

財産權侵害類型에 대한 區別理論의 새로운 必要性

- 獨逸에서의 “補償義務있는 內容規定”에 관한 논의를 중심으로-

朴 尙 熙*

차 례

I. 問題의 提起

II. 獨逸 聯邦憲法裁判所와 聯邦最高法院의 公用侵害概念

1. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 公用侵害概念
2. 聯邦最高法院의 公用侵害概念
3. 結 語

III. 새로운 財産權侵害類型으로서의 “補償義務있는 內容規定”

IV. “補償義務있는 內容規定”과 相關한 獨逸의 判例

1. 聯邦憲法裁判所의 立場
2. 聯邦行政法院의 立場
3. 聯邦最高法院의 立場

V. 結 論

* 한국법제연구원 선임연구원, 법학박사

I. 問題의 提起

우리나라의 모든 행정법교과서들은 예외없이 보상을 요하는 公用侵害(또는 特別犧牲)와 보상을 요하지 않는 社會的 制約과의 구분에 관한 학설¹⁾을 소개하고 있다. 이러한 구분에 관한 학설은 일반적으로 손실보상의 원인으로서의 “特別犧牲”이 무엇인가를 설명하는 도구로서 사용되고 있다. 즉, 재산권의 사회적 제약의 범위를 넘어서는 손실로서 보상이 반드시 행해져야 하는 “特別犧牲”과 재산권에 내재되어 있는 일반적인 제약으로서 보상을 할 필요가 없는 “社會的 制約”을 구별하는 수단으로서 이러한 구별이론이 언급되고 있다. 그러나 구체적으로 이러한 구별이론이 어떠한 경우에 필요하고, 어떠한 영역에서 그 존재의의를 가지는지에 대한 논의는 미미한 실정이다.²⁾ 일반적으로 재산권의 사회적 제약과 공용침해와의 구별에 관한 이론은 실제로 다음과 같은 영역에서 그 존재의의를 가진다.

첫째, 區別理論은 재산권관련입법을 함에 있어서 하나의 기준으로 기능

1) 보상을 요하는 公用侵害와 보상을 요하지 않는 社會的 制約과의 구분에 관한 학설과 판례는 크게 “특별한”이라는 측면(사람의 수 등)을 강조하여 이를 구분하는 형식적 기준설과 “희생”이라는 측면을 강조하여 그 희생의 정도에 의하여 특별희생여부를 판단하는 실질적 기준설로 크게 구분된다. 형식적 기준설로는 Anshütz, Schneider 등의 개별행위설과 독일연방최고법원의 특별희생설 및 동 이론을 발전시킨 상황구속성이론 등이 있다. 그리고 실질적 기준설로는 보호가치성설(W. Jellinek), 수인한도성설(Stödter), 실질감소설(Schelcher), 사적효용설(Reinhardt), 보상가능성설(Sellmann), 그리고 독일 연방최고법원의 중대성설 등이 있다. 그러나 이러한 여러 가지 이론중 어느하나로서 이러한 문제를 해결한다는 것은 거의 불가능한 것으로 볼 수 있으므로, 정형적·사례유형별 접근방식에 의하여 문제를 해결하는 것이 타당한 것으로 보고 있다. 이에 관하여 자세한 내용은 R. Breuer, *Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau- und Eigentumsgarantie*, 1976, S. 48 ff.; 김남진, 재산권의 공용침해와 손실보상, 고시연구, 1982. 11; 박상희, 공용침해의 요건에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1993, 27면 이하.

2) 이러한 논의에 관하여 자세한 것은 김남진, 재산권의 공용침해와 손실보상, 고시연구, 1982. 11 참조.

한다. 헌법은 財産權의 내용과 한계, 보상을 요하는 公用侵害를 법률로 정하도록 하고 있다(헌법 제23조제1항제2문, 제23조제3항). 따라서 立法者는 개인의 재산권을 제한하거나 침해하는 입법을 함에 있어서 그러한 재산권침해유형이 보상을 요하지 않는 財産權의 社會的 制約에 해당하는지 아니면 보상을 요하는 公用侵害에 해당하는지를 판단하여야 한다. 만일 보상을 요하는 公用侵害에 해당된다고 판단되면, 반드시 보상에 관한 규정도 마련하여야 한다.³⁾

이와 같이 區別理論은 우선적으로 입법자가 재산권관련입법을 함에 있어서 그것이 보상의무없는 財産權의 社會的 制約의 범위내에 있는 것인지(내용 및 한계규정), 보상을 요하는 특별희생이어서 보상규정을 두어야 하는 것인지를 판단함에 있어서 하나의 기준으로서 그 존재의의를 가진다.

둘째, 區別理論은 財産權關聯法律의 위헌여부판단을 위한 기준으로 작용한다. 즉, 재산권의 침해를 규정하고 있는 법률이 재산권의 사회적 제약의 정도를 넘어서는 침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 두고 있지 않은 경우 이러한 법률은 헌법상의 附帶條項의 요청에 반하는 위헌적인 법률이 된다. 이러한 경우 법률에 의하여 財産權을 침해받고 있는 財産權者는 同法律의 위헌성을 법원에서 판단받을 수 있다. 이 경우에 재산권의 침해를 규정하고 있는 법률의 위헌여부를 판단하기 위한 도구가 財産權의 公用侵害와 社會的 制約과의 구별에 관한 각종이론이다.

셋째, 區別理論은 특히 財産權의 사회적 제약의 범위를 넘어서는 公用침해적 성격의 침해임에도 불구하고 보상규정을 두고 있지 않은 경우 관계 재산권자가 동법률의 위헌여부를 다투지 않고 손실보상을 청구한 경우에, 법원이 收用類似的 侵害理論⁴⁾을 근거로 하여 직접 보상을 선언할 것인지 여부를 판단함에 있어서 그 존재의의를 가진다고 설명하고 있다. 그러나 수용유

3) 이를 憲法上的 附帶條項(Junktimklausel)의 요청이라 한다. 이를 '동시조항', '결합조항' 또는 '불가분조항'이라 표현하는 예도 있다.

4) 이와 관련된 國內文獻으로는 金南辰, 收用類似的 財産權侵害와 補償, 考試研究, 1983.1; 同, 收用類似·收用的 侵害와 補償, 月刊考試, 1984.4; 石琮顯, 收用類似的 侵害와 收用的 侵害, 考試研究, 1984.1; 同, 收用類似侵害法理, 考試研究, 1988.3; 洪井善, 收用類似侵害補償, 月刊考試, 1992.2; 鄭然宙, 財産權保障과 收用類似侵害, 考試研究, 1991. 5.

사적 침해이론을 근거로 한 보상청구는 독일의 경우 1981년 자갈채취사건에 대한 판결⁵⁾에서 부인되었다.

