

憲法裁判所の 判例에 있어서 財産權保障

鄭 夏 重

西江大學教 法學科 教授

— 目 次 —

I. 머리말

II. 憲法上의 財産權保障內容

1. 私有財産의 制度保障
2. 基本權으로서 個人의 財産權保障
3. 憲法上의 財産權概念

III. 財産權의 內容과 限界規律(憲法 23조 1항 2문)

1. 憲法 23조 1항 2문과 憲法 23조 2항과의 關係
2. 立法者規律의 限界
 - 가. 衡量의 命令과 財産權保護의 段階理論
 - 나. 過剩禁止의 原則
 - 다. 本質的 內容의 禁止原則
 - 라. 平等의 原則
 - 마. 信賴保護의 原則과 遡及立法에 의한 財産權剝奪의 禁止

IV. 財産權의 保護對象으로서 公法上의 權利와 一般的 財産에 대

한 특별한 고찰

1. 財産權의 保護對象으로서 財産的 價値가 있는 公法上的의 權利
2. 財産權保護對象으로서 一般的 財産－租稅徵收와 財産權保護
가. 租稅徵收와 財産權
나. 租稅法律에 대한 憲法裁判所의 判決

V. 財産權에 대한 公用侵害(收用·使用·制限)와 正當한 補償

1. 財産權의 社會的 羈束(헌법 23조 1항 2문)과 公用侵害(헌법 23조 3항)의 관계
2. 公用侵害의 要件
가. 財産權에 대한 公用侵害(收用·使用·制限)
나. 公共必要
다. 公用侵害에 대한 法律留保
라. 特別한 犧牲과 正當한 補償

VI. 要 約

I. 머리말

財産權과 自由權은 상호간에 밀접한 연관관계가 있다. 財産權이 보장됨으로써 개인은 독립적인 생존의 근거를 마련할 수가 있으며 스스로의 책임하에 생활을 형성할 수 있다. 自由權이 개인의 모든 생활영역에 있어서 스스로 책임지는 활동을 보장하는 것이라면 財産權은 그러한 활동을 통하여 획득한 재산의 존속을 보호하는 것이다. 이에 따라 財産權은 自由權에 대한 필연적인 보완이며 개념적인 한 쌍을 이루고 있다.¹⁾

한국헌법 10조는 헌법질서의 최고의 구성원리와 가치규범으로서 인간의 존엄성과 가치를 보장하고 있다. 이러한 인간의 존엄성과 가치개념은 경제적인 實體를 아울러 갖고 있으며 이는 일정한 수준의 재화와 생활조건의 존재를 전제하고 있다.²⁾ 이는 내용적으로 개인이 자신과 그의 가족에게 인간다운 생활을 마련하기 위하여 필요한 실질적 재화의 불가침의 존속을 의미한다. 憲法裁判所는 우리헌법은 사유재산제도와 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는바 “이는 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산과 그 처분 및 상속을 보장해주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다.”라고 판시하여 財産權과 自由權의 상호관계를 강조하고 있다.³⁾

1) W.Weber, Eigentum und Enteignung, in : Die Grundrechte II, S.353, 1954

2) Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich - rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, FS für Apelt, 1958, S.24

3) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 368; 헌재 1993. 7. 29. 92헌마20, 판례집 5-1. 44

제헌헌법은 基本權으로서 財産權을 처음으로 보장하였다. 제헌헌법 15조는 그의 기본적인 체계와 구성에 있어 독일의 바이마르헌법 153조를 모델로 하여 “(1) 모든 국민의 財産權은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. (2) 財産權의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다. (3) 公共必要에 의하여 국민의 財産權을 수용·사용 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행한다.”고 규정하였다.⁴⁾ 이와 같은 제헌헌법의 財産權規定은 그동안 9차례에 걸친 헌법개정과 관련하여 모두 5차례나 바뀌었다. 이러한 변경에 있어서 제헌헌법 제15조 1항과 2항은 전혀 변경됨이 현행헌법 제23조 1항과 2항에 그대로 존속되고 있는 반면, 財産權에 대한 公用侵害와 그에 대한 損失補償規定만이 변경되어 왔음은 그동안의 한국헌법의 財産權保障에 대하여 많은 시사를 던져주고 있다. 해방이후 급속한 國家建設, 經濟發展 및 現代化가 국가의 최우선과제가 되었던 지난날의 권위주의 독재체제하에서는 憲法上的 財産權保障기능은 거의 현실적인 의미를 갖지 못하였으며 基本權으로서 財産權保障은 여타의 기본권들과 마찬가지로 명목적인 장식에 지나지 않았다. 단지 급속한 개발과 현대화라는 역사적으로 부여된 국가임무의 실현과정속에서 토지를 중심으로 한 개인의 財産權의 수용, 사용, 제한이 불가피한 현상으로 나타났으며 이에 따라 지난날의 財産權保障에 있어서 중요한 실무적 관심사는 公用侵害에 대한 보상문제가 되었다. 그동안 5차례에 걸친 헌법상의 손실보상규정의 변경은 公用侵害와 이에 대한 손실보상을 둘러싼 국가와 개인간의 침해한 이해의 대립과 갈등의 해결이 財産權保障의 내용에 있어 핵심적인 역할을 하여왔다는 것을 말하여 주고 있

4) 제헌헌법의 기본권조항초안작성에 결정적인 역할을 하였던 유진오박사는 제헌헌법 15조가 Weimar헌법 153조를 모델로 하여 기초되었음을 명시적으로 밝히고 있다. 유진호, 헌법해의, 1952, 77면.

다. 여전히 신도시건설, 공업단지건설, 택지건설, 고속전철건설, 도로건설을 위한 개인토지의 수용 및 사용과 이에대한 보상문제는 損失補償의 근거에 대한 학설의 논쟁에서 볼 수 있듯이 행정법학에서 중요한 이론적이고 실무적인 문제로 다루어지고 있다. 그러나 憲法 23조 3항의 예외적인 요건하에서 허용되는 公用侵害와 이에 대한 보상문제는 헌법상의 財産權保障에 있어 하나의 제한된 영역에 지나지 않는다. 따라서 종래의 개인의 財産權保護는 행정법적인 차원의 보호, 비록 그것도 내용적으로 볼 때 충분하지는 않았으나 財産權侵害에 대한 補償保護에 지나지 않았다고 보아도 과언이 아니다.

1988년 9월 1일의 憲法裁判所の 설치는 한국헌정사에 있어 획기적인 轉換點을 이루고 있다. 비록 그의 權限과 構成 그리고 節次와 判決의 效力 등에 있어서 적지 않은 문제점들을 갖고 있으나 憲法裁判所는 그의 違憲法律審判, 憲法訴願審判, 權限爭議審判 등에 대한 管轄權을 갖고 과거의 헌법재판기관들과는 달리 기본권을 침해하는 법률과 행정작용을 위헌·무효라고 선언함으로써 헌법의 수호자로서 그리고 실현자로서 자신의 역할을 수행하여 왔다. 특히 平等의 原則이나 比例의 原則을 위배하여 財産權을 침해하거나 그의 본질적인 내용을 침해하는 법률들을 違憲이라고 판단하여 財産權의 內容과 限界를 형성하는 입법자에게 헌법적인 한계를 설정함으로써 違憲의인 國家權力의 行事로부터 개인의 財産權의 존속을 보호하여 왔다.

본 연구에서는 憲法上의 財産權保障의 이념과 規範構造를 이론적으로 상세히 고찰하고 이러한 財産權保障의 전체체계속에서 지난 10년간의 憲法裁判所の 판례들을 분석하고 照明함으로써 財産權保護의 기능과 의미를 확인하고 향후의 法發展을 위한 理論的 基盤을 제시하는 데 목적이 있다. 아울러 본 연구에서는 1998년 4월 30일 까지의 憲法裁判所の 判例를 대상으로 하였으며 外國의 文獻과 判

例로는 한국의 헌법과 매우 유사한 재산권보장체계를 갖고 있으며 한국의 학설과 실무에 상당한 영향력을 미치고 있는 獨逸의 文獻과 聯邦憲法裁判所의 判例를 참고하였음을 밝혀둔다.

II. 憲法上의 財產權保障內容

憲法 23조는 이른바 社會的 法治國家에 대한 헌법의 근본적인 가치결정의 하나로서 財產權을 보장하고 있다. 憲法 23조는 개인의 모든 재산적 가치가 있는 권리를 보장하고 있으나 그것은 개인의 임의적이고 자의적인 행사에 예속되고 있는 財產權에 대한 보장이 아니라 社會的으로 羈束된, 즉 공공의 복리에 대하여 의무지워지고 책임지고 있는 財產權에 대한 보장을 의미한다. 憲法 23조는 自由의 保障과 社會공동체에 대한 義務사이에 존재하는 긴장관계를 직접적으로 포착하여 이것을 시대상황에 따라 항상 새롭게 현실화되는 均衡關係로 확정시켜 나간다.

憲法 23조에 의한 財產權保障은 사유재산에 대한 制度保障(Institutsgarantie)과⁵⁾ 기본권으로서 개인의 財產權에 대한 保障(Rechtstellungsgarantie)이라는 두가지 보장내용을 갖고 있다. 양자는 상호간에 밀접한 관련이 있는바 한편으로는 개인의 기본권으로서 구체적인 財產權에 대한 보장은 사유재산이라는 제도가 허용하는 한계 내에서 의미를 갖고 있으며, 다른 한편으로 사유재산의 제도보장의 의미와 가치는 그것이 얼마만큼 개인의 구체적인 財產權의 확보를

5) 제도보장에 대하여 : Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung, 1931, S.20 ff. Carl Schmitt는 공무원제도와 지방자치제도와 같은 공법상의 제도에 대한 헌법상의 보장을 제도적 보장(institutionelle Garantie)이라고 정의한 반면 재산이나 상속과 같은 전통적인 규범체계와 법적 관계로 이루어진 사법상의 제도에 대한 헌법상의 보장을 제도보장(Institutsgarantie)이라고 표현하고 있다.

위하여 효과적인 근거를 제공하느냐에 따라 결정된다.⁶⁾

1. 私有財産의 制度保障

사유재산의 제도보장에 의하여 비로서 자기책임적이고 사적 유용적인 사회질서의 형성수단으로서 자유로이 처분이 가능한 財産權의 존재가 보장된다.⁷⁾ 사유재산의 제도보장은 일정한 재산적 권리를 사유재산이라고 표현할 수 있기 위하여 요구되는 기본적인 규범체계의 존속을 전제하고 있다. 사유재산제도의 보장은 기본권으로서 財産權保障과는 달리 입법자만을 수범자로 한다. 사유재산의 제도보장은 입법자에게 사유재산의 존재와 그의 사적 유용성을 실현시키고 사회질서내에서 안정된 법적 지위를 갖도록 핵심적인 규범체계를 마련하도록 의무지운다.⁸⁾ 제도보장은 또한 입법자로 하여금 재산법영역에서 기본권으로 보호되는 행위의 본질적인 존속에 속하는 그러한 사안영역을 사법질서에서 박탈하고 이에 따라 기본권으로 보호되는 자유영역이 폐지되거나 본질적으로 축소되는 것을 금지시킨다. 私有財産制度를 보호하기 위하여 헌법이 보장하는 법규범의 핵심적인 존속에는 원칙적으로 財産權者의 使用과 處分の 權限이 속한다.

그러나 그것은 모든 재화가 사적 유용성과 원칙적인 처분권에 의하여 특징되는 私法上의 지배에 예속되어야만 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 공공에 본질적으로 중요한 재화들의 경우에 있어서 공공복리에 대한 중대한 위협을 방지하기 위하여 공법상의 사용체계에 예속된다면 제도보장은 침해되지 않는다.⁹⁾ 憲法裁判所는 도

6) W. Weber, aaO, S. 355 ; Kimminich, Bonner Komm. GG, Art. 14 Rdn. 118

7) Papier, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35(1977), S.82 ff.

8) Papier, in : Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Art. 14., Rdn. 11, GG

지거래허가제를 도입한 국토이용관리법 제21조의3 제1항에 대한 위헌제청사건과,¹⁰⁾ 무허가 거래계약의 사법상의 효력의 부인을 규정하고 동조 7항에 대한 헌법소원사건에서¹¹⁾ 토지거래허가제는 토지의 투기적 거래라는 사회적 병폐를 방지하기 위한 중대한 공익을 실현시키기 위한 제도로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다. 사유재산의 제도보장에 대한 가장 현저한 위협은 국가의 財産權收用과 沒收, 生産手段의 國.公有化에서 발생되는바 財産權의 몰수는 형법상의 일정한 구성요건이 실현되는 경우에 법관에 의하여 명하여지며, 財産權收用과 生産수단의 國.公有化는 헌법 23조 3항과 憲法 126조의 엄격한 요건하에서만 실현될 수 있다.

다른 한편으로 입법자는 또한 사유재산의 제도보장의 변질과 역기능에 대하여 보호할 의무를 지는바 예를 들어 사유재산제도의 기능적 의미에 반하는 재산의 집중을 방지하여야 한다. 사유재산의 심각한 불균형구조는 헌법과 사회질서 일반에 대하여 그리고 사유재산의 제도보장에 잠재적일 뿐 아니라 치명적인 위협을 초래한다. 分配構造, 특히 생산수단의 소유권에 있어서 分配構造의 위기를 극복하는 것은 憲法 119조 2항에서 도출될 뿐 아니라 憲法 23조 1항에서 보장되는 제도보장에 의한 규범적 요청인 것이다.

2. 基本權으로서 個人의 財産權保障

私有財産制度의 보장이외에 憲法 23조 1항 1호는 헌법에 의하여 財産權으로 이해되는 개개의 권리의 구체적인 법적 지위를 보장한다. 이러한 基本權으로서 財産權의 主體는 자연인과 내국법상의 사

9) Schwerdtfeger, Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung, JuS 1983, S.107
10) 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 378-380
11) 헌재 1997. 6. 26. 92헌마5, 판례집 9-1. 595-596

법인과 공법인이 해당된다.¹²⁾ 憲法 23조 1항에서 보장하는 基本權으로서 財産權은 立法權뿐만 아니라 行政權과 司法權을 수범자로 하고 있다. 법원은 그가 적용하는 법이 헌법상의 財産權保障規定과 합치하는 지를 검토하여야 하며 만일 자신의 판단에 비추어 볼 때 해당법률이 憲法 23조와 합치되지 않는다고 판단할 때에는 憲法裁判所に 제정하여 그 심판에 따라 재판하여야 한다(憲法 107조 1항). 行政權이 財産權을 침해하는 경우에는 37조 2항에 따른 一般的 法律留保에 따라 반드시 의회가 제정한 법률의 근거하에 행하여야 한다. 개인의 基本權은 사실적이고 간접적인 작용에 의하여 침해될 수 있기 때문에¹³⁾ 行政權에 의한 財産權의 침해는 반드시 행정행위 등 법적 행위에 제한될 필요가 없다. 憲法裁判所는 국제그룹해체에 대한 헌법소원에 대한 판결에서 권력적 사실행위에 의한 財産權侵害를 인정하였다.¹⁴⁾

憲法 23조 1항이 보장하는 基本權으로서의 財産權은 구체적으로 존재하고 있는 재산적 재화의 소유, 사용과 처분을 보장한다. 財産權保障의 의미는 財産權主體가 소유하고 있는 구체적인 재산적 권리의 존속에 있으며 이에 따라 財産權保護는 우선적으로 존속보호를 의미한다. 단지 공공의 필요를 위하여 財産權에 대한 침해가 불가피한 경우에 있어 존속보호는 가치보호로 전환한다.¹⁵⁾ 이러한 財産權의 存續保護思想은 基本權의 효과적인 보호에 기여하며 종래에 대표되는 견해, 財産權이란 그의 본질적인 내용에 있어서 財産權의 價値保護이며 財産權에 대한 침해는 관계인에게 정당한 보상을 하기만 하면 충분하다는 사상은 헌법 23조의 의미내용과 더 이상 합치하지 않는다고 보아야 할 것이다. 基本權으로서 財産權은 무엇보

12) 재산권의 주체성에 대하여 상세히는 : Kimminich, aaO, Art. 14, Rdn. 112.

13) Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 5.Aufl. 1990, Rdn. 274

14) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2. 89

15) BVerfGE 24, 367 ; 35, 348 ; 56, 249

다도 보호된 재화의 존속에 대한 모든 부당한 침해를 방어할 권한을 부여한다.¹⁶⁾ 헌법 23조 3항의 엄격한 요건하에 행하여진 公用收用に 있어서 이후 수용의 요건이 탈락된 경우에 被收用者의 還買權은 이러한 財產權의 존속보호사상으로부터 도출되는 것이다. 憲法裁判所는 公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特例法 9조 1항에 대한 違憲提請事件과¹⁷⁾ 徵發財產整理에 관한 特別措置法 제6조, 제20조 제1항에 대한 違憲訴願事件에서¹⁸⁾ 이들 법률에서 규정하고 있는 還買權은 憲法 23조 1항의 財產權保障規定에서 도출되는 권리로서 인정하였으며, 財產權主體가 손실보상을 받고 소유권의 박탈을 수인할 의무는 그 財產權의 목적물이 공공사업에 이용되는 것을 전제로 하기 때문에 위 헌법상의 권리는 피수용자가 수용당시 이미 정당한 損失報償을 받았다는 사실로 인하여 부인되지 않는다는 입장을 취하였다.¹⁹⁾

3. 憲法上的의 財產權概念

基本權으로서 財產權保護는 필연적으로 헌법상의 財產權概念에 대한 문제를 제기한다. 헌법상의 財產權概念은 사법상의 財產權概

16) BVerfGE 24, 367

17) 헌재 1994. 2. 24. 94헌가15 등, 6-1. 38-39

18) 헌재 1995. 2. 23. 92헌마12. 7-1. 152; 헌재 1995. 10. 26. 95헌바22, 7-2. 472; 헌재 1996. 4. 25. 95헌바9. 8-1. 389

19) 서울민사지방법원은 토지수용의 근거가 된 국가보위특별조치법 제5조 4항과 이에 근거한 특별조치령이 헌법재판소의 판결에 의하여 무효가 된 경우에는(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 6-1. 557) 비록 환매권이 헌법 23조 1항에서 도출되는 권리라고 할지라도 새로운 입법을 하기 전에는 관련자는 헌법 23조 1항에 근거하여 還買權을 주장할 수 없다고 판시하였다(서울지방법원 1996. 8. 8. 선고 95가단234800 판결, 법률신문 제2534호) 이와 관련하여 還買權을 헌법상의 재산권보장규정에서 직접 도출하고 있는 독일의 실무와 학설에서는 개별법에서 환매의 요건에 대하여 별도로 규정하지 않는 한 피수용자는 학설과 판례에 의하여 발전되어온 結果除去請求權에 의하여 還買權을 행사하고 있다는 점은 향후 우리의 법발전에도 좋은 시사점이 되고 있다. 獨逸의 結果除去請求權의 發展에 대하여는: 拙稿, 結果除去請求權의 法的 根據와 性格, 法政考試, 1998.4, 7면이하; 拙稿, 獨逸의 結果除去請求權의 發展過程과 韓國에서의 同請求權의 導入可能性, 考試研究, 1993.11, 102면이하

念과 동일시 될 수 없으며 헌법 스스로에서 도출되어야 한다.²⁰⁾ 財産權主體의 사적 유용성과 원칙적인 처분권에 의하여 특징지워지는²¹⁾ 헌법상의 財産權概念은 민법상의 財産權概念보다 훨씬 더 포괄적인 내용을 갖고 있다. 憲法 23조에 의하여 보호되는 財産權은 동산, 부동산 등 물건에 대한 소유권뿐만 아니라 무체재산권, 채권, 유가증권, 공법상의 권리 등 모든 개인의 재산적 가치가 있는 권리를 포함하고 있다. 헌법상의 財産權概念은 개인의 재산영역에 대한 국가권력의 침해가능성에 정향되어 있으며 이에 따라 財産權의 보호기능이 財産權概念의 범위를 결정하고 있다고 할 수 있다. 현대의 사회국가가 국민의 생존배려를 위하여 적극적인 경제, 사회, 문화정책의 형성에 대한 포괄적인 위임을 부여받고 자신의 임무수행을 위하여 개인의 전체재산영역을 침해하고 있다면, 財産權은 자신의 보호기능을 상실하지 않기 위하여는 개인의 전체재산영역으로 확대된 포괄적인 개념으로 대응하여야 하는 것이다. 여기서 누가 헌법상의 財産權概念을 정의하는가의 문제가 발생하는바 憲法 제23조 1항 2호에 따라 財産權의 내용과 한계는 법률에 의하여 정하여진다. 그럼에도 불구하고 헌법상의 財産權保障機能은 우선적으로立法權을 대상으로 하기 때문에 法律만에 의한 財産權概念은 존재하지 않는다. 반면 그의 실체에서 확정될 수 있고 해석에 의하여 그의 한계와 내용을 파악할 수 있는 자연법적으로 주어진 財産權概念은 존재하지 않는다. 財産權의 개념은 법률과 전통에 의하여 형성된 법개념으로서 지속적인 변화에 예속되고 항상 새로운 사상에 적용되어야 한다.²²⁾ 헌법은 어떠한 고정적이고 현상유지적인 재산을 알지 못하며 절대적인 財産權概念은 존재하지 않기 때문에 財産權

20) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, § 149 Rdn. 72 ff.

21) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2. 91; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2. 651

22) Sendler, Die Konkretisierung einer modernen Eigentumsverfassung durch Richterspruch, DÖV 1971, S. 16; Leisner, aaO, § 149 Rn. 25 ff.

의 내용과 한계를 결정하는 것은 立法者의 일이다. 여기서 立法者는 그 시대의 사상과 사회적인 통념에 定向하여야 하며 헌법의 근본적인 가치결정과 법원칙들을 준수하여야 한다. 이로부터 나오는 財產權의 내용이 헌법적으로 보장된다.

이러한 헌법상의 財產權保障은 개개의 財產權을 보호가치성의 다소에 따라 구별하지 않는다(이른바 財產權概念의 一元性). 즉 헌법상의 財產權保障은 구체적인 개인의 財產權이 상속에 의하여 또는 자신의 노력에 의하여 획득되어졌는지 또 자신의 투자에 의하여 또는 단순한 행운에 의하여 획득되어졌는가에 따라 차별하지 않는다.²³⁾ 만일 財產權保護를 범주적으로 단계화한다면 이러한 범주들은 자신의 고유한 영역을 형성하여 장기적으로 비록 차별적이지는 않을지라도 財產權에 적대적으로 그리고 보호감소적으로 작용을 할 수 있기 때문이다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고 財產權의 내용은 그의 公共關聯性에 따라, 예를 들어 토지나 생산수단과 같이 다양한 강도로 각인되고 있으며 그러한 차이들은 財產權의 社會的 羈束의 정도에 의하여 조건지워져 있다.²⁵⁾ 그러나 이러한 차이들은 특정한 財產權의 종류를 基本權保護로부터 배제시키는 것을 정당화하지 않는다. 財產權秩序의 형성에 있어서 財產權의 사회적 기속을 구체화하는 입법자의 형성의 여지는 다양하게 걸쳐있다. 財產權이 사회적인 관련성을 갖고 사회적인 기능을 가지면 가질 수록 財產權의 내용과 한계를 결정하는 입법자의 형성의 권한의 폭은 넓게 된다.²⁶⁾

헌법 23조 1항에서 보호하고 있는 財產權은 이미 財產權主體에게 현존하고 있는 재산적 가치가 있는 재화의 존속을 보호하는 것을

23) W. Weber, Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in: FS für Michaelis, 1972, S. 316
24) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1991, 4. Aufl., S.128
25) W.Weber, aaO, S. 325
26) 헌재 1989. 12. 22, 88헌가13, 판례집 1. 373

내용으로 하고 있기 때문에 단순한 수익의 기회나 가능성을 보호하지 않는다. 憲法裁判所는 舊 産業災害補償保險法 4조 단서와 藥師法 附則 4조 2항에 대한 違憲訴願事件에서 “헌법 23조 1항의 財産權保障에 의하여 보호되는 財産權은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산적 가치가 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적 권리가 아닌, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 財産權保障의 대상이 아니다.”라고 판시하였다.²⁷⁾

Ⅲ. 財産權의 內容과 限界規律(憲法 23조 1항 2문)

1. 憲法 23조 1항 1문과 憲法 23조 2항과의 관계

憲法 23조는 이른바 財産權의 社會的 羈束을 헌법 23조 1항 2문과 23조 2항의 두 규정을 통하여 표현하고 있다. 財産權의 내용과 한계는 헌법 23조 1항 2문에 따라 법률로 정하여지며 헌법 23조 2항은 財産權의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다. 여기서는 두개의 별개의 財産權의 제한에 해당되는 것이 아니다. 과거 독일의 일부분헌에서와 같이 한국의 학설의 일부에서는 헌법 23조 2항(財産權行事的 公共福利適合性)이 입법자에 의한 구체화가 필요 없는 헌법상의 직접적인 명령이라는 견해가 주장되고 있다.²⁸⁾ 이러한 견해에 따르면 23조 2항의 수범자는 立法者뿐만 아니라 財産權主體자신도 포함된다. 즉 財産權주체는 헌법규정에 의하여 자신의 財産權을 공공복리에 적합하게 사용하도록 헌법조항에 의하여 직접적으로 의무지워진다고 한다. 그러나 헌법 23조 2항에 의한 財産權

27) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2. 91; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2. 651

28) 權寧星, 憲法學原論, 1994, 564면; 金哲洙, 憲法學概論, 1993, 417면

행사의 공공복리적합성은 국민에 대한 직접적 의무규정 이라기보다는 단지 財産權의 내용과 한계를 규율하는 입법자에 대한 지침으로 해석하여야 한다. 헌법 23조 1항 2문과 23조 2항은 사실상 두 개의 다른 財産權의 제한가능성이 아니라 일원적인 범률유보에 해당된다.²⁹⁾ 財産權의 내용과 한계를, 즉 財産權의 社會的 羈束을 근거지우는 것은 오로지 立法者일 뿐이다. 왜냐하면 구체적인 재산적 가치가 있는 권리가 어느 정도로 공공의 복리에 관련되는지, 어떠한 범위내에서 보호를 받아야 할 것인가에 대하여는 政治的, 經濟的, 그리고 社會的 觀點에서 개인마다 견해가 다를 수 있기 때문이다. 구체적인 財産權의 사회적 의무의 내용과 범주는 사회적 통념에 따라 변화한다. 발생한 변화를 따를 것이지 또는 그에 반대하여야 할 것인지는 하나의 정치적인 가치판단의 결정이며 그의 평가와 결정권은 헌법 23조 1항 2문의 범위내에서 立法者에게 주어진다³⁰⁾고 보아야 할 것이다.³⁰⁾

憲法裁判所는 “財産權행사의 사회적 의무성을 헌법자체에서 명문화하고 있는 것은 私有財産制度의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위내에서 보장임을 천명한 것으로서……”³¹⁾ 이러한 공공복리적합의무는 헌법상의 의무로 입법형성권에 의하여 구체화 된다고 하였다.³²⁾ 立法者는 23조 1항 2문에 의하여 그에게 부과된 입법위임에 따라 23조 2항의 의미의 財産權의 社會的 羈束을 결정하며 법적용하는 기관에게는 이러한 권한이 부인되어진다.³³⁾ 헌법 23조 2항을 財産權主體

29) Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.14, Rdn.298; Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S.44; Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, S.13

30) Schwerdtfeger, aaO, S. 16.

31) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 372

32) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 371

33) BVerfGE 56, 249 ; 58, 300.

에 대한 직접적인 헌법적 의무로 해석하는 한 이는 궁극적으로 법 관유보로 전락된다는 의미를 갖는다.

立法者は 私益과 公共福利의 衡량속에서 財産權秩序를 형성하여야 한다. 헌법 23조 1항 2문에 의한 財産權의 내용과 한계의 규율에 있어서 立法者は 한편으로는 私有財産制度의 헌법적 인정에서 다른 한편으로는 23조 2항의 財産權의 社會的 羈束에서 도출되는 사회적 모델을 실현하여야 한다.

2. 立法者規律의 限界

憲法裁判所는 民法 245조 1항에 대한 헌법소원사건에서 “우리 헌법상의 財産權에 대한 규정은 다른 基本權규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 基本權形成的 法律留保의 형태를 띠고 있으므로, 財産權의 구체적인 모습은 財産權의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성되고, 그 법률은 財産權을 제한한다는 의미가 아니라 財産權을 형성한다는 의미를 갖는다.” “이러한 財産權의 내용과 한계를 정하는 법률의 경우에도 私有財産制度나 사유재산을 부인하는 것은 財産權報障規定의 침해를 의미하고, 결코 財産權形成的 法律留保라는 이유로 정당화될 수 없다.”고 판시하고 있다.³⁴⁾ 비록 헌법 23조 1항 2문은 어떠한 규율의 명시적인 한계를 제시하고 있지는 않으나 立法者は 자신에게 부여된 임무에 있어서 완전히 자유로운 것은 아니다. 憲法裁判所는 여기서 基本權制限立法의 한계를 규정하는 37조 2항을 적용하여 본질적 내용의 침해금지과 과잉금지의 원칙을 적용하고 있는바 그를 넘어서서 財産權의 私的 有用성과 財産權의 社會的 羈束과의 正當한 衡量 및

34) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2. 36

平等의 原則, 信賴保護의 原則등과 같은 憲法上的의 原則이 立法者의 規律形成權의 限界로 적용되어야 할 것이다.

가. 衡量의 命令과 財產權保護의 段階理論

상술한 바와 같이 헌법상의 財產權概念은 특정한 전통에 의하여 경직되어진 것이 아니라 비록 완전히 개방적이지는 아닐지라도 탄력적인 財產權의 개념을 의미하고 있기 때문에 立法者는 헌법 23조 1호 2문에 의한 규율위임에 따라 財產權의 내용과 한계를 새롭게 규율할 수 있다. 그는 새로운 권리를 도입할 수 있고 종래의 법에 따라 부여된 권리를 장래의 방향으로 배제할 수 있다. 이러한 立法者의 재량은 우선 정당한 형량의 명령에 의하여 제한되어진다.³⁵⁾ 立法者는 23조 1항 2문에 의한 규율에 있어 基本權으로서 개인의 財產權保障과 사회적으로 정당한 財產權秩序를 동일한 정도로 형량하여야 한다. 그는 관련자의 보호할 가치가 있는 이익을 올바로 조정하여 하나의 균형된 관계로 이끌어야 한다. 立法者에 대한 이러한 정당한 형량의 명령은 이른바 단계화된 基本權保護로 이끈다. 財產權의 보호대상이 개인의 自由形成의 표현에 해당하면 할수록 헌법 23조 1항 1호에 의한 보장기능은 더욱 강력하게 작용한다. 반면 財產權保護對象의 사회적 관련성이 크면 클 수록 立法者의 형성의 폭은 보다 넓어진다.³⁶⁾ 민법 245조에 대한 헌법소원사건에서 憲法裁判所는 취득시효제도는 “등기부상의 소유자일뿐 권리의 객체인 부동산에 대하여 장구한 기간동안 사용, 수익 등의 권리를 일체 행사하지 않은 자와 권리의 객체에 대하여 점유하면서 실질적 소유자로서 보다 두터운 실질적 이해관계를 구축하여 온 자를 상관적으로

35) Schwertfeger, aaO, S. 15 ff.
36) 단계화된 재산권보호에 대하여: Papier, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, GG, 1994, Art.14, Rdn. 303 ff.

비교형량하여 후자를 보호하는 것이 타당하고 그것이 사회질서 내지 법률관계의 안정과 증거보전의 곤란의 구제를 위하여 필요하기 때문에 존재하는 제도”로서 헌법 23조 1항 2문에 의거한 토지소유권의 득실에 관한 내용과 한계를 이익교량의 형평적 견지 등에서 법률에 의하여 형성한 제도로써, 헌법 23조 3항의 의미의 보상을 요하는 수용·사용·제한에 해당하지 않는다고 판시하였다.³⁷⁾ 특히 국토이용관리법 21조의 3에 의한 토지거래허가제에 대한 憲法裁判所의 다음과 같은 설시는 정당한 형량명령에 의한 단계화된 財産權保護를 적절하게 설명하여 주고 있다. “토지는 수요가 늘어난다고 해서 공급을 늘릴 수 없기 때문에 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 고정성, 인접성, 본원적 생산성, 환경성, 상린성, 사회성, 공공성, 영토성 등 여러가지 특징을 지닌 것으로……그 이용을 자유로운 힘에 맡겨서도 아니되며, 개인의 자의에 맡기는 것도 적당하지 않은 것이다. 토지의 자의적인 사용이나 처분은 국토의 효율적이고 균형있는 발전을 저해하고 특히 도시와 농촌의 택지와 경지, 녹지등의 합리적인 배치나 개발을 어렵게 하기 때문에 올바른 법과 조화있는 공동체질서를 추구하는 사회는 토지에 대하여 다른 財産權의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것을 요구하고 있는 것이다.”³⁸⁾ “그렇기 때문에 土地財産權에 대하여는 입법부가 다른 財産權보다 더 엄격하게 규제를 할 필요가 있다고 하겠는데 이에 관한 입법부의 입법재량의 여지는 다른 정신적 基本權에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다.”³⁹⁾

나. 過剩禁止의 原則

財産權의 내용과 한계를 결정하는 立法者는 또한 比例의 原則을

37) 헌재 1973. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 51-52.

