

환경보호를 위한 토지이용규제와 재산권

김 광 수*

차 례

- I. 서론
- II. 토지이용규제 관련 헌법재판소 주요 판례
- III. 판례에 나타난 재산권 보장의 구조
- IV. 독일의 수용 개념과 그 전제조건 및 보상에 관한 논의
- V. 토지이용규제와 보상의 문제
- VI. 결론

I. 서론

법이 사회 구성원들의 이익을 조정하는 기술이라고 할 때 재산권 분야만큼 그 이해관계를 조정하기 힘든 경우가 드물 것이다. 특히 토지재산은 개인 자산의 큰 부분을 구성하므로 자신이 기대고 있는 토지의 부침에 의하여 그 사람의 명운도 크게 좌우되는 경향이 있다. 사회공동체의 지속적인 삶을 위하여 정부가 토지에 대한 각종의 규제를 통하여 그 내용을 형성하게 되는데, 대부분의 토지가 지가상승으로 소유자에게 이득을 가져다주지만 예외적인 경우에 개인의 토지는 사회전체를 위하여 희생을 강요받고, 이와 함께 사적 소유권자의 고통도 시작된다. 특히 최근 환경보호의 요구에 의하여 개인의 재산권에 대한 제한이 강화되는 경향이

* 명지대학교 법과대학 교수

있으며, 이로 인한 손실을 적절하게 보상함으로써 공익과 사익의 적절한 조화가 도모될 수 있도록 하여야 한다.

헌법은 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 규정하고 있다. 따라서 국가 혹은 지방자치단체가 공공사업을 위하여 토지가 필요하거나 혹은 공익목적으로 제한하여야 하는 경우에 그 토지가 사인의 소유라면 그에 대한 적절한 권리구제 방안이 마련되어야 한다. 같은 조문 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 하여 공용수용의 헌법적인 근거와 방법을 규정하고 있다. 모든 법의 해석 및 운용 문제가 그러하듯이 법규정상으로는 일견 단순해 보이는 수용과 보상은 현실적으로 허다한 문제를 제기한다.

민법 제211조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 해서 소유자의 권리가 법률의 범위 내에 있음을 분명히 하였다.¹⁾ 또한 헌법에서는 토지재산권이 가지는 특성의 표현으로 제23조 제2항에서 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 특히 제122조에서는 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용, 개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다”고 함으로써 토지재산권에 대한 강화된 규율가능성을 예정하고 있다. 이런 강화된 제한과 의무의 표현을 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 산림법 및 농지법 등의 각종 토지관계법에서 찾아볼 수 있다.

특히 현대적 환경오염에 따르는 각종의 규제 및 주민의 쾌적한 삶을 위한 정부의 적극적인 조치에 의하여 개인의 재산권은 과거에 보지 못했던 정도로 강력한 정부의 개입 아래에 놓여 있다. 위의 법들은 토지를 규율하는 기본적인 법률이며, 이에 따르는 제한은 당해 토지가 가지는 의미를 구체화한다. 이 밖에 토지에 대한

1) 이러한 재산권의 법적인 제약은 재산권이 일찍 정착한 프랑스에서도 찾아볼 수 있다. Georges Burdeau, *Les Libertés Publique*, 1966, p.376; Claude-Albert Colliard, *libertés publique*, 1989, p.836.

계획과 규제의 예를 몇 가지 들어 보자면 수도법에 의하여 상수도보호구역으로 지정되면 그 안에서는 수질환경보전법에 의한 유해 배출물을 버리는 행위, 건축물의 신축이나 증축 등, 죽목의 재배나 벌채 및 토지의 굴착, 성토 및 토지형질변경 등의 행위가 일체 금지 내지 제한된다(수도법 제5조). 문화재보호법에 의하여 매장문화재가 발견되면 소유자등은 이를 신고하여야 하고, 임의로 발굴등의 사업 시행에 관련된 행위를 할 수 없게 되며, 발굴에 소요되는 경비는 시행자가 부담하여야 한다(문화재보호법 제44조). 고도(古都)보존에 관한 특별법에 의하여 특별보존지구 혹은 역사문화환경지구로 지정되면 당해 지구 내에서의 건축물의 신축이나 증축 등, 수목의 식재, 벌채 혹은 토석류의 채취, 도로의 개설 등의 행위가 금지되거나 제한된다(고도보존특별법 제11조). 자연공원법에 의하여 공원구역으로 지정되면 당해 구역 내에서 그 구역의 경관변경을 초래하는 행위를 하고자 하는 때에는 행정청의 허가를 받아야 한다(자연공원법 제23조). 하천법에 의하여 하천예정지 혹은 연안구역으로 지정되면 공작물의 신축이나 개축, 죽목의 재식, 토지의 굴착, 절토 성토 등과 형질변경 등을 하고자 할 때에는 관리청에 행위허가를 받아야 한다(하천법 제40조).

환경보존이라고 하는 공익목적에 의한 각종의 토지규제입법에 관하여 각종의 손실보상 규정을 둠으로써 각종의 민원과 소송발생을 방지하고 있다. 이러한 보상입법 체계가 정비된 것은 비교적 최근의 일이며, 이 글에서 다루는 헌법재판소의 판례가 계기가 되었다고 말할 수 있다. 그 이전에 헌법상 보장되는 재산권의 내용과 한계에 대하여 많은 판례가 있었으나, 이 사건 헌법재판소 결정만큼 우리 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 성질과 수용 등에 따르는 재산권의 보상기준 및 방법에 대하여 명확하게 설명하고 있는 경우는 없었다. 이 글에서는 환경보존을 위한 토지이용 규제에 따르는 재산권의 규율과 보상문제에 관하여 이 판례를 비롯한 국내외의 판례와 이론을 검토함으로써 법해석과 운용에 방향을 제시하고자 한다.

II. 토지이용규제 관련 헌법재판소 주요 판례

1. 사건의 개요

(1) 구 도시계획법²⁾ 제21조 관련사건³⁾

(가) 89헌마214 사건 및 90헌바16 사건

청구인들은 도시계획법(1971. 1. 19 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30 법률 제2435호로 개정된 것, 이하 “법”이라 한다) 제21조 제1항에 따라 1972. 8. 25 건설부 고시 제385호에 의하여 개발제한구역으로 지정된 토지 위에 관할 관청의 허가를 받지 아니하고 건축물을 건축하여 소유하고 있다는 이유로 행정청으로부터 위 건축물에 대한 철거대집행계고처분 등을 받고, 법원에 행정청을 상대로 위 건축물철거대집행계고처분 등의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 청구인들은 위 소송계속 중 법원에 법 제21조가 재판의 전제가 된다고 주장하면서 위헌심판제청을 신청하였으나 위 신청이 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 97헌바78 사건

청구인들은 도시계획법 제21조에 의하여 건설교통부장관이 1971. 7. 30부터 같은 해 12. 4까지 사이에 개발제한구역으로 지정한 지역내에 위치한 토지의 소유자들이다. 위 청구인들은 그 중 일부 청구인들을 선정당사자로 선정하였고, 위 선정당사자들은 국가를 상대로 서울지방법원에 청구인들(선정자들)이 위 개발제한구역의 지정에 의하여 입은 손실 중 일부로 청구인 1인당 각 금 300,000원씩을 보상하라는 내용의 소송(96가합90820)을 제기하였다. 위 선정당사자들은 위 소송계속 중 도시계획법 제21조(1972. 12. 30 법률 제2435호로 개정된 것)가 재

2) 헌법재판소의 결정에 따라서 이 법률은 2003년 1월부터 국토의 개발 및 이용에 관한 법률로 전면 개정 시행되었다.

3) 헌법재판소 1998. 12. 24 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정[헌법불합치].

판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌심판제청을 신청하였으나, 위 법원은 1997. 10. 1 위 신청을 기각하였고, 청구인들은 같은 달 19일 그 결정문을 송달받고 같은 달 29일 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 구 도시계획법 제6조 관련사건⁴⁾

청구인들은 성남시 소재 토지의 소유자들인데, 위 토지는 도시계획법 제12조에 의하여 1982. 6. 25 경기도 고시 제233호로 학교시설 부지로 지정되었다. 청구인들은 서울지방법원에 대한민국을 상대로 위와 같이 위 토지가 학교시설 부지로 지정된 이래 10년 이상 지났음에도 사업시행이 되지 아니하는 바람에 그 소유권의 행사가 제한됨으로 말미암아 재산상 손해를 입었다고 주장하면서 손해배상청구소송(92가합62797)을 제기하였다. 위 소송 진행 중 청구인들은 위 법원에 도시계획의 결정·고시 후 사업시행 전에 그 결정·고시로 말미암아 재산권 행사에 불이익을 받는 토지 소유자에 대하여 토지 수용에 준한 손실보상규정을 두거나 상당기간 내에 사업시행을 하지 않는 경우 시설지정 등을 해제하는 규정을 두지 아니한 ‘도시계획법’은 재산권 보장에 관한 헌법 제23조에 위배되는 것이라는 이유를 들어 위헌제청신청(97카291)을 하였으나, 위 법원은 1997. 3. 18 이를 기각하였다. 이에 청구인들은 도시계획의 결정·고시로 인한 토지재산권의 제약에 대하여 손실보상규정을 두지 아니한 법 제6조는 헌법의 재산권 보장, 정당보상원칙 등에 위배된다고 주장하면서 1997. 4. 1 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 법원의 위헌제청신청기각 이유

(1) 개발제한 구역 설정 관련

법 제21조 제1항·제2항의 규정에 의하여 개발제한구역 안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도 내에서 일반토지소

4) 헌법재판소 1999. 10. 21. 97헌바26 결정[헌법불합치].

