제와 보상을 요하는 규제형 수용의 구분은 매우 중요한 문제이다. 이 차이는 그 규제의 정도의 문제이다. 그러나 어떤 경우에 보상을 요하는 “수용”에 이르는지에 대하여는 확립된 기준이 없었다. 일반적으로 규제형 수용을 포함하여 보상을 요하는 수용의 기준으로 연방대법원이 제시한 가이드라인은 다음과 같다.¹²⁾

(1) 실제적인 소유권박탈 또는 물리적인 점유침탈은 보상을 요한다.

개인이 준설작업 등을 통해서 바다에 통하는水路를 만든 것에 대하여 국가가 일반공중이 접근할 수 있도록 요구하는 것,¹³⁾ 임대용아파트 소유자로 하여금 케이블TV를 위한 시설이 들어설 수 있는 공간을 내어주도록 요구하는 시조례,¹⁴⁾ 재산의 상속이나 증여를 금지하는 법률¹⁵⁾은 보상을 요하는 수용이다.

그러나 수용이 전쟁시 등 비상사태의 상황에서 이루어졌다면 개인재산의 파괴나 실제적인 점유가 있었다라도 보상을 요하지 않는다. 그리하여 연방대법원은, 전염성이 높은 삼목부식병(cedar rust)이 돌자 인근의 많은 사과과수원을 보호하기 위하여 수많은 붉은 삼목(cedar trees)의 파기를 명한 버지니아주의 조치,¹⁶⁾ 제2차 세계대전 당시 정유시설이 적군의 손에 넘어가는 것을 막기 위하여 그 시설을 파괴한 정부의 행위¹⁷⁾는 보상을 요하지 않는다고 판결하였다.

(2) 사용제한(Use Restrictions)의 경우

만약 정부의 규제조치가 토지소유자가 그의 토지를 경제적으로 가치있게 사용하는 것을 완전히 빼앗는 결과가 된다면, 그 규제 당시 토지를 소유하고 있던 자에게 보상을 해 주어야 한다.¹⁸⁾ 이 사건에서 연방대법원은,

11) 사법연수원, 「미국헌법 (2002)」, 98면; Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, New York: Aspen Law & Business, 2002, 615-616면 참조.

12) *Constitutional Law*, BAR/BRI, 2002, 56-58면.

13) *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1980).

14) *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982).

15) *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704 (1987).

16) *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272 (1928).

17) *United States v. Caltex, Inc.*, 344 U.S. 149 (1952).

정부의 규제조치로 인하여 재산이 경제적으로 가치있게 전혀 사용할 수 없게 되었을 경우에는 그 침해가 아무리 적고 공공목적이 아무리 크다고 하더라도 보상을 요한다고 판시하였다.¹⁹⁾

그러나 예컨대, 최상의 이익을 얻을 수 있는 경제적 사용을 금지하는 경우와 같이 정부의 규제가 재산의 가치를 감소시키는 데 불과한 경우에는, 경제적 사용의 여지가 남아 있는 한 반드시 보상이 필요한 수용으로 귀결되는 것은 아니다. 이 때 법원은 이익형량을 한다(Balancing Test). 법원이 고려할 사항으로는 ①그 규제에 추구하고자 하는 사회적 목적의 달성이 가능한지, ②소유자의 재산가치의 감소의 크기, ③소유자가 그 재산의 사용과 관련하여 합리적으로 기대할 수 있는 여지가 남아 있는지 여부 등이다.

(3) 구체적 조치

재산의 소유자가 정부의 규제를 다투면서 손실보상청구 소송을 제기하고 법원이 그에 대하여 “수용”임을 인정하는 경우 정부가 선택할 수 있는 방법은 두 가지이다. 즉, 첫째 그와 같은 수용에 대하여 정당한 보상을 지급하거나, 둘째 그 규제를 중단하고 규제가 시작되었을 때부터 중단시점까지의 손해를 보상해 주어야 한다.²⁰⁾ 후자를 “일시적·잠정적 수용에 대한 보상(temporary taking damages)”이라고 한다.

다. 이상 본 바와 같이 미국의 경우는 보상을 요하는 “수용”에 해당하는지 여부가 쟁점이고, 그에 대한 판단은 법원이 한다. 즉, 보상법률이 반드시 필요한 것이 아니다. 그리고 보상이 필요한 수용인지 여부에 대하여 법원은 비교적 재산소유자의 입장에 비중을 두는 것 같다. 예컨대 1992년의 위 Lucas 사건에서와 같이 재산을 경제적으로 전혀 사용할 수 없게 되었을 경우에는 그 침해가 아무리 적고 공공목적이 아무리 크다고 하더라도 보상을 요한다고 판시함으로써 앞으로는 긴급한 상황에서의 예외가 극히

18) Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

19) 사법연수원, 전계서(2002), 99면.

20) First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987)

제한될 것으로 예상된다.²¹⁾

2. 일본

가. 일본국헌법 제29조는 다음과 같이 규정하고 있다.

[제1항] 재산권은, 이를 침해해서는 아니된다.

[제2항] 재산권의 내용은, 공공복지에 적합하도록 법률로써 이를 정한다.

[제3항] 사유재산은, 정당한 보상하에, 이를 공공을 위하여 이용할 수 있다.

나. 헌법 제29조 제3항의 “공공을 위하여 이용할 수 있다”의 의미에 대해서는 재산권의 박탈의 경우뿐만 아니라 널리 재산권을 제한하는 경우도 포함한다고 보는 것이 일반적이다. 특히 실정법상에는 보상규정이 결여되어 있는 경우에도 직접 헌법 제29조 제3항에 근거하여 손실보상을 청구할 수 있다는 것(직접효력설)이 통설·판례의 입장이다.

일본에서는 이를 ‘補償請求權發生說’이라고 한다. 즉, 법률에 기한 수용 등 행위 자체는 그 법률에 보상규정이 없다고 하더라도 적법·유효한 것으로 보고, 별도로 재산상의 ‘특별한 희생’을 받은 자에게는 직접 헌법 제29조 제3항에 의거하여 보상청구권이 발생한다는 견해이다. 최고재판소는 舊河川阪近地制限令違反 사건에서 “동령 제4조 제2항에 의한 제한에 대해서 同條에 보상에 관한 규정이 없다고 하여 동조가 모든 경우에 대해서 일체의 손실보상을 완전히 부정하는 취지로까지 해석할 수 없고, 본건 피고인도 그 손실을 구체적으로 주장·입증하여 별도로 직접 헌법 제29조 제3항을 근거로 하여 보상청구를 할 여지가 있다.”고 판시하였다.²²⁾ 이 사건은 형사사건이고 위 판시는 비록 방론이었지만 이러한 판시는 최고재판소의 판례로 받아들여졌다.²³⁾ 그러나 손실보상청구권의 근거가 헌법 제29조 제3

21) 사법연수원, 전게서(2002), 99면.

22) 最高裁判 1968. 11. 27. 刑集 제22권 제12호, 1402면.

23) 最高一小判 1975. 3. 13. 判時 제771호, 36면; 最高二小判 1975. 4. 11. 判時 제777호, 35면.

항에 있다고 하더라도 구체적으로 법률상 보상규정이 있는 경우에는 헌법 제29조 제3항이 요구하는 손실보상을 구체적·절차적으로 구체화한 것이라고 해석되기 때문에, 그 절차에 의해서 보상청구를 하여야 한다.²⁴⁾

어떠한 재산권제한의 경우에 손실보상을 요할 것인가에 대하여 지금까지 많은 학설들이 주장되어 왔다. 그리하여 아직까지 정설이 있는 것은 아니지만, 결국 “특별한 희생”의 유무를 손실보상 요부의 기준으로 삼고 있는 것이 일반적이다. 손실보상을 요하는 특별한 희생인지의 여부에 대한 판단기준으로 ①경찰제한·공용제한 구분설, ②사회적 제약·본질적 제한 구분설, ③형식적 기준·실질적 기준 구분설 등이 있다.

다. 이상 살펴본 바와 같이 일본의 경우도 특별한 희생에 해당하는 재산권제한에 대하여는 보상이 필요하나, 헌법규정에서 보는 바와 같이 이때 보상법률이 반드시 필요한 것이 아니어서 법원이 보상액을 정할 수 있다는 점에서 미국의 경우와 같다.

3. 프랑스

가. 1958년에 제정된 프랑스의 현행 제5공화국헌법은 본문의 몇몇 단편적인 개별 기본권조항을 제외하고는 체계적인 권리장전을 포함하지 않고 있고, 단지 前文에서 “프랑스국민은 1789년의 인권선언에 의하여 확인되고, 1946년헌법의 前文에 의하여 확인·보충된 인권 및 국민주권의 원리들에 대한 프랑스국민의 집념을 엄숙히 선언한다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 한편, 1789년의 인권선언 제2조는 “所有權은 인간의 자연적인 불멸의 권리”라고 하였고, 제17조는 “불가침적이고 신성한 권리인 소유권은 합법적으로 확인된 공공의 필요가 명백히 요구하고, 또한 정당한 사건의 보상에 의하

24) 동경고등재판소 1985. 8. 28. 判時 제1177호, 49면. 小高剛 (김창조 譯), “土地利用規制와 最高裁判所判決”, 「행정상 손실보상의 주요문제 (박윤훈 編)」(박영사 1997), 765-766면.

지 않는 한 침해될 수 없다.”고 규정하여 개인의 소유권, 특히 부동산소유권을 헌법상 보장하고 있다.²⁵⁾ 이 조항을 포함한 프랑스인권선언은 현재도 살아있는 헌법임이 헌법평의회 판결에 의하여 확인되고 있다.²⁶⁾

나. 그러나 오늘날 재산권은 상당히 광범위한 제약을 받고 있다. 재산의 이용을 제한할 수 있을 뿐만 아니라 공공필요에 따라 수용도 가능하다.²⁷⁾ 그리하여 행정주체가 사적 재산의 소유권 또는 사용권을 강제로 이전시키는 절차(收用·徵用 등)를 정하는 법률은 재산을 침탈당하는 소유자에게 지불할 보상금결정 및 수용시의 소유권이전의 실행에 대하여 일반법원의 권한을 인정하고 있다. 이 행정주체에 의한 사소유권침해 중에서도 가장 중요한 것은 “不動產收用”의 경우이다. 부동산수용이란 행정주체에 의하여 일시적 또는 항구적으로 이루어지는 사적 부동산에 대한 일체의 점유침탈을 말한다. 이러한 점유침탈이 법률에 기하여 행해진 경우에는 적법한 것이 되며, 이 경우에 법률은 보상금결정에 관하여 일반법원의 관할을 인정하는 것이 보통이다. 그러나 법률이 보상금결정에 관하여 명문규정을 두지 않는 경우에는 사소유권에 대한 위법한 침해가 없는 한 보상에 관한 사항은 행정법원의 관할에 속하게 된다. 한편, 행정주체에 의한 점유침탈이 법률의 근거없이 행해진 경우에는 위법한 부동산수용이 되고, 이에 대한 “損害賠償”은 법률의 규정이 없더라도 일반법원이 당연히 관할권을 갖게 된다.²⁸⁾

다. 이상 알 수 있는 바와 같이 프랑스의 경우, 법률에 근거한 토지수용의 경우에 보상에 관한 규정이 있으면 일반법원이, 보상에 관한 규정이 없으면 행정법원이 보상금을 결정하게 되므로 보상규정이 없는 법률에 대한

25) 권형준, “프랑스헌법상의 부동산소유권보장”, 「부동산법학의 제문제 (석하김기수교수 화갑기념논문집)」(박영사 1992), 89·90면.
26) 전학선, “프랑스 공용수용에 있어서 보상액 산정”, 「토지공법연구 제9집」(한국토지공법학회 2000.2), 134면 참조.
27) 성낙인, 「프랑스헌법학」(법문사 1995), 812면.
28) 권형준, 전계논문(1992), 94면.

위헌 여부의 문제는 없다. 이는 프랑스의 경우 1789년의 인권선언 이래 법률을 “國民總意”의 표현이라고 간주해 왔기 때문에 전통적으로 법률에 대한 사법심사가 배제되어 왔고, 다만 법률의 공포 전에 헌법평의회(Conseil constitutionnel)에서 이루어지는 소위 “예방적 규범통제” 제도를 채택하고 있는 점과도 연관이 있다고 하겠다.

III. 독일에서의 논의

1. 독일기본법상의 재산권보장과 불가분조항

가. 1949년에 제정된 독일기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)의 재산권조항인 제14조(財産權, 相續權 및 公用侵害)는 다음과 같다.²⁹⁾

[제1항] 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

[제2항] 재산권은 의무를 수반한다. 동시에 그 행사는 공공복리에 기여하여야 한다.

[제3항] 공용침해(Eine Enteignung)는 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용침해는 보상(Entschädigung)의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 衡量하여 정해져야 한다. 보상액 때문에 분쟁이 생길 경우에는 일반법원에 提訴할 길이 열려 있다.

29) Art. 14 (Eigentum, Erbrecht, Enteignung)

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

독일기본법은 바이마르헌법상의 수용과 보상의 느슨한 관계를 헌법적으로 개선하고 보상을 불공정하게 정하는 법률의 입법을 불식시키기 위하여 不可分조항(結付조항 또는 附帶조항, Junktim-Klausel)의 원칙, 즉 “수용은 보상과 결합되어야 하며 따라서 보상을 미해결인 채로 두거나 다른 법률로 규정할 수는 없다”는 원칙을 명시적으로 채택하였다(제14조 제3항).³⁰⁾

나. 독일기본법상의 재산권보장조항은 기본적으로 바이마르헌법 제153조에 그 토대를 두고 있지만 손실보장규정에 관하여는 본질적인 수정이 가하여졌다. 즉, 독일기본법 제14조 제3항 제1문에서는 공용침해는 공공복리를 위하여만 허용된다고 규정하고, 제2문에서는 공용침해는 반드시 보상의 방법과 범위를 정하는 법률(입법수용)³¹⁾ 및 법률에 근거하여(행정수용) 행하도록 하고, 제3문에서는 보상은 공공과 관계인의 이익을 정당하게 비교형량하여 결정하여야 한다고 규정하였다. 이와 같이 공용침해는 반드시 보상의 방법과 범위를 규정한 법률 및 법률에 근거하도록 하는 이른바 “불가분조항”이라고 불리우는 제14조 제3항 제2문에 따라, 만일 공용침해근거법(Enteignungsgesetz)에 보상이 전혀 규정되지 않거나 또는 보상이 규정되었다 하더라도 제3문의 요건을 충족시키지 않는 경우 동 법률은 위헌무효가 되어 더 이상 보상없는 공용침해를 허용하지 않음으로써 바이마르시대의 재산권보장체계의 흠결을 보완하였다.³²⁾

이와 같은 불가분조항에 대하여 독일의 실무계와 학계에서는 다음과 같은 의미와 기능을 부여하였다.³³⁾

첫째, 불가분조항은 공용침해와 보상의 필연적인 입법적 결합을 통하여 입법자에 대한 경고기능을 수행하고 있다. 즉, 입법자로 하여금 자신이 규

30) 이명웅, 전계논문(2000), 324면.

31) 이는 바이마르 헌법시대에 관례에 의해 인정되던 “법률에 의한 수용”이 명문으로 기본법에 규정된 것이다. H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung. VVDStRL 10, S. 78. 김문현, 전게서(2001), 335면.

32) 정하중, “독일 Bonn기본법 14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 23조 3항의 해석(上)”, 「사법행정」(한국사법행정학회 1992.9), 36면 참조.

33) 정하중, 전계논문(1992.9), 37면 참조.

을하려고 하는 사실관계가 기본법 제14조 제3항에서 말하는 공용침해에 해당하는지 여부와 이 경우 국가의 재정에 대한 부담을 의미하는 보상에 대하여 미리 사전에 검토하게 하는 기능을 갖게 되는 것이다.

둘째, 불가분조항은 국가의 재정을 보호하며 재정정책에 있어 국회의 특권을 보호한다. 즉, 위와 같이 입법자로 하여금 다양한 이해관계를 고려하여 어떤 방법으로 또 어느 정도로 보상액을 부여할 것인가에 대하여 궁극적으로 결정하도록 하는 규범적 명령은 다른 국가기관, 특히 법원이 국가 재정지출을 결정하는 것을 방지함으로써 국회의 예산심의에 대한 특권을 지키고 그로 인하여 국가의 재정도 보호하는 기능을 갖는다.

셋째, 불가분조항은 개인의 기본권을 보호하는 기능을 수행한다. 즉, 보상의 여부와 방법이 미리 규범적으로 확정되어야만 비로소 공용침해가 가능하게 되므로 헌법적으로 강제된 “공용침해와 보상의 결합”은 관련된 국민의 권리구제를 위한 법치국가적인 절차적 보장의 의미를 갖고 있다.

다. 개인의 권리구제를 보다 완벽하게 하기 위하여 법치국가의 요소로서 도입된 불가분조항은 독일의 재산권 해석체계에 있어서 가장 중요하고도 어려운 문제가 되어 왔으며, 아울러 입법자에게는 거의 해결할 수 없는 문제를 제기하였다. 입법자는 전통적인 의미의 공용침해, 즉 도로법·토지수용법·철도법 등에서와 같이 특정한 부동산(토지)의 권리를 국가나 공기업에 이전시키는 이른바 “고전적인 공용수용”(klassische Enteignung)에 있어서는 큰 어려움 없이 불가분조항의 요건을 충족시킬 수 있었다. 그러나 현대 산업사회에 있어서 국가의 기능이 경제·사회·문화 등 모든 분야에 걸쳐 급속히 확대됨에 따라 국가는 언제 자신의 행위가 재산권의 사회적 기속성의 한계를 넘는 재산권의 침해행위가 되어 이에 따라 보상의무를 발생시키는지 전혀 예측할 수 없게 되었다. 이러한 어려움은 재산권침해의 경우 보상의무를 발생시키는 ‘공용침해’와 보상없는 수인의무를 발생시키는 재산권의 ‘사회적 기속’과의 구별기준에 관하여 일반적으로 타당한 구별기준이 아직 설정되지 못한데서 더욱 증가되었다.³⁴⁾

2. 불가분조항에 대한 독일 민사법원의 판례와 입법실무

가. 독일의 민사법원은 전통적으로 침해된 법익의 종류에 따라 재산권에 대한 침해의 경우에는 기본법 제14조 제3항의 “수용보상(Enteignungsentschädigung)청구권”으로, 생명·신체·자유 등 비물질적 법익에 대한 침해의 경우에는 중세이래 관습법적 효력을 갖고 있는 “희생보상(Aufopferungsentschädigung)청구권”으로 한계를 설정하였다. 그리고 민사법원은 1952. 6. 10. 선고된 “주택국의 조차와 공용침해” 판결³⁵⁾ 이래 수용근거법에 보상규정이 없는 관계로 침해행위가 위법하게 된 경우에도 제14조 제3항을 유추적용하여 소위 ‘수용유사적 침해’³⁶⁾ 라는 명칭하에 보상을 부여하였다. 민사법원은 더 나아가 1950년대 말부터는 손실보상의 요건에서 종전까지 유지하고 있었던 공권력에 의한 재산권침해에 있어서 ‘의도적이고 목적지향적인 침해’의 개념을 포기하였다. 즉, 의도적으로 재산을 침해하지 않는 고권적 행위라고 할지라도 행위의 부수적 결과로 개인에게 뜻하지 않은 재산상의 특별희생을 야기한 경우에도 ‘수용적 침해’의 범리에 의하여 기본법 제14조 제3항에 의거하여 손실보상이 지급되었다.³⁷⁾ 이른바 “境界理論”³⁸⁾이라고 명칭되는 이러한 민사법원의 재산권보장체계는

34) 정하중, 전계논문(1992.9), 36·37면.

35) BGHZ 6, 270 : 무주택자의 강제배정으로 인하여 재산상의 손해를 입은 원고들에게 수용유사침하이론에 의한 보상을 인정하였는데, 적법한 재산권의 침해가 보상된다면 위법한 침해에 대해서는 당연히 보상되어야 한다고 보았다. 강현호, 전계논문(2003), 78면.

36) 민사법원은 수용유사적 침해의 처음 단계에서는 위법한 침해가 적법한 경우로 간주될 때 사회적 기속을 넘어서는 수용에 해당하는 경우에만 보상을 인정하였으나, 1960년대 이후에는 단지 재산권침해의 위법성을 이유로 하는 보상을 인정하여 수용유사적 침해를 國家無過失責任제도로 발전시켰다. 정하중, 전계논문(2003), 61면의 주) 11.

37) BGHZ 37, 44; 48, 46; 48, 58; 54, 332; 55, 229; 57, 370.

