

면지

면지

연구보고서 2002-09

# 적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해보상방안에 관한 연구

《研究陣》

---

연구위원 : 조 태 제 (한양대학교 법과대학 교수)

---



# 목 차

제1장 연구의 목적 및 방법 .....	1
I. 연구목적 .....	1
II. 연구내용 및 범위 .....	2
III. 연구방법 .....	3
제2장 적법한 경찰활동에 따른 피해보상의 입법례 .....	4
I. 개 설 .....	4
II. 미 국 .....	5
III. 독 일 .....	6
1. 제도의 개관 .....	6
2. 경찰법상의 관련규정 .....	9
IV. 일 본 .....	12
1. 제도의 개관 .....	12
2. 경찰법상의 관련법령 .....	13
제3장 경찰행정상 손실보상제도의 일반론 .....	17
I. 개 설 .....	17
II. 손실보상제도의 변천 .....	18
1. 기본법 제정 이전의 발전 .....	18
2. 연방보통법원에 의한 발전 .....	21
3. 연방헌법재판소의 자갈채취결정 .....	26

III. 손실보상제도의 현황 .....	30
1. 기본법 제14조의 구조 .....	30
2. 수 용 .....	31
3. 보상을 요하는 내용규정 .....	38
4. 수용유사적 침해 .....	41
5. 수용적 침해 .....	48
IV. 소 결 .....	50
제4장 적법한 경찰활동에 따른 피해의 보상 .....	52
I. 개 설 .....	52
II. 보상규정을 결한 경우의 손실보상 .....	53
1. 위헌무효설과 청구권발생설 .....	53
2. 양설의 장단점 .....	54
3. 소 결 .....	59
III. 손실보상의 여부 .....	62
1. 개 설 .....	62
2. 특별희생 여부의 판단기준 .....	62
3. 경찰활동에 따른 손실보상의 일반적 유형 .....	65
IV. 손실보상의 내용 및 실현 .....	79
1. 손실보상의 기준 .....	79
2. 손실보상의 내용 .....	80
3. 손실보상의 원칙 .....	81
4. 손실보상청구권의 실현 .....	81
V. 국가보상의 흠결과 보충 .....	82
1. 개 설 .....	82
2. 위법·무과실의 경우 .....	83

3. 비재산적 범익의 침해 .....	86
4. 수용적 침해 .....	90
5. 결과책임과 사회보장 .....	91
6. 기 타 .....	94
<b>제5장 결 론</b> .....	95
I. 개 설 .....	95
II. 해석론 및 입법론 .....	96
III. 경찰의 비용상환청구 .....	99
IV. 기대효과 및 활용방안 .....	99
<b>참 고 문 헌</b> .....	101
<b>부     록</b> .....	105



## 제1장 연구의 목적 및 방법

### I. 연구목적

적법한 경찰활동은 보장되어야 하고 이에 따라 발생할 수 있는 피해는 감수하여야 함이 원칙이다. 그러나 일반국민의 정의감 내지 법감정에 비추어볼 때 그 피해가 이른바 특별한 희생에 이르는 정도의 것이 되어 피해자가 이를 감수하기 힘든 경우에는 그에게 정당한 보상을 지급하여야 한다. 또한 의사상자에 대한 보상처럼 국가가 정책적인 이유로 특별히 보상할 필요가 있는 경우도 존재할 수 있다.

헌법 제23조 제3항은 “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. 그러나 이와 관련하여 특별히 문제가 되는 것은 첫째로 보상지급의 대상이 되는 물적 피해란 어떠한 경우를 말하는가(손실보상의 여부), 둘째로 보상대상이 되는 피해에 대해 그 보상을 정하는 법률의 규정이 없는 경우 어떻게 해야 하는가(보상규정 결여시의 보상), 셋째로 피해보상을 한다면 어느 정도로 보상하여야 하는가(손실보상의 내용) 등이다. 아울러 물적 피해가 아닌 인적 피해인 경우에는 어떻게 취급해야 하는가(비재산적침해의 보상) 하는 문제도 제기된다.

공공의 안녕·질서의 유지를 목적으로 하는 경찰은 그 활동 중 다양한 피해를 야기시킬 수 있다. 위법한 경찰작용이 행해지는 경우가 그 전형적인 예가 된다. 그러나 이에 대해서는 국가배상법에 따른 손해배상이 행해지고 있다. 그러나 적법한 경찰활동으로 인해서도 다수의 피해가 야기되고 있다. 자동차로 부상자 수송에 협력한 경우 피로 물든 자동차시트에 대한 보상, 교통사고시 경찰관이 레카차의 협조로 견인하였으나 운전자가 사망하는 등 견인비용을 지불할 자가 없는 경우 견인비에 대한 보상, 경찰관의 범인검거 중 범뢰자가 중상을 입어 입원시켰으나 연고자가 없는 경우 병원의 치료비에 대한 보상 등이 그 예이다. 적법한 경찰작용으로 인한 피해는 감수하여야 함이 일반적이다. 하지만 그 작용으로 인한 피해가 수인하기 힘든 정도의 특별한 희생에 해당한다면 공평부담의

견지에서 이에 대하여 보상이 행해져야 한다. 그러나 현행의 법제는 이 경우 제3자에게 발생한 피해에 대한 보상규정을 마련해 두고 있지 않다. 또한 보상을 인정하고 있는 판례도 발견되지 아니한다. 이로 말미암아 경찰관 개인이 사적으로 피해보상을 하거나 소속 경찰관서의 다른 예산을 변칙적으로 운용하여 보상금을 지급하고 있는 형편이다. 또한 아예 보상하지 못하여 민원이 발생하는 경우도 있다. 이러한 상황은 궁극적으로는 경찰에 대한 신뢰를 손상시키고 개인이 경찰활동에 적극적으로 협력하는 데에 대한 지장을 초래할 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식 아래에서 적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해의 보상방안 특히 그 법적 근거를 마련하는 데에 그 목적이 있다. 아울러 이러한 보상법제를 마련하기까지의 대처방안도 제시하고자 한다.

## II. 연구내용 및 범위

적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해의 보상방안 특히 피해보상의 법적 근거의 마련에 목적을 두고 있는 본 연구를 효율적으로 수행하기 위해서 다음과 같이 장을 나누어 그 연구를 수행하고자 한다.

제2장 적법한 경찰활동에 따른 피해보상의 입법례에서는 미국, 독일, 일본 등 선진 각국의 입법례를 살펴본다. 이 경우 문제는 당해 사례를 원만히 해결하는 보상제도에 있으므로 단순히 경찰법제에 한정하여 검토하는 것이 아니라 관련 보험법제도 등 보상의 의미를 가지는 법제도 전반에 대하여 검토한다. 선진국의 제도 분석을 통하여 우리나라에서 장래 제도를 마련할 때 참고로 해야 할 일정한 시사점을 얻는다. 뿐만아니라 제도 마련까지의 과정에서 피해보상의 문제를 어떻게 해결해야 할 것인가에 대해서도 검토한다.

제3장 경찰행정상 손실보상제도의 일반론에서는 손실보상제도가 재산권침해의 보상에서 시작되어 왔다는 점에 유념하여 그 일반적인 논의를 해 본다. 우리나라의 손실보상제도는 기본적으로 독일에서의 논의를 받아들인 것이므로 독일에서의 논의의 변천과 현황을 살펴보고 이러한 논의가 우리나라에서 가지는 의미를 고찰한다. 이를 통하여 경찰활동으로 인한 피해보상과 관련하여 검토되어야 할 다양한 논점에 관하여 정리한다.

제4장 적법한 경찰활동에 따른 피해의 보상은 논 연구에서 가장 핵심이 되는 부분이다. 먼저 보상규정을 결한 경우의 손실보상의 여부에 관하여 살펴본다. 이를 통하여 일반적 보상규정을 결하고 있는 현행 제도 아래에서 타당할 수 있는 이론을 도출해 본다. 둘째로 손실보상의 여부에서는 경찰활동에서 특별희생이 발생하는 경우를 당해 경찰활동에 관여하는 자의 지위별로 나누어 고찰을 해본다. 이곳에서는 또한 독일의 법제에 관한 심층연구를 아울러 함으로써 장래 우리나라에서의 경찰법의 정비할 때에 마땅히 존재하여야 할 보상규정의 모습을 동시에 제시하고자 한다. 셋째로 손실보상의 내용 및 실현에 관해서도 검토한다. 보상의 내용 및 범위도 문제이다. 정당한 보상의 의미 및 피해자의 과실의 고려 여부 등의 문제도 고찰한다. 아울러 손실보상청구권의 실현, 청구상대방, 소멸시효, 청구권의 경합 문제 등도 검토한다. 끝으로는 국가보상의 흠결과 보충에서는 비재산적 법익 특히 인적 피해의 보상방안을 살펴보고 경찰작용의 부수적 결과로 발생한 피해의 보상방안에 대해서도 검토한다. 아울러 현행법이 임의적 경찰협력자에 대하여 의사상자예우에관한법률로 대응하고 있다는 점도 지적한다.

제5장 결론에서는 지금까지의 연구의 결과를 바탕으로 하여 결론을 도출한다. 보상법제가 제정되기 전까지의 보상 여부 및 그 범위에 관한 논리를 전개하고 입법론으로서 바람직한 보상제도를 제시한다.

### Ⅲ. 연구방법

본 연구를 효율적으로 수행하기 위하여 다음과 같은 다양한 연구방법을 사용한다. 먼저 적법한 경찰활동으로 피해보상에 관한 현행의 법령, 판례 및 학설을 조사·분석한다. 보상법제에 관한 법령과 판례를 통하여 적법한 경찰활동으로 인한 피해의 보상에 흠결 있다는 문제점을 지적하고 그 대응방안을 모색한다. 이 경우 관련 법제도 검토하여 다른 법령에 따른 보상의 가능성 여부를 검토해 본다. 한편 법제를 마련하기까지의 보상방안에 관한 연구를 문헌(학설)분석을 통하여 찾아본다. 또한 비교법적인 문헌연구를 통하여 독일 등 선진 각국의 법령, 판례 및 학설의 상황을 살펴본다. 이를 통하여 우리의 법제의 마련 및 법령의 적용에 있어서 참고로 해야 할 일정한 시사점을 얻는다.

## 제2장 적법한 경찰활동에 따른 피해보상의 입법례

### I. 개 설

적법한 경찰조치에 의해서도 시민의 재산권이나 비재산적 법익이 침해될 수 있다. 그러나 경찰조치는 우선적으로는 정당한 부담에 대한 시도가 아니라 즉시의 그리고 효과적인 위험방지의 필요성에 정향되어 있다. 따라서 일정한 경우에는 사후에 정당한 부담 원칙에 상응하는 전보가 필요하게 된다.<sup>1)</sup>

이를 위하여 입법자는 예방적이거나 억제적 경찰조치에서 성립할 수 있는 피해의 전보에 대한 규정을 마련해 놓는 것이 정도이다. 예컨대 억제적 고권적 활동과 관련한 피해전보에 대해서는 형사보상법 등이 마련되어 있다. 그러나 전형적인 경찰작용인 예방적 고권적 작용에 의한 피해의 전보에 대해서는 개별법에 일부 규정이 존재하기는 하지만,<sup>2)</sup> 경찰법상의 일반규정은 마련되어 있지 않다. 이에 따라 현재 적법한 경찰조치로 인해 발생한 피해에 대한 보상은 우선 개별법상의 보상규정에 따라 행해지고, 이러한 개별법상의 보상규정이 없는 경우에는 일반적인 보상법리에 맡겨져 있다.<sup>3)</sup> 그러나 이로 인해 법리상으로는 실무상으로 많은 어려움이 발생하고 있다. 가장 문제가 되는 것은 적법한 경찰활동임으로 관계인에게 특별희생으로 볼 수 있는 피해가 발생한 경우 보상규정이 없음에도 불구하고 당해 관계인이 보상을 청구할 수 있는가의 여부이다. 우리나라에서는 판례법으로 희생보상원칙이 인정되지 않아 보상에 관한 명문의 규정이 없으면 보상을 할 수 없게 되어 더욱 문제인 것이다. 그러나 실무상으로는 이러한 법제 및 법이론에도 불구하고 민원 등의 소지를 예방하기 위하여 예산의 변칙적 사용 또는 경찰관의 사비로 특별희생에 해당하는 피해를 입은 자에게 피해보상을 하고 있는 것이 현실이다. 예컨대 적법한 무기사용으로 인해 부상당한 자를 경찰의 요청으로 병원에서 치료시킨

1) Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, S.212.

2) 소방법 제78조 제4항 등.

3) 홍정선, 행정법원론(하), 2000, 330면.

경우 그 부상자가 치료비를 지불할 능력이 없는 경우 경찰이 그 치료비를 지불하는 사례 등이 그것이다.

이하에서는 선진 각국의 경우를 살펴본다. 다만 우리나라의 경찰법제는 기본적으로 독일 내지 일본 유형의 대륙법계에 가깝다는 점을 고려하여 특히 경찰법 분야에 자세한 규정을 두고 있는 독일 및 우리나라에서 법제정시에 많은 참고를 하고 있는 일본에서의 입법례에 관하여 상세히 고찰한다. 이들의 입법례는 우리나라에서의 적법한 경찰활동으로 인한 피해의 보상에 관한 법적·제도적 방안을 모색하는 데에 있어 커다란 시사점을 제공해 줄 것이다.

## II. 미 국

연방제를 택하고 있는 미국의 경우 경찰권의 발동 및 이와 관련한 손실보상의 문제는 연방이 아닌 각 주의 권한사항으로 되어 있다. 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 뿐만 아니라 인적인 피해가 발생한 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 법원의 판단과 관련하여 하나의 준거가 되는 것은 연방헌법 수정 제5조<sup>4)</sup> 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.

4) 누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치 죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전이나 사변시 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.

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 재산파괴는 정부의 수용을 구성한다고 주장하면서 피해보상을 구하였다. 이와 관련하여 미네소타대법원은 베그너사건에서<sup>5)</sup> 범죄혐의자의 체포를 쉽게 하기 위하여 가옥으로 발사된 체루가스와 충격탄에 의하여 상당한 피해를 본 가옥소유자가 그 파괴가 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 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 미네소타주 헌법 제1조 제13항의 수용을 구성하는 때에는 시로부터 보상을 받을 권리가 있다고 판시한 것이다.

### Ⅲ. 독 일

#### 1. 제도의 개관

일반적 손실보상의 법리에 있어 우리와 상당한 부분 그 내용을 같이 하고 있는 독일의 경우 적법한 경찰작용으로 인한 피해보상에 대하여 어떠한 제도와 도그마를 가지고

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

있는지를 검토해 본다.<sup>6)</sup>

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<sup>7)</sup> 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.

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.<sup>8)</sup> 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 불이익을 감수하는 자에 대하여는 전보가 행해져야 하는 것이다.<sup>9)</sup> 동시에 이러한 전보의

6) 독일 경찰법의 개관으로는 서정범(역), 독일경찰법론(Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1995), 1998 참조.

7) 이에 대한 상세는 조태제, 재산권침해에 대한 구제 - 독일에서의 손실보상의 변천과 현황을 중심으로, 헌법학연구, 1995, 324면 이하 참조.

8) 예컨대 브레멘경찰법 제56조 제2항 등이 있다.

9) Rachor, Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers, in : Lasken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 1996, S.843. 이에 대한 상세는 Fischer, Unterlassene Hilfeleistung und

무는 자신의 시민의 생명과 건강의 보호에 대한 국가의 의무를 반영하며 실현하고 있다. 협조제공의 부작위에 대한 형사처벌과는<sup>10)</sup> 무관하게, 어느 누구라도 자신의 개입이 오로지 재정적 부담과 결부될 수 있다는 염려만으로 협조제공을 도외시해서는 아니된다. 경찰법률에서 보다는 교통사고보험법의 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 제9호 b)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).

경찰이 아직 사건장소에 있지 않은 때 따라서 아직 경찰업무수행에서의 협조제공이 문제되고 있는 경우가 아닌 때에도 협조제공자에 대하여 사고보험법에서 나오는 청구권이 주어질 수 있다. 사회법전 제7편 제2조 제1항 제13호 a(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 사회법전 제7편 제2조 제1항 제13호 c(구 제국보험법 제539조 제1항 제9호 c)에 따르면 범죄행위의 혐의가 있는 자의 추적이나 체포 등을 위하여 신체가 동원된 자에 대하여도 타당하다.

한편 경찰법 외에 특별법상의 전보청구권도 존재한다.<sup>11)</sup> 이러한 특별법상의 전보청구권규정은 특수한 책임상황에 기초하고 있다. 예컨대 형사소추조치에대한보상법, 범죄피해자보상법 등의 연방법과 소방협력제공법, 재난구조법 등의 주법이 그것이다. 아울러 직무의무침해보부터 나오는 손해배상청구권도 피해전보에 있어 중요한 역할을 하고 있

Polizeipflichtigkeit, 1989. 참조.

10) 독일 형법 제323조c 참조.

11) Rachor, a.a.O., S.843ff.

다. 이 청구권은 희생보상청구권과는 달리 가해자의 유책의 행위를 요건으로 한다. 우리나라의 국가배상제도에 상당한 것이다.<sup>12)</sup>

## 2. 경찰법상의 관련규정

이하 통일경찰법모범초안 제5절(손실보상, 구상, 배상청구)의 규정을 번역하여 둔다.

**제45조(손해전보의무의 요건)** ① 제6조<sup>13)</sup>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

12) 이는 본 논문과 직접적인 관련이 없으므로 이하의 설명에서는 제외한다.

13) **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.

인하여 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다.

③ 그 밖의 손해배상청구, 청구 특히 직무의무위반을 이유로 하는 손해배상청구는 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 제760조<sup>14)</sup>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 발생 혹은 악화에 영향을 미친 경우에는, 손해전보의 의무 및 손해전보의 범위는 피해자에 의해 야기된 손해의 정도와 경찰에 의해

14) 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.

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 지는 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.

## IV. 일 본

### 1. 제도의 개관

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 최고 재판소가 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 청구권발생을 시사한 이래 이설이 지배적 견해로 되어 있다.<sup>15)</sup> 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 보상하는 명문의 법률규정을 두고 있다. 이 법률은 보상요건 등에 있어 우리나라의 의사상자예우에관한법률과 유사하다. 그러나 보상여부결정기관 및 보상지급기관에서는 차이를 보인다. 경찰관의 직무에 협력원조한자의재해급부에관한법률에 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

15) 宇賀克也, 國家補償法, 有斐閣, 1997, 394면 이하.

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. 최근 5년간 동 법률에 의한 협력원조자로 인정된 자의 수는 다음과 같다.<sup>16)</sup>

태양 연도	경찰관으로부터 의 요청		범인의 체포/ 피해자의 구조		인명구제		합계		
	부상	사망	부상	사망	부상	사망	부상	사망	합계
1997년	0	0	21	0	4	6	25	6	31
1998년	8	0	10	0	6	7	24	7	31
1999년	9	0	12	1	1	10	22	11	33
2000년	5	0	18	0	6	14	29	14	43
2001년	9	1	34	0	11	10	54	11	65
합계	31	1	95	1	28	47	154	49	203

## 2. 경찰법상의 관련법령

이하 경찰관의 직무에 협력원조한 자의 재해급부에 관한 법률(소화 27년 7월 29일 법률 제 245호, 최종개정 평성 11년 5월 28일 법률 제56호)을 번역하여 둔다.<sup>17)</sup>

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

16) [http://www.npa.go.jp/police\\_j.htm](http://www.npa.go.jp/police_j.htm).

17) 이 법률의 시행령 및 해상보안관에 협력원조한 자 등의 재해급부에 관한 법률은 부록으로 첨부하여 둔다.

제2조(국가 또는 도도부현<sup>18)</sup>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 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

18) 도도부현은 우리나라의 특별시, 광역시, 도에 상당하다.

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 장래에 대한 급부)
3. 장해급부(협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 치료된 경우에 있어서 아직 존재하는 장해에 대한 급부)
4. 간호급부(협력원조자가 상병급부 또는 장해급부의 급부사유로 되는 장해 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 의한 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, 장해급부 또는 유족급부를 받을 권리를 국민생활금융공고 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 증명을 청구할 수 있다.

부칙<sup>19)</sup> 이 법률은 공포일로부터 기산하여 3월을 경과한 날로부터 시행한다.

19) 기타의 부칙도 주로 법률의 개정에 따른 시행기일에 관한 것이다. 생략한다.

## 제3장 경찰행정상 손실보상제도의 일반론

### I. 개 설

경찰활동과 관련하여 국가배상제도는 경찰의 행위·시설에 흠이 있는 경우에 사인에게 생긴 손해를 전보해주는 제도이다. 이에 대하여 경찰활동 그 자체는 적법하지만 그것에 의하여 사인에게 생긴 특별한 손실을 그대로 방치해 준다면 공평부담의 이념에 때문에 이것을 보상하려고 하는 것이 손실보상제도이다. 따라서 행정상 손실보상이란 적법한 공권력의 행사에 의해 가하여진 특별희생에 대하여 전체적인 공평부담의 견지에서 이를 조절하기 위해 이루어지는 재산적 보상을 말한다.

손실보상제도는 역사적으로는 국가배상제도 보다 먼저 발전되어 왔다. 국가배상제도의 발전에 장애가 되어 온 주권면책의 법리와 위법행위의 국가에의 귀속불능이라는 두 가지 요인이 여기에는 존재하지 않았기 때문이다. 예컨대 독일에서는 1794년에 국가침해에 대한 기득권보호사상에 입각한 프로이센일반국법 서장 제74조, 제75조에 희생보상에 대한 규정이 있었고, 그 후 바이마르헌법에 이르러 재산권에 대한 손실보상이 헌법상 제도로 정착되었다. 미국에서도 공용수용에 대한 손실보상은 국가배상제도의 정비보다 훨씬 일찍 헌법이 보장하는 바였다(미연방헌법 수정 제5조 참조). 일본에서도 명치헌법에 손실보상에 관한 조항은 없었지만 1901년의 토지수용법에서는 수용에 따른 보상조항(제47조)이 존재했다.

재산권조항은 주로 책임을 발생시키고 그리고 충족시키는 요건과 관련해서는 다양한 사례가 형성될 수 있다. 기본적인 것은 한편으로 적법한 경찰조치에서의 책임과 다른 한편으로 위법한 경찰조치에서의 책임 사이의 구별이다. 위법한 조치에서는 그 청구권근거를 고려할 때 다시금 유책의 행위양식과 무책의 행위양식이 구별되어야 한다. 이러한 구별에 특히 손해전보의 범위가 종속될 수 있다. 왜냐하면 일반적으로 유책의 손해에서만 국가배상청구권이 주장될 수 있고 동시에 완전한 손해배상이 인정될 수 있기 때문이다. 무책의 행위에서는 주로 단지 손해전보만 주어질 수 있다. 피해전보의 여부 및 방법은 또한 침해된 법익 내지 발생한 피해가 물질적인 성질의 것인가의 여부에 따라 다르다.

끝으로 피해자의 그때 그때의 사안에 대한 관계 따라서 특히 그가 긴급상태의무자, 국외자, 장애인 또는 외관적 장애인가의 여부의 문제도 의미가 있다. 특히 시민의 경찰주체에 대한 손실보상청구권의 존재를 인정함에 있어서는 그가 경찰책임자인지 혹은 비책임자인지의 여부가 중요한 의미를 갖는다. 이러한 문제는 보상의무의 발생여부 뿐만 아니라 그 정도의 측정에 있어서도 일정한 역할을 한다.<sup>20)</sup>

손실보상제도는 주로 토지수용에 따른 손실보상을 그 내용하고 있다. 손실보상제도는 토지수용보상을 중심으로 일반적 법리가 형성되어 다른 행정의 분야로 이 법리가 확대되어 온 것이다. 이점을 고려하여 이하에서는 먼저 재산권침해에 대한 손실보상제도를 체계적으로 발전시켜 온 독일에서의 일반론을 먼저 살펴보고 이를 경찰활동과 관련시키면서 우리나라에서의 문제상황을 검토하기로 한다.

## II. 손실보상제도의 변천

### 1. 기본법 제정 이전의 발전

#### (1) 출발로서 희생보상원칙

재산권의 침해에 대한 보상은 18세기의 절대주의시대에 까지 소급한다. 당시에는 자연법에 근거하여 개인은 특별한 권원에 근거한 일정한 권리(소위 천부의 기득권)를 갖는다는 견해가 형성되어 있었으며, 領主는 그 권리를 공공복리를 특별한 이유로 하여 그리고 보상을 전제로 하여 침해할 수 있었다.<sup>21)</sup> 이러한 권리에는 재산권도 해당되었다. 이러한 견해는 1974년 프로이센국 일반국가법 序章 제74조 및 제75조로 실정법화되었다. 동법 제74조는 「국가의 구성원의 개인적 권리와 이익이 공공복리의 증진을 위한 권리의무와 실질적으로 충돌할 경우 전자는 양보되어야 한다」고 하였고, 제75조는 「이에

20) Rachor, a.a.O., S.836.

21) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994, S.624 참조.

대하여 국가는 특별한 권리와 이익이 공동체의 복리를 위하여 희생될 필요가 있는 자에게 보상할 의무가 있다』고 규정하였다.

동조는 공익과 사익 사이의 충돌을 해소시켜 주는 수단이었다. 즉 개인은 자신의 권리의 박탈 또는 제한을 수인해야 했지만, 자신의 권리상실에 대한 보상을 요구할 수 있었다. 이것을 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)이라고 한다. 개인적 권리의 희생에 대한 보상청구권은 그 동안 많은 모습으로 변화되었지만 일반적인 법원칙, 관습법상의 규율, 개별법상의 구체적 규율 등으로 오늘날까지 타당시되고 있다.<sup>22)</sup> 이점은 우리나라와 다른 상황으로서 적법한 경찰작용으로 인한 피해에 대한 보상규정이 없을 시에 보충적으로 적용되어 권리구제의 공백을 메울 수 있는 것으로 해석되고 있다.

## (2) 고전적 수용개념

19세기의 후반에는 희생보상청구권 및 새로이 제정된 각 領邦 헌법상의 재산권보장으로부터 고전적 수용(Klassische Enteignung)이 확고한 법제도가 되었다. 당시 헌법상의 재산권보장이란 수용은 공공복리를 위하여 그리고 보상을 전제로 해서만 허용된다는 것이었다. 이러한 수용은 토지에 대한 재산권이 법률에 근거한 행정행위에 의하여 공공복리에 이바지하는 기업에 이전될 경우에 존재했으며 이것은 완전히 보상되어야 했다. 보상의 확정과 지급은 시민의 보호를 위하여 원칙적으로 양도전에 행해져야 했다. 심지어 이러한 보상의무가 종종 수용의 개념요소로 선언되기도 했다. 이러한 고전적 수용의 본질적 요소는 수용대상으로서 토지, 법과정으로서 재산권의 새로운 권리주체에의 이전, 법형식으로서 행정행위, 수용목적으로서 공공복리에 이바지하는 특정의 기업을 위한 필요 등이다.

22) 희생보상청구권은 프로이센국 일반국가법 서장과 마찬가지로 처음에는 프로이센의 동부에만 타당했지만, 관습법으로 프로이센의 전지역 뿐만 아니라 독일의 전지역에까지 확대되었다(RGZ 102,390; 145,107,109). 희생보상청구권의 대상은 1981.12.4의 政令에 의하여 유권해석의 방식으로 행정상의 침해에 한정되었다. 법률상의 제한 및 전쟁손해로 인한 보상에는 특별법의 근거가 필요했다(Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.1, 1961, S.67 참조). 그 후 희생보상청구권은 생명과 건강이 아닌 재산권에 대한 침해 및 위법이 아닌 적법한 침해에 판례에 의하여 더욱 제한되어 갔다.

고전적 수용은 재화의 조달과정이었으며 일종의 강제구매였다. 일정한 토지가 공익상 절실히 필요하나 사법상 매매의 방식으로는 쉽게 획득될 수 없을 경우에 그 양도는 강요 즉 수용될 수 있었다. 이러한 수용개념이 발전된 것은 당시 도로, 철도 등 사회간접자본시설의 설치를 위한 토지에 대한 수요의 증가 때문이었다. 이 경우 그 조달은 가능하되 법치국가적 방식으로 행해져야 했던 것이다. 수용의 요건, 절차, 보상 등은 각 영방의 개별적인 수용법률에 규율되어 있었다.<sup>23)</sup>

### (3) 수용개념의 확장

고전적 수용개념이 확장된 것은 바이마르시대이다. 바이마르공화국헌법 제153조는 이전의 영방헌법을 계승하여 재산권보장을 규정하고 있다. 동조는 이전의 헌법과 마찬가지로 수용을 공공복리를 위하여 그리고 상당한 보상을 전제로 해서만 허용했다. 물론 보상은 주의 법률이 아닌 帝國法律에 의하여 제한되거나 배제될 수 있었다. 동조는 분명히 고전적 수용개념을 계승했지만 제국재판소에 의하여 바로 확대 해석되었다. 당시의 학설은 이러한 판례를 주로 지지하는 입장이었다.<sup>24)</sup> 수용개념의 확장은 다음과 같이 모든 방향에서 행해졌다.<sup>25)</sup> 수용은 단지 부동산과 동산 뿐만 아니라 재산적가치가 있는 사법상의 권리 가령 채권, 사원권, 저작권 등도 대상으로 삼았다. 수용은 법률에 근거한 행정행위 뿐만 아니라 직접 법률에 의해서도 행해졌다. 수용은 재산권의 국가 또는 그 밖의 권리주체에의 양도 뿐만 아니라 재산권의 단순한 제한 특히 기념물로 지정된 건축물의 건축상의 변경금지<sup>26)</sup> 같은 이용제한을 의미하기도 했다. 수용은 공익에 이바지하고 있는 일정한 구체적 기업 뿐만 아니라 널리 공익을 위해서도 인정되었다.

수용개념의 확장은 산업국가에로의 발전 및 그로부터 나오는 정치·경제·사회의 변

23) 프로이센의 1874.6.11의 토지소유권의 수용에 대한 법률, 뷔르템베르크의 1888.12.20의 強制收用法 등이 그것이다. 이러한 법률은 오늘날에도 각 주의 수용법률의 범례가 되어 있다.

24) 이에 대한 상세는 W.Weber, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, Bd.2, 1954, S.338ff. 참조.

25) 이명구, 공용수용개념의 변천, 고시연구, 1991.9; 박규하, 공용수용의 개념·요건·이익형량, 고시연구, 1995.9, 28면 이하 참조.

26) RGZ 116,268 참조.

화와 더불어 설명될 수 있다.<sup>27)</sup> 첫째, 개인의 재산권의 토대가 확장되었다. 이전에는 토지소유권이 중요했으나 이제는 그 밖의 재산적 가치 특히 기업에의 참가를 의미하는 株券, 임금청구권 등이 개인생활의 형성에 있어서 점차 의미를 더해 갔다. 둘째, 다양한 임무를 수행해야 하는 사회국가는 종전보다 더욱 더 시민의 각종의 재산권에 대한 침해 를 하게 되었다. 시민의 재산권은 국가의 침해로부터 보호되어야 했기 때문에, 이러한 위험상황의 확대에 상응하게 재산권 및 수용의 개념이 확장된 것은 당연했다. 그러나 당시의 제국재판소는 존속이 아니라 자신의 권한에 상응하게 보상에 의한 재산권보호만 인정했다.

## 2. 연방보통법원에 의한 발전

### (1) 초기의 발전

기본법 제정 후 처음 10년간 收用法의 분야에서 커다란 역할을 한 것은 연방보통법원이었다. 동재판소는 제국재판소의 판례를 계승·발전시켜 나갔다. 기본법 제14조<sup>28)</sup>가 바이마르공화국헌법 제153조에 상응한 것이었기 때문에 이러한 움직임은 당연한 것 같았다. 제국재판소와 마찬가지로 동재판소는 재산권을 보장하며 그 구체적인 형성을 입법자에 맡기고 공공복리를 위해서만 보상을 전제로 수용을 허용했다. 새로운 것은 기본법 제14조는 명문으로 수용을 직접 법률에 의하여 허용했다는 점,<sup>29)</sup> 수용의 근거가 되는 법률 자체가 보상규정을 포함해야 한다는 불가분조항을 택한 점, 보상은 법률로도 결코 배제될 수 없다는 점 등이다.

기본법 제14조 자체는 바이마르공화국헌법 제153조와 커다란 차이점이 없었다. 다만

27) Maurer, a.a.O., S.627.

28) ① 재산권과 상속권은 보장한다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다.

③ 공용수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하여 형량하여 정해져야 한다. 보상액 때문에 분쟁이 생길 경우에는 보통법원에 제소할 수 있다.

29) 이것은 바이마르시대에도 이미 판례와 학설로 인정되고 있던 바이다.