동 판결이후 일반적인 판례의 태도는 이러한 문제를 기본법 제14조제3항의 公用侵害의 문제로 보지않고 기본법 제14조제1항제2문상의 재산권의 내용 및 한계규정(재산권의 사회적 제약)의 문제로 파악하는 경향을 보이고 있다.

즉, 財産權의 內容 및 限界規定의 범위를 넘어서는 재산권침해의 경우에는 이것이 기본법 제14조제3항상의 公用侵害로 그 성격이 전환되는 것이 아니라, 여전히 기본법 제14조제1항제2문의 내용 및 한계규정의 영역에 포섭되는 문제로 보고 있다. 이 경우에 聯邦憲法裁判所는 이를 위헌인 내용규정으로 보아 행정법원에 취소쟁송을 구하고 침해의 배제를 청구하는 방식으로 문제를 해결하는 입장을 보이고 있으며, 聯邦行政法院은 1990년 2월 15일의 판결⁶⁾ 이후 이러한 문제를 재산권침해의 새로운 유형인 “보상의무 있는 내용규정”의 문제로 해결하려는 태도를 취하고 있다. 그리고 연방최고법원의 경우에는 동 판결에도 불구하고 收用類似的 侵害를 근거로 한 보상청구를 계속 긍정하여 왔으나, 최근에 이러한 입장에 대하여 중대한 수정을 가한 판례가 등장하고 있다. 이는 결국 公用侵害의 개념에 대한 입장의 차이에서 출발하고 있다. 왜냐하면 공용침해의 개념을 협의의 개념으로 보느냐⁷⁾ 광의의 개념으로 보느냐⁸⁾에 따라 문제를 파악하는 입장이 달라질 수

5) BVerfGE 58, 300: 연방헌법재판소는 동 판결에서 “시민이 그에 대한 조치를 公用侵害라고 판단한 경우에도 법률상에 보상청구의 근거가 존재하는 경우에만 보상을 청구할 수 있고 이러한 근거규정이 없는 경우에는 행정법원에 행정행위의 취소(Aufhebung)를 구하여야 한다. 시민이 행정행위의 취소를 구하지 않고서 법률에 의하여 그에게 인정되지 않은 補償을 청구할 수는 없으며, 法院은 補償의 법적 근거가 없기 때문에 보상의 판결을 할 수 없다”고 하여 수용유사침해의 법리에 따르는 補償을 부인하였다.

6) BVerwGE 84, 361 = DVBl 1990, 585.

7) “공공필요에 의하여 개인의 재산권을 완전히 또는 부분적으로 강제취득하는 것”으로 정의하는 것이 이러한 협의의 공용침해개념이다. 이러한 입장에 의하면, 공용수용의 경우가 주로 이에 해당되며, 공용사용이나 공용제한의 경우는 이러한 개념정의에서 제외된다.

8) 이는 “재산권의 내용 및 한계규정 또는 그밖의 財産權의 사회적 제약의 구체화로서 인정되지 않는 高權의 侵害에 의해서 財産權으로 보호되는 법적 지위에 대하여 불이익을

있기 때문이다.

따라서 이하에서는 우선 종래 독일 연방헌법재판소와 연방최고법원이 공용침해개념에 대하여 어떠한 입장차이를 보였으며(Ⅱ), 이와 관련하여 최근에 구별이론이 그 존재의의를 가진다고 얘기되는 보상의무있는 내용규정에 대한 개념의 발전(Ⅲ), 그리고 이와 관련한 독일 연방헌법재판소와 연방최고법원 및 연방행정법원의 입장(Ⅳ)에 대하여 살펴 보기로 한다.

Ⅱ. 獨逸 聯邦憲法裁判所와 聯邦最高法院의 公用侵害概念

1. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 公用侵害概念

독일 연방헌법재판소는 公用侵害를 “일정한 공적 과제의 이행을 위하여 의도적인 高權的 법적행위에 의하여 기본법 제14조제1항제1문상의 재산적 가치있는 법적 지위를 완전히 또는 부분적으로 강제취득하는 것”으로 파악하였다.⁹⁾ 그리고 公用侵害는 행정행위에 의하여 또는 직접 法律에 의하여 행해질 수 있으므로, 공용침해인지 여부는 침해의 정도와 성질이 아니라, 침해의 형식과 목적에 의하여 판단하여야 한다고 한다. 이러한 聯邦憲法裁判所의 公用侵害概念은 정형적이고, 본질적으로 후술하는 聯邦最高法院의 公用侵害概念보다 협의의 개념이다.¹⁰⁾

따라서 獨逸聯邦憲法裁判所의 입장에 의하면 기본법 제14조제3항상의 公用侵害와 기본법 제14조제1항제2문의 내용 및 한계규정은 개념적으로 엄격히 구분된다. 그리고 財産權은 法律上的 형태를 필요로 하므로 立法者는 일반적·추상적 규율을 통하여 구체적으로 憲法上 보호되는 財産權에 속하

초래하는 경우” 이를 補償義務있는 公用侵害로 보는 입장이다. 이러한 경우에는 공용 수용의 경우 뿐 아니라 공용사용이나 공용제한의 경우에도 보상을 요하는 공용침해로 볼 수 있다.

9) BVerfGE 58, 300(자갈채취사건).

10) 聯邦最高法院은 公用侵害概念을 憲法上的 財産權制約으로 더 이상 간주할 수 없고 따라서 特別犧牲을 의미하는 모든 財産權에 대한 侵害로서 파악하고 있다.

는 것을 정하여야 하는데, 이 경우에 立法者는 자유로이 이를 정하는 것이 아니라, 比例의 原則, 信賴保護의 原則, 平等의 原則, 財産權의 本質的 內容 등을 준수하여야 한다. 결국 公用侵害는 이러한 과정을 통한 내용규정에 의하여 정하여진 財産權에 대한 강제적 취득을 의미한다고 볼 수 있다는 것이다.

그리고 내용을 정하는 규정은 그 법적 성격상 憲法上的 限界를 넘어선 경우에도 기본법 제14조제1항제2문상의 규율에 속한다고 한다. 즉, 이 경우에 公用侵害規範으로 변하는 것이 아니라, 違憲無效가 된다는 것이다.¹¹⁾ 즉, 이러한 규정에 근거한 조치는 보상의무있는 公用侵害가 아니라, 위헌무효인 法律에 근거하였기 때문에 행정법원에서 優先的 權利保護의 방식으로 다룰 수 있고, 또한 취소할 수 있는 그 자체 위법한 행위라는 것이다. 이와 같이 위헌인 내용규정은 내용규정과 공용침해이외의 제3의 유형에 해당한다고 보고 있다. 즉 獨逸聯邦憲法裁判所의 재산권에 대한 침해에 대한 입장은 내용을 정하는 法律에 근거한 財産權에 대한 侵害,¹²⁾ 위헌인 內容規定法律에 근거한 財産權에 대한 侵害,¹³⁾ 公用侵害法律에 근거한 財産權에 대한 侵害¹⁴⁾의 세가지 유형으로 구분할 수 있다.

