

# 분리이론의 수용가능성과 보상규정 없는 공용침해의 구제방법

법학부 2003-13156 가장현  
2003-13182 김웅재

\*헌법재판소 1998. 12. 24 선고, 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 전원재판부 결정

## 1. 사건의 개요

### (1) 89헌마214 사건

청구인 배옥섭, 김성복, 김영수는 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것, 이하 "법"이라 한다) 제21조 제1항에 따라 1972. 8. 25. 건설부 고시 제385호에 의하여 개발제한구역으로 지정된 토지 위에 관할관청의 허가를 받지 아니하고 1978.경부터 1980.경까지 사이에 건축물을 건축하여 소유하고 있다는 이유로 인천 서구청장으로부터 위 건축물에 대한 철거대집행계고처분 등을 받고, 서울고등법원에 위 서구청장을 상대로 위 건축물철거대집행계고처분 등의 취소를 구하는 행정소송(89구1928)을 제기하였다. 위 청구인들은 위 소송계속 중 서울고등법원에 법 제21조가 재판의 전제가 된다고 주장하면서 위헌심판제청을 신청하였으나 위 신청이 기각되자, 1989. 9. 5. 기각결정정본을 송달받고 같은 달 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### (2) 90헌바16 사건

청구인 이병관은 법 제21조에 따라 1972. 8. 25. 건설부 고시 제385호에 의하여 개발제한구역으로 지정된 토지 위에 관할관청의 허가를 받지 아니하고 1982.경부터 건축물을 건축하여 소유하고 있다는 이유로 인천 북구청장으로부터 그 건축물에 대한 철거대집행계고처분을 받고, 서울고등법원에 위 북구청장을 상대로 건물철거대집행계고처분의 취소를 구하는 행정소송(88구2894)을 제기하였으나 그 청구가 기각되었다. 위 청구인은 이에 불복하여 대

법원에 상고한 후 그 소송계속중(89누770) 법 제21조 제1항 및 제2항이 재판의 전제가 된다고 주장하면서 그 위헌심판제청을 신청하였으나 1990. 5. 8. 위 신청이 기각되자, 같은 달 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### (3) 97헌바78 사건

별지 제3명단 기재 청구인들은 도시계획법 제21조에 의하여 건설교통부장관이 1971. 7. 30.부터 같은 해 12. 4.까지 사이에 개발제한구역으로 지정한 지역내에 위치한 토지의 소유자들이다. 위 청구인들은 별지 제4명단 기재 청구인들을 선정당사자로 선정하였고, 위 선정당사자들은 국가를 상대로 서울지방법원에 청구인들(선정자들)이 위 개발제한구역의 지정에 의하여 입은 손실 중 일부로 청구인 1인당 각 금 300,000원씩을 보상하라는 내용의 소송(96가합90820)을 제기하였다. 위 선정당사자들은 위 소송계속 중 도시계획법 제21조(1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것)가 재판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌심판제청을 신청하였으나, 위 법원은 1997. 10. 1. 위 신청을 기각하였고(97카기3279), 청구인들은 같은 달 19. 그 결정문을 송달받고 같은 달 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

**제21조 (개발제한구역의 지정)** ① 건설교통부장관은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보존하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때에는 도시개발을 제한할 구역(이하 "개발제한구역"이라 한다)의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 지정된 개발제한구역안에서는 그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업의 시행을 할 수 없다. 다만, 개발제한구역 지정당시 이미 관계법령의 규정에 의하여 건축물의 건축·공작물의 설치 또는 토지의 형질변경에 관하여 허가를 받아(관계법령에 의하여 허가를 받을 필요가 없는 경우를 포함한다) 공사 또는 사업에 착수한 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 계속 시행할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의하여 제한될 행위의 범위 기타 개발제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 범위안에서 건설교통부령으로 정한다.

## 3. 법원의 위헌심판제청 기각이유

### (1) 서울고등법원의 기각이유(89헌마214 사건)

도시계획법 제21조 소정의 제한은, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 헌법 제23조 제2항의 규정에 따른, 재산권의 내재적 제약의 범위 내에 속하는 일반적인 제한으로서 누구도 그 제한을 수인하지 않으면 안 되는 것이고, 이는 특정인에 대하여 특별한 재산상의 희생을 강제하는 것이라고도 볼 수 없으므로 이와 같은 제한을 부과함에 있어

서는 이에 대한 손실보상을 요건으로 할 필요가 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 재산권행사의 제한에 따른 보상규정을 두고 있지 아니하였다 하여 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 대법원의 기각이유(90헌바16 사건)

도시계획법 제21조 제1항·제2항의 규정에 의하여 개발제한구역 안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도 내에서 일반 토지소유자에 비하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만 ‘도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때’에 한하여 가하여지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대한 손실보상의 규정을 두지 않았다고 하여 도시계획법 제21조 제1항·제2항의 규정을 헌법 제23조 제3항이나 제37조 제2항에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

(3) 서울지방법원의 기각이유(97헌바78 사건)

이 사건 법률조항에 의한 제한이 토지소유권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 토지의 위치와 기능에 따른 이러한 제한이 토지소유자들에 대한 부당한 차별대우라고 볼 수도 없으며, 토지소유권에 대한 이러한 제한이 토지소유권에 대한 사회적 구속성의 범위 내라고 보는 한, 이에 대한 손실보상규정을 두지 아니하였다고 하여 이 사건 법률조항이 손실보상에 관한 헌법 규정에 위배된다고 볼 수도 없다.

4. 헌법재판소의 판단

(1) 이 사건 법률조항은 입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 법질서 안에서 보호받을 수 있는 권리로서의 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이기도 하다(헌법 제23조 제1항 및 제2항).

헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유와 앞에서 본 토지가 가진 특성에 따라 토지를 일정용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있기 때문이다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회적 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니 된다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나,

종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로도 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다.

따라서 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 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다.

재산권의 침해와 공익 간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다. 즉, 입법자에게는 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 '목적'을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 '방법'의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다.

(3) 헌법재판소가 불합치결정을 통해서 이 사건 법률조항을 형식적으로 존속케 하는 이유는, 헌법재판소가 위헌결정을 통하여 이 사건 법률조항을 법질서에서 제거함으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고, 위헌적 상태의 제거는 궁극적으로 입법자의 입법개선에 달려 있기 때문이다. 그러므로 불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다. 사회적 제약의 한계를 넘는 가혹한 부담을 초래하는 예외적인 경우에도 아무런 보상규정을 두지 아니함으로써 헌법상의 재산권보장에 위반되는 이 사건 법률조항을 입법자는 더 이상 그대로 존치시켜서는 아니되며, 이 사건 법률조항의 입법목적과 재산권의 보장 사이에 비례성이 회복될 수 있도록 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있다.

(4) 헌법재판소가 불합치결정을 내리는 경우 위헌결정을 선고한 경우와 마찬가지로 원칙적으로 위헌적 법률의 적용이 금지되므로, 행정청은 위헌적 상태를 제거하기 위한 보상입법이 마련되기 전에는 이 사건 법률조항에 근거하여 새로이 개발제한구역의 지정을 하여서는 아니된다.

그러나 이 사건 법률조항은 오로지 보상규정의 결여라는 이유 때문에 헌법에 합치되지 아니한다는 평가를 받는 것이므로, 이 사건 청구인들을 포함한 모든 토지소유자가 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 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다 할 것이다.

## [연구]

### I. 서론

헌법재판소 1998. 12. 24 선고, 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 전원재판부 결정(이하 ‘대상결정’이라고 한다)은 1971년 처음 제도가 시행된 이래 계속해서 그 위헌성 논란이 끊이지 않았던 개발제한구역 지정에 대하여 최초로 위헌이라는 판단을 내림으로써 개발제한구역 내 토지를 소유하고 있는 사람들이 권리구제를 받을 수 있는 길을 열었다는 점에서 큰 의미를 갖는다. 그러나 대상결정은 이와 같은 사회적 차원의 의미 외에도, 법이론적 관점에서 또한 적지 않은 의미를 갖는데, 헌법 제23조의 해석과 관련해서 이른바 분리이론을 수용한 최초의 결정이라는 점에서 그러하다. 주지하다시피 행정상 손실보상제도의 이론구성과 관련해서는 헌법 제23조의 구조를 어떻게 파악하느냐에 따라 경계이론(Schwellentheorie)과 분리이론(Trennungstheorie)이 대립하고 있는데, 종래의 통설인 경계이론을 대신할 이론으로 분리이론을 수용할 수 있는지에 대해서는 학설상 찬반이 나뉜다. 또한 분리이론과 경계이론의 내용이 어떤 것인지도 명확하지 않은데, 특히 이른바 ‘보상규정 없는 공용침해’에 관한 논의와 경계이론/분리이론의 논의가 어떤 관계에 있는가 하는 점이 문제가 된다. 따라서 먼저 분리이론과 경계이론의 개념을 명확하게 정리하고, ‘보상규정 없는 공용침해’ 문제에 있어서 타당한 해결책이 어떤 것인지를 밝히면서, 이를 바탕으로 대상결정의 타당성을 검토하기로 한다. 헌법 제23조 제3항을 결부조항(Jungtimklausel)으로 볼 수 있는지가 이 문제를 해결하는 열쇠가 될 것이다.

