

## COVID-19 시국에서 행해진 집합금지명령과 헌법상 보상 의무\*

강 승 우\*\*

오늘날 COVID-19 사태를 맞아 국가는 바이러스 예방을 위해 집합금지명령을 널리 활용하고 있다. 이러한 조치는 공익을 위해 이루어지는 것이지만, 동시에 그로 인해 사실상 영업을 중단하게 되는 민간 영업주들에게는 생존과도 직결되는 큰 경제적 피해를 주고 있는 것이 사실이다. 그러나 현재 감염병예방법에는 집합금지명령의 근거규정만 존재할 뿐 그로 인한 손실의 보상에 관한 규정은 존재하지 않아 문제가 되고 있다.

집합금지명령으로 인한 손실에 대해 국가가 보상을 해 주는 것은 단순한 국가의 시혜적 조치일 수도 있지만, 만약 손실보상이 헌법적 의무에 해당한다면 국가는 반드시 보상규정을 마련해야 한다. 따라서 손실보상을 해줘야 할 국가의 의무가 헌법으로부터 도출되는지 여부는 매우 중요한 의미를 가진다. 그리고 단순히 집합금지명령의 위헌성 여부가 아니라 '보상 의무'를 검토하기 위해서는 그 무엇보다도 재산권과 관련하여 상세한 검토를 할 필요가 있다.

이러한 인식 하에 이 글에서는 과연 집합금지명령으로 인한 영업을 중단이 헌법상 재산권의 제한에 해당하는지, 해당한다면 보상 의무가 도출되는 것인지, 도출된다면 이는 어떠한 이론구성을 통하여 도출되는 것인지 등을 살펴보고, 그 과정에서 판례의 태도 분석, 이론적 쟁점에 대한 검토 및 비판의 작업을 수행하도록 한다. 아울러 이를 바탕으로 현실적 관점에서 민간 영업주들의 대응 방안 내지 구제책을 사법과 입법의 차원에서 검토한 후 입법과 관련한 간단한 제언을 하며 글을 마무리한다.

**주제어:** 집합금지명령, 재산권, 손실보상, COVID-19, 감염병예방법, 경계이론, 분리이론

\* 헌법재판연구원의 이석민 책임연구관님은 COVID-19 관련 헌법적 쟁점들에 대해 소개하고 관심을 환기시켜 주심으로써 필자가 이 주제로 글을 쓰도록 큰 영향을 주셨고, 서울대학교 법학연구소의 정구진 박사님은 바쁘신 와중에도 이 글을 읽고 날카로운 비판 및 조언을 해주셨다. 두 분께 감사의 말씀을 드린다. 또한 비록 글에 다 반영하지는 못했지만 깊은 내공으로 소중한 보완의견을 주신 익명의 심사위원들께도 깊이 감사드린다.

\*\* 성균관대학교 법학전문대학원 재학 중(hero86425@gmail.com)

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 집합금지명령의 개요 및 현황
  - 1. 개요
  - 2. 현황
- III. 집합금지명령으로 인한 손실의 보상 요부 및 현주소
  - 1. 보상의 필요성
  - 2. 현행법상 보상의무 및 실제
- IV. 집합금지명령 시 헌법상 보상의무의 발생 여부
  - 1. 논의의 좌표: 헌법
  - 2. 집합금지명령으로 인한 민간 영업의 중단이 '재산권의 제한'에 해당 하는지 여부
  - 3. 영업 중단에 대한 국가의 보상의무 존부
  - 4. 보론: 헌법상 보상의무가 있음에도 보상규정이 없다는 이유로 위헌으로 판단될 경우의 문제
- V. 영업주들의 대응 수단 내지 구제 방안
  - 1. 사법적 대응 수단
  - 2. 입법적 해결
- VI. 마치며

### I. 들어가며

헌법은 국가에게 재해<sup>1)</sup>를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력할 것을 명하면서(제34조 제6항) 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를

1) 여기서 재해란 '지진, 태풍, 홍수, 가뭄, 해일, 화재, 전염병 따위에 의하여 받게 되는 피해'를 가리킨다. 표준 국어대사전 '재해' 항목 참조.

받는다(제36조 제3항)고 선언하고 있다. 이러한 헌법의 명령에 따라 국가는 현재 전지구적 재앙이 되어버린 COVID-19 바이러스 사태로부터 국민을 보호하기 위해 필요한 조치를 취해야 할 의무를 지게 되는 동시에<sup>2)</sup> 그러한 조치를 취할 권한을 갖게 된다. 여기의 필요한 조치에는 광범위한 조치들이 포함되지만, 이 중 특히 감염의심자에 대한 격리조치, 감염자의 이동경로 등 정보공개, 불특정다수가 이용하는 상점의 영업금지, 종교집회의 금지 또는 제한 등의 조치는 개인의 기본권을 제한하는 측면이 크다는 점에서 이와 관련된 여러 비판적 목소리가 제기되고 있고,<sup>3)</sup> 법치주의에 기초한 오늘날의 사회에서 필연적으로 복잡한 법적 문제를 발생시키고 있다. 국가가 취하는 조치는 전염병 예방 및 국민의 생명과 건강 보호라는 공익적 관점에서 정당화될 수 있으나, 그러한 조치의 대상이 되는 국민 개개인으로서 공익의 이름으로 자유와 권리의 제한을 마냥 수인할 수만은 없다는 데에서 딜레마가 발생하는 것이다. 어찌보면 이는 통상적으로 발생하는 국가에 의한 기본권 제한의 한 모습이라고 할 수 있겠지만, 유례를 찾기 어려운 가공할 위력의 전염병 사태를 맞아 기존에는 크게 문제되거나 관심을 끌지 못했던 문제가 수면 위로 부상하여 정면으로 부각되고 있는 상황이다.

예컨대 이번 COVID-19 사태 전에 발생한 가장 큰 전염병이었던 2015년의 메르스(MERS, 중증호흡기증후군) 사태 때에는 집합금지명령이 별달리 문제되지 않았으나, 근래에는 클럽, 노래방, PC방, 학원 등 민간 영업장에서부터 종교시설, 집회<sup>4)</sup>에 이르기까지 광범위하게 집합금지명령이 활용되면서 비로소 이 제도에 대한 관심이 일어나고 있다. 이러한 집합금지명령으로 인해 국민의 집회의 자유, 종교의

2) 헌법재판소는 가축전염병이 발생한 경우 국가가 도축장의 사용정지·제한명령을 하는 등 적절한 조치를 취해야 하는 것은 헌법 제36조 제3항의 보호의무를 다하기 위한 것이라고 설시하고 있다. 헌재 2015. 10. 21. 2012헌바367.

3) 연합뉴스, “‘확진자 동선 공개’ 논란에… 방역당국 “세부 기준 마련할 것””, 2020년 3월 6일자 기사, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200306135000017>; 조선일보, 이재명 “‘경기도 종교 집회 금지 검토’… 진중권 “정치말고 방역하라””, 2020년 3월 8일자 기사, [https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2020/03/08/2020030800388.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/03/08/2020030800388.html); 서울신문, “룸살롱·헌팅포차도 영업하는데… 왜 코인노래방은 막는 건가”, 2020년 6월 29일자 기사, <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20200629500142> 등 참조.

4) 뉴스1, “박원순 “오늘부터 광화문광장 집회 불허… 신천지 폐쇄”(상보)”, 2020년 2월 21일자 기사 참조, <https://www.news1.kr/articles/?3848928>.

자유 등이 제한될 수 있음은 물론이지만, 특히 이러한 명령이 민간 영업에 발동될 경우 수많은 국민들의 소득을 급감시켜 생존까지 위협할 수 있다는 점에서 이를 둘러싼 법적 규율이 적절하게 이루어져야 할 필요성이 심대하다. 그럼에도 불구하고 현재 그 구체적인 기준 내지 절차도 마련되어 있지 않은 실정이며<sup>5)</sup> 뒤에서 살펴 보듯 보상규정도 존재하지 않는다는 점에서 국민의 기본권과 관련하여 법적 규율의 미비 내지 공백이 존재하고 있는 문제점이 있다. 현재까지는 이에 대한 연구가 활발히 이루어지지 못한 상황이지만 앞으로 이에 대한 학계의 연구 및 실무를 통해 뚜렷한 기준과 적절한 보상 체계가 마련되어야 할 것이다. 이 글에서는 그러한 연구의 한 부분으로서, 특히 민간 영업에 대한 집합금지명령 시 국가의 보상의무에 관한 문제를 증점적으로 살펴본다. 그 후 영업주들의 대응 방안 내지 구제책을 검토하고 입법에 관한 제언을 더하며 글을 마무리하도록 하겠다.

## II. 집합금지명령의 개요 및 현황

### 1. 개요

집합금지명령은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 감염병예방방법으로 약칭) 제49조 제1항 제2호<sup>6)</sup>에 근거한 것으로서, 근래 COVID-19 시국에서 매우 활발하게 활용된 바 있다. 집합금지명령은 말 그대로 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 발하는 다중의 집합을 금지하는 명령이다. 그 법적 성격에 대하여 아직 특별히 논의가 이루어진 상황은 아니지만, 특별한 사정이 없는 한 이는 부작위를 명하는 행정행위로서 상대방에게 부작위의무를 발생시키는 ‘하명’에 해당한다고 보아야 할 것이다.<sup>7)</sup> 이러한 하명에 의하여 그 상대방인 국민은 일정

5) 의사신문, “집단감염 터져야 집합금지 ... 서울시의 ‘뒷북’ 행정엔 다 이유가 있다”, 2020년 5월 29일자 기사 참조, <http://www.doctorstimes.com/news/articleView.html?idxno=211094>.

6) 제49조(감염병의 예방 조치) ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다.

... 2. 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것

7) 하명의 개념 등에 대하여는 김동희, 행정법 I, 박영사, 2018, 287~288쪽 참조.

한 장소 등에서 집합을 하여서는 안 되는 부작위의무를 부담하게 되고, 이러한 부작위의무를 위반했을 시에는 행정형벌(감염병예방법 제80조 제7호에 따른 300만 원 이하의 벌금)을 받게 된다. 이때 하명의 상대방은 불특정 다수인이 되는바, 이는 강학상 논의되는 소위 ‘일반처분’에 해당한다고 할 것이다.<sup>8)</sup> 일반처분이란 “불특정인에 대한 특정사건의 규율”, 다시 말해 차량의 제한속도를 규정하는 도로 교통표지판과 같이 “수범자의 범위는 일반적(불특정)이지만 규율의 내용은 구체적인 것”을 말한다.<sup>9)</sup> 이러한 일반처분에 대해 우리나라는 독일처럼 명문 규정을 두고 있지 않아 그 인정여부에 대하여 견해가 대립되지만, 일반처분의 개념을 인정할 필요가 없다고 주장하는 견해에서도 우리 행정소송법상 처분은 ‘구체성’만을 충족시키면 된다는 이유로<sup>10)</sup> 당연히 그 처분성을 긍정할 수 있다고 하며,<sup>11)</sup> 판례 역시 일반처분이라는 개념 자체에 대하여는 명확한 입장을 나타내지 않지만 그에 해당하는 사안에서 처분성을 긍정하고 있다.<sup>12)</sup> 따라서 집합금지명령은 강학상 논의되는 일반처분에 해당하는 것으로서 ‘행정처분’이라고 할 것이고, 행정심판 또는 취소소송의 대상이 된다(예컨대 경기도 공고 제2020-1065호는 집합금지명령에 대해 행정심판 및 취소소송을 제기할 수 있음을 명시하고 있다).

한편 현재 이 집합금지명령에 대하여 언론뿐만 아니라 국가기관에서도 ‘집합금지 행정명령’이라고 칭하는 경우가 많은데(예컨대 경기도 공고 제2020-1065호, 청주시 공고 제2020-1984호 등 참조), 이러한 용어 사용이 우리나라에서 적절한 것인지에 대하여는 논의가 필요하다. 일단 감염병예방법에서는 보건복지부장관이나 지방자치단체장이 (행정처분으로서) 발하는 명령을 ‘행정명령’이라고 칭하고 있고<sup>13)</sup> 다른 법률 중에도 이러한 의미에서 행정명령이라는 용어를 쓰고 있는 것이

8) 즉, 불특정다수를 상대방으로 한 하명은 일반처분이다. 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 383쪽.

9) 홍정선, 앞의 책, 337쪽; 김민호, 행정법, 박영사, 2020, 133쪽.

10) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “처분등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “處分”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.

11) 김민호, 앞의 책, 134~135쪽.

12) 대법원 2000. 10. 27. 선고 98두8964 판결 참조.

13) 제5조(의료인 등의 책무와 권리) ...

② 「의료법」에 따른 의료인 및 의료기관의 장 등은 감염병 환자의 진단·관리·치료 등에 최선을 다하여야 하며, 보건복지부장관 또는 지방자치단체의 장의 행정명령에 적극 협조하여야 한다.

있으므로<sup>14)</sup> 집합금지명령을 행정명령으로 칭하는 것이 틀렸다고 할 수는 없다. 그러나 일반적으로 우리나라에서 행정명령이라는 말은 법규명령과 대비되는 의미에서 대외적 구속력이 없는 ‘행정규칙’을 가리키는 것으로 이해되고 있고,<sup>15)</sup> 국민에게 어떠한 의무를 과하는 명령적 행정행위로서의 하명은 보통 ‘~명령(예컨대 건물철거명령)’ 내지 ‘~금지(처분)(예컨대 통행금지)’ 등으로 일컬어지고 있다. 오히려 행정명령이라 함은 미국 대통령의 권한으로서의 행정명령(Executive Order)을 가리키는 말로 사용되는 것이 보통이다.<sup>16)</sup> 따라서 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거한 집합금지 ‘집합금지 행정명령’이라는 낯선 이름보다는 ‘집합금지 처분’ 내지는 ‘집합금지조치’, ‘집합금지명령’이라고 부르는 것이 좀더 바람직할 것으로 생각되며, 입법의 차원에서 전반적으로 용어의 재정비가 필요할 것으로 보인다. 참고로 헌법재판소도 행정처분으로서의 명령이라는 의미에서 ‘행정명령’이라는 용어를 쓰고 있으면서<sup>17)</sup> 동시에 ‘행정입법으로서의 법규명령’ 역시 행정명령으로 지칭하는 등<sup>18)</sup> 행정명령이라는 용어의 의미를 분명히 하고 있지 않은바, 역

14) 예컨대 문화재보호법 제42조는 다음과 같다.

제42조(행정명령) ① 문화재청장이나 지방자치단체의 장은 국가지정문화재(보호물과 보호구역을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)와 그 역사문화환경 보존지역의 관리·보호를 위하여 필요하다고 인정하면 다음 각 호의 사항을 명할 수 있다.

1. 국가지정문화재의 관리 사항이 그 문화재의 보존상 적당하지 아니하거나 특히 필요하다고 인정되는 경우 그 소유자, 관리자 또는 관리단체에 대한 일정한 행위의 금지나 제한

...

15) 홍정선, 앞의 책, 269~270쪽 참조. 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결은 “... 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다고 할 것이지만, 법령의 위임이 없음에도 법령에 규정된 처분 요건에 해당하는 사항을 부령에서 변경하여 규정한 경우에는 그 부령의 규정은 행정청 내부의 사무처리 기준 등을 정한 것으로서 행정조직 내에서 적용되는 행정명령의 성격을 지닐 뿐 국민에 대한 대외적 구속력은 없다고 보아야 한다.”고 하고 있다.

16) 이러한 미 대통령의 행정명령에 대해 미 연방대법원은 대외적 구속력을 인정하 바 있다. 정하명, “미국 행정법상 대통령의 법적 지위 - 대통령의 보좌조직과 대통령의 행정명령을 중심으로 -”, 「행정법학」 제17호, 한국행정법학회, 2019, 159쪽.

17) 예컨대 헌법재판소는 “원래 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 한다.”고 하면서 노동위원회의 구제명령을 행정명령으로 칭하고 있다. 헌재 1995. 3. 23. 92헌가14 참조. 또한 최근의 COVID-19 시국에서 내린 결정에서도 집회금지조치를 행정명령으로 칭하고 있다. 헌재 2020. 4. 21. 2020헌마514 참조.

18) 예컨대 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718은 “... 특히 행정명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위하여는 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다.”고 하면서 대통령령(위임명령)을 논하고 있다. 또한 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마186은 아예 명시적으로 “행정명

시 용어 사용에 있어 기준을 명확히 할 필요가 있다.

## 2. 현황

민간 영업에 대한 집합금지명령은 서울시<sup>19)</sup>의 2020년 4월 8일 룸살롱·클럽·콜라텍 등 422개 유흥업소에 대한 집합금지명령,<sup>20)</sup> 공주시의 2020년 5월 12일 관내 유흥주점 61곳과 콜라텍 1곳 등 총 62개소에 대한 집합금지명령<sup>21)</sup> 등을 포함하여 여러 지방자치단체에서 수차례 활발히 이용되었다. 2020년 6월 5일 기준으로 중앙·지방정부가 COVID-19 예방의 일환으로 내린 행정명령은 총 29건으로서 이들은 모두 집합제한명령 내지 집합금지명령이었고,<sup>22)</sup> 5월 24일 기준 15개 시도 17,937개소의 유흥시설에 대한 집합금지조치가 시행 중이었다.<sup>23)</sup> 그 후에도 경기도가 5월에 내린 유흥주점·감성주점·콜라텍·단란주점·코인노래연습장 약 8,300여 곳에 대한 집합금지명령을 6월 21일까지 연장하고,<sup>24)</sup> 6월 20일부터 7월 5일까지 2주간 도내 방문판매업체 총 4,849곳을 대상으로 집합금지명령을 내리며,<sup>25)</sup> 서울시가 특수판매분야(방문판매·후원방문·다단계)에 대해 6월 29일부터 별도명령 시까지 집합금지명령을 내리는 등<sup>26)</sup> 수많은 집합금지처분이 이루어진

령 등 법규의 제정 또는 개정”이라는 표현을 사용하고 있다.

