

# 행정법상 비전형적 손해전보제도의 법리에 관한 고찰\*

고 헌 환

법학박사, 제주대학교 사회과학대학 강사

## < 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 손해전보제도의 흠결
- III. 비전형적 손해전보제도의 법리
- IV. 맺음말

## I. 문제의 제기

우리의 행정법상 손해전보제도는 행정기관의 행위의 태양을 기준으로 위법한 행정작용으로 인한 손해배상과 적법한 행정작용으로 인한 손실보상으로 나누어 규정하고 있다. 그러나 현실적으로 이와 같은 손해전보제도에 의해서 해결되지 않는 국가에 의한 배상과 보상이 문제가 되는 경우가 빈번하게 발생하고 있다.<sup>1)</sup> 예컨대, 국가배상법 제2조의 규정에 의한 공무원의 위법한 직무행위로 인하여 손해가 발생하였지만 관계공무원의 고의·과실이 인정되지 않는 경우 또는 국가배상법 제5조의 규정에 의한 공공영조물로 피해가 생겼지만 영조물의 설치·관리에 하자가 없는 경우에 국가배상제도에 의한 구제를 받을 수 없게 된다.

그리고 행정주체의 적법한 행정활동으로 손실이 발생하였지만 그 손실이 특별한 희생이 아니거나 법규의 부존재로 손실보상을 청구할 수 없게 된다. 이는 재산권에 대한 침해의 존재를 전제로 하고 있기 때문이다. 이 밖에도 공무 담당자에게 발생한 근로의 재해, 위험한 공공의 공작물 등에서 발생한 손해, 기술에 의해서 발생한

\* 투고일 : 2013.11.29, 심사완료일 : 2013.12.16, 게재확정일 : 2013.12.20

1) 장태주 「행정법 개론」, 법문사, 2010, 708면

손해에 대한 배상책임이 문제가 된다. 위에서 기술한 내용을 구체적으로 정리하면 위법·무과실인 경우, 비자의적 공용침해인 경우, 비재산적 범익에 대한 침해가 일어나는 경우, 위험상태에 관련 한 책임, 피해자가 방해제거나 원상회복을 청구하는 경우 등에서 그 구제와 관련하여 문제가 발생하고 있다. 이러한 결과는 전형적인 손해전보제도로는 국민의 손해·손실을 제대로 구제하지 못하는 상황에 놓여있다. 따라서 본 연구는 손해전보제도의 흠결을 메우고 국민의 재산과 권리를 보호하기 위하여 제3의 손해전보제도라고 불리우는 비전형 손해전보제도의 법리 즉 수용유사적 침해의 법리, 수용적침해의 법리, 희생 보상청구권의 법리, 공법상 위험책임의 법리에 관하여 고찰하고자한다.

## II. 행정법상 손해전보제도의 흠결

### 1. 의의

현행 손해전보제도에 의한 구제대상에서 제외되는 분야를 손해전보제도의 흠결이라고 한다. 이러한 흠결은 오늘날 국민의 생활영역이 확대되어 국민생활의 행정에 대한 의존도가 높아짐에 따라 그 범위가 확대되어가고 있다.

우리의 행정법상 손해전보제도는 행정기관의 행위의 태양을 기준으로 위법한 행정작용으로 인한 손해배상과 적법한 행정작용으로 인한 손실보상으로 나누어 규정하고 있다. 공공필요에 의해 국민에게 특별한 희생을 초래한 경우에는 그에 대한 정당한 배상과 보상이 이루어져야 한다. 그러나 현실적으로 이와 같은 손해전보제도와 손실보상제도로는 해결되지 않는 경우가 많이 발생하고 있음에 따라 국가에 의한 보상이 문제되는 경우가 적지 않다.<sup>2)</sup> 이하에서는 문제가 되고 있는 손해전보제도의 흠결의 유형을 살펴본다.

#### 1) 위법·무과실인 경우

국가배상법 제2조의 규정에 의한 공무원의 위법한 직무행위로 인하여 손해가 발생하였지만 관계공무원의 고의·과실이 인정되지 않는 경우 또는 국가배상법 제5조의 규정에 의한 공공영조물로 피해가 생겼지만 영조물의 설치·관리에 하자가 없는

2) 장태주 「행정법 개론」, 법문사, 2010, 708면

경우에 국가배상제도에 의한 구제를 받을 수 없게 된다.

## 2) 결과적 손실·법규의 부존재

토지수용의 결과로 인하여 간접적·파급적으로 발생한 생활기능의 장애나 생활기반의 상실 등의 피해는 간접적 침해라는 이유로 손실보상의 대상이 될 수 없으며, 행정주체의 적법한 활동으로 손실이 발생하였지만 특별한 희생이 아니거나 보상구정이 없는 경우 손실보상을 청구할 수 없게 된다.

## 3) 비재산적 법익에 대한 침해

손실보상제도와 관련하여 헌법 제23조 제3항은 재산권에 대한 침해만을 적용대상으로 하고 있어, 비재산적 법익, 즉 생명·신체에 대한 침해는 구제받을 수 없는 문제가 있다.

## 4) 위험한 상태와 관련한 책임

공무담당자에게 발생한 근로의 재해, 위험한 공공의 공작물에 등에서 발생한 손해, 위험한 활동이나 기술에 의해서 발생한 손해에 대한 국가의 배상책임이 문제가 된다.

# III. 비전형 손해전보제도 - 흠결의 보충

이와 같이 현행 손해전보제도는 실제로 상당히 넓은 범위에서 국민의 손해·손실을 제대로 구제하지 못하는 상황에 놓여 있다고 할 수 있다. 따라서 각 영역에 대한 흠결을 보완하기 위해 이하의 법리를 고찰한다.

## 1. 수용유사적 침해와 보상의 법리

### 1) 수용유사적 침해

### (1) 수용유사적 침해의 의의

수용유사적 침해(enteignungsgleicher Eingriff)는 독일 기본법 제14조에 의하여 보호되고 있는 재산권에 대한 위법한 고권적 침해를 구제하기 위하여 연방대법원의 판례에 의하여 형성·발전된 국가책임제도이다. 이 제도는 독일의 국가책임제도가 기본법 제14조 3항에 기한 적법한 수용과 위법하고 책임 있는 공무원의 침해에 대한 기본법 제34조의 공무원의 직무책임이라고 하는 구조로 이루어 있기 때문에 위법하지만 책임 없는 침해에 대한 국가책임의 인정이 흠결되었고, 이러한 국가책임 법상의 흠결을 보전하기 위한 제도로서 등장한 이론이다. 나아가 연방대법원은 위법·무책한 경우에 한하여 인정하였던 수용유사침해이론을 다시 위법·유책한 국가의 작용으로 인한 재산권의 침해로까지 확장하였다. 즉, 연방대법원은 “만일 그러한 침해로 인하여 책임 없는 피해를 당한 경우에 수용원칙에 의한 보상이 인정된다면 이는 마찬가지로 당해 침해가 단지 위법할 뿐만 아니라 유책한 경우에도 해당할 것이라고” 판시하였던 것<sup>3)</sup>에서 볼 수 있다.

