

재산권보장체계에 있어서의 경계이론과 분리이론

표 명 환*

目 次

- I. 서론
- II. 독일연방헌법재판소의 재산권보장체계
- III. 현행헌법상 분리이론의 적용가능성 여부
- IV. 맺는 말

I. 서론

독일기본법 제14조 제1항은 “재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 “재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서는 “공용수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다. 보상액 때문에 분쟁이 생길 경우에는 정규법원에 제소할 길이 열려있다”고 하여 재산권, 상속권 및 공용수용에 관하여 규정하고 있다.¹⁾ 이와 같은 독일기본법상의 재산권보장규정과 관련하여, 종래 연방대법원을 중심으로 한 경계이론과 이후 연방헌법재판소에 의하여 형성된 분리이론이 각각 논의되고 있어 오고 있다.

* 제주대학교 법정대학 법학부 전임강사

1) 독일기본법 제14조는 “(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen”이라고 규정하고 있다.

헌법헌법도 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다” 그리고 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 하여 재산권보장에 관하여 규정하고 있다. 현행헌법상의 재산권보장체계와 관련하여, 헌법재판소는 경제이론에 입각한 해석론을 전개하여 오다가, 최근 소위 ‘그린벨트 판결’이라고 불리어지는 구 도시계획법 제21조와 구 도시계획법 제6조에 대한 위헌소원사건에서 분리이론으로의 전환을 가져왔다. 헌법재판소의 이러한 재산권보장체계에 관한 이론적 전환은 학계에 큰 반향을 불러왔다. 이러한 시점에서 독일법원의 재산권보장체계에 관한 견해와 우리 헌법재판소의 결정들을 소개하는 것은 의미있는 일일 것이다.

이에 이하에서는 독일법원의 재산권보장체계 및 최근 우리헌법재판소의 재산권해석론을 살펴보고, 아울러 독일연방헌법재판소에 의하여 전개되고 있는 소위 ‘분리이론(Trennungstheorie)’이 재산권보장체계와 관련하여 어떠한 의미를 가지며, 나아가 현행 재산권보장체계에서도 그 수용이 가능한지의 여부를 검토하고자 한다.

II. 독일연방헌법재판소의 재산권보장체계

1. 종래 연방대법원의 경제이론

재산권보장체계와 관련한 독일연방대법원의 경제이론(Schwellentheorie)은, 재산권의 사회적 제약(사회적 기속성내의 내용 및 한계형성)과 보상의무 있는 공용수용은 별개의 제도가 아니라, 양자를 재산권제한의 한 유형으로 이해하고 있다. 즉 동 법원은 재산권자의 수인한도를 넘지 않는 범위 내에서의 재산권의 제한형식을 보상의무없는 사회적 제약(Sozialbindung)이라 하고, 사회적 제약을 넘는 재산권의 제한, 다시 말해서 수인한도를 넘는 재산권의 제한으로써, 보상이 주어져야만 재산권의 제한유형을 수용(Enteignung)이라고 하고 있다.²⁾ 따라서 경제이론에서는 어떠한 경우가 보상의무 없는 사회적 제약이며, 또한 어떠한 경우가 보상을 요하는 공용수용인지의 경계를 확정하는 것이 가장 중요하게 된다. 경제이론에서 양자의 경계를 확정하기 위하여 그 기준으로서 다음과 같은 이론이 제시되었다.

2) BGHZ 6. 270(279 f.): 30. 338(341).

(1) 형식적 기준설

형식적 기준설은 개별행위설로도 명명되기도 하는 바, 동 이론은 재산권침해의 강도가 아니라 침해의 대상이 되는 사람의 '數'를 기준으로 하여 보상의무 없는 사회적 제약과 보상을 요하는 공용수용을 구별하고자 하는 이론이다. 동 이론은 바이마르공화국시대의 제국법원의 판례를 통해서 형성된 것으로 연방대법원에 의하여 지지·승계되었다.

바이마르공화국시대의 제국법원에 따르면, 입법과 관련하여 일반적이고 추상적인 법규에 의거한 제한은 그 적용을 받는 대상이 불특정 다수인이며, 그에 가해진 제한은 평등하게 재산권을 제한한 것이므로, 이 경우에 있어서는 보상없이 재산권의 제한이 가능하며, 이와 반대로 일반적이고 추상적인 내용을 담고 있지 않는 법률에 의하여 가해진 침해는 그 법률의 대상이 되는 특정인에게 가해진 개별적 행위(Einzelakt)이기 때문에, 이는 관련자에게 행해진 불평등한 특별한 희생을 강요하는 행위이므로 보상을 요하는 공용침해라고 하여,³⁾ 입법행위에 의한 보상의무없는 재산권의 제약과 보상을 요하는 공용침해의 구분을 특별규범(Sondernorm)이나 또는 일반적 규정(Allgemeine Regelung)이나의 형식적 기준에 따라 판단하였다.

연방대법원은 제국법원의 이러한 구별기준에 기초하여 보상의무없는 사회적 제약과 보상을 요하는 공용수용의 구별기준을 공공의 이익을 위한 고권적인 침해행위가 재산권자 개개인에게 행해지거나 또는 개개의 그룹에게 특히 다른 사람에게 인정되지 않는 희생이 부담되었냐에 따라 판단하였던 바,⁴⁾ 이러한 의미에서 이를 특별희생이론(Sonderopfertheorie)이라고도 한다.⁵⁾

그러나 동 견해에 의한 양자의 구별은 어떠한 경우를 특별한 희생으로 볼 것인가라는 범위확정의 기준이 불명확할 뿐만 아니라, 침해의 강도 내지 정도를 구별기준의 대상에서 배제함으로써 결과적으로 아무리 적은 침해라고 하더라도 그것이 특정인 내지 특정한 그룹에 한하여 행해진 경우에는 보상을 요하는 공용수용이 되는데 반해, 아무리 중대한 침해라고 하더라도 그 대상이 일반인인 경우에는 이는 보상의무없는 사회적 제약으로 보게 되는 문제점이 존재하게 된다. 이러한 문제점에 봉착한 연방대법원은 그 구별표준을 제한의 성질 및 강도를 기준으로 하는 실질적 기준에 입각하여 양자의 경계를 확정하게 되었다.

3) RGZ 129. 146(149): 128. 165(171).

4) BGHZ 6. 270(279 f.): 30. 338(341 f.): 60. 126(130).

5) Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. 12. Aufl., München 1999. S. 673 f.; Thormann. Abstufungen in der Sozialbindung des Eigentums, Stuttgart u.a. 1996. S. 90.

(2) 실질적 기준설

실질적 기준설은 양자의 구별기준을 침해행위의 성질 내지 강도를 기준으로 양자를 구분하고자 하는 이론이다. 여기에서는 (i) 제한의 강도 내지는 중대성을 기초로 그것이 수인가능한가를 기준으로 양자를 구별하는 수인한도설 내지 중대성설, (ii) 재산권에 대한 역사적·일반적 사상 및 법의 취지 등에 비추어 보호할 만한 가치와 그렇지 않은 것을 구분할 수 있음을 전제로 보호할 만한 재산권적 가치가 인정되는가를 기준으로 양자를 구별하는 보호가치설, (iii) 사유재산의 본질을 재산권의 사적 효용성에 구하고, 그 사적 효용성을 침해하는 행위인가를 기준으로 양자를 구별하는 사적 효용설, (iv) 재산권에 대하여 본래 인정되어온 객관적인 이용목적과 기능으로부터 유리되는가를 기준으로 하여 양자를 구별하는 목적위배설, (v) 당해 재산권이 처한 특수한 상황(지리적 여건 등)으로 볼 때, 당해 제한이 사회적 의무로서 수반될 수 없는 것인가를 기준으로 양자를 구별하는 상황구속성설이 있다.

이와 같이 제시되었던 양자의 경계확정의 기준이론에 있어서 연방대법원과 연방행정법원은 각각 다른 기준에 입각하여 양자를 구별하였던 바, 연방대법원이 초기의 형식적 기준에 입각한 특별희생이론에서 출발하여 사적효용설 및 상황구속성이론으로 확장⁶⁾하여 발전시킨데 반해, 연방행정법원은 중요성설(Schweretheorie)에 입각하여 “보상의무 없는 사회적 제약과 보상을 요하는 공용수용은 침해의 중요성과 범위의 실질적인 순간(materiellem Moment)에 의하여 이루어진다”라고 하였다.⁷⁾

(3) 평가

연방대법원의 경계이론에 입각한 이상의 경계확정의 기준이론에 따른 보상의무없는 재산권의 사회적 제약과 보상을 요하는 공용수용의 구별은 결국 사회적 제약을 넘어서는 모든 재산권적 침해를 기본법상의 수용으로 파악하여, 기본법상의 수용의 개념을 확대하는 결과를 가져왔다. 즉 연방대법원의 기본법상의 수용의 개념속에는 구체적인 공익목적을 위하여 국가가 의도적으로 특정 개인이나 특정 그룹의 재산권적 지위를 전면적으로 또는 부분적으로 박탈하는 것 외에, 위법하지만 책임없는 침해를 의미하는 수용 유사침해(enteignungsgleicher Eingriff) 내지 적법한 고권적 국가작용으로 발생하는 비정형적이고 비의욕적인 부수적인 결과로서 재산권에 가해진 침해를 의미하는 수용적 침해(enteignender Eingriff)까지 포함하고 있다. 이처럼 수용범위의 확대를 가져온 연방대법원의 경계이론은 사회적 제약을 넘는 모든 재산권침해에 대하여 보상의 가능성을 마

6) 대표적인 것으로서 BGHZ 15. 268(284 f.) 및 BGHZ 23. 30(33)을 들 수 있다.

