

[논 문]

損失補償理論의 比較法的 檢討를 통한
우리理論의 體系化*
- 한, 일, 독의 損失補償理論分析를 통한 우리나라
損失補償理論의 整合性 再考를 中心으로 -

趙淵八**

《차 례》

- | | |
|------------------------------|-------------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 우리나라에 있어서 손실보상의
이론과 판례 |
| II. 독일에 있어서 손실보상의 이론과
판례 | V. 마치며 |
| III. 일본에 있어서 손실보상의 이론과
판례 | |

I. 들어가며

우리 헌법 제23조의 해석과 관련하여 그 내용이 결코 명확하다고 할 수 없기 때문에 수많은 학설들이 우후죽순처럼 제기되고 있는데, 그 중의 하나가

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2012S1A5B5A07035898)

** 법학박사, 동원과학기술대학교 강사

헌법 제23조 제3항을 해석함에 있어서 독일에서와 마찬가지로 연결조항¹⁾으로 볼 것인가에 관해서이다. 이것과 관련하여 독일에서 전래된 분리이론을 도입할 것인가도 동일한 선상에서 생각하여 볼 수 있다. 또 하나는 독일에서 판례상 인정된 수용유사침해이론 및 수용적침해이론을 우리나라에 도입하여 적용할 수 있는가의 여부이다. 마지막으로 헌법상 보상이 필요함에도 불구하고 법률에 보상규정이 없는 경우에 있어서 청구권의 근거에 관한 국내학설은 위헌무효설, 직접효력설 및 유추적용설이 주장되고 있는데, 손실보상에 관한 국내 학설들은 저마다의 이론들을 전개함으로써 정확한 이해조차 어렵게 만드는 등 그 혼란이 거듭되고 있다²⁾. 이러한 학설들의 혼란은 행정법을 공부하는 많은 사람들에게 피로감을 주고 있다. 이러한 점 때문에 혼란스러운 학설들이 서로 어떠한 연관관계를 갖는지 서로 연계하여 연구해 볼 필요성이 있다고 생각된다. 따라서 본 연구에서는 한국의 학설에 근본적인 영향을 준 독일의 이론이나 판례도 고찰하여야 하겠지만 일본의 판례와 학설에 대한 검토에도 비중을 두어 손실보상에 관한 학설들을 서로 연계하여 검토하여 보는 것으로 한다.

II. 독일에 있어서 손실보상의 이론과 판례

1. 독일에 있어서의 고전적 손실보상의 개념

독일에서는 1794년에 국가침해에 대한 기득권 보호사상에 입각한 프로이센일만란트법 서장 제74조 및 제75조가 희생보상에 대한 규정을 두고 있었다³⁾.

이러한 연유 등으로 독일의 손실보상 이론의 중심을 이루게 된 것은 ‘희생

1) 학자에 따라서는 이를 ‘부대조항’이나 ‘불가분 조항’으로 번역하기도 한다.

2) 강현호, “한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해석”, 토지공법연구, 제18집, 2003.6, 76면.

3) 塩野宏 『行政法Ⅱ[第5版]』(有斐閣・2010年) 356頁.

보상청구권(Aufopferungsanspruch)'사상이었는데, 이 사상은 긴 역사를 가지고 있어 그 적용 범위는 각각 시대적 제 조건에 의해 변천되어 왔지만, 그 법사상 자체는 1850년의 프로이센 헌법 제9조나 1874년의 프로이센 토지수용법을 시작으로 하는 여러 란트의 각 토지수용법에 계승되었는데, 이때의 공용수용개념을 일반적으로 '고전적 수용'이라고 한다. 여기에서는 침해행위의 '적법성'과 '재산권에의 침해' 및 침해의 '의도성'이 중심적인 개념 요소로 되어 있다고 할 수 있다⁴⁾.

2. 수용개념의 확장과 수용유사침해이론 및 수용적침해이론

가. 서

바이마르 헌법 제153조 제2항에 의해 재산권에 대한 손실보상은 헌법상의 제도도 되었는데, 이러한 조항 하에서 라이히 최고재판소의 판례에 의해 공용수용개념이 점차 확장되었다. 여기에서는 전통적 손실보상요건의 하나인 적법성 요건의 포기를 향한 큰 진전이 보여진다. 이 '확장된 수용개념' 아래에서는 보상을 필요로 하는 공용수용과 보상을 필요로 하지 않는 사회적 제약과의 구별이 중요한 문제가 되어, 구별의 기준을 둘러싸고서 여러 학설이 주장되어 왔다. 더 나아가 본 기본법 하에서도 판례는 연결조항에 대하여 별다른 의미를 부여하지 않고 특별한 희생 여부를 경계로 하여 수용과 내재적 제약으로 구별하였다는 의미에서 경계이론으로 불리기도 한다. 아무튼 경계이론과 수용유사침해이론 및 수용적침해이론은 그 궤를 같이하여 왔다고도 할 수 있다.

나. 적법성의 포기와 수용유사침해 이론의 발전

(1) 바이마르 헌법하에서의 라이히 최고재판소의 판례

독일에서 손실보상 개념의 확장은 주로 판례의 전개에 의해서 행하여졌는데, 그 선구적 판결로서는 1933년 4월 11일의 라이히 최고재판소의 판결을 들

4) 西塾章 『國家賠償法概說』(勁草書房·2008年) 248頁.

수 있다. 즉 “원고는 건축경찰 당국의 공권력적 침해행위를 감수하지 않으면 안 된다. 그러나 이것은 피고시를 위하여 된 것이므로 이것이 피고의 이익으로 되는 한에서 피고는 프로이센일반라트법 서장 제75조가 예견하고 있는 보상을 하여야 한다. 공익을 위해서 강요된 희생에 대해서 주어지는 희생보상청구권의 입장에서는 당국의 침해행위가 적법한지 또는 위법·무과실한지는 그다지 중요한 것은 아니다. 희생보상청구권에 있어서 본질적으로 중요한 것은 공권력의 행사에 있어서 공익과 사익의 충돌을 이유로 개인에게 희생이 강요되었다는 사실이다”⁵⁾.

생각건대, 이 라이히 최고재판소의 판결은 재산권에의 위법(무과실이지만) 침해 행위에 대하여도 손실보상을 명하였지만 그 법적 근거를 프로이센일반라트법 서장 제75조에서 구하고 있어 희생보상청구권으로 구성되어 있음을 알 수 있다. 따라서 엄밀하게 말하면, 손실보상 개념에 있어서의 ‘적법성’ 요소는 여전히 포기되지 않았다고 할 수 있지만, 희생보상청구권도 광의에서는 손실보상이라고 생각될 수 있기 때문에 적법성의 포기를 향한 큰 진진이 있었다는 사실은 결코 부정할 수 없을 것이다.

(2) 본 기본법 하에서의 연방통상법원의 판례

여기에서 더욱더 진전을 보인 것은 연방통상법원의 판결이었다. 제2차 세계대전 직후, 주택난 해소를 위해, 공권력적으로 행하여진 타인에게의 주택할당에 의해서 주택 소유자들에게 생긴 집세 결손의 보상을 둘러싸고서 다투어진 1952년 6월 10일의 민사대법정의 판결은 개략적으로 다음과 같이 판시하여 적법성요건을 포기하였다고 할 수 있다⁶⁾.

즉 “위법한 국가행위가 존재하는 경우에, 이러한 행위가 적법한 것으로서 허용되었다라면 그 내용과 효과면에서 공용수용으로 간주되어질 때, 그 실제

5) RGZ 140, 276. ; 西塾 章 「損失補償概念の再檢討」法政理論21卷3号(新潟大學法學會・1989年) 16頁에서 재인용 함. 참고로 국내문헌에서도 독일의 판례를 번역하여 각종 논문에서 소개하고는 있으나 정확한 인용부호가 없이 해석을 가미한 번역을 한 경우도 있어, 이하에서는 때때로 정확하게 인용부호가 표시된 일본 문헌을 참고자료(재인용)로서 제시하는 경우도 있다는 점을 밝혀 두기로 한다.

6) 이 판결을 시작으로 발전된 수용유사침해이론은 이후에 위법·유책인 경우에도까지 확장되고, 또한 수용적침해이론도 함께 발전하여 간다.

의 효과에서 상대방에게 특별한 희생을 부과하였을 때에는 공용수용과 마찬가지로 취급하는 것이 필요하다. 바이마르 헌법 제153조 및 기본법 제14조에 있어서 공용수용의 구성요건을 국가의 적법한 침해행위로 한정하는 것의 의의에 의하면, 그러한 침해행위의 허용 전제에 대하여 제한을 의미하고, 보상청구권의 승인에 대한 제한을 의미하는 것은 아니다. 보상청구권의 승인에 관한 결정적 기본사상은 상대방에 대한 효과에 있어서 공용수용과 마찬가지로의 효과를 가지는 위법한 국가적 침해행위인 경우에도 존재한다”⁷⁾.

생각건대, 이 판례는 앞에서 본 라이히 최고재판소의 판례와는 달리 그 법적 근거를 프로이센일반관트법 서장 제75조에서 찾는 것이 아니라, 기본법 제14조에서 도출하고 있어 수용유사침해행위라는 법 형태는 위법한 침해행위에 기한 손실에 대하여서도 기본법 제14조의 손실보상 책임이 확장되는 것이어서 손실보상 개념의 확장, 즉 적법성의 포기가 있었다고 하여도 좋을 것이다.

다. 수용개념의 확장과 수용적 침해이론의 발전⁸⁾

손실보상에 관한 초기의 연방통상법원(민사법원)의 판례는 ‘공권적 침해’의 요건 중, 침해의 형태와 효과에 있어서 의도적인 침해만을 요구하였다(침해의 의도성)⁹⁾. 그러나 연방통상법원은 이러한 의도적이고 목적지향적인 침해의 요건을 1950년대 말부터 포기하기 시작하였으며, 1962년 3월 15일 자신의 판결¹⁰⁾에서 침해의 의도성과 목적성은 더 이상 중요하지 않으며, 단지 침해의 직접성 즉 행정작용으로 인하여 개인의 재산권에 직접적인 침해효과를 갖는 것으로 충분하다는 입장을 취하여 손실보상을 인정하였다¹¹⁾. 이러한 연방통상법원의 태도는 이후의 판결에서도 지속되었다¹²⁾.

7) BGHZ 6, 270(290); 西棼章, 전계논문(주 5), 17頁에서 재인용 함.

8) 정하중, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 고시연구, 제21권 제3호(240호), 1994.2, 100면. 이하 4개의 각주는 본 논문에서 재인용 한 것임.

9) BGHZ 23, 235; BGHZ 31, 1.

10) BGHZ 37, 44.

11) BGHZ 37, 44.

12) BGHZ 48, 46; 48, 58; 54, 332; 55, 229; 57, 370.

3. 분리이론의 대두와 수용유사침해이론 및 수용적침해이론의 행보

가. 서

바이마르 헌법 제153조는 기본법 제14조에 계승되고 있다. 기본법 제14조 제3항은 “공용수용은 보상의 방법 및 정도를 규율하는 법률에 의해 또는 법률의 근거에 기초를 하여서만 행할 수 있다”고 규정하고 있었는데, 바이마르 헌법상의 재산권 보장과 본 기본법상의 그것은 약간의 변화를 보이고 있는데 그 변화는 소위 입법수용이 인정되었다는 점과 연결조항의 도입을 들 수 있다. 하지만 연방통상법원은 연결조항 규정에 별다른 의미를 부여하지 않고 그 자신이 창조한 경계이론에 의하여 줄곧 판결을 하여, 그 후 30여 년간 이 경계이론은 순조롭게 발전을 하여 왔지만 여기에 제동이 걸린 것이 바로 저명한 납본판결¹³⁾이었다. 이 납본 판결에서는 이전의 연방통상법원에서 주창해 온 경계이론을 배격하고 분리이론 즉 기본법 제14조 제1항의 재산권의 내용 규정과 기본법 제14조 제3항의 협의의 손실보상으로 구별하여 재산권의 내용 규정에는 조정의무 있는 내용규정과 조정의무가 없는 내용규정이 있다고 하여 경계이론에 쐬기를 박는 판결을 하였는데, 기본법 제14조 제1항의 재산권의 내용규정과 동조 제3항의 수용규정은 엄격하게 구별(분리)된다는 의미에서 분리이론이라고 한다. 아울러 이보다 하루 뒤에 나온 자갈채취판결에서도 아래에서 살펴보는 것처럼 분리이론을 재확인하였으며, 방론에서이지만 수용유사침해이론에 커다란 변화를 가져다주는 내용의 결정을 하였다.

