

國家責任法制의 一元化 論議에 관한 考察\*  
A Study on Unification in the System of State Liability Law

김민섭 (법학박사, 국민대 강사)

Kim, Min-Seop / College of Law, Kookmin University Part-time Lecturer

- I. 序 論
- II. 국가보상법제 일원화
- III. 일원화에 관한 비판론
- IV. 結 論

국문초록

행정작용으로 말미암아 국민이 재산상의 손해를 입은 경우 그 손해를 구제해 주는 행정상의 손해진보에 관하여 독일이나 우리나라에서는 전통적으로 손해를 야기한 원인행위에 따라 위법한 행정작용으로 인한 손해배상과 적법한 행정작용으로 인한 손실보상의 양자로 나뉘어 발전하여 왔다. 이러한 양 제도의 상이한 발전은 이른바 국가보상법제의 흠결을 야기하게 되고 오늘날 이러한 국가책임법제의 흠결을 메우기 위한 노력이 진행되고 있다.

이러한 양 제도의 상이한 발전은 이른바 국가보상법제의 흠결을 야기하게 되고 오늘날 이러한 국가책임법제의 흠결을 메우기 위한 노력이 진행되고 있는 바, 이러한 흠결을 메우기 위한 노력의 일환으로서 양 제도의 대립을 융화시켜 단일의 국가책임제도로 통일하려는 경향이 나타나고 있다.

국가책임법제의 일원화를 주장하는 견해의 주된 근거는 첫째, 행정상 손해배상과 행정상 손실보상제도의 간극이 발생하고 이러한 간극을 메우기 위한 현실적 필요성이 있다는

\* “이 논문은 2005년 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2005-079-BM0036).”

점, 둘째, 행정상 손해전보의 공통된 지도이념으로서 ‘공적 부담 앞의 평등원칙’이 적용된다는 점 등이 들어지고 있다.

반면, 법치국가원리 원리를 근거로 하여 이러한 견해에 반대하는 입장들이 있는 바, 이러한 견해는 첫째, 통일보상이론이 관례법상 확립되어 있다고는 하나 모든 기본권을 포함하는 것은 아니라는 점, 둘째, 통일보상이론이 직접 방해배제수단의 행사의 해태를 과실상계 사유로 인정한다는 점, 셋째, 통일보상이론은 침해를 요건으로 하고, 이 침해는 작위에 한정되며 부작용은 포함되지 않는다는 점, 넷째, 통일보상이론에서는 상당한 보상이 주어지는 것만으로 족하고 완전보상을 얻을 수 없다는 점, 다섯째, 통일보상이론은 금전보상청구에 한정된다는 점 등을 근거로 하고 있다.

생각건대, 법치국가의 원리상 우리의 권리구제제도로서 손해전보제도만이 존재하는 것이 아니고 행정쟁송제도가 마련되어 있으며, 그렇다면 위법한 공권력적 침해에 대한 일차적인 권리구제제도로서는 행정쟁송을 통한 권리회복이 우선되어야 할 것이고, 그 이후에 그에 대한 손해 전보를 생각할 수 있을 것이다.

물론 현재 우리 법제에 의하면 이러한 것이 쉽게 해결될 수 있는 것은 아니다. 따라서 이러한 문제는 입법을 통해 해결하여야 할 것이다. 여기에서 비록 연방 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받아 폐기되었지만, 국가의 활동이 헌법이나 법률에 적합한 공권력의 행사의무에 반하는 경우에는 국가가 직접적으로 책임의 주체가 된다는 것과 공권력의 행사에 의해 위법하게 국민에게 불이익이 발생한 경우 법치국가는 이전의 적법한 상태로의 회복뿐만 아니라 그것이 불가능한 경우 동일한 가치의 상태로의 회복을 요구하는 것을 주된 내용으로 하는 1981년 독일의 신국가책임법은 우리에게 시사하는 바가 크다 할 것이다.

### Abstract

Today, the administrative sections that related with the rights and duties of people have grown gradually because of the expansion and diversity of the administrative working. However, only with the existing administrative relief system that is a dualistic system of the state tort liability act and the compensation can not protect all of the people's rights and profits but there is no appropriate complement method. To embody constitutional principle of equality or to disperse danger, proper solution should be ready, but there is not.

In Tese days, there is a discussion about unification in the system of state liability law and the critical opinion about it.

In case of people's loss of property due to administrative working, as we have

considered that there are loss compensation system by legal act and the administrative compensation for damages system by illegal act in Korean Law. However, in these days, the tendency to unify two law systems to make up the weak point of the system of state liability law has been growing.

However, there is critical opinion about this. Especially s theory of state responsibility which is proposed after s discussion of unification in the system of state liability law in Germany is most typical opinion. Therefore, this issue is considered at this .

From now on, to practice theory in interpreting and de lege ferenda that can complement the fault of our system of state liability, it is necessary to practice the abstract foundation which is investigated in this thesis.

(주제어) 국가배상제도(System of the state tort liability), 행정상 손실보상제도(System of compensation), 국가책임제도의 일원화(Unification in the system of state liability law), 국가책임법제의 간극(Deficiency in the system of state liability law), 법치국가적 국가책임론(State tort liability theory of law-governed country)

## I. 序 論

근대 법치국가와 사유재산제도 아래서 국가 또는 공공단체가 행정활동에 의해 개인의 권리·이익에 손해를 가한다면 그 손해의 원인이 그 개인에게 귀책사유가 없는 한 국가 또는 공공단체는 그 손해를 전보해야 하며, 국민으로서는 이들 손해에 대하여 구제를 요구할 권리를 갖는다 할 것이다. 이 경우에 종래의 전통적인 학설은 근대 자유주의적이고 법치주의적 원리에 따라 손해발생의 원인행위가 서로 다른 것에 주목하여 다음과 같이 두 가지로 분류한다.

그 하나는 위법한 행정작용에 기한 손실보상제도이다. 이는 근대 개인주의적 이데올로기에 입각한 점에서 개인적·도의적 책임주의를 기초로 하는 것이며 그 근본은 사법상의 불법행위에 기초하는 손해배상책임제도와 마찬가지로이다.

그 두번째는 적법한 행정작용에 기한 손실보상제도로서 이는 단체주의적 이데올로기에 입각한 점에서 사회공평부담주의를 기초로 하는 것이며 그 발상의 근본은 근대적 사유재산제를 전제로 한 ‘공평부담의 평등’의 요청으로부터 이해관계를 조정하는 것이다.

이러한 양 제도의 상이한 발전은 이른바 국가보상법제의 흠결을 야기하게 되고 오늘날 이러한 국가책임법제의 흠결을 메우기 위한 노력이 진행되고 있다.

근래에 와서 국가책임법제상의 흠결을 메우기 위한 노력의 일환으로서 양 제도의 대립을 융화시켜 단일의 국가책임제도로 통일하려는 경향이 나타나고 있다. 이러한 견해는 양 제도의 일원적 파악이다. 즉 국가 등 행정주체의 작용에 의하여 사인에게 손해 또는 손실을 발생케 한 때에는 피해자에게 귀책사유가 없는 한, 행정주체가 그 손해 또는 손실을 전보해 주는 것이 사회적 정의와 공평원칙에 비추어 마땅한 것이며 이러한 공평부담원칙을 바탕으로 양 제도를 하나로 묶을 수 있다는 견해이다. 이러한 견해는 이미 오토 마이어에 의해 제기되었는데, 그는 침해행위의 적법·위법은 문제의 핵심이 아니라고 한 바 있다. 최근의 양 제도의 일원적 파악은 양 제도의 중간 영역으로서의 무과실책임론이나 위험책임론 및 국가기능의 확대와 더불어 손해발생의 원인에 대한 비난의 유무에 관계없이 발생된 결과책임에 기한 국가책임론의 등장에 촉구된 것이다.

한편 이러한 국가보상법제의 일원화에 관하여 비판론도 제기되고 있는바, 이는 양 제도의 일원적 고찰이 법치국가사상에 저촉되는 측면을 가지고 있는 것에 주목하고 이에 대한 비판을 하고 있다.

이하에서는 독일과 우리나라에서 전개된 국가책임법제 일원화 또는 손해전보제도의 통일적 고찰에 관한 제 견해 및 그에 관한 비판적 견해들을 소개하고 그 타당성을 검토하고자 한다.