38) 헌재 1989.12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 372

39) 헌재 1989.12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 373

준수하여야 한다. 일반적인 법치국가의 최소보장에 해당되는 比例의 原則은, 첫째 입법목적의 정당성을 요구하고, 둘째 선택된 수단은 공익적 목적을 달성에 효과적이고 적합하여야 하며(방법의 적절성), 동일한 효과를 가진 수단중에서 선택된 수단이 개인의 基本權을 가장 덜 제한하는 최소한의 것이며(피해의 최소성), 그 공익적 목적과 그 제한으로 선택된 수단을 교량할 때 그 수단으로 받는 基本權主體의 불이익보다 그 수단으로 달성하려는 공익적 목적의 이익이 커야함을 의미하고 있다(법익의 비례성).⁴⁰⁾ 憲法裁判所은 거의 모든 財產權保障에 관련된 판결에서 문제가 된 법률을 比例의 原則에서 검토하였다. 憲法裁判所은 위 國土利用管理法 21조의3에 대한 憲法訴願事件에서 토지거래허가제가 토지거래의 정상적인 기능을 마비시키고 여러 가지 사회적인 병폐와 모순을 발생시키는 토지의 투기적 거래를 방지한다는 중대한 공익을 실현시키기 위한 제도라는 점, 투기가 성행하거나 우려되는 지역, 또는 지가가 폭등하는 지역에 대하여 제한되어 실시된다는 점, 처분권이 완전히 금지되는 것이 아니라는 점, 거래불허가처분에 대하여 불복수단이 마련되고 있다는 점을 종합하여 볼 때 比例의 原則에 위반되지 않는다는 판시하였다.⁴¹⁾ 또한 憲法裁判所은 국세나 지방세의 납부기한으로부터 1년전에 설정된 경우를 제외하고 담보물권에 대한 조세채권의 일반적 우선성을 규율하고 있는 舊 國稅基本法 35조 1항 3호의 違憲提請事件과 舊 地方稅法 31조 2항 3호에 대한 違憲訴願事件에 있어서 “으로부터 1년”이라는 부분은 과세관청의 과세징수상의 편의만을 도모할 뿐 선량한 국민에 대하여서는 합리적인 이유없이 그 희생을 강요하는 것으로서, 방법의 적정성 내지는 피해의 최소성의 원칙에 반하며 결국 과잉금지의 원칙에 위배된다고 판결하였다.⁴²⁾ 반면에

40) 헌재 1990. 9.3. 89헌가95, 판례집 2. 260; 헌재 1992. 6. 26. 90헌마26, 판례집 4. 373

41) 헌재 1997. 6. 26. 92헌마5, 판례집 1. 604-605

憲法裁判所는 국세의 신고일을 기준으로 국세채권을 담보물권에 우선하도록 규정하고 있는 改正國稅基本法 35조 1항 가목과 지방세와 담보물권과의 우선순위를 담보물권과 납세의무의 각 성립일을 기준으로 정하고 있는 改正地方稅法 31조 2항 3호를 過剩禁止의 原則에 위배되지 않는다고 판결하였다.⁴²⁾ 아울러 憲法裁判所는 정기간행물의 납본제도를 규정한 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제 10조 1항에 대한 헌법소원사건에서 정기간행물의 납본제도는 정간물을 효율적으로 관리하고 외형적인 질서를 유지하는 공익적인 필요에서 실시되는 發行者의 財産權에 대한 제한으로서 납본자는 이에 대한 정당한 보상을 요구할 수 있으며, 납본으로 인한 財産權상의 제한은 경제적인 손실이 아니라 정간물 2부에 대한 자유로운 처분에 대한 제한에 그치는바 이러한 제한은 납본제도가 추구하고 있는 공익적 목적과 비교하여 볼 때 경미하고 기대가능한 범위이기 때문에 過剩禁止의 原則에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁴³⁾ 憲法裁判所는 또한 舊 都市再開發法 10조 1항에 대한 違憲訴願事件에서 過剩禁止의 원칙에 위배되지 않는다고 판결을 내렸다. 도시재개발사업은 본질상 공공성이 크게 강조되는 공익사업으로서 재개발사업의 시행을 전적으로 토지 등의 소유자에게만 맡길 수는 없기 때문에 소유자에게는 사업시행의 우선권을 주되, 그들이 사업을 제대로 추진하지 못하여 산청기간내에 시행인가신청을 하지한 때에는 공신력이 큰 공법인을 지정하여 재개발사업을 시행할 수 있도록 한 동 법률조항은 입법적 정당성이 있으며, 또한 도시재개발법은 소유자의 권리보호를 위하여 많은 규정(기간의 1회연장, 소유자의 우선분양신청권, 관계서류의 일반인에 대한 공람, 관계인의 의견서제출 등)을 두고

42) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2. 273-274; 헌재 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 3. 580

43) 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2. 49; 헌재 1995. 7. 21. 94헌바18 등, 판례집 7-2. 65
참고: 조승형재판관의 반대의견

44) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4. 373-373

있는바 점을 고려할 때 그 상당성을 인정할 수 있다고 하였다.⁴⁵⁾

다. 本質的 內容의 侵害禁止原則

헌법 37조 2항은 基本權制限立法의 한계로서 본질적 내용의 침해 금지원칙을 규정하고 있는바 財產權의 내용과 한계를 규율하는 立法者는 基本權으로서 그리고 私有財產制度로서 헌법 23조 1항의 財產權保障의 본질적 내용을 침해하여서는 안된다. 比例의 原則과 마찬가지로 財產權을 제한하는 모든 법률에 있어서 본질적인 내용의 침해여부를 검토하여온 憲法裁判所는 “財產權의 본질적 내용은 財產權의 核이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 財產權의 본질적 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 私有財產權이 유명무실하여지고 私有財產制度가 형해화 되어 헌법이 財產權을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우”라고 하며 이른바 私有財產制度의 전면적 부정, 財產權의 無償沒收, 遡及立法에 의한 財產權剝奪이 전형적인 본질적인 침해에 해당한다고 하였다.⁴⁶⁾ 본질적 내용보장이란 基本權으로서 財產權과 私有財產의 制度保障에 대한 절대적이고 실질적인 본질의 핵을 보장함을 의미한다.⁴⁷⁾ 이러한 절대적이고 실질적인 핵의 내용은 財產權의 私的 有用성과 財產權의 대상에 대한 원칙적인 處分の 權限이다. 비록 財產權이 社會的 義務에 제약되고 있기는 하나 이러한 社會的 羈束은 財產權의 사용이 전적으로 公共이나 他人에게만 有用하도록 하여서는 안된다. 23조 1항에 의한 財產權保障은 재산범영역에서 私的自治를 보장하고 있으며 이에 따라 모든 구체적인 財產權에 있어서 私的自治的인 處分權이 박탈된다면 그의 실질

45) 헌재 1996. 3. 28. 95헌마47, 판례집. 8-1, 222-223
46) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1. 373; 헌재 1989. 12. 22. 89헌가95, 판례집 2. 256
47) Breuer, Die Bodensnutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S.36

적인 핵인 본질적 내용이 침해된다고 보아야 한다.⁴⁸⁾

다른 한편 헌법 23조 1항에서 보장하고 있는 制度保障의 절대적이고 실질적 핵은 基本權으로서 財産權을 사회질서의 사적 자치적인 형성수단으로 구성하는 법규범의 기본적인 존속을 포함하고 있다. 개인은 법과 사회질서의 형성과 구축에 있어서 자기책임적이고 그리고 사적 유용적으로 참여하여야 한다. 制度保障의 본질적인 내용의 보호는 재산범영역에 있어서 개인적인 활동의 본질적인 존속에 속하는 사안영역을 私法秩序로부터 완전히 박탈하여 私權의 보호로부터 벗어나도록 하는 것을 배제시킨다.

憲法裁判所는 舊 國稅基本法 35조 1항 3호에 대한 違憲提請事件에서 “먼저 성립하고 공시를 갖춘 담보물권이 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추고 있지 않은 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써……저당권이 전혀 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 되었는데……담보물권이 합리적인 사유없이 담보기능을 수행하지 못하여 담보채권의 실현에 전혀 기여하고 있지 못하고 있다면 그것은 담보물권은 물론, 나아가 私有財産制度의 본질적 내용의 침해가 있는 것이라고 보지 않을 수 없는 것이다”라고 판시하였다.⁴⁹⁾ 또한 피용자의 최종 3개월간의 임금과 퇴직금 및 재해보상금을 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권에 우선하여 변제하도록 규정한 舊 勤勞基準法 30조의 2의 2항에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 퇴직금부분에 관련하여 “근로자에게 그 퇴직금전액에 대하여 질권자나 저당권자에 우선하는 변제수령권을 인정함으로써 결과적으로 질권자나 저당권자가 그 권리의 목적물로부터 거의 또는 전혀 변제를 받지 못하게 되는 경우에는, 그 질권이나 저당권의

48) Papier, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung in der Wirtschaft, VVDStRL 35(1977), S. 55 ff.

49) 헌재 1989. 12. 22. 89헌가95, 판결집 2. 256

본질적 내용을 이루는 우선변제수령권이 형해화하게 되므로 이 사건법률조항 중 퇴직금부분은 질권이나 저당권의 본질적 내용을 침해한다”고 판시하였다.⁵⁰⁾ 반면 구 도시재개발법 제10조 1항에 대한 위헌소원사건에 있어서는 “현행 재개발사업은……사업시행기간동안 종전의 권리가 그대로 유지되고 사업이 완료된 후 새로운 권리로 변환시켜주는 이른바 권리변환방식에 의하기 때문에 원칙으로 소유자의 권리가 변환될 뿐이며, 또한 누가 사업시행자가 되든간에 권리관계는 마찬가지라는 이유에서 본질적인 내용을 침해하지 않는다.”고 하였다.⁵¹⁾

라. 平等의 原則

헌법은 그 전문에 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고”라고 규정하고, 제 11조 1항에 “모든 국민은 법앞에 평등하다”고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있다. 憲法裁判所는 평등의 원칙은 국민의 基本權保障에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석하고 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 基本權중에 基本權이라고 판시하고 있다.⁵²⁾ 憲法裁判所는 국가를 상대로 하는 財產權의 청구에 관하여는 假執行의 선고를 할 수 없도록 규정하고 있는 訴訟促進에 관한 특례법 6조 1항에 대한 違憲提請事件에서 평등의 원칙은 헌법 23조에 의하여 보장된 財產權과 헌법 27조 3항에 의하여 보장된 신

50) 헌재 1997. 8.21. 94헌바34 등, 243 : 여기서 헌재는 기업금융제도를 훼손하지 않고 근로자의 퇴직후의 생활보장 내지 사회보장을 위하여 기업연금제도 등 사회보험제도의 도입 및 활용 방안을 제시하고 있음은 주목할 내용이다.
51) 헌재 1996. 3. 28. 95헌바47, 판례집 8-1, 223-224
52) 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1. 2

속한 재판을 받을 권리에도 당연히 적용되어야 하며 財産權 등 사권의 구체절차인 민사소송에 있어서 비록 국가라 할지라도 권력작용이 아닌 국고작용에 있어서는 사인과 동등하게 다루어져야 하면 합리적인 이유없이 우대받아서 안된다는 이유에서 違憲判決을 내렸다.⁵³⁾ 아울러 국유재산과 공유재산을 민법 245조에 의한 시효취득을 배제시키고 있는 국유재산법 5조 2항과 지방재정법 74조 2항에 대한 위헌제청사건에서 이들 규정을 잡종재산에 적용하는 것은 헌법에 위반한다는 一部違憲判決을 내렸다. “국가는 時效制度를 원용하여 일반국민이 소유하는 사유재산을 시효취득할 수 있는 반면에 일반 국민에게는 사유재산과 그 법적 성질이 같은 국유잡종재산에 대하여까지 시효취득을 배제하는 일방적인 법적 규정을 두고 있는 것은 국유잡종재산에 대한 관리소홀의 책임을 시효취득자에게 전가하여 시효취득자의 基本權을 희생하고 국가의 이익을 특권적으로 보호하려는 지나치게 불평등한 것으로서 헌법에서 명시한 모든 국민은 법앞에 평등하다는 일반 법치의 원리에 어긋나는 형평을 잃은 위헌적인 내용이라고 아니할 수 없다.”⁵⁴⁾ 지나간 權威主義 獨裁國家時代에서 私法上の 財産權主體로서 국가에게 부여된 재산법상의 특권적 지위를 박탈한 이와같은 憲法裁判所の 판결은 民主的 法治國家로의 중요한 전환을 의미하는 것이다.

마. 信賴保護의 原則과 遡及立法에 의한 財産權剝奪의 禁止

法治國家의 실질적 요소를 이루는 信賴保護의 原則은 財産權의 내용과 한계를 규율하는 立法者의 형성의 여지를 제한하는 또 다른 중요한 헌법상의 원칙이다. 헌법 13조 2항은 이러한 信賴保護의 原則의 표현으로써 遡及立法에 의한 財産權剝奪을 명문으로 금지시키

53) 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1. 1

54) 헌재 1991. 5. 13. 89헌마97, 판례집 3. 212-213

고 있다. 遡及立法은 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율 대상으로 하는 眞正遡及立法과 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 不眞正遡及立法으로 구분된다.⁵⁵⁾ 財産權을 소급적으로 박탈하는 眞正遡及立法은 원칙적으로 금지되고 있으며 不眞正遡及立法의 경우에도 제한없이 허용되는 것은 아니다. 新法의 제정시에 舊法에 의하여 근거지워진 법적 지위와의 마찰이 있는 경우에는 立法者는 일반적으로 경과규정을 두어 기득권자의 이익을 고려하는 신중한 이행을 가능하도록 하여야 한다. 憲法裁判所는 부천시 담배자동판매기설치금지조례 제 4조 등에 대한 헌법소원 사건에서 동조례의 시행전에 설치된 자판기는 시행일로부터 3월이내에 철거하여야 한다는 동조례 부칙 제2항에 대하여 “위 부칙조항은 조례의 시행일 이전까지 계속되었던 자판기의 설치·사용에 대하여는 규율하는 바가 없고, 장래에 향하여 자판기의 존치·사용을 규제할 뿐이므로 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점까지 미친다고 할 수 없어 헌법 13조 2항에서 금지하고 있는 소급입법이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다. 아울러 과거에 적법하게 설치된 자판기의 계속적인 존치·사용을 허용하는 것은 청소년의 보호라는 공익상의 필요에 비추어 바람직하지 않으므로 자판기를 철거하도록 하되, 3개월의 유예기간을 두어 자판기의 처분경로의 모색 등 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 함으로써 청구인들을 비롯한 담배소매인에 대하여 어느정도 배려를 하고 있기 때문에 信賴保護와 法的安定性을 외면하여 法治主義의 원리에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁵⁶⁾

憲法裁判所는 구 조세감면규제법 부칙 5조 1항에 대한 違憲訴願事件에서 “특별부과세는 자산의 양도에 의하여 과세요건이 성립하

55) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1. 17-18
 56) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등, 판례집. 576-577. 開設된 營業에 대한 財産權保護에 대하여는 : 拙稿, 財産權의 保護對象으로서 開設된 營業, 鑑定評價論集, 1997.2, 181면 이하

는 것이므로 구 조세감면법 부칙 5조 1항은 특별부가세의 과세요건 완성후에 새로운 입법으로 특별부가세를 과세하거나 이미 성립한 납세의무를 가중한 것이 아니어서 헌법 13조 2항이 금지하는 遡及立法에 해당하지 않고, 위법률규정으로 인하여 1989년 1월 1일 이전에 매립면허를 받은 자의 특별부가세를 부과당하지 아니할 기대가 충족되지 못한 것을 財産權의 박탈이라고 할 수도 없다.”고 하였으며 또한 “구 조세감면법 부칙 5조 1항은 조세공평의 원칙을 실현하기 위하여 공유수면매립지의 양도로 인한 소득에 대한 특별부가세의 비과세 및 감면제도를 점차적으로 축소, 폐지하여 가는 과정에서 기존법질서에 대한 신뢰와 개정법률이 달성하고자 하는 공익목적사이에 조화를 도모하고 있으므로 신뢰보호의 원칙에 위배되지 아니한다.”고 판시하였다.⁵⁷⁾ 또한 憲法裁判所는 보상금을 받을 권리의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속한 달로부터 발생한다고 규정한 국가유공자예우에 관한 법률 제9조에 대한 위헌제청사건에서 과거 전몰군경유족과 상이군경연금법이 폐지되기 이전에 전몰한 유족의 연금수급권은 동 법률의 시행일인 1984년 8월 2일전에 이미 소멸한 것으로 소급입법에 의한 財産權박탈이라고 할 수없다고 판결하였다.⁵⁸⁾ 아울러 憲法裁判所는 공무원연금법 64조 1항에 대한 위헌소원사건에서 공무원의 퇴직급여청구권은 공무원의 퇴직 또는 사망으로 인하여 비로서 발생하는 것이지 공무원의 임용시부터 발생하는 것이 아니므로, 그 지급에 대하여 일정한 요건하에 제한을 가한다고 하더라도 그것이 이미 발생되어 있었던 권리를 퇴직 혹은 사망의 시점에 소급하여 제한하는 것이라고 하여 遡及立法에 의한 財産權剝奪을 부인하였다.⁵⁹⁾ 또한 憲法裁判所는 또한 민법시행일전

57) 헌재 1995. 3. 23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376-377

58) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 2. 22-24

59) 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집 7-2, 90

의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 민법시행일로부터 6년내에 등기하지 않으면 그 효력을 잃도록 규정하고 있는 민법부칙 제 10조 1항에 대한 위헌소원사건에서 “민법이 제정되면서 부동산물권변동에 관하여 형식주의로 대진환하는 과정에서 중대한 공익적 목적을 위하여 그 경과조치로서 부득이 구법하에서 취득한 물권에 대하여 민법 시행후 장기간 등기를 하지 않고 방치한 경우에 한하여 물권변동을 상실시키고 채권적 효력으로서의 등기청구권만 존속시키는 정도의 제한을 가하였다고 하여 이를 가지고 遡及立法에 의한 財産權剝奪이라고 볼 수 없다”고 說示하였다.⁶⁰⁾