유자에 비하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만 “도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때”에 한하여 가하여지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대한 손실보상의 규정을 두지 않았다고 하여 법 제21조 제1항·제2항의 규정을 헌법 제23조 제3항이나 제37조 제2항에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

(2) 도시계획 장기미집행 관련

법원은 헌법에 의하여 보장되는 재산권의 내용과 한계는 법률로 정해지는 것이고 신청인들 소유의 토지가 학교용지로 지정된 것은 법의 규정에 의한 것이며, 신청인들 소유의 토지가 학교용지로 지정되었다고 하여 그 토지에 대한 신청인들의 소유권이 상실되거나 처분권 또는 사용권이 제한되는 것도 아니므로, 사유토지에 대한 학교용지의 지정이 공공복리에 적합한 합리적인 범위를 넘는 제한이라고 볼 수 없고, 따라서 법이 학교용지의 지정에 따른 손실을 보상하도록 규정하지 않았거나 학교용지로 지정된 뒤 일정한 기간 내에 학교를 설립하지 않았다고 하여 헌법 제23조에 위반된다고 보기 어렵다고 보아 위헌제청을 기각하였다.

3. 헌법재판소의 결정내용

(1) 개발제한구역 지정관련 결정내용

헌법재판소는 “도시계획법(1971. 1. 19 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조는 헌법에 합치되지 아니한다”고 판시하였다. 헌법재판소에 의하면 “도시계획법 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예

외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이므로, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치 결정을 하는 것인바, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있고, 행정청은 보상입법이 마련되기 전에는 새로 개발제한구역을 지정하여서는 아니 되며, 토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 위 조항에 위반하여 행한 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다.”고 판시하였다.

그리고 보상에 관해서는 “입법자가 도시계획법 제21조를 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익 간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.”고 하였다.

(2) 도시계획 장기미집행 관련 결정 내용

이 결정에서 헌법재판소는 위의 개발제한구역 지정에 따르는 재산권의 내용결정 및 보상에 관한 결정의 취지를 그대로 따르면서, “도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하

여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 한다.”고 판시하였다. 또한 보상의 방법에 대해서는, “도시계획시설로 지정된 토지가 나대지인 경우, 토지소유자는 더 이상 그 토지를 종래 허용된 용도(건축)대로 사용할 수 없게 됨으로써 토지의 매도가 사실상 거의 불가능하고 경제적으로 의미 있는 이용가능성이 배제된다. 이러한 경우, 사업시행자에 의한 토지매수가 장기간 지체되어 토지소유자에게 토지를 계속 보유하도록 하는 것이 경제적인 관점에서 보아 더 이상 요구될 수 없다면, 입법자는 매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 적절하게 보상하여야 한다.”고 하여 재산권의 내용결정에 따른 다양한 재산권의 조절방안을 제시하였다.

Ⅲ. 판례에 나타난 재산권 보장의 구조

당사자가 주장한 각 쟁점에 대한 헌법재판소의 판단과 그에 대한 국내의 논의 및 필자의 견해는 다음과 같다.

1. 재산권의 성격과 개발제한구역 지정의 법적 의미

(1) 도시계획법의 재산권적인 의미

헌법재판소는 “헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회적 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.”고 판시하였다. 이는 헌법

과 법률에 의한 재산권 내용설정의 당연한 귀결로 볼 수 있다. 따라서 “개발제한 구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인 바, 토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니 된다.”고 하였다. 이는 입법자가 재산권의 내용을 구체화함에 있어서 준수하여야 하는 한계를 밝힌 것이다. 재산권의 한계설정은 과거의 재산권의 입장에서 보면 한계이나, 또한 이는 장래에는 재산권의 내용결정으로서의 의미를 가지는 것이다. 재산권의 한계설정은 종래의 재산권에 대한 제한적인 작용을 하는 반면에 내용규정은 재산권자에 권능을 부여하는 측면이 있으나 이는 결국 동전의 양면과 같은 것으로, 시간적인 차이밖에는 없다.⁵⁾ 여기서 도시계획법은 국토이용관리법과 함께 헌법상의 토지재산권을 구체화하는 내용을 가진다. 도시계획법은 국가가 공공의 안녕질서를 보장하고 공공복리를 증진하며 주민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적으로 도시의 개발·정비·관리·보전 등을 위한 도시계획의 수립 및 집행에 관하여 필요한 사항을 규정하는 것이다. 따라서 도시계획의 범위 안에 드는 토지소유자의 입장에서는 자신의 토지에 대하여 종래 자신이 누리고 있던 재산권에 대한 제한 혹은 감소를 가져오는 것으로, 재산권에 대한 ‘변경’이라는 불이익을 감수하게 되는 것이다.

(2) 재산권 내용설정의 한계

재산권의 내용을 설정하는 입법을 함에 있어서도 입법자의 형성자유가 무한한 것은 아니고, 일정한 원칙에 따라야 함은 물론이다. 입법자가 준수하여야 하는 법

5) Jochen Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, 57면 이하.

의 원칙으로는 헌법 제37조의 본질보장 및 그 근저에 있는 비례원칙, 헌법 제11조의 평등원칙 그리고 신뢰보호의 원칙을 들 수 있다. 입법자는 이들의 원칙에 따라서 헌법 제23조 제2항의 재산권이 가지는 공공복리를 구체화하는 내용결정을 하여야 하는데, 만일 이 범위를 벗어난 경우에는 입법의 한계를 벗어난 것이 된다. 따라서 헌법재판소의 결정대로 “구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않지만”, 이와는 반대로 “개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.”

2. 재산권의 내용결정에 따르는 권리구제의 방법

헌법재판소는 위와 같은 재산권의 내용결정을 하는 입법에서 “토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있다”고 보며, 이런 위헌성은 입법자가 보상입법을 마련하여 위헌적인 상태를 제거함으로써 제거되는 것으로 본다. 이러한 보상입법은 “입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다”. 보상의 방법으로는 “반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다”고 한다.

3. 헌법재판소의 재산권 해석에 관한 비판적 논의

헌법재판소의 개발제한구역 지정의 법적 성질과 그로 인한 권리구제 방식은 독

일 연방헌법재판소의 기본법상의 재산권 보장 구조를 비교적 충실하게 따른 결과로 판단된다. 우리 헌법 제23조는 독일 기본법 제14조⁶⁾와 매우 유사한 구조이므로 비교법적 방법이 의미를 가진다. 주지하듯이 독일 연방헌법재판소는 소위 자갈채취 판결⁷⁾ 통하여 종래 연방 대법원의 재산권보장에 대한 기본적인 태도를 비판하고 재산권의 존속보장을 우선시하는 헌법해석을 한 바 있다. 즉, 종래 특별희생설에 의하여 ‘재산권의 사회적 기속을 넘는 재산권의 제한 = 수용’이라고 보고, 이 때에는 그에 상응하는 보상을 함으로써 위법성을 치유하여야 한다고 보았으나 연방헌법재판소는 그러한 법해석을 더 이상 용인하지 않겠다는 취지를 분명히 한 것이다. 내용규정과 수용을 구별하는 이론을 분리이론(Trennungstheorie)이라고 하고, 전자의 이론 혹은 태도는 경계이론 혹은 수용이론(Schwellentheorie / Enteignungstheorie)이라고 한다. 위의 헌법재판소 결정내용을 읽어보거나 헌법재판소 관계자의 말을 들어볼 때 헌법재판소가 분리이론을 따른 것임이 명백하다.⁸⁾

헌법재판소의 재산권보장에 관한 해석은 종래 재산권보장과 수용에 따른 보상 문제에 대하여 특별희생설을 취하던 입장에서는 당연히 의문시되는 태도일 것이

6) **Art.14. [Eigentum, Erbrecht und Enteignung]**(1)Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2)Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3)Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfälle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

제14조[재산권, 상속권 및 수용] (1)재산권 및 상속권은 보장된다. 그 내용 및 한계는 법률에 의하여 정한다. (2)재산권에는 의무가 따른다. 재산권의 행사는 동시에 공공의 복리에 이바지 하여야 한다. (3)수용은 오직 공공의 복리를 위해서만 허용된다. 수용은 오직 보상의 방법을 정하는 법률에 의해서 혹은 법률에 기초해서 행해져야 한다. 보상은 공공 및 당사자의 이해에 대한 정당한 형량에 따라서 결정된다. 보상액에 대한 다툼이 있을 때에는 통상법원에 출소할 수 있다.

7) BVerfGE 58, 300.

8) 최갑선(헌법재판소연구관보), 재산권보장과 이익형량, 한국공법학회 2001년도 한·독국 제학술대회 지정토론내용 참조.

다. 일설에 의하면 분리이론은 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다고 한다. 즉, ① 분리이론에 따라 사회적 제약과 공용침해가 과연 일반·추상 및 개별·구체의 기준으로 명확히 구분될 수 있는지 의심스럽다. ② 무엇이 '내용규정'이고 무엇이 '수용규정'인가는 입법자의 결정에 따라 형식적으로 결정된다고 하고 있으나, 극도로 다양하고 복잡한 정책환경의 변화를 고려할 때, 재산권 제한규정이 구체적으로 이른바 '수용적 효과'를 초래할지 여부에 대하여 입법단계에서 충분히 예견하기는 어렵다. ③ 따라서 적지 않은 경우에 입법자의 입장에서는 일정한 재산권 법제가 사후에 구체적으로 아무런 '수용적 효과'를 가져오지 않는 경우에는 결과적으로 불요불급한 재정부담만 초래하는 관대한 보상규정을 두든지, 아니면 장래 법률의 위헌결정 가능성에 대한 위험부담을 안을 수밖에 없다. ④ 권력분립의 원칙에 충실한 논리를 전제하고 있으나 국회의 입법과정에서 충분한 검토와 심의가 이루어지지 못하고 실질적으로 행정부가 법률안을 입안하고 있는 현실을 볼 때 이러한 전제는 이론적 경직성을 가질 수 있다고 비판하였다. 또한, ⑤ 독일 기본법은 제14조 제3항에서 '수용'(Enteignung)만을 규정하고 있을 뿐 우리 헌법 제23조 제3항에서와 같은 '제한'을 규정하지 않고 있으나, 우리 헌법은 재산권의 '수용, 사용, 제한'에 정당한 보상을 할 것을 규정하고 있으므로(제23조 제3항), 독일에서와 같이 모든 '제한'을 재산권의 내용규정으로 보고, 이는 보상이 필요한 '수용'과 완전히 분리된다는 이론이 그대로 적용되기 어렵다고 볼 수 있다. ⑥ 분리이론을 우리 헌법에 적용한다면 '입법자의 결정에 의하여 보상규정을 둔 재산권 제한 규정'만이 헌법 제23조 제3항의 '제한'에 해당하고 보상규정을 두지 않은 규정은 모두 헌법 제23조 제1항 및 2항의 내용규정이 된다고 할 수 있는데, 헌법은 제37조 제2항 및 122조에도 '제한'이라는 용어를 규정하고 있으므로, 굳이 제23조 제3항의 '제한'만을 이들과 달리 축소하여 해석하여야 할 근거가 무엇인가라는 지적이 생길 수 있다고 하였다.⁹⁾

9) 김철용, 개발제한구역의 지정과 손실 보상, 행정판례연구회발표문(2001년 2월 16일) 참조. 정연주, 재산권보장과 비례의 원칙, 한국공법학회 2001년도 한·독국제학술대회 발표문, p.68 이하도 마찬가지의 취지이다.

