영남대학교 법학연구소
「영남법학」 제53호 (2021.12.) 45~76면.
Yeungnam Univ. Law Journal
Vol.53 (Dec. 2021) pp.45~76.

국가기능의 변화와 새로운 국가역할론의 모색*

- COVID-19로 인한 소상공인 영업제한조치 및 손실보상과 관련하여 -

안 동 인**

< 목 차 >

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 국가기능의 변화와 새로운 국가역할론의 정립 필요성
Ⅲ. 새로운 국가역할체계 구축의 필요성: 주도적 조정국가론의 제안
Ⅳ. 소상공인 영업제한조치 및 그에 대한 손실보상과 국가의 역할
Ⅴ. 결어

Ⅰ. 서설

일찍이 겪어보지 못하였던 COVID-19의 팬데믹이 2년 가까이 지속되고 있다. 위기 극복의 노력과 함께 현재는 상당한 정도의 백신접종이 이루어진 상황에서 코로나 일상(위드 코로나)의 단계에 접어들어 일상의 회복을 도모하고 있지만 상황은 여전히 여의치 않다. 다만 COVID-19 사태를 계기로 우리는 현대사회에서 요청되는 국가의 역할(기능)에 대해서 진지하게 고민해 볼 수 있었다.

현대 사회에서는 사익 상호 간, 공·사익 상호 간, 나아가 공익 상호 간에 끊임없이 수많은 이해충돌 상황이 발생하고 있다. 작금의 COVID-19 사태 초기에 문제 되었던 마스크의 수급 조절 문제, 그리고 현재까지 이해조정 차원에서 문제 되고 있는, COVID-19의 확산 방지 차원에서 이루어진 소상공인들에 대한 영업제한조치 및 이로 인한 영업손실에 대한 손실보상의 문제 등은 모두

* 이 연구는 2021년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.
** 영남대학교 법학전문대학원 부교수.

COVID-19를 매개로 하여 공·사익 간의 충돌이 발생하고, 이를 해결하기 위한 적정한 해결조치의 강구가 문제 되었던 대표적인 예라 할 수 있다. 그리고 이는 행정주체가 사적 활동에 대하여 공익이라는 목적달성을 위하여 개입하는 '규제'에 관한 사항이고,[1] 모두 국가의 주도적이면서도 효율적인 개입을 필요로 하는 국면에 해당한다. 이와 같이 현대 사회에서 공·사익 및 이를 둘러싼 가치의 충돌이 발생할 경우 최종적으로 이를 조율하고 결정하여야 할 역할은 바로 국가에게 귀속되어야 할 것이라는 점에서, 이에 대한 검토는 결국 국가론, 특히 국가의 역할과 기능에 대한 천착(穿鑿)으로부터 시작할 수밖에 없다 할 것이다.

이에 본고는 우선 국가의 역할(임무, 기능)에 관한 기존의 논의를 살펴보고, 이에 대한 비판적 고찰을 통하여 새로운 국가역할론을 정립할 필요성이 있음을 밝히고자 한다(Ⅱ). 그리고 이를 바탕으로 현시대의 우리 사회 체계에 적용할 수 있는 국가역할에 대한 현실적인 모델로서 '주도적 조정국가론'을 제시한다(Ⅲ). 이후 이와 같은 이론적 전개를 바탕으로 하여 COVID-19의 확산 방지를 위하여 이루어졌던 소상공인들에 대한 영업제한조치 및 이로 인한 영업손실에 대한 손실보상의 문제를 소재로 하여 본고에서 제시하고 있는 '주도적 조정국가론'의 적용에 대해서 살펴보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 국가기능의 변화와 새로운 국가역할론의 정립 필요성

1. 국가역할론의 체계적 지위와 전개

국가론은 국가의 현재의 구조와 기능, 역사적 형성 그리고 그 발전 경향에서 국가를 이해하고자 하는 것이다.[2] 이는 정치학의 한 부분으로 간주되기도 하나,[3] 공법적 체계에서도 국가론은 중요한 기능을 담당하고 있으며, 이 경우 관심의 초점은 국가의 역할(책임, 임무, 기능)에 대한 궁구(窮究)에 놓여 있다 할 것이다.

---

1) 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010, 11면.
2) 헤르만 헬러/홍성방 역, 「국가론」, 대우학술총서, 1997, 1면.
3) 헤르만 헬러/홍성방 역, 앞의 책, 1면 이하.

여기서 '국가의 역할'을 말하는 '국가가 행하는 바 혹은 국가가 행하여야 할 바'는 표면적으로는 단순히 독일공법상 'Staatsaufgaben'의 번역의 문제로 치부할 수 있을지 모르나, 이는 곧 국가론의 핵심사항이기도 하다. 그리고 이에 대하여 종래 국가책임, 국가임무, 국가역할, 국가기능 등의 용어가 사용되어 왔다. 그 사전적 의미를 놓고 볼 때, 책임(responsibility), 임무(task), 역할(role), 기능(function)은 '책임 ⊂ 임무 ⊂ 역할 ⊂ 기능'의 외연을 지니고 있는 것으로 파악할 수 있다. 그리고 이 중 '기능'은 국가가 행하는 바에 대한 현상적 측면에 치중하고 있는 것으로 평가할 수 있고, 상대적으로 '책임' 또는 '임무'는 국가가 행하여야 할 바에 대한 당위적 측면에 치중하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그렇지만 국가론의 기능으로서 국가가 행하는 바를 적절히 설명하면서 이에 더하여 국가가 행하여야 할 바 역시 적절하게 제시하여야 할 것이 요구된다. 따라서 본고는 책임 또는 임무나 기능보다는 상대적으로 현상과 당위의 양 측면을 균형적으로 포괄하고 있다고 생각되는 '역할'(role)을 주된 용어로 채택하여 사용하기로 한다.

국가의 역할은 국가관과 밀접한 관계를 맺고 있다. 국가의 역할에 대한 체계적 논의는 주지하는 바와 같이 종래 자유방임주의 국가관에 입각한 18~19세기의 야경국가론을 거쳐 19세기 후반부터 20세기 초반에 이르러서는 자본주의적 국가관에 입각하여 보편적으로 복지국가론으로 정착되었다.[4)5)] 그리고 이와 같은 변화의 기저에는 국가(행정)의 역할이 끊임없이 확장되고 확대되는 것이 이른바 진화의 방향이라는 믿음이 존재하고 있다. 그러나 현대에 들어 이른바 사화(私化), 혹은 민영화의 진행에 따라서 전통적인 국가의 역할에 대한 다각적인 고민이 이루어졌고, 이로부터 '보장국가론'이 새롭게 그 체계를 구축하기에 이르렀다.

---

4) 이외에 카우프만(Franz-Xaver Kaufmann)의 분류에 따른 '경찰국가, 법치국가, 사회국가, 유도국가'의 국가모델을 소개하고 있는 것으로는 송석윤, "국가역할의 역사적 변천: 근대국가의 미래와 관련하여", 「법과 사회」 제20권, 법과사회이론학회, 2001.9., 15면 이하 참조; 베어(Susanne Baer)의 분류에 따른 '관헌국가, 자유국가, 사회국가, 협력국가, 작은국가'의 국가모델을 소개하고 있는 것으로는 김현준, "행정개혁의 공법적 과제", 「공법연구」 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012.12., 157면 이하 참조.

5) 물론 이외에도 국가사회주의 내지 공산주의에 입각한 국가관이 자본주의에 대응하여 한 시대를 존재하였으나, 본고에서는 이는 논외로 한다.

2. 보장국가론의 소개 및 전개

‘보장국가론’은 1990년대 중반 이후 국가의 비효율성에 대한 반성, 정보화, 민영화와 세계화에 따른 국가역할의 변화를 반영하면서 독일 공법학계에서 논의되기 시작하였다.[6] 그리고 이는 2010년대에 들어 우리 공법학계에서도 선풍적인 관심을 불러일으켰다. 현재 우리 공법학계에서 통상적으로 논하고 있는 보장국가(Gewährleistungsstaat)는 ‘국가는 국방, 치안, 외교, 국민 생활의 최소한의 보장 등 국가의 핵심적 역할만 직접 수행하고 나머지 국가적(공익적) 역할 또는 활동은 되도록 공(公)과 사(私)의 협력을 통해서, 혹은 사인의 자율적 활동을 통해 달성하되, 그 공사협력 내지 사인의 자율적 활동이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 보장할 책임을 지는 국가’를 말한다.[7] 즉 공공복리를 실현함에 있어서 국가가 이를 직접 이행하는 대신 사인이 일정한 역할을 하고 국가는 이와 같은 사인의 임무수행이 제대로 이루어지도록 보장하는 현대 국가의 변화된 국가상을 지칭하는 것이 일반적이다.[8]

보장국가론은 국가의 책임단계의 구분, 혹은 책임배분을 그 핵심적인 요소로 한다. 즉 공적 부문과 사적 부문, 혹은 국가와 사회(민간)의 역할을 구분하면서 이를 담보하기 위한 국가의 책임단계를 구분해 볼 수 있는데, 이는 통상적으로 국가가 그 자체의 조직과 수단을 통하여 직·간접적으로 공적 임무를 수행하는 이행책임(수행책임, 실현책임; Erfüllungsverantwortung), 국가가 공적 임무를 스스로 실현하지 않으면서 민간부문과 그 이행책임을 분담하거나 민간부문에 이를 이양하면서 이들을 규율하는 조치들을 통하여 민간부문이 적절하게 과제를 실현하도록 보장하는 보장책임(Gewährleistungsverantwortung), 그리고 잠재적인 이행책임의 성질을 지닌 것으로서 민간부문의 자율적 활동으로 목적을 충분히 달성하지 못하는 경우 국가에 대하여 사후적으로 과제의 실행을 담보할 수 있는 수단을 적용하도록 요구하는 보충책임(포착책임; Auffangverantwortung)으로 구분된다.[9][10]

---

6) 홍석한, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016.5., 11면.

