

公用介入類似的(收用類似的), 公用介入的(收用的) 介入의 適用領域에 관한 小考

Anwendungsbereiche des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs

金 重 權 (중앙대학교 법과대학 교수)

Kim, Jung Kwon / Prof.Dr.Chung-Ang University

- I. 처음에
- II. 자갈채취결정 以前의 獨逸 大法院(BGH)의 判例 狀況
- III. 獨逸 聯邦憲法裁判所의 判例 態度
- IV. 狀況變化에 대한 文獻과 獨逸 大法院의 對應에 관한 概觀
- V. 公用介入類似的, 公用介入的 介入 認定의 法的 根據
- VI. 獨逸 基本法 제14조의 介入類型에 관한 概觀
- VII. 公用介入類似的, 公用介入的 介入의 適用領域
- VIII. 맺으면서

국문초록

分離理論의 등장과 더불어 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도가 일견 終焉을 고했 것으로 예상되기도 하였지만, 그것이 변화된 상황(존속보호, 1차적 권리보호의 우위, 입법자의 강화된 임무와 책임 등)에서도 여전히 존속하거니와 오히려 과거보다 더 높은 체계정합성을 지니게 되었다. 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도는 그 기원을 법 제14조 제1항 제1문의 재산권가치보장에 둔다. 이때 공용개입적 개입은 우선적으로 법 제3조 제1항에 근거를 둔다. 국가책임법의 시스템에서 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 적용영역이 최근의 독일연방헌법재판소판례에 의해서 과거보다 축소되었음에도 불구하고, 오늘날 직접적으론 대법원

(BGH)에 의해, 간접적으로 연방헌법재판소에 의해 여전히 존속하고 있다. 관건은 그들의 적용영역이다. 우선 재산권개입이 법률에 직접 일어나는 경우와 법률에 의거하여 행정예에 의해 일어나는 경우로 나누어야 한다. 법률적 개입의 경우, 그것의 재산권제한적 효과는 직접적으로 법률에 의해 발생한다. 여기서 독일 기본법 제14조 제1항 제2문상의 내용한계결정의 차원에서 조절의무부 내용결정이 헌법상으로 요구됨으로 인해, 공용개입유사적 개입의 상황은 위헌법률차원으로 원칙적으로 이행한다. 따라서 예산상 부담이 관련자가 소수이어서 미미하게 여겨지는 경우처럼 극히 좁은 범주에서만 공용개입유사적 개입이 그 의의를 갖는다. 공용개입적 개입의 경우에는 종래 그것이 인정된 상황이 보전의무부 내용결정의 범주에 속하게 되거니와, 또한 사전예상가능성의 부재의 논거가 더 이상 타당하지 않기 때문에, 법률적 개입에선 전혀 통용될 수가 없다. 그리고 법률에 의거한 개입의 경우, 1차적 권리보호의 우위로 공용개입유사적 개입은 보충적으로만 통용되며, 단지 非可逆的 훼손이 발생한 때는 보충적 의의를 넘어선다. 그리고 공용개입적 개입의 상황은 -부수적인- 재산권적 제한이 입법자의 관점에서 예상가능하였는지 여부에 따라 나누어야 한다. 법률집행에서 부수적인 재산권적 제한의 발생이 예상가능함에도 불구하고 입법자가 그에 상응한 보전책을 마련하지 않았을 때, 공용개입유사적 개입의 상황이 존재한다. 이런 상황에선 우선 1차적 권리보호가 강구되어야 한다. 하지만 입법자가 전혀 예상할 수 없는, 특히 이형적인 제한의 경우엔, 해당 법률이 보전의무의 불준수를 이유로 위헌이지 않을 뿐 더러, 또한 보전에 반하는 입법자의 결정 역시 공용개입적 개입을 저지하지도 않는다. 또한 사실행위의 경우에도, 재산권제한효과를 예상할 수 없었고, 그것이 부수적으로 발생하였을 때, 공용개입적 개입을 초래할 수 있다.

Zusammenfassung

Nach den richtungsweisenden Beschlüssen des deutschen BVerfG zur Nassauskiesung und zum Pflichtexemplar hat der BGH die Institute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs auf den in Art.74 und 75 Einleitung ALR verkörperten Aufopferungsgedanken als Richterrecht gestützt. Die deutsche heute h.M. sieht die Rechtsgrundlage der beiden Institute im Gewohnheitsrecht. Die Entschädigung wegen des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs wurde damit von Art.14 deutsche GG abgekoppelt. Aber die beiden Institute sind Ausdruck des Gewährleistungsgehaltes(Eigentumswert-garantie) von Art. 14 Abs.1 GG, dabei dort alle Entschädigungsanspruchs-varianten ihre Grundlage haben. Im System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen sind die Anwendungsbereiche des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs durch die jüngere Rechtsprechungen des deutschen BVerfG stark beschnitten worden. Die beiden

Institute sind trotzdem nicht obsolet. Bei Eigentumseingriffen unmittelbar durch Gesetz hat die Figur der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung zu einer fast vollständigen Verdrängung von enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff geführt. Bei Eingriffen der Verwaltung aufgrund von Gesetzen erfüllt der enteignungsgleiche Eingriff weitgehend nur noch eine subsidiäre Funktion. Originäre Bedeutung kommt ihm nur bei irreversiblen Schädigungen oder bei Verzögerungsschäden zu. Auch der enteignende Eingriff besteht bei Eingriffen der Verwaltung dem Grunde nach fort. Nur bei unvorhersehbaren, vor allem atypischen Folgen, die vom Gesetzgeber allenfalls mittels unbestimmter salvatorischer Klauseln geregelt werden könnten, kann weiter auf die Grundsätze des enteignenden Eingriffs zurückgegriffen werden.

(주제어) 公用介入類似的(收用類似的) 介入(enteignungsgleicher Eingriff), 公用介入的(收用的) 介入(enteignender Eingriff), “境界理論”(Schwellentheorie)-또는 變換理論(Umschlagtheorie)-, 特別犧牲(Sonderopfer) “分離理論”(Trennungstheorie), 公用介入(補填義務附 內容 決定(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung), 存續保護(Bestandschutz), 1차적 權利 保護와 2차적 權利保護(Primär- und Sekundärrechtsschutz), 包括救濟的 補償條項 (salvatorische Entschädigungsklauseln)

I. 처음에¹⁾

- 1) 논의의 전제로서 기왕에 통용되는 용어의 문제를 검토하고자 한다. 독일에서 기본법 제14조 제3항의 (보상부) “Enteignung” 개념은 재산권으로서 보호되는 재산적 가치가 있는 법적 지위의 전부 또는 부분적 박탈(Entzug)을 뜻한다. 그리하여 우리의 그 收用에 해당하는 법형상이 그 개념의 근간이 되고, 이용제한이나 처분제한의 경우에는 그것들이 법적으로 강화되고 독립된 지위와 관련이 없는 한, “Enteignung” 개념의 표지인 부분적 박탈에 들어가지 않고, 내용·한계결정의 구체화에 해당한다고 한다 (Maurer, Allg. VerwR, 16.Aufl., 2006, §27 Rn.46ff.) 반면 우리는 (보상부) “Enteignung” 개념에 해당하는 것이 (보상부) 공용수용·사용·제한이다. 여기서 독일의 “Enteignung” 개념을 무엇으로 옮겨야 할지, 그리고 (보상부) 공용수용·사용·제한을 전제로 무엇으로 불러야 할지, 나아가 종래 통념화된 수용유사적 침해와 수용적 침해를 그대로 사용하여야 할지 고민이 시작된다. 여기서 새로운 造語로 인해 생경함이 상당하여 망설여지지만, 조심스럽게 “공용개입” 또는 “공용제약”이란 용어를 사용하고자 한다. 한편 통상 “Eingriff”을 “침해”로 옮기는데, 침해는 위법성을 전제한 개념이어서 논증에서 종종 난맥에 봉착한다. 왜냐하면 “Eingriff”은 위법, 적법이 전제되지 않은 그 이전의 개입(제한)상황을 의미하기 때문이다. 또한 문제의 사안이 재산권박탈이란 본래의 공용개입보다는 오히려 이용제한에 해당한다는 점에서, 종래의 수용유사적 침해와 수용적 침해를 각기 공용개입유사적 개입(위법한 공용개입)과 공용개입적 개입(부수적 공용개입)으로 바꾸어 사용하고자 한다. 아울러 문헌에서 통례적으로 사용하는 침해행정, 침해유보 등도 하루바삐 시정되어야 한다. 또한 損失補償의 경우는 독일어 “Entschädigung”을 옮긴 것인데, 여기서 “Ausgleich”의 번역이 문제된다. 통상 ‘조절적(조정적) 보상’이란 용어가 사용되는데, 자칫 손실보상과의 구별이 무색해질 우려가 있다. 따라서 調整(調節)이나 補填으로 옮기고자 한다. 왜냐하

공용개입유사적, 공용개입적 개입은 과거 광의의 수용(공용개입) 개념과 이른바 “境界理論”(Schwellentheorie)-또는 變換理論(Umschlagtheorie)-에 더 잡아 독일 (일반)대법원 (BGH)이 전개한 것이다. 독일의 일반적 문헌에 따르면,²⁾ 공용개입적 개입의 경우엔 재산권의 적법한 제한(Beeinträchtigungen)이 문제되어, 特別犧牲(Sonderopfer)을 겪은 개인이 국가에 대해 손실보상을 요구한다.³⁾ 이에 반해 공용개입유사적 개입은 위법한 고권적 활동의 재산권제한효과와 관련이 있으며, 여기서 개인이 자신의 권리영역에 대한 위법한 국가적 개입을 대저 受忍할 필요가 없기 때문에, (처음과는 달리) 특별희생의 존재가 포기되었다.⁴⁾

하지만 오늘날 독일에선 종래 대법원(BGH)이 전개하여 왔던 공용개입(수용) 개념의 확대경향은, 자갈채취와 의무납본에 관한 독일연방헌법재판소의 결정으로⁵⁾ 인해 더 이상 추구될 수가 없다. 종래의 “경계이론”을 대신한 소위 “分離理論”(Trennungstheorie)의 등장은, 기왕의 재산권보장·제한의 법제를 새로이 구축하게 하는 결정적인 動因이다. 그것의 귀착점은 공용개입개념의 확대경향의 소산인 공용개입유사적 개입과 공용개입적 개입의 법제도가 변화된 상황에서 과연 존치할 수 있는지 여부에 관한 논의이다. 요컨대 독일에선 그들 기본법(이하에선 기본법으로 통칭한다) 제14조가 예정한 재산권적 개입유형에 보전(조정)의무부 내용결정과, 공용개입유사적, 공용개입적 개입을 어떻게 체계적으로 설정할 것인지에 초점이 모아진다.

우리의 경우에도 개발제한구역과 장기미집행도시계획시설에 관해서, 헌법재판소가 1998년⁶⁾과 1999년⁷⁾에 내린 헌법불합치결정을 계기로, 독일연방헌법재판소가 취한 이른바 “분리이론”의

면 “Ausgleich”의 동사형인 “ausgleichen”은 “고르게 하다, 차이를 없애다, 완화(해소)하다, 메우다, 보충하다”를 의미하기 때문이다. 다만 보전의 경우 통상 손해배상과 손실보상을 함께 아울러서 “손해보전”이란 용어를 사용하기에 자칫 오해를 빚을 수도 있는데, 이런 오해를 불식시키기 위해선, 양자를 “손해보전”보다는 오히려 광의의 국가책임의 범주로 설정하는 것이 바람직스럽게 여겨진다. “Kompensation” 역시 통상 補償으로 옮기는데 오히려 상쇄와 조정의 의미를 담은 “補整”이 더 적합한 것 같다. 종래 문헌에서 이들 용어를 “보상”으로 통칭한 나머지 논의전개에서 바른 이해가 저해되곤 하였다. 용어가 개념의 내포를 발현한다는 점에서, 바른 용어사용은 바른 개념형성의 출발점이다. 학문에서 첫단추를 잘 끼우기 위해선, 부단히 용어와 개념을 실질에 맞게 切磨하여야 한다. 이상에서 시도한 새로운 용어사용에 관한 江湖諸賢의 叱正을 기대한다.

2) 이에 관한 전반적 이해로 vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl. 1998, S.213ff., 269ff.; ders., Staatshaftungsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band III: Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, Karsten Schmidt(Hrsg.), 2000, S.887(904f.); Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, §16 I (Rn.1-60); Durner, Grundfälle zum Staatshaftungsrecht, JuS 2005, S.900(911ff.)

3) BGH, Urteil v.5.7.1965, NJW 1965, 1907ff-Buschkrugbrücke-; Urteil v.20.12.1971, BGHZ 57, 359ff.-프랑크푸르트 지하철; Urteil v.20.3.1975, BGHZ 64, 220ff-교통정보.

4) BGH, Urteil v.25.4.1960, BGHZ 32, 208ff.-판매금지-

5) 독일연방헌법재판소 제1원의 1981.7.14.결정(BVerfGE 58, 137ff.: 의무납본제); 1981.7.15.결정(BVerfGE 58, 300ff.:자갈채취).

6) 헌재결 1998.12.24, 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합).

7) 헌재결 1999.10.21, 97헌마26.

