

公用制限과 損失補償

임 호 정 *

김 원 보 **

I. 問題의 提起	III. 損失補償의 根據
II. 損失補償의 要件	1. 學說의 內容과 問題點
1. 公用制限	2. 結論
2. 公共의 必要	IV. 損失補償의 基準
3. 適法性	1. 憲法上의 補償基準
4. 補償規定	2. 公用制限으로 인한 損失補償의 基準
5. 特別한 犧牲	V. 結 論

I. 問題의 提起

자본주의국가에서 私有財産制는 그 존립의 기초가 되며, 이를 바탕으로 자본주의가 발전되어 왔다. 근대헌법에 있어서 자의적인 국가권력의 행사에 대한 사유재산의 보장이 그 기본원리의 하나로 규정하게 되었다. 그러나 이 원리를 바탕으로 한 자본주의국가에 있어서도 필연적인 사회국가 또는 복리국가적 요청에 의하여 개인의 동의없이 적법한 공권력의 발동으로 개인의 재산상의 손실을 가하지 않으면 공익목적을 달성할 수 없는 경우가 생기게 되었다. 그러나 이러한 공권력의 행사로 개인의 재산상의 손실이 가하여진 경우 그 손실의 전보가 요청케 되는 것이다. 즉 공공의 필요를 위하여 공권력의 행사로

* 본 학회 이사, 남성감정평가사합동사무소

** 본 학회 정회원, 남성감정평가사합동사무소

특정인의 재산권을 침해하고 그로 인하여 특정인에게 손실을 가한 경우에, 이를 본인의 부담으로 돌려야 할 사유가 있지 아니하는 한 손실보상을 함으로써 재산권보장의 실질로서 가치보장을 하는 것이 요청되고 있다.¹⁾

이와 같은 사유재산권의 보장과 공권력에 의한 재산권의 침해는 자본주의 체제유지의 원동력으로서 사적창의력을 극대화할 힘과 공동생활의 복지를 향상시킬 수 있는 국가공권력간에 원초적으로 풀기 어려운 갈등구조를 내포하고 있다. 이에 대한 헌법적 근거로서 우리 憲法 제23조에서는 사유재산권보장의 1차적인 요구인 존속보장의 근거로서 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 규정하고, 공권력에 의한 재산권침해와 그에 따른 사유재산권의 2차적인 요구인 가치보장의 근거로서 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급한다” 라고 규정하여 놓고 있다.

그런데 公用收用과 公用使用의 절차 및 그에 따른 손실보상에 있어서는 특별법에 특별히 규정되어 있는 것을 제외하고 그 일반법인 土地收用法이 직접 적용되나 公用制限에 있어서는 그 일반법이 없기 때문에 특별법에 특별히 규정되어 있는 사항을 제외하고 손실보상에 관하여 土地收用法이 준용될 수 있는 지가 문제된다. 특히 우리나라에서는 公用制限에 대하여서 재산권의 內在的인 制約(社會的制約)으로 보고 그 公用制限을 과하는 법률에서 손실보상에 관한 규정을 두고 있는 경우가 드물기 때문에 그 제한이 特別한 犧牲에 해당할 경우 손실보상을 할 수 있는 지가 문제된다. 또한 드물게 보상에 관한 규정을 두고 있는 경우에도 그 구체적인 기준이 설정되어 있지 아니하여 더욱 문제가 크다.

이와 같은 보상규정의 欠缺 또는 불충분한 부분에 대하여 보상이 가능한지와 가능하다면 그 기준은 어떠하여야 하는 지를 중심으로 그 대상의 일반적인 사항이라 할 수 있는 公用制限과 관련하여 이 문제를 검토하여 보고자 한다.

II. 損失補償의 要件

憲法 제23조제3항과 관련하여 손실보상의 요건을 나누어 보면 다음과 같다.

1. 公用制限

1) 金英勳 “行政上損失補償의根據및原因”, 「牧村金道稔博士古稀紀念 韓國公法の理論」, (목촌 김도창박사교회기념논문집간행위원회, 1993), 397면

손실보상이 이루어지기 위한 첫째의 요건은 公用收用·使用 또는 制限 중 하나에 해당하여야 한다.

公用制限에 대하여서는 표현하는 방법에 따라 약간의 차이가 있으나 일반적으로 특정한 公益事業 기타의 복리행정의 수행을 위하여 또는 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인의 재산에 과하여지는 공법상의 제한을 말한다. 여기서 특히 토지소유권에 대한 공용제한을 公用地役이라고 한다.

公用制限은 그 종류를 다양하게 나누고 있으나 일반적으로 그 목적 및 원인에 따라 公物制限, 負擔制限과 公用使用으로 나눌 수 있으나²⁾ 公用使用에 관한 손실보상에 대하여서는 土地收用法에 자세하게 규정되어 있어 본제와 관계가 적으므로 여기서는 公物制限과 負擔制限만 포함하는 것으로 한다.

위에서 공물제한은 개인의 소유에 속하는 특정한 물건이 특정한 공익목적에 위하여 필요한 경우에 그 필요한 한도안에서 소유권에 과하여지는 공법상의 제한을 말한다. 이는 다시 私有物·特許企業用財産 및 公的保存物에 대하여 소유권에 제한을 과하는 公物制限으로 나뉜다.

또한 부담제한은 특정한 공익사업 기타의 복리행정을 위하여서나 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 타인의 재산권에 대하여 일정한 공법상의 제한을 과하는 것을 말한다. 이는 다시 作爲義務 또는 受忍義務를 과하는 事業制限과 不作爲義務를 과하는 計劃制限으로 나뉜다.

2. 公共의 必要

손실보상의 원인이 되는 재산권에 대한 公用制限은 “公共의 必要”를 위하여 또는 “公益”을 위하여 행하여져야 한다. 이 점에 관하여 헌법은 “公共必要”를 위하여 재산권의 제한 등을 할 수 있음을 규정하고 있다.

2) 姜求哲, 「講義行政法Ⅱ」(학연사, 1994), 610면; 金南辰, 「行政法Ⅱ」(법문사, 1996), 510면; 李尙圭, 「新行政法論(下)」(법문사, 1995), 613면; 柳至泰, 「行政法新論」(신영사, 1997), 816면; 洪井善, 「行政法原論(下)」(박영사, 1997), 388면

公用制限의 종류는 학자에 따라 나누는 방법이 다르다. 공용제한의 종류는 당해 제한을 필요로 하는 공익상의 수요의 종류에 따라 計劃制限, 事業制限, 公物制限, 使用制限으로 나누기도 하고 [石琮顯, 「一般行政法(下)」(삼영사, 1996), 611면], 이 이외에 保全制限을 더들기도 하나 [金道昶, 「一般行政法論(下)」(청운사, 1992), 590면; 金東熙, 「行政法Ⅱ」(박영사, 1997), 308면; 朴鈺旻, 「最新行政法講義(下)」(박영사, 1997), 632면; 徐元宇, 「公用制限」, 「考試界」(1986년 6월호)(국가고시학회, 1986.6), 66면; 李鳴九, “신행정법원론”(대명출판사, 1997), 1176~1180면; 韓堅愚, 「行政法(1)」(홍문사, 1996), 177~181면], 計劃制限(不作爲負擔)과 事業制限(作爲負擔 및 受忍負擔)은 負擔制限에 포함되고, 保全制限은 公物制限인 것과 負擔制限인 것으로 나눌 수 있다.

헌법 제23조에 규정된 “公共必要”라는 개념이 자의적으로 해석되는 경우에는 公用制限 등의 적정성이 확보될 수 없기 때문에, 이에 대한 올바른 해석이 필요하다. 그러나 “公共必要”의 의미와 내용은 적극적으로 정의하기 어려우며, 또한 고정된 내용을 가지고 있는 것도 아닌 대표적인 不確定概念이라 할 수 있다.

따라서 公用制限 등을 통하여 얻어지는 이익으로서의 公益과 재산권자의 재산권행사에 따르는 이익으로서의 私益간의 이익형량을 통하여 “公共必要” 여부가 결정될 수 있으며, 그 경우 過剩禁止의 원칙(광의의 比例의 원칙)이 관계이익을 형량하기 위한 척도가 된다고 할 수 있다.³⁾

3. 適法性

손실보상의 원인으로서의 개인의 재산권에 대한 제한은 적법한 것이어야 한다. 여기에서 적법한 것이라고 함은 법률에 근거한 것임을 의미한다. 憲法도 公共必要에 의한 재산권의 收用, 使用, 制限은 “法律로써”하여야 함을 명시하고 있다. 여기에서의, “法律”은 國會에서 심의·의결된 형식적 의미의 법률을 뜻한다.

현재 公用制限에 관하여 규정하고 있는 법률은 아주 많다. 이와 같이 많은 법률에 근거하여 적법하게 개인의 재산권을 침해하는 것이, 손실보상의 중요한 요건으로 된다. 따라서 公權力이 법령에 위반하여 즉 違法하게 개인의 재산권을 침해한 때에는 國家賠償의 원인이 될 뿐, 손실보상의 원인은 되지 않는다

4. 補償規定

헌법은 公用制限에 대한 보상과 관련하여 “補償은 법률로써 하되, 정당한 보상이 지급되어야 한다”라고 규정하고 있다. 이와 같이 법률상의 보상규정에 입각하여 보상을 지급하는 것이 손실보상이므로, 보상규정이 법률상 존재하여야 한다는 것이 손실보상의 중요한 요건으로 된다. 그러나 많은 法律이 公用制限을 규정하면서 손실보상의 규정을 마련하여 놓고 있지 않은 바, 이 경우 손실보상이 가능한 지에 대하여서는 다음에 자세히 논한다.