분리이론에 대한 위의 비판은 헌법재판소의 판례가 가지고 있는 재산권 보장의 구조가 가지는 약점을 잘 지적한 것이며, 또한 역설적으로 헌법재판소의 결정의 의미를 잘 보여주는 내용들이다. 이미 이 문제에 관한 국내 논문들이¹⁰⁾ 이 비판에 대하여 어느 정도 대답하고 있지만 여기서 다시 한번 항목별로 고찰해 보기로 한다.

먼저, 총론적인 입장에서 헌법재판소 결정이 재산권 보장의 구조해석에서 가지는 의미가 중요하다. 헌법재판소 결정은 독일연방헌법재판소의 재산권보장의 해석에 관한 판결의¹¹⁾ 영향을 입은 바가 큰데, 이 판결의 주된 내용은 재산권 보장이 종래 가치보장(Wertschutz)에서 존속보장(Bestandsschutz)으로 전환되어야 함을 천명한 것이다. 즉, 연방대법원은 수용적 효과를 내면서도 그에 상응하는 보상을 규정하지 않은 경우에 이를 수용에 유사한 침해(enteignungsgleich Eingriff)로 보고 이에 대하여 기본법 제14조 제3항(우리 헌법 제23조 3항과 유사)을 유추 적용하여 보상을 해야 하는 것으로 본 데 반하여 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항의 수용과 제1항의 내용결정을 별개로 보고, 보상을 규정하지 않은 경우에 특별희생이 있다고 하여 바로 보상을 인정하는 결정을 할 것이 아니라, 먼저 그러한 위법한 침해에 대하여 헌법재판소에 그 위법성에 대하여 다투어야 한다는 내용의 판시를 한 것이다. 이러한 내용의 헌법해석을 토대로 하여, 이에 대하여 제기되는 위의 의문에 대하여 분설하면 다음과 같다. ① 분리이론에 의하면 내용결정(사회적 제약¹²⁾)은 입법자에 의한 재산권의 구체화이며, 공용수용은 공공의

10) 김문현, 판례평석: 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합), 헌법실무연구회 월례발표회(제3회), 1999. 10. 1; 박상희, 재산권침해유형에 대한 구별이론의 새로운 필요성 - 독일에서의 “보상의무 있는 내용규정”에 관한 논의를 중심으로 -, 법제연구 제7호, p.193 이하; 한수용, 재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제 - 소위 ‘그린벨트 결정’에 관한 판례평석을 겸하여 -, 저스티스 제32권 제2호, 1999/6, p.29 이하; 박상희, “보상의무 있는 내용규정”에 대한 법적 검토, 공법학연구 창간호, p.3 이하 참조.

11) BVerfGE 58, 300.

12) 사회적 제약은 정확한 표현이 아니다. 제약이란 어떤 실체에 부가되는 꼬리표를 말하는 것인데, 제1항의 내용결정은 제2항 및 122조에 의한 재산권의 공공복리 의무를 구체화 하는 것이기 때문에 따로 ‘제약’을 가하는 것은 아니다.

필요에 의하여 사전에 의도되고 법률이 정하는 보상을 수반하는 기존 재산권에 대한 침해이므로 그 구분이 문제될 것은 없다. ② 무엇이 내용결정이고 또한 무엇이 수용인가를 일일이 사전에 예측하는 것은 어렵지만 그러기 때문에 입법자가 이를 특히 재정의 부담을 고려하여 ‘결단’을 하라는 취지로 이해할 수 있다. 공용 수용은 그것이 공공의 필요에 의한 것이라는 점과 또한 공공의 재정에 의하여 그 재원이 조달된다고 하는 점에 입법자의 사전통제가 특히 필요한 것이다. ③ 이 경우에 입법자로서는 재산권의 내용결정을 함에 있어서 그것이 재산권 보장구조에 가져올 영향을 사전에 예측할 수 없는 경우 관대한 보상규정¹³⁾을 두든지 아니면 위헌무효화의 위험을 안는 선택에 직면할 수 있다. 관대한 보상규정에 대하여 연방대법원은 이를 가능한 재산권의 규율방식으로 보고 있으나¹⁴⁾ 여기에 대해서는 많은 의문이 제기되고 있다.¹⁵⁾ 그렇지만 꼭 보상규정만이 아니라 입법자는 경과 규정을 둔다든지 매수청구권등의 다양한 방법을 동원함으로써 충격을 완화하는 다양한 방법을 동원할 수 있을 것이다. ④ 재산권 구조의 새로운 해석은 입법부와 사법부 사이의 권력분립만이 아닌 현재와 대법원 간의 권한분배 문제에 있어서도 매우 중요하다. 독일 대법원은 경계이론을 통하여 입법자가 예정하지 않은 보상을 할뿐만 아니라 헌법재판소의 권한으로 되어 있는 위헌성 판단을 대체하는 보상판결을 스스로 함으로써 헌법해석의 영역을 침범한 결과가 되었던 것이다. 위의 자갈채취 판결은 그런 판결 태도에 대하여 일침을 놓은 것으로 이해할 수 있다.¹⁶⁾ ⑤ 수용, 사용의 경우에는 보상을 두는 것이 당연시되지만 제한의 경우에는 보상을 규정하는 예가 드물기 때문에 독일의 규범구조와 우리의 그것은 상이하지 않는가 하는 의문이 있을 수 있다. 독일의 경우에도 수용(Enteignung)에는 재산권의 전부의 박탈만이 아니라 일부 박탈 혹은 제한이 포함되기 때문에 근

13) 독일법상의 salvatorische Entschädigungsregelung을 염두에 둔 표현으로 이해할 수 있다. 이는 구체적 보상 혹은 백지보상 규율이라고 불린다. 이하의 논의 참조.

14) BGHZ 105, 15.

15) 자세한 내용은 박상희(공법학연구 창간호), p.16 이하.

16) 자갈채취 판결에 대한 상세한 내용은 줄고, 독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론, 1994, p.83이하 참조.

본적인 차이점은 발견되지 않는다고 할 것이다. ⑥ 마지막으로 헌법상 사용되는 ‘제한’의 사용법에 관한 의문이 남는다. 먼저, 헌법 제37조 제2항의 제한과 122조의 제한은 같은 의미이다. 다만 다른 점은 제37조 제2항의 제한은 ‘모든 자유와 권리’를 대상으로 하는 데 비해 제122조의 제한은 ‘국토’에 대한 제한을 의미한다. 그리고 제23조 제3항의 제한은 수용·사용과 함께 제37조 및 제122조에 의한 재산권 제한의 한 형태이다. 다만 제122조의 국토에 대한 ‘제한과 의무’의 부과는 보상 없는 제한을 의미한다고 해석할 여지가 있으나 제23조와의 조화로운 해석에 의하면 공용제한을 하는 경우에는 보상을 해야 하며, 다만 제한과 의무는 내용결정을 통하여 구체화되는데, 이 경우에 그 내용변경의 정도가 국토의 이용에 관한 강화된 제약 안에 있음을 의미한다. 이하에서 이를 명확히 하기 위하여 재산권 보장규범에 관련된 독일의 논의를 살펴보도록 한다.