따라서 독일 연방헌법재판소의 공용침해개념에 의할 경우 지금까지 기본법 제14조제3항상의 公用侵害와 기본법 제14조제1항제2문상의 財産權制約사이의 구분을 위하여 인용된 特別犧牲說, 重大性說, 期待可能性說 등의 구별기준에 관한 학설은 그 존재의의를 상실하였다고 볼 수 있다.

2. 聯邦最高法院의 公用侵害概念

獨逸 聯邦最高法院은 獨逸 聯邦憲法裁判所의 입장과는 달리 광의의 공용침해개념을 취하여왔다. 즉, 연방최고법원은 재산권의 내용 및 한계규정 또는 그밖의 財産權의 사회적 제약의 구체화로서 인정되지 않는 高權的 侵害에 의해서 財産權으로 보호되는 법적 지위에 대하여 불이익을 초래하는

11) BVerfGE 58, 300.

12) 이는 적법하며 보상없이 수인하여야 한다.

13) 이는 위법하므로 관계인은 收用補償을 제공받는 것이 아니라, 侵害에 대한 배제와 권리쟁송을 통한 취소를 행할 수 있다.

14) 이는 적법하지만, 補償請求權이 인정된다.

경우에는 보상의무있는 公用侵害의 구성요건이 존재한다는 것이다.¹⁵⁾ 聯邦最高法院이 이러한 廣의의 公用侵害概念을 채택한 근거는 기본법 제14조제3항이 아니라 기본법 제14조제1항의 포괄적인 財産權保護條項이다. 즉, 聯邦最高法院은 보상의무를 이러한 기본법 제14조의 財産權保障의 전체규정에서 차용하고 있다. 이러한 廣의의 公用侵害概念에 입각하여 聯邦最高法院은 公用 침해, 수용유사적 침해, 그리고 수용적 침해를 구분하였다. 이 경우에 收用類似的 및 收用的 侵害는 연방헌법재판소의 협의의 정형화된 公用 침해개념에 속하지 않으므로 이를 기본법 제14조제3항상의 公用 侵害概念으로부터 분리시켜 그 법적 기초를 프로이센 一般國法 序章 제74조, 제75조의 일반적 희생원칙에서 찾고 있다.

이러한 聯邦最高法院의 판례에 의하면 헌법상 허용된 한계를 넘어선 내용 및 한계규정 또는 財産權의 사회적 제약으로 더 이상 인정될 수 없는 公권적 조치는 公用侵害로 인정될 수 있었다.

3. 結語

公用侵害의 概念에 관하여 獨逸 聯邦憲法裁判所와 聯邦最高法院이 입장 차이를 보이는 것은 서로 문제에 대한 접근방식을 달리하고 있기 때문이다. 즉, 聯邦憲法裁判所는 公用侵害의 개념을 財産權에 대한 위헌적인 侵害의 억제에 중점을 두어 파악하고 있는 반면에, 聯邦最高法院의 경우에는 행하여진 侵害에 대한 補償에 중점을 두어 公用侵害의 개념을 파악하고 있다. 獨逸 聯邦憲法裁判所는 法律이 기본법 제14조에 부합하는지 여부에 관한 憲法上的의 판단은 聯邦憲法裁判所의 관할사항이므로 公用侵害概念의 정형화를 통하여 聯邦最高法院이 특별한 法律上的 근거없이도 補償을 인정한 판례의 입장을 부인하였다. 따라서 聯邦最高法院은 聯邦憲法裁判所의 입장과 관계없이 독자적으로 法律의 위헌성을 판단할 수 없게 되었다.

그러나 독일의 경우 아직까지 이러한 연방헌법재판소의 협의의 公用侵害概念에 따라 실정법이 정비되어 있지는 않다. 재산권침해와 관련한 최근의 입법경향은 재산권의 침해유형이 내용 및 한계규정인지 公用 침해인지 불

15) BGHZ 54, 293 = NJW 1971, 133.

분명한 경우 補完的 補償規定(백지형식에 의한 보상규정; salvatorische Entschädigungsklausel)에 의하여 문제를 해결하려는 경향을 보이고 있다. 예컨대, “이 법률에 근거한 어떤 조치가 공용침해를 의미하는 경우에는 금전에 의한 보상이 제공되어야 한다”고 규정한 것이 이러한 예에 속한다.¹⁶⁾

獨逸 聯邦憲法裁判所의 公用侵害概念에 의할 경우 公用侵害가 존재하는지 여부의 문제가 特別犧牲說, 重大性說, 期待可能性說 등의 구별이론에 의하여가 아니라, 전적으로 立法者의 의지에 의하여 결정되기 때문에 公用侵害와 社會的 制約의 전통적인 구별이론은 그 존재의의를 잃어 버렸다고 할 수 있다.

그러나 연방최고법원의 입장에 의하면 기존의 구별이론은 여전히 法院이 計画法, 建設法, 環境關係法 등에서 財產權制限의 중요한 法源이 되고 있는 法律下位規範에 대하여 比例의 原則에 따라 그 합헌성을 심사해야 하는 경우에 대하여 그 적용영역을 가진다고 보고 있다.

특히 “異形的이고 예상하지 않은 부당한 부담”에 해당하는 財產權侵害의 경우 獨逸 聯邦憲法裁判所의 公用侵害概念에 의하면, 立法者의 意思가 반영되어있지 않기 때문에 위헌적인 내용규정으로서 간주하였으나, 獨逸 聯邦最高法院은 異形的인 違憲의 內容規定의 경우에 收用類似的 侵害로 인한 補償請求權을 보장하여 왔으며, 이러한 맥락에서도 구분이론은 그 전통적 의의를 간직하고 있다고 보았다. 왜냐하면 이형적인 경우, 즉 特別犧牲이 존재하는지 여부의 문제는 구별이론에 의하여 발전된 기준에 의해서만 확인 될 수 있기 때문이라는 것이다.

이러한 “異形的이고 예상하지 않은 부당한 부담”에 해당하는 財產權侵害의 경우에 대하여 독일 연방헌법재판소의 의무납본판결¹⁷⁾ 이후 보상의무있는 내용규정의 문제로 이를 파악하려는 경향을 보이고 있으므로, 이하에서는 보상의무있는 내용규정에 관한 독일에서의 논의와 이와 관련한 최근의

16) 이러한 예의 규정형식을 취한 독일 법률의 예로는 수질보전법 제19조제1항, 교통안전법 제26조제3항, 경제안정법 제20조제1항 등이 있다. ; 이에 관하여 자세한 내용은 Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen im Enteignungsrecht, 1980, S.7f; Olivet, DÖV 1985, S.697ff.

17) BVerfGE 58, 137.

