

코로나 19시대의 영업의 자유와 재산권

박진완*

〈국문초록〉

코로나 방역대응으로 인한 영업정지 및 영업제한을 당하고 있는 사업주들의 특별한 희생에 대해서 국가가 아무런 재정적 보상조치를 제공하지 않고 그들의 인내만 강조하는 상황은 우리 헌법상의 재산권의 내용과 한계규정의 제한의 헌법적 합성 여부에 대한 중요한 판단기준인 비례성 원칙과 헌법에 의하여 보장되는 법적 지위와 사회적합적인 재산질서(sozialgerechte Eigentumsordnung) 사이의 정당한 형량명령(Gebot gerechter Abwägung)의 준수를 위반하는 헌법위반상태로 볼 수 있다. 우리 헌법 제23조 제1항과 제2항의 재산권의 내용과 한계규정(Inhalts- und Schrankenbestimmung)을 통해서 도출되는 재산권 행사의 사회적 구속성의 범위를 넘어서는 그들의 특별한 희생에 대해서는 입법자는 조정적 보상의무가 포함된 내용규정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)을 마련해야 한다.

재산권 보장에 대해서 분리이론(Trennungstheorie)을 채택하고 있는 독일과 우리나라의 헌법재판소의 판례와 다르게 이를 채택하고 있지 않은 유럽연합법원(The Court of Justice of the European Union (CJEU))의 입장에서 볼 때 형식적인 소유자로서 영업주의 지위에는 아무런 변화가 없음에도 불구하고, 국가가 영업주인 소유자로부터 소유와 관련된 영업상의 권리를 영업중지나 영업제한을 통해서 상실시키는 것을 통해서 소유자의 지위가 사실상 사라지게 만드는 경우에는 사실상의 수용(de-facto Enteignung) 상태를 발생시키게 된다. 이러한 사실상의 재산권의 수용(de-facto)상태에 대한 보상의 법적 근거는 유럽연합의 기본권 헌장(Europäische Grundrechtscharta) 제17조 제1항이다. 왜냐하면 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 제1항 제2문의 의미 속의 수용 개념 속에는 사실상의 수용(de-facto Enteignung)도 포함되기 때문이다.

Covid-19의 감염의 예방과 극복을 위한 방역조치로 인한 시민의 기본권 제한으로 인하여 발생하는 손실에 대한 보상규정 마련을 위한 국가적 노력의 절제와 미흡함과 관련하여 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 보상규정은 헌법상의 기본권 보장규정에 적합 여부에 대한 검토가 행해질 필요가 있다. 팬데믹 상황으로 인하여 행해지는 영업제한 및 금지조치로 인하여 영업주의 재산권과 영업의 자유를 포함한 경제적 권리가 심각하게 제한된다면, 입법자는 이들의 수인불가능한 기본권 제한을 저지하기 위하여 자신의 입법을 통해서 이에 대한 조정적 보상규정(Ausgleichsregelungen)을 마련하여야 할 의무를 지게 된다. 이에 대한 헌법재

* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

판소나 법원의 판례가 구체적으로 아직 나타나지 않은 상황에서, 이 문제에 대해서 헌법적 측면에서 검토해 보는 것은 매우 중요한 의미를 가진다.

주제어 : 팬데믹 상황에서의 경제적 권리와 사회적 권리의 보장, 국가의 상업적 시설들에 대한 코로나 방역조치에 대한 손실보상, 감염병의 예방과 관리에 관한 법률상의 보상청구권, 일반적인 국가책임법에 근거한 코로나 방역관련 재산상의 손실 보상 청구권, 국가방역조치로 인한 손실에 대한 보상청구권 제정을 국가적 노력의 자제와 불충분성

• 투고일 : 2021.4.10. / 심사일 : 2021.4.21. / 게재확정일 : 2021.4.23.

I. 서

시민의 생명과 건강을 보호하고, 의료체계의 대응역량을 유지하기 위한 목적에서 행해지는 코로나 바이러스의 감염과 확산을 저지하기 위한 국가의 방역조치들은 불가피하게 시민의 다른 일상적인 생활영역에서 보장되는 기본권들을 제한하게 된다. 경우에 따라서는 시민들의 어떤 일상적 생활영역에 대한 기본권 제한의 장기화와 심화로 인하여 반사적인 경제적 이익을 취득하는 경제영역들도 발생시키지만, 대부분의 소상공업자를 비롯한 사회적인 경제적 약자들의 경제적 어려움은 점점 더 가중되고, 이로 인하여 이들의 생존보장능력은 점점 더 약화되고 있는 상황이 발생하고 있다. 우리 헌법 제23조 제1항과 제2항의 재산권의 내용과 한계규정(Inhalts- und Schrankenbestimmung)을 통해서 도출되는 재산권 행사의 사회적 구속성의 범위를 넘어서는 그들의 특별한 희생에 대해서는 입법자는 조정적 보상의무가 포함된 내용규정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)을 마련해야 한다¹⁾.

코로나 방역대응으로 인한 영업정지 및 영업제한을 당하고 있는 사업주들의 특별한 희생에 대해서 국가가 아무런 재정적 보상조치를 제공하지 않고 그들의 인내만 강조하는 상황은 우리 헌법상의 재산권의 내용과 한계규정의 제한의 헌법적합성 여부에 대한 판단이 요구된다. 이러한 영업제한과 영업정지를 당하고 있는 업주들의 특별한 희생에 대한 국가의 조정적 보상조치의 불인정은 이의 헌법적합성에 대한중요한 판단기준인 비례성 원칙과 헌법에 의하여 보장되는

1) Jörg Berwanger, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht. Erwiderung auf Shirvani (NVwZ 2020, 1457), S. 1804.

법적 지위와 사회적합리적인 재산질서(sozialgerechte Eigentumsordnung) 사이의
정당한 형량명령(Gebot gerechter Abwägung)²⁾의 준수를 위반하는 헌법위반상
태로 볼 수 있다³⁾.

재산권 보장에 대해서 분리이론(Trennungstheorie)을 채택하고 있는 독일과
우리나라의 헌법재판소의 판례와 다르게 이를 채택하고 있지 않은 유럽연합법
원(The Court of Justice of the European Union (CJEU))의 입장에서 볼 때
형식적인 소유자로서 영업주의 지위에는 아무런 변화가 없음에도 불구하고, 국
가가 영업주인 소유자로부터 소유와 관련된 영업상의 권리를 영업중지나 영업
제한을 통해서 상실시키는 것을 통해서 소유자의 지위가 사실상 사라지게 만
드는 경우에는 사실상의 수용(de-facto Enteignung) 상태를 발생시키게 된다.
이러한 사실상의 재산권의 수용상태에 대한 보상의 법적 근거는 유럽연합의
기본권 헌장(Europäische Grundrechtscharta) 제17조 제1항이다. 왜냐하면 유
럽연합의 기본권 헌장 제17조 제1항 제2문의 의미 속의 수용 개념 속에는 사
실상의 수용(de-facto Enteignung)도 포함되기 때문이다⁴⁾. 유럽연합의 기본권
헌장 제17조 제1항은 「모든 사람은 적법하게 취득한 재산을 소유, 사용, 이에
대한 처분 그리고 상속할 권리를 가진다. 그 누구도 법률에 의하여 미리 규정
된 사례들과 조건들에 해당하는 공공필요에 근거하지 않고, 그와 동시에 재산
의 손실에 대한 정당한 보상 없이, 자신의 재산을 수용당하지 아니한다. 재산
의 사용은 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 의하여 규제될 수
있다」고 규정하고 있다.

코로나 바이러스(coronavirus)의 확산으로 인한 전세계적인 팬데믹 상황의
발생은 세계의 모든 시민들의 생명과 건강에 대한 위험상황을 초래할 뿐만 아
니라, 개인의 일상생활, 특히 경제적 영역에 있어서 많은 어려움을 가중시키고,
경우에 따라서 그들의 삶의 기반을 무너뜨리고, 위협하는 상황을 발생시키고
있다. 이와 관련하여 2021년 1월 5일 뉘른히장사하오폰상인모임, 민변 민생경
제위원회, 참여연대 희망본부 등 시민단체와 호프집·피시(PC)방 등 업주들은

2) BVerfGE 25, 112 (117 ff.); 37, 132 (139 ff.); 52, 1 (29); 50, 290 (340); 58, 300 (335); 58, 137 (147 f.); 70, 191 (200); 79, 174 (198); 81, 208 (220); 83, 201 (208); Hans Jürgen Papier/Shirvani, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 92. Aufl., München 2020, Art. 14 Rn. 424

3) Clemens Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigung, NVwZ 2020, S. 587 f.

4) Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2021, Art. 17 Rn. 18.

서울 종로구 재동 헌법재판소 앞에서 기자회견을 열어 코로나19 확산 방지를 위한 영업제한 조치에 따른 중소기업들의 손실보상 및 지원 대책 마련을 촉구한 뒤 헌법재판소에 헌법소원을 냈다. 이들은 중앙정부와 지방정부 지자체가 집합금지, 집합제한 등의 헌법상의 기본권인 영업의 자유를 제한하는 조치를 내렸음에도 불구하고, 이러한 기본권 제한적 조치의 근거가 감염병예방법과 지자체 고시에 손실보상에 대한 아무런 보상근거조항이 규정되지 않고 있기 때문에 중소기업·자영업자들의 재산권 등 기본권이 침해된다고 주장하였다.

이러한 노력에 대한 입법적 대응으로 민병덕 의원 등 63인의 의원이 코로나바이러스 감염병 극복을 위한 손실보상 및 상생에 관한 특별법안은 코로나 사태의 장기화로 인한 손실보상에 대해서 규정하고 있다. 이 법률안은 코로나19와 같은 1급 감염병이 발생한 경우에 자영업자 등의 임대료와 영업이익의 최대 70%까지 보상하는 내용을 규정하고 있다. 이러한 상황에서 더불어 민주당은 2월 26일 코로나19 대응을 위한 손실보상법과 사회연대기금법, 협력이익공유법을 발의하고, 다음 달 처리하겠다고 입장을 밝혔다. 송갑석 국회의원(더불어민주당·광주 서구갑)은 집합금지·영업제한 등 코로나19 방역 조치로 인한 소상공인의 손실을 보상하는 ‘소상공인 보호 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안’을 대표 발의했다고 26일 밝혔다. 이 법안의 주요내용은 감염병예방법에 따라 영업의 자유가 제한된 소상공인 등에 대해 심의위원회 심의를 거쳐 손실보상의 인정, 심의위원회 심의결과에 따라 소상공인 외 중소기업 등에 보상의 가능 및 심의위원회와 위원회 지원을 위한 전담조직 설치 등을 들 수 있다.

그 외에도 행정안전부는 2021년 2월 15일 코로나19로 피해를 입은 국민을 지원하고 침체된 지역경제를 활성화하기 위해 소상공인과 착한 임대인을 대상으로 지방세입 부담을 완화하겠다고 밝혔다. 중소기업벤처부 역시 2021년 1월 11일부터 「소상공인 버팀목자금」 지급을 약속하고 있다. 코로나19 정부·지자체 방역조치 강화에 의하여 집합금지·영업제한 업체에 대해서 임차료 등 고정비용의 경감을 위해서 각각 300만원, 200만원 지급을 약속하고 있다. 2020년 연매출 4억원 이하, ‘19년 대비 ‘20년 매출 감소한 일반 업종 소상공인의 경우 100만원의 지급을 약속하고 있다.

팬데믹 상황에서의 국가의 영업제한조치들로 인한 영세상공인들의 매출감소로 인한 경제적 어려움을 경감하기 위하여 임대료 부담을 완화시키는 착한임대인 세제지원 (임대료 인하분의 50%를 소득·법인세에서 공제(∼12월)), 정부의 국공유재산 임대료 인하 (임대료율 감면(중앙정부: 재산가액의 3%→1%, 지자체: 재산가액의 5→1% 등)), 코로나19로 시설폐쇄·휴업 시 사용료 면제 등,

공공기관 소유재산 임대료 인하 등을 시도하고 있다. 민주당과 국민의힘, 정의당 3당 의원이 어제 이례적으로 한목소리를 냈습니다.

2021년 4월 25일 민주당과 국민의힘, 정의당 3당 의원이 코로나 손실보상법 제정을 촉구하였다. 정의당의 심상정 의원은 코로나 손실보상법이 민생백신이라는 표현을 사용하였고, 손실보상법 제정촉구 농성 중인 국민의 힘 최승재 의원은 소상공인·자영업자에게 영업손실을 보상하는 것은 헌법 제23조에서 명시한 무조건적인 국가의 책무라는 점을 강조하면서 손실보상의 소급적용을 주장하고 있다.

