

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

Current Status of the State Compensation System and its
Challenges on Legal Policy

서주연 · 김철우 · 박원규 · 이훈

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

연구책임자

서 주 연 한국형사·법무정책연구원 부연구위원, 변호사

공동연구자

김 철 우 세명대학교 교수

박 원 규 군산대학교 교수

이 훈 조선대학교 교수

연구지원

고 가 영 한국형사·법무정책연구원 조사연구원

엄 수 진 한국형사·법무정책연구원 인턴연구원

‘국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제’ 연구는 국민의 헌법상 권리이자 법치행정이라는 국가행정의 정책적 방향을 제시하고 있는 국가배상제도의 운영 현황을 파악하고 문제점을 도출하여 그 개선방향 내지 발전 방향을 제시하기 위한 연구입니다.

국민들의 인권의식이 향상됨에 따라 그 동안 간과되어 왔던 공무원의 직무상 행위로 인한 법령 위반, 권한 남용 또는 불행사, 관행 등에 대한 국가배상청구, 민·형사소송, 관련 국가기관에의 민원 등의 문제제기 역시 양적으로 확대되어 왔습니다.

특히, 공무원의 직무상 위법행위에 대한 국가배상사건 내지 국가배상 결과의 증가는 국가재정에 부담을 가중할 뿐만 아니라 각 행정기관의 적극행정이 축소되는 경향으로 이어질 위험을 안고 있습니다. 따라서 국가배상제도는 국가의 배상책임 구현을 통해 국민의 권리를 보장하면서 국가 기관의 적극행정 실현을 저해하지 않는 방향으로 적정히 운영되어야 할 필요가 있습니다.

이를 위해 본 연구는 공무원의 직무상 행위에 대한 국가배상사건과 관련된 법령과 판결례, 유관기관의 대응·관리 실태를 중심으로 국가배상제도의 운영현황을 검토하여 현행 국가배상제도의 문제점을 도출하고, 독일, 프랑스, 미국의 국가배상제도를 비교법적으로 분석하여 현행 제도의 개선을 위한 입법정책적 대안을 제시하고 있습니다.

바쁘신 중에도 기꺼이 본 연구에 참여해 주신 세명대학교 김철우 교수님, 군산대학교 박원규 교수님, 조선대학교 이훈 교수님께 깊이 감사드립니다. 아울러 선행연구, 통계자료, 판결문 수집 및 보고서 발간을 위해 애써 준 고가영 조사연구원과 엄수진 인턴연구원에게도 감사의 마음을 전합니다.

2023년 1월

연구진을 대표하여

부연구위원 서 주 연



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서주연

서론	3
----------	---

제1절 연구배경 및 목적	5
---------------------	---

제2절 연구범위 및 방법	6
---------------------	---

1. 연구범위	6
---------------	---

2. 연구방법	8
---------------	---

제2장 서주연

국가배상제도의 일반적 논의	11
----------------------	----

제1절 국가배상제도의 의의	13
----------------------	----

1. 행정상 손해배상으로서의 국가배상	13
----------------------------	----

2. 국가배상제도의 체계 및 절차	23
--------------------------	----

제2절 국가배상제도의 운영실태	28
------------------------	----

1. 국가배상심의회 사건	28
---------------------	----

2. 국가배상소송 사건	33
--------------------	----

제3절 선행연구 검토	38
-------------------	----

1. 국가배상책임의 법적 성격 및 관할	38
-----------------------------	----

2. 국가배상책임의 성립요건	39
-----------------------	----

3. 공무원 개인의 책임 및 구상책임	44
----------------------------	----

제4절 쟁점의 정리	45
------------------	----

제3장 박원규·김철우·이훈

국가배상제도의 비교법적 고찰 49

제1절 독일	51
1. 독일 국가배상제도의 개관	51
2. 독일 수사기관 대상 국가배상제도 논의	64
3. 경찰법상 국가배상 관련 특별 규정	73
4. 시사점	79
제2절 프랑스	82
1. 프랑스 국가배상제도의 개관	82
2. 프랑스 국가배상제도의 운영현황, 실태 및 판결례 분석	85
3. 프랑스 수사기관 대상 국가배상제도 논의	107
4. 시사점(示唆點)	112
제3절 미국	114
1. 미국 국가배상제도의 개관	114
2. 미국 국가배상제도 운용 현황/실태/판결례 분석	116
3. 미국 수사기관 대상 국가배상제도 논의	150
4. 시사점	159

제4장 서주연

국가배상사건의 판결문 분석 165

제1절 분석대상 및 범위	167
제2절 분석내용	169
1. 위법성의 판단기준 및 내용	169
2. 고의·과실의 판단기준 및 내용	174
3. 객관적 정당성	178
4. 인과관계 : 직무상 의무의 사익보호성	184
제3절 긴급조치 사건의 경과	186
1. 종래 법원의 태도	186

2. 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결	189
3. 관련 분석대상 판례	190
제4절 분석결과	191
1. 객관적 정당성 기준의 문제점	191
2. 과실 판단의 문제점	194
3. 입법작용 및 사법작용에서의 배상책임	195
4. 공무원 개인의 책임 및 구상책임 문제	196
5. 국가배상소송 및 관련 소송의 관할 문제	197

제5장 서주연

결론	199
----------	-----

제1절 개정 및 개선 방향	201
제2절 입법정책적 제언	202
1. 국가배상책임의 성립요건	202
2. 공무원 개인의 책임 및 구상책임 제한	205
3. 국가배상소송 및 관련 소송의 관할	208

참고문헌	209
------------	-----

Abstract	217
----------------	-----



표 차례

[표 2-1] 국가배상신청 접수 및 처리 현황	29
[표 2-2] 배상심의회 결정금 지급 현황	32
[표 2-3] 국가배상사건 심급별 접수 및 처리 현황	34
[표 3-1] Bivens 판결 이전 미국 공무원의 신분과 위반 법령에 따른 국가배상	132
[표 3-2] Bivens 판결 이후 미국 공무원의 신분과 위반 법령에 따른 국가배상	134
[표 3-3] 미국 경찰관서별 예산 및 국가배상 소송비용(2012-2014 평균)	152
[표 3-4] 1871년 민권법 제1983조 미국 경찰관서 교육훈련 흠결 관련 소송 현황	155
[표 3-5] 미국 지역경찰관서 화해명령 및 양해각서 체결 현황(2017년 기준)	157



그림 차례

[그림 2-1] 국가배상신청 접수 및 처리현황 연도별 추세(2001년~2021년)	30
[그림 2-2] 배상심의회 결정금 지급 연도별 추세(2001년~2021년)	33
[그림 2-3] 국가배상사건 제1심 연도별 추세(2001년~2021년)	36
[그림 2-4] 국가배상사건 항소심 연도별 추세(2001년~2021년)	37
[그림 2-5] 국가배상사건 상고심 연도별 추세(2001년~2021년)	37
[그림 3-1] 미국 공무원의 소속 기관과 위반 법령의 종류에 따른 국가배상책임 흐름도 ...	120

헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 헌법 제29조는 국가배상책임주의 원칙을 선언하면서 국가배상청구권을 기본권으로 인정하고 있으며, 이를 구체화하여 제정된 법률이 국가배상법이다. 따라서 국가배상제도는 각 행정기관에게는 법치행정이라는 정책 방향을 제시하고, 이에 대하여 국민이 갖는 헌법상의 권리 보장을 담보하고 있는 제도라는 의의를 갖는다.

그 동안 국가배상제도는 국가배상책임의 법적 성격이 국가의 자기책임으로 이해되고 있음에도 불구하고 공무원 개인의 책임을 핵심으로 한 민사소송 위주의 민사법적 관점에 매몰되어 있다는 평가와 동시에 국가배상을 통한 행정통제, 공익과 사익의 조정, 공적부담의 평등, 공적 위험의 분배, 사회연대 등 공법적 관점을 반영한 제도 개선이 필요하다는 평가를 받아 왔다.

이에 본 보고서는 현행 국가배상제도의 운영현황과 이를 둘러싼 일반적 논의를 검토하여 관련 쟁점을 파악하고, 독일, 프랑스 미국의 국가배상제도에 대한 비교법적 고찰을 통해 우리 법제에 줄 수 있는 시사점을 도출하였다. 또한, 국가배상소송이 실질적으로 어떻게 운영되고 있는지를 파악하기 위해 최근 10년간의 대법원 판례, 관련 파기환송심 및 하급심, 헌법재판소 판례의 청구원인 사건, 국가배상책임의 성립 요건, 책임의 성부, 배상액 산정기준 등을 실증적으로 분석하였다.

그 결과, 국가배상제도 개선을 위한 입법정책적 제언으로 다음과 같은 결론을 도출하였다.

첫째, 국가배상책임의 성립요건과 관련하여 국가배상법 제2조 제1항 개정을 통해 배상책임 주체에 공공단체를 추가하여 현행 국가 및 지방자치단체뿐만 아니라 영조물 법인, 공공조합과 같은 공공단체에까지 확대하고, 국가배상책임을 국가의 자기책임으로 구현하기 위해 과실 개념을 실질적으로 객관화하는 방향으로 재정립함과 동시에 이에 맞춰 위법 개념 역시 재정립되어야 하며, 입법작용 및 재판작용에서의 배상책임

2 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

의 범위를 보다 구체적으로 구분할 것을 제안하였다.

둘째, 국가배상법 제2조 제2항이 고의·중과실의 경우에 한정하여 공무원의 구상책임을 인정하고 있으나, 소송실무에서 위법한 행정결정에 대하여 쉽게 중과실을 인정함으로써 공무원 개인에게 책임을 부과하는 경향이 있기에 공무원 개인의 책임 및 구상책임 제한을 위해 공무원의 위법한 직무집행에 있어서 고의, 중과실 범위의 축소가 필요함을 강조하였다.

마지막으로, 국가배상책임과 국가배상제도를 공법상의 책임이자 국가의 자기책임에 기반한 공법상의 제도로 보는 이상 국가배상소송은 공법상의 소송으로 규정하여 민사법원이 아닌 행정법원에서 별도로 다루어져야 하므로, 이를 위해 행정소송법 제3조 제2호 당사자 소송에 국가배상소송을 신설하거나, 국가배상법상 이를 당사자 소송으로 제기할 것을 규정하는 방법을 고려해 볼 것을 제안하였다.

제 1 장

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

서 론

서 주 연

제1절 | 연구배경 및 목적

사회적 인권의식의 향상과 더불어 공무원의 직무상 행위와 관련하여 법령 위반, 권한 남용 또는 불행사, 관행 등에 관한 문제제기로서 국가배상, 민사형사소송, 해당 행정기관 또는 상급기관, 외부 국가기관(국가인권위원회, 국민권익위원회, 감사원 등)에 대한 민원 제기 등이 활성화되어왔다. 그중에서 국가배상은 국민의 헌법상 권리로 보장된 것으로 각 행정기관에 있어 법치행정이라는 정책방향을 제시하고, 이에 대한 국민의 권리 보장을 담보하고 있는 제도라는 의의가 있다.

국가배상소송에서 공무원의 직무상 불법행위는 엄격한 의미의 법령 위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용 금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반 등으로 광범위하게 논하여지고 있다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다8774 판결 등 참조). 이에 형법상 공무원의 직무에 관한 죄에 해당하는 경우 고소·고발이 가능한 형사절차와 비교하여 광범위한 범위의 행위에 대해 그 위법성 등이 확인될 수 있다. 해당 행정기관 또는 외부 국가기관의 민원의 경우 국가배상이나 민사·형사 등 소송절차보다 간명하게 절차를 진행할 수 있는 이점이 있으나, 그 결정·권고 등에 대한 강제적 효력이 부재하거나 미약한 경향이 있다.

수사기관 대상 국가배상소송의 경우 수사권 행사의 오·남용 여부와 그에 따른 국가배상책임의 성립 여부 및 제한 정도가 판단됨으로써 각 사안마다 적절한 수사권 행사의 범위와 방법을 직·간접적으로 제시하고 있다.

먼저 경찰의 경우 피의자신문조서 작성 시 문답을 바꾸어 장문단답의 실제 신문내

6 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

용을 단문장답으로 기재한 행위(대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결), 위해 성 경찰장비인 살수차와 물대포의 사용에 따른 집회 해산(대법원 2019. 1. 17. 선고 2015다236196 판결), 직무상 의무를 위반하여 위법하게 된 경찰관의 권한 불행사(대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결) 등이 다투어졌다. 또한 검찰의 경우 법원의 증거개시결정에 대한 검사의 증거개시의무(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다48452 판결), 변호인의 피의자신문참여권에 관한 검사의 법령 해석 오류(대법원 2010. 6. 24. 선고 2006다58738 판결), 증인의 신변보호요청에 대한 공판검사의 부작위(대법원 2009. 9. 24. 선고 2006다82649 판결) 등이 다투어진 바 있다.

공무원의 직무상 위법행위에 대한 국가배상사건 내지 국가배상 결과의 증대는 국가 재정의 부담일 뿐만 아니라 각 행정기관에 있어 적극행정의 축소 경향으로 이어질 가능성이 있다. 즉 국가배상제도는 국가배상책임의 구현을 통한 국민의 권리 보장과 동시에 적극행정의 실현을 위해 적정히 운영되어야 한다고 할 수 있다. 따라서 관련 법령과 판결례, 국가배상사건을 둘러싼 유관기관의 대응·관리 등이 종합적으로 검토될 필요성이 있다고 생각된다.

이에 본 보고서는 현행 국가배상제도의 운영현황을 파악하고, 그 쟁점과 과제를 도출하여 국가배상제도의 개선방안 내지 발전방향을 제시하고자 한다. 즉, 국가배상 책임의 법적 성격을 중심으로 현행 법령 및 관련 내지 유사 제도의 검토, 주요국의 국가배상책임에 관한 비교법적 고찰 등을 통해 국가배상제도의 의의를 제고하고자 한다.

제2절 | 연구범위 및 방법

1. 연구범위

헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 국가배상책임주의의 원칙을 선언한 것이며, 국가배상청구권을 기본권으로

인정하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이때 국가배상청구권은 단순한 재산권의 보장만을 의미하는 것이 아닌, 청구권적 기본권 내지 절차적 기본권으로 보장하고 있는 것으로 새겨야 한다.¹⁾

헌법 제29조를 구체화하여 제정된 법률이 국가배상법이다. 국가배상법 제8조는 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만, 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다”고 하여 국가배상법이 국가 또는 지방자치단체의 불법행위책임에 관한 일반법임을 알 수 있다. 민법 외의 법률에 따른 다른 규정으로는 우편법 제38조와 같은 배상금액을 정형화 또는 경감하는 경우, 원자력 손해배상법 제3조와 같은 무과실책임을 인정하는 경우 등이 있다. 국가배상법은 국가배상책임의 유형으로 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상책임(법 제2조)과 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 배상책임(법 제5조)을 규정하고 있다.

그간 국가배상법은 행정소송법이 개정을 거듭하고 판례에서 처분성과 원고적격의 확대, 조리상 신청권의 확대, 협의의 소의 확대, 무효확인소송의 독자성 인정 등 발전을 거듭한 것과 비교하여 상대적으로 담보되어 있다고 평가된다.²⁾ 즉, 국가배상책임의 법적 성격이 대체로 국가의 자기책임으로 이해되고 있음에도 불구하고, 공무원 개인의 책임이 핵심적으로 다투어지거나 만연히 민사소송으로 다루어지며 채권·채무의 확정이라는 민사법적 관점에 갇혀있다는 것이다. 이러한 견지에서 국가배상을 통한 행정통제, 공익과 사익의 조정, 공적부담의 평등, 공적 위험의 분배, 사회연대 등 공법적 관점을 반영하여 국가배상제도를 개선할 필요성이 대두되어왔다.

위와 같은 문제의식을 바탕으로 본 보고서에서는 연구범위를 공무원의 위법행위로 인한 국가배상책임(동법 제2조)과 이와 관련한 공무원 개인의 불법행위책임 및 구상책임에 한정하고자 한다. 영조물의 하자로 인한 국가배상책임(동법 제5조)의 경우 영조물의 설치·관리상 하자의 개념과 판단기준에 대한 논의가 주를 이루고 있어 국가배상책임의 법리 이해 및 그에 적합한 제도 개선을 통해 공무원집행의 적정성과 법치행정을 도모하고자 하는 본 보고서의 연구목적과는 다소간에 거리가 있기 때문이다.

1) 홍정선, 행정법원론(상)(제30판), 박영사, 2022, 799면.

2) 박정훈, 국가배상법의 개혁, 행정법연구 62, 행정법이론실무학회, 2020. 8., 30면.

또한 현행 제도는 국가배상심의회 사건과 국가배상소송 사건의 이원적 체계 및 임의적 전치주의로 운용되고 있다. 국가배상심의회의 사건은 대부분 영조물책임으로 인한 손해배상사건으로 파악되며 국가배상심의회의 경우 공무원의 불법행위로 인한 손해배상사건의 비율과 인용률은 높지 않다고 한다.³⁾ 즉, 영조물의 하자로 인한 국가배상책임에 관한 국가배상심의회 사건 및 이에 대한 국가배상소송을 연구범위에서 제외하고 공무원의 위법행위로 인한 국가배상책임에 집중하여 비교법적 고찰과 판결문 분석을 함으로써 보다 실효적인 결과 및 개선방안을 도출할 수 있을 것으로 판단하였다.

결론적으로 주로 국가배상법 제2조를 대상으로 국가배상책임의 법리와 같은 국가배상제도의 일반적 논의와 이를 바탕으로 한 비교법적 고찰 및 판결문 분석을 진행하였다.

2. 연구방법

제2장에서는 국가배상제도의 일반적 논의를 정리하였다. 국가배상제도에 관한 단행본, 학술논문, 정책보고서 등 국가배상사건 현황 및 통계자료, 선행연구의 검토를 통해 본 보고서에서 이후 다루어질 구체적인 쟁점들을 도출하였다.

제3장에서는 비교법적 고찰이 이루어졌다. 국가배상제도를 운용하고 있는 주요국으로 독일, 프랑스, 미국을 선정하여 각국 법제의 개관, 국가배상책임의 법적 근거 및 성격 등을 고찰함으로써 우리 법제에 줄 수 있는 시사점을 제시하였다.

제4장에서는 국가배상소송 판결문을 수집·분류하여 실무상 국가배상소송 운영실태를 파악하고자 하였다. 이를 위해 최근 10년간(2012~2021년) 대법원 판례, 관련 파기환송심 및 하급심, 헌법재판소 판례 등을 수집하여 청구원인 사건, 국가배상책임의 성립요건, 책임의 성부, 배상액 산정기준 등을 실증적으로 분석하였다.

제5장에서 본 보고서의 앞선 내용들을 요약·정리하고, 입법정책적 제언으로 마무리하였다.

국가배상제도의 개선과제 및 연구방법의 확정부터 입법정책적 제언에 이르기까지

3) 김의석, 현행 국가배상심의회제도의 문제점-보험금과 관련한 문제를 중심으로, 성균관법학 33(2), 성균관대학교 법학연구원, 2021. 6., 556~557면.

유관기관에 대한 정보공개청구, 내부자료 요청 등을 활용하였으며, 행정법·민사법 전문가, 유관기관 등과의 자문회의 및 워크숍이 이행되었다.

제 2 장

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

국가배상제도의 일반적 논의

서 주 연

제2장

국가배상제도의 일반적 논의

제1절 | 국가배상제도의 의의

1. 행정상 손해배상으로서의 국가배상

가. 행정상 손해배상의 개념 및 분류

행정상 손해배상은 행정권의 행사에 의해 우연히 발생한 손해에 대한 국가 등의 배상책임을 말하며, 이를 국가배상이라고 한다.

전통적으로 행정상 손해배상은 위법한 국가작용으로 인해 발생한 손해배상을 가리키므로, 적법한 국가작용으로 인해 발생한 손실을 보상하는 손실보상과 구별된다. 그러나 오늘날 양자의 구별은 상대화하고 있으며, 특히 손해배상의 손실보상화 경향이 두드러지고 있다.⁴⁾ 즉, 가해행위의 적법·위법 여부, 과실·무과실 여부를 묻지 않고 배상책임을 인정하는 공법상 위험책임이 등장하고, 국가배상법 제5조 영조물책임은 엄격한 의미에서 가해행위의 위법이나 과실을 요건으로 하고 있지 않다.⁵⁾

행정상 손해배상은 주로 과실책임, 영조물책임, 공법상 위험책임으로 구분된다.⁶⁾ 국가배상법 제2조 공무원의 위법·과실행위로 인한 책임과 달리, 공법상 위험책임은 적법·위법 여부, 과실무과실 여부를 묻지 않는 무과실책임인 점에서 구분된다. 국가

4) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 545면.

5) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 811면.

6) 공법상 위험책임이란, 감염병예방법 제71조에 따라 과실 유무에 관계없는 예방접종 피해보상의 경우와 같이 국가의 위험책임 내지 위법·무과실을 말한다(김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 840~841면).

배상법 제5조 영조물책임을 영조물의 물적 하자로 인한 일종의 위험책임으로 파악한다면, 영조물책임은 공무원의 과실 있는 직무집행 행위로 인한 행위책임인 국가배상법 제2조의 책임과 상당히 다른 성격을 가지는 손해전보제도로 볼 수 있다. 따라서 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 인한 책임을 공무원의 과실행위로 인한 책임과 엄격히 구분하는 것이 타당하며, 국가배상법 역시 제2조 국가의 과실책임과 제5조 영조물책임을 규정하고 있다. 또한 제5조 영조물책임은 영조물의 하자를 요건으로 하는 점에서 이 같은 요건을 요하지 않는 공법상 위험책임과도 구별된다.

나. 국가배상책임의 근거

1) 국가배상책임의 이론적 근거

과거 군주국가에서는 근대 초기까지도 주권면책사상(Sovereign Immunity) 또는 주권무오류사상(The King can do no wrong)으로서 국가무책임의 원칙이 지배하였다. 그러나 근대 법치국가 이후 국가무책임의 특권은 정의·공평의 관념 및 피해자 구제의 관점에서 부인되고 국가배상책임이 일반적으로 인정되고 있다. 프랑스에서는 15세기부터 공무원의 과실 있는 행위는 왕의 행위로부터 분리되어 공무원에게 귀속되고 공무원이 배상책임을 지게 되었으며, 다만 공무원의 배상책임이 전적으로 인정되기보다 제한적으로만 인정되었다.⁷⁾ 19세기 후반 이후 프랑스 판례에 의해 확립된 국가배상책임을 필두로 하여 독일, 영미 등 국가에서도 법률 또는 판례법으로 국가책임을 인정되기에 이르렀다.⁸⁾

국가배상법 제2조 공무원의 위법·과실행위로 인한 책임의 직접적 근거는 과실책임 원칙에 있다. 행정주체는 공무수행상 일정한 주의의무를 준수하여야 하는데, 이를 준수하지 않음으로써 국민에게 손해를 발생시켰다면 과실로 손해를 발생시킨 행정주체가 그 손해에 대한 배상책임을 져야 한다는 것이다. 국가의 과실책임은 법치국가 원칙으로부터도 요청된다. 위법행위로 인해 국민에게 손해가 발생한 경우에는 당해 손해를 배상해주는 것이 법치주의 원칙에 합치한다는 것이다. 다만 현행 국가배상법

7) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 812면.

8) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 546면; 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 503면.

상 가해행위가 위법한 것만으로는 국가배상책임이 인정되지 않고 공무원의 과실도 요하고 있다. 한편 국가의 과실책임의 원칙을 위험책임의 원리로부터 도출하는 견해도 있다. 위법하게 행사될 위험성이 있는 행정권을 공무원에게 수권한 국가는 그러한 행정권이 잘못 행사되어 초래된 손해에 대해 배상책임을 져야 한다는 것이다.

국가배상법 제5조 영조물책임의 근거는 위험책임의 원리이다. 즉, 영조물이 안전성을 결여하여 국민에게 손해를 발생시킬 위험을 갖고 있음에도 이러한 하자 있는 영조물을 공적 목적에 제공하고 있는 경우에는 하자 내지 위험성 있는 영조물로부터 야기된 손해를 당해 영조물을 설치 또는 관리하는 국가 또는 지방자치단체가 손해를 배상하여야 한다는 것이다.

공법상 위험책임은 위험이론에 근거하고 있다. 위험이론이란, 자신의 이익을 위한 활동에 대하여 특별한 위험을 창설한 자는 그 창설된 위험의 실현에 의한 손해를 배상하여야 한다는 것이다. 그러나 공법상 위험책임의 근거가 되는 위험이론은 위법행위에 기한 국가배상책임의 근거로 주장되는 '위험책임'과는 구별되어야 한다. 전자에 있어서 위험은 후자에 있어서의 위험, 즉 공권력 일반에 내재하는 일반적 위험보다는 그 위험의 정도가 강한 것으로서 특별한 위험을 의미한다.⁹⁾ 또한 공법상 위험책임이 인정되기 위해서는 반드시 법률의 근거가 있어야 하며, 현행법상 공법상 위험책임은 극히 제한적으로 인정되고 있다.

2) 국가배상책임의 실정법적 근거

우리나라에서 국가배상책임이 법문언상 등장한 것은 1948년 제정 제헌헌법 제27조 제2항이었으며,¹⁰⁾ 해당 헌법조항은 유신헌법에서 이중배상배제 규정이 추가된 것을 제외하고 그 후 헌법개정에서 부분적인 자구수정만을 거쳐 현행 대한민국헌법 제29조 제1항에 이르렀다.¹¹⁾ 이는 국가무책임의 특권을 부인하고 공무원의 직무상 불법행위

9) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 813면.

10) 대한민국헌법[시행 1948. 7. 17.] [헌법 제1호, 1948. 7. 17., 제정]

제27조 공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다.

공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.

11) 대한민국헌법 [시행 1988. 2. 25.] [헌법 제10호, 1987. 10. 29., 전부개정]

제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가

16 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

로 인한 손해에 대한 국가배상책임의 원칙을 명시적으로 선언하며, 국가배상청구권을 국민의 헌법상 기본권으로 인정하고 있다. 국가배상책임을 인정받기 위해 헌법적 근거가 반드시 필요한 것은 아니어서 다른 법률에 의해서도 국가배상책임을 인정받을 수 있으나, 헌법상 재산권의 보장, 평등원칙 등 헌법규정 및 헌법원칙을 위반하여서는 안 된다.

해당 헌법조항에 근거하여 1951년 9월 8일 국가배상법이 제정되었다. 1951년 9월 8일 법률 제231호로 제정 및 시행된 국가배상법의 제정이유는 아래와 같으며,¹²⁾¹³⁾ 현행 국가배상법에서도 그 기초와 관련 조항이 비교적 그대로 유지되고 있음을 알 수 있다.

헌법상 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있도록 되어 있는 바, 이는 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 국민을 특히 보호하기 위한 것으로서 이러한 국가배상제도는 민주주의국가에서 예외없이 채택하고 있음을 감안하여 국가배상에 관한 사항을 정하려는 것임.

- ① 국가 또는 공공단체의 손해배상책임에 관하여는 이 법의 규정에 의한 외에 민법의 규정에 의하도록 함.
- ② 공무원이 그 직무를 행함에 있어 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하였을 때에는 국가 또는 공공단체는 그 손해를 배상할 책임을 지도록 하고, 이 경우 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있었을 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에게 구상할 수 있도록 함.
- ③ 도로·하천 기타 공공의 영조물설치 또는 관리의 하자로 인하여 타인에게 손해가 발생하였을 때에는 국가나 공공단체가 그 손해를 배상하도록 함.
- ④ 국가 또는 공공단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임, 감독 또는 공공영조물의 설치나 관리를 맡은 자와, 공무원의 봉급급여 기타의 비용 또는

또는 공공단체에 상당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

12) 국가배상법 [시행 1951. 9. 8.] [법률 제231호, 1951. 9. 8., 제정] 제정이유

13) 제정과 이후의 개정 연혁에 관한 상세로는 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 505~511면; 김남진·김연태, 행정법 1(제26판), 법문사, 2022, 649~650면.

공공영조물의 설치나 관리의 비용을 부담하는 자가 동일하지 않을 경우에는 비용을 부담하는 자도 그 손해를 배상할 책임을 지도록 함.

- ⑤ 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용토록 함.

즉, 국가배상법은 제2조 국가와 지방자치단체의 과실책임 및 제5조 영조물책임을 규정하고 있다. 국가배상법 제8조는 “국가나 지방자치단체의 손해배상책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다”고 하여 국가배상법이 행정상 손해배상에 관한 일반법임을 명시하고 있다. 따라서 특별법이 있으면 그 규정에 의하고,¹⁴⁾ 그러한 특별법이 없으면 국가배상법이 적용되며, 국가배상법에 특별한 규정이 없는 경우 민법의 규정에 의할 것이다.

헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 단서는 이중배상금지 원칙을 규정하고 있다. 군인·군무원·경찰공무원 등이 직무행위와 관련하여 받은 손해에 대해서는 당해 법률에 의한 보상 외에 국가배상법 제2조 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다. 최근 대법원은 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항 단서의 이중배상금지 원칙은 국가배상청구에 앞서 다른 보상금을 먼저 지급받은 때에 적용되나, 반대로 국가배상을 먼저 받은 뒤 보상금을 받을 때에는 적용되지 않는다는 입장을 취하여 이중배상금지 원칙의 적용을 제한하여 국가유공자 등의 권리보호를 확대하였다.¹⁵⁾

또한 국가배상법 제7조는 외국인이 피해자인 경우 상호보증에 있는 때에 한하여 적용된다고 규정하고 있으며, 이러한 상호주의의 채택은 공평의 원칙에 기한 것으로 볼 수 있다.

한편 헌법이 국가배상의 주체를 “국가 또는 공공단체”로 규정하고 있으나, 국가배상

14) 자동차손해배상 보장법 제3조, 원자력손해배상법 제3조, 우편법 제5장 등이 있다.

15) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2014두40012 판결; 학계에서는 궁극적으로 헌법개정시에 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항 단서를 삭제하거나 또는 「국가유공자등예우및지원에관한법률」상 보상수준을 국가배상법의 배상수준과 거의 동일한 수준으로 상향시키는 것이 바람직하다는 견해가 지배적이다(상세로는 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 510~511면).

법은 “국가 또는 지방자치단체”로 규정하여 지방자치단체 이외의 공공단체(공공조합, 영조물법인 등)의 배상책임은 민법에 맡기고 있다. 이에 관해서는 헌법 제29조의 취지가 소속 직원의 불법행위에 대해서는 당해 공공단체 스스로 배상하여야 한다는 것이므로, 모든 공공단체의 배상책임을 동일한 법률에 의해 규율하여야 한다는 것은 아니라고 보는 견해가 있다.¹⁶⁾ 그러나 국가배상법은 배상책임의 요건이나 구상 또는 면책사유의 부인 등에 있어 민법과는 달리 규정하고 있는 점 등에서 헌법의 명시적인 규정에도 불구하고 국가배상법이 배상주체를 국가와 지방자치단체로 한정하고 있는 것은 문제의 소지가 있다.¹⁷⁾

다. 국가배상책임의 법적 성격

1) 사법설과 공법설

국가배상책임 내지 국가배상법의 성격에 관해서는 사법상 책임설(사법설)과 공법상 책임설(공법설)이 대립하고 있다.

먼저 사법설은 국가배상법을 손해배상에 대한 민법의 특별법이라고 하며, 국가를 사인과 동일한 지위에 두어 그 배상책임을 인정하고 있으므로 국가배상책임이 불법행위책임의 한 유형에 불과하다고 본다.¹⁸⁾ 행정소송법 제10조 제1항은 “당해 처분 등과 관련되는 손해배상 … 등 청구소송”을 행정소송에 병합할 수 있도록 규정하고 있는바, 위법한 행정작용으로 인한 손해배상청구는 원칙적으로 민사소송절차에 의하는 것임을 전제로 그 같은 민사상 청구를 실질적인 행정소송에 병합할 수 있도록 한 것이며, 국가배상법 제8조가 “… 이 법의 규정된 사항 외에는 민법에 따른다”고 규정하여 민법에 대한 특별법적 성격을 나타낸 것으로 볼 수 있다고 한다.

다음으로 공법설은 우리 실정법상 공법과 사법의 이원적 체계가 인정되는 이상, 공법적 원인에 의해 발생한 손해에 대한 국가배상책임에 민법이 그대로 적용될 수는 없는 것이고, 이러한 공법상 책임에 관한 법률인 국가배상법은 공법으로 볼 수 있다고 한다.¹⁹⁾ 행정소송법 제3조 제2호의 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에

16) 박윤흔, 행정법 상(제30판), 박영사, 2009. 676면.

17) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021. 550면.

18) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021. 550면.

관한 소송에는 당연히 행정상 손해배상청구소송이 포함된다고 보아야 하며, 국가배상법 제9조가 국가 등에 대한 손해배상신청 사건에 대한 배상심의회의 임의적 결정절차를 규정하고 있는 것은 국가배상법이 공법임을 나타낸다는 것이다.

팔레는 사법설의 입장이며,²⁰⁾ 실무에서도 국가배상청구사건은 일반민사사건으로 다루어지고 있다. 그런데 학계에서 국가배상법 내지 국가배상청구권의 성질을 사법설로 보는 입장은 거의 찾아볼 수 없다.²¹⁾ 연혁적으로 국가배상청구권이 헌법상 기본권으로서 이를 바탕으로 국가배상법이 마련된 이상 이는 공법제도로 출발하였다고 보아야 하며,²²⁾ 논리적으로 국가가 그 배상책임을 인정하였다고 하여 곧바로 성질이 민사상 불법행위책임의 한 유형에 불과하다거나 행정소송법 제10조 제1항은 취소소송에 대한 관련 청구소송의 병합제기에 관한 것으로 해당 조항의 손해배상청구소송을 민사소송으로 상정하여 규정한 것이라고 볼 필연성이 없다는 것이다.²³⁾ 또한 국가배상책임이 가해행위의 결과인 손해의 전보에 관한 것이기는 하나, 동시에 행정통제의 기능을 가지는 것을 간과하여서는 안 된다고도 한다.²⁴⁾

물론 국가배상법에 기한 국가배상책임이 행위의 위법성과 행위자의 과실을 요건으로 하고 있어 민사상 불법행위책임과 공통점을 가지고 있으나, 국가배상법이 공법적 원인에 의해 발생한 손해에 대한 국가 등의 배상책임을 규정한 법으로서 공법으로 보는 것이 타당한 점, 배상책임의 발생원인인 행정작용 기타 공권력 행사는 공익 목적을 실현하기 위한 조직체의 활동인 점, 국가배상책임의 특수성은 공권력 주체로서의 국가와 행정의 적정한 운영에서 찾아야 하는 점 등을 감안하면 민사상 불법행위 책임과는 다른 평가를 요한다고 할 수 있다. 이에 따라 배상책임의 성립요건으로서 위법성이나 과실의 관념도 달리 파악할 여지가 충분하다.

19) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 550~551면.

20) 대법원 1972. 10. 10. 선고 69다701 판결, 대법원 1971. 4. 6. 선고 70다2955 판결 등; 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결에서 국립 소록도병원 등에 소속된 의사 등이 한센인들에게 시행한 정관·임신중절수술이 위법한 공권력의 행사로서 민사상 불법행위가 성립한다고 판시하였는데, 대법원이 여전히 국가배상책임을 민사상 불법행위책임의 차원에서 접근하고 있음을 잘 보여준다.

21) 다만 정부가 2007. 11. 19. 국회에 제출한 행정소송법 개정안에서는 행정상 손해배상에 관한 소송을 당사자소송의 한 유형으로 들고 있기도 하다.

22) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 847면; 김남진·김연태, 행정법 1(제26판), 법문사, 2022, 652면; 홍정선, 행정법원론 상(제30판), 박영사, 2022, 800면.

23) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 551면.

24) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 818면.

그러나 국가배상책임의 성격에 관한 논의가 크게 의미가 있어 보이지는 않는다. 하천구역 편입토지에 대한 손실보상청구 사건에서 종래 국가를 상대로 한 금전급부청구를 민사법적으로 접근한 판례의 태도가 수정되고 있으며,²⁵⁾ 행정소송법 개정 논의에서 국가배상청구 사건을 공법상 법률관계를 대상으로 한 당사자소송에 포함시키는 것에 정부와 학계가 광범위한 동의를 보이고 있기 때문이다.²⁶⁾ 요컨대, 국가배상책임의 특수성 및 민법상 불법행위책임과의 차이점 등과 같은 섬세한 논의를 통해 현행 국가배상제도가 공법제도로서 본연에 충실한지 여부를 숙고하고 제도의 개선방향을 검토하는 것이 바람직할 것이다.

2) 대위책임설과 자기책임설

시원적 모델인 공무원 개인책임설은 배제되고, 오늘날에는 대위책임설, 자기책임설, 그리고 중간설이 대립하고 있다. 국가배상책임의 성질이 특히 국가배상법 제2조에서 주요하게 논해지는 이유 중 하나는, 이에 따라 가해공무원의 고의·과실과 같은 주관적 책임요소에 대한 평가가 엇갈리기 때문이다. 대위책임설에서는 주관적 책임요소가 국가의 책임인수를 위한 출발점이 되는 반면, 자기책임설에서는 구태여 주관적 책임요소가 요해지지 않거나 법률에 명시적으로 규정되어 있다 하더라도 그 의미는 일종의 무과실책임에 가까운 방향으로 축소되어야 한다.²⁷⁾

대위책임설은 국가배상책임을 공무원의 개인적인 불법행위책임에 대신하여 지는 책임이라고 보는 이론이다. 국가배상법상 공무원의 과실이 책임요건으로 되어 있다는 데 근거하며, 국가배상의 대상이 되는 손해는 공무원의 과실에 의해 야기된 것으로 과실을 범한 공무원이 배상책임을 져야 하는 것이나, 공무원에게 자력이 없는 경우가 적지 아니하므로 피해자의 구제를 위하여 국가가 공무원에 대신하여 책임을 지는 것으로 본다.

즉, 본래 공무원 개인의 책임을 국가가 대신하여 진다는 논리의 귀결로서 공무원의 과실은 공무원 개인을 기준으로 판단되어야 하는 주관적 관념으로 해석할 수밖에 없다. 이에 따라 이른바 위법·무과실의 경우 배상책임이 부인되거나, 피해자가 국가와

25) 대법원 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결

26) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 847면.

27) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 848면.

공무원 양자에 대해 선택적으로 배상청구를 할 수 없고 국가에 대해서만 배상청구를 할 수 있는 부당한 결과가 야기될 것이라는 비판이 제기되고 있다.²⁸⁾

자기책임설은 국가배상책임을 국가가 공무원을 대신하여 지는 배상책임이 아닌 국가 자신의 책임으로서 지는 배상책임이라는 이론이다. 자기책임의 근거로는 전통적 견해인 기관이론에 입각한 자기책임, 위험책임설적 자기책임, 절충설로 나뉘어 설명되고 있다.

기관이론에 의하면, 국가의 배상책임은 공무원의 책임을 대신하여 지는 것이 아니라 기관·공무원의 행위라는 형식을 통해 국가가 직접 부담하는 자기책임으로서 민법상 불법행위책임에 해당한다. 이때 공무원은 경과실의 경우에도 민사상 책임을 진다는 견해가 있으나(전부긍정설), 경과실의 경우 공무원의 면책을 규정한 국가배상법 제2조 제2항의 입법취지를 고려하여 고의·중과실의 경우에만 공무원 개인에 대한 배상청구가 가능한 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있다(부분긍정설). 이에 대해서는 공무원의 불법행위를 기관의 행위로 보는 것은 타당하지 않으며 이론적 조작에 불과하다는 점,²⁹⁾ 국가배상법상 경과실의 경우 공무원의 책임이 면제된다고 하여 민법상 공무원의 책임에 대해서도 명문의 규정에도 불구하고 면제된다고 해석할 수 있는 구체적인 근거는 없다는 점³⁰⁾ 등 비판이 제기되고 있다.

위험책임설적 자기책임설은 공무원의 직무집행 행위는 국민에게 손해를 야기할 위험성을 내포하고 있고 이는 행정기관의 지위에서 행해지는 것이므로, 그로 인한 손해에 대한 책임은 국가의 자기책임으로 보고 있다. 즉 위법하게 행사될 위험성이 있는 행정권을 공무원에게 수권한 국가는 그러한 행정권이 잘못 행사되어 초래된 손해에 대해서도 책임을 져야 한다는 것이다. 국가배상법의 발전방향을 제시하고 있다는 점에서 의의가 크나, 이에 의하면 공무원의 행위가 적법·무과실의 경우에도 국가 책임이 인정될 수 있어 위법·과실을 그 성립요건으로 하고 있는 현행 행정상 손해배상에 관한 이론으로는 한계가 있다.³¹⁾

절충설에 따르면, 공무원이 직무수행상 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우 당해

28) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 576면; 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 824면.

29) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 822면.

30) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 577면.

31) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 577면.

공무원의 행위는 국가 등의 기관행위로 볼 수 있으므로, 그 행위의 효과는 국가에 귀속되어 국가가 배상책임を負지며 이때 국가의 배상책임은 국가의 자기책임이다. 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기인하는 때에는 당해 공무원의 행위는 기관행위로서 품격을 상실하는 것이나, 당해 공무원의 불법행위가 직무와 무관하지 않는 한 직무행위의 외형을 갖추게 되는 것이므로 피해자와의 관계에서 당해 공무원의 행위도 행정기관의 행위로 인정하여 국가의 자기책임이 인정된다. 즉, 국가의 피해자에 대한 배상책임은 일종의 자기책임이다.³²⁾

중간설은 공무원의 불법행위가 경과실에 기인한 경우에는 공무원의 행위는 기관행위가 되어 국가의 배상책임이 자기책임이 되나, 공무원의 불법행위가 고의·중과실인 경우에 지는 국가의 배상책임은 대위책임이 된다고 본다. 즉, 공무원의 직무수행상 불법행위가 경과실에 기인하는 경우 당해 공무원의 행위는 국가 등의 기관행위로 볼 수 있으므로 국가의 배상책임은 국가의 자기책임이나, 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기인하는 것인 때에는 당해 공무원의 불법행위는 기관행위로서의 품격을 상실하고 공무원 개인의 불법행위로 보아야 하며 원칙상 공무원 개인이 배상책임을 지는 것으로 보아야 한다는 것이다.

중간설에 따르면, 경과실의 경우 공무원의 면책에 대한 논리적 근거가 될 수 있으나, 오늘날에 이르러 국가가 주권면책특권을 포기한 소산이 국가배상책임인 이상 적어도 원칙론으로는 공무원의 고의·중과실에 기한 국가책임도 곧 자기책임으로 파악하여야 한다는 반론이 제기될 수 있다.³³⁾

판례는 명시적인 입장을 표명하고 있지 않으나, 통상 절충설을 취하고 있는 것으로 여겨진다.³⁴⁾ 즉, 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 이후 법원은 고의와 중과실의 경우에는 전적으로 공무원 개인이 책임을 져야 하되 외관주의에 따라 국민을 두렵게 보호하기 위해 국가가 중첩적으로 책임을 지는 반면, 경과실의

32) 기관이론에 입각한 자기책임설과 위험책임설적 자기책임설은 종래 주장되어 온 학설이므로 기 존의(또는 전통적인) 자기책임설이라 할 수 있고, 절충설은 최근 주장된 이론이므로 신자기책임 설이라 부를 수 있다(박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 822면).

33) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 578면; 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 824면.

34) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 848~849면; 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 823면.

경우에는 직무수행상 통상적으로 예기될 수 있는 흠이기에 국가가 전적으로 책임을 진다고 일관되게 판시하고 있다.

… 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 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 위와 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 두텁게 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 합당할 것이다(대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결).

2. 국가배상제도의 체계 및 절차

가. 국가배상의 신청 및 청구

1) 국가배상심의회 사건

국가배상법 제9조는 “이 법에 의한 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 이를 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따라 국가 등의 행정작용으로 인해 손해를 받은 국민은 그 선택에 의해 배상심의회에 대한 배상신청을 거쳐 손해배상소송을 제기하거나, 이를 거치지 않고 직접 소송을 제기할 수 있다.

구 국가배상법 제9조는 “이 법에 의한 손해배상의 소송은 배상심의회의 배상지급 또는 기각의 결정을 거친 후에 한하여 제기할 수 있다. 다만, 배상금지급신청이 있는 날로부터 3월을 경과한 때에는 그러하지 아니하다”고 하여 배상소송의 제기에 앞서 배상심의회의 결정을 필요적 절차로 하는 결정전치주의를 취하고 있었으나, 법률 제 6310호로 2000년 12월 29일 일부개정 및 시행된 국가배상법에서 해당 조항이 개정되

어 절차가 현행과 같이 임의적 절차로 변경되었다.

배상심의회는 국가 또는 지방자치단체에 대한 배상신청사건을 심의하며(동법 제10조), 이는 피해자의 배상신청에 대해 심의·결정하고 이를 신청인에게 알릴 권한을 가지고 있다는 점에서 합의제 행정기관으로서의 성격을 가진다. 법무부와 국방부에 각각 본부심의회와 군인·군무원이 가한 손해의 배상결정을 위한 특별심의회를 설치하고, 이들 밑에 각각 지구심의회를 둔다(동법 제10조 제1항, 제2항).

배상금의 지급신청은 지급받고자 하는 자의 주거지·소재지 또는 배상원인발생지를 관할하는 지구심의회에 하여야 한다(동법 제12조 제1항). 배상신청을 받은 지구심의회는 증인신문·감정·검증 등의 증거조사를 한 후, 4주일 이내에 배상금 지급·기각결정 또는 각하결정을 하여야 한다(동법 제13조 제1항). 각하결정은 신청인이 이전에 동일한 신청원인으로 배상신청을 하여 배상금 지급 또는 기각결정을 받은 경우, 신청인이 이전에 동일한 청구원인으로 동법에 의한 손해배상소송을 제기하여 배상금 지급 또는 기각 확정판결을 받은 경우, 기타 배상신청이 부적법하고 그 흠결을 보장할 수 없거나 배상심의회 위원장의 보정요구에 응하지 않은 경우 내려진다(동법 제13조 제8항 각호).

배상심의회가 배상결정을 한 때에는 결정이 있는 날부터 1주일 이내에 신청인에게 결정정본을 송달하여야 하며(동법 제14조), 지구심의회에서 배상신청이 기각 또는 각하된 때에는 신청인은 그 결정의 송달을 받은 날부터 2주일 이내에 본부심의회 또는 특별심의회에 재심을 신청할 수 있다(동법 제15의2 제1항). 이때 본부심의회 또는 특별심의회는 4주일 이내에 배상결정을 하여야 한다(동법 제15의2 제3항).

배상심의회는 배상결정은 신청인이 동의함으로써 그 효력이 발생한다. 배상심의회 의 결정에 동의하는 신청인은 지체없이 그 결정에 동의서를 붙여 국가 또는 지방자치단체에 배상금 지급을 청구하여야 한다(동법 제15조 제1항).

구 동법 제16조는 “심의회는 배상결정은 신청인이 동의하거나 지방자치단체가 배상금을 지급한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다”고 규정하고 있었다. 그러나 헌법재판소는 당해 규정에 관해 동의된 배상결정에 확정판결과 같은 최종적인 효력을 지니는 재판상 화해가 성립된 것으로 간주하는 것은 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리의 과도한 제한이라는 위헌결정을 하였다.³⁵⁾ 이에 따라 국가배상법에서 해당 규정은 삭제되었으며, 신청인은 배상

결정에 동의하여 배상금을 수령한 후에도 손해배상소송을 제기하여 배상금(증액)청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

2) 국가배상소송청구 사건

국가배상법 제2조는 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상에 관한 규정이다. 즉, “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다”고 규정하고 있다. 앞서 국가배상책임의 성질에 관한 논의의 실익은 사실상 공무원, 직무, 고의·과실, 손해, 행위와 손해 간의 인과관계 등의 국가배상책임 성립요건의 개념 및 범위와 밀접한 관련성을 가지는 데에 있다.

국가배상법 제2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위해서는 공무원이 직무를 집행하면서 타인에게 손해를 가하였을 것, 공무원의 가해행위는 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 행하여졌을 것, 손해가 발생하였을 것, 공무원의 불법한 가해행위와 손해 간에 인과관계가 있을 것을 요한다.

국가배상법 제5조는 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 손해배상에 관한 규정이다. 즉, “도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물의 설치나 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다”고 하고, 이를 적용할 때 “손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있으면 국가나 지방자치단체는 그 자에게 구상할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 민법 제758조에 상응하는 것이나,³⁵⁾ 점유자의 면책규정을 두고 있지 않으며 그 대상이 공작물에 한정되지 않는다는 차이가 있다. 국가배상법 제2조와 달리 과실을 배상책임의 요건으로 하고 있는 않는다는 점에서 통설은 이를 무과실책임으로 본다. 다만 설치·관리상

35) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 전원재판부[위헌]

36) 민법 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임)

① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

② 전항의 규정은 수목의 재식 또는 보존에 하자있는 경우에 준용한다.

③ 제2항의 경우에 점유자 또는 소유자는 그 손해의 원인에 대한 책임있는 자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

하자를 요한다는 점에서 국가배상법 제5조의 책임을 엄격한 의미에서 절대적인 무과실책임으로 볼 수는 없다는 견해도 있다.³⁷⁾

나. 국가배상금의 지급

국가배상법 제15조는 “배상결정을 받은 신청인은 지체 없이 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 국가나 지방자치단체에 배상금 지급을 청구하여야 한다”고 하며, “배상결정을 받은 신청인이 배상금 지급을 청구하지 아니하거나 지방자치단체가 대통령령으로 정하는 기간 내에 배상금을 지급하지 아니하면 그 결정에 동의하지 아니한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 배상금액은 민법상 불법행위로 인한 손해배상의 경우와 같이 가해행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해를 정당한 가격으로 환산한 가액이다.

국가배상법은 종래 생명·신체에 대한 침해에 한하여 배상기준을 정하고 있었으나, 법률 제3235호로 1980년 1월 4일 일부개정되고 1980년 2월 1일 시행된 국가배상법에서 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해의 배상기준을 추가적으로 정함으로써 현행 국가배상법 제3조 및 제3조의2는 모든 손해에 대한 배상기준을 규정하고 있다. 또한 국가배상법 제13조 제5항은 “심의회는 제3조와 제3조의2의 기준에 따라 배상금 지급을 심의·결정하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 이는 단순히 문언상 배상기준에 불과하여 법원은 이들에 구속되지 않는다는 것이 통설과 판례의 입장이다.

국가배상법 제13조 제1항과 제3항의 손해배상기준은 배상심의회의 배상금 지급기준을 정함에 있어서의 하나의 기준을 정한 것에 지나지 아니하고 이로써 배상액의 상한을 제한한 것으로 볼 수는 없으며 따라서 법원이 국가배상법에 의한 손해배상액을 산정함에 있어서는 동법 제13조 소정의 기준에 구애되는 것이 아니니 이 규정은 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상청구권을 규정한 헌법 제 26조(현행 헌법 제 29조)에 위배된다고는 볼 수 없다(대법원 1970. 1. 29., 선고, 69다1203, 전원합의체 판결).

즉, 국가배상법상 배상기준이 법적 구속력을 가지는 것으로 보아 이를 한정적인 기준으로 적용하는 경우 민법상 불법행위책임에 따른 배상에 비해 피해자에게 불리한

37) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 582면.

결과가 되어 형평을 잃게 되며, 이는 “정당한 배상”을 천명한 헌법 제29조에 반한다는 것이다.

다. 국가배상청구권의 소멸시효

국가배상법상 특별한 규정이 없으므로, 국가배상법 제8조에 따라 민법 제766조가 적용되어 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 그 가해자를 안 날로부터 3년이 지나면 배상청구권이 시효로 인하여 소멸된다.³⁸⁾ 다만 국가배상법상 손해배상청구소송을 제기하기 전 배상심의회 결정을 먼저 거치는 경우에 배상심의회에 대한 손해배상지급 신청은 시효중단 사유로 볼 수 있고, 배상심의회 결정이 있는 때로부터 다시 시효기간이 진행된다고 할 수 있다.³⁹⁾

전쟁이나 내란 등에 의하여 조성된 위난의 시기에 개인에 대하여 국가기관이 조직을 통하여 집단적으로 자행한, 또는 국가권력의 비호나 묵인하에 조직적으로 자행된, 기본권침해에 대한 구제는 통상의 법절차에 의하여서는 사실상 달성하기 어려운 점 등에 비추어, (중략) 여기에, 본질적으로 국가는 그 성립 요소인 국민을 보호할 의무를 부담한다고 할 것이고, 어떠한 경우에도 적절한 절차 없이 국민의 생명을 박탈할 수는 없다는 점을 더하여 ... 진상을 은폐한 피고가 이제 와서 뒤늦게 원고들이 위 집단 학살의 전모를 어렵잡아 미리 소를 제기하지 못한 것을 탓하는 취지로 소멸시효의 완성을 주장하여 그 채무이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 할 것이다(국민보도연맹 사건, 대법원 2011. 6.

38) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결; 민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효)

① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

③ 미성년자가 성폭력, 성추행, 성희롱, 그 밖의 성적(性的) 침해에 당한 경우에 이로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 그가 성년이 될 때까지는 진행되지 아니한다. <신설 2020. 10. 20.> [단순위헌, 2014헌바148, 2018. 8. 30. 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제766조 제2항 중 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’ 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다.]

39) 김동희·최계영, 행정법 1(제26판), 박영사, 2021, 575면. 이에 대하여 명문 규정은 없으나, 대법원은 배상심의회에 대한 손해배상지급 신청을 시효중단 민법 제174조의 최고로 보고 있다(대법원 1975. 7. 8. 선고 74다178 판결). 따라서 결정을 송달받은 날로부터 6개월 이내에 국가배상법상 손해배상청구소송을 제기하는 등의 조치를 취해야만 최고로서의 효력을 갖는 배상신청 당시의 시효중단 효과가 지속된다는 점에 유의하여야 한다.

30. 선고 2009다72599 판결 등).

또한 국가가 소멸시효 완성의 주장이 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용에 해당하는 경우 소멸시효 항변이 허용되지 않는다. 주로 과거사 사건에서 비록 그 소멸시효 기간이 경과하였다 하더라도 국가가 소멸시효 완성 전에 피해자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 객관적으로 피해자가 권리행사를 할 수 없는 장애사유가 있었다는 등 사정이 있어 국가에게 채무이행의 거절을 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평한 특별한 사정이 있는 경우가 그러하다.⁴⁰⁾

제2절 | 국가배상제도의 운영실태

1. 국가배상심의회 사건

가. 국가배상신청 접수 및 처리

국가배상심의회는 공무원의 직무상 불법행위 및 영조물 설치·관리상 하자로 인해 피해를 입은 국민이 국가 또는 지방자치단체에 대한 국가배상신청 사건을 심의·의결하기 위해 설치되었으며, 현재 서울지구심의회를 비롯하여 전국 14개 지구심의회가 운용되고 있다. 아래 [표 2-1]과 같은 수치에는 「한·미주둔군 지위 협정」 사건에 대한 국가배상신청 사건이 포함되어 있다.⁴¹⁾

40) 대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다200258 판결, 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결 등.

41) 미국군인, 한국군증원군(KATUSA)의 직무행위 및 그들이 점유·관리하는 시설 등의 설치·관리의 하자로 인한 손해에 대해 국가배상법이 정한 바에 따라 대한민국에 손해배상을 청구할 수 있다 (대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정(SOFA : Status of Forces Agreement) 제23조 제5항; 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정(SOFA)의 시행에 관한 민사특례법 제2조 참조).

» [표 2-1] 국가배상신청 접수 및 처리 현황

(단위: 건)

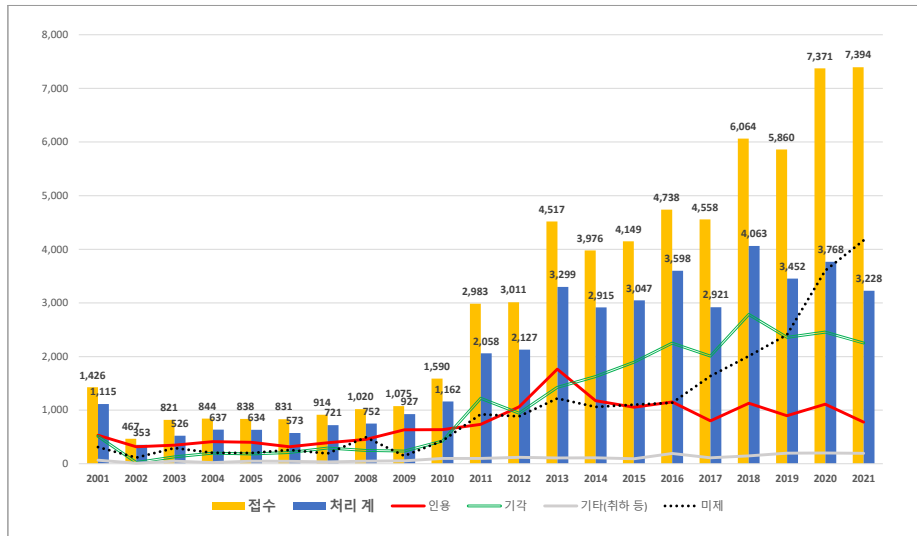
연도	접수 (신건)	처리				미제
		계	인용*	기각	기타 (취하 등)	
2001	1,426 (779)	1,115	533	515	67	311
2002	467 (289)	353	316	26	11	114
2003	821 (616)	526	349	130	47	295
2004	844 (549)	637	416	199	22	207
2005	838 (631)	634	401	183	50	204
2006	831 (627)	573	316	211	46	258
2007	914 (656)	721	392	295	34	193
2008	1,020 (827)	752	456	249	47	494
2009	1,075 (808)	927	635	236	56	148
2010	1,590 (1,361)	1,162	637	426	99	428
2011	2,983 (2,540)	2,058	736	1,222	100	925
2012	3,011 (2,073)	2,127	1,063	944	120	884
2013	4,517 (3,632)	3,299	1,767	1,424	108	1,218
2014	3,976 (2,846)	2,915	1,177	1,627	111	1,061
2015	4,149 (3,092)	3,047	1,057	1,896	94	1,102
2016	4,738 (3,679)	3,598	1,154	2,249	195	1,140
2017	4,558 (3,418)	2,921	801	2,008	112	1,637
2018	6,064 (4,435)	4,063	1,129	2,786	148	2,010
2019	5,860 (3,859)	3,452	895	2,357	200	2,408
2020	7,371 (4,963)	3,768	1,109	2,456	203	3,603
2021	7,394 (3,791)	3,228	779	2,253	196	4,166

* 인용은 일부인용을 포함

출처: 2011 법무연감 ~ 2021 법무연감 재구성

▶▶ [그림 2-1] 국가배상신청 접수 및 처리현황 연도별 추세(2001년~2021년)

(단위: 건, 년도)



출처: 2011 법무연감 ~ 2021 법무연감 재구성

국가배상심의회에 대한 국가배상신청 사건은 2000년 12월 29일 국가배상법 개정에 의해 필요적 전치주의가 폐지되고 임의적 전치주의로 변경됨에 따라 2001년부터 신청 건수(신건)는 대폭 감소하였다. 2002년 이후 2010년까지 신청 건수는 800건 내지 1,000건 사이에서 소폭 증가 추세를 보였다. 이후 접수 건수는 2013년 전년도에 비해 약 75.2% 증가하였다가, 2014년 전년 대비 21.6%로 감소하였다. 2015년과 2016년 각각 8.6%와 19% 증가하였고, 2017년 7% 감소 후에 다시 2018년 29.8% 증가하였다. 2019년 전년 대비 3% 감소하였다가 2020년 7,371건 및 2021년 7,394건으로 다소 증가하였다.

국가배상사건 인용율은 2001년 이전에는 40%에 머물렀던 반면 2001년부터 2010년까지 50% 이상을 유지하게 되었다. 2011년 일시적으로 36%로 하락하였으나, 2012년 및 2013년 50% 이상을 회복하였다가 2014년 40%를 기점으로 점차 20% 내지 40% 사이에서 등락을 거듭하고 있다. 기각률은 2000년 65.1%를 정점으로 2002년 7%로 대폭 감소한 이후 2010년까지 20%대 내지 41%대로 안정되었다. 2011년 일시적으로 59%로 크게 상승하였다가 2012년 및 2013년 각각 44% 및 43%로 감소하였다.

2014년 이후 50% 내지 70% 사이를 유지하고 있다.⁴²⁾

2021년 전년대와 유사한 수치인 7,394건을 접수하여 779건을 인용하고 2,253건을 기각하는 등 총 3,228건을 처리하였다.

