과실책임주의와 재산권보장*

- 헌재결 2007. 8. 30, 2004헌가25 실화책임에 관한법률 위헌제청사건을 중심으로 -

정 연 주**

목차

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 헌재결정의 요지

1. 1995. 3. 23, 92헌가4 등

2. 2007. 8. 30, 2004헌가25

Ⅲ. 실화책임법의 위헌 여부와 관련된 헌법적 쟁점

1. 과실책임주의가 헌법상의 원칙인지 여부

2. 비례의 원칙과 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙 위반 여부

3. 평등의 원칙 위반 여부

4. 침해된 기본권

Ⅳ. 실화책임법의 위헌성

1. 과실책임주의와 관련하여

2. 재산권 침해 여부와 관련하여

3. 평등의 원칙 위반 여부와 관련하여

4. 헌재의 결정유형과 관련하여

Ⅴ. 맺는 말

* "이 논문은 2009년도 성신여자대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음"

** 성신여자대학교 법과대학 교수

I. 머리말

헌법재판소는 2007년 8월 30일 일반 불법행위와는 달리 경과실에 의한 실화의 경우에는 민법 제750조의 적용을 배제하고 있는 '실화책임에 관한 법률'(이하 '실화책임법'이라 한다)[1]이 헌법에 합치되지 않는다고 선고하면서(2004헌가25), 위 법률의 적용중지를 명하였다. 이는 실화책임법이 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 위배되지 아니하고 기본권을 침해한 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다고 결정한 과거 헌재의 1995. 3. 23, 92헌가4등 결정을 변경한 것이다. 여기서 실화책임법의 내용과 문제점은 무엇인지, 과거 92헌가4등 결정은 왜 실화책임법을 합헌이라고 보았는지, 그리고 그 결정의 문제점을 무엇이었는지, 이번 결정은 왜 과거의 결정을 변경하면서 실화책임법이 헌법에 위반된다고 판시했는지, 그리고 이번 결정의 문제점은 무엇인지를 고찰해보는 것은 실화책임법과 관련한 헌법적 쟁점, 예컨대 과실책임주의의 헌법적 의의와 그 예외의 인정가능성, 재산권과의 관계, 비례의 원칙과 평등의 원칙 위반 여부 등 중요한 헌법적 쟁점들을 규명한다는 점에서, 그리고 이러한 논의들이 앞으로의 유사한 다른 사안에 적용될 수 있다는 점에서 나름대로 의미있는 작업이라고 생각된다.

따라서 이 글에서는 먼저 헌재의 과거 결정과 이번 결정의 요지를 살펴본 후 실화책임법의 문제점을 관련 헌법적 쟁점을 중심으로 고찰하면서 헌재의 과거 결정과 이번 결정의 문제점을 지적하고자 한다.

II. 헌재결정의 요지

1. 1995. 3. 23, 92헌가4등

실화로 인하여 일단 화재가 발생한 경우에는 실화자 자신도 피해를 입을 뿐 아니라 부근 가옥 기타 물건에 연소함으로써 그 피해가 예상외로 확대되어 실

1) 실화책임에 관한 법률(1961. 4. 28, 법률 제607호): "민법 제750조의 규정은 실화의 경우에는 중대한 과실이 있을 때에 한하여 이를 적용한다."

화자의 책임이 과다하게 되는 점을 고려하여 그 책임을 중대한 과실로 인한 실화의 경우에 한정함으로써 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 것이 실화책임법의 입법목적이고, 현대에 있어서도 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하여야 할 필요는 여전히 존재하므로 위 입법목적은 정당한 것이다.

실화책임법이 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 경과실로 인한 실화자에 한하여 피해자의 손해배상청구권을 배제하는 방법을 택하고 있는바, 이는 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 유효적절한 방법 중의 하나라고 평가되며, 이 법에 의하여 달성되는 위와 같은 이익이 이 법에 의하여 제한되는 재산권인 실화 피해자 개인의 손해배상청구권보다 더 작다고 할 수 없고(법익의 균형성), 위와 같은 방법이 명백히 비합리적인 방법이라고 보여지지 아니할 뿐 아니라, 필요한 정도를 넘어 과도하게 실화 피해자의 재산권을 제한하거나 경과실로 인한 실화자와 그 피해자의 이익을 비교형량함에 있어서 지나치게 균형을 잃은 것이라고도 할 수 없으므로(방법의 적정성과 피해의 최소성) 이 법이 실화 피해자의 재산권을 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없으며, 이 법에 의한 위와 같은 제한으로 인하여 사유재산권이 유명무실해지거나 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르게 되었다거나 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 정면에서 부인하는 것이라고도 할 수 없다.

그리고 교통사고, 폭발, 각종 사태, 고층건물이나 축대의 붕괴, 가스의 유출 등은 고도의 위험성이나 피해의 광범위성이 애초부터 예상되거나 불법행위를 유발하는 각종 활동에 영리성이 수반되는 경우가 대부분이어서 법률에 의하여 보험이 강제되거나 임의로 보험에 가입하는 경우가 많아 이 법이 적용되는 통상의 실화와는 그 성격을 달리하고, 실화라고 하는 우연적인 사정에 의하여 국민 누구나 빈부의 구별 없이 피해자 또는 가해자가 될 수 있는 것이어서 이 법은 결국 국민 모두를 차별하지 아니하고 실화로 인한 가혹한 부담으로부터 보호하고자 하는 것일 뿐, 이 법에 의한 재산권 제한이 재력이 없는 소위 서민계층 등 특정 계층의 국민들만을 성별, 종교 기타 사회적 신분에 따라 선정하여 이들을 다른 계층의 국민들에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하는 것이 아니

므로 헌법상 평등의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

2. 2007. 8. 30, 2004헌가25

(1) 불의 특성으로 인하여 화재가 발생한 경우에는 불이 생긴 곳의 물건을 태울 뿐만 아니라 부근의 건물 기타 물건도 연소함으로써 그 피해가 예상 외로 확대되는 경우가 많고, 화재피해의 확대 여부와 규모는 실화자가 통제하기 어려운 대기의 습도와 바람의 세기 등의 여건에 따라 달라질 수 있으므로, 입법자는 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 손해배상책임으로부터 구제하기 위하여 실화책임법을 제정한 것이고, 오늘날에 있어서도 이러한 실화책임법의 필요성은 여전히 존속하고 있다고 할 수 있다. 그런데 실화책임법은 위와 같은 입법목적을 달성하는 수단으로서, 경과실로 인한 화재의 경우에 실화자의 손해배상책임을 감면하여 조절하는 방법을 택하지 아니하고, 실화자의 배상책임을 전부 부정하고 실화피해자의 손해배상청구권도 부정하는 방법을 채택하였다. 그러나 화재피해의 특수성을 고려하여 과실 정도가 가벼운 실화자를 가혹한 배상책임으로부터 구제할 필요가 있다고 하더라도, 그러한 입법목적을 달성하기 위하여 실화책임법이 채택한 방법은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어나 지나치게 실화자의 보호에만 치중하고 실화피해자의 보호를 외면한 것이어서 합리적이라고 보기 어렵고, 실화피해자의 손해배상청구권을 입법목적상 필요한 최소한도를 벗어나 과도하게 많이 제한하는 것이다. 또한 화재피해자에 대한 보호수단이 전혀 마련되어 있지 아니한 상태에서, 화재가 경과실로 발생한 경우에 화재와 연소의 규모와 원인 등 손해의 공평한 분담에 관한 여러 가지 사항을 전혀 고려하지 아니한 채, 일률적으로 실화자의 손해배상책임과 피해자의 손해배상청구권을 부정하는 것은, 일방적으로 실화자만 보호하고 실화피해자의 보호를 외면한 것으로서 실화자 보호의 필요성과 실화피해자 보호의 필요성을 균형있게 조화시킨 것이라고 보기 어렵다.

(2) 실화책임법이 위헌이라고 하더라도, 화재와 연소의 특성상 실화자의 책임을 제한할 필요성이 있고, 그러한 입법목적을 달성하기 위한 수단으로는 구체적인 사정을 고려하여 실화자의 책임한도를 경감하거나 면제할 수 있도록 하는

방안, 경과실 실화자의 책임을 감면하는 한편 그 피해자를 공적인 보험제도에 의하여 구제하는 방안 등을 생각할 수 있을 것이고, 그 방안의 선택은 입법기관의 임무에 속하는 것이다. 따라서 실화책임법에 대하여 단순위헌을 선언하기보다는 헌법불합치를 선고하여 개선입법을 촉구하되, 실화책임법을 계속 적용할 경우에는 경과실로 인한 실화피해자로서는 아무런 보상을 받지 못하게 되는 위헌적인 상태가 계속되므로, 입법자가 실화책임법의 위헌성을 제거하는 개선입법을 하기 전에도 실화책임법의 적용을 중지시킴이 상당하다.

이 결정과 달리 실화책임법이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정한 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 92헌가4등 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도에서 변경한다.