### II. 경계이론과 분리이론의 개념 정의

#### 1. 기존의 논의 상황<sup>1)</sup>

헌법 제23조는 제1항·제2항에서 재산권의 내용 및 한계, 그리고 재산권의 사회적 기속성을 규정하고, 제3항에서 공공필요에 의한 수용·사용·제한(이를 묶어서 ‘공용침해’라고 한다)을 규정하고 있다.<sup>2)</sup> 경계이론이란 헌법 제23조 제3항(독일 기본법 제14조 제3항)의 공용침

1) 분리이론과 경계이론의 정의에 대해서는 김동희, 행정법 I, 박영사, 2005, p.524; 홍정선, 행정법원론(上), 박영사, 2006, pp.635~636; 홍준형, 행정구제법, 한울아카데미, 2001, pp.287~289; 김철용, 행정법 I, 박영사, 2003, pp.435~436; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2006, pp.535~538; 정하중, “헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 서강법학연구 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003, pp.62~68; 강현호, “한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해석”, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003, pp.86~89; 김문현, “재산권의 사회적기속성과 공용수용의 체계에 대한 검토 -소위 ‘분리이론’의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로-”, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004, p.3; 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 저스티스 제32권 제2호, 한국법학원, 1999, pp.30~35; 이덕연, “보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 헌법재판소, 1997, pp.36~40 참조.

2) 독일 기본법 제14조는 제1항에서 “재산권과 상속권은 보장된다.”라고 규정하고, 제2항에서 “재산권은 의무지워진다. 그 행사는 동시에 공공복리에 기여하여야 한다.”라고 함으로써 재산권의 사회적 제약을 규정하고 있으며, 제3항에서는 “공용수용은 단지 공공의 복리를 위하여만 허용된다. 그것은 보상의 방법과 범위를 정하는 법률에 의하여만 행해진다. 보상은 공익과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다. 보상 액수에

해와 제23조 제1항·제2항(독일 기본법 제14조 제1항·제2항)의 재산권의 내용 및 한계 설정이 그 본질에 있어 다르지 않고 재산권자에 대한 침해의 정도에 따라 구별된다고 보는 이론이다. 이것은 제23조 제1항·제2항에 따른 재산권의 사회적 제약이 그 정도가 지나쳐 특별한 희생에 해당하는 경우에는 제23조 제3항의 수용이 된다고 보는 이론으로서 기존의 통설이었다. 이 이론에 따르면 재산권에 대한 제약이 어떤 경우에 보상을 필요로 하는 특별한 희생이 되는지가 손실보상에 있어서 결정적인 문제가 된다.

반면 분리이론은 헌법 제23조 제1항·제2항(독일 기본법 제14조 제1항·제2항)의 내용규정과 제23조 제3항(제14조 제3항)의 공용침해를 서로 구별되는 별개의 제도라고 보는 입장으로서, 내용규정과 수용규정은 재산권에 대한 제한의 정도가 아니라 재산권을 제한하는 입법의 형식과 목적에 따라서 구분한다. 이 이론은 독일 연방헌법재판소가 이른바 ‘자갈채취판결(Naßauskeisungsbeschuß BverfGE 58, 300)’에서 제시한 것인데, “연방헌법재판소는 재산권의 내용규정을 “입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용, 즉 재산권자의 권리와 의무를 형성하고 확정하는 것”으로 정의하고, 수용은 “국가가 구체적인 공적 과제를 이행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 의도적으로 전면적 또는 부분적으로 박탈하려고 하는 것”으로 정의하였다.<sup>3)</sup> 즉 내용규정은 재산권의 내용을 확정하는 일반·추상적인 규정이고, 수용은 개별적·구체적으로 재산권적 지위를 박탈하는 것”<sup>4)</sup>을 말한다.

이 같은 정의에 따른다면, 경계이론과 분리이론의 대립은 본질적으로 헌법 제23조(또는 독일 기본법 제14조) 제1항·제2항과 제3항 간의 관계에 대한 해석에 있어서의 견해 대립이며, 이를 다른 말로 표현한다면 “‘공용침해(수용·사용·제한)’와 ‘재산권의 내용·한계의 설정’ 사이의 구분과 관련”<sup>5)</sup>된 견해 대립이다. 즉, 경계이론에 따른다면 재산권에 대한 제한이 사회적 한계를 넘는 경우에 보상을 요하는 공용침해가 되는 반면, 분리이론에 따른다면 공적 목적을 위한 재산권에 대한 부분적·전면적 박탈이 있는 경우 보상을 요하는 공용침해가 된다.

그런데 경계이론과 분리이론에 대해 논의하고 있는 상당수 문헌에서는 경계이론과 분리이론을 ‘공용침해’와 ‘재산권의 내용·한계 설정’ 사이의 구분 기준에 대한 이론으로만 보고 있지 않다. 이들 문헌에 따르면, 경계이론의 “**핵심적인 내용은 입법자가 보상에 관한 규정을 두지 않은 경우에도 그것이 수용에 해당된다고 판단되는 경우 혹은 재산권의 내용을 규정한 경우일지라도 재산권제한의 한계를 넘어서 수용과 유사한 이른바 ‘수용적 효과’를 가져오는 때는 법원이 독자적으로 직접 보상에 관한 결정을 할 수 있다는 것(강조는 인용자)**”<sup>6)</sup>이며, 경계이론“**에 의하면 ... 재산권침해가 헌법과 법률에 의해 허용되는지, 손실보상에 관해 법률의 규정이 있는지 여부는 문제되지 않는다. 따라서 그 효과에 있어서는 수용과 유사하나 위법적 침해에 대해서도 합법적 수용의 경우와 같이 보상청구가 허용되어야 한다(강조는 인용자)**”<sup>7)</sup>는 것이다. 반면에 “연방헌법재판소의 ‘단절이론(=분리이론. 괄호 안 내용첨가는 인

대한 분쟁에 대하여는 일반법원이 관할한다.”고 하여 우리 헌법 제23조와 기본적으로 유사한 구조로 재산권을 규정하고 있다. 정하중, 앞의 글, p.59.

3) BVerfGE 58, 300, 330f.; 72, 66, 76. 한수용, 앞의 글, p.33에서 재인용.

4) 한수용, 앞의 글, p.33.

5) 홍정신, 앞의 책, p.635.

6) 이덕연, 앞의 글, p.37.

7) 김문현, 앞의 글, p.3.

용자)’에 따르면 … 요컨대 보상규정을 두지 않은 입법자의 결정을 그 의사에 반해서 혹은 최소한 입법자가 의도하지 아니한 내용으로 적극적으로 변형시킬 수 있는 법원의 헌법적 권한은 인정될 수 없(강조는 인용자)”<sup>8)</sup>는 것이어서, 법원이 보상에 관한 법률규정 없이 스스로 보상에 관한 결정을 할 수는 없으며, 재산권 침해당 한 사람은 오로지 취소소송에 의해서 그 위법한 공용침해행위를 다투어야 한다고 한다. 즉 이들 문헌에 따르면, 재산권의 내용·한계 설정과 공용침해를 하나의 연속된 제도로 파악할 것인지 서로 별개의 제도로 파악할 것인지를 문제(쟁점①)뿐만 아니라, 보상에 관한 규정이 결여된 공용침해가 있는 경우 법원에 직접 손실보상청구를 할 수 있는지의 문제(쟁점②)까지도 경계이론과 분리이론의 내용범위 안에 포함된다. 쟁점①에서 양자를 연속적으로 파악하는 입장은 쟁점②에서는 직접 손실보상청구를 할 수 있다는 입장과 연결되고, 반대로 쟁점①에 있어서 양자를 별개의 제도로 파악하는 입장은 쟁점②에서 직접 손실보상청구를 할 수 없다는 입장과 연결된다는 것이다.<sup>9)</sup>

## 2. 경계이론·분리이론과 보상규정 없는 공용침해의 구제방법에 대한 학설대립과의 관계

그런데 ‘경계이론’, ‘분리이론’이라는 이론의 명칭만을 놓고 볼 때, 앞서 언급한 두 가지 쟁점 가운데 이론의 명칭과 어의(語義)상 관련이 있는 것은 첫 번째 쟁점뿐이다. 재산권의 내용·한계 설정과 공용침해 사이의 관계를 ‘경계’에 의해 구별되는 연속적 관계로 볼 것인지 아니면 완전히 ‘분리’된 별개의 제도로 볼 것인지를 문제는 ‘경계이론’, ‘분리이론’이라는 이론의 명칭과의 연관성이 쉽게 도출된다. 그러나 두 번째 쟁점, 즉 보상규정이 없는 공용침해가 발생한 때 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 있는지의 문제는 ‘경계’나 ‘분리’와는 일견 무관하기 때문에<sup>10)</sup> 이론의 명칭과 직접적으로 연결되지는 않는다.