나. 자갈채취판결

사안은 이전부터 동 장소에서 자갈채취업을 영위하고 있었던 자가 계속하여 자갈채취사업을 영위하기 위해서 물관리법상의 허가를 신청하였는데, 채취 장소가 물 보호지구로 지정되어 있고, 시의 지하수 급수 시설로부터 불과 얼마밖에 떨어져 있지 않다는 점을 이유로 하여 거부되었기 때문에 이것에 대해서 연방통상

13) BVerfGE 58, 137. 납본판결에 대하여서는 김하일, “의무납본 결정”, 『독일연방헌법재판소 판례번역집』, 2003년, 163면 이하 참조.

법원에 손실보상을 청구했던 사안이다. 기본법 제100조에 기하여 연방통상법원으로부터 위헌제정을 받은 헌법재판소¹⁴⁾는 대략 다음과 같이 판시하고 있다¹⁵⁾.

즉 “내용결정, 입법수용 및 행정수용이라는 이 세 가지의 재산권에 대한 내용규율은 기본법이 명확히 떼어서 규율하고 있는 서로 독립적인 법제도이다. 문제의 규정은 절대로 수용법규일 수 없다. 즉, 이 규정은 자갈채취를 예정하는 재산권자의 토지재산권을 취득할 수 있는 권한을 행정청에게 준 것도 아니고, 법을 통하여 수용을 예정한 것도 아니며, 단지 기본법 제14조 제1항 제2문에 의한 재산권의 내용결정만을 행하고 있을 뿐이다”¹⁶⁾.

그러면서 연방헌법재판소는 계속하여 방론에서이지만 연방통상법원에서 지금까지 행하여져왔던 수용유사침해행위에 대한 판결의 잘못된 점을 지적하였다.

즉 “개인이 자기에 대해 행하여진 처분을 수용으로 본다면, 그는 법률상의 근거가 있는 경우에만 손실보상을 청구할 수 있다. 법률상의 근거규정이 결여된 경우에는 행정법원에 처분의 취소를 청구하여야만 한다. 그는 취소소송을 제기하지 아니하고, 법률의 근거가 없는 손실보상을 청구할 수는 없다. 법원 또한 법률의 근거가 없으므로 보상을 인정할 수 있다(필자 주: ‘인정할 수 없다’의 오기로 보임). 그러므로, 당사자는 법률의 보상규정의 결여로 인해 위법하게 된 수용에 대하여 행정쟁송을 제기하든지 아니면 직접 그로 인한 보상을 청구하든지 하는 등의 선택권(Wahlrecht)을 갖지 못한다. 그 침해행위가 불가쟁력을 발하게 되면 그의 손실보상청구소송은 각하를 면치 못한다”¹⁷⁾.

14) 이에 대하여 연방통상법원은 분안판단을 위하여서는 문제의 근거법률인 수자원관리법의 일부규정이 기본법(Grundgesetz) 제14조 제1항 제2문과 일치하는지의 여부에 관한 검토가 필요하다는 판단 하에서 심리절차를 중단하고 연방헌법재판소에 위헌법률심사에 대한 판단을 신청하게 된 것이다 (박평준, “수용유사적 침해법리의 수용문제”, 고시연구, 제27권 제4호, 2000.3, 29~30면).

15) 자갈채취허가신청을 거부한 행정행위의 취소를 청구하지 않고 곧바로 민사법원에 보상청구소송을 제기한 당해 사건은 부적법한 청구여서 재판의 전제성이 없다는 주장이 있을 수 있는데, 연방헌법재판소는 거부처분 당시에 이미 연방통상법원이 다른 유사한 사안에서 자갈채취가 금지된 토지소유자의 수용보상 지급청구권을 인정해 준 상태였고, 당해 사건에서 비로소 그 견해를 바꾸어 이 사건 심판제정을 한 것이기 때문에, 원고가 헌법이 요구하는 보상규정이 없다는 것을 이유로 위 허가거부처분의 취소를 행정법원에 청구할 이유가 없었다는 이유로 이 사건 심판제정의 적법성을 인정하였다(BVerfGE 58, 300 (324f.)). 김현철, “보상규정 없는 재산권제한법률에 대한 헌법적 심사”, 헌법논총, 제15집, 2004.12, 297면 참조.

16) BVerfGE 58, 300(330~332). 김광수, “독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론”, 서울대학교대학원, 박사학위논문, 1994년, 94면 참조.

17) 강현호, 전계논문(주 2), 80-81면.

이 연방헌법재판소의 결정에 의하면 보상규정이 흠결되어 있는 경우에는 우선 침해행위의 취소를 구해야 한 것이어서, 기본법 제14조 제3항을 근거로 하여 직접 손실보상을 청구할 수 없는 것으로 된다. 이러한 의미에서 독일 연방헌법재판소는 경계이론과 함께 성장해온 수용유사침해이론을 부정하고 있다고 생각되어¹⁸⁾ 이 결정아래에서는 고전적 손실보상개념 중 적법성의 요건은 다시 회복되는 것으로 된다. 하지만 아래에서 살펴보는 것처럼 제한적이지만 수용유사침해행위의 판례 이론은 이후에도 계속 존속하게 된다.

4. 자갈채취판결 이후의 수용유사침해 이론 및 수용적침해 이론의 행보

가. 수용유사침해이론에 관한 사건

허가를 얻어 자갈채취사업을 영위하고 있었던 자가 계속해서 자갈채취 허가를 신청하였는데 거부되어, 불허가 처분의 취소를 다투고 있는 사이에 자갈채취지역이 잠정적 보전지역으로 지정되었기 때문에 취소소송을 철회하고, 거기에 대신하여 란트에 대하여 손실보상을 청구한 사안에서 연방통상법원은 다음과 같이 판결하였다.

즉 “자갈채취사건에 대한 연방헌법재판소의 결정은 좁은 의미의 수용¹⁹⁾에

18) Jarass 교수는 연방헌법재판소가 자갈채취 판결을 통해 정립한 ‘분리이론’을 잘 정리 요약하고 있는데, 여기에서 그는 공용수용과 기타 소유권침해간의 구별은 더 이상 특별희생에 좌우되지 않는다고 하고 있다. (Vgl. Hans D. Jarass, Verfassungsrechtlicher Enteignungsbegriff und Planungsrecht, in: 『PLANUNG』 (C.H.Beck 2000). 생각건대, 자갈채취판결이전의 연방통상법원에서는 특별한 희생에 해당되는가의 여부에 따라 ‘수용’과 ‘재산권의 사회적 제약’으로 구별하였고, 이때에 상황구속성이론 등이 중요한 판단기준으로 작용하였다. 그리고 이때의 수용은 광의의 수용개념을 지칭하는 것이었지만 연방헌법재판소의 판례에 의해 종래 통상법원이 취하여온 광의의 수용개념은 형식적으로는 포기되었다. 따라서 이제 독일의 분리이론에서 재산권을 제한하는 유형으로서는 조정의무 없는 재산권의 내용규정 및 조정의무 있는 재산권의 내용규정과 협의의 공용수용이라는 3가지 영역이 존재한다고 할 수 있다. 이러한 상황 하에서 상황구속성이론 등은 더 이상 의미가 없는 것으로 보일 수도 있지만, 기본법 제14조 제1항 제2문의 내용규정 중 조정의무가 필요 없는 재산권의 내용규정과 조정의무 있는 내용규정의 판단기준으로서 다시금 전면에 부상되었다고 생각된다.

19) 연방헌법재판소가 언급한 ‘협의의 공용수용’에 대하여 국내의 많은 문헌에서는 우리 헌법상 ‘수용, 사용, 제한 중’ 수용과 동일시하는 견해가 많은데, 이는 타당한 견해라고 생각되지 아니한다. 왜냐하면 동 결정에서는 ‘전면적 또는 부분적인 박탈’을 협의의 수용이라고 하였는데, 이 중 부분적인 박탈은 재산권자의 실질적인 권한이 아니라 형식적인 권리의 점유관계 및 법적 귀속관계와 관련되어 있어서 재산권의 법적 귀속관계는 유지되지만 재산권과 전형적으로 결합되어 있는 일체의 이용 및 처분권이 없어져 재산권이 형해화 될 경우에도 수용법상의 부분적인 박탈이 존재할 수 있다는 견해가 있는가 하면(조태제, “재산권침해에 대한 구제 - 독일에서의 손실보상의 변천과 현황을 중

관해서만 타당하다. 그러므로 위 결정은 수용유사침해이론을 포기하도록 요청하지는 않는다. 그러나 자갈채취사건에 대한 연방헌법재판소의 결정에 따라서 기본법 제14조 제3항으로부터 위법한 재산권 침해에 대한 손실보상청구권이 직접적으로 도출되지는 않으며, 이것은 또한 요청되지도 않는다. 판례법적으로 형성된 희성보상이론이 충분한 손실보상청구권의 기초가 된다”²⁰⁾.

다만, “위법한 침해행위의 상대방은 그에 대한 법적수단을 가지고 방어 할지, 그렇지 않으면, 거기에 대신하여 손실보상을 청구할지의 선택권을 가지지는 않는다”²¹⁾.

나. 수용적 침해이론에 관한 사건²²⁾

연방통상법원은 1984년 3월 29일 판결에서 연방헌법재판소의 자갈채취판결에도 불구하고 수용적 침해가 여전히 존재한다는 것을 인정하였다. 즉, “비록 연방헌법재판소가 통상법원(민사법원)은 법률적합성의 견지에서 단지 법률상의 근거가 있을 때에만 보상을 인정할 수 있다고 판시하였으나, 여기에서 말하는 수용이란 기본법 제14조 제1항 1문에 속하는 개인의 구체적인 법적 지위의 보장에 대한 ‘부분적인 혹은 전체적인 박탈’을 의미하는 국가에 의한 재산권의 취득을 말하며, 수용적 침해는 이와는 상관없다”²³⁾고 하였다. 또한 수용적 침해의 경우에는 연방헌법재판소가 자갈채취 판결에서 문제 삼은 관

심으로”, 헌법학연구, 제1집, 1995.11, 340~341면), 독일 연방통상법원도 1993년 2월18일의 판결(BGHG 121, 328.)에서 공용제한을 ‘그 부담이 소유자에게 있어서 결코 수인 될 수 없는 공용제한’과 ‘소유자에게 입법상의 조치와 결합된 부담을 보상(조정) 없이 감수 하는 것이 기대될 수 없는 공용제한’ 및 ‘소유자에게 입법상의 조치와 결합된 부담을 보상(조정) 없이 감수 하는 것이 기대될 수 있는 공용제한’으로 구별하여 전자의 경우에는 기본법 제14조 제3항의 ‘수용’으로 보고, 후자의 경우에는 기본법 제14조 제1항의 ‘조정’의무 있는 재산권의 내용규정 및 ‘조정’의무 없는 재산권의 내용규정’으로 판단하였기 때문에 독일에서도 수용(Enteignung)개념에 공용제한을 완전히 배제하고 있지 않는 것으로 보이기 때문이다(西埜章 「財産權の制限と損失補償の要否」法政理論33卷1号(新潟大學法學會・2000年)25頁 참조). 따라서 우리 헌법상의 ‘제한’이라는 용어를 ‘그 부담이 소유자에게 있어서 결코 수인 될 수 없는 공용제한’으로 한정적으로 해석하는 한에서는 연방헌법재판소가 언급한 ‘협의의 공용수용’은 우리 헌법상의 ‘수용, 사용, 제한을 아우르는 개념으로 이해 못할 바는 아니라고 생각한다.