연방헌법재판소와 연방행정법원 및 연방최고법원의 입장에 대하여 살펴 보기로 한다.

Ⅲ. 새로운 財産權侵害類型으로서의 “補償義務있는 內容規定”

입법자가 재산권에 대한 침해를 규정함에 있어서 일반적 추상적 형식에 있어서는 이를 재산권의 사회적 제약에 해당하는 내용 및 한계규정으로 규율하는 것이 별다른 문제가 없으나 구체적·개별적인 경우에 있어서의 특별한 상황하에서는 내용규정의 한계를 유월하는 사례유형이 문제가 될 수 있는 바, 이것이 “보상의무있는 내용규정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)”¹⁸⁾의 문제이다.

補償義務있는 內容規定이란 財産權에 대한 내용 및 한계규정이 개별 財産權者에 대하여 지나친 부담을 야기하기 때문에 그 자체 비례의 원칙에 반하는 위헌적 성격을 띠는 경우에 財政的 補償(finanzielle Ausgleich)을 통하여 비례의 원칙에의 위반가능성 및 위헌가능성을 해소하는 財産權制限類型을 말한다.

이러한 補償義務있는 內容規定은 한편으로는 공익을 위하여 필요한 財産權制限의 목적을 달성하고 다른 한편으로는 이로부터 야기되는 관계 財産權者에 대한 가혹한 부담(Härte)을 금전적 보상을 통하여 조정하는 것을 목적으로 한다.¹⁹⁾ 물론 이러한 새로운 財産權制限類型은 사실상의 관점에서 볼 때 문제가 되는 내용규정이 실제로 공익상의 목적을 위하여 필요하고, 형식적 관점에서 立法者가 이에 대한 규정을 둔 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다. 따라서 법원은 그러한 규정이 존재하는 경우에만 재정적 補償을 보장

18) 여기에서의 “보상(Ausgleich)”이란 정책적·조절적 보상의 의미이므로 공용침해의 경우에 있어서의 “보상(Entschädigung)”과는 다소 차이가 있다.

19) Schulze = Osterloh, Entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, NJW 1981, S.2537ff.; Kleinlein, Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung-eine Alternative zur Enteignung?, DVBl. 1991, S.365ff.

할 수 있으며, 만일 이러한 규정이 없다면 그러한 내용규정은 위헌이 된다.

補償義務있는 內容規定의 예가 전형화될 수 있다면, 이러한 방식에 의하여 할 것이다. 그러나 예외적인 경우를 전형화할 수는 없다는 점을 고려하여야 한다는 문제가 있다. 따라서 입법자는 이러한 경우에 대하여 가능한 보완적 불가분조항(白紙形式의 補償規定)에 의하여 문제를 해결하는 경향이 있다. 즉, 입법실무에서는 새로운 법률을 제정할 때 재산권의 사회적 제약인지 공용침해인지 여부에 대한 판단을 최종적으로 재판관에게 넘기는, 엄격히 말하여 憲法上的 附帶條項의 요청을 무시하는 白紙形式(Blankoformeln)의 보상규정을 두는 입법방식을 취하는 경우가 많다. 예컨대, 몇몇 법률에서 “이 법률에 근거한 어떤 조치가 공용침해를 의미하는 경우에는 금전에 의한 보상이 제공되어야 한다”고 규정한 것이 이러한 예에 속한다. 그러나 지금까지 이러한 입법방식은 재산권에 대한 내용규정이 재산권자가 더이상 감수할 수 없을 정도로 지나쳐서 사실상 公用侵害를 의미하는 경우에만 인정될 수 있는 것으로 보아왔다. 왜냐하면, 公用侵害가 부인되는 경우에는 위헌적인 내용규정일 뿐이기 때문이라는 것이다. 그러나 최근에는 재산권에 대한 내용규정이 재산권자가 더이상 감수할 수 없을 정도로 지나쳐서 사실상 公用侵害를 의미하는 경우에도 이는 공용침해로 전환되는 것이 아니라, 여전히 재산권의 내용규정, 즉 보상의무있는 내용규정으로 보는 것이 독일판례의 일반적인 경향이다.

따라서 이하에서는 公用侵害와 補償義務없는 내용규정이외에 제3의 財產權制限의 유형으로서 논의되고 있는 이러한 補償義務있는 內容規定에 대하여 獨逸의 판례에서 나타나고 있는 논의를 중심으로 살펴 보기로 한다.

IV. “補償義務있는 內容規定”과 관련한 獨逸의 判例

1. 聯邦憲法裁判所의 立場

가. 義務納本判決(Pflichtexemplar-Entscheidung)

보상의무있는 내용규정이 최초로 문제화된 獨逸 聯邦憲法裁判所의 판례

로는 의무납본판결(Pflichtexemplar-Entscheidung)²⁰⁾이 있다. 의무납본판결은 비록 그 이전에도 이와 유사한 聯邦憲法裁判所 판례가 존재하지만, 補償義務있는 內容規定의 출생시점으로 묘사되고 있다. 판결의 대상은 州法上으로 규정된 '모든 출판물의 국립도서관에의 증정본납본에 대한 발행인의 의무'에 대한 것이다. 聯邦憲法裁判所는 동 규정을 公用侵害가 아니라 基本法 제14조제1항제2문상의 내용규정으로 간주하였다.

聯邦憲法裁判所가 公用侵害의 존재를 부인한 근거는 基本法 제14조에 대한 판결의 예에서 잘 나타나 있다. 이에 따르면, "基本法 제14조제1항제1문의 존속보장과 基本法 제14조제3항상의 公用侵害는 보충적 관계에 있다. 즉, 公用侵害의 대상은 基本法 제14조제1항제1문에 의하여 보장되는 법적 지위만이다. 公用侵害는 그러한 법적 지위에 대한 국가적 침해행위이다. 公用侵害는 관계인이 소지하고 있는 구체적인 財産權의 전부 또는 그 일부에 대한 강제적인 취득을 목적으로 한다. 이미 일정한 부담이 내재하고 있는 財産權은 이러한 부담의 범위내에서는 基本法 제14조제1항제1문에 의한 보호를 받지 못한다. 따라서 증정본납본에 대한 부담에 의하여는 애초에 존재하고 있는 법적 지위가 박탈되는 것이 아니라, 단지 이미 존재하고 있는 부담이 현실화되는 것일 뿐이다. 따라서 이경우에 公用侵害는 부인된다"는 것이다.²¹⁾

그러나, 연방헌법재판소는 출판물의 발행인에 대하여 부과된 의무납본 제공의무가 구체적·개별적인 사례에서 그 대상이 되는 출판물이 엄청난 비용을 들여 매우 적은 분량의 책만을 발행한 경우에는 그 상황이 다르므로 이러한 경우에 대하여 이를 단순히 재산권의 사회적 제약으로 보는 것은 문제가 있다고 보았다. 따라서 獨逸 聯邦憲法裁判所는 이러한 경우에 있어서의 無償의 義務納本提供은 比例의 原則과 出版財産權의 수인가능한 내용적 한계의 범위를 넘어선 것이라고 판시하여 보상의무있는 내용규정의 문제를 최초로 제기하였다.²²⁾

20) BVerfGE 58, 137.