나. 배상심의회 결정금 지급

국가배상법 제14조 내지 제15조에 의하면, 배상심의회가 배상결정을 한 때에는 결정이 있는 날부터 1주일 이내에 신청인에게 결정정본을 송달하여야 하며(동법 제14조), 배상심의회 결정에 동의하는 신청인은 지체없이 그 결정에 동의서를 붙여 국가 또는 지방자치단체에 배상금 지급을 청구하여야 한다(동법 제15조 제1항).

법무부 정보공개청구 결과 국가배상법 제2조 및 제5조에 따른 신청 구분에 따라 통계를 작성·관리하고 있지 않아 해당 정보는 부존재하다고 밝히고 있다. 다만 국가배상심의회 사건은 대부분 영조물책임으로 인한 손해배상사건으로 파악되며, 국가배상심의회 경우 공무원의 불법행위로 인한 손해배상사건의 비율과 인용률은 높지 않다고 한다.⁴³⁾ 따라서 아래 [표 2-2] 및 [그림 2-2]에서 제시된 배상금 지급 건수 및 지급액은 대체로 영조물책임으로 인한 손해배상으로 짐작된다.

42) 법무부는 2011년의 이례적인 인용률과 기각률에 대해 동일인이 민원성으로 800여 건을 신청하는 등 유사한 사례의 증가로 접수 건수와 그에 따른 기각 건수의 대폭 증가 및 인용률의 대폭 감소를 원인으로 들고 있다

(https://index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1725&board_cd=INDEX_001).

43) 김의석, 현행 국가배상심의회제도의 문제점-보험금과 관련한 문제를 중심으로, 성균관법학 33(2), 성균관대학교 법학연구원, 2021. 6. 556~557면.

32 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

» [표 2-2] 배상심의회 결정금 지급 현황

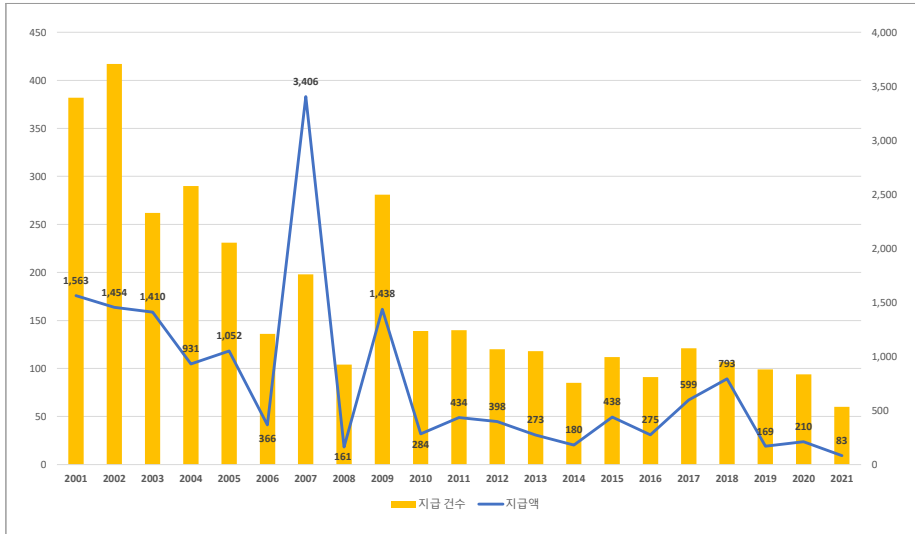
(단위: 건, 천원)

연도	지급 건수	지급액
2001	382	1,563,000
2002	417	1,454,000
2003	262	1,410,000
2004	290	931,000
2005	231	1,052,000
2006	136	366,067
2007	198	3,406,443
2008	104	161,212
2009	281	1,438,035
2010	139	283,734
2011	140	433,565
2012	120	398,032
2013	118	272,736
2014	85	180,384
2015	112	438,161
2016	91	274,775
2017	121	598,846
2018	107	793,015
2019	99	169,444
2020	94	210,044
2021	60	82,825

출처: 2011 법무연감 ~ 2021 법무연감

» [그림 2-2] 배상심의회 결정금 지급 연도별 추세(2001년~2021년)

(단위: 건, 년도, 만원)



출처: 2011 법무연감 ~ 2021 법무연감 재구성

2. 국가배상소송 사건

가. 국가배상소송 사건 접수 및 처리

국가배상법 제9조에 따른 국가배상소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 않고 법원에 바로 제기할 수 있다. 다만 국가를 상대로 하는 손해배상청구소송 역시 일반 손해배상청구소송과 동일한 절차로 일반 민사법원에서 진행된다. 민사법원의 전체 손해배상청구소송 사건 중 국가배상소송 사건만을 별도로 제시한 현황은 다음과 같다. 법원행정처 정보공개청구 결과 국가배상법 제2조 및 제5조에 따른 구분에 따른 통계는 부존재하며, 이에 따라 아래 [표 2-3]의 접수 및 처리 현황은 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상청구 건수와 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 손해배상청구 건수가 모두 포함된 수치이다.

34 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

» [표 2-3] 국가배상사건 심급별 접수 및 처리 현황

연도	구분	접수	처리				
			합계	원고승	원고일부승	원고패	기타
제 1 심							
2001		587	457	57	99	125	176
2002		282	295	36	51	86	122
2003		624	253	27	45	71	110
2004		1,704	1,293	258	135	284	616
2005		1,180	1,373	239	190	369	575
2006		1,055	1,159	206	224	287	442
2007		1,096	1,183	210	185	287	501
2008		691	1,047	232	160	256	399
2009		963	846	146	134	221	345
2010		1,084	1,027	188	148	245	446
2011		1,067	986	187	179	256	364
2012		1,001	1,006	145	212	242	407
2013		985	1,048	120	319	257	352
2014		1,121	1,016	150	227	231	408
2015		807	989	163	136	262	428
2016		1,062	879	119	115	206	439
2017		913	1,024	139	101	220	564
2018		1,102	1,109	115	129	188	677
2019		801	810	88	122	227	373
2020		875	882	78	86	196	522
2021		674	637	60	89	162	326
항 소 심							
2001		285	285	32	76	17	160
2002		246	298	30	75	25	168
2003		95	115	4	27	10	74
2004		386	181	1	28	15	137
2005		570	510	19	74	27	390
2006		451	474	26	55	33	360
2007		463	470	18	61	20	371
2008		418	468	17	67	38	346
2009		348	370	12	51	19	288
2010		406	396	11	69	29	287
2011		489	448	6	89	29	324
2012		464	495	16	74	35	370

연도	구분	접수	처리				
			합계	원고승	원고일부승	원고패	기타
2013		541	425	10	85	31	299
2014		568	649	10	119	36	484
2015		406	419	11	74	40	294
2016		310	394	9	50	28	307
2017		436	322	5	40	26	251
2018		364	451	13	31	21	386
2019		627	579	5	44	26	504
2020		249	326	6	49	21	250
2021		228	213	3	28	12	170
상 고 심							
2001		122	115	-	-	-	115
2002		157	137	-	-	-	137
2003		128	146	-	-	-	146
2004		173	143	-	-		143
2005		176	173	-	-		173
2006		228	208	-	-		208
2007		170	201	-	-		201
2008		185	192	-	-	1	191
2009		164	172	-	-	8	164
2010		150	129	-	-		129
2011		228	211	-	6	9	196
2012		235	203	-	1	10	192
2013		236	207	-	1	7	199
2014		404	407	-	-	10	397
2015		176	229	-	-	5	224
2016		160	194	-	-	3	191
2017		129	140	-	-	2	138
2018		218	213	-	-	-	213
2019		140	123	-	-	-	123
2020		378	119	-	-	-	119
2021		64	83	-	-	-	83

주: 1. 제1심은 소액사건을 제외하였음

2. 처리 기타에는 소장각하명령, 소취하(소취하간주 포함), 화해, 포기, 인낙, 항소(상고)기각 등이 포함됨
출처: 2010 사법연감 ~ 2022 사법연감

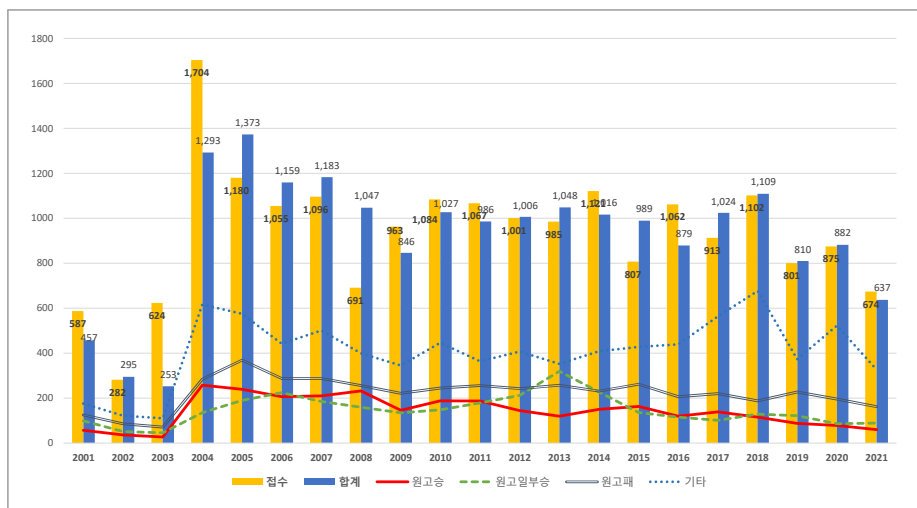
제1심에서 국가배상사건 접수 건수는 2004년, 2005년, 2006년, 2007년, 2010년, 2011년, 2012년, 2014년, 2016년, 2018년, 총 10년에서 1,000건을 상회하였으나,

36 국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

그 외의 연도에서는 200건대부터 900건대까지 다양한 건수를 보이고 있다. 제2심에서 국가배상사건 접수 건수는 2003년 95건으로 최저, 2019년 627건으로 최고를 기록하였으나 2005년 570건 이후 2015년 406건, 2016년 310건으로 감소하기 전까지 2009년을 제외하고 400건대를 유지하였다. 제3심에서 국가배상사건 접수 건수는 2014년 이례적으로 404건을 기록하기 전까지 100건대 내지 200건대를 유지하였다. 2015년 다시 176건으로 감소한 뒤 2017년까지 감소 추세에 있다 2018년 218건, 2020년 378건으로 전년 대비 상승하였으나, 2021년 64건에 이르고 있다.

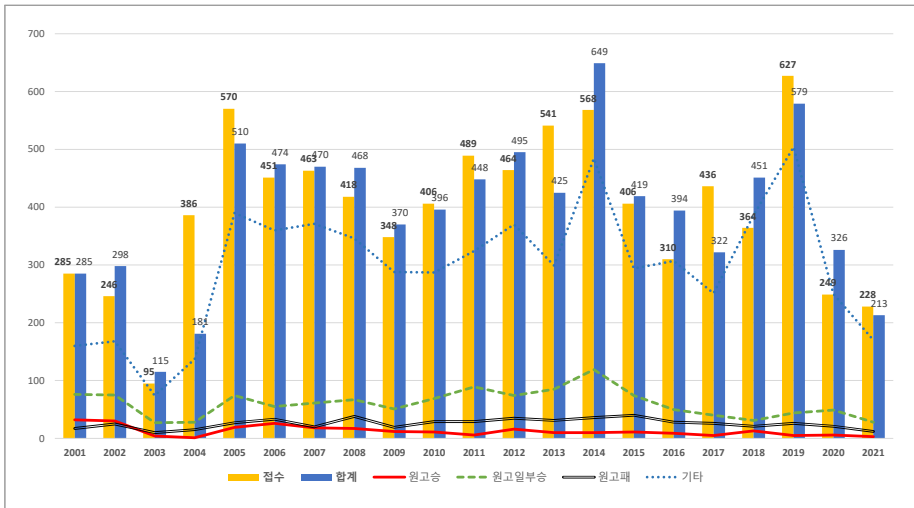
원고 전부승소와 일부승소를 합쳐 승소율을 보면, 제1심에서 2013년 최고 41.9% 및 2020년 최저 18.6%를 기록하였으며 모든 연도에서 20%대 내지 30%를 유지하고 있다. 제2심에서는 2001년 37.9%, 2002년 35.2%로 이례적으로 높았던 연도를 제외하고, 대체로 10%대 내지 20%대를 유지하다가 2018년 9.8%, 2019년 8.5%로 급감하였다. 이후 2020년 16.9%, 2021년 14.6%로 10%대를 다시 유지하고 있다. 제3심에서 전부승소는 찾아볼 수 없고, 일부승소만이 2011년 6건, 2012년 및 2013년 각각 1건에 그치고 있다. 그러나 패소 역시 모든 연도에 걸쳐 10건 이하에 머무르고 있어 사건의 대다수가 기타, 즉 각하, 소취하, 상고기각 등으로 처리되고 있음을 알 수 있다.

▶▶▶ [그림 2-3] 국가배상사건 제1심 연도별 추세(2001년~2021년)



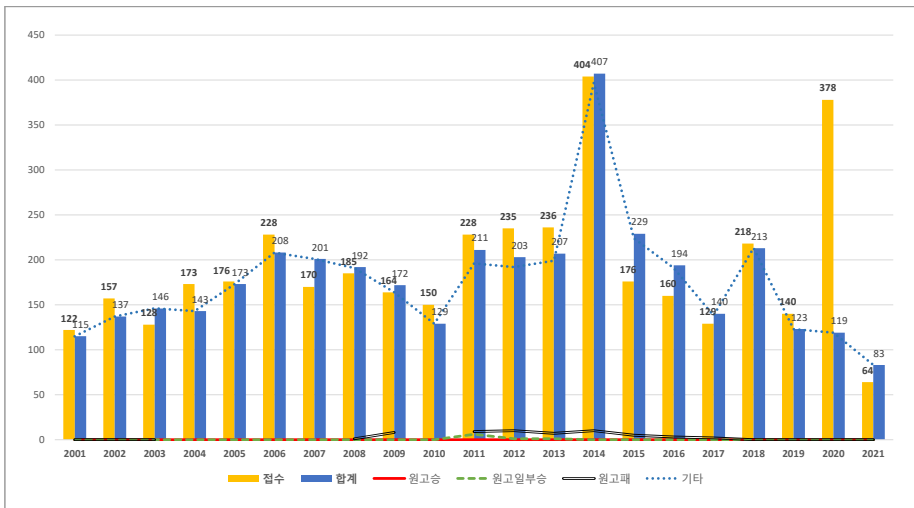
출처: 2010 사법연감~2022 사법연감 재구성

▶▶ [그림 2-4] 국가배상사건 항소심 연도별 추세(2001년~2021년)



출처: 2010 사법연감 ~ 2021 사법연감 재구성

▶▶ [그림 2-5] 국가배상사건 상고심 연도별 추세(2001년~2021년)



출처: 2010 사법연감 ~ 2021 사법연감 재구성

제3절 | 선행연구 검토

1. 국가배상책임의 법적 성격 및 관할

국가배상책임의 법적 성격에 관한 논의의 실익은 국가배상제도 전반에 걸쳐 공무원의 개념, 위법성과 과실, 피해자에 대한 공무원 책임의 범위 등과 밀접한 관련을 가지는 것에 있다. 국가배상책임의 법적 성격에 관해 판례는 국가배상책임을 민사상 손해배상책임의 일종으로 보며, 국가배상법을 민법의 특별법으로 보고 있다.⁴⁴⁾ 실무에서 역시 국가배상책임과 공무원 개인의 손해배상책임을 모두 특수한 형태의 불법행위책임, 즉 사법상 법률관계로 보아 민사법원에서 민사소송으로 다루고 있다.

그러나 국가배상책임의 원인이 되는 행위가 공행정 작용이라는 점, 국가배상책임의 문제가 공익과 관련성이 높다는 점 등을 근거로 국가배상법을 공법으로 보고 국가배상책임을 공법상 책임으로 보는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 이러한 견지에서 국가배상책임은 공법상 법률관계에 관한 소송인 당사자소송으로 규정하거나, 민사법원이 아닌 행정법원에서 별도로 다루어야 한다는 주장도 있다.⁴⁶⁾ 다시 말해 항고소송과 국가배상소송은 위법한 국가작용에 대한 양대 소송수단으로서 그 심판대상에 있어 위법성 요소 등에서 공통된 판단을 요하므로, 행정재판에 전문성을 가진 법관에 의한 재판이 이루어져야 한다는 것이다.⁴⁷⁾

이 같은 주장의 연장선상에서는 국가배상소송이 당사자소송으로 이루어질 경우에도 공무원 개인의 손해배상책임은 국가기관으로서가 아니라 개인적으로 행위에 대해 사인인 공무원의 책임을 묻는 것이므로, 사인 사이의 법률관계에 대한 다툼으로서 여전히 민사법원에 관할이 있다고 본다.⁴⁸⁾ 즉 국가배상소송과 공무원 개인에 대한

44) 대법원 1972. 10. 10. 선고 69다701 판결, 대법원 1971. 4. 6. 선고 70다2955 판결 등

45) 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 530면.

46) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 68면.

47) 박정훈, 국가배상법의 개혁-사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로, 행정법연구 62, 2020, 63면.

48) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 69면.

손해배상책임은 각각 당사자소송과 민사소송으로서 행정법원과 민사법원에서 다루어야 한다는 것이다.

위와 같은 구체적 법상황이 국가배상법제의 문제점을 파악하는 착안점 중의 하나이기는 하나, 그것이 법제의 헌법적 본질을 전적으로 좌우할 수는 없으며 우리 헌법은 국가배상제도가 자기책임설에 입각하고 있다는 입장이 다수이다.⁴⁹⁾ 그러나 국가배상책임의 성립요건으로 공무원의 고의과실과 같은 주관적 요소가 주요하게 다루어지거나, 공무원의 개인적 책임을 전제로 국가책임의 성립을 부정하고 국가가 아닌 공무원 개인에게 책임을 묻는다거나 하는 것은 자기책임설에 반하여 보다 대위책임설에 가까운 운용이라고 할 수 있다. 한편으로는 비록 과실의 객관화 또는 입증책임의 완화 등 자기책임설에 부합하는 방향으로 국가배상제도가 발전해왔다 하더라도, 우리 법제가 헌법이 표방하는 자기책임설을 온전히 구현하고 있는지 여부에 대해서는 여전히 의문이 제기되고 있다.

2. 국가배상책임의 성립요건

가. 공무원

헌법에서는 국가와 공공단체의 배상책임을 규정하고 있으나, 국가배상법에서는 국가와 지방자치단체의 배상책임만을 규정하고 있다. 이에 공공단체의 공무수행 중 발생한 손해에 대한 공공단체의 배상책임에 있어 민법을 적용할 것인지, 국가배상법을 적용할 것인지 여부가 문제될 수 있다.

학계의 대다수는 국가배상법이 공공단체의 배상책임에 관해서는 특별한 규정을 두지 않은 것이 입법의 불비이며, 현행법의 해석론으로는 가해행위가 공행정 작용임을 고려하여 공평의 원칙상 국가배상법 제2조 또는 제5조를 유추적용하여 공무수행으로 인한 공공단체의 배상책임에도 국가배상책임을 인정하는 것이 타당하다는 입장이다.⁵⁰⁾

판례는 공무집행상 불법행위로 인한 공공단체의 손해배상책임의 경우 민법 제750

49) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 851면.

50) 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 528면.

조 불법행위로 인한 손해배상책임을 지며, 영조물의 설치·관리상 하자로 인한 손해배상책임을 경우 민법 제758조 공작물 점유자의 배상책임을 지도록 하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 공무집행상 불법행위로 인한 공공단체의 손해배상책임을 경우 국가배상법의 법리를 적용하고 있다. 즉 불법행위자에게 국가배상법상 공무원의 개념을 적용하고 있으며,⁵²⁾ 국가배상책임에서의 상당인과관계에 관한 법리, 즉 직무상 의무의 사익보호성을 검토한바 있다.⁵³⁾

2009년 개정 국가배상법은 “공무를 위탁받은 사인”이 공무원에 해당함을 명시적으로 규정하였다. 공무수탁사인의 공행정 작용으로 인하여 손해가 발생한 경우 배상책임자를 공무수탁사인으로 볼 것인지, 공무위탁기관이 속한 국가 또는 지방자치단체로 볼 것인지, 나아가 국가배상청구 또는 민법상 손해배상청구를 하여야 하는지가 쟁점이 될 수 있다. 판례는 공무수탁사인을 배상책임자로 보면서 민법상 손해배상책임을 인정하였으나,⁵⁴⁾ 여전히 공무수탁사인을 행정기관에 불과한 것으로 보아 국가배상법을 적용하여야 한다든가 국가배상법을 유추적용하여 국가배상을 청구하여야 한다는 등 견해가 대립하고 있다.⁵⁵⁾

이러한 견해의 대립 역시 위 공공단체와 관련된 지적과 마찬가지로 현행 국가배상법이 국가와 지방자치단체의 배상책임만을 규정하고 있음으로써 기인하는 것으로 생각된다. 따라서 위와 같은 판례를 중심으로 국가배상책임을 성립요건으로서 입법불비로 여겨지는 “공공단체”의 경우 입법안에 어떻게 반영되어야 하는지 등이 적극적으로 검토될 필요가 있다.

나. 위법성

국가배상법상 국가배상책임을 성립요건으로서 법령 위반, 즉 위법성에 대해 학계와 판례의 주류적인 입장은 공권력의 행사 또는 불행사가 법규범에 합치하는가를

51) 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결, 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다29287·29294 판결 등

52) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다82950, 82967 판결

53) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015다210194 판결

54) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 판결

55) 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 529면.

기준으로 이를 판단하는 행위위법설에 있다.⁵⁶⁾ 타인의 생명, 신체, 재산 등의 권라이익에 대한 침해라는 결과에서 위법성의 근거를 찾는 결과불법설은 국가 등에 공익을 위해서 사익을 제한할 권한을 부여하고 이를 법적으로 통제하는 것을 기본으로 하는 공법관계에는 타당하지 않다고 여겨지기 때문이다.⁵⁷⁾ 행위위법설의 입장에서 위법행위의 결과에 대한 손해의 전보수단인 국가배상은 적법행위의 결과로 발생한 손해의 전보수단인 전통적 의미의 손실보상과 구별되어야 하며, 위법이란 법질서에 반한다는 단일한 가치판단으로 보아야 하므로 행위위법설이 타당하다고 한다.⁵⁸⁾

그런데 국가배상책임을 부정한 일련의 판례는 처분이 위법함에도 불구하고 배상책임의 성립요건으로서 위법성을 인정하지 않는 경우가 있어 상대적 위법성설의 입장을 취한 것으로 평가되기도 한다.⁵⁹⁾ 상대적 위법성설은 위법성의 개념을 행위 자체의 위법뿐만 아니라, 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양 등을 종합적으로 고려하여 행위가 객관적 정당성을 결여한 경우 인정된다는 견해이다. 이에 따르면, 가해행위가 피해자에 대한 손해배상이라는 관점에서 객관적 정당성을 상실한 것을 곧 국가배상법상 위법한 것으로 보게 된다.⁶⁰⁾

이 같은 논의는 취소판결에 의해 인정된 처분의 위법성에 대한 기판력이 국가배상소송에서의 가해행위인 해당 처분의 위법성 판단에 미치는지 여부와도 관련이 있다. 판례에 있어서는 동일한 행위의 위법성이 문제되는 경우에 있어 행위위법설을 취하는 경우 취소판결의 기판력이 국가배상소송에 미친다고 보며, 상대적 위법성설을 취하는 경우 이를 미치지 않는다고 볼 수 있다고 해석된다.⁶¹⁾

본 보고서에서는 판례에서 제시된 위법성의 판단기준을 유형별로 구분하여 그 상세한 내용을 살펴보고자 한다. 이때 쟁점은 항고소송에서의 위법성이 국가배상소송에서의 위법성과 동일한 개념인지, 국가배상책임의 성립요건으로서 위법성의 개념은 어떻

56) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807·26814 판결, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다235450 판결 등

57) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 154면.

58) 홍정선, 행정법원론 상(제30판), 박영사, 2022, 816면.

59) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2017다219218 판결 등; 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 541면; 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 154면.

60) 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 541면.

61) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다8539 판결 등

게 이해되어야 하는지, 특히 상대적 위법성설의 입장을 취한 것으로 보이는 판례가 타당한 것인지 여부 등이 주요하게 검토되어야 할 것이다.

다. 고의·과실

국가배상책임의 성립요건으로서 고의란 어떠한 위법행위의 발생가능성을 인식하고 그 결과를 인용하는 것이며, 과실이란 부주의로 인하여 어떠한 위법한 결과를 초래하는 것을 의미한다.⁶²⁾ 법원은 국가배상법상 정의되는 과실을 민법상 과실에 대한 정의 및 판단기준과 유사하게 파악하고 있다. 즉, 국가배상책임의 성립요건으로서 공무원의 과실은 공무원이 그 직무를 수행하는 데에 있어 해당 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것을 말한다.⁶³⁾

학계에서는 과실의 개념을 객관화하여 국가배상책임의 성립을 용이하게 하려는 시도가 최근의 경향으로 평가되고 있다.⁶⁴⁾ 구체적인 사건에서 문제된 가해공무원 개인을 기준으로 주의의무를 설정하지 않고, 가해공무원의 특징이 반드시 필요한 것도 아니라고 판단되고 있기 때문이다.⁶⁵⁾ 반면, 과실의 개념이 여전히 주관적이라는 입장에서는 과실의 판단에 있어 손해의 예견가능성이나 회피가능성이 고려되기도 하나 이 역시 가해공무원 개인의 능력이나 심리상태를 기준으로 판단되는 것이 아니고 다만 행위에 대한 판단이 아닌 공무원에 대한 판단이기 때문에 그러하다고 설명한다.⁶⁶⁾

처분 자체의 위법성이 문제된 사안에서 처분의 위법성과 별개로 공무원의 고의·과실이 인정되지 않는다는 이유로 국가배상책임을 부인한 판례를 다수 찾을 수 있다. 처분 자체가 아닌 일정한 행위태양이나 부작위, 즉 권한 행사의 행사 또는 불행사를 이유로 국가배상을 청구한 사안에 있어서는 직무상 주의의무 위반 여부가 위법성의 판단기준으로 작용하는 경우 문제된 작위나 부작위가 위법하다는 판단 후에 과실에

62) 헌법재판소 2021. 7. 15. 선고 2020헌바1 결정 등

63) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다286874 판결 등

64) 홍정선, 행정법원론 상(제30판), 박영사, 2022, 813면.

65) 김남진·김연태, 행정법 I(제21판), 법문사, 2017, 610면.

66) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 161면.

대한 별도의 판단 없이 배상책임의 성립을 인정하거나, 위법성이나 과실에 대한 언급 없이 직무상 주의의무에 반하여 손해를 가하여 배상책임이 인정된다는 등의 판시를 하고 있기도 하다.⁶⁷⁾

본 보고서에서는 위와 같은 판례들에 있어 국가배상책임의 성립요건으로서의 과실을 유형별로 구분하여 살펴보고자 한다. 이를 통해 실무상 법원이 과실의 인정에 지나치게 엄격하거나 객관적 정당성이라는 판단기준을 이용하여 국가배상책임을 부정하는 경향이 있다는 비판에 대해 국가배상책임에 있어 어떠한 과실의 개념과 판단 기준, 인정범위 등이 타당한 것인지 여부 등을 검토할 것이다.

덧붙여 최근 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결은 대통령의 긴급조치 제9호 발령 및 적용·집행행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하지 않는다고 보아 국가배상책임을 부정한 종래 대법원 판례를 변경하고, 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은 전체적으로 보아 공무원의 위법행위에 해당하므로 국가배상책임을 인정하였다. 위 대법원 전원합의체 판결은 국가배상책임에 있어 국가의 자기책임 명확히 하고, 이를 위해서는 국가배상책임의 성립 요건인 공무원의 고의·과실에는 공무원 개인의 고의·과실뿐만 아니라 널리 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실이 포함된다고 본 전향적인 판시로 주목할 만하다. 따라서 긴급조치 사건의 경과와 위 대법원 전원합의체 판결을 별도의 절로 정리하고자 한다.

라. 기타

처분이 항고소송에서 취소된 이후의 국가배상책임의 인정과 관련하여 객관적 정당성을 상실하였는지 여부가 주요한 기준으로 제시되어왔다.⁶⁸⁾ 즉, 처분이 항고소송에서 취소되었다고 하더라도 국가배상책임이 바로 인정되는 것은 아니며, 처분이 객관적 정당성을 상실할 정도에 이르러야 국가배상책임이 인정된다는 것이다. 대법원이 이 같은 기준을 적용하여 국가배상책임을 판단한 판례들을 검토한 선행연구에 따르

67) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결 등

68) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다30703 판결 등

면, 객관적 정당성이라는 판단기준은 항고소송에서 위법성이 확인된 처분에 대해 국가배상책임을 부정하는 방향으로 작동하고 있으며, 이는 대법원이 항고소송을 통한 권리구제와 비교하여 국가배상을 통한 국민의 권리구제에 소극적임을 의미한다고 해석된다.⁶⁹⁾ 이 같은 객관적 정당성이 공무원의 고의·과실 요건으로 판단되어야 하는지 또는 위법성 요건에서 판단되어야 하는지 여부 등에 대해서는 여전히 견해가 나뉘는 부분이 있어 이에 관한 최근 판례를 중심으로 분석하고자 한다.

한편 공무원의 직무상 의무위반의 위법성은 대표적으로 입법행위 및 사법행위가 국가배상법상 위법인지, 직무상 손해방지업무 위반으로서의 위법인지 여부로 판단되고 있다. 또한 직무상 의무의 사익보호성의 경우 종래 위법성의 문제로 보거나 상당인 과관계의 문제로 보는 판례가 혼재하였으나, 근래 직무상 의무의 사익보호성을 상당인과관계의 문제로 보고 있는 경향이 있다.

또한 입법작용 또는 재판작용에 대해서도 원칙적으로 국가배상법이 적용되는 것에는 의문의 여지가 없으나, 소송실무에서 국가배상책임이 인정되기는 쉽지 않다. 법령이 명백하게 위헌·위법임이 선언되거나 재판이 상고심, 또는 재심과 같은 특별절차를 거쳐 취소되는 경우만으로 부족하고, 국회의원이나 법관의 직무상 주의의무 위반까지 있는 경우에 대해서만 그 위법성이 인정될 것이기 때문이다.

3. 공무원 개인의 책임 및 구상책임

국가배상법 제2조 제2항은 공무원에게 고의·중과실이 있으면 국가나 지방자치단체가 공무원에게 구상할 수 있다고 규정하고 있다. 판례는 공무원에게 고의·중과실이 인정되는 경우에도 당해 공무원의 직무내용, 당해 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 당해 공무원의 기여 정도, 당해 공무원의 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반사정을 참작하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상권을 행사할 수 있다고 하여 그 책임의 범위를 제한하고 있다.⁷⁰⁾

69) 다만 판례에 나타난 객관적 정당성의 법리가 국가배상책임의 성립요건 중 위법성에 관한 것인지 과실에 관한 것인지 불분명하다는 언급도 있다(최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 286~288면).

70) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929 판결

무엇보다 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 이후 공무원의 불법행위책임에 관해서도 공무원에게 고의·중과실이 인정되는 경우에 한하여 공무원 개인의 책임이 성립한다는 입장을 유지하고 있다. 위 대법원 전원합의체 판결은 그 논거로서 헌법 제29조 제1항 단서 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 정한 것으로 보기는 어렵다는 점, 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없는 한 공무원 개인에게 불법행위로 보아 손해배상책임을 부담시킬 수 있는 점, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 기준으로 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되어야 한다는 점 등을 들고 있다.

학계는 위 대법원 전원합의체 판결의 입장에 대체로 동의하고 있으나, 국가배상법 제2조 제2항이 공무원의 내부적 구상관계만을 정하고 있을 뿐임에도 불구하고 이를 공무원의 불법행위책임에까지 확대하는 것은 해석의 범위를 넘어서는 것이라는 비판이 있다.⁷¹⁾ 또한 실무상 위법한 행정결정에 대해 쉽게 중과실을 인정함으로써 공무원 개인에게 책임을 부과하는 경향이 있다는 비판도 있다.⁷²⁾

제4절 | 쟁점의 정리

이제까지 국가배상법상 공무원의 위법행위로 인한 국가배상책임에 대한 법리와 성립요건, 그리고 공무원 개인의 책임과 관련하여 구체적·세부적인 쟁점들을 도출하였다. 즉, 아래와 같은 쟁점들을 중심으로 비교법적 고찰 및 판결문 분석을 시도할 것이다.

71) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 152~153면.

72) 박정훈, 국가배상법제의 개혁-국가책임과 공무원(경찰관) 개인책임의 구별을 중심으로, 입법정책포럼 자료집, 한국법제연구원, 2019. 1. 18., 10면.

첫째, 국가배상제도가 비록 과실의 객관화 또는 입증책임의 완화 등 자기책임설에 부합하는 방향으로 국가배상제도가 발전해왔다 하더라도, 헌법이 표방하는 자기책임설을 온전히 구현하고 있는지 여부에 대해서는 여전히 비판의 여지가 있다. 국가배상책임의 성립요건으로 공무원의 고의·과실과 같은 주관적 요소가 주요하게 다루어지거나, 공무원의 개인적 책임을 전제로 국가책임의 성립을 부정하고 국가가 아닌 공무원 개인에게 책임을 묻는다거나 하는 것은 자기책임설에 반하여 보다 대위책임설에 가까운 운용으로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 의구심을 바탕으로 국가배상책임의 성립요건 및 공무원 개인의 책임과 구상책임 등을 살펴보고자 한다.

둘째, 국가배상책임의 배상주체로서 입법불비로 여겨지는 “공공단체”의 경우 해석론 또는 입법론을 통해 어떻게 국가배상책임을 부담할 수 있을지 검토될 필요가 있다.

셋째, 위법성의 판단기준을 아래 유형별로 구분하여 그 상세한 내용을 분석하고자 한다. 이때 쟁점은 항고소송에서의 위법성이 국가배상소송에서의 그것과 동일한 개념인지, 국가배상책임의 성립요건으로서 위법의 개념은 어떻게 이해되어야 하는지, 특히 상대적 위법성설의 입장을 취한 것으로 보이는 판례가 타당한 것인지 여부 등이 주요하게 검토되어야 할 것이다. 또한 입법작용 또는 재판작용에 대해서는 원칙적으로 국가배상법이 적용되나 소송실무에서 국가배상책임이 인정되기는 쉽지 않아 이를 별도로 살펴보고자 한다.

- 처분의 위법성
- 권한행사 또는 불행사의 위법성
- 처분의 위법성과 책임의 성립요건으로서 위법성을 달리 판단한 경우
- 입법작용과 재판작용의 위법성

넷째, 국가배상책임의 성립요건으로서의 과실을 유형별로 구분하여 분석하고자 한다. 이를 통해 실무상 법원이 과실의 인정에 지나치게 엄격하거나 객관적 정당성이라는 판단기준을 이용하여 국가배상책임을 부정하는 경향이 있다는 비판에 대해 국가배상책임에 있어 어떠한 과실의 개념과 판단기준, 인정범위 등이 타당한 것인지 여부 등을 검토할 것이다. 덧붙여 최근 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결이 공무원의 고의·과실을 널리 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상

과실이 포함된다든 전향적인 결정을 내린바, 이와 관련한 긴급조치 사건의 경과와 위 대법원 전원합의체 판결을 별도로 정리하고자 한다.

- 법령해석
- 위헌·위법이 명백한 경우
- 사후 위헌·위법이 밝혀진 경우
- 긴급조치 사건

다섯째, 대법원은 처분이 항고소송에서 취소된 이후의 국가배상책임의 인정과 관련하여 객관적 정당성 기준을 주요하게 제시하고 있다. 이러한 객관적 정당성 기준이 공무원의 과실 요건으로 판단되어야 하는지 또는 위법성 요건에서 판단되어야 하는지 여부 등에 대해서는 여전히 견해가 나뉘는 부분이 있어 이에 관한 판례를 분석할 것이다. 또한 공무원의 직무상 의무위반의 위법성이 행위위법설 또는 상대적 위법성설로 보는 판례가 혼재하였으며, 직무상 의무의 사익보호성을 위법성 또는 상당인과관계의 문제로 보는 판례 역시 혼재하고 있는 경향이 있어 이들을 덧붙여 살펴보고자 한다.

- 객관적 정당성 및 예견가능성
- 인과관계 : 직무상 의무의 사익보호성

제 3 장

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

국가배상제도의 비교법적 고찰

박원규 · 김철우 · 이훈

제3장

국가배상제도의 비교법적 고찰

제1절 | 독일

1. 독일 국가배상제도의 개관

가. 연혁 및 발전과정

19세기 독일에서는 위임이론(Mandats-theorie)에 따라 공무원은 국가로부터 적법한 행위에 대해서만 위임받았기 때문에 공무원의 위법한 행위에 대해서는 공무원 개인의 책임을 부담해야 한다고 인식하였다. 1900년 민법전 제839조에서도 공무원 개인의 책임만을 규정하고 있었다. 당시에도 공무원의 위법한 행위에 대해 국가가 책임을 부담하여야 한다는 주장이 제기되었으나, 제국입법자⁷³⁾는 주의 행정 관할에 속하는 국가책임에 대해 규율할 권한이 없었기 때문에 제국법인 민법전에서 국가의 배상책임을 규정할 수 없었다.

이에 각 주에서는 민법 제839조의 요건이 존재하는 경우에 공무원의 책임을 국가가 부담한다는 규정을 별도로 마련하였다. 남부 독일에서는 민법 시행법률에서, 프로이센에서는 1909년 국가책임법에서, 제국의 경우 1910년 제국공무원책임법(RBHG)에서 그러한 내용을 규정하였다. 그 후 바이마르헌법 제131조에서 제국의 모든 공무원의 책임에 대해 국가가 대신 부담한다는 내용을 규정하였고, 이를 계승하여 현행 기본법 제34조에서도 국가의 배상책임을 규정하였다.⁷⁴⁾

73) 현재의 독일 연방입법자에 해당한다.

74) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 667-668.

이러한 내용을 살펴볼 때, 독일의 국가배상제도는 민법상 불법행위책임에 근간하고 있으며, 공무원 개인의 책임을 국가가 대신 부담한다는 대위책임설에 기반하여 발전하여왔다는 것을 알 수 있다.

한편, 독일에서는 국가배상제도를 통일적으로 규율하여야 한다는 요구를 반영하여 1981년 6월 26일 국가책임법(Staatshaftungsgesetz)을 제정하였으나, 연방헌법재판소는 당시 기본법에 따르면 연방입법자에게 국가책임법에 대한 입법권한이 없다는 것을 이유로 해당 법률의 무효를 선언하였다.⁷⁵⁾ 이후 1994년 기본법을 개정하여 현재는 기본법 제74조 제1항 제25호⁷⁶⁾에 근거하여 연방도 국가책임에 관하여 경합적 입법권을 가지게 되었고 연방 국가책임법을 제정하기 위한 헌법적 장애는 사라졌다. 그러나 현재까지는 독일에서 별도의 국가책임법을 제정하지 않고 있다. 다만 폐지된 1981년 국가책임법은 국가배상과 관련된 주요 판례, 이론들을 반영한 것으로서, 독일 국가배상제도의 이해에 도움이 되는 내용을 포함하고 있다는 점에서 의미를 가진다. 예를 들어 당시 국가책임법에서는 과실책임(Verschulden)을 견지하고 있었음에도, 법 제2조 제1항에서 입증책임의 전환을 규정하여 개인이 국가의 과실을 입증하는 것이 아니라 국가가 자신의 무과실을 입증하도록 규정하였다.

나. 국가배상책임의 법적 근거 및 성격

1) 법치국가원리와 국가배상

독일에서 국가배상책임은 법치국가원리에 근거하여 인정되고 있다. 법치국가원리에 따르면 국가의 행정작용은 법률을 위반하여서는 안 된다. 만약 국가의 법률위반이 있다면 그 위반이 제거되어야 하고, 손해가 발생한 경우 그에 대한 금전적 보전도 이루어져야 한다.⁷⁷⁾ 즉 기본법 제20조 제3항에 따라 모든 국가기관은 헌법과 법률에 구속되며, 제19조 제4항에 따라 위법한 국가 행위에 대해 권리구제를 받아야 하며, 제34조에 따라 위법한 국가 행위로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

국가에 대하여 국민이 가지는 기본권은 기본적으로 방어권 및 부작위 청구권의

75) BVerfGE 61, 149.

76) 독일 기본법 제74조 (1) 경합적 입법권은 다음의 영역에 적용된다. 25. 국가책임.

77) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 664.

성격을 가진다. 만약 기본권 침해가 발생한 경우 그 상대방은 (1) 방해배제청구권을 가지며, 이에 근거하여 위법한 행정처분의 취소를 요구할 수 있다. 또한 (2) 결과제거 청구권에 근거하여 위법한 침해로 인해 발생한 결과를 제거하고 이전의 상태를 회복할 것을 요구할 수 있다. 더 나아가 (3) 손해배상청구권 등 금전적 보전을 요구할 수 있다. 독일에서는 국가의 위법한 행정작용에 대하여 그 상대방이 가지는 이러한 권리는 단계적인 성격을 가진다고 이해한다.⁷⁸⁾

2) 국가배상의 법적 근거

독일 기본법 제34조와 민법 제839조는 결합하여 하나의 국가배상의 근거 규정이 된다. 특히 민법 제839조는 청구규범(Anspruchsnorm), 기본법 제34조는 귀속규범(Zurechnungsnorm)으로서 기능한다. 즉 기본법 제34조는 민법 제839조에 따라 발생하는 공무원 개인의 손해배상책임을 고권 주체인 국가에 귀속시키는 기능을 한다.⁷⁹⁾

독일 민법 제839조(직무의무 위반에 대한 책임) ① 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 부담하는 직무의무를 위반한 경우, 그는 그로 인해 제3자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다. 해당 공무원에게 과실만 인정되는 경우에는 피해자가 다른 방법으로 보전을 받을 수 없는 경우에만 손해배상 청구의 대상이 된다.

독일 기본법 제34조 누구든지 그에게 부여된 공적 직무를 수행하면서 제3자에 대하여 부담하는 직무의무를 위반한 경우, 원칙적으로 그가 근무하는 국가 또는 공공단체가 그 책임을 부담한다. 고의 또는 중과실의 경우에는 구상권을 행사할 수 있다. 손해배상청구권과 구상권에 대하여 일반법원원의 제소가 배제되어서는 아니 된다.

3) 국가배상의 성격

가) 대위책임설

독일의 국가배상은 국가가 공무원 ‘외에(neben)’ 책임을 지는 것이 아니라 공무원에 ‘대신하여(anstelle)’ 책임을 지는 것이다. 따라서 민법 제839조의 요건이 존재하고, 기본법 제34조의 요건을 충족하는 경우에 공무원에게 손해배상 의무가 있는 것이 아니라 국가에 손해배상 의무가 있다.⁸⁰⁾

78) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 664.

79) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 11.

이렇듯 독일에서 국가배상책임은 직접적 국가책임이 아니라 간접적 국가책임을 의미한다. 즉 공무원 개인이 책임져야 하는 것을 국가가 대신 책임을 지도록 하는 것이다. 그러나 간접적 국가책임, 즉 대위책임설에 근거한 국가배상책임은 시대적 상황에 맞지 않다는 비판이 있으며, 법원의 판례를 통해 현재의 국가배상은 직접적 국가책임에 가까워지고 있다고 한다.⁸¹⁾

나) 위험책임설

최근의 행정은 그 영역이 확장되어 고양된 위험상황을 다수 발생하고 있다. 특히 행정이 기술적 수단을 활용하는 경우 기계의 결함 등으로 손해가 발생한다면 사람의 행위로 인한 것이 아니기 때문에 책임과 위법성을 요건으로 하는 전통적인 국가배상 이론으로는 손해를 보전하는 데 한계가 있을 수 있다. 전통적 국가배상책임 이론을 보완하는 수용유사침해 이론도 침해의 의도성, 위법성을 요구하기 때문에 위와 같은 영역에 적용하기에는 한계가 있다. 이에 공법영역에서도 위험책임 이론을 적용해야 한다는 견해가 있다.⁸²⁾ 다만, 독일의 학설 및 판례는 공법영역에서의 위험책임 도입에 대해 부정적인 견해이다. 독일 법질서에서 위험책임은 과실책임의 예외로서 법률에서 특별히 규정하는 경우에만 인정되기 때문이다.⁸³⁾

다. 국가배상책임의 성립요건

독일에서는 (1) 공적인 직무를 수행하는 사람이 (2) 제3자에 대하여 부담하는 직무상 의무를 (3) 유책하게 위반하여 (4) 손해를 일으킨 경우, (5) 책임배제 사유가 존재하지 않는 한 그 상대방에게 국가배상청구권이 인정된다.

80) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 669.

81) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 14.

82) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 452-453.

83) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 454.

1) 누구든지(jemand)⁸⁴⁾ 공적인 직무를 수행하면서

우리나라의 국가배상법은 제2조에서 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이라는 요건을 규정하는 반면, 독일 기본법 제34조에서는 ‘누구든지(jemand)’라는 용어를 사용함으로써, 공무원으로서의 신분·지위보다는 그 사람이 고권적 직무를 수행하는지가 중요한 요소임을 명시적으로 밝히고 있다. 따라서 임시적·일회적으로 공적 직무를 수행하는 과정에서 타인에게 손해를 발생시켰다고 하더라도 국가배상책임이 인정될 수 있다.⁸⁵⁾ 즉 독일의 국가배상책임은 지위책임(Statushaftung)이 아니라 기능책임(Funktionshaftung)의 성격을 가지고 있다.

한편, 독일 기본법 제34조와 함께 국가배상의 근거 조항인 민법 제839조에서는 기본법 규정과는 달리 ‘공무원(Beamter)’이라는 용어를 명시하고 있다. 이에 국가배상 책임을 인정하기 위해서는 공무원법에서 의미하는 공무원 신분이어야 하는지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 이와 관련하여 설령 민법 제839조 제1항에서 공무원이라는 요건을 명시하고 있기는 하지만, 기본법 제34조와 함께 해석하여 국가책임법적 의미에서의 공무원에는 신분법적 의미에서의 공무원뿐만 아니라 공공 영역에서 근무하는 모든 근로자를 포함하는 것으로 해석한다.⁸⁶⁾ 이에 고권적 직무를 수행하는 사인, 즉 공무수탁사인도 국가책임법적 의미에서의 공무원에 해당할 수 있다.

2) 제3자에 대하여 부담하는 직무의무 위반

우리나라의 경우 국가배상책임의 성립요건으로 법령 위반, 즉 위법성이 요구된다. 위법성의 판단과 관련하여 행위위법설, 결과불법설 등이 있으며, 최근에는 처분이 위법함에도 불구하고 국가배상책임 성립요건으로서의 위법성을 인정하지 않는 상대적 위법성설도 제기된다. 상대적 위법성설에 따르면 가해행위가 피해자에 대한 손해 배상이라는 관점에서 객관적으로 정당성을 상실한 경우에만 국가배상법적 의미에서의 위법으로 본다. 그런데 독일의 국가배상 관련 법제에서는 위법성이라는 요건을

84) 조금 더 자연스러운 번역을 위해서는 ‘공적 직무를 수행하는 사람’ 등으로 번역하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 독일 기본법(헌법)에서 공적 직무 수행의 주체를 ‘공무원’으로 제한하지 않고 ‘누구든지’로 규정하고 있다는 것을 강조하기 위하여 본 연구에서는 독일 원문(jemand)을 직역하였음을 밝힌다.

85) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 673.

86) Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., 2018, “Amtshaftung”.

명시적으로 규정하지 않고 직무의무의 위반이라는 요건을 규정하고 있다. 아래에서는 독일 국가배상 법제에서의 직무의무 위반의 개념에 대해 살펴보고자 한다.

가) 직무의무의 개념

독일 기본법 제34조 및 민법 제839조에 따른 국가배상은 제3자에 대하여 부담하는 직무의무(die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht) 위반을 요건으로 한다. 그런데 해당 규정에서는 직무의무가 구체적으로 어떠한 것을 의미하는지는 명시하지 않고 있다. 직무의무는 헌법, 법률, 법규명령, 규칙, 관습법, 법 일반원칙, 행정규칙 등 여러 법원(法源)으로부터 도출될 수 있으나, 그 구체적인 내용은 법원의 판례를 통해 형성되고 있다.⁸⁷⁾ 직무의무의 위반은 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 가능하다.

구체적으로 직무의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 법적 의무가 아니라 공무를 수행하는 사람이 국가에 대하여 부담하는 의무를 말한다. 즉 직무의무는 내부적 관계에 관한 것이다.⁸⁸⁾ 따라서 직무의무 위반은 공무를 수행하는 사람과 국가의 직무상 관계에서 도출되는 의무를 위반하는 경우에 인정된다.

이러한 이해에 따르면 처분이 위법하지만, 해당 공무원은 직무의무를 위반하지 않는 경우도 있다. 예를 들어 시장이 상급 자치단체장(Landrat)의 지시에 따라 위법하게 집회를 금지한 경우, 시장의 금지처분은 대외적으로 위법하지만, 직무의무를 위반한 것은 아니다. 반면 상급 자치단체장은 위법한 지시를 하였기 때문에 그에게 부여된 직무의무를 위반한 것이다. 이 경우 시민은 시장이 속한 기초자치단체가 아닌 상급 자치단체장이 속한 주정부를 상대로 손해배상 소송을 제기하여야 한다.⁸⁹⁾

즉 공무원이 상급기관의 위법하지만 구속력 있는 지시(gesetzeswidrige bindende Weisung)를 따르는 경우 국민과의 외부관계에서는 해당 공무원의 행위는 위법하지만, 내부관계에서는 직무의무를 위반한 것이 아닐 수 있다.⁹⁰⁾ 다만 위법한 지시를 한 상급기관은 그에게 부여된 직무의무를 위반한 것이기 때문에 외부적 관계에서

87) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 44.

88) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 673.

89) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 674.

90) HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 839 Rn. 10.

기본법 제34조 및 민법 제839조에 따른 손해배상책임이 인정된다.⁹¹⁾

이처럼 우리나라에서는 국가배상책임의 인정에 있어 위법성을 요건으로 하는 것과 달리 독일에서는 직무의무 위반(Amtspflichtswidrigkeit)을 요건으로 한다. 다만, 독일에서 내부관계에서의 직무의무 위반과 외부관계에서의 위법행위를 구분한다고 하여 위법성이라는 요소가 전혀 고려되지 않는 것은 아니다. 일반적으로 직무의무는 법률, 행정규칙, 개별 지시, 법 일반원칙 등으로부터 도출되기 때문이다.⁹²⁾ 또한 직무의무 위반은 공무원지위법(BeamtStG) 제36조 제1항, 연방공무원법(BBG) 제63조 제1항에서 구체화하고 있는 기본법 제20조 제3항의 행정의 법률적합성의 원칙으로부터도 도출되기 때문에 위법성과 밀접한 관련성이 있다.⁹³⁾

나) 직무의무의 유형

직무의무의 유형에 대해서는 법령 등에서 명시적으로 규정하고 있지 않다. 학설과 판례는 공무를 수행하는 사람이 준수하여야 할 직무의무의 유형으로 '적법한 행위 의무', '비례원칙 준수 의무', '관할, 절차규정 준수 의무', '신속한 결정 의무', '직무상 비밀준수의무', '정확한 정보제공 의무', '하자 없는 재량행사 의무' 등을 인정한 바 있다.⁹⁴⁾

적법한 행위 의무는 기본법 제20조 제3항에서 규정하고 있는 행정의 법률 적합성의 원칙으로부터 도출된다. 이 원칙에 따라 국가는 그 임무를 수행함에 있어 법률을 포함한 법령을 준수하여야 한다. 관할, 형식, 절차규정 준수 의무는 적법한 행위 의무의 하위 유형이라고 할 수 있다. 관할 관련 규정의 목적은 행정청이 내용적으로 옳은 결정을 하는 것에 있으며, 이는 행정 상대방의 보호와도 연계된다.⁹⁵⁾ 비례의 원칙 준수 의무도 적법한 행위 의무의 특수한 유형으로, 경찰법 등 개별 법률에서 명시적으로 규정하기도 한다.⁹⁶⁾

한편 이러한 의무위반은 공적인 직무 수행과 기능적 관련성을 가져야 한다. 만약

91) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1743.

92) HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 839 Rn. 11.

93) Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., 2018, "Amtshaftung".

94) HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 839 Rn. 12.

95) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 47.

96) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 49.

행정청이 사경제 주체의 지위에서 행위를 하거나, 공무원이 사적인 동기로 행위를 한 경우에는 국가배상청구권이 인정되지 않는다. 예를 들어 경찰관이 순찰 업무 도중 개인적인 동기로 총기를 발사한 경우가 그러하다.⁹⁷⁾ 이 경우에는 공무원이 개인으로서 타인에게 손해를 발생시킨 것으로서 공직 직무 수행과 기능적 관련성이 없고 따라서 국가배상청구권이 인정되지 않는다.

다) 직무의무의 제3자성

한편, 독일에서의 국가배상은 직무의무의 제3자성(Drittbezogenheit)이 인정되는 경우에만 청구할 수 있다. 즉 직무의무가 최소한 피해자에 대해서도 존재하고, 그에 대한 보호를 목적으로 하는 경우에 손해배상 의무가 인정된다.

공무를 수행하는 사람의 의무위반은 국가배상책임의 근거이자 한계이기 때문에, 위반한 직무의무의 제3자성과 관련 규범의 주관적 보호 대상은 국가책임에 있어 핵심적인 내용이다.⁹⁸⁾ 따라서 국가배상소송에서 직무의무의 내용 및 의미에 대해 구체적으로 확인할 필요가 있다.

직무의무의 내용이 법률에서 명확하게 규정되어 있지 않은 것과 마찬가지로 제3자성에 대한 판단도 관련 법익의 유형과 대상자에 따라 달라진다. 따라서 구체적인 사안에서 △ 위반된 직무의무가 제3자성을 가지는지, △ 손해를 입은 사람이 보호 대상이 되는 인적범위에 포함되는지, △ 대상이 되는 권리와 법익이 제3자 보호 효력의 범위에 포함되는지 등에 대해 판단하여야 한다.⁹⁹⁾

직무의무의 제3자성은 공무원 또는 국가에 의한 손해배상을 제한하는 기능을 한다. 즉 공무원의 직무의무 위반으로 인해 발생하는 모든 손해에 대하여 국가가 배상하는 것이 아니라 제3자를 대상으로 하는 직무의무 위반에 대해서만 손해배상청구권이 인정된다. 이와 관련하여 연방대법원은 직무의무의 제3자성의 판단에 있어 직무의무의 의미와 목적을 고려하였을 때 고권주체와 시민 간에 밀접한 관련성이 인정되어야 하며, 직무의무의 근거가 되는 규정과 해당 직무의 성격 및 목적을 고려하였을 때, 손해를 입은 사람도 보호 대상이 되는 인적범위에 해당하는 경우에만 그에 대한 직무

97) Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., 2018, "Amtshaftung".

98) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 60.

99) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 60.

의무가 인정된다고 판시한 바 있다.¹⁰⁰⁾ 반면 그렇지 않은 사람에 대해서는 직무의무 위반으로 인하여 일정한 불이익을 입더라도 손해배상책임이 인정되지 않는다.

한편 직무의무의 제3자성을 지나치게 엄격하게 해석한다면, 국민의 권리구제 범위가 좁아질 수 있다. 따라서 국민의 기본권 보장 및 권리보장 차원에서 민법 제839조에서 규정하는 제3자성에 대한 해석을 완화할 필요가 있다. 이와 관련하여 국가에 의한 위법한 기본권 침해는 모두 제3자에 대해 부담하는 직무의무 위반으로 보아야 하며, 관련 법 규정이 공익만을 목적으로 하는지, 아니면 제3자를 보호하는 목적도 가지는지는 판단할 필요가 없다는 견해도 있다.¹⁰¹⁾

3) 과실

우리나라에서는 국가배상책임의 성립요건으로 고의 또는 과실을 요구한다. 고의란 어떠한 위법행위의 발생 가능성을 인식하고 그 결과를 인용하는 것을 말하며, 과실이란 부주의로 인하여 어떠한 위법한 결과를 초래하는 것을 말한다. 한편 과실의 판단에 있어 해당 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 기준으로 한다. 만약 처분이 위법한 경우라고 하더라도 공무원의 책임, 즉 고의 또는 과실이 인정되지 않는 경우에는 국가배상책임도 부인된다. 독일에서도 우리나라와 마찬가지로 국가배상책임의 인정에 있어 공무를 수행하는 사람의 책임을 요구하는바 이에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

독일의 국가배상책임은 직무의무에 대한 객관적 위반으로부터 바로 도출되는 것이 아니라 직무의무에 대한 책임 있는 위반(*schuldhafte Verletzung*)을 전제로 한다.¹⁰²⁾ 즉 독일에서 국가배상책임은 과실책임(*Verschuldenshaftung*)이며, 직무행위자의 고의 또는 과실이 있는 경우에만 인정된다. 기본법 제34조에서는 이러한 점을 명시하지 않으나, 민법 제839조에서 과실책임에 대해 규정하고 있다.

국가배상책임에서의 고의 또는 과실은 직무의무 위반에 대한 것이지, 손해 발생의 결과에 대한 것은 아니다.¹⁰³⁾ 따라서 고의는 직무의무 위반으로부터 인하여 발생할

100) BGH, NJW 2005, 742.

101) Hörstel, NJW 1996, 497, 498.

102) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 74.

103) HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 839 Rn. 22.

수 있는 사실에 대한 인식뿐만 아니라 의무위반에 대해서도 인식할 것을 요구하며, 적어도 의무위반의 가능성에 대해서는 인식하여야 한다. 과실은 해당 직무에 요구되는 주의의무를 기울이지 않는 때에 인정된다.

독일에서 국가배상에 있어 책임을 요구하는 것은 국가배상제도가 공무원 개인의 책임에서 국가의 대위책임으로 발전하였다는 점에서 기인한다.¹⁰⁴⁾ 기본법 제34조와 함께 국가배상의 근거가 되는 민법 제839조에 따른 청구권의 행사는 공무를 수행하는 자가 비난받을 만한 행위를 한 경우에만 인정된다. 기본법 제34조와 함께 국가배상의 근거가 되는 민법 제839조는 체계상 불법행위법의 특수한 유형으로 볼 수 있다. 따라서 원칙적으로는 구체적으로 특정 가능한 공무원이 비난받을 만한 잘못을 저지른 경우에만 국가배상이 인정되어야 한다. 그런데 최근에는 국가배상을 널리 인정하는 차원에서 책임의 객관화, 탈개인화 경향이 나타나고 있다. 이에 국가배상책임은 점차 직무책임(Amtshaftung)에서 객관적 국가책임(objektive Staatshaftung)에 가까워지고 있다고 한다.¹⁰⁵⁾

고의 또는 과실의 존재 여부는 행위를 한 개별 공무원이 아니라 평균적인 공무원의 주의의무를 기준으로 한다. 이는 과실의 객관화와 관련 있는바, 이를 통해 손해에 대한 리스크를 국민이 부담하게 되는 결과를 방지하는 것을 목적으로 한다. 조직책임이론(Organisationsverschulden)도 과실의 객관화와 관련 있다. 조직책임이론은 설령 실제 손해를 발생시킨 공무원을 특정하지 못하더라도 행정청 내에서 발생한 책임을 기관장 또는 상급자에게 귀속시킨다는 것을 특징으로 한다.¹⁰⁶⁾

책임의 객관화, 탈개인화와 관련하여 독일에서는 주로 (1) 객관적 행위표준, (2) 책임(과실)추정, (3) 조직책임 등이 논의되고 있다.¹⁰⁷⁾ (1) 객관적 행위표준의 설정을 통해 해당 공무원이 아닌 평균 공무원을 기준으로 과실을 판단한다. (2) 책임(과실)추정을 통해 직무의무 위반 사실이 인정되면 공무원의 과실을 인정하는 경향이 있다. (3) 조직책임이론을 통해 개별 공무원이 아닌 정상적으로 기능하지 않은 행정기구(Verwaltungsapparat) 전체에 책임을 귀속시킨다. 이를 통해 책임은 익명화되며, 국가

104) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 75.

105) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 75.

106) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 679-680.

107) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 78-80.

배상 청구권자는 손해를 발생시킨 개별 공무원을 특정할 필요가 없이 국가배상을 청구할 수 있게 된다. 예를 들어 인적, 물적 자원의 부족으로 행정청의 결정 및 조치가 늦어져서 그 상대방이 손해를 입은 경우 조직책임이론에 근거하여 책임을 인정하고 손해배상을 하는 것이 가능할 것이다.