## II. 국가보상법제 일원화

### 1. 독일에서의 논의

양제도를 공통된 법원리 아래 통일적으로 구성하려는 시도는 독일에서 상당히 오래전부터 행해졌다. 일찍이 Otto Mayer는 정의·공평의 원리를 매개로한 통일적인 법원리에 의한 공법상 손실보상(öffentlichrechtlich Entschädigung)제도의 체계를 구성하고 행위의 적법성·위법성을 불문하고 모든 공권적행위에 의해 야기되는 ‘특별한 희생’을 보상해야 한다는 이론을 정립한 것은 잘 알려진 사실이다. Mayer의 이 이론은 그후 독일 실정법 중에 채용되지는 않았지만 전후 西獨聯邦最高裁判所에 의하여 재판상 형성된 위법한 가해행위에 보상을 인정하는 소위 ‘수용유사의 침해’ 통일되지 않은 ‘직무책임’, ‘희생유사의 침해’, ‘공법상 결과제거’ 등 4종의 국가책임을 통일적인 법원리에 의해 정리하려고 하는 연방국가책임법제정에 간접적인 영향을 미치고 있다. 이러한 독일의 일원화 논의는 크게 3개의 시대로 구분될 수 있다. 이에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

(1) Weimar 時代以前의 理論

이 시대에는 국가책임법제의 일원론을 정확하게 전개한 것은 아니나 이와 유사한 발상이 있었던 시대이다. 이러한 입장들은 Perthes, Bergius 등에 의해 주장되었는데, 이들의 견해에 의하면 공무원은 스스로 야기한 손해에 대하여 피해자에게 배상의무를 진다. 그러나 손해가 너무나 크고 공무원의 재정적 능력이 충분치 못할 경우에 피해자는 충분한 구제를 받을 수 없게 되며 이런 경우 어디까지 국가에 책임을 지울 것인가 하는 문제가 생기게 되된다. 이 때 그 한계는 국민이 공무원의 직무권력에 복종하는 관계에 있는가 아닌가에 의해 다르다는 것이다. 만약 복종관계가 인정될 경우에는 사인이 저항불능의 행위에 의해 손해를 입게 되며 이와는 달리 손해의 염려가 있다는 이유로 사인이 공무원에게 저항할 수 있다면 국가는 존속할 수 없게 될 것이다. 개인의 이익과 국가의 이익이 저촉할 경우 후자가 전자에 우선하므로 저항권의 박탈은 완전히 정당화 된다. 그러나 개인은 공익을 위해 희생된 가치의 보상을 청구할 수 있으며 이러한 청구를 인정한다 하더라도 국가의 존속과 저촉하지 않기 때문이다. 따라서 국가는 수용된 토지의 가치를 소유권자에게 보상하는 것과 마찬가지로 공무원의 위법행위로 인한 손해를 배상해야 할 것이다. 그 실정법상의 근거는 프로이센 일반 란트법 서장 75조에 두는 것이다.<sup>1)</sup>

이 시기 국가책임법제의 일원론의 특징은 다음과 같다. 당시는 아직 위법행위에 기인하는 국가책임은 실정법화 되어있지 않았기 때문에 그들의 주장은 국가책임론에 대한 논쟁이 아니라 반대로 국가책임부정론에 대한 논쟁이었던 것이다. 즉 당시에는 공무원개인책임의 법리가 지배하고 있었던 것은 위법행위일 경우만이고 적법행위일 경우에는 공무원의 행위가 직접 국가에 귀속된다는 것은 자명한 전제로 되어있다. 바꾸어 말하자면 당시 위법침해일 경우에는 '사인으로서의 공무원'이라는 법리가, 적법침해일 경우에는 '도구로서의 공무원'이라는 법리가 지배하고 있었던 것이다. 따라서 이들은 일반 란트법 서장 75조를 원용하여 위법행위의 국가에로의 귀속이라는 난문을 해결하려고 했던 것이다. 또 위법행위에 기인하는 배상을 특별희생의 전보로 구성하려 하였다. 그러나 그들의 주장은 다른 학자들에 의해 받아들여지지는 않았으나 일반 란트법 서장 75조를 위법침해에 적용했던 판례가 없었던 것은 아니었다.<sup>2)</sup>

1) 宇賀克也, 國家責任法の分析, 有斐閣, 1988, 103-104면.

2) 처음으로 국가책임법제의 일원론을 긍정했던 판례는 1890년 5월 8일의 연방최고재판소 민사 제6법정의 판결(RGZ 26, 56)이었다. 본건에서 연방최고재판소는 이미 행정처분의 위법이 확정되어 있었음에도 불구하고 일반 란트법 서장 74, 75조의 적용을 인정하고, 아래와 같이 판시한다 「피해자의 특별권리와 공공복지를 보전하는 의무사이에 실제로 저촉이 존재하는지 안 하는지는 어느쪽이라도 관계없다. 관할행정청이 74조가 제시로 하는 저촉이 존재한다고 가정하고, 그것이 올바른 것인가, 올바르지 않은 것인가의 가정 때문에 원고가 그 특별한 권리 및 이익을 해당 시 자치체의 복지 및 이익을 위해 희생한다라는 것을 강요받았을 때는 보상청구권은 이미 주어져 있는 것처럼 생각된다」. 이 시기의 연방최고재판소는 국가책임 일반을 부정하고 있었던 것이고 위의 판결도 적법침해에 대한 보상과 위법유책침해에 대한 보상의 문제를 매우기 위해서 위법무과실침해에 대해 희생법리를 유추했던 것은 아니다. 확실히 침

한편 이 시기에 O. Mayer는 특별희생의 개념에 근거하여 국가책임법제의 일원론을 체계화하였다. O.Mayer는 자기의 국가책임법제의 일원론의 요점이 되는 「특별희생」의 개념을 다른 자에 비하여 특별히 과하여진 부담 즉 희생한계를 넘는 부담으로서 정의하고 침해의 적법, 위법을 불문하고 특별희생을 인정할 수 있다고 생각하고 있었다.<sup>3)</sup> 이 경우 특별희생의 개념은 적법·위법을 불문하므로 일원화하는 것이다.

## (2) Weimar 時代의 理論·

직무책임제도가 Weimar 헌법 131조에서 실정법화됨으로써 19C에서의 국가책임의 입법화 노력은 일단락되고 이후는 해석론에 의한 결함의 제정에 노력이 경주되었다. 위법유책행위에 대한 배상을 헌법131조에 의하여 인정하고, 반면 적법침해에 대한 보상을 헌법153조를 적용하게 되었다. 따라서 이러한 규정에 의하면 위법·무과실침해에 대한 보상문제가 국가보상의 간극으로서 인식되었다. Weimar기의 학설 판례는 위법유책가해(第1類型), 위법무과실가해(제2유형), 적법가해(제3유형)의 3분법에 입각하여 제2유형에 대한 국민의 권리구제를 확대시키려고 부신했던 것이다.<sup>4)</sup>

그러한 방향은 직무책임의 과실요건의 완화 즉 제1유형을 확장함에 의해 제2유형의 영역을 포함하려는 방향<sup>5)</sup>과 제3유형을 확장함에 의해 제2유형을 포함하려고 하는 방향 및 제2유형에 대해 독자의 보상근거를 주려고 하는 방향이 있었다. 제3유형을 확장하는 경우에도 판례의 수단 이외에 수용희생법리를 제2유형까지 유추한다는 수단이 채용되었다.

이러한 견해는 Fuler, W. Jelinek, Katzenstein 등에 의하여 주장되었다. Fuler는 「경찰 긴급권과 보상」이라는 논문에서 위법무과실침해의 보상에 대하여 언급하고 있다.<sup>6)</sup> Fuler는 위법무과실의 경찰처분에 의한 재산적 가해에 대한 국가의 보상의무는 민법이나 특별한 공법규정에 실정법상의 근거가 없어도 인정할 수 있다고 서술하고 제2유형에 대해 법치국가성의 결손의 회복이라는 의미에서의 보상을 인정하려고 시도한다. 그리고 공평한 고려라는 점에서 「적법으로 재산을 침해하는 경찰처분의 경우에 Weimar 헌법153조(이전은

해의 적법성을 묻지 않고 개인의 특별권리이익이 공익을 위해 희생되었다고 하는 등 금전조정을 행하려 하는 것으로 완전국가책임법제의 일원론에 기인한 것이라 말할 수 있다(수용, 희생법리를 위법무과실 침해에 대해서만 적용하는 것을 불완전 국가책임법제의 일원론, 이에 비해 위법침해 일반에게 적용하는 것을 완전 국가책임법제의 일원론이라 한다). 그러나 이 시기에 있어서 연방최고재판소가 완전 국가책임법제의 일원론을 일반적으로 용인하고 있는 것은 아니었다. 이 시기에 일반 판트법 서장 75조의 위법침해로의 적용을 거부했던 판례도 적지않다(RGZ 11, 206 ; RGZ 32, 296, 강구철, 국가배상제도에 관한 연구, 명지대 박사학위논문, 261면.).

3) 강구철, 전계논문, 261-262면.

4) 강구철, 전계논문, 262면.

5) 제1유형을 확대한다고 해도 그것은 결국 과실을 객관화하는 것이며 직무책임이 유책성을 본질적 요건으로 하는 것은 의문이 없다. 따라서 이 제도를 위법무과실 침해로 유추하는 방향 바꾸어 말하면 「직무책임유사의 침해」인 범주를 승인하는 방향으로의 노력은 볼 수 없다고 할 수 있다

6) 서원우, 「법치국가적 국가책임론」, 고시연구, 1984, 30-32면 참조.

프로이센 일반 란트법 서장 75조 등)에 의해 국가보상을 주면서 경찰관사가 공익에 있어서 과실 없이 행하는 위법행위의 경우에 보상을 거부하는 것은 이해할 수 없을 것이다」라고 하면서 위법침해에 대해서도 보상청구권을 인정해야 한다고 주장한다.<sup>7)</sup> 요컨대 Furler는 위법무과실침해에 대하여 제1차적으로는 법치국가 원리에 의해서, 제2차적으로는 수용원리에 의해 보상을 기초로 하고 있는 것이다.<sup>8)</sup>

W. Jellinek와 Katzenstein도 국가책임법제의 일원론을 제창한다. 단지 그들은 그 근거를 부당이득법리에서 구하기 때문에 국가측에서 이득이 존재하지 않는 경우에는 사인에게 손해를 주어도 보상할 필요는 없게 된다. Katzenstein은 Weimar 헌법 153조의 수용보상의 본질을 사법의 부당이득법리에서 다음과 같이 구하고 있다.<sup>9)</sup> 그는 헌법무과실적인 침해에 의해 손해를 입은 자가 경제적으로는 수용과 같은 결과가 생기고 있는데도 배상을 받을 수 없는 것은 불합리하다고 본다. 이 경우 개념상 수용이 존재하지 않는 것은 분명하다. 수용개념은 적법침해를 전제로 하고 위법무과실 침해는 포함되지 않기 때문이다. 그러나 보상의 정당화근거는 침해의 적법성안에서가 아니라 그 기초에 있는 경제적 관계 속에 존재한다.