- 19) 법적으로 정확히 표현하자면 지방자치단체가 아니라 지방자치단체장이 집합금지명령의 주체가 될 것이나, 이하에서는 대중적인 용례에 따라 표현하기로 한다.
- 20) 동아일보, “서울시 “422개 유흥업소에 집합금지 명령…19일까지 영업 못 해”, 2020년 4월 8일자 기사 참조, <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20200408/100554259/2>.
- 21) 충청뉴스, “공주시, 유흥시설 집합금지 행정명령…이태원 방문자 전수검사”, 2020년 5월 12일자 기사 참조, <http://www.ccnnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=179960>.
- 22) 헤럴드경제, ““코로나 집합금지 피해, 손실보상청구 가능하게” 법안 발의” 2020년 6월 21일자 기사 참조, <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20200621000008>.
- 23) 코로나바이러스감염증-19 중앙재난안전대책본부 정례브리핑(5월 24일) 참조.
- 24) 경기도 공고 제2020-1163호 코로나19 확산 차단을 위한 다중이용시설 집합금지 연장 참조. 참고로 이 집합금지명령은 그 대상 업소의 수를 축소하여 7월 5일까지 또다시 연장되었으며(경기도 공고 제2020-1242호), 이 중 감성주점을 제외한 나머지 업종의 업소들에 대하여는 7월 19일까지 또다시 연장된 바 있다(경기도 공고 제2020-1325호).
- 25) 경기도 공고 제2020-1241호 코로나19 확산 차단을 위한 방문판매업 등 집합금지 참조. 이 역시 7월 19일까지 연장되고(경기도 공고 제2020-1326호), 또다시 8월 2일까지 연장되었다(경기도 공고 제2020-1397호).
- 26) 서울특별시고시 제2020-287호 코로나19 확산 차단을 위한 특수판매분야(방문판매·후원방문·다단계) 집합금지명령 참조.

바 있다. 이 와중에 선풍적 인기를 끌었던 ‘미스터트롯’ 콘서트가 송파구청이 돌연 내린 집합금지명령(송파구 공고 제2020-1146호 대규모 공연 집합금지 행정명령 공고 참조)에 의해 무산될 위기에 처하면서 이에 대한 행정소송까지 제기되는 등 갈등이 발생하여 대중의 관심을 끌기도 하였다.<sup>27)</sup> 한편 8월 19일부터 수도권(서울·경기·인천)에 클럽, 감성주점, 헌팅포차, 노래연습장, 뷔페, PC방 등에 대한 집합금지명령이 내려졌으며,<sup>28)</sup> 8월 말부터 수도권에 시행된 소위 사회적 거리두기 2.5단계에서는 음식점에서 밤 9시 이후로 포장·배달만이 가능하게 하는 등의 집합제한명령과 함께 헬스장, 당구장, 볼링장, 수영장, 독서실, 스타디카페 등에 대하여까지 광범위하게 확대된 집합금지명령이 발해진 바 있다.<sup>29)</sup>

이러한 집합금지명령에 대하여는 후술하듯이 감염병예방방법상 보상규정이 존재하지 않기 때문에, 국민의 기본권 보장 측면에서 문제점을 노정하고 있다. 이어서 상세히 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 집합금지명령으로 인한 손실의 보상 요부 및 현주소

#### 1. 보상의 필요성

집합금지명령은 상기하였듯 감염병예방방법 제49조 제1항 제2호에 근거한 것이다. 이 중 특히 영업소에 관한 집합금지명령이 이루어질 경우, 해당 영업소에 사람들의 집합이 금지됨에 따라 사실상 영업을 금지되는 것과 마찬가지로의 효과가 발생한다. 예컨대 사람들 간의 만남과 어울림이 주된 방문 목적이 되는 클럽이나 감성주점에 집합이 금지된다면 영업정지와 전혀 다를 바가 없거니와, 비단 클럽 등뿐만이 아니라도 사람을 대상으로 영업을 하거나 사람의 인력으로 운영되는 모든 영업소가 마찬가지일 것이다. 그렇기 때문에 집합금지명령은 사실상 영업금지와 동

27) 중앙일보, ““공연 3일 전 집합금지 부당”...미스터트롯 측 행정소송 제기”, 2020년 7월 27일자 기사 참조.  
<https://news.joins.com/article/23834476>.

28) 코로나바이러스감염증-19 중앙사고수습본부, 수도권 방역조치 강화 추진계획(8월 18일) 참조.

29) 코로나바이러스감염증-19 중앙재난안전대책본부 정례브리핑(8월 29일) 참조.



일한 조치로 받아들여지고 있다.<sup>30)</sup> 그런데 집합금지명령은 현재 유행하고 있는 전염병의 확산을 막기 위한 조치이기 때문에 그 성질상 하루 이틀에 그치는 것이 아니라 통상 2주 정도의 장기간에 걸쳐 이루어지고 상황이 호전되지 않으면 수회에 걸쳐 연장되기도 하며, 심지어는 종기를 정하지 않고 발해지기도 한다. 가뜰이나 국민들의 소비생활이 위축되어 자영업자들의 소득이 감소했던 와중에<sup>31)</sup> 당장 하루하루의 매출을 통하여 생활비나 대출이자 상환비용 등을 마련해야 하는 수많은 자영업자들은 집합금지명령에 의해 영업을 하지 못하는 기간 동안 막대한 손해를 볼 수밖에 없고, 이는 결국 그들의 생존권과 직결되는 문제가 된다.<sup>32)</sup> 전염병의 예방을 위해 국가가 국민들에게 영업을 중단하도록 명하는 것은 한편으로는 영업을 중단해야 하는 영업주들 자신의 생명과 건강을 위한 조치로서의 성격도 일부 가지지만 무엇보다도 국민 일반의 생명과 건강, 즉 ‘공익’을 위한 조치라고 보아야 하므로 당연히 국가에 의한 보상의 필요성이 대두되게 된다.

30) 2020년 4월 8일 박원순 당시 서울시장은 룬살롱 등 유흥업소에 대한 집합금지명령을 내리면서 “위 유흥업소들은 자동으로 영업을 할 수 없다”고 밝힌 바 있다. 동아일보, 앞의 기사(각주 20) 참조. 한편 서울시는 서울시 내 클럽 등이 집합금지조치로 인해 영업을 불가능하여 지역경제에 심각한 타격이 수반된다는 이유로 집합금지조치를 ‘집합제한조치’로 전환하기도 하였다. 서울시 보도자료, 서울시, 집합금지 대상업소 조건부 「집합제한」 전환, 2020년 8월 4일자 참조.

31) 서울 상점들의 매출액은 2월 10일 ~ 5월 24일의 기간 중 전년 동기에 비해 약 3조 2천억 원 줄어들었다. 서울시 공공보건의료재단·서울시 감염병관리지원단, 서울시 코로나19 대응 주요 소식(2020년 6월 2일자), 38면. 또한 한국외식업중앙회 한국외식산업연구원이 COVID-19 시국의 외식업계 현황을 분석한 결과에 의하면 2020년 1~9월의 일정 범위의 음식점 및 주점업 등에서의 카드 결제금액은 전년에 비해 7조 9,655억 원이나 감소했다. 아시아경제, “대형 프랜차이즈 직원도, 자영업 사장님도 거리에 나왔어...외식업 초토화”, 2020년 10월 24일자 기사 참조, <https://www.asiae.co.kr/article/2020102316315888316>.

32) 집합금지명령으로 인해 영업을 중단하게 된 민간 영업주들이 동 명령을 해제하거나 보상을 해달라고 요구하는 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 조선비즈, “유흥주점 업주들 “끓어죽게 생겼다... 집합금지 명령 해제하라””, 2020년 6월 3일자 기사 참조, [https://biz.chosun.com/site/data/html\\_dir/2020/06/03/2020060302998.html](https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/03/2020060302998.html). 한편 소상공인연합회가 8월 31일부터 9월 3일까지의 기간 동안 소상공인 3,415명을 상대로 수행한 조사 결과에 따르면, 매출이 50% 이상 급감한 곳은 무려 91.5%에 이르며, 70% 이상이 폐업을 고려하고 있거나 사실상 폐업 상태에 있다고 답변했다. 뉴시스, “野, ‘영업중지’ 소상공인 손실 보상 추진...與, 재난지원금 검토”, 2020년 9월 7일자 기사 참조, [https://newsis.com/view/?id=NISX20200907\\_0001157735](https://newsis.com/view/?id=NISX20200907_0001157735).

## 2. 현행법상 보상의무 및 실제

현재 감염병예방법은 의료인 등이 감염병 환자의 진단 및 치료 등으로 인하여 입은 피해(제5조 제1항), 국민이 격리 및 치료 등을 받은 경우의 피해(제6조 제1항), 의료기관이 감염병관리기관으로 지정받거나 감염병환자 등을 진료하거나 폐쇄되는 등으로 손실을 입은 경우 및 감염병환자등이 있는 장소 등이 일시적 폐쇄 등의 조치를 당한 경우의 손실 등(제70조 제1항)에 대해서는 보상규정을 두고 있다. 또한 나아가 동법에 따라 입원 또는 격리된 사람에 대하여 치료비, 생활지원 및 그 밖의 재정적 지원, 아이돌봄서비스의 제공을 규정하고 있다(제70조의4). 이 중 의료인 등 및 국민의 피해보상(제5조 제1항, 제6조 제1항)은 2015년 7월 6일의 법률 개정에 의해 도입되었고, 의료기관 등에 대한 손실의 보상(제70조 제1항) 및 입원 또는 격리된 사람에 대한 재정적 지원(제70조의4) 등은 2015년 12월 29일의 법률 개정에 의해 확장 내지 도입된 것이다. 그런데 이러한 법규정에 의하면 의료기관이 아닌 민간 영업주가 국가기관의 조치로 영업을 불가능하게 되어 입은 손실을 보상받을 수 있는 경우란 감염병환자가 있거나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되어 그 장소가 일시적으로 폐쇄되거나 일반 공중의 출입이 금지되는 경우(제70조 제1항 제4호, 제47조 제1호 가목 및 나목 참조) 등에 한정되고, 정작 현재 가장 문제되고 있는 예방 목적의 집합금지명령으로 인한 손실 내지 피해는 여기서 제외되는 문제점이 발생한다. 위와 같은 보상규정들의 정비는 메르스 사태를 겪은 2015년에 이루어진 것인데, 메르스는 COVID-19와 달리 전파력이 강하지 않았던 관계로 오늘날과는 달리 예방적 행정조치가 거의 필요 없었기에 예방 목적의 집합금지명령에 따른 보상의 문제는 대두되지 않아 나타난 현상이다.<sup>33)</sup> 그러나 이러한 입법상의 불비에 대하여는 그간 부당하다는 지적이 제기되어 왔고, 집합금지명령의 대상이 된 자영업자들은 집회 및 시위를 하거나 청와대 게시판에 국민청원을 올리기도 하는 등<sup>34)</sup> 피해를 호소해 왔으며, 급기야는 집단적인 소송 제기의 움직임도 일어나<sup>35)</sup> 보상 없는 영업 중단 강제를 둘러싸고 불만이 터져나오고 있다.

33) 헤럴드경제, 앞의 기사(각주 22) 참조.

34) 청와대 국민청원게시판(<https://www1.president.go.kr/petitions/589636>) 참조.

다만 지자체들은 현행법상 보상의무 규정이 없음에도 불구하고 자율적으로 일정한 범위에서 보상금을 지원하기도 하였다. 예컨대 청주시는 ‘집합금지 행정명령’ 피해업소인 유흥시설 216개소(유흥주점 201개소, 콜라텍 15개소)에 대하여 휴업 보상금을 지원하였고,<sup>35)</sup> 서울시는 집합금지 대상인 ‘코인노래연습장’을 대상으로 100만원의 방역특별지원금을 지원한 바 있다.<sup>36)</sup> 한편 최근에는 집합금지명령을 받은 업종의 소상공인들에게 지급되는 200만 원의 새희망자금 내역이 포함된 4차 추경 예산안이 통과되기도 하였다.<sup>37)</sup> 그러나 이는 어디까지나 법률의 의무규정 없는 재량적 조치일 뿐이며, 이러한 맥락에서 서울시장은 일찍이 한 언론과의 인터뷰에서 손실보상을 하지 않을 수도 있다는 취지로 말하기도 하였다.<sup>38)</sup> 결국 집합금지명령으로 인해 장기간의 영업 중단이 강제되어 피해를 본 민간 영업주들은 해당 지자체 또는 정부 및 국회 차원의 시혜적 정책 결정이 없는 한 그 손실을 아무런 보상 없이 고스란히 떠안게 되고, 설령 보상 결정이 있더라도 그 보상 정도는 실제 손해액에 비해 미미하여 역시 큰 손해를 감수해야만 하는 상황인 것이다.

이러한 문제점을 인식하여 정치권에서 집합금지명령에 의한 손실도 보상의 대상이 되도록 감염병예방법의 개정 움직임이 나타난 바 있다. 즉, 추경호 의원이 2020년 6월 19일에 대표발의한 감염병예방법 일부개정법률안(의안번호 741)은 손실보상을 규정하고 있는 제70조 제1항에 집합금지명령(내지 집합제한명령)의 근거규정인 제49조 제1항 제2호를 추가하는 내용을 담고 있다.<sup>39)</sup> 또한 2020년

35) IT조선, “‘생존권 사수’ PC방 업주, 정부 상대로 집단 소송한다”, 2020년 9월 3일자 기사 참조, [http://it.chosun.com/site/data/html\\_dir/2020/09/03/2020090301675.html](http://it.chosun.com/site/data/html_dir/2020/09/03/2020090301675.html).

36) 청주시 공고 제2020-1984호 참조. 청주시는 이에 앞서 2020년 4월에도 ‘사회적 거리두기’ 운동에 적극 참여한 다중이용업소(노래연습장, PC방, 나이트클럽, 학원, 독서실 등)를 대상으로 휴업보상금 지원계획을 공고한 바 있다. 청주시 공고 제2020-1450호 참조. 이 둘은 지원금액, 지원형태가 동일하다.

37) 서울시 보도자료, 서울시, 코인노래연습장에 방역특별지원금 100만원 지원, 2020년 7월 3일자 참조. 서울시는 이러한 방역특별지원금은 “서울시의 집합금지 명령으로 발생한 생계곤란에 대한 지원”이며, “집합금지 명령으로 인한 손실을 공익을 위한 희생으로 판단해 방역특별지원금을 지급하기로 결정”하였다고 하고 있다.

38) 뉴스1, “소상공인 241만명 100만~200만원...이르면 25일 지급”, 2020년 9월 23일자 기사, <https://www.news1.kr/articles/?4067315>.

39) 아시아경제, “박원순 ‘집합금지 명령 내린 유흥업소, 손실 보상 엄두 못내’”, 2020년 4월 9일자 기사 참조, <https://www.asiae.co.kr/article/2020040909425066312>.

40) 동안의 제안이유는 “... 현재 코로나19 바이러스의 지역사회 전파가 지속되고 있으며 2차 확산가능성까지 대두되고 있어 중앙 및 지방정부의 집합제한 및 집합금지명령의 기간이 연장되고 있음. 이에 국민 개인에

9월 1일에는 이동주 의원이, 같은 달 7일에는 최승재 의원이 역시 같은 취지의 개정안(각각 의안번호 3424, 3535)을 대표발의한 바 있다. 그러나 현재까지(2020년 10월 23일 기준) 이와 같은 개정은 실현되지 않았다.

#### IV. 집합금지명령 시 헌법상 보상의무의 발생 여부

##### 1. 논의의 좌표: 헌법

위에서 보았듯 현재 감염병예방법상 집합금지명령으로 인한 민간 영업 중단 시 국가에 그 손실의 보상의무를 부과하는 규정이 없고, 그 외 재난 및 안전관리 기본법, 자연재해대책법 등 다른 법률을 살펴봐도 이러한 경우의 국가의 보상의무는 규정되어 있지 않다. 그렇다면 이제 이 문제는 ‘헌법의 영역’으로 자리를 옮기게 된다. 헌법은 국가의 최고법이기, 만약 헌법상 집합금지명령으로 인한 국가의 보상의무가 도출된다면 국민이 헌법에 근거하여 국가에 대해 직접 일정한 보상을 요구하거나 적어도 보상을 정하는 법률규정을 신설하라고 요구할 수 있을지를 논의해볼 여지가 생기게 된다. 또한 국회에 대한 관점에서, 헌법상 입법의무가 있다면 국회가 그 의무를 수행해야 함은 당연하기 때문에 보상입법을 하는 것은 이제 더 이상 국가의 시혜적·정책적 조치가 아닌 의무의 이행이 된다. 반면에 헌법상 보상의무가 도출되지 않는다면 이 경우의 보상입법은 단지 국회의 시혜적 결정에 따른 임의적 조치에 지나지 않게 된다. 공익을 위한 행정기관의 일방적 조치에 의해 큰 손실을 입은 국민의 입장에서는 국가의 보상의무가 ‘헌법의 영역’에서 논의되고 근거를 찾을 수 있을 때 훨씬 강력한 우군을 가지게 될 것이다.

그러나 현재 집합금지명령에 의해 민간 영업이 사실상 중단됨으로써 발생한 손실을 국가가 보상해주는 것이 헌법적 의무라는 인식은 널리 공유되지 않고 있는 것으로 보이고, 이에 대한 학계의 논의도 활발히 전개되고 있지 않다. 이러한 상황

---

게 귀책사유가 없음에도 불구하고 공공의 이익을 위해 국민 개인이 재산상 손실이 지속적으로 발생할 것으로 예상되는 바, 이 법 제49조 제1항 제2호에 근거한 행정명령인 집합을 제한하거나 금지하는 조치로 인한 국민 개인의 재산상 손실도 보상을 청구할 수 있도록 하려는 것임.”이라고 하고 있다.

