

國家賠償責任의 要件에 관한 考察

- 違法性和 過失을 中心으로 -

경재응*

< 목 차 >

- I. 序
 - II. 法令에 違反한 行爲
 - III. 故意·過失로 인한 行爲
 - IV. 結論
- 참고문헌
ABSTRACT

I. 序 論

현행 憲法 제29조 제1항은 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 國家배상책임을 규정하고 있고 이에 근거하여 國家賠償法은 제2조 제1항에서 “국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나 ……그 손해를 배상하여야 한다”고 규정함으로써 구체화하고 있다. 그러나 過失責任主義에 입각한 同法은 오늘날의 被害救濟에는 적합하지 않고 있다는 평가를 받고 있으며 특히 주로 질서작용 등을 하는 警察權行使에 대한 國家賠償責任에 있어서 피해자의 입증방법 및 그 인정범위의 이론적·제도적인 적극적 검토가 요구된다고 하는 것이 최근의 學說과 判例의 경향인바 이 글에서는 국가배상책임의 요건 중 위법성과 고의·과실을 중심으로 하여 입증전환 및 인정범위 등을 확장함으로써 국민의 權利救濟의 실효성을 담보할 것을 그 목적으로 하고 있다.

國家賠償法 제2조 본문은 “공무원이 그 職務를 執行함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 위반하여 타인에게 손해를 加”하는 경우를 그 배상 요건으로 하는 바 이를 분설하

* 중부대학교 공안경호학과 강의전담교수, 법학박사

면 공무원이 職務를 執行함에 당하여 행한 행위, 故意 또는 過失로 인한 행위, 法令에 위반한 행위, 타인에게 손해를 가하였을 것 등이지만 이하에서는 법령에 위반한 행위와 故意 또는 過失로 인한 행위를 중심으로 논하고자 한다.

II. 法令에 違反한 行爲

國家賠償法 제2조는 “국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나 ……”라고 규정되고 있다. 따라서 현행법상 違法性을 판단하는데 있어서는 ‘법령에 위반’하고 ‘고의·과실’을 그 요건으로 하고 있다.

1. 法令違反의 意義

國家賠償法 제2조 제1항은 “국가 또는 지방자치단체는 公務員이 그 職務를 집행함에 당하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 타인에게 損害를 가하거나……”라고 규정함으로써 국가 또는 지방자치단체의 賠償責任의 성립요건의 하나로 ‘違法性’을 요구하고 있다. 違法性의 범위로 人權尊重, 信義誠實 및 公序良俗을 포함하여 客觀적으로 不正當함을 말하는 것으로 보고 있고 이러한 시각이 우리 나라의 通說的 見解¹⁾라고 하면서 한편 不當行爲도 裁量權의 限界 內의 行爲이고 그 不當與否의 判斷에 있어서 객관적 기준을 발견하기 어렵다는 점을 감안하면, 原則적으로는 不當性を 이유로 당해 裁量處分을 本條上의 違法한 處分이라고 할 수 없다고 보면서 그러나 구체적 사정과 관련해서는 예외적으로 不當한 處分이 違法한 處分으로 인정되는 경우도 있으며,²⁾ 한편으로 성문법과 불문법을 포함한 모든 종류의 법규로 이해하고 따라서 ‘法令違反’을 ‘憲法을 포함한 法優位原則違反’으로 이해하는 견해도 있다.³⁾ 우리 나라의 ‘法令違反’에 대응하

1) 金道稔, 一般行政法論(上)(서울: 靑雲社, 1992), 629면; 金東熙, 行政法 I(서울: 博英社, 2002), 482면; 阿部泰隆, 國家補償法(東京: 有斐閣, 1988), 90面.

2) 金東熙, 위의 책, 483면.

3) 金南辰, 行政法 I(서울: 法文社, 2002), 513면.