조절적보상을 정당화하는 것은 희생이 아니라 전체의 이익을 위해 권리의 완전한 혹은 본질적인 박탈인 것이다. 이 사고 중에서 희생보상청구권의 핵심이 존재한다. 이것은 적법침해에도 위법무과실침해에도 똑같이 타당하다. 헌법 153조에 의하면 적법침해만이 조정되는 것은 분명하다는 주장은 형식론이고 이 규정의 본질을 간과하는 것이다. 역으로 153조에서는 전체를 위한 특별희생은 조정된다는 명제가 도출된다는 것이다.

Weimar기의 통일보상설은 일반적으로 위법유책행위에 대한 손해배상과 적법침해에 대한 손실보상의 「간극」을 메우기 위해 손실보상법리를 위법무과실침해에만 유추하는 것인 점에 특색이 있다.

### (3) Bonn 基本法下의 理論

Bonn 기본법은 제14조에서 수용보상을 규정하고 제34조에서 직무책임을 규정하였다. 통설 및 판례는 전자를 적법침해로, 후자를 위법유책행위<sup>10)</sup>로 한정했기 때문에 Weimar 헌

7) 秋山義昭, “法治國家的 國家責任論”, 公法と經濟法の諸問題, 1981, 有斐閣, 336-337면.  
 8) 그는 “(위법무과실 침해에 대한 보상의무가) 유책의 처분을 포함하는가의 고찰은 불필요하다. 왜냐하면 여기에서는 Weimar 헌법131조가 실정법을 창조한 것이므로”라고 말한다. 결국 그의 관심은 실정법이 존재하지 않는 제2유형에 대한 보상을 기초하는 것에 국한되어 버리며, 국가보상법의 체계적 재검토는 그의 염두에 없었다. 제2유형에의 법치국원리와 희생원리의 공존 및 이들의 원리를 제1유형에까지 확장하는 데에서 생기는 이론상의 난점은 전혀 의식하지 못했다고 할 수 있다(강구철 전제논문 263면).  
 9) 西莖章, 公法上の危險責任論, 東洋館出版社, 1976, 76면이하.  
 10) 수용보상일 경우에 침해(Eingriff)라는 용어를 사용하면서 직무책임일 경우에 「행위(Handlung)」라는 별개의 표현을 사용함에는 이유가 있다. 수용 및 협의의 Aufopferung에는 「침해」의 존재가 요건이 되어 있고, 이 침해는 행위에 한정되어 있다. 따라서 「부작위에 의한 Aufopferung」이라는 범형식은 존재

법 아래서와 마찬가지로 ‘적법’, ‘위법무과실’, ‘위법유책’이라는 국가보상의 삼분법이 일반적으로 행해졌다.

그러나 이러한 三分法에 이의를 제기하는 學說도 있다. 이 異說을 大別하면 두가지 형태가 있는 바 그 하나는 先驗的 統一補償說이고 다른 하나는 擴張統一補償說이다.

#### 1) 先驗的 統一補償說

이 이론에 의하면 기본법 14조 본문의 유추에 의해 수용유사, 희생유사의 침해에 기인하는 보상청구권이라는 영역을 각별히 승인할 필요성은 인정되지 않게 된다. 이 先驗的 統一補償說을 명시적으로 주장했던 사람이 Schneider, Bauschke, Kloepfer, Schack, Janssen 등이다.<sup>11)</sup>

대표적인 학자인 Schneider에 의하면, 통설·판례는 법률상 허용된 침해인 것을 수용의 요건으로 하고, 적법한 수용밖에 인정하지 않는 것은 수용의 개념을 그 허용성의 전제와 혼동하고 있는 것이라고 비난한다. 그에 의하면 현행 헌법이 요청하는 ‘침해의 법률적 기초의 존재’, ‘수용의 종류와 범위의 법정’, ‘공공복지 목적의 존재’는 수용의 적법조건에 지나지 않는다. 위법인 수용도 충분히 생각할 수 있고 헌법은 허용성의 표식으로부터 독립한 수용개념을 전제로 하고 있다고 보아야 한다는 것이다.<sup>12)</sup>

Bauschke, Kloepfer도 선형적 통일보상설을 주장한다. 그들은 공법상의 보상법체계가 혼재된 하나의 원인을 기본법 14조 제3항 1문, 2문의 해석에서 찾고 있다. 즉 통설은 수용을 적법침해로 한정하기 때문에 위법한 재산권침해에 대해 직접 수용보상을 인정하지 않고 이론적으로 보아 의심스러운 「erst-recht Argumentation(물론 수용보상을 유추적용한다는 논증)」에 의해 수용유사의 침해라는 범형식을 창출했던 것이지만, 이들 규정을 보아 엄밀하게 고찰하면 오늘날의 통설의 문제점을 이해할 수 있다고 한다.<sup>13)</sup>

#### 2) 擴張國家責任法制的 一元論

先驗的 국가책임법제의 일원론은 학자들에 의해 독단론으로 비판을 심하게 받았을 뿐만 아니라 판례도 이를 따르고 있지 않았다. 따라서 현행법 해석론으로는 기본법 14조 일반란트법 序章 75조의 직접적 적용 영역은 적법침해로, 기본법 34조의 적용영역은 위법유책행위로 한정됨으로써, 바이마르 헌법하에서와 마찬가지로 ‘위법무과실’ 케이스에 있어서 구제의 문제가 생기게 된다. Bonn 기본법하에서의 학설·판례는 한편으로는 과실의 객관화

하지 않는 것이다. 여기에 비해 직무책임은 관사의 행위(Handlung), 부작위(Unterlassung) 어느쪽에 의해서든지 야기된다. 「행위」는 작위, 부작위의 총칭이다.

11) 宇賀克也, 前掲書, 120면.

12) Schneider, "REchtsnorm und Individualakt im Bereich des Verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes", VA 58, 301(308), 신상대, "국가배상과 손실보상의 통합론", 경남대학교 대학원논총, 14집, 1998. 4, 312면에서 재인용.

13) 장구철, 전계논문, 268면.



에 의하여 직무책임을 확장한다고 하는 연방고등재판소 노선을 답습하였지만 다른 한편으로는 수용법리, 희생법리를 유추함으로써 이 흠결을 메우려 했던 것이다. 그리고 전후의 특징은 후자의 방향이 특히 연방통상재판소의 판례를 선두로 해서 해석론의 범위를 넘을 만큼 대담하게 진행되어 왔던 것에 있다. 이것이 말하자면 ‘수용유사의 침해에 기한 보상(Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff)’ 및 ‘희생보상(Quaasi-aufopferung)’ 제도이다.

연방통상재판소는 당초에는 바이마르기와 마찬가지로 ‘국가보상의 간극’인 위법무과실침해에 대한 구제를 위해서 수용·희생보상을 유추한다는 입장에 그쳤었지만<sup>14)</sup> 드디어 ‘erst-recht Losik(위법한 침해에 대한 보상을 적법한 침해로 유추하는 이론)’을 위법유책침해로까지 적용해서<sup>15)</sup> 직무책임과의 경합을 인정<sup>16)</sup>함으로써 완전국가책임법제의 일원론이 판례로서 승인되기에 이른 것이다. 더구나 판례는 수용유사, 희생유사의 침해에 기인하는 보상요건을 완화하고 수용·희생보상과의 대칭경계를 넘어 후자의 유추에 의하여 기초지어졌던 전자가 적용범위에서 후자를 능가하게 되는 역전현상을 시사하는 판례가 등장하기도 했다. 이 현상은 특히 「부작위에 의한 수용」이라는 법형식은 존재하지 않는 것이다.<sup>17)</sup> 수용유사의 침해에 기인하는 보상청구권에 있어서도 「침해」의 개념은 필수로 하고 부작위인 경우 보상청구권도 성립하지 않는다고 해석되고 있다.<sup>18)</sup>

그리고 이후의 판결도 대체로 이 판례에 따르고 있는 것이다. 그러나 부작위에 의한 수용이 존재하지 않는다고 하여 부작위에 의한 수용유사의 침해도 존재하지 않는다고 일관한 것만은 아니다. 다시 말해 연방통상재판소는 「단순한 부작위는 원칙적으로 수용행위를 의미하지는 않는다. 이와 같은 침해는 부작위의 경우에 가능한 한 당사자의 권리영역을 침해하는 작위의 성질을 가지는 것만 문제로 될 것이다」<sup>19)</sup>라고 한다. 이 판결은 방론이지만 어떤 경우에는 부작위에 의한 수용의 침해를 인정하는 것을 시사하는 것이다.

이처럼 연방통상재판소는 수용유사의 침해일 경우에는 수용과 다르게 ‘단순부작위(Schlichtes Unterlassen)’와 구별되는 ‘특별부작위(qualifiziertes Unterlassen)’인 범주의 인정<sup>20)</sup>을 시사한다. 또한 수용법상의 ‘침해’에는 목적성의 표시가 필요하지만 판례는 수용유

14) Vgl. BGHZ.6, 270.

15) Vgl. BGHZ. 7, 296 무과실책임에 의한 손해를 입은 자가 수용원칙에 따라 보상청구권을 가지는 것이라면 침해가 위법일 뿐 아니라 유해할 경우에 그것은 더욱 타당해야만 한다.