인식 하에, 아래에서는 헌법 해석론과 실무(판례)에 비추어 집합금지명령에 의한 민간 영업의 손실을 국가가 보상해줘야 할 의무가 헌법으로부터 도출되는 것인지, 도출된다면 그 법리의 구성은 어떻게 되는 것인지에 대해 논의하기로 한다. 다만 본 글은 현재의 헌법 해석론에 비추어 기존에 인정되어 오던 헌법상 보상 의무에 집합금지명령이 포섭될 수 있는지를 검토하는 것으로서, 헌법상 손실보상의 의의 내지 성질에 대한 이론적 탐구나 이를 기초로 한 구체적인 보상 청구권의 개념 및 요건 등에 대한 세부적 논의는 포함하지 않음을 밝힌다.

## 2. 집합금지명령으로 인한 민간 영업의 중단이 '재산권의 제한'에 해당하는지 여부

### (1) 재산권을 검토해야 하는 이유

집합금지명령으로 인해 민간 영업이 중단될 경우, 이를 둘러싼 문제는 재산권 외에도 다른 헌법적 관점들, 예컨대 직업수행의 자유의 측면에서 검토될 수 있음은 물론이다. 그러나 그 경우 현재 엄중한 전염병 시국으로 인해 국가기관의 공익을 위한 활동이 강하게 요구된다는 점, 직업수행의 자유는 비교적 폭넓은 제한가능성을 상정하고 있다는 점 등 때문에 집합금지명령의 근거법률이 위헌으로 판단될 가능성은 높지 않다. 이 경우 헌법재판소가 침해의 최소성, 법익의 균형성을 검토하여 COVID-19 예방을 위해 집합금지명령을 내리도록 한 것이 합헌이라고 판단한다면, 민간 영업주들은 그저 손실을 수인해야 하는 지위에 있게 될 뿐이다. 설령 헌법재판소가 집합금지명령이 과도한 조치라거나 그 범위가 지나치게 광범위하다거나 하는 이유로 위헌으로 판단한다 하더라도, 국가는 집합금지명령을 배제하고 집합제한명령을 폭넓게 활용하는 식으로 위헌성을 비켜갈 수 있다. 명확성의 원칙을 이유로 법의 위헌성을 주장하더라도(헌행법상 이 부분은 다소 문제될 소지가 있어 보인다), 역시 헌법재판소가 합헌으로 판단할 경우에는 달라지는 것이 없고 위헌으로 판단하더라도 법개정을 통해 법조문의 불명확성이 개선되는 것이 통상 기대될 수 있을 뿐이다.

그러나 현재 민간 영업주들이 가장 관심을 기울이고 있으며 그들에게 실질적으로 도움이 될 수 있는 논의의 지점은, 집합금지명령의 위헌성 여부 자체라기보다는

동 명령을 통해 일방적으로 영업을 중단되어 입게 되는 손해를 ‘국가가 보상해야 하는지 여부’이다. 집합금지명령의 위헌성을 이유로 이를 폐지하는 것보다는 보상을 논의하는 것이 사람들의 접촉을 최소화하여 바이러스의 전염을 예방해야 하는 공익과 개인들의 사익이 조화롭게 추구되는 방향이기도 하다. 그렇기 때문에 집합금지명령으로 인한 민간 영업을 중단과 관련하여서는 무엇보다 재산권 영역에서의 헌법적 검토가 필요하다. 만약 집합금지명령으로 인한 민간 영업주들의 피해가 헌법상 재산권의 보호영역으로 포섭될 수 있다면, 이제 문제는 단순히 국가가 집합금지명령제도를 운용하는 것이 ‘위헌인지 아닌지’의 문제에서 더 나아가 ‘개인에게 손실을 보상해줘야 하는지 아닌지’의 문제로 확장된다. 이는 어떠한 조치의 위헌성이 국가의 보상의무와 관련하여 논의되는 재산권의 특성에서 기인하는 것이다.<sup>41)</sup> 즉, 후술하듯 현재 헌법재판소의 태도에 의하면 개인의 재산권에 대한 국가의 제한이 원칙적으로 합헌적이더라도 그 결과가 개인에게 가혹한 피해를 가져온다면 국가는 보상규정을 두어야 할 의무를 지게 된다. 또한 만약 집합금지명령이 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것이라면, 헌법 자체에서 국가에게 법률로써 보상할 것을 명령하게 된다. 나아가 국민이 재산권의 침해에 관한 보상규정이 없는 상태에서도 바로 국가에 대해 보상을 청구할 수 있을지에 대해 학설상의 대립(직접효력설, 유추적용설, 위헌무효설 등)이 일어나고 있기도 하다.<sup>42)</sup> 즉, 재산권을 검토함으로써 비로소 민간 영업주들의 손실보상이 보다 직접적이고 핵심적으로 논의의 수면에 떠오를 수 있게 되는 것이다. 바로 여기에 헌법상 재산권에 초점을 맞춰 살펴보아야 하는 이유가 있다.<sup>43)</sup>

41) 국가가 발하는 집합금지명령은 위법한 공권력의 행사가 아니라 감염병예방법에 근거하여 공익을 위해 행하는 조치이므로, 여기의 ‘보상’은 일용 손해배상 내지 국가배상이 아닌 손실보상과 관련된 문제인 것으로 파악할 수 있다. 손실보상은 ‘적법한 공권력의 행사’로 인해 개인의 재산에 발생한 손실의 보상으로서, ‘불법행위’로 인한 피해를 전보하려는 국가배상과는 개념적으로 구별되는 것이다. 김상규, “손실보상에서의 정당보상에 관한 법적 연구 -토지소유자 추천제도를 중심으로-”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2009, 6~8쪽 참조.

42) 정광정, “재산권 침해에 대한 손실보상 여부에 관한 연구”, 「법학연구」 제29집, 한국법학회, 2008, 44~45쪽.

43) 참고로 ‘보상’을 검토할 수 있는 헌법적 쟁점으로는 재산권 외에 평등권도 들 수 있다. 예컨대 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제77조 제1항은 ‘영업을 폐업하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업을 이익과 시설의 이전비용 등을 고려하여 보상하여야 한다.’고 하고, 가축전염병 예방법 제48조 제1항 제6호는 ‘사용정지 또는 사용제한의 명령을 받은 도축장의 소유자’에게 국가나 지방자치단체가 보상금을 지급해야 한다고 하여 공익을 위한 조치로 인해 영업을 중단하게 된 때의 손실보상을 규정하고

## (2) 영업권이 재산권에 해당하는지에 관한 헌법재판소의 태도

헌법상 재산권이란 “사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리”를 의미한다.<sup>44)</sup> 인간은 자신의 생존과 건강이 보장되어야 비로소 그 기초 위에서 자유를 향해 나아갈 수 있고 오늘날의 문명사회에서 개인의 생존 활동은 재산을 통해 이루어지므로, 결국 재산이야말로 인간 생활을 지탱해주는 원천이자 자유의 시작점이다. 즉, 헌법재판소가 적절히 실시하였듯 재산권이란 “국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕”이며, “자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계”에 놓여 있는 것이다.<sup>45)</sup> 이러한 재산권에는 민법상 물권·채권, 상속권, 광업권이나 어업권 등 특별법상 권리, 손실보상청구권과 형사보상청구권, 공무원이 갖는 봉급청구권과 연금청구권 등 다양한 형태의 권리가 모두 포함된다.<sup>46)</sup> 다만 헌법재판소는 재산권은 ‘구체적 권리’여야 한다고 하면서 “단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등”은 이에 해당하지 않는다고 하고 있다.<sup>47)</sup> 학설들도 대체로 이와 같이 경제적 기회나 반사적 이익, 단순한 기대이익 등이 재산권에 포함되지 않는다고 한다.<sup>48)</sup>

집합금지명령으로 인해 영업을 중단될 경우 재산권의 제한이 발생하는가? 일단 이때 ‘영업을 계속함으로써 이익을 창출할 권리’<sup>49)</sup>가 제한되는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 이는 (비록 그 개념이 반드시 명확한 것은 아니나) 일응 헌법재판소가 실시하고 있는 ‘영업권’의 내용 안에 포섭될 수 있을 것으로 보인다.<sup>50)</sup><sup>51)</sup> 그렇다면

있는바, 이러한 경우와 집합금지명령으로 인한 영업 중단에 경우에 불합리한 차별이 발생하고 있음을 주장해볼 여지가 있다. 다만 이에 대한 검토는 또 다른 상세한 논의를 요하는 것으로서, 글의 분량이 지나치게 비대해지는 것을 피하기 위해 본 글은 재산권에 한정하여 검토하기로 한다.

44) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36. 학설들도 대체로 유사하게 정의하고 있다. 허영, 한국헌법론, 박영사, 2020, 529쪽 등 참조.

45) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

46) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2020, 763쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 717쪽.

47) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36.

48) 정종섭, 앞의 책, 717쪽 등.

49) 이는 결국 영업의 중단으로 인해 입는 손실과 표리관계에 있다.

50) 영업권의 개념에 대하여는 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41에서 재판관 권성의 반대의견이 자세히 설명한 바 있다. 동의견은 영업권도 재산권이라고 하면서 “다년간에 걸쳐 확고하게 형성되거나 획득된 영업상의 고객관계, 입지조건, 영업상의 비결, 신용, 영업능력, 사업연락망 등을 포함하는 영업재산이나 영업조직”은 헌법상 재산권에 속하는 구체적 권리로 보아야 한다고 하였다. 이러한 개념정의는 적어도 그 문언상

이러한 영업권이 재산권으로 인정되는지를 살펴보아야 하는데, 헌법재판소는 여관의 영업권,<sup>52)</sup> PC방 영업권,<sup>53)</sup> 건설업 영업권<sup>54)</sup> 등에 대해 재산권이라고 하였고, 도시계획시설부지 내의 가설건축물을 소유자 부담으로 원상회복하게 하는 법조항이 그 가설건축물을 임차하여 영업을 하고 있던 청구인들의 영업권을 침해한다는 주장에 대하여 이러한 영업권이 재산권에 해당함을 전제로 판단하였다.<sup>55)</sup>

반면에 의료기관 시설의 일부를 변경한 장소에서 운영되던 기존 약국을 일정한 유예기간 경과 후에 폐쇄하도록 한 법률조항이 문제된 사건에서는 “특정한 장소에서 영업을 함으로써 얻는 영업이익 내지 영업권”은 재산권에 속하지 않는다고 하였고,<sup>56)</sup> 중간처리업 허가를 받아야 폐기물재생처리신고업을 계속할 수 있도록 개정된 법규정이 문제된 사건에서는 “구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니”라는 이유로 청구인들의 영업권은 재산권에 속하지 않는다고 하였다.<sup>57)</sup> 법의 개정으로 인해 등록이 불가능하게 되어 청구인들이 종래 해 오던 오락실 영업을 하지 못하게 된 사건에서도 역시 ‘청구인들이 영업을 포기해야 하기 때문에 발생하는 재산상의 손실’은 재산권이 아니라고 하였다.<sup>58)</sup>

이러한 헌법재판소의 태도에 비추어볼 때, 국가의 집합금지명령으로 인한 영업

으로는 영업을 계속을 통해 이익을 창출한 권리보다는 ‘영업’ 그 자체를 가리키는 것으로 보이지만, 실질적으로는 영업을 계속해 이익을 창출할 권리 역시 당연히 포함하여 포괄적인 의미로 쓰인 것으로 판단된다.

51) 한편 김민주, “상가권리금 법제화 및 공법상 영업손실보상에 관한 검토”, 「아주법학」 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015, 360쪽은 ‘영업권’은 “초과수익에 중점을 두고 그 초과수익의 경제적 가치를 말하는 것”을 말하지만 ‘손실보상의 대상으로서의 영업’은 “생업으로서의 직업적인 면에 중점을 두어 사업인정 고시일 등 전부터 적법한 장소에서 인적·물적 시설을 갖추고 계속적이고 반복적으로 행하고 있는 영업”을 가리킨다고 설명하고 있다. 이러한 용례를 고려하면 더더욱 여기의 손실보상과 관련한 논의에서 ‘영업의 계속으로 이익을 창출한 권리’와 ‘영업권’, ‘영업’ 등의 개념이 엄격히 구분되는 것은 아니라 할 것이다(다만 이와 달리 엄격한 용어 내지 개념의 정의를 시도하는 것 역시 가능한 물론이다).

52) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바384.

53) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바105 등.

54) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바27. 다만 이 결정에서 헌법재판소가 말하는 영업권이란 예컨대 개인택시면허와 같이 어떠한 사업을 할 수 있도록 국가로부터 인정받은 자격 내지 권한을 가리키는 것으로서, 여기서 논의되는 영업권과는 그 뉘앙스가 다소 다른 것으로 보인다.

55) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바470.

56) 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700 등.

57) 헌재 2000. 7. 20. 99헌마452.

58) 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574.



의 중단은 헌법상 보호되는 재산권이 제한되는 것으로 볼 여지가 있다. 헌법재판소는 이미 여관이나 PC방의 영업권을 재산권으로 인정하고 있기 때문이다. 다만 헌법재판소는 이와 동시에 여러 사건에서 이익의 획득에 관한 기회, 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권에 포함되지 않는다고 하며 영업권 내지 영업이익, 손실 등을 재산권의 범위에서 제외하고 있어 혹시 집합금지명령의 경우에도 영업권이 재산권으로 인정되지 않는 것은 아닌지 의문이 있을 수 있다. 사실 이는 판단하기 애매한 부분이다. 헌법재판소는 영업권의 재산권성을 부정하면서 위의 일반론을 내세우거나 때로는 이에 더해 영업을 국가에 의해 강제되거나 유발된 것이 아니라 “법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다”는 이유를 함께 들기도 하지만, 이러한 일반론들만으로 헌법재판소가 구체적인 경우에 내린 결론이 명확히 설명되지는 않기 때문이다. 헌법재판소가 특정 영업권들의 재산권성을 부인하면서 들고 있는 저러한 설시들은 생각하기에 따라서는 헌법재판소가 재산권으로 인정한 영업권들에도 동일하게 적용된다고 볼 여지가 있다. 어떤 것은 재산권인 영업권이고 어떤 것은 단순한 이윤 획득의 기회인지, 또 어떤 것은 사실적·법적 여건에 불과한 것인지는 반드시 명확히 구분된다고 보기 어려울뿐더러, 개인이 자기의 책임과 결정으로 반사적 기회를 활용했다는 것 역시 대부분의 민간 영업에 다 적용될 수 있는 부분일 것이다.

그렇다면 헌법재판소는 과연 어떠한 기준으로 영업권의 재산권성을 인정하거나 부인하고 있는 것인지 문제될 것이지만, 아직까지 이에 대하여 명확한 결론이 제시된 바는 없다. 살펴보건대 헌법재판소는 어떠한 영업권이 재산권에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 그 영업권 자체의 성격만을 기준으로 삼는다고보다는 그 영업권에 대한 국가의 제한의 성격까지 아울러 고려하는 것으로 보인다. 즉, 논리적으로는 국가의 조치가 재산권의 ‘제한’에 해당하는지를 판단하기 전에 먼저 어떠한 영업권이 ‘재산권의 보호영역에 포섭되는지’ 여부를 판단하고 다음 단계로 나아가야 하는 것이나, 헌법재판소는 보호영역의 판단 단계에서 사실상 다음 단계의 판단까지 일부 함께 고려하고 있는 것이다. 헌법재판소가 영업권의 재산권성을 부인한 사례들을 보면, 이는 주로 ‘특정 업종을 규율하는 법률의 개정으로 인해 규율 내용이 변화한 경우’에 해당한다. 예컨대 국가는 음반, 비디오물, 게임물이나 그 관련

영업들에 대한 종래의 규율 내용을 변경하기 위해 음반·비디오물및게임물에관한법률을 제정하여 여러 법률에 흩어져 있던 규율을 통합하고 정비하는 조치를 취한 바 있는데, 그 과정에서 자연히 종래의 영업이 배제되기도 하고 그 영업의 범위가 축소되거나 내용이 변하기도 한다. 이러한 법개정 내지 규제의 변동은 사회의 가치를 배분하고 조정하는 국가의 본질적인 역할에 속하며, 이는 매우 빈번히 일어나는 일이다. 이때 기존의 영업을 영위하던 자들이 그 업무범위의 축소 또는 영업의 배제를 이유로 국가의 조치에 반대하는 것을 일일이 재산권으로 인정하기보다는 이를 국가의 본질적 작용에 수반하는 사실적, 반사적 불이익으로 고려하여 아예 재산권의 보호영역에서 배제하는 것이 합리적이라고 판단할 여지가 있다.<sup>59)</sup> 반면 헌법재판소는 학교환경위생정화구역 내에 속한다는 이유로 여관 영업이나 PC방 영업이 금지되는 경우의 이들 영업권은 재산권에 속한다고 판단하였는바, 이는 어떠한 업종에 대한 규율을 국가가 변경하는 것이라기보다는 별도의 특정한 공익적 목적을 위해 일정 구역 내의 영업을 일률적으로 금지시키는 것이므로, 그 경우에는 영업권을 재산권으로 인정하는 것이 자연스러울 것이다. 바로 이러한 관점에서 헌법재판소는 그동안 영업권의 재산권성 여부를 구체적 사안마다 다르게 판단해온 것으로 보인다.

