

공무원의 불법행위와 국가배상책임의 고찰

연화준
극동대학교

A Study on the Tort of Public Servant and Liability in State Compensation

Hwa-Jun Yeon
Far East University

요 약 현대 국가는 과학기술의 발달에 따른 산업화와 정보화 추세 속에서 다양한 위험이 항상 따르게 된다. 이러한 환경하에서, 공무원의 직무수행 중 불법행위로 인하여 국민이 손해를 입은 경우에, 이를 구제해 주기 위해 우리 헌법은 국가배상청구권을 보장하고 있다. 국가배상의 문제는 법치국가의 원리에 따른 피해자의 권리구제, 공무원의 불법행위의 억제, 안정된 직무수행의 보장, 국고의 안정 등의 다양한 가치들을 조화롭게 고려하여야 한다. 그런데 현대 법치국가에서 공무원이 한 행위를 국가가 책임을 지는 이상, 반드시 고의와 과실을 요건으로 하여야만 국가가 책임을 진다는 것에는 의문이 있을 수 있다. 또한 헌법에 합치되는 자기책임설의 이론에 의하게 되면 국가배상법상 과실책임주의는 배제되어야 한다. 국가배상법상 공무원의 배상책임과 관련하여 고의와 과실과 같은 주관적 책임요건은 필요하지 않다고 보아야 한다. 따라서 현행 국가배상법의 개정을 통하여서 국가배상법의 원리를 과실책임주의로부터 무과실책임주의로 전환하여야 할 필요성이 있다.

주제어 : 국가배상책임, 자기책임설, 대위책임설, 과실의 객관화, 위법성

Abstract The modern state has always followed a variety of risks in the industrialization and informatization trends in the development of science and technology. Under such an environment, A matter of State compensation should take into consideration a variety of values such as harmony relief victims' rights in accordance with the principles of the rule of law, suppression of illegal acts of public servants, ensuring stable performance of official duties, the national treasury stability. As the state takes responsibility for an act of a public servant in a modern constitutional state, there may be a doubt on that the state takes responsibility only when there is a deliberation or a mistake. According to the theory of the self-responsibility, which suits the Constitution, the principle of liability with mistake on the State Compensation Law shall be excluded. I agree to the opinion that a subjective responsibility prerequisite such as a deliberation or a mistake is not required in relation to the liability of reparation on the State Compensation Law. Therefore, it is needed to convert the principle of state liability of reparation from the principle of liability with mistake to the principle of liability without mistake through a fundamental revision of the State Compensation Law.

Key Words : State Liability of Reparation, Theory of the Self-Responsibility, Theory of the Substitute-Responsibility, The Objectification of Fault Conception, illegality

* This paper was supported by the research grant of Far East University in 2014

Received 2 May 2016, Revised 2 June 2016

Accepted 10 June 2016, Published 28 June 2016

Corresponding Author: Hwa-Jun Yeon(Far East University)

Email: jun004@kdu.ac.kr

© The Society of Digital Policy & Management. All rights reserved. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0>), which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

ISSN: 1738-1916

1. 서론

누구든지 위법한 행위에 의하여 타인에게 손해를 가한 경우 가해자가 이를 배상해야 한다는 것은 당연한 법적 정의의 실천으로서, 私法의 영역에서는 오래 전부터 불법행위책임의 기초가 되어왔으나, 국가가 그의 임무를 수행하는 과정에서 위법한 행정작용으로 인하여 타인에게 손해가 발생한 경우에 누가 배상책임을 질 것인가에 대해서는 연혁적으로 근대 개인주의사상을 바탕으로 한 개인적 과실책임주의를 이념으로 하여 민법상의 불법행위책임으로부터 발전하여 왔으며, 다만 배상책임주체가 국가라는 점에서 민사책임과 다소 구성을 달리하였다.

이러한 행정책임의 법리는 민법상의 불법행위책임이 아니라 공공서비스 운영에 적합한 독자적인 법리에 따라 행정이 책임을 진다는 1873년 프랑스의 블랑프 판결에 의하여 확립되었으며, 그 후 객관화와 무과실책임, 위험책임이라는 사회화의 길을 지나면서 국가의 국민에 대한 보호 역할이 대폭 증대되는 결과를 가져왔다[1].

그리고 오늘날의 행정환경은 급격한 사회변동과 행정수요의 증대 속에서 복지국가실현을 위해 사회적 형평성이 강조되고, 민주적 절차가 중시되며, 효율성과 책임성 그리고 조정과 통합과 협력 등이 강조되고 있는 상황에서 공무원의 직무수행 중 불법행위로 인하여 국민이 손해를 입은 경우에 이를 구제해 주기 위해서 우리 헌법은 국가배상청구권(제29조)을 보장하고 있다.

국가배상청구권은 공무원의 국민에 대한 책임을 나타낸 헌법정신(헌법제7조제1항)과 법치국가적 요청을 실현하기 위해서 인정되는 중요한 기본권이고, 국가배상청구권을 구체화하기 위해서 국가배상법이 제정·시행되고 있는데, 국가배상책임은 다음과 같은 이념적인 기초를 바탕으로 한 법치국가적인 가치에 속한다고 한다[2].

① 국가배상책임은 국가무책임사상에서 벗어나는 것을 이념적인 기초로 한다.