20) BGHZ 90, 17 (29 ff.) ; 강현호, 전계논문(주 2), 82-83면에서 재인용함.

21) BGHZ 90, 17(1984. 1. 26.). ; 西埜章 전계논문(주 5), 20면에서 재인용 함.

22) 이 부분(이하 3개의 각주 포함)은 김광수, 전계논문(주 16), 169~170면에서 인용함.

23) BGHZ 91, 20(26).

계인의 행정법원에 대한 취소소송과 민사법원에 대한 보상청구소송 간의 선택권의 문제도 발생하지 아니한다고 하였다. 그 이유로서는 관계인이 적법한 고권적인 작용으로 인하여 발생하는 대부분의 피해를 예측하기 어렵고 피해를 입히는 부수효과에 대하여서도 행정소송적인 권리보호의 방법으로서 효과적으로 방어하는 것이 일반적으로 불가능하기 때문이라고 한다²⁴⁾.

그리고 수용적 침해의 법적인 근거는 수용유사침해와 마찬가지로(1984년 1월 26일 민사부 판결) 프로이센일반란트법 서장 제74조 및 제75조의 일반적 희생보상 원리의 판례법적인 표현이라고 하였다²⁵⁾.

5. 소 결

이상에서 살펴본 것처럼 독일 연방통상법원의 종래의 수용유사침해법리 등은 연방헌법재판소의 자갈채취판결 이후에도 여전히 존속하기는 하였지만 대폭적인 수정을 하였다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 오센빌은 “자갈채취판결 이후의 판례에 의하면 수용유사침해이론은 살아 있다 하더라도 실은 독일 기본법 제14조로부터 떨어져 나와 이미 그것은 수용유사침해라고 보기 어렵기 때문에 종전대로의 명칭을 사용하는 데에는 문제가 있어, ‘위법한 재산권 침해에 의한 청구권(Anspruch aus rechtswidriger Eigentumsverletzung)’이라고 칭하는 것이 좋지 않겠는가 라는 견해를 피력하기도 하였다²⁶⁾. 본 연구자도 이러한 견해에 동의하지만 ‘위법한 재산권 침해에 의한 청구권’이라고 하면 웬지 낯설게 느껴지기 때문에 자갈채취판결 이전의 수용유사침해 등 이론이나 자갈채취판결 이후의 수용유사침해 등 이론이라고 칭하는 것이 타당해 보이나, 이 역시 용어가 너무 길기 때문에 이하에서는 자갈채취판결 이전의 수용유사침해 등 이론을 (구)수용유사침해 등 이론이라 칭하고, 자갈채취판결이후의 수용유사침해 등 이론을 (신)수용유사침해 등 이론으로 약칭하여 사용하기로 한다²⁷⁾. 왜냐하면 이렇게 구분을 함으로서 우후죽순처럼 제기

24) BGHZ 91, 20(27).

25) BGHZ 91, 20(27-28).

26) Vgl. F. Ossennbühl, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, Neuere. S.19.; 송희성, “수용유사적 침해와 수용적 침해”, 사법행정, 제41권 제11호(479호), 2000.11, 19면에서 재인용 함.

되고 있는 많은 학설을 어느 정도 순화시킬 수 있다고 생각되기 때문이다.

Ⅲ. 일본에 있어서 손실보상의 이론과 판례

1. 일본 헌법 제29조 제3항의 연결조항성과 분리이론

일본 헌법 제29조는 ‘재산권은 그것을 침해해서는 안 되며(1항)’, ‘재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률로서 그것을 정한다(2항)’. 또한 ‘사유 재산은 정당한 보상 하에서 그것을 공공의 용으로 사용할 수 있다(제3항)’고 규정하고 있다. 이 조문에서 보여지는 것처럼 일본 헌법 제29조에서는 수용과 보상의 연결이라는 연결조항성은 찾아볼 수 없다. 따라서 일본의 손실보상 이론이나 판례는 독일의 연방통상법원에서 창조한 경계이론을 수용하여 이를 변형하여 사용하고 있음을 느낄 수 있다. 그러한 이유에서 인지는 몰라도 일본의 일반 문헌(기본서 등)에서는 연결조항이나 분리이론 등과 같은 용어를 찾아보기가 쉽지 않다.

2. 일본에 있어서 수용유사침해이론과 수용적침해이론

가. 개설

독일의 논의는 일반적으로 수용유사침해는 위법·무과실 침해의 총칭을 말한다고 할 수 있으며, 수용적 침해는 적법하지만 비의도적·부수적 결과로 인하여 발생하는 침해를 총칭한다고 할 수 있다²⁷⁾.

27) 우리나라의 손실보상 이론은 이하에서 살펴보는 것처럼 견해가 많이 나누어져 혼란의 극치를 달리고 있는데, 그 원인의 중심에 서 있는 것이 바로 독일 연방헌법재판소가 언급한 ‘협의의 수용’개념을 둘러싸고서 우리 헌법상의 수용, 사용 및 제한과 어떠한 차이가 있는가라는 점에서 해석상의 차이가 있고, 다음으로 수용유사침해 및 수용적 침해 이론의 도입여부와 관련하여 (구)수용유사침해이론과 (신)수용유사침해이론을 구분하지 않고 막연히 수용유사침해이론 또는 수용적침해이론의 도입여부라고 하여 생긴 현상이 아닌가 생각되어 이하에서는 명확하게 구분하여 사용하고자 한다.

28) 박평준, 전계논문(주 14), 26면.

따라서 일본에 있어서 위법·무과실침해를 어떻게 다루고 있는가를 살펴보는 것은 독일에 있어서의 수용유사침해이론을 어느 정도 수용하고 있는가를 알 수 있다고 할 수 있으며, 아울러 일본에서는 수용적 침해라는 용어 대신에 사업손실²⁹⁾이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 일본에 있어서 사업손실을 살펴보는 것은 독일에 있어서의 수용적침해이론의 수용여부를 어느 정도는 파악할 수 있다고 보여진다.

나. 위법 무과실침해(수용유사침해)

(1) 의의

여기에서는 보상규정이 없는 법률에 근거하여 공무원이 일정한 행위(위법·무과실)를 함으로서 권리가 침해되었을 경우를, 재산권이 침해된 경우와 비재산권이 침해된 경우로 구분하여 살펴보고자 한다.

(2) 보상규정이 결여되어 재산권이 침해된 경우에 있어서 직접 헌법 제29조 제3항에 근거한 청구의 가부

(가) 학설³⁰⁾

1) 위헌 무효설

이 학설은 재산권의 제한을 정하는 법규가 보상이 필요 함에도 불구하고 보상규정을 두고 있지 아니한 경우, 해당 법규는 일본 헌법 제29조 제3항에

29) 시오노(塩野) 교수는 사업손실보상 파트에서 “독일에서는 (필자 첨가, 사업손실에 대하여) 수용적 침해의 법개념을 이용하고 있다”고 하여 일본에 있어서 사업손실보상은 독일에 있어서 수용적침해 보상과 동일시하고 있는 뉘앙스의 설명을 하고 있다(塩野廣, 앞의 책(주 3), 376頁 注1). 이에 대하여 박균성 교수는 “학자에 따라 간접손실이라는 개념은 사업손실 또는 간접침해라는 용어로 사용된다”고 하면서 계속하여 “간접손실을 공익사업으로 인하여 사업시행지 밖의 재산권자에게 필연적으로 가해지는 손실로 본다면 간접손실은 수용적 침해의 일부에 해당한다고 보아야 한다”고 하여 수용적 침해를 사업손실보다 넓은 개념으로 보고 있다(박균성, “간접손실보상의 再檢討”, 토지보상법연구, 제8집, 2008. 2, 2면 및 4면. 학자들의 설명이 대략 이러하지만 사업손실, 간접손실 및 수용적 침해의 개념 정의에 대하여서는 더욱더 구체적인 고찰이 필요하다고 생각되나 이는 차후의 연구과제로 하고 싶다.

30) 보상규정이 결여되어 재산권이 침해된 경우 직접 헌법 제29조 3항에 근거한 청구의 가부에 대한 학설로서는 위헌무효설과 청구권발생설이 있고 기타 양설의 선택적 적용을 인정해야 한다는 학설이 있으나 유추적용설은 전혀 언급되고 있지 않다. 이하에서 살펴보는 것처럼 유추적용설은 비재산권 침해의 경우에 재산권에 대하여 규정하고 있는 헌법 제29조 제3항을 유추적용가능하라는 점에서 논의되고 있을 뿐이다.

위반되어 무효로 된다는 설이다³¹⁾.

2) 청구권 발생설

이 학설은 헌법 제29조 제3항에 의해 직접 손실보상청구권이 발생한다는 설이다(우리나라에서 말하는 직접청구권설하고 동일하다). 즉, 재산권 제한이 무보상의 경우, 해당 법규를 위헌으로 하는 것이 아니라, 헌법 제29조 제3항에 근거하여 직접 재판으로 손실보상을 청구 할 수 있다는 설이다. 이 설이 현재 일본에 있어서 통설로 여겨지고 있으며, 판례 역시 이하에서 살펴보는 것처럼 이 학설을 따르고 있다.

(나) 판례

판례를 보면, 이전에는 위헌무효설에 서서 판단한 것도 있었지만, 현재에는 직접 청구권발생설에 입각하여 판단되고 있다. 직접 청구권 발생설에 입각하여 판단한 최초의 최고재판소 판례는 하천 부근지 제한령사건³²⁾인데, 이 판례에서는 방론에서이지만 청구권 발생설에 입각해야 할 것을 판시하고 있다³³⁾. 하급심의 것으로서는 그 이전에 東京 地判 昭和 34·3·25判例時報

31) 일본의 시오노(塩野) 교수는 “헌법상 보상이 필요함에도 불구하고 보상조항이 결여된 법률은 이것을 무효로 하는 것이 위헌무효설인데, 예를 들면 도시주변의 그린벨트를 무보상으로 설정하고 있는 법률이 가능했던 경우에 무보상에 의한 토지이용의 규제가 위헌이라고 한다면 일본에서는 추상적 규범통제소송이 인정되고 있지 않기 때문에 건축확인(건축허가)의 신청을 하여, 그에 대한 거부처분의 취소소송에서, 해당 규제 법률의 위헌을 주장하는 것으로 된다(塩野廣, 전게서(주 3), 359頁)”고 하여 위헌 무효설을 손해배상과 연관 지어 생각하지 않는 것 같다. 그리고 동 교수는 손해배상의 경우 공무원의 고의나 과실이 그 요건이 되므로 위헌판결이전의 행위에 대하여 공무원의 과실을 인정하기 어렵기 때문에도 손해배상을 통한 구제는 실익이 없다고도 한다(塩野廣, 전게서(주 3), 382頁).

32) 最大判 昭和 43年 11月 27日 (最高裁判所刑事判例集 22卷 12号 1402頁).

33) 피고인은 昭和33년(1958년)부터 나토리가와(名取川) 堤外地인 민유지를 임차하여, 노무자를 고용하는 등 상당한 자본을 투입해 자갈채취업을 영위하고 있었다. 그런데 昭和 34년, 미야기현(宮城縣) 지사에 의해 나토리가와의 제방부를 포함한 堤外地 전구역의 민유지가 하천 부근지로 지정되었기 때문에, 피고인의 자갈채취 등의 행위도 하천부근지 제한령 제4조 제2호의 ‘하천 부근의 토지의 형상변경’에 해당되어 지사의 허가를 필요로 하게 되었다. 피고인은 지사에 대하여 허가를 신청, 허가 신청이 거부되었음에도 불구하고, 자갈채취 등을 계속하였기 때문에, 동령 제4조 제2호 위반의 벌칙을 정하는 동령 제10조에 근거하여 기소되었다. 1심, 2심에서 모두 유죄판결을 받고서, 상고를 하였는데, 최고재판소는 상고를 기각하였는바 판결이유는 다음과 같다. 즉 “동령 제4조 제2호에 의한 제한에 대해 동조에 손실보상에 관한 규정이 없다고 하여, 동조가 모든 경우에 손실보상을 완전히 부정하는 취지까지는 해석되지 않고, 본건 피고인도 그 손실을 구체적으로 주장 입증하여, 직접 헌법 제29조 제3항을 근거로 하여, 보상을 청구할 여지가 전혀 없는 것은 아니기 때문에, 이 제한 위반에 대하여 벌칙을 정한 동령 제10조상의 각 규정을 즉시 위헌 무효의 규정이라고 해석해서는 안 된다”고 판시하고 있다.