그럼에도 불구하고 경계이론과 분리이론 개념의 외연이 이론의 명칭과 직접적으로 관련이 없는 내용까지 포함하는 것으로 서술되는 이유는, 추측컨대 분리이론을 최초로 제시했던 독일 연방헌법재판소의 자갈채취판결에서 이들 두 쟁점에 대한 판단이 함께 이루어졌기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 자갈채취판결에서 첫째로 앞서 말한 대로 독일 기본법 제14조 제1항·제2항과 제3항이 서로 엄격하게 분리된다고 판시하였고, 둘째로는 “개인은 자신을 수범자로 하는 행정행위가 공용수용에 해당된다면, 이에 대하여 법률의 근거가 있는 경우에만 보상을 청구할 수 있다. 보상규정이 결여된 위헌인 법률에 근거한 위법한 공용수용행위에 대하여 그는 행정법원에 취소소송을 제기하여야 하며, 취소소송의 제기를 포기하고 법에서 인정하지 않은 보상을 청구할 수 없다. 법원 역시 보상의 법률적 근거가 결여된 경우에 보상을 결정할 수가 없다. 관련자는 보상규율이 결여된 경우 위법한 공용수용에 대하여 방어하거나 직접적으로 보상을 요구할 수 있는 선택권을 갖고 있지 않다”<sup>11)</sup>고 판시하였다. 결국 이 판결에서 제시한 입장들을 한꺼번에 묶어서 다루다 보니 자연스럽게 두 가지 쟁점 모두가 ‘분리이론’에 포함되는 것처럼 서술될 수밖에 없었던 것이다. 그리고 이러한 연방헌법재

8) 이덕연, 앞의 글, pp.39~40.

9) 경계이론과 분리이론의 내용을 이처럼 규정하고 있는 문헌은 이덕연, 앞의 글; 한수용, 앞의 글; 김문현, 앞의 글; 강현호, 앞의 글; 홍정선, 앞의 책, p.635도 “경계이론은 수용유사침해이론과 연결된다”고 하고 있는 것으로 미루어 같은 입장에서 있다고 판단된다.

10) ‘일건’ 무관할 뿐만 아니라 실제로도 무관하다는 점은 뒤에 밝혀질 것이다.

11) BVerfGE 4 58, 300. 정하중, 앞의 글, p.70에서 재인용.

판소의 새로운 이론에 대비되는 연방최고법원의 기존의 이론은 한편으로는 독일 기본법 제 14조 제1항·제2항과 제3항의 관계를 연속적인 것으로 파악하고, 다른 한편으로 이른바 수용유사침해 법리를 통해 보상규정 없는 공용침해에 대해서 당사자에게 취소소송으로 그것을 다투거나 침해를 수인하고 직접 법원에 손실보상청구를 할 수 있는 선택권을 인정하는 입장이었기 때문에<sup>12)</sup>, ‘경계이론’의 내용 역시 자연스럽게 양 쟁점 모두를 포함하는 것으로 다루어질 수밖에 없었을 것이다.

이렇게 두 가지 쟁점을 묶어서 취급하다 보니 결과적으로 양 쟁점 간의 연결 관계에 대해서는 충분한 검토가 이루어지지 못했던 것으로 보인다. 내용·한계 설정과 공용침해를 별개의 제도로 분리해서 파악한다는 입장이 어째서 보상규정이 없는 한 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 없다는 입장과 연결되는지, 또 내용·한계 설정과 공용침해를 분리해서 파악하지 않는 입장은 어째서 법률 규정 없이도 직접 손실보상청구를 할 수 있다는 입장과 연결되는지에 대해서는 고민이 부족했다는 것이다. 경계이론과 분리이론을 소개하는 기존의 문헌들은 법원이 독자적으로 손실보상에 관한 결정을 할 수 없다는 점이 경계이론의 “핵심적인 내용”이라거나,<sup>13)</sup> “분리이론에 따르면”<sup>14)</sup> 법원에 대한 손실보상청구가 허용되지 않는다고만 하고 있을 뿐, 정작 어째서 그것이 핵심적인 내용이 되는지, 어째서 직접 손실보상청구를 할 수 없는 것이 내용·한계 설정과 공용침해를 분리하는 것의 논리적 귀결이 되는지에 대해서는 별다른 설명을 제시하고 있지 않다. 그러나 양 쟁점 간의 관계를 규명하는 것은 분리이론과 경계이론의 개념정의를 명확하게 하는 데 있어서 필수적이다.

결론적으로 말하면, 재산권의 내용·한계설정과 공용침해를 분리해서 파악할 것인지 여부는 보상규정 없는 공용침해의 경우 법원에 직접 손실보상청구를 할 수 있는지 여부와 논리적인 연관관계가 없다. 기존의 통설처럼 재산권의 내용·한계설정과 공용침해를 서로 연속된 제도로 파악하더라도 보상규정이 없는 공용침해가 발생했을 때 법원에 직접 손실보상청구를 할 수는 없으며 법률이 위헌·무효가 될 뿐이라는 입장을 취할 수 있으며, 반대로 재산권의 내용·한계설정과 공용침해를 서로 분리된 제도로 파악하더라도 공용침해를 받은 사람은 법률의 규정이 없더라도 직접 헌법규정에 의거해서 법원에 손실보상청구를 할 수 있다고 주장할 수 있는 것이다. ‘분리이론’이 본격적으로 논의되기 이전, 즉 ‘경계이론’이 헌법 제23조에 관한 유일한 해석론이었던 때에도, 보상규정 없는 공용침해의 경우에 법원에 대해 직접 손실보상을 청구할 수 있는지 여부를 놓고 직접효력설과 위헌무효설이라는 이름으로 견해가 대립하고 있었다는 사실이 곧 ‘분리’냐 ‘경계’냐 하는 문제와 보상 규정 없이 법원에 바로 손실보상청구를 할 수 있는가 하는 문제 사이에는 필연적인 연관관계가 없다는 점을 반증해 준다.

이처럼 ‘분리이론’·‘경계이론’이라는 명칭 하에 함께 다루어지는 두 가지 쟁점이 서로 논리적인 연관관계가 없다는 점을 고려했을 때, ‘분리이론’과 ‘경계이론’의 개념은 두 가지 쟁점 가운데 첫 번째 쟁점 부분, 즉 헌법상 재산권 규정의 구조를 연속적인 것으로 볼 것인지 아니면 단절된 것으로 볼 것인지에 대한 내용만을 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다.

개념을 사용하는 이유는 사유와 의사소통의 경제성을 확보하기 위해서이다. 의사소통의 경제성을 확보하기 위해서는 용어 그 자체의 어의(語義)와 그것이 지시하는 내용 간에 어떠한 연관관계가 존재함으로써 용어를 통해 지시내용에 대해 연상을 하는 것이 가능해야 한

12) 강현호, 앞의 글, p.79 참조.

13) 이덕연, 앞의 글, p.37.

14) 위의 글, p.39.

다. 예컨대, ‘긍정설’이라는 용어는 어떤 쟁점에 있어서 긍정하는 입장을 가리키는 것으로 쓰이는 것이 바람직하다. 그래야만 ‘긍정설’이라는 용어를 사용하는 당사자는 자신이 지시하고자 하는 내용에 대한 세세한 설명 없이 그 용어만을 사용함으로써 자신의 생각을 전달할 수 있게 되며, 이것이 바로 의사소통에 있어서 경제성의 확보인 것이다. 만약 ‘긍정설’이라는 이름으로 도리어 어떤 쟁점에 있어서 부정하는 입장을 지시하려고 한다면, 또는 그 쟁점에 대해 긍정하는 것 이외에 전혀 별개의 어떤 다른 내용까지도 지시하려고 한다면, ‘긍정설’이라는 용어를 사용하는 사람은 용어와 지시내용 간의 연관관계의 결여로 말미암아 지시하고자 하는 내용을 번거롭게 설명하지 않는 이상 의사소통이 성공하지 못할 지도 모른다는 불안에 시달릴 수밖에 없다. 의사소통의 경제성 확보에 실패하고 마는 것이다. 따라서 ‘분리이론’·‘경계이론’이라는 용어는 ‘분리’·‘경계’라는 말의 어의(語義)와 관련성을 갖는 내용만을 지칭하는 것으로 사용하는 것이 바람직하며, 따라서 ‘분리’·‘경계’라는 말로부터 연상되지 않는 ‘보상규정 없는 공용침해’ 문제는 분리이론과 경계이론의 개념에서 제외해야 한다.

또한 분리이론·경계이론의 일부로서 논의되었던 두 번째 쟁점은, 기존에 학계에서 이른바 ‘보상규정 없는 공용침해’ 문제로서 논의되고 있었던 쟁점과 그 내용이 중첩된다는 점도 고려할 필요가 있다. 분리이론과 경계이론은 ‘보상규정 없는 공용침해’ 논의를 대체하는 이론으로 취급되고 있지 않은데, 이로 인해 양 논의 간의 관계가 서로 정리되지 못하고<sup>15)</sup> 사실상 같은 논의가 중복해서 이루어지고 있다. 보상규정 없이도 법원에 손실보상청구를 할 수 있는지 여부와 관련된 문제는 분리이론·경계이론으로부터 떼어내어 기존의 논의에 흡수시킴으로써 논의상황을 명확하게 정리하는 한편, 기존에 이루어진 논의의 성과를 활용할 수도 있을 것이다.