5. 特別한 犧牲

3) 金南辰, 「行政法I」(법문사, 1997), 609~610면 ; 朴尙熙, “公用侵害의要件에 관한研究”(법학박사학위논문, 고려대학교대학원, 1993), 126~133면

손실보상의 요건이 충족되기 위하여서는 끝으로 다른 사람의 재산권에 대한 公用制限 등으로 인하여 “特別한 犧牲”이 발생하여야 한다. 여기에서 특별한 희생이란, 재산권의 “內在的인 制約 또는 社會的 制約의 한계를 넘어서는 犧牲”이라 표현할 수 있다.

그러나 구체적으로 특별한 희생과 사회적 제약을 어떠한 기준에 의하여 구분하느냐는 학설상 상당한 논란이 되고 있다.

양자의 구별기준에 관하여 현재 학설로서는 形式的基準說, 實質的基準說 및 折衷說이 있다.

가. 形式的基準說

형식적기준설은 재산권에 대한 侵害(收用, 使用 및 制限을 뜻한다)가 특정인 또는 특정한 집단에게 가하여짐으로써 일반인에게는 허용되지 않는 희생을 과하여 平等原則에 위배되는 재산권의 침해가 되는 경우인가 아닌가에 의하여 特別한 희생과 사회적 제약을 구분하는 기준을 찾으려는 입장이다. 이를 個別行爲說이라고도 하는 바, 이는 특별한 희생의 “특별”에 중점을 두고 그 침해받는 사람의 수를 기준으로 한 구분으로서 본래 특정인에 대한 個別的行政行爲를 통하여 公用侵害가 행하여진 것에서 비롯된 것이다. 재산권의 侵害를 받은 특정인이 일반인에게는 과하여지지 않는 희생을 당하고 있음을 이유로 “특별한 희생설”이라고도 한다.

나. 實質的基準說

실질적기준설은 目的違背說, 保護價値說, 受忍限度說, 私的效用說, 重大說 및 狀況拘束說 등 특별한 犧牲 중 “희생”에 중점을 두고 침해의 정도에 의하여 특별한 희생과 사회적 제약을 구분하는 기준을 찾으려는 입장이다.

(1) 目的違背說

목적위배설은 재산권을 침해하는 행위가 종래부터 있었던 재산권의 목적, 용도에 위배되는 성질에 해당하는 경우를 특별한 희생으로 본다. 반면에 침해행위가 개인의 재산권에 대하여 종래부터 있었던 목적·용도로 기능할 수 있도록 하는 성질의 것은 특별한 희생으로 보지 않는다. 이를 機能說이라고도 한다.

(2) 保護價値說

보호가치설은 재산권을 보호할 만한 가치가 있는 것과 그렇지 못한 것으로 나누어 보호할 만한 가치가 있는 재산권에 대한 침해만을 특별한 희생으로 보는 입장이다. 여기서 보호할 만한 가치가 있는지의 여부는 그 사회의 역사, 일반적 사상, 언어의 관용, 법률의 취지 등 여러가지 관련사실을 종합하여 판단하게 된다. 이를 保護價値性說이라고도 한다.

(3) 受忍限度說

수인한도설이라 함은 재산권의 본질적인 내용인 排他的 支配를 기준으로, 그러한 정도를 넘는 침해는 수인한도를 넘는 침해로서 특별한 희생으로 보는 반면, 그러한 정도를 넘지 않는 침해는 수인한도를 넘지 않는 것으로서 사회적 제약으로 보는 입장이다. 受忍限度性說, 期待可能性說 또는 受忍期待可能性說이라고도 한다.

(4) 私的效用說

헌법이 경제발전의 원동력으로서 사적창의와 사적이익, 즉 사적효용의 원리에 결정적인 중요성을 부여하고 있다는 기본적 인식 아래서, 사적효용의 원리를 본질적으로 침해하는 것은 특별한 희생에 해당하고, 사적효용의 원리를 존중하여 재산권의 기능에 적합한 이용을 확보하기 위하여 하는 침해는 社會的 制約이라는 입장이다.

(5) 重大說

중대설은 침해의 重大성과 범위를 기준으로 하여, 침해의 중대성과 범위에 비추어 개인이 수인할 수 없는 침해는 특별한 희생에 해당하고, 개인이 수인하여야 할 침해는 사회적 제약이라고 하는 입장이다. 重要說, 重大性說 또는 強度說이라고도 한다.

(6) 狀況拘束說

상황구속설이라 함은 토지이용제한에 있어서 보상의 여부를 결정하기 위한 이론으로서, 토지가 놓여 있는 위치·상황에 따라 나타나는 拘束性의 차이를 기준으로 특별한 희생을 인정하는 입장이다. 여기서 상황구속이란 토지를 가장 알맞게 이용하여야 하는 拘束을 말한다. 狀況拘束性說 또는 狀況의拘束性說이라고도 한다.

다. 折衷說

위에서 본 形式的基準說과 實質的基準說이 각각 일면적 타당성만을 갖는다는 전제 아래서 형식적기준과 실질적기준을 아울러 기준으로 하는 견해이며, 우리나라의 통설적 견해이다.⁴⁾

III. 損失補償의 根據

4) 이 문제를 법이론으로 해결하는 것은 불가능에 가까운 것이라는 견해도 있다: 金成洙 “行政上 損失補償의要件으로서公共의必要와特別한犧牲의再照明”, 「考試界(1996년 7월호)」(국가고시학회, 1996. 7), 133면

앞의 손실보상의 요건 중 보상규정(Ⅱ4.)에서 밝힌 바와 같이 손실보상이 되기 위하여서는 公用制限을 규정한 그 法律에서 보상의 요건과 방법을 규정하여야 한다. 즉, 우리 헌법 제23조제3항은 “公共必要에 의한 재산권의 收用, 使用 또는 制限 및 그에 대한 보상은 法律로써 하되, 正當한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법의 규정에 따라, 개별법이 公用制限에 관한 법률적 근거와 그 일반적 요건을 규정함과 동시에, 그에 따르는 손실에 대한 보상규정을 두어야 함에도 많은 법률⁵⁾이 公用제한은 규정하고 있으면서도 그에 따른 보상규정은 두고 있지 않고 있어, 이 경우 재산권의 침해를 받은 개인이 보상을 청구할 수 있는지 여부가 正當한 보상원칙을 규정하고 있는 헌법 제23조제3항과 관련하여 문제된다. 이 문제에 관하여는 方針規定說, 直接效力說, 違憲無效說 및 類推適用說로 입장이 나뉘어 있다. 그 내용과 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

1. 學說의 內容과 問題點

가. 方針規定說

방침규정설은, 손실보상에 관한 헌법 제23조제3항의 규정은 規範的 效力이 없는 것으로서, 입법에 대한 方針規定에 불과하다고 한다. 따라서 관계법에 재산권의 내재적 제약을 넘는 제한을 정하면서도 그에 따른 보상규정을 두고 있지 아니한 경우에도 당해 토지 소유자 등은 그로 인한 손실을 수인할 수 밖에 없다고 본다. 이 설은 헌법상의 손실보상에 관한 규정은 사유재산권보장의 理念을 천명한 것에 불과하다는 논리에 입각하고 있는 것이다.⁶⁾ 立法方針說, 立法指針說, 立法方針規定說 또는 프로그램의規定說이라고도 한다.

그러나 재산권이 가지는 자본재와 생활재로서의 기능을 고려하면 이러한 재산권의 보장을 기본원칙으로 하고, 공공필요상 부득이한 경우 그에 대한 침해에 보상원칙을 규정하고 있는 헌법 제23조제3항의 규정을 단순한 입법이 지향하여야 할 “프로그램”적 규정으로 보고 그 실효성을 입법자의 의도 내지 자의에 맡기는 것은 적어도 資本主義를 기초로 하는 自由民主主義的 法治國家에서는 받아 들일 수 없다.

나. 直接效力說

직접효력설은 손실보상에 관한 헌법규정을 국민에 대하여 直接的 效力을 가지는 實效的 規範으로 보아, 관계법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법 제23조제3항에 의하

5) 박영도 등, “現行公用侵害法制의現況과改善方向”(한국법제연구원, 1992), 90~103면

6) 丘秉朔, 「新憲法原論」(박영사, 1996), 694면

여 보상을 청구할 수 있다고 보고 있다.⁷⁾ 국민에 대한 直接效力說이라고도 한다.

그러나 이 설은 “공공필요에 의한 財産權의 收用, 使用 또는 制限 및 그 補償은 법률로써 하되”라고 규정하고 있는 헌법 제23조제3항의 명문규정에 반하는 것이라는 점이 기본적인 문제점이다.⁸⁾

즉, 헌법 제23조제3항의 文理的 解釋에 따르는 경우 직접효력설은 확실히 이 규정에 반하는 것으로 그 타당성은 인정될 수 없는 것이라고 하지 않을 수 없다.⁹⁾

다. 違憲無效說

위헌무효설은, 헌법 제23조제3항은 입법에 대한 방침규정에 그치지 아니하고 實效의 規範으로서의 성격을 가지는 것이나, 그 규정방식으로 인하여 국민과의 관계에서 직접적 효력을 인정할 수는 없고, 보상규정을 두지 아니한 법률은 이 헌법규정에 위배되는 것으로서 違憲·無效로 된다고 한다. 그에 따라 당해 법률에 의한 재산권의 침해는 법률상의 근거가 없는 것이 되므로, 관계인은 국가 등에 대하여 國家賠償法에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.¹⁰⁾ 이 설을 違憲說 또는 立法者에 대한 直接效力說이라고도 한다.