4) 인과관계

국가 또는 공무원의 손해배상책임 인정을 위해서는 직무의무 위반과 손해 발생 간에 인과관계가 인정되어야 한다. 인과관계와 관련하여 국가배상과 여타의 손해배상 간의 차이점은 없으며, 독일에서는 상당인과관계설에 따라 인과관계 여부를 판단한다. 상당인과관계설은 만약 해당 공무원이 의무에 합당하게 직무를 수행하였다면 상대방의 재산 또는 비재산적 상황에 어떠한 영향을 미쳤을 것인지를 가정하고 인과관계 여부를 판단하게 된다. 이때 인과관계는 특정한 사실이 일반적으로 특정한 결과를 발생시키기에 적합한 경우에 인정된다. 특별한 사정, 실현 가능성이 낮은 사정, 적법한 사건의 진행에서는 고려하지 않아도 되는 사정 등으로 인해 발생할 수 있는 결과는 고려하지 않아도 된다.¹⁰⁸⁾ 즉 직무의무 위반으로 인하여 일반적으로 발생할 수 있는 손해에 대해서만 인과관계가 인정되며, 예외적으로만 발생할 수 있는 손해에 대해서는 그렇지 않다. 만약 피해자가 사실관계의 진행에 개입하여 손해의 발생에 직접적인 영향을 미치는 추가적인 원인을 제공하였다면 직무의무 위반과 발생한 손해 사이에 인과관계가 인정되지 않을 수도 있다.

한편 직무의무 위반과 손해 발생과 관련하여 가해자인 공무원 또는 국가는 '적법한 대체행위의 항변(Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens)'을 하는 것을 생각할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 즉 가해자인 공무원이 위법하게 행위하였지만, 그가 적법하게 행하였더라도 손해가 발생하였을 것이라고 주장하는 것이다. 그런데 적법한 대체행위에 대한 항변은 직무의무 위반과 발생한 손해 간의 인과관계 존재 여부에 대한 문제라기 보다는, 인과관계가 인정된 이후에 손해를 발생시킨 공무원 등에게 손해의 결과를 어느 정도 귀속시킬 것인가에 대한 문제에 더 가깝다.

108) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 73.

109) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 74.

5) 국가배상책임의 제한

손해배상책임의 제한에 대해서는 민법 제839조에서 규정하고 있다. 즉, 같은 조 제1항 제2문에서는 보충성, 제2항에서는 재판에서의 특권, 제3항에서는 권리구제 수단의 태만에 대해 규정하고 있다.

민법 제839조 제1항 제2문의 보충성 조항에 따라 피해자가 다른 방법으로는 손해에 대한 전보를 받을 수 없는 경우에만 공무원이 책임진다. 애초 이 조항은 공적인 직무를 수행하는 공무원 개인을 보호하기 위한 목적을 가진다. 그런데 기본법 제34조의 도입으로 공무원의 책임을 국가가 부담하게 되었기 때문에 공무원 개인을 보호하기 위하여 이러한 조항을 둘 필요성이 낮아졌으며, 따라서 보충성 조항은 엄격한 요건 하에서만 적용할 필요가 있다.¹¹⁰⁾

민법 제839조 제2항에서 규정하고 있는 법관의 재판에 있어서의 특권에 대해서는 뒤에서 자세히 검토하기로 한다. 같은 조 제3항에서는 권리구제 수단의 태만에 대해 규정하고 있다. 만약 공무원의 위법한 직무로 인하여 손해를 입은 상대방이 이의제기, 가처분 신청, 취소소송 등 법적 수단을 통하여 자신에게 발생할 수 있는 손해를 미리 방지하기 위하여 노력하지 않았다면 국가배상을 인정하지 않는다.

라. 공무원의 구상책임

기본법 제34조, 민법 제839조에 근거한 국가배상책임, 즉 직무책임(Amtshaftung)은 국가에 이전(移轉)된 공무원 개인의 책임이다. 이는 국가배상책임이 인정되는 경우 외부적 관계에서는, 즉 손해를 입은 상대방에 대해서는 국가만이 책임을 부담함을 의미한다.¹¹¹⁾ 그렇다고 하여 내부적 관계, 즉 국가 등 행정주체와 공무원 사이에서의 구상권(Regressanspruch) 행사가 배제되는 것은 아니다.

이에 대해서는 기본법 제34조 제2문에서 규정하고 있으며, 이 조항에 따라 공무원의 고의(Vorsatz)나 중과실(grobe Fahrlässigkeit)이 인정되는 경우 행정주체의 구상권 행사가 허용된다. 다만, 기본법 제34조 제2문에서 행정주체의 공무원에 대한 구상청구 가능성을 규정하고 있다고 하여 구상의무가 존재하는 것은 아니다.¹¹²⁾

110) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1745.

111) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 119.

기본법 제34조 제2문은 구상권 행사의 근거이기도 하지만 구상권 행사를 제한하는 기능도 한다. 즉 공무원에게 고의나 중과실이 있는 경우에만 구상권 행사가 가능하다. 이는 국가의 소속 공무원에 대한 배려의무(Fürsorgepflicht)의 표현이기도 하며, 공무원의 적극적인 의사결정 능력을 장려하기 위한 이유도 있다.¹¹³⁾

마. 참고 : 소송외적 배상절차에 관한 논의

독일 기본법 제34조에서는 손해배상청구권과 관련하여 일반법원에서의 제소가 배제되어서는 안 된다고 규정하고 있는바, 이 규정은 법원을 통한 정식 권리구제절차를 보장하기 위한 것이다. 이와 관련하여 국가배상에 관한 사전절차로서 행정상 구제절차(administrative Abhilfeverfahren)를 두는 것이 허용될 수 있는지에 대한 논의가 있으나, 법원에 의한 정식 구제절차를 전적으로 배제하지 않는 한 행정상 구제절차의 도입이 기본법 제34조 제3문에 반하는 것은 아니다.¹¹⁴⁾

독일에서 소송외적 배상제도는 ① 구동독 국가책임법 규정, ② 1981년 국가배상법 도입 과정에서의 논의, ③ 바이에른 법원조직법 시행법률 규정과 관련하여 주로 언급된다. 주요 내용을 간략히 검토하면 다음과 같다.

우선 구동독 국가책임법(StHG-DDR) 제5조 제1항에서는 청구인은 손해를 발생시킨 공무원이 소속된 국가기관에 배상신청절차(Antragsverfahren)를 거치도록 규정하고 있었다. 신청이 있는 경우 해당 기관의 장이 국가배상의 사유와 범위를 결정하도록 하였다(제5조 제3항). 제6조에서는 원 행정청의 국가배상 거부 결정이 있는 경우 이에 대한 이의신청절차(Beschwerdeverfahren)를 규정하고 있었다. 즉 법원에 정식으로 국가배상청구소송을 제기하기 이전에 2단계의 사전절차를 거치도록 하였다.

국가배상법 개혁 과정에서도 소송외적 배상절차의 도입이 논의된 바 있다. 1976년 국가책임법 부처안(Referentenentwurf) 제26조부터 제30조에서는 행정상 구제절차(Abhilfeverfahren)에 관한 규정을 포함하고 있었으나, 정부안에는 최종 반영되지 못하였다.¹¹⁵⁾ 당시 서독에서는 국가배상에 관하여 청구인과 국가 간의 합의가 성립되지

112) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 119.

113) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 120.

114) Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani, 98. EL März 2022, GG Art. 34 Rn. 324.

115) Grzeszick, ZRP 2015, 162, 166.

않으면 바로 법원에 소를 제기할 수 있었는데, 해당 법률안에서는 사전절차를 거치는 때에만 소송을 제기할 수 있도록 제안한 것이다.¹¹⁶⁾

이외에도 바이에른 법원조직법 시행법률(Gerichtsverfassungsausführungsgesetz) 제22조에서도 국가배상 관련 행정상 구제절차를 규정하고 있었다. 이 규정에 따르면 일차적으로 원 행정청이 구제신청을 인용할지를 판단하였다. 만약 원 행정청이 신청을 인용하지 않을 경우 상급 행정청, 즉 구제행정청(Abhilfebehörde)에 해당 사안을 제출하도록 하였다. 구제행정청은 주 재무행정청과 협의하여 국가배상 여부를 결정하였다. 그런데 이러한 구제절차는 국가배상을 위하여 다수 행정청의 개입을 요구하며, 심지어는 최상급 행정청의 결정도 있어야 했다. 특히 행정상 구제절차에서 국가배상이 인용되지 않을 경우, 법원의 종국적인 결정을 받기까지 많은 시간을 필요로 한다는 점에서 문제가 있었다. 바이에른주에서 행정상 구제절차를 둔 취지, 즉 소송비용에 대한 부담 없이 청구인의 권리를 효과적으로 보호하고, 법원의 부담을 감경한다는 목적은 매우 제한적으로만 달성할 수 있었던 것이다.¹¹⁷⁾ 이에 바이에른주에서는 1995년 법원조직법 시행법률 제22조의 사전적 구제절차를 폐지하였다.

이처럼 독일에서는 주에 따라 소송외적 구제절차(Abhilfeverfahren)가 있었거나, 그 도입이 논의된 바 있었으나 그러한 절차가 오히려 국민의 권리 실현에 장애 요인으로 작용한다는 판단에 현재는 관련 제도를 운용하지 않는 것으로 파악된다.

2. 독일 수사기관 대상 국가배상제도 논의

가. 재판 영역에서의 국가배상

1) 개관

수사기관 대상 국가배상제도에 대해서 논의하기 이전에 사법 영역에서의 국가배상에 대해서도 간략히 검토하고자 한다. 수사기관의 수사 활동은 종국적으로 법원에 의한 형사재판과 연계되기 때문이다.

법관의 재판도 국가책임법에서 의미하는 공무 수행에 해당한다. 따라서 원칙적으

116) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 748.

117) Bay. LT-Drs. 13/1370.

로는 국가책임법 관련 규정이 적용되어야 한다. 그런데 민법 제839조 제2항에서는 법관의 재판 행위에 대한 책임을 제한하는 규정을 두고 있다. 이 규정에 따르면, 공무원이 재판에서 직무의무를 위반한 경우, 의무위반이 범죄행위에 해당하는 경우만 손해에 대한 책임을 진다(제1문). 의무에 위반한 직무행사의 거부 또는 지연의 경우에는 본조의 적용이 배제된다(제2문).

위 규정에서 확인할 수 있듯이 법관의 재판에 대해서도 국가배상책임이 인정될 수 있으나, 그 요건을 매우 엄격하게 설정하고 있기 때문에 사실상 독일 형법 제332조 제2항의 법관의 부정처사 수뢰죄, 제339조의 법률왜곡 등의 범죄에 해당하는 경우에만 국가배상책임이 인정될 수 있다.

이렇게 민법 제839조 제2항에서 재판에 관한 특별조항을 두고 있는 이유는 법관을 보호하기 위한 것이 아니라 판결의 기속력을 보장하기 위한 것이다.¹¹⁸⁾ 만약 재판에서 패소한 사람이 법관이 잘못 판결하였다고 주장하며 손해배상청구소송을 진행할 수 있도록 한다면 같은 사안에 대해 법원에서 재차 위법성을 판단하게 됨을 의미한다. 이는 판결의 기속력에 반할 수 있으며, 확정판결로 종결된 법적 분쟁에 대한 법적 평온 및 안정을 해칠 수 있다. 따라서 재판에 대해 국가배상을 제한하는 것은 법관의 특권(Richterprivileg)이 아니라 판결의 특권(Richterspruchprivileg)을 의미한다.¹¹⁹⁾ 여기에는 좁은 의미에서의 판결뿐만 아니라 결정도 포함된다.

2) 형사소송에서의 직무의무

형사소송에서 법관은 구속, 압수수색 등 수사상 강제조치 명령을 통한 수사절차에 대한 감시와 본안소송을 수행하는 역할을 한다. 일반적으로 전자와 같이 수사판사(Ermittlungsrichter)로서의 역할을 하는 경우에는 민법 제839조 제2항의 특권을 누리지 못한다. 반면 후자와 같이 본안소송을 진행하는 때에는 국가배상과 관련된 특권의 적용을 받는다.

가) 수사 절차상 강제조치 명령에서의 직무의무

검찰, 경찰 등 수사기관의 요청으로 강제적인 성격을 가진 수사수단을 명령하는

118) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 102.

119) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 693-694.

법관은 법관의 독립성에도 불구하고 특별한 주의의무를 준수하여야 한다. 만약 법관이 수사를 위한 비공개 기술적 수단을 명령하면서 법률요건을 충족하였는지를 검토하지 않았다면 직무의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.¹²⁰⁾ 또한, 구속영장을 발부하면서 피의자에게 유리한 모든 사정을 충분히 고려하지 않은 경우에도 직무의무를 위반한 것일 수 있다. 다만 독일 법원은 이러한 사례의 경우에도 법관의 독립성을 보장하는 차원에서 제한적으로만 법관의 책임을 인정하는 경향이 있다.¹²¹⁾ 즉 법관의 결정에 중대한 하자가 있거나, 명백히 납득할 수 없는 결정이 아니라면 직무의무 위반을 인정하지 않는다.

나) 본안소송에서의 직무의무 위반

본안소송에서는 민법 제839조 제2항의 특권조항이 적용된다.

3) 장기간의 재판절차로 인한 손해배상

가) 개관

장기간의 재판절차 및 수사절차로 인한 손해는 기본법 제34조, 민법 제839조에서 규정하고 있는 직무의무 위반을 이유로 한 손해배상의 대상이 될 수 있다.¹²²⁾ 독일에서는 유럽인권법원(EGMR) 판결을 계기로 2011년 11월 24일 「장기간의 재판절차와 형법상 수사절차에서의 권리구제에 관한 법률(Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren)」이 제정되는 등 수사 및 재판절차와 관련하여 손해를 입은 국민에게 금전적 보전을 하기 위한 별도의 제도를 마련하고 있다. 유럽인권협약(EMRK) 제6조 제1항에서는 법적 분쟁이 독립되고 중립적인 법원을 통해 '적절한 기간' 내에 다루어질 권리를 규정하고 있는바, 위 법률은 유럽인권협약의 내용을 국내법에서 구체화한 것이다.

장기간의 재판절차에 대한 권리구제는 절차의 지연에 대하여 직접 다투는 예방적 권리구제수단과 절차의 지연으로 인해 발생한 손해에 대한 배상을 요구하는 방법이 있다. 유럽인권법원은 예방적 권리구제수단을 가장 적합한 해결책으로 보지만, 각

120) BGH NJW 2003, 3693, 3695.

121) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., S. 694.

122) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 460.

회원국에서 절차 지연으로 인한 손해배상에 관한 법률을 마련하는 것으로도 충분한 권리구제가 이루어질 수 있다고 판단하였다.¹²³⁾ 이러한 이유로 독일 입법자는 절차 지연으로 인한 손해배상에 관한 법률을 마련하였다.

나) 법적 근거

「장기간의 재판절차와 형법상 수사절차에서의 권리구제에 관한 법률」은 이른바 조항법률(Artikelgesetz)로서 소송절차와 관련된 여러 법률의 개정을 내용으로 한다. 특히 법원조직법(GVG) 제198조에서는 장기간의 재판절차로 인하여 손해를 입은 사람은 적절한 배상을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 내용은 형사소송에서公所 준비를 위한 절차에 대해서도 동일하게 적용된다(법원조직법 제199조 제1항).

독일 법원조직법 제198조 (1) 재판절차의 부적절한 기간(unangemessene Dauer)으로 인하여 소송 참가자로서 불이익을 받은 사람에 대해서는 적절한 배상(angemessen entschädigen)이 이루어져야 한다. 소송 기간의 적절성은 개별 사안의 사정, 특히 소송의 난이도와 의미, 소송참가자와 제3자의 행위 등을 기준으로 판단한다.

다) 요건

‘부적절한 기간’ 또는 ‘과도하게 장기간’이 어느 정도의 기간을 의미하는지, 즉 어느 정도의 소송 기간이 적절한지를 판단함에 있어서 법원에 판단여지가 부여되어 있다. 다만 이때에도 법원의 판단은 유럽인권협약 및 유럽인권법원에서 제시하는 기준에 부합하여야 한다. 이러한 점을 고려하여 법원조직법 제198조 제1항 제2문에서는 소송의 난이도와 의미, 소송참가자와 제3자의 행위 등 개별 사정들을 고려하도록 하고 있다.

독일 법원조직법에서는 소송 기간의 장기화로 인한 손해배상의 절차적 요건으로 “지연에 대한 이의신청(Verzögerungsrüge)”을 규정하고 있다(법원조직법 제198조 제3항 제1문). 이 규정에 따라 손해를 주장하는 사람이 법원에 소송의 지연에 대한 이의신청을 사전에 하지 않았다면 손해배상청구권이 인정되지 않는다.¹²⁴⁾ 소송 지연을 이유로 한 이의신청은 소송절차가 적절한 기간 내에 종료되지 않을 것이라는 우려

123) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 461.

124) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 462.

가 존재하는 경우에만 할 수 있다(법원조직법 제198조 제3항 제2문). 언제 이러한 우려가 인정되는지에 대해서는 개별 사안에 따라 달리 판단하여야 하며 시간적으로 명확하게 설명할 수는 없다. 그런데 너무 빨리 소송 지연에 대한 이의신청을 한 경우에는 손해배상을 위한 절차적 요건을 준수하지 않은 것이 되며, 결과적으로 손해배상청구권을 상실한다. 반대로 너무 늦게 소송 지연에 대한 이의신청을 한 경우에는 손해배상의 범위가 축소될 수 있다.¹²⁵⁾ 결과적으로 소송의 장기화로 인한 손해배상을 청구함에 있어 이의신청을 필수적으로 거치도록 하는 것은 피해자의 부담으로 작용한다.

한편 법원조직법 제198조에 따른 손해배상은 일반적인 국가배상과는 달리 담당 공무원, 즉 법관의 과실은 요건으로 하지 않는다는 점이 특징이다.

라) 배상 범위

물질적, 비물질적 손해 모두에 대하여 손해배상청구권이 인정된다(법원조직법 제198조 제1항, 제2항 제1문). 비물질적/비재산적 손해는 재판절차가 부당하게 장기간 소요된 경우에 추정된다. 다만, 다른 방법으로는 원상회복이 충분하지 않은 경우에만 비재산적 손해에 대한 배상을 요구할 수 있다(법원조직법 제198조 제2항 제2문).

손해배상은 1년의 지연 기간마다 1,200유로를 지급하며(법원조직법 제198조 제2항 제2문), 개별 사안을 고려할 때 이 금액이 적절하지 않을 때는 증액 또는 감액할 수 있다(법원조직법 제198조 제2항 제3문). 다만 법원은 특별한 사정이 존재하는 경우에만 연 1,200유로 배상의 예외를 인정하여야 한다. 예를 들어 소송 지연으로 인하여 자유 박탈의 기간이 길어지거나, 인격권에 대한 중대한 침해로 이어진 때에 예외가 인정될 수 있다. 소송 지연으로 대상자가 중대한 정신적 장애, 예를 들어 심각한 우울증을 얻은 경우에도 금액을 증액할 수 있다.¹²⁶⁾

마) 일반적 국가배상청구권과의 관계

민법 제839조 및 기본법 제34조에 따른 국가배상청구와 법원조직법 제198조에 따른 손해배상청구 간의 관계가 문제가 된다. 양자 모두 직무의무 위반이라는 점에서 동일하지만, 청구를 위한 요건과 절차 등에 있어서는 차이가 있다.

125) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 462.

126) BeckOK BGB/Reinert, 62. Ed. 1.5.2022, BGB § 839 Rn. 219.

민법 제839조에 따른 손해배상청구는 완전한 손해의 보전을 목적으로 하며, 공무원의 책임을 요건으로 한다. 따라서 민법 제839조에 따른 손해배상(Schadensersatz)은 법원조직법 제198조에 따른 손해배상(Entschädigung)에 비하여 손해보전의 수준이 높다.¹²⁷⁾ 반면 일반적으로 민법 규정에 따른 손해배상은 물질적 손해에 대해서만 배상을 하지만, 법원조직법 규정에 따른 손해배상은 비물질적 손해에 대해서도 배상을 한다는 점에서 그 범위가 넓다.¹²⁸⁾

이외에도 민법 제839조에 따른 손해배상은 직무의무 위반을 요건으로 하는 반면, 법원조직법 제198조에 따른 손해배상은 장기간의 소송절차의 존재만으로 충분하며 법관의 직무의무 위반에 대해서는 판단하지 않는다.¹²⁹⁾

나. 검사의 법적 판단과 국가배상

1) 개관

검사가 위법한 행위를 하는 등 직무의무를 위반한 경우에도 기본법 제34조, 민법 제839조에 따른 국가배상책임의 문제가 발생할 수 있다.

검사에게 부여되어 있는 범죄수사, 형사소추, 국가형벌권의 행사는 공익을 위한 것으로 일반적으로 직무의무의 제3자성이 인정되지 않는다고 한다.¹³⁰⁾ 이 경우 검사가 수사를 진행하지 않아 피해를 입은 경우에도 국가배상이 인정되지 않는다. 검사의 수사 등 업무는 국가형벌권의 행사 등 공적인 이익을 위한 것이기 때문이다. 이때 개인은 단지 공동체의 구성원으로서 보호를 받게 되는 것일 뿐이다.

따라서 검사의 직무에 대한 국가배상은 제한적으로, 예를 들어 검사의 직권남용 등이 인정되는 경우에만 인정될 수 있다. 즉 검사의 직무수행이 신의성실, 선량한 관습에 반하고 이에 대해 검사가 수용한 경우가 그러하다.¹³¹⁾

이외에도 검사가 정당한 권한 없이 수사를 개시하였거나, 압수수색을 하였거나, 공소 제기 결정을 하였다면 직무의무의 제3자성이 인정될 수 있다.¹³²⁾ 판례는 수사의

127) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 463.

128) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 463.

129) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 463.

130) Brocke, Münchener Kommentar zur StPO, Vorbemerkung zu § 141 Rn. 15.

131) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 70.

개시·범위·계속과 관련된 결정, 공소 제기, 적시에 이루어지지 않은 구속 취소 신청, 수색영장 발부 신청 등과 관련하여 검사의 직무의무 위반을 인정한 바 있다.¹³³⁾

한편 검사가 특정인에 대한 손해 발생 위험에 대한 정보를 입수하였고, 이러한 위험이 상당 부분 입증된 경우에 검사는 법과 질서의 유지를 통한 공익 보호뿐만 아니라, 특정 개인을 보호할 의무를 진다. 즉 범죄로부터의 위험에 처한 사람은 민법 제839조에서 의미하는 제3자에 해당하며, 검사가 수사를 진행하지 않아 그가 손해를 입었다면 국가배상을 인정하여야 한다.¹³⁴⁾

2) 검사의 법 해석에 대한 심사 기준

검사는 법조문을 해석함에 있어서 넓은 판단여지를 가지고 있기 때문에 불확정 법개념의 해석 및 그에 근거한 검사의 결정에 대해서는 납득 가능성(*Vertretbarkeit*)이라는 요건을 충족한다면 직무의무 위반을 일반적으로 인정하지 않는다. 따라서 검사가 법령 해석과 관련하여 기존과는 다른 판단을 하였더라도 그러한 판단이 납득 가능하다면 국가배상책임이 인정되지 않는다.¹³⁵⁾

즉 국가배상청구소송에서 법원은 검사에 의한 결정의 옳음(*Richtigkeit*)에 대해서까지는 판단하지 않고, 납득 가능했는지 대해서만 판단한다. 이와 관련하여 연방대법원은 형사사법의 원활한 기능에 대한 이익을 포함하여 해당 사안에 대한 종합적인 평가를 하였을 때, 피고인에 대한 수사 개시가 이해할 수 없는 경우에만 납득 가능성이 부정된다고 판시한 바 있다.¹³⁶⁾ 이때 국가배상소송을 담당하는 민사법원은 검사 결정이 납득 가능한지를 판단함에 있어 형사법원의 판결에 구속되지 않는다.¹³⁷⁾

한편, 법원 합의부(*Kollegialgericht*)에서 검사의 구속영장 청구 등 직무의 적법성에 대하여 신중하게 심사한 경우에는 원칙적으로 검사의 고의, 과실 등 책임이 인정되지 않는다. 다수의 법률전문가로 구성된 합의부에 의한 심사를 거친 경우에는 설령 국가배상청구소송에서 직무의무 위반이 인정된다고 하더라도 담당 공무원의 고의 또는

132) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 70.

133) Brocke, Münchener Kommentar zur StPO, Vorbemerkung zu § 141 Rn. 17.

134) Hörstel, NJW 1996, 497, 498.

135) Brocke, Münchener Kommentar zur StPO, Vorbemerkung zu § 141 Rn. 16.

136) BGH, NJW 1989, 96, 97.

137) Fluck, NJW 2001, 202.

과실은 인정하지 않는 것이다. 그러나 합의부에서 검사의 활동에 대해 완화된 척도에 근거하여 심사하였거나, 사안에 대해 신중하게 평가하지 않았거나, 절차를 위반하여 확인된 사실에 근거하여 평가한 경우에는 그 예외가 인정될 수 있다.¹³⁸⁾ 이와 관련된 연방대법원 판례의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

〈BGH, Urteil vom 16. 10. 1997 – III ZR 23/96〉 주요 내용

- 검사의 구속영장 청구의 근거가 된 ‘긴급한 범죄혐의’에 관한 판단이 납득 가능하지 않아 해당 조치의 직무의무 위반이 인정되는 사안과 관련하여, 이전에 다수의 법률전문가로 구성된 법원 합의부에서 납득 가능성에 대해 긍정하였다고 하더라도 특정한 경우에는 검사의 책임이 부정되지 않는다는 판례임.
- 해당 사안에서 항소법원은 수사 검사가 청구인에 대한 구속영장 청구 여부를 심사함에 있어 독일 형법 제266조, 제112조 제1항 제1문에서 규정하고 있는 배임에 대한 긴급한 범죄혐의가 인정된다고 판단한 것이 직무의무를 위반하였다고 판단함.
- 대법원 판례에 따르면 구속영장 청구를 포함한 검사의 조치에 대해서는 국가배상소송에서 그에 대한 옳음(Richtigkeit)이 아니라 그러한 조치가 납득 가능한지에 대해서만 판단하여야 함(BGH, NJW 1989, 96).
- 이러한 법리에 근거하여 판단하더라도 항소법원은 검사가 당시 신청인에게 배임에 대한 긴급한 혐의가 인정된다고 한 것은 납득할 수 없다고 판단함. 항소법원의 이러한 판단에 대해 대법원은 사실심 법관이 ‘납득 가능성’이라는 개념을 잘못 이해하였거나, 사유법칙(Denkgesetz), 일반적 경험칙을 위반하였거나, 판단에 있어 중요한 사정들을 고려하지 않는 등의 오류는 발견되지 않는다고 함. 즉 항소법원의 판단과 같이 대법원도 검사의 구속영장 청구를 위한 요건인 긴급한 범죄혐의에 대한 인정은 납득 가능하지 않으며, 따라서 검사는 직무의무를 위반한 것으로 판단함.
- 일반적으로 공무원의 직무 활동에 대해 다수의 법률전문가로 구성된 법원 합의부(Kollegialgericht)에서 객관적으로 적법하다고 판단한 경우에는 해당 공무원의 책임이 인정되지 않음(BGHZ 97, 107). 항소법원은 이러한 일반적 기준을 이 사안에는 적용할 수 없다고 판단함.
- 위와 같은 기준(Richtlinie)은 한 사람의 공무원이 다수의 법률전문가로 구성된 법원 합의부에 비해 더 나은 법적 판단을 기대할 수 없다는 점에 근거하고 있음. 다만 법원 합의부에서 주의 깊은 심사를 통해 직무 활동의 적법성을 인정한 경우에만 해당 공무원의 책임에 대한 부정이 정당화될 수 있음. 반면 합의부 법원이 공무원의 활동에 대해 완화된 심사척도(예를 들어 납득 가능성 척도 등)에 근거하여 판단한 경우에는 공무원의 책임이 무조건 부정되는 것은 아님.
- 즉 법원 합의부 판단이 있을 때에 담당 공무원의 책임을 인정하지 않는 것은 법원에 의한 광범위하고 신중한 적법성 심사가 이루어진 경우에만 적용되며, 본 사건에서 법원은 긴급한 범죄혐의라는 요건에 대해서 대략적으로만 심사하였기 때문에 위 기준은 적용할 수 없음.

138) Brocke, Münchener Kommentar zur StPO, Vorbemerkung zu § 141 Rn. 19.

위 판례의 주요 내용을 요약하면 다음과 같다. 우선 구속영장 청구 등 검사의 법적 판단의 적법성 여부에 대해서는 기본적으로 담당 검사가 판단하며, 법원은 그러한 판단에 대해 적법성 척도가 아닌 납득 가능성 척도에 근거하여 판단한다. 위 사례의 경우 형사법원에서 납득 가능성이라는 완화된 척도에 근거하여 검사의 구속영장 청구, 특히 긴급한 범죄혐의 존재 여부를 판단하였고, 영장을 발부하였다. 대상자는 구속영장 청구 요건인 긴급한 범죄혐의가 존재하지 않았음을 이유로 국가배상청구소송을 제기하였다. 국가배상청구소송을 담당하는 민사법원은 형사법원의 판단과는 별개로 검사 조치가 납득 가능한지에 대해 판단하였으며 이를 부정하였다. 검사의 직무의무 위반도 인정하였다. 국가배상청구권의 인정을 위해서는 담당 공무원의 직무의무 위반뿐만 아니라 책임을 요구하는바, 일반적으로 특정 사건에 대해 법원 합의부에서 판단한 경우에는 여러 명의 법률전문가가 특정 사안의 적법성에 대해 세심하게 심사하였기 때문에, 공무원에게 고의, 과실 등 책임이 인정되지 않는다. 그런데 이 사안과 같이 검사의 판단에 대해서 법원은 그 판단이 옳은지 여부가 아니라 납득 가능한지에 대해서만 완화된 심사만 하므로 합의부의 판단을 거쳤다고 하여 검사의 판단이 적법하다고 볼 것은 아니다. 즉 일반적으로 담당 공무원의 행위에 대해 법원 합의부의 판단을 거친 경우에는 설령 사후에 직무의무 위반으로 판단된다고 하더라도 고의, 과실 등 책임을 인정하지 않지만, 합의부에서 납득 가능성 등 완화된 척도에 근거하여 심사한 경우에는 국가배상소송에서 검사 등 공무원의 과실 여부 등을 판단할 때 특혜를 인정하지 않는다.

다. 검사/경찰 등 수사기관의 수사서류 작성과 국가배상

앞에서 언급하였듯이 검사의 직무 행위와 관련된 국가배상소송에서 법원은 그러한 결정이 옳은지가 아닌, 납득할 수 있는지에 대한 판단만 한다. 직무의무 위반은 관련 사실을 평가하였을 때 검사의 조치가 정당화될 수 없는 경우에만 인정된다. 그런데 검사의 직무와 관련된 국가배상소송에서 법원의 심사를 '납득 가능성'으로 제한하는 것은 수사기관이 법원에 대하여 제출하는 수사서류 작성(Zusammenstellung des Aktenmaterials) 방법에는 적용되지 않는다.¹³⁹⁾

모든 공직자는 상대방의 권리를 제한하는 조치를 함에 있어 상대방에게 부당한

불이익이 발생하지 않도록 가능한 범위 내에서 총체적으로 해당 사안을 조사할 의무가 있다. 공무원이 이러한 의무를 위반하여 상대방에게 피해를 일으켰다면 그 사람은 민법 제839조 제1항 및 기본법 제34조에 따라 국가배상을 청구할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 이러한 내용은 일반 행정직 공무원뿐만 아니라 검찰, 경찰 등 수사기관에도 적용되며, 수사기관은 피의자에게 불리한 사정뿐만 아니라 유리한 사정에 대해서도 총체적으로 수사한 후 관련 서류를 작성하여야 한다.

예를 들어 수사기관은 법원에 구속영장을 청구함에 있어 법관이 피의자에게 구속 사유가 존재하는지에 대해 올바르게 판단하고, 종합적인 그림을 그릴 수 있도록 수사 서류를 작성하고 법관에게 제출하여야 한다. 즉 검사와 경찰관은 법관의 결정·판단을 받기 위한 수사서류를 선택함에 있어 피의자에게 불리한 내용과 유리한 내용을 모두 제출함으로써 법관이 책임감 있는 결정을 할 수 있도록 하여야 한다.¹⁴¹⁾

이러한 내용은 검사, 경찰의 법원에 대한 수사결과 제출뿐만 아니라 경찰의 검사에 대한 수사결과 제출에도 적용된다. 수사를 담당하는 경찰은 수사결과의 선정과 평가에 있어 일정한 판단여지를 가지고 있더라도, 그 결과를 검사에게 제출함에 있어서 검사가 해당 사안에 대해 포괄적인 법적 판단이 가능하도록 하고, 법원에 수색영장 등을 청구할 것인지에 대해 검사가 올바른 결정을 할 수 있을 정도로 완전하게 하여야 한다. 이러한 직무에 대해서는 국가배상 여부 판단에 있어 '납득 가능성'만으로 법원의 통제 정도를 제한할 필요가 없다.¹⁴²⁾

3. 경찰법상 국가배상 관련 특별 규정

가. 개관

독일에서는 경찰활동과 관련하여 발생한 손해에 대한 금전적 보전에 대하여 각 주의 경찰법에서 별도로 규정하고 있는바, 이에 대해서도 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 경찰법상 손해배상청구권은 주에 따라 차이가 있지만, 재산상 손해, 생명·신체

139) OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.3.2019 - 4 U 118/17.

140) OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.3.2019 - 4 U 118/17, Rn. 33.

141) OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.3.2019 - 4 U 118/17, Rn. 34.

142) OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.3.2019 - 4 U 118/17, Rn. 35.

에 대한 손해로만 제한하지 않고 모든 유형의 개인적 법의 침해에 대해 제한 없이 국가책임을 규정한다는 점이 특징이다.¹⁴³⁾ 독일 각 주 경찰법에서 규정하고 있는 손해전보 제도는 그 내용이 서로 상이하며 위법·적법한 직무 행위, 재산적·비재산적 손해, 경찰책임자·비책임자·제3자에 대한 손해전보 등 다양한 방식으로 규정하고 있다.

국가의 행위로 인하여 그 상대방이 입은 손해에 대한 금전적 보전은 크게 △ 위법하고 유책한 행위, △ 위법하고 무책한 행위, △ 적법한 행위로 구분할 수 있으며, 일반적인 국가배상을 규정하고 있는 민법 제839조와 기본법 제34조는 ‘책임 있는 직무의무 위반’을 전제로 한다. 그런데 경찰의 활동과 관련하여 국민에게 발생하는 손해에 대하여 국가배상에 관한 일반규정만으로는 피해자에 대한 충분한 금전적 보전이 이루어지기 어렵기 때문에 각 주의 경찰법에서는 손실보상·손해배상에 관한 특별 규정을 두고 있다.¹⁴⁴⁾ 이러한 규정들은 위법한 경찰관의 행위에 대하여 고의·과실 등 책임이 인정되지 않는 때에도 손해를 배상한다는 점이 특징이다.

독일 경찰법상 국가책임을 관한 규정들은 1794년 프로이센 일반란트법 제74조, 제75조의 희생보상사상(Aufopferungsgedanke)에 근거하고 있다. 독일에서 희생보상사상은 헌법적 지위를 가지고 있으며, 이에 근거하여 경찰 등 행정작용으로 인하여 발생한 재산상·비재산상 손해를 보전한다. 대부분의 경찰법에서는 이에 대한 특별 규정을 두고 있으며, 만약 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 희생보상사상은 법 일반원칙의 지위를 가지기 때문에 손해전보가 가능하다.¹⁴⁵⁾ 즉 독일에서 희생보상사상 또는 희생보상청구권은 이른바 “포괄적 구성요건(Auffangtatbestand)”으로서 손해전보와 관련된 법률의 공백을 메우는 기능을 한다.¹⁴⁶⁾ 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 함부르크주 등은 위법·무책한 경찰 조치에 대한 손해배상을 규정하지 않고 있는데, 이 경우에도 희생보상청구권에 근거하여 손해전보가 가능하다.

경찰법상 손해전보에 관한 특별 규정은 위법·적법한 경찰 작용, 재산적·비재산적 손해 등 다양한 유형에 대해 규정하고 있는바, 본 연구에서는 위법한 경찰작용에

143) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 486-487.

144) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1723.

145) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1723.

146) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 149.

제한하여 그 내용을 검토하고자 한다.

나. 위법한 경찰 조치에서의 책임 구성요건

위법한 경찰 조치로 인한 책임은 경찰법상 불법책임(Unrechtshaftung)과 국가배상에 관한 일반규정에 근거하여 이루어진다.

1) 경찰법상 불법책임

가) 법적 근거

독일 각 주의 경찰법 규정에 따르면 경찰의 위법한 조치로 인하여 손해를 입은 사람에게 대해서는 적절한 보상이 이루어져야 한다. 예를 들어서 헤센주 경찰법인 「공공의 안녕과 질서에 관한 법률(HSOG)」(이하 ‘헤센주 공공안녕질서법’이라고 한다) 제 64조에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

헤센주 공공의 안녕과 질서에 관한 법률 제64조(손해전보의 구성요건)

- (1) 제9조에 따른 적법한 요청으로 인하여 손해를 입은 사람에게 대해서는 적절한 보상이 이루어져야 한다. 위험방지행정청 또는 경찰행정청의 위법한 조치로 인하여 손해를 입은 사람에게 대해서도 마찬가지이다.
- (2) 손해를 입은 사람 또는 그의 재산에 대한 보호를 위하여 조치가 이루어진 경우에는 보상청구권이 인정되지 아니한다.
- (3) 위험방지행정청 또는 경찰행정청의 동의하에 이들 행정청의 임무 수행에 자발적으로 협조하거나, 물건을 제공하였고, 그로 인하여 손해를 입은 사람에게 대해서도 보상을 하여야 한다.
- (4) 그 밖의 보전청구권, 특히 직무의무 위반에 따른 청구권은 이 규정에 영향을 받지 아니한다.

헤센주 공공안녕질서법 제64조 제1항 제1문에서는 경찰의 적법한 조치로 인하여 손해를 입은 사람에게 대한 보상을 규정한 후, 제2문에서 위법한 조치로 인하여 손해를 입은 사람에게 대한 배상을 규정하고 있다. 특히 헤센주 공공안녕질서법 제64조 제1항 제2문은 위법한 행위에 대하여 금전적 보전을 한다는 점에서 민법 제839조에 따른 일반적 국가배상책임과 유사하지만, 직무의무 위반이 아닌 법 위반에 대한 것이라는 점에서 약간의 차이가 있으며, 민법 규정과는 달리 담당 공무원의 고의, 과실 등 책임을 요구하지 않는다는 점에서 국가책임의 범위를 넓게 인정하고 있다. 이러한 경찰법

상 불법책임에 관한 규정은 희생보상사상에 근거한 것이다.

만약 해당 주 경찰법에서 위법·무책한 행위에 대한 책임을 명시적으로 규정하고 있지 않다고 하더라도 판례법을 통해 일반적으로 인정되는 희생보상원칙에 근거하여 보상이 이루어질 수 있다.

나) 적용범위

위법한 조치가 존재하는 경우 경찰법상 불법책임에 관한 규정이 다른 규정에 우선하여 적용된다. 위법한 경찰 조치로 인해 발생한 손해에 대한 배상에서는 그 상대방이 경찰법상 책임자, 비책임자, 또는 제3자인지는 중요하지 않다.¹⁴⁷⁾ 반면, 독일 경찰법에서는 적법한 조치의 경우에는 경찰책임자, 비책임자, 제3자에 차이를 두고 있다.

2) 일반적 국가배상책임

가) 특징

경찰의 위법한 조치가 있는 경우 민법 제839조에 따른 일반적 국가배상책임, 즉 직무책임(Amtshaftung)에 의해서도 피해자에 대한 배상이 이루어질 수 있다. 앞에서 살펴본 헤센주 공공안녕질서법 제64조 제4항에서도 직무의무 위반에 따른 청구권, 즉 일반적 국가배상청구권은 이 규정에 영향을 받지 않는다고 명시하고 있다.

민법 규정에 따른 일반적 국가배상책임은 원상회복(Restitution)을 목적으로 하는 바, 손해에 대한 보전(Kompensationsleistung)을 목적으로 하는 희생보상청구권 및 경찰법상 불법책임에 비하여 배상의 범위가 넓다.¹⁴⁸⁾ 다만, 앞에서도 검토하였듯이 민법 규정에 따른 손해배상은 희생보상사상에 근거한 경찰법상 불법책임에 비하여 그 요건이 엄격하다는 점이 특징이다.

나) 위법성 관련 사례

기본법 제34조, 민법 제839조에 따른 국가배상의 요건은 앞에서 설명한 바와 같다. 국가배상 의무를 발생시키는 경찰의 위법한 행위는 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 가능한데, 최근에는 경찰의 위법한 경찰견 투입과 관련하여 국가배상을 인정한

147) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1739.

148) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1741.

사례가 있으며, 주요 내용은 다음과 같다.

〈OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.6.2015 – 9 U 23/14〉

1. 피의자를 체포하기 위한 목적으로 경찰관이 경찰견을 투입한 사건과 관련하여, 그러한 수단이 최소한의 침해를 야기하는 수단인지에 대한 다툼이 있는 경우, 국가배상소송에서 주정부가 그에 대한 입증책임이 있다.
2. 경찰견 담당 경찰관은 일반적인 상황에서는 상대방을 한 번만 물 수 있도록 경찰견을 지배하고 통제하여야 한다. 만약 14세의 청소년을 체포하면서 경찰견이 여러 차례 그를 물었다면, 경찰공무원에게 과실에 의한 직무의무 위반이 인정된다.
3. 다만, 경찰견에 의한 교상(咬傷)을 통하여 피의자를 체포하고자 하는 경우, 구체적으로 어떠한 요건을 충족할 때 비례성에 부합하는지는 명확하지 않다.

위 판례에서와같이 경찰관이 피의자 체포를 위하여 경찰견을 투입하는 경우, 경찰관은 해당 상황을 통제할 수 있어야 한다. 설령 피의자 체포를 위한 경찰견 투입 그 자체는 적법하다고 하더라도, 경찰관이 경찰견을 제대로 통제하지 않아 피의자를 불필요하게 여러 차례 물었다면 비례의 원칙에 위반되는 것으로 경찰관은 그에게 부여된 직무의무를 위반한 것이며, 국가배상청구권이 인정된다.¹⁴⁹⁾

다) 직무의무의 제3자성

한편, 직무의무 위반에 따른 국가의 배상책임을 인정되기 위해서는 해당 직무의무가 피해자의 이익 보호를 목적으로 하여야 한다. 즉 직무의무의 제3자성이 인정되어야 한다. 그런데 경찰의 직무수행과 관련된 법 규정의 경우 대부분 제3자를 보호하는 목적이 인정된다고 한다.¹⁵⁰⁾ 경찰법은 공적 이익을 보호하는 목적뿐만 아니라, 개인의 이익 또한 보호하기 때문이다. 경찰법의 중요한 원칙인 법률유보의 원칙과 비례의 원칙도 제3자를 보호하는 성격을 가진다.¹⁵¹⁾ 이에 경찰관이 체포, 구금, 정보수집 등에 대해 규정하고 있는 경찰법 규정을 위반하는 경우 민법 제839조에서 요구하는 ‘제3자에 대하여 부담하는 직무의무의 위반’이 인정되고, 국가배상청구권도 인정된다.

149) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1743.

150) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1743.

151) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1743.

라) 책임

민법 제839조에 따른 손해배상은 해당 공무원의 고의나 과실을 요건으로 한다. 고의란 위법한 결과에 대한 인식 및 의도를 의미하며, 직무의무 위반 가능성에 대해서도 인식한 때에 고의가 인정된다. 과실은 해당 직무를 수행함에 있어 요구되는 주의의무를 소홀히 한 경우에 인정된다.

경찰관에게 요구되는 책임은 객관적인 개념으로, 직무를 수행하는 해당 경찰관이 아니라 평균적인 경찰관을 기준으로 고의나 과실 여부를 판단한다. 따라서 해당 경찰관이 관련 법 규정을 충분히 알지 못했다고 하여 책임이 면제되는 것은 아니다. 또한, 경찰관이 과도한 초과 근무 등으로 누적된 피로로 인하여 직무상 요구되는 주의의무를 준수하지 않은 경우에도 국가의 책임은 면제되지 않는다.¹⁵²⁾

마) 손해배상의 유형

주에 따라서 경찰법상 청구권은 재산적 손해에 대해서만 배상을 규정하기도 하지만, 민법상 직무책임, 즉 일반적 국가배상책임은 비재산적 손해, 예를 들어 위자료 지급도 포함한다. 경찰이 집회참가자를 위법하게 감금하는 등 위법한 자유박탈조치로 인하여 비재산적 손해를 입은 경우가 그러하다.¹⁵³⁾

바) 국가배상책임의 제한

경찰법상 희생보상청구, 민법상 손해배상청구 모두 독일 민법 제254조의 공동책임(Mitverschulden)을 고려하여야 한다. 독일 각 주의 경찰법에서는 이에 대해서 명시적으로, 또는 간접적으로 규정하고 있다.

독일 민법 제254조(공동책임) (1) 손해의 발생에 피해자의 책임이 공동으로 작용한 경우에는, 배상 의무 및 배상 범위는 관련 사정, 특히 손해가 어느 정도로 일방 또는 타방으로부터 야기되었는지를 고려하여야 한다.

경찰법에서의 공동책임은 위험 야기의 정도 또는 유형이 고려된다.¹⁵⁴⁾ 예를 들어

152) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1744.

153) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1746.

경찰이 위법하게 공권력을 행사하였다고 하더라도, 그 상대방이 위험을 야기하는 등 경찰 개입의 계기를 제공한 경우에는 국가가 전적으로 책임을 부담하는 것이 아니라 공동으로 책임을 부담할 수 있다. 반면, 경찰관이 위험 발생과는 상관없는 제3자에 대하여 위법한 조치를 한 경우에는 공동책임의 문제가 발생하지 않는다. 이렇듯 경찰법상 책임자, 비책임자의 개념은 경찰비용 문제뿐만 아니라 위법한 경찰작용으로 인한 손해배상의 범위에 있어서도 중요한 의미를 가진다.

4. 시사점

지금까지 독일의 국가배상제도, 수사기관 관련 국가배상제도, 경찰법상 손해전보 제도에 대하여 살펴보았다. 독일의 국가배상제도는 민법상 불법행위책임에 근거하여 발전되었다. 독일 민법 제839조에서는 직무의무 위반에 대한 공무원 개인의 책임을 규정하고 있으며, 기본법 제34조에서는 민법 제839조의 요건이 존재하는 경우 국가가 그 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 즉 독일에서는 민법 제839조와 기본법 제34조가 결합하여 국가배상의 근거 규정이 된다. 이러한 점은 독일의 국가배상제도가 공무원 개인의 책임을 국가가 대신 부담한다는 대위책임설에 기반하여 발전했다는 것을 보여준다. 또한 독일의 국가배상책임은 직접 국가책임이 아니라 간접 국가책임임을 의미한다. 따라서 공무원 개인의 고의·과실이 인정되지 않는다면 민법상 손해배상책임도 인정되지 않고, 국가도 이를 대신하여 부담할 필요가 없다. 국가배상책임에 대한 이러한 이해는 국민의 권리구제가 충분하게 이루어지지 않는다는 문제가 있다. 이에 독일에서도 공법영역에서의 위험책임의 도입에 관한 논의가 있지만 학설과 판례는 이에 대해 부정적인 견해이다.

국가배상책임의 성립요건으로서 책임은 국가배상의 범위를 제한하는 기능을 한다. 독일에서는 개인의 권리구제를 확대하기 위하여 책임의 객관화, 탈개인화 경향이 있다. 특히 객관적 행위표준의 설정을 통해 과실의 판단에 있어 해당 공무원이 아닌 평균 공무원을 기준으로 판단한다. 책임추정을 통해 직무의무 위반이 인정되면 공무원의 과실을 인정하는 경향도 있다. 조직책임이론을 통해 직무위반을 한 공무원이

154) Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, S. 1749.

특정되지 않더라도 행정기구 전체에 책임을 귀속시킨다. 이를 통해 최근의 독일 국가배상제도는 대위책임, 간접 국가책임에서 직접 국가책임에 근접하고 있다.

독일 수사기관 대상 국가배상제도의 경우 재판 영역에서의 국가배상, 검사의 법칙 판단 관련 국가배상, 검찰·경찰 등 수사기관의 수사서류 작성과 국가배상으로 나누어 검토하였다.

법관의 재판도 기본적으로 민법 제839조, 기본법 제34조에 따른 국가배상의 대상이 된다. 다만, 민법 제839조 제2항에서는 법관의 재판 행위에 대한 책임을 제한하는 규정을 두고 있다. 즉 법관은 직무의무를 위반한 경우에도, 그 위반이 범죄행위에 해당하는 경우에만 손해에 대한 책임을 진다. 이는 법관의 특권이 아니라 판결의 특권을 의미하며, 판결의 기속력을 보장하기 위한 취지이다. 형사소송에서의 법관의 직무의무 위반과 관련하여, 본안소송의 경우 앞에서 설명한 민법 제839조 제2항의 특권조항이 적용된다. 그러나 구속영장 발부 등 수사상 강제조치에 관한 법관의 명령에 대해서는 위 규정이 적용되지 않는다.

장기간의 재판절차로 인하여 손해가 발생한 경우에도 기본적으로 기본법 제34조, 민법 제839조의 국가배상의 대상이 된다. 이와 관련하여 독일에서는 2011년 「장기간의 재판절차와 형법상 수사절차에서의 권리구제에 관한 법률」을 제정하였으며, 법원조직법(GVG) 제198조에서 장기간의 재판절차로 인하여 손해를 입은 사람은 적절한 배상을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 내용은 검사의 공소 준비를 위한 절차에 대해서도 동일하게 적용된다. 법원조직법 제198조에 따른 손해배상은 민법 제839조, 기본법 제34조에 따른 손해배상과는 달리 공무원의 고의·과실을 요구하지 않는다는 점이 특징이다. 법원조직법에 따른 손해배상은 법관의 직무의무 위반을 요건으로 하지 않으며, 장기간의 소송절차의 존재만으로 충분하다는 점도 특징이다. 반면 손해배상의 수준은 민법 규정에 따른 일반적 국가배상이 법원조직법에 따른 손해배상에 비해 높다.

검사가 직무의무를 위반한 경우에도 민법 제839조, 기본법 제34조에 따른 국가배상책임의 문제가 발생한다. 그러나 일반적인 경우에는 검사의 범죄수사, 형사소추, 국가형벌권의 행사는 공익을 위한 것으로, 직무의무의 제3자성이 인정되지 않는다. 그럼에도 검사가 정당한 권한 없이 수사 개시, 압수수색, 기소 등을 하였다면 직무의

무의 제3자성이 인정될 수 있다. 특정인에 대한 범죄피해가 발생할 것이 확실시됨에도 불구하고 수사를 하지 않아 손해가 발생한 경우에도 국가배상이 인정된 사례가 있다.

한편 검사의 법조문 해석에는 넓은 판단여지가 인정되기 때문에 이에 대한 법원의 심사는 납득 가능성이라는 완화된 척도에 근거하여 이루어진다. 즉 법원은 검사의 결정이 옳은지에 대해서까지 판단하지 않고 납득 가능한지에 대해서만 판단한다. 그럼에도 검찰, 경찰 등 수사기관의 수사서류 작성에 대해서는 직무의무 위반 여부를 심사함에 있어 납득 가능성이라는 완화된 척도가 아니라 일반적인 적법성 척도에 근거하여 판단한다. 이를 통해 검사와 경찰이 구속영장 청구 등 법관의 결정·판단을 받기 위한 수사서류를 작성·제출함에 있어 피의자에게 불리한 내용뿐만 아니라 유리한 내용까지 모두 포함하도록 한다.

독일에서는 경찰활동과 관련해서는 보다 넓은 권리구제가 가능하도록 각 주의 경찰법에서 위법·적법, 유책·무책한 경찰작용으로 인하여 발생한 재산적·비재산적 손해를 보전하는 것을 내용으로 하는 규정들을 두고 있다. 이는 민법 제839조, 기본법 제34조에 따른 국가배상만으로는 국민의 권리구제가 충분하지 않다는 점을 고려한 것이다. 설령 특정한 주의 경찰법에서 위와 같은 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 헌법상 원리로 인정되는 희생보상청구권에 근거하여 손해전보에 관한 법률의 공백을 메울 수 있다.

위법한 경찰 조치가 있는 경우 경찰법상 불법책임 또는 민법상 일반적 국가배상에 근거하여 그 상대방에 대한 권리구제가 이루어질 수 있다. 경찰법상 불법책임은 일반적으로 경찰행정청의 위법한 조치로 인하여 손해를 입은 사람에 대해서 적절한 보상이 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 민법상 국가배상책임과는 달리 공무원의 고의, 과실을 요구하지 않는다는 점에서 국가책임의 범위를 넓게 인정하고 있다. 한편, 경찰법상 불법책임이 인정되는 경우에도 민법에 따른 국가배상을 청구할 수 있다. 앞서 언급하였듯이 민법상 일반적 국가배상의 경우 배상의 범위는 경찰법상 불법책임에 비해 넓지만, 그 요건이 엄격하다는 점이 특징이다. 민법상 국가배상책임의 경우 직무의무의 제3자성이 인정되어야 하는바, 경찰법은 공적 이익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호한다고 해석함으로써 국가배상의 인정 범위를 넓힌다.

제2절 | 프랑스

1. 프랑스 국가배상제도의 개관

가. 개념의 정립

전통적으로 프랑스 행정법에서 ‘국가책임’(la responsabilité de l’État) 내지 ‘행정책임’(la responsabilité administrative)이란 국가가 자신의 활동이나 이를 담당하는 공무원 수행원(agents)의 활동으로 인해 발생한 손해를 전보할 의무를 말한다. 국가책임을 넓은 의미로 이해할 경우 국가의 활동으로 국민에게 야기한 손해를 배상할 의무인 ‘민사책임’을 의미하므로, 여기에는 형사책임과 정치적 책임은 제외되며, 세부적으로는 ① 계약상 책임, ② 사무관리, ③ 부당이득, ④ 불법행위로 구분된다.¹⁵⁵⁾ 한편, 국가책임을 좁은 의미로 이해할 경우, 사인에게 손해를 발생시킨 불법행위에 대한 민사책임을 말한다.¹⁵⁶⁾ 다만, 한 가지 주의할 점은 공법과 사법(私法)의 이원적 구조가 형성되어 있는 ‘행정제도’(régime administratif)¹⁵⁷⁾ 국가인 프랑스에서, 국가책임(행정책임)이란 국가의 공법상 행정활동에 대한 책임이라는 점에서 행정제도에 특유한, 즉 민법전으로부터 자유로운 행정책임의 원리에 따른 ‘공법상 책임’을 의미한다는 것이다.¹⁵⁸⁾ 그러므로 행정청이 사경제 주체로써 활동하면서 지는 사법상 책임(민사책임, responsabilité civile)과는 개념상 구별된다.

따라서 공법상 행정책임으로서 국가책임은 사법의 원리가 적용되는 민사책임이 아니라는 점에서, 행정활동의 결과 사인에게 불법하게 야기된 손해에 대하여 국가가 지는 ‘재산적 책임’으로 정의하는 것이 더 정확한 표현이며,¹⁵⁹⁾ 이는 우리나라의 ‘국가배상책임’에 상응한다고 볼 수 있다. 이러한 행정책임에 관한 소송은 당연히 행정법원

155) 이광윤, 「신행정법론」, 법문사, 2007, 132면.

156) 상계서, 132면.

157) 모리스 오류(M. Hauriou)는 전문화된 행정재판의 존재, 사법(私法)과 구분되는 특수법칙에 행정이 기속되는 것을 가리켜 ‘행정제도’라고 하였다. 즉 행정제도의 내용은 ① 행정에 대한 사법(司法)적 통제, ② 행정법원의 행정부 내의 설치, ③ 행정판사에 의한 민법전의 전면적 배제와 자치적 법칙들의 창조로 요약된다. 이광윤, 「일반행정법」, 법문사, 2012, 24면.

158) G. Vedel/P. Delvolvé, 「Droit administratif」 T. I., P.U.F., 1990, p. 534.

159) 이광윤, 전계서(신행정법론), 133면.

의 배타적 관할에 속한다.

나. 프랑스의 국가배상책임제도에 대한 역사적 고찰¹⁶⁰⁾

1804년 2월 19일에 공포된 1804년 2월 9일 법률인 프랑스 「민법전」 제1240조에 의하면, 타인에게 손해를 야기한 사람의 모든 행위는 자신의 잘못으로 인해 이를 배상할 의무가 있다.¹⁶¹⁾ 그러나 19세기 말까지만 하더라도 프랑스에서는 공권력의 무책임 원칙이 지배하였다. 이에 따라 국가의 행정책임은 법에서 명시적으로 규정한 경우에 한하여 인정되었다(가령, 공토목공사로 인한 건물 파손 등). 이러한 전통은 “왕은 악(惡)을 행할 수 없다.”(Le roi ne peut mal faire)라는 법언에 따라 국가의 주권적 행위(les actes de la souveraineté nationale)는 재판의 대상이 되지 않는다고 보았기 때문이다(주권면책 이론). 따라서 당시만 하더라도 국가의 불법행위에 대한 손해배상은 지도자의 선의(善意)에 단순히 호소하는 방법이 유일하였다. 이를 ‘le recours gracieux’라고 표현하기도 한다.

그러나 1873년 2월 8일, 프랑스 관할쟁의재판소(le Tribunal des conflits)는 이른바 ‘Blanco’(블랑꼬) 판결을 통해 민사책임과 구별되는 국가의 독자적인 공법상 책임을 인정하였다. 이 사건은 블랑꼬라는 어린아이가 국영 담배공장의 운반차에 치어 부상을 당한 사건인데, 관할쟁의재판소는 “국가가 공공사업에 고용한 직원의 과실로 사인에게 손해를 발생시킨 경우 국가의 책임은 사인 간의 관계를 규정한 민법전의 원리에 따라 규율할 수 없고, 성질상 행정재판소의 관할에 속한다.”고 판시하였다(Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco).¹⁶²⁾ 즉, 이 경우 공공서비스의 필요성 및 국가의 권리와 사인의 권리를 조화시키기 위하여 요구되는 특수한 공법상 법 원칙이 적용된다.¹⁶³⁾ 이로써 민사상 손해배상책임과 구별된 공법상 국가배상책임의 이론적 기초가

160) <https://fr.wikipedia.org/wiki/Responsabilit%C3%A9_de_l%27%C3%89tat_fran%C3%A7ais> (최종방문: 2022. 6. 13.)

161) “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”(Code civil Art. 1240, Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804.)

162) 위 결정에 관한 사실관계, 법적 상황 및 의미에 대해서는 쾅세이테파의 홈페이지 <<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-de-puis-1873/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>> 참조(최종방문: 2022. 6. 13.).

163) “Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l’Etat, pour les dommages causés

마련되었다. ‘블랑꼬’ 판결 이후 프랑스에서는 주요 판례들(grands arrêts)을 통해 국가배상에 관한 법리가 정립되었다.

다. 프랑스 국가배상책임제도의 특수성

1) 프랑스 국가배상책임의 특징

프랑스는 국가배상제도의 이론적 틀이 가장 먼저 형성된 대표적인 국가이다. 프랑스의 국가배상책임에 관한 법리는 개별적인 법령보다는 최고행정법원인 콩세이데따(Conseil d'État)의 판례를 통해 형성되고 발전되어 왔다. 물론 후술하는 바와 같이 특정 분야에서는 개별적인 입법이 관찰되기도 한다. 프랑스 국가배상책임제도의 특징은 서비스(역무)과실책임, 위험책임, 무과실책임, 그리고 책임의 중복 이론 등을 들 수 있다.¹⁶⁴⁾

2) 프랑스 국가배상책임의 구조

프랑스의 국가배상책임의 구조는 크게 ‘과실책임’(responsabilité pour faute)과 ‘무과실책임’(responsabilité sans faute) 제도로 구분할 수 있다. 무과실책임이란 과실이 없더라도 손해가 발생하였다는 사실만으로 배상을 하는 것인데, 여기에는 ‘위험책임’과 ‘공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임’이 포함된다. 한편, 이와 별도로 ‘공토목 공사로 인한 손해배상책임’이 논의되기도 한다.¹⁶⁵⁾ 특히 ‘무과실책임’은 공행정작용으로 발생한 손해의 성격상 그에 대한 배상이 이루어지지 않는다면 심히 부당한 것으로 판단되는 경우 과실 유무와는 무관하게 국가배상책임을 인정하는 점에서 콩세이데따의 형평적 사법정책의 소산으로 과실책임에 대한 예외적이고 보충적인 지위를 가진다.¹⁶⁶⁾

s aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître.”