도입이 화두가 되었다. 분명 우리 헌법재판소는 이들 결정을 비롯한 후속적 결정을 통해서 분리이론적 접근을 강구하였다. 이를 계기로 분리이론적 접근의 도입가능성 여부가 격렬히 논쟁되었다. 상당수 문헌들이 그것의 도입을 찬동하지만, 그에 못지않은 상당수 문헌 역시 독일과는 거리가 있는 -특히 (보상부) 공용수용·사용·제한을 규정한- 법문구조상의 차이를 들어, 그것의 도입에 반대하곤 한다.⁸⁾

새로운 전기가 된 독일연방헌법재판소결정이 있는 후 4반세기나 지났음에도 불구하고, 그것의 도그마틱적 후유증은 아직 완전히 가시지 않아, 관련 여러 물음에서 여전히 의견이 분분하다.⁹⁾ 하지만 오늘날 정보제공작용에 관한 논의현황이 독일에서 흡사 법학적 終末氷堆石의 수준이 되어 버린 것처럼,¹⁰⁾ 공용개입유사적, 공용개입적 개입에 관한 독일에서의 현하의 논의 역시 어느 정도 안정기에 접어든 것도 사실이다. 이하에선 우리의 재산권보장·제한의 법제를 분리이론의 채용여부를 바탕으로 하여 새로이 구축하기 위한 전제로서,¹¹⁾ 재산권에 대한 이들 개입의 존속에 관한 독일에서의 현하의 논의를 살펴보고자 한다.¹²⁾

- 8) 이를 둘러싼 국내의 논의현황과 문헌은 정혜영, 헌법재판소의 판례를 통해 본 재산권보장의 문제점, 인권과 정의 제357호(2006.5.), 주 7)를 참조하면 손쉽게 개관할 수 있다. 상대적으로 헌법학자에 비하면 행정법학자의 관심도가 낮은 편이지만, 특히 적극적 입장(정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰 : 이른바 조정적(조절적) 보상의무 있는 내용규정의 도입가능성, 공법연구 제32집 제3호(2004.2.), 363면 이하)과 소극적 입장(정하중, 헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론, 서강법학연구 제5권(2003.5.), 57면 이하)이 대비된다.
- 9) 당대의 중심화두이어서 독일의 공법학자라면 주제에 관해 의례 나름의 견해를 표할 정도로 너무나 많은 문헌이 관련 주제를 다루고 있는 점도 그 원인이 될 법하다. 독일연방헌법재판소의 기조에 대해서 매우 비판적인 특기할 만한 문헌도 있다. Wilhelm, Zum Enteignungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2000, 905ff.
- 10) 줄고, 행정법기본연구 I, 2008, 469면 이하 참조.
- 11) 우리의 경우 일찍이 김남진 교수님의 글(재산권의 공용침해와 손실보상, 고시연구, 1982.11., 39면 이하; 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시 1984.4)과 석종현 교수님의 글(수용유사의 침해와 수용적 침해, 고시연구 1984.1., 67면 이하)을 통해 공용개입유사적, 공용개입적 개입에 관한 독일논의가 소개되었다. 그런데 그것이 소개된 지 어언 4반세기도 지났고 다수의 문헌(신보성, 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시, 1988.3.; 조태제, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 부동산법학의 제문제(1992.6), 743면 이하; 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 1994.3., 88면 이하; 윤진수, 공무원에 의한 강제증여와 수용유사적 침해이론의 적용 여부, 법조 제457호(1994.10.), 158면 이하; 유지태, 수용유사 침해이론의 수용가능성 검토 : 독일연방헌법재판소 제1부 판결(BVerfG, Beschluss vom 15. 7. 1981; BVerfGE 58,300ff)등, 판례연구(고려대학교 법학연구소) 제8집(1996.9.) 61면 이하; 홍준형, 수용유사침해보상의 법리와 그 수용가능성, 고시연구 1997.1, 124면 이하; 박평준, 수용유사적 침해법리의 수용문제, 고시연구 2000.4., 25면 이하; 송희성, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 사법행정 2000.11., 11면 이하)이 있음에도 불구하고, 여전히 실무적으로 착근하여 실효적인 학문적 자산이 되지 못하였다. 생각건대 특히 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법적 근거의 물음(후술)은 우리로서 매우 중요하다. 왜냐하면 독일의 통설이 취하는 관습법적 근거를, 희생보상적 사고의 법전통이 없는 우리로선 원천적으로 취할 수 없기 때문이다. 따라서 이 물음이 해소되지 않은 채 우리와 독일의 법제의異同에 의거하여 도입여부를 논하는 것은 虛妄할 따름이다.
- 12) 따라서 분리이론을 비롯하여 공용개입유사적, 공용개입적 개입에 관한 일반론은 생략하기로 한다. 여기선 이들 제도에 대한 전향적 논의에 초점을 집중하기 위하여, 특히 Andreas v. Arnould, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, VerwArch 2002, 394ff.을 바탕으로 하였음을 밝힌다.

II. 자갈채취결정 以前の 獨逸 大法院(BGH)의 判例 狀況¹³⁾

중전의 독일 대법원(BGH)의 판례는 공용개입개념을 더욱더 넓게 확대시켰다. 광의의 의미상의 공용개입은 재산권으로 보호받는 법적 지위의 일체의 제한을 의미하였다. 그리하여 여기서의 제한은 기본법 제14조 제1항 제2문에 의한 재산권의 사회적 구속(내용·한계의 결정)을 넘어서고 그래서 관련자에게는 特別犧牲(Sonderopfer)을 의미하였다. 사회적 구속과 공용개입은 서로 틈새 없이 연계된 개념적 짝에 해당하였다. 더 이상 무보상부 사회적 구속에 속하지 않는 것은 곧바로 보상부 공용개입인 셈이었고, 그 반대 역시 당연히 받아들여졌다. 여기서 특별희생이론 내지 실질적 기준이론은, 그때그때의 전환이 일어나는 境界라인을 정하는 기능을 가졌다.

광의의 공용개입개념은 다음의 세 가지 경우상황을 포섭하였다. 첫째로 협의의 의미상의 공용개입으로서 재산권에 대한 적법한 개입, 둘째로 공용개입유사적 개입으로서 재산권의 위법한 제한, 셋째로 공용개입적 개입으로서 적법한 행정활동의 공용개입적 효과를 발생시킨 부수적 결과.¹⁴⁾ 그리하여 그 개입이 위법하였으면, 그 위법성을 이유로 “특별희생”이 시인되어야 하였고, 이런 방향에서 더 이상의 심사는 불필요하였다. 다른 한편으로 특별희생이 실제적 측면에서 확인되었던 경우에는 개입의 적법성 내지 위법성의 물음은 별반 중요하지 않았다. 왜냐하면 적법성이 확인되면 적법한 공용개입의 형식으로, 반면 위법성이 확인되면 위법한 공용개입유사적 개입의 형식으로 결국 손실보상이 될 수밖에 없었기 때문이었다. BGH는 재산권에 발생한 제한과 손실보상의 필요성의 차원에서 전적으로 고찰하였기 때문에, 개입적 행위의 쟁송취소의 물음은 여전히 생기지 않았다. 그 결과 시민으로선 다음과 같이 선택권을 가졌다. 즉, 자신의 재산권에 대한 (위법한) 개입을 행정법원에 취소소송을 제기하거나, 아니면 그 개입을 수증하되 일반법원에 손실보상을 주장할 수 있었다.

13) 독일의 경우 재산권적 제한을 위한 보상의 문제를 두고서, 그들 독일연방헌법재판소(BVerfG)와 독일 대법원(BGH)은 구별된 위상과 고찰방법을 출발점으로 삼음에 따라 나름의 구별된 판단과 결론에 도달하였다. 즉, 전자는 그의 규범통제권(관할)에 따라 재산권에 대한 개입의 허용성과 그것의 기초가 된 법률의 위헌성을 심사하여야 한다. 반면 후자는 재산권에 대해 발생한 개입이 보상되어야 할지 여부와 그 보상의 정도에 관해서, 흡사 사후적으로(ex post) 재판을 행해야 한다. 이에 더해서 이들 양 법원은 구별된 전통적 노선 즉, 한편으론 헌법상의 재산권보장을, 다른 한편으론 희생보상의 사상을 견지한다. 공용개입의 분야에서 이들 법원간의 관점, 접근 등 대립은 동시에 어떻게 상이한 문제제기가 어떻게 구별된 해결책에 도달할 수 있는가를 알게 하는 학습대상이기도 하다. 이런 대립상은 오늘날에도 완전히 해소되지 않았지만, 여러 상이한 관점에서 메워지고 완화되었다. 여기선 양 법원의 판례의 전개양상을 탐문하여야 할 뿐만 아니라, 그 경위와 과정도 함께 고려하여야 비로소 복잡한 대상과 사안이 빠르게 개관되고 파악될 수 있다. 이하는 Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.12ff.를 요약한 것이다.

14) Vgl. BGHZ 99, 24, 27.

III. 獨逸 聯邦憲法裁判所の 判例 態度

독일연방헌법재판소는 비교적 늦게 헌법상의 재산권보장과 공용개입을 다루었다.¹⁵⁾ BGH 및 동 법원을 따른 문헌과 결별한 독일연방헌법재판소의 구상은, 1981.7.14.자 소위 의무납본제에 관한 결정¹⁶⁾과 1981.7.15.자 소위 자갈채취에 관한 결정¹⁷⁾을 시발점으로 하여, -특히 보전의무부 내용결정을 정립하여 재산권의 내용·한계결정을嚮導한- 1999.3.2.자 소위 史蹟保護에 관한 결정¹⁸⁾을 통해서 다음과 같이 정립되었다.¹⁹⁾

- 15) 그렇지만 출법당시부터 가령 동시조항에 관해서(BVerfGE 4, 219), 공용개입개념에 관해서(BVerfGE 24, 367) 나름 인식이 존재하였다. 그러나 이들에 대해서, 문헌과 판례는 원칙적인 의의의 차원에서 고려하지 않았거니와 그다지 충분하지 않게 고려하였다고 한다.
- 16) BVerfGE 58, 137ff. 사안의 내용은 다음과 같다. 헤센주출판법 제9조와 그 시행령에 의하면, 출판자는 인쇄물 한부를 무상으로 주의 중앙도서관에 납본할 의무를 진다. 의무납본제를 통해서 보장되는 점은 모든 출판물이 한 곳에서 수합되고 열람될 수 있다는 것이다. 한 출판자가 납본의무제에 대해서 행정법원에 소송을 제기하였다. 그는 막대한 비용을 들여 적은 부수의 귀중본을 제작하였는데, 납본의무로 인해 특별한 방법으로 피해를 입었다고 주장하였다. 행정법원이 제정한 사안에서 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다: “납본의무제는 결코 공용개입(공용개입)이 아니며, 내용결정으로 평가될 수 있으며, 원칙적으로 기본법 제14조 제1항과 합치한다. 하지만 막대한 비용을 들여 적은 부수로 제작되었던 인쇄물을 무상으로 납본할 의무는 비례적이지 않으며 평등에 반하는 부담에 해당하고, 이에 더 이상 기본법 제14조 제1항에 의해 커버되지 않는다. 의무납본규율이 납본의무를 ‘예외없이 무상으로’ 규정하는 한, 그 의무납본규율은 위헌이다.” 그리하여 이 의무납본제결정은 무보상부 내용결정과 손실보상(의무)부 공용개입간의 엄격한 이분도식을 완화하고 상대화하였다. 연방헌법재판소가 이 판례로써 새로운 법제도를 창설하려고 하였는지 여부에 대해 의문을 표하는 문헌도 있지만(Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar(Stand:39. Lieferung, Juli 2001), Rn.338 zu Art.14; Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.32f.). 다수 문헌은 그에 찬동하여 이로부터 “보전의무부 내용결정”을 새로운 법제도로서 전개하였다. 이에 동조함과 아울러 보전의 요건까지 명확히 하고 제한한 것이 1999년의 史蹟保護에 관한 결정이다.
- 17) BVerfGE 58, 300ff. 사안의 내용은 다음과 같다. 원고는 자신의 토지에서 자갈채취를 영업으로 하는데, 그 채취를 계속하기 위해 필요한 하천법상의 허가가 거부되었다. 이유인 즉, 해당 토지가 상수도급수 시설의 보호영역에 위치하고, 지하수가 오염될 우려가 있다는 것이었다. 원고는 이에 행정심판을 제기하였으나 효과가 없었다. 그는 행정소송을 도모하지 않았다. 대신 BGH의 중진의 판례결정에 의거하여 공용개입적 개입을 이유로 한 손실보상을 요구하였다. BGH는 사안을 기본법 제100조 제1항에 따라 독일연방헌법재판소에 위헌법률심사제청을 하였다. 왜냐하면 BGH는 -1976년에 새로 시행된 하천관리법(WHG) 제13조 제3항에 의해- 지하수이용을 재산권보장으로부터 무보상으로 배제시키는 것을 위헌이라 여겼기 때문이다(BGH NJW 1978, 2290). 이에 독일연방헌법재판소는 이런 제청의 허용성의 심사를, BGH의 공용개입판례를 강하게 비판하고 부인하는 계기로 삼았다. 여기서 독일연방헌법재판소는 公用介入法的 측면에서 다음과 같이 판시하였다: 행정적 공용개입은 기본법 제14조 제3항 2문에 의해서 그것이 법률에 의거할 수 있고, 이 법률이 동시에 손실보상의 종류와 범위를 규율한 경우에만 허용된다. 보상규율이 없으면, 공용개입의 법률은 위헌이고, 이에 의거한 공용개입적인 조치는 위법이다. 관련자는 이 경우 법률상의 보상규율이 없기 때문에 공용개입의 손실보상을 요구할 수 없다. 대신 행정법원에 공용개입적 행위의 폐지에 관해 소송을 제기하여야 한다. 그가 이 공용개입적 행위에 대해 불가쟁력이 발생하도록 하면, 손실보상소송은 거부된다. 쟁송취소와 손실보상 간에 선택권은 존재하지 않는다. 이에 기본법 제14조 제3항 제4문에 따라서 일반법원은 법률상 규정된 손실보상이 제공되었는지 여부에 관한 재판에 국한된다. 동법원은 법률상의 근거가 없는 공용개입상의 손실보상을 판시할 수 없다.
- 18) BVerfGE 100, 226ff. 사안의 내용은 다음과 같다. 원고가 19세기 말엽의 고급저택(Villa)을 소유하였다. 그 건물은 2차대전 이전에는 주택으로, 그 이후엔 영업상으로 사용되었다. 1981년 이래로 그 건물은 쓸 수가 없어서 비어 있었다. 그 건물을 팔려고 시도하였지만 허사였다. 건물철거에 대한 원고의 신

