

경찰활동과 손실보상에 관한 연구

경찰활동과 손실보상에 관한 연구

치안정책연구소 정책기획연구실

연구관 백 창 현

<목 차>

| | |
|---|----|
| 제1장 서론 | 1 |
| 제2장 현행법상 적법한 경찰활동에 대한 손실보상의 현황과 문제점 | 2 |
| 제1절 서 | 2 |
| 제2절 법률규정에 의한 손실보상 | 2 |
| 제3절 법령의 근거가 없는 경우의 손실보상 | 3 |
| I. 서언 | 3 |
| II. 학설 동향 | 4 |
| III. 판례의 동향 | 15 |
| 제3장 손실보상의 입법례 | 26 |
| 제1절 독일 | 26 |
| 제2절 미국 | 28 |
| 제3절 프랑스 | 30 |
| 제4절 일본 | 31 |
| 제4장 손실보상의 공백과 보충이론 | 32 |
| 제1절 서 | 32 |
| 제2절 보충이론 | 33 |
| I. 수용유사침해이론 | 33 |
| II. 수용적 침해이론 | 38 |
| III. 희생보상청구권이론 | 40 |

| | |
|---|----|
| IV. 역무과실이론 | 44 |
| V. 무과실(위험)책임이론 | 52 |
| 제5장 손실보상의 청구의 유형 | 57 |
| 제1절 서 | 57 |
| 제2절 유형 | 58 |
| I. 경찰책임자의 손실보상청구권 | 58 |
| II. 경찰비책임자의 손실보상청구권 | 59 |
| III. 국외자의 손실보상청구권 | 61 |
| IV. 자발적 원호자의 손실보상청구권 | 63 |
| V. 누구에게나 적용될수 있는 규범에 근거한 경찰조치로 인한 손실보 상청구권 | 66 |
| 제6장 결론 | 68 |
| 참고문헌 | 70 |
| 부록 | 72 |

제1장 서론

경찰은 일반적으로 “공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 일반통치권에 근거하여 국민에 대해 명령·강제함으로써 그의 자연적 자유를 제한하는 작용”을 의미한다고 함이 보통이다. 그러나 이러한 경찰개념은 주로 경찰의 활동형식(Taetigkeitsform)에 착안한 개념이며, 활동내용(Taetigkeitsgehalt), 즉 경찰의 기능·임무 면에서 볼 때, 경찰은 개인의 자유 및 재산에 대한 위해를 방지함으로써 그것들을 보호해 주는 역할을 담당하고 있다고 말할 수 있다. 즉 경찰은 개인의 권리·자유를 ‘제한하는 작용’이 아니라 그것을 ‘지켜주고 보호해 주는 작용’이라고 볼 수도 있다.¹⁾

이러한 경찰의 목적 달성을 위해 경찰은 강제력을 가지고 활동하거나 위험상황에 책임이 없는 제3자의 도움을 얻어야 하는 경우가 많다. 이러한 경우 이로 인하여 발생할 수 있는 피해는 감수하여야 함이 당연하다. 그러나 일반국민의 정의감 내지 법감정에 비추어 볼 때 그 피해가 이른바 특별한 희생에 이르는 정도의 것이 되어 피해자기 이를 감수하기 힘든 경우에는 그에게 정당한 보상을 지급하여야 한다.

그러나 우리나라의 경우 이로 인하여 발생한 피해의 보상에 관한 법규정이 미비한 것이 사실이다. 위법한 경찰작용과 달리 적법한 경찰활동으로 인하여 피해가 발생한 경우에 개별법에서 손실보상 규정을 두고 있지 않은 경우에는 그 보상 여부가 불투명하게 된다. 이것은 궁극적으로 경찰에 대한 신뢰를 손상시키고 경찰활동에 적극적으로 협력하는 데 대한 지장을 초래한다.

따라서 적법한 경찰활동에 의하여 피해를 입었거나 경찰작용에 응원을 함으로써 제3자에게 손실이 발생한 경우에 보상에 관한 근거규정을 마련하여 경찰이 업무수행시 자신감을 갖도록 하고 경찰에 대한 신뢰를 확

1) 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002, 17면.

보하고 경찰활동에 적극적으로 협력할 수 있도록 법적·제도적 방안을 제시하는 것이 필요하다.

제2장 현행법상 적법한 경찰활동에 대한 손실보상의 현황과 문제점

제1절 서

우리 헌법 제23조 제3항에서는 “공공의 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하여 적법한 경찰활동으로 인한 (물적)피해에 대해서는 법률에 따른 보상을 지급한다고 선언하고 있다. 물론 개별법에 흠결이 없는 보상규정이 있는 경우에는 그에 대하여 보상을 하면 될 것이지만, 그에 대한 보상규정이 없는 경우 그 보상 여부에 대한 문제가 발생한다.

이에 따라 현행법상 손실보상의 근거규정이 있는 경우와 없는 경우를 나누어 문제점을 살펴본다.

제2절 법률규정에 의한 손실보상

행정상 손실보상의 실정법적 근거는 헌법 제23조 제3항이다. 이 헌법 규정은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 헌법규정에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 형식적 법률에 반드시 근거를 두어야 하지만, 손실보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정한 일반법은 없고, 각 개별법에서 이를 규정하고 있다.

토지의 보상과 관련하여 살펴보면, 토지보상법 제정 이전에는 수용보상에 관하여는 토지수용법이, 공공용지의 협의취득에 대하여는 ‘공공용

지의취득및손실보상에관한특례법'이 법적 근거가 되었다. 그 결과 공법적 토지취득절차와 임의매수에 의한 취득절차를 인정하게 됨으로써 보상법이 이원적 체계를 가지게 되는 문제가 생겼다. 특히 보상법제의 현실적인 운영과정에서 그 당시의 상황을 기초로 수정과 개정을 거듭하면서 변화되는 상황에 적응하다보니 법체제의 일관성과 운영상의 불합리성을 동시에 지니게 되는 문제가 생겼고, 보상법제의 이원화에 따른 절차의 중복과 법제도와 절차의 충돌은 공공사업의 효율적인 추진에 장애가 되었다. 또한 보상기준에 있어서도 토수법과 공특법상의 규정이 상이하여 정부시책에 호응하여 협의매수에 응한 자가 토지수용의 경우보다 보상에 불리하게 되어 보상에 있어 형평의 문제도 발생하였다. 이와 같은 문제 해결을 위해서는 토지취득절차와 손실보상절차를 하나의 법률에서 전체적으로 통일적인 규율을 함으로써만 가능하기 때문에 통합법을 제정해야 한다는 주장이 학계와 실무계에서 강하게 주장되었다. 이에 따라 정부는 통합법 제정을 추진²⁾하였고, 지난 2001년 12월 7일에 '공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률'이라는 명칭으로 통합법이 제정되었고, 이는 2003년 1월 1일부터 시행되고 있다.

이와 같이 토지와 관련하여서도 헌법규정과는 별도로 개별법을 제정하여 이에 대한 손실보상문제를 처리하고 있다. 그러나 경찰의 직무집행과 관련하여서는 아직도 손실보상 규정 마련을 위한 학계 및 실무의 논의가 충분히 성숙되어 있지 못하다고 보겠다.

제3절 법령의 근거가 없는 경우의 손실보상

I. 서언

2) 통합법(안)은 한국토지공법학회가 건설교통부와 '공공용지취득및손실보상제도 개선방안 연구'라는 주제의 용역계약을 체결하여 작업하였다.

적법한 경찰활동으로 인하여 일반국민이 피해를 입었을 경우 국가가 이에 대한 보상을 해주어야 한다. 그러기 위해서는 경찰활동의 근거가 되는 법규에 보상규정이 있어야 한다. 이는 헌법상의 재산권 조항인 제 23조 제3항에서, “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정함으로써 재산권에 대한 일정한 제약을 가할시에는 보상법률이 있어야 함을 규정하고 있다.³⁾ 그러나 문제는 이러한 보상규정이 없을 경우의 피해보상을 어떻게 할 것인가이다. 즉 법률이 공익목적을 위하여 재산권의 침해는 규정하면서도 그에 따른 보상규정을 마련해 두고 있지 않은 경우 이로 인한 침해를 받은 국민 개인이 보상을 청구할 수 있는지가 문제된다. 이는 헌법 제23조 제3항이 어떠한 효력을 갖는가의 문제와 관련되는데, 즉 손실보상청구권에 관하여 법률의 명문규정을 필요로 하느냐 또는 헌법규정으로도 가능한 것이냐의 문제로서 이에 대하여는 견해가 대립하고 있다.

II. 학설 동향

1. 방침규정설(입법지침설)

이 견해는 손실보상에 관한 헌법규정은 재산권보장의 원칙을 선언한 방침규정(Programmvorschrift)에 지나지 않으므로 재산권을 침해당한 자에 대한 보상여부는 그 손실보상에 관하여 법률에 명문규정을 두고 있는 경우에 비로소 성립된다고 한다. 이 견해는 입법자가 補償不要로 판단하여 보상규정을 두지 않으면 국민은 이를 수인할 수 밖에 없다는 데 바탕을 두고 있다. 이 설을 취하는 국내 학자는 보이지 않는다.

3) 이는 헌법상의 불가분조항의 원칙의 요구에 따른 것이다.

2. 입법자에 대한 직접효력설

가. 내 용

이 견해에 따르면 손실보상 여부는 법률에 근거하여야 하므로, 이러한 규정을 포함하지 않고 재산권제약을 허용하는 법률은 헌법 제23조 제3항에 반하는 위헌·무효의 법률이 된다고 본다. 따라서 이에 근거한 행정작용은 위법이 되므로 이에 대해 당사자는 행정소송의 제기, 위법한 행정작용을 이유로 하여 재산상 손해를 받은 경우에는 국가배상청구를 제기할 수 있다고 한다. 물론 이러한 손해배상청구를 위하여는 구체적 규범통제의 방법, 즉 행정행위의 위법성을 주장하면서 근거법률의 위헌성을 주장하여 헌법재판소를 통한 위헌결정이 필요하게 될 것이다.⁴⁾ 이를 위헌무효설⁵⁾ 또는 위헌설⁶⁾이라고도 한다. 류지태 교수에 의하면,

“이러한 입장이 재산권보장을 위하여 입법자로 하여금 공권력행사에 있어서 반드시 손실보상규정을 두도록 하고 있는 헌법 제23조 제3항의 취지에 비추어 올바른 해석이라고 생각된다.”⁷⁾

라고 밝히면서, 이 견해의 문제점이 존재한다고 하여 헌법 제23조 제3항의 범위를 넘는 무리한 다른 해석방법론을 통해 손실보상체계를 확대하려고 하기보다는, 오히려 국가배상책임의 요건문제를 정비함으로써 해결을 시도하는 것이 체계적으로 타당하다고 주장하고 있다.

이 설의 논거로는, 손실보상의 여부는 법률에 근거하여야 하므로, 이러

4) 류지태, 행정법신론, 신영사, 2006, 430면.

5) 류지태, 앞의 책, 430면.

6) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 2000, 642면.

7) 류지태, 앞의 책, 431면.

한 규정을 포함하지 않고 재산권제약을 허용하는 법률은 헌법 제23조 제3항에 반하는 위헌·무효의 법률이 된다고 본다. 따라서 이에 근거한 행정작용은 위법이 되므로 이에 대해 당사자는 행정소송의 제기와, 위법한 행정작용을 이유로 하여 재산상 손해를 받은 경우에는 국가배상청구를 제기할 수 있다고 한다. 물론 이러한 손해배상청구를 위하여는 구체적인 규범통제의 방법, 즉 행정행위의 위법성을 주장하면서 근거법률의 위헌성을 주장하여 헌법재판소를 통한 위헌결정이 필요하게 될 것이라는 주장이다.

나. 평 가

이 설은 일단 그 논리적 일관성면에서는 타당하다고 생각된다. 그러나 이 설의 가장 큰 문제점은 공용침해로 특별한 손실을 받은 자에 대한 구제가 불가능하다는 점이다. 이 견해의 내용과 같이 피해자에게 국가배상이 이루어진다면, 설사 이 경우 별도로 손실보상청구권이 부인된다고 할지라도, 그 한도 내에서 피해자구제의 측면이 소홀해 질 우려는 없을 것이다. 그러나 이 경우 국가배상법 제2조의 배상책임의 성립요건이 충족될 수 있는지가 문제이다. 즉 현행법상 국가배상은 가해행위의 위법뿐만 아니라 가해공무원의 고의 또는 과실을 요건으로 하고 있는데, 통상 법률에 근거하여 공용침해를 한 공무원에게 고의 또는 과실이 있다라고 보기는 어렵기 때문이다.⁸⁾

3. 국민에 대한 직접효력설

가. 내용

8) 김병목·박근성, 손실보상규정흡결시의 공용침해에 대한 손실보상에 관한 고찰, 경희법학 제30권, 1995, 34면.

손실보상에 관한 헌법규정은 국민이 이를 근거로 손실보상청구권을 행사할 수 있는 직접적 효력을 갖는다고 보는 입장이다.⁹⁾ 즉 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 수권하는 법률이 보상규정을 두지 않은 경우에도 헌법 제23조 제3항을 근거로 직접 손실보상을 행사할 수 있다고 한다.¹⁰⁾ 이는 직접효력설 또는 직접효력규정설¹¹⁾이라고도 한다. 김동희 교수는,

“손실보상에 관한 헌법규정을 국민에 대하여 직접적 효력을 가지는 실효적 규범으로 보아, 관계법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법 제23조 제3항에 의거하여 보상을 청구할 수 있다고 본다.”¹²⁾

라고 밝히면서, 헌법 제23조 제3항의 규정방식과의 관련하여서는 위헌무효설이 가장 타당하다는 견해를 인정하면서도 여러 문제점으로 인하여 위헌무효설보다는, 어느 정도 무리가 있지만, 결국 직접효력설에 의한 구제를 인정할 수 밖에 없다고 본다. 즉 사유재산권보장이 우리 헌법상의 기본원칙이라고 할 때, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 따른 특별한 손실에 대하여 보상을 하는 것은 그러한 사유재산권 보장원칙의 당연한 귀결이라 할 것이다. 따라서 헌법 제23조 제3항은 사유재산권에 대한 제한·침해에 대하여는 보상이 지급되어야 함을 전제로 하고, 그 보상의 내용은 ‘정당한 보상’이어야 함을 천명하고 있다고 볼 것이다. 동조가 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은……정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정한 것은 기본적으로 이러

9) 김동희교수는(행정법 I, 박영사, 2006, 432면) 직접효력설의 입장에 의하는 경우에도 다수설은 헌법 제23조 제3항이 “수용·사용·제한 및 그 보상은 법률로써 하되”라고 규정하고 있어 법률에 보상규정이 없는 경우 헌법 제23조 제3항에 기하여 직접 보상을 청구할 수는 없는 것으로 분다고 서술하고 있다.

10) 김동희, 앞의 책, 432면.

11) 류지태, 앞의 책, 427면.

12) 김동희, 앞의 책, 542면.

한 관점에 입각한 것으로 볼 수 있을 것이며, 그에 따라 보상청구권 자체는 동조에서 직접 발생한다고 볼 수 있을 것이다. 이 경우 동조의 ‘보상은 법률로써 하되’라는 부분은 ‘정당한 보상원칙’에 부합되는 한도 내에서 보상의 구체적 내용이나 방법은 법률로 규정한다는 의미로 보면 될 것¹³⁾이라는 주장을 펴고 있다.

나. 평가

우리의 현행 헌법은 “... 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있으므로 과거 1962년의 제3공화국 헌법 제20조 제3항¹⁴⁾과는 다르게 규정하고 있다. 따라서 다음과 같은 비판을 받고 있다.

첫째, 현행헌법은 손실보상에 관한 사항을 입법자에게 일임하고 있으며, 입법자는 이에 따라 손실보상에 관한 문제를 스스로 규율하여야 한다고 해석된다. 이때에 헌법 제23조 제3항을 직접적인 근거로 하여 손실보상을 청구할 수 있다면 현실적으로 헌법에 반하여 입법자가 아니라 법원이 손실보상여부를 결정하게 되는 바, 이는 권력분립원리에 비추어 타당할 수 없게 될 것이다.¹⁵⁾

둘째, 헌법 제23조 제3항은 보상의 구체적 내용이나 방법만을 법률에 유보한 것이지 보상여부까지를 법률에 유보한 것은 아니다¹⁶⁾ 라는 주장을 전개한다.

이러한 주장은 명백하게 헌법제정권자는 손실보상에 관한 일체의 사항을 법률에 유보하고 있다고 이해되어야 하고, 이와 같이 손실보상에 관

13) 김동희, 앞의 책, 550면.

14) 이 조문은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있다.

15) 류지태, 앞의 책, 427면.

16) 홍준형, 행정구제법 제4판, 한울아카데미, 2001, 243면.

한 모든 사항을 법률에 일임하고 있는 것은 재산권제한행위에 관한 규율과 함께 이를 법률에 규정하도록 함으로써 헌법상의 재산권을 실효성있게 보장하려는 의미와, 재산권에 대한 제약행위에 손실보상을 연계함으로써 공권력행사를 용이하게 하지 않으려는 의미가 포함되어 있으며, 물론 이때에 입법자는 자의적으로 입법내용을 정할 수는 없으며 이러한 헌법규정의 취지에 따른 구속을 받게 된다. 따라서 입법자가 헌법규정의 취지에 반하여 손실보상에 관한 사항을 규율하지 않았을 때에는 위헌적인 법률로서 평가되어야 하는 것이다.¹⁷⁾

셋째, 현행 헌법 제23조 제3항은 보상은 법률로써 하도록 규정하고 있어 직접효력설의 여지를 배제하고 있으므로 이 학설은 헌법 제23조 제3항에 정면으로 위반되는 것으로 평가되고 있다.¹⁸⁾

4. 유추적용설

가. 내용

이 견해는 법률에서 공용침해 등의 재산권침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 두지 않은 경우에라도 국민은 직접 헌법 제23조 제1항(재산권보장규정)과 제11조(평등원칙)를 근거로 하는 동시에 헌법 제23조 제3항(보상규정) 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추적용하여 보상청구권을 행사할 수 있는 것으로 본다. 이 설은 보상규정없는 법률에 의한 재산권침해가 보상을 요하는 ‘특별한 희생’이 되는 때에 그것을 수용유사의 침해로 보는 입장에서 주장되고 있다.¹⁹⁾ 김연태 교수에 의하면,

17) 류지태, 앞의 책, 427면.

18) 김철용, 행정법 I, 박영사, 2004, 462면.

19) 석종현, 손실보상법론, 삼영사, 2005, 96면.

“국가의 공권력 행사가 국민의 기본적 인권을 제대로 보장하지 못하여 그 본질내용을 훼손하는 정도에 이를 경우에는 법관에게 그 본질내용을 보장해 줄 수 있는 법발견 권한이 주어지는 것이므로 보상규정 없는 공용침해의 경우에도 손실을 보상해 주지 않는 것이 재산권의 본질내용을 훼손하는 정도에 이르는 경우에는 법관이 헌법상의 재산권 보장(제23조 제1항), 기본권의 본질적 내용 보장 취지(제37조 제2항)에 따라 손실보상청구권을 인정해 줄 수 있다고 본다.”²⁰⁾

라고 밝히면서, 이때 그 보상액수는 평등원칙(헌법 제11조)에 따라 유사한 사안을 규율하고 있는 법률규정의 취지에 비추어 이를 결정해야 한다고 주장한다. 이 견해의 논거가 되고 있는 수용유사의 침해와 관련하여서는, 수용유사침해의 법리는 적법한 공용침해에 대하여 보상을 한다면 위법한 공용침해에 대하여 보상을 하는 것은 너무나 당연하다는 사상(Der Erst - Recht - Schluß)을 그 기초로 독일의 연방최고법원의 판례를 통하여 형성된 것임은 주지의 일이다. 그런데 1981년 7월 15일 연방헌법재판소의 자갈채취판결(BVerfGE 58, 300)이래 수용유사침해의 법리는 그에 대한 법적 근거의 흠결로 그 존속이 의문시되었으나, 연방최고법원이 동법리의 법적 기초를 기본법 제14조에서가 아니라 1794년의 프로이센 一般州法典序章 제74조, 제75조에 근거를 둔 관습법으로서의 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)에서 찾음으로써 법적 근거에 대한 의문은 해소되었다.²¹⁾ 이와 같은 수용유사침해법리의 수용에 대해서는 긍정 또는 부정의 견해가 대립되고 있지만, 독일의 역사적 상황과 제도에 의하여 발전된 이론이어서 우리의 토양에 접목될 가능성이 희박하다는 성급한 결론은 지양되어야 하며, 그 논리적 전개과정을 깊이 관찰하여 필요한 이론적 보완을 해 나가야 할 것²²⁾이라고 주장하고 있

20) 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2006, 544면.