는 概念으로 독일에서는 違法性이 아니라 '職務上 義務違反'이다. 이는 민법상의 不法行爲法과는 달리 절대적 권리나 보호법규의 위반이 아니라 제3자에 대한 관계에서 타당한 근무의무의 침해이다. 다시 말하자면 제3자에 대한 직무상 의무는 내부적 근무의 무로부터 도출되며 따라서 一般不法行爲上의 責任構成要件을 넘어서는 것이다. 직무책임의 배상요건은 비록 不法行爲要件으로 되어 있긴 하지만 손해발생의 원인이 된 職務行爲의 違法性에 관해서는 아무런 규정이 없다. 하지만 國家賠償責任에 있어서 문제가 되는 것은 이러한 근무의무에 위반한 공무원의 행위이지 공무원의 행위나 조치의 違法性은 아니라고 하는 것이 독일의 지배적인 견해이다.⁴⁾

이에 대하여 우리 나라의 경우 國家賠償法上 違法概念의 本質 및 具體的 意味에 관하여 學說은 대립하고 있는바 이와 관련하여 學說은 結果不法說, 行爲違法說 및 相對的 違法性說 등 크게 셋으로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 結果不法說에서는 어떤 행위가 초래하는 결과를 중시하여 그것이 타인의 권리 침해를 야기한 이상 不法行爲가 있는 것으로 본다. 結果不法說에서는 공무원의 어떤 행위의 결과로 손해가 발생하였을 때에는 위법한 것으로 본다. 일반적인 행정처분의 경우에는 결과불법적인 내용을 가지는 結果不法說은 그대로 타당하지만 경찰관이 범인을 체포하거나 검사가 피의자를 기소하는 경우에 나중에 그 사람에 대한 무혐의 혹은 무죄가 확정되었다고 하여서 그 행위 자체를 위법하다고 볼 수는 없다는 점에서 결과불법설은 국가공권력 행사의 특수성을 간과하고, 타인에 대한 권리침해를 원칙적으로 용인하지 아니하는 사법적 체계와 혼동함으로써 國家賠償責任의 違法性問題를 糊塗하는 경향이 있다고 비판된다.⁵⁾

둘째, 行爲違法說의 입장에서는 행위의 양태를 중시하여 國家賠償法上의 違法도 항고소송에서의 위법과 마찬가지로 行爲의 法規範에의 違反을 의미한다고 하는 견해이다. 行爲違法說의 論據로 公法上의 法律關係는 사인상호간의 관계와는 다른 特殊性이 있다는 점을 중시한다. 즉 公法 중에는 공권력행사에 의한 국민의 법익의 침해를 예정하고 있는 경우가 있고, 이 경우에는 타인의 손해를 야기하는 공권력행사도 적법한 것이 된다는 점에서 결과불법설의 난점을 극복하였다는 평가가 가능하다고 생각된다. 따

4) Ossenbühl Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 4. Aufl.(München: C.H. Beck, 1991), S. 34 f.

5) 金光洙, "國家賠償法 제2조와 관련된 主要判例考察", 「행정법연구」, 第2卷(1998. 4), 245면.

라서, 위법한 공권력행사에 의한 손해의 배상을 목적으로 하는 國家賠償訴訟에 있어서는 제1차적으로 공권력행사의 要件法規에의 適合性與否를 판단하여야⁶⁾ 하는 점이 행위위법설에서는 중요한 명제로 된다. 또한 행위위법설은 國家賠償訴訟을 통하여 法定의 행위규범에 위반하는 국가작용을 國家賠償請求節次를 거쳐 問責함에 의해 항고소송에 補充하여 국가작용의 瑕疵를 統制할 수 있다는 것이다. 예컨대, 항고소송에서는 出訴期間의 制限, 訴의 利益 등에 의한 訴提起의 制約을 받는 경우가 많은데, 國家賠償訴訟에서는 이와 같은 제한이 없이 소제기가 널리 인정될 수 있기 때문이다.

한편 行爲違法說을 法律에 의한 행정의 원리의 실질적 내용이 人權保障이라는 면에서 國家賠償法上의 違法性을 항고소송에서와 같이 公權力行使(行爲)自體의 行爲規範에의 違反과 이러한 행위자체의 위법뿐만 아니라 公務員의 職務上의 一般的 損害防止義務와의 관계에서 행위의 태양도 違法性判斷의 對象으로 보자는 이른바 넓은 의미의 行爲違法說을 주장한다.⁷⁾ 넓은 의미의 행위위법설은 종래의 행위위법설이 國家賠償責任의 성립요건인 違法性을 항고소송에서와 같이 엄격하게 해석함으로써 피해자의 구제에 충실하지 못한 단점을 극복하였다는 점에서 그 의의가 있다고 생각된다.