② 국가배상책임은 국민의 보호가치 있는 생활영역의 인정, 즉 국가의 불법행위로부터 보호받을 만한 가치가 국민에게 있다는 것을 그 이념적인 기초로 한다.

③ 국가배상책임은 국가공동체가 동화적 통합을 이룩하기 위한 일정한 책임윤리를 그 이념적인 기초로 하고 있다. 즉 현대사회에서 인간의 사회생활 관계는 상호의존관계가 확대됨에 따라 동화적 통합을 이룩하기 위해서

는 그에 타당한 책임윤리가 필요하게 되었다.

사법의 영역에서 과실책임의 원칙만으로는 「손해 및 희생의 공평한 사회분담」이 이루어지기 어렵기 때문에 위험책임이론이나 무과실책임이론이 나타나게 되었으며, 공법의 영역에서도 국가는 기본권적 가치를 실현시켜야 할 수임자로 기능하게 되었고, 수임자로서 지켜야 되는 일정한 책임윤리가 강조되고, 공익과 사익의 합리적인 조정이 이루어지고, 실질적인 정의의 실현이 달성되는 공법이론만이 국가사회공동체의 동화적 통합을 성취시킬 수 있다는 인식에 바탕을 두고 있는 것이 국가의 배상책임이다[2].

국가배상청구권은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 입은 국민이 국가 또는 공공단체에 대하여 그 손해를 배상해 주도록 청구할 수 있는 권리로서, 헌법규정(제29조)에 의하여 직접효력을 발생하는 재산가치 있는 공권적인 청구권이라 할 수 있다[2,3].

헌법 제29조 제1항에 의거하여 제정된 국가배상법은 제2조 제1항에서 「국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나,……이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다」고 규정하고 있고, 제2항에서 「제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다」고 규정하고 있다. 本稿에서는 국가배상책임의 성질(본질)과 국가배상책임의 요건에 대해서 이론적 고찰을 하면서 해석론과 정책론을 살펴보고자 한다.

2. 국가배상책임의 성질

2.1 학 설

2.1.1 대위책임설

대위책임설은 국가배상법 제2조 제1항의 책임은 국가의 직접적 책임을 규정한 것이 아니라 공무원 개인이 부담하는 책임을 국가가 대신 부담하는 책임으로서, 공무원의 위법한 직무행위는 공무원 자신의 행위이므로 해당 공무원이 배상책임을 부담하여야 하나, 배상능력이 없는 공무원을 대신하여 배상능력이 충분한 국가가 피해자 보호를 위하여 국가가 책임을 진다는 견해이다[4]. 그리고

대위책임설은 국가가 공무원의 책임을 대신하여 피해자에게 배상하였으므로 국가가 공무원에 대하여 구상권을 갖는다고 하며, 다만 국가배상법 제2조 2항에서 공무원에게 고의·중과실이 있는 경우에만 구상할 수 있도록 규정한 것은 공무원의 직무의용저하와 업무의 정체를 예방하기 위한 입법정책적 고려에 의한 것이라고 한다[5].

그러나 대위책임설에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.

① 국가가 불법을 행할 수 없으며, 불법행위를 한 공무원만이 책임져야 된다는 것에 대하여, 재정적인 이유로 국가가 대신 책임을 진다는 것으로서, 국가무책임사상에 근거한 책임구조에 해당되는데 이것은 오늘날 법치국가의 헌법구조에 합치되지 않다고 한다[6,14].

② 대위책임설은 개인이 저야할 책임을 국가가 대신하여 진다는 논리에 따라, 공무원 개인의 고의·과실은 국가배상책임의 요건임으로 과실책임주의를 따라야 되기 때문에, 위법·무과실의 경우에는 국가가 면책될 수 있는 가능성을 갖는다는 문제점도 지적하고 있으며[7,14], 또한 배상책임의 성립요건이 무엇인가라는 문제와 배상 책임을 부담하는 이유, 즉 배상책임의 본질(성질)의 문제는 별개의 문제이므로, 공무원의 고의·과실이란 배상책임의 성립요건 중의 하나에 불과한 것이고 그렇게 해서 성립한 배상책임을 국가가 부담하는 것은 공행정작용의 흠에 대한 국가자신의 책임이라고 한다[8].

③ 대위책임설은 공무원에 대한 구상권을 규정하고 있는 국가배상법 제2조 2항을 논거로 제시하고 있으나, 공무원 개인에 대한 구상의 문제는 국가와 공무원간의 내부적 문제로서 정책적 판단에 따른 것이지 배상책임의 본질(성질)과는 관계가 없는 것이라 한다[9].

④ 독일과 달리 우리나라의 경우에는 ‘공무원에 대신하여’ 라는 문구가 없다는 것도 지적되고 있다.

2.1.2 자기책임설

자기책임설은 배상책임에 대해서 국가가 공무원을 대신하여 부담하는 배상책임이 아니라 국가 자신이 배상 책임을 부담하는 것으로서, 형식적으로는 그의 기관인 공무원의 행위이기는 하지만, 실질적으로는 국가 자신이 직접 책임을 진다는 견해이다[10,14,15]. 이러한 자기책임설은 국가의 기관인 공무원을 활용하여 행정행위를 하는 것이기 때문에 공무원의 직무행위는 적법·위법을 불문

하고 공무원의 행위의 효과는 국가나 지방자치단체의 행위로 귀속되기 때문이라고 한다. 그리고 공무원의 공권력 행사에 있어서 위법의 가능성에 대한 위험부담을 국가가 진다는 의미이다

자기책임설은 3가지의 견해로 나뉘어지고 있다.