그러나, 國家賠償法에 의한 국가 등의 배상책임의 성립은 객관적 책임요건으로서 가해행위의 위법성과 그에 있어서의 주관적 책임요건인 공무원의 過失을 그 기본적 요건으로 하고 있다. 이러한 국가배상법상의 배상책임의 성립요건과 관련하여 위헌무효설은 보상규정을 두지 아니하고 특별한 희생을 부과하고 있는 관계규정은 憲法 제23조제3항에 반하는 것으로 위헌·무효인 것이므로, 그 침해는 법률상 근거가 없는 위법한 침해이기 때문에 그 위법성 요건의 충족에는 전혀 문제가 없다고 보나 공무원의 過失이 인정될 수 있는 지에 대하여는 우리 학설·판례의 입장과 같이 이를 주관적 관념으로 파악하는 한 이를 부정할 수 밖에 없다. 그 이유는 행정은 법의 집행이므로, 공무원이 법률을 성실하게 적용하여 개인의 재산권에 대한 침해적 처분을 한 경우에 있어, 당해 법률이 궁극적으로 違憲으로 결정되어 무효로 됨에 따라 당해 처분이 법률상 근거가 없는 위법한 처분으로 되어도, 그러한 위법한 처분에 이르는 과정에 있어 공무원에게 過失이 있었다고 볼

7) 金東熙, 「行政法(Ⅰ)」(박영사:1997), 481~482면; 홍준형, 「행정구제법」(도서출판한울, 1995), 99~105면; 金東熙, “補償規定없는法律에기한財産權侵害에따른損失補償의問題”, 「心泉桂禧悅博士華甲紀念論文集 公法學의現代的地平」(박영사, 1995), 735~737면; 朴均省, “損失補償規定欠缺時의公用侵害에대한權利救濟”, 「行政上損失補償의主要向題」(박영사, 1997), 501면

8) 金道稔, 「一般行政法論(上)」(청운사, 1992), 658면; 李尙圭, “新行政法論(上)」(법문사, 1997), 643면; 朴鈺旿, 「最新行政法講義(上)」(박영사, 1997), 697면; 柳至泰, 전게서, 367~368면; 鄭夏重 「獨逸Bonn 基本法14조상의附帶條項(Junktimklausel)의意味와韓國憲法제23조3항의解釋(下)」 「司法行政(1992년 10월호)」(한국사법행정학회, 1992.10), 34면

9) 金東熙, 전계 논문, 735면

10) 金道稔, 전게서, 657면; 李尙圭, 전게서, 644면; 朴鈺旿, 전게서, 698면; 劉尙炫, 「韓國行政法(上)」(도서출판한인, 1996), 491면; 柳至泰, 전게서, 371면

수는 없는 것이기 때문이다. 이러한 경우는 違法·無過失의 경우로 되어 국가배상법 제2조에 의하여 국가 등의 배상책임은 인정되지 않게 된다.

우리 판례도 그 해석이 어려운 法令에 있어 그 구체적 적용이 결과적으로 위법한 것으로 판정되어도 그에 대하여 공무원의 과실은 없다고 보아 배상책임을 부인하고 있다.¹¹⁾

라. 類推適用說

유추적용설은, 관계법에 의한 公用侵害에 대한 보상규정이 없는 경우에는 헌법 제23조 제1항(財産權保障) 및 제11조(平等原則)에 근거하여, 헌법 제23조제3항의 類推適用에 의하여 보상을 청구할 수 있다고 본다. 이 설은 收用類似侵害의 법리에 따라 문제를 해결하려는 견해¹²⁾로 제3설, 間接效力說, 間接的效力規定說, 法官에 대한 直接效力說 또는 收用類似侵害說이라고도 한다.

이 설에서는 헌법 제23조제1항과 제11조에 근거하면서 다시 헌법 제23조제3항의 類推適用에 의하여 피해자는 보상을 받을 수 있다고 하고 있다. 따라서 이 설에서는 결국 收用類似侵害의 법리에 의하여 보상문제를 해결하려는 것으로, 앞서 들고 있는 헌법 제23조제1항 및 제11조는 보상의 구체적 근거는 아니고 보상이 지급되도록 하는 논거에서 이론적 근거로 제시하고 있는 것이다. 이 설은 收用類似侵害의 법리에 의하여 보상문제를 해결하려는 입장으로, 보상규정이 없는 관계법에 의한 개인의 재산권침해는 違法(헌법에서 재산권의 침해에는 당연히 보상하도록 규정하여 놓고 있음에도 개별법에서 재산권을 침해하는 규정을 두면서 그에 대한 보상규정을 두고 있지 않는 것은 그 법이 위헌이라는 의미에서의 위법을 뜻한다)한 것이라는 전제하에서, 이러한 위법한 재산권침해는 헌법 제23조제3항의 類推適用을 그 내용으로 하는 것으로서의 수용유사침해의 법리에 의하여 전보될 수 있다고 한다.

수용유사침해의 법리는 독일의 학설·판례에 의하여 정립 발전된 것이다. 이 법리는, 초기에는 법률에 의한 처분 등에 의하여 개인의 토지 등의 재산권에 사회적 제약을 넘는 특별한 희생이 가하여졌으나, 당해 법률에 보상규정이 없는 경우, 그러한 손실을 보상하여 주기 위하여 연방통상(최고)법원의 판례에 의하여 정립된 것이다. 즉 독일의 기본법 제14조제3항은 재산권에 대한 침해와 그 보상은 법률로써 하도록 규정되어 있어, 법률이 재산권의 수용·사용 또는 제한을 규정하면서 그에 대한 보상규정을 두고 있지 아니하

11) 대법원 1973.10.10 선고 72다2583 판결 : 1994.11.8 선고 94다26141 판결 : 1995.7.14 선고 93다 16819 판결 : 1995.10.13 선고 95다32747 판결 : 1996.11.15 선고 96다30540 판결 : 1997.5.28 선고 95다 15735 판결

12) 姜求哲, 「講義行政法(Ⅰ)」(학연사, 1995), 741면; 金南辰, 전거 行政法, 605면; 朴坪準, “公用制限과損失補償”, 「佑齊李鳴九博士華甲紀念論文集 現代行政法學理論」(고시연구사, 1996), 569면; 石琮顯, 「一般行政法(上)」(삼영사, 1997), 671면; 韓堅愚, 「行政法(1)」(홍문사, 1997), 669면; 洪井善, 「行政法原論(上)」(박영사, 1997), 516~517면; 權寧星, 「憲法學原論」(법문사, 1997), 494·541면; 許營, 「憲法理論과憲法」(박영사, 1997), 611~613면

면, 손실보상은 받을 수 없는 것으로 보고 있다. 그러나 이 경우 당해 법률은 기본법 제 14조제3항에 반하여 違憲이므로 무효로 되고, 그에 따라 이 법률에 의한 처분도 위법한 것이 된다. 따라서 이 경우에는 손실보상이 아니라 일응 손해배상을 청구할 수 있을 것으로 보이나, 당해 법률을 집행한 공무원에 과실이 있다고는 할 수 없는 것이므로, 결국 이 경우의 재산권의 침해행위는 이른바 違法·無過失의 침해행위가 되어, 손해배상도 청구할 수 없게 된다. 이러한 부당한 결과를 배제하기 위하여, 연방통상법원은 기본법 제14조제3항에 준거하면서 동조에 의하여 適法한 재산권침해가 보상되고 있고 보면, 違法한 침해는 전보되어야 하는 것이 당연하다는 법리(당연해석)에서 정립하게 된 것이다.

수용유사침해의 법리는, 그 초기에는 공용수용의 모든 요건을 충족하나 보상규정이 없는 경우에만 인정되었던 것이나, 이후는 공익목적에 위한 違法한 재산권의 침해에 대하여 일반적으로 인정되게 되었다. 이러한 수용유사침해의 법리는 過失을 주관적 관념으로 파악하는데 따라 필연적으로 발생하는 違法·無過失의 행위에 의한 재산권침해를 전보하여 주는데에 그 기본적의의가 있는 것이다.

이와 같이 이 이론은, 초기에는 기본법 제14조제3항에 준거한 것이었으나 연방헌법재판소가 1981. 7. 15의 자갈채취사건의 판결에서 기본법 제14조제3항상의 收用은 관계법률에 보상규정이 있는 경우에 한정되는 것이고 관계법률에 보상규정이 없는 경우에는 기본법 제14조제3항을 직접 근거로 하여 보상을 청구할 수는 없다고 결정함에 따라, 연방통상법원은 慣習法으로 존속하고 있는 犧牲補償의 법리에서 그 근거를 찾고 있다. 따라서 이 법리는 독일에서는 不文法的原理로서 계속 통용되고 있는 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 類推適用說은 관계법에 보상규정이 없는 경우 독일에서 불문법적 원리로서 犧牲補償의 법리를 적용하여 수용유사침해의 법리에 의하여 보상될 수 있다고 보고 있는 것이나, 犧牲補償의 법리가 불문법적 원리로 인정되고 있지 않은 우리나라에서는 이 이론에 입각하여서도 개별법에 公用制限을 규정하면서 보상규정을 두고 있지 않은 경우 그 손실을 전보받을 수 없다는 데에 적용의 한계가 있다.¹³⁾

13) 鄭夏重, 전계 논문, 37면; 鄭夏重, "收用類似的侵害制度", 「考試研究(1994년 3월호)」(고시연구사, 1994.3), 110면; 柳至泰, 전계서(1995년도판), 354면; 金鐵容, "計劃制限과損失補償의實定法的根據再論", 「行政上損失補償의主要問題」(박영사, 1997), 92면; 朴省均, 전계 논문, 507면

類推適用說을 주장하는 입장에서는 우리나라에 犧牲補償의 법리가 존재하지 않기 때문에 憲法 제23조제1항 및 제11조를 그 근거로 제시하고 있으나, 이 학설의 발원지인 독일에서도 우리나라의 憲法 제23조와 유사한 내용을 담고 있는 기본법 제14조가 관계법률에 보상규정이 없는 수용에 대한 손실보상의 근거가 될 수 없다고 하는데, 유독 우리나라에서는 헌법의 규정에서 손실보상의 근거를 찾을 수 있는지와 國家填補制度를 2원화하여 違法을 원인으로 한 것은 손해배상으로, 適法을 원인으로 한 것은 손실보상으로 하고 있는 현행제도상, 違法·無責에 의한 재산권의 침해를 손실보상으로 처리될 수 있는지에 대하여서도 많은 논란이 있다.