수용유사적 침해는 타인의 재산권에 대한 위법한 수용유사침해의 경우를 말한다.<sup>4)</sup> 이는 공용침해의 모든 허용조건을 갖추고 있으면서도 보상에 관한 요건을 결하고 있는 침해의 경우이다. 다시 말하면, 공용침해를 허용하는 법률은 그로 인해 발생하는 특별 희생에 대하여 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 보상규정을 두지 않음으로써 개인의 재산권에 침해적 결과를 가져오는 경우를 말한다.<sup>5)</sup>

이와 같은 재산권침해에 대하여 “수용유사”의 법리를 적용하는 경우 헌법상 재산권보장규정과 평등원칙을 근거로 하는 동시에 보상규정 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추 적용하여 위법·무책 또는 위법·유책의 공용침해에 대하여 손실보상을 인정할 수 있는 이점이 있다.

수용유사적 침해의 법리는 적어도 국가배상법상 위험책임이나 무과실책임이 도입되어 보상규정 없는 법률에 의한 재산권의 박탈에 대한 불법행위책임이 인정되기까지는 긍정적으로 평가하고 인정해야 할 필요가 있는 것이다.<sup>6)</sup>

### (2) 성립배경과 법적 근거

3) BGHZ 7, 296(298) : 13, 88(92)

4) 정하중, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 「고시연구」, 1994. 3. 88면. ; 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2010. 449면.

5) Ipsen, aaO., S. 1034.

6) 홍준형, “수용유사침해보상의 법리와 그 수용가능성”, 「고시연구」, 1997. 1, 140면.

### 가. 성립배경

수용유사적 침해에 대한 법리는 손해배상제도와 손실보상제도로 해결되지 않는 제3의 영역에 존재하는 국가책임의 문제를 해결하기 위하여, 독일의 연방최고법원 판례를 통하여 형성된 것이다. 즉 입법자는 통상적으로 재산권 제약행위의 근거법률에 손실보상에 관한 규정도 함께 규정하여야 함에도 불구하고 만약 법률에서 재산권의 침해에 대한 근거규정을 두면서, 보상에 관한 근거규정을 두지 않으면 결과적으로 위법하게 된 재산권침해가 되고 위법한 침해는 상대방에게 수인한도를 넘는 특별한 희생을 부과하는 것으로 보아 손실보상의 문제가 제기 된다는 것이다. 이 경우에 제기되는 문제가 수용침해의 보상 법리이다.<sup>7)</sup>

### 나. 법적 근거

독일 연방법원은 초기에는 기본법 제14조 3항<sup>8)</sup>에 근거하여 적법한 침해행위에 보상이 이루어진다면 과실 없는 위법한 침해행위에 대해서도 당연히 손실보상이 이어 진다는 것이었다. 그러나 이 이론은 독일 연방헌법재판소의 이른바 자갈채취사건의 판결<sup>9)</sup>을 통하여 많은 변모를 하게 되었다. 즉 동법원은 이 사건에서 종래의

7) 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 710면.

8) 독일기본법 제14조는 "(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen."이라고 규정하고 있다.

9) BVerfGE 58, 300, "자갈채취판결은 자신의 토지 위에 영업에 적하하게 자갈채취작업을 운영하고 있던 원고가 자신의 토지가 상수도시설의 보호영역에 위치하고 있었고 지하수를 위태롭게 하는 것이 우려된다는 이유로 자갈채취 작업의 진행을 위해 요구되는 수법상의 허가 신청이 거부되었다. 원고는 이러한 거부처분에 대하여 상급행정청에 이의제기를 하였으나 효과 없이 기각되자, 행정소송을 제기하지 않고 바로 연방통상법원의 종전 판결에 근거하여 수용적 침해로 인한 보상을 요구하였다. 연방통상법원은 수관리법 제11조 제3항의 규정의 해석을 통해 보상 없이 지하수 이용을 배제하는 것은 독일기본법 제100조 1항(구체적 규범 통제)에 근거 위법이라 보고 헌법재판소에 위헌법률심판을 하기에 이르렀다. 연방헌법재판소는 이에 대하여 이해관계자는 이 경우 법률상 보상규정의 흠결로 보상을 요구할 수 없고 다만 행정법원에 수용처분의 취소를 구할 수 있다고 판시 하였다. 나아가 연방헌법재판소는

수용유사적 침해의 법리에 의한 보상청구를 제약하는 판결을 함으로써 더 이상 기본법 제14조에서 근거를 찾기 어렵게 되었다. 그 요지는 위법한 수용이 이루어지면 먼저 그에 대한 취소소송을 제기하여 구제를 생각하여야 하고 취소소송을 제기할 수 없는 경우에 한하여 관습법으로 인정되어온 희생보상청구권에 의하여 손실보상 청구가 가능하다는 것이다. 따라서 오늘날 수용유사침해의 근거를 독일 기본법 제14조 제3항에서 찾는 것이 아니라 관습법으로 발전되어온 희생보상청구제도에 두고 있다.<sup>10)</sup> 한편 우리나라는 수용유사침해에 대한 법적 근거를 헌법 제23조 제3항이 명문으로 재산권에 한하여 규정하고 있으므로 헌법상의 행복추구권규정 제10조, 신체의 자유규정 제12조 및 평등권 규정을 근거로 하여 직접손실보상을 청구할 수 있다는 견해와 헌법 제23조의 규정을 유추 해석하여 청구할 수 있다는 견해가 있다.<sup>11)</sup>

### (3) 법리의 적용요건

수용유사적 침해 법리의 적용조건으로는 재산권침해, 공용침해, 침해의 위법성, 특별한 희생을 들 수 있다. 이러한 적용요건을 설명하면 다음과 같다.

첫째, 재산권 침해에 대한 재산권 개념은 모든 재산적 가치 있는 사권과 공권을 포함하여 민법상의 소유권개념 보다도 넓게 파악되고 있다. 다만, 재산권의 범위는 재산적 가치 있는 권리의 보호영역이 어디까지 미치며, 또한 그 보호영역이 침해되었는지의 여부를 심사하여 구체적으로 결정하게 된다.

둘째, 공용침해는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 의미한다. 종래에는 침해가 반드시 의욕적이고 목적적일 것을 요건으로 하였으나, 현재에는 그 침해가 공권력의 행사로 인해 직접적으로 야기된 것이면 족하다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>12)</sup>

셋째, 침해의 위법성에 있어서의 위법은 개인에게 고의·과실로 손해를 가하는

---

만약 수용행위가 이미 불가쟁력을 발생한 경우에는 그 보상소송은 효력을 상실한다고 결정하였다. 또한 연방헌법재판소는 취소와 보상의 양자의 선택권은 존재하지 않는다는 결정을 내렸다. 이러한 결정에 따르면 수용처분의 취소를 다투지 아니하고 곧바로 보상을 청구할 수 없다는 것이다. 또한 통상법원의 권한은 이에 상응해서 기본법 제14조 제3항 제4문에 따라 법률상 규정된 보상이 보장되는지 여부의 판단에만 제한되고 법률상 수용침해에 대한 보상근거를 인정할 권한이 없다고 판시하고 있다.”