### 3. 소결론

정리하자면, ‘분리이론’은 헌법 제23조의 해석에 있어서 제1항·제2항의 ‘재산권 내용·한계 설정’과 제3항의 ‘공용침해’를 분리되는 별개의 제도로 파악하는 입장이라고 정의하고, 이에 대응하여 ‘경계이론’은 헌법 제23조 제1항·제2항과 제3항을 서로 연속되어 있는 제도로 파악하는 입장이라고 정의해야 한다. 종래 분리이론의 내용에 포함되는 것으로 설명했던, ‘보상규정이 없는 경우에도 법원에 손실보상청구를 할 수 있는지 여부’의 문제는 ‘분리이론’의 개념 안에는 포함되지 않는 것으로 보고, 기존의 ‘보상규정 없는 공용침해’ 논의에 흡수시키는 것이 바람직하다. 그러므로 이하에서는 ‘분리이론’·‘경계이론’이란 용어는 이와 같은 개념 정의에 따라 사용하고, 보상규정이 없는 공용침해의 경우에도 법원에 손실보상청구를 할 수 있는지와 관련된 논의는 기존의 ‘보상규정 없는 공용침해’ 논의의 틀을 좇아서, 직접효력설, 위헌무효설, 보상입법부작위위헌설 등의 용어를 사용하여 대립하는 견해들을 지칭하기로 한다.

### 4. 헌법재판소와 분리이론의 수용

15) 가령 김문현, 앞의 글, p.11의 “대체로 직접효력설이나 유추적용설이 경계이론과 동일한 논리를 가진다면 위헌무효설은 분리이론에 가깝다고 할 수 있다”는 서술이 양 논의 간의 관계가 명확하지 못한 상황을 잘 보여 준다.

이와 같은 분리이론의 개념 정의를 바탕으로 보면, 헌법재판소가 분리이론을 수용하고 있는 것은 분명해 보인다. 대상결정에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 **입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서** 법질서 안에서 보호받을 수 있는 권리로서의 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이기도 하다(**헌법 제23조 제1항 및 제2항**)(강조는 인용자)”이라고 실시하고 있는데, 헌법 제23조 제3항에 대한 언급 없이 헌법 제23조 제1항·제2항만을 도시계획법 제21조의 근거규정으로 들고 있다는 점에서 양자를 서로 별개의 제도로 파악하고 있음을 읽어낼 수 있다. 또한 “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 **입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다**(강조는 인용자)”라고 실시한 부분은 분리이론을 전제로 한 이른바 ‘보상의무 있는 내용규정’에 관한 이론과 일치한다.<sup>16)</sup> 물론, 대상결정에서는 통상 경계이론에서 사용되는 ‘사회적 제약’이라는 표현을 사용하고 있어서 과연 분리이론을 수용한 것이라고 평가할 수 있는지 불분명한 점이 있는 것은 사실이지만,<sup>17)</sup> 이후 헌법재판소는 “헌법 제23조에 의하여 재산권을 제한하는 형태에는 재산권의 내용과 한계를 정하는 것과, 제3항에 따른 수용·사용 또는 제한을 하는 것의 두 가지 형태가 있다. 전자는 **입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것을 의미하고, 후자는 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것을 의미한다.**(강조는 인용자)”<sup>18)</sup>고 결정하여 분리이론을 취하였음을 더욱 명확히 하였다.

### III. 결부조항과 분리이론

앞서 보았듯이, 많은 문헌에서 말하고 있는 것과는 달리 분리이론을 채택한다고 해서 논리상 반드시 보상규정 없는 공용침해가 있는 경우에 위헌무효설을 취해야 하는 것은 아니다. 그럼에도 독일 연방헌법재판소가 자갈채취판결에서 분리이론과 위헌무효설을 하나의 판결에서 동시에 실시한 것은 사실이다. 기존의 독일 연방최고법원이 취하고 있던 경계이론을 따르면서도 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 없다고 판시하는 것이 가능하였는데도 불구하고 독일 연방헌법재판소가 기본법 제14조의 규정체계에 대한 해석론까지 변경했던 이유는 무엇이였을까?

그 이유는 독일 기본법 제14조 제3항이 이른바 결부조항에 해당한다는 점에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>19)</sup> 동 조항은 “공용수용은 단지 공공의 복리를 위하여만 허용된다. 그것은 보

16) ‘보상의무 있는 내용규정’의 자세한 내용에 대해서는 홍준형, 앞의 책, pp.316~320 참조.

17) 실제로 초기에 등장한 대상결정에 대한 평석 중에는 분리이론에 관한 언급을 전혀 하고 있지 않은 경우도 있다. 홍준형, 관례행정법, 두성사, 1999, pp.861~903 참조.

18) 헌재 1999.4.29 선고 94헌바37 결정; 헌재 2004.11.25 선고 2003헌가16 결정 참조.

19) 정하중, 앞의 글 p.82에서도 “독일의 연방헌법재판소가 공용수용개념을 형식화하게 된 또 다른 중요한 이유는 기본법 제14조 제3항 제2문의 부대조항(결부조항과 같음-인용자)과 관련하여 발생하는 문제점 때문이었

상의 방법과 범위를 정하는 법률에 의하여만 행해진다. 보상은 공익과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다. 보상 액수에 대한 분쟁에 대하여는 일반법원이 관할한다<sup>20)</sup>”라고 하여 수용 또는 수용 권한을 규정하는 바로 그 법률에 보상에 관한 규정까지 두어야 한다고 정하고 있는데, 이처럼 수용에 관한 규율과 보상에 관한 규율이 같은 법률에 존재해야 한다고 강제하는 조항이라는 뜻에서 동 조항을 결부조항이라 부른다. 기본법 제14조 제3항이 결부조항이기 때문에 의회는 수용을 법률로 규정하는 경우에는 언제나 보상에 관한 규정을 함께 두어야 한다.

그런데 경계이론을 전제로 하면서 보상규정이 없는 공용침해의 경우에도 직접 법원에 손실보상청구가 가능하다는 독일 연방최고법원의 입장(직접효력설)은 사실상 결부조항을 유명무실한 것으로 만들어 버리는 결과를 초래했다. 헌법상 결부조항의 규범력을 관철시킨다면 보상규정이 없는 법률은 위헌·무효일 수밖에 없는 것이다. 그러나 위헌·무효인 법률을 그대로 둔 채 법원에 손실보상청구를 함으로써 권리구제를 받을 수 있는 길을 열어 놓는다면, 법원의 판결에 의해 위헌인 법률의 합헌성이 회복되는 것과 같은 결과가 된다. 연방최고법원은 결부조항의 “의미와 중요성을 배제시켰으며, … 이러한 연방민사법원(=연방최고법원, 인용자)의 입장은 부대조항에 대하여 처음부터 엄격한 입장을 취하고 있었던 연방헌법재판소와의 갈등을 이미 내포하고 있었던 것이다.”<sup>21)</sup>

그러나 만약 독일 연방최고법원의 경계이론을 전제로 하면서 결부조항의 규범력 또한 관철시켜서 위헌무효설을 취한다면 결국 의회에게 사실상 불가능한 것을 요구하는 결과가 된다. 이는 경계이론이 확장된 수용 개념을 전제로 하고 있기 때문에 발생하는 문제이다. 고전적으로 수용은 “공공필요를 위하여 부동산이나 동산의 소유권을 국가 또는 공기업으로 이전하는 것”을 의미하였으나, 점차로 수용의 개념은 확대되어 재산권의 사회적 제약을 넘어서는 사용이나 제한 역시 보상의무를 발생시키는 수용으로 간주되기에 이르렀다.<sup>22)</sup> 이러한 확장된 수용 개념과 경계이론에 따르면, 재산권을 제한하는 법률 가운데 보상을 요하는 경우와 그렇지 않은 경우는 오로지 재산권에 가해지는 제약의 정도에 의해서만 구분되기 때문에, 재산권을 의도적으로 완전히 이전받는 협의의 수용뿐만 아니라 재산권에 어떤 형태로든 제약을 발생시키는 규율은 어느 것이나 결과적으로 보상을 요하는 공용침해에 해당할 수 있다. 이는 곧 입법자는 재산권에 어떤 형태로든 제약을 가하는 규율을 하는 경우에는 그 가운데 보상을 요하는 특별한 희생에 해당하는 경우를 모두 다 예상해서 그에 대한 정당한 보상제도 또한 함께 해야만 함을 의미하는데, 이 같은 입법은 고전적 의미의 수용개념 하에서라면 몰라도 재산권 제약 형태의 다양성과 더불어 ‘특별한 희생’ 개념의 애매모호함까지 어려움으로 작용하는 현재의 수용개념 하에서는 입법자의 능력을 벗어난다고 볼 수밖에 없다.<sup>23)</sup>

이러한 점에 미루어 볼 때, 연방헌법재판소는 자갈채취판결을 통해 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 없다는 입장(위헌무효설)을 취함으로써 결부조항의 규범력을 확보하는 한편, 법원이 위헌인 법률에 합헌성을 부여하는 법형성권을 행사하는 것에 제동을 걸고자

다.”라고 하여, 비록 자세한 설명은 하고 있지 않지만 자갈채취사건의 판결이유로 결부조항을 들고 있다.

20) 정하중, 앞의 글 p.59

21) 위의 글, p.63.

22) 수용 개념의 확대에 대해서는 위의 글, pp.60~62 참조.

23) 확장된 수용개념이 결부조항과 충돌하면서 발생하는 이 같은 문제에 대해서는 정하중, 앞의 글, pp.63~64 참조.