21) BVerfGE 58, 137.

22) BVerfGE 58, 137.

나. 最近의 立場

이러한 연방헌법재판소의 입장은 그 이후 새로운 판례에 의하여 지지를 받지 못하였으며, 따라서 동 관념은 연방헌법재판소에 의하여는 부인된다고 볼 수 있다. 연방헌법재판소는 내용을 정하는 규정은 그 법적 성격상 憲法上의 限界를 넘어선 경우에도 기본법 제14조제1항제2문상의 규율에 속한다고 한다. 즉, 이 경우에 公用侵害規範으로 변하는 것이 아니라, 違憲無效가 된다는 것이다.²³⁾ 즉, 이러한 규정에 근거한 조치는 補償義務있는 公用侵害가 아니라, 위헌무효인 法律에 근거하였기 때문에 행정법원에서 優先的 權利保護의 방식으로 다룰 수 있고, 또한 취소할 수 있는 그 자체 위법한 행위라는 것이다. 이와 같이 違憲인 內容規定은 內容規定과 公用侵害이외의 제3의 유형에 해당한다고 보고 있다.

2. 聯邦行政法院의 立場

가. 1990년 2월 15일의 判決

보상의무있는 내용규정의 허용여부에 관하여 문제가 된 독일연방행정법원의 판결로는 Nordrhein - Westfalen 풍치보전법(Landschaftsgesetz) 제7조제1문상의 “이 법률에 의한 처분이 공용침해적 성격을 띠는 경우에는 관계인이 금전에 의한 상당보상을 청구할 수 있다”는 조항의 위헌여부가 문제된 1990년 2월 15일의 판결이 있다.²⁴⁾ 동 판결에서 聯邦行政法院은 公用侵害法上의 여러가지 문제에 관하여 동 법원의 원칙적인 입장을 밝혔다. 이에 따르면 聯邦行政法院은 聯邦憲法裁判所가 지금까지 결정을 유보하고 있는 ‘白紙形式의 補償規定이 基本法 제14조제3항제2문의 요청에 부합하지 않는지의 문제’에 대하여 명시적으로 부정적인 입장을 취하였다. 그에 따라 聯邦行政法院은 이러한 규정형식을 公用侵害와 補償에 대한 충분한 法律上의 근거로서 간주하고 있는 聯邦最高法院의 입장에 대하여 명백한 반대의

23) BVerfGE 58, 300.

24) BVerwGE 84, 361 = DVBl 1990, 585.

태도를 보였다. 물론 聯邦行政法院도 同 判決에서 關係補償規定이 위헌이라는 결론을 취하지는 않았다. 聯邦行政法院은 오히려 동 규정을 최소한 경과기간동안은 憲法合致的 解釋의 방식으로 基本法 제14조제1항제2문에 따라 '補償義務있는 內容規定'으로 간주할 수 있다고 판시하였다.

이러한 聯邦行政法院의 判旨는 基本法 제14조의 적용에 있어서 판례가 처한 딜레마를 표현하고 있는 것이다. 聯邦行政法院은 한편으로 이미 聯邦憲法裁判所의 판례에서의 '基本法 제14조제3항의 公用侵害의 요건에 대한 매우 엄격한 해석'의 경향을 강화하였으나, 다른 한편으로 聯邦行政法院은 이러한 제한적 해석으로 나타나는 결과에 대하여는 基本法 제14조제1항제2문의 일반규정에 근거하여 補償義務있는 內容規定이라는 법도그마틱에 의하여 이를 완화시키는 것이 필요하다고 보고 있다. 즉, 聯邦行政法院은 白紙形式의 補償規定이 지니는 위헌적인 요소에 대하여 補償義務있는 內容規定이라는 財産權制限의 새로운 유형을 그 해결책으로 제시하였다.

나. 1993년 6월 23일의 判決

1993년 6월 23일의 새로운 판례²⁵⁾에서 연방행정법원은 公用侵害의 개념을 매우 정형화시켜 협의로 파악하는 연방헌법재판소의 입장을 매우 엄격하게 유지하기 위하여 노력하였다. 연방행정법원의 새로운 판결에서는 財産權者에게 매우 중대한 침해를 야기하는 자연보호법이 문제되었다. 동법은 재산권자에 대하여 광범위하게 그의 연안토지를 자유롭게 이용하는 것을, 특히 거기에서 해수욕을 하거나 야영을 하거나 요트를 하는 것을 금지하였다. 결국 재산권자에게는 단지 일년중 얼마간의 건조수확기에 있어서의 목초지로서의 농경지적 이용만이 가능하게 되었다.

따라서 재산권자는 바이에른 自然保護法 제36조제1항에 따라 토지의 補償附 買受를 청구하였다.

연방행정법원은 소송의 허용성과 관련하여 自然保護法上的의 조치를 公用侵害가 아니라,²⁶⁾ 내용 및 한계를 정하는 조치로 보았다.

25) BVerwG, 24.6.1993 -7 C 26/92 = DVBl 1993.1141.

26) 공용침해라면 기본법 제14조제3항에 의하여 민사법원에서 관할권을 가진다.

즉, 이용을 제한하는 自然保護措置는 원칙적으로 재산권의 내용 및 한계 규정이며, 이러한 조치는 토지의 “상황”에 따른 일종의 내재적인, 즉 토지 자체에 귀속된 재산권능의 제한일 뿐 이라는 것이다.²⁷⁾ 이는 첫째, 이용제한이 기본법 제14조제1항제2문상의 의미에서 법률로부터 직접적으로 행해지는 것이 아니라, “그밖의 법적행위에 의한 구체적인 실현”으로 이루어지는 경우에도, 둘째, 개별적인 사례에서 기본법 제14조제1항에 의하여 보호되는 법적 지위에 대하여 침해하는 경우에도 마찬가지인 것이다. 특히 이러한 후자의 경우에 오히려 “보상의무있는 내용규정”에 해당한다. 달리 말하면, 내용 및 한계규정은 언제나 내용 및 한계규정이며, 이것이 결코 公用侵害로 전환되지 않는다는 것이다.²⁸⁾ 그리고 이러한 조치는 기본법 제14조제1항상의 의미에서 법률이 구체적으로 집행된 경우에도 내용 및 한계규정에 해당되며, 그러한 집행에 의하여 구체적인 법적 지위의 “박탈”이 되는 경우에도, 즉 내용규정의 제로화 내지 權利의 空洞化에 이르는 이용권박탈의 경우에도 이는 내용 및 한계규정에 해당된다는 것이다.²⁹⁾