7) BVerwGE 7. 297(299): 50. 282(287 f.): 61. 295(303).

련하고 있다는 점에서, 재산권의 가치보장에 크게 기여하고 있음을 볼 수 있다.⁸⁾

결국 연방대법원의 경계이론에 입각한 수용은 공권력에 의한 재산권 침해가 적법한 것이거나 또는 위법한 것이거나 나아가 그것이 의도적인 건 비의도적인 건 사회적 제약을 넘는 일체의 재산권의 침해가 포함되는 것으로 정의된다. 이는 다른 측면에서 공권력 작용에 의하여 재산권 침해가 초래되는 경우에, 그에 대한 손실보상이 행해지기만 하면 당해 재산권에 대한 제한은 언제나 정당화된다는 것으로 이해된다. 이러한 이해는 결국 기본법 제14조 제3항상의 결부조항(Junktiv-Klausel)원칙, 즉 “수용은 보상과 결합되어야 하며 따라서 보상을 미해결인체로 두거나 다른 법률로 규정할 수는 없다”는 원칙규범에 반하는 결과를 가져오게 된다.⁹⁾ 즉 연방대법원의 경계이론은 기본법 제14조 제3항의 내용과 의미를 무시하고 있다는 문제점을 발견할 수 있다.¹⁰⁾ 특히 연방헌법재판소가 “기본법 제14조 제3항에 따라 수용법률은 보상의 종류와 범위를 규율하여야 한다. 이러한 규정을 두고 있지 않는 수용법률은 헌법위반이다”라는 결부조항의 요건을 충족하지 못한 수용법률에 대하여 위헌무효를 선언함에 따라 입법자는 자신이 규율하는 사실관계에 관하여 재산권의 사회적 제약과 보상을 요하는 공용수용의 경계영역에 있어 자신의 오판의 위험부담을 피할 수 없게 되었다.¹¹⁾ 즉 입법자는 공용수용을 의미하는 재산권제한을 재산권의 사회적 제약이라고 판단하여 보상규정을 두지 않거나 또는 수용법률의 위헌무효의 위험을 피하기 위하여 보상의무없는 재산권의 사회적 제약에 지나지 않는 제한에 대한 보상규정을 마련함으로써 국가재정의 손실을 초래할지도 모르는 수용법률의 입법형성상의 문제가 발생할 수 있는 것이다. 특히 이러한 문제를 해결하기 위한 차원에서 소위 구제적 보상규정(salvatorische Entschädigungsregelung)이라고 명명되는 백지위임형식의 입법형태가 출현하였다.¹²⁾ 그러나 이는 연방헌법재판소의 결부조항에 관한 판결의 결과, 연방대법원의 재산권보장체계로서의 경계이론의 고수를 위한 우회적인 수단으로서의 입법형식이며, 보상에 관한 궁극적인 결정을 법원에

8) 김해룡, 헌법상 재산권보장과 행정상 손실보상의 근거법리들, 고시계 2003. 9. 26면; 조홍석, 재산권제한의 체계적 구조, 법과 정책연구 제3집 제2호, 한국법정책학회 2003. 12., 13면.

9) 기본법상의 결부조항(불가분조항)은 재산권에 대한 침해근거규정과 손실보상규정 근거조항간에 불가분적 관계를 요구하여 입법자가 재산권 침해를 규정하는 경우 그 파급효과까지 신중히 예측하게 함으로써, 재산권의 존속보장에 기하려는 취지로 해석되고 있다. 이 점에서 가치보장에 초점을 두고 있는 것으로 평가되는 경계이론은 기본법과의 부조화문제가 제기된다.

10) 이는 연방대법원이 경계이론에 입각한 재산권보장체계에서의 수용보상청구권의 직접적인 근거를 제국법원의 판례를 지지·계승함에 근거한 문제점이라고도 할 수 있다.

11) 김현철, 보상규정없는 재산권제약법률에 대한 헌법적 심사, 헌법논총 제15집, 헌법재판소 2004. 286면.

12) 구제적 보상규정은 각 개별법규에 “이 법률에 근거한 행정처분이 공용침해를 의미한다면 보상은 금전으로 지급한다”는 형식의 입법형식을 말한다. 이러한 의미에서 이를 가정적 보상규정이라고 번역하기도 한다(대표적으로 김해룡, 앞의 논문, 751면을 들 수 있다).

위임하는 결과를 가져온다는 점에서 위헌적 요소를 발견할 수 있다.¹³⁾

뿐만 아니라 연방대법원의 경계이론은 그 경계설정에 관한 타당한 기준의 결여로 인한 법원의 구별기준의 일관성상실이라는 문제점을 발견할 수 있다. 즉 법원이 어떠한 경우에 단순한 재산권의 사회적 제약으로 볼 것인지 또는 어떠한 경우를 보상을 요하는 수용으로 볼 것인지에 대하여 사전에 예측하기가 매우 힘들 정도로 판례는 그에 관한 명확한 윤곽을 상실하고 있다는 문제점이 노출되고 있다.¹⁴⁾ 이러한 문제점에 착안하여 연방헌법재판소는 채마밭결정을 기점으로 하여 의무납본판결 및 자갈채취판결에서 재산권보장체계에 관한 새로운 이론의 평가되는 분리이론을 제시하게 되었다.

2. 연방헌법재판소의 분리이론

(1) 분리이론의 등장과정

연방헌법재판소는 위에서 언급했듯이 1979년 6월 12일 '채마밭(Kleingarten)'판결¹⁵⁾과 1981년 7월 14일 '출판물 의무납본'(Pflichtexemplar)판결¹⁶⁾ 및 동년 7월 15일 '자갈채취(Naßauskiesung)'판결¹⁷⁾에서 연방대법원과 다른 재산권보장체계로서 소위 '분리이론(Trennungstheorie)'을 제시하였다.

연방헌법재판소의 분리이론이 확립되기 이전에는 동 헌법재판소는 경계이론에 입각한 재산권의 보상의무없는 사회적 제약과 보상을 요하는 수용간의 구별에 관해서는 연방대법원의 구별기준에 따를 것인지 아니면 연방행정법원의 견해를 따를 것인지에 대하여 명백하게 결정하지 아니하였다.¹⁸⁾ 그러나 1968년 12월 18일 함부르크 재방법(Hamburgisches Deichordnungsgesetz)결정을 계기로 차츰 재산권해석과 관련하여 연방대법원과 이견을 보이기 시작하다가 결정적으로 자갈채취판결 이후 연방대법원의 재산권보장체계와 다른 체계를 확립하였다.

13) 독일에서도 이러한 점을 들어 구체적 보상규정에 대하여 많은 문제를 제기하고 있는데, 대표적으로 Weyreuther, Über die verfassungswidrigkeit der salvatorischer Entschädigungsregelung im Eigentumsrecht, 1980, S. 7 f.

14) 정하중, "독일 Bonn 기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제23조 3항의 해석(상)", 사법행정 1992.9., 36면.

15) BVerfGE 52, 1.

16) BVerfGE 58, 137.

17) BVerfGE 58, 300.

18) 예컨대 BVerfGE 21, 117(131).

(2) 분리이론

연방헌법재판소의 분리이론은 재산권의 내용규정으로부터 초래되는 재산권에 대한 특별희생을 기본법 제14조 제3항상의 공용수용으로 보지 아니할 뿐만 아니라, 수용개념을 확대함에 따라 기본법 제14조 제3항의 결부조항의 의미를 경시하는 연방대법원의 경계이론에 대하여 부정적인 시각을 갖고 있다.¹⁹⁾ 즉 연방헌법재판소의 1981년 자갈채취판결에서 확립된 분리이론에서는 무엇이 내용규정이고 수용규정인가는 행위형식에 관한 입법자의 결정에 따라 형식적으로 결정되어야 하는 것이지 침해행위의 효과에 따라 결정되지 않는다고 하여 종래 연방대법원의 경계이론과 다른 재산권보장체계에 관하여 전개하고 있다.²⁰⁾

동 판결에 따르면,²¹⁾ 기본법 제14조 제1항 2문과 동조 제2항의 재산권의 내용과 한계규정은 일반적이고 추상적인 형식으로 재산권의 내용, 즉 재산권자의 새로운 권리와 의무를 정하는 것으로 현재나 장래를 위하여 특정한 사안을 대상으로 하는 것이 아니라, 추상적으로 재산권의 제도를 형성하고, 일반적인 재산권의 범위를 설정하는 것이며, 공용수용은 내용규정에 의하여 형성된 구체적인 개인의 재산권적 법적 지위를 공익목적 위하여 전면적으로 또는 부분적으로 '박탈'하는 것으로 양자를 구별하고 있다.