i) 독일연방헌법재판소는 BGH보다 더한층 좁은 공용개입개념을 주장한다. BGH의 견해에 의하면 재산권의 일체의 직접적인 제한이 사회적 구속을 넘어서 공용개입을 의미하는 반면에, 독일연방헌법재판소는 재산적 가치있는 법적 지위의 박탈(Entzug)을 결정적인 기준으로 강조한다. 이에 따라 일정한 공적 과제를 수행하기 위하여 의욕된 고권적 법적 행위에 의해서 기본법 제14조 제1항 제1문상의 재산적 가치 있는 법적 지위를 완전히 또는 부분적으로 박탈하는 것(만)이, 공용개입에 해당한다. 그리하여 결정적인 규준이 되는 것은 개입의 형식과 목적지향이지, 강도나 성질이 아니다. 독일연방헌법재판소의 이런 협의의, 형식적인(formal) 공용개입 개념으로 인해, 일정한 조치가 공용개입적 성격을 갖는지 또는 갖지 않는지 여부는 개입발생이후에 비로소 확인하는 것이 아니라, 처음부터 확인할 수 있다.²⁰⁾

ii) 기본법 제14조 제3항상의 공용개입과 동조 제1항 제2문상의 재산권의 내용·한계의 결정(Inhalts- und Schrankbestimmung des Eigentums)은 개념상으로 엄격히 구분한다. 재산권은 법제도로써 법률적 형성을 필요로 한다. 따라서 입법자가 일반적 추상적 규율에 의해서 대체적으로 상세하게 무엇이 헌법상으로 보호받는 재산권에 속하는지를 결정하여야 한다. 하지만 이 때 입법자는 자유롭지 않다. 한편으론 기본법 제14조 제1항에서의 사유재산권의 원칙적인 인정과, 다른 한편으론 동조 제2항의 사회적 구속 및 이런 상관하여 비례 원칙, 신뢰보호원칙, 평등원칙, 재산권의 본질적 내용(기본법 제19조 제2항)을 고려하여야 한다. 객관적 법의 차원에서 일반적 추상적 규율에 의해서 행해진 내용결정이 우선적(제1차

정에 대해서, 史蹟保護廳은 1983년 해당 대지를 정식으로 보호구역에 편입시켰다. 이런 보호설정에 대해 소를 제기하였지만 효과를 얻지 못하였다. 史蹟保護廳은 라인란트팔츠의 州법률인 史蹟保護育成法(RhPfdSchPflG) 제13조 제1항에 의거한 건물철거허가의 발급 역시 특별결정으로써 거부하였다. 이에 원고는 1심 지방행정법원에 철거허가의 발급에 관한 의무이행소송을 제기하였다. 항소법원인 OVG Koblenz는 동 규정으로 인해 재산권자의 私益 고려가 저지된다고 보았다. 즉, 동법원은 “그렇게 조성된 부담이 해당 조치가 공용개입일 정도로 중대하다”, “손실보상의 충분한 규율이 결여되어 해당 조치는 위헌이다”, “동법 제31조 제1항 제2문의 保護救濟的(salvatorisch) 보상조항은 기본법 제14조 제3항 제2문의 요청을 충족하지 못한다”고 판시하였다. 이에 동법원은 독일연방헌법재판소에 사적보호육성법 제13조 제1항 제2문에 관한 위헌법률심사를 제청하였다. 독일연방헌법재판소에 의하면, 재산권의 법률적 내용·한계결정이 재산권자에게 과도하게 부담을 지우면 반드시 조치를 통해서 저지하거나 보전하여야 하되, 그런 補整的 조치가 없을 때 해당 법률규정은 위헌이 되어 버린다. 여기서 재정적 보전은 최후의 수단이며, -면제규정이나 경과규정과 같은- 재산권의 현존상태에 이바지하는 다른 보정적 조치가 우선이다. 재정적 보전은 반드시 입법자에 의해 규율되어야 하고, 법관법적 손실보상제도로부터의 손실보상은 배제된다. 保護救濟的 보상조항의 경우, 입법자가 존속보호의 우선적 확정과 충분한 절차보장 등과 같은 요청을 충족하면 문제없이 허용된다. 이 史蹟保護決定은 무엇보다도 보전의무부 내용결정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)의 존재를 연방헌법재판소판례의 차원에서 확인하여 기본권적으로 필요한 보전이 개입의 적법성을 위한 조건이 되게 함으로써, 재산권법제에 새로운 전기를 제공하였다. 이에 관한 문헌으로 vgl. Külpmann, Der Schutz des Eigentumsbestandes durch Art.14 I GG-BVerfGE 100, 226, JuS 2000, 646ff.; Papier, Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art.14 GG, DVBl. 2000, 1398ff.

19) 이하는 Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.27ff.를 요약, 첨언한 것인데, 지면 관계상 재산권의 내용·한계결정에 관한 상론은 다른 지면에서 할 예정이다.

20) 이런 공용개입개념에 관해선 이미 독일연방헌법재판소가 그 이전에도 모색한 바가 있었는데(BVerfGE 24, 367, 394; 42, 263, 299; 52, 1, 27), 자갈채취결정으로 확고하게 굳어졌다(BVerfGE 66, 248, 257; 70, 191, 199E; 72, 66, 76; 74, 264, 280; 79, 174, 191; 83, 201, 211; 100, 226, 239E.) 그리하여 이제는 연방행정법원은 물론 BGH 역시 이를 따른다(BVerwGE 77, 295, 297f.; 81, 329, 340; 84, 361, 366; 87, 241, 243; 94, 279, 283; BGHZ 99, 24, 28f.; 120, 38, 42).

적)이고, 이에 의해서 비로소 구체적이고 주관적인 재산권적 권리가 성립하게 된다.

여기서 입법자로선, 재산권적 효과(결과)를 숙고하고, 또한 價値低下를 사적 효용과 사회적 구속간의 비례적인 균형(조절, 보전: Ausgleich)을 조성하는 범위에서 고려해야 한다. 재산권의 내용·한계결정이 비례원칙에 반하여 과도하게 재산권자에게 부담을 지우면,²¹⁾ 그 내용·한계결정은 보전조치의 마련을 조건으로 하여 합헌이다(즉, 보전의무부 내용결정: ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung). 재정적인 보전급부에 앞서 다른 보전조치(경과규정, 대체수단의 제공)가 앞선다. 비례원칙에 부합한 보전규율의 부재는 당해 법률을 위헌으로 만든다.

그런데 재산권영역에서 보전의무부 내용결정과 -공용개입유사적, 공용개입적 개입으로부터의- 희생보상 사이에는, 대상의 동등성이 확인되어야 하기에, 양자에선 -결코 공용개입에 해당하지 않는- 재산권현존상태(Eigentumsbestand)의 제한에서의 재산권적 가치의 유지가 관건이 된다. 독일연방헌법재판소는 법률적 내용결정의 경우 비례성의 조성(형성)은 우선적으로 현재상태를 유지하는 규율을 통해서, 그 다음에는 가치배상(Wertersatzleistung)을 통해서 실현되어야 할 것이라고 강조하였다.²²⁾ 따라서 양자간에 일종의 유사점이 분명히 존재한다.

iii) 내용결정적 법률상의 규정은, 비록 그것이 헌법적 한계를 일탈한다 하더라도, 그 법적 성격에 비추어 기본법 제14조 제1항 제2문상의 규율인 점에 변함이 없다. 그런 법규정은 공용개입의 규범으로 轉化되지 않고, 위헌이며 무효이다. 그리고 그런 법규정에 의거한 조치는 결코 손실보상(의무)부 공용개입에 해당하는 것이 아니라, 위헌이며 무효인 법률에 바탕을 두어서 그 자체 위법한 행위에 해당한다. 이런 행위는 우선적 보호(제1차적 보호, Primärrechtsschutz)의 방법으로 쟁송취소와 폐지될 수 있다. 그리하여 -사회적 구속을 넘어서 존재하는 재산권에 대한 모든 개입은 공용개입으로 평가되어야 한다는- 종래 BGH의 주장은 그 근거를 상실하였다.²³⁾

iv) 기본법 제100조 제1항에 의해 독일연방헌법재판소가 위헌법률에 관하여 배타적으로 배척권한을 갖는다는 점이 역시 중요하다. 일반법원으로서, (형식적이고 입헌주의이후의) 법률이 기본법 제14조 제1항 제2문의 위반이나 동조 제3항의 위반, 특히 동항의 동시조항(부대조항, Junktimklausel)의 위반으로 위헌이고 무효라 여길 경우, 기본법 제14조 제3항

21) 그런데 예전에 공용개입인정에서 요구된 강도가 오늘날엔 과잉금지의 심사의 범주에서 중요한 역할을 하기에, 폐기된 BHG의 광의의 공용개입개념이 소생하는 셈이 된다고 할 법하다.

22) Vgl. BVerGE 100, 226(245f.).

23) 이처럼 위헌적인 내용결정은 -합헌적인 내용결정과 (적법한)공용개입과 나란히- 제3의 범주를 형성한다. 그 결과 Maurer, Allg. VerwR §27 Rn.29. 는, 독일의 재산권적 개입을 다음처럼 네 가지 경우로 나눈다: i) (합헌인) 내용결정적 법률에 근거한 재산권적 개입-그 개입은 적법하고 손실보상 없이 받아들여져야 한다- ii) 위헌인 내용결정적 법률에 근거한 재산권적 개입-그 개입은 위법이되, 관련인은 공용개입상의 손실보상을 구할 수 없고, 우선 방어적 대응(개입행위에 대한 취소소송)을 하여야 한다. 다른 규정이나 원칙에 따른 손실보상은 보충적으로 고려된다- iii) 기본법 제14조 제3항의 요청에 부합하는 법률에 근거한 재산권적 개입-공용개입- iv) 위헌인 공용개입적 법률에 근거한 재산권적 개입-그 개입은 마찬가지로 위법이고 쟁송가능하며, 공용개입상의 손실보상은 배제된다. 비록 기본법 제14조 제3항 제2문의 차단효로 인해 극히 좁은 범위긴 해도 다른 법규정이나 원칙에 따른 손실보상이 고려된다. 여기서 ii)와 iv)는 본래 공용개입 유사적 개입의 상황이지만, 1차적 권리구제의 우위의 견지에서 그 전개양상은 종전의 공용개입유사적 개입의 경우와는 사뭇 다르다. 또한 여기서선 공용개입적 개입과 같은 재산권개입의 양태는 일단 제외하고 있다.

에 직접 의거하여 손실보상을 제공하여선 아니 되고, 대신 중국재판을 위해 독일연방헌법재판소에 기본법 제100조 제1항에 따른 합헌성물음을 제청하여야 한다. 즉, 독일연방헌법재판소의 규범배제독점으로 인해, “보전(조절)의 물음”이 입법자의 관할로 들어오는 한에 있어서, 민사법원으로선, 손실보상을 선언할 권한으로부터 배제되어 버린다.

v) 관련자는 종전과 같은, 위법한 개입의 정송취소와 손실보상의 요구간에 선택권을 갖지 않는다. 즉, 그 재산권적 개입이 위법하면, 관련자는 취소소송을 제기하여야 하고, 이 경우에 손실보상청구권은 성립하지 않는다. 결국 보충적 권리보호(제2차적 권리보호)에 대해 우선적(제1차적) 권리보호의 우위가 통용된다.

그런데 자갈채취결정 자체는 몇 가지 원칙적인 주제(내용결정과 공용개입간의 엄격한 분리, 형식적 공용개입개념, 소위 선택권의 배제)만을 언급하였지, 그 이상을 언급하지 않았다.²⁴⁾ 더군다나 BGH와 문헌상의 종전의 개념과의 결연한 구분을 애써 하지 않았다. 즉, 공용개입유사적 개입은 물론 공용개입적 개입에 대해서 아무런 입장을 표명하지 않았다.²⁵⁾ 도리어 독일연방헌법재판소는 -비록 傍論이지만- “공용개입유사적 개입으로부터의 청구권”을 언급함으로써, 이를 간접적으로 인정하는 듯하다.²⁶⁾ 심지어 공용개입적 개입으로부터의 청구권과²⁷⁾ 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권의²⁸⁾ 거부가 다루어진 헌법소원사건에서, 독일연방헌법재판소는 양 법제도의 합헌성을 원칙적으로 문제 삼지 않았다. 이런 독일연방헌법재판소의 태도에 비추어, 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도가 가능할 수 있을 뿐만 아니라, 보전(조절)의무부 내용결정의 법형상 역시 이들과 원칙적으로 배치되지 않는다고 여겨진다.

IV. 狀況變化에 대한 文獻과 獨逸 大法院의 對應에 관한 概觀²⁹⁾

독일연방헌법재판소의 자갈채취결정이 출현하였을 때, 지배적인 견해는 이젠 공용개입이 심대하게 제한될 뿐만 아니라, 공용개입유사적, 공용개입적 개입 역시 더 이상 견지될 수 없는 즉, 낡아빠진 것이 되어 버렸다고 보았다.³⁰⁾ 하지만 곧바로 좀더 차분하게 고찰하여, 이들과 관련한 기왕의 체제에 확실한 변화가 필요하지만, 이들 법제도를 완전히 폐기

24) 그리하여 전체적으로 종전의 공용개입판례와의 놀라운 유사점이 나타난다고 지적된다. v. Arnould, a.a.O., S.394(405).