IV. 독일의 수용 개념과 그 전제조건 및 보상에 관한 논의

위의 논의를 정리하는 의미에서 독일의 판례와 학설에서 정리된 수용개념에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

1. 수용의 요소

(1) 법률

연방헌법재판소의 수용은 공공복리를 위한 개인 재산권의 침해로서 법률적인 보상을 전제로 한다. 수용에는 법률에 의하여 직접적으로 수용이 이루어지는 경우(Enteignung durch Gesetz)와 법률의 기초에 의하여 수용하는 경우(Enteignung aufgrund des Gesetzes)가 있다. 따라서 수용에 대한 법률유보 원칙의 요구에 따라서 수용을 법적으로 가능하도록 하는 공공복리 요구를 확정하고 수용법을 제정하는 것은 입법자의 과제이다. 이러한 법률에서는 수용의 목적과 의도 및 전제

요건이 확정되어 있어야 한다. 따라서 행정은 입법자 대신에 수용을 정당화시키는 공공복리 과제를 확정할 수 없다.¹⁷⁾ 그러나 비록 공공복리 확정의 과제가 입법자에게 위임되어 있기는 하지만, 때로는 (부문)계획의 형성과 행정의 개별적인 결정에 있어서 어느 정도 공공복리의 구체화에 대한 여지가 존재한다.¹⁸⁾

(2) 규율질서로서의 존속보장의 가치보장에 대한 우월성

독일 연방헌법재판소의 수용개념에 있어서 특징적인 것은 무엇보다도 존속보장의 우월성이라고 말할 수 있다. 즉, 법률상 특정 조건이 충족되었을 때에만 존속보장이 가치보장으로 전환되는 것으로 볼 수 있다.¹⁹⁾ 이에 따라서 가치보장을 우선시 해 온 연방대법원의 태도는 이제 적용될 여지가 없어졌다.²⁰⁾ 이러한 태도는 사전이든 사후든 가치보장만 이루어진다면 개인의 재산권을 국가가 필요에 따라서 침해하는 것이 가능하다는 믿음에 기초한 것이나, 이러한 해석은 기본법상의 재산권 보장에 적합하지 않다.²¹⁾ 시민은 그러한 위법한 침해를 수인할 의무가 없을 뿐만이 아니라 오히려 자신의 권리를 적극적으로 방어해야 할 의무를 지므로 만일 이러한 방어권 행사를 게을리 했을 때에는 그로 인한 책임까지 스스로 부담해야 한다는 결론에 이르게 된다. 이는 다른 아닌 재산권 보장의 순서와 연결된다. 즉, 재산권자는 자신의 재산권 침해에 대한 방어를 우선적으로 하여야 하며, 금전적인 보상청구는 방어권 행사로서 구제받을 수 없는 부분에 한정된다. 이러한 재산권 보장의 해석은 기본법상의 재산권 보장구조와 연결되는데, 말하자면 재산권 보장의 일차적인 규율은 기본법 제14조 제1항 1문이며, 제3항은 단지 부

17) Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rdnr.348.

18) Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr.359; Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1992, Art.14 Rdnr.80; Papier, in: Maunz-Dürig, Art.14 Rdnr. 497; 반대 Böhmer, Sondervotum BVerfGE 56, 266(270).

19) BVerfGE 24, 367(397); BVerfGE 35, 348(361); BVerfGE 45, 63(76); BVerfGE 56, 249(260f.).

20) Böhmer, in: BVerfGE 56, 266(276); Bryde, in: von Münch/Kunig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Rdnr.80.

21) BVerfGE 24, 367(400).

차적인 규율일 따름인 것이다.²²⁾ 그래서 기본법 제14조 제3항은 단지 재산권 침해의 한 유형 즉, 수용에 대한 특별한 규율일 따름이며, 모든 재산권의 침해가 기본법 제14조 제3항의 수용에 해당하는 것은 아니다.²³⁾

2. 공공복리

(1) 의의

공공복리는 수용의 중요한 구성요건이다. 그래서 통상의 방법으로 수용목적 달성할 수 있을 때에는 그러한 수단이 우선적으로 채택되어야 한다. 마찬가지로 수용은 그로 인하여 특별한 공공목적이 달성될 수 있는 경우에만 예외적으로 허용된다.²⁴⁾ 그리고 수용은 공적과제의 수행에 필수적일 때에만 허용된다. 모든 공익에 대하여 수용을 허용할 수는 없으며, 단지 그러한 공익이 사적인 이익을 능가하는 경우에만 수용을 할 수 있다.²⁵⁾

(2) 비례원칙

수용은 비례원칙에 따라야 한다. 재산권의 침해는 구체적인 공익목적에 적합할 뿐만 아니라 반드시 필요한 것이어야 한다. 그래서 다른 수단으로 공익목적이 달성될 수 있을 때나 보다 경미한 수단이 존재하는 경우에 그에 의하여야 한다.²⁶⁾ 또한 비례원칙은 수용의 허용여부만이 아니라 침해의 유형과 범위에 대해

22) Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, S.9.

23) Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.346.

24) BVerfGE 45, 297(338); BVerfGE 56, 249(261); BVerfGE 66, 248(257).

25) Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art.14 Rdnr.79; Badura, P., in: Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel (hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.677; Frenzel, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, 1978, SS.99f.; Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 1984, Rdnr.505; Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.355; Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, SS.32ff.

서도 적용된다. 그래서 부분적인 수용으로 가능한 경우에는 전체에 대해서 수용하여서는 안되는데 이는 최소침해의 원칙이 적용되는 예이다.²⁷⁾

3. 수용의 법률적합성

(1) 연결조항

수용은 단지 엄격한 법률의 수권 아래에서만 가능하다. 특히 그 가운데서도 수용에 따르는 보상의 범위와 방법도 동시에 정하여지지 않으면 안 된다. 이러한 규율을 연결조항(Junktivklausel)이라고 한다.²⁸⁾ 연방헌법재판소의 자갈채취 판결 이후에 가장 문제된 것이 바로 이 연결조항의 해석 문제이다.

연결조항의 기능은 무엇보다도 재산권 보장에서의 법치국가적인 절차의 유지, 입법자에 대한 경고 및 공시기능²⁹⁾ 그리고 아울러 의회의 재정고권의 유지에 있다.³⁰⁾ 이 연결조항을 위반한 법률조항은 위헌이다. 즉, 보상의 방법과 정도를 미리 정하지 아니한 수용법은 그 법률 전체가 위헌이 된다. 또한 법원도 법률에서 사전에 인정하지 아니한 보상을 재산권자에게 인정할 수는 없다. 즉, 수용에서의

26) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl., 1999, §26, Rdnr.38, S.685 ; Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art.14 Rdnr.85.

27) Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.367.

28) 연결조항은 Junktiv-Klausel 혹은 Junktiv-Klausel 또는 Junktivklausel의 번역이다. 독일에서도 용어가 통일되지 않듯이 국내에서도 아직 일치된 용어는 없다. 국내에서 어떤 경우에는 그대로 유크티브 조항(김도창, 일반 행정법론 상, 1988, p.600), 혹은 유크티브 조항(서원우, 현대 행정법론 上, 1983, p.717)이라고 하는 경우도 있으나, 이를 불가분조항(허영, 헌법이론과 헌법 중, 1993, p.327; 정연주, 공용침해와 불가분조항, 고시연구, 1992 4<117>)이라고 번역하는 경우도 있으며, 연대조항이라고 하기도 하였다(김동희, 행정법 I, 1992, p.329). 또한 부대조항이라 하기도 한다(김철용, 행정법 I, 2005, p.492.정하중, 독일 본 기본법 14조상의 부대조항<Junktivklausel>의 의미와 한국헌법 23조 3항의 해석 상, 사법행정, 92, 9<35>). 그 후에 필자의 제안에 따라서 연결조항이라는 용어를 쓴 예를 주목할 만하다. 김동희, 행정법 I, 2001, p.530.

29) Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr.372.

30) Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.373; Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Rdnr.88.

연결조항의 불비로 인한 위법은 사후에 보상으로 '치유'되지 아니한다. 보상을 우선적으로 하는 것은 기본법상의 재산권 보장 구조에 맞지 아니한다.³¹⁾ 그렇기 때문에 관계인으로서도 위법한 침해에 대한 보상을 청구하든지 아니면 그러한 침해에 대하여 방어권을 행사하든지 하는 선택권은 존재하지 아니한다. 따라서 만일 관계인이 방어권의 행사를 등한시켰을 때에는 방어권을 행사했다라면 피할 수 있었던 손해에 대해서는 스스로 책임을 져야한다.³²⁾

(2) 구체적 보상조항

(가) 의미

수용에 관한 법률 가운데는 보상의 요건을 명확하게 확정하지 아니하고 보다 유연한 구조를 취하는 경우가 있다. 가령 일반적인 수용법의 표현이 '공공복리를 위하여 수용을 하는 경우에 보상을 지급하여야 한다'라고 규정하는데 비해서 구체적 보상조항의 표현방식은, '만일 수용에 해당하는 손실이 발생하면 보상을 지급하여야 한다'라는 형식을 지닌다. 조문상의 예로는 독일 유적보호법에서, "만일 이 법률에 의한 조치가 수용을 의미할 경우에는 적절한 보상을 금전으로 하여야 한다"라고 한 경우를 들 수 있다.³³⁾ 또한 이러한 규율의 다른 예로는 수자원법 및 자연보호법에서 찾아 볼 수 있다.³⁴⁾

(나) 허용성의 문제

수용에서의 보상조항이 조건적인 성격을 띠는 구체적 보상조항의 허용가능성의 여부는 기본법 제14조 제3항의 연결조항의 해석과 관계된다. 그런데 기본법의 구조에서 살펴볼 때 연결조항은 분명히 위헌적인 요소를 지니고 있으므로 대다수

31) BVerfGE 58, 300(323).

32) Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr.378.

33) Walter Leisner, Entschädigung falls Enteignung, DVBl.1981, 76; Maurer, Allg.VerwR., §26, Rdnr.40; Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, aaO, Rdnr.40.

34) 자갈채취 판결에서 문제된 수자원법 제19조 제3항.