셋째, 相對的違法性說은 國家賠償法上의 違法性은 抗告訴訟에서와 달리 침해행위의 관련법규에의 違反與否, 被侵害利益의 性質, 種類 및 損害의 程度 등 其他의 事情을 고려하여 구체적 사실에 따라 복합적으로 판단하여야 한다는 입장으로 違法性의 判斷은 근거법령에 대한 관계와 被害者에 대한 관계에서 다르다고 한다. 相對的違法性說은 넓은 의미로 보면 結果不法說도 國家賠償訴訟上의 違法性을 항고소송에서의 위법과 달리 본다는 점에서 一種의 相對的違法性說이라 할 수 있다. 相對的違法性說은 具體的 事件마다 公平하고 彈力的인 해결을 할 수 있고, 違法性을 緩和하여 해석하므로 피해자에게 유리한 경우가 많다는 肯定的인 면이 없는 것은 아니나, 동일한 행위가 관계법령과의 관계에서 즉 抗告訴訟에서는 적법(또는 위법)하게 판단되면서 國家賠償訴訟에서는 위법(또는 적법)하게 판단될 수 있다는 점, 그리고 違法性 判斷의 명확한 법적 기준이 없어 법관에 의해 고려의 요소 등이 달라질 수 있고 결과적으로 違法性判斷이 恣意的으로 행하여질 수 있다는 점에서 法的 安定性을 해칠 우려가 있다는 비판이 있다.

6) 阿部, “抗告訴訟判決の國家賠償訴訟に對する既判力”, 「判例タイムズ」, 525號, 25面.

7) 朴均省, “國家賠償法上의 違法과 過失에 관한 理論과 判例”, 「행정법연구 창간호」(1997.상반기), 7면.

또한 相對的違法性說은 廣義의 行爲違法性說에서처럼 行爲 자체의 違法뿐만 아니라 行爲 態樣의 違法을 인정하는 즉, 공무원의 개별 국민에 대한 직무상 손해방지의무의 위반이라는 相對的違法性說과 다른 理論構成으로 피해자구제의 실현이 가능하다고 한다.⁸⁾

2. 判例의 態度

判例은 故意·過失과 違法性이라는 主觀的·客觀的인 國家賠償責任의 成立要件에 대하여 양자를 엄격하게 구별하지 않음으로써 國家賠償責任의 認定要件을 완화하고 있는 것으로 보인다. 예컨대,

“……서울 영등포 소재 대림파출소 앞을 지나가는 위 차량을 그 혐의자로 오인하여 억류하고, 이를 노량진경찰서에 인계하고, 치안국은 노량진경찰서에 대하여 공주경찰서 형사가 올 때까지 위 차량의 운전수와 차량을 대기시키라는 지시를 하였으므로, 위 경찰서에서는 그날 12시까지 위 경찰서에서 10미터 떨어진 도로변 가로수 밑에 돼지를 실은 채로 이 차량을 정차 대기시키고, 공주경찰서 형사가 그날 12시경에 이 차량을 인계받아 돼지를 실은 이 차량을 동두천까지 운행하여 그날 오후 3시30분경에 동두천읍에 원고와 같이 도착하여 돼지를 내려놓으니, 돼지 46마리 중 28마리가 죽은 점을 증거에 의하여 인정한 다음, 이와 같이 돼지가 죽은 것은 돼지들이 장시간 사료를 먹지 못하고 좁은 곳에 여러마리를 수용했으며, 노량진경찰서 옆 가로수 밑에 정차하는 동안 서로 싸우고, 물고, 지친 때문이었고, 또 원고는 그동안 돼지에 대하여 적절한 조치를 취하지 않은 것이 원인인 것이니, 경찰관들의 직무수행은 정당하고, 이 사건 돼지의 죽음이 경찰관들의 수사상 과실에 기인하였다고 볼 수 없으므로, 경찰관들의 불법행위를 전제로 한 원고의 이 사건 손해배상 청구는 이유없다고 판시하였다. 그러나, 노량진 경찰서 수사관계 공무원이 원판시 업무상과실 치사혐의 사건을 수사함에 있어서 가사 원고의 돼지를 실은 원판시 차량의 운전수에게 그 혐의가 있다고 오인한 점에 과실이 없다하여도, 이로 인하여 위 차량의 운전수와 그 증거물이 되는 차량을 검거 억류함에 있어서는 모름지기 이로 인하여 발생할 수 있는 제삼자의 권리 침해의 결과 발생을 사전에 방지할 만전의 조치를 강구할 주의의무가 있다 할 것이며, 특

8) 朴均省, 위의 논문, 9면.