2. 結論

현대법치국가의 법원리상 손실보상을 하는 것은 당연한 것이고, 보상의 내용만을 법률로 정한다는 뜻으로 헌법의 규정을 이해하기 때문에 헌법의 규범성을 부인하면서 개별법에 보상규정이 없으면 보상할 수 없다는 方針規定說은 설득력을 잃고 있다.

따라서 손실(손해)전보에 관한 헌법의 규범성을 긍정하는 직접효력설, 위헌무효설 및 유추적용설에 대하여 최근의 관례를 중심으로 검토하고자 한다.

첫째, 直接效力說을 지지하는 입장에서는 헌법 제23조제3항의 규정에 문언상으로는 보상을 “法律로써”하게 되어 있으나 이는 보상의 구체적인 내용이나 방법을 법률에 유보한 것이지 보상여부까지를 법률에 유보한 것은 아니라고 한다. 그러나 대법원에서는 다음과 같이 판시하여(1993.7.13 선고 93누2131 판결), 보상의 여부까지도 법률에 유보한 것이라는 입장을 취하여 이 설의 주장을 일축하고 있다.

… 헌법 제23조제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있는 바, 이 헌법의 규정은 보상청구권의 근거에 관하여서 뿐만 아니라 보상의 기준과 방법에 관하여서도 법률의 규정에 유보하고 있는 것으로 보아야 하고, 위 … 토지수용법과 지가공시및토지등의 평가에관한법률의 규정들은 바로 헌법에서 유보하고 있는 그 법률의 규정들로 보아야 할 것이다.

둘째, 대법원은 보상의 지급없이 재산권을 수용·사용 또는 제한하는 것은 위헌이라는 것을 전제로, 埒外地(제방과 제방 사이의 하천구역)가 국유화되도록 규정되어 있는 하천

또한 “원래 類推適用이라는 것은 유사한 두 개의 대상이 유사한 조건아래 놓여 있는 경우에, 그 중 하나의 대상에 대한 적용법규를 적용법규가 정하여져 있지 아니한 다른 대상에 대하여 적용함으로써 법률혼결의 공백을 메우려고 하는 것이다. 다시 말하면 유추적용은 유사한 대상간에만 있을 수 있으며, 동일한 대상간에는 그것이 처하여 있는 여건이 다르다고 하더라도 직접 적용의 여부만이 논의될 수 있는 것이며, 유추적용의 문제는 생기지 않는다. 그런데 헌법 제23조제3항은 재산권의 수용·사용 또는 제한이라고 하여 재산권이라는 포괄적인 표현을 하고 있기 때문에 재산권이 대상으로 되는 한 헌법 제23조제3항의 직접적용의 여부만이 문제되며, 유추적용의 대상은 될 수 없는 것이다. 그런데 이른바 類推適用說에서는 대상이 동일한 재산권이며, 양자간에 適法과 違法의 차이가 있다고 하면서도, 결과적으로 적법한 작용에 대하여 정한 헌법규정이 위법한 행위에 類推適用된다고 주장하고 있는 점에서 법의 해석적용의 원리상 수용하기가 어렵다고 하겠다. 헌법 제23조제3항과 관련하여 유추적용의 논의가 나올 수 있는 것은 헌법이 직접 규정하고 있지 아니한 非財産權의 침해, 즉 생명·신체의 침해에 대하여서만이라고 할 것이고, 재산권에 대하여서는 헌법 제23조제3항이 국민에 대하여 直接適用된다고 보는 直接效力說을 취하는 경우, 법률의 차원에서만 발생할 수 있다고 하겠다. 원래 유추적용은 형법에서는 물론이고 다른 법분야에서도 매우 제한적이어야 하며, 넓게 인정할 때에는 법의 해석적용의 범위를 넘어서 立法作用이 되어 허용될 수 없다고 할 것이다”라고 형식논리적인 입장에서 이 설을 비판하는 견해도 있다. [朴毓旿, 전거서(上), 695~696면]

법에는 이 경우 보상을 지급하도록 하는 명문의 규정은 없으나 하천법(제74조, 제75조)의 손실보상요건은 열거규정이란 보다는 예시규정이라고 보아야 하기 때문에 제외지의 국유화에는 손실보상 규정을 유추하여 보상을 행할 수 있으므로 제외지의 국유화는 헌법에 위반되지 않는다고 다음과 같이 판시하여(1985.11.12 선고 84카36 결정), 위헌무효설의 전제요건을 긍정하고 있다.

... 하천법 제2조제1항제2호 다목의 해석상 제외지는 관리청에 의한 지정처분 없이도 법률의 규정에 의하여 당연히 하천구역이 되고, 따라서 국유지로 되는 것이나 ... 그 보상에 관하여는 동 법 제74조제1항이 제2조제1항제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정으로 인하여 입은 손실의 보상에 관하여만 규정하고 있을 뿐 동 다목에 의하여 당연히 하천구역으로 되는 토지 즉 제외지에 대하여는 보상규정이 빠져 있으며, 손실보상에 관한 동 법 제74조, 제75조의 어디에도 제외지의 보상에 직접적으로 적용될 수 있는 규정이 없 ... 다. 그러나 재산권의 수용, 사용, 제한은 공공필요가 있을 경우에 법률로써 하되 반드시 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제22조제3항을 염두에 두고 하천법의 관계규정을 종합적으로 검토하여 볼 때 위 제74조, 제75조의 손실보상요건에 관한 규정은 보상 사유를 제한적으로 열거한 것이란 보다는 예시적으로 열거한 것이고 따라서 위에서 본 제외지의 국유화와 같이 직접적인 보상규정이 없는 경우라 하더라도 위 제74조, 제75조의 규정을 유추하여 그 손실에 대한 보상을 행하여야 하는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이다. 이렇게 본다면 하천법 제2조제1항제2호 다목에 의한 제외지의 국유화는 법률에 의한 보상을 수반하는 것이어서 헌법 제22조제3항에 위반된다고 할 수 없다 ...

그러나, 대법원에서는 보상이 따르지 않는 재산권의 제한을 규정한 법률이 헌법재판소의 위헌결정이 내려지기까지는 그 법률의 집행이 결과적으로 부당집행이 되더라도 국가배상법상 공무원의 過失을 인정할 수 없다고 최근까지 다음과 같이 판시하여(1997.7.11 선고 97아7608 판결), 보상이 없는 재산권의 수용·사용 또는 제한에 대하여 손해배상을 청구할 수 없게 되어 위헌무효설의 한계성을 드러내게 되었다

... 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이다. 왜냐하면 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분당시 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특단의 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고는 할 수 없기 때문이다(대법원 1973.10.10. 선고 72다2583판결 참조).

셋째, 유추적용설은 다른 학설의 문제점(특히 위헌무효설에 있어서 공무원의 과실책임의 문제)을 해소하기 위한 노력에서 출발된 것으로 그런 면에서의 공적은 높이 평가받아 마땅하나, 헌법재판소에서는 국가전보제도를 2원화하여 위법을 원인으로 한 것은 손해배상으로, 적법을 원인으로 한 것은 손실보상으로 예정하고 있기 때문에 위법을 원인으로 한 행위에 대하여서는 손실보상청구권을 인정할 수 없다고 다음과 같이 판시하여(1997.3.27 선고 96헌바21 결정), 적법·무과실에 손실보상이 주어진다면 당연히 위법·무

과실에 대하여서도 손실보상이 이루어져야 한다는 유추적용설의 기본적인 논리를 부정하고 있다.

… 공권력의 작용에 의하여 재산권이 침해된 경우 그 손실(손해)을 어떠한 제도에 의하여 전보할 것인가 하는 것은 기본적으로 立法政策의 문제라고 할 것인 바, 우리 憲法은 제23조제3항과 제29조제1항에서 … 그 침해가 적법한 경우에는 손실보상제도에 의하여, 위법한 경우에는 국가배상제도에 의하여 손실(손해)을 전보하도록 하는 2원적 제도를 택하고…있다. 위와 같은 손실(손해)전보제도로서의 손실보상과 손해배상의 양 제도는 그 연혁과 성격을 달리하는 것으로 각각 독자적이고 별개의 발전과정을 거쳐왔으며 나라에 따라 실정제도 측면에서 다른 점은 있을지라도 근대적 법제를 가진 여러나라는 양 제도의 위와 같은 구별을 전제로 행정상손실(손해)전보제도를 두고 있다. … 공권력의 작용에 의한 손실(손해)전보제도를 손실보상과 국가배상으로 나누고 있는 우리 헌법 아래에서는 불법사용의 경우에는 원래 국가배상 등을 통하여 문제를 해결할 것으로 예정되어 있고 기존 침해상태의 유지를 전제로 보상청구나 수용청구를 함으로써 문제를 해결하도록 예정되어 있지 않으므로 … 적법한 사용의 경우에 한하여 수용청구권을 인정하고 있다고 하여 입법재량의 한계를 일탈한 것이라고 할 수는 없다.¹⁴⁾

따라서 公用制限을 규정한 개별법률이 보상을 규정하여 놓고 있지 않으면 우리의 현행 제도상의 해석론으로는 그 소유자 등이 그 침해에 대하여 보상을 받을 수 없게 되어 있다는 결론에 도달하게 된다.¹⁵⁾

IV. 損失補償의 基準

1. 憲法上的의 補償基準

헌법 제23조제3항의 규정에 公用制限 등에 대한 보상은 法律로써 하되, 正當한 보상을 하여야 한다고 규정되어 있다. 여기서 “正當한 補償”이라 함은 무엇을 뜻하는 것인지에 관하여는 完全補償說과 相當補償說로 견해가 나누어져 있다.