25) 이런 지적으로 Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rdnr. 429, 451; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.223f.

26) Vgl. BVerfGE 61, 149, 203; BVerfG-K NJW 1992, 36, 37.

27) BVerfG, Beschluss v.26.5.1998, NJW 1998, 3264f.-산림훼손.

28) BVerfG, Beschluss v.2.12.1999, NJW 2000, 1402-엘베교외에서의 빌라.

29) 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 존속여부의 물음은 뒤에서 상론한다.

30) Scholz, Identitätsprobleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, NVwZ 1982, 347ff.; Dolde, Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1981, NJW 1982, 1796ff.; Schröder, Wiederbelebungsversuche des enteignungsgleichen Eingriffs, NJW 1984, 1864ff.

할 필요까진 없다는 인식이 관철되었다.³¹⁾ 요컨대 자갈채취결정 등의 등장초기의 지배적인 입장은 대개 그 논거가 빈약할 뿐만 아니라, 잠정적인 성격을 지니는 데 불과하였다. 이 점은 그 논거가 초기이후에도 계속 이어지지 않고 있다는 사실에서도 확인된다. 사실 초기문헌상으로 추정과 추측을 위한 여지가 매우 많았기에, 문헌상으로 매우 상이한 견해가 주장되고, 매우 상이한 예측이 행해졌던 것이, 그다지 놀라운 일은 아니다.

BGH는 독일연방헌법재판소의 협의의 공용개입개념을 받아들였지만, 동시에 공용개입유사적, 공용개입적 개입을 존속시켰다.³²⁾ 역설적으로 협의의 공용개입개념 자체가 이런 (재산권적 개입으로부터의) 청구권적 근거를 위한 자유여지를 제공하는 셈이다. 이유인 즉, 협의의 공용개입개념은 의도적인 법적 행위에 국한하기 때문에, -개념정의상론 비의도적 사실행위만을 포섭하는 - 공용개입적 개입과의 충돌가능성은 전체적으로 배제되며, -의도적 법적 행위만이 해당하진 않는- 공용개입유사적 개입과의 충돌가능성 역시 적어도 부분적으로 배제된다. 다만 BGH는 공용개입유사적, 공용개입적 개입으로 인한 손실보상청구권을, 더 이상 기본법 제14조가 아니라, -법관법으로 형성된- 프로이센일반주법총칙 제74조와 제75조상 “일반적인 희생보상의 사고”에 자리매김하였다. 한편 BGH가 쟁송취소와 보상청구간의 선택권을 폐지하긴 하였지만, 그렇다고 하여 공용개입유사적 개입으로 인한 손실보상청구권이 일반적으로 소멸되진 않았고, 재산권적 개입행위에 대한 행정소송상의 권리구제가 가능하고 기대가능한 경우에만 후위에 선다. 나아가 BGH는 우선적(1차적) 권리보호의 우위를 민법 제254조상의 공동책임의 관점을 통해서 실현시키고 있다.

요컨대 자갈채취결정 등에서 비롯된 후속물음은, i) 법적 지위에 관한 부분적인 박탈로서의 공용개입이 이용제한까지도 포함하는지 여부와 그 정도, ii) 소위 입법적 공용개입개념이 무엇을 의미하는지, iii) 선택권의 배제가 얼마나 엄격히 다루어져야 하는지, iv) 보전의무부 내용결정을 위하여 어떤 요건이 존재하는지, v) 소위 包括救濟的(salvatorisch) 보상규정은 과연 어떻게 되는지와 관련한 것이다.

V. 公用介入類似的, 公用介入的 介入 認定の 法的 根據³³⁾

1. 慣習法的 接近의 立場(通說的 立場)

독일연방헌법재판소의 자갈채취결정이 정립한 엄격한 공용개입 개념은, 공용개입유사적,

31) 특히 Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, 1ff.; Papier, Zum Schicksal des enteignungsgleichen Eingriffs, NVwZ 1983, 258ff.; Hendler, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl. 1983, 873ff.; J. Ipsen, Enteignung, enteignungsgleiche Eingriff und Staatshaftung, DVBl. 1983, 1029ff.

32) 공용개입유사적 개입에 대해선 BGHZ 90, 17, 29ff.-모래채굴; 공용개입적 개입에 대해선 BGHZ 91, 20, 27f.-폐수처리장에 의한 임미치운.

33) 이하에선 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 논의를 새롭게 전개하기 위한 전초를 구축하기 위하여, 독일의 통설과 반대되는 입장을 글의 기초로 삼아 전개하고자 한다.

공용개입적 개입의 법적 근거로서 기본법 제14조 제3항을 단지 유추적으로 원용하는 것을 확고하게 저지하였다. 그렇지만 이상과 같이 1984년 BGH가 일반주범지침상의 제74조와 제75조상으로 구체화된 (법관법으로서의) 희생보상적 사고(Aufopferungsgedanken)에서 접근을 한 이래로,³⁴⁾ 오늘날 독일의 통설은 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법적 근거를 관습법에 두고 있다.³⁵⁾ 가령 대표적으로 Ossenbühl은³⁶⁾ “그럼으로써 실증법적 규율의 영터리(고물)가 정리되고 불필요하게 되었으며, 기본법 제14조의 도그마틱으로부터의 분리가 관철되었다”고 서술함으로써 관습법에서의 방향선회를 이룰테면 王道로 여겼다. “일반적인 희생보상청구권”을 동원하는 입장이, 일반적인 희생보상청구권이 손실보상법 영역에서의 모든 손실보상청구권의 根源에 해당하는 한에 있어선, 나름대로 정당할지 모른다. 하지만 후술하는 바대로, 재산권법제의 출발점인 기본법 제14조를 絶緣시킨 점이 공박된다.

2. 獨逸 基本法 제14조 제1항(및 제3조 제1항)에서 구하는 立場³⁷⁾

통설에 반대하는 소수설적 입장에선, 관습법이 법의 고차적 생존상태가 결코 아닌 점에 서, 취약한 위상을 갖는 관습법을 법적 근거로 삼는 데 대해서 문제를 제기한다. 아울러 과연 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도를 기본권적 재산권보호의 도그마틱으로부터 그렇게 완전히 분리·고찰하는 통설적 접근의 利點이 어디에 있는지 강한 疑懼心을 표명한다. 또한 독일연방헌법재판소의 기왕의 입장에 따른 기본법 제14조의 의미 역시 이들 양

34) BGHZ 90, 17, 29ff.; 91, 20, 27f. 同旨: Lege, Enteignung und "Enteignung", NJW 1990, S.864(869); W.-R. Schenke, Staatshaftung und Aufopferung—Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruch, NJW 1991, S.1777(1778ff.); Scherzberg, Die Subsidiarität des enteignungsgleicher Eingriff, DVBl. 1991, S.84(88f.). 그럼으로써 BGH는 손실보상의 역사적 출발점으로 회귀한 셈이다. 하지만 여기서 주목해야 할 점은, 본래 희생보상청구권은 적법한 개입만을 포착하였는데, 바이마르시대에 -비록 극히 한정적일 망정- 위법한 개입까지 확대되었다.

35) J. Ipsen, a.a.O., S.1029(1036f., 하지만 그는 주관습법의 마련에 연방법원이 관여한 점에 대해선 비판적이다); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.214, 227; Papier, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand:39. Lieferung, Juli 2001), Rn.722 zu Art. 14 m.w.N. in Fußn. 1850; Bender, Kein Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff, VBIBW 1984, S.225(226); Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrecht, 16.Aufl. 2000, Rdnr. 948. 유의할 점은 이런 입장이 BGH의 입장과 모순되지 않는다. 왜냐하면 희생보상청구권 역시 관습법적으로 존속하기 때문이다.

36) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.225f. 하지만 그는 다른 지면에선 BGH의 판례가 원래 기본법 제14조를 목표로 하는 것에 가깝다고 지적한다(ders., Staatshaftungsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe., S.887(903)).

37) Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.87; ders., Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentum, DVBl. 1991, S.781(784 bei Fußn.28); Götz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. 1. 1984(BGHZ 90,17ff.=DVBl. 1984, 391ff.-Sandabbau), DVBl. 1984, S.395(396); Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51(1992), S.211(243); Arnould, a.a.O., S.394(395ff.). 한편 B. Grzeszick는 "BGH의 견해에 의하면, 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권은 기본법 제14조 제1항의 재산권보장의 일반적 방어권적 요체와 부담공평원칙과의 결합에 바탕을 둔다"고 기술함으로써, 양 입장을 중화시킨 듯한 주장을 펴다. Ders., in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.) Allg. VerwR, 13.Aufl., 2005, §44 Rn.66, 86.

법제도와 배치되진 않는다고 본다. 그리하여 이 입장에선, 관습법을 원용할 필요도 없이, 기본권적 보장언명을 통해서도 양 법제도를 자리매김할 수 있다고 본다. 이를 뒷받침하기 위한 결정적인 조건이, 기본법 제14조 제3항상의 명시적인 공용개입의 경우를 넘어서 기본법 제14조 제1항에 의한 재산권적 가치의 보장(Schutz des Eigentumswertes)을 받아들이는 것이다.³⁸⁾

재산권적 가치의 보장의 인정은, 구체적인 재산권의 대상과 그것들의 보충적으로 “소생하는” 내재적인 가치와 전적으로 관련을 갖는다.³⁹⁾ 그래서 이 입장은 공용개입유사적 개입의 경우에 그 도출은 오로지 재산권적 가치의 보장을 통해서 이루어질 수 있다고 본다. 논거로, 구체적인 재산권적 지위의 내재적 가치라 하더라도, 그것이 재산권적 실체나 재산권의 사용가능성에 손상(훼손)을 끼친 위법한 조치에 의해 무보상부로 박탈되어선 아니 되기 때문이라고 한다. 공용개입적 개입의 경우엔 그것이 특별희생의 존재를 목표로 하여 궁극적으로 평등대우가 문제된다. 비록 개개인이 자신의 재산권의 제한을 수인할 수밖에 없다 하더라도, -재산권적 가치가 특히 감소되는 데 대한 상당한 배상(대상)이 행해지지 않는 한- 그 자신이 다른 이와 구별되게 “특별희생”을 질 수밖에 없다는 것은, 기본법 제14조 제1항상의 재산권적 가치의 보장과 결합하여 기본법 제3조 제1항과 일치하지 않을 것이라고 주장한다.

요컨대 이 입장은 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도를 기본법 제14조 제1항에 의한 보장의 요체가 표현된 것으로 보거니와, 특히 공용개입적 개입과 관련해선 우선적으로 기본법 제3조 제1항에 근거를 둔다. 이런 입장에 의하면, 관습법을 내세운 데서 비롯된 후속효과인 헌법과의 遊離가 초래될 소지나 그 필연성은 애초에 없다. 더욱이 이들 법제도가 헌법적 근원으로부터 독립된 것이라는 지적에 대해서도 동의될 수가 없다.⁴⁰⁾ 한편 F. Schoch 역시 기본법 제14조와의 분리가 사실상으로 실행되는 데 대해서 의문을 제기하였다.⁴¹⁾

38) 기본법 제14조 제1항에 의한 보장요체의 구성요소로서의 재산권적 가치의 보장에 관해선 vgl. Friauf, Eigentumsgarantie und Steuerrecht, DÖV 1980, S.480(488); Axer, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, DVBl. 2001, S.1322(1327f.). 기본법 제14조 제3항의 보장을 초과한 재산(권)가치의 보장에 관한 반대의 입장으로 Schoch, Rechtliche Konsequenzen der neuen Eigentumsdogmatik für die Entschädigungsrechtsprechung des BGH, in: FS für Karlheinz Boujong, 1996, S.655(658ff.).

39) 재산권적 가치의 보장과 구별하여야 할 것이 전체로서의 재산가치의 보호의 물음인데, 이들 물음은 대개 서로 뒤섞여 있다(Friauf, a.a.O., S.480(488)).

40) 또한 설령 궁극적으로 국가적 손실보상의무로 귀착된다 하더라도, 이 점이 공용개입유사적, 공용개입적 개입과 기본법 제14조는 아무런 연결점이 존재하지 않는다는 것을 의미하진 않는다(v. Arnould, a.a.O., S.394(397, 401)). 이런 연결(연계)은 재산권적 가치의 보장을 통해서 매개되는데, 재산권의 현존이나 효용에 대한 개입이 법적, 사실적으로 비가역적일 때, 비로소 이 보장은 그 영향을 발휘한다.