180号 9頁가 직접 청구권 발생설에 입각해서 손실보상의 지불을 명하였다. 그 이후, 하급심은 물론 최고재판소도 하천 부근지 제한령사건 판례를 인용하고 있다³⁴⁾. 그러나 현실적으로 헌법 제29조 제3항을 근거로 하여 보상을 인정한 최고재판소 판례는 아직 존재하지 않는다³⁵⁾.

(3) 보상규정이 결여되어 비재산권이 침해된 경우에 있어서 직접 헌법 제 29조 제3항에 근거한 청구의 거부

(가) 학설

학설은 크게 나누어 부정설과 긍정설로 나눌 수 있는데, 긍정설은 다시 제 29조 제3항 유추적용설, 제29조 제3항 물론해석설, 제13조(개인의 행복추구권)·제14조(평등권)설 및 제13조·제14조·제25조(생존권)설 등으로 나뉜다.

제29조 제3항의 유추적용설은 헌법제29조 제3항의 보상 대상은 재산권에 한하지 않고, 생명·신체·건강 피해에도 이 조항이 유추 적용되어야 한다고 한다. 그리고 제29조 제3항의 물론해석설은 재산권의 박탈마저도 보상되기 때문에 생명·신체·건강에 대한 침해에 대하여서 보상되는 것은 물론(당연)이라고 한다. 마지막으로 제13조 제14조 설은 제29조 3항을 근거로 하는 것을 반대하고 제13조 제14조 제1항에서 그근거를 구하려고 한다³⁶⁾.

(나) 판례

헌법 제29조 제3항의 유추적용에 의해 국가의 손실보상책임을 처음으로 긍정한 판례는 동경예방접종재난 집단소송의 제1심 판결(東京地判 昭和 59·5·18 訟月 30卷 11号 2011頁)에서이다. 여기에서는 다음과 같이 판시하여 헌법 제29조 제3항의 유추적용을 인정하고 있다. 즉 “헌법 제13조 후단, 제25조 제1항의 규정의 취지에 비추어 보면 재산상 특별한 희생이 부과되었을 경우와 생명, 신체에 대하여 특별한 희생이 부과되었을 경우에, 후자 쪽이 불리하게 취급되는 것이 허락된다는 합리적 이유는 전혀 없다. 따라서 생명, 신체에

34) 最判 昭和50年 3月 13日(判例時報 771号 37頁)과 最判 昭和50年 4月 11日(判例時報777号35頁).

35) 西莖章, 전게서(주 4), 209頁.

36) 西莖章, 전게서(주 4), 278~280頁 참조.

대하여서 특별한 희생이 부과되었을 경우에도 헌법 제29조 제3항을 유추적용하여 이러한 희생을 강요당한 자는 직접 헌법 제29조 제3항에 근거하여 피고국에 대하여 정당한 보상을 청구할 수 있다고 하는 것이 상당하다.”

그리고 오사카地判 消和 62·9·30判例時報 1255号 45頁와 후쿠오카地判 平成元年·4·18判例時報1313号 17頁에서도 헌법 제29조 제3항의 물론 해석(하물며 해석)에 의해서 손실보상을 인정한바 있다.

그러나 그 후, 오타루(小樽) 중두재단 소송의 상고심 판결³⁷⁾은 예방접종에 의해서 후유장해가 발생했을 경우에 손실보상 책임을 부정하고 “후생 장관에게는 금기 해당자에게 예방 접종을 실시하지 않도록 하는 충분한 조치를 취하는 것을 게을리 한 과실이 있다”고 하여 국가배상법 제1조 제1항에 근거한 국가의 손해배상 책임을 인정하였다. 따라서 현재에는 법적 구제 제도상의 보상을 웃도는 신체 등의 침해에 대한 손해에 관하여서는 국가배상법에 의하여 구제된다는 것이 판례 법리로 정착되었다고 할 수 있다³⁸⁾.

(3) 사업손실보상(수용적 침해보상)

일본에서 사업손실³⁹⁾에 대한 보상은 일찍이 공해피해의 구제를 기본으로 하여 불법행위 분야에서 손해배상으로 해결하는 것으로 이해되어 왔고, 현재 일본 정부가 취하고 있는 견해도 손해배상설에 입각하고 있는 것으로 보이지만, 근래 그 밖에 손실보상으로서 헌법 제29조 제3항에 의한 구제가 가능하다는 견해⁴⁰⁾도 제기되고 있고, 사업손실보상도 수용손실보상과 마찬가지로 토지수용이나 공공사업의 시행을 위해서 특정인에게 특별한 손실(피해)을 입히는 것이기 때문에 헌법 제14조의 평등의 원칙에 반하고, 제13조의 개인 존중의 원칙에도 반하게 된다고 하여 그 근거를 헌법 제14조나 제13조에서 구하는 견해가 있는가 하면, 사업손실은 토지수용이나 공공사업의 시행에 의해서 발생하는 것이어서 재산권 침해와 밀접한 관련성을 가지고 있기 때문에 제29

37) 最判 平成 3年 4月 19日(最高裁判所民事判例集 45卷 4号 367頁).

38) 西莖章, 전계서(주 4), 281頁.

39) 일본에서는 우리나라에서 사용하고 있는 개념인 간접손실이라는 용어보다는 사업손실이라는 용어법이 일반적이다.

40) 西莖章 『損失補償の要否と内容』(一粒社·1991年) 191頁 以下.

조 제3항에 제13조와 제14조를 결합하는 것에 의해서 이것들을 근거로 직접 보상을 청구하는 것이 가능하다는 견해⁴¹⁾도 주장되고 있다⁴²⁾.

판례에서는 그 밖에 공항·도로로부터의 소음 피해 등에 관하여서는 국가 배상법 제2조 제1항(공의 영조물의 설치 관리의 하비에 근거한 손해 배상 책임)에 근거하여 그 설치 관리자인 국가·공공단체의 손해배상 책임이 긍정된 사례가 적지 않다⁴³⁾.

다. 소결

위에서 살펴본 것처럼 일본에서 생겨난 유추적용설은 비재산권분야에도 재산권에 대하여 규정하고 있는 헌법 제29조 제3항을 유추적용할 것인지의 논의로서 시작되었는데⁴⁴⁾, 우리나라에서 이를 수용하면서 사뭇 다른 내용의 학설로 전개되었지 않았는가 하는 생각을 해본다.

41) 西莖章, 전계서(주 4), 211頁.

42) 생각건대, 일본에서 수용적 침해보상의 헌법상의 근거로서 제29조 제3항을 들 수 있는 것은 일본 헌법상 연결조항 규정이 없어 경계이론에 따라 학설과 판례가 전개되었기 때문에 가능하다고 생각되지만, 우리나라의 경우에는 사정이 다르다고 생각된다.

43) 그 예로서는 오사카(大阪)공항 공해소송에 관한 最高裁判所 昭和 56年 12月 16日(最高裁判所民事判例集 35卷 10号 1369頁), 국도 43号線 공해소송에 관한 最判 平成 7年 7月 7日(最高裁判所民事判例集 49卷 7号 1870頁)이 저명하다.

44) 도유 행정재산인 토지의 사용허가의 취소와 보상의 관계에 관하여 最高裁判所 昭和49年 2月 5日判決(最高裁判所民事判例集 28卷1号1頁)은 일반론으로서 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 “본건 취소를 이유로 한 손실보상에 관한 법률 및 도 조례에 대해 보건데, 본건 취소가 될 당시(昭和 32年 6月 29日)의 지방자치법 및 도 조례에서는 이것에 관한 규정을 찾아낼 수 없다. 그러나 당시의 국유재산법은 이미 보통재산을 대부한 경우에 있어서의 대부기간 중의 계약해제에 의한 손실보상의 규정을 마련해(동법 제24조에서 이것을 행정재산에 준용하고 있었다) 둔 점, 국유든 도유든 행정재산임에는 차이가 없기 때문에 공평의 원칙으로부터도 국유재산법상의 앞의 규정은 도유 행정재산의 사용허가의 경우에 이것을 유추적용 해야 할 것이라고 보는 것이 상당하다.”고 하고 있다. 이 사건은 東京 高判이 昭和四四年(1969년) 3월27일 판결(判例時報553号26頁)에서 손실보상을 인정하여 행정축이 상고한 것에 대하여 최고재판소는 “국유재산법의 규정을 ‘유추 적용’ 하는 것이 상당하다”라고만 하고 있을 뿐 그 직접적인 근거로서 헌법 제29조 제3항을 들지 않고 그 근거를 ‘공평부담의 원칙’에서 찾고 있다. 이 판례에 대하여 유추적용설을 인정했다는 취지의 문헌은 일본에서 찾아볼 수 없는 점이 우리나라와는 다르다고 생각된다.

IV. 우리나라에 있어서 손실보상의 이론과 판례

1. 현행헌법 규정의 연결조항성 인정 여부와 분리이론의 도입여부에 관한 학설

가. 부정설

여기에서 부정설이라 함은 우리 헌법 제23조 제3항의 연결조항성을 부정하면서 분리이론의 도입에도 부정하는 입장, 즉 두 가지 모두를 부정하는 입장의 의미로서 사용하기로 한다⁴⁵⁾. 이처럼 두 가지 모두를 부정하고 있는 국내 학자로서는 강현호교수⁴⁶⁾, 김문현교수⁴⁷⁾, 김현철 교수⁴⁸⁾, 박균성교수⁴⁹⁾, 석중현교수⁵⁰⁾, 홍준형교수⁵¹⁾, 이광윤교수⁵²⁾, 최정일 교수⁵³⁾를 들 수 있다.

45) 이와 같이 동시에 부정하는 입장과 긍정하는 입장으로 나누어서 분류하여 본 이유는 손실보상 이론에 관한 학설이 너무나도 각각이어서 관련되는 것을 연계적으로 묶어 보고자 했던 의도에서이다.

46) 연결조항성에 관하여는 강현호, 전계논문(주 2), 22면 및 86면, 분리이론에 관하여는 강현호, 전계논문(주 2), 93면.

47) 연결조항성에 관하여는 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토-소위 「분리이론」의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로-”, 공법연구, 제32집 제4호, 2004.3, 17면 및 동인, 재산권의 보장과 한계 - 헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로 -, 헌법논총, 제19집, 2008.12, 594면, 분리이론에 관하여는 김문현, 같은 논문(2004년), 14면 및 김문현, 같은 논문(2008년), 589면. 다만 김문현 교수는 경계이론의 유지를 주장하고 있는 것도 아니다.

48) 연결조항에 관하여는 김현철, 전계논문(주 15), 322면, 분리이론의 도입에 관하여는 같은 논문(주 15), 340면. 김현철 교수는 “독일의 분리이론이 가지는 문제점에도 불구하고 유용한 도구가 될 수 있다고 생각된다”고 하여 약간 유보적인 입장을 취하고는 있으나 전문문맥을 살펴볼 때 분리이론의 도입에 반대하는 입장인 것처럼 보인다. 그리고 동 교수는 “헌법재판소뿐만 아니라 대법원도 당해 법률뿐만 아니라 유사한 법률에 보상규정이 있으면 이를 유추적용하여 보상을 지급할 수 있다는 입장이고, 나아가 공용침해 및 보상기준에 관한 일반법으로 종전에는 ‘토지수용법’과 ‘공공용지의취득및손실보상에관한특별법’이 적용되었고, 2003.1.1.부터는 ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’이 시행되고 있는 점에 비추어, 우리나라 법체계에서 연결조항의 원칙은 인정할 여지가 없다고 하겠다.”(323면)라고 하고 있지만 우리 헌법재판소는 이미 여러 차례에 걸쳐서 분리이론(연결조항성?)을 인정한 바 있고(헌재 1998.12.24. 89헌마214; 90헌마16; 97헌바78(병합) 등), ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’이 시행되고 있는 점에 비추어서 연결조항성을 부정해야 하는 결론이 도출되는지는 의문이다(참조판례 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다2511 판결). 그리고 나중에 살펴보는 것처럼 우리 판례가 유추적용설을 따랐다고 하여 반드시 연결조항성을 부정해야 하는 결론에 이르지 않는다고 생각된다.