불가분조항 만큼은 커다란 영향력을 발휘했다. 불가분조항으로 인하여 어떠한 조치가 수용의 성질을 가지며 따라서 보상되어야 하는가를 입법자는 미리 일반·추상적으로 정해야 했다. 따라서 불가분조항은 그 성질상 수용개념이 재산권침해의 결과 보다는 작용에 정향되어 있을 때 즉 침해작용의 형식을 그 개념요소로 삼을 때에 더 커다란 효과를 발휘할 수 있다. 한편 기본법 제14조가 아닌 그를 둘러싼 전체적인 헌법상의 환경은 본질적으로 변화되었다. 기본권 및 입법자의 지위가 강화가 특징적이었다. 입법자의 기본권에의 구속, 기본권의 철저한 사법적구제, 전체적인 법률유보범위의 확대 등이 그것이다. 이것은 당연히 기본법 제14조의 해석에도 영향을 미쳤다. 이러한 변화는 10여년이 지난 후<sup>30)</sup> 제국재판소의 판례를 계승·발전시킨 연방보통법원의 판례에 의하여 구체화되어 나갔다.

## (2) 구체적 내용

- (i) 제국재판소가 취했던 광의의 수용개념은 연방보통법원에서도 받아 들여졌으나 더욱 확장되었다. 이제 공법상 권리(Öffentlich-rechtliche Rechtsposition)도 수용의 대상이 되었다.
- (ii) 수용은 재산권의 박탈 뿐만 아니라 재산권의 제한에서도 존재할 수 있기 때문에, 이제 문제가 되는 것은 기본법 제14조 3항에 따른 보상을 요하는 수용과 기본법 제14조 1항 2문에 따른 보상을 요하지 않는 재산권구속을 구별짓는 것이었다. 동 재판소는 개별적인 침해를 수용으로 일반적인 침해를 내용규정으로 보았던 제국재판소의 개별행위설을 이용하여 특별희생설(Sonderopfertheorie)을 발전시켰다. 동 재판소는 수용을 우선 평등원칙과 결부시켰다.<sup>31)</sup> 즉 수용된 자는 특별히 침해되었고 따라서 불평등하게 취급되었으며, 특별희생은 보상에 의하여 填補되어야 하고 평등원칙은 전보원칙이 된다는 것이다.
 

학설은 주로 연방보통법원의 견해를 따랐다. 그러나 이미 바이마르시대에 발전되었던 실질적 구별설이 점차 영향력을 더해가고 있었다. 보호가치성설, 실체감소설,

30) 이에 대한 상세는 Weber, a.a.O., S.346 참조.

31) BGHZ 6,279,280 참조.

수인가능성설, 사적이용성설, 목적위배설 등이 그것이다. 이들 이론에 따르면 재산권의 보호가치있는 부분이 침해된 것인지의 여부, 침해 후에 아직도 재산권의 실체가 현존하는지의 여부, 침해가 그 강도를 고려할 때 아직도 수인될 수 있는지의 여부, 그 재산권이 아직도 재산권자의 이용에 이바지되고 있는지의 여부, 기능에 알맞게 사용되고 있는지의 여부 등이 중요했다.<sup>32)</sup> 연방행정법원 또한 『침해의 중대성과 영향력』이라는 실질적인 관점(중대성설)에 따라 재산권의 사회적 제약과 재산권의 수용을 구별했다.<sup>33)</sup>

연방보통법원도 시간이 지남에 따라 특별희생설을 포기함이 없이 점차적으로 실질적 척도를 도입했다. 그리하여 다시금 침해의 중대성, 강도 및 수인가능성 등의 관점이 등장했다. 무엇보다도 상황구속성설이 커다란 역할을 했다. 이것은 개별 재산이 놓여 있는 특별한 상황으로부터 재산권제한이 단지 사회적 제약인지 아니면 수용인지가 구별되어야 한다는 이론이다.<sup>34)</sup>

- (iii) 보다 광범한 확장은 수용유사적 침해(Enteignungsgleicher Eingriff)에 의하여 행해졌다. 수용으로 인한 보상은 그 자체가 적법한 침해를 요건으로 하기 때문에, 침해가 위법할 경우가 문제되었다. 위법·유책의 침해는 직무책임법에 따라 손해배상되었다. 그러나 위법·무책의 침해에 대하여 책임을 지우는 근거규정은 없었다. 연방보통법원은 이러한 흠결을 수용유사적 침해에 의하여 보완했다. 즉 재산권에 대한 적법한 침해가 보상된다면, 재산권에 대한 위법한 침해는 당연히 보상되어야 한다고 보았다. 동재판소는 이러한 경우에 희생보상청구권을 유추적용하여 보상을 지급했던<sup>35)</sup> 제국재판소의 입장을 계속 따랐던 것이다. 물론 연방보통법원은 더 이상 희생보상청구권이 아니라 수용규정을 그 근거로 삼았다. 수용유사적 침해란 『그것이 법률상 허용될 경우에는 그 내용 및 효과에 의하면 수용이 될 수 있고 사실상의 효과에서 상대방에게 특별한 희생이 될 수 있는』<sup>36)</sup> 재산권에 대한 위법

32) 이에 대한 상세는 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1991, S.144ff. 참조.

33) BVerwGE 5,143,145f.; BVerwGE 19,94,98f.

34) BGHZ 23,30; 72,211,216ff.; 87,66,71f.; 90,17,25.

35) RGZ 140,276,281ff.

36) BGHZ 6,270,290; 이에 대한 상세는 조태제, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 부동산법학의 제문제

한 침해이었다. 수용유사적 침해는 기본법 제14조 3항을 유추적용하거나 기본법 제14조를 근거로 하여 수용처럼 보상되었다.

위법성이 있으면 바로 특별희생이 존재한다는 견해는 커다란 의미를 지니고 있었다. 원래 수용유사적 침해의 성립에는 특별희생을 포함한 수용의 모든 개념요소가 존재하고 단지 적법성이라는 요건만 필요하지 않았다. 그러나 이제는 위법성이 있으면 바로 특별희생이 있는 것으로 보아 보상청구권이 성립하는 것이다. 재산권에 대한 침해는 침해의 위법성에도 불구하고 보상되었을 뿐만 아니라 바로 또한 침해의 위법성 때문에도 보상된 것이다.

- (iv) 연방최고재판소는 수용적 침해(Enteignender Eingriff)라는 법제도도 창설했다. 수용적 침해란 그 자체로서는 적법한 행정작용이지만 대개의 경우 이례적이고 미리 예측될 수 없는 부수적 효과를 수반하여 그것이 상대방에게 특별한 희생이 되는 경우의 재산권침해이다. 지하철공사나 도로공사로 인한 교통방해의 결과 도로에 인접한 상점이나 주유소 등의 고객이 현저히 줄어들어 매출이 감소하는 경우에서 그 대표적인 예를 찾을 수 있다.<sup>37)</sup> 연방보통법원의 판례에 따르면 이러한 침해는 원칙적으로 기본법 제14조 1항 2문상의 단순한 재산권의 사회적 제약으로서 받아 들여져야 한다. 그러나 침해가 예외적으로 침해의 종류, 범위 및 강도에 따라 때 너무나 중대하여 상대방에게 특별희생이 되며 따라서 수용원칙에 따라 보상되어야 할 경우도 있다. 이러한 침해에는 기본법 제14조 3항 2문에 상응하는 수용 및 보상의 규정이 존재하지 않아 그 침해가 위법이 된다. 따라서 상대방은 자신에게 부담적인 부수적 효과가 발생하지 않을 것과 함께 이러한 부수적 효과를 야기하는 행정작용의 부분적 중단을 訴求할 수 있다. 연방최고재판소가 만약 수용적 침해의 보상을 긍정하지 않았다면 적법한 행정작용 가령 도로공사 전체의 續行이 중지되는 등 영향을 받을 우려가 있었을 것이다.<sup>38)</sup>

(석하김기수교수화갑기념논문집), 박영사, 1992, 743면 이하 참조.

37) BGH, NJW 1965,1907 및 BGHZ 57,359 참조.

38) 이에 대한 상세는 조태제, 상계논문, 753면 이하 참조.

## (3) 소 결

- (i) 연방보통법원의 판례에 의하여 수용의 개념은 계속 확대되어 갔다. 동재판소가 취하고 있는 광의의 수용(Enteignung im weiteren Sinne)이란 기본법 제14조 1항 2문에 따른 재산권의 사회적구속(내용 및 한계의 규정)을 넘어서는 따라서 상대방에게 특별한 희생이 되는 재산권에 대한 일체의 침해이었다. 이 경우 재산권의 사회적구속과 재산권의 수용은 서로 잇대어져 있다. 즉 보상을 요하지 않는 재산권의 사회적구속에 해당되지 않는 것이 보상을 요하는 재산권의 수용이며, 그 반대로 보상을 요하는 수용이 아닌 것은 보상을 요하지 않는 사회적구속이었다. 따라서 여기서는 양자를 구별짓는 이론이 무엇보다도 중요했다.
- (ii) 광의의 수용개념에는 세가지의 유형이 있다. 즉 협의의 수용으로서 재산권에 대한 적법한 침해, 수용유사적 침해로서 재산권에 대한 위법한 침해, 수용적 침해로서 효과에 있어서 수용과 같은 적법한 행정작용의 부수적 효과 등이 그것이다. 침해가 위법할 경우에는 이미 그 때문에 특별희생이 긍정되며 더 이상의 심사는 필요가 없었다. 다른 한편 특별희생이 객관적으로 분명할 경우에는 침해의 적법성 또는 위법성의 문제는 중요하지 않았다. 적법한 수용으로 인한 것이든 위법한 수용유사적 침해로 인한 것이든 보상이 주어져야 했기 때문이다.
- (iii) 연방보통법원은 재산권에 대하여 발생한 침해와 그것에 대한 보상의 필요성만 오로지 고려하였기 때문에, 침해하는 행위의 취소에 대한 문제는 소홀히 취급하였다. 따라서 상대방에게는 선택권이 주어졌다. 즉 그는 자신의 재산권에 대한 위법한 침해를 행정법원에서 취소할 수도 있었고, 그 침해를 받아들여 그로 인한 보상을 보통법원에서 주장할 수도 있었다.

### 3. 연방헌법재판소의 자갈채취결정

#### (1) 개요

연방헌법재판소는 비교적 늦게서야 헌법상의 재산권보장과 수용에 관한 자신의 견해를 밝혔다. 그것이 명백히 된 것은 1981년의 자갈채취사건의 결정이다.<sup>39)</sup> 개요는 다음과 같다. 원고가 자신의 토지에서 자갈채취를 위한 水法上的 허가를 신청했으나 당해 토지는 상수도보호구역에 위치하며 지하수를 위협하게 할 우려가 있다고 하여 허가거부의 처분을 받았다. 이에 그는 이의신청을 했으나 성공하지 못하자 행정법원에의 소제기를 단념하고 오히려 보통법원에 수용적 침해로 인한 보상을 청구했다. 연방보통법원은 水管理法 제1a조 3항에 의한 재산권보장으로부터의 보상없는 지하수이용의 배제가 헌법에 반하는 것으로 보아 연방헌법재판소에 위헌여부의 심사를 제청했다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 다음과 같은 이유로 원고의 청구를 기각했다. 즉 동 재판소는 행정수용은 기본법 제14조 3항 2문에 따르면 그것이 법률에 근거하고 있으며 그 법률이 동시에 보상의 방법과 범위를 규정하고 있을 경우에만 허용된다. 보상규정이 없을 경우 수용법률은 헌법에 반하며 그것에 근거한 수용조치는 위법하다. 이러한 경우에 있어서 상대방은 법률상의 보상규정이 없어 수용보상을 요구할 수 없고 수용행위의 취소를 행정법원에 소구해야 한다. 그가 수용행위를 취소시키지 않게 된다면 보상의 소는 거절된다. 취소와 보상 사이의 선택권은 존재하지 않는다. 따라서 보통법원은 기본법 제14조 4항에 따라서 법률상의 보상이 주어졌는지의 여부만을 결정할 수 있다. 동법원이 법률상의 근거 없는 수용보상을 인정할 수 있는 권한은 없다고 하였다.

#### (2) 의미

- (i) 자갈채취사건의 결정이 손실보상제도와 관련하여 갖는 중요한 의미는 다음과 같다. 우선 연방헌법재판소는 연방보통법원 보다 협의의 수용개념을 취하고 있다.

39) BVerfGE 58,300.

연방보통법원의 견해에 따르면 수용이란 사회적 제약을 넘어서는 재산권에 대한 일체의 직접적인 침해이었다. 이에 반하여 연방헌법재판소는 재산권의 박탈(Entzug)을 척도로 삼고 있다. 즉 수용이란 일정한 공적임무의 수행을 위하여 의도적인 고권적 법적행위에 의하여 기본법 제14조 1항 1문상의 재산권을 완전히 또는 부분적으로 박탈하는 것이다. 따라서 결정적인 것은 침해의 강도나 질이 아니라 침해의 형식과 목적이다. 이러한 형식적 수용개념은 일정한 조치가 수용의 성질을 갖는지의 여부를 처음부터 확정지을 수 있게 한다.

- (ii) 기본법 제14조 3항의 수용으로부터 기본법 제14조 1항 2문의 내용 및 한계에 관한 규정은 구분되어야 한다. 재산권은 법제도로써 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 따라서 입법자는 일반·추상적 규율에 의하여 무엇이 개개의 경우에 헌법상 보호되는 재산권에 속하는지를 정해야 한다. 이 경우 입법자가 자유로운 것은 아니다. 입법자는 기본법 제14조 1항의 사유재산제도와 기본법 제14조 2항의 재산권의 사회적구속을 고려해야 하며 또한 비례적합성원칙, 신뢰보호원칙, 평등원칙, 재산권의 본질적 내용 등을 존중해야 한다. 객관적 법의 면에서 일반·추상적 규율에 의하여 행해지는 내용규정이 일차적이다. 이것이 비로소 구체적인 주관적 재산권을 근거짓는다. 헌법상의 정당한 방식으로 재산권이 되지 아니한 지위나 이익은 따라서 기본법 제14조 1항의 보호영역에 들어가지 않는다.
- (iii) 재산권의 내용을 정하는 법률규정은 헌법상의 한계를 넘어설 때에도 그것은 그 성질상 기본법 제14조 1항 2문의 규정일 뿐이다. 이 규정은 收用規範으로 전환되지 않으며 위헌·무효일 뿐이다. 그것에 근거한 조치는 보상을 요하는 수용이 아니다. 그것은 위헌적이며 무효인 법률에 근거한 것으로서 제일차적 권리구제에 의하여 취소될 수 있는 위법한 행위이다. 이로써 헌법이 예정하고 있는 재산권침해에는 다음의 4가지가 있다. 첫째는 내용을 정하는 법률에 근거한 재산권침해이다. 이것은 적법하며 보상없이 받아 들여져야 한다. 둘째는 위헌적인 내용규정에 근거한 재산권침해이다. 이것은 위법이다. 상대방은 수용보상을 요구할 수 없지만, 침해를 방어할 수 있고 권리구제수단으로 그것을 취소할 수 있다. 한편 보충적으로 보상규정이 있을 경우에는 그것에 따라야 하고 그렇지 않으면 수용유사적 침해의

법리에 따른 보상이 고려된다. 세째는 기본법 제14조 3항에 상응하는 법률에 근거한 재산권침해이다. 이것은 적법하며 수용보상을 가져다 준다. 끝으로 위헌적인 수용법률에 근거한 재산권침해가 있다. 이것은 위법이며 취소될 수 있다. 수용보상은 배제된다. 그러나 여기에서도 다른 규정 내지 원칙에 따른 보상이 고려된다.

- (iv) 이러한 관련하에서 기본법 제100조 1항에 따라 연방헌법재판소가 갖는 독점적인 무효결정권도 중요한 역할을 한다. 민사법원은 법률이 기본법 제14조 1항 2문 또는 기본법 제14조 3항 특히 불가분조항에 위반되어 위헌·무효라고 생각될 경우에 동법원은 기본법 제14조 3항을 직접 근거로 하여 보상을 지급할 수 없고 기본법 제100조 1항에 따라 연방헌법재판소에 위헌심사를 요청해야 한다.
- (v) 이 결과 상대방은 이전에 갖던 위법한 침해의 취소와 침해로 인한 손실보상 사이의 선택권을 더 이상 갖지 못한다. 침해가 위법할 경우 그는 취소해야 한다. 보상 청구권은 이러한 경우에는 나오지 않는다. 이차적 권리구제에 대한 일차적 권리구제의 우위원칙이 타당한 것이다.<sup>40)</sup>
- (vi) 보상을 요하는 내용규정이라는 법제도가 중요한 의미를 갖는다. 이 제도에 의하여 보상을 요하지 않는 내용규정과 보상을 요하는 수용 사이의 엄격한 분리가 다시금 완화되며 상대화된다. 이 제도를 탄생시킨 연방헌법재판소의 義務納本事件에 대한 결정은 다음과 같다.<sup>41)</sup> 헤센주의 출판법 제9조와 그것에 근거한 시행령에 따르면 모든 출판자는 출판물의 한 부를 무상으로 주의 중앙도서관에 교부할 의무가 있었다. 교부의무에 의하여 중앙도서관에는 모든 신간이 집적되며 열람될 수 있게 되었다. 이러한 납본의무에 대하여 한 출판자가 소를 제기했다. 그는 책을 많은 비용을 들여 그리고 몇 부 안되게 발행했으며 따라서 납본의무에 의하여 특별히 부담을 입게 되었다고 주장했다. 행정재판소로부터 이 사건을 기본법 제100조 1항에 따라 넘겨받은 헌법재판소는 납본의무는 수용이 아니라 내용규정으로 평가될 수 있으며 원칙적으로는 기본법 제14조 1항과 일치된다고 했다. 하지만 많

40) 이것은 일차적 권리구제가 가능하고 기대될 수 있을 경우에 한정될 것이다.

41) BVerfGE 58,137.

은 비용을 들여 소량 출판된 출판물의 무상의 교부의무는 비례에 적합하지 않고 평등에 반하는 부담이며 그러한 한도내에서 더 이상 기본법 제14조 1항에 의하여 보호될 수 없다고 했다. 따라서 동재판소는 義務納本規定이 납본의무를 예외없이 무상인 것으로 정하는 한에서는 위헌이라고 선언했다. 그러나 동재판소는 법률로 규정된 그러한 출판물의 교부의무에 대하여 출판자에게 상당한 보상이 지급될 경우에는 아무런 이의제기가 있을 수 없다고 했다. 이러한 결정으로부터 보상의무있는 내용규정이라는 독자적인 법제도가 발전된 것이다. 여기서 문제가 된 것은 전체적으로는 합헌적이나 특별한 경우에 특별희생을 가져오며 따라서 비례적합성원칙 및 평등원칙에 비추어 볼 때 적어도 전보를 요하는 기본법 제14조 1항 2문에 따른 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률이었다.

### (3) 영 향

#### 1) 학 설

이상의 연방헌법재판소의 결정으로 처음에는 수용은 본질적으로 제한되고 수용유사적 침해 내지 수용적 침해는 더 이상 유지될 수 없다는 견해가 제기되었다. 그러나 이러한 제도의 완전한 포기가 아니라 일종의 변경이 필요하다는 인식이 곧 지배적 견해가 되었다.<sup>42)</sup>

연방헌법재판소의 자갈채취사건의 결정은 재산권의 내용규정과 수용의 엄격한 분리, 형식적 수용개념의 채택, 선택권의 배제 등 몇가지 원칙적인 명제에 국한된 것이었다. 따라서 재산권침해의 보상에 관하여 각종의 설명이 가능할 수 있으며 현재 학설상 다양한 견해가 주장되고 예측이 행해지더라도 이것은 결코 놀라운 일은 아니다.<sup>43)</sup>

42) Maurer, a.a.O., S.639f. 참조.

43) Osterloh, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, DVBl.1991, 908 참조. 다양한 견해 중 본고는 주로 Maurer의 견해를 소개한다.

## 2) 판례

연방보통법원은 연방헌법재판소의 협의의 수용개념을 따르며,<sup>44)</sup> 동시에 수용유사적 침해와 수용적 침해를 계속하여 인정하고 있다.<sup>45)</sup> 협의의 수용개념은 나아가 이러한 청구권들이 인정될 수 있는 근거를 마련해 주고 있다. 수용은 의도적인 법적행위이어서 수용적 침해 및 수용유사적 침해와 적어도 부분적으로는 충돌되지 않기 때문이다. 또한 수용에 관한 연방헌법재판소의 판례는 연방보통법원을 새로운 방향으로 이끌고 갔다. 첫째 수용유사적 또는 수용적 침해로 인한 보상청구권은 더 이상 기본법 제14조가 아니라 판례법상의 일반적 희생보상사상에 근거를 두게 되었다. 이로써 연방보통법원은 역사적인 출발점으로 회귀하고 있다. 이 경우 희생보상청구권은 원래는 단지 적법한 침해를 대상으로 한 것이었지만 이미 바이마르시대에 제한적이긴 하나 위법한 침해에 확장되어 있었다. 둘째 연방보통법원은 취소와 보상 사이의 선택권을 포기했다. 물론 이로써 수용유사적 침해로 인한 보상이 일반적으로 없어지는 것은 아니다. 재산권침해행위에 대하여 권리구제수단을 동원하는 것이 가능하고 기대될 경우에만 배제된다. 일차적 권리구제의 우위는 연방보통법원에 의하여 민법 제254조상의 쌍방과실책임의 관점 위에서 실현되고 있다.

## Ⅲ. 손실보상제도의 현황

### 1. 기본법 제14조의 구조

기본법 제14조 3항의 수용규정은 기본법 제14조의 재산권규정 전체와 관련시켜 이해되어야 한다. 기본법 제14조 1항 1문이 출발점이 된다. 동조항은 재산권의 존속을 보장하고 있다. 즉 이것은 한편으로는 제도보장으로서 사유재산제도를 보장하며 다른 한편으

44) BGHZ 99,24,28; 연방헌법재판소도 비록 부수적으로 언급하고 있기는 하지만 수용유사적 침해를 민사판례에 의하여 실정법상의 불법행위의 책임구성요건의 보충을 위하여 발전된 개별법상의 제도로 인정하고 있다: BVerfG NJW 1992,36,37.

45) BGHZ 91,20,26ff.; BGHZ 90,17,29ff.

로는 개인이 가지고 있는 구체적인 재산권을 보호한다.<sup>46)</sup> 기본법 제14조 1항 1문의 재산권이 무엇인지는 구체화될 필요가 있다. 이것은 기본법 제14조 1항 2문에 따르면 입법자의 임무이다. 이 경우 입법자는 자유롭지 않으며 사실상으로는 자연적 소여와 사회적 관계를 고려해야 하며 헌법상으로는 기본법 제14조 1항 1문에 따른 사유재산제도와 기본법 제14조 2항에 따른 재산권의 사회적구속을 고려해야 한다.<sup>47)</sup>

이러한 재산권은 국가의 침해로부터 원칙적으로 벗어나 있다. 수용은 단지 예외적으로만 기본법 제14조 3항의 요건하에서 즉 공공복리를 위해서만, 법률에 의하거나 근거해서만, 보상을 전제로 해서만 허용된다. 보상은 재산권이 수용될 경우에 적어도 그 가치는 재산권자에게 유지되어야 함을 보장한다. 존속보장이 이 경우 가치보장으로 전환된 것이다. 기본법 제14조 3항이 물론 보상의 직접적 근거는 아니다. 구체적인 경우에 있어서 수용의 요건 뿐만 아니라 보상을 일반·추상적으로 규율하는 것은 입법자의 일이다.<sup>48)</sup> 따라서 보상청구권의 근거는 구체적인 경우에 있어서 기본법 제14조 3항이 아니라 기본법 제14조 3항의 요청에 적합한 수용법률이다. 이 경우 보상은 이미 확보되어 있다. 수용은 보상규정을 갖는 수용법률이 존재할 경우에만 행해질 수 있기 때문이다. 보상규정이 없을 경우 직접적으로 기본법 제14조 3항에 따라 보상되는 것이 아니라 수용 자체가 위법이며 허용되지 않는다.

## 2. 수 용

### (1) 개념요소

수용개념은 이미 살펴본 바와 같이 헌법과 사회의 발전에 따라 다양하게 사용되어 왔다. 수용에 관한 법률 또는 헌법상의 정의는 존재하지 않는다. 오늘날 판례와 다수설이

46) 우리의 경우도 마찬가지이다: 헌재 1993.7.29 선고, 92헌바20 참조.

47) 이에 대한 상세는 BVerfGE 52,1,29f.; 84,382,384f. 참조.

48) 따라서 구체적 사건에 있어서는 그때그때의 수용법률과 그것에 함께 규정되어 있는 보상규정이 결정적으로 중요하다. 하지만 수용의 법적 요건과 효과의 일반화는 개개의 법률규정의 체계적인 이해를 위하여 필요할 것이다.

취하는 수용이란 일정한 공적인 임무를 수행하기 위하여 의도적인 고권적 법적행위에 의하여 기본법 제14조 1항 1문상의 재산적 가치가 있는 법적지위의 전부 또는 일부 박탈하는 것이다.<sup>49)</sup> 이하에서는 그 개념요소를 살펴본다.

#### 1) 재산권의 박탈

수용의 대상인 헌법상의 재산권(Eigentum)은 민법상의 그것보다 광범하다. 기본법 제14조에 의하여 자유권의 실질적 토대가 확보되기 때문에, 문제되는 것이 물건 즉 부동산 및 동산에 대한 재산권인가 아니면 그 밖의 재산적 가치가 있는 권리인가는 중요하지 않다. 재산적 가치가 있는 사법상 권리는 모두 재산권에 포함된다. 그러나 재산적 가치가 있는 공법상 권리의 모두가 여기의 재산권은 아니다.

공법상의 권리가 재산권으로 인정되려면 그것이 국가의 승인 뿐만 아니라 자신의 이행에 기인한 것이어야 한다. 즉 그 권리가 재산권으로 인정되기 위해서는 자신의 노동이나 자본투자가 있어야 한다. 이러한 것이 전제되지 않은 예컨대 국가가 자신의 사회보장적 임무를 수행하기 위하여 일방적으로 베푸는 생존배려적 급부에 대한 권리는 재산권이 되지 않는다. 판례는 영업법상 허가로 인한 이익, 사회보장법상의 청구권 및 승계권, 실업보험금의 청구권, 과다하게 지불된 조세의 반환청구권 등은 재산권으로 인정한다.<sup>50)</sup> 반면에 공적부조청구권, 건축저축자에 대한 주거건축장려금, 보조금은 재산권에서 제외하고 있다.<sup>51)</sup> 특히 연방헌법재판소는 사회보장법상의 청구권은 이것이 상대방에게 배타적으로 그리고 사적이익으로 귀속되며, 적지 않게 상대방의 이행에 기인한 것이고, 상대방의 생존의 확보에 이바지할 것을 전제로 재산권이 된다고 한다.

재산적 가치있는 일체의 이익이 재산권이 되는 것은 아니다. 부동산, 영업, 저작권 등

49) 이러한 수용개념은 고전적 수용개념과 구분된다. 전자는 후자와 마찬가지로 형식적 개념이지만 그것을 넘어서고 있다. 이제 수용은 부동산·동산 뿐만 아니라 재산적 가치있는 일체의 법적지위를 대상으로 하고, 법률에 근거한 행정행위 뿐만 아니라 법률에 의해서도 행해질 수 있으며, 재산권의 양도 뿐만 아니라 단순한 권리상실에서도 존재할 수 있고, 공익을 위한 일정한 기업을 위해서 뿐만 아니라 일정한 공적임무의 수행을 위하여 일반적으로 행해질 수 있다. 이러한 개념이 과거 연방보통법원이 판례로 취했던 광의의 수용개념과 구별됨도 분명하다.

50) BGHZ 81,21,33f.; BVerfGE 53,257,289ff.(69,272,300ff.; 76,256,293); 72,9,18ff.; 70,278,285.

51) BVerfGE 2,380,399ff.; 48,403,412f.; 72,175,193ff.

에 불리한 영향을 미치지 않지만 아직 재산권침해가 아닌 고권적 조치가 있다. 재산권보장은 기회, 이익가능성, 기대 등이 아니라 구체적으로 현존하는 재산적 가치의 존속만 처음부터 그 대상으로 하고 있다.<sup>52)</sup> 기본법 제14조는 획득하는 것이 아니라 획득된 것을 보호한다. 즉 동조는 획득보호가 아니라 존속보호를 보장한다. 이 점으로부터 동조는 영업활동 및 직업활동의 보호와 이에 따른 이익획득의 보호를 목적으로 하는 기본법 제12조 1항과 구별된다. 한편 현존하며 실현가능한 가치적 요소는 그것이 기본법 제14조 1항 1문의 재산권보장에 포함될 경우에는 주목할만하다. 판례는 지하수, 상점 또는 주유소가 변화가에 접해 있다는 유리한 위치, 영업에 이득이 되어 왔던 경제 및 재정정책 등을 재산권으로 보지 않는다.<sup>53)</sup>

수용은 재산권을 전부 또는 일부 박탈(Entzug)할 때 존재한다. 이것은 대개 재산권의 새로운 권리주체에의 양도를 가져올 것이다. 그러나 이것이 결정적인 것은 아니다. 수용은 오로지 법적인 귀속관계의 해소, 바로 박탈과 그것과 결부된 권리 내지 재산의 상실에 존재한다. 전부의 박탈은 아무런 문제를 제기하지 않는다. 그러나 무엇을 일부의 박탈이라 볼 것인가는 의문이다. 우선 사실상의 관점에서 토지의 일부처럼 재산권대상의 일부에 대한 박탈이 이에 해당된다. 법적인 관점에서는 일부의 박탈은 법적으로 독립되어 있는 (재산권)일부와 관련된다. 예컨대 토지에 지역권이나 기타의 물권이 강제적으로 설정되면 일부의 박탈이 존재한다.<sup>54)</sup> 그러나 건축계획법 및 기념물보호법상의 이용 및 사용의 제한은 그것이 법적으로 독립된 재산권과 관련되지 않는 한 이것에 해당되지 않는다. 이것은 오히려 재산권의 내용규정의 구체화로 이해되며 경우에 따라 특별희생이 되면 보상의무있는 내용규정으로 보상될 것이다.<sup>55)</sup>

수용은 재산권자의 실질적인 권한이 아니라 형식적인 권리의 점유관계 및 법적 귀속관계와 관련되어 있다. 따라서 재산권의 법적 귀속관계는 유지되지만 재산권과 전형적으로 결합되어 있는 일체의 이용 및 처분권이 없어져 재산권이 형해화될 경우에도 수용법

52) BGHZ 62,96; 111,349,357f.; 117,236ff.; BGH, NJW 1975,1017; 1980,387.

53) BVerfGE 58,300,328ff.; BGHZ 57,359,361ff.; 45,83.

54) BVerfGE 56,249,260; BGHZ 120,38,40.

55) BGH DVBl. 1993,430; Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51(1992), S.236f.

상의 박탈이 존재하지 않는가 하는 의문이 제기된다. 이 경우 박탈은 긍정되어야 한다. 완전한 가치저하는 박탈과 동일시되어야 한다.

## 2) 의도적인 고권적 법적행위

수용은 그것이 의도적인 고권적 법적행위(Gezielter hoheitlicher Rechtsakt)에 의하여 이루어진다. 여기서 법적행위란 사실행위와 대칭되는 것으로서 문제가 되는 것이 법적이고 구속력을 갖는 조치이어야 하며, 고권적이란 私法行爲와 대칭되는 것으로서 그 조치가 공법에 속하는 것이고, 의도적이란 그 조치가 우연히 또는 그것의 부수적 효과로 재산권상실을 야기하는 것이 아니라 의식적이고 의도적으로 재산권의 박탈을 정향하고 있음을 의미한다.

수용은 법률에 근거한 행정행위에 의하거나 직접 법률에 의하여 행해진다. 전자를 행정수용(Administrativenteignung)이라 하고 후자를 입법수용(Legislativenteignung<sup>56)</sup>)이라 한다. 양자의 사이에는 행정입법 즉 법규명령 또는 자치법규에 의한 수용이 존재한다. 이것은 행정조치에 의한 것으로 행정수용이라 할 것이지만 그 조치의 성질상 경우에 따라서는 입법수용과 마찬가지로 취급될 것이다. 일반적인 것은 행정행위에 의한 수용이다. 이것은 수용의 집행행위적 성질을 고려할 때 당연하다. 입법수용은 예외적일 뿐만 아니라 예외적으로만 허용될 수 있다. 한편, 장래효를 갖는 기본법 제14조 1항 2문에 따른 새로운 재산권규정이 마련됨으로써 현존하는 재산권이 제거 또는 제한되는 경우도 있으나, 이 경우에는 입법수용이 아니라 다른 어떠한 원칙에 따라서 판단되어야 할 경과조치가 문제될 뿐이다.<sup>57)</sup>

56) 이를 Legalenteignung이라 하기도 한다(BVerfGE 58,300,331; 홍정선, 행정법원론(상), 1995, 485면). 그러나 문제가 되고 있는 것은 불법적 수용의 대칭으로서 법률적 수용이 아니라 행정에 의한 수용의 대칭으로서 입법에 의한 수용이므로, 이러한 표현은 잘못이라 한다(Maurer, a.a.O., S.649).

