

# 公用收用制度的 現代的 動向

徐元宇

(教授)

## 第一節 西 獨

### 1. 序 論

公用收用의 問題는 西獨의 경우 특히 緊切한 問題로 되어 있다. 第二次大戰終結後 모든 參戰國의 事情이 비슷했겠지만 産業施設과 住宅은 물론 막대한 社會間接資本의 再建을 필요로 했었다. 더구나 과거의 獨逸의 領土였던 東獨地域의 一千萬以上에 달하는 住民들이 이미 人口密度가 높을대로 높은 地域에 收容되지 않았으면 아니되었을 뿐만 아니라 그 뒤 西獨의 經濟가 繁榮해짐에 따라 土地에 대한 새로운 需要를 증가시켰다. 그리하여 特定한 目的에 供用될 土地의 價格은 騰貴하고 또한 그 取得이 몹시 곤란하였다. 當時 住宅建築을 위한 土地價格의 上昇率은 보통 年平均 25% 내지 30%에 이르렀다.<sup>(1)</sup> 이러한 問題를 해결하기 위하여 都市計劃과 補償關係에 관한 여러가지 基本한 法制가 마련되었었다. 西獨의 Bonn 基本法에 의하면 公用收用에 관한 權限은 聯邦(中央)政府和 地方政府(Länder) 兩者에 공동으로 부여하고 있는데 이질 都市計劃關係의 權限도 마찬가지이다.<sup>(2)</sup> 따라서 이分野에 관해서는 聯邦法과 地方政府의 法도 존재하게 된다. 그런데 聯邦政府의 收用關係의 法도 單一法이 아니라 여러가지 目的에 따라 여러가지 法律이 制定되어 있다. 예컨대 軍事上의 目的을 위한 收用을 위한 1957年 2月 23日의 土地徵發法(Landbeschaffungsgesetz),<sup>(3)</sup> 航空交通關係의 1959年 1月 10日의 航空交通法(Luftverkehrsgesetz),<sup>(4)</sup> 戰前인 1935年 12月 13日에 制定된 電力法(Energiewirtschaftsgesetz)<sup>(5)</sup> 그리고 특히 가장 상세한 代表인 法律이라 할수 있는 1960年 6月 23日의 聯邦建築法(Bundesbaugesetz),<sup>(6)</sup> 그리고 오랜 曲折 끝에 겨우 成立을 보게한 가장 最近의 것인 1971年 7月 27日의 市區面에 있어서의 都市建設的 再開發 및 開發措置法——一名 都市建設促進法——(Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden)(Städtebauförderungsgesetz) 등이 그것이다.

(1) Dittus, Die Enteignungsentschädigung nach heutigem Recht, 18 Neue Juristische Wochenschrift (N.J.W.) (1965) S. 2179.

(2) H. Schröder, Bundesbaugesetz I (2 Aufl. 1969) SS. 1-2.

(3) Bundesgesetzblatt (BGBl) I. 134.

(4) 1959, BGBl. I. 9.

(5) 1935 Reichsgesetzblatt I. 1451.

(6) 1960 BGBl. I. 341. 權寧百譯, 「西獨聯邦建築法上の 公用收用上, 下」法制月報, 1965년 1월 호, 2월호 참조.

한편 地方政府의 法令들은 모두 오래된 것들인데 예컨대 1874年 6月 11日에 制定되어 아직도 西獨의 舊프로이센地方에서 效力을 가지고 있는 프로이센土地收用法과 1837年과 1933年의 Bavaria土地收用法, 1958年의 Bavarian公路法 기타 수 많은 法律들이 있다.<sup>(7)</sup>

이상과 같은 雜多한 法律을 여기서 상세히 다루기란 불가능한 일이기 때문에 여기서는 가장 中心的인 法律인 Bundesbaugesetz에 의거하여 그 一般的인 原則에 관해서만 言及하기로 한다. 또한 가지 문제는 독일의 독특한 司法制度에 緣由하는데, 즉 一般的인 刑事事件과 民事事件의 管轄하는 司法裁判所(最終審은 聯邦大法院 Bundesgerichtshof)와 行政事件을 管轄하는 行政裁判所(最終審은 聯邦行政裁判所 Bundesverwaltungsgerichtshof)가 구별되어 있을 뿐 아니라 違憲審査權과 기타의 憲法上的 問題는 또한 特別한 憲法裁判所(Verfassungsgerichtshof)에서 管轄하고 있다는 事實이다.<sup>(8)</sup>

西獨 Bonn 基本法 第14條 3項에 의하면 補償額에 관한 紛爭은 一般司法裁判所에서 決定하여야 하지만 公用에 관한 行政節次上的 問題는 보통 行政裁判所의 管轄로 하고 있는데 실제에 있어서는 補償額에 관한 問題와 行政節次上的 問題의 限界가 분명치 않은 경우가 많기 때문에 여러가지 矛盾된 判決이 나오곤 한다.<sup>(9)</sup> 그동안 내려진 憲法裁判所의 얼마 되지 않는 判決은 이상과 같은 問題들을 충분히 解決하지 못하고 있었던 것이 종래의 實情인 것 같다.

## 2. 財産權에 관한 憲法上的 保障

西獨 Bonn 基本法上的 基本權과 自由에 관한 規定은 다른 어떤 나라의 경우와도 달라 순히 政府의 施策의 表明에 그치는 것이 아니라 行政府, 司法府와 아울러 立法府도 동시에 拘束한다는 점에 그 特色이 있다. 收用權에 관해서는 國民의 財産權을 保障하고 있는 基本法 第14條에 의해 커다란 영향을 받고 있는데 同條<sup>(10)</sup>에 의하면 財産의 強制取得인 收用은 公益을 위해서 補償을 條件으로 해서만 가능한 것으로 規定하는 한편, 個人의 所有權은 無

(7) 독일에서는 1900年以後 統一民法典(Bürgerliches Gesetzbuch)이 있어 獨逸全域을 規律하고 있지만 그 法典의 序章 第109條에 의하면 土地收用權은 대체로 州(地方政府)의 權限으로 되어있다. 독일의 地方政府에 있어서의 收用關係의 法律에 관해서는 A. Fritzen, Entschädigungsregelung beim Landentzug, 2 Aufl., 1966, SS.16-20 참조.

(8) 西獨의 司法制度에 관한 보다 상세한 說明은 R. Schelesinger, Comparative Law, 3d ed. 1970., pp.243-244, 특히 行政裁判所에 관해서는 pp.347-365, 憲法裁判所에 관해서는 pp.362-363 등 참조. 그리고 西獨의 憲法裁判에 관해서는 M. Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, 971, pp.74-77. 金哲洙, 違憲法律審査制度의 研究——韓國憲法訴訟制度의 實證的 研究——, (서울大學校大學院 法學博士學位論文), pp.19-20. 특히 脚註 5참조.

(9) 이러한 裁判의 重複問題를 避하기 위하여 後述하는 바와같은 聯邦建築法에 의해 立法措置가 取해졌었다. 後述 4 (p.61) 참조.

(10) 西獨基本法 第14條「① 所有權과 相續權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로써 定한다.

② 所有權은 義務를 包含한다. 그 行使는 동시에 公共의 福祉에 이바지 함이 必要하다.

③ 公用(收用)은 公共의 福祉를 위하여서만이 許容된다. 그것은 補償의 方法과 程度를 規定하는 法律에 의해서만이, 또는 法律의 根據 위에서만이 行하여진다. 補償은 公共 및 關係者의 利益을 公正히 考慮하여 決定하여야 한다. 補償金額에 관하여 係爭問題가 있을 때에는 通常裁判에 出訴한다.」

제한 것이 아니라 公益上的 限界와 範圍內에서 制約됨을 規定하고 있다. 第 14 條의 이러한 權利解釋은 독일사람 뿐 아니라 모든 自然人에게 適用되며 또한 독일안에 그 本據를 가지는 모든 독일의 法人에게도 適用된다. 外國法人의 경우에는 國際條約이 허용하는 範圍內에서 역시 그것이 保障되고 있다. (11,12)

이상과 같은 財產權侵害에 대한 憲法上的 補償規定은 一般的으로 法앞의 平等에 관한 一般原則에 대한 特例로 간주되고 있으며 필요한 公共事業實現을 위하여 財產을 供與케 된 者는 그로 말미암아 다른 사람보다 不利하게 될 수 없다는데 그 立法精神이 있는 것이다. (13)

그동안 基本法 第 14 條는 많은 解釋上的 問題點을 제기하여 왔는데 이제 그 主要한 것을 概觀하면 다음과 같다.

(1) 直接 法律에 의한 收用의 경우 :

다른 나라의 경우와 마찬가지로 일반적으로 독일에 있어서의 收用은 行政廳이나 司法裁判所의 行爲를 媒介로 하여 行해지는데 이러한 경우 法律의 根據를 要하는 것으로 되어 있다. 그러나 個別的인 行政處分없이 法律이 直接 어떤 財產에 대한 收用을 規定할 수 있는가가 문제된다. 第 14 條 3 項을 보면 이것이 可能한 것처럼 해석되며 憲法裁判所도 최근의 判決에서 이를 인정하고 있다. 그러나 주의할 점은 이러한 節次는 司法審査의 可能性을 制限할 우려가 있으며 따라서 被收用者의 保護를 害칠 우려가 있기 때문에 특별히 엄격한 必要性이 있는 경우에만 許容되는 것으로 解釋하고 있다<sup>(14)</sup>.

(2) 補償額問題

後述하는 바와 같이 대부분의 독일 法律들은 收用財產에 대하여 市場價格에 해당하는 補償額을 支給함을 원칙으로 하여 이에 添加하여 일정한 金額을 增額하도록 되어 있다. 그리하여 이러한 基準이 憲法上的 基準으로서 要求되는 것인가의 與否에 관하여 많은 論難이 있었다 一說에 의하면 “公益과 關係者의 利益의 正當한 配慮”란 거의 어떤 종류의 補償이라도 상관 없음을 의미하며, 심지어 단순히 名目上的 補償이라도 상관 없다는 解釋도 없지 않으나 支配的인 見解는 補償은 적어도 財產이 收用되기 이전과 거의 같은 정도의 상태라야

(11) Maunz & Dürig, Grundgesetz (1970), Art. 14, No. 11.

(12) 基本法 第 14 條 이외에도 第 15 條는 土地, 自然資源生産手段등을 收用의 경우와 같은 補償을 條件으로 公有로 할 수 있음을 規定하고 있으며, 또한 第 18 條는 憲法을 顛覆하기 위해 誤用된 權利의 喪失에 관해 規定하고 있다.

(13) Maunz & Dürig, a.a.O. Art. 14. No. 21. T. Sörgel und W. Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 1960, S. 126.

(14) 1968年 12月 18日 判決, 22 N.J.W. 309(1969) 이 判決에 대한 評釋으로는 Löwer, Grundrechtlicher Eigentumschutz und Legalenteignung, 22 N.J.W. 832 (1969) 참조.

이 事件은 洪水를 豫防하기 위하여 Hamburg 州法律을 가지고 종래 個人所有였던 모든 洪水防止를 위한 堤防을 州政府所有로 移轉시킴으로써 보다 效果的인 洪水對策을 강구함을 내용으로 한 것이었는데 그 前에도 이들 個人所有의 堤防은 Hamburg 州法에 의하여 많은 法的制約을 받아왔으며 이 法律에서는 1m<sup>2</sup> 당 公營住宅의 그것과 맞먹는 價格의 補償을 하도록 規定하였었다.

한다는데 있는 것 같다. (15) 憲法裁判所는 한 判決에서 (16) 補償은 關係者의 處地에 비추어 보아 公正하이어 하지만 반드시 市場價格과 一致해야 하는 것은 아니라는 見解를 나타낸 바 있는데 이 事件은 비록 特殊한 狀況에 관련된 것이기는 했지만 憲法이 名目上의 價格이상의 것을 要求하고 있기는 하나 그렇다고 完全한 價値보다 적을수도 있다는 것을 나타내 준 중요한 判決이었다고 할 수 있다.

한편 독일의 聯邦大法院은 한 判決에서 被收用者는 收用後에도 收用前과 같은 狀態에 놓여 있어야 한다는 原則은 어떤 의미에서는 하나의 象徴的인 의미를 가지는데 지나지 않으며, 收用된 財産에 대하여 公正한 價値가 支給된 이상 그 支給額이 收用된 財産을 比금할 만한 새로운 財産을 取得했는가의 여부는 중요하지 않다는 주목할만한 見解를 나타낸 바 있다. (17)

그리고 收用으로 말미암은 土地價値의 變動자체는 無視하여야 한다는 一般的인 法原則(開發利益不考慮規則)에 관해서는 憲法上의 不明確性 때문에 어떤 곤란을 느끼고 있는 것 같지 않다. (18) Berlin市裁判所도 戰爭으로 인하여 被害를 입은 財産을 再建하기 위해 收用함에 있어서 1936年以後에 있었던 都市計劃事業으로 因한 價値上昇을 補償額算定에서 고려하지 아니한 法律은 合憲이라는 判決을 내린 바 있다. (19)

### (3) 收用이 許容되는 目的 :

基本法 第14條 3項에 의하면 收用은 公共福祉를 위해서만 許容된다고 규정하고 있는데 이 公共福祉라는 概念은 美國收用法制上의 public use 概念의 경우처럼 그동안 극히 擴張된 의미로 解釋되어왔다. 公共福祉의 概念規定은 극히 어렵기는 하지만 그것은 “共同的인 關心事”라는 의미로 해석할 수 있으며 따라서 收用이 어떤 사람의 利益을 위해 行해지는가는 그리 중요한 문제가 아니다. 예컨대 純全한 市所有의 山林의 收益을 目的으로 하는 林野地의 收用은 분명히 違憲이겠지만 私有公物이나 기타 公共施設을 위한 收用은 合憲이라 할 수 있는 것이다. 그러나 注油所와 같은 순수히 個人營業施設의 設置를 위해서는 그것이 그 近處의 燃料供給을 확보하기 위해서라도 기타 經濟的인 隘路를 打開하기 위해 필요하다는 要因 등이 존재하지 않는 限 일반적으로 收用은 허용될 수 없는 것이다. 住宅에 관해서도 이상과 같은 상당히 緩和된 解釋을 내리고 있는데 公營住宅建設을 위한 收用뿐만 아니라 個人所有의 家屋의 改良을 위해서도 그것이 公共福祉에 適合한 이상 收用이 許容되는 것으로

(15) K. Brinkmann, Grundrechtskommentar zum Grundgesetz 1967, Art. No. 24: Maunz & Dürig, aaO. Art. 14, Nos. 112/113.

(16) 1968年 1月 18日 判決 (註 14 참조). 特殊한 事情이 있기 때문에 收用財産에 대해서 비록 公營住宅價各으로 補償되어도 違法이 아니라고 判示함.

(17) 1964年 3月 14日 判決. 17 N.J.W. 1227 (1964). 이判決에 대한 詳釋으로서는 Dittus, aaO. S. 2179 참조.

(18) Maunz, Das Verhältnis des Entschädigungswertes zum Verkehrswert, 17 N.J.W. (1964) S. 1227.

(19) 1956年 4月 3日 判決 (Kammergericht Berlin) 9 N.J.W (1956) S. 1358. 그러나 美國의 경우처럼

解釋되고 있다.<sup>(20)</sup> 그러나 公共福祉를 위한 財産의 取得이라 하더라도 그것이 필요한 정도를 넘어서는 아니된다. 따라서 土地 자체의 收用보다 그 地役權만으로서도 目的을 달성할 수 있을 때에는 地役權만을 取得할 수 있는 것이다. 그리고 土地를 收用하는 경우에 있어서도 必要以上の 土地의 收用은 허용되지 않으며 이러한 原則에의 違反與否는 司法審査의 對象이 된다.<sup>(21)</sup> 그러나 이 原則은 被收用者에게는 별로 經濟的 價値가 없지만 收用者에게는 有用할런지도 모를 殘餘地의 取得의 경우의 例에서 처럼 비록 絶對的인 必要性은 超過하지만 經濟的으로 有用한 收用을 禁하는 뜻은 아닌 것으로 解釋하고 있다.

(4) 補償의 對象이 되는 財産權의 取得(收用)과 단순한 規制의 對象이 되는데 그치는 財産權의 制限과의 區別:

基本法 第14條 3項은 收用權者에게 適正한 補償을 支給할 것을 要求하고 있으나 第1項과 第2項은 反面, 財産所有權의 內容과 限界는 法律로써 定하며, 또한 財産權者는 義務를 지며, 公共福祉에 參與하여야 함을 규정하고 있다. 따라서 補償의 對象이 되는 財産權의 取得措置와 단순한 公共福祉를 위한 財産權의 制限(Sozialbindung)과의 구별은 대단히 중요하며 어려운 문제이다. 1949年의 西獨基本法이 制定된 以後 財産權取得을 포함하는 어떤 法律이라 할지라도 補償에 관한 節次를 만드서 規定하지 않으면 아니되기 때문에 立法者에 의해 단순히 規制를 目的으로 하는 補償에 관한 아무런 規定을 두고 있지 않는 法律은 뒤에 가서 그것이 財産取得을 內包하고 있음이 判明되면 違憲이 되어 無效가 된다. 따라서 이런 경우에는 基本法에 依據하여 財産을 取得當한 者는 直接 補償을 請求할 수 있는 것으로 解釋되고 있다(直接效力說).<sup>(22)</sup> 이 문제를 해결하기 위하여 裁判所는 一般의 原則을 設定하려 함씩 있는데 聯邦大法院에 의하면 取得(收用)은 必然的으로 “個別的”인데 反하여 規制는 本質的으로 “一般的”인 성격을 띠게 된다는 것이다. 따라서 예컨대 合理的이며 良心的인 所有權者일 것 같으면 누구나 取하지 않을 一定한 行爲를 法律이 禁止했으면 그것은 財産의 取得(收用)일 수 없다는 것이다.(個別的侵害論, 個別的行爲說 Einzleingriffslehre oder Einzelaktstheorie).<sup>(23)</sup> 그러나 한편 聯邦行政裁判所는 財産權의 侵害가 特定한 경우에 얼마나甚

〔友好條約을 맺고 있는 나라의 國民들에게는 이런 경우 市場價格으로 補償받을 權利를 인정하였다. 1957年 12월 19日 判決, 11 N.J.W. (1958) S. 463.〕

(20) Maunz & Dürig, aaO. Art. 14, Nos. 109/110. Sörgel & Silbert aaO. S. 128. 그리고 1968年 5月 30日 判決(Koblenz 高等行政裁判所) 참조.