〈<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/TC/decision/1873-02-08/00012>〉에서 인용함.

164) 이광윤, 전거서(일반행정법), 397면.

165) 박균성, “프랑스의 국가배상책임”, 『행정법연구』(제5권), 행정법이론실무학회, 1999. 11, 35면.

이하에서는 이에 관한 구체적인 내용에 대해 차례대로 살펴보기로 한다.

2. 프랑스 국가배상제도의 운용현황, 실태 및 판결례 분석¹⁶⁷⁾

가. 과실책임제도(responsabilité pour faute)

1) 개설

1799년 12월 13일 프랑스 헌법 제75조는 “장관 이외의 정부 공무원은 공세이데파의 결정에 의한 경우를 제외하고는 직무와 관련된 행위로 소추될 수 없다. 이 경우 소추는 통상 법원에서 이루어진다.”고 규정하고 있었다.¹⁶⁸⁾ 이처럼 19세기까지만 하더라도 공무원은 일반 법원의 판사들이 행정업무에 간섭하는 것으로부터 보호되었다. 그러나 이후 1870년 9월 19일 국방부의 데크레(décret)로 인해 공무원 보호 원칙이 폐지되었다. 이에 따라 1873년 관할쟁의재판소는 행정책임을 지는 ‘역무과실’(faute de service)과 보통법(droit commun)에 따라 공무원이 책임지는 ‘개인과실’(faute personnelle)로 구별하였다.¹⁶⁹⁾ 이러한 구별은 라페리에르(Laferrière)에 의해 보다 명확해졌다. 즉, 개인과실은 공무원 개인의 나약함, 감정, 부주의함이 드러나는 것인 반면, 역무과실은 다소 오류가 발생하기 쉬운 행정관의 과실을 의미한다.¹⁷⁰⁾

2) 역무과실(faute de service)

가) 개념

역무과실이란 공공서비스의 조직 또는 정상적인 작용(기능)에 존재하는 결함(une

166) 윤준병, “국가책임법제의 공백축소에 관한 연구”, 서울시립대학교 대학원, 박사학위 논문, 2006, 163면.

167) 이하 별도의 인용표시가 없는 내용은 아래 인터넷 검색자료를 참고한 것이다.
 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Responsabilit%C3%A9_de_l'Etat_fran%C3%A7ais>

168) “Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.”(Constitution du 13 décembre 1799, Article 75)

169) TC 30 juillet 1873, Pelletier, Rec. Lebon 1er supplt, p. 117, concl. David.

170) “La faute personnelle est celle qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences: la faute de service est celle de l'administrateur plus ou moins sujet à erreur.”
 Concl. sur TC, 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, Rec. Lebon, p. 437.

défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement normal du service public)을 말한다. 이는 공공서비스의 정상적 운영이라는 기준에 비추어, 행정에 부과된 임무를 정상적으로 수행하기 위하여 요구되는 수준에 미치지 못하는 경우에 인정된다. 이러한 점에서 프랑스에서 역무과실은 '객관적 관념'이라고 볼 수 있다. 이는 구체적 사실이나 법적 행위로 이루어진다. 역무과실은 집단 또는 익명의 형태로 이루어질 수도 있고, 개별적으로 특정된 자연인에 의해 이루어질 수도 있다. 그러나 이 경우에도 역무로부터 분리할 수 없는 과실에 대해서는 공무원 개인에게 (개인)책임을 물을 수 없다.

역무과실은 위법한 행정행위로 인해 야기될 수 있으며, 이러한 행위는 항상 과실을 구성한다.¹⁷¹⁾ 하지만 이는 적법성 심사를 담당하는 기관의 중과실이 있는 경우에는 경감될 수 있다.¹⁷²⁾ 1992년 이후 행정법원 판사는 국제 협약에 위반된다는 이유로 적용이 배제된 법률에 따라 제정된 행정입법에 대하여 과실을 인정하였다.¹⁷³⁾ 다만, 후술하는 바와 같이 행정법원 판사는 법률과 조약으로 인한 손해에 대하여 오랫동안 무과실책임을 인정해왔다.¹⁷⁴⁾ 이는 국가의 국제 협약 준수를 보장하고, 만일 이를 무시하고 제정된 법률로 인해 발생한 모든 손해를 배상해야 하는 의무에 근거한 것이다.¹⁷⁵⁾ 또한 모든 범죄행위가 반드시 개인과실로 간주되는 것은 아니다.¹⁷⁶⁾

나) 요구되는 과실의 정도

국가배상책임제도는 일반적이지도 않고 절대적이지도 않다. 따라서 과실이 입증된다고 하여 반드시 배상책임이 인정되는 것은 아니다. 과거 오랫동안 프랑스 행정법원 판사는 국가배상책임의 성립요건으로 '중과실'(la faute lourde)의 입증을 요구하였는데, 이는 공공서비스를 수행하는 것이 어렵기 때문이다. 그러나 법원은 피해자에 대한 국가배상을 보다 수월하게 인정하기 위하여 중과실이 요구되는 활동영역을 점차적으

171) CE, 26 janvier 1973, Driancourt.

172) CE, 6 octobre 2000, Préfet de Haute-Corse.

173) CE, Assemblée, 28 février 1992, Arizona Tobacco.

174) CE, 14 janvier 1938, S.A. La Fleurette.

175) CE, Assemblée, 8 février 2007, Gardedieu("en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France").

176) TC, 14 janvier 1935, Thépaz.

로 축소하였다. 이에 따라 조세행정분야¹⁷⁷⁾, 의료서비스¹⁷⁸⁾, 응급의료지원서비스¹⁷⁹⁾, 소방서비스¹⁸⁰⁾, 붕괴위험이 있는 건물에 대한 경찰책임¹⁸¹⁾ 분야에 대한 국가배상책임을 청구하기 위하여 더 이상 중과실의 입증이 요구되지 않았다. 이제는 원칙적으로 국가배상을 청구하기 위하여 '경과실'(la faute simple)만 인정되어도 충분하다.

그러나 일부 행정분야에서는 여전히 '중과실'의 입증이 요구된다. 가령, 일반법원¹⁸²⁾이나 행정법원¹⁸³⁾의 활동, 감독이나 후견활동¹⁸⁴⁾, 특히 지방자치단체의 행위에 대한 도지사(préfet)의 적법성 통제¹⁸⁵⁾, 신용기관에 대한 은행위원회(Commission bancaire)의 감독활동¹⁸⁶⁾이 이에 해당한다.

3) 개인과실(faute personnelle)

개인과실은 직무(서비스)와의 밀접성의 정도에 따라 여러 유형으로 세분화할 수 있다. 개인과실 중에서 직무와의 관련성이 인정되는 경우 개인책임과 별개로 행정책임이 면제되지 않는다. 공무원 개인과실의 유형은 다음과 같이 구분해볼 수 있다.

가) 직무수행 중 발생한 개인과실

첫 번째 유형으로 공공서비스의 수행과정에서 발생한 과실 중 '특유의 중대성'이 인정되는 과실은 공공서비스로부터 분리 가능하다. 특히 악의적인 행위¹⁸⁷⁾ 또는 정상적인 행정관행에 비추어 정당하지 않은 행위¹⁸⁸⁾는 개인과실을 구성한다. 판사는 이러한 경우 개인적 동기로서, 과실을 야기한 것은 직무와는 무관하다고 판단한다. 그러나

177) CE Sect., 27 juillet 1990, M. Bourgeois.

178) CE, Assemblée, 10 avril 1992, Époux V.

179) CE, 20 juin 1997, Theux.

180) CE, 29 avril 1998, Commune de Hannappes.

181) CE, 27 septembre 2006, Commune de Baalon.

182) 1972년 7월 5일 법률(loi du 5 juillet 1972).

183) CE, 1978, Darmont.

184) Sébastien Degommier, "La responsabilité de l'État du fait du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire", AJDA 2010 p. 39.

185) CE 21 juin 2000, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, n° 202058, RFDA 2000. p. 1096, note P. Bon.

186) CE Ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Kerschichian.

187) TC, 14 décembre 1925, Navarro.

188) TC, 21 décembre 1987, Kessler.

공무원이 악의적인 의도가 없더라도 직무수행 과정에서 변명의 여지가 없는 태만이나 경솔한 행동으로 개인과실을 구성하는 경우가 있다.¹⁸⁹⁾

나) 직무수행과 무관한 개인과실

두 번째 유형으로 확실히 직무수행과 무관하게 저질러진 공무원의 과실이다. 그러나 이 유형도 ① 직무수행과 아무런 관련이 없는 경우와 ② 직무수행의 범위를 벗어났지만, 외관상 직무와 관련이 있는 것으로 보일 수 있는 경우로 세분화해볼 수 있다. 예를 들어 소방구조 대원으로서 임무를 수행하면서 담배를 피우는 경우는 [②유형]에 해당한다.¹⁹⁰⁾ 드물게는 직무수행의 범위를 벗어났지만 총기와 같이 직무수행의 수단(도구)으로 인해 발생한 과실도 있을 수 있다.¹⁹¹⁾

다) 소결

개인과실의 경우, 해당 공무원은 피해자에 대하여 일반법(droit commun)에 따라 직접 손해배상책임을 진다. 특히 직무의 범위 밖에서 직무수행과 무관하게 저질러진 개인과실에 대해서는 공무원 개인이 단독으로 민사책임을 진다.¹⁹²⁾ 그러나 직무와의 관련성이 인정되는 경우에는 피해자에 대한 행정책임이 면제되지 않는다. 이러한 법리는 우리 국가배상법 제2조에서 규정한 국가배상책임의 요건 중 “직무를 집행하면서”의 해석론으로 활용되는 ‘외형이론’과 일맥상통한다.¹⁹³⁾

189) CE, 17 décembre 1999, Lieutenant Moine.

190) CE, 27 février 1981, Commune de Chonville-Malaumont.

191) CE, 26 octobre 1973, Sadoudi.

192) CE, 13 mai 1991, Sté d'assurance les Mutuelles Réunies.

193) 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(대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다26805 판결, 인사업무담당 공무원이 다른 공무원의 공무원증 등을 위조한 행위에 대하여 실질적으로는 직무행위에 속하지 아니한다 할지라도 외관상으로 국가배상법 제2조 제1항의 직무집행관련성을 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례).

4) 의무과실과 개인과실의 구분에 따른 문제점 및 이를 해결하기 위한 이론적 시도

가) 개설

퐁세이데파는 1911년과 1918년 판례를 통해 처음으로 ‘과실의 중복’(cumul de fautes) 및 ‘책임의 중복’(cumul de responsabilités) 이론을 정립하였다. 이는 국가배상책임에서 의무과실과 개인과실을 엄격하게 구분한 결과, 개인과실에 대해서는 공무원 개인의 민사상 손해배상책임만 발생하게 되므로 공무원의 변제능력 등 재정적 한계로 말미암아 피해자의 구제가 불충분한 문제가 야기되자 이를 해결하기 위한 이론적 시도였다. 그 결과 피해자는 공무원 개인에 대한 배상청구 대신 행정법원에 국가배상을 청구할 수 있게 됨으로써 보다 수월하게 손해를 배상받을 수 있게 되었다.

나) ‘과실의 중복’ 이론

1911년 2월 3일, 퐁세이데파는 ‘Anguet’ 사건을 통해 손해의 발생원인에 과실이 중복될 수 있는 가능성을 확인하였다. 이 사건은 Anguet가 우체국에서 불일을 보고 나가려 하였으나 우체국 출입구가 규정시간보다 빨리 닫히는 바람에 비상구로 나가려 하던 중 그곳에 있던 직원이 그를 수상한 자로 오인하여 밖으로 내보내기 위하여 구타하는 바람에 골절상을 입게 된 사건이다. 위 사건에서 퐁세이데파는 원래 정해진 시간보다 이른 폐문행위는 의무과실로, 직원의 구타행위는 개인과실로 보아 Anguet에 대한 가해행위는 두 개의 과실의 중복에 의해 야기된 것이라고 보았다.¹⁹⁴⁾ 이에 피해자는 행정법원에 국가배상을 청구할 수 있게 되었다. 그러나 이러한 ‘과실의 중복’ 이론은 과실의 중복이라는 요건이 충족되기 어려운 경우에는 적용하기 곤란하다는 점에서 한계가 있었다.

다) ‘책임의 중복’ 이론

퐁세이데파는 1918년 7월 26일 ‘époux Lemonnier’ 사건에서 ‘책임의 중복’ 이론을 고안하였다. 이는 하나의 단일한 과실(une même faute)이 개인과실과 의무과실의 성격을 모두 가지는 있는 경우에 적용된다. 위 사건에서 퐁세이데파는 다른 사람이 총탄에 맞아 부상을 입지 않도록 필요한 조치를 취하지 않고 사격장 설치를 허가한

194) 강인옥, “국가배상과 책임중복의 이론”, 「법조」(43권), 법조협회, 1994, 103면.

시장의 과실은 개인과실과 역무과실을 모두 구성한다고 보았다. 이러한 법리는 초기에는 공무원의 '직무수행 중' 발생한 과실에 대해서만 적용되었으나, 이후 1949년 11월 18일 'Dlle Mimeur' 사건에 의해 '직무 외'에서 저질러진 공무원의 개인과실이라도 직무와 전혀 무관한 것이 아닌 한, 국가배상책임이 인정되었다. 이에 피해자는 선택적으로 국가배상청구와 공무원에 대한 민사상 손해배상청구를 할 수 있다.

라) 구상권

과실의 중복 또는 책임의 중복이 인정되는 범위에서 배상판결을 받은 국가 또는 공무원은 행정법원에 구상금청구소송을 제기할 수 있다. 즉, 직무수행과 관련성이 있는 공무원 개인과실로 배상책임을 지게 된 국가는 손해배상으로 지급한 금액의 전부 또는 일부를 회수하기 위하여 과실이 있는 공무원 개인을 피고로 하여 구상금청구소송을 제기할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 반대로 공무원도 지급한 배상금의 일부를 책임분담을 위해 국가로부터 상환받을 수 있다.¹⁹⁶⁾ 이러한 소송제도는 공무원의 일반적인 지위에 의해 보장되며, 법률로 규정하기도 한다.¹⁹⁷⁾

5) 과실의 입증

가) 입증과실(원칙)과 추정과실(예외)

과실은 입증되어야 하며, 이에 대한 입증책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.¹⁹⁸⁾ 그러나 피해자인 원고에게 행정의 과실에 대한 입증책임이 면제되는 경우도 있다. 가령, ① 공공시설물의 이용 중 우연한 사고로 피해를 입은 경우에는 시설물에 대한 설계의 결함(vice de conception)이나 정상적 유지의 흠결(défaut d'entretien normal),¹⁹⁹⁾ ② 공공의료서비스에 관한 조직의 결함(일상적 관리에서 발생한 심각한 질병의 감염),²⁰⁰⁾ ③ 체계적인 관리·감독시스템의 결함(시가 운영하는 수영장에서 발

195) CE, 28 juillet 1951, Laruelle.

196) CE, 28 juillet 1951, Delville.

197) Loi n° 83-634 dite Le Pors du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Article 11.

198) Code Civil, Article 1315(Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation).

199) CE, 24 janvier 1990, université de Lille.

200) CE, 23 février 1962, Meier, Rec. CE, p. 122.

생한 익사 사고) 등이 이에 해당한다. 이 경우 과실은 추정된다.

나) 추정과실과 무과실책임의 구별

추정과실제도에 따라 피해자는 과실이 존재할 개연성이 충분하지만, 이를 소송에서 입증하기 곤란한 사안에서 손해를 전보받을 수 있다. 그러나 이러한 추정과실은 무과실책임과는 개념상 구별된다. 추정과실의 경우 피해자가 행정청의 행위와 추정과실, 손해 사이에 인과관계를 입증해야 하며, 이때 추정과실은 번복될 수 있다. 따라서 행정청은 스스로 과실이 없음을 입증하여 면책될 수 있다.

나. 무과실책임제도(responsabilité sans faute)²⁰¹⁾

1) 개설

공법상 무과실책임제도는 공행정작용으로 인해 사인에게 발생한 손해의 성격에 비추어 이를 배상하지 않는다면 형평의 관념에 비추어 지극히 부당한 것으로 용인될 수 없는 경우 국가 등의 과실 유무와 무관하게 배상책임을 인정하는 것으로, 폼세이데 따의 판례를 통해 발전해 왔으며, 매우 다양한 분야에 적용된다. 이는 ① 위험책임(responsabilité pour risque)과 ② 공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임(responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques)으로 구분할 수 있으며,²⁰²⁾ 이 중 공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임을 좁은 의미의 무과실책임으로 설명하기도 한다. 이때 무과실책임이 인정되는 경우 과실이나 위법성은 요구되지 않지만, 인과관계는 입증되어야 한다. 한편, 피해자의 과실이나 불가항력(force majeure)은 면책사유가 된다.

프랑스에서는 어디까지나 전술한 (역무)과실책임제도가 원칙이며, 무과실책임은 일정한 요건 하에 제한적이고 보충적으로 적용된다는 점을 유의할 필요가 있다.²⁰³⁾

201) 인용표시가 없는 무과실책임의 내용은 아래 인터넷 검색자료를 참고한 것이다.

〈https://fr.wikipedia.org/wiki/Responsabilit%C3%A9_sans_faute_de_l%27administration_fran%C3%A7aise〉

202) 양자(兩者)는 책임의 성립요건이나 적용범위에서 차이가 있으므로 구분하는 것이 타당하다.

203) Jacqueline Morand-Deville, 「Droit administratif」, Montchrestien, 2009, p. 854.

2) 위험책임(危險責任, responsabilité pour risque)

가) 의의

국가나 공공단체가 공공서비스를 수행하는 과정에서 특정 개인을 특별한 위험상태에 노출시키는 경우가 있다. 이 경우 특별한 위험이 현실적으로 실현되어 특정인에게 손해가 발생하였다면 국가나 공공단체는 위험발생에 대한 과실이 없더라도 배상책임을 지게 되는데 이를 위험책임이라고 한다.²⁰⁴⁾ 다시 말해, 국가나 공공단체에 의한 의도적인 침해행위는 없으나, 국가 등이 자발적으로 형성한 위험상태로부터 야기된 손해에 대한 배상책임을 말한다.²⁰⁵⁾ 이는 주로 손해를 발생시키는 위험한 활동이나 물건에 대해 발생한다. 가령, 폭발물 창고에서의 폭발 또는 수용자에 대한 외출허가와 같은 위험한 방식이 이에 해당한다.

나) 이론적 근거

일반적으로 위험책임의 이론적 근거로는 프랑스 인권선언 제13조에서 규정하고 있는 ‘공적 부담 앞의 평등원칙’을 들고 있다. 이외에도 프랑스 인권선언 제17조의 ‘재산권 불가침의 원칙’ 또는 ‘위험이론’, ‘배분적 정의의 원칙’ 등을 들기도 한다.²⁰⁶⁾ 그 밖에 ‘이득과 부담의 균형에 관한 이론’, ‘비정상에 관한 이론’, ‘국가의 보장의무에 관한 이론’ 등도 제시되고 있다.²⁰⁷⁾ 결국, 프랑스 공법상 위험책임은 특별한 위험을 형성한 자는 그 형성된 위험의 실현에 의한 손해의 전보책임을 지는 것이 정의관념에 합치된다는 것이며,²⁰⁸⁾ 이를 공동체의 차원에서 보전하는 것이 배분적 정의에 부합한다는 점에 기초한다.

다) 위험책임의 성립요건

위험책임이 성립하기 위해서는 위험발생으로 인해 특정인에게 일반적인 사회생활

204) 이광운, 전계서(일반행정법), 399면.

205) 레옹뒤기 지음/이광운 옮김, 「일반 공법학 강의」, 민음사, 1995, 203면.

206) 김기진, “위험책임의 법리에 관한 연구”, 『토지공법연구』(제43집, 제2호), 한국토지공법학회, 2009, 346~347면. 그 밖에 위험책임제도에 대한 이론적 근거로 이득과 부담의 균형에 관한 이론, 비정상에 관한 이론, 국가의 보장의무에 관한 이론 등도 제시되고 있다. 강구철, 전계논문, 123~124면.

207) 강구철, 전계논문, 123~124면.

208) 박균성, “행정상 손해전보(국가보상)의 개념과 체계”, 현대행정과 공법이론(서원우교수 화갑기념), 박영사, 1991, 491면.

에서 부과되는 성질이나 규모의 수인한도를 넘는 특별하고 비정상적인 손해가 야기되어야 한다.

라) 적용범위

프랑스 행정법에서 위험책임이 적용되는 대표적인 분야(영역)는 다음과 같다.

(1) 행정직원(협력자)에게 발생한 위험

이는 콩세이데따에 의해 ‘Cames’ 판결(C.E. 21 juin 1895)²⁰⁹⁾에서 처음으로 인정되었다. 이 판결은 원래 공공서비스의 정규직원과 관련하여 시작되었지만, 이후 근무 중 사고나 직업병 등에 관한 법제에까지 확대되었다.

콩세이데따는 1946년 11월 22일 공역무에 요청된 ‘일시적인 협력자’에게도 행정의 무과실책임이 적용된다고 보았다.²¹⁰⁾ 이후 이러한 판례의 법리는 일시적인 협력자뿐만 아니라 자발적인 협력자에게까지 확대되었다. 이 경우 무과실책임의 요건인 비정상적이고 특별한 손해의 발생은 요구되지 않는다.²¹¹⁾ 특히 자발적인 협력자와 관련하여, 콩세이데따는 ① 원조가 정당해야 되고, ② 조직화될 필요가 없는 공역무에 협력해야 하며, ③ 협력자는 공공서비스의 이용자 지위를 가지지 않아야 한다고 보았다.²¹²⁾

한편, 콩세이데따는 피해자가 자신의 직무를 수행하는 과정에서 직무상 위험으로 인해 손해를 입은 경우에도 국가의 무과실책임을 인정한다. 콩세이데따는 임신 중인 여교사가 근무 중 풍진에 걸려 기형아를 출산한 사건에서 국가배상청구를 인정하였다.²¹³⁾

209) 국영병기공장의 단절공이었던 Cames는 작업 중 철판에 맞아 왼팔이 불구가 되었다. 콩세이데따는 이 사건에서 Cames나 공장의 작업조건에 과실은 없었지만, 해당 작업내용이 특별히 위험한 것이었고 그로 인해 발생한 손해가 특별히 중대한 것이라는 점을 들어 국가배상책임을 인정하였다. 강구철, “프랑스의 국가배상책임에 관한 연구”, 『법학논총』(Vol.22 No.2), 국민대학교 법학연구소, 2010. 125면.

210) CE, 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine. 이 사건에서 주민들은 지역 축제에서 시장의 요청에 따라 폭죽을 쏘게 되었는데 그 과정에서 부상을 입게 되었다.

211) Jacqueline Morand-Deville, op. cit., p. 860.

212) CE, 25 septembre 1970, Commune de Batz-sur-Mer.

213) CE, 6 novembre 1968, Dame Saulze.

(2) 위험한 물건

화약이나 폭발물, 고압선, 경찰이 직무수행 과정에서 사용하는 총기로 인하여 제3자에게 손해가 발생하는 경우 국가는 과실이 없더라도 배상책임을 진다. 즉 행정이 제3자를 위험에 노출시킴으로써 제3자에게 손해가 발생한 경우, 국가는 위험한 물건으로 인한 손해를 배상하여야 한다. 1차 세계대전 이후 콩세이데파는 폭발물과 폭탄 창고의 폭발에 관한 판례 법리를 정립하였다.²¹⁴⁾ 이러한 판례의 법리는 이후 경찰이나 헌병의 총기(armes à feu) 사용으로 인해 작전의 목표가 아닌 사람이나 재산에 피해가 발생한 경우로 옮겨갔다.²¹⁵⁾ 콩세이데파는 이를 총기에 한해 엄격하게 적용하였으며, 곤봉의 경우에는 적용하지 않았다. 또한 작전의 대상이 되는 사람에 대해서는 중과실이 아닌 단순 과실책임이 적용된다.

(3) 위험한 방식 또는 상황

콩세이데파는 위 ‘Regnault-Desroziers’ 판례를 ‘위험한 방식’의 사용에도 적용하였다. 이는 비행 청소년·정신질환자 등을 대상으로 한 자유주의적 방식의 구현에 관한 것으로, 이러한 방법은 제3자에게 특별한 위험을 초래할 수 있으며, 이 경우 무과실책임이 적용된다. 콩세이데파는 이러한 책임제도를 감독을 받는 반(半)개방형 영조물법인(교육시설)에 배치된 비행 청소년에 대해 시행되는 자유로운 재교육방법과 관련하여 적용하였다. 이러한 방법은 이웃에 거주하는 제3자에게 위험을 초래한다. 콩세이데파는 제3자에 대한 위험 때문에 무과실책임이 인정될 수 있다고 판결하였다.²¹⁶⁾

콩세이데파는 이후 위 법리를 확대하여 수용된 정신질환자를 치료하기 위한 ‘시험 외출’²¹⁷⁾과 가족관계의 유지와 사회적 재편입을 위해 이루어진 수형자의 ‘외출허가’²¹⁸⁾의 결과 발생한 손해에 대해서도 무과실책임을 인정하였다.

(4) 공토목공사(공공시설물)로 인하여 제3자에게 야기된 손해

이는 위험한 행정작용으로 인해 제3자²¹⁹⁾에게 우연히 발생한 사고손해이며, 이에

214) CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers.

215) CE, 24 juin 1949, Consorts Lecomte.

216) CE, 3 février 1956, Thouzellier.

217) CE, 13 juillet 1967, Département de la Moselle.

218) CE, 2 décembre 1981, Theys.

대해서는 후술하는 「다. 공토목공사(공공시설물)로 인한 국가배상책임」에서 살펴보기로 한다.

3) 공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임(responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques)

가) 의의

공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임은 특정 개인이 공익을 위하여 희생되는 상황이나 조치로 인해 특별하고 중대한, 즉 비정상적인 손해를 입은 경우에 적용된다. 공토목공사로 인한 '항구적(지속적) 손해'에 대한 책임에는 공토목공사의 시행 또는 공공시설물의 존재 및 운영으로 인한 이웃 주민의 불편함이 모두 포함된다. 이러한 책임은 본질적으로 공동체의 이익을 위해 희생된 특정인에게 발생한 특별하고 중대한 부담(정상적인 균형이 깨어지고 발생된 불평등)에 대한 손해전보를 목적으로 한다.

이때 발생한 손해는 중대(gravité)하고 특별(spécialité)한 것으로 '비정상적'이어야 한다. 다만 위험책임과는 달리 행정작용의 '특별한 위험성'이라는 조건은 요구되지 않는다.

나) 이론적 근거

동 책임은 1945년 프랑스 헌법 전문의 '모든 프랑스인의 연대' 원칙 안에서 그 근거를 찾을 수 있다.²²⁰⁾

다) 적용범위

(1) 법률로 인한 책임

퐁세이데파는 'La Fleurette'라고 하는 회사제품이 건강에 유해하지 않음에도 불구하고 1934년 6월 29일 법률의 잘못된 규정에 의하여 생산이 중단된 1938년 1월 14일 'La Fleurette' 유제품 주식회사 사건에서, "법률조항, 입법과정 또는 사건의 상황 전체 어디에서도 입법자들이 이해관계인이 정상적으로는 입지 아니할 부담을 입어도

219) 이용자에 대해서는 (추정)과실책임의 법리가 적용된다.

220) 이순우, "프랑스의 행정책임제도에 관한 고찰", 「한양법학」(제26집), 한양법학회, 2009, 250면.

좋다고 이해한 점을 발견할 수 없기 때문에 이는 특정회사의 부담으로 할 수 없고, 공익의 견지에서 공동체가 부담하여야 한다.”고 판결하였다.²²¹⁾ 이 사건에서 낙농업의 활성화를 위하여 특별법을 제정하여 우유 대체품의 생산을 전면 금지함에 따라 우유 대체품인 그라딘(gradine)을 생산하던 Fleurette 회사가 막대한 경제적 손실을 입게 되었다. 이에 콩세이데파는 그라딘이 위생상 무해함에도 이 법의 제정으로 그 생산이 금지됨에 따라 회사에 대한 심각하고 특별한 부담을 초래하였으므로 그 손해를 배상하여야 한다고 판시한 것이다.²²²⁾ 그러나 법률에 대한 국가배상책임은 일반적으로 불가양등과 같은 경제적 공익에 반하지 않아야 한다.²²³⁾ 위 사건은 법률로 인한 국가배상책임을 최초로 인정한 판례이다. 그러나 법이 가지는 일반성과 추상성으로 말미암아 법률로 인한 손해의 특별성을 인정하기가 어렵기 때문에 이에 관한 국가배상책임은 매우 제한적으로 인정된다. 최근에는 콩세이데파가 위 법리를 환경 분야에서 적용하였다(CE Sect 30 juillet 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre²²⁴⁾).

한편, 법률로 인한 국가배상책임은 위헌인 법률이나 유럽연합법 또는 국제협약에 위반되는 법률을 적용하여 발생한 손해에 대해서도 인정된다.²²⁵⁾ 또한 형식적 의미의 ‘법률’뿐만 아니라 적법적인 ‘행정규칙(règlements légaux)’으로 인해 야기된 손해에 대해서도 마찬가지로 적용된다.²²⁶⁾

221) 이광운, 「行政法理論-비교적 고찰-」, 성균관대학교 출판부, 2000, 168면.

222) CE, 14 janvier 1938 - Société anonyme des produits laitiers “La Fleurette”. 이와 유사한 취지의 판례로는 C.E. 21 janvier 1944, Caucheteux et Desmonts 판결이 있다(맥주의 원료인 홉의 거래를 활성화하기 위하여 맥주를 제조할 때 홉 사용량을 늘리도록 법률이 강제한 결과 특정 기업에 발생한 손해에 대하여 국가배상책임을 인정한 사건). Jacqueline Morand-Deville, op. cit., p. 863.

223) 이광운, 전제서(行政法理論), 169면.

224) 가마우지가 자연 보호에 관한 1976년 7월 10일의 법률에 따라 보호되기 때문에 루아르강에서 대량으로 증식하였고, 이로 인해 양식장 소유자에게 발생한 손해에 대하여 국가배상책임을 인정하였다. Jacqueline Morand-Deville, op. cit., p. 864.

225) CE Ass., 8 février 2007, Gardedieu.

226) CE, 22 février 1963, Commune de Gavarnie(서커스가 행해지는 길에 위치한 가게가 노새의 등에 사람을 태우고 지나가는 사람에게 길을 유보하고 도보를 금지하는 시군규칙에 의하여 중대한 손해를 입게 되자, 이들 상인에 대한 국가배상책임을 인정하였다). 이순우, 전제논문, 255면.

(2) 국제협약(조약)으로 인한 책임

국제협약(조약)으로 인한 국가배상책임은 비교적 늦게 인정되었다. 콩세이데파는 1966년 3월 30일 방사전기에너지 회사 사건에서 처음으로 국제협약으로 인한 국가배상책임을 인정하였다. 이는 제2차 세계대전 기간 중 독일군이 사용한 건물의 소유주들이 1953년 2월 27일 독일과 연합국 사이에 맺어진 런던협정에 의하여 보상을 받을 수 없게 되자 제기한 소송에서 국가의 책임을 인정한 사건이다.²²⁷⁾

(3) 적법한 행정행위(개별적 결정)로 인한 책임

프랑스 행정책임 이론에서는 적법하여 월권소송의 대상이 되지 않는 행정청의 작위 또는 부작위에 의한 손해라고 하더라도 국가책임이 발생하는 경우가 있다.²²⁸⁾ 이와 관련하여 콩세이데파는 1923년 11월 30일, 'Couitéas' 판결²²⁹⁾에서 처음으로 무과실 책임을 인정하였다. 콩세이데파는 이 판결에서 남부 튀니지에 있는 토지 소유자가 그곳을 점유하고 있던 유목민을 추방하기 위하여 법원의 판결을 얻었으나, 이 지역에서 유목민을 추방하기 위해서는 다수의 경찰병력이 동원되어야 하고, 그 경우 치안에 중대한 혼란이 야기될 우려가 있다고 판단하여 법원의 추방명령의 집행을 거부한 경찰의 행위는 적법한 것이나, 그에 따라 발생한 특별하고 비정상적인 손해는 무과실 책임의 법리에 따라 배상된다고 판시하였다.²³⁰⁾ 이러한 법리는 판결의 집행거부뿐만 아니라 이후 파업근로자에 의한 공장의 점유에 대하여 이들을 추방하기 위한 공권력의 협력거부,²³¹⁾ 지역경제 활동의 전복위험 때문에 초과 인원의 해고 허가거부,²³²⁾ 자격 없는 점유자에 대한 아파트 추방의 거부²³³⁾에도 적용되었다.²³⁴⁾

(4) 공동목공사(공공시설물)로 인한 항구적(지속적) 손해

아래에서 후술한다.

227) 이광윤, 전계서(行政法理論), 169면.

228) 상계서, 177면.

229) CE, 30 novembre 1923, Couitéas(GAJA, n° 41).

230) 상계서, 177면.

231) CE, 3 juin 1938, Societe Cartonnerie Saint-Charles.

232) CE, 28 octobre 1949, Societe Ateliers Cap Janet.

233) CE, 4 octobre 1978, Braut.

234) 이순우, 전계논문, 256면.

다. 공토목공사(공공시설물)로 인한 국가배상책임

1) 의의

프랑스에서 ‘공토목공사’(travaux publics)라 함은 공익적 목적으로 공법인을 대신하여 수행되는 부동산에 대한 건설, 개발 또는 유지 보수 작업이나 공공서비스를 수행하기 위하여 공법인에 의하여 이루어지는 공사를 말한다.²³⁵⁾ 오늘날 공토목공사로 인한 손해에는 비단 물리적 행위인 공사행위 자체에 기인한 손해뿐만 아니라 공사결과 ‘공공시설물’에 기인한 손해도 포함된다.²³⁶⁾ 이 역시 판례 이론으로 발전해 왔다. 공토목공사로 인한 손해배상책임의 경우 제3자에 대해서는 무과실책임이, 공공시설물의 이용자에 대해서는 추정과실이 각각 적용된다는 점에서 피해자에게 유리한 제도이다.²³⁷⁾

2) 유형

공토목공사로 인한 손해 유형은 크게 ① 사고손해와 ② 항구적(지속적) 손해로 구분할 수 있다. 여기서 항구적(지속적) 손해란 공공시설물이 접근함으로써 부동산의 영속적인 가치하락이 발생하는 상린방해로 정의할 수 있다. 이러한 손해는 시간이 지남에 따라 발생하고 그 원인이 우발적이지 않다. 한편 사고손해는 급격하고 우연한 사건에 의해 발생하며, 피해자의 지위가 이용자인가 제3자인가에 따라 구체적인 책임의 성질이 달라진다.

3) 추정과실책임(faute présumée)

가) 원칙(정상적 유지의 흠결 이론, défaut d’entretien normal)

이는 공공시설물의 이용자에게 발생한 손해에 대한 배상책임으로 이 경우에도 원칙적으로 과실책임이 적용되며, 이때 과실이란 공공서비스의 정상적 운영이라는 객관적 관념에 비추어 마땅히 요청되는 수준(정도)에 미달하는 상태를 말한다. 그러나 피해자

235) Agathe Van Lang/Geneviève Gondouin/Véronique Inserguet-Brisset. 「DICTIONNAIRE DR OIT ADMINISTRATIF」, SIREY, 2015, p. 466.

236) 윤준병, 전계논문, 154면.

237) 김동희, “국가배상법 제5조상의 영조물의 설치·관리상 하자의 관념”, 「서울대학교 法學」(Vol.43 No.1), 서울대학교 법학연구소, 2002, 109면.

가 공공시설물의 이용자인 경우, 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 이른바, ‘정상적 유지의 흠결 이론’에 따라 과실을 추정하고 있다.²³⁸⁾ 따라서 이 경우 행정기관은 공공시설물을 정상적으로 설치 또는 관리하였음을 입증함으로써 면책될 수 있다.²³⁹⁾ 이 이론이 적용되기 위해서는 먼저, ① 손해의 원인이 된 시설물의 하자가 특정적이어야 하고, ② 이를 복구하여 정상적으로 유지하는데 충분한 시간이 부여되어야 한다.²⁴⁰⁾ 결국, 정상적 유지의 흠결이란 추정과실로서, 공공시설물이 내포하는 결함(défectuosités)을 말한다. 이에 대한 판단은 결함의 객관적 성격을 고려하거나 관리자 또는 피해자의 주관적 상태에 따라 판단하며, 물론 두 가지 요소를 모두 고려하기도 한다.²⁴¹⁾

나) 예외(위험한 물건 이론)

공공시설물의 이용자가 입은 손해라고 하더라도 특별히 위험한 공공시설물에 대해서는 정상적 유지의 흠결이 없는 경우라도 예외적으로 무과실책임(위험책임)이 발생할 수 있다. 콩세이데따는 1973년 ‘Dalleau’ 판결에서 이를 처음으로 인정하였다. 레이니옹 섬에 위치한 생드니(Saint Denis)시를 섬의 주 항구에 연결하는 1번 국도는 바위로 된 절벽을 따라 도로가 나 있어 매우 위험하며 매년 피해자가 발생하고 있었다. 콩세이데따는 위 사건에서 1번 국도의 유지는 정상적이라고 평가하면서도, 도로 자체가 ‘비정상적으로 위험한 공작물’이라고 보아 행정의 무과실책임을 인정하였다(위험한 물건 이론).²⁴²⁾

4) 무과실책임

공토목공사(공공시설물)로 인한 항구적(지속적) 손해와 사고손해에 있어서 피해자가 제3자인 경우에는 무과실책임의 법리가 적용된다. 따라서 피해자가 특정되어야 하고, 손해의 내용이 특별하고 비정상적이어야 한다. 다만, 전자는 공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임에, 후자는 위험책임에 각각 이론적 근거를 두고 있다는 점에서

238) Jacqueline Morand-Deville, op. cit., p. 850.

239) ibid, p. 850.

240) 김동희, 전계논문, 110면.

241) 이광윤, 전계서(신행정법론), 144면.

242) 상계서, 145면.

차이가 있다.

항구적 손해는 공공시설물 주변에서 발생하는 악취나 소음이 대표적이며, 손해가 특별하고(피해자가 소수) 수인한도를 넘는 비정상적인 성격을 가지고 있어야 한다. 가령, 공토목공사로 인해 인근 상점의 영업이익이 감소하거나 이로 인해 폐업한 경우 또는 소음으로 인해 인근 주민에게 발생한 수인할 수 없는 생활 불편이 이에 해당한다.

한편, 사고손해에 있어 피해자가 이용자(usagers)인지 제3자(tiers)인지 여부를 구별하는 것은 쉽지 않지만, 대체로 판례는 공공시설물의 이용행위 자체에서 손해가 발생하는 것이 아닌 경우에는 제3자로 본다.²⁴³⁾ 이처럼 이용자와 제3자에 대한 행정책임을 구분하여 취급하는 것은 제3자는 공공시설물의 이용을 통해 얻고 있는 이득이 없는 반면, 이용자에게는 공공시설물을 통해 얻는 이득으로 인하여 감수해야 할 통상의 위험이 존재한다는 점에 기인한 것이다.

라. 국가배상책임이 인정되기 위한 기타 요건

1) 인과관계(relation de causalité)

국가배상책임이 인정되기 위해서는 가해행위와 손해발생 사이에 직접적인 인과관계가 입증되어야 한다. 예컨대 도지사가 무기 소지를 승인하였고 소지자가 다른 사람을 살해한 경우, 그 승인이 범행 직전에 있었다면 국가배상책임이 인정될 여지가 있다. 이러한 인과관계는 피해자가 직접 입증해야 한다. 또한 국가배상책임은 아래와 같은 특정 상황에 따라 책임의 전부 또는 일부가 면제될 수 있으며, 또한 가중될 수도 있다.

가) 불가항력(force majeure)

행정활동과 무관한, 예측 불가능하고 억제할 수 없는 사건에 대해서는 국가배상책임이 면제될 수 있다. 그러나 행정청의 행위로 인해 손해가 더 악화되었다면 책임이 경감될 뿐이다.

243) 윤준병, 전제논문(C.E. 11 mai 1962, Ministère des Travaux publics c. Duboul de Malafosse), 157면. 콩세이데파의 판례에 따르면, 배관의 파열로 공공시설물인 도로가 결빙된 경우, 배관이 도로의 부속물이라면 통행인은 이용자로 볼 수 있지만, 배관이 도로와 실질적으로 구분된다면 제3자에 해당한다고 한다(CE, 13 juillet 1968, Commune de Gonfaron).

나) 우연한 사건(cas fortuit)

우연한 사건은 예측할 수 없는 사실이지만, 공무와 관련되어 있으며 부분적으로 책임이 면제될 수 있다. 이는 책임의 절대적인 면제를 구성하지 않으며, 내부적인 사정이라는 점에서 외부적인 성격을 가진 불가항력과 구별된다. 그러나 최근 법원에서 인정한 우연한 사건²⁴⁴⁾은 점점 줄어들고 있으며, 불가항력과 거의 구별되지 않고 있다.²⁴⁵⁾

다) 피해자의 행위(fait de la victime)

피해자의 행위는 행정책임을 면제하거나 경감할 수 있는 요소가 된다. 여기에는 피해자가 법적 의무를 위반한 경우²⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 피해자의 경솔한 행위²⁴⁷⁾, 피해자가 스스로 처한 위험한 상황이 피해의 원인이 된 경우²⁴⁸⁾도 모두 포함된다. 이를 ‘허용된 위험의 예외’(exception du risque accepté)라고 한다.²⁴⁹⁾ 그러나 피해 이후 피해자의 행위는 면책 사유가 될 수 없다.²⁵⁰⁾

2) 손해의 존재(existence d'un préjudice)

가) 손해의 입증(identification du préjudice)

손해가 인정되고 배상되기 위한 특별한 요건이 있다. 즉, 손해는 직접적(direct)이고, 확실(certain)해야 하며, 개별적(personnel)이고, 금전적으로 평가(évaluable financièrement)할 수 있어야 한다. 만일 공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임에 근거한 무과실책임의 경우, 손해는 비정상적(anormal)이고 특별(spécial)해야 한다. 여기서 ‘직접적’인 손해란 손해가 행정활동의 즉각적인 결과를 의미하며, ‘확실한’

244) CE, 25 janvier 1929, Compagnie du gaz de Beauvais, RDP 1929, p. 312.

245) Philippe Ségur, “Le cas fortuit en droit administratif ou l'échec d'une construction doctrinale”, AJDA 1994, p. 171.

246) CE, 10 juillet 1970, Époux Barillet.

247) CE, 20 juin 2007, AJDA 2007 p. 1769.

248) CE, 10 juillet 1996, AJDA 2007 p. 1769.

249) CAA Marseille, 27 mars 2008, N° 05MA00672; Isabelle Mariani-Benigni, “L'EXCEPTION DE RISQUE ACCEPTÉ” DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DE LA RESPONSABILITÉ”, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, ISSN 0035-2578, N° 3, 1997, pags. 841-878.

250) CE, 4 mars 2009, Borderes, AJDA 2009 p. 1007.

손해란 손해가 현재 또는 장래에 발생한 것이라는 강한 추정이 존재하는 경우를 말한다. 따라서 사고로 치명상을 입은 아이가 부모에게 제공할 수 있었던 도움과 같은 잠재적인 손해는 확실하지 않다. 반면에 대회에서의 우승이나 계약의 체결에 대한 심각한 기회의 상실에 대해서는 배상의 대상이 된다.

나) 평가 원칙(principes de l'évaluation)

국가배상책임은 제재가 아닌 손해에 대한 회복의 성격을 가진다. 이러한 입장은 Besançon 행정법원(1심)의 2001년 12월 27일 판결에서도 확인되었으며, 유럽인권재판소도 동일한 입장을 따르고 있다.²⁵¹⁾ 손해배상은 대체로 금전배상(유로화)의 방식으로 이루어지지만, 선택적으로 현물보상을 요청할 수 있다. 금전배상의 경우, 원고는 구체적인 청구금액을 명시하여 행정법원에 국가배상청구소송을 제기하여야 한다. 이때 판사는 손해액을 평가함에 있어 원고가 청구한 금액에 구속되지 않지만, 원고가 청구한 금액 이상으로 배상액을 명할 수 없다.²⁵²⁾ 손해배상액은 피해자가 입은 손해를 모두 전보해야 하지만, 피해자가 입은 손해를 초과할 수 없다.²⁵³⁾

다) 평가일(date d'évaluation)

대물적(재산상) 손해(dommages matériels)의 경우, 판사는 그 손해가 발생한 날을 기준으로 손해액을 평가한다.²⁵⁴⁾ 통화 인플레이션 현상으로 손해액이 과소평가되는 경우, 손해의 평가는 그 원인이 종료되고, 그 범위가 확인된 날을 기준으로 이루어진다.²⁵⁵⁾ 다만 배상청구의 지연으로 인해 발생한 책임은 피해자가 스스로 재정적 파탄으로 인해 불가능하였음을 입증하지 않는 한,²⁵⁶⁾ 피해자에게 있다.²⁵⁷⁾

한편 대인적 손해(dommages corporels)의 경우, 판사가 판결을 선고할 때까지 발생한 모든 사정과 손해배상의 지연과 같은 당사자의 귀책사유를 모두 고려하여 선고

251) CEDH, Editions Périscope c. France, 26 mars 1992, req. n°11760/85.

252) Conférer Xavier Pottier, "Le chiffrage des conclusions pécuniaires : simple exigence de forme ou obligation constitutive de la demande ?", RFDA 2010, p. 116.

253) CE, arrêt du 8 mars 1950.

254) CE, 12 avril 1940, Association syndicale de Meilhan.

255) CE, 21 mars 1947, Compagnie générale des eaux.

256) CE, 30 juillet 1997, Mme Mendès.

257) CE, 10 février 1950, Veuve Fourcade.

일을 기준으로 평가된다.²⁵⁸⁾

라) 손해배상의 항목(éléments de l'indemnisation)

배상은 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해에 대하여도 이루어진다. 여기에는 ① 명예나 인간의 존엄성에 대한 침해, ② 신체사고나 외과수술로 인한 육체적 고통, ③ 신체의 완전성 침해(기형이나 부조화), ④ 사랑하는 사람과의 이별로 인한 정신적 고통²⁵⁹⁾, ⑤ 기타 생활조건의 장애(가령, 사고 이후 아이가 겪는 학습 장애 등), ⑥ HIV 양성으로 인한 모든 종류의 손상(석면 노출, 광우병) 등이 모두 포함된다. 또한 피해자에게 직접 발생한 손해뿐만 아니라 피해자가 사망한 경우에는 그 상속인에게 미치는 손해도 배상받을 수 있다. 여기에는 의료비나 장례비, 피해자의 사망으로 인한 일일수입이 포함된다. 만일 피해자의 사망으로 피해자 가족의 일상생활에 장애를 초래한 경우 역시 배상의 대상이 된다.²⁶⁰⁾ 피해자 가족이 받는 정신적 고통도 배상받을 수 있다.²⁶¹⁾ 이러한 손해배상액에 대하여는 과세의 대상이 아니다.

심리기간 동안 발생한 손해액에 대한 지연이자에 대해서는 민법전 제1153조 및 제1154조에 따라 계산된다. 또한 피해자가 배상금을 지급받음에 있어 비정상적인 지연을 입증한 경우 배상금에 대한 이자도 지급하여야 한다(CE 2 mars 1962 Caucheteux et Desmonts).

마. 행정의 책임(responsabilité de l'administration)에 관한 특수한 제도

1) 판례에 의해 인정된 일반법원 판사(juge judiciaire)의 재판관할

다음 각 호에서 발생한 책임에 대해서는 행정책임의 대상이 아니므로 민사법에 따른 책임 원리가 적용된다.

가) 사적 관리작용(gestion privée)

사적 관리작용에 의하면, 공법인은 그 지위를 원용하지 않고 사인의 조건과 동일한

258) CE, 21 mars 1947, Veuve Aubry.

259) CE, Assemblée, 24 novembre 1961, Consorts Letisserand.

260) CE, 25 juillet 1919, Guinot.

261) CE, 17 mai 2000, Département de la Dordogne.

적용을 받는다.²⁶²⁾ 프랑스에서는 19세기 초반까지만 해도 권력행위와 관리행위로 나누어, 관리행위에 대해서는 사법(私法)이 적용된다고 보았으나, 이후 공법이 적용되는 공적 관리작용과 사법이 적용되는 사적 관리작용으로 관리관계가 세분화되었다.²⁶³⁾

나) 분리 가능한 개인책임(faute personnelle détachable)

역무과실로부터 분리되는 공무원의 개인과실에 대해서는 일반 사법법원에 재판관할이 인정된다.

다) 폭력행위 또는 불법적인 부동산 침탈의 결과 발생한 손해배상(réparation des dommages résultant d'une voie de fait ou d'une emprise irrégulière)²⁶⁴⁾

라) 상공업적 공공서비스에 관한 계약외책임(다만, 공토목공사로 인해 제3자에게 발생한 손해에 대해서는 예외로 함)

1921년 1월 22일, 관할쟁의재판소의 'Bac d'Eloka' 판결과 같은 해 12월, 콩세이데따의 'Société générale d'armement' 판결을 통해 인정된 상공업적 공공서비스에 대해서는 사법(私法)이 적용되며, 민사소송의 대상이 된다.²⁶⁵⁾

262) Jacqueline Morand-Deville, op. cit., p. 831.

263) 이광운, 전게서(行政法理論), 156면. 프랑스의 공권력 학파를 이끈 모리스 오류(M. Hauriou)는 19세기 말까지도 행정소송의 대상은 그 성질상 '권력행위'(actes d'autorité)라고 보았으며, 1899년 발행한 저서, 「La gestion administrative, Etude théorique de droit administratif」(행정관리, 행정법의 이론적 고찰)을 통해 공공서비스의 관리행위는 사적 행위로 보았으나, 이러한 관리행위가 공권력의 존재와 함께 이루어질 때에는 행정소송의 대상이 되는 공적 관리행위로 보았다. 이광운, 「프랑스 公法學과 모리스 오류(Maurice Hauriou)」, 「공법학의 형성과 개척자」, 박영사, 2007, 89면.

264) 프랑스 행정법에서 '폭력행위 이론'(théorie de la voie de fait)란 어떠한 행정활동에 중대하고 명백한 위법성이 있어서 도저히 이를 행정의 활동으로 간주할 수 없고 단지 사인의 행위로 다루어야 하며, 그에 따라 행정법원만이 이를 심판할 수 있다는 특권을 잃게 되어 통상법원의 관할에 속하게 됨을 의미한다. 한편, 부동산 침탈이론은 행정이 사인의 부동산 소유권에 일시적 또는 확정적으로 위법 혹은 적법한 점유박탈(dépossession)의 형태로 침해를 가한 경우를 말한다. 이현수, 「행정소송상 예방적 구제」, 경인문화사, 2006, 235면 이하.

265) ibid, p. 831. 상공업적 공공서비스의 등장과 그 성격, 행정적 공공서비스와의 구별, 그 수행방식에 대해서는 김철우, 「프랑스 행정계약에 관한 법제의 변화 및 이론적 동향」, 「공법연구」(제50집 제4호), 한국공법학회, 2022, 212~214면.

2) 법률에 의해 인정되는 특수한 행정의 책임

가) 교육구성원의 과실에 대한 국가의 책임(1937년 4월 5일 법률)

공공교육(공립학교)의 분야에서 학생에게 손해가 발생한 경우 (개인 또는 역무)과실에 대한 심리는 사법법원에서 이루어진다.²⁶⁶⁾ 국가의 책임은 교육구성원의 책임을 대신한다.

나) 차량으로 인해 발생한 사고에 대한 공법인의 책임(1957년 12월 31일 법률).

행정기관의 차량에 의해 야기된 교통사고로 인한 손해에 대해서는 사법법원이 관할권을 가진다. 이에 따라 피해자는 가해차량이 공적 차량인지 아니면 사적 차량인지와 무관하게 사법법원에 제소하며, 사법(私法)의 적용을 받는다.²⁶⁷⁾

다) 몇몇 형사 위반(1977년 1월 3일 법률)과 테러행위(테러행위 방지에 관한 1986년 9월 9일 법률²⁶⁸⁾), 구금 이후 무죄판결로 인한 손해에 대한 국가의 책임

최근 연대와 사회적 위험에 기초하여, 중대한 침해를 입은 범죄 피해와 테러행위의 피해 및 구금 이후 무죄판결로 인한 손해에 대한 국가의 책임에 대해 모두 사법법원의 관할을 인정하는 입법 정비를 하였다.²⁶⁹⁾

라) 폭동을 이유로 한 국가의 책임

1914년 4월 16일 법률은 군중과 폭동으로 인한 꼬뮌(commune)의 무과실책임에 대해 사법법원의 재판관할을 인정하였으나, 이는 1983년 1월 7일 법률에 의해 국가의 책임으로 이전되었으며, 행정법원에 재판관할이 인정되었다. 국가는 폭동으로 시위대나 경찰에 의해 발생한 모든 종류의 손해에 대하여 사회적 위험을 이유로 무과실책임을 진다.²⁷⁰⁾

266) *ibid.*, p. 835.

267) *ibid.*, p. 836.

268) Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.

269) *ibid.*, p. 837. 테러행위로 인한 대물적 손해는 보험회사에 의해, 대인적 손해는 보장기금에 의하여 각각 보장된다. 기금과의 분쟁도 사법법원의 관할에 속한다.

270) *ibid.*, p. 839.

마) 의무적인 예방접종으로 인한 국가의 책임

1964년 7월 1일 법률은 의무적인 예방접종으로 인해 발생한 손해에 대하여 무과실책임을 규정하고 있다(현행 공중보건법전 L3111-9²⁷¹⁾). 이에 대한 보상 업무는 2002년 3월 4일의 법률에 의해 설립된 국가의료사고보상사무소(Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, ONIAM)에서 담당하고 있으며, 그 재원은 건강보험으로부터 마련된다.²⁷²⁾

공중보건법전 L3111-9

보통법에 따라 취해질 수 있는 조치를 침해하지 않고, 본 질(titre)에 규정된 조건에 따라 이루어진 강제예방 접종으로 인한 손해에 대한 완전한 보상은 국가연대의 요청에 따라 L.1142-22에 의해 설립된 의원성 질환 및 병원 내 감염에 대한 국가의료사고보상사무소에 의해 보장된다.

바) 몇몇 의료활동으로 야기된 손해에 대한 국가의 책임

수혈 후 에이즈 바이러스(VIH)의 감염으로 인한 손해배상에 대해서는 국가의료사고보상사무소(ONIAM)에서 처리하고 있다(1991년 12월 31일 법률, 2002년 3월 4일 법률, 2004년 8월 9일 법률).²⁷³⁾ 이때 피해자는 수혈과의 인과관계를 입증하여야 한다.

한편, 환자의 권리에 관한 2002년 3월 4일 법률은 국가의 연대(solidarité)에 기초하여 '치료상 사고'(aléa thérapeutique)로 인한 중대한 손해, 즉 병원 내 감염이나 약 복용으로 인한 질병에 대해 무과실책임을 인정하고 있다. 이에 관한 사무는 손해의 심각성에 따라 보험사 또는 국가의료사고보상사무소(ONIAM)에서 담당한다.²⁷⁴⁾

271) Article L3111-9 du Code de la santé publique(Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent titre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-22, au titre de la solidarité nationale.)

272) ibid, p. 840.

273) ibid, p. 840.

274) ibid, p. 842.

3. 프랑스 수사기관²⁷⁵⁾ 대상 국가배상제도 논의

가. 경찰작용에서 행정책임의 변화

프랑스에서는 1905년 이전까지만 하더라도 경찰작용으로 인해 발생한 손해에 대해서는 행정책임이 인정되지 않았다(무책임 원칙). 그 이유는 경찰은 공공의 질서를 유지하기 위하여 공권력을 행사하기 때문으로 보았기 때문이다.²⁷⁶⁾

그러나 1905년 이른바 ‘Tomaso Grecco’ 사건(국가헌병대원의 발포로 인한 손해배상책임)²⁷⁷⁾ 이후 통치행위를 제외한 모든 분야에서 행정책임의 원칙이 인정되었다. 프랑스에서 경찰작용으로 인한 손해에 대해서도 전술한 국가배상제도에 관한 일반적 논의가 그대로 적용된다. 따라서 여기서는 경찰작용과 관련하여 경찰개념의 구분(행정경찰과 사법경찰), 특수한 문제인 중과실 요건과 위법성, 무과실책임의 범위에 대한 콩세이데타의 판례 모습들을 중심으로 살펴보기로 한다.

나. 행정경찰과 사법경찰의 구별

1) 행정경찰과 사법경찰의 개념

경찰작용 중에서 ‘행정경찰’(police administrative)이란 공공서비스 활동으로서, 공공질서의 유지를 목적으로 하는 예방적 활동이다. 반면, ‘사법경찰’(police judiciaire)이란 범죄수사 등을 통해 범인을 식별하고, 증거를 수집하여 형사재판에 회부하는 진압적(제재적) 활동이다.²⁷⁸⁾ 이중 행정경찰은 공공의 평온·안전·위생과 같은 공공질서를 추구하는 경찰활동인 ‘일반경찰’(police générale)과 특정한 분야의 고유한 목적수행을 위해 이루어지는 경찰활동인 ‘특별경찰’(police spéciale)로 구분

275) 프랑스에서 검사의 기본 역할은 범죄 수사에 있지 아니하고, 기소행위에 있으며, 범죄 수사는 수사판사에 의해 담당이 되고, 위임수사에 의해 사법경찰관이 수사(instruction) 행위를 담당한다고 한다. 박창호, “프랑스 수사제도-경찰을 중심으로-”, 「치안정책연구」(No. 16.), 경찰대학 치안정책연구소, 2002, 251면. 이하에서는 수사기관 중에서 ‘경찰작용’에 대한 국가배상책임을 중심으로 고찰해보기로 한다.

276) 박재현, “프랑스 행정경찰과 국가배상책임”, 「법학논총」(제24권 제2호), 조선대학교 법학연구원, 2017, 320면.

277) CE, 10 février 1905, Tomaso Grecco.

278) 전훈, “행정경찰개념과 공공질서의 의미-프랑스 행정판례와 그 시사점-”, 「한국프랑스학논집」(제51집), 한국프랑스학회, 2005, 3면.

된다.²⁷⁹⁾ 행정법학에서 경찰이라 함은 행정경찰의 활동에 국한하게 된다.²⁸⁰⁾

2) 행정경찰과 사법경찰의 구별실익

프랑스에서 행정경찰에 관한 소송은 행정법원에 속하지만, 사법경찰의 경우는 사법법원의 관할에 속하기 때문에 개념상 이를 구별할 실익이 있다.²⁸¹⁾ 이는 행정기관과 사법기관의 분리 원칙에 따른 결과이다.²⁸²⁾ 그러나 사법법원에서 사법경찰 작용으로 인한 국가배상책임을 심리하게 되는 경우에도 사안에 따라서는 공법규율과 원칙들이 적용될 수 있다.²⁸³⁾ 콩세이데파는 작용의 대상과 기관, 경찰관이 행위하는 의도에 따라 행정경찰과 사법경찰을 구별하며, 손해의 '본질적 원인'이 무엇인가를 고려하기도 한다.²⁸⁴⁾ 행정경찰과 사법경찰은 1951년 'Baud' 사건에서 최초로 구별되었다.²⁸⁵⁾ 이 사건에서 형사들이 범죄 집단의 일부로 추정되는 자들을 체포하는 과정에서 피해자가 사망하자 유족이 손해배상청구소송을 제기하였는데, 이때 콩세이데파는 형사들이 범인을 체포하는 행위는 사법경찰 작용에 해당하므로 이에 대한 재판관할은 행정법원이 아니라고 보았다.²⁸⁶⁾ 반면, 사법경찰 작용의 과정에서 발생한 손해라고 하더라도 경찰 임무의 '임시협력자'가 입은 손해의 배상은 행정법원에 속한다는 예외가 인정되고 있다.²⁸⁷⁾ 그러나 재판관할의 문제는 늘 명확한 것은 아니다. 은행에서 경관이 기업의 현금수송을 경호하는 경우 이는 행정경찰의 성격을 가지나, 그 과정에서 현금을 탈취당하여 범인을 추적하는 것은 사법경찰에 해당한다. 이때 경관이 무기를 사용하지 않아 범인이 도주하게 되자 기업은 국가에 대해 보호 서비스의 과실을 주장하며

279) 상계논문, 4면.