이러한 연방행정법원의 입장은 재산권의 내용 및 한계규정을 “立法者에 의한 권리와 의무의 일반적 추상적 확정”으로 개념정의하고, 公用侵害를 “구체적 주관적 법적 지위에 대한 박탈”로 개념정의하는 연방헌법재판소의 입장과 상반된다고 볼 수 있다. 그러나 연방행정법원 스스로는 동 법원의 입장이 연방헌법재판소의 공용침해개념과 본질적으로 충돌하는 것이 아니라 약간의 내용상의 차이만이 있을 뿐이라고 보고 있다.³⁰⁾

다. 結 語

연방행정법원의 판례의 입장은 결론적으로 내용 및 한계를 정하는 법률에 대한 집행행위가 비록 재산권으로 보호되는 법적 지위에 대한 침해를 야기하는 경우에도 기본법 제14조제3항의 公用侵害가 되는 것이 아니라, 재산권의 내용 및 한계규정으로 머무를 뿐이라는 것이다. 즉, 내용 및 한계를

27) BVerwG, 24.6.1993 -7 C 26/92 = DVBl 1993.1141.

28) BVerwG, 24.6.1993 -7 C 26/92 = DVBl 1993.1141.

29) BVerwG, 24.6.1993, NVwZ 1993, 772.

30) Lege, Wohin mit den Schwellentheorien?, JZ 1994, S. 436 f.

정하는 법률의 집행이 비록 財産權者의 구체적이고 개별적인 법적 지위를 침해하고 그것이 재산권자에게 매우 중대한 침해가 될지라도 결코 공용침해로 전환되는 것이 아니라는 것이다. 다만 연방헌법재판소는 그러한 경우에 이를 규율하는 법률을 위헌으로 보나, 연방행정법원은 이러한 경우를 보상의무있는 내용규정에 해당되는 것으로 보고 있다.³¹⁾

3. 聯邦最高法院의 立場

가. 判例의 概要

1992년 12월 17일의 연방최고법원의 판결³²⁾에서 문제된 것은 文化財保護를 위하여 개별 재산권자의 이용을 제한하는 조치에 대하여 Nordrhein - Westfalen 문화재보호법 제31조가 財産權者의 買收請求權을 인정하고 있는 바, 이에 대하여 연방최고법원은 종래의 입장과는 달리 이를 공용침해로 보지 않고, 재산권의 내용규정, 특히 보상의무있는 내용규정의 문제로 파악하였다. 동 판결은 이용제한의 경우에도 공용침해개념을 인정하는 광의의 공용침해개념을 채택하고 있는 기존의 연방최고법원의 입장에 대한 중대한 수정을 가한 것이며, 기존의 공용침해와 사회적 제약과의 구별이론의 존재의의를 근본적으로 부정할 수 있는 중요한 판례의 변화이다. 이러한 판례의 입장은 "Saal 自然保護法상의 보상부 매수"에 관한 판결에서도 이어졌다.³³⁾ 따라서 이에 대하여 이러한 연방최고법원의 판례의 논지를 살펴 보기로 한다.

나. 內容 및 限界規定과 公用侵害와의 區分

새로운 연방최고법원판례의 가장 중요한 입장으로서 "연방최고법원이 기본법 제14조제1항제2문상의 내용규정을 기본법 제14조제3항상의 공용침해와 원칙적으로 더이상 중대성, 특별희생, 기대가능성, 사회적 제약의

31) Lege, a.a.O., S. 436 f.

32) BGHZ 121, 73 = DVBl. 1993, 430.

33) BGHZ 121, 328 = NJW 1993, 2095.

유월 등과 같은 구별이론에 의하여 구별하고 있지 않다”는 점이다. 이는 내용을 정하는 법률을 집행하는 경우에도 적용되는 바, 이 경우 내용 및 한계를 정하는 법률의 집행은 기본법 제14조제3항상의 公用侵害라는 의미에서의 “공용침해적” 효력을 가지는 것은 아니라는 것이다. 그와 함께 연방최고법원은 광의의 공용침해개념에 근거한 오랫동안의 그 자신의 판례의 입장을 포기하고 이제는 연방헌법재판소의 區別理論을 따르고 있다. 이러한 맥락에서 오랫동안 유지되었던 구별이론은 원칙적으로 종말을 고하였다고 볼 수 있다.³⁴⁾

비록 연방최고법원이 스스로 거의 인식하고 있지 않지만 이러한 판례의 변화와 함께 많은 문제가 야기되었다. 여기에서 주의하여야 할 점은 첫째, 연방최고법원은 이미 몇가지 사례에서 기존의 원칙을 결과적으로 적용하지 않고 이를 거부하였다는 점이며, 둘째, 새로운 입장을 통하여 “오래되었으나, 훌륭한” 구별이론이 폐기된 것이 아니라, 다른 맥락에서 그 정당성을 유지하고 있다는 점이다.³⁵⁾

다. 聯邦最高法院의 立場의 예외적인 경우

(“재산권자에 대한 매우 중대한 침해”의 경우)

“Saal 자연보호법상의 보상부 매수”에 관한 판결³⁶⁾에서 연방최고법원은 自然保護의 목적과 같은 기본법 제14조제1항제2문의 범위내에서 재산권자의 이용권한을 약화시키는 조치를 재산권자에 대한 매우 중대한 침해로서 이러한 경우에는 이를 소위 “보상의무있는 내용규정”으로 간주할 수 없으며, 이러한 경우에는 “허용할 수 없는 내용규정”이라 하여 재산권의 내용 및 한계규정에 대한 개념에 있어서 예외를 인정하였다. 그러한 “매우 중대한 침해”의 경우는 무엇보다도 내용규정이 재산권자에게 사적인 이용가능성을 더이상 허용하지 않는 경우에 존재한다. 즉, 사실상 바로 “내용규정의 제로화”에 따라 재산권자에게 名目뿐인 권리(nudum ius)만이 남아있을 정도로 권리가 無價値化되는 경우에는 보상의무있는 내용규정이 아니라,

34) Lege, Wohin mit den Schwellentheorien?, JZ 1994, S. 436 f.

35) Lege, a.a.O., S. 436 f.

36) BGHZ 121, 328.

공용침해에 해당한다고 하고 있다. 즉, 연방최고법원은 이러한 경우에 대하여는 기존의 광의의 공용침해개념을 인정하는 동 법원의 입장을 유지하였다.³⁷⁾ 그러나 이 판례는 다음과 같은 점에서 문제를 야기하고 있다.