(21) Maunz & Dürig, aaO. Art. 14, No. 110a. 이 原則은 여러 法律에 適用되고 있다. 聯邦建築法도 그 第87條(1)에서 收用은 公益이 그것을 필요로 할 경우에만 許容되며, 그 目的이 다른 手段으로 遂行될 수 없는 경우에만 허용되는 趣旨로 규정하고 있다. 이 原則이 聯邦建築法에서 都市計劃과 建築에 關하여 適用되는데 關해서는 Schrödter, aaO. SS: 398-399. 참조.

(22) 李尙圭, 新行政法論(上), 서울, 法文社, 1970 (補訂版), p. 272.

(23) 金南辰「損失補償과 特別한 犧牲」例解行政法, 서울, 韓國司法行政學會, pp. 307-311. 公島譯吉「公法上の 損失補償의 要件たる 特別의 犧牲について——最近のドイツにおける 公用徵收概念の新しい 解釋によせて——」大阪大學法學部創立10週年記念論文集, 法と政治의 諸問題, 1962, p. 410.

하게 그리고 本質적으로 損傷을 끼치는 성질의 것인가라는 점(Schwere und Tragweite—Wesentlichkeit und Intensität)에 그 區別의 기준으로 삼고 있다.(實質的 基準說)<sup>(24)</sup>

그러나 보다 일반적으로는 위의 두系統의 判決이 折衷되는 듯한 傾向을 보이고 있다. 즉 보다 오래된 聯邦大法院의 判決은 예컨대 아름다운 林木伐採를 禁止하거나 風光이 좋은 教會 近處에 오두막집 짓는 것을 禁止하거나 또는 都市計劃事業의 進行期間에 臨時的으로 建築許可를 拒否하는 경우와 같은 環境保護를 위한 措置와 관련된 事業에서 補償을 否定한 바 있다. 그러나 이러한 拒否가 3年間以上 계속되면 取得(收用)의 效果가 발생한다는 것이다. 그리고 都市計劃區域의 變更으로 말미암아 戰爭에서 被害입은 財産의 再建을 禁止하게 한 措置에 대해서도 마찬가지로 取扱하고 있다.<sup>(25)</sup> 聯邦大法院은 都市計劃으로 말미암아 財産 價値에 實質적인 損失을 가져왔을 때에는 補償이 支給되어야 한다는 뜻으로 解釋을 내리고 있으며 이런 경우 補償規定을 缺한 때에는 違憲이 된다고 보고 있다.<sup>(26)</sup> 그리고 道路의 높이를 올림으로써 家屋에서 出入이 심히 困難해졌을 경우에도 補償을 要하는 것으로 解釋하고 있다.<sup>(27)</sup>

### 3. 收用節次

西獨에서는 收用事件에 있어서 收用權의 許容 여부와 補償額의 決定은 보통 第一次的으로 行政機關에 의해 行해진다. 이 權限은 地方官廳에 의해 行해지는 것이 보통이다. 그 자세한 節次는 여러 가지이지만 오래된 收用關係法律은 一聯의 收用節次에 관해 規定하고 있는 것이 보통인데, 즉 事業認定에서부터 補償額決定에 이르는 一聯의 節次가 그것이다. 그러나 聯邦建築法이나 土地徵發法(Landbeschaffungsgesetz)의 경우처럼 그러한 過程들이 한때 擱치져 있는 경우도 없지 않다.<sup>(28)</sup> 여기서는 聯邦建築法이 規定하고 있는 節次에 따라 公用收用の 節次를 概觀하기로 한다.<sup>(29)</sup>

누구든지(또는 法人) 收用に 의하여 財産을 取得하고자 하는 경우에는 그 財産이 所在하는 地方廳에 申請을 하지 않으면 아니된다. 이 申請에는 따라야 할 특별한 어떤 公式적인 規則이 있는 것은 아니지만 물론 이러한 申請에는 예컨대 收用이 公益을 위하는 것이며 그러한 目的違反의 必要성과 關係法規가 規定하는 諸條件에 合當하다는 따위의 法律上 내지는 憲法上的 要件에 抵觸되지 아니했음을 밝혀야 한다. 이러한 申請을 받은 地方廳은 1個月이 내에 그의 意見과 함께 郡廳에 送達한다.<sup>(30)</sup> 郡廳에서는 이것을 가지고 聽聞을 열게 되는데

(24) 上掲論에 참조.

(25) Sörgel und Siebert, aaO. S.127. Bender, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, 18 N.J.W. (1965) S.1297.

(26) 1968年 4月 29日判決, 21 N.J.W. 1968) S.1278.

(27) Maunz & Dürig, aaO. Art. 14. No.117.

(28) Palandt Bürgerliches Gesetzbuch (1971) S.883.

(29) 다른 최근의 法律들도 대략 聯邦建築法에 準하여 그 收用節次를 규정하고 있다. 聯邦建築法의 收用節次에 관한 보다 자세한 解說로는 Schröder, aaO. S.S. 437-469. Landbeschaffungsgesetz. 의 경우도 그 節次는 대략 같다.

(30) Bundesgesetz, §.105. (이하 BBG로 略稱함).

普通은 一人의 聽聞官에 의해 行해지지만 어떤 州에서는 一人의 行政官과 二人의 非專門家로서 구성되는 委員會에서 行해진다.<sup>(31)</sup> 聽聞의 過程에서 聽聞官은 自己의 職權으로 可能한 廣範한 關聯事實을 調查할 수 있을 뿐 아니라 또한 調查하여야 한다. 특히 財産價値에 대해서는 陳述하는 바와 같이 獨立된 鑑定委員會의 意見을 聽取하게 된다.<sup>(32)</sup> 그리하여 收用請求가 相當하다고 인정될 때에는 그것을 拒否할 수 있으나 이러한 決定은 司法審査의 對象이 된다. 聽聞을 實施함에 있어서는 關係當事者에게 一箇月前에 書面으로 通知하여야 하거나와 그러한 關係當事者에는 收用請求人, 關係行政廳, 土地所有者, 當該土地의 登記簿上에 所有權 以外의 權利를 가지는 者 및 기타 一定한 權利關係者가 포함된다. 聽聞官은 필요한 경우에는 二의 職權으로 이러한 關係當事者의 範圍를 定할 수 있으며 聽聞通知에는 問題된 土地를 指定하여야 하며 異議가 있을 때에는 可能하면 聽聞開始以前에 提起하도록 關係當事者에게 要할 수 있다. 그리고 보통은 이상과 같은 關係當事者에게 通知이외에 一定期間의 公告를 要하게 하는 경우가 있고 또 때로는 예컨대 特定地域에서의 工業開發計劃實施나 特定한 地域의 農地改良事業과 관련된 收用の 경우처럼 地方管理廳 또는 農林部의 承認이나 地域社會의 一般住民들의 同意를 필요로 하는 경우도 있다.<sup>(33)</sup> 聽聞의 審理節次에 관해서는 特別한 規定은 없고 聽聞官의 裁量에 의하여 극히 非公式的方法으로 그가 相當하다고 생각하는 關係事實을 聽取할 수 있으며 關係當事者 또한 自由로 이 證據提示나 意見을 陳述할 수 있다. 聽聞의 內容과 結果는 기타 關係事項과 함께 書面으로 記錄된다. 聽聞過程에서 和解를 勸說할 수 있으며 萬一 和解는 成立되었으나 補償額이 決定되지 않았을 때에는 收用許可單이 發行될 수 있는데 그친다.<sup>(34)</sup> 聽聞이 終了되면 收用に 관한 可否決定과 補償額에 대한 決定이 내려지지 않으면 아니된다.<sup>(35)</sup> 이와 같이 聽聞節次가 끝난 뒤 그 決定에 대한 司法審査提起期間이 經過했거나 기타의 모든 救濟手段을 다 했거나, 혹은 決定된 補償額이 全部支給되거나 法院에 供託되었을 때에는 새로운 公式的인 決定이 내려져서 土地를 取得하고자 한 사람 또는 法人은 비로소 그가 計劃한 事業을 着手하게 되는 것이다. 만일 土地所有者가 決定에 不應하던 民事上의 判決로서 그 實效性을 確保할 수 있다.<sup>(36)</sup> 緊急을 要하는 경우에는 收用請求者는 聽聞終了後 即時로 係爭中의 土地를 占有할 수 있다. 그러나 이러한 占有許可決定은 司法審査의 對象이 되며 法院에의 一定金額의 供託 기타의 一定한 保證下에서 許容된다. 收用節次에 필요한 費用은 收用請求人의 負擔으로 한다.<sup>(37)</sup>

(31) B 3G §. 104

(32) B 3G §§. 108, 150.

(33) B 3G §§. 107, 109.

(34) B 3G §§. 110, 111.

(35) B 3G §§. 112, 113.

(36) B 3G §§. 117, 122.

(37) B 3G §. 121.

#### 4. 司法審査

收用に 관한 決定에 대하여 不服이 있는 者는 決定이 내려진 날로부터 1個月 以內에 行政訴訟를 제기할 수 있다. 行政行爲에 관한 爭訟은 一般的으로 行政裁判의 對象으로서 行政裁判에 관한 一般原則이 그대로 適用되지만(예, 訴願前置主義등) 基本法 第 14 條 3 項은 특별히 補償額에 관한 다툼을 通常裁判所의 管轄로 하고 있다. 이러한 司法審査의 二元性의 不便을 排除하기 위하여 聯邦建築法은 여러 州의 第一審의 下級裁判所 안에 「收用 및 都市計劃擔當部」를 특별히 設置하였는데 3 人의 通常裁判所의 判事(그中 1 名은 裁判長이 됨)와 2 人의 行政裁判所의 判事로서 構成되어 있다.<sup>(38)</sup> 이 「收用 및 都市計劃擔當部」는 특별히 收用과 補償性의 適法性與否의 문제를 비롯하여 여러가지 都市計劃과 地域制 등에 관한 決定을 審査한다. 收用事件에 있어서는(行政機關의 裁量權이 인정되어 있는 一定한 都市計劃이나 地域制 관계의 事件의 경우에는 例外가 있음) 事件의 모든 部分에 대하여 審査의 對象이 된다.<sup>(39)</sup> 關係行政機關은 一件記錄을 裁判所에 送付하여야 하며 審理節次는 民事訴訟法의 通常節次를 適用한다.<sup>(40)</sup> 이 地方裁判所의 決定은 地方高等裁判所의 역시 特別 「收用 및 都市計劃擔當部」에 抗訴의 對象이 되며 法律問題에 관해서는 다시 聯邦大法院에 上告할 수 있다.<sup>(41)</sup> 司法審査의 提起는 일반적으로 行政決定의 執行을 停止시키지만 補償額만이 紛爭의 對象이 되어 있을 때에는 收用請求人은 土地의 占有가 許容될 때가 있다.<sup>(42)</sup>

#### 5. 鑑定院

독일에는 裁判所나 行政機關이 財産의 市場價格을 決定하는 것을 돕기 위하여 鑑定院이 각 市와 郡에 設置되어 있다. 鑑定院은 1 名의 常任委員長과 여러 名의 非常任委員들로서 構成되어 있는데 그 構成과 事務節次의 具體적인 것은 각각 州立法으로 定하게 되어 있다. 鑑定院은 財産評價에 있어서 他機關으로부터의 獨立이 保障되어 있으며 委員任用에 있어서는 利害關係이 없도록 留意하고 있다. 鑑定院은 住宅 以外の 모든 財産物에 들어 갈 수 있고 필요한 文書의 作成을 요구할 수 있다. 鑑定院에 의한 鑑定申請은 直接當事者에 의한 경우도 있고 裁判所나 行政機關의 要求에 의하기도 하며 財産買收를 協議하는 段階에서도 그것이 可能하다. 그러나 鑑定院의 鑑定은 裁判所나 行政機關을 拘束하지 아니한다. 鑑定院의 業務를 圓滑히 하기 위하여 土地賣買契約에 관한 모든 寫本이 鑑定院에 提出되며 이와 같이 하여 蒐集된 情報에 의하여 鑑定院은 土地價值에 대한 平均價格과 比較價格表를 마련하도록 되어 있다.<sup>(43)</sup>

(38) BBG. § 157, 160 그 構成에 있어서 通常裁判所의 法官數가 行政裁判所의 法官數보다 많기때문에 違悞이 아니라고함. Schröder, aaO. S. 572.

(39) BBG. § 163

(40) BBG. § 161

(41) BBG. § 169, 170

(42) BBG. § 165.

(43) BBG. § 138-144; Schröder, aaO. SS. 528-538.



## 6. 損失補償

독일에 있어서 過去의 損失補償에 관한 法制는 完全한 價値의 補償을 原則으로 하였으며 그것은 市場(去來)價値에 의한 補償을 의미하였다.

그리하여 聯邦建築法에서도 收用된 財産의 市場(去來)價値의 支拂과 結果의 損失에 대한 補償에 關係 規定하고 있는데 여기서 市場(去來)價値란 純全한 個人的原因 내지는 特別한 要因을 고려함이 없이 特定財産의 一般의 狀態下에서 通常去來되는 價値를 의미한다.<sup>(44)</sup> 또한 損失補償에 관한 施行規則에<sup>(45)</sup> 의하면 土地의 市場(去來)價値는 일반적으로는 그에 相應한 土地의 賣買를 바탕으로 하여 決定되는 것으로 規定하고 있는데, 예컨대 建物の 價値는 建物の 年數, 老朽程度등을 고려한 純資本收益을 바탕으로 하여 決定된다. 該當財産의 可能한 最大의 未用價値를 고려해야 한다는 原則은 없다. 判例에 의하면 비록 어떤 價値上의 變動이 豫見되다 하더라도 그것이 단지 不確實한 段階일 경우에는 補償額決定에 고려되어서는 아니된다. 그러나 그것이 相當히 確實하여 通常의 商去來에서 買主와 賣人이 보통 그것을 고려해 놓고 있을 정도의 것일 때에는 고려되어야 한다. 그러나 이런 경우 建築이 行해질 것이라는 絕對인 明確性을 必要로하는 것은 아니다.<sup>(46)</sup> 이상과 같은 의미의 市場去來價値는 收用決定기 내려진 때를 기준으로 評價되어야 하며 收用의 對象이 된 事業으로 因하여 發生한 利益은 補償에서 除外되어야 한다.<sup>(47)</sup>

公用收用으로 因하여 發生한 기타의 財産上의 損失을 理由로 하는 損失補償은 그 財産喪失 自體에 의하여 支給된 補償額과 重複되어서는 아니된다. 이런 경우의 損失補償은 公益과 關係人의 利益을 正當하게 計量하고 다음의 範圍內에서 行한다. 즉 ① 종래의 所有者가 收用될 財産과 同一한 方法으로 어떤 다른 不動産을 利用하는데 필요한 支出額을 限度로 하여 그者의 職業活動, 生業活動에 있어서 또는 本質上 그 者에게 부과되는 任務를 履行함에 있어서 그者가 받는 一時的 또는 繼續的 損失, ② 어떤 財産의 一部 또는 場所의 經濟的으로 聯關되어 있는 所有地의 一部의 收用으로 因한 殘餘部分에 發生하는 價値減少 또는 어떤 財産에 관한 權利의 收用으로 因한 어떤 다른 財産에 發生하는 價値減少, ③ 收用으로 因하여 필요하게 된 移轉費用등이 그것이다.<sup>(48)</sup> 그러나 이상과 같은 規定들은 一見 상당히 寬大한 것처럼 생각되지만 不斷한 物價上昇을 감안할 때 이러한 措置만으로는 被收用者는 그의 事業을 다른 면에서 계속 할 수 없는 것이 實情이라는 것이 一部學者들에 의해 指摘되고 있다.<sup>(49)</sup> 그리고 한 判例은 生業損失을 計算하는데 있어서 尙今 發生되지 아니한 將來의 利潤

(44) B 3G. §§. 93, 95, 141.

(45) 「土地의 去來價値決定에 관한 規則」(1961年 8月 7日 制定) 1961 BGBl. 1. 1183.

(46) 1969年 11月 27日 判決(Bavarian Oberstes Landesgericht), 23 N.J.W. (1970) S. 864.

(47) F BG. §. 94.

(48) F BG. §. 94.

(48) F BG. §. 96.

(49) Althaus, Umfasst die Enteignungsentschädigung den merkantilen Minderwert eines Grundstückes, 23 N.J.W. (1970) S. 793. Also, Dittus, aaO.