① 기관이론에 입각한 자기책임설

공무원의 직무상 불법행위는 국가기관의 불법행위가 되므로 국가는 공무원이 행한 불법행위에 대하여 직접 자기 책임을 진다는 견해로서, 공무원은 국가가 결정한 의사의 집행자에 불과하며 모든 행위의 효과는 국가에 귀속되기 때문에 위법행위로 인한 손해배상책임 역시 국가에 귀속되어야 하므로, 국가가 배상 책임을 부담하는 것은 국가의 자기책임에 따른 것으로 보아야 한다는 견해이다[8].

그러나 이 견해는 공무원이 고의·중과실을 범하여 기관행위로서의 품격을 상실한 경우까지 공무원의 행위를 기관행위로 보는 점에서 실질을 무시한 허구적인 이론이라 비판하며[6], 고의·중과실에 의한 행위가 직무행위로서의 외형을 갖추었다는 것을 국가행위로 인정해야 할 논리필연적인 이유는 아니며, 직무행위로서의 외형을 갖춘다는 것은 다만 그러한 행위를 국가행위로 보게 할 수 있는 정책적인 사유에 해당할 뿐이라는 점에서 문제점이 있다고 한다[7].

② 위험책임이론에 의한 자기책임설

위법하게 행사될 위험성이 있는 행정집행권을 공무원에게 수여한 국가는 그러한 행정집행권이 잘못 행사되어 발생된 손해에 대해서 배상 책임을 부담하여야 하는 것으로서, 국가배상책임은 일종의 위험책임으로서의 자기책임이라고 보는 견해이다[6].

그러나 이 견해는 국가배상법의 장래의 발전방향을 제시하고 있다는 점에서 의의가 크다고 하면서, 공무원의 행위가 적법·무과실인 경우에도 국가 책임을 인정할 수 있다고 할 것인데, 이는 위법·과실을 성립요건으로 하는 현행 국가배상법 제2조에 관한 이론으로서의 문제가 있다고 한다[11].

③ 절충설(신자기책임설)

공무원이 직무수행상 과실로 타인에게 손해가 발생한 경우에 담당 공무원의 행위는 국가 등의 기관행위로 볼 수 있으므로 그 행위의 효과는 국가에 귀속되어 국가가 배상 책임을 지는데, 이 책임은 국가의 자기책임이다.

그리고 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기인한 때에는 담당 공무원의 행위는 국가기관행위로서의 품격을 상실하지만, 업무집행행위로서의 외형을 갖추고 있다면 피해자의 구제를 위해서 국가기관의 행위로 인정함으로써, 이 경우에 국가의 피해자에 대한 배상책임은 일종의 자기책임이라고 한다[6,11].

그러나 이 견해에 대해서는 다음의 중간설의 지적과 유사하며, 다만 공무원의 고의나 또는 중과실이 있는 경우에 피해자의 선택적 청구권이 인정된다는 점에서 중간설과 차이가 있다. 그리고 공무원 개인에게 불필요한 압박을 가함으로써 행정의 위축을 초래할 수도 있을 것이다.

2.1.3 중간설

중간설은 공무원의 과실의 정도에 따라서 불법행위가 경과실에 기인한 경우에는 국가기관행위가 됨에 따라 국가의 배상책임은 자기책임이지만, 공무원의 불법행위가 고의·중과실인 경우에는 국가의 배상책임은 대위책임이라고 보는 견해이다[12]. 그리고 국가배상법 제2조 2항은 공무원의 고의 또는 중과실이 있는 경우에 해당 공무원에게 구상권을 행사할 수 있는 규정과 관련하여서는, 고의 또는 중과실의 경우에는 기관행위로서 품격을 이미 상실하였기에 공무원 개인책임으로 보아야 하지만 국가가 그 책임을 일단 대위인수하고 나중에 이를 구상하도록 한 것이고, 경과실의 경우에는 공무원 개인의 책임을 국민이 추궁할 수 없다고 해석한다.

그러나 이 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다[8].

① 공무원의 불법행위가 고의·중과실에 기인한 경우에도 업무집행이 행하여진 이상 피해자의 입장에서 본다면 공무원의 당해 불법행위를 국가의 불법행위로 보아 국가의 배상책임을 인정하는 것이 타당하다고 한다.

② 국가와 국민간의 국가배상책임의 본질에 대한 문제와 국가와 공무원간의 내부적 구상의 문제를 부당하게 결부시킴으로서 혼란을 야기하고 있다고 한다(국가배상법 제2조 1항의 취지는 국가의 자기책임을 규정한 것으로 보아야 하고, 제2조 2항은 국가와 공무원간의 내부적 구상의 문제를 규정한 것으로 보아야 한다).

③ 피해자의 선택적 청구권은 인정되지 않으며, 기교적 이론이라고 비판한다.

2.2 판례

공무원 개인에게 손해배상을 청구할 수 있는지와 관련하여 대법원판례는 그동안 다음과 같이 판시하여 왔다.