첫째, 이 판례는 공용침해와 내용 및 한계규정과의 명확한 구분을 또다시 불명확하게 하고 있다. 즉, “매우 중대한 침해”의 경우에 대하여 예외를 인정함으로써 공용침해개념에 대하여 기존의 입장처럼 협의의 개념과 광의의 개념 모두를 인정하는 결과를 초래하고 있다.³⁸⁾

둘째, 연방최고법원이 財産權의 利用權限이 개별법에 의한 조치에 의하여 사실상 “權利가 無價値化” 되는 정도로까지 제한되는 경우에 대하여 자연보호법 제37조제3항제1, 2문에 따라 즉시 행정청은 토지를 보상부로 취득할 권리를 가진다고 판시하였으나,³⁹⁾ 이러한 請求權은 同 法院의 판례의 논지처럼 “매우 중대한 침해”의 경우로서 부정하여야 할 것이며, 그 대신에 문제가 되는 조치의 不許容 또는 無效에 대하여 판단하는 것이 필요하다.

이러한 점에서 이러한 구별이론에 대한 예외를 인정하고 있는 “허용할 수 없는 내용규정”에 관한 연방최고법원의 판례는 문제가 있다.

결론적으로 연방최고법원의 입장에 의할 때 “기존의” 구별이론이 그 정당성을 상실한 것은 아니며, 다만 소위 “보상의 의무있는” 내용규정과 “보상의무없는” 내용규정과의 구별에 있어서 특히 그 의미를 가진다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾

라. 財産權의 內容 및 限界規定의 경우에 있어서의 補償

새로운 연방최고법원의 판례의 두번째 중요한 원칙은 개별적인 사례에서 내용 및 한계를 정하는 법률의 적용이 이전의 구별이론에 의할 때 “공용침해적” 효력을 야기하는, 즉 기대불가능하고 중대하며 불평등하게 부담을

37) BGHZ 121, 328.

38) Lege, a.a.O., S. 432 f.

39) BGHZ 121, 328.

40) 이 경우 물론 이러한 구분은 우선적으로 입법자의 소관사항이며 이것이 헌법재판소의 통제의 대상이지, 직접적으로 민사법원에 의하여 고쳐져야 하는 것은 아니라는 점을 주의하여야 한다.

주는 특별희생을 야기하거나 사회적 제약을 넘어서는 결과를 야기하는 경우에 그에 대하여 보상(Ausgleich)이 보장되어야 한다는 것이다.

특히 침해의 근거가 되는 내용을 정하는 법률이 헌법에 합치하지 않는 경우(보상의무있는 내용규정), 보상이 보장되어야 한다는 것은 필연적이다. 연방최고법원은 명시적으로 義務納本判決⁴¹⁾을 근거로 하고 있는 바, 물론 연방최고법원이 그러한 補償請求權이 법률상의 근거를 필요로 하지, 법원의 판결로서 승인될 것이 아니라는 점에 대하여는 이를 명백히 밝히고 있지 않다.

a) 個別法上 補償規定이 規定된 경우

재산권의 내용규정에 관한 연방최고법원의 새로운 결정은 재산권자에게 내용규정이 지나치게 부담을 주는 경우에 대하여 개별법상에 補償請求權을 규정하고 있는 경우에 대하여 적용된다. 예컨대, “地形文化財 C.U.T” 사건에서 文化財保護를 위하여 필요한 토지의 소유자에게 Nordrhein - Westfalen 문화재보호법 제31조에 의한 보상청구권(보상부 토지매수)이 인정되는지 여부에 대하여 심사한 것이 그러하다. 이 경우 어쨌든 州法상의 보상규정(자연보호의 영역)이 존재하고 있으나, 이러한 경우에도 다음과 같은 법적 문제가 제기되었다.

“Saal 자연보호법상 보상부 매수”에 관한 판결⁴²⁾에서 우선 법률이 “공용침해적” 조치, 즉 “공용침해를 의미하거나 그와 동일시될 수 있는 조치”에 대하여 보상을 규정하고 있는 바, 그러한 법률이 기본법 제14조제1항제2문상의 補償規定(Ausgleichsregelung)으로서 충족되는지 여부의 문제가 제기되었다. 이 문제에 대하여 연방최고법원은 소위 “허용되는 법적 수단의 표시상의 착오는 유효하다”(falsa demonstratio non nocet)는 원칙에 의하여 “법률상의 표현은 명백히 연방헌법재판소의 자갈채취판결이전부터 관례화된 표현(이러한 표현은 이제 연방최고법원도 포기하였다)을 따르고 있다. Saal 자연보호법 제37조상의 ‘공용침해적’ 효력이란 결과적으로

41) BVerfGE 58, 137.

42) BGHZ 121, 328.

내용 및 한계를 정하는 법률의 집행에 의하여 지나친 부담을 초래하는 것, 즉 새로운 용어인 '보상의무있는 내용규정'에 해당하는 것도 포함하는 의미이다"라고 판시하고 있다.⁴³⁾

두번째로 위의 판결에서 보상의무있는 경우와 의무없는 경우를 어떻게 구분하여야 하는가의 문제가 제기되었는 바, 이러한 문제는 "모래채취" 판결⁴⁴⁾에서도 제기되었다. 후자의 판결에서는 財産權者의 利用權이 財産權의 社會的 制約을 넘어서는 정도로 침해되는 경우에 대하여 재산권자에게 補償請求權을 인정하고 있는 Nordrhein - Westfalen 자연보호법 제50조제1항이 근거법규가 되었다. 이러한 보상규범의 해석과 관련하여 연방최고법원은 보상의무있는 경우와 의무없는 경우에 대한 구별기준으로 기존의 구별이론중 두 가지 기준, 즉 財産權의 "狀況拘束性"과 "公共福利도 고려할 수 있고 그의 土地의 狀態와 環境影響을 고려하여 일정한 형태의 이용을 자발적으로 제한할 수 있는, 이성있고 통찰력있는 財産權者"라는 기준을 고집하였다.⁴⁵⁾

이러한 입장은 정당한 것으로 평가할 수 있다. 즉, "보상의무있는 내용규정"의 범위내에서 개별법상의 보상규정에 대한 구성요건해석에 있어서 상황에 따라서는 기존의 "區別理論"기준이 그 판단기준으로 기능하였다.

즉, 「어느 정도까지 立法者는 그러한 보상규정을 둠에 의하여 판결로 하여금 내용을 정하는 법률의 집행에 있어서의 "補償與否"를 결정할 권한을 부여하였는가?」, 「立法者는 특히 이전에 공용침해와 재산권의 내용 및 한계를 정하는 법률의 구별을 위하여 사용되었던 기존의 區別基準을 어느 정도까지 이 경우에 대하여 적용하는 것을 동의하는가?」 등의 문제가 제기될 수 있는 바, 이러한 문제와 관련하여 볼 때 Saal 자연보호법 제37조제3항(공용침해적, 공용침해와 동일한), Nordrhein - Westfalen 자연보호법 제50조제1항(재산권의 사회적 제약을 넘어서는)상의 규정양식이 사실상 기존의 구별기준을 포괄적으로 받아들이고 있다는 점이 명백해졌다.⁴⁶⁾

43) BGHZ 121, 328.