49) 연결조항에 관하여는 김병목/박균성, “손실보상규정흡결시의 공용침해에 대한 손실보상에 관한 고찰”, 경회법학, 제30권 제1호, 1995.12, 26면, 분리이론에 관하여서는 박균성, 『행정구제법(제2판)』, 박영사, 2002년, 133~134면(김현철, 전계논문(주 15), 334면에서 재인용 함).

50) 연결조항에 관하여는 석중현, 『일반행정법(上)』, 삼영사, 2002년, 654면 및 660면(김현철, 전계논문

생각건대, 우리 헌법학과 행정법학과에서의 이러한 부정설은 먼저 독일 기본법상의 수용(Enteignung)개념과 우리 헌법 제23조 제3항상의 공용침해(수용, 사용, 제한)의 개념이 서로 다르다는 견지에서 부정하는 입장과 그 밖의 문언상의 차이에서 독일과는 달리 우리 헌법조항이 연결조항성을 지니고 있지 않다는 견해로 2분하여 볼 수 있는데, 국내 학설은 주로 전자의 입장에서 연결조항성과 분리이론의 도입을 부정하는 견해가 압도적으로 많고, 후자의 입장에서 이를 부정하는 견해로서는 이광윤 교수의 견해⁵⁴⁾를 들 수 있다.

나. 긍정설

여기에서 긍정설이라 함은 우리 헌법 제14조 제3항에 대하여 연결조항성을 긍정하고, 분리이론의 도입에 대하여도 긍정하는 입장을 지칭하여 사용하기로 한다. 긍정론자로서는 정남철교수⁵⁵⁾와 정연주교수⁵⁶⁾를 들 수 있다⁵⁷⁾.

(주 15), 320면에서 재인용 함), 분리이론에 관하여는 동인, “도시계획결정과 손실보상”, 공법연구, 제28집 제3호, 2000.3, 47~48면.

51) 연결조항에 관하여는 홍준형, 『행정구제법 (제4판)』, 한울아카데미, 2001년, 305면, 분리이론에 관하여는 同 304면 및 309면(김현철, 앞이 논문(주 15) 320면에서 재인용 함).

52) 이광윤, “손해배상·손실보상과 적법성”, 고시계, 423호, 1992.5, 103면.

53) 연결조항에 관하여는 최정일, “독일에서의 수용유사침해법리와 그것의 한국법제에의 수용가능성에 관한 고찰”, 행정법연구, 제34호, 2012.12, 172면, 분리이론에 관하여서는 최정일, 같은 논문, 173면. 최정일 교수는 우리나라 헌법재판소의 개발제한구역과 장기미집행 도시계획시설에 관한 헌법불합치결정을 비롯한 후속적 결정이 “독일연방통상법원(BGH)이 자갈채취결정전에 취하고 있던 경계이론을 취한 것이라고 일단 해석된다”고 하고 있지만(175면) 이는 잘못된 평가가 아닌가 생각된다. 동취지로서는” 김문현, 전제논문(주 47, 2008년) 91면 이하 등 다수 논문.

54) 이광윤, 위의 논문(주 52), 103면.

55) 정남철, “재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰”, 공법연구, 제32집 제3호, 2004.2, 370면.

56) 분리이론에 관하여는 정연주, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 토지공법연구, 43집 1호, 2009.2, 322면, 연결조항성에 관하여는 동인, 같은 논문, 319면 이하. 그러나 동 교수는 “존속보장우선의 원칙에 따라 결국 불가분조항원칙의 위반에 대한 구제방법은 재산권 침해의 결과에 대한 보상이 아닌 해당 공용침해법률의 위헌·무효화와 침해행위 자체의 취소인 것이다”라고 하여 분리이론의 도입에 대하여서는 찬성하는 입장을 취하고 있다고 보여지나 “재산권 관련 법률은 헌법상 재산권형성적 법률유보조항과 재산권침해적 법률유보조항의 두 가지 종류로 대별해 볼 수 있다. 재산권의 범위가 보상을 요하지 아니하는 재산권의 사회적 구속과 보상을 요하는 공용침해를 통해 구체화된다는 것을 의미한다”고 하면서 계속하여 공용침해와 사회적 구속과의 구별기준인 형식적 기준설과 실질적 기준설을 설명하고 있어서(같은 논문 211면 이하) 마치 경계이론에 입각하여 문제를 해결하고자 하는 것이 아닌가 라는 뉘앙스의 설명을 하고 있다. 하지만 분리이론에서 형식적기준설과 실질적기준설은 ‘재산권의 사회적 구속’과 ‘보상을 요하는 공용침해’의 구별기준으로서가 아니라 헌법 제23조 제1항의 재산권의 내용규정 중 조정의무 있는 내용규정과 조정의무 없는 내용규정의 경

다. 절충설

여기에서 절충설이라 함은 우리 헌법 제23조 제3항에 대하여 연결조항성을 긍정하면서 분리이론의 수용에 대하여서는 부정적인 입장만을 지칭하는 것으로 한다. 왜냐하면 우리 헌법 제23조 제3항에 대하여 연결조항성을 부정하면서 분리이론의 도입을 긍정하는 견해는 없는 것으로 보이기 때문이다. 이 견해를 취한 학자로서는 정하중 교수⁵⁸⁾와 홍정선 교수⁵⁹⁾를 들 수 있다.

라. 소결

생각건대, 절충설은 위 각주(56)에서 언급한 바와 같이 분제가 있어 부정설이나 긍정설이 논리적인 면에서는 정합성을 가진 것으로 보인다.

계설정을 위하여 필요한 규정으로서 위치설정하는 것이 더욱더 타당하지 않느냐 라고 생각하여 본다.

57) 연결조항성에 대하여 헌법학계의 다수설은 이를 긍정하는 것으로 보이고 행정학계의 다수설은 이를 부정하는 것으로 보인다.

58) 분리이론의 도입에 관하여는 정하중, “헌법상의 재산권 보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 서강법학연구, 제5권, 2003.5, 79~86면, 연결조항성에 관하여는 정하중, 같은 논문, 83면 및 정하중, 『행정법 개론(제3판)』, 법문사, 2009년, 541면. 정하중 교수는 우리 헌법 제23조 제3항의 연결조항성에 대하여서는 이를 긍정하고 있으나(82~83면), 분리이론의 도입에 대하여서는 ‘독일 연방헌법 재판소의 분리이론 자체도 조정보상이 필요 없는 사회적 제약과 조정보상의무 있는 재산권내용규정 사이에서 여전히 법적 불안정성을 보이고 있다는 점 때문에 독일 내에서도 비판이 있다는 점’을 들어 반대하고 있고, 이러한 이유에서 우리 헌법재판소가 89헌마214등 사건 및 97헌바26 사건에서 심판대상법률의 위헌성을 이른바 분리이론에 의존하여 헌법 제23조 제1항 제2문과 관련하여 검토한 것은 잘못된 것이라고 한다(86면). 즉 동 교수는 우리 헌법은 공용제한까지도 포함하여 연결조항성을 규정하고 있으므로 보상규정이 없는 공용제한에 대하여서는 모두 헌법 제23조 제3항에 의하여 위헌 판결을 하여야 한다는 논리를 주장하고 있는 것으로 보이나, 그렇게 할 경우에는 첫 번째로 사회적 혼란과 부작용을 초래할 위험이 매우 크다는 점, 두 번째로는 이러한 위험을 피하기 위하여 모든 제한에 대하여 보상규정을 두려면 친문학적인 수치의 보상을 하지 않을 수 없는 사태가 생길 수도 있으므로 일정한 제한에 대하여서는 헌법 제23조 제1항의 내용결정으로 보고 이 중에서 재산권자에게 수인한도를 초과한 경우 등에는 매수 등의 방법에 의하여 조정할 수 있는 조정의무 있는 내용결정으로 구분하는 현재의 결정에도 나름 일리가 있어 보인다. 그리고 헌법 제23조 제3항에 따라서 위헌 결정을 내리는 것 역시 분리이론의 한 내용이라고 생각되기 때문에(경계이론은 사회적 구속에 해당되면 손실보상을 인정하지 않고 특별한 희생에 해당되면 법률에서 손실보상규정을 두고 있는지 여부와 관계없이 또 헌법재판소의 위헌여부의 판단과 관계없이 직접 손실보상을 명하는 판결을 할 수 있는 이론이고, 분리이론은 행정소송으로서의 취소소송을 통하여 최종적으로 헌법재판소를 통하여 위헌판단을 받는 이론으로 보이기 때문에) 위와 같은 이유로 인하여 연결조항성은 이를 긍정하면서 분리이론의 도입을 반대하는 논리는 타당하지 않다고 생각된다.

59) 연결조항에 관하여는 홍정선, 『행정법특강(제7판)』, 박영사, 2008년, 543면, 분리이론의 도입에 대하여서는 같은 책, 550면. 다만 동 교수는 분리이론의 도입을 부정해야 하는 이유에 관하여서는 자세한 설명을 하고 있지 않다.

2. 수용유사침해이론 또는 수용적 침해이론의 도입여부에 관한 학설.

가. 분리이론의 도입에 대하여 긍정하면서 수용유사침해이론의 도입에도 긍정적인 입장

여기에 해당하는 학자는 없는 것으로 보인다. 왜냐하면 분리이론의 도입을 긍정적으로 보는 정남철교수⁶⁰⁾는 수용유사침해 이론의 도입에 대하여 부정적인 입장을 취하고 있고, 정연주교수⁶¹⁾는 여기에 대하여 특별한 언급을 하고 있지 않는 것으로 보이기 때문이다.

나. 분리이론의 도입에 대하여 긍정하면서 수용유사침해이론의 도입에 부정적인 입장

여기에 해당하는 학자로서는 정남철교수⁶²⁾를 들 수 있다. 다만 동 교수가 전제하는 수용유사침해이론 등이 (구) 수용침해유사를 의미한다면 논리적인 면에서는 정합성을 가진다고 보여지나 (신) 수용유사침해이론을 전제로 한다면 타당한 주장은 될 수 없다고 생각된다⁶³⁾. 왜냐하면 분리이론의 도입을 주장하면서도 경우에 따라서는 (행정소송에 대한 기대가능성이 없는 경우 등) 독일 연방통상법원이 들고 있는 (신) 수용유사침해이론이나 (신) 수용적 침해이론(‘헌법 제23조 제3항을 유추적용한다’는 내용을 제외한다면 유추적용설과 동일)은 논리상 분리이론과 병존하여 주장가능하고 우리 헌법하의 현실 속에

60) 정남철, 전계논문(주 55), 370면.

61) 정연주, 전계논문(주 56), 447면.

62) 정남철, 전계논문(주 55), 370면 이하.