16) Vgl. BGHZ.13, 88. 본판례는 한편으로 관리의 위법유책행위에 대하여 직무책임을 인정하고 다른 한편으로는 수용유사의 침해에 기한 보상청구권을 긍정하고 있다. 왜냐하면 직무책임청구권은 과실주의(Verschuldensprinzip), 수용유사의 침해에 기한 보상청구권은 원인주의(Verursachungsprinzip)라는 다른 전제에서 있고 또 시효·보상의 범위에도 서로 다른 점이 있으며 다른 한쪽에 종속하는 것은 아니기 때문이다.

17) DVBI 1963, 24.

18) RGB 12, S.52 ; BGHZ32, S.208(211) 「개인의 권리영역을 침해하는 활동이라고 간주될 수 없는 단순한 부작위는 수용행정만이 아니고 수용유사침해도 아니다.

19) DVBI 1969, 209.

사의 침해에 기인하는 청구권에 대해서는 이를 요구하지 않고 소유권에 대한 영향이 직접적으로 고권적 처분으로부터 발생하고 있으면 충분하다<sup>21)</sup>고 한다.

이렇게 해서 침해의 '목적성'의 표시가 폐기됨에 의하여 수용유사의 침해에 기인하는 보상을 일종의 위험책임으로까지 발전했다고 보는 사람도 있다<sup>22)</sup> 또 수용·희생법리의 위헌 침해로 유추과정을 통하여 요건이 변성되어 이원화하고 위법침해에서 완화된 요건이 역으로 적법침해로 재이행하고 이렇게 하여 통일적으로 형성된 요건을 확장통일보상설의 통일요건으로 취함으로써 수용·희생침해와 수용유사의 침해의 구조적 균등한 조정이 유지되었다.

이리하여 확대균등을 이룬 확장통일보상설의 요건이 구체적으로 「공공복지(Gemeinwohl)」의 요건이다. 수용·희생보상이 이루어지기 위해서는 침해가 「공공의 복지(Wohl der Allgemeinheit)」에 공헌하는 것이 아니면 안된다. 그러나 위법침해에서 이 요건이 갖추어졌다고 말할 수 있는 가는 매우 의심스럽다. 하지만 오늘날 판례·통설은 침해에 의하여 전체에 이익이 귀속하지 않아도 국가가 그것에 의해 자기의 과제를 처리하고 공익을 도모하는 것을 의도했던 것만으로 충분하기 때문에 침해는 그 정당화를 공익의 배려에서 구하고 요구되어 졌던 희생이 공익에 실제로 봉사하고 있을 필요는 없다.

이렇게 구체화된 전제라면 위법침해에서도 항상 충족되고 있다. 왜냐하면 고권적침해의 기능은 반드시 전체의 이익으로부터만 도출될 수 있기 때문이다.<sup>23)</sup> 「공공복지」 요건을 그 효과(Effektivität)가 아닌 의도(intentionalität)에서 추구함으로써 수용유사, 희생유사의 침해를 근거하는 것이 가능하게 된 것이다.<sup>24)</sup> 결국 수용·희생 법리의 위법침해로의 유추과정에서 「공공복지」 요건은 「효과」로서의 해석에서 「의도로서의 해석으로 변하고 이 후자의 완화된 해석이 적법침해로 이행되어 국가책임법제의 일원론의 요건이 되었던 것이다. 이러한 방법을 통해 수용과 수용유사의 침해의 구조적 평형이 유지되고 있는 것이다.

이러한 확장통일보상설도 자세히 고찰하면 전보방식에 있어서는 두 가지 방법론이 있다. 제1의 방식으로 위법침해에 있어서 특별희생을 적법침해에 있어서의 특별희생에 비추어 전보하는 방식이 있고, 또 다른 하나는 제2의 방식으로서 특별희생을 바로 적법성으로부터 도출하는 방식이 있다.

#### 가. 제1의 방식

이는 위법침해에 있어서의 특별희생을 적법침해에 있어서의 특별희생일 경우에 비추어 전보하려는 방식을 말한다. 이 방식은 다음과 같은 명제를 전제로 한다.

제1명제는 위법침해일 경우에도 적법침해일 경우와 동일하게 일반적 희생과 특별희생이

20) BGHZ 56, 40(42 f).

21) 이미 BGHZ 23, 157 ; BGHZ 30, 241에서 암묵적이긴 하지만 침해지향성의 요건은 폐기되고 있다.

22) 홍정선, “서독의 손해보전제도”, 월간고시, 1986. 3, 68면 참조.

23) Vgl. BGHZ 36, 379(389).

24) Vgl. Bender, a.a.O., Rdnm. 123.

구별된다는 것이다. 즉 모든 위법침해가 특별희생이 되는 것이 아니라 위법침해라도 수인의 의무의 범위 내에 그치는 것도 있고, 이 경우에는 수용유사의 침해에 기인하는 보상은 인정되지 않은 것으로 되는 것이다.

제2명제는 위법침해일 경우 특별희생인가 아니면 일반적 희생인가의 식별은 재산권에 내재하는 구속에 대응하는가? 그렇지 않으면 수용에 대응하는가에 따라 결정한다는 것이다. 이 명제에 의하면 일반적 희생과 특별희생은 적법침해와 위법침해에도 공통으로 존재하고, 양영역에 일반적 희생한계가 존재하게 된다.<sup>25)</sup>

이 방식은 침해의 적법성 인정을 보류한 채 보상청구를 인용한다 하지만 통일적인 특별희생인정방식에 의해 심리하는 것이 아니라 먼저 적법침해라 가정하고 그 경우 일반적 희생한계를 유월하는지의 여부를 심사하며 따라서 침해가 적법이었다고 해도 이 방식에 의하여 특별희생의 존재가 긍정된다는 판단과정을 유지하는 것이다. 수용보상을 인정하거나 수용유사의 침해에 기인하는 보상을 인정하거나 그 효과면에 있어서 차이가 없으므로 사실인정, 법해석으로 결론지를 불명료함이 있을 경우 어느 한쪽으로 결론지를 필요는 없다고 하는 판단이 근거에 있다.

침해의 적법, 위법의 확정을 보류하고 수용원칙에 따라 보상을 긍정했던 다른 판결<sup>26)</sup>도 이것을 자세하게 검토하면 통일적특별희생 인정방식이 아닌 이 방식에 의해 특별희생의 존재를 긍정한 것임을 알 수 있다. 그러나 이 방식은 판례를 통해 통설적으로 인정되고 있으나 이 설이 문제점으로 지적받은 것은 적법침해와 위법침해에 단일적인 일반적 희생한계를 인정하게 되면 특별희생의 존재가 통일적특별희생 인정방식에 의해 결정되지 않는다는 것이다.

#### 나. 제2의 방식

제2의 방식이란 제1의 방식과는 달리 위법침해에서 특별희생은 적법침해로의 투영이라는 과정을 밟는 것을 필요로 하지 않고 위법성자신으로부터 즉시 기초지을 수 있는 것이다. 다시 말해 이는 ① 위법침해는 특별희생을 야기한다. ② 특별희생의 야기라는 점에서는 수용과 같다. ③ 때문에 수용과 같은 보상이 주어져야 한다는 삼단논법에 입각해서 유추과정을 불필요하게 하는 것이다. 독일연방통상재판소는 1950년대에 앞서 본 바와 같이 제1의 방식에 입각하여 판단함이 주류를 이루었으나 1960년 4월 25일 판결을 계기로 하여 그후부터 제2의 방식에 입각하여 판단하게 되었다.

그러나 이러한 제2방식의 이론적 구조가 침해와 보상과의 관계를 특별희생이라는 것을 매개로 하고 있으나 앞서 본 바와 같은 명제에 비추어 볼 때 특별희생의 개념은 이원화를 의미함으로(적법침해에 있어서 희생개념과 위법침해에 있어서 희생개념) 결론인 ③의 명제

25) 강구철, 전계논문, 273면.

26) 일레로 연방통상재판소 1958년 4월 24일 판결(L M Art.14 GG Nr. 76).

는 성립하지 않는다는 점과 아울러 또 위법침해=특별희생이라는 점에 비판을 받는다. 그러나 이에 대하여 제2방식의 견해는 위법침해가 왜 특별희생을 생기게 하는가를 설명하고 있지 않다고 비판을 받지만 위법침해가 평등원칙위반이므로 특별희생을 생기게 한다고 말하고 있는 것이다. 따라서 결코 위법침해로부터 무매개로 특별희생을 연역하고 있는 것이 아니라 위법침해→평등원칙위반→특별희생이라는 논리구성이 이루어져 있는 것이다.<sup>27)</sup>

이러한 제2방식이 모든 면에서 그대로 타당하느냐에 대하여 의문을 나타내는 견해들이 있다. 우선 그러한 견해는 ① 형식적 하자에 의한 위법의 경우에도 특별희생이 성립할 수 있을 것인가에 관하여 문제를 제기하며, ② 또 하나는 실체적 하자가 있음에도 불구하고 특별희생이 존재하지 않는 경우의 문제제기이다.

①의 문제에 있어서 이러한 견해는 수용유사, 희생유사의 침해에 기인하는 보상에 대해서 연방통상재판소가 위법 즉 특별희생이라는 제2의 방식을 채용하는 것을 인정하면서도 다음과 같은 의문을 제시한다. 「침해가 구체적으로는 정당한데도 불구하고 단지 형식적 하자(관할 또는 절차의 하자)이기 때문에 위법인 데에 지나지 않을 때에도 특별희생이 존재한다고 말할 수 있을지는 의문이 있다고 하고, 적어도 이러한 사례에 있어서는 법적 지위의 보호가치성은 부정되어야만 할 것이다.»<sup>28)</sup>라고 한다.