이러한 입법촉구 노력들에도 불구하고 현행법상 감염병을 예방하기 위하여 집합금지 등 소상공인의 영업장소 사용 및 운영 시간 등을 제한할 수 있으나, 그로 인한 손실을 보상하는 조항이 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(약칭: 감염병예방법) 속에 규정되어 않고 있다. 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제70조의 손실보상규정은 주로 감염병 관리기관의 지정으로 인하여 발생한 손실, 의료기관의 지정과 업무로 인하여 발생한 손실의 보상에 대해서 규정하고 있다. 그 외에도 동법 제70조 제1항 제4호는 제47조제1호, 제4호 및 제5호, 제48조제1항, 제49조제1항제4호, 제6호부터 제10호까지, 제12호, 제12호의2 및 제13호에 따른 조치로 인하여 발생한 손실에 대한 보상도 규정하고 있다. 이 중에서 동법 제47조 제1호로 인하여 발생한 손실은 감염병 유행에 대한 방역조치의 실행으로서 행해지는 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소에 대한 일시적 폐쇄, 일반 공중의 출입금지, 해당 장소 내 이동제한으로 인하여 발생한 손실이다. 이렇게 볼 때 민간영업주가 자신의 영업에 대한 제한으로 인하여 감염병예방법을 통해서 보상을 받을 수 있는 경우는 감염병 환자가 발생하였거나, 감염병병원체 오염으로 인하여 행해지는 동법 제47조 제1호에 규정된 영업제한조치에 해당한 경우에 한정된다.

Covid-19의 감염의 예방과 극복을 위한 방역조치로 인한 시민의 기본권 제한으로 인하여 발생하는 손실에 대한 보상규정 마련을 위한 국가적 노력의 절제와 미흡함, 즉 국가의 입법부작위 또는 입법적 불충분성의 헌법위반성 여부에 대한 판단의 필요성이 제기된다. 이러한 입법적 불충분성의 문제가 제기되고 있는 현재의 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 보상규정이 헌법상의 기본권인 재산권 보장규정에 적합하는지 여부에 대한 중요한 헌법적 판단기준은 영업주의 기본권 제한에 대한 수인불가능성(Unzumutbarkeit)이다. 팬데믹 상황으로 인하여 행해지는 영업제한 및 금지조치로 인하여 영업주의 재산권과 영업의 자유를 포함한 경제적 권리가 심각하게 제한된다면, 입법자는 이들의

수인불가능한 기본권 제한을 저지하기 위하여 자신의 입법을 통해서 이에 대한 조정적 보상규정(Ausgleichsregelungen)을 마련하여야 할 의무를 지게된다⁵⁾. 이에 대한 헌법재판소나 법원의 판례가 구체적으로 아직 나타나지 않은 상황에서, 이 문제에 대해서 헌법적 측면에서 검토해 보는 것은 매우 중요한 의미를 가진다.

II. 코로나 방역조치에 대한 국가책임이론에 따른 보상법리의 전개

국가행위의 법적합성 요구는 법치국가실현의 가장 기본적 구성요소이다. 이러한 점에서 볼 때 행정의 법률적합성(Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung)의 요구는 헌법상의 법치국가 원리 구현에 있어서 중요한 역할을 수행한다. 국가기관의 범위반적 행위로 인하여 개인의 자유와 권리가 침해되는 경우에 있어서, 이에 대한 국가의 법적책임(Staatshaftung)과 배상(Entschädigung)의 보장은 헌법상의 법치국가 원리 실현에 기여한다⁶⁾.

코로나바이러스에 대한 국가의 방역조치의 실행으로 인하여 개인의 자유와 권리가 침해된 경우에, 이에 대한 시민의 국가에 대한 법적구제청구권의 행사는 법치국가원리에 근거하여 인정될 수 있다. 시민의 권리보장을 위한 법적구제실현은 다음의 두 가지 방법에 의하여 실현된다. 첫 번째로 공권력에 의하여 개인의 권리침해에 대한 우리 헌법 제27조의 재판청구권의 보장을 통한 사법적 구제청구권의 행사가 고려될 수 있다. 두 번째로 이미 행해진 범위반적인 공권력의 행사로 인한 개인의 권리침해가 법원을 통한 재판청구권의 행사를 통해서 더 이상 구제될 수 없는 경우에는, 국가는 이 경우에도 법치국가 원리 실현을 위하여 범위반적인 국가행위에 대한 광범위한 국가책임을 인정한다. 국가책임법(Staatshaftungsrecht)은 국가의 공권력의 행사의 결과로 인하여 발생하는 시민의 청구권을 핵심적 내용으로 하는 공법적 배상법(Recht der öffentlichen Erstattleistung)으로 영역으로 볼 수 있다. 따라서 국가책임의 문제는 국가행위가 특정한 결과를 발생시키고, 이로 인하여 시민의 국가에 대한 청구권이 발생하였을 때, 이에 시민의 청구권에 대한 국가의 배상책임의 인정의 문제로 귀결된다⁷⁾. 이러한 국가책임에 대한 시민의 접근을 국가배상법은

5) Foroud Shirvani, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht. Zum Reformbedarf im IfSG-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, S. 1457.

6) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 10 Rn. 238.

다음의 법개념들의 확정을 통해서 제한하고 있다: ① 공무원의 불법행위에 대한 손해배상의 책임(Amtshaftungsanspruch), ② 공법상 결과제거 청구권(Folgenbeseitigungsanspruch), ③ 수용적 제한(enteigende Eingriffe)과 수용유사적 제한(enteignungsgleiche Eingriffe)에 대한 보상청구권, ④ 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch). 이러한 다양한 시민의 배상청구권들에 대한 국가의 배상책임의 인정을 통해서 국가는 예컨대, 생명과 신체 그리고 건강 및 재산과 같은 법원의 회복적 판결을 통해서 복구될 수 없는 손해에 대한 배상을 하게 된다. 이를 통해서 국가는 이러한 국가의 위법행위에 대한 손해배상 책임의 인정을 통해서 법치국가적 정의실현에 기여한다⁸⁾.

1. 국가배상청구권과 공공성의 범위를 넘어서는 특별한 희생에 대한 보상청구권

우리 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률은 제70조의 손실보상과 별도로 제71조에 예방접종 등에 따른 피해에 대한 국가보상을 인정하고 있다. 이러한 제한적인 감염병예방법상의 국가배상책임의 인정에도 불구하고, 국가의 방역조치 실행과정에 발생하는 범위반적 국가행위로 개인에게 손해가 발생한 경우에는 우리 헌법 제29조의 국가배상책임이 인정되어야만 할 것이다. 이와 관련하여 최근에 여러 가지 문제점들을 야기하고 있는 국가가 전체시민들에 대한 가능한 한 신속하게 그리고 광범위하게 코로나 백신을 접종하는 만드는 국가의 백신접종 증진강화책임의 인정과 이의 보장을 위한 입법 의무의 인정 그리고 더 나아가서 이러한 국가의 백신접종의 증진보장을 통해서 행진 백신접종의 결과, 특히 백신의 부작용과 관련된 결과들에 대한 국가의 책임을 인정하게 만드는 법규정의 제정에 대한 입법자의 입법 의무의 인정과 이에 대한 입법적 불충분성 뿐만 아니라 이 규정의 헌법적 적합성의 문제들이 제기될 수 있다.

공무원의 직무로 인하여 불법행위에 대한 배상책임의 국가로의 이전은 바이마르 헌법(WRV) 제131조에 근거를 두고 있다. 바이마르 헌법 제131조는 당시에 몇몇 연방주들이 인정하였던 배상책임의 국가이전조항을 통일화시킨 것이다⁹⁾. 이러한 국가에 대한 배상책임의 이전은 (예를 들면, 포함되어야만 사항이

7) Vgl. Heiko Sauer, Staatshaftungsrecht. Eine Systematisierung für Fallbearbeitung, JuS 2012, S. 695.

8) Klopfer, 위의 책(주 6), § 10 Rn. 238.

9) Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl.,

배제된 인가(unterlassene Genehmigung)의 발령과 같이) 시민이 국가에 대하여 원상회복(Naturalrestitution)을 요구할 수 있는 효력을 발생하는 것은 아니다. 왜냐하면 사인은 어떠한 공권력 행사를 할 수 없기 때문에, 이에 대한 국가의 책임은 시민이 국가에 대하여 금전적 배상(Geldersatz)을 요구하는 것에 한정된다.

우리 헌법 제23조 제1항 제2문은 입법자가 재산권의 내용과 한계에 대해서 법률로 규정하도록 하고 있다. 따라서 팬데믹 상황에서 국가가 시민의 생명과 건강보호를 위한 국가적 방역조치의 실행으로 인하여 발생하는 시민의 재산권 및 경제적 권리의 손실에 대한 보상규정을 법률을 통해서 잘 마련하고 있지 않다면, 이러한 입법자의 의무위반이 헌법 제23조 제1항 제2문 위반인지 여부에 대한 헌법적 검토가 행해질 필요가 있다¹⁰⁾. 영업중지 내지 영업제한 등 국가의 방역조치의 실행을 위한 적법한 국가권력의 행사로 인하여 우리 헌법 제23조 제2항 속에 규정된 재산권의 사회적 구속성, 즉 일반적으로 인정되는 공공성(Allgemeinheit)의 범위를 넘어서는 특별한 희생(Sonderopfer)이 발생하는 경우에는, 국가는 입법자의 입법을 통해서 이에 대한 보상(Entschädigung)을 해야만 한다¹¹⁾.

국가의 불법행위로 인한 손해에 대한 배상책임 그리고 국가의 적법행위로 인하여 발생한 특별한 희생에 대한 보상의무의 원칙적 인정의 필요성은 법치국가 원리에서 도출된다. 그렇지만 이에 상응하는 개별적 청구권은 헌법적 근거는 우리 헌법 제29조 제1항, 제23조 제3항에서 찾을 수 있다. 독일의 경우에는 기본법 제34조, 제14조 제3항, 그 외에도 희생에 대한 보상청구(aufopferungsansprüche)에 관련하여 기본법 제2조 제1항이 헌법적 근거로 원용될 수 있다¹²⁾. 그 외에도 독일의 경우 수용적 제한(enteignende Eingriff) 혹은 수용유사적 제한(enteignungsgleiche Eingriff)에 대한 몇몇 청구권도 관습법(Gewohnheitsrecht)에 근거하여 인정된다¹³⁾. 독일의 경우 독일민법 제839조와 결부된 기본법 제34조의 국가배상책임은 법위반적인 국가행위로 인한 손해배상의 청구권인데 반하여, 수용유사적 내지 특별희생유사적 제한에 근거한 청구권(Ansprüche aus enteignungsgleichem bzw. aufopferungsgleichem Eingriff)은 공법적 결과제거 청

Tübingen 2006, Art. 34 Rn. 4 ff.; Bergwanger, 앞의 논문(주 1), S. 1805.

10) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1457.

11) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 240.

12) Vgl. Sauer, 앞의 논문(주 7), S. 695 f.

13) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 241.

구권(öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch)에 해당한다¹⁴⁾. 예를 들면 공용수용, 그리고 특별한 수인의무가 부과되는 재산권의 내용 및 한계규정(besonders belastende Inhalts- und Schrankenbestimmungen)에 따른 제한, 수용적 제한(enteigender Eingriff) 그리고 희생(Aufopferung)에 근거한 청구권은 적법한 국가행위로 인하여 발생하는 손실보상 청구권에 해당한다. 이를 넘어서서 공법적 배상청구권(öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch), 명백한 구분이 어려운 공법적 채무관계(öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis)의 영역 속에서 의무위반(Pflichtsverletzung)에 근거한 청구권도 있다¹⁵⁾.

국가의 불법행위에 의한 국가의 손해배상책임과 적법한 국가행위로 인한 국가의 보상책임에 대한 명백한 한계설정과 구분은 시간이 흐름에 따라 판례 속에서 서로 희미해지게 되었다¹⁶⁾. 수용유사적 혹은 희생유사적 제한(enteignungsgleicher oder aufopferungsgleicher Eingriff)에 대하여 판례를 통해서 인정된 국가적 책임(Haftung)의 개념은 그 자체의 범위반적 국가행위에 대한 개념적 종속성에도 불구하고 적법한 국가권력의 행사로 인하여 발생하는 특별한 희생(Sonderopfer)에 대한 보상청구를 인정하는 희생법(Aufopferungsrecht)에 법적 근거를 두고 있다¹⁷⁾.

