

# 獨逸 公用侵害法上の 公共福利 概念

朴 尙 熙\*

◇차 례◇

I. 序 論	1. 公用侵害에 의한 公益
II. 計劃法과 公用侵害法에 있어서의 公共福利	2. 財産權者의 財産保有의 利益
III. 公共福利에 대한 여러가지 概念 定義	3. 公共福利의 判斷을 위한 比例性 審査
IV. 衡量過程의 結果로서의 基本法 제14조 3항 1문상의 公共福利	V. 法院에 의한 統制의 範圍
	VI. 結 論

## I. 序 論

獨逸 基本法 제14조 3항 1문은 公用侵害(Enteignung)은 “公共福利를 위해서만 허용된다”고 규정하고 있다. 同 條項의 내용은 建設法典 제87조 1항과 각 州의 公用侵害法律에도 규정되어 있다. 獨逸의 學說과 判例는 財産權保障의 그밖의 구성요소와는 달리 基本法 제14조 3항 1문의 公共福利개념에 대하여는 비교적 간략하게 취급하는 경향을 보이고 있다.

본 논문에서는 이러한 公共福利라는 公用侵害要件이 실제로 문제되었던 1981년의 Bad Dürkheim 곤돌라승강장 판결과 1985년의 Boxberg 판결을 중심으로 하

\* 韓國法制研究院 研究員

여 독일에서 공공복리개념의 해석을 둘러싸고 나타나고 있는 논의에 대하여 살펴 보고자 한다<sup>1)</sup>.

## II. 計画法과 公用侵害法에 있어서의 公共福利

獨逸 基本法 제14조 3항 1문상의 공공복리를 해석하는 것이 특별히 어려운 것은 대부분의 公用侵害法이 計劃從屬的(Planakzessorisch)이라는 점에 기인한다. 대부분의 公用침해법률은 公共福利나 公的 利益을 위하여 발하여진(예: 建設法典 제1조 6, 7항; 聯邦長距離道路法 제17조 1항 2문; 耕地整理法 제37조 1항 1문) 計劃決定(地區詳細計劃, 計劃確定決定, 耕地整理計劃 등)의 실행을 목적으로 하고 있다. 그러나 計画法상의 公共福利와 公用侵害法상의 公共福利는 절차 및 효과에 있어서 다음과 같은 차이가 있다.

計劃의 경우에는 여러가지의 상이한 公·私 利益이 서로 비교형량되는 반면에<sup>2)</sup>, 公用侵害는 “두개의 서로 대립되는 이익이 교환관계적으로(Wechselsbezüglich) 병존하는, 즉 公用침해에 의한 수혜자와 이에 대립하는 公用침해관계인의 이익만<sup>3)</sup>”이 존재한다는 점에서 그 차이가 있다.

비록 계획결정과 公用침해결정은 “각각 고유의 독립된 규율”이지만<sup>4)</sup>, 양자는 상호 유기적인 관계에 있다. 聯邦憲法裁判所가 판시하였듯이 계획결정을 통하여 公用침해의 대상이 되는 토지가 확정되므로 이러한 범위 내에서 계획결정은 公用침해에 대하여 “先取效(Vorwirkung)”를 가진다<sup>5)</sup>. 따라서 公用침해법상의 공공복리는 계획결정이라는 사실상의 기초위에 판단될 수 있다. 그러나 계획결정과정에서 이러한 범위를 넘어서서 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리를 미리 확정할 수는 없다.

1) 본 논문은 A. Von Brünneck의 “Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung(NVwZ 1986, S.425ff.)”의 내용을 주로 참조하였음. 公用侵害法上 公共福利에 관한 국내문헌으로는 金南辰, 公共의 私用收用, 考試研究 1988.11; 同, 私人을 위한 公用收用, 考試研究 1987.1; 鄭然宙, 公用侵害의 허용요건으로서의 公共必要, 法律研究 1집(延世大) 1990, 155면; 宋希誠, 公用侵害와 公共必要, 現代 公法論의 研究(李葵錫 教授停年記念論文集), 1992, 343면 등이 있다.

2) 형량과정의 구조에 관하여는 BVerwGE 34,301 참조.

3) BVerwGE 66,133=NJW 1983,296.

4) BVerwGE 66,133=NJW 1983,296; Bender, DVBl 1984, S.302.

5) BVerfGE 45,297=NJW 1977,2349(Hamburg 지하철 판결); BVerfGE 56,249=NJW 1981,1257 (Bad Dürkheim 곤돌라 승강장 판결).

일반적으로 財産權保障은 계획결정과정에서도 고려되어야 한다. 그러나 이 경우에 재산권보장은 '의도하고 있는 사업계획(Vorhaben)이 기본법 제14조 1항 2문과 2항상의 財産權의 社會的 制約의 限界를 준수하였는지 여부'에 관한 관점에서만 고려되므로<sup>6)</sup>, 재산권의 강제적인 박탈(Entzug)이 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리에 상충하는지 여부의 문제는 이 경우와 구별하여 판단하여야 한다. 결국 공용침해법상의 公共福利는 계획법상의 특별한 요청에 의하여 구체화되는 것이 아니라, 이와 관계없이 재산권보장과 그밖의 헌법규정의 전체체내에서 그 고유한 법적 의의를 구현하여야 한다.