이러한 재산권보장체계에 관한 사고는 결국 양자를 각각 다른 제도로 이해함에 따라 그의 헌법합치성 문제에 관한 심사기준 또한 각각 구별되는 결과를 가져오고, 나아가 재산권에 대한 제한 역시 이분법적 사고가 아니라 사회적 제약에 속하는 재산권의 내용 및 한계규정과 예외적으로 수용적 효과를 가져오기 때문에 손실적 보상을 요하는 보상 의무 있는 재산권 내용 및 한계규정 그리고 보상을 요하는 공용수용으로 구분하고 있다.

(3) 내용규정과 공용수용규정의 각각의 위헌성심사기준

재산권보장체제와 관련한 연방헌법재판소의 분리이론은 재산권의 내용규정과 공용수용규정을 각각 다른 체계로 인식함에 따라 그에 대한 각각의 위헌심사기준을 제시하고 있다. 우선 재산권의 내용 및 한계규정의 위헌성의 심사기준으로서, 연방헌법재판소는 비

19) 김해동, 앞의 논문, 29면.

20) 특히 연방헌법재판소는 자갈채취판결에서 재산권에 대하여 입법자의 침해가능성을 세가지 영역에서 제시하고 있다. 즉 첫째, 기본법 제14조 제1항 제2문의 영역에서 입법자는 일반적이고 추상적인 법률을 통하여 재산권의 내용과 한계를 규정하는 영역, 둘째, 기본법 제14조 제3항 제2문에 따라 입법자가 동조 제1항 제2문에 의하여 정당하게 형성된 구체적인 재산권을 직접 법률에 의하여 박탈하는 영역(입법수용), 그리고 셋째, 기본법 제14조 제3항 제3문에 따라 법률을 통하여 수용의 실행을 행정에 위임하는 영역(행정수용)을 재산권영역에 대한 입법자의 침해가능한 영역으로 유형화하고 있다(BVerfGE 58, 300(331)).

21) BVerfGE 500, 300(330).

례의 원칙, 평등권, 신뢰의 원칙 등을 제시하고 있다.²²⁾ 이에 따라, 만약 재산권의 내용 및 한계규정을 형성하는 입법자가 비례의 원칙, 평등원칙 또는 신뢰의 원칙 등에 위배한 경우라면, 이는 기본법 제14조 제3항의 수용이 아니라, 내용규정자체의 위헌의 문제가 되고, 이 경우 입법자는 위헌성을 모면하기 위하여 예외적으로 조정보상(Ausgleich)규정²³⁾을 마련할 의무가 존재한다.²⁴⁾ 이러한 내용 및 한계규정을 소위 '보상의무 있는 재산권의 내용규정'이라고 한다.²⁵⁾ 보상의무있는 내용규정은 입법자가 비례의 원칙이나 평등의 원칙 또는 신뢰보호 등의 법치국가적 원칙을 위배한 경우, 이에 관한 위헌성을 일정한 경우 조정보상규정을 통하여 제거하는 것에 중요한 의미가 있다.

이와 달리 공용수용에 대하여는 기본법 제14조 제3항이 요구하는 요건과 형식이 그의 심사척도가 된다.²⁶⁾ 즉 공용수용은 공공복리라는 목적을 위해서만 허용되고, 보상의 방법과 범위를 규정하고 있는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하에서 행해질 있다는 것이다. 따라서 수용에 따른 보상문제를 미해결인 채로 또는 다른 법률로 규정할 수는 없으며,²⁷⁾ 입법자는 수용과 동시에 필요한 보상에 관한 통일적인 결정을 할 의무를 진다.²⁸⁾ 그러므로 수용법률(Enteignungsgesetz)이 보상을 규정하고 있지 않거나 그 법률이 정하는 보상이 기본법 제14조 제3항 2문과 3문의 요구에 부합하지 않는 경우, 이때의 수용법률은 위헌법률이 되며, 이 경우에 있어서 법원의 법관은 이 법률을 유효한 것으로 취급하여 충분한 보상을 확정하여 보충할 권한을 가지지 아니한다. 단지 법관은 이 경우에 있어서 기본법 제100조 1항의 규정에 따라 연방헌법재판소에 위헌법률로 이송할 의무만이 존재한다.²⁹⁾

따라서 보상의 방법과 범위를 규정하고 있지 않는 수용법률에 대하여 당해 재산권자는 자신의 재산권영역을 침해하는 행정작용(행정수용의 경우)에 대하여 위헌적인 법

22) BVerfGE 52, 1(29 f.):58, 137(152).

23) 여기서의 조정보상(Ausgleich)은 정책적·조절적 보상을 의미하는 것으로 공용수용의 경우에 주어지는 보상(Entschädigung)과는 다소 차이가 있는 것이다. 따라서 내용규정에 대하여는 조정보상이라는 용어를 그리고 공용수용에 대하여는 보상이라는 용어를 사용하는 것이 타당하다.

24) 예컨대 연방헌법재판소는 의무납본결정에서 출발물 납본의무자에게 큰 재산적 부담을 과하지 않는 원칙적인 경우, 이 규정자체는 사회적 제약을 구체화한 합헌적인 조항이지만, 고가의 책을 소량으로 출판하는 경우에는 당사자에게 가혹한 부담을 초래할 수 있는데 이 경우에도 보상없는 납본의무를 규정한 것은 출판물의 사회적 의미와 국민일반의 출판물예의 접근을 가능하게 하려는 공익을 고려하더라도 비례의 원칙에 위반되는 것으로 정당화될 수 없다(BVerfGE 58, 137)하여, 재산권의 내용규정에 관한 심사기준으로서 '비례의 원칙'을 적용하고 있다.

25) BVerfGE 52, 1(27 f.): 58, 300(324).

26) BVerfGE 49, 220(237):52, 1(27 f.).

27) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 451.

28) BVerfGE 100, 226(246).

29) Hesse, aaO., Rn. 451.

물에 근거한 행정작용이라는 이유로 행정소송을 통하여 취소를 주장할 수는 있지만, 그러나 기본법 제14조 제3항을 근거로 한 보상을 청구할 수는 없는 것이다.³⁰⁾

(4) 분리이론에 따른 공용수용의 합헌적 요건

1) 공용수용의 개념

연방헌법재판소는 분리이론에 입각하여 종래 연방대법원과 다른 기본법 제14조 제3항상의 공용수용의 개념을 정립하고 있다. 즉 연방헌법재판소에 있어서의 공용수용행위는 원칙적으로 필수적인 고권적 전보행위를 수반하는 공법에 의하여 행해지며,³¹⁾ 그것이 법률에 의하여 직접 행해지건 아니면 법률에 근거한 행정에 의한 것이든 기본법 제14조 1항에 의하여 보장된 재산권에 대한 구체적인 주관적 법적지위에 대하여 의도되어진, 직접적인 전부 또는 부분적인 박탈로써 정의되고 있다.³²⁾ 이때의 고권적 박탈행위의 대상이 되는 재산권의 범위는 기본법 제14조 제1항 2문에 의하여 구체화된 모든 재산가치있는 사법적인 권리 및 재산가치 있는 공법적인 권리를 포괄한다.³³⁾ 이와 같은 요건을 충족한 공용수용에 한하여 원칙적인 존속보장을 향유하는 재산권자의 지위가 가치보장으로 전환되어 그 가치가 보장되어지는 것이다.³⁴⁾

그러나 분리이론에 입각할 때, 행정의 작위에 의한 수용 외에 부작위에 의한 적법한 수용행위가 발생할 수 있는가?

종래 수용유사적 침해를 기본법상의 수용의 범위에 포함시켰던 연방대법원의 견해

30) 연방헌법재판소는 자갈채취판결에서 “공용수용의 당사자인 재산권자에게는 기본법 제19조 제4항 제1문과 행정소송법 제40조에 따라 행정법원에 제소할 수 있는 가능성이 열려 있다. 행정법원은 그 침해가 기본법 제14조 제3항 제1문의 헌법적 요건들과 비례의 원칙을 충족시키는지 여부를 심사해야 한다는 점을 별개로 하고도, 특히 그 처분이 합헌적 근거에서 취해진 것인지 여부를 심사하여야 한다. 이때는 침해의 근거가 된 법률이 지급하여야 할 보상의 종류와 범위에 관하여 그 규정을 두고 있는지 여부를 확인하는 것도 포함된다. 이 요건을 충족하지 못하는 수용법률은 위헌이므로, 행정법원은 그러한 법률을 적용하여 판단해서는 아니되며, 오히려 행정법원은 기본법 제100조 제1항에 따라 연방헌법재판소에 당해 법률의 위헌심판을 청구하여야 한다. 당해 법률이 위헌으로 결정되면, 그에 근거한 행정작용은 기본법 제14조 제1항 제1문으로부터 도출되는 재산권을 침해하는 것이므로 취소하여야 한다”고 하였다(BVerfGE 100, 300(319 f.)).

31) 이에 대하여 Schwabe 교수는, 수용은 오직 행정수용만을 예견하는 것이 아니라 예외적으로 입법수용, 즉 직접 법률을 통하여 존재하는 재산권자의 지위를 미래를 향하여 폐지하거나 제한하는 것도 기본법상의 수용의 한 형태라고 하고, 이때의 법률은 공법만이 아니라 사법에 의하여 가능할 수 있다고 하여, 지배적인 견해에 대하여 의문을 제기하고 있다(Schwabe, Die Enteignung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1983, S. 273 ff.(275)).

32) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. München 1991, S. 151.

33) BVerfGE 58, 300(335).

34) Hesse, aaO., Rdnr.449.

에 의하면, 공용수용행위는 그 작위성 외에 부작위의 경우에도 인정되어질 수 있는 것으로 해석된다. 왜냐하면 소위 가증된 부작위(qualifiziertes Unterlassen), 즉 부작위가 마치 권리에 대한 침해와 같이 나타나는 경우, 예를 들면 재산권자의 인가 혹은 허가 신청에 대하여 관할 관청이 그의 법적 의무를 부담해야만 함에도 불구하고, 이를 거부함으로써 재산권에 대한 위법한 침해행위가 발생하는 경우에는 예외적으로 부작위에 의한 경우가 인정될 수 있었기 때문이다.³⁵⁾ 그러나 연방헌법재판소의 분리이론에 있어서는 수용적 및 수용유사적 침해가 기본법상의 수용개념으로부터 배제된 결과, 기본법상의 수용행위는 법률에 의한 적극적인 작위성을 요구하고, 그 외 부작위의 경우에는 인정되지 않는다고 보는 것이 타당한 것으로 보인다.

2) 공용수용의 합헌성요건

경계이론에서와 달리 분리이론에 있어서의 공용수용은 기본법 제14조 제3항상의 요건이 엄격히 요구된다. 기본법 제14조 제3항에 합치하는 공용수용을 위하여는 목적상의 요건으로서 공공복리를, 형식적 요건으로서 보상의 종류와 범위를 정한 법률 또는 법률에 근거를, 그리고 주어지는 보상에 대하여는 공익과 관계자의 이익을 형량하여 정해질 것이 요구된다. 이와 같은 기본법합치적인 공용수용요건을 상설하여 보면 다음과 같다.

가. 공공복리의 목적

기본법 제14조 제3항 1문은, 공용수용은 공공복리를 수행하기 위한 경우에만 허용되어진다고 규정하고 있다. 이와 같이 공용수용을 정당화하는 기본법 제14조 제3항 1문상의 공공복리필요성에 관하여, 연방헌법재판소는 “공공복리필요성의 결정은 오직 입법자의 임무이고, 행정은 원칙적으로 공공복리필요성을 창출할 수 없다”고 하였다.³⁶⁾ 또한 연방헌법재판소는 “공공복리는 특히 긴절하고 중요한 공익을 요구하는 경우에 인정되는 것이며, 이를 임의로 충족할 수 없다”고 하였다.³⁷⁾ 이에 따르면, 공공복리는 국가재산의 재정적인 증식이나 오직 사적 이익의 증진을 위한 수단으로서는 허용되지 아니하지만,³⁸⁾ 행정이 私法상의 조직형태를 가지고 공익과제를 수행하거나 사인이 공익적 과제를 대신하는 경우에는 사인을 위한 수용이 인정된다고 할 것이다. 이는 수용을 통하여 이익을 가지는 자에 대하여 중요한 의미를 부여하는 것이 아니라 수용을 통하여 발생한

35) Papier, in: Maunz/Dürig u.a.(Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, München 1994, Art. 14 Rdnr. 460 f.

36) BVerfGE 56, 249(261).

37) BVerfGE 74, 264(289).

38) BVerfGE 38, 175(180): 56, 266(285 f.), 연방헌법재판소의 이 결정에 의하면 공익과 사익의 유사성(Parallelität)은 수용의 허용요건을 충족한 것이 아니라고 한다.

이익에 그 중요성을 부여하고 있음을 의미한다. 따라서 이러한 이익이 사적 재산권의 증식에 존재하거나 그것이 사적 이익으로써 증명되어진다면, 수용은 종료되어지나, 그 이익이 법적으로 규정된 공공복리를 사적 기업이 행한다면 수용은 허용되어지게 된다. 이러한 사상을 연방헌법재판소는 특히 Daimler-Benz-Teststrecke(Boxberg-Entscheidung)의 결정³⁹⁾에서 전개하고 있는 바, 즉 동법원이 이 결정에서 “기업행위를 통하여 간접적으로 그 이익이 공공을 위하여 제공되고, 또한 입법자에 의하여 이러한 이익이 충분히 특화될 뿐 아니라 이익을 받는 사인이 효율적인 방법으로 공공의 이익에 구속되는 경우에 사적 기업을 위한 수용이 허용된다”고 판시하고 있는 것이 그것이다.⁴⁰⁾

나. 형식으로서 결부조항(Junktimklausel)

공용수용의 헌법합치성의 형식적 요건으로써, 기본법 제14조 제3항 2문은 보상의 종류와 범위를 정하고 있는 법률형식을 규정하고 있다(소위 결부조항). 동조의 형식적 요건에 따라, 수용법률은 보상의 종류와 범위를 동시에 규정하여야 하며, 이는 입법자의 과제임을 명시하고 있다.⁴¹⁾ 즉 보상을 확정하기 위한 중요한 기초를 확정하는 것은 법원이나 행정의 과제가 아니라, 입법자가 보상을 금전으로 지급할 것인가 또는 다른 가치로 지급할 것인가를 결정하여야만 하고, 아울러 어떠한 평가근거와 척도에 따라 결정할 것인가를 결정하여야만 한다는 의미를 규정하고 있다.⁴²⁾ 이와 같은 입법자의 의무와 관련하여 기본법 제14조 제3항 3문의 규정은 실질적인 척도로서의 기능을 한다. 즉 보상은 공익과 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 정해져야만 한다는 것이다. 이에 따라 입법자는 수용대상의 상황구속적인 특성과 시간적인 상황을 고려할 뿐만 아니라 수용의 시점에서 정당한 보상이 이루어지게 하는 것이 가능하게 된다.⁴³⁾ 연방대법원은 이와 관련하여 “정당하게 형량된 보상은 거래가치보다 더 적을 수 있다”고 판시하였다.⁴⁴⁾ 그러나 입법자가 거래가액에 따라 보상을 예정하였다면, 법원은 이에 대하여 그와 다른 보상액을 결정할 권한이 주어지지 않는다. 이와 같이 정당한 형량에 의하여 수용된 재산권에 대한 보상액결정이 가능할 수 있는 근거는 적법하게 수용된 재산권은 위법하게 침해된 재산권과는 달리 거래가치에 따른 보상의 의미를 내포할 뿐만 아니라 재산권의 사회의무성에 따라 그에게 부담되어진 재산희생을 담고 있는데서 찾을 수 있을 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 기본법 제14조 제3항 3문의 형량의 원칙은 입법자

39) BVerfGE 74, 264.

40) BVerfGE 74, 264(284 f.).

41) BVerfGE 46, 268(285).

42) BVerfGE 24, 367(419).

43) BVerfGE 24, 367(421).

44) BGHZ 67, 190(192).

에게 오직 명목적(nominelle) 보상의 규정을 허용하지는 않는다. 왜냐하면 그것은 수용 보상의 조절기능(Ausgleichfunktion)과 모순되기 때문이다. 여기서 수용보상의 조절기능이란 관계자가 동종이나 동가치적인 재산이나 권리를 다시 창출할 수 있는 상태로 대치되는 가치조절을 요구하는 것을 의미한다. 그러나 이러한 기능에 따라 입법자가 개개의 경우에 있어서 관계자가 현실적으로 보상의 대상이 되는 재산권을 다시 획득하거나 재산획득을 위하여 어느 정도의 가격을 지불하여야 하는지를 고려할 의무는 존재하지 않는다.⁴⁵⁾ 다른 한편 입법자에게는 완전한 손해배상(Schadenersatz)을 보장할 의무 또한 존재하지 아니한다. 수용재산에 대한 손실보상청구권이 재산권자에게 부과되어진 재산희생의 완전한 조절적 보상을 의미하는 경우라도 이는 손해배상청구권과 구별되어진다. 왜냐하면 손해배상급부는 손해로 의하여 야기되었던 결과, 그 자체와 관계없이 존재하는 가공(fiktiv)의 재산상태까지도 고려하는 데 반해, - 재산권 그 자체 외에 정신적인 손해를 고려하는데 반해-, 손실보상청구권은 오직 재산권자에게 박탈되어진 법적 지위의 가치만을 고려의 대상으로 하기 때문이다.⁴⁷⁾

따라서 수용된 재산권의 관계 당사자가 가지는 보상청구권은 원칙적으로 수용된 시점에서 존재하고 있는 재산권의 가치에 관한 조절보상을 의미한다. 이와 같이 기본법 제14조 제3항 3문의 형량의 견지에서 입법자에 의하여 형성되는 손실보상은 공용수용에 의하여 기본법 제14조 제1항에 의하여 보호되는 재산권의 존속보장의 파괴를 당해 재산권의 가치보장을 통해 회복하는 기능을 하는 것이며, 그 범위는 공용수용으로 야기된 재산권의 희생에 대한 재산권보장이라는 측면과 재산권의 사회적 부담평등(Lastengleichheit)이라는 관점에서 수용된 재산권 그 자체의 가치를 고려하여 조절되어지는 조절적 보상에 의하여 형성되어지는 것이라고 할 것이다.