21) H.Maurer, Allg.Verwaltungsrecht, 15.Auf., 2004, Rdnr. 87, 746면.

다.

나. 평가

이 주장에 대하여 제기되고 있는 비판으로는 다음과 같은 것이 있다. 첫째, 헌법 제23조 제1항을 근거로 하고 있는 점에서 문제가 있다는 것이다. 즉 헌법 제23조 제1항은 재산권의 존속보장에 관한 규정으로서 위법한 재산권침해행위에 대한 방어적 권리를 당사자에게 인정하는 것이며, 재산권의 가치보장의 문제인 손실보상에 관한 근거규정으로 될 수 없다. 손실보상의 인정여부는 현행법체계상 헌법 제23조 제3항에만 관련되는 것이다. 또한 평등원칙을 규정하고 있는 헌법 제11조를 근거로 하는 논거도 문제가 있어 보인다. 즉 이 규정은 그 의미상 소극적으로 불평등 대우를 받지 않을 것을 요구할 수 있는 내용만을 포함하는 것이며, 이를 근거로 하여 적극적으로 손실보상을 청구할 수 있는 권리가 도출된다고 보는 것은 어려울 것이다.²³⁾

둘째, 이 논의에서는 헌법 제23조 제3항을 유추적용하여 해결할 수 있다고 하지만, 이러한 유추적용의 시도는 법률해석의 한 방법으로서의 유추적용을 위한 요건을 충족하지 못하기에 타당할 수 없는 문제를 내포한다. 즉 유추적용은 이미 법률에 의해 규율되어 있는 대상의 근거규정을 그와 성질이 유사하면서도 법률로 규정되고 있지 않은 대상의 근거규정으로 하여 법률홈결의 공백을 메우기 위한 것이다. 따라서 유추적용이 허용되기 위한 전제로서는 그 대상이 서로 유사성을 가지고 있을 것과, 법률로 규정되고 있지 않은 것이 입법자의 의도에 의하지 않는 것이어야 한다는 점이 요구된다. 이 주장에서의 논의의 대상은 헌법 제23조 제3

22) 김성수, 행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재검토, 행정상손실보상의 주요문제(박윤훈박사화갑기념논문집), 1997, 31면.

23) 류지태, 앞의 책, 428면.

항이다. 헌법 제23조 제3항은 재산권제한행위의 요건과 손실보상이 법률에 의해 규정되고 있는 경우에만 당해 공권력행사를 허용하는 것으로서, 이는 행정기관의 행위의 적법성을 그 기초로 하는 것이다. 그러나 손실보상을 규정하고 있지 않은 법률에 근거한 공권력 행사는 불가분조항원칙에 반하는 것으로서 위법한 행정작용의 성질을 갖게 된다. 따라서 양자는 서로 그 성질에 있어서 유사성을 갖지 못하는 것이며, 이러한 점에서 헌법 제23조 제3항은 손실보상규정이 흠결된 법률의 경우에 손실보상청구권의 근거규정으로서 유추적용될 수 없다고 보아야 할 것이다.²⁴⁾

셋째, 또한 이 주장처럼 독일의 수용유사침해이론을 도입하여 이를 손실보상의 문제로서 해결하려는 시도는, 독일에서도 연방헌법재판소의 자갈채취사건의 판결이후 이러한 경우에 수용유사침해이론에 따른 손실보상을 부정하고 당사자는 바로 취소쟁송을 제기할 수밖에 없다는 결론에 비추어, 당사자의 권리보호에 전혀 도움이 되지 못할 것이다.²⁵⁾

5. 보상입법부작위위헌설

가. 내용

이 설은 법률에 공공필요에 따라 공용제한을 규정하면서도 그에 따른 보상규정을 두지 않은 경우에도 공용제한을 정하고 있는 당해 법률규정은 위헌으로 되는 것이 아니라, 손실보상을 규정하지 않은 입법부작위가 위헌이라 하고 있는 바, 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 헌법 제23조 제3항은 손실보상은 입법자가 이를 정하도록 하고 있다. 둘째, 동조는 독일 기본법 제14조 제3항과는 그 문언을 달리 하고

24) 류지태, 앞의 책, 429면.

25) 류지태, 앞의 책, 429면.

있는 것으로서, 이를 結合條項으로 볼 수는 없다. 따라서 합헌적인 재산권제한을 정하고 있는 법률규정을 두지 아니한 입법부작위가 위헌인 것이다. 따라서 이러한 법률에 따라 재산권이 침해된 자는 입법부작위에 대한 헌법소원에 의하여 구제를 받을 수 있는 것²⁶⁾이라고 주장하고 있다.

나. 평가

이러한 내용의 보상입법부작위위헌설에 의하면 보상규정을 두지 아니한 법률의 집행에 따른 재산권침해에 대하여는 보상입법부작위에 대한 헌법소원에 따른 헌법재판소의 위헌결정과 그에 따른 입법조치에 의하여 비로소 구제를 받을 수 있다는 점에서, 그것은 피해자의 구제의 측면에서는 우회적이고 또한 불완전한 것이라는 점이 그 기본적인 문제점으로 지적될 수 있을 것이다.²⁷⁾ 다만 이 설을 취하는 학자는 이러한 구제상의 문제점은 헌법 제23조가 재산권의 형성과 손실보상의 범위, 방법, 내용에 관하여 입법자가 이를 정하도록 하고 있는데 기인하는 것으로서 불가피한 것으로 보고 있다.²⁸⁾

6. 소결

보상규정없는 법률에 의한 재산권침해가 보상을 요하는 ‘특별한 희생’이 되는 경우에 그 손실보상청구권의 근거에 관한 학설을 위에서 살펴보았다. 그러나 어느 학설이 많은 의문점을 명쾌하게 해결하기에는 불가능해 보인다. 더욱이 손실보상을 법률에서 규정하지 아니한 경우에는 손실

26) 김문현, 보상규정없는 법률에 기한 수용적 재산권제한에 대한 권리구제방법, 고시연구, 2000.8, 24면.

27) 김동희, 앞의 책, 545면.

28) 김문현, 앞의 논문, 24면.

보상을 청구할 수 없다는 견해²⁹⁾도 제시되고 있어서 손실보상청구권의 법적 근거를 찾는 학설들의 의의를 부정하기까지 하고 있다. 따라서 보상규정없는 경우의 관계법률에 의하여 부과되는 특별한 희생에 대한 보상을 위한 법적근거에 관한 논리적이고 실질적인 이론구성의 문제는 또 하나의 중요한 과제라고 할 것이다.

이는 특히 헌법재판소의 그린벨트결정(헌재 1998.12.24, 89헌마214)에 의하면, 결국 재산권에 대한 사회적 제약도 한계가 있으며, 그 한계를 벗어나는 경우에 보상을 하여야 하지만, 손실보상에 대해서는 입법자가 보상입법을 하고, 그 보상입법에 근거하여 보상을 받을 수 있다는 것을 의미하는데, 입법자가 보상입법을 함에 있어 보상규정을 제대로 두지 아니하거나 손실을 완화할 수 있는 제도를 제대로 보완하지 아니한다면, 그 보상입법은 다시 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 위반되는 위헌이 될 것이지만, 그와 같은 위헌입법에 의한 재산권침해에 대해서는 구제를 보장해 주지 못하게 되는 문제가 생긴다는 것을 알 수 있다. 이 경우 보상규정없는 법률에 근거한 재산권 침해에 대하여 손실보상을 받기 위해서 그 근거법률에 대하여 위헌소원을 제기하여 헌법불합치결정을 받아내더라도 보상입법이 제정되어야만 보상을 받을 수 있게 되는 것이다.

생각건대 헌법재판소의 그린벨트 결정에서 재산권에 대한 사회적 제약의 한계를 벗어나 보상을 하여야 하는 재산권 제한은 유추적용설에서 말하는 '수용유사의 침해'에 해당하는 경우라 할 수 있기 때문에 헌법재판소가 수용유사의 침해법리를 수용하는 결정을 하여 그 법리를 불문법적 원리로 승인하는 것이 보다 바람직하였었다는 생각이다. 따라서 뒤에서 언급하고 있는 수용유사 침해의 이론과 유추적용설을 받아 들이는 것이 현재의 국민의 기본권을 제고하는데 기여하리라고 생각한다.

29) 김철용, 앞의 책, 463면.

Ⅲ. 판례의 동향

1. 대법원의 견해

가. 직접효력설의 지지판례

대법원은 1967년 11월 2일의 전원합의부판결에서,

“이 헌법에서 말하는 정당한 보상이라는 취지 (구헌법상의 상당한 보상과 같은 취지의 말이다)는 그 손실보상액의 결정에 있어서 객관적인 가치를 완전하게 보상하여야 된다는 취지일뿐만 아니라, 한걸음 나아가서 그 보상의 시기, 방법 (이 방법중에는 피징발자가 징발로써 그 권리를 잃음과 동시에 지체없이 법원에 그 보상액을 청구할 수 있을것을 포함한다)등에 있어서 어떠한 제한을 받아서는 아니된다는 것을 의미한다고 풀이하여야 된다. 물론 위에서 본 대통령령 제5조에 보면 보상액을 지급할 연도까지 이자를 지급함으로써 보상시기의 제한으로 인한 피징발자의 손실을 메꾸어 주려는 노력이 보이기는 하나 이러한 제도만으로써는 헌법이 보장하는 정당한 보상을 하는 것이라고는 말할 수 없다. 그렇다면 징발법 부칙 제3항에 의한 징발재산의 보상에 관한건 제2조의 구 법령에 의하여 징발된 재산에 대한 보상금은 1965년부터 1974년까지 매년 예산의 범위안에서 지급한다 라는 규정은 적어도 헌법 제20조 제3항에 저촉되는 규정이라고 보지 아니할 수 없다. 요컨대, 본건 징발보상금 청구권은 징발보상심의회에 사정이 없더라도 곧 발생한다고 보는 것이 정당한 해석이라 할 것이다.”³⁰⁾

라고 판시하여 직접효력설을 취한 것으로 보인다.

30) 대법원 1967.11.2. 선고 67다1334판결.

나. 직접효력설의 포기판례

대법원은 1976년 10월 12일의 판결에서,

“그러나 개정헌법 제20조 제3항의 규정에 의하면 공공 필요에 의한 재산권의 수용 사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다 라고 명시하고 있어서 적어도 개정헌법시행 후에 있어서는 개정전 헌법 제20조 제3항의 경우와는 달리 손실보상을 청구하려면 그 손실보상의 기준과 방법을 정한 법률에 의하여서만 가능하다고 풀이하여야 된다. 그런데 이 사건 원고의 청구에 의하여 그중에는 개정헌법이 시행된 이후의 손실보상도 청구하고 있는 것이 명백함에도 불구하고 원심은 손실보상의 기준과 방법을 정한 법률이 없더라도 손실을 보상하여야 하고 이러한 손실보상을 민사법원이 정하는 바에 의한다는 취지로 판단하고 있는 것이다.”³¹⁾

라고 판시함으로써 직접효력설을 명시적으로 포기하였다.

다. 위헌무효설적 판례

대법원은 1978년 3월 14일 판결에서,

“서울특별시행정에 관한 특별조치법 제5조, 지방자치법 제117조, 제152조와 1973.1.15공포 법률 제2437호 정부조직법의 부칙 제6항에 의하여 폐지된 지방자치법 제150조, 제152조의 2등의 각 규정을 보면 서울특별시의 행정사무를 분장하기 위하여 경찰국을 두고 이 특별시에 구를 두며 그 구에 경찰서를 두고 경찰서에 경찰서장을 두게 되어 있었음을 알 수

31) 대법원 1976.10.12. 선고 76다1443 판결.

있으므로, 이때 (73.7.1 이전)의 경찰서는 지방자치단체인 서울특별시의 사무를 관장하는 지방행정기관이었음이 분명하다. 한편 현행정부조직법 제3조와 1973.7.1부터 시행된 경찰서직제 (대통령령 제6764호)에 따르면 경찰서는 중앙행정기관의 소관사무를 시행하게 하기 위하여 설치된 특별지방행정기관임이 분명하다.

그렇다면 1973.7.1 이전의 경찰서는 지방자치단체의 사무를 집행하는 기관이고 1973.7.1 이후의 경찰서는 중앙행정기관의 소관사무, 즉 국가의 사무를 집행하는 기관이라 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 위 1973.7.1 이전 이후를 막론하고 경찰서가 국가 사무를 집행하는 기관이라는 전제아래 피고의 당사자 적격이 없다는 취지에서 이 사건 소를 각하 하였으니 이는 원심이 지방자치법 기타 관계법령에 관한 법리를 오해한 것이라고 아니할 수 없다.”³²⁾

라고 판시하여 사유지가 보상 없이 경찰서부지로 된 사건에서 국가배상의 청구를 인정함으로써 위헌무효설을 취한 듯한 견해를 보이고 있다.

라. 유추적용설 지지 판례

대법원은 1987년 7월 21일 판결에서,

“위 각 규정들의 취지에 의하면, 제외지는 하천구역에 속하는 토지로서 법률의 규정에 의하여 당연히 그 소유권이 국가에 귀속되는 것이라고 새겨야 할 것이고, 한편 같은 법에서는 그 시행으로 인하여 국유화가 된 당해 제외지의 소유자에 대하여 그 손실을 보상한다는 직접적인 보상규정을 둔 바가 없었으나 같은 법 제74조의 손실보상 요건에 관한 규정은 보상사유를 제한적으로 열거한 것이라기보다는 예시적으로 열거한 것이

32) 대법원 1978.3.14. 선고 76다1529 판결.

어서 국유로 된 제외지의 소유자에 대하여는 위 법조를 유추적용하여 관리청은 그 손실을 보상하여야 하는 것으로 새겨지는데…… 위 하천법시행으로 인하여 한강의 하천구역으로 편입된 이 사건 토지의 위치가 위에서 본 바와 같다면 그 구간은 위 같은법 제11조에 의하여 건설부장관이 관리청임이 분명하다 할 것이고 따라서 그로 인한 손실도 건설부장관이 보상하여야 할 것이다.”³³⁾

라고 하여 국유화된 제외지의 소유자에 대한 손실보상규정이 없더라도 하천법 제74조의 법의를 유추적용하여 손실을 보상해주어야 한다고 판시함으로써 이른바 간접효력설 또는 유추적용설이 주장될 수 있는 계기를 제공하였다.³⁴⁾

마. 소결

이후에도 대법원은 손실보상과 관련한 판결을 살펴보면, 1988년 11월 3일 판결에서는 토지수용법상 보상을 함이 없이 수용목적물에 대한 공사 등으로 토지소유자 또는 관계인에게 손해를 입힌 경우 이를 불법행위를 구성하는 것으로 보아 손해배상책임을 인정했고,³⁵⁾ 또 토지구획정리사업법상 사도 등 사유지에 대하여 환지를 지정하지 않고 또 청산금도 지급하지 않고서 행한 환지처분에 대하여 “사유지에 대하여 환지를 지정하지 아니한 것은 위 법규상 어쩔 수 없으나 거기에서 더 나아가 청산금도 지급하지 아니한 채 구획정리사업을 마치고 환지처분의 확정공고를 함으로써 그 토지에 대한 소유권을 상실시킨 것은 토지소유자에 대하여

33) 대법원 1987.7.21. 선고 84누126 판결.

34) 다만 이 판결은 비록 ‘유추적용’이란 표현을 사용하고는 있으나 실제로는 유추적용을 인정한 것이 아니고 하천법 제74조를 직접 적용하여 제외지에 대한 보상을 인정한 것이라고 보는 견해도 있다(박윤훈, ‘계획제한과 손실보상’, 고시계, 1995.8, 138면).

35) 대법원 1988.11.3. 선고 88마850결정(공838.1518).

불법행위를 구성하므로 토지구획정리사업시행자는 청산금 상당액의 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시한 바 있다.³⁶⁾ 그러나 이들 판례는 어디까지나 토지수용법이나 토지구획정리사업법 등 관계법상 보상규정이 있음을 전제로 그러한 규정에 반하여 보상을 하지 않은 경우에 관한 것이므로 이것을 가지고 대법원의 입장을 보상규정을 두지 않은 법률에 의한 공용침해의 경우 손해배상책임을 인정하는 것으로 보기에선 충분하지 않다.

2. 헌법재판소의 견해

가. 조선철도(주) 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원

헌법재판소는 1994. 12. 29. 전원재판부결정에서,

“군정법령에 의하여 수용된 사설철도회사의 주주 등 재산관계권리자로서 군정법령에 따라 적법하게 보상신청서를 제출함으로써 보상청구권을 확정적으로 취득한 자 또는 그로부터 위 보상청구권을 승계취득한 자는 이 사건 입법부작위와 자기관련성이 있고, 보상청구권의 양도인·양수인 사이에 다툼이 있거나 수인의 양수인 가운데 누구에게 권리가 귀속하는가를 둘러싸고 다툼이 있을 때에 그 중 한사람이 헌법소원을 청구하였을 경우 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다.

공권력의 불행사로 인한 기본권침해는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작위가 계속된다 할 것이므로, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약이 없이 적법하게 청구

36) 대법원 1991. 2.22. 선고90다16474판결.

할 수 있다.

우리 헌법은 제한이래 현재까지 일관하여 재산의 수용, 사용 또는 제한에 대한 보상금을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임함으로써 국가에게 명시적으로 수용 등의 경우 그 보상에 관한 입법의무를 부과하여 왔는바, 해방 후 사설철도회사의 전 재산을 수용하면서 그 보상절차를 규정한 군정법령 제75호에 따른 보상절차가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도의 통일폐지법률에 의하여 위 군정법령이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있으므로, 대한민국은 위 군정법령에 근거한 수용에 대하여 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 입법자의 헌법상 명시된 입법의무가 발생하였으며, 위 폐지법률이 시행된 지 30년이 지나도록 입법자가 전혀 아무런 입법 조치를 취하지 않고 있는 것은 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 보상청구권이 확정된 자의 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 것이므로 위헌이다.”³⁷⁾

라고 판시하여 미군정청의 군정법령 제75호에 의하여 수용된 사설철도회사의 주식 및 보상청구권양수인에 의해 제기된 헌법소원심판사건에서 입법자가 법령에 의한 수용에 대하여 그 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 헌법상 명시된 입법의무를 이행하지 않고 있는 것은 입법부작위로서 위헌이라고 하여 위헌무효설적 입장을 표명하고 있는 것으로 보인다. 헌법재판소가 이 결정에서 “대한민국의 법령에 의한 수용은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있어”, “그 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 입법자의 헌법상 명시된 입법의무가 발생하였고, 대한민국은 그 의무를 이행하지 아니하고 있다 할 것”이라고 판시한 것은 그 한도 내에서, 당해 결

37) 헌법재판소 1994.12.29, 선고 89헌마2결정.

정에서 문제된 사안의 특수성을 감안하더라도, 사실상 위헌무효설의 논리를 받아들인 것이라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 논리는 또 다른 1994년 6월 30일 “국가보위에관한특별조치법 제5조 제4항 위헌제청”사건³⁸⁾의 판시사항에서도 찾아 볼 수 있다.