280) 이광윤, 전게서(行政法理論), 423면.

281) 이순우, "프랑스의 행정경찰", 「법학연구」(18권 4호), 연세대학교 법학연구원, 2008, 336면.

282) 이승민, "프랑스法上 '警察行政'에 關한 研究-概念, 根據, 組織, 作用을 中心으로-", 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2010, 51면.

283) 상계논문, 58면.

284) 이순우, 전계논문(프랑스의 행정경찰), 337면. 한편, Chapus 교수는 시도된 행위가 '확정된 위반'과 관련되는지를 행정경찰과 사법경찰을 구별하는 중요한 기준으로 삼고 있다. 즉, 확정된 위반(infraction déterminée)과 관계되면 사법경찰 작용이다(상계논문, 338면에서 재인용).

285) CE, 11 mai 1951, Consorts Baud. 박재현, "프랑스의 행정경찰에 관한 연구", 「법학연구」(제27권 제1호), 충북대학교 법학연구소, 2016, 381면에서 재인용.

286) 상계논문, 381면.

287) CE Sect. 1953. 4. 17. Pinguet(범인을 함께 추적하다 부상을 입은 사건). 이승민, 전계논문, 51면에서 재인용.

손해배상청구소송을 제기한 사건에서, 관할쟁의재판소는 소송을 통합하고, 손해가 본질적으로 보호 서비스의 잘못으로부터 초래된 것을 고려하여 행정법원의 관할을 인정하였다.²⁸⁸⁾

이처럼 경우에 따라서는 하나의 경찰작용에 행정경찰과 사법경찰이 혼재되어 있거나, 행정경찰 작용이 사법경찰 작용으로 전환될 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 또한 조직법상 하나의 기관이 사법경찰이 되기도 하고 행정경찰이 되기도 한다.

다. 역무과실로서 ‘중과실’의 문제²⁸⁹⁾

1) 행정경찰에서 중과실이 적용되는 분야

전통적으로 일부 행정경찰 분야에서는 경찰작용의 위험성과 곤란함을 고려하여 중과실이 요구되었다. 일반적으로 행정경찰 작용 중에서 ① 법적 행위로 인한 손해의 경우에는 특별한 어려움이 없기 때문에 단순과실로도 행정의 책임이 인정되지만, ② 현장에서의 사실행위로 인해 손해가 발생하는 경우와 같이 행정활동에 어려움이 있을 수 있는 경우에는 중과실이 요구된다.²⁹⁰⁾ 그러나 이는 절대적인 기준이 아니며, 만일 법적 행위라도 특별히 복잡하고 어려운 상황이라면 중과실이 요구되는 반면, 사실행위라도 특별한 어려움이 없는 경우에는 단순과실로도 행정책임이 인정될 수 있다. 이때 주의할 점은 중과실은 역무과실을 판단하기 위한 요소로서, 개인과실과는 구별된다는 점이다. 즉 중과실이 역무과실과 분리되는 개인과실로 인정되기 위해서는 중과실만으로는 부족하고 역무와의 관련성을 단절시킬 수 있는 공무원 개인적 특성이 현출되어야 한다.²⁹¹⁾

2) 중과실의 인정 근거

행정책임에서 중과실책임이 인정되는 근거로는 첫째, 행정활동 수행의 어려움을

288) TC, 12 juin 1978, Sté Le Profil. 이순우, 전제논문(프랑스의 행정경찰), 338면.

289) 프랑스 행정경찰 작용에서의 중과실 문제에 대해서는 René Chapus, 「Droit administratif général」(Tome 1), Montchrestien, p. 1313~1316. 참조.

290) ibid, p. 1313~1314.

291) 박현정, “프랑스 행정법상 ‘역무과실’(la faute de service)에 관한 연구-역무과실과 위법성의 관계를 중심으로-”, 서울대학교 대학원, 법학박사 학위논문, 2014, 100면.

고려하여 행정책임의 인정을 제한하고자 하는 경우(고도의 전문적 지식이 요구되거나 긴급한 판단이 필요한 경우), 둘째, 국가의 재정고권적 활동에 대한 고려 등을 들고 있다.²⁹²⁾

3) 중과실에 관한 최초의 판결

이와 같은 중과실의 법리는 1925년 'Clef' 사건에서 처음으로 인정되었다.²⁹³⁾ 이 사건의 원고인 Clef는 1920. 5. 1. 저녁 10시경, 권총을 휴대한 채 파업으로 인해 혼란스러운 지역을 지나가다가 체포되어 임시로 수감되었는데, 수감시설에서 군인들로부터 폭행을 당하여 부상을 입게 되자 손해배상을 청구하였다.²⁹⁴⁾ 위 판결에 따르면, 이 사건과 같이 체포 후 수감 중에 폭행당하여 상해를 입은 경우에는 단순과실만으로 충분하지만, 이와 달리 공로에서 시위 중에 다친 경우에는 행정의 책임이 완화된 다.²⁹⁵⁾ 이 사건에서 논고 담당관(Rivet)은 “거리에서 질서를 유지해야 하는 막중한 임무를 수행하기 위해서는, 계속적으로 복잡한 소송에 휘말릴 수 있다는 우려로 경찰 활동이 무력하게 되어서는 안 된다.”고 하였다.²⁹⁶⁾

4) 최근의 경향

1990년대 이후 중과실책임의 적용영역은 점진적으로 축소되어 왔으며, 특히 행정경찰 분야에서는 이후 2006년 'Commune de Baalon' 사건(이웃 건물이 붕괴되어 담장이 무너지는 피해를 입은 원고가 꼬뮌을 상대로 제기한 손해배상청구소송)을 통해 중과실 요건을 포기하기에 이르렀다.²⁹⁷⁾ 이로써 급박하거나 결정을 함에 있어 특별한 어려움이 있는 경우에도 단순과실만으로 행정책임이 인정되기에 이르렀다.²⁹⁸⁾

반면, 사법경찰 임무의 수행과정에서 사법경찰 작용의 직접 대상이 되는 범인(피해자)에게 발생한 손해의 경우 피해자가 소송에서 중과실의 존재를 직접 입증해야 한다.²⁹⁹⁾

292) 상계논문, 102면.

293) CE, 13 mars 1925 Clef. René Chapus, op. cit., p. 1316.

294) 박현정, 전계논문, 103면.

295) 상계논문, 103면.

296) 상계논문, 103면.

297) 박재현, 전계논문(프랑스 행정경찰과 국가배상책임), 324면.

298) 상계논문, 324면.

라. 무과실책임의 적용범위

경찰이 직무 수행과정에서 총기를 사용하여 제3자에게 손해가 발생한 경우 무과실 책임의 법리가 적용된다.³⁰⁰⁾ 이는 1949년 ‘Consorts Lecomte’ 사건에서 인정된 것으로, 이 사건에서 경찰은 범인을 추격하던 중 총을 발포하였는데 총탄이 빗나가 마침 지나가던 행인이 맞게 되었다. 공세이데파는 경찰작용으로 인한 행정책임이 인정되기 위해서는 중과실이 요구되지만, 경찰이 인명 또는 재산에 위험을 수반하는 무기나 장비를 사용한 경우 및 그로 인해 개인이 입은 손해가 중대하여 공공서비스의 존재로 인한 이득에 대한 대가로 통상 개인이 감수해야 되는 부담을 초과하는 경우에는 그러한 중과실이 없더라도 공권력 행사로 인한 행정책임을 진다고 하였다.³⁰¹⁾

이는 경찰이 사용한 총기가 특별한 위험을 야기하는 위험한 물건이라는 사실에 기초한 ‘위험책임’의 일종으로, 제3자는 경찰작용에 과실이 있음을 입증하지 않고도 그 손해를 배상받을 수 있다. 그러나 제3자가 아닌 경찰작용의 상대방은 과실책임 원칙에 따라 역무과실을 입증해야 한다. 이처럼 프랑스에서 경찰작용으로 인한 국가 배상책임은 1905년 이전까지 무책임원칙이 지배하다가 과실책임제도를 거쳐 부분적으로 무과실책임제도까지 확대된 것으로 평가된다.

마. 위법성(違法性)의 문제

경찰작용이 적법하기 위해서는 권한있는 기관에 의해 이루어져야 하고 절차와 형식을 준수해야 한다. 만일 위법한 경찰작용이 법적 행위(행정결정)로 이루어진 경우에는 법규를 준수하는 것 자체가 행정의 의무이므로 법적 행위의 위법성이 인정되면 그

299) 이승민, 전제논문, 59면. 만일 사법경찰 작용의 직접 대상이 아닌 피해자들에 대해서는 경과실 만으로도 배상책임이 발생한다.

300) CE, 24 juin 1949, Consorts Lecomte.

301) “Si, en principe, le service de la police ne peut être tenu pour responsable que des dommages imputables à une faute lourde commise par ses agents dans l’exercice de leurs fonctions, la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée, même en l’absence d’une telle faute, dans le cas où le personnel de la police fait usage d’armes ou d’engins comportant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens, et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l’existence de ce service public.” <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636475/>> (2022. 8. 27. 최종 방문).

자체로 역무과실을 구성한다. 그러나 사실행위의 경우에는 당해 행위가 위법하다는 것만으로는 부족하고 별도로 역무과실이 요구된다.³⁰²⁾ 이와 같이 행정결정에 대한 책임에서 행정결정(décision)이 위법하면 곧바로 역무과실도 인정되는 이론을 가리켜 ‘위법하면 과실 있다.’는 법리라고 한다.³⁰³⁾ 여기서 위법하다는 것은 프랑스에서 월권소송(recours pour excès de pouvoir)의 대상이 되는 행위규범(법규)에 위반되는 ‘비적법행위’(actes illégaux)를 의미한다. 이처럼 행위규범을 위반한 위법한 행위는 통상 과실로 평가되어 행정책임을 야기하지만, 그렇다고 비적법(위법)행위가 언제나 과실을 이루어 행정책임의 대상이 되는 것은 아니며, 적법한 행위라고 하더라도 행정책임의 대상이 되는 역무과실로는 인정될 수 있다.³⁰⁴⁾

따라서 프랑스에서 위법성과 역무과실은 관념상 구별되는 개념으로서, 원칙적으로 역무과실에 의해 손해가 발생하고, 과실과 손해 사이에 인과관계가 존재하면 행정책임이 인정되며, 위법성은 필수적인 요건이 아니다. 이러한 법리는 비단 경찰행정 작용에 국한된 것은 아니며, 다른 행정작용으로 인한 행정책임에 있어서도 마찬가지로 적용된다.

4. 시사점(示唆點)

지금까지 살펴본 프랑스 국가배상책임의 법리를 정리하면 다음과 같다. 먼저 프랑스에서는 우리나라와는 달리 국가배상책임의 성립요건으로서 가해 공무원의 주관적인 고의 또는 과실이 아닌 ‘역무과실’을 요구하고 있다. 이는 ‘공공서비스(공역무)의 조직 또는 운영상의 하자’를 의미하는 객관적 관념에 해당한다. 우리나라에서도 이러한 영향을 받아 ‘과실의 객관화’를 위한 다양한 이론적 시도가 이루어지고 있으나, 기본적으로 국가배상법에서 공무원의 고의 또는 과실이라는 주관적 귀책사유를 명시적으로 규정하고 있기 때문에 그 한계가 있다. 또한 우리나라의 경우, 국가배상법에서 공무원의 고의 또는 과실뿐만 아니라 법령의 위반, 즉 위법성을 성립요건으로 하고

302) 박정훈, “國家賠償法の 改革-私法的 代位責任에서 公法的 自己責任으로-”, 『행정법연구』(제62호), 행정법이론실무학회, 2020, 48면.

303) 박현정, “프랑스 행정법상 과실책임 제도”, 『행정법연구』(Vol.41), 행정법이론실무학회, 2015, 69~72면.

304) 이광윤, 전게서(신행정법론), 134면.

있는데 반해, 프랑스에서는 행위규범에 대한 위반 여부가 국가배상책임의 필수적인 요건이 아니라는 점을 주목할 필요가 있다. 즉 위법행위가 역무과실을 이루는 경우는 있지만, 모든 위법행위가 행정책임을 야기하는 것은 아니며, 법령에 비추어 적법한 행위라도 국가배상책임이 인정될 수 있다는 점에서 위법성과 역무과실은 독립적인 관계이다.

한편, 프랑스 행정최고법원인 콩세이데따는 기본적으로는 역무과실을 요구하면서도 구체적인 사안에 따라 과실을 '추정'하거나(공토목공사로 인한 이용자에 대한 배상 책임), 행정활동의 수행이 곤란한 일부 분야에서는 '중과실'의 입증을 요구하여 구체적인 타당성을 꾀하고 있다는 점에서 특색을 보인다. 물론 최근에는 중과실을 요구하는 행정 분야가 점점 축소되고 있는 추세이기는 하지만, 일부 분야에서는 여전히 중과실을 요구하고 있다. 또한 역무과실로부터 분리되는 개인과실에 대해서는 민사소송절차를 통해 가해 공무원이 직접 배상책임을 지며, 역무과실과 개인과실의 구분에 따른 문제를 해결하기 위해 과실의 중복 및 책임의 중복 이론이 나오게 되었다는 점도 앞서 보았다.

나아가 콩세이데따는 과실책임주의를 원칙으로 하면서도 피해자 구제를 위하여 예외적으로 무과실책임으로서 '위험책임'과 '공적 부담 앞의 평등에 대한 파기책임'을 인정하여 행정책임을 범위를 확대하고 있다. 따라서 가령, 적법한 행위로 인해 야기된 비정상적이고 특별한 손해에 대해서도 무과실책임의 법리에 따라 행정책임을 대상이 될 수 있다. 현재 행정작용의 위법성 여부에 따라 국가배상과 손실보상을 이원적 구조로 접근하는 우리나라의 이론체계에 따르면, 적법한 공권력 행사로 재산상 손실을 입었지만 법률에 보상규정이 없거나 비재산적 법익에 대한 침해가 이루어진 경우 또는 위법한 행정작용이지만 가해 공무원의 과실을 인정하기 어려운 경우 등 많은 부분에서 국가책임의 사각지대가 존재하고 있는데, 앞서 본 프랑스 행정책임의 구조는 우리나라의 손해전보체계를 향후 통합론의 관점에서 정비하는데 좋은 참고사항이 될 것이다. 이상에서 살펴본 이론들은 1873년 관할쟁의재판소의 'Blanco' 판결이 탄생한 이후 역사적 과정을 거치면서 콩세이데따에 의해 정립된 프랑스 공법학의 보편적 지혜의 산물이다.

끝으로, 프랑스에서 행정책임인 국가배상청구소송의 재판관할은 원칙적으로 행정

법원에 있으나, 행정경찰이 아닌 사법경찰 작용으로 인한 손해배상에 대해서는 사법법원의 관할에 속한다는 점도 특기할 만하다. 또한 행정법원에 제기하는 행정소송의 경우 우리나라의 당사자소송에 해당하는 완전심리소송의 형태로 제기된다는 점에서 여전히 민사소송으로 진행되고 있는 우리나라 국가배상소송의 실무 관행의 개선이 요구된다.

제3절 | 미국

1. 미국 국가배상제도의 개관

우리나라는 「대한민국헌법」 제29조 제1항 본문 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다”라는 규정에서 국가 또는 공공단체의 소속 공무원에 불법행위에 대한 대국민 배상책임 즉, 국가배상청구권을 헌법상 청구권적 기본권의 하나로 건국헌법부터 인정해오고 있다. 반면, 미국은 연방헌법 최초 제정 시부터 국가배상청구권을 명시적으로 확인하지 않고 있으며, “왕은 잘못을 행할 수 없다(The King can do no wrong)”라는 영국의 전통에 따라 국가 또는 주정부를 상대로 손해배상을 청구할 수 없는 주권면책원칙(doctrine of sovereign immunity)이 미국의 국가배상청구권과 관련된 보편적 원칙으로 오랫동안 통용되어 왔다(강구철, 2009; 김민훈, 2006; 이일세, 2002, 2003; 정하명, 2011; 차동연, 1997; Svendsen, 2022). 현재까지도 주(state)에 거주하는 주민, 타 주(state)에 거주하는 내국인이나 외국인이 특정 주정부를 상대로 소송을 제기할 수 없다는 주권면책원칙을 천명한 미국 「연방수정헌법(Amendment to the U.S. Constitution)」 제11조³⁰⁵⁾의 규정만 존재할 뿐 국가배상청구권은 미국 연방헌법상 기본권으로 인정되지 않고 있다. 연방제국가의 특성상 미국 내 50개 주

305) 미국 「연방수정헌법」 제11조(11th Amendment to the U.S. Constitution)

The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.

(state)마다 주 헌법이 제정되어 있으나 50개 주 모두 국가배상청구권을 주 헌법상의 권리로 보장하지 않고 있다.

따라서 미국의 국가배상제도는 우리나라와 같이 「대한민국헌법」 제29조, 「국가배상법」 등 헌법과 헌법을 구체화한 법률의 구조가 아닌 연방법 또는 주법으로 주권면책원칙을 일부 포기함으로써 비로소 국가 또는 주를 상대로 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 일종의 법률상 청구권으로 이해할 수 있다. 연방제국가의 특성상 미국의 공무원은 연방정부(federal)에 소속된 공무원과 주정부(state), 주정부산하 지방자치단체(local)에 소속된 공무원으로 구분되며, 공무원이 속한 기관 및 공무원이 집행하는 법률의 종류에 따라 적용되는 국가배상제도가 달라지고 실제 책임 여부 역시 달라질 수 있다는 점에 유의하여야 한다. 이와 같이 주권면책원칙의 예외로서 일부 사안에 대해 조건적으로 허용되는 미국의 국가배상책임은 결국 공무원의 면책의 문제로 귀결된다는 점에 있다(차동언, 1997). 따라서 우리나라 국가배상청구권 연구에서 자주 등장하지 않는 공무원의 면책 논의가 미국 국가배상청구권 논의의 주류를 이루는 특징 역시 헌법적으로 책임지지 않아도 되는 공무원의 행위로 인한 손해를 법률로써 일부 책임지겠다는 미국 국가배상청구권의 입법 취지가 그대로 반영된 것이라 볼 수 있다.

이 연구에서는 주권면책원칙의 예외로서 제정된 연방법인 「연방배상법」(또는 「연방불법배상청구권법」, Federal Tort Claims Act, Title 28 U.S. Code Section 1344[b], Sections 2671-2680, 이하 「연방배상법」), 이에 대응하는 각 주의 주정부배상(또는 「주정부불법배상청구권법」, State Tort Claims Act, 이하 「주정부배상」) 그리고 통상적인 국가배상청구권의 개념과 다소 차이는 있으나 미국 공무원의 불법행위로 인한 손해배상청구소송으로 가장 많이 활용되는 미국 「1871년 민권법」 제1983조(Civil Rights Law of 1871, Title 42 U.S. Code Section 1983) 민사소송 등 크게 세 가지 국가배상제도를 중심으로 살펴보기로 한다. 마지막으로 경찰관의 불법행위에 대한 손해배상이라는 전통적인 국가배상 개념과는 다소 거리가 있으나 반복된 경찰 불법행위에 대한 근절책으로 마련된 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조(Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994, Title 42 U.S. Code Section 14141(이후 Title 34 U.S. Code Section 12601로 변경) 및 「수용자인권법」

제1997조(Civil Rights of Institutionalized Persons Act, Title 42 U.S. Code Section 1997)에 따라 미국 법무부가 주도하는 지역경찰관서의 정형화되거나 관례화된 불법 행위에 대한 조사 및 통제제도에 대해서도 살펴보기로 한다.

2. 미국 국가배상제도 운용 현황/실태/판결례 분석

가. 「연방배상법」

미국 연방의회는 1946년 미국 연방정부로 하여금 그동안 국가배상청구권과 관련하여 견지해오던 주권면책원칙을 일부 포기하도록 하는 내용이 담긴 「연방배상법」을 제정함으로써 미국 국가배상제도 역사상 가장 혁신적인 변화를 가져왔다. 「연방배상법」은 일반 시민에게 미국 연방정부를 상대로 소송을 제기할 수 있는 새로운 권리를 창설한 것이 아니라 연방정부가 그동안 누려왔던 면책권을 포기함으로써 일반 개인이 위법한 행위로 인하여 타인에게 손해를 끼친 경우 그 책임을 지는 것과 마찬가지로 연방정부도 소속 공무원의 불법행위에 대해 책임을 지겠다는 의미를 갖는다(Ross, 2018).

1) 「연방배상법」의 의의

「연방배상법」 제1346조, 제2671조~제2780조의 규정에 따라 연방정부 소속 공무원 또는 피용인이 공무수행 중 행한 불법행위로 인하여 신체적 부상 또는 재산상 손해를 입은 자는 연방정부를 상대로 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 손해 발생의 근본적인 원인은 연방정부 소속 공무원 또는 피용인에게 있으나 「연방배상법」은 손해에 대한 배상책임을 연방정부만이 부담하도록 하고 손해의 원인을 제공한 소속 공무원 또는 피용인의 손해배상 의무를 면제하도록 하였다(Levin v. United State, 2013). 물론 손해의 원인을 제공한 해당 연방 공무원 또는 피용인이 「연방배상법」이 아닌 다른 법규정에 따라 별도의 책임이 인정되는 때에는 따로 손해배상책임을 부담할 수 있다. 따라서 「연방배상법」상 연방정부의 배상책임은 소속 공무원의 불법행위에 대한 전형적인 대위책임(vicarious liability)의 성격을 갖고 있다.

연방배상법 제2680조

이 장의 규정 및 미국법전 제42권 제1346(b)조의 규정은 미국 연방정부 소속 피고용인이 주의의무를 다하여 주 법규정을 집행하는 과정에서 행한 행위 또는 부작위로 인하거나 연방정부기관 또는 공무원 자신의 재량권 행사 또는 직무를 수행하는 과정에서 발생한 손해에 대한 배상청구에 대해 해당 주 법규정의 적법성이나 재량권 남용 여부와 상관없이 적용된다.

2) 연방배상책임의 요건

「연방배상법」상 연방정부의 배상책임이 성립하기 위해서는 ① 불법행위의 주체가 연방 공무원 또는 피용인일 것, ② 직무 범위 내의 행위일 것, ③ 부주의하거나 부당한 행위 또는 부작위일 것, ④ 행위지법 위반일 것, ⑤ 불법행위 주체의 작위 또는 부작위와 손해 사이의 인과관계가 성립할 것 등의 요건이 모두 충족되어야 한다.

가) 연방정부 공무원 또는 피용인(federal officers or employees)

「연방배상법」은 연방정부 소속 공무원 또는 피용인이 직무집행과 관련하여 초래한 손해에 대하여만 연방정부가 대위책임을 부담하기 때문에 연방정부 소속 공무원 또는 피용인이 아닌 자의 행위에 대해서는 피해의 경중과 상관없이 「연방배상법」이 적용될 여지가 없다. 「연방배상법」상의 공무원 또는 피용인은 폭넓게 해석되는 경향이 있으며, 연방기관 공무원 또는 피용인(officers or employees of any federal agency), 육군 및 해군 소속 군인과 군무원(members of the military and naval forces of the United States), 연방법 관련 훈련이나 임무 수행 중인 국경수비대 소속 공무원(members of the National Guard while engaged in training or duty under certain provisions of federal law), 공식적인 자격으로 연방기관을 대리하는 자(persons acting on behalf of a federal agency in an official capacity) 그리고 연방 변호기관 소속 공무원 또는 피용인(officers and employees of a federal public defender organization except when such employees are performing professional services in the course of providing representation to clients) 등이 포함된다(이일세, 2002; Congressional Research Service, 2019, p. 8).

그러나 독립 계약자(independent contractors)의 경우 「연방배상법」상의 연방기관 소속 공무원 또는 피용인에 해당하지 않아 이들의 불법행위로 인해 손해를 입은 경우 피해자는 연방기관이 아닌 해당 독립 계약자를 상대로 별도의 민사소송을 제기하여야

한다(Congressional Research Service, 2019). 독립 계약자를 상대로 한 민사배상 소송의 경우에도 미국 연방대법원의 *Boyle v. United Technologies Corp.* (1988) 판례에 따라 독립 계약자의 민사책임을 인정할 경우 연방정부의 정책 또는 이익과 상당한 대립이 발생하거나 연방법 입법 목적을 퇴색시킬 우려가 있는 때에는 독립 계약자의 민사책임을 인정하지 않을 수 있다(강구철, 2007, 2008; Congressional Research Service, 2019).

나) 직무 범위 내의 행위(acting within the scope of employment)

「연방배상법」은 연방 공무원 등이 ‘직무 범위 내에서 한(acting within the scope of his office or employment³⁰⁶)’ 행위 또는 부작위로 인하여 발생한 손해에 대해서만 적용된다(이일세, 2002). 따라서 연방정부 소속 공무원 또는 피용인의 직무와 관련 없는 행위로 인하여 발생한 손해는 해당 공무원 또는 피용인이 직접 배상책임을 진다. 직무 범위 내의 행위인지 여부는 연방기관 소속 공무원 또는 피용인의 행위 또는 부작위로 인하여 손해가 발생한 시점을 기준으로 판단한다(Fountain v. Karim, 2016). 직무 범위 내의 행위 여부는 「연방배상법」상 연방기관의 책임 유무를 결정짓는 매우 중요한 요건이며, 어떤 행위가 직무 범위에 포함되는지에 대하여 각 주마다 규정과 해석이 달라 명확한 경계를 찾기 어려우나 직무의 범위를 가급적 확대하여 해석하는 것으로 알려져 있다(이일세, 2002; Congressional Research Service, 2019). 다만 연방정부 소속 공무원 또는 피용인이 명백히 위법한 행위를 저질렀다고 하여 직무의 범위를 벗어난 행위로 단정할 수 없다는 점에 유의하여야 한다(Doe v. Meron, 2019).

306) 「연방배상법」 제1346조(28 U.S. Code Section 1346)

(b)(1) Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.

다) 부주의하거나 부당한 행위 또는 부작위(negligent or wrongful act or omission)

「연방배상법」상 연방기관의 책임이 인정되기 위해서는 소속 공무원 또는 피용인의 행위가 부주의(negligent)하거나 부당(wrongful)한 행위 또는 부작위가 있어야 한다.

라) 행위지법 위반 불법행위

「연방배상법」은 이상 설명한 바와 같이 연방정부 공무원 또는 피용인이 직무 범위 내에서 부주의하거나 부당한 행위로 인하여 손해를 발생한 경우 연방정부가 그 배상 책임을 부담한다. 「연방배상법」상 “부주의하거나 부당한 행위 또는 부작위(by the negligent or wrongful act or omission)” 부분은 우리나라 「국가배상법」 제2조 제1항³⁰⁷⁾ 중 “고의 또는 과실로 법령을 위반하여”와 크게 다르지 않다. 「연방배상법」 역시 연방기관 소속 공무원 또는 피용인의 법령을 위반한 행위가 결국 부주의하거나 부당함으로써 발생한 손해에 대해 책임을 부담하는 것이므로 연방헌법이나 연방법을 위반한 경우인지 아니면 해당 소속 공무원 또는 피용인이 직무를 수행한 지리적 장소를 관할하는 주(state)의 헌법 또는 주법을 위반한 것인지를 분명히 하여야 한다. 「연방배상법」 제1346조 규정 중 “작위 또는 부작위가 발생한 장소의 법에 따라(in accordance with the law of the place where the act or omission occurred)”라는 부분으로 「연방배상법」이 적용되는 연방 공무원 등이 위반하는 법령은 행위지법 즉, 주헌법 또는 주법이라는 점을 명시하고 있다.

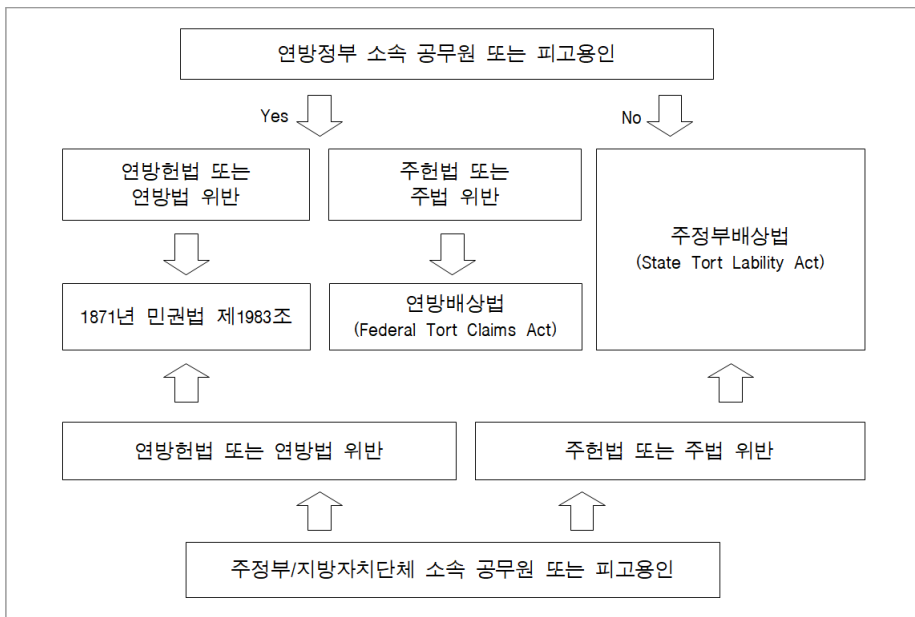
연방정부 공무원 또는 피용인이 직무를 수행한 장소를 관할하는 주헌법 또는 주법을 위반한 경우 「연방배상법」이 적용되는 반면 연방헌법 또는 연방법을 위반한 경우 [그림 3-1]에 제시된 바와 같이 「1871년 민권법」 제1983조가 적용된다. 연방정부 소속 공무원 또는 피용인이 아닌 자의 행위로 인하여 발생한 손해는 당연히 「연방배상법」이 적용되지 않고 일반 사인에게 적용되는 이후 설명할 주정부배상제도가 적용된

307) 「국가배상법」 제2조

① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

다. 주정부 또는 산하 지방자치단체 소속 공무원 또는 피용인이 연방헌법 또는 연방법을 위반하여 일반 시민에 대해 손해를 끼친 경우 「1871년 민권법」 제1983조가 적용되며, 주헌법 또는 주법을 위반하여 일반 시민에 대한 손해를 끼친 경우 주정부배상제도가 적용된다. 따라서 주정부 및 지방자치단체 소속 공무원 또는 피용인의 행위에 대해서 「연방배상법」이 적용될 여지는 거의 없다.

▶▶▶ [그림 3-1] 미국 공무원의 소속 기관과 위반 법령의 종류에 따른 국가배상책임 흐름도



마) 손해의 발생

「연방배상법」은 연방기관 소속 공무원 또는 피용인이 실제 직무를 행한 장소를 관할하는 주법을 위반하여 손해가 발생한 때에 적용되며, 절차적 흠결로 인한 손해는 「연방배상법」의 배상 범위에서 제외되고 오로지 실체법(substantive law)상의 손해에 대해서만 배상한다(Molzof v. United State, 1992). 「연방배상법」상 실체적 손해는 신체적 부상·사망뿐만 아니라 재산상의 손해를 포함한다. 연방기관 소속 공무원 또는 피용인의 직무상 행위 또는 부작위를 원인으로 신체적 또는 재산상 손해가 발생하더라도 행위를 관할하는 주(state)에서 이를 실체법으로 보호하지 않는 경우라면 「연

방배상법」은 적용되지 아니한다(Midwest Knitting Mills, Inc. v. United States, 1991).

바) 인과관계

연방정부 소속 공무원의 부주의하거나 부당한 행위 또는 부작위와 손해 사이에 인과관계가 있어야만 「연방배상법」상 연방기관의 배상책임이 인정될 수 있다.

3) 「연방배상법」 적용의 배제

「연방배상법」 제2680조는 연방정부의 주권면책 포기의 예외로서 「연방배상법」이 적용되지 않는 13개 사항을 규정하고 있다. ① 소속 공무원 또는 피고용인이 법규를 집행하면서 주의의무를 다하였거나 재량권 행사로 인하여 발생한 손해³⁰⁸⁾, ② 우편물의 분실, 배달착오, 부주의한 전달³⁰⁹⁾, ③ 세금·관세의 산정 또는 징수, 수입품 압류 등으로 발생한 손해³¹⁰⁾, ④ 미국 정부 상대 해사 관련 청구 또는 소송에 관한 46 U.S. Code 제309장 또는 제311장의 규정에 의한 보상이 가능한 경우³¹¹⁾, ⑤ 50 U.S. Code 제1조~제31조 집행 관련하여 발생한 손해³¹²⁾, ⑥ 검역 활동으로 발생한 손

308) 「연방배상법」 제260조(28 U.S. Code Section 2680)

The provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall not apply to—

(a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

309) (b) Any claim arising out of the loss, miscarriage, or negligent transmission of letters or postal matter

310) (c) Any claim arising in respect of the assessment or collection of any tax or customs duty, or the detention of any goods, merchandise, or other property by any officer of customs or excise or any other law enforcement officer, except that the provisions of this chapter and section 1346(b) of this title apply to any claim based on injury or loss of goods, merchandise, or other property, while in the possession of any officer of customs or excise or any other law enforcement officer, if—

(1) the property was seized for the purpose of forfeiture under any provision of Federal law providing for the forfeiture of property other than as a sentence imposed upon conviction of a criminal offense;

(2) the interest of the claimant was not forfeited;

(3) the interest of the claimant was not remitted or mitigated (if the property was subject to forfeiture); and

(4) the claimant was not convicted of a crime for which the interest of the claimant in the property was subject to forfeiture under a Federal criminal forfeiture law

311) (d) Any claim for which a remedy is provided by chapter 309 or 311 of title 46 relating to claims or suits in admiralty against the United States

해³¹³), ⑦ 연방 공무원 또는 피고용인의 “협박, 폭행, 불법감금, 불법체포, 악의적 기소, 소송절차의 남용, 명예훼손, 비방, 기망, 계약상 권리방해 등의 행위로 인한 손해³¹⁴”, ⑧ 재무부 예산 운용 또는 통화 시스템 규제에 의한 손해³¹⁵), ⑨ 육군, 해군, 국경수비대의 전시 전투 활동으로 인한 손해³¹⁶), ⑩ 외국에서 제기된 청구³¹⁷), ⑪ 테네시강유역개발공사 관련 청구³¹⁸), ⑫ 파나마운하회사 관련 청구³¹⁹), ⑬ 연방토지은행, 연방중기은행, 협동은행 관련 청구³²⁰)가 「연방배상법」을 근거로 제기되는 경우 연방하급심법원은 심판할 관할권이 인정되지 아니한다(이일세, 2002, p. 37; DaVinci Aircraft, Inc. v. United States, 2019). 이상 13개의 배제 조항 중 첫 번째 재량행위로 인한 손해와 일곱 번째 조항의 행위를 연방법집행기관 공무원 또는 피용인이 자행한 경우 「연방배상법」의 적용 배제 및 그 예외 문제가 가장 빈번하게 논의되고 있다.

가) 재량권 행사 면책(discretionary function immunity)

「연방배상법」상 재량권 행사(discretionary function)는 개인이 판단 또는 평가할 수 있는 권한을 실제 행사한 것(exercise of personal judgment)이 포함된 행위 또는 부작위를 말한다(Matthiesen, Wickert & Lehrer, 2022). 「연방배상법」이 연방 공무원

312) (e) Any claim arising out of an act or omission of any employee of the Government in administering the provisions of sections 1-31 of Title 50, Appendix

313) (f) Any claim for damages caused by the imposition or establishment of a quarantine by the United States

314) (h) Any claim arising out of assault, battery, false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights: Provided, That, with regard to acts or omissions of investigative or law enforcement officers of the United States Government, the provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall apply to any claim arising, on or after the date of the enactment of this proviso, out of assault, battery, false imprisonment, false arrest, abuse of process, or malicious prosecution. For the purpose of this subsection, “investigative or law enforcement officer” means any officer of the United States who is empowered by law to execute searches, to seize evidence, or to make arrests for violations of Federal law.

315) (i) Any claim for damages caused by the fiscal operations of the Treasury or by the regulation of the monetary system

316) (j) Any claim arising out of the combatant activities of the military or naval forces, or the Coast Guard, during time of war

317) (k) Any claim arising in a foreign country

318) (l) Any claim arising from the activities of the Tennessee Valley Authority

319) (m) Any claim arising from the activities of the Panama Canal Company

320) (n) Any claim arising from the activities of a Federal land bank, a Federal intermediate credit bank, or a bank for cooperatives

또는 피용인의 재량권 행사로 인해 발생한 손해에 대해 국가배상책임을 배제하는 것은 사회, 경제, 정치적 정책에 근거한 행정부의 재량권 행사에 대해 사법부가 사후 심사를 하는 자체가 부적절하고 공무원들의 정책적 결정은 행정부의 고유권한이라는 측면과 재량권 행사에 대한 사법적 심사 시 효과적인 정부 운영에 중대한 장애를 초래할 수 있는 측면을 고려한 것이라 볼 수 있다(이일세, 2002; Congressional Research Service, 2019). 특히, 행정부의 재량권 행사에 대한 엄격한 사법적 심사는 결국 공무원들이 납세자들의 세금으로 운영되는 국가기관에 일하면서 국민을 위해 봉사하는 것이 아니라 지나치게 많은 시간을 소송 대비에 허비할 수 있다는 점을 고려한 것이다(Niles, 2002).

미국 연방대법원은 「연방배상법」상 재량권 행사 면책 규정이 적용되는 연방정부의 행위 또는 부작위 판단과 관련하여 2단계 심사기준을 제시하였다(Berkovitz v. United States, 1988; United States v. Gaubert, 1991). 먼저 「연방배상법」에 따른 손해배상 소송 사건의 소수 법원은 소송의 대상인 연방 공무원 또는 피용인의 행위 또는 부작위를 정확히 규명하고 이 행위 또는 부작위가 “해당 공무원의 판단 또는 선택의 문제(a matter of judgment or choice for the acting employee)” 즉 재량권 행사에 해당하는지를 판단하여야 한다(Berkovitz v. United States, 1988, p. 536). 만약 연방법, 규칙, 정책 등이 소속 공무원들이 준수해야 하는 일련의 행위를 구체적으로 규정하고 소속 공무원들에게 합법적인 선택권이 없고 규정을 준수하는 수밖에 없는 경우라면 재량권 행사에 해당한다고 볼 수 없다.

「연방배상법」 소송의 대상인 공무원의 행위 또는 부작위가 재량권 행사에 해당하는 경우 두 번째 심사기준으로서 해당 공무원의 판단 또는 선택이 공적인 정책을 고려한 결정인지 여부를 판단하여야 한다. 여기서 해당 공무원의 주관적 의도는 고려의 대상에서 제외되며, 공무원의 재량권 행사가 “사회적, 경제적 또는 정치적 정책을 고려(considerations of social, economic, or political policy)”한 것인지를 판단하면 족하다(United States v. Gaubert, 1991, p. 339). 연방 공무원 또는 피용인의 행위 또는 부작위가 정책 분석에 영향을 받기 쉬운 것이라면 두 번째 심사기준은 충족된다. 이상 2단계 심사기준을 충족하는 경우 주권면책의 예외로서 연방기관은 「연방배상법」상의 책임을 면하게 된다.

나) 고의적 불법행위 배제(intentional tort exception)

앞서 설명한 바와 같이 「연방배상법」 제2680조에 따라 연방기관 소속 공무원 또는 피용인의 “협박, 폭행, 불법감금, 불법체포, 악의적 기소, 소송절차 남용, 명예훼손, 비방, 기망, 계약상 권리방해”로 인하여 발생한 손해에 대해서는 연방기관의 배상책임을 배제한다. 이와 같은 고의적 불법행위 관련 손해에 대한 연방정부 배상책임 배제는 Hallet v. U.S. Department of Navy(1994) 사건에서와 같이 미 해군 소속 군인들이 다수의 민간 여성을 성폭행하는 매우 심각한 불법행위가 발생하였지만 이러한 행위가 고의적 불법행위에 해당한다는 이유로 「연방배상법」상 연방정부의 배상책임이 면제됨으로써 연방정부 소속 공무원 또는 피용인의 심각한 불법행위를 미국 정부가 옹호한다는 비판으로 이어졌다(Congressional Research Service, 2019).

연방 공무원의 권한 남용에 대한 거센 비판에 직면한 미국 의회는 1974년 「연방배상법」상 고의적 불법행위 면책조항 중 연방수사기관 또는 연방법집행기관소속 공무원(federal investigative or law enforcement officers)의 협박, 폭행, 불법감금, 불법체포, 소송절차 남용, 악의적 기소 등 여섯 가지 고의적 불법행위를 기존 「연방배상법」 적용 배제 조항의 예외가 되도록 하는 ‘법집행 기관 단서 조항(law enforcement proviso)’을 신설하였다(Sisk, 2014). 여기서 연방수사기관 또는 연방법집행기관은 「연방배상법」 제2680조(h)상 “연방법 위반으로 수색, 압수 또는 체포할 권한이 부여된 미국 연방정부 소속 공무원(any officer of the United States who is empowered by law to execute searches, seize evidence or make arrests for violations of Federal law)” 부분에서 유추할 수 있다. 따라서 미국 내 가장 대표적인 연방수사기관의 하나인 연방수사국(Federal Bureau of Investigation)은 물론 관세국경보호청(U.S. Customs and Border Protection) 소속 공무원도 이 단서 조항의 적용을 받아 고의적 불법행위로 인한 손해에 대해 연방기관이 배상책임을 진다.

연방수사기관 또는 법집행기관의 정의와 관련하여 소속 공무원의 폭행 등 불법행위가 반드시 압수, 수색, 체포 중에 발생한 경우에만 「연방배상법」이 적용되는지에 대한 논의가 필요하다. 미국 연방법원은 연방수사기관 또는 법집행기관 소속 공무원인 이상 여섯 가지 불법행위가 반드시 압수, 수색, 체포 중에 발생한 경우로 국한하지 않는다(Milbrook v. United States, 2013). 따라서 연방수사기관 또는 법집행기관 소속

공무원의 직무 범위 내에서 이상 여섯 가지 불법행위가 발생하는 경우 압수, 수색, 체포 과정이 아니더라도 「연방배상법」상 배상책임이 인정된다. 따라서 연방수사기관 또는 법집행기관 소속 공무원이 이미 체포된 피의자를 조사하는 과정에서 피의자의 자백을 받기 위해 고문을 가한 경우 「연방배상법」상 배상책임이 인정될 수 있다.

4) 「연방배상법」 손해배상청구소송 절차

「연방배상법」에 따른 손해배상청구소송은 미국 연방법원 제1심에 해당하는 연방 하급심법원(federal district courts) 관할에 속한다. 그러나 「연방배상법」은 피해자 즉 원고로 하여금 손해배상청구소송 제기 전 반드시 가해 공무원 또는 피용인이 속한 연방기관에 손해배상을 먼저 청구하도록 하는 행정청구전치주의를 채택하고 있다.

가) 행정청구전치주의(administrative exhaustion requirement)

연방 공무원 또는 피용인에 의해 손해를 입은 자는 먼저 해당 연방 공무원 또는 피용인이 소속된 기관에 손해배상을 서면으로 청구하여야 한다. 「연방배상법」상 행정 청구는 손해가 발생한 날로부터 2년 이내에 제기하여야 하며, 행정청구의 내용은 연방기관이 자체 조사를 실시할 수 있을 정도로 충분히 기술되어야 함은 물론 손해배상 청구액을 구체적으로 명시하여야 한다(Chronis v. United States, 2019). 행정청구 서면 양식은 주로 '표준양식 95(Standard Form 95)'가 사용되며, 연방기관의 이름, 청구인 또는 대리인의 성명·주소, 생년월일, 손해 발생일 및 시간, 청구의 근거, 재산상 손해 내역, 신체상 손해의 내역, 목격자 또는 증인, 청구 금액, 보험 내역 등이 포함되어 있다. 「연방배상법」에 따른 행정청구를 접수한 연방기관은 최장 6개월의 기간 내에 해당 청구에 대한 인용 또는 기각 결정을 내려야 하고 만약 6개월이 경과하도록 아무런 결정을 내리지 않는 경우 해당 행정청구는 최종적으로 기각된 것으로 간주된다.³²¹⁾ 이와 같이 행정청구 절차를 손해배상청구소송 제기 이전에 반드시 거치

321) 「연방배상법」 제2401조(28 U.S. Code Section 2401)

(b) A tort claim against the United States shall be forever barred unless it is presented in writing to the appropriate Federal agency within two years after such claim accrues or unless action is begun within six months after the date of mailing, by certified or registered mail, of notice of final denial of the claim by the agency to which it was presented.

도록 함으로써 불필요하고 소모적인 법정 소송을 줄이는 장점이 있다(Colella, 1998). 실제 「연방배상법」 관련 분쟁의 대부분이 행정청구 단계에서 합의로 종결되는 것으로 알려져 있다(Axelrad, 2000).

나) 「연방배상법」상 청구소송

행정청구를 거치지 않고는 「연방배상법」상 손해배상청구소송을 제기할 수 없으며, 소송 제기 이후라도 행정청구를 제기하여 절차상 흠결을 치유하지 않는 이상 「연방배상법」상의 손해배상청구소송 절차는 더 이상 진행되지 아니한다. 만약 행정청구를 통해 청구자와 연방기관이 원만한 합의에 이르는 경우에는 「연방배상법」상 청구소송을 제기할 수 없는 종국적 효력이 있다. 연방기관의 행정청구 기각 결정은 청구인에게 내용증명 또는 등기우편으로 통지하여야 하며, 청구인은 기각통지를 받은 날로부터 6개월 이내에 연방법원에 미국 정부를 상대로 「연방배상법」상 손해배상청구소송을 제기할 수 있다(이일세, 2002). 만약 행정청구 청구인이 서면으로 행정청구 기각의 통지를 받은 날로부터 6개월이 경과한 후에는 「연방배상법」상 손해배상청구소송을 제기할 수 없다.

청구의 원인이 과잉 징수된 세금 또는 벌금에 관한 것이 아닌 한 연방배상청구소송은 배심원 재판으로 진행되지 않는다.³²²⁾ 「연방배상법」상 청구인이 주장하는 재산상·신체적 손해에 대한 배상은 보상적 손해배상(compensatory damages)만 인정되며, 여타 징벌적 손해배상(punitive damages), 금지명령구제(injunctive relief), 소송비용(attorneys' fees)은 청구할 수 없다.³²³⁾ 「연방배상법」상 청구인이 청구할 수 있는

322) 「연방배상법」 제2402조(28 U.S. Code Section 2402)

Subject to chapter 179 of this title, any action against the United States under section 1346 shall be tried by the court without a jury, except that any action against the United States under section 1346(a)(1) shall, at the request of either party to such action, be tried by the court with a jury.

323) 「연방배상법」 제2678조(28 U.S. Code Section 2678)

No attorney shall charge, demand, receive, or collect for services rendered, fees in excess of 25 per centum of any judgment rendered pursuant to section 1346(b) of this title or any settlement made pursuant to section 2677 of this title, or in excess of 20 per centum of any award, compromise, or settlement made pursuant to section 2672 of this title.

Any attorney who charges, demands, receives, or collects for services rendered in connection with such claim any amount in excess of that allowed under this section, if recovery be had, shall be fined not more than \$2,000 or imprisoned not more than one year,

보상적 손해배상액의 상한에 관한 제한은 없으며, 청구인이 선임한 변호인은 승소한 경우 결정 배상액의 25%까지를 수입료로 청구인에게 요구할 수 있다(「연방배상법」 제2678조).

나. 주정부배상(State Tort Liability)

미국 연방정부 소속 공무원 또는 피용인의 불법행위로 인하여 발생한 손해에 대해 주권면책원칙의 예외로서 미국 연방정부가 대위책임을 지는 「연방배상법」이 제정된 1946년 이후 미국 내 일부 주의 의회(state legislatures)는 주국가배상법을 제정하기 시작하였다. 연방제 국가의 특성상 연방정부라 하더라도 주정부에 대해 자체 국가배상법을 제정하도록 강제할 수 없다. 따라서 일부 주에서는 「연방배상법」을 모델로 「주정부배상법(tort liability act)」을 제정하였고 일부 주에서는 기존 법률에 국가배상 내용을 가미한 경우도 있으며, 주정부배상 소송을 전담하는 법원을 신설하거나 법원이 아닌 위원회를 설치하여 운영하는 경우도 있다. 미국 주정부배상에 관한 논의는 50개 주의 국가배상 관련 법규정과 판례를 일일이 비교분석하여야 하는 연구의 제약이 있어 이 분야에 관한 연구는 활발하지 않은 것이 현실이다.

1) 주정부배상의 의의

앞서 [그림 3-1]에 제시한 바와 같이 공무원 또는 피용인이 주정부 또는 지방자치단체 소속인 경우에는 원칙적으로 「연방배상법」이 적용될 여지가 없다. 주정부 또는 지방자치단체 소속 공무원 또는 피용인의 경우 연방기관에 일시적으로 파견되거나 이중 지위를 누리지 않는 이상 주정부 소속 공무원은 소속 주의 법규정 집행 과정에서 일반시민에게 손해를 초래하더라도 소속 주의 주정부배상제도가 존재하지 않으면 국가배상제도의 큰 공백이 생기게 된다. 앞서 「연방배상법」 논의에서 살펴본 바와 같이 주권면책원칙은 연방정부 뿐만 아니라 주정부에서도 오랫동안 대원칙으로 자리 잡아 왔기 때문에 주정부가 주권면책을 스스로 포기하지 않는 이상 소속 공무원 또는 피용인의 불법행위로 인하여 발생한 손해는 불법행위를 자행한 공무원 개인이 전적으

or both.

로 책임(tort liability)을 지게 된다.

2) 주정부배상의 특징

가) 주정부배상법의 비전형성

선행연구의 분석에 따르면 미국 캘리포니아(California), 델라웨어(Delaware), 조지아(Georgia), 하와이(Hawaii), 아이다호(Idaho), 인디애나(Indiana), 아이오와(Iowa), 캔자스(Kansas), 메인(Maine), 메릴랜드(Maryland), 매사추세츠(Massachusetts), 미네소타(Minnesota), 미시시피(Mississippi), 미주리(Missouri), 몬태나(Montana), 네브라스카(Nebraska), 네바다(Nevada), 뉴저지(New Jersey), 뉴멕시코(New Mexico), 노스캐롤라이나(North Carolina), 사우스캐롤라이나(South Carolina), 텍사스(Texas), 버몬트(Vermont), 버지니아(Virginia) 등 24개 주는 「주배상법(Tort Claims Act)」, 콜로라도(Colorado), 루이지애나(Louisiana), 미시건(Michigan), 오클라호마(Oklahoma), 로드아일랜드(Rhode Island), 웨스트버지니아(West Virginia), 와이오밍(Wyoming) 등 7개 주는 「주정부배상청구법(Governmental Tort Claims Act)」을 각각 제정, 운영하고 있다. 애리조나(Arizona)주의 “Actions against Public Entities or Public Employees Act”, 플로리다(Florida)주의 ‘Sovereign Immunity Statute’와 같은 이름의 유사한 법률을 제정한 경우도 있으며, 알라바마(Alabama)주, 아칸소(Arkansas)주 등과 같이 주정부배상법을 별도로 제정하지 않는 경우도 있다.

나) 주정부배상법의 적용 범위

각 주별 주정부배상제도가 적용되는 불법행위의 범위는 주에 따라 편차가 커 일괄적으로 기술하기 매우 어렵다. 「연방배상법」과 마찬가지로 재량권 행사 면책(캘리포니아), 고의적 불법행위 배제(애리조나, 커넥티컷[Connecticut]), 주정부 또는 지방자치단체에 대한 징벌적 배상책임 배제(알라바마, 알래스카, 애리조나, 아칸소, 캘리포니아, 콜로라도, 플로리다, 조지아 등) 규정이 선택적으로 채택되어 있다. 소속 공무원의 불법행위로 인한 손해에 대한 배상액의 상한 제한이 없는 경우도 있으나 콜로라도 주의 피해자 1인당 350,000달러, 사건당 900,000달러, 플로리다주의 사건당 200,000달러 또는 300,000달러, 조지아주의 1,000,000달러, 일리노이주의 100,000달러, 아이

다호의 500,000달러, 텍사스의 신체·생명 관련 1인당 250,000달러, 사건당 500,000달러, 재산 관련 100,000달러 등 상한을 두는 사례도 다수 발견할 수 있다.

다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송

앞서 살펴본 「연방배상법」 및 주정부배상법이 제정되기 이전인 1871년 미국 연방 의회는 남북전쟁 이후 남부에서 만연한 공무원들의 불법행위 특히, 인종차별 행위에 대한 특단의 조치로서 주정부 또는 지방자치단체 소속 공무원이 연방헌법 또는 연방 법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 경우 민사소송을 제기할 수 있도록 하는 「1871년 민권법」 제1983조(Civil Rights Law of 1871, Title 42 U.S. Code Section 1983³²⁴⁾)를 제정하였다. 주정부 또는 지방자치단체 공무원이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리를 침해하는 경우 형사 처분이 가능하도록 하는 연방법(Title 18 U.S. Code Section 242³²⁵⁾)이 실제 연방정부의 주정부 관할 침해 우려를 이유로 자주

324) 「1871년 민권법」 제1983조(42 U.S. Code Section 1983)

Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.

325) Title 18 U.S. Code Section 242

Whoever, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom, willfully subjects any person in any State, Territory, Commonwealth, Possession, or District to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution or laws of the United States, or to different punishments, pains, or penalties, on account of such person being an alien, or by reason of his color, or race, than are prescribed for the punishment of citizens, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both; and if bodily injury results from the acts committed in violation of this section or if such acts include the use, attempted use, or threatened use of a dangerous weapon, explosives, or fire, shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both; and if death results from the acts committed in violation of this section or if such acts include kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse, or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill, shall be fined under this title, or imprisoned for any term of years or for life, or both, or may be sentenced to death.

적용되지 않은 것에 비해 「1871년 민권법」 제1983조는 비록 민사배상법이나 공무원의 불법행위로 인한 손해배상은 물론 공무원의 불법행위 억제에 미치는 영향이 매우 커 가장 효과적인 치유책의 하나로 널리 활용되고 있다.

1871년 민권법 제1983조

미국 주의 법, 조례, 규정, 관습 등을 집행하는 모든 자는 미국 시민 또는 미국 영토 내에 있는 사람에게 보장된 연방헌법 또는 연방법상의 권리를 침해하는 경우 그 배상 책임을 진다.

1) 「1871년 민권법」 제1983조의 의의

「1871년 민권법」 제1983조는 「연방배상법」이나 주정부배상제도가 소속 공무원의 불법행위에 대해 정부가 대위책임을 지도록 하는 것과 달리 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 공무원의 불법행위에 대해 소속 연방정부, 주정부, 지방자치단체는 대위책임 또는 연대책임을 부담하지 아니한다. 「연방배상법」이나 주정부배상제도가 주권면책을 포기함으로써 자연스럽게 소속 정부 및 지방자치단체가 대위책임을 지는 것과 달리 「1871년 민권법」 제1983조는 최초 제정 시부터 개별 공무원에게만 민사상 손해배상 의무를 부과한 근본적인 차이가 있다. 따라서 공무원이 소속된 국가, 주 또는 지방자치단체가 아무런 손해배상책임이 없음에도 「1871년 민권법」 제1983조를 미국 국가배상제도의 하나로 보기에는 다소 무리일 수도 있다.

그러나 이후 자세히 설명할 미국 연방대법원 판례 *Monell v. New York City Department of Social Services*(1978)와 *City of Canton, Ohio v. Harris*(1989) 이후 공무원이 소속된 지방자치단체도 「1871년 민권법」 제1983조의 민사배상책임이 특정한 요건 아래 공무원의 배상책임에 대한 대위책임 형식이 아닌 개별 책임의 형식으로 인정될 수 있게 되었다. 실제 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송이 미국 공무원들의 인권의식, 준법의식을 높이고 불법행위를 억제하는 데 있어 미치는 영향력이 상당하고 민사책임이 인정되는 소속 정부는 거액의 손해배상액을 지급하여야 하는 점에서 미국 국가배상제도의 가장 중요한 부분을 차지한다고 평가할 수 있다.

역사적으로 공무원의 인권침해 행위를 근절할 특단의 조치로 제정된 「1871년 민권법」 제1983조는 입법 취지와 달리 오랫동안 그 역할을 제대로 수행하지 못하였다(이

훈, 2018). 미국 연방대법원 판례 *United States v. Classic*(1941)과 *Screw v. United States*(1945)를 거치면서 공무원이 공무집행 중 연방헌법 또는 연방헌법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 경우까지 「1871년 민권법」 제1983조 소송의 대상으로 확대되고 1961년 랜드마크 판례인 *Monroe v. Pape*를 통해 공무원의 권한 남용으로 인하여 연방헌법 또는 연방헌법으로 보장된 시민의 권리가 침해된 경우도 소송 대상으로 포함되면서 비로소 「1871년 민권법」 제1983조는 본래의 입법 목적을 달성할 수 있게 되었다.

2) 개별 공무원의 민사책임(individual liability under Section 1983) 성립 요건

「1871년 민권법」 제1983조 민사책임은 앞서 살펴본 「연방배상법」과 주정부배상과 달리 개별 공무원의 민사책임 요건과 소속 지방자치단체의 민사책임 요건이 별도로 규정되어 상당히 다르다는 점에 유의하여야 한다. 먼저 개별 공무원의 「1871년 민권법」 제1983조상 민사배상책임이 인정되는 요건을 살펴보면 다음과 같다.

가) 원고

「1871년 민권법」 제1983조 중 “미합중국 내 모든 시민 또는 미합중국 관할 내에 있는 다른 사람(any citizen of the United States or other person within the jurisdiction)” 부분에서 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송을 제기할 수 있는 원고의 자격을 유추해 볼 수 있다. 먼저 “미합중국의 모든 시민(any citizen of the United States)”은 미국 영토 내외를 막론하고 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상청구소송의 원고적격이 인정된다. 대부분의 법집행이 미국 영토 내에서 이루어지므로 미국 영토 밖에서 미국 공무원으로부터 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리를 침해당하는 경우는 극히 예외적이나 이러한 때에도 미국 시민은 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송을 제기할 수 있다(이훈, 2018).

다음으로 “관할 내에 있는 다른 사람(other person within the jurisdiction)”은 “미합중국의 시민”에 대응하는 의미로서 장소적으로 미국 영토 내에 있어야 하는 제약이 따르며, 시민 이외의 사람으로 영주권자, 외국인 그리고 불법체류자까지 모두 포함하는 개념으로 이해할 수 있다. 미국 시민이 아닌 사람은 반드시 미국 영토 내에 있어야 하며, 그 체류자격의 합법성 여부는 문제되지 아니한다. 따라서 외국인이 미국으로

밀입국을 시도하다 적발되어 미국 영토 내에서 추방 절차를 기다리고 있는 도중 미국 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리를 침해당한 경우 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송을 제기할 자격이 있다.

나) 공무원

「1871년 민권법」 제1983조는 민사소송의 피고는 정부가 아닌 개별 공무원이며, “미국 내 주(state) 또는 워싱턴 DC(District of Columbia)에 소속된 법의 외형을 갖춘 공무원(every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia)”이 이에 해당한다. “법의 외형을 갖춘(under color of law)” 부분은 이후 다시 설명하기로 하고 「1871년 민권법」 제1983조는 미국 각 주 및 워싱턴 DC에 소속된 공무원으로 피고 자격을 국한함으로써 주정부 공무원 또는 지방자치단체 소속 공무원만이 피고가 될 수 있다. 따라서 [표 3-1]에 제시된 바와 같이 연방기관 소속 공무원 또는 피고용인이 주법을 위반한 경우 손해를 입은 자는 「연방배상법」을 통해 배상받을 수 있으나 연방기관 소속 공무원 등이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 경우 손해를 입은 자는 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상으로는 배상받을 수 없게 되어 주정부 소속 공무원이 「1871년 민권법」 제1983조의 민사배상 책임을 부담하는 것에 비해 공무원의 소속 기관에 따른 불평등 문제가 발생한다.