그리고 計劃法上の 公共福利가 계획행정청에 의하여 판단되고 行政法院에 의하여 사후심사되는 반면에, 공용침해법상의 공공복리는 원칙적으로 공용침해를 행하는 行政廳과 一般法院에 의하여 판단된다. 공용침해법상 고려하여야 할 관점이 미리 계획절차에서 고려될 수 있는지 여부와 그럴 경우에 있어서의 고려될 수 있는 범위에 관하여 학설과 관례는 일치된 견해를 표명하고 있지 않다.

① 聯邦行政法院은 공용침해에 있어서의 원칙은 計劃節次에서는 적용될 수 없다는 점을 원칙적으로 인정하고 있다<sup>7)</sup>. 그러나 최근에 聯邦行政法院은 공용침해법상의 요건, 특히 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리는 사업계획(Vorhaben)이 긴급하여 공용침해에 의하여 실현되어야 하는 경우에는 이미 계획절차에서 고려되어야 한다는 점을 점점 강조하는 추세에 있다<sup>8)</sup>. 그러나 聯邦行政法院은 개별적인 사례에서 공용침해의 요건이 計劃節次에서 어떠한 의의를 가지는지에 관하여 어떠한 자세한 기준을 제시하고 있지는 않다.

② 계획법상의 학설에서는 공용침해법상 고려되어야 할 관점이 계획에서 폭넓게 고려되는 것에 관하여 다음과 같은 입장을 보이고 있다. 즉, 사업계획의 내용에 영향을 미칠 수 있는, 기본법 제14조 3항 1문에 근거한 모든 반대의견은 계획절차에서 사전에 심사되어야 하며, 수용절차에서는 그밖의 사항만 고려하면 된다는 것이다<sup>9)</sup>.

학설상의 내용은 공용침해법상 실행할 수 없는 계획을 규제하고, 관계인이 기본법 제14조 3항 1문에 근거한 반대의견을 사전에 주장하는 것이 가능하다는 점에서

6) BVerwGE 47,144=NJW 1975, 841.

7) BVerwG,DÖV 1970, 64 ; BVerwGE 66,133=NJW 1983,296.

8) BVerwGE 67,74=NJW 1983, 2459(풍치보전에 관한 판결) ; BVerwGE 71, 108=NvWZ 1985, 742(Boxberg 판결).

9) Bender, DVBl 1984, S.305.

타당하다고 볼 수 있다. 공용침해법상 고려하여야 할 사항을 미리 계획절차에서 고려할 경우에는 이러한 심사는 ‘내용상’ 계획법상의 기준에 의해서가 아니라 단지 基本法 제14조 3항 1문상의 특별한 요청과 個別法의 관계조항에 의하여 행하여야 한다. 왜냐하면 計画法에 의하여 事業計劃(Vorhaben)이 허가되었다는 사실로부터 공용침해가 기본법 제14조 3항 1문의 공공복리의 요청을 충족시킨다는 점이 인정되지 않는 때문이다.

계획절차에서 미리 공용침해법상 고려하여야 할 사항을 판단하는 경우에는 공용침해법상의 공공복리는 계획법상의 공공복리에 의하여 해석하여서는 안되며, 공용침해법상의 특별한 내용은 독립적으로 판단되어야 한다. 그리고 최종적으로 공용침해가 공공복리에 상응하는지 여부의 문제에 관하여는(최소한 계획결정의 부대적 심사의 범위내에서) 오로지 수용절차에서 비로소 판단된다<sup>10)</sup>.

따라서 결론적으로 공용침해도 계획에 대한 “先取效(Vorwirkung)”를 가진다. 왜냐하면 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리의 요청을 충족시키는 계획만이 공용침해를 통한 실현을 담보할 수 있기 때문이다. 따라서 공용침해가 예상되는 경우에는 계획절차에서 미리 공용침해법상의 원칙, 특히 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리의 요청에 해당되는 원칙이 고려되어야 하는 것이다.

### III. 公共福利에 대한 여러가지의 概念定義

학설과 판례는 지금까지 공용침해법상의 공공복리의 구체화를 위한 통일적이고 상세한 기준을 제시하고 있지 않다. 따라서 이하에서는 연방행정법원과 연방헌법재판소 그리고 연방최고법원의 공공복리개념에 대한 입장을 대략적으로 살펴 보기로 한다.

① 聯邦行政法院은 애초에 ‘공용침해가 都市計劃의 실행을 위한 경우’에는 이미 공공복리의 요청을 충족시킨다는 점을 인정하였다<sup>11)</sup>. 이 견해에 의하면 계획결정의 적법성이 인정되면 공용침해의 허용성이 확보된다는 것이다. 현재의 실무에서도 이러한 입장에 의하고 있지만<sup>12)</sup>, 이러한 실무에서의 처리는 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리조항의 특별한 요청을 충족시키지 못하고 있다. 따라서 聯邦行政法院의

10) BGH, NVwZ 1983, 309.