38) 이와 같이 경계이론(Schwellentheorie) 또는 전환이론(Umschlagtheorie)이란, 독일기본법 제14조 제3항의 공용침해(공용수용)와 제14조 제1항 제2문의 ‘내용 및 한계규정’ 내지 제2항의 ‘사회기속성’은 본질에 있어 다르지 않고 재산권자에 대한 효과, 즉 침해의 정도에 따라 구별된다고 보고, 재산권의 내용과 한계규정이 특별희생을 주는 경우에도 수용이 된다고 보는 이론으로 독일연방최고법원

사회적 제약을 넘는 모든 재산권침해에 대하여 보상을 마련하였다는 점에서 재산권의 가치보호의 관점에서 현저한 기여를 하였다.³⁹⁾ 즉, 여기에서는 발생한 재산권침해에 대하여 사후에 보상을 지불하는 재산권의 “價値保障”에 그 중점이 놓여 있었다.⁴⁰⁾

따라서 이러한 입장에서는 불가분조항은 실무상 큰 의미가 없었다. 결국 민사법원은 실질적으로는 바이마르헌법 제153조 제2항을 직접적인 수용보상청구권의 근거로 본 제국재판소의 판례를 그대로 답습하여 기본법의 변화된 헌법조문(불가분조항)의 내용과 의미를 무시하였다는 비판을 받았다.⁴¹⁾

나. 경계이론에 기초한 민사법원의 재산권보장체계는 적지 않은 문제점을 내포하고 있었다. 무엇보다도 공용수용과 사회적 제약의 구별에 관련하여 일반적으로 타당한 기준의 결여로 인하여 판례는 일관성을 상실하였다(법적 불안정성). 많은 경우에 법원의 결정은 공정한 결과에 도달하기 위한 가치판단의 결과에 해당되었다. 실제로 개인의 재산을 침해하는 수많은 국가작용 중에서 법원이 어떤 경우를 단순한 재산권의 사회적 제약으로 판정할 것인지 또는 어떤 경우를 공용수용으로 판정할 것인지는 거의 사전에 예측하기가 힘들 정도로 판례는 명확한 윤곽을 상실하였다.⁴²⁾

다른 한편, 불가분조항의 요건을 충족시키지 못한 법률은 위헌무효라는 연방헌법재판소의 판결⁴³⁾에 따라 입법자는 자신이 규율하려는 사실관계에

(Bundesgerichtshof, BGH)의 판례를 통해 발전한 이론이다. 김문현, “경계이론과 분리이론”, 「고시연구 제360호」(고시연구사 2004.3), 25면. ‘경계이론(Schwellentheorie)’이라는 용어는 J. Lege가 Enteignung und ‘Enteignungen’, in: NJW 1990, S.864 (865f.); ders., Wohin mit den Schwellentheorien?, in: JZ 1994, S.431ff.에서 처음으로 고안하였다. 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 - 및 한계규정”, 「공법학의 현대적 지평 (심천계회열박사 화갑기념논문집)」(박영사 1995), 279면의 주) 37.

39) 정하중, 전계논문(2003), 61·62면.

40) 최갑선, 전계논문(1995), 280면.

41) Ruffner, in : Erfchsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auf., S. 550. 정하중, 전계논문(1992.9), 42면.

42) 정하중, 전계논문(2003), 62-63면.

관하여 재산권의 사회적 제약과 공용침해의 경계영역에 있어 자신의 오판에 대한 위험부담을 피할 수 없게 되었다. 즉, 입법자가 공용침해를 의미하는 사실관계를 재산권의 사회적 제약이라고 오판하여 전혀 보상규정을 마련하지 않는다면 또는 공용침해라고 정확하게 판단하였지만 보상의 정도를 너무 낮게 책정한 경우 근거법률은 위헌판결을 피할 수 없게 된다. 반대로 위헌판결의 위험을 피하기 위하여 사실상 재산권의 사회적 제약에 지나지 않는 제한에 대하여 보상규정을 마련한다면 이는 헌법적 근거가 전혀 없는 자선적 급부를 개인에게 부여함을 의미하며 나아가 국가재정의 문란을 초래할지도 모르는 일이다. 이와 같은 딜레마를 해결하기 위하여 입법실무는 각 개별법규에 “이 법률에 근거한 행정처분이 공용침해를 의미한다면 보상은 금전으로 지급한다” 라는 소위 ‘구제적 보상규정’(salvatorische Entschädigungsregelung)이라고 불리우는 백지위임 형식의 입법형태를 취하기 시작하였다.⁴⁴⁾ 이는 보상에 관한 궁극적인 결정을 법관에게 위임하는 결과를 가져와 불가분조항의 의미와 취지에 반하는 것이다.⁴⁵⁾ 이러한 이유로 독일 학계에서는 이를 비판하고 있다.⁴⁶⁾

43) BVerfGE 4, 219 [233]; 24, 367 [418] : “Nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG muß das Enteignungsgesetz Art und Ausmaß der Entschädigung regeln. Ein Enteignungsgesetz, das eine solche Regelung nicht enthält, ist verfassungswidrig.”

44) 연방최고법원의 입장에서는 이러한 구제적 보상조항의 합헌 여부는 중요한 문제가 아니었는데, 그 이유는 수용의 합법성은 원래 보상의 전제가 아니었기 때문이다. 김문현, 전게서(2001), 336-337면.

45) 즉, 구제적 보상규정은 연방최고법원의 확장된 수용개념에서 비롯된 것이며, 헌법규정과 실제상의 어려움 사이의 탈출구 역할을 하나 불가분조항과는 맞지 않다고 할 수 있다. 김문현, 전게논문(2004), 26면의 주) 2.

46) 예컨대 Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit der salvatorischer Entschädigungsregelung im Enteignungsrecht, 1980, S. 7ff.; Papier, in : Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.14GG., Rdn. S. 111ff.; Leisner, DVBL 1981, 974. 정하중, 전게논문(1992.9), 42면.

3. 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률 :

“小庭園(Kleingarten)” 판결⁴⁷⁾

가. 연방헌법재판소(제2재판부)는 1979. 6. 12. 선고한 소위 ‘小庭園 판결’⁴⁸⁾에서 기본법 제14조 제1항 제2문에서 규정하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정과 기본법 제14조 제3항에서 규정하는 공용침해(공용수용)와의 구별에 관한 헌법상 법리를 전개한 후, “1944. 12. 15. 공포된(제국법령관보 I, 347) ‘해지보호 및 소정원의 기타 권리에 관한 법규명령’과 1969. 7. 28. 공포된(연방법령관보 I, 1013) ‘소정원의 권리에 관한 규정들을 변경하고 보충하기 위한 법률’(小庭園法)은, 사적인 임대자가 소정원에 관한 법규정에 의거하여 임차료 가액구속을 받고 무기한으로 임차되어 있는 소정원 임대차관계를 오로지 1944. 12. 15.자 위 법규명령 제1조와 1969. 7. 28.

47) BVerfGE 52, 1. 「독일연방헌법재판소 판례번역집」(헌법재판소 2003), 3. “소형 정원” 결정(최갑선연구관 번역부분), 79면이하 참조.
 48) 위헌제청신청법원절차의 당해사건 원고들은 뮌히베르그(Münchberg) 시에 소재하고 있는 10,000 평방미터에 달하는 대형 토지의 소유권자들인데, 이 토지는 1929년부터 ‘쉬레버정원연합’ 뮌히베르그 지부의 회원들에 의해서 소정원으로 사용되고 있었다. 그리고 위 토지는 1972. 7. 27.자 지구정비 건축계획의 적용영역 내에 위치하고 있고 “장기 정원토지”로 지정되어 있었다. 위 토지에 인접하고 있는 토지는 순수한 주거지역으로 사용하게끔 지정되어 있었다. 원고들이 1953. 1. 위 쉬레버정원연합과 체결한 임대차계약에 근거하여 위 토지는 이 재판 당시에도 사용되고 있었다. 위 임대차계약관계는 우선 1961. 9. 30.까지 유효하고 그 이후에는 계약당사자 중 일방이 1년의 기간을 두고 해지하지 않는 한 1년마다 연장되도록 되어 있었다. 임차료는 500 마르크에 달한다. 1957. 2. 원고들은 1961. 9. 30. 이후로는 임대차계약의 연장이 불가능하다는 점을 임차인인 쉬레버정원연합에 통보하였다. 쉬레버정원연합은 이 사건 ‘해지보호법’ 규정을 근거로 하여 위 토지에서의 철수를 거절하였다. 관할 행정청은 원고들이 임대차계약의 해지를 승인해 주도록 요청하는 신청을 법률이 허용하는 해제사유가 존재하지 않는다는 이유를 들어 거부하였다. 원고들이 행정청의 거부처분에 대해서 제기한 소송은 제1심법원에서 기각되었다. 바이에른 행정최고법원은 항소심 재판에서 재판을 정지시키고, 1969. 7. 28. 공포된(연방법령관보 I, 1013) “小庭園의 권리에 관한 규정들을 변경하고 보충하기 위한 법률” 제2조와 1944. 12. 15. 공포된(제국법령관보 I, 347) “해지보호 및 소정원의 기타 권리에 관한 법규명령” 제1조가 기본법 제14조와 합치되는지 여부에 대해서 연방헌법재판소에 위헌심판제청신청을 하였다(BVerfGE 52, 1 [12]).

자 위 소정원법 제2조가 정하는 바에 따라서 해지할 수 있다고 하는 범위 내에서, 기본법과 합치되지 아니한다.”고 판결하였다(주문 제1항).⁴⁹⁾

나. 먼저 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항의 ‘공용침해’ 내지는 ‘공용수용’과 제14조 제1항 제2문에서 말하는 ‘재산권의 내용과 한계를 정하는 법률’⁵⁰⁾ 내지는 ‘내용규정’을 구분하고, 이 사건 심판대상규정은 전자의 문제가 아니라 후자의 문제라고 하였다.

즉, 기본법 제14조 제3항에서 의미하는 공용수용(Enteignung)은 개인의 재산권에 대한 국가의 침해를 말한다. 그 목적에 의거해서 살펴볼 때, 공용수용은 “기본법 제14조 제1항 제1문에 의거하여 보장된 구체적인 주관적 법적 지위를 완전히 또는 부분적으로 박탈하는 것”을 목적으로 하고 있다. 그런데 소정원법에 의거하여 체결한 임대차계약을 해지하는 것을 법률로 제한하는 것은 “법률을 근거로 행정처분에 의하여 공용수용을 하는 것”(행정수용)이라고 볼 수 없다. 그리고 여기서는 법률에 의한 공용수용(입법수용)도 배제되는데, 그 이유는 입법수용은 “법률 자체가 지금까지 적용되는 법률에 의거하여 특정 개인들이나 특정 개인 집단들에게 귀속된 사적인 권리를 법률의 효력발생과 함께 추가적인 집행행위 없이 직접적으로 박탈하거나 축소시키는 것”을 의미하기 때문이다. 이와는 달리 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 내용규정(Inhaltsbestimmung)은, “헌법상 재산권으로 이해되는 법적 재화들에 대한 권리와 의무를 입법자가 추상적이고 일반적으로 확정하는 것”을 말한다. 기본법 제14조 제1항 제2문에 의거한 내용규정은, 법률의 효력발생시점부터 미래로 재산권의 ‘내용’을 규정하는, 객

49) 그 밖에 주문 제2항은 다음과 같다: “1944. 12. 15. 공포된(제국법령관보 I, 347) ‘해지보호 및 소형정원의 기타 권리에 관한 법규명령’ 제1조 제1항과 1969. 7. 28. 공포된(연방법령관보 I, 1013) ‘소정원의 권리에 관한 규정들을 변경하고 보충하기 위한 법률’ 제2조 제2항은 기본법에 위반되므로 무효이다.”

50) 재산권의 내용 - 및 한계규정은 ‘내용규정’과 ‘한계규정’으로 나눌 수 있다. 전자는 기본권적 재산권보장의 보호를 받는 새로운 재산권을 제정하는(기본권형성유보) 반면에, 후자는 종전에 이미 존재하고 있는 재산권에 그 한계를 설정한다(기본권침해유보). 이와 같은 내용상의 차이점을 가진 “내용 - 및 한계규정”은 양자의 중합을 의미하는 “내용규정”으로 약칭하여 불려지기도 한다. 최갑선, 전계논문(1995), 277·278면.

관법적인 법규정의 제정을 지향하고 있다. 이러한 법규정은 형식적인 법률로 제정되기 때문에 헌법상 존재근거를 가질 뿐만 아니라, 실질적인 관점에서 기본법과 합치되어야 한다. 재산권의 내용을 규율하는 위와 같은 법규정이 헌법상 주어진 한계를 일탈하는 경우에는 ‘무효’(위헌)가 되며, 기본법 제14조 제3항에서 의미하는 공용수용이 되는 것이 아니다. 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 내용규정과 기본법 제14조 제3항에서 의미하는 공용수용은, 각각 주어진 헌법규범의 조건을 충족하는 경우에만 유효하다. 즉, 위헌적인 내용규정(verfassungswidrig Inhaltsbestimmung)은 공용수용으로 전환될 수 없으며,⁵¹⁾ 헌법위반은 법률상 규정되지 아니한 보상(Entschädigung)을 부여함으로써 치유되는 것이 아니다.⁵²⁾

다. 이어서 연방헌법재판소는, 소정원법의 입법취지·연혁과 세월이 흐르면서 달라진 소정원의 운영실태 등을 설명하면서 “비례의 원칙”을 심사기준으로 하여 위헌 여부를 논증한 끝에, 소정원법은 한편으로는 계약기간의 기한설정을 허용하지 아니하고 다른 한편으로는 해지의 가능성을 매우 좁게 제한하고 동시에 통상적인 것보다 매우 낮은 임차료를 책정하도록 규정하고 있는데, 이와 같은 소정원법의 규율체계는 기본법 제14조 제1항 및 제2항에서 허용하고 있는 재산권의 내용규정의 한계범위를 벗어나고 있기 때문에 위헌이기는 하나, 위와 같이 제기되는 헌법상의 문제점들을 어떻게 해결할 것인지는 입법자 스스로가 결정해야 하는 문제이고, 시간적으로 무기한적인 계약에 있어서 토지재산권자가 자기수요 외에 소정원용 토지를 다른 형식으로 이용하려는 이익을 해지의 사유로 인정할 것인지 여부와 어느 정도와 어떠한 조건하에서 이를 인정할 것인지 여부에 대한 결정도 입법자가 스스로 내려야 할 사항이라는 이유로 ‘헌법불합치’ 선언에 이르고 있다.⁵³⁾ 하지만 이 판결까지만 해도 기본법 제14조 제1항 제2문에 따른 ‘내

51) 이는 민사법원의 ‘경계이론’을 배척하는 판시이다.

52) BVerfGE 52, 1 [27f.]

53) BVerfGE 52, 1 [40]

용규정'의 경우에도 헌법적 한계를 넘는 때에는 “보상의무”(Ausgleichspflicht : 조정의무)⁵⁴⁾가 있을 수 있다는 판시는 아직 없었고, 이는 아래에서 논하는 ‘출판물 의무납본’ 판결에 이르러 비로소 나타나고 있다.

4. 보상의무 있는 내용규정 : “출판물 의무납본” 판결⁵⁵⁾

가. 헤센 주는 1958. 11. 20. 개정된 ‘출판의 자유와 권리에 관한 법률’(LPrG, GVBl. S. 183) 제9조 및 문화부장관이 1977. 3. 21.자로 발령한 ‘출판물의 납본에 관한 명령’(PflEVO, GVBl. S. 146)에서 의무납본에 관해 다음과 같이 규율하고 있었다.

“LPrG 제9조 : 문화부장관은 - 그 명령을 통하여 - 이 법률의 적용을 받는 모든 출판물에 대해 비용변상없이(kostenlos) 1부씩 그가 지정하는 도서관에 제출하도록 규정할 수 있다.”⁵⁶⁾

후술하는 자갈채취 판결의 바로 전날인 1981. 7. 14. 선고된 이 판결에서 연방헌법재판소(제1재판부)는 “1958. 11. 20. 개정된 헤센 주의 ‘출판의 자유와 권리에 관한 법률’ 제9조는 동 법률의 적용을 받는 모든 출판물에 대해 예외없이 비용변상(Kostenerstattung: 비용의 返濟)⁵⁷⁾ 없는 납본제출의 의무를 부과할 수 있도록 헤센 주 문화부장관에게 수권하는 한도에서 기본

54) 여기서의 보상(Ausgleich)이란 ‘정책적·조절적 보상’의 의미이므로 공용침해의 경우에 있어서의 보상(Entschädigung)과는 다소 차이가 있다. 박상희, “보상의무 있는 내용규정에 대한 법적 검토”, 「공법학연구 창간호」(영남공법학회 1999.3), 8면의 주 10. 그리하여 이를 ‘보상의무’라는 표현보다 ‘조정의무’라고 표현하는 견해도 있다. 김문현, 전개논문(2004), 28면.

55) BVerfGE 58, 137. 「독일연방헌법재판소 판례번역집」(헌법재판소 2003), 7. “의무납본” 결정(김하열연구관 번역부분), 163면이하 참조.

56) 이 조항에 근거하여 발령된 위 PflEVO 제1조 제1항은 “헤센 주 안에서 출간되는 모든 출판물에 대하여 출판업자는 - 제3조에 의해 면제되지 않는 한 - 1부를 보상없이(unentgeltlich: 공짜로) 그리고 자기비용으로(auf eigene Kosten) 출판장소에서 가까운 도서관들에 제출하여야 한다.”고 규정하였고, 제5조의 규정에 의하면 이와 같은 의무납본은 특별한 요건없이 배포시작과 동시에 즉시 제출되어야 한다.

57) 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항의 “보상(Entschädigung)”이라는 용어를 사용하지 않았다.

법 제14조 제1항 제1문에 합치하지 아니한다.”는 주문을 선고하였다.

나. 연방헌법재판소는, LPrG 제9조에 의거하여 보상없는 납본제출(vergütungsfreien Ablieferung eines Belegstücks)을 명하는 것은 출판업자가 발간한 출판물에 대한 재산권을 제한하는 것이고, 이 규정은 따라서 기본법 제14조의 보호영역에 편입되며 그 내용에 관하여는 기본법 제14조 제1항 제2문⁵⁸⁾에서 말하는 규율을 하도록 수권하고 있다고 보았다. 연방헌법재판소는 나아가, “제출의무는 비록 개개의 납본에 대한 것이기는 하지만, 기본법 제14조 제3항에서 말하는 공용침해(Enteignung)가 문제되지 않는 다. 위 조항은 개별처분을 통하여 필요로 하는 특정한 재산객체를 취득하도록 행정부에 위임하고 있는 것이 아니라, 일반적·추상적 방법으로 ‘기부’라는 형식으로 당연제출의무를 부과하고 있다. … 출판물에 대한 재산권은 발생에서부터 납본제출이라는 의무를 지고 있다. 출판업자가 동일한 발행회에 출간된 것 중 하나의 특정한 출판물을 선택하여 제출하는 것은 일반적으로, 그리고 처음부터 부담하는 의무를 실현하는 것일 뿐이다. 따라서 의무납본 규율은 출판물에 대한 재산권의 내용을 모든 출판물에 대한 전체적 규율로서 일반적 형태로 정하는 객관적·법적인 규정이다.” 라고 하면서,⁵⁹⁾ 결론적으로 LPrG 제9조는 일반적 납본제출의무에, 많은 비용이 소요되고 또한 소량만 발행되는 출판물에 대해서도 일률적으로 비용변상 없는 납본제출의무를 요구하는 것이 포함되어 있다는 점에서 규율의 결함(잘못)이 있고, 부담의 정도와 부담의 정당화에 동원되는 근거의 중요성을 형량할 때, 소량 발행되는 고가의 출판물의 경우에 비용변상없는(kostenlose) 제출의무를 부과하는 것은 출판업자의 재산권에 대한 비례적이고 감내할 수 있는 내용확정의 한계를 벗어나는 것이며, 나아가 일반적인 무보상(Vergütungsausschluß)을 수반하는 일률적인 납본제출의무는 그 실제적 작용에 있어서는 같은 출판업자라 할지라도 부담의 정도에 있어 대단히 다른 결과를 초래할 수 있다는 점에서 기본법 제14조 제1항 제2문의 범위에서

58) “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”

59) BVerfGE 58, 137 [144f.]

준수하여야 하는 평등원칙에도 저촉된다고 판시하였다.⁶⁰⁾

다. 연방헌법재판소는 이 의무납본 판결문에서, “연방헌법재판소는 많은 판결을 통하여, 입법자는 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 규율을 함에 있어 동항 제1문에 규정된 사적 재산권에 대한 근본적 승인뿐만 아니라 동조 제2항의 사회적 요청 또한 동등하게 고려하여야 한다고 밝혀 왔다.”고 말하고 있듯이,⁶¹⁾ 비록 그 이전에도 유사한 판례가 존재하지만, 한편 “여기에서 입법자는 이해당사자의 보호가치 있는 이익들을 정당하게 조정하고 형평성 있게 고려하여야 한다. 재산권자에게 헌법이 부과하고 입법자에 의해 실현되는 구속의 정도와 범위는 본질적으로, 재산권의 객체가 사회적 관련성과 사회적 기능성을 가지는지 또 어느 정도 가지는지에 달려 있다. 그에 상응하려면 재산권의 기속은 항상 비례적이어야 한다. 재산권 객체의 사회적 관련성과 사회적 기능을 고려하고 규율의 목적에 비추어 볼 때, 재산권의 기속은 특히 과중한 부담이 되어서는 아니되고 재산법 영역에서 재산권자로 하여금 감내하기 어렵도록 취급하여서는 아니된다. 나아가 일반적인 법치국가적 원리로서 평등원칙이 준수되어야 한다.”고 판시함으로써,⁶²⁾ ‘보상의무 있는’ 내용규정의 출생시점으로 일반적으로 인정되고 있다.⁶³⁾ 즉, 당시 연방헌법재판소가 이 판결을 통하여 새로운 법리를 창설하고자 의도했는가에 관해서는 의문이 없지 않으나, 그동안 전문법원의 판례와 학설에 의해 받아들여짐으로써 결국 새로운 법리가 형성되었다고 볼 수 있다. 연방헌법재판소는 이러한 손실보상청구권의 가능성을 후술하는 ‘자갈채취판결’ 등 극소수의 예에서만 재확인하였으나, 후술하는 바와 같이 상당수의 연방행정법원과 연방(민사)법원의 판례가 이를 수용하였다.⁶⁴⁾

60) BVerfGE 58, 137 [149ff.]

61) BVerfGE 58, 137 [147].

62) BVerfGE 58, 137 [147f.].

63) 박상희, 전계논문(1999), 9면; 한수용, 전계논문(1999), 34면의 주) 15; 홍준형, 「행정구제법 제4판」(한울아카데미 2001), 314면; 정남철, “재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰”, 「공법연구 제32집 제3호」(한국공법학회 2004.2), 379면.

64) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl., 1999, §26 Rn. 80. 홍준형, 전계서(2001), 317면의 주) 492.