참고로 덧붙이자면, 이러한 헌법재판소의 태도는 바람직하지 않다. 어떠한 영업권이 재산권인지 단순한 ‘기회 내지 여건’에 불과한 것인지는 그 개인이 이미 비용과 노력을 들여 인적, 물적 설비를 완료함으로써 영업을 계속하고 있었는지 아니면 영업을 시작하려고 희망하고 있는 것에 불과한지에 따라 판단되어야 할 것이다. 상기하였듯 애초에 어떤 개인의 영업 관련 손실이 단순히 ‘기회 내지 여건’에 기초한 것인지 여부는 판단하기가 쉽지 않을뿐더러, 설령 그것이 기회 내지 여건에 불과하다 하더라도 이미 개인이 영업을 지속하고 있었던 것이라면 이는 재산권으로서 보호해줄 필요가 있다.<sup>60)</sup> 사실 이러한 경우는 기회나 기대이익에 불과하다고

59) 이는 결국 재산권의 침해에 해당하지 않는다는 결론으로 귀결되나, 법리 구성상 침해에 앞서 아예 재산권의 제한 자체가 아니라고 보는 것이다. 정기화, “헌법재판소 재산권 판례의 경제학적 분석”, 『헌법실무연구』 제9권, 헌법재판소, 2008, 98쪽은 헌법재판소가 기대이익, 반사적 이익, 경제적 기회 등이 재산권에 포함되지 않는다고 하는 것은 법률에 의한 개인의 재산상 손실에 대해 재산권의 침해가 아니라고 할 때 흔히 인용하는 법리라고 지적하고 있다.

60) 이승우, 기본권론, 도서출판 두남, 2007, 328쪽 역시 “단순한 기대이익, 반사적 이익 또는 경제적 기회 등

표현하는 것 자체가 타당하지 않을 수 있다. 반면에 개인의 영업이 아직 확립되지 않고 일정한 준비 단계 또는 그 이전 단계에 있을 때에는 이를 가리켜 재산권으로서의 영업권이라고 하기 어렵다. 예컨대 어떠한 영업을 하고 싶지만 입법의 불비 내지 적극적 금지로 인해 그 영업을 할 수 없는 경우라면 이는 단순히 영업의 기회가 제한받는 것으로서 재산권의 보호영역에 포섭되지 않는다고 할 것이지만<sup>61)</sup> 이미 기존에 영업을 위해 상당한 노력을 투입하여 영업을 지속하고 있었던 때에는 이는 재산권으로서의 영업권에 속한다고 하여야 할 것이다.<sup>62)</sup> 그리하여 어떠한 개인이 기존에 하고 있던 영업이 법률에 의하여 제한을 받게 되는 경우라면, 단순히 반사적 기회를 활용한 결과라거나 기대이익 내지 경제적 기회라는 등의 이유로 아예 재산권 심사를 배제하기보다는 재산권 제한은 인정하되 구체적인 사안에 따라 그 제한이 '침해에 해당하는지 여부'를 검토하는 것이 논리적으로 더 타당해 보인다.<sup>63)</sup>

### (3) 집합금지명령으로 인한 영업 중단에의 경우

이러한 헌법재판소의 입장에 따르면 집합금지명령으로 민간 영업이 중단되어 그 영업이익 내지 영업권(영업의 계속으로 이익을 창출할 권리)이 제한된 경우, 이는 재산권의 제한으로 보게 될 것이다. 이는 특정 영업분야에 대한 규율을 시대의 흐름에 맞게 변화시켜 나가는 통상적 국가작용이 아니라 다른 공익적 목적을 위해 일률적으로 일정한 영업을 금지시키는 것이기 때문이다. 헌법재판소는 최근 가축 전염병의 확산을 막기 위해 시장·군수·구청장이 도축장 사용정지명령을 내린 경우의 도축장 영업권은 재산권으로 인정하였는바,<sup>64)</sup> 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 특히 헌법재판소는 부당한 조세의 부과로 인해 개인의 사유재산 사용·수익·처분권에 증대한 제한이 발생하는 경우에도 재산권이 침해된 것으로 볼 수 있다고 하여<sup>65)</sup> 특정한 구체적 권리가 아닌 일반적인 재산의 감소 역시 재산권의 문제로

은 원칙적으로 재산권으로 보호받을 수 없지만 구체적 내용에 따라서는 인정될 수도 있"다고 하고 있다.

61) 현재 1998. 7. 16. 96헌마246(치과전문의 자격시험 불실시 사건) 참조.

62) 헌법재판소는 학교환경위생 상대정화구역 내에서 PC방 영업을 '하려는 자'에 대해 그 영업권을 재산권으로 인정하는 듯한 판시를 하였는바(현재 2010. 11. 25. 2009헌바105 등), 이는 타당하지 않다.

63) 정기화, 앞의 글, 95~96쪽은 헌법재판소가 영업권을 재산권의 보호영역에 포섭되지 않는 것으로 보기도 하는 영업권의 제한에 따른 재산상 손실이 재산권의 침해로 되는지 여부를 판단하여야 한다고 하고 있다.

64) 현재 2015. 10. 21. 2012헌바367.

보고 있는데, 집합금지명령으로 인한 영업의 중단과 일반적 재산의 감소는 직접적으로 연결되는 과정이므로 이러한 헌법재판소의 취지에 따르면 더더욱 재산권의 영역에 포함되는 것으로 보아야 한다고 할 여지가 있다. 나아가 집합금지명령으로 인한 민간 영업의 강제적 중단이 헌법상 재산권의 영역에 포섭되어 강한 보호의 대상이 된다고 해석하는 것이 “개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본”으로 하며(헌법 제119조 제1항) 기업의 경영에 국가가 개입하는 것을 엄격히 제한하고 있는(제126조) 우리 헌법의 정신에도 부합하는 태도일 것이다. 무엇보다도, 이번 COVID-19 사태를 시작으로 하여 인류의 생활은 이전의 생활과 큰 폭으로 달라졌다는 평가를 받고 있는바, 앞으로도 COVID-19와 같은 대규모 감염병이나 기타 재해로 인해 똑같은 상황이 발생하지 않으리라는 보장이 없는 오늘날 영업권을 재산권으로 인정하고 관련 법리를 체계적으로 정비해 나갈으로써 새로운 시대의 국민 기본권 보장을 대비할 필요가 있다.

참고로 앞에서 언급한 추경호 의원 대표발의 감염병예방법 일부개정법률안의 제안이유 역시 “이 손실보상 규정은 국민 개인에게 귀책사유가 없음에도 불구하고 공공의 필요에 따라 행사된 공권력으로 인하여 국민 개인의 재산에 희생적 손실이 발생한 경우 재산상 손실을 입은 국민이 그 손실에 대하여 국가에 보상을 청구할 수 있도록 함으로써 공공의 이익과 개인의 사유재산을 형평성 있게 보호하는 것을 목적으로 함.”이라고 하고 있는바, 이는 그 문언상 영업권을 재산권으로 보는 전제에서 있다고 볼 수 있을 것이다.

### 3. 영업 중단에 대한 국가의 보상의무 존부

#### (1) 두 방향의 이론구성 가능성

위에서 보았듯 집합금지명령으로 인한 민간 영업의 중단이 국민의 재산권에 대한 제한이 된다면 이제 이를 바탕으로 국가의 보상의무가 본격적으로 논의될 수 있다. 다만 이때 두 가지 방향의 이론구성이 모두 가능하다. 첫째는 집합금지명령

65) 헌재 2002. 1. 31. 2000헌바35.

이 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당한다고 보아 헌법 문언상 당연히 보상규정이 요구된다고 파악하는 이론구성이고, 둘째는 이를 헌법 제23조 제3항의 문제가 아니라 국가가 입법을 통해 재산권의 내용과 한계를 정하는 것, 즉 제23조 제1, 2항의 문제로 이해하면서 다만 그 제한의 정도가 가혹할 정도로 강하기 때문에 국가는 보상규정을 두어야 한다고 보는 이론구성이다. 후자는 헌법재판소의 판례에 따른 이론구성에 해당한다.

어느 한 방향으로 명확히 결론이 정해지지 않고 두 방향의 가능성이 모두 존재하는 것은 바로 이 문제의 근저에 분리이론과 경계이론, 결부조항, 공용침해의 개념에 대한 독일과 한국의 차이 등 복잡한 문제들이 놓여 있기 때문이다. 자세한 내용은 이하에서 보겠지만, 먼저 논의의 출발점이 되는 것은 우리 헌법재판소가 제23조 제1, 2항과 제3항, 즉 재산권의 사회기속성과 공용침해를 구별하는 기준으로 분리이론을 취하고 있다는 점이다. 헌법재판소는 현재 1998. 12. 24. 89헌마214 등 결정을 통해 재산권의 제한에 관한 상세한 법리를 실시하였는데, 학자들은 대체로 헌법재판소가 이 결정으로 경계이론이 아니라 분리이론을 취한 것이라고 평가하고 있다.<sup>66)</sup> 여기서 경계이론이란 내용·한계규정에 의한 재산권의 제한이 일정한 정도를 넘어서서 특별희생으로 평가될 정도에 이르면 곧 공용수용으로 그 성질이 전환된다는 이론으로서, 독일 연방통상최고법원(BGH)에 의해 확립된 이론이다.<sup>67)</sup> 이에 반해 분리이론은 재산권의 내용·한계규정과 공용침해는 서로 다른 별개 제도라고 이해하는 이론으로서, 독일 연방헌법재판소가 독일 연방통상최고법원의 경계이론을 반박하면서 형성된 이론이다.<sup>68)</sup> 이에 따르면 우리 헌법 제1, 2항과 제3항은 단지 제한의 강도에 따라 전환되는 성질의 것이 아니라 애초부터 개념적·기능적으로 구별되게 된다.

이하에서는 먼저 우리 헌법재판소의 태도에 따른 이론구성을 살펴본 후, 이에 대한 비판적 검토를 바탕으로 다른 방향에서의 이론구성을 시도해보기로 한다.

66) 권건보, “토지재산권에 대한 헌법재판소 초기 결정의 의미와 영향 - 토지거래허가제와 그린벨트 사건을 중심으로 -”, 「국가와 헌법 II 기본권론」, 법문사, 2018, 509쪽. 다만 헌법재판소가 어느 한 입장을 분명히 한 것은 아니라는 견해로는 장영수, 앞의 책, 771쪽.

67) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020, 1434쪽.

68) 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석[I], 박영사, 2013, 867쪽.

## (2) 종래 헌법재판소의 태도에 입각한 이론구성

헌법재판소는 종래 헌법 제23조 제1, 2항과 제3항의 구별 기준에 대해, 제1, 2항에 의한 제한은 “입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것”이고 제3항에 의한 제한은 “국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것”이라고 판시한 바 있다.<sup>69)</sup> 이는 독일 연방헌법재판소의 판시 내용 내지 분리이론을 그대로 받아들인 것으로 보인다.<sup>70)</sup> 그러나 이러한 판시만으로는 둘을 구별하는 기준이 무엇인지 반드시 명확하다고는 할 수 없다. 여기의 판시 문언을 보면 얼핏 구체성, 추상성을 기준으로 한 것으로 보이나, 헌법재판소의 결정 중에는 그 ‘효과가 제23조 제3항의 공용수용과 같다고 볼 수 있는지’를 기준으로 판단한 것도 있다.<sup>71)</sup> 그런가 하면 ‘입법자의 의도’를 고려하는 태도를 보인 것도 있다.<sup>72)</sup> 또 어떤 결정에서는 ‘추구하는 목적이나 재산권 제한의 형태’를 판단기준으로 들기도 한다.<sup>73)</sup> 구체적으로 헌법재판소가 제23조에 관해 판단한 결정들을 일부 살펴보면, 헌법재판소는 토지수용은 제23조 제3항의 문제로 보고 있으나,<sup>74)</sup> 개발제한구역의 지정<sup>75)</sup> 및 도시계획시설결정<sup>76)</sup>에 따른 토지이용

69) 현재 1999. 4. 29. 94헌바37 등. 헌법재판소는 이어서 “그런데 법은, 택지의 소유에 상한을 두거나 그 소유를 금지하고, 허용된 소유상한을 넘은 택지에 대하여는 처분 또는 이용·개발의무를 부과하며, 이러한 의무를 이행하지 아니하였을 때에는 부담금을 부과하는 등의 제한 및 의무부과 규정을 두고 있는바, 위와 같은 규정은 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이라고 보아야 한다.”고 하였다.

70) 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 867쪽 참조.

71) 현재 2006. 7. 27. 2003헌바18. “우선 이 사건 법률조항에 따른 매도청구권을 헌법 제23조 제1항·제2항의 재산권의 제한으로 볼 것인지, 아니면 헌법 제23조 제3항의 공용수용으로 볼 것인지 문제되나, 위 매도청구권의 행사로 재건축불참자는 그 의사에 반하여 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 실질적으로 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수 있고, 이 경우 헌법 제23조 제3항에 따라 보상적 조치가 있어야 비로소 허용되는 범주 내에 있게 되나, ...”

72) “... 이 사건 금지조항이 여관영업을 제한하는 것은 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것이라기보다는(입법자의 의도가 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라), ...” 현재 2004. 10. 28. 2002헌바41.

73) 현재 2015. 10. 21. 2012헌바367.

74) 현재 2009. 9. 24. 2007헌바114; 현재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등 참조.

75) 현재 1998. 12. 24. 89헌바214 등.

76) 현재 1999. 10. 21. 97헌바26; 현재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등 참조.

의 제한, 학교환경위생정화구역 내의 여관 영업 금지<sup>77)</sup> 및 PC방 영업 금지<sup>78)</sup>는 제23조 제1, 2항의 문제로 보고 있다. 자연환경지구에서의 건축행위 제한 역시 제23조 제1, 2항의 문제로 보고 있다.<sup>79)</sup>

헌법재판소는 일반론의 판시 내용에서 제1, 2항은 ‘장래에 있어서’라고 표현하고 제3항은 ‘이미 형성된 권리를’이라고 표현하여 마치 전자는 장래를 향한 규율이고 후자는 현재 존재하고 있는 권리, 즉 기득권에 대한 규율인 것처럼 이야기하지만 실제로는 기득권에 대한 규율 역시 다 제1, 2항의 문제로 파악하고 있다. 사실 장래성 여부는 둘을 구분짓는 기준으로 작용하기가 힘든데, 예컨대 어떠한 법의 제정 내지 개정으로 인하여 재산권에 대해 일정한 의무가 부과된다거나 제한이 발생하는 경우, 이는 물론 장래를 향하여 효과를 발생하는 것이지만 그 적용범위를 ‘장래 재산권을 취득하는 자’에 한정하지 않는 이상 동시에 기존에 이미 형성되어 향유되고 있던 개인들의 재산권도 역시 제한하는 것이기 때문이다.<sup>80)</sup> 이는 아이러니하게도 앞서 본 94헌바37 등 결정 자체도 밝히고 있는 내용이다. 즉, 동 결정은 앞의 일반론을 실시한 후 뒤에서 “재산권의 내용과 한계를 정할 입법자의 권한은, 장래에 발생할 사실관계에 적용될 새로운 권리를 형성하고 그 내용을 규정할 권한 뿐만 아니라, 더 나아가 과거의 법에 의하여 취득한 구체적인 법적 지위에 대하여 까지도 그 내용을 새로이 형성할 수 있는 권한을 포함하고 있는 것”이며 “입법자는 재산권을 새로이 형성하는 것이 구법에 의하여 부여된 구체적인 법적 지위에 대한 침해를 의미한다는 것을 고려하여야 한다”고 하고 있다. 다른 결정에서는 “입법자에 의한 재산권의 내용과 한계의 설정은 기존에 성립된 재산권을 제한할 수도 있고, 기존에 없던 것을 새롭게 형성하는 것일 수도 있다.”고 하기도 하였다.<sup>81)</sup> 또한 개발제한구역 지정으로 인해 토지재산권의 행사가 제한될 경우(앞의 89헌마214 등 결정 사안) 헌법재판소의 문언에 충실하게 판단하자면 개발제한구역 내의 기존

77) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41.

78) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바105 등.

79) 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18.

80) 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 874쪽은 사회기속성에 관한 법규정 역시 현실적으로 기존의 구체적 재산권 제한의 의미를 갖는 것이라고 하고 있다.

81) 헌재 2005. 7. 21. 2004헌바57.

토지소유권자들의 토지사용권은 '이미 형성된 구체적인 권리'이기 때문에 헌법재판소의 결론과는 달리 제23조 제3항의 문제에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 결국 '장래'인지 '이미 형성된 권리'인지는 그 문언에도 불구하고 별 의미가 없는 내용이라고 볼 수밖에 없다.<sup>82)</sup>

그렇다면 헌법재판소가 제1, 2항과 제3항을 구별짓는 실질적인 기준은 무엇인가?<sup>83)</sup> 앞에서 본 리딩케이스의 판시 내용과 구체적 결정례들의 대상 사안을 고려해보면 헌법재판소는 실질적으로 '규율의 수범자가 일반적인지 특정적인지'로 둘을 나누고 있는 듯하다. 예컨대 개발제한구역의 지정이나 도시계획시설결정으로 인해 일정한 구역 내의 토지소유자들의 토지사용권이 제한될 경우를 보면, 이는 단지 '수용'만을 규정하고 있는 독일기본법 제14조 제3항과는 다르게 '수용, 사용, 제한'을 모두 규정하고 있는 우리 헌법 제23조 제3항의 규정상 '공용제한'에 해당한다고 볼 여지가 있다.<sup>84)</sup> 그러나 이들은 어떤 특정한 개인들이 아니라 불특정인에 대한 규율 상황으로서 그 수범자의 범위가 일반적인 경우에 해당한다. 그렇기에 헌법재판소는 이들을 제3항이 아닌 제1, 2항의 문제로 판단한 것이다. 이렇게 보지 않는다면 헌법재판소의 구체적인 결정들을 일관적으로 설명할 다른 어떤 명확한 기준도 발견하기 어렵다. 헌법재판소는 제23조 제3항의 공용침해를 "개인의 재산권에 대한 개별적인 침해"라고 표현한 바 있고,<sup>85)</sup> 리딩케이스인 앞의 94헌바37

82) 이상의 내용은 결국 후술하듯 독일과 우리나라의 헌법규정의 차이를 감안하지 않은 채 독일의 분리이론을 그대로 수용하는 데서 초래되는 문제점이라고 할 수 있다. 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 587쪽은 분리이론이 내세운 기준, 즉 위에서 인용한 헌법재판소의 일반론 설시 내용이 그 자체로 불명확할 뿐 아니라 제1, 2항에 의해 이루어지는 재산권의 제한과 구별되는 제23조 제3항의 '제한' 개념을 구성해내기 쉽지 않다고 하고 있다.