11) BVerwGE 1, 42=NJW 1953, 525.

12) Korbmacher, DÖV 1982, S.519.

입장에 대하여 연방최고법원은 반대하고 있으며<sup>13)</sup>, Böhmer의 評釋<sup>14)</sup>과 대부분의 학설도 이러한 입장에 반대하고 있다<sup>15)</sup>.

② 聯邦憲法裁判所는 애초부터 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리를 그 근거가 되는 계획결정과 무관하게 판단하였다. 이에 의하면 공용침해는 “공적 과제의 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우”,<sup>16)</sup> 또는 “특별한 공적 이용을 위한 목적에 기여하는 경우”<sup>17)</sup>에만 허용된다는 것이다. Bohmer는 그의 評釋에서 “사업계획은 국가과제를 필연적으로 만족시켜야 한다”는 점을 지적하고 있다<sup>18)</sup> 19). 학설에서도 “특별히 중대하고 필연적인 공익”만이 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리에 상응한다는 견해가 나타나고 있다<sup>20)</sup>. 전체적으로 볼 때 공용침해를 위한 “公益의 強度(Intensität)”를 구별기준으로 삼는 이러한 접근방법에 의할 때 기본법 제14조의 존속보호적인 기능이 임의적이고 또한 매우 협소하게 평가된 공익에 의하여 ‘공허하게’ 되는 것은 방지할 수 있다.

그러나 공용침해가 어느정도 “필연적”이거나 “불가피하여야” 하는지는 이러한 접근방법에 의하여는 밝혀지지 않는다. 왜냐하면 이에 의하여는 개별적인 사례에서 事業計劃의 公的 利用與否를 판단할 내용적인 기준이 없기 때문이다. 이러한 접근방법은 基本法 제14조 3항 1문상의 공공복리를 정의하는 것이 아니라, 이를 다른 말로 묘사하는 것일 뿐이다. 따라서 공공복리를 단순히 “公益의 強度”에 의하여 정할려는 시도는 학설에 의하여 상당한 비판을 받고 있다<sup>21)</sup>.

③ 聯邦行政法院 및 聯邦憲法裁判所의 입장과 관계없이 聯邦最高法院(BGH)은 공용침해법상의 공공복리개념을 독자적으로 해석하였다. 聯邦最高法院은 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리는 단순히 계획의 실행에 있어서의 공익으로부터는 추

13) BGHZ 68,100= NJW 1977,955.

14) BVerfGE 56,249= NJW 1981,1257.

15) Münch, GG I, 3.Aufl., 1985, Art. 14 Rdnr. 80 ; Papier, in : Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdnr. 497.

16) BVerfGE 38, 175.

17) BVerfGE 66, 248.

18) BVerfGE 56, 249.

19) 이에 대하여 연방행정법원은 반대의 입장을 보이고 있다(BVerwGE 71, 108=NVwZ 1985, 746).

20) Papier, a.a. O, Rdnr. 505.

21) Breuer, DVBl 1981, S. 974 ; Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, S. 33.

론되지 않는다는 점을 전제하고 있다<sup>22)</sup>. 오히려 “계획상의 공익을 넘어서서 재산권자가 자신의 재산권을 공공복리를 위하여 포기하는 정도까지 필요하다”는 점을 聯邦最高法院은 주장하고 있다<sup>23)</sup>. 그리고 계획중속적인 公用侵害의 경우에 “공공복리를 위하여는 일정한 토지가 공용침해에 의하여 바로 현재의 시점에서 이러한 목적에 제공될 필요가 있다”는 점이 확인되어야 한다는 점을 연방최고법원은 주장하고 있다<sup>24)</sup>. 그리고 그 내용에 있어서 聯邦最高法院은 공용침해법상의 공공복리를 利益衡量에 의하여 판단하고 있다.

즉, 基本法 제14조 3항 1문상의 공공복리의 해석을 위하여는 “일반의 이익과 재산권자의 이익의 형량이 행하여져야 하는 데, 이 경우에 관계 재산권자의 이익도 충분히 인정되어야 한다”는 점을 지적하고 있다. leading case인 BGHZ 68,100판결은 공공교통시설을 위한 農地의 收用은 基本法 제14조 3항 1문상의 공공복리의 요충을 충족시키지 않는다는 결론을 내리고 있다.

즉, “광범위한 도시계획상의 개발이 가져다 주는 공익이 인정된다고 하여 이에 의하여 즉각적으로 재산권자가 그의 농지를 보유함으로써 얻는 이익에 이것이 우선하는 것은 아니다”는 것이다<sup>25)</sup>.