7) 김남진, “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」 제55집 제2호, 대한민국학술원, 2016, 2면.

8) 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 「행정법연구」 제41호, 행정법이론실무학회, 2015.2., 193면.

이러한 보장국가론은 특히 전통적으로 국가의 이행 영역으로 파악되어 왔던 분야의 민영화(사화) 추세를 이해하는데 큰 도움을 줄 수 있다. 즉 보장국가론은 현대 사회에서 국가와 사회(민간부문)의 관계를 파악하고 이해할 수 있도록 하는 '인식'의 틀을 제공한다고 볼 수 있다. 종래 보장국가론에 대한 연구가 예컨대 통신산업이나 전력산업 등과 결부되어 이루어져 왔던 것은 바로 이와 같은 연유에 따른 것으로 이해할 수 있다 할 것이다.

보장국가론에 대한 우리 공법학계의 선행연구를 살펴보면 이러한 경향이 뚜렷하게 드러나고 있음을 확인할 수 있다. 즉 보장국가론에 대한 선행연구는 보장국가론 자체의 소개를 주된 목적으로 하는 것도 있으나,[11] (독일에서의) 보장국가론에 대한 논의를 바탕으로 구체적으로는 규제개혁,[12] 행정개혁,[13] 공사협력,[14] 자기규제,[15] 개인정보보호,[16] 기간산업에 대한 규제,[17] 위험사회와 안전보장,[18] 전자정부에서의 위험의 대응[19] 등을 매개로 삼아 현대 사회의 변화에

---

9) 김남진, 앞의 글, 3-5면; 김성수, "독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론", 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017.5., 159-161면; 박재윤, 앞의 글, 195-196면; 정기태, "현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임", 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015.10., 467면 등.

10) 한편 이부하, "위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할: 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며", 「서울대학교 법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015.3., 153-155면은 W. Hoffmann-Riem의 분류에 따라서 국가의 책임을 크게 이행책임과 보장책임으로 구분하면서 보장책임의 내용으로 공급책임 (Bereitstellungsverantwortung, 국가가 구체적인 결과 관련적 규정에 근거하여 민간 활동에 개입하는 것이 아니라, 윤곽을 설정하고 그 윤곽 안에서 민간이 가능한 한 공익 지향적 방식으로 과제에 대해 스스로 책임지도록 하는 것), 수용책임(보충책임, Auffangverantwortung), 완충책임(Abfederungsverantwortung, 특히 경제영역에서 민간 책임에 있어서 적절히 작동되지 않는 상황에서 민간이 원하지 않는 결과를 초래할 경우 이를 완충하는 책임을 지는 것)의 3가지 책임유형이 있음을 소개한다. 홍석한, 앞의 글, 15-16면 역시 보장책임의 내용을 준비책임, 보완책임, 완화책임으로 구분하고 있다.

11) 예컨대, 임현, "보장국가론의 이해를 위한 소고", 「정부학연구」 제22권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2016.4.; 홍석한, 앞의 글.

12) 예컨대, 계인국, "보장행정의 작용형식으로서 규제: 보장국가의 구상과 규제의미의 한정", 「공법연구」 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6.; 김중권, "공법(행정법)의 현대화를 통한 규제개혁", 「안암법학」 제45권, 안암법학회, 2014.9.

13) 예컨대, 김현준, 앞의 글.

14) 예컨대, 조태제, "공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개", 「한양법학」 제23권 제2집, 한양법학회, 2012.5.; 정기태, 앞의 글.

15) 예컨대, 김남진, 앞의 글.

16) 예컨대, 김일환/홍석한, "개인정보 자율규제영역에서 보장국가로서 국가의 역할에 관한 연구", 「헌법학연구」 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008.12.

17) 예컨대, 박재윤, 앞의 글.

18) 예컨대, 이부하, 앞의 글; 이부하, "보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론", 「헌

부응하는 새로운 국가역할의 모델로서 보장국가론을 소개하고 있음을 확인할 수 있다.

그리고 종래의 선행연구는 모두 보장국가론에 대해서 적극적으로 찬동하는 입장을 고수하고 있다는 점 역시 뚜렷한 공통점으로 드러난다. 이와 비교할 때, 보장국가론에 대한 기존의 논의를 보다 입체적으로 구분하여 제시하는 견해도 있다. 이 견해는 민영화의 진행에 따라서 국가의 책임단계가 이행책임-보장책임-보충책임으로 구분되는 것을 수직적 차원의 이해로, 그리고 국가와 사회의 협력적 임무수행을 관통하는 책임의 분배 차원에서 이루어지는 규제된 자율규제나 공사협력 등에 대한 분석·검토를 수평적 차원의 이해로 구분한다.[20] 그리고 이에 더하여 기존의 복지국가나 최소국가에 대립되는 국가개혁모델로서 제시되는 정치적 기능이 있음을 첨언하면서 특히 이와 같은 정치적 기능에 경도되어 보장국가론을 기존의 국가상과 행정법의 법리를 포괄적으로 대체하는 이념으로 제시하는 것은 경계하여야 한다는 비판적 수용의 필요성을 제시하고 있는바,[21] 상당히 주목할 만하다고 생각된다.

3. 정책과제로서의 포용국가론의 등장과 그에 대한 평가

문재인 정부는 2019년 4차 산업혁명시대를 맞아 혁신성장을 이루어가면서 동시에 국민 모두가 함께 잘 사는 '혁신적 포용국가'의 추진을 정책목표로 제시한 바 있다.[22] 이는 전면에서 표방하고 있는, 4차 산업혁명시대에 부응하기 위한 '혁신성'에도 불구하고 그 본질은 복지국가론의 변주로 파악할 수 있을 것이다. 즉 포용국가론 자체가 어떠한 독자적인 체계를 지니고 있는 것으로는 보기 어려울 것으로 생각된다.

한편 '포용국가론'은 현 정부의 정책목표로서 제시된 것이다. 이는 정책의 연속성 면에서 일찍이 국민의 정부에서 시작하였던 국민기초생활보장제도를 그

법학연구」 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016.3.; 이기춘, "스포츠와 안전 그리고 보장국가론", 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제21권 제4호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2018.11.

19) 예컨대, 성봉근, "보장국가에서의 위험에 대한 대응: 전자정부를 통한 보장국가의 관점에서 본 위험", 「법과 정책연구」 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015.9.

20) 박재윤, 앞의 글, 195-197면.

21) 박재윤, 앞의 글, 198, 208면.

22) '포용국가 사회정책 대국민보고 모두발언'(2019. 2. 19.) 청와대 홈페이지 <https://www1.president.go.kr/articles/5524> (2021. 12. 18. 최종검색).

연원에 두는 것이라 하고 있으나, 장래 정권의 향방에 따라서 차기 정부에서도 그 연속성이 유지될 수 있을 것인지 여부에 대해서는 쉽사리 확답하기 어렵다. 또한 이는 이른바 작은정부론과 큰정부론의 논쟁구조에서 벗어나기 어렵다는 태생적 한계도 지니고 있다고 생각된다. 따라서 이러한 측면에서 살펴볼 때도 포용국가론 자체에 대하여 독자적인 의미를 지니는 국가론으로서의 의미를 부여하기는 다소 어려울 것으로 생각된다.

다만 현 정부의 포용국가론에 대한 천명 및 추진은 그 자체로서 국가의 적극적인 역할을 내세우는 것으로서 보장국가론과는 배치되는 측면이 있다. 즉 현 정부의 정책추진은 현시점에서 우리 사회의 상황에 보장국가론을 관철하는 것이 그다지 현실에 부합하지 않는 것임을 드러내는 하나의 반증으로 파악할 수 있다. 이로부터 이 시대의 우리 사회에 적용가능한 국가의 역할체계에 대해서 고민하여 볼 필요가 있다 할 것이다.

Ⅲ. 새로운 국가역할체계 구축의 필요성: 주도적 조정국가론의 제안

1. 보장국가론에 대한 비판적 검토[23]

(1) 보장국가론의 한계에 대한 문제 제기

위에서 살펴본 보장국가론은 국가의 역할과 관련하여 민영화로 대표되는 국가와 사회, 공적 부문과 사적 부문(민간부문)의 역할 분배 및 그 변화를 보다 적정하게 설명해 줄 수 있다. 다만 (비록 지나치게 단순화한 평가라는 비판이 있을 수 있겠으나) 보장국가론은 국가의 역할체계를 설명함에 있어서 사실상 인식의 단계, 즉 존재론적·현상적 차원에서 보다 더 뚜렷한 의의를 지닌다고 평가할 수 있다. 이는 곧 국가론의 영역에서 국가가 어떠한 기능과 역할을 수행하여야 할 것인가라는 당위론적 측면에서는 상대적으로 실질적인 지침을 제

23) 본고는 '보장국가론' 자체에 대한 비판을 그 내용으로 하는 것은 아니다. 본고는 단지 현 시대 우리 사회에서 필요한 국가역할론의 정립과 관련하여 보장국가론이 그 기능을 다할 수 있을 것인지에 대해서 의문을 제기하며, 그 부분에 대한 비판적 고찰이 필요함에 대한 문제를 제기하는 것이다.

시해 주지 못하는 것으로 생각할 수 있다.

그렇지만 국가역할론은 국가와 사회와의 관계에서 단순히 현상을 이해하는 기능만을 수행하는 것으로는 부족하다 할 것이고, 국가가 사회를 선도해 나가는 입장에서 점하여야 하는 위치와 행하여야 하는 역할을 내포하고 있어야만 한다. 이러한 시각에서 보장국가론을 현시대 우리 사회를 주도할 수 있는 국가론으로 받아들이기에는 다음과 같은 아쉬움이 남는다 할 것이다.