은 고려되지 않으며 기타 特別한 事情도 고려되지 않음을 밝히고 있다.<sup>(50)</sup>

借地人, 先取特權者등과 같이 所有權者 이외의 사람도 所有權者에 支拂된 補償金 속에 같이 計算되지 않았거나 收用된 財産上에 계속 그 權利가 存在하거나 혹은 所有權者의 어떤 새로운 財産上에 계속 그의 權利가 존속하지 않는 限 역시 補償에 대한 權利를 누린다.<sup>(51)</sup>

한가지 注目할 만한 事實은 被收用者는 金錢대신 特定한 경우에는 土地나 기타 다른 權利의 附與에 의한 補償을 請求 할 수 있다는 사실이다. 예컨대 所有權者가 自己의 職業活動이나 生業活動의 확보 하기 위하여 또는 本質的으로 自己에게 부과된 任務가 全的으로 補償 土地에 依存하고 있는 경우 같은 것이 그것이며 다른 權利에 의한 補償이 關係人들의 利害를 고려하여 公平한 경우에는 關係人의 申請에 의하여 法이 規定한 一定한 方法으로 補償의 全部 또는 一部를 充當할 수 있다.<sup>(52)</sup> 그리고 收用된 財産이 一定한 期間內에 收用의 目的을 달성하지 못했을 경우등에 있어서 被收用者는 自己를 위하여 그것을 再收用할 것을 請求할 수 있다.<sup>(53)</sup> 끝으로 財産權侵害에 대한 補償이 發效한 때부터 計算하여 補償金에 대한 利率은 支拂되어진다. 그러나 萬一 緊急을 要하기 때문에 補償金의 決定을 기다리지 않고 그 以前段階에 있어서 所有權者에게서 該當財産의 占有가 떠나게되어 收用者에게 歸屬하게 되었을 때에는 被收用者가 現實的으로 그 財産에 대한 利用이 剝奪되었을 때 부터 利率은 계산 된다.<sup>(54)</sup>

## 7. 逆 補 償

逆補償制度(inverse condemnation)라 함은 補償없이 公益上의 理由로 權利가 侵害된 結果 發生한 損失에 대하여 財産權者의 請求에 의하여 支拂되는 補償을 말하는데<sup>(55)</sup> 독일에서도 여러 形態의 逆補償制度를 찾아 볼 수 있다. 즉 政府機關에 의한 財産權에 대한 侵害는 現實的으로는 公式的인 損失補償節次에 관하여 아무런 規定을 하고 있지 않을 경우에도 많이 일어나고 있다. 독일에서는 傳統的으로 이러한 경우에도 補償이 주어지는 것으로 되어 있다. 비교적 오래된 著書나 判決에서는 이러한 경우의 責任을 獨逸民法 第 839條와 본 基本法 第 34條의 規定을 根據로 하여 단일 그러한 侵害가 違法일 경우에는 國家의 一種의 不法行爲責任과 비슷한 이른바 國家賠償 責任을 인정하였다.<sup>(56)</sup> 그리고 또한 다른 한편으로는 이른바 犧牲的 補償請求(Aufopferungsanspruch)라고 불리우는 制度를 인정하고 있는데 이것

(50) 1967年 7月 10日 判決(Landgericht Frankfurt) 22 N.J.W (1969) S.1964.

(51) BBG. §§ 97, 98: 1968年 7月 1日 判決(聯邦大法院), 21 N.J.W. (1968) S.1925.

(52) BBG. §§ 100, 101.

(53) BBG. §. 02

(54) 1969年 6月 26日 判決(聯邦大法院), 22 N.J.W. (1969) S.1897.

(55) 逆補償이 무엇을 의미하는가하는 定義는 學者에 따라 一定하지 않다. 예컨대 Mandelker는 公共의 土工事等에 의해서 惹起된 財産上의 損傷에 대하여 財産權者의 請求에 의하여 損失補償이 支拂되는것을 의미한다고 한다. Mandelker, "Inverse Condemnation: The Constitutional Limits of Public Responsibility," Wisconsin Law Review, Vol. 1 (1966).

(56) 英文으로인 Amtshaftung에 관한 간단한 解說로서는 F. Dawson and I. Head, International

은 어떤 사람이 公共福祉를 위하여 經濟的 기타의 損失을 입게되었을 때 그 犠牲에 대해서 주어지는 補償制度이다.<sup>(57)</sup>

최근의 判例에도 이른바 Enteignungsleicher Eingriff 즉 「收用に 類似한 侵害行爲」라는 概念을 인정하면서 公正한 補償이 支給되어야 함을 밝히고 있는데 이런 경우의 補償은 既存의 補償關係의 法規上の 어떠한 制限에도 制約받지 않는다고 한다.<sup>(58)</sup> 이런 예는 흔히 있는데 예컨대 前述한 바와 같이 어떤 法律이 애당초는 단순히 一定한 財産을 規制함에 그치려던 것이 結果的으로는 實質的으로 收用과 같은 財産上の 損失을 가져오게 한 경우 같은 것이 그것이다. 일반적으로 그 損失이 輕微할 때에는 補償의 對象이 되지 않는 것이 原則이지만 最近의 判例에 의하면 예컨대 戰車의 振動으로 말미암아 家屋이 破壞되었거나 軍事演習으로 因하여 偶發的으로 火災가 일어난 경우처럼 그러한 財産侵害가 비록 偶發的인 경우에도 이처럼 逆補償의 原理를 適用시키고 있다.<sup>(59)</sup>

#### 8. 都市計劃과 損失補償

獨逸法에는 損失補償에 관련된 法 이외에 都市計劃이나 地域制에 관련된 規定들을 많이 가지고 있는데 이들 規定의 目的은 두 말할 나위도 없이 土地나 家屋 등과 같은 不動產所有者에게 不當한 負擔을 과하거나 財産의 收用은 法律에 基하여야 하며 適正한 補償이 주어짐으로서 行용된다고 하는 基本法上的 原則에 牴觸됨이 없이 效果的으로 都市計劃事業을 遂行해 나가도록 하자는데 그 目的이 있는 것이다. 그리하여 聯邦建築法에서도 예컨대 土地利用에 관한 綜合的인 計劃이 作成公表됨으로서 그에 違背되는 土地利用을 規制하는 한편 建築許可의 一時的인 中止 등을 規定함과 동시에 그러한 中止措置가 4年以上 계속되는 경우에는 補償이 支給되지 않으면 아니됨을 規定하고 있다.<sup>(60)</sup> 또한 特定한 土地利用計劃이 環境保存 등의 理由로 現存 또는 將來의 利用을 制限하거나 어떤 負擔을 課할 때에는 역시 補償이 支給되어야 하는 경우가 있다. 그리고 特定한 土地利用으로 말미암아 財産上の 커다란 損失을 가져올 경우에는 土地所有者는 그 土地의 買收를 關係機關에 請求할 수 있고 萬一 그 價格이 關하여 合意가 이루어지지 아니하였을 경우에는 土地所有者는 그 收用을 強要할 수 있다. 이런 경우 그 土地의 市場去來價値를 決定함에 있어서 土地利用計劃의 效果는 無視되는 것으로 한다.<sup>(61)</sup>

그 밖의 措置로는 예컨대 可及的이면 公用收用の 手段에 呼訴하지 않고 所期の 目的을 달

La v, National Tribunals and the Rights of Aliens, (1971) p.227. 참조.

(57) 平井孝, 「西ドイツ 損失補償理論における Aufopferungsanspruch 思想の 展開—とくに 判例を中心として—」 公法研究, 第25號, 日本公法學會, 1963, pp.189-196 참조.

(58) Sö gel and Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 9 Aufl., 1960, S. 126.

(59) 1968年 7月 8日 判決(聯邦大法院), 21 N.J.W. (1968) S. 2144.

(60) BE G. §§.14-18.

(61) BE G §§.40-44. Schröder, a.a.O. SS. 301-315.

성하게 하는 措置라든가 急騰하는 不動產價格에 對處하기 위한 措置 등을 생각할 수 있는데 그러한 方案의 하나로 再開發地區 또는 土地利用計劃에 따라 一定한 用途가 指定된 地域上의 土地 기타 建築豫定地 등에 대한 先買制度가 있다. 先買權의 對象이 되는 土地의 賣買에 있어서는 그 契約書를 事前에 行政廳에 提出케 하여 1個月以內에 先買權行使與否決定의 機會를 주어야 한다. 그러나 近親間의 賣買에는 適用되지 않는다. 이러한 先買制度는 行政廳이 그 自身の 用地取得을 위해서 뿐 아니라 第三者(鐵道, 企業, 혹은 住宅業者) 등을 위한 用地取得에도 이 制度가 흔히 活用되고 있다.<sup>(62)</sup>

끝으로 公用收用에 의하지 않으면서도 그와 비슷한 效果를 實現시킬 수 있는 制度로서 土地區域整理制度와 農地改良制度가 있다.<sup>(63)</sup>

## 9. 結 論

이상 본 바와 같이 公用收用 및 그에 關聯된 事項에 관한 獨逸法制은 그에 관한 適用法規이 많기 때문에 대단히 복잡다단하다. 被補償者에게 充分한 補償을 支拂한다는 觀點에서나 土地를 필요로 하는 사람에게 效果的으로 對處한다는 觀點에서 볼 때 實質적으로 그 目標이 아직도 完全히 達成되었다고 볼 수 없을지 모르지만 獨逸에 있어서의 不動產問題의 深刻性을 생각할 때 오늘날의 狀況下에서 그런대로 잘 運用되고 있는 것으로 생각된다.

## 第二節 프 랑 스

### 1. 序 論

비록 그 程度는 덜 하지만 프랑스에 있어서도 獨逸에 있어서와 마찬가지로 公共의 必要에 의한 用地取得과 住宅難의 問題는 戰後 그 深刻相을 띠고 있다. 第二次大戰으로 말미암은 破壞도 적지 않았지만 프랑스에 있어서는 1962年 알제리아를 잃기 이전까지만 하더라도 심각한 避難民問題는 없었고, 있었다 하더라도 그 規模는 극히 限定되어 있어 약 200萬이 고작이었다. 그러나 프랑스에서도 독일에 있어서와 비슷한 問題가 발생하게 됨에 따라 독일과 비슷한 解決策이 여러 각도에서 모색되어 왔다.

프랑스의 公用收用制度의 概觀은 독일에 있어서의 그것에 대한 것보다 비교적 간단하다. 왜냐 하면 프랑스는 單一國家이기 때문에 中央政府의 法制度가 중요한 의미를 가지게 되는데 대개 그것의 單一法規로 이루어져 있기 때문이다. 원래 유명한 1804年의 나폴레옹 民法典 第545條에 事前補償에 관한 것이 規定되어 있었는데 물론 現代의 諸問題를 打開해 나가기 위해서는 그것만으로 不足하고 새로운 方法의 制定이 필요했던 것이다.<sup>(64)</sup> 現在 프랑스에

(62) BBG §§. 14-28. Ebert, Die Gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz, 14 N.J.W. (1961) S 1430.

(63) 都市에 있어서의 土地에 關聯된 聯邦建築法上の 規定은 BBG §§. 45-79 참조.

(64) 英語로 독 프랑스 公用收用制度의 歷史的發展에 관한 文獻으로서는 Frank M. Covey, Jr., "The French Law of Eminent Domain," 35 North Dakota Law Review, 209 (1959) 그러나 이 論文에는 1158年 法에 關해서는 다루지 않고 있다.

있어서의 公用收用に 관한 基本法은 1958年 10月 23日에 大統領令58-997號로 制定公布된 土地收用法이 그것이며 1960年 4月 1日부터 實施되고 있다.<sup>(65)</sup> 그런데 프랑스는 獨逸과 마찬가지로 司法二元主義를 採擇하고 있으며, 行政的인 決定은 行政上의 損害賠償事件과 함께 보통 行政裁判所의 管轄로 되어 있다. 이러한 下級行政裁判所의 判決에 대한 上訴는 國參事院(Conseil d'Etat)에 하도록 되어 있다.

## 2. 財産權에 대한 憲法上의 保障

1789年 採擇된 프랑스 人權宣言에 의하면 財産權은 神聖不可侵이며 아무도 明白한 公共의 必要에 의한 경우를 除하고는 正當하고 事前的인 補償 없이는 侵奪되지 않는다고 規定하고 있다. 이러한 人權宣言은 프랑스 1958年 憲法의 前文 속에 繼承되고 있다. 그것은 國家政策의 간가지 指針이 되고 있으며 비록 明示的 規定을 無視하지는 못하지만 法令解釋에 중요한 役割을 주고 있다. 프랑스에서는 正當하게 制定公布된 法令에 대한 違憲審査制度는 존재하지 않는다. 따라서 財産權의 保障은 主로 一般法律에 規定하는 바에 따르게 되어 있다.

## 3. 公用收用請求權者와 公用收用目的

프랑스에서는 公用收用을 請求할 수 있는 主體로서 國家를 비롯하여 그 地方政府, 公社 심지어 町工會議所까지 포함되고 있다. 뿐만 아니라 政府로부터 認可를 받은 私機關도 公用收用權行使의 主體가 될 수 있다.<sup>(66)</sup> 收用은 반드시 언제나 그것을 請求하는 者의 利益을 위해서만이 아니라 때로는 收用の 結果 얻어진 土地는 다른 公共團體 또는 個人團體에게 移轉될 수 있는데 再造林計劃, 污水防止公害對策, 土地利用計劃 등과 關聯된 諸般施策에 그 例가 많다. 그러나 收用은 반드시 公益(utilite publique)에 適合해야 하는데 이 原則은 이미 프랑스民法 第545條의 規定에서도 찾아 볼 수 있지만 다른 나라의 경우와 마찬가지로 그 解釋이 크게 擴大되었다. 最近判例의 一般的인 立場을 보면 단순한 “一般利益”이 있는 것만으로 足하다고 해석되고 있다. 그리하여 예컨대 애초의 目的은 賭博센터 建立이었다 하더라도 競走用走路의 設置라는 目的만으로도 公益性的의 基準에 適合한 것으로 보고 있다.<sup>(67)</sup>

## 4. 公用收用の 節次

프랑스의 收用節次는 두 가지 部分으로 나누어진다. 첫째 部分은 主로 行政機關에서 行해지는 收用許可可能性과 그 許可範圍에 관한 節次이고, 다른 또 하나의 部分은 損失補償額決定에 관한 節次로서 이것은 通常裁判의 管轄對象이다. 먼저 行政的 節次는 收用이 과연 公益을 위한 것이냐 아니냐의 與否를 결정짓기 위한 이른바 公益性宣言(收用權附與節次)으로부터 시작된다. 土地收用法 第1條에 의하면 「全部 혹은 一部の 不動產 또는 不動產에 관한 物權

(65) Journal Officiel, October 24, 1958, 1958 Dalloz Legislation 355(이후로는 DL로 略稱함). 프랑스의 大統領令(Ordonnance)은 단순한 行政規則이 아니라 一般法律로서의 效力을 가지고 있다.

(66) Ordonnance No. 58-997, Art. 2.

(67) Ferbas E.G. Salles, Expropriation et evaluation des biens, 1967 (2d ed.) p. 39. 여기서는 1958年 1月 10日의 國參事院의 決定을 例示하고 있다.

의 收用은 調査를 거친 뒤에 行해지는 公益性宣言 없이는 宣告될 수 없으며 그 宣告는 또한 收用할 部分의 決定 및 所有者, 權利者, 그리고 關係者에 대한 調査節次가 行해지고 난 뒤가 아니면 宣告될 수 없다」고 規定하고 있다. 이러한 宣言은 國參事院의 政令에 의해 行해지는 경우도 있지만 보다 일반적으로 收用目的物의 所在地를 管轄하는 道(Departement)의 道令에 의해 行해진다. 但 國家, 國營企業, 商工會議所, 國家의 特許法人 또는 海外諸道에 設立될 法人을 위해 遂行될 工事인 경우와 收用할 土地 혹은 그 土地上的 物權이 數道 또는 그러한 物權이 收用權者의 道以外에 存在할 경우로 地方公共團體를 위해 遂行되는 事業에 있어서는 部令에 의해 公益性이 宣言된다. 公益性宣言을 宣告하기 위해 行해지는 調査(國防에 관한 機密 工事인 경우는 例外)의 樣式에 관해서는 1959年 6月 6日의 行政規則<sup>(68)</sup>이 公布되어 그 樣式에 統一을 期하고 있거니와 이 過程에서 많은 自然人 혹은 法人에게 異議를 提起하거나 當該工事의 公共性에 관한 正確한 評價에 도움이 될 만한 資料를 提出케 하고 있다. 그리고 調査擔當의 委員의 任命의 條件 또는 調査委員會의 公益性宣言을 위한 調査에 관한 權限을 明確하게 規定하고 있다. 그리하여 調査委員이 提出한 調査報告書에 따라 縣知事は 公益性宣言을 하게 되는 것이다.<sup>(69)</sup> 이와 같이 하여 公益性이 宣言되면 收用의 對象이 되는 土地細目を 決定하는 第二의 行政節次가 계속된다. 이 過程에는 土地所有者와 그 土地에 대하여 一定한 權利를 가진 者의 意見이 聽取된다. 이러한 過程을 거친 뒤 道知事は 收用土地의 細目を 確定하게 된다.<sup>(70)</sup> 이상과 같은 一聯의 行政節次는 行政裁判所의 司法審査를 거쳐 최종적으로는 國參事院의 司法審査의 對象이 된다.