14) 이 판결에서 “2원적손실(손해)전보제도 아래에서 구체적 사건에 따라서는 청구인의 주장(위법행위에 대하여 손실보상청구권이나 수용청구권의 인정)과 같은 문제가 있을 수도 있으나 이는 관련 법규의 합리적 해석이나 새로운 이론의 적용을 통하여 해결하여야 하는 일반법규의 해석·적용에 관한 문제로서 법원의 전권에 맡겨진 것”이라고 하여 앞으로의 발전가능성에 대하여서는 여운을 남기고 있다.

15) 金鐵容, “計劃制限과 損失補償의 實定法的 根據”, 「考試研究(1996년 1월호)」(고시연구소, 1996.1), 138면; 林纘貞·金元普, 「公共用地補償法論」(사법행정문화원, 1997), 377면

가. 完全補償說

완전보상설은 손실보상이 재산권보장, 부담의 공평, 상실된 가치의 보전이라는 관점에서 인정된다고 보아 보상은 완전보상이어야 한다는 견해이다. 완전보상의 의미도 객관적 교환가치만을 의미하는가, 아니면 부대적 손실도 포함하는가에 관하여 견해는 또 갈라져 있다.

나. 相當補償說

상당보상설은 재산권의 社會的 制約 내지 社會的 拘束性, 재산권의 公共福利適合義務의 관점에서 공·사익을 형량하여 보상내용이 결정되어야 한다는 견해이다. 이 견해는 완전보상을 원칙으로 하되, 합리적인 이유가 있는 경우에는 完全補償을 밀둘 수도 있다고 한다.

다. 私見

우리의 현행 헌법상의 “正當한 補償”이라 함은 항상 획일적인 보상기준이 적용되는 것이 아니라 完全補償을 원칙으로 하되, 경우에 따라서는 그 완전보상의 정도를 밀둘 수도 있고, 넘을 수도 있다는 의미로 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 즉, 損失補償은 損害賠償과 달리 原狀回復에 있는 것이 아니라 공적부담앞에 공평에 있으므로 相當補償說이 보다 타당한 것으로 보아야 할 것이다.¹⁷⁾

2. 公用制限으로 인한 損失補償의 基準

公用制限에 대한 손실보상의 기준과 범위 등에 관하여는 위와 헌법상의 “正當한 補償”이 일반적인 기준으로 되지만, 그 구체적 기준에 대하여서는 명백한 규정이 없어 문제가 된다. 公用制限으로 인하여 발생하는 손실에 대한 보상의 기준·범위에 대하여, 법률은 처음부터 보상규정을 두고 있지 아니하거나 손실보상에 관한 근거의 규정을 두는 데 그치고, 보통 받을 손실을 보상한다.¹⁸⁾ 손실을 받은 사람이 있는 경우에는 이를 보상한다.¹⁹⁾

16) 姜求哲, 전계서, 757면; 金哲洙, 「憲法學概論」(박영사, 1997), 498면; 朴坪準, 전계 논문, 560면; 洪井善, 전계서, 524면

17) 洪井善, 전계서, 524면; 崔在健, “憲法上의 財産權概念과 正當補償의 內容”, 「憲法論叢(제4집)」(헌법재판소, 1993), 401면; 林護貞·金元普, 전계서, 378면

18) 山林法 제63조

19) 河川法 제74조제1항, 文化財保護法 제30조, 消防法 제78조, 濟州道開發特別法 제23조제6항, 道路法 제79조제1항, 鐵道法 제76조

또는 손실에 대하여 정당한 보상금을 지급하여야 한다²⁰⁾ 라고 백지형식의 보상규정²¹⁾ 또는 구체적보상규정²²⁾을 두고 있다.²³⁾ 따라서 이 경우 보상의 기준·범위에 대하여는 해석론에 맡겨져 있다고 할 수 있다.²⁴⁾

일반적으로 해석론에서 그 기준으로 제시되는 학설은 相當因果關係說·地價低落說·積極的實損補償說 및 地代說이 있다.²⁵⁾

20) 軍用電氣通信法 제11조제1항, 原子力法 제96조제4항

21) 백용도 등, 전게서, 161면; 朴尙熙, “公用侵害, 白紙形式에 의한補償規定의許容與否” 「법제연구(창간호)」(한국법제연구원, 1991), 248~249면

이러한 “행위제한으로 입은 손실은 보상하여야 한다”는 식의 보상규정은 헌법에 규정하여 놓은 것을 법률이 다시 한번 반복하여 규정하여 놓은 것일 뿐, 이와 같은 법률에 근거하여 손실보상을 청구하려 하더라도 보상의 청구절차 등에 관하여 구체적으로 명시되어 있지 않아 동 법률에 의한 권리보호가 사실상 힘들기 때문에 그 위헌여부가 논란되고 있다.

22) 金南辰, “都市計劃法第21條(開發制限區域指定)의違憲審判” 「判例月報(1992년 11월호)」(관례월보사, 1992.11), 39면; 鄭夏重, “道路工事に 의한營業損失에 대한補償” 「考試研究(1997년 2월호)」(고시연구소, 1997.2), 70면; 鄭然宙, “損失補償” 「牧村金道稔博士古稀紀念 韓國公法の理論」(목촌김도창박사회기념논문집간행위원회, 1993), 421면

구체적인 보상의 방법이나 범위에 관하여 명시적인 규정을 두지 않고 거의 백지에 가까운 내용의 규정을 둔 경우 이를 구체적보상규정의 성질을 갖는 것으로 볼 수 있는 이상, 반드시 이를 위헌으로 보아야 할 필요는 없고 이를 헌법합치적 해석에 의하여 합헌으로 보되, 이로써 정당한 보상의 구체적 내용에 관한 해석의무가 법원에 귀속된 것이라고 보는 것이 타당할 것이다; 洪準亨, “財産權保障과損失補償의根據-學說·判例의再檢討-”, 「行政論叢(제33권제2호)」(서울대학교행정대학원, 1995), 118면

23) 보상을 할 수 있는 행위의 유형은 다음과 같이 나눌 수 있다.

- ① 일정한 利用制限이 과하여지는 것이 되는 指定行爲에 의한 손실에 대하여서 행하는 指定補償
- ② 개인에 대하여 일정한 不作爲義務가 과하여지고 있는 경우에 당해 不作爲에 의하여 생긴 損失에 대하여 행하는 不作爲補償
- ③ 개인이 행하는 일정한 행위를 許可制로 하고 있는 경우에 개인의 許可申請에 대하여 不許可處分이 행하여졌을 때에 당해 不許可에 의하여 생긴 손실에 대하여 행하는 不許可補償
- ④ 개인이 행하는 일정한 행위를 許可制로 하고 있는 경우에 許可에 條件이나 기타의 附款이 붙여짐으로써 생긴 손실에 대하여 행하여지는 附款補償
- ⑤ 개인에 대하여 일정한 행위를 행할 것을 명함으로써 생긴 손실에 대하여 행하는 下命補償
- ⑥ 개인에 대하여 行政廳이 행하는 행위를 受忍할 것을 요구한 경우에 그로 말미암아 생긴 손실에 대하여 행하는 受忍補償

柳海雄 “土地利用計劃制限에 대한損失補償의法的考察”, 「國土研究(통권제23권)」(국토개발연구원, 1995. 6), 43~45면; 徐元宇, 전계 논문, 1986. 6), 74면; 全一柱, “財産權의收用과制限에 있어서正當補償에 관한研究”, 「法學論叢(제19집)」(단국대학교법과대학, 1993), 200면; 李周熙 “都市計劃制限에 대한損失補償의範圍”, 「石霞金基洙教授華甲紀念不動產法學諸問題」(석하김기수교수 화갑기념논문집간행위원회, 1992), 816면

24) 公用制限및補償關聯法制的現況: 박영도 등, 전게서, 82~104면

25) 柳海雄, 「土地公法論」(삼영사, 1994), 505~508면; 朴坪準, 전계 논문, 561~564면; 이 중 地代說은 들지 않고 있는 견해도 있다; 徐元宇, 전계 논문, 74~77면; 金東熙, 전계 行政法, 315면; 韓堅愚, 전게서, 183면; 李周熙, 전계 논문, 817면; 崔在健, 전계 논문, 412~414면; 李尙圭, 「國家補償法」(박영사, 1995), 302~303면; 全一柱, 전계 논문, 200~202면

가. 學說과 그 내용

(1) 相當因果關係說

상당인과관계설은 토지이용방법이 제한됨으로써 토지소유자 등이 입게 된 손실 중에서 당해 이용제한과 상당인과관계가 있다고 인정되는 모든 손실을 보상하여야 한다는 견해이다. 이 견해에 의하면 地價低落說 및 積極的實損補填說이 각각 보상대상으로 한 손실 이외에도 장래 누릴 수 있는 이익 중에서 이용제한행위와 상당인과관계가 있는 것은 모두 보상의 대상으로 취급된다는 것이다. 따라서 토지의 이용제한으로 인하여 토지소유자에게 적극적 비용지출이 필요하게 된 경우에는, 그것이 보상될 뿐만 아니라 이익상실도 社會的因果關係가 인정되는 범위안에서 손실에 포함시켜 보상의 범위를 가장 넓게 해석하게 된다. 이 견해에 의하면 건축이 금지된 지역이라는 것을 이유로 건축을 거부한 경우에 있어서 대체지를 임대하는 데 드는 비용상당액 또는 장래에 누릴 수 있는 임대료나 권리금을 보상액에 포함 시켜야 한다.