IV. 財産權의 保護對象으로 公法上の 權利와 一般的 財産에 대한 특별한 高찰

1. 財産權의 保護對象으로서 財産的 價値가 있는 公法上の 權利

국민연금법 및 공무원연금법상의 연금수급권, 고용보험법상의 실업급여수급권, 산업재해보상보험법의 보험금수급권, 국가유공자예우법상의 보상금수급권 등 재산적 가치가 있는 공법상의 권리가 헌법상의 財産權의 보호대상에 속하는지 여부는 독일에서 오래동안 학설과 판례의 논쟁의 대상이 되어왔다.⁶¹⁾ 이들 재산적 가치가 있는 공

60) 헌재 1996. 12. 26. 93헌바67, 판례집 8-2. 800
61) Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in : FS für Apelt, 1958, S.13 ff.; W.Weber, Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung, AöR 91(1966), S.382 ff.; Katzenstein, Aspekte einer zukünftigen Rechtsprechung des BverfGE zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, in : FS für W. Zeidler, 1987, S.645; Rüfner, Stober, Grimm und Papier, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 1982

권을 헌법상의 財産權概念에 포함시킨다는 것은 종래 自由權과 財産權의 발전의 토대가 되었던 자유주의사상의 일대 전환과 왜곡처럼 보인다. 基本權에 대한 이해가 獨立的이고 自足的인 人間像에 의하여 각인된 시민적 법치국가시대에서는 基本權은 사회영역에서 주어진 자유와 재산을 국가의 침해에 대하여 보호하는 의미를 가졌다. 個人이 자신의 생존과 배려를 스스로의 비용과 책임속에서 부담하는 그러한 시대에 있어서는 공법상의 권리를 財産權에 포함시킨다는 관념은 성립할 수가 없었다.⁶²⁾ 그러나 산업화와 결부된 사회경제적인 여건의 근본적인 변화와 더불어 개인에 의하여 지배되고 있는 生活領域은 축소되어 갔고 이는 국가의 급부체계의 확대에 의하여 보충되어졌다. 스스로 획득한 소유를 통한 독립적인 생활유지라는 19세기의 시민사회상은 국가에 의하여 보장된 수입을 통한 사회적 안전이라는 현상에 의하여 대체되어 갔다. 이미 바이마르시대에 있어 “公法上の 損失補償”이라는 大作을 남긴 Stödter는 자신의 저서에서 “헌법에 있어서 靜的인 財産權概念으로부터 탄력적이고 경제적인 財産權概念으로의 변화가 발생하였으며 이제 재산적 가치가 있는 공권은 그의 경제적인 가치에 있어서 사법상의 財産的 權利와 동일하다”고 하면서, 그것을 憲法上の 財産權의 보호대상으로 하여야 한다고 주장하였다.⁶³⁾ 오늘날 대부분의 국민은 노동수입과 그와 결부된 퇴직연금 내지는 산재보험금 등에 자신의 생존을 의존하고 있다. 인간의 존엄성의 범개념이 경제적인 실체를 갖고 실질적 재화와 외적인 생활조건의 불가침의 존속을 포함하고 있다면 이러한 인간의 존엄성에 필요한 외적재화의 범주는 흠결이 없어야 하며 물권이나 채권이나 또한 공법상의 권리도 그것이 인간의 존엄에 본질적인 한 동등하

62) E.R.Huber, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 7 ff.

63) Stödter, Öffentlich - rechtliche Entschädigung, 1933, S. 158 ff.

게 대우하여야 한다.⁶⁴⁾ 헌법의 23조의 財産權은 공법상의 권리도 포함하여야 한다는 당위성은 무엇보다 오늘날 기능적으로 이해되고 있는 財産權의 개념에서 나온다. 財産權保障이 基本權主體에게 재산법 영역에서 자유의 영역을 확보시키고 그리고 이를 통하여 스스로 책임을 지는 생활의 형성을 가능하게 하려면, 財産權保障은 오늘날의 인간생존을 위하여 불가결한 社會保險受給權을 배제시켜서는 안된다. 그러나 모든 재산적 가치가 있는 공권이 財産權에 제한없이 귀속될 수는 없다. 모든 공법상의 권리를 존속적이고 그리고 보상의 조건하에서만 박탈이 가능한 財産權에 귀속시킨다는 것은 오히려 사회국가원리에 포함된 社會的 正義의 실현의 요청에 모순될 것이다. 경제적 상황이 악화되어 지금까지 부여되고 예견된 사회적 급부의 축소가 불가피한 경우에도 헌법상의 財産權保護의 이유에서 국가가 일단 법에 의하여 부여된 급부수준을 유지하려고 한다면 이는 급부대상자들을 위하여 다른 사람이나 공공의 이익을 희생하게 될 수밖에 없는 결과를 초래할 것이다. 모든 公法上的 權利를 財産權에 포함시킨다는 것은 결국 防禦的 權利로서의 財産權의 기능의 변질과 基本權效力의 상대화를 의미하게 될 것이다. 따라서 하나의 세분화된 고찰방식이 요구되고 있다.⁶⁵⁾

비록 헌법 23조의 財産權保障이 구성요건적으로 공법상의 재산적 권리를 포함할 수 있다고 하더라도 公法上的 權利와 財産權과의 단순한 동일화는 금지된다. 초기에 공법상의 권리에 대한 財産權保護를 원칙적으로 부인하였던 獨逸聯邦憲法裁判所는 공법상의 권리를 근거지우는 사실관계가 개인의 私法上的 財産權에 상응할 만큼 강력하여 그것의 대체없는 박탈이 헌법상의 법치국가적인 내용에 반

64) Dürig, aaO, S. 25

65) Dürig, aaO, S.23 ff.; Rufner, Papier in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtsposition, S.169 ff.; Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, S.65 ff.; Dürig, aaO, 134 ff.; Katzenstein, FS für W. Zeidler, 1987, S.645

하는 경우에 財産權保護를 인정하였다.⁶⁶⁾ 문헌에서의 지배적인 견해와 같이 獨逸聯邦憲法裁判所는 개인의 행동과 형성의 자유를 보완하는 財産權保障의 기능에 초점을 맞추어, 자신의 노동과 투자에 의하여 획득되고 이에 따라 자신의 급부의 증가물에 해당되며, 또한 압도적으로 국가의 부여에 근거되지 않고, 아울러 자신의 생존의 확보에 기여하는 공법상의 권리만을 財産權에 포함시켰다.⁶⁷⁾ 특히 사회보장법상의 권리에 관련하여 그것이 권리주체에게 사적 유용적으로 귀속되고, 현저한 자기노력에 근거하며 추가적으로 그의 생존의 확보에 기여하는 지에 의존시켰다.⁶⁸⁾ 여기서 공법상의 권리는 개인의 역무나 투자와 완전한 증가관계를 이룰 필요가 없으나 그것은 압도적으로 국가의 일방적 부여에 의존되어서는 안된다. 만일 공법상의 권리에 있어서 엄격한 증가의 원칙을 고수한다면 현행의 국민연금법, 공무원연금법상의 연금수급권, 고용보험법상의 실업급여수급권에 있어 財産權保護는 단지 자신의 부담한 기여금액으로 축소된다는 결과가 될 것이다. 國家나 事業主가 公務員이나 被傭者의 사회적 보험을 위하여 부담한 기여금도 後者의 財産權에 귀속되어야 한다. 국가나 사용자도 공무원이나 피용자의 보수를 근거로 확정되며 간접적으로는 피보험자의 노동급부에 해당되기 때문이다.⁶⁹⁾ 산업재해보상보험법에 있어서 事業主가 보험료를 일방적으로 부담하나 保險金受給權은 피고용인의 역무와 필연적인 증가관계에 있기 때문에 공법상의 권리로서 財産權에 해당된다. 사회보험법상의 권리에 대한 財産權保護는 단지 이자를 포함하여 그동안 저축되어진 기여금에 제한되고 있다는 잘못된 견해는 포기되어야

66) BVerfGE 2, 380 ff; 1, 264 ; 4, 219

67) BVerfGE 14, 288; 30, 292; 53, 257; 69, 272; 72, 9; 72, 175

68) BVerfGE 69, 272 ; 72,9

69) Rüter, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Positionen, S.170; Isensee, DRV 1980, S.145

한다.⁷⁰⁾ 그럼에도 불구하고 자신이 부담한 기여금의 몫은 財産權保護의 정도에 있어서 결정적으로 중요하다. 자신의 부담한 몫이 크면 클수록 크면 클수록 그를 뒷받침하는 헌법상의 財産權保護가 강력하게 나타나게 된다. 여기서 자신의 고유한 의무와 엄격한 등가 관계를 이루고 있는 財産權부분과 第三者의 기여금에 의존된 財産權부분과 구별되어야 한다. 후자에 있어서 立法者의 형성의 여지는 전자의 경우보다 넓다. 그에 대한 압도적인 공익적 이유가 존재하고 比例의 原則이 준수된다면 입법자는 현존하는 연금청구권을 축소시키는데 방해되지 않는다. 그러나 입법적인 침해가 자신의 급부에 의존된 등가의 핵을 침해한다면 특별한 헌법적인 정당화를 필요로 하는 바 예를 들어 이행능력이 있는 사회보험제도의 유지와 보호는 이에 해당될 것이다.⁷¹⁾

憲法裁判所는 이와같은 독일과 같이 공법상의 권리의 헌법상의 財産權에 포함여부를 두고 큰 논쟁과 고뇌를 겪음이 없이 공무원 및 군인의 퇴직연금과 국가유공자의 보상금수급권을 헌법상의 財産權에 포함시켰다.⁷²⁾ 憲法裁判所는 軍人年金法 21조 5항에 대한 違憲提請事件에서 “군인연금법상의 퇴직연금은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적 보상으로서 지급된다고 하는 은혜적 성질을 갖는 한편 퇴역연금중 기여금에 상당하는 부분만은 봉급연불적인 성질을 갖고 있을 뿐 아니라……공적 재해보험의 성격이 있고 국고의 부담금은 군인과 그 가족을 위한 사회보험 부담금으로서의 성질이 있다고”⁷³⁾ 하면서 어떠한 추가적인 제한이 없이 퇴직연

70) R.Scholz, Sozialstaat zwischen Wachstum und Rezessionsgesellschaft, 1981, S.42; H. Schneider, Der verfassungsrechtlicher Schutz vor Renten, S.20

71) BVerfGE 53, 257; 58, 81; 74, 203; 75, 78; Papier, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Art.14, Rn. 138

72) 헌재 1995. 6. 29. 91헌마50; 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집. 7-2. 82면; 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집. 6-1. 543면

73) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1. 543

금을 경제적인 가치가 있다는 이유하에 財産權에 포함시켰다.⁷⁴⁾ 애석한 점은 군인의 퇴직연금을 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대하여 공적 보상으로서 지급된다고 하는 은혜적인 성질을 갖는다는 표현인바, 이는 과거 君主制의 공무원제도에서나 비로서 발견할 수 있는 시대낙후적인 표현인 것이다. 오히려 군인의 퇴직연금은 장기간 충실히 근무한 데 대한 공적 보상으로서 국가의 특별신분관계의 구성원에 대한 사회적 배려의무의 이행으로 보아야 한다. 이러한 의무에 상응하여 군인의 공법상의 권리로서 연금청구권이 존재하는 것이다. 憲法上的의 財産權은 결코 국가의 은혜에 의하여 주어지는 것은 아니다.⁷⁵⁾ 위 事件에서 憲法裁判所는 퇴직연금을 받을 권리가 있는자가 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 기관 및 한국은행과 국가, 지방자치단체 등이 단독 또는 공동으로 출자한 총액이 자본금의 2분의 1 이상인 기관에 근무하는 경우에 퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 규정하고 있는 군인연금법 21조 5항 2호를 퇴역연금수급자의 퇴역연금수급권을 제한하는 정도가 지나쳐 헌법상의 比例의 原則에 어긋나므로” 헌법 23조 1항 및 37조 2항에 위배된다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 구 공무원연금법 제 64조 1항에 대한 違憲訴願事件에서 憲法裁判所는 모든 재산적 가치가 있는 공법상의 권리가 財産權에 속하는 것이 아니라 개인의 노력과 금전적 기여를 통하여 취득되고 자신과 그 가족의 생활비를 충당하기 위한 것이라는 징표를 통하여 제한을 가하였다.⁷⁷⁾ 여기서 憲法裁判所는 “공무원연금법에 의한 퇴직급여가 후불임금으로서의 성격뿐만 아니라 사회보장 혹은 공로보상적

74) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 550

75) 군인이나 공무원의 퇴직연금이 은혜적 성격을 갖고 있다는 표현은 이후의 헌법재판소의 판결에서도 발견되고 있다. 참고: 헌재 1995. 6. 29. 91헌마50; 1996. 10. 31. 93헌마55

76) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543-544

77) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마27 등, 판례집 7-2, 90

급여로서의 성격을 아울러 갖는다는 점에 비추어 볼 때, 구법 제64조 제1항에 의한 퇴직급여청구권의 제한은 국민전체에 대한 봉사자로서 엄격한 직무상의 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정될 뿐만아니라, 제한의 사유를 범죄행위로 인하여 금고이상의 형을 받거나 탄핵 혹은 징계처분에 의한 파면이라는 중대한 사유가 발생한 경우로 한정하고, 제한의 범위도 후불임금으로서의 성격을 가지는 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액을 초과하는 부분에만 한정함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖추었다.”는 이유하에 합헌판결을 내렸다. 憲法裁判所는 공무원의 연금청구권이 憲法上的 財產權에 해당되는가의 문제에 있어서 자신의 기여금에 해당하는가 또는 국가의 기여금으로 이루어지는가에 따라 구별을 하지 않았다. 이미 상술한 바와 같이 사회보험에 있어서 권리자가 스스로 급부를 행하였는지가 중요하지 않다. 제삼자가 권리자의 사회보장적인 보호를 위하여 이행한 기여금도 자신의 기여금과 동일한 정도로 財產權保護의 대상이 된다. 그럴지라도 연금청구권에 있어서 자신의 기여금액은 財產權保護의 정도에 있어서 매우 중요한 것이다. 급여금에 있어 자신의 기여금몫이 크면 클수록 그만큼 財產權保護가 강력하게 나타난다. 한편으로는 특히 개인의 기여금에 의존된 등가로 나타난 부분과 다른 한편으로는 국가 및 공법인의 기여금으로 이루어진 부분과 구별되어야 하는바 후자의 영역에 있어서는 전자의 여역에서보다 立法者의 넓은 형성의 여지가 부여된다. 국민전체에 대한 봉사자로서 재직중 성실, 청렴하게 근무하여야 하며 그 품위를 손상하는 행위를 하지 말아야 할 의무를 지고 있는 공무원이 이러한 의무를 위반하여 금고이상의 형을 받았거나 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 경우에는 국가분담금만큼의 급여를 지급하지 않도록 규정하고 있는 舊 公務員年金法 64조

1항은 공무원범죄를 사전에 예방하고 공직사회의 질서를 유지하고 자 함에 목적이 있는 것으로서⁷⁸⁾ 개인의 기여금과의 등가의 해를 침해하지 않는 比例의 原則에 합당한 규율이라고 보아야 할 것이다.