① 대법원1972.10.10.선고69다701판결에서 「헌법 제26조 단서는 국가 또는 공공단체가 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 공무원 자신에게 대하여도 직접 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있음을 규정하여 국가배상법의 공무원 자신의 책임에 관한 규정 여하를 기다릴 것 없이 공무원 자신이 불법행위를 이유로 민사상의 손해배상책임을 져야한다」 판시하여 대위책임설적 입장을 취하였다.

② 대법원1994.4.12.선고93다11807판결에서 「공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 사람은 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 이 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있을 뿐, 피해자가 공무원 개인을 상대로 손해배상을 청구할 수 없다」고 판시하여 자기책임설적 입장을 취하였다.

③ 1996.2.15.선고95다38677판결에서 다수의견으로 「헌법 제29조 1항 단서는 공무원이 한 직무상 불법행위로 인하여 국가 등이 배상책임을 진다고 할지라도 그 때문에 공무원 자신이 민·형사책임이나 징계책임이 면제되지 아니한다는 원칙을 규정한 것이나, 그 조항 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임을 범위까지 규정한 것으로 보기는 어렵다」고 판시하고, 「국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 면제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안전성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기인한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와

같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두렵게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다. 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다"라고 판시하여 절충설적 입장을 취하였다.

2.3 사 건

헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권은 「공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정한 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다」고 규정하고 있고, 국가배상법 제2조 제1항은 「국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, ... 그 손해를 배상하여야 한다」라고 규정함으로써 국가의 배상책임을 밝히고 있는데, 이러한 규정에는 대위책임(공무원에 대신하여)의 흔적이 발견되지 않는다.

국가배상책임제도는 연혁적으로 국가무책임원칙(공무원 개인책임) ⇒ 대위책임(공무원과 국가에 대한 선택적 청구의 인정) ⇒ 대위책임(공무원에 대한 청구를 부정하고 국가에 대한 청구만 인정) ⇒ 국가의 자기책임으로 인정되어 오고 있는데, 국가배상의 문제는 법치국가원리에 따른 피해자의 권리구제, 공무원의 불법행위의 억제, 안정된 공무수행의 보장, 국고의 안정 등의 다양한 가치들을 조화롭게 고려하여야 한다.

또한 국가배상책임에 대해서 헌법학계에서는 자기책

임설적 견해가 다수설이다[10]. 따라서 국가배상책임의 본질과 관련하여 국가배상법의 해석에서도 대위책임설적 구조는 헌법에 합치되지 않는다고 할 수 있고, 배상책임의 성립요건이 무엇인가라는 것과 배상책임을 부담하는 이유인, 배상책임의 본질의 문제는 별개로 보아야 할 것이다.

그리고 공법상의 법률관계는 외부법률관계와 내부법률관계로 나누어지며, 외부법률관계는 공법상의 법인격을 가진 국가 등의 행정주체와 개인간의 권리와 의무를 규율하는 것이고, 내부법률관계는 국가 등 행정주체와 공무원간의 권리와 의무를 규율하는 것이다. 그러므로 국민 개개인들과의 법률관계 상대방은 언제나 국가임으로, 개인과 공무원간에는 법률관계가 성립되지 않고, 공무원은 단지 국가와 국민사이에서 행정의 집행자로서만 외부에 나타나며, 그의 법적효과는 적법이든 위법이든 모두 국가에 귀속하게 된다. 그리고 국가는 행정작용이 공무원에 의하여 집행하였다고 하더라도 국가자신의 법적인무위반에 대하여 스스로 피해자인 개인에 대하여 직접책임을 져야 하기 때문에 국가배상책임의 본질은 자기책임설로 보는 것이 타당하다[14].

3. 국가배상책임의 성립요건

국가배상법 제2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위해서는 ① 공무원의 행위일 것, ② 직무행위일 것, ③ 직무를 집행하면서 행한 행위일 것, ④ 고의·과실이 있을 것, ⑤ 위법할 것, ⑥ 타인에게 손해가 발생할 것 등의 요건이 충족되어야 한다.

3.1 공무원

공무원이란 넓은 의미로 파악하여 국가공무원법, 지방공무원법상의 공무원과 입법부 및 사법부 소속의 공무원 뿐만 아니라 널리 공무를 위탁받아 이에 종사하는 자를 포함한다고 보는 것이 통설·판례의 입장이며, 공무원이 특정되어야 하는가의 문제와 관련해서는 반드시 특정될 필요는 없다고 보는 것이 일반적 견해이다.

3.2 직무행위

국가배상법 제2조에서 말하는 「직무」의 범위에 관해

서는 ① 권력작용만을 의미하는 협의설, ② 권력작용과 국가배상법 제5조에 규정된 것을 제외한 비권력작용을 포함한다는 광의설, ③ 권력작용과 비권력작용 이외의 사경제작용도 포함된다는 최광의설로 나뉘는데, 이 중에서 직무의 범위는 권력작용과 비권력작용만을 의미하는 광의설이 통설과 판례의 견해이다(대법원2004.4.9.선고2002다10691에서 「국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 ‘공무원의 직무’에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다」고 판시하였다).