그런데 相當因果關係說은 公用制限에 대한 보상액의 산정에 있어서 소유자의 주관적인 의도나 사정에 좌우되기 쉽고 객관적인 산정이 곤란할 뿐 아니라 통상 발생하는 객관적인 재산권의 손실을 보전한다고 하는 원칙에도 반한다는 비판이 있다.

(2) 地價低落說

지가저락설은 토지의 이용제한에 의하여 초래된 토지이용가치의 객관적인 하락이 지가 하락으로 나타나는 것으로 보고, 이러한 지가하락분을 보상하여야 한다는 견해이다. 따라서 이 설에 의하면 손실보상의 내용은 지가의 하락분을 기초로 하여 산정하게 된다. 즉, 토지의 이용제한에 의한 손실보상의 본질은 토지이용의 기회가 중단되었기 때문에 발생한 손실에 대하여 지급되는 것이 아니라 계속적인 토지의 이용제한에 의하여 초래되는 토지의 이용가치의 하락에 대하여 지급하여야 하기 때문에 결국 손실보상의 기초는 이용제한을 받음으로써 생긴 지가의 하락에서 찾게 된다고 한다.

지가저락설에 대하여는 재산권에 발생하는 객관적인 가치의 감소를 보상한다는 것이 일반적으로 이해되고 있는 법문상의 통상 발생할 수 있는 손실의 보상과 일치되지 않는다는 점에서 반론이 제기되고 있다.

(3) 積極的實損補填說

적극적실손보전설은 특정한 토지의 이용행위가 제한 또는 금지됨에 따라 토지소유권자가 사실상 예상하지 않았던 비용을 지출하지 않을 수 없게 되었을 경우, 그와 같은 적극적이고 현실적으로 지출하는 비용만을 보상하면 될 것이라는 견해이다. 이 견해에 의하면 文化財保護法이 정하는 文化財保護區域의 지정에 의하여 가옥의 개축이 금지되어 종래의 영업을 계속할 수 없게 되거나, 축목의 별채가 금지되어 임업자가 종전의 사업을

계속할 수 없게 된 경우의 손실과 같이 종전의 토지이용이 방해받기 때문에 입게 된 손실만이 보상의 대상이 된다는 것이다. 그리고 구역지정이 있어 엄격한 행위규제를 받았기 때문에 토지의 이용가치가 떨어지고 그 때문에 지가도 하락될 것이 예상되지만 그것은 구체적인 행위가 허가되지 않았기 때문에 생기는 손실이라고 하기는 어렵고, 또한 주변의 지가와 비교하여 상승하지 아니한다고 하는 상대적 하락이 일반적으로 있을 수 있다는 것을 이유로 지가저락분의 보상은 고려될 수 없다고 하고 장래의 기대이익의 상실도 보상의 대상이 될 수 없는 것으로 본다. 따라서 토지의 이용제한으로 인하여 현실적으로 행한 費用支出分만이 보상되므로 地價下落分이나 逸失利益은 보상의 대상에서 제외하고 있다.

적극적실손보전설은 상당인과관계설이나 지가저락설에 비하여 보상의 대상도 비교적 명확하고 그 산정도 그다지 곤란하지 않은 점으로 보아 나름대로의 장점이 있지만, 과연 적극적인 實損만을 보상하면 충분하다고 할 것인가에 의문이 남는다. 그리고 어떠한 근거로 그것이 정당화될 수 있을 것인가 하는 점 등이 분명하지 못한 단점이 있다. 따라서 적극적실손보전설은 공용제한에 대한 통상 발생할 수 있는 손실보상의 필요조건일 수는 있지만 충분조건이라고 할 수는 없을 것이다.²⁶⁾

(4) 地代說

지대설은 토지의 이용제한을 公的地役權의 설정이라고 보고 얼마만큼의 지가가 하락하였는가를 문제로 하기 보다는 地役權의 설정에 어느 정도의 대가를 지급하여야 할 것인가라는 객관적 기준을 세우고 그러한 합리적인 금액이 公用制限에 따른 보상금으로 지급되어야 한다는 견해이다.²⁷⁾ 그러므로 일정한 토지가 공공목적에 위하여 제한받는 것도 그 목적의 정당성을 위하여 당해 토지를 이용하고 있는 것이므로 公用使用과 같은 결과를 초래하기 때문에 地代相當額을 기준으로 하여 보상하여야 한다는 주장을 하고 있다

이에 대하여 토지이용제한은 公用使用과 다르기 때문에 公用使用에 준하여 地代 相當額을 기준으로 보상액을 결정하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.

나. 私見

우리나라 헌법 제23조제3항은 “...보상은 法律로써 하되, 正當한 보상을 지급하여 야 한다”라고 하여 보상의 범위, 즉 보상액의 산정기준을 법률에 위임하고 있다. 따라서 損失補償基準에 관한 논의는 헌법의 해석론으로서 구성할 것이라기 보다는 立法論으로 행하여 질 것이다. 公用制限은 공용수용과 달리 재산권의 박탈이 아니라 제한이기 때문에

26) 徐元宇, 전계 논문, 77면

27) 公的地役權設定說을 주장하는 입장도 있으나[金南辰, “公用制限과 損失補償”, 「考試研究(1994년6월호)」(고시연구사, 1994. 6), 65면; 全一柱, 전계 논문, 202면], 地代說에 가까운 견해이므로 여기서는 별도로 나누지 않았으며, 地料說이라고도 한다(李尙圭, 전계서, 303면).

헌법 제23조제1항 후단과 제2항에 의거하여 재산권의 制度的 保障性 및 財產權行使의 公共福利適合性의 의무를 갖고 있으며, 토지가 지니고 있는 지역적·사회적구속성상 이른바 토지의 公概念이 강화되고, 손실보상의 원인인 특별한 희생의 해석의 기준이 변화되고 있으며, 손실보상이 손해배상에 있어서와 같이 원상회복에 있는 것이 아니라 공적부담앞에 公평성에 있다는 점 등을 종합적으로 고려하여 보상의 기준·범위를 결정하여야 한다고 본다. 따라서 특히 公用制限에 따르는 손실보상의 기준은 획일적인 것이 아니고, 원칙적으로는 完全補償을 하여야 하지만, 경우에 따라서는 필요에 의하여 그 完全補償의 수준을 밀둘 수도 있으며, 어떠한 경우에는 그를 웃도는 보상까지도 하여야 하는 것이 타당하다고 생각한다.

公用制限에 따르는 손실보상의 구체적인 기준·범위에 관하여는 위에서 살펴본 바와 같이 상당인과관계설, 지가저락설, 적극적손실보전설 및 지대설 등이 대립되지만, 상당인과관계설은 逸失利益을 포함할 수 있는 것으로서 토지소유자에게 유리하고, 적극적손실보전설은 국가 등에게 더욱 유리한 것으로 이해되고 있다. 따라서 적극적손실보전설은 설득력이 낮고, 公用制限이 公用使用과 다르기 때문에 公用使用의 보상방법으로 적합한 지대상당액을 公用제한의 보상액으로 하는 지대설은 타당하지 않으며, 상당인과관계설은 위에서 지적한 公用制限 자체의 본질과 상황 및 기술적인 면에서 적용하기 곤란하다. 그리고 지가저락설은 公用制限에 따른 지가의 하락분을 보상한다는 것으로 이는 재산권의 박탈이 아닌 제한에는 현실적인 보상이라고 할 수 있기 때문에 그만큼 설득력이 높아서 특수하게 다른 설에 따르는 것이 타당한 것으로 인정되는 경우가 아니면 이를 따르는 것이 옳은 것으로 생각된다.²⁸⁾

V. 結 論

위에서 살펴본 바와 같이 公用제한과 손실보상에 있어서 가장 문제가 되는 것은 公用제한을 과하는 대부분의 개별법률에서 그 公用제한에 대하여 손실보상을 하도록 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법 제23조제3항과 관련하여 그 公用제한에 대하여 그 손실을 전보받을 수가 있는 지에 대하여 의문이 제기되고 있으나, 이를 부정하는 方針規定說은 현대국가의 법원리상 손실보상을 하는 것이 당연한 것이고, 보상의 내용만을 법률로 정한다는 뜻으로 헌법의 규정을 이해하기 때문에 헌법의 규범성을 부인하면서 개별법에 보상규정이 없으면 보상할 수 없다는 의미에서 설득력이 없기 때문에 이를 긍정하는 입장

28) 朴坪準, 전계 논문, 565면; 崔在健, 전계 논문, 416면; 林謙貞·金元普, 전계서, 381면

을 따라야 하지만, 直接效力說은 헌법의 명문규정에 반하고, 違憲無效說은 위헌법률을 집행한 공무원의 過失이 있다고 할 수 없어 그 위헌법률의 집행에 따라 발생한 손해를 전보받을 수 없으며, 類推適用說은 우리나라의 국가전보제도가 2원화되어 위법을 원인으로 한 것은 손해배상을 예상하고 있기 때문에 위법·무과실에 대하여 손실보상의 가능성이 배제하고 있어, 이를 긍정하는 어느 설에 따르더라도 그 손실(손해)를 전보받을 수 없어, 가서는 안될 손실(손해)전보를 부정하는 입장과 결론이 같게 된다는 모순에 빠지게 되고 만다.