④ 學說에서는 오로지 기본법 제14조 3항 1문상의 公共福利는 공용침해에 의한 일반적 이익과 재산권자의 재산보유에 의한 이익사이의 형량에 의하여 구체화되어야 한다는 점을 인정하고 있다<sup>26)</sup>. 그러나 개별적인 경우에 있어서는 聯邦最高法院도 學說도 기본법 제14조 3항 1문의 공공복리개념의 확정을 위하여 衡量을 행하는 데 있어서의 보다 상세한 원칙을 제시하지 못하고 있다.

#### IV. 衡量過程의 결과로서의 基本法 제14조 3항 1문상의 公共福利

獨逸의 聯邦最高法院과 학설상의 다수설에 따르면 공용침해법상의 공공복리는 衡量에 의하여 구체화된다는 것이 확인된다. 그에 의하면 기본법 제14조 3항 1문의 공공복리의 해석은 聯邦憲法裁判所의 일반적인 기본권도그마틱내에서 행하여 진다.

22) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

23) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

24) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

25) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

26) Frenzel, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, 1978, S.68~71.

법체계상 公用侵害는 基本權으로서의 財産權에 대한 제한이다. 모든 기본권에 대한 제한과 마찬가지로 이러한 제한이 단지 기본권의 제한이 가지는 이익에 의하여 해석되어서는 안된다. 제한 자체는 오히려 “기본권의 특별한 의의라는 관점에서” 해석되어야 한다. 따라서 재산권의 강제적 취득의 원인과 법적으로 인정된 재산권자의 재산보유의 이익이 형량된 경우에 비로서 이러한 인식이 반영되었다고 볼 수 있다. 이러한 衡量에 있어서는 기본권해석에 있어서 기준이 되고 있는 연방헌법재판소의 比例의 原則이 유용한 도구가 되고 있다.

聯邦憲法裁判所에 의하여 항상 강조되고 있는 재산권보장의 存續保護的 機能과 관계하여<sup>27)</sup> 기본법 제14조 3항 1문상의 공공복리는 공용침해에 의한 公益의 強度에 의하여 뿐 아니라 헌법상 인정되는 財産實質에 대한 재산권자의 보유이익이라는 관점에 의하여 정하여 진다. 이러한 실질적인 형량을 통하여 공용침해의 경우에 있어서도 財産權保障의 존속보호적인 기능이 유지될 수 있다. 왜냐하면 이러한 衡量에 의하여 財産權者의 財産保有의 利益이 “形骸化되는 것”을 예방할 수 있기 때문이다. 동시에 實質的 衡量에 의하여 모든 財産權者의 이익을 위하여 합법적인 公的 課題의 實行이 힘들어 지는 것도 예방할 수 있다. 왜냐하면 실질적 형량에 의하여 재산권보장의 존속보호적 기능을 제한하는 것 또한 가능하기 때문이다.

공용침해법에 있어서의 여러가지 상황의 다양성으로 인하여 衡量의 내용에 있어서 개별적인 사례에 따라서 융통성있고 타당한 해결책이 제시될 수 있다. 왜냐하면 추상적이고 公益의 強度만을 구별기준으로 삼고있는 공공복리개념의 묘사와는 달리 실질적 형량에 의하여는 공용침해시 나타나는 재산권자의 이익과 일반의 이익사이의 대립을 인식하여 이를 결정의 과정에서 고려할 수 있기 때문이다.

기본법 제14조 3항 1문의 공공복리를 단지 공익의 強度에 의하여 정하고 있는 聯邦憲法裁判所와 일부 학자들은 이에 의한 恣意的인 결과를 피하기 위하여 侵害의 比例性을 補充的인 공용침해요건으로 제시하고 있다<sup>28)</sup>. 그러나 이러한 比例性의 유지는 공공복리의 판단의 범위내에 속한다. 比例의 原則은 헌법상의 위상을 가지고 있고 법치국가원리로부터 도출되었기 때문에<sup>29)</sup>, 이 원칙에 위반된 공용침해는 어떠한 경우에도 공공복리의 요청을 충족시키지 못한다. 이에 대하여 Häberle는 동 원칙의 지배하에서 공공복리는 기본권과의 대립이 아니라 단지 자유권의 고려하에서

27) BVerfGE 24, 367=NJW 1967, 309.

28) BVerfGE 24, 367=NJW 1969, 309 ; Papier, in : Maunz/Dürig, GG Art. 14, Rdnr. 507.

29) BVerfGE 19, 342=NJW 1966, 243.

헌법상에 구체화될 수 있다는 점을 지적하고 있다<sup>30)</sup>.

이러한 基本法 제14조 3항 1문의 公共福利를 판단하기 위해서는 세가지 단계가 필요하다. 첫째, 公用侵害에 의한 공익이 정하여져야 한다. 둘째, 관계인의 財產保有의 이익이 정하여져야 한다. 셋째, 양자의 관점이 適合性·必要性·협회의 比例性(相當性)의 尺度에 의하여 형량되어야 한다.