5. 재산권보장규정에 대한 새로운 해석의 확립 : “자갈채취” 판결⁶⁵⁾

가. 재산권해석에 있어서 재산권의 “가치보장”에 최우선적인 가치를 두고 있던 독일민사법원의 판례는 재산권의 “존속보장”을 우선시킨 연방헌법재판소에 의하여 근본적인 수정을 받게 된다. 연방헌법재판소는 1960년대 중반부터 몇 개의 판례를 통하여⁶⁶⁾ 재산권해석에 관하여 자신의 입장을 밝혀 나가기 시작하였으며 특히 제1재판부의 1981. 7. 15. 소위 “자갈채취판결”을 통하여 자신의 견해(分離理論)⁶⁷⁾를 궁극적으로 관철시켰다.⁶⁸⁾

이 사건은 연방최고법원의 재판정지 및 위헌법률심판제청 결정에 따른 사건으로서 1976. 10. 16. 개정·공포된(BGBI. I S. 3017) ‘수자원관리규정을 위한 법률’(수자원관리법) 제1조a 제3항 제1호, 제2조 제1항, 제3조 제1항 제6호, 제6조 및 제17조가,⁶⁹⁾ 지하수채굴에 대한 수자원법상의 허가나

65) BVerfGE 58, 300. 「독일연방헌법재판소 판례번역집」(헌법재판소 2002), 3. “자갈채취” 결정(최갑선연구관 번역부분), 43면이하 참조.

66) 에컨대 위에서 본 ‘소정원판결’(BVerfGE 52, 1) 등.

67) 연방헌법재판소는 이 자갈채취판결에서 종래 연방최고법원(BGH)의 판례가 취해온 입장을 부인하고, 재산권자에게 과도한 부담을 주는 “내용 및 한계규정”도 ‘수용’으로는 전환되지 않고 “위헌적인” 내용 및 한계규정으로 남는다는 입장을 취하였다. 즉, 기본법 제14조 제1항 제2문의 내용 및 한계규정 내지 제2항의 사회구속성과 같은 조 제3항의 “수용”을 전혀 다른 기능을 수행하는 제도로 이해하였다. 이를 분리이론(Trennungstheorie)이라 한다. 김문현, 전게논문(2004), 27면. ‘분리이론(Trennungstheorie)’이라는 용어도 J. Lege가 위 Enteignung und ‘Enteignungen’, in: NJW 1990, S.864 (865f.)에서 처음으로 고안하였다. 최갑선, 전게논문(1995), 280면의 주) 45.

68) 위에서 본 불가분조항에 따라 입법자는 공용수용을 위하여 근거법률에 보상규율을 마련하여야 하며 보상규율이 없는 경우 또는 보상이 있더라도 불충분한 경우에 그 근거법률은 위헌이며 이에 근거한 침해행위는 위법하게 된다. 보상규율이 없기 때문에 위법한 재산권침해에 대하여 민사법원은 “수용유사적 침해”의 법리하에 기본법 제14조 제3항을 유추적용하여 보상을 하여 왔다. 또한 민사법원은 입법자가 사전에 보상규율을 마련하는 것이 매우 어려운 비의도적 침해의 경우에는 “수용적 침해”라는 명칭하에 보상을 부여하여 왔다. 이러한 민사법원의 수용유사적 침해 및 수용적 침해제도가 연방헌법재판소의 자갈채취 판결에서 심판대에 오르게 된 것이다. 정하중, 전게논문(2003), 69면.

69) 다만, 제3조 제1항 제6호 및 제17조는 연방헌법재판소가 직권으로 심판대상으로

인가 거부를 보상없이(ohne Entschädigung) 허용하고 있는 한, 기본법 제 14조 제3항 제2문과 불합치하는지 여부가 쟁점이었다.⁷⁰⁾ 결론적으로 위 심판대상조항들은 재판관 전원일치의 의견으로 모두 기본법과 합치한다는 판결이 선고되었지만, 이 판결은 결론보다는 그 판시를 통하여 소위 ‘분리이론’을 확립하였다는데 그 의미가 있다.

나. 이 판결에서 연방헌법재판소는, “기본법 제14조 제3항 제4문은 기본법 제14조 제3항 제2문에 규정된 보상(Entschädigung)의 합법률성 원칙을 소송법적으로 보충하는 것이다. 당사자가 소구할 수 있는 보상청구권(Entschädigungsanspruch)의 내용과 범위를 결정하는 것은 법률이다. 일반법원은 피수용자에게 법률상의 규정들에 부합하는 보상이 지급되었는지 여부를 판단한다. 일반법원의 권한은 이 점에 국한된다. 일반법원은 입법자가 청구권의 근거를 제정하지 않은 경우 수용보상을 인정할 수 없다. 따라서 규범통제의 관점에서 볼 때 중요한 것은 기본법 제14조 제3항 제2문에 부

추가하였다(BVerfGE 58, 300 [318·327]).

70) BVerfGE 58, 300 [327f.]. 당해사건의 원고는 뮌스터란트(Münsterland) 북부에서 자갈채취업을 운영하고 있었다. 자갈채취시설이 위치하고 있는 토지는 그의 재산이다. 1936년 이래로 이 공장은, 원고가 한 농부로부터 이를 목적으로 하여 임차한, 인접한 두 필지를 지하수영역까지 굴착하여 모래와 자갈을 채취하고 있었다. 그 채취장은 Rheine 市가 설치한 상수도시설의 보호구역의 III A에 위치하고 있었다. 이 지역은 1968. 2. 6. 우선 임시적으로 보호구역으로 지정된 뒤, 1973. 10. 24.의 시행령을 통해 수질보호구역으로 확정되었다. 1965. 2. 원고는 자갈채취를 계속할 수 있도록 자신에게 수자원관리법에 따른 허가를 내달라고 신청하였다. 1973. 10. 관할행정청은 자갈채취 장소와 상수도시설의 우물시설간의 거리가 부분적으로는 120m밖에 되지 않기 때문에 자갈채취로 인한 웅덩이의 오염이 우물에게까지 이를 수 있고, 또 공용음용수 공급을 위협할 수 있다는 이유로 이 신청을 거부하였다. 원고의 이의제기는 성공하지 못했다. 원고는 허가처분발급이행의 소를 제기하지 않고 보상금(Entschädigung) 지급신청을 하였는데 이 신청도 거부되었다. 이에 대해서 원고는 노르트라인-베스트팔렌 州를 상대로 - 금액산정은 법원의 재량에 맡겨져 있는 - 보상금지급의 소를 제기하였다(원고는 사전에 토지소유자, 즉 자신의 임대인으로부터 만일의 경우에 발생할 수 있는 보상청구권을 양도받았다). 원고는 자갈채취에 대한 허가 거부는 자신이 설치해서 운영하는 영업과 토지소유권에 대한 수용침해라고 주장하였다. 州법원은 이 소송이 근본적으로 정당하다고 하여 원고승소 판결을 선고하였다. 이에 대하여 제기된 피고의 항소는 기각되었고, 이에 대하여 피고가 상고를 제기하자 연방최고법원(BGH)은 재판을 정지하고 연방헌법재판소에 위헌제청을 하였다(BVerfGE 58, 300 [309]).

합하는 수용법률이 소송의 기초를 이루고 있는지 여부이다. 이 규정은 보상의 종류와 범위를 규정한 법률을 근거로 한 수용만을 허용한다. 이러한 요청들을 충족시키지 못하는 법률은 위헌이다(불가분조항). 따라서 제청절차에서 제기될 수 있는 법적 문제들은 다음과 같은 두 가지이다. 첫째, 행정청의 처분과 보상청구의 근거가 되는 법률이 기본법 제14조 제3항 제2문에서 의미하는 수용규범(Enteignungsnorm)인지⁷¹⁾ 여부의 문제와, 둘째, - 수용규범인 경우 - 그 법률이 동시에 보상을 규정하고 있는지(불가분조항) 여부의 문제이다. 그러한 한, 우선 확실히 해야 할 것은 심판대상규정이 어떠한 요건하에서 지하수이용이 허용될 수 있는지를 규정하고 있다는 점이다. 이 점에 관해서는 그러나 일반법원이 판단할 필요가 없다. 더 나아가 기본법 제14조 제3항 제4문에 따른 소송의 해결은, 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 재산권의 내용과 한계를 규정하는 법률이 헌법과 합치하는지 여부에 의해 좌우될 수 없다. 그러한 문제제기는 어떠한 경우에도 - 그 규정들이 유효한 경우이든 무효인 경우이든 - 보상의무(Entschädigungspflicht)를 발생시키는 수용을 인정하는 결과로 이를 수 없기 때문에 수용법상 아무런 의미가 없을 것이다. 사회적 구속성을 넘어서면 보상청구권(Entschädigungsanspruch)을 발생시킨다는, 제청결정에 인용된 항소법원의 견해는 기본법과 합치하지 않는다.” 라고 하여 종전 민사법원의 ‘경계이론’을 명백히 거부하고,⁷²⁾ “내용을 정하는 규정은 그것이 위헌인 경우에도 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 규정으로서의 법적 성격을 계속 유지하고, 기본법 제14조 제3항의 요청하에 있는 수용규범으로 변하지 않는다. 법률규정이 위헌인 동시에 합헌이 될 수는

71) 예컨대 지방자치단체가 사기업인 Daimler-Benz AG사의 자동차검사소 설치를 위하여 동 사업에 필요한 농업용 및 임업용 토지의 소유권을 위 회사에 이전하도록 하는 내용의 ‘기업경지정리’를 명한 것은, 비록 동 사업으로 인하여 당해 지방자치단체의 경제구조를 개선하고 일자리를 창출하는 효과가 있다고 하더라도, 입법자는 그와 같은 목적의 공용수용을 인정하지 않았기 때문에 위법한 것이다(BVerfGE 74, 264).

72) 즉 “受忍하라, 그리고 補償받으라”(Dulde und liquidiere!)는 명제는 공식적으로 부인되었다. 정하중, 전계논문(2003), 70면.

없다. 따라서 행정청이 그러한 규정을 적용하는 것은 보상의무를 지는 행정수용이 될 수 없고, 언제나 법적 수단을 통해 다룰 수 있는 단순한 법률집행이 된다. 무효인 규범의 수범자에게 어떤 결과제거청구권(Folgenbeseitigungsanspruch)⁷³⁾이 인정되는지 여부는 기본법 제14조 제3항 제4문에 따른(보상청구) 절차에서는 판단되지 않는다.”고 하여⁷⁴⁾ 소위 ‘분리이론’을 제시하였다.

그리하여 연방헌법재판소는 “수용침해의 당사자인 시민에게는 기본법 제19조 제4항 제1문과 행정소송법 제40조에 의해 행정법원에 제소할 수 있는 가능성이 열려 있다. 행정법원은 … 그 침해가 기본법 제14조 제3항 제1문의 헌법적 요건들과 비례의 원칙을 충족시키는지 여부를 심사해야 한다는 점을 제외할 때, 특히 그 처분이 합헌적 근거에서 취해진 것인지 여부를 조사해야 한다. 침해의 근거가 되는 법률이 지급할 보상의 종류와 범위에 관한 규정을 두고 있는지 여부를 확인하는 것도 여기에 포함된다. 이 요청을 충족시키지 못하는 법률은 위헌이므로, 행정법원은 그러한 법률을 적용해서는 안된다. 행정법원은 오히려 기본법 제100조 제1항에 따라 연방헌법재판소에 그 규범의 효력에 대한 심판을 제청하여야 한다. 그 규범이 위헌으로 선언되면, 그에 입각한 행정행위는 기본법 제14조 제1항 제1문으로부터 나오는 당사자의 기본권(재산권)을 침해하는 것이므로 취소되어야 한다.”고 하였다.⁷⁵⁾ 다시 말하면, 위헌적인 ‘공용수용’의 효과는 보상이 아니라 침해행위의 취소라는 것이다(가치보장보다 존속보장의 우위). 나아가 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항 제4문에 따른 보상청구 절차에서 일

73) 결과제거청구권이란 행정청의 공권력 작용으로 인하여 조성된 위법한 결과의 제거를 청구하는 일종의 ‘원상회복청구권’이다. 결과제거청구권이 의도하는 권리구제의 형태는 공권력행사 이전의 상태를 복구하여 침해가 없었던 것과 같은 원상을 회복하는 것이다. 자갈채취 판결에서 나타난 연방헌법재판소의 “권리구제수단의 단계구조”는, 우선 권리가 침해된 자는 행정쟁송을 통하여 그 위법을 시정하여 원상회복을 구하고, 그것이 여의치 못한 경우 그 결과의 제거를 청구하며, 만약 이러한 방법도 권리보호의 이익이 없는 경우에는 최후로 손해의 전보를 구하게 되는 것이다. 김성수, 「일반행정법」(법문사 2004), 697-698면.

74) BVerfGE 58, 300 [319f.]

75) BVerfGE 58, 300 [322f.]

반(민사)법원이 갖는 재판권한과 관련하여, “시민이 자신에게 취해진 처분을 ‘수용’으로 본다면, 그는 법률에 청구권의 근거가 있을 때에만 보상을 청구할 수 있다(보상청구권의 근거가 없다면, 그는 행정법원에 그 침해행위의 취소를 청구하여야 한다). 그러나 그가 침해행위의 취소청구를 포기하고 법률이 자신에게 인정하지도 않은 보상을 요구할 수는 없다. 법률에 근거가 없다면 민사법원도 보상을 인정할 수 없기 때문이다. 따라서 당사자는 법률상 보상규정의 결여로 인하여 위법한 ‘수용’으로부터 자신을 방어할 것인지, 아니면 직접 보상을 청구할 것인지 여부를 선택할 수 없다. 그가 침해행위의 취소를 청구하지 않는다면, 그의 보상청구소송은 기각된다. 기본법이 자신에게 부여한, 합헌적 상태 회복청구권을 행사할 수 있는 가능성을 활용하지 않은 자는 자기 스스로에 의해 초래된 법적 손실을 이유로 공공기관에 대해 금전배상을 청구할 수 없다.”고 판시하였다.⁷⁶⁾

다. 연방헌법재판소에 의하면 입법자는 기본법 제14조의 범위 안에서 세 가지 방식으로 재산권 관련 규정들을 제정할 수 있다고 한다. 첫째, 재산권은 일정한 법익을 일정한 권리주체에게 귀속시키는 것으로서 그것이 법적 생활에서 실용가능성을 띠기 위해서는 반드시 법적인 구체적 형성을 필요로 한다. 따라서 기본법 제14조 제1항 제2문은 재산권의 내용과 한계를 규정할 과제를 입법자에게 위임하였다. 그러한 규범들은 일반적·추상적으로 재산권자의 권리와 의무, 즉 재산권의 ‘내용’을 규정한다. 따라서 입법자는 객관적 법의 차원에서 재산권자의 법적 지위를 창설하고 구체화하는 법규범들을 제정한다(내용규정: Inhaltsbestimmung). 그 법규범들은 私法의 성

76) BVerfGE 58, 300 [324]. 그러므로 자갈채취허가신청을 거부한 행정행위의 취소를 청구하지 않고 바로 민사법원에 보상청구소송을 제기한 당해사건은 부적법한 청구여서 이 사건 심판제청이 재판의 전제성이 없다는 주장이 있을 수 있다. 이에 대하여 연방헌법재판소는, “위 거부처분 당시에 이미 연방최고법원이 다른 비슷한 사안에서 - 수자원관리법 제19조 제3항의 규정을 근거로 - 자갈채취가 금지된 토지소유자의 수용보상 지급청구권을 인정한 상태였고, 당해사건에서 비로소 그 견해를 바꾸어 이 사건 심판제청을 한 것이기 때문에, 이러한 상황에서 원고가 헌법이 요구하는 보상규정이 없다는 것을 이유로 위 허가거부처분의 취소를 행정법원에 청구할 이유가 없었다.”는 이유로 이 사건 심판제청의 적법성을 인정하였다(BVerfGE 58, 300 [324f.]).

격을 떨 수도 있고 公法의 성격을 떨 수도 있다. 둘째, 입법자는 기본법 제 14조 제3항 제2문(전단)에 따라 법률을 통해서 일정한 또는 특정 가능한 인적 집단으로부터, 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 일반적 효력을 갖는 법률에 근거하여 적법하게 취득한 구체적 재산권을 박탈할 수도 있다(입법수용: Legalenteignung). 셋째, 입법자는 마찬가지로 기본법 제14조 제3항 제2문(후단)에 따라 개인의 구체적 재산권을 박탈하도록 행정부에 위임할 수도 있다(행정수용: Administrativenteignung). 이러한 법률에 근거한 행정수용은, 입법수용과는 달리 법적 수단을 통해 다룰 수 있는 행정청의 집행행위를 필요로 한다.⁷⁷⁾ 연방헌법재판소는, “입법수용과 행정수용은 상호 배타적이다. 이미 입법자에 의해 박탈된 법적 지위가 다시 행정행위를 통해 폐지될 수는 없다. 하나의 동일한 규정이 입법수용을 초래하는 동시에 행정부에 수용조치를 위임할 수는 없다. … 내용규정, 입법수용 그리고 행정수용은, 기본법이 명확하게 서로 구별하고 있는, 각각 독자적인 법제도들이다. 그러나 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 앞으로 적용될 새로운 객관법적 규정이 개인이 구법에 근거하여 행사한 주관적 권리를 박탈하는 한, 그것(내용규정)은 동시에 입법수용을 초래할 수도⁷⁸⁾ 있다.”⁷⁹⁾고 한다.⁸⁰⁾

77) BVerfGE 58, 300 [330f.]

78) 이 경우에도 재산권에 대한 사회적 제약의 범위내라면 보상이 없더라도 합헌판단을 받을 수 있고(후술하는 한국헌법재판소의 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정 및 2003. 8. 21. 선고 2000헌가11등 결정 참조), 보상 내지는 비용변상이 필요한 경우도 있을 수 있다(전술한 독일연방헌법재판소 1981. 7. 14. 선고 ‘출판물의 무납본’ 판결 참조). 그러나 후자의 경우라도 이는 기본법 제14조 제3항상의 공용수용이 아니라 “보상을 통하여 합헌성이 다시 회복될 수 있는” 내용규정이다.

79) 이러한 취지의 판시는 이미 전에도 있었다(BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28]). 즉, 하나의 규율이 내용제한규정인지 아니면 입법수용에 해당하는지가 문제될 경우에 그 판단은 관련된 규범의 수범자에게 달려 있다. 예컨대 舊소유권자에게는 입법수용인데 반해 新소유권자에게는 내용규정일 수 있다는 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 1991년 판례에서 토지개혁법의 이중적 성격과 작별을 고하고, 재산권을 새로이 정의하고 있는 개혁법을 예외없이 내용제한규정으로 파악하였다(BVerfGE 83, 201 [211f.]). 정남철, 전제논문(2004), 380면.

80) BVerfGE 58, 300 [331f.]. 이 같은 체계에 의하면 심판대상규정들은 수용규범이 아니다. 그 규정들은 자갈채취를 원하는 재산권자의 토지소유권에 대한 제한을

연방헌법재판소는 이 판결에서, “어떤 법적 사건이 (보상을 요하는) 공용 수용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 그 제한의 시점에 당사자가 收用가능한 법적 지위를 갖고 있는지 여부를 확인해 보아야 한다.”고 하면서,⁸¹⁾ “수자원관리법이 시행될 당시 원고의 법적 지위⁸²⁾를 결정한 것은 1913년의 프로이센 수자원법이고 동법은 제196조 이하에서 지하수에 관한 법률관계를 규정하고 있었는데, 토지소유자에게 지하수이용권을 원칙적으로 인정하였다. 즉, 토지소유자에게는 자갈채취의 경우 지하수영역을 채굴할 권리가 인정되었다. ... 그러나 이 사건 수자원관리법은 지하수이용을 원칙적으로 토지소유권의 내용에서 제외시키고 있다. 이 때 그 이용이 지하수이용 그 자체를 목적으로 하는 것인지, 아니면 다른 목적을 위한 작업 수행에 부수적으로 동반되는 부담적 현상일 뿐인지 여부는 중요하지 않다. 토지소유권은, 허가를 받아 행하는 지하수이용의 범위 안에서만 실현될 수 있는 토지이용권은 포함하지 않는다. 자갈이 지하수 속에 있는 한, 그것을 채취할 수 있는 권리는 수자원법상의 허가가 있을 때에만 소유자에게 인정된다. 따라서 이러한 점에서 보더라도 수자원법상의 허가 거부는 권리박탈이 될 수 없다.”고 하여,⁸³⁾ 이 사건 심판대상규정들이 기본법 제14조 제3항의 입법수용도 행정수용도 아닌 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 ‘내용규정’임을 확인한 후에, ‘비례의 원칙’과 ‘평등원칙’을 심사기준으로 동 규정들의 기본권 합치 여부를 판단한 끝에 합헌의 결론에 이르고 있다.

행정부에 위임하고 있지도 않으며(행정수용 아님), 법률에 의한 수용도 존재하지 않기 때문이다(입법수용 아님). 이 규정들은 오히려 기본법 제14조 제1항 제2문에서 의미하는 재산권의 내용과 한계를 규정하고 있다(내용규정임).

81) BVerfGE 58, 300 [332]

82) 1936년이래 지하수영역에서 모래와 자갈을 채취해 왔음.

83) BVerfGE 58, 300 [348 · 309 · 349 · 337]

6. 보상(조정)조치의 내용 : “문화재보호법” 판결⁸⁴⁾

가. 연방헌법재판소(제1재판부)는 1999. 3. 2. 선고한 문화재보호법 판결에서, 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에서 재산권자에게 수인불가능한 부담을 주는 경우에 이러한 규정의 합헌성을 담보할 수 있는 이른바 보상(조정)조치의 내용에 대하여 모범적인 지침을 밝혔다.