41) ders., Die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, Jura 1989, S.529(534f.). 그런데 불법책임을 위해선 기본권적 자리매김이외에 (기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항, 제4항으로부터의) 객관법적 토대도 참조하도록 지시하였던 Schoch 역시 공용개입유사적 개입과 관련해선, 소수설의 입장에 동조하였다. Ders., Enteignungsgleiche

(통설과 대비하여) 이런 착안점이 갖는 도그마틱적 利點으로선, 재산권적 희생을 더 이상 기본법과 인위적으로 분리시키지 않는다는 것이다. 또한 내재적 가치가 보호되지 않는 재산권의 기본권적 보호란, 거의 설득력 없는 사고 역시 폐기된다. 더불어 기본권적 원칙과 예외의 모델에로의 편입은 법치국가원리적으로 바람직한 방법으로 공론화된 논증의무와 그리하여 국가적 이유제시의무의 적용범위를 확대시킨다고 한다.⁴²⁾ 한편 이처럼 공용개입유사적, 공용개입적 개입을 기본법 제14조 제1항에 자리매김할 때, 독일의 법전통인, 헌법·행정법과 (민사특별법인) 국가책임법의 전통적인 分化가 견지될 수 있을지 의문이 제기될 수 있다. 하지만 비록 국가책임법의 개개의 사항이 개별법의 범주에 머물지만 그 자체는 기본법적 토대에 서 있다는 점에서, 기왕의 분화전통에는 변함이 없다.⁴³⁾ 더욱이 헌법과 행정법으로선 조치의 적법성의 물음이 중요하고, 반면 국가책임법은 (조치의 위법성이나 적법성이 이미 밝혀진 다음에) 2차적 차원에 자리한 보상효과를 다룬다는 점에서, 앞으로 헌법적 관점, 행정법적 관점 그리고 국가책임법적 관점은 구분된다 하겠다.⁴⁴⁾

3. 少數說的 立場에 따른 後續論議

(1) 존속보호의 문제

이상과 같이 재산권적 가치보장을 출발점을 삼으면, 일견 연방헌법재판소판례가 취한 존속보호의 우위와 충돌하는 것으로 여겨진다. 하지만 기본권적 가치보장은 -개인의 재산적 가치 있는 법적 지위에도 존재하는- 재산권의 본질에도 일치할 수 있을 것이다. 존속보호(Bestandsschutz)는 항상 동시에 가치보호(Wertschutz)이기도 하다. (협의의) 존속보호가 상위의 이익을 위하여 후퇴하여야 하거나 非可逆的으로 훼손되는 곳에선, 가치보호가 전면에 나선다. 그런 식 인정은 적어도 보전(조절)의무부(ausgleichspflichtig) 내용결정(Inhaltsbestimmung)에 관한 독일연방헌법재판소의 판례에 바탕을 둘 수 있다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 -비록 보충적으로 고려된다 하더라도- 가치보전(조절)의 경우, 기본법 제14조 제1항에 의한 재산권적 가치의 보장에 귀착시키지 않고선, 설령 비례성심사의 범주라 하여도, 그것을 성립시킬 수가 없기 때문이다. 보전의무부 내용결정에 관한 재판은, 여태 재산권의 내용·한계를 결정하는 것의 범주에서의 입법자의 행위만을 다루었다. 그래서 재산권의 현존에 관한 행정적 개입에 대해서도 재산권적 가치가 왜 보충적 보호를 향유하지 않아야 하는지, 분명히 아무런 근거

und enteignende Eingriff nach der NaBauskiesungs-Entscheidung, JuS 1985, S.184(185f). 한편 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Rn.56 Zu 14 는, 공용개입적, 공용개입유사적 개입이 핵심에선 기본법 제14조 제1항 제2항에 의해 마련되었다고 기술한다.

42) 이유제시의무의 기본적 이해에 관해선 J. Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987.

43) 그렇지만 이런 分化는 보전의무부 내용결정이 도입됨으로써 변화를 겪었다.

44) A. v. Arnould, a.a.O., S.394(398f).

45) Vgl. BVerGE 100, 226(245)-史蹟保護.

가 없다. 국가의 법률적용기관은 법률만이 아니라, 헌법에도 구속된다. 따라서 입법자가 유의해야 할 가치보장을 (기본법 제14조 제1항 제1문상의 제도로써) 재산권의 헌법적 효력을 갖는 보장으로부터 도출하면, 이런 보장은 기본법 제1조 제3항에 따라 다른 권력도 구속한다.

요컨대 재산권적 가치의 代償(Ersatz)은 재산권적 존속보장의 후속효과에 준하지만, 이런 補整的인(kompensatorisch) 목표방향은 결코 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 특별성을 나타내지 않고, 공법적 배상법을 위한 전형에 해당한다. 그리하여 공용개입유사적, 공용개입적 개입은, 補整을 목표로 한 2차적 차원에 분명히 귀속되어야 하며, 그것 자체가 1차적 차원을 결코 운위하지 않는다. 그런 개입으로 인한 손실보상은 흡사 재산권보호의 제3의 단계에 해당한다. 즉, 재산권에 대한 개입을 저지하여야 할 처음 단계에선 (취소소송을 매개로 실현되는) 방어청구권이, 사실적으로 탈취된 재산권객체의 반환을 목표로 하는 두 번째 단계에선 (이행소송을 매개로 실현되는) 결과제거청구권이 동원되어야 하되, 그렇지 않은 경우 즉, 이상의 수단이 동원되지 못하거나 충분히 동원되지 않은 경우에, 세 번째 단계로 공용개입유사적 개입으로부터의 손실보상청구권이 활동을 시작한다. 동시에 이런 단계적 진행을 통해, 2차적 권리보호에 대한 제1차적 권리보호의 우위의 원칙이 표현되고, 실현된다.

(2) 개별법적 형성의 문제

하지만 가치보장에 따른 손실보상의무의 세세한 것은 기본법의 해석의 방법으론 단지 제한적으로 검토될 수 있다. 가치보장 그 자체는 기본법 제14조 제1항 제1문으로부터 도출되고, 그리하여 헌법적 차원의 효과를 지니지만, 개개의 그것의 형성, 즉 공용개입유사적 개입에 관한 보호는 개별법의 차원에서 법관법적 형성에 의하여야 한다. 독일연방헌법재판소의 1999.12.2. 결정 역시 공용개입유사적 개입이란 “그것의 개별형성상으로” “헌법적으로 주어지지 않은 것”으로 표현하였다. 따라서 국가에게 손실보상을 의무지우는 것 그 자체는, (공용개입유사적 개입의) 법제도의 법관법적 개별형성과 관련해서, 기본법 제14조로부터 결코 도출되지 않는다고 확인되었다.⁴⁶⁾ 그런데 공용개입유사적 개입의 (구체적인) 개별형성이 기본법으로부터 (직접) 도출될 수 없다고 명시적으로 강조되면서 드러난 사실은, 바로 법원이 (공용개입유사적 개입을) 기본법 제14조 제1항에 원칙적으로 근거를 두는 것의 도그마틱적 물음에 대해서 애써 견해를 표명하지 않으려 하였다는 것이다.⁴⁷⁾ 더군다나 비록 공용개입유사적 개입으로 인한 손실보상을 기본법 제14조와는 절연시켰지만, BGH는 그것의 성립요건과 법효과를 정함에 있어선 항상 동조를 목표로 삼았다.

46) BVerfG, Beschluss v.2.12.1999, NJW 2000, 1402-엘베교외에서의 빌라; 비슷하게 Beschluss v.26.5.1998, NJW 1998, 3264f.-산림훼손,

47) 그런데 당해소송에서의 보고자가 바로 H.-J. Papier이었는데, 그는 공용개입적, 공용개입유사적 개입을 기본법상의 기본권결정으로부터 도출하는 것을 여러 차례 옹호하였다고 한다.

독일연방헌법재판소 역시 법관법적으로 토대를 둔 공용개입유사적 개입이 법률유보의 위반으로 위헌이라 여겨질 순 없다고 확인하였다.⁴⁸⁾ 공용개입적 개입의 경우엔 독일연방헌법재판소는 이런 물음에 대해서 무응답으로 내버려두었다.⁴⁹⁾ 요컨대 재산권적 가치도 포함한 -원칙적인- 기본법상의 보호언명을 감안하고, 아울러 개별법상의 규율이 광범하게 결여되어 있기에, 법원이 법형성의 책임자였다.

VI. 獨逸 基本法 제14조의 介入類型에 관한 概觀⁵⁰⁾

기본법 제14조이 표방하는 개입유형은 전적으로 공용개입과, 내용·한계의 법률적 결정의 이원적 체계이다. 그렇지만 이상과 같이 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법형상을 흡사 재산권보호의 세 번째 단계로 설정하여 기본법 제14조 제1항에서 그 법적 근거를 두고자 하면, 동조상의 재산권적 개입의 유형이 문제된다. 그런데 이들 개입 개념은 (기본법 제14조의 도그마틱적 분석에서 추가적으로 유의하여야 될) 개입의 특별형식은 결코 아니며, 국가책임법의 관점에서 운위된 (공용개입을 제외한) 모든 개입가능성을 범주화한 것이다. 즉, 이론적으로⁵¹⁾ 모든 이런 개입은 -기본법 제14조의 새로운 도그마틱의 체제에서 공용개입유사적, 공용개입적 개입을 배제하는 입장을 취하지 않는 한- 공용개입유사적, 공용개입적 성격을 지닐 수 있으며, -판례에 의해 전개된 국가책임법적 원칙에 따라- 국가에게 재정적 손실보상의 의무를 지을 수 있다. 따라서 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법형상이 -공용개입과 내용한계의 법률적 결정이외에- 기본법 제14조 제1항으로부터의 기본권에 관한 “기타의 개입”(sonstige Eingriffe)을 나타낸다는 이제까지의 지적은 그릇되었다고 지적된다.⁵²⁾

한편 내용·한계의 결정을 자세히 도그마틱적으로 구성하고자 하는 것과 무관하게, 재산

48) BVerfG, Beschluss v.2.12.1999, NJW 2000, 1402-엘베교외에서의 빌라.

49) BVerfG, Beschluss v.26.5.1998, NJW 1998, 3264f.-산림훼손, 독일연방헌법재판소는 기본법 제14조 제1항 제2문을 고려하여 헌법상으로 원칙적으로 요구된 손실보상청구권을 형성하여야 할 법원의 의무란 의문스럽다고(fraglich) 표현하긴 했어도, 그 공용개입적 개입의 인정여부의 물음에 대해선 궁극적으로 미확정으로 내버려 두었다. Rinne/Schlick, Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistung, NVwZ-Beilage II. /2000, S.3(6) 는, 독일연방헌법재판소의 이런 확인으로써 공용개입적 개입의 존재가 의문에 처하진 않는다고 강조한다.

50) 이에 관한 상세는 차후에 독일 재산권보장체제 전반을 다루면서 상론할 예정이다.

51) 한편 v. Heinegg/Halter, Keine Angst vor Art. 14 GG!, JuS 1993, 213(214) 는, 공용개입적, 공용개입유사적 개입을 단지 재산권에 대한 비(법)집행적-사실행위적-개입과 관련지어서, “핵심개념”이라 표현한다. 비록 현재 이런 사실행위적 개입의 경우가 양 법제도-공용개입적, 공용개입유사적 개입-의 특유한 적용영역이긴 하지만, 이들 법제도를 비규율적 행정활동-사실행위-과 전적으로 결합시키면, 국가책임법시스템의 차원에서 이들의 도그마틱적 상관관계와 위상을 고찰하는 것이 곤란하다.

52) A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(400).

권적 개입은 다른 기본권의 경우처럼 (직접) 법률에 의해서(durch Gesetz) 그리고 법률에 의거해서(aufgrund von Gesetzen) 행해질 수 있다. 공용개입의 경우에는, 기본법 제14조 제3항 제2문이 이 점을 분명히 하고 있다. 이에 반해 재산권의 내용·한계의 결정의 경우, 기본법은 전적으로 법률에 의한 그것만을 규정한다(기본법 제14조 제1항 제2문). 여기서 문제가 되는 것이 법률적 내용한계의 결정의 “적용행위”이다. 이런 재산권개입의 형식은 “기타의 개입”으로서 기본법 제14조의 개입유형에 들어가야 한다.⁵³⁾

VII. 公用介入類似的, 公用介入的 介入의 適用領域

공용개입유사적, 공용개입적 개입이란 법형상을 현행 국가책임법의 체계에 바람직스럽게 편입시키기 위해선, 독일연방헌법재판소의 판례로 유발한 근본적인 도그마틱적 변화에 터잡아야 한다. 그리하여 확고부동한 사실은, 이들은 재정립된 (형식적, 협의의) 공용개입 개념에 의해 더 이상 공용개입으로 평가될 수 없고, 그래서 기본법 제14조 제3항 제2문에 따른 손실보상은 행해질 수 없다. 아울러 이들을 재산권에 관한 보전의무부 내용결정이란 법형상과 완전히 동일시하는 것 역시 특히 배제된다. 왜냐하면 기본사고에서 보자면, 공용개입유사적, 공용개입적 개입은 입법자는 물론 집행부와 사법부에 의해서도 행해질 수 있는 반면, 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 보전의무부 내용결정이란 법형상은 전적으로 입법자의 활동을 목표로 하기 때문이다.

1. 法律에 의한 介入(Eingriffe durch Gesetz)의 경우

(1) 公用개입유사적 개입의 경우

독일연방헌법재판소의 판례는 입법자와 법적용기관의 권한의 분리를 강조한다. 그 결과, 국가책임법적 시스템에서 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 위상과 기능을 정함에 있어서, 입법자에 의한 재산권개입과 -통상 법률에 근거하여 행해지는- 행정에 의한 그것을 구분하는 것이 중요하게 여겨진다. 공용개입유사적, 공용개입적 개입이 법률적 개입의 형식을 띠면,⁵⁴⁾ 설령 (공용개입유사적, 공용개입적 개입이) 보전의무부 내용결정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)의 도그마틱적 형상으로 轉化되지 않더라도, 그런 개입은 그 기능에서 보전의무부 내용결정과 거의 완전히 교체되었다고 하는 것이 적절할 수도 있다. 법률에 의

53) 마찬가지로 정당하게 Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn.925.

54) 유의할 점으로, 그런 법률은 헌법재판에 의해서 내용한계의 결정으로서의 성격만을 지닐 수 있고, 입법적 공용개입의 성격을 결코 지닐 순 없다. 이유는 후자는 -비록 위헌이라 하더라도- 전적으로 기본법 제14조 제3항의 규준에 의거하여 가늠되어야 하기 때문이다.