의 학자들은 그 허용가능성의 여부에 대하여 부정적인 입장을 취한다.³⁵⁾

(다) 구체적 보상조항과 수용개념

구체적 보상조항은 기본법상 연결조항의 해석과 관련되지만 이것은 결국 수용개념의 확정과 결부된다. 만일 좁은 의미의 수용개념을 취할 경우에는 연결조항을 엄격하게 해석해야 하며, 따라서 구체적 보상조항이 적용 여지는 없게 된다. 그러나 넓은 의미의 수용개념을 취할 경우에는 연결조항의 의미가 축소되며, 따라서 구체적 보상조항의 의미가 살아난다.³⁶⁾

(라) 법원의 태도

연방헌법재판소는 구체적 보상조항에 대해서 유보적인 태도를 취하고 있었다.³⁷⁾ 그러나 연방대법원과 연방행정재판소는 구체적 보상조항에 대해서 관용적인 입장을 취하고 있었다.³⁸⁾ 그런데 최근 연방행정재판소는 기본법 제14조 제3항의 수용개념에 관한 한 구체적 보상조항은 위헌임을 분명히 하였다.³⁹⁾ 1999

35) Felix Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen in Enteignungsrecht, 1980, SS.12ff; Leisner, DVBl. 1981, SS.76ff; Olivet, DVBl. 1986, 697(699ff); Papier, in: Maunz-Dürig, Art.14 Rdnr.489; Rübner, in: Erichsen /Martens, S.623에서는 구체적 보상조항의 허용여부에 대해서 부정적인 입장을 취한다. 그러나 구체적 보상조항의 수용에 대한 규율이라는 측면에서는 부정적인 입장을 취하지만, 적어도 재산권에 대한 내용결정, 즉 내용결정에 있어서의 경과규정의 한 형태로 인정하는 견해 또한 다수가 있다. Krohn, aaO, S.748; Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.379; Maurer, Allg.VerwR., §26, Rdnr.40; Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Rdnr.89. 그러나 구체적 보상조항에 대하여 반대하는 입장에서는 침해의 요건을 명확히 할 수 없을 때 입법자는 침해 자체를 포기하여야 한다고 본다. Leisner, aaO, S.82. 보다 상세히는 Leisner, aaO, FN 5 참조.

36) Maurer, Allg.VerwR., §26, Rdnr.42; Bryde, in: von Münch/Kunig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Rdnr.89; Ipsen, VVDStRL 10, SS.96ff.

37) BVerfGE 58, 300(346).

38) BGHZ 77, 351; BVerwGE 26, 131.

39) BVerwGE DVBl. 1990, SS.585f.; Rudolf Steinberg/Andreas Lubberger, Aufopferung - Enteignung und Staatshaftung, 1992, S.149.

년의 판결에서 연방헌법재판소는 제한적으로 구체적 보상조항의 허용성을 인정한 바 있다.⁴⁰⁾ 즉, 수용보상이 아니라 재산권의 내용결정이 사회적인 구속성을 넘는 경우에 당사자가 입는 가혹한 부담을 피하기 위하여 구체적 보상조항을 이용할 수 있다.

4. 보상규정

수용은 보상을 전제로만 가능하다. 보상의 가장 기본적인 원칙은 이익형량이 다. 따라서 경우에 따라서는 보상액이 거래가격보다도 낮을 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 법률에서 명시적으로 시장가격에 의하여 보상하도록 규정한 경우에는 그에 따라야 한다.⁴²⁾

V. 토지이용규제와 보상의 문제

1. 보상을 요하는 경우의 판단

(1) 문제제기

바이마르 헌법에는 기본법 제14조의 연결조항이 존재하지 않았다.⁴³⁾ 단지 공공의 필요에 의한 수용에는 보상이 지급되어야 한다고 하였다. 따라서 사회적 구속성의 범위를 넘어서는 재산권의 제약에 대해서 손실보상이 지급되어야 한다고 주장되었는데, 이를 정당화하는 이론적인 근거로는 논자에 따라서 개별행위설, 중요설, 기대가능성설, 보호가치설, 본질감소설, 사적효용설 및 목적위배설 등의 다양한 기준이 제시되었다. 재산권의 보장과 수용을 연장선상에서 파악하는 이런

40) BVerfGE 100, 226(245).

41) BGHZ 59, 250(254); BGHZ 67, 190(192).

42) Papier, in: Maunz-Dürig, Art.14 Rdnr.517; Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Rdnr.90; Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Rdnr.386.

43) Friedrich Schoch, Die Eigentumsgarantie des Art.14 GG, Jura 1989, S.114.

태도를 경계이론 혹은 수용이론이라고 한다. 그런데 기본법 제14조의 연결조항에 의하여 수용은 엄격한 의미의 법적인 개념으로 전환되었다.⁴⁴⁾

법률이 재산권에 대한 과도한 제한을 하면서 이에 대한 보상 규정을 두지 아니하는 경우, 이 규정의 법적인 판단을 놓고 그간 위헌무효설, 직접효력설, 유추적용설 등의 논의가 존재하여 왔다. 또한 일부 견해에 의하면 법률이 수용적인 재산권 제한을 규정하면서 이에 대한 손실보상 규정을 두지 아니하는 경우에는 손실보상규정에 대한 입법부작위이므로 이에 대한 헌법소원을 통해 해결하여야 한다고 본다.⁴⁵⁾ 이 설은 ① 구체적인 재산권의 내용은 입법에 의하여 형성된다는 점을 고려하면 헌법에서 직접적으로 보상청구권이 도출되지 않는다는 점, ② 공익을 위하여 재산권의 제한을 규정하는 경우 보상규정을 두지 않는 것만으로 당해 법률의 위헌 무효를 선언하는 것은 사회적인 혼란과 부작용을 초래할 수 있다는 점을 근거로 손실보상규정을 두지 않은 입법부작위에 대한 위헌소원을 통하여 권리구제를 하여야 한다고 한다. 그런데 이 견해는 입법부작위라고 할 경우에, 입법자의 작위의무가 전제되어야 하는데, 언제 보상규정을 두어야 하는 것인지 반드시 분명하지 않는 문제가 있다. 다시 말하면 헌법 제23조 제3항은 재산권의 수용·사용·제한 시 상당한 보상을 지급하도록 하고, 이를 법률의 형식으로 할 것을 규정하고 있기는 하지만, 어느 경우에 '수용'등에 해당할 것인지의 여부 자체가 전적으로 입법자의 판단에 맡겨져 있는 것이다. 일반적으로 재산권에 대한 규율에서 보상을 함께 규정하지 않은 경우, 이는 재산권의 내용규정으로 보아야 하며, 만일 내용규정에 따라서 재산권자에게 수인을 기대하기 어려운 경우에는 조절적인 권리보호 조항을 두어야 한다. 즉, 보상 입법을 하지 않았으면 입법부작위라는 주장은 당해 조항이 '수용적'인 제한에 해당한다는 선입견에 기초한 것으로, 전혀 헌법상의 재산권 보호 규정의 방법이나 구조에 타당한 설명은 아니다. 그렇다면 입법자는 어떤 경우에 보상입법을 하여야 하는가의 문제에 대한 시사점을 얻기

44) 이를 원리적인 의미전환(prinzipieller Umschwung)이라고 부른다. Günther Schwerdt-feger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie 1983, p.9 이하.

45) 김문현, 보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권제한에 대한 권리구제방법, 고시연구, 2000. 8. p.23 이하.

위하여 미국의 판례를 살펴보기로 한다. 이 논의는 앞으로 토지이용 규제를 할 때 보상규정을 두어야 하는지의 여부에 대한 중요한 판단 근거를 줄 것으로 생각한다.

(2) 미국의 수용적 규제론

미국 헌법은 우리와는 달리 수용과 보상의 연결조항을 두고 있지 않다. 미국헌법 수정 제5조(1791년)와 제14조(1868년)는 각각 공공의 필요에 의하여 사적 재산권에 대한 수용을 하는 경우 이에 대하여 정당한 보상(just compensation)을 하도록 하는 규정을 두고 있다. 법률이 명시적으로 수용권을 부여하거나 혹은 보상 규정을 두고 있는 때 권리구제 여부와 방법은 비교적 명확하다. 그러나 다양한 행정정책(police power)에 의하여 개인의 재산권을 규제하는 경우 그로 인하여 침해된 개인의 재산권을 보상적 방법으로 구제할 필요성에 대하여 다양한 논의가 전개되어 왔다.

(가) 고전적 수용 이론

보통법적 권리개념에서 발전한 미국의 재산권은 다른 나라들과 마찬가지로 다양한 사회적인 제약 속에 있었다. 미국 헌법이 제정되기 전에 최초로 1777년 버몬트 권리선언에서 재산권 보장에 따라는 수용보상의 필요성을 선언한 바 있다.⁴⁶⁾ 매디슨이 기초한 권리장전에도 재산권 보장과 정당한 보상이 선언되어 있다. 매디슨은 재산권의 간접적인 침해에 대해서는 보상이 필요하지 않는 것으로 보았다.⁴⁷⁾ 수정헌법 제5조가 입법된 이후에 미국 연방의 수용보상은 기성의 권리에 대한 직접적인 침해를 그 요건으로 하였다.⁴⁸⁾ 즉, 미국 헌법상 고전적인 수용개념은 재산권에 대한 직접적인 침해성과 재산권의 이전 혹은 박탈이라는 요건을 내용으로 하고 있었다.

46) William Treanor, The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process, 95 Colum.L.Rev. 782(1995), p.790.

47) Daniel A. Faber/William N. Eskridge, Jr./Philip P. Frickey, Constitutional Law, p.460.

48) Kris Kobach, The Origins of Regulatory Takings, 1996 Utah L. Rev. 1211, p.1291.

(나) 규제에 대한 보상의 인정여부

고전적인 수용 관념에 의하면 규제에 따르는 간접적인 재산권 손실은 보상이 따르지 않는다. 가령 어떤 건축물이 주요건물(landmark)로 지정됨으로써 그 건물 위에 고층의 빌딩을 지으려고 하는 건축계획이 거부되었다고 하더라도 그로 인한 재산권의 손실은 사회적 구속의 범위 내에 있는 것이므로 금전적인 보상의 대상은 아니라고 하였다.⁴⁹⁾ 즉, 이 건물에 대한 주요건물 지정행위는 사회적인 상황구속성에 합치하는 것이며, 그로 인한 재산권의 행사가 일부 제한되었다고 하더라도, 기존의 터미널로서의 이용가치는 그대로 남아 있기 때문에 재산권에 대한 수용은 아닌 것으로 보았다. 다시 말하면 현재의 건물이 투자에 의한 기대(investment-backed expectations)를 충족시키고 있기 때문에 재산권자에 대하여 새로운 투자를 제한한다고 하여 이를 과도한 규제라고 할 수 없다고 하였다.⁵⁰⁾

비슷한 예로서 인근의 과수원에 유해한 영향을 미친다고 하여 오염된 미국 측 백나무를 모두 베어 버리라고 하는 주의 명령도 보상을 수반하는 것은 아니라고 보았다.⁵¹⁾

펜 센트럴 사건에서 수용에 따르는 보상이 인정된 것은 아니었지만 규제의 방법과 정도에 따라서 그것이 과도하다면 수용이 주어져야 하는 것으로 인정될 여지도 충분히 있는 것으로 해석될 수 있다.