### 1. 公用侵害에 의한 公益

國家財政의 증대나 國家課題의 축소에 의한 사실상의 이익은 公用침해에 의한 공익에 해당하지 않는다는 것은 일반적으로 인정되고 있다<sup>31)</sup>. 이러한 이익은 基本法の 權限規定에 의하면 전적으로 재정헌법의 수단, 즉 조세법이나 예산을 통하여 추구되어야 한다.

계획중속적 公用침해의 경우에 그 전제가 되는 計劃이 형식적·실질적으로 적법한 경우에만 강제적인 재산권취득에 의한 공익이 인정된다. 따라서 公用침해절차에서 附帶的 統制(Inzidentkontrolle)의 방법으로 計劃의 적법성이 심사되어진다. 그러나 計劃이 적법한 경우에 이로부터 公用침해가 허용된다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 聯邦最高法院은 이와 관련하여 오히려 재산권의 강제적 취득에 의한 공익은 구체적인 시점에서 그리고 구체적인 사안에 따라서 판단되어야 한다는 점을 항상 강조하고 있다<sup>32)</sup>. 즉, 이를 위하여는 계획실현이 가져다 주는 공익(예: 신속한 교통의 제공) 뿐 아니라 이에 의하여 희생되는 공익(예: 자연보호, 풍치보전)도 고려되어야 한다는 것이다.

公用침해에 의한 공익을 판단하는 관점은 우선 그 기초가 되는 계획결정에서부터 나타난다. 이러한 점은 建設法典 제1조 6항, 耕地整理法 제1조, 37조 1,2항 등과 같은 計劃法律에서 명시적으로 인정하고 있다. 그리고 법률규정과 관계없이 사회국가원리에 의한 포괄적인 형성의 자유로부터 그밖의 공익도 公用침해를 정당화시킬 수 있다는 점이 추론된다. 聯邦行政法院은 Boxberg 판결에서 지역경제구조의 개선과 고용증대도 公用침해를 위한 관점으로서 인정하고 있다<sup>33)</sup>.

30) Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 355.

31) BVerfGE 38, 175=NJW 1975, 37; Papier, in: Maunz/Dürig, GG Art. 14, Rdnr. 498; 이에 대하여 자세한 내용은 Schmidbauer, Enteignung zugunsten Privater, 1989, S. 93f.

32) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

33) BVerwGE 71, 108=NVwZ 1985, 743.



공용침해에 의한 공익에 대립되는 공익으로서의 관점으로는 기존의 재산관계의 유지가 일반의 이익에 기여할 수 있는 경우가 있다. 이와 관련하여 Häberle는 명시적으로 “사적 재산의 유지에 의하여 나타나는 공익도 그자체를 공적인 형량과정에 포함시켜야 한다”고 주장하고 있다<sup>34)</sup>. 공용침해를 하지 않음으로서 인정되는 공익의 예로서는 山林法 제 1 조, 제 8 조, 제 41 조상의 산림의 보호, 聯邦自然保護法 제 1 - 3 조상의 자연 및 풍치보전등이 있다.

국가목적으로서의 환경보호가 州憲法上 明文化된 각주에서는 이러한 점들을 공용침해에 의한 공익의 판단을 위한 보충적인 관점으로 인정하는 추세에 있다. 그리고 법률상으로 인정되지 않더라도 사회국가원리에 의하여 정당화되는 그밖의 공익(예 : 국민의 휴양에 대한 욕구, 일정한 주거 및 농업구조의 유지)도 공용침해에 의한 공익에 대립되는 공익으로 고려할 수 있다.

이러한 강제적인 재산권박탈에 관계되는 모든 상반되는 이해관계를 고려한 공공복리의 관점을 포함하여 총체적으로 공용침해에 의한 공익이 판단되어야 한다. 이 경우에 일방적으로 하나의 관점이 우선되고 다른 관점이 무시되어서는 안된다. 그러나 Boxberg 판결에서 聯邦行政法院은 공용침해에 의한 공익이라는 관점만이 심사되었고 그밖에 공용침해에 의하여 희생되는 공익이 있는지 여부에 대하여는 심사하지 않았다<sup>35)</sup>.

## 2. 財產權者의 財產保有의 利益

公用侵害에 의한 公益에 대하여 재산권자의 財產保有의 이익이 형량되어야 한다. 이 경우에 어느 정도까지 財產權實質의 유지에 의한 이익이 법적으로 인정되는지, 즉 재산권의 강제적 취득에 의하여 재산권자에게(보상과 관계없이) 발생된 불이익을 법적으로 어떻게 평가할 것인가가 판단되어야 한다. 이 경우에도 여러가지의 결과가 나타날 수 있다. 그러나 재산권자의 재산보유의 이익을 어떻게 평가할 것인지에 대한 심리가 聯邦行政法院의 Boxberg 판결처럼 해태되어서는 안된다.

聯邦憲法裁判所는 재산권보장은 단순한 가치보장이 아니라 재산권 자체의 구체적 존속보장을 보호하는 것이라는 점을 계속하여 강조하여 왔다<sup>36)</sup>. 즉, 재산권보장의 존속보호적 기능은 공용침해에 대하여 보장되어야 하는 데<sup>37)</sup>, 그 이유는 만일 그

34) Häberle, a.a.O, S. 34.