그러나 헌법재판소는 단지 입법부작위가 위헌임을 판단했을 뿐 과거의 수용처분이 위헌무효라거나 대한민국정부의 보상거부가 위법이라고는 판단한 것은 아니다. 오히려 헌법재판소는 일단 당해 수용처분 자체는 적법했다는 전제에서 출발하고 있는 것으로 보인다. 이는 위헌무효설 중 우리나라 헌법 제23조 제3항을 독일기본법 제14조 제3항과 같은 불가

38) 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌가18결정에서, “가. 폐지된 법률도 그 위헌 여부가 관련 소송사건의 재판의 전제가 되어 있다면 당연히 헌법재판소의 위헌심판의 대상이 된다.

나. 국가보위에관한특별조치법 제5조 제4항 및 동 특별조치령 제29조에 의하여 수용당한 원래의 자기소유토지에 관하여 위 법률조항이 위헌임을 이유로 하여 대한민국을 상대로 소유권이전등기말소청구소송을 제기한 경우, 상위법인 위 법률조항의 위헌 여부는 하위법인 특별조치령의 위헌 여부 및 효력 유무의 전제가 되고 위 법률조항에 대하여 위헌결정이 되면 자동적으로 이에 근거한 특별조치령도 위헌·무효가 되고 아울러 위헌·무효인 특별조치법에 근거한 수용처분도 위헌·무효가 될 수 있기 때문에 위헌법령에 기한 행정처분의 무효 여부는 당해 사건을 재판하는 법원이 위헌성의 정도 등에 따라 판단할 사항이다), 위 법률조항의 위헌 여부는 위 소송 재판에서의 승패 여부에 전제가 된다.

다. 위 특별조치법은 초헌법적인 국가긴급권을 대통령에게 부여하고 있다는 점에서 이는 헌법을 부정하고 파괴하는 반입헌주의, 반법치주의의 위헌법률이고, 국가긴급권 발동(비상사태선포)의 조건을 규정한 위 특별조치법 제2조의 “국가안전보장에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사태대비조치를 취할 필요가 있을 경우”라는 규정내용은 너무 추상적이고 광범위한 개념으로 되어 있어 남용·악용의 소지가 매우 크므로 기본권 제한법률 특히 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하고 그럼에도 불구하고 국회에 의한 사후통제장치도 전무하다는 점에서 비상사태선포에 관한 위 특별조치법 제2조는 위헌·무효이고, 이 사건 심판대상 법률조항을 포함하여 비상사태선포가 합헌·유효인 것을 전제로 하여서만 합헌·유효가 될 수 있는 위 특별조치법의 그 밖의 규정은 모두 위헌이다. 뿐만 아니라 위 특별조치법 제5조 제4항은 “대통령은 동원대상지역내의 토지 및 시설의 사용과 수용에 대한 특별조치를 할 수 있다. 이에 대한 보상은 징발법에 준하되 그 절차는 대통령령으로 정한다”라고 규정하여 보상을 징발법에 준하도록 하고 있을 뿐 토지수용·사용의 요건과 범위 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차도 규정하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어, 재산권 제한을 법률로써 하도록 규정한 헌법 제23조 제3항 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되고, 또 징발법에 의한 보상은 사용에 대한 보상이므로 그 보상규정은 위 특별조치법에 의한 토지수용의 경우에 보상기준이 될 수 없을 뿐만 아니라 징발법의 규정대로 과세표준을 기준으로 보상을 한다면 이는 정당한 보상이 될 수도 없어 위 특별조치법 제5조 제4항은 재산권을 수용하는 경우 정당한 보상을 지급하도록 규정한 헌법 제23조 제3항에 위배된다.”라고 판시하고 있다.

분조항으로 파악하는 견해는 보상규정을 결여한 법률 자체가 전부 위헌 무효라고 주장하는 것과는 사뭇 다른 입장이어서 관심을 끈다. 그 결과 위헌무효설이 주장하는 바와 같이 당해 수용처분 자체에 대하여 그 위헌을 이유로 한 취소소송³⁹⁾이나 국가배상을 통한 구제가 인정될 수 있게 된 것인지는 의문스럽다. 이 사건의 경우 이미 30년 전에 행해진 수용처분에 대한 취소소송은 아예 고려의 대상이 될 수 없을 것이고, 국가배상의 경우에도 헌법재판소가 수용처분 자체의 위헌을 확인하고 있지 않은 이상 법령위반의 요건이 충족되기 어려울 뿐 아니라 소멸시효⁴⁰⁾ 등으로 인하여 국가배상청구권이 성립할 여지가 없다고 볼 수 밖에 없을 것이기 때문이다.⁴¹⁾

반면 헌법재판소의 이 사건 결정이 보상입법의무의 불이행의 위헌을 선언한 것이 결과적으로 청구인에게 대한민국정부에 대하여 손실보상청구권의 행사를 가능케 한 것인지도 분명하지는 않다. 엄밀히 본다면, 헌

39) 위헌무효설은 재산권의 수용·사용·제한을 수권하면서 보상규정을 결여한 법률이 위헌무효라고 하는데, 그 결과 이 법률에 의한 공용침해행위도 위헌무효라는 것인지 아니면 그 침해행위가 성공적으로 취소되는 경우에 결국 무효로 돌아간다는 것인지를 분명히 할 필요가 있다. 위헌무효설이 취소소송이나 국가배상을 구제방법으로 고려하고 있는 것을 보면 아마도 보상규정을 결여한 공용침해행위 자체는 당연무효가 아니라는 견지에 선 것으로 보인다. 이와 관련하여 최근 대법원이 처분이 위헌으로 결정된 법률에 의하여 행해진 경우 그 처분은 당연무효가 아니라 취소할 수 있는 위법한 처분에 불과하다고 판시한 바 있으나 그 타당성이 논란되고 있고 또 손실보상의 경우 위헌무효설이 주장하듯 헌법 제23조 제3항이 불가분조항이라면 그 요구를 충족시키지 못하는 법률에 의한 수용처분 등의 위헌성은 중대하고 명백한 것이라고 보아야 하지 않는가라는 의문이 생기지 않을 수 없다. 위헌무효설이 문제의 이러한 측면을 분명히 밝히지 않는 것은 실제적인 권리구제의 측면을 충분히 해명하지 않는 측면과 함께 그 이론이 지닌 한계를 보여주는 증거라고 할 것이다.

40) 이와 관련하여 대법원은 “국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상책임은 묻는 사건에 대하여는 동법 제8조의 규정에 의하여 민법 제766조 소정의 단기소멸시효제도가 적용되는 것”이라고 판시한 바 있다(대법원 1989.11.14, 선고 88다카32500판결). 물론 소멸시효의 始期의 확정여부가 논란될 여지는 있을 것이나 대법원은 같은 판결에서 “여기서 가해자를 안다는 것은 피해자가 가해 공무원이 국가 또는 지방자치단체와의 간에 공법상 근무관계가 있다는 사실을 알고, 또한 일반인이 당해 공무원의 불법행위가 국가 또는 지방자치단체의 직무를 집행함에 있어서 행해진 것이라고 판단하기에 족한 사실까지도 인식하는 것을 의미한다”고 판시하고 있어 수용처분 자체에 관한 한 국가배상청구요건이 충족된다 하더라도 소멸시효에 의해 이를 행사할 수 없게 될 가능성이 크다.

41) 홍준형, 앞의 책, 233면.

법재판소의 이 사건 결정은 이미 구체화된 손실보상청구권에 관하여 그 보상절차에 관한 입법이 이루어지지 않은 것을 위헌이라고 판시했을 뿐 폐지법률에 의해 보상규정이 없는 것과 같은 상태가 됨으로 말미암아 수용처분 자체가 위헌이라고는 판단하지 않았으므로, 그 한도에서 위헌무효설의 논거를 전폭적으로 수용한 것으로는 해석할 수 없다. 아무튼 전체적으로 이 사건 결정의 논지가 직접효력설과는 거리가 멀다는 것만은 분명해 보인다.

나. 도시계획법 제21조의 위헌여부에 관한 헌법소원

헌법재판소는 1998년 12월 24일 구 도시계획법 제21조의 규정에 의한 개발제한구역 지정과 손실보상의 문제와 관련하여, 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정이지만, 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것은 위헌이라는 헌법불합치결정을 내림으로써 보다 분명하게 위헌무효설의 입장을 표명하고 있다.

“도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

도시계획법 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로

합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지 소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이므로, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것인바, 입법자는 되도록 빠른 시일내에 보상입법을 하여 위헌적 상태를 제거할 의무가 있고, 행정청은 보상입법이 마련되기 전에는 새로 개발제한구역을 지정하여서는 아니되며, 토지소유자는 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 위 조항에 위반하여 행한 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다.

입법자가 도시계획법 제21조를 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.”⁴²⁾

42) 헌법재판소 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합).

다. 소결

보상규정없는 재산권침해가 보상을 요하는 특별한 희생에 해당하는 경우 그 손실보상청구권의 근거와 관련한 문헌상의 학설은 헌법재판소의 그린벨트 결정으로 그 가치를 잃어버린 것이 아닌가하는 생각이 든다. 왜냐하면 개발제한구역의 지정으로 '일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성'이 있어 보상을 하여야 하지만, '보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항'이므로 보상입법에 근거하지 아니한 손실보상을 부인하고 있기 때문이다. 따라서 재산권침해를 행하는 법률이 보상규정을 두지 않은 경우라도 그 재산권침해가 사회적 제약의 한계를 넘는 '특별한 희생'이 되어 보상을 해 주어야 하는 경우 피해자는 헌법 제23조 제3항의 적용에 관한 학설을 근거로 손실보상청구권을 행사할 수는 없고, 보상입법을 기다려 그 보상입법에 따라 손실보상청구권을 행사할 수 있게 되는 것이다. 이는 결과적인 관점에서 보면 손실보상을 긍정하면서도 동시에 손실보상을 사실상 부인하는 결과가 되는 문제가 생긴다. 그러나 이와 같은 결과는 구체적인 사건에 법률을 적용하여 분쟁을 종국적으로 해결하는 것이 그 임무가 아닌 헌법재판소의 기능적 한계라는 측면도 감안해야 할 것이다. 재산권을 침해하면서 보상법규의 불비가 있거나 불가피하다면, 근본적인 해결책을 법원이 수용유사침해의 법리를 받아들여서 이를 관례법으로 확립시켜야 한다고 생각한다.

제3장 손실보상의 입법례

제1절 독일

독일의 경우 경찰법률은 경찰조치에 의하여 야기된 피해의 전보에 대한 시민의 국가에 대한 청구권에 대하여 명시적 규정을 두고 있다. 몇몇 주에서의 규정은 경찰법모범초안과 상응하며 다수의 주에서는 심지어 문자에 이르기까지 동일한 내용으로 되어 있다. 이러한 경찰법상의 규정은 1794년에 제정된 프로이센일반주법 서문 제74조 및 제75조에 받아들여져 있던 일반적인 희생보상사상의 특수한 표현이다. 희생보상사상은 그 자체 헌법적 지위를 가지며 손실보상청구권으로서의 그 표현에서는 재산적 가치가 있는 권리에 대한 침해의 전보를 그리고 희생보상청구권으로서의 그 표현에서는 비재산적 가치가 있는 권리에 대한 침해의 전보를 인정하고 있다. 개개의 경찰법률이 가지는 규범상의 흠결은 이러한 희생보상원칙에 따른 보상에 의하여 전보되고 있다. 독일의 경우 적법한 경찰활동으로 인한 피해의 보상은 경찰법상의 청구권조항 및 보충적으로 적용되는 희생보상원칙에 의하여 행해지고 있는 것이다.⁴³⁾

이러한 보상제도 외에도 자발적인 경찰협조자의 청구권이 인정되고 있다. 이 경우 책임요건은 경찰에 의해 발생한 피해가 아니라 자발적 활동에 의해 입은 피해이다. 이 청구권은 희생보상사상이 아니라 사회국가사상에 그 근거를 가지고 있다. 경찰법모범초안에 따라 다수의 경찰법률은 경찰의 동의를 얻어 경찰업무의 수행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공함으로써 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다는 규정을 두고 있다.⁴⁴⁾ 이러한 전보규정은 협조의 자발성이라는 징표 때문

43) 조태제, 적법한 경찰활동중 발생한 인적·물적 피해보상방안에 관한 연구, 2002, 치안정책연구소 연구보고서 2002-09, 7면.

44) 예컨대 브레멘경찰법 제56조 제2항 등이 있다.

에 희생보상사상에 그 근거를 가지지 못한다. 희생보상청구권은 관계인이 고권적인 명령이나 강제에 의해 결과 손해를 입을 것을 직접 전제로 하고 있기 때문이다. 자발적 경찰협조자(Polizeihelfer)에 대한 보상의무는 오히려 사회국가원리의 표현이다. 일반공중의 복리를 위하여 스스로 불이익을 감수하는 자에 대하여는 전보가 행해져야 하는 것이다.⁴⁵⁾ 동시에 이러한 전보의무는 자신의 시민의 생명과 건강의 보호에 대한 국가의 의무를 반영하며 실현하고 있다. 협조제공의 부작위에 대한 형사처벌과는 무관하여 어느 누구라도 자신의 개입이 오로지 재정적 부담과 결부될 수 있다는 염려만으로 협조제공을 도외시해서는 아니된다. 경찰법률에서 보더라도 교통사고 보험법의 규율에서 이점은 더 분명히 표현되어 있다. 자발적 경찰협조자가 입는 피해는 경찰법률이 아무런 청구권을 규정하고 있지 않은 주에서도 보상되고 있다. 임의적 경찰협조자에 대하여는 연방법으로 규율되어 있는 사고보험법(Unfallversicherungsrecht)에 따른 청구권이 주어지고 있다. 사회법전 제7편 제2조 제1항 제13호(구 제국보험법 제539조 제1항 제9호b)에 따르면 근무행위의 지원을 위하여 동원되어 공적인 근무직원에게 협조를 제공한 자는 보험적용의 대상이 된다. 전보의 범위는 오늘날 더 이상 신체손해라는 결과에 한정되지 않는다. 1976년에 새로 규정된 제국보험법 제756조a에 근거하여 협조제공자에 대하여 그가 협조를 제공할 때에 입은 물적 손해 및 그가 상황에 따라서 필요하다고 인정하는 비용도 전보되고 있다(사회법전 제7편 제26조 이하).⁴⁶⁾

경찰이 아직 사건장소에 있지 않은 때 따라서 아직 경찰업무수행에서의 협조제공이 문제되고 있는 경우가 아닌 때에도 협조제공자에 대하여 사고보험법에서 나오는 청구권이 주어질 수 있다. 사회법적 제7편 제2조

45) Racher, Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers, in : Lasken/denninger, Handbuch des Polizeirechts, 1996, 843면.

46) 조태제, 앞의 연구보고서, 8면.

제1항 제13호a(구 제국보험법 제539조 제1항 제9호 a)에 따르면 사고나 공공의 위험이나 긴급시에 협조를 제공하거나 다른 사람을 생명에 대한 현재적 위험이나 신체나 건강에 대한 중대한 현재적 위험으로부터 구하려 한 자도 보험적용의 대상이 되고 있다. 마찬가지로의 것은 사회법적 제7편 제2조 제1항 제13호 c(구 제국보험법 제539조 제1항 제9호 c)에 따르면 범죄행위의 혐의가 있는 자의 추적이나 체포등을 위하여 신체가 동원된 자에 대하여도 타당하다.⁴⁷⁾

한편 경찰법 외에 특별법상의 진보청구권도 존재한다.⁴⁸⁾ 이러한 특별법상의 진보청구권규정은 특수한 책임상황에 기초하고 있다. 예컨대 형사소추조치에대한보상법, 범죄피해자보상법 등의 연방법과 소방협력제공법, 재난구조법 등의 주법이 그것이다. 아울러 직무의무침해로부터 나오는 손해배상청구권도 피해진보에 있어 중요한 역할을 하고 있다. 이 청구권은 희생보상청구권과는 달리 가해자의 유책의 행위를 요건으로 한다. 우리나라의 국가배상제도와 상당히 유사한 것이다.

제2절 미국

미국에서는 손실보상에 관하여도 각주와 연방의 헌법이 그 취급을 다르게 하고 있기 때문에, 이에 대하여 일률적으로 말하기는 어렵다. 그러나 적법한 경찰활동으로 인한 피해의 권리구제와 관련하여는 개별법에 특별한 규정을 두고 있는 것은 아니고 구체적인 사건이 발생한 경우 법원의 판결을 통하여 미국 헌법상의 시민권에 입각한 민사소송문제로 처리하여 법원이 최종적으로 보상의 여부 및 범위를 정하고 있다. 이점은 재산상의 피해 뿐만아니라 인적인 피해가 발생한 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 법원의 판단과 관련하여 하나의 준거가 되는 것은 연방헌법

47) 조태제, 앞의 연구보고서, 8면.

48) Racher, 앞의 책, 843면.

수정 제5조⁴⁹⁾ 및 각 주 헌법상의 정당한 보상 없이는 공공의 사용을 위한 사적 재산의 수용을 금지한다는 규정이다. 이에 따라 경찰의 정당하고 적법한 공무집행 중에 타인에게 피해가 야기된 경우에도 이를 헌법상의 공공의 사용을 위한 사적 재산의 수용으로 해석하여 정당한 보상을 하고 있는 것이다. 이러한 논리는 베그너사건에서 처음으로 구체화되었다.

범죄혐의자의 항복을 신속히 받아내기 위하여 경찰에 의하여 사용되는 방법 중 약간은 혐의자가 피난하고 있는 가옥, 사무실 기타 다른 부동산에 상당한 피해를 야기할 수 있다. 이 경우 피해를 받고 있는 재산의 소유자가 경찰의 재산과피는 정부의 수용을 구성한다고 주장하면서 피해보상을 구하였다. 이와 관련하여 미네소타대법원은 베그너사건에서⁵⁰⁾ 범죄혐의자의 체포를 쉽게 하기 위하여 가옥으로 발사된 체루가스과 충격탄에 의하여 상당한 피해를 본 가옥소유자가 그 과피가 주 헌법 하에서 공공사용을 위한 수용이 된다고 주장하면서 소송을 제기한 자에게 하급심의 견해와는 달리 피해의 보상을 인정하였다. 당해 법원은 범죄혐의자의 체포에 포함되어 있는 공익을 언급하면서도, 문제는 손실이라는 리스크의 전체를 가옥소유자에게 돌리는 것이 공정한가 그렇지 않은가이다 그리고 이러한 부담을 아무런 잘못이 없는 시민에게 지우는 것은 정의의 체계와 조화될 수 없다고 진술하고 있다. 당해 법원은 아무런 잘못이 없는 제3자의 재산이 혐의자를 체포하는 과정에서 경찰에 의하여 취득되거나, 피해를 당해하거나 또는 파괴되는 상황에서는 보다 좋은 규율은

49) 누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 과립치 죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전이나 사면시 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관해서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 아니하며, 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이, 사유 재산이 공공용으로 수용당하지 아니한다.

50) Wegner v Milwaukee Mut. Ins. Co. (1991, Minn) 479 NW2d 38, 23 ALR 5th 954, reh, en banc, den(Minn) 1992 Minn Lexis21.

지방자치단체가 그 피해에 대하여 잘못이 없는 제3자에 대하여 보상하는 것이라고 판시하고 있다. 이 사건에서 당해 법원은 약물혐의자를 체포하려는 경찰의 시도에 의하여 심각한 피해를 입은 가옥소유자는 그 피해가 미네소타주헌법 제1조 제13항의 수용을 구성하는 때에는 시로부터 보상을 받을 권리가 있다고 판시한 것이다.

제3절 프랑스

프랑스의 행정상 손실보상제도는 다른 나라에서와 마찬가지로 공용수용과의 관련아래에서 발전되어 나왔다. 프랑스의 공용수용 및 그에 따르는 손실보상에 관한 최초의 법률은 나폴레옹에 의한 1810년 3월 18일의 법률이다. 이 법률은 손실보상의 결정에 관한 권한은 법원에 부여하고, 오직 공용수용에 관한 공익선언의 권한만을 국가의 원수에게 유보하였었다. 그러므로 이는 공익성의 결정에 관한 권한은 행정권에 유보하나, 수용 자체 및 손실보상은 사법권에 맡김으로써 사권의 보호를 도모한 제도라 하겠다.