57) 이것은 기존의 사실관계 또는 법률관계에 영향을 미치는 새로운 법률을 제정할 경우 항시 제기되는 문제이다. 만약 입법자가 기본법 제14조 1항 2문에 따라 재산권을 새로이 규율할 경우 그는 그 법률이 기존의 상황에 어떠한 영향을 미칠 것인지를 고려해야 하며 그것이 상대방에게 수인할 수 없는 부담이 될 경우에는 경과조치에 의해 그 문제를 해결해야 한다. 이러한 수단의 하나가 보상금지급이다. 그러나 이 경우의 보상이 수용보상은 아니며 이익조절 또는 기본법 제14조 1항 2문의 보상일 뿐이다(BVerfGE 83,201,211ff.; Maurer, Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie, in: Festschrift für Dürig, 1990, S.307ff.)

### 3) 공적임무의 수행

수용은 그 목적을 개념요소로 한다. 수용은 공적임무의 수행 따라서 공익에 이바지해야 한다. 수용개념에 있어서 중요한 것은 이러한 목적이 재산권침해의 근거가 된다는 점 뿐이다. 구체적인 조치가 사실상으로 공적임무의 수행에 이바지하고 공공복리를 위하는지는 수용개념의 문제가 아니고 수용의 허용성 내지 적법성의 문제이다. 수용목적은 개념요소로 삼는 것은 무엇보다도 강제경매 등 공적임무의 수행을 목적으로 하지 않는 재산권박탈적인 조치로부터 수용을 구별하기 위해서이다.

#### (2) 허용요건

##### 1) 법률의 근거

수용은 법률의 근거(Gesetzliche Grundlage)를 필요로 한다. 수용은 직접 법률에 의하여 행해질 수도 있고 법률한 근거한 행정행위 등에 의하여 행해질 수도 있다. 전자를 입법수용이라 하며 후자를 행정수용이라 한다. 여기에서의 법률은 형식적 의미의 법률이다. 법률유보의 원칙에 의하여 의회입법자가 재산권에 대한 침해의 요건과 정도를 정해야 하기 때문이다. 법률의 근거는 행정행위 뿐만 아니라 행정입법에도 요구된다. 법규명령의 경우 이것은 이미 기본법 제80조 1항으로부터 명령되고 있다. 자치법규의 경우에도 이것은 법률유보의 원칙으로부터 도출된다.<sup>58)</sup>

입법수용은 단지 예외적으로만 허용된다. 연방헌법재판소는 행정수용 보다 입법수용의 경우 개인의 권리보호가 용이하지 않기 때문이라 한다. 그러나 이에 대한 권리보호도 동일하게 확대되어야 한다면, 그것의 참된 이유는 재산권박탈로서의 수용은 전형적인 행정의 임무로서 그것은 입법자가 권력분립과 법치국가원리를 고려하여 찬탈하지 않고 일반·추상적으로 정해준 것이라는 데에 있다.<sup>59)</sup>

58) 이에 대한 상세는 조태제, 조례의 법적 문제점, 한양법학, 1994, 57면 이하 참조.

59) 홍정선, 전게서, 485면; BVerfGE 24,367,401ff.; 45,297,330ff. 및 Maurer, a.a.O., S.653 참조.

## 2) 공공복리필요 및 비례적합성

수용은 공공복리(Wohle der Allgemeinheit)를 위하여 허용된다. 따라서 수용조치가 사실상으로 공공복리에 이바지하는지를 심사해야 한다. 국고적 이익 또는 단순한 공익으로는 충분하지 않다. 공공복리는 수용의 근거이자 한계이다. 공공복리의 개념은 너무나 광범하고 불확정적이기 때문에 그것은 수용법률에서 보다 구체화될 것이다. 이것은 입법자의 일이다.

수용은 비례적합성의 원칙(Grundsatz der Verhältnismaßigkeit)을 따른 것이어야 한다. 이것은 기본법 제14조 3항에 명시되어 있지 않지만 법치국가원리로부터 당연히 도출된다. 따라서 수용은 정당한 수용목적과 관련하여 그것이 적합하고 필요하고 상당할 경우에만 허용된다. 예컨대 수용목적이 덜 부담적인 다른 방식으로 이루어 질 수 있을 경우 가령 필요한 토지가 사법상의 매매계약으로 쉽게 획득될 수 있는 경우, 재산권의 박탈 대신에 물적 부담으로 충분할 경우 등에는<sup>60)</sup> 수용이 행해질 수 없다. 수용법률은 비례적합성의 원칙에 순응해야 하며 구체적 수용행위도 이를 충족시켜야 한다.

수용은 私法上의 주체를 위해서도 행해질 수 있다. 중요한 것은 수용이 행정주체를 위한 것인지 아니면 사기업을 위한 것인지가 아니라 수용에 의하여 추구되는 목적이다. 공공복리상 수용이 필요하다면 사기업을 위해서도 수용이 행해질 수 있는 것이다. 이러한 사인을 위한 수용(Enteignung zugunsten Privater)은 우선 가령 주민에게의 전기공급이라는 공적 임무를 수행하는 사법상의 에너지공급기업을 위하여 수용이 행해지는 경우와 같이 공공복리가 직접 기업활동으로부터 나오는 경우에 가능하다.<sup>61)</sup> 또한 수용에 의한 기업의 확장이 일차적으로는 사인의 이익에 이바지하지만 동시에 지역의 경제구조의 개선 또는 일자리의 창출에 이바지하는 경우와 같이 공공복리가 단지 기업활동의 간접적 효과일 경우에도 이러한 수용이 가능할 수 있다.<sup>62)</sup> 하지만 입법자는 이러한 사인을 위한 수용의 경우에는 수용의 목적이 사실상으로 달성되고 계속 확보되도록 보장해야 할 것이다. 따라서 입법자는 연방헌법재판소에 따르면 수용의 목적을 정확히 설정하

60) BGHZ 113,139,146.

61) BVerfGE 66,248,257f. 참조.

62) BVerfGE 74,264,284ff. 참조.

고 수용의 요건 및 조사의 절차를 스스로 확정지으며 수용으로 추구된 공공복리의 계속적인 확보를 위한 충분한 준비조치를 해야 한다.<sup>63)</sup>

### 3) 보상규정의 존재

기본법 제14조 3항 2문은 수용이 보상될 것 뿐만 아니라 수용을 허용하고 있는 법률 자체가 보상의 종류와 범위를 정할 것까지도 요청한다. 수용규정과 보상규정이 하나의 법률로 정해져야 한다는 이러한 요청을 보통 不可分條項(Junktimklausel)이라 한다. 수용의 근거법률에 보상규정이 없거나 그 보상규정이 기본법 제14조 3항의 요청에 상응하지 못할 경우에는 행정청이나 법원이 이를 개선할 수 없으며 또한 기본법 제14조 3항을 직접적 근거로 하여 보상을 지급할 수 없다. 이러한 법률은 불가분조항을 위반했다는 이유로 위헌·무효가 되며 따라서 보상을 위한 아무런 법적 근거가 없게 된다.<sup>64)</sup>

불가분조항은 보호기능, 경고기능, 권한기능을 갖고 있다.<sup>65)</sup> ㉠ 이것은 개인의 보호에 이바지한다. 즉 불가분조항은 보상이 수용의 요건이 되게 하며 보상을 법률로써 확보하는 의미를 갖는다. ㉡ 불가분조항은 입법자에게 경고하는 의미를 갖고 있다. 즉 의도한 침해가 수용의 성질을 갖게 되면 그것은 예산에서 보상되어야 한다는 점을 입법자가 의식하도록 한다. ㉢ 불가분조항은 의회의 예산결정권 내지 예산특권을 보장해 준다. 즉 불가분조항은 행정청 및 무엇보다도 법원이 기본법 제14조 3항을 근거로 하여 독자적으로 보상여부를 결정짓는 것을 저지한다.

불가분조항은 전형적인 침해와 관련되며 그 보상을 충분할 정도로 명확하게 규율하는 규정을 요구한다. 어떠한 조치가 수용에 해당할 경우를 미리 배려한 「이 법률에 근거한 조치가 수용에 해당한다면 상당한 보상이 금전으로 지급되어야 한다」는 형식의 救濟的 補償條項(Salvatorische Entschädigungsklausel)은 이제 불가분조항을 충족시키지 못할 것이다.<sup>66)</sup> 구체적 보상조항은 과거 연방보통법원의 광의의 수용개념으로부터 도래했

63) 이것이 일반·추상적 법률에 의하여 언제나 달성될 수 있을지는 의문이다. 따라서 연방헌법재판소는 구체적 사업에 한정된 개별적 수용법률의 가능성을 지적하고 있다(BVerfGE 74,264,285f,297).

64) BVerfGE 4,219,228ff.; 정하중, 독일 Bonn기본법 14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 23조 3항의 해석(하), 사법행정, 1992.10, 29면 참조.

65) 이에 대한 상세는 정연주, 공용침해와 불가분조항, 고시연구, 1992.4 참조.

66) BVerwGE 84,361,364ff. 참조. 한편 이에 반대되는 판례로는 BGHZ 99,24,27f.; 105,15,16ff.;

다. 수용이란 희생의 한계를 넘어서는 재산권에 대한 일체의 침해이고 결국 수용여부는 재산권침해의 결과에 좌우되었다. 따라서 수용 및 보상지급의 여부와 시기를 미리 확실히 정하는 것은 종종 불가능했다. 구체적 보상조항은 이러한 사실상의 어려움을 극복하기 위한 도구이었다. 그러나 연방헌법재판소의 협의의 수용개념 하에서는 이러한 어려움은 나타나지 않는다. 협의의 수용이란 예측가능하며 따라서 확정될 수 있는 의도된 재산권침해이기 때문이다. 불가분조항은 연방헌법재판소가 형식적 수용개념을 취하게 한 하나의 원인이라 할 수 있다. 사실 형식적 수용개념을 취하면서 불가분조항을 엄격히 적용할 것인가 아니면 광의의 수용개념에 서면서 불가분조항의 엄격한 적용을 포기할 것인가의 선택만 남아 있기 때문이다.

#### 4) 수용절차

수용은 법률상 그리고 사실상의 일체의 중요한 관점 특히 상대방인 시민의 이익을 충분히 고려하고 형량하도록 하는 수용절차(Enteignungsverfahren)에 근거해서만 행해질 수 있다. 이것은 기본법 제14조 3항에 명문화되어 있지는 않지만 기본권의 절차법적 의미(조직과 절차에 의한 기본권실현)로부터 도출될 수 있다.<sup>67)</sup> 이 경우 행정절차법 제63조 이하의 형식적절차의 적용여부가 문제된다. 개별적인 수용법률이 이를 명시적으로 명령할 경우에는 그러할 것이나, 대개의 경우 당해법률 스스로 수용절차를 세밀히 규정하고 있거나 다른 수용법률상의 절차규정을 준용하도록 하고 있다.

### 3. 보상을 요하는 내용규정

#### (1) 근거 및 의미

보상을 요하는 내용규정(Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)은 기본법 제14조 1항 2문에 따라 제정되는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률과 관련된다. 재산권의

110,12,14 등이 있다.

67) Kimminich, in: Bonner Kommentar, 1992, Art 14 Rn.108.

내용과 한계를 정하는 법률로부터 또는 그 집행으로부터 나오는 재산권침해는 원칙적으로 아무런 보상없이 받아 들여져야 한다. 그러나 이것이 예외없이 언제나 타당한 것은 아니다. 기본법 제14조 1항 2문에 따른 법률도 예외적인 경우에는 비례원칙상 더 이상 수인할 수 없는 특별한 부담이 될 수 있다. 이러한 예외적인 경우에 보상이 지급됨으로써 과도한 부담은 완화될 수 있고 이로써 헌법상의 비례원칙 및 재산권보장에의 위반은 회피될 수 있다. 즉 입법자가 재산권의 내용과 한계를 규정함에 있어 사전에 보상규정을 마련함으로써 당해 규정은 합헌이 되는 것이다. 이로써 기본법 제14조 3항에 따른 수용으로 인한 보상청구권과는 구별되는 하나의 새로운 보상청구권이 인정된다. 이러한 제도는 1981년 연방헌법재판소가 의무납본사건에 대한 결정으로써 확립한 이래 하나의 새로운 법제도로 정착되어 있다.<sup>68)</sup>

보상을 요하는 내용규정은 수용에 관한 연방헌법재판소의 판례를 보충하는 기능을 갖는다. 기본법 제14조 3항에 따른 보상있는 수용과 기본법 제14조 1항 2문에 따른 보상없는 재산권의 내용규정이 모든 것일 수 없다. 보상을 요하는 내용규정도 존재한다. 이것은 한편으로는 공익을 위한 재산권의 사회적 구속을 가능하게 하고 다른 한편으로는 그것으로부터 나타나는 개별적인 경우에 있어서의 특별한 희생을 보상하기 위한 방도이다. 일부 견해는 이 제도에 의하여 연방보통법원이 취했던 종래의 수용개념이 기본법 제14조 1항 2문을 통하여 다시금 나타난다고 비판한다. 과도한 부담이 언제 존재하는가의 문제는 수용과 재산권의 사회적구속을 구별하기 위하여 종래 사용되던 척도에 의하여 다시금 측정되기 때문이다. 이 경우 중요한 것은 침해가 중량, 강도 그리고 계속성에 비추어 볼 때 상대방에게 수인가능한가 하는 점이다. 평등원칙도 중요한 역할을 한다. 그러나 종래와는 차이점이 존재하며, 그것은 입법자가 보상규정을 마련해야 하고 따라서 구별기준도 정해야 한다는 것이다.<sup>69)</sup> 예컨대 상황구속성은 종전에는 사물로부터 추론되는 구별기준이었으나 이제는 법률 자체로부터 나타나야 한다. 재산권의 내용규정에 필요한 보상규정이 없을 경우 행정청 및 법원이 스스로 보상을 지급할 수는 없고 당해규정은 그것이 특별한 희생을 야기하는 한 헌법에 반하는 것이 된다. 따라서 연방헌법재판소

68) BVerfGE 79,174,192; BVerwGE 77,295,297f.; 80,184,191f.;81,329,340; BGHZ 102,350,359f.; 110,12,16; BGH DVBl.1993,430.

69) Maurer, a.a.O., S.667.

도 의무납본사건의 결정에서 당해 법률이 보상규정을 두고 있지 않아 아무런 보상을 인정하지 않고 그 법률을 위헌이라 했다.

## (2) 적용영역

보상을 요하는 내용규정이 특히 문제되는 곳은 환경법의 영역이다. 이것은 예컨대 고권적으로 관리되고 있는 시설로부터 비례에 어긋날 정도로 심각하게 공해가 발생할 경우, 기념물보호 내지 자연보호를 위하여 비례에 어긋날 정도를 과도하게 재산권의 사용이 제한될 경우 등에 고려될 수 있다. 공해에 대해서는 이미 상당한 법률규정이 존재한다. 예컨대 연방원거리도로법 제8a조는 도로공사 및 그것이 원인이 된 출입장애에 의하여 도로에 접한 소매점과 기타의 일반영업이 그 존립에 있어 위협하게 될 경우 보상청구권을 인정하고 있다. 연방공해방지법 제42조에 따라 교통소음이 일정한 한계치를 초과할 경우, 행정절차법 제74조 2항 3문에 따라 계획확정된 시설이 인근토지에 대하여 불리한 영향을 미칠 경우 등에도 보상청구권이 인정되고 있다.<sup>70)</sup>

기념물보호법, 자연보호법 등에는 현재 연방보통법원의 종래의 판례와 관련하여 마련되었던 구체적 보상조항만이 존재하고 있다. 따라서 이러한 구체적 보상조항이 기본법 제14조 1항 2문에 따른 보상청구권을 위한 충분한 법적근거가 될 수 있는지가 문제이다. 연방행정법원은 적어도 과도기간 동안은 그러하다고 긍정하고 있다. 지배적 견해는 무제한적으로 그러하다고 한다. 이러한 견해가 옳다. 구체적 보상조항은 아무런 의미도 갖지 않는다고 말할 수 없다. 이 조항은 적어도 입법자가 이러한 경우에 원하는 것은 보상부 침해이지 그 선택으로서 침해의 포기가 아님을 표현해 주기 때문이다.<sup>71)</sup>

70) 이들의 경우에 있어서 보상은 궁극적인 수단이다. 보상은 침해가 다른 방법으로 특히 권리구제장치에 의하여 저지 또는 완화될 수 없을 경우에 고려된다. 한편 헌법상으로 명령된 것 보다 더 많은 것을 입법자가 수여할 수 있음도 고려되어야 한다. 이것은 일부는 한계치를 초과하고 일부는 한계치를 밑도는 소음공해를 포괄하고 있는 행정절차법 제74조 2항 3문상의 보상청구권에 있어서 그러하다(BVerwGE 77,295,297; BGH NJW 1993,1700 참조). 이 경우 양자의 차이는 무엇보다도 상응한 보상규정이 없을 경우에 나타난다. 전자의 경우 재산권을 제한하는 규정은 위헌이 되나 후자의 경우 그것은 헌법상 다투어질 수 없다.

71) BVerwGE 84,361,367f.; Scherzberg, Die Subsidiarität des enteignungsgleichen Eingriffs, DVBl.1991, 91.

### (3) 보상청구권의 요건

기본법 제14조 1항 2문에 따른 보상이라는 도구는 임의적으로 설치되지 말아야 한다. 이것은 다만 재산권의 침해가 모든 관점을 형량해 보아 도대체 필요할 경우에 그리고 이것이 긍정되더라도 그러한 침해사례를 전체의 규정에 포함시키는 것이 객관적으로 명령될 경우에 허용된다. 따라서 침해사례에 대하여 예외적 규율이 가능한지의 여부 또는 비례에 적합치 아니한 특별희생이 다른 방법으로 회피될 수 있었는지의 여부가 우선적으로 심사되어야 한다. 이것은 존속보장의 우위원칙으로부터 나오는 당연한 결과이다. 기본법 제14조 1항 2문에 따른 특수한 보상규정 또한 이것에 상응해야 한다. 구체적 보상조항의 적용은 이것에 정향되어야 한다.

구체적인 경우에 있어 다음의 요건하에서 보상이 주어진다. 즉 ㉠ 재산권이 ㉡ 그 내용 내지 한계를 정하는 법률규정에 의하여 ㉢ 특별하고 수인할 수 없을 정도로 침해되고 ㉣ 이와 관련하여 법률에 보상규정이 존재해야 한다.

## 4. 수용유사적 침해

### (1) 의의 및 근거

수용유사적 침해는 재산권에 대한 위법한 침해와 관련된다. 종전의 견해에 따르면 수용유사적 침해(Enteignungsgleicher Eingriff)란 廣義의 收用의 하나로서 당해 조치가 위법함으로써 바로 특별희생의 성질을 갖는 재산권침해이었다. 특별희생은 위법성이 있으면 인정되었고 따라서 사회적제약과 특별희생의 구별이론에 의한 별도의 심사는 여기에서는 필요가 없었다. 연방헌법재판소의 자갈채취사건의 결정 이후 수용유사적 침해의 보상은 법적인 근거를 잃게 되어 그 존부가 문제되었다. 그러나 이러한 보상청구권은 일부 제한되거나 수정된 모습으로 계속 존속하는 것으로 판명되고 있다.

연방보통법원은 이제는 수용유사적 침해의 법리의 근거를 기본법 제14조 3항 또는 기본법 제14조가 아니라 판례법으로 형성된 프로이센국 일반국가법 서장 제74조 및 제75조상의 희생보상사상에서 구하고 있다.<sup>72)</sup> 그러나 이러한 주장은 희생보상청구권이 일체

의 손실보상청구권의 근원적 근거가 될 경우에만 정당할 수 있다. 수용유사적 침해의 법리는 오히려 기본법 제14조 1항에 근거한다고 볼 것이다.<sup>72)</sup> 수용유사적 침해의 법리는 재산권보호의 세번째 단계의 것이다. 재산권침해의 방어라는 첫번째 단계의 방해배제청구권과 사실상으로 박탈된 재산의 반환을 목적으로 하는 두번째 단계의 결과제거청구권이 효력이 없을 경우에, 세번째 단계로 상대방에게 재산권을 填補해 주는 수용유사적 침해의 보상이 가능하게 된다. 이 청구권은 모두 기본법 제14조 1항에 근거를 두고 있지만, 개별법률 또는 필요할 경우에는 판례에 의하여 구체화되고 형성되는 것이다. 이러한 단계적 순서에 의하여 동시에 침해방어라는 일차적 권리구제가 손실보상이라는 이차적 권리구제 보다도 우선할 것이다.

## (2) 요건

수용유사적 침해란 재산권에 대한 위법한 직접적인 고권적 침해이다. 수용유사적 침해가 되기 위한 적극적, 소극적 요건은 다음과 같다. 후자는 일차적 권리구제의 우선의 원칙으로부터 나오는 당연한 결과이다.

### 1) 적극적 요건

#### ① 재산권

수용 및 보상을 요하는 내용규정에서와 마찬가지로 수용유사적 침해는 기본법 제14조 1항의 재산권을 그 대상으로 한다. 따라서 수용개념에서 설명된 재산권이 여기에서도 그대로 타당하다.

#### ② 고권적조치인 침해

침해로서는 일체의 고권적 조치가 고려된다. 법적행위 뿐만 아니라 사실행위도

72) Ossenbühl은 수용유사적 침해의 보상은 관습법으로서 계속 타당하다 한다(Ders, Staatshaftungsrecht, 1991, S.185).

73) Maurer, Festschrift für Dürig, 1990, S.314ff.; Ehlers, VVDStRL 51(1992), S.243.

문제된다. 여기서는 사실행위가 오히려 중요한 역할을 할 것이다.

우선 입법행위(Rechtsetzung)가 침해조치일 수 있는지가 문제이다. 연방보통법원은 위법한 법률하위적 법규범 특히 법규명령 및 자치법규에 대해서는 긍정적이지만,<sup>74)</sup> 위헌적인 법률 및 그 법률의 집행에 대해서는 부정적이다.<sup>75)</sup> 위헌적 법률에 대한 보상책임의 배제는 국가재정에 미치는 엄청난 효과, 의회가 갖는 예산확정권, 법정책적인 각종의 해결가능성 등을 그 이유로 한다. 위헌적 법률에 의해 야기된 손실의 보상은 판례법인 수용유사적 침해라는 책임제도로 해결될 것이 아니라 입법자의 규율에 유보되어 있다고 보는 것이다. 결국 사법권의 기능적 한계를 고려한 이론이다. 그러나 만일 그러하다면 입법자는 위헌적 법률의 효과를 단순히 방치해서는 안되며 기본법 제14조 1항의 근거 위에서 손실을 전보하거나 적어도 최소화해야 할 방도를 모색할 의무가 있는 것이다. 동법원이 재정에 대한 영향을 언급하는 것도 설득력이 없다. 효력의 범위에 있어서 제한적인 법률 특히 처분적 법률도 있고 상당히 광범한 효력을 갖는 법규명령도 있기 때문이다.<sup>76)</sup> 그러나 법률과 법률하위적 규범이라는 형식적인 구별은 간편하면서도 전형적인 상황에 상응하는 구별기준이 됨은 분명하다. 어느 견해에 의하든 법규명령과 조례는 그 자체가 재산권에 대한 침해조치일 수 있다.

행정의 부작위(Unterlassen)가 침해조치일 수 있는가도 문제이다. 연방보통법원은 「단순한 부작위」에서는 수용유사적 침해의 보상을 부정하나, 부작위가 「예외적으로 상대방의 권리를 침해하는 성질을 가질」 경우에는 이를 긍정하고 있다. 동법원은 건축허가신청에 대한 거부처분은 加重된 부작위로서 재산권침해이나 그 신청에 대한 부작위는 단순한 부작위로서 재산권침해가 아니라 한다.<sup>77)</sup> 이러한 가중된 부작위(Qualifiziertes Unterlassen)에 대한 평가는 올바르다고 볼 수 있다. 건축허가의 거부는 형식적으로는 수익적 행정행위의 거부

74) BGHZ 111,349,352f.; 78,41,43; 92,34,36; 110,1. 이에 대한 구체적 판례의 검토로는 조태제, 조례의 법적 문제점, 한양법학, 1994, 79면 이하 참조.

75) BGHZ 100,136,145ff.; 102,350,359.

76) Schenke, NJW 1988, 857ff.

77) BGH DVBl.1971,464.

이지만 실질적으로는 자유와 재산권에 대한 진정한 침해이기 때문이다. 그러나 판례는 가중된 부작위를 너무 좁게 인정하고 있다. 허가여부의 결정이 지체될 경우에도 재산권자는 무엇인가를 즉 자신의 토지에 건축할 수 있는 가능성을 빼앗기기 때문이다. 따라서 건축청의 그러한 태도는 일시적 이용제한이 된다. 이러한 판례에 대한 비판으로 작용해야 할 법적의무(Rechtspflicht zum Handeln)가 존재할 경우에는 언제나 부작위에 의한 침해가 긍정되어야 한다는 견해도 있다.<sup>78)</sup> 하지만 『어떠한 것을 빼앗겼다』는 의미의 實體侵害의 척도는 포기될 수 없다. 건축허가 또는 영업허가의 신청에 대하여 그 처리를 지연할 경우 이러한 실체침해라는 척도는 주어져 있다. 그래서 이제는 언제로부터 그것이 위법이 될 것인가가 문제이다. 이것은 개개의 상황에 달려 있다고 보아야 할 것이다.

### ③ 침해의 직접성

연방보통법원은 침해의 목적성 즉 침해가 의욕되고 목적되어야 한다는 종전의 견해를 더이상 따르지 않는다. 군대의 연습사격에서 총탄이 빗나가 숲속에 놓여 있던 목재에 맞아 화재에 의하여 그것을 사용치 못하게 된 사건에서, 동법원은 침해는 분명 의욕된 것은 아니지만 총탄이 빗나가 『직접적으로』 목재를 사용치 못하게 하였음을 인정하고 있다.<sup>79)</sup> 재산권에 대한 의도적인 침해를 요건으로 하는 수용과는 달리 수용유사적 침해에서는 고권적 조치가 직접적으로 재산권침해를 야기하는 것으로 충분한 것이다. 직접성(Unmittelbarkeit)은 보상 책임을 한정짓는 중요한 기준이 된다. 직접성에 통상적으로 결부되어 있는 침해와 손상 사이에 다른 사정이 개입되지 말아야 한다는 관념은 중요하지 않다. 오히려 책임의 평가적인 귀속이 중요하다. 따라서 침해가 재산권손상이라는 효과를 가져오며 그 손상이 당해 행정활동에서는 전형적인 것이고 고권적 조치의 성질로부터 나타난 것일 경우에는 직접성은 존재한다.<sup>80)</sup>

78) Ossenbühl, a.a.O., S.212ff.

79) BGHZ 37,44,47.

80) BGHZ 92,34,41f.; 102,350,358.

## ④ 침해의 위법성

수용유사적 침해를 재산권에 대한 다른 침해로부터 구별시켜 주는 것은 침해 조치의 위법성(Rechtswidrigkeit)이다. 본래 이론상 추가적으로 존재해야 하고 입증되어야 할 특별희생이 이제는 위법성에 존재하고 있다.<sup>81)</sup> 그 근거는 침해가 위법하다는 사실에 의하여 상대방에게는 타자에게서 기대되지 않은 특별한 희생이 가해져 있다는 점이다.

## 2) 소극적 요건

## ① 일차적 권리구제의 우위

재산권보장은 일차적으로는 존속보장을 목적으로 한다. 상대방은 위법하게 그의 재산권이 침해될 경우에 그 침해를 방어하여 재산권의 존속을 계속 유지할 수 있다. 그러나 구체적인 경우에 있어 그러한 방어가 가능하지 않거나 기대될 수 없어 재산권의 존속보호가 더이상 효과가 없거나 충분하지 않다면 보상이 주어져야 한다. 따라서 보상은 배제되는 것이 아니라 제2선으로 물러나 그 곳에서 보충적 수단으로 준비되어 있는 것이다. 일차적 권리구제와 이차적 권리구제의 관계는 이에 상응한 것이다.

이러한 논리는 위법한 수용에서도 타당하다. 연방헌법재판소의 자갈채취사건의 결정은 이와 대립하지 않는다. 동재판소는 수용보상은 기본법 제14조에 상응하는 보상규정을 갖는 수용법률에 근거해서만 주어진다고 한다. 이것은 옳바르다. 보상규정이 없거나 그것이 기본법 제14조 3항의 요청을 충족시키지 못할 경우에 수용은 위법이다. 상대방은 보상으로 만족할 필요는 없고 수용을 일차적 권리구제의 방법으로 취소할 수 있다. 또한 만약 그가 재산권박탈을 수인하지 않으려면 수용을 취소해야 한다. 그러나 문제는 구체적인 경우에 있어 일차적 권리구제가 아무런 효력이 없을 경우이다. 동재판소는 「행정행위의 취소를 지시하는 것이 상대방에게 기대할 수 없는 부담이 되는 것은 아니다」고 한다. 이것

81) BGHZ 32,208,212; 58,124,127.

은 수용의 경우에는 항시 적절할 수 있다. 그럼에도 불구하고 그 취소가 구체적인 경우에 있어서 가능하지 않거나 기대될 수 없을 경우가 문제이다. 동재판소는 기대가능성으로써 이 문제를 해결하고 있다. 기대가능성이 없다면 일차적 권리구제는 요구될 수 없다. 이 경우 상대방은 적법한 수용을 전제로 하는 기본법 제14조 3항에 따른 수용보상은 받지 못한다. 그러나 수용유사적 침해의 법리에 따른 보상은 이로써 자유롭게 된다. 이러한 보상에 의하여 기본법 제14조 3항이 침해되는 것은 아니다. 왜냐하면 동조항은 위법한 수용의 결과에 대하여 규정하는 것이 아니라 적법한 수용의 요건에 대해서만 규율하고 있기 때문이다. 기본법 제14조 3항의 법률유보는 수용보상에만 적용된다. 이것이 다른 방법으로 근거지워진 보상청구권을 배제하는 것은 아니다. 시민의 보호를 목적으로 하는 법률유보가 시민의 보상청구로부터 국가를 보호해 주며 따라서 시민에 대한 것이 된다는 것도 어색하지 않을 수 없다.<sup>82)</sup>

재산권박탈의 효과를 갖는 의도적인 고권적 법적행위가 아니라 사실행위 또는 의도적이지 아니한 법적행위가 문제될 경우에 이것은 더욱 더 타당하다. 기본법 제14조 3항은 이러한 침해를 대상으로 한 것이 아니며 따라서 이러한 침해에 대한 보상을 금지시킬 수 있는 효력을 가지고 있지 않다. 그러나 이 경우에도 일차적 권리구제가 우선함은 마찬가지이다. 다만 침해의 방어를 허용하지 않는 경우가 이러한 영역에서는 아주 빈번할 것이다.

아 물론 행정행위에 의한 수용에서는 대개 일차적 권리구제가 효과가 있을 수 있다. 그러나 특히 즉시 집행되어 버리는 사실행위에서는 일차적 권리구제는 의미가 없다. 중요한 것은 상대방이 재산권침해를 수인해야 하는가의 여부이다.

82) 한편 상대방에게 방어와 보상 사이의 선택권을 인정하는 것이 잘못인지는 분명치 않다. 재산권의 경우 상대방은 보상을 대가로 하여 자신의 권리를 포기할 수 있다고 볼 것이다. 수용법은 헌법상의 비례적합성원칙의 구체화에 있어서 우선적으로는 토지가 수월하게 획득될 것과 후의 수용절차 동안에도 당사자간의 호의적인 합의가 이룩될 것을 요구하고 있다. 위법할지라도 토지가 박탈된 경우에 그 사실에 만족하고 이제 보상을 대가로 하여 그 박탈에 동의하는 것이 왜 상대방에게 거절되어야 하는지가 의문이다. 또한 상대방이 적시에 쟁송하지 않았다고 하여 국가가 위법하게 획득된 재산적 이득을 대가없이 유지할 수 있는 것도 아니다. 이 경우 부당이득반환청구도 생각될 수 있다.

이 경우 법적인 수인의무 뿐만 아니라 사실상의 수인의무도 중요하다. 즉 재산권침해에 대한 방어가 법적으로 가능한지의 여부 뿐만 아니라 그것이 사실상으로 실현될 수 있는지의 여부도 중요하다.