한 개입의 경우, 그것의 재산권제한적 효과(결과)는 직접적으로 법률에 의해 발생한다. 이런 직접적으로 재산권형성적인 효과를 감안한 즉, 그런 법률 역시 항상 기본법 제14조 제1항 제2문상의 내용한계결정으로의 성격을 부여하여야 한다. 여기서 비례원칙으로 인해 보전(조절), 즉 조절의무부 내용결정이 헌법상으로 요구됨에도 불구하고, 그런 보전규율의 부재가 당해 법률을 위헌으로 만든다. 이로써 실은 -위법인 국가적 행위가 재산권을 제한하는- 공용개입유사적 개입의 상황이 존재하게 된다. 그렇지만 -존속보호를 견지하여- 손실보상의 물음이 1차적 차원으로 옮겨졌기 때문에, “입법적 불법”의 경우엔 공용개입유사적 개입을 위한 여지가 결코 존재하지 않는다.⁵⁵⁾ 결국 여기서 공용개입유사적 개입의 상황이 위헌법률차원으로 원칙적으로 이행한다.⁵⁶⁾

이런 점은 이하의 고찰로부터도 생겨난다. 의무납본제와 라인란트팔츠 주의 史蹟保護法에 관한 재판은 보전의무부 내용결정을 嚮導하였다.⁵⁷⁾ 여기서 독일연방헌법재판소는 입법자의 임무책임을 중심에 두었다. 재산권의 내용과 한계는 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 입법자가 정하기에, 법률유보의 의미에서의 1차적 책임이 그 입법자에게 맡겨진다. 입법자로서 재산권의 내용과 한계를 정하는 범위에서 사적 효용과 사회적 구속 간의 균형을 조성에 있어서 광범한 여지를 갖는다. 즉, 입법자에겐 비례성준수의 방도가 단순히 주어진 차원을 넘어 활짝 열려져 있어서, 이런 방도 가운데 그 어떤 것을 선택하고자 하는지는 전적으로 그의 몫이다. 독일연방헌법재판소는 일관되게 양 재판에서 해당 법률을 무효로 판시하기보다는, 주입법자에게 재처리하도록 “환송”시켰다. 독일연방헌법재판소에 의해 재정적 보전에 관한 결정 역시 입법자의 책임에 놓여 있다. 따라서 입법적 불법에 대해 민사법원이 공용개입유사적 개입의 관점에서 손실보상을 인정하면, 이는 -독일연방헌법재판소가 강조한- 이런 임무할당을 무시하는 것과 다를 바 없을 것이다.⁵⁸⁾

그런데 독일연방헌법재판소의 관련 판례들은, 재산권의 내용과 한계를 정한 법률이 과도한 재산권구속과는 다른 이유를⁵⁹⁾ 들어 위헌을 판시하진 않았다. 비례성을 통해서 정립되고 그리하여 재산권보장의 실질적 척도(규준)와 관련이 있는, 보전(조절)의무의 원칙이 이런 상황에선 맞지 않는다. 특히 입법자가 무권한인 경우엔, 앞서 독일연방헌법재판소의 착

55) BGH, Urteil v.12.3. 1987, BGHZ 100, 136(145f.)-소정원임대차; Urteil v.10.12. 1987, BGHZ 102, 350(362f.)-산림고사. 다른 견해로 W.-R. Schenke, Entschädigungsansprüche bei legislativem Unrecht unter dem Aspekt des enteignungsgleichen Eingriffs, NJW 1988, S. 857ff.

56) 한편 ‘위헌’이란 용어 대신에 ‘불법’(Unrecht)이란 넓은 개념이 -비록 유보가 있긴 해도- 일반적으로 사용되는 데 대해서, A. v. Arnauld는 문제점을 지적한다. 이유인 즉, 그것이 “자연법에 위배된” 법률을 상기하며, 또한 “불법”과 “단순히” 위헌인 법률 간에는 질적 차이점이 존재하기 때문이다. Ders., a.a.O., S.394(404) Fn.46.

57) BVerfGE 58, 147f., 152-의무납본제-; BVerfGE 100, 226(245)-史蹟保護 건-

58) Scherzberg, a.a.O. S.84(86f.).

59) 가령 연방입법자가 史蹟保護法을 이미 발했는데, 주입법자가 그 연방국가적 권한을 유의하지 않은 경우처럼.

안점인, 임무책임에 연계된 유보논거 역시 공허할 수밖에 없을 것이다. 하지만 여기서, 위헌법률의 경우에 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권을 배제하기 위하여, BGH가 동원한 다른 관점을 목표로 삼을 수 있다. 그것은 豫算特權(Haushaltsprärogative)에 기한 議會의 歲出責任(Ausgabenverantwortung)이다. 법률은 그것의 일반적, 추상적 성격으로 인해 통상 대규모의 수범자를 그 범주로 한다. 법률이 위헌으로 입증되는 한에 있어서, 만약 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권을 인정한다고 하면, 이는 막대한 규모의 잠재적 손실 보상청구자를 초래할 것이며, 그 결과 민사법원으로선 그것의 재정적 손실보상을 재판하지 않으면 아니 될 처지에 봉착할 것이다. 만약 이렇다면, 의회의 예산특권은 공허하게 될 것이다. 따라서 당연히 의회입법자의 임무고권이 아니라 歲出高權(Ausgabenhoheit)에 의거한 새로운 유보의 착안점이 통용된다. 그렇지만 이런 유보논거는 본질성이론에 따라, 예산의 중대한 부담이 우려되는 경우에 주효하다. 따라서 의회의 豫算特權의 空虛化를 미연에 방지하기 위해서, 엄격한 기준을 적용하여야 할 것인데, 예산상 부담이 관련자가 소수이어서 미미하게 여겨지는 경우에만. 예외적으로 법원에 의한 손실보상이 허용될 것이다. 요컨대 오늘날에는 재산권에 관한 법률적 개입의 경우엔, 이처럼 극히 좁은 범주에서만 공용개입유사적 개입이 그 의의를 갖는다.⁶⁰⁾

(2) 공용개입적 개입의 경우

법률이 합헌이고, 특히 보전이 헌법상으로 요구되지 않고, 법률이 그런 것을 개별법상의 청구권으로도 규정하지 않았을 때, 가치배상(Wertersatz)은 오로지 공용개입적 개입의 제원칙에 의해서만 고려될 법하다. 하지만 민사법원이 그에 따른 손실보상청구권을 인정하는 것은, -앞서 본대로 독일연방헌법재판소가 견지하는- 재산권의 내용·한계의 결정에서의 손실보상물음에 관해 입법자가 1차적 책임을 진다는 것과는 모순될 것이다. 입법자가 헌법합치적 방법으로 재정적 보전 없이 재산권의 내용을 정하였을 경우엔, 입법자가 규정하지도 않고 헌법상으로 요구되지도 않는 보전을 (관습법적 바탕의) 희생보상적 사고를 동원하여 창설하는 것이 법원의 임무는 아니다.⁶¹⁾ 대저 공용개입적 개입에서의 관건은 기본법 제3조 제1항에 의거한 특별희생의 존부여부이다. 여기서의 헌법적 심사의 결과 역시 재산권의 과잉제한은 입법자로 하여금 일정한 관련자群에 대해 재정적 보전(조절)을 하도록 의무를 지을 수 있다. 공용개입적 개입에서 요체인 “특별”희생의 범주에서 핵심적인 기본법 제3조 제1항의 척도 역시 독일연방헌법재판소에 의해 이미 -내용한계의 결정에서 통용되는- 비례성심사에서 동원된다. 독일연방헌법재판소에 의해 보전의무부 내용결정의 존재가

60) A. v. Arnould, a.a.O., S.394(406). 한편 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 236f. 는 EG-지침의 전환이 지연된 데 따른 국가책임의 경우도 공용개입유사적 개입의 범주에서 다루었다.

61) -독일에서 주장된- 특히 “유형화의 희생”을 위한 형평적 보상(Billigkeitsentschädigung)도 독일연방헌법재판소가 견지하는 입장, 즉, 손실보상여부와 방법에 관한 결정을 입법자에게 유보하는 사고와는 맞지 않는다.

인정된 다음에는, 종래 공용개입적 개입으로 인정된 상황이 보전의무부 내용결정의 범주에 속하게 되거나와, 또한 종래 공용개입적 개입을 인정하기 위해 동원된 논거-이런 식의 재산권제한이 사전에 예측할 수 없어서 규율이 불가능하였다는 논거-는 오늘날 여기서 더 이상 타당하지 않다. 요컨대 법률적 개입의 경우엔 공용개입적 개입 그 자체가 존재할 여지가 없다.⁶²⁾

2. 법률에 의거한 개입(Eingriffe aufgrund von Gesetzen)의 경우

-의도적 효과이든 단순한 부수효과이든- 재산권에 대한 개입이 법률에 의거하여 행해진 경우, 공용개입유사적, 공용개입적 개입이 구분되어 논의된다.

(1) 공용개입유사적 개입의 경우

공용개입유사적 개입의 운명은, 우선 “1차적 권리보호의 우위”(Vornag des Primärrechtsschutzes)와 밀접하게 연계가 된다.⁶³⁾ 공용개입유사적 개입은 위법한 국가적 조치를 그 대상으로 하는 즉, 이 경우 관련자로서 해당 위법한 조치 그 자체에 대해 권리보호를 강구하여야 한다. 즉, 그는 위법한 행위 그 자체에 대해 방어를 하여야 하고, “受忍하라 그리고 청산(보상)을 청구하라”(dulde und liquidiere)는 원칙을 따라선 아니 된다. 다시 말해, 당한 재산상의 손실에 대한 補整보다는 拒否的(negatorisch) 권리보호의 우위가 통용된다-“방어하라 그리고 청산을 청구하라”(wehre dich und liquidiere).

그런데 관련자가 1차적 권리보호의 차원에서 위법한 제한행위 그 자체에 대해 아무런 권리보호조치를 강구하지 않았을 때도, 공용개입유사적 개입이 통용될 것인지 문제된다. 여기엔 두 가지의 흐름이 있다. 우선 압도적 多數이자 BGH는, 독일민법 제254조(피해자의 共同責任)의 법사고가 원용되어 이런 점이 (공용개입유사적 개입에 따른) 손실보상에 감안되어 평가될 것이라고 본다.⁶⁴⁾ 반면 다른 한편으로 1차적 권리보호의 차원에서 기대가능한 조치가 강구되지 않았을 땐 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권을 원용하는 것을 전체적으로 거절하는 입장도 있다.⁶⁵⁾ 일견 보면, 후자의 입장이 더 일관적인 것 같다. 하지만

62) Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.108; Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.) Allg. VerwR, §44 Rn.92ff.; A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(407).

63) 다수 문헌에 갈음하여 Maurer, Allg. VerwR, §27 Rn.46ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.260ff. 한편 대부분 1차적 권리보호의 우위가 기본권적 고려에서 비롯된다고 본다. 異論: Scherzberg, a.a.O., S.84(89f.); Axer, a.a.O., S.1322(1328f.).

64) BGH, Urteil v.26.1.1984, BGHZ 90, 17(29ff.)-모래채굴-; 91, 20(24); 92, 34(50); 110, 12(14ff.); 140, 285(297). 同旨: Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.261, 266f.; ders., Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, S.1(4); Nüßgens/Boujong, a.a.O., Rn.438;

65) 이 입장에선 대부분 민법 제839조 제3항(피해자가 권리구제수단의 행사를 통해서 손해를 방지하는 것을 고의 또는 과실로 해태한 때에는, 배상의무가 발생하지 않는다)의 유추적용을 찬성한다: Lege, a.a.O., S.864(871); Papier, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI(1989), §157 Rn.63.

이런 착안점 역시 개별 경우(사건)의 특수성을 1차적 권리보호의 “기대가능성”의 징표를 통해서 고려하는 것에 의존하기에, 외관상 분명한 경계획정은 사실상 상대화되어 버린다. 그런데 아무런 어려움이 없이 기대되는 권리보호를 관련자가 취하지 않았을 경우엔, 민법 제254조가 유추 적용되더라도 공용개입유사적 개입으로부터의 청구권을 전체적으로 배제하는 것이 가능할 법하다. 그리하여 BGH처럼 개별경우의 상황을 ”정교한 조종“을 가능케 하는 민법 제254조를 통해서 대처하는 전자의 입장이 합목적이라고 주장된다.⁶⁶⁾

한편 관련자에게 우위적으로 요구된 권리보호가 방어(취소소송)나 (궁극적으로) 결과제거(결과제거청구)를 목표로 하는지 여부는, 아무런 차이가 있을 수 없다. 왜냐하면 가령 공동로의 재건축(Rüchbau)으로 인해 (대지경계를 넘는) 증축(Überbauung)이 불허된 경우에, 위법한 국가활동의 결과의 제거를 통해 자신의 재산권을 방어할 가능성이 개인에게 열려져 있는 한, 그로선 처음부터도 이런 가능성을 참고하여야 하기 때문이다.⁶⁷⁾ 이 점은 재산권적 가치의 보장에 대한, -결과제거청구권이 원상복귀를 목표로 하는- 재산권존속의 보호의 우위에서 비롯된다. 그렇지만 그 같은 상황에서 종종 위법한 조치의 결과만의 제거가 재산권제한 전 범위를 커버하진 못한다. 왜냐하면 결과제거는 위법행위 그 자체를 無化(消效)시킬 순 없기 때문이다. 이런 한계상황에서 공용개입유사적 개입이 보충적인 고유의 기능을 발휘한다.⁶⁸⁾ 다만 非可逆的 훼손으로 인해, 권리보호가 결코 결과제거가 아니라, “수인하라 그리고 청산을 청구하라”만을 오로지 목표로 삼을 수 있는 경우엔, 공용개입유사적 개입의 법형상은 보충적 의의를 넘어선다고 하겠다.⁶⁹⁾

(2) 공용개입적 개입의 경우

1) 적용영역

법률에 의거한 개입의 경우 -부수적인 재산권제한을 빚는- 공용개입적 개입의 상황과 관련해서, 재차 구분하여 접근하여야 한다. 즉, -부수적인- 재산권적 제한이 입법자의 관점에서 (행정

66) A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(408). 한편 Maurer는 민법 제254조는 손해안분에 바탕을 둔다는 점, 우선적으로 국가에게 책임이 있다는 점 그리고 관련자의 제소가능성의 존재만으로 국가가 위법한 자신의 행위의 결과를 면할 순 없다는 점에서, 손실보상청구권의 전면적인 소멸의 가능성에 대해서 異議를 제기한다. Ders., Allg. VerwR, §27 Rn.99.