이러한 점에서, 기본법 제14조 제3항의 결부조항은 다음과 같은 기능을 가지는 것으로 의미부여를 할 수 있을 것이다.

첫째, 결부조항은 기본권(재산권)을 보장하는 기능을 가진다. 왜냐하면 결부조항은 재산권자가 공공의 목적을 위하여 기본법 제14조 제1항에 의하여 보장된 재산권에 대한 고권적 수용조치를 하는 경우에 있어서도 법치국가적으로 규정된 절차에 따라 행해질 것을 요구하고 있기 때문이다.⁴⁸⁾ 둘째, 결부조항은 입법자 대하여 경고기능(Warnfunktion)을 한다.⁴⁹⁾ 왜냐하면, 결부조항은 공공복리를 위하여 입법자가 수용법률을 형성할 때, 입법

45) BGHZ 83, 61(64): Nüßgens/Boujong, aaO., Rdnr.386.

46) Nüßgens/Boujong, aaO., Rdnr. 387; Stein/Frank, Staatsrecht, 17. Aufl. Tübingen 2000, S. 347.

47) BGHZ 57, 359(368): Nüßgens/Boujong, aaO., Rdnr. 388.

48) Nüßgens/Boujong, aaO., Rdnr. 372.

49) Nüßgens/Boujong, aaO., Rdnr. 373; Siekmann/Duttge, Staatsrecht I: Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt/

자에게 수용의 구성요건과 함께 보상의 종류와 범위를 명확하게 규정하여야만 기본법에 합치한다는, 반대로 이와 같은 형식의 법률이 아닐 경우에는 기본법에 반한다는 부담을 규정함으로써 수용법률에 대한 입법자의 한계를 규정하고 있기 때문이다. 셋째, 결부조항은 의회의 재정고권을 유지 및 방어하는 기능을 담당하기도 한다. 즉 다른 국가기관, 특히 법원이 재정적인 급부의무로써 국가예산에 부담을 주는 것을 기본법의 지위에서 부인하고, 보상의 종류와 범위를 형식적 의미의 법률에서 정할 것을 요구함으로써 의회의 재정고권을 유지하고 방어하는 기능을 담당한다.⁵⁰⁾ 이와 같은 기능을 담당하고 있는 기본법상의 결부조항의 의미에도 불구하고, 보상규정을 담고 있지 않는 수용법률은 종래 연방대법원의 경계이론에서와는 달리 기본법위반이며,⁵¹⁾ 이 경우 당해 재산권자는 기본법 제100조 1항에 의거하여 당해 수용법률의 위헌성심사를 청구할 수 있다. 이는 종래 경계이론에서처럼, 수용적 침해 내지 수용유사침해이론을 원용하여 법관이 재산권자에게 주어지는 적절한 보상을 결정하거나 또는 이를 통하여 법규정의 흠결을 치유하는 권한을 부인하는 것을 의미한다.⁵²⁾

다. 비례형량의 원칙

모든 형식의 수용은 기본권제한의 한 유형으로서, 재산권보장과 관련한 입법수용뿐만 아니라 행정수용은 비례형량의 법치국가적 원칙을 충족하여야만 한다. 즉 일반적인 기본권제한에서 요구되는 방법상의 한계로서 비례형량의 원칙(과잉금지의 원칙)을 준수하는 한에서 기본법에 적합하게 된다. 따라서 공용수용은 공공목적 달성을 위하여 적합하여야 할 뿐 아니라 필요한 경우, 그리고 국가적인 과제를 수행하기 위한 최후의 수단인 경우에만 기본법적으로 허용되는 것이다.⁵³⁾ 아울러 종합적인 형량에 의하여 수용에 의하여 얻어지는 공익이 관련 재산권자의 사익과 비교하여 그 이익이 적을 경우에는 수용이 허용되지 아니한다. 이와 같은 요건이 충족된 경우에 한하여 기본법적으로 정당한 공용수용이 성립하는 것이다.

(5) 수용적 침해와 수용유사적 침해에 대한 새로운 인식

1) 양 이론의 등장배경

양 이론은 기본법 제14조에 의하여 보장되는 주관적인 재산권적 지위를 고권적인 침

Main 1999, Rdnr. 646.

50) Nüßgens/Boujong. aaO., Rdnr. 373.

51) Nüßgens/Boujong. aaO., Rdnr. 374; Siekmann/Duttge. aaO., Rdnr. 646.

52) BVerfGE 46, 268(288); Nüßgens/Boujong. aaO., Rdnr. 375.

53) Nüßgens/Boujong. aaO., Rdnr. 366.

해로부터 보호하기 위하여 연방대법원에 의하여 성립 및 발전된 이론이다. 이 이론은 독일의 국가책임제도가 기본법 제14조 제3항에 기한 적법한 수용과 위법하고 책임있는 공무원의 침해에 대한 기본법 제34조의 공무원의 직무책임이라고 하는 구조로 이루어져 있기 때문에, 위법하지만 책임없는 침해에 대한 국가책임법상의 흠결이 발생하고 이 흠결을 보전하기 위한 목적으로서 등장한 것이다.

이러한 목적하에 초기 연방대법원은 위법-무책한 경우에 한하여 인정하였던 수용유사침해이론(enteignungsgleicher Eingriff)을 이후 다시 위법-유책한 국가의 작용으로 인한 재산권의 침해로까지 확장하였다. 즉 연방대법원은 “만일 그러한 침해로 인하여 책임없이 피해를 당한 경우에 수용원칙에 의한 보상이 인정된다면, 이는 마찬가지로 당해 침해가 단지 위법할 뿐만 아니라 유책한 경우에도 해당할 것”이라고 판시하였던 것⁵⁴⁾에서 볼 수 있다.

이와 더불어 연방대법원은 기본법 제14조가 보호하고 있는 영역에 대한 적법한 고권적 국가작용으로부터 발생하는 비정형적이고 비의욕적인 부수적 결과(atypische und ungewollte Nebenfolge)로서 가해진 침해, 즉 수용적 침해(enteignender Eingriff)개념을 형성하였다. 연방대법원에 의하면, 수용적 침해의 경우에는 관련재산권자가 사전에 방어권을 행사할 수 없는 경우가 대부분이고, 그 행위자체가 적법한 공권력발동이거나 사실행위라고 하는 점에서 수용유사침해와 구별되어지나,⁵⁵⁾ 양자는 다 같이 재산권의 사회구속성의 한계를 넘는 재산권에 대한 특별한 희생을 발생시키는 경우로서, 그에 대한 보상규정이 없다는 공통점을 가지고 있다고 하고 있다. 이와 같은 보상규정의 흠결과 관련한 연방대법원의 기본적 입장은 이 경우에 기본법 제14조 제3항에 근거한 보상청구권을 포괄적으로 인정하고 있으며,⁵⁶⁾ 이는 법원을 통한 보상을 인정하는 결과를 가져왔다.

2) 분리이론에 입각한 연방헌법재판소의 새로운 인식

이에 대하여 연방헌법재판소는 분리이론에 입각하여, 기본법 제14조 제3항 2문에서 규범화된 법적인 보상규정의 유보와 존속보장우선, 즉 방어권행사의 우위를 강조하였다. 이에 따르면, 자신의 재산권에 대하여 행해진 국가작용을 통하여 수용을 예견하는 재산권자는 단지 그와 같은 국가작용에 관한 법적인 보상청구의 근거가 주어지는 경우에 한하여 보상을 법원에 청구할 수 있으며, 그와 같은 보상규정이 존재하지 않는

54) BGHZ 7. 296(298): 13. 88(92).

55) BGHZ 91. 20(26 f.).

56) BGHZ 90. 17(29).

한, 관계자는 침해적인 국가행위의 취소 내지 무효를 요구할 뿐이며, 고권적 침해를 수인하고 그 대신 법률에 그 보상의 청구근거가 주어지지 않은 보상을 요구할 수 없다고 하고 있다.⁵⁷⁾

이에 따라 기본법 제14조 제3항 2문과 3문의 요구를 충족하지 않는 입법수용의 경우에는 그 수용행위 자체가 기본법 제19조 제4항의 공권력에 해당되지 않음으로써, 관할 법원에 그 취소를 요구하는 소를 제기할 수는 없고, 단지 헌법재판소에 그 위헌무효를 주장할 수 있을 뿐이며, 이와 달리 행정수용에 있어서는 기본법 제19조 제4항에 따라 취소소송에 의거하여 당해 수용행위에 대한 취소를 구할 수 있을 것이다.⁵⁸⁾ 이는 종래 연방대법원의 입장과 같이 법원이 보상규정없는 수용법률을 법적으로 유효한 것으로 판단하고, 이의 흠결을 보충하기 위하여 보상을 확정하는 보충적 권한을 인정하는 것을 부인하는 것이다.⁵⁹⁾ 단지 이 경우 법원은 기본법 제100조 1항에 따라 연방헌법재판소에 이송하는 의무를 부담하게 될 뿐이다.⁶⁰⁾

결국 연방헌법재판소의 분리이론에 따르면, 기본법 제14조 제3항에 따라 재산권의 침해가 법률상 허용되지 않는 경우나 법률상 보상규정이 흠결된 경우에는 공용수용으로 볼 수 없으며,⁶¹⁾ 재산권자가 고권적 행위에 의하여 자신의 재산권을 침해당한 경우, 단지 법률상 보상에 관한 청구권의 근거가 존재하는 경우에 한하여 보상을 청구할 수 있을 뿐이고, 이와 달리 법률상 당해 고권적 행위에 대한 보상청구권의 근거가 흠결된 경우에는 관계당사자는 관할법원에 그 침해행위의 제거를 위하여 노력할 수 있을 뿐이다.⁶²⁾ 아울러 연방헌법재판소는 이 경우에 있어서 재산권자가 보상규정을 두고 있지 않는 법률에 근거한 위법한 공용수용에 대하여 주관적 권리로써 방어할 것인가 아니면 직접 기본법 제14조 3항에 근거하여 보상을 요구할 것인가에 관한 선택권을 가지지 못한다고 하였다.⁶³⁾ 이는 종래 연방대법원이 인정하여 온 소위 수용유사적 침해 및 수용적 침해를 기본법 제14조 제3항의 공용수용개념에서 배제하고 있음을 나타내는 것이다.