83) 참고로 이러한 구별의 문제는 실질적으로 제3항의 '수용, 사용, 제한' 중 '제한'의 경우에 집중적으로 발생한다. '수용'의 경우는 일반적인 권리의 제한과는 구별되는 독특한 형태를 띠고 있으며 헌법재판소 역시 이 경우에는 명확하게 제3항의 문제로 파악하고 있다. 그러나 '제한'의 경우는 제1, 2항의 재산권의 제한과 구별되는 기준이 무엇인지 문제될 수밖에 없다.

84) 장영수, 앞의 책, 773쪽은 개발제한구역 설정을 공용제한의 대표적인 예로 들고 있다. 또한 김광수, "헌법 개정과 재산권 조항", 「국가법연구」 제14집 제1호, 한국국가법학회, 2018, 91쪽은 과거에는 이를 공용제한으로 설명하기도 하였으나 지금은 내용·한계규정의 문제로 보고 있다고 한다.

85) "헌법 제23조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다"고 규정하고 있다. 헌법이 규정한 '정당한 보상'이란 이 사건 소원의 발단이 된 소송사건에서와 같이 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실 보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적



등 결정에서도 결정문의 다른 부분에서는 위에서 인용한 개념정의 중 ‘이미 형성된 구체적인’이라는 문구 앞에 ‘개별적·구체적으로’라는 문구를 추가하여 실시하고 있는바,<sup>86)</sup> 이러한 표현을 고려하면 더욱 분명하다. 헌법재판소가 입법자의 의도를 따지는 것도 결국 입법자가 일반적, 추상적인 규율 목적 하에 입법을 하느냐 개별적인 규율 목적 하에 입법을 하느냐에 따라 그 수범자의 일반성 여부가 달라지기 때문이라고 이해할 수 있을 것이다. 결국 제1, 2항과 제3항의 구별기준에 관한 일반론 판시 문언에서의 ‘추상적이고 일반적인 형식’이라는 것은 (그 문언과 정확히 일치하지는 않는 의미로서) ‘수범자의 일반성’을 가리키는 것으로 해석된다.<sup>87)</sup> 이는 앞에서 집합금지명령의 법적 성질을 검토하며 보았듯 행정법상 규율의 수범자가 불특정다수이든 개별인이든 규율사건 내지 규율대상만 구체적이라면 모두 같이 처분으로 보는 것과는 구별되는 것이다. 즉, 헌법재판소의 입장에 따르면 전국의 모든 토지, 또는 일정 구역의 토지에 대해 어떤 제한을 가하는 경우라면 이는 그 수범자가 일반적이므로 제23조 제1, 2항에 따른 재산권의 내용과 한계를 정하는 조치가 될 것이고, 만약 어느 특정 개인의 토지에 대해 제한을 가하는 경우라면 제23조 제3항의 공용침해가 될 것이다. 그러나 이렇게 보더라도 역시 무엇이 ‘불특정인’이고 무엇이 ‘특정, 개별인’인지 여부를 판단하는 것은 애매한 부분이 있다. 또 나아가 ‘제한’하는 경우가 아니라 일정한 구역을 정해 그 역내의 토지를 ‘수용’해 버리는 경우라면 이때도 역시 제23조 제1, 2항의 문제라고 볼 수 있는지는 골치 아픈 문제가 아닐 수 없다. 이때는 이미 성립된 토지소유권의 전면적 박탈이라

인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서 …” 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107.

86) “... 공익목적을 위하여 개별적·구체적으로 이미 형성된 구체적인 재산권을 박탈하거나 제한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용·사용 또는 제한과는 …” 이 표현은 후속 판례들에서도 계속적으로 활용되고 있다. 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바105 등; 헌재 2015. 10. 21. 2012헌바367.

87) 이황희, “재산권, 독특한 기본권: 헌법상 재산권 규정의 이해”, 「법학평론」 제1권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010, 173~174쪽은 분리이론이 ‘일반적·추상적 제한’과 ‘이미 형성된 구체적 법적 지위의 제한’이라는 기준으로 제23조 제1항의 제한과 제3항의 공용제한을 구분하는 것은 그 개념적 측면에서는 명쾌하게 구별되겠지만 현실적으로는 구별이 애매한 경우가 많다고 하면서, 입법에 의한 ‘제한’의 경우 이것이 이미 형성된 재산권을 공용제한하는 것인지 아니면 재산권의 내용형성적 제한인지 여부를 판단하기란 쉽지 않고 논란을 피하기 어렵다고 하고 있다. 그러나 적어도 우리 헌법재판소는 그 구체적인 문언과는 달리 ‘수범자가 불특정인지 여부’를 기준으로 판단하고 있는바, 그 경우에는 입법이 대상을 어떻게 설정하고 있는지를 살펴봐야 할 것이다.

는 면이 부각될 수도 있고, ‘수범자의 일반성’이 사라지고 수범자는 그 구역 내의 현재 토지소유자들로 특정되는 것이 아닌지 등이 문제될 소지도 있어 보인다.<sup>88)</sup> 헌법재판소는 일정 구역 안의 토지 등의 ‘수용’의 경우에는 이를 제23조 제3항의 문제로 보고 있는데, 이것이 그 효과에 집중하여 ‘공용수용’의 경우에는 제3항에 해당한다고 본 것인지, 이 경우에는 수범자가 특정되는 것이라고 본 것인지 불분명하다. 이렇듯 헌법재판소의 태도에 의할 때에는 비교적 명확한 구별 기준을 제시해주는 경계이론에 의할 때와는 달리 상당히 애매한 부분이 존재한다. 앞서 언급한 도시계획시설부지 내의 가설건축물을 소유자 부담으로 원상회복하게 하는 법조항에 대한 사건에서 헌법재판소는 가설건축물을 임차하여 영업을 하고 있던 자들의 영업권이 재산권임은 인정하면서도 이것이 제23조 제1, 2항의 문제인지, 아니면 제23조 제3항의 문제인지에 대하여는 명확하게 표현하지 않고 모호하게 넘어가는 듯한 모습을 보여주고 있는데,<sup>89)</sup> 이는 헌법재판소가 역시 그 명확한 구분이 어려움을 고려한 것이 아닌가 싶다. 어쨌든 종래의 헌법재판소의 태도에 따르면 현재 민간 영업에 대해 활용되고 있는 집합금지명령의 수범자는 특정인이 아니고 불특정다수인이기 때문에 그로 인한 영업의 중단은 제23조 제3항의 ‘공용제한’이라기 보다는 제1, 2항의 영역에 속하는 것으로 판단되게 될 것이다.

그렇다면 이제 집합금지명령에 의한 영업의 중단이 ‘가혹한 부담’에 해당하는지가 문제된다. 헌법재판소는 제23조 제1, 2항의 경우 “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다”고 선언하였기 때문이다.<sup>90)</sup> 그리고 수인의 한계를 넘는 가혹한 부담인지 여부를 판단하는 기준과 관련하여서는 “재산권에 대한 제약이 비

88) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41의 재판관 권성의 반대의견은 학교환경위생정화구역 내의 여관 영업을 금지한 학교보건법 조항과 관련하여, 이는 영업권의 ‘수용’에 해당한다는 전제 하에서(집합금지명령과는 달리 영업이 무기한 금지되므로) “공공의 필요에 따라 이미 형성된 재산권(여관영업권)을 박탈하여 여관업자라는 특정한 범위의 재산권자의 희생을 야기하는 것”이므로 헌법 제1, 2항이 아니라 제3항의 문제라고 하였다.

89) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바470 참조.

90) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등. 또한 이어서 “이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정”이라고 하였다.

례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것”이라고 하였다.<sup>91)</sup> 이렇게 본다면 집합금지명령을 통해 영업을 일정기간 동안 완전히 중단시키는 것은 소상공인들의 생존권을 직접적으로 심각하게 위협하는 것으로서 그 정도가 과도하여 수인한도를 넘는 것임은 분명하다(또는 이는 특별희생에 해당한다고 보아야 할 것이다). 헌법재판소는 “종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우”에는 가혹한 부담으로서 국가의 보상의무가 있다고 하였는바,<sup>92)</sup> 영업을 중단은 토지를 전혀 사용·수익할 수 없는 것과 마찬가지로의 상황이므로 역시 수인의 한계를 넘는 것이라고 할 것이다.

한편 헌법재판소는 전염병에 걸린 가축들에 대한 살처분 명령의 경우에는 이는 재산권의 사회적 제약에 속하나 개인에게 수인한도를 넘어 가혹한 부담을 주는 것으로서 보상규정을 두어야 한다고 하면서도<sup>93)</sup> 가축전염병 예방법상의 도축장 사용정지명령으로 인한 도축장 영업 중단은 보상의무가 없는 사회적 제약이라고 하고 있는데,<sup>94)</sup> 이러한 상반된 결론은 살처분은 가축에 대한 소유권이 영원히 사라지는 것이지만 도축장 영업 중단으로 인한 손실은 일시적인 것이라는 차이에 기인한 것으로 보인다. 그러나 도축장 영업이든 기타 민간 영업이든 이는 그 영업을 통해 하루하루의 생활을 영위하고 삶을 유지해 나갈 국민 개개인의 생존권과 직결되는 문제이므로 결코 그 무게를 가볍게 볼 수는 없다. 나아가 헌법재판소는 도축장 사용정지명령이 수인해야 할 사회적 제약이라는 논거로 ‘도축장 운영에 있어 가축전염병의 발생으로 인한 손해는 도축업에 내재하는 위험’이라는 점을 들었는데, 이러한 논리를 집합금지명령으로 인한 영업을 중단에도 적용할 수는 없을 것이다. 이번 COVID-19는 유례없는 초유의 사태로서 이 정도의 큰 전염병의 발발을 가리켜 ‘대중 상대 영업에 내재하는 위험’이라고 볼 수는 없을 것이기 때문이

91) 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등.

92) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

93) 헌재 2014. 4. 24. 2013헌바110.

94) 헌재 2015. 10. 21. 2012헌바367.

다. 무엇보다 이러한 ‘내재적 위험’의 논리가 확장된다면 결국 점차 국가는 질병, 자연재해, 전쟁, 테러 등의 예방이나 수습을 위해 아무런 보상도 하지 않고 공익을 내세워 부담없이 국민의 재산권에 제한을 가할 수 있다는 결과가 되지 않으리라는 보장이 없다. 공공의 위험이 증대해 가는 오늘날 이러한 결과는 국민의 기본권 보장의 관점에서 매우 경계해야 할 것이다.

결국 집합금지명령으로 인한 영업 중단 및 그로 인한 손실은 헌법재판소의 입장에 따를 때 일응 헌법 제23조 제1, 2항의 재산권의 내용·한계규정에 따른 사회적 제약에 속하지만 수인한계를 넘은 가혹한 부담으로서 국가는 이를 완화하기 위한 보상규정을 둘 의무가 있다고 하여야 한다.<sup>95)</sup> 만약 보상규정을 두지 않았다면 당연히 위헌적인 법률이 될 수밖에 없다. 국가 재정상의 문제와 관련하여서는, 현재 정부와 정치권의 예산 편성 및 운용 행태에 비추어볼 때 과연 예산의 효율적이고 합리적인 집행을 통하여서도 국민의 재산권 보장을 해주지 못할 정도로 재정이 부족한지 의문인 데다가, 설령 재정문제가 우려된다면 헌법재판소가 국민의 수인한계를 넓게 해석하는 방향의 정책적 고려를 하기보다는 보상의 정도와 방식, 내용 등을 입법부가 합리적으로 규율하는 방향으로 해결책을 모색함이 타당하다고 본다.

### (3) 헌법재판소의 태도 비판 및 다른 방향에서의 이론구성

앞서 말했듯 집합금지명령으로 인한 영업의 중단은 제23조 제3항의 관점에서 바라볼 수도 있다. 비록 종래 제23조 제3항과 관련된 손실보상의 문제는 ‘토지’를 중심으로 하여 학설 및 판례가 형성되어 왔지만, 오늘날 국가가 공익을 위해 개인의 영업을 제한하는 예가 늘고 있어 영업제한에 대한 보상의 문제를 진지하게 검토해야 한다는 지적이 제기되고 있다.<sup>96)</sup> 즉, 과거 대규모 주거지 개발이나 인프라

95) 이때 헌법재판소는 이러한 조정적 보상의 방법이 반드시 금전보상에만 제한되는 것은 아니며 다양한 방법을 활용할 수 있다고 하고 있다. “재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다. 즉, 입법자에게는 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다.” 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

96) 최승필, “영업 및 가격규제에 따른 손실감소와 보상가능성”, 『공법연구』 제48집 제4호, 한국공법학회, 2020, 324~325쪽.

확충 등을 위해 국가 주도의 토지 개발이 문제되었던 시대적 상황에서 그간 제23조 제3항이 토지에 대한 수용 등을 중심으로 논의된 것일 뿐, 동조의 적용영역은 토지에 한정되지 않는 것이므로 영업권과 관련하여 제3항을 고려하는 것은 충분히 가능한 일이다. 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 하여 공익을 위해 국가가 국민의 재산권에 제한을 가하는 경우 법률로 반드시 보상을 규정하여야 하며 나아가 그 보상은 정당한 보상이어야 한다고까지 선언함으로써 든든한 보호를 약속하고 있는바, 애초에 집합금지명령으로 인한 영업 중단이 이 조문에 포섭되는 것으로 볼 수는 없는 것일까?

조문상으로 보면 이 문제를 제23조 제3항의 문제로 파악하는 데 문제는 없고, 오히려 간명한 해석론으로 보인다.<sup>97)</sup> COVID-19라는 전염병을 막기 위한다는 목적은 공공필요에 부합하고, 영업을 중단시키는 것은 상인들의 영업권이라는 재산권에 대한 ‘제한’에 해당하기 때문이다. 다만 분리이론을 취하는 종래의 헌법재판소의 태도에 의할 때에는 위에서 보았듯 제3항으로 가기가 쉽지 않을 뿐이다. 그러나 헌법재판소의 태도는 근본적으로 문제가 있다.<sup>98)</sup> 가장 큰 문제는 헌법재판소가 받아들인 독일의 분리이론은 애초에 우리나라와는 다른 헌법규정을 기초로 형성된 것이라는 점이다. 즉, 독일 연방헌법재판소가 독일 연방통상최고법원의 경계이론을 반대하며 창안해낸 분리이론은 오직 ‘공용수용’만을 규정하고 있던 독일기본법의 해석론으로 태어난 것이다. 특히 조정적 보상의 법리와 관련하여서는 이 점이 명확히 인식되어야 한다. 우리 헌법 제23조 제3항에 대응되는 독일기본법 제14조 제3항의 ‘수용’을 넓게 해석하던 독일 연방통상최고법원과 달리, 독일 연방헌법재판소는 이를 엄격한 의미의 수용, 즉 ‘재산권의 박탈’에 한정하여 해석함으로써

97) 아직 이에 대해 학계에서 결론이 제시된 것은 아니나, 이렇듯 집합금지명령에 의한 영업 중단이 헌법 제23조 제3항의 공용제한에 해당한다는 실무가들의 의견은 제시된 바 있는 것으로 보인다. 뉴스포스트, “[팩트체크] 집합금지 명령으로 문 닫은 가게, 정부 보상 불가능하다?”, 2020년 4월 9일자 기사 참조, <https://www.newspost.kr/news/articleView.html?idxno=77696>.

98) 사실 분리이론이나 경계이론이나는 아직까지 학계에서 명쾌한 결론에 다다르지 못하고 대립이 지속되고 있는 문제로서, “공법학의 최고난제영역 중의 하나”로 일컬어질 만큼 어려운 문제이다. 홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 『공법연구』 제42집 제1호, 한국공법학회, 2013, 616쪽.

수용이 아닌 ‘제한’의 경우는 아무리 그 침해 정도가 심해도 제3항의 규정에 의해 보상을 받을 수 없는 결과가 벌어졌고, 그로 인한 보상의 공백을 막기 위해 제1, 2항의 영역의 문제라도 그 정도가 심할 때에는 예외적으로 보상이 필요하다는 법리가 나타난 것이기 때문이다.<sup>99)</sup> 그러나 우리 헌법은 건국헌법에서부터 일관되게 공용침해의 유형으로 ‘수용’뿐만 아니라 ‘사용, 제한’까지 모두 규정하고 있으므로, 아예 논의의 출발점 자체가 전혀 다르다.<sup>100)</sup> 나아가 ‘수용’만을 공용침해로 상정하여 이러한 공용침해와 일반적인 내용·한계규정에 의한 재산권 제한을 구별하는 기준을 제시했던 독일 연방헌법재판소의 판시 내지 분리이론을 우리 헌법재판소가 헌법 규정의 차이를 감안하지 않은 채 그대로 받아들임으로써, 특히 제23조 제3항의 ‘제한’과 관련하여 공용침해와 내용·한계규정에 의한 제한의 구별이라는 쉽지 않은 문제가 발생하게 되었고,<sup>101)</sup> 앞에서 보았듯 이에 대한 구별 기준으로 헌법재판소가 내세운 실시 내용의 문언은 실제 사안의 해결에 있어서는 큰 의미가 없어지는 상황이 초래되었다.