(다) 규제적 수용

미국의 고전적인 수용이 직접적인 재산권의 박탈을 의미한다고 볼 때, 규제에 따르는 간접적인 손실에 대해서는 보상이 인정될 여지가 없다. 그렇지만 이미 1920년대에 물리적인 재산권 침해나 재산권의 박탈이 없더라도 정부가 과도하게(go too far) 사적 재산권을 침해하는 때에는 수용에 해당할 가능성이 있는 것으

49) Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 418 U.S. 104(1978).

50) 이에 대하여 이는 시간의 흐름에 따르는 토지의 경제적인 가치변화를 고려하지 않았기 때문에 합리적인 재산권의 보장이 될 수 없다는 비판이 제기되었다. Richard A. Epstein, Takings, 1985, p.185 참조.

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

로 보았다.⁵²⁾ 다만 어떤 경우에 재산권에 대한 규제가 과도한 것으로 인정될 수 있을 것인가에 대한 기준이 불명확하였고, 여기에 대한 정설도 없었다. 규제수용이 인정된 중요한 판례는 1990년대 초에 나왔다.⁵³⁾ 이 사건 원고는 해변에 두 필지의 땅을 구입하여 집을 지으려고 하였다. 그런데 땅을 구입한 후에 해변관리법이 제정되어 당해 토지에 어떤 항구적인 주거용 구조물도 건축할 수 없게 되었다. 이에 대하여 원고는 재산권의 과도한 제한으로 보고 수용보상을 신청하였다. 토지에 대한 건물의 건축 금지는 전통적인 수용개념의 요소인 재산권의 박탈이나 이전을 포함하지는 않는다. 한편, 사인의 재산권에 대한 규제를 정당화하는 요소로서의 유해성 기준(harmful or noxious)의 적용 가능성도 반드시 명확하지는 않다. 왜냐하면 해변에 건축물을 짓지 못하도록 한 것은 해안의 침식이나 붕괴위험과 직접적인 관련은 없었고, 단지 외부로부터 해변에 대한 조망을 방해한다는 이유였기 때문이다.

이 사건이 특히 주목을 끈 것은 1970년대 이후에 나온 몇몇의 사건에서 수용이 인정되기는 하였지만 그 사건들은 개인에게 공익을 위한 적극적인 희생을 요구한 사건들이었다. 즉, 개인이 개발한 요트 정박소를 공중이 이용할 수 있도록 행정청에서 강요한 것이 수용에 해당한다거나,⁵⁴⁾ 해변에 건축을 허가하면서 공중이 해변에 접근할 수 있는 통로를 허용하도록 한 것이 수용에 해당한다고 한 판결⁵⁵⁾에서는 모두 재산권자에게 재산권의 일부를 공중의 편의에 제공하도록 한 것이 문제되었다. 이와 유사한 케이스에서 건축허가를 신청한 사람에 대하여 녹지에 접근하고자 하는 자전거 이용자를 위한 통로를 제공하도록 한 것이 비례원칙에 위반된다(roughly not proportionate)고 인정하여 위헌으로 선언한 예가 있었다.⁵⁶⁾

위의 케이스들이 재산권자에게 그의 재산권에 대한 물리적인 ‘침범’을 요구한

52) Holmes 대법관의 의견. *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 U.S. 393(1922).

53) *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 304 U.S. 376(1992).

54) *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164(1979).

55) *Nollan v. California Coastal Commission*, 438 U.S. 825(1987).

56) *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374(1994).

것인 반면에 루커스 사건에서 선언된 규제적 수용이라고 하는 또 하나의 범주는 규제로 인하여 재산권자에게 모든 경제적으로 의미 있는 이용가능성이 제한되는 경우(denies an owner all economically viable use of his land)이다. 즉, 이 사건의 토지소유자는 토지의 본래적 목적이 건축이었는데, 행정청의 규제에 의하여 그 가능성을 완전히 배제 당하였기 때문에 이는 수용에 해당한다고 본 것이다.⁵⁷⁾ 이 판결은 수용개념에 수반하던 재산권의 박탈이나 물리적인 침범을 넘어서서, 이용권의 박탈이라는 새로운 영역을 제시한 데에 큰 의미가 있다.

그런데 정부규제에 의하여 재산권의 사용이 완전히 제한되는 경우라고 하여서 반드시 위헌이거나 수용보상이 주어져야 하는 것은 아니다. 여기에는 두 가지의 예외가 있다. 첫째는 예견가능성이다. 만일 어떤 이가 토지에 대한 규제가 있을 것을 알면서 구매를 한 때에는 스스로 그 위험을 부담하여야 한다.⁵⁸⁾ 또한 규제적 수용이 일시적으로 존재하는 경우에는 사회적 구속 내에 있는 것으로 보며, 반드시 보상이 주어지는 것은 아니다. 이러한 예로는 국립공원인 호수에 대한 주 사이의 보호계획이 복잡하기 때문에 32개월 동안 일시적으로 모든 개발행위가 중단되었다고 하여도, 이것이 수용에 해당되는 것은 아니라는 판례가 있다.⁵⁹⁾

(3) 일본의 규제적 수용논의

일본 헌법도 미국과 유사하게 공공필요에 의한 수용에는 보상을 지급하여야 한다고만 규정할 뿐 구체적인 방법은 정하지 않고 있다. 수용적 효과를 초래하는 법률규정을 두면서도 그에 대한 보상을 규정하지 않은 경우 종래 위헌무효설과 청구권발생설이 대립되고 있었으나 현재는 청구권발생설이 통설·판례로 정착하였

57) 이 판결에 대한 소개로는 김민호, 미국 연방헌법 수정 제5조 및 제14조의 현대적 의미, 미국헌법 연구 제10호, 1999, p.305 이하; 김형성, 환경보호를 위한 토지이용규제와 손실보상, 미국헌법연구, 제9호, 1998, p.155 이하 참조.

58) Frank Michelman, Property, Utility, and Fairness, 80 Harv.L.Rev. 1165(1967), p.1198.

59) Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302(2002).

다.⁶⁰⁾ 언제 청구권이 발생하는가의 문제, 즉, 보상의 요부에 관해서 일설은 침해 행위의 태양과 침해의 정도를 기준으로 판단하여야 한다고 본다.⁶¹⁾ 다른 설은 재산권이용규제를 우선 재산권의 박탈이나 본래의 효용을 박탈하는 가를 기준으로 하여, 재산권자에게 이를 수인하도록 하는 정당한 사유가 없는 때에는 보상이 필요한 것으로 본다. 다음에, 앞의 정도에 이르지 않는 재산권 규제는 만일 그것이 사회적 공동생활상 조화를 달성하기 위하여 필요한 것일 때에는 보상할 필요가 없지만, 재산의 본래적인 사회적 효용과 관계 없이 우연히 과해진 제한에 대해서는 보상이 필요한 것으로 본다.⁶²⁾ 이 밖에 재산권의 규제와 관련된 상대방의 책임, 재산권의 내재적인 위험성, 환경보호 필요성, 경관보호 필요성등의 규제 목적 그리고 규제의 정도 등을 종합적으로 고려한 후에 이를 점수화 하여 보상의 요부를 판단하려는 입장이 존재한다.⁶³⁾ 이들 논의는 재산권에 대한 정부 규제의 필요성 증대와 복잡성을 반영하는 것이며, 특히 마지막의 점수화에 의한 보상 요부에 대한 판단은 보상에 대한 유연한 대응의 일면을 보여주는 것으로 주목된다.

2. 보상의 정도에 관한 판단

(1) 보상액의 기준에 관련된 일반적 논의

토지이용규제로 인한 보상이 필요한 경우 보상액을 얼마로 할 것인가는 또 다른 어려운 문제이다. 여기에 관해서 적극적 실손보전설, 지가저락설 및 상당인과 관계설이 있다. 적극적 실손보전설은 특정 토지이용이 규제를 받음으로써 재산권자가 현실적으로 예견할 수 없었던 출연을 하도록 강제된 경우에 그 적극적이며, 현실적인 출연액을 보상하도록 하는 입장이다.⁶⁴⁾ 지가저락설은 토지이용규제에 따르는 토지이용가치의 객관적 저하가 지가의 저하에 의하여 나타나는 것으로 보

60) 宇賀克也, 國家補償法, 1996, p.395.

61) 田中二郎, 行政法(上), 1985, p.214-215.

62) 今村成和, 損失補償制度の研究, 1997, p.30-31.

63) 阿部泰隆, 國家補償法, 1990, p.281.

64) 小高 剛 編, 損失補償の理論と實際, 1997, p.37.

고, 이 지가저락분을 통손보상으로 전보하여야 한다고 주장한다. 한편 상당인과 관계설은 토지이용규제에 의하여 토지이용자에게 가해진 손실 가운데 이용제한 행위와 상당인과관계에 있는 손실 전부를 보상해야 한다는 입장이다. 이 가운데 제1설은 보상액이 토지소유자의 주관적인 사정에 좌우될 우려가 있으며, 지가저락설은 지가의 변동이 있는 경우에 어느 시점을 기준으로 할 것인지 분명하지 않고, 규제와 개발에 따르는 지가의 변동을 객관적으로 산정하는 어려움이 있으며, 제3설은 보상 범위가 상당정도 확산될 우려가 있다.