▶▶▶ [표 3-1] Bivens 판결 이전 미국 공무원의 신분과 위반 법령에 따른 국가배상

	연방정부 소속 공무원 또는 피고용인	주(state)정부 또는 지방자치단체 소속 공무원
연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리 침해	-	1871년 민권법 제1983조 민사소송
주(state)헌법 또는 주(state)법 위반	연방배상법	주정부배상제도

1971년 미국 연방대법원은 Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics 사건에서 연방정부 소속 공무원이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 경우에도 「1871년 민권법」 제1983조가 적용되는지

여부를 판단하였다. 이 사건 원고인 웹스터 비번스(Webster Bivens)는 1965년 11월 26일 오전 압수수색영장 없이 자신의 집 내부로 들어온 연방마약단속국(Federal Bureau of Narcotics) 소속 익명의 수사관 6명에 의해 자신의 아내와 자녀들 앞에서 수갑으로 결박, 알몸수색을 당한 후 마약 관련 혐의로 체포되었다. 이후 비번스는 이들 6명의 익명의 연방마약단속국 요원들을 「1871년 민권법」 제1983조에 의거 「연방수정헌법」 제4조³²⁶⁾ 위반으로 인한 정신적 손해에 대해 1인당 15,000달러의 손해 배상청구소송을 제기하였다. 그러나 이 사건을 심리한 연방하급심법원과 연방제2항소법원(U.S. Court of Appeals for the Second Circuit)은 연방기관 공무원을 상대로 제기한 비번스의 청구를 기각하였고, 연방대법원이 최종 심리를 맡게 되었다.

연방대법원은 대법관 6대 3의 의견으로 비록 「1871년 민권법」 제1983조에는 연방 기관 소속 공무원에 대한 손해배상과 관련된 명문의 규정이 없으나 연방대법원은 연방헌법 또는 연방법이 위반된 사안에 관하여 독자적으로 심사, 배상명령을 할 권한이 있다는 이유를 들어 연방제2항소법원의 판결을 파기하고 재심리하도록 환송하였다. 연방대법원은 비번스가 연방마약단속국 요원으로부터 입었다고 주장한 피해는 「연방수정헌법」 제4조 위반에 해당하여 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상청구소송의 원인이 될 수 있으나 연방제2항소법원은 비번스가 실제 피해를 당하였는지 여부조차 확인하지 않았다고 지적하였다. 비록 미국 연방의회가 비번스 판결을 반영하기 위하여 「1871년 민권법」 제1983조를 개정하지 않았지만 [표 3-2]에 제시된 바와 같이 연방정부 소속 공무원 역시 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 경우 주정부 또는 지방자치단체 소속 공무원과 마찬가지로 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 피고적격이 인정된다.

326) 미국 「연방수정헌법」 제4조(Fourth Amendment to the U.S. Constitution)

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

▶▶▶ [표 3-2] Bivens 판결 이후 미국 공무원의 신분과 위반 법령에 따른 국가배상

	연방정부 소속 공무원 또는 피고용인	주(state)정부 또는 지방자치단체 소속 공무원
연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리 침해	1871년 민권법 제1983조 민사소송	
주(state)헌법 또는 주(state)법 위반	연방배상법	주정부배상책임제도

다) Acting under color of law

「1871년 민권법」 제1983조는 주정부 또는 지방자치단체 소속 공무원이 “acting under color of law” 상태에서 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 원고의 권리를 침해한 경우에 한하여 적용된다. 따라서 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 원고의 권리를 침해하더라도 해당 공무원이 ‘acting under color of law’ 상태가 아닌 경우에는 피해의 경중과 관계없이 「1871년 민권법」 제1983조상의 민사배상책임은 인정되지 않는다. 이 경우는 해당 공무원의 소속을 고려하여 「연방배상법」, 주정부배상책임제도 또는 일반적으로 개인 간에 적용되는 민법상 손해배상책임의 유무를 따질 수 있다.

‘Acting under color of law’는 ‘법의 외형을 갖춘’(이노홍, 2010), ‘합법적인 신분을 가진 공무원으로서의 행위’ 또는 ‘법의 권한을 받아 취하는’(정태진, 2022), ‘법의 위임에 따라 행한’(이훈, 2018) 등으로 번역되고 있다. ‘법의 외형을 갖춘(acting under color of law)’은 「1871년 민권법」 제1983조 중 “under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia” 부분을 축약한 것으로서 공무원이 소속된 주(state)와 기관의 공무수행과 관련된 일련의 법규정, 조례, 규정, 관습, 통례 등이 포함된 의미로서의 이러한 법규정 등으로 부여된 권한(power granted by law)에 근거하여 행하는 일련의 행위를 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 통상적으로 “acting under color of law”는 「1871년 민권법」 제1983조의 민사배상책임이 인정되기 위해 반드시 충족되어야 하는 요건이므로 공무원이 ‘법규정 등으로 부여된 권한’으로 하는 행위이지만 동시에 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 행위라는 점에서 법규정, 조례, 규정, 관습, 통례 등으로 부여된 권한을 잘못 사용하거나 남용한 경우도 포함한다(Ross, 2018; Monroe v. Pape, 1961). 즉, 자신에게 부여된 공적인 임무를 수행하는 공무원은 ‘법규정 등으

로 부여된 권한을 행사하는(acting under color of law)' 것이고 그 과정에서 법규정, 조례, 규정, 관습, 통례, 내부규정을 위반하는 경우일지라도 법을 집행하는 자(state actor) 즉, "acting under color of law" 상태가 될 수 있다(West v. Atkins, 1988).

「1871년 민권법」 제1983조의 "acting under color of law"는 앞서 「연방배상법」 민사배상책임 요건의 하나로 살펴본 '직무 범위 내의 행위(acting within the scope of employment)'와 엄격히 구별된다. 「연방배상법」상의 '직무 범위 내의 행위' 개념은 보통법(common law)으로 발전되어온 사용자책임원칙(doctrine of respondeat superior)에 기원을 두고 있다(지유미, 2014). 일반적으로 사용자책임원칙에 따르면 피용자가 직무 범위 내의 행위로 인하여 발생한 손해에 대해 사용자가 그 책임을 부담한다. 그러나 피용자가 지정된 근무 장소에서 지정된 근무 시간 내에 하는 모든 작위 또는 부작위가 직무 범위 내의 행위라고 볼 수 없으며, 피용자의 작위 또는 부작위와 실제 고용된 목적과 맡겨진 임무의 관련 정도를 따지는 것이 통례이다. 직무 범위 내의 행위로 인정되기 위해서는 외관적으로 볼 때 특정 행위가 직무에 당연히 포함되거나 해당 직무의 부수적인 부분이어야 하며, 적어도 직무를 수행하는 방법에 해당해야 한다(Seid v. Knop, 1921). 따라서 '직무 범위 내의 행위'는 사용자가 피용인을 고용한 목적, 이유에 부합하는 행위에 국한되는 반면, "acting under color of law"는 해당 정부기관이 피용인을 고용한 목적, 이유에 부합하는 행위에 국한되지 않는다.

공무원이 법규정, 조례, 규정, 관습, 통례, 내부규정으로 자신에게 부여된 권한을 심하게 남용하는 것은 본래 고용의 목적, 임무의 당연한 일부분이거나 부수적인 부분이 아니므로 직무 범위 내의 행위는 될 수 없으나 "acting under color of law"일 수 있다. 따라서 「1871년 민권법」 제1983조는 공무원의 "직무 범위 내의 행위"가 아니더라도 권한을 남용한 경우에는 'acting under color of law'에 해당할 수 있어 민사배상의 폭을 넓힌 의의가 있다.

"직무 범위 내의 행위"와 더불어 "법의 외형을 갖춘 행위"는 「1871년 민권법」 제1983조 소송 사건의 사실 관계를 따져 그 해당성을 판단하여야 할 정도로 복잡한 양상을 띠고 있다. 선행연구에 따르면 통상적으로 경찰관이 제복을 착용하거나 자신의 신분을 밝히는 경우, 범죄 용의자를 향해 권총을 조준하거나 대상자를 신문하고

조서를 작성하는 행위 등은 ‘법의 외형을 갖춘 행위’에 해당하는 것으로 볼 수 있다 (Vaughn & Commes, 1995). 물론 경찰관이 근무 시간 중 제복을 착용한 상태에서 노상에서 우연히 마주친 자신의 배우자가 다른 이성과 함께 있는 것을 발견하고 이를 부정행위를 저지르는 것으로 오인하여 배우자와 함께 있던 이성을 폭행한 경우에는 경찰관이 비록 근무 중이고 제복을 착용한 상태라 하더라도 이는 민간인의 자격으로 경찰 공권력을 사용한 것이라 볼 수 없기 때문에 “법의 외형을 갖춘 행위”라 볼 수 없게 된다. “법의 외형을 갖춘 행위” 해당성은 경찰관의 경우 근무 중(on-duty)인지 또는 비번(off-duty)인지 여부에 따라 결정되는 것이 아니라 경찰관이 법규정 등으로 주어진 권한을 사용한 것인지를 전체적인 현장 상황(totality of circumstances)을 고려하여 판단한다(Ousley v. Town of Lincoln, 2004).

라) 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리의 침해

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 원고는 “법의 외형을 갖춘” 공무원의 행위로 인하여 미국 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해로 이어졌다는 점을 입증하여야 한다. 「1871년 민권법」 제1983조 자체는 시민의 권리를 새롭게 창설하는 기능이 없으며, 연방헌법의 권리장전(Bill of Rights) 및 일부 연방법에서 보장하는 시민의 권리가 침해당한 경우 구제 방법으로 활용될 뿐이다. 연방헌법의 권리장전 및 연방법으로 보장된 권리 중 실제 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 활용되는 부분은 「연방수정헌법」 제1조, 제4조, 제5조, 제8조, 제14조와 “「1964년 민권법」 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964), 「장애인교육법」(Individuals with Disabilities Education Act), 「고용촉진법」(Vocational Rehabilitation Act), 「종교자유회복법」(Religious Freedom Restoration Act) 등 인종, 성별, 종교 등을 이유로 한 일련의 차별을 금지하는 법률” 등이 있다(이훈, 2018, p. 247). 그러나 연방법원은 「연방교육권 및 프라이버시법」(Federal Education Rights and Privacy Act, *Gonzaga University v. Doe*, 2002)과 「고용연령차별금지법」(Age Discrimination and Employment Act, *Zombro v. Baltimore City Police Department*, 1989, *Holbrook v. City of Alpharetta*, 1997) 위반 사안은 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상소송으로 다룰 수 없는 것으로 결정하였다.

「1871년 민권법」 제1983조는 공무원에 의해 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리가 침해하였다 하더라도 일정 수준의 중대한 침해의 경우에만 민사배상을 허용한다(Kappeler, 2006). 경찰 비살상 물리력 사용기준으로 객관적 합리성의 원칙(objective reasonableness standard)을 정립한 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 사건인 *Graham v. Connor*(1989, p. 397)에서 미국 연방대법원은 “경찰관이 대상자를 밀었고 비록 사후 심사를 통해 보면 불필요하다고 생각될 수 있다고 하더라도 반드시 「연방수정헌법」 제4조로 보장된 시민의 권리를 침해하는 것은 아니라고(Not every push or shove, even if it may later seem unnecessary in the peace of a judge’s chambers, violates the Fourth Amendment)” 분명히 한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

마) 인과관계

마지막으로 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임이 인정되기 위해서는 “법의 외형을 갖춘” 공무원이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하여 그 결과 손해가 발생할 것으로 필요로 한다.

3) 지방자치단체의 책임(municipal liability under Section 1983) 요건

지금까지 살펴본 바와 같이 불법행위를 자행한 개별 공무원이 직접 배상책임을 부담하도록 하는 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도는 공무원의 불법행위로 인한 손해에 대해 국가 또는 지방자치단체가 대위변제하도록 하는 전통적인 국가배상 제도라 보기 어렵다. 그러나 미국 연방대법원은 1978년 *Monell v. New York City Department of Social Services*와 1989년 *City of Canton, Ohio v. Harris* 사건을 통하여 「1871년 민권법」 제1983조의 “법의 외형을 갖춘 누구나(Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia)”에 지방자치단체(municipality)도 특정 사안의 경우 피고적격이 인정되도록 함으로써 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송은 대대적인 변화를 맞이하였다. 「1871년 민권법」 제1983조상 개별 공무원의 민사배상 성립 요건과 지방자치단체의 민사배상 성립 요건은 서로 다르며, 「1871년 민권법」 제1983조상의 지방자치단체 배상책임은 개별 공무원의 민사배상 책임이 인정되는

경우 자동으로 지방자치단체의 배상책임이 인정되는 사용자책임원칙이 적용되지 않는다. 「1871년 민권법」 제1983조 지방자치단체 민사배상 책임이 인정되기 위한 요건은 다음과 같다.

가) 위헌적 정책, 관습, 관례(unconstitutional policy, custom or practice)

1971년 미국 뉴욕시 사회복지국 및 교육청 소속 제인 모넬(Jane Monell) 외 다수의 여성 공무원들은 임신한 여성 공무원들에게 의학적으로 필요 없는 기간에도 강제적으로 무급 출산휴가를 실시하도록 하는 공식적인 내부 정책이 연방헌법으로 보장된 기본권을 침해한다는 이유로 뉴욕시, 시장, 사회복지국, 국장, 교육청, 청장을 상대로 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상소송을 제기하였다. 이 소송에서 원고들은 강제 무급 출산휴가로 인하여 입게 된 임금손실에 대한 보상적 손해배상 및 강제 무급 출산휴가를 폐지하라는 금지명령구제(injunctive relief)를 청구하였다. 「1871년 민권법」 제1983조 피고적격에 관하여 이 사건 이전까지 연방법원은 *Monroe v. Pape*(1961)의 결정에 따라 지방자치단체의 피고적격을 줄곧 부정하였다.

그러나 미국 연방대법원은 *Monell v. New York City Department of Social Services*(1978) 사건에서 「1871년 민권법」 제1983조 제정 당시의 역사적 자료를 검토한 결과 사용자책임원칙에 입각한 지방자치단체의 대위책임은 「1871년 민권법」 제1983조의 제정 의도에 포함되지 않지만 개별 공무원만 「1871년 민권법」 제1983조 민사책임을 부담하도록 하고 소속 지방자치단체는 제외하도록 하는 것은 평등원칙에 반하고 지방자치단체를 제외할 정당한 이유가 없다는 이유로 종전 *Monroe v. Pape*(1961)의 결정을 번복하였다. 그 결과 지방자치단체도 「1871년 민권법」 제1983조의 “누구나(every person)”에 해당되어 지방자치단체의 정책, 관습 또는 관례가 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리를 침해하는 근본적인 원인이 되는 경우 원고는 개별 경찰관이 아닌 지방자치단체를 상대로 보상적 손해배상, 명목적 손해배상(nominal damages) 그리고 금지명령구제를 청구할 수 있게 되었다. 지방자치단체의 정책이 지방자치단체 의회가 아닌 소속 공무원에 의해서도 결정될 수 있기 때문에 최종 결정권을 갖고 있는 공무원이 결정한 정책이라 하더라도 권리 침해의 원인이 되는 경우 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임이 인정된다(*Pembaur v. City*

of Cincinnati, 1986).

나) 교육·훈련·관리감독 소홀(failure to train or lack of supervision)

1989년 미국 연방대법원은 City of Canton, Ohio v. Harris(1989) 사건을 통하여 지방자치단체 및 감독자가 소속 공무원에 대한 교육·훈련·관리감독을 소홀히 한 경우도 「1871년 민권법」 제1983조가 적용되는지 여부를 판단하였다. 이 사건 최초 원고인 제랄딘 해리스(Geraldine Harris)는 1978년 4월 오하이오(Ohio)주 캔튼시(City of Canton) 경찰관에 체포되어 경찰서로 연행되었다. 체포 직후부터 몸에 이상을 느낀 해리스는 구급대의 도움이 필요하다는 경찰관의 물음에 횡설수설 하는 등 제대로 답을 하지 못하였고 경찰서에 도착한 이후 바닥에 두 차례 쓰러지기까지 하였다. 캔튼시 경찰관들은 다시 넘어지지 않도록 아예 해리스를 유치장 바닥에 누워 있도록 내버려 두었고 의료진 호출 등의 조치를 취하지 않았다. 약 1시간 후 해리스는 석방되어 인근 병원으로 후송되었으나 몇 가지의 정신적 질환 진단을 받고 1주일간 입원 치료 후 1년간 통원 치료를 받게 되었다. 이후 해리스는 캔튼시와 소속 경찰관들을 상대로 경찰서에 구금되어 있는 동안 필요한 치료를 받지 못하는 등 「연방수정헌법」 제14조상의 권리가 침해당하였다는 이유로 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상소송을 제기하였다.

미국 연방대법원은 이 사건 원고의 주장대로 지방자치단체의 부적절한 교육·훈련이 「1871년 민권법」 제1983조 지방자치단체 배상책임 요건이 되는 Monell v. New York City Department of Social Services(1978) 판례의 정책, 관습 또는 관례에 해당하는지 여부를 심사하였다. 연방대법원은 지방자치단체가 소속 공무원을 의도적으로 미흡하게 교육·훈련시키겠다는 정책을 수립하거나 실제 적용한다는 것은 매우 비상식적이지만 특수한 임무를 담당하는 공무원의 경우 다른 공무원에 비해 더 많은 교육·훈련이 필요할 수 있음에도 관련 필요한 교육·훈련이 부족한 결과 일반 시민의 권리를 침해하는 때에는 해당 지방자치단체가 적절한 교육·훈련을 실시하지 않은 점에 대해 책임을 져야 한다고 판단하였다. 미국 연방대법원은 교육·훈련의 필요성을 인식하고 있으면서도 지방자치단체가 이를 소홀히 한다면 Monell v. New York City Department of Social Services(1978)의 정책(policy)에 해당하기 때문에 이 사건 피고인 캔튼시의

「1871년 민권법」 제1983조 민사책임을 인정하였다. 따라서 「1871년 민권법」 제1983조 지방자치단체 손해배상책임 요건으로 지방자치단체의 정책, 관습, 관례뿐만 아니라 교육·훈련 미흡 및 관리감독 소홀도 포함된다.

다) 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리 침해와의 인과관계의 정도

지방자치단체의 완벽하고 치밀한 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독으로 소속 공무원원들의 국민의 기본권 침해 가능성을 낮출 수는 있겠지만 현실적으로 불가능하다. 만약 지방자치단체 소속 공무원의 행위로 인하여 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리가 침해되었고 그 행위와 관련된 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 흠결이 있다고 하여 무조건으로 지방자치단체가 「1871년 민권법」 제1983조 손해배상책임을 부담한다면 이는 사용자책임이론에 입각한 「연방배상법」상의 대위책임과 다르지 않게 된다. 이러한 점에서 미국 연방대법원은 「1871년 민권법」 제1983조 지방자치단체 민사배상책임을 인정될 수 있는 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독 흠결의 정도, 시민의 권리 침해 사이의 연관성 정도를 제시하였다.

우선 *Monell v. New York City Department of Social Services*(1978) 판결에서 미국 연방대법원은 지방자치단체의 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임을 인정되기 위해서는 반드시 지방자치단체의 정책, 관습 또는 관례가 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리 침해의 원동력(moving force)이라는 점이 입증되어야 한다고 판시하였다. 미국 연방대법원은 *City of Canton, Ohio v. Harris*(1989, p. 1205) 판결에서 “지방자치단체 또는 관리감독자의 부적절한 교육·훈련이나 관리감독 소홀을 이유로 한 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임은 지방자치단체 또는 관리감독자가 소속 공무원들이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하지 않도록 교육·훈련·관리감독을 실시하여야 할 필요성이 있음에도 그러한 필요성에 대해 ‘의도적으로 무관심한(deliberately indifferent)’ 경우에 인정될 수 있다”고 밝혔다.³²⁷⁾

327) It may happen that in light of the duties assigned to specific officers or employees the need for more or different training is so obvious, and the inadequacy so likely to result in violation of constitutional rights, that the policymakers of the city can reasonably be said to have been deliberately indifferent to the need.

‘의도적 무관심(deliberate indifference)’은 단순한 부주의(mere negligence)를 넘어 자신의 행위 또는 부작위로 인한 결과 발생 가능성을 인식하면서도 이를 무시하거나 경솔히 외면하는 정도를 말하며, 고의로 해악을 초래하려거나 그러한 해악이 일어날 것을 알면서도 행위 또는 부작위를 하는 수준에는 다소 미치지 못한다(Ross, 2018). 따라서 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 수준 등이 단순한 부주의에 의하거나 1회성인 경우 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임이 인정되기 어려우나 단순한 부주의로 인한 시민의 권리 침해 사례가 반복적으로 발생한다면 ‘의도적 무관심’ 수준으로 인정되어 민사배상책임을 부담할 수 있다(Kappeler, 2006). 특히, 「1871년 민권법」 제1983조상 지방자치단체의 교육·훈련 부족을 원인으로 하는 민사배상책임은 일반적으로 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해의 유형이 나타나는 경우에 인정되지만 지방자치단체가 교육·훈련의 흠결을 반드시 인지하여야 할 필요는 없다(Kappeler, 2006, p. 72).

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 원고가 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 소홀을 원인으로 한 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리의 침해 사례를 흔히 볼 수 있거나 발생 가능하거나 예견 또는 예측 가능한 상태면 충분하고 반드시 이러한 권리 침해의 사례가 실제 자주 발생해야 하거나 지속적으로 일어날 것까지는 요구하지 않는다(Kappeler, 2006, p. 72). 「1871년 민권법」 제1983조 지방자치단체 상대로 청구된 민사소송 판례 분석 결과 교육·훈련의 필요성이 인정되는 경찰의 주요 업무는 기본적인 의료 서비스 제공, 도주 중범죄자 체포 절차, 정신이상자 대처 요령, 알몸수색, 법정 허위 진술, 영장 없는 압수수색, 성희롱, 살상 및 비살상 물리력의 행사, 공권력 행사에 대한 이의 제기 시민에 대한 절차의 보장, 경찰관의 개인적인 보복성 법집행, 본업 이외의 부업 등으로 알려져 있다(Kappeler, 2006, p. 72).

4) 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 배상책임의 면제

공무원이 법의 외형을 갖춘 행위 또는 부작위로 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 경우에도 몇 가지의 책임조각 사유에 해당하면 「1871년 민권법」 제1983조 민사배상책임이 면제될 수 있다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서

인정되는 대표적인 개별 공무원에 대한 면책 사유에는 절대적 면책(absolute immunity), 제한적 면책(qualified immunity), 상당한 이유(probable cause), 선의의 신뢰(good faith) 등이 있다(Kappeler, 2006, pp. 72-73). 다만 지방자치단체의 경우 개별 공무원에게 적용되는 면책 사유가 전혀 인정되지 않아 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 흠결이 인권 침해에 대한 의도적 무관심 수준으로 인정되는 때에는 배상 책임을 면할 수 없다.

가) 절대적 면책(absolute immunity)

19세기 후반 보통법(common law)에 기원을 둔 면책 이론에 따르면 고위 공직자일수록 재량권 행사의 정도가 광범위하며 면책의 정도 역시 더 많이 인정된다(Ross, 2018). 실질적으로 아무런 책임이 부여되는 않는 절대적 면책은 주로 판사, 국회의원, 검사, 가석방 심사위원, 대배심 증인 등에게 한정되어왔다(Conner v. Alston, 1988; Rehberg v. Paulk, 2012). 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서도 사법적 심사를 담당하는 판사, 기소 업무를 담당하는 검사가 본연의 업무와 관련하여 절대적 면책을 누릴 수 있으나 판사, 검사가 직원 채용 등 본연의 업무가 아닌 행정적 업무를 수행한 경우는 절대적 면책이 적용되지 않는다(이노홍, 2010; Forrester v. White, 1988).

나) 제한적 면책(qualified immunity)

앞서 설명한 바와 같이 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 절대적 면책은 매우 제한적으로 적용되는 반면 거의 대부분의 사건에서 공무원들은 제한적 면책을 주장하는 현실이다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 관련 제한적 면책에 관하여 미국 연방대법원은 재량권을 행사하는 합리적인 공무원이라면 충분히 알 수 있는 연방헌법 또는 연방법상 명백히 정립된 시민의 권리(clearly established right)를 침해하지 않는 이상 제한적 면책을 주장할 수 있다고 결정하였다(Harlow v. Fitzgerald, 1982; Stone & Berger, 2009). 제한적 면책이 적용되는 재량권 행사에는 음주운전자 체포, 과속 운전자 통고처분 등이 해당하며, 재량권을 행사할 수 없는 기속행위의 경우 제한적 면책이 적용되지 아니한다(Ross, 2018).

재량권 행사 공무원에게 제한적 면책을 허용하는 것은 위헌인지 합헌인지 불명확한 부분이 포함된 재량권 행사의 경우 비록 나중에 합헌으로 결정되더라도 공무원은

불이익을 염려하여 소극적으로 법을 집행하거나 법집행 자체를 포기할 수도 있어 명백히 위헌, 위법이 아닌 경우 적극적으로 재량권을 행사하도록 하기 위함이다(Ross, 2018). 특정 권리가 연방헌법 또는 연방법으로 명백히 정립되었는지 여부는 해당 권리가 명확하게 규정되어 있는지, 해당 권리가 연방헌법 또는 연방법상 보호된다는 연방대법원 또는 연방순회법원의 판결이 있는지, 합리적인 경찰관이라면 해당 권리를 침해하는 재량권 행사는 위헌, 위법이라는 점을 이해할 수 있는지 등을 고려하여 결정한다(Dickerson v. Monroe County Sheriff's Department, 2000).

미국 연방대법원은 Saucier v. Katz(2001) 사건을 통해 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 제한적 면책은 ① 사건 개요상 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해가 있는지, ② 피고의 재량권 행사 당시 해당 시민의 권리가 명백히 정립되었는지 등 두 가지 부분을 반드시 순서대로 확인하도록 하였다. 이후 연방대법원은 Pearson v. Callahan(2009) 사건에서 Saucier v. Katz(2001)의 제한적 면책 적용 여부 판단기준을 번복하고 연방하급심 법원의 재량에 따라 한 가지 요건만 확인하거나 순서를 변경하여 제한적 면책 적용 여부를 결정할 수 있도록 하였다. 제한적 면책은 재량업무를 담당하는 공무원 개인에게 적용되며, 소송 과정에서 변호인을 통해 주장할 수 있는 적극적 항변(affirmative defense)의 일종이다(Ross, 2018).

다) 상당한 이유(probable cause)

체포, 압수, 수색 등을 규정한 미국 「연방수정헌법」 제4조와 관련하여 경찰관이 법원으로부터 영장을 발부받은 경우는 사법부의 본연의 역할을 대신 수행하는 것으로 절대적 면책이 적용된다(이훈, 2018; Apostol v. Landau, 1992). 대상자가 범죄를 저질렀다는 상당한 이유가 있는 경우 영장 없이 체포, 압수, 수색을 실시할 수 있으나 이러한 경우에는 절대적 면책이 적용될 수 없다. 영장 없이 실시한 체포, 압수, 수색을 원인으로 한 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 경찰관은 체포, 압수, 수색을 실시한 때에 대상자가 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었음을 성공적으로 입증하는 경우 배상책임이 면제된다(Chew v. Gates, 1990; Gooden v. Howard County, Maryland, 1992; Messerschmidt v. Millender, 2012; Ryburn v. Huff, 2012).

라) 선의의 신뢰(good faith)

선의의 신뢰는 「1871년 민권법」 제1983조 민소소송 청구의 원인이 되는 공무원의 행위 또는 부작위가 해당 공무원로서는 연방헌법 또는 연방법 위반이 아니었다고 믿을 만한 이유가 있는 경우에 주장할 수 있는 적극적 항변의 하나이다. 예를 들어, 경찰관이 법원으로 발부받은 체포영장이 유효한 것으로 믿고 실제 피의자를 체포영장에 의거 체포한 경우 선의의 신뢰를 주장할 수 있는 사례에 해당한다(Kappeler, 2006). 「1871년 민권법」 제1983조 민소소송의 피고인인 공무원이 선의의 신뢰를 주장하는 경우 ① 공무원의 행위가 해당 지방자치단체 또는 소속 관서의 정책과 규정을 따른 것인지, ② 공무원이 행위 당시에는 유효 적법한 법규정을 따른 것인지, ③ 공무원이 상급자의 지시를 따랐고 해당 지시가 적법하다고 신뢰한 것인지, ④ 공무원이 변호사 등의 자문을 따랐고 해당 자문이 적절하다고 신뢰한 것인지 등을 심사하여 결정한다(del Carmen, 2001). 결국 선의의 신뢰의 핵심은 공무원의 행위 또는 부작위가 법률적 근거 또는 이에 준하는 근거가 유효 적법하였는지 여부이기 때문에 관리자는 법규의 변화를 내부 규정에 신속하게 적용하는 것이 필요하다(Ross, 2018).

5) 「1871년 민권법」 제1983조에 따른 손해배상 및 피해구제책

「1871년 민권법」 제1983조 민소소송의 원고는 승소하는 경우 보상적 손해배상(compensatory damages) 외에도 명목적 손해배상(nominal damages), 징벌적 손해배상(punitive damages), 금지명령구제, 소용비용 보전 등을 손해배상 및 피해구제책으로 받을 수 있다.

가) 보상적 손해배상(compensatory damages)

보상적 손해배상은 공무원 또는 지방자치단체가 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리를 침해한 결과 피해자 즉, 「1871년 민권법」 제1983조 민소소송의 원고가 입은 실제 손해(actual damages)에 대한 금전적 손해배상을 말한다(이훈, 2018). 보상적 손해배상은 피해자가 입은 손해에 대한 충분한 보상을 뜻하며, 침해된 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리의 중요도에 따른 배상이 아닌 침해의 결과 발생한 실제 손해에 대한 배상에 국한된다(Memphis Community School Dist. v. Stachura, 1986).

보상적 손해배상에는 일반적으로 현금성 손해, 병원치료비, 명예훼손·모욕감에 대한 위자료, 감소된 수입, 부상으로 인한 장래 수입 손실 등이 포함된다(이훈, 2018; Carey v. Phipus, 1978).

나) 명목적 손해배상(nominal damages)

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 피고인 개별 공무원 또는 지방자치단체가 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 원고의 권리를 침해한 것은 인정되지만 이로 인한 실제 피해에 대한 보상적 손해배상액을 산정하기 어려울 정도로 피해가 경미한 경우가 발생할 수 있다. 비록 실제 피해는 경미하더라도 연방헌법 또는 연방법 위반 행위에 대한 사법적 심사 및 제재가 갖는 사회적, 법적 의미가 상당하기 때문에 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 정식 재판에서 원고는 실제 피해를 겪지 않더라도 승소 시 명목적 손해배상(nominal damages)을 받을 수 있다. 명목적 손해배상액은 통상적으로 미화 1달러로 책정되며, 2달러 이상인 경우는 거의 없다(Moore v. Liszewski, 2016).

공무원의 행위로 인하여 실제 발생한 손해가 경미하여 명목적 손해배상에 해당하는 경우에도 공무원이 악의적으로 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 때는 징벌적 손해배상이 부과될 수 있다(Carey v. Phipus, 1978). 또한 「1871년 민권법」 제198조 민사소송에서는 명목적 손해배상이 인정되는 경우에도 원고는 징벌적 손해배상뿐만 아니라 소송비용까지 보전 받을 수 있기 때문에 권리 침해의 정도가 심각한 사건과 마찬가지로 매우 신중히 진행된다.

다) 징벌적 손해배상(punitive damages)

연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해의 정도에 따라 공무원이 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 패소하는 경우 보상적 손해배상 이외에 징벌적 손해배상을 부담할 수 있다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송사건의 피고가 되는 개별 공무원이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리에 대해 “무모하고 냉담할 정도로 무관심(with reckless and callous indifference)”하여 권리 침해의 정도가 매우 심각한 경우 징벌적 손해배상을 명할 수 있다(이훈, 2018, p. 251; Smith v. Wade, 1983). 다만 징벌적 손해배상은 보상적 손해배상과 달리 개별 공무원만을

대상으로 하며, 지방자치단체나 정부기관을 상대로 부과되지 않는 차이점이 있다(이훈, 2018; City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 1981).

미국 연방대법원은 City of Newport v. Fact Concerts, Inc.(1981, pp. 266-267) 사건에서 “징벌적 손해배상은 보상적 손해배상과 달리 피해자가 입은 손해를 배상하는 것이 아니라 가해자의 잘못된 행동이 고의적이거나 악의적인 경우 처벌할 목적으로 부과하는 것으로서 가해자 및 여타 사람들이 유사한 잘못을 저지르지 않도록 억제하기 위한 목적으로 부과하는 것”이라고 밝힌 바 있다. 징벌적 손해배상 부과 여부 결정의 주체 및 부과 시 배상금액의 결정에 관하여 미국 연방대법원은 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 개별 피고 공무원의 행위가 악의적인 동기에 의하거나 시민의 권리를 전혀 고려하지 않는 무관심 수준에 이르는 경우 배심원단이 징벌적 손해배상액을 산정할 수 있도록 하였다(Smith v. Wade, 1983).

라) 선언적 구제(declaratory relief) 및 금지명령구제(injunctive relief)

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 원고는 이상 설명한 금전적 보상 이외에 소송의 원인이 되는 공무원의 행위 또는 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 소홀 문제가 연방헌법 또는 연방법 위반이라는 점을 법원이 확인해 달라는 선언적 구제(declaratory relief)를 청구할 수 있다. 통상적으로 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 원고가 승소하는 하는 경우 금전적 보상을 받을 수 있으며, 금전적 보상을 받는다는 자체가 소송의 대상이 되는 공무원의 행위 등이 연방헌법 또는 연방법 위반이라는 점이 인정이 된다는 점에서 선언적 구제는 표현 그대로 위헌, 위법이라는 사실을 다시 한 번 강조하는 데 있다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 수소 법원의 재량에 의해 선언적 구제 채택 여부가 결정된다.

나아가 「1871년 민권법」 제1983조의 민사소송 원고는 소송의 대상이 되는 공무원의 행위 또는 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육·훈련·관리감독의 소홀 문제로 인한 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리가 향후 발생하지 않도록 하기 위함이거나 향후 이러한 일이 발생하지 않도록 확실한 조치를 취하기 위하여 금지명령구제(injunctive relief)를 청구할 수 있다. 금지명령구제는 일시적 제한 명령(temporary restraining order), 예비적 금지명령(preliminary injunction), 영구적 금지명령

(permanent injunction) 등 크게 세 가지 형태로 적용된다.

마) 소송비용(attorneys' fees)

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송에서 원고가 승소하는 경우 미국법전 제42장 제1988조³²⁸⁾에 따라 적정한 소송비용을 보전 받을 수 있다. 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 승소 시에는 보상적 손해배상, 명목적 손해배상, 징벌적 손해배상 이외에 별도로 소송비용을 받을 수 있음은 물론 전문가 활용에 소요된 비용까지 소송비용으로 보전 받을 수 있다.³²⁹⁾

6) 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 절차

「1871년 민권법」 제1983조 손해배상제도는 「연방배상법」과 달리 행정청구전치주의가 적용되지 않아 원고는 관할 연방하급심법원 또는 주법원에 곧바로 소송을 제기할 수 있으며, 실제 연방하급심법원에 제기하는 것이 일반적이다. 「1871년 민권법」 제1983조 자체는 시효에 관한 규정이 없으나 원고는 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 권리가 침해된 날로부터 또는 이를 알 수 있었던 날로부터 2년 이내에 소송을 제기하여야 한다.

328) 42 U.S. Code Section 1988

(b) Attorney's fees

In any action or proceeding to enforce a provision of sections 1981, 1981a, 1982, 1983, 1985, and 1986 of this title, title IX of Public Law 92-318 [20 U.S.C. 1681 et seq.], the Religious Freedom Restoration Act of 1993 [42 U.S.C. 2000bb et seq.], the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 [42 U.S.C. 2000cc et seq.], title VI of the Civil Rights Act of 1964 [42 U.S.C. 2000d et seq.], or section 12361 of title 34, the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee as part of the costs, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity such officer shall not be held liable for any costs, including attorney's fees, unless such action was clearly in excess of such officer's jurisdiction.

329) 42 U.S. Code Section 1988

(c) Expert fees

In awarding an attorney's fee under subsection (b) in any action or proceeding to enforce a provision of section 1981 or 1981a of this title, the court, in its discretion, may include expert fees as part of the attorney's fee.

라. 정형화 또는 관례화된 경찰 불법행위에 대한 화해명령(consent decree) 및 양해각서(memorandum of understanding) 제도

1991년 발생한 미국 캘리포니아주 로스앤젤레스 경찰국(Los Angeles Police Department[PD]) 소속 경찰관의 흑인 운전자 로드니 킹(Rodney King)에 대한 구타 사건과 1992년 연이어 발생한 해당 경찰관 무죄 방면 및 이에 항거한 로스앤젤레스 소요사태에 대한 대책의 일환으로 미국 연방의회는 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조(Violent Crime Control Act and Law Enforcement Act of 1994, 42 U.S. Code Section 14141³³⁰⁾)를 제정하여 미국 내 경찰관서 및 경찰관의 정형화되거나 관례적인 불법행위(pattern or practice of [mis]conduct)에 대한 미국 법무부(Department of Justice)의 개입권을 신설하였다. 이 법에 따르면 경찰을 포함한 법집행기관 및 소년범죄 법집행 및 구금기관 내에 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 정형화되거나 관례적인 행위가 존재하는 경우 미국 법무부장관(General Attorney of the Department of Justice)이 관할 법원에 형평구제(equitable relief)나 선언적 구제를 청구할 수 있다. 경찰 법집행 기관의 정형화되거나 관례화된 불법행위에 대한 미국 법무부장관의 개입권은 「수용자인권법」(Civil Rights of Institutionalized Persons Act, 42 U.S. Code Section 1997a³³¹⁾)에 따라 구치소, 교도

330) 42 U.S. Code Section 14141

(a) Unlawful conduct

It shall be unlawful for any governmental authority, or any agent thereof, or any person acting on behalf of a governmental authority, to engage in a pattern or practice of conduct by law enforcement officers or by officials or employees of any governmental agency with responsibility for the administration of juvenile justice or the incarceration of juveniles that deprives persons of rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution or laws of the United States.

(b) Civil action by Attorney General

Whenever the Attorney General has reasonable cause to believe that a violation of paragraph (1) has occurred, the Attorney General, for or in the name of the United States, may in a civil action obtain appropriate equitable and declaratory relief to eliminate the pattern or practice.

331) 42 U.S. Code Section 1997a

(a) Discretionary authority of Attorney General: preconditions

Whenever the Attorney General has reasonable cause to believe that any State or political subdivision of a State, official, employee, or agent thereof, or other person acting on behalf of a State or political subdivision of a State is subjecting persons residing in or confined to an institution, as defined in section 1997 of this title, to egregious or flagrant conditions which deprive such persons of any rights, privileges, or immunities secured

소 등 수용시설에서의 수용자 권리 침해도 그 대상으로 한다.

「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조에 따라 미국 법무부 민권국(Civil Rights Division)은 정형화되거나 관례적인 불법행위가 성행하는 경찰기관 또는 소속 지방자치단체를 상대로 공식적인 조사(formal investigation)를 개시하고 필요한 경우 공식 보고서를 작성, 공개할 수 있다. 만약 조사 결과 대상 경찰기관 내에 정형화되거나 관례화된 불법행위가 있다는 것이 인정되는 경우 미국 법무부는 해당 경찰기관을 상대로 연방법원에 이러한 불법행위를 중단할 수 있는 조치를 담은 구제명령을 청구하는 소송을 제기할 수 있다. 소송 도중 원고인 미국 법무부와 피고인 경찰관서는 미국 법무부의 시정조치를 수용하여 소송을 합의로써 종결할 수 있으며, 통상적으로 미국 법무부가 향후 피고 경찰관서의 시정 노력을 직접 감독하는 화해명령(consent decree), 연방법원이 직접 피고 경찰관서의 운영을 감독하는 법원감독 화해명령(court-enforced consent decree)이나 미국 법무부 또는 연방법원의 직접적인 사후 관리가 필요 없는 경우에는 양해각서(memorandum of understanding)를 체결함으로써 소송이 종결될 수 있다. 따라서 화해명령의 경우 연방법원 또는 미국 법무부의 감독이 수반되고 피고 경찰관서가 화해명령을 불이행하는 경우 제재를 가할 수 있어 이빨이 있는 양해각서로 불리며, 양해각서는 이빨 없는 화해명령이라는 큰 차이점이 있다(Silveria, 2004).

화해명령 또는 양해각서에는 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 대상인 연방 헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리를 침해하는 정형화되거나 관례화된 경찰관서의 불법행위의 시정을 위해 경찰관서 또는 지방자치단체의 정책과 절차 등을 수정하거나 신규로 마련하도록 하는 다양한 내용의 형평규제가 담길 수 있다. 화해명령

or protected by the Constitution or laws of the United States causing such persons to suffer grievous harm, and that such deprivation is pursuant to a pattern or practice of resistance to the full enjoyment of such rights, privileges, or immunities, the Attorney General, for or in the name of the United States, may institute a civil action in any appropriate United States district court against such party for such equitable relief as may be appropriate to insure the minimum corrective measures necessary to insure the full enjoyment of such rights, privileges, or immunities, except that such equitable relief shall be available under this subchapter to persons residing in or confined to an institution as defined in section 1997(1)(B)(ii) of this title only insofar as such persons are subjected to conditions which deprive them of rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution of the United States.

또는 양해각서에서 시정을 요구하는 경찰관서 등의 정책은 주로 특정 물리력 수단, 비살상 물리력, 살상 물리력을 포함한 경찰 물리력 사용, 시민의 진정(complaints), 순찰차 탑재 카메라 및 경찰 바디캠(body-worn camera) 운영, 수사 방법 및 절차, 체포 방법 및 절차, 압수·수색 및 관련 영장청구, 차별적 법집행 방지 대책, 불심검문 및 교통단속의 투명성 제고, 인종차별금지, 범인 추적 등과 밀접히 관련되어 있다(Ross, 2018, p. 213).

특히 화해명령의 경우 전체적인 경찰관서 운영 개선 노력의 정도와 변화, 개별 경찰관과 관리감독자의 업무수행 정도와 변화의 추이를 점검하기 위해 계량화된 데이터의 수집과 관리를 요구하여 문제 발생의 원인이 되는 경찰관을 조기에 발견, 시정할 수 있도록 한다(Ross, 2018). 화해명령을 받은 경찰관서 또는 지방자치단체는 개별 경찰관의 업무수행과 관련된 물리력 사용, 불심검문·교통단속의 대상자 정보, 체포 실적, 진정 접수 현황, 근무태도, 연가 및 병가 사용, 초과 근무 현황 등 수집할 수 있는 모든 자료가 포함된다(Ross, 2018, p. 216). 수집된 데이터는 정기적 분석을 통해 불법행위에 이미 가담하고 있거나 향후 발생 가능성이 높은 경찰관을 조기에 발견하여 필요한 조치를 가능하게 하는 조기경보시스템(early warning system) 또는 조기개입시스템(early intervention system) 운영으로 이어지며, 결국 경찰관서의 정형화되거나 관례화된 불법행위를 근절할 수 있는 강력한 조치가 될 수 있다.

반면 양해각서는 화해명령에 비해 회유적인 성격이 강하며, 화해명령과 달리 법원의 사후 감독이 뒤따르지 않는 차이점이 있다. 양해각서의 주된 내용은 화해명령과 크게 다르지 않으나 주로 특정 물리력 수단의 사용 방법이나 보고 방법에 관한 가이드라인 수정 또는 신규 도입, 시민 진정 접수 시 즉각적인 조사 실시, 교통단속과 관련된 일체의 데이터 수집 등 크게 세 가지로 축약되며, 화해명령에 비해 일부 경찰법집행 관련 정책의 수정, 보완만이 요구된다(Ross, 2018, p. 216).

3. 미국 수사기관 대상 국가배상제도 논의

이상 살펴본 바와 같이 미국 국가배상제도는 불법행위의 주체인 공무원의 소속 기관 및 적용 법규의 종류에 따라 연방공무원의 주법 위반 시는 「연방배상법」, 주정부

및 지방자치단체 소속 공무원의 주법 위반 시는 주정부배상제도, 모든 공무원의 연방 헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해 시에는 「1871년 민권법」 제1983조가 각각 적용된다. 다만 「연방배상법」과 주정부배상제도에서 연방정부, 주정부, 지방자치단체 등은 전통적인 의미의 국가배상인 사용자책임원칙이 적용되어 배상책임은 사용자인 국가 및 지방자치단체에 있으나 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 경우 지방자치단체는 정책·관습·관례·교육훈련·관리감독 등의 흠결로 인하여 연방 헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해의 원동력인 경우 대위책임이 아닌 개별적인 책임을 부담하는 차이점이 있다. 그러나 실제 소송에서는 이상의 세 가지 제도를 동시에 활용하고 있으며, 미국 공무원의 주류를 이루는 주정부 및 지방자치단체 소속 공무원 관련 국가배상소송에서는 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송과 주정부배상제도상의 국가배상소송을 동시에 활용하는 것이 일반적이다.

미국 수사기관 소속 공무원의 불법행위에 대한 국가배상소송의 규모에 관한 미국 전체 현황은 확인하기 쉽지 않은 한계가 있다. 비교적 최근 선행연구에서 분석된 65개 주요 경찰관서의 2012년부터 2014년까지 3년간 평균 연간 예산, 평균 연간 국가배상 소송비용, 평균 경찰관 1인당 국가배상 소송비용에 관한 정보는 [표 3-3]에 제시하였다(Schwartz, 2016). 미국 내 최대 지역경찰관서인 뉴욕(New York)주 뉴욕시 경찰국(New York City PD)의 경우 연간 예산 대비 0.24%에 해당하는 1,691만 달러(약 2,029억 원, 환율 1달러=1,200원 기준, 이하 동일한 기준 적용)를 국가배상 손해배상으로 매년 지출하고 있으며, 이는 경찰관 1인당 4,694달러(약 563만 원) 정도에 해당한다. 조사 대상 65개 경찰관서 중 경찰관 1인당 손해배상 금액이 가장 많은 경우는 뉴멕시코(New Mexico)주 앨버커키경찰국(Albuquerque PD)으로 경찰관 1인당 11,456달러(약 1,374만 원)에 달한다.

▶▶▶ [표 3-3] 미국 경찰관서별 예산 및 국가배상 소송비용(2012-2014 평균)

경찰관서	경찰관 총 원(명)	연간 예산(\$)	연간 소송비용(\$) (예산대비%)	소송비용/ 경찰관(\$)
뉴욕시(NY)	36,023	71,200,000,000	169,100,000 (.24%)	4,694
시카고(IL)	13,354	8,310,066,667	52,857,575 (.64%)	3,958
로스앤젤레스(CA)	9,727	7,267,728,810	29,804,106 (.41%)	3,064
로스앤젤레스 보안관실(CA)	9,461	26,099,000,000	39,372,846 (.15%)	4,162
CA 고속도로순찰대(CA)	7,202	139,066,000,000	1,817,551 (.001%)	252
필라델피아(PA)	6,642	3,576,449,165	14,895,736 (.42%)	2,242
휴스턴(TX)	5,053	3,367,333,333	1,892,347 (.06%)	374
펜실베이니아주경찰(PA)	4,458	64,533,333,333	792,924 (.001%)	178
워싱턴DC	3,742	11,706,524,667	1,313,867 (.01%)	351
텍사스공공안전국(TX)	3,529	95,850,000,000	912,314 (.001%)	259
델러스(TX)	3,389	2,612,782,303	2,746,977 (.11%)	811
피닉스(AZ)	3,388	564,376,333	3,306,192 (.59%)	976
마이애미-데이드(FL)	3,093	535,452,667	914,429 (.17%)	296
볼티모어(MD)	2,990	3,116,421,949	2,100,000 (.07%)	702
라스베가스(NV)	2,942	4,314,935,423	2,296,197 (.05%)	780
디트로이트(MI)	2,250	2,759,241,600	3,463,961 (.13%)	1,540
보스톤(MA)	2,181	2,454,000,000	4,087,716 (.17%)	1,874
리버사이드 보안관실(CA)	2,147	4,819,133,333	4,311,595 (.09%)	2,008
일리노이주경찰(IL)	2,105	68,400,000,000	15,296,553 (.02%)	7,267
샌안토니오(TX)	2,020	2,270,446,074	1,535,107 (.07%)	760
밀워키(WI)	1,987	1,457,452,457	929,167 (.06%)	468
샌디에고(CA)	1,951	2,757,861,637	4,351,646 (.16%)	2,230
샌프란시스코(CA)	1,940	7,365,626,613	1,554,559 (.02%)	801
호놀룰루(HI)	1,934	2,016,752,326	1,226,214 (.06%)	634
콜럼버스(OH)	1,886	1,534,928,716	475,087 (.03%)	252
버지니아주경찰(VA)	1,873	41,704,762,294	416,667 (.001%)	222
NC고속도로순찰대(NC)	1,827	49,590,935,190	75,990 (.0001%)	42
오렌지카운티 보안관실(CA)	1,794	5,532,169,682	6,166,666 (.11%)	3,437
미시건주경찰(MI)	1,732	49,312,822,142	398,445 (.008%)	230
아틀란타(GA)	1,719	1,843,568,011	1,913,714 (.10%)	1,113
샬럿-메클렌버그(NC)	1,672	548,500,000	597,640 (.11%)	357
잭슨빌 보안관실(FL)	1,662	1,943,017,623	3,562,312 (.18%)	2,143
브로워드 보안관실(FL)	1,624	2,437,020,245	3,850,790 (.16%)	2,371
클리블랜드(OH)	1,616	1,176,674,154	2,695,712 (.23%)	1,668
인디애나폴리스(IN)	1,616	1,024,003,298	2,377,774 (.23%)	1,503
플로리다 고속도로순찰대(FL)	1,606	71,000,000,000	5,658,004 (.08%)	3,523
프린스 조지(MD)	1,578	3,205,198,489	3,820,999 (.12%)	2,421
오하이오 고속도로순찰대(OH)	1,560	61,028,369,070	155,643 (.0003%)	100
덴버(CO)	1,525	2,178,592,667	319,211 (.01%)	209

경찰관서	경찰관 총 원(명)	연간 예산(\$)	연간 소송비용(\$) (예산대비%)	소송비용/ 경찰관(\$)
오스틴(TX)	1,515	3,069,863,000	1,123,820 (.04%)	742
포트워스(TX)	1,489	1,244,632,380	922,240 (.07%)	619
캔자스(MO)	1,421	1,349,856,952	2,622,753 (.19%)	1,846
샌호제(CA)	1,382	2,844,472,447	3,218,243 (.11%)	2,329
내슈빌-데이비슨(TN)	1,315	1,702,567,767	520,289 (.03%)	396
시애틀(WA)	1,283	4,121,656,667	3,402,128 (.08%)	2,652
몽고메리(MD)	1,206	4,607,833,333	242,003 (.005%)	201
루이빌(KY)	1,197	675,825,400	4,432,236 (.66%)	3,703
엘파소(TX)	1,132	757,686,770	508,472 (.07%)	449
신시내티(OH)	1,082	955,475,793	241,918 (.03%)	224
오클라호마(OK)	1,046	913,295,230	202,579 (.02%)	194
투싼(AZ)	1,032	1,308,300,000	390,876 (.03%)	379
앨버커키(NM)	1,020	877,359,333	11,685,226 (1.33%)	11,456
롤리(NC)	702	681,054,073	101,772 (.01%)	145
콘트라코스타(CA)	679	1,204,333,333	200,916 (.02%)	296
폴크 보안관실(CA)	600	1,300,181,322	200,188 (.02%)	334
미네소타주 순찰대(MN)	530	36,776,378,667	599,463 (.002%)	1,131
서밋 보안관실(OH)	393	483,665,424	183,333 (.04%)	467
뉴햄프셔주경찰(NH)	350	5,177,101,243	47,000 (.001%)	134
스프링필드(IL)	273	211,116,955	17,772 (.008%)	65
와코(TX)	246	202,639,604	209,299 (.1%)	851
퀸시(MA)	205	247,877,300	0 (0%)	0
콘코드(CA)	161	153,882,103	707,334 (.46%)	4,393
헤넷(CA)	82	66,671,474	251,085 (.38%)	3,062
콘코드(NH)	77	87,009,840	100,311 (.12%)	1,303
엘로우스톤 보안관실(MT)	55	92,398,926	134,744 (.14%)	2,450

출처: Schwartz, J. C. (2016), "How governments pay: Lawsuits, budgets, and police reform",
UCLA Law Review, 63: 1144-1298, pp. 1224-1229. 재구성

미국 경찰 대상 국가배상소송의 원인은 「연방배상법」, 주정부배상제도, 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 등 적용되는 법에 따라 다소간 차이가 있다는 점을 고려하여야 한다. 미국 경찰관 및 경찰관서 관련 국가배상제도 중 가장 빈번히 활용되는 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송은 연방헌법이나 연방법 위반으로 발생한 손해에 국한되어 주로 「연방수정헌법」 제1조 표현의 자유, 제4조 체포, 압수, 수색, 물리력 사용, 제5조 변호인 조력권, 제8조 피의자 구금, 제14조 차별적 법집행 관련된 소송이 주를 이루고 있다(이훈, 2018). 만약 손해의 정도가 「1871년 민권법」 제1983조가 보호하는 수준에 미치지 않거나 연방헌법과 연방법의 보호대상이 아닌 주법으로 보호

되는 영역은 「연방배상법」 또는 주정부배상 민사소송이 활용되며, 경우에 따라 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도와 병행하여 활용된다. 따라서 경찰관이 현행법인을 체포하는 과정에서 경찰봉을 필요 이상으로 사용하여 대상자에게 신체적 부상이 발생한 경우는 고의적 손해(intentional tort)에 해당하여 고의적 행위를 허용하는 「연방배상법」 또는 주정부배상제도는 물론 「연방수정헌법」 제4조 위반을 이유로 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송도 제기할 수 있다.

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 경우 지방자치단체의 정책·관습·관례·교육훈련·관리감독의 흠결을 이유로 개별 경찰관이 아닌 소속 지방자치단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 1989년 *City of Canton, Ohio v. Harris*(1989) 이후 경찰 교육훈련 흠결 관련 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송의 원인에 대한 선행연구의 분석 결과는 [표 3-4]에 제시된 바와 같다. 지방자치단체의 교육훈련 흠결 중 가장 많은 부분을 차지한 영역은 비살상 물리력 사용 관련 교육훈련으로 전체 총 1,525건 중 225건(14.8%)이며, 그 중 약 44%에 해당하는 99건에서 원고가 승소하여 평균적으로 351,219달러(약 4억 2,146만 원)의 배상과 75,592달러(약 9,710만 원)의 소송비용을 지급한 것으로 나타났다. 배상금액이 가장 높은 분야로는 살상 물리력 사용과 긴급자동차 사용으로 경찰순찰차로 도주차량을 정지시키기 위해 총격하는 경우 살상 무기로 간주되는 점(*Scott v. Harris*, 2007)으로 미루어 볼 때, 이와 같은 분야에서 가장 많은 배상금액이 책정되는 것은 쉽게 이해할 수 있다. 살상 물리력과 긴급자동차 사용 관련한 교육훈련 흠결 사건에서 평균적인 배상금액은 각각 1,212,567달러(약 14억 5,500만원)와 1,389,789달러(16억 6,774만원)이며 소송비용으로 각각 96,100달러(1억 1,532만원)와 95,900달러(약 1억 1,508원)를 지급하였다.

▶▶▶ [표 3-4] 1871년 민권법 제1983조 미국 경찰관서 교육훈련 흠결 관련 소송 현황

이유	원고 승소율(건)	피고 승소율(건)	평균 배상금액(\$)	평균 소송비용(\$)
비살상 물리력	44 (99)	55 (126)	351,219	79,592
신체적 완력(55%)				
경찰봉(20%)				
제지(17%)				
가스분사기(6%)				
전자충격기(2%)				
불법 체포·감금	37 (69)	63 (116)	155,100	35,300
불법 압수·수색	35 (60)	65 (110)	148,000	34,800
주거(44%)				
사람(23%)				
차량(19%)				
알몸수색(14%)				
보호의무 위반	38 (60)	62 (100)	185,000	39,400
유치인 자살	37 (57)	63 (96)	231,000	73,600
살상 물리력	42 (64)	58 (88)	1,212,567	96,100
긴급자동차	39 (57)	61 (88)	1,389,789	95,900
응급환자 조치	38 (52)	62 (86)	472,789	100,500
경찰 제기 소송	19 (19)	81 (81)	확인 불가	확인 불가
기타	16 (15)	84 (82)	289,678	확인 불가
전체	36 (552)	64 (973)	492,794	60,680

출처: Ross, D. L. (2018). Civil Liability in Criminal Justice (7th ed.). New York and London: Routledge, p. 179.

강력한 지방자치제를 기반으로 한 연방국이면서 수사와 기소를 철저히 분리하는 미국의 특성을 고려해 볼 때, 미국 내 대부분의 경찰 법집행 및 수사는 주정부 이하 지방자치단체 소속 법집행기관 및 소속 공무원들에 의해 수행된다. 따라서 연방수사기관 종사자에 의한 불법행위를 제외하면 거의 대부분의 경우 주정부배상제도와 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송이 미국 국가배상제도의 근간이라 할 수 있다. 미국 주정부배상제도는 우리나라 국가배상제도와 마찬가지로 공무원이 초래한 손해를 국가 또는 지방자치단체가 대신 책임지는 사용자책임원칙을 채택하고 있다. 우리나라 「국가배상법」은 소속 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 손해를 가한 경우 예외 없이 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 부담하도록 함으로써 손해가 막중하더라도 배상금액의 상한 제한이 없고 손해 발생의

원인에 따른 배상의 제한도 없는 매우 포괄적인 국가배상제도를 채택하고 있다. 이에 반하여 미국 주정부배상제도는 주(state)에 따라 고의적 손해배상 배제, 재량적 행위 면책, 손해배상액 상한 제한 등 우리나라에 비해 국가 또는 지방자치단체의 책임의 정도가 상대적으로 빈약한 측면이 있다. 다만 미국 일부 주에서는 우리나라 국가배상제도에서 찾아 볼 수 없는 징벌적 손해배상이 허용된다는 점에서 공무원의 고의·과실이 중대한 경우에는 우리나라보다 더 강력한 수준의 국가배상책임이 인정될 수 있다.

미국 주정부배상제도의 여러 배제 조항으로 인하여 미국 경찰관 및 소속 지방자치단체를 상대로 또 다른 형태의 국가배상인 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송이 실제 국가배상의 주류를 이루고 있다. 이러한 배경에는 경찰관의 직무상 불법행위 대부분이 미국 「연방수정헌법」에서 규정한 기본권의 침해와 직접적으로 관련이 되어 있고 「1871년 민권법」 제1983조는 경찰관이 고의로 행한 행위 및 재량적 행위로 인한 손해까지 배상 대상에 포함되어 있기 때문이다. 따라서 미국 경찰관의 불법행위로 손해를 입은 일반 시민의 입장에서는 연방배상제도, 주정부배상제도, 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송을 동시에 이용하는 것이 일반적이다. 다만 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송은 우리나라 「국가배상법」이나 미국 「연방배상법」, 주정부배상제도와 달리 국가 또는 지방자치단체의 대위책임이 인정되지 않기 때문에 원칙적으로 불법행위를 자행한 공무원으로부터 직접 배상받아야 하므로 실효성 논란이 있었으나 최근 경찰책임보험의 발달로 인하여 실질적 배상이 이루어지고 있다.

「1871년 민권법」 제1983조 민사소송은 우리나라 국가배상제도에서 찾아 볼 수 없는 징벌적 손해배상, 명목적 손해배상, 선언적 구제, 금지명령구제제도를 채택하고 있다. 특히, 금지명령구제제도를 통해 경찰의 불법행위 재발을 방지하도록 제도의 변경까지 담보할 수 있다는 특징이 있다. 또한 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 교육훈련, 관리감독의 흠결이 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리 침해의 원동력인 경우 공무원의 개별 책임 유무와 상관없이 지방자치단체 또는 관리감독자의 배상책임을 부담하도록 한다. 우리나라 국가배상제도 역시 국가 또는 지방자치단체 자체의 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되고 있으나 정책, 관례, 관습, 교육훈련, 관리감독 등 그 보장 한계가 명확하지 않고 특히 감독자의 책임은 국가배상책임에서 크게 논의되지 않고 있다는 점에서 미국 국가배상제도의 독특한 측면이라 할 수 있다.

마지막으로 금전적 손해배상이 주류를 이루는 전통적인 국가배상제도에는 포함되지 않으나 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」과 「수용자인권법」에 따라 미국 법무부는 정형화되거나 관례화된 경찰 불법행위를 근절하기 위해 소송을 통해 화해명령이나 양해각서를 체결하여 미국 경찰관서의 불법행위 발생을 제도적으로 억제해오고 있다. 2017년 기준 미국 법무부가 정형화되거나 관례화된 경찰 불법행위를 조사하고 연방법원에 소송을 제기하여 실제 합의에 이른 총 40건의 화해명령 또는 양해각서의 체결 대상 경찰관서, 합의의 유형, 이행 기간은 [표 3-5]에 제시된 바와 같다.