3) 연방대법원의 새로운 인식

위와 같은 연방헌법재판소의 결정에 따라 연방대법원은 수용적 침해 및 수용유사적

57) BVerfGE 58, 300(324).

58) Stein/Frank, aaO., S.347.

59) Papier, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), aaO., Art. 14 Rdnr. 720.

60) Hesse, aaO., Rdnr. 451.

61) Hesse, aaO., Rdnr. 452.

62) Hesse, aaO., Rdnr. 452.

63) BVerfGE 58, 300(324).

침해를 기본법 제14조 제3항과 독립하여 보상청구권을 인정하게 되었다. 즉 연방대법원은 연방헌법재판소의 이와 같은 결정 이후에 1984년 1월 26일(수용유사적 침해)⁶⁴⁾와 1984년 3월 29일(수용적 침해)⁶⁵⁾의 두 개의 원칙적인 결정에서 수용유사적 침해와 수용적 침해제도를 재차 확인하지만, 연방대법원의 이 결정은 연방헌법재판소의 결정을 고려하여 수용유사침해 및 수용적 침해의 배상제도(Haftungsinstitut)를 기본법 제14조 제3항에서가 찾는 것이 아니라, 프로이센 일반란트법 서장 제74와 제75조(Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht)⁶⁶⁾의 희생사상(Aufopferungsgedanken)⁶⁷⁾에서 그 근거를 찾고,⁶⁸⁾ 이를 법관법적으로 발전되어지고, 관습법적으로 유효한 개별법의 제도로 성립시켰다.⁶⁹⁾ 이는 수용적 침해 내지 수용유사적 침해가 기본법 제14조 제3항의 공용수용으로부터 분리되어지고 독립되어진 것임을 확인하고 있는 것이기도 하다.⁷⁰⁾ 즉 이는 수용유사침해와 수용적 침해가 비록 기본법적인 재산권보장과 그의 근원적인 관련성이 있을지라도, 그러나 결코 수용유사침해와 수용적 침해의 독립적인 청구권의 기초를 오직 기본법 제14조제3항에서 찾을 수 있는 본질적이고 무제한적인 것으로 간주될 수 없다는 것을 의미한다.⁷¹⁾

이에 관하여 이후 연방헌법재판소 또한 수용유사적 침해를 실정법적으로 규범화된 불법행위의 배상책임의 구성요소를 위하여 보충적으로 도입되어질 수 있는 개별법의

64) BGHZ 90, 17(31): 92, 34 (36).

65) BGHZ 91, 20(26).

66) 프로이센 일반란트법 서장 제74조는 "국가 구성원의 개개의 권리 및 이익과 공동체의 복리를 증진시키는 권리 및 의무와의 사이에 현실적으로 충돌이 발생한 경우, 후자는 전자에 우선한다"고 규정하였고, 제75조는 "그 대상으로서 국가는 자신의 특별한 권리 및 이익을 공동체의 이익을 위하여 제공당한 자에 대하여 보상을 하여야 한다."라고 규정하고 있다. 따라서 일반란트법 서장 제75조는 개별적인 행정처분으로 말미암아 피해를 입은 경우를 원칙적으로 보상의 대상으로 하고 있는 것으로 해석되어진다(Ossenbühl, aaO., S. 77).

67) 프로이센 일반란트법 서장 제74조와 75조의 희생보상제도는 침해의 대상이 재산적이든 비재산적이든 적용되는 일반적인 성격을 갖고 있었으나, 이후 재산적 법익의 침해에 관하여 수용법이 제정됨에 따라 동 법률의 특별법적 성격에 의하여 동 법률이 우선적으로 적용됨으로써 단지 재산적 법익의 침해에서의 희생보상제도의 적용이 배제되었다. 따라서 희생보상이란 공공의 복리를 목적으로 행정주체의 고권적 작용에 의하여 특정인의 비재산적 권리에 가해진 특별한 희생을 전보하는 제도라고 정의될 수 있다. 바이마르시대의 제국법원은 무과실위법행위 즉 위법하지만 책임없는 국가의 행위로 인하여 침해의 경우는 희생보상을 규정하고 있는 동 제74조와 75조의 적용대상이 된다고 판시하였다(RGZ 140, 276)

68) BGHZ 90, 17(31): 91, 20(26 ff.): 99, 24(29): 100, 136(145): 102, 350(357): 111, 349(352).

69) Papier, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), aaO., Art. 14 Rndr. 722.

70) BGHZ 99, 24(29): Nüßgens/Boujong, aaO., Rndr. 430.

71) Ossenbühl, Abscheid vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, S. 1 ff.(5): Schwerdtfeger, Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung, JuS 1983, S. 104 ff.(109 f.).

법적 제도로써 인정하였다.⁷²⁾ 이에 따르면, 수용유사적 침해와 수용적 침해행위를 인정하는 것은 기본법 제14조 제3항에 기초한 것이라고 할 수 있으나, 그 구성요건 및 효과는 헌법상개념이 아니라 헌법보다 하위의 법개념이라고 하고 있다.⁷³⁾ 이와 같이 수용적 침해 및 수용유사적 침해를 법률상의 개념으로 보면, “수용유사적 침해에 의한 손해에 대한 청구권”의 명칭은 이미 기본법 제14조 제3항으로부터 분리되어진 개념으로서, 이는 “수용”의 개념이 아니므로 “위법인 재산권침해에 의거한 청구권”이라는 용어가 더 적합하다고 할 수 있다. 아무튼 연방헌법재판소의 결정(자갈채취판결) 이후 그동안의 연방대법원의 판례를 통하여 발달되어온 수용유사적 침해 및 수용적 침해는 기본법 제14조 제3항의 의미의 수용론으로 이해하는 것은 타당하지 않게 되었다.

(6) 평가

재산권보장체계에 관한 연방헌법재판소의 분리이론은, 특히 자갈채취판결 이후 연방대법원 및 연방행정법원의 재산권보장체계에 관한 새로운 인식의 전환을 가져왔다. 즉 연방대법원 및 연방행정법원은 재산권보장체계에서 종래 유지하여 오던 경계이론을 포기하고 분리이론을 채택하였고,⁷⁴⁾ 다수학자 또한 이 이론에 입각하고 있다.⁷⁵⁾ 이와 같이 자갈채취판결이후 광범위한 법원 및 문헌의 동조를 얻고 있는 분리이론은 종래 경계이론과 다른 다음과 같은 징표로서 요약될 수 있다.

첫째, 분리이론은 재산권보장체계에 있어서 내용규정과 공용수용을 별개로서 구별한다. 즉 하나의 행위에 이중적 기능을 부여하는 것을 배제한다. 둘째, 분리이론은 기본법 제14조 제3항상의 결부조항을 단지 공용수용을 정당화하는 것에 대해서만 적용한다. 이는 종래 연방대법원에 의하여 인정되어 오던 수용과 유사한 효력을 갖는 침해행위, 즉 수용적 침해 및 수용유사적 침해에 대해서는 그 적용을 배제하고 있는 것이다. 셋째, 분리이론은 내용규정과 공용수용규정을 각각의 합헌성심사기준에 따라 헌법합치성여부를 판단한다. 넷째, 분리이론은 손실보상 또는 매수청구권(Entschädigungs- und Übernahmeanspruch)을 인정한다. 그러나 이러한 사실 그 자체가 곧 공용수용을 긍정하는 징표라거나 또는 내용규정의 존재를 부정하는 징표를 구성하는 것은 아니다.

이처럼 종래 경계이론과 다른 개념적 특성을 가지고 있는 분리이론에서도 특히 어떠한 경우가 보상의무 없는 내용규정인가 또는 어떠한 경우가 보상을 요하는 내용규정

72) BVerfGE. NJW 1992. 36(37): NJW 1998. 3264: NJW 2000. 1402.

73) BVerfGE. NJW 1992. S. 36(37): NJW 1998. S. 3264: NJW 2000. S. 1402.

74) BGHZ 121. 73(78): 123. 328(331): 126. 378(381): BVerwGE 84. 361(368 f.).