行政節次의 各階段가 끝나면 土地에 대한 補償價格을 決定할 段階에 이르게 되는게(實際에 있어서는 이미 前段階에서 行해진다) 만일 그에 대한 合意가 이루어지지 않으면 事案은 第一審인 一般管轄裁判所의 收用擔當部(chambre d'expropriation du tribunal de grande instance)에 繫留되게 된다. 一般事件의 경우에는 3人의 判事로 構成되는 것이 普通인데 이 경우에는 1人의 判事(收用判事)가 이를 擔當하게 된다. 公共機關이 아닌 私人 또는 準公法人이 收用主體일 경우에는 대개의 경우 補償額에 관해서는 合意的으로 解決되는 경우가 많다. 裁判官은 먼저 行政節次에 관한 記錄을 檢討한 뒤 土地收用に 관한 決定을 내리게 되는데 이 決定에 의하여 土地의 所有權은 移轉된다.<sup>(71)</sup> 그러나 占有權은 補償額이 決定되어 그 支拂이 있을 때까지는 移轉되지 않는다. 그러나 緊急을 要하는 경우에는 判事は 假補償額을 支拂하거나 裁判所에 供託함을 條件으로 하여 一時的으로 그 占有를 得하게 할 수 있다.<sup>(72)</sup> 이 밖에도 國防關係의 工事처럼 超緊急을 要하는 경우에는 그러한 工事に 관한 公益性이 適法하게 宣告

(68) Decree N. 59-701 (June 6, 1959) 1959 D.L. 509

(69) Ordonnance, Arts, 1-3.

(70) Ordonnance, Arts, 1, 4.

(71) Ordonnance, Arts, 6, 12.

(72) Ordonnance, Arts, 28, 29.

되어 있는 경우에는 當該私有地の 占有에 관한 許可는 國參事院의 意見에 基하여 내려지는 命令에 의하여 當該工事의 主管官廳에게 부여될 수 있다. 이 경우 主管官廳은 그가 占有을 원하는 土地가 所在하는 市邑面을 나타내는 書類가 添付된 計劃書와 工事의 概略書를 國參事院에 提出하도록 되어 있다. 이 경우에는 占有의 取得이 即時 이루어지는 것이지만 이 경우에 있어서도 所有者 혹은 기타의 利害關係人으로부터 要請이 있을 때에는 行政廳은 15日 이내에 臨時補償金을 支拂하거나 供託하여야 하며 不然이면 當該土地의 占有에 관한 許可는 그 效力을 상실하게 된다.

裁判所에서의 補償金을 決定하는 節次는 비교적 간단하나,<sup>(73)</sup> 當事者間의 協議에 의해 補償金이 決定되지 못했을 때에는 裁判所에서 決定하게 되는데 起業者는 調査開始에 관한 意見, 公益性宣言을 立證하는 證書, 讓渡性確定處分 및 收用命令을 公告하고 關係되는 所有者 및 使用收益權者 등에 이를 通知한다. 이러한 通知를 받은 關係人은 8日以内に 起業者에게 그 意見を 陳述하지 않으면 補償金에 대한 모든 權利를 상실하게 된다. 起業者는 補償에 관한 提供總額을 補償金을 받게 될 利害關係人에게 個別的으로 通知하는 한편 裁判所에 事案을 繫留케 한다(被收用者側에서도 事件繫留可). 事件이 繫留된 裁判所는 現地檢證을 畢한 뒤 當事者 또는 그 代理人의 意見聽取를 위하여 公開로 公聽會를 開催한다. 이 公聽會에는 關係人의 參席과 아울러 財務部의 地方行政機關을 代表하는 官吏가 보통 배석하여 土地價格에 관하여 判事에게 일종의 技術的 助言을 하게 된다. 이 官吏를 commissaire du government 라고 부르는데 起業者側의 提示額과 被收用者側의 그것과의 사이에 상당한 거리가 있을 때 이 commissaire du government 가 중요한 調停役割을 하게 되는데 一般의으로는 判事が 土地의 未來價格 등에 非專門家인 경우가 많기 때문에 判事들이 補償額決定에 있어서 지나치게 이 commissaire du government 의 意見에 의존하는 경향이 있다는 것이 一部에서는 批判의 대상이 되어 있다. 起業者는 第一審의 訴訟費用을 負擔한다.

##### 5. 補償의 基準

土地收用法 第11條에 의하면 補償金은 收用に 의하여 생겨나는 直接的이며 物質的인 確定된 損害의 全體를 포함하여야 함을 規定하고 있는데 이 規定의 解釋을 둘러싸고 많은 論難이 거듭 되었었다. 즉 收用に 의하여 發生한 直接的인 損害만에 대해서 補償이 주어지는 것이기 때문에 예컨대 그를 위해 土地가 收用된 工事의 建設로 말미암아 損害가 發生한데 대해서는 補償되지 않는다. 또한 補償額에 대한 税金支出은 補償의 대상이 되지 않는다. 왜냐하면 그러한 税金은 收用の 直接的인 結果가 아니라 생각되기 때문이다. 프랑스의 不法行爲法에서는 상당히 寬大한 立場을 取하여 예컨대 精神的 내지 心理的損失에 대해서도 規定하

(73) 補償額決定節次에 관해서는 1959年 11月 20日에 制定된 行政規則에 상세히 規定되어 있다.  
Décret No. 59-1335 (November 20, 1959) 1959 DL 652.

고 있는데 反하여 收用に 의한 補償額의 決定에 있어서는 그것이 物質的損失이 아니기 때문에 補償되지 않는다. 그러나 例外的으로 이른바 逆收用이 인정되는 경우가 있다. 즉 예컨대 아무런 法的節次에 의하지 않고 de facto로 財産權이 剝奪되었을 때에 발생하는 損害에 대한 補償에는 精神的 損害까지 포함하는 것으로 되어 있다. 이와 비슷한 原則은 收用の 節次에 瑕疵가 있을 때에도 適用될 때가 있다. 다음에 損失은 確定的인 것이라야 한다. 이것은 아직 確實치 않은 將來에 있어서의 土地上의 工事計劃 같은 것은 고려되지 않는다는 의미이다.

損失補償은 보통 두 가지 部分으로 나누어지는데 하나는 收用된 財産에 대한 補償이며, 다른 하나는 收用に 따른 기타의 結果的 損失에 대한 補償이 그것이다. 土地收用法 第21條에 의하면 判事는 所有者의 移轉命令 후의 現地の 狀態에 偶發하는 變更을 고려하지 않으며 判決日에 있어서의 財産의 價値에 基하여 補償金을 定한다. 그러나 不動産, 産業 또는 商業地에 대하여 收用命令 以前에 행해진 建設, 植樹, 各種施設, 商品의 取得 등 모든 종류의 改良은 그것이 행해진 期日 또는 다른 여러가지 情況에 비추어 보아 補償金을 높일 目的으로 행해졌다고 생각될 때에는 아무런 補償도 주어지지 않는다. 收用命令을 내리기 위한 行政節次가 시작되기 1年以前까지의 該當財産의 用途만이 고려의 대상이 된다. 그리고 事業의 發表에 의하여 惹起된 價格騰貴는 고려에 넣지 않는다. 그러나 다음과 같은 要素는 고려의 대상이 된다. 즉 同一한 事業을 위한 類似한 土地가 任意的인 賣買契約에서 支拂한 土地價格과 課稅의 目的을 위해서 評價된 土地價格 등이 그것이다.<sup>(74)</sup>

이상과 같은 收用된 財産에 대한 補償에는 이 밖에도 殘餘財産의 價値低下, 收用으로 因하여 必要하게 된 새로운 工事의 經費, 移轉費, 他建物の 施設費, 移動不可能한 固着物로 因한 損失에 대한 補償이 附加되어 진다. 要컨대 被收用者는 收用以後에 더 富裕해지거나 더 貧困해져도 아니 된다.

補償金은 貨幣로서 支給되는 것이 원칙이지만 때로는 現物補償도 可能하다. 그리고 都市再開發事業 등에서는 土地所有者는 現金補償을 받거나 補償金대신 새로이 開發된 土地나 새로운 建物 또는 새로운 工事を 施行한 企業의 證券 등을 綜合計劃과 상치되지 않는 범위내에서 選擇的으로 請求할 수 있다. 그리고 土地收用法 第21條 3項에 의하면 起業者는 所有者, 商人, 職工들에게 주어질 補償金 대신으로 비슷한 場所를 提供할 수 있음을 規定하고 있다. 이와 같은 경우가 있어서는 移轉費, 利潤損失 그리고 심지어 營業場所移轉廣告料까지 包含하여 所要되는 附帶的 損失을 補償하여야 한다.<sup>(75)</sup>

끝으로 예컨대 收用の 對象이 되는 家屋의 所有者에게는 그들의 收入이 一定水準以下일 경우에는 再開發事業의 結果나 기타 新住宅建設促進을 위한 政府의 特惠 등에 대해서 다른

(74) Ordonnanc , Art. 21.

(75) Ordonnanc , Art. 22.



사람들 보다 優先權이 인정되는 경우가 있고 또 補償金은 그것이 支給되기로 되어 있는 날로부터 3개월 뒤부터는 利率이 加算되게 되어 있다.

## 6. 都市計劃과 損失補償

公用收用に 관한 法만으로는 都市再開發 등을 포함하는 오늘의 복잡한 都市計劃의 需要를 충족시키기에는 여타가지로 부족한 점이 적지 않다. 이에 대한 對策으로서 여러가지 特別措置를 생각할 수 있는데 여기서는 그중 중요한 몇 가지 만을 記述하기로 한다.

프랑스에서는 土地投機에 의한 地價昂騰을 억제하는 手段을 地方公共團體에게 附與하여 合理的인 都市計劃, 都市整備의 推進이 뒷받침된 宅地供給推進을 目的으로 한 一聯의 立法, 行政措置로서 유명한 ZUP, ZAD, ZAC 등의 區域規制制度가 마련되어 있거니와 이것은 1967년의 土地利用基本法(La loi d'orientation de foncier)<sup>(76)</sup>에 의하여 더욱 整備되어 종래의 區域規制와 함께 時間的 概念을 加味하여 (time-zoning) 都市의 合理的 開發을 위한 有效한 手段으로 사용되고 있다. 먼저 ZUP(Zones a Urbaniser en priorité), 즉 優先市街化區域은 主로 短期的 見地에서 優良한 公共施設을 갖추는 市街地의 形成을 目的으로 하여 建設長官의 指定에 의해 行해지는데, 적어도 500戶以上の 住宅建設可能의 面積을 가지며 資金의 由로 經濟社會開發基金이나 國家의 援助를 받게 된다. 이 地域內의 土地에 대해서는 先買權制度가 實施되고 있다. 그러나 이러한 先買權의 行使는 ZUP의 設定後 4年間에 限해 인정되지만 그것은 2年에 限하여 延長될 수 있다.<sup>(77)</sup> 다음으로 ZAD(Zones á Aménagement différé), 즉 長期整備地域은 土地의 投機的 去來抑制을 위하여 土地의 賣買, 建築行爲 등에 관하여 一定한 制限을 加할 目的으로 將來에 있어서 長期的으로 宅地開發을 行할 地域 또는 再開發할 地域을 말한다. 여기에서도 先買權制度가 適用되는데 그 期間은 8年間이란 長期에 達한다. 따라서 ZAD로 指定된 地域의 土地所有者는 政府에 대하여 ZAD로서 指定된 뒤 2年 이내에 買收請求를 할 수 있다. 이런 경우 土地價格의 決定에 관한 다름은 上述한 收用に 대한 補償金決定의 節次에 따라 解決되고 있다. 그리고 이러한 先買權行使로서 取得된 土地가 8年이 經過되어도 公益上의 土地利用 기타 一定한 目的을 위해 賣却되거나 利用되지 아니했을 경우에는 土地所有者는 이른바 還買權을 가진다. 이 경우 土地에 대한 새로운 價格은 그 間의 諸般事情을 고려하여 過去의 그것을 超過할 수도 있을 것이다.<sup>(78)</sup> 先買權制度는 또한 이 밖에 土地利用計劃에 따라 特定한 地域이 公共機關, 公益事業 혹은 綠地帶 確保를 위해 保存되어 있는 경우에도 行使될 수 있다.<sup>(79)</sup> 끝으로 ZAC(Zones d'aménagement

(76) 1967年 12月 30日 法律(法律 第67—1253號法律)

(77) 1962年 7月 26日 法律(法律 第62-848號法律) 1962 DL 243, Arts. 1-5.

(78) 法律 62-848, Arts. 7-12.

(79) 法律 67-88, Art. 13

ZUP와 ZAD에 관한 상세한 施行細則은 1962年 11月 7일에 만들어진 命令에 規定되어 있다. 1962 DL 365. 加藤邦雄, フランスの 都市計劃, 東京, 鹿島研究所出版會, 1965, pp.80-84.

agement Concerté), 즉 整備確定地域은 1967年의 土地利用基本法에 의해 創設된 것인데, 住宅用地, 商工業用地, 觀光施設用地的 確保, 다시 말해서 包括的總合的 市街地的 開發과 整備를 目的으로 하는 것인데 이것이 設定된 뒤로 ZUP는 3年內로 ZAC로 移行하도록 되어 있다. 이것은 經濟的으로 ZAD內의 土地가 市場으로부터 脫落하여 未開發인체로 放置되어 그 地域以外的 地價가 上昇하고 있다는 問題가 발생했기 때문에 創設된 制度이다. ZUP, ZAD와 別로 ZAC에는 先買權은 없다. ZAC가 設定되어 新開發計劃이 決定되면 종래의 都市整備建築計劃의 効力은 상실되며, 또 ZAC內의 모든 建築行爲는 2年間 인정되지 않는다. 대신 建築用地에 대한 税金은 免除된다.<sup>(80)</sup>

## 7. 結 語

프랑스의 土地收用關係法規는 해가 경과됨에 따라 土地所有權者에게 점점 덜 有利해져 가는 경향이 있다. 그 가장 主된 理由는 이른바 公益性宣言에 있어서의 公益概念의 擴大解釋 때문이라 하여도 過言이 아니다. 예컨대 ZUP나 ZAD에 있어서의 先買權制度만 하더라도 그것에 의해 取擧된 土地가 充分적으로 어떻게 利用되는가는 確實하지 않다. 그리고 補償額 決定의 節次도 반드시 滿足스럽다고 할 수 없다. 오늘날에 와서는 오히려 都市計劃分野의 立法이 이상과 같은 복잡한 問題에 對處해 나가는데 필요한 適切한 措置를 마련하고 있는 동시에, 利害關係者의 行政的인 決定過程에의 參與節次까지를 마련하고 있는 경우가 많다.

## 第三節 英 國

### 1. 序 言

英國에서의 收用收用——強制買收——은 여러가지 方法으로 行해지는데 첫째로 特定한 土地買收權을 直接 부여하는 議會制定法(private acts of Parliament)에 의하는 경우 둘째로 土地取得을 위한 一般의 權限을 부여하지만 이 이상 取得節次에 關係해서 規定하고 있지 않는 議會制定法에 의하는 경우, 셋째로 土地取得의 權限을 부여하되 法定의 一定한 節次에 따른 것을 規定한 議會制定法에 의하는 경우 등의 세 가지가 그것이다. 이 가운데서 마지막 셋째 節의 方法이 가장 一般的인 收用方法이라 할 수 있다. 그것은 한 마디로 말해서 土地의 強制買收命令에 관한 것이라 할 수 있다. 英國에서는 종래 여러 갈래로 되어 있었던 收用節次는 1946年의 土地取得法(Acquisition of Land—Authorization Procedure—Act)이 制定됨에 이르러 어느정도의 統一이 期해졌다. 同法이 規定하는 收用節次는 同法制定當時 存在하는 모든 土地의 強制買收行爲와 앞으로 行해질 많은 強制買收行爲에 適用하는 것으로 되어 있다. 따라서 다음에 概說할 收用節次는 주로 이 1946年法에 의거한 것이다. 英國의 경우 이른바 議會主義의 原則으로 말미암아 議會의 立法을 制限할 아무런 憲法上의 制約이란 있을 수 없다.

(80) 櫛田光男, 柴田德衛編, 土地問題と土地政策(土地問題講座①), 東京鹿島出版會, 1972, p. 89.

## 2. 收用(強制買收)節次

強制買收命令(a compulsory purchase order)을 얻기 위한 첫째의 段階는 土地所有者나 賃借人, 그리고 土地占有者가 누구인가를 確定하는 일이다. 土地를 取得하고자 하는 機關은 土地의 所有權關係와 기타 關聯되는 利害關係 등에 관하여 充分한 調査를 하여 買收의 對象이 되는 土地의 地圖를 作成함과 아울러 公聽會의 日時를 결정한다.<sup>(81)</sup> 起業者는 公聽會가 開催되기 前 28日 以內로 土地所有者나 占有者에게 그 事實內容書를 提出하여야 한다. 公聽會開催에 관해서는 日刊新聞에 계속 2週間 公告케 함으로써 個別的通知에 漏落된 者에게도 알리도록 하고 있다. 收用命令과 對象土地의 地圖의 寫本은 地方의 一定한 場所에 備置되어 있다. 또한 地圖가 封印되어 收用機關과 確認官廳에 備置되어 있어야 한다. 여기서 確認官廳이라 함은 特定한 收用權行使를 管轄하는 部署의 長을 말하는데 이러한 確認은 반드시 要求된다. 모든 通知는 通常郵便 또는 登記郵便을 通해 行해진다.