III. 실화책임법의 위헌 여부와 관련된 헌법적 쟁점

실화책임법의 위헌 여부 판단의 기준이 되는 헌법적 쟁점을 열거하면 대체로 다음과 같을 것이다.

1. 과실책임주의가 헌법상의 원칙인지 여부

먼저 실화책임법은 과실책임주의의 예외에 해당되는데, 만일 과실책임주의가 헌법상의 원칙이라고 한다면 실화책임법은 이러한 헌법상의 원칙을 벗어나는 것으로 그에 대한 정당화 사유가 없는 한 위헌이 될 것이다.

2. 비례의 원칙과 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙 위반 여부

과실책임주의가 헌법상의 원칙이라면 실화책임법이 헌법상의 원칙을 벗어나는 정당화 사유가 존재하는지의 여부 및 실화책임법으로 인한 실화피해자의 기본권에 대한 과도한 침해 여부, 즉 비례의 원칙 위반 여부가 문제될 수 있다. 아울러 실화책임법으로 인해 실화피해자의 기본권이 본질적으로 침해된다고 한다면 본질적 내용침해금지의 원칙 위반도 문제될 수 있을 것이다.

3. 평등의 원칙 위반 여부

실화책임법으로 인한 평등원칙 위반의 문제가 제기될 수 있다. 가해자인 실화자는 화재보험제도나 파산제도 등을 통하여 나름대로 보호를 받을 수 있는 반면, 오히려 피해자는 피해배상을 전혀 받지 못하는 모순된 현상이 발생할 수 있는데, 이는 주객이 전도된 것으로 가해자와 피해자를 부당하게 차별한 것으로 평등원칙 위반이 문제될 수 있다. 아울러 실화가 아닌 다른 원인으로 발생된 피해의 경우에는 이러한 실화책임법의 경우와 같은 제한이 없다는 점을 감안할 때 이 역시 실화피해자와 실화가 아닌 다른 원인에 의하여 발생된 피해사건에 있어서의 피해자를 부당하게 차별하는 것으로서 평등원칙 위반이 문제될 수 있다.

4. 침해된 기본권

(1) 재산권 침해 여부

실화책임법으로 인해 침해되는 실화피해자의 기본권으로는 먼저 재산권을 들 수 있다. 이 사건에서 실화로 인해 피해가 발생된 곳은 피해자들의 소유 내지 점유 건물 등이므로 당연히 이들의 재산권 침해가 문제된다. 즉 실화로 인해 피해가 발생된 건물 등에 대한 소유권 내지 점유권은 전형적인 민법상의 물권이고, 이를 통해 발생될 수 있는 가해자에 대한 손해배상청구권은 민법상의 채권이기 때문에 당연히 헌법 제23조에 의해 보장되는 재산권에 해당된다. 왜냐하면 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권은 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등도 포함하는 매우 넓은 의미로 이해된다는 점에 대하여는 학설과 판례가 일치하고 있기 때문이다.[2)]

결국 실화책임법에 따라 경과실로 인한 실화의 경우에는 원칙적으로 피해자

2) 예컨대 권영성, 헌법학원론, 2009, 553쪽 이하; 김철수, 헌법학신론, 2009, 636쪽 이하, 허영, 한국헌법론, 2009, 471쪽 이하.

의 침해된 재산권을 보전하기 위한 손해배상청구권이 배제되기 때문에 실화피해자의 재산권에 대한 침해가 문제된다고 하겠다.

(2) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 침해 여부

다음으로 이 사건 제청신청인과 제청법원은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 침해를 주장한다. 그러나 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 이 사건에서 침해된 기본권으로 거론하는 것은 적절치 못하다. 왜냐하면 인간의 존엄과 가치는 그 자체가 원용 가능한 구체적·개별적 기본권이라기보다는 매우 추상적인 개념으로서의 일종의 기본권의 이념적 기초, 즉 다른 일반적·구체적·개별적 기본권의 이념적 뿌리이자 공감대적 가치의 핵심이기 때문이고, 다른 한편 인간의 존엄과 가치를 다른 일반 기본권의 경우와 마찬가지로 아무 제한 없이 침해된 기본권으로서 원용될 수 있다고 한다면 사실상 민중소송과 남소를 방지할 수 없기 때문이다. 다시 말해 어떠한 공권력작용에 의하여 국민의 기본권 침해가 문제될 경우에는 동시에 예외 없이 그 기본권 주체의 추상적인 인간의 존엄과 가치가 침해되었다고 주장될 수 있을 것이기 때문에 이는 결국 민중소송과 남소를 가져올 위험이 있으며, 또한 효과적인 기본권 구제를 위하여 굳이 인간의 존엄과 가치가 침해되었다고 주장할 필요가 없기 때문이다.

이러한 논리는 행복추구권의 경우에도 적용될 수 있을 것이다. 왜냐하면 행복추구권은 그 자체 구체적·개별적 기본권이 아니라 일종의 보충적·포괄적·추상적 기본권이기 때문이다. 즉 행복추구권은 다른 일반적 기본권과는 달리 그 자체 처음부터 아무 제한 없이 원용될 수 있는 기본권이 아니라, 일정한 공권력작용에 의하여 인간의 존엄과 가치의 내용을 이루는 그 어떤 기본권이 침해되었으나 그를 구체적으로 특정하거나 도출할 수 있는 헌법상의 기본권 조항이나 근거를 발견할 수 없을 경우, “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라고 규정한 헌법 제37조 제1항과의 연계하에서 최후에 원용할 수 있는 보충적·포괄적·추상적 기본권이라고 보아야 할 것이기 때문이다. 왜냐하면 행복추구권은 위에서 언급한 바와 같이 포괄적·추상적 기본권이기 때문에 만일 행복추구권을 다른 여타의 개별적·구체적 기본

권의 경우처럼 아무 제한 없이 1차적으로 원용될 수 있는 기본권이라고 한다면 어떠한 공권력작용에 의하여 국민의 기본권 침해가 문제될 경우에는 동시에 예외 없이 그 기본권 주체의 포괄적·추상적 기본권인 행복추구권이 침해되었다고 주장할 수 있기 때문에, 이는 결국 민중소송과 남소를 가져올 위험이 있고, 결과적으로 일반적인 개별적·구체적 기본권을 형해화시킬 위험이 있으며, 효과적인 기본권 구제를 위해서도 이미 다른 구체적·개별적 기본권의 침해가 주장될 수 있는데 구태여 행복추구권이 침해되었다고 주장할 필요가 없기 때문이다.

IV. 실화책임법의 위헌성

위에서 적시한 위헌 여부 판단의 기준이 되는 헌법적 쟁점들을 중심으로 실화책임법의 위헌성을 고찰하면 다음과 같다.

1. 과실책임주의와 관련하여

(1) 헌재결정의 문제점

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하여, 과실책임주의를 불법행위와 손해배상책임에 관한 기본원칙으로 삼고 있다. 그런데 실화책임법은 경과실로 인한 실화의 경우에는 민법 제750조의 적용을 배제하여 과실책임주의를 수정함으로써 실화피해자의 손해배상청구권을 특별히 제한한다는 특징을 갖는다. 이에 헌재는 “실화책임법은 불법행위 책임의 일반원칙에 대한 예외로서 실화피해자의 손해배상청구권을 특별히 제한하는 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 정신에 따라 위와 같이 불법행위 책임을 예외적으로 특별히 제한하는 것은 그 필요성이 인정되는 한도에서 최소한도로 그쳐야 한다.”라고 판시함으로써 심판대상인 실화책임법이 민법 제750조의 불법행위책임의 일반원칙의 예외에 해당하기 때문에 이러한 예외를 정당화시키는 사유가 있어야만 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 충족하여 합헌이 될 수 있고 그렇지 않을 경우에는 위헌이 된다

는 논리를 전개하고 있다. 그런데 실화책임법이 비례의 원칙을 충족시키고 있는지의 여부를 살피기에 앞서 과연 불법행위책임의 일반원칙에 해당하는 과실책임주의가 민법상의 원칙에 해당할 뿐 아니라 더 나아가 헌법상의 원칙인지의 여부에 대한 규명이 전제되어야 할 것이다. 왜냐하면 실화책임법의 위헌 여부를 가리기 위해서는 실화책임법이 동급의 법률규정 또는 법원칙에 위반되는지의 여부가 아니라 상위의 헌법규정 또는 헌법원칙에 위반되는지의 여부를 판단해야 할 것이고, 그를 위해서는 실화책임법이 벗어나고 있는 법원칙인 과실책임주의가 동급의 민법상의 원칙일 뿐 아니라 과연 상위의 헌법상의 원칙에도 해당하는지의 여부가 규명되어야 하기 때문이다. 즉 실화책임법은 일반법에 해당하는 민법 제750조의 예외에 해당하는 일종의 특별법으로서 양자는 동급의 법률에 해당하는 것이고 상호간에는 특별법우선의 원칙에 따라 실화책임법이 우선 적용되는 관계가 성립됨으로 단순히 실화책임법이 민법상의 과실책임주의의 예외에 해당된다는 이유만으로는 원칙적으로 위헌문제가 제기될 수 없는 것이다.