35) BVerwGE 71, 108=NvWZ 1985, 742.

36) BVerfGE 24, 367=NJW 1969, 309 ; BVerfGE 58, 300=NJW 1982, 745.

37) 이에 대하여는 金南辰, 財產權의 가치보장과 존속보장, 월간고시 1989. 5. 참조.

렇지 않으면 이러한 기능이 재산권의 강제적인 박탈이라는 결정적인 상황에서 그 의의를 상실하기 때문이라는 것이다.

독일의 경우 과거에는 오히려 재산권자의 재산보유의 이익이 공용침해절차에서 상당하게 고려되었었다. 이미 1958년에 Carl Schmitt는 재산권보장에 관한 해석의 새로운 경향은 재산권의 구체적인 실질을 확보하는 것을 포기하고, 그 대신에 단지 일반적인 재산권(Vermögensrecht)의 주체로서의 財産權의 기능만을 인정하는 쪽으로 흐르고 있다는 점을 비판한 바 있다. Forsthoff는 다음과 같이 언급하면서 이러한 입장을 계속 발전시켰다.

“현대의 기술적 대량계획으로부터 재산권자는 실제적인 보호를 받지 못하고 있다. 왜냐하면 재산권자는 이러한 계획을 위하여 비록 그러한 침해에 대한 보상이 충분하지 않더라도 그의 재산권실질에 대한 침해를 감수해야 하기 때문이다”<sup>38)</sup>.

그 이후 도시계획, 교통기술, 산업 및 에너지경제적 목적을 위한 토지의 점증적 수요와 관련하여 “계획목적의 실현으로부터 재산권보장의 존속보호적 기능을 形骸化하지 않기 위하여 재산권자의 재산보유의 이익이 공용침해절차에서 지금까지보다 더 크게 인정되어야 한다”는 식의 실제적인 논의가 이루어졌다.

기본법 제14조의 존속보호적 기능에 대한 법적 평가에 있어서는 聯邦憲法裁判所에 의하여 계속적으로 강조되어 왔던 개인에 대한 財産權保障이라는 보호목적이 그 근거로 작용하고 있다. 재산권은 그 자체를 위하여 보호되는 것이 아니라 개인의 자유의 보장에 이바지한다는 것이다<sup>39)</sup>. 이러한 사실로부터 기본법 제14조의 존속보호적 요소는 재산권이 개인의 직접적인 자유실현에 이바지하면 할수록 더욱 더 크게 평가된다는 점이 도출된다. 즉, 개인적 이용, 특히 住居나 생계수단으로 이용되는 財産權은 기본법 제14조의 개인에 대한 보호라는 목적상 단순히 익명적인 생산수단인 재산권보다 그 존속에 있어서 더 많은 보호를 받는다. 따라서 연방헌법재판소의 共同決定判決에서의 재산권의 사회적 제약에 관한 내용<sup>40)</sup>은 공용침해에 대해서도 기초가 된다는 점이 입증된다. 연방최고법원은 이러한 의미에서 농부로서의 그의 직업적 존속에 필요한 농지를 보유함으로써 얻는 재산권자의 이익에 대하여 공용침해절차에서 특히 높은 가치를 부여하였다<sup>41)</sup>.

38) Forsthoff, in : Festgabe für Maunz, 1971, S. 96.

39) BVerfGE 24, 367=NJW 1969, 309 ; BVerfGE 50, 290=NJW 1979, 699.

40) BVerfGE 50, 290=NJW 1979,699.

41) BGHZ 68, 100=NJW 1977, 955.

### 3. 公共福利의 判斷을 위한 比例性 審査

기본법 제14조 3항 1문의 公共福利는 公用侵害에 의한 公益과 財産權者의 재산 보유의 이익간에 比例의 原則에 의한 衡量을 통하여 정하여 진다. 聯邦行政法院은 Boxberg 판결에서 公用침해법상의 공공복리의 해석에 있어서 재산권자의 이익을 고려하지 않음으로서 이러한 과제를 懈怠하였다<sup>42)</sup>.

衡量의 構造는 聯邦憲法裁判所가 모든 기본권 제한에 있어서 심사기준으로 삼고 있는<sup>43)</sup> 比例의 原則으로부터 나타난다.

① 비례성심사의 첫번째단계인 適合性(Geeignetheit)의 原則의 경우에 별다른 문제가 없다. 계획결정의 부대적 통제에 의하여 사업계획이 공익에 기여한다는 것이 입증된 경우에, 財産權者에 대한 公用侵害는 그러한 사업계획의 실행을 위한 적당한 수단이어야 한다.