(2) 이론체계 자체의 적용범위(coverage)에 대한 검토

보장국가론은 민간부문의 우선적인 이행(활동)과 그에 대한 국가의 보장책임을 그 내용의 골자로 한다. 그러나 국가가 제2선으로 물러나 단지 보장책임을 부담할 경우 사회의 제반 영역에서 발생하는 여러 문제를 원활하게 해결할 수 있을 것인지에 대해서는 중대한 의문이 제기된다.

다시 말해서 종래 보장국가론의 주된 활동영역이라고 할 수 있는, 민간부문의 역량이 공적 부문의 역량을 상회하거나 상대적 우월성을 지니고 있다고 볼 수 있는 규제법적 영역에서는 이와 같은 국가의 보장책임만으로도 어느 정도 의도하는 소기의 성과를 거두어낼 수 있겠으나, 다른 영역에서는 국가의 우선적이면서도 주도적인 활동이 있어야 비로소 의도하는 여러 효과를 거둘 수 있게 된다. 따라서 사회 전반에 걸쳐서 민간부문의 상대적 우월성이 인정되는 변화를 기대할 수는 없는 이상, 보장국가론이 사회의 전반에 걸쳐 국가의 역할에 대한 설명과 지침을 제시해 줄 수 있는 지도적인 국가론으로 작용할 수 있다고는 생각되지 아니한다. 즉 보장국가론은 민간부문의 성장에 그 보조를 맞추어야 하는 이론체계로 평가할 수 있을 것이다. 그러므로 국가가 현재 단계에서 스스로 행하여야 할 영역, 현재 공적 부문이 사적 부문보다 더 잘 운용할 수 있는 영역을 굳이 민간에 할양하면서 보장책임의 단계로 물러나서 2차적인 책임을 통한 임무의 수행을 도모할 필요는 없다고 생각된다.

물론 국가의 책임에는 보장책임에 앞서 핵심영역에 대한 이행책임과 사후적인 보충책임이 전제되어 있고, 따라서 책임 3분론에 의할 때 종국적인 공백은 발생하지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 보장국가론의 핵심은 국가와 사회, 공공부문과 민간부문의 구분을 전제로 한 보장책임에 놓여 있고, 이와 같은 보장책임을 놓고 볼 때, 논리구조상 이로부터 중첩되거나 지연된 책임이행이 발생할

수밖에 없다. 물론 장기적인 관점에서 민간부문의 건전한 발전 및 역량 강화를 염두에 둘 때, 이와 같은 시도나 투자가 전혀 의미 없는 것이라 할 수는 없다. 그렇지만 현재의 우리 사회가 이를 감당하여야 하는지, 아니 그 이전에 감당할 수 있는지, 혹은 그럴만한 여력이 있는지 여부에 대해서는 중대한 의문이 든다.

한편 보장국가론에 대한 기존의 논의들은 포스쿨레(Andreas Voßkuhle)의 견해를 참조하여 보장국가(보장행정)를 구현하기 위한 필요적 요건으로서 다음과 같은 6가지 사항들을 제시하고 있다.[24]

① 사인의 급부제공의 질과 성과를 확보하기 위한 수단의 마련, ② 사적 행위주체의 자격검증 및 선정 절차의 확립, ③ 사적 경합자, 이용자, 소비자 등 제3자의 권리 보호, ④ 유도와 통제수단(감시, 자기감독, 공개와 정보제공 의무 등)의 구비, ⑤ 시스템의 정기적 평가 및 평가결과를 반영한 참여의 법적 토대 개선, ⑥ 사적 주체의 임무수행 실패시 국가에 의한 실효적 환수의 선택지

그런데 이와 같은 성공조건의 구비가 필요하다는 것은 곧 위와 같은 요건들이 구비되지 않는 이상 보장국가론을 적용할 수 없다는 것이고, 이로부터 보장국가론은 (우리 사회에서) 현재의 상황에 즉시 적용할 수 있는 국가역할론이 되기 어렵다는 한계를 노정하고 있다고도 볼 수 있다.

(3) 우리 사회에서의 민간부문의 역량에 대한 검토

위와 달리 평가하여 설령 보장국가론이 사회 전반에 대한 주도적인 국가론으로서 작용할 수 있다 할지라도 그러한 이론체계가 현시대의 우리 사회에서 제대로 작용할 수 있을 것인지 여부는 이론체계 자체에 대한 문제가 아니라 '이론의 적용'과 관련한 별개의 문제라 할 것이다. 그리고 우리의 경우 종래 국가가 담당하던 과제에 대해서 민간부문이 이를 적절하게 실현할 수 있도록 보장하는 틀이 현재 충분히 마련되어 있는지, 나아가 그러한 틀이 적절하게 구축될 수 있을 것인지, 즉 국가의 보장책임이 충실히 발현될 수 있는 여건이 마련되어 있는지 자체에 대해서 일단 의구심이 있으며, 설령 그와 같은 틀이 어느 정도 구축되어 있다 할지라도 우리 사회의 민간부문이 국가의 개입을 보충적인 책임의 정도에 그치게 할 수 있을 정도로 성숙하였다거나 그에 비견할만한 역

24) 정기태, 앞의 글, 471-475면; 김남진, 앞의 글, 21-25면.

량을 갖추었다고 단정하기 어렵다.

한편 이와 관련하여 국가의 보장책임을 이유로 국가의 최종결정권이 여전히 유보되어 있으며, 따라서 국가의 위상이 축소된 것이 아니라 오히려 그 기능이 전략적으로 강화되는 것으로 보아야 한다거나,[25] 국가는 급부국가적 이행책임에서는 물러나지만 자기책임적 이행에서 부담하던 의무와 여전히 질적으로 동등한 수준의 책임을 부담하고 이를 통하여 공적 임무수행이 가능하게 된다는 견해도 제시되나,[26] 종래 국가의 직접 이행을 갈음할 수 있을 만한 역량 있는 민간부문을 전제로 하지 않는 이상 이는 실질적으로 시간과 비용의 반복된 지출만을 야기할 뿐이다.

따라서 이러한 측면에서도 보장국가론은 현재 우리 사회에 전면적으로 적용할 수 있는 국가론으로서 작용하기 어렵다고 판단된다.

(4) 우리 사회에서의 보장책임의 특수한 측면

한편 보장국가론의 도입 및 전개와 관련하여 우리나라의 경우 국가에 의한 복지서비스 공급이 재정위기를 가져와 민영화된 것이 아니라 국가가 제대로 공급한 적이 없는 복지서비스를 민간이 공급하도록 하고 이에 대해 규제하는 것이었으므로, 규제법의 차원에서 전통적인 보장국가론과는 차별적인 논의가 필요하였다는 지적이 있다.[27]

이와 관련하여 후자의 경우에 대해서 민간의 범주를 나누어 살펴볼 수 있다. 우선 일부 장치산업의 경우와 같이 해당 서비스의 공급이 재벌에 의하여 주도된 경우를 살펴볼 수 있다. 이는 대체적으로 권위주의적 국가 및 경제체제 하에서 재벌에 대한 선별적 지원을 통하여 해당 산업이 발전해 온 경우가 많다 할 것이고, 이와 같은 경우에 있어서 해당 산업의 주도와 그에 대한 국가의 개입은 사실상 국가 주도 서비스의 민영화의 경로와 크게 다르게 취급할 필요는 없을 것으로 생각된다.

다음으로 이와 구별되는, 정부 주도가 아닌 민간의 서비스 제공으로는 의료

25) 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009.3., 504면.
26) 계인국, 앞의 글, 163면.
27) 이희정, “시장경제와 규제: 헌법적 가치 실현에 있어서 행정법학의 역할”, 「행정법학」 제19호, 한국행정법학회, 2020.9., 95-96면.

서비스의 경우를 그에 대한 하나의 예로 살펴볼 수 있다. 우리의 경우 현재 공공의료 부문과 민간의료 부문이 구분되어 있기는 하지만, 국민건강보험의 포괄적·주도적 적용으로 인하여 사실상 공공의료 부문과 민간의료 부문의 경계선이 상당히 희석된 상황이다. 이에 민간의료 부문에 대한 국민건강보험을 통한 규제를 후자의 경우에 해당하는 일례로 살펴볼 수 있을 것으로 생각된다. 이러한 경우는 정부 주도적인 선별적 지원을 통한 서비스의 제공이 아니라, 일정 부분 민간 영역의 희생(?)과 조율에 따른 서비스의 제공으로 파악할 수 있을 것이므로, 이는 국가에 의한 복지서비스의 제공이 재정적자에 따라서 민영화된 것과는 구별할 수 있다 할 것이다. 그리고 이에 대한 정부규제의 적정성에 대해서는 다양한 시각이 존재할 수 있을 것이다.

다만 후자의 경우에 해당하는 산업 혹은 서비스의 제공은 현대 경제에서는 상당 부분 플랫폼에 대한 주도권 문제로 귀결됨을 목도할 수 있다. 따라서 현 시점에서 요청되는 규제 혹은 국가의 개입은 해당 분야에 대한 적정한 진입 및 경쟁의 자유를 보장하기 위한 규제라 할 수 있다. 다만 이 경우에도 플랫폼 형성 이전의 과도한 규제는 오히려 산업(서비스) 자체의 발전을 저해하는 악영향을 초래할 우려도 있을 것임을 염두에 두어야 할 것이다.