그러나 1810년의 법률에 의한 손실보상제도는 상소 등으로 말미암은 보상결정절차의 지연을 비롯한 절차의 번잡은 물론, 감정인의 의견을 지나치게 신뢰한 나머지 과도보상에 의한 공익에의 압박 등 폐단이 적지 아니하였다. 이러한 폐단을 없애기 위한 것이 1833년 7월 7일의 법률인데, 이 법률은 배심관으로 하여금 손실보상을 결정하도록 하였다.

그 이후에 몇차례에 걸치는 변천을 거듭한 나머지 제정된 것이 이른바 구조에 관한 骨子法(Loi-Cardre sur la construction)으로 알려진 1957년 8월 7일의 법률이다. 이 법률은 먼저 i) 수용 및 손실보상에 관한 법령의 단일화의 취지를 선언한 다음, ii) 손실보상금은 공용수용으로부터 발생하는 직접적 손해 및 일정한 손실을 포함하여야 하며, iii) 금전보상 이외의 방법에 의한 보상은 피해자의 선택에 맡겨야 할 뿐만

아니라, iv) 사전보상의 원칙, 즉 행정청은 결정된 보상금을 지급하거나 공탁한 후가 아니면 수용목적물의 소유권을 취득할 수 없도록 하였다(동법38조). 여기에 주목할 점은 프랑스에서는 한결같이 공용수용을 위한 공익성의 결정기관(행정청)과 손실보상의 결정기관(법원)과를 분리시키는 태도를 지켜 나오고 있으며, 특히 손실보상의 결정은 사법절차에 의하도록 하고 있다는 점이다.⁵¹⁾

제4절 일본

일본은 경찰법, 경찰관직무집행법 등의 다수의 경찰관계법령을 두고 있다. 우리나라와 마찬가지로 적법한 경찰조치로 인해 발생한 피해의 보상에 대한 경찰법상의 일반규정은 두고 있지 않다. 그러나 보상규정이 없다고 하더라도 일본국헌법 제29조 제3항을 근거로 하여 직접 보상청구가 가능하다는 것이 다수설 및 판례의 입장이다. 일본에서는 최고재판소가 하천부근지제한령 제4조 제2호에 의한 제한에 대하여 동조에 손실보상에 관한 규정이 없다고 하여 동조가 모든 경우에 대하여 일체의 손실보상을 완전히 부정하는 취지로는 해석되지 않고 그 손실을 구체적으로 주장·입증하면 별도로 직접 헌법 제29조 제3항을 근거로 하여 보상청구할 여지가 전혀 없는 것은 아니라고 서술하여 청구권발생설을 시사한 이래 이설이 지배적 견해로 되어 있다.⁵²⁾ 따라서 현행 헌법 아래에서 아직 직접 헌법 제23조 제3에 직접 근거한 손실보상청구를 인정하지 않고 있는 우리나라와는 사뭇 사정이 다르다. 일본에서는 특별희생에 상당한 피해를 입은 자는 법률에 보상에 규정이 없더라도 헌법에 직접 근거하여 손실보상을 청구할 수 있는 것이다.

아울러 경찰관의 직무에 협력원조한 자의 피해에 대하여는 이를 보상하

51) 이상규, 국가보상법, 법문사, 1995, 192면.

52) 宇賀克也, 國家補償法, 有斐閣, 1997, 394면 이하.

는 명문의 법률규정을 두고 있다. 이 법률은 보상요건 등에 있어 우리나라의 의사상자예우에관한법률과 유사하다. 그러나 보상여부결정기관 및 보상지급기관에서는 차이를 보인다. 경찰관의직무에협력원조한자의재해급부예우에관한법률에 의한 재해급부의 개요는 다음과 같다. 먼저 동 법률에 의하여 급부를 받을 수 있는 경우를 본다. 첫째는 경찰관으로부터의 요청을 받은 경우이다. 경찰관의 요청에 응하여 경찰관의 직무수행에 협력원조하고 그 때문에 부상 또는 사망한 경우이다. 둘째는 현행범의 체포 또는 피해자의 구조의 경우이다. 현행범의 체포 또는 피해자의 구조를 행하고 그 때문에 부상 또는 사망한 경우이다. 셋째는 수난 등에서 인명구조의 경우이다. 수난자, 산악조난자, 교통사고의 피해자 등의 인명구조에 있어서 그 때문에 부상 또는 사망한 경우이다. 그러나 이러한 경우들에 있어서도 다만 피해자나 조난자 등과 일정한 관계에 있는 등 급부를 받을 수 없는 경우가 있다. 급부의 종류에는 요양급부, 상병급부, 장해급부, 간호급부, 유족급부, 상제급부, 휴업급부의 7종류이다. 한편 관계공익법인으로부터의 지원도 있다. 재단법인경찰육영회로부터는 사망 또는 장해를 입은 협력원조자의 자녀에게 장학금이 지급되고, 재단법인경찰협회로부터는 사망 또는 부상한 협력원조자의 유족 등에게 조의금 등이 지급되고 있다.⁵³⁾

제4장 손실보상의 공백과 보충이론

제1절 서

적법한 경찰활동과 관련하여 발생한 피해에 대하여 보상을 해주어야 마땅하지만, 그 법률의 공백으로 인하여 보상을 해주기가 곤란한 공백상

53) 조태제, 앞의 연구보고서, 12면.

태가 존재하고 있다. 우리의 경찰법상의 여러 활동으로 인한 피해를 보상해주어야 한다는 것은 앞에서 언급한 바와 같으므로 가능하다면 어떠한 이론들을 적용하여야 국가법체계의 일관성 유지와 피해의 보상이라는 이중의 목적을 달성할 수 있을지에 대하여 그동안 학계에서 논의되고 있는 여러 견해에 대하여 살펴보기로 한다.

제2절 보충이론

I. 수용유사침해이론

1. 의의

수용유사의 침해(enteignungsgleicher Eingriff)는 독일에서 발달한 이론으로서, 타인의 재산권에 대한 위법한 공용침해의 경우를 말한다.⁵⁴⁾ 즉 공용침해의 요건(공공성필요, 개인의 재산권에 대한 공권적 침해, 특별한 희생)을 갖추고 있으면서도 보상에 관한 요건(규정)을 결하고 있는 침해의 경우 또는 공공복리를 위한 침해임에도 침해와 보상의 범규가 없는 경우의 침해를 말한다. 이러한 침해로 인해 특별한 희생을 입은 자에 대한 보상을 수용유사침해의 보상이라고 말한다. 그것은 ‘위법’한 공용침해에 대한 보상인 점에서, ‘적법’한 공용침해에 대한 보상인 본래의 공용침해보상과는 구별된다.⁵⁵⁾

이러한 수용유사침해의 개념은 고전적 의미에 있어서는 1981년 연방헌법재판소의 자갈채취사건 판결⁵⁶⁾이 있을 후 연방최고법원⁵⁷⁾의 법리

54) 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 1994.3, 88면.

55) 김남진·김연태, 앞의 책, 566면.

56) BVerfGE 98, 17(34); 10, 226, 239 f.

57) BGHZ 37, 44(47); 55, 229 (231); 56, 40 (42); 102, 350 (358); 111, 349 (355); BGH NJW 1964, 104.

재구성에 따라 변화되어 왔다. 즉 수용유사의 침해란 고권적 조치에 의해 직접적으로 야기된 재산권으로서 보장된 법적 지위에 대한 위법한 침해⁵⁸⁾를 말한다. 이 이론은 공용침해를 허용하는 법률은 그로 인해 발생하는 특별한 희생에 대하여 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 이를 결하고 있는 결과 개인의 재산권에 침해적 결과를 가져오는 경우를 말하는데 이러한 이론이 법률규정이 없는 손실보상의 보상근거가 될 수 있는지의 여부가 중요하다.

2. 요건

고전적 의미에서의 수용유사의 침해법리의 적용요건으로는 ① 재산권 침해, ② 공용침해, ③ 특별한 희생, ④ 침해의 위법성 등이다. 그러나 독일의 연방헌법재판소의 자갈채취사건 판결이후부터는 법리의 적용요건이 변화되어졌는데, 그 변화되어진 개념에 따라 요건을 정리해 보면, ① 재산권침해, ② 고권적 조치, ③ 침해의 직접성, ④ 침해의 위법성이다.⁵⁹⁾ 이를 살펴보면 다음과 같다.

가. 재산권 침해

재산권 개념은 모든 재산적 가치있는 사권과 공권을 포함하여 민법상의 소유권개념보다도 넓게 파악되고 있다. 다만 재산권의 범위는 재산적 가치있는 권리의 보호영역이 어디까지 미치며, 또한 그 보호영역이 침해되었는지의 여부를 심사하여 구체적으로 결정하게 된다.

나. 고권적 조치

58) H. Maurer, 앞의 책, Rdnr. 88, 747면.

59) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 242면.

고권적 조치에 의한 침해는 법적 행위에 의한 것과 사실행위에 의한 것을 포함한다. 종래에는 침해가 반드시 의욕적이고 목적적일 것을 요건으로 하였으나, 현재에는 그 침해가 공권력의 행사로 인해 직접적으로 야기된 것이면 족하다는 것이 일반적 견해이다.⁶⁰⁾ 다만 침해의 직접성을 요건으로 하는 경우에 단순한 부작위에 대한 보상을 해줄 수 없는 문제가 생기며, 이 점에서 수용유사적·수용적 침해제도는 중요한 결점을 지니게 된다는 비판이 있다.⁶¹⁾

독일의 경우 이와같은 고권적 조치에 입법행위와 부작위가 포함되는지에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 연방최고재판소는 규범적 불법행위(법규명령이나 조례 등과 같은 하위규범의 불법행위)로 인한 침해에 대해서는 보상을 긍정하지만, 위헌적 법률(입법적 불비) 및 위헌적 법률에 근거하여 발급된 집행행위, 즉 基因行爲(Beruhensakte)로 인한 침해에 대해서는 보상을 부인하고 있다. 연방최고재판소는 행정의 부작위로 인한 침해에 대하여 수용유사침해법리를 적용한 보상을 부인하지만, 그 부작위가 예외적으로 관계인의 권리를 침해하는 행위로서의 성격을 가지는 때에는 보상을 긍정한다.⁶²⁾

다. 침해의 직접성

고전적 의미에서의 수용유사침해의 경우 침해의 위법성에 있어서의 위법은 개인에게 고의·과실로 손해를 가하는 경우에 있어서 위법 또는 불법과는 다른 의미이다. 즉 여기서의 위법은 공용침해의 근거법규가 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않음으로써 동법

60) 석중현, 앞의 책, 214면.

61) 정하중, 앞의 논문, 103면.

62) H. Maurer, 앞의 책, Rdnr. 91-92, 748면.

물에 근거한 공용침해가 결과적으로 위헌이 된다는 의미의 위법인 것이다.

자갈채취사건판결 이후부터는 수용유사침해의 요건의 하나로 들었던 침해의 위법성은 이제는 침해의 직접성으로 대체되었다. 여기서 침해의 직접성이란 고권적 조치의 고유한 범위로부터 구체적·전형적인 조치가 직접적으로 재산권에 침해적인 효과를 야기하는 경우를 말한다. 침해의 직접성을 통해 예견할 수 없는 그리고 우연한 결과를 야기한 고권적 활동에 의한 침해에 대하여 수용유사침해를 인정하게 된다. 즉 행정작용이 직접적으로 재산권의 침해를 야기하는 것만으로도 수용유사침해가 되는 것이다.

라. 침해의 위법성과 특별한 희생

위법성이라 함은 고전적 수용유사침해개념에서 말하는 보상을 요하지만 그에 상응하는 보상규정이 없어 위법하다는 의미에서가 아니라 침해적인 조치를 통한 위법성을 의미한다. 종래 희생보상개념을 통해 형성된 특별한 희생인지의 문제는 수용유사침해의 법리에는 더 이상 문제되지 않고, 침해적인 조치 그 자체의 위법성이 인정되는 것만으로 족하다.

3. 성립배경

수용유사침해의 법리는 국가보상에 관한 현행법체계가 ① 적법한 공권력의 행사로 인한 침해의 손실보상제도와, ② 위법·유책의 침해에 대한 손해배상제도의 두가지만 일반적으로 인정하고 위법·무책의 침해에 대한 보상제도를 결여하고 있었던 바, 이러한 실정법상의 간격(Lücke)을 메우기 위한 이론으로서 독일에서 연방최고법원(BGH)의 판례⁶³⁾를 통하여

63) BGHZ 6, 270=NJW 1952, 972; BGHZ 13, 88(92).

형성되었다.

판례는 처음에는 위법·무책의 침해에 대한 보상만을 긍정하였으나, 점차 위법·유책의 침해⁶⁴⁾에 대해서까지 보상을 긍정하였다. 이러한 판례의 경향은 손실보상에서 그 원인인 행위가 적법한 침해이건 위법한 침해이건 가리지 않고 동일하게 취급하게 된 것을 의미한다. 왜냐하면 침해를 받는 상대방의 입장에서는 침해의 적법성 또는 위법성과 관계없이 특별한 희생을 받게 되는 점은 동일한 것이며, 침해의 위법성이 유책에 의한 경우라고 해서 달리 보아야 할 이유가 없기 때문이다. 즉 적법한 침해에 대한 손실보상을 하여야 한다면 위법한 침해에 대해서도 보상을 하여야 한다는 當然解釋(Der Erst-Recht-Schluß)을 할 수 있는 것이다.⁶⁵⁾ 판례는 수용유사침해에 대한 보상근거를 기본법 제14조 제3항(보상부 수용규정)에 두었으나, 1981년 연방헌법재판소의 자갈채취사건판결 이후부터는 일반국법(ALR) 제74조, 제75조에 바탕을 둔 일반적 희생보상사상에 근거를 두고 있다. 재산권침해에 대해서는 1단계에서는 방어권을, 2단계에서는 결과제거청구권을 행사할 수 있으나, 이를 통해서도 충분한 구제가 되지 않는 경우 3단계에서는 수용유사침해를 이유로하는 보상청구권을 행사하여야 하는 것이다.⁶⁶⁾

4. 소결

공용침해에 대한 규정은 있지만 그로 인한 손실에 대한 보상규정을 두지 않는 개별법이 있는 경우에 이러한 보상규정 없는 법률에 근거한 재산권 침해가 보상을 요하는 특별한 희생을 의미하는 경우 이를 수용유사침해로 보아 보상을 긍정할 필요가 있다. 이와 같이 재산권 침해에 대하

64) BGHZ 7, 296, 298(1952.10.16, 결정) ; BGHZ 13, 88(1954. 3. 12 결정).

65) Ossenbühl, 앞의 책, 216면.

66) 석종현, 앞의 책, 212면.

여 수용유사의 침해의 법리를 적용하는 경우 헌법상의 재산권보장규정(제23조 제1항)과 평등원칙(제11조)을 근거로 하는 동시에 보상규정(제23조 제3항) 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추적용하여 위법·무책 또는 위법·유책의 공용침해에 대하여 손실보상을 인정할 수 있는 이점이 있다.

수용유사침해의 법리는 적어도 국가배상법상 위험책임이나 무과실책임이 도입되어 보상규정 없는 법률에 의한 재산권의 박탈에 대한 불법행위 책임이 인정되기까지는 긍정으로 평가하고 인정해야 할 필요가 있다고 본다.

II. 수용적 침해이론

1. 의의

수용적 침해(enteignender Eingriff)라 함은 적법한 행정작용의 이형적(異型的)·비의욕적인 부수적 결과로써 타인의 재산권에 가해진 침해를 말한다.⁶⁷⁾ 이러한 수용적 침해이론은 본래 손실보상의 범위에 포함되지 않는다. 예를 들면 지하철 공사가 장기간 계속됨으로 인하여 인근 상점이 오랫동안 영업을 하지 못한 경우, 도시계획으로써 도로구역으로 고시되었으나 공사를 함이 없이 오랫동안 방치해 둠으로 인하여 고시구역 내의 가옥주 등이 심대한 불이익을 입고 있는 경우 등이 이에 해당한다.

2. 요건

수용적 침해의 요건은 재산권에 대한 침해, 특별한 희생 등이다. 여기서 특별한 희생은 수용적 침해의 결정적인 요건에 해당하며, 희생한계의

67) 김남진·김연태, 앞의 책, 569면.

일탈에 관해서는 受忍性 및 상황구속성 등의 적용을 통해 구체화된다. 수용적 침해는 보상을 요하는 재산권 내용규정에 포함된다.

3. 수용유사침해보상과의 관계

수용적 침해는 형식적 위법-즉 보상규정의 결여-작용시의 문제이고, 수용유사침해는 실질적 위법-그밖의 다른 근거에서 위법한 경우-작용시의 문제라고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 한편 보상규정의 결여를 제외한다면 수용유사침해에서는 침해자체가 위법한 것인데 대하여 수용적 침해에서는 침해 자체는 적법한 행정작용에 의한 것이라는 점에서 차이가 있다. 그러나 수용적 침해와 수용유사침해의 차이는 유동적인 것으로서 지하철 공사로 인한 손해의 경우⁶⁹⁾ 그 공사로 인한 피해의 예방조치가 충분하지 못하여 발생한 손해는 수용유사침해에 의하게 되고 미리 예기하지 못하였거나 불가피한 손해는 수용적 침해에 의하게 된다.

4. 소결

수용적 침해는 법률에 근거하여 적법하게 타인의 재산권에 가해진 침해이기 때문에 상대방은 그 침해를 수인할 의무를 지며, 관계법률은 공권력 행사의 비의욕적인 부수적 결과로 인한 재산권 침해를 예상하여 보상규정을 두고 있는 것은 아니므로 수용적 침해에 대한 손실보상을 위한 법적 근거가 없다.⁷⁰⁾

보통의 경우 재산권에 대한 사회적 제약으로 봄으로써 보상의 대상이 되지 않음이 원칙이나, 그 피해의 정도가 심한 경우에는 유추적용 등의

68) 홍정선, 서독의 손해전보제도, 월간고시, 1986.3, 68면.

69) 신보성, 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시, 1988.3, 45면.

70) H. Maurer, 앞의 책, Rdnr. 112, 763면.

방법으로 보상함이 마땅하다고 본다.

Ⅲ. 희생보상청구권이론

1. 의의

희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)은 행정청의 공권력 행사에 의하여 개인의 비재산적법익(예컨대 생명·신체·자유·명예 등)에 가해진 손실에 대한 보상청구권을 말한다. 다시 말하면 희생보상청구권은 공동체의 복리를 위하여 개인의 권리 또는 이익이 희생되어야 하는 경우에 국가는 개인의 희생을 보상해야 한다는 기본적 사고에 뿌리를 두고 있다. 희생보상청구권은 재산적 가치있는 법익에 대한 손실보상이 법적 제도로서 형성된 이후에는, 공권력작용으로 인하여 발생한 비재산적 법익의 손실에 대하여 보상을 청구할 수 있는 권리를 의미하는 것으로 한정되었다. 이는 비재산적 법익침해에 대한 보상청구권으로 원래는 독일에서 성립·발전된 이론이나 우리의 경우에도 최근에 긍정적으로 평가되고 있다.⁷¹⁾

2. 청구권의 요건

희생보상청구권도 독일의 판례상 발전된 최소한의 일반원칙으로서 수용보상청구권 등의 경우와 유사한 다음의 성립요건을 요구한다고 한다. 즉 행정주체의 침해, 비재산권에 대한 침해와 관련법적 지위의 보호가치성, 특별한 희생, 침해의 공공복지관련성 등이 그것이다.

71) 김남진·김연태, 앞의 책, 572면.