한 것이고, 이를 위해 독일 기본법 제14조 제3항의 수용 개념을 축소할 수밖에 없었던 것이라고 추론해 볼 수 있다. 자갈채취판결에서 연방헌법재판소는 사실상 고전적 의미의 협의의 수용 개념을 부활시키고 있는데, 동 조항상의 '수용'에 해당하는지 여부가 입법자가 선택하는 입법형식에 달려 있다고 함으로써 입법자가 언제 보상규정을 함께 규정해야 하는지 예측하는 것이 현실적으로 가능할 수 있도록 한 것이다.

이와 같은 추론에 근거해서 자갈채취판결의 내용을 다시 분석해 보면, 기존의 논의에서 말하는 것처럼 **분리이론을 채택했기 때문에 위헌무효설을 취하게 된 것이 아니라, 오히려 위헌무효설을 취하기 위해서 분리이론을 고안해 낸 것**이라는 결론에 이르게 된다.<sup>24)</sup> 위헌무효설을 관철시키면서 동시에 결부조항과의 관계에서 입법자에게 지나친 부담을 지우지 않기 위해서 결부조항의 적용범위를 협의의 수용으로 축소시킨 것이 바로 자갈채취판결이라고 볼 수 있다.

자갈채취판결의 판시내용 가운데 실천적인 관점에서 중요한 것은 분리이론을 채택했다는 점이 아니라, 독일 기본법 제14조 제3항으로부터 손실보상청구권이 도출되지 않는다고 함으로써 보상규정이 있는 경우에만 손실보상청구가 가능하다고 본 점, 즉 연방최고법원의 직접효력설을 정면으로 부인하고 위헌무효설을 취한 점이다. 후자의 판시는 재산권을 제한받은 당사자의 권리구제에 직접적으로 영향을 미치는 것이지만, 분리이론이나 경계이론이나 하는 문제는 당사자의 권리구제에 직접적으로 영향을 미치는 것이 아니기 때문이다. 분리이론은 순수하게 이론적 차원에서만 의미를 갖는 것으로써, 오히려 실천적인 차원의 문제인 위헌무효설을 뒷받침하는 도구로써 쓰이고 있을 뿐이다.

이상의 논의를 통해, 우리나라에서 분리이론을 수용하는 것이 타당한지에 대한 답을 내리기 위해서는 두 가지 문제에 대한 고찰이 필요하다는 것을 알 수 있다. 첫째, '보상규정 없는 공용침해'의 경우에 법원에 직접 손실보상청구를 하는 것을 허용해야 하는가? 만약 법원에 대해 직접 손실보상청구를 하는 것을 허용한다면, 헌법 제23조 제3항이 결부조항인지 여부와는 상관없이 보상규정 없는 수용법률의 위헌성은 사실상 문제되지 않을 것이다. 반면 법원에 직접 손실보상청구를 하는 것을 허용하지 않는다면, 두 번째 문제, 즉 헌법 제23조 제3항을 결부조항으로 해석해야 하는가 하는 문제가 떠오르게 된다. 만약 동 조항을 결부조항으로 해석한다면 독일 연방헌법재판소로 하여금 분리이론을 채택하게끔 한 것과 똑같은 상황이 발생한다. 즉 입법자의 입법기술상의 한계와 결부조항을 조화시켜야 할 필요성이 대두하는 것인데, 바로 여기에서 분리이론의 수용이 그 조화를 달성하기 위한 방책으로서 정당화될 수 있을 것이다. 이와 반대로 헌법 제23조 제3항을 결부조항으로 해석하지 않는다면, 반드시 분리이론을 수용할 필요성은 없다는 결론에 이를 가능성이 높다. 이 경우에는 오히려 입법부작위에 대한 헌법소원을 허용하는 것이 대안적 권리구제방법으로 등장할 수 있게 된다.

#### IV. 보상규정 없는 공용침해의 경우 권리구제방법

##### 1. 학설

24) 분리이론의 모체가 된 Dürig 의 견해는 애초에 “공용수용개념을 축소하고 형식화함으로써 부대조항과의 관계에서 발생하는 문제를 제거하는” 관심사에서 출발한 것이었다. 위의 글, pp.64~66 참조.

법률이 공용침해를 규정하고 있지만 그에 대한 보상규정은 두고 있지 않은 경우에 재산권을 침해받은 개인이 어떠한 구제방법을 취할 수 있는지에 대해서는 방침규정설, 직접효력설, 위헌무효설, 유추적용설, 그리고 보상입법부작위위헌설이 대립한다. 이들 학설은 구체적인 이론구성에 있어서는 차이가 있지만, 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 있는지 여부를 기준으로 봤을 때는 이를 긍정하는 견해(직접효력설, 유추적용설)와 부정하는 견해(방침규정설, 위헌무효설, 보상입법부작위위헌설)로 나눌 수 있다.<sup>25)</sup>

손실보상청구를 긍정하는 견해는, 무엇보다 재산권 침해를 당한 개인의 권리구제에 효과적이라는 장점이 있다. 반면 손실보상청구를 부정하는 견해는, 헌법 제23조 제3항의 문언과 특히 헌법 개정 연혁을 근거로 들어 긍정설을 비판한다. 즉, 1967년 헌법까지는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다”고 규정해서 헌법의 규정으로부터 직접 보상청구권이 도출된다고 해석할 여지가 있었던 반면, 1972년 헌법에서 보상은 법률로써 하여야 한다고 규정한 이래 같은 내용의 규정이 유지되고 있기 때문에, 명시적으로 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되”라고 규정하고 있는 현행 헌법으로부터 직접 보상청구권을 도출해 내는 것은 무리라는 것이다<sup>26)</sup>. 또한, 직접효력설은 법원과 헌법재판소, 그리고 국회 간의 권한배분 문제와 관련해서도 긍정설은 비판의 여지가 있다. 즉, 헌법 제23조 제1항 2문이 다른 기본권과는 달리 재산권의 내용과 한계를 정하는 것에 대해 국회가 입법형성권을 가진다는 점을 명시적으로 선언하고 있다는 점, 그리고 예산심의결정권을 갖는 것은 국회라는 점에서 국회와의 관계에서 법원이 손실보상청구에 대해 결정할 권한을 행사하는 것은 타당하지 않고, 헌법재판소와의 관계에 있어서도, 손실보상청구를 인정해 줌으로써 보상규정을 두지 않은 법률 또는 입법부작위의 위헌성 심사를 헌법재판소가 아닌 법원이 행하게 된다는 점에서 권한분배상 타당하지 않다는 것이다.<sup>27)</sup> 반면에 부정설은 긍정설을 지지하는 입장에서부터 당사자의 권리구제에 미흡하다는 점이 지적된다. 부정설 가운데 위헌무효설의 경우 취소소송 또는 국가배상청구를 통해 권리구제를 피할 수밖에 없는데, 취소소송의 경우 제소기간의 제한을 받게 된다는 점에서, 그리고 국가배상청구의 경우에는 공무원의 과실을 인정하기 힘들다는 점에서 실효성 있는 권리구제가 불가능하게 된다는 난점이 있다. 한편 보상입법부작위위헌설의 경우, 제소기간의 제한 문제는 발생하지 않고 입법이 행해진 뒤에는 실제로 보상을 받을 수 있게 되지만, 그렇다고 하더라도 직접효력설에 비해서는 우회적인 구제수단에 불과하다고 비판을 받고 있다.<sup>28)</sup>

## 2. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 대상결정에서 “도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 … 동래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반

25) 김동희, 앞의 책, pp.531~537 참조.

26) 실제로 대법원 역시 1972년 헌법개정을 계기로 직접효력설의 입장을 더 이상 유지하지 않고 있다. 김철용, 앞의 책, pp.439~440 참조.

27) 김문현, 앞의 글, pp.11~12 참조.

28) 김동희, 앞의 글, pp.535~537 참조.

된다”고 하면서, “도시계획법 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, **보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항**이므로, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것인바, 입법자는 되도록 빠른 시일내에 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있고, 행정청은 보상입법이 마련되기 전에는 새로 개발제한구역을 지정하여서는 아니되며, **토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 위 조항에 위반하여 행한 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수 없다**(강조는 인용자)”고 판시하였다. 헌법재판소는 보상에 관한 사항을 결정하는 것은 입법자의 몫이라고 하면서 입법형성권을 존중하고 있는 점으로 미루어 보아 위헌무효설을 취한 것이라고 판단된다. 물론 위헌무효설에 따르면 당사자는 취소소송을 제기함으로써 위헌인 법률에 근거한 수용처분을 다룰 수 있어야 함에도 불구하고 헌법재판소는 대상결정에서 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투 수도 없다고 했다는 점에서 위헌무효설과는 다른 내용의 입장을 표명한 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수도 있으나, 헌법재판소가 당사자의 취소소송 제기 가능성까지 부인한 이유는 헌법불합치결정이라는 결정형식을 취했기 때문이라고 봐야 할 것이다.<sup>29)</sup> 헌법불합치결정은 위헌성이 인정되는 법률이라고 하더라도 그 효력을 형식적으로 유지시킴으로써 법적 안정성을 도모하는 결정형식이다.<sup>30)</sup> 따라서 비록 헌법재판소가 도시계획법 제21조의 위헌성을 확인했다고 하더라도, 헌법불합치결정을 한 이상 도시계획법 제21조이 바로 무효가 되는 것은 아니고 형식적으로 동 조항의 효력은 유지된다. 그렇기 때문에 처분의 근거법률인 도시계획법 제21조의 효력이 없음을 전제로 하는 취소소송 역시 허용되지 않는 결과가 되는 것이다.