이 사건의 청구인은 19세기의 고귀한 별장유형, 즉 기업가정신(Unternehmergeist)과 예술보호(Mäzenatentum)를 대표하는 궁정양식의 건물의 소유자였다. 이 건물은 관할관청으로부터 문화재로서 보호대상으로 지정되었다. 관련 법규정에 의하면 보호받고 있는 문화재의 철거 또는 개조는 관청의 허가를 통해서만 허용되었다. 청구인은 수년 동안 이 건물을 임대하려고 하였으나 실패하였고, 또한 매년 30만 마르크에 달하는 고액의 에너지비용과 유지비용을 국가가 떠맡는 것을 조건으로 하여 국가에 대하여 이 건물을 박물관으로 사용하도록 제의하였으나 역시 성공하지 못했다. 이에 청구인은 이 건물에 대한 영업적 또는 사적 이용이 불가능하다는 이유로 철거허가를 신청하였으나 관할관청은 이 건축문화재의 철거허가를 거부하였다. 이에 대한 행정소송에서 행정법원과 고등행정법원은 청구인에 대하여 패소판결을 내렸고 이에 청구인은 헌법소원을 제기하였는바, 이에 대하여 연방헌법재판소는 이와 같이 보호받고 있는 문화재에 대한 개조 등에 관할관청의 허가를 요한 라인란트-팔쯔 란트의 문화재보호및관리법(1978. 3. 23.자 DSchPflG, GVBl. S. 159) 제13조 제1항 제2호는 기본법 제14조 제1항과 합치하지 않는다는 판결을 선고하였다.⁸⁵⁾

나. 연방헌법재판소는, 위와 같은 문화재보호는 정당한 입법목적임을 확인하고 보호받고 있는 문화재의 개조 또는 철거에 대한 허가의무는 법률의

84) BVerfGE 100, 226. Otto Depenheuer, Interessenabwägung im Schutz des Eigentums (재산권보장에서의 이익형량 : 김명용 옮김), 「공법연구 제29집제3호」(한국공법학회 2001.5), 1면이하 참조.

85) BVerfGE 100, 226 [229f.]

목적을 실현하기 위하여 적합하고 필요한 수단이라는 점도 인정하였다. 즉, 재산권보장은 재산의 최대한의 수익적 사용을 보호하는 것이 아니기 때문에 소유자는 자신의 재산을 최대한 수익적으로 사용하는 것을 포기해야 함을 원칙적으로는 수인해야 한다고 하였다. 그러나 보호받고 있는 건축문화재가 철거 및 개조 금지를 통하여 더 이상 의미있는 사용가능성이 존재하지 않는다면, 즉 소유자가 사적 사용의 이익을 향유할 수 있는 가능성 없이 공익만을 위하여 존재해야 한다면 사정은 다르다고 한다. 이러한 경우에는 재산권의 핵심 즉 본질적인 부분이 침해된다는 것이다.⁸⁶⁾

연방헌법재판소에 의하면, 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률이라도 위와 같은 제한의 경우에 그 자체로서는 수인불가능하지만 입법자가 보상조치(Ausgleichsmaßnahmen)를 마련하고 있다면 그러한 재산권제한규정들은 예외적으로 재산권보장과 합치될 수 있다.⁸⁷⁾ 그런데 이러한 보상조치 내지 조정조치가 반드시 금전지급(Geldzahlungen)일 필요는 없다. 오히려 반대로 재산권의 존속보장(Bestandsgarantie)으로부터 볼 때, 재산권자의 과도한 부담을 실질적으로 방지하고 가능한 한 그의 사적 이용을 유지하게 하는 방안이 먼저 강구되어야 한다. 이러한 조정조치의 예로서 연방헌법재판소가 들고 있는 것은 경과규정(Übergangsregelungen), 예외 및 면제규정(Ausnahme- und Befreiungsvorschriften), 행정적 또는 기술적 예방조치(administrativer und technischer Vorkehrungen)의 마련이다. 다만, 구체적인 사안에서 이와 같은 물적보상 혹은 현물보상(Real- oder Naturalausgleich)이 불가능하거나 과도한 비용으로써만 가능하다면 금전보상(finanzieller Ausgleich)이 고려될 수 있다고 한다. 이 경우에 재산권자는 거래가격으로 국가나 지방자치단체 등에 그 건물을 매수할 것을 요구할 수 있는 권리(매수청구권)가 인정될 수 있다는 것이다.⁸⁸⁾

결론적으로, 국가는 보상(조정)조치라는 유연한 수단을 통해서 개인적

86) BVerfGE 100, 226 [242f.]

87) BVerfGE 100, 226 [244]

88) BVerfGE 100, 226 [245f.]

이익과 공익을 형량함에 있어서 구체적 사안에서 발생하는 재산권자에 대한 과도한 부담을 피하고 그럼으로써 재산권내용규정의 합헌성을 전체적으로 보장할 수 있는 수단을 지니게 된다는 것이다.⁸⁹⁾

7. 평가

가. Jarass 교수는 종래 연방민사법원 및 연방행정법원이 채택한 ‘경계이론’에 비하여 연방헌법재판소가 “자갈채취” 판결을 통해 정립한 ‘분리이론’을 다음과 같이 요약하고 있다.⁹⁰⁾

첫째, 기본법 제14조 제3항은 단지 (좁은 의미의) 공용수용에 대해서만 적용된다. 유사한 효력을 갖는 행위, 특히 수용유사적 침해 및 수용적 침해에 대한 유추해석에 의한 동 조항의 적용은 배제된다.⁹¹⁾ 둘째, ‘하나의 행위’에 이중적 기능을 부여하는 것은 배제된다. 따라서 하나의 규율은 모든 적용사례에 있어서 “내용규정”이나 “공용수용” 중 어느 하나에 해당한다.⁹²⁾ 셋째, 공용수용과 기타 소유권침해간의 구별은 더 이상 특별희생의 성격(특별희생설) 내지 소유권자에 대한 침해의 정도(침해중대성설)에 좌우되지 않는다. 또한 내용규정은 그것이 위법하거나 수인할 수 없다는 것을 이유로 공용수용이 되는 것은 아니며, 이 경우에도 그것은 내용규정으로서의 성격을 갖는다.⁹³⁾ 넷째, 손실보상 또는 매수 청구권(Entschädigungs- und Übernahmeanspruch)이 규정되어 있다는 상황도 그것이 곧 공용수용을 긍정하는 징표라거나 또는 내용규정의 존재를 부정하는 징표를 구성하는 것이 아니다.⁹⁴⁾

89) Deppenheuer, 전계논문(2001), 15·28면.

90) Hans D. Jarass, Verfassungsrechtlicher Enteignungsbegriff und Planungsrecht, in: 『PLANUNG』(C.H.Beck 2000) 신봉기 번역 : “수용개념의 이해”, 「토지공법연구총서 V」(한국토지공법학회 2001.8), 650면.

91) 따라서 연방최고법원(BGH)은 수용유사적 침해 및 수용적 침해 제도를 일반법(einfaches Recht)에 의지하고 있다.

92) BVerfG(Kammer), NJW 1998, 368에서 이를 명백히 하고 있다.

93) BVerfGE 79, 174 [192]; BVerwGE 84, 361 [367]; BGHZ 100, 136 [144].

연방헌법재판소의 ‘자갈채취판결’ 이후 연방민사법원과 연방행정법원은 과거의 경계이론에 따른 구분을 포기하고 분리이론을 수용하였고, 이로써 또한 “보상의무(조정 의무) 있는 내용규정”(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)의 법제를 인정하였다. 보상의무 있는 내용규정의 예로서는 자연보호법·문화재보호법·풍치보호법 등에서의 사용제한,⁹⁵⁾ 도시계획법상의 사용제한,⁹⁶⁾ 공법상의 상관관계,⁹⁷⁾ 그 밖에 소위 개혁법률(법률개정으로 인하여 구법하에서 형성된 구체적인 권리가 폐지되는 경우)⁹⁸⁾ 등을 들 수 있다.

94) BGHZ 121, 328 [331]; BVerwGE 94, 1 [4f.].

95) 연방최고법원과 연방행정법원은 연방헌법재판소의 분리이론을 수용하여 자연보호법이나 문화재보호법상의 사용제한을 최근 1990년대부터 진적으로 재산권 내용규정으로 판단하였고, 재산권의 사용제한이 과거의 경계이론에 따라 ‘수용’으로 판단될 정도의 강도를 가진다면 그러한 ‘수용적 효과’는 기본법 제14조 제3항상의 수용이 아니라 보상을 통하여 합헌성이 다시 회복될 수 있는 내용규정이라고 판시하였다(연방최고법원 BGHZ 121, 73 [78]; 123, 328 [331]; 123, 242 [244]; 126, 378 [381]; 연방행정법원 BVerwGE 84, 361 [368ff.]).

96) 위와 같은 자연보호법 및 문화재보호법 영역에 있어서 보상의무가 있는 내용규정에 대한 민사법원의 판례는 곧 계획법 영역으로 확대되었다. 종전에 ‘희생수용(Aufopferungsentziehung)’으로 간주되어 기본법 제14조 제3항에 따라 손실보상이 주어졌던 용도지역이나 지구의 지정 등 ‘건축상세계획’상의 사용제한은 보상의무가 있는 내용규정으로 판단되었다. Battis, NVwZ 1982, 585; Breuer, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 1992, § 39. 정하중, 전계논문(2003), 72면.

97) 공공시설·철도·도로 등으로부터 발생하는 해로운 영향(매연·소음 등 공해)으로 인하여 일정한 한계를 넘는 과도한 침해를 받는 건물주의 보상청구권을 ‘보상의무(조정 의무) 있는 내용규정’의 한 적용례로 보고 있다(BVerfGE 79, 174 [191f.]).

98) 연방헌법재판소는 1991년의 판결에서, “재산권의 내용을 새로이 규율하는 개정 법률은 예외없이 내용규정일 뿐이며, 입법자가 일정 영역을 전면적으로 새로이 규율하는 과정에서 종래 존재하던 권리(광산법상 존재하던 先買權)를 폐지하는 경우에도 헌법 제14조 제3항의 수용규정은 적용될 여지가 없다. 그러나 입법자는 물론 재산권을 새로이 형성함에 있어서 구법상의 이미 존재하던 권리를 존중해야 하므로, 구법상의 권리에 대한 침해는 비례의 원칙을 고려하였을 때 공익상의 이유로 정당화되어야 한다.”고 판시하였다(BVerfGE 83, 201 [211ff.]). 즉, 구법상의 권리박탈의 문제는 收用의 문제가 아니라 권리존속에 대한 신뢰보호의 문제로 해결되어야 한다는 것이다. 이러한 개혁법률에서의 입법자는 공용수용에 있어서의 입법자보다 자유롭다. 입법자는 경과규정에서 보조금지급, 기간설정, 금전보상 등 여러 가지 조정수단을 사용할 수 있다. 여기에서 ‘금전보상’이란 단지 기득권자의 신뢰를 보호하고 침해를 비례적으로 하기 위한 하나의 수단에 지나지 않는다. 정하중, 전계논문(2003), 72면.

그러나 분리이론에서도 ‘언제 수인의 정도를 넘는 과도한 침해가 존재하는가’의 문제는 마찬가지로 제기되므로, 종래의 경계이론에 있어서 재산권 내용규정과 공용침해를 구분하는데 사용된 기준(형식적 기준설,⁹⁹⁾ 실질적 기준설¹⁰⁰, 절충설)은 연방헌법재판소의 분리이론에서는 ‘보상이 필요없는 재산권내용규정’과 ‘보상의무(조정 의무) 있는 재산권내용규정’을 구분하는 기준으로서 여전히 그 의미와 효용성을 가지고 있다.¹⁰¹⁾ 그런데 이 점은 분리이론의 약점으로 지적되기도 한다. 즉, 독일에서 형식적 의미의 공용수용 개념이 등장하게 된 주 원인은 사회적 제약과 특별희생의 구별의 어려움을 발생하는 불명확성과 이에 따른 법적 불안정성에 있었다. 연방헌법재판소의 재산권해석(분리이론)에 따르면 형식적 의미의 공용수용에 해당하지 않는 여타의 재산권침해, 이른바 과거의 희생수용(Aufopferungsenteignung)에 속하였던 영역은 현재 재산권의 내용규정인 기본법 제14조 제1항 제2문의 보상의무가 있는 내용규정에 속하게 되었다. 그러므로 언제 재산권의 내용을 형성하는 법률이 헌법에 합치하도록 하기 위하여 보상규율이 필요한지에 대하여는 다시금 전통적인 사회적 제약과 공용수용의 한계설정 기준에 따라 판단되고 있으며, 이에 따라 경계이론에서 나타나는 법적 불안정성은 여전히 분리이론에서 나타나고 있다는 것이다.¹⁰²⁾

나. 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항의 공용침해를 “제14조 제1항 제1문에 의하여 보장된 구체적이고 주관적인 개인의 재산적 권리에 대한 완전한 또는 부분적인 고권적 박탈을 목적으로 하는 과정”으로 정의함으로써 침해형태를 ‘의도적’ 또는 ‘목적지향적’으로 파악하였다.¹⁰³⁾ 이와 같이

99) “특별한 희생”에 초점을 맞춤(特別犧牲論). 연방민사법원의 입장.

100) “침해의 중대성”에 착안함(侵害重大性論). 연방행정법원의 입장.

101) 한수웅, 전계논문(1999), 34-35면. 반면에, 보상이 필요없는 ‘사회제약’과 보상을 요하는 ‘공용침해’를 구분하는 기존의 각종 공용수용이론(Enteignungstheorien)들은 분리이론하에서 침해조치를 구분하기 위한 방법으로는 그 역할을 더 이상 하지 못하게 되었다는 견해로는 최갑선, 전계논문(1995), 282면.

102) 정하중, 전계논문(2003), 81면.

103) BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330f.]

연방헌법재판소는 공용침해의 개념을 형식적 의미로 파악하여 재산적 가치의 의도적이고 목적지향적인 박탈만을 제14조 제3항의 공용침해로 이해함으로써(‘고전적 수용개념’¹⁰⁴⁾으로의 회귀), 입법자를 불가분조항으로부터 발생하는 어려움¹⁰⁵⁾으로부터 해방시켰다. 즉, 기본법하에서 이제 연방헌법재판소는 ‘수용’개념을 “국가가 구체적인 공적 과제를 이행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 의도적으로 전면적으로 또는 부분적으로 박탈하려고 하는 것”이라고 한정하였다.¹⁰⁶⁾ 침해의 강도(Intensität)나 질(Qualität)이 아니라 그 형식(Form)과 목적(Zweckrichtung)이 수용의 개념적 기준이 된 것이다.¹⁰⁷⁾ 그렇지만 양자를 구별하는 결정적인 기준은 그 ‘일반추상성’과 ‘개별구체성’의 짝이라고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 그러므로 예컨대, 입법자가 일반적인 법률개정을 통하여 기존의 권리를 폐지한 경우에도 이것은 수용의 ‘개별구체성’을 결여하므로 기본법 제14조 제3항의 적용대상이 아니며, 일반·추상적 법률개정을 통해 재산적 지위를 전면적으로 박탈해도 그것은 수용이 아니라 재산권의 내용 및 한계에 관한 규정의 결과로 보는 것이다.¹⁰⁹⁾

이렇게 불가분조항이 적용될 가능성을 가능한 축소시킴으로써,¹¹⁰⁾ 그 조

104) 19세기 후반까지의 고전적(전통적) 의미의 수용개념은 ①그 대상이 토지에 제한되어 있었고, ②그 법적 과정에 있어서도 새로운 권리주체에게 재산권이 이전되어야 하였으며, ③그 범형식도 행정행위(법률에 근거하여 발급된)에 의해서 이루어졌고, ④수용목적으로서 공익에 기여하는 구체적 사업에 대한 필요를 요구하였다. 이와 같이 전통적 의미의 수용개념은 매우 좁게 이해되었다. 정남철, 전계논문(2004), 371면.

105) 기본법 제14조 제3항의 공용수용의 경우 전술한 “구체적 보상조항”으로는 충분하지 못하다. BVerfGE 84, 361 [366ff.]. Jarass, 전계논문(2001), 648면.

106) BVerfGE 58, 300 [330f.].

107) Maurer, 전계서(1999), §26 Rn. 27

108) S. Detterbeck, Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, DöV 1994, S. 275.

109) 홍준형, 전계서(2001), 289면.

110) 기본법 제14조 제1항·제2항의 내용규정에 있어서는 원칙적으로 특별한 사례에 해당되는 경우에만 재정적인 조정부담이 주어지게 된다. 따라서 공용수용에서와는 달리, 소유권에 대한 제약이 정도를 초과하는 경우에는 전반적으로 볼 때 그에 대하여 손실보상을 규정하고 있는 “구체적 보상조항”이 있으면 그것으로 충분히 그 보상근거가 된다. BGHZ 126, 379 [381]. Jarass, 전계논문(2001),

항이 가지는 위력 즉 수용에 해당되면 반드시 보상규정을, 다른 법률이 아닌 당해 법률에 규정하여야 한다는 엄격한 요구를 완화시킬 수 있는 효과가 있다. 또 “개별적, 구체적이고 의도적인 재산권 박탈”만을 수용으로 봄으로써 입법자가 예상할 수 없었던 사정으로 인한 불가분조항의 적용을 배제하게 되어, 입법자의 위험부담을 덜어주는 효과가 있는 것이다.¹¹¹⁾

그리고 이제 더 이상 민사법원은 보상규정이 없는 경우 제14조 제3항을 유추 또는 근거로 하여서는 소위 收用類似侵害¹¹²⁾와 收用的 侵害¹¹³⁾라는

648면. 이와 다른 견해로는 Wieland, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 1996, Art. 14, Rn. 126.

111) 이명웅, 전계논문(2000), 332면.

112) 收用類似侵害(enteignungsgleicher Eingriff) 이론이란 재산권에 대한 위법적 침해라도 그것이 법률에 의하여 허용된다고 가정할 경우에 그것의 내용 및 효과에 비추어 볼 때 공용침해를 의미하고 관련 개인에게 특별한 희생을 강요할 때에는 공용침해와 같은 것으로 다루어야 한다는 이론을 말한다(따라서 수용유사침해와 본래적 의미의 공용수용과는 오로지 ‘침해의 위법성’이란 면에서만 구별되는 것으로 이해되었다). 예컨대 보상규정을 두지 않은 재산적 침해로서 실질적 내용에 있어서는 수용적 효과를 가져 오는 경우가 이에 해당한다. 독일에서는 1952. 6. 10. 선고된 BGHZ 6, 270 [290] 이래 확립된 판례이다. 그러나 우리나라 대법원의 경우 ‘수용유사침해’ 이론을 “국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하였고 그 효과가 실제로 있어서 수용과 다를없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다”는 것으로 이해하면서도 아직까지는 이를 적극적으로 받아들이지 않고 있으며(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6409 판결, 공1993.12.15.(958), 3173), 오히려 재산권에 대한 공권적 침해가 위법한 경우에는 ‘손해배상’의 문제로 보고 있다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99다40807 판결, 공2000.1.1.(97), 46). 박균성, 「행정구제법 (제2판)」(박영사 2002), 118면 참조. 다만 동 책에서 인용하고 있는 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결은 수용유사침해의 사례가 아니라 후술하는 수용적 침해의 사례로 보아야 할 것이다.

113) 收用的侵害(enteignender Eingriff) 이론이란 그 자체로서 합법적인 행정행위가 초래하는 예외적이고 예기치 못한 부수적 효과로 인한 재산권의 침해에 대하여는 법률의 근거가 없어도 보상을 해 주어야 한다는 이론을 말한다. 예컨대 합법적인 도로공사로 인하여 고객이 상점에 접근할 수 있는 가능성이 봉쇄되는 경우에 상점주인이 입는 재산적 손해가 이에 해당한다(BGHZ 57, 359 [366]). 우리나라 대법원도 적법한 공권력 행사가 원인이 되어 발생한 손실(간접손실 내지는 수용적 침해)은 헌법 제23조 제3항에 규정한 손실보상의 대상이 된다고 보고 있다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결, 공1999.11.15.(94), 2299; 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결, 공2000.1.1.(97), 1). 박균성, 전계서(2002), 117면 참조.

이름하에 개인에게 보상을 부여할 수 없게 되었다. 결과적으로 수용유사적 침해¹¹⁴⁾ 또는 수용적 침해¹¹⁵⁾는 자갈채취판결 이후에도 존속은 되었으나¹¹⁶⁾ 기본법 제14조 제3항의 영역에서 추방되었고 아울러 그 법적 근거도 종래 독일에서 관습법적 효력¹¹⁷⁾을 갖고 있던 희생보상의 기본원칙으로 바뀌었다. 즉, 민사법원은 “연방헌법재판소의 판결은 기본법 제14조에 의거한 협의의 수용에 한해서만 적용되는 것”이라고 하여 수용유사침해를 기본법 제14조 및 협의의 수용개념으로부터 분리시켜 ‘판례법’을 통해 형성된, 1794년의 프로이센일반란트법총칙(Einl. ALR) 제74조¹¹⁸⁾ 및 제75조¹¹⁹⁾에

-
- 114) 1984. 1. 26. 판결, BGHZ 90, 17 [29ff.] : “모래채취(Sandabbau)” 사건. [원고는 자신의 모래언덕에 위치한 토지로부터 모래를 채취하고자 하였다. 행정청은 자연 및 풍치보호의 차원에서 모래언덕에 대한 모래채취를 금하는 가치분을 하였다. 그러자 원고는 수용보상을 요구하였다. 연방최고법원은 수용유사침해가 존재하는 것으로 보았다. 강현호, 전계논문(2003), 82면.
- 115) 1984. 3. 29. 판결, BGHZ 91, 20 [26ff.] : “정화시설(Kläranlage)로부터의 임피션 온” 사건. [원고는 지구상세계회상 일반주거지역에 있는 자신의 토지에 주택을 소유한 자인데, 인근에 시의 하수처리시설이 설치되어 있었다. 동 시설의 확장을 위한 허가가 나자 원고가 이의를 제기하였으나, 적정하게 운영되고 보수되는 하수처리시설은 악취가 나지 않는다는 이유로 기각되었다. 그러자 원고는 손실보상청구를 하였다. 연방최고법원은, 연방헌법재판소의 자갈채취 판결은 협의의 의미의 수용에만 해당되며, 수용적 침해에 대하여는 적합하지 않다고 판시하였다. 강현호, 전계논문(2003), 83면.
- 116) 독일에서 수용유사침해, 수용적침해 보상이론은 사양길에 접어들기는커녕 여전히 규범력을 발휘하고 있는데(Maurer, 전계서(1999), §26 Rn. 34), 이 이론이 연방헌법재판소의 판례에도 불구하고 좌절되지 아니하고 계속 생명력을 유지할 수 있었던 것은 그것이 현실적으로 유용한 문제해결을 가능케 했기 때문이다. 홍준형, 전계서(2001), 279면.
- 117) 그러나 이와 같이 연방법원이 이끌어낸 관습적인 전통이란 실은 순수한 의미의 관습법이라기 보다는 오히려 “판례법”이라고 보아도 무방할 것이다.
- 118) §74 Einl. ALR : “국가구성원의 개별권리와 이익이 공공복리와 현실적으로 모순되는(충돌하는) 경우에는 공공복리를 우위에 두어야 한다.” [원문: Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.]
- 119) §75 Einl. ALR : “국가는 공동체의 이익을 위해 그 특별한 권리와 이익의 희생이 요구되는 자에게 보상을 명할 수 있다.” [원문: Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern wird, zu entschädigen gehalten.] 이상 정남철, 전계논문(2004), 371면에서 재인용.