이러한 점들을 고려해 볼 때 감염병예방법상의 규정 속에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가배상관련 규정과 시민의 공공성의 범위를 넘어서는 특별한 희생에 대한 국가보상청구권의 불인정은 입법자의 입법적 불비로 볼 수 있다. 이에 대한 국가책임의 인정여부를 헌법상의 시민의 재산권 보장의 측면에서 대해서 검토해 본다.

2. 시민의 재산권 보장의 측면에서 본 특별한 희생에 대한 보상청구권 불인정의 입법적 불비에 대한 국가책임

Coronavirus SARS-CoV-2의 전세계적인 대유행으로 인하여 발생한 한국에서의 감염자 증가는 필연적으로 중앙정부와 지방정부가 Covid-19 바이러스의 감염으로부터 시민을 보호하고, 감염확대로 인한 국가적 보건체계(Gesundheitssystem)의 과부하로 인한 마비를 방지하기 위한 방역조치를 실행

14) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 242.

15) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 243.

16) Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 1.

17) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 244.

하게 만든다. Covid-19 바이러스의 대유행 상황과 심각과 완화가 반복되는 과정에서 중앙정부와 지방정부는 법규명령(Rechtsverordnungen)적 성격을 가지는 질병관리청 혹은 시도지사의 행정명령을 통해서 많은 영업중지 혹은 제한 조치와 행사나 모임금지를 명령하고 있다. 이러한 행정명령들은 그때그때의 팬데믹 상황에 따라서 영업금지와 이에 대한 완화 및 해제조치를 반복적으로 명령하고 있다. 독일의 경우에도 이러한 행정명령을 통한 영업제한조치들에 대해서 많은 행정법원들이 법적합성을 인정하고 있음에도 불구하고, 여전히 헌법위반성의 문제는 남게 된다. 왜냐하면 이러한 행정법원들의 판단들 속에 이러한 조치들의 헌법상의 재산권 보장과의 합치여부에 대한 판단은 행해지지 않았기 때문이다¹⁸⁾.

특히 클럽, 디스코텍 그리고 이와 유사한 유흥업종들의 영업으로 인하여 발생하는 감염위험의 증가를 저지하기 위해서, 이들 영업장들에 대한 영업금지가 행정명령을 통해서 행해진다. 더 나아가서 대규모 국가나 시의 축제나 모임이나 행사와 같은 비정치적 집회 그리고 정치적 집회를 통한 감염을 방지하기 위하여 사회적 거리두기 단계설정에 따라서 5인 이상 집합금지와 같은 집회 및 일반적 행동의 자유가 제한된다.

영업금지 그리고 이와 유사한 사실상의 영업중지 조치가 오래 지속되면 될수록, 이로 인하여 발생하는 기업 혹은 영업주의 손실과 부담은 더욱 더 가중되게 된다. 설사 국가가 이러한 업종에 해당되는 기업 혹은 영업자에 대한 지원금 마련을 통해서 재정적 손실을 보충해 준다고 할지라도, 이러한 손실을 충분히 보상할 정도로 국가예산은 넉넉하지 않다는 문제점이 존재한다.

이러한 여러 가지 상황들을 고려해 볼 때, 범위반적 공권력 행사에 대한 국가책임의 영역에 있어서 코로나바이러스 방역으로 인한 기본권 제한입법에 있어서 보상청구권의 불인정으로 인한 입법적 불법에 대한 국가책임(Haftung für legislatives Unrecht)은 원칙적으로 인정되지 않는다. 일반적으로 입법자는 헌법위반적 법률(verfassungswidrige Gesetze)로 인하여 발생하는 손해에 대한 법적 책임지지 않는다. 이러한 손해에 대한 조정은 법원의 과제가 아니라 입법자의 과제(Sache)이다¹⁹⁾.

이에 대한 예외는 유럽연합의 구성국가들의 유럽연합법 위반에 대한 국가적 책임의 인정과 관련하여 유럽연합의 구성국가는 유럽연합의 지침(Richtlinie)의 하자있는 혹은 이행하지 않는 법률적 전환(mangelhafte oder unterlassene

18) Antweiler, 앞의 논문(주 3), S. 585.

19) 예를 들면 BGHZ 100, 136 ff., 142, 259 ff.

gesetzliche Umsetzung) 혹은 행정입법(exekutive Rechtsetzung) (법규명령(Rechtsverordnung), 조례(Satzung))에 대한 법적 책임을 진다. 예를 들면, 건축계획의 공포(Erlass von Bebauungsplänen)와 같은 행정입법의 경우에는 관련 당사자의 범위가 제한되고, 그로 인한 개별화(Individualisierung)가 수반되기 때문에, 이 경우에는 범위반적인 일반적-추상적 규정(rechtswidrige generell-abstrakte Regelung)의 공포의 경우에만 책임이 인정될 수 있다²⁰⁾.

Ⅲ. 영업금지나 제한으로 인하여 발생한 손실에 대한 보상청구권의 법적 근거로서 재산권

이러한 현실적 상황에서 기업이나 영업자들이 국가의 공권력 실행으로 인하여 발생한 영업금지나 제한으로 인하여 발생한 손실에 대한 보상을 국가에 요구하려고 시도한다면, 우선적으로 이에 대한 법적 근거에 대해서 검토해보아야만 한다. 팬데믹 상황에서의 영업제한이 원칙적으로 적법한 것이라고 평가하여, 국가가 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 속에서 보상청구권(Entschädigungsansprüche)을 규정하지 않거나 혹은 일반적인 국가책임법에 근거한 보상청구권(Ansprüche aus dem allgemeinen Staatshaftungsrecht)을 인정하지 않는다면, 이러한 상황의 헌법상의 재산권 보장의 측면에서의 헌법적 합성 여부에 대한 이론적 검토가 필요하다.

헌법 제23조 제1항의 재산권은 재산(Eigentum)과 상속권을 보호한다. 헌법 제23조 제2항에 의하여 재산권의 내용과 한계는 입법자에 의하여 확정된다. 따라서 우리 헌법상의 재산권 보장의 대상이 되는 재산과 상속권은 법질서 이전에 선재된 자연적 권리가 아닌, 법질서에 의하여 형성되는 권리로 인정된다. 따라서 재산권의 보호내용은 이른바 규범에 의하여 확정된 보호영역(sog. normgeprägter Schutzbereich)이 된다. 우리 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권의 내용은 입법자에 의하여 보장되는 재산적 가치(vermögenswerte Rechte)가 있는 권리들의 합계(Summe)이다. 헌법이론상의 일반적인 영업과 관련된 재산권의 보호영역 속에는 조직되어지고 행사되어진 영업에 대한 권리(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)만

20) 이에 대해서는 BGHZ 106, 323 ff., 113, 367 ff., 142, 259 ff; Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 246.

이 포함된다²¹⁾. 중앙정부 혹은 지방정부의 행정명령을 통한 영업제한과 금지
 는 이러한 현재의 시점에서 확정될 수 있는 영업활동 뿐만 아니라 미래의 불
 확실한 영업상의 기회까지 포함될 수 있는 헌법상의 재산권의 넓은 보호영역
 (weiteren Schutzbereich)을 제한한다. 따라서 이러한 국가의 전방위적이고 광
 범위한 영업의 자유 제한개념(Eingriffsbegriff)은 필연적으로 재산권의 넓은 보
 호영역의 확정을 요구하게 만든다²²⁾. 이러한 넓은 재산권의 보호영역에 의하
 면, 기본권에 의하여 보장된 자유의 행사나 향유를 법적으로 혹은 사실적으로
 불가능하게 만들거나 혹은 어렵게 만드는 모든 국가행위는 헌법상의 재산권
 제한으로 인정된다²³⁾. 사용의 축소적 제한(Beschränkung) 혹은 재산적 지위의
 박탈을 통해서 행해지는 국가에 의한 재산권의 제한은 국가의 법규범 혹은 개
 별적 행위를 통해서 행해진다. 재산권의 광범위한 보호영역 개념 국가의 사실
 행위(Realakte)에 근거한 재산권의 사용의 실제적 혹은 간접적인 축소적 제약
 (Beeinträchtigung)이 현실적으로 증명될 수 있다면, 재산권의 광범위한 보호영
 역 개념의 인정을 통한 재산권의 제한(Eingriff)이 인정될 수 있다²⁴⁾.

일반적으로 재산권의 보호영역은 현재의 시점에서 규범에 의하여 확정된다
 (normgeprägte Schutzbereich). 이렇게 규범에 의하여 형성되는 재산권의 보호
 영역을 보다 광범위하게 설정하게 된다면, 헌법상의 재산권 보장에 의하여 보호
 되는 법적 지위가 완전히 박탈되었는가 혹은 이에 대한 기본권 주체의 사용이
 축소적으로 제한되고 있는지 여부가 기본권 제한의 성립여부에 대한 중요한 판
 단기준이 된다. 따라서 이 경우에는 기본권 제한이 규범을 통해서 혹은 국가의
 개별행위를 통해서 직접적으로 행해지는지 여부는 그렇게 중요하지 않게 된
 다²⁵⁾. 따라서 이러한 넓은 재산권의 보호영역을 인정하게 되면 중앙정부 혹은
 지방정부의 행정명령에 의한 영업의 자유의 제한은 영업주의 재산권의 제한이
 된다. 민사법적인 관점에도 볼 때 영업주의 건물공간의 사용과 관련된 여러가지
 권리들, 특히 이 영업주 상가임대차를 통해서 사용하는 공간의 사용과 관련된
 권리의 축소적 제한은 조직되어지고 행사되어진 영업 그 자체에 대한 제한이 된
 다. 공법적인 측면에서 볼 때에도 요식업과 같이 공법적인 특별한 허가가 필요
 한 영업의 자유에 대한 축소적 제약 역시 당연히 기본권 제한이 성립된다²⁶⁾.

21) Bergwanger, 앞의 논문(주 1), S. 1805.

22) Vgl. Antweilder, 앞의 논문(주 3), S. 585.

23) Peter Axer, in: Volker Epping/Christian Hillbruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 46.
 Aufl., München 2021, Art. 14 Rn. 69.

24) Axer, 위의 책, Art. 14 Rn. 69.

25) Antweilder, 앞의 논문(주 3), S. 585.

이러한 재산권이 보호영역에 대한 재산권의 제한여부를 확정하기 위해서는 우선적으로 헌법 속에 재산권의 내용규정(Inhaltsbestimmung), 한계규정(Schrankenbestimmung) 그리고 공용수용 규정(Enteignung)의 상관관계에 대한 헌법해석적 검토가 우선적으로 행해질 필요가 있다. 왜냐하면 헌법상의 재산권 관련규정들을 통해서 국가행위의 재산권 제한여부(Eingriffsqualität)에 대한 정확한 판단이 행해질 수 있기 때문이다.

1. 사실상의 수용개념인정 따른 보상청구권의 인정

재산박탈은 유럽인권법원(EGMR)의 판례에 의하면 완전하고 영구적인 재산소유자 지위의 상실로 규정된다. 재산소유자의 지위가 국가 내지 제3자에게 이전되는 형식적인 수용(förmliche Enteignung/formal expropriation/expropriation formelle)의 경우가 바로 여기에 해당한다²⁷⁾. 팬데믹 상황에 취약한 업종들에 대한 경제적 어려움과 경제적 불평등이 가중되는 현재의 상황들을 고려해 본다면, 코로나 방역조치의 실행으로 인하여 행해지는 영업중지나 영업제한의 결과로 이러한 재산박탈에 해당되는 경우는 거의 발생할 수 없다고 장담할 수 없다, 장기간 지속되는 영업중지나 제한이 개인의 생존의 기반이 되는 영업기반의 상실로 이어진다면, 이러한 상황의 발생은 그 결과에 있어서는 재산박탈과 같다. 따라서 이러한 특별한 경제적 희생을 감수하게 되는 경제분야에 대한 국가의 지원과 적절한 보상청구권의 인정은 허용되어야만 한다. 이와 관련하여 바로 직접적인 비교는 허용될 수는 없지만, 법논리의 전개의 측면에서 마치 심각한 가축전염병의 확산을 저지하기 위하여 전염병 발생지역의 전체동물들을 모두 도살처분하는 경우에 대해서 공용수용과 동일한 논리가 적용될 수 있다²⁸⁾. 왜냐하면 이러한 처분은 실행은 이에 대한 보상없이 불가능하기 때문이다.