(2) 현실적 보상규정과 그 평가

서론에서 예로 든 토지이용 규제에 따르는 각종의 행위제한에 관하여 관계법에서는 다양한 보상방법을 함께 규정하고 있다. 하천법 제74조와 제75조는 공용부담이나 감독처분으로 인한 손실의 보상을 규정하고 있다. 자연공원법 제73조에서는 자연공원의 보존목적상 필요한 경우의 영업제한에 관하여 보상할 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 그 밖에 자연공원법에서는 공원지정으로 인하여 손실을 받는 소유자등에 대하여 손실보상, 주민지원사업 및 매수청구권 등을 규정하고 있다. 고도보존법에서는 고도보존 목적에 따르는 제한으로 인하여 토지나 건물을 본래의 용도대로 이용하지 못하게 된 경우, 소유자에게 매수청구권을 주고 있다(동법 제19조).수도법 제6조의 2는 상수원보호구역으로 지정된 주민에 대하여 소득증대 사업, 복지증진 사업, 육영사업 등을 할 수 있다고 규정한다. 따라서 각 법률에 규정된 행위제한으로 인하여 토지소유자에게 제한적인 효과가 있는 경우에 매수보상, 주민지원 혹은 손실보상의 방법으로 권리구제가 행해지게 된다.

이 이외에 실무상 도입된 제도로 매수청구권 제도가 있다. 이는 도시계획이 장기적으로 집행되지 않거나 규제에 의하여 손실을 입은 경우 토지소유자의 청구에 의하여 행정청이 토지를 매입하도록 함으로써 토지소유자의 부담을 일반적인 부담으로 전화시키는 방법이다. 매수청구권은 무엇보다도 예산상의 제약이 가장 큰 난점이 된다. 한정된 정부의 예산으로 토지이용 계획상 필요한 재산권을 일일이 매수하기 위해서는 예산이 이를 허락하지 않으며, 전부 매수하고자 할 때에는 필연적

으로 매수가를 낮게 책정할 방법밖에 없다. 현재 채택된 도시계획법등의 매수청구권은 지금의 문제를 장래로 연기시킨 효과밖에 없으며, 매수 시점이 도래한다고 가정할 경우, 토지소유자들의 요구를 일일이 충족시켜 줄 수 있을 지는 의문이다.

지역에 대한 지원은 소위 혐오시설물의 입지와 관련하여 도입되는 대표적인 보상방법이다. 가령 중저준위방사성폐기물 처분시설의 유치지역지원에 관한 특별법은 처분시설이 입지하는 지역주민에 대하여 유치지역지원금의 지급, 유치지역 지원사업특별회계의 설치 및 운용, 국공유재산의 대부, 국고보조금의 지급, 계약방법의 특례, 지역주민의 우선고용 및 참가 등의 보상에 관한 종합선물 세트를 마련하고 있다. 위의 지원사업 특별회계의 예산으로는 ① 지역개발·관광진흥·문화시설 확충 및 농수산물 판로지원 등의 사업에 필요한 비용, ② 지역주민의 소득증대·생활안정·생활환경개선 및 복리증진 등을 위한 사업에 필요한 비용 및 ③ 그 밖에 유치지역의 발전과 주민의 생활향상을 위하여 대통령령이 정하는 사업에 필요한 비용에 사용하도록 하였다. 방사성폐기물 매립장의 입지선정은 그간 여러 난관을 겪으면서 성사되지 못했는데, 이번에 입지선정이 성공한 배경에는 이렇게 완벽한 지원대책이 마련되어 있었다는 점이 시사하는 바 크다. 한편 한강수계 상수원 수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률에서는 수변구역으로 지정된 지역의 주민에 대하여 ① 농림축산산업관련시설·유기영농의 지원 등 소득증대사업, ② 상수도시설의 지원등 복지증진사업, ③ 교육기자재 등 지원사업, ④ 오염물질정화를 위한 시설 및 우수·오수분류식하수관거의 설치를 위한 지원사업 및 ⑤ 기타 대통령령이 정하는 직·간접 지원사업을 하도록 규정하고 있다. 주민지원사업 가운데는 상수수원의 보호와 직접적으로 관련되는 부분도 있고, 오히려 주민의 일상적인 생활수준의 개선에 해당하는 부분도 있다. 지원사업이 토지이용규제와 직접적인 관계가 없는 부분에까지 요구될 때에는 손실보상의 측면에서 보자면 과잉보상이라 하지 않을 수 없으며, 이는 곧 공익사업을 위하여 해당지역 주민을 매수하는 결과가 된다. 토지이용 규제의 정당성은 일차적으로 공익목적과 대의제 민주주의를 통하여 확보되는 것이며, 보상이 강조되어서는 안 된다. 만일 수용요건이 결여한다면 재산권보장 위반으로 무효 선언되어야 하고, 각종의 지원

책이나 보상을 통하여 합법화될 수는 없다.

헌법에서 보상을 법률로써 정하도록 한 것은 입법자가 예산에 대하여 가지는 권한을 반영한 것이다. 토지이용규제로 인하여 발생하는 모든 재산가치의 변동을 일일이 금전적인 보상으로 전보해야 한다면 정부는 과도한 보상액 때문에 시급한 규제를 미루거나 회피할 개연성이 있다. 재산권의 내용과 한계는 법률에 의하여 정해지며, 재산권의 본질적인 내용에 대한 침해가 아닌 한 국민으로서의 복종하여야 한다. 다만 예외적인 경우 과도한 재산권 제약으로 위헌적인 내용결정이 될 수 있는데, 그 기준은 앞에서 논의한 바와 같다. 입법자는 보상규정의 불비로 토지이용규제의 전체에 대한 차질을 빚지 않도록 새로운 규제가 가져올 재산권에 대한 영향평가를 충분히 하여 공익과 사익이 서로 조화를 이루는 토지이용질서를 확립하여야 할 것이다.

환경보전을 위한 토지이용규제에 관련된 다양한 보상을 독일의 구체적 보상조항과 비교하여 보면 다음과 같다. 구체적 보상은 입법자가 재산권의 규율에 따르는 보상을 개괄적으로 사전에 규정하는 점에서 규제에 따르는 다양한 지원과 유사한 측면을 가진다. 그런데 구체적 보상이 입법자에 의한 보상의무의 명령이라는 형식을 가지는 반면에 규제에 따르는 지원은 행정에 의한 보상의 구체화라는 특징을 가진다. 말하자면, 이는 보상을 미리 법률로 정하여야 한다는 헌법규정에 일치하지 않는다. 구체적 보상조항이 재산권 보장의 명확성이 부족하다는 비판을 받는 것과 마찬가지로⁶⁵⁾ 행정적 지원을 통한 보상도 재산권 보장의 방법으로서 는 재산권자에게 불리한 결과를 낳게 된다. 그리고 이런 규정방식 자체가 보상에 중점을 두면서 입법자에 의한 수용이나 내용규정 자체의 명확화라는 재산권보장의 구조에도 증대한 위협을 가져오게 된다.

앞의 현재 판결 이후에 관련법령의 보상조항의 정비가 있었다. 여기서 나타난 재산권의 재산 보상 내용을 살펴볼 때, 다음과 같은 점을 지적할 수 있겠다. 첫째로는 매수청구와 관련해서 볼 때, 현재의 문제를 장래의 문제로 지연시킨 것이 아닌지 의문이 든다. 개발제한구역 설정의 경우 매수청구가 있으면 2월 이내에 매

65) Christoph Kuelpmann, Enteignende Eingriffe?, 2000, p.232.

수여부를 통보를 하고, 구체적인 매수방법은 5년 이내에 매수계획을 세워서 이를 근거로 매수한다고 하였다. 또한 도시계획시설의 결정과 관련해서는 매수청구가 있는 날로부터 2년 이내에 매수여부를 결정, 통지하고 이로부터 2년 이내에 매수하도록 하고 있다. 이는 재산권자의 입장에서 볼 때는 너무 긴 기간이다.

또한 주민지원 내용을 살펴보면, 지원 여부에 대하여 행정청이 주도적으로 할 수 있도록 하고 있으며, 구체적인 지원사항에 대해서도 법률에 명확한 규정이 없다. 이는 재산권의 내용결정이 행정청의 임의적인 판단에 맡겨지는 결과를 초래하며, 이 부분에 대해서 입법자가 조금 더 세밀한 규율을 할 필요가 있다.

결국, 매수청구, 주민지원 및 도시계획의 실효 등은 엄격한 의미에서 토지이용 제한에 따르는 '보상'이 아니라 재산권의 내용규정의 일환으로 볼 수 있다. 즉, 토지소유권자가 자신의 재산을 자유롭게 행사하는 것을 법적으로 허용하지 않는 데 따르는 조절적인 권리구제 방안으로서의 경과규정에 해당한다. 다만 매수청구권은 변형된 형태의 보상규정으로 볼 수 있다. 즉, 이는 과도한 제한으로 토지의 본래적인 사용이 허용되지 않는 경우에 토지재산권자가 정부에 대하여 '수용'해 줄 것을 청구하는 방식으로 이로 인한 보상은 제한에 의한 보상이라기보다는 수용보상에 가깝다. 그러니까 아직 우리 법제에는 토지이용 제한에 따르는 보상은 규정되어 있지 아니한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소가 말하는 다양한 방식의 '보상 규정'이라고 하는 것도 제한에 따른 보상을 의미하기 보다는 재산권의 내용규정에 따르는 조절적인 권리구제를 포함하는 것으로 이해할 수 있겠다. 입법자는 재산권의 제한이 토지재산권에 미칠 영향을 좀더 세심하게 계산하고, 이를 기초로 적절한 보상규정을 함께 규정할 필요성이 있다.