67) Schoch, Folgenbeseitigung und Widergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch. 79(1988), S.1(62ff.).

68) 여기서 무엇보다도 소위 지연손해가 문제된다. Vgl. Axer, a.a.O., S.1325. 한편 공용개입유사적 개입의 법제도를 동원하기보다는, 결과제거청구권을 금전보전청구권(Anspruch auf Geldausgleich)으로 변용하려는 경향도 있다. Vgl. Schoch, Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes, DV 34(2001), S.261(271).

69) Schmitt-Kammler, Enteignungsentschädigung und staatliche Unrechtshaftung, in: FS für Ernst Wolf, 1985, S.595(610); Nüßgens/Boujong, a.a.O., Rn.433; Ehlers, a.a.O., S.245. BGH가 일찍이 “교통신호등 고장-Ⅰ”(BGHZ 54, 332 (338) = NJW 1971, 32)에선 개입의 직접성을 부인하였는데(이에 관해선 졸고, 행정자동결정에 대한 사법심사, 현대법학의 과제와 전망(관담 김윤구박사 화갑기념논문집), 1999, 574면 이하 참조), “교통신호등 고장-Ⅱ”(Urtei v.18.12.1986, NJW 1987, 1945)에선 개입의 직접성을 인정하여 공용개입유사적 개입을 인정하였다. 한편 이 판결에 대해선, W. Schmidt, Die Aufopferung vermögenswerter Rechte, NJW 1999 S.2847(2848) 는, 개입조치가 여전히 적법하다는 점에서 도그마틱적으로 잘못되었다고 비판을 하였다. Vgl. Ossenbühl, Enteignungsgleicher Eingriff im Wandel, JuS 1988, 193ff.

활동의) 예상가능한 결과인지 아니면 예상불가능한 결과인지 여부에 따라 나누어야 한다.⁷⁰⁾ 왜냐하면 법률적용에서 예상가능한 재산권제한적 효과를 위하여 보상이 행해져야 할지 여부의 물음 역시 오로지 입법자가 답해야 하기 때문이다. 입법자의 특권이 豫想可能性(Vorhersehbarkeit)의 기준을 통해, 확실히 법률에 의거한 개입의 상황으로 연장된다. 즉, 법률집행에서의 무보상적 재산권제한이 과도한 사회적 구속으로 여겨지는 경우에도, 보전(조절)을 입법자가 규정하여야 하지, 법원이 하여선 아니 된다. 만약 법률집행에서 부수적인 재산권적 제한의 발생이 예상가능함에도 불구하고 입법자가 그에 상응한 보전책을 마련하지 않았을 때, -앞서 본 대로- 보전물음(Ausgleichsfrage)은 1차적 차원으로 移行되고, 그리하여 공용개입유사적 개입의 상황이 존재한다.⁷¹⁾ 이런 상황에선 우선 1차적 권리보호가 강구되어야 한다. 그리하여 입법자에게 “하자”가 있기 때문에, 궁극적으로 위헌법률심사의 차원에서 독일연방헌법재판소에서 다루어진다.

하지만 입법자가 전혀 예상할 수 없는, 특히 이형적인 제한의 경우엔,⁷²⁾ 해당 법률이 보전 의무의 불준수를 이유로 위헌이지 않을 뿐 더러, 또한 보전에 반하는 입법자의 결정 역시 공용개입적 개입에 따른 보상의 인정을 저지하지도 않는다. 이때 결여된 예상가능성은 한편으론 해당사건의 非典型性(異型性, Atypik)에서 비롯될 수 있는데, 이런 非典型性은 입법자에 의한 (재산권의) 내용·한계의 결정에서도 고려되지 않았음에 틀림없다(일종의 갑작스런 事故狀況, Unfallkonstellationen).

그런데 결여된 예상가능성은 다른 한편으론 행정이 특별한 재산권관련성이 결여되어 내용(·한계)결정적 법률의 성격을 지니지 않는 법률에 근거하여 활동하는 경우에서도 도출될 수 있다. 이에 해당하는 것이 바로 고전적인 소위 사실행위로 인한 공용개입적 개입의 사건이다.⁷³⁾ 사실행위는 의당 법집행위가 아니지만, 행정은 대개 법률에 의거하여 활동한다. 그런데 실은 그 법률은 재산권을 규율하는 규범으로서의 성질을 갖지 않는다. 그리하여 이 경우에 발생한 재산권제한은 단지 부수결과(Nebenfolgen)에 불과하다. 그런데 사실행위에 의한 공용개입적 개입의 상황에서 반드시 상기하여야 할 점은, 전술한 바대로 법률제정시에 입법자가 예상할 수 없었던 부수결과만이 공용개입적 개입에 따른 보상을 야기할 수 있다. 이처럼 예상가능성의 不在를 전제로 하기에, 공용개입적 개입의 적용영역은 현저하게 축소된다. 요컨대 비전형적이고 예상불가하여 규율할 수 없는 우연의 결과가 공용개입적 개입의 가능자가 된다.⁷⁴⁾

70) 기본적인 것으로 Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, S.1(3).

71) 유의할 것으로, 이런 점은 재산권의 내용·한계를 결정하는 성격을 갖는 법률의 집행의 경우에만 통용될 수 있다. 그런데 이런 성격은 해당 법률이 재산권의 내용·한계를 결정하는 법률로서 의도되었는지 여부에 상관없이 정해진다.

72) BGH, Urteil v.26.1.1984, BGHZ 90, 17(29ff.)-모래채굴-; Urteil v.29.3.1984, BGHZ 91, 20(27f.)-폐수처리장-; 마찬가지로 Detterbeck, Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1994, S.273(279).

73) Vgl. Lege, Enteignung und "Enteignung", S.864(868ff.); ders., Wohin mit den Schwellenthorien?, JZ 1994, S.431(435f.).

74) Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.) Allg. VerwR, §44 Rn.99.

2) 公用개입적 개입의 인정에 대한 의문의 비판적 검토

그런데 公用개입적 개입의 인정, 즉, 그에 따라 법관법적으로 형성된 손실보상청구권의 존속에 대해선, 대체적으로 다음의 두 가지 방향에서 의문이 제기된다. 하나는, 재산권에 대한 적법한 개입에서의 손실보상 의무의 가능성은 일반적으로 다투어지며, 公用개입적 개입의 상황은 국가적 불법책임에 귀속된다는 것이다. 다른 하나는, 법률적 근거 없이 민사 법원에 의한 손실보상의 인정은 권한위반으로 여겨진다는 것이다.

가) 국가적 불법책임에서의 의문과 관련하여

결과불법설을 따르면, 公用개입적 개입은 전체적으로 즉, 부수결과가 입법자에 의해 예상될 수 없는 경우에도, 公用개입유사적 개입의 운명과 일치한다. 왜냐하면 이런 모든 상황은 불법책임의 경우를 의미하고, 입법자에 의한 예상가능성의 물음은 권리침해가 어떤 분야에서 비롯되었는지를 단지 확인할 수 있을 뿐이기 때문이라 한다. 이런 입장을 따르면, “그 자체”로 적법한 국가적 활동의 부수효과는, 보상지불을 위하여 요구되는 경계에도달하는 한에 있어서, 그것의 재산권제한적 효과로 인해 위법하게 될 것이고, 그 결과 여기서도 1차적 권리보호의 우위가 통용될 수밖에 없을 것이다.⁷⁵⁾

이처럼 “그자체로서” 적법한 행위의 현재상태·가치를 저하시키는 효과를 적법성의 문제로 접근하는 것이 전적으로 논리적인 것 같지만, 재산권의 사회적 구속성을 규정한 기본법 제14조 제2항을 끌어들이고 논의하면, 반드시 이상과 같이 접근할 필요는 없다. 기본법 제14조 제2항 및 이런 사회적 구속을 구체화한 법률상의 결정은 재산권자에게 공동체이익을 위하여 다양한 受忍義務를 과한다.⁷⁶⁾ 가령 공기업에 의한 (규정대로의) 대기오염상태나 오랫동안 지연된 도로공사에서, 그 과도함이 재산권의 제한을 위법하게 만들지 않는 한, 공익을 위하여 자기의 재산권의 제한을 受容하도록 그 재산권자에게 기대된다. 여기서 손실보상 의무는 특히 관련 재산권자가 (적법한) 재산권제한을 수인하여야 한다는 점, 특히 그가 특별희생을 제공하여야 한다는 점에서 도출된다. 이런 점에서 1차적 권리보호에 의한 존속보호는 실현될 수가 없다. 그리하여 여기서 재산권자의 1차적 권리보호의 선택가능성 없이, “수인하라 그리고 청산을 청구하라”는 테제가 통용된다.⁷⁷⁾

75) Schoch, Die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, S.529(536); Ehlers, a.a.O., S.211(246); Axer, a.a.O., S.1322(1326f.).

76) 재산권제한적 행위가 (충분한) 법률적 근거에 바탕을 둘 수 있는 한, 재산권의 이런 공동체구속은 개별 법률에 의해 매개된다. 그러나 이런 간접적 효과를 넘어서도 기본법 제14조 제2항은 재산권자의 권리를 선형적으로(a priori) 제한한다.

77) A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(413); Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, S.1(3). 결국 이런 입장에 의하면, 논리적으로 재산권에 대한 행정의 개입은 다음과 같이 세 가지로 분류할 수 있다. 먼저 적법한 그리고 무보상으로 받아들여져야 할 재산권제한이 있다. 이는 기본법 제14조 제2항에 따른 재산권의 일반적인 사회적 의무성을 나타낸 셈이다. 두 번째로, 개입이 재산권제한과 관련하여 적법한 것임에는 변함이 없으며, 그리하여 추구된 공적 목적(가령 도로건설)과 관련해서 수인되어야 하지만, “특별희생의 한계”가 초과되는 한-즉, 관련 재산권에 대한 영향미침이, 관련이 없는 재산권자를 고려하여 그 관련 재산권자에게 재정적으로 보상할 것을 명할 정도에 다다른 한-, 손실보상 의무

특별희생의 한계를 정하는 데 있어서, 핵심적으로 중요한 것은 바로 “그렇게 관련되지 않은” 재산권자와의 비교이다. 따라서 기본법 제3조 제1항은 공용개입적 개입의 범주에서의 손실보상의 물음을 위하여 결정적인 역할을 한다. 이를 통해서 다음의 두 가지 점이 분명해진다: i) 기본법 제14조 제1항과 제2항에 의거하여 밝혀져야 할 수인의무와 손실보상의무에서의 境界가 구분되어 정해져야 하는 점과 그 이유, ii) 적법한 조치가 그럼에도 불구하고 왜 보상의무를 발생시킬 수 있는지. 그런데 이처럼 착안점을 기본법 제3조 제1항에 두는 데 대해선, 재정적 보상이 지불되지 않은 재산권제한적 조치는 기본법 제3조 제1항과 관련해서 위법하고, 마찬가지로 행정법원에서 다투어야 한다고 反論이 제기될 수 있을 법하다. 그렇지만 기본법 제14조 제1항 제1문을 대신하여 기본법 제3조 제1항이 가능자로 원용됨으로써, 다음의 점이 분명하게 된다. 즉, 재산권의 현재상태의 제한은 더 이상 법적 다툼의 대상이 아니다(이는 기본법 제14조 제2항에 의해 공공복리를 위하여 받아들여져야 한다). 또한 (동일한 이유에서) 수인되어야 할 재산권적 가치의 低下 역시 법적 다툼의 대상은 아니되, -특별희생의 한계를 초과하는 한- 관련 재산권자의 경제적 잠재력의 상대적인(!) 저하가 그 법적 다툼의 대상이 된다. 하지만 이런 價値低下는 해당 조치 그 자체의 적법성과는 관련이 없고, 오직 결과의 적법성과 관련이 있다. 그리하여 이런 “2차적 법적 다툼”을 위해선, 행정법원법 제40조 제2항 제1문이 동원되어 일반법원이 관장한다.⁷⁸⁾

나) 법률유보에 따른 의문과 관련하여

최근의 독일연방헌법재판소의 판례가 내세운 입법자의 역할 강화가 일반화되면서, 공용개입적 개입을 위한 보상청구권을 법률적 근거 없이 인정하는 것은 법률유보에 반한다고 문헌상 주장된다.⁷⁹⁾ 그런데 이미 전술한 바대로, 법률적용상의 결과를 예상할 수 있는 경우엔 입법자가 그 손실보상 내지 재정적 보전의 물음에 대해 규율하여야 한다. 그리하여 문제되는 상황은 법률적용의 결과가 예상불가능한 경우 즉, 비전형적 결과의 물음으로 축소된다. 실제로 예상할 수 없는 것을 입법자에게 규율하도록 요구할 수 없다는 것은 주지의 사실이다. 법률적용의 가능한 부수결과의 다수와 천차만별을 고려한 즉, 매우 면밀한 입법자로서도 전체 상황을 위한 규율을 받기란 거의 불가능하다. 그리하여 포괄적인 의회유보를 긍정하는 입장으로선, 법률적 규율의 명확성을 고려하여, 대략적인 절차와 궁극적으로 -불공평성을 피하기 위한- 包括救濟的(salvatorisch) 보상조항에까지도 긍정적인

가 발생한다. 세 번째 단계로, 기본법 제14조 제2항을 고려한 즉, 그 자체로 과도하게 여겨진, 그래서 위법한 재산권제한이 마지막으로 존재한다.