공용침해가 공익의 실현을 위하여 적합하여야 한다는 원칙의 표현은 건설법전 제 87조 2항 2문에 잘 나타나 있는 데, 이에 의하면 “토지가 상당한 기간내에 규정된 목적을 위하여 사용된다”는 사실을 입증하여야 한다. 이러한 기간이 수용재결에서 정하여지지 않은 경우에는 이에 대한 위법성이 인정된다.

공용침해가 공익의 실현을 위하여 적합하여야 한다는 관념으로부터 이미 19세기에 公用침해목적의 달성되지 않은 경우에는 公用침해는 원래대로 환원되어야 한다는 원칙이 발전하였다. 이러한 소위 還買請求權은 오늘날에는 기본법 제14조로부터 직접 도출되고 있다. 개별적인 사례에 대하여 還買請求權은 건설법전 제102조, 제 103조에서 규정되어 있다.

② 보다 완화된 수단이 없기 때문에 公用침해가 공익을 위하여 ‘필요한지’ 여부에 대한 比例性審査의 두번째 단계도 별 어려움이 없다. 公用侵害法律의 公共福利條項은 명시적으로 “公用침해는 공공복리를 위하여 필요한 경우에만 허용된다”고 규정하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 보다 완화된 수단이라는 의미에서의 必要性の 原則을 公用침해의 요건으로서 특히 강조하고 있다<sup>44)</sup>. 필요성원칙에 관하여 구체적으로 개별법에서 “公用침해는 관계토지에 대한 임의적인 취득이 불가능한 경우에만 허용된다”고 규정하고 있다(건설법전 제87조 2항 1문).

42) BVerwGE 71, 108=NvWZ 1985, 742.

43) BVerfGE 61,126=NJW 1983, 559.

44) BVerfGE 24,367=NJW 1969, 309.

必要性에 대한 특별한 경우를 建設法典 제87조 1항에서 규정하고 있는 데, 이에 의하면 공용침해는 “공용침해목적이 다른 기대가능한 방법에 의하여는 달성될 수 없을 때에만 허용된다”고 한다. 이 경우에 공용침해에 의하여 달성하려는 목적이 換地나 境界調整과 같은 재산권자에게 보다 적은 희생을 가져다주는 다른 수단에 의하여 실현될 수 있는지 여부가 심사되어야 한다.

③ 법률에 규정되어 있지도 않고 학설과 판례에서도 언급되지 않았기 때문에 공용침해법상의 공공복리의 판단을 위한 비례성심사의 세번째 단계는 문제가 되고 있다. 이 경우에 공용침해에 의하여 추구하는 공익이 財產權者의 권리에 대한 침해와 ‘상당한’ 관계에 있는지 여부, 즉 재산권자의 권리에 대한 침해가 이를 통하여 얻려는 공익을 고려할 때 ‘기대가능한지’ 여부가 문제가 된다.

聯邦憲法裁判所에 의하여 발전된 재산권보장의 개인보호적 기능에 의할 때, 計劃에 의하여 추구되는 公益은 재산권이 개인적으로 많이 이용되면 될수록 그만큼 더 중요한 것이어야 한다. 거꾸로 토지가 재산권자의 개인적 자유실현을 위한 수단으로서의 의의가 적으면 적을수록 공용침해시 공익에 대한 요청은 그만큼 작아진다. 모든 임의적인 공익에 대하여 재산권의 강제적인 취득이 정당화되는 것이 아니라, 법적으로 인정된 재산권자의 존속보호이익과의 관계에서 ‘상당하게’ 의미가 있는 공익만이 정당화되는 것이다.

위에서 언급한 기준에 의한 公用侵害에 따른 公益이 매우 높게 평가된 경우에는 단지 예외적으로 재산권자의 재산보유의 이익이 인정될 수 있기 때문에 대체로 이러한 경우에는 공용침해의 허용성이 인정되게 된다. 計劃을 포기하더라도 별다른 불이익이 없거나 다른 장소에 이에 대체되는 계획을 실행하는 것이 가능한 경우 등의 예와 같이 공용침해에 의한 공익이 사소한 경우에는 재산권자의 재산보유의 이익을 상대적으로 높게 평가하여 공용침해에 대한 공공복리를 부정할 수 있다. 특히 계획된 事業計劃이 완성되더라도 이를 공적으로 이용할 수 있는지가 의심스러운 경우 또는 사업계획의 실행을 위하여 적은 범위의 토지만이 필요한 경우에는 재산권자의 재산보유의 이익을 크게 인정할 수 있다. 聯邦最高法院은 이러한 유형의 대부분에 대하여 이를 인정하고 있다.

事業計劃을 어떤 특정토지위에 실행하는 것이 비용상 매우 효과적이라는 사실에 의해서는 공용침해가 공공복리에 부합한다는 것이 인정되지 않는다.