따라서 사경제작용(국고작용)에 대한 손해배상책임은 민법 제756조를 적용하여 사용자책임에 의하여야 할 것인데, 제756조의 사용자책임은 피해자보호를 위해서 무과실책임·위험책임·보상책임의 성질로 해석하고, 증명책임의 전환으로 인하여, 국가의 면책사유가 적용될 여지는 없을 것이다. 그러므로 광의설이 타당하다.

직무행위의 내용에 대해서는, 입법·사법·행정의 모든 국가작용이 포함되는데, 입법행위나 사법작용은 원칙만 인정할 뿐, 실제로 배상책임을 인정할 경우는 거의 없다(대법원20085.29선고2004다33469판결에서 「국회의원의 입법행위는 그 입법내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 국회의 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우에 한하여 배상책임이 인정된다」 판시하였고, 대법원2003.7.11.선고99다24218판결에서 「법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있으면 배상책임이 인정된다」고 판시하였다).

행정작용으로는 법률행위적 행정행위, 준법률행위적 행정행위와 같은 법적 행위와 사실행위 그리고 적극적인 작위뿐만 아니라 작위의무가 존재함에 불구하고 고의 또는 과실로 권한을 행사하지 않거나 직무를 소홀히 하는 등의 부작위도 포함된다.

3.3 직무를 집행하면서

국가배상법 제2조 제1항의 ‘직무를 집행하면서’라는 것은 직무행위 자체는 물론이고 객관적으로 직무의 범위에 속한다고 인정될 수 있는 행위 및 직무와 밀접하게 관련되는 행위를 의미하며, 직무행위의 판단기준인 ‘

직무관련성’에 대해서 학설과 판례는 다음과 같다.

① 외형설 : 직무의사와 상관없이 직무행위뿐만 아니라 널리 외형상으로 직무집행과 관련있는 행위를 포함하는 의미로 본다[7,13].

② 실질적 직무관련설 : 직무와 공무원의 불법행위 사이에서 내용적인면의 관련여부와 시간적·장소적·도구적인 관련성을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 그 직무가 공무원에 의한 불법행위의 원인이었다고 볼 수 있는지 여부가 그 판단기준이 된다고 본다[6].

③ 판례는 대법원2005.1.14.선고2004다26805판결에서 「국가배상법 제2조 제1항의 ‘직무를 집행함에 당하여’라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무원집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 ‘직무를 집행함에 당하여’한 것으로 보아야 한다」고 외형설로 선택하여 판시하였다.

직무행위인지의 여부에 대해서는 감독행위도 직무행위에 포함하여야 할 것이며, 피해자 보호를 위해서 외형설로 판단하여야 할 것이다.

3.4 고의·과실

우리의 손해배상법은 원칙적으로 과실책임을 원칙으로 하고 있다. 즉 민법상의 일반불법행위에서는 과실책임을 원칙으로 하고 있으나, 특수불법행위나 특별법에서는 산업과 과학기술의 발전으로 과실책임을 결함을 보충하기 위하여 위험책임과 무과실책임을 적용이 점증하고 있는 상황이다. 그리고 우리의 실무에서는 국가배상법상의 고의·과실의 개념을 민법상의 불법행위의 고의·과실의 개념과 동일하게 취급하여 손해발생에 관련시키고 있다.

고의는 자신의 행위로 일정한 결과의 발생을 알면서 그 결과의 발생을 인용하고 그 행위를 하는 심리상태를 의미하는데, 이는 위법행위의 발생가능성을 인식하고 그 결과를 인용하는 것을 의미한다. 과실은 자신의 행위로 일정한 결과가 발생한다는 것을 알 수 있었을 것인데 부주의로 그 결과의 발생을 인식하지 못하고 그 행위를 하는 심리상태로서, 부주의로 인해 어떠한 위법한 결과를

초래한 것을 의미한다.

그러나 현대행정정은 복잡성과 다단계성, 익명성 등으로 인하여 개인이 공무원의 과실을 입증하기가 곤란하며, 법치주의에 기초한 국가의 공행정작용에서 국가와 개인 사이에서 공평하고 타당한 이익 조정을 목적으로 하는 국가배상법에 있어서 고의·과실의 요건이 부적합하기 때문에 국가배상법 제2조의 과실개념을 객관화하여 피해자에 대한 구제의 기회와 가능성을 넓히려는 추세에 있는데, 과실개념을 가급적 객관화하여 국가배상책임의 성립을 완화하여야 할 것이다.

3.4.1 과실의 객관화

피해자구제의 기회와 가능성을 확대하기 위해서 국가배상법상의 주관적인 과실개념을 객관화로 이론구성하려는 견해들은 다음과 같다.

1) 과실을 ‘공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠’이라는 정도로 완화하는 것이 좋을 것이라는 견해[5].

2) 과실을 ‘국가 등의 행정주체의 작용이 정상적 수준에 미달한 상태’ 내지 ‘객관적 관념으로서의 국가작용의 흠’이라는 견해[11].

3) 공무원은 통상 행정기관으로서 활동하고, 피해자구제를 위해 가능한 한 위법·무과실을 배제하는 것이 타당하므로 객관설이 타당하며, 대위책임설에서는 주관설을 취하는 것이 논리적이고, 자기책임설 또는 신자기책임설에서는 주관설 또는 객관설을 취할 수 있다는 견해[6].

4) 국가배상법에 있어서 과실의 요건을 손해발생보다는 법령위반, 즉 위법성에 관련시키는 것이 타당하다는 일원론적 견해[14].