3. 적용가능성 검토

가. 실정법 제도로서의 희생보상청구권

우리의 실정법은 최근의 민주화운동관련 혹은 과거사관련 법률들이 제정되어 시행되고 있지만 일반적인 제도로서의 희생보상청구권은 보편화되어 있지 않다고 할 것이다. 다만 우리의 소방기본법·산림법 등 개별법률에 실정법상 손실보상규정⁷²⁾이 존재하고 있음을 근거로 하여, 정당보상의 원칙을 규정한 헌법 제23조 제3항을 유추적용하여 희생보상청구권의 근거로 할 수 있다고 주장하는 견해가 있다.⁷³⁾ 또한 희생보상청구권을 일반적인 제도로서의 희생보상청구권과 개별적 제도로서의 희생보상청구권으로 나누어 설명하고, 전자는 헌법상의 기본권규정과 평등조항을 간접적인 근거로 하여 우리나라에서도 인정되며, 후자의 경우의 예로서 예방접종사고시의 손실보상규정이나 소화작업도중 사망하거나 부상을 입은 당사자에 대한 소방기본법상의 보상규정을 들고 있다.⁷⁴⁾

나. 학설 및 판례의 태도

1) 학설의 태도

희생보상청구권의 인정여부에 대한 학설도 헌법 제23조 제3항의 효력

72) 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있는 바(소방활동 종사명령, 소방기본법 제24조 제1항 전단), 이에 의거하여 “소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하여야 한다(소방기본법 제24조 제2항)”는 소방기본법상 사망등에 대한 보상. 그 외에도 소방기본법 제34조 제2항, 산림법 제102조의3, 전염병예방법 제54조의 2 등 참조.

73) 식중현, 앞의 책, 219면.

74) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2004, 544면.

과 관련하여 견해가 나뉘고 있다. 방침규정설의 논리를 적용하면 명문규정이 없는 희생보상을 인정할 수 없다. 위헌무효설의 논리를 적용하면 생명·신체 등의 침해에 대한 보상규정이 결여된 법률이 위헌이라고 보는 경우 보상규정이 없으면 손해배상의 문제가 된다. 위헌이 아니라고 보는 경우 입법적 해결이 없는 한 희생보상을 인정할 수 없다. 직접효력설의 논리를 적용하면 헌법 제10조·제12조 등이 직접효력이 있다는 것을 전제로 보상규정이 없더라도 직접 희생보상을 인정할 수 있다. 직접 효력이 없다고 보는 경우에는 보상규정의 결여가 위헌이나 아니냐에 따라 위헌무효설과 같은 결과가 될 것이다. 간접효력규정설의 논리를 적용하면 보상규정이 결여된 법률이 위헌이라고 보는 경우 헌법 제10조와 제12조 및 제11조에 근거하여 헌법 제23조 제3항 및 관계규정을 유추하여 희생보상을 인정할 수 있다. 위헌이 아니라고 보는 경우 입법적 해결이 없는 한 희생보상을 인정할 수 없다.

이와 같은 견해들 중 공공필요에 의한 생명·신체에 대한 적법한 침해로 특별한 희생을 받은 자는 헌법상 기본권규정(제10조·제12조·제37조 제1항)과 평등조항(제11조)을 직접근거로 하여 보상을 청구할 수 있다고 하면서 이 이론을 인정하는 견해가 우세한 것 같다.⁷⁵⁾

2) 판례의 태도

판례는 아직까지 희생보상청구권의 개념을 인정하고 있지 않는 것 같다.⁷⁶⁾ 대법원은 광주민주화운동관련자보상등에관한법률의 경우 보상의 성질⁷⁷⁾에 관하여 별다른 근거를 제시함이 없이 “헌법 제23조 제3항에

75) 홍정선, 앞의 책, 544면; 석중현, 앞의 책, 219면; 김남진·김연태, 앞의 책(I), 572면.

76) 홍정선, 행정법특강(제3판), 박영사, 2004, 509면.

77) 학설상으로는 광주민주화운동관련자보상등에관한법률이 광주민주화운동으로 인하여 손해를 입은 자에 대하여, 구체적인 가해행위의 적법여하를 따지지 아니하고 피해자구제의 견지에서 보상하고 있는 바, 이는 특별법상의 결과책임 내지는 손해배상과 손실보상의 중간에 위치하는 재난구제적 차원의 손해전보제도라고 파악하는 견해가 제시된 바 있다(홍준형, 앞의 책, 344

따른 재산권침해에 대한 손실보상청구나 국가배상법에 따른 손해배상과는 그 성질을 달리하는 것으로서 동법이 특별히 인정하고 있는 공법상의 권리”라고 보았다.⁷⁸⁾

다. 이론의 적용가능성

보상규정 없이 재산권에 대한 공용침해가 있을 경우 그에 대한 손실보상청구에 있어서와 마찬가지로, 이 문제는 권력분립원칙에 따른 입법권과 사법권의 긴장관계를 둘러싸고 벌어지는 문제이다. 권력분립원칙이 국민의 기본권을 실효적으로 보장하기 위한 법치국가원리의 제도적 기초로서 요구되는 수단이라면 법률상 흠결이 있을 경우 법관이 헌법상의 규정을 통해 그 흠결을 보충함으로써 국민의 기본권을 보장할 수 있는 경우에는 그것이 오히려 권력분립의 제도적 취지에 부합한다.⁷⁹⁾

따라서 국민의 기본적 인권을 제대로 보장하지 못하여 그 본질내용을 훼손하는 정도에 이를 경우에는 법관에게 그 본질내용을 보장해 줄 수 있는 법발견 권한이 주어지는 것이므로 위와 같은 경우에도 손실을 보상해 주지 않는 것이 생명, 신체의 본질내용을 훼손하는 정도에 이르는 경우에는 법관이 헌법상의 생명권(제10조 제1문, 제37조 제1항), 신체의 완전성(제10조 제1문, 제37조 제2항), 기본권의 본질적 내용 보장취지(제37조 제2항)에 따라 손실보상청구권을 인정해 줄 수 있다고 본다.

이 제도의 가장 중요한 특성은 그 대상이 비재산적 법익에 대한 손실보상이라는 점과 실정법상의 명문규정의 근거없이 청구할 수 있다는 점이다. 이 이론의 실익은 실정법적 규정이 없는 경우에도 공익을 위하여 발생한 비재산적 법익에 대한 손실보상청구를 희생보상청구권이라는 이

면).

78) 대판 1992.12.24, 92누3335.

79) 김남진·김연태, 앞의 책, 574면.

를 하에 허용할 수 있는 논거를 제시해 줄 수 있다는 것이다. 따라서 특별한 희생에 대해서는 보상이 주어져야 한다는 우리 헌법의 이념적 근거에 따라 명문규정이 없는 경우에도 헌법의 구체화법으로서의 개별법의 목적 취지 및 관계규정 등을 고려하여 특별희생에 대한 보상청구권 내지 보상받을 법률상 이익을 도출해 낼 수도 있다고 보아야 할 것이다.

IV. 역무과실이론

1. 의의

우리나라 국가배상법 제2조의 공권력 등의 행사로 인한 손해에 대한 국가의 배상책임은 「위법·과실」을 2대 요건으로 하는 데 반하여 프랑스는 국가배상책임의 책임요건으로 「과실」만을 요구하는 입법례를 가지고 있다. 프랑스의 과실책임제도는 역무과실(*faute de service*)과 개인과실(*faute individuelle*)로 구분되고 있는데, 가해행위가 직무행위(*fait de service*)로서 역무과실의 성격을 띠는 경우에는 국가책임이, 그리고 동 행위가 공무원의 개인행위(*fait individuel*)로서 개인과실의 성격을 공유하는 경우에는 공무원의 개인책임이 발생하는 것이다.

프랑스의 국가배상제도에 있어서 역무과실은 ‘공역무⁸⁰⁾의 조직 또는 운영상의 하자’라는 객관적 개념으로 보고 있다. Conseil d'Etat의 판례상 역무과실은 역무의 흠결있는 운영상태를 의미한다. 역무가 그에 부과된 임무를 정상적으로 수행하기 위해서는 마땅히 요청되는 정도로 운영되지 못한 경우에는 역무과실이 인정되는 것이다. 그리하여 행정행위가 위법한 경우에는 당연히 역무과실이 있는 것으로 본다. 따라서 그것은

80) 박정훈 교수는, “공역무란 순수한 국고행정과는 달리 공적 과제를 적극적으로 수행한다는 의미를 갖는다.”고 설명하고 있다. (행정법의 체계와 방법론, “독일 행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성”, 박영사, 2005, 476면.)

프랑스 민법 제1382조의 자연인의 개인과실과는 상이한 것으로 행정배상제도에 특유한 관념인 것이다.

2. 구체적 내용

역무과실의 결정기준은 역무의 정상적 운영관념이다. 역무과실의 구체적 내용을 살펴보면 다음과 같다.⁸¹⁾

첫째, 역무과실은 역무(행정)의 정상운영상의 흠결을 의미한다. 즉 모든 행정작용은 그 구체적 성질이나 상황에 따라 내용은 달라지겠으나 일정한 수준이 요청되는 바, 이러한 수준에 미달하는 경우에는 과실이 있는 것으로 인정되는 것이다. 이와 같이 과실 유무는 행정의 정상기능이라는 기준의 충족여부에 따라 판단되는 것이라는 점에서는 프랑스 국가배상제도에 있어서의 과실은 기본적으로 객관적 관념이라 할 것이다. 이는 우리나라 국가배상법 제2조의 과실을 공무원 개인과의 관계에서 판단하여야 한다는 의미에서 주관적 관념으로 파악하는 우리의 통설적 견해와는 기본적인 차이를 보이는 것이라 하겠다.

둘째, 역무과실은 개인과실과 마찬가지로 자연인인 공무원의 작위·부작위에 기인하는 것이나 그 귀책사유로 되지 아니하는 것을 말한다. 역무과실은 그 내용상 관계공무원을 특정지을 수 있는 특정과실(*faute individuelle*)과 그러하지 아니한 불특정 과실(*faute anonyme*)로 구분할 수 있다. 그러나 어느 경우나 역무과실이라는 관념은 역무의 정상기능상의 흠결이라는 객관적 관념으로 파악되는 것이며, 그 경우에는 공무원 개인은 내부관계에서나 피해자와의 관계에서 논외로 되는 것이라는 점에서 이러한 특정과실과 불특정과실의 구별실익은 없는 것이다.

81) 윤준병, 국가책임법제의 공백 축소에 관한 연구, 서울시립대 박사학위논문, 2006, 151~152면.

셋째, 역무과실은 위법성과의 관계에서는 상당히 독자적 성격을 가지는 것이다. 역무과실은 일응 직무상의 모든 위반행위라고 할 수 있는 것으로, 그것은 엄격한 의미의 위법행위뿐만 아니라, 예컨대 미숙한 업무처리 또는 행정작용상의 단순한 지연사실도 역무과실로 인정될 수 있는 것이다. 위법행위는 역무과실의 전형적인 예가 되는 것은 사실이나, 실제 판례상으로는 모든 위법행위가 역무과실을 구성하는 것으로는 인정되지 않고 있는 바, 예컨대 단순한 형식의 위반행위가 그에 해당하는 것이다.

넷째, 역무과실은 구체적 성격을 지는 것이다. 즉 법원은 과실의 결정에 있어서는 추상적 법규에만 의거하는 것이 아니라 업무의 곤란성, 행위시의 시간·장소적 상황, 사용가능한 인적·물적·자원 등의 제요소를 감안하는 것이다. 따라서 역무과실은 또한 기본적으로 상대적 개념이라 할 수 있을 것이다.

다섯째, 역무과실은 그 정도에 따라 일정등급으로 구분되고 있다. Conseil d'Etat는 전통적으로 이를 단순과실, 중과실 및 명백·비상한 중과실로 구분하고 있었다. 그러나 대체로 1960년 이후 이러한 명백·비상한 중과실은 중과실 관념에 흡수되게 되어 현재는 단순과실과 중과실의 두 가지 관념만이 인정되고 있다. 이러한 역무과실의 구분은 실제에 있어 매우 중요한 것으로 그것은 중요한 일정 행정부문에 있어서 중과실의 경우에만 배상책임이 발생하는 것으로 되어 있기 때문이다. 이러한 범주에 속하는 행정부문은 경찰·소방업무, 세무행정, 국공립병원에서의 의료행위 등이다.

3. 위법성과의 관계

프랑스에 있어서 행정책임을 야기시키는 위법한 행위가 계약에 의한 것이 아닐 때 이러한 행위를 고의의 여부에 따라 고의가 있을 때에는 불

법행위(délit), 고의가 없을 때에는 준불법행위(quasi-délit)라고 각각 지칭한다. 이러한 불법행위를 구성하는 행위들은 그 과실의 입증정도에 따라 제1차적으로는 입증과실⁸²⁾이 있는 경우, 제2차적으로는 추정과실⁸³⁾이 있는 경우, 제3차적으로는 법률적 불법행위, 즉 무과실 불법적 책임⁸⁴⁾이 있는 경우로 구분된다.⁸⁵⁾

그러나 행정책임을 야기하는 위법한 행위는 월권소송⁸⁶⁾의 대상이 되는 비적법행위와는 다르다. 즉 월권소송에 있어서의 비적법성이론과 손해배상의 대상으로서의 과실책임이론은 상호 독립적이다. 공무원의 경솔이나 부주의는 비적법성을 구성하는 엄격한 의미의 객관적인 하자에 포함되지 아니하나 배상책임의 대상인 과실을 구성한다. 일반적으로 비적법성은 과실이 손해를 배상할 정도의 중한 과실이 되지 못할 때, 즉 단순과실에 불과할 때는 행정책임을 야기하는 위법한 행위에는 해당되지 아니한다. 뿐만 아니라 비적법이 항상 과실로 되는 것도 아니다. 과실을 구성하는 비적법성이라 할지라도 비적법성 자체가 손해를 야기하여야만 행정책임을 발생시키게 된다. 즉 비적법성을 구성하는 하자는 객관적인데 반하여 불법행위를 구성하는 과실은 주관적 요소를 배제할 수 없

82) 과실책임의 전형적인 예로 손해배상을 청구하는 피해자가 국가의 과실을 명백히 입증한 경우의 과실을 의미한다.

83) 피해자 쪽에서 국가의 행위로 손해가 발생한 것을 입증하면 이에 대하여 국가는 과실이 없음을 입증하여야 하고 과실에 대한 입증책임이 피해자로부터 국가로 전환되어 국가가 과실이 없음을 입증하지 못하게 되면 주관적 요소인 과실이 객관화하여 국가의 과실이 추정된다.

84) 피해자는 비정상적인 손해의 발생을 입증하고 그 손해와 국가의 행위사이의 인과관계를 증명하기만 하면 국가의 과실이 추정되지 않고도 국가의 배상책임이 인정될 수 있는데 이것은 국가에 과실은 없으나 국가의 행위에 의하여 손해가 발생하였다고 하는 사실이 바로 '국가 운영상의 흠'에 해당되기 때문에 국가가 배상책임을 지는 것으로서, 과실은 없으나 국가의 운영에 있어 특정인을 특별한 위험상태에 노출시키거나 공적 부담의 평등을 보장하지 못하게 되는 경우를 말한다.

85) 이광윤, "손해배상·손실보상과 적법성", 행정법이론-비교적 고찰, 성균관대학교 출판부, 2000, 174-176면.

86) 프랑스의 월권소송은 행정재판소에 위법한 행정처분의 취소를 구하는 것을 내용으로 하며, 법의 일반원칙에 따라 적법성원칙의 보장을 그 목적으로 하는 소송제도이다. 합법성의 보장수단인 이 소송은 객관소송으로서 그것은 원고와 피고간의 주관적 권리관계를 판정하기 위한 것이 아니라 위법한 행정처분의 취소를 그 목적으로 하는 것이다.

다.

프랑스의 행정책임에 있어서의 위법성과 월권소송에 있어서의 비적법성 개념의 상호독립성으로 유추하여 볼 때 우선 위법한 행정작용으로 인한 행정상 손해배상과 적법한 행정작용으로 인한 행정상 손실보상의 분류는 부적절하다. 왜냐하면 행정상 손해배상에서의 위법한 행정작용이라 함은 책임에 관한 법상의 불법행위 여부를 문제삼는 데 비하여 행정상 손실보상에 있어서의 ‘공공의 필요에 의한 적법한 행정상의 공권력행사’에 있어서는 적법성에 관한 법상의 적법성을 문제삼기 때문에 위법과 적법의 개념상의 전제가 다르기 때문이다. 따라서 손해배상과 손실보상에 있어서의 위법개념은 분리하여 손해배상에 있어서의 위법은 라틴어로 *illicitus*(‘도덕적·법률적으로 허용되지 않는’의 의미를 지닌 용어)로, 항고소송에 있어서의 위법은 라틴어의 *illegalis*(‘법률에 반하는’의 의미를 지닌 용어)로 구분하여 표현하기도 한다.⁸⁷⁾

4. 적용가능성 검토

가. 학설과 판례의 태도

국가배상책임에 있어서의 과실의 객관화문제는 국가배상책임의 성질을 어떻게 보느냐에 따라 차이가 있다. 자기책임설에 의하면 국가배상법 제 2조의 성립요건으로서 과실의 관념을 주관적으로 특별히 파악할 필요가 없다고 보기 때문에 당연한 이론구조로 이해한다. 그러나 대위책임설적 입장에서는 국가책임의 확장의 일환으로서 비로소 객관화에 대한 시도가 행해지고 있다. 또한 판례의 태도인 행위위법설에 의하면 위법은 ‘행위’가 판단의 대상이 되며 가해행위의 법에의 위반을 의미하는 것이며, 과실은 ‘행위의 태양’이 직접적 판단대상이 되며 주의의무위반을 의미한다.

87) 이광윤, 앞의 논문, 176면.

이와 같이 위법을 객관적 개념으로 보고 과실을 공무원의 주의의무위반으로 보는 한 위법하지만 과실이 없는 경우가 없을 수 없다. 따라서 위법과 과실을 엄격히 구별하는 것은 피해자의 구제라는 측면에서 바람직하지 못하다. 그리하여 위법과 과실개념의 상호 접근은 위법과 과실 양편으로부터 일어나고 있다. 과실개념을 객관화하여 국가배상책임의 성립을 용이하게 하려는 시도가 최근의 경향이다. 예컨대 과실을 ‘공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠이라는 정도로 완화하는 것이 좋을 것’이라는 견해, 과실을 ‘국가 등의 행정주체의 작용이 정상적 수준에 미달한 상태’ 내지 ‘객관적 관념으로서의 국가작용의 흠’이라는 견해, 또는 국가배상책임을 자기책임으로 보아야 한다는 전제하에서 국가배상법상 과실개념을 주관적으로 파악하지 않고 국가작용의 하자라는 의미에서 객관적으로 이해하는 견해, 일원적 관념으로 위법성과 과실을 통합하여 위법성과 과실 중의 어느 하나가 입증되면 다른 요건은 당연히 인정된다는 견해 등이 주장되고 있다. 과실의 판단을 당해 공무원이 아니라 당해 직무를 담당하는 평균적 공무원을 기준으로 한다는 일반적 견해와 판례의 입장도 과실개념을 객관적으로 접근하는 입장의 하나라고 하겠다. 한편 판례는 공무원의 직무집행에 수반하여 요구되는 ‘손해를 사전에 방지할 공무원의 직무상 주의의무’가 문제되는 경우에는 위법성에 대한 언급없이 과실판단만으로 국가배상책임을 인정하는 경우가 많다.⁸⁸⁾

나. 국가배상법 제2조의 과실

국가배상법 제2조상의 과실을 프랑스법상의 역무과실과 같이 객관적으로 파악하여 ‘국가작용의 흠’, 보다 정확히 ‘흠 없는(또는 올바른) 직무수행의무의 위반’으로 이해한다면 위법·무과실의 문제는 제기되지 않을 수 있다. 왜냐하면 과실을 이와 같이 객관적 개념으로 본다면 위법한 국

88) 대판 1979.7.10, 79다521; 대판 1974.2.26, 73다778.

가작용은 통상 흠(과실)있는 국가작용으로 볼 수 있기 때문이다. 그러면 국가배상법상의 과실개념을 객관적으로 파악하여 ‘국가작용의 흠’으로 정의하는 것이 현행 국가배상법 제2조의 해석론으로 가능한 것인지 여부가 검토되어야 할 것이다.