한편 어찌 되었든 현재 헌법재판소는 ‘수범자의 범위가 일반적인지 여부(불특정인 대상인지 특정인 대상인지)’를 기준으로 양자를 구분하고 있는데, 이와 관련하여서도 문제가 있다. 우선 드는 의문점은, 그러한 기준에 따라 구분하여야 할 필요성이 무엇이나는 것이다. 그러한 구분이 어떠한 의미를 가지고 있는 것이며 그렇게 구분함으로써 어떠한 실익이 있는 것인지 알기 어렵기 때문이다. 어떠한 재산권의 제한이 개별적으로 특정인에게 행해지는 경우와 불특정한 표지를 기준으로 일반인에게 행해지는 경우를 굳이 복잡하게 구별하여 각기 다른 법조문과 법리가 적용된다고 하여야 할 의미가 무엇일까. 이는 ‘우연한 차이’에 불과한 것이지 어떠한 법적 의미와 중요성을 지니고 있는 것이 아니지 않을까. 별다른 의미 없이, 나아가 실질적으로 그 결과에 있어서는 경계이론을 취할 때와 크게 다를 것이 없으면서 오히려 불필요하게 번잡하고 모호한 이론구성을 취하고 있는 것은 아닌지 생각해볼 필요

99) 이황희, 앞의 글, 172쪽; 최승필, 앞의 글, 335쪽.

100) 홍강훈, 앞의 글, 633쪽은 이러한 한국 헌법은 독일기본법보다 훨씬 우수한 입법이며, 분리이론과 경계이론의 해석론은 우리 헌법에 그대로 적용되면 안 된다고 하고 있다.

101) 이황희, 앞의 글, 174쪽은 이에 대해 ‘기존에는 존재하지 않던 새로운 구별지점’으로서 독일에서는 발생하지 않는 문제라고 설명하고 있다.

가 있을 것이다. 즉, 분리이론을 택하여 제23조 제1, 2항의 문제로 판단되더라도 개인이 불이익을 수인하여야 하는 사회적 제약과 국가가 그 손실을 보상해줘야 하는 ‘보상의무 있는 내용규정(조정적 보상)’의 경계는 경계이론에서 이야기하는 ‘특별희생’ 여부로 결정되는 점은 동일하나,<sup>102)</sup> 결국 특별희생 내지 과도한 제한이 발생하는 경우에는 헌법상 국가의 보상의무가 발생하고 보상규정이 없다면 법률이 위헌이 된다는 점에 있어서는 양 이론의 차이가 없다고 할 것이다. 오히려 헌법재판소의 태도에서 경계이론과의 차이는 특별희생을 판단하기 전에 ‘일반성’ 여부로 제1, 2항과 제3항을 구별하는 단계가 추가된다는 것밖에 없다. 그렇다면 결론에 있어 큰 차이도 없으면서 별도의 판단과정, 그것도 상당히 애매모호한 문제가 발생할 수 있는 판단과정을 더하는 이론구성은 바람직하지 못하다고 하여야 한다.

또한 애초에 제23조 제3항은 재산권의 특수성에서 기인하는 조문으로서 다른 기본권이라면 허용되지 않을 정도의 침해가 발생하더라도 재산권의 경우에는 이에 대한 적절한 보상을 통해 그 위헌성이 치유될 수 있음을 규정한 조문이다.<sup>103)</sup> 그렇게 본다면, 굳이 제1, 2항과 제3항을 형식적 기준으로 구분하고 또 제1, 2항 안에서 가혹한 부담의 경우에는 보상의무가 있다는 식의 새로운 논리를 별도로 만들어 내는 복잡한 이론구성을 취할 필요 없이, 통상적으로는 허용되지 않을 정도의 특별한 희생 내지 과도한 침해가 재산권에 발생한 경우에는 이를 곧바로 제3항의 문제로 파악하는 것이 동 조항의 취지에 부합하며, 또한 간명하다.

결국 이상의 점을 고려하면 헌법재판소가 취하고 있는 태도는 부당하다. 독일 연방통상최고법원이 공용수용을 ‘재산권의 부분적 박탈 또는 단순제한’까지도 포함하는 것으로 넓게 이해하여<sup>104)</sup> 경계이론을 통해 명쾌한 법리를 형성하였듯, 아

102) 전광석, 한국헌법론, 도서출판 집현재, 2018, 405~406쪽; 한수용, 헌법학, 법문사, 2019, 85쪽; 홍강훈, 앞의 글, 624쪽. 다만 헌법재판소는 앞에서 보았듯 이 경우에 비례원칙 내지 과잉금지원칙을 기준으로 삼고 있다. 그러나 한편 헌법재판소는 제23조 제1, 2항의 문제인지 제3항의 문제인지 명확히 밝히지 않은 채로 “~는 것이 과도한 침해라거나 특별한 희생이라고 볼 수 없으므로 과잉입법금지의 원칙의 위반 또는 재산권 침해의 위법이 있다고 할 수 없다”고 설시한 적이 있는데(헌재 1999. 9. 16. 98헌바82; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바470), 헌법재판소가 분리이론을 취하고 있음을 고려한다면 헌법재판소 역시 결국 단순한 사회적 제약과 ‘보상의무 있는 내용규정’의 구별기준으로 ‘특별희생 여부’를 고려하고 있다고 볼 여지가 있다.

103) 이황희, 앞의 글, 156쪽.

104) 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 864쪽; 이황희, 앞의 글, 167~168쪽.

에 헌법 조문 자체가 ‘수용, 사용, 제한’을 모두 규정하고 있는 우리 헌법의 해석론으로도 경계이론을 취하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>105)</sup> 따라서 헌법 제1, 2항과 제3항은 ‘개인이 수인해야 할 만한 제한인지 이를 넘는 과도한 침해인지’ 여부에 따라 구분되며, 어떠한 국가의 조치가 재산권에 대한 과도한 침해에 해당한다면 이는 제3항의 문제로 된다고 할 것이다. 이렇게 보자면, 집합금지명령으로 인한 민간 영업의 중단은 앞에서 보았듯 개인의 재산권에 대한 심각한 침해이므로 제3항의 영역에 위치하게 된다. 구체적으로 살펴보면, 집합금지명령 내지 영업 중단 조치는 COVID-19라는 심각한 전염병 예방이라는 공익을 위해 불가피한 측면이 있는 조치로서 제23조 제3항의 ‘공공필요’ 요건을 충족하고, ‘영업의 중단’은 ‘수용, 사용, 제한’ 중 ‘제한’에 해당한다고 하여야 하며,<sup>106)107)</sup> 이 경우 제23조 제3항에 따라 ‘정당한 보상’을 하여야 할 국가의 의무가 발생한다고 할 것이다. 결국

105) 김하열, 앞의 책, 586~587쪽 역시 독일과 달리 ‘수용’뿐 아니라 ‘제한’까지 규정한 우리 헌법의 해석론으로 분리이론을 채택하기 어렵다고 하며, 제1, 2항의 재산권 제한과 제3항의 공용제한을 ‘희생의 강도’에 따라 구별하는 경계이론이 더 자연스러운 해석론이라고 하고 있다. 홍강훈, 앞의 글, 633쪽은 ‘수용’과 ‘사용’의 경우에는 분리이론, ‘제한’의 경우에는 경계이론을 따를 것을 주장한다.

106) 김광수, 앞의 글, 91쪽은 가축전염병 예방법에 따른 여러 조치로 인해 재산적 손실을 입은 가축업자에 대한 손실보상이 현행법상 공용제한에 가장 가깝다고 한다. 이에 따르면 도축장 사용정지명령에 의한 도축장 영업 중단은 제23조 제3항의 공용제한에 해당할 것이다.

107) 앞서 보았듯 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41의 재판관 권성의 반대의견은 학교환경위생정화구역 내의 여관 영업을 금지한 학교보건법 조항과 관련하여 이는 제23조 제3항의 문제로서 영업권의 ‘수용’에 해당하는 것으로 보아야 한다는 의견을 제시한 바 있다. 동 의견은 이 법조항에 의해 여관의 영업주는 영업권을 상실하게 되므로 비록 통상의 수용의 경우와는 달리 재산권의 ‘이전’이 일어나는 것은 아니지만 본질상 역시 수용과 다를 바 없다고 하고, 영업 금지는 일정한 기간에 한정된 것이 아니라 학교가 존재하는 한 계속되는 것이므로 이는 여관영업권의 완전한 박탈로서 특별희생이라고 하였다. 이 의견을 살펴보면, ‘무기한’이라는 요소까지 더해져서 비로소 영업권의 ‘수용’이 되는 것인지, 아니면 그저 (일시적이든 영구적이든) 영업을 금지된다는 태양만으로 ‘수용’이 되고 ‘무기한’이라는 요소는 ‘특별희생’을 판단하는 요소가 될 뿐인지 반드시 명확하지는 않다. 만약 일시적인 영업금지도 그 태양만으로 ‘수용’에 해당한다고 보는 입장(다만 일시적이므로 특별희생은 아니어서 ‘제3항의’ 수용에 해당하지는 않음)을 취한다면 예컨대 토지수용의 경우에도 (그런 경우가 실제로 있을지는 의문이지만) ‘일정한 기간을 정하여’ 토지수용을 하고 그 기간이 끝난 후에는 다시 토지를 돌려주는 국가의 조치는 그 형태상 ‘수용’에는 해당하지만 ‘제3항의’ 공용수용에는 해당하지 않고 그저 제1, 2항의 일반적인 재산권의 내용·한계규정의 문제로 다루어지게 될 것이다. 결국 ‘제한’뿐만 아니라 ‘수용’도 무조건 제3항의 문제로 되는 것이 아니라 일반론에 따라 특별희생 여부를 따져 제1, 2항인지 제3항인지가 나뉘게 된다. 그렇지 않고 영업금지에 ‘무기한’까지 더해져야 비로소 ‘수용’이 된다는 입장이라면 ‘일시적인 영업의 금지’는 ‘수용’은 아니고 ‘제한’에 불과한 것이 될 것이고, ‘수용’은 그 자체로 ‘특별희생’을 내포하고 있는 개념이 된다. 본 글에서는 일용 ‘일시적인 영업의 중단’은 ‘수용’이 아니라 ‘제한’이라는 입장을 따랐지만, 이 역시 생각해볼 만한 문제이다.



국가가 영업주들에게 보상을 해주는 것은 ‘시혜적 조치’가 아니라 국가의 ‘의무’에 해당하게 된다는 결론에 이르게 된다.

다만 이때, 제23조 제3항의 보상은 ‘완전보상’이어야 한다는 점을 들어 집합금지명령으로 인한 영업 중단을 제3항의 영역에서 처리하는 방식에 반대하는 입장이 있을 수 있다. 즉, 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’의 의미에 관하여 헌법재판소는 “원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상”이라고 하고 있고,<sup>108)</sup> 대법원도 동일한 입장인바,<sup>109)</sup> 수많은 자영업자들에게 일률적으로 완전한 보상을 해 주는 것은 심각한 재정적 부담을 야기할 수 있다는 우려가 제기될 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 헌법재판소와 대법원은 공통적으로 이러한 완전보상은 ‘원칙적인 경우’라고 하고 있으므로 얼마든지 입법의 차원에서 구체적인 사안을 고려하여 유연하게 판단할 수 있는 것이라고 할 것이다. 판례가 취하고 있는 완전보상설은 그 기원이 바이마르공화국 헌법에 닿는 것으로서 당시 국가의 역할과 오늘날의 국가의 역할 내지 상황은 다르다는 점을 고려해야 하며, 오늘날 국가의 정책에 의해 발생하는 모든 손실에 대해 완전보상을 고수하기는 사실상 어렵다는 지적<sup>110)</sup> 역시 고려해볼 만한 의견이다. 중요한 것은 국가가 최대한 보상하되, 구체적인 범위에서는 유연성을 발휘할 수 있는 공간이 여전히 남아 있다는 것이다.

결론적으로 집합금지명령으로 인한 영업 중단의 문제는 제23조 제3항의 문제로 처리하는 것이 바람직하다. 참고로 헌법재판소 결정의 소수의견 역시 도시계획법상의 개발제한구역 지정을 (‘수범자의 특정성 여부’가 아닌) ‘특별희생인지 여부’로 판단하여 이는 (제23조 제1, 2항이 아니라) 제3항의 문제라고 파악한 바 있다.<sup>111)</sup> 다만 이러한 이론구성은 경계이론에 기초한 것인바, 동 이론에 대하여는 여러 관점에서 비판이 제기되고 있으므로 아래에서 이에 대해 간략히 검토하고 넘어가기로 한다.

108) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107.

109) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다256312 판결.

110) 최승필, 앞의 글, 339~340쪽.

111) “... 법 제21조가 정한 개발제한구역의 지정은 토지소유자에 대하여 특별한 희생을 강요하는 경우로서 헌법 제23조 제3항 소정의 재산권의 제한과 정당한 보상에 관한 두 가지 입법사항에 속하는 문제라 할 것이다.” 헌재 1999. 1. 28. 97헌마9, 헌재 1999. 1. 28. 98헌마80 결정의 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견.

#### (4) 경계이론에 대한 비판 검토

경계이론을 취할 때의 문제점으로 문헌들이 지적하는 대표적인 것은, 우리 헌법 제23조 제3항은 ‘법률’로 보상을 정하도록 하고 있으므로 개인의 재산권에 대한 국가의 제한이 과도하다고 하여 곧바로 법원이 보상을 명할 수 있게 하는 것은 헌법 문언과 맞지 않는다거나, 법원이 곧바로 보상판결을 내릴 수 있게 되면 입법부와 사법부 간의 관할 내지 권력분립이 해쳐진다고거나, 경계이론에 따르면 과도한 제한이라도 보상만 해주면 허용된다고 하게 되므로 재산권의 존속보장 정신에 맞지 않는다는 점이다.<sup>112)</sup> 그러나 이런 비판은 경계이론을 받아들인다는 것에 대한 관점의 차이에서 비롯된 것이 아닌가 싶다. 일단 경계이론에 의하면 재산권의 제한이 일정 정도를 넘어 제3항의 문제로 전환될 경우 법원이 법률과 상관없이 보상을 명할 수 있다는 생각은 독일 연방통상최고법원이 수용을 희생의 특수한 경우로 보면서 독일기본법 제14조 제3항이 ‘관습법상 인정되는 희생청구에 대한 특별법’에 해당한다고 하여 특별희생에 대해 보상규정이 없는 경우에도 법원이 직접 기본법에 기하여 손실보상을 명할 수 있다고 한 것<sup>113)</sup>에 기인하는 것으로 보인다. 견해에 따라서는 이렇게 법원이 법률 없이도 직접 보상을 결정할 수 있다는 점이 경계이론의 핵심이라고 보기도 한다.<sup>114)</sup> 그러나 우리 헌법의 해석론으로 경계이론을 받아들인다는 것이 저러한 독일 법원의 구체적 실무까지도 그대로 받아들인다는 뜻은 아니다. 즉, 경계이론은 우리 헌법 제23조 제1, 2항과 제3항을 구분짓는 한계에 관한 해석론으로서 작용하는 것이지 경계이론이 독일에서 유래되었다고 하여 우리 법원도 헌법상 문언을 경시한 채 독자적으로 보상판결을 할 수 있다고 하는 것까지 반드시 그 내용에 포함된다고 볼 필요는 없을 것이다. 헌법 제23조 제3항은 보상을 법률로써 하라고 규정하고 있으므로, 경계이론과 상관없이 보상법률이 없다면 법원이 독자적으로 보상에 대한 결정을 내리는 것은 불가능하고 이렇게 본다고 하여 경계이론과 모순되는 것은 아니다.

112) 장영수, 앞의 책, 771쪽; 한수웅, 앞의 책, 873쪽; 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 871~872쪽; 이황희, 앞의 글, 169~171쪽 등.

113) 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 866쪽; 이황희, 앞의 글, 168쪽.

114) 한수웅, 앞의 책, 872쪽.

또 경제이론에 따르면 재산권에 대한 보장이 존속보장에서 가치보장으로 바뀌게 되어 그 보장이 약화되는 결과가 된다는 비판은 바이마르헌법의 재산권에 관한 규정이 독일기본법과 우리 헌법에 큰 영향을 미친 결과 우리의 헌법 제23조와 독일기본법 제14조가 그 구조 및 내용이 유사하다는 데서<sup>115)</sup> 기인하는 것으로 보인다. 즉, 독일기본법 제14조 역시 제1항, 제2항, 제3항 각각에서 우리 헌법 제23조의 각 항과 대동소이한 내용을 담고 있는데, 이 중 제2항에서 “재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다.”<sup>116)</sup>고 하고 있고 제3항에서 “공용수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용수용은 오직 보상의 종류와 정도를 규정하는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 실행될 수 있다. …”<sup>117)</sup>고 하고 있다. 이때 제2항의 사회기속성과 제3항의 공용수용에 있어 ‘공공복리(Wohle der Allgemeinheit)’라는 동일한 용어를 사용하고 있기 때문에, 독일 연방통상최고법원은 제2항의 문제가 일정 강도를 넘어가기만 하면 곧바로 제3항의 문제로 전환되는 것으로 이론구성을 할 수 있었던 것으로 보인다. 그러나 우리 헌법은 제2항에서 “재산권의 행사는 ‘공공복리’에 적합하도록 하여야 한다.”고 하고 제3항에서 “‘공공필요’에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 …”이라고 하고 있어 공용침해 시 공공복리와 구별되는 별도의 ‘공공필요’라는 목적 요건을 설정하고 있다. 따라서 별도의 목적 요건까지 충족되지 않는 한, 독일에서처럼 오로지 제한의 강도가 일정 수준에 달한다는 이유만으로 제2항의 문제가 바로 제3항의 문제로 전환되어 ‘보상만 해주면 합헌인’ 것으로 될 수 있는 것이 아니다. 헌법재판소는 여기의 ‘공공필요’를 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로 해석하고 있으며,<sup>118)</sup> 그 개념요소로 헌법재판소가 들고 있는 공익성과 관련하여서는 “공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당”하다고 하고 있는바,<sup>119)</sup> 이는 제23조 제3항의 기본권 침해 정도가 중합

115) 정중섭, 앞의 책, 715~716쪽; 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 826~827쪽.