5) 과실을 주관적인 심리상태로서 보다는 객관적인 주의의무 위반으로 파악하여 주의의무의 내용을 고도화하는 것으로서, 당해 공무원의 주의력이 아니라, 그 직종의 평균적 공무원의 주의력이 과실의 판단기준이 되며, 그에 따라 직종에 따라서는 보다 높은 주의의무가 과해진다고 보는 견해[13].

6) 판례는 대법원2006.7.28.선고2004다759에서 「공무원의 직무집행상의 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것을 말한다」고 판시하였다.

현대 행정기능이 확대됨에 따라 증대되는 위험에 적절히 대응하기 위해서는 과실의 객관화와 정형화를 통하여 책임범위를 확대하는 것이 바람직한데, 그 이론구성은 자기책임설을 바탕으로 구성하는 것이 적합하다고 할 것이다.

3.4.2 과실의 증명책임의 완화

불법행위에 있어서 고의·과실의 증명책임은 원고인 피해자에게 있으나, 공무원의 직무가 고도의 전문성과 기술성을 띠고 있기 때문에 공무원의 주관적인 고의·과실을 피해자인 국민이 입증하기는 어려움으로 피해자의 구제를 위해서 위법의 과실추정, 즉 위법이 입증된 경우에는 행정기관에게 위법한 직무행위에 대하여 무과실을 증명하도록 하거나, 또는 일응추정의 이론, 즉 고의·과실을 추정하게 하는 개연성이 있는 경우에 피고측이 반증으로 추정을 뒤집지 못하면 그 입증된 사실로부터 일응 고의·과실이 추정되는 것과 같이 피해자(원고)의 증명책임을 경감하거나 전환하는 것이 필요하다.

3.4.3 가해공무원의 특정

공무원의 과실을 입증하기 위해서는 통상 가해 공무원을 특정할 필요가 있는데, 가해공무원의 특정 자체는 국가배상책임의 성립요건은 아니다. 행정업무가 다단계나 여러 공무원을 거쳐서 처리되었다거나 공무원의 집단에 의하여 폭행을 당한 경우와 같이 누구의 행위인지 판명되지 않았더라도 공무원의 행위인 이상 국가의 배상책임이 인정되어야 할 것이다. 대법원1995.11.10.선고95다23897의 판결에서 전투경찰들의 과도한 방법으로 시위진압을 잘못함으로써 시위참가자가 사망한 사건에서 가해공무원의 특정을 요구하지 않고 직무집행상의 과실을 인정하였다.

3.5 법령의 위반

1) 공무원의 가해행위가 법령에 위반한 것이어야 하는데, 위법성의 판단기준과 관련하여 법령의 의미와 범위에 대해서 협의설[14]은 성문법, 불문법, 행정법의 일반원칙(평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등)의 위반을 의미한다고 하고, 광의설[5](대법원2002.5.17.선고2000다22607)은 위의 법령위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 사회질서, 공서양속의 위반 등을 포괄적으로

고려하여 그 행위가 객관적 정당성을 결여하고 있는 것을 의미한다고 본다.

그러나 ‘행위의 객관적인 정당성의 결여’ 라는 관념에는 구체성의 결여가 문제점이라고 한다[11]. 그리고 위법성은 공무원의 부작위인 경우에도 인정하는데, 부작위로 인한 위법성은 일정한 작위에 대하여 법적 의무가 있음에도 불구하고(재량행위인 경우에는 재량이 영으로 수축되는 경우) 이를 행하지 않은 경우에 인정된다.

2) 위법성의 판단대상으로서 위법성의 개념에 대해서 다음과 같이 확설이 나뉘고 있다.

① 결과불법설: 국가배상법상의 위법을 가해행위의 결과인 손해의 불법성을 의미한다고 보는 견해로서, 국민이 받은 손해(결과)가 시민법상의 원리에 비추어 수인되어야 할 것인가의 여부를 기준으로 위법성을 판단한다. 따라서 공무원의 행위로 인하여 정당한 사유 없이 국민에게 손해가 발생한 경우에는 국가의 배상책임이 인정된다. 그러므로 민사상 손해배상의 위법성과 같으나, 항고소송의 위법성과는 다르므로 항고소송에서 본안판결의 기판력이 국가배상청구소송에 미치지 않는다고 본다. 결과불법설에 의하면 위법성의 개념이 상당히 확장될 가능성이 있다. 결과불법설은 민법상 불법행위책임에서는 타당한 이론이지만, 법치행정의 원칙상 행위의 위법여부를 논하여야 하는 국가배상책임에서는 타당하지 않는 이론이라고 한다[6].

② 행위위법설: 공무원의 행위자체를 판단대상으로 삼아 위법성을 판단하는 견해로서, 법률에 의한 행정의 원리 또는 국가배상소송의 행정통제기능을 고려하여, 공권력행사의 행위규범에의 적합여부를 기준으로 위법성 여부를 판단하여야 하는 견해이다[7]. 그리고 행위위법설은 협의와 광의의 행위위법설로 나뉜다.

협의의 행위위법설은 국가배상법상의 위법성과 항고소송에서의 위법성을 동일하게 보면서, 엄격한 의미에서의 법령위반만을 위법으로 인정하기 때문에 직무행위가 법규범에 합치되면 손해가 발생하더라도 위법하지 않다고 한다[14].