國家有功者禮遇 등에 관한 법률 9조에 대한 違憲提請事件에서 憲法裁判所는 어떠한 구체적인 제한이 없이 國家有功者의 보상금수급권을 경제적 가치가 있는 권리라는 이유하에 헌법 제23조의 의미의 財産權에 귀속시켰다.⁷⁹⁾ 국가유공자예우에 관한 법률에 의한 보상금은 전몰군경이나 상이군경과 같이 국토방위 등의 국가의 특수임무수행과정에서 입은 특별한 희생에 대하여 부여되는 각종 보상인바 공무원의 퇴직 연금이 근무와 노력에 대한 대가인것과 마찬가지로 자신의 신체와 생명의 희생에 대한 대가에 해당되며 이는 헌법 23조에서 보호하고 財産權에 속한다고 보아야 할 것이다.⁸⁰⁾ 위 사건에서 憲法裁判所는 전몰군경의 유족 및 전공사상자의 수급권은 다른 국가보훈적 수급권이나 사회보장수급권과 마찬가지로 구체적인 법률에 의하여 비로서 부여되는 권리이며, 보상수급권의 내용과 발생시기도 立法者의 광범위한 입법형성의 자유영역에 속하는 것으로서 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다고 하였다. 동 법률조항에서는 급여금수급권 발생시기를 등록을 한 날이 속하는 달로 규정하고 있는바, 등록신청을 하지않을 경우 국가유공자에 해당하는 사람을 파악하여 국가예산을 수립하고 보상수준 자체를 결정하는데 어려움이 있다는 점, 전공상 및 순직 등의 사유가 발생한 때부터 보상금수급권을 인정하게 되면 등록을 지체한 채 오랜 세월이 지나 전공상과 여타 사유로 인한 증상이 병발한 경우 그 구별이 어렵게 된다는 점, 예우대상자의 수가 대폭 증가함에 따라 소급지

78) 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집 7-2. 92

79) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2. 22

80) 신체, 생명에 대한 특별한 희생에 대한 보상권의 재산권적 성격에 대하여는 : Dürig, aaO, S. 28

급이 국가재정상 어렵게 된 점 등을 고려할 때 동 법률조항은 나름 대로의 합리성을 갖추고 있고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다는 이유로 합헌판결을 내렸다. 憲法裁判所는 아울러 “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한의 물질적 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수 있어도, 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다는 볼 수 없으며 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로서 인정되는 법률적 권리” 라고 실시하였다.⁸¹⁾ 憲法裁判所는 공공자금관리기금법 제5조 제1항 등에 대한 위헌제청사건에서 연금수급권은 사회보장수급권의 하나로서 인간다운 생활을 보장하기 위한 社會的 基本權의 성격과 아울러, 연금의 주요재원인 연금보험료의 일부를 수급권자 자신의 부담하는 재산적 가치가 있는 권리라는 점에서 憲法 23조에 의하여 보장되는 財產權의 성격을 갖는다고 하여 자신의 종래의 입장을 재확인하였다. 아울러 국민연금기금의 여유자금을 공공자금관리기금에 강제로 예탁하도록 규정한 공공자금관리기금법 5조 1항이 제청신청인들의 장래의 연금수급권(Rentenanwartschaften)을 침해한다는 제청신청인의 주장에 대하여 국가가 연금기금의 운영성과에 관계없이 국민연금법에 정하여진 국민연금법에 정해진 지급기준에 따라 연금지급을 해야 하는 종국적인 책임을 부담하고 있다면, 비록 연금수급권이 財產權의 성격을 갖고 있다고 할 지라도, 정부는 연금기금을 헌법규정과 국민연금법의 입법목적에 부응하도록 합리적 재량에 따라 이를 관리·운용할 수 있다고 하였다. 연금기금의 운용에 있어서는

81) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2. 2

安定性, 收益性, 公共性 등을 종합적으로 고려되나 그 중에서도 장기적인 안정성을 최우선적으로 고려할 것이 요청된다고 하였다. 비록 연금기금의 여유자금을 공공자금관리기금에 예치하는 경우 금융부분보다 그 수익률이 다소 떨어진다고 할지라도 장기적인 관점에서 안정성이 보장되기 때문에 국민연금가입자의 장래의 연금수급권(Rentenanwartschaften)을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.⁸²⁾

결국 연금수급권 등 사회보험법상의 공법상의 권리를 財産權保護對象으로의 확대는 오늘날 국가현실에 있어 필연적이나 여타의 사법상의 권리와는 달리 國家財政, 經濟狀況과 연금수준 등 국가에 의하여 완전히 지배될 수 없는 經濟的인 關係와 指標에 대한 依存性 때문에 일정한 한계가 존재한다. 사회보험제도의 각종 受給權은 헌법상의 財産權保護에 예속되나 財産權의 내용과 한계를 결정하는 立法者에게는 比例의 原則에 의하여도 제한되기 어려운 광범위한 형성의 여지가 주어진다. 향후 국민연금보험, 고용보험, 산법재해보상보험등의 확충과 이와 관련된 기여금 및 수급권의 수준, 이들 제도의 기능성과 이행능력 등의 문제는 경제적 상황과 더불어 財産權保護에 있어 어렵고도 복잡한 憲法的인 문제를 제기할 것으로 보인다.

2. 財産權保護對象으로서 一般的 財産—租稅徵收와 財産權保護

가. 租稅徵收와 財産權

개인의 자유롭고 창의적인 경제활동을 보장하는 헌법국가는 그의 본질에 있어서 필연적으로 조세국가(Steuerstaat)이다.⁸³⁾ 한편으로

82) 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집. 8-2. 329

83) Isensee, Steuerstaat als Staatsform, in: FS für H. P. Ipsen, 1977, S.409 ff.; Frilau, Unser Steuerstaat als Rechtsstaat, Steuer-Jahrbuch, 1977/78, S. 39 ff.

사회국가로서의 그의 사회형성의 임무를, 다른 한편으로 법치국가로서의 그의 基本權保障任務를 실현하기 위하여 국민의 사경제활동의 결실의 일부를 조세로써 징수하여야 한다. 즉 법치국가와 사회국가가 되기 위하여는 조세국가가 되어야만 한다. 그러나 현실에 있어서 法治國家, 社會國家, 租稅國家의 이상적인 화합은 존재하지 않고 있다. 조세국가는 그의 補充的 機能을 떠나 점차 基本權保障을 내용으로 하는 법치국가와 충돌하고 있다.⁸⁴⁾ 오늘날의 국가의 조세징수는 과거 경제적 자유주의 시대와 같이 중립적이지도 않고 공공의 질서와 안녕의 유지를 위한 최소한에 그치지 않는다. 국가목적의 확대, 그와 결부된 재정수요의 급속한 증대, 사회정책적인 형성임무를 위한 조세의 중립성원칙의 포기는 국민의 조세부담을 가속시켜왔다. 오늘날 국민의 조세부담은 일정한 한계에 도달하였는바 그것이 더 이상 이탈될 경우에는 법치국가의 실질적인 질을 근본적으로 변경시키게 될 것이다. 국가의 조세징수권이 국민의 재산을 임의적으로 침해하고 박탈하며, 행위를 유도하고 교살하는 곳에서는 어떠한 자유가 더 이상 존재하지 않는다. 오늘날의 조세부담의 정도와 다양성과 세분화에 비추어 국가의 조세징수권의 헌법적인 한계설정의 문제는 모든 민주적 법치국가의 숙명적인 과제가 되었다.

그럼에도 불구하고 국가의 租稅徵收權과 憲法上의 財產權保障과의 관계는 오랫동안 해결되지 않은 과제였으며 오히려 상호무관하다는 견해가 지배하여왔다. 무엇보다 租稅徵收를 財產權의 보호영역으로부터 배제시키는 관념은 시민적 법치국가시대의 국가관에 그 뿌리를 두고 있다. 개인의 自由와 財產權의 행사는 자신의 利益과 아울러 社會全體의 이익을 최선으로 실현시키며 국가는 단지 이를

84) Friauf, Eigentumsgarantie und Steuerrecht, DöV 1980, S.480

위한 법질서를 유지시키기만 하면 되었다. 이러한 법질서는 국가의 경찰권과 사법권에 의하여 유지되며 이에 소요되는 비용의 마련을 위하여 과세는 불가피하였다. 개인은 자신의 자유와 재산을 방해없이 향유하는데 기여하는 조세징수에 대하여 자신의 대표자인 의회를 통하여 동의를 부여하였다. 스스로 떠맡은 의무이행으로써 납세는 어떠한 부담을 의미하는 것은 아니었다. 財産權保護는 조세징수를 전제로 하기 때문에 조세징수에 의하여 처음부터 내재적으로 제한되었다.

또한 전통적인 학설은 財産權保護를 公用侵害에 대한 보상보호로 이해하여 조세징수와 財産權保護와의 무관성을 주장하였다. 조세는 평등하게 효과를 발생하는 반면, 수용의 본질은 바로 평등권의 위반에 있다. 보상의 조건하에 징수하는 조세는 그 자체가 모순이며 이에 따라 公用侵害에 대한 보상으로 이해되는 財産權保護와 조세징수는 서로의 별개의 개념으로서 상호 충돌할 수가 없었다.⁸⁵⁾

이러한 課稅와 財産權保護의 무관성의 학설은 헌법적 상황이 근본적으로 변화된 국민주권국가시대에 있어서도 여전히 강력한 영향력을 발휘하였다. 예를 들어 Forsthoff는 조세국가는 법치국가헌법이 포함하는 특별한 조건, 즉 국가의 재정고권과 財産權保護의 상호간에 명확한 구별에 근거하고 있다고 주장하였다.⁸⁶⁾ 여기서 이른바 개인의 조세부담을 정당화하는 불문의 헌법규범으로서 이른바 재정유보(Fiskalvorbehalt)사상이 발전된바⁸⁷⁾ 조세징수의 허용성의 원칙은 헌법상의 권한규정과 결합하여 헌법상의 특별규정으로서 財産權保障에 대하여 우선권을 갖게 되었다. 국가의 재정고권은 이러한 방식으로 내부적인 논리성을 갖고 財産權保障으로부터 그리고 法治國家的인 基本權保障體系로부터 면제되었다. 그러나 이러한 財

85) Max Layer, Principien des Enteignungsrecht, 1902, S.63 ff.

86) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12(1954), S.8 ff.

87) Huber, Wirtschaftsverwaltung, 2. Aufl. Bd. II, 1954, S.21 ; Hettlage, VVDStRL 14(1956), S.2 ff.

政留保의 전통적인 학설은 오늘날의 민주적 법치국가에서 극복된 관념으로 보아야 할 것이다. 비록 헌법은 국가의 과세권을 허용하고 있으나 이는 무제한하게 부여되는 것이 아니라 다른 모든 國家權力과 같이 基本權과 憲法의 諸原則에 羈束되어야 한다.

오늘날 課稅와 財產權保護의 무관성을 주장하는 상당수의 학설은 그 논거로서 憲法上的 財產權은 財產權主體가 보유하고 있는 具體的인 財產的 權利이며 따라서 단순한 개인의 재산자체는 보호하지 않는다는 이유를 들고 있다.⁸⁸⁾ 헌법 23조의 의미의 財產權(Eigentum)은 개인의 전체적인 경제능력으로서 재산(Vermögen)이 아니라 立法者의 합헌적인 법률에 의하여 형성된 구체적인 재산적 가치가 있는 권리이다. 단순한 재산자체를 財產權保護의 대상으로 한다면 그의 특수한 보장기능이 상실되며, 그것은 위법한 재산침해를 보호하기 위한 일반적인 적법성을 보장하기 위한 基本權으로 변질되고 만다고 주장하고 있다. 개인의 재산은 自由權의 補充的 基本權으로서 일반적 행동의 自由權(Art. 2 Abs. I GG)에 의하여 충분히 보호된다고 한다. 상당수의 학설은 헌법상의 財產權은 개인의 단순한 財產을 보호하지는 않지만 조세를 통하여 구체적인 財產的 價値가 있는 권리가 침해될 수 있다고 인정하여 그러한 한도에서 租稅徵收와 財產權의 관련성을 인정하고 있다.⁸⁹⁾ 즉 개인의 財產을 침해하는 조세는 土地나 山林의 보유에 대한 財產稅, 不動產賃貸에 대한 所得稅와 같이 동시에 財產權의 보호대상이 되는 個人의 구체적인 財產的 가치가 있는 權利를 침해할 수가 있다고 한다.

그럼에도 불구하고 근래의 有力說은 財產을 헌법상의 財產權의

88) BVerfGE 4, 7; Selmer, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S.304 ff.; Papier, Der Staat 11(1972), S.483 ff.; Schenke, in: FS für Armbruster, S.177 ff.; Raumsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, S.133

89) Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 14, Rdn. 169 ff.; Sandler, Die Konkretisierung einer modernen Eigentumsverfassung durch Richterspruch, DöV 1971, S.16 ff.; Kriele, VVDStRL 30, S.360

보호영역에 포함시키고 그로부터 조세징수에 의한 개인의 財産權侵害를 인정하고 있다.⁹⁰⁾ 개개의 구체적 財産的 권리는 財産權에 의하여 강력하게 보호되는 반면 財産的 가치가 있는 權利의 총체로서 財産은 아무런 제한이 없이 박탈될 수 있다는 것은 논리적인 모순에 해당된다고 비판하였다.⁹¹⁾ 조세징수에 의한 財産侵害는 특정한 財産權保護對象에 대한 개별침해와 다르지 않다. 납세자는 조세를 자신의 抽象的인 財産에서 납부하지 않고 오히려 財産權保障下에 있는 개개의 대상을 포기함으로써 납부한다. 단지 침해의 형태만이 다를 뿐인바 과세는 납부자에게 그의 채무의 이행을 위하여 그의 財産의 어느부분을 포기할 것인가에 대한 선택권을 부여한다. 조세는 개개의 財産權對象에 대하여 동일한 강도로 강제하며 단지 방식에 있어서만 차이가 있을뿐이다. 침해의 종류와 방식에 있어서 이러한 차이는 단지 형식적인 의미만이 있을 뿐 租稅徵收를 財産權侵害로부터 배제시키는 것을 정당화하지는 않는다. 어떤 재화를 23조의 의미의 財産權으로 보아야 할 것인가는 헌법의 전체적인 체계속에서 財産權保障의 目的과 意味에 초점을 맞추어야 한다.⁹²⁾ 오늘날 기능적으로 이해되고 있는 헌법상의 財産權保障은 財産法領域에서 개인의 자유영역을 확보시키고 자기책임적인 생활의 형성을 가능하게 하고 있다. 조세를 비롯한 각종 公課金賦課를 통하여 財産權主體는 그의 收入과 財産을 자유로이 그리고 자신의 선택에 따라 처분할 가능성을 현저히 제한당한다. 憲法的 財産權保護는 구체적인 財産的 權利뿐만 아니라 그의 총체로서 財産을 포함하고 있다고 보

90) Martens, VVDStRL 30,1972, S.7 ff.; Kirchof, Besteuerungsgewalt und GG, 1973, S. 20 ; Meessen, DöV 1970, S. 812 ff.; Sandler, Gedanken zu einer Neukonzeption der Eigentumsverfassung, 1972, S.21 ; Frilau, Eigentumsgarantie und Verfassung, DöV 1980, S.488ff.; Schmidt-Bleibtreu/Schäfer,DöV 1980, 494 ; Kimminich, Bonner Komm., Art. 14, Rdn.50 ff. ; Armin, Besteuerung und Eigentum, VVDSTRL 39, S.287 ff.

91) Friauf, Eigentumsgarantie und Steuerrecht, DöV 1980, S.488

92) BVerfGE 36, 281

아야 할 것이다. 이러한 個人的 財産을 침해하는 租稅立法者는 이미 상술한 바와 같은 基本權制限의 限界 즉, 正當한 衡量의 原則, 比例의 原則, 平等의 原則, 信賴保護의 原則을 준수하여야 한다. 예외적인 경우(예 : 교살적 또는 몰수적 조세)를 제외하고 比例의 原則은 租稅法律에 대하여 효과적인 통제수단이 되기 어려운 점에 비추어 보다 엄격한 법치주의적인 요건을 통한 보완이 요구되고 있다. 헌법 59조의 租稅法律主義가 요구하는 바와 같이 法律留保는 租稅侵害에 관련하여 특별한 방식으로 형식화 되고 또한 엄격하여야 한다. 租稅徵收는 自由와 財産權에 대한 다른 어떤 침해보다 높은 民主的 正當性의 근거를 요하기 때문에 租稅義務는 단지 議會法律을 근거로 부과되어야 하며 하위법률에 의한 조세부과와 租稅規範의 유추적용은 배제되어야 할 것이다.

독일의 聯邦憲法裁判所는 전통적인 견해에 따라 조세징수를 비롯한 공과금부과는 헌법상의 財産權을 침해하지 않는다는 견해를 한 동안 고수하였으나⁹³⁾ 점차로 유력한 학설의 견해에 따라 공과금부과와 財産權保障과의 관련성을 인정하기 시작하였다.⁹⁴⁾ 聯邦憲法裁判所는 금전부과의무가 납세자의 財産을 과도하게 침해하고 그의 財産狀況을 근본적으로 변화시킨다면 헌법상의 財産權을 침해한다고 하였다. 조세를 비롯한 공과금부과가 상대방을 심각한 경제적 위협으로 이끌고 그리고 그의 財産과 기업활동에 대하여 몰수적이고(Konfiskatorische Wirkung) 교살적으로 작용(Erdrosselungswirkung)하는 경우에는 財産權侵害를 인정하고 있다.

나. 租稅法律에 대한 憲法裁判所의 判決

한국의 憲法裁判所는 위와 같은 독일에 있어서 租稅徵收와 財産

93) BVerfGE 4, 7; 6, 290; 10, 89; 11, 105; 14, 221
94) BVerfGE 14, 221; 19, 119; 19, 253; 23, 288; 26, 327; 22, 111

權保障과의 관계에 대한 심각한 논쟁과는 달리 처음부터 개인의 財産을 憲法 23조의 財産權保護領域에 귀속시켰고 이에 따라 租稅立法을 財産權保障으로부터 나오는 한계에 예속시켰다. 憲法裁判所는 조세법률들은 당연히 개인의 財産權을 제한하는 것으로 전제하고 이들 법률들을 우선적으로 憲法 59조의 租稅法律主義와 憲法 11조에 근거하고 있는 租稅平等主義觀點에서 그리고 사안에 따라 比例의 原則 또는 本質的 內容의 侵害禁止原則에서 검토하였다.