116) “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.”

117) “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. …”

118) 헌재 1995. 2. 23. 92헌바14.

을 고려하여 그 목적 요건을 매우 엄격하게 보고 있는 것이다. 이를 고려한다면 우리 헌법의 해석상으로는 독일과 달리 경계이론을 취하더라도 개인의 재산권에 대한 국가의 특정 조치가 과도해지면 곧바로 제3항의 문제가 되어 '보상만 해 주면 얼마든지 국민의 재산권을 침해해도 되는' 결과가 발생하리라는 것은 기우에 불과함을 알 수 있다. 재산권에 관한 아무리 강한 제한이라도, 우리 헌법상으로는 제3항이 요구하고 있는 '공공필요'의 요건(및 보상 요건)을 갖추지 못하는 한 그러한 제한은 위헌적인 조치가 될 뿐이다.

#### 4. 보론: 헌법상 보상의무가 있음에도 보상규정이 없다는 이유로 위헌으로 판단될 경우의 문제

이상 살펴보았듯 집합금지명령에 따른 민간 영업의 중단으로 인해 자영업자들이 입은 손해에 대하여는 헌법상 국가의 보상의무가 인정된다. 그럼에도 현행 감염병 예방법은 민간 영업에 대한 보상규정을 두고 있지 않기 때문에, 동법은 위헌성을 띠게 된다. 그런데 여기서, 동법이 헌법적 보상의무에 위배된다는 이유로 위헌으로 판단된다면 집합금지명령의 근거규정이 사라져 정부의 COVID-19 대처능력이 마비될 수 있는 것이 아닌가 하는 우려가 제기될 수 있을 것이다. 이 문제는 만약 제23조 제1, 2항의 논리를 따라갈 경우에는 물론이고, 제3항의 논리로 가더라도 동 조문을 '결부조항'으로 보아 한 법률에 공용침해 규정과 보상규정을 모두 두어야 한다고 보는 경우에는 발생할 수 있다. 그러나 결론적으로 현행 법체계상으로는 그런 문제는 발생하지 않을 것으로 보인다. 먼저 이를 제23조 제3항의 문제로 보되 동 조문을 결부조항으로 보지 않는다면 보상규정이 없어도 보상규정에 대한 진정입법부작위가 문제될 수 있을 뿐이지 공용침해의 근거규정 자체는 합헌이므로 위헌으로 근거규정의 효력이 상실될 우려가 발생하지 않음은 당연하다. 반면에 제23조 제3항으로 처리하되 이를 결부조항으로 본다면 보상규정이 없는 침해규정은 위헌으로 판단될 것이지만, 이때는 그 위헌성이 '있어야 할 보상규정이 없다는 점', 즉 부진정입법부작위의 점에 있는 것이지 근거규정 자체에 있는 것이 아니므로,

119) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등.

단순위헌결정을 한다고 해서 적정한 해결에 이르렀다고 보기는 어려울 수 있다.<sup>120)</sup> 또한 이때 단순위헌결정을 통해 근거규정을 없애버린다면 오히려 아예 집합금지명령을 할 수 없게 되어 상기하였듯 사회적 문제가 발생할 위험이 있다. 그렇기 때문에 이러한 경우에는 헌법재판소가 법적 공백을 막기 위해 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 함으로써 위헌성만 확인하고 근거규정의 효력은 잠정적으로 유지시켜 놓을 수 있는바,<sup>121)</sup> 역시 집합금지명령이 불가능하게 된다는 우려는 크지 않을 것이다. 이러한 점은 헌법재판소처럼 제23조 제1, 2항의 문제로 처리할 때에도 마찬가지이다. 실제로 헌법재판소는 개발제한구역 지정 자체는 합헌이지만 보상규정을 두지 않은 점이 위헌이라는 이유로 헌법불합치결정을 내린 바 있다(다만 이때 적용중지를 명할지 계속적용을 명할지 역시 헌법재판소의 정책적 고려에 따라 적절히 판단될 수 있을 것이다).<sup>122)</sup>

참고로 제23조 제3항의 법리를 따를 때, 보상이 없는 상태에서 단순히 공용침해의 근거규정을 합헌으로 결정하기보다는 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 보상규정이 없는 상황은 위헌적인 상황임을 명확히 공적으로 확인하고 개선입법의 시한까지 지정해줌으로써 국회에 대하여 입법을 촉구하는 것이 국회에 심리적 부담을 실어줄 수 있을 것이므로,<sup>123)</sup> 동 조문을 결부조항으로 해석하는 경우의 결론

120) 전상현, “헌법불합치결정의 의미와 근거 및 주문합의방식에 대한 재검토”, 『헌법학연구』 제20권 제1호, 한국헌법학회, 2014, 452~453쪽은 이러한 부진정입법부작위의 경우를 대표적인 헌법불합치결정 사유로 들고 있다.

121) 헌법재판소는 이러한 경우에 이미 헌법불합치결정을 해 오고 있다. 예컨대 정신질환자의 보호입원이 보호의무자의 동의와 정신과전문의의 입원 필요성 판단만에 의해 이루어질 수 있도록 한 법규정이 보호입원의 남용 우려 등의 이유로 위헌으로 판단되는 경우, 헌법재판소는 “심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 보호입원의 법률적 근거가 사라져 정신질환자에 대한 보호입원의 필요성이 인정되는 경우에도 보호입원을 시킬 수 없는 법적 공백 상태가 발생하게 된다”는 이유로 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 하였다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9).

122) 앞의 89헌마214 등 결정 참조. 동 결정에서는 또한 “... 이 사건 법률조항은 오로지 보상규정의 결여라는 이유 때문에 헌법에 합치되지 아니한다는 평가를 받는 것이므로, 이 사건 청구인들을 포함한 모든 토지소유자가 토지재산권의 사회적 한계를 넘는 가혹한 부담을 받은 경우에 한하여 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 결정에 근거하여 이 사건 법률조항에 의한 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 이 사건 법률조항에 위반하여 행하여진 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다 할 것이다.”라고 하였다.

123) 헌법재판소는 “불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다.”고 설시한 바 있다. 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

이 보다 바람직하다. 이를 결부조항으로 보아야 할지 여부에 관하여는 여러 관점에서 논거들이 제시되고 있지만, 애초에 우리의 헌법 제23조 제3항은 “재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상”을 법률로써 하라고 하고 있으므로 그 문언상 결부조항으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>124)</sup> 이에 대하여는 우리 헌법의 문언이 독일기본법 제14조 제3항 2문<sup>125)</sup>과 다르다는 이유를 들어 반론을 제기하는 견해도 있으나,<sup>126)</sup> 우리의 문언이 독일의 문언보다는 다소 해석의 여지가 있는 형태로 규정되어 있다 하더라도 역시 그 해석의 결론에 있어서 차이는 없어 보인다. 결부조항으로 보지 않는 측에서의 가장 큰 우려 중의 하나인 단순위헌결정 시의 사회적 혼란은 위에서 보았듯 헌법재판소의 실무상 헌법불합치결정을 통하여 예방될 수 있을 것이다.

## V. 영업주들의 대응 수단 내지 구제 방안

### 1. 사법적 대응 수단

현재까지 헌법재판소와 대법원이 감염병예방법상의 집합금지명령 및 그로 인한 손실보상 문제에 대해 판단을 한 예는 없다. 따라서 현 단계에서는 이론적으로 어떠한 대응이 가능할지 경우의 수를 따져볼 수밖에 없다. 그렇게 함에 있어서 보상의무에 관해 헌법재판소의 입장대로 제23조 제1, 2항의 영역으로 보는 이론구성을 취하든 제3항의 영역으로 보는 이론구성을 취하든 개인의 구체적 대응방법에 있어서는 큰 차이가 없다. 위에서 보았듯 보상규정이 없는 현행 감염병예방법 조항은 위헌이므로, 국가의 집합금지명령으로 인해 사실상 영업을 중단하게 된 영업주들로서는 보상규정 불비의 위헌성을 다투기 위해 일단 헌법재판소에 ‘헌법소원’,

124) 한수웅, 앞의 책, 883쪽은 헌법이 공용침해규정과 보상규정의 불가분성을 명시하고 있다고 하고 있다.

125) “... Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. ... (공용수용은 오직 보상의 종류와 정도를 규정하는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 실행될 수 있다. ...)”

126) 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 872쪽 등 참조.

다시 말해 ‘입법부작위 헌법소원’을 제기해볼 수 있을 것이다. 그러나 이는 ‘진정입법부작위’에 한하는 재판절차라는 것이 헌법재판소의 태도인데,<sup>127)</sup> 제1, 2항의 이론구성을 취하거나 제3항의 이론구성을 취하되 동 조문을 결부조항으로 볼 때에는 앞서 보았듯 이는 부진정입법부작위의 문제이므로 헌법소원은 부적법하여 각하되게 된다.<sup>128)</sup> 그렇다면 영업주들은 ‘보상규정을 두지 않은 법률’이 위헌임을 근거로 감염병예방방법의 위헌성을 다뤄야 할 텐데, 이를 위해 직접 그 법률을 대상으로 ‘법령헌법소원’을 제기하는 방안을 생각해볼 수 있다. 그러나 영업을 중단되려면 감염병예방방법상 ‘집합금지명령’이라는 별도의 집행행위를 요하는 것이므로 헌법소원의 ‘직접성’ 요건이 탈락되어 이는 결국 부적법하다. 따라서 감염병예방방법을 대상으로 ‘위헌법률심판’을 제기하여야 할 텐데 이를 제기하려면 구체적인 사건이 법원에 계속되어야 하므로(재판의 전제성 요건)<sup>129)</sup> 먼저 집합금지명령에 대해 행정소송, 즉 취소소송을 제기한 후 법원에 위헌법률심판제청신청을 하여야 한다. 이때 법원이 신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 할 수도 있지만 만약 법원이 이를 기각한다면 신청인이 헌법소원으로 법률의 위헌성에 대한 판단을 헌법재판소에 직접 구할 수도 있다(헌법재판소법 제68조 제2항). 다만 이때 구체적인 사건이 법원에 계속 중이라 함은 ‘적법하게’ 계속됨을 의미하므로, 만약 집합금지명령에 대한 취소소송이 부적법하여 각하되거나 결국 부적법하다는 이유로 각하될 수밖에 없는 상황이라면 ‘재판의 전제성’ 요건이 흠결되게 된다.<sup>130)</sup> 그런데 집합금지명령

127) “... 이른바 ‘입법부작위’ 즉 본래의 의미에서의 입법부작위를 대상으로 하여 헌법소원을 제기하려면 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 상당한 기간내에 이를 이행하지 아니하거나 또는 헌법의 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우이어야 하고, ‘부진정입법부작위’를 대상으로, 즉 입법의 내용·범위·절차 등의 결함을 이유로 헌법소원을 제기하려면 이 경우에는 결함이 있는 당해 입법규정 그 자체를 대상으로 하여 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, ...” 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108.

128) 이와는 달리 결부조항으로 보지 않을 경우에는 진정입법부작위로서 입법부작위 헌법소원이 가능하다고 볼 여지가 있다. 그러나 이러한 경우에 헌법재판소가 이를 진정입법부작위로 인정하여 헌법소원을 허용할지는 확실치 않다. 더군다나, 애초에 헌법재판소가 입법부작위에 대해 위헌을 확인하는 것은 매우 이례적인 일이다. 성낙인, 앞의 책, 859쪽.

129) 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항은 ‘법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우’라고 규정하고 있다.

130) 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91.

은 2주 정도의 단기간으로 발령되는 경우도 많고, 설령 연장되거나 종기가 정해져 있지 않은 경우라 하더라도 소송절차에 들어가는 시간에 비해서는 상당히 단기로 존속하게 되는 경우가 많기 때문에, 집합금지명령으로 인해 영업을 중단하게 된 영업주가 곧바로 취소소송을 제기한다 하더라도 도중에 집합금지명령의 기간이 도과함으로써 결국 ‘소의 이익’이 없다는 이유로 소각하 판결을 받을 가능성이 크다.<sup>131)</sup> 설령 집행정지(행정소송법 제23조)를 신청하더라도 ‘공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려(행정소송법 제23조 제3항)’로 인해 받아들여질 가능성이 크다고 할 수 없는 데다가, 집행정지가 이루어진다 하더라도 결국 당초의 집합금지명령 기간이 도과되면 더 이상 집합이 금지되지 않고<sup>132)</sup> 이러한 집합금지명령이 장래의 제재처분의 가중요건 등이 되는 경우도 아니기 때문에<sup>133)</sup> 역시 소의 이익이 없다는 결론에는 영향이 없다고 할 것이다. 그렇다면 결국 집합금지명령에 대한 취소소송이 부적법하다는 이유로 위헌법률심판 역시 부적법하다는 판단을 받을 가능성이 크다. 그러나 예외적으로 집합금지명령의 기간이 길고 절차가 신속하게 진행되는 경우 또는 헌법재판소가 전향적으로 ‘헌법적 해명의 중요성’ 등을 들어 요건을 완화하여 심판을 받아들이는 경우<sup>134)</sup>에는 위헌법률심판이 진행되어 결국 위헌 판단

131) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누3899 판결.

132) 대법원은 ‘3년간의 자격정지’ 처분에 대한 취소소송 중 집행정지결정이 있었고 집행정지 중에 3년의 기간이 도과한 경우에도 이때는 본안에 관해 판단해야 한다고 한 바 있는데(대법원 1974. 1. 29. 선고 73누202 판결), 이는 집행정지결정에 의해 처분의 기간의 진행이 정지된 경우 그 정지된 기간만큼 기간이 늦춰지는 것일 뿐 집행정지의 기간이 도과되어 집행정지결정의 효력이 소멸하면 당초의 처분의 효력이 부활하여 잔여 기간이 다시 진행된다는 전제에서 있는 것이다(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두14471 판결). 그러나 이는 예컨대 영업정지처분과 같은 통상적인 제재적 처분의 경우 그 ‘제재기간’에 중점이 있는 것으로 보기 때문이며, 대법원이 항상 그렇게 판단하는 것은 아니다(사법연수원, 행정소송법, 사법연수원 출판부, 2018, 237쪽 참조). 집합금지명령은 어떠한 행위에 대한 제재적 처분의 성격을 갖는다기보다는 전염병의 예방을 위해 일정한 기한까지 그 당시의 영업을 중단시키는 데 의미가 있는 것이므로 이 경우에는 집행정지가 되더라도 당초의 집합금지명령의 기간이 도과하면 더 이상 집합금지명령은 의미가 없어져 소의 이익을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

133) 처분의 효과가 기간의 경과로 인해 소멸했어도 그 취소로 인해 회복되는 다른 권리 또는 이익 등이 존재할 경우에는 소의 이익이 인정된다. 사법연수원, 앞의 책, 56쪽. 예컨대 어떠한 제재적 처분의 기간이 경과하였어도 그러한 처분을 받았다는 사실로 인해 이후의 제재가 더 가중되는 경우에는 앞의 제재적 처분의 취소를 구할 소의 이익이 여전히 인정된다. 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004두14106 판결.

134) 헌법재판소는 “재판의 전제성이 없는 경우에도 헌법적 해명이 긴요히 필요하거나 당해 조항으로 인한 기본권 침해가 반복될 우려가 있는 경우에는 헌법질서의 수호자로서의 사명을 다하기 위하여 예외적으로 본안판단에 나아갈 수 있다”고 판시하고 있다. 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바63.



을 받을 수 있을 것이다. 하지만 이때 법률의 위헌성이 인정되더라도 헌법재판소는 법률에 대해 위헌결정을 하여 효력을 상실시키거나 앞에서 보았듯 정책적 고려 하에 헌법불합치결정을 내릴 수 있을 뿐인바, 헌법재판소가 위헌결정 또는 헌법불합치결정을 내리더라도 곧바로 영업주들이 국가로부터 보상을 받을 수는 없고 결국 입법부에 의한 보상입법을 기다릴 수밖에 없다.<sup>135)136)</sup> 결국 이 경우에 영업주들이 지난한 사법적 대응의 길을 밟아 헌법재판소로부터 감염병예방법의 위헌성을 인정받더라도, 단지 위헌성을 확인받거나 헌법불합치결정의 경우에는 헌법재판소의 입을 빌려 입법부에 보상입법을 촉구하는 정도의 효과를 거둘 수 있을 뿐 보상을 쟁취해내기는 어렵다. 바로 여기에 사법적 대응의 근본적인 한계가 있다.<sup>137)</sup>

## 2. 입법적 해결

결국 민간 영업의 중단으로 인한 손실의 보상 문제는 실질적으로 입법부에 의해 해결될 수밖에 없다. 국회에서 국민들의 재산권 침해 문제에 대해 진지한 관심을 갖고 하루빨리 보상 입법을 서둘러야 할 것이다. 지금의 사태가 언제 종식될지 알 수 없는 상황인 데다가, 이는 비단 현재 문제되고 있는 COVID-19에만 한정된 문제가 아니라 앞으로 또 발생할지 모를 대규모 전염병 사태에도 대비하는 문제가 기 때문에 발빠른 입법적 정비가 필요하다.<sup>138)</sup> 앞에서 보았듯 국가가 법률로 영업

135) 헌법재판소는 제23조 제1, 2항의 영역에서 조정적 보상이 필요한 경우에 헌법불합치결정을 내리면서 가혹한 부담을 받은 자들은 보상입법을 통해 구제되어야 한다는 취지로 실시하였다(각주 122 인용 부분 참조).