물론 다른 한편 동급의 법규범 또는 법원칙 상호간의 불일치가 위헌문제를 야기할 수도 있다. 하나의 법규정과 또 다른 동급의 법규정 또는 원칙과의 충돌이 이른바 체계정당성에 위반될 때가 이에 해당한다. 주지하는 바와 같이 체계정당성의 원리란 동일 규범내에서 또는 상이한 규범간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청(Verfassungspostulat)이다.[3] 즉 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의금지와 규범의 명확성, 예측가능성, 투명성 및 신뢰보호와

3) 체계정당성의 원리에 대하여 자세한 것은 Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; Kischel, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124(1999), S. 174ff.; Zippelius, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47(1989), S. 29ff.; Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Starck(hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25järigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 380ff.; Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, S. 941ff.; 정연주, 분리된 선거구와 체계정당성, 공법연구 30집 4호, 2002. 6, 79쪽 이하 참조.

법적 안정성을 확립하기 위한 것이고, 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라고 할 수 있다.[4)]

이러한 체계정당성의 위반 여부가 문제되는 예로서는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문규정과 보충성의 원칙을 규정하고 있는 동법 동조 단서규정을 들 수 있을 것이다. 헌법재판소법 제68조 제1항 단서규정은 헌법소원제기를 위하여 다른 법률의 구제절차를 거칠 것을 요구하면서 본문규정에서는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있는데, 이는 상호 모순된 내용의 규정을 하나의 법조문에서 결합시킨 것으로서 동조항은 규범조화적 해석의 한계를 넘어선 규범상의 체계정당성에 반하는 규정이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 동조항의 단서규정에서의 '다른 법률의 구제절차'라고 하는 것은 일반적으로 법원의 재판절차를 의미하는데, 동조항의 본문규정에 따라 법원의 재판에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없게 되고, 이는 결국 다른 법률의 구제절차를 거친 후에 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 동조항 단서규정의 보충성원칙의 이념에 정면으로 반하는 것이기 때문이다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 본문규정과 단서규정은 상호 모순·충돌하는 것으로서 규범조화적 해석의 한계를 일탈했기 때문에 규범상의 체계정당성에 반한다고 할 수 있다.[5)6)]

그런데 이 사건에서 문제되는 실화책임법과 민법상의 과실책임주의와의 관계는 이러한 체계정당성의 위반에 해당되는 것은 아니다. 왜냐하면 민법상의

---

4) Vgl. Degenhart, aaO, S. 68ff.; Kischel, aaO, S. 210; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2 Aufl., 1984, S. 837f.

5) 재판에 대한 헌법소원에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법재판소 직무상의 문제, 헌법학연구 11권 2호, 2005. 6, 49쪽 이하 참조.

6) 일반적으로 일정한 공권력작용이 이러한 체계정당성에 반한다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니다. 즉 체계정당성위반(Systemwidrigkeit) 자체가 바로 위헌은 아니고, 이는 평등원칙위반 내지 자의적인 입법행위 등의 위헌성을 시사하는 하나의 간접증거나 징후 내지 징빙(Indiz)일 뿐이다(Vgl. BVerfGE 34, 103[115]; 59, 36[49]; 66, 214[224]; 67, 70[84f.]; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1997, Art. 3, Rdnr. 20a; Kirchhof, aaO, S. 942). 이것이 최종적으로 위헌이 되기 위해서는 평등원칙 위반 등 별도의 헌법위반을 야기시켜야 한다(Vgl. BVerfGE 9, 20[28]; 18, 366[372f.]; 34, 103[115]; 61, 138[148]; 67, 70[84f.]; 68, 237[253]; 78, 104[122f.]; 85, 238[247]; BGHZ 81, 152[157f.]; Degenhart, aaO, S. 90ff.; Kischel, aaO, 180ff.; Kirchhof, aaO, S. 942).

과실책임주의와 실화책임법은 상호 충돌·모순되는 것이 아니고, 단순히 일반원칙에 대한 특례를 인정하는 것으로서 상호 일반법과 특별법의 관계에 있는 것에 불과하기 때문이다. 따라서 앞서도 언급한 바와 같이 실화책임법의 위헌여부와 관련하여 실화책임법이 과실책임주의에 대한 예외이므로 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 충족했는지를 판단해야 한다는 것은 과실책임주의가 단순히 민법상의 원칙에 그치는 것이 아니라 헌법상의 원칙이라는 것이 전제가 되어야 한다. 따라서 실화책임법이 비례의 원칙을 충족했는지의 여부를 판단하기에 앞서 과실책임주의가 헌법상의 원칙인지가 먼저 규명되어야 하고, 그러한 규명이 전혀 없이 처음부터 비례의 원칙 위반 여부만을 판단한 헌재의 결정은 논리 전개과정과 중요한 헌법적 해명을 소홀히 했다는 비판을 면할 수 없다고 하겠다.

(2) 과실책임주의는 헌법상의 원칙인가?

헌법에 명문의 근거는 없지만 과실책임주의는 일종의 헌법상의 원칙으로 볼 수 있을 것이다.

1) 헌법 제29조는 "공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다."라고 규정하여 공무원의 직무상 '불법행위'에 대하여 피해자의 국가배상청구권을 인정하고 있다. 여기서 '불법행위'라 함은 '고의 또는 과실'에 의한 행위이고 또한 '과실'의 범위에 '중과실' 뿐 아니라 '경과실'이 포함된다는 데에는 의문의 여지가 없고, 국가배상법 제2조(배상책임) 제1항도 "국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 '고의 또는 과실'로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나, 자동차손해배상보장법의 규정에 의하여 손해배상의 책임이 있는 때에는 이 법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다.…"라고 규정함으로써 이를 확인하고 있다.[7] 또한 민법 제750조(불법행위의 내용)도 "고의 또는 과실로 인한 위법행위

7) 국가배상청구권에 있어서 과실책임주의에 대하여는 정연주, 주요법령에 대한 주석서 발간 II (헌법-총강 및 기본권 부분), 헌법 제29조, 한국헌법학회, 2007. 12, 1023쪽 참조; 박윤흔, 최신 행정

로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정함으로써 불법행위의 내용에는 ‘고의’와 ‘과실’이 포함되고, ‘과실’의 범위에서 ‘경과실’과 ‘중과실’을 구별하지 않음으로써 이를 확인하고 있다. 물론 국가배상청구권은 공법상의 법률관계를 전제로 한 공법상의 청구권이므로 이 사건에서처럼 사법상의 손해배상책임과는 구별되지만, 결국 불법행위책임을 전제로 한 타인에 대한 손해 및 그에 대한 금전적 전보제도라는 점에서는 본질적으로 동일하다고 하겠다.

한편 헌법 제29조 제1항 제2문의 경우 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”라고 규정함으로써 근대법의 이념인 이른바 ‘자기책임의 원칙’을 명문화하고 있다. 이처럼 헌법 제29조의 국가배상청구권과 헌법 제13조 제3항의 연좌제금지 및 불법행위의 내용을 규정한 민법 제750조를 놓고 볼 때 우리 헌법은 근대법의 이념이자 기본원칙인 자기책임의 원리[8]와 그 책임의 내용으로서의 과실책임의 원칙을 일종의 헌법적 원칙 내지 헌법적 전제로 하고 있음을 알 수 있다.

2) 주지하는 바와 같이 우리 법체계는 공법과 사법의 구별을 - 비록 양자가 상호 접근하고 상대화되어지고 있기는 하지만 - 대전제로 하고 있다. 이에 따라 사인간의 법률관계는 원칙적으로 사법원리와 사법규정의 적용을 받는다. 이 사건에서 문제되는 것은 바로 사인간의 법률관계로서 원칙적으로 사법규정과 원리가 적용되어야 할 것이다. 왜냐하면 실화자와 실화피해자의 법률관계는 원칙적으로 사인간의 법률관계이고, 특히 여기서 문제되는 손해배상책임관계는 전형적인 사법상의 법률관계로서 당연히 사법의 규정과 원리가 적용되어야 한

법강의(상), 2004, 706쪽 이하; 김동희, 행정법 I, 2004, 494쪽 이하.

8) 한편 헌재는 최근 2009. 7. 30, 2008헌가10 청소년보호법 제54조 위헌제청 사건에서 “… ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다.”라고 판시하고 있고, 2009. 7. 30, 2008헌가14 사행행위 등 규제 및 처벌특례법 제31조 위헌제청 사건에서도 “… 형벌에 관한 헌법상 원칙, 즉 법치주의와 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙이 준수되어야 한다.”라고 판시함으로써 자기책임주의가 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지 및 죄형법정주의로부터 도출되는 헌법상의 원리라는 점을 분명히 하고 있다.