광의의 행위위법설은 국가배상법상의 위법을 행위자체의 법에의 위반뿐만 아니라 명문의 규정이 없더라도 공권력 행사의 근거법규(권한근거규정), 관계법규 및 조리를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 ‘직무상의 손해방지 의무(안전관리의무)’의 위반을 포함하는 개념

으로 이해하는 견해로서, 위법개념은 행위의 ‘법’에의 위반을 의미하는 점에서 항고소송의 위법개념과 동일하지만, 처분이 아닌 공권력행사의 위법도 인정되고, 직무상 손해방지 의무위반으로서의 위법도 인정되므로 항고소송의 위법보다 넓다[6].

③ 상대적 위법성설: 공무원의 직무집행행위가 법령에 위반한 것뿐만 아니라, 피침해이익의 성격, 침해의 정도, 가해행위의 태양 등 관련된 여러 가지 정황적 요소를 종합적으로 고려하여 위법성을 판단하는 견해로서, 민법의 불법행위론에서의 ‘상관관계론’을 국가배상법상의 위법판단에 도입한 이론이며, 행위위법설과 결과불법설을 함께 고려한 견해인데[8], 이 설은 현행 법령위반 이외에 손해발생과 관련된 여러 정황을 종합적으로 고려함으로써 위법의 개념을 확장하여 피해자구제에 비중을 두고 있다. 그러나 공법관계에서의 위법의 판단은 행정작용의 행위들이 근거법령에 위반하였는지의 여부가 기준이 되어야 한다.

④ 직무의무위반설: 국가배상법상의 위법을 법에 부합하지 않은 행정처분으로 인해 법익을 침해한 공무원의 직무위반으로 보는 견해로서, 직무의무의 사익보호성을 국가배상법상의 위법요소로 보고 있다[15]. 그러나 국가배상법상 규정인 ‘법령에 위반하여’라는 규정을 직무의무위반으로 해석하는 것은 확대해석이 될 수 있다.

3.6 손해의 발생

손해란 법익침해의 결과로 발생한 모든 불이익을 말하는 것으로서, 적극적손해·소극적손해, 재산적손해·비재산적손해(생명, 신체와 정신적손해)를 모두 포함하며, 또한 국가배상청구권이 성립하려면 가해행위와 손해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하는데, 인과관계의 유무에 대한 판단은 결과발생의 개연성과 관련법령의 목적과 내용 그리고 가해행위의 태양, 피해의 정도 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

4. 결어

오늘날 급격한 사회변동과 행정수요의 증대 속에서 행정패러다임은 사회적 형평성이 강조되고, 민주적 절차가 중시되며, 효율성과 책임성 그리고 조정과 통합과 협

력시스템의 조성으로 이해 될 수 있다. 이러한 상황에서 행정관료의 위법한 행정작용으로부터 권리나 이익에 대한 피해를 입은 국민을 위하여 권리 구제나 손해의 배상을 위한 법률보상제도에 대한 타당한 해석론의 전개가 필요하다.

손해배상법의 일반법으로서 민법 제750조의 일반불법행위에서는 과실책임을 원칙으로 하고 있으므로 고의·과실은 주관적 요건으로서 일반불법행위의 성립요건에 해당한다. 그러나 산업과 과학기술의 발전으로 인한 사회적 환경변화에 대응하여, 특수불법행위(민법제755조~제759조)나 특별법(무과실책임법, 위험책임법)에서는 과실책임을 결함을 보충하고 있다. 국가배상법도 손해배상에 있어서 특별법으로서의 성격을 갖고 있다고 볼 수 있다.

그리고 국가배상책임의 본질과 관련한 문제는, 공무원의 불법행위로 인하여 발생한 손해에 대해 국가가 당해 공무원을 대신하여 배상책임을 질 것인가, 아니면 형식적으로는 공무원의 행위이지만 실질적으로는 국가자신이 직접 책임을 질 것인가이다.

국가배상책임은 연혁적으로 국가무책임에서 대위책임, 그리고 자기책임으로 인정되어 오고 있고, 책임구조와 관련하여, 헌법에서는 국가의 자기책임 형식의 입장이 다수설이다. 헌법이 자기책임을 유지하게 되면, 하위법인 국가배상법이 대위책임설의 입장이라면, 법질서의 조화가 이루어지지 않게 된다. 따라서 연혁적으로나 법질서의 조화를 위해서 국가배상책임의 본질(성질)은 국가의 자기책임으로 보아야 할 것이다.

그리고 국가배상책임의 본질을 자기책임으로 보아야 한다면, 그 근거는 위험책임의 법리로 구성하는 것이 향후 행정상 손해배상과 손실보상에 있어서 국가작용에 의한 피해자 구제의 측면에서 손해전보 제도의 일원화로 재구성 할 수 있는 법 이론으로도 적합할 것이다. 또한 현행 국가배상법 제2조의 해석론과 관련하여, 국가배상책임의 주요한 요건으로서 고의·과실을 규정하고 있어서 과실책임주의인데, 고의·과실은 가해공무원에게 불법행위가 성립하기 위한 주관적 요건이다. 그러나 오늘날 IT를 기반으로 하는 전자정부시스템에서[16,17] 행위자의 주관적 요소를 강조하면 국민의 배상청구권은 상당히 제한적으로 인정 될 것이다. 따라서 현행법 아래에서도 과실의 객관화가 필요하고, 위험책임과 무과실책임

의 인정이 필요하지만, 해석론에서도 한계에 이르고 있으므로, 향후에 국가배상법 제2조 1항에서 공무원의 주관적 요건(고의·과실)을 제외하고, 직무집행의 위법성과 같은 객관적 요건만 갖추어도 국가배상책임이 인정되도록 법규정을 개정하는 입법정책이 필요하다고 할 것이다.