公聽會는 確認官廳의 調査官 앞에서 開催된다. 公開聽聞時에는 公衆은 누구든지 參加權을 가지며 關聯되는 事項에 대한 質問을 할 수 있다. 非公開聽聞이 行해질 경우에는 聽聞을 받을 權利는 異議申請人, 起業者, 기타 確認官廳의 長官이 適當하다고 인정하는 者에게 주어진다. 聽聞이 끝난 뒤 調査官의 報告書가 確認官廳의 長官에게 送達되며 그 報告書와 異議申請書는 참고로 하여 確認官廳의 長官은 收用命令書를 確認 또는 發布를 하게 되는데 그 確認을 要求한 行政廳은 한 가지 以上の 地方紙에 命令書의 確認 또는 發布의 通知를 지체 없이 公告하여야 하며 동시에 命令書의 寫本을 關係者에게 送達하여야 한다.

그러나 確認官廳의 長官은 반드시 調査官의 報告에 拘束되는 것이 아니다. 만일 그가 調査官의 報告書에 뜻을 같이하지 않을 경우에는 確認要求機關과 異議提起者에게 그 뜻을 通知하고 그들의 意見을 再次 書面으로 提出하고 公聽會를 再開할 것을 要請하게 할 수 있다. 그러나 이런 경우가 아니라도 確認官廳의 長은 必要하다고 인정할 경우에는 언제든지 公聽會의 再開를 指示할 수 있다.

收用命令이 確認 또는 發布된 경우에는 그 確認 또는 發布의 最初의 公告日로부터 6週日 以內에 高等裁判所에 抗訴할 수 있는데 裁判所에서는 最終判決을 保留한채로 命令의 効力發生을 中止시키기 위한 中間指定命令書를 내릴 權限을 가지며, 또한 一定한 理由에 據하여 그 命令 또는 命令中 一般적으로 혹은 申請人의 財産에 關係있는 部分에 限定해서 最終判決에 의한 取消을 할 수 있다.

收用命令이 確認官廳의 長官에 의해 確認發效되면 起業者는 土地를 取得하게 되는데 그것은 다음과 같은 세 가지 段階를 거쳐 行해진다.<sup>(82)</sup> 즉 첫째는 收用告知(notice to treat) 節

(81) 土地收用に 관한 具體的인 節次에 관해서는 1949年の Compulsory Purchase of Land Regulation 이 規定되어 있다.

(82) 1946年の 土地取得法은 收用權을 附與하는 이론과 Authorization Procedure Act인데 대하여 收用命令에 의거하여 具體적으로 土地를 取得하는 節次에 관해서는 바로 1965年에 制定된 強制買收法(Compulsory Purchase Act)이 適用된다.

次이며, 둘째는 出入通告(notice to enter) 節次이며, 셋째는 補償額의 評價節次이다. 起業者인 取得廳은 前述한 收用命令이 確定되던 土地上에 法律上の 利害關係 있는 모든 當事者에게 그가 하고자 하는 土地를 特定하고 그것을 買收하기 위한 協議를 할 意思가 있다는 事實과 工事의 施行으로 말미암아 발생할 損害에 대하여 모든 當事者에게 補償이 주어질 것을 內容으로 하는 收用告知를 하게 된다. 이러한 告知를 받은 補償請求權者는 請求할 補償의 關係에 있어서 權利, 利益의 精確한 狀態를 記述하고 補償項目別로 金額을 區分하여 各項目別로 請求額을 提示하는 補償請求의 內容을 나타내는 請求通知(notice of claim)를 書面으로 起業者에게 提出하도록 되어 있다. 이러한 收用告知로서 賣買契約이 成立되는 것은 아니며 아직 土地는 所有者의 財産으로 머무르고 있다. 그러나 當事者는 賣主와 買入과 비슷한 法律關係를 形成하게 되어 一方은 補償金을 取得하고 他方은 買收를 完成시킬 權利를 가지게 된다. 收用告知가 行해지고 買收價格이 確定되면 그 履行을 強制할 수 있는 이른바 特定履行(specific performance)이 許容되는 有效한 契約 또는 準契約으로서 精確을 가지게 되며 所有者는 收用告知後에는 補償金을 增加시키는 行爲를 할 수 없으나 權利의 賣買 또는 讓渡는 可能하며 이런 경우에는 收用告知의 效果는 그 買收人 또는 讓受人에게 承繼된다. 起業者가 土地의 占有를 取得할 權利를 가지는 것은 土地의 收用이 完成된 뒤라야 함이 原則이지만 일반적으로 補償의 評價와 收用の 完成에는 相當한 時日이 要함으로 一定한 條件下에서는 收用이 完成되기 前의 出入權이 認定되는 경우가 있다. 즉 1845年의 土地條項 整理法(Land Clauses Consolidation Act) 第85條에 의하면 合意 또는 裁定된 補償이 土地의 모든 利害關係人에게 支拂되어 있거나 相當한 額이 保證金으로서 裁判所에 預置되어 있고 出入에서부터 補償의 支拂時까지의 利子까지도 包含되어 있는 것으로 인정되는 補償額의 支拂에 관한 2人의 保證人이 있을 때에는 起業者는 所有者 또는 占有者의 同意 없이 出入할 수 있음을 規定하고 있으며, 1946年의 土地取得法 第2章 第3節에도 當事者에게 收用告知를 送達한 뒤 所有者, 賃借人 및 占有者에게 14日 以上の 豫告를 한 뒤 出入할 權利를 인정하고 있다. 물론 이 경우에도 起業者는 利子를 포함한 假補償金을 支拂하거나 裁判所에 供託한 뒤가 아니면 그 出入이 不可能하다. 이상과 비슷한 規定은 1965年의 強制買收法(Compulsory Purchase Act) 第11條 1項에 그대로 繼承되고 있다. 그리고 이 밖에도 1968年의 都市 및 農村計劃法 第10條가 規定한 一般의 歸屬宣言制度(General Vesting Declaration)에 의거하여 起業廳은 收用告知節次를 거치거나 事前補償의 支拂없이도 收用の 對象이 될 土地를 占有할 수 있다.

끝으로 補償額의 評價節次는 後述하는 바와 같이 土地裁判所에서 行해지거나 이러한 節次를 通하여 補償額이 決定되면 現實的인 補償金支給과 土地의 引渡節次가 뒤따르게 된다. 이 경우 萬一 土地所有者나 關係人이 裁判所의 決定에 應하지 않으면 起業者는 裁判所에 所

정의 補償金을 供託한 뒤 그 占有를 開始할 수 있으나 이에 응하지 않으면 強制執行을 할 수 있다. (83)

### 3. 損失補償

元來 英國에 있어서의 損失補償의 基本原則은 所有者의 價値를 基準으로 하는 補償原則이었다. (84) 그러나 그 뒤 이 原則은 1919年의 土地取得法(the Acquisition of Land—Assessment of Compensation—Act)에 의하여 一般市場의 去來價値의 原則으로 改正되었고 다시 1944년에는 單時中의 特殊한 事情이 고려되어 人爲的인 最高價格(artificial ceilings)制가 導入되었다가 1959年의 都市 및 農村計劃法에서 다시금 市場의 去來價値로 還元되었다. 그런데 1961年에 制定된 土地補償法(Land Compensation Act)의 第5章은 다음과 같은 補償의 評價基準에 관한 6個基本原則을 規定하고 있다. (85,86)

第一原則——財産의 取得이 強制로 行해진다는 理由 때문에 特別한 支出(allowance)이 고려되어서는 아니된다. (87)

第二原則——土地價格의 評價는 一般市場에서의 賣渡意思가 있는 賣主(willing seller)에 의해 그 土地가 賣却될 때 期待되는 價格에 相當할 것을 原則으로 한다.

第三原則——土地가 어떤 特別目的을 위한 適應性(special suitability or adaptability)을 가지고 있을 때라 하더라도 그 特別目的이 法律에 의하여 設定된 경우이거나 혹은 特定한 사람이나 收用權을 가진 起業應에게만 특별히 必要한 것이기 때문에 市場性을 가지지 아니할 때에는 그러한 特別한 價値는 補償評價에 고려하지 않는다. (88)

第四原則——土地의 價格이 裁判所에 의해 禁止되고 있는 方法이나 法을 違反한 方法 또는 公衆衛生에 違背되는 方法 등에 의한 利用으로 말미암아 上昇했을 경우에는 그것은 補償評價에 고려하지 않는다.

第五原則——教會나 學校등과 같이 利潤을 目的으로 하지 않는 用途로 土地가 使用되고 있기 때문에 그 土地에 대한 市場性이 없거나 一般的인 需要가 없는 경우 다른 場所에 等價의 것을 建設하는 것이 正當한 것으로 土地裁判所가 생각할 때에는 그러한 再建(reinstatement)

(83) Keith Davies, Law of Compulsory Purchase and Compensation, London, Butterworths, 1972, pp. 76~96.

(84) 1845年의 土地條項整理法의 立場이 그 代表의 例라 할 수 있다. Cripps, Compulsory Acquisition of Land, (11th ed. 1962) pp. 885-985.

(85) 1965年 強制買收法(Compulsory Purchase Act)이 制定된 이후로 오늘의 대부분의 強制買收에는 立法에 규정된 補償原則이 適用되도록 되어있으나 그 內容은 1845年法에서의 그것과 거의 다를 바 없기 때문에 오늘에 있어서도 主된 補償原則은 1845年法과 1961年法이라 할 수 있다. David M. Lawrence and Victor Moore, Compulsory Purchase and Compensation, 5th ed. 1972, p. 89.

(86) Lawrence and Moore, *ibid.*, pp. 100-108; Davies, *op. cit.*, pp. 115-121.

(87) 1845年法下에서는 價例上 通常評價價格에다가 10%가 強制買收라는 理由도 添加되었으며 裁判所에서도 默認되었었다. Lawrence and Moore, *ibid.*, p. 100.

(88) 1845年法에서는 이런 경우 그 特別한 適應性으로 말미암은 特別한 價値는 補償額評價에 고려하는 것으로 하였었다.

ment)에 合理的으로 필요한 費用을 基準으로 補償額을 評價한다.

第六原則— 前述한 第二의 原則은 土地 자체의 價値와 直接 關係 없는 收用으로 인한 기타의 障害에 대한 補償을 排除하는 것은 아니다.

이상은 1961年의 土地補償法 第5條가 列擧하는 補償評價에 관한 基本原則이지만 同法은 계속해서 第6條, 7條 그리고 9條에서 다음과 같은 세 가지 原則을 規定하고 있다.<sup>(89)</sup>

첫째로 收用計劃으로 인하여 增加되었거나 減少된 土地의 價値는 고려하지 않는다(第6條).<sup>(90)</sup>

둘째로 收用으로 말미암아 同一所有者의 隣接土地의 價値가 上昇했을 때에는 補償額과 그 上昇分을 相計한다. (第7條)<sup>(91) (92)</sup>

셋째로 收用の 對象이 될 것이라는 報導로 말미암아 惹起된 土地價値의 低下는 고려하지 않는다. (第9條)

한편 土地가 收用됨으로 말미암아 取得되지 아니한 土地의 價値를 低下시킨 경우인 이른바 利益侵害(ijurious affection)나 기타 收用으로 인한 障害(disturbance)에 대한 補償에 관해서는 1965年의 強制買收法 第7條에 規定하고 있는데 同條에 의하면 「起業者가 支拂해야 할 補償額을 評價함에 있어서……起業者에 의해 取得되는 土地의 價値에 대해서 뿐만 아니라 取得된 土地가 土地所有者의 殘餘土地로부터 分離됨으로 말미암아 土地所有者에게 끼친 損害 또는 殘餘土地에 不利하게 끼친 損害에 대해서는 補償이 고려되어야 한다」고 規定하고 있다. 이러한 경우의 補償請求가 인정되는 것은 取得된 土地와 계속하여 隣接하는 殘餘地에 限定되는 것이 原則이지만 數個의 土地가 비록 隣接되었지 않더라도 그들이 全體로서의 價値에 寄與하고 있을 때에는 이러한 土地의 隣接性은 絕對的 要件은 아니다.<sup>(93)</sup> 그리고 起業

(89) Davies, (p. cit., pp. 121-126.

(90) 이것은 1959年의 都市 및 農村計劃法 第9條를 繼承한 것이고 아울러 1845年法下에서의 原則인 開發事業(Scheme)으로 인한 土地價値의 增加分은 補償評價에 고려하지 않는다는 이른바 “Pointe fourde Principle”를 再確認하는 동시에 同一한 論理로 土地價値의 減少分에 대해서도 고려하지 않음을 아울러 밝힌것이라 할수있다. Lawrence and Moore, *ibid.*, p. 92, p. 108.

(91) 1845年法이나 1919年의 Acquisition of Land (Assessment of Compensation) Act에는 전혀 이러한 相計規定이 없었다. 그러나 道路工事 내지 改良關係의 法에는 個別的으로 그에 관한 規定들이 있다. 1911年의 立法이 制定된 이후로는 相計를 許容하지 않는 特別規定이 없는限 一般的으로 本法 第7條가 適用되게되며 地方自治團體가 制定하는 法律中 相計를 禁하는 規定은 그 效力을 상실하게 된다. (1961年 土地補償法 第8條 5項 및 6項 참조): Davies, *op. cit.*, p. 123.

(92) 起業聽이 議會에 의하여 授權된 權限을 行使하는 過程에서 土地의 價値가 上昇한 경우 그러한 上昇分(betterment)을 吸收하는 方法으로 上昇分의 直接過徵, 擴張收用(recoupment), 相計 등의 方法이 있는데 1959年의 都市 및 農村計劃法에 이어서 1961年의 土地補償法에서 비로소 相計에 관하여 規定하였고 기타의 方法에 관해서는 個別的인 法律의 規定을 除하고는 一般의 規定을 아직 없는 것 같다. Davies, *op. cit.*, pp. 216-218.

그리고 1967年 土地委員會法(Land Commission Act)에 의하여 土地委員會가 設置되어 1971年 Land Commission (Dissolution) Act에 의해 廢止될때까지 이른바 開發利益에 대하여 土地 增價課徵(betterment levy)을 課했으나 現在는 廢止되고 다른 一般物件의 增價의 경우와 마찬가지로 1962年과 1965年의 財政法(Finance Act.)에 의해 課해지는 讓渡所得稅(Capital Gains Tax)의 對象이 되는데 그친다. Lawrence and Moore, *ibid.*, pp. 155-160.

(93) Lawrence and Moore, *ibid.*, p. 144. Crowper Essex v. Acton Local Board (1889), 14 App. Cas. 153. 에서의 Watson 判事의 意見 참조.

者の土地利用이 法에 의해 保護받지 않는 不法妨害(nuisance)를 形成하는 경우 뿐만 아니라 그 利用이 私所有者에 의하여 行해될 때에는 合法的인 것인 경우에도 이러한 請求는 허용된다. 그것이 不法인 경우에는 補償의 請求는 인정되지 않고 一般的인 不法行爲로 인한 損害賠償請求事件으로 取扱되게 된다.<sup>(94)</sup> 起業廳은 이러한 殘地補償이나 利益侵害로 인한 補償을 줄이기 위하여 收用된 土地上에 施行된 工事로부터 얻어진 利益과 어느정도 相計하게 함으로써 土地所有者에게는 相計한 나머지 純損失에 대해서 補償을 請求케 한다든지 혹은 進入路, 溝渠, 塙柵 등의 新設이든가 기타의 除害施設을 갖추어 주는 등하여 이른바 調整工事(accommodation work)를 施行해 주기도 한다.<sup>(95)</sup> 이 밖에도 移轉費用, 新營業地の 廣告費用, 移轉期間中の 營業上의 損失 등도 그것이 收용으로 因한 侵害의 結果로 인정될 때에는 補償이 주어져야 한다. 그리고 補償請求人 自身の 土地는 收用되지 않았지만 起業廳이 施行한 事業으로 말미암아 損害가 발생하는 경우가 있는데 1845年의 土地條項整理法 第68條와 1965年의 強制買收法 第10條에 의하면 위와 같은 경우 補償請求가 인정되는 경우로는 다음과 같은 네 가지가 있다.

첫째로 收用된 土地가 不作爲約款(Restrictive covenants)의 適用을 받을 경우(예컨대 收用된 土地에 地役權이 設定되어 있는 경우) 그러한 約款違反에 대해서는 有力한 不法의 侵害에 기초한 損失의 補償으로서 侵害를 당한 當事者는 起業廳에 대하여 損失補償을 請求할 수 있다.

둘째로 예컨대 起業廳이 施行한 工事 등으로 인하여 日照權이 侵害된 경우에는 隣接하는 土地나 建物の 所有者는 補償請求權이 인정된다.

셋째로 起業廳의 收용으로 말미암아 通行路가 廢鎖되었거나 通行의 不自由로 土地價値가 減少되었을 경우에는 隣接하는 土地나 建物の 所有者는 역시 補償請求權이 인정된다.

그러나 流水路에 지장을 가져왔거나 土地의 privacy가 干渉받거나 혹은 通路가 차단됨으로 因하여 營業上의 損失을 가져왔을 경우같은 것은 補償의 대상이 되지 않는다.

#### 4. 損失補償의 評價節次

1845年의 土地條項整理法下에서는 補償額을 評價하는 機關이 補償請求額과 土地에 대한 請求人의 權利의 範圍 등에 따라 달랐었는데 二名の 判事에 의한 경우, 仲裁人에 의한 경우, 執行官에 의한 경우, 判事에 의해 任命한 鑑定人에 의한 경우등 네 가지 종류가 있었다.<sup>(96)</sup> 그러나 1961年의 土地補償法 制定以來로는 모든 強制買收時의 補償額評價는 1949年의 土地裁判所法(Land Tribunal Act)에 의해 設置되는 土地裁判所에서 評價하는 것으로 되었다. 土地裁判所의 評價節次에 관해서는 1963年의 土地裁判所規則(Land Tribunal Rules)이 制定

(94) *ibid.*, p.145. Imperial Gas Light and Coke Co. v. Broodbent (1859), 7 H.L. Gas. 600.