憲法裁判所는 우선 租稅法律主義와 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다. “조세행정에 있어서 법치주의의 적용은 조세징수로부터 국민의 財産權을 보호하고 법적 생활의 안정을 도모하려는 데 목적이 있는 것으로서, 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 그 핵심적인 내용으로 하는 것이지만 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 基本權保障의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 법치주의를 의미한다.”⁹⁵⁾ “조세는 財産權을 침해하는 것이 되므로 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 이를 규정하여야 한다는 것(과세요건법정주의)과 또 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것(과세요건명확주의)을 핵심적 내용으로 하고 있다.” 이러한 조세법률주의는 국민의 財産權을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 것을 이념으로 하고 있다고 실시하여 財

95) 헌재 1992. 2. 25, 90헌가69 등, 판례집 4. 114

產權保護에 있어 조세법률주의의 결정적인 중요성을 강조하였다.⁹⁶⁾ 아울러 憲法裁判所는 위임입법에 관련하여 “헌법 75조의 입법취지에 비추어 볼 때 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고,”⁹⁷⁾ “租稅法律主義의 理念에 비추어 국민의 財產權을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 租稅法規에 있어서는 일반적인 급부행정법규에서와는 달리 委任立法의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다.”고 판시하고 있다.⁹⁸⁾ 헌법재판소는 배우자 또는 직계존비속간에 부담부증여의 경우에 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고 수증자가 증여자의 채무를 인수하더라도 당해 채무액을 공제하지 않도록 규정한 구 상속세법 29의4조 2항,⁹⁹⁾ 신고를 하지 않거나 신고에 누락된 財産은 상속세 부과당시의 가액으로 평가하도록 규정한 구 상속세법 9조 2항,¹⁰⁰⁾ 法人稅의 課稅標準을 결정 또는 개정함에 있어서 익금에 산입한 금액의 처분은 대통령령이 정하는바에 의한다고 규정한 구 법인세법 32조 5항,¹⁰¹⁾ 과세대상이 되는 유희토지의 지가를 대통령령이 정하는 基準時價로 하도록 규정하고 있는 舊 土超稅法 11조 2항,¹⁰²⁾ 寡占株主의 제2차

96) 헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4. 899-900; 헌재 1995. 10. 26. 94헌바7 등, 판례집 7-2. 444; 헌재 1995. 11. 30. 94헌바40, 판례집. 7-2. 616; 헌재 1998. 4. 30. 95헌바55, 공보 27. 357
 97) 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3. 336
 98) 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2. 598; 헌재 1998. 4. 30. 96헌바70, 법률신문 2704
 99) 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69 등, 판례집 4. 114
 100) 헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4. 890
 101) 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2. 598
 102) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49 등, 판례집 6-2. 65; 그러나 헌법재판소는 대부분의 세법규정이 그 기준시가를 구 토초세법과 같이 단순히 시행령에 위임하여 두고 있는 상황에서 상급하게 위 조문을 무효화 할 경우 세정전반에 일대 혼란이 야기된다는 이유로 위헌선언결정을 하는 대신에 입법개선촉구를 하였다.

납세의무를 규정한 舊 國稅基本法 39조 2호,¹⁰³⁾ 사업양수인의 제2차 납세의무를 규정한 舊 國稅基本法 41조, 大統領令이 정하는 특수한 관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로서 大統領令이 정하는 이익을 받은 자에 대하여 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 규정하고 있는 舊 相續稅法 34조의4,¹⁰⁴⁾ 相續財産이 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 財産의 경우에 그 가액을 상속시 현황의 가액과 대통령령에서 정하는 가액중 큰 금액을 상속가액으로 규정하고 있는 舊 相續稅法 제9조 4항 4호¹⁰⁵⁾ 등 대부분의 심판대상이 된 법률들에 대하여 租稅法律主義에 위반된다는 이유로 違憲判決을 내렸다. 또한 상속개시일전 1년이내에 피상속인이 相續財産을 처분한 경우 그 금액이 財産種類別로 계산하여 5천만원 이상이거나 채무를 부담한 경우 그 금액의 합계액이 5천만원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것중 대통령령이 정하는 경우에는 과세가액에 산입하도록 규정하고 있는 舊 相續稅法 7조 2항에 있어서 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것중 대통령령이 정하는 경우”를 간주규정으로 해석하는 한 租稅法律主義에 반한다고 하여 限定違憲判決을 내렸다.¹⁰⁶⁾ 憲法裁判所는 1990년 12월 31일에 개정되어 그중 “1년”이 “2년”으로, “5천만원”이 “1억원”으로, 여타의 부분은 동일하게 규정된 개정법률조항에 대하여도 동일한 판결을 내렸다.¹⁰⁷⁾ 반면 국민주택건설용지에 대한 양도소득세의 면제신청의 방법을 대통령령에 위임한 구 조세감면규제법 62조 3항에 대한 憲法訴願事件에서 면제신청에 대한 제도의 취지, 위임의 목적, 내용 및 정도를 감안할 때, 조세면제에 관한 중요한 사항은 법률에

103) 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49 등, 판례집 9-1, 612

104) 헌재 1997. 11. 27. 95헌바38, 판례집9-2. 591-592

105) 헌재 1998. 4. 30. 96헌바70, 법률신문 2704호

106) 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1. 631

107) 헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2. 319

규정되어 있다하여 합헌판결을 내렸다.¹⁰⁸⁾

다른 한편 財産權의 내용과 한계를 규율하는 立法者의 形成權을 제한하는 平等의 原則은 租稅法律에서는 특히 租稅平等主義에 의하여 보다 강력하게 표현되고 있다. 憲法裁判所는 “국가는 租稅立法을 함에 있어서 조세의 부담이 공정하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐 아니라 조세법을 해석·적용함에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 할 의무를 진다. 이러한 조세평등주의는 정의의 이념에 따라 ‘평등한 것은 평등하게’ 그리고 ‘불평등한 것은 불평등하게’ 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행 과정에 있어서 자의를 배제하고 조세정의를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있다.”고 실시하고 있다.¹⁰⁹⁾ 憲法裁判所는 實質課稅의 原則을 규정한 國稅基本法 14조와는 달리 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등을 요하는 財産에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 보도록 규정하고 있는 相續稅法 제32조의2의 헌법소원에 있어서 “다만 위 법률조항에는 무차별한 증여의 제로 인한 위헌의 소지가 있으므로 예외적으로 조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한 憲法 11조의 租稅平等主義에 위배되지 않는다.”고 하여 限定合憲判決을 내렸다.¹¹⁰⁾ 또한 50%의 단일비례 세율을 토초세에 적용하고 있는 舊 土超稅法 12조에 대하여 土超稅와 같이 財産의 이득에 대한 租稅에 있어서는 租稅의 수직적 공평을 이루어 所得水準이 다른 사람들 사이에 실질적인 평등을 도모하여야 함에도 불구하고 세율체계를 單一比例稅로 한 것은 헌법상의

108) 헌재 1995. 10. 26. 94헌마7 등, 435
109) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1. 141-142
110) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1. 131

평등에 위배된다고 판시하였다.¹¹¹⁾ 아울러 舊 相續稅法 29조의4 2항,¹¹²⁾ 舊 相續稅法 9조 2항,¹¹³⁾ 舊 國稅基本法 39조 2호를¹¹⁴⁾ 조세법률주의에 위반할 뿐 아니라 합리적 이유없는 차별적 과세라는 이유로 조세평등주의에 위반한다는 판결을 내렸다.

憲法裁判所는 또한 租稅法律이 比例의 原則을 위배하여 개인의 財産權을 침해하였는지의 여부에 대하여 심사하였는바 舊 國稅基本法 41조가 제2차 납세의무자의 책임한도를 적절한 범위내로 한정하지 않고 讓受財産의 價額을 초과한 부분에도 제2차 납세의무를 지게하는 것은 實質的 租稅法律主義뿐만 아니라 比例의 原則에도 위반하여 財産權을 침해한다고 판시하였다. 아울러 相續財産에 가산할 증여의 가액을 상속개시 당시의 현황에 의하도록 규정한 舊 相續稅法 9조 1항에 대하여 누진세율에 의한 상속회피행위를 방지하고 조세의 형평을 기하려는 입법목적은 상속개시전 일정기간의 贈與財産價額을 증여당시의 價額으로 평가하여 相續財産에 가산하는 것만으로 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고 상속당시의 현황에 의하도록 한 것은 過剩禁止의 原則에 위반한다는 이유로 違憲判決을 내렸다.¹¹⁵⁾ 특히 미실현이득에 대한 課稅 및 重複課稅의 문제는 그의 몰수적 효과로 인하여 比例의 原則 및 本質的 內容의 侵害禁止의 원칙에 위배하여 財産權을 침해할 우려가 있다. 학설과 실무에서 격력한 논쟁을 야기시킨 舊 土超稅法 8조 등의 違憲訴願事件에서¹¹⁶⁾ 憲法裁判所는 미실현이득에 대한 과세의 허용성을 원칙적

111) 헌재 1994. 7. 29. 92헌마49등, 판례집 6-2. 109

112) 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69, 판례집 4. 114

113) 헌재 1992. 12. 24. 90헌마21, 판례집 4. 890

114) 헌재 1997. 6. 26. 93헌마49 등, 판례집 9-1. 612

115) 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19, 판례집 9-2. 762-763

116) 헌재 1994. 7. 29. 92헌마49 등, 판례집 6-2. 64; 金文顯, 토지문제에 대한 헌법적 시각과 토초세헌법불합치결정에 대한 평가, 제46회 한국공법학회 학술발표회, 16면이하; 徐元宇, 財産權保障과 課稅權의 限界—토지초과이득세의 위헌논의에 관련하여—, 월간고시 1994. 1, 169면이하; 석종현, 헌법재판소의 토지초과이득세법 제10조등의 헌법불합치결정, 토지공법연구

으로 인정하였으나 미실현이득은 그 이득이 아직 자본과 분리되지 아니하여 현실적으로 지배·관리·처분할 수 상태에 있는 것이 아니라 는 특성을 갖고 있어 과세대상이득의 공정하고도 정확한 계측문제, 조세법상의 응능부담원칙과 모순되지 않도록 납세자의 현실 담세력을 고려하는 문제, 지가변동 순환기를 고려한 적절한 과세기간의 설정문제, 지가하락에 대비한 적절한 보충규정의 설정문제 등의 문제가 선결되어야 하며 만약 유희토지 등 소유자가 가공이득에 대한 토초세를 부담하는 경우가 생긴다면, 이는 원본인 토지자체를 몰수하는 셈이 되어 소득세의 본질에도 반하는 결과가 될 뿐 아니라, 결과적으로는 財産權保障原則과 公平課稅의 理念에도 위반된다고 하였다.¹¹⁷⁾ 舊 土超稅法上 개별토지지가의 조사·산정업무가 객관성과 전문성이 결여되고 있는 점, 토지초과이득의 계측수단의 구조적인 미비점과 여러 과세기간에 걸쳐 장기간 토지를 보유하는 경우 전체 보유기간 동안의 지가의 변동상황에 대하여 대처함에 있어서 아무런 보충규정도 두고 있지 않은 점에 비추어 토초세가 이득에 대한 과세가 아니라 원본에 대한 과세가 되어버릴 위험이 매우 크며, 이는 토초세과세로 인하여 원본자체가 잠식되는 경우로서 소득세인 토초세의 본질에도 반함으로써 헌법 제23조가 정하고 있는 私 有財産權保障 취지에 위반된다고 판시하였다.¹¹⁸⁾ 또한 舊 土超稅法 26조 1항은 土超稅決定日로부터 6년이내에 당해 토지를 양도하는 경우에는 토초세 결정일로부터 양도일까지의 경과년수에 상응하여 양도소득세 등의 납부세액에서 토초세액의 40~80%만을 공제하도록 규정하고 있는바 토초세는 양도소득세와 같은 소득세의 일종으로서 그 과세대상 또한 양도소득세 과세대상의 일부와 완전히 중복

I(1995), 13면이하

117) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2. 96-97

118) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2. 104-108

되고, 목적 또한 유사하여 어느 의미에서는 토초세가 양도소득세의 예납적 성격을 가지고 있다 봄이 상당한데도 토초세액 전액을 양도소득세에서 공제하지 않도록 규정한 것은 실질관세의 원칙에 반한다고 설시하였다. 또한 舊 土超稅法 8조 1항은 임대토지를 원칙적으로 유휴지로 규정하고 있는 바 이는 바로 財産權의 본질적 기능인 使用·受益·處分の 자유, 즉 사적 유용성을 현저히 제한하는 財産權의 本質的 內容을 침해하는 법률이라고 할 수가 있을 것이다. 憲法裁判所는 “토지소유자가 스스로 사용하지 않고 있다는 이유만으로 다른 토지소유자와 비교하여 법상 불리한 처분을 할 수 있도록 한 위 규정은 헌법상 근거없이 토지임대인을 차별하는 것이며, 토지소유자와 임대인 사이에 자본의 자유로운 결합을 방해함으로써 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 헌법상의 경제질서에도 합치되지 않는다.”고 판결하였다.¹¹⁹⁾

V. 財産權에 대한 公用侵害(收用·使用·制限)과 正當한 補償¹²⁰⁾

1. 財産權의 社會的 羈束(憲法 23조 1항 2문)과 公用侵害(憲法23조 3항)의 關係

憲法 23조 3항은 公共必要에 의한 財産權의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 正當한 보상을 지급하여야

119) 헌재 1994. 7. 29. 92헌마49등, 판례집 6-2. 67

120) 한국헌법 제23조 3항은 公權力에 의한 적법한 財産權의 침해형태를 독일의 제국재판소이래 확대된 收用的 개념(이른바 세속화된 수용의 개념)에 해당하는 收用, 使用, 制限으로 각 각 구별하여 규정하고 있다. 본 논문에서는 이러한 이러한 公權力에 의한 침해형태들을 이미 행정법학에서 일반화된 경향에 따라 公用侵害라는 用語(參考: 金 南辰, 行政法 I, 1997, 607면)로 사용하고자 한다.

한다고 규정하고 있다. 헌법 23조는 財産權의 內容과 限界(헌법 23조 1항 2문)와 財産權에 대한 公用侵害(헌법 23조 3항)를 각각 독자적인 법제도로써 규율하고 있다.¹²¹⁾ 헌법 23조 1항 2문은 財産權의 內容과 限界에 대한 일반적이고 추상적인 규율인 반면에 憲法 23조 3항은 公的 目的을 위하여 보상을 조건으로 한 財産權主體의 財産權의 收用, 使用 그리고 制限을 의미한다. 立法者는 헌법 23조 1항 2문에 따라 財産權의 內容과 限界를 규율함에 있어서 헌법에 의하여 주어진 한계를 준수하여야 하며 만일 이와같은 규율이 比例의 原則, 信賴保護의 原則, 平等의 原則 등에 위배된다면 이는 違憲인 내용규율에 해당하며 헌법 23조 3항의 의미의 公用侵害에 해당하는 것은 아니다. 이러한 경우에 있어서는 財産權主體에게 헌법 23조 3항에 의한 손실보상청구권이 아니라 헌법 23조 1항 1문에서도 출되는 방어적인 권리가 주어진다. 財産權主體는 위헌적인 법률에 근거한 행정작용에 의한 침해에 대하여는 行政訴訟를 제기할 수 있으며 법률에 의한 직접적인 公用侵害에 대하여는 憲法訴願을 제기할 수 있다. 또한 관련인은 그의 財産을 침해하는 작용이 헌법 23조 3항의 公用侵害에 해당된다고 판단하는 경우에도 법률에 의한 보상근거가 있는 경우에만 보상을 청구할 수가 있다. 公用侵害法律에 보상규정이 없는 경우에는 관련자는 문제가 되는 公用侵害行爲에 대하여 行政訴訟를 제기하여 구체적 규범통제에 의하여 자신의 財産權을 보호받을 수 있다. 근래의 獨逸聯邦憲法裁判所의 판결에 따르면 財産權주체에게는 방어권과 보상청구권사이에 어떠한 선택권을 갖고 있지 않다. 헌법 23조 1항 1문에서 보장하고 있는 財産權의 存續保護는 단지 헌법 23조 3항의 엄격한 예외적인 요건하에서만 財産權의 價値保護로 전환된다.¹²²⁾

121) 헌재 1973. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2. 51-53

122) BVerfGE 52, 1: 58, 137; 58, 300

2. 公用侵害의 要件

헌법 제 23조 제3항은 公共必要에 의한 財産權의 收用, 使用 또는 制限 및 그에 대한 보상은 법률로 하되 正當한 보상을 지급하여야 한다고 규율하고 있다. 개인의 財産權에 대한 公用侵害는 公共必要를 위하여 하되 國會가 제정한 형식적 의미의 법률에 직접 의하거나(立法的 公用侵害) 또는 그것에 근거하여야 하며(行政的 公用侵害) 아울러 公用侵害를 허용하는 법률은 반드시 그에 대한 正當한 보상을 내용으로 하는 補償을 규정하도록 하고 있다.