위와 같은 후자의 경우도 외견상 국가의 보장책임이 인정되는 일영역으로 보인다. 그렇지만 차별적인 논의의 필요성을 지적하는 문제 제기와 같이 이는 보장국가론에서 말하는 보장책임의 적용영역과는 분명한 차이가 있다 할 것이다. 이와 관련하여서도 기존의 보장국가론이 우리 사회의 특수성을 충분히 포괄하여 설명할 수 있는 국가론이라 할 수 있을지에 대해서 역시 의문이 제기된다.

(5) 포용국가론의 제시 및 적용: 현실적·정책적 채택의 문제

예기치 못하였던 COVID-19 사태로 인하여 많은 사정변경이 있기는 하였으나, 문재인 정부는 혁신적 포용국가를 국정목표로 제시한 바 있다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 복지국가론의 변주로 평가할 수 있다 할 것이다. 또한 이는 전면적이면서도 주도적인 국가의 활동과 책임을 천명함으로써 보장국가론은 정면으로 부정한 것으로 볼 수 있다. 즉 정책적인 면이나 현실적인 차원에서도 보장국가론은 일단 채택된 것으로 보기 어렵다.

(6) 보장국가론의 한계

요컨대 보장국가론은 현시대의 우리 사회에 적용할 수 있는 주도적인 국가역할론으로는 흡족하지 못하다고 생각된다. 보장국가론에 대한 기존의 논의는 행정의 발달에 따라서 변화되는 행정의 양태, 즉 질서행정, 급부행정 등과 병립할 수 있는 행정의 양태 혹은 그에 대한 분류로서의 이른바 보장행정에 대한 논의로서는 적정하다고 할 수 있을지언정, 그 이상을 넘어 국가의 역할에 대해서 포괄적으로 설명하면서도 그 변화상을 이끌고 주도할 수 있는 국가역할론으로서의 지위를 점하기는 어렵다고 판단된다.

2. '주도적 조정국가론'의 제안

현대 사회에서는 사익 상호 간, 공·사익 상호 간, 나아가 공익 상호 간에 끊임없이 수많은 이해충돌 상황이 발생한다. 최근의 사정만을 몇 가지 살펴볼 때, 대표적으로 수많은 논의와 고민에도 불구하고 쉽사리 그 해결의 실마리를 찾기 어려웠던 택시업계와 차량공유업계의 갈등, 최저임금의 상승을 둘러싼 갈등, 통신비 조정을 둘러싼 갈등 등을 그 예로 들 수 있다. 또한 COVID-19 사태에서 아직까지 문제되고 있는 소상공인들에 대한 영업제한조치 및 그에 대한 손실보상의 문제는 공·사익 간의 충돌에 대한 문제로서 가장 최근에 대두된 내용이라 할 수 있다.

이와 같은 예시들 가운데 일부는 일견 사적 영역에서의 문제로서 국가의 직접 개입이 요구되는 사항이 아니라고 볼 수도 있다. 그러나 사회의 갈등 조정 자체를 곧 국가와 사회의 유지를 위한 공적 임무로 파악하여야 할 필요가 있다고 생각된다. 그리고 이러한 경우 그와 같은 충돌과 갈등을 해소할 수 있도록 조율·조정하는 역할은 결국 국가에게로 귀속된다. 즉 현대 사회에서 직접적으로 요청되는 국가의 역할은 이와 같은 이해관계의 조율자·조정자의 역할이라 볼 수 있다. 이로부터 당위론적 차원에서의 국가론은 이와 같은 국가의 역할을 그 내용에 포함하여야 할 것으로 생각된다. 그리고 본고는 이와 같은 측면에서의 역할을 수행하는 국가를 '주도적 조정국가'(proactive mediating state)로 명명하고자 한다. 주도적 조정국가론은 종래의 보장국가론이 국가와 사회의 협력적 임무수행, 책임의 분배 차원에 관심을 기울였던 것과 비교하여 국가의 주도

적 역할과 조정책임을 보다 강조한다고 말할 수 있다.

Ⅳ. 소상공인 영업제한조치 및 그에 대한 손실보상과 국가의 역할

1. COVID-19 사태에서의 이익충돌과 국가의 조정 필요성

작금의 COVID-19 사태에서 공익과 사익 상호 간에 많은 이익충돌과 갈등 상황이 야기되었다. 우선 국가로서는 감염병의 확산으로 인한 피해와 같은 사회재난[28]의 위험으로부터 국민을 보호하고(헌법 제34조제6항), 보건에 관하여 국민을 보호하여야 할 헌법상 임무를 지니고 있으므로(헌법 제36조제3항), COVID-19라는 현재의 재난에 대처하고 이를 통제하기 위한 여러 방역조치 등을 적정하게 수행하여야 한다. 즉 국민의 건강과 사회의 안전 및 질서의 유지라는 공익을 수호하기 위한 국가의 보호의무 내지 관리의무가 인정되는 것이다.[29] 이에 따른 대표적인 조치로서 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 '감염병예방법'이라 함) 제49조에 따른 감염병의 예방조치를 살펴볼 수 있다.

반면에 이와 같은 공익적 측면에서의 요구에 대응하는 사익적 측면에서의 요청 또한 존재한다. 감염병예방법에 따른 예방조치 중 집합금지명령(감염병예방법 제49조제1항제2호)에 따라서 결과적으로 영업제한을 당하게 된 소상공인들이 입게 된 영업권 내지 재산권에 대한 침해의 구제요청이 그 대표적인 예라 할 수 있다. 그리고 이와 같은 소상공인들의 구제요청은 다른 한편으로 앞서

---

28) 재난 및 안전관리 기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "재난"이란 국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서 다음 각 목의 것을 말한다.
가. 자연재난: (생략)
나. 사회재난: 화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 국가핵심기반의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산, 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」에 따른 미세먼지 등으로 인한 피해(밑줄 필자)

29) 헌법재판소 역시 과거 2008년 소해면상뇌증 감염이 우려되는 미국산 쇠고기 및 쇠고기제품의 수입과 관련하여 헌법 제10조 및 제36조제3항에 기초하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 국가의 보호의무를 인정하였다(헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2008헌마419,423,436(병합) 전원재판부).

살핀 국가의 기본권 보호의무의 내용이 되는 일반 국민들의 생명권 내지 신체의 안전에 대한 건강권과 길항관계에 있기도 하다.

즉 현재의 COVID-19 사태에서는 국가의 기본권 보호의무와 소상공인들의 재산권 내지 영업권, 그리고 소상공인들의 재산권 내지 영업권과 일반 국민의 생명권 내지 건강권 등이 서로 간에 이익충돌관계 혹은 갈등관계에 놓여 있다 할 것이다. 그렇다면 국가는 주도적으로 바로 이와 같은 갈등관계에 대한 조율자 · 조정자로서의 역할을 수행하여야 할 것이고, 바로 이러한 역할이 바로 현재 우리 사회에서 요구되고 있는 국가의 역할이라 할 것이다.

한편 위와 같은 이익충돌상황 이외에도 감염병의 확산 방지 및 추적을 위한 개인정보의 이용 및 처리와 관련하여 정보인권 또는 개인정보 보호의 차원에서 공 · 사익 간의 충돌 내지 갈등상황이 초래되기도 하였다.[30] 이와 관련하여 감염병예방법은 2020. 9. 29. 개정을 통하여 감염병 대응과정에서 개인정보를 보호하기 위하여 감염병환자의 정보를 공개할 경우 불필요한 정보를 제외 · 삭제하도록 하는 근거를 마련하고(제34조의2제1, 2항), 감염병 관련 업무 종사자가 업무상 취득한 정보를 업무 목적 외에 사용하는 것을 금지하는 내용을 추가하였다(제74조).[31] 이 또한 감염병 관리와 관련하여 발생한 공 · 사익 간의 충돌상황을 조정하고 조율하기 위한 국가의 조치로 평가할 수 있을 것이다.

아래에서는 감염병 예방조치를 둘러싸고 가장 최근까지 사회적으로 많은 논의가 이루어졌던 소상공인에 대한 영업제한조치 및 손실보상과 관련하여 평가할 수 있는 국가의 역할, 주도적 조정국가의 적용에 대해서 살펴보기로 한다.

2. 감염병예방법에 따른 소상공인에 대한 영업제한조치

감염병예방법 제49조에 따른 예방조치 가운데 특히 사회적으로 큰 영향력을 발휘하였던 것이 바로 단계적인 사회적 거리두기 정책으로 시행된 집합금지명령이다. 즉 질병관리청장, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 감염병을 예

30) COVID-19 사태 하에서 빅데이터 활용에 의한 기본권의 제한에 대해서는 엄주희, “코로나 통제에 따른 기본권의 제한과 국가의 역할”, 「법과 정책」 제26집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020.12., 56-61면 참조.

31) 법제처 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 [법률 제17491호, 2020. 9. 29., 일부개정] 개정이유 및 주요내용 <https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=222243&lsId=&viewCls=lsRvsDocInfoR&chrClsCd=010102#> (2021. 12. 18. 최종검색).

방하기 위하여 '흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 조치'를 할 수 있는데(감염병예방법 제49조제1항제2호), 이러한 집합금지명령은 영업활동을 영위하는 소상공인들에게는 결과적으로 영업제한조치로서 작용하여 소상공인들에게 직업의 자유의 일환으로서의 영업권 내지 재산권에 대한 침해의 결과를 야기하게 되었다.