### 3. 검토

보상규정이 없는 경우에도 법원에 대한 손실보상청구를 긍정하는 견해는 당사자의 권리구제를 실효성 있게 보장하려고 한다는 점에서 충분히 존중할 만한 것이지만, 비판론에서 지적하는 것과 같이 헌법 문언상의 한계와 국회·법원·헌법재판소 간 권한배분의 문제라는 난점이 존재하는 이상, 현행 헌법의 해석론으로 채택하기에는 어렵다. 헌법재판소 역시 이와 같은 점, 특히 국회와의 권한배분 문제를 염두에 두고 손실보상청구를 불허하는 입장에서 서게 된 것이라고 생각된다. 법원에 대한 손실보상청구를 부정하는 견해에 따를 경우 당사자의 권리구제를 도외시하는 결과가 된다는 비판에 대해서는, 위헌무효설의 경우라면 모르되 보상입법부작위위헌설을 취하는 경우에는 직접효력설에 비해서 우회적이긴 해도 구제수단이 마련된다는 점에서 반론을 펴는 것이 가능하다. 보상규정 없는 경우에 손실보상청구를 허용하지 않음으로써 당사자의 즉각적 권리구제가 일정 정도 미흡해지는 것은 분명하지만, 국회의 예산심의결정권과 재산권에 대한 입법형성권을 고려할 때 이는 불가피한 결과라고 볼 수

29) 김문현, “도시계획법 제21조에 대한 위헌소원”, 헌법실무연구 제1권, 헌법실무연구회, 2000, pp.114~115. 김문현 교수의 발표문에 대한 토론에서의 황치연 헌법연구관보의 의견 참조.

30) 성낙인, 앞의 책, p.1109 참조.

밖에 없다.

## V. 헌법 제23조 제3항이 결부조항인지 여부

보상규정 없는 공용침해가 있는 경우 법원에 대해 직접 손실보상청구를 할 수 없다는 입장에 서게 되면, 분리이론을 수용할 것인지와 관련해서 헌법 제23조 제3항이 결부조항에 해당하는지에 대한 고찰이 필요하게 된다. 만일 동 조항이 결부조항이라고 보게 된다면, 입법자가 수용에 관한 법률을 제정하면서 보상에 관한 규정을 함께 두는 것이 현실적으로 가능하도록 이론적으로 보장하기 위해서 제23조 제3항의 공용침해(수용·사용·제한) 개념을 축소하는 것이 필요하고 따라서 분리이론을 도입하는 것이 타당한 해결책이 되기 때문이다.

국내에서는 헌법 제23조의 제3항이 결부조항이라고 보는 견해가 일반적이다. 그러나 이와 같은 견해는 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다고 생각한다.

첫째로, 독일 기본법 제14조 제3항과 헌법 제23조 제3항의 문언상 차이를 들 수 있다. 독일 기본법 제14조 제3항은 “공용수용은 보상의 방법과 범위를 정하는 법률에 의하여만 행해진다”고 하여, 명백하게 ‘공용수용’과 ‘보상의 방법과 범위’가 같은 법률에 규정되어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 헌법 제23조 제3항은 단지 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되”라고 규정하고 있을 뿐이어서, 수용·사용·제한과 보상이 반드시 동일 법률에 규정되어야 한다고 요구하고 있는 것은 아니다. 물론 헌법 제23조 제3항이 적극적으로 결부조항을 규정하고 있지 않다고 해서 그것을 결부조항으로 해석할 여지조차 없는 것은 아니지만, 문언상 결부조항으로 볼 적극적 이유가 없음에도 불구하고 결부조항으로 해석해야만 한다면 이를 정당화하는 다른 이론적·정책적 근거가 제시되어야 할 것이다.

결부조항을 두는 이유는, “사인의 재산권에 대한 수용은 법치국가적 절차에 따라 이루어져야 하며 헌법이 정하는 보상을 지급하여야 한다는 보장적 기능과 입법자에게 수용에 관한 법률을 규정하는 경우 보상의무를 규정하여야 함을 인식시키는 경고적 기능, 의회의 예산심의의결권을 보장하고 다른 기관, 특히 법원이 지급의무를 부과하여 의회를 구속하는 것을 방지하는 기능”을 보장하기 위해서라고 한다.<sup>31)</sup> 그러나 이와 같은 세 가지 기능은 굳이 결부조항을 두지 않더라도 충분히 확보할 수 있다. 헌법상 수용을 하는 경우에는 반드시 보상이 필요하다는 점만 명백하게 규정되어 있다면, 반드시 수용과 보상이 같은 법률에 의해 규율되지 않는다고 하더라도 사인의 재산권을 위법한 침해로부터 방지하는 보장적 기능은 발휘될 수 있다. 또한, 입법자에게 수용에 관한 법률을 규정하는 경우 보상의무를 규정하여야 함을 인식시키는 경고적 기능 역시, 결부조항을 두지 않더라도 수용을 하는 경우에는 반드시 보상에 관한 입법을 해야 한다는 헌법적 의무를 부과함으로써 충분히 달성할 수 있다. 즉, 이들 두 기능은 “수용과 보상은 같은 법률로 규정해야 한다”고 정함으로써 확보되는 것이 아니라, “수용을 하는 경우에는 반드시 보상에 관한 법률이(수용을 규정한 법률과 동일한 법률이든 별개의 법률이든 상관없이) 필요하다”고 정함으로써 확보되는 것이다. 그리고 마지막 ‘법원이 지급의무를 부과하여 의회를 구속하는 것을 방지하는 기능’ 또한, 결부조항

31) Nussgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S. 166. 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토 -소위 ‘분리이론’의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로-”, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004, p.13에서 재인용.

을 두어야만 확보할 수 있는 기능이 아니다. 이는 보상규정을 결여한 공용침해가 있는 경우 법원에 대해 직접 보상청구를 하지 못하게 함으로써 확보할 수 있는 것이다. 따라서 결부조항을 두어야 하는 이유로 제시된 세 가지 기능 중 어느 것도 타당한 논거가 되지 못한다.

오히려 결부조항을 두는 것은 앞서 본 것처럼 입법자에게 재산권에 대한 제한을 가하는 법률을 제정하는 경우 수용에 해당하는 경우를 사전에 예상해서 보상에 관한 규율도 함께 규정해야 한다는, 입법기술상 매우 큰 부담을 안겨 주게 된다. 또한 공공필요 요건을 비롯하여 적법한 수용이 되기 위한 요건이 모두 충족되었으나 단지 보상에 관한 규정만이 존재하지 않는 경우에, 보상규정이 없다는 이유만으로 재산권에 대한 제한 규정 자체의 효력까지 부인해 버리는 것은 과도한 사회적 혼란을 초래할 우려가 있다. 헌법재판소가 대상결정에서 헌법불합치결정을 내림으로써 개발제한구역 지정행위 자체의 효력은 다투지 못하도록 한 것 역시 이와 같은 사회적 혼란을 염두에 둔 조치였다. 애초부터 공공필요 요건이 충족되지 못한 공용침해와, 공공필요를 비롯한 기타 요건이 모두 충족되었지만 단지 보상규정만이 없는 공용침해의 경우는 분명히 구별되는데, 전자의 경우라면 재산권 제한 자체를 무효로 하는 것이 당연하고 아무런 문제도 없겠지만, 후자의 경우에는 보상규정의 미비만으로 재산권제한 자체의 효력을 부정하는 것은 바람직하지 못하다.<sup>32)</sup>

이처럼 결부조항을 두는 것이 갖는 긍정적 효과는 미약한 반면 부정적인 효과는 이처럼 큰 것이라면, 독일처럼 기본법상 결부조항으로 해석할 수밖에 없는 문언상의 한계가 존재하는 경우라면 몰라도, 헌법 제23조 제3항의 문언상 해당 조항을 결부조항으로 해석해야 할 적극적인 이유가 없는 이상, 헌법 제23조 제3항을 결부조항으로 보지 않는 것이 타당한 해석론이다.

## VI. 분리이론의 수용에 대한 평가

이상에서 살펴본 두 가지 문제, 즉 보상규정 없는 공용침해가 발생한 경우 법원에 직접 손실보상청구를 하는 것을 허용해야 하는가 하는 문제와 헌법 제23조 제3항을 결부조항으로 해석해야 하는가 하는 문제에 대한 논의의 결과를 바탕으로, 분리이론을 헌법 제23조 제3항의 해석론으로 채택하는 것이 타당한지에 대한 결론을 도출해 낼 수 있다.

헌법재판소가 대상결정을 효시로 하여 분리이론을 채택한 것에 대해서는 이를 긍정적으로 평가하는 입장도 있고<sup>33)</sup>, 부정적으로 평가하는 입장도 있다.<sup>34)</sup> 분리이론의 수용에 찬성하는 입장에서는 분리이론이 재산권의 내용을 우선적으로 ‘존속보장’으로 이해한다는 점에서 재산권의 내용을 ‘가치보장’으로 파악하는 경계이론보다 재산권의 자유보장적 기능에 합치한다는 점을 논거로 든다.<sup>35)</sup> 반면 분리이론의 수용에 반대하는 입장은 ‘수용’만을 규정한 독일 기본법 제14조 제3항과 달리 헌법 제23조 제3항은 수용뿐만 아니라 사용·제한까지 규정하고 있기 때문에 동 조항상의 공용침해를 협의의 수용으로 파악하기 힘들다는 점, 그리고

32) 같은 취지로 김문현, 앞의 글, pp.13~14 참조.