따른 희생의 관념에 이식시킴으로써 수용유사침해의 법리를 구출하고자 하였다.¹²⁰⁾ 한편, 연방헌법재판소도 - 비록 방론이기는 하지만 - 이른바 ‘수용유사침해’ 또는 ‘희생유사침해’를 결과제거청구권과 마찬가지로 실정법상 규정된 불법행위의 책임요건(국가책임법)을 보충하기 위하여 민사판례에 의하여 발전된 ‘공적이고 법적인 제도’¹²¹⁾로 인정하고 있다.¹²²⁾

다. 연방헌법재판소의 판례에 따라 재산권에 대한 제약을 종래처럼 “보상을 요하지 않는 재산권의 내용규정”(내재적 제약)과 “보상을 요하는 특별희생”(공용수용 또는 수용유사침해)의 양분법에 의하여 파악하는 것은 더 이상 통용될 수 없었다. 그러므로 이제는 “형식화되고 협의화된 공용수용”¹²³⁾과 “보상없이 수인해야 하는 재산권내용규정”¹²⁴⁾ 그리고 “재산권내용규정이 헌법에 반하여 재산권을 침해하는 경우”¹²⁵⁾의 3가지 재산권침해 유형이 성립하는 결과가 되었다.¹²⁶⁾ 이와 같은 재산권보장체계에 대한 연방헌법재판소의 새로운 해석, 즉 재산권의 내용규정과 공용침해를 별개의 제도로서 명확하게 구별하는 것(분리이론), 공용침해의 형식화, 재산권의 가치보장보다 존속보장의 우위성¹²⁷⁾ 등은 학계의 많은 지지를 받았다.

120) 다만 이 경우에도 연방헌법재판소의 “1차적 권리구제 우선원칙”에 따라, 피해자가 위법한 침해에 대하여 방어수단을 행사할 수 있었는데도 이를 해태한 경우에는 “과실상계”의 원칙에 따라 보상청구권은 기각 또는 감액되었다. 정하중, 전계논문(2003), 70면.

121) “Die richterrechtlich entwickelten Staatshaftungsinstitute, nämlich der enteignungsgleiche Eingriff, der aufopferungsgleiche Eingriff und der Folgenbeseitigungsanspruch, ... als das Staatshaftungsgesetz die von der Rechtsprechung entwickelten öffentlich-rechtlichen Institute des enteignungsgleichen und aufopferungsgleichen Eingriffs sowie den Folgenbeseitigungsanspruch (in sich aufgenommen hat).”(BVerfGE 61, 149 [160f · 203])

122) 홍준형, 전계서(2001), 282-283, 303면 참조.

123) 기본법 제14조 제3항. 적법하므로 수용보상청구권이 발생한다.

124) 기본법 제14조 제1항 제2문, 제2항. 적법하며 사회적 기속의 범위내이므로 보상 없이 수인해야 한다.

125) 기본법 제14조 제1항 제2문, 제2항. 이는 위법하므로 취소소송을 제기할 수 있다(수용보상 불가). 다만, 보충적으로 다른 법규정이나 법원칙에 의한 보상은 가능할 수 있다.

126) 홍준형, 전계서(2001), 284면 참조.

127) Battis, NVwZ 1982, 585; J. Ipsen, DVBL 1983, 1021; Rittstieg, NJW 1982,

그러나 독일연방헌법재판소가 자갈채취판결에서 확립한 분리이론에 대하여는 일부 학자들의 비판도 있다. 즉, “보상을 요하는 재산권내용규정”이라는 법리는 연방헌법재판소의 판례가 고수한 분리이론을 보완해 주고 공익을 위한 재산권에 대한 제약을 달성하면서 그로 인한 특별한 부담을 전보해 줄 수 있는 탈출구를 제공해 주는 기능을 수행했으나, 결국 보상없는 재산권내용규정에 의한 제약과 보상을 요하는 수용의 준별론(분리이론)을 다시금 완화하고 상대화하는 자가당착적인 결과를 초래했다는 것이다. 요컨대 “보상을 요하는 재산권내용규정”의 법리와 관련하여, 연방헌법재판소의 판례에 의해 종래 민사법원의 광의의 수용개념이 형식적으로는 포기되었지만 기본법 제14조 제1항 제2문에 의하여 실질적으로 부활한 것이나 다름없다는 것이다. 또한 연방헌법재판소가 수용개념을 엄격히 제한한 결과 오히려 다른 법적 근거에 의한 손실보상청구권, 특히 수용유사적 침해나 수용적 침해에 대한 손실보상청구권이 성립할 수 있는 여지를 남기는 역설적인 결과를 초래했다는 지적이다.¹²⁸⁾ 이와 관련하여 Maurer는 다음과 같이 지적하였다. “기본법 제14조 제3항의 법률유보는 명백히 수용보상에 대해서만 적용되는 것이지만, 그 밖의 법적 근거에 의하여 손실보상청구권이 성립하는 것을 막지는 않는다. 또한 다른 경우나 마찬가지로 여기서도 시민의 보호를 목적으로 해야 할 법률유보가 시민의 손실보상청구로부터 국가를 보호함으로써 시민에게 불리한 방향으로 적용된다면 이는 괴이한 결과일 것이다.”¹²⁹⁾

582. 홍준형 교수는 독일연방헌법재판소의 위 자갈채취 판결의 이론적 기동으로 ①수용개념의 축소, ②재산권내용규정과 수용의 준별, ③취소소송 등 1차적 권리보호와 보상간의 선택권 부정 등을 들고 있다. 홍준형, 전게서(2001), 303면.

128) Maurer, 전게서(1999), §26 Rn. 32·35·81·96. 홍준형, 전게서(2001), 290면; 그 밖에 Detterbeck, 전게논문(1994), S. 273.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 8.Aufl., 1991, 217ff.; Hermes, NVwZ 1990, 733f.

129) Maurer, 전게서(1999), §26 Rn. 96. 홍준형, 전게서(2001), 292면에서 재인용.

IV. 한국에서의 논의

1. 우리헌법상 재산권조항의 변천과정

우리나라의 헌법은 1948년의 제1공화국 제헌헌법에서부터 1987년 제6공화국 현행헌법에 이르기까지 모두 9차례에 걸쳐 개정이 행하여졌다. 그 중에서 재산권의 기본조항은 제1공화국헌법의 제15조이며, 그 후 제3공화국헌법의 제20조, 제4공화국헌법의 제20조, 제5공화국헌법의 제22조, 그리고 제6공화국헌법의 제23조에 이르기까지 제2공화국을 제외하고 새로운 공화국의 수립시에 모두 4차례에 걸쳐 개정이 이루어졌다.¹³⁰⁾

가. 제헌헌법의 재산권조항

우리나라 제헌헌법(1948. 7. 17. 헌법 제1호 제정)의 재산권조항인 제15조는 다음과 같이 규정하고 있었다.

- ① 재산권은 보장된다. 그 내용과限界는 법률로써 정한다.
- ② 재산권의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 公共必要에 의하여 국민의 재산권을 수용, 사용 또는 제한함은 法律의 정하는 바에 의하여 相當한 補償을 지급함으로써 행한다.

제헌헌법 제15조의 규정형식과 내용은 독일 바이마르헌법 제153조의 그것과 매우 유사하며, 따라서 그의 지대한 영향을 받았다고 볼 수 있다.¹³¹⁾ 제15조 제3항은 보상을 지급하는 경우에만 법률에 근거하여야 하고 국민의 재산권을 수용, 사용 또는 제한할 때에는 법률에 근거하지 아니하여도 상

130) 박창석, “한국헌법상 보상규정의 변천에 관한 연구”, 「공법연구 제32집제5호」(한국공법학회 2004.6), 586면.

131) 제헌헌법의 초안작성에 관여하였던 유진오 박사는 제15조가 바이마르헌법 제153조를 모델로 하였음을 밝혔다. 유진오, 「헌법해의」(일조각 1954), 77-78면.

관없는 것 같은 오해를 할 우려가 있지만, 후자의 경우에도 반드시 법률의 근거가 있어야 한다는 것은 헌법에서 재산권을 보장한 이상 당연한 것이라 할 수 있다.¹³²⁾ 대법원도 징발에 관한 법률(대통령 긴급명령 제6호 징발에 관한특별조치령)이 제정되기 전이라도 條理에 따라 징발을 할 수 있다는 국가의 주장을 배척하면서, “우리나라 헌법이 재산권의 보장을 명시(제헌헌법 제15조)하였는 만큼 제헌후 아직 징발에 관한 법률이 제정되기 전에 6.25 사변이 발발되었고 그로 인한 사실상의 긴급한 필요에 의하여 국민의 재산권을 수용 또는 사용하게 되었던 것이라 할지라도 그 수용 또는 사용이 법률의 근거없이 이루어진 것인 경우에는 그것을 재산권자에 대한 관계에 있어서는 불법행위라고 하지 않을 수 없다.”고 판시하였다.¹³³⁾

나. 제3공화국헌법의 재산권조항

제3공화국헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호 전문개정)의 재산권조항인 제20조는 다음과 같이 규정되어 있었다.

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 正當한 補償을 지급하여야 한다.

제3공화국헌법 제20조 제3항은 제헌헌법의 재산권조항에 비추어 제1항과 제2항은 동일하고, 제3항을 비교하면 “법률이 정하는 바에 의하여” (상당한 보상을) 지급하도록 했던 부분이 빠졌다. 따라서 공용침해의 근거법률에 보상규정이 반드시 필요한지 또는 헌법규정을 근거로 바로 보상을 청구할 수 있는지 여부가 문제되었다. 당시 대법원은 “헌법 제20조 제3항은 ... 보상의 시기·방법 등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니된다는 것

132) 유진오, 전계서(1954), 79면.

133) 대법원 1966. 10. 18. 선고 66다1715 판결, 집14(3)민, 171.

을 의미한다고 풀이하여야 된다. ... 그렇다면 징발법부칙제3항에 의한 징발 재산의보상에 관한 건 제2조의 ‘구 법령에 의하여 징발된 재산에 대한 보상금은 1965년부터 1974년까지 매년 예산의 범위 안에서 지급한다’라는 규정은 적어도 헌법 제20조 제3항에 저촉되는 규정이라고 보지 아니할 수 없다.”¹³⁴⁾고 하여 이른바 ‘直接效力說’¹³⁵⁾을 취하였다. 한편, 헌법재판소는 위 헌법조항의 개정취지는 종전과 달리 정당한 보상을 지급할 의무를 새로이 강조함에 있을 뿐, 보상에 관한 종전의 입법위임규정을 정면으로 부정하는 취지가 아니라고 판시하였다.¹³⁶⁾

다. 제4공화국헌법(유신헌법)의 재산권조항

제4공화국헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호 전문개정)의 재산권조항인 제20조는 다음과 같이 규정되어 있었다.

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 補償의 基準과 方法은 法律로 정한다.

제4공화국헌법상의 재산권조항은 손실보상규정(제3항)에서 근본적인 변경을 가져왔다. 이 변경으로 인하여 보상의 기준과 방법은 입법자의 재량에 맡겨졌으며, 따라서 개인은 개별법규에 보상규정이 마련되어 있는 경우에만 국가에 대하여 손실보상을 청구할 수가 있었다.¹³⁷⁾ 이는 구헌법 당시 보상의 시기·방법 등에 여러 가지 제한을 가하는 규정을 한 징발법 및 보

134) 대법원 1967. 11. 2. 선고 67다1334 판결, 집15(3)민, 271.

135) 直接效力說 : 보상을 정하는 법률규정이 없더라도 헌법 제23조 제3항을 직접적인 근거로 손실보상을 청구할 수 있다는 견해.

136) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 411.

137) 정하중, “독일 Bonn기본법 14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 23조 3항의 해석 (下)”, 「사법행정」(한국사법행정학회 1992.10), 33면.

상관된 법령이 위헌판결¹³⁸⁾을 받았기 때문에, 개헌으로써 이 문제를 해결하고자 한 것이었다. 대법원은 새 헌법규정에 따라 종전의 직접효력설을 부인하면서 ‘方針規定說’¹³⁹⁾을 취하였다. 즉 1976. 10. 12. 선고 76다1443 판결에서, “적어도 1972. 12. 27. 개정헌법 시행 후에 있어서는 그 개정 전 헌법(1962. 12. 26. 개정헌법) 제20조 제3항의 경우와는 달리 손실보상을 청구하려면 그 손실보상의 기준과 방법을 정한 법률에 의하여서만 가능하다고 풀이하여야 할 것이다.” 라고 판시하였다.¹⁴⁰⁾

라. 제5공화국헌법의 재산권조항

제5공화국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호 전문개정)의 재산권조항인 제22조는 보상규정만이 개정되었을 뿐 나머지 부분은 구헌법(유신헌법)과 동일함바, 그 내용은 다음과 같다.

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 補償은 公益 및 關係者の 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 定한다.

독일의 Bonn기본법 제14조 제3항을 모델로 하여 규정된 제22조 제3항은 제4공화국헌법 제20조 제3항의 손실보상조항을 근본적으로 개선시켰다. 즉, 첫째 공용침해에 대하여는 반드시 보상을 지급하도록 함으로써 독일기본법과 같이 보상이 없는 공용침해를 배제시켰으며, 둘째 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정하도록 하여 독일기본법과 같이

138) 대법원 1967. 11. 2. 선고 67다1334 판결, 집15(3)민, 271 및 이를 따르고 있는 대법원 1970. 2. 24. 69다1769 판결, 집18(1)민, 129 참조.

139) 方針規定說 : 헌법 제23조 제3항은 손실보상청구권의 직접적인 근거가 될 수 없고 이 조항에 따라 보상을 정하는 법률의 명시적 규정이 있어야 손실보상을 청구할 수 있다는 견해.

140) 집24(3)민, 120, 공1976.11.15.(548), 9390.

구체적인 보상의 기준과 방법을 반드시 입법자가 정하도록 하여 법원은 법적인 보상근거 없이 스스로의 판단으로 보상을 지급할 수 없도록 하였다.¹⁴¹⁾

마. 현행헌법의 재산권조항

현행헌법상(1987. 10. 29. 헌법 제10호 전문개정)의 재산권조항인 제23조는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

현행헌법 제23조는 구 헌법상의 그것과 비교해 볼 때 보상규정에 관하여 - 구헌법 제22조 제3항이 “... 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 보상의 기준과 방법을 법률로 정”하도록 규정한 데 대하여 - 제3항에서 “... 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정한 것을 제외하고는 대체로 동일하다고 할 수 있다. 그리고 보상의 근거법률이 마련되지 않았을 경우 보상청구권의 행사가능성 및 그 근거와 관련하여 方針規定說, 直接效力說, 違憲無效說,¹⁴²⁾ 間接效力說(또는 類推適用說)¹⁴³⁾ 등 네 가지 학설이 대립하고 있다.

한편, 현행법상 보상기준에 관한 일반법으로는 2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행된 ‘公益事業을위한土地등의取得및補償에

141) 정하중, 전계논문(1992.10), 33면.

142) 違憲無效說 : 보상을 정한 법률의 규정이 있어야 손실보상을 청구할 수 있으며 보상규정을 두지 않은 재산권침해법률은 위헌무효이고 따라서 국가배상으로 해결해야 한다는 견해.

143) 間接效力說 또는 類推適用說 : 공용침해에 관한 보상규정이 없는 경우 헌법 제23조 제1항 및 제11조에 근거하고 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추해석을 통하여 보상을 청구할 수 있다고 보는 견해.

관한法律'이 있는데, 동법은 종전에 '토지수용법'(강제수용)과 '공공용지의취득및손실보상에관한특별법'(협의취득)으로 이원화되어 있던 공익사업 용지의 취득과 손실보상에 관한 제도를 통합한 것이다.¹⁴⁴⁾ 즉, 동법은 “공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모함”을 목적으로 하고 있다(제1조). 동법은 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 하도록 정함으로써 ‘時價補償原則’을 채택하고(제67조 제1항), 구체적으로 동법 제70조 제1항은 “지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일부터 가격시점까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률(한국은행법 제86조의 규정에 의하여 한국은행이 조사 발표하는 생산자물가지수에 의하여 산정된 비율을 말한다) 그 밖에 당해 토지의 위치 형상 환경 이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.”고 하여 ‘公示地價制’를 규정하고, 같은 조 제2항은 “토지에 대한 보상액은 가격시점에 있어서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자 또는 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 이를 고려하지 아니한다”고 하여 ‘開發利益還收制’를 규정하고 있다.

2. 재산권의 보호범위와 재산권에 대한 제한의 허용정도

가. 헌법 제23조 제1항이 보장하는 재산권은 국민이 헌법에 합치하는 법

144) 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률의 내용 및 문제점에 대한 헌법적 검토에 대하여는 정연주, “공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 대한 헌법적 검토”, 「토지공법연구 제16집제2호」(한국토지공법학회 2002.12), 1면이하 참조.

물이 정하는 범위내에서 구체적 재산권을 보유하여 이를 자유롭게 이용·수익·처분할 수 있음을 의미하는 것으로서,¹⁴⁵⁾ 사법상·공법상의 경제적 가치가 있는 모든 권리를 말하며, 민법상의 소유권 기타 물권·채권 및 특별법상의 여러 권리, 예컨대 광업권·어업권¹⁴⁶⁾·특허권·저작권, 공법적 성격을 가진 수리권·하천점유권 등을 모두 포함한다. 주식¹⁴⁷⁾·퇴직연금수급권¹⁴⁸⁾·의료보험수급권¹⁴⁹⁾ 등도 재산권의 보호대상이 된다.¹⁵⁰⁾

헌법재판소는 “헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 그 재산가액의 다과를 불문한다. 또 이 재산권의 보장은 재산권의 자유로운 처분의 보장까지 포함한 것이다.”라고 하였으며,¹⁵¹⁾ 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권보장의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.¹⁵²⁾ 그리하여 헌법재판소가 재산권의 객체가 아니라고 본 사례로는, ‘약사의 한약조제권’은 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하다고 하였고,¹⁵³⁾ 엄관리법이 정한 ‘廢田지원금’은 경제

145) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌바104, 공보 94, 655, 663.

146) 한편 대법원은, “어업허가는 일정한 종류의 어업을 일반적으로 금지하였다가 일정한 경우 이를 해제하여 주는 것으로서 어업면허에 의하여 취득하게 되는 어업권과는 그 성질이 다른 것이기는 하나, 어업허가를 받은 자가 그 허가에 따라 해당 어업을 함으로써 재산적인 이익을 얻는 면에서 보면 어업허가를 받은 자의 해당 어업을 할 수 있는 지위는 재산권으로 보호받을 가치가 있다.”고 하였다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결, 공1998.4.1.(55)891; 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결, 공2000.1.1.(97), 1).

147) 정리회사의 주식이라 해도 헌법이 보장하는 재산권의 객체가 된다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91등, 판례집 15-2하, 406, 413).

148) 퇴직연금수급권은 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼화되어 있으므로 전체적으로 재산권적 보호의 대상이 되면서도 순수한 재산권만은 아니라는 특성을 가지고 있다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512-513; 2003. 9. 25. 2001헌가22, 판례집 15-2상, 231, 245; 2003. 12. 18. 2000헌바94등, 판례집 15-2상, 254, 261).

149) 의료보험수급권은 재산권으로 보장받는 공법상의 권리이다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 450).

150) 김철수, 「헌법학개론」(박영사 2004), 618면.

151) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372.

152) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 104; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664.

의 구조조정 등을 목적으로 사기업에게 지급되는 것으로서 급부행정의 일종인 보조금의 성격을 가지는 것이어서 재산권의 제한이나 그에 따른 손실보상의 문제는 전혀 없으며,¹⁵⁴⁾ 관재담당공무원이 국유재산을 취득할 수 있는 기회는 재산권의 보호대상이 될 수 없고,¹⁵⁵⁾ 自然海沒地를 법률로써 재산권으로 보호할지 여부는 일차적으로 입법자의 입법형성권에 달려 있는 바 우리나라의 현행 법체계상 (이 사건 포락토지와 같은) 자연해몰지를 재산권으로 보장하는 법률을 찾아볼 수 없다고 하여 헌법 제23조 제1항의 재산권보장정신이나 사유재산제에 반하는 것이라 할 수 없고,¹⁵⁶⁾ 공익사업 영위자가 개정전 상속세법 규정에 의하여 가지는 출연재산에 대한 증여세 면제혜택에 대한 기대를 그의 기득재산권이라고까지 할 수는 없으며 설령 공익사업 영위자가 증여세 면제제도를 신뢰하였다고 하더라도 이는 당시의 법제도에 대한 기대이익에 불과할 뿐 이를 공익사업 영위자의 기득권으로서 헌법 제23조 제1항 제1문이 보장하는 재산권이라고 할 수는 없다¹⁵⁷⁾고 판시하였다.