가. 財産權에 대한 公用侵害

헌법 23조 3항의 의미의 財産權이란 23조 1항 2문에 의하여 立法者에 의하여 형성된 내용을 갖는 모든 財産的 가치가 있는 권리를 의미한다. 公用侵害의 한 형태로서 수용이란 公用수용을 의미하는 바 公共必要를 위하여 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 특정한 財産權을 강제적으로 취득하는 것으로서 그의 전형적인 경우로서 토지수용법에서 규율하고 있는 토지수용이 있다. 使用은 公用사용을 의미하며 이는 국가·공공단체 또는 사업주체가 公共必要를 위하여 개인의 財産權을 일시적으로 그리고 강제적으로 사용하는 것을 의미한다. 制限은 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 특정한 財産權에 대하여 가하는 모든 공법상의 제한으로 이의 전형적인 경우로서 計劃制限, 保全制限, 使用制限 등을 들 수가 있다. 이와같은 公用侵害는 직접 법률의 형식에 의한 公用侵害(立法的 公用侵害)와 법률에 근거한 행정작용에 의한 公用侵害(行政的 公用侵害)를 들 수 있다. 행정작용에 의한 公用侵害에는 그것이 法的 行爲이든 事實行爲(예: 댐건설로 인한 농경지의 수몰, 국영기업의 운영에

서 발생하는 공해)이든 무관하다. 憲法裁判所는 河川法 2조 1항 2호 다목에 대한 헌법소원사건에서 河川法 2조 1항 2호 다목과 河川法 3조에 따른 제외지의 국유화는 立法的 收用에 해당하는바 “立法的 收用은 법률에 근거하여 일련의 절차를 거쳐 별도의 행정처분에 의하여 이루어지는 소위 행정적 수용과는 달리 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 것이므로 ‘법률’에 의하여 수용하라는 헌법적 요청을 충족한다.”라고 판결하여 立法的 公用侵害의 헌법적 허용성을 긍정하였다.¹²³⁾ 그렇다고 하더라도 立法者에게는 입법적 公用侵害와 行政的 公用侵害사이에 자유로운 선택권이 인정되어서는 안된다. 憲法 23조에서 보장하고 있는 財產權保護는 우선적으로 財產權의 存續을 보호하는 효과적인 권리보호가 본질적인 요소를 이루고 있다. 立法的 公用侵害에 대하여는 行政訴訟를 통한 권리구제가 가능하지 않으며 또한 財產權主體에게 주어지는 憲法訴願은 그에 대한 충분한 대체적인 권리구제수단이 되지 못하고 있다. 憲法裁判所는 行政訴訟의 一審과 같은 事實審의 기능을 갖고 있지 않기 때문이다. 이에 따라 입법적 公用侵害, 즉 형식적 법률 또는 그에 근거한 法規命令이나 조례에 의한 직접적 公用侵害는 단지 예외적으로 아주 제한된 경우에만 허용되는바, 行政的 公用侵害에 의하여는 공적 목적의 수행이 적절한 기간내에 수행하기 어려운 경우, 또는 입법적 수용이 없이는 불가피하게 요구되는 조치의 실현이 현저하게 지연되는 경우에 허용된다고 보아야 할 것이다.¹²⁴⁾

나. 公共必要

財產權에 대한 公用侵害는 公共必要를 위하여만 가능한바 이러한

123) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 공보 27. 314
 124) Schwerdtfeger, aaO, S.31 ; Papier, in : Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Art. 14. Rdn. 563 ; Badura, in : Handbuch des Verfassungsrechts, Rdn. 60 ; BverfGE 24, 367 ; 45, 297

公共必要은 전형적인 불확정개념으로서 그 내용에 대하여 학설에서는 논란이 되고 있으나¹²⁵⁾ 일반적으로 헌법 37조 2항의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 포괄하는 보다 넓은 개념으로 보는 것이 타당할 것이다. 이러한 公共必要概念의 구체화는 立法者의 임무인바 그는 公用侵害法律에 公用侵害의 목적과 조건을 가능하는 한 명확하게 규율하여야 하며¹²⁶⁾ 憲法裁判所는 해당법률의 公共必要性與否에 대하여 구체적으로 심사를 하여야 한다. 私法上의 事業主體에게 公用侵害의 권한이 허용되는 경우에는 그에게 공적 임무가 부여되고 그러한 임무가 公共必要를 위하여서 수행되는 것이 확보되는 경우에만 허용된다고 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾ 公共必要에 의한 財産權에 대한 강제적인 財産權의 침해인 公用侵害는 헌법의 財産權保障體系에 있어서 마지막 수단으로서 법치국가에서 도출되는 比例의原則에 예속되어야 한다. 公用侵害는 공적 목적의 실현에 적합하고도 필요한 수단이 되어야 한다. 의도된 목적을 실현하는데 있어서 동일한 효과를 발행한다면 개인의 財産權의 剝奪보다는 사용이나 제한방법을 사용하여야 할 것이다. 憲法裁判所는 河川法 제2조 1항 2호 다목에 대한 헌법소원사건에서 하천관리목적을 위하여 “……국가가 택할 수 있는 방법에는 제외지를 국유화하는 방안 또는……하천의 관리 등을 위하여 필요한 토지를 개별적으로 수용하든가 하천관리상의 필요에 대응하여 사소유권의 이용·처분에 제한을 가하는 것에 그치는 방안이 있을 수 있는데, 이 두가지 방안중 어느 것을 택할 것이지는 立法者가 홍수피해방지와 하천의 적정한 이용 등 효율적인 하천관리라는 공익적 필요성의 정도와 이를 위해 국민의 財産權이 희생되고 제한되는 정도를 조화롭게 형량하여 결정할 문제

125) 이에 대하여는: 權寧星, 前掲書, 566면

126) 예를 들어 토지수용법 3조는 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 공익사업을 구체적으로 열거하고 있다.

127) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4.Aufl. 1991, S.165

고 이에 관한 사실의 평가와 가치판단은 일차적으로 立法者의 몫으로 그것이 현저히 자의적이거나 비례성을 벗어난 것이라고 보이지 않는 한 이를 존중하여야” 한다고 판시하였다.¹²⁸⁾

다. 公用侵害에 대한 法律留保

헌법 제23조 3항에 의한 公用侵害는 법률에 의하여 직접, 또는 법률의 수권에 의하여 이러한 公用侵害法律은 동시에 보상에 대하여 규율하여야만 하는 이른바 독일 기본법 14조 3항의 附帶條項(Junktiv-Klausel)과 유사한 구조를 갖추고 있다. 이에 따라 헌법 23조 3항은 헌법 37조 2항의 일반적 법률유보에 대하여 加重된 法律留保를 두고 있다. 학설에서는 헌법 23조 3항에 헌법 37조 2항의 적용여부에 대하여 논란이 일고 있으나 헌법 23조 3항은 財產權保障에 있어서 공적 목적의 실현을 위한 예외적인 요건에 해당하기 때문에 헌법 37조 2항의 추가적인 적용은 필요하지 않을 것이다. 이미 財產權에 대한 公用收用은 개인의 財產에 대한 본질적인 침해 를 의미하며 또한 헌법 23조 3항에 적용되는 比例의 原則은 헌법 37조 2항에서만 적용되는 원칙이 아니라 법치국가원리에서 도출되는 모든 국가작용에 대하여 적용되는 원칙이기 때문이다. 財產權에 대한 公用侵害法律은 국회가 제정한 形式的 意味의 法律을 의미하며 法規命令이나 條例도 국회법률에 근거가 있는 경우에는 公用侵害法律이 될 수가 있다. 그러나 法規命令의 경우에는 헌법 75조와 95조에서 나오는 명확성의 요건을 충족시켜야 할 것이다. 憲法裁判所는 국가보위에 관한 특별조치법 5조 4항에 대한 違憲提請事件에서 同 法律條項은 “토지의 收用·使用의 要件과 範圍 및 限界 등에 관한 기본적인 사항조차도 규정하지 않은채 포괄적으로 대통령령에

128) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 공보 27. 314

위임하고 있어, 財産權制限을 법률로써 하도록 규정한 헌법 23조 제3항 및 委任立法의 限界를 규정한 憲法 75조에 위반된다.”고 판시하였다.¹²⁹⁾

公用侵害法律은 또한 公用侵害에 대한 보상을 규율하여야 하며, 그 보상은 정당하여야 한다. 헌법 23조 3항이 獨逸基本法 14조 3항 2문의 의미의 附帶條項을 도입하고 있는지에 대하여 학설에서는 논란이 되고 있다.¹³⁰⁾ 이러한 논쟁은 특히 財産權主體가 헌법 23조 3항의 의미의 公用侵害를 당하고 있으나 公用侵害法律에 보상규정이 없는 경우에 헌법에 직접 근거하여 보상을 요구할 수 있는지의 여부와 관련하여 심각한 문제를 제기하고 있다. 그러나 헌법을 직접 근거로 하여 보상을 요구할 수 있다는 直接效力說은¹³¹⁾ “……財産權의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정한 제 3공화국 헌법 제20조 3항아래서만 가능한 해석이며¹³²⁾ “……보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다.”라고 규정한 제5공화국헌법이나 “……보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”는 현행헌법의 해석에는 무리가 따르고 있다. 憲法 23조 3항의 문장구조로 보거나 同條項의 連혁으로 볼 때 財産權의 被侵害者는 개별 公用侵害法律에 보상규정이 있는 경우에만 국가 등에 대하여 損失補償을 청구할 수 있을 것이다.¹³³⁾ 만일 財産權에 대한 公用侵害가 있었으나 근거

129) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1. 558

130) 이에 대하여 상세히는: 拙稿, 獨逸 Bonn 基本法 14조상의 附帶條項(Junktivklausel)의 意味와 韓國憲法 23조 3항의 解釋, 司法行政, 1992. 9. 35면이하 ; 1992. 10. 27면이하

131) 金哲洙, 前掲書, 421면; 金東熙, 行政法 I, 1998, 495면; 洪準亨, 行政救濟法, 1996, 143; 朴均省, 考試界, 1990.8, 114면

132) 대법원 1967. 11. 2. 선고 97다37326 판결

133) 現行憲法으로의 개정시 與野間의 協상과정에서 당시 야당인 통일민주당에서는 제 3공화국 헌법대로 하자는 입장도 있었으나 이러한 경우에 국민은 “특별한 희생”에 해당된다고 볼 수 없는 경우까지도 민사소송으로 보상을 청구하게 될 것이며, 그에 따른 국민의 경비, 노력, 시간의 낭비, 행정청의 행정력의 낭비 등 혼란이 생겨 법률생활의 안정 내지는 법적 평화를 유지하기가 어렵게 될 우려가 제기되었다. 이러한 혼란을 예방하기 위하여 최종합의

법률에 보상규정이 없는 경우, 또는 보상규정이 있다고 하더라도 정당한 보상에 미치지 못하는 경우에는 당해 법률은 違憲·無效에 해당된다. 被侵害者는 해당법률에 대하여 憲法訴願을 제기하거나, 公用侵害行爲에 대하여 行政訴訟를 제기하여 당해 법률이 裁判의 前提가 되는 경우에는 헌법 107조 1항의 구체적 규범통제를 통하여 구제받을 수가 있다. 만일 이러한 침해행위로 인하여 피할 수 없는 손해가 발생될 경우에는 국가배상청구를 통하여 배상받을 수 있을 것이다. 여기서 이른바 附帶條項이 개인의 財產權保障에 있어서 수행하고 있는 중요한 法治國家機能을 또한 간과하여서는 안될 것이다. 附帶條項은 公用侵害와 보상과의 필연적인 입법적 결합을 통하여 立法者에 대한 警告機能을 수행하고 있다. 立法者는 자신이 규율하고자 하는 사실관계가 23조 3항의 의미의 公用侵害에 해당되는지의 여부와 이 경우에 공재정에 부담이 되는 보상을 부여하여야 하는지 미리 사전에 검토하고 스스로에게 석명시키는 기능을 갖고 있다. 또한 附帶條項은 국가재정적인 측면에 있어서도 중요한 의미를 갖고 있는바 立法者로 하여금 다양한 이해관계를 고려하여 補償의 基準과 方法에 대하여 결정하도록 하여 다른 국가기관, 특히 법원에 의한 공재정지출의 결정을 통하여 더 이상 교정시킬 수 없는 국가의 지출의무를 발생시키는 것을 방지한다. 아울러 附帶條項은 반드시 보상이 결부된 公用侵害에 대하여만 개인에게 수인의무를 부과함으로써 개인의 권리보호에도 기여한다.

물론 모든 公用侵害法律에 대하여 보상규율을 두는 것은 쉬운 일은 아니다. 예를들어 財產權을 강제적으로 국가 등에 이전하는 公用收用은 그것의 明確性과 可視性으로 인하여 보상규정을 두는데

과정에서 “……그에 대한 보상은 법률로써 하되……”라는 문구를 삽입하여 공용침해법률에 의한 제한이 특별한 희생인 경우에는 반드시 당해법률에서 보상을 규율하도록 하였다. 이에 대하여는 : 朴鉉忻, 最新行政法講義(上), 1996, 488면

문제가 없으나 使用이나 制限과 같은 財産權의 침해의 경우에는 그것이 財産權의 社會的 羈束의 한계를 넘어 개인에게 특별한 희생을 부여하는지 여부에 대하여 이른바 구별기준설인 형식적 기준설 및 실질적 기준설의 적용에 의하여 판단하기 어려운 경우가 많다. 그러나 이러한 경우에 있어서 이른바 이른바 豫見可能說을 적용하여 판단한다면 대부분의 문제는 쉽게 해결될 것이다. 즉 정상적이고 전형적인 침해, 즉 사실관계가 財産權을 社會的 羈束이상으로 제한하는 것이 立法者에게 객관적으로 예견될 수 있는 경우에는 보상규율을 마련하는데에는 큰 어려움이 없다.¹³⁴⁾ 여기서 요구되는 豫見可能性的의 程度는 제3자의 사전적이고 객관적인 관찰에 따른 침해의 파급효과와 범위 및 침해행위의 의미에 따라 결정된다고 할 것이다. 예를 들어 한국에서 학설에서 논쟁이 되고 있는 開發制限區域의 지정이나 도로공사의 경우에 있어서 경우에 따라 개인에게 사회적 제약을 벗어나 特別한 犧牲을 가할 수 있다는 것은 누구나가 다 예견할 수 있는 것이다. 大法院은 “都市計画法 제21조 제 1항, 제2항의 규정에 의하여 개발제한구역안에 있는 토지의 소유자는 財産上의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고, 그 한도내에서 일반토지 소유자에 비하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만……, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안될 정도의 것이라고 인정되므로, 손실보상의 규정을 두지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조 제1항, 제2항의 규정을

134) 이에 대하여 상세히는 拙稿, 前掲論文(下), 37면. 여기서 예견할 수 없는 재산권의 침해에 대한 보상문제가 발생하나 23조 3항의 公用侵害는 공공필요를 위한 계획되고 예견된 침해를 전제로 하는 공법상의 제도이다. 예견할 수 없는 침해는 본질적으로 危險責任의 領域에 속하는 것으로 財産權領域에서만 발생하는 것이 아니라 신체, 생명 및 직업의 자유의 침해에 있어서도 발생될 수 있는 것이다. 민법에서 위험책임제도는 어떠한 일정한 체계를 갖고 발전하여 오지 않고 개별법적인 해결을 보아왔으며 독일이나 프랑스에서 판례를 통하여 발전되어온 공법상의 위험책임제도 역시 아주 제한된 영역에서 발전하여 왔으며 최근에는 이를 입법화하는 경향이 두드러지고 있다. 전염병예방법 54조의 2에서 규정한 위험책임은 비록 그 보상내용은 열악하기는 하나 이러한 개별법적인 해결은 향후 법발전을 위한 바람직한 모델을 제시하고 있다.

헌법 제23조 제3항이나 제37조 제2항에 위배된다고 할 수 없는 것이다.”라고 판시하여 원고의 違憲提請申請에 대하여 기각결정을 하였는바,¹³⁵⁾ 개발구역으로 지정된 토지소유자가 사회적 제약을 넘는 특별희생을 받는지의 여부는 일괄적으로 판단할 수 없으며 구체적인 상황에 따라 다를 수가 있는 것이다. 이에 따라 도시계획법 21조는 개발제한구역의 지정으로 특별한 희생을 당한 경우에는 보상을 하여야 한다는 규정을 두어야 할 것이며 현재의 보상규정이 없는 법률은 위헌임을 면치 못할 것이다. 위 사건에서 원고는 憲法裁判所법 68조 2항에 의한 憲法訴願審判請求를 하여 都市計画法 제21조 1항과 2항에 대한 憲法裁判所의 판결을 끌어내었으면 보다 바람직하였을 것이다.¹³⁶⁾

憲法裁判所는 1994년 12월 29일 조선철도주식의 보상금청구에 관한 헌법소원사건에서 다음과 같은 중요한 결정을 내렸다. “우리 헌법은 제헌이래 현재까지 일관하여 財産의 수용, 사용 또는 제한에 대한 보상금을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임함으로써 국가에게 명시적으로 수용 등의 경우 그 보상에 관한 입법의무를 부과하여 왔는바, 해방후 사설철도회사의 전 財産을 수용하면서 그 보상절차를 규정한 군정법령 제75호에 따른 보상절차가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도의 통일폐지법률에 의하여 위 군정법령이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 계속되고 있으므로 대한민국은 위 군정법령에 근거한 수용에 대하여 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 立法者의 헌법상 명시된 입법의무가 발생하였으며, 위 폐지법률이 시행된 지 30년이 지나도록 立法者가

135) 대법원 1990. 5. 8. 재판 89부2, 공보 875

136) 이와 별도로 憲法裁判所는 違憲審判提請의 신청을 거치지 않고 직접 제기된 都市計画法 21조에 대한 憲法所願事件에 있어서 憲法所願의 補充性에 근거하여 却下判決을 하였다(헌재 1991. 6. 3. 89헌마46, 판례집 3. 263).

