

## 公用侵害, 白紙形式에 의한 補償規定의 許容與否

朴 尙 熙

우리나라 헌법 제23조 3항과 마찬가지로 독일기본법 제14조 3항 2문은 「공용침해는 보상의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의해서만 또는 법률의 근거하에서만 행하여져야 한다」고 하여 소위 “附帶條項(Junktivklausel)”을 명시하고 있다. 따라서 법률에 공용침해를 규정하면서 보상규정을 두지 않은 경우에는 위헌이 된다. 그런데 현실적인 필요나 여러 가지 사정으로 인하여 공용침해에 대하여 구체적인 보상의 방법이나 정도에 관하여 명시하지 않고, 막연히 ‘공용침해가 있는 경우에는 보상하여야 한다’는 식의 백지형식을 띤 보상규정을 두는 경우가 있다. 우리나라에서는 아직 이러한 문제에 대하여 구체적인 논의가 없으나 독일의 경우 학계나 법원의 판례를 중심으로 상당한 논란이 되고 있는데, 여기에서는 이와 관련된 가장 최근의 독일연방행정법원의 판례를 소개하기로 한다.

[BVerwG, 1990. 2. 15判決 - 4C 47·89 - ]

(OVG, Nordrhein-Westfalen)

### [判例의 主要內容]

입법자는 기본법 제14조 3항 2문과 3문상의 보상의무가 발생하는 公用侵害가 존재하는 시점을 규정하여야 한다. 입법자는 이러한 시점을 규정하지 않은 법률을 제정하여서는 안된다. Nordrhein-Westfalen州의 風致保全法(Landschaftsgesetz) 제7조 1문은 법률에 의한 처분(Maßnahme)이 공용침해적 성격을 띠는 경우에 관계인이 급전에 의한 상당보상을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 조항이 기본법 제14조 3항 1문상의 공용침해(Enteignung)에도 해당되는 경우에는 기본법 제14조 3항 2문상의 부대조항(Junktivklausel)에 위반하게 된다. 법률에 이러한 백

朴尙熙: 本院 研究員

지형식을 띤 보상규정(Salvatorischer Klauseln)을 둔 경우에는 개별적인 사례에서 헌법합치적 해석에 의하여 재산권의 내용적 범위의 한계를 넘어선 침해(Belastungen)에 대하여 보상청구권(Ausgleichsanspruch)을 인정할 수 있다.

### [事實의 概要]

원고는 저수지시설의 일부에 속한 토지의 소유자이다. 원고는 이 토지를 1968년에 취득하였다. 同年에 원고는 被告人 Oberkreis의 長과 피고의 비용으로 저수지시설을 관리하는 계약(Ausbauvertrag)을 체결하였다. 同 계약에 의하여 원고에게는 저수지에서 어업행위를 할 권리가 인정되었다. 1984년 3월 29일의 시행령으로 광역단체장(Regierungspresident)은 자연보호구역을 지정하였다. 동 시행령(Verordnung)은 풍치보전법(1980. 6. 26) 제8조, 제19조, 제20조에 근거하고 있다. 동 시행령 제3조에 의하면 이 지역내에서의 어업행위나 별채가 금지된다. 그리고 동 시행령 제4조에 의하면 기존의 범위내에서의 어업행위에 대하여는 1991년 5월 31일까지 시행령의 적용이 배제된다. 원고는 피고가 1985년에 원고소유인 토지상에서의 별채행위를 방해하였으며, 또한 원고의 어업행위까지 금지한다는 의사표시를 하였다는 내용의 확인소송을 제기하였다. 소송은 제1심에서 기각되었고, 원고의 上告(Revision)는 파기환송되었다.

### [判決理由]

II. 1. a) 풍치보전법(Landschaftsgesetz) 제7조 1문에 의하면 풍치보전법에 의한 處分이 공용침해적 성격을 띠는 경우에 관계인은 金錢에 의한 상당보상을 청구할 수 있다. 고등행정법원(OVG)의 해석에 의하면 이는 풍치보전법 제32조 2항에 근거한 자연보호법 시행령이 전부 또는 부분적으로 公用侵害의 要件을 충족시킨 경우에도 통용된다. 이러한 상고의 대상이 될 수 없는 州法에 대한 해석을 상고법원은 심사의 기준으로 하여야 한다(행정법원법 제137조 1항, 제173조, 민사소송법 제562조). 그에 따라 풍치보전법 제7조 1문은 기본법 제14조 3항 1문상의 公用侵害로도 파악된다. 그밖에 이러한 의미내에서 풍치기본법 제42조에 의한 전형적인 공용침해는 풍치보전법 제32조 1항에 의하여 규정된 풍치계획의 경우에 허용된다. 이에 대하여 풍치보전법 제42조 2문에 따라 일반적인 공용침해법상의 규정이 적용된다.