나. 헌법재판소는 “재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권 객체의 사회적 기능, 즉 재산권의 행사가 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 달려 있다고 할 것인데, 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다. 즉, 재산권의 이용과 처분이 소유자의 개인적 영역에 머무르지 아니하고 국민일반의 자유행사에 큰 영향을 미치거나 국민일반이 자신의 자유를 행사하기 위하여 문제되는 재산권에 의존하는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한은 더욱 넓어진다.”고 하였다.¹⁵⁸⁾

153) 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664.
 154) 헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 733, 743.
 155) 헌재 1999. 4. 29. 96헌바55, 판례집 11-1, 462, 468.
 156) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634, 641.
 157) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바63, 공보 95, 740, 748.

그리고 특히 토지재산권은 그 사회적 구속성으로 말미암아 입법자의 규율권한이 강화될 여지가 있다고 한다. 즉, “토지는 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고 한국의 가용토지면적이 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있다. 따라서, 토지는 국민경제의 관점에서나 그 사회적 기능에 있어서 다른 재산권과 같게 다루어야 할 성질의 것이 아니므로 다른 재산권에 비하여 보다 강하게 공동체의 이익을 관철할 것이 요구된다. 우리 헌법은 재산권 행사의 사회적 의무성(헌법 제23조 제2항)을 강조하는 것에 더하여 ‘국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다’(헌법 제122조)고 함으로써, 토지재산권에 대한 한층 더 강한 규제의 필요성과 그에 관한 입법부의 광범위한 형성권을 표현하고 있다.”는 것이다.¹⁵⁹⁾

3. 우리나라 현행헌법상 불가분조항의 채택 여부

가. 긍정론

우리 헌법학계와 행정법학계에서도 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 해석하여야 한다는 견해가 많다.

계희열 교수는, “제23조 제3항은 공용침해와 그 보상 간에는 불가분의 관계가 있음을 확인하는 ‘불가분조항’으로 해석하여야 한다. 즉, 공용침해의 근거와 그에 대한 보상의 기준·방법·범위가 동일한 법률에서 상호 불가분적으로 규정되어야 한다. 이 불가분조항에 반하여 보상에 관한 규정없이 공용침해의 요건을 확정한 법률은 위헌이다.” 라고 설명한다.¹⁶⁰⁾

158) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406.

159) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 372; 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945-946; 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406-407.

160) 계희열, 전계서(2002), 518면.

정연주 교수는, “독일기본법의 경우는 제14조 제3항 제2문에서 ‘공용침해는 보상의 종류와 범위를 규정한 법률로써 또는 법률의 근거하에서만 이루어질 수 있다’고 규정함으로써 불가분조항의 원칙을 분명히 하고 있으나, 우리의 경우 헌법 제23조 제3항이 단순히 ‘…수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되…’ 라고만 규정되어 있어서 이 원칙의 적용 여부가 명백치 않지만 우리의 경우에도 이 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 이 조항에서 말하는 ‘법률’은 논리필연적으로 공용침해에 관한 조항과 보상에 관한 조항을 ‘동시에 규정하고 있는 법률’을 의미한다고 해석되며, 이 원칙이 헌법상 요구될 때에 비로소 ‘공용침해에 대한 보상의 확보’라고 하는 제23조 제1항의 국민의 재산권보장의 취지에 부합되기 때문이다.”라고 설명한다.¹⁶¹⁾

허영 교수는, “재산권을 제한하는 일반적인 법률에는 재산권제한 사항만이 규정될 것이 아니고 제한에 따르는 보상의 기준과 방법이 함께 규정되어야 한다고 생각한다. 이처럼 같은 법률 속에 재산권제한사항과 보상의 기준과 방법 등이 함께 규정되어야 하는 것은 서로 떼어낼 수 없는 사항들을 함께 다루어야 된다는 이른바 ‘불가분조항’의 요구를 충족시키기 위한 것이다. … 재산권을 제한하기 위한 법률에 제한사항만을 규정케 하지 않고 보상에 관한 사항을 함께 두게 하는 것은 재산권보호의 의미도 있지만, 재산권을 제한하려는 법률집행자에게 재산권제한의 결과(재정부담)에 대해서 경고하는 의미도 함께 내포하고 있다.”고 설명한다.¹⁶²⁾

기타 권영성 교수,¹⁶³⁾ 유지태 교수,¹⁶⁴⁾ 정하중 교수,¹⁶⁵⁾ 박창석 박사¹⁶⁶⁾도 인정하는 입장이다.

161) 정연주, 전계논문(1997), 381면.

162) 허영, 「한국헌법론」(박영사 2004), 471-472면.

163) 권영성, 「헌법학원론」(법문사 2002), 520-521면.

164) 유지태, 「행정법신론」(신영사 2004), 394-395면.

165) 정하중, 전계논문(1992.10), 34면; 동인, 전계논문(2003), 83면.

166) 박창석, 전계논문(2004), 600면.

나. 부정론

강현호 교수는, “우리헌법을 해석함에 있어 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 해석하기에는 무리가 따른다. 왜냐하면 재산권의 수용에 대해서는 불가분조항을 인정할 수 있다손 치더라도 재산권의 사용이나 제한에 대해서는 불가분조항을 요구하기에는 무리이기 때문이다. ... 프랑스나 스페인 등 외국의 비교법적 고찰을 통해서도 알 수 있듯이 공용제한의 경우에 보상 여부 자체도 불분명한데 반드시 보상을 규정하는 법률에 의거하여야 한다는 것은 무리라고 생각한다.”고 설명하고 있다.¹⁶⁷⁾

김문현 교수는, 우리헌법 제23조 제3항은 보상을 요하는 수용적 침해로 공용수용뿐 아니라 사용·제한까지 들고 있어 독일기본법의 규정과는 같지 않고, 또한 결합조항(불가분조항)이 가지고 있는 피할 수 없는 문제를 생각하면 동의하기 어렵다고 한다.¹⁶⁸⁾

석종현 교수는, 독일의 경우 자갈채취판결 이후로 기본법 제14조 제3항이 불가분조항으로서 효력을 발하는 것은 오로지 ‘收用’에 국한되며 재산권의 使用·制限에 대해서는 적용이 없는바, 우리 헌법 제23조 제3항은 독일의 형식적 수용개념과는 달리 넓은 의미의 공용침해(수용·사용·제한)의 개념을 사용하고 있으므로 독일식의 불가분조항 개념을 우리 헌법조항 해석을 위하여 받아들이는 것은 헌법해석론상 문제가 있다고 한다.¹⁶⁹⁾

이광윤 교수는, “공용침해라 함은 보상을 요하는 광의의 수용개념을 말하는 것으로서 우리나라 헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한’이라고 하여 광의의 수용개념을 채택하고 있으나, ‘그에 대한 보상은 법률로써 하되’ 라고 하여 보상 여부를 입법형성권에 맡기고 있어 반드시 보상부 침해가 요구되는 것이 아니므로 독일의 공용침해 개념은 우리 헌법상 채택되지 않고 있다. 즉, 우리 헌법에는 공공필요에 의

167) 강현호, 전계논문(2003), 86면.

168) 김문현, 전계논문(2004), 32-33면.

169) 석종현, 「일반행정법(上)」(삼영사 2002), 654·660면.

한 재산권침해에 대해 반드시 보상해야만 한다는 이른바 결부조항(불가분조항)이 없다.”고 한다.¹⁷⁰⁾

홍준형 교수는, “우리나라 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 볼 수 있는지는 극히 의문스러운 뿐만 아니라 독일기본법 제14조 제3항이 불가분조항으로서 효력을 발하는 것은 오로지 ‘수용’에 국한될 뿐이며, 그 밖에 재산권의 사용·제한에 대해 불가분조항이 적용되는 것은 아니라는 점을 분명하게 인식할 필요가 있다. 불가분조항의 요구란 실은 수용을 보다 어렵게 하는 요인이 된다. 독일에서 그것이 수용에 한하여 인정되는 것도 바로 그런 이유에서라고 할 수 있다. 우리나라 헌법 제23조 제3항이 그보다 더 엄격하게 수용뿐만 아니라 사용·제한에 대해서도 불가분조항의 요구를 함축한 것으로 볼 수 있을까? ... 요컨대 우리 헌법 제23조 제3항을 불가분조항으로 해석해야 할 이유는 없으며, 또 독일의 경우에도 불가분조항의 효과는 오로지 협의의 수용에 국한되고 있다는 점에서 이를 우리나라의 헌법해석론으로 수용할 수 없다.”고 한다.¹⁷¹⁾

다. 판례의 입장 및 소결

헌법재판소는 1998. 3. 26. 선고한 93헌바12 결정에서 “입법수용”과 보상 문제를 다루었는데,¹⁷²⁾ 다만 심판대상인 하천법조항¹⁷³⁾이 제3공화국헌법하

170) 이광윤/김민호, 「최신행정법론」 (법문사 2002), 353-354면.
 171) 홍준형, 전계서(2001), 305면.
 172) 그러나 앞에서 본 독일연방헌법재판소의 판례와 뒤에서 보는 우리나라 헌법재판소의 ‘그린벨트’사건 등의 결정에 나타난 판시에 따르면, 이 사건은 “입법수용”의 문제가 아니라 재산권의 내용과 한계를 정한 법률 즉 “내용규정”의 문제로 접근해야 할 것이다.
 173) 이 사건 심판의 대상은 1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 하천법 제3조 중 제2조 제1항 제2호 다목 진단 소정의 ‘제외지’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 동 법률조항의 내용은 다음과 같다.
 제3조(하천의 귀속) 하천은 이를 국유로 한다.
 제2조(용어의 정의) ①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
 2. “하천구역”이라 함은 다음 각목에 개기하는 구역을 말한다.
 다. 제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한

의 법률이어서 이른바 헌법상 불가분조항에 해당하는 규정이 없었고 당시 대법원도 ‘직접효력설’을 취하였기 때문에 직접적으로는 관계가 없는 사례였다. 헌법재판소는 이 사건에서 그 후 제5공화국헌법하인 1984. 12. 31. 법률 제3782호 개정 하천법에서 보상근거를 마련한 것에 대하여 합헌이라고 선언하였다.¹⁷⁴⁾ 이 결정에 따르면 헌법재판소가 헌법상 불가분조항을 인정한 것으로 볼 만한 판시가 보이지 않는다.

한편, 대법원은 공용침해법률에 보상규정이 없는 경우의 효력에 관하여 2002. 1. 22. 선고한 2000다2511 판결에서, “적법한 절차에 의하여 신고를 하고 신고어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는, 일정한 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 어업면허의 유효기간 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다는 수산업법 제81조 제1항 제1호 및 신고어업자의 손실보상액 산정에 관한 수산업법시행령 제62조의 규정을 유추적용하여 손실보상을 하여 줄 의무가 있다”고 판시함으로써,¹⁷⁵⁾ 보상을 하려면 법률에 근거규정이 있어야 함을 전제로 하는 것으로 보이며, 다만 가능한 한 유사한 경우에 적용되는 법률이라도 있으면 이를 유추적용하여 보상하여 주도록 적극적으로 판결하는 입장에서 있는 것으로 판단된다.

이와 같이 헌법재판소뿐만 아니라 대법원도 당해 법률뿐만 아니라 유사한 법률에 보상규정이 있으면 이를 유추적용하여 보상을 지급할 수 있다는 입장이고, 나아가 공용침해 및 보상기준에 관한 일반법으로 종전에는 ‘토지

다)이 있는 곳에 있어서는 그 제외지(제방으로부터 하심측(河心側)의 토지를 말한다) 또는 관리청이 지정하는 이와 유사한 토지의 구역

174) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226.

175) 공2002.3.15.(150), 517. 마찬가지로 취지로, 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38038 판결, 공1995.8.15.(998), 2788; 1999. 6. 11. 선고 97다56150 판결, 공1999하, 1347; 1999. 9. 17. 선고 98다5548 판결, 공1999.11.1.(93), 2173; 1999. 10. 8. 선고 99다 27231 판결, 공1999.11.15.(94), 2299; 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결, 공2000.1.1.(97), 1; 2001. 9. 25. 선고 2000두2426 판결, 공2001.11.15.(142), 2365 참조.

수용법'과 '공공용지의취득및손실보상에관한특례법'이 적용되었고, 2003. 1. 1.부터는 '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률'이 시행되고 있는 점에 비추어, 우리나라 법체계에서 불가분조항의 원칙은 인정할 여지가 없다고 하겠다.

4. 분리이론의 수용 여부

가. 헌법재판소의 판례와 법률의 개정상황

(1) 헌법재판소는 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정¹⁷⁶⁾에서 재판관 전원일치의 의견으로, 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 규정에 의하여 등록한 자가 정기간행물을 발행하였을 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 정기간행물 2부를 즉시 공보처장관에게 납본하여야 한다고 규정한 동법 제10조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다고 선고하였다.¹⁷⁷⁾ 이 결정에서 헌법재판소는, “정기간행물의등록등에관한법률 제10조 제1항 소정의 정기간행물의 공보처장관에의 납본제도는 언론·출판에 대한 사전 검열이 아니어서 언론·출판의 자유를 침해하는 것이 아니고, 헌법이 보장하는 재산권을 침해하는 것도 아니며,¹⁷⁸⁾ 도서관진흥법과 국회도서관법 외에 따로 납본제도를 두었다고 하여 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다.”고 판시하였는데, 특히 재산권침해 여부를 판단하면서 헌법 제23조는 모든 국민의 재산권을 보장하는 한편 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 행사할 것을 요구한다고 진제하고 헌법 제

176) 이 결정은 독일연방헌법재판소의 1981. 7. 14.자 “출판물 의무납본” 판결과 비교될 수 있다.

177) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362.

178) 헌법재판소는 “동법 제10조 제2항에는 납본자의 요구가 있을 때는 정당한 보상을 하도록 정하고 있는데, 여기서 말하는 정당한 보상은 완전한 보상으로 책값이 싸든 비싸든 많은 적은 간에 모두 차별없이 보상하는 것이므로, 이러한 완전한 보상을 전제하고 있는 한 정기간행물을 발행하는 발간자에게 재산권상의 경제적인 손실을 가한 것이라고는 할 수 없다.”고 판시하였다(동 판례집 374면).

37조 제2항에 따라 ‘과잉금지원칙’ 및 ‘기본권의 본질적 내용침해금지’의 심사기준에 의하여 판단하였다. 즉, 헌법재판소는 이때까지 헌법 제23조 제1항 제2문과 제3항과의 관계에 관한 명시적인 구분을 하지 않았다. 이러한 구분, 즉 분리이론은 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정에서 처음 받아들여졌다.

(2) 헌법재판소는 개발제한구역(소위 ‘그린벨트’) 지정의 근거규정인 도시계획법 제21조를 심판대상으로 한 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 위헌소원 사건¹⁷⁹⁾에서, “도시계획법 제21조는 입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 법질서 안에서 보호받을 수 있는 권리로서의 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이기도 하다(헌법 제23조 제1항 및 제2항).”고 하면서, 그 심사기준으로서 “헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유와 앞에서 본 토지가 가진 특성에 따라 토지를 일정용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있기 때문이다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회적 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다. 그러나, 그렇다고 하더라도 토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니된다.”는 견해를 밝혔다.¹⁸⁰⁾

그리하여 결론적으로 “도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에

179) 이 결정은 독일연방헌법재판소의 1979. 6. 12.자 “소정원” 판결과 비교될 수 있다.

180) 현재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 947-948.

의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”고 하여 재판관 8:1의 의견으로 그 위헌성을 확인하는(주문은 ‘헌법불합치’) 한편,¹⁸¹⁾ “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 ‘금전보상’만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 ‘지정의 해제’ 또는 ‘토지매수청구권제도’와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다. 즉, 입법자에게는 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다.”¹⁸²⁾고 판시하였다.¹⁸³⁾

181) 이 결정에서 재판관 1인의 반대의견은, “헌법 제23조 제1항은 사유재산권의 보장을 선언함과 동시에 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 하고, 제2항에서는 재산권은 공공복리에 적합하도록 행사하여야 한다고 규정한다. 재산권에 대한 사회적 제약이 공공복리에 적합한 한도 안에서는 국민이 이를 수인할 의무가 있다는 것이다. 따라서 재산권에 내재된 사회적 제약을 넘는 재산권의 박탈 또는 박탈로 인정되는 정도의 제한을 가한 것으로 볼 수 없는 한 보상문제는 생길 여지가 없다.”고 하여 심판대상규정에 대하여 과잉금지원칙(비례의 원칙) 및 평등원칙에 어긋나지 않는다는 이유로 합헌의견을 제시하였다(재판관 이영모의 반대의견. 동 판례집 964면이하).

182) 위 판례집 956-957면.

183) 이와 관련하여 김문현 교수는, “헌법재판소는 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등(병합) 결정에서 ‘이 사건 법률조항은 오로지 보상규정의 결여라는 이유 때문에

(3) 한편 헌법재판소는, 1999. 4. 29. 특별시와 광역시에 있어서 택지의 소유상한을 200평으로 정하고 이를 위배하였을 때 부담금을 부과하는 것을 골자로 한 택지소유상한에 관한 법률¹⁸⁴⁾ 제2조 제1호 나목 등을 심판대상으로 한 94헌바37등 사건에서 우리 헌법 제23조가 규정하는 재산권보장 및 그 제한의 의미에 대하여 설명을 하고 있다. 이 중 ‘재산권제한’의 의미에 대한 부분을 보면, “헌법 제23조에 의하여 재산권을 제한하는 형태에는, 제1항 및 제2항에 근거하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 것과, 제3항에 따른 수용·사용 또는 제한을 하는 것의 두 가지 형태가 있다. 전자는 ‘입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것’을 의미하고, 후자는 ‘국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것’을 의미한다.”고 판시하고, 그런데 택지소유상한에 관한 법률은 택지의 소유에 상한을 두거나 그 소유를 금지하고, 허용된 소유상한을 넘은 택지에 대하여는 처분 또는 이용·개발의무를 부과하며, 이러한 의무를 이행하지 아니하였을 때에는 부담금을 부과하는 등의 제한 및 의무부과 규정을 두고 있는바, 위와 같은 규정은 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이라고 보고 있다.¹⁸⁵⁾

그리고 이와 같은 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정에 대한 헌법적 심사의 기준으로 다음과 같이 제시하고 있다. “재산권이 헌법 제23조에 의

헌법에 함치되지 아니한다는 평가를 받는 것이므로 ... 토지재산권의 사회적 한계를 넘는 가혹한 부담을 받은 경우에 한하여 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 결정에 근거하여 이 사건 법률조항에 의한 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 이 사건 법률조항에 위반하여 행하여진 자신의 행위의 정당성을 주장할 수 없다 할 것이다.’ 라고 하여 분리이론과는 다른 내용의 결정을 하고 있다.”고 주장한다. 김문현, 전계논문(2004), 31면.

184) 동법은 1989. 12. 30. 법률 제4174호로 제정되었으나 그 후 사회적·경제적 상황의 변화로 인하여 시행된 지 채 10년도 못되어 1998. 9. 19. 법률 제5571호로 폐지되었다.

185) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 305-306.

하여 보장된다고 하더라도, 입법자에 의하여 일단 형성된 구체적 권리가 그 형태로 영원히 지속될 것이 보장된다고까지 하는 의미는 아니다. 재산권의 내용과 한계를 정할 입법자의 권한은, 장래에 발생할 사실관계에 적용될 새로운 권리를 형성하고 그 내용을 규정할 권한뿐만 아니라, 더 나아가 과거의 법에 의하여 취득한 구체적인 법적 지위에 대하여까지도 그 내용을 새로이 형성할 수 있는 권한을 포함하고 있는 것이다. 그러나 이러한 입법자의 권한이 무제한적인 것은 아니다. 이 경우 입법자는 재산권을 새로이 형성하는 것이 구법에 의하여 부여된 구체적인 법적 지위에 대한 침해를 의미한다는 것을 고려하여야 한다. 따라서 재산권의 내용을 새로이 형성하는 규정은 비례의 원칙을 기준으로 판단하였을 때 공익에 의하여 정당화되는 경우에만 합헌적이다. 즉, 재산권의 내용을 새로이 형성하는 법률이 합헌적이기 위하여서는 장래에 적용될 법률이 헌법에 합치하여야 할 뿐만 아니라, 또한 과거의 법적 상태에 의하여 부여된 구체적 권리에 대한 침해를 정당화하는 이유가 존재하여야 하는 것이다.”¹⁸⁶⁾

(4) 헌법재판소는 이어서 1999. 10. 21. 도시계획결정 후 장기간 이를 집행하지 않는 경우에도 재산권에 가해지는 사회적 제약을 완화하는 장치를 마련하지 않고 있는 도시계획법 제4조를 심판대상으로 한 97헌바26 위헌소원 사건¹⁸⁷⁾에서도, “도시의 건전한 발전을 도모하고 공공복리를 증진할 목적 등으로 도시계획시설에 관한 연차별 집행계획을 통하여 도시계획

186) 동 판례집 306면. 다만 헌법재판소는 결론적으로, 택지소유의 상한을 정한 동법 제7조 제1항 제1호, 동법 시행 이전부터 이미 택지를 소유하고 있는 택지소유자의 재산권 및 신뢰이익을 충분히 고려하지 않은 부칙 제2조 제1항 및 제2항, 아무런 기간의 제한이 없이 고율의 부담금을 계속적으로 부과할 수 있도록 규정한 제24조 제1항, 동법 제31조 제1항의 규정에 의한 매수청구가 있는 후에도 부담금의 부과를 가능하도록 하는 범위내에서 부담금 부과의 근거조항이 되는 동법 제19조 제1호 및 제2호는 모두 헌법에 위반된다고 하면서, 이들 규정이 위헌결정으로 인하여 그 효력이 상실된다면 택지소유 상한제도 전체의 효력이 상실되는 것과 마찬가지로의 결과를 가져온다는 이유로, 재판관 8:1의 의견으로 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 법 전부에 대하여 위헌결정을 선고하였다(동 판례집 347-348면). 이 결정에는 이영모 재판관의 반대의견(합헌의견)이 있다(동 판례집 348면이하).

187) 이 결정도 독일연방헌법재판소의 위 “소정원” 판결과 비교될 수 있다.