위에서 언급한 바와 같이 형식적인 소유자로서 영업주의 지위에는 아무런 변화가 없지만, 영업주인 소유자로부터 소유와 관련된 영업상의 권리를 영업중지나 영업제한을 통해서 빼앗아 가는 것을 통하여 소유자의 지위가 사실상 사라지게 경우에는 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 제1항 제2문의 의미 속의 수용은 더 나아가서 사실상의 수용(de-facto Enteignung)도 포함하게 된다²⁹⁾ 이

26) Antweilder, 앞의 논문(주 3), S. 585.

27) EGMR, Nr. 7151/75 v. 23. 9. 1985, Rn. 63: vgl. Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 17.

28) EuGH, Rs. 20/00, Slg. 2003, I-7411 Rn. 79 ff.

29) EGMR, Nr.34044/02 - Depalle, 29.3.2010, Rn.78; Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 18.

러한 사실상의 수용 개념인정의 전제조건은 소유자가 모든 관련된(의미있는) 사용 그리고 처분으로부터 배제된 경우이다³⁰⁾. 이와 관련하여 유럽공동체법원(EuGH)은 보다 광범위한 이용제한을 수용으로 보지 않았다. 왜냐하면 이 경우에는 아무리 확실히 낮은 가격이라 할지라도, 소유자가 재산에 대한 처분가능성을 가지고 있기 때문이다³¹⁾. 사실상의 수용개념은 명백히 실질적 의미에서의 독일의 공용수용 개념보다는 그 범위가 더 좁다. 이러한 영업재산의 박탈과 유사한 상황에 적용되는 사실상의 수용 개념의 적용의 필요성뿐만 아니라, 다른 형태로 행해지는 영업의 제한으로 인하여 재산의 제한에 대해서도 보상청구권이 인정이 필요하기 때문에, 코로나바이러스 방역으로 인한 영업의 제한 영역에 대한 사실상의 수용개념의 확장적 적용의 필요성은 그렇게 크다고 볼 수는 없지만 이에 대한 이론적인 측면뿐만 아니라 판례법인 보상근거로서의 원용가치는 충분하다고 판단된다.

이러한 재산박탈에 대해서는 보상이 되어야만 한다. 이에 대해서는 예외가 없다. 보상은 적절한 시기에 행해져야만 한다. 그 외에도 보상은 알맞은 정당한 것(angemessen/fair/juste)이어야만 한다. 정당한 보상의 액수는 구체적 상황에 달려있다. 따라서 정당한 보상액수가 필수적으로 완전한 시장가격에 의한 것일 필요는 없다³²⁾. 보상액의 산정에 있어서 재산박탈의 기간 그리고 보상의 지불에 있어서는 보상의 지연이 고려되어야만 한다. 또한 보상액수의 확정에서 반박할 수 없는 가치증가의 추정을 기초로 하는 것은 허용되지 않는다³³⁾.

독일 연방헌법재판소의 판례와 같이 분리이론(Trennungstheorie)을 취하고 않고, 경계이론(Schwellentheorie)을 채택하는 경우에는 보상규정은 재산박탈을 규정하고 있는 법률에 미리 규정되어 있을 필요는 없다. 독일의 분리이론적 관점에서 본 구별기준은 기본법 제14조 제3항(우리 헌법 제23조 제3항과 유사하지만 거의 같지는 않은)의 공용수용(Enteignung)은 현재의 구체적인 재산권적인 지위(Eigentumsposition)의 박탈을 목적으로 하는데 반하여, 기본법 제14조 제1항과 2항(우리 헌법 제23조 제1항과 제2항과 유사한)의 재산권의 내용과 한계규정(Inhalts- und Schrankenbestimmung)은 미래상황과 관련된 새로운 판단기준(zukunftsorientierte Neudefinition)이다.

코로나바이러스 감염확산을 방지하기 위한 중앙정부와 지방정부의 행정명령

30) EGMR, Nr. 12033/86 (1991) Rn. 45; Nr. 14556/89 (1993) Rn. 43 f.

31) EuGH, C-44/79 - Hauer, Slg. 1979, 3727 Rn. 19; Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 18.

32) EGMR, Nr. 31423/96 (1999) Rn. 48.

33) EGMR, Nr. 31423/96 (1999) Rn. 53 f. = EuGRZ 1999, 319.

에 의한 영업금지규정은 영업주로 하여금 일시적인 영업중단을 명령한다. 이를 통해서 영업주는 헌법상의 재산권 보장규정에 의하여 보호되는 자신의 법적 지위가 제한당한다. 이러한 제한의 목적은 헌법 제23조 제3항의 공용수용에서 요구되는 특정한 공적인 목적으로 위한 재화의 조달(Beschaffung der Güter)이 아닌, 감염의 확산의 저지를 통한 국민의 생명과 건강보호와 국가보건체계의 적절한 기능유지이다. 독일연방헌법재판소의 판례에 의하면 헌법 제23조 제3항에 의한 공용수용은 공권력에 의한 재산권의 박탈(Zugriff)을 공권력과 공권력 외에 공용수용을 통해서 이익을 보는 자(Enteignungsbegünstigte)를 위한 재산 공급(Güterbeschaffung)이 된다는 것을 부득이하게 전제조건으로 요구한다. 이러한 요소가 결여되어 있다면, 사후에 조정적 보상의무가 부여되는 재산권의 내용과 한계규정(Inhalts- und Schrankenbestimmung)의 문제가 된다. 따라서 중앙정부와 지방정부의 행정명령에 의한 영업제한과 중지 에 대해서는 헌법 제23조 제3항이 아닌, 헌법 제23조 제1항과 제2항의 재산권의 내용과 한계규정이 적용된다³⁴⁾. 이렇게 볼 때 우리 헌법상의 재산권 보장체계에 분리이론을 적용한다면, 코로나 바이러스 방역으로 인한 영업의 자유의 제한으로 발생한 재산의 사실상의 수용에 대한 보상청구권의 헌법적 근거는 우리 헌법 제23조 제1항과 제2항이다. 우리 헌법 제23조 제1항과 제2항은 조정의무가 인정되는 재산권의 내용 및 한계규정에 근거한 청구권(Anspruch aus ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen)의 헌법적 근거규정이 된다.

따라서 영업제한과 금지를 명령하고 있는 행정명령상의 재산권 제한규정을 통해서 추구된 공적인 목적이 기본권 주체에 대하여 수인불가능한 정도의 피해부담을 야기하는 특별한 희생을 발생시키는 사례(besondere Härtefälle)³⁵⁾가 된다면, 이에 대해서 입법자는 사후에 조정적 보상규정을 마련해야만 한다. 이러한 수인불가능한 피해를 방지하고, 비례성 원칙, 평등원칙 그리고 신뢰보호의 원칙의 위반을 방지하기 위하여 다음의 두 가지 단계의 개념적 구상에 의한 조정규정을 마련해야만 한다: 우선적으로 경과규정, 예외규정 그리고 면제 규정 혹은 그 이외의 행정적 내지 기술적 피해예방수단의 제공을 통해서 비례성 원칙에 위반되는 재산권자의 피해의 부담을 방지하는 법률적 토대를 마련해야만 한다. 이러한 법률규정의 제정 혹은 대비책 마련을 통해서도 피해에 대한 조정이 불가능하게 되면 이차적으로 이에 대한 재정적 보상이 고려되어야만 한다³⁶⁾.

34) Antweiler, 앞의 논문(주 3), S. 586; Berwanger, 앞의 논문(주 1), S. 1806.

35) BVerfGE, 100, 226 (244) = NVwZ 1999, S. 1218 = NJW 1999, S. 2877.

2. 국가가 공공복리를 이유로 시민에게 특별한 희생을 요구하는 것에 대한 보상청구권의 적용

국가는 자신의 불법에 대한 배상책임뿐만 아니라, 이를 넘어서서 국가가 공공복리(Allgemeinwohl)를 이유로 하여 개별 시민에 대하여 특별한 희생(Sonderopfer)을 요구하는 경우에도 이에 대한 손실보상책임(Entschädigung)을 진다, 이러한 국가의 손실보상의 기본적 사고(Grundgedanke)는 시민이 공중(Allgemeinheit)을 위해서 자신의 권리를 포기한 것, 즉 시민의 특별한 손실발생(Sonderbelastung)에 대한 대가로서 보상을 해주어만 한다는 것이다³⁷⁾.

이러한 특별한 희생에 대한 국가의 보상의무는 1794년의 프로이센 일반주법의 전문(Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (EinALR)) 제74조, 제75조 속에 처음으로 규정되었다. 그 이후부터 이러한 국가의 보상의무는 다양한 형태로 독일법질서에 규정되어 왔다. 독일 기본법은 이러한 특별한 희생에 대한 보상적 사고(Aufopferungsgedanken)의 구체화를 공용수용(Enteignung)에 대한 보상의무를 규정하고 있는 제14조 제3항을 통해서 실현하고 있다. 오늘날 일반적으로 재산적 가치가 있는 지위에 대한 제한(Eingriffe in vermögenswerte Position)을 통해서 발생한 특별한 희생(Sonderopfer)은 공용수용(Enteignung)으로 인정되고, 재산적 가치가 없는 지위에 대한 특별한 희생은 희생(Aufopferung)으로 인정된다.

독일 기본법상의 개념적 구상(Konzeption)에 의하면, 공용수용(Enteignung)으로 설명되는 재산권에 대한 제한은 공공복리(Wohl der Allgemeinheit) 그리고 보상(Entschädigung)의 종류와 범위에 대해서 규정하고 있는 법률에 의하여 혹은 법률에 근거해서만 가능하기 때문에, 일반적으로 재산권에 대한 손실적 제한이 발생하지만, 사전에 보상의무가 미리 법률에 규정되어 있지 않은 재산의 손실에 대한 보상에 대해서는 기본법 제14조 제1항과 제2항의 재산권의 내용과 한계규정(belastende - aber entschädigungsfreie - Inhalts- und Schrankenbestimmungen)이 예외 없이 적용된다. 우리 헌법재판소도 1998년의 도시계획법 제21조 의 위헌여부에 관한 헌법소원에 대한 결정³⁸⁾에서 분리이론을 채택하였기 때문에 코로나바이러스 방역에 의한 영업중지 및 영업제한으로

36) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1461 f.; Berwanger, 앞의 논문(주 1), =S. 1806

37) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 252.

38) 헌법재판소 전원재판부 89헌마214, 1998. 12. 24.

인하여 발생한 재산손실에 대한 보상청구권의 헌법적 근거는 우리 헌법 제23조 제1항과 제2항이다.

독일연방헌법재판소(BVerfG)는 Nassauskiessungsentscheidung³⁹⁾ 결정이래로 협의의 그리고 형식화된 공용수용 개념(enger und formalisierter Eigentumsbegriff)⁴⁰⁾을 견지하였기 때문에, 헌법인 기본법에 의하여 보호되는 재산권에 가해진 비교적 상대적으로 약한 손실적 제한(Belastung)에 대해서도 여전히 기본법 제14조 제3항이 적용여부에 대한 의문이 제기된다⁴¹⁾. 독일연방헌법재판소가 형식화된 공용수용 개념을 인정하였기 때문에, 재산권의 내용 및 한계규정에 대한 제한강도(Eingriffsintensität)가 공용수용에 비견될 정도로 인정되는 경우에 기본법 제14조 제3항을 적용할 수 없게 되었다. 이러한 사례에 있어서 재산권자의 이익을 정당하게 보호하기 위하여, 독일연방헌법재판소는 체계위반적인⁴²⁾ 조정의무가 수반된 재산권의 내용 및 한계규정(systemwidrige, ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen)을 창조하였다⁴³⁾. 독일연방헌법재판소는 특별히 중대한 재산권의 손실적 제한(besonders schwere Belastung)이 발생한 경우에는 과잉금지 원칙의 적용을 통해서 파생된 개념인이 조정적 보상의무 규정이 필요한 것으로 해석하였다. 따라서 재산권의 중대한 손실적 제한이 발생한 경우에 이러한 조정적 보상의무규정이 결여된 경우에는 재산권의 중대한 손실적 제한을 발생하게 만드는 내용 및 한계규정은 헌법위반이다⁴⁴⁾.

독일의 경우에도 감염병의 예방 및 극복에 관한 법률 속에 이들에 대한 보상규정을 두고 있지 않고 있다. 설사 동법 제56조 제1항 제1문 그리고 제65조 제1항 제1문 속의 두 개의 보상구성요건규정(Entschädigungstatbestände)을 통해서 이에 대한 보상청구권을 도출해 낼 수 없다. 독일 감염병의 예방 및 극복에 관한 법률 제56조 제1항 제1문은 행정관청이 특히 격리자(Ausscheider), 감염의심자(Ansteckungsverdächtige) 혹은 발병의심자(Krankheitsverdächtige)로서 행위금지(Tätigkeitsverbot)를 명령한 경우에 대한 보상을 규정하고 있다⁴⁵⁾.