다. 그러므로 여기서는 민법 제750조를 비롯한 민법의 규정과 원리가 적용되어야 하고, 따라서 사법의 대원칙인 과실책임의 원칙이 적용되어야 한다. 결국 사인간의 그리고 사법상의 법률관계를 기본권 침해와 관련하여 헌법적으로 규율하고 판단할 때 그 기준으로서 과실책임의 원칙이 적용되어야 하고, 그렇다면 이러한 사법상의 원칙인 과실책임의 원칙은 동시에 헌법상의 원칙이자 기준이 되어야 할 것이다. 즉 헌법을 매개하여 헌법적 원칙이 될 수 있는 것이다.

이러한 논리는 기본권의 사인간 효력의 경우에서도 엿볼 수 있다. 기본권의 양면성, 특히 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격으로부터 기본권이 사인간 효력이 도출될 수 있음은 주지의 사실이다. 그런데 이 경우 예외적인 경우를 제외하고는 기본권은 사인간에 간접적으로 효력을 미친다.[9] 즉 간접효력설이 통설적 견해를 차지하고 있다. 이 간접효력설에 따르면 기본권은 사법상의 원칙이나 규정을 매개하여 간접적으로 사인간에 효력을 미치게 된다. 왜냐하면 사인간의 법률관계는 사적 자치가 지배하는 사법상의 법률관계이고, 따라서 원칙적으로 사법원리나 규정이 그 사인간의 법률관계를 규율하기 때문에 이러한 사법원리나 규정을 통해 그 해당 기본권이 사인간에 효력을 미치게 되는 것이다. 기본권의 사인간 효력을 매개하는 대표적인 사법상의 원리로서 권리남용금지의 원칙이나 신의측의 원칙 등을 들 수 있는데, 이 한도내에서는 이러한 사법원리들이 헌법을 매개하여 기본권의 사인간 효력과 관련한 헌법상의 원리로 고양될 수 있는 것이다.

결국 일반적으로는 헌법의 원리가 하위 법규범체계를 지배하게 되지만, 반대로 예외적인 경우에는 거꾸로 민법 등 하위 법규범의 원리가 헌법상의 원리로 고양되고 때로는 명문의 헌법규정으로 확립되는 것이다.[10]

3) 오늘날의 민주주의는 다원적 민주주의를 근간으로 하고,[11] 이는 당연히

---

9) 기본권의 사인간 효력에 대하여 자세한 것은 정연주, 기본권의 대사인적 효력, 고시계, 1991. 7, 73쪽 이하 참조.

10) 사실 죄형법정주의라는 헌법원리도 원래 형법의 기본원칙이었으나 오늘날 헌법상 법치국가원리의 한 내용으로 고양되었으며, 명문의 규정으로 정착된 것이다. 따라서 근대법의 기본원칙이라고 할 수 있는 사유재산제도나 자기책임의 원칙이 오늘날 헌법상의 원칙으로 확립된 것처럼 역시 근대법의 기본원칙이라고 할 수 있는 과실책임주의도 헌법상의 원칙이라고 볼 수 있는 것이다.

11) 다원적 민주주의에 대하여는 정연주, 정당민주주의와 지방자치제도, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 11. 20, 493쪽 이하 참조.

개인간의 상호존중을 기본전제로 하고 있으며, 이러한 상호존중의 원리는 개인이 서로 존중하고 각자의 권리를 침해하지 말아야 한다는 것을 의미하므로 각 개인에게 주의의무를 부과하는 과실책임주의도 상호존중의 원리의 한 내용으로서 헌법상의 원칙이 될 수 있다. 즉 헌법상의 민주주의원리로부터 과실책임주의가 도출될 수 있는 것이다.

4) 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있는데, 이러한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구는 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 자주적인 인간상을 바탕으로 하는 것이고,[12] 이러한 성숙한 자주적인 인간은 개인간의 상호존중을 기본전제로 하고 있으며, 위에서 언급했듯이 상호존중의 원리는 개인이 서로 존중하고 상대방의 권리를 침해하지 말아야 한다는 것을 의미하므로 각 개인에게 주의의무를 부과하는 과실책임주의도 상호존중의 원리의 한 내용이기 때문에 이러한 과실책임주의는 헌법 제10조로부터도 도출될 수 있는 것이다.

5) 헌법의 중요한 기능 중의 하나가 바로 사회통합기능이다.[13] 그런데 이러한 사회통합기능은 개인간의 상호존중 없이는 불가능할 것이다. 따라서 이러한 헌법의 기능으로부터 개인의 상호존중을 실현시키기 위한 수단인 과실책임주의가 도출될 수 있을 것이다.

그런데 이러한 헌법적 원칙으로서의 과실책임의 원칙도 다른 여타의 헌법상의 원칙처럼 공익적 견지에서 그에 대한 제한이나 수정이 가능한 것이며, 절대불가침의 것이 아님은 물론이다. 따라서 과실책임주의에 대한 제한 내지 수정인 '중과실책임주의'를 정한 실화책임법이 입법권의 한계를 일탈한 것으로 바로 위헌이 되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 이 법의 위헌 여부는 과연 과실책임주의의 예외로서 '중과실책임주의'를 인정한 필연적인 공익적 정당화 사유가 존재하는지의 여부에 달려있다고 하겠다.[14] 이에 대하여는 아래의 비례의 원칙

12) 헌재결 1998. 5. 28, 96헌가5.

13) 허영, 전개서, 21쪽 이하.

14) 따라서 공익상의 정당화 사유가 존재한다면 과실책임주의의 예외로서 피해자에게 불리하고 가해자에게 유리한 '중과실책임주의'(예컨대 이 사건의 경우처럼 사회국가원리실현과 공익추구를 위한 경우)도 가능하고, 피해자에게 유리하고 가해자에게 불리한 '무과실 내지 위험책임주의'(예컨대 소비자소송이나 제조물책임소송 또는 환경소송 등의 경우)도 가능할 수 있을 것이다. 이는 결국 해당 사안을 중심으로 과실책임주의를 제한하거나 수정할 수밖에 없는 공익적 정당화 사

위반 여부 등과 관련하여 살펴보겠다.

2. 재산권 침해 여부와 관련하여

위에서 언급한 바와 같이 실화책임법으로 인해 침해되는 피해자의 기본권으로는 재산권을 들 수 있다. 결국 경과실로 인한 실화의 경우에는 실화피해자들의 재산적 피해를 배상받을 수 없는데, 이러한 재산권에 대한 규제 내지 제한은 다음 중 하나에 해당된다고 볼 수 있을 것이다. 첫째, 공공필요에 의하여 재산권에 대한 특별희생을 야기하는 공용침해의 일종으로서 헌법 제23조 제3항의 규율대상에 해당된다고 보는 입장,[15] 둘째, 재산권에 대한 사회적 제약 내지 기속의 일종으로서 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 규율대상에 해당된다고 보는 입장,[16] 셋째, 이 사건 심판대상인 실화책임법을 일종의 재산권형성입법으로서 헌법 제23조 제1항의 규율대상에 해당한다고 보는 입장이 그것이다.[17]

여기서 둘째의 입장과 셋째의 입장의 차이점은 재산권형성입법과 재산권제한입법(재산권에 대한 사회적 기속)을 재산권에 관한 사항의 입법과 집행에 있어서 실제로 구별하느냐 구별하지 않느냐, 따라서 헌법 제23조 제1항과 제2항을 엄격히 구별하느냐의 여부이다. 물론 개념상 재산권형성입법과 재산권제한입법 또는 재산권형성적 법률유보와 재산권제한적 법률유보는 재산권의 '실현'

유와 침해되는 사익 내지 기본권, 시대적 상황 등 총체적인 이익형량을 통해 그 위헌 여부를 판단할 수밖에 없을 것이다.

15) 재산권의 특별희생과 공용침해에 대하여는 Kimminich, Eigentums-Enteignung-Entschädigung, Eine Kommentierung des Art. 14 GG, 1976, Rdnr. 128ff; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1983, S. 117ff.; Papier, Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 523ff.; 정연주, 공용침해의 헌법상 허용조건, 연세법학연구 제3집, 1995, 455쪽 이하.

16) 재산권의 일반희생과 단순한 사회적 기속에 대하여는 Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 30ff.; Papier, Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 305ff.; Böhmer, Die Rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abrenzungsproblematik von Sonzialbindung und Enteignung, Der Staat 24(1985), S. 194f.; 정연주, 재산권의 사회적 기속과 공용침해, 연세법학연구 제2집, 1992, 95쪽 이하.

17) 헌법 제23조의 이중적 구조에 관하여는 Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, S. 2f.; Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, S. 20ff.; Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 339ff.; 정연주, 그린벨트와 재산권보장, 고시계 1999. 2. 140쪽 이하.