국가배상책임은 공무원의 민법상 불법행위책임을 대신하는 책임이라고 보는 대위책임설에 의하면 국가배상법상의 공무원의 고의·과실이란 민법상 불법행위책임을 성립요건인 고의·과실과 다를 이유가 없으며 평균적 공무원의 주관적 인식능력을 기준으로 판단하여야 한다고 본다.⁸⁹⁾ 그러나 국가배상책임을 국가의 자기책임으로 보아야 한다는 견해에 의하면 국가배상책임에 있어서는 과실개념을 주관적으로 파악할 하등의 이유가 없다고 생각한다. 공무원의 과실을 국가작용의 하자라는 객관적 개념으로 보고 국가배상책임을 국가작용의 하자에 대한 책임으로 볼 수 있기 때문이다. 또한 국가배상법 제2조가 ‘공무원이 …… 고의 또는 과실로’라고 규정하고 있는 바와 같이 ‘공무원의 과실’을 요건으로 하고 있으므로 현행 국가배상법상의 과실을 객관적 개념으로 파악하는 것은 부당하다고 하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 국가배상법상의 과실을 국가작용의 흠으로 해석하는 견해가 공무원의 행위를 객관적으로 파악하여 공무원의 행위가 국가작용의 하자를 이루는 것인가에 따라 국가배상법상의 과실을 판단하는 것이라고 이해한다면, 국가배상법상의 과실을 국가작용의 하자라고 해석하는 것이 현행법하에서 전혀 불가능한 것은 아니다. 국가는 공무원을 통하여 활동하고 공무원은 통상 개인으로서 행동하는 것이 아니고 공무수행자(또는 행정기관)로서 활동하는 것이므로 공무원의 과실을 국가작용의 하자라고 보는 것이 행정의 실제에 보다 부합한다. 그리고 오늘날 행정은 집단적이고 조직적으로 행하여지는 경우가 많고 따라서 이 경우에는 개개 공무원의 과실보다는 집단 또는 조직체의 과실을 묻는 것이 보다 타당하기 때문이다. 최근의 유력한 소수설은 프

89) 이상규, 앞의 책, 536면.

랑스의 입법례에서와 같이 국가배상법상의 과실을 객관적으로 파악하여 ‘국가작용의 흠’으로 보고 있기도 하다.⁹⁰⁾ 국가배상책임을 행정에 대한 하나의 통제제도로 이해하고자 한다면 국가배상법상의 과실을 객관적으로 파악하여 ‘국가작용의 흠’으로 해석하는 견해가 이론적으로 타당하다. 국가작용은 어느 경우에도 일정한 수준의 것임을 요하게 되는 바, 특정 국가작용이 이러한 기준에 미달한 것인 때에는 그러한 국가작용에는 하자 즉 과실이 있다고 할 것이다. 특정국가작용에 대한 전술한 의미에 있어서의 과실의 유무의 결정문제는 동 작용에 요구되는 일정수준에 비추어 객관적으로 판단되는 것이고, 그에 있어서 관계공무원의 주관적 사정이 개입될 여지는 없다 할 것이다. 그것은 국가작용은 언제나 자연인인 공무원의 행위를 통하여 행하여지는 것이기는 하나, 그러한 공무원의 행위가 기관행위로 간주될 수 없을 정도로 품격을 상실하지 아니한 한도에 있어서는 공무원의 행위는 그것이 흠있는 행위인 경우에도 기관행위로 되어서 자연인으로서 공무원은 고려대상에 배제되기 때문이다. 따라서 흠있는 공무원의 행위라도 그것이 기관행위로 간주될 수 있는 한에 있어서는 후자에 대한 흠, 즉 과실의 유무의 문제는 그에 요구되는 일정수준과의 관계에서 객관적으로 판단되어야 하는 것이다. 이러한 과실의 객관적 개념은 그것이 소위 위법·무과실에 따른 국가책임부인이라는 부당한 결과를 배제할 수 있다는 점에서 특히 그 실질적 타당성을 찾아볼 수 있는 것이라 하겠다. 그것은 이 관념에 있어서는 위법한 행정처분은 행정작용에 요구되는 일정수준과의 관계에서 객관적으로 판단되는 국가작용의 흠이라는 의미에 있어서의 과실의 가장 전형적인 형태로 볼 수 있는 것이기 때문이다.

생각건대 현행의 법령구조상 이러한 입장에서의 해석에는 일정한 한계가 있을 것으로 보이지만 이렇게 해석하는 것이 국가배상법상의 과실을

90) 김동희, 앞의 책, 509면.

주관적 개념으로 해석하는 것보다 피해자 구제의 측면에서 바람직하기 때문에 이러한 입장에서의 법원의 적극적인 태도변화가 필요하다고 본다.

V. 무과실(위험)책임이론

1. 의의

프랑스의 행정책임은 과실책임과 위험책임 내지는 무과실책임의 2원적 구조를 취하고 있다. 전자는 행정의 책임과 공무원의 책임으로 분리되는데 이는 역무의 과실과 개인적 과실로 구분하는데 기초하고 있다. 즉 공무원수행원의 과실로 인하여 야기되는 손해가 역무의 과실이면 기관의 책임이 되고 개인적 과실로 인하여 손해가 야기된 경우에는 공무원의 책임으로 개인적 과실은 행정작용으로부터 분리할 수 있는 과실이다.⁹¹⁾ 반면에 무과실책임은 엄격한 의미의 무과실의 경우를 포함하여 과실의 유무와 무관하게 국가의 배상책임이 인정된다는 점에 그 제도적 특성이 있는 것이다. 이러한 무과실책임제도⁹²⁾는 현재 입법작용으로 인한 국가책임의 인정에 이르기까지 그 적용분야가 확대되고 또한 점차 증대하고 있는 것은 사실이다. 그러나 동 제도는 국가배상제도로서는 아직은 예외적 성격의 것으로 과실책임제도에 비해서는 부차적, 보충적 성격을 가지는 것이며, 기본적으로는 Conseil d'Etat는 판례상 동 제도에서의 손해는 특별하고 비정상적인 것임을 요구하고 있으며, 또한 그 특별성의 인정에 있어서도 상당히 엄격한 입장을 고수하고 있다. 즉 Conseil d'Etat의 판례는 기본적으로는 행정적 필요와 국민의 권익구제의 필요간의 합

91) 이광윤, 앞의 책, 165면.

92) 동 제도는 손해의 성격상 그를 배상하지 아니하는 것은 심히 부당한 것으로서 용인될 수 없다고 판단되는 경우에 그 가해원인인 행정작용에 대한 비난적 요소를 가함이 없이 국가의 배상책임을 인정한다.

리적 조정에 의하여 특정지워지는 것이다.

프랑스 행정법상의 무과실책임의 종류에는 위험책임과 공적 부담앞의 평등에 대한 과기책임이 있다.⁹³⁾

2. 위험책임

Conseil d'Etat의 판례상 정립된 위험책임은 행정작용의 특별한 위험성 및 그로 인한 손해의 특별성의 두 가지 요건이 충족되는 경우에 인정된다고 한다. 국가 기타의 공공단체는 공행정의 수행과정에서 특정인을 특별한 위험상태에 처하게 하는 경우가 있는 바, 이 경우 이러한 위험상태가 현실적으로 구현되어 특정인에게 특별한 손해가 발생하는 경우에는 국가에는 그 손해 발생에 있어 과실이 없는 경우에도 배상책임이 인정되고 있는 것이다. 이 경우 국가 등의 배상책임의 발생원인 또는 조건은 의도적으로 조성된 위험과 그 실현으로 인한 특별한 손해의 발생인 것이다.

국가책임이 인정되는 정당성의 기초 또는 이유라는 의미에서의 위험책임의 근거는 협의의 무과실책임의 경우와 같이 통설적인 근거로서의 공적 부담 앞의 평등원칙⁹⁴⁾에 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 프랑스의 판례에서 위험책임이 적용되는 분야를 살펴보면 다음과 같다.

93) 이광윤, 앞의 책, 166~169면.

94) 공적부담앞의 평등원칙 또는 평등원칙의 행정상 손해전보책임에의 적용에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 동일한 행정작용이 행정상 손해전보분야에서는 평등원칙의 위반을 초래하면서 행정작용 자체의 적법성은 유지할 수 있는 것인가? 그러나 행위자체는 적법하다고 보면서 그 행위가 초래한 손해를 공적부담앞의 평등원칙의 위반으로 보는 것은 일견 모순되는 것 같으나 실제상 정혀 모순되는 것은 아니다. 취소소송의 분야에서는 행위자체의 위법, 적법이 문제되는 것인 반면에 행정상 손해전보책임의 분야에서 평등원칙의 위반은 행위의 결과에 관한 것이다. 즉 행위가 그 추구된 공익목적상 적법하다고 인정될지라도 그 적법행위의 직접결과인 손해는 동일한 조건에 있는 다른 국민에 비해 피해자를 차별적인 상태에 두는 경우가 있는데, 이 경우, 즉 손해가 특별하고 비정상적인 경우에는 행위의 결과에 있어서의 불평등을 제거하기 위해 손해를 전보해 주는 것이 평등원칙상 요구되는 것이다.

① 행정요원의 근무 중에 일어난 사고

이 분야에서 Conseil d'Etat는 초기에는 법적 근거도 없이 조성된 위험의 결과 발생한 특별한 손해의 배상이라는 논거 위에서 근무중 발생한 사고에 대한 국가의 배상책임을 인정하였다. 이를 최초로 정립한 것이 Cames판결(C.E. 21 juin 1985)⁹⁵⁾이다. 동 판례상의 원칙은 징발되거나 또는 적어도 그것이 요청된 행정의 일시적 협조자에게는 계속 적용되고 있는 것이다.⁹⁶⁾ 또한 동 판례는 자발적(benevole) 협조자에게도 확대 적용되고 있다.⁹⁷⁾

② 위험물에 기인한 손해

이것은 가해원인으로서의 공물이 특별한 위험성을 내포하고 있는 경우로서, 예컨대 고압선, 폭발물, 경찰의 무기 등이 이에 해당한다. 공용차량으로 인한 손해가 그 기계적 고장에 기인하는 경우에는 1948년의 Capoter Denis판결(C.E. 9 juillet)이래 책임추정원칙이 적용되고 있다.

③ 위험한 행정작용으로 인한 손해

행정청에 의한 비위생적인 건물의 소각작용 중에 인근가옥이 연소되는 경우에는 국가는 과실유무에 관계없이 그 배상책임을 지는 것이다.⁹⁸⁾ 또한 소위 「자유분위기하의 감호제도」가 시행되는 감화원의 원생이 탈출

95) Cames는 국영병기공장의 단절공이었던 바, 작업중 철판에 맞아 왼팔이 불구가 되었다. 이 사건에서 Conseil d'Etat는 Cames나 공장의 작업조건에 과실은 없었다고 판단하면서도 그 작업내용이 특별히 위험한 것이었고 그 결과 발생한 손해가 특별히 중대한 것이라는 점에서 국가는 그를 배상할 책임이 있다고 선언하였다.

96) Saint-Priest-la-Plaine시 판결(C.E. 22 novembre 1946).

97) Coggia 회사판결(C.E. 1 juillet 1977).

98) Walter 판결(C.E. 24 decembre 1926).

하여 제3자에 가해하는 경우 국가는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

④ 폭동과 집회에 의한 손해

1986년 1월 9일 법률 제27조에 의거한 것으로 경범죄(délits) 또는 중범죄(crimes)에 해당하는 폭력행위에 의하여 직접적으로 야기된 손해에 대하여 배상한다.

3. 공적 부담 앞의 평등에 대한 破棄責任

프랑스에서는 몇가지 경우의 무과실책임에 관하여는 위험책임으로 설명할 수 없는 것이 있다. 과실책임의 경우와 위험책임의 경우는 공적 위험 앞의 평등원칙만으로 해결되지 않지만 공적 위험 앞의 평등의 원칙이 행정책임의 모든 제도와 이론을 정당화시키는 것으로 간주되는 경우도 존재한다. 이와 같이 공적부담 앞의 평등의 원칙만으로 성립되는 독자적 영역이 바로 공적부담 앞의 평등에 대한 파기책임이다. 과실책임이나 위험책임에 있어서는 국가의 배상책임의 발생에는 그러한 공적 부담 앞의 평등 원칙의 위반사실 외에도 과실 또는 행정작용의 특별한 위험성이라는 조건이 필요한 것이나, 공적부담 앞의 평등에 대한 파기 책임, 즉 협의의 무과실책임에 있어서는 공적부담 앞의 평등원칙이 그 자체로 국가 책임발생의 필요·충분조건이 되고 있는 것이다.

4. 소결

우리나라의 학설·판례가 공법상 위험책임을 일반적으로 널리 인정하는 것은 아니지만 개별 법률의 경우 위험책임을 인정한 것이라고 볼 수 있는 것들이 있다.⁹⁹⁾ 이러한 법률들은 국가 등 행정주체의 일정한 활동에

따른 위험의 존재로 말미암아 인적·재산적 피해가 발생한 경우 그에 대한 전보를 규정한 것이다. 이는 특히 위험만을 독자적으로 규정한 것이 아니라 사회보장적 측면을 고려한 정책적 보상이나 재산권의 의도적 침해에 따른 손실보상 등과 구별없이 혼합적으로 규정하고 있다. 따라서 명백히 ‘위험책임에 속한다’라고 하기보다는 이 법률 혹은 이 조항은 ‘위험책임을 규정한 것으로 볼 수 있다’는 측면에서 이 범주로 분류될 수 있다. 또한 위험책임을 규정한 많은 법률들 중에는 공법상 위험책임에 관한 것인지 아니면 사법상 위험책임에 관한 것인지 불분명한 경우도 많이 있고 학자들의 견해 또한 일치되어 있는 것은 아니다.

특히 공무에 협력한 사인에 대한 보상, 즉 법률 혹은 행정기관의 명령에 의해 공무에 협조하는 과정에서 발생한 피해의 전보를 규정한 법률은 많이 발견된다. 이 중에서 소방법 제89조에 의한 긴급시 소방업무에 종사한 의용소방대원이나 화재현장부근에서 소화작업에 협력한 사인이 질병·부상 등을 당한 때의 보상금지급, 범죄피해자구조법 제3조에 의한 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판에 있어서 고소·고발 등 수사당서의 제공·진술·증언 또는 자료제출과 관련하여 피해자로 된 때의 구조금 지급, 자연재해대책법 제44조와 제45조에 의한 응급조치종사명령에 따른 재해의 보상 등이 그것이다. 이러한 경우에는 관계 법률이 손해전보에 대한 근거나 요건을 명시하고 있으므로 전보여부에 대한 문제는 생길 여지가 없다.

그러나 사인이 자진하여 범인을 추격하는 경찰관을 도와 범인을 체포하다 입은 손해, 교통이 혼잡한 네거리에서 교통정리를 도와주다 입은 피해 등은 국가배상제도, 손실보상제도 그리고 위험책임법리에 의해서도 해결하기 곤란하다. 물론 이와 같은 경우 사무관리나 부당이득의 법리에 의한 해결가능성도 생각할 수 있으나 그 실효성이 의문시되고 있다. 따

99) 공법상 위험책임에 관한 입법의 예로는, 국가배상법 제5조, 광업법 제91조, 원자력손해배상법 제3조, 환경보전법 제60조, 재해구조법 제9조·제11조·제14조등이 있다.

라서 입법권자의 정책적인 고려가 필요한 것이며, 그러한 고려의 대표적 인 예 중 하나가 “의사상자보호법”이다. 동법은 일정한 사유에 해당하면 국가는 의사자 및 의사자의 유족에 대하여 그 신청이 있는 경우 보상금을 지급하도록 규정하고 있다.

이러한 문제로 인하여 공법상 위험책임제도의 입법화는 그 필요성이 더욱 높아가고 있다고 할 수 있으며, 학설과 판례의 발전에 따라서 조속히 이루어져야 할 문제라고 하겠으나, 당장에 입법할 토양이 마련되어 있지 아니하다면 국가배상법의 확대해석 또는 수용유사침해·희생보상청구권의 법리의 도입을 통해 위험책임제도의 효과를 살릴 수 있는 방향으로 나아가는 것이 필요하다고 본다. 판례에 의한 도입의 경우 영미법계 국가와는 달리 판례의 법원성까지 의심받는 우리의 현 상황에서 법관의 법규창조력이 인정될 가능성은 희박하지만, 법원이 피해자의 권리구제측면을 고려하여 사법적극주의적인 태도를 보이는 전향적인 자세를 가질 필요가 있다고 할 것이다.

제5장 손실보상의 청구의 유형

제1절 서

경찰활동에 따른 피해가 발생하였을 경우 이에 대한 법률상의 보상규정이 없어 보상을 하지 못하는 사례가 나타나는데 이러한 경우를 일정한 유형으로 나누어서 살펴보는 것이 의미가 있다. 이는 손실보상 및 그에 관한 보상규정의 필요성을 명확하게 할 뿐만 아니라 나아가서 법적인 흠결을 판단하는데 도움을 주리라고 생각한다. 다만 국내에서의 논의가 충분하지 못하여 독일의 경우를 주로 살펴보기로 한다.

제2절 유형

I. 경찰책임자의 손실보상청구권

경찰책임자란 경찰권은 경찰상 위험의 발생 또는 위험의 제거에 책임이 있는 자에게 발동되어야 한다는 원칙을 경찰책임의 원칙이라고 말하는데, 이때의 책임을 부담하는 자를 경찰책임자라고 한다. 즉 모든 국민은 자신의 행위나 자신의 물건으로 인하여 사회의 평화를 깨뜨리지 않도록 하여야 한다. 그것은 공동체구성원의 최소한의 의무이다. 경찰책임자의 요건에는 공공의 안녕이나 질서의 교란에 대하여 고의나 과실을 요하지 아니하고, 국적을 가리지 않는다. 경찰책임은 공법상의 의무이다.

따라서 경찰권 발동으로 인하여 경찰책임자에게 발생한 손실에 대하여는 원칙적으로 손실보상청구를 인정할 수 없다. 이는 경찰권 발동이 바로 자신의 책임으로 인하여 이루어졌기 때문이다.

경찰책임자에 해당하는 자의 손실보상청구권을 인정하는 것은 경찰이 그에게 행한 조치가 비책임자에 대한 조치와 마찬가지로 공용침해에 해당하는 경우에만 고려될 수 있을 것이다.

경찰책임자에게 손실보상청구권이 인정되는 예인 것처럼 보이는 경우가 있는데, 경찰의무가 내용상 제한되어 있는 자에게 그의 경찰의무를 초과하여 경찰권이 발동된 경우가 그에 해당한다. 예를 들면 유조차가 전복되어 기름이 유출되고 있는 상황에서 토지소유자에게 그 토지상에 행해지는 토지정화조치를 수인할 것을 요구하는 것을 넘어서 그에게 스스로 오염제거조치를 취할 의무를 부과하였다면, 이것은 그의 경찰의무를 넘어서 경찰권이 발동된 것으로 토지소유자는 비책임자로서 경찰권발동의 대상이 된 것으로 보아야 하므로, 그에게 손실보상이 행해져야 한다.

경찰책임자에 대하여 위법한 조치가 행해지고, 그로 인하여 그에게 손

해가 발생한 경우에는 경찰책임자의 손실보상청구가 고려될 수 있다. 독일에서는 이에 대하여 부분적으로 명문규정을 두고 있거나, 그와 같은 특별규정이 없는 경우에는 수용유사침해 또는 희생보상청구의 관점에서부터 청구권을 도출하고 있다. 물론 침해에 고의나 과실이 있는 경우에는 그 이외에 국가배상법 제2조에 따라 손해배상청구권이 인정될 수 있을 것이다.

II. 경찰비책임자의 손실보상청구권

경찰긴급상황에 있어서 비책임자((Nichtantvortlicher)가 경찰권 발동의 대상이 되고 그러한 조치로 인하여 발생한 손해에 대하여는 원칙적으로 상당한 보상을 요구할 수 있다. 즉 비책임자로서 적법한 경찰권발동의 결과로 피해를 당한 자에 대하여는 적절한 보상이 주어져야 한다.