여기서 집합금지명령은 최근 '행정명령'이라는 명칭으로 발령되고 있기는 하나,[32][33] 이는 강학상 '하명'으로서 특히 불특정다수인을 그 대상으로 한다는 점에서 '일반처분'에 해당한다. 이는 행정행위로서 통상 행정심판 및 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당하나, 구체적 사정에 따라서 상대방의 권리의무에 직접적인 영향을 미치지 아니하는 행정지도적 성격의 권고적 내용의 경우까지 그 처분성이 인정되는 것은 아니라 할 것이다.[34]

다만 이와 같은 집합금지명령이 처분에 해당하는 한 원칙적으로 그 상대방에 대하여 「행정절차법」에 따른 절차보장이 이루어져야 한다. 그러나 종래 이에 대해서 「행정절차법」상 사전통지, 의견청취 및 이유제시와 같은 절차보장이 엄격하게 이루어지고 있지는 않다. 검토건대 이는 「행정절차법」 제21조제4항 및 제22조제4항, 그리고 제23조제1항 등에 따라서 당해 조치가 '공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우'에 해당하는 것으로 파악하였기 때문인 것으로 판단된다. 다만 이에 대해서는 법정책적 차원에서 일반처분에서 개인의 의견진술 및 의견청취에 대한 절차가 마련될 필요가 있다는 견해도 제시된다.[35] 검토건대 현재 이루어지고 있는 것과 같은 감염병 확산을 방지하기 위한 예방조치 등의 일반처분이 향후에도 반복적으로 행해질 수 있음을 고려할 때, 그와 같은 절차적 보장 장치를 마련하는 것은 공·사익 간의 갈등과 충돌에 대응하여 국가가 주도하는 조정자로서의 역할의 수행에 일정 부분 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

---

32) '행정명령'이라는 용어 사용의 적정성에 대한 비판적 검토로는 강승우, "COVID-19 시국에서 행해진 집합금지명령과 헌법상 보상의무", 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.12., 133-135면 참조.

33) 감염병예방법 제5조제2항(「의료법」에 따른 의료인 및 의료기관의 장 등은 감염병 환자의 진단·관리·치료 등에 최선을 다하여야 하며, 보건복지부장관, 질병관리청장 또는 지방자치단체의 장의 행정명령에 적극 협조하여야 한다.)(밑줄 필자)은 '행정명령'이라는 용어를 규정하고 있기도 하다.

34) 김태호, "법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응", 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.6., 212면.

35) 김태호, 앞의 글, 212면.

3. 소상공인에 대한 손실보상[36]

(1) 헌법상 손실보상제도의 적용에 대한 검토

기존에 이루어졌던 감염병의 확산 방지를 위한 집합금지명령은 사실상 소상공인들에 대한 영업제한조치로 작용하여 소상공인들에게 상당한 영업손실이 발생하게 되었다. 그러나 기존의 감염병예방법상 손실보상제도는 감염병관리기관의 지정 또는 격리소 등의 설치·운영으로 발생한 손실이나 감염병예방법에 따른 조치에 따라 감염병환자 등을 진료한 의료기관의 손실과 같은 피해만을 그 보상의 대상으로 규정하고 있었다.[37] 따라서 감염병예방법상 집합금지명령 등 예방조치로 인하여 소상공인들에게 영업손실이 발생한 것으로 보더라도 구체적인 법률적 근거가 없는 상황에서 손실보상을 행할 수 있는지 여부에 대해서 많은 논의가 이루어졌고, 법률적 근거의 부재라는 장애를 극복하기 위하여 종래 지원금의 명목하에 일정한 금전적 지원이 이루어지기도 하였다.

이와 같은 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상과 관련하여서는 우선 우리 헌법 제23조가 이와 같은 손실보상까지도 예정하고 있었던 것으로 볼 수 있는지 여부에 대한 검토가 필요할 것으로 보인다. 종래 손실보상은 전형적으로 토

---

36) 이에 대한 선행연구로는 강승우, 앞의 글; 김태오, “COVID-19에 따른 영업제한과 손실보상연구: 독일의 논의와 그 시사점”, 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.6.; 박세훈, “소상공인 영업제한에 대한 행정상 손실보상 연구”, 「토지공법연구」 제94집, 한국토지공법학회, 2021.5.; 박진완, “코로나 19시대의 영업의 자유와 재산권”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교 법학연구원, 2021.4.; 정태종, “감염병행정으로 인한 소상공인 손실보상의 입법정책”, 「토지공법연구」 제95집, 한국토지공법학회, 2021.8. 등 참조.

37) 감염병예방법 제70조(손실보상) ① 보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에게 제70조의2의 손실보상심의위원회의 심의·의결에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.
1. 제36조 및 제37조에 따른 감염병관리기관의 지정 또는 격리소 등의 설치·운영으로 발생한 손실
1의2. 제39조의3에 따른 감염병의심자 격리시설의 설치·운영으로 발생한 손실
2. 이 법에 따른 조치에 따라 감염병환자, 감염병의사환자 등을 진료한 의료기관의 손실
3. 이 법에 따른 의료기관의 폐쇄 또는 업무 정지 등으로 의료기관에 발생한 손실
4. 제47조제1호, 제4호 및 제5호, 제48조제1항, 제49조제1항제4호, 제6호부터 제10호까지, 제12호, 제12호의2 및 제13호에 따른 조치로 인하여 발생한 손실
5. 감염병환자등이 발생·경유하거나 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 그 사실을 공개하여 발생한 「국민건강보험법」 제42조에 따른 요양기관의 손실로서 제1호부터 제4호까지의 손실에 준하고, 제70조의2에 따른 손실보상심의위원회가 심의·의결하는 손실

지수용으로 인한 보상과 같은 구체적인 재산권의 수용·사용 또는 제한을 그 대상으로 상정하고 있었다 할 것인데, 현재의 COVID-19 사태로 인한 영업손실은 종래의 예와는 명확하게 구별되는 포괄적이면서도 일반적 피해가 발생한 것이라 할 수 있다. 따라서 손실보상에 대한 우리 헌법질서에 따른 재산권의 보장이 이와 같은 포괄적인 피해가 발생한 상황까지도 예정하고 있었다고 볼 수 있는지에 대해서 의문이 제기된다.

검토건대 현재 우리가 겪고 있는 COVID-19의 팬데믹은 물론 지금까지 쉽게 예상치 못하였던 상황이기는 하다. 그렇지만 단지 전례가 없는 상황이라고 하여 우리 헌법질서가 적용될 수 없는 상황이라고 단정 지을 수는 없다. 무엇보다 헌법은 다른 법규범과는 달리 '추상성과 개방성'을 그 본질로 하는 것이므로,[38] 법현실의 발전과 변화에 따라서 얼마든지 탄력적으로 적용할 수 있다 할 것이다. 문제 되고 있는 소상공인의 영업손실은 헌법 제23조제3항에 따른 공용제한에 따른 것으로 파악할 수 있을 것이다.

다음으로 헌법 제23조의 해석상 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상 여부를 어떠한 논리체계에 따라 판단할 것인지에 대한 검토가 필요하다. 이는 이른바 손실보상에 대한 경계이론 또는 분리이론의 적용에 관한 내용이다.[39] 헌법상 손실보상의 체계 혹은 헌법 제23조의 구조에 대해서 종래 헌법재판소는 이른바 분리이론을 채택하고 있다고 이해되고 있기는 하지만,[40] 아직까지 공법학계 내에서 헌법학계와 행정법학계의 태도가 어느 하나로 귀일되어 있지는 않다.

이와 관련하여 현재 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」(이하, '소상공인법'이라 함)에 손실보상의 근거가 마련되었으므로(소상공인법 제12조의2 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 조치로 인하여 발생한 손실보상), 보상규정 흠결에 대한 보충의 주도권을 입법부가 행사하여야 하는지(분리이론), 아니면 보상규정의 흠결을 입법부 대신 사법부가 보충할 수 있는지(경계이론)는 더 이상 문제 될 바가 없게 되었다. 설령 분리이론의 입장에서 소상공인에 대한 영업손실을 헌법 제23조제3항의 적용에 따르는 손실보상의 대상이 되는

38) 한수웅, 「헌법학」 제11판, 법문사, 2021, 18-19면.

39) 이에 관한 검토에 대해서는 강승우, 앞의 글, 148면 이하 참조; 박진완, 앞의 글, 117면 이하 참조.

40) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214,90헌바16,97헌바78(병합) 전원재판부, 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37외66건(병합) 전원재판부, 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고 2005헌바110 전원재판부 등.

특별한 희생이 아니라 헌법 제23조제1항 및 제2항의 재산권의 내용과 한계에 대한 사항으로 파악할지라도, 이 경우는 보상이 필요 없는 재산권의 내용에 대한 사항이 아니라 바로 보상의무(조정의무) 있는 재산권의 내용에 대한 사항으로 볼 것이다. 결국 어떠한 입장에 따르더라도 보상의무는 인정될 것이고, 현재 보상의 근거 또한 마련되어 있으므로, 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상의무의 인정과 관련하여 이론적 차원에서 경계이론과 분리이론의 구분에 집착할 필요는 없을 것으로 생각된다.

다만 이를 헌법 제23조제1, 2항에 따른 재산권의 내용과 한계에 대한 조정적 보상으로 볼 것인지, 아니면 헌법 제23조제3항에 따른 재산권의 수용·사용 또는 제한에 대한 손실보상으로 볼 것인지에 따라서 손실보상의 정도나 범위는 달라질 수 있다. 그런데 손실보상의 근거가 되는 소상공인법의 개정이유 및 개정과정에서의 논의를 살펴볼 때, 이에 따른 손실보상은 시혜적인 재난지원금 형태의 손실보상이 아니라 헌법 제23조제3항에 따른 것임을 확인할 수 있다.[41] 그리고 법의 해석의 측면에서 현실의 급박한 문제를 해결하기 위한 즉응적인 정책적 차원의 법률에 대해서는 특히 목적론적 해석을 중요시할 필요가 있다. 그렇다면 소상공인에 대한 손실보상은 그 입법취지에 맞추어 헌법 제23조제3항의 적용에 따라서 판단하여야 할 것이다.