10) 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 710면.

11) 윤양수, 「행정법 개론」, 은누리, 2011, 521면.

12) 침해의 직접성을 요건으로 하는 경우에 단순한 부작위에 대한 보상을 해줄 수 없는 문제가 생기며, 이 점에서 수용유해사적·수용적 침해논리는 중요한 요점을 지니게 된다는 것이다. 정하중, 전계논문, 103면

경우에 있어서의 위법, 또는 불법과는 다른 의미이다. 즉, 여기서의 위법은 공용침해의 근거법규가 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않음으로써 동 법률에 근거한 공용침해가 결과적으로 위헌이 된다는 의미의 위법인 것이다, 바로 이 점이 위법한 공용침해에 대한 보상으로서의 손실보상과 다른 점이다.<sup>13)</sup>

연방헌법재판소의 자갈채취 판결은 연방대법원의 수용유사적 침해 및 수용적 침해의 존립여부를 두고 격렬한 논란을 불러일으킨바 있다. 그 결과 재산권보장에서 존속보장을 강조하는 분리이론의 입장에서는 수용유사적 침해와 수용적 침해론은 더 이상 존재할 수 없다고 보지만<sup>14)</sup> 재산권보장의 흠결 없는 법질서를 강조하는 경계이론의 입장에서는 수용유사적 침해와 수용적 침해는 자갈채취판결 이후에도 계속 존재하여야 한다고 주장한다.<sup>15)</sup> 또한 수용유사적 침해 및 수용적 침해의 법적 근거를 기본법 제14조 제3항의 유추해석으로부터 독립시켜 희생보상이라는 개별법에서 근거를 찾는다면 수용유사적 침해와 수용적 침해는 수용과는 독립된 보상이론으로 자리 잡는 것으로 이해할 수 있다.<sup>16)</sup>

13) 석종현, 「손실보상법」, 삼영사, 2005, 675면.

14) 수용유사침해이론의 존속을 부정하는 학자들의 주장을 살펴보면 Scholz는 바이마르 헌법과는 달리 독일 기본법 제14조에서 재산권은 가치보장이 아니라 존속보장을 그 틀로 하고 있으므로 부정하고 있고, Rupp은 특별희생의 성격을 띠는 모든 조치는 그것이 위법한 것이든 적법한 것이든 혹은 위법·유책한 것이든 관계없이 재산권 혹은 비재산적 권리에 대한 수용유사적 혹은 희생유사적 침해로 보고 보상해 주어야 한다는 논리는 더 이상 타당하지 않다는 이유를 들고 있고, Weber는 연방헌법재판소의 자갈채취 판결에서 재산권의 내용규정과 수용 간에는 법적 차이가 분명해졌기 때문에 수용유사적 침해는 수용개념으로부터 완전히 배제되었다면서 부정하고 있다. 그리고 Bull은 수용의 목적지향성과 취득성에서 찾고 있으며, 수용개념은 후에 확정되는 것이 아니라 사전적으로 주어지는 것이라면서 부정하고 있다. Scholz, Identitätsproblem der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, NVwZ, 1982, S. 346.; Ruppe, Reform der Staatshaftung trotz Teilnichtigkeit des Staatshaftungsgesetzes?, NJW, 1982, S.853.; Weber, "Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft", 1984, S. 855.; Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1991, S. 380.

15) Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1985, S. 201. : 연방대법원은 "경관지구의 지정은 재산권자로서는 타이익에 봉사하는 것이기 때문에 당해 임시지정을 원고가 보상 없이 수인해야 하는 것은 아니라고 판단한 것은 법해석의 잘못이라고 본다. 재산권의 사회적 구속과 수용 간의 구별에 대해 모든 도지는 그것의 위치와 성상에 따라서 그리고 경관 및 자연에 대한 관계에 따라서, 즉 그것의 상황에 따라서 판단된다는 기준을 제시해왔기 때문에 각 재산권자는 권한의 행사범위를 이 기준에 따라서 판단하여야 한다고 본다."(BGHZ 90, (17)(24) ; BGHZ 90, 17(24-25).

16) 수용유사적 침해와 수용적 침해를 인정하는 독일의 대표적인 학자로는 Maurer, Hendler 등이 있다. Papier, Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, JuS, 1989, S. 635.; Maurer, aaO., S. 624.; Hendler, zur bundesverfassungsgrrichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl, 1983, S. 881.

#### (4) 판례의 입장

##### 가. 우리나라의 판례

우리나라 판례의 입장을 보면, 수용유사적 침해 이론은 국가, 기타 공권력의 주체가 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하였고, 그 효과가 실체에 있어 수용과 다름없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 것인데, 1980. 6. 말경의 비상계엄 당시 국군보안사령부 정보처장이 언론통폐합조치의 일환으로 사인소유의 방송사 주식을 강압적으로 국가에 증여하게 한 것은 위 수용유사행위에 해당하지 않는 것으로 보아 수용유사적 침해 보상의 법리를 최초로 수용한 고등법원의 판결<sup>17)</sup>을 백지화 하였다. 그러나 위 판례는 수용법적 침해이론에 대해서는 법적 판단을 하지 아니하고 원심판결을 파기했지만, 우리나라에서도 법적 현안의 해결을 위한 하나의 대안으로 수용유사침해법리를 고려하였다는 사실만으로도 그 의의를 인정할 수 있다.

수용유사적 침해 법리의 적용조건으로는 재산권침해, 공용침해, 침해의 위법성, 특별한 희생을 들 수 있다. 이러한 적용요건을 설명하면 다음과 같다.

첫째, 재산권 침해에 대한 재산권 개념은 모든 재산적 가치 있는 사권과 공권을 포함하여 민법상의 소유권개념 보다도 넓게 파악되고 있다. 다만, 재산권의 범위는 재산적 가치 있는 권리의 보호영역이 어디까지 미치며, 또한 그 보호영역이 침해되었는지의 여부를 심사하여 구체적으로 결정하게 된다.

둘째, 공용침해는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 의미한다. 종래에는 침해가 반드시 의욕적이고 목적적일 것을 요건으로 하였으나, 현재에는 그 침해가 공권력의 행사로 인해 직접적으로 야기된 것이면 족하다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>18)</sup>

셋째, 침해의 위법성에 있어서의 위법은 개인에게 고의·과실로 손해를 가하는 경

17) 서울고법, 1992.12.24 92나 20073. 이 결정은 「강요에 의한 주식의 증여에 관하여 그 주식 수용은 개인의 명백히 자유로운 동의는 없이 이루어진 것이고, 나아가 법률의 근거 없이 이루어진 것으로서 개인의 재산권에 대한 위법한 침해이고, 이는 결국 법률의 근거 없이 개인의 재산을 수용함으로써 발생한 이른바 수용유사적 침해이므로, 이로 인하여 판결, 즉 손실을 당한 원고는 자연법의 원리나 구 헌법 제22조 제3항의 효력으로서 국가에게 그 손실의 보상을 청구할 권리가 있다.」고 판시하여 수용유사적 침해법리를 인정하였다.