33) 한수웅, 앞의 글, p.29 이하; 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계규정”, 심천 계회열박사회갑기념논문집, 1995, p.271 이하. 한편 김문현, 앞의 글, p.1 이하는 분리이론의 도입에 긍정적인 것처럼 보이지만, 앞서 정의한 분리이론 개념에 따르면 반드시 입장이 명확하지는 않다.

34) 정하중, 앞의 글, p.57 이하.

35) 한수웅, 앞의 글, pp.36~37 참조.

분리이론에 의해 확립된 협의의 수용 개념이 사회적 제약과 특별희생의 구별의 어려움으로 발생하는 불명확성과 법적 불안정성을 해결하지 못했고, 도리어 재산권보장체계를 더 복잡한 것으로 만들었다는 점을 논거로 들고 있다.<sup>36)</sup>

우선, 분리이론은 재산권의 존속보장을 추구하는 입장인 반면 경계이론은 재산권의 가치보장만을 추구할 뿐인 입장이라는 주장은 타당하지 않다. 재산권의 보장은 존속보장을 원칙으로 하는 것이 당연하고 그런 점에서 존속보장이 가치보장에 비해 우선하는 것은 분명하지만, 분리이론에 의한다고 하더라도 언제나 존속보장이 확보되는 것은 아니다.

오히려 존속보장과 가치보장은, 분리이론과 경계이론의 문제보다는, 보상규정 없는 공용침해의 경우에 법원에 손실보상을 청구하는 것을 허용하느냐 허용하지 않느냐의 문제와 더 관련이 있다.<sup>37)</sup> 즉, 위헌무효설에 따르면 보상규정이 없는 공용침해의 경우에 재산권 제한 행위 자체를 취소소송을 통해 다룰 수 있기 때문에 재산권의 존속 자체가 보장되는 반면, 직접효력설에 따르면 공용침해를 수인하고 손실보상을 받는 것이기 때문에 가치보장에 그치는 것이라고 볼 여지가 있는 것이다. 그러나 이러한 식의 논리구성은 문제의 한쪽 면만을 보고 성급하게 결론을 내린 것에 불과하다. 위헌무효설에 따르면 재산권의 존속보장이 이루어진다는 주장은 타당하지 않다. 위헌무효설에 따르더라도, 재산권의 제한 그 자체는 공공필요에 의한 것으로서 정당하고 오로지 보상규정이 없는 점만이 위헌인 경우에는, 설사 (결부조항을 전제로) 재산권을 제한하고 있는 법률 자체가 위헌·무효가 된다고 하더라도, 입법자는 다시금 보상규정만을 더하여 같은 내용의 재산권 제한 법률을 제정해서 공용수용을 합헌적으로 진행할 수 있기 때문에, 재산권을 제한당하는 당사자가 누릴 수 있는 존속보장은 지극히 한시적인 것에 불과하다. 또한 직접효력설에 의하더라도, 최소한 과거 독일 연방최고법원이 확립한 법리에 따르면, 재산권 침해당 한 사람은 곧바로 손실보상청구를 하는 것과 당해 침해행위 자체의 효력을 취소소송을 통해 다투는 것 사이에 선택권을 갖는다. 따라서 직접효력설이라고 해서 반드시 존속보장을 도외시하는 학설이라고 비판할 수는 없는 것이다.

한편, 분리이론의 수용을 반대하는 입장에서 논거로 제시하는 헌법 제23조 제3항과 독일 기본법 제14조 제3항의 문언상 차이는, 어느 정도 타당성은 있으나 결정적인 논거가 되기에는 부족하다. 헌법 제23조 제3항에서 일부러 수용·사용·제한을 구별해서 모두 열거하고 있는 것은, 고전적 의미의 수용 개념이 아닌 확장된 수용 개념을 ‘수용·사용·제한’이라고 풀어서 규정한 것으로 해석하는 편이 자연스러운 것은 사실이다. 그러나 분리이론의 수용을 긍정하는 입장에서 주장하는 것처럼, 이러한 문언상의 차이가 분리이론에서 말하는 협의의 수용 개념을 채택하는 것을 완전히 불가능하게 만드는 것은 아니다. 분리이론에서 보상을 요하는 수용은 재산권의 전부 또는 일부를 전면적으로 박탈하는 것을 가리키는데, ‘재산권의 전부 또는 일부의 전면적 박탈’은 재산권에 대한 제약의 종류를 말하는 ‘수용·사용·제한’과 다른 차원의 개념으로서 양자는 서로 양립할 수 있기 때문이다.

이런 점을 감안하더라도, 헌법 제23조 제3항을 해석하는 데 있어서 분리이론을 수용할 이유는 없으며, 수용하는 것이 바람직하지도 않다. 어떠한 이론을 수용할 때에는 그렇게 함

36) 정하중, 앞의 글, pp.79~84 참조.

37) 앞서 분리이론과 경계이론의 개념을 정의하면서 보았듯이, 기존의 논의는 보상규정 없는 공용침해의 구제방법 문제를 ‘분리이론’과 ‘경계이론’의 내용에 포함되는 것으로 보았기 때문에 존속보장과 가치보장의 문제 역시 분리이론/경계이론과 관련성이 있는 것으로 파악되었던 것이다. 그러나 최소한 가치보장과 존속보장의 문제는 우리가 정의한 분리이론 개념에 따르면, 분리이론/경계이론 논의와는 직접적인 관련이 없다.

으로써 생기는 긍정적인 효과가 있어야 한다. 특히나 그 이론이 분리이론처럼 기존의 이론보다 법리를 더 복잡하게 만드는 것인 경우에는 더욱더 그렇다. 문제해결에 사용되는 법리(Dogmatik)의 틀은 간명할수록 좋다. 그것이 법리의 존재이유에 보다 부합한다. 법리는 결국 복잡한 양상으로 나타나는 구체적 분쟁을 좀 더 간편하게 해결할 수 있게 하기 위해 존재하는 것이기 때문이다.

독일에서 분리이론이 경계이론에 비해 갖는 복잡성에도 불구하고 재산권보장체계에 관한 일반적 해석론으로 자리를 잡게 된 것은, 기본법의 문언에 의해 명시적으로 규정되어 있는 결부조항의 규범력을 회복시키고 법원·헌법재판소·의회 간의 적절한 권한분배를 확립하는데 있어서 분리이론이 유용한 이론적 도구가 되었기 때문이다. 이론의 복잡성을 상쇄하는 보다 큰 긍정적 효과가 있었던 것이다. 그러나 우리나라에서는 사정이 다르다. 헌법 제23조 제3항은 결부조항으로 해석할 필요도 없고 그렇게 해석해서도 안 되며, 결부조항을 부정한다면 법원·헌법재판소·의회 간의 권한분배 문제는 다른 방법(보상입법부작위위헌설)에 의해 해결이 가능해지기 때문이다.

이처럼 이론의 복잡성, 그리고 헌법 문언상의 난점(그것이 결정적인 것은 아니라고 하더라도 난점은 분명 난점이다)은 분명한 반면 분리이론을 수용함으로써 얻을 수 있는 긍정적 효과는 불투명하다. 그러므로 헌법 제23조의 해석론으로 분리이론을 수용하는 것은 바람직하지 않으며, 기존의 통설인 경계이론이 여전히 재산권보장체제와 손실보상에 관한 이론 틀로서 타당성을 지닌다.

## VII. 보상입법부작위위헌설의 타당성

법원·국회·헌법재판소 간의 권한분배, 특히 헌법에 의해 국회에 예산결정권과 재산권에 대한 입법형성권이 부여되어 있다는 점을 고려해서 보상규정 없는 공용침해의 경우 법원이 직접 손실보상청구를 인용할 수는 없다고 보는 것이 타당하다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 보상규정 없는 공용침해의 경우 구제방법에 관한 학설 중 법원에 대한 손실보상청구를 부정하는 학설 가운데 위헌무효설을 취한다면 사실상 재산권의 제약을 받은 사람의 권리구제를 거부하는 결과가 되는 것 또한 사실이다.

국회의 헌법상 권한을 존중하면서도 당사자에게 실효적인 권리구제수단을 확보해 줄 수 있는 학설이 바로 보상입법부작위위헌설이다. 이 학설에 따르면, 보상규정이 없는 공용침해가 있는 경우 재산권 제한을 당한 당사자는 보상입법을 하지 않은 부작위의 위헌성을 다투는 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원)을 제기할 수 있다. 수용에 대한 근거법률은, 공공필요 기타 공용침해에 요구되는 요건을 충족시킨 이상 보상규정이 없다는 이유만으로 위헌이 되는 것은 아니다(결부조항 부정).