개별적인 사례에서 고권적 처분이 공용침해적 성격을 띠는 경우에만 보상을 이행하도록 규정한 풍치보전법 제7조 1문의 입법취지(Zielsetzung)는 기본법 제14조 3

항 2문의 요청에 反하는 것이다. 기본법 제14조 3항 2문에 의하면 기본법 제정이 후의 모든 공용침해에 관한 법률은 보상의 방법과 정도에 관한 규정을 두어야 한다. 이를 위하여 立法者는 기본법 제14조 3항 2문과 3문상의 보상의무가 발생하는 공용침해의 시점을 규정하여야 한다. 입법자는 이러한 시점을 규정하지 않은 채 법률을 제정하여서는 안된다. 입법자는 법적으로 허용되는 공용침해의 구성요건을 정하여야 한다(Vgl. BVerfGE 74, 264(286)=DÖV 1987, 488). 왜냐하면 기본법 제14조 3항의 부대조항은 입법자로 하여금 법률제정의 시점에서 보상을 요하는 공용침해에 대하여 규정하도록 하게 하는 경고기능(Warnfunktion)을 가지기 때문이다. 이는 헌법이 입법자로 하여금 특별한 정도로 재산권의 존속보장에 대한 침해의 범위에 관하여 명백하게 규정하도록 하고 있는 것과도 관련이 있다. 기본법 제14조 3항 2문의 입법취지는 법률이 공용침해적 성격을 띠거나 집행부예의 授權의 방식으로 공용침해를 허용하는 경우에 입법자가 동시에 이와 관련된 보상의 방법과 정도에 관한 규정을 행하도록 강제하려는 것이다. 이로부터 입법자는 스스로 침해(Eingriff)가 기본법 제14조 3항 1문상의 공용침해적인 성질을 가지는지 여부에 관하여 정하여야 한다는 사실이 추론된다.

어떠한 요건하에서 공용침해에 대한 보상을 보장할 것인가에 관하여 입법자가 의식적으로 규정하지 않은 경우는 이러한 헌법상의 요청에 위반하게 된다. 고권적 처분이 공용침해적 성격을 띠는지 여부와 금전에 의한 상당보상을 인정할 것인지 여부의 문제를 입법자가 나중의 법 적용시로 미루는 것은 이러한 헌법상의 요청을 포기하는 것이 된다. 또한 보상의 정도를 보다 상세하게 정하여야 하는 헌법상의 요청에도 불구하고, 입법자가 이를 포괄적으로 규정하는 경우도 마찬가지이다.

풍치보전법 제7조 1문의 규정은 공용침해의 개념에 관한 종전의 연방최고법원의 판례에 영향을 받았는지 모른다. 이러한 종전의 연방최고법원의 판례에 의하면 보상없는 내용 및 한계규정 또는 그밖의 사회적 의무를 구체화시킨 것과 구분되는 보상의무있는 공용침해는 기본법 제14조 1항 2문 및 2항에 의하여 정당화되지 않는 고권적 침해가 재산권으로 보호되는 법적지위에 대하여 불이익을 초래하는 경우에 나타난다.

이와 같은 광범위한 공용침해개념의 경우에 있어서는 이러한 의미의 공용침해에 대하여 상당한 재정적인 보상(Ausgleich)을 규정하여야 하는 입법자에 대하여 사실상 미리-기본법 14조 3항 2문의 부대조항이 전제한 것과 같이-허용되는 공용침해의 구성요건을 정확하게 규정하도록 요구하는 것은 매우 어려운 일이다. 연방최고법원은 그 자신의 판결에서 백지형식에 의한 보상규정을 헌법상 감수해야 하는

것으로 간주하고 있다(BGHZ 77, 211 ; 77, 351). 결국 이 판결은 입법자에게 기본법 제14조 3항 2문에서 부과한 입법자에 의한 규율이 가질 수 있는 위헌성에 대한 위험을 덜어주고 있다.