» [표 3-5] 미국 지역경찰관서 화해명령 및 양해각서 체결 현황(2017년 기준)

경찰관서	유형	기간
피츠버그 경찰국(Pittsburgh Police Bureau, PA)	화해명령	1997-2002
스투벤빌 경찰국(Steubenville PD, OH)		1997-2005
뉴저지 경찰국(New Jersey PD, NJ)		1999-2009
로스앤젤레스 경찰국(Los Angeles PD, CA)		2000-2009, 2009-2013
하이랜드파크 경찰국(Highland Park PD, IL)	양해각서	2000-2004
메트로폴리탄 경찰국(Metropolitan PD, DC)		2001-2008
버팔로 경찰국(Buffalo PD, NY)		2002-2008
콜럼버스 경찰국(Columbus PD, NY)		2002-2004
신시내티 경찰국(Cincinnati PD, OH)		2002-2008
마운틴 프라세펙트 경찰국(Mt. Prospect PD, IL)		2003-2006
몽고메리 카운티 경찰국(Montgomery County PD, MD)		2003-2005
빌라리카 경찰국(Villa Rica PD, GA)		2003-2006
디트로이트 경찰국(Detroit PD, MI)	화해명령	2003-2014
프린스 조지 카운티 경찰국(Prince George's County PD, MD)	양해각서	2004-2009
	화해명령	2004-2007
오렌지 카운티 보안관실(Orange County Sheriff's Department[SD], FL)	양해각서	2008-2013
버진아일랜드 경찰국(Virgin Islands PD, U.S. Virgin Islands)	법원감독 화해명령	2009-
이스턴 경찰국(Easton PD, PA)	양해각서	2010-2015
비컨 경찰국(Beacon PD, NY)		2010-2016
시애틀 경찰국(Seattle PD, WA)	법원감독 화해명령	2012-
이스트 헤이븐 경찰국(East Haven PD, CT)		2012-
워렌 경찰국(Warren PD, OH)		2012-
포틀랜드 경찰국(Portland Police Bureau, OR)		2012-
미솔라 경찰국(Missoula PD, MT)	양해각서	2013-2015
미솔라 카운티 지검(Missoula Attorney's Office, MT)		2014-2015

경찰관서	유형	기간
몬태나대학 공공안전국(University of Montana Office of Public Safety, MT)		2013-2015
뉴올리언스 경찰국(New Orleans PD, LA)	법원감독 화해명령	2013-
푸에토리코 경찰국(Puerto Rico PD)		2013-
앨버커키 경찰국(Albuquerque PD, NM)		2014-
서포크 카운티 경찰국(Sullokl County PD, NY)	양해각서	2014-
클리블랜드 경찰국(Cleveland Division of Police, OH)	양해각서	2004-2005
	법원감독 화해명령	2015-
로스앤젤레스 카운티 보안관실(Los Angeles County SD, CA)	법원감독 화해명령	2015-
메리디안 경찰국(Meridian PD, MS)		2015-
마리코파 카운티 보안관실(Maricopa County SD, AZ)	화해명령	2015-
마이애미 경찰국(City of Miami PD, FL)	양해각서	2016-
퍼거슨 경찰국(Ferguson PD, MS)	법원감독 화해명령	2016-
뉴왁 경찰국(Newark PD, NJ)		2016-
알라만스 카운티 보안관실(Alimance County SD, NC)	양해각서	2016-
용커스 경찰국(Yonkers PD, NY)		2016-

출처: Ross, D. L. (2018). Civil Liability in Criminal Justice (7th ed.). New York and London: Routledge, p. 217. 재구성

이상 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조에 따라 체결된 화해명령과 양해각서 총 40건은 지역경찰관서 33개, 카운티 보안관실 4개, 카운티 검사실 1개, 대학 캠퍼스 경찰 1개, 카운티 경찰서 1개가 포함되어 있으며, 프린스 조지 카운티 보안관실은 2004년 양해각서 1건, 화해명령 1건에 각각 합의하였고, 클리블랜드 경찰국은 2004년 양해각서, 2015년 법원감독 화해명령에 각각 합의하였다. 그 외에도 미국 법무부의 보고서에 따르면 2016년 애리조나주 콜로라도 시티(Colorado City)와 유타(Utah)주 힐데일(Hildale)을 상대로 제기한 「강력범죄통제 및 법집행법」 제14141조 소송에서 배심원으로부터 승소 판결을 받았으며, 루이지애나주 빌플랫 경찰국(Ville Platte PD), 에반젤린 패리쉬 보안관실(Evangeline Parish Sheriff's Office), 메릴랜드주 볼티모어 경찰국(Baltimore PD), 일리노이주 시카고 경찰국(Chicago PD) 등을 대상으로 조사와 소송을 진행하고 있다(U.S. Department of Justice, 2017, pp. 47-48).

4. 시사점

이 연구에서는 미국 국가배상제도와 관련하여 「연방배상법」, 주정부배상제도, 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송 등 세 가지 주요 소송제도를 비교, 검토하였다. 그동안 미국 국가배상에 관한 국내 대부분의 선행연구가 「연방배상법」에 치중한 반면 이 연구에서는 주정부배상제도와 미국 경찰을 포함한 수사기관 대상 가장 빈번히 활용되는 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도를 종합적으로 검토한 차이점이 있다. 소속 공무원들의 불법행위로 인한 손해를 국가 또는 지방자치단체가 공무원을 대신하여 책임을 지는 전형적인 국가배상에 해당하는 미국 국가배상제도는 연방 차원의 「연방배상법」과 주(state)차원의 주정부배상제도라고 할 수 있다. 그러나 일부 주(state)에서 허용하고 있는 징벌적 손해배상제도 이외에는 우리나라 국가배상제도에 비해 배상의 범위 및 정도에 있어 크게 미치지 못하는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송과 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조는 비전형적 국가배상제도임에도 불구하고 우리나라 국가배상제도에 도입 가능성을 검토할 수 있는 충분한 가치가 있다.

가. 징벌적 손해배상 가능성 논의

미국 「연방배상법」은 연방기관 소속 공무원 또는 피용인이 심각한 수준의 불법행위를 저지르는 경우에도 징벌적 손해배상을 허용하지 않지만 일부 주(state)의 국가배상제도는 주권면책포기를 통해 주정부를 상대로 한 징벌적 손해배상을 허용하고 있으며, 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도는 지방자치단체에 대한 징벌적 손해배상은 허용하지 않고 있으나 개별 공무원에 대한 징벌적 손해배상을 허용하고 있다. 국가배상제도는 기본적으로 불법행위에 대한 완전한 배상책임を負담할 경제적 능력이 없는 공무원 개인을 대신하여 국가 또는 지방자치단체가 대위책임을 부담하는 것이지만 미국의 경우 최근 공무원의 불법행위 관련 책임보험 가입이 늘고 있으며, 우리나라 경찰관 역시 면책보험에 가입하는 등 배상능력에 있어 예전에 비해 큰 변화가 있다는 점을 고려할 필요가 있다.

현재 우리나라의 경우 「국가배상법」 제3조 배상기준에 따라 피해자의 사망 시

실제 수입 손실에 대한 유족배상과 장례비, 피해자의 부상 시 요양비, 수입 손실에 대한 휴업배상, 장애 발생에 따른 장애배상 등 실제 발생한 손해에 대한 배상이 주를 이루고 있다. 다만 같은 법 제3조 제5항에 따라 “대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료”는 배상에 포함된다. 「국가배상법 시행령」 제5조 별표4에 따라 피해자의 사망의 경우 특별한 사정이 없는 한 피해자 본인 2천만 원, 배우자 1천만 원, 부모·자녀 5백만 원, 기타 직계존속 및 직계비속, 형제자매, 동거중인 시부모·장인·장모의 경우 250만 원이 기준으로 책정되어 있다. 같은 시행령 같은 조 별표 6의2에 따라 명예를 침해당하거나 기타 정신상의 고통을 받은 경우 사망, 신체장해, 상해 등에 대한 위자료가 지급되지 아니한 경우에 한하여 1천만 원을 초과하지 않는 범위 안에서 위자료가 책정될 뿐이다.

우리나라 국가배상제도가 공무원의 고의와 과실을 구상권 행사로 구별하여 고의 또는 중과실인 경우에만 구상권을 행사하여 불법행위를 자행한 공무원에게 불이익을 주고 있다. 그러나 경찰 또는 수사기관 소속 공무원의 악의적이거나 계획적인 불법행위나 자신들의 불법행위로 인하여 대상자 인신의 구속, 신체·생명에 대한 위해 등 중대한 손해가 발생하더라도 이에 대한 징벌적 손해배상을 허용하지 않는 것은 “사업 또는 사업장, 공중이용시설 및 공중교통수단을 운영하거나 인체에 해로운 원료나 제조물을 취급하면서 안전·보건 조치의무를 위반하여 인명피해를 발생하게 한 사업주, 경영책임자, 공무원 및 법인”에 대해 실제 발생한 손해의 최대 5배까지 배상을 명령하는 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」에 비해 국가 또는 지방자치단체가 지나치게 책임을 회피하는 것으로 보일 수 있다. 따라서 현행 「국가배상법」 제2조 제1항의 고의, 과실을 보다 세분화하여 악의적이고 계획적인 공무원의 행위로 인한 손해에 대해서는 전향적으로 징벌적 손해배상을 도입하여 공무원 개인이 먼저 배상하고 국가 또는 지방자치단체가 미배상 부분에 대해 대위변제 후 이에 대해 구상권을 행사하도록 하는 제도의 도입을 검토할 필요가 있다.

나. 국가, 지방자치단체, 감독자의 직접 손해배상책임제 도입 가능성 논의

1978년 이전까지 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도는 연방헌법 또는 연방

법으로 보장된 시민의 권리를 침해한 개별 공무원을 상대로만 손해배상소송을 제기할 수 있었다. 그러나 1978년 이후 미국 연방대법원은 판례 변경을 통하여 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 부적절한 교육훈련, 관리감독 소홀로 인하여 연방헌법 또는 연방법으로 보장된 시민의 권리가 침해되는 경우 지방자치단체와 감독자도 「1871년 민권법」 제1983조 민사책임을 부담할 수 있도록 하였다. 역사적으로 국가배상제도는 공무원을 불법행위의 주체로 국가 또는 지방자치단체를 배상책임의 주체로 인정하는 것이 일반적이다. 그러나 국가 또는 지방자치단체의 정책, 관습, 관례 자체가 시민의 권리를 침해하여 신체적, 재산적 손해를 야기할 수 있는 가능성이 있을 뿐만 아니라 공무원이 소속 기관의 정책, 관습, 관례대로 업무를 수행한 경우에는 공무원이 불법행위의 주체, 국가 또는 지방자치단체는 배상책임 주체라는 등식이 더 이상 성립하지 않는다.

또한 공무원이 직무수행 과정에서 고의 또는 과실로 인하여 일반 시민에게 신체적, 재산적 손해를 가하였다 하더라도 반드시 해당 공무원의 행위 또는 부작위가 발생한 결과를 전부 책임져야 하는 것이 아닌 경우도 있다. 예를 들어 국가 또는 지방자치단체 내에 어느 정도의 불법행위를 묵인하거나 동료의 불법행위를 조직 외부에 누설, 고발, 시정하는 행위를 하지 못하도록 하는 하위문화의 일종인 ‘침묵코드(code of silence)’가 성행하는 경우나 특정 업무를 수행하는 공무원의 역량이 떨어져 일반 시민에 대한 손해 발생 가능성이 상존하는 상황임에도 관리감독자의 교육·훈련·감독을 소홀히 하여 일반 시민에게 손해가 발생하는 경우, 특정 국가기관 또는 지방자치단체의 내부 규정이 헌법, 법률 등 상위 법규정에서 정한 한계를 잘못 해석한 결과 위헌, 위법인 경우 등에서는 발생한 손해의 원인을 개별 공무원의 행위 또는 부작위로만 국한하는 것은 책임주의원칙에 반하는 것으로 볼 수 있다.

최근 시행에 들어간 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 제15조 제1항에 따르면 “사업주 또는 경영책임자 등이 고의 또는 중대한 과실로 이 법에서 정한 의무를 위반하여 중대재해를 발생하게 한 경우 해당 사업주, 법인 또는 기관이 중대재해로 손해를 입은 사람에 대하여 그 손해의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을” 부담하도록 하였다. 물론 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 중대재해와 국가배상법상의 손해를 단순히 비교할 수는 없으나 중대재해 중 중대시민재해에 대해 같은 법 제9조에서

사업주 또는 경영책임자등에 대해 “재해예방에 필요한 인력·예산·점검 등 안전보건 관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치, 재해 발생 시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치, 안전·보건 관계 법령에 따른 의무이행에 필요한 관리상의 조치”를 하도록 강제함은 물론 이러한 의무를 위반하여 중대재해가 발생한 경우 징벌적 손해배상은 물론 심지어 일정한 경우 엄중한 형사 처벌까지 받도록 규정하고 있다.

공무원의 고의·과실로 인한 모든 결과에 대해 국가, 지방자치단체, 특히, 감독자가 책임을 부담할 수 없더라도 직무수행 과정에서 발생할 수 있는 손해를 방지하여야 하는 국가, 지방자치단체, 관리감독자의 관리의무는 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」상 사업주 또는 경영책임자등에게 부과된 관리의무와 크게 다를 수 없다. 이러한 점에서 「1871년 민권법」 제1983조 민사소송제도에서 지방자치단체의 정책, 관례, 관습, 지방자치단체 및 관리감독자의 교육훈련 미흡, 관리감독 소홀 등이 손해 발생의 주요 원인인 경우 별도의 배상책임을 부여하는 것과 같이 우리나라 「국가배상법」도 국가, 지방자치단체, 관리감독자가 직접 배상책임을 부담하도록 하는 제도의 도입을 검토할 필요가 있다.

다. 금지명령구제 및 형평구제 도입 가능성 논의

현행 「국가배상법」은 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반함으로써 발생한 손해를 공무원이 소속된 국가 또는 지방자치단체가 금전적으로 배상하는 것에만 집중하고 있다. 국가 또는 지방자치단체가 피해자에 대해 부담하는 금전적 손해배상은 공무원의 법령 위반이 주된 원인임에도 현행 국가배상제도는 공무원의 고의 또는 중과실인 경우 행사할 수 있는 구상권만으로 공무원의 준법행정에 대한 경각심을 고취할 수 있을 뿐이다. 물론 국가배상의 원인이 되는 행위를 한 공무원은 「국가배상법」상 구상권 행사 가능성에 노출됨은 물론 「국가공무원법」 등에 따른 징계와 사안에 따라 형사 처벌의 가능성도 있다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 「국가배상법」 자체는 손해의 배상에만 치중한 나머지 손해가 발생하게 된 근본적인 원인에 대한 범정부적 조치는 전혀 고려하지 않고 있다.

이러한 점에서 미국 「1871년 민권법」 제1983조와 「1994년 강력범죄단속 및 법집행법」 제14141조에 따른 금지명령구제와 형평구제는 우리나라 국가배상제도에 시사

하는 바가 크다. 현재 우리나라 공무원의 직무상 행위 또는 부작위로 인하여 손해를 입은 국민은 해당 손해에 대해서는 「국가배상법」에 따른 손해배상청구소송을 제기하고 만약 해당 공무원이 집행한 법률, 법규명령, 소속 기관의 조례 등 내부규정이 위헌, 위법으로 의심되는 경우 별도의 위헌법률심판소송, 헌법소원 등을 제기하여야 하고 이에 미치지 못하는 사안은 구속력이 없는 국가인권위원회의 권고 결정을 기대할 수밖에 없는 상황이다. 이와 같은 조치만으로는 손해 발생의 근본적 원인이 되는 공무원의 불법행위를 근절할 수 있는 치유책이 되기에는 턱없이 부족하다. 따라서 「국가배상법」상 금전적 손해배상 외에 재발 우려가 있는 국가기관 또는 지방자치단체의 정책, 관습, 관례, 내부규정을 수정, 보완, 폐기하도록 하는 금지명령구제와 법원, 국가인권위원회, 감사원, 법무부 등이 불법행위 근절책의 집행 정도를 직접 감독할 수 있도록 하는 형평구제를 「국가배상법」에 전격 도입할 필요가 있다.

제 4 장

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

국가배상사건의 판결문 분석

서 주 연

국가배상사건의 판결문 분석

제1절 | 분석대상 및 범위

최근 10년간(2012~2021년) 대법원 판례를 중심으로 “국가배상법 제2조”, “공무원 고의” 또는 “공무원 과실”, “객관적 정당성” 등 국가배상책임의 관련 요건을 키워드로 검색하였으며, 이와 관련된 파기환송심 및 주요 하급심 및 헌법재판소 판례를 추가수집하였다.³³²⁾ 판례 수집을 종료한 2022년 9월 30일 기준으로 파기환송심이 진행 중이거나(2017다278446, 2017다249219, 2017다219218 등) 사건번호와 주문은 검색되나 판결문은 조회·입수할 수 없는 경우(2013다203413 등) 등은 분석대상에서 제외하였다.

이처럼 2022년 선고 판례는 수집대상이 아니었으나 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결의 경우 ‘대통령’의 긴급조치 제9호 발령 및 적용·집행행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하지 않는다고 보아 국가배상책임을 부정한 종래 판례를 변경한바,³³³⁾ 이를 분석 대상에 포함하였다. 또한 위 전원합의체 판결을 포함하여 총 9건의 긴급조치 사건의 경우 과거사 사건임과 동시에 긴급조치의 발령과 적용·집행에 따른 수사 내지 재판,

332) 대한민국 법원 판결서 인터넷 열람(https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse_status.jsp) 및 중합법률정보(<https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intesrch/sjo022.do>) 서비스 등을 이용하였다.

333) 그간 법원은 진실·화해를위한과거사정리위원회를 거친 보도연맹 관련 사안 등에서 대부분 국가배상책임을 인정하였으나, 이와 달리 긴급조치 하 수사기관 등의 행위는 국가배상책임을 부정하고 있었다. 대통령의 긴급조치 발령의 행위는 고도의 정치적인 행위이며, 그 외 수사기관 등의 행위는 형사소송법 제325조 전단에 의한 재심무죄 확정판결의 경우 증거가 없다는 이유로서 결국 고의과실 요건에서 사후 위헌·위법으로 판단된 경우 공무원 행위의 과실이 불성립한다는 것이었다.

즉 사법작용으로 인한 개별 국민의 기본권 침해로 볼 여지가 있어 사법 영역에도 해당한다고 할 수 있다.

긴급조치 사건을 제외한 총 22건의 과거사 사건들은 대체로 헌법재판소의 소멸시효에 관한 위헌 판단으로 재심을 거쳐 국가배상소송에 이른 보도연맹 사건 또는 경찰·군인에 의한 민간인 희생 사건이다. 이들은 명백한 위헌·위법 및 행위 자체의 법령위반으로 국가배상책임이 인정되었으며, 과거사 사건의 국가배상책임 내지 소멸시효에 대한 논의는 사법적으로 다소 일단락된 것으로 생각된다.

총 139개로 추려진 판례를 국가배상사건을 직무영역별로 나누어보면, 일반행정 68건, 사법 30건, 과거사 31건, 입법 1건, 군 9건으로 분류할 수 있다. 국가배상법상 성립요건, 특히 위법성 및 과실이 영역별로 달리 판단되는 경향은 입법 영역과 사법 영역에서 법관의 재판작용을 제외하고 크게 눈에 띄지 않았다.

따라서 본 보고서에서는 일반적인 행정 영역에서 국가배상책임의 성립요건을 중심으로 공무원의 위법성 및 고의·과실 판단이 쟁점이 되는 사건에서 그 기준이 되는 명백한 위헌·위법, 법령해석, 객관적 정당성, 예견가능성, 직무상 의무의 사익보호성 등을 살펴보았다. 이때 객관적 정당성이 공무원의 고의·과실 요건으로 판단되어야 하는지 또는 위법성 요건에서 판단되어야 하는지, 직무상 의무의 사익보호성이 위법성의 요소인지 또는 인과관계의 요소인지 등에 대해서는 여전히 견해가 나뉘는 부분이 있어 이에 관한 최근 판례를 중심으로 분석하고자 하였다. 나아가 위법성 요건에서 입법 영역과 사법 영역에서 법관의 재판작용을 중심으로 그 위법성 판단기준 및 내용의 특수성을 살펴보았다.

제2절 | 분석내용

1. 위법성의 판단기준 및 내용

가. 처분의 위법성

과세처분, 허가취소처분, 영업정지처분 등 행정처분의 위법과 같이 공권력 행사 자체가 가해행위가 된 경우 그 처분이 법령을 위반하는지 여부가 판단기준이 된다. 처분이 위법하다는 결론을 내린 다음 과실 등 여타의 요건에 대한 판단으로 나아가는데, 이때 위법성의 판단기준은 항고소송에서 처분의 위법성의 판단기준과 별다른 차이가 없다. 즉 행위위법설을 따르고 있는 것으로 보인다. 특히 분석대상 판례 중 한센병 환자의 국가배상사건에서는 정부의 한센인에 대한 정책이 민사상 불법행위에 해당한다고 명시하면서 동시에 국가배상책임을 부담하는 것이 옳다고 아래와 같이 실시하고 있다.

… 위와 같은 침해행위가 정부의 정책에 따른 정당한 공권력의 행사라고 인정받으려면 법률에 그에 관한 명시적인 근거가 있어야 하고, 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하여야 하며, 침해행위의 상대방인 한센인들로부터 ‘사전에 이루어진 설명에 기한 동의(prior informed consent)’가 있어야 한다. 만일 피고가 위와 같은 요건을 갖추지 아니한 채 한센인들을 상대로 정관절제수술이나 임신중절수술을 시행하였다면 설령 이러한 조치가 정부의 보건정책이나 산아 제한정책을 수행하기 위한 것이었다고 하더라도 이는 위법한 공권력의 행사로서 민사상 불법행위가 성립한다(대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결).

피고인의 변호인으로부터 조력을 받을 권리와 변호인의 피고인에 대한 접견교통권을 침해하는 행위는 불법행위로서 그에 대한 국가배상책임을 인정하였다.³³⁴⁾ 위법성만으로 공무원의 과실을 인정함으로써 과실을 요하지 않거나 추정할 경우로 여겨진다고 볼 수 있다.³³⁵⁾ 지방의료원 폐업결정에 대해 법적으로 권한 없는 자에 의하여

334) 2016다266736, 2019다235450

335) 박정훈, 행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석, 토지공법연구 63, 한국토지공법학회, 201

이루어진 것이어서 위법하다고 하며 과실 요건은 별도로 판단하지 않았으며, 그에 따른 손해가 발생하였음을 인정할 증거가 없다고 하여 국가배상책임을 부정하였다.³³⁶⁾

나. 권한 행사 또는 불행사의 위법성

1) 권한 행사의 위법성

공무원의 권한 행사에 있어 주의의무 내지 행위기준을 법규상·조리상 도출하고, 공무원의 권한 행사방식 또는 행위태양이 이를 위반하는 경우이다. 여기에서 위법성은 엄격하게 법령에 명시적으로 규정된 공무원의 행위의무를 위반하는 경우만을 의미하지 않으며, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 비롯하여 넓게 해석하고 있다.³³⁷⁾

여자 경찰관들이 유치장 입감을 위한 신체검사를 하면서 브래지어 탈의를 요구하여 이를 제출받는 행위를 한 사안에서 입감자의 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어진 것이 아니어서 위법하다고 판단하였다.³³⁸⁾ 반면, 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 행위는 적법하나 그 추적이 해당 직무목적을 수행하는 데 불필요하다거나 또는 도주 차량의 도주태양 및 도로교통 상황 등에 비추어 추적의 개시·계속 혹은 추적방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 위법성이 부정되었다.³³⁹⁾

2) 권한 불행사의 위법성

공무원의 권한 불행사 또는 해태, 즉 부작위는 그 부작위가 재량행위인지 여부, 부작위로 인해 피해자가 법률상 이익을 침해받았거나 단순히 반사적 이익을 침해받았는지 여부 등을 기준으로 판단되고 있다.

3. 11., 35면.

336) 20315두60617

337) 2012다204587 등

338) 2013다200438

339) 2000다26807; 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무집행 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입은 사건에서 국가배상법상 위법성을 부정한 사례이다.

부작위의 유형은 법령 자체의 규정이나 그 해석에 의해 작위의무가 일의적으로 인정되는 경우, 법령에 의해 공무원에게 권한이 부여되어 있으나 그 권한을 행사하는 공무원의 재량이 인정되는 경우, 공무원의 권한이 법령에 작위로 구체적으로 규정되어 있지 않은 경우 등으로 나누어진다.³⁴⁰⁾ 각각의 유형별로 위법성 내지 국가배상책임의 인정 여부를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 법령 자체의 규정이나 그 해석에 의해 작위의무가 일의적으로 인정되는 경우 비교적 쉽게 공무원의 부작위를 직무상 의무위반의 위법행위로 보아 국가배상책임이 인정된다.

둘째, 법령에 의해 공무원에게 권한이 부여되어 있으나 그 권한을 행사하는 공무원의 재량이 인정되는 경우 종래 행정편의주의 및 반사적 이익론이 국가배상책임을 제한하고 있었으나, 점차 반사적 이익론의 수정 및 '재량권의 0으로의 수축' 논의의 발전 등 부작위의 위법성을 인정하기 용이하게 되었다.³⁴¹⁾ 다시 말해, 행정편의주의적 시각에서 행정권의 발동 여부는 행정기관의 재량에 맡겨져 있어 공무원의 부작위로 인해 국민이 불이익을 입은 경우에도 이를 단순한 반사적 이익의 침해로 보았던 것과 달리 판례는 공무원의 부작위와 관련해서도 직무범위, 위법성(법령위반), 인과관계 등 요건에 대해 구체적으로 검토하는 경향을 보이고 있다.³⁴²⁾

셋째, 공무원의 권한이 법령에 작위로 구체적으로 규정되어 있지 않은 경우라 하더라도 판례는 관계 법령과 신의칙 등 법규범 전체를 종합하여 작위의무를 도출하고 그 의무위반 여부를 판단하고 있으며, 공무원이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 않는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우 그러한 권한의 불행사는 직무상 의무위반이 되어 위법하다고 본다.³⁴³⁾

340) 김남진·김연태, 행정법 1(제26판), 법문사, 2022, 660면.

341) 박정훈, 행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석, 토지공법연구 63, 한국토지공법학회, 2013. 11.; 김현준, 경찰부작위로 인한 국가배상청구소송에 있어서 작위의무의 성립요건, 토지공법연구 56, 한국토지공법학회, 2012. 2. 등 참조.

342) 2013다20427, 2014다225083

343) 2021두33838, 2017다211559, 2010다95666

다. 직무상 의무위반으로서의 위법

공무원의 직무상 의무위반의 위법성은 대표적으로 입법행위 및 사법행위가 국가배상법상 위법인지, 직무상 손해방지의무 위반으로서의 위법인지 여부로 판단되고 있다. 공무원의 직무상 의무는 명문의 규정이 있는 경우뿐만 아니라,³⁴⁴⁾ 명문의 규정이 없는 경우에도 관련 규정에 비추어 조리상 인정될 수 있다.³⁴⁵⁾ 다만 종래 위법성의 문제로 보거나 상당인과관계의 문제로 보는 판례가 혼재하였으나, 근래 직무상 의무의 사익보호성을 상당인과관계의 문제로 보고 있는 경향이 있어 후술하는 국가배상법상 인과관계 요건에서 살펴볼 것이다.

라. 입법작용과 재판작용의 위법성

국회의원의 입법행위를 대상으로 한 사건은 수집대상 판례인 최근 10년간(2012~2021년) 대법원 판례에서 찾기에 어려움이 있었다. 이에 대해 주요하게 제시되고 있는 대법원 판례만을 재차 확인할 수 있었을 뿐이었다.³⁴⁶⁾ 즉, 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 명백히 위헌임에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우에만 국민 개개인의 권리에 대응한 법적 의무를 위반한 것으로서 위법하며,³⁴⁷⁾ 입법부작용의 경우 국가가 일정한 사항에 관해 헌법에서 부과되는 구체적인 입법 의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 입법 의무를 이행하지 않는 등의 예외적인 경우에만 위법하다고 평가된다는 것이다.³⁴⁸⁾

수집 가능하여 분석대상이 된 1건의 경우 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결로 특허청장 등을 대상으로 변리사법 시행령 개정 입법의 당해연도 시행으로 인해 변리사시험에 불합격한 자가 그 손해를 다룬 사안이다.³⁴⁹⁾ 이는 법령개정에 있어 입법자의 광범위한 재량이 인정되는 경우라 하더라도 경과규정을 두는 등 당사

344) 99다36280

345) 98다16890

346) 2004다33469, 96다56115

347) 96다56115

348) 2004다33469

349) 2011다14428, 2013나20913

자의 신뢰를 보호할 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 법치주의 원리에 위배하여 허용될 수 없음을 전제한 뒤,³⁵⁰⁾ 아래와 같은 이유로 특허청장 등이 객관적 주의의무를 결하여 그 직무수행이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우라거나 손해의 전보책임을 국가에 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는 경우에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.

행정입법에 관여한 공무원이 입법 당시의 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따라 경과규정을 두는 등의 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하였다면, 그와 같은 공무원의 판단이 나중에 대법원이 내린 판단과 같지 아니하여 결과적으로 시행령 등이 신뢰보호의 원칙 등에 위배되는 결과가 되었다고 하더라도, 이러한 경우에게까지 국가배상법 제2조 제1항 소정의 국가배상책임의 성립요건인 공무원의 과실이 있다고 할 수는 없다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결).

분석대상 판례에서 법관의 재판작용은 사법 영역에 포함하였다.³⁵¹⁾ 그러나 사법 영역 중에서도 법관의 재판작용의 경우 여타의 행정작용과 비교하여 그 특수성을 고려하여 매우 예외적인 경우에 한해 위법성이 인정됨이 주지의 사실이다. 즉, 법관의 재판에 설사 법령의 규정을 따르지 않은 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법상 위법한 행위가 되는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다.³⁵²⁾

또한 재판에 대해 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 불복에 의한 시정을 구할 수 없었다거나 그 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 없는 한, 그 같은 시정을 구하지 아니한 자에 대해서는 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다고 하고 있다.³⁵³⁾ 재판작용에

350) 2003두12899

351) 2014다215499, 2016나26038

352) 2000다29905, 2000다16114, 2001다47290

대해서는 항소, 상고, 재심 등 권리구제 수단이 마련되어 있고, 판결의 기판력, 헌법상 법관의 신분상 독립과 재판의 독립성 등이 보장되기 때문이라고 해석된다. 다만 헌법 재판소 재판관이 청구서 접수일을 오인하여 청구기간 도과를 이유로 헌법소원심판청구를 각하한 것이 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 설령 본안판단을 하였더라도 청구기각되었을 것이라는 사정이 있다 하더라도 청구인의 합리적이고 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있는 기대를 침해한 것이므로 그 침해로 인한 정신적 고통에 대한 위자료 지급 의무가 인정된바 있다.³⁵⁴⁾

2. 고의·과실의 판단기준 및 내용

가. 법령해석

공무원의 법령해석에 과실이 있는지 여부가 쟁점이 되는 판례는 결과적으로 위법해진 공무원의 행위가 당시 법령해석이 문언에 의해 다의적이었거나 법령에 어긋나는 관행이 있어 과실을 인정하기 어려운 경우이다. 분석대상 판례 중 총 11건이 공무원의 법령해석에서 과실 여부를 다루고 있다.³⁵⁵⁾ 대표적으로 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결로 위법하여 결과적으로 무효가 된 등기를 담당하였던 공무원에게 당시 법령해석상 잘못이 없어 과실이 성립되지 않아 국가배상책임이 부정된 사안이 있다.

토지조사부에 소유자로 기재된 자가 토지소유자로 사정받고 확정된 것으로 추정하는 법리는 84다카1773 을 통하여 비로소 확립된 것인바, 이 사건 보존등기행위(74년)에 대한 과실을 판단함에 있어 위 법리를 그대로 적용할 수 없다. (중략) 임의로 복구된 대장의 소유자 기재에 대하여 권리추정력을 부정하는 법리는 80다1684 판결에서 정립된 것으로 이전에는 임야대장등본에 소유자로 기재되어 있는 사람이 소유권의 귀속 추정을 받는다는 판결 65다1229가 있었던 바, 토지가 귀속재산에 해당한다고 판단한 것이라면 이후 선고된 판결의 법리를 이유로 그와 같은 판단에 과실이 있다고 볼

353) 2014다215499, 99다24218

354) 99다24218

355) 2019다277126, 2014다205584, 2015다205864, 2010다28604, 2013다203413, 2011다38219, 2013다209534, 2009다97925, 2006다58738, 2010다83298, 2018다204022

수 없다. 3) 이 사건 토지가 귀속임야대장에 기재되어 있지 않지만 귀속임야대장에 기재되어 있지 아니한 임야가 일본인의 소유가 아니라고 단정할 수 있는 것은 아니므로, 보존등기 담당공무원이 토지의 구 임야대장에 소유자로 기재된 사람이 일본인이 아닐 수 있다는 것을 알 수 있었다고 볼 수 없다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다 28604 전원합의체 판결, 재구성)

기속행위인지 재량행위인지 여부와는 크게 관련이 있는 것으로 보이지 않으나, 대다수 국가배상책임을 부정하는 결과로 이어지는 경향이 있음은 분명하다. 즉, 총 11건의 분석대상 판례 중 7건에서 위법성이 성립되었음에도 불구하고 과실은 성립되지 않아 국가배상책임이 부정되는 결과를 낳고 있다는 점이 눈에 띈다.³⁵⁶⁾

대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다83298 판결이 “철도청장이 원고가 공무원 잔류를 희망함에도 철도공사 직원으로 임용하면서 공무원 당연퇴직을 통지한 것은 위법하나 법은 공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자에 대한 처리방안에 아무런 규정이 없고 마치 철도청장이 공무원 신분을 계속 유지하는 자를 선별할 수 있는 것으로 해석할 여지가 있어 문언상의 의미가 명확하지 않다”고 판시하고 있는 것에 대해서는 원고와 피고 사이에 법령해석을 두고 분쟁이 있다는 당연한 사실을 말하는 것에 불과하며, 원심이나 관련 행정심판위원회가 피고의 해석과 같은 입장을 취하였다면 국가배상사건의 원고가 상소하여 다투는 것이 사실상 무의미하게 된다는 비판이 있다.³⁵⁷⁾

법령해석 대한 다양한 노력이 있었는지 여부와 과실 여부를 결부하여 판단하는 것이 문제가 되는 것은 법령해석의 차이는 소송을 통한 법적 분쟁에서 당연히 나타날 수 있는 것이기 때문이다. 법령에 판단여지가 있거나 불분명한 문언이 많고 입법 당시 법현실을 충분히 파악하지 못하여 추후 현실과 충돌하는 법령이 발생할 수 있는데, 이러한 법령을 그대로 적용하여야 하는 공무원의 행위가 무결할 수는 없다. 그러나 불법행위의 원인이 된 법령해석의 오류가 위법인 이상 ‘노력’을 이유만으로 불법행위를 부정하는 것은 타당하지 않다. 즉, 그러한 오류는 국가배상소송에서 공무원 개인에 대한 구상책임을 부정하는 근거가 되는 것이 마땅할 뿐이며, 과실 요건을 판단하는

356) 2019다277126, 2010다28604, 2013다203413, 2013다209534, 2009다97925, 2006다58738, 2010다83298

357) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 163면.

근거가 되는 것은 부당하다.

나. 위헌·위법이 명백한 경우

분석대상 판례 중 총 15건의 판례가 공무원의 고의·과실을 판단함에 있어 살인 등 그 위법성을 별도로 판단할 필요가 없거나, 위법성을 관련 형사재판, 항고소송에서 이미 판단 받은 이후이기 때문에 이를 의심할 여지가 없을 경우 고의·과실 여부를 추가로 판단하지 않고 불법행위가 성립한다는 결론을 내리고 있다.³⁵⁸⁾

집단학살이나 수사과정 중 고문과 같이 위헌이나 위법이 있음이 명백한 경우 과실 요건에 대한 판단을 별도로 하지 않고, 위법성 요건과 과실 요건을 함께 인정하는 것으로 보인다.

이때 특별한 사정이 있지 않으면 대부분 국가배상책임이 인정되는데, 대법원 2021. 7. 29. 선고 2015다221668 판결의 경우 국가배상책임이 부정되었다. 피고 소속 공무원이 입지선정위원회를 구성하지 않고도 구성한 것으로 서류를 위조한 혐의로 형사소송에서 유죄판결을 받았고 국가배상청구소송의 원인이 된 처분이 항고소송에서 위법 확인되어 취소되었음에도, 원고가 입지선정 당시 해당 지역에 거주하였다는 증거가 부족하다는 이유로 대법원에서 파기환송되었고 파기환송심에서 원고패소한 사안이다.

대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다266736 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2009다51271 판결에서 국가정보원 수사관이 변호인 접견교통권을 불허한 사안과 같이 형사사법 분야에서 변호인 접견교통권 불허는 과실이 비교적 쉽게 인정되어 국가배상책임이 성립하였다.

그러나 대법원 2010. 6. 24. 선고 2006다58738 판결에서 검사가 변호인 피의자신문 참여를 불허한 사안의 경우 “담당 검사가 원고인 피의자가 불구속된 상태에서는 변호인의 피의자 신문 참여를 허용하다가 구속된 후에는 이를 불허한 조치는 일관성이 결여된 것이기는 하나, 변호인의 피의자신문 참여를 시혜적인 조치로 파악하고 검사의 재량으로 폭넓게 제한할 수 있도록 한 실무관행에 따른 것으로 볼 수 있다”는

358) 2020다219690, 2013다210428, 2015다221668, 2016다259363, 2016다220099, 2016다258148, 2013다215973, 2014다230535, 2013다208388, 2012다47098, 2011다48452, 2009다51271, 2011다36091, 2019다235450, 2020나2036077

근거를 들며 과실을 부정하였다. 검사의 위법행위로 인한 국가배상청구의 경우 “검사가 당해 피의자에 대하여 유죄의 판결을 받을 가능성이 있다는 혐의를 가지게 된 데에 상당한 이유가 있는 때에는 후일 재판에서 무죄 판결이 확정되더라도, 수사기관의 판단이 경험칙이나 논리칙에 비추어 도저히 그 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 귀책사유가 있다고 할 것” 등을 이유로 위법성이나 고의·과실을 인정하지 않고 있다.³⁵⁹⁾

경찰의 경우 권력적 사실행위가 많고 이는 위법성이 명백하더라도 행정소송법 제 12조 2문에서 회복되는 법률상 이익이 부정되어 각하되는 경우가 많아 사후적인 구제 수단인 국가배상이 상대적으로 인정되기 쉬운 반면, 검사의 경우 권력적 사실행위에 해당하지 않는 경우가 많고 위법성이 인정되더라도 기소 등 형사절차에서의 국가배상에서는 고의·과실 요건이 성립하기 쉽지 않아 보인다. 이에 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다210428 판결과 같이 고문 등 위헌·위법성이 명백한 경우에만 한정적으로 검사의 행위의 위법성을 이유로 국가배상이 성립하고 있다.

한편 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다48452 판결에서는 검사의 위법행위로 인한 국가배상청구를 인용하고 있다. 즉, “다른 해석론이 있었던 것도 아니고 검찰의 실무 관행이 달리 존재하였다는 자료도 없으며 대법원 판례 등 선례가 없었다 하더라도 의문이 있을 수 없다. 검사는 그럼에도 약 9개월 동안 법원의 결정에 반하여 이 사건 수사서류의 열람등사를 거부하였다는 과실이 있다”고 하여 명확히 과실이 있다고 판단한 것이다. 검사의 경우에도 법령해석에 의문의 여지가 없고 위법행위가 명백한 경우 과실 요건이 성립함으로써 국가배상책임이 인정될 수 있음을 보여주는 사안이라고 할 수 있다.

다. 사후 위헌·위법이 밝혀진 경우

분석대상 판례 중 총 9건은 사후 위헌·위법이 법원이나 헌법재판소의 결정으로 드러난 경우 고의·과실을 판단함에 있어 당시 해당 법령이 위헌·무효임이 선언되지 않았으므로 해당 법령에 따른 공무원의 행위에 잘못이 있다고 보기 어렵다는 판단하

359) 2012다203096

고 있다.³⁶⁰⁾

법령해석에서 과실을 부정한 판례들과 사후 위헌·위법으로 드러난 경우와 당시 공무원의 행위에서 과실을 부정한 판례들의 차이는 다음과 같다. 즉, 법령해석은 행위 당시 관습, 유권해석 등에 따른 법문언 해석의 여지가 다양하여 공무원 개인의 노력으로 최대한 해석하려고 노력하였다는 사실에 근거한 판단이 있는 반면, 사후 위헌·위법은 행위 이후에 위헌성이 분명해졌으므로 행위 당시에는 위헌·위법성을 공무원이 알 수 없었으리라는 추정을 바탕으로 한다는 것이다.

그러나 양자 모두 행위 당시부터 위법성이 전제된다는 점에서 피해자의 입장에서는 국가로부터 위법한 행위를 당하고도 법원의 판단으로 인해 배상을 받지 못하는 부당한 결과가 야기될 수 있다는 문제의 소지가 있다. 특히 고의·과실이 공무원 개인의 행위를 기준으로 판단하고 있어 추정을 통해 과실 요건을 부정하는 것은 자의성을 기준으로 피해자의 구제를 막을 수 있다는 점에서 그러하다.

3. 객관적 정당성

가. 객관적 정당성

분석대상 전체 판례에서 과실을 위법성과 별도로 판단한 판례는 37건이며, 그중에서 재량행위는 22건으로 기속행위에 비해 상대적으로 높은 비율을 차지하고 있음을 알 수 있다. 이는 기속행위에서 위법행위가 있는 경우 곧바로 위법성 요건이 성립할 수 있는 데 반해 재량행위의 경우 법령이 허용하는 행정청의 권한 범위가 비교적 넓은 특성에 기인한 것으로 보인다. 즉 처분 자체의 위법성이 아닌, 성문의 법령에 의해 규율되지 않거나 규율의 정도가 매우 낮은 영역에서 위법성을 판단하는 기준으로 등장하고 있는 것이다.³⁶¹⁾

대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결 이후 일련의 판례는 앞선 항고소송에서 처분이 위법함이 확인되었음에도 불구하고 국가배상청구소송에서 국가배상책임

360) 2014나2034469, 2013다217962, 2014다223087, 2014다215444, 2014다231729, 2014다231330, 2012다203096, 2011다14428, 2009다30946

361) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 277면.

부정하는 근거로서 “객관적 정당성”을 제시하였으며, 대법원은 아래와 같은 일반론을 반복적으로 실시하고 있다.³⁶²⁾

어떠한 행정처분이 결과적으로 위법한 것으로 평가될 수 있다 하더라도 그 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 객관적 주의의무를 위반함으로써 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 국가배상법 제2조가 정한 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 타당하다. 이때 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 침해행위가 되는 행정처분의 태양과 목적, 피해자의 관여 여부 및 관여의 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시킬 만한 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012다11297 판결 등).

객관적 정당성에 대해서는 그간 학계에서 다각도로 비판되어왔다. 항고소송에서 처분의 위법성을 판단하는 기준과 국가배상소송에서 손해의 원인이 된 행위의 위법성을 판단하는 기준을 상이하게 보는 것이 타당하지 않다는 비판, 국가배상책임에 있어서도 객관적 정당성이 위법성의 판단기준인지, 과실의 판단기준인지, 손해방지책임의 성립요건을 위법성과 과실을 통합한 판단기준인지 실체가 분명하지 않다는 비판, 객관적 정당성이 위법성, 과실, 손해, 인과관계 등 국가배상책임의 성립과 범위에 관한 여러 요소들 각자의 역할을 무너뜨리고 있다는 비판 등이 그것이다.³⁶³⁾

이 같은 비판에도 불구하고, 법원은 항고소송에서 처분의 위법성이 확인되었음에도 국가배상청구소송에서 위법성 또는 과실을 검토하는 과정에서 끊임없이 객관적 정당성을 판단기준으로 삼고 있다. 또한 국가배상청구소송의 대상이 된 행위에 대해 위법성 요건과 과실 요건을 각각 별개로 판단하는 경우는 드물고, 이에 객관적 정당성

362) 2000다12679, 2001다33789·33796·33802·33819, 2001다65236, 2002다31018, 2005다31828

363) 안동인, 국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준-법적 안정성 측면에서의 비판적 고찰, 행정법연구 41, 행정법이론실무학회, 2015, 47~48면; 박현정, 프랑스 행정법상 ‘역무과실’(la faute de service)에 관한 연구-역무과실과 위법성의 관계를 중심으로(박사학위논문), 서울대학교 대학원 법학과, 2014, 232면; 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 271~272면.

이 구체적으로 어느 요건에서 판단되고 있는지 적시되는 경우 역시 찾기 어렵다.

다만 대법원 2010. 4. 22. 선고, 2008다38288 판결의 반대의견에서 아래와 같이 국가배상책임의 위법성 판단에 과실 판단이 포함된다고 실시하고 있다.³⁶⁴⁾

국가배상법에서의 위법이라는 개념은 법령에 명문으로 정해진 작위의무의 위반뿐만 아니라 관련 법규 및 조리를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 직무상 손해방지 의무에 대한 위반을 포함하는 것이다. 또한 작위의무의 판단 자체에 공무원의 예견 가능성이나 회피가능성이라는 과실 요소에 관한 판단이 포함되게 되므로(부작위 시 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지를 고려하여 작위의무를 인정한다)위와 같이 인정되는 작위의무를 위반한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실은 당연히 인정된다고 보아야 한다 (대법원 2010. 4. 22., 선고, 2008다38288 판결).

비판의 소지가 있는 판례 중 하나로는, 사법시험 1차 시험 불합격처분에 관한 사안이 있다. 법원은 객관적 적당성을 판단하기 위해 “행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 유무, 정도”나 “손해의 정도” 등과 같은 요소들을 들고 있으며,³⁶⁵⁾ 손해에 대해 원고들이 2차 시험에 응시할 기회를 부여받아 1차 시험 불합격처분에 따른 정신적 고통을 상당 정도 해소한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다. 그런데 이러한 판단은 국가배상책임의 성립 단계가 아니라, 과실상계나 손익상계 단계에서 다루어질 문제라는 지적이다.³⁶⁶⁾ 즉, 국가배상법상 국가배상책임의 성립요건이 충족되는 이상 국가 등에 책임을 인정하여야 할 실질적인 이유가 있는 것이며, 대법원이 제시하고 있는 책임을 부담시켜야 할 실질적 이유에 관한 사정들은 신의칙상 책임을 감면할 예외적인 사유 등으로서 고려될 수 있다고 보아야 한다는 것이다.

364) 2008다38288

365) 2013다206368

366) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 156~157면; 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 290~292면.

나. 예견가능성과의 관계

분석대상 판례에서 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결 등은 객관적 정당성을 상실할 정도여야 국가배상책임이 성립한다고 하면서 과실을 판단할 때 작위의무의 존부, 피침해이익의 중대성, 공무원의 “예견가능성”을 검토하고 있다.³⁶⁷⁾ 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결의 반대의견이 객관적 정당성과 예견가능성, 그리고 재량행위의 논리적인 연결구조를 언급하고 있다. 다만 위 전원합의체 판결에서는 객관적 정당성을 상실한 정도는 아니라고 보아 국가배상책임을 부정하였다.

… 서울특별시 교육감은 대광고등학교가 이 사건 교육부고시를 위반하면서 학생들에게 선택권을 부여함이 없이 종교교육을 강행하고 있었다는 것을 알고 있었거나 또는 충분히 알 수 있었다고 보인다.

따라서 종교의 자유라는 침해법익의 중대성·절박성 및 고도의 예견가능성이 인정되고 충분한 회피가능성이 보인다는 점을 종합적으로 고려한다면, 비록 초·중등교육법이 교육감에게 시정·변경명령 권한행사에 재량을 부여하였다고 하더라도 이와 같은 사정 아래에서는 서울특별시 교육감의 시정·변경명령 권한의 행사에는 재량의 여지가 거의 없어지고 특별한 사정이 없는 한 이를 행사할 의무만이 남게 된다고 할 것임에도, 위 교육감이 이를 행사하지 아니한 것은 고의 또는 과실로 법령을 위반한 것이라고 하지 않을 수 없다.

즉, 예견가능성이 있었고 그 침해법익의 중대함을 보았을 때 재량의 범위가 0으로 축소되어 공무원로서는 권한 행사가 아닌 규제 의무만이 남는 것이라고 하였다. 또한 여기에서 예견가능성은 공무원의 그의 직무의무 범위에 속하는 의무와 피해자의 손해를 연관 지을 수 있는 능력이며, 침해법익(손해)이 중대할수록 이를 파악할 수 있는 영역은 재량이 아닌 의무가 된다는 것으로 보인다. 그러한 의무의 불이행은 객관적으로 보아 정당성을 상실하는 것으로 배상을 해야하는 중대한 과실이 되는 것이다. 다시 말해, 재량의 경우 법령에서 규정하는 권한의 범위가 넓어 구체적인 직무의무를 특정하고 국가배상 대상행위의 위법·과실을 판단하기 위해서는 추가적인 기준이 필요한바, 대법원에서는 객관적 정당성을 제시하고 이를 판단하는 요소 중의

367) 2017다228083, 2010다37479, 2010다74416

하나로 예견가능성을 들고 있다고 할 수 있다.

예견가능성을 언급하고 있는 분석대상 판례 다수는 경찰 및 군에서 발생한 사고 등에 대한 경찰 및 군의 재량행위의 부작위로 인한 국가배상청구 사안들이다. 경찰의 범죄예방·진압 등 수사과정에서 나타나는 행위는 대부분 재량의 영역에 있고 재량행위의 경우 이를 존중하고자 법원은 상대적으로 법적 책임을 부과하지 않으려는 경향이 있으므로, 재량이면서 부작위의 경우 공무원의 작위의무를 도출하거나 부작위를 인정하는 데 불법행위 시 손해배상이론의 예견가능성을 판단기준으로 삼은 것으로 보인다.

대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다37479 판결은 “경찰관은 사고현장에 도착한 후 피의자를 피해자와 완전히 격리하고 흥기의 소지 여부를 확인하는 등 적절한 다른 조치를 하지 않은 것은 피해자에게 발생한 피해의 심각성 및 절박한 정도, 판시와 같은 상황에서 요구되는 경찰관의 초동조치 및 주의의무의 정도, 추가적 범행의 발생에 대한 예견가능성 등에 비추어 현저하게 불합리한 것으로서 위법”하다고 하여 예견가능성을 통해 작위의무 위반을 도출하고 있다.

대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다74416 판결에서도 “경찰공무원들이 이 사건 신고를 이전의 다른 신고와 동일한 것으로 오인하여 이 사건 신고 시각으로부터 24분이 지나도록 아무런 조치를 취하지 아니한 것은 과실로 인하여 현저히 불합리하게 공무를 처리함으로써 직무상의 의무를 위반한 경우에 해당하고 직무상의 의무 위반과 피해자에 대한 살인 사이에는 상당인과관계가 인정되며 해당 경찰공무원들에게는 살인 발생에 관한 예견가능성도 있었다”고 하여 살인에 대한 예견가능성을 통해 부작위와 살인사건 간의 상당인과관계를 인정하고 있는 듯하다.

민사상 불법행위책임이라는 점을 차치하고 영미법에서의 예견가능성 법리와 비교해보면, 이는 불법행위책임 인정의 부분별한 확장을 경계하기 위한 법리였으나 영국의 판례법은 야기된 침해와 같은 종류, 태양, 부류의 침해를 예견하거나 예견할 수 있었으면 족하다는 입장으로 예견가능성의 적용을 축소하는 방향으로 발전하였다.³⁶⁸⁾ 이처럼 예견가능성 법리에는 국가배상책임을 엄격하게 제한하고자 하는 배경

368) 이우영, 영미 불법행위법상의 예견가능성 법리, 서울대학교 법학 49 (3), 서울대학교 법학연구소, 2008, 286면.

이 있는 만큼, 그러한 법리의 적용은 보다 상세한 논증을 필요로 한다는 것이다.

문제는 예견가능성이라는 판단기준을 적용하여 국가배상책임을 부정한 판례에서 어떤 과정을 통해 예견가능성 여부에 대한 결론이 도출되었는지 일관되거나 구체적인 설시를 찾기 어렵다. 적어도 분석대상 판례에서 예견가능성은 아래와 같이 직무의무의 사익보호성이나 상당인과관계의 문언을 달리 표현하거나 과실 요건의 판단요소의 하나라고 간단히 설시되고 있다.

대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결의 경우 “피고 시흥시장이 이 사건 이촉허가를 하면서 행위허가 조건으로 지목변경 하지 않을 경우 허가가 취소될 수 있다는 조건을 달면서 이 사건 토지 지목이 변경되지 않은 사실을 알 수 있기는 하다. … 직권으로 변경할 의무가 없으며, 지목 변경을 요구할 수도 없다”고 하여 토지지목이 변경되지 않은 사실을 알 수는 있었지만 변경의무, 통지의무가 없어 예견가능성이 없다고 보고 있다.

대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다13527 판결에서는 광주시장이 개별공시지가를 과소 공시하여 손해가 발생한 사안에 대해 “토지의 실제와 다르게 조사된 토지이용상황 및 비교표준지를 적용한 과실로 현저하게 불합리한 개별공시지가를 산정하여 결정 공시한 행위는 개별공시지가의 산정 및 검증, 심의에 관한 직무상 의무를 위반한 것으로서 직무상 불법행위에 해당한다”고 보면서도, “개별공시지가는 … 그 실제 거래가액 또는 담보가치를 보장한다거나 어떠한 구속력을 미친다고 할 수는 없다”고 하여 개별공시지가를 기준으로 한 거래의 손해는 “결과 발생에 대한 예견가능성의 범위를 넘어서는 것”이라고 판시하고 있다. 여기에서 예견가능성은 직무의무의 사익보호성을 부정하는 문언을 달리 표현한 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 객관적 정당성을 위법성 또는 과실의 판단기준으로 제시하는 일반론에서는 객관적 정당성을 판단하는 요소 중의 하나로 손해를 예견·회피할 수 있는지 여부를 언급하는 판례가 근래 자주 등장하고 있다.³⁶⁹⁾ 즉, 객관적 정당성을 상실할 정도가 아님을 판단하는 근거로 공무원 개인이 해당 결과를 예상할 수 없었거나 인식하더라도 회피할 수 없었다는 점을 검토하고 있다고 할 수 있다. 만일 객관적

369) 2021두33838, 2018다214876, 2017다201545, 2013다20427, 2015다201947, 2012다29588, 2014다222107, 2010다95666, 2008다77795

정당성에 있어 '손해'에 대한 검토 또한 예견·회피가능성과 관련된 판단 요소로 보는 경우 관련 판례 수는 더 늘어난다.

4. 인과관계 : 직무상 의무의 사익보호성

공무원의 직무상 의무위반이 국가배상법상 위법성 요건에서 논해지는 경우 대표적으로 입법행위 또는 사법행위의 국가배상법상 위법성과 직무상 손해방지의무 위반으로서의 위법성이 있다. 공무원의 일반적인 직무상 손해방지의무는 명문의 규정이 있는 경우뿐만 아니라, 법령에 명시적인 규정이 없는 경우에도 관련 규정에 비추어 조리상 인정된다.³⁷⁰⁾ 따라서 판례에서 문제가 되는 쟁점은 직무상 의무위반 자체가 아닌 직무상 의무의 사익보호성 여부이다.

직무상 의무의 사익보호성이란, 공무원의 행위 또는 직무상 의무를 규율하는 법령이 공익의 보호만을 목적으로 하지 않고 공익뿐만 아니라 국민 개개인의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 것을 의미한다. 공무원의 직무상 의무위반에 있어 직무상 의무의 사익보호성을 요하는지 여부에 관해서는 견해의 대립이 있다. 직무상 의무의 사익보호성을 요하지 않는다는 입장에서 직무상 의무를 위반한 행위는 당해 직무상 의무의 사익보호성 여부와 관계없이 법령에 위반하면 모두 위법으로 보고, 법령에 위반하는 행위로 순수하게 반사적 이익이 침해된 경우에도 위법성이 인정되나 다만 손해가 발생한 것으로 볼 수 없어 국가배상책임이 인정되지 않는 것으로 본다.³⁷¹⁾

반면 판례는 직무상 의무위반으로 인한 손해에 대해 국가배상책임이 인정되기 위해서는 직무상 의무의 사익보호성을 요한다는 입장이다. 즉, 당해 직무상 의무가 공익뿐만 아니라 국민 개개인의 이익을 보호목적으로 하고 있어야 한다는 것이다.³⁷²⁾

일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는

370) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 849면.

371) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 851면.

372) 2013다41431

지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계 없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무를 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013다41431 판결).

앞서 언급한바와 같이, 직무상 의무위반의 사익보호성을 종래 위법성의 문제 또는 상당인과관계의 문제로 보는 판례가 혼재하였으나,³⁷³⁾ 최근에는 직무상 의무의 사익보호성을 상당인과관계의 문제로 보고 있는 경향이 있다.³⁷⁴⁾ 대표적으로 부산2저축은행 발행의 후순위사채에 투자한 원고들이 금융감독원, 대한민국 등을 상대로 손해배상을 청구한 사안에서 피고 금융감독원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위해 설정된 것이 아니므로, 그 직무상 의무위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계를 부정하고 있다.

공무원이 법령에서 부과된 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 제3자가 손해를 입은 경우에 제3자에게 손해배상청구권이 인정되기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반행위와 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과한 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것인바, 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 설령 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결 등 참조).

373) 99다64278, 99다36280

374) 2000다34891, 2015다210194

… 금융위원회의 설치 등에 관한 법률의 입법취지 등에 비추어 볼 때, 피고 금융감독원에 금융기관에 대한 검사감독의무를 부과한 법령의 목적이 금융상품에 투자한 투자자 개인의 이익을 직접 보호하기 위한 것이라고 할 수 없으므로, 피고 금융감독원 및 그 직원들의 위법한 직무집행과 부산2저축은행의 후순위사채에 투자한 원고들이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다…(대법원 2015. 12. 23. 선고 2015다210194 판결).

이러한 판례의 일관된 입장에 대해서는 법치행정의 원칙에 따라 법령을 위반한 행위는 원칙상 위법한 것으로 보는 것이 타당하며, 인과관계는 기본적으로 사실문제로서 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라는 이유만으로 공무원의 직무상 의무위반 행위와 손해 사이에 상당인과관계를 부정하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보인다.³⁷⁵⁾

제3절 | 긴급조치 사건의 경과

1. 종래 법원의 태도

긴급조치는 제1호와 제9호의 경우 대법원 2013. 4. 18. 선고 2011초기689 전원합의체 결정에서 위헌으로 판단하였다. 이처럼 사후 위헌으로 판단되어 초기 판례에서는 대통령 및 법관 등의 고의·과실 요건이 부정되었고,³⁷⁶⁾ 결과적으로 국가배상은 인정되었으나 경찰의 고문이 형사소송법 제325조 후단에 의한 증거능력을 확보하여 인정된 것에 불과할 뿐 판시내용에서 법관의 과실은 부정되었다.³⁷⁷⁾

긴급조치를 발령한 대통령의 과실을 부정한 논거는 “원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는

375) 박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 853~854면.

376) 2014나2034469, 2014다223087, 2014다215444, 2014다231729, 2014다231330

377) 2013다217962

것은 아니므로, 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”는 것이었다. 특히 긴급조치를 적용하여 형사유죄를 판결한 법관의 경우 “긴급조치 제9호가 위헌 무효임이 선언되지 않은 이상 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다”고 하였다.³⁷⁸⁾

대법원은, 종래 입법행위라 하더라도 ‘그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우’에는 국가배상책임이 성립한다고 하였으나, 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 국민 전체에 대하여 정치적 책임을 질뿐이라고 하였다. 긴급조치 역시 법률적 효력을 가지므로, 입법행위에 따른 위의 책임이 적용된다. 그러나 이 사건 대법원 판결들은 긴급조치가 위헌이 명백한 것을 알면서 입법을 한 특수한 경우에 해당하지는 않음을 검토하지 않았다(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2015헌마861 등(병합); 2016헌마125 등(병합) 전원재판부 결정).