(2) 소상공인법을 통한 손실보상 체계의 구축

헌법 제23조제3항에 기초하여 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상 여부를 결정하고자 할 때 그에 대한 요건의 충족 여부가 문제 된다. 이와 관련하여 가장 큰 장애물은 바로 보상의 근거법률이 존재하지 않는다는 것이었다. 즉 기존의 감염병예방법상 손실보상제도를 근거로 하여서는 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상을 처리할 수 없었다.

그러나 COVID-19 사태에서 감염병의 확산을 방지하기 위하여 이루어진 집합금지명령 등의 영업제한조치로 인하여 소상공인들에게 상당한 경영상 어려움이 발생하게 되었음에도 불구하고 법적 근거의 미비로 신속하고 원활한 지원이

41) 제388회국회(임시회) 법제사법위원회회의록 제6호, 국회사무처, 2021. 6. 30., 22면 이하(특히 24면). 또한 소상공인법 개정 과정에서 대안반영폐기되었던 법률안 역시 대부분 헌법 제23조제3항에 따른 손실보상의 근거를 마련하기 위한 것임을 밝혔다.

이루어지지 못하는 것에 대해서 많은 사회적 문제 제기가 있었고, 나아가 현재와 같은 팬데믹 현상이 향후에도 재발할 가능성이 예측됨에 따라서 경영상 심각한 손실을 입게 된 소상공인들에 대한 보상 및 지원체계의 구축이 요청되었다.[42] 이에 2021. 7. 7. 소상공인법 개정에 의하여 현재 소상공인의 영업손실에 대한 손실보상의 법적 근거가 마련되었다.[43] 즉 소상공인법 제12조의2에 따라서 "중소벤처기업부장관은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호에 따른 조치로서 영업장소 사용 및 운영시간 제한 등 대통령령으로 정하는 조치[44]로 인하여 소상공인에게 경영상 심각한 손실이 발생한 경우 해당 소상공인에게 그 부담을 완화하기 위한 손실보상을 하여야 한다."

다음으로 소상공인의 영업권이 직업의 자유 이외에 손실보상의 대상이 되는 재산권의 범주에도 포함되는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 이에 대해서 헌법재판소는 학교환경위생정화구역 내의 여관[45]과 PC방[46]의 영업권이 직업수행의 자유 이외에 재산권의 범주에도 속함을 확인한 바 있다. 대법원 또한 구 「수산업법」상 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 어민이 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 된 경우 손실보상청구권이 있는지 여부를 검토하면서, 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 있다고 판단한 바 있다.[47]

생각건대 과거 부동산이나 동산과 같은 물권에 제한되었던 재산권 개념은 시대와 사회의 발전에 따라 경제적 가치 있는 비물권적 권리에까지 확대되었다 할 것이므로, 헌법상 재산권의 개념 역시 이에 부응하여 적극적으로 해석할 필

---

42) 법제처 「소상공인의 보호 및 지원에 관한 법률」 [법률 제18292호, 2021. 7. 7., 일부개정] 개정이유 및 주요내용 참조 <https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=233831&lsId=&efYd=20211008&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#> (2021. 12. 18. 최종검색).

43) 소상공인법의 개정[법률 제18292호, 2021. 7. 7., 일부개정]은 같은 취지에서 발의된 3건의 특별법 제정안, 19건의 소상공인법 일부개정법률안, 4건의 「소상공인기본법」 일부개정법률안 등 총 26건의 법률안과 1건의 청원을 통합 조정한 대안을 대상으로 하여 이루어진 것이다. 제388회국회(임시회) 국회본회의회의록 제7호, 국회사무처, 2021. 7. 1., 6면.

44) 소상공인법 시행령 제4조의4(손실보상의 대상) ① 법 제12조의2제1항에서 "영업장소 사용 및 운영시간 제한 등 대통령령으로 정하는 조치"란 영업장소 내에서 집합을 금지하여 운영시간의 전부 또는 일부를 제한하는 조치를 말한다. (이하 생략)

45) 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바384 전원재판부.

46) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바105,2010헌바308(병합) 전원재판부.

47) 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결.

요성이 있다.[48] 최근에는 영업규제환경에서의 손실보상에 대한 적극적 검토의 필요성을 제기하는 견해가 제시되기도 하였다.[49] 소상공인법은 이와 같은 배경 하에 소상공인의 영업권이 손실보상의 대상에 해당함을 입법적으로 확인한 것이라 할 수 있다.

또한 감염병예방법에 따른 영업제한조치로 인한 소상공인의 영업손실이 손실보상이 필요한 '특별한 희생'에 해당하는지에 대한 평가가 필요하다. 이에 대해서 현재 문제 되고 있는 영업손실은 특정 직군의 영업자들에 대해서만 특별히 요구된 희생이 아니라 팬데믹 상황 하에서 국민 일반 혹은 전체 직군 일반에게 부가된 부담 혹은 자제에 해당하고, 해당 소상공인들 역시 그와 같은 조치를 통하여 감염병 예방이라는 수익적 결과를 얻는 측면도 있으므로, 이를 수인한도를 넘는 특별한 희생으로 보기 어렵다는 입장이 있을 수도 있다. 그러나 이는 전체 사회에 대한 감염병의 확산 방지를 위하여 위험이 보다 구체화되기 이전의 예방적 단계에서 상대적으로 소상공인들에게 '특별히' 부가된 부담 혹은 희생으로 보는 것이 타당할 것이고, 이와 같은 소상공인들의 희생을 바탕으로 국민 일반이 영위할 수 있는 활동의 자유가 확대되었음을 충분히 인정할 수 있다. 또한 지난 2년에 가까운 기간 동안 장기간 계속된 영업제한조치로 인하여 더 이상 종전과 같이 영업을 영위하기 어려운 심각한 피해를 입은 경우까지도 수인한도 내의 사회적 제약에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 이는 곧 사회적 제약의 한계를 넘는 특별한 희생으로 파악하는 것이 타당할 것이다.

이와 같은 측면에서 헌법재판소가 COVID-19 사태 이전에 가축전염병의 확산을 막기 위한 방역조치로서 행해진 「가축전염병 예방법」상 살처분은 가축 소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위에 속한다고 본 예나,[50] 같은 맥락에서 이루어진 도축장 사용정지·제한명령은 공익목적을 위하여 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈하거나 제한하는 헌법 제23조제3항의 수용·사용 또는 제한

48) 정하중, "헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론", 「서강법학」 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003.5., 60면.

49) 예컨대, 최승필, "영업 및 가격규제에 따른 손실감소와 보상가능성: 정책변화에 따른 사업자 이익침해에 대한 시론적 접근", 「공법연구」 제48집 제4호, 한국공법학회, 2020.6.는 영업규제로 인한 손실보상이 헌법 제23조제3항의 대상에는 속하지 않더라도 적어도 비례의 원칙과 평등의 원칙을 기반으로 한 조정적 사고를 통해 손실의 조정을 시도해 볼 필요가 있음을 제시하고 있다.

50) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2013헌바110 전원재판부. 다만 헌법재판소는 권리자에게 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우로서 이를 완화하는 보상규정을 두어야 하는 경우임을 확인하였다.

에 해당하는 것이 아니라, 도축장 소유자들이 수인하여야 할 사회적 제약으로서 헌법 제23조제1항의 재산권의 내용과 한계에 해당한다고 본 예[51]는 감염병예방법에 따른 영업제한조치로 인한 소상공인의 손실보상의 경우에 그대로 적용할 수는 없다고 판단된다.[52]

헌법재판소는 분리이론의 견지에서 재산권의 내용과 한계(헌법 제23조제1, 2항)에 따른 재산권의 제한과 재산권의 수용·사용 또는 제한(헌법 제23조제3항)에 따른 재산권의 제한을 구분하면서 전자는 '입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것'으로, 그리고 후자는 '국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것'으로 파악한다.[53] 이에 기초하면 일견 감염병예방법에 따른 영업제한조치는 「가축전염병 예방법」에 따른 강제조치보다 더욱 추상적이고 일반적인 형식으로 불특정 다수에 대해서 이루어진 재산권 제한으로 보이므로, 「가축전염병 예방법」상 강제조치에 대한 헌법재판소의 판단 취지는 감염병예방법상 영업제한조치에도 마찬가지로 적용될 것으로 여겨지기도 한다.

그렇지만 「가축전염병 예방법」상 강제조치는 (예컨대, 「구제역 방역실시요령」[54] 등에 기초하여 살펴볼 때) 가축전염병 확산의 가능성 내지 위험이 고도화된 단계에서 이를 방지하기 위하여 이루어지는 것으로서 사전에 정형화되어 있는 대응조치이다. 또한 이는 이미 수년간 반복적으로 발생해 온 가축의 전염성 질병에 대한 것으로서 그와 같은 위험에 대한 방역체계 및 필요 조치에 대한 관련 종사자들의 예견가능성이 어느 정도 구축되어 있는 것이라 할 수 있다. 결국 해당 강제조치는 이와 같은 배경과 방역 필요성 및 체계에 따라서 입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 가축 소유자나 도축장 소유자의 재산권의 내용을 형성하고 확정한 것이므로, 일응 헌법 제23조제1, 2항의 재산권의 내용과 한계에 해당하는 것으로 이해할 수 있다.

반면에 감염병예방법상 영업제한조치는 미처 예상치 못했던 COVID-19의 팬데믹 상황에서, 무엇보다 특정 소상공인의 영업행위로 인한 감염병 확산의 가

51) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2012헌바367 전원재판부.
52) 同旨, 김태호, 앞의 글, 227-228면.
53) 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37외66건(병합) 전원재판부 등.
54) 「구제역 방역실시요령」, 농림축산식품부고시 제2020-114호.