형식적 하자가 있는데 지나지 않는 처분은 내재적 평등에 반하지만 이 경우에 재산권을 제한하는 행정행위가 내용적으로는 법률의 제한을 일탈한 것은 아니다.

그들이 제기한 형식위반의 행정행위 취소소송에 있어서의 법적효과에 대해서는 행정절차법에서 독립적 해결을 보았다. 동법 제46조는 실체에 있어서 아무런 다른 결정이 이루어질 수 없었을 때 절차·형식·지역적관할에 관한 규정에 위반했다는 것만으로 행정행위의 최소를 청구할 수 없게 한다.<sup>29)</sup> 이처럼 취소소송에 있어서 적법절차주의가 배제되고 실체적사실주의가 채용된 것에 비추어 보면 통일보상이론에 있어서도 형식적위법 즉 특별희생이라는 공식은 성립하지 않는다고 생각해도 좋을 것이다. 실제 1927년 2월 10일 연방통상재판소 민사 제3법정 판결<sup>30)</sup>도 사전 혹은 동시에 건축상세계획을 세우는 것을 결의하지 않고 시가 변경금지(Veränderungssperre)시켰으므로 1962년 11월 20일, 1963년 5월 21일의 지방법(Ortsgesetz)상 형식적 하자가 없었던 사례에서 「수용유사의 침해는 실제 그것이 위법으로 입법자가 원하지 않는다는 것만으로 소유권자에게 부과된 희생한계를 넘어섰으며, 그런 까닭에 수용유사의 침해의 다른 제한(위법이라든지 희생한계를 넘는 등)이 부과된 경우에는 보상해야 한다. 다만 실체법상의 하자가 아니고 절차적 하자에 지나지 않을 때에는 이 하자는 반드시 보상의무에 관계되지 않는다」고 서술하고 있다.<sup>31)</sup>

27) 강구철, 전계논문, 275면.

28) 강구철, 전계논문, 275면.

29) 宇賀克也, 前掲書, 128면.

30) BGHZ 58, 124(127).

다음으로 ②의 문제로서 실제적 하자가 있음에도 불구하고 특별희생이 존재하지 않는 경우도 있는 것이다. 예를 들어 1962년 2월 19일 연방통상재판소 판결은 일반논으로서 통일적 특별희생인정방식을 인정하고 있지만 「본건 침해는 재판소의 판결에 의해 이루어졌다. 그리하여 객관적으로는 재판판결에 의해 불이익을 감수하는 것은 전국민에게 한결같이 생기는 위험상태 혹은 희생상태인 특별희생이라고는 말할 수 없다」<sup>32)</sup>고 한다.

## 2. 우리나라에서의 논의

### (1) 개 설

우리나라의 경우도 행정작용으로 말미암아 국민의 재산상의 손해를 입은 경우 그 손해를 구제해 주는 행정상의 손해전보에 관하여 우리나라에서는 전통적으로 손해를 야기한 언인행위 따라 위법한 행정작용으로 인한 손해배상과 적법한 행정작용으로 인한 손실보상의 양자로 나누어 왔다. 그러나 근래에 와서는 국가책임법제상의 흠결·공백을 메우기 위한 노력의 일환으로서 양 제도의 대립을 융화시켜 단일의 국가책임제도로 통일하려는 경향이 나타나고 있다.

우리나라에서 국가책임법제의 일원론은 양 제도는 적어도 이념에 있어서는 대립이 점차 해소되어 양 제도를 융화시켜 단일의 국가책임 제도를 통일하려는 경향이 있다고 하며, 이러한 융합화 현상의 근거로는 사법상의 불법행위이론의 개인주의적·도의적 책임으로서의 의미감소와 불법행위에 기한 손해배상과 적법행위에 기한 손실보상의 중간적 영역을 차지하는 프랑스에서 유래한 위험책임의 존재를 들고 있다. 이와 같은 통일화의 노력의 일환으로서 행정상 손해배상과 행정상 손실보상은 아래와 같은 이론적 기초나 실제적 필요성에 비추어 통합적으로 고찰할 필요성이 있다는 일원론이 제기되어 왔다.<sup>33)</sup>

이러한 통일화 경향의 하나는 양 제도의 일원적 파악이다. 즉, 국가 등 행정주체의 작용에 의하여 사인에게 손해 또는 손실을 발생하게 한 때에는 피해자에게 귀책사유가 없는 한, 행정주체가 그 손해 또는 손실을 전보해 주는 것이 사회적 정의와 공평원칙에 비추어 마땅한 것이며 이러한 공평부담의 원칙을 바탕으로 양 제도를 하나로 묶을 수 있다는 견해이다. 최근의 양 제도의 일원적 파악은 양 제도의 중간영역으로서의 무과실책임론이나 위험책임 및 국가기능의 확대와 더불어 손해발생의 원인에 재한 비난의 유무에 관계없이 촉구된 것이다.<sup>34)</sup>

이러한 경향의 또 다른 하나는 양 제도의 일원적 파악에는 이르지 않지만 과실의 객관화

31) 宇賀克也, 前掲書, 129면.

32) BGHZ 36,379.

33) 박근성, 행정법론(상), 2009. 2, pp.630-632.

34) 김철용, 행정법 I, 박영사, 2004, 411면.

또는 입증책임의 전환의 법리 등 주로 행정상 손해배상의 요건의 완화를 통하여 양 제도가 상대화되고 있다는 데에 주목하여 양 제도를 가급적 통일적으로 이해하려는 견해이다.

### (2) 국가책임법제 일원론의 실제적 필요성

행정상 손해전보에 관한 통합적 고찰은 단순한 이론적 차원의 문제는 아니며, 국가작용에 의해 권익을 침해당한 자에 대하여 보다 충실한 구제를 도모하기 위하여 다음과 같은 점에서 국가책임법제에 관한 해석론 및 입법론을 체계적으로 발전시킨다는 실천적 의미를 갖는 문제라고 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>35)</sup>

이러한 견해에 의하면 ① 국가책임제도의 통합적 인식은 현행 실정법제도의 흠결을 명백히 드러낸다. ② 현행 제도 하에서 피해자에 대한 충실한 구제를 도모하기 위한 해석론 및 입법론의 전개를 가능하게 한다. ③ 국가책임제도에 관한 법률들 상호간의 모순 내지 충돌을 해결하고 국가책임법의 체계적 발전을 도모해야 한다고 한다.

### (3) 통합적 이론의 이론적 기초

우리나라에서 전개되는 이러한 통합적 이론의 이론적 필요성으로는 ① 행정상 손해배상과 행정상 손실보상의 상호접근, ② 행정상 손해전보의 공통된 지도이념으로서 공적부담 앞의 평등원칙, ③ ‘피해자의 입장’에서 국가책임제도의 이해를 통한 수용개념의 확장이론, ④ ‘특별희생보상청구권’ 개념에 의한 손실보상의 확장논의 등이 거론되고 있다.

#### 1) 행정상 손해배상과 행정상 손실보상의 상호접근

국가책임제도의 기초를 형성하는 손해배상과 손실보상은 여러 가지 측면에서 구별될 수 있지만 양자 모두 국가 행정작용에 의한 피해에 대한 구제라는 측면에서는 거의 동일하고, 또 양자의 구별이 명백하지 못한 경우도 많이 있다. 이러한 점에서 양자의 통일적 구성이 필요하게 된다고 한다. 특히 국가배상은 민법상의 불법행위 책임의 원리를 국가책임에 도입한 것으로 개인적도의적 책임주의에 근거하고 있다는 것이 전통적인 학설의 주장이다.<sup>36)</sup>

오늘날 사법 분야에서도 불법행위 책임에 있어서 불법 행위자에 대한 징계적 성격이 완화되었고 손해전보 제도로서의 측면이 강조되는 경향이 있다. 더욱이 인격을 갖지 못하는 국가의 배상책임에 있어서는 본질상 도의적 책임주의의 원리가 관철될 수 없다고 보아야 한다.<sup>37)</sup>

그리고 오늘날 학설 및 판례에 의해 형성된 손해배상과 행정상 손실보상의 적용 범위가 확대됨에 따라 양자가 교차하는 사례가 등장하고 있다. 또한 과실 책임의 결함을 보충하기 위하여 등장한 위험책임의 확대는 양자의 접근을 가속화시키고 있다. 위험책임은 과실 책

35) 박균성, 전게서, 631면.

36) 신상대 전계논문, 318면.

37) 박균성, 전게서, 630면.

임의 결합을 보충하기 위하여 등장하였고, 전보의 대상인 손해도 우연히 발생한 손해인 점에서는 행정상 손해배상과 가깝지만 공익목적상 형성된 위험의 실현에 의한 손해의 전보인 점, 그리고 행위의 적법·위법 및 과실유무를 묻지 않는 점에서는 손실보상과 유사한 제도로 볼 수도 있다. 그리고 위험책임의 유형 중에는 예방접종사고에 대한 전보와 같이 손실보상과의 구별이 극히 어려운 것도 있다.