39) BVerfGE 58, 300 (330 ff.).

40) BVerfGE 79, 174 (191); 104, 1 (10) - Baulandumlegung

41) Kloepfer, 앞의 책, § 10 Rn. 254.

42) 재산권에 대한 손실적 제한(Belastung)이 발생한 경우에 대한 보상은 단지 공용수용의 경우에만 행해져야만 한다는 입장에서 본다면, 즉 기존의 경계이론의 입장에서 본다면 체계위반적으로 볼 수 있다.

43) Vgl. BVerfGE 58, 137 (149 ff.) - 납본(Pflichtexemplar); 79, 174 (192).

44) Kloepfer, 앞의 책, § 10 Rn. 255.

45) Shirvani, 앞의 논문, S. 1457.

지방정부의 행정명령에 의한 금지는 주로 수많은 영업(Betriebe)의 제한과 관련성을 가지고, 격리자, 감염의심자 등과 같은 특정한 사람에 대한 제한과 관련성을 가지지 않는다. 따라서 이 보상규정은 구성요건적 측면에서 (tatbestandsmäßig) 영업제한관련 보상청구권에는 적용되지 않는다. 독일감염병의 예방 및 극복에 관한 법률 제65조 제1항 제1문에 근거한 그 외의 보상청구권들은 단지 동법 제16조, 제17조 속에 제시된 감염병 예방초치의 실행과 관련한 보상에 적용된다.

코로나 바이러스(coronavirus)로 인한 발병이 증명된 경우에는 영업중지가 명령된다면, 그것은 독일의 경우 감염병의 예방 및 극복에 관한 법률 제32조 제1문, 제28조 제1항에 근거한 감염병의 극복을 위한 조치에 해당한다⁴⁶⁾. 따라서 이 경우에는 동법 제65조 제1항 제1문은 적용되지 않는다. 또한 영업중지의 대상이 된 영업자나 기업의 경찰법 내지 질서법상의 비방해자로서의 보상청구권 인정도 고려될 수 없다. 왜냐하면 이 영업중지는 특정한 영업자를 선정해서 행해지는 것이 아니라 일반적인 관련업종에 대한 영업중단을 요구하기 때문이다⁴⁷⁾. 이 경우 최종적으로도 수용적 제한의 청구권(Anspruch aus enteignendem Eingriff)도 인정될 수 없다. 왜냐하면 수용적 제한의 경우에는 개인이 특별한 희생자(Sonderopfer)가 되어야하기 때문이다. 따라서 개별경제분야나 업종 그리고 일련의 기업들이 관련된 손실에 대한 조정적 보상은 행해질 수 없다. 대량의 경제적 손실에 대해서 수용적 제한의 법리가 적용될 수 없다⁴⁸⁾.

분리이론을 취하고 있는 독일의 경우에는 수용적 제한 혹은 수용유사적 제한에 근거한 청구권(Anspruch aus enteignendem und aus enteignungsgleichem Eingriff) 및 희생에 근거한 청구권(Anspruch aus Aufopferung), 희생유사적 제한을 근거로 한 청구권(Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff)은 헌법에 의하여 별도로 구체화되지 않은 희생에 대한 보상청구권(Aufopferungsansprüche)으로 보고 있다⁴⁹⁾.

46) Vgl. auch LG Hannover, COVuR 2020, S. 370 Rn. 21 ff.; Lukas Struß/Johannes Fabi, Düsseldorf, Entschädigungsansprüche für unternehmensbezogene Eingriffe nach dem IfSGS, DÖV 2020, S. 669.

47) LG Heilbronn, NVwZ 2020, S. 975 = COVuR 2020, S. 142 Rn. 21; Thomas Winter/Sophie Charlotte Thürk, in: Hubert Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, München 2020, § 17. Rn. 67.

48) Vgl. BGHZ 102, (361 f.) = NJW 1988, S. 478 = NVwZ 1988, S. 283 Ls.; LG Hannover, COVuR 2020, S. 370 Rn. 87 ff.

49) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 253.

IV. 영업제한조치의 재산권 위반성 여부

영업중지 및 영업제한 조치에 대한 독일과 같이 감염병의 예방 및 극복에 관한 법률(IfSG) 속에 조정적 보상규정이 실정법 속에 규정되어 있지 않다면, 이러한 입법자의 입법적 불비가 헌법적으로 정당화될 수 있는가? 이 문제를 Foroud Shirvani 교수는 헌법상의 재산권 보장과의 합치여부에 대한 검토의 문제로 보아야 한다고 보고 있다. 왜냐하면 직업의 자유 기본권으로 부터는 이에 대한 보상청구권을 이끌어 낼 수 없기 때문이다⁵⁰⁾.

오랫동안 영업중지나 제한을 동안 영업주나 상점주인의 경우에 헌법상의 재산권 보장침해를 주장하려면 헌법상의 재산권 보장의 대상이 되는 조직되어지고 행사되어진 영업에 관한 권리(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)를 원용하여야만 한다.

기업에 대한 재산권적 보호와 관련하여 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 기업의 개별적 권리들과 생산품과 같은 재화(Güter)에 대한 보호는 인정하였다(원물(Substanz), 인접적 권리의 핵심적 내용(Kernbereich des Anliegenrechts)). 그러나 사실적인 주어진 상황(tatsächliche Gegebenheiten), 내지 현재의 영업상의 거래관계 그리고 유리한 주변적 상황조건(Lage)은 재산권의 보호영역에 포함시키지 않았다. 독일연방법원(BGH)의 판례에 의하면 조직되어지고 행사되어진 영업에 대한 권리는 독일민법 제823조 손해배상의무(Schadensersatzpflicht)의 의미 속의 ‘그 이외의 권리(sonstiges Recht)’로서 보호된다. 그러나 헌법 제23조에 의한 기업이나 영업에 대한 보호는 영업 그 자체의 정지를 목적으로 하는, 그 존속을 위협하는 영업과 관련된 직접적 침해로부터 보호하는 데 한정된다.

조직되어지고 행사된 영업상의 권리에 대한 헌법 제23조의 재산적 가치가 있는 권리의 범위 속에 포함시키는 것과 관련하여 미래의 법적인 지위(künftige Rechtsposition)에 대한 고려는 재산적 가치가 있는 권리의 범위 속에 들어갈 수 없다. 헌법 제23조의 재산권의 보호영역의 확정에는 현재의 시점에서 확정된 재산이라는 시간적 제한이 부가된다(zeitpunktbezogen). 따라서 영업상의 이익에 대한 단순한 기대와 전망, 희망 내지 판매기회 그리고 이익기회 등은 재산권의 보호영역에 포함되지 않는다. 예컨대 현재의 영업상의 거래관계, 획득된 고객들의 명단 혹은 식당 혹은 레스토랑에서 손님을 많이 끌어들

50) Vgl. BGHZ 132, 181 (188) = NJW 1996, S. 2422; Thoms Mann, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018, Art. 12 Rn. 177 f.; 이에 대한 비판적 입장은 Papier/Shirvani, 앞의 책(주 2), Art. 14 Rn. 796; Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1458.

일 수 있는 위치, 주차의 편의성 혹은 영업적 확장가능성 등은 헌법 제23조의 재산권의 보호영역에 들어가지 않는다.

독일연방헌법재판소가 기본법 제14조의 재산권 보장의 범위 속에서 영업에 관한 권리(Recht am Gewerbebetrieb)가 포함되는지 여부에 대한 문제에 대해서 확실한 답을 내놓고 있지 않다고 할지라도⁵¹⁾, 독일의 저작들과 부분적 판례들 속의 지배적 견해는 기업(Unternehmen)을 법질서에 의하여 인정되고, 일반법(einfachrechtlich)에 의하여 보호되는 기능적통일체 그리고 조직적 통일체(Funktions- und Organisationseinheit)로서 보면서, 이에 대한 헌법상의 재산권의 보장을 인정하고 있다⁵²⁾.

영업주의(Gewerbebetrieb) 손에 의하여 통일적인 유기체(einheitlichen Organismus)로 파악되는 물적인, 인적인 그리고 그 이외의 재력의 전체성(Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel)으로 파악된다⁵³⁾. 따라서 권리와 재산의 구체적 (...) 존재형태(der „konkrete (...) Bestand an Rechten und Gütern“)로서 보호된다⁵⁴⁾. 이에 반해서 미래의 수익가능성과 기회(künftige Verdienstmöglichkeiten und Chancen)는 헌법상의 재산권 규정의 보호영역에 포함되지 않는다⁵⁵⁾. 영업의 실질적인 본질(Substanz des Gewerbebetriebs), 즉 경제적 유기체로서 영업의 실질적 경영(Betrieb als wirtschaftlichen Organismus)이 제한되고, 그와 동시에 이 유기체의 방해받지 않는 기능들이 중단되고 침해되어지면 기본권으로서 재산권이 제한된다⁵⁶⁾. 감염병으로부터의 보호를 위한 방역상의 보호조치(infektionsschutzrechtliche Maßnahmen)의 실행으로서 영업의 경영이 중지되거나 혹은 영업의 실행이 그러한 조치로 인하여 중단된다면, 영업의 본질적 내용에 대한 제한(Eingriff in

51) Vgl. BVerfGE 51, 193 (221 f.) = NJW 1980, S. 383; BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, S. 217 Rn. 240; BVerfG, Beschl. v. 30.6.2020 - BeckRS 2020, 19850 Rn. 86; Shirvani, 앞의 논문, S. 1458.

52) BGHZ 23, 157 (162 f.) = NJW 1957, S. 630; BGHZ 45, 150 (154 f.) = NJW 1966, S. 1120; BGHZ 187, 177 = NVwZ-RR 2011, S. 95 Rn. 14; Peter Axer, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, München 2020, Art. 14 Rn. 51 f.; Papier/Shirvani, 앞의 책, Art. 14, Rn. 200.

53) Papier/Shirvani, 앞의 책, Art. 14 Rn. 200.

54) BVerfGE 68, 193 (222 f.) = NJW 1985, S. 1385 = NVwZ 1985, S. 481 Ls.; BVerfGE 123, 186 (259) = NJW 2009, S. 2033.

55) BVerfGE 45, 142 (173) = NJW 1977, S. 2024; BVerfGE 68, 193 (223) = NJW 1985, S. 1385 = NVwZ 1985, S. 481 Ls.; Has D. Jarass in ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. München 2020, Art. 14 Rn. 21.

56) BGHZ 111, 349 (356) = NJW 1990, S. 3260 = NVwZ 1991, S. 201 Ls.

die Substanz des Gewerbebetriebs)이 성립된다⁵⁷⁾. 이러한 종류의 기본권 제한은 기업활동의 기본조건들을 악화시키고, 상업적 거래 기회 내지 이익창출의 기회를 악화시키는 팬데믹 극복을 위한 조치들(Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung)과 구분된다. 기업적 실체에 대한 제한(Eingriff in die Unternehmenssubstanz)이 결여된 이러한 조치들과 관련된 사례들 속에서는, 기본권 보장을 위해서 공권력에 의한 보상이 명령될 수 없다⁵⁸⁾.

1. 재산권 제한의 헌법적 정당화 심사

유럽연합의 기본권 헌장 제17조 제1항 제3문의 중요한 내용이 되고, 특히 자주 실무에서 다루어지는 사용규정(Nutzungsregelungen)은 시간적인, 공간적인 혹은 실질적인 재산의 특정한 형태의 사용만 명령하거나 혹은 금지하는 고권적 조치(hoheitliche Maßnahmen)이다. 사용규정은 문제가 되는 법적 지위의 어떠한 이전도 행해지지 않는다는 점에서 제17조 제1항 제2문의 의미 속의 재산의 박탈과 구별된다 (그럼에도 불구하고 사실상의 수용개념 때문에 양자의 명확한 한계설정은 행해질 수 없다)⁵⁹⁾. 사용규정의 예로서 농작물 재배금지과 같은 토지의 사용의 제한을 들 수 있다⁶⁰⁾. 그 외에도 생산의 제한도 예로서 언급될 수 있다⁶¹⁾. 화학비료의 사용에 대한 요구⁶²⁾, 임대차법에서의 임대인의 권리제한 혹은 채무불이행에 있어서 강제집행의 명령도 다른 예들로서 제시될 수 있다. 기본권 헌장 제17조 제1항 제3문의 의미 속의 사용규정은 또한 예를 들면 냉장고를 얼음제품의 판매에만 사용한다는 조건으로 양도하는 경우와 같은 재산에 대한 처분과도 관련성을 가진다⁶³⁾.