## ② 민법 제254조의 유추적용

일차적 권리구제의 실현에 있어서 연방보통법원과 다수설은 민법 제254조의 쌍방과실책임(Mitverschulden)을 유추적용하고 있다.<sup>83)</sup> 이것은 옳바르다. 상대방은 침해행위의 취소나 다른 권리구제수단의 사용에 의하여 재산권침해를 방어 또는 경감하기 위하여 가능한 것 및 기대되는 것을 해야 한다. 따라서 구체적인 경우에 있어서 ① 도대체 적합한 권리구제수단이 존재하는가, ② 그 수단의 사용이 객관적으로 기대가능한가, ③ 그 수단을 사용하지 않은 것이 상대방의 귀책사유로써 비난될 수 있는가 등이 심사되어야 한다. 기대가능성을 검토함에 있어서는 그때그때 나타나는 침해의 적법성에 대한 의혹, 일차적 권리구제와 결부되는 비용위험, 일차적 권리구제의 기간 및 효율성 등이 고려되어야 한다.<sup>84)</sup> 이 경우 상대방에게 과실이 있을 경우 연방보통법원은 보상청구권이 경감되는 것이 아니라 발생하지 않는다고 한다. 그러나 이 주장은 그 근거로 인용되고 있는 민법 제254조에 비추어볼 때 설득력이 없다. 또한 국가가 일차적으로는 위법한 작용을 하였고 따라서 그것에 대하여 책임을 져야 한다는 사실도 부정되어서는 아니될 것이다. 국가는 상대방이 위법한 국가작용에 대하여 방어할 수 있었다는 것만을 이유로 하여 자신이 행한 위법작용의 효과를 완전히 회피할 수 없기 때문이다. 따라서 오히려 민법 제254조의 무제한적인 유추적용이 적절할 것이다.

83) BGHZ 90,17,31ff.; 91,20,24; 92,34,50; 110,12,14ff.; Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rn.434ff. 한편 민법 제839조 3항을 유추적용하는 견해로는 Ehlers, a.a.O., S.245가 있다.

84) 정연주, 재산권보장과 수용유사침해 -독일의 관련 판례와 학설을 중심으로-, 고시연구, 1991.5, 109면 이하 참조.

## 5. 수용적 침해

### (1) 존속여부

연방최고재판소에 의하여 발전된 수용적 침해(Enteignender Eingriff)의 보상이란 적법하게 행해진 행정작용의 - 대개 이례적이고 예측할 수 없는 - 부수적 효과에 의하여 재산권이 침해되고 그 침해가 상대방에게 특별희생이 될 경우에 그것은 보상되어야 한다는 것이다.

수용적 침해의 법리가 앞으로도 계속 존속할 수 있을가에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 이것은 연방헌법재판소의 자갈채취사건의 결정 때문이 아니다. 동판례상의 수용에서는 의도적인 고권적 법적행위가 문제이었던 반면에 여기서는 의도적이지 않은 사실행위가 문제되므로 아무런 충돌은 일어나지 않기 때문이다. 일차적 권리구제의 우위가 이유일 수도 없다. 수용적 침해에서 문제되는 사실행위의 다수는 방어 또는 부작위의 訴에 의하여 저지 또는 예방될 수 없기 때문이다. 이유는 보상을 요하는 내용규정 때문이다. 양 제도의 도그마를 비교할 경우 양자 모두에서 일반적으로는 내용제한으로 보상없이 받아 들여져야 하지만 예외적으로는 특별희생이 됨으로써 전보되어야 할 재산권침해가 문제되고 있다. 구체적 사례도 광범하게 일치된다. 수용적 침해의 대표적인 예로 언급되고 있는 도로공사로 인한 인접한 토지에의 과도한 제한은 바로 보상의무있는 내용결정의 전형적인 예이기도 하다. 이러한 침해가 이례적이며 예측될 수 없는 것이라던 종전의 주장은 오늘날 더 이상 타당하지 않다. 그간에 다수의 법률이 제정되어 있다는 사실은<sup>85)</sup> 이미 이것은 일반·추상적으로 정해질 수 있고 따라서 보상규정의 대상이 될 수 있음을 보여주고 있다. 따라서 수용적 침해는 보상을 요하는 내용규정에 편입될 수 있다는 것이다.<sup>86)</sup> 이것은 재산권침해는 법률로 규율되고 경우에 따라서는 보상규정에 의하여 전보되어야 한다는 기본법 제14조 1항 2문의 요청에도 어울리는 것이다.

문제는 수용적 침해 중 보상을 요하는 내용규정에 포괄되지 않는 부분이 있을까하는

85) 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 고시연구, 1994.3, 110면 참조.

86) Maurer, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl. 1991, 783ff.

점이다. 이것은 우연이나 사고로<sup>87)</sup> 인한 손실 즉 통상적 범위를 넘어서는 따라서 사실상 예견될 수 없는 재산권에 대한 침해의 경우에는 긍정될 수 있다. 적법한 하수도공사 중 우연히 입게 된 건축물의 훼손이 그 예이다. 그러나 도로공사에 의하여 특별히 오랫동안 계속되는 영업침해의 경우 등에는 이것은 긍정될 수 없다. 이러한 침해는 예외적이라 할지라도 그러한 공사의 전형적인 효과이기 때문이다.

수용적 침해는 행정작용 자체는 적법하나 그 결과가 위법하다는 점에서 침해작용과 그 결과가 모두 위법한 수용유사적 침해와 구별된다. 이러한 관념은 행정작용과 그 효과의 구별을 전제로 하고 있다. 그러나 이러한 연방보통법원의 「그 자체로서는 적법한 행정작용의 부수적 효과」라는 관념에 의문을 표시하는 견해도 있다. 이러한 견해는 보상법상으로 중요한 것은 작용 자체가 아니라 그 결과이기 때문에 우연한 손실을 수용유사적 침해로 볼 것인지 아니면 수용적 침해라는 독자적 책임제도로 고찰할 것인지의 문제는 부차적 의미만 갖는다고 한다.

## (2) 요건

수용적 침해의 요건은 수용적 침해의 계속적 존속이 전제될 때에만 의미를 갖는다. 이를 긍정한다면 재산권이 그 자체로서는 적법한 행정작용의 부수적 효과에 의하여 직접적으로 침해되고 그것이 상대방에게 특별희생이 될 경우에 보상이 주어진다.

수용적 침해의 요건은 다음과 같다. 우선 수용적 침해의 대상은 기본권 제14조 1항상의 재산권이다. 둘째로 침해는 적법한 행정작용의 의도적이지 않은 이해적인 부수적 효과에 존재한다. 셋째로 이러한 부수적 효과는 수용유사적 침해에서와 마찬가지로 재산권을 직접적으로 침해해야 한다. 이러한 침해의 예로서는 건축물의 훼손, 자동차의 파손, 공장의 계속적 이용제한 등이 있다. 끝으로 침해는 특별한 희생이어야 한다. 수용적 침해의 개념을 협의로 보아 우발적 피해에로 한정할 경우 특별희생은 행해진 침해의 위법성에 이미 존재한다.

87) Rüfner, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1995, S.646.

## IV. 소 결

이상에서 독일에서의 재산권침해의 손실보상에 관한 논의를 살펴보았다. 문제는 이러한 논의가 우리 헌법 하에서 그대로 타당할 수 있는가 하는 점이다. 먼저 양자의 헌법 규정을 비교해 본다. 헌법 제23조는 전체적으로 볼 때 기본법 제14조와 유사하지만 몇 가지 차이점도 존재하고 있다. 첫째로 헌법 제23조 3항은 재산권침해의 유형을 “수용·사용 및 제한”으로 규정한 반면에, 기본법 제14조 3항은 그것을 “수용”으로 규정하고 있다. 둘째로 헌법 제23조 3항은 “...수용...및 그 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정한 반면에, 기본법 제14조 3항 2문은 “수용은 법률에 의해서만 또는 보상의 종류와 정도를 규정하는 법률에 근거해서만 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 이러한 헌법규정상의 차이가 크다면 의미를 가지는 것은 아니라고 생각한다. 수용·사용 및 제한이라는 표현이 특별한 의미를 가지는 것은 아니다. 재산권의 전부 박탈을 의미하는 수용과 그 일부 박탈을 의미하는 사용·제한은 모두 독일에서의 수용에 해당하기 때문이다. 헌법 제23조 3항은 기본법 제14조 3항의 불가분조항과 동일시될 수 없다는 견해가 있다.<sup>88)</sup> 그러나 그 엄격성에는 차이가 있지만 어쨌든 불가분조항이 가지는 취지는 우리 헌법 제23조 제3항에도 나타나 있다고 보아야 한다. 따라서 결국 문제는 우리 헌법 제23조가 독일 기본법 제14조와의 어떠한 점에 차이가 있는 것인가가 아니라 독일에서와 같이 재산권의 내용규정과 수용의 엄격한 분리, 형식적 수용개념의 채택, 제1차적 권리구제와 제2차적 권리구제간의 선택권의 배제 등을 인정할 것인가이다.

수용·사용·제한과 재산권의 내용규정의 구분과 관련하여 독일에서와 같이 경계이론과 분리이론이 대립한다. 경계이론이란 재산권의 내용과 수용·사용·제한은 별개의 제도가 아니며 양자간에는 정도의 차이가 있을 뿐이며 내용규정의 경계를 벗어나면 보상 의무가 있는 수용 등으로 전환한다는 이론이다. 사회적 제약을 벗어나는 재산권규제는 보상규정의 유무를 불문하고 보상이 따라야 한다는 논리이다. 이 이론은 독일의 연방보통법원이 취하던 입장이다. 분리이론이란 입법자의 의사에 따라 수용·사용·제한과 재산권의 내용규정이 분리된다는 이론이다. 독일의 헌법재판소가 취하는 입장이다. 입법자

88) 홍준형, 손실보상의 법적 근거(하), 판례월보, 1995.7, 10면 이하.

가 수용 등을 규정한 것이 아니라 재산권의 내용을 규정한 경우 그 규정이 일정한 한계를 벗어나면 보상의 문제를 가져오는 것이 아니라 위헌의 문제를 가져온다는 견해이다. 이 이론에 따르면 재산권의 내용규정은 입법자가 장래에 있어서 재산권자의 권리와 의무를 일반적·추상적 형식으로 확정하는 것이고 수용 등은 국가가 구체적인 공적 과제의 이행을 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것이 된다. 이 이론은 독일 헌법재판소가 취하고 있는 입장이다. 우리 헌법재판소는 분리이론에 입각하고 있다.<sup>89)</sup> 결국 사회적 제약을 벗어나는 침해의 경우 경계이론에 따르면 보상이 주어져야 하고 분리이론에 따르면 보상이 아니라 침해행위의 폐지가 중요한 것이다. 경계이론은 가치의 보장에, 분리이론은 위헌적인 침해의 억제에 중점을 두고 있다.

한편 헌법규정상상의 차이가 미미한 것과는 달리 우리나라의 경우 희생보상사상을 관습법 내지 판례법으로 갖고 있지 못하다는 점은 독일 법제와 완전히 차이가 난다.

독일의 경우와는 달리 보상입법이 충분히 마련되어 있지 않고 더구나 희생보상원칙이 판례법으로 인정되고 있지 않는 현실에서 위헌적인 침해의 억제에만 중점을 둔다면 이미 행하여진 과거의 침해에 대한 권리구제의 공백이 발생하는 문제점이 있다. 이것은 제1차적 권리구제수단과 제2차적 권리구제수단간의 선택적 청구권을 부정할 때 더욱 그러할 것이다. 따라서 이하에서는 이러한 관점하에서 경계이론의 입장에 서서 적법한 경찰활동으로 인한 피해의 보상방안에 관하여 살펴본다.

89) 헌법재판소 1998.12.24. 선고 89헌마214 결정 ; 헌법재판소 1999.4.29. 선고 94헌바37 결정.

## 제4장 적법한 경찰활동에 따른 피해의 보상

### I. 개 설

적법한 경찰활동으로 인해 피해보상과 관련해서는 당해 활동이 의도된 것이고 근거법규에 보상규정이 있는 경우에는 문제가 없다. 피해보상과 관련하여 문제되는 상황은 그러나 당해 활동이 의도된 것이지만 근거법규에 보상규정이 없는 경우, 당해 활동으로 인하여 의도하지 아니한 피해가 부수적 효과로서 나타난 경우, 그 피해가 비재산적 법익에 해당하는 경우 등이다.

재산권보장과 더불어 손실보상도 헌법상의 제도이다. 그러나 먼저 헌법 제23조 제3항의 해석과 관련하여 가령 이것이 프로그램규정이 아니라면 제정법이 없는 경우에 손실보상의 여부가 문제된다. 이것은 헌법상의 보상청구권의 문제이다. 다음으로 국가의 시민사회에 대한 개입은 국가기능의 확대와 더불어 그 대상영역, 개입방법에서 복잡하고 다양하다. 손실보상에 있어서도 토지소유권 뿐만아니라 재산권 일반적으로 확대되고 있다. 침해의 태양도 다양하다. 그래서 어떠한 경우에 보상을 해야 하는가의 판단이 문제된다. 이것은 손실보상의 여부 문제이다. 셋째로 손실보상은 연혁적으로는 재산권에 관한 것이었으므로 공평부담의 이념을 실현한다는 관점에서 본다면 그 보상은 재산권의 가치에 대한 등가교환의 원칙에 의하면 좋은 것이 된다. 그러나 오늘날 이러한 교환가치의 보상만으로는 충분하지 않은 경우가 있다. 생활재건조치 등의 새로운 내용의 보상이 고려되어야 하는 것이다. 이것이 보상내용의 문제이다. 끝으로 국가배상에도 손실보상에도 속하지 않는 종류의 피해가 있다. 피해가 신체적 침해 등인 경우가 이에 해당한다. 이에 대한 적절한 대처도 필요하다. 또한 경찰활동으로 인하여 의도하지 아니한 피해가 부수적 효과로서 나타난 경우에도 문제이다. 독일식의 수용적 침해보상이 문제되는 경우이다. 이것은 국가보상의 흠결의 문제이다. 이하 이러한 점들에 대하여 경찰활동과 관련시켜 살펴본다.

## II. 보상규정을 결한 경우의 손실보상

개인의 재산권에 귀책사유없이 특별한 희생이 가하여진 경우 당연히 보상이 지급되어야 한다. 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 다수의 개별법은 공용침해 및 그에 대한 보상에 대하여 규정을 두고 있다. 그러나 법률이 공익목적에 위하여 재산권의 침해는 규정하면서도 그에 따른 보상규정은 두고 있지 않은 경우 재산권침해를 받은 개인이 보상을 청구할 수 있는지가 문제된다.

### 1. 위헌무효설과 청구권발생설

헌법 제23조 제3항이 단순한 프로그램규정이 아니라 하더라도 그 뜻하는 바가 일률적으로 정해져 있는 것은 아니다. 하나의 견해는 보상이 헌법상 필요함에도 불구하고 보상조항을 결한 법률은 무효라는 주장이다. 이를 위헌무효설이라 한다.<sup>90)</sup> 따라서 예컨대 개발제한구역의 설정과 관련한 사건에서 본 것처럼 도시주변에 개발제한구역을 보상없이 지정하는 법률이 제정된 경우에 무보상에 의한 토지이용에 대한 고도의 규제가 위헌이라면 현행법상 추상적 규범통제는 인정되지 않으므로 먼저 건축허가를 신청하고 이에 대한 거분처분의 취소소송으로 당해 규제법률의 위헌을 주장할 수 있다는 견해이다. 이 견해는 헌법 제23조 제3항이 “보상은 법률로써 하되”라고 규정하고 있는 데에 근거하고 있다.<sup>91)</sup> 이에 대하여 보상규정을 결한 재산권침해입법이 성립해도 당해 법률은 위헌이 아니고 손실을 받은 자는 직접 헌법에 기하여 손실보상청구권을 재판상 주장할 수 있다는 견해도 있다. 이를 청구권발생설 또는 직접효력설이라 한다.<sup>92)</sup> 현행 헌법은 이 중 어

90) 김도창, 일반행정법론(상), 1993, 657면; 류지태, 행정법신론, 1997, 355면; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 1997, 730면; 이상규, 신행정법론(상), 1994, 643면.

91) 이 규정을 독일 기본법 제14조와 같은 부대조항으로 설명하기도 한다. 그러나 동조는 “수용은 법률에 의해서만 또는 보상의 종류와 정도를 규정하는 법률에 근거하여서만 이루어질 수 있다”고 규정하여 손실보상을 공용침해의 부대조항으로 명시적으로 요구하고 있으나 헌법 제23조 제3항은 이를 명시적으로 규정하고 있지 않은 점에 차이가 있다.

92) 김동희, 행정법1, 2001, 510면.

는 것을 택할 것인가에 관하여 명시적인 판단을 내리고 있지 않다. 학설상으로는 헌법상 보상이 필요한 데에도 특별희생을 과하는 법률에 보상규정이 없는 경우에는 당해 규제는 위헌무효설이라는 위헌무효설이 다수설이다. 그러나 현재는 헌법상 보상이 필요한 때는 직접 헌법 제23조 제3항에 근거하여 보상을 청구할 수 있다는 청구권발생설이 유력하게 주장되고 있다. 이 견해는 헌법 제23조 제3항이 정당보상의 원칙을 명시적으로 규정하고 있는 바 헌법 제23조 제3항에서 보상을 법률로 정하도록 한 것은 정당한 보상의 범위 내에서 구체적인 보상의 기준과 방법을 법률로 규정한다는 의미로 보면 된다고 한다.

독일에서는 헌법상 보상이 요청되는 규제를 행하는 경우에는 법률로 보상의 태양과 정도에 관한 규정을 두어야 한다고 헌법에 규정되어 있으므로 위헌무효설이 채택되어 있다는 것이 통설적 견해이다. 미국에서는 합중국헌법 수정 제5조에 근거하여 직접 보상을 청구할 수 있으며 독일에서도 바이마르헌법 제153조에 있어서는 청구권발생설이 통설이었다. 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.

## 2. 양설의 장단점

### (1) 국회의사의 존중

양설에는 각각 장단점이 있다. 위헌무효설에 의하면 보상을 지급하더라도 규제를 행할 것인가의 여부에 대한 국회의 의사를 존중할 수 있다. 즉 국회는 헌법상 보상은 불필요하다고 생각하고 규제를 행하였지만 법원은 보상이 필요하다고 판단하는 경우 이 학설 아래에서는 예기하지 못한 보상청구가 행해지는 것은 아니고 국회는 다시금 보상을 지불하더라도 계속 당해 규제를 계속할 것인가에 대하여 판단할 기회를 가지는 것이 된다. 이 학설에 의하면 위헌의 규제법률에 의하여 입은 피해의 배상청구가 행해질 수

있다고 한다.<sup>93)</sup> 그러나 국회의원의 입법행위는 입법의 내용이 헌법의 일의적인 문언에 위반함에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 행하는 것과 같은 용이하게 상정하기 어려운 예외적인 경우가 아닌 한 국가배상법상 위법의 평가를 받지 않기 때문에 국가배상 청구가 인용될 여지는 거의 없다고 생각된다.

다른 한편 청구권발생설을 택하는 경우 국회로서는 보상을 지불하면서까지 규제할 의사는 없이 보상이 불필요하다는 판단 아래 규제를 했을 때에도 법원이 다른 판단을 한다면 당해 규제를 폐지하는 법개정을 행하기까지의 손실부분에 대해서는 국가는 예측하지 않은 재정지출을 강요받게 된다. 특히 보상의 여부와 내용에 대한 판단은 사회통념의 변천에 상응하여 변할 수 있는 것이며 반드시 입법자의 의사만으로 결정되는 것은 아니기 때문에 입법시에 보상을 불필요하다고 생각한 것이 그 시점에서는 잘못된 판단이었다고는 말할 수 없더라도 이후에 법원에 의하여 보상이 필요하다고 판단될 가능성도 있을 수 있다. 이러한 리스크를 피하려고 한다면 보상이 필요하다고 법원에 의하여 판단될 가능성이 다소라도 있는 때는 당해 규제를 단념하게 되어 결국 공익상 요망되는 규제이고 무보상으로 가능한 것까지 억제해버리는 효과를 발생시키지 않을까 하는 문제가 존재한다. 또한 법원은 자기의 판단에 의하여 국회가 예측하지 않았던 다액의 재정지출이 필요하게 되는 것을 우려하여 보상이 필요하다고 판단하는 것에 과도하게 신중히 될 우려가 없을까 하는 문제도 있다.

## (2) 과거의 피해에 대한 구제

위헌의 규제를 받아들인 국민의 입장에서는 위헌무효설에 의하면 과거의 피해에 대해서는 손실보상은 청구할 수 없고 국가배상청구도 실제상으로는 인용될 가능성이 없어 구제의 길이 막힌다는 단점이 있게 된다. 현행 국가배상은 가해행위의 위법 뿐만아니라 가해공무원의 고의 또는 과실을 요건으로 하고 있는 데, 통상 법률에 근거하여 공용침해를 행한 공무원에게 고의 또는 과실이 있다고 보기 어렵기 때문이다. 현재 판례는 국가배상법상의 과실을 공무원의 주관적 과실로 해석하고 있는 데 이러한 판례의 입장을 따르는

93) 이상규, 전거서, 644면.

한 법률에 근거하여 공용침해를 하였지만 보상규정이 없어서 결과적으로 위법하게 되는 경우에 공무원에게 과실이 있다고 볼 수 없는 것이다.<sup>94)</sup>

위헌무효설을 택하는 독일에서는 적법한 침해에 대하여 보상이 인정된다면 하물며 위법침해의 경우에 있어서는 말할 것도 없다는 논리에 기하여 수용유사침해에 근거한 보상이라는 판례법상의 보상제도가 존재하고 이것에 의하여 위헌무효설의 사정범위를 한정하는 시도가 행해져 왔지만 우리나라에서는 이러한 제도는 존재하지 않는다. 물론 우리나라의 경우에도 학설상으로는 수용유사침해이론을 주장하는 견해도 있다.<sup>95)</sup> 다만 독일의 수용유사침해이론이 희생보상원칙이라는 관습법에 근거하여 판례에 의하여 인정되고 있는 것인데 반하여, 우리나라에서는 이러한 관습법이 없기 때문에 학설은 그 근거를 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제11조에서 찾고 있다. 이와 관련하여 대법원은 1980.6. 말경의 비상계엄 당시 국군보안사령부 정보처장이 언론통폐합조치의 일환으로 사인 소유의 방송사 주식을 강압적으로 국가에 증여하게 한 것과 관련한 손해배상청구 등의 사건에서 “수용유사적 침해의 이론은 국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하였고 그 효과가 실제에 있어서 수용과 다를 없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 것”으로 정의하고 나서, 이어서 “과연 우리 법제하에서 그와 같은 이론을 채택할 수 있는 것인가는 별론”이라고 하여,<sup>96)</sup> 그 채택 여부에 대하여 명시적 판단을 유보하고 있다.<sup>97)</sup>

이에 대하여 청구권발생설은 과거의 손실에 대해서도 보상을 가능하게 하기 때문에 이 점에서는 우월하다고 볼 수 있다.

### (3) 규제의 준수 확보

당해 규제의 준수를 확보한다는 면에서 고려해 보면 청구권발생설이 우월하다고 말할

94) 김동희, 전게서, 512면; 박균성, 행정구제법, 2000, 113면.

95) 김남진, 행정법1, 1997, 529면; 석중현, 일반행정법(상), 1997, 663면.

96) 대법원 1993.10.26. 선고 93다6409 판결.

97) 김동희 교수는 대법원은 이후의 판례에서 종래와 같이 위법·무과실의 경우에 국가의 배상책임을 부인하고 있으므로 수용유사적 침해이론은 우리 판례상으로 채택되고 있지 않다고 한다 : 행정법1, 2001, 505면.

수 있다. 왜냐하면 규제위반에 대하여 벌칙을 적용하는 경우 이 견해 아래에서는 가령 보상이 필요하다고 법원이 판시하더라도 당해 규제는 위헌무효로 되지 않기 때문에 보상의 여부에 관계없이 규제의 준수를 형벌의 위화에 의하여 강제하는 것이 가능하게 된다.

위헌무효설에 의하는 경우 당해 규제를 준수하지 않았기 때문에 기소되더라도 법원에 의하여 보상이 필요하다고 판단되는 경우에는 당해 규제는 위헌무효가 되기 때문에 규제에 따르지 않고 형사소송의 장에서 근거법규의 합법성을 다툴 수 있는 여지가 남아 있는 것이다.

#### (4) 양자택일부정설

이와 같이 두 학설 모두 문제가 있으며 일방이 타방보다 뛰어나다고 일괄적으로 말할 수 없다. 그 때문에 양자택일이 아니라 상황에 따라 양자를 선택하는 것을 시사하는 견해도 존재할 수 있다. 이것도 하나의 방법일 수 있다.

다만 그 경우에는 양자의 어느 것을 선택할 것인가에 대한 기준이 명확하지 않다면 혼란이 발생하기 때문에 선택의 명시적 기준을 제시하는 것이 필요할 것이다. 또한 청구권발생설을 택한 사례와 위헌무효설을 택한 사례 사이에 불평등이 발생할 수 있기 때문에 달리 취급하는 것을 정당화하는 합리적 근거도 제시되지 않으면 아니된다.

#### (5) 청구권발생설과 입법재량

청구권발생설이 적절히 기능하는 전제로서 보상의 내용에 대해 입법재량이 인정되지 않을 것이 거론될 수 있다. 즉 어떠한 태양에 어떠한 정도의 보상을 할 것인가에 대해 입법재량이 존재하는 경우이라면 법원이 그 입법재량에 속하는 보상에 대하여 판단하는 것은 적절하지 않고 위헌무효설에 의하여 입법자에게 이점에 대한 판단을 구하여야 할 것이다. 그러나 보상의 내용에 대하여 상당보상설이 타당한 경우가 있을 수 있다고 하더라도 극히 예외적인 상황에 한정된다고 생각되기 때문에 헌법 제23조 제3항이 말하는 “정당한 보상”은 완전보상이며 법원의 판단에 친숙하다고 할 수 있다.

## (6) 비재산적 법익의 침해

경찰활동 등 권력적 사실행위에 의해 침해된 법익이 생명·신체 등의 비재산적인 것인 경우에도 보상의 법리에 의해 구제를 도모하는 것이 가능하다고 가정한다면 이러한 경우에는 무엇보다도 피해자구제를 중시하여야 하기 때문에 배상의 법리에 의해 구제되지 않는 자에 대하여는 청구권발생설을 택하여 보상을 가능하게 하는 이론적 구성을 모색할 필요가 있다.

## (7) 토지이용규제

토지이용규제와 같은 경우 피규제자가 극히 다수에 달하여 청구권발생설을 택하는 경우 예상외의 다액의 재정지출이 강요될 가능성이 있다. 실제 독일에서 바이마르헌법하에서 청구권발생설 아래에서 이러한 사태가 발생하였다. 이것은 본기본법이 위헌무효설의 입장에 선 규정(결부조항)을 두게 된 하나의 원인이기도 하다.

이러한 경우 청구권발생설을 택하더라도 보상하는 손실은 토지이용이 제한되는 것에 수반하는 것에 한정되며 한편 의회가 예상외의 지출을 우려하여 무보상으로 가능한 규제까지 주저하는 사태를 회피하기 위하여 위헌무효설을 택하여야 하지 않을까 하는 사고도 있을 수 있다. 그러나 위헌무효설을 택하더라도 완전보상설을 전제로 하는 한 입법자로서는 사전에 보상의 내용까지 구체적으로 상세히 법률로 규정하는 것은 대개의 경우 불가능할 것이다. 따라서 입법자로서는 우리나라의 다수의 토지이용제한의 입법에서 보이는 것처럼 규제에 수반하여 통상 발생하는 손실을 보상한다고 규정하는 데에 그치지 않을 수 없다고 생각된다. 그것 이상의 규정을 사전에 법률에 규정하는 것이 다수의 경우 입법자에게 곤란하며 따라서 이 정도의 규정으로 위헌판결을 면할 수 있는 것으로 한다면 통상 발생하는 손실이란 무엇인가의 판단은 결국 법원에 맡겨져 있는 것이 된다. 물론 보상의 여부 및 내용에 대하여 구체적인 상세한 기준을 제시함이 없이 불명확한 채로 통상적인 보상규정을 두는 것은 입법자나 학계의 태만에 기인한다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 보다 궁극적으로는 보상법리에 내재하는 한계이라는 측면도 있다.

이와 같이 입법과정에서 토지이용규제에 수반하는 보상의 여부 및 내용에 대하여 구

체적 기준을 정하는 것은 어렵고 개개의 사례마다 판례를 통하여 해결을 도모해가야 하는 경우가 다수인 것이기 때문에 청구권발생설로 결론짓더라도 무방할 것이다. 확실히 입법자로서는 보상이 필요하다면 규제는 행하지 않았을 것으로 생각되는 경우가 있을 수 있지만 그 경우에는 신속히 법률을 개정하여 대응하여야 할 것이며 그것과 과거에 헌법상 보상하여야 함에도 보상하지 않고 손실을 방치하는(다만 손해배상이 인정된다면 별도로지만) 것이 허용되는가는 별개인 것이다.

### 3. 소 결

보상을 법률로써 하되라고 규정하고 있는 헌법규정을 고려하면 청구권발생설에 문제가 없는 것도 아니다. 그러나 이상에서 논한 바와 같이 청구권발생설도 현행 헌법상 인정될 수 없는 것은 아니며, 이렇게 해석하는 것이 국민의 권익구제라는 관점에서 바라볼 때 바람직한 측면도 있다. 따라서 적법한 경찰활동에 따른 피해에 있어서도 관계 법규가 활동의 근거규정만 두고 보상규정을 두고 있지 않은 경우에도 헌법 제23조 제3항을 직접 근거로 하여 정당한 보상을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

헌법재판소는 “도시계획법 제21조에 규정된 개발제한구역제도 그 자체는 원칙적으로 합헌적인 규정인데, 다만 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있는 것이고, 보상의 구체적 기준과 방법은 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니라 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이므로, 입법자가 보상입법을 마련함으로써 위헌적인 상태를 제거할 때까지 위 조항을 형식적으로 존속케 하기 위하여 헌법불합치결정을 하는 것인 바, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 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”고 한다.<sup>98)</sup> 이는 위헌무효설에 입각한 것으로 볼 수 있다. 이러한 입장에 따를 때에는 적법한 경찰활동에 따른 피해가 예상되고 당해 피해가 특별히

생에 해당하는 정도라면 입법자는 반드시 보상규정을 마련하여야 할 것이다. 그러나 현실적으로 보상규정이 마련될 때까지의 피해에 대한 구제가 어려워지는 문제는 여전히 남아 있다. 이러한 위헌무효설의 경우 당해 재산권침해행위는 위법한 것이기는 하나 관계 공무원의 과실을 인정하기는 어려울 것이므로 과거의 침해행위는 위법·무과실의 행위로서 국가배상법에 의한 구제를 받을 수 없게 되는 문제점이 있다. 따라서 위헌무효설을 택하는 경우에는 수용유사침해보상에 의하여 과거의 피해에 대한 구제를 행할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 판례는 이를 충분히 고려하고 있지 않은 문제점을 안고 있다. 또한 위헌무효설에 따라 국가배상을 인정하자는 견해는 공공필요를 위한 침해를 보상규정이 없다는 이유만으로 불법행위와 동일하게 다루고 있다는 점에서 비합리적이다. 한편 수용유사침해보상의 인정여부와 관련해서는 이미 살펴본 것처럼 대법원은 자신의 입장을 유보하고 있다. 그러나 독일식의 헌법적 관습법으로서의 희생보상 사상이 없다고 하여 수용유사침해보상의 법리를 부정해야 하는 것은 아니다. 우리 헌법상의 여러 조항 예컨대 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제3항 등의 유기적인 해석을 통하여 이러한 법리를 인정할 수 있을 것이다.<sup>99)</sup>

대법원은 그 근거는 분명히 하고 있지 않지만 공용침해로 인한 특별희생에 대한 보상규정이 없는 경우에 관련보상규정을 유추적용하여 보상하는 경향에 있다. 즉 대법원은 “어업허가는 일정한 종류의 어업을 일반적으로 금지하였다가 일정한 경우 이를 해제하여 주는 것으로서 어업면허에 의하여 취득하게 되는 어업권과는 그 성질이 다른 것이기는 하나, 어업허가를 받은 자가 그 허가에 따라 해당 어업을 함으로써 재산적인 이익을 얻는 면에서 보면 어업허가를 받은 자의 해당 어업을 할 수 있는 지위는 재산권으로 보호받을 가치가 있고, 수산업법이 1990. 8. 1. 개정되기 이전까지는 어업허가의 취소·제한·정지 등의 경우에 이를 보상하는 규정을 두고 있지 않았지만, 1988. 4. 25. 공공용지취득및손실보상에관한특례법시행 규칙이 개정되면서 그 제25조의2에 허가어업의 폐지·휴업 또는 피해에 대한 손실의 평가규정이 마련되었고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야

98) 헌법재판소 1998.12.24. 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합) 전원재판부.