44) BGH, 16.7.1993 = DVBl. 1993, 1092.

45) BGH, 16.7.1993 = DVBl. 1993, 1092.

46) Lege, a.a.O., S. 434.

물론 연방최고법원이 오로지 보상의무있는 내용규정의 경우에 우선적으로 개별법을 해석하는 것이 아니라 직접적으로 헌법을 적용하여야 한다는 점을 밝히고 있다는 점은 명백하다. 이와 관련하여 첫째, 연방최고법원은 두 가지의 자연보호법관련 판례⁴⁷⁾에서 추상적으로 Saal 자연보호법 제 37조제3항 및 Nordrhein - Westfalen 자연보호법 제50조제1항 규정을 판결요지에서 이러한 문제에 대하여 언급하지않고 유효한지 여부를 심사하였다.

둘째, 양 판례에서 개별법규정에 따라 包攝過程이 이루어지지 않았다는 특색이 있다. 첫번째 사례에서 연방최고법원은 입법자에 의하여 표현된 규율양식인 “공용침해적 조치”, 즉 Saal 자연보호법 제37조제3항상의 “본질적인 이용제한”이 어떻게 해석되는지 여부를 암시적으로도 심사하지 않았다.⁴⁸⁾ 그리고 두번째 사례에서 결정적으로 Nordrhein - Westfalen 자연보호법 제50조제1항의 요건이 충족되었는지 여부의 문제에 대하여가 아니라, 직접적으로 이 내용을 정하는 법률의 범위내에서 조절보상의무가 성립하는지 여부의 문제에 대하여 의문을 제기하였다.⁴⁹⁾

셋째, 연방최고법원은 상황에 따라 이미 언급하였듯이 입법자가 보상규정(Ausgleichsregelung)을 두고있는 경우조차도 내용규정을 간접적인 헌법규범을 근거로 하여 배척하려는 경향을 보였다. 명백히 연방최고법원은 여전히 두 가지 종류의 문제, 즉 財產權의 內容 및 限界規程의 憲法上 正當性問題 - 그것이 법률에 의해서든 법률의 집행에 의해서든 - 를 기대불가능한 내용규정에 대한 개별법상의 보상규정의 해석이라는 문제와 혼돈하고 있다. 그리고 이러한 해석에 있어서 연방최고법원은 법률이 무엇을 의도하고 있는지에 대하여 밝히려고 하는 것보다 기존의 구별이론에서 이를 찾으려고 하는 경향이 강하다.⁵⁰⁾ 간략히하면, 연방최고법원이 입법자의 우위를 내용규정에 대한 보상의 영역에서 완전히 인정하였는지 여부가 의심스럽다.

47) BGHZ 121, 73; BGHZ 121, 328.

48) BGHZ 121, 328.

49) BGHZ 121, 73.

50) Lege, a.a.O., S. 434.

b) 個別法上 補償規定이 없는 경우

연방최고법원이 입법자와 연방헌법재판소의 권한을 새로운 판례에서 인정하고 있는 바, 이 경우에 지금까지 아직 사례가 나타나고 있지는 않지만 내용을 정하는 조치가 財産權者에게 기대할 수 없고 중대한 침해는 야기하였으나, 법률에 補償規範이 없거나 또는 불충분하게 규정되어 있는 경우가 존재할 수 있다.

이러한 경우에 연방최고법원은 침해의 근거가 되는 내용을 정하는 법률에 대하여 보상규정이 없기 때문에 違憲으로 간주하여야 하고, 기본법 제 100조제1항에 따라 위헌여부를 연방헌법재판소에 문의하여야 한다. 이에 반하여 법률상의 근거없이 收用的 侵害를 근거로 하여 보상을 보장하는 것은 허용되지 않는다. 補償의 法律適合性의 原則은 바로 이러한 경우에 대하여도 적용된다.⁵¹⁾

마. 結 語

재산권의 침해에 대한 공법상의 보상과 관련한 연방최고법원의 입장은 원칙적으로 재산권에 대한 내용 및 한계규정과 공용침해와의 구분을 더이상 중대성설, 특별희생설, 사회적 제약설, 기대가능성설 등과 같은 구별이론에 의하여 구별하고 있지 않다는 것이다. 또한 연방최고법원은 소위 “보상의무 있는 내용규정”이라는 법제도를 받아들이고 있으며, 이러한 영역에 있어서 보상의무 있는 내용규정과 보상의무 없는 내용규정과 구별을 위하여 기존의 “오래되었으나, 훌륭한” 區別理論을 그 판단기준으로 사용하고 있다. 그러나 앞으로도 계속하여 이러한 입장을 취할려는지 여부는 불투명하다.⁵²⁾

연방최고법원은 “매우 중대한 침해”의 경우에 대하여 이를 광의의 공용침해에 해당하는 것으로 보고 이러한 경우에 대하여 기존의 구별이론의 존재의의를 인정하려는 태도를 보이고 있다. 그러나 어떠한 조치를 공용침해로 성질결정하는 데 있어서 많은 적든간에 침해의 정도에 의하여 판단하는 것은 바람직하지 않다.

51) Rinne, DVBl., 1990, S.23.

52) Lege, a.a.O., S.440.

V. 結 論

지금까지 財産權에 대한 侵害에 있어서의 區別理論이 어떠한 경우에 필요하고, 어떠한 영역에서 그 존재의의를 가지는지에 대하여 살펴 보았다. 특히 본 논문에서는 최근에 財産權 침해의 새로운 유형으로 논의되는 “보상의무있는 내용규정”과 관련하여 區別理論이 어떠한 기능을 하는지 독일의 판례를 중심으로 하여 살펴 보았다. 독일의 경우 공용침해와 財産權의 사회적 제약이외에 새로운 침해유형으로서 보상의무있는 내용규정의 입법방식이 최근에 논의되고 있으며, 많은 비판에도 불구하고 일반적으로 인정되고 있는 추세에 있다. 이러한 규율방식이 인정되는 경우 立法者는 사회적 제약과 공용침해의 한계영역에 있는 財産權侵害의 내용과 효력에 관하여 잘못 판단하는 것을 방지할 수 있다. 즉, 立法者의 그릇된 평가에 따른 憲法違反의 위험성을 제거하고 그 동안 立法者가 거의 해결할 수 없는 딜레마였던 공용침해와 보상사이의 結付(Junktum)의 요청을 어느 정도 충족시킬 수 있게 된다.

이러한 독일에서의 보상의무있는 내용규정에 의한 문제해결방식은 우리나라의 경우 보상여부가 다투어지는 財産權 침해영역⁵³⁾에 있어서 새로운 입법방식으로 그 도입가능성을 개진하여 볼 수 있을 것이다.

53) 도시계획법상 개발제한구역, 보존지구, 제4종 미관지구, 시가화조정구역 등이 대표적인 예이다.