이러한 사용개념의 제한과 관련된 여러 가지 내용들을 살펴볼 때 코로나 바이러스 방역을 위한 영업제한들은 재산권의 사용제한으로 볼 때 있다. 물론 어떠한 조건 하에서 재산사용에 대한 규정의 간접적 결과가 재산제한(Eigenstumseinschränkung)으로 분류될 수 있는지는 명확하지 않다하더라도, 이러한 사용제한으로 인하여 재산권의 사회적 구속성을 넘어서는 특별한 희생

57) Vgl. Struß/Fabi, 앞의 논문(주 46), S. 674; Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1458.

58) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1458.

59) Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 26.

60) EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 Rn. 19.

61) EuGH, Rs. 258/81, Slg. 1982, 4261 Rn. 5, 13.

62) EuGH, Rs. 293/97, Slg. 1999, I-2603 Rn. 55.

63) EuG, Rs. 65/98, Slg. 2003, II-4653 Rn. 171; Jarass, 앞의 책, Art. 17 Rn. 26.

이 발생한다면 이에 대한 보상청구권이 인정될 수 있다. 물론 이에 대한 보상의 범위에서 단순한 전망과 같은 미래에서의 가능성 등의 제외가 여러 가지 측면에서 고려될 것이다. 그럼에도 불구하고 특별한 희생으로 인한 영업손실의 결과가 불리한 결과가 기본권 객체인 국가의 공권력 행사의 결과로서 귀속가능하다면 이에 대한 기본권 제한은 성립된다고 볼 수 있다⁶⁴⁾. 기본권 심사의 결과로서 헌법위반성이 확정된다면, 이에 대한 조정적 보상의무의 인정은 헌법적으로 정당화될 수 있다.

국가의 방역조치의 실행을 공권력 행사에 대해서도 비례성의 원칙이 보장되어야만 한다. 기본권 제한은 적합하고(geeignet), 필요하고(notwendig) 그리고 적절한 것(angemessen)이어야만 한다. ‘공정한 조정(fairer Ausgleich)’이 필요하다. 기본권 주체에게 개인적이고 과도한 불이익이 부과된다면, 공정한 조정이 결여된 것이다. 그 외의 또 다른 수용이 재산의 소유자에게 거의 재산박탈에 가까운 효과를 발생시킨다면, 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 제2문을 자주 유추적용하여 보상이 명령지워진다.

독일의 경우 영업중지를 명령하는 주법규정들(landesrechtliche Regelungen)은 시민의 건강을 보호하고, 코로나-팬데믹(corona pandemic)을 통해서 야기된 위험을 극복하기 위한 것이다. 우리나라의 경우에도 영업금지 혹은 제한을 명령하는 지방정부의 행정명령 혹은 이 행정명령의 근거가 되는 법률규정 역시 같은 목적을 지향하고 있다. 코로나 바이러스 전파위험을 강화시키는 디스토크 같은 영업공간의 중지는 이러한 예에 해당한다. 국가는 이러한 시민의 생명과 건강보호의 목적실행을 위해서 여러 가지 영업중지와 제한 같은 단호한 조치를 실행한다.

목표로 설정한 목적을 달성하기 위해서, 감염으로 부터의 보호를 위한 영업금지는 적합하고, 필요하고 그리고 적절해야만 한다(geeignet, erforderlich und angemessen). 영업의 자유를 제한하는 사용제한규정은 우리 헌법 제37조 제2항 의하여 추구된 목적에 사실상 적합하는 것 내지 기여하는 것이어야만 한다. 왜냐하면 이 규정은 적합해야만(geeignet)하기 때문이다. 당연히 시민의 생명과 건강보호를 위한 방역조치의 실행목적은 헌법적 정당화될 수 있는 것이. 이 규정과 관련된 기본권 객체의 국가의 공권력 행사는 수용가능한 것이다(vertretbar)⁶⁵⁾.

적합성 심사에서는 목적달성을 위하여 투입된 수단이 목적달성에 전혀 혹은

64) Vgl. EuGH, Rs. 200/96, Slg. 1998, I-1953 Rn. 28.

65) Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 33 참조.

객관적으로 쓸모없는 것인지(untauglich) 여부가 중요한 판단기준이 된다⁶⁶⁾. 코로나 바이러스의 확산방지를 위하여 감염위험이 높은 업종에 대한 영업제한 조치의 목적달성 가능성은 충분하다. 목적달성을 위하여 투입될 조치의 적합성 여부에 대한 판단에 있어서 원칙적으로 규범제정자에게 독자적 판단의 자율적 영역, 즉 평가영역(Einschätzungsspielraum)이 허용된다. 물론 팬데믹 상황과 관련해서 특히 방역전문가의 역학전문적 인식(fachwissenschaftliche, insbesondere epidemiologische Erkenntnisse)이 고려되어야만 한다⁶⁷⁾.

영업제한조치의 적합성에 대한 승인은 코로나 발병상황과 관련된 수집된 정보에 의하여 확인될 수 있어야만 한다. 사실적인 측면에서 특정한 사실적 발전이 어떻게 그리고 왜 기대될 수 있는지 여부에 대하여 더 이상 반박할 수 없을 정도로 설명이 되어야만 한다⁶⁸⁾. 기본권 객체의 판단여지의 영역 속에서 조치가 행하면, 단지 그 조치가 명백히 부적합한지 여부에 대해서만 심사가 행해진다. 기본권 객체의 조치가 여러 가지 목적을 동시에 추구한다면, 유럽공동체법원(EuGH)은 모든 목적을 고려하여 그 조치의 적합성 여부를 판단한다⁶⁹⁾. 그럼에도 불구하고 목적에 대한 적합성 판단은 엄격하게 행해지지 않는다. 그러나 적합성(Angemessenheit)의 판단영역에 있어서 목적에 대한 적합성의 결여는 중요한 의미를 가진다⁷⁰⁾.

사용규정은 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제1항에 의하여 추구된 목적으로 고려해 볼 때 필요한 것(erforderlich (notwendig))이어야만 한다. 필요성의 원칙은 더 이상 약한 제한이 존재하지 않아야만 한다. 그러나 동일한 효력을 가지는 제한수단이 존재하는 경우에는 아무런 문제가 되지 않는다. 보다 약한 제한수단이 존재한다는 이의를 제기하는 자는, 자신에 의하여 주장된 제한수단이 어느 정도까지 실용적이고, 추구된 규정의 목적에 적합하는지 여부를 직접 상세하게 설명하여야만 한다⁷¹⁾. 코로나 바이러스의 사회적 그리고 경제적 삶의 영역에서의 계속적 확산방지의 저지 그리고 이를 통해서 국가적 방역체계의 기능마비를 방지하기 위해서는 클럽과 디스코텍과 같은 위험업종에 대한 영업의 자유의 제한은 적합한 것으로 평가될 수 있다⁷²⁾. 목적달성을 위하여 투입

66) BVerfGE 126, 331 (361) = NVwZ-RR 2010, S. 745 Ls.; BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, S. 217 Rn. 285.

67) OVG Münster, Beschl. v. 8.7.2020 - 13 B 870/20.NE, BeckRS 2020, 15727 Rn. 23 u. 27.

68) EuGH, Rs. 232/81, Slg. 1984, 3881 Rn. 18 f.

69) Vgl. EuGH, Rs. 368/96, Slg. 1998, I-7967 Rn. 74, 83 f.

70) Jarass, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 33.

71) EuGH, Rs. 317/00, Slg. 2000, I-9541 Rn. 61; Jarass, 앞의 책, Art. 17 Rn. 33.

된 조치는 필요해야만 한다(erforderlich), 즉 제한의 최소성의 기준을 충족해야만 한다. 다른 이와 동일한 효력을 가지는 그러나 재산권을 보다 덜 축소시키는 수단이 존재하지 않는다면, 제한의 최소성(Erforderlichkeit des Eingriffs) 즉 필요성 원칙은 충족된다⁷³⁾. 보건전문가의 견해에 바탕을 둔 전문가적 관점에서 영업폐쇄를 막고, 시민의 건강보호와 감염병 확산을 저지할 수 있는 보다 약한 대안이 존재한다면, 필요성 원칙의 위반은 인정될 수 있다⁷⁴⁾.

최종적으로 영업주에 대한 영업중지로 인한 재산권의 제한은 좁은 의미의 비례성 원칙에 위반되지 않아야만 한다. 즉 적절해야만 한다(angemessen). 최종적으로 기본권 제한의 장점과 단점은 적절하게 조화되어야(angemessen) 한다. 사용규정은 추국되는 목적을 고려해 볼 때 비례원칙에 위반되는, 수인불가능한 제한이 되어서는 안 된다. 공공복리의 요구와 개인의 기본권 보장의 요구 사이의 정당한 균형이 필요하다. 법률규정에 결부된 목적의 의미가 크면 클 수록, 기본권주체에 대한 부정적 결과 보다는 더 강화된다⁷⁵⁾.

이에 대한 판단기준으로서 전체사회의 공공복리적 이익(Gemeinwohlbelange)과 재산권자의 이익 사이의 형량을 통해서 확정될 수 있는 기대가능성의 한계(Zumutbarkeitsgrenze)가 고려된다. 또한 인간의 건강보호의 목적은 특정한 경제참가자에 대하여 불이익을 발생시키는 부정적 결과의 초래도 정당화할 수 있다. 왜냐하면 공적인 건강의 보호가 경제적인 고려에 대해서 우위가 인정되어지기 때문이다⁷⁶⁾. 최종적으로 조치의 절박한 필요성 여부가 문제되어 진다. 전체적으로 법률에 의하여 추구되는 목적은 유럽공동체법원의 결정에 나타난 형량의 범위 내에서 보다 확실히 높은 비중이 부여된다⁷⁷⁾. 따라서 적절성 판단의 심사에 있어서 적용되는 중요한 심사기준은 규범 제정자(Normgeber)가 재산권자의 보호가치가 있는 이익과 공공복리적 이익의 대립에 대해서 올바른 조정(gerechter Ausgleich)을 시도하여, 양자의 균형적 관계(ausgewogenes Verhältnis)를 마련하였는지 여부에 대한 판단이다⁷⁸⁾. 따

72) OVG Münster, Beschl. v. 8.7.2020 - 13 B 870/20.NE, BeckRS 2020, 15727 Rn. 24 u. 27.

73) BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, S. 217 Rn. 289.

74) Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.7.2020 - 13MN 272/20 BeckRS 2020, 17308 Rn. 15; OVG Saarlouis, BeckRS 2020, 14497 Rn. 18 f. = NVwZ-RR 2020, 791 Ls.

75) EuGH, Rs. 84/95, Slg. 1996, I-3953 Rn. 23; Rn. 317/00, Slg. 2000, I-9541 Rn. 60; EuG, Rs. 13/99, Slg. 2002, II-3305 Rn. 456.

76) EuG, Rs. 13/99, Slg. 2002, II-3305 Rn. 456.

77) Jaras, 앞의 책(주 4), Art. 17 Rn. 38.

78) BVerfGE 25, 112 (117) = BeckRS 9998, 181160; BVerfGE 126, 331 (360) = NVwZ-RR 2010, 745 Ls.

라서 이 단계에서는 규범제정자가 시민의 중요한 공공복리적 이익으로서 생명과 건강보호의 과제를 실현하는 과정에서 이와 대립되는 영업주의 이익과의 적절한 조정을 시도하였는지 여부에 대한 판단이 행해지게 된다. 이에 대한 판단은 팬데믹의 진행상황과 밀접한 관련성을 가진다고 볼 수 있다. 중앙정부나 지방정부가 통제할 없을 정도로 팬데믹 상황이 악화되면 재산권자의 이익보다 시민의 생명과 건강보호를 위한 공공복리적 이익이 우선될 수밖에 없다. 물론 그럼에도 불구하고 대립되는 기본권들에 근거한 양 이익들에 대한 실제적 조화(praktische Konkordanz)의 시도는 포기되어서는 안 된다. 원칙적으로 시민의 생명과 건강보호를 위한 기본권(Grundrechte auf Leben und Gesundheit)과 재산권은 기본권 도그마틱적인 측면에서 본다면 동일한 순위를 가지는 기본권이다. 따라서 공공복리를 이유로 한 재산권자의 이익의 일방적 무시는 우리 헌법 제23조 제2항의 재산권 사회적 구속성의 관념과도 조화될 수 없다⁷⁹⁾.