형식에 주안점을 두느냐 아니면 재산권의 '제한'형식에 주안점을 두느냐의 문제로 당연히 구별되기는 하지만, 둘째의 입장에 따르면 실제에 있어서 양자는 구별되지 않고 결합되며, 따라서 헌법 제23조 제1항과 제2항은 상호 결합된 것으로 동전의 양면에 해당한다고 보는 것이다. 그러므로 이 견해에 따르면 재산권의 내용을 형성하는 법률은 동시에 재산권을 사회적으로 기속하고 제약하는 한계내에서만 구체화되고 실현되는 것이며, 결국 재산권은 사회적 기속과 제약의 범위와 한계내에서 법률로 형성된다고 보는 것이다. 이에 따라 헌법 제23조도 한편에서는 제1항 및 제2항의 결합과 다른 한편에서는 이러한 사회적 기속의 범위와 한계내에서 형성된 재산권에 대한 공용침해를 규율하는 제3항과의 2원적 구조로 이루어졌다고 보는 것이다. 이에 반하여 셋째의 입장은 앞서 언급한 바와 같이 재산권형성입법과 재산권제한입법을 개념적으로 뿐만 아니라 재산권에 관한 사항의 입법과 집행에 있어서도 실제로 구별되고, 따라서 헌법 제23조의 제1항과 제2항을 엄격히 구별하여 결국 제1항은 단순한 재산권형성입법의 근거이고, 제2항은 제1항에 따라 법률에 의해 구체적으로 형성된 재산권에 대한 별도의 추가적인 공익적 제한 내지 기속의 근거규정에 해당된다고 보는 것이다. 이에 따라 셋째의 입장에서는 헌법 제23조는 재산권형성입법에 관한 제1항과 재산권제한입법 내지 사회적 기속입법에 관한 제2항 및 공용침해에 관한 제3항의 3원적 구조로 이루어졌다고 보는 것이다.

둘째의 입장이 타당하다고 하겠다. 왜냐하면 앞서도 언급했듯이 재산권형성입법과 재산권제한입법이 비록 개념상 구별되기는 하지만 입법의 실제와 집행에서는 구별될 수 없고 또 구별할 실익이 없을 뿐 아니라, 헌법 제23조 제1항 제2문에서도 규정하고 있듯이 재산권의 내용을 정하는 입법은 동시에 재산권의 한계를 정하는 입법이고, 재산권의 구체적 내용과 범위가 일단 형성되면 그 형성된 내용과 범위가 결국 그 당해 재산권의 한계에 해당되는 것이며, 이러한 한계는 결국 헌법 제23조 제2항에 따라 공공복리에 적합하도록 사회적 기속과 제약내에서 정해지는 것이기 때문이다. 따라서 헌법 제23조는 2원적 구조로 이루어졌다고 보아야 할 것이고, 전자의 경우, 즉 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따라 재산권의 내용과 한계를 재산권의 사회적 기속과 제약하에서 정하는 경우 당연히 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권제한입법의 한계를 정하는 비례의 원

칙과 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 헌법재판소도 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원사건(1998. 12. 24, 89헌마214 등)에서 "개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인 바, 토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니된다."고 하여 개발제한구역지정에 관한 구도시계획법 제21조를 헌법 제23조 제1항과 제2항에 따라 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권형성적 법률이자 동시에 재산권을 제한하는 법률로 보면서 당연히 비례의 원칙 등을 준수해야 한다고 판시함으로써 이러한 논리를 뒷받침하고 있다.[18]

따라서 여기서는 첫째의 입장과 둘째의 입장만을 살펴보겠다.

(1) 재산권에 대한 공용침해로 볼 경우

이 사건의 경우 실화책임법으로 인해 실화피해자들의 연소된 건물 등에 대한 소유권 내지 점유권을 보전하기 위한 손해배상청구권이 배제되기 때문에 이는 공익적 견지에서 피해자들의 재산권을 박탈하는 일종의 수용적 효과를 야기하는 것으로 볼 수 있다. 즉 이는 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것으로서 피해자에게 특별희생을 야기하는 것이고, 동시에 재산권에 대한 본질적 내용, 즉 사용·수익·처분권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 이에 대하여는 당연히 국가가 정당한 보상을 해야 할 것이다.[19] 왜냐하면 실화책임법으로

18) 이 판례의 내용 및 문제점에 대하여는 정연주, 그린벨트와 재산권보장, 130쪽 이하 참조.

19) 특별희생에 대한 정당보상에 관하여는 Opfermann, Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz, 1974, S. 99ff.; Nüßgens /Boujong, Eigentum-Sozialbindung-Enteignung, 1987, Rdnr. 370ff.; Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie-Enteignung-Entschädigung, 1984, Rdnr. 55ff.; Papier, Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 592ff; 정연주, 토지수용법과 정

인해 경과실로 인한 실화의 경우에는 실화자의 보호라는 공익의 실현을 위하여 실화피해자의 소멸된 재산에 대한 보전행위로서의 손해배상청구권이 원칙적으로 완전히 박탈되고 결과적으로 침해된 재산권에 대한 회복 내지 보전이 불가능하게 되는데, 이는 결국 재산권에 대한 공공필요에 의한 수용 내지 몰수에 해당된다고 보지 않을 수 없기 때문이다. 그렇다면 실화책임법은 헌법 제23조 제3항에 따른 공용침해법률의 일종으로서 불가분조항의 원칙[20]에 따라 당연히 정당보상에 관한 근거조항을 동시에 규정하고 있어야 하고 또한 이에 따라 정당한 보상을 지급해야 하는데, 실제로 실화책임법에는 보상에 관한 아무런 규정이 없고 따라서 전혀 아무런 보상을 해주지 않으면서 결과적으로 실화자를 보호한다는 공익적 견지에서 보상 없는 희생을 피해자에게 강요하는 것이 되어 이는 결국 헌법 제23조 제3항을 위반한 위헌법률이라고 하겠다.

(2) 재산권제한입법으로 볼 경우

위에서도 언급한 바와 같이 이 사건의 경우 실화책임법으로 인해 실화피해자들의 손해배상청구권이 제한 또는 배제되기 때문에 이는 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권에 대한 공익적 제한이라고 볼 수도 있다. 이는 헌법 제23조 제2항에 따른 이른바 재산권에 대한 사회적 기속에 해당되는 경우로서, 실화자를 보호한다는 공익의 실현을 위하여 보상 없이 재산권자인 피해자의 재산권을 제한하여 일반희생을 야기하는 경우라고 하겠다. 따라서 이 경우에는 당연히 일반적인 기본권제한입법이 준수해야 하는 헌법 제37조 제2항에 따른 원칙인 비례의 원칙과 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙을 준수해야 할 것이다.

당보상의 원칙, 헌법판례연구[3], 헌법판례연구회편, 2001. 11. 317쪽 이하.

20) 불가분조항의 원칙에 대하여 자세한 것은 Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen, 1980, S. 12f., 23f.; Leisner, Entschädigung falls Enteignung, DVBl 1981, S. 79f.; Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 66f.; 정연주, 공용침해와 불가분조항, 고시연구, 1992. 4, 117쪽 이하.

1) 비례의 원칙

(가) 목적의 정당성

헌재의 과거 합헌결정과 이 사건 헌법불합치결정에서도 밝히고 있듯이 실화책임법의 입법목적은 실화로 인하여 일단 화재가 발생한 경우에는 실화자 자신도 피해를 입을 뿐만 아니라 부근 가옥 기타 물건에 연소함으로써 그 피해가 예상외로 확대되어 실화자의 책임이 과다하게 되는 점을 고려하여 그 책임을 중과실로 인한 실화의 경우에 한정함으로써 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 것이다. 따라서 이처럼 실화자 개인의 사적 이익의 보호에 그치지 아니하고 전체 국민 공동의 이익까지 증진시킨다는 이 법의 목적은 정당하고, 이는 헌법상의 기본원리인 사회국가원리에 의해서도 정당화될 수 있을 것이다.

(나) 방법의 적정성

헌재의 과거 합헌결정은 실화책임법이 경과실로 인한 실화자에 한하여 피해자의 손해배상청구권을 인정하지 아니하는 방법을 택하고 있는 것은 입법목적을 달성하기 위하여 유효적절한 방법 중의 하나라고 평가된다고 하면서 “설사 방법의 선택에 있어서 위와 같은 입법목적을 효과적으로 달성하면서도 재산권에 대한 제한을 최소화하는 또 다른 방법이 있다 하더라도 그러한 사실만으로 바로 이 법을 헌법에 위반되는 법률이라고 단정할 수는 없다. … 입법자가 재산권을 제한함에 있어서 명백히 비합리적이라고 보여지는 방법을 채택한 경우가 아닌 한, 재산권을 제한하는 구체적인 방법이나 기준을 입법자가 법원에 맡기느냐, 아니면 스스로 법률에 정하느냐 하는 점 등 가능한 여러가지 방안 가운데 하나를 선택하는 것과 같은 것은 원칙적으로 입법부가 변화하는 현실의 여러 사정들을 감안하면서 실제의 상황변화에 즉응하여 합목적적으로 결정하여야 하는 것이어서 입법부의 재량에 맡겨야 하는 것이라 할 것이고, 헌법재판소는 입법권과 재판권의 본질상 차이 및 권력분립의 정신에 비추어 이와 같이

다양한 방법 중 하나의 방법을 선택하는 문제에 대하여는 헌법상 그 개입이 명백히 요구되는 경우가 아닌 한 자제함이 타당하다."라고 판시함으로써 실화책임법에 따른 재산권 제한 방법의 적정성을 인정하고 있다.