136) 한편 헌법 제23조 제3항의 이론구성을 취할 경우, 견해에 따라서는 보상규정이 없어도 제23조 제3항을 직접 근거로 하여 손실의 보상을 청구할 수 있다고 하거나(직접효력설), 제23조와 관련 조항들을 유추적용하여 손실보상을 청구할 수 있다고 하기도 한다(유추적용설). 성낙인, 앞의 책, 1440~1441쪽 참조. 그러나 제23조 제3항은 명시적으로 '법률로써' 보상을 규정하도록 하고 있는데 법률 없이 법원이 바로 보상을 명할 수 있다고 하는 것은 타당치 않고, 유추적용 역시 마찬가지이다. 김하열, 앞의 책, 600~601쪽. 또한 유추적용설에 대하여는 법원의 유추에는 한계가 있다는 지적도 존재한다. 전광석, 앞의 책, 415쪽. 한편 감염병예방법이 위헌임을 이유로 위법한 공용침해에 대해 국가배상을 청구할 수 있다는 견해도 있지만(위헌무효설), 행위 당시 엄연히 존재하던 법률에 근거하여 집합금지명령을 한 공무원의 행위에 고의 또는 과실을 인정하기 어려울 것이다. 김하열, 앞의 책, 601쪽; 사단법인 한국헌법학회, 앞의 책, 880쪽.

137) 참고로 '보상'이 아니라 '집합금지명령 자체'의 효력을 다투는 것이 목적이려면 집합금지명령 자체를 대상으로 하여 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항)을 제기하는 것도 생각해볼 수 있으나, 집합금지명령은 행정처분으로서 법원에 행정소송을 제기할 수 있는 절차가 있으므로 헌법소원은 '보충성' 요건을 갖추지 못하여 부적법할 것이다.

중단에 대해 보상을 하는 것은 결코 국가의 시혜적인 조치에 불과한 것이 아니라 헌법적 의무이므로, 국회는 자신의 책임을 방기해서는 안 될 것이다. 또한 굳이 헌법재판소나 사법부의 판결을 기다리지 말고 적극적인 자세로 법률 개정에서 나서야 한다. 이 문제는 본질적으로 ‘입법부의 문제’이지 ‘사법부의 문제’가 아니기 때문이다. 모든 국가 문제를 사법부가 해결할 수는 없고, 모든 문제가 사법부에 의해 결정되는 것이 바람직하지도 않다. 이와 같은 사태를 맞아 보상 문제까지 사법부가 해결할 수 있도록 새로운 사법제도를 구상하는 것 역시 의미있는 작업일 것이나, 그보다는 입법부가 그 임무와 역할을 진지하게 인식하여 본연의 역할을 적극적으로 수행하는 것이 민주주의 국가의 바람직한 문제해결방식일 수 있다.<sup>138)</sup>

한편 국회가 입법을 할 때에는, 보상의 근거규정을 만드는 과정에서 보상액의 결정 기준 역시 구체적으로 마련해야 할 것이다. 윤두현 의원이 2020년 7월 2일 대표발의한 감염병예방법 일부개정법률안(의안번호 1306)에서는 제70조 제1항에 “이 경우 보상액은 시설·장비·인력 등의 직접적인 손실 외에 해당 기관·사업장 등이 영업 중단 등의 기간 동안 얻을 수 있는 영업이익 등을 고려하여 산정하여야 한다.”는 후단을 신설하고 있는데, 이와 같은 방식도 고려해볼 여지가 있다. 집합금지명령으로 인한 영업 중단과 상당히 유사한 상황을 규율하는 가축전염병 예방법 제48조 제1항 제6호 및 동법 시행령 별표 2 역시 참조할 만한 자료가 될 것이다.

138) 현재와 같이 그때그때 각 지자체가 특정 액수의 지원금을 지급하거나 정부가 보상 명목으로 대규모의 추경을 편성하여 지원금을 배분하는 식으로 일회성, 선심성 대처를 하는 것보다는 법률에 보상에 관한 규정을 두어 정교한 체계적 대응을 하는 것이 훨씬 바람직함은 물론이다. 이러한 보상규정의 입법화가 이루어지면 정부 입장에서도 한정된 예산의 효율적 활용을 위해 더 합리적이고 신중한 노력을 기울일 것으로 기대된다. 민간 영업주들에 대한 입법적 보상규정이 전무한 현재 정부와 지자체의 COVID-19 관련 일련의 대응은 막대한 세금을 광범위하게 쏟아 부으면서도 막상 도움이 절실한 사람에게 큰 도움은 되지 못하고 있다는 한계를 노정하고 있다. 소상공인연합회는 정부의 4차 추경안을 통한 소상공인 지원방안에 대하여 이를 높게 평가하면서도 집합금지명령을 받은 소상공인에게 200만 원을 지급하는 것은 이들이 실제 입은 손해에는 크게 못 미치는 수준이라며 보상규정을 신설하는 상기한 최승재 의원 등의 감염병예방법 개정안의 처리를 통해 실질적으로 소상공인들의 손해가 전보될 수 있는 방향의 법제화가 필요하다는 의견을 밝힌 바 있다. 매일일보, 소상공인聯 “폐업 소상공인 대책 수립 필요”, 2020년 9월 18일자 기사.

139) 국민으로서의 헌법상 청원권(제26조)을 행사하여 국회의원의 소개를 받거나 일정 수 이상 국민의 동의를 얻어 국회에 입법청원을 할 수 있다(국회법 제123조 제1항). 참고로 이렇듯 국회에 청원에 의원의 소개를 받도록 하고 있는 법규정에 대한 비판으로는 한수웅, 앞의 책, 915~916쪽. 한편 일정 수 이상의 국민의 동의를 받아 할 수 있는 국민동의청원은 현재 인터넷을 통하여 할 수 있도록 되어 있다. <https://petitions.assembly.go.kr/> 참조.

또한 휴업에 따른 영업상 손해에 대한 직접적·금전적 보상 외에도 각종 이자 감면, 자녀의 학자금 면제, 세금 납부유예 등의 간접적 생계지원책 역시 고려될 수 있을 텐데, 이와 관련해서는 재난 및 안전관리 기본법 제66조 제3항 등을 참조할 만하다.<sup>140)</sup> 참고로 태국 정부는 COVID-19 사태를 맞아 영업주의 부담감소책(세금 납부 유예, 대출 원리금 일시적 상환 정지 등) 및 유동성 확보책(저이율 대출 제공, 보조금 지원 등)을 시행한 바 있는데,<sup>141)</sup> 이러한 해외 사례 역시 살펴볼 필요가 있다. 한국보건사회연구원이 2020년 4월에 실시한 전문가 대상 설문조사에 따르면 국내 전문가들 역시 COVID-19로 인해 자영업자가 가장 큰 피해를 입을 것이라고 예상하면서 이들에 대해 세금의 감면, 운영자금 대출의 확대, 임대료의 지원 등의 정책적 대응이 필요하다고 답변한 바 있다.<sup>142)</sup>

140) ③ 국가와 지방자치단체는 재난으로 피해를 입은 시설의 복구와 피해주민의 생계 안정을 위하여 다음 각 호의 지원을 할 수 있다. 다만, 다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 같은 종류의 보상금 또는 지원금을 지급하거나, 제3조 제1호 나목에 해당하는 재난으로 피해를 유발한 원인자가 보험금 등을 지급하는 경우에는 그 보상금, 지원금 또는 보험금 등에 상당하는 금액은 지급하지 아니한다.

1. 사망자·실종자·부상자 등 피해주민에 대한 구호
2. 주거용 건축물의 복구비 지원
3. 고등학생의 학자금 면제
4. 관계 법령에서 정하는 바에 따라 농업인·임업인·어업인의 자금 융자, 농업·임업·어업 자금의 상환기한 연기 및 그 이자의 감면 또는 중소기업 및 소상공인의 자금 융자
5. 세입자 보조 등 생계안정 지원
6. 관계 법령에서 정하는 바에 따라 국세·지방세, 건강보험료·연금보험료, 통신요금, 전기요금 등의 경감 또는 납부유예 등의 간접지원
7. 주 생계수단인 농업·어업·임업·염생산업(鹽生産業)에 피해를 입은 경우에 해당 시설의 복구를 위한 지원
8. 공공시설 피해에 대한 복구사업비 지원
9. 그 밖에 제14조제3항 본문에 따른 중앙재난안전대책본부회의에서 결정한 지원 또는 제16조제2항에 따른 지역재난안전대책본부회의에서 결정한 지원

141) Irene Ittisarnronnachai, "Compensating Through the Chaos : How the Thai Government is Helping Businesses Survive the Pandemic", CorpLexia, July 11, 2020(<https://corplexia.com/compensating-through-the-chaos-how-the-thai-government-is-helping-businesses-survive-the-pandemic/>).

142) 이현주(연구책임자), 가구소득에 대한 코로나바이러스감염증-19의 영향과 정책과제, 한국보건사회연구원, 2020, 89~90쪽. 이 설문조사는 경제·사회계열 전문가 총 57명을 대상으로 이루어졌다. 이현주(연구책임자), 앞의 책, 68쪽.

## VI. 마치며

현재 그 정도의 차이는 있을지언정 대한민국 국민, 아니 나아가 전세계 인류가 모두 전례 없는 바이러스의 습격을 받아 고통 속에서 하루하루를 보내고 있다. 이런 때일수록 개인 차원에서의 배려, 사회적 차원에서의 협력이 필요함은 말할 것도 없지만, 재해로부터 국민을 보호하고 일으켜 세워주는 국가의 역할이 절실하다. 그리고 이러한 국가의 역할 중 하나로서 바이러스의 확산을 막기 위해 적절한 예방조치를 취하는 것이 있음은 물론이나, 그러한 예방조치는 양날의 검과 같아서 필연적으로 그로부터 피해를 입는 개별 국민들이 있음을 잊어서는 안 된다. 특히 현재 바이러스와 맞서 싸우는 국가의 가장 강력한 무기 중 하나인 집합금지명령으로 인해 가뜰이나 어려운 경제 상황에서 더더욱 벼랑 끝으로 몰리고 있는 민간 영업주들의 고통은 더 이상 외면하기 힘든 지경에 와 있다. 어쩌면 이들의 생명과 건강을 위협하는 것은 COVID-19가 아니라 이를 막기 위한 국가의 집합금지명령일지도 모르는 역설적 상황이다. 공익을 위하면서도 사회 안의 한 명 한 명의 개인들을 외면하지 않는 것이 헌법의 정신이라면, 더 늦기 전에 국가는 이들의 경제적 손실을 보상하고 생존을 확보해줘야 한다. 이러한 국가의 보상은 국가가 인심을 써 베풀어주는 시혜적인 조치가 아니며, 엄연히 헌법으로부터 나오는 의무이다. 현재 집합금지명령의 근거규정만을 만들어둔 채 그로 인해 고통받는 수많은 국민들을 방치하는 상황은 국가의 의무를 다하지 못하고 있는 것임을 직시해야 한다. 하루빨리 보상규정을 신설하여야 함은 분명하다. 보상이 헌법적 의무임에 더하여, 보상규정을 신설함으로써 인해 국가가 집합금지명령을 발동함에 있어 좀더 신중하고 구체적인 검토의 과정을 거치게 하는 효과도 거둘 수 있을 것이다.<sup>143)</sup>

한편 현재 감염병예방법은 그 자체로 많은 문제점을 지니고 있다. 이에 대해서는 별도의 상세한 검토가 필요한 것으로서, 여기서는 현재의 규정은 집합금지명령이 가지는 강력한 효과에 비해 너무나 간단하게 되어 있어 실질적으로 국가의 재량이 지나치게 크다는 점만 지적하기로 한다. 집합금지명령과 관련하여서는 현재 감염

143) 추경호 의원도 보상규정의 신설을 통해 추구하는 목적 중 하나로서 '무분별한 행정명령 남용 우려 해소'를 제시한 바 있다. 헤럴드경제, 앞의 기사(각주 22) 참조.

병예방법 제49조 제1항 제2호에 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 해야 하는 조치로서 ‘홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것’이라고 되어 있는 것이 전부여서, 그 구체적인 기준, 절차, 한계 등에 대해서는 아무런 법령의 규율이 이루어지지 않고 있다. 연일 국가가 광범위한 집합금지명령을 활용하는 것에 비하면 사실상 거의 제한이 없다고 하여도 과언이 아니다. 바이러스로 인한 위험성과 예방 필요성이 엄중한 상황에서 굳이 국가의 권한 일탈·남용 여부를 까다롭게 볼 일은 아니겠지만, 현재의 법규정이 충분히 이들을 규율하고 있다고 할 수 있는지, 구체적인 법령의 규제가 필요한 것은 아닌지 의문이 들기도 한다. 보상규정의 신설과 더불어, 이번 기회에 상세한 법규정의 정비가 필요할 것이다. 나아가 바이러스의 변이 및 진화 속도, 오늘날의 대규모 밀집 생활 양상 등을 고려해볼 때 앞으로 이러한 사태가 반복적으로 일어날 위험도 배제할 수 없으므로, 보다 근본적인 대책도 강구해야 한다. 재난 및 안전관리 기본법 제76조 제1항은 재난 관련 보험 등의 개발·보급을 위해 국가가 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 국가 및 민간 영역의 협력으로 이러한 사태에 대비할 수 있는 재난 보험의 개발 및 가입 지원 등의 조치 역시 신속하고 진지하게 고려되어야 할 것이다.

COVID-19 발발 이전의 세계를 그리워하는 목소리가 여기저기서 들려오고 있다. 사람들과의 친밀한 스킨십, 정겨운 대화, 반가운 만남이 우리의 일상 속으로 어서 돌아오길 기대한다.

## 참고문헌

### I. 단행본

- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2018.
- 김민호, 행정법, 박영사, 2020.
- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.
- 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석[I], 박영사, 2013.
- 사법연수원, 행정소송법, 사법연수원 출판부, 2018.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020.
- 이승우, 기본권론, 도서출판 두남, 2007.
- 이현주(연구책임자), 가구소득에 대한 코로나바이러스감염증-19의 영향과 정책과제, 한국보건사회연구원, 2020.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2020.
- 전광석, 한국헌법론, 도서출판 집현재, 2018.
- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2018.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2019.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2020.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020.

### II. 논문

- 권건보, “토지재산권에 대한 헌법재판소 초기 결정의 의미와 영향 - 토지거래허가제와 그린벨트 사건을 중심으로 -”, 「국가와 헌법 II 기본권론」, 법문사, 2018.
- 김광수, “헌법 개정과 재산권 조항”, 「국가법연구」 제14집 제1호, 한국국가법학회, 2018.
- 김민주, “상가권리금 법제화 및 공법상 영업손실보상에 관한 검토”, 「아주법학」 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015.
- 김상규, “손실보상에서의 정당보상에 관한 법적 연구 -토지소유자 추천제도를 중심으로-”, 서울시립대학교 박사 학위논문, 2009.
- 이황희, “재산권, 독특한 기본권: 헌법상 재산권 규정의 이해”, 「법학평론」 제1권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010.
- 전상현, “헌법불합치결정의 의미와 근거 및 주문합의방식에 대한 재검토”, 「헌법학연구」 제20권 제1호, 한국

헌법학회, 2014.

정광정, “재산권 침해에 대한 손실보상 여부에 관한 연구”, 「법학연구」 제29집, 한국법학회, 2008.

정기화, “헌법재판소 재산권 판례의 경제학적 분석”, 「헌법실무연구」 제9권, 헌법재판소, 2008.

정하명, “미국 행정법상 대통령의 법적 지위 - 대통령의 보좌조직과 대통령의 행정명령을 중심으로 -”, 「행정법학」 제17호, 한국행정법학회, 2019.

최승필, “영업 및 가격규제에 따른 손실감소와 보상가능성”, 「공법연구」 제48집 제4호, 한국공법학회, 2020.

홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 「공법연구」 제42집 제1호, 한국공법학회, 2013.

### III. 기타 자료

Irene Ittisarnronnachai, “Compensating Through the Chaos : How the Thai Government is Helping Businesses Survive the Pandemic”, CorpLexia, July 11, 2020(<https://corplexia.com/compensating-through-the-chaos-how-the-thai-government-is-helping-businesses-survive-the-pandemic/>).

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 일부개정법률안(추경호의원 대표발의), 의안번호 741.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 일부개정법률안(윤두현의원 대표발의), 의안번호 1306.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 일부개정법률안(이동주의원 대표발의), 의안번호 3424.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 일부개정법률안(최승재의원 대표발의), 의안번호 3535.

논문 투고일: 2020. 10. 31.

심사 완료일: 2020. 11. 16.

게재 확정일: 2020. 12. 01.

[Abstract]

## The Administrative Act Banning Gatherings in the COVID-19 Era and the State's Constitutional Obligation to Compensate for Related Losses

Seungwoo Kang\*

Today, in the face of the COVID-19 outbreak, the government is widely implementing an administrative act banning gatherings to prevent transmission of the virus. These actions are taken in the public interest, but at the same time, they are causing grievous economic damage to private business owners, who are virtually being forced to shut down their businesses. However, the Infectious Disease Prevention and Management Act contains only a provision giving the state the authority for the administrative act, but no provisions ordering the state to compensate for resulting losses, which is problematic.

The state's compensation for losses resulting from the administrative act may be understood as discretionary, but if compensation for losses falls under a constitutional obligation, the state must establish provisions for compensation. Therefore, it is critical to determine whether the state's obligation to compensate for losses is derived from the constitution. And in order to review the 'obligation to compensate' rather than simply establish whether the administrative act is unconstitutional, a detailed review is essential, with respect to property rights above all else.

Predicated by this recognition, this article examines whether the suspension of businesses by the administrative act can be interpreted as the restriction of constitutional property rights, and if so, whether the obligation to compensate for resultant losses is derived from the constitution. It also attempts to find out an appropriate theoretical structure of the obligation, analyzing attitudes of Constitutional Court decisions and reviewing theoretical issues in the process. The article concludes with a simple suggestion related to legislation after reviewing countermeasures or remedies for private business owners from a realistic perspective at judicial and legislative levels.

**Key Words:** an Administrative Act Banning Gatherings, Property Rights, Compensation for Losses, COVID-19, the Infectious Disease Prevention and Management Act, Boundary Theory, Separation Theory

---

\* J.D. Candidate, Sungkyunkwan University Law School