63) 정남철 교수는 “비록 독일의 수용개념보다 우리의 공용침해개념이 상대적으로 넓다는 점은 인정하나, 오히려 수용유사침해나 수용적 침해를 바로 도입하기보다는 헌법 제23조 제3항의 공용침해의 요건을 적극적으로 정의하고, 이러한 요건에 해당하는 재산권침해에 대해서는 보상을 통해 해결하여야 한다. 그 밖의 재산권침해는 헌법 제23조 제1항 제2문에 기초한 내용제한규정으로 파악하여야 한다”는 취지의 주장을 하고 있는 것을 볼 때에는 여기에서의 수용유사침해이론은 (구) 수용유사침해이론을 지칭하는 것으로 볼 여지도 있으나, 우리에게 독일과는 달리 희생보상청구권사상이 없음을 이유로 수용적침해이론의 도입에 회의적이고 국가배상을 통하여 해결하여야 한다는 논지나 수용유사침해이론도 그 법적 근거를 찾기 어렵다는 논지(정남철, “보상부 공용수용과 무보상부 내용제한규정의 구별 : 소위 경계이론과 분리이론, 그리고 미해결의 문제를 중심으로”, 강원법학, 제 31권, 2010.10, 100-101면)를 볼 때에는 이때의 수용유사침해이론은 (신)수용유사침해이론을 지칭하는 것으로도 보여진다. 그러나 수용적 침해(간접손실 또는 사업손실)에 대하여 전적으로 국가배상에 의존시키는 것이 타당한지에 대하여서는 논란이 있을 수 있다고 생각된다.

서 그 도입에 대한 타당성이 충분하기 때문이다.

다. 분리이론의 도입에 부정적인 입장을 취하면서 수용유사침해이론의 도입에 긍정적인 입장

여기에 해당하는 학자로서는 강현호교수⁶⁴), 석종현교수⁶⁵), 홍정선교수⁶⁶) 및 홍준형교수⁶⁷)를 들 수 있다.

생각건대, 이때의 수용유사침해이론을 (구) 수용유사침해이론으로 이해한다면 논리적인 정합성에는 문제가 없다고 생각되나⁶⁸), (신) 수용유사침해이론으로 이해한다면 논리적인 정합성에 문제가 있다고 생각된다.

라. 분리이론의 도입에 부정적인 입장을 취하면서 수용유사침해이론의 도입에도 부정적인 학자

여기에 해당하는 학자로서는 김문현교수⁶⁹), 박균성교수⁷⁰), 정하중교수⁷¹), 이광윤교수⁷²) 및 유지태교수⁷³)를 들 수 있다.

생각건대, 이때의 수용유사침해 등 이론을 (신)수용유사침해 등 이론으로 이해한다면 논리적으로 문제는 없다고 생각되나⁷⁴), (구) 수용유사침해 등 이

64) 강현호, “수용유사침해”, 계명법학, 제4집, 2000.2, 268면.

65) 석종현, 전계논문(주 50), 48면.

66) 홍정선, 전계서(주 59), 573면.

67) 홍준형, “수용유사침해보상의 범리의 수용가능성”, 고시연구, 24권 1호, 1996.12, 24면 이하. 홍준형 교수는 수용유사침해이론 등의 수용에 대하여 “국가배상법상 위법책임이나 무과실책임이 도입되어 보상규정이 없는 법률에 의한 재산권의 박탈에 대한 불법행위책임이 인정되기까지는 우리나라 행정법에서도 충분히 수용될 만한 가치를 지닌다”고 언급하고 있는데, 이 때의 수용유사침해이론은 (구) 수용유사침해이론을 지칭하는 것으로 보인다.

68) (구)수용유사침해이론의 도입을 긍정한다는 의미는 소송법적으로 위법무과실책임에 대하여 손실보상을 통하여 권리구제가 이루어져야 한다는 것인 반면에 동 이론의 도입을 부정하는 입장은 다시 손해배상을 통하여 권리구제가 이루어져야 한다는 견해와 그 밖의 결과 책임 또는 위법책임의 범리를 새로 정립해야 한다는 의견으로 나눌 수 있다.

69) 김문현, 전계논문(주 47, 2004년), 12면.

70) 김병목/박균성, 전계논문(주 49), 35면 참조.

71) 정하중, 전계논문(주 8), 109면 이하.

72) 이광윤, 전계논문(주 52), 103면.

73) 유지태, “공물법상의 손실보상논의”, 고시연구, 23권 9호, 1996.8, 68면 이하.

74) 김병목/박균성 교수는 “독일의 수용유사침해이론이 犧牲補償의 法理라는 慣習法에 근거하여 判例에 의해 인정되고 있는 것인데”라는 표현에서 알 수 있듯이 이 때의 수용유사침해이론은 (신) 수용

론으로 이해한다면 논리적으로 문제가 된다고 생각된다.

마. 검토

국내의 학설들은 대부분 수용유사침해이론을 新舊로 구별하지 않고 그 도입여부를 논하여 이론적인 혼란이 가중되었다고 생각하여 본다. 그리고 우리 대법원 판례는 수용유사침해이론의 수용에 대하여서 이를 부정적으로 보고 있는 듯하다⁷⁵⁾.

3. 청구권의 근거에 관한 국내학설

가. 직접효력설

이 학설은 헌법 제23조 제3항의 규정은 손실보상청구권의 행사를 보장하는 국민에 대한 직접적인 효력이 있는 규정으로 보고, 따라서 재산권침해만을 규정하고 보상에 관하여는 규정하지 아니하거나 또는 정당한 보상에 미치지 못하는 내용의 법률에 의하여 재산권을 침해당한 국민은 헌법규정에 의하여 직접 정당한 보상을 청구할 수 있다는 학설이다⁷⁶⁾.

유사침해이론을 의미하고 있는 것으로 보인다. 다음으로 정하중 교수 역시 이 때의 수용유사침해를 (신) 수용유사침해이론을 말하고 있는 것으로 보인다.

75) 우리나라의 판례(서울고법판 1992.12.24. 92나20073.)에서도 수용유사침해라는 용어가 등장한다. 즉 1980년 신군부에 의한 이른바 언론통폐합조치를 통하여 행하여진 문화방송주식의 강제적 국가귀속 조치에 대한 사건이 그것이다. 이것에 대하여 우리나라의 많은 문헌에서는 이것이 수용유사침해이론을 긍정한 사례라고 하고 있다. 하지만 대법원 판례도 아닌 고등법원의 판례를 들어 단지 판결문에 수용유사침해라는 용어가 들어 있다고 하여 이것을 수용유사침해이론을 인정했던 판례로 거론하는 것은 옳다고 생각되지는 않는다. 왜냐하면 독일의 연방통상재판소에서 수용유사침해이론을 전개한 이유가 국가보상으로도 구제가 되지 아니하고 손실보상에 대한 근거규정이 없어서 문제가 된 사안 즉 위법, 무과실침해에 대한 보상의 문제를 해결하기 위하여 나온 이론인데(물론 나중에는 위법과실에 대하여서까지 이 이론을 확장하기는 하였지만), 이 사안은 국가배상의 대상이 될 수도 있는 그런 사안이기 때문이다. 따라서 굳이 수용유사침해 이론을 수용 내지는 인정한 판례를 찾는다면 차라리 직접효력설을 인정했던 대법원 1976.10.12 선고 76다1443 판결의 원심인 서울고등법원 1976.4.15. 선고 75나332 판결이나 그것의 원심인 서울민사지방법원 1975. 1. 10. 선고 74가합1780 판결을 예로 드는 것이 더 적절하지 않을까 라고 생각하여본다. 해방이후 1997년까지 우리 판례가 직접효력설, 위헌무효설 및 유추적용설 중 어느 것을 취하였는가에 대한 판례에 대한 자세한 분석에 대하여서는 최승원, “손실보상논의의 새로운 가능성 탐구”, 행정법연구, 창간호, 997.6, 36면 이하 참조.

76) 김동희, 『행정법 I(14판)』, 박영사, 2008년, 564면.

나. 위헌무효설

이 학설은 법률이 재산권침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정하지 아니하면 그 법률은 헌법규정에 위반된 것으로서 위헌무효가 된다고 한다. 그리고 이러한 위헌무효인 법률에 근거하여 개인의 재산권을 침해하는 행위는 위법한 행위가 되기 때문에 국가배상법에 의거한 불법행위로 인한 손해배상청구만이 가능하고, 헌법규정에 근거하여 직접 손실보상을 청구할 수는 없다고 한다. 이 학설이 현재의 다수설이라는 견해⁷⁷⁾도 있으나 위에서 살펴본 것처럼 우리 학계의 다수 견해가 우리 헌법 제23조 제3항의 연결조항성을 부정하고 분리이론의 도입에도 부정적인 입장을 취하고 있다는 점을 고려한다면 과연 위헌무효설이 다수설인지는 의문시 된다.

특히 이 학설은 최근 독일 기본법의 연결조항(Junktimklausel)의 해석과 관련하여 유력하게 주장되고 있다고 한다⁷⁸⁾. 그런데 위에서 언급한 것처럼 국내의 많은 문헌에서는 위헌무효설을 손해배상과 연결시키고 있지만 이 주장이 타당한지는 의문이다. 왜냐하면 위헌판결이 있기 전에 행위를 한 공무원의 행위에 과실을 인정할 수 없기 때문에 손해배상을 곧바로 청구하는 것에는 실익이 없다고 보여지기 때문이다⁷⁹⁾. 따라서 이 학설에 의할 경우에는 먼저 행정처분의 취소를 구해야 하는 것으로 될 것이다.

다. 유추적용설

이 학설은 재산권침해에 따르는 보상규정이 없는 경우에, 국민은 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제11조를 근거로 하는 동시에 헌법 제23조 제3항 및 관련 규정의 일반법원칙을 유추적용하여 손실보상을 청구할 수 있다⁸⁰⁾고 한다.

이 학설에 대하여서는 “직접효력설과 결과에 있어서는 동일하나 보상청구권의 근거를 헌법 제23조⁸¹⁾와 아울러서 헌법 제11조의 평등조항에서 찾는 점

77) 장태주, 『행정법개론(제6판)』, 현암사, 2008년, 638면.

78) 정하중, “독일 Bonn 기본법 14조 상의 부대조항(Junktimklausel)의 의미와 한국헌법 23조3항의 해석”, 사법행정, 33권 10호, 1992.10, 36면 이하; 정연주, “공용침해와 불가분조항”, 고시연구, 제19권 제4호, 1992.4, 122면.

79) 동취지로서는 塩野廣, 전게서(주 3), 359頁. 위 각주(31) 참조.

80) 김동희, 전게서(주 78), 557면; 박평준, 전게논문(주 14), 38면.

에 특징이 있으며, 이 간접효력설은 주로 독일의 수용유사침해 및 수용적침해론에 영향을 받은 것이라 할 수 있다”는 주장⁸²⁾이 있는가 하면, “유추적용설은 그 기본적 내용에 있어 위헌무효설과 다르지 않은 것이나 이 설은 수용유사침해의 법리를 적용하여 위법한 재산권 침해에 대한 구제를 도모하려는 점에서 위헌무효설과 다른 측면이 있다”는 주장⁸³⁾도 있다⁸⁴⁾.

우리 판례는 대법원 99다27231판결에서 “공공용지의취득및손실보상에관한 특례법시행규칙의 관련규정을 유추적용하여 손실보상을 하여 줄 의무가 있다”고 판시하였는데 이 판례가 유추적용설 내지 (신) 수용적침해보상이론을 적용 내지 수용하였는지에 대하여 논란이 있을 수 있다. 생각건대 이 판례는 가능한 한 유사한 경우에 적용되는 법률이라도 있으면 이를 유추적용하여 보

81) 이때 23조가 제23조 전체를 의미하는지 제23조 제1항만을 의미하는지가 불분명하지만 제1항만을 의미하는 것으로 보는 것이 타당해 보인다.

82) 김광수, 전계논문(주 16), 6면. 다만 이때의 수용유사침해 등 이론이 (신) 수용유사침해 등 이론을 말하는지 (구) 수용유사침해 등 이론을 말하는지도 불분명하다. 논문의 내용을 속에서는 (구) 수용유사침해 등을 의미하는 것으로 느낄 수 있는 부분도 많다고 보여지나(아래 주 84) 참조, 이때의 수용유사침해 등 이론은 (신) 수용유사침해 등 이론으로 보는 한 타당한 주장이라고 생각된다.

83) 김동희, 전계서(주 76), 559면.