사업의 시행시까지 토지사용을 제한하는 도시계획법 제4조는 입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는, 재산권의 내용과 한계에 관한 규정이자 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이다(헌법 제23조 제1항 및 제2항).” 라고 하면서, 그 심사기준으로서 위 89헌마214등 사건과 마찬가지로 “토지재산권에 대한 제한입법은 토지의 강한 사회적 내지는 공공성으로 말미암아 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있으나, 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 과잉금지 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 안된다. 특히 토지재산권의 사회적 의미와 기능 및 법의 목적과 취지를 고려하더라도 당해 토지재산권을 과도하게 제한하여서는 아니된다.”고 하였다.¹⁸⁸⁾

그리하여 결론적으로, “토지소유자가 도시계획시설로 결정된 토지를 결정 당시의 용도대로 계속 사용할 수 있는 한, 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한은 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 규정이다. 그러나 도시계획시설결정으로 말미암아 종래의 용도대로도 토지를 사용할 수 없거나 사적 이용권이 완전히 배제되는 경우에도 이 사건 법률조항이 아무런 보상 없이 장기간(10년이상) 이를 감수하도록 규정하고 있는 한, 이러한 부담은 법이 실현하려는 중대한 공익으로도 정당화될 수 없는 과도한 부담이므로, 이 사건 법률조항은 이러한 점에 있어서 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다. 즉, 이 사건 법률조항의 위헌성은 ‘도시계획시설결정’이란 제도 자체에 있는 것이 아니라 그 시행과정에서 도시계획시설결정의 장기적인 시행지연으로 말미암아 토지소유자에게 발생하는 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담에 대하여 보상규정을 두지 아니한 것에 있다.”고 하여 역시 재판관 8:1의 의견으로 헌법불합치결정(및 계속적용명령)을 선고하면서,¹⁸⁹⁾ “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의

188) 헌재 1999. 10. 21. 97헌마26, 판례집 11-2, 383, 407-408.

189) 이 결정에서도 재판관 1인의 반대의견은, “... 점 등을 고려하면, 이 사건 토지

재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 가혹한 부담이 발생하는 경우에 한하여 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이 사건 법률조항이 헌법적으로 허용된 한계를 넘은 경우 입법자가 합헌적으로 해결할 수 있는 방법은 이에 대하여 ‘금전적 보상규정’을 두거나 아니면 ‘도시계획시설결정의 해제’, ‘토지매수청구권’ 또는 ‘수용신청권’ 등과 같이 보상에 갈음하거나 또는 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복할 수 있는 여러 가지 길이 있을 수 있다.”고 판시하였다.¹⁹⁰⁾

(5) 한편, 89헌마214등 결정과 97헌바26 결정에서 헌법불합치결정이 선고됨에 따라 그 취지를 반영한 입법이 이루어졌는데, 2000. 1. 28. 법률 제6241호로 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법이 제정되면서 개발제한구역의 지정에 대한 “調整” 및 “解除”와 같은 제한의 부분적 완화조치를 규정하였고(동법 제3조, 동법시행령 제2조), “買受請求權”에 관하여도 규정하였다(제16조 내지 제19조).¹⁹¹⁾ 도시계획법도 같은 날인 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문개정되어 도시계획시설에 대한 도시계획결정의 고시

를 도시계획시설(학교)로 지정하고 고시한 것은 입법목적 달성을 위한 불가피한 규제이므로 헌법상의 정당성과 합리성을 갖춘 것이다. 비록 이 규제로 인하여 연차별 집행계획 수립 전후에 대지사용이 제한되나, 입법목적에 반하지 않는 범위 안에서 이를 이용할 수 있는 방법이 보장되어 있고 소유권자의 처분을 제한하는 것도 아니므로, 이와 같은 토지재산권의 제한은 그 자체에 내재된 사회적 제약에 불과한 것이다. 법익의 비교형량 면에서도 대지소유권자가 입는 불이익보다 공공복리에 기여하는 이익이 더 크고, 입법목적 달성을 위한 합리성·필요성을 갖추었으므로 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권제한의 한계요건을 벗어나는 것도 아니다.” 라고 하여 합헌의견을 제시하였다(재판관 이영모의 반대의견. 동 판례집 423면이하).

190) 동 판례집 416-417면.

191) 헌법재판소는 개발제한구역 내에서 건축물의 건축 및 용도변경 등의 행위를 제한하는 구 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법(2000. 1. 28. 법률 제6241호로 제정되고 2002. 2. 4. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 “건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치” 부분 및 같은 조 제2항(“제1항의 규정에 불구하고 주택 및 근린생활시설의 대수선 등 대통령령이 정하는 경미한 행위는 시장·군수 또는 구청장에게 신고를 하고 이를 행할 수 있다”)에 대하여 합헌결정을 선고하였다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌바80등, 공보 90, 331).

일부 10년 이내에 당해 도시계획시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 당해 도시계획시설의 부지로 되어 있는 토지 중 지목이 ㄷ인 토지의 소유자에게 “매수청구권”을 부여하였고(제40조), 도시계획시설결정이 고시된 도시계획시설에 대하여 그 결정 고시일부 20년이 경과될 때까지 당해 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시계획시설결정은 그 결정·고시일부 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 상실한다는 “失効制度”를 도입하였다(제41조).¹⁹²⁾ 다만 이들 법에서는 손실보상에 관한 규정을 두지 않았다.

그 밖에 자연공원법이 2001. 3. 28. 법률 제6450호로 전문개정되면서 자연공원의 “폐지” 또는 “구역변경”에 관하여 규정하였고(동법 제8조, 동법시행령 제4조), 공원사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 공원사업에 들어가는 토지와 그 토지에 정착된 물건에 대한 소유권 그 밖의 권리를 收用 또는 使用할 수 있고 이 경우 토지수용법을 준용하도록¹⁹³⁾ 규정함으로써(동법 제22조), 이에 대한 “損失補償”은 물론 “還買權”행사도 가능하게 되었다(동법시행령 제16조). 또한 동법 제77조와 제78조에서는 자연공원의 지정으로 인하여 자연공원 안에 있는 토지를 종전의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지의 소유자로서, 자연공원의 지정 당시부터 그 토지를 계속 소유한 자(제1호) 및 그 자로부터 그 토지를 상속받아 계속 소유한 자(제2호)에게 “매수청구권”을 부여하였다.¹⁹⁴⁾ 이러한 관계법률의 제·개정이 헌법재판소의 위 결정들 때문인 것임은 물론이다.

(6) 앞에서 본 바와 같이 독일의 분리이론에서는 재산권을 제한하는 법률규정의 스펙트럼으로서 ‘보상이 필요없는 재산권내용규정’과 ‘보상의무

192) 한편, 도시계획법은 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행된 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제2조에 따라 국토이용관리법과 함께 같은 날 폐지되었는데, 위 매수청구권규정과 실효규정은 국토의계획및이용에관한법률 제47조 및 제48조에서 같은 내용으로 규정되어 있다.

193) 2002. 2. 4. 법률 제6656호 개정으로 2003. 1. 1.부터는 ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’을 준용함.

194) 다만, 행위제한 후 買受 또는 收用까지의 기간 동안의 손실에 대한 보상규정이 없는데, 이 점은 위 ‘개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법’도 마찬가지이다.

(조정 의무) 있는 재산권내용규정', 그리고 전형적인 '공용침해(수용·사용·제한)'의 3가지 영역이 존재할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 헌법재판소는 헌법 제23조 제3항에 의하여 반드시 보상을 해야 하는 '공용침해'란 "국가나 지방자치단체가 공공필요에 따라 특정 재산권을 강제적으로 수용·사용·제한하는 것"이라고 하였고,¹⁹⁶⁾ 이 중 재산권의 '수용'이란 "공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하고, 강제적 박탈이란 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 취득하는 것을 의미한다."고 판시하였다.¹⁹⁷⁾

한편 전2자와 후자(전형적인 공용침해)의 차이는, 후자의 경우 그 심사기준이 헌법 제23조 제3항이 규정하는바 "공공필요"에 의한 수용·사용·제한인지 여부와 "법률에 의한 (또는 법률에 근거한) 정당한 보상"이 주어졌는지 여부가 되는데 반하여,¹⁹⁸⁾ 전2자의 '재산권내용규정'의 경우는 기본적으로 "비례의 원칙"과 "평등원칙"이 심사기준이 된다¹⁹⁹⁾는 점이다. 또한, '보상의무(조정 의무) 있는 내용규정'(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)에서 말하는 보상(Ausgleich)과 '보상의무 있는 공용침해'(entschädigungspflichtige Enteignung)에서 말하는 보상(Entschädigung)은 그 의미가 다르다는 점이다. 헌법 제23조 제3항에 의한 손실보상은 금전보상을 원칙으로 하는 반면,

195) 분리이론을 받아들이지 않고 종래의 경계이론의 입장에 서는 경우에는 '보상이 필요없는 사회적 제약'(우리헌법 제23조 제1항, 제2항의 경우)과 '보상이 필요한 재산권제한'(같은 조 제3항의 경우)으로만 나누게 될 것이다. 위 89헌마214등 결정과 97헌바26 결정에서 반대의견(합헌의견)을 제시한 이영모 재판관과, 아래에서 보는 2000헌가11등 결정에서 반대의견(단순위헌의견)을 제시한 권성·주선희 재판관의 입장이 이러한 견해인 것으로 보인다.

196) 헌재 1997. 11. 27. 96헌마279, 판례집 9-2, 733, 742.

197) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243; 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607, 618.

198) 헌법재판소 판례에 의하면, 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 '공용수용'은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로, "첫째 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 둘째 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 셋째 정당한 보상을 지급할 것"의 요건을 갖추어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 56; 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243; 2000. 4. 27. 99헌바58, 판례집 12-1, 544, 552; 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607, 617-618).

199) 그 밖에 "신뢰보호의 원칙"이나 재산권의 "본질적 내용 침해금지 원칙"도 심사기준이 될 수 있다.

보상의무 있는 내용규정에서 말하는 보상은 위헌성 제거의 차원에서 주어지는 보상(조정)이므로 매수청구권, 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상, 기타의 수단 중에서 입법자가 구체적인 방법과 절차를 정할 수 있는 것으로, 이는 말하자면 재산권 형성행위의 합헌성을 보장하는 하나의 “균형추”인 셈이다.²⁰⁰⁾

한편, 2003. 8. 21. 선고된 2000헌가11등 사건에서는 위 3가지 영역이 동시에 재판관들의 견해로 표출되었다.

즉, 헌법재판소는 “행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되도록 한 구 도시계획법 제83조 제2항 전단 부분을 준용하는 구 주택건설촉진법 제33조 제6항(제8항)”이 헌법 제23조에 위반되지 않는다는 합헌결정을 선고하였다.²⁰¹⁾ 이 결정에서, 재판관 4인은 이 사건 조항은 가능한 최소한의 범위에서 재산권의 사회적 제약을 도모하는 법률조항이고 사업주체에 대한 기본권의 제한과 이를 통한 공익목적의 달성 사이에는 법익의 형량에 있어 합리적인 비례관계가 유지된다고 할 것이므로 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하다는 이유로 합헌의견을 내었고,²⁰²⁾ 재판관 3인은 이 사건 조항이 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이자 재산권에 대한 사회적 제약을 구체화한 규정이라고 보는 합헌의견에는 동의하지만 그런 경우에도 이 사건 조항은 비례의 원칙에서 요구되는 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배된다는 이유로 헌법불합치 의견을 내었다.²⁰³⁾

이들 재판관 7인은 이 사건 조항에 의한 “공공시설의 무상귀속이 헌법 제23조 제1항·제2항에 근거한 재산권의 내용과 한계를 정한 규정에 해당 하는지, 아니면 제23조 제3항에 근거한 재산권의 수용을 정한 것인지를 판단함에 있어서는 그 대상이 된 토지 하나하나에 대한 제한의 효과를 개별

200) 김성수, 전계서(2004), 689면.

201) 헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186.

202) 윤영철·한대현·김영일·송인준 재판관의 합헌의견. 위 판례집 196-203면.

203) 하경철·김효종·김경일 재판관의 위헌(헌법불합치)의견. 위 판례집 203-209면.

적으로 분석할 것이 아니라, 전 토지에 걸친 제한의 효과를 종합적이고 유기적으로 파악하여 그 제한의 성격을 이해하여야 한다. ... 이 사건 조항은 국민의 쾌적한 주거공간 확보를 위한 주택건설사업과 관련하여 택지를 효율적으로 개발하고, 이에 수반되는 공공시설을 여하히 원활하게 확보하며 유지·관리할 것인가에 주안점을 두고 공공시설과 그 부지의 권리귀속관계를 정한 규정이다. 즉, 이 사건 조항은 그 규율형식의 면에서 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라 일반·추상적으로 사업지구내의 공공시설과 그 부지의 이용 및 소유관계를 정한 것이라 할 것이고, 그 규율목적의 면에서도 사업주체의 법적 지위를 박탈하거나 제한함에 있는 것이 아니라 다수인의 이해관계가 얽혀 있는 주택건설사업의 시행과정에서 불가피하게 재산권의 제약을 받는 사업주체의 지위를 장래를 향하여 확일적으로 확정함에 그 초점이 있다고 할 것이어서 재산권의 내용과 한계를 정한 것으로 그 성격을 이해함이 상당하다.”고 보았다.²⁰⁴⁾

한편, 재판관 2인의 소수의견은 이 사건의 문제는 헌법 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항(‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한에는 정당한 보상이 필요’)의 문제이고, 구 도시계획법 제83조 제2항 전단이 규정하는 ‘공공시설부지 등 소유권의 국가 또는 지방자치단체로의 귀속’은 헌법 제23조 제3항의 수용에 해당하고 그 귀속을 무상이라고 규정한 것은 수용에 대한 보상을 배제한 것이므로 이는 보상없는 수용을 금지한 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반한 것이라는 이유로 단순위헌 의견을 내었다.²⁰⁵⁾

204) 위 판례집 198-199, 203면.

205) 권 성·주선희 재판관의 위헌의견. 위 판례집 209-213면.

나. 학설의 경향

(1) 부정적인 입장

강현호 교수는, 우리헌법 제23조 제3항의 수용개념은 자갈채취 판결 이후의 독일연방헌법재판소의 수용개념과 유사하고, 동 조항의 수용·사용·제한은 독일연방최고법원이 사용하던 광의의 수용개념(공용침해)과 비교할 수 있다고 하면서, 우리헌법 제23조 제3항은 그 규정형식으로 보아 독일기본법 제14조 제3항과는 명백히 다르므로 분리이론을 적용할 가능성은 없다고 한다. 또한 분리이론이 독일에서조차 비판받고 있음에 비추어 볼 때 우리헌법 제23조를 굳이 분리이론에 맞추어서 해석할 필요는 더더구나 없다고 한다.²⁰⁶⁾

박균성 교수는 헌법재판소의 위 89헌마214등 결정을 비판하면서, “개발제한구역의 지정으로 인한 재산권행사의 제한은 공공필요(도시의 무질서한 확산을 막고 도시주변에 녹지공간을 확보할 필요)를 위한 공용제한으로 보는 것이 타당하다. 즉, 개발제한구역의 지정으로 인한 재산권행사의 제한과 그에 대한 권익구제의 문제를 헌법 제23조 제3항의 공용제한과 손실보상의 문제로 보는 것이 타당하다. 구체적으로 보면 개발제한구역의 지정 후에도 종전의 용법대로 토지를 사용할 수 있는 한 원칙상 재산권에 내재하는 사회적 제약에 불과하다고 보아야 할 것이나, 개발제한구역 지정으로 인하여 법상 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나(대지인 토지에 건축이 금지되거나 심히 제한되는 경우) 또는 실질적으로 토지를 종래의 용법대로 사용할 수 없게 된 경우(수로의 폐쇄 등으로 농지에서 사실상 농사를 지을 수 없는 경우)에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 특별한 희생으로 보아야 한다.”고 적고 있는데,²⁰⁷⁾ 분명하지는 않지만 동 교수는 분리이론에 대하여 비판적이고 경계이론의 입장에서 서 있는 것으로 보인다.

206) 강현호, 전계논문(2003), 93·94면.

207) 박균성, 전계서(2002), 133-134면.

석중현 교수는 우리 헌법재판소의 그린벨트 결정이 독일연방헌법재판소의 자갈채취 판결에서 취한 분리이론을 수용한 것이라면 그것은 문제가 있다고 하면서, 독일연방헌법재판소가 다른 수용개념은 우리 헌법의 사용·제한을 제외한 좁은 의미에서의 수용개념인데 반하여 개발제한구역의 지정으로 인한 재산권제한은 이른바 ‘공용제한’을 의미하는 것이므로 독일의 용어개념에 의할 때 그것은 수용개념에 포함되지 아니하기 때문이라는 것이다. 따라서 자갈채취 판결의 논리에 따라 공용제한으로 인한 손실에 대한 보상청구권의 근거를 설명하는 것은 타당하지 못하며, 이 점에서 헌법재판소의 그린벨트 결정은 논리전개의 전제가 부당하였다는 비판을 면하기 어렵다고 한다.²⁰⁸⁾

이광윤 교수는, 분리이론은 광범위한 입법형성권과 광의의 수용개념(공용침해)을 채택하고 있는 우리 헌법상 수용될 수 없다고 한다. 그 이유는, 첫째 재산권침해의 원인행위의 적법성 여부에 따라 손해전보제도를 구분하는 것 자체가 부당하고, 둘째 ‘수용’보상은 대금지불의 의미를 가지며 ‘사용’보상은 사용료의 문제이고 ‘제한’보상은 국가의 재산적 책임의 문제라는 점에서 그 적용법리가 다름에도 불구하고 공공필요에 의한 수용·사용·제한을 손실보상이라는 하나의 법리로 설명하는 것은 부당하며, 셋째 현행헌법 제23조 제3항은 불가분조항이 아니기 때문에 독일과는 다르다는 것이다. 그리하여 동 교수는, 우리나라에 있어서는 도시계획제한에 대하여는 헌법 제23조 제1항 제2문의 재산권의 내용 및 한계규정 뿐만 아니라 제23조 제3항도 동시에 적용되어야 하며, 제23조 제3항은 보상의 요부를 입법형성권에 맡기고 있으므로 헌법 제23조에 관한 한 위헌의 문제가 등장할 여지가 없음에도 불구하고 헌법재판소가 독일의 분리이론을 채택하여 도시계획제한에 대한 위헌판단의 준거로 헌법 제23조 제3항을 배제한 것은 이해할 수 없다고 한다.²⁰⁹⁾

208) 석중현, “도시계획결정과 손실보상”, 「공법연구 제28집제3호」(한국공법학회 2000. 3), 47-48면.

209) 이광윤/김민호, 전게서(2002), 351-354면.

정하중 교수는, 독일의 연방헌법재판소의 분리이론을 채택하고 있는 우리 헌법재판소의 견해는 우리 헌법상의 재산권보장체계 특히 우리 헌법 제23조 제3항과 독일기본법 제14조 제3항의 차이를 간과하였으며, 독일 연방헌법재판소의 분리이론 자체도 보상이 필요없는 사회적 제약과 보상의무 있는 재산권내용규정 사이에서 여전히 법적 불안정성을 보이고 있다는 점 때문에 독일내에서도 비판이 있는 점 등을 들어 우리 헌법재판소가 이를 받아들인 것에 대하여 심각한 의문을 제기하고 있다. 그리하여 동 교수는 헌법재판소가 위 89헌마214등 사건 및 97헌바26 사건에서 심판대상법률의 위헌성을 이른바 분리이론에 의존하여 헌법 제23조 제1항 제2문과 관련하여 검토한 것은 잘못된 것이며, 이들 사건에서 개발제한구역의 지정이나 도시계획시설의 부지지정이 경우에 따라서는 관계인에게 재산권의 사회적 제약을 넘는 특별한 희생이 발생할 수 있음에도 불구하고 이에 대하여 보상규율을 두지 않은 해당법률은 헌법 제23조 제3항에 따라 위헌이라는 결론을 내렸어야 했다고 비판하고 있다.²¹⁰⁾

홍준형 교수는, 독일연방헌법재판소의 자갈채취 판결에 의하여 표명된 분리이론은 우리나라 헌법 제23조의 구조에는 부합하지 않는다고 하며, 헌법 제23조의 구조상 제1항 및 제2항에 의한 재산권의 사회적 제약을 넘는 재산권침해는 곧 제23조 제3항에 의한 손실보상의 문제를 발생시킨다고 보는 것이 올바른 헌법해석이라고 주장한다. 독일 같으면 ‘보상을 요하는 재산권내용규정’에 의한 재산권침해는 기본법 제14조 제3항에 의한 수용보상의 대상이 아니라, 그 침해조치에 대한 취소소송 또는 보충적으로 기본법 제14조 제3항과는 별개의 법규정이나 법원칙에 의한 손실보상의 대상이 된다고 하겠지만, 우리나라의 경우 그러한 재산권침해는 헌법 제23조 제3항의 재산권에 대한 ‘공용제한’으로서 ‘공용수용’과 마찬가지로 동일한 조항에 의한 손실보상의 대상이 된다는 것이다. 즉, 보상을 요하는 재산권내용규정에 의하여 재산권에 대한 과도한 제한을 받은 피해자가 설령 그 위헌성을 확인받는다 하더라도, 이 경우 수용유사침해보상과 같은 법리가 인정되지 않

210) 정하중, 전계논문(2003), 79-86면.