18) 침해의 직접성을 요건으로 하는 경우에 단순한 부작위에 대한 보상을 해줄 수 없는 문제가 생기며, 이점에서 수용유해사적·수용적 침해논리는 중요한 요점을 지니게 된다는 것이다. 정하중, 전제논문, 103면.



우에 있어서의 위법, 또는 불법과는 다른 의미이다. 즉, 여기서의 위법은 공용침해의 근거법규가 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않음으로써 동 법률에 근거한 공용침해가 결과적으로 위헌이 된다는 의미의 위법인 것이다, 바로 이 점이 위법한 공용침해에 대한 보상으로서의 손실보상과 다른 점이다.<sup>19)</sup>

마지막으로, 「국토계획법」 제38조 및 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제3조의 규정에 의한 개발제한구역이나 국토계획법 제39조의 규정에 의한 시가화조정구역의 지정은 특별한 희생이 없는 사회적 제약에 해당하는 것으로 보아 보상규정을 두고 있지 아니하다.

그러나 특별한 희생을 가려내기 위한 여러 학설 중 어느 학설에 의하든 이와 같은 개발제한구역 및 시가화조정구역의 지정에 의한 제한은 보상을 필요로 하는 특별한 희생을 가한 것이라고 판단되며, 수용유사침해에 대한 보상도 특별한 희생에 대해서 주어진다고 할 수 있다. 그 특별한 희생의 존재 여부는 위에서 예시한 손실보상의 기준에 관한 학설을 통해 개별적으로 검토해야 할 것이다. 다만, 헌법재판소의 그린벨트결정 이후에 제정된 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제16조는 개발제한구역의 지정으로 인하여 개발제한구역안의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지, 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지소유자에게는 당해 토지의 매수청구권을 인정하고 있다.

보상규정 없는 법률에 의한 재산권침해 중 '특별한 희생'에 해당하는 경우로 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 보존지역이나 미관지역의 결정, 자연공원법상 자연공원 지정, 도시계획의 장기간 미집행 등이 있다.<sup>20)</sup>

#### 나. 독일의 판례

한편, 독일의 경우 독일 연방헌법재판소는 1981년 7월 15일 이른바 자갈채취사건 판결에서 “보상규정이 없는 법률에 근거한 행정처분에 의한 보상수용적 조치는 위헌법률에 의한 것이기 때문에 위법하다. 그러나 상대방은 손실보상규정이 없기 때문에 손실보상의 청구를 할 수 없다. 그러므로 상대방은 위법한 공용수용적 처분을 취소하는 행정소송을 제기할 수 있을 뿐이다. 상대방은 취소소송과 손실보상청구소송 중에서 택일할 수 있는 선택적 청구권도 인정되지 않는다. 그리고 최고법원은 보상소송과 관련하여 법률이 규정한 손실보상이 행하여진 것이냐의 여부에 대하여 판단할 수 있을 뿐이며, 보상규정이 없는 경우에 공용침해보상을 긍정하는 판결을

19) 석중현, 전게서, 675면.

20) 석중현, 상게서, 675면.

할 권한이 없다.” 라고 판시하였다.

위 판례가 공용수용의 침해법리를 전면적으로 부인한 것으로 보는 견해도 있으나, 학설은 다음과 같은 점에서 동 법리를 긍정적으로 평가하고 있다.<sup>21)</sup>

첫째, 연방헌법재판소와 연방최고법원의 공용수용개념에 대한 견해가 서로 다르기 때문이다. 즉, 연방헌법재판소는 행정행위, 법률, 또는 법적 행위에 의한 의도적 재산권침해만을 공용수용으로 보고 있다. 따라서 법적행위에 의한 재산권침해의 경우에도 의도적인 것이 아니거나 법적 근거 없는 재산권침해는 공용수용개념에 포함되지 않는다. 그러므로 비의도적 재산권침해나 법적근거 없는 재산권침해와 관련하여 성립된 수용유사침해는 연방헌법재판소의 견해에 의하여 공용수용이 아니며, 그 결과 동 판결은 공용유사침해법리에 관하여 판단한 것이 아니라고 할 수 있다.

둘째, 공용유사침해에서 문제되는 재산권침해는 공용침해의 개념에 포함되지 않는 것이기 때문에 공용수용으로 인한 보상에 관하여 판단한 위의 연방헌법재판소의 판결을 적용할 여지가 없으며 라는 내용, 바로 이 점에서 수용유사의 침해나 수용적 침해법리는 여전히 긍정적으로 평가되어야 할 것이다.

셋째, 연방최고법원도 그 후 동 법리의 법적 기초를 관습법, 평등원리, 재산권보장규정에서 구하여 동 법리를 재확인했으며, 학설도 이를 지지하고 있다.

넷째, 위 판결은 수용개념을 엄격히 제한하였는데, 그 결과 오히려 다른 법적 근거에 의한 손실보상청구권, 특히, 수용유사의 침해나 수용적 침해에 대한 손실보상청구권들이 성립할 수 있는 여지를 남기는 역설적인 결과를 초래한 것이라 할 수 있는 것이다.

이러한 수용유사의 침해법리에 대해서는, 그것은 손실보상 개념의 요소로서 직법성을 포기하는 것이며, 그 결과 손실보상과 손해배상의 구별을 불명확하게 한다는 점에서 비판되고 있다.<sup>22)</sup> 그러나 수용유사의 침해논리는 보상의 폭을 넓히기 위한 것으로 보상의 요건을 판단함에 있어서 종래의 손실보상이념에서 그 요건으로 문제삼는 특별한 희생 이외에 대해서 관심을 둘 뿐 결코 적법성의 요건을 포기한 것은 아니다. 종래의 손실보상 개념은 보상원인의 위법성여부 보다는 오히려 보상에 관한 것을 중심으로 구성된 것이라 할 수 있으나, 수용유사의 침해법리는 바로 재산권의 가치보장에 중점을 두어 침해 행위의 적법요건을 중심으로 구성된 이론인 것이다.<sup>23)</sup>

21) H. Maurer, Allgemeines, Verwaltungsrecht, 16 Auflage, 2006 S. 714ff. ; 수용유사침해법리의 결정을 긍정적으로 논설하는 국내학자로는 홍준형, 전게논문, 124면.

22) 서원우, “손실보상개념의 확장논의”, 「고시연구」 1989. 4, 7면..

23) 김남진, “재산권의 가치보상과 존속보장”, 「월간고시」 1989. 5. 35면

최근에는 독일과 같은 희생보장제도가 없는 한국에 있어서 수용유사적 침해를 실무화 하기 어렵다는 점에서 동 법리의 무용론이 제기되고 있다.<sup>24)</sup> 또한 입법자가 공용침해를 규정하면서 보상규정을 두지 아니한 경우에는 침해를 받은 자는 침해행위의 취소소송을 제기하고, 그 취소소송절차에서 헌법재판소에 위헌심판을 제청하여 위헌결정이 된 경우에는 침해행위의 취소판결에 의하여 재산권자체의 회복을 기하도록 하고, 침해행위의 존속기간 중의 손해배상청구를 인정하되 과실을 완화하여 모든 경우에 그것이 가능하도록 하여야 한다고 하여 결과적으로 동 법리의 무용론을 제기하고 있다.<sup>25)</sup>

그러나 무용론에 따르면 입법자가 특별한 희생을 가하는 재산권침해를 규정하는 때에 보상규정을 두는 것이 가장 바람직한 제도적 해결방법이 아니나, 입법자가 재산권의 사회적 제약과 특별한 희생에 해당하는 침해를 모두 예상하여 규율하기는 현실적으로 불가능하다는 점을 간과하고 있다.