이러한 입장은 아무리 입법자의 입법형성권과 재량의 여지 및 권력분립의 원칙을 감안한다고 하더라도 헌재의 기능을 지나치게 소극적으로 평가한 것으로 실화책임법의 합헌성을 강변하기 위한 억지주장으로 비쳐질 수도 있다. 이 사건 제청법원도 주장하고 있듯이 실화자라 하더라도 경제적 능력에 따라 피해배상을 할 수 있는 경우도 있고, 일부를 배상할 수 있는 경우도 있을 수 있으며(이 경우 민법 제765조[21]의 배상액의 감경청구규정이 참고가 될 수 있을 것이다), 실화자가 화재보험에 가입했을 경우 그 보험금을 피해배상에 충당할 수도 있고, 보험가입을 의무화하는 등 보험제도를 활성화하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 또한 피해자의 손해의 일정부분을 사회국가원리의 견지에서 국가가 보전하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이처럼 효과적으로 목적을 달성하면서도 피해자의 기본권의 제한을 최소화할 수 있는 방법을 강구할 권한과 의무를 지고 있는 것은 다름 아닌 입법자인데, 실화책임법은 입법자가 이러한 권한과 의무를 해태한 경우에 해당된다고 하겠다. 즉 입법자는 이 사건의 경우 최대한의 기본권 보호의무를 소홀히 했다고 볼 수 있고, 이러한 입법자에 대한 엄격한 통제와 기본권의 최대한의 보장을 사명으로 하는 헌재는 과거의 합헌결정에서 이러한 사명을 소홀히 한 것이다.

한편 실화책임법이 제정될 당시인 1961년에는 1인당 국민소득이 100달러 정도이었고, 가옥구조가 대부분 초가집과 목조가옥의 형태였으며, 화재보험제도가 없거나 일반화되어 있지 아니하였기 때문에 실화책임법의 적정성이 나름대로 인정될 수 있었을지는 모르나, 오늘날 1인당 국민소득이 그 당시와는 비교할 수 없을 정도로 증대되었고, 대리석 등 불연재로 지어진 집이 일반화되었으며, 화재보험제도도 발달되었기 때문에 현재의 시점에서는 실화책임법의 적정

---

21) 제765조 (배상액의 경감청구) ① 본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다.
② 법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.

성에 의문을 제기하지 않을 수 없을 것이다.[22]

다른 한편 실화책임법은 다양한 부작용을 야기할 수 있다. 예컨대 고의나 중과실의 입증이 어려운 것을 이용하여 거액의 보험금을 노리고 고의로 불을 내는 사례가 증가할 수 있어 결과적으로 사회·경제적 자원의 낭비를 초래한다든가, 경과실책임을 인정하지 않음으로써 국민들로 하여금 책임의식을 저하시키거나 무책임을 조장할 수 있다는 우려 등이 그것이다.

결국 실화책임법에 따른 재산권 제한 방법의 적정성은 인정될 수 없다고 하겠다.

(다) 피해의 최소성

한편 피해의 최소성과 관련하여 헌재의 과거 합헌결정은 "화재로인한재해보상과보험가입에관한법률에 의하여 특수건물의 소유자는 그 건물의 화재로 인하여 타인이 사망하거나 부상한 때에는 과실이 없는 경우에도 그 손해를 배상하도록 하고 이 법의 적용을 명문으로 배제하고 있다(제2조 제3호, 제4조 제1항). 그리고, 대법원판례에 의하면 ① 가스의 폭발사고에 의하여 직접 피해자가 입은 상해(대법원 1994.6.10. 선고, 93다58813 판결), ② 공작물 자체의 설치보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로 인한 손해(대법원 1994.3.22. 선고, 93다56404 판결) ③ 채무불이행상의 손해배상청구(대법원 1987.12.8. 선고, 87다카898 판결)에 관하여는 이 법의 적용이 배제된다고 해석되고 있다. 위와 같이 이 법의 적용범위가 다른 법률에 의하여 또는 이 법에 대한 유권적 해석에 의하여 상당히 제한되어 있는 점과 이 법 자체가 중과실에 의한 실화자에 대하여는 손해배상책임을 지도록 한 점 등을 종합하면, 이 법이 필요한 정도를 넘어서 실

22) 이 법은 80여년 전에 제정된 일본의 실화의책임에관한법률을 그대로 받아들인 것으로서 위 일본 법률은 당시 목조건물이 대부분이고, 화재가 빈번한 사회경제적 상황하에서 경미한 과실로 화재를 일으킨 것만으로 손해를 배상케 하는 것은 적절치 못하다는 사회적 분위기 속에서 제정된 것이다. 그러나 오늘날의 우리나라 상황은 가옥의 구조나 화재의 빈도, 실화에 대한 사회적 인식에 있어서 위 일본 법률의 제정 당시와 같지 아니할 뿐 아니라, 오늘날 화재보다도 더 빈번히 일어나는 교통사고에 대하여 중과실을 요구하지 아니하는 것에 비추어 보더라도 이 법을 존속시킬 이유가 없다. 따라서 백번 양보하여 이 법 제정 당시에는 나름대로의 정당성이 있었다고 하더라고 오늘날에는 위헌임을 면치 못할 것이다.

화 피해자의 재산권을 과도하게 제한한 것이라고 보기는 어렵다. 또한 위 법률은 특수건물소유자에 대하여 보험가입의무를 부과하고 있으며(제5조), 다른 한편으로는 재해구호법 등을 통하여 화재 피해자 등에 대한 재해구호대책위원회를 설립하고 구호기금을 마련하여 구호활동을 하도록 하는 등 손해배상능력이 전무하여지기 쉬운 경과실 실화자의 책임을 덜어주는 대신 이를 보완하는 의미로 화재로 인한 손해의 부담을 사회 전체의 공동 부담으로 분산시킴과 동시에 화재 등 피해자의 구호에도 노력하고 있고, 실화로 인한 피해의 예방을 위하여 형법 제170조가 경과실로 인한 실화도 실화죄로 처벌하고 있는 점…"이라고 주장함으로써 실화책임법이 피해의 최소성을 충족시키고 있다고 판시하고 있다.

그러나 첫째, 화재로인한재해보상과보험가입에관한법률은 대인적 손해배상에 대해서만 적용되는 것으로 이 사건에서 문제된 것처럼 일반적인 대물적 손해배상에 대해서는 아무런 보장이 없다. 둘째, 위에서 헌재가 언급한 대법원판례 중 '①, ②'의 각 판례는 가스폭발사고 또는 공작물 자체의 설치보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로 인한 손해배상책임에 대해서만 실화책임법의 적용이 배제되고, 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임에 대해서는 여전히 실화책임법이 적용되며, '③' 판례에서처럼 실화자와 연소에 의한 피해자 사이에 채권채무관계가 성립되어 채무불이행에 기한 손해배상을 청구할 수 있는 경우는 극히 제한적이어서 결국 위 대법원판례들 역시 연소로 인한 피해자에 대한 보호에는 미치지 못하고 있다. 셋째, 현재의 재해구호법상 재해는 태풍 등 자연현상으로 인하여 발생한 피해를 의미하는 것이어서 자연현상이 아닌 실화로 인한 손해에 대하여는 적용되지 않는다. 넷째, 실화로 인한 피해의 예방을 위하여 형법 제170조가 경과실로 인한 실화도 실화죄로 처벌하고 있으나, 이는 실화자의 형사처벌을 목적으로 하는 것이지 손해배상책임과는 관련이 없고, 아울러 경과실의 경우 대개 벌금형에 처해질 것이므로 실화에 대한 일반예방의 효과도 기대하기 어렵다고 할 것이다.

결국 피해의 최소성도 인정될 수 없다고 할 것이다.

(라) 법익의 균형성

법익의 균형성과 관련하여 헌재의 과거 합헌결정은 실화책임법에 의하여 달성되는 이익이 실화책임법에 의하여 제한되는 재산권인 실화피해자 개인의 손해배상청구권보다 더 작다고 할 수 없다고 주장하면서 법익의 균형성을 인정하고 있다. 그러나 비록 실화책임법에 따른 제한을 통해 달성되는 공익의 정당성이 인정된다 하더라도 그를 통해 야기되는 실화피해자의 재산권에 대한 침해가 더 크다고 보지 않을 수 없다. 왜냐하면 실화책임법에 의해 경과실로 인한 실화의 경우에는 손해배상청구권이 원칙적으로 배제되는 것으로 이는 사실상 피해자의 재산권의 본질적 내용의 침해를 의미하는 것이며, 아울러 이에 대한 수인의 기대가능성도 인정되기 어렵기 때문이다. 또한 위의 '(나) 방법의 적정성' 항에서도 언급한 바와 같이 이 제도를 통해 야기될 수 있는 다양한 부작용의 위험을 생각한다면 법익의 균형성은 더욱 인정되기 어렵다고 할 것이다.