따라서 이와 같은 모순에서부터 탈출하기 위하여 다음과 같은 제언을 하면서 이 글을 마치고자 한다.

첫째, 문제의 해결을 위하여 憲法의 확대해석보다는 法律의 발전적인 해석이 바람직스럽기 때문에 違憲無效의 법률의 집행으로 발생하는 국가배상의 요건으로서 공무원의 과실책임요건을 대폭 완화하여 해석하여야 할 것이다.²⁹⁾ 헌법 제23조제3항의 문언으로 보아 공용제한에는 정당한 보상이 당연함에도 다른 길이 막혀있기 때문에 다른 견해에 비교하여 가장 논리적이고 일관성이 있는 이론인 위헌무효설을 취하여 그 손해를 전보하려는 것이므로 과실의 개념을 일반 민사상의 손해배상이나 국가배상법상의 과실관념보다 대폭 완화하는 것이 합목적적이기 때문이다.

둘째, 입법자는 기존의 공용제한이 특별한 희생에 해당하거나 공용제한을 과하는 법률을 새로이 제정하는 경우 그 공용제한이 특별한 희생에 해당될 때에는 그에 상응된 정당한 보상의 지급에 관한 사항이 그 법률에 함께 규정되도록 하여야 할 것이다. 이것이 공용제한에 따른 재산권보장의 실효성확보를 위한 근본적인 대책이기 때문에 헌법 제23조제3항의 불가분조항³⁰⁾의 원칙을 강조하는 이유이다. 그러나 입법자의 입장에서 보면 공용제

29) 과실의 객관화에 대한 견해는 정도에 따라 다음과 같이 나눌 수 있다.

첫째, 과실을 주관적책임요소로 엄격하게 해석하지 않고 “공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠”이라는 정도로 완화하는 것이 좋을 것이다: 金道稔, 전게서, 628면; 金東熙 “國家賠償法에 있어서의 過失觀念에 관한一考”, 「考試研究(1988년 4월호)」(고시연구사, 1988, 4), 60면; 朴均省, “現行行政上損害填補制度의 欠缺과 補充”, 「考試界(1990년 8월호)」(국가고시학회, 1990, 8), 103면

둘째, 공무원의 주의의무는 당해 직무에 종사하는 평균적인 공무원에게 요구되는 객관적인 것이어서 과실은 공무원집행상에 흠이 있는 것이므로 가해 공무원을 특정할 필요는 없다: 金東熙, 전게 논문, 58면; 朴鈺炘, 전게서(上), 647면; 李尙圭, 전게서(上), 600면; 柳至泰 “收用類似侵害理論의 批判的檢討”, 「行政上損失補償의 主要問題」(박영사, 1997), 538면

셋째, 국가작용에 있어서 국민에 대하여 손해를 가한 경우 고의·과실있으면 위법이 있는 것이 되고, 위법이 있으면 고의·과실에 의한 것으로 고의·과실과 위법성은 한편이 다른 편을 추정할 수 있게 밀접불가분의 관계를 갖고 있는 것이므로 위법성과 과실 중의 어느 하나만 입증되면 다른 요건은 당연히 인정된다: 金道稔, 전게서, 628면; 金東熙, 전게 논문, 59면; 李尙圭, 전게서(上), 600면; 朴均省, 전게 논문 106면; 柳至泰, 전게 논문, 583면

30) Junktirklausel: 공용침해와 그에 따른 정당한 보상의 지급의 규정을 같은 법률에 규정하여야 한다는 원칙을 말한다. 附帶條項, 結付條項 또는 連結條項이라고도 번역한다. 우리 헌법 제23조제3항은 독일 기본법 제14조제3항제2문과 같이 불가분조항으로 해석되지 아니한다는 견해도 있다.

한은 하되 그에 대한 보상은 필요없는 것으로 볼 가능성이 높다. 따라서 그와 같은 입법자의 의도를 봉쇄하기 위하여 그와 같은 의도에서 제정된 법률은 약간의 혼란을 감수하고서라도 과감히 불가분조항에 반하기 때문에 위헌무효화시키지 않으면 안될 것이다. 그러면 입법자는 자기의 입장에서 필요한 공용제한이 무효가 되지 않고 유효화시키기 위하여서라도 손실보상을 규정할 것이고, 따라서 국민의 재산권은 보장(물론 이는 가치보장이 될 것이다) 받을 수 있을 것이다.

그러나 공용제한이 재산권의 사회적인 제약에 해당하는지 또는 특별한 희생에 해당하는지를 판단하기가 쉽지 않고, 또한 공용제한을 과하는 법률을 제정할 때에는 재산권의 사회적인 제약에 해당하였으나 시간이 흐름에 따라³¹⁾ 특별한 희생에 해당하는 것으로 될 가능성도 있기 때문에, 입법시에 공용제한에 따른 정당한 보상의 지급을 함께 포함시킨다는 것이 매우 어려우므로 그런 경우에는 할 수 없이 “이 법에 의한 공용제한이 특별한 희생에 해당할 경우 그 손실에 대하여서는 정당한 보상을 지급하여야 한다”라는 식의 救濟的補償規定을 두지 않을 수 없을 것이다.³²⁾

셋째, 국민의 재산권보장에 있어 사회정의의 실현의 의지가 엿보이는 사법부의 판단을 기대한다. 대부분의 공용제한을 과하는 법률에서 손실보상의 지급을 규정하고 있지 않고, 국내의 학자 중에는 헌법의 규범성을 부인하는 방침규정설을 따르는 학자가 별로 없기 때문에 그 공용제한이 특별한 희생에 해당하는 경우가 있어서 헌법의 직접효력설을 인정하여 손실보상청구권을 인정하거나 또는 그 개별법에 대하여 불가분조항의 원칙에 위배된다고 판단하여(위헌무효설이나 유추적용설을 따르는 경우) 위헌판결이 있을 법도 한데, 헌법이 개정된 후 10년이 가까운 현재까지 그러한 판결을 볼 수 없는 것은 그러한 공용제한이 특별한 희생에 해당하지 않아서가 아니라 재산권보장에 대한 사법부의 의지가 부족하기 때문이 아닌가 하는 의심을 갖게 한다.

그렇게 의심이 가는 것 중의 하나가 개발제한구역의 지정에 관한 都市計画法 제21조의 규정이 위헌이 아닌가 하는데 대한 대법원의 다음의 판결(1990.5.8 선고 89부2 결정)에 관하여서이다.

도시계획법 제21조제1항, 제2항의 규정에 의하여 개발제한구역안에 있는 토지의 소유자

31) 시간의 흐름에 따라 재산권의 내재적인 제한이 특별한 희생으로 변할 수 있는 경우는 공용제한내용의 변화, 재산권개념의 변화, 국민의식수준의 향상, 주변여건의 변화에 따른 토지용도의 다양성과 최유효이용의 요구 등에 의하여 발생할 수 있다.

32) 구체적보상규정이 불가분조항의 원칙에 부합되지 않기 때문에 위헌무효라는 주장도 있으나 공용제한은 소유권의 박탈이 아니라 공법상제한에 불과하고 기타 불가피한 경우도 있으므로 이를 합헌적으로 해석함이 옳을 것이다.

그리고 우리의 대법원의 판례(1985.11.12 선고 84카36 결정)에서 보상의 규정이 명문으로 규정되어 있지 않고 보상의 규정을 유추적용할 수 있는 경우에도 그 법률 유효한 것으로 본 것에 비추어 구체적 보상규정을 무효로 볼 수는 없을 것이다.

는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도내에서 일반토지소유자에 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”(도시계획법 제21조제1항)에 한하여 가하여지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대하여 손실보상의 규정을 하지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조제1항, 제2항의 규정을 헌법 제23조제3항이나 제37조제2항에 위배되는 것이라고 할 수 없는 것이다.

이 판결에 대하여 “대법원이 제시한 근거(개발제한구역의 지정으로 재산상의 불이익이 특별한 희생에 해당하지 않으며, 따라서 손실보상의 대상이 되지 않는다는 이유)는 도시계획법상 개발제한구역 지정의 요건이 되는 것이지 손실보상을 부정하는 법적 근거가 될 수는 없다. 이것은 마치 헌법 제23조제3항의 공공필요가 공용침해의 근거 또는 요건이 되지만 그렇다고 보상을 부인하는 근거가 될 수 없는 것과 같은 이치이다. 헌법의 공공필요에 의한 재산권침해(제한 포함)에 대해 법률이 정한 보상을 지급할 것을 명하고 있다고 새기지 않으면 안된다(제23조제2항)”라고 비판하고 있다.³³⁾ 즉 공공필요는 손실보상의 요건이지 보상을 부정하는 논거가 될 수가 없다는 비판으로, 이는 너무나 당연한 이치이다. 그외에 개발제한구역에 대한 글은 대부분 그 지정으로 받은 불이익이 특별한 희생에 해당할 가능성에 대하여 긍정적인 입장을 취하고 있다.