99) 홍정선, 행정법원론(상), 2001, 590면.

한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것) 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의취득및손실보상에관한특별법 제3조 제1항의 각 규정 취지를 종합하여 보면, 적법한 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 위 구 공공용지의취득및손실보상에관한특별법시행 규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2의 규정을 유추적용하여 위와 같은 어민들에게 손실보상을 하여 줄 의무가 있다”고 한다.<sup>100)</sup>

보상규정이 없는 법률에 의한 경찰활동으로 피해가 발생한 경우에 어쨌든 특별한 희생에 해당하는 피해를 입은 시민에게 피해구제는 행해져야 할 것이다. 단순히 위헌무효설에 입각해 있는 견해는 택하기 어렵다. 당해 법률은 보상규정이 없어 위헌무효의 법률이고 따라서 당해 경찰활동은 위법한 작용이 되는 바 피해자는 손해배상청구권을 갖게 된다는 견해는 국가배상법이 과실책임주의를 채택하고 있는 점을 고려할 때 문제가 있다.<sup>101)</sup> 또한 보상규정이 없는 한 그리고 보상규정이 입법적으로 마련될 때까지 보상은 행해질 수 없다고 보는 견해도 피해에 대한 권리구제의 측면에서 볼 때 문제가 있다. 따라서 이러한 경우에 청구권발생설을 택하든가 위헌무효설에 입각하더라도 수용유사침해보상설을 아울러 택하여 피해자의 권리구제에 만전을 기할 필요가 있다할 것이다.

100) 대법원 1999.11.23. 선고 98다11529 판결.

101) 더욱 본질적인 문제는 경찰작용의 경우 당해 작용은 공공의 안녕질서의 유지를 위한 국가의 최소한의 임무를 수행하는 작용임에도 불구하고 그 작용에 따른 피해에 대한 보상규정을 마련해 놓고 있지 않다고 하여 당해 작용 및 그 근거법규를 위헌무효로 처리하는 것이다.

### Ⅲ. 손실보상의 여부

#### 1. 개 설

헌법상 손실보상청구권이 직접 발생하느냐 하는 문제와는 달리 공용침해가 헌법상 손실보상을 요하느냐 즉 보상여부의 문제가 발생한다. 일반적으로 말해 손실보상은 국가의 적법한 침해에 대하여 공평부담의 이념에서 그 손실을 전보하는 제도이기 때문에 그 손실이 공평에 반하는 경우이어야 한다. 그리고 그것은 그 손실이 특별한 희생에 해당하는 때이다라고 하는 것이 일반적 견해이다. 문제는 어떠한 경우에 당해 손실이 특별한 희생에 해당하는가 하는 점이다.

#### 2. 특별희생 여부의 판단기준

##### (1) 학 설

이에 대하여는 침해행위의 대상이 일반적이냐 특별적이냐 하는 형식적 기준 및 침해행위가 재산권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 강한 것이냐 아니냐 즉 사회통념상 수인해야 할 정도의 것이냐 하는 실질적 기준의 모두를 판단요소로 하는 견해가 있다. 이 보다는 범위를 좁혀 후자만을 판단요소로 하되 이를 보다 구체화하는 견해도 있다.<sup>102)</sup> 예컨대 (i) 재산권의 박탈 또는 당해 재산권 본래의 효용의 발휘를 방해하는 것이 되는 침해에 대해서는 권리자 측에서 이것을 수인하여야 할 이유가 있는 경우가 아닌 한 당연히 보상을 요하는 것으로 해석하여야 한다. (ii) 이러한 정도에 이르지 않은 재산권행사의 규제에 대하여는 그것이 당해 재산이 사회적 공동생활상의 조화를 확보하기 위하여 필요한 제한인 경우에는 재산권에 내재하는 사회적 구속의 표현으로서 보상을 요하지 않는 것으로 해석하고, 다른 특정한 공익목적을 위하여 그 재산의 본래의 사회적 효용과는 무관하게 우연히 과해진 제한인 때는 보상을 요하는 것으로 본다는 견해 등이

102) 실질적 기준의 상세한 내용은 김동희, 전거서, 507면 이하 참조.

있다. 이 중 (i)은 침해의 강도가 큰 경우로 해석되는 것이 다수이지만, 당해 재산권의 본래의 효용의 발휘를 방해하는 것이 되는 침해인가의 여부는 필수적으로 침해의 강도 뿐만 아니라 침해의 목적도 고려하여야 하기 때문에 침해행위의 강도와 침해행위의 목적이 종합적으로 고려되고 있다. (ii)에서 양자의 구별은 침해행위의 목적에 의한 것이다.

## (2) 판 례

헌법재판소는 개발제한구역의 지정으로 토지소유자가 받는 손실에 대하여 다음과 같은 기준에 의하여 특별희생 여부를 판단하고 있다. 즉 개발제한구역을 지정하여 그 안에서 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 (구)도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인 바, 토지재산권은 강한 사회적, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니된다. 개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다. 그러나 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다. 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 위반된다고 하였다.<sup>103)</sup> 이러한 기준에 입각하여 헌법재판소는 개발제한구역의 지정 당시 지목이 대지로서 나대지 상태로 있던 토지가 구역의 지정에 의해 건물의 신축이 금지되는 결과가 되었다면 보상이 주어져야 하는 특별희생에 해당하고 또한 주변지역의 도시과밀화로 인하여 농지가 오염되거나 수로가 차단되는 등의 사유로 농사를 짓는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하게 된 경우에도 보상이 주어져야 한다고 보았다.

### (3) 소 결

손실보상 여부의 기준으로는 침해행위의 특수성, 침해행위의 강도, 침해행위의 목적 등을 종합적으로 판단할 필요가 있다. 그러나 침해행위가 일반적인가 특수적인가는 보기에 따라 상대적인 것이기 때문에 침해행위의 특수성이라는 기준은 부차적 기준에 그친다고 보아야 할 것이다. 다만 어찌되었건 특별한 희생, 권리의 사회적 구속성, 내재적 제약이라는 것은 개념의 추상적 내용은 명확하더라도 구체적으로 적용함에 있어서는 내용이 빈약하다. 그리고 그 내용은 결국에 있어서 규제의 태양, 원인, 손실의 정도, 사회통념을 종합적으로 판단하는 것이 될 것이다.

구체적인 경우에 고려해야 할 요소로서 다음과 같이 지적할 수 있다.<sup>104)</sup> 먼저 재산권의 제한 정도가 절대적으로 약하고 대응하는 공공이익의 확보가 큰 경우에는 보상은 인정되지 않는다. 둘째로 재산권측면에서 규제를 받아야 할 원인이 있는 경우에는 보상할 필요가 없다. 예컨대 소방법 제78조에 의하면 화재가 발생하려 하거나 발생한 소방대상물에 대하여는 소방활동으로서 소방대상물 및 그 토지의 사용·처분을 인정하고 있는데 이에 대한 손실보상의 규정은 없다. 이에 대하여 연소의 위험이 없는 물건에 대하여 연소의

103) 헌법재판소 1998.12.24. 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합) 전원재판부.

104) 塩野宏(서원우/오세탁 역), 일본행정법론, 547면 이하 참조.

방지, 인명의 구조를 위해 취하는 조치에 관하여는 손실보상이 필요하다. 셋째로 재산이라 하더라도 가치가 소멸되었을 때에는 그 박탈의 경우에도 보상을 필요로 하지 않는다. 넷째로 규제의 목적을 기준으로 삼는 경우도 있다. 경찰제한은 공공의 안녕·질서의 유지라는 소극목적에 위한 제한이고 이에 대하여는 보상이 필요없으나, 공용제한은 공공의 복리증진이라는 적극목적에 위한 제한이기 때문에 보상이 필요하다는 것이다. 이러한 구분론의 전제에는 공공질서의 확보 즉 시민생활의 안전확보는 국가로서의 최저한의 의무수행이고 이에 대응하여 사인도 그를 위한 제한은 수인하여야 하지만, 적극적으로 복리를 증진한다는 것이라면 그로 말미암아 다른 쪽에 생긴 손실은 전체의 부담으로 조정하는 것이 공평의 관념에 적합하다는 것이다. 그러나 제한의 태양에 따라서는 경찰제한이나 공용제한이나를 구별할 수 없는 경우가 있다는 점이 문제이다. 그리고 도대체 무엇이 적극목적이고 무엇이 소극목적인가는 각인의 가치관에 의하여 판단이 다를 수 있고 시대에 따라 사회통념도 변화한다는 데에도 이 기준의 문제점이 있다. 다섯째로 재산권의 제한과 관련해서는 그 재산의 본래 효용이 무엇인가가 중요한 요소가 된다. 한 예로서 현재의 토지이용을 침해하려는 규제에 대해서는 보상을 요한다 하더라도 현상의 이용을 고정하는 데 그치는 때에는 보상을 요하지 않는다고 볼 수 있다.

일반적으로 시민이 적법한 경찰활동으로 인하여 불이익을 입은 경우 그 보상은 일반적인 손실보상의 법리에 따른 청구를 생각할 수 있다. 따라서 손실보상의 여부 특히 특별희생의 존부의 판단에 있어서도 마찬가지이다. 그러나 경찰활동과 관련해서는 청구권자가 위험발생에 대한 책임자인가 그렇지 않은가 등이 특별히 고려되어야 한다.<sup>105)</sup> 이하에서도 관계인의 성질에 따라 일정한 유형으로 나누어 각각의 경우에 있어 손실보상의 발생요건을 검토해 본다.

### 3. 경찰활동에 따른 손실보상의 일반적 유형

경찰활동에 따른 피해의 손실보상과 관련하여 발생할 수 있는 경우를 일정한 유형으로 나누어 검토하는 것은 의미가 있다. 이것은 손실보상 및 그에 관한 보상규정의 필요

105) 김남진, 행정법II, 2001, 338면.

성을 명확히 하는 것이 되며 나아가 손실보상에 관한 입법의 흠결 유무의 판단을 명확하게 해 줄 것이다. 다만 이하의 논의에서는 국내에서의 논의가 극히 부족한 관계로 주로 독일 경찰법에서의 논의를 주로 검토대상으로 한다.

#### (1) 비책임자의 손실보상청구권

비책임자(Nichtverantwortlicher)로서 적법한 경찰권행사의 결과로 피해를 당한 자에 대하여는 적절한 보상이 주어져야 한다. 비책임자에 대한 경찰권행사에서 문제가 되는 것은 법적인 명령이나 사실상의 강제를 수단으로 하여 실행되는 목적지향적인 고권적 기본권침해이다. 당해 조치는 경찰에 의하여 행해진 것이고 적법한 것이어야 하며 특정인에 대하여 의도된 것이어야 한다. 그 행위형식은 처분이든 아니든 무방하며 다양할 수 있다.<sup>106)</sup> 아무튼 관계인은 위험상태의 존재에 대하여 아무런 책임이 없으므로 이러한 고권적 침해는 그에 대하여 특별희생(Sonderopfer)이 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.

경찰에 의한 고권적 침해 그 자체가 권리침해를 가지고 와야 하고 그것이 피해의 직접적 원인이어야 한다는 주장이 있다. 적당한 원인으로서는 충분하지 않다고 한다. 직접성은 고권적 조치 자체가 보호법익에 영향을 미치고 이에 의하여 침해를 야기하는 경우에 인정된다. 고권적 조치는 피해의 본질적이고 유일한 조건이어야 한다고 한다.<sup>107)</sup> 그러나 이러한 엄격한 기준은 더 이상 유지되지 않는다. 고권적 조치에 상당한 정도의 위험잠재력이 존재하고 이것이 바로 그 뒤에 현실화된다면 고권적 경찰조치와 손해 사이에 인과관계(Kausalität)는 존재하는 것이다.<sup>108)</sup>

경찰조치가 비장해자의 신체나 재산의 보호를 위하여 행해진 경우 보상은 주어지지 않는다. 개인의 보호에 기여하는 조치는 그것이 부담적이라도 그에게 객관적으로 시인되

106) Jochum/Rühle, Polizei-und Ordnungsrecht, 2000, S.419.

107) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 1985, S.658.

108) Jochum/Rühle, a.a.O., S.427.

지 아니하는 부담은 아니며 특별희생도 아니기 때문이다.<sup>109)</sup> 이것은 이해조절의 법사상을 반영한 것이다.<sup>110)</sup> 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 있다. 첫째로 경찰의 의지가 결정적일 수 없다. 경찰의 주관적 의사를 기준으로 하는 경우 경찰은 시민의 보상청구권의 인정 여부를 마음대로 처리할 수 있게 된다. 둘째로 목적이라는 척도는 유용하지 않다. 대체로 그 목적은 확정되어 있지만 경찰투입의 다층적인 동기는 적어도 경찰조치 동안에는 더 이상 확인될 수 없기 때문이다. 따라서 경찰조치가 비장해자의 보호를 위하여 행해진 경우 보상이 주어지지 않는다는 경찰법률을 마련하더라도 당해 규정은 제한적으로 해석되어야 한다.<sup>111)</sup> 즉 관계인은 경찰투입이 배타적으로 자신의 보호에 이바지하는 한에서만 보상청구권을 가지지 못하는 것이다. 자기보호와 타자보호가 혼재하는 경우에는 자기보호의 몫에 해당하는 만큼 보상청구권을 가지지 못하는 것으로 보는 것이 타당하다. 예컨대 경찰이 디스코텍에 폭발물이 설치되어 있다는 익명의 제보에 따라 디스코텍을 소개조치하고 그 결과 대다수의 손님들이 계산을 하지 않은 채로 자리를 뜨게 된 경우에 있어서 그 주인은 자기보호의 몫에 해당하는 10%정도는 보상을 청구할 수 없는 것이다. 이 범위 내에서는 경찰조치는 디스코텍주인의 이익에도 기여하는 것이다.<sup>112)</sup> 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 토지 위에 세워둔 자신의 자동차에 시한폭탄이 설치되어 있다는 이유로 경찰이 자동차문을

109) Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994, S.267.

110) 서정범(역), 전계서, 294면.

111) Treffer, Staatshaftung im Polizeirecht, 1993, S.104f.

112) Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.267.

부수었으나 나중에 사실무근으로 밝혀진 경우 그는 손실보상을 청구할 수 있는 것이다.<sup>113)</sup> 여기서도 제1차적 국면과 제2차적 국면이 구별된다. 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 장해자에게 보상청구권이 인정된다면 외관적으로 보호된 자에게 보상청구권을 거절하는 것은 문제가 된다.

비책임자에게의 전보제공과 관련하여 독일의 몇몇 주의 경찰법률은 책임자에 대한 구상권(Rückgriffsanspruch)을 규정하고 있다. 경찰이 비책임자에 대한 전보제공을 책임자에게 부담시킬 수 없다면 그것은 적절하지 않다. 위험방지에 있어 비책임자에 피해를 줄 수 있는 리스크는 결국 위험야기자가 발생시키고 있다. 그 결과 상응하는 피해는 경찰이 아니라 위험에 대하여 책임이 있는 자가 져야 하는 것이다.<sup>114)</sup>

## (2) 국외자의 손실보상청구권

독일의 경우 몇몇 주의 경찰법률은 적법한(또는 위법한) 경찰상의 조치로 인하여 피해를 당한 국외자(Unbeteiligte)에 대하여 전보청구권을 명시적으로 부여하고 있다.<sup>115)</sup> 국외자란 행위책임도 상태책임도 없으며 경찰상의 긴급상태에 대한 규정에 근거할 때에도 경찰권행사의 상대방이 되지 않는 자를 말한다. 긴급상태의무자의 전보청구권에서와는 달리 이 경우 야기된 피해에 있어서는 경찰작용의 비의도적인 부수적 결과(unbeabsichtigte Nebenfolge)가 문제이다. 예컨대 경찰이 달아나는 은행강도에 대하여 발사한 총탄이 지나가는 행인을 다치게 하거나 인근의 쇼윈도를 파손시키는 경우이다.<sup>116)</sup>

적법한 경찰작용에서 발생한 피해의 전보에 대한 국외자의 청구권은 이에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않는 주에서도 인정되고 있다. 물론 이 청구권이 위법한 조치에 의하여 야기된 피해에 대한 전보를 규정하고 있는 경찰법상의 규정에 근거를 두고 있는

113) Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.268.

114) 국외자 및 경찰협조자의 경우에 있어서도 마찬가지이다 : Jochum/Rühle, a.a.O., S.427f.

115) 예컨대 바이에른경찰업무법 제70조 제2항 등이 있다.

116) BGHZ 7, 81; 20, 81(82).

것은 아니다.<sup>117)</sup> 적법한 경찰투입에서 모든 주의를 다 했음에도 불구하고 국외자가 피해를 입게 되는 경우에 경찰이 위법하게 작용을 한 것으로 볼 수 없다. 그 결과 위법한 행위에 대한 경찰법상의 전보규정은 청구권발생의 요건이 결과불법(Erfolgsunrecht)인 경우에만 고려될 수 있다. 한편으로의 결과불법과 다른 한편으로의 행위불법 사이의 구별은 민법 제823조의 위법성판단을 둘러싼 논의의 대상이다. 그러나 이러한 논의는 국가배상법에 적용될 수 없다. 결과불법론은 법익침해가 피해야기의 위법성을 징빙하고 있다는 고려에 근거하고 있다. 그러한 추정은 사인 상호간의 관계에는 적절할 수 있다. 그러나 그것은 행정과 시민의 관계에서는 타당하지 않다. 법률에의 구속 때문에 행정청의 작용에서는 그 적법성이 출발점이 된다. 그 결과 결과불법을 가지고 보호조치에 의하여 행해진 자유박탈이나 압수된 물건의 폐기에 의하여 행해진 재산권침해가 적절히 규범적으로 추정될 수 없다. 경찰조치의 적법성의 판단에서 결정적인 것은 다만 개별법상의 그리고 헌법상의 작용요건이 경찰개입의 시점에 존재하는가의 여부이다. 대법원도 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령 적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니라고 할 것인바, 불법시위를 진압하는 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반한 것이라고 하기 위하여는 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 계속 수행 내지 그 방법 등이 현저한 합리성을 결하여 이를 위법하다고 평가할 수 있는 경우이어야 한다고 하여, 결과불법설에 부정적이다.<sup>118)</sup> 이점이 긍정될 수 있다면, 국외자의 예측하지 못했거나 예측할 수 없는 피해에 있어서도 경찰상 불법책임에 대한 규정이 적용될 여지는 없다.

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. 위협에 대하여 책임이 없는 국외자도 위협방지조치에 의하여 불이익을

117) Papier, Die Entschädigung für Amtshandlungen der Polizei, DVBl. 1975, S.572.

118) 대법원 1997.7.25. 선고 94다2480 판결.

지게 되었기 때문이다. 긴급상태의무자인 비장해자와 마찬가지로 국외자인 비장해자 또한 일반공중의 이익을 위하여 특별희생(Sonderopfer)을 입은 것이다. 결정적인 것은 국외자가 처해있는 특별희생상황이다.<sup>119)</sup> 그는 그 성립에 전혀 관련되어 있지 않은 위험을 제거하기 위하여 손해로 나타나는 자신에 대한 위험을 감수하고 있다. 그는 넓은 의미에서는 비장해자로서 경찰권행사의 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 여기에서도 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 진보청구권은 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.<sup>120)</sup>

한편 경찰조치가 위법한 경우에는 사정은 달라진다. 예컨대 관계인이 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.<sup>121)</sup>

### (3) 장해자의 손실보상청구권

경찰법상의 책임자 즉 장해자(Störer)는 그에 대한 적법한 경찰권행사로 인하여 손해

119) Württenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.276.

120) Jochum/Rühle, a.a.O., S.426.

121) Württenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.276.

를 입었다 하더라도 아무런 전보청구권을 가지지 못하는 것이 원칙이다.<sup>122)</sup> 책임자에 대한 경찰조치는 단지 그의 행동의 자유의 한계 및 그의 재산권의 구속을 구체화하는 것이기 때문이다. 특히 자신의 물건의 상태에 대한 책임은 재산권의 사회적 구속의 표현이다.<sup>123)</sup> 그 결과 장해자는 아무런 특별희생을 당하지 않는 것이다. 예컨대 지나가는 행인에게 위협이 된 고목을 베어버린 데에 대하여 책임있는 토지소유자는 아무런 보상을 청구할 수 없다. 독일 각 주의 경찰법률도 적법한 경찰작용에 있어서의 장해자의 보상청구권에 대해서는 규정하고 있지 않다. 경찰긴급상황의 경우에 손실보상청구권을 인정하고 있는 규정을 경찰장해자에 대한 경찰권발동의 경우에 유추적용하는 것은 인정되지 않는다. 입법자가 경찰법의 영역에서 의식적으로 관계인이 비책임자인 경우에만 손실보상을 고려하고 있기 때문에 그와 같은 유추적용은 금지되는 것이다.<sup>124)</sup> 장해자에게 손실보상청구권이 인정되지 않는다는 원칙에 대해 예외처럼 보이는 경우가 있다. 어떤 사람의 경찰의무가 내용상 제한되어 있는 데 경찰권이 그 경찰의무를 초과하여 발동되는 경우이다. 예컨대 유조차전복사건에서 토지소유자에게 토양정화조치의 수인의무를 넘어 오염제거조치의 의무가 부과되고 이에 따라 경찰권이 발동되었다면 그는 비책임자로 경찰권발동의 대상이 된 것이고 따라서 그에게 손실보상이 행해져야 하는 것이다.<sup>125)</sup> 한편 개별법규가 종종 이례적으로 장해자에 대하여 보상을 정하고 있는 경우도 있다(예컨대 독일 연방전염병예방법 제49조 제1항 참조). 원칙과는 달리 장해자에 대하여 보상하는 것은 부분적으로는 일반적인 형평성의 고려로부터 그리고 부분적으로는 효율적인 위험극복을 목적으로 행해지고 있다.<sup>126)</sup>

장해자는 보상을 청구할 수 없다는 원칙이 예외없이 타당한 것은 아니다. 예외는 외관적 장해자(Anscheinsstörer)에 대한 경찰권행사의 경우에 존재할 수 있다. 외관적 장해자도 경찰법상의 장해자이다. 그 결과 외관적 장해자에 대한 조치는 적법하다. 그러나 외관적 장해자가 이제 경찰에 의하여 야기된 피해의 보상이 문제되는 경우에도 아직도

122) BVerwGE 38, 209.

123) Jochum/Rühle, a.a.O., S.420.

124) 서정범(역), 전게서, 287면 이하.

125) 서정범(역), 전게서, 289면 이하.

126) Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.273.

장해자로 취급되어야 하는가는 별개의 문제이다. 경찰법상의 원칙은 이 경우 보상법상의 원칙과 구별되어야 한다. 외관적 장해자는 자신의 권리에 대한 침해를 반드시 보상없이 받아들여야 하는 것은 아니다. 그는 단지 그가 위협외관을 비난가능하게 따라서 고의 또는 과실로 야기한 경우에만 아무런 보상청구권을 가지지 못한다.<sup>127)</sup> 위협제거라는 제1차적 국면에서는 외관적 장해자도 경찰권행사의 대상이 된다. 제1차적 국면에서 경찰의 예견이 기준이 되는 것은 위협방지의 효율성과 신속성 때문이다. 그러나 이러한 정당화는 모든 상황의 고려하에 신중히 행해질 수 있는 보상의무를 사후에 판단함에 있어서는 더 이상 타당하지 않은 것이다.<sup>128)</sup>

정당한 부담조정이라는 사고에 정향되어 있는 희생보상은 효과적인 법익보호에 정향되어 있는 위협방지와 구별된다. 위협방지에서는 위협야기의 유책성의 문제는 아무런 역할을 하지 못하는 것이다. 이 경우 기초가 되는 주의척도는 어쨌든 희생보상사상의 표현인 형사소추조치에 대한 보상법률에서 도출할 수 있을 것이다. 이것에 따르면 보상은 피의자가 형사소추조치를 고의 또는 중대한 과실로 야기한 경우에 배제된다. 그러나 경찰상 야기된 피해에 있어서 보상의무는 일단 외관도발의 경우에는 없다. 외관상태를 스스로 야기하고 그 결과 경찰책임자와 마찬가지로 그 결과를 고려하게끔 한 경우가 이에 해당한다. 따라서 교통통제에 있어서 만취된 것처럼 행동한 자는 경찰이 이에 속아 위험상태의 제거를 위하여 경찰권을 발동함으로써 자신에게 불이익이 발생하더라도 이를 보상없이 받아들여야 한다(초소까지의 연행, 채혈). 중대한 과실은 외관적 장해자가 주의 상당한 정도로 기울이지 않은 경우에 존재한다. 이때 주의란 적법한 경찰권발동에 의한 피해로부터 보호되기 위하여 사려있는 자가 동일한 상황에서 적용하는 주의를 말한다. 이러한 주의척도를 침해하지 않은 자 그리고 책임없는 외관야기자는 경찰긴급상태에서의 비장해자의 보상에 대한 규정을 유추적용하여 보상청구권을 갖는다. 외관적 장해자도 비장해자와 마찬가지로 경찰이 위험을 인정하게 된 상황에 대하여 책임이 없는 한 자신에 대한 경찰권발동으로 인한 피해에 대하여 보상을 청구할 수 있다. 결국 효과적인 위협방지라는 지도적 사상은 경찰조치로부터 발생하는 부담의 분배와 관련해서는 더 이

127) BGHZ 5, 144(152); 43, 196(204); 117, 303(308); 126, 279(283ff.).

128) Jochum/Rühle, a.a.O., S.421.

상 작용하지 않는 것이다.<sup>129)</sup> 한편 위험혐의와 관련되어 있는 조치에서도 마찬가지로 처리될 수 있다. 이 경우 혐의자에게는 사태가 분명해질 때까지 경찰의 정찰조치에 대하여 수인할 의무가 나타난다. 이러한 사례에 대해서도 판례는 외관적 장해자에 대한 설명이 타당하다고 한다.<sup>130)</sup> 혐의가 조사의 결과 진실로 판명되지 않는 경우 혐의자에 대하여는 조사조치에 의한 피해가 전보되어야 한다. 여기서도 그러한 전보청구권은 혐의자가 위험 혐의를 스스로 야기하지 않은 경우에 존재한다.

위험외관을 스스로 야기하지 않은 외관적 장해자에 대하여도 보상청구권이 인정되어야 한다.<sup>131)</sup> 외관과 관련을 가지는 비장해자(Anscheinsbetroffener Nichtstörer)라 표현되는 이러한 외관적 장해자는 제3자의 책임있는 행위로 인한 희생자로 이해되고 있다.<sup>132)</sup> 그의 보상법적 지위는 경찰긴급상태에서의 비장해자의 그것과 같다. 비장해자의 보상청구권에 대한 규정이 유추적용될 수 있다고 한다.<sup>133)</sup> 제3자가 지시 등에 의하여 다른 사람이나 그의 물건이 경찰상 보호되어 있는 법익을 위협하고 있다는 그릇된 인상을 불러일으키는 경우가 이에 해당한다. 물론 엄격히 고찰할 경우 외관과 관련된 비장해자라는 형상은 확립되어 있는 경찰법상의 원칙의 성급한 포기로 입증될 수 있다. 위험도 외관도 야기하지 않은 자는 위험상태에 대하여 책임이 없으며 경찰상의 긴급상태의 경우 외에는 경찰권행사의 대상이 되지 아니한다. 다른 말로 하면 위험외관을 야기하지 않았다는 사실은 관계인이 외관적 장해자이라는 것을 개념적으로 배제하고 있다. 이로써 진정한 외관적 장해자와 부진정한 외관적 장해자를 구별하는 시도 또한 불필요하다. 외관과 관련을 가지는 비장해자라는 중간적 존재의 필요성에 대한 증거로서 들고 있는 사례는 전통적인 경찰법상의 카테고리를 사용함으로써 해소될 수 있다.<sup>134)</sup> 즉 경찰은 제3자의 지시가 있는 때에도 주장되고 있는 위험상태의 존재에 대하여 자신의 지각에 의하

129) Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Schmidt-Aßmann(hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, S.214f.

130) BGHZ 117, 303(308).

131) Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslagen, in : GS für Martens, 1987, S.335f.

132) Breuer, a.a.O., S.336f.

133) VGH Mannheim DÖV 1991, S.167.

134) Rachor, a.a.O., S.840.

여 가능한 한 명확히 하여야 할 자신의 의무로부터 벗어나지 못한다. 사실관계조사에 근거하여 행해지는 개입에 대한 경찰의 자기책임적 결정은 피해자는 제3자의 책임있는 행위로 인한 희생자이라고 피해결과의 성질을 규명짓는 것과는 항상 대립한다. 경찰이 사실관계의 판단에서 주의를 결하여 비난되어야 한다면 외관적 위험이 아니라 가장위험이 문제된다. 그러나 가장위험은 경찰법의 의미에서의 위험이 아니다. 따라서 위험상태가 결여로 인해 피해자는 장해자일 수 없다. 이와는 달리 경찰이 그때그때 상황에 따라 명령되고 있는 주의를 다 하여 위험이 존재한다고 결론을 내리는 경우 경찰은 그가 위험의 야기자라고 간주하는 자에 대해서만 조치를 취할 수 있다. 그는 외관적 장해자로서 제3자의 행위로 인한 희생자가 아니라 그 자신의 행위의 희생자인 것이다. 끝으로 적법한 경찰작용에서의 장해자의 보상청구권이라는 주제 아래 아직도 언급되어야 할 것이 있다. 장해자가 그에 대한 적법한 경찰작용이 계기가 되어(aus Anlaß) 피해를 입었으나 그 피해가 경찰개입의 목적에 해당되지 않는 경우이다. 예컨대 경찰이 불법주차한 자동차를 정당하게 견인하였으나 그때 자체에 손상이 발생하는 경우를 언급할 수 있다. 그러나 피해를 가하는 행위 따라서 견인중의 부주의는 이 경우 분리하여 고찰되어야 하며 그 밖의 적법한 견인조치와 구별되어야 한다. 그것은 그 자체로 고찰할 때 위법한 행위이며 따라서 경찰은 불법책임에 대한 원칙에 따라 손해배상을 지급할 의무를 지게 된다. 아울러 피해가 야기되었을 때 장해가 더 이상 존재하지 않는 경우에도(Nicht-mehr-Störer) 마찬가지로 손해배상의무가 존재한다. 예컨대 부상을 당하여 이제는 위험하지 않는 은행강도가 치료를 받지 못해 회복할 수 없는 건강상의 피해를 본 경우이다.<sup>135)</sup>

#### (4) 만인의 손실보상청구권

관계인 스스로가 경찰개입에 대해 아무런 동기를 제공하지 않더라도 소위 위험한 장소 또는 위험한 시설 그리고 검문소에서의 사람통제에 관한 규정은 경찰에 권리침해를 수권하기도 한다. 그 결과 그는 (외관적) 장해자가 아니다. 그는 경찰긴급상태에서의 비장해자도 아니다. 그는 국외자도 아니다. 왜냐하면 보상원칙에서의 국외자란 오로지 다

135) Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.273.

른 사람에 대한 조치의 비의도적인 부수적 결과로 법익침해를 받는 자를 말하기 때문이다. 위험이나 혐의가 이미 존재하는 곳에서 그러한 통제권한에 의하여 피해를 입은 자는 만인(Jedermann)으로 표현되고 있다.<sup>136)</sup>

독일의 경우 어떠한 주의 경찰법률도 만인의 청구권에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 학설상으로는 사후에 비장해자로 판명되었으나 경찰통제의 결과 피해를 본 자에 대해서도 보상이 주어져야 한다는 견해가 주장되고 있다.<sup>137)</sup> 그러한 보상청구권은 입법론상 요망될 수 있다. 그러나 그것은 헌법상으로 명령되고 있지 않는다. 왜냐하면 허용되고 있는 만인에 대한 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.<sup>138)</sup> 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 지불해야 하는 경우도 있다. 그러나 이러한 상황은 경찰긴급상태에서의 비장해자에 대한 경찰권발동과 동일시될 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(Jedermann) 피해를 입는다. 이 경우 장소적 책임이 언급될 수 있다.<sup>139)</sup> 그러나 관계인존재의 일반성이 특별희생상태에 개념적으로 전제되어 있는 불평등취급을 배제하고 있다. 이로써 일제단속 등의 법적인 충격이 피해전보의 면에서 완화될 수 없다.

136) Liskén, Über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei im Staat des Grundgesetzes, ZRP 1990, S.19.

137) Riegel, Polizeiliche Personenkontrolle, 1979, S.94.

138) Jochum/Rühle, a.a.O., S.422.

139) Rachor, a.a.O., S.841.