(마) 소결

결국 상기 언급한 이유로 실화책임법은 비례의 원칙을 위반했다고 할 수 있고, 과거 합헌결정과는 달리 비례의 원칙 위반을 인정한 이 사건 헌법불합치결정은 이 점에서 타당하다고 하겠다.

2) 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙

실화책임법에 따라 경과실로 인한 실화의 경우에는 피해자의 손해배상청구권이 원칙적으로 배제된다. 이는 결국 사실상 재산권의 본질적 내용에 대한 침해, 즉 재산권의 사용·수익·처분권에 대한 본질적 침해에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 실화책임법에 따른 제한으로 인해 사유재산권이 유명무실해지거나 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르게 되었다고 할 수 없다는 헌재의 과거 합헌결정은 타당하다고 보기 어렵다.

결국 실화책임법은 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙을 위반했다고 볼 수 있다.

(3) 소결

위에서 살펴본 바와 같이 실화책임법에 따른 재산권에 대한 규제 내지 제한을 헌법 제23조 제3항에 따른 공용침해의 일종으로 보든 아니면 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따른 재산권의 사회적 기속 내지 제약으로 보든 결국 실화책임법은 불가분조항의 원칙과 정당보상의 원칙, 또는 비례의 원칙이나 본질적 내용침해의 원칙 등을 위반하여 재산권을 침해한 법률로서 위헌이다.

3. 평등의 원칙 위반 여부와 관련하여

위에서도 언급한 바와 같이 실화책임법으로 인한 평등원칙 위반의 문제가 제기될 수 있다. 가해자인 실화자는 화재보험제도나 파산제도 등을 통하여 나름대로 보호를 받을 수 있는 반면, 오히려 피해자는 피해배상을 전혀 받지 못하는 모순된 현상이 발생할 수 있는데, 이는 주객이 전도된 것으로 가해자와 피해자를 부당하게 차별한 것으로 평등원칙 위반이 문제될 수 있다. 아울러 실화가 아닌 다른 원인으로 발생된 피해의 경우에는 이러한 실화책임법의 경우와 같은 제한이 없다는 점을 감안할 때 이 역시 이 사건에 있어서의 피해자인 제청신청인들과 실화가 아닌 다른 원인에 의하여 발생된 피해 사건에 있어서의 피해자를 부당하게 차별하는 것으로서 평등원칙 위반이 문제될 수 있다.

(1) 엄격심사척도가 적용될 경우

평등위반 여부를 심사함에 있어 심사척도와 관련하여 헌재는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인사건(1999. 12. 23, 98헌마363)에서 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것

이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바,…"라고 판시함으로써 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 엄격심사를 한다고 하였다.[23] 이 판례에 따를 때 실화책임법은 위에서 언급한 바와 같이 피해자들을 가해자나 실화가 아닌 다른 원인에 의한 피해자와 차별취급을 하고, 중과실의 경우와 경과실의 경우를 차별취급하여 피해자들의 손해배상청구권을 배제하여 결국 피해자의 재산권의 본질적 내용을 침해하는 수인의 기대가능성이 없는 중대한 제한을 초래한 경우라고 할 수 있어 엄격한 심사를 해야 할 것으로 생각된다.

여기서 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 사유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다. 그런데 이러한 차별취급의 비례성심사는 이미 위에서 재산권 침해와 관련하여 살펴보았다. 결국 실화책임법에 따른 차별취급은 위에서 언급한 바와 같이 비례성원칙에 반하다고 보지 않을 수 없고, 따라서 평등원칙을 위반한 위헌적 법률이라고 할 수 있다.

(2) 완화된 심사척도가 적용될 경우

설사 일반적인 완화된 심사척도가 적용되어 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 사유의 유무를 심사한다고 하더라도 실화책임법에 따른 차별취급에 합리적인 정당화 사유가 없어 위헌이라고 하겠다.

1) 제청신청인들도 주장하고 있듯이 가해자인 실화자는 화재보험제도나 파산제도 등을 통하여 나름대로 보호를 받을 수 있는 반면, 오히려 피해자는 배상을 전혀 받지 못하는 모순된 현상이 발생될 수 있는데, 이는 주객이 전도된 것

23) 이 판례의 내용과 문제점에 대하여는 정연주, 가산점제도의 헌법적 문제점, 헌법판례연구 [II], 헌법판례연구회편, 2000. 8, 171쪽 이하 참조.

으로 가해자와 피해자를 부당하게 차별한 것으로 볼 수 있기 때문에 평등원칙이 침해된 것으로 볼 수 있다.

2) 아울러 실화가 아닌 다른 원인으로 발생된 피해의 경우에는 이러한 실화책임법의 경우와 같은 제한이 없다는 점을 감안할 때 이 역시 이 사건에 있어서의 피해자와 실화가 아닌 다른 원인에 의하여 발생된 피해 사건에 있어서의 피해자를 부당하게 차별하는 것으로서 평등원칙이 침해된 것으로 볼 수 있다. 즉 실화도 불법행위의 한 유형인데, 이 법은 그 중에서 유독 실화의 경우에만 중과실을 요구하고 경과실이 있는 불법행위자를 면책시킴으로써 불법행위자들을 차별하여 취급할 뿐 아니라, 똑같은 내용의 피해(자동차의 손괴 등)를 입었음에도 교통사고로 인한 피해자는 배상을 받고, 실화로 인한 피해자는 배상을 받지 못하는 등 불법행위 피해자들을 차별하여 취급하는 것이어서 평등의 원칙에 위배된다.

3) 실화자의 재력이나 기타 여건을 고려하지 아니하고 경과실의 경우에는 무차별적으로 실화자를 면책시키는 것은 합리적 차별사유가 존재함에도 불구하고 차별하지 않는 것이 되어 오히려 평등원칙을 침해하는 것이다.

4) 실화가 발생한 건물의 임대인이 소방시설 등의 설치·관리에 잘못이 있을 경우라도 실화자인 임차인은 임대인에 대하여 채무불이행 책임을 지므로 임대인은 손해를 전보받을 수 있는 반면, 임대인 이외의 실화피해자는 손해를 전보받을 수 없는 것도 합리적인 사유가 없는 차별취급으로 볼 수 있어 평등원칙을 침해한 것이며, 그 자체 입법취지에 반하는 모순이라고 보지 않을 수 없다. 왜냐하면 실화자를 보호한다는 입법취지대로라면 실화자인 임차인을 임대인으로부터도 보호해야 하고 따라서 임대인과의 관계에 있어서도 면책되어야 하기 때문이다.

5) 잠재적으로 누구나 실화자가 될 수 있다는 이유로 실화자의 면책을 정당화시키는 헌재의 과거 합헌결정이 주장하는 논리대로라면 형사관계에 있어서 가벌성의 기초가 무너질 수 있다. 왜냐하면 그 논리대로라면 국민 모두가 형사사건의 가해자가 될 수 있으므로 범죄피해가 발생된 경우 가해자를 면책시켜야 한다는 논리가 성립될 수 있기 때문이다.

(3) 소결

상기 언급한 바와 같이 실화책임법은 엄격한 심사척도에 의하건 완화된 심사척도에 의하건 평등의 원칙을 침해한 것으로 위헌이라고 할 수 있다. 이 점에서 이러한 평등원칙 위반 여부에 대하여 판단하지 아니한 이 사건 헌재결정은 문제가 있다고 하겠다.

4. 헌재의 결정유형과 관련하여

헌법불합치 및 입법촉구결정이 타당하다고 여겨진다. 왜냐하면 단순위헌을 내릴 경우 당장 이러한 사안을 규율할 법률이 없어짐에 따라 법적 공백과 혼란이 야기될 수 있기 때문이다. 즉 실화자에게 너무 가혹한 무차별적 부담을 야기하거나 실현의 기대가능성이 없는 책임이 부과될 수 있어 더 큰 헌법적 가치의 침해가 우려될 수 있기 때문이다. 따라서 위헌의 소지를 제거한 합헌적 법률로 조속히 개정하도록 - 예컨대 경과실의 경우에도 실화자에게 손해배상책임을 지우되 그 책임의 범위를 한정하는 방법, 실화자의 경제적 여건을 고려하는 방법(예컨대 민법 제765조의 배상액의 감경청구규정을 적용하는 방법), 화재보험을 강제하는 방법, 보험회사의 부담, 국가에 의한 보전 등을 총체적으로 고려하고 외국의 입법례도 참고해서 - 입법을 촉구하는 헌법불합치결정을 내리는 것이 타당하다고 하겠다. 따라서 이러한 헌법불합치를 선고하여 개선입법을 촉구하되, 실화책임법을 계속 적용할 경우에는 경과실로 인한 실화피해자로서는 아무런 보상을 받지 못하게 되는 위헌적인 상태가 계속되므로, 입법자가 실화책임법의 위헌성을 제거하는 개선 입법을 하기 전에도 실화책임법의 적용을 중지시키는 결정을 내린 이 사건 헌재의 결정유형은 타당하다고 하겠고, 이와는 달리 단순위헌의견을 개진한 2명의 재판관의 견해에는 동의할 수 없다.