(95) *ibid.*, p.191.

(96) *ibid.*, pp.171-173.

되고 있는데 누구든지 補償金을 請求하고자 하는 者는 收用告知와 請求의 寫本과 함께 土地裁判所의 書記에게 補償評價를 위한 付託通知(notice of reference)를 送付하여야 한다. 土地裁判所에서는 關係文書를 檢討하고 필요하다고 인정할 때에는 口頭로 訊問할 수 있다. 鑑定人을 필요로 할 때에는 付託通知時에 그 뜻을 밝혀야 한다. 鑑定專門家의 財産에 대한 評價結果는 그가 의거한 그에 相應한 다른 比較價格 내지 評價書와 함께 土地裁判所에 提出된다. 土地裁判所는 어디까지나 聽聞會등에서 提示된 諸證據에 따라서 評價함을 原則으로 하지 自己自身の 專門知識을 근거로 評價하지는 않는다. 일반적으로 起業廳은 土地裁判所에 付託通知를 할 때 그가 補償하고자 하는 金額을 提示하도록 되어 있는데 그 內容은 土地裁判所에 알리지 않도록 되어 있으며 聽聞時에 裁判所의 書記에게 傳해지는 것이다. 그리하여 裁判所에서 補償額이 最終적으로 評價되고 난 뒤에 그것이 公開되어 만일 그 金額이 補償評價額보다 적을 때에는 起業廳이 補償評價에 필요했던 費用을 부담하고 그것이 많았을 때에는 補償請求人이 부담하게 함으로써 補償과 관련된 不勞所得을 防止하고 있다. 土地裁判所의 決定은 書面으로 해야 하며 理由가 붙어야 한다. 그에 대하여 異議가 있는 者는 6個月以內에 法律上の 問題에 관하여 第二審裁判所에 上訴할 수 있다.

##### 5. 都市計劃과 公用收用

土地所有權은 때로는 地力行政廳으로 하여금 自己所有의 土地를 收用に 줄 것은 強要한 경우가 있는데 그것은 法律이 定한 극히 制限된 경우에 限한다. 즉 1962年의 都市 및 農村計劃法 第129條에 의하면 土地所有者는 開發許可가 拒否된 경우 그로 말미암아 그 土地를 合理的으로 有用하게 利用할 수 없고 또한 어떤 形態의 開發行爲가 許容되더라도 그 合理的으로 有用한 利用을 期待할 수 없음을 立證할 수 있으면 그 土地의 買收를 請求할 수 있다.<sup>(97)</sup>

그리고 1966年의 新都市法(New Town Act)은 都市計劃上の 一定한 指定을 받은 地域의 土地所有者가 그 指定이 있는 뒤 土地의 買收 없이 7年이 經過했을 때에는 그 土地를 還買할 수 있음을 規定하고 있으나 실제에 있어서는 별로 쓰이고 있지 않다.

그리고 1968年의 都市 및 農村計劃法은 이른바 計劃荒廢(Planning blight)에 의해 영향을 받은 土地所有者에 대한 買收請求通知에 의한 救濟手段을 규정하고 있는데 이것은 未確定的 將來에 있어서 土地에 어떤 公的인 開發이 計劃되어 있기 때문에 土地所有者는 自己의 土地를 마음대로 팔 수도 없고, 비록 팔려고 相當한 努力을 했으나 計劃 때문에 상당히 낮은 價格으로 밖에 팔 수 없게 된 土地 또는 建物을 占有하고 있는 所有者에게 買收請求權을 인정함을 그 內容으로 한다.<sup>(98,99)</sup>

(97) J.B. Cullingworth, *Town and Country Planning*, London, George Allen & Unwin LTD, 1967, p. 86.

(98) 이것은 1959年의 都市 및 農村計劃法에서 導入되어 1962年法 第135條를 거쳐 1968年法에 繼承되었다.

(99) Davies, *op. cit.*, pp.173ff. (Part Three).



## 6. 結 論

이상에서 볼 수 있는 바와 같이 英國에 있어서의 公用收用權은 數 많은 制定法에 의해 規定되어 있기 때문에 극히 복잡하고 重複과 混亂相을 나타내고 있다. 그러나 다른 한편으로는 대단히 興味있는 중요한 規定들이 考案되고 있음을 엿볼 수 있다. 따라서 이러한 雜多한 制定法들 가운데 중요한 規定들을 體系的으로 統合하게 되면 現在보다 훨씬 效果的인 公用收用制度의 運用을 期待할 수 있으리라 생각된다.

## 第 四 節 美 國

### 1. 序 論

美國에 있어서의 公用收用に 관한 制度 및 節次는 다른 訴訟制度의 경우와 마찬가지로 극히 복잡다단하다. 이것을 劃一的으로 記述하는 것은 거의 不可能하다. 따라서 여기서는 一般的으로 본 制度와 節次단의 概說에 그치기로 한다. 美國의 公用收用法制은 이제까지 考察해 온 여러 나라와 비교할 때 形式上 獨特한 內容을 지니고 있는데 그것은 첫째로 美國에 있어서는 國家가 eminent domain 이라고 하는 收用高權을 가지되 그것은 主權의 屬性이고 따라서 收用權의 源泉은 다른 나라의 경우와 달라 主權自體에 求할 수 있고 憲法의 承認에 의해 存在하는 것이 아니라는 思想이 있고, 둘째로 主權이 各州마다 存在하기 때문에 主權의 屬性인 收用高權 즉 eminent domain 의 具體的行使에 있어서도 各州마다 그 節次를 定하게 되므로 統一性을 缺하고 있고, 셋째로 美國에 있어서는 三權中, 司法權에게 강한 傳統的인 信賴가 주어져 있는 結果로 州에 따라서는 收用に 관한 事項이 立法에 의해 定해지거나 또는 行政節次에 의해 收用이 行해지는 경우에 있어서도 最終적으로는 eminent domain 의 行使는 司法裁判所의 手中에 들어가도록 되어있다. 따라서 美國에 있어서는 公用收用法은 行政法이라기 보다는 오히려 司法에 속하는 것이 된다.<sup>(100)</sup> 그러나 이상과 같은 特殊性이 있음에도 불구하고 美國의 公用收用法을 各州의 收用法의 全部에 걸쳐 概觀하여 보면 그 가운데 英國이나 프랑스 혹은 우리 나라의 收用法上의 諸原則과 類似한 것이 發見되어지며 比較論의으로 참고가 되는 것이 적지않다.<sup>(101)</sup>

### 2. 財產權에 대한 憲法的 保障

美國은 1791年 聯邦憲法修正第5條에서 「누구나 法律의 正當한 節次에 의하지 않고는 生命, 身體 및 財產을 剝奪되지 않으며, 또 正當한 補償 없이는 公共을 위하여 私有財產을 收用당하지 않는다」라고 規定함으로써 다른 基本權과 함께 財產權을 憲法上 保障하고 있다. 그

(100) 美國에서는 行政法(administrative law)이라 「行政活動에 대한 司法審査를 包含하는 行政機關의 權限과 節次에 관한 法」이라고 定義되지며 公用收用に 관한 法理는 大陸系統의 國家처럼 行政法理論에 全히 다루어지지 않고 特別한 法으로서가 아니면 대체로 憲法의 基本權의 保障의 관련 아래에서 다루어지고 있다. Kenneth C. Davis, Administrative Law Text, St. Paul, West Publishing Co. 1959, p. 1.

(101) 高田賢造, 前掲書 p. 11.

그러나 이 規定은 各州의 權限을 規制하는 것이 아니라 단지 聯邦의 權限을 制限하는 것이었다. 따라서 그 뒤 1886年에 이르러 聯邦修正憲法 第14條가 制定되어 「어떤 州도 法律이 定하는 正當한 節次에 의하지 않고는 누구에게 대해서나 生命, 自由 또는 財産을 剝奪할 수 없다. 또한 그 管轄內의 아무에게도 平等한 保護를 拒否할 수 없다」고 規定하여 州에 있어서의 財産權保護에 관한 基本原則을 確立하였다. 그리하여 오늘날 各州의 憲法은 聯邦修正憲法 第5條에 適合하도록 修正되어 North Carolina州와 New Hampshire州의 二州를 除外한 모든 州가 財産權保障과 正當한 補償에 관한 規定을 가지고 있다.<sup>(102)</sup>

### 3. 公用收用の 意義와 適用 範圍

「收用」이라는 말은 어떤 州에서는 엄격하게 해석되기도 하고 또 어떤 州에서는 그다지 엄격하지 않게 解釋되고 있다. 엄격하게 해석되는 경우에는 「收用」이란 財産의 「物理的 收用」(Physical taking)을 의미하며, 財産이 現實적으로 沒收되어(seized) 상대방에게 取得되거나(acquired) 혹은 어떤 目的에 充當되어(appropriated), 財産所有者가 그 財産에 관한 모든 權利(right), 모든 權源(title), 모든 利益(interest)을 박탈당한 결과 所有者로부터 그 財産의 完全한 奪取(d'spossession)이 이루어지지 않으면 아니된다고 한다.<sup>(103)</sup> 이에 反하여 그다지 엄격하지 않게 해석하는 경우에는 「收用」은 財産의 「非物理的收用」(non-physical taking)으로서 足하고 財源이 그 所有者로부터 完全히 奪取될 필요가 없다. 私有財産所有權으로부터 갈라져 나오는 基本的諸權利(elementary rights)가 實質적으로 侵害되는 경우, 예컨대 財産의 使用 및 享有(use and enjoyment)에 대해서 중대한 制限이 行해지거나 財産價値의 破壞 또는 損傷(destruction or impairment)이 行해졌을 경우에는 「收用」으로 간주한다.<sup>(104)</sup> 그러나 그것이 警察權限의 行使라 인정되는 경우에는 「收用」으로 간주되지 않는다. 이상과 같이 「收用」에는 物理的收用과 非物理的收用이라고 하는 두 가지 종류가 있고 더구나 非物理的收用의 內容은 物理的收用의 內容을 카버하는 것이기 때문에 Nichols에 의하면 憲法의 意味에 있어서의 財産의 收用에는 그 財産의 權源 및 그에 附隨하는 諸利益을 財産所有者로부터 빼앗는다는 形式은 꼭 필요한 것이 아니다. 補償을 받을 憲法上の 權利는 그 實質에 있는 것이지 形式에 있는 것이 아니다. 비록 形式上の 收用이 없었다 하더라도 憲法이 인정하는 補償의 精神에 適合할 경우에는 收用이 있는 것으로 간주한다. 要컨대 「收用」의 有無의 문제에는 補償을 인정할 權利章典의 起草者들의 心中에 있었던 문제라고 풀이하고 있다.<sup>(105)</sup> 다시

(102) North Carolina州와 New Hampshire州의 경우에 있어서도 憲法에서 規定한 「正當한 節次」에 관한 規定의 意味속에 正當한 補償을 支拂해야할 趣旨가 내포되어있는 것으로 해석함을 判例上の 原則으로 하고 있다고 한다. 高田, 前掲書, p. 81.

(103) Brewer v. Commonwealth, 345 Pa. 144. 이러한 思考는 대체로 비교적 오래된 聯邦最高裁判所의 判例이 채용한 解釋이라 할수있다. Pumpelly v. Green Bay Co., 13 Wall 166(1872)참조.

(104) Syracuse Grade Crossing Commission v. Delware, Lackwanna & Western R. Co., 197 Misc. 192; Clark v. Cox 134 Conn. 226. 이러한 思考는 최근의 聯邦最高裁判所의 一般의 態度이다. United States v. Causby, 328 U.S. 256 (1946) 참조.

(105) J.L. Sacman and R.D. Van Brunt, Nichols' the Law of Eminent Domain, vol. 2, (1950-1953) pp. 236-237.

말해서 Nichols 에 의하면 收用을 인정하는가 어떤가——따라서 補償을 支拂해야 되는가 어떤가의 문제는 결국 憲法의 精神에 따라 해석해야 된다는 것이다. 이렇게 생각한다면 憲法의 精神을 어떻게 이해하는가의 方式에 따라 예컨대, 설사 各州가 憲法上 비슷한 補償規定을 가지는 경우라 하더라도 그 補償의 實態는 크게 달라지게 될 것이다. 즉 경우에 따라서는 補償與否의 문제도 종이 한장의 차이가 될 수도 있는 것이다. 이와 마찬가지로 「收用」의 該當與否의 경우에 따라서는 단지 程度의 差의 문제가 되기도 한다. 이제 이러한 事情에 관해 간단히 言及해 보기로 한다.

(1) 物理的收用——엄격한 의미에 있어서「收用」은 財産의 物理的侵害(physical invasion)을 필요로 하며 財産의 所有權 및 占有權의 現實的인 奪取(actual seizure)를 필요로 한다. (106) 또 逆으로 財産의 物理的 收用이 있었을 경우에는 반드시 「收用」으로 간주되며 補償이 支拂되지 않으면 아니된다. 비록 그 目的이 警察權能의 目的인 公衆의 健康, 道德, 安全 등을 促進하는 것인 경우에도 그것이 物理的 收用이면 補償支拂의 義務를免치 못한다. 警察權能의 行使인 行해지는 物理的收用은 實際의 效果에서 보면 公用收用權의 行使일 뿐 아니라 단일 그 警察權能으로 財産의 使用 및 享有를 所有者로부터 完全히 剝奪하는 것이라면 그것은 警察權能의 範圍를 넘어선 非合理的 專斷的인 警察權能이라 할 수 밖에 없고 그것은 분명히 警察權能의 行使가 아니라 公用收用權이라 할 수 있다. 이러한 法律은 警察權能의 行使로서는 無效이고 또한 그에 대하여 아무런 補償規定을 두고 있지 않을 때에는 公用收用으로서도 無效가 된다. (107)

여기서 한 가지 注意할 점은 「財産의 破壞」(destruction of property)에 관한 것이다. 어떤 경우에 있어서나 財産의 價値의 完全한 破壞는 틀림없이 「收用」이 된다. 그러나 예컨대 病畜의 屠殺은 警察權能의 行使로서 無補償으로 行해진다. Nichols 에 의하면 「어떤 事實이 收用을 構成하는가 어떤가의 與否는 程度의 문제인 경우가 종종 있다.……어떤 財産이 公衆에게 有害하고 그 財産의 價値가 극히 가벼운 경우에는 無補償으로 破壞할 수 있다」(108)고 말하고 있다. 따라서 비록 公衆에 有害하고 生活不法妨害(nuisance)를 構成하는 경우일지라도 財産이 健全한 것이고, 價値가 있는 것일 때에는 그것을 破壞하는 行爲는 「收用」이며 補償이 支拂되지 않으면 아니된다.

다음으로 문제되는 것은 正式의 收用節次에 의한 「收用」이 行해지는 것이 아니라 實質的으로 物理的收用이 되는 경우가 있다. 예컨대 下水道가 私有地를 가로 질러 파헤쳐질 경우라든지 돌담이나 堤防이 私有地 위에 만들어질 경우, 水道管 등이 私有地上에 設置되는 경

(106) Woodruff v. Catline, 54 Coun. 277.

(107) Hackman and Van Brunt, op. cit. Vol. 2 pp. 250-251.

(108) bid., vol. 2., p. 253.

우 등에는 그것이 公共의 使用에 제공되어 있고 半永久인 設置인 限 金錢의으로 보아 아무리 微細한 損失이라 하더라도, 또 當該財産의 使用에는 거의 支障이 없는 정도라 하더라도 그것은 憲法的 意味에 있어서의 「收用」을 形成하며, 補償을 支拂하지 않으면 아니된다.<sup>(109)</sup> 물론 이들 塹壕, 水道管 등의 設置는 그 어느것이나 法에 基하는 것이 아니면 아니되며 違法의 경우에는 不法侵害(trespass)를 구성한다.<sup>(110)</sup>

끝으로 公共의 使用을 위하여 改良工事を 한 결과 隣接地를 흠 또는 물로서 物理的으로 侵害한 경우에는 原則的으로 「收用」으로 간주되며, 補償을 필요로 한다. 그러나 만일 排水路 또는 堤防 같은 것을 만들어 물에 의한 物理的侵害, 예컨대 洪水 같은 것을 除去할 수 있으면 그것은 단순한 「損失」(damage)이며 「收用」으로 간주되지 않으며<sup>(111)</sup> 또한 一時的洪水도 收用으로 간주되지 않는다. 그러나 비록 一時的이나마 자주 되풀이되는 경우에는 「收用」으로 간주된다.<sup>(112)</sup>

(2) 非物理的收用——非物理的收用이란 「收用」을 그다지 엄격하지 않게 해석하는 立場인데 이에 의하면 私有財産에 대한 어떤 實質的인 干涉이 財産의 價値를 破壞 내지 激滅시키는 程度이고, 또한 그 干涉에 의하여 財産을 使用 혹은 享有하는 財産所有者의 權利가 實質的으로 激滅 내지 破壞된 程度인 경우에는 그 干涉은 事實上으로도 法律上으로도 憲法的 意味에 있어서의 「收用」이 된다.<sup>(113)</sup>

먼저 문제가 되는 것은 土地上의 空氣가 臭氣나 煤煙 또는 騒音으로 인하여 더럽혀졌을 경우이다. 臭氣나 煤煙 또는 개스 등으로 汚染되었을지라도 보통은 「收用」으로 간주되지 않고 이러한 損失은 *damnum absque injuria*(賠償請求權이 인정되지 않는 損害)로 인정되어 補償이 주어지지 않는다.<sup>(114)</sup> 왜냐 하면 이들에 의한 財産의 侵害는 보통 實제적으로 보아 물에 의한 侵害만큼 強力하지 않기 때문이다. 따라서 이것도 程度問題이고 만일 그것이 심한 경우에는 「收用」으로 간주된다.<sup>(115)</sup> 예컨대 물에 의한 侵害와 같은 程度로 臭氣나 煤煙이 財産의

(109) Ryan v. Weiser Valley L. & W. Co., 20 Idaho 288.