만인에 대한 조치에서는 관계인존재의 일반성으로 인하여 이미 침해 자체가 특별희생 상태를 구성하지 않기 때문에 침해의 결과(Folgen des Eingriffs)가 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.<sup>140)</sup> 이러한 희생한계를 정하는 척도에 대한 탐색은 그리 간단하지 않다. 독일의 판례는 희생한계의 확정에 있어서 입법자의 의사, 사물의 본성 또는 합리적이고 정당한 자의 이성적인 판단 등에 초점을 맞추고 있다. 또한 일반적인 생활리스크를 언급하기도 한다.<sup>141)</sup>

이러한 척도개념의 모호성을 고려할 때 희생한계의 확정은 해결되지 않는 평가문제이며 그 해결은 결국 다만 개개의 경우에 있어서의 법적용에 맡겨져 있음을 알 수 있다. 다음의 관점들이 평가에서 고려되어야 한다.<sup>142)</sup> 즉 대체로 만인에 대한 적법한 조치에 근거한 부담은 보상없이 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 결부되어 있는 시간상실이 재산적 손해가 되는 것은 모든 사람의 일반적인 생활리스크(allgemeines Lebensrisiko)에 속한다. 공공의 안녕을 위하여 수인하여야 할 그러한 조치는 특별희생을 과하는 것이 아니며 경찰통제는 일반적인 생활리스크에 속하는 것이다.<sup>143)</sup> 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 만인에 대한 통제조치라는 강제유형으로부터 벗어난다. 물론 개별적인 경우에 있어서 항상 문제가 되는 것은 경찰조치가 이미 위법하지 않는가의 여부이다. 개별적인 경우에 있어 경찰조

140) 이에 대한 상세는 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1991, S.114f. 참조.

141) BGHZ 17, 172(175); 46, 327.

142) Rachor, a.a.O., S.842f.

143) Württenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O., S.277.

치가 위법한 경우 이미 그 결과 특별희생이 존재한다. 다른 한편으로 예컨대 관계인에 의하여 야기된 대상이 위협의 혐의를 야기할 수 있고 그 결과 다수의 조치가 만인에 대한 권한에 근거해서가 아니라 위험조사조치로서 장해자에 대한 권한에 근거하여 고려될 수 있다. 이러한 2가지 상황 사이에서 만인에 대한 적법한 통제조치에 의하여 야기된 피해에서의 보상청구권이 있을 수 있다. 그 적용범위는 실제로는 많지 않을 것이다.

#### (5) 경찰협조자의 손실보상청구권

독일의 경우 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.<sup>144)</sup> 이러한 전보규정은 협조의 자발성이라는 징표 때문에 희생보상사상에 그 근거를 가지지 못한다. 희생보상청구권은 관계인이 고권적인 명령이나 강제에 의하여 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.<sup>145)</sup> 동시에 이러한 전보의무는 자신의 시민의 생명과 건강의 보호에 대한 국가의 의무를 반영하며 실현하고 있다. 협조제공의 부작위에 대한 형사처벌과는<sup>146)</sup> 무관하게, 어느 누구라도 자신의 개입이 오로지 재정적 부담과 결부될 수 있다는 염려만으로 협조제공을 도외시해서는 아니된다. 독일의 경우 이것은 경찰법률에서 보다는 교통사고보험법의 규율에 더 분명히 표현되어 있다.

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 자발성(Freiwilligkeit)이 부정되어야 한다. 조언조차 그것을 행하는 국가의 권위 때문에 희생보상사상에서 말하는 강제력을 받

144) 예컨대 브레멘경찰법 제56조 제2항 등이 있다.

145) Rachor, a.a.O., S.843. 이에 대한 상세는 Fischer, Unterlassene Hilfeleistung und Polizeipflichtigkeit, 1989. 참조.

146) 독일 형법 제323조c 참조.

휘할 수 있다. 개별사례에 있어 한계가 초과되어 강제가 된 경우 보상은 적법한 작용에서는 긴급상태보상에 대한 규정에 따라서 그리고 위법한 작용에서는 불법책임에 대한 규정에 따라서 지급되어야 한다.

전보요건이 되는 경찰협조자의 협조제공에 대한 경찰행정청의 동의(Zustimmung)라는 개념은 광의로 해석될 수 있다. 특별한 형식적 언명은 필요하지 않지만 구성적 효력을 가지는 (사후적) 승인을 필요로 한다. 동의에는 명시적인 동의 외에 추정적 동의도 포함되는 것이다.<sup>147)</sup> 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 사무관리원칙<sup>148)</sup>에 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 널리 경찰의 업무에 관한 것이면 무방하다.<sup>149)</sup>

독일의 경우 자발적 경찰협조자가 입는 피해는 경찰법률이 아무런 청구권을 규정하고 있지 않은 주에서도 보상되고 있다. 임의적 경찰보조자에 대하여는 모든 주에서 연방법으로 규율되어 있는 사고보험법(Unfallversicherungsrecht)에 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 때 입은 물적 손해 및 그가 상황에 따라서 필요하다고 간주하는 비용도 전보하고 있다. 자

147) Jochum/Rühle, a.a.O., S.425.

148) 독일 민법 제677조 참조.

149) Jochum/Rühle, a.a.O., S.425.

발적인 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. 마찬가지로 것은 동법 제539조 제1항 제9호 c에 따르면 범죄행위의 혐의가 있는 자의 추적이나 체포를 위하여 신체가 동원된 자에 대하여도 타당하다.

## IV. 손실보상의 내용 및 실현

### 1. 손실보상의 기준

헌법 제23조 제3항은 공용침해에 대하여 “정당한 보상”을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 이 경우 정당한 보상이 완전보상을 의미하는지 상당보상을 의미하는지가 문제이다. 완전보상설은 공용침해로 인하여 발생한 객관적 손실 전부를 보상하여야 한다는 견해이다. 우리나라의 다수 견해는 완전보상설을 지지하고 있고, 일반적으로 완전보상은 피침해재산의 객관적 가치의 보상과 함께 부대적 손실의 보상도 포함하는 것으로 이해하고 있다.<sup>150)</sup> 헌법재판소도 헌법 제23조 제3항에서 규정한 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻한다고 한다.<sup>151)</sup>

상당보상설은 정당한 보상이라 함은 피해이익의 성질 및 정도와 함께 침해행위의 공

150) 박근성, 전제서, 126면.

151) 헌법재판소 1990.6.25. 89헌마107 전원재판부.

공성을 고려하여 보상이 행해질 당시의 사회통념에 비추어 사회적 정의의 관점에서 객관적으로 타당하다고 여겨지는 보상을 말한다고 한다. 완전보상을 원칙으로 하면서도 합리적 이유가 있을 때에는 완전보상을 하회하거나 상회할 수 있다고 보는 견해 등이 이에 포함시킬 수 있다.

생각건대 재산권보장의 관점에서 볼 때 헌법 제23조의 정당한 보상이란 완전한 보상을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 침해행위의 공공성은 공용침해의 정당화사유로 보아야지 손실보상의 제한사유로 보는 것은 타당하지 않기 때문이다. 따라서 손실보상의 최저기준은 완전보상으로 보아야 한다. 헌법제23조 제3항은 보상은 법률로써 하되라고 규정하고 있지만 이러한 완전보상의 원칙에 반하지 않는 범위에서 보상의 구체적인 기준과 방법 등이 입법자의 재량사항이 된다는 것을 의미할 뿐이다.

## 2. 손실보상의 내용

손실보상의 구체적 내용은 공용침해에 기한 손실보상청구를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 현재 토지수용법이 일반법의 기능을 수행하고 있다.<sup>152)</sup>

원칙적으로 직접적인 재산적 손실에 대하여만 보상이 행해진다. 간접손실 특히 기대이익은 원칙적으로 보상되지 않는다. 다만 기대이익이 통상적인 임금 또는 이용대가인 경우에는 직접적인 재산적 손실에 포함된다. 간접적인 손실인 경우에도 그것이 불합리한 손해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 손실보상이 행해질 수 있다.

보상액을 산정함에 있어서는 이익형량이 행해져야 하는데 피해자에게 과실이 있었는지, 경찰의 조치로 피해자에게 이익이 발생하였는지 등이 고려되어야 한다. 비책임자에 대한 조치가 비책임자 자신 또는 그의 재산의 보호를 위하여 발하여진 경우에는 손실보상청구권이 부정되거나 제한될 수 있다.

손실보상청구가 인정된다고 하여 손해배상청구가 부정되는 것은 아니다. 손실보상청구와 손해배상청구는 병존할 수 있다. 양 청구권의 경합을 인정하는 것은 보상의 기준과 배상의 기준이 다르기 때문이다. 무엇보다도 손해배상청구권은 정신적 손해에 대한 배상을 포함하고 있다는 점에 의의가 있다.

152) 토지수용법 제46조 이하 참조.

### 3. 손실보상의 원칙

보상은 금전보상으로 행해진다(토지수용법 제45조 제4항 참조). 등가보상원칙이 적용되는지 판단하여야 한다. 등가보상원칙이란 보상이 원칙적으로 이전의 상태를 확보시켜 주어야 한다는 것 즉 경제적으로 동 가치의 보상이 행해져야 한다는 것을 말한다. 공법상 결과제거청구권의 행사에 의하여 이전상태의 회복을 청구할 수 있는지가 문제이나 본 연구는 적법한 경찰작용으로 인해 피해보상에 한정하고 있으므로 다루지 않는다.<sup>153)</sup>

### 4. 손실보상청구권의 실현

#### (1) 쟁송수단 및 청구상대방

손실보상청구에 관한 소송은 현재 판례상 민사소송으로 취급되고 있다.<sup>154)</sup> 판례는 손실보상의 원인이 공법적이더라도 그로 인한 손실의 내용이 사권이라면 손실보상은 사법적인 것이라는 입장을 취한다. 그러나 적법한 경찰조치로 인한 손실보상청구권은 우월한 공권력의 행사로 인하여 발생한 피해의 전보제도이므로 공권으로 보아야 하며 따라서 그에 관한 소송은 행정소송 특히 공법상 당사자소송으로 제기하여야 할 것이다. 물론 이러한 논의는 손실보상청구권의 성립을 전제로 하여 그 권리의 실현방법과 관련한 것이다.

손실보상청구의 상대방 즉 손실보상의 의무가 있는 자 내지 손실보상청구소송에서의 피고는 원칙적으로 당해 행위를 한 경찰공무원이 소속되어 있는 국가가 된다.

#### (2) 실 권

손실보상청구권을 장기간 행사하지 않고 방치하였을 때에는 신뢰보호원칙의 결과 그

153) 공법상의 결과제거청구권에 대한 상세는 조태제, 공법상의 결과제거청구권, 공법연구(제25집 제4호), 1997.6, 377면 이하 참조.

154) 대법원 1998.2.27. 선고 97다46450 판결 등.

것을 행사할 수 없다고 보아야 한다. 참고로 독일에서는 적법한 경찰활동으로 인한 손실 보상에 관하여 손실보상을 청구할 수 있음을 안 날로부터 3년, 손실보상청구권이 발생한 날로부터 30년이 지나면 이를 행사할 수 없다.

## V. 국가보상의 흠결과 보충

### 1. 개 설

경찰활동에 따른 피해를 입은 피해자의 구제라는 입장에서 보면 당해 경찰활동이 적법인가 위법인가는 중요하지 않고 양자의 통일적 파악이 필요하다고 주장할 수 있다. 적법행위에 기한 손실보상과 위법행위에 기한 손해배상을 통일적으로 파악하는 오토 마이어의 통일적 보상이론에 바탕을 둔 이러한 이론은 연혁적으로는 공권력의 행사에 기한 국가책임이 부정되는 시절에 이러한 국가무책임이론을 극복하는 데 기여해 왔다. 나아가 오늘날 이 이론은 국가배상과 손실보상을 국가보상이라는 상위개념으로 포섭하여 고찰함으로써 그 어느 것에 의해서도 구제되지 않는 국가보상의 곡간을 메우기 위한 해석론적, 입법론적 노력을 촉구하는 데에 기여하고 있다.<sup>155)</sup>

우리나라에서는 국가배상과 손실보상을 각각 별개의 제도로써 전개해 왔다. 그러나 이론적으로 보면 국가배상과 손실보상의 어느 것에도 소속시키기 곤란한 영역이 존재하고 있다. 더욱이 이 두 가지의 제도로는 커버할 수 없는 부분도 있다고 지적되고 있다. 이하 본 연구와 관련되는 범위에서만 이러한 부분이 존재하는 영역을 살펴보고 이에 대한 대응방안을 검토한다.

155) 그러나 법치국가에서 위법침해는 본래 제거되어야 하는 것인데 대하여 적법침해는 수인의무가 있는 것이라는 점에서 양자의 본래적 차이를 무시할 수 없다. 국가배상은 법치국가원리에 근거한 구제제도로서 구성될 수 있는 것이다. 이러한 관점하에서는 손해의 금전적 진보를 구하는 국가배상은 법치국가원리의 담보수단으로서 행정심판이나 행정소송에 의하여 위법행위를 직접 다투는 행정쟁송과 더불어 존재한다. 국가배상법은 제1차적으로는 행정쟁송법과의 관련하에 고찰되어야 하는 것이다. 침해의 적법·위법을 묻지 않는 통일적 보상법의 관점은 국가배상이 가져야 할 제재기능, 위법행위억제기능, 위법상태배제기능을 상실케 할 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

## 2. 위법·무과실의 경우<sup>156)</sup>

### (1) 흠결의 존재

공권력의 행사에 있어서 공무원의 행위가 위법이긴 하지만 무과실인 경우가 있다. 국가배상법 제2조는 적어도 문언상으로는 공무원의 과실을 요건으로 하고 있다. 한편 손실보상은 적법행위에 한정되고 있다. 그래서 위법이긴 하지만 과실이 없다고 하는 경우에는 국가배상과 손실보상의 어느 것으로도 구제될 수 없게 된다.

공권력발동요건결여설에 따르는 경우 국가배상법 제2조 제1항은 위법과 과실을 요건으로 하고 있다. 그 경우의 위법의 의의에 대해서는 해석이 나누어져 있고 또한 유형에 의하여 위법개념이 다원화하고 있다. 그러나 행정처분을 행하는 경우에 있어서는 공권력발동요건의 결여를 가지고 위법으로 해석하고 그것이 위법인 것을 인식하여야 함에도 이를 하지 않는 것을 과실로 해석하고 있다. 이와 같이 위법과 과실을 이원적으로 판단하는 경우에는 위법이지만 과실이 없는 사태가 생길 수 있다. 이것이 소위 위법무과실의 유형으로서 국가보상의 흠결의 전형으로 되어 왔다. 왜냐하면 과실이 없으면 국가배상법 제2조 제1항의 손해배상책임이 성립하지 않으며 또한 손실보상은 적법침해일 것을 요건으로 하고 있기 때문에 손실보상도 행해지지 않기 때문이다.

직무행위기준설을 택하는 경우에는 위법일원적 판단이 행해지는 것이 되므로 공권력

156) 재산권침해의 경우이라도 통설에 의하면 특별희생이 없으면 헌법 제23조 제3항에 근거한 보상청구는 가능하지 않다. 그러나 보상이 부정되는 것 중에는 그 손실을 피해자의 전면적인 부담으로 하는 것이 과연 타당한 것인지 의문이 생기는 것도 있다. 그것에 대해서는 처음부터 국가보상청구도 가능하지 않아 국가보상의 흠결에 놓이는 것이 된다. 나아가 국가 또는 지방자치단체가 사인을 위협한 상태에 두는 것에 기인하는 손실에 대하여 바로 헌법 제23조 제3항을 적용하여 손실보상청구를 행할 수 있는가에 대해서도 의문이 생길 수 있다. 예컨대 국가가 전쟁을 개시했기 때문에 사인이 공습으로 사망한 경우 직접 가해행위는 적국에 의하여 행해진 것이며 국가의 책임은 국민에게 위협한 전쟁이라는 상태를 형성한 것에 있어 손해와의 관계는 간접적이며 또한 이러한 위험상황 중에 다수의 전쟁손해가 생기므로 특별희생이라고 말할 수 있는가에 대해서는 이론이 있을 수 있다. 그러나 어떤 종류의 전쟁손해에 대해서는 구제의 필요가 있는 것도 사실이며 이러한 경우도 국가보상의 흠결의 문제로서 그것을 배우려는 노력이 요청되고 있다. 이러한 영역 외에도 영조물의 설치·관리에 흠이 없는 경우 등을 들 수 있다.

발동요건결여설 아래에서의 위법·무과실이라는 유형은 항고소송에서는 위법이더라도 국가배상법상은 적법한 것이 된다. 그 경우 적법침해로서 손실보상이 주어진다면 국가보상의 흠결은 존재하지 않게 된다. 이점에 대해 직무행위기준설은 아무것도 말하고 있지 않지만 동설은 단지 공권력발동요건결여설에서 말하는 과실이 없고 그 의미에서 당해 공무원개인을 비난하기 어려운 때에는 국가배상법상의 위법이라는 평가를 행하는 것을 피하고자 하는 목적만을 가지고 있으며 손실보상과의 관계에서는 공권력발동요건을 충족한다는 의미에서의 적법침해인 것을 요건으로 하고 있다고 해석된다. 그렇다면 직무행위기준설을 택하더라도 전통적인 위법무과실의 유형은 국가배상법상은 적법하지만 손실보상이 주어지지 않는 영역이 되어 국가보상의 흠결로 남게 된다.

## (2) 해석론에 의한 대응

### 1) 손해배상적 접근

공권력의 행사가 위법·무과실인 경우에 있어서는 현행법상으로는 과실 개념 그 자체의 객관화라는 실체적 대응이나 과실의 추정 등과 같은 절차적 대응이 대중요법이 될 것이다. 이것은 손해배상적 접근방법이다. 그러나 이를 넘어서 현행법이 과실을 명시적 요건으로 하고 있는 이상 일반적으로 과실의 개념을 정면으로부터 부정하는 것은 해석론으로서는 어려운 것이다.

### 2) 손실보상적 접근

과실의 객관화나 과실의 추정이라는 방법과는 별도로 손실보상적으로 접근하여 위법·무과실이라는 국가보상의 흠결을 메우려는 해석도 생각될 수 있다. 독일의 학설·판례가 사용하고 있는 수용유사침해보상이 그것이다. 독일에서는 적법침해에 대하여 보상이 주어진다면 위법침해에 대하여는 말할 것도 없다는 물론이론에 의하여 위법·무과실의 침해에 따른 피해에 대하여 구제를 인정하고 있다. 그리고 위법·유책의 침해의 경우에는 직무책임이라는 실정법상의 구제수단이 있지만, 수용유사침해에 기한 보상과 비교하여 모든 점에서 전자가 피해자에게 유리하다고 말할 수 없기 때문에 위법·무과실의

침해에 대하여 수용유사침해보상이 인정된다면 말할 것도 없이 후자에 대하여도 수용유사침해보상을 인정할 수 있는 것이다. 그 결과 위법·유책의 재산권침해에 대하여는 직무책임청구권과 수용유사침해에 기한 보상청구권이 경합하고 있다.

수용유사침해보상은 피해자에게 특별희생이 발생했으나 국가배상법 제2조의 문제로서 처리한다면 과실이 없어 청구가 기각될 우려가 있는 경우에 손실보상의 문제로서 처리하면 그러한 우려를 피할 수 있는 경우에 특히 실익이 있다. 적용에 있어서는 주로 법률상 보상규정의 확장해석이나 유추적용을 통하여 행해질 것이다. 이러한 방법을 적용할 수 있는 예로서 경찰이 범인체포, 인명구조 등의 필요 때문에 건물 등을 파괴하는 경우에 소방법의 규정을 유추적용하여 보상을 지급할 수 있을 것이다.

### (3) 입법론에 의한 대응

국가보상의 흠결을 해석에 의하여 메우는 시도는 중요하다. 하지만 필요하다고 생각되는 모든 흠결을 해석론에 의하여 메우는 것은 용이하지 않다. 따라서 입법에 의한 대응이 요청되는 것이다.

입법정책으로서 과실책임주의가 타당한가에 대한 의문이 있을 수 있다. 국가배상법이 갖는 피해자구제기능이라는 관점으로부터는 당연히 무과실책임주의가 우월하게 된다. 과실책임주의 아래에서 그리고 과실의 거증책임이 원고에게 있는 경우에는 피해자에게 피해가 가해져도 가해자의 과실이 입증가능하지 않으면 피해자는 구제되지 않게 된다. 자력, 전문지식 등의 면에서 통상 압도적 차이가 있는 국가 또는 지방자치단체를 상대방으로 하여 과실을 입증하는 것은 사인에게 있어 용이하지 않은 경우가 많을 것이다.

그럼에도 불구하고 과실책임주의가 채용된 것은 민법상의 불법행위규정과의 균형의 문제와 재정상의 배려에 의한 것이라고 말할 수 있다. 그리고 다른 외국에서 국가배상제도에 대해 과실책임을 원칙으로 하고 있는 것도 기본적으로 마찬가지로의 이유에 의한 것이다.

그러나 민법상 불법행위규정과의 균형에 대해서는 국가배상제도의 특색인 법치국가원리의 담보기능에 착안한다면 문제가 되지 않는다고 말할 수도 있다. 실제 구 서독의 1981년 국가책임법 제2조 제1항은 과실의 거증책임의 전환을 도모하고 나아가 동조 제2

항은 기본권침해에 대해 무과실책임주의를 채용하였다. 그것을 허용한 것은 국가배상법의 법치국가적 국가책임으로서의 위치지움이었다. 법치국가적 국가책임의 입장에서부터는 행정쟁송에 있어서 과실이 취소의 요건이 되지 않는 것과 마찬가지로 국가배상에서도 과실을 요건으로 해서는 아니 되는 것이다. 그러나 동법이 주의 국가배상에 관한 연방의 관할권한을 결여했다는 형식적 이유로 위헌무효로 된 후, 연방의회가 입법작업의 재개를 주저하고 있는 최대의 이유는 재정부담의 증대에 대한 우려이다. 법치국가적 국가책임이라는 이론적 입장을 택하고 있더라도 재정적 관점으로부터의 정책적 배려는 무시할 수 없을 것이다.

일반적으로 무과실책임이나 과실의 거증책임을 전환하는 것에는 아직 신중한 의견이 다수이다. 따라서 원칙적으로는 과실책임주의를 택하고 과실의 거증책임을 원고에게 지우되 특히 필요성이 큰 경우에 개별법으로 과실책임주의를 수정하여 무과실책임주의를 도입하거나 과실의 거증책임을 전환해 가는 것이 현실적일 것이다.

### 3. 비재산적 법익의 침해

#### (1) 흠결의 존재

적법한 재산권침해에 대해서는 헌법 제23조 제3항에 근거하여 직접 손실보상청구가 가능하다는 것이 학설상 인정되고 있지만, 비재산적 법익이 침해된 경우에 대해서도 동조항을 유추적용 내지 물론 해석하여 헌법상 손실보상청구를 인정할 것인가가 문제이다. 이에 대해서는 종래 예방접종사고소송을 중심으로 논의되어 왔다. 강제예방접종으로 인해 부작용이 나타난 피해를 받더라도 과실이 없다면 국가배상법에 의한 청구는 가능하지 않고 또한 행정상 보상제도인 예방접종건강피해구제제도도 피해의 모두를 전보하는 것은 아니기 때문에 국가보상의 흠결이 발생하게 된다.

#### (2) 해석론 및 입법론에 의한 대응

일반적으로 수용이나 수용유사침해 또는 수용적 침해로 인한 보상청구권은 오직 재산

권에 대한 침해시의 문제이고 그밖에 생명·건강 등과 같은 법익의 침해의 경우에는 적용되지 않는다. 그러나 이러한 비재산적 가치를 재산적인 것보다 덜 보호한다면 그것은 헌법상의 기본권보장정신에 부합하지 않는 것이 된다.

독일의 경우 이러한 비재산적 가치의 보호에 대해서는 희생보상청구권을 판례법상 인정하고 있다. 그리고 이러한 희생보상청구권이 헌법적 지위의 관습법으로 승인되어 있다. 수용유사침해보상의 경우와 같이 희생유사침해보상도 인정되고 있다(독일의 희생보상청구권에 대하여는 이하에서 자세히 고찰한다). 일본의 경우에도 “재산상 특별희생이 과해진 경우와 생명, 신체에 대하여 특별희생이 과해진 경우에 후자의 경우를 불리하게 취급하는 것이 허용될 합리적 이유가 전혀 없다. 따라서 생명·신체에 대하여 특별희생이 과해진 경우에도 헌법 제29조 제3항을 유추적용하여 이러한 희생을 강요당한 자는 직접 헌법 제29조 제3항에 기하여 피고인 국가에 대하여 정당한 보상을 청구할 수 있고 해석하는 것이 상당하다”고 한 판례가 있다.<sup>157)</sup> 비재산적 법익의 침해에 헌법 제29조 제3항을 유추적용함으로써 국가보상의 흠결을 메우고 있는 것이다.

### (3) 독일의 희생보상청구권제도

#### 1) 근거

일반국가법 서문 제74조 및 제75조에 실정법으로 표현되어 있는 일반적 희생보상청구권은 제3장에서 살펴본 것처럼 많은 변화의 역사를 겪어 왔다. 희생보상청구권은 시간의 흐름속에서 제한되거나 확장될 뿐만아니라 여러 가지의 특수한 법제도에 의하여 배제되기도 하였다. 하지만 일반공중의 이익과 개인의 권리 사이의 충돌에서 후자를 후퇴시키지만 그 권리상실이 보상되어야 한다는 기본적 사고는 오늘날까지도 생명력이 있으며 기준이 되어 있다. 이에 따라 희생보상청구권은 관습법으로 -그리고 헌법 차원에서- 계속적으로 타당하다. 따라서 개별 입법자는 이를 보다 상세히 형성하고 한정할 수 있지만 배제하거나 본질적으로 제한할 수는 없다.<sup>158)</sup>

157) 宇賀克也, 국가보상법, 1997, 501면 참조.

158) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, S.741.

물론 일반적 희생보상청구권은 특별한 법률규정이나 법제도가 존재하지 않는 경우에만 나타나게 된다. 희생보상청구권의 특별한 표현을 이루고 있는 것은 기본법 제14조 제3항의 수용보상규정이다. 동일한 것은 수용유사침해보상이나 수용적침해보상에 타당하다. 따라서 희생보상청구권의 적용범위는 처음부터 비재산적 가치의 권리에 한정된다. 이에 따라 잠재적으로 모든 충돌영역을 커버하는 일반적 희생보상청구권과 비재산적 가치의 권리에서 현실화되고 있는 특별한 희생보상청구권을 구별할 수 있게 된다. 이하의 설명은 특별한 희생보상청구권에 한정한다.

## 2) 적용범위

희생보상청구권의 대상은 이미 설명한 바와 같이 비재산적 가치의 권리이다. 전통적으로 이 청구권은 독일 기본법 제2조 제2항이 규정하고 있는 생명, 건강 및 자유 등을 대상으로 하고 있다. 그러나 학설상으로는 기본법 제2조 제2항에 보장된 범익으로 한정하는 것은 정당하게도 비판되고 있다.

희생보상청구권은 원래는 적법한 침해와 관련된다. 그러나 이 청구권은 시간의 경과에 따라 위법 유책의 침해를 포함하는 위법한 침해에로 확장되었다. 희생보상청구권이 위법한 침해의 경우에 당연논법의 방법으로 유추하여 적용될 수 있는 것이다. 희생유사침해보상이 인정될 수 있는 것이다.

희생보상청구권은 -그에게 남아있는 비재산적 가치의 권리라는 잔여영역에서도- 일련의 특수한 규정에 의하여 배제되기도 한다. 예컨대 예방접종피해에 대한 연방전염병예방법 제51조 이하, 형사소추조치에 의한 피해에 대한 형사보상법 제1조 이하, 경찰법상의 보상청구권 등이 있다.

## 3) 희생보상청구권의 요건

희생보상청구권의 요건은 비재산적 가치의 권리에 대한 고권적 침해가 있고 그것이 관계인에게 재산손해의 모습으로 특별희생이 될 것이다.

먼저 고권적 침해가 있어야 한다. 침해는 의도적일 필요는 없다. 수용유사침해보상에서와 마찬가지로 고권적 조치에 의한 권리의 직접적 침해이면 족하다. 피해자가 임의적으로 일정한 위험상황에 들어간 경우 예컨대 자발적으로 경찰을 돕거나(소위 자발적 경

찰협조자 - 이 경우에는 경찰법상의 규정이나 사회법전 제2조 제1항 제11호a 및 제13호a에 따라 보상을 받는다)에는 침해가 부인될 수 있다. 피해자가 자발적이지는 않지만 자기책임으로 그러한 상황에 있는 경우에도 마찬가지로 것이 타당하다.

둘째로 비재산적 가치의 권리가 침해의 대상이다. 다수설에 따르면 이것에 속하는 것은 생명, 건강, 신체적 이상해 및 (신체적 이동의 자유라는 의미의) 자유 등이다.

셋째로 상대방에게 특별희생이 되어야 한다. 특별희생은 수용에 대한 연방최고법원의 이전의 판례에 따를 때와 마찬가지로 피해자가 다른 자와 비교할 때 불균등하게 부담을 지는 경우 따라서 일반적인 희생한계를 넘어서는 수인할 수 없는 다른 특별한 부담을 받아들여야 하는 경우에 인정된다. 이 경우 침해행위 자체 뿐만아니라 그것과 직접 결부되어 있는 결과도 기준이 되고 있다. 특별희생의 결정의 본질적인 척도는 그 효과가 법률상으로 의욕되어 있으며 요청되어 있는지의 여부 따라서 관계법규의 규범목적에 의하여 커버되어 있는지의 여부이다. 특별희생의 결정의 기준이 되는 규범목적은 물론 헌법상으로 정당화되어야 한다. 이 경우 기본권규정 및 기타의 헌법규정 뿐만아니라 헌법관습법상의 희생보상청구권이 고려되어야 한다. 특별희생은 연방최고법원의 견해에 따르면 국가의 조치에 의하여 단지 일반적 생활리스크가 구체화되는 경우에는 부인된다.<sup>159)</sup>

#### 4) 손실보상

보상은 비재산적 가치의 권리에 대한 침해에 의하여 성립하는 재산적 손해(예컨대 치료비용, 요양비용, 임금결손금 등)이지 정신적 손해를 대상으로 하지 않는다. 민법 제847조(위자료지불)는 여기서는 적용되지 않는다. 따라서 정신적으로 침해된 권리는 전보되는 손해는 아니다. 물론 입법자가 정신적 피해에 대하여 전보를 규정할 수는 있다(예컨대 전염병예방법 제52조 제2항). 개별적인 것의 보상과 관련해서는 수용에서 설명했던 것이 언급될 수 있다.

159) BGHZ 46, 327.

#### (4) 소 결

우리의 실정법은 일반적인 제도로서 희생보상청구권을 알지 못한다. 또한 헌법 제23조 제3항의 유추적용에 의한 비재산적 법익의 손실보상에 관한 판례도 찾아볼 수 없다. 그러나 개별법에는 희생보상청구권에 상당한 권리가 인정되어 있는 예가 있다. 예컨대 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방상 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 사람 또는 화재현장에 있는 사람으로 하여금 사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있는 바(소방법 제77조), 이 경우 사람의 생명을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막는 일에 협력한 사람이 이로 인하여 질병·부상 또는 사망한 때에 시·도의 조례가 정하는 바에 의하여 보상금을 지급한다(제89조 제2항). 소방법은 질병·부상 또는 사망에 대한 보상제도를 두고 있는 것이다. 이외에도 산림법 제102조의3, 전염병예방법 제54조의2 등에서도 생명·신체의 침해에 대한 보상규정을 두고 있다.

우리나라의 경우에도 독일이나 일본에서와 마찬가지로 개별법에 이러한 보상규정이 없더라도 입법이 마련되기까지는 공공필요에 의한 생명·신체에 대한 적법한 침해로 특별한 희생을 받은 자는 헌법상 기본권규정(제10조, 제12조)과 평등조항(제11조)을 직접 근거로 하여 보상을 청구할 수 있다고 보는 독일식에 가까운 희생보상청구권을 인정한다든가 아니면 일본식으로 헌법 제23조 제3항을 유추해석하거나 물론해석하여 재산적 법익 보다도 더 중요한 의미를 가지는 생명·신체 등의 비재산적 법익의 침해에 대하여도 보상을 인정하여야 할 것이다.

#### 4. 수용적 침해

수용적 침해란 공공필요에 의하여 사인의 재산권에 가해지는 공법상 적법하고도 직접적인 침해로서 의도하지 아니한 피해를 부수적 효과로서 가져오고, 그 피해가 사인에게 특별한 희생을 가져오는 재산권의 침해를 말한다. 수용의 본질은 공익을 위해 개인의 재산권에 대해 가해지는 목적적인·의도적인 적법침해에 있고, 수용유사침해의 본질은 위법침해에 있는바, 적법한 행정작용으로 인해 야기되지만 그러나 의도되지 않은 비전형적

인 부수적 효과로서의 재산권에 대한 침해의 경우는 수용이나 수용유사침해의 어느 경우에도 해당하지 않는 것이 된다. 따라서 이 경우에는 수용보상이나 수용유사침해로 인한 보상도 주어질 수 없다. 이러한 보상의 공백을 메우고자 창안된 개념이 수용적 침해의 개념이다.