比例性審査의 세번째 단계에서의 衡量이 중요하다는 사실을 망각해서는 안된다. 왜냐하면, 서로 관련되어 있는 이익에 대하여 직접적으로 공통적인 척도가 존재하지 않기 때문이다. 그러나 이러한 문제는 기본권해석에 있어서 모든 法益의 衡量에

있어서 나타난다. 고려하여야 할 이익의 다양성으로 인하여 공용침해법상의 공공복리의 해석에 있어서 특별히 “평가에 대한 승인행위”를 필요로 하는 데, 이를 연방헌법재판소는 재판관의 활동에 있어서의 주요과제로 보고 있다<sup>45)</sup>. 법 적용에 있어서 이러한 요청을 포기하여서는 안된다. 왜냐하면 그렇지 않은 경우에는 재산권자와 수용권자의 입장이 바뀔 수가 있기 때문이다.

## V. 法院에 의한 統制의 範圍

公用侵害法上の 公共福利의 해석에 있어서는 여러가지의 관점이 판단되어야 하고 형량되어야 하기 때문에 ‘어느 정도까지 이러한 법개념에 대하여 법원의 통제가 미치는가’ 하는 문제가 제기된다. 獨逸의 구 판례의 일부<sup>46)</sup>와 학설<sup>47)</sup>에서는 공용침해법상의 공공복리의 구체화를 위하여 행정청에 재량 및 판단의 여지가 인정된다는 견해가 있었다. 오늘날 일반적으로 인정되는 견해에 의하면 이러한 不確定法概念의 해석에 대하여 행정에 判斷의 餘地가 인정되는지 여부는 아직도 의문시 되고 있다.

聯邦行政法院은 성적평가와 勤務平定의 경우에 判斷의 餘地를 인정하고 있다. 왜냐하면 이는 반복할 수 없고 대체될 수 없는 결정에 해당하기 때문이다. 그밖에 聯邦行政法院은 일정한 委員會의 專門的 決定에 대하여 判斷의 餘地를 인정하였다. 學說에서는 오히려 判斷餘地의 광범위한 인정이 주장되고 있다. 그러나 기본법 제 19조 4항의 概括的 權利保護保障이라는 면에서 이러한 判斷餘地의 승인은 예외적인 경우에 국한하여야 할 것이다.

공용침해법상의 공공복리의 구체화에 있어서는 관계인의 재산권존속을 침해하고 따라서 기본법 제14조를 침해하는 기본권침해가 문제된다. 이를 위하여 행해지는 형량은 일정한 개인을 구속하는 것이 아니며 그밖의 이유로 인하여 해태되어서는 안되는 것이다. 법원은 스스로 공용침해법상의 공공복리를 판단하는 데 영향을 미치는 모든 관점을 고려하여 이것이 비례의 원칙에 따라 형량되었는지 여부에 대한 충분한 심사권한을 가진다. 이러한 심사에 있어서는 다른 불확정법개념의 구체화에 있어서와 같은 전문적 지식을 요하지 않는다.

이와 같이 연방헌법재판소·연방행정법원·연방최고법원의 현재의 실무에서는 일

45) BVerfGE 34, 269=NJW 1973, 1221.

46) BVerwGE 3, 332 ; BVerwGE 4, 185.

47) Maunz,in : Maunz/Dürig,Art. 14, Rdnr. 110.

치하여 기본법 제14조 3항 1문의 공공복리의 해석에 있어서 어떠한 판단의 여지도 인정되지 않으며, 이러한 不確定法概念은 法院에 의한 완전한 법적 심사의 대상이 된다는 점을 인정하고 있다. 이러한 사실과 행정청의 計劃裁量과는 무관하다. 그러나 法院은 스스로 基本法 제14조 3항상의 공공복리를 정할 수는 없다. 법원은 단지 “소극적인 관점”에서 개별적인 사례에서 공용침해법상의 공공복리의 구체적인 한계를 넘어섰는지만을 확인할 수 있을 뿐이다.

## VI. 結 論

지금까지 살펴 본 것처럼 獨逸의 경우 基本法 제14조 3항의 공공복리를 판단하기 위하여는 공용침해에 의한 公益과 財產權者의 재산보유의 이익은 상호 형량되어야 한다는 점이 일반적으로 인정되고 있다. 이경우 衡量에 있어서는 모든 기본권해석에 있어서 척도가 되고 있는 聯邦憲法裁判所의 比例의 原則이 일반적으로 승인된 도구이다.

公用侵害로 인한 公益은 社會國家原理의 포괄적인 형성의 여지와 많은 개별법규정에 의하여 나타난다. 공용침해의 배제에 의한 재산권자의 이익은 聯邦憲法裁判所에 의하여 일반적으로 승인된 財產權保障의 存續保護的 機能에 의하여 법적으로 인정된다. 기본법 제14조의 재산권은 개인의 자유보장에도 기여하므로 수용할 토지가 개인의 자유실현에 기여하는 의미가 크면 클수록 공용침해에 의한 공익은 상대적으로 더 많은 요청을 충족시키는 경우에 인정된다. 公益이 인정되더라도 基本法 제14조의 자유담보적 기능에 의할 때 공용침해목적의 실현을 위하여 公用侵害라는 수단이 적합하고, 필요하고, 상당한 경우에만 공용침해가 허용된다.