2) 행정상 손해전보의 공통된 지도이념

행정상 손해배상, 공법상 위험책임과 행정상 손실보상의 공통의 근거로 ‘공적 부담 앞의 평등원칙’을 드는 견해가 있다.<sup>38)</sup> 이러한 견해에 의하면 행정상 손해배상에 있어서 배상재원은 국민으로부터의 세금의 징수에 의해 형성된 것이므로 결국 국가의 책임이란 사회 전체의 부담으로 환원되는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 그리고 행정기관에 대한 공권력의 부여에 의한 위험상태의 형성은 공익상의 필요에 의한 것이고, 위법한 공권력행사를 전면적으로 배제하는 것이 불가능한 이상 공무수행 중의 공무원의 위법행위에 의한 손해도 개괄적으로 본다면 공익상의 필요에 의한 손해, 즉 ‘공적 부담’이라고 볼 수도 있다고 한다.

3) ‘피해자의 입장’에서 국가책임제도의 이해 : 수용개념의 확장이론

원래 국가배상과 손실보상의 이원론은 2차대전 전 독일이나 일본의 입헌군주제 하에서 성립한 것으로 현대 입헌주의국가에서 그 이론은 그대로 적용시키는 것은 문제가 있을 수 있다. 그 중 대표적인 것이 손해전보의 사각지대에 존재하는 부분에 관하여는 아무런 전보도 받을 수 없다는 문제인 바, 이러한 문제의 해결을 위하여는 피해자 구제에 충실한 국가보상제도의 확립이 필요한바, 그에 상응하는 것이 손해전보의 통합론이라고 한다.<sup>39)</sup>

피해자의 입장에서 서면, 손해의 원인행위의 적법·위법 여부는 중요한 것이 아니며 행정상 손해배상과 행정상 손실보상은 모두 행정권 행사의 결과 발생한 손해의 전보에 관한 것이다. 행정상 손해배상과 행정상 손실보상은 성질상의 차이는 별론으로 하더라도 국가작용에 의한 손해의 전보에 관한 제도라는 점은 동일하고 따라서 양자를 손해의 전보라는 측면에서 통합적으로 논할 필요가 있다고 한다.<sup>40)</sup>

4) ‘특별희생보상청구권’ 개념에 의한 손실보상의 확장논의

광의의 수용보상청구권으로서의 특별희생보상청구권의 이론 하에서는 수용유사침해나 수용적 침해 또는 희생보상청구권 개념을 도입하지 않고서도 보상의 확장을 도모할 수 있다는 이론 구성을 하는 견해<sup>41)</sup>도 있다.

제1안으로 특별희생보상 청구권 개념을 포괄개념으로 보아 보상법체계의 최상위에 두되

38) 김동희, 행정법 I, 2009. 3 499면.

39) 田中二郎, 行政法 上卷, 1981, 201면 참조.

40) 박균성, 전거서, 631면.

41) 최승원, “손실보상논의의 새로운 가능성 탐구”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 1997, 99면.

유형화의 기준에 따라 구체화된 청구권으로 세분화될 수 있다고 한다. 예컨대, 침해행위의 양상에 따라 공용수용보상청구권, 공용사용보상청구권, 공용제한보상청구권 등으로 나눌 수 있고 침해법익 내지 권리의 종류에 따라 재산보상청구권, 생활보상청구권, 생명·신체보상청구권 등으로 나눌 수 있다는 것이다. 이 경우 침해행위는 행정작용의 행위형식에 따라 다양할 수 있어 유형화에 어려움이 있으나 침해법익은 재산침해, 생활침해, 생명·신체침해 등으로 나눌 수 있어 그 유형화가 간명하므로 보상내용의 명확화를 위해서는 침해행위의 모습이 어떠한 침해법익의 유형화 기준에 따라 재산보상청구권, 생활보상청구권, 생명·신체보상청구권 등으로 분류하는 것이 보다 유용할 것이다.

제2안으로 특별희생보상청구권은 손해배상청구권처럼 하나의 청구권으로 관념될 수 있으며, 이 경우 침해행위나 침해법익의 유형화는 보상의 내용을 실증적으로 구체화하는 기준 정립에 도움이 된다고 한다.<sup>42)</sup>

### Ⅲ. 일원화에 관한 비판론

#### 1. 독일에서의 논의

독일에서 통일보상이론은 이후 여러 가지 비판에 직면하게 된다. 이러한 비판으로 지적된 것은 첫째, 통일보상이론이 관례법상 확립되어 있다고는 하나 모든 기본권을 포함하는 것은 아니라는 점, 둘째, 통일보상이론이 직접 방해배제수단의 행사의 해태를 과실상계사유로 인정한다는 점, 셋째, 통일보상이론은 침해를 요건으로 하고, 이 침해는 작위에 한정되며 부작용은 포함되지 않는다는 점, 넷째, 통일보상이론에서는 상당한 보상이 주어지는 것만으로 족하고 완전보상을 얻을 수 없다는 점, 다섯째, 통일보상이론은 금전보상청구에 한정된다는 점 등이다.<sup>43)</sup> 다음에는 Haas, Battis, Luhmann 등의 견해를 살펴보고자 한다. 이러한 견해들이 법치국가적 국가책임론의 이론적 토대가 되고, 더 나아가 1981년 국가책임법으로 구체화되게 된다.

##### (1) Haas

가장 엄격하게 국가책임법제의 일원론을 비판하고 있었던 사람은 Haas이다. 그는 기본법 제19조 제4항에 의해 국가가 완전한 범위에 있어 재판소의 적법성의 통제에 따르게 되었으므로 고권적 활동에 의한 국가의 적법행위와 위법행위와는 커다란 차이가 있다고 본다. 적법행위는 공익에 합치하지만 위법행위는 공익에 저촉한다. 이러한 저촉을 해소하기

42) 윤준병, “국가책임법제의 공백축소에 관한 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문, 179-180면.

43) 신상대, 전계논문, 314-315면.



위하여 위법을 제거하는 것은 국가의 당연한 책무이다. 이 의무는 그에 의하면 국가기관에 부여된 우월성 특히 국가행위의 적법성의 추정의 반대로서 기초 지어진 것이므로 국가가 법치국가라고 할 경우에는 기관이 유책인지 여부에 관계없이 직접 헌법에서 발생하는 것이다. 이 국가의 의무에 당사자의 청구권이 대응하는 것이지만 Haas는 기본법 제19조 제4항에서 유추하는 방어권의 행사를 시민의 의무라고 서술하고 있다. 즉 Haas는 Bonn 기본법 제19조 제4항에 의해서 행정쟁송제도가 정비 확충되는 배경을 근거로 하여 「방어와 청구」를 주장했던 것이다. 「방어하라(Wehre dich)」라고 하는 요청에 답하는 것 즉 정지로서의 취소소송과 이행으로서의 의무화소송을 구사하여 공생활의 적절한 형성에 관여하는 것은 그에 있어서 시민의 의무가 생기는 것이다.<sup>44)45)</sup>

Haas의 주장은 시민의 주도적인 행정영역을 도모하고 법치국가를 실현시키려고 하는 동기가 강하게 표출된 것이라고 할 수 있다. 그에 있어서 법치국가를 담보하기 위해 사인에게 주어진 가장 중요한 권리는 행정쟁송제이다. 사인은 이 권능의 수여에 대한 소위 반대급부로서 필요한 경우에 그것을 행사하고 국가기관을 적정히 통제하는 의무를 지는 것이다. 이와 같이 Haas는 극히 고차원적인 법의식을 가진 시민상을 부여하고 이 시민에게 권력분립 시스템에 의한 억제와 균등의 기능을 기대하고 있었다. 따라서 그에 있어서 행정쟁송은 가장 중요한 권리보호수단 뿐만 아니라 가장 중요한 행정통제수단이기도 한 것이다. 이렇게 이해하면 현재에도 수인과 조정의 법리가 타당한 적법침해사례와, 방어와 조정이 법리가 타당한 위법침해의 경우에는 본질적 차이가 있고, 적법침해의 현상 형태와 법효과를 위법침해의 법 효과에 유추하는 것은 지지할 수 없게 된다.<sup>46)</sup>

## (2) Battis

Battis도 위법침해에 대한 국가책임법을 행정쟁송법에 대해 보충적인 것으로 간주한다. 기본법 제19조 제4항의 권리보호, 행정재판소에 있어서의 포괄적 권리보호에 의하여 시민은 위법한 행정처분을 다룰 수 있는 적극적 방어권을 가진다. 이로써 시민은 위법침해를 저항 없이 수인할 필요는 없게 되는 것이다. 광의의 희생보상은 본래 고권적 침해의 수인 의무에 의하여 특징지어지므로 이러한 의무가 존재하지 않는데도 위법침해를 저항 없이 감수하는 자는 어떠한 것도 희생에 제공하고 있다고 할 수 없다. 이러한 경우에는 당사자

44) 강구철, 전계논문, 282-283면.

45) Haas는 ‘수인과 청구(dulde und liquidiere)’ 대신에 ‘방어와 청구(Wehre dich und liquidiere)’를 주장한다. 수인과 청구(dulde und liquidiere)는 Otto Mayer가 최초로 사용한 용어였다. Mayer는 국가(staat) 자신을 소구할 수는 없고 국고(Fiskus)는 지불 이외의 것은 불가능하므로 경찰국가에 의한 시민적 자유의 모든 보장은 수인과 조정의 원칙에 의한다 라고 서술하고 있었던 것이다. 국가자신에게 소구할 수 없으므로, 즉 위법침해를 직접 제거할 수 없으므로 국고에 대한 배상청구가 시민의 권리보호의 최후수단(ultima ratio)이었던 것이다. 따라서 ‘Sie müssen dulden, also können liquidieren 이 ‘수인과 청구’의 본래의 의미인 것이다.