비책임자에 대한 경찰권발동에서 문제가 되는 것은 법적인 명령이나 사실상의 강제를 수단으로 하여 실행되는 목적지향적인 고권적 기본권 침해이다. 당해 조치는 경찰에 의하여 행해진 것이고 적법한 것이어야 하며 특정인에 대하여 의도된 것이어야 한다. 그 행위형식은 처분이든 아니든 무방하며 다양할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 아무튼 관계인은 위험상태의 존재에 대하여 아무런 책임이 없으므로 이러한 고권적 침해는 그에 대하여 특별한 희생이 된다. 이것은 희생보상사상에 근거한 전보의무라는 전통적 경우에 해당한다. 비책임자에 대한 국가의 전보의무의 예로서 경찰이 강제적으로 경찰책임이 있는 임차인의 주거에 출입하면서 임대인소유의 출입문을 부수는 경우가 언급될 수 있다.

경찰의 조치가 비책임자의 신체나 재산의 보호를 위하여 행해진 경우 보상은 주어지지 않는다. 개인의 보호에 기여하는 조치는 그것이 부담적이라도 그에게 객관적으로 시인되지 아니하는 부담은 아니며 특별희생도

100) Jochum-Rühle, Polizei-und Ordnungsrecht, 2000, 419면.

아니기 때문이다.¹⁰¹⁾ 예컨대 가옥의 부속창고에 발생한 화재를 진압함에 있어서 경찰이 정원울타리를 훼손하더라도 소유자는 손실보상을 청구할 수 없는 것이다. 한편 자기보호와 타자(일반공중)보호가 동시에 나타나는 경우에는 보상청구권의 인정 여부가 문제된다. 독일에서의 다수설은 경찰의 관점에서의 경찰조치의 목적을 기준으로 하고 있다. 그러나 이것은 문제가 있어 보인다. 자기보호와 타자보호가 혼재하는 경우에는 자기보호의 몫에 해당하는 만큼 보상청구권을 가지지 못하는 것으로 이해하는 것이 타당하다고 생각된다. 예컨대 경찰이 나이트클럽에 폭발물이 설치되어 있다는 익명의 제보에 따라 나이트클럽을 소개조치하고 그 결과 대다수의 손님들이 계산을 하지 않은 채로 자리를 뜨게 된 경우에 있어서 그 주인은 자기보호의 몫에 해당하는 정도는 보상을 청구할 수 없는 것이다. 이 범위 내에서는 경찰조치는 나이트클럽주인의 이익에도 기여하는 것이기 때문이다.¹⁰²⁾ 이 경우 시민이 경찰조치에 의하여 보호되는지의 여부에 관한 문제를 판단함에 있어서 결정적인 것은 다수설에 따르면 항상 사전적 판단, 즉 경찰조치의 시점에서의 객관적 관찰자의 관점이다. 하지만 이것은 경찰투입의 리스크에서 시민이 많은 몫을 부담해야 함을 의미한다. 이것은 만족스럽지 못하다. 관계인이 잘못된 예측을 공동으로 야기하지 않은 한 추정적인 자기보호를 이유로 보상청구권을 배제할 수 있는 아무런 근거는 존재하지 않는다. 예컨대 자신의 토지위에 세워둔 자신의 자동차에 시한폭탄이 설치되어 있다는 이유로 경찰이 자동차문을 부수었으나 나중에 사실무근으로 밝혀진 경우 그는 손실보상을 청구할 수 있는 것이다.¹⁰³⁾ 경찰은 피해가 발생할 수 있는 충분한 개연성이 있음에도 불구하고 경찰권을 발동할 수 있다. 그러나 일체의 비용 및 보상청구권의 청산은 사후적 관점에서 행해져야 하는 것이다. 외관적

101) Würtenberger-Heckmann-Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994, 267면.

102) Würtenberger-Heckmann-Riggert, 앞의 책, 267면.

103) Würtenberger-Heckmann-Riggert, 앞의 책, 268면.

장해자에게 보상청구권이 인정된다면 외관적으로 보호된 자에게 보상청구권을 거절하는 것은 문제가 된다.

비책임자에게 전보제공과 관련하여 독일의 몇몇 주의 경찰법률은 책임자에 대한 구상권을 규정하고 있다. 경찰이 비책임자에 대한 전보제공을 책임자에게 부담지울 수 없다면 그것은 적절하지 않다. 그 결과 상응하는 피해는 경찰이 아니라 위험에 대하여 책임이 있는 자가 져야 하는 것이기 때문이다.¹⁰⁴⁾

Ⅲ. 국외자의 손실보상청구

자신에 대해 행해진 경찰상의 조치에 의해서가 아니라, 비의도적이고 우연하게 관계된 국외자와 관련하여서도 손실보상의 문제가 제기된다. 예를 들면 경찰과 인질범간의 총격전 중에 우연히 그 곁을 지나가던 행인이 경찰이 발포한 총에 의하여 부상을 입거나, 금지된 집회에 참가한 자에 대한 살수차의 투입으로 인하여 노천카페의 탁자가 치워진 경우를 생각해 볼 수 있다.

독일의 경우 몇몇 주의 경찰법률은 적법한(또는 위법한) 경찰상의 조치로 인하여 피해를 당한 국외자(Unbeteiligte)에 대하여 전보청구권을 명시적으로 부여하고 있다.¹⁰⁵⁾ 국외자란 행위책임도 상대책임도 없으며 경찰상의 긴급상태에 대한 규정에 근거할 때에도 경찰권행사의 상대방이 되지 않는 자를 말한다.

경찰의 조치가 적법한 경우 직무책임에 기한 손해배상은 청구할 수 없다. 관련법률에서 이와 같은 경우에서의 손실보상청구에 대하여 규정하고 있지 않는 경우에는 희생보상 및 수용적 침해 내지 수용유사침해의 관점에서 손실보상청구권을 인정할 수 있는지가 논의되어야 한다.

104) Jochum-Rühle, 앞의 책, 427면.

105) Württenberger-Heckmann-Riggert, 앞의 책, 268면.

국외자가 입은 피해에 대한 보상규정을 두고 있지 않은 경찰법률에는 규율상의 흠결이 존재하는 것이 된다. 그러나 국외자에 대하여는 희생보상 및 수용적 침해의 보상에 대한 원칙에 따라 전보청구권이 주어진다. 피해를 입은 국외자의 이해는 비책임자의 이해와 유사하다. 위험에 대하여 책임이 없는 국외자도 위험방지조치에 의하여 불이익을 지게 되었기 때문이다. 긴급상태의무자인 비책임자와 마찬가지로 국외자인 비장해자 또한 일반공중의 이익을 위하여 특별희생을 입은 것이다. 결정적인 것은 국외자가 처해 있는 특별희생상황이다.¹⁰⁶⁾ 그는 그 성립에 전혀 관련되어 있지 않은 위험을 제거하기 위하여 손해로 나타나는 자신에 대한 위험을 감수하고 있다. 그는 넓은 의미에서는 비장해자로서 경찰권 행사의 상대방이 되어 있는 것이다. 따라서 보상규정을 두고 있지 않은 주에서는 발생한 불이익에 대하여는 일반원칙에 따라서 희생보상 내지 수용적 침해보상이 지급되어야 한다. 재산권보상의 경우에 있어서 명시적인 보상규정의 결여가 문제되는 것은 아니다. 독일의 경우 국외자의 권리에 대한 침해가 목적지향적인 것이 아니기 때문에 기본법 제14조 제3항에 따른 수용이 아니라 연방보통법원의 판례가 말하는 수용적 침해가 존재한다. 그 결과 명시적인 보상규정은 필요하지 않다. 물론 여기서도 국외자가 경찰조치로 나타날 수 있는 불이익적 영향을 적어도 고려해야 함에도 불구하고 이를 간과함으로써 불이익을 입은 경우에는 보상이 주어지기 어렵다. 가령 국외자가 경찰투입을 호기심에서 구경하다가 불이익을 입은 때에는 전보청구권은 주어지지 않을 수 있다. 음주운전자의 자동차에 동승한 자는 음주운전자에 대한 운행금지를 고려해야 하고 그 결과로 여행을 다른 방법으로 자신의 비용으로 행해야 할 필요성도 고려해야 하는 것이다.¹⁰⁷⁾

한편 경찰조치가 위법한 경우에는 사정은 달라진다. 예컨대 관계인이

106) Württenberger·Heckmann·Riggert, 앞의 책, 276면.

107) Jochum·Rühle, 앞의 책, 426면.

위험에 처해질 수 있는 개연성이 상당히 높음에도 불구하고 경찰이 총탄을 발사한 경우 경찰의 이러한 조치는 위법한 것이 되고 이로 인한 피해에 대해 관계인은 불법책임에서 나오는 손해배상청구권을 가지게 된다. 적법한 무기사용에서와는 달리 이 경우에는 보상이 아니라 비난가능한 국가의 불법에 대한 완전한 전보가 문제되는 것이다.¹⁰⁸⁾

IV. 자발적 원호자의 손실보상청구

경찰상의 위험제거를 위하여 자발적으로 원조활동을 행한 경우에 그로 인하여 발생한 인적·물적 피해에 대하여 손실보상청구권이 인정될 수 있는지가 논의되어야 한다.

여기서 자발적 원호자라 함은 법률상 원조의무가 존재하지 않고, 경찰상의 조치가 발해짐이 없이 순수하게 자발적으로 원조활동을 한 자만을 의미한다.

독일에 있어서는 경찰의 동의하에 경찰직무의 수행에 자발적으로 협조하거나 자신의 물건을 이용에 제공하고, 이로 인하여 손해가 발생한 경우 그 손해의 전보가 행해져야 한다는 규정을 두고 있는 경우도 있다. 독일 경찰법모범초안 제45조 제2항에 따라 다수 주의 경찰법률은 경찰의 동의를 얻어 경찰업무의 수행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공함으로써 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다는 규정을 두고 있다.¹⁰⁹⁾ 이러한 전보규정은 협조의 자발성이라는 징표 때문에 희생보상사상에 그 근거를 가지지 못한다. 희생보상청구권은 관계인이 고권적인 명령이나 강제의 결과로 손해를 입을 것을 직접 전제로 하고 있기 때문이다. 자발적 경찰협조자(Polizeihelfer)에 대한 보상의무는 오히려 사회국가원리의 표현이다. 일반공중의 복리를 위하여 스스로 불이

108) Württenberger·Heckmann·Riggert, 앞의 책, 276면.

109) 예컨대 브레멘경찰법 제56조 제2항 등이 있다.

익을 감수하는 자에 대하여는 전보가 행해져야 하는 것이다. 동시에 이러한 전보의무는 시민의 생명과 건강의 보호에 대한 국가의 의무를 반영하며 실현하고 있다. 협조제공의 부작위에 대한 형사처벌¹¹⁰⁾과는 무관하게, 어느 누구라도 자신의 개입이 오로지 재정적 부담과 결부될 수 있다는 염려만으로 협조제공을 도의시해서는 아니된다. 독일의 경우 이것은 경찰법률에서보다도 교통사고보험법의 규율에 더 분명히 표현되어 있다.

여기에서 자발성과 강제성 사이의 한계는 유동적이다. 결정적인 것은 경찰이 관계인의 의사결정에 영향을 미쳤는지의 여부 및 그 정도이다. 예컨대 경찰이 아무런 법적인 명령을 발하지 않지만 양심에 대한 압박을 행한 경우에는 자발성이 부정되어야 한다. 조언조차 그것을 행하는 국가의 권위 때문에 희생보상사상에서 말하는 강제력을 발휘할 수 있다. 개별사례에 있어 한계가 초과되어 강제가 된 경우 보상은 적법한 작용에서는 긴급상태보상에 대한 규정에 따라서 그리고 위법한 작용에서는 불법 책임에 대한 규정에 따라서 지급되어야 한다.

전보요건이 되는 경찰협조자의 협조제공에 대한 경찰행정청의 동의라는 개념은 광의로 해석될 수 있다. 특별한 형식적 언명은 필요하지 않지만 구성적 효력을 가지는 승인을 필요로 한다. 동의에는 명시적인 동의 외에 추정적 동의도 포함되는 것이다.¹¹¹⁾ 협조제공에 대한 동의는 경찰이 협조자의 행위를 수인하여 예컨대 그에게 떠날 것을 요구하지 않는 경우에는 이미 표현되어 있다. 경찰이 협조제공 그 자체를 인식하지 못하고 따라서 그것을 수인할 수 없는 한에서는 사무관리원칙에 상응하게 협조제공의 여부 및 방법에 관한 경찰의 추정적 의사가 결정적이다. 따라서 이 경우 협조제공자는 그에게 발생하는 불이익에 대한 전보를 자신의 협조제공이 위험방지에 상응하는 한에서만 요구할 수 있다. 한편 특별희생이 존재하려면 협조는 대가없이 제공되어야 한다. 그리고 협조는

110) 독일 형법 제323조c 참조.

111) Jochum-Rühle, 앞의 책, 425면.

널리 경찰의 업무에 관한 것이면 무방하다.¹¹²⁾

독일의 경우 자발적 경찰협조자가 입은 피해는 경찰법률이 아무런 청구권을 규정하고 있지 않은 주에서도 보상되고 있다. 임의적 경찰보조자에 대하여는 모든 주에서 연방법으로 규율되어 있는 사고보험법에 따른 청구권이 주어지고 있다. 제국보험법 제539조 제1항 제9호 b에 따르면 근무행위의 지원을 위하여 동원되어 공적인 근무직원에게 협조를 제공한 자는 보험적용의 대상이 된다. 동원의 개념은 광의로 이해되고 있다. 그것은 협조에 대한 구속력있는 요청을 의미하는 것은 아니다. 협조제공자의 작용의 자발성에 상응하는 직원의 묵시적 동의도 이러한 요건을 충족하고 있다. 그 한도에서 사회보험법상의 전보규정은 경찰법상의 전보규정과 구별되지 아니한다. 후자에서도 마찬가지로 경찰행정청의 동의라는 개념이 광의로 해석되고 있기 때문이다. 전보의 범위는 오늘날 더 이상 신체손해라는 결과에 한정되지 않는다. 1976년에 새로 규정된 제국보험법 제756조에 근거하여 협조제공자에 대하여 그가 협조를 제공할 때에 입은 물적 손해 및 그가 상황에 따라서 필요하다고 간주하는 비용도 전보하고 있다. 자발적인 협조자가 동시에 사회법 제7편 제2조 제1항 제13호 a목의 요건을 충족하는 한 그는 보험적용의 대상이 되는 것이다.

경찰이 아직 사건장소에 있지 않는 때 따라서 아직 경찰업무수행에서의 협조제공이 문제되고 있는 경우가 아닌 때에도 협조제공자에 대하여 사고보험법에서 나오는 청구권이 주어질 수 있다. 제국보험법 제539조 제1항 제9호 a에 따르면 사고나 공공의 위험이나 긴급시에 협조를 제공하거나 다른 사람을 생명에 대한 현재적 위험이나 신체나 건강에 대한 중대한 현재적 위험으로부터 구하려 한 자도 보험적용의 대상이 되고 있다. 이 규정은 예컨대 협조자가 달아나는 말을 포획하는 데에 있어서 손해를 입는 경우에 적용될 수 있다. 마찬가지로의 것은 동법 제539조 제1항 제9호 c에 따르면 범죄행위의 혐의가 있는 자의 추적이나 체포를 위

112) Jochum-Rühle, 앞의 책, 425면.

하여 신체가 동원된 자에 대하여도 타당하다.

V. 누구에게나 적용될 수 있는 규범에 근거한 경찰조치로 인한 손실보상

경찰의 조치가 사실상 누구에게나 적용될 수 있는 규범에 근거하여 행해지고, 단지 구체적인 경우에 있어서의 특별한 사정에 따라 수범자에게 특별한 희생을 발생시키는 경우는 국외자에게 조치가 취해지는 경우와 구분하여야 하며, 또한 비책임자에 대한 조치와도 구별하여야 한다. 이 경우 자유권적 기본권에 대한 침해가 존재하는 경우 희생보상청구의 관점에서 손실보상의 문제가 논의될 수 있다.

독일의 경우 어떠한 주의 경찰법률도 이러한 누구에게나 적용될 수 있는 청구권에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 학설상으로는 사후에 비장해자로 판명되었으나 경찰통제의 결과 피해를 본 자에 대해서도 보상이 주어져야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹¹³⁾ 그러한 보상청구권은 입법론상 요망될 수 있다. 그러나 그것은 헌법상으로 명령되고 있지 않다. 왜냐하면 허용되고 있는 이러한 조치가 관계인에 대하여 대개의 경우 특별희생을 요구하는 것은 아니기 때문이다. 예컨대 교통사고처리를 위하여 당해 도로를 통제하고 우회조치를 명하더라도 그 우회조치명령이 적법한 경우에는 특별희생이 주어지는 것은 아니다.¹¹⁴⁾ 이것은 그러한 통제조치의 특성 때문이다. 통제조치는 관계인의 거주이전의 자유를 침해하나 전형적으로는 단기간의 성질을 갖는다. 사람의 자유는 그의 인적사항의 검사 그리고 경우에 따라서는 그가 휴대하고 있는 물건의 수색이 종료되는 때까지로 제한된다. 관계인은 단기간의 자유제한의 결과로도 손해를 볼 수 있다. 그는 마지막 비행기를 놓쳐 숙박료를 추가로 지불해

113) Riegel, Polizeiliche Personenkontrolle, 1979, 94면.

114) Jochum-Rühle, 앞의 책, 422면.

야 하는 경우도 있다. 그러나 이러한 상황은 경찰긴급상태에서의 비장해자에 대한 경찰권발동과 동일시 될 수 없다. 비장해자에 대한 경찰권행사는 특별희생상태를 구성하는 불평등취급이 된다. 왜냐하면 비장해자에 대해서는 일반공중의 이익을 위하여 원래는 다만 위험야기자가 부담하여야 할 부담이 부과되기 때문이다. 이와는 달리 이미 위험이 존재하는 곳에서의 경찰상의 통제에 의해서는 아무런 차별이 없이 일정한 시점에 일정한 장소에 체류하고 있는 모든 자 바로 누구나 피해를 입는다. 이 경우 장소적 책임이 언급될 수 있다.¹¹⁵⁾ 그러나 관계인 존재의 일반성이 특별희생상태에 개념적으로 전제되어 있는 불평등 취급을 배제하고 있다. 이로써 일제단속 등의 법적인 충격이 피해전보의 면에서 완화될 수 없다. 이러한 관계인 존재의 일반성으로 인하여 이미 침해 자체가 특별희생상태를 구성하지 않기 때문에 침해의 결과가 주목을 끌고 있다. 개인이 침해의 결과로 보통 이상으로 불이익을 받는 경우 그에게는 특별희생이 있다. 다른 말로 하면 관계인의 희생보상청구권은 침해의 결과가 침해조치의 강제유형에서 벗어나는 경우 내지 침해의 결과가 입법자가 제시한 통상적인 상황을 능가하는 경우에 존재할 수 있다. 이러한 희생한계를 정하는 척도에 대한 탐색은 그리 간단하지 않다. 독일의 판례는 희생한계의 획정에 이어서 입법자의 의사, 사물의 본성 또는 합리적이고 정당한 자의 이성적인 판단 등에 초점을 맞추고 있다. 또한 일반적인 생활리스크를 언급하기도 한다.¹¹⁶⁾

따라서 누구에게나 적용될수 있는 적법한 조치에 근거한 부담은 보상 없이 받아들여져야 한다. 단기간의 통제조치에 근거한 위험한 장소에서의 사람에 대한 검사로 인한 항공여행의 지체를 여행자는 계산에 넣어야 한다. 폭발물 위험에 근거하여 공항에서의 운영이 일시적으로 정지되거나 절박한 난폭한 시위로 인하여 도로의 이용이 어렵게 되어 그와 결부

115) Racher, 앞의 책, 841면.

116) BGHZ 17, 172(175):46, 327.