78) BGH NJW 1993, 1799; A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(414); Papier, Zum Schicksal des enteignungsgleichen Eingriffs, S.258(260): 그러나 이에 대해선, 공용개입적 개입의 법적 근거를 희생보상사고가 아닌 기본법 제14조 제1항에 찾는 이상, 일반적인 희생보상청구권을 참고로 하는 것은 유용하지 않고 행정구제의 방도를 강구하여야 한다는 反論도 제기된다: Maurer, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentum, S.781(785f.)

79) Maurer, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentum, S.781(784f.); Ehlers, a.a.O., S.211(247).

태도를 취하는 것은 일면 논리적으로 일관된다. 비록 包括救濟的(salvatorisch) 補償條項에 대해 독일연방헌법재판소가 史蹟保護결정에서 “Ja, aber”의 입장을 취하긴 하였지만, 그 자체는 -손실보상의무의 발생여부를 확인하는 것이 문제될 때, 법원에 대해서 광범한 여지를 부여할 수밖에 없는- 우발적 규율로서의 측면을 갖는다. 따라서 그것이 과연 마치 도그마틱적 救護者로서 기능할 수 있는지 여부는 의문스런 구석이 있다. 그리하여 기본권적 가치보장을 고려하더라도, 잔존한 책임법적 흠결을 -공용개입적 개입의 수단을 통해- 법관법적으로 메우는 것은 허용된다고 주장된다.⁸⁰⁾

공용개입적 개입을 이처럼 인정한다고 하면, 의회와 법원간의 임무분배를 고려하여, 다음에 관해 종전보다 더 세밀한 심사가 요구되어야 한다. 즉, 발생한 손해발생적 결과가 입법자의 관점에서 보아 예상가능하였는지, 그리하여 包括救濟的(salvatorisch) 補償條項과 무관하게 규율가능하였는지 여부에 관한 것이다. 만약 이런 점이 시인된다면, 오로지 남은 결정사항은 -재산권의 내용·한계의 결정의 차원에서- 입법자가 보전의무를 결정하였어야 하는지 여부와 그리하여 법률이 위헌성심사에 처해져야 하는지 여부에 관해 판단하는 것이다. 요컨대 이런 논증을 취하면, 법률제정 당시부터 규율가능성이 부인되어야 할 경우엔, -요건이 충족하면- 의당 공용개입적 개입의 원칙이 적용된다 하겠다.

그런데 행정이 법률적 근거 없이 또는 충분하지 않은 법률적 근거에 바탕을 두고서 활동하는 한, 그 위법성은 법률적 근거의 부재 내지 불충분성 또는 행위 그 자체로부터 생겨날 수 있다. 이런 경우 설령 그 행위가 사실행위라 하더라도 의당 1차적 권리보호의 우위가 통용된다. 다만 이 경우 사실행위로 인한 非可逆的 손해발생이 종종 문제될 수도 있는데, 여기서 -결과제거청구권의 한계에서 논의되는- 일종의 결과손실보상청구권을 성립시키는 공용개입유사적 개입이 계속 주효하다.⁸¹⁾ 물론 예상불가능하고 충분히 명확하게 규율할 수 없는 부수결과가 문제가 되는 한에 있어서, -법률유보가 당연히 통용되지 않고 그에 따라- 공용개입적 개입이 인정될 여지가 생긴다. 그런데 단순고권적 활동의 범주에선 법률적 근거가 절대적으로 필요하진 않다고 할 것 같으면, 또는 법률유보의 예외가 보호의무도그마틱을 통해 성립할 수 있다고 하면, 해당조치가 적법하더라도 의당 공용개입적 개입의 원칙이 덧붙여 이용될 수 있다. 왜냐하면 이런 경우엔 입법자의 결정의 불가피성에 대해 주의환기를 할 수가 없기 때문이다.

VIII. 맺으면서

현행의 국가책임법제는 태생적 한계를 지닌다. 특히 민사법상의 불법행위책임구조에 근간을 두어 대위책임적 기초를 탈피하지 못한다. 국가책임법의 역사가 國家無責任을 떨치기

80) A. v. Arnauld, a.a.O., S.394(415).

81) Maurer, Allg. VerwR, §30 Rn.17.

위함임에도 불구하고, 때론 시대에 역행하곤 한다. 좋은 예가 공무원에 대한 직접적인 손해배상청구를 가능케 하여 국가책임의 의의를 半減시킨 것이며, 나아가 위법한 행정행위에 대한 취소판결의 의의가 국가배상청구에선 공무원의 無責性을 이유로 顛覆되기도 한다. 사정이 이렇진대, -특히, 공무원의 違法·無責인 공무원의 직무행위에서 대표적으로 표출되는- 국가책임법제의 흠결을 메우기 위한 노력의 소산인 공용개입유사적, 공용개입적 개입을 법제도로써 착근시키기란 거의 불가능에 가깝다. 문헌에서 매우 강조되고 있는 결과제 거청구권의 법리 또한 그것의 현실화가 기대난망이다.⁸²⁾ 이들 법제도의 유용성과 존재이유에 대해선 별다른 의문이 제기되지 않는 것과 비교하면, 이들을 우리네 학문적, 제도적 資産으로 만드는 데 소홀히 함이 두드러진다. 효과적인 권리구제의 방도가 보장되지 않아 권리보호에서 결정적인 공백이 常存하는 한, 법치국가원리는 공허할 수밖에 없다.

分離理論의 등장과 더불어 공용개입유사적, 공용개입적 개입의 법제도가 일견 終焉을 고할 것으로 예상되기도 하였지만, 그것이 변화된 상황(존속보호, 1차적 권리보호의 우위, 입법자의 강화된 임무와 책임 등)에서도 여전히 존속하거니와 오히려 과거보다 더 높은 체계정합성을 지니게 된 점에 주목하여야 한다. 비교법적 고찰에서 시종 법제의 토대상의 異同을 간과한 채 사대주의적, 특히 慕獨主義的 자세로 접근하여선 아니 되거니와, 동시에 우리 법제의 원형을 도외시한 채 고립분산적 자세를 취하여서도 곤란하다. 외국의 법제를 단지 배우는 자세를 넘어서 그것으로부터 배우는 자세를 견지하여, 그것의 정확한 내용을 파악하고 이를 우리에게 접목시켜 우리의 구조식을 정립한다는 것은 至難한 일이다.⁸³⁾ 그러나 앞서 지적한 대로 이들 제도의 근거지인 독일에서의 논의상황이 그동안 동요가 줄어들고 다소간 안정기에 들어갔다는 점에서, 이제 이들 법리에 대한 전향적이면서도 설득력이 담보된 성찰이 가능하게 되었다(後發의 利點).

(논문게재 확인일자 : 2009. 2. 5)

82) 결과제거청구권은 원상회복을, 그리하여 현존상태와 이용가능성을 목표로 하지, 재산권의 가치를 목표로 하지 않는다. 결과제거청구권은 위법상태의 방어(저지)를 지향하는 취소소송과 더불어 1차적 권리보호의 수단인면서, 동시에 위법상태의 제거를 통한 원상회복을 지향함으로써 취소소송의 후속적(이단계적)-경우에 따라선 병행적- 권리보호의 수단이다. 이런 결과제거청구권을 -비록 국가배상과 손실보상을 병행하여 행사할 여지가 있긴 해도- 이들을 포함하여 (광의의) 국가책임법에 귀속시키는 것은, 체계상 당연히 의문스럽다. 그런데 우리의 경우 결과제거청구권의 실무적 구현은 문헌상의 논의현황과는 전혀 동떨어져 있다. 그저 口頭禪일 따름이다. 그것의 기능이 현재의 권리보호체제의 흠결을 보완하는 것이라는 점은 충분히 소개되어 있지만, 전체 권리보호체제에서의 그것의 위상에 관해선 논의가 殆無하다. 독일 권리보호의 기본틀인 1차적, 2차적 권리보호의 체제에 관한 논의는 물론, 그에 관한 인식도 찾기가 어렵다. 하루바삐 1차적 권리보호메카니즘인 행정소송을 손해보전(국가배상, 손실보상)에 후위에 두는 식의 慣性的 理解에서 탈피하여야 한다.

83) 여기서 새삼 崔仁勳의 「원시인이 되기 위한 문명한 의식」에서의 지적: “외국문화는 어떤 것이든지 받아들여도 좋다. 다만 原物形으로 받아들일 것이 아니라, 그것을 요소로 분해해서 구조식을 알아내고, 다음에는 소재는 국산자재든 수입자재든 간에 완제품을 국내생산을 하여 저렴한 가격으로(즉 정신적 낭비-외국송배·물신송배를 줄이고) 지식시장에 내놓는 일이 바른 태도일 것이다”이 많은 것을 시사한다.

참 고 문 헌

- 김중권, 행정법기본연구 I, 2008.
- 김남진, 재산권의 공용침해와 손실보상, 고시연구, 1982.11., 39면 이하.
- _____, 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시 1984.4.
- 김중권, 행정자동결정에 대한 사법심사, 현대법학의 과제와 전망(관담 김윤구박사 화갑기념 논문집), 1999, 574면 이하.
- 박평준, 수용유사적 침해법리의 수용문제, 고시연구 2000.4., 25면 이하.
- 석종현, 수용유사의 침해와 수용적 침해, 고시연구 1984.1., 67면 이하.
- 송희성, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 사법행정 2000.11., 11면 이하.
- 신보성, 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시, 1988.3.
- 유지태, 수용유사침해이론의 수용가능성 검토 : 독일연방헌법재판소 제1부 판결(BVerfG, Beschluss vom 15. 7. 1981; BVerfGE 58,300ff)등, 판례연구(고려대학교 법학연구소) 제8집(1996.9.) 61면 이하.
- 윤진수, 공무원에 의한 강제증여와 수용유사적 침해이론의 적용 여부, 법조 제457호(1994.10.), 158면 이하.
- 조태제, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 부동산법학의 제문제(1992.6), 743면 이하.
- 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰 : 이른바 조정적(조절적) 보상의무 있는 내용규정의 도입가능성, 공법연구 제32집 제3호(2004.2.), 363면 이하.
- 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 1994.3., 88면 이하.
- _____, 헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론, 서강법학연구 제5권 (2003.5.), 57면 이하.
- 정혜영, 헌법재판소의 판례를 통해 본 재산권보장의 문제점, 인권과 정의 제357호(2006.5.) 46면 이하.
- 홍준형, 수용유사침해보상의 법리와 그 수용가능성, 고시연구 1997.1, 124면 이하.
- Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000.
- Erichsen/Ehlers(Hrsg.) Allg. VerwR, 13.Aufl., 2005.
- Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2006.
- Maurer, Allg. VerwR, 16.Aufl., 2006.
- Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand:39. Lieferung, Juli 2001).
- Nußgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987.
- Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl. 1998.

- Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrecht, 16.Aufl. 2000.
- Andreas v. Arnould, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, VerwArch 2002, 394ff.
- Axer, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, DVBl. 2001, 1322ff.
- Detterbeck, Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1994, 273ff.
- Dolde, Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1981, NJW 1982, 1796ff.
- Durner, Grundfälle zum Staatshaftungsrecht, JuS 2005, 900ff.
- Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51(1992), 211ff.
- Friauf, Eigentumsgarantie und Steuerrecht, DÖV 1980, 480ff.
- Hendler, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl.1983, 873ff.
- J. Ipsen, Enteignung, enteignungsgleiche Eingriff und Staatshaftung, DVBl. 1983, 1029ff.
- Götz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. 1. 1984(BGHZ 90,17ff.=DVBl. 1984, 391ff.-Sandabbau), DVBl. 1984, 395ff.
- v. Heinegg/Halter, Keine Angst vor Art. 14 GG!, JuS 1993, 213ff.
- Külpmann, Der Schutz des Eigentumsbestandes durch Art.14 I GG-BVerfGE 100, 226, JuS 2000, 646ff.
- Lege, Enteignung und "Enteignung", NJW 1990, 864ff.
- ders., Wohin mit den Schwellenthorien?, JZ 1994, 431ff.
- Maurer, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentum, DVBl. 1991, 781ff.
- Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, 1ff.
- ders., Enteignungsgleicher Eingriff im Wandel, JuS 1988, 193ff.
- ders., Staatshaftungsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band III: Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, Karsten Schmidt(Hrsg.), 2000, S.887ff.
- Papier, Zum Schicksal des enteignungsgleichen Eingriffs, NVwZ 1983, 258ff.
- ders., Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art.14 GG, DVBl. 2000, 1398ff.
- Rinne/Schlick, Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistung, NVwZ-Beilage II. /2000, 3ff.
- W.-R. Schenke, Staatshaftung und Aufopferung-Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruch,

NJW 1991, 1777ff.

W.-R. Schenke, Entschädigungsansprüche bei legislativem Unrecht unter dem Aspekt des enteignungsgleichen Eingriffs, NJW 1988, S. 857ff.

Scherzberg, Die Subsidiarität des enteignungsgleicher Eingriff, DVBl. 1991, 84ff.

Schmitt-Kammler, Enteignungsentschädigung und staatliche Unrechtshaftung, in: FS für Ernst Wolf, 1985, 595ff.

Schoch, Rechtliche Konsequenzen der neuen Eigentumsdogmatik für die Entschädigungsrechtsprechung des BGH, in: FS für Karlheinz Boujong, 1996, 655ff.

Schoch Die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, Jura 1989, 529ff.

Schoch, Folgenbeseitigung und Widergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch. 79(1988), 1ff.

Schoch, Effektuierung des Sekundärrechtsschutzes, DV 34(2001), 261ff.

Scholz, Identitätsprobleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, NVwZ 1982, 347ff.

Schröder, Wiederbelebungsversuche des enteignungsgleichen Eingriffs, NJW 1984, 1864ff.

Wilhelm, Zum Enteignungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2000, 905ff.