46) 강구철, 전계논문, 283-284면.

의 권리와 국가의 권리간의 참된 저촉은 존재하지 않는 것이다. 따라서 Battis에 의하면 제1차적 권리구제수단으로 손해를 경감 혹은 회피할 수 있었는데도 자기의 귀책사유로 이를 해태했을 때는 처음부터 특별희생의 존재자체가 부정되게 된다.<sup>47)</sup>

Battis의 견해에 의하면 고권적 침해의 수인의무에 의하여 특별희생이 존재하더라도 법적수단을 행사하면 손해를 회피할 수 있었음에도 불구하고 피해자의 귀책사유로 인하여 이것을 해태하였는지의 여부를 먼저 심사하고 만약 그것이 피해자의 귀책사유에 기했다면 그 특별희생은 이미 존재하지 않으므로 특별희생법리를 위법침해로 추정하는 확장통일보상설은 이미 기반을 잃는다는 결론에 도달하는 것이다.<sup>48)</sup>

### (3) Luhmann

Luhmann도 최근 판례가 특별희생이라는 유일한 기준을 적용하는 경향이 있던 사실을 인정하며 그것에 의하면 모든 청구대상은 광의의 희생보상청구권으로 환원되어 그 일부가 유연히 헌법에 수용보상청구권으로서 나타나고 있음에 지나지 않는다는 것이다. 이와 같은 특별 희생법리에 의한 일원화 경향은 한편으로는 보상법의 간명화에 기여하는 것 같지만 그것은 법치국가에 있어서는 유효한 도구개념으로서 기능할 수 없게 된다. Luhmann에 의하면 판례가 수용유사의 침해에 기한 보상청구권을 위반유책침해에까지 미치게 하여 직무책임과의 청구권경합이라는 사태까지 이른 것은 직무책임의 기속을 탈피하고자 하는 의도라는 것이다. 따라서 입법에 의해 과실의 유무를 묻지 않는 위법책임이 도입되면 우회는 불필요하며 이 같은 정정법을 채택하지 않고 희생사상에 의해서 국가보상법의 통일화를 도모하려고 하는 것은 옳바르지 않다는 것이다.<sup>49)</sup>

그는 행정소송을 제1차적 권리구제수단으로서 위치를 부여함으로써 국가책임에 의한 정책부담을 억제하려는 동기가 강하다고 할 수 있다. 그는 입법론으로써 과실책임주의를 폐기하고 위법무과실책임을 지지하는 것이지만 결코 보상의 무 제약한 확대를 시인하고 있었던 것이 아니라 재정적 배려에서 보상을 적절하게 한계 지을 필요가 있다고 생각했다. 그는 국가책임을 「과실」이라는 실체법상의 요건에 의하여 한계를 짓지 않아도 당사자에게 다른 기능적으로 동일한 방어수단을 주는 것에 의해 절차법적으로 한계 짓는 것이 가능하며 그리고 그 방법이 적절하다는 가치판단<sup>50)</sup> 아래 무과실책임주의를 주장했던 것이다. 말하자면 국가책임 제한요건의 절차법 영역에 더 비중을 둔다. 이 입장을 더욱 철저하게 하

47) Battis, *Erwerbsschutz durch Aufopferungsen schädigung*, Berlin ; Duncker & Humbolt, 1969, S.67f (강구철, 전계논문, 285면에서 재인용).

48) 강구철, 전계논문, 286면..

49) Luhmann, *Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin:Duncker & Humbolt, 1965, S.14(강구철, 전계논문, 287면에서 재인용).

50) 이 가치판단은 주관적 과실이 표식(merkmal)으로써 결함을 가진다는 인식도 제 1차적 구제수단의 충실이라는 배경에 지지되고 있다.

여 Luhmann은 법적 수단을 행하여 손해를 회피하지 않으면 사인의 귀책사유 유무에 관계 없이 그 불행사를 손해청구권의 상실원인으로 하고 있다.<sup>51)</sup>

## 2. 우리나라에서의 논의

우리나라에서의 논의를 살펴보기에 앞서 이에 관한 우리 학자들의 견해에 관하여 살펴보기로 한다.

손해전보제도의 일원화 논의에 관한 우리나라 학자들의 견해에 관하여 일설은 “오늘날 학설은 현행 행정상 손해전보제도의 흠결의 보충이라는 현실적 요청에 따라 행정상 손해배상과 행정상 손실보상을 ‘행정상 손해전보’ 등의 이름 하에 통일적, 체계적으로 고찰하려고 하는 경향이 있다. 그러나, 행정상 손해전보의 체계구성은 학자마다 다양하다. 문제는 전통적인 행정상 손해배상과 행정상 손실보상 이외에 새롭게 등장한 손해전보제도인 위험책임, 수용유사침해, 수용적 침해를 어떻게 위치 지을 것인가 하는 것이다. 또한 공법상 결과제거청구권을 행정상 손해전보제도의 하나로 볼 수 있는가 하는 문제도 제기된다”고 하면서 이러한 견해들에 관하여 3분설과 2분설로 나누어 소개하고 있다.<sup>52)</sup> 이러한 견해에 의하면 3분설은 행정상 손해전보를 행정상 손해배상, 행정상 손실보상 및 기타의 손해전보로 구분하는 견해를 말한다고 하며,<sup>53)</sup> 2분설은 행정상 손해전보를 행정상 손해배상과 행정상 손실보상으로 나누는 견해로서, 위험책임, 수용유사책임, 수용적 침해 등을 기존의 행정상 손해배상이나 행정상 손실보상 중 한쪽에 편입시키는 견해라 한다.<sup>54)</sup> 이 견해는 3분설과 2분설의 견해들은 모두 손해전보제도의 통일적 구성을 전제로 하는 이론으로 부고 있는 것이다.

그러나 최근의 한 박사학위 논문은 ‘국가책임법제의 통일화 논의’라는 제목하에 국내 학자들의 견해를 ‘행정상 손해배상과 행정상 손실보상의 일원론’과 ‘행정상 손해배상과 행정상 손실보상의 이원론’으로 구분하고 이원론은 국가책임법제의 일원적 고찰에 반대하는 견해로 소개하고 있다.<sup>55)</sup> 이러한 견해에 의하면, 이원론은 행정상 손해배상과 행정상 손실보상을 엄격히 구분하여야 한다는 주장이며 그 근거로 ① 침해행위의 적법·위법을 엄격히 구분하여야 법치국가의 원리에 부합하며 ② 국가의 무과실 책임은 국가배상법으로 수용하고 손실보상제도는 국가의 적법행위에 국한시켜야 한다는 것을 제시하고 있다. 그러면서,

51) 다만 그는 이것을 행정법상 해석론으로서 주장하고 있는 것이 아니라 무과실책임주의가 입법화되는 것을 전제로 해서 서술하고 있음에 지나지 않는다. Vgl. Luhmann, a.a.O., S.95(강구철, 전계논문, 287면에서 재인용)..

52) 박균성, 전계서, 633-634면.

53) 이러한 견해를 취하는 학자로는 김동희, 김남진, 홍정선 교수님들을 들고 있다.

54) 이러한 견해를 취하는 학자로는 김철용, 박윤훈 교수님 등을 들고 있다.

55) 윤준병, 전계논문, 175-184면.

이러한 이원론 내에는 새로운 국가책임법제의 내용을 기존의 제도에 포함시키는 2분설과 별도의 제도로써 독자성을 인정하는 3분설로 나누어진다고 한다.<sup>56)</sup>

이러한 견해 차이가 나는 이유는 국내 학자들의 교과서 집필 의도에 대한 오해로 보여진다. 예컨대, 이 중에는 손해전보제도의 일원적 고찰에 반대하는 견해가 있다. 반면 손해전보제도의 일원적 고찰에 원칙적으로 찬성하면서도 실정법과 판례의 태도에 따라 편의상 구분해 놓은 견해도 있다.

예컨대, 김철용 교수는 “우리 실정법은 양자를 구분하고 있다. 이에 따라 판례도 양자를 구분하고 있다. 뿐만 아니라 법치국가에 있어서는 위법침해는 본래 제거되어야 하는 것임에 대하여, 적법침해는 이를 수인하여야 하는 것으로서 양 제도의 차이를 전혀 무시할 수 없다. 또한 행정상 손해전보제도는 사인이 입은 손해의 전보를 구할 뿐만 아니고 위법한 공무의 운영에 대한 비난이라는 측면을 아울러 갖고 있다”고 한다.<sup>57)</sup> 또한 박윤훈 교수는 “양 제도를 ‘국가보상’ 등의 개념 아래서 하나의 통일적 이론에 의하여 통합하려는 시도가 나타나게 되었다. 그러나 이러한 시도는 아직은 모색의 단계라고 할 것이다. 더구나 우리나라에서는 더욱 그러하다 할 것인바, 그것은 손해배상 쪽에서의 무과실책임이 입법에 의하여 예외적으로 도입되고 있을 뿐, 판례에 의하여서는 손해배상 쪽에서의 무과실 책임이나 손실보상 쪽에서의 수용유사침해에 대한 보상책임이 인정되기 어렵기 때문이라 하겠다. 판례법으로 그러한 것이 인정되기 어려운 것은 우리의 법원에 있어서는 프랑스의 국사원과 같은 법창조기능을 기대하기 어렵고, 독일에서의 학설·판례의 기초가 되고 있는 관습법 내지는 일반적 법관념이 우리나라에서는 뚜렷하지 못하기 때문이라 하겠다”고 한다.<sup>58)</sup>