되어 있는 시간상실이 재산적 손해가 되는 것은 모든 사람의 일반적인 생활리스크에 속한다. 공공의 안녕을 위하여 수인하여야 할 그러한 조치는 특별희생을 과하는 것이 아니며 경찰통제는 일반적인 생활리스크에 속하는 것이다.¹¹⁷⁾

그러나 경찰의 시각에서 볼 때 이미 장해자가 아님에도 불구하고 그에 대한 경찰조치가 강화되는 경우에는 법적 상태는 다르다. 이러한 경우 비장해자에게 나타나는 손해는 있을 수 있는 위험상태에 대한 경찰의 평가로부터 나오는 일반적 리스크가 아닌 특별한 리스크의 현실화이다. 이러한 피해는 일반국민 누구에게나에 대한 통제조치라는 강제유형으로부터 벗어난다. 물론 개별적인 경우에 있어서 항상 문제가 되는 것은 경찰조치가 이미 위법하지 않는가의 여부이다. 개별적인 경우에 있어 경찰조치가 위법한 경우 이미 그 결과 특별희생이 존재한다. 다른 한편으로 예컨대 관계인에 의하여 야기된 대상이 위험의 혐의를 야기할 수 있고 그 결과 다수의 조치가 만인에 대한 권한에 근거해서가 아니라 위험조사조치로서 장해자에 대한 권한에 근거하여 고려될 수 있다. 이러한 상황에서 적법한 통제조치에 의하여 야기된 피해에서의 보상청구권이 있을 수도 있으나 그 적용범위는 실제로 많지 않을 것으로 보인다.

제6장 결론

우리 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 보상에 대한 효력은 경찰활동의 영역에서도 당연히 적용되어진다. 그러나 이를 집행할 수 있는 하위법규의 규정미비로 인한 여러 가지 문제점들과 이를 해결하기 위한 여러 가지 학설과 판례 및 외국의 사례들을 살펴보았다. 그러나 어느 것도 명쾌하게 법률규정의 미비점을 해결할 수는 없었다. 그렇다고 하여

117) Würtenberger·Heckmann·Riggert, 앞의 책, 277면.

이를 방지하게 된다면 국민의 기본권 보장이 더욱 강화되어지는 시대에 있어서 경찰활동에 따른 문제점들은 더욱 늘어갈 것이 명확해지므로 보상규정의 입법이 마련되어질 때까지는 우리의 상황에서 적용할 수 있는 이론들을 찾아보고 활발한 논의와 검토가 필요하다고 생각된다.

법령의 근거가 없는 경우의 손실보상은 헌법 제23조 제3항에 대한 적용의 문제가 되는데, 여러 가지 학설이 분분하고 뚜렷한 다수설이 보이지 않는 상황에서 가능하면 국민의 기본권을 보장하는데 유리하고 우리의 법현실에 가장 합당하다고 생각되는 유추적용설이 타당하다고 생각된다. 이는 특히 독일에서 발달된 수용유사침해의 법리나 희생보상청구권의 논의를 받아들인다면 정비되어 있지 못한 법제의 흠결을 보충할 수 있을 것이다. 이는 대법원에서도 지지판결(대법원 1987.7.21, 선고 84누 126판결)이 나왔을 만큼 우리의 법제에서 적용한다 하더라도 큰 무리는 없으리라고 본다. 다만 프랑스 행정법상에서의 역무과실이론이나 무과실 책임이론등은 장차 우리의 손실보상체계가 나아갈 방향이라고 생각되며 논의가 풍부해진다면 공법상의 위험책임을 폭넓게 인정하게 될 것이다.

이러한 모든 논의보다도 가장 바람직한 것은 독일과 같이 적절한 보상을 해 주는 보상입법을 마련하는 것이다. 특히 우리나라와 같이 손실보상을 인정하고 있는 판례가 없는 현실에서는 더욱 그러하다. 독일이나 프랑스등과의 법제가 다르지만 이제 우리의 판례도 학설상으로 주장되고 있는 독일식의 수용유사침해보상 및 수용적 침해 보상의 법리를 받아들이거나 일본식으로 헌법 제23조 제3항에 바탕한 청구권발생설을 받아들이는 전향적 태도가 필요하다. 한편 이와는 별도로 경찰행정실무상으로는 판례의 태도가 무엇이든 관계없이 특별희생에 상당한 피해의 보상에 관해서는 일정한 예산을 마련하고 이에 대하여 정당한 보상을 지급함으로써 경찰활동의 효율성을 제고하고 국민의 기본권을 보호해주는 정책을 펼쳐야 할 것이다. 보상입법을 마련한다면 경찰관직무집행법이나 경찰법에 하나의 장을 마련하여 이에 규정하면 바람직할 것으로 생각된다.

< 참 고 문 헌 >

1. 국내문헌

1) 단행본 및 연구보고서

- 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002.
김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2006.
김동희, 행정법 I, 박영사, 2006.
김철용, 행정법 I, 박영사, 2004.
류지태, 행정법신론, 신영사, 2006.
석중현, 손실보상법론, 삼영사, 2005.
이상규, 신행정법론(상), 법문사, 2000.
이상규, 국가보상법, 법문사, 1995.
홍준형, 행정구제법 제4판, 한올아카데미, 2001.
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2004.
홍정선, 행정법특강(제3판), 박영사, 2004.
조태제, 적법한 경찰활동중 발생한 인적·물적 피해보상방안에 관한 연구, 2002, 치안정책연구소 연구보고서 2002-09.

2) 논문

- 김문현, 보상규정없는 법률에 기한 수용적 재산권제한에 대한 권리구제 방법, 고시연구, 2000.8.
김성수, 행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재검토, 행정상손실보상의 주요문제(박윤흔박사화갑기념논문집),

1997.

김병목·박근성, 손실보상규정흡결시의 공용침해에 대한 손실보상에 관한 고찰, 경희법학 제30권, 1995.

박윤훈, '계획제한과 손실보상', 고시계, 1995.8.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, "독일 행정법과 비교하여 본 프랑스 행정법의 특수성", 박영사, 2005.

신보성, 수용유사·수용적 침해와 보상, 월간고시, 1988.3.

이광윤, "손해배상·손실보상과 적법성", 행정법이론-비교적 고찰, 성균관대학교 출판부, 2000.

윤준병, 국가책임법제의 공백 축소에 관한 연구, 서울시립대 박사학위논문, 2006.

정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구 1994.3.

홍정선, 서독의 손해전보제도, 월간고시, 1986.3.

2. 외국문헌

宇賀克也, 國家補償法, 有斐閣, 1997.

Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998.

Jochum·Rühle, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000.

Württemberg·Heckmann·Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994.

Riegel, Polizeiliche Personenkontrolle, 1979.

Racher, Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers, in : Lasken·Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 1996.

H.Maurer, Allg.Verwaltungsrecht, 15.Auf., 2004.

<부 록>

1. 일본의 “경찰관의직무에협력원조한자의재해급부에관한법률”(소화 27년 7월 29일 법률 제245호, 최종개정 평성 11년 5월 28일 법률 제56호)

제1조(목적) 이 법률은 경찰관의 직무에 협력원조한 자의 재해(부상, 질병, 장애 또는 사망을 말한다. 이하 같다)에 대하여 요양 기타 급부를 행하는 것을 목적으로 한다.

제2조(국가 또는 도도부현¹¹⁸⁾의 책임) ① 직무집행 중의 경찰관이 그 직무집행상의 필요에 의하여 원조를 구한 경우 기타 이에 협력원조하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에 직무에 의하지 아니하고 당해 경찰관의 직무수행에 협력원조한 자가 그 때문에 재해를 받은 때 또는 정령으로 정한 장소 이외의 장소에서 살인, 상해, 강도, 절도 등 사람의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 미치는 범죄의 현행범이 있고 그리고 경찰관 기타 법령에 의하여 당해 범죄의 수사를 담당하여야 할 자가 그 곳에 있지 않는 경우에 직무에 의하지 아니하고 스스로 당해 현행범의 체포 또는 당해 범죄에 의한 피해자의 구조를 담당한 자(정령으로 정한 자를 제외한다)가 그 때문에 재해를 받은 때는 국가 또는 도도부현은 이 법률이 정한 바에 의하여 급부의 책임이 진다.

② 제1항의 경우 외 수난, 산악에서의 조난, 교통사고 기타 변사에 의하여 사람의 생명에 위험이 미치거나 위험이 미칠 수 있는 경우에 자기의 위난을 염두에 두지 않고 직무에 의하지 아니하고 인명의 구조를 담당한 자(법령의 규정에 근거하여 구조를 담당한 자 기타 정령으로

118) 도도부현은 우리나라의 특별시, 광역시, 도에 상당하다.

정한 자를 제외한다)가 그 때문에 재해를 받은 때도 동항과 마찬가지로 한다.

제3조(급부를 행할 자) ① 급부의 원인인 재해가 경찰청의 경찰관에게 협력원조한 것에 기인하는 경우에 대하여는 국가가, 도도부현경찰의 경찰관에게 협력원조한 것에 기인하는 경우에 대하여는 당해 도도부현이 그 급부를 행하는 것으로 한다.

② 급부의 원인인 재해가 경찰법(소화 29년 법률 제162호) 제60조의 규정에 의하여 도도부현공안위원회로부터의 요구에 근거하여 원조에 나아간 경찰관에게 협력원조한 것에 기인하는 경우에 대하여는 당해 경찰관의 원조를 요구한 당해 도도부현공안위원회가 설치되어 있는 도도부현이 그 급부를 행하는 것으로 한다.

③ 급부의 원인인 재해가 경찰법 제73조 제3항의 규정에 의하여 동조 제1항의 포고구역(동조 제2항의 규정에 의하여 포고구역 이외의 구역에 파견된 경우에 있어서 당해 구역을 포함한다)에 파견된 당해 구역 내에서 직무를 행한 경찰관에게 협력원조한 것에 기인하는 경우에 대하여는 국가가 그 급부를 행하는 것으로 한다.

④ 급부의 원인인 재해가 스스로 현행범의 체포 또는 피해자의 구조를 담당한 것 또는 제2조 제2항에 규정하는 인명의 구조를 담당한 것에 기인하는 경우에 대하여는 당해 체포 또는 구조를 담당한 장소가 존재하는 도도부현이 그 급부를 행하는 것으로 한다.

제4조(실시기관) ① 제2조 내지 제3조의 규정에 의하여 국가가 행하는 급부에 대한 실시기관은 경찰청으로 한다.

② 제2조 내지 제3조의 규정에 의하여 도도부현이 행하는 급부에 대한 실시기관은 당해 도도부현이 조례로 정한다.

제5조(급부의 종류) ① 이 법률에 의하여 행하는 급부의 종류는 다음과

같다.

1. 요양급부(경찰관의 직무에 협력원조한 자(이하 “협력원조자”라 한다)가 부상 또는 질병에 걸린 경우에 있어서 필요한 요양 또는 당해 요양에 필요한 비용의 급부)
2. 상병급부(협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 치료되지 않은 경우에 있어서 존재하는 장애에 대한 급부)
3. 장애급부(협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 치료된 경우에 있어서 아직 존재하는 장애에 대한 급부)
4. 간호급부(협력원조자가 상병급부 또는 장애급부의 급부사유로 되는 장애 의하여 필요한 간호를 받고 있는 경우에 있어서 급부)
5. 유족급부(협력원조자가 사망한 경우에 있어서 그 유족에 대한 급부)
6. 장제급부(협력원조자가 사망한 경우에 있어서 장제를 행하는 자에 대한 급부)

② 제1항의 급부 외 협력원조자가 부상하거나 질병에 걸려 그 때문에 종전에 취득하여 왔던 업무상의 수입을 얻을 수 없는 경우에 달리 수입수단이 없는 등 특히 필요가 있는 때는 휴업급부를 지급할 수 있다.

제6조(급부의 범위, 금액, 지급방법 등) ① 제5조의 급부의 범위, 금액, 지급방법 기타 급부에 관하여 필요한 사항은 국가가 행하는 급부에 대하여는 국가공무원재해보상법(소화 26년 법률 제191호)의 규정을 참작하여 정령으로 정한다.

② 제5조의 급부의 범위, 금액, 지급방법 기타 급부에 관하여 필요한 사항은 도도부현이 행하는 급부에 대하여는 제1항의 규정에 의한 정령의 규정에 준하여 당해 도도부현이 조례로 정한다.

제7조(손해배상의 면책) 국가 또는 도도부현은 이 법률에 의한 급부를 행한 경우에는 동일한 사유에 대하여는 그 가액의 한도에서 국가배상법(소화 22년 법률 제125호) 또는 민법(명치 29년 법률 제89호)에 의

한 손해배상의 책임을 면한다.

제8조(급부의 면책 및 구상권) ① 이 법률에 의한 급부를 받아야 할 자가 이 법률 이외의 법령(조례를 포함한다)에 의한 요양 기타 급부 또는 보상을 받은 때는 국가 또는 도도부현은 동일한 사유에 대하여는 그 급부 또는 보상의 한도에서 이 법률에 의한 급부의 책임을 면한다.

② 급부의 원인인 재해가 제3자의 행위가 원인이 되어 발생한 경우에 급부를 받아야 할 자가 당해 제3자로부터 동일한 사유에 대하여 손해배상을 받은 때는 국가 또는 도도부현은 그 가액의 한도에서 이 법률에 의한 급부의 책임을 면한다.

③ 국가 또는 도도부현은 급부의 원인인 재해가 제3자의 행위가 원인이 되어 발생한 경우에 이 법률에 의한 급부를 행한 때는 그 가액의 한도에서 급부를 받은 자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상의 청구권을 취득한다.

제9조(시효) 이 법률에 의한 급부를 받을 권리는 2년간 행사하지 않는 때는 시효로 인하여 소멸한다.

제10조(급부를 받을 권리의 보호) 급부를 받을 권리는 양도, 담보제공 또는 압류할 수 없다. 다만, 연금인 상병급부, 장애급부 또는 유족급부를 받을 권리를 국민생활금융금고 또는 오키나와진흥개발금융공고에 담보로 제공하는 경우는 그러하지 아니하다.

제11조(비과세 등) 이 법률에 의해 지급을 받은 금품을 표준으로 하여 조세 그 외의 공과금을 부과해서는 아니된다.

제12조(삭제)

제13조(무료증명) 실시기관의 장 또는 급부를 받고자 하는 자는 협력원조자의 호적에 관하여 호적사무를 담당하는 자 또는 그 대리인에게 대하여 무료로 증명

을 청구할 수 있다.

2. 독일의 “통일경찰법모범초안 제5절(손실보상, 구상, 배상청구)”

제45조(손해전보의무의 요건) ① 제6조119)에 따른 적법한 조치의 결과 손실을 입은 자에 대해서는 정당한 보상이 행해져야 한다. 경찰의 위법한 조치로 인해 손해를 입은 경우에도 또한 같다.

② 경찰의 동의를 얻어 경찰업무의 수행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공함으로써 인하여 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다.

③ 그 밖의 손해배상청구, 청구 특히 직무의무위반을 이유로 하는 손

119) 제4조(행위책임) ① 경찰의 조치는 위험을 야기한 자에 대하여 취해져야 한다.

② 14세 미만의 자, 금치산자, 후견을 받고 있는 자의 행위에 대해서는 그에 대한 감독의무를 지는 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

③ 업무처리를 위하여 고용된 자가 업무수행 중에 위험을 야기한 경우에는, 그를 고용한 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

제5조(상태책임) ① 물건으로부터 위험이 발생한 경우에는, 그 물건에 대한 사실상의 지배권자에 대해 조치가 취해져야 한다.

② 조치는 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자에 대해서도 취해질 수 있다. 사실상의 지배권자가 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자의 의사에 반하여 그를 행사한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 위험이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건에 대한 소유권을 포기한 자에 대해서 조치가 취해질 수 있다.

제6조(비책임자에 대한 조치) ① 경찰은 다음 각 호의 경우에는 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자 이외의 다른 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우
 2. 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자에 대한 조치가 불가능하거나 적시에 행해질 수 없는 경우 및 목적을 달성할 수 없는 경우
 3. 경찰이 스스로 혹은 위임을 통하여 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우
 4. 그 자가 자신에 대한 현저한 위험없이 그리고 보다 높은 가치를 지닌 의무를 해함이 없이 조치의 대상이 될 수 있는 경우
- ② 제1항에 따른 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 유지된다.

해배상청구는 이에 영향을 받지 아니한다.

제46조(손해전보의 내용, 종류, 범위) ① 제45조에 따른 손해전보는 원칙적으로 재산상의 손해에 대해서만 행해진다. 통상의 임금 또는 이용대가를 넘어서는 기대이익과 경찰의 조치와 직접 관계없는 불이익에 대해서는, 불합리한 손해를 방지하기 위하여 손해전보가 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 손해전보가 행해질 수 있다.

② 신체 혹은 건강에 대한 침해 또는 자유박탈의 경우에는 비재산적 손해에 대해서도 상당한 보상이 행해져야 한다. 이 청구권은 그것이 소송에 계속되거나 계약에 의해 인정되는 경우가 아니라면 양도 또는 상속될 수 없다.

③ 손해전보는 금전으로 행한다. 손해전보를 요하게 만든 조치가 생계능력의 소멸 또는 감소, 생활에 필요한 수요가 증가, 부양청구권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우에는 손해전보는 정기금지불의 방식으로 행해져야 한다. 민법 제760조¹²⁰⁾가 이에 적용된다. 중대한 사유가 존재하는 경우에는 정기금에 대신하여 일시불로 지급해줄 것을 요구할 수 있다. 피해자에 대하여 부양의무를 갖는 자가 존재하는 경우도 이 청구권은 부인되지 아니한다.

④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 존재하는 경우에는, 그것이 그의 내용과 범위에 있어 손해전보청구권과 합치하는 한, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 손해전보가 행해진다.

⑤ 손해전보액의 산정에 있어서는 제반 사정, 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자와 그의 재산이 경찰의 조치에 의하여 보호되었는지의 여부가 고려되어야 한다. 피해자가 책임져야 할 사정이 손해의 발

120) 민법 제760조(공동불법행위자의 책임) ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② 공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.

③ 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

생 혹은 악화에 영향을 미친 경우에는, 손해전보의 의무 및 손해전보의 범위는 피해자에 의해 야기된 손해의 정도와 경찰에 의해 야기된 손해의 정도에 따라 결정된다.

제47조(간접적 피해자의 청구권) ① 살해의 경우에는 매장비용을 부담할 의무를 가진 자에게 제46조 제5항의 범위내에서 매장비용을 전보해주어야 한다.

② 살해시에 피살해자가 제3자에 대해 법률에 대하여 부양의무를 지고 있거나 지게 될 수 있는 관계에 있었고 제3자는 살해의 결과 부양청구권을 상실하게 된 경우에는, 제3자는 피살해자가 추정생존기간동안 부담하였을 부양의무를 한도로 제46조 5항의 범위내에서 상당한 손해전보를 청구할 수 있다. 제46조 3항 내지 5항은 이에 준용된다. 손해발생시 태아였던 자도 손해전보를 청구할 수 있다.

제48조(손해전보청구권의 시효) 손해전보청구권은 피해자(제47조의 경우에는 청구권자)가 손해와 손해전보의무자를 안 때로부터 3년, 이를 알지 못하는 경우에는 손해가 발생한 때로부터 30년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다.

제49조(손해전보의무자, 구상권) ① 당해 조치를 취한 경찰공무원이 근무하는 단체가 손해전보의무를 진다.

② 경찰공무원이 다른 단체를 위하여 활동한 경우에는, 다른 단체도 손해전보의무를 진다.

③ 2항의 경우 그 조치의 실시방법만을 이유로 손해전보를 하여야 하는 경우에는, 손해전보의무를 부담하는 단체는 그 스스로 실시방법에 대하여 책임을 지는 경우를 제외하고는 경찰공무원이 근무하는 단체에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제50조(경찰책임자에 대한 구상) ① 제49조에 따라 손해전보의무를 지

는 단체가 제45조 1항 1문 혹은 제2항에 근거하여 손해전보를 행한 경우에는 제4조 혹은 제5조에 의한 경찰책임자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

② 다수인이 함께 책임을 부담하는 경우에는, 그들은 연대책무자로서 책임을 부담한다.

제51조(쟁송수단) 손해전보청구권에 대해서는 통상법원이, 제49조 3항 혹은 제50조에 따른 구상권에 대해서는 행정법원이 관할권을 갖는다.

책임연구보고서 2007-02

경찰활동과 손실보상에 관한 연구

2007년 12월 발행

발행처 : 치안정책연구소

경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀둡니다.



Police Science Institute