그러함에도 대법원은 그와 같은 논리에 대하여 그 후 6년이 지나도록 전연 변경없이 또 다시 다음과 같이 판시하였다(1996.6.28 선고 94다54511 판결).³⁴⁾

도시계획법 제21조의 규정에 의하여 개발제한구역안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도내에서 일반토지소유자에 비하여 불이익을 받게 됨은 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’(도시계획법 제21조제1항)에 한하여 가하여지는 위와 같은 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로, 이에 대하여 손실보상의 규정을 두지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조의 규정을 헌법 제23조제3항, 제11조제1항 및 제37조제2항에 위배되는 것으로 볼 수 없다는 것이 당원의 판례이다(당원 1990.5.8. 자 89부2 결정 참조). 따라서 이 사건 토지가 도시계획법 제21조에 의하여 개발제한구역으로 지정되었다고 하더라도 헌법 제23조제3항에 근거하여 손실보상을 청구할 수는 없는 것이다. 논지는 이유없다.

그리고 헌법재판소도 개발제한구역지정행위에 대한 헌법소원에 대하여서 “헌법소원은

33) 金南辰, 전개 논문, 37면; 朴鈺旿 “計劃制限과損失補償”, 『考試界』(1995년 8월호)(국가고시학회, 1995.8), 134면

34) 이 판결은 앞의 판결문과 비교하여 보기 위하여 판결이유 전문을 신는다.

다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 비로소 제기할 수 있는 것인 바, 그러한 절차를 거치지 않았다”는 이유로 각하한 후, 6년이 지났으므로 청구인들은 다른 구제절차를 모두 거쳐 다시 위헌소원을 청구하였으리라는 것을 쉽게 미루어 알 수 있음에도 아직까지 그에 대한 심판이 없다.³⁵⁾

이와 같이 공용제한에 대하여 보상규정을 불가분조항으로 입법하지 않는 입법권자의 무위도식과 그에 대하여 위법성을 부각시켜³⁶⁾ 경종을 울리는 사법부의 국민의 재산권보장에 대한 의지가 미약하여 국민의 재산권보장은 구호에 그치고, 헌법 제23조제3항은 가서는 알 될 곳인 입법지침에 지나지 않는다는 결론에 도달하지 않나하는 의구심을 갖게 한다. 그와 같은 곳에 도달하기 전에 정의의 사도가 바른 길을 인도하기 위하여 치는 종소리가 크게 울려 퍼지기를 기대한다.

〈참고문헌〉

1. 姜求哲(1995)「行政法Ⅰ」, 서울:학연사
2. _____, (1994)「行政法Ⅱ」, 서울:학연사
3. 丘秉朔(1996)「新憲法原論」, 서울:박영사
4. 權寧星(1997)「憲法學原論」, 서울:법문사
5. 金南辰, “公用制限과損失補償”, 「考試研究」, 1994년 6월호, 고시연구사
6. _____, “都市計画法第21條(開發制限區域指定)의違憲審判” 判例月報 1992년 11월호, 판례월보사
7. _____, “그린벨트와 行政救濟”「行政法의基本問題」, 1996년, 법문사
8. _____(1997)「行政法Ⅰ」, 서울:법문사
9. _____(1996)「行政法Ⅱ」, 서울:법문사
10. 金道稔(1992), 一般行政法論(上), 서울:청운사
11. _____(1992), 一般行政法論(下), 서울:청운사
12. 金東熙(1995), “補償規定없는法律에기한財産權侵害에따른損失의填補의問題”, 「심천계 회열박사회갑기념논문집 공법학의현대적지평」, 서울:박영사
13. _____, “國家賠償法에있어서의過失概念에관한一考”, 「考試研究」, 1988년 4월호, 고시연구사
14. _____, (1997)「行政法Ⅰ」, 서울:박영사

35) 朴尙熙, 전계 公用侵害의要件에관한研究, 44면; 金南辰, “그린벨트와 行政救濟”, 「行政法의基本問題」(법문사, 1996), 744면

36) 金南辰, 상계 논문, 39면

15. _____(1997), 「行政法 II」, 서울 : 박영사
16. 金英勳(1993), “行政上損失補償의 根據 및 原因”, 「목촌김도창박사고회기념 한국공법의 이론」, 목촌김도창박사고회기념논문집간행위원회
17. 金哲洙(1997), 「憲法學概論」, 서울 : 박영사
18. 金鐵容, “計劃制限과 損失補償의 實定法的 根據”, 「考試研究」1996년 1월호, 고시연구사
19. _____(1997), “計劃制限과 損失補償의 實定法的 根據再論”, 「행정상손실보상의 주요 문제」, 서울 : 박영사
20. 朴均省, “現行行政上損害填補制度의 欠缺과 補充”, 「考試界」, 1990년 8월호, 국가고시학회
21. _____(1997), “損失補償規定 欠缺時의 公用侵害에 對한 權利救濟”, 「행정상손실보상의 주요문제」, 서울 : 박영사
22. 朴尙熙, “公用侵害, 白紙形式에의 한 補償規定의 許容與否”, 「법제연구(창간호)」1991, 서울 : 한국법제연구원
23. _____(1993), “公用侵害의 要件에 관한 研究”, 박사학위논문, 고려대학교대학원
24. 朴영도 등(1992), 「現行公用侵害法制의 現況과 改善方案」, 서울 : 한국법제연구원
25. 朴鈺炳, “計劃制限과 損失補償”, 「考試界」, 1995년 8월호, 국가고시학회
26. _____(1997), 「最新行政法講義(上)」, 서울 : 박영사
27. _____(1997), 「最新行政法講義(下)」, 서울 : 박영사
28. 朴坪準(1996), “公用制限과 損失補償”, 「우제이명구박사화갑기념논문집 현대행정법학 이론」, 고시연구사
29. 徐元宇, “公用制限”, 「考試界」, 1986년 6월호, 국가고시학회
30. _____, “損失補償概念의 擴張論議”, 「考試研究」, 1989년 4월호, 고시연구사
31. 石琮顯(1997), 「一般行政法(上)」, 서울 : 삼영사
32. _____(1996), 「一般行政法(下)」, 서울 : 삼영사
33. 劉尙炫(1996), 「韓國行政法(上)」, 서울 : 도서출판환인
34. _____(1996), 「韓國行政法(下)」, 서울 : 도서출판환인
35. 柳至泰(1997), 「行政法新論」, 서울 : 신영사
36. _____(1995), 「行政法新論」, 서울 : 신영사
37. _____(1997), “收用類似侵害理論의 批判的 檢討”, 「행정상손실보상의 주요문제」, 서울 : 박영사
38. 柳海雄, “土地利用計劃制限에 對한 損失補償의 法的 考察”, 「國土研究(통권제23권)」, 1995년 6월, 안양 : 국토개발연구원
39. 1995년 6월, 안양 : 국토개발연구원
40. _____(1994), 「土地公法論」, 서울 : 삼영사
41. 李鳴九(1997), 「신행정법원론」, 서울 : 대명출판사
42. 李尙圭(1995), 「國家補償法」, 서울 : 법문사

43. _____(1997), 「新行政法論(上)」 서울 : 법문사
44. _____(1995), 「新行政法論(下)」 서울 : 법문사
45. 李周熙(1992), “都市計劃制限에 대한損失補償의範圍”, 「석하김기수교수화갑기념부동산법학의제문제」, 석하김기수교수화갑기념논문집간행위원회
46. 林護貞·金元普(1997), 「公共用地補償法論」, 서울 : 사법행정문화원
47. 全一柱(1993), “財産權의收用과制限에 있어서正當補償에관한研究”, 「法學論叢(제19집)」, 단국대학교법과대학
48. 鄭然宙(1993), “損失補償”, 「목춘김도창박사교회기념 한국공법의이론」, 목춘김도창박사교회기념논문집간행위원회
49. 鄭夏重, “道路工事に 의한營業損失에 대한補償”, 「考試研究」, 1997년 2월호, 고시연구사
50. _____, “收用類似的그리고收用的侵害制度”, 「考試研究」, 1994년 3월호, 고시연구사
51. _____, “獨逸Bonn基本法14조상의附帶條項(Junktinklausel)의意味와韓國憲法23조3항의解釋(上)”, 「司法行政」, 1992년 9월호, 한국사법행정학회
52. _____, “獨逸Bonn基本法14조상의附帶條項(Junktinklausel)의意味와韓國憲法23조3항의解釋(下)”, 「司法行政」, 1992년 10월호, 한국사법행정학회
53. 崔在健, “憲法上の財産權概念과正當補償의內容”, 「憲法論叢(제4집)」, 서울 : 헌법재판소
54. 韓堅愚(1997), 「行政法」, 서울 : 홍문사
55. _____(1996), 「行政法」, 서울 : 홍문사
56. 許 營(1997), 「憲法理論과憲法」, 서울 : 박영사
57. 洪井善(1997), 「行政法原論(上)」 서울 : 박영사
58. _____(1997), 「行政法原論(下)」 서울 : 박영사
59. 洪準亨, “損失補償의法的根據(上)”, 「判例月報」, 1995년 6월호, 판례월보사
60. _____, “損失補償의法的根據(下)”, 「判例月報」, 1995년 7월호, 판례월보사
61. _____(1995), “財産權保障과損失補償의根據”, 「行政論叢(제33권제2호)」, 서울대학교행정대학원
62. _____(1995), 「행정구제법」, 서울 : 도서출판한울
63. 小高剛, 金敏祚역(1996), “土地利用規制와最高裁判所判決”, 「行政判例研究III」, 서울 : 한국행정판례연구회