## 2) 수용유사적 침해에 대한 보상

### (1) 의의

수용유사침해에 대한 보상이론은 이러한 위법한 공용침해로 인하여 발생한 특별한 희생에 대하여는 공용수용에 준하여 손실보상을 하여야 한다는 이론이다. 수용유사침해에 대한 보상은, 위법한 공용침해에 대한 보상인 점에서 적법한 공용침해(공공필요에 의한 재산권침해를 인정한 법률이 보상규정도 두고 있는 경우)에 대한 보상과 구별되며, 그 원인이 되는 공용침해가 공공필요에 의한 것이고 공용침해권자의 과실에 의한 것이 아닌 즉, 위법·무과실의 침해라는 점에서 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상과 구별된다.

수용유사적 침해에 대한 보상은 적법한 공용침해에 대하여 보상이 이루어진다면 위법한 공용침해에 대하여 보상을 하는 것은 너무나 당연하다는 논리에서 그 이론적 근거를 찾을 수 있다. 수용유사적 침해에 대한 보상이 인정되지 않고, 헌법에 제도화되어 있는 적법한 공용침해에 대한 손실보상과 공무원 직무상 위법행위 등으로 인한 손해배상만이 인정된다면, 위법·무과실의 공용침해로 인하여 특별한 희생을 입은 자는 구제받을 길이 없게 된다.

24) 유지태, “공용수용법상의 손실보상논의”, 「고시연구」, 1996. 9. 5면9.

25) 박윤훈 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2002, 770면.

## (2) 우리나라에서의 수용

헌법 제23조 제3항은 독일기본법 제14조와 유사한 규정을 하고 있으므로 위법한 공용침해에 대한 보상에 관하여 법률상 흠결이 있다는 점은 대다수의 학자들이 의견을 같이한다. 그러나 이러한 법률상의 흠결의 보충에 관하여 수용유사적 침해보상의 법리와 관련하여 견해가 나누어지고 있다.<sup>26)</sup>

이와 관련하여 학설은 도입공정설과 확대적용설, 직접효력설로 나누어진다. 도입공정설에 의하면 독일의 수용유사적침해의 법리를 받아들여 손실보상청구를 인정해야 한다는 견해이다. 그러나 이 견해는 독일의 관습법인 희생보상청구권제도<sup>27)</sup>의 법리가 없는 우리나라의 경우에는 타당하지 않다는 비판이 있다. 확대적용설은 독일의 조직과실이론과 프랑스의 공역무과실이론과 같이 과실을 객관화 하여 손해배상청구제도로 해결해야 한다는 견해이다. 그리고 직접효력설은 헌법 제23조 제3항이 수용유사적 침해에 대한 보상이 근거가 된다는 견해이다.

한편 이와 관련하여 판례의 입장은 수용유사적 침해에 해당하는 경우 이에 대한 보상은 손실보상의 문제로 해결하기도 하고<sup>28)</sup>, 불법행위내지 부당이득의 법리로 해결하기도 하지만<sup>29)</sup> 수용유사침해보상의 이론의 수용여부에 대해서는 소극적인 입장을 보이고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 보상입법의무를 부과하는 입장이다.<sup>30)</sup>

## (3) 검토

위에서 살펴본바와 같이 우리나라는 수용유사적 침해에 대한 보상의 법리의 도입에 관하여 소극적인 입장을 취하고 있다. 대법원은 수용유사적 침해의 보상에 관하여 보상규정을 두고 있지 않은 경우 독일의 희생보상청구권의 법리가 아직 수용되

26) 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 710면.

27) 1984년 BGH가 일반주범지침상의 제74조와 제75조상으로 구체화된 희생보상적 사고에서 접근을 한 이래로 오늘날 독일의 통설은 공용개입유사적 공용개입적 개입의 법적 근거를 관습법에 두고 있다. 이와 관련하여 독일의 학자 오센빌은 실증법적 규율의 영터리가 정리되고 불필요하게 되었으며, 기본법 제14조의 도그마틱으로부터의 분리가 관철되었다고 서술함으로써 관습법예로의 방향선회를 왕도로 여겼다. (김중권, “수용개입유사적, 수용개입적 개입의 적용역용에 관한 소고”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2009, 186면 재인용.)

28) 대판 1972. 11.28, 72다1597.

29) 대판 1991. 2.22, 90다16474

30) 헌재 1998. 12.24, 89헌마214, 90헌바16병합

지 않아 수용유사침해의 법리에 의하여 해결할 수 없다고 보고 있다.<sup>31)</sup> 따라서 이 경우에는 위법한 행정작용에 대한 취소소송의 제기를 통하여 재산권을 구제해야 한다는 주장이 있지만<sup>32)</sup> 행정주체의 위법한 행위로 공용침해가 발생하여 특별한 희생이 발생하여 위법한 행위라는 점에서 보상을 받지 못한다면 보상의 본질적 법리에 어긋난다 할 것이므로 독일의 희생보상청구권의 법리를 적용 과실을 객관화 하여 손해배상 청구제도 또는 헌법 제23조를 직접 적용하여 보상을 해주어야 한다고 생각한다.

## 2. 수용적 침해와 보상의 법리

### 1) 수용적 침해의 의의

수용적 침해(enteignender Eingriff)는 적법한 행정작용의 비전형적·비의욕적인 부수적 결과(atypische und ungewolte Nebenfolge)가 직접적으로 특별한 희생의 한계를 일탈하여 타인의 재산권에 대한 수용적 영향을 가하게 되는 침해를 말한다. 즉, 부수적 결과가 재산권침해에 직접적이어야 하고, 그 침해가 특별한 희생에 해당되어야 한다.<sup>33)</sup>

#### (1) 수용적 침해의 근거

수용적 침해는 법률에 근거하여 적법하게 타인의 재산권에 가해진 침해이기 때문에 상대방은 그 침해를 수인할 의무를 지며, 관계 법률은 공권력 행사의 비의욕적인 부수적 결과로 인한 재산권침해를 보상하여 보상규정을 두고 있는 것이 아니므로 수용적 침해에 대한 손실보상을 위한 법적 근거가 없다.<sup>34)</sup> 연방대법원은 자갈 채취 판결에도 불구하고 수용적 침해가 여전히 존재한다는 것을 명백히 인정 하였

31) 대판 1993. 10.26, 93다6409 “수용유사적 침해의 이론은 국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하였고 그 효과가 실제에 있어서 수용과 다름없을 때에는 적법한 수용과 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 것인데 우리 법제하에서 그와 같은 이론을 채택할 수 있는 것인가는 별론으로 하더라도 1980. 6 말경의 비상계엄 당시 국군보안사령부 보안처장이 언론통폐합 조치의 일환으로 사인소유의 방송사주식을 강압적으로 국가에 증여케 한 것이 위 수용유사 행위에 해당되지 않는다.”