그러나 이와 같은 判示는 연방헌법재판소의 최신의 관례(Judikatur)에 의하여 그 내적인 정당성을 상실하였다. 연방헌법재판소는 기본법 제14조 3항상의 공용침해의 요건을 그동안에 상세하게 정하여 왔다. 이에 따르면 공용침해는 형식적 요건으로서 법적행위(Rechtsakt)의 형식에 의한 고권적 침해를 필요로 한다. 침해는 내용적으로 기본법 제14조 1항 1문에 의하여 보장되고 보호되고 있는 구체적이고 주관적인 법적지위에 대한 완전한 또는 부분적인 강제적 취득(Entziehung)을 지향하여야 한다. 그리고 이러한 강제적 취득(Entzug)은 언제나 일정한 公的 과제의 이행을 위한 것이어야 한다. 그에 반하여 헌법상 재산권으로서 인정되는 법익에 대하여 입법자가 모든 권리와 의무에 대하여 일반적이고 추상적으로 규정한 것은 기본법 제14조 1항 2문의 내용규정에 속하게 된다. 이로부터 다음과 같은 결론이 추론된다: 헌법상 정해진 한계를 넘어선 내용 및 한계를 정하는 규정은 公用侵害에 해당되지 않는다. 즉, 위헌적인 내용규정은 公用侵害로 해석되지 않는다. 이러한 규정은 보상을 인정함에 의하여 치유될 수 없는 위법한 침해인 것이다. 주관적 權利의 강제적 취득이 문제되는 경우에 침해의 중대성, 부담 또는 부과된 특별희생의 受忍可能性에 관한 문제는 기본법 제14조 3항 1문상의 公用侵害의 구성요건을 충족시키고 있는지 여부에 관한 결정에 원칙적으로 영향을 미치지 않는다. 상이한 구성요건을 귀속시킬 경우에는 오히려 기본법 제14조 1항 2문상의 내용규정이 재산권의 사회적 구속을 고려하여서도 관계인이 더이상 감수해서는 안되고 그 때문에 비례의 원칙에도 반할 정도로 크게 부담을 주는 경우에 대해서도 그 유효성이 인정된다. 기본법 제14조 3항 1문상의 헌법상 공용침해요건을 이와같이 헌법재판소에서 구체화시키는 것에 대하여는 입법자가 기본법 제14조 3항 1문상의 보상의무있는 공용침해로 간주되는 것과 그렇지 않는 것에 대한 충분하고도 정확한 판단이 가능하여야 한다.

b) 풍치보전법 제7조 1문이 기본법 제14조 3항 2문상의 요청을 충족시키고 있지 않다는 사실을 상고법원은 스스로의 권한으로 심사하고 판단할 수 있다. 기본법 제100조 1항 2문에 따른 연방헌법재판소에의 위헌여부판단에 대한 제청권은 존재하지 않는다. 법률규범은 사후적으로 헌법합치적으로 해석되고 적용될 수 있다. 법률규정은 내용 및 한계규정의 범위내에서 보상청구권의 기초로서 고려된다.

입법자는 기본법 제14조 1항 2문의 규율범위내에서 여러 가지의 방식으로 보상

청구권(Ausgleichsanspruch)을 규정할 수 있다. 입법자는 한편으로는 그러한 종류의 청구권을 헌법상 간접적으로라도 구속되지 않고 보장할 수 있다. 이는 예컨대 행정절차법 제74조 2항 3문에서처럼 他人의 權利에 대한 不利益의 效力이 소위 “공용침해의 단계(Enteignungsschwelle)”에까지 도달하지 않은 경우 일어난다. 다른 한편으로 입법자에 대하여 보상청구권(Ausgleichsanspruch)의 보장을 헌법상 강제시키는 것은 비례의 원칙상 공적인 이유로 인하여 필요한 내용 및 한계규정이 주는 부담을 완화시키기 위하여 필요한 것이다. 그러한 유형의 사례에 있어서 보상청구권은 헌법으로부터 직접 인정되는 것은 아니다. 오히려 개별입법자는 고유의 형성영역내에서 그가 추구하는 목적이 매우 의미있다고 인정하여서 그러한 목적의 실현을 위하여는 비례의 원칙상 보상청구권을 보장하는 것을 감수하여야 하는지 여부에 관하여 스스로 결정하여야 한다. 이 경우에 입법자는 기본법 제14조 1항 2문에 의해서 그에게 일반적으로 부과되는 헌법상의 구속의 범위내에서 이러한 방법이 개별재산권자의 재산권에 대한 실질내용의 보장(Substanzgarantie)을 준수하여서도 인정되는지 여부를 심사하여야 한다.