반면, 김동희 교수는 “조직체의 활동으로서의 행정은 어느 경우에도 공익실현을 그 내용으로 하는 것이므로, 행정작용으로 인한 손해는 궁극적으로 조세의 의하여 전보되어야 할 것이고, 특히 손해배상의 일반화를 통하여 위험의 사회화 효과도 기대할 수 있다는 점을 고려하면, 행정상 손해배상·손실보상제도의 접근 현상은 바람직한 것이라 할 것이다. 다만 우리나라의 실정법상 행정상 손해전보제도는 손해배상제도와 손실보상제도로 구분되어 있으므로, 구분하여 검토하기로 한다. 그렇지만 양 제도는 모두 기본적으로 ‘공적 부담 앞의 평등원칙’에 의거하여 인정되는 것으로 이해할 수 있으므로, 관계법을 적용함에 있어서는 가능한한 이러한 기본원리에 부합하도록 해석하여야 할 것이다”고 하고 있다.<sup>59)</sup>

생각건대, 우리 교과서나 문헌의 기술 태도를 근거로 각 저자들이 일원적 고찰에 찬성하는가 반대하는가를 판단하는 것은 쉽지 않은 것으로 보인다. 왜냐하면, 이러한 문헌들은 특별히 어떠한 입장을 주장하기 보다는 손해배상과 손실보상의 간극을 매우기 위한 이론

56) 이러한 2분설과 3분설의 구분은 앞선 박균성 교수의 구분과 같다.

57) 김철용, 전거서, 412면.

58) 박윤훈, 최신 행정법강의, 박영사, 2004, 789면.

59) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2009, 499면.

으로 소개하고 있는 경우도 많기 때문이다. 따라서 현재 우리 학자들의 이에 대한 태도는 명확하지 않은 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

우리나라에서는 국가책임제의 이론에 대하여 침해행위의 적법·위법을 애매하게 하는 것은 현행 헌법의 법치국가적 정신에 합치하지 않는다는 등의 반론도 적지 않게 제기되고 있다.

이러한 견해는 손실보상의 개념요소로서 적법성을 인정하지 않는다면 손실보상과 손해배상의 구별을 어렵게 할 뿐만 아니라 법률에 의한 행정의 원리에도 의문점을 남기게 된다고 하면서, 아무리 피해자의 구제라 해도 침해행위의 적법·위법의 구별을 애매하게 하는 것은 현행 헌법의 법치국가적 정신에도 합치하지 않는 것이라고 하면서 “피해자의 구제는 오히려 침해행위의 적법·위법에 대한 엄격한 구별을 바탕으로 한 이론구성에 의해 이루어져야 한다.”는 점을 강조하였다.<sup>60)</sup>

또 다른 견해는 “수용유사적 침해와 수용적 침해는 독일의 국가배상법의 흠결을 보충하기 위하여 판례에 의하여 발전된 국가의 무과실 직접책제도”라고 하면서 “국가배상법의 결함을 손실보상제도의 확대 적용을 통하여 해결을 시도하였던 것은 방법론적으로 볼 때 잘못된 것이며, 더욱이 수용유사적·수용적 침해의 보상근거를 희생보상제도 대신에 제14조 제3항을 유추 적용하여 발전시킨 것은 결국 자갈채취판결이라는 큰 불행을 초래하게 되었다”고 진단하고 있다. 또한 그는 “역사적으로 볼 때 독일의 무과실책임의 문제는 손실보상제도의 확대 대신에 국가배상법의 개선을 통하여 보다 합리적으로 그리고 근본적으로 해결될 수 있었던 문제”라고 하면서 “손실보상제도와 국가배상법의 융합을 통해서가 아니라 두 제도의 엄격한 분리와 조화 있는 발전을 통하여 보다 현대 법치국가에 상응하는 권리구제제도를 실현시킬 수 있는 것”이라고 보고 있다. 그는 특히 “독일과 같이 희생보상제도가 없는 한국에 있어서 수용 유사적 침해·수용적 침해를 실무화하기도 어려운 것은 물론이거니와 동 제도들이 내포하고 있는 적지 않은 방법론적, 법 정책적 문제점들을 검토하여 볼 때 손실보상제도는 지금까지의 적법한 침해에 제한되어야 한다.”고 주장한다.<sup>61)</sup>

한편, 행정상 손해배상과 행정상 손실보상을 통합적으로 고찰할 필요성이 있음을 주장하면서도, 양자의 다음과 같은 이유로 구분 필요성을 제기하는 견해도 있다.<sup>62)</sup>

이러한 견해는 행정상 손해전보를 손해전보제도만으로 보는 견해는 행정상 손해배상책임의 행정통제적 기능을 간과하고 있고 더욱이 국가배상소송은 항고소송을 보충하여 행정

60) 유해웅, 토지이용계획제한과 손실보상, 건국대학교 대학원 박사학위 논문, 1990, pp.89-90.

61) 정하중, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 고시연구, 1994. 3, 109-110면.

62) 박균성, 전계서, 632-633면. 다만, 박균성 교수님은 손해전보제도의 일원적 고찰에 관하여 명확한 입장을 밝히고 있지는 않으시지만 통일적 고찰응리 긍정하시는 것으로 보인다. 즉, 박교수님은 오늘날 현실이 행정상 손해배상과 행정상 손실보상을 통일적 체계적으로 고찰하려는 경향이 있다고 하시면서, 행정상 손해전보의 체계 구성에 관하여 3분설과 2분설을 구분하고 본인은 2분설이 타당하다고 하신다(전계서, 633-634면.).

통제의 확대에 기여하는 면이 있다는 점과 법치주의 원칙에 비추어 가해행위가 적법한 경우와 위법한 경우를 구별하는 것이 타당하다는 점에서 구분되어야 한다고 한다.

#### IV. 結 論

지금까지 국가책임법제의 일원화를 주장하는 견해와 그에 반대하는 견해에 관한 독일과 우리나라의 견해에 관하여 살펴보았다.

국가책임법제의 일원화를 주장하는 견해의 주된 근거는 첫째, 행정상 손해배상과 행정상 손실보상제도의 간극이 발생하고 이러한 간극을 메우기 위한 현실적 필요성이 있다는 점, 둘째, 행정상 손해전보의 공통된 지도이념으로서 ‘공적 부담 앞의 평등원칙’이 적용된다는 점 등이 들어지고 있다. 이러한 견해는 타당한 면이 있다.

그러나 오늘날 실질적 법치국가 하에서 상기한 국가책임법제의 일원화를 주장하는 견해는 문제가 있다고 보여진다. 앞서 이를 반대하는 견해들이 지적했듯이 일원화를 지지하는 견해를 따를 경우 위법상태가 그대로 지속되며, 그러한 위법상태가 금전보상이라는 형태로 치유되는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 특히 오늘날 우리의 경우 대규모의 개발이나 토목 사업 등이 진행되고 그러한 과정에서 위법한 공권력적 침해가 발생할 수 있으며, 그러한 침해에 대한 보상이 충분하다고 볼 수도 없다. 또한 우리의 권리구제제도로서 손해전보 제도만이 존재하는 것이 아니고 행정쟁송제도가 마련되어 있으며, 그렇다면 위법한 공권력적 침해에 대한 일차적인 권리구제제도로는 행정쟁송을 통한 권리회복이 우선되어야 할 것이고, 그 이후에 그에 대한 손해 전보를 생각할 수 있을 것이다.

물론 현재 우리 법제에 의하면 이러한 것이 쉽게 해결될 수 있는 것은 아니다. 따라서 이러한 문제는 입법을 통해 해결하여야 할 것이다. 여기에서 비록 연방 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받아 폐기되었지만, 국가의 활동이 헌법이나 법률에 적합한 공권력의 행사의무에 반하는 경우에는 국가가 직접적으로 책임의 주체가 된다는 것과 공권력의 행사에 의해 위법하게 국민에게 불이익이 발생한 경우 법치국가는 이전의 적법한 상태로의 회복뿐만 아니라 그것이 불가능한 경우 동일한 가치의 상태로의 회복을 요구하는 것을 주된 내용으로 하는 1981년 독일의 신국가책임법은 우리에게 시사하는 바가 크다 할 것이다.

(투고일 : 2009. 8. 10 / 심사일 : 2009. 8. 12 / 확정일 : 2009. 8. 20)

참 고 문 헌

- 西楚章, 公法上の危險責任論, 東洋館出版社, 1976  
宇賀克也, 國家責任法の分析, 有斐閣, 1988  
田中二郎, 行政法 上卷, 1981  
秋山義昭, “法治國家的 國家責任論”, 公法と經濟法の諸問題, 有斐閣, 1981  
장구철, 국가배상제도에 관한 연구, 명지대 박사학위논문  
김동희, 행정법 I, 박영사, 2009  
김철용, 행정법 I, 박영사, 2004  
박균성, 행정법론(상), 2009. 2  
박윤훈, 최신 행정법강의, 박영사, 2004  
서원우, 「법치국가적 국가책임론」, 고시연구, 1984  
신상대, “국가배상과 손실보상의 통합론”, 경남대학교 대학원논총, 14집  
유해웅, 토지이용계획제한과 손실보상, 건국대학교 대학원 박사학위 논문, 1990  
윤준병, “국가책임법제의 공백축소에 관한 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문  
정하중, “수용유사적 그리고 수용적 침해제도”, 고시연구, 1994. 3  
최승원, “손실보상논의의 새로운 가능성 탐구”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 1997  
홍정선, 「서독의 손해보전제도」, 월간고시, 1986. 3