75) 이에 관하여는 Maurer, aaO., S. 682 f. 참조.

인가의 구별문제가 남는다. 이러한 문제는 재산권내용의 형성주체인 입법자의 가장 큰 딜레마로 작용하고, 이를 해결하기 위한 방편으로 소위 '구제적 보상규정(salvatorische Entschädigungsregeln)' 형식이 제시되기도 하였다. 그러나 앞에서 언급했듯이 이러한 형식의 규정은 결부조항에 반할 뿐만 아니라 입법자가 스스로 보상의 범위와 종류에 관하여 판단하지 아니하고 사실상 이를 법관에게 위임하고 있다는 점에서 법치국가에 반하는 것이기도 하다. 따라서 분리이론에서는 어떠한 경우가 보상의무 없는 내용규정인지 또는 보상의무 있는 내용규정인지의 판단기준이 가장 중요한 해결과제로 남게 되고, 이는 입법자의 형성의 자유의 한계를 규명하는 것이기도 하다.

Ⅲ. 현행헌법상 분리이론의 적용가능성 여부

1. 헌법재판소의 입장

(1) 그린벨트지정에 관한 구 도시계획법 제21조에 관한 위헌소원사건

헌법재판소는 개발제한구역(소위 그린벨트) 지정의 근거규정인 구도시계획법 제21조에 대한 위헌소원사건에서 “도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화한 규정이다. 도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정당시의 지목과 토지이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치되게 합헌적으로 구체화한 것이라 할 것이나, 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 이용, 수익의 길이 없는 경우는 토지소유자가 수인하여야 할 사회적 제약을 넘는 것으로, 이와 같은 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않는 것은 비례성의 원칙에 위반되어 위헌성이 있는 것”이라고 판시하였다.⁷⁶⁾ 동 결정에서 헌법재판소는 분리이론에 따라 헌법 제23조 제1항, 제2항에 의한 재산권의 내용규정과 동조 제3항의 수용규정을 분리하고, 전자에 있어서 사회적 제약을 넘는 특별한 희생을 가져오는 경우에는 조정적 보상이 요구되고, 입법자가 이와 같은 경우에 있어서도 손실 보상규정을 두지 않는 것은 당해 법률의 위헌성이 인정됨을 분명히 하고 있다. 아울러

76) 헌재 1998. 12.24. 89헌마214 등.

헌법재판소는 동 결정에서 “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 ‘금전보상’만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 ‘지정의 해제’ 또는 ‘토지매수청구권제도’와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 방법을 사용할 수 있다. 즉, 입법자에게는 헌법적으로 가혹한 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다고 판시하였다. 이와 같이 헌법재판소는 헌법 제23조 제1항, 제2항의 재산권의 내용 및 한계규정으로 야기되는 수인한도를 넘는 보상의 방법을 제시하고 있다. 헌법재판소의 동 판결이 중요한 의미를 가지는 것은 동 판결이전까지는 헌법재판소가 경계이론에 입각한데 반해, 처음으로 분리이론에 입각하여 재산권보장체계를 정립하고 있다는 점에 있다.⁷⁷⁾

(2) 택지소유상환에 관한 법률에 대한 위헌심판사건

택지소유상환에 관한 법률 제2조 제1호 나목 등에 대한 위헌심판사건에서,⁷⁸⁾ 헌법재판소는 분리이론에 입각한 재산권보장체계를 재차 확인하고 있다. 즉 헌법재판소는 “헌법 제23조에 의하여 재산권을 제한하는 형태에는, 제1항 및 제2항에 근거하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 것과, 제3항에 따른 수용·사용 또는 제한을 하는 것의 두 가지 형태가 있다.”고 하여 내용규정과 공공제한을 분리하고 있다. 나아가 헌법재판소는 전자는 “입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것”을 의미하고,⁷⁹⁾ 후자는 “국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위

77) 그러나 이에 대하여 “이 사건 법률조항은 오로지 보상규정의 결여라는 이유 때문에 헌법에 합치되지 아니한다는 평가를 받는 것이므로... 토지재산권의 사회적 한계를 넘는 가혹한 부담을 받은 경우에 한하여 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 결정에 근거하여 이 사건 법률조항에 의한 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 이 사건 법률조항에 위반하여 행하여진 자신의 행위의 정당성을 주장할 수 없다고 할 것이다.”라고 하여 분리이론과 다른 내용의 결정이라고 주장하는 견해도 있다(김문현, 경계이론과 분리이론, 고시연구 2004.3. 31면).

78) 헌재 1999. 4.29. 헌바37등

79) 헌법재판소는 입법자에 의한 재산권 형성에 관하여 “입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서는, 헌법상의 재산권 보장의 원칙과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 제약성을 비교형량하여, 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야

하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것”을 의미한다고 하여, 내용규정 및 수용의 개념을 정립하고 있다.

아울러 재산권의 내용과 한계규정에 대한 헌법적 심사기준에 대하여 “재산권이 헌법 제23조에 의하여 보장된다고 하더라도, 입법자에 의하여 일단 형성된 구체적 권리가 그 형태로 영원히 지속될 것이 보장된다고까지 하는 의미는 아니다. 재산권의 내용과 한계를 정할 입법자의 권한은, 장래에 발생할 사실관계에 적용될 새로운 권리를 형성하고 그 내용을 규정할 권한뿐만 아니라, 더 나아가 과거의 법에 의하여 취득한 구체적인 법적 지위에 대하여 까지도 그 내용을 새로이 형성할 수 있는 권한을 포함하고 있는 것이다. 이 경우 입법자는 재산권을 새로이 형성하는 것이 구법에 의하여 부여된 구체적인 법적 지위에 대한 침해를 의미한다는 것을 고려하여야 한다. 따라서 재산권의 내용을 새로이 형성하는 규정은 비례의 원칙을 기준으로 판단하였을 때 공익에 의하여 정당화되는 경우에만 합헌적이다. 즉, 재산권의 내용을 새로이 형성하는 법률이 합헌적이기 위하여서는 장래에 적용될 법률이 헌법에 합치하여야 할 뿐만 아니라, 또한 과거의 법적 상태에 의하여 부여된 구체적 권리에 대한 침해를 정당화하는 이유가 존재하여야 하는 것이다.”라고 하여 공용수용과 구별된 심사기준을 제시하고 있다. 헌법재판소의 동 결정은 헌법상의 재산권보장체계에 관한 분리이론의 체계적 적용의 계기를 마련한 것이었으며, 이후 헌법재판소는 여러 사건에서 분리이론을 심판의 척도로 하고 있다.⁸⁰⁾

2. 분리이론 적용불가론

위에서 본 바와 같이 헌법재판소가 소위 그린벨트사건을 기점으로 분리이론을 채택하고 있는 것에 대하여, 이를 비판하면서 분리이론의 현행 재산권보장체제로의 적용가능성을 부인하는 다수의 견해가 전개되고 있다.

동 견해는 독일기본법 제14조와 현행헌법 제23조의 구조가 다르기 때문에 현행헌법상의 재산권보장체계를 위하여 분리이론을 수용하는 것은 타당하지 않다고 주장하고 있다. 구체적으로 동 견해가 제기하고 있는 논거를 보면, 첫째 무엇보다도 현행헌법 제23조 제3항의 공용침해(수용·사용·제한을 포함한 개념)의 개념이 독일기본법 제14조

한다”고 하였다(헌재 1998. 12.24. 89헌마214등; 1999.4.29. 94헌바37 등).

80) 예컨대 구 도시계획법 제6조 및 제21조에 대한 헌법소원사건(헌재 1999.10.21. 97헌바 26)을 비롯한 구 주택건설촉진법에 대한 위헌소원사건(헌재 2003.8.23. 2000헌가11) 등에서 분리이론에 입각하여 결정하고 있다.

제3항의 'Enteignung'(공용수용)의 개념보다 넓은 것을 들고 있다. 즉 현행 헌법 제23조 제3항은 "수용·사용·제한"이라고 규정하고 있는 데 비해, 독일 기본법은 재산권의 전적인 또는 부분적인 박탈을 의미하는 좁은 의미의 'Enteignung'을 규정하고 있다는 점에서 구조적 차이가 있다는 것이다.⁸¹⁾

둘째, 분리이론 그 자체의 문제점을 논거로 들기도 한다. 즉 분리이론에 의하면 입법자가 예상하지 못하였으나 수인의 한계를 넘는 특별한 희생에 대한 보상이 배제될 우려가 있기 때문이라는 것이다. 아울러 연방헌법재판소의 결정에서 보듯이 이 경우 재산권자는 선택적 청구권을 가지는 것이 아니라, 보상규정없는 위헌적 법률에 근거한 수용처분의 취소소송만이 가능하다는 점에 착안하여, 결국 쟁송기간이 도과하여 불가쟁력이 발생하였다면 보상의 가능성이 없어진다는 점을 논거로 제기하기도 한다.⁸²⁾

셋째, 현행 헌법 제23조 제3항의 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다"라는 규정은 독일기본법과 다른 광의의 수용개념을 채택하고 있고, 그에 대한 보상에 여부에 관하여 입법형성에 맡기고 있어 반드시 보상부 수용이 요구되는 것은 아니라는 점을 논거로 하고 있다.⁸³⁾ 이 논거는 현행 헌법 제23조 제3항을 독일기본법 제14조 제3항과 같은 결부조항이 아니라는 점에 기인하고 있다.