32) 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 710면.

33) H. Maurer, Allgemeines, Verwaltungsrecht, 16 Auflage, 2006, S.27. Rn.109.

34) Maurer, aaO., S. 763f.

다.<sup>35)</sup> 즉, 연방헌법재판소가 민사법원은 법률적합성의 견지에서 단지 법률상의 근거가 있을 때만 보상을 인정할 수 있다고 판시하였으나, 여기에서 말하는 수용이란 기본법 제14조 제1항 제1문에 속하는 개인의 구체적인 법적 지위의 보장에 대한 부분적인, 혹은 전체적인 박탈을 의미하는 국가에 의한 재산권의 취득을 말하며, 수용적 침해는 이와는 상관없다고 말하고 있다.<sup>36)</sup> 오히려 여기에서는 그 자체로서 적법한 고권적인 작용이 개인에게 수용법적인 한계를 넘는, 수인을 기대할 수 없는 통상 비정형적이며 예측 불가능한 손해를 일으키는 것이 문제된다고 한다. 그래서 이러한 경우의 전보에는 보상의 합법률성의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.<sup>37)</sup> 또한 수용적 침해의 경우에는 연방헌법재판소가 자갈채취 판결에서 문제 삼은 관계인의 행정재판소에 대한 취소소송과 민사법원에 의한 보상청구소송간의 선택권의 문제도 발생하지 아니한다고 본다.<sup>38)</sup> 그리고 수용적 침해의 법적인 구성에는 피할 수 없는 필요성이 존재한다고 본다. 즉, 수용적 침해는 독일민법 제906 제2항 2문에 의하여 상린관계에서의 민법적인 보상청구에 대한 공법적인 대응관계에 있다고 본다. 또한 국가책임법도 제14조 제3항에서 판례법적으로 발전되어온 수용적 침해론에 대한 입법적 근거를 시도 했으며, 자갈채취판결에 의해서도 수용적 침해가 없어지지 않았다는 점은 많은 지지를 받고 있음을 보여준다.<sup>39)</sup>

## (2) 수용적 침해의 요건

수용적 침해의 요건은 재산권에 대한 침해, 특별한 희생, 침해의 적법성과 그 부수적 결과로서의 손해의 발생 등이다. 여기서 특별한 희생은 수용적 침해의 결정적인 요건에 해당하며, 희생한계의 일탈에 관해서는 수인성 및 상황구속성 등의 적용을 통해 구체화 된다.

## 2) 수용적 침해에 대한 보상

수용적 침해란 공공복리를 위하여 타인의 재산권에 가해진 공법상 적법하고도 적

35) BGHZ 91, 20.

36) BGHZ 91, 20(26).

37) BGHZ 91, 20(26-27).

38) BGHZ, 91, 20(27).

39) BGHZ, 91, 20, (27).; Ossenbühl, Enteignungsgleicher Eingriff im Wandel-BGH, NJW 1987, S. 1945.

접적인 침해의 부수적 효과로서 의도하지 아니한 특별한 희생을 타인에게 야기하는 침해를 말한다. 이러한 수용적 침해는 적법한 행정작용의 이례적·비 이론적인 부수적 효과로서 타인의 재산권에 가해진 침해인 것이며, 본래 손실보상의 범위에 포함되지 않은 것이다. 예컨대, 단기간에 종료될 것으로 예상했던 지하철공사가 장기간 계속됨으로 인하여 인근 상가가 영업 손실을 입게 되는 경우와 같이, 원래 적법한 것이기 때문에 상대방은 그 침해를 참아야할 의무가 있었으나 시간의 흐름에 따라 참아야할 의무가 없어지게 되는 침해를 뜻한다.

수용적 침해는 당초 법률에 의해 예측되지 않은 희생을 수반하는 점에서 예측할 수 있는 특별한 희생을 수반하는 본래의 의미의 공용침해와 구별되며, 또한 침해 자체가 적법한 행정작용이라는 점에서 침해 그 자체가 위법한 수용유사침해와 구별된다. 즉, 수용유사침해와 수용적 침해는 양자 모두 관계 법률에 보상규정을 두고 있지 않은 점에서는 동일하나, 전자의 경우는 처음부터 특별한 희생에 해당하기 때문에 보상규정을 두지 않은 것이 위법인데 비하여, 후자의 경우는 처음에는 특별한 희생에 해당하지 않았기 때문에 보상규정을 두지 않은 것이 위법인 점에서 차이가 있다.

### 3) 우리나라에서의 수용

수용적 침해에 대한 보상의 문제와 관련하여 우리나라에서의 수용문제에 대하여는 견해가 대립하고 있다.

이에 대하여 학설은 긍정적인 입장에서 독일의 수용적 침해의 법리를 수용하여 보상청구가 가능하다는 수용적 긍정설과 헌법 제23조 제3항이 직접적 효력 규정이라는 전제하에 동 규정을 확대 적용하여 보상청구가 가능하다는 직접효력설, 헌법 제23조 제3항을 유추적용하여 보상할 수 있다고 하는 유추적용설이 있다. 부정적인 입장에서는 법률에 보상규정이 없는 한 보상이 원칙적으로 불가능하기 때문에 입법적으로 해결해야 한다는 입법필요설이 있다.<sup>40)</sup>

수용유사 침해의 법리는 독일의 국가무과실책임제도에 의한 국가배상법의 결함을 해결하기 위한 것으로 처음에는 희생보상청구권을 근거로 하다가 기본법 제14조 제3항을 유추적용하는 것으로 발전하였다. 이는 실제적인 필요성에도 불구하고 자갈 채취사건을 계기로 법리상 오류가 불가피하게 발생하였던 것에 불과하므로 우리나라의 법적 현안의 해결방안으로 도입이 가능하다.<sup>41)</sup>

40) 박근성, 「행정법 강의」, 박영사, 1910, 646면. ; 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 714면 참조.

#### 4) 검토

의도되지 않는 재산권침해에 대한 보상 즉 수용적 침해에 대한 보상에 관하여 위에서 살펴본바와 같이 견해가 대립되고 있다.

적법한 공권력 행사에 의하여 의도하지 않는 재산권이 침해된 경우 사회적 제약으로서 이를 감수하는 것이 원칙이다. 그러나 손해의 범위가 수인한도를 넘어서 특별한 희생이 발생하는 경우에는 보상에 있어서 문제가 된다.<sup>42)</sup> 이러한 경우 개인의 재산권에 부과되는 특별한 희생은 예측할 수 없기 때문에 보상규정이 없는 경우가 많다. 그렇다고 보상규정의 부존재를 이유로 보상이 이루어 지지 않으면 안 되고 공공필요에 의한 특별한 희생이라고 판단되어지는 한 정당한 보상이 이루어져야 한다. 따라서 적법행위에 의한 의도되지 않는 재산권의 침해에 대하여 보상규정이 없는 경우 견해의 대립에 있어 어떠한 입장을 취하더라도 보상에 문제가 없으므로 큰 실익이 없다고 보여 진다. 다만 이러한 법리를 적용하기에는 그나마 효율적인 입장에서 헌법 제23조 제3항을 유추 적용하여 보상하는 것이 바람직하다. 그리고 한편으로 입법의 불비를 이유로 보상의 논란을 방지하기 위해서 뿐만 아니라 향후 재산권보장을 위해 입법제정의 검토가 필요하다.