V. 맺는 말

이상 살펴본 바와 같이 실화책임법은 위헌이라고 할 것이고, 이 점에서 헌재

의 과거 합헌결정은 대단히 잘못되었고, 이번 헌법불합치결정은 결과적으로 타당하다고 하겠다. 이에 따라 실화책임법은 헌재의 헌법불합치결정 이후 결정취지에 따라 최근 전면개정되었다.[24] 즉 경과실을 포함한 민법 제750조의 일반적인 불법행위책임 내지 과실책임주의를 원칙적으로 적용하되, 헌재가 제시한 바와 같이 민법 제765조의 배상액의 경감청구규정의 특례를 정함으로써 경과실에 의한 실화의 경우에도 실화자의 책임을 인정하여 실화피해자의 구제를 도모함과 동시에 경과실로 인한 실화자의 보호도 아울러 도모하는 규정을 마련한 것이다.

그런데 위에서 지적한 바와 같이 헌재의 결정에는 미흡한 점이 대단히 많다. 논리 전개과정의 문제점, 중요한 헌법적 쟁점에 대한 규명이 없거나 소홀하다는 점 등이 그것이다. 예컨대 과실책임주의가 헌법상의 원칙인지의 여부, 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙의 위반 여부, 평등의 원칙 위반 여부 등에 대하여는 전혀 언급이 없고, 재산권 침해의 구체적 유형과 내용에 대하여 그리고 재산권 침해의 정당화 여부의 기준인 비례의 원칙에 대한 언급도 지나치게 간단하다. 물론 당해 사건을 해결하기만 하는 것이 헌법재판의 목적이라고 한다면 다양한 헌법적 쟁점에 대한 언급이 없더라도 가능하다. 그러나 중요한 헌법적 해명, 유사한 사건 반복방지, 강한 직권심리주의, 위헌결정의 대세효 등 헌법재판의 기능과 특성[25]에 비추어 볼 때 이러한 헌재의 소극적 태도는 매우

---

24) 실화책임에 관한 법률 [시행 2009.5.8] [법률 제9648호, 2009.5.8, 전부개정]

제1조(목적) 이 법은 실화의 특수성을 고려하여 실화자에게 중대한 과실이 없는 경우 그 손해배상액의 경감에 관한 「민법」 765조의 특례를 정함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) 이 법은 실화로 인하여 화재가 발생한 경우 연소로 인한 부분에 대한 손해배상청구에 한하여 적용한다.

제3조(손해배상액의 경감) ① 실화가 중대한 과실로 인한 것이 아닌 경우 그로 인한 손해의 배상의무자(이하 "배상의무자"라 한다)는 법원에 손해배상액의 경감을 청구할 수 있다.

② 법원은 제1항의 청구가 있을 경우에는 다음 각 호의 사정을 고려하여 그 손해배상액을 경감할 수 있다.

1. 화재의 원인과 규모
2. 피해의 대상과 정도
3. 연소 및 피해 확대의 원인
4. 피해 확대를 방지하기 위한 실화자의 노력
5. 배상의무자 및 피해자의 경제상태
6. 그 밖에 손해배상액을 결정할 때 고려할 사정

25) 이러한 헌법재판의 특성에 관하여는 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제

부적절한 것이다. 그런 점에서 이번 헌재의 결정에는 많은 아쉬움이 남는다. 이를 위한 해결책으로서는 위에서 논의된 내용들이 하나의 참고가 될 것이다.

[논문투고일 : 2009. 11. 11, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

주제어 과실책임주의, 중과실책임주의, 재산권보장, 실화책임에 관한 법률, 비례의 원칙, 평등의 원칙, 엄격심사척도, 완화된 심사척도

4호 제2집, 2000. 6, 201쪽 이하 참조.

참고문헌

권영성, 헌법학원론, 2009

김동희, 행정법 I, 2004

김철수, 헌법학신론, 2009

박윤흔, 최신 행정법강의(상), 2004

정연주, 가산점제도의 헌법적 문제점, 헌법판례연구 [II], 헌법판례연구회편, 박영사, 2000. 8, 171쪽 이하 참조.

정연주, 공용침해와 불가분조항, 고시연구, 1992. 4, 117쪽 이하

정연주, 공용침해의 헌법상 허용조건, 연세법학연구 제3집, 1995, 455쪽 이하

정연주, 그린벨트와 재산권보장, 고시계 1999. 2. 130쪽 이하.

정연주, 기본권의 대사인적 효력, 고시계, 1991. 7, 73쪽 이하

정연주, 재산권의 사회적 기속과 공용침해, 연세법학연구 제2집, 1992, 95쪽 이하

정연주, 정당민주주의와 지방자치제도, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 11. 20, 493쪽 이하

정연주, 주요법령에 대한 주석서 발간 II (헌법-총강 및 기본권 부분), 헌법 제29조, 한국헌법학회, 2007. 12, 1015쪽 이하

정연주, 분리된 선거구와 체계정당성, 공법연구 30집 4호, 2002. 6, 79쪽 이하

정연주, 토지수용법과 정당보상의 원칙, 헌법판례연구[3], 헌법판례연구회편, 2001. 11. 317쪽 이하

정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제4호 제2집, 2000. 6, 191쪽 이하

정연주, 헌법재판소 직무상의 문제, 헌법학연구 11권 2호, 2005. 6, 49쪽 이하

허영, 한국헌법론, 2009

Böhmer, Die Rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abrenzungsproblematik von Sonzialbindung und Enteignung, Der Staat 24(1985), S. 157ff.

Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976

Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976

Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1997, Art. 3

Kimminich, Eigentums-Enteignung-Entschädigung, Eine Kommentierung des Art. 14 GG, 1976

Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, S. 941ff.

Kischel, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124(1999), S. 174ff.

Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie-Enteignung-Entschädigung, 1984

Leisner, Entschädigung falls Enteignung, DVBl 1981, S. 79ff.

Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972

Nüßgens /Boujong, Eigentum-Sozialbindung-Enteignung, 1987

Opfermann, Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz, 1974

Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, S. 1ff.

Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1983

Papier, Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2006. 11, Art. 14

Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Starck(hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25järigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 380ff.

Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2 Aufl., 1984, S. 837f.

Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen, 1980

Zippelius, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47(1989), S. 29ff.

Abstract

Negligence Liability and Guarantee of Property Right

- Regarding 2006Hun-Ka25, August 30, 2007 Case of the Constitutional Court -

Yon-ju, Jung

(Professor, college of Law, Sungshin Women's University)

The Accidental Fire Liability Act provides that Art. 750 of the Civil Law is applied only for to case fired by gross negligence as far as an accidental fire is concerned. Therefore, a person who caused fire is exempted from the tort in the case fired by slight negligence. The 2006Hun-Ka25, August 30, 2007 case of the Constitutional Court decided that the Act is unconformable to Constitution whereas the Court had decided that the Act is constitutional in the 92Hun-Ka4, March 23, 1995 case. The Court reasoned that the Act infringes the property rights of the sufferer by the fire, as the Act violates the proportion basis test doctrine. Then, the Act is recently amended overall according to the tenor of the Court. Namely, according to the new rule, the negligence liability doctrine of Art. 750 of the Civil Law is on one hand in principle applied to the cases fired by both gross and slight negligence as usual, an exception for mitigation of damages according to Art. 765 of the Civil Law, on the other hand, is available to the cases fired by slight negligence.

Resultingly, the decision of 2006Hun-Ka25 is appropriate. The contents of the decision, however, include many problems. That is, the distortion of the process of reasoning of the decision and a lack of important constitutional explanations; for example, whether negligence liability doctrine is the constitutional principle, whether the Act violates the equal protection doctrine,

and insufficiency of detailed arguments about the concrete types and contents of infringement of property rights as well as about the proportion basis test doctrine, etc. In the light of the function and characteristic of the constitutional judgment, such an attitude of the Court is undesirable and problematic. This article addresses their solutions.

Key words Negligence Liability Doctrine, Gross Negligence Liability Doctrine, Guarantee of Property Right, Accidental Fire Liability Act, Proportion Basis Test Doctrine, Equal Protection Doctrine, Strict Scrutiny Standard, Mere Rationality Standard