는 이상 보상을 받을 수 없고 또 이를 국가배상제도를 통해 구제받기 위해서는 ‘입법작용에 대한 국가배상’이라는 좁은 문을 통과해야 하는데, 그러한 경우 우리나라 헌법 제23조 제3항을 연속성모델(경계이론)에 의해 이해한다면 피해자가 추구하는 손실보상은 공용침해(수용·사용·제한)에 대한 손실보상의 법리에 의하거나 수용유사침해보상의 법리에 의해 용이하게 달성될 수 있다는 것이다.²¹¹⁾

(2) 긍정적인 입장

최갑선 박사는 헌법재판소의 위 그린벨트 결정이 있기 전에 발표한 논문에서 분리이론에 대하여, “지금까지 보상없는 사회적 제약으로만 불완전하게 이해된 재산권의 내용- 및 한계규정은 그 자체로서 재산법영역의 형성에서 여러 가지 신축적인 규율가능성을 제공해 주고 있다. 특히 다양한 경과규정과 특수한 조정적 보상(Ausgleichentschädigung)은 현실적으로 어려움을 주는 복잡다단한 재산권 침해사례를 재산권의 내용- 및 한계규정 내에서 효과적으로 해결할 수 있는 수단을 부여해 준다.”고 평가하면서, “헌법 제23조 제1항 제2문에 의거한 재산권의 내용- 및 한계규정이라는 법제도는 그 법이론적 내용 속에서 현재 또는 미래에서 발생하는 재산권 침해사례를 새로운 각도에서 조망하는데 크게 기여할 것”이라고 보았다.²¹²⁾

강태수 교수는, “재산권의 내용규정과 공용침해는 다른 기능을 수행하는 별개의 제도이다. 재산권의 내용규정은 재산권에 대한 ‘정의행위’이고, 공용침해는 재산권에 대한 ‘박탈행위’이다. 입법자는 일반적·추상적으로 재산권질서를 형성하고 형성된 기존의 재산권질서를 변경한다. 이렇게 형성·변경된 기존의 재산권질서를 전제로 해서 예외적으로 개인의 재산권을 무너뜨리는 것이 공용침해이다. ... 입법자가 양자를 자유로이 선택할 권한은 없다. 내용규정 및 수용규정에 대한 구성요건은 헌법에서 결정되기 때문에 입법자가 양자의 구성요건 및 헌법적 정당성 근거를 자의적으로 선택할 수 없다.”고 하여 적극적으로 받아들이는 입장으로 보인다.²¹³⁾

211) 홍준형, 전계서(2001), 304·309면.

212) 최갑선, 전계논문(1995), 296면.

김광수 교수는 “수용 등의 효과를 실제로 낳는 입법을 하면서도 보상규정이 없는 경우는 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 첫째 수용이 예상되면서도 보상규정을 두지 않은 경우와 둘째 재산권의 내용결정의 경우에 이에 부수적으로 사전에 예측할 수 없는 비전형적이고 불측의 손실이 발생하는 경우가 그것이다. 전자의 경우에는 당연히 위헌적인 입법으로 무효가 되고, 후자의 경우에는 법 자체를 위헌으로 무효화하는 것은 여러 가지 부작용이 따를 수 있기 때문에 당해 조치를 행정작용을 통하여 구체화한 경우에는 입법으로 당해 침해(가혹한 부담)를 전보할 수 있는 이해조절적인 규정을 두어야 한다.”고 설명함으로써, 분리이론을 수용하고 있다고 보인다. 다만 동 교수는 위 89헌마214등 결정에 대하여는, “헌법재판소는 사적 유용성을 박탈하는 입법에 대하여 보상규정을 두지 않는 것은 헌법에 합치하지 않는다고 판시하였는데 재산권에 관한 규율을 하면서 통상의 한계설정을 떠나서 가혹한 부담이 될 것인지를 입법자에게 요구하는 것은 여러 가지 어려움이 따른다. 우선 입법자에게 무리한 것을 요구할 수는 없다. 경우에 따라서는 ‘가혹한 부담을 초래하는 경우에는 보상을 하여야 한다’는 식의 규정을 둘 것도 예상할 수 있는데, 이러한 방식은 헌법 제23조 제3항에서 수용에 대한 보상은 법률로써 하라는 의미와 부합하지 아니한다. 헌법재판소의 이 결정은 토지재산권의 사회적 의무를 현저히 약화시킬 뿐만 아니라 입법자에게 무리한 부담을 지울 우려가 있다.”고 비판하고 있다.²¹⁴⁾ 즉, 헌법재판소의 재산권보장 구조에 대한 해석, 즉 분리이론에는 찬성하지만 이 사안에서 개발제한구역의 지정이 ‘보상의무 있는’ 내용규정이라는 점에는 동의하지 않는다는 것이다.²¹⁵⁾

정남철 박사는, “종래 학설은 ‘가치보장’의 관점에서 주로 손실보상의 요건에 대해서 논하였고 그 이유 중의 하나는 종래 건축법 및 도시계획법 등

213) 강태수, “분리이론에 의한 재산권체계”, 「고시연구 366호」(고시연구사 2004. 9), 31면.

214) 김광수, “재산권보장의 구조와 사회적 의무”, 「공법연구 제28집제3호」(한국공법학회 2000.3), 61-62면.

215) 김광수, “개발제한구역의 지정과 보상문제”, 「행정법연구 제7호」(행정법이론실무학회 2001.하반기), 321면.

개별법에 보상규정의 흠결로 인하여 법률상 수권없이 재산권을 제약 또는 침해하는 사례가 많았기 때문에 주요 관심사는 손실보상의 확대에 있었다. 그러나 독일 연방헌법재판소의 분리이론의 요체는 ‘존속보장’에 있으며 이러한 존속보장이 어려운 경우에 기본법 제14조 제3항의 보상을 통한 ‘가치보장’이 고려된다. ... 다만, ‘보상이 필요한 공용침해’와 ‘보상이 필요없는 내용제한규정’에 해당하지 않는 한계영역에 대한 논의는 이른바 ‘조정적 보상 의무 있는 내용규정’을 적극적으로 검토함으로써 분리이론이 가지는 문제점을 현행법제하에서도 합리적으로 해결할 수 있다고 생각한다.”고 하면서, 결론적으로 우리헌법 제23조의 해석에 있어서도 존속보장의 관점에서 독일연방헌법재판소의 분리이론을 도입하는 것은 타당하다고 설명하고 있다.²¹⁶⁾

한편, 정연주 교수는 재산권 관련 법률은 기본적으로 다음 3가지의 경우로 분류할 수 있다고 한다. 첫째, 헌법 제23조 제1항 제2문의 규정에 근거한 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률로서 이는 재산권에 대하여 그의 실정법상의 형태를 부여한다. 둘째, 헌법 제23조 제3항의 규정에 근거한 공용침해법률로서 이는 공공필요에 따른 재산권에 대한 수용·사용·제한의 근거가 되며 따라서 그에 대한 보상을 필요로 한다. 셋째, 헌법 제23조 제1항 제2문에 따른 재산권의 내용과 한계를 정한 규정의 범위를 넘어선, 다시 말해 재산권에 대한 단순한 사회적 기속(헌법 제23조 제2항)의 한계를 넘어서고 따라서 보상을 필요로 하지만 입법자가 법률제정시 공용침해를 예견하지 못했거나 허용하지 않았고 따라서 보상규정을 가지고 있지 아니한 법률이다.²¹⁷⁾ 이와 같이 동 교수는 소위 분리이론을 인정하고 있는 듯하나, 위 89헌마214등 결정에서의 도시계획법 제21조와 같이 그러한 제한이 일반적으로 수인할 수 있는 사회적 기속의 범주라면 보상이 필요없지만 특별희생을 야기하는 경우라면 보상을 요하는 공용침해법률이며 따라서 보

216) 정남철, 전계논문(2004), 384-385면.

217) 정연주, “재산권보장과 이익형량”, 「공법연구 제29집제3호」(한국공법학회 2001. 5), 57면.

상규정이 존재해야 하는데 보상규정이 없으므로 이는 불가분조항 원칙의 위반이자 헌법 제23조 제3항 위반이라고 함으로써,²¹⁸⁾ 헌법재판소의 위 결정에 대하여는 비판적인 입장이다.

다. 평가

(1) 위와 같이 우리 헌법재판소가 독일연방헌법재판소의 분리이론을 받아들인 것에 대하여 학설의 다수는 반대 내지는 신중한 태도를 보이고 있다. 그 이유로는 첫째, 무엇보다도 우리헌법 제23조 제3항의 이른바 공용침해의 개념이 독일기본법 제14조 제3항의 Enteignung 개념보다 넓은 것이다. 즉, 우리헌법 제23조 제3항이 “수용·사용 또는 제한”이라고 규정한 것은 앞서서도 본 바와 같이 독일의 바이마르헌법 이래로 협의의 수용개념이 ‘사용’과 ‘제한’을 포함한 광의의 수용개념 즉 “공용침해” 개념으로 이해되던 때에 이를 받아들인 것으로서 독일연방헌법재판소가 소위 “자갈채취” 판결로 고전적인 협의의 수용개념으로 돌아가면서 정립한 분리이론은 우리헌법과 조화를 이룰 수 없다는 것이다. 둘째, 분리이론에 의하면 입법자가 예상하지 못하였으나 수인의 한계를 넘는(사회적 제약을 넘는) 특별한 희생에 대한 보상이 배제될 우려가 있다는 것이다. 이 경우 독일의 분리이론을 따르면 보상청구를 할 수 없고 수용처분에 대한 취소소송으로써 다투어야 하는데, 이미 쟁송기간을 초과하여 불가쟁력이 발생하였다면 보상의 가능성이 없어지게 되기 때문이다.²¹⁹⁾

한편, 보상규정 없는 재산권침해가 보상을 요하는 특별한 희생에 해당하는 경우 그 손실보상청구권의 근거와 관련한 문헌상의 학설은 헌법재판소의 위 그린벨트 판결로 그 가치를 상실한 것이라는 견해가 있다. 즉, 개발제한구역의 지정으로 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에

218) 정연주, 전계논문(2001), 59-60면.

219) 정남철, 전계논문(2004), 377-378면 참조.

위헌성이 있어 보상을 하여야 하지만, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법 재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항이므로 보상입법에 근거하지 아니한 손실보상을 부인하고 있기 때문이라는 것이다. 따라서 재산권침해를 행하는 법률이 보상규정을 두지 않은 경우에 그 재산권침해가 사회적 제약의 한계를 넘는 특별한 희생이 되어 보상을 해 주어야 하는 경우라도 피해자는 헌법 제23조 제3항의 적용에 관한 위헌무효설, 직접효력설, 유추적용설 등의 학설을 근거로 손실보상청구권을 행사할 수 없고 보상입법을 기다려 그 보상입법에 따라 손실보상청구권을 행사할 수 있게 되었는바,²²⁰⁾ 헌법재판소가 일면에서는 보상규정 없는 법률에 의한 재산권침해 중 위헌성이 있어 보상을 요하는 공용제한의 경우를 인정하여 재산권의 사회적 제약의 한계를 긍정하면서도 타면에서는 보상입법을 통한 손실보상청구권의 행사를 요구하고 있는데, 이는 결과적인 관점에서 보면 손실보상을 긍정하면서도 동시에 손실보상을 사실상 부인하는 논리가 되는 문제가 생긴다는 것이다.²²¹⁾

(2) 살피건대, 독일에서 분리이론이 연방헌법재판소를 통하여 정립된 배경에는 기본법 제14조 제3항의 해석에 관한 불가분조항의 엄격성, 이를 탈피하고자 하는 연방민사법원 또는 연방행정법원의 광의의 수용개념 및 수용유사침해와 수용적침해 이론, 그리고 전통적인 희생보상론의 관습법(판례법) 등이 뒷받침하고 있는 것을 알 수 있다. 이에 비하여 우리헌법과 대법원의 판례는 독일의 경향과 다르다. 즉, 우리에게도 희생보상론의 관습법(판례법)이 있다고 볼 수 없고, 대법원은 수용유사침해론을 인정하는데 여전히 소극적이며 불가분조항을 인정하고 있지 않다고 보여진다. 더욱이

220) 헌법재판소의 견해(분리이론)를 그대로 따른다면 이른바 수용유사적 침해이론이나 유추적용설은 그 존립기반을 찾기 어렵다고 보아야 한다는 견해도 같은 취지라고 할 것이다. 김성수, 전거서(2004), 688면.

221) 석종현, 전거논문(2000), 48면. 동 교수는 개발제한구역의 지정에 의한 공용제한이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘어 보상을 요하는 특별한 희생이 되는 경우는 이른바 '수용유사의 침해'에 해당하는 것이므로, 이를 헌법재판소가 판례법으로 승인하고 유추적용설의 경우처럼 손실보상청구권을 긍정하는 수용유사침해법리를 판례법으로 승인하는 방법을 통해 손해전보제도의 흠결을 메꾸는 것이 타당한 방향이었다는 의견을 제시하고 있다.

우리헌법 제23조 제3항은 그 문면상 이미 광의의 수용개념인 공공필요에 의한 “수용·사용 또는 제한”을 손실보상의 대상으로 규정하고 있다. 따라서 독일에서의 분리이론을 그대로 받아들일 수 없다는 주장은 나름대로 설득력이 있다고 판단된다.

그럼에도 불구하고 19세기까지의 전통적인 소유권절대주의 사상이 20세기 들어 재산권의 사회적 기속성이 강조되고, 현대 행정의 복잡하고 다양한 성격, 그리고 국가 내지는 국민 전체의 이해관계가 관련된 도시계획 내지는 자연보호에 관한 법률에서 공익을 위하여 개인의 재산권을 일반적·추상적으로 규율하여야 할 필요성이 제기되는 것은 불가피한 현상이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 우리헌법 제23조의 구조를 제1항 및 제2항의 “재산권내용규정”과 제3항의 “공용침해규정”으로 나누어 고찰하는 것은 독일의 분리이론이 가지는 문제점에도 불구하고 유용한 도구가 될 수 있다고 생각된다. 이러한 접근방법은 독일기본법 제14조 제3항과 우리헌법 제23조 제3항의 규정내용이 같지 않다고 하여 결정적인 걸림돌이 될 수는 없다고 본다.²²²⁾ 다만, 우리 헌법재판소가 재산권제약법률에 대하여 재산권내용규정으로 성격을 규정짓고, 그에 따라 합헌성을 담보할 수 있는 조절적 보상 의무(조정 의무)로서 금전보상 외에 매수청구권이나 지정해제 등의 “보상조치”를 부여함에 있어 입법자에게 광범위한 재량을 인정함으로써, 그와 같은 보상조치의 요건이 엄격한 경우에는 재산권을 비례의 원칙에 어긋나게 제약받고 있는 국민으로서 실질적으로 금전적 “손실보상”의 기회를 상실할 우려가 있다고 할 것이다. 이와 같은 입법자의 보상조치에 대한 통제는 개별 사건에서 일반법원의 판결로 또는 차후에 헌법소송으로 비화되는 경우에는 헌법재판소의 판단에 의하여 구체화될 것이다.

(3) 한편, 독일연방헌법재판소의 분리이론의 핵심내용 중 하나는 개인이 자신에게 취해진 국가의 조치가 ‘공용침해’라고 주장하는 경우 당해 재산권침해 법률에 보상규정이 있는 경우에만 민사법원에 손실보상을 청구할

222) 이 경우 제23조 제3항의 ‘수용’은 재산권의 전면적 박탈로, ‘사용’은 재산권 중 가분적인 권리인 사용권의 박탈로, ‘제한’은 재산권 중 분리될 수 있는 기타 권리의 박탈로 해석할 수 있다는 견해로 강태수, 전제논문(2004), 31면.

수 있고, 그러한 보상청구권규정이 없다면 행정법원에 그 침해행위의 취소를 청구하여야 한다는 것이다(취소소송과 보상소송간의 선택권 부정). 그런데 우리 헌법재판소는 처음으로 분리이론을 받아들인 위 89헌마214등 결정²²³⁾에서는 이와 같은 내용의 설시를 하지 않았다. 그리하여 그 후 1999. 10. 21. 선고한 위 97헌바26 결정의 경우 당해사건은 손해배상청구의 민사소송²²⁴⁾이었음에도 불구하고 본안판단(헌법불합치)을 하였고, 2003. 4. 24. 선고된 99헌바110등 자연공원법 제4조 등 위헌소원 결정의 경우에도 당해사건은 손실보상청구나 부당이득금등반환청구의 민사소송²²⁵⁾이었는데 역시 본안판단(합헌)을 하였다. 그리고 2003. 11. 27. 선고한 2001헌바35 증권거래법 제191조의7 제3항 등 위헌소원 결정의 경우도 당해사건은 국가를 상대로 한 손해배상청구의 민사소송²²⁶⁾이었음에도 본안판단(합헌)을 하였다.²²⁷⁾

우리 헌법재판소가 독일연방헌법재판소의 분리이론 중 “취소소송과 보상소송간의 선택권 부정” 부분은 이를 받아들이지 않은 것인지 아직은 분명

223) 이 사건의 당해사건은 서울고등법원 89구1928 건물철거대집행계고처분취소(89헌마214), 대법원 89누770 건물철거대집행계고처분취소(90헌바16) 및 서울지방법원 96가합90820 손실보상금(97헌바78) 청구소송으로서 행정소송과 민사소송이 함께 들어 있었다.

224) 서울지방법원 92가합62797 손해배상(기). 이 사건은 헌법재판소의 결정 이전인 1997. 5. 29. 원고패소 판결이 선고되었고, 원고가 항소하지 않아 그 무렵 확정되었다.

225) 99헌바110 사건의 당해사건인 서울지방법원 99가합84239 손실보상 청구사건은 1999. 12. 1. 원고패소 판결 후 서울고등법원 2000나1039호로 항소하였으나 헌법재판소의 합헌결정 후인 2003. 5. 9. 원고가 항소를 취하하여 확정되었고, 2000헌바46 사건의 당해사건인 서울지방법원 95가단104824 부당이득금등반환 청구사건은 2002. 10. 22. 원고패소 판결 후 서울중앙지방법원 2002나54751호로 항소하였으나 헌법재판소의 합헌결정 후인 2003. 7. 23. 항소기각 판결이 선고되었고 이에 대하여 원고가 상고를 제기하지 않아 역시 그 무렵 확정되었다.

226) 서울지방법원 2000가단82805 손해배상(기). 이 사건은 2001. 4. 20. 원고패소 판결이 선고되었고 원고가 서울중앙지방법원 2001나33672호로 항소하였으나, 헌법재판소의 합헌결정 후인 2003. 12. 24. 항소를 취하하여 그 무렵 확정되었다.

227) 다만, 법률에 의한 소유권이전이 문제가 된 현재 2003. 8. 21. 2000헌가11등 사건의 경우에는 입법수용이나 내용규정이냐를 두고 재판관들의 의견이 나뉘었는데, 사안의 성격상 당해사건은 소유권이전등기청구의 민사소송이었다.

하지 않으나, 만일 앞으로도 보상규정 없는 재산권제한법률에 대한 헌법소송 절차에서 당해사건이 행정소송이든 민사소송이든 가리지 않고 본안판단을 하게 된다면 독일연방헌법재판소의 분리이론과는 다른 우리 헌법재판소만의 “독특한” 또는 “불완전한” 분리이론이 될 것이다.

(4) 또한, 어떤 재산권제한법률이 있는 경우에 이를 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 재산권내용규정으로 볼 것인지, 같은 조 제3항의 공용침해규정으로 볼 것인지를 판단함에 있어 헌법재판소가 독일연방헌법재판소의 예를 따라 제시한 기준, 즉 “규율형식의 면에서 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것(공용침해규정)인지 아니면 일반·추상적으로 그 이용 및 소유관계를 정한 것(재산권내용규정)인지” 라는 구별기준이 합당한 것인지는 개별 판례가 집적됨에 따라 그 타당성 여부가 결정될 것이다.

V. 결론

이상 독일 연방헌법재판소의 자갈채취 판결 및 후속 판결에 의하여 정립된 분리이론과 이를 받아들인 우리 헌법재판소의 소위 그린벨트 결정 등 일련의 결정에서 헌법상 재산권조항을 이해함에 있어 이른바 “재산권내용규정” 및 “공용침해규정”의 ‘분리’에 대하여 살펴 보았다. 이러한 우리 헌법재판소의 입장에 대하여는 다수의 학자가 비판적인 견해를 보이고 있다. 그러나 우리헌법 및 종래 대법원의 판례에 비추어 우리나라의 현실에서 재산권조항에 대한 분리이론이 갖는 유용한 도구성은 이를 부인할 수 없다고 판단된다.

우리 헌법재판소가 받아들인 분리이론은 기존의 손실보상이론에 커다란 충격을 주고 있다. 그리고 헌법재판소의 결정이 그 자체로 문제해결의 방향을 지시하고 있는 것도 아니다. 오히려 입법자와 궁극적으로는 일반법원에게 새로운 부담을 지우고 있는 측면도 있다. 또한, 분리이론이 내세우고 있는 ‘존속보장’ 우선의 명분에도 불구하고 헌법 제23조 제1항 자체는 제3

항과는 달리 입법자에게 보상규정을 정할 의무를 부과하고 있지 않기 때문에 국민의 재산권보호가 소홀해질 수 있다는 우려가 제기되고 있다. 실제로 헌법재판소가 보상없는 재산권제한법률에 대하여 대부분의 경우 재산권 내용규정으로 성격지우는 결론에 이를지도 모른다.²²⁸⁾

이제 우리 헌법재판소에 의해서 이러한 분리이론이 확립되어 가고 있는 현실에서 문제는 국민의 재산권보호와 관련하여 어떠한 규정이 재산권내용 규정이고, 반면에 어떤 것이 공용침해규정인지에 대한 구체적인 기준의 설정이 헌법재판소에 남아 있는 과제라고 할 것이다.

228) 예컨대, “보통 일정한 목적에서 토지의 사용을 제한하는 규정은 재산권제한이라고 파악하기 쉽지만 이는 재산권제한이 아니라 그 범위만큼 재산권을 형성하는 규정인 것이다. 건축법, 자연공원법, 도시계획법상의 사용권 및 처분권의 제한은 기존의 재산권을 제한하는 효과를 가지지만, 그 독자적인 가분성이 결여되어 있으므로 공용침해가 아니라 재산권 질서를 형성하는 재산권의 내용에 해당한다. (그리므로) 예전에 경계이론에 의하여 공용침해로 인정되었던 많은 재산권제한은 이제 일정한 범위내에서 재산권을 형성하는 내용규정에 편입되는 결과가 되었고, 그만큼 개인은 보상을 받지 못하게 된 것이다.” 라는 견해가 있다. 강태수, 전계논문(2004), 30-31면.