### 3. 희생보상청구권의 법리

#### 1) 의의 와 법적근거

위에서 기술한 수용유사적 침해, 수용적 침해의 법리에 따른 보상은 재산권침해에 대한 것이고, 생명·신체·자유 등 비 재산적 법익에 대한 침해에는 적용되지 않는다. 이러한 비재산적 법익의 침해에 대한 구제제도로서 학설과 판례에 의해 정립·발전된 것이 희생보상청구권의 법리이다.<sup>43)</sup>

희생보상청구권의 근거는 오늘날에는 관습법으로서 프로이센 일반란트법 제74조 제75조의 공익을 위하여 특별한 희생을 당한 자는 보상을 받아야 한다는 원칙에 있는 것으로 보고 있다. 독일의 판례는 비 재산권 법익에 대한 적법한 침해에 대한

41) 홍준형, 「행정법」, 법문사, 2011, 303면.

42) 김동희, 「행정법 요론」, 박영사, 2010, 444면.

43) 김동희, 「행정법 요론」, 박영사, 2010, 446면.



희생보상청구권 뿐만 아니라 기본적으로는 수용유사침해이론의 논거에 따라 비재산적 법익에 대한 위법한 침해에 대하여도 희생유사침해의 법리에 따라 보상을 인정하고 있다.

우리나라의 경우 전염병예방법, 소방기본법 등과 같이 비재산적법익의 침해에 대한 보상에 관한 법률이 있으면 해결이 되지만 이러한 명문의 규정이 없는 경우가 문제가 되고 있다.

## 2) 우리나라에서의 수용

그러면 희생보상청구권이 인정되고 있지 않는 우리나라는 어떻게 하여야 할 것인가? 이와 관련하여 우리나라는 독일에서 관습법으로 인정되고 있는 희생보상청구권의 법리를 수용하는 문제에 관하여는 소극적인 입장이다. 우리나라는 독일과는 달리 지속적으로 희생보상청구권에 대한 관행이 이루어지지 않아 관습법으로서 인정하기가 어렵지만 만약 희생보상청구권을 인정하게 되면 비 재산권 법익에 대한 적법한 침해에 대한 희생보상청구권 뿐만 아니라 기본적으로는 수용유사침해이론의 논거에 따라 비재산적 법익에 대한 위법한 침해에 대하여도 희생유사침해의 법리에 따라 보상 하게 되어 손해전보의 흠결을 한층 보완할 수 있게 된다. 따라서 입법제정을 통한 수용이 필요하다.

## 4. 공법상 위험책임의 법리와 보상

### 1) 공법상 위험책임의 의의

공법상 위험책임이란 국가나 공공단체가 위험을 야기한 경우 이러한 위험으로부터 손해가 발생하였다면 고의·과실 또는 위법성이 없어도 부담하는 책임이다.<sup>44)</sup> 즉 국가가 공무수행을 함에 있어서 특정인을 특별한 위험에 노출시키게 되는데 이러한 경우 특별한 위험상태가 현실화되어서 특정인의 특별한 손해를 입는 경우에 행정주체는 위험발생에 대하여 과실이 없어도 배상책임을 지는 것이다.<sup>45)</sup>

44) 한건우, 「현대행정법강의」, 신영사, 2008, 898면.

45) 김기진. “위험책임에 관한 연구”, 「토지공법연구」, 제43집 제2호, 한국토지공법학회, 2009 346면.

## 2) 현행법상 위험책임의 근거

현행 제도상으로는 위험책임에 관한 일반적인 근거 규정은 없다. 다만 위험책임의 법리에 의하여 근거하여 국가의 책임을 인정하고 있는 개별법률이 존재하고 있다.

예컨대 전염병 예방법 제54조의2에 의한 예방접종사고에 대한 보상이외에도 의용소방대원이 소방업무 및 소방관련 교육·훈련으로 인하여 부상을 입거나 사망한 때에는 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 보상을 지급한다는 소방기본법 제39조 제2항, 원자력손해배상법 제3조에 의한 원자력사업자의 무과실책임 등이 그것이다.<sup>46)</sup>

## 3) 위험책임의 법적 성질

위험책임은 역무과실이나 개인의 과실과는 관계가 없다. 그리고 피해자 또한 입증책임이 없이 다만 위험 상태 하에서 야기된 손해부담의 평등 및 손해의 이상성이란 이중적 고려 하에서 보상해줄 목적으로 발생한 기술적 도구로 사용되고 있다. 그러나 과실책임과 위험책임이 서로 대립하고 있으며 국가 책임이라는 공통목적에서는 상호협력관계가 있다. 위험책임과 무과실책임을 비교해 볼 때 무과실책임은 그 행위가 개관적으로 위법하고 손해와 원인행위 간에 과실이 없지만 위험책임은 적법하지도 위법하지도 않는 행위에 의한 것이고 과실이란 주관적 요건을 필요로 하는 과책임도 아니고, 전적으로 과실요건이 필요 없는 완전한 무과실책임도 아닌 그 중간적 성격을 가지고 있다.

## 4) 판례의 입장

우리법원은 직접적으로 행정법의 영역에서 위험책임을 직접 인정한 경우는 찾아볼 수 없다.<sup>47)</sup> 공법상 위험책임의 법리가 아직 학계에서 쟁점으로 논란이 되고 있고, 형식적 법 논리에 충실해온 법원이 갑자기 태도를 바꾸어 공법상 위험책임의 법리를 수용하는 것은 현실적으로 어렵다고 본다. 그러나 국가책임의 확장논의가 증가하고 있고, 과실일용추정이론, 주의의무의 가중, 과실의 객관화 등에 입각한 판례<sup>48)</sup>가 증가하고 있는 경향에 비추어 볼 때 국가보상영역에서도 위험책임의 법리가

46) 장태주, 「행정법개론」, 법문사, 2010, 718면 참조.

47) 대판 1979.11.27, 79다628 참조.

48) 대판 2001. 7.27, 2000다56822

수용될 가능성이 크다.<sup>49)</sup>

### 5) 우리나라에서의 수용

위험책임은 프랑스 행정법에서 발달한 위험이론에 바탕을 두고 있다. 이 법리는 “위험이 있는 곳에 책임 있다”라는 법 격언이 잘 말해주고 있다. 우리나라는 사법상 위험책임의 법리가 수용되어 있고 판례도 법리를 인정하고 있다.