능성이 구체화되거나 명확하게 드러나지 않은 상태에서 국가가 전방위적인 COVID-19의 확산 방지라는 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성되어 있는 영업권 등의 구체적인 재산적 권리를 제한한 것이므로, 이는 결국 헌법 제23조제3항에 따른 재산권의 제한 등으로 파악하여야 할 것이다. 이 또한 사전에 정해진 감염병예방법상 규정에 따른 것이기는 하나 그 내용과 범위는 행정명령에 의하여 구체화되고 있으므로, 「가축전염병 예방법」상 강제조치의 경우처럼 사전에 정형화되어 있는 것으로 보기 어렵다. 또한 이 경우 수범자가 불특정 다수인 것이고, 재산권 제한의 형식은 오히려 구체성을 띤 것이라 할 수 있다.

수범자의 입장에서도 가축전염병에 대한 전자의 경우 피해에 대한 수인한도나 손실에 대한 예측가능성 등이 어느 정도 형성되어 있을 것으로 예상되는 반면에, COVID-19 사태에 대응하는 후자에 대해서는 위험의 예견가능성 및 초래될 수 있는 손실의 범위에 대한 예측가능성을 쉽사리 인정하기 어렵다. 그러므로 「가축전염병 예방법」상 강제조치와 감염병예방법에 따른 감염병의 예방조치가 모두 전염병 또는 감염병에 대한 대응조치로서 외견상 유사한 것임을 들어 전자에 대한 헌법재판소의 판단을 소상공인 일반에 대한 후자에 대해서까지 기계적으로 확대적용하거나 동치하는 것은 적절치 않을 것으로 생각된다.

(3) 소상공인법상 손실보상제도 적용의 문제점

소상공인법을 통하여 손실보상의 근거가 새롭게 마련되기는 하였으나, 그 적용에 있어 검토하여야 할 문제는 여전히 존재한다. 우선 소상공인법 제12조의2 제1항의 규정 중 '영업장소 사용 및 운영시간 제한 등 대통령령으로 정하는 조치', '경영상 심각한 손실' 및 '부담을 완화하기 위한 손실보상' 부분에 대해서는 명확성의 원칙 및 법률유보의 원칙과 관련하여 위헌 여부의 시비가 제기될 우려가 있다.[55]

다음으로 요건의 적용에 대한 우려가 있다. 소상공인법에 따른 손실보상은 소상공인에게 '경영상 심각한 손실'이 발생한 경우에 인정된다. 이는 앞서 살펴

55) 법제사법위원회 체계자구심사과정에서도 이와 같은 의견이 제시된 바 있다. 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안(대안) 검토보고, 법제사법위원회 체계자구검토보고서(전문위원 박철호), 2021. 6. 30., 2-3면.

본 '특별한 희생'의 인정 정도 또는 기준에 대한 사항인데,[56] 경영상 손실의 심각성을 지나치게 엄격하게 요구할 경우 손실보상이 과도하게 제한되어 자칫 헌법상 재산권의 침해가 우려될 수 있다는 점에서 이에 대한 적정한 판단이 요청된다.

이에 더하여 손실보상의 정도에 대해서도 문제가 제기될 수 있다. 헌법 제23조제3항에 따라서 손실보상은 정당한 보상이어야 하고, 이는 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻한다.[57] 그런데 소상공인법은 경영상 심각한 손실이 발행한 소상공인의 '부담을 완화하기 위한 손실보상'을 할 것을 규정하고 있다. 규정상 단순히 부담을 완화해 주는 정도의 손실보상이 과연 헌법 제23조제3항에 따른 완전보상에 해당할 것인지 여부에 대해서 의문이 제기될 수밖에 없다. 보다 구체적으로 현재 손실보상금은 '일평균 손실액 × 방역조치 이행일수 × 보정률'로 산정되는데, 여기서 보정률은 '80%'를 적용하여 결과적으로 상당한 조정이 이루어지게 되므로,[58] 이에 따른 손실보상금이 헌법 제23조제3항에 부합하는지 여부가 문제될 수 있는 것이다. 게다가 이는 손실보상의 근거규정은 개정법률이 공포된 날 이후 발생한 손실부터 적용할 것을 규정하고 있는 부칙 제2조의 적용례와 결부되어 그 문제가 더욱 증폭될 수 있다. 물론 부칙 제2조 단서는 "정부는 공포된 날 전에 코로나바이러스감염증-19와 관련하여 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호에 따른 집합금지, 영업제한 등 행정명령으로 인하여 발생한 심각한 피해에 대해서는 조치 수준, 피해규모 및 기존의 지원 등을 종합적으로 고려하여 피해를 회복하기에 충분한 지원을 한다."라고 덧붙이고 있기는 하나, 그와 같은 지원의 실질과 실효성에 대해서는 의문이 남지 않을 수 없다.[59]

아직은 제도 시행 초기이므로, 제도의 이행에 수반하여 이와 같은 부분에 대해서는 향후 보다 면밀한 검토와 적극적인 조정이 필요할 것으로 판단된다.[60]

---

56) 이에 대한 판단은 중소벤처기업부장관이 손실보상 심위위원회의 심의를 거쳐 행하게 된다(소상공인법 제12조의2제4항).

57) 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌마107 전원재판부, 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 93헌바20 · 66,94헌바4 · 9,95헌바6 전원재판부 등.

58) 소상공인법 제12조의2제6항; 「2021년 3분기 손실보상 기준 등에 관한 고시」, 중소벤처기업부고시 제2021호-74호, Ⅲ. 손실보상금 산정 기준.

59) "'손실보상 10만원, 피해는 1천만원' 허탈한 소상공인들", 한겨레, 2021. 11. 21. <https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/1020131.html> (2021. 12. 18. 최종검색) 등 참조.

60) 이와 관련하여 정부는 현행 소상공인법시행령을 개정하여 영업장소 내에서 집합을 금지

물론 분리이론의 입장에서 소상공인들의 영업손실을 재산권의 내용에 대한 사회적 제약으로 파악하면서 이에 대한 손실보상을 조정적 보상으로 파악한다면,[61] 이는 반드시 헌법 제23조제3항에 따른 완전보상의 요구를 충족할 필요는 없을 것이다. 그러나 앞서 「가축전염병 예방법」의 적용과 비교하여 살핀 바와 같이, 소상공인의 영업손실을 단순한 사회적 제약으로 파악하는 것은 곤란하고, 소상공인법의 개정취지에 비추어 볼 때에도 이는 헌법 제23조제3항에 따른 손실보상으로 파악하여야 할 것이다.

구체적인 손실보상의 적정성에 대한 판단은 향후 사법부의 심사를 통하여 보다 실질적인 기준이 정립될 것을 기대할 수도 있을 것이다. 다만 분쟁이 유발되고 이에 대한 사법심사가 이루어지기 이전에 국가는 '주도적인 조정책임'의 이행을 통하여 보다 적정한 결과를 도출하고, 상충하는 공익과 사익 간의 갈등을 적정하게 조정하여야 할 것이다. 이것이 바로 현재 우리 사회가 요구하는 국가의 역할, '주도적 조정국가'의 바람직한 이행상이라 할 수 있다.

Ⅴ. 결어

우리 공법학계에서는 근자에 국가역할론과 관련하여 독일법에서 유래된 '보장국가론'에 대해서 많은 연구가 행하여져 왔다. 그러나 보장국가론의 학문적 의의 및 그에 대한 평가는 별론으로 당해 이론체계를 전면적인 국가역할론으로서 실제로 현시대의 우리 사회에 직접적으로 적용할 수 있을 것인지 여부에 대해서는 보다 진지한 비판적 검토가 필요할 것으로 생각된다. 이는 이론체계 자체의 적용범위에 대한 검토, 우리 사회에서의 민간부문의 역량에 대한 검토, 그리고 현 정부가 제시한 포용국가론과 관련한 현실적·정책적 채택의 문제라는 각 차원에서 살펴볼 수 있다.

하여 운영시간의 전부 또는 일부를 제한하는 조치 이외에 시설에 대한 인원제한 조치도 손실보상의 대상으로 포함하여 그 대상을 확대하고, 손실보상금 하한액수도 분기별 10만원에서 50만원으로 높이며, 손실보상금 이외에 방역지원금도 지급할 것을 피력하였다. "기존 손실보상 못받는 소상공인 위한 현금지원 신설", 연합뉴스, 2021. 12. 16. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211216099700530?section=search> (2021. 12. 18. 최종검색).

61) 조정적 보상에 따른 손실보상의 가능성 및 그 내용에 대해서는 김태오, 앞의 글, 248-250면, 258-261면 참조.

현재 우리 사회에는 사익 상호 간, 사익과 공익 상호 간, 그리고 공익 상호 간에 수많은 이익충돌이 발생하고 있지만, 이로 말미암은 갈등상황을 적절하게 조정하고 해소할만한 별도의 기구가 존재하지 아니한다. 따라서 이러한 조정자로서의 역할은 결국 국가에게 귀속될 수밖에 없다. 즉 현대 국가, 특히 우리 사회에서 특별히 강하게 요청되는 국가의 역할은 바로 이해 및 가치충돌상황에서의 조정자 또는 조율자로서의 역할이라 할 수 있다. 이로부터 본고는 현시대의 우리 사회에 직접적으로 적용할 수 있는 국가역할체계를 '주도적 조정국가'(proactive mediating state)로 제시해 보았다.