기본법 제14조 1항 2문의 내용 및 한계규정의 범위내에서 보상청구권의 기초로서 풍치보전법 제7조 1문의 헌법합치적 해석이 모든 관점에서 최초의 입법자의 의사와 일치하지 않을 수 있다. 그렇지만 입법자가 추구하는 입법취지의 본질적인 내용을 침해하지 않는 경우에는 이것이 문제되지 않는다. 풍치보전법 제7조 1문은 그 취지와 목적에 비추어 그러한 기본법 제14조 1항의 요청에 따른 법 적용이 허용된다. 법적으로는 허용되지만 그 효력이 재산권의 존속보장에 대한 중대한 침해를 초래하는 경우에 대하여 금전에 의한 상당보상을 규정한 입법자의 목적은 정당화되는 것이다. 연방법상으로 풍치보전법 제7조 1문에 대한 헌법상 이의없는 규범내용의 가능성을 근거지을 수 있기 위하여 이로서 충분하다. 최종적인 구체화는 州法の 문제이며 따라서 상고법원의 심사대상이 되지 않는다.

2. 고등행정법원의 결정은 또다른 이유에서 정당한 것으로 인정될 수 없다.

a) ……

b) 고등행정법원(OVG)의 입장은 결과적으로 기본법 제14조 3항 1문상의 공용침해의 구성요건이 배제되는 경우에도 적용될 수 있다. 그러한 경우에는 어쨌든 공용침해와 관련된 기본법 제14조 3항 2문상의 보상규정은 문제되지 않는다. 그렇지만 고등행정법원에 의하여 행해진 확인에 기초하여 재판부는 이를 확정할 수 없다. 원칙적으로 토지의 이용을 자연 및 풍치보존을 이유로 하여 제한하는 규정은 기본법 제14조 1항 2문상의 내용 및 한계규정이다. 부담적 법적행위에 의하여 존재하

고 있는 사실적 상황이 법적 구속력 있는 것으로 확정된 경우에, 기본법 제14조 1항 2문의 사례는 항상 존재하게 된다. 연방최고법원뿐만 아니라 연방행정법원의 판례는 이를 존재하고 있는 토지의 상황구속성에 의한 재산권자의 권한에 대한 내재적인 제한의 일종으로 보고 있다. 부담적 법적행위가 이용의 종류와 방법만을 상세하게 규정한 경우에 대하여도 이는 마찬가지로 적용된다. 이러한 경우에 있어서도 이는 다만 기본법 제14조 3항 1문을 인용할 수 있는 구체적인 법적지위의 강제적 취득이 아니라, 기본법 제14조 1항 2문상의 제한으로 인정할 수 있다. 토지의 상황구속성으로부터 도출될 수 있는 재산권의 내재적 제약을 인정하는 데 있어서 대체로 지금까지의 이용과 상태(Umstand)는 이용의 유형이 과거에 이미 실현되었는지 여부에 의하여 커다란 의의를 가진다. 물론 단지 이미 행해지는 이용만이 구별기준이 될 수는 없다. 오히려 일반적으로는 토지의 상태나 속성상 객관적으로 요청되며, 법적으로 허용될 수 있는 이용가능성이 거부되거나 또는 본질적으로 제한되는지 여부가 결정적인 기준이 된다. 그에 반하여 공용침해는 부담적 법적행위를 통하여 기본법 제14조 1항 1문에 의하여 보호되는 법적 지위의 전부 또는 그 일부를 강제적으로 취득하는 경우에 존재한다. 그러한 경우에 기본법 제14조 1항 1문에 의하여 보호되는 존속보장의 법적 내용은 본질적으로 私的 効用에 의하여 그리고 재산권객체에 대한 재산권자의 원칙적인 처분권능에 의하여 정해진다. 이러한 여러 가지 사정에 근거해 볼 때 1991년에 효력이 발생하는 어업행위의 금지가 기본법 제14조 3항 1문상의 공용침해인지 여부는 지금 현재로서는 궁극적으로 결정될 수 없다. 물론 규범제정자는 그 자체로 허용되는 내용규정의 미명하에 실제로 공용침해를 규정하여서는 안된다. 상고법원이 제한적으로 조망할 수 있는 사실상태에 의할 때 어쨌든 원고에게 1968년에 계약상 귀속된 어업적 이용이 기본법 제14조 1항 1문에 의해 보호되는 법적지위를 의미한다는 것은 배제될 수 없다.