84) 국내의 많은 문헌에서는 수용유사침해 등 이론을 전개한 독일의 통상법원판례가 기본법 제14조 제3항을 유추적용 하여 보상을 인정하였다는 표현을 볼 수 있는가 하면(김광수, 전계논문(주 16), 87면 등 다수), 유추해석하여 손실보상을 인정하였다는 표현도 볼 수 있다(예컨대, 김광수, 전계논문(주 16), 5면 등 다수). 또한 “수용유사적 침해는 기본법 제14조 제3항을 유추적용하거나 기본법 제14조를 근거로 하여 수용처벌 보상되었다”라는 표현도 볼 수 있다(조태제, 전계논문(주 19), 331면). 생각건대 자갈채취판결이후의 연방통상 법원의 판례(BGHZ 90, 17(1984. 1. 26).)를 보면 “연방헌법 재판소의 결정에 의하면, 기본법 제14조 제3항으로부터는 직접적으로 재산권에의 위법한 침해행위를 원인으로 하는 손실보상 청구권은 도출될 수 없다”고 하고 있는데 이는 역으로 자갈채취판결 이전의 연방통상법원에서는 기본법 제14조 제3항으로부터 직접적으로 ‘재산권에의 위법한 침해행위를 원인으로 하는 손실보상 청구권’이 도출되었다는 것을 짐작하여 볼 수 있다. 아무튼 자갈채취판결이전의 연방통상법원의 판례가 제14조 제3항을 유추적용을 했던, 유추해석을 했던 그 근거를 기본법 제14조 제3항에서 구했던 것은 확실한 것 같다. 다만 국내의 많은 문헌에서는 자갈채취판결 이전의 수용유사침해이론과 유추적용설을 동일시하는 견해가 많은데 이는 타당한 견해가 아니라고 생각되고, 오히려 자갈채취판결이전의 연방통상법원의 판결은 일본에서 유래한 직접청구권설 내지는 국민에 대한 직접효력설과 유사 내지는 동일하다고 생각된다. 동취지라고 생각되는 견해로서는 오래 전의 문헌이지만 박윤혼 교수의 견해를 들 수 있다. 동 교수는 다음과 같이 주장하여 자갈채취판결이전의 연방통상법원의 판결이 결코 유추적용설을 취한 것이 아니라는 주장을 하고 있음을 엿볼 수 있다. 즉 “유추적용은 유사한 대상에만 있을 수 있으며, 동일한 대상간에는 그것이 처해 있는 여건이 다르다고 하더라도 직접적용의 여부만이 논의될 수 있는 것이며, 유추적용의 문제는 생가지 않는다. 그런데 헌법 제23조 제3항은 「재산권」의 수용·사용 또는 제한이라고 하여 「재산권」이라는 포괄적인 표현을 하고 있기 때문에 재산권이 대상으로 되는 한 헌법 제23조 제3항의 직접적용의 여부만이 문제되며, 유추적용의 대상은 될 수 없는 것이다”(박윤혼, 계획제한과 손실보상, 고시계, 40권 8호(462호), 1995.7, 137면)가 그것이다.

상하여 주도록 적극적으로 판결하는 입장에 서 있는 것으로서 위의 일본 부분에서 언급한 도유행정재산의 사용허가 취소사건(주 44)과 유사해 보인다. 다만 이 판례에서는 보상의 헌법상의 근거를 명확히 밝히고 있지는 않지만 일본 판례가 말한 ‘공평의 원칙으로부터’ 그 근거를 도출하지 않았는가 하는 생각을 해본다. 왜냐하면 “..... 보상하도록 규정하고 있는 점에 비추어”라는 표현에서 그것을 짐작하여 볼 수 있다.

생각건대 이는 간접침해에 관한 손실보상을 인정한 것으로서 간접침해와 유사하다고 할 수 있는 독일식의 수용적침해에 대한 보상과 관련하여 생각하여 보면 (신) 수용적 침해이론을 수용했다고 말할 수 있다고 생각된다. 왜냐하면 독일에서 (구) 수용적침해법리는 그 근거를 기본법 제14조 제3항에서 구하고 있으나 (신) 수용적 침해이론은 그 근거를 판례상으로는 희생보상청구권사상에서 구하고 있는데(일부 학설에서는 기본법 제14조 제1항에서 구하기도 함), 희생보상청구권도 결국은 공평의 원칙의 다른 표현이 아닌가 생각되기 때문이다.

라. 검토

직접효력설, 위헌무효설 및 유추적용설은 모두 일본에서 주창되어 우리나라에 전래된 학설이라고 생각되기 때문에, 독일식의 수용유사침해이론 또는 수용적 침해이론과 어떠한 연관성이 있는지를 명확하게 하지 않으면 이론적으로 많은 혼란이 초래될 수 있다고 생각된다. 왜냐하면 이 이론들은 서로간에 유사성도 많이 내포하기 있기 때문이다. 따라서 이 학설들이 서로 어떤 연관성을 갖는지를 사건에서 생각하여 보면 위헌무효설은 연방헌법재판소에서 결정한 분리이론과 유사 내지 동일해 보이고, 직접효력설은 자갈채취판결이전의 수용유사침해이론 내지는 수용적 침해이론과 유사 내지는 동일해 보인다.

그리고 유추적용설 역시 일본에서 처음으로 주장된 것으로 보이나 일본에서는 비재산적 법익이 침해되었을 경우에 일본 헌법 제29조 제3항을 유추 적용 내지 물론 해석을 통하여, 헌법상 손실보상 청구를 인정할 수 있을가에 관

하여서 논의되었으나 우리나라에서는 재산권분야에까지 확대적용하면서 “헌법 제23조 제3항을 유추적용한다”는 논리로 전개되어 일본의 유추적용설이나 자갈채취판결 이후의 연방통상법원의 판례에 나타난 (신)수용유사침해이론 및 (신) 수용적 침해이론과는 조금 다른 내용의 학설이 되지 않았는가 생각하여 본다. 다만 이 학설은 ‘헌법 제23조 제3항을 유추적용한다’는 부분을 제외한다면 독일의 (신)수용유사침해 이론 등과 어느 정도 유사해 보인다⁸⁵⁾.

따라서 김동희 교수가 주장하는 것처럼 ‘유추적용설은 그 기본적 내용에 있어 위헌무효설과 다르지 않다’는 주장에도 나름 일리가 없는 것은 아니나 (위헌무효설을 주장하는 경우에도 행정쟁송에 의한 기대가능성이 없는 등 일정한 경우에는 유추적용설을 통하여 문제를 해결할 수 있다는 점에서 서로 병존가능성은 있기 때문에), 위헌무효설은 원래 행정쟁송(항고소송) 우선의 원칙에 의한 존속보장우선의 관점에 그 핵심이 있어, 보상규정이 없는 경우에는 곧바로 손실보상에 대한 판결을 할 수 없다는 것이고, 유추적용설(신 수용유사 등 침해이론)은 곧바로(위헌여부를 따질 것 없이) 관련 법령을 유추적용하여 손실보상에 대한 판결을 할 수 있다는 점에서 위헌무효설과는 큰 차이가 있기 때문에 내용에 있어서 위헌무효설과 유추적용설을 동일시 하는 것에 의문을 제기하지 않을 수 없다.

그리고 유추적용설이 ‘수용유사침해의 법리를 적용하여 위법한 재산권 침해에 대한 구제를 도모하려는 점에서 위헌무효설과 다른 측면이 있다’라는 표현도 이 때의 수용유사침해의 법리를 (신)수용유사침해법리만을 지칭하는 것으로 한정적으로 보아야 한다고 생각된다. 왜냐하면 (구)수용유사침해법리는 직접효력설과 유사하며 유추적용설과는 거리가 있다고 보여지기 때문이다⁸⁶⁾.

85) 왜냐하면 자갈채취판결이후의 독일 연방통상법원에서는 수용유사침해 등에 대한 보상의 근거를 일 반란트법 서장 75조나 76조상의 회생원칙에서 찾았지만 일부 학설에서는 그 보상의 근거를 기본법 제14조 제1항(헌법 제23조 제1항)에서 찾고 있는 견해가 있고(김광수, 전계논문(주 16), 231면), 자 갈채취판결 이후의 판례나 학설에서는 기본법 ‘제14조 제3항을 유추적용한다’는 내용을 찾아볼 수 없기 때문이다. 또한 “우리나라에 수용유사침해 법리를 우리헌법에 들여온다면 그 법적 근거는 헌 법 제23조 제1항으로 보는 것이 타당할 것이다”라는 견해(홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 공법연구, 제42집 제1호, 2013.10, 639면)가 있는데 이때 의 수용유사침해이론은 (신) 수용유사침해이론을 말하는 것으로 이해할 수 있으며, 이는 우리나라 에서 주장되고 있는 유추적용설과도 어느 정도 유사하다고 생각된다.

86) 다만 “직접효력설이나 유추적용설이 경계이론과 동일한 논리를 가진다면 위헌무효설은 분리이론에

V. 마치며

우리 헌법 제23조 제3항에 대하여 연결조항성을 부정하는 입장을 취하는 대다수의 국내 행정법 학자의 견해는 우리헌법 제23조 제3항이 광의의 수용 개념인 공공필요에 의한 “수용·사용 또는 제한”을 손실보상의 대상으로 하고 있기 때문에 독일 기본법 제14조 제3항에서 규정하고 있는 수용(Enteignung)과는 그 규정내용상의 차이로 인하여 독일의 분리이론을 그대로 받아들일 수 없다고 한다. 이처럼 우리 헌법 제23조 제3항은 독일 기본법 제14조 제3항과는 달리 수용(Enteignung)만이 아니라 수용, 사용 및 제한을 열거적으로 규정하고 있기는 하나 독일 기본법상 수용(Enteignung)개념은 우리 헌법상의 수용, 사용 및 제한을 아우르는 개념으로 보아도 무리가 없지 않을까 라고 생각하여 본다. 왜냐하면 독일 연방통상법원도 1993년 2월 18일의 판결에서 공용제한을 ‘그 부담이 소유자에게 있어서 「결코 수인 될 수 없는 공용제한」과 ‘소유자에게 입법상의 조치와 결합된 부담을 보상(조정) 없이 감수 하는 것이 기대될 수 없는 공용제한’으로 구별하여 전자의 경우에는 ‘기본법 제14조 제3항의 수용’으로 보고, 후자의 경우에는 기본법 제14조 제1항의 ‘조정 의무 있는 재산권의 내용규정’으로 판단하여 수용(Enteignung)개념에 완전히 공용제한을 배제하고 있지 않는 것으로 보이기 때문이다⁸⁷⁾. 그러한 의미에서 우리 헌법재판소의 결정은 나름 일리가 있어 보인다.

그리고 우리나라에서는 독일에서 일반적으로 주장되지 아니한 또 하나의 학설이 있는데, 그것이 바로 헌법 제23조 제3항을 근거로 하여 곧바로 손실보상을 청구할 수 있는 가에 대한 학설로서 위헌무효설과 직접효력설 또는 간접효력설이 그것이다. 사실 이 학설들은 일본에서 건너온 학설들로서 (구)수용유사침해이론이나 (구)수용적 침해이론의 수용을 긍정하는 경우에는 논리

가깝다고 할 수 있다”는 주장(김문현, 전제논문(주 47, 2004년), 11면)이 있지만 유추적용설은 (신)수용유사침해 등 이론과 그 맥을 같이하는 것으로서 분리이론의 한 측면을 이루고 있는 것이어서 경계이론과 동일한 논리를 가진 것은 아니라고 조심스럽게 생각하여 본다.

87) 따라서 우리 헌법상의 ‘제한’이라는 법 용어도 모든 제한을 총칭하는 것이 아니라 상황에 따라서는 해석이 필요한데 ‘결코 수인 될 수 없는 공용제한’으로 한정적으로 해석할 수도 있는 것이고, 그렇게 해석하는 한 그렇다는 것이다.

적으로는 직접효력설을 인정해야 한다는 것으로 귀결되고, (신)수용유사침해 이론이나 (신)수용적 침해이론의 수용을 긍정하는 경우에는 위헌무효설이나 간접효력설을 인정해야 한다는 논리로 귀결된다고 생각된다.