본고는 이와 같은 국가의 역할에 대한 검토를 바탕으로 특히 현재까지 계속되고 있는 COVID-19 사태에서 촉발된 소상공인에 대한 영업제한조치 및 그로 인한 손실보상의 문제와 관련한 이익충돌상황에서 국가가 적극적인 조율자·조정자로서의 역할을 수행할 것을 강조하였다. 현재 소상공인법상 감염병예방법에 따른 조치로 인하여 발생한 손실보상에 대한 법적 근거가 마련되어 종래 이를 둘러싼 법적 논쟁의 상당 부분을 불식시켰다. 여전히 해결되지 아니한 채 남아 있는 쟁점들이 없는 것은 아니나, 법적 근거의 불비라는 가장 큰 장애물이 제거된 이상 국가는 앞서 강조한 주도적 조정자 내지 조율자로서의 역할을 보다 적극적으로 수행하여 현시점에서 요구되는 국가의 역할을 수행하여야 할 것이고, 이를 통하여 현재의 COVID-19 사태에서 촉발된 우리 사회의 갈등과 이익충돌을 해소할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

투고일 : 2021.11.22. / 심사완료일 : 2021.12.9. / 게재확정일 : 2021.12.15.

[참고문헌]

이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.
한수웅, 「헌법학」 제11판, 법문사, 2021.
게오르그 엘리네크/김효전 역, 「일반국가학」, 태화출판사, 1980.
헤르만 헬러/홍성방 역, 「국가론」, 대우학술총서, 1997.

강승우, “COVID-19 시국에서 행해진 집합금지명령과 헌법상 보상의무”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.
계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제: 보장국가의 구상과 규제의미의 한정”, 「공법연구」 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.
김남진, “보장국가 구현을 위한 법적·정책적 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」 제55집 제2호, 대한민국학술원, 2016.
김성수, “독일 신사조 행정법학의 실천 분야와 보장국가론”, 「토지공법연구」 제78집, 한국토지공법학회, 2017.
김일환/홍석한, “개인정보 자율규제영역에서 보장국가로서 국가의 역할에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008.
김중권, “공법(행정법)의 현대화를 통한 규제개혁”, 「안암법학」 제45권, 안암법학회, 2014.
김태오, “COVID-19에 따른 영업제한과 손실보상연구: 독일의 논의와 그 시사점”, 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.
김태호, “법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응”, 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.
김현준, “행정개혁의 공법적 과제”, 「공법연구」 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012.
박세훈, “소상공인 영업제한에 대한 행정상 손실보상 연구”, 「토지공법연구」 제94집, 한국토지공법학회, 2021.
박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 「행정법연구」 제41호, 행정법이론실무학회, 2015.
박진완, “코로나 19시대의 영업의 자유와 재산권”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교 법학연구원, 2021.
성봉근, “보장국가에서의 위험에 대한 대응: 전자정부를 통한 보장국가의 관점에서 본 위험”, 「법과 정책연구」 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015.
송석윤, “국가역할의 역사적 변천: 근대국가의 미래와 관련하여”, 「법과 사회」 제20권, 법과사회이론학회, 2001.

엄주희, “코로나 통제에 따른 기본권의 제한과 국가의 역할”, 「법과 정책」 제26집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020.

이기춘, “스포츠와 안전 그리고 보장국가론”, 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제21권 제4호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2018.

이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할: 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며”, 「서울대학교 법학」 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015.

_____, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 「헌법학연구」 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016.

이희정, “시장경제와 규제: 헌법적 가치 실현에 있어서 행정법학의 역할”, 「행정법학」 제19호, 한국행정법학회, 2020.

임 현, “보장국가론의 이해를 위한 소고”, 「정부학연구」 제22권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2016.

정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 「공법연구」 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015.

정태종, “감염병행정으로 인한 소상공인 손실보상의 입법정책”, 「토지공법연구」 제95집, 한국토지공법학회, 2021.

정하중, “헌법상의 재산권보장체계에 있어서 경계이론과 분리이론”, 「서강법학」 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003.

조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, 「한양법학」 제23권 제2집, 한양법학회, 2012.

최승필, “영업 및 가격규제에 따른 손실감소와 보상가능성: 정책변화에 따른 사업자 이익침해에 대한 시론적 접근”, 「공법연구」 제48집 제4호, 한국공법학회, 2020.

홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 「헌법학연구」 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009.

_____, “새로운 국가역할 모델로서 보장국가론의 의미와 가능성”, 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016.

제388회국회(임시회) 법제사법위원회회의록 제6호, 국회사무처, 2021. 6. 30.

제388회국회(임시회) 국회본회의회의록 제7호, 국회사무처, 2021. 7. 1.

소상공인 보호 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안(대안) 검토보고, 법제사법위원회 체계자구검토보고서(전문위원 박철호), 2021. 6. 30.

<https://www.law.go.kr>
<https://www1.president.go.kr>
<https://www.hani.co.kr>
<https://www.yna.co.kr>

[국문초록]

국가기능의 변화와 새로운 국가역할론의 모색
- COVID-19로 인한 소상공인 영업제한조치 및 손실보상과 관련하여 -

안 동 인*

우리 공법학계에서는 근자에 국가역할론과 관련하여 독일법에서 유래된 '보장국가론'에 대해서 많은 연구가 행하여져 왔다. 그러나 보장국가론의 학문적 의의 및 그에 대한 평가는 별론으로 당해 이론체계를 전면적인 국가역할론으로서 실제로 현 시대의 우리 사회에 직접적으로 적용할 수 있을 것인지 여부에 대해서는 보다 진지한 비판적 검토가 필요할 것으로 생각된다. 이는 이론체계 자체의 적용범위에 대한 검토, 우리 사회에서의 민간부문의 역량에 대한 검토, 그리고 현 정부가 제시한 포용국가론과 관련한 현실적·정책적 채택의 문제라는 각 차원에서 살펴볼 수 있다.

현재 우리 사회에는 사익 상호 간, 사익과 공익 상호 간, 그리고 공익 상호 간에 수많은 이익충돌이 발생하고 있지만, 이로 말미암은 갈등상황을 적절하게 조정하고 해소할만한 별도의 기구가 존재하지 아니한다. 따라서 이러한 조정자로서의 역할은 결국 국가에게 귀속될 수밖에 없다. 즉 현대 국가, 특히 우리 사회에서 특별히 강하게 요청되는 국가의 역할은 바로 이해 및 가치충돌상황에서의 조정자 또는 조율자로서의 역할이라 할 수 있다. 이로부터 본 연구는 현시대의 우리 사회에 직접적으로 적용할 수 있는 국가역할체계를 '주도적 조정국가'(proactive mediating state)로 제시해 보았다.

본 연구는 이와 같은 국가의 역할에 대한 검토를 바탕으로 특히 현재까지 계속되고 있는 COVID-19 사태 하에서 촉발된 소상공인에 대한 영업제한조치 및 그로 인한 손실보상의 문제와 관련한 이익충돌상황에서 국가가 적극적인 조율자·조정자로서의 역할을 수행할 것을 강조하였다. 현재 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」상 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 조치로 인하여 발생한 손실보상에 대한 법적 근거가 마련되어 종래 이를 둘러싼 법적 논쟁

* 영남대학교 법학전문대학원 부교수.

의 상당 부분을 불식시켰다. 여전히 해결되지 아니한 채 남아 있는 쟁점들이 없는 것은 아니나, 법적 근거의 불비라는 가장 큰 장애물이 제거된 이상 국가는 앞서 강조한 주도적 조정자 내지 조율자로서의 역할을 보다 적극적으로 수행하여 현시점에서 요구되는 국가의 역할을 수행하여야 할 것이고, 이를 통하여 현재의 COVID-19 사태에서 촉발된 우리 사회의 갈등과 이익충돌을 해소할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

주제어 : 국가역할(국가기능), 보장국가론, 주도적 조정국가론, COVID-19, 손실보상

[Abstract]

Changes in State Function and Search for a New Theory of the Role of the State

- In relation to Business Restrictions and Compensation for Losses for Micro Enterprise due to COVID-19 -

Ahn Dongin*

Recently, many studies have been conducted on the 'Theory of the Ensuring State' derived from German law in relation to the theory of the role of the state in our public law academia. However, apart from the academic significance and evaluation of this theory, a more serious critical review is needed as to whether the theoretical system can be directly applied to our society in the present era as a comprehensive theory of the role of the state. This can be looked at from each dimension: a review of the scope of application of the theoretical system itself, a review of the capabilities of the private sector in our society, and a practical and policy adoption issue in relation to the theory of the inclusive state proposed by the current government.

Currently, there are numerous conflicts of interest between private interests, between private and public interests, and between public interests in our society. However, there is no separate organization that can properly mediate and resolve the conflict situation resulting from these. Therefore, this role as a mediator is bound to belong to the state. In other words, the role of the state that is particularly strongly requested in our society, is that of a mediator or coordinator in situations of conflicts of interest and values. From this, this study presented a system of state roles that can be directly applied to our society in the present era as an 'proactive mediating state'.

Based on this review of the role of the state, this study emphasized that the state should play an proactive role as a mediator or coordinator, especially

* Assoc. Prof. Dr. Yeungnam University.

in the situation of conflicts of interest related to the business restriction measures for micro enterprise and compensation for losses resulting from the ongoing COVID-19 crisis. Currently, the legal basis for compensation for losses caused by measures in accordance with the 「Infectious Disease Control and Prevention Act」 under the 「Act on the Protection of and Support for Micro Enterprises」 has been prepared, dispelling much of the legal controversy surrounding it. There are still issues that remain unresolved, but as long as the biggest obstacle to lack of legal basis has been removed, the state should more actively play the role of the proactive mediator or coordinator emphasized above, thereby fulfilling the role of the state required at the present time. And through this, efforts should be made to resolve the conflicts of interest in our society that have been triggered by the current COVID-19 situation.

Key words : role of the state(function of the state), theory of the ensuring state, theory of the proactive mediating state, COVID-19, compensation for loss