팬데믹이 극도로 심화된 특별한 예외적 상황에서의 기한이 설정된 영업제한이나 영업중지조치는 우리 헌법 제23조 제2항의 재산권 행사의 공공복리적합의 의무의 차원에서 수인될 수 있는 기본권 제한으로 볼 수 있다. 영업적 활동의 금지나 제한이 오래 지속되면 될수록, 이를 통해서 발생하는 상업적 거래와 이익창출의 기회 상실로 인하여 재산권자의 기본권의 상실적 효과는 더욱 더 심화되고 커져만 간다. 이러한 최악의 상황을 방지하기 위해서는 영업금지 조치에 대해서는 기한이 설정되어야만 한다. 그리고 설정된 기한의 범위내에서도 상황변화에 따른 제한강도의 완화여부에 대한 판단기회가 항상 보장되어야만 한다.

기한이 설정된 영업금지나 제한조치가 계속적으로 연장된다면, 이러한 조치들이 시행된 업종들에 대한 국가의 재난지원금 교부 여부와 관계없이 영업주의 생존을 위협하게 만드는 파산가능성은 증가될 수밖에 없다. 물론 다른 유럽 국가들이나 미국 등의 나라들에 비해서, 우리 대한민국의 팬데믹 대응은 잘 행해지고 있어서 상대적으로 영업금지나 제한의 정도가 다른 나라들에 비해서 약하게 행해지고 있음에도 불구하고, 우리 헌법 제23조 제2항의 재산권 행사의 공공복리적합의무에 근거한 이들에 대한 재산권적 부담과 손실의 강요가 국가의 보상조치나 대립된 이해관계의 조정없이 장기간 방치될 수 있다. 이러한 상황이 계속된다면, 국가는 이에 대한 헌법적 측면뿐만 아니라 다른 개별적 법령역 속에서 규범적 조정을 시도해야만 한다.

79) Vgl. BVerfGE 52, 1 (29) = NJW 1980, S. 985; BVerfGE 101, 239 (259) = NJW 2000, S. 413.

따라서 규범제정자가 재산권자의 기대불가능한 피해를 저지하기 위한 시도와 노력을 경주해야 했음에도 불구하고, 그렇게 하지 않았다면 그 법률적 조치들은 헌법위반이다. 이에 대해서는 사후적인 조정적 규정(Ausgleichsregelungen)이 이에 대한 규제적 조치(regulative Maßnahme)로서 고려되어야만 한다⁸⁰⁾.

V. 조정의무가 부과된 내용확정규정의 영업중지에 적용

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률에 근거한 영업중지 및 이와 유사한 영업 제한조치가 행해질 경우에 대한 재산권 행사의 공공복리적합성의 범위를 넘어서는 재산권자의 손실이 발생하는 경우에 이에 대한 조정의무(Ausgleichspflicht)가 인정되는 재산권의 내용적 확정규정(Inhaltsbestimmungen)을 이에 대해서 적용할 수 있는가 하는 문제가 우선적으로 제기될 수 있다.

독일의 경우 이에 대해서 반대하는 견해는 많은 수의 기업에 대해서 적용된 장기간의 영업중지에 대한 조정규정(Ausgleichsregelungen)의 문제가 제기된 경우에는, 독일연방재판소(BVerfG)가 지금까지의 자신의 판례를 통해서 비재정적 내지 재정적 조정규정(die nicht-finanzielle bzw. finanzielle Ausgleichsregelung)의 예외적 성격과 예기치 않은 사건의 발생으로 인하여 야기된 사회적 불이익(Härtefall/hardship clause)의 문제로 보고 있다는 점을 근거로 들고 있다⁸¹⁾. 그럼에도 불구하고 이 입장은 조정적 보상의무가 인정된 내용확정규정의 적용의 강제적 배제를 명령하고 있는 것은 아니다.

독일연방헌법재판소는 관련 법률규정이 재산의 존속보장(Bestandsgarantie des Eigentums)⁸²⁾에 기여하고, 비례성 원칙에 적합한 경우에는, 조정규정의 적용에 있어서 예외적 성격을 인정하였다. 따라서 이 경우에는 입법자가 성급하게 재정적 조정규정을 제정하는 것에 만족하지 말아야만 한다. 또한 감염병으로 부터의 시민보호를 위한 규범제정자는 특히 재산권의 제한과 관련된 금지 조치를 규정하는 경우에 있어서는 재산권의 존속보장의 요구를 고려해야만 한다. 입법자에 의한 성급한 조정규정의 제정과 적용을 배제하는 예외적 성격의

80) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1459.

81) Vgl. BVerfGE 100, 226 (244) = NJW 1999, S. 2877 = NVwZ 1999, S. 1218 Ls.; Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1460.

82) BVerfGE 100, 226 (244) = NJW 1999, S. 2877 = NVwZ 1999, S. 1218 Ls.; BVerfGE 143, 245 = NJW 2017, 217 Rn. 260.

강조가 재산권의 존속보장의 요구를 충족시키기 위한 것이라면, 이에 대한 판단에 있어서 제기되는 중요한 문제점은 어느 정도까지가 영업주에 대한 보상 없이 행해지는 재산권의 축소적 제한(Restriktion)이 수인가능한지(zumutbar) 혹은 불가능한지(unzumutbar) 여부를 판단하는 기준점이 되고, 어떠한 경우에 이에 대한 보상이 요구되는지에 대한 검토이다.

재산권의 축소적 제한에 대하여 입법자에 의한 사후 조정적 보상규정의 제정의 문제를 재산권 제한 사례와 관련된 기본권 주체의 다수여부에 따라서 결정하는 것은 적합하지 않다. 왜냐하면 재정적 보상의 문제는 개별 재산권 주체 혹은 다수집단의 재산권 주체들의 재산권이 제한되는지 여부와 별도로 판단되어야만 하기 때문이다. 이러한 기본권 해석은 기본권으로서 재산권 보장의 문제를 공권력에 의한 일반적 재정부보(allgemeine Finanzierungsvorbehalt)의 문제로 격하시키게 된다⁸³⁾.

조정의무가 수반된 내용적 확정규정은 그 내용이 확정된 것이 아니다. 따라서 독일연방헌법재판소의 법관법적인 기본권 도그마틱(richterrechtliches Grundrechtsdogmatik)의 적용의 결과로서 형성된 것이기 때문에, 독일연방헌법재판소가 재산적 지위에 대한 규범적 박탈이 행해진 경우에 새롭게 자신의 관례를 통해서 어떤 집단에 대해서 부분적 조정적 보상의무를 인정할 것인지 여부는 미확정적인 문제이다⁸⁴⁾.

장기간의 감염병 예방 및 극복을 위한 방역조치의 실행으로 인한 영업중지에 대해서 조정의무가 수반된 내용적 확정규정을 적용에 찬성하는 입장은 다음의 세 가지 관점에서 그 정당화가 행해질 수 있다. 첫 번째 관점으로서 조정적 보상의무가 있는 내용적 확정규정의 기본권 도그마틱적 근거는 비례성 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), 평등원칙(Gleichheitssatz) 그리고 신뢰보호 원칙(Vertrauensschutzgrundsatz)에 의하여 형성되었다는 점이다. 따라서 이 세 가지 기본권 제한 정당화 심사기준의 적용과 관련하여 장기간의 영업중지 및 제한이 행해지는 사례에 대해서는 집단적 주체의 기본권 제한 여부에 관계없이 조정의무가 수반된 내용적 확정규정이 적용되어야만 한다⁸⁵⁾.

공용수용과 조정적 내용 및 한계규정이 적용되는 사례에 있어서 관련 시민의 배상청구권의 법적 근거는 그 자체가 아니고, 배상에 대해서 규정하고 있는 법

83) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1460.

84) Vgl. BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, S. 217 Rn. 258, 261; Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1460.

85) Shirvani, 앞의 논문(주 5), S. 1460.

를이다. 따라서 이러한 배상청구권을 법적으로 근거지우는 배상규정(Entschädigungsregelung)이 법률 속에 규정되어 있지 않으면, 그 법률은 헌법 위반이고(verfassungswidrig), 이 법률에 근거하여 행해진 공용수용 내지 조정의무가 수반된 내용 및 한계규정은 범위반이다(rechtswidrig)⁸⁶⁾. 따라서 이와 관련된 법률은 법적인 결정(juristische Entscheidung)을 통해서 폐지될 수 있다(aufheben). 이러한 사례들에 해당되는 경우에는 피공용수용자 내지 조정의무가 수반된 내용 및 한계규정에 의하여 재산권이 제한된 시민은 배상을 청구할 수 없다(수인 후 조정의 적용이 적용 안 됨(kein „dulde und liquidiere“))⁸⁷⁾.

VI. 법원의 판례를 통한 수용적 제한 그리고 수용유사적 제한에 대한 배상청구

희생적 사고에 기반을 둔 수용적 제한에 근거한 배상청구권 대해서 좀 더 깊은 검토를 할 필요가 있다. 이 배상청구권은 적법한 국가적 처분(rechtsmäßige staatliche Maßnahme)이 시민의 재산권을 제한하고, 이러한 제한이 재산권에 대한 일반적인 공공복리 적합의무(Allgemeinheit)에 반하는 특별한 희생(Sonderopfer)을 초래하는 경우에 한해서 인정된다. 이 청구권은 책임과 관계없이 인정된다(verschuldensunabhängig). 독일연방법원(Bundesgerichtshof)는 자신의 법관법적인 판례형성(richterrechtliche Ausprägung)을 통해서 이 개별적 청구권의 법적 근거를 1794년의 프로이센 일반주법의 전문(Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (EinALR)) 제74조, 제75조로 보고 있다⁸⁸⁾. 이러한 청구권의 인정의 필요성을 근거지우는 헌법원리는 법치국가 원리이다⁸⁹⁾.

수용적 침해에 대한 배상청구권을 통해서 재산권에 대한 적법한 공권력의 행사에 의한 비전형적이고 예측불가능한 부수적 손해발생(schädliche Nebenfolge)에 대한 조정적 배상이 행해지게 된다. 예를 들면 군사공항에서의 항공기 이륙과 착륙과 관련된 소음적 공해⁹⁰⁾, 지역의 건축공사장(kommunale Bauarbeiten)

86) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 256.

87) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 256.

88) BGHZ 91, 20 (26 ff.).

89) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 257.

90) BGHZ 59, 378 ff., 122, 76 ff.; 129, 124 ff.

의 오염⁹¹⁾, 지역적 정화장치의 약취로 인한 피해⁹²⁾ 등이 그러한 부수적 손해발생(schädliche Nebenfolge)의 경우에 해당한다.

수용적 침해에 대한 손해배상청구의 전제조건은 항상 청구권자(Anspruchssteller)에게 특별한 희생(Sonderopfer)이 발생한 경우이다. 재산권에 대하여 손해를 발생시키는 처분(die das Eigentum belastende Maßnahme)이 적법하기 때문에, 이러한 처분으로 인한 손해발생에 대한 손해배상청구를 위해 무엇보다도 이 청구를 법적으로 정당화시키기 위한 보다 높은 이에 대한 논증의 노력(ein hoher Begründungsaufwand)이 요구된다. 어떠한 경우에 있어서 손해배상청구가 가능한 희생을 판단하는 경계선(Opfergrenze)을 넘어섰는지 여부에 대한 판단은, 전적으로 개별적 사례에 달려있다⁹³⁾.

법원의 판례는 (독일연방행정법원의 경계이론(Schweretheorie des Bundesverwaltungsgerichts)⁹⁴⁾을 근거로 한) 기대가능성 고려를 통해서 특별희생이론을 보완하였고, 재산권자에 대한 제한의 결과가 기간(Dauer), 종류(Art), 강도(Intensität) 그리고 효력(Auswirkung)이 재산권자가 이에 대한 손해배상 없이 수인하는 것이 더 이상 기대할 수 없을 정도로 중대한지 여부에 대해서 중점적으로 판단하였다⁹⁵⁾.

수용적 제한에 대한 배상청구권(Anspruch aus enteigendem Eingriff)과 수용유사적 제한에 대한 손해배상청구권(Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff)의 구분은 손해에 대한 배상이 재산권에 대한 범위반적 제한(rechtswidrige Eingriffe)을 통해서 발생한 손해(Schäden)에 대한 것인지 여부에 따라서 행해진다. 독일연방헌법재판소의 결정(Nassauskiessungsentscheidung des BVerfG)은 수용적 제한과 수용유사적 제한을 구분하지 않는다⁹⁶⁾.