VI. 결론

환경보호를 위한 재산권의 이용질서 규율은 복잡한 법적 문제를 야기한다. 특히 개발제한구역의 설정으로 인한 재산권 이용제한과 그에 대한 헌법소원 사건에

서 헌법재판소는 우리 헌법이 보장하는 재산권의 구조에 대하여 의미 있는 판결을 내렸다. 헌법재판소는 이 판결에 의하여 독일 연방헌법재판소의 분리이론을 따른 것으로 이해된다. 다만 이 경우에 재산권의 공공성으로 인하여 높은 제한의 가능성이 주어지나, 그에 따르는 국민의 권리보장에는 더욱 세밀한 입법이 요구된다.

독일의 재산권 보장과 우리의 그것을 비교해 볼 때에는 다음과 같은 차이가 있다. 독일에서는 연방대법원에 의한 보상판결이 빈번히 내려짐으로써 가치보장에 의한 ‘재산권 보장의 과잉’에서 출발하였으나 우리는 토지이용규제로 인하여 사인의 재산권이 희생되었음을 이유로 법원이 직접 보상을 인정하는 판례는 존재하지 아니하였다. 오히려 헌법재판소가 개인의 재산권 보장에 적극적이었으며, 이를 통하여 헌법상의 재산권 조항의 구체적인 의미도 명확하게 되었다.

헌법재판소의 판결은 예외적인 경우에 보상입법을 하도록 유도하였다고 하는 점에서 보상문제에 대한 입법자의 법정비의 계기를 만든 것으로 긍정적인 평가를 할 수 있지만, 앞으로 입법자는 토지이용 질서 형성을 통하여 필요한 공익목적을 달성하면서도 국민의 재산권에 대한 침해를 어떻게 최소화할 수 있을 것인가가 숙제로 남는다.

이 글에서 논의한 미국의 규제적 수용에 관한 판례와 학설은 보상을 요하지 않는 재산권의 내용결정과 보상을 요하는 제한에 대한 나름대로의 시사점을 주고 있다고 생각된다. 즉, 헌법재판소에서 “당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없는” 경우에는 보상 규정을 두어야 한다고 하는 판시내용은 미국의 규제적 수용 법리가 상당부분 수용된 것으로 볼 수도 있다. 그리고 현재 판결 이후에 도입된 매수청구권의 인정과 주민지원 사업은 토지소유자의 재산권보장을 위해서는 환영할 만하지만 법적으로는 명확하지 못한 재산권 이용질서 형성의 우려와 함께 현실적으로는 이로 인한 예산증대로 공공사업의 차질이 발생하지 않을까 하는 우려가 있다. 입법자는 토지이용규제로 인한 공익의 달성과 그로 인한 재산권의 제약을 규제영향평가라든지 비용편익분석 등의 과학적인 기준으로 좀더 세밀하게 규율함으로써, 환경보호

목적의 토지이용 규제를 둘러싼 토지소유권자 그리고 인근 주민 그리고 일반 국민의 법익이 서로 균형을 이룰 수 있도록 하여야 하겠다.

참고문헌

<국내 참고문헌>

- 김광수, 「독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론」, 1994.
- 김도창, 『일반 행정법론 上』, 1988.
- 김동희, 『행정법 I』, 2001.
- 김문현, 「관례평석: 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 현재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합)」, 헌법실무연구회 제3회 월례발표회. 1999. 10. 1.
- 김문현, 「보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권제한에 대한 권리구제방법」, 『고시연구』, 2000. 8.
- 김민호, 「미국 연방헌법 수정 제5조 및 제14조의 현대적 의미」, 미국헌법 연구 제10호, 1999.
- 김철용, 『행정법 I』, 2005.
- 김철용, 「개발제한구역의 지정과 손실 보상」, 행정관례연구회발표문, 2001. 2. 16.
- 김형성, 「환경보호를 위한 토지이용규제와 손실보상」, 『미국헌법연구』 제9호, 1998.
- 박상희, 「재산권침해유형에 대한 구별이론의 새로운 필요성 - 독일에서의 “보상의무 있는 내용규정”에 관한 논의를 중심으로」, 『법제연구』 제7호.
- 박상희, 「“보상의무 있는 내용규정”에 대한 법적 검토」, 『공법학연구』 창간호.
- 서원우, 『현대 행정법론 상』, 1983.
- 정연주, 「재산권보장과 비례의 원칙」, 한국공법학회 2001년도 한·독국제학술대회 발표문.
- 정연주, 「공용침해와 불가분조항」, 『고시연구』, 1992. 4.
- 정하중, 「독일 본 기본법 14조상의 부대조항<Junktimklausel>의 의미와 한국 헌법 23조 3항의 해석 상」, 『사법행정』, 1992. 9.
- 최갑선, 「재산권보장과 이익형량」, 한국공법학회 2001년도 한·독국제학술대회

발표문.

한수웅, 「재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제 - 소위 '그린벨트 결정'에 관한 판례평석을 겸하여」, 『저스티스』 제32권 제2호, 1999. 6.
허영, 『헌법이론과 헌법 (중)』, 1993.

<국외 참고문헌>

1. 독일

- Bryde, in: von Münch/Kunig(hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1992.
Badura, P., in: Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983.
Christoph Kuelpmann, Enteignende Eingriffe?, 2000.
Claude-Albert Colliard, libertés publique, 1989.
Frenzel, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, 1978.
Felix Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungs -regelungen in Enteignungsrecht, 1980.
Friedrich Schoch, Die Eigentumsgarantie des Art.14 GG, Jura 1989, 113.
Günther Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie 1983.
Georges Burdeau, Les Libertés Publique, 1966.
Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl., 1999.
Jochen Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998.
Krohn, G./Löwisch, G., Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 1984.
Nüßgens, K/Boujong, K, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987.

Rudolf Steinberg/Andreas Lubberger, *Aufopferung - Enteignung und Staatshaftung*, 1992.

Schwerdtfeger, *Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie*, 1983.

Walter Leisner, *Entschädigung falls Enteignung*, DVBl., 1981, 76.

2. 영미

Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, 1977.

Daniel A. Faber/William N. Eskridge, Jr./Philip P. Frickey, *Constitutional Law*, 2000.

Frank Michelman, *Property, Utility, and Fairness*, 80 Harv.L.Rev. 1165, 1967.

Kris Kobach, *The Origins of Regulatory Takings*, 1996 Utah L. Rev. 1211.

Richard A. Epstein, *Takings*, 1985.

William Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 Colum.L.Rev. 782, 1995

3. 일본

宇賀克也, 『國家補償法』, 1996.

田中二郎, 『行政法(上)』, 1985.

今村成和, 『損失補償制度の研究』, 1997.

阿部泰隆, 『國家補償法』, 1990.

小高 剛 編, 『損失補償の理論と實際』, 1997.

<Abstract>

Land Use Regulation for Environmental Protection and Property Right

Kim, Kwang Soo

The citizens' right of property is protected by the Constitution. But its contents and boundary shall be governed by legislators, which means there is nothing such as absolute property right in a society. To accommodate so many people in limited space and to keep the society sound and sustainable, government will use every means. But these policies often cause sufferings of private property owners. For example, if one's land is decided to be within the so-called green belt area, her rights will undergo serious restrictions. That is, the right of construction on her own land will be gravely limited or prohibited.

The plaintiff of the case mentioned above asserted that it was unconstitutional to be deprived of beneficial use of the land even though originally it was suitable for building or cultivating. Unlike the laws of the U.S.A. and Japan the Constitutional Law provides that in case of taking, use or restriction of property right, just compensation should be given according to the statutes there on.

If there exists such a compensation clause in a statute, there will be no special problem. But as the old city plan act, land use regulation is often established without compensation. On this compensation matter, early view was that if the regulation went too far, the property owner had no obligation to endure it, and just compensation should be given to her. Until the decision of the Constitutional Court came out, the Supreme Court had repeatedly declared that zoning was within the boundary of administrative power of city planning and there was no ground for

compensation.

The view of the Constitutional Court in this case was that if persons confront serious hardship in making use of their land by laws without just compensation, it is inconsistent with the Constitution. The forms of hardships arousing in the land regulation cases are ① When the original private use of land is gravely limited or prohibited by the act, ② When no beneficiary private use remains through the regulation and ③ When the plan is not executed within 10 years, and still private meaningful use is not allowed. In these circumstances, the owners can seek judicial review.

The structure of constitutional protection of property rights in these cases is very similar to that of Germany. The German Constitutional Court has decided that the matter of just compensation is province of legislators, not that of judges. Some scholars agree to the view of the Constitutional Court referring to the German construction, while others insist that Korean property right clauses in the Constitution do not coincide with that of Germany.

In my opinion, the Constitutional Court's decision is very rational interpretation of property right. The persons alleging particular hardship through land use planning can not get compensation directly from the article of Constitutional Law. Instead, they should bring suit to Constitutional Court seeking voidance of those clauses. Given the decisions, the Congress hurried to revise the statutes. And also special laws were made to regulate the lands within the proper limit of property rights. The newly enacted statutes reflect the tone of the Constitutional Court. Paradoxically enough, although the Article provides "compensation therefor are governed by law", substantially it seems to be controlled by the Constitutional Court.

My point in this paper is that the Congress should pay more attention to making balance between public land use regulation and private property. In other words, there should not be regulatory taking without just compensation. When legislators draw a line between regulation without

compensation and regulatory taking, the old theories of taking may be useful. Under this theory, even though the regulation is for public interest, just compensation should be prescribed for the owner if it made her endure special burden or hardship.

To decide the art and amount of compensation(or to rebuild the property right) is quite another question. Request of government purchase or change of plans can be considered, too. When monetary compensation is going to be given for new land use regulation, the amount of compensation should be decided according to the loss of legally protected interest. In this case, the amount of just compensation will be measured by the gap of legally protected property interest between the two property regulations. Legislators should also be alert not to give too much 'compensation' for land use regulations.

주 제 어 : 헌법 제23조, 토지이용규제와 재산권, 수용과 보상, 구체적 보상조항, 규제적 수용
Keywords : Land Regulation, Property, Takings, Regulatory Taking, Just Compensation