또한 책임요건으로서의 위법성에 대한 학설들은 국가배상제도의 기능과 관련하여, 피해자구제와 법치행정의 요청에 따른 행정의 통제와의 관련 사이에서, 결과불법설은 피해자 구제에 비중이 있고, 행위위법설 중에서 협의설은 법치행정에 의한 행정통제의 면에 비중이 있고, 광의설은 중간에 위치한 것으로 볼 수 있으므로, 국가배상법상의 다양한 위법의 유형들에 대한 해석론으로는 광의의 행위위법설이 타당하다고 할 수 있다.

ACKNOWLEDGMENTS

This paper was supported by the research grant of Far East University in 2014.

REFERENCES

- [1] Kwang-Youn Lee, "The study on the socialization of the Government liability", *SungKyunKwan Law Review* Vol.27 No.1, pp.29-56, 2015.3
- [2] Young Huh, "Korean Constitutional Law(10ed.)", pp.608-612, Pakyoungsa, 2014.
- [3] Yeong-Seong Gwon, "Korean Constitutional Law", p.615, Bobmunsa, 2009 ; Tschol-Su Kim, "Korean Constitutional Law(20ed.)", pp.1054-1055, Pakyoungsa, 2010 ; Jong-Sup Chong, "Korean Constitutional Law(10ed.)", pp.851-853, Pakyoungsa, 2015.
- [4] Yun-Heun Park · Hyung-Gun Chung, "Korean Administrative Law", p.594, Pakyoungsa, 2009 ; Sang-Kyu Lee, "Korean Administrative Law I", p.610, Bobmunsa, 1997 ; Koo-Chul Kang, "Korean Administrative Law", p.659, Hakyeonsa, 1993.
- [5] Doh-Chang Kim, "Korean Administrative Law I", p.573, p.628, p.636, Cheongunsa, 1992.

- [6] Kyun-Seong Park, “Korean Administrative Law I (13ed.)” , p.702-705, p.719-725, p.746, Pakyoungsa, 2014.
- [7] Jeong-Sun Hong, “Korean Administrative Law(23ed.)” , p.731-736, p.754, Pakyoungsa, 2015 ; Ha-Joong Chung, Ibid., p.536.
- [8] Hyun-Ho Kang, “Korean Administrative Law” , p.568-571, p.587, Pakyoungsa, 2007.
- [9] Sung-Soo Kim, “Korean Administrative Law” , p.600, Bobmunsa, 2001.
- [10] Yeong-Seong Gwon, Ibid., p.619 ; Young Huh, Ibid., p.615 ; Nag-In Seong, “Korean Constitutional” , p.848, 2013 ; Young-Soo Chang, “Korean Constitutional Law(4ed.)” , p.899, Hongmunsa, 2010. ; Kyun-Seong Park, Ibid., pp.705-706 ; Jeong-Sun Hong, Ibid., p.754 ; Hyun-Ho Kang, Ibid., pp.571-573.
- [11] Dong-Hee Kim, “Korean Administrative Law I (21ed.)” , p.565, p.571, p.579-581, Pakyoungsa, 2015.
- [12] Sang-Kyu Lee, Ibid., p.613 ; Se-Chang Yoon · Ho-Sung Lee, “Korean Administrative Law I” , p.434, Pakyoungsa, 1993.
- [13] Nam-Jin Kim · Yeon-Tae Kim, “Korean Administrative Law(19ed.)” , p.596-599, Bobmunsa, 2015,
- [14] Ha-Joong Chung, “Korean Administrative Law(7ed.)” , p.536, p.541-548, Bobmunsa, 2013.
- [15] Ji-Tae Yoo · Jong-Soo Park, “Korean Administrative Law(13ed.)” , pp.462-466, pp.472-473, Pakyoungsa, 2009.
- [16] Jung-Hoon Kim, Keun-Ho Lee, “Measures to Improve the Work Process Through the Convergence of Social Welfare based on IT”, Journal of the Korea Convergence Society, Vol. 5, No. 4, pp. 33-38, 2014.
- [17] Seong-Hoon Lee, “Actual Cases and Analysis of IT Convergence for Green IT”, Journal of the Korea Convergence Society, Vol. 6, No. 6, pp. 147-152, 2015.

연 화 준(Yeon, Hwa Jun)



- 1981년 2월 : 청주대학교 법과대학 (법학사)
- 1987년 8월 : 청주대학교 대학원 (법학석사)
- 1997년 8월 : 청주대학교 대학원 (법학박사)
- 2004년 3월 ~ 현재 극동대학교 법경찰학부·중국통상법학과 교수

- 관심분야 : 민사법, 손해배상법, 법이론과 법정책
- E-Mail : jun004@kdu.ac.kr