그 외에도 수용적 제한에 근거한 배상청구권이 일반적 희생이론적 사고(Gedanken der allgemeiner Aufopferung)⁹⁷⁾에 법적 근거를 두고 있음에도 불구하고, 수용유사적 제한에 근거한 배상청구권의 인정 여부에 대한 판단에 있어서는 이러한 특별희생의 판단기준(Merkmal des Sonderopfers)은 포기되었

91) BGHZ, DBVI 1972, 115 ff.

92) BGHZ, 91, 20 ff.

93) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 256.

94) BVerwGE 5, 143 (145).

95) BGHZ 57, 359 (366); Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 259.

96) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 27 Rn. 87, 109; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 222 ff., 270 ff.

97) BGHZ 90, 17 (31).

다. 왜냐하면 지배적 견해에 의하면 이 판단기준은 제한의 범위반성이라는 구성요건적 기준(Tatbestandsmerkmal der „Rechtswidrigkeit des Eingriffs“)을 통해서 대체될 수 있기 때문이다⁹⁸⁾.

그 외에도 수용유사적 제한에 근거한 배상청구권은 행정법적인 우선적 권리 보호에 대하여 보충적 역할을 수행한다(subsidär gegenüber dem Primärrechtsschutz)⁹⁹⁾. 재산권자가 자신의 재산에 대하여 범위반적인 재산의 손실적 제한(rechtswidrige Belastungen)이 발생한 경우에 수용유사적 제한에 근거한 배상청구권을 행사하려는 사례에서, 재산권자는 우선적으로 행정법원에 항고소송(verwaltungsrechtliche Abwehrklage)을 청구하게 될 것이다¹⁰⁰⁾.

수용적 제한에 근거한 배상청구권(Anspruch aus enteignendem Eingriff)뿐만 아니라 수용유사적 제한에 근거한 배상청구권(Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff)의 경우에는 청구권자는 발생한 손해(Schäden)에 대하여 정당한 금전적 배상(angemessene Entschädigung in Geld)을 요구할 수 있다. 이 청구권들은 발생한 재산적 손실에 대한 보상(Kompensation eines erlittenen Vermögensnachteil)을 목적으로 하기 때문에, 지배적 견해에 의하면 희생법적인 청구권(aufopferungsrechtliche Ansprüche)은 정신적 손해에 대한 배상청구권 즉 위자료(Schmerzensgeld) 배상은 요구할 수 없다¹⁰¹⁾. 비록 이 청구권의 행사가 책임여부와 관계없이(verschuldenunabhängig) 인정된다고 할지라도, 피손해자(Geschädigte)는 손해발생에 대한 자신의 공동책임(Mitschuld)이 인정되는 경우에는, 독일민법(BGB) 제254조의 유추적용(analogie Anwendung)을 통해서 축소된 손해배상액을 수령할 수 있다¹⁰²⁾.

이러한 수용적 제한과 수용유사적 제한의 구별에도 불구하고 양자를 구별할 필요가 없는 이유는 국가의 적법한 공권력 행사 혹은 위법한 공권력 행사여부에 관계없이 이로 인하여 개인에게 수인할 수 없는 특별한 희생이 발생한 경우에는, 이에 대해서 국가의 배상책임이 인정되기 때문이다.

98) BGHZ 32, 208 ff.; Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 260.

99) BGHZ 90, 17 (31).

100) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 262.

101) BGHZ 20, 61 ff.; 22, 43 ff.; 45, 46 (47).

102) Kloepfer, 앞의 책(주 6), § 10 Rn. 264.

VII. 결론

영업금지로 인하여 발생하게 된 절박한 어려움들과 별도로, 임대인과 임차인은 영업금지를 명령한 국가적 처분에 대한 법적 판단에 있어서도 중대한 법적인 불안정성을 경험하게 된다. 이와 관련하여 한편으로는 임차인에 대해서는 공법적 보상청구권을 원용하게 되면 자신의 임차료의 감액의 요구가 거부될 위험이 발생한다.

이와 반대로 임차인에게 임대인이 그 분배를 요구할 수 없는 광범위한 보상청구권이 인정된다고 할지라도, 임차인의 영업기반(Geschäftsgrundlage)의 상실로 인하여 임차료의 일부분의 수령을 포기해야만 하는 위험부담이 임대인에게 발생한다. 이와 관련하여 임대차 계약 당사자에게는 사람사이의 감염병의 예방 및 극복에 관한 법률(Entschädigungsansprüche nach dem IfSG)에 근거한 보상청구권뿐만 아니라 수용적 제한과 수용유사적 제한에 근거한 관습법적으로 인정된 보상청구권(die gewohnheitsrechtlich anerkannten Entschädigungsansprüche aus enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff)의 행사를 위해서 민사법원의 소송청구를 할 수 있는 길이 열려 있다. 이러한 청구권들은 그들에게 독일 민사소송법 제72조 제1항에 의하여 공권력을 행사하는 공공기관의 공권력 행사와 관련된 법적인 분쟁에 대해서 소송을 제기하는 것을 허용하게 만든다. 독일의 경우 민법 제313조 제1항에 의한 사정변경에 의한 계약내용의 조정(Vertragsanpassung)이 거부되어진다면, 아마도 임대인에 대해서 포괄적인 공법적 보상청구권(ein umfassender öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch)이 인정될 것이다. 이 공법적 보상청구권은 독일민사소송법 제74조, 제68조에 의한 분쟁의 공식화를 통한 소송참가적 효력(Interventionswirkung der Streitverkündung)을 통해서 법원이 보상청구권과 관련된 소송에서 민법적 해결책을 강구하고, 임차료 분쟁에 대해서 잘못 결정하는 것에 대한 저지수단으로서 작용한다. 이에 반해서 민법 제313조에 의하여 임차료의 인하에 대한 조정이 인정된다면, 아마도 임대인에게 보상청구권이 인정될 것이다. 이러한 공법적 소송참가의 공식화(Streitverkündung)는 임대인에게 법원이 보상청구권 소송에서 공법적 해결책을 따르는 것을 보장해 준다. 그럼에도 불구하고 이러한 공법적 소송참가는 법원이 공법적 소송청구권을 전적으로 인정하지 않는 경우에 대해서는 임대인에게 아무런 보호도 제공할 수 없다. 팬데믹을 원인으로 한 영업금지가 보상없이 수인되어진다면, 단지 영업상의 기초에 대한 민법적인 조정적 해결방

식(zivilrechtliche Ausgleich über die Geschäftsgrundlage)만 인정된다.

코로나 방역을 위하여 행해지는 영업제한과 금지를 통해서 개인이 수인할 수 없는 특별히 중대한 재산권의 손실적 제한(besonders schwere Belastung)이 발생한 경우에는 과잉금지 원칙의 적용을 통해서 과생된 개념인 이 조정적 보상 의무 규정이 필요하다. 이러한 재산권의 중대한 손실적 제한이 발생한 경우에, 관련법률 속에 이러한 피해에 대한 조정규정이 결여된 경우에는 재산권의 중대한 손실적 제한을 발생하게 만드는 내용 및 한계규정은 헌법위반이다. 우리나라의 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 속에 이들에 대한 보상규정을 두고 있지 않고 있다. 다른 보상규정을 통해서 이에 대한 보상청구권을 해석적으로 도출해 낼 수 없다. 수용적 제한에 대한 보상청구권(Anspruch aus enteignendem Eingriff)은 개별적 사례 속에서의 개인이 특별한 희생자(Sonderopfer)로서의 자격이 인정되어만 허용될 수 있다. 따라서 개별경제분야나 업종 그리고 일련의 기업들이 관련된 손실에 대한 조정적 보상은 행해질 수 없다. 대량의 경제적 손실에 대해서 수용적 제한의 법리의 확대적용은 인정될 수 없다. 따라서 개별적 사례에서만 인정될 수 있는 법원의 재판을 통한 보상청구권의 범위를 넘어서는 입법을 통한 사후 조정적 보상청구권의 도입의 필요성이 매우 시급하게 요구된다.

[참고문헌]

- Clemens Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigung, NVwZ 2020, S. 584 ff.
- becklink 2019157, Keine Entschädigung aus Betriebsschließungsversicherung wegen Corona, Meldung vom 10.03.2021, Redaktion beck-aktuell.
- Jörg Berwanger, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht. Erwiderung auf Shirvani (NVwZ 2020, 1457), S. 1804.
- Henrik Eibenstein, Zur Entschädigung von durch Schließungsanordnungen betroffenen Gewerbetreibenden, NVwZ 2020, S. 930 ff.
- Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2021, Art. 17.
- Martin Kment, Düstere Aussichten: Keine Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise, NVwZ 2020, S. 687 ff.
- Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 10.
- Hans Jürgen Papier/Foroud Shirvani, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 92. Aufl., München 2020,
- Ulrich Rommelfanger, Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-schließungen infolge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, COVuR 2020, S. 178 ff.
- Heiko Sauer, Staatshaftungsrecht. Eine Systematisierung für Fallbearbeitung, JuS 2012, S. 695 ff.
- Foroud Shirvani, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht. Zum Reformbedarf im IfSG-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, S. 1457 ff.
- Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 34.

[Abstract]

The Guarantee of Property Rights and Freedom of Business in a Pandemic Situation

Park, Zin-Wan*

The pandemic situation caused by the world-wide spread of the COVID-19 has created a crisis that has made it difficult to protect the lives and health of citizens in various states around the world. Containment measures that have restricted fundamental rights, such as like lockdowns, quarantine measures, and implementation and adjusting of social distancing - all according to the degree of coronavirus infection - are increasing the difficulties citizens face in their economic, social and cultural lives.

States' suspension and restrictions on stores and business facilities that are extremely sensitive to the spread of viral infection are causing enormous business losses for these business owners. A crisis has emerged due to the failure to guarantee basic property rights as economic rights and rights of minimum subsistence as social rights. This is arising from the failure to enforce compensation for what could be infringement of property rights in the constitution. As the Korean government determined that their COVID-19-related business restrictions are in principle legal and essential for the protection of lives and healthcare of citizens, it did not stipulate that citizens have the right to claim compensation under the Act on the Prevention and Management of Infectious Diseases, or similar rights based on the general state liability law. Consequently, it is necessary to for judicial review to determine whether this undesirable legislative inadequacy is justified in terms of constitutional theory and practice.

* Prof.,Kyungpook National University Law School

In this regard, on January 5, 2021, civic groups such as the Merchant's Meeting, Association of Lawyers for a Democratic Society's Economic Committee, and Hope Headquarters for Participation Solidarity, and business owners such as pubs and PC rooms held a press conference in front of the Korean Constitutional Court in Jae-dong, Jongno-gu, Seoul. They urged that compensation regulation for losses of small and medium-sized merchants arising from business restrictions implemented to prevent the spread of COVID-19 and to prepare countermeasures to support them must be enshrined in the the Act on the Prevention and Management of Infectious Diseases. They immediately filed a constitutional complaint with the Constitutional Court.

The Korean central government and local government bodies have imposed legal containment measures, such as business restrictions, business bans, or collective restrictions, which severely restrict the freedom of business, which is a basic constitutional right. The Korean Infectious Disease Prevention Act and local government notices have not provided legal provisions for compensation for the impact of such dispositions on small and medium-sized merchants and self-employed people. The impacted businesses argued that their basic rights, such as property rights, were infringed due to such legislative omission or inadequacy. In this regard, the ruling party and the government of Korea are trying to draft legislative bills and come up with various relief package programs and solutions, but these loss compensation regulations are still not legislated.

This restraint and insufficiency of government's efforts to enact compensation clause for losses arising from the restrictions on basic rights of citizens due to the containment measures of COVID-19 in Korea cannot be viewed as desirable. The following question may be raised regarding this unsatisfactory legislative insufficiency: the question of whether the compensation provisions under the Act on the Prevention and Management of Infectious Diseases in Korea meet minimum standards to guarantee basic rights under the constitution. If economic rights, including property rights and freedom of business, are

severely restricted by business restrictions and prohibitions due to the pandemic situation, legislators must enact clause to mitigate the impact of their unbearable fundamental rights restrictions. In other words, the legislature has a constitutional obligation to prepare adjustment compensation provisions (Ausgleichsregelungen) for special sacrifices beyond the scope of social binding of property rights. In a situation where the Korean Constitutional Court, or other courts' precedents related to this, have not yet appeared in detail, it is very important to examine this issue from a constitutional perspective.

Keywords : economic and social rights in a Pandemic situation, compensation on state's COVID-19-related containment measures on stores and business facilities, right to claim compensation under the Act on the Prevention and Management of Infectious, right to claim compensation based on the general state liability law, restraint and insufficiency of government's efforts to enact compensation clause for losses due to the containment measures of COVID-19 in Korea