수용유사침해의 경우와 마찬가지로 수용적 침해의 경우에도 보상청구권의 요건은 수용보상의 요건에서 유추하여 논급되고 있다. 그 요건으로 공공필요, 재산권의 침해, 특별 희생, 침해의 적법성과 그 결과로서의 피해의 발생을 들 수 있다.

## 5. 결과책임과 사회보장

이들 공무재해나 전쟁재해 등은 개인에게 주어진 위험상황에 비추어 본 피해로서 위의 2의 범주와 유사하므로 양자를 합쳐 위험책임이라 할 수 있다. 그러나 이 경우는 예방접종과 같이 개별적인 침해행위라고 하기보다는 피해자에게 놓여진 포괄적 환경이 위험하다는 것으로 구별될 수 있다. 아무튼 이들 재해가 고전적인 구제방법으로는 전면적인 해결을 보지 못한다는 것은 말할 나위도 없다.

### (1) 양자의 차이

결과책임은 침해행위의 적법·위법은 묻지 않고 당해 피해가 국가행위에 기인한 것이면 그 때문에 국가가 책임을 진다는 것이다. 따라서 일반적으로는 피해자의 자력 등은 문제되지 않는다. 한편 사회보장은 국가기인성이 아니라 실제로 존재하는 빈곤, 질병 등에 대하여 사회연대의 입장에서부터 구제를 행하는 것이며 피해자의 자력 등이 중요한 요소가 되는 경우가 많다. 그러나 현실의 제도 중에는 결과책임적 성격과 사회보장적 성격이 융합되어 있는 것도 드물지 않고 모든 제도를 일방의 이념만으로 나눌 수 있는 것은 아니다.

무과실책임이 침해가 위법인 것을 전제로 하여 과실을 책임발생요건으로 하지 않는 것임에 대하여 처음부터 침해가 적법인가 위법인가를 문제로 하지 않고 손실을 전보하는 것도 고려될 수 있다. 이것이 결과책임이다. 결과책임을 인정하는 법률 중에는 발생

한 손실의 전액을 전보하는 것이 아니라 보상액에 상한을 설정하고 있는 것도 있다.<sup>160)</sup> 이하 본 연구와 관련되는 몇 가지의 법률만 본다.<sup>161)</sup>

## (2) 형사보상법

형사보상이란 형사사범의 과정에서 부당하게 미결구금이나 형집행을 받은 사람에 대해 국가가 그 피해를 전보해주는 제도를 말한다. 헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 형사보상법은 이를 구체화하고 있다.

형사보상의 성격에 대하여는 이것을 위법·무과실책임을 정한 것으로 보는 견해도 있다. 결과위법설에 서면 무죄판결이 확정된 이상 미결구금 등은 위법이 되며 형사보상법은 무과실책임을 규정한 것이 된다.<sup>162)</sup> 그러나 공권력발동요건설의 경우 무죄판결이 확정되어도 미결구금 등은 위법한 경우도 있지만 적법한 경우도 있을 수 있기 때문에 형사보상법은 결과책임을 정한 것이 된다. 그리고 보상액의 결정에 있어서는 법원은 보상금액을 산정할 때에는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰, 검찰, 법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 하므로(제4조 제2항), 사회보장적 색채도 가지고 있다.

동법은 보상액에 상한을 설정하고 있다. 동법에 의한 지급액을 초과하는 부분에 대하여는 국가배상의 길이 있는 경우도 있겠지만 과실을 입증할 수 없게 된다면 그 부분은 국가보상의 흠결로 남게 된다. 또한 공권력발동요건결여설 하에서 미결구금이 적법하더라도 형사보상법에 의한 지급액을 초과하는 손실부분은 역시 국가보상의 흠결로서 남게 된다.

160) 형사보상법이 그 예이다.

161) 이하에서 소개하는 법률 이외에도 범죄피해자구조법 등도 있다.

162) 형사소송법학자는 이를 법률의무설이라 부르고 있다 : 차용석, 형사소송법, 1997, 1149면 참조.

### (3) 의사상자에우에관한법률

의사상자에우에관한법률은 타인의 위해를 구제하다가 신체의 부상을 입은 자와 그 가족 및 사망한 자의 유족에 대하여 필요한 보상 등 국가적 예우에 관하여 정하고 있다(제1조). 동법에 따른 피해보상이 인정되는 경우는 (i) 타인의 생명, 신체 또는 재산을 보호하기 위하여 강도, 절도, 폭행, 납치 등 범죄행위를 제지하거나 그 범인을 체포하다가 의상자 또는 의사자가 된 때, (ii) 자동차, 열차 기타 승용물의 사고 또는 기타의 이유로 위해에 처하여진 타인의 생명 또는 신체를 구하다가 의상자 또는 의사자가 된 때, (iii) 천재지변 기타 수난, 화재, 건물의 도괴, 축대나 제방의 붕괴 등으로 인하여 위해에 처하여진 타인의 생명 또는 신체를 구하다가 의상자 또는 의사자가 된 때, (iv) 천재지변 기타 수난, 화재, 건물의 도괴, 축대나 제방의 붕괴 등으로 인하여 일어날 수 있는 불특정다수인의 위해를 방지하기 위하여 긴급한 조치를 하다가 의상자 또는 의사자가 된 때, (v) 야생의 동물 또는 광견 등의 공격으로 인하여 위해에 처하여진 타인의 생명 또는 신체를 구하다가 의상자 또는 의사자가 된 때에 보상금을 지급하거나 의료급여 등을 실시한다(제3조, 제7조 이하).

이 법률은 일본의 경찰관의직무에협력원조한자의재해급부에관한법률, 해상보안관에협력원조한자등의재해급부에관한법률 등과 마찬가지로 위험한 공무에 협력했기 때문에 피해를 받은 자에 대한 보상을 정하고 있다. 인적 공용부담 등에 의해 공무에의 협력이 의무로 되어 있는 경우의 공무재해보상과는 달리 협력이 의무로 되어 있는 것은 아닌 경우에 있어서도 협력원조자에 대하여 보상할 것을 정하고 있는 것이다. 이러한 경우에는 국가기인성이 존재한다고 말할 수 없어 결과책임의 규정으로 볼 수 없다. 하지만 사실상 경찰관의 직무를 행하여 인명구제를 행하려고 한 자에 대하여 공무재해에 준한 보상을 지급함으로써 그 노고에 보답함과 동시에 이러한 행위를 장려하고 나아가 사회정의의 구현에 이바지하는 목적이 있는 것이다(제1조 참조). 이 법률은 보상요건과 관련하여 사망하거나 부상한 경우에만 그 보상을 인정하는 등 일정한 한계를 보이고 있다. 그러나 그 요건에 있어서는 약간의 차이가 있으나 전체적으로 평하면 일본의 경찰관의직무에협력원조자의재해급부에관한법률에 유사하다고 말할 수 있다.

## 6. 기 타

조세우대조치는 은폐된 보조금이라 칭해지는 바와 같이 실질적으로는 공적급부를 행하는 것과 마찬가지로 경제적 효과를 가진다. 그 때문에 국가보상은 인정되지 않지만 피해자의 피해를 경감할 필요가 있는 경우에 조세우대조치가 행해지는 경우도 생각할 수 있다.

## 제5장 결 론

### I. 개 설

독일 경찰법에서의 책임분배의 사상은 위험을 야기한 장해자는 부담을 져야 하며, 위험방지를 위하여 경찰권발동의 대상이 된 비책임자 및 우연히 그에 관련된 제3자는 손해전보를 청구할 수 있다는 것으로 요약할 수 있다.<sup>163)</sup> 이러한 책임분배사상은 우리나라에서도 그대로 타당할 수 있을 것이다. 우리나라의 법이 독일법과 달리 우리나라에서는 희생보상사상을 내용으로 하는 헌법적 차원의 관습법이 존재하지 않으며 더구나 그럼에도 불구하고 경찰법에 손실보상에 관한 일반규정을 마련해 놓고 있지 않다. 그 결과 개별법에 보상규정이 존재하는 경우 외에는 관계인이 적법한 경찰작용으로 인하여 특별희생에 해당하는 피해를 당하더라도 손실보상을 청구하기는 어려운 것이다. 이것은 헌법 제23조 제3항이 재산권의 손실보상과 관련하여 “보상은 법률로써” 정한다고 규정하고 있기 때문에 더욱 그러하다. 이와 관련하여 독일의 경찰법은 희생보상사상이 헌법관습법으로 인정되고 있음에도 불구하고 경찰의 조치로 인한 손해전보와 관련하여 그 요건, 전보의 내용·범위·종류, 전보청구권의 시효, 전보의무자 및 구상권, 경찰책임자에 대한 구상, 쟁송수단 등에 관한 규정을 두어 그 자체로 비교적 완비된 형태의 손해전보의 체계를 마련해 놓고 있다는 점은 주목할 필요가 있다.

독일의 경우 손해전보영역에서의 규율방식은 오래 전부터 다툼이 있었고 오늘날에도 다툼은 계속되고 있다. 이것은 특히 국가책임법의 새로운 규율이라는 관점에서도 그러하다. 이러한 법영역을 규율함에 있어서의 어려움을 고려하여 포괄적인 그 자체로 완비된 손해전보에 관한 규율을 경찰법 자체에 도입한 것이다. 우리나라의 경우에도 손실보상의 일반법리가 충실하지 못하고 그 법리 자체에도 상당한 혼란이 있고 법제도 또한 체계적으로 정비되어 있지 못한 실정이다. 이로 인하여 현장에서는 경찰관 개인의 사비에 의한 피해전보 내지 예산의 변칙적 사용 등에 의한 피해구제가 행해지고 있다는 소식이다. 이

163) Knemeyer, Polizei-und Ordnungsrecht, 1993, S.171.

러한 점을 고려할 때 경찰법에다 독일에서와 같은 내용의 완비된 형태의 피해전보제도를 마련하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 물론 제도를 정비하기 전까지는 보상규정이 없는 경우에 헌법 제23조의 규정에서 직접 손실보상청구권의 발생을 인정하든지, 아니면 헌법 제23조 제1항 및 제11조에 근거하고 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다고 보는 입장<sup>164)</sup>을 법원이 적극적으로 수용하여 이에 대처해 가는 전향적 태도가 요망된다고 할 것이다. 어쨌든 피해전보의 성립요건과 관련해서는 이상에서 살펴본 독일에서의 논의가 입법론 및 해석론에서 일정한 시사점이 될 것이다.

## II. 해석론 및 입법론

적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해의 보상에 관한 우리나라의 현행 법제와 이론은 독일이나 일본 등에서의 상황과 많은 차이를 보이고 있으며, 이러한 보상법제의 흠결은 국민의 권리구제의 철저화라는 관점에서 보면 많은 문제점을 안고 있다.

먼저 특별희생에 해당하는 인적·물적 피해는 보상되어야 할 것이다. 이것은 공평부담의 이념에 그 궁극적 근거를 두고 있다. 독일의 경찰법은 이에 대하여 일반적 보상규정을 두고 있다. 독일의 경우 이러한 입법이 마련되어 있지 않다 하더라도 판례법으로 인정되고 있는 희생보상원칙에 따라 이러한 피해는 보상될 수 있을 것이지만 보상에 관하여 명문의 규정을 두어 그 보상을 철저히 하고 있는 것이다. 미국이나 일본의 경우 아무런 일반적인 보상규정을 두고 있지 않다. 그러나 판례는 청구권발생설의 입장에서 물적 피해에 대하여 보상을 해오고 있다. 학설은 이를 인적 피해에까지 확대하고 있다. 우리나라의 경우 특별희생에 해당하는 인적·물적 피해의 보상에 관하여 아무런 일반적 규정을 두고 있지 않다. 이점 미국이나 일본과 사정이 같다. 문제는 우리나라의 경우에는 이 경우 보상을 명시적으로 인정하고 있는 판례가 아직 없다는 점이다. 그러나 이제 우리의 판례도 학설상으로 주장되고 있는 독일식으로 수용유사침해보상 및 수용적 침해

164) 김남진, 행정법1, 2001, 339면.

보상의 법리를 인정하든지 아니면 일본식으로 헌법 제23조 제3항에 바탕한 청구권발생설을 받아들이는 전향적 태도를 보여야 할 것이다. 한편 이와는 별도로 행정실무상으로는 판례의 태도가 무엇이든 관계없이 특별희생에 상당한 피해의 보상에 관해서는 일정한 예산을 마련하고 이에 대하여 정당한 보상을 지급함으로써 발생할 수 있는 민원의 소지를 미리 예방할 필요가 있다할 것이다.

적법한 경찰작용으로 인한 피해에 대하여 손실보상이 필요한 경우인지가 문제되는 경우에는 제4장 III. 3.에서 검토한 것처럼 일정한 유형으로 나누어 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

유 형	손실보상 여부	예 외
비책임자	보상 인정	비책임자의 보호를 위한 경찰작용으로 인한 경우
국외자	보상 인정	국외자가 경찰작용으로 나타날 수 있는 불이익을 고려하지 않은 경우
장해자	보상 없음	
외관적 장해자	보상 인정	위험의 외관을 고의 또는 과실로 야기한 경우
외관과 관련된 비장해자	보상 인정	
만인	보상 없음	경찰작용의 결과로 보통 이상의 불이익을 야기된 경우

그러나 무엇보다도 바람직한 것은 독일과 같이 적절한 보상을 해 주는 보상입법을 마련하는 것이다. 특히 우리나라와 같이 손실보상을 인정하고 있는 판례가 없는 현실에서는 더욱 그러하다 할 것이다. 당해 법률에 규정하여야 할 사항으로는 독일과 같이 손해전보의무의 요건, 손해전보의 내용·종류·범위, 간접적 피해자의 청구권, 손해전보청구권의 시효, 손해전보의무자 및 구상권, 경찰책임자에 대한 구상, 쟁송수단 등이 될 것이다(이에 관해서는 경찰법모법초안 제45조 내지 제51조 참조). 당해 보상규정은 경찰관직무집행법을 가칭 ‘경찰법’으로 전면 개정하면서 하나의 장(손실보상, 구상, 배상청구)을 마련하여 이에 규정하는 것이 가장 바람직할 것으로 생각된다.

다음으로 경찰에 임의적으로 협력한 것이 원인이 발생한 피해도 보상되어야 한다. 이것은 사회국가원리에 그 근거를 두고 있다. 독일의 경찰법은 이에 대하여 일반적 보상규정을 두고 있다. 일본도 경찰관의 직무에 협력원조한자의 재해급부에 관한 법률로 보상을 행하고 있다. 우리나라의 경우 의사상자예우에 관한 법률로써 타인의 위해를 구제하다가 신체의 부상을 입은 자와 그 가족 및 사망한 자의 유족에 대하여 보상 등을 행하고 있다. 문제는 의사상자 등에 대한 보상 및 보호에 관한 사항을 심사·결정하는 기관을 보건복지부 산하의 의사상자심사위원회로 하고(제4조), 보상금의 지급 및 보호의 실시를 행하는 보호기관을 시·도지사 또는 시장·군수·구청장으로 하고 있는 점이다(제13조). 이 법률이 적용되는 곳은 직무 외의 행위로서 타인의 생명, 신체 또는 재산을 보호하기 위하여 강도, 절도, 폭행, 납치 등 범죄행위를 제지하거나 그 범인을 체포하다가 의사상자 또는 의사자가 된 때 등이다(제2조 등 참조). 이 법률은 결국 그 적용범위에서 볼 때 경찰의 직무수행에 임의적으로 협력한 자 나아가 경찰의 직무에 속하는 일정한 위해를 방제한 자가 그로 인하여 재해를 받은 경우의 보상에 관하여 규정한 것이다. 따라서 경찰이 보상대상자를 결정하고 보상을 행하는 자가 되는 것이 합리적일 것이다. 오늘날 공공의 안녕과 질서유지를 위한 경찰과 시민의 협력관계가 강조되고 있다. 경찰업무에 자발적으로 적극 협력하고 원조한 자가 이로 인하여 피해를 당한 경우 당해 업무와 관련되는 경찰이 그 보상 여부를 결정하여 지급하는 것은 이러한 협력관계의 증진에도 크게 이바지할 것이다. 또한 경찰의 원조요청에 직무상의 의무가 없음에도 적극 협력원조한 자에게의 보상결정에 있어서 원조요청기관인 경찰을 배제해 버리고 다른 국가기관에서 그 보상여부를 결정한다는 것은 사실관계의 파악을 곤란하게 한다는 측면에서도 문제가 있다. 더욱 중요한 것은 이 법률은 타인을 위해를 구제하다가 신체부상이나 사망한 경우에만 적용되는 한계를 가지고 있다는 점이다. 물건제공, 부상자의 치료 등 물적 피해를 당한 자의 보상은 인정되지 아니하는 중대한 문제점이 있다. 따라서 경찰에 임의적으로 협력한 것이 원인이 되어 발생한 피해에 대한 보상규정도 경찰법에다 마련하는 것이 바람직하며, 이 경우에는 인적 피해 뿐만아니라 물적 피해까지도 보상하는 규정으로 하여야 할 것이다.

### Ⅲ. 경찰의 비용상환청구

경찰이 경찰책임자를 대신하여 위험 또는 장애를 제거하거나 타인을 위하여 경찰조치를 취한 경우에 경찰책임자 또는 수혜자에게 비용의 상환을 청구할 수 있는지도 문제이다. 경찰의 공공의 안녕과 질서유지라는 공익을 위하여 활동하고 단지 예외적으로만 사익의 보호를 위하여 활동한다. 따라서 경찰비용은 일반의 부담으로 하는 것이 원칙이다. 비용상환이 문제되는 것은 예외적으로 경찰이 사인의 신청에 의하여 활동하였거나 본래의 책임자를 대신하여 위험방지활동을 한 경우에 한정된다. 여기서는 적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해보상방안에 관련되는 범위에서만 본다.

경찰상 비책임자에 대한 적법한 조치로 인하여 발생한 피해에 관하여 보상이 인정되는 경우에 손해전보의 의무가 있는 국가가 경찰책임자에게 구상권을 행사할 수 있는지가 문제이다. 구상권이 인정되기 위해서는 경찰 즉 국가가 손실보상을 지급하였고 구상권을 행사할 수 있는 행위책임자 또는 상태책임자가 존재하여야 한다. 다수인이 경합하여 책임이 있는 경우에는 이들이 연대책무자로서 책임을 진다. 외관상 경찰책임자도 경찰책임자를 확인하기 위한 조치에 관한 비용만은 부담하여야 한다.<sup>165)</sup> 경찰책임자라는 혐의를 받고 있는 자도 마찬가지이다.

### Ⅳ. 기대효과 및 활용방안

본 연구를 통하여 제시된 적법한 경찰활동에 협력한 제3자가 입은 인적·물적 피해의 보상에 관한 법적 근거 및 보상범위에 관한 입법안은 향후 이에 관한 입법시 바로 활용될 수 있다. 이러한 선행 연구는 입법추진에 있어 입법의 필요성을 적절하게 지적하는 것이 되며 입법을 행함에 있어서는 졸속입법에 따른 오류나 체계상의 모순을 예방하는데에 이바지할 것이다.

165) Scholler/Schloer, Grungzüge des Polizei-und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S.373.

또한 본 연구를 통하여 제시된 입법 이전까지의 보상에 관한 연구(그 내용은 내부의 지침으로 활용할 수 있을 것이다)는 현재 당면해 있는 경찰업무의 수행에 있어 적절성과 수월성을 제고할 것이며 담당 업무를 집행하고 있는 경찰관에게 업무수행에 대한 자신감을 심어 주는 현실적인 이익이 있을 것이다.

본 연구의 간접적인 효과도 기대된다. 우선 이러한 적절한 보상법제의 마련은 적법한 경찰활동에 협력한 제3자가 그 동안 전혀 보상을 받지 못했거나 보상을 받았더라도 법령에 따른 보상을 받지 못함으로 인하여 가졌던 찝찝함 내지 홀대감 등을 이후에는 불식시킬 수 있게 된다. 이것은 적법한 경찰활동에 대한 민간의 적극적 협력을 고양시키고 동시에 그 동안 보상여부 및 그 범위를 둘러싸고 발생했던 민원의 소지를 줄이는 계기도 될 수 있을 것이다. 한편 경찰관에게는 자비보상에 따른 손해를 앞으로는 더 이상 감수하지 않아도 되고 또한 변칙적이고 무리한 예산의 전용을 하지 않아도 되는 수고도 들게 되어 경찰업무수행에 있어 활력을 가져오게 될 것이다.

아울러 적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해보상에 관한 연구는 이 분야에 관한 이론을 체계화하는 의미도 가지고 있다. 손실보상에 대한 연구는 다수이지만 대상을 경찰분야로 한정된 연구는 거의 없는 실정이고 보면, 이에 관한 연구는 경찰분야에서의 특수한 문제상황은 무엇이며 이것은 전체적인 체계에서 볼 때 어떠한 내용의 것이 되어야 하는지에 관한 이론 등을 새로이 구축하고 이를 체계화하는 의미도 가지고 있다. 예컨대 일반적으로 손실보상의 바탕이 되는 희생보상사상이 이곳에서는 타당하지 않은 경우도 있다는 것 등이 그 내용이다.

또한 적법한 경찰활동에 대한 보상에 관한 연구는 위법한 경찰활동에 대한 손해배상 청구권 및 경찰비용에 대한 국가의 비용청구권 등 관련된 문제에 관한 연구를 촉진하는 계기가 될 것이다. 특히 후자 즉 공연주최자 등 통상적인 범위를 벗어나는 경찰활동을 야기한 자에 대한 국가의 비용청구권에 관한 입법의 문제도 아울러 검토하게 하는 계기로 작용할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 강현호, 수용유사침해, 계명대 계명법학, 2002.2.
- 김남진, 행정법1/2, 법문사, 2001.
- 김남진, 경찰상의 손해보전 비용상환, 월간고시, 1988.1.
- 김남진, 경찰비용의 상환, 고시연구, 1984.8.
- 김동희, 행정법1, 박영사, 2001.
- 김철용, 행정상 손실보상의 실정법적 근거, 건국대 법대논총 제4집(1995.12).
- 김해룡, 경찰권발동과 행정상 손실보상, 고시계, 1998.4.
- 류지태, 수용유사침해이론의 수용가능성 검토, 대선판결: 독일 연방헌법재판소 제1부 판결, 고려대 판례연구 제8집(1996.9).
- 류지태, 행정상 손실보상 근거법률규정의 공백, 고려대 법학논집 제31집(1995.12).
- 박균성, 행정상 손해전보(국가보상)의 개념과 체계, 현대행정과 공법이론, 남하 서원우교수 화갑기면논문집, 1991.
- 박균성, 행정구제법, 박영사, 2000.
- 박원영, 서독 공법상의 위험책임, 고시연구, 1989.9.
- 송희성, 수용유사적 침해와 수용적 침해, 사법행정, 2000.11.
- 서원우, 손실보상개념의 확장논의; 수용유사의 침해이론의 문제점을 중심으로, 고시연구, 1989.4.
- 서원우, 현행 행정상 손해전보제도의 흠결과 보충, 고시계, 1990.8.
- 서원우/오세탁(역), 경찰법사례연구, 고시연구원, 2001.
- 서정범(역), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.
- 석종현, 손실보상제도의 문제점과 그 과제; 수용유사침해법리를 중심으로, 월간고시, 1989.1.
- 석종현, 수용유사침해법리, 고시연구, 1988.3.
- 신보성, 행정상의 무과실책임, 수원대학교 출판부, 1986.

- 유해웅, 독일에 있어서 수용유사의 침해와 수용적 침해의 법리, 국토연구, 1990.12.
- 이명구, 행정법원론, 대명출판사, 1999.
- 이윤근, 비교경찰제도론, 법문사, 2001.
- 정연주, 재산권 보장과 수용유사침해; 독일의 관련판례와 학설을 중심으로, 고시연구, 1991.5.
- 조태제, 재산권침해에 대한 구제, 헌법학연구, 한국헌법학회, 1995.11.
- 조태제, 적법한 경찰작용에 따른 피해의 보상, 한양법학회, 2000.12.
- 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997.
- 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2000.
- 홍정선, 수용유사침해보상, 월간고시, 1992.2.
- 홍준형, 수용유사침해보상의 법리와 그 수용가능성, 고시연구, 1997.1.
- Abrecht, Probleme der Kostenerhebung für polizeiliche Maßnahmen, in Polizeilicher Eingriff und Grundrechte, Festschrift für Samper, 1982, 165 ff.
- Broß, Zur Erstattung der Kosten von Polizeieinsätzen, DVBl. 1983, 377 ff.
- Broß, Zur Erstattung der Kosten von Einsätzen der Polizei, VerwArch 74(1983), 388 ff.
- v. Brünneck, Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, JuS 1989, 256 ff.
- Deetterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht des Bundes und der Länder, 1986.
- Finkenauer, Noch einmal: Der gesamtschuldnerische Ausgleich zwischen polizeilich Verantwortlichen, NJW 1995, 432 ff.
- Geiger, Die Haftung des Kfz-Halters für polizeiliche Abschleppkosten, BayVBl. 1983, 10 ff.
- Götz, Allgemeine Polizei und Ordnungsrech, 1993.
- Götz, Kostenrecht der Polizei und Ordnungsverwaltung, DVBl. 1984, 14 ff.

- Griesbeck, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, 1991.
- Gusy, Polizeirecht, 1996.
- Honnacker/Beinhoffer, Polizeiaufgabengesetz, 1999.
- Hornmann, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 1997.
- Kasten, Die Haftung der Ordnungsbehörden, JuS 1986, 450 ff.
- Kloepfer/Thull, Der Lastenausgleich unter mehreren polizei- und ordnungsrechtlich Verantwortlichen, DVBl. 1989, 1121 ff.
- Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000.
- Kormann, Lastenverteilung bei Mehrheit von Umweltstörern, UPR 1983, 281 ff.
- Kottmann, Das Abschleppen von Fahrzeugen, DOV 1983, 493 ff.
- Krekel, Die Kostenpflichtigkeit vollzugspolizeilicher Maßnahmen, 1986.
- Kühling, Kosten für den Einsatz der Polizei, DVBl. 1981, 315 ff.
- Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554 ff.
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 1996/2001.
- Majer, Die Kostenerstattungspflicht für Polizeieinsätze aus Anlaß von privaten Veranstaltungen, VerwArch 73 (1982), 167 ff.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994/1999.
- Möllers, Wörterbuch der Polizeirecht, 2001.
- Mußmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994.
- Nußgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987.
- Ossenbühl, Staatshafungsrecht, 1998.
- Papier, Die Entschädigung für Amtshandlungen der Polizei, DVBl. 1975, 567 ff.
- Schenke, Erstattung der Kosten von Polizeieinsätzen, NJW 1983, 1982 ff.
- Schmidbauer/Steiner/Roese, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 1999.
- Schmitt-Kammler, Der Aufopferungsgedanke, JuS 1995, 473 ff.
- Schoh, Entschädigung bei Inanspruchnahme wegen Verdachts oder Anscheinsgefahr BGHZ 117, 303, JuS 1993, 724 f.

- Scholler/Bross, Entschädigungsleistungen an den Störer?, DÖV 1976, 472 ff.
- Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1993.
- Schwabe, Lastenverteilung bei einer Mehrheit von Umweltstörern, UPR 1984, 7 ff.
- Schwachheim, Zum Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren Störern, NVwZ 1988, 225 ff.
- Seibert, Zum Zusammenhang von Ordnungs und Kostentragungspflicht, DVB1. 1985, 328 f.
- Seibert, Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei und Ordnungsrecht, DÖV 1983, 964 ff.
- Spannowsky, Das Prinzip gerechter Lastenverteilung und die Kostentragungspflicht des Zustandstörers, DVB1. 1994. 560 ff.
- Steinberg/Lubberger/Meidrodt, Aufopferung Enteignung und Staatshaftung, 1991.
- Treffer, Staatshaftungsrecht, JuS 1995, 791 ff.
- Windthorst, Staatshaftungsrecht im Polizeikosten, NVwZ 1983, 192 ff.
- Württemberg/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1997.
- 宇賀克也, 國家補償法, 有斐閣, 1997.
- 西埜章, 國家賠償法, 青林書院, 1997.
- 山田幸男, 警察權の行事の損失報償, 行政法の争点(舊版), ジュリスト, 有斐閣, 1980.8.
- 小幡純子, 警察權の行事と損失報償, 行政法の争点(新版), ジュリスト, 有斐閣, 1990.6.
- 塩野宏, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 1994.
- 芝池義一, 行政救済法講義, 有斐閣, 1995.

## 부 록

1. 해상보안관에협력원조한자등의재해급부예관한법률(소화 28년 4월 1일 법률 제33호, 최종개정 평성 8년 3월 29일 법률 제6호)

**제1조(목적)** 이 법률은 해상보안관에게 협력원조한 자 등의 재해(부상, 질병, 장해 또는 사망을 말한다. 이하 같다)에 대하여 국가가 요양 그 외의 급부를 행하는 것을 목적으로 한다.

**제2조(국가의 책임)** 범인의 체포 또는 해난구조 기타 천재사변시 인명 또는 재산의 구조의 직무를 집행 중인 해상보안관이 그 직무집행상의 필요에 의하여 원조를 구한 경우 그외 그것에 협력원조하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에 직무에 의하지 아니하고 당해 해상보안관의 직무수행에 협력원조한 자(이하 “협력원조자”라 한다)가 그 때문에 재해를 받은 경우에는 국가는 이 법률이 정한 바에 의하여 급부의 책임을 진다.

**제3조(국가급부의 특례)** 국가는 다음 각호의 경우에는 이 법률이 정하는 바에 의하여 급부를 행하는 것으로 한다.

1. 해난발생시 제2조의 경우를 제외하고 해상보안관이 당해 해난의 구조의 직무를 집행하거나 또는 이에 협력원조를 구하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에 직무에 의하지 아니하고 스스로 당해 구조를 담당한 자가 그 때문에 재해를 받은 때
2. 해상에서 살인, 상해, 강도, 절도 등 사람의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 미치는 범죄의 현행범이 있고 그리고 해상보안관이 그 경우에 있지 아니한 경우에 직무에 의하지 아니하고 스스로 당해 현행범의 체포 또는 당해 범죄에 의한 피해자의 구조를 담당한 자(시행령으로 정한 자를 제외한다)가 그 때문에 재해를 받은 때.

**제4조(실시기간)** 제2조 내지 제3조의 규정에 근거하여 국가가 행하는 급부에 대한 실시기관은 해상보안청으로 한다.

제5조(급부의 종류) 이 법률에 의하여 행하는 급부의 종류는 다음과 같다.

1. 요양급부(협력원조자(제3조에 규정한 경우에 있어서 해난구조나 현행범의 체포 또는 피해자의 구조를 담당한 자를 포함한다. 이하 같다)가 부상 또는 질병에 걸린 경우에 필요한 요양 또는 당해 요양에 필요한 비용의 급부)
  2. 상병급부(협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 치료되지 않은 경우에 존재하는 장애에 대한 급부)
  3. 장해급부(협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 치료된 경우 아직 존재하는 장애에 대한 급부)
  4. 간호급부(협력원조자가 상병급부 또는 장해급부의 급부사유가 된 장애에 의하여 필요한 개호를 받고 있는 경우의 급부)
  5. 유족급부(협력원조자가 사망한 경우에 그 유족에 대한 급부)
  6. 장제급부(협력원조자가 사망한 경우 장제를 행한 자에 대한 급부)
- ② 제1항의 급부 외 협력원조자가 부상 또는 질병에 걸려 그 때문에 종전에 얻어 왔던 업무상의 수입을 얻을 수가 없는 경우에 다른 수입수단이 없는 등 특히 필요가 있는 때는 휴업급부를 행할 수 있다.

제6조(급부의 범위, 금액, 지급방법 등) 제5조의 급부의 범위, 금액, 지급방법 그 외 급부에 관하여 필요한 사항은 국가공무원재해보상법(소화 26년 법률 제191호)의 규정을 참작하여 시행령으로 정한다.

제7조(준용규정) 경찰관의직무에협력원조한자의재해급부에관한법률(소화 27년 법률 제245호) 제7조로부터 제13조까지의 규정은 이 법률에 의한 급부에 대하여 준용한다. 이 경우에 동법 제7조 및 제8조 중 “국가 또는 도도부현”은 “국가”로 본다.

부 칙<sup>166)</sup>

이 법률은 공포일로부터 시행한다.

166) 이하의 부칙은 주로 시행기일에 관한 것이다. 생략한다.