그렇다고 사법상의 위험책임을 그대로 공법상의 위험책임론으로 전환하는 것은 공법의 특성상 문제가 있으며, 평등의 원칙에 근거를 둘 경우 행정주체의 과실을 입증하기가 곤란한 경우에 인정되는 위험책임의 의미가 제대로 반영될 수 없고 불명확한 위험의 개념을 일반화하는 문제와 국가재정상의 문제로 인정하기 어렵다고 한다. 그러나 부분적으로 원자력배상법과 같이 공법상 위험책임을 인정하는 경우도 있다.

우리나라의 경우 정형적 손해전보제도를 제외하고는 독일처럼 수용유사침해의 법리라든지 희생보상청구의 법리가 판례상 인정되고 있지 않기 때문에 손해전보제도의 흠결의 보완의 측면에서 본다면 수용유사침해의 법리, 수용적침해의 법리, 희생보상청구의 법리에 의해서도 구제되지 않는 사각지대를 메우기 위해 위험책임의 법리의 수용이 절실하다.<sup>50)</sup>

## IV 맺음말

지금까지 손해전보제도의 흠결에 따른 그 밖의 보상의 법리에 관하여 살펴보고 우리나라에의 도입에 관하여 고찰하였다.

행정주체가 공공필요에 의해 국민의 재산과 생명·신체 등 법익을 침해한 경우 특별한 희생이 발생하였다면 고의·과실 또는 적법·위법이든 간에 이에 상응하는 정당한 배상과 보상이 이루어져야 한다는 전제하에 글을 전개하였다. 그 내용을 요약 정리하면 다음과 같다.

49) 헌재 1998. 5.28. 96헌가4, 96헌가6.7 병합

50) 공법상 위험책임제도가 실정법상 확립되어 있지 않은 독일에 있어서 연방최고법원 등의 판례는 공법상 위험책임에 속하는 모든 사례를 수용유사침해 또는 희생보상청구권의 법리에 포함시키고 있는 경우가 있다.(박균성, 「행정법 상」, 박영사, 2005, 652면)

재산권보장의 흠결 없는 법질서를 강조하는 경계이론의 입장에서는 자갈채취 판결 이후에도 수용유사적 침해와 수용적 침해에 대하여 다수의 학자들에 의해서 지지되고 있으며, 또한 대법원 판례에 의하여 명백히 판시하고 있다. 따라서 재산권보장에 있어서의 수용의 범위를 확장하여 재산권의 침해에 대한 보상은 당연한 것이며, 수용유사침해의 범리는 적어도 국가배상법상 위험책임이나 무과실책임이 도입되어 보상규정 없는 법률에 의한 재산권의 박탈에 대한 불법행위책임이 인정되기까지는 긍정적으로 평가할 필요가 있는 것이다.

그리고 적법행위에 의한 의도되지 않는 재산권의 침해에 대하여 보상규정이 없는 경우 견해의 대립에 있어 어떠한 입장을 취하더라도 보상에 문제가 없으므로 큰 실익이 없다고 보여 진다. 다만 이러한 법리를 적용하기에는 그나마 효율적인 입장에서 헌법 제23조 제3항을 유추 적용하여 보상하는 것이 바람직하다. 그리고 한편으로 입법의 불비를 이유로 보상의 논란을 방지하기 위해서 뿐만 아니라 향후 재산권보장을 위해 입법제정의 검토가 필요하다.

희생유사침해 대한 보상청구권의 법리의 수용에 대해서는 비 재산권 법익에 대한 적법한 침해에 대한 희생보상청구권 뿐만 아니라 기본적으로는 수용유사침해이론의 논거에 따라 비재산적 법익에 대한 위법한 침해에 대하여도 희생유사침해의 법리에 따라 보상 하게 되어 손해전보의 흠결을 한층 보완할 수 있게 된다. 따라서 입법제정을 통한 수용이 필요하다.

위험책임론에 대해서는 우리나라의 경우 정형적 손해전보제도를 제외하고는 독일 처럼 수용유사침해의 법리라든지 희생보상청구의 법리가 판례 또는 입법 상 인정되고 있지 않기 때문에 손해전보제도의 흠결의 보완의 측면에서 본다면 수용유사침해의 법리, 수용적침해의 법리, 희생보상청구의 법리에 의해서도 구제되지 않는 사각지대를 메우기 위해 위험책임의 법리의 수용이 절실하다. 이와 같이 행정주체의 공공 필요에 의해 재산권 또는 생명·신체 등 비 재산권 법익의 침해를 받아 특별한 희생이 발생하면 어떠한 경우이든 간에 보상이 이루어져야 한다는 당연성에 비추어 볼 때 손해전보제도의 흠결을 보완하기 위해 수용은 불가피하다고 생각한다. 그러나 그 밖의 보상의 법리를 모두 수용하게 되면 보상의 흠결에 따른 사각지대를 메울 수 있는 장점이 있지만 법률의 중복으로 인한 법리의 해석으로 혼란을 초래하게 되고, 손실보상에 관한 소송이 난무하는 등 다양한 문제를 야기 시킬 수 있다. 따라서 법리의 중복성과 혼란을 을 피하기 위하여는 그 밖의 손해전보제도의 개념을 정립하고, 특별한 희생의 사안에 맞게 법리를 정리하여 입법을 제정할 수 있도록 하여야 한다.

## 참 고 문 헌

- 김기진, “위험책임에 관한 연구”, 「토지공법연구」, 제43집 제2호, 한국토지공법학회, 2009
- 김남진, “재산권의 가치보상과 존속보장”, 「월간고시」 1989
- 김중권, “수용개입유사적, 수용개입적 개입의 적용역용에 관한 소고”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2009
- 서원우, “손실보상개념의 확장논의”, 「고시연구」 1989.
- 석종현, 「손실보상법」, 삼영사, 2005
- 박윤훈 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2002
- 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2010.
- 장태주 「행정법 개론」, 법문사, 2010, 708면
- 정하중, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 「고시연구」, 1994.
- 한건우, 「현대행정법강의」, 신영사, 2008
- 홍준형, “수용유사침해보상의 법리와 그 수용가능성”, 「고시연구」, 1997
- Ossenbühl, Enteignungsgleicher Eingriff im Wandel-BGH, NJW 1987.
- Papier, Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, JuS, 1989,
- Hendler ,zur bundesverfassungsgrrichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl, 1983.
- Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3, Aufl, 1985
- Scholz, Identitätsproblem der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, NVwZ, 1982
- Weber, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft”, 1984

[Abstract]

## **A review of Legal Theory about Untypical Supplement System in Administrative law**

Ko Heon-Hawn

A Lecturer, Jeju National University

Our nations has regulate compensation to illegal action and compensation to legal action.

These supplement system is not problem as a standardize system, but occur problem frequency that compensation to illegal action and compensation to legal action by nation, do not resolved by a standardize system practically.

These result , the standardize supplement system should not help properly for property damage of peoples.

Therefore, in this study its should be review to called third supplement system that legal theory of responsibility, the claim for compensation, and the similar to expropriate invasion, the expropriate invasion, for make a gap of the supplement system and protect people's properties and lights.

Key words : compensation, supplement system, untypical, the claim for compensation, legal theory of responsibility, the similar to expropriate invasion, the expropriate invasion