(110) Sackman and van Brunt, vol. 2. *ibid.*, p. 251.

(111) United States v. Lynah. 188 U.S. 445.

(112) Eaton v. Boston, etc., R.R. Co., 51 N.H. 504.

(113) Portsmouth Harbor L. & H. Co., v. United States, 260 U.S. 327; United States v. Causby, 328 U.S. 256.

(114) A.D. Jah, Law of Eminent Domain, Valuation and Procedure, 1953, pp. 73-74.

(115) Richards v. Washington Terminal Co., 233 U.S. 546. 이 事件에서는 “터널”의 入口에 隣接하는 土地의 所有者가 심한 煤煙과 개스에 의하여 特別한 損失(special injury)을 받은 것으로 인정되어 修正憲法第5條에 의거하여 補償을 받을 資格이 있다고 判決했다. 이 判決에서 재미있는 理論은 “터널”을 만들것을 인정한 議會의 法律을 실제로 行使한 결과 만일 煤煙이나 개스가 絶대로 避할 수 없는 것일 때에는 그에 의한 財産權의 侵害는 適法한 것으로서 損失을 받은 土地는 收用을 구성하지만 만일 煤煙을 어떤 方法으로든간에 避하게 할 수 있는 것이라면 그것에 의한 侵害는 適法한 것이라 할수 없기 때문에 「收用」이 될수 없다고 해석하고 있다.

有用性<sup>3</sup> 물理的으로 損傷하고 部分的으로 破壞하는 정도일 때에는 「收用」이 되며 財産所有者는 補償을 받을 資格이 있다.<sup>(116)</sup> 따라서 그 侵害의 程度는 單純히 不便이나 不快라든가 피로움을 줄 정도의 것으로는 充分하지 않다.<sup>(117)</sup> 다음으로 예컨대 道路가 舗裝되거나 公園이 美化되<sup>3</sup> 경우에 그것에 隣接하는 土地의 所有者는 이러한 改良工事に 의하여 利益을 받기 때문에 일정한 改良工事評價額(betterment assessment)의 一部를 負擔하게 되는 때가 있다. 그런데 後年에 와서 그 道路 또는 公園이 폐쇄되거나 隣接地에 利益을 가져오지 않은 다른 用途로 變된 경우에는 그러한 閉鎖 또는 變更에 대하여 隣接地所有者에게 補償이 주어져야 하는 것일까? 그리고 그들이 강제적으로 支拂한 改良工事の 評價額의 一部를 되찾을 수 있을 것인가? 裁判所의 大勢는 이를 否定하고 있으나<sup>(118)</sup> 이것을 肯定하는 少數裁判所의 見解는 다음과 같다. 改良工事の 評價額의 支拂은 道路 또는 公園上에 地役權(easement)의 性質을 가지는 財産權을 創設하는 것으로서 그것을 剝奪하는 경우에는 補償을 必要로 한다는가, 혹은 評價額의 支拂은 그 土地를 언제나 道路 또는 公園으로서 使用한다고 하는 契約을 構成하는 것으로서 이 契約을 侵害하는 경우에는 代價를 필요로 한다는 등의 見解가 그것이다.<sup>(119)</sup>

그러므로 끝으로 土地에 관하여 形式上으로는 警察權能에 의한 「規制」의 形式을 取하고 있지만 그것이 公用收用者에 의한 「利用」으로 간주되는 경우가 있다. 예컨대 燈台에 隣接하는 土地의 所有者는 燈台의 빛을 방해할 정도의 建物을 짓는 것을 「規制」받지만 그것은 公用收用權<sup>o</sup> 의한 地役權의 「收用」이라고 볼 수 있기 때문에 그 地役權에 대해서는 補償이 支拂되어야 한다<sup>(120)</sup>고 한다.

(3) 一時的使用에 의한 使用——物理的 收用도 아니고 非物理的收用도 아니면서도 「收用」으로 간주되는 경우가 있다. 예컨대 낡은 公會堂을 破壞하여 그 敷地上에 새로운 公會堂을 建設하기 위하여 一年 또는 數個月間 隣接地를 使用하는 경우가 그것인데 이 경우에는 그것을 「收用」으로 보고 補償을 필요로 한다.<sup>(121)</sup> 그러나 一時的 使用이 「收用」을 構成하는가의 여부는 그 使用期間의 길이에 따라 달라진다고 하며 隣接地가 틀림없이 一時的인 占有 혹은

(116) *S ltonstall v. New York Central R. Co.*, 237 Mass, 391. 또 예컨대 臭氣나 煤煙, 개소에 의한 것이 아닌 예로서 傳染病의 病院을 建立했기 때문에 隣接地와 地價가 下落할는지 모르지만 그것은 보통 「收用」으로 보지않는다. 그러나 만일 改良工事 때문에 大爆發을 行할 必要가 있고 그 爆發에 의한 危險이라든가 震動에 의하여 一時的이나 隣近地에 살수있게되는 狀態가 되었을 때에는 그 期間에 상당하는 一時的 「收用」이 있었든 것으로 看做된다. *Gossett v. Southern R. Co.*, 115 Tenn. 376).

(117) *C ty of Winchester v. Ring*. 312 Ill. 544.

(118) *S ckman and Van Brunt* op. cit., vol, 2, p.275-277.

(119) *il id.*, p.276 특히 後者의 見解에 의하게 되면 土地의 一部가 收用된자가 殘地의 評價에 있어서 改良工事に 의한 利益을 고려했거나 相計되었을 때에는 被收用地的 道路 또는 公園으로서의 使用을 계속할 것을 主張할 權利를 가지게 된다는 결론이 나오게된다. (*Burk v. Simonean*, 14 Ind. 173).

(120) *C rappell v. United States*, 160 U.S. 499.

(121) *S ckman and Van Brunt*, op. cit., vol.2, pp.241-242.

損失을 가지도. 오는데 不過할 때에는 「收用」이 되는 것이 아니고 補償도 필요없다는 判例가 적지 않다.<sup>(122)</sup> 예컨대 鐵道에 隣接하는 土地의 所有者가 그 鐵道의 改良工事 때문에 一時的인 損失을 받은 事件에 있어서 補償을 받을 資格이 없다고 判示하고 있다.<sup>(123)</sup> 결국은 이것도 程度의 문제이고 最終的으로는 圓滿한 常識에 따라 補償의 要否가 決定된다고 볼 수 밖에 없다.

#### 4. 損失에 대한 補償의 要否와 適用 範圍

美國에서는 財産의 「收用」(taking)이 있었을 경우에만 損失補償을 필요로 하고 財産에 加해진 단순한 「損失」(damage)에 대해서는 그것이 필요 없다는 것이 一般的인 原則이다.<sup>(124)</sup> 물론 州의 憲法가운데는 「收用」의 경우만 補償의 規定을 두고 있는 경우<sup>(125)</sup>와 「收用」 및 「損失」에 대하여 補償을 支拂하지 않으면 안 된다는 規定을 두고 있는 경우<sup>(126)</sup>의 두 가지가 있지만 實際의 判例에 있어서는 예컨대 前者의 憲法을 가지는 州에 있어서도 단순한 「損失」에 대해서도 補償이 인정되기도 하며 혹은 後者の 憲法을 가지는 州에 있어서도 단순한 「損失」에 대해서는 補償이 인정되지 않는 경우도 있어 문제는 극히 복잡하나, 이제 이러한 「損失」에 對한 補償의 要否와 그 適用範圍에 관해 좀더 상세히 검토해 보기로 한다.

(1) 補償의 要否——財産의 現實的인 收用(actual taking)이 없이 단순히 「結果的 損失」(consequential damage) 또는 「附帶的損失」(incidental damage)만을 받게 되었을 경우에는 그러한 損失은 *damnum absque injuria*(賠償請求權이 인정되지 않는 損害)로서 補償이 支拂되지 않는다는 것은 確立된 原則이 되어있다.<sup>(127)</sup> 그러나 前述한 바와 같이 州의 憲法 가운데는 단순한 「損失」에 대해서도 「收用」과 마찬가지로 補償을 인정한 것이 있기 때문에 이러한 原則은 이들 州에서는 약간 修正되어 있다.<sup>(128)</sup>

(2) 殘地에 생기는 「損失」——土地의 一部가 現實的으로 「收用」된 경우에 殘地에 생기는 「損失」에 대해서는 그것이 一般的인 것이건 特殊的인 것이건 그 損失의 全部에 대하여 補償을 支拂하지 않으면 아니된다.<sup>(129)</sup> 먼저 殘地의 넓이, 形狀 등이 그 殘地의 土地로서의 價値를 減少시키는 경우에는 그 損失은 補償된다.<sup>(130)</sup> 또한 殘地에 대한 結果的損失(consequential

(122) *op. cit.*, p. 243

(123) *Perry v. Wichita, etc., R. Co.*, 238 S.W. 276.

(124) *A.D. Jahr*, *op. cit.*, p. 66 ff.

(125) Connecticut, Delaware, Florida, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, New York, Wisconsin 등 諸州.

(126) Arizona, California, Illinois, Kentucky, Louisiana, Minnesota, Missouri, Mississippi, Nebraska, Oklahoma, Texas, Virginia, Washington 등 諸州.

(127) *Sackmar and Van Brunt*, *op. cit.*, Vol. 2, pp. 298-299; *A.D. Jahr*, *op. cit.*, p. 74.

(128) 高田賢達, 「アメリカにおける 警察權能と 公用收用權——損失補償の要否に關する考察——」  
法文論叢, 熊本大學法文學會, 第14號, 1962年, p. 13.

(129) *A.D. Jahr*, *op. cit.*, p. 71.

(130) *Sackman and Van Brunt*, *op. cit.*, Vol. 2, p. 284.

damage). 예컨대 改良工事의 施行의 결과라든가 혹은 公共事業의 運營의 결과 흙, 물, 臭氣, 煤煙 騒音 등에 의해 殘地에 「損失」을 가져왔을 경우에도 그 損失은 補償된다.<sup>(132)</sup> 이러한 原則은 州憲法의 規定이 「收用」만을 補償의 對象으로 하고 있는 경우이건 「收用」과 「損失」을 아울러 補償의 對象으로 하고 있는 경우이건 다 같이 인정되고 있다.<sup>(132)</sup>

다음으로 殘地에 어떤 工事を 施行할 필요가 생겼을 경우에는 그 施工費도 補償된다.<sup>(133)</sup> 그러나 이 原則은 警察權能의 支配하는 範圍內에서는 適用되지 않는다. 가장 문제가 되는 것은 既設의 鐵道線路에 交差하여 道路가 建設된 경우인데 이런 경우에는 鐵道會社는 交差點의 安全을 確保하기 위한 施工費의 補償을 받을 資格이 없다. 왜냐 하면 鐵道事業의 運營에 있어서 安全確保를 위해 필요한 工作物을 建設하고 維持할 義務는 警察權能의 行使로서 鐵道會社에게 課해져 있기 때문이라고 한다.<sup>(134)</sup>

(3) 結果의 責任——殘地에 대한 結果的損失에 대해서는 위와 같거니와 여기서 문제되는 것은 財産이 全然 「收用」되지 아니한 者에 대한 結果的 損失에 대한 것이다. 이 문제는 각州 憲法이 어떻게 規定하고 있는가에 따라 여러 가지로 달라지는데, 먼저 州憲法이 「收用」만에 관해 補償規定을 두고 있는 경우를 고찰해 보면 이러한 憲法下에서는 結果的損失은 原則적으로 補償되지 않으며 그것은 *damnum absque injuria* 로 간주된다.<sup>(135)</sup> 그러나 이 경우에도 그 損失의 程度가 極端한 경우, 財産에 대한 侵害의 程度가 猛烈하여 物理的侵害와 거의 같은 정도로서 財産의 使用 및 享有가 剝奪된 것 같은 경우에는 補償이 支拂되는 경우가 있다.<sup>(136)</sup> 다음으로 州憲法이 「收用」과 「損失」의 兩者를 아울러 補償하도록 規定하고 있는 경우에는 結果的損失은 原則적으로 補償한다.<sup>(137)</sup> 그 「損失」이 原因이 되는 要因과 직접적으로 결합되는 限 그 原因이 改良工事의 施工에 의한 것이건 公共事業의 運營에 의한 것이건 가리지 않는다.<sup>(138)</sup> 그러나 그 「損失」은 土地 또는 그에 附隨하는 權利 그 자체에 대하여 加해진 것이 아니면 아니된다.<sup>(139)</sup> 단순히 個人的不便이라든가 所有者에 대한 不快라든가 그 土地 위에서 營爲되는 事業에 대한 干涉 등은 그것이 土地의 價値의 減少의 原因이 되지 않은 이상 補償의 對象이 되지 않는다.<sup>(140)</sup>

(131) *J.D. Jahr*, op. cit., pp. 71-73.

(132) *J.D. Jahr*, op. cit., p. 73.

(133) *Sackman and Van Brunt*, op. cit., Vol. 2. p. 284.

(134) *Albany Northern R. Co., v. Brownell*, 24 N.Y. 345.

(135) *Carrett v. Lake Roland El. R. Co.*, 79 Md. 277; *Pontiac v. Carter*, 32 Mich. 164; *Atwater v. Canandagua*, 124 N.Y. 602.

(136) *Sackman and Van Brunt*, op. cit., Vol. 2. p. 343.

(137) *Leardon v. San Francisco*, 66 Calif. 492; *Schroeder v. Joliet*, 189 Ill. 48; *Covinton County v. Watts*, 120 Miss. 428.

(138) *Sackman and Van Brunt*, op. cit., Vol. 2. pp. 346-347.

(139) *Iacich v. Board of Control*, 23 Calif. (2d) 343.

(140) *Sackman and Van Brant*, op. cit., Vol. 2. pp. 348-349.

다음으로 一部收用の 결과 殘地에 생긴 結果的 損失과 土地가 全然 收用되지 아니한 경우의 結果的 損失과의 區別에 關係 살펴보면 後者の 結果的 損失은 特殊한(special and peculiar) 것이 아니면 아니되며 一般公衆도 흔히 입는 損失이어서는 아니된다. 그러나 前者의 結果的 損失은 一般적인 것이건 特殊인 것이건을 가리지 않는다<sup>(141)</sup>

(4) 「正當한 補償」의 法理——끝으로 美國의 損失補償의 一般原理라 할 수 있는 이른바 「正當한 補償」(just compensation)의 意義에 關係 간단히 검토해 보기로 한다. 이 「正當한 補償」의 意義에 關係 중요한 判例法上的 諸原則<sup>(142)</sup>으로서는 ① 收用된 財産의 金錢에 의한 充分하고도 完全한 (full and perfect) 等價値의 補償을 의미한다는 것,<sup>(143)</sup> ② 取得者(收用者)의 利益이 아니라 所有者(被收用者)의 損失이 補償의 尺度일 것,<sup>(144)</sup> ③ 財産의 市場價格 (market value)을 決定할 수 있는 경우에는 그것이 通常의 補償基準이 될 것<sup>(145)</sup> 등이 있다.

그러나 正當한 補償이란 「充分하고도 完全한」 補償을 의미하기는 하지만(完全補償의 原則) 그것은 어디까지나 被收用者의 市場價値 즉 客觀的價値의 補償이지 被收用者의 主觀이 基準이 되어서는 아니되고 이미 보아 온 바와 같이 結果的 혹은 附帶的 損失은 원칙적으로 補償이 안되는 것으로 되어 있다. 다시 말하자면 財産權을 빼앗는 것에 대한 補償은 充分하고도 完全하게 해야 하지만 기타의 損失은 원칙적으로는 고려하지 않는다는 것이 元來의 原則이었다.<sup>(146)</sup>

그러나 이 것과 같은 原則은 第二次大戰을 겪으면서 크게 修正되어 왔다. 예컨대 1949年의 Cors 事件<sup>(147)</sup>에 있어서 「正當한 補償」의 評價에 있어서 「收用 또는 使用을 필요로 하게 된 原因에 의하여 當該財産의 價値가 높아진 것으로 인정되어서는 아니된다」라고 規定한 商船法(the Merchant Marine Act) 第 902 條를 適用하여 收用當時의 市場價格보다 낮은 補償額을 規定하는 것도 「正當한 補償」에 해당된다고 判示했다. 이 判決에서 裁判所는 다음과 같은 注目할만한 意見을 提示하고 있다. 「裁判所는 憲法의 條項의 解釋에 있어서 “正當한 補

(141) Sackman and Van Brunt, op. cit., Vol. 2. pp.350-352. 414-416.

(142) The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation, prepared by the Legislative Reference Service, Library of Congress and edited by E.S. Corwin, 1953, p. 870.

(143) Monogahela Nav. Co. v. United States, 148 U.S. 312, 326 (1893).