다만 논리상으로 분리이론의 수용을 긍정하면서(청구권의 근거로서는 위헌 무효설을 취하면서) 일정한 경우 즉 행정쟁송에 기대가능성이 없는 경우 등에는 유추적용설이 적용될 수도 있다고 생각된다.

따라서 재산권에 대한 위법·무과실침해(수용유사침해)에 대하여서는 독일 연방 헌법재판소가 판시한바 있고 연방통상법원이 확인한 바 있는 행정쟁송 우선의 원칙의 관철에 철저하다보면 법원에서 보상규정이 없음에도 불구하고 직접 손실보상을 명해서는 안되지만 수용적침해(사업손실 내지는 간접손실)의 경우에는 행정쟁송우선의 원칙의 관철이 크게 문제시되지 않기 때문에 직접 법원에서 손실보상을 명할 수도 있다고 생각된다. 이러한 의미에서 우리 대법원이 간접손실에 대하여 유추적용설 내지는 (신)수용적 침해법리에 의거하여 보상을 인정하였다고도 볼 수 있고 그렇다고 하여 우리 대법원이 헌법 제23조 제3항에 대하여 연결조항성을 부정하고 있다거나 분리이론의 도입에 반대하는 입장을 취하였다고는 보여지지 않는다. 따라서 간접손실 등에 대하여서는 법원이 적극적인 판단을 통하여 손실보상을 인정하는 것이 특별한 희생을 당한 주민의 권리구제에 기여하게 될 것이다. 그리고 이는 헌법 재판소 결정의 구속력의 법리에도 어긋나는 것은 아니라고 생각된다.

투고일 : 2015. 06. 30.	심사일 : 2015. 07. 26.	게재확정일 : 2015. 08. 03.
---------------------	---------------------	-----------------------

참고문헌

(1) 국내문헌

(단행본)

- 김남진·김연태, 『행정법 I(제12판)』, 법문사, 2008년.
정하중, 『행정법 개론(제3판)』, 법문사, 2009년.
홍정선, 『행정법특강(제7판)』, 박영사, 2008년.
김동희, 『행정법 I(14판)』, 박영사, 2008년.
장태주, 『행정법개론(제6판)』, 현암사, 2008년.

(논문)

- 강현호, “한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해석”, 토지공법연구, 제18집, 한국토지공법학회, 2003. 6, 75-96면.
_____, “수용유사침해”, 계명법학, 제4집, 계명법학 간행위원회, 2000. 2, 245-269면.
김광수, “독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1994년.
김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토-소위 「분리이론」의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로-”, 공법연구, 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004. 3, 1-18면.
_____, “재산권의 보장과 한계 - 헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로 - 헌법논총, 제19집, 헌법재판소, 2008. 12, 563-598면.
김병목/박균성, “손실보상규정흡결시의 공용침해에 대한 손실보상에 관한 고찰”, 경희법학, 제30권 제1호, 경희대학교, 1995. 12, 15-40면.
김현철, “보상규정 없는 재산권제한법률에 대한 헌법적 심사”, 헌법논총, 제15집, 헌법재판소, 2004. 12, 271-346면.
박균성, “간접손실보상의 再檢討”, 토지보상법연구, 제8집, 한국토지보상법연

- 구회, 2008. 2, 1-12면.
- 박윤훈, “계획제한과 손실보상”, 고시계, 40권 8호(462호), 국가고시학회, 1995. 7, 128-144면.
- 박평준, “수용유사적 침해법리의 수용문제”, 고시연구, 제27권 제4호, 고시연구사, 2000. 3, 25-43면.
- 석중현, “도시계획결정과 손실보상”, 공법연구, 제28집 제3호, 한국공법학회, 2000. 3, 26-48면.
- 송희성, “수용유사적 침해와 수용적 침해”, 사법행정, 제41권 제11호(479호), 한국사법행정학회, 2000. 11, 11-22면.
- 신봉기 번역, “수용개념의 이해”, 토지공법연구총서 V, 한국토지공법학회, 2001. 8, 403-418면.
- 이광윤, “손해배상·손실보상과 적법성”, 고시계, 423호, 고시연구사, 1992. 5, 95-103면.
- 정남철, “재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰”, 공법연구, 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004. 2, 363-386.
- _____, “보상부 공용수용과 무보상부 내용한계규정의 구별 : 소위 경계이론과 분리이론, 그리고 미해결의 문제를 중심으로”, 강원법학, 제31권, 강원대학교 비교법학연구소, 2010. 10, 77-108면.
- 정연주, “공용침해와 불가분조항”, 고시연구, 고시연구사, 1992. 4, 117-128면.
- _____, “재산권보장과 이익형량”, 공법연구, 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001. 1, 29-62면.
- _____, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 토지공법연구, 43집 1호, 한국토지공법학회, 2009. 2, 309-340면.
- 정하중, “독일 Bonn 기본법 14조 상의 부대조항(Junktivklausel)의 의미와 한국헌법 23조3항의 해석”, 사법행정, 33권 10호, 한국사법행정학회, 1992. 10, 35-42면.
- _____, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 고시연구, 제21권 제3호(240호), 고시연구사, 1994. 2, 88-111면.
- _____, “헌법상의 재산권 보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 서강법

- 학연구, 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003. 5, 57-86면.
- 조태제, “재산권침해에 대한 구제 - 독일에서의 손실보상의 변천과 현황을 중심으로”, 헌법학연구, 제1집, 한국헌법학회, 1995. 11, 324-359면.
- 최승원, 손실보상논의의 새로운 가능성 탐구, 행정법연구, 창간호, 행정법이론 실무학회, 1997. 6, 29-47면.
- 최정일, “독일에서의 수용유사침해법리와 그것의 한국법제에의 수용가능성에 관한 고찰”, 행정법연구, 제34호, 행정법이론실무학회, 2012. 12, 137-198면.
- 홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 공법연구, 제42집 제1호, 한국공법학회, 2013. 10, 615-648면.
- 홍준형, “수용유사침해보상의 법리의 수용가능성”, 고시연구, 24권 1호, 고시연구사, 1996. 12, 124-141면.

(2) 외국문헌

1) 일본문헌

- 塩野宏 『行政法Ⅱ[第5版]』(有斐閣・2010年).
- 西埜章 『損失補償の要否と内容』(一粒社・1991年).
- _____ 『國家賠償法概説』(勁草書房・2008年).
- _____ 「損失補償概念の再検討」法政理論21卷3号(新潟大學法學會・1989年) 1-48頁.
- _____ 「財産權の制限と損失補償の要否」法政理論33卷1号(新潟大學法學會・2000年)1-32頁.

2) 독일 문헌

- Hans D. Jarass, Verfassungsrechtlicher Enteignungsbegriff und Planungsrecht, in: 『PLANUNG』(C.H.Beck 2000).

<국문요약>

損失補償理論의 比較法的 檢討를 통한 우리理論의 體系化

- 한, 일, 독의 損失補償理論分析를 통한 우리나라 損失補償理論의 整合性 再考를 中心으로 -

趙淵八

독일 연방통상법원의 종래의 수용유사침해법리 및 수용적침해법리는 연방 헌법재판소의 결정에 의해 대폭 수정되었다. 이러한 의미에서 오센빌은 “자갈 채취판결이후의 판례에 의하면 수용유사침해이론은 살아 있다 하더라도 이미 그것은 수용유사침해라고 보기 어렵기 때문에 ‘위법한 재산권 침해에 의한 청구권’이라고 칭하는 것이 좋다”고 하였다. 본 연구자도 이러한 의미에서 자갈 채취판결 이전의 수용유사침해 등 이론을 (구)수용유사침해 등 이론이라 칭하고, 자갈채취판결 이후의 수용유사침해 등 이론을 (신)수용유사침해 등 이론이라 칭하는 것으로 한다. 이렇게 함으로서 이론상의 많은 혼란을 잠재울 수 있거나 축소할 수 있다고 생각되기 때문이다.

일본에 있어서 위법 무과실침해는 보상규정이 없는 법률에 근거하여 공무원이 일정한 행위를 하여(위법·무과실) 재산권이 침해되었을 경우와 비재산적 법익이 침해되었을 경우로 구분할 수 있는데 전자의 경우에는 직접청구권 설이 통설·판례이고, 후자의 경우 즉 보상규정이 결여되어 비재산권이 침해된 경우에 있어서 직접 헌법 제29조 제3항에 근거한 청구의 가부에 대한 학설로서는 크게 나누어 부정설과 긍정설로 나눌 수 있다.

그리고 우리 헌법 제23조 제3항에 대하여 연결조항성을 부정하는 입장은 독일 기본법 제14조 제3항에서 규정하고 있는 수용(Enteignung)과 우리 헌법

상의 규정은 그 내용상의 차이로 인하여 독일의 분리이론을 그대로 받아들일 수 없다고 하나, 독일 연방 통상법원도 공용제한을 ‘그 부담이 소유자에게 있어서 결코 수인 될 수 없는 공용제한’과 ‘소유자에게 입법상의 조치와 결합된 부담을 보상(조정) 없이 감수하는 것이 기대될 수 없는 공용제한’으로 구별하여 전자의 경우에는 기본법 제14조 제3항의 ‘수용’으로 보았기 때문에 우리에게 있어서도 헌법상의 ‘제한’ 규정을 ‘그 부담이 소유자에게 있어서 결코 수인 될 수 없는 공용제한’으로 한정적인 해석을 하는 한 연결조항성을 긍정할 수 있고 분리이론도 도입할 수 있다고 보인다.

이러한 의미에서 필자는 분리이론의 도입에도 찬성하고 (신)수용유사침해이론의 도입에도 긍정하나 (구)수용유사침해이론의 도입에는 부정적으로 보지 않을 수 없다. 왜냐하면 분리이론과 (구)수용유사침해이론은 논리상으로 병존할 수 없기 때문이다.

주제어: 경계이론, 공용수용, 분리이론, 연결조항, 특별한 희생, 수용유사침해, 수용적침해.

<Abstract>

**Systematization of the Korean theory through
comparison legal examination of the loss
compensation concept**

- Mainly on the consistency reconsideration of the loss
compensation theory of our country through Korea, Japan,
loss compensation theory analysis of Germany -

Cho, Yeon-Pal

Ossennbühl said that Because the precedent after the gravel collection judgment(BVerfGE 58,300(324)) is hard to be called the expropriation similar infringement. It should call yourself “.Anspruch aus rechtswidriger Eigentumsverletzung”.

Therefore, I call an expropriation resemblance infringement theory before the gravel collection judgment an old expropriation resemblance infringement theory. And I call an expropriation resemblance infringement theory after the gravel collection judgment a new expropriation resemblance infringement theory. I think that I can reduce the confusion in many theories by doing it in this way.

And in the Japan, it classify when a non-property right is violated when a property right is violated by an illegal no fault act. In the former case, ‘Theory to be able to demand loss compensation from a court’ is a common view, a precedent. In the latter case, (when a non-property right is violated) there is the theory that loss compensation based on

constitution Article 29 Section 3 is possible, but there is the theory that there is not.

And in the Korea, there is an opinion to object to by the introduction of the separation theory. The opinion says that there is a difference between expropriation (Enteignung) in the German fundamental law and the Korean constitutional rules. Therefore, it is said that the opinion cannot just receive a German separation theory.

However, the German civil court sorted restriction on a private right for public utilities as follows. the restriction on a private right for public utilities that it is impossible to submit to. and the restriction on a private right for public utilities that it cannot be hoped that submit to it without compensation. And, in the case of the former, assumed it "a limit" by fundamental law Article 14 Clause 3. Therefore, it is thought that can adopt the separation theory as far as I interpret a limit of constitution Article 23 Clause 3 like the former in Korea.

I agree to the introduction of the separation theory in such a meaning and answer in the affirmative in the introduction of the new expropriation resemblance infringement theory. However, I object to the introduction of the old expropriation resemblance infringement theory. A separation theory and the old expropriation resemblance infringement theory are because they cannot coexist on the logic.

Key word: Schwellen theorie, Enteignung, Trennungstheorie,
Junktimklausel, Entschadigungsanspruch,
Schadensersatzanspruch.