전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 보상청구권이 확정된 자의 헌법상 보장된 財産權을 침해하는 것이므로 위헌이다.”라고 판시하였다.¹³⁷⁾ 즉 憲法裁判所는 財産權의 收用, 使用, 制限의 경우에는 立法者로 하여금 반드시 그 보상에 관하여 규율하도록 하는 憲法上의 義務를 인정하였다. 그후 憲法裁判所는 하천법 2조 1항 2호 다목에 대한 헌법소원사건에서 “……立法者에게 보상입법의 의무가 있음이 거듭 확인되었고, 국유로 된 사유토지의 제외지에 대한 보상규정이 없다는 점에 관하여 국민의 財産權차원에서 문제점이 지적되어, 결국……개정된 하천법은 부칙 제2조 제1항에서 관리청이 그 손실을 보상하도록 규정하였으며, ……그렇다면 결과적으로 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제3항이 요구하는 ‘법률에 의한 보상’의 요건을 충족한 것으로 볼 수 있어 이 점에서도 헌법에 위반한다고 보기는 어렵다”고 판시하였는바¹³⁸⁾ 이는 바로 公用侵害법률이 보상을 규율하지 않는 경우에는 위헌이 되며 따라서 헌법 23조 3항이 독일 基本法 14조 3항 2문과 같은 附帶條項의 구조를 갖고 있음을 의미하는 것이다.

라. 特別한 犧牲과 正當한 補償

國家 및 公共團體 등의 보상의무를 발생시키는 헌법 23조 3항의 의미의 公用侵害가 발생되기 위하여는 피침해자에게 特別犧牲이 발생되어야 한다. 규율되는 사실관계가 財産權主體에게 특별한 희생에 해당하는지 또는 헌법 23조 1항 2호에 의하여 立法者에 의하여 구체화 되는 보상의무를 발생시키는 사회적 제약에 해당하는가에 대하여 완벽하게 해결할 수 있는 기준은 아직 존재하지 않는다. 立

137) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395-396 ; 이에 대한 評釋으로는: 洪華亨, 損失補償의 法的 根據, 判例月報, 1995.6. 9면; 1996. 7. 9면

138) 헌재 1998. 3. 26. 93헌마12, 공보 27. 320-321

法者は 지금까지 독일의 학설과 판례에 의하여 발전되어 한국의 문헌에 의하여 계수된 個別行爲說, 受忍限度性說, 重大性說, 私的有用說, 狀況拘束性說 등을 적용하여 해당되는 사실관계가 財產權의 社會的 羈束을 넘는 특별한 희생에 해당하는지를 판단하여야 하며 특별한 희생에 해당하는 경우에는 公用侵害法律에 正當한 補償을 내용으로 하는 補償규율을 마련하여야 한다. 지금까지의 立法例에 따른 補償규율의 형태는 토지수용법 46조이하와 같이 직접 법률에서 補償의 기준과 방법을 규정하는 경우가 있는가 하면 河川法 74조, 75조, 道路法 79조, 80조와 같이 補償의무와 補償의 절차만을 규정하고 補償의 내용은 법관에게 위임하는 경우, 산림법 63조, 하천법부칙 제2조(제외지에 대한 補償)와 같이 법률에서는 단지 행정주체의 補償의무만을 규정하고 그 구체적인 補償의 내용과 기준을 시행령에 위임하는 경우를 들 수 있다. 헌법 23조 3항는 독일 기본법 14조 3항 2문과는 달리 반드시 補償의 方法과 基準까지도 국회입법에 의하여 직접 정하도록 규정하고 있지 않은 점에 비추어 국회법률에서 단지 공권력주체에 대한 補償의무만을 규정하고 그의 구체적인 기준과 방법은 다시 하위법에 위임하는 경우도 무방할 것이다. 또한 河川法 74조, 75조나 道路法 79조, 80조에서 보는 바와 같이 이른바 救濟的 補償規律(Salvatorische Entschädigungsregelung)의 형태로 법률에서 補償의무만을 정하고 그 구체적인 내용을 법원의 판결에 위임하는 것도 아주 제한된 범위에서는 가능하다고 보나 어느 경우에서나 正當한 補償이 되어야 할 것이다.¹³⁹⁾ 헌법 23조 3항에서 의미하는 正當한 補償이란 “원칙적으로 被收用財產의 객관적인 財產가치를 완전히 補償하는 것이어야 한다는 完全補償을 뜻하는 것으로서 補償금액뿐 아니라 補償의 시기와 방법 등에 있어

139) 救濟的 補償規律에 대하여는 : 拙稿, 前掲論文, 42면

서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다.” “객관적 가치란 그 물건의 성질에 정통한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격, 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 보통이다.”¹⁴⁰⁾

憲法裁判所는 국가보위에 관한 특별조치법 제5조 제 4항에 대한 헌법소원에 있어서 “징발법에 의한 보상은 사용에 대한 보상이므로 그 보상규정은 위 특별조치법에 의한 토지수용의 경우에 보상기준이 될 수 없을 뿐만 아니라 징발법의 규정대로 과세표준을 기준으로 보상을 한다면 이는 정당한 보상이 될 수가 없어 위 특별조치법 제5조 제4항은 財産權을 수용하는 경우 정당한 보상을 지급하도록 규정한 헌법 제23조 제3항에 위배된다.”고 판결하였다.¹⁴¹⁾ 반면 憲法裁判所는 국토이용관리법 제29조 제1항의 규정에 의하여 기준지가가 고시된 지역에서의¹⁴²⁾ 토지에 대한 보상은 고시된 기준지가를 기준으로 하도록 규정하고 있는 구 토지수용법 46조 2항에 대한 헌법소원사건에 있어서 기준지가가 고시된 지역에서의 보상금액 산정은 재결당시의 거래가격이 아니라 고시된 기준지가를 기준으로 하되, 당해 토지의 이용계획이나 인근토지의 지가변동률, 도매물가상승률 및 기타 사항을 참작하여 평가한 금액으로 행하도록 하고 있어 개발이익을 보상액의 산정에서 배제하고 있는바 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고 볼 수 없다고 실시하였다. 아울러 “기준지가는 그 평가의 기준이나 절차로 미루어 대상지역공고일당시 갖는 객관적 가치를 평가하기 위한 것으로서 부적절한 것이라고 볼 수 없고 구 토지수용법 제46조 제2항이 들고 있는

140) 헌재 1990. 6. 25 89헌마107, 판례집 2. 188-189

141) 헌재 1994. 6. 30. 92헌마18, 판례집 6-1. 558

142) 국토이용관리법 29조에 의한 基準地價制度는 이후 1989년 4월 1일에 제정된 地價公示 및 土地 등의 評價에 관한 法律의 公示地價制度로 변경되었다.

보정시점의 방법은 보정결과의 적정성에 흠을 남길만큼 중요한 기준이 누락되었다거나 적절치 않은 기준을 적용한 것으로 판단되지 않는다.” 하여 동 조항에 대한 합헌판결을 내렸다.¹⁴³⁾ 이후 토지수용법은 1989년 4월 1일에 다시 개정되었으며 동법 46조 2항은 기준지가 대신에 공시지가를 보상기준으로 하였는바 동조항에 대한 헌법소원심판청구에서도 같은 취지하에 合憲判決을 내렸다.¹⁴⁴⁾ 또한 河川法 附則 2조는 堤外地의 하천으로의 편입에 대한 보상을 규정하고 있으며 보상금의 청구절차·산정기준일, 보상의 기준 기타 필요한 사항을 대통령령으로 규정하도록 하고 있는바, 동 규정 9조는 토지평가사나 공인감정사 또는 감정회사 중 2인 이상에 대하여 편입토지에 대한 평가를 의뢰하여 보상금액을 산정하되 각 토지평가사 등의 평가액의 산술평균치를 기준으로 삼고 있고, 동 규정 제10조는 토지의 평가를 보상을 위한 평가당시의 가격을 기준으로 행하되, 편입당시의 지목 및 이용상황, 당해 토지에 대한 공법상의 제한, 현실의 이용상황 및 유사한 인근토지의 정상가격을 충분히 고려하여 평가하도록 하고 있다. 憲法裁判所는 하천법 제2조 제1항 제2호 다목에 대한 헌법소원심판청구에서 위 보상조항의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배되지 않는다고 판결하였다.¹⁴⁵⁾ 정당한 보상과 관련하여 위헌성이 심각하게 지적되고 있는 것은 徵發財産整理에 관한 特別措置法에서 규정하고 있는 徵發財産에 대한 國家의 매수가격인바 그것은 매수당시의 시가를 기준으로 하되 국세청장이 고시하는 가격기준에 의하여 산출한 평가액을 참작하여 결정하도록 되어있는바(동법 제2조 제1항, 제3조 제3항, 제8조의 3), 여기서 고시되는 가격기준은 과세표준가액이며 아울러 徵

144) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20 등, 판례집 7-1. 520
 144) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20 등, 판례집. 7-1. 520
 145) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 공보 27. 321

發財産의 매수대금이나 징발보상금은 징발보상증권으로 지급하되 그 증권은 발행한 날부터 1년간 거치후 10년간 균등분할상환하고 상환금에 대한 이자는 연 5푼으로 하고 있다(동법 제9조, 제15조 1항). 국세청장이 고시하는 과세표준가액은 시가에 현저히 미달하며 그것도 은행의 정기예금금리에 훨씬 못미치는 이자만을 가산한 금액을 1년 거치 10년간 분할상환하는 것은 財産權侵害에 대한 정당한 보상에 해당하지 않을 뿐 아니라 실질적으로는 國民의 財産을 몰수하는 위헌적 보상규정이라고 할 것이다.¹⁴⁶⁾ 이에 대한 조속한 憲法裁判所の 판결이 기대되고 있다.

VI. 要 約

社會的 法治國家에 대한 헌법의 근본적인 가치결정의 하나로서 헌법 23조는 國民의 財産權을 보장하고 있다. 憲法에서 보장되고 있는 것은 財産權主體의 任意的이고 恣意的인 행사에 예속되고 있는 財産權이 아니라 공공의 복리에 의무지워지고 책임을 지고 있는 財産權을 의미한다. 헌법상의 財産權保障은 사유재산에 대한 제도 보장과 基本權으로서 개인의 구체적인 財産權에 대한 보장의 두가지 내용을 갖는바 양자는 상호간에 보완관계에 있다. 한편으로 사유재산의 제도보장은 立法者에게 私有財産의 存在와 그의 私的 有用性을 실현시키고 사회질서내에서 안정된 법적 지위를 유지하도록 核心的인 規範體系를 마련하도록 의무지운다. 다른 한편으로 基本權으로서 개인의 財産權은 구체적으로 존재하고 있는 재산적 가치가 있는 권리의 소유·사용·처분을 보호한다. 憲法 23조 1항의 재

146) 헌재 1996. 4. 25. 95헌바9, 판례집 8-1. 김진우, 조승형 재판관의 반대의견

산권의 보호는 우선적으로 재산권주체가 보유하고 있는 구체적인 재산적 권리의 존속이며 이들에 대한 가치보호는 헌법 23조 3항의 엄격한 요건에서 예외적으로 허용되고 있는 公用侵害의 요건에서 발생된다. 또한 재산권은 현존하고 있는 재산적 가치가 있는 권리의 존속을 보호하기 때문에 단순한 이익이나 재화획득에 관한 기회 등은 財産權의 보호대상이 아니다.¹⁴⁷⁾ 基本權으로 재산권보호는 필연적으로 財産權概念에 대한 문제를 제기하는바 헌법상의 재산권개념은 동산, 부동산 등 물건에 대한 소유권뿐만 아니라 무체재산권, 채권, 유가증권, 공법상의 권리 등 모든 개인의 재산적 가치가 있는 권리를 포함하고 있는 민법상의 재산권개념보다 훨씬 넓은 개념이다. 이러한 헌법상의 財産權概念은 어떠한 고정적이고 현상유지적인 개념이 아니라 법률과 전통에 의하여 형성된 개념으로써 지속적인 변화에 예속되고 새로운 사상에 적응되어야 하는 탄력적인 개념이다. 이러한 재산권의 내용과 한계를 결정하는 것은 헌법 23조 1항 2호에 따른 立法者이다. 여기서 立法者는 그 시대의 사상과 사회적인 통념에 정향하여야 하며 헌법의 근본적인 가치결정과 법원칙을 준수하여야 한다. 아울러 財産權의 내용과 한계결정에서 立法者는 헌법 23조 2항의 재산권의 사회적 기속을 아울러 고려하여야 하며 사익과 公共福利의 衡量속에 재산권질서를 형성하여야 한다.¹⁴⁸⁾ 헌법 23조 2항에 의한 재산권행사의 공공복리적합성은 국민에 대한 직접적인 義務規定이라기 보다는 財産權의 內容과 限界를 규율하는 立法者에 대한 지침규정으로 보아야 한다. 立法者는 財産權의 內容과 限界規律에 있어서 憲法 37조 2항에서 나오는 比例의 原則과 本質的 內容의 侵害禁止原則에 제한될 뿐 아니라 아울러 정당한 衡量의 命令, 平等의 原則, 信賴保護의 原則에 기속된다.

147) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2. 91; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2. 651
148) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 372

공법상의 권리, 특히 사회보험법상의 권리가 재산권포함여부는 오래동안 논쟁의 대상이 된 문제이나 그것이 자신의 노동과 투자에 의하여 획득되고 이에따라 자신의 급부의 증가물에 해당되며, 또한 압도적으로 국가의 급부에 근거되지 않고 자신의 생존의 확보에 기여하는 경우에는 헌법상의 재산권에 해당된다도 할 것이다. 조세징수와 재산권의 상호관계 역시 오래동안 학설의 논쟁의 대상이 된 문제이나 憲法裁判所는 처음부터 조세징수가 財産權을 제한하는 것으로서 전제하고 조세법률들을 租稅法律主義, 租稅平等主義, 比例의原則, 本質的 內容의 侵害의 禁止原則에서 심사하였다. 특히 舊 超土稅法에 대한 憲法不合治決定은¹⁴⁹⁾ 조세징수와 재산권보호의 상호관계를 명확히 하고 조세立法者에 대하여 엄격한 法治主義要件을 부과한 획기적인 판결로 평가하여야 할 것이다.

헌법 23는 財産權의 內容과 限界規律(헌법 23조 1항 2호)과 財産權에 대한 公用侵害(헌법 23조 3항)를 각 각 독자적인 제도로서 규율하고 있다. 立法者가 財産權의 內容과 限界를 규율함에 있어서 比例의原則, 信賴保護의原則, 平等의原則, 本質的 內容의 侵害禁止의 원칙을 위배한다면 그것은 위헌인 법률이 되며 이러한 경우에 재산권주체에게는 헌법 23조 3항에 의한 補償請求權이 주어지는 것이 아니라 防禦的 權利가 부여된다. 재산권주체는 구체적 규범통제와 헌법소원을 통하여 자신의 재산권을 방어할 수 있다. 헌법 23조 3항의 공용침해는 공공의 필요에 의하여 국회가 정한 법률에 의하여 직접 또는 그에 근거하여 행하되 해당법률은 반드시 정당한 보상을 내용으로 하는 보상규정을 두어야 한다. 헌법재판소는 조선철도주식의 보상금청구에 관한 憲法訴願事件과¹⁵⁰⁾ 河川法2조 1항 2호 다목에 관한 憲法訴願事件에서¹⁵¹⁾ 보상규율에 대한 立法者의 憲法

149) 헌재 1994. 7. 29. 92헌마49 등, 판례집 6-2. 64

150) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2. 395-396

的義務를 확인하였으며 이는 보상규율이 결여된 公用侵害法律은 違憲.無效임을 의미하는 것이다. 만일 재산권에 대한 公用침해가 있었으나 근거법률에 보상규정이 없는 경우, 또는 보상규정이 있다고 하더라도 正當한 보상에 미치지 못하는 경우에 被侵害자는 해당법률에 대하여 憲法訴願을 제기하거나 公用侵害行爲에 대하여 행정소송을 제기하여 자신의 권리를 구제받을 수 있다. 財產權主體는 防禦權과 補償請求權 사이에 어떠한 선택권을 갖고 있지 않다.

비록 재산권이 비록 1948년의 제헌헌법에 의하여 기본권으로서 보장되었으나 그의 방어적 보장기능이 비로서 의미를 갖게 된 것은 헌법재판소의 설치이후라고 보아도 과언이 아닐 것이다. 私的有用성과 원칙적인 處分權으로 특징되는 財產權은 재산범영역에서 개인의 자유를 확보시키고 자기책임적인 생활을 가능하게 하고 있다. 自由權에 대한 필연적인 보완을 이루고 있는 憲法上的 財產權은 더 이상 과거의 權威主義 獨裁時代에서와 같은 違憲的인 法律과 恣意的인 行政權의 행사에 의하여 침해될 수 없는 것이다. 재산권의 내용과 한계를 결정하는 立法者는 한편으로는 비례의 원칙, 본질적 내용의 금지원칙, 신뢰보호의 원칙과 평등의 원칙 등의 헌법원칙들을 준수하여야 하며, 다른 한편으로는 개인의 자유와 사회적 기속을 정당하게 형량하여야만 하는 어려운 과제를 떠맡고 있다. 그 뿐 아니라 公共必要를 위한 財產權의 收用·使用·制限의 경우에 그에 대하여 正當한 보상규율을 마련하여야만 한다. 立法者에게 부과되는 이 모든 헌법상의 기속들은 앞으로도 계속 헌법재판소의 엄격한 심사의 기준이 될 것이다.

151) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 공보 27. 320-321