2. 경찰관의직무에협력원조한자의재해급부에관한법률시행령(제정 : 소화 27년 10월 1일  
일정령 제429호, 최종개정 : 평성 13년 3월 30일 일정령 제116호)

내각은 경찰관등에협력원조한자의재해급부에관한법률(소화 27년 법률 제245호) 제6조 제1항의 규정에 근거하여 동법을 실시하기 위하여 이 정령을 제정한다.

제1조(법이 적용되지 않는 장소) 경찰관의직무에협력원조한자의재해급부에관한법률(이하“법”이라 한다) 제2조 제1항에 규정한 정령으로 정하는 장소는 다음 각호와 같다.

1. 국회의 각 의원내부
2. 법원의 법정
3. 일본과미국간의상호협력및안정보장조약 제6조에 근거한 시설과 구역 및 일본에서 의미국군대의지위에관한협정의실시에따른형사특별법(소화 27년 법률 제138호) 제10조 제1항에 규정한 미국군대가 그 권한에 의하여 경비하고 있는 미국군대가 사용하는 시설과 구역
4. 일본에서의국제연합군대의지위에관한협정의실시에따른형사특별법(소화 29년 법률 제151호) 제2조 제1항에 규정한 국제연합군대가 그 권한에 의하여 경비하고 있는 국제연합군대가 사용하는 시설
5. 일본에 파견된 외국의 대사 또는 공사의 사무소 및 거주지, 외국군함, 기타 국제법 규 및 관례에 의하여 불가침으로 되는 장소

제2조(급부의 대상이 되지 않는 자) 법 제2조 제1항에 규정한 정령으로 정한 자는 다음 각호에 정한 자(제4호 내지 제6호의 자에 대하여는 도도부현공안위원회에서 그 자의 현행범인의 체포 또는 피해자의 구조에 해당하는 행위가 경찰관의 직무에 협력원조한 것에 해당하여 그 자에게 급부를 행하는 것이 적당하다고 인정되는 자를 제외한다)로 한다.

1. 법 제2조 제1항에 규정하는 당해 범죄에 의한 피해자(이하 “피해자”라 한다)
2. 법 제2조 제1항에 규정하는 당해 현행범인(이하 “현행범인”이라 한다)
3. 현행범인의 배우자(혼인신고를 하지 않았지만 사실상 혼인관계와 마찬가지로의 사정에 있는 자를 포함한다. 이하 제2조, 제3조, 제5조에서 동일하다) 또는 직계혈족

4. 피해자의 배우자 또는 직계혈족
5. 피해자 또는 현행범인의 동거친족
6. 피해자 또는 현행범인과 동일한 세대에 속하는 자
7. 현행범인의 당해 범죄를 유발한 자 기타 피해자의 당해 피해 발생에 대해 책임을 져야할 자
8. 이상의 각호에 열거한 것 외 도도부현공안위원회에서 그 자의 현행범인의 체포 또는 피해자의 구조에 해당하는 행위가 경찰관의 직무에 협력원조한 것에 해당한다고 인정하는 자 이외의 자

제2조의2 법 제2조 제2항에 규정한 정령으로 정한 자는 다음 각 호에서 해당하는 자 (제3호 및 제4호에 해당하는 자에 대하여는 도도부현공안위원회에서 그 자의 인명구조에 해당하는 행위가 경찰관의 직무에 협력원조한 것에 해당하여 그 자에게 급부를 행하는 것이 적당하다고 인정하는 자를 제외한다)로 한다.

1. 피구조자의 배우자
2. 피구조자의 직계혈족
3. 피구조자의 동거친족
4. 피구조자와 동일세대에 속하는 자
5. 당해 위험을 유발한 자 기타 당해 위험의 발생에 대하여 책임을 져야 하는 자
6. 법령의 규정에 근거하여 구조를 맡아야 할 자의 원조의 요구에 의하여 구조를 맡은 자
7. 법령의 규정에 근거하여 구조를 맡아야 할 자의 제지에도 불구하고 구조를 맡은 자
8. 전 각호에 열거한 것 외 도도부현공안위원회에서 그 자의 인명구조에 해당하는 행위가 경찰관의 직무에 협력원조한 것에 해당한다고 인정하는 자 이외의 자

제3조(실시기관) 청찰청은 법의 규정에 근거하여 국가가 행하는 급부의 실시기관으로서 다음 각호의 권한을 갖는다.

1. 법 제2조 제1항에 규정한 경찰관에 협력원조했기 때문에 입은 재해인가의 여부 인정
2. 요양실시
3. 제5조의 규정에 의한 급부기초액의 결정

4. 법 제5조 제2항에 규정한 휴업급부를 행할 것인가의 결정
5. 급부금액의 결정

제4조 ① 제3조에 규정한 실시기관의 권한은 경찰청장관이 행하는 것으로 한다.

② 제1항의 권한은 법 제3조 제3항의 규정에 의하여 국가가 급부를 행하여야 할 경우에는 경찰법(소화 29년 법률 제162호) 제73조 제1항에 규정한 포고<sup>167)</sup>구역(동법 동조 제2항의 규정에 의하여 포고구역 이외의 구역에 과전된 경우에 당해 구역을 포함한다)이 속하는 도도부현의 도도부현경찰의 상급직원, 기타의 경우에는 경찰청의 상급직원에 위임할 수 있다.

제5조(급부기초액) ① 법 제5조에서 규정한 급부(요양급부 및 간호급부를 제외한다)를 행하는 데에는 급부기초액을 기준으로 하여 행한다.

② 급부기초액은 9,200엔으로 한다. 다만, 그 금액이 협력원조자(법 제5조 제1항 제1호에서 규정한 협력원조자를 말한다. 이하 같다)의 통상수입의 일당금액과 비교하여 공정을 결하였다고 인정되는 때는 14,700엔을 넘지 않는 범위 내에서 이것을 증액한 금액으로써 급부기초액으로 할 수 있다.

③ 다음 각 호에 해당하는 자로서 협력원조자의 부상 혹은 사망의 원인인 사고가 발생한 날 또는 진단에 의하여 질병의 발생이 확정된 날에 달리 생계의 수단이 없이 주로 협력원조자의 부양을 받고 있었던 자를 부양친족으로 하는 부양친족이 있는 협력원조자에 대하여는 제2항의 금액에 제1호에 해당하는 부양친족에 대하여는 533엔을, 제2호 내지 제5호에 해당하는 부양친족 중 2인까지는 각각 200엔(협력원조자에 부양친족이 아닌 배우자가 있는 경우에는 그 중에 1인에 대하여는 217엔, 협력원조자에게 배우자가 없는 경우에는 그 중 1인에 대하여는 367엔)을, 기타 부양친족에 대하여는 1인당 100엔을 각각 가산하여 산출한 금액을 급부기초액으로 한다.

1. 배우자
2. 만22세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지 사이의 자 또는 손
3. 만60세 이상의 부모 또는 조부모

167) 명치 초기의 법률이나 시행령을 말한다.

4. 만22세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지 사이의 자매

5. 중증심신장애자

④ 부양친족인 자 중에 만15세에 달한 날 이후의 최초의 4월 1일부터 만22세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지 사이(이하 “특정기간”이라 한다)에 있는 자가 있는 경우의 급부기초액은 제3항의 규정에도 불구하고 167엔에 특정기간에 있는 당해 부양친족인 자의 수를 곱해서 산출한 금액을 동항의 규정에 의한 금액에 가산하는 금액으로 한다.

**제6조(요양급부의 범위)** 법 제5조 제1항 제1호에 규정한 요양급부로서 행해지는 요양급부의 범위는 다음 각호의 것으로서 요양상 상당하다고 인정되는 것으로 한다.

1. 진찰
2. 약제 또는 치료재료의 지급
3. 처치, 수술 기타의 치료
4. 거주지에서의 요양상의 관리 및 그 요양에 수반하는 보살핌 기타 간호
5. 병원 또는 진료소의 입원 및 그 치료에 수반하는 보살핌 기타 간호
6. 이송

**제6조의2(상병급부의 범위, 금액 및 지급방법)** ① 법 제5조 제1항 2호에서 규정한 상병급부는 협력원조자가 부상하거나 또는 질병에 걸려 당해 부상 또는 질병에 관련한 요양의 개시 이후 1년 6월을 경과한 날에 다음 각호에 해당하는 경우 또는 같은 날 이후 다음 각호에 해당하는 것이 된 경우에 그 상태가 계속되고 있는 기간 상병급부연금으로서 지급한다.

1. 당해 부상 또는 질병이 치료되지 않는 것
  2. 당해 부상 또는 질병에 의한 장애의 정도가 별표 제1에 정하는 1급, 2급 또는 3급의 상병등급에 해당하는 것
- ② 상병급부의 금액은 당해 부상 또는 질병에 의한 장애의 정도가 별표 제1에 정한 상병등급의 어느 것에 해당하는가에 상응하여 1년당 급부기초액에 동표에 정한 배수를 곱하여 산출한 금액으로 한다.
- ③ 상병급부를 받는 자에게는 휴업급부는 행하지 않는다.

④ 상병급부를 받는 자의 당해 장애의 정도에 변경이 있었기 때문에 새로이 별표 제1종의 다른 상병등급에 해당하는 데에 이른 경우에는 새로이 해당하는 데에 이른 상병등급에 상응하는 상병등급을 행하는 것으로 하고 그 후는 종전의 상병급부는 행하지 않는다.

제7조(장애급부의 금액 및 지급방법) ① 법 제5조 제1항 제3호에서 규정한 장애급부는 별표 제2에 정한 1급 내지 7급의 등급에 해당하는 장애가 있는 경우에는 장애급부연금으로 하여 당해 장애가 존재하는 기간 동표에 정한 장애의 등급에 따라 1년당 기초급부액에 동표에 정한 배수를 곱하여 얻은 금액을 매년 지급하여 행하고, 동표에 정한 8급 내지 14급의 등급에 해당하는 장애가 있는 경우에는 장애급부일시금으로 하여 동표에서 정한 장애의 등급에 따라 급부기초액에 동표에 정한 배수를 곱하여 얻은 금액을 지급하여 행한다.

② 별표 제2에 정한 정도의 장애가 2이상인 경우의 장애의 등급은 중한 장애에 따른 등급에 의한다.

③ 다음에 열거한 경우의 장애등급은 다음 각 호 중 협력원조사에게 가장 유리한 것에 의한다.

1. 13급 이상에 해당하는 장애가 2이상인 경우에는 제2항 규정에 의한 등급의 1급 상위의 등급
2. 8급 이상에 해당하는 장애가 2이상인 경우에는 제2항의 규정에 의한 등급의 2급 상위의 등급
3. 5급 이상에 해당하는 장애가 2이상인 경우에는 제2항의 규정에 의한 등급의 3급 상위의 등급

④ 전항 제1호의 규정에 의한 장애급부의 금액은 각 장애에 따른 등급에 의한 장애급부의 금액을 합산한 금액을 넘어서는 안된다. 다만, 동호의 규정에 의한 등급이 7급 이상인 경우는 그러하지 아니하다.

⑤ 별표 제2에 정한 각 등급의 장애에 해당하지 않는 장애이고 동표에서 정한 각 등급의 장애에 상당한 것은 동표에 정한 당해 등급의 장애로 한다.

⑥ 이미 장애가 있는 협력원조자가 협력원조에 의한 부상 혹은 질병에 의해 동일부위

에 대해서 장애의 정도를 가중한 경우에 행하는 장애급부의 금액의 계산에 대하여는 그 자의 가중 후의 장애의 등급에 따라 장애급부의 금액으로부터 다음 각 호에서 열거한 경우의 구분에 따라 각각 당해 각 호에서 정한 금액을 뺀 것으로 한다.

1. 가중 전의 장애의 등급이 7급 이상인 경우 그 자의 가중 전의 장애의 등급에 따른 장애급부 연금의 금액
2. 가중 전의 장애의 등급이 8급 이하이고 동시에 가중 후의 장애의 등급이 7급 이상인 경우 가중 전의 장애의 등급에 따른 장애급부일시금의 금액을 25로 나누어서 얻은 금액
3. 가중 후의 장애의 등급이 8급 이하인 경우 가중 전의 장애의 등급에 따른 장애급부 일시금의 금액

⑦ 장애급부연금을 받는 자의 당해 장애의 정도에 변경이 있었기 때문에 새로이 별표 제2 중의 다른 등급에 해당하기에 이르른 경우에는 새로이 해당하기에 이르른 등급에 따른 장애급부를 행하는 것으로 하고, 그 후는 종전의 장애급부는 행하지 않는다.

**제7조의2(간호급부의 범위, 금액 및 지급방법)** ① 법 제5조 제1항 제4호에서 규정한 간호급부는 상병급부 또는 장애급부를 받을 권리를 갖는 자가 당해 상병급부 또는 장애급부의 급부 사유로 된 장애이어서 별표 제3의 하단에서 정하는 장애에 해당하는 것에 의하여 상시 또는 수시간호를 요하는 상태에 있고 동시에 상시 또는 수시간호를 받고있는 경우에 당해 간호를 받고 있는 기간 제2항에 정한 금액을 지급하여 행한다. 다만, 다음에 열거하고 있는 경우에는 그 입원 또는 입소하고 있는 기간에 대하여는 간호급부는 행하지 않는다.

1. 병원 또는 진료소에 입원하고 있는 경우
2. 신체장애자복지법(소화 24년 법률 제283호) 제30조에 규정한 신체장애자요호시설 기타 이것에 준하는 시설로서 경찰청장관이 정한 것에 입소하고 있는 경우

② 간호급부는 월 단위로 행하는 것으로 하고, 그 금액은 1월당 다음 각 호에 열거하는 구분에 따라 각각 당해 각 호에 정한 금액으로 한다.

1. 간호급부에 속하는 장애(장애의 상태에 변경이 있는 경우는 그 달의 최초의 변경 전의 장애, 제3호에 있어서 동일하다)가 별표 제3 상시간호를 요하는 상태의 항의

하단에 정한 장애에 해당하는 경우(제2호에서 “상시간호를 요하는 경우”라 한다)에 그 달에 간호에 요하는 비용을 지출하여 간호를 받은 날이 있는 때(다음 호에 열거한 때를 제외한다) : 그 달에 간호에 요하는 비용으로 지출된 금액(그 금액이 108,300엔을 넘는 때는 108,300엔)

2. 상시간호를 요하는 경우에 그 달(새로이 간호급부의 급부사유가 생긴 달을 제외한다. 이하 2호 및 4호에 있어서 동일하다)에 친족 또는 이에 준하는 자에 의한 간호를 받은 날이 있는 때(그 달에 간호로 요하는 비용을 지출하여 간호를 받은 날이 있는 경우에는 당해 간호에 요하는 비용으로서 지출된 금액이 58,750엔인 경우에 한한다) : 58,750엔
3. 간호급부에 속한 장애가 별표 제3 수시간호를 요하는 상태의 항의 하단에서 정하는 장애에 해당하는 경우(4호에서 “수시간호를 요하는 경우”라 한다)에 그 달에 간호에 요하는 비용을 지출하여 간호를 받은 날이 있을 때(제4호에 열거한 때를 제외한다) : 그 달의 간호에서 요하는 비용으로서 지출된 금액(그 금액이 54,150엔을 초과한 때는 54,150엔)
4. 수시간호를 요하는 경우에 그 달에 친족 또는 이에 준하는 자에 의한 간호를 받은 날이 있는 때(그 달에 간호로 요하는 비용을 지출하여 간호를 받은 날이 있는 경우에는 당해 간호로 요하는 비용으로서 지출된 금액이 29,380엔 이하인 경우에 한한다) : 29,380엔

**제8조(유족급부)** 법 제5조 제1항 5호에 규정한 유족급부는 유족급부연금 또는 유족급부일시금으로서 지급한다.

**제9조(유족급부연금)** ① 유족급부연금을 받을 수 있는 유족은 협력원조자의 배우자(혼인 신고는 하고 있지 않지만, 협력원조자의 사망 당시 사실상의 혼인관계와 마찬가지로의 사정에 있었던 자를 포함한다. 이하 같다), 자, 부모, 손, 조부모 및 형제자매이고 협력원조자의 사망 당시 그 수입에 의하여 생계를 유지하고 있었던 것으로 한다. 다만, 처(혼인신고를 하고 있지 않지만 사실상의 혼인관계와 마찬가지로의 사정에 있었던 자를 포함한다. 이하 같다) 이외의 자에 있어서는 협력원조자의 사망 당시 다음에 열거한 요건에 해당하는 경우에 한하는 것으로 한다.

1. 부(혼인신고를 하고 있지 않지만, 사실상의 혼인관계와 마찬가지로의 사정에 있는 자를 포함한다. 이하 같다), 부모 또는 조부모에 대하여는 60세 이상일 것
  2. 자 또는 손에 대하여는 18세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지의 사이에 있을 것
  3. 형제자매에 대하여는 18세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지의 사이에 있을 것 또는 60세 이상일 것
  4. 제1호 내지 제3호의 요건에 해당하지 않는 부, 자, 부모, 손, 조부모 또는 형제자매에 대하여는 별표 제2에서 정한 7급 이상의 등급의 장애에 해당하거나 또는 손쉬운 노무 이외의 노무에는 근무할 수 없을 정도로 심신의 고장이 있는 상태에 있을 것
- ② 협력원조자의 사망 당시 태아이었던 자가 출생하였을 때는 제1항의 규정의 적용에 대하여는 장래에 향하여 그 자는 협력원조자의 사망 당시 그 수입에 의하여 생계를 유지하고 있었던 자로 본다.
- ③ 유족급부연금을 받는 유족의 순위는 배우자, 자, 부모, 손, 조부모 및 형제자매의 순서로 하고, 부모에 대하여는 양부모를 앞으로 하고 실부모를 뒤로 한다.

제10조 ① 유족급부연금의 금액은 1년당 다음 각 호의 유족급부연금을 받을 권리를 가지는 유족 및 그 자와 생계를 같이 하고 있는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족의 수의 구분에 상응하여 당해 각 호로 정하는 금액으로 한다.

1. 1인 급부기초액에 153을 곱하여 얻은 금액. 다만, 55세 이상의 처 또는 제9조 제1항 제4호에 규정한 상태에 있는 처에 대하여는 급부기초액에 175를 곱하여 얻은 금액으로 한다.
  2. 2인 급부기초액에 201을 곱하여 얻은 금액
  3. 3인 급부기초액에 223을 곱하여 얻은 금액
  4. 4인 이상 급부기초액에 245를 곱하여 얻은 금액
- ② 유족급부연금을 받을 권리를 가지는 자가 2인 이상인 때는 유족급부연금의 금액은 제1항의 규정에 관계없이 동항에서 규정한 금액을 그 인원수로 나누어서 얻은 금액으로 한다.
- ③ 유족급부연금의 금액 산정의 기초가 되는 유족의 수에 증감이 생긴 때는 그 증감이 생긴 달의 다음달부터 유족급부연금의 금액을 개정한다.

④ 유족급부연금을 받을 권리를 가지는 유족이 처이고 동시에 당해 처와 생계를 같이 하고 있는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 없는 경우에 당해 처가 다음 각 호에 해당하게 된 때는 그 해당하게 된 달의 다음달부터 유족급부연금의 금액을 개정한다.

1. 55세에 달한 때(제9조 제1항 제4호에 규정한 상태에 있을 때를 제외한다)
2. 제9조 제1항 제4호에 규정한 상태가 되거나 또는 그 사정이 없게 된 때(55세 이상인 때를 제외한다)

제10조의2 ① 유족급부연금을 받을 권리는 그 권리를 가지는 유족이 다음 각 호에 해당하게 된 때는 소멸한다. 이 경우에 동순위자가 없고 후순위자가 있는 때는 차순위자에게 유족급부연금을 지급한다.

1. 사망한 때
  2. 혼인(신고를 하지 않았지만 사실상의 혼인관계와 동일한 사정에 있는 경우를 포함한다)을 한 때
  3. 직계혈족 또는 직계친족 이외의 자가 양자(신고를 하지 않았지만 사실상 양자관계와 같은 사정에 있는 자를 포함한다)로 된 때
  4. 이혼에 의하여 사망한 협력원조자와의 친족관계가 종료한 때
  5. 자, 손 또는 형제자매에 대하여는 18세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일이 종료한 때(협력원조자의 사망의 시기로부터 계속하여 제9조 제1항 제4호에 규정한 상태에 있는 때를 제외한다)
  6. 제9조 제1항 제4호에 규정한 상태에 있는 부, 자, 부모, 손, 조부모 또는 형제자매에 대하여는 그 사정이 없게 된 때(부, 부모 또는 조부모에 대하여는 협력원조자의 사망 당시 60세 이상인 때, 자 또는 손에 대하여는 18세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지의 사이에 있는 때, 형제자매에 대하여는 18세에 달한 날 이후의 최초의 3월 31일까지의 사이에 있든가 또는 협력원조자의 사망 당시 60세 이상인 때를 제외한다)
- ② 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 제1항 각 호에 해당하게 된 때는 그 자는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 되지 않는다.

제10조의3 ① 유족급부연금을 받을 권리를 갖는 자의 소재가 1년 이상 확실하지 않을 경우에는 당해 유족급부연금은 동순위자가 있을 때는 동순위자의, 동순위자가 없을 때는 차순위자의 신청에 의하여 그 소재가 확실하지 않는 동안 그 지급을 정지한다. 이 경우에 동순위자가 없을 때는 그 동안 차순위자를 선순위자로 한다.

② 전항의 규정에 의하여 유족급부연금의 지급이 정지된 유족은 언제라도 그 지급정지의 해제를 신청할 수 있다.

③ 제10조 제3항 규정은 제1항의 규정에 의하여 유족급부연금의 지급이 정지되었거나 또는 제2항의 규정에 의하여 그 정지가 해제되었을 경우에 준용한다. 이 경우에 동조 제3항 중“증감이 발생한 달”을 “지급이 정지되거나 그 정지가 해제된 달”로 본다.

제10조의4(유족급부일시금) 유족급부일시금은 다음의 경우에 지급한다.

1. 협력원조자의 사망 당시 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 없는 때
2. 유족급부연금을 받을 권리를 갖는 자의 권리가 소멸한 경우에 다른 당해 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 없고 동시에 당해 협력원조자의 사망에 관하여 이미 지급된 유족급부연금의 금액 합계액이 제1호의 경우에 지급되는 유족급부일시금의 금액에 충분하지 않는 때

제10조의5 ① 유족급부일시금을 받을 수 있는 유족은 협력원조자의 사망 당시에 다음 각 호에 해당하는 자로 한다.

1. 배우자
2. 협력원조자의 수입에 의하여 생계를 유지하고 있던 자, 부모, 손, 조부모 및 형제자매
3. 제1호 내지 제2호에 열거한 자 이외의 자로 주로 협력원조자의 수입에 의하여 생계를 유지하고 있던 자
4. 제2호에 해당하지 않은 자, 부모, 손, 조부모 및 형제자매

② 유족급부일시금을 받는 유족의 순위는 제1항 각 호의 순서로 하고, 동항 제2호 및 제4호에 열거하는 자에 대하여는 각각 당해 각 호에 열거하는 순서로 하고, 부모에 대하여는 양부모를 앞으로 하고 실부모를 뒤로 한다.

③ 협력원조자가 유언 또는 실시기관의 장(제4조 제2항의 규정에 의하여 위임을 받은 자를 포함한다)에 대한 예고로써 제1항 제3호 및 제4호에서 열거한 자 중에 특히 지

정한 자가 있는 때는 그 지정된 자는 동항 제3호 및 제4호에 열거한 다른 자에 우선하여 유족급부일시금을 받는 것으로 한다.

**제10조의6** 유족급부일시금의 금액은 급부기초액에 다음 각 호에서 열거한 자의 구분에 따라 당해 각 호에서 정한 배수를 곱하여 얻은 금액(제10조의4 제2호의 경우에는 그 금액으로부터 이미 지급된 유족급부연금의 금액의 합계액을 공제한 금액)으로 한다.

1. 제10조의5 제1항 제1호, 제2호 또는 제4호에 해당하는 자 : 1000배
2. 제10조의5 제1항 제3호에 해당하는 자 중 협력원조자의 사망 당시 그 연령이 18세 미만이나 55세 이상의 삼촌 이내의 친족 또는 제9조 제1항 제4호에서 규정하는 상태에 있는 삼촌 이내의 친족 : 700배
3. 제10조의5 제1항 제3호에 해당하는 자 중 제2호에서 열거한 자 이외의 자 : 400배

② 제10조 제2항의 규정은 유족급부일시금의 금액에 대하여 준용한다.

**제10조의7(유족으로부터의 배제)** ① 협력원조자를 고의로 사망하게 한 자 기타 협력원조자의 사망에 대하여 책임을 져야 하는 자는 유족급부를 받을 수 있는 유족으로 하지 않는다.

② 협력원조자의 사망 전에 당해 협력원조자의 사망에 의하여 유족급부연금을 받을 수 있는 선순위 혹은 동순위의 유족이 되는 자를 고의로 사망하게 한 자는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족으로 하지 않는다.

③ 협력원조자의 사망 전 또는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족의 당해 유족급부연금을 받을 권리의 소멸 전에 당해 협력원조자의 사망 또는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족의 당해 유족급부연금을 받을 권리의 동순위의 유족이 되는 자를 고의로 사망하게 한 자는 유족급부일시금을 받을 수 있는 유족으로 하지 않는다.

④ 유족급부연금을 받을 수 있는 유족을 고의로 사망하게 한 자는 유족급부일시금을 받을 수 있는 유족으로 하지 않는다. 협력원조자의 사망 전에 당해 협력원조자의 사망에 의하여 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 되는 자를 고의로 사망하게 한 자도 마찬가지로 한다.

⑤ 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 유족급부연금을 받을 수 있는 선순위 또는

동순위의 다른 유족을 고의로 사망하게 한 때는 그 자는 유족급부연금을 받을 수 있는 유족이 되지 않는다. 이 경우에 그 자가 유족급부연금을 받을 권리를 갖는 자인 때는 그 권리는 소멸한다.

⑥ 제10조의 2 제1항 후단의 규정은 전향후단의 경우에 준용한다.

**제10조의8(연금인 급부금액의 단수처리)** 상병급부연금, 장애급부연금 또는 유족급부연금(이하 “연금인 급부”라 한다)의 금액으로 50엔 미만의 단수가 있는 때는 이것을 절사하고, 50엔 이상 100엔 미만의 단수가 있는 때는 절상하는 것으로 한다.

**제10조의9(연금인 급부의 지급기간 등)** ① 연금인 급부의 지급은 지급하여야 할 사유가 생긴 달의 익월부터 시작하여 지급을 받을 권리가 소멸한 달에 종료하는 것으로 한다.

② 연금인 급부는 그 지급을 정지하여야 할 사유가 생긴 때는 그 사유가 생긴 달의 익월부터 그 사유가 소멸한 달까지는 지급하지 않는다.

③ 연금인 급부는 매년 2월, 4월 6월, 8월, 10월 및 12월의 여섯 번에 각각의 전월분까지를 지불한다. 다만, 지급을 받을 권리가 소멸한 경우에 있어서의 그 시기의 연금인 급부는 지불하는 달이 아닌 달이라도 지불하는 것으로 한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 연금인 급부를 지불을 행하는 경우에는 당해 급부의 연액을 12로 나누어서 얻은 금액에 지불하여야 할 월수를 곱해서 얻은 금액을 지불하는 것으로 한다.

**제10조의10(연금인 급부 등의 지불의 조정)** ① 연금인 급부의 지급을 정지하여야 할 사유가 발생했음에도 불구하고 그 정지하여야 할 기간의 것으로서 연금인 급부가 지불된 때는 그 지불된 연금인 급부는 그 후에 지급하여야 할 연금인 급부의 사전지불로 볼 수 있다. 연금인 급부를 감액하여 개정하여야 할 사유가 발생하였음에도 불구하고 그 사유가 발생한 달의 다음달 이후의 것으로서 감액하지 않은 금액의 연금인 급부가 지불된 경우에서의 당해 연금인 급부의 당해 감액하여야 하는 부분에 대하여도 마찬가지로 한다.

② 경찰관의 직무에 협력원조한 것에 의한 동일의 부상 또는 질병(제3항에서 “동일의

상병”이라 한다)에 관하여 상병급부를 받을 권리를 갖는 자가 휴업급부 또는 장해급부를 받을 권리를 갖는 것으로 된 경우에 당해 상병급부를 받을 권리가 소멸한 달의 다음달 이후의 것으로서 상병급부가 지불된 때는 그 지불된 상병급부는 당해 휴업급부 또는 장해급부의 사전지불로 본다.

③ 동일한 상병과 관련하여 휴업급부를 받고 있는 자가 상병급부 또는 장해급부를 받을 권리를 갖는 것이 되고 동시에 당해 휴업급부를 행하지 않는 것으로 된 경우에 그 후에도 휴업급부가 지불된 때는 그 지불된 휴업급부는 당해 상병급부 또는 장해급부의 사전지불로 본다.

제10조의11 연금인 급부를 받을 권리를 갖는 자가 사망하였기 때문에 그 지급을 받을 권리가 소멸하였음에도 불구하고 그 사망한 날이 속하는 달의 다음달 이후의 것으로서 당해 연금인 급부의 과오불이 행해진 경우에 당해 과오불에 따른 반환금에 관한 채권(이하 이 조에서 “반환금채권”이라 한다)에 관련한 채무의 변제를 하여야 할 자에게 지급하여야 할 급부로서 다음에 열거하는 것이 있는 때는 당해 급부의 지불금의 금액을 당해 과오불에 의한 반환금채권의 금액에 충당할 수 있다.

1. 연금인 급부를 받을 권리를 갖는 자의 사망에 관련한 유족급부연금, 유족급부일시금 또는 장제급부
2. 과오불에 따른 반환금채권에 관련한 유족급부연금과 동순위로 지급되어야 하는 유족급부연금

제11조(장제급부의 금액) 법 제5조 제1항 제6호에 규정한 장제급부의 금액은 315,000엔에 급부기초액의 30배에 상당하는 금액을 더한 금액으로 한다.

제12조(사망의 추정) 선박이 침몰, 전복, 멸실하거나 또는 행방불명이 된 때 실제로 그 선박에 타고 있었던 협력원조자 또는 선박에 타고 있다가 그 선박의 항행 중에 행방불명이 된 협력원조자의 생사가 3개월간 알려지지 않는 경우 또는 이들 협력원조자의 사망이 3개월 이내에 명백해지고 동시에 그 사망의 시기가 알려지지 않는 경우에는 유족급부 및 장제급부의 지급에 관한 규정의 적용에 대하여는 그 선박이 침몰, 전복, 멸실하거나 또는 행방불명이 된 날 또는 협력원조자가 행방불명이 된 날에 당해

협력원조자는 사망한 것으로 추정한다. 항공기가 추락, 멸실하거나 또는 행방불명이 된 때 실제로 그 항공기에 타고 있던 협력원조자 또는 항공기에 타고 있다가 그 항공기의 항행 중에 행방불명이 된 협력원조자의 생사가 3개월간 알려지지 않는 경우 또는 이들 협력원조자의 사망이 3개월 이내에 명백해지고 동시에 그 사망의 시기가 알려지지 않는 경우에도 마찬가지로 한다.

**제12조의2(미지급의 급부)** ① 급부를 받을 권리를 갖는 자가 사망한 경우에 그 사망한 자에게 지급하여야 할 급부로서 아직 그 자에게 지급하지 않은 것이 있는 때는 그 자의 배우자, 자, 부모, 손, 조부모 또는 형제자매로서 그 자의 사망 당시 그 자와 생계를 같이 하고 있던 자(유족급부연급에 대하여는 당해 유족급부연급을 받을 수 있는 다른 유족)에게 이것을 지급한다.

② 제1항의 규정에 의한 급부를 받아야 할 자의 순위는 동항에서 규정하는 순서(유족급부연급에 대하여는 제9조 제3항에서 규정하는 순서)로 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 급부를 받아야 하는 동순위자가 2인 이상인 때는 그 전액을 그 1인에게 지급할 수 있고 이 경우에 그 1인에게 한 지급은 전원에 대하여 지급한 것으로 본다.

**제13조(휴업급부의 금액)** 법 제5조 제2항에서 규정한 휴업급부의 금액은 협력원조자가 종전에 받았던 업무상의 수입을 받을 수 없는 기간(감옥, 노역장, 소년원 기타 이에 준하는 시설에 구금 또는 수용되어 있는 기간으로 경찰청장관이 정한 기간을 제외한다) 1일당 급부기초액의 100분의 60에 상당한 금액으로 한다.

**제14조(급부의 실시에 관한 세목)** 이 정령에 정한 것 외 급부의 실시에 관하여 필요한 사항은 경찰청장관이 정한다.

연구보고서 2002-09

## 적법한 경찰활동 중 발생한 인적·물적 피해보상방안에 관한 연구

2002년 12월 발행

2002년 12월 인쇄

발행인 : 서 재 관

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며  
치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.