이와 달리, 서울고등법원 2016. 1. 8. 선고 2015나2028874 판결은 긴급조치에 따른 국가배상책임을 인정하였다. 국가배상법상 과실 관념이 객관화되거나 조직과실, 과실 추정과 같은 논리의 개발을 통하여 피해자에 대한 구제의 폭을 넓히려는 추세를 언급하였으며,³⁷⁹⁾ 아래와 같은 판시로서 긴급조치 제1호 또는 제9호의 발령·적용·집행을 통한 국가의 불법행위는 이에 근거하여 수사를 진행하거나 공소를 제기한 수사기관의 직무행위와 유죄판결을 한 법관의 직무행위, 그리고 유죄판결에 따라 형을 집행한 행형당국의 직무행위를 긴급조치 발령과 그에 따른 일련의 국가작용으로 구성하는 이상 개별 공무원의 고의·과실은 넉넉히 인정된다고 하였다.³⁸⁰⁾

긴급조치 제1호, 제9호의 위헌성이 명백하고 기본권 침해의 정도가 심대한 점에 비추어 보면, 위 긴급조치에 따라 직무를 수행하는 공무원들은 형식적인 법령을 준수하여

378) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2015헌마861·918·950·951·952·960·977·978·981·996·1031·1032·1049·1057·1115·1153, 2016헌마60·220·238·331·374·422·430·517·566·612·686·821·822, 2017헌마380·1374, 2018헌마365(병합); 2016헌마125·187·205·221·269·298·338·488·520·521·593·668·774·802·1037, 2017헌마58·975·1066·1251·1274·1379·1380(병합) 전원재판부 결정

379) 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌바395 전원재판부 결정

380) 서울고등법원 2016. 1. 8. 선고 2015나2028874 판결

행위한다는 인식을 하면서도, 동시에 직무집행의 상대방에 대한 위법한 침해행위 내지 손해의 발생이라는 결과에 대하여 용인 또는 묵인하였다고 봄이 상당하다(그렇지 않다고 하더라도 그에 관하여 과실이 있었음을 부인할 수는 없다). 특히 국가가 긴급조치 제1호, 제9호의 발령·적용·집행을 통하여 일련의 절차를 통해 행한 불법행위는 국가가 개별 공무원의 행위를 실질적으로 지배하였다는 특징이 있는데, 그 과정에서 해당 공무원이 스스로의 의지나 생각에 따라 그 행위를 회피할 가능성은 거의 없었다고 보아야 한다. (중략) 이러한 경우에도 국가배상책임의 성립에 개별 공무원의 고의 또는 과실을 엄격하게 요구한다면, 국가가 국가의 시스템을 통해 국민의 자유와 권리를 침해한 조직적 불법행위에 대해 오히려 국가배상책임이 인정될 가능성이 줄어든다는 부당한 결론에 이르게 된다. 이는 국가배상을 통한 손해의 공평한 분담이라는 제도적 취지에 반할 뿐만 아니라, 과실의 인정 범위를 폭넓게 확대해 국민의 권리를 두텁게 보호하고자 하는 경향성에도 정면으로 반하는 결과이다(서울고등법원 2016. 1. 8. 선고 2015나2028874 판결).

서울고등법원 2021. 4. 2. 선고 2020나2036077 판결은 위 서울고등법원 2016. 1. 8. 선고 2015나2028874 판결에서 나아가 아래와 같이 ‘대통령’의 긴급조치 발령행위의 과실을 인정하였다.³⁸¹⁾

긴급조치와 같은 국가긴급권을 행사하는 대통령에게는 당시의 국내외 정치상황 및 사회상황을 종합적으로 고려하여 헌법상의 발동 요건의 구비 여부를 판단하고 필수불가결한 최소의 한도 내에서만 국가긴급권을 행사해야 할 주의의무가 있고, 그러한 요건을 구비하지 못해 위헌성이 명백한 데도 국가긴급권을 행사하는 것은 그와 같은 주의의무를 다하지 못한 불법행위라고 보아야 한다. (중략) 긴급조치 제9호의 발령은 그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 유신헌법에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위해 재량의 한계를 벗어난 특수한 경우에 해당한다고 인정된다. 그러므로 대통령의 긴급조치 제9호 발령행위는 구 국가배상법 제2조 제1항 소정의 고의 또는 과실로 인한 위법행위에 해당하여 그로 인하여 피해를 입은 국민 개개인에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다(서울고등법원 2021. 4. 2. 선고 2020나2036077 판결).

381) 해당 사건은 2022년 10월 기준으로 상고심 진행 중인 것으로 확인되고 있다.

2. 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결

위와 같은 경과를 거쳐 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결은 대통령의 긴급조치 제9호 발령 및 적용·집행행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하지 않는다고 보아 국가배상책임 부정한 종래 대법원 판례를 변경하였다. 즉, 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은 전체적으로 보아 공무원의 위법행위에 해당하므로 국가배상책임이 인정되며, 긴급조치의 피해자들이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 위반하였다는 이유로 체포·구금되어 수사를 받았거나 나아가 기소되어 유죄판결을 선고받아 형을 복역함으로써 입은 손해에 대하여 국가가 국가배상책임을 부담한다고 본 것이다.

이러한 다수의견에 더하여 보충의견과 별개의견을 통해서는 공무원의 고의·과실에는 공무원 개인의 고의·과실뿐만 아니라 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실이 포함된다고 보아야 한다는 점, 긴급조치 제9호의 발령·적용·집행에 따른 국가배상책임에 개별 공무원의 고의 또는 과실이 반드시 구체적으로 특정되어야 하거나 법관의 재판행위가 국가배상책임과 구분되어 독립적으로 불법행위를 구성하는지를 반드시 판단하여야 할 필요는 없다는 점 등이 판시되었다.

한편 법관의 재판상 직무행위에 대해서는 재판으로 인해 발생한 손해를 배상하도록 하는 것이 법관의 재판작용으로 인한 국가배상책임을 엄격히 제한하는 판례와 모순되지 않으나, 긴급조치 제9호에 대한 위헌성의 심사 없이 이를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 대통령의 위법한 직무행위와 구별되는 독립적인 불법행위로서 국가배상책임을 구성하고 이를 대통령의 국가긴급권 행사와 일련의 국가작용으로 평가할 수는 없다고 지적되기도 하였다.

위 대법원 전원합의체 판결의 의의는 무엇보다 국가배상청구권이 헌법상 보장된 기본권이자 국가와 개인의 관계를 규율하는 공권으로서 국가배상책임을 국가가 공무원 개인의 불법행위에 대한 대위책임이 아니라 국가 자신의 불법행위에 대해 직접 책임을 부담하는 자기책임임을 명확히 한 것이다. 이에 따라 국가배상법을 헌법합치적으로 해석하기 위해서는 국가배상책임의 성립 요건인 공무원의 고의·과실에는 공

무원 개인의 고의·과실뿐만 아니라 널리 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실이 포함된다고 볼 수 있었던 것이다.

3. 관련 분석대상 판례

분석대상 판례 중에는 사후 위헌·위법이 밝혀졌음에도 불구하고 당시 위헌성 있는 법령을 제·개정하거나 적용한 행위에 대해 고의·과실 요건의 성립이 부정되어 국가배상책임이 부정된 사안들이 있다.³⁸²⁾

대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결은 상대평가제로 시험을 실시한다는 부칙을 개정한 당해년도 시험부터 적용한다는 부칙이 위헌무효로 판단되어 해당 시험의 불합격처분이 취소 확정된 후 국가배상이 청구된 사안이다. “상대평가제를 절대평가제로 전환한다고 하여 합격자수가 반드시 증가한다고 볼 수 없고, 합격자의 결정 방식은 특허청장의 권한에 속하며, 수험생들의 신뢰는 사실상의 것으로 볼 수 있다는 견해가 있을 수 있고, 수험생들의 신뢰이익이 1차 시험 합격자 선발이라는 공익적 목적을 넘는 것이라고 보지 않는 견해도 있을 수 있는 점을 고려할 때, 이 사건 부칙의 입법에 관여한 공무원들은 입법 당시의 상황에서 위와 같은 다양한 견해를 고려하여 나름대로 합리적인 근거에 기초하여 개정 시행령에 경과규정 등의 조치없이 당일부터 시행하였다고 할 것”이라고 하여 과실을 부정하였다. 만일 위 대법원 전원합의체 판결과 같이 고의·과실을 널리 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실로 이해하는 경우 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결 역시 달리 판단될 수 있을 것이다.

대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다30946 판결은 재임용거부처분에 대한 국가배상소송에서 “2000두7735 전원합의체 판결이 있기 전에는 재임용여부는 임면권자의 자유 재량행위로 파악하였는데 판결 이후 법해석의 변화로 비로소 인정되게 된 재임용심사 신청권을 기초로 하여 종전의 국공립대학 교원의 권리 내지 법익침해의 결과에 대하여 손해배상책임을 묻는 것은, 당시로선 일반적으로 존재하지 않는 것으로 해석되었던 규범의 준수를 요구하는 것이거나 현실적으로 불가능한 주의의무의 이행을 기대하

382) 2012다203096, 2011다14428, 2009다30946

는 것에 지나지 않는다”고 하여 국공립대학교 임용권자의 고의·과실의 성립과 국가배상책임을 부정하였다. 긴급조치 사건과 달리 위법성이 명백하지 않아 고의·과실 여부를 별개로 판단한다 하더라도, 재량행위에 있어서도 준수되어야 할 일정 정도의 직무의무가 있다는 점에서 보다 섬세한 논거가 필요할 것으로 보인다.

또한 위 대법원 전원합의체 판결이 긴급조치와 관련하여 국가배상책임의 성립 가능성을 폭넓게 인정함으로써 통치행위로 접근한 판례는 쉽게 극복될 수 있는 반면,³⁸³⁾ 집행행위 자체에 초점을 맞추어 공무원의 주관적 책임 요소에 의거하여 국가배상책임을 부정한 판례는 여전히 극복하기 쉽지 않다는 지적도 있다.³⁸⁴⁾ 즉, 국가배상법상 명시적인 주관적 책임 요소의 규정이 헌법합치적 자기책임을 관철하는 데에 장애물이 되며, 주관적 책임 요소가 행정소송상 위법성 판단과 국가배상책임의 위법성 판단을 다르게 만들거나 가해공무원의 고의·과실의 존부가 국가배상책임을 인정하는 절대적인 기준이 되게 하는 문제점으로 지적하고 있다.³⁸⁵⁾ 요컨대, 국가배상법 제2조의 공무원의 고의 또는 과실 요건은 완화 내지 삭제 등 개정이나 추후 판례를 통해 달리 해석될 필요가 있다고 생각된다.

제4절 | 분석결과

1. 객관적 정당성 기준의 문제점

대법원은 위법성 판단에 있어 객관적 정당성에 관한 일반론과 판단기준을 전개하고 있다. 이에 대해서는 민사법상 불법행위책임에서보다 국가배상책임을 좁게 해석하고 있는 것으로 보여 양자에 있어서 불균형 내지 민사법상 불법행위책임이 상대적으로

383) 2012다48824

384) 2013다217962

385) 법률신문, 시대의 해원(解冤)을 넘어 국가배상법 개혁을 위한 모색-대법원 2022.8.30. 선고 2018다212610 전원합의체판결, 2022. 9. 5. 보도

(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=181409&kind=CC01&key=>); 법률신문, 개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고, 2018. 2. 8. 보도 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=140168>).

넓게 해석될 역전의 가능성이 있고, 따라서 국가배상책임의 인정에 대한 대법원의 소극적인 태도를 드러내는 것이라고 평가된다.³⁸⁶⁾ 또한 이 때문에 하급심 법원이 국가배상책임을 인정하는 데에 부담을 가질 수 있으며,³⁸⁷⁾ 개별 국민으로 하여금 국가의 행정작용과 법원의 판단에 대한 불신과 우려를 야기할 수 있게 된다.³⁸⁸⁾

분석대상 판례 중 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다206368 판결은 항소소송에서 위법성이 인정된 처분에 대해 “주택법은 무상양도를 행정청의 재량으로 두고 있고 담당공무원이 당시 적법한 재량권을 행사하는 것이 용이하지 않았다고 보인다”고 하여 객관적 정당성 및 위법성 각각의 성립을 부정하고 있다. 또한 공무원의 법령해석과 관련하여 결과적으로 위법한 처분을 하였다고 하더라도 법문언상 해석의 여지가 있고 그 해석을 위해 공무원이 노력하는 과정이 있었던 경우 과실 성립을 부인하고 있는바, 대법원은 객관적 정당성을 사실상 주관적 정당성, 즉 행위자가 어떤 행위를 하는 것이 객관적으로 정당하다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 경우에 얻어지는 정당성으로 운용하고 있음을 알 수 있다.³⁸⁹⁾

이로써 문제는 국가배상책임에 있어 직무행위의 위법성이 명확히 드러날 수 있는 사안은 상대적으로 과실 요건의 성립이 쉬운 경우 과다인용이 되는 반면, 정치적 영역 또는 전문적 영역의 사안이어서 법원이 위법성의 기준을 제시하거나 판단하는 것이 어려운 경우 상대적으로 국가배상책임이 과소인용되는 경향이 나타날 수 있다는 것이다.

386) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 157면; 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 289면.

387) 긴급조치가 위헌으로 선고되자, 그에 의하여 처벌받았거나 수사를 받았던 사람들은 형사보상을 청구하는 외에 국가를 상대로 국가배상을 청구하였다. 그러나 대법원은 이러한 청구를 받아들이지 않았다. ... 그 후의 판례도 이와 같은 태도를 유지하였다. 하급심 판례는 대체로 대법원 판례에 따라 국가배상청구를 받아들이지 않았고, 이에 대하여 당사자가 대법원에 상고를 하여도 대법원은 심리불속행 결정으로 상고를 기각하였다. 특히 제1심에서 대법원 판례에 반하여 국가배상청구를 인정하였으나, 항소심에서는 판례에 따라 국가배상청구를 받아들이지 않은 사례들이 있었다(법률신문, 긴급조치 피해자를 위한 특별입법의 필요성, 2022. 10. 10. 보도(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=182055>)).

388) 최계영, 처분의 취소판결과 국가배상책임, 행정판례연구 18 (1), 한국행정판례연구회, 2013, 290~292면; 이윤정, 공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토-대법원 판례들의 분석과 평석을 중심으로, 강원법학 47, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 466~467면.

389) 김도식, 인식론과 윤리학에서의 '정당성'에 대한 비교 연구-객관적 정당성과 주관적 정당성에 대한 쉐들만의 논의를 중심으로, 철학적 분석 15, 2007, 62면 등 참고.

전자의 경우로 재판작용을 제외한 수사사법 영역을 예로 들 수 있으며, 대체로 국가배상청구가 인용되었다. 즉, “수사기관의 질문에 대한 단답형 대답이 대다수임에도 문답의 내용을 바꾸어 기재함으로써 마치 피의자로부터 자발적으로 구체적인 진술이 나오게 된 것처럼 조서를 작성”한 행위가 객관적 정당성을 상실하였다고 판단한 사안,³⁹⁰⁾ 국가정보원 수사관의 “변호인과 접견을 잠시라도 허용하면 피의자의 진의를 쉽게 확인할 수 있었음에도 그러한 조치를 다하지 않은” 행위가 객관적 주의의무를 다하지 않아 위법하다고 판단한 사안,³⁹¹⁾ 경찰관의 “정황상 범인의 것임을 배제할 수 없는” 차량의 도주방지 조치 부작위가 객관적 정당성을 상실하여 위법하다고 판단한 사안³⁹²⁾ 등이 그러하다.

후자의 경우로는 금융감독원의 뇌물수수 및 회계감리 조사 미진이 사실심에서 인정되었음에도 불구하고 직무의무의 사익보호성을 부정하여 국가배상책임을 부정한 사안,³⁹³⁾ 식약청의 미니캡젤리 질식 사고 후 규제조치 미비에 대해 “식품청장은 규제권한 행사 시 식품의 수입업자, 판매업자 등의 재산권 침해와 자율적인 시장질서 교란 우려 등과의 비교, 교량이 필요한 점”을 들어 객관적 정당성을 잃지 않아 과실을 부정한 사안³⁹⁴⁾ 등이 있다. 금융감독원³⁹⁵⁾ 및 식약청³⁹⁶⁾ 등 전문 영역에서의 행정작용에 있어 감독조치 미흡은 그 과정에서 행위의 위법성이 어느 정도 드러나더라도 국가배상의 각종 요건을 엄격하게 적용하여 책임을 부정하고 있는 것으로 보인다. 또한 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결 이전의 긴급조치 사건에 대한 일련의 판례에서는 대통령의 발령행위에 대한 행위 위법 판단 자체를 하지 않고 고도의 정치적 행위로 보아 판단을 자제함을 밝힌바 있다.³⁹⁷⁾

390) 2015다224797

391) 2016다266736

392) 2013다20427

393) 2016다263010

394) 2008다67828

395) 2016다268848, 2016다263010

396) 2008다77795, 2008다67828, 2013다203772

397) 2014나2034469, 2014다215444, 2014다231729, 2014다231330

2. 과실 판단의 문제점

항고소송에서의 위법성과 국가배상소송에서의 위법성은 그 판단기준이 다르다는 견해는 처분의 취소사유로서 명백성을 갖춘 경우라면 평균적인 공무원은 당해 행위가 위법한 것임을 알거나 알 수 있어서 국가배상법상 불법의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있는 반면, 명백성을 결한 위법한 처분이라면 그 처분의 위법성이 곧바로 국가배상법상 불법으로 평가될 수는 없을 것이라고 하고 있다.³⁹⁸⁾

대법원 역시 위와 같은 견지에서 국가배상책임의 성립 여부를 판단하고 있다. 즉, 위헌·위법이 명백한 경우 과실을 판단하지 않으며, 법령해석, 사후 위헌·위법이 밝혀진 경우 등에서 위법성과 과실을 부정한 사안 등이 그것이다. 다시 말해, 과실 요건에 대한 판단은 처분의 위법성이 명백하지 않은 사안에서 국가 등이 배상책임을 질 정도의 불법을 저질렀는지 여부를 검토하는 과정이다.

분석대상 판례들을 보면, 명백한 위헌·위법의 경우 법령해석을 위한 과정상 노력을 살피거나 사후 위헌·위법이 밝혀진 경우 행위 당시 위헌·위법의 인지 정도를 살피는 점, 재량이나 부작위에서 공무원의 직무의무의 범위를 확정하기 위해 그 주의의무가 요구되는 수준을 파악하는 점 등에서 과실 요건을 통해 행위 당시 처분의 위법성이 명백하지 않은 사안에서 특히 유의미하게 판단되고 있음을 알 수 있다.

문제는 그 판단기준이 자의적이라는 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 객관적 정당성 기준의 경우 판례에 등장한 이후 일관되게 제시되고 있으나, 논리의 전개나 구체적세부적 내용에 있어 거의 변화가 없어 여전히 모호하다는 비판이 제기되고 있다. 이 때문에 특정 행정영역에서 지나치게 엄격하게 적용되거나 상대적으로 느슨하게 적용되는 경향이 여전한 것이다. 예견가능성이나 회피가능성이라는 민사법상 논리를 차용하여 적용함에 있어서도 공법관계를 다루는 국가배상소송의 특수성을 고려고 있는 것으로는 보이지 않는다.

대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결에 이르러 긴급조치가 위헌으로 밝혀진 이후에도 국가배상청구가 받아들여지지 않았던 피해자를 구제할 수 있게 된 것은 지극히 타당하다고 하지 않을 수 없다.³⁹⁹⁾ 그런데 이는 과실의 개념을

398) 정준현, 행정처분의 위법성과 국가배상법상의 위법성, 법학논총 41 (2), 2017, 46면.

399) 법률신문, 긴급조치 피해자를 위한 특별입법의 필요성, 2022. 10. 10. 보도

공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실로 파악함으로써 가능한 결과라고 할 수 있다. 객관적 정당성 기준과 관련된 판시에는 크게 변화가 없어 아쉽기는 하나, 국가배상법상 과실의 개념을 위와 같이 재정립함으로써 국가배상책임을 국가의 자기 책임으로 충분히 이해할 수 있다.

3. 입법작용 및 사법작용에서의 배상책임

앞서 입법작용 또는 재판작용으로 인한 손해의 배상에 있어서는 국가배상법상 적용 제외규정이 있거나 이에 관한 특별한 법률규정이 있지 않고, 국회의원이나 법관 역시 공무원에 해당하므로 원칙적으로 국가배상책임이 적용됨을 살펴보았다. 그러나 실무상 국가배상책임이 인정되기는 쉽지 않다. 헌법재판소 결정으로 법률이 위헌임이 선언되거나 재판이 상소, 재심 등에서 취소되는 것만으로 부족하고, 국회의원이나 법관의 직무상 주의의무 위반까지 있어야만 그 위법성이 인정될 수 있기 때문이다.⁴⁰⁰⁾

그런데 일반적·추상적 성격을 가지고 있는 법률은 그에 근거한 행정처분을 매개로 집행되는데, 공무원에게는 법관과 달리 법률의 위헌 여부에 대한 심사권한이 없기 때문에 공무원이 합헌이라는 판단 하에 이를 집행한 경우 사후 당해 법률이 헌법재판소에 의해 위헌·무효로 밝혀질 경우 공무원의 과실이 성립하기가 어려운 것이 사실이다. 결국 처분적·집행적 법률에 의해 직접 손해가 발생하는 경우에 한하여 그 과실이 성립할 것이어서 입법행위에 대한 국가배상책임의 인정범위는 더욱 협소해지는 것으로 보인다. 또한 사법작용에 대한 국가배상책임에 있어서는 법관이 채증법칙 위반, 수뢰, 직권남용 등 불법행위를 행함에 따라 손해를 가할 가능성을 완전히 배제할 수 없으며, 기판력이 발생하는 판결과 명령·결정을 구분하지 않고 국가배상책임을 부정하고 있으나, 이는 오늘날 헌법상 법치국가 원리에 합치되지 않는다는 비판이 있다.⁴⁰¹⁾

(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=182055>).

400) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 159면.

401) 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 534~535면; 상세로는 정하중, 법관의 재판작용에 대한 국가배상책임, 저스티스 75, 한국법학원, 2003. 10., 58면 이하.

4. 공무원 개인의 책임 및 구상책임 문제

대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 이후 법원은 고의와 중과실의 경우에는 전적으로 공무원 개인이 책임을 져야 하되 외관주의에 따라 국민을 두텁게 보호하기 위해 국가가 중첩적으로 책임을 지는 반면, 경과실의 경우에는 직무수행상 통상적으로 예기될 수 있는 흠이기에 국가가 전적으로 책임을 진다고 일관되게 판시하고 있다.

위 대법원 전원합의체 판결은 그 논거로서 헌법 제29조 제1항 단서 자체로 공무원 개인의 구체적인 손해배상책임의 범위까지 정한 것으로 보기는 어렵다는 점, 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없는 한 공무원 개인에게 불법행위로 보아 손해배상책임을 부담시킬 수 있는 점, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 기준으로 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되어야 한다는 점 등을 들고 있다.

위 전원합의체 판결에 대해서는 학계의 해석과 견해가 분분하나,⁴⁰²⁾ 대체로 공무원의 행위가 그 외관상 직무집행 행위로 인정된다면 과실의 경중을 묻지 않고 그에 따른 법적 효과 및 책임이 국가에 귀속되는 것으로 본다는 점에서 기본적으로 자기책임설을 취하고 있다고 본다. 그러나 자기책임설을 취하고 있다 하더라도, 공무원 개인에게 위법한 직무집행에 대한 고의·과실을 따져 이를 국가 등의 고의·과실로 대치하여 인정하는 구조를 취한다면 대위책임설에 따라 국가배상책임을 구성하는 것과 결과에 있어 달라지는 것이 없으며, 이는 공무원의 불법행위책임 인정 여부와 관계없이 행정주체 스스로의 행위에 대한 법적 평가를 통해 책임을 지을 수 있어야 한다는

402) 판례가 국가배상법상의 과실을 공무원의 주관적 과실로 보고 있다는 것에 근거하여 대위책임설에 입각하고 있다고 보는 견해가 있으나(김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 849~850면), ... 판례상의 국가배상법상의 과실개념은 객관화되고 있고, 국가배상법상의 '공무원의 과실'은 공무원 개인의 과실이 아니라 공무원행자 또는 기관으로서의 공무원의 과실이라고 보는 것이 타당하고, 기관(공무원행자로서의 공무원)의 과실을 주관적 과실로 볼 수도 있으므로 위의 견해는 타당하지 않다(박균성, 행정법론 상(제21판), 박영사, 2022, 823면).

진정한 의미의 자기책임설과 배치되는 것이라고 할 수 있다.⁴⁰³⁾

또한 소송실무에서는 위법한 행정결정에 대해 쉽게 중과실을 인정함으로써 공무원 개인에게 책임을 부과하는 경향이 지적되고 있다.⁴⁰⁴⁾ 공무원 개인에게 과도한 책임을 부과하는 경우 대민업무를 수행하는 공무원이 소송에 연루됨으로써 발생하는 개인과 조직의 사기 저하나 복지부동의 문제가 야기될 가능성이 높은 것이다. 따라서 공무원 개인의 책임 및 구상책임은 제한적으로 인정되어야 하며, 이를 위해 고의·중과실의 개념의 축소해석이 시도될 수 있다.

5. 국가배상소송 및 관련 소송의 관할 문제

실무에서는 국가배상책임과 공무원 개인의 책임을 모두 특수한 형태의 불법행위책임, 즉 민사법상 법률관계로 보아 민사법원에서 민사소송으로 다루고 있다. 국가배상책임과 민사법상 책임은 양자가 모두 기본적으로 손해전보에 관한 것이어서 그 유사성은 불가피할 것이다. 그러나 실무상 양자의 유사성만이 강조되는 경향은 국가배상소송을 공법상 법률관계를 다루는 행정법원이 아닌, 일반민사법원이 관할하고 있는 것에서도 기인한다고 할 수 있다.

그러나 국가배상책임과 국가배상제도를 공법상 책임 및 국가의 자기책임에 기반한 공법제도로 보는 이상, 국가배상소송은 공법상 법률관계에 관한 소송인 당사자소송으로 규정하고 사법원이 아닌 행정법원에서 별도로 다루어져야 할 것이다. 즉, 항고소송과 국가배상소송은 위법한 국가작용에 대한 양대 소송수단으로서 그 심판대상에 있어 위법성 요소 등에서 공통된 판단을 할 수 있어야 하며, 행정재판에 전문성을 가진 법관에 의한 재판이 이루어져야 한다는 것이다.

국가배상소송이 당사자소송으로 이루어질 경우에도 공무원 개인의 책임은 국가기관으로서가 아니라 개인적인 불법행위에 대해 사인인 공무원의 책임을 묻는 것임은 다르지 않다. 따라서 사인 사이의 법률관계에 대한 다툼으로서 여전히 민사법원에

403) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 850~851면; 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성 - 과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 150~151면.

404) 박정훈, 국가배상법제의 개혁-국가책임과 공무원(경찰관) 개인책임의 구별을 중심으로, 입법정책포럼 자료집, 한국법제연구원, 2019. 1. 18., 10면.

관할이 있을 것이어서 국가배상소송과 공무원 개인에 대한 손해배상소송은 각각 당사자소송과 민사소송으로서 행정법원과 민사법원에서 다루어져야 한다고 볼 수 있다.

제 5 장

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

결론

서 주 연

제1절 | 개정 및 개선 방향

국가배상제도의 개정 및 개선의 방향에 있어 전반적으로 염두에 두어야 할 유의점을 아래와 같이 함으로써 그 의의를 제고하고자 한다.

첫째, 국가배상제도는 헌법 제29조 제1항에 입각하고 있으며, 그 청구권적 기본권으로서의 기초가 국가배상법 및 국가배상책임의 해석 및 적용에 투영되어야 한다. 즉, 국가배상법은 헌법상 법치국가 원리와 재판청구권을 통한 권리보호를 보장하고 구체화·형성화하는 필수불가결한 법률이라고 볼 수 있다. 만일 국가배상법이 그러한 헌법적 규준을 구현하는 데 불충분하다고 평가되는 경우 법원은 판례의 법형성 기능을 발휘하여 국가배상법을 헌법합치적으로 발전시켜 나가야 할 것이다.⁴⁰⁵⁾

둘째, 국가배상제도의 공법적 특수성을 이해하고, 이를 바탕으로 국가배상법 또는 관련 법률에서 규율되는 국가배상책임에 관한 규정들의 필요성과 타당성을 확인하여야 한다. 국가배상책임에 있어 민사법상 불법행위책임과의 차이점이 인정되는 이상, 현행 국가배상의 체계와 역할이 공법제도로써 본연에 충실한지 여부가 중요하기 때문이다. 이와 관련한 개정 논의는 이미 일정 수준에 이르렀다. 행정소송법 정부 입법안은 국가배상소송 사건을 공법상 법률관계를 전제로 당사자소송에 포함시키고 있으며, 판례는 긴급조치 사건의 국가배상소송에 있어 국가의 자기책임을 강조하고 과실의 판단기준을 재정립하기도 한 것이다.⁴⁰⁶⁾

405) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 844면.

406) 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결

다음 절에서는 본 보고서에서의 판결문 분석결과 및 비교법적 시사점을 바탕으로 보다 구체적인 입법정책적 개선방향을 제언할 것이다.

제2절 | 입법정책적 제언

1. 국가배상책임의 성립요건

가. 배상책임 주체의 확대

헌법 제29조 제1항은 배상책임 주체를 국가와 공공단체로 명시하고 있으나, 국가배상법은 1967년 개정 이래 배상책임 주체를 국가와 지방자치단체로 제한하여 규정하고 있다. 이에 따라 공공단체 중 영조물법인, 공공조합, 공공재단 등의 활동에 의해 손해를 입은 국민은 이들이 공권력주체로서 공행정작용을 한다 하더라도 국가배상법 제8조에 따라 민법에 의해 손해배상청구를 할 수밖에 없다. 오늘날 다수의 공공단체가 공권력주체로서 공행정작용을 수행하며 고권적 활동을 하고 있는 한 이들의 배상책임을 민법상 불법행위책임에 귀속시키는 것은 법체계 정당성에 반하며,⁴⁰⁷⁾ 민법상 불법행위책임이 아닌 국가배상책임의 차원에서 배상책임을 논하는 것이 바람직하다.⁴⁰⁸⁾

국가배상법 제2조 제1항 개정을 통해 배상책임 주체를 헌법과 동일하게 “국가나 지방자치단체, 그 밖의 공공단체”로 규정하여야 한다. 이에 따라 동법 제6조 비용부담자 등의 책임 주체에 대해서도 “국가나 지방자치단체, 그 밖의 공공단체”로 정하여 둘 수 있다.

나. 과실 개념의 재정립

국가배상책임을 국가의 자기책임으로 구현하기 위해서는 앞서 논의한 바와 같이, 과실의 개념을 실질적으로 객관화하는 방향으로 재정립되어야 한다.

407) 정하중, 우리 국가배상법의 개선방안, 토지보상법연구 16, 2016, 3~4면.

408) 김중권, 행정법(제4판), 법문사, 2021, 846면.

이는 대법원이 제기하고 있는 객관적 정당성 기준의 문제점과 직결되어 있다. 앞서 판결문 분석을 통해 살펴본바, 객관적 정당성 기준은 항고소송에서 위법성이 확인된 처분에 대해 국가배상책임을 부정하는 방향으로 작동하고 있으며, 이를 통해 국가배상 책임에 대한 대법원의 소극적인 태도를 확인할 수 있었다. 무엇보다 이 같은 객관적 정당성 기준이 여전히 모호하고, 이 때문에 특정 행정영역에서 지나치게 엄격하게 적용되거나 상대적으로 느슨하게 적용되는 경향을 보이는 것에는 비판의 여지가 있다.

다만 긴급조치 사건에 한정된 것이기는 하나 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다 212610 전원합의체 판결이 과실의 개념을 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실로 넓게 파악하고, 위헌인 법령의 발령·적용·집행에 따른 개별 공무원의 고의 또는 과실이 특정되어야 하거나 법관의 재판행위가 국가배상책임과 구분되어 판단될 필요가 없다고 판시한 것은 고무적이다. 이는 모두 국가배상법상 과실 관념을 객관화 하거나 조직과실, 과실 추정과 같은 법리를 통해 피해자 구제의 폭을 넓히려는 추세를 의미한다. 요컨대, 국가배상법상 과실의 개념을 위 전원합의체 판결이나 하급심 판례들이 판시하고 있는 보다 전향적인 과실의 개념을 판례 및 입법이 받아들임으로써 객관적 정당성 기준의 문제점을 극복할 수 있고, 국가배상책임을 국가의 자기책임으로 이해할 수 있을 것이 기대된다.

한편 국가배상책임의 성립요건으로서 과실을 삭제하거나,⁴⁰⁹⁾ “공무수행상 하자”라는 보다 넓은 개념으로 확장하여 국가배상법 제2조 제1항에 명시하고자 하는 견해도 있다.⁴¹⁰⁾ 후자의 공무수행상 하자는 프랑스의 ‘역무과실’과 유사한 개념으로서 공무수행상 하자, 즉 행정작용이 정상적 수준에 미달한 상태를 의미하며, 엄밀한 의미에서는 공무수행상 하자에는 공무원의 직무집행상 고의·과실로 인한 위법행위 내지 국가배상법 제5조상 영조물의 하자를 포함한다고 볼 수 있다.⁴¹¹⁾ 그러나 국가배상책임이 손해전보에 관한 것으로서 헌법 제29조 제1항이 “공무원의 직무상 불법행위”를 규정하고 있고, 공무원 개인의 책임 및 구상책임과의 관계에서 민사법상 불법행위책임과

409) 법률신문, 개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고, 2018. 2. 8. 보도 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=140168>).

410) 박현정, 경찰공무원의 불법행위책임 제한 및 사인에 대한 경찰비용 청구에 관한 연구, 경찰청, 2021, 67면; 박정훈, 국가배상법의 개혁, 행정법연구 62, 행정법이론실무학회, 2020. 8., 62~63면.

411) 이에 따라 추후 국가배상법 제5조에 대한 삭제가 고려될 수 있다고 한다.

의 관계와 완전히 단절하여 과실 개념을 파악할 수는 없다는 점에서 해석론이 아닌 입법론의 영역에서 그 삭제나 다른 용어로의 변경은 지양될 필요가 있다.

다. 위법 개념의 재정립

공무원의 직무행위의 위법의 개념에 대해 판례에서 행위위법설과 상대적 위법성설이 혼재하고 있으나, 국가배상법이 연혁적으로 법치주의의 요청에 따라 국가 등의 배상책임 인정하기 위해 제정된 이상 행위위법설이 타당하다 할 것이다. 행위위법설의 입장에서 위법성을 보다 넓게 파악하여 성문법 및 불문법의 위반뿐만 아니라 인권존중, 사회질서, 공서양속의 위반을 포함하여 의미한다는 견해가 있으나, 이는 “법령을 위반하여”라는 문언에 반하는 데다 국가배상책임을 시대와 장소에 따라 변화하는 윤리칙에 결부시킴으로써 책임의 한계를 불명확하게 하고 법적 불안정성을 초래할 우려가 있다.⁴¹²⁾

따라서 위법한 공권력행사에 의한 손해배상을 목적으로 하는 국가배상소송에 있어서는 공권력행사의 근거가 된 법령에의 적합성 여부를 우선적으로 판단하여야 하며, 그 법령의 행위규범에 위반하는 국가작용을 국가배상소송 절차를 거쳐 문책함으로써 국가작용의 하자를 통제할 수 있는 것으로 보아야 한다. 또한 이를 통해 항고소송과 국가배상소송의 위법성은 동일한 개념을 가지게 되는데, 앞서 과실 개념의 재정립, 즉 공무수행사 하자의 수준으로 판단하게 되는 경우 국가배상소송에서 위법성이 인정될 수 있는 범위는 항고소송의 그것보다 넓게 될 수 있다. 덧붙여 항고소송에는 출소기간의 제한, 소의 이익 등 소제기에 제약을 받는 경우가 많은 반면, 국가배상소송에서는 이 같은 제한 없이 소제기가 널리 인정될 수 있다.

라. 입법작용 및 재판작용에서의 배상책임

입법작용 또는 재판작용에 대해서도 원칙적으로 국가배상법이 적용되는 것에는 의문의 여지가 없으나, 소송실무에서 국가배상책임이 인정되기는 쉽지 않다. 법령이 명백하게 위헌·위법임이 선언되거나 재판이 상고심, 또는 재심과 같은 특별절차를

412) 정하중, 우리 국가배상법의 개선방안, 토지보상법연구 16, 2016, 18~19면.

거쳐 취소되는 경우만으로 부족하고, 국회의원이거나 법관의 직무상 주의의무 위반까지 있는 경우에 대해서만 그 위법성이 인정될 것이기 때문이다.

먼저 입법작용에 있어서는, 일반적·추상적 성격을 가지고 있는 법률은 그에 근거한 행정처분을 매개로 집행되는 경우 사후 당해 법률이 위헌·무효로 밝혀진다 하더라도 공무원의 과실이 성립되기 어려운 실정이다. 결국 처분적·집행적 법률에 의해 직접 손해가 발생하는 경우에 한하여 그 과실이 인정될 것이어서 입법작용에 대한 국가배상책임의 인정범위는 더욱 협소해지는 것으로 보인다. 따라서 입법작용의 불법에 대한 국가배상책임이 보다 적극적으로 인정되기 위해서는 판례의 법형성 기능을 기대하는데 그치지 보다는, 특별한 규율을 통해 배상책임의 요건과 배상범위 등을 정할 필요성이 있다고 할 수 있다.⁴¹³⁾

또한 사법작용에 대한 국가배상책임에 있어서는 법관이 채증법칙 위반, 수뢰, 직권남용 등 불법행위를 행함에 따라 손해를 가할 가능성을 완전히 배제할 수 없다는 점, 기판력이 발생하는 판결과 명령·결정을 구분하지 않고 국가배상책임을 부정하고 있는 점 등에서 오늘날 헌법상 법치국가 원리에 합치되지 않는다는 비판이 타당하다. 이에 따라 독일과 같이 법관의 재판작용을 판결과 명령·결정으로 구분하여 기판력이 발생하는 판결 및 일부 명령·결정에 대해서는 법관의 직무행위가 수뢰, 직권남용 등 범죄에 해당하는 경우에만 국가배상을 인정하고, 기판력이 발생하지 않는 여타의 명령·결정(가처분, 가압류명령, 강제집행절차, 호적·등기·공탁 등 비송사건)에 대해서는 국가배상책임을 제한 없이 인정하는 것이 바람직할 것이다.⁴¹⁴⁾

2. 공무원 개인의 책임 및 구상책임 제한

가. 고의·중과실 범위의 축소

공무원 개인의 불법행위책임과 국가의 공무원에 대한 구상책임 양자를 항을 달리하여 규정하였다. 양자에서 고의·중과실의 개념과 범위는 동일하게 해석된다고 할 수 있다.⁴¹⁵⁾

413) 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 533면.

414) 정하중·김광수, 행정법개론(제16판), 법문사, 2022, 534~535면; 상세로는 정하중, 법관의 재판작용에 대한 국가배상책임, 저스티스 75, 한국법학원, 2003. 10., 58면 이하.

현행 국가배상법 제2조 제2항이 고의·중과실의 경우에 한정하여 공무원의 구상책임을 인정한 국가배상책임의 법적 성질에 따른 논리적 귀결이기보다는, 공무집행의 안정성이나 공무원의 사기 저하 및 사무 정체를 방지하기 위한 입법정책적 고려에 의한 것이라고 할 수 있다.⁴¹⁶⁾ 대법원은 이에 더하여 공무원에게 고의·중과실이 인정되는 때에도 “해당 공무원의 직무내용, 불법행위의 상황과 손해발생에 대한 해당 공무원의 기여 정도, 평소 근무태도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가 또는 지방자치단체의 배려의 정도 등 제반 사정을 참작하여 … 손해의 공정한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내”로 구상책임의 범위를 제한하고 있다.⁴¹⁷⁾

배상책임을 국가의 자기책임으로 본다 하더라도 국가배상책임과 별개로 공무원 개인의 책임은 인정된다고 할 수 있으며,⁴¹⁸⁾ 직접적으로 “공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”라고 규정한 헌법 제29조 제1항 제2문 및 고의·중과실의 경우에만 공무원에 대한 구상권을 인정한 국가배상법 제2조 제2항, 그리고 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 이후 법원의 일관된 태도에 따라 고의·중과실이 인정되는 경우에 한하여 공무원 개인의 책임이 성립된다는 입장을 유지하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

다만 소송실무에서는 위법한 행정결정에 대해 쉽게 중과실을 인정함으로써 공무원 개인에게 책임을 부과하는 경향이 지적되고 있다.⁴¹⁹⁾ 공무원 개인에게 과도한 책임을 부과하는 경우 대민업무를 수행하는 공무원이 소송에 연루됨으로써 발생하는 개인과 조직의 사기 저하나 복지부동의 문제가 야기될 가능성이 높기 때문이다. 따라서 공무원 개인의 책임은 제한적으로 인정되어야 하며, 이때 공무원의 위법한 직무집행에 있어 고의·중과실의 개념의 축소해석될 필요가 있다고 하겠다.

415) 박현정·박재운, 경찰공무원의 불법행위책임 제한 및 사인에 대한 경찰비용 청구에 관한 연구, 경찰청, 2021. 2. 17., 67~68면; 박정훈, 국가배상법의 개혁, 행정법연구 62, 행정법이론실무학회, 2020. 8., 63면.

416) 김동희·최계영, 580면; 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 153면.

417) 2006다70929, 70936 판결, 91다6764 판결 등

418) 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로, 사법 42, 사법발전재단, 2017, 152면.

419) 박정훈, 국가배상법제의 개혁-국가책임과 공무원(경찰관) 개인책임의 구별을 중심으로, 입법정책포럼 자료집, 한국법제연구원, 2019. 1. 18., 10면.

결론적으로 공무원 개인의 책임 및 구상책임의 성립요건에 있어 고의·중과실을 현행법과 같이 두되, 고의·중과실의 개념을 축소해석할 필요가 있어 “직무행위로서의 품격을 상실할 정도”라는 표지가 추가될 수 있다.⁴²⁰⁾ 즉, 공무원의 행위가 기관행위로서 품격을 상실할 정도로 중함에 이르러야 비로소 그 행위에 고의·중과실이 인정된다고 보는 것이다. 이러한 해석 내지 입법은 위 대법원 전원합의체 판결이 “그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실”하였기 때문에 궁극적으로 공무원 개인에게 책임이 귀속된다고 판단한 취지와도 부합한다. 또한 민사법상 불법행위책임에서 일반적으로 말하는 개인의 고의·중과실과 국가배상법상 국가의 자기책임을 전제로 하는 공무원의 행위의 고의·중과실을 구분하여 파악하고, 앞서 과실의 개념을 보다 넓게 재정립하여 과실 내지 국가배상책임의 인정범위를 넓힌 데에 대해 국가배상책임을 어느 정도 제한하는 데에도 도움이 될 것으로 생각된다.

위와 같은 내용들이 국가배상법 제2조 제1항 내지 제3항에 반영되는 경우 아래와 같이 개정안이 정리될 수 있을 것이다.

현행	개정안
제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, ... 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. (후략)② 제1항 본문의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다.	제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체, 그 밖의 공공단체(이하 “국가 등”이라 한다)는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, ... 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. (후략) ② 제1항 본문의 경우에 공무원은 직무행위로서의 품격을 상실할 정도의 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 손해를 배상할 책임이 있다. ③ 제1항 본문의 경우에 공무원에게 국가 등은 직무행위로서의 품격을 상실할 정도의 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 공무원에게 구상(求償)할 수 있다.

420) 박현정·박재운, 경찰공무원의 불법행위책임 제한 및 사인에 대한 경찰비용 청구에 관한 연구, 경찰청, 2021. 2. 17., 65~66면.

3. 국가배상소송 및 관련 소송의 관할

국가배상책임과 국가배상제도를 공법상 책임 및 국가의 자기책임에 기반한 공법제도로 보는 이상, 국가배상소송은 공법상 법률관계에 관한 소송인 당사자소송으로 규정하고 사법원이 아닌 행정법원에서 별도로 다루어져야 할 것이다. 즉, 항고소송과 국가배상소송은 위법한 국가작용에 대한 양대 소송수단으로서 그 심판대상에 있어 위법성 요소 등에서 공통된 판단을 할 수 있어야 하며, 행정재판에 전문성을 가진 법관에 의한 재판이 이루어져야 한다는 것이다.

국가배상소송이 당사자소송으로 이루어질 경우에도 공무원 개인의 책임은 국가기관으로서가 아니라 개인적인 불법행위에 대해 사인인 공무원의 책임을 묻는 것임은 다르지 않다. 따라서 사인 사이의 법률관계에 대한 다툼으로서 여전히 민사법원에 관할이 있을 것이어서 국가배상소송과 공무원 개인에 대한 손해배상소송은 각각 당사자소송과 민사소송으로서 행정법원과 민사법원에서 다루어져야 할 것이다. 이러한 관할의 변경은 행정소송법 제3조 제2호 당사자소송에 국가배상소송을 신설하거나, 국가배상법상 이를 당사자소송으로 제기할 것을 규정할 수 있다.⁴²¹⁾

421) 박정훈, 국가배상법제의 개혁-국가책임과 공무원(경찰관) 개인책임의 구별을 중심으로, 입법정책포럼 자료집, 한국법제연구원, 2019. 1. 18., 21면.

1. 국내문헌

- 강구철. (2010). “프랑스의 국가배상책임에 관한 연구”, 「법학논총」, 22(2): 93-132.
- 강구철. (2007). “미국에서의 Feres의 법리와 그 전개”, 「미국헌법연구」, 18(2): 81-100.
- 강구철. (2008). “국가배상법상 이중배상금지의 원칙-미국의 판례의 분석을 중심으로”, 「법학논총」, 20(2): 11-32.
- 강구철. (2009). “영·미의 국가배상제도”, 「법학논총」, 21(2): 49-96.
- 강인옥. (1994). “국가배상과 책임중복의 이론”, 「법조」, 43(4): 98-114.
- 김기진. (2009). “위험책임의 법리에 관한 연구”, 「토지공법연구」, 43(2): 341-360.
- 김남진·김연태. (2017). 「행정법 1(제21판)」, 법문사.
- 김남진·김연태. (2022). 「행정법 1(제26판)」, 법문사.
- 김도식. (2007). “인식론과 윤리학에서의 ‘정당성’에 대한 비교 연구-객관적 정당성과 주관적 정당성에 대한 웰드만의논의를 중심으로”, 「철학적 분석」, (15): 59-75.
- 김동희. (2002). “국가배상법 제5조상의 영조물의 설치·관리상 하자의 관념”, 「서울대 학교 法學」, 43(1): 103-124.
- 김동희·최계영. (2021). 「행정법 1(제26판)」, 박영사.
- 김민훈. (2006). “공무원 개인의 배상책임에 관한 소고-미국의 사례를 중심으로”, 「공법학연구」, 7(3): 397-427.
- 김의석. (2021). “현행 국가배상심의회제도의 문제점-보험금과 관련한 문제를 중심으로”, 「성균관법학」 33(2): 553-587.
- 김중권. (2021). 「행정법(제4판)」, 법문사.
- 김철우. (2022). “프랑스 행정계약에 관한 법제의 변화 및 이론적 동향”, 「공법연구」, 50(4): 209-235.
- 김현준. (2012). “경찰부작위로 인한 국가배상청구소송에 있어서 작위의무의 성립요건”, 「토지공법연구」, (56): 349-370.

- 레옹뒤기/이광윤 옮김. (1995). 「일반 공법학 강의」, 민음사.
- 박균성. (1991). 「현대행정과 공법이론」(남하 서원우 교수 화갑기념논문집), 박영사.
- 박균성. (1999). “프랑스의 국가배상책임”, 「행정법연구」, (5): 35-52.
- 박균성. (2022). 「행정법강의(제19판)」, 박영사.
- 박균성. (2022). 「행정법론 상(제21판)」, 박영사.
- 박윤흔. (2009). 「행정법 상(제30판)」, 박영사.
- 박재현. (2016). “프랑스의 행정경찰에 관한 연구”, 「법학연구」, 27(1): 377-399.
- 박재현. (2017). “프랑스의 행정경찰과 국가배상책임”, 「법학논총」, 24(2): 317-338.
- 박정훈. (2013). “행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석”, 「토지공법연구」, (63): 163-196.
- 박정훈. (2020). “국가배상법제의 개혁-국가책임과 공무원(경찰관) 개인책임의 구별을 중심으로”, 「행정법연구」, (62): 27-69.
- 박창호. (2002). “프랑스 수사제도: 경찰을 중심으로-”, 「치안정책연구」, (16): 245-287.
- 박현정. (2014). “프랑스 행정법상 ‘역무과실’(la faute de service)에 관한 연구-역무과실과 위법성의 관계를 중심으로-”, 서울대학교 대학원, 법학박사 학위논문.
- 박현정. (2015). “프랑스 행정법상 과실책임 제도”, 「행정법연구」, (41): 55-83.
- 박현정. (2017). “헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 「사법」, 1(42): 143-180.
- 박현정. (2021). “경찰공무원의 불법행위책임 제한 및 사인에 대한 경찰비용 청구에 관한 연구”, 경찰청.
- 법무부. 법무연감, 각 연도
- 법원행정처. 사법연감, 각 연도
- 안동인. (2015). “국가배상청구소송의 위법성 판단과 객관적 정당성 기준-법적 안정성 측면에서의 비판적 고찰”, 「행정법연구」, (41): 27-53.
- 윤준병. (2006). “국가책임법제의 공백축소에 관한 연구”, 서울시립대학교 대학원, 박사 학위 논문.
- 이광윤. (2000). 「行政法理論-비교적 고찰」, 성균관대학교 출판부.
- 이광윤. (2007). 「공법학의 형성과 개척자」, 박영사.
- 이광윤. (2007). 「신행정법론」, 법문사.
- 이광윤. (2012). 「일반행정법」, 법문사.

- 이노홍. (2010). “미국의 헌법적 불법행위(Constitutional Tort)소송에 관한 고찰”, 『세계헌법연구』, 16(4): 251-278.
- 이순우. (2008). “프랑스의 행정경찰”, 『법학연구』, 18(4): 331-364.
- 이순우. (2009). “프랑스의 행정책임제도에 관한 고찰”, 『한양법학』, (26): 237-262.
- 이승민. (2010). “프랑스法上 ‘警察行政’에 關한 研究 - 概念, 根據, 組織, 作用을 中心으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문.
- 이우영. (2008). “영미 불법행위법상의 예견가능성 법리”, 『서울대학교 법학』, 49(3): 281-312.
- 이윤정. (2016). “공무원의 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질 및 요건에 대한 재검토-대법원 판례들의 분석과 평석을 중심으로”, 『강원법학』, (47): 441-471.
- 이일세. (2002). “미국의 국가배상책임과 공무원책임”, 『강원법학』, (15): 25-47.
- 이일세. (2003). “한·미 국가배상제도의 비교연구”, 『토지공법연구』, (17): 87-114.
- 이현수. (2006). 『행정소송상 예방적 구제』, 경인문화사.
- 이훈. (2018). “미국 지역경찰의 불법행위 관련 연방민사소송제도 연구-미국 1871년 민권법 제42권 제1983조를 중심으로”, 『법학논집』, 25(1): 229-260.
- 전훈. (2005). “행정경찰개념과 공공질서의 의미 - 프랑스 행정판례와 그 시사점-”, 『한국프랑스학논집』, (51): 435-452.
- 정준현. (2017). “행정처분의 위법성과 국가배상법상의 위법성”, 『법학논총』, 41(2): 29-53.
- 정하명. (2011). “미국연방공무원개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례”, 『공법학연구』, 12(2): 343-363.
- 정하중. (2003). 법관의 재판작용에 대한 국가배상책임, 『저스티스』, (75): 58-74.
- 정하중. (2016). “우리 국가배상법의 개선방안”, 『토지보상법연구』, (16): 1-41.
- 정하중·김광수. (2022). 『행정법개론(제16판)』, 법문사.
- 지유미. (2014). “법인의 형사책임에 관한 현행법제의 개선방안-형법전상 법인의 형사책임귀속을 위한 기준 정립을 중심으로”, 『법학연구』, 22(2): 295-320.
- 최계영. (2013). “처분의 취소판결과 국가배상책임”, 『행정판례연구』, 18 (1): 261-300.
- 홍정선. (2022). 『행정법원론 상(제30판)』, 박영사.

2. 외국문헌

- Agathe Van Lang/Geneviève Gondouin/Véronique Inseguet-Brisset. (2015).
 DICTIONNAIRE DROIT ADMINISTRATIF, SIREY.
- Apostol v. Landau, 957 F.2d 339 (7th Cir. 1992).
- Axelrad, J. (2000). “Federal Tort Claims Act administrative claims: Better than third-party ADR for resolving federal tort claims”, *Administrative Law Review*, 52(4): 1331-1344.
- Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988).
- Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).
- Boyle v. United Technologies Corp., 487 U.S. 500 (1988).
- Brocke, Münchener Kommentar zur StPO, 2018.
- Carey v. Piphus, 435 U.S. 247 (1978).
- Chew v. Gates, 744 F.Supp 952 (C.D.Cal. 1990).
- Chronis v. United States, 932 F.3d 544 (7th Cir. 2019).
- City of Canton, Ohio v. Harris, 489 U.S. 378 (1989).
- City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 U.S. 247 (1981).
- Colella, U. (1998). “The case for borrowing a limitations period for deemed-denial suits brought pursuant to the Federal Tort Claims Act”, *San Diego Law Review*, 35: 391-401.
- Congressional Research Service. (2019). The Federal Tort Claims Act(FTCA): A Legal Overview, Washington, DC.
- Conner v. Alston, 701 F.Supp. 376 (E.D.N.Y. 1988).
- Dickerson v. Monroe County Sheriff’s Department, 114 F.Supp.2d 187 (W.D.N.Y. 2000).
- Doe v. Meron, 929 F.3d 153 (4th Cir. 2019).
- Fluck, Amtspflichtverletzung durch Staatsanwälte, NJW 2001, 202 f.
- Forrester v. White, 484 U.S. 219 (1988).
- Fountain v. Karim, 838 F.3d 129 (2nd Cir. 2016).

- G. Vedel/P. Delvolvé. (1990). Droit administratif T. I., P.U.F.
- Gonzaga University v. Doe, 536 U.S. 273 (2002).
- Gooden v. Howard County, Maryland, 954 F.2d 960 (4th Cir. 1992).
- Graham v. Connor, 490 U.S. 386 (1989).
- Hallet v. U.S. Department of Navy, 850 F.Supp. 874 (D.Nev. 1994).
- Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982).
- HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021.
- Holbrook v. City of Alpharetta, 112 F.3d 1522 (11th Cir. 1997).
- Hörstel, Staatshaftung wegen Verschleppung staatsanwaltlicher Ermittlungen (Balsam AG), NJW 1996, 497 ff.
- Jacqueline Morand-Deville. (2009) Droit administratif, Montchrestien.
- Kappeler, V. E. (2006). Critical issues in police civil liability(4th ed.). Long Grove, IL: Waveland Press.
- Levin v. United States, 568 U.S. 503 (2013).
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021.
- Matthiesen, Wickert & Lehrer. (2022). Federal government liability and tort claims.
- Matthiesen, Wickert & Lehrer. (2022). State sovereign immunity and tort liability in all 50 states.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011.
- Memphis Community School Dist. v. Stachura, 477 U.S. 299 (1986).
- Messerschmidt v. Millender, 132 S.Ct 1235 (2012).
- Midwest Knitting Mills, Inc. v. United States, 950 F.2d 1295 (7th Cir. 1991).
- Milbrook v. United States, 569 U.S. 50 (2013).
- Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., 2018.
- Molzof v. United States, 502 U.S. 301 (1992).
- Monell v. New York City Department of Social Services, 436 U.S. 658 (1978).
- Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 (1961).
- Moore v. Liszewski, 838 F.3d 877 (7th Cir. 2016).
- Niles, M. C. (2002). “Nothing but mischief”: The federal tort claims act and the scope of discretionary immunity”, *Administrative Law Review*, 54(4):

1275-1353.

Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013.

Ousley v. Town of Lincoln, 313 F.Supp.2d 78 (D.R.K. 2004).

Pearson v. Callahan, 555 U.S. 751 (2009).

Pembaur v. City of Cincinnati, 475 U.S. 469 (1986).

Rehberg v. Paulk, 132 S.Ct. 1497 (2012).

René Chapus. (2015) Droit administratif général Tome 1, Montchrestien.

Ross. D. L. (2018). Civil Liability in Criminal Justice (7th ed.). New York and London: Routledge.

Ryburn v. Huff, 132 S. Ct. 987, 990-92 (2012).

Saucier v. Katz, 533 U.S. 194 (2001).

Ségur, P. (1994). “Le cas fortuit en droit administratif ou l'échec d'une construction doctrinale L'Actualité juridique”, *Droit administratif*, (03): 171.

Schwartz, J. C. (2016), “How governments pay: Lawsuits, budgets, and police reform”, *UCLA Law Review*, 63: 1144-1298.

Screw v. United States, 325 U.S. 91 (1945).

Silveria, M. J. (2004), “An unexpected application fo 42 U.S.C. Section 14141: Using investigative findings for Section 1983 litigation”, *UCLA Law Review*, 52: 601-638.

Smith v. Wade, 461 U.S. 30 (1983).

Stone, M. P., & Berger, M. J. (2009). “The scope of federal qualified immunity in civil rights cases”, *AELE Monthly Law Journal*, 2: 501-508.

Svendsen, C. L. (2022). “Deficiencies in the Federal Tort Claims Act “Law Enforcement Proviso” and the need for reform”, *Iowa Law Review*, 107: 1857-1901.

U.S. Department of Justice. (2017). The Civil Rights Division’s pattern and practice police reform work: 1994-present. Washington, DC: Civil Rights Division, U.S. Department of Justice.

United States v. Classic, 313 U.S. 299 (1941).

United States v. Gaubert, 499 U.S. 315 (1991).

- Vaughn, M. S., & Coomes, L. F. (1995). "Police civil liability under Section 1983: When police officers act under color of law?", *Journal of Criminal Justice*, 23(5): 395-415.
- West v. Atkins, 487 U.S. 42 (1988).
- Zombro v. Baltimore City Police Department, 868 F.2d 1364 (4th Cir. 1989).

3. 참고 웹사이트

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://conseil-etat.fr>

https://fr.wikipedia.org/wiki/Responsabilit%C3%A9_de_l%27%C3%89tat_fran%C3%A7ais

https://fr.wikipedia.org/wiki/Responsabilit%C3%A9_sans_faute_de_l%27administration_fran%C3%A7aise

법률신문, “긴급조치 피해자를 위한 특별입법의 필요성”, 2022.10.10.자
(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=182055>; 최종검색일 2022.10.30.).

법률신문, “시대의 해원(解冤)을 넘어 국가배상법 개혁을 위한 모색-대법원 2022.8.30. 선고 2018다212610 전원합의체판결”, 2022.9.5.자
(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=181409&kind=CC01&key=>; 최종검색일 2022.10.30.).

법률신문, “개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고”, 2018.2.8.자
(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=140168>; 최종검색일 2022.10.1.).

Abstract



Current Status of the State Compensation System and its Challenges on Legal Policy

Seo, Joo Yeon · Kim, Cheolu · Park, Wonkyu · Lee, Hoon

Article 29 of the Constitution declares the principle of the State liability of compensation and recognizes a right of claim for the State compensation as one of the fundamental rights. The State Compensation Act materializes and supplements thereof. As such, the State compensation system provides each administrative agency with the direction of policy for the rule of law and guarantees nationals' constitutional rights.

The State compensation system has been criticized due to its civil-law oriented perspective despite the fact that the legal nature of the State's liability to compensate has been understood as the self-responsibility of the State. Accordingly, the need to improve the system with public law perspectives such as administrative control through state compensation, the balance between public and private interests, distribution of public risks, and social solidarity has emerged.

In this regard, this report explores the current condition of the State compensation system's operation and related general discussion and seeks implications of other countries' State Compensation systems to our legislation through comparative legal analysis. Also, in order to comprehend the proceedings of the State compensation lawsuits in practice, it examines case laws of the

Supreme Court, the Constitutional Court, and other lower courts for the last 10 years.

In conclusion, through its examination and analysis, this study suggests possible options to improve the current State compensation system including expanding subjects of the State liability of compensation, limiting the indemnity liability of public officials, and re-characterizing the legal nature of the State compensation lawsuits.

연구총서 22-A-03

국가배상제도의 운영현황과 법무정책적 과제

발 행 | 2022년 12월

발 행 처 | 한국형사·법무정책연구원

발 행 인 | 하 태 훈

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9

I S B N | 979-11-91565-52-2 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.