(144) United States ex rel. T.V.A. v. Powelson, 319 U.S. 266, 281(1943); United States v. Miller, 317 U.S. 369, 375 (1943).

(145) United States v. New River Collieries Co. 262 U.S. 341(1923); United States ex rel T.V.A. v. Powelson, 319 U.S. 266, 275 (1943)

(146) 第一次大戰中에는 戰爭에 의하여 騰貴한 市場價格을 排除하고, 不動産에 대해서는 戰前의 市場價格을, 그리고, 動産에 대해서는 原價에 5%의 利潤을 加算한 것을 補償基準으로 한 政府方針에 의해서 裁判所는 私有財産權을 尊重하는 傳統의立場에서 한걸음도 讓步하지 아니하였다. United States v. New River Collieries Co., v. 262 U.S. 341(1923).

(147) United State v. Cors, 337 U.S. 396 (1949) 이 判決에 關係 詳釋으로서는 Note, Change in Constitutional Doctrine Through Ligitlation, 63 Harvard Law Review, 1950. p.863 이하참조.



償”의 개념을 하나의 公式(formula)에 빠지지 않도록 注意를 해왔다. 修正憲法 第5條에 反映되고 있는 政治倫理는 沒收를 正義의 手段으로 使用함을 排除하고 있다. 그러나 “正當한 補償”의 尺度를 決定하는 基準이라는 公正性(fairness)에 關係서는 아무런 確定的인 標準(definite standard)도 내포하고 있지 않다. 裁判所는 實質的 正義의 實現에 도움이 될 만한 生々한 法理의 發見을 위해 힘써음으로써 實際的인 基準을 採用하여 왔었으며, 市場價格을 基準으로 하는 것도 그 中에 포함되어 있다. 그러나 市場價格이라는 것도 때로는 最善의 基準이 될 수 없는 경우도 있을 수 있음을 思考하여 그것을 物神化(to make a fetish)하는 것을 拒否해 왔다.<sup>(148)</sup>

그리고 公定價格과 關係하여 裁判所는 하나의 判決에서 「裁判所는 이제까지 일찍이 모든 경우에 適當한 單한 “正當한 補償”을 위한 엄밀한 法則을 樹立하려 애쓰지 아니 하였다. 다만 어떤 경우에 있어서나 가장 重要한 것은 어떤 補償이 收用된 財産의 所有者와 代金を 支拂하지 않으면 아니될 公衆과의 兩者에 있어서 正當한가 하는 점이라 할 수 있다」<sup>(149)</sup> 고 指摘함으로써 公定價格을 기준으로 補償額을 결정한 것의 合憲性을 인정한 바 있다.<sup>(150)</sup>

원래 正當한 補償의 解釋은 美國判例法에서는 立法部에 속하지 않고 司法部의 權限에 속하는 것으로 되어 있다.<sup>(151)</sup> 즉 私有財産權의 守護者로서의 責任을 지는 裁判所가 樹立한 補償 基準에 對하는 損失補償은 法律의 規定에 基하는 것이라 하더라도 認定할 수 없다는 것이다. 따라서 公定價格에 대한 것도 당연히 裁判所를 구속하는 補償基準이 될 수 없는 것이 原則이었다. 그러나 元來 市場價格을 基準으로 하는 判例法理는 私有財産(去來의 自由)에 대한 政府의 干渉을 주로 싫어하던 自由放任主義時代의 產物이라 할 수 있으며 따라서 그것은 당연히 自律的인 市場機能의 所産이 아니던 아니되었고 그에 대한 立法的 規制도 原則的으로 許容될 수 없는 것이었던 것이다. 따라서 이 이른바 Commodities 判決은 立法部가 規定한 公定價格에다가 正當한 補償으로서의 適格性을 인정한다는 점에서 대단히 劃期的인 의미를 지니고 있으며 심지어 「이 判決에 의하여 무엇이 正當한 補償인가를 決定할 수 있는 것은 裁判官만이라고 하는 原則은 損傷되었다」<sup>(152)</sup>고 까지 비평하고 있다.

## 5. 公用收用節次

(I) 一般的類型——美國에 있어서의 公用收用의 節次는 美國의 立法制度와 司法制度와 밀접불가분의 關係가 있으며 그 具體的인 節次는 各州의 憲法, 法律, 條例 등의 規定한 바에 따라 다르다.<sup>(153)</sup> 그러나 일반적으로 말해서 美國 各州의 收用節次에 관한 法의 類型은 두

(148) 今村成和, 「正當な補償の意味」, 損失補償制度の研究, 東京, 有斐閣, 1968. p.53에서 引用.

(149) United States v. Commodities Trading Corp. 339 U.S. 121 (1950).

(150) 今村, 前掲書, pp.95-97.

(151) Mongahela Nav. Co. v. U.S. 148 U.S. 312 (1893).

(152) Note, Supreme Court, 1949 Term, 64 Harvard Law Review, (1950), p.139.

(153) Eminent Domain, Corpus Juris Secundum, Vol. XXIX. 1941, pp.1128-1129.

가지로 크게 나누어진다. 즉, 그 하나는 行政的收用節次이고 다른 하나는 司法的收用節次이다. (154) 前者는 Massachusetts, Connecticut, Maine 기타의 州가 그 예인데, 예컨대 Massachusetts 州의 收用節次에 관해서는 收用權者가 收用に 관한 條例를 制定하여 그것에 의하여 個人的財產을 收用할 수 있도록 되어 있다. 이러한 경우에는 收用財產에 관한 豫備審査가 行해지는 경--도 있지만 補償의 裁決은 當事者主義에 의하지 않고 一方的으로 定해진다.

被收用者는 收用者에 의하여 支拂되는 補償額을 受理하거나 또는 一定期間內에 法廷에 대하여 裁判에 의한 裁決을 구하는 訴訟節次를 開始하든가 한다. (155) 그러나 이러한 行政的收用節次는 여러가지 問題點을 내포하고 있기 때문에 일반적으로는 司法的收用節次 즉 裁判節次에 의한 方法이 바람직한 것으로 생각되고 있다.

裁判節次에 의한 方式의 一般的類型으로서는 收用請求者가 裁判所에 대하여 收用請求의 申立을 하여 收用할 財産을 記入한 書類를 提出한다. 裁判所는 이것을 受理한 뒤 보통 豫備審査를 하고, 申立人의 收用の 適否를 決定한다. 이어서 審査가 行해지고 正當한 補償額이 判決로서 내어진다. 이 경우의 審理節次에 관해서는 세 가지 形態가 있다. ① 陪審에 의한 裁判, ② 陪審에 의하지 않는 判事に 의한 裁判, ③ 裁定委員會를 補助機關으로 하는 裁判의 세 가지가 그것이다.

(2) 裁定委員會制度——그런데 오늘날 裁判에 의한 收用節次 가운데 가장 普遍的으로 活用되고 있는 것은 裁定委員會에 의한 裁判이다. (156) 委員會는 보통 三人으로 構成되어 있으며 그 委員任命方法은 여러 가지이지만 일반적으로는 委員은 裁判所에서 指名한다. 委員會의 法的性格은 裁判所의 補助機關이다. 委員會는 損失을 評價하고 그 補償額을 決定하거나와 裁判所는 그 決定에 拘束되지 않는다. 즉 裁判所는 委員會의 決定을 修正할 權限을 가지고 있다. 또 어떤 州에서는 裁判所는 委員會의 報告를 確認하거나 그것을 却下하고 혹은 同一 또는 다른 委員으로 하여금 別個의 決定을 내리게 命할 수 있다. 또 어떤 때에는 法廷은 報告書의 確認 또는 却下뿐만 아니라 스스로 그 內容을 修正하여 補償額을 増減할 수 있는 경우도 있다.

이러한 委員會에 의한 裁定制度에 대해서는 그 委員任命의 方式 등에 관해 一部에서 批判이 加해지고 있기는 하나, (157) 尙今 가장 널리 活用되고 있는 節次라 할 수 있다. 이러한 節次가 널리 活用되고 있는 理由는 한 마디로 말해서 그 節次가 財産評價라고 하는 特殊한 裁判節次에 適습하다는 점과 委員會에 의한 評價는 硬直한 證據規則에 구속되지 않는다고 하는 두 가지 點에 있는 것으로 생각된다.

(154) 糟谷敏孝, 前掲論文, p. 22.

(155) 高田, 前掲書, p. 89.

(156) 上掲論文, p. 29.

(157) 糟谷, 前掲論文, p. 28 이하.

(3) 財産評價人——裁判所의 審理過程에서 財産價格을 專門的 立場에서 證言할 수 있는 鑑定人은 財産評價에 있어서 필요로 하는 法律的, 經濟的 및 會計的인 綜合的인 知識을 필요로 하시니와 美國에 있어서는 일찍부터 이 評價人制度에 대해서는 상당한 關心을 나타내고 있다. 美國에서는 嚴重한 銓衡을 거쳐 뽑힌 評價人에 의해 組織된 「美國不動產 評價人協會」(American Society of Real Estate Appraisers)가 存在하며 이미 35年의 歷史를 가지고 있다. 協會는 年4回 學術的인 雜誌를 發刊하고 있거니와 內容의 論文은 法律, 經濟, 評價技術 등을 綜合的으로 다루고 있다. 이것을 보더라도 美國에 있어서의 評價人의 水準이 어느 정도로 높으며 綜合的인 것인가를 알 수 있다. 그러나 美國에 있어서 評價人의 綜合的 評價能力이 높다는 것과 이러한 評價人制度가 裁判所에서 適正하게 運用되고 있는가는 別個問題인바, 後述에 관해서는 상당히 峻嚴한 批判 내지 報告가 提出되고 있다.<sup>(158)</sup> 美國에 있어서의 收用事務의 損失補償評價節次가 當事者主義를 原則으로 하기 때문에 正當한 補償額의 決定은 鑑定 자체의 眞實性보다 오히려 辯護士와 評價人이 結合한 서로 맞서는 當事者間의 勝敗에 걸려 있다 하여도 過言이 아니다. 그런데 이 경우 가장 중요한 役割을 하는 것이 評價人인데도 불구하고 評價人의 鑑定態度는 그 評價能力의 高度性과는 關係 없이 評價人을 依賴한 報酬支拂人에게 偏向되어 있는 實情에 있음이 指摘되어 왔다. 評價人은 證言臺에서 그 證言이 眞實하고 訴訟當事者의 어느 쪽에도 中立的이라는 것을 宣誓하도록 되어있기 때문에 理論적으로는 評價人의 立場은 마치 裁判所에 의하여 任命되고 그 報酬는 兩當事者로부터 받는 바와 같은 立場에 있을 것이 要請된다. 그러나 이것은 實際上으로는 實證되지 않고 있다. 많은 評價人은 報酬를 얻기 위하여 依賴者가 바라는 內容을 證言하는 경우가 많다. 이와 같이 鑑定人이 裁判所에 의해 任命되지 않고 爭訟當事者에 의해 依賴되는 財産評價에 관한 鑑定制度에 대해서는 종래 各方面에서 많은 批判이 加해져 왔었다.<sup>(159)</sup> 최근 美國에서는 이들 評價人들의 質的向上을 위하여 評價人許可制度(licensing) 내지 公證制度(certificat)<sup>(160)</sup>의 採擇에 관한 是非가 論議의 對象이 되고 있으나 종래 그에 대하여 原則적으로 反對하여 오던 前述한 美國不動產評價人協會도 최근에 와서는 그 採用에 대하여 漸次的으로 贊意를 나타내고 있으며<sup>(161)</sup> 美國에 있어서의 不動產評價人養成을 위한 教育制度의 改善도 注目할 만한 現象 가운데 하나이다.

(158) "Licensing of Appraisers: A Status Report", in 1971 Report of State Commission on Eminent Domain, State of New York Commission on Eminent Domain, Feb. 1, 1972, pp.90-99.

(159) 梶谷, 前掲論文, p.34.

(160) Licensing 制度는 許可制度인바 評價人으로서 評價業務를 함에 있어서 반드시 갖추어야 할 要件인데 反하여 Certificate 制度는 法的要件이 아니라 다만 보다 公信力을 얻기 위하여 行政廳이 資格을 證明해주는 制度이다.

(161) 1971 Report of State Commission on Eminent Domain, op. cit., p.96. 1971年의 美國 不動產 評價人年次總會에 참여한 會員들에 대한 評價人免許制度採擇에 대한 輿論調査의 結果는 다음과 같다. (op. cit., p.98)

(4) 補償金支拂과 權利移轉의 時期——補償金支拂의 時期는 收用節次의 基礎가 되는 州憲法의 規定의 定하는 바에 따라 여러 가지 異同이 생긴다. 그러나 이에 관해서는 明瞭한 規定이 없는 경우도 많아 一律的으로 말할 수 없으나 대체로 다음과 같은 傾向이 있다. (162) ① 補償은 收用과 동시에 支拂되어야 함을 要하지 않고 所有者가 補償의 支拂을 促求하는 適切한 救濟等이 規程되어 있으면 그것으로서 足하다고 한다. ② Maryland 州에서는 補償前拂을 原則으로 한다. ③ 다른 州에서는 登記前에 補償을 支拂할 것을 命하고 있다. ④ Maine 州에서는 補償支拂以前에는 權利는 移轉하지 않고 또 收用되지 않는다고 한다. ⑤ 補償이 州에 의하여 支拂될 때에는 補償額決定時에 權利가 移轉함을 規定하는 州이 있다. 그러나 이러한 法的規定은 各州의 收用 및 補償에 관한 憲法의 規定에 牴觸되지 않는 範圍內임을 要한다. ⑥ New York 州에서는 補償은 收用의 時期에 앞서서 支拂되지 않으면 아니 된다는 理論에 입각하여 補償의 支拂時에 財産에 대한 權利의 取得이 있게 되는 것으로 하고 있다.

補償을 支拂하거나 또는 補償金과 等價의 것으로 인정되는 것을 供託하지 않으면 아무런 權利도 收用節次에 있어서 取得할 수 없다는 것은 美國法에서도 一般的으로 인정되어 있다. 따라서 支拂以前에 權利의 附與가 인정되는 경우는 衡平上 賣主의 留置權을 그대로 留保한 채 補償을 要求할 수 있는 것으로 되어 있다. 그러나 Pennsylvania 州에서는 다른 說이 나타나고 있는데 즉 補償이 支拂되거나 혹은 擔保되면 收用은 有效하고 擔保가 비록 無價値라 하더라도 裁判所에서 適法이라고 인정될 때에는 權利는 移轉하게 된다. (163)

## 6. 結 論

美國에서는 憲法上 보장되어 있는 個人的 私有財産權과 관련하여 惹起되는 여러 가지 문제를 解決하기 위하여 종래 대체로 傳統的인 警察權能을 널리 活用하였었고 오늘에 있어서도 그 事情은 변하지 않고 있다. 그러나 최근 都市計劃法制의 發達에 따라 都市計劃과 關聯된 目的을 위해서는 그러한 警察權能의 行使만으로는 여러가지 不充分한 限界點이 적지 않음이 인식되기 시작하여 漸次 擴大된 公用收用權의 行使에 의하여 그 缺陷을 메꾸려는 傾向이 顯著해 가고 있다. 그리하여 오늘날 擴大된 公用收用權의 行使는 效率的인 土地利用計劃의 遂行을 위해 不可缺한 手法으로 등장하고 있는 것이다. 그 가장 두드러진 例가 土地의 地役權을 收用함으로써 土地利用을 制約하는 都市計劃上의 目的을 달성하고 그러한 制約으로 말미

“Q. Do you favor licensing appraisers?

Responses,	Yes	70	61%
	No	36	31%
	Undecided	9	8%
	Total	115	100%

(162) 高田, 前掲書, pp.91-92.

(163) 同上, p.92.

암아 입게된 損失을 土地所有者에게 補償해 주는 手法이라 할 수 있으며, 또한 英國의 法制에서<sup>5</sup> 같이 土地의 보다 效果的인 利用計劃에 適合하게 誘導하기 위하여 이른바 開發權을 利用함으로써 土地上的 地役權을 取得할 수도 있는 것이다. 오늘날 財産權에 대한 侵害에 있어서 이른바 「公共의 使用」(public use)이라는 概念은 裁判所에 의하여 이미 「公共利益」(public interest)의 概念과 等式화된지 오래이며 이러한 公用收用權의 擴大된 利用에 대해서는 實質的인 憲法上的 制約은 일어날 것 같지 않은 것 같다. 다만 그러나 過剩財産收用(excess takings)이나 未來에 있어서의 利用(future use) 등의 實際에 있어서 아직도 밝혀지지 못한 憲法」의 문제가 전혀 없는 것은 아니고 그러한 過剩財産收用이나 未來利用을 위한 收用 등을 明白히 허용하는 憲法改正이 바람직 할런지도 모른다. 최근 都市再開發事業이나 새로운 郊外開發事業을 위하여 이른바 公有地確保를 目的으로 하는 事前에 있어서의 多量の 土地收用(takings for land assembly purposes)이 裁判所에 의해 支持된바 있었고 또한 최근 論議의 對象이 되어 있는 이른바 土地銀行制度에 관한 問題도 근본적으로는 이러한 土地의 未來利用과 計劃目的을 위한 公用收用者의 積極的 活用과 관련된 問題가 아닐 수 없는 것이다.<sup>(164)</sup>

---

(164) "The Future Use of Eminent Domain," in 1971 Report of the State Commission on Eminent Domain, op. cit., p.155; Craig, "Regulation and Taking of Property" in Charles M. Haar, ed. Law and Land., op. cit., p.211.