대체로 이상의 논거를 중심으로 헌법재판소의 소위 그린벨트 결정이후 전개되고 있는 분리이론에 대하여 비판할 뿐만 아니라 동 이론의 현행 헌법상의 재산권보장체계에의 채택을 부인하고 있다.

3. 평가 및 사건 : 분리이론 적용가능론

헌법재판소의 재산권보장체계와 관련한 분리이론에 대하여 현행 재산권체계에의 적용이 불가능한 것으로 보는 위의 견해가 학계의 다수를 이루고 있는 것 같다. 그러나 다수가 취하고 있는 분리이론 적용불가능론은 다음의 점에서 문제점이 있으며, 결국 현행 헌법 제23조에 있어서도 독일 기본법에서와 마찬가지로 분리이론을 적용하는 것이 타당할 수 있다.

81) 석종현, 도시계획결정과 손실보상, 공법연구 제28집 제3호, 한국공법학회 2000.3. 47-48면; 이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사 2002. 351-354; 강현호, 한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해석, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회 2003.6. 93면.

82) 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회 2004.2. 377-378면.

83) 이광윤/김민호, 앞의 책, 330면 이하.

즉 분리이론 적용불가능론이 현행 헌법 제23조 제3항은 넓은 의미의 수용개념을 취하고 있는데 반해, 기본법상의 수용개념은 재산권의 전면적 또는 부분적 박탈을 의미하는 좁은 의미를 취하고 있다는 점에서 그 논거를 찾고 있으나, 현행 헌법상의 “수용·사용 또는 제한” 또한 기본법상의 수용개념과 큰 차이가 없는 것으로 해석될 수 있다. 즉 동법상의 ‘수용’은 재산권의 전면적 박탈로, ‘사용’은 재산권중 가분적인 권리인 사용권의 박탈로, 그리고 ‘제한’은 재산권 중 분리될 수 있는 기타 권리의 박탈로 해석될 수 있기 때문이다.⁸⁴⁾

그리고 현행 헌법 제23조 제3항에 대한 기본법 제14조 제3항의 결부조항과 같은 의미를 부인하는 것에서 출발하여 분리이론적용불가론을 전개하고 있지만, 현행 헌법 제23조 제3항의 “수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되...”라는 규정은 결부조항의 원칙을 선언하고 있는 것이다. 동조에서 말하는 ‘법률’은 필요적으로 공용침해에 관한 요건과 보상의 종류와 범위를 함께 규정하여야 하는 것으로,⁸⁵⁾ 불가론자들이 말하는 보상여부에 관한 결정은 입법자에 의한 것이 아니다. 다시 말해서 입법자가 수용법률을 형성함에 있어서 수용요건과 보상의 종류 및 범위를 규정하고 있지 않은 경우는 헌법 제23조 제3항에 반하는 것이 된다. 결국 결부조항의 인정은 헌법 제23조 제1항, 제2항과 동조 제3항은 구별되는 것으로, 즉 내용 및 한계규정과 수용규정으로 대별되는 것으로, 나아가 각각 다른 위헌심사기준이 제시되는 분리이론의 구조가 형성되는 것이다.

아울러 분리이론의 현행헌법에의 적용여부는 현행헌법 제23조의 본질적 목적을 중심으로 판단할 수도 있을 것이다. 분리이론의 목적이 현행헌법 제23조의 재산권보장의 목적달성을 위하여 경계이론보다 더 충실하다면 이의 적용을 굳이 배제할 필요가 없다는 것이다. 즉 분리이론은 앞에서 언급했듯이 현행 헌법상의 재산권의 내용보장의 이념과 마찬가지로 가치보장보다는 존속보장에 그 목적을 두고 있다는 점에서 보면, 재산권의 본질적 내용의 보장과 상통하는 것으로 이해됨에 따라 굳이 분리이론의 적용을 부인할 필요는 없는 것으로 판단된다.

84) 강태수 교수 역시 이와 같은 해석론을 전개하고 있다. 강태수, 분리이론에 의한 재산권체계, 고시연구 2004. 9. 31면 이하.

85) 이에 대하여는 다수학자들이 동조하고 있는 것으로 보인다. 계희열, 헌법학(중), 박영사 2005. 553면 이하; 허영, 한국헌법론, 박영사 2004. 471-472면; 정연주, 우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전(정천 허영박사 화갑기념논문집), 박영사 1997. 381면.

IV. 맺는 말

이상에서 독일 기본법 제14조의 재산권보장체제와 관련하여 연방헌법재판소를 중심으로 성립·발전된 분리이론을 고찰하여 보았다. 분리이론의 이론적 기둥은 재산권의 내용규정과 수용규정의 준별, 수용개념의 축소 그리고 취소소송 등의 1차적 권리보호와 보상청구권간의 선택권 부정 등이 그것이다. 이와 같은 점에서 분리이론은 종래 경계이론에 대한 재산권보장체제의 변화를 가져왔으며, 아울러 재산권보장에 더욱 충실한 것으로 평가되고 있기도 하다. 그러나 또 다른 면에서는 수용개념의 고전적 회귀 또는 선택적 청구권의 부인 등에 따른 비판이 제기되기도 한다.

독일에서도 분리이론에 대하여 법원 및 다수의 견해와는 달리 소수의 비판이 제기되고 있기도 하지만, 궁극적으로 기본법상의 재산권해석론과 관련하여 그 순기능적 측면이 강조되고 있다.

우리 헌법재판소 또한 소위 그린벨트결정을 기점으로 분리이론을 현행헌법상의 재산권보장체계에 채택하고 있다. 비록 헌법재판소의 이러한 입장에 대하여 다수의 학자들의 비판은 제기되고 있지만, 그러나 굳이 이를 현행헌법상의 재산권해석론에의 적용을 배제할 필요는 없음을 앞에서 보았다. 다만, 현행헌법상의 재산권보장체계에 분리이론을 적용하는 것에 찬동하지만, 그에 따라 여전히 해결되어야 할 문제점이 있음을 부인하지는 않는다. 예컨대, 경계이론에서 수용개념으로 인정되어온 수용적 침해 및 수용 유사적 침해를 현행법 체제에서 어떠한 근거에 의거하여 보상청구권을 인정할 수 있는가, 또는 입법자가 어떠한 경우에 보상의무없는 내용규정인지 또는 어떠한 경우에 보상을 요하는 내용규정인지를 판단할 수 있는 명확한 기준을 어떻게 마련할 것인가, 나아가 이 경우에 독일에서 마찬가지로 제시되었던 구체적 보상규정형식의 법률을 인정할 것인가 등이 그것이다. 이러한 문제점은 재산권보장체계에 있어 분리이론을 채택한 결과로써 향후 가장 중요하게 해결하여야 할 과제가 아닌가 생각된다.

참고문헌

- 강현호, 한국헌법 제23조와 독일기본법 제14조의 해석, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회 2003.6.
 강태수, 분리이론에 의한 재산권체제, 고시연구 2004.9.
 제희열, 헌법학(중), 박영사 2005.

- 김문현, 경계이론과 분리이론, 고시연구 2004.3.
- 김해룡, 헌법상 재산권보장과 행정상 손실보장의 근거법리들, 고시계 2003.9.
- 김현철, 보상규정없는 재산권제약법률에 대한 헌법적 심사, 헌법논총 제15집, 헌법재판소 2004.
- 석종현, 도시계획결정과 손실보상, 공법연구 제28집 제3호, 한국공법학회 2000.3.
- 이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사 2002.
- 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회 2004.2.
- 정연주, 우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전 (정천 허영 박사 화갑기념논문집), 박영사 1997.
- 정하중, 독일 Bonn기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제23조 3항의 해석 (상), 사법행정 1992.9.
- 조홍석, 재산권제한의 체계적 구조, 법과 정책연구 제3집 제2호, 한국법정책학회 2003.12.
- 허영, 한국헌법론, 박영사 2004.
- Baur, Fritz, Naßauskiesung- oder Wohin treibt die Eigentumsgarantie?, NJW 1982, S. 1734 ff.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Kempen, Bernhard, Der Eingriff des Staates in das Eigentums, Köln u.a. 1991.
- Maurer, Hartmut, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl. 1991, S. 781 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter u.a.(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, München 1994.
- Nüßgens, Karl/Boujong, Karlheinz, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, München 1987.
- Ossenbühl, Fritz, Inhaltsbestimmung des Eigentums und Enteignung- BVerfGE 83, 201, JuS 1993, S. 200 ff.
- ders., Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, S. 1 ff.
- Schwabe, Jürgen, Die Enteignung in der neueren Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1983, S. 273 ff.

- Schwerdtfeger, Gunter, Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung, JuS 1983, S. 104 ff.
- Siekmann, Helmut/Duttge, Gunnar, Staatsrecht I: Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1999.
- Stein, Ekkenhart/Frank, Götz, Staatsrecht, 17. Aufl., Tübingen 2000.
- Thormann, Martin, Abstufung in der Sozialbindung des Eigentums, Stuttgart u.a. 1996.