주지하다시피 헌법재판소는 입법부작위를 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 나누고, 진정입법부작위에 대해서만 헌법소원이 가능하다고 보고 있다.<sup>38)</sup> 진정입법부작위와 부진정입법부작위 간의 구별기준에 대해서 헌법재판소는 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우를 진정입법부작위로 보고, 입법자가 헌법상 입법의무에 따라 어떤 사항에 관하여 입법을 하였으나 그 입법이 당해 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경

38) 성낙인, 앞의 책, pp.303~304 참조.

우를 부진정입법부작위라고 보고 있다.<sup>39)</sup> 이러한 구별기준에 대해서는 이견도 있는데, 양적·절대적 흠결을 진정입법부작위로 보고 질적·상대적 흠결을 부진정입법부작위로 보자는 입장<sup>40)</sup>이 그 예이다.

어떠한 견해에 따르더라도 공용침해에 관한 법률을 제정하면서 보상에 관한 법률조항을 규정하지 않은 것은 진정입법부작위에 해당한다고 볼 수 있다. 공용침해와 보상은 서로 다른 '사항'에 해당한다고 이론 구성하는 것이 가능하기 때문이다. 공용침해와 보상은 그 규율 내용에 있어서 비교적 뚜렷하게 구별이 가능하기 때문에 헌법에 의해 입법의무가 부여된 전혀 별개의 사항이라고 보더라도 무리가 없다. 물론, 반드시 양자가 하나의 법률에 규정되어야 한다는 결부조항이 있다면 보상규정 결여가 입법의 불완전으로서 부진정입법부작위에 해당한다고 볼 여지가 있겠지만, 앞서 보았듯이 헌법 제23조 제3항은 결부조항으로 해석하지 않는 것이 타당하므로 이와 같은 문제도 발생하지 않는다.

보상입법부작위위헌설은 여러 가지 측면에서 이론적 강점을 갖는다. 첫째, 당사자의 권리구제수단을 사실상 봉쇄하는 위헌무효설과는 달리 당사자에게 입법부작위에 대한 헌법소원을 통해 권리구제를 도모할 수 있는 방법을 마련해 준다. 헌법재판소가 국회의 보상입법부작위가 위헌이라고 결정하면, 위헌결정의 구속력에 의해 국회에게 보상에 관한 법률을 제정할 의무가 발생한다. 국회가 보상법률을 제정하면 그 법률의 규정에 따라서 권리구제를 받으면 된다. 이러한 구제방법은 위헌무효설에 따른 구제와 비교했을 때, 입법부작위에 대한 헌법소원의 경우 제소기간이 적용되지 않는다는 점에서도 그 실효성이 큰 것이다.

둘째, 보상입법부작위위헌설은 국회와 법원, 그리고 헌법재판소 간의 권한분배 문제와 관련해서 적절한 해결책이 된다. 입법부작위위헌결정이 내려진 이후 국회는 보상의방법 및 범위에 대해 스스로 결정할 기회를 얻게 되므로 국회의 예산심의결정권과 재산권에 관한 입법형성권이 존중된다. 또한 국회의 입법부작위가 위헌이라는 판단은 헌법재판소가 하게 되므로 법률 또는 공권력행사·불행사의 위헌성 심사에 대한 헌법재판소의 권한도 존중된다. 보상입법부작위위헌설에 따른 구제는 국회의 입법을 기다려야 한다는 점에서 직접효력설에 따라 곧바로 법원에 손실보상을 청구하는 방법보다는 우회적인 것이 사실이지만, 직접효력설이 법원에 의한 국회와 헌법재판소의 권한침해 문제를 발생시키는 데 비해 보상입법부작위위헌설은 그러하지 않다는 점에서 직접효력설에 비해 우월한 이론구성이라고 볼 수 있다.

셋째, 헌법재판소가 대상결정에서 한 것처럼 헌법불합치결정을 이용한다면 보상입법부작위위헌설을 취하는 것과 동일한 결과에 이를 수는 있지만, 보상입법부작위위헌설에 의할 경우 재판의 전제성 문제가 해결된다는 점에서 대상결정에서 헌법재판소가 취한 입장에 비해 강점이 있다. 대상결정의 사건 가운데 89헌마214 사건과 90헌바16 사건은, 이미 개발제한구역 지정행위에 대해 불가쟁력이 발생한 상황이었기 때문에 재판의 전제성이 없다는 이유로 헌법재판소가 각하결정을 내렸어야 하는 것이었다.<sup>41)</sup> 실제로 헌법재판소처럼 위헌무효설의 입장에 설 경우, 공용침해행위에 불가쟁력이 발생한 경우에는 취소소송을 제기하고 근거법률에 대해 위헌제청을 하더라도 재판의 전제성이 없어 각하를 면치 못하게 된다. 이에 반해 보상입법부작위위헌설에 따를 경우에는, 입법부작위를 이유로 한 헌법소원은 재판의 전제성 문제가 발생하지 않기 때문에 공용침해행위가 있고 나서 오랜 시간이 지난 뒤라고 하

39) 헌재 1996. 10. 31 선고 94헌마108 결정.

40) 위 결정, 재판관 김진우, 이재화, 조승형의 반대의견.

41) 김문현, “도시계획법 제21조에 대한 위헌소원”, 헌법실무연구 제1권, 헌법실무연구회, 2000, p.111, 김문현 교수의 발표문에 대한 토론에서 윤진수 교수의 지적.

더라도 권리구제를 받을 수 있다.

## VII. 결론

헌법 제23조 제3항이 공용침해와 손실보상에 대해 국회에게 입법형성권을 부여한 점, 그리고 헌법상 예산심의결정권한을 갖는 기관은 국회라는 점을 고려할 때, 구체적인 보상의 방법 및 범위에 대한 법률의 규정이 없는 경우에 법원이 직접 손실보상청구를 인정하는 것은 헌법상 국가기관 간 권한분배체계에 타당하지 않다. 따라서 개발제한구역 지정으로 인하여 보상을 요하는 정도의 재산권 침해가 발생한 경우, 법원에 직접 손실보상청구를 할 것이 아니라 국회의 보상입법을 기다려서 권리구제를 피해야 한다는 대상결정의 판단은 정당하다. 다만 대상결정은 이러한 결론에 도달하는 과정에서 헌법 제23조의 해석과 관련하여 분리이론을 수용하고 있는데, 이는 타당하지 않다. 분리이론을 헌법 제23조 제1항·제2항상의 재산권의 내용·한계 설정과 제3항상의 공용침해를 서로 연속된 제도가 아닌 별개의 제도로 분리해서 파악하는 이론이라고 정의할 수 있는데, 동 이론은 결부조항인 독일 기본법 제14조 제3항과 관련해서 발생하는 난점을 해결하기 위하여 고안된 것이다. 그런데 헌법 제23조 제3항은 독일 기본법 제14조 제3항과는 달리 결부조항으로 해석해야 할 필요가 없으며 그렇게 해석하는 것이 바람직하지도 않다. 그러므로 헌법의 해석론으로 분리이론을 수용하는 것은 독일처럼 이론상의 난점을 해결해 주는 긍정적 효과도 얻지 못하면서 재산권보장체계를 복잡하게만 하는 결과를 초래할 뿐이다. 따라서 재산권 조항은 기존의 통설인 경계이론에 의하여 해석하는 것이 타당하며, 그런 점에서 대상결정은 결론은 타당하다고 하더라도 그 이론 구성상 문제가 있다.

경계이론에 의해 재산권의 내용·한계설정과 공용침해를 구분하고, 재산권의 제약이 특별한 희생에 해당하여 공용침해에 해당한다고 판단됨에도 보상규정이 마련되어 있지 않은 경우에는 보상입법부작위의 위헌성을 다투는 헌법소원을 통해 권리구제를 받도록 하는 것이 타당하다. 공용침해와 보상은 서로 내용상 구별되는 별개의 사항이라는 점, 그리고 헌법 제23조 제3항이 결부조항에 해당하지 않는다는 점을 고려하면 보상규정을 두지 않은 것을 진정입법부작위에 해당한다고 볼 수 있으므로 이에 대한 헌법소원을 적법하게 제기할 수 있다. 헌법재판소가 보상입법부작위를 위헌으로 결정하면 국회는 보상입법을 해야 할 의무가 발생하고, 공용침해를 당한 사람은 보상입법을 기다려서 그에 따라서 권리구제를 받으면 된다. 보상입법부작위에 대해 헌법소원을 제기하는 방법은 제소기간의 제한을 받지 않는다는 점에서 권리구제의 실효성이 확보되는 한편, 헌법상 국회·헌법재판소·법원 간의 권한분배체계에도 합치한다는 장점을 갖는다.

## [참고 문헌]

- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2005
- 김철용, 행정법 I, 박영사, 2003.
- 박균성, 행정법론(上), 박영사, 2005.
- 홍정선, 행정법원론(上), 박영사, 2006.
- 홍준형, 행정구제법, 한울아카데미, 2001.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2006.
- 강현호, “한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해석”, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003.
- 김문현, “도시계획법 제21조에 대한 위헌소원”, 헌법실무연구 제1권, 헌법실무연구회, 2000.
- 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토 -소위 ‘분리이론’의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로-”, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004.
- 이덕연, “보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 헌법재판소, 1997.
- 정하중, “헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 서강법학연구 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003.
- 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계규정”, 심천 계획열박사화갑기념논문집, 1995.
- 한수용, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 저스티스 제32권 제2호, 한국법학원, 1999.