6 경호경비연구 제8호(2004)

히 이 사건에 있어서는 원고의 소유에 속하는 원판시 돼지 46마리를 위 차량의 협소한 적재함에 수용하여 7시간 이상이나 억류한 것임으로 이로 인하여 그 돼지가 혹시 사망할런지도 모르는 것이라 하는 점은 이를 예척할 수 있었을 것임에도 돼지들에게 사료의 제공 또는 좁은 적재함에서 돼지들을 끌어 내어 넓은 곳에 옮기는 등 기타사고발생을 방지함에 필요한 조치를 강구함이 없이 만연 좁은 적재함에 46마리를 수용한대로 장시간 억류하여 이로 인하여 원판시와 같이 그중 28마리가 사망함에 이르러 원고로 하여금 그 잇가상당액의 손해를 입게하였다 하면 이는 노랑진경찰서 수사관계 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에 해당한다 할 것이고,……”

라고 판결하여 警察公務員에게 搜查上 過失이 없다 하더라도 "차량의 운전수와 그 증거물이 되는 차량을 檢擧抑留함에 있어서는 이로 인하여 발생할 수 있는 제3자의 權利侵害의 結果發生을 事前에 防止할 만전의 조치를 강구할 注意義務가 있다 할 것이다."라고 하면서 이러한 주의의무를 하지 않아 上記의 손해를 발생케 한 것은 "過失로 法令에 違反하여" 타인에게 손해를 가한 때에 해당한다라고 하고 있고,9) 또한

“……국가배상법 제2조에 이른바 법령에 위반하여라함은 일반적으로 위법행위를 함을 말하는 것이고, 단순한 행정적인 내부규칙에 위배하는 것을 포함하지 아니한다는 취지임은 타인의 물품을 직무상 점유하는 공무원에게는 그 물품을 인도할 때에 이를 인도받을 수 있는 정당한 권리있는 자에게 인도하여야 할 일반적인 직무상의 의무가 있음을 전제로 하여 보세공장 제도 운영에 관한 임시조치 및 동 요강의 관계규정중 보세공장물품반입확인 검사신청에 물품인도 지시서를 요구하는 규정을 두었던 것은 그 보세공장이 물품을 수령할 권한이 있는 자인가를 알아보기 위하여 반드시 필요한 것이기 때문이고, 세관당국으로서의 사법상의 권리 관계를 존중하여 화물이 정당한 수령인에게 인도되도록 해야 할 필요가 있는 것이라는 것이고, ……

또 원심은 위 규정위배만으로 공무원의 불법행위가 된다는 취지가 아니고, 위 실시한 바와 같은 타인의 물품을 검사하는 세관공무원으로서의 직무상의 의무에 위배되었다는 것을 위법한 것으로 보는 취지이니, 국가배상법상의 손해배상 책임을 인정한 이유설시에 심리미진이나 이유 불비의 위법이 있다 할 수 없고, ……이 사건 원자재수입에는 원심확정 사실과 같이 선하증권이 발행되어 있고, 그 선하증권을 원고가 소지하고 있는 이상, 위 원자재의 가공을 할 보세공장이 위 소의 대흥섬유주식회사의 소유라고 하여 소론과 같이 위 원자재의 소유도 동 회사의 소유라고 볼 수는 없는 것이며, 보세구역내라고 하더라도 반입물품 확인검사에 의하여 동 물품이

9) 대법원 1968. 11. 19. 68다1741 판결, 同旨判例: 대법원 1986. 9. 9. 85다카2658 판결; 대법원 1989. 3. 28 선고 87다카2470 판결.

가공업자에게 인도되는 것이므로 선하증권(B/L)이나 이에 기한 물품인도 지시서(D/O)없는 가공업자에게는 반입물품 확인검사를 하여 인도하여 줄 수는 없다 할 것이니, 같은 취지에서 위 소의 회사에 대하여 이 사건 물품확인 검사를 하여준 세관공무원의 행위는 위법된 것이라고 판단한 ……이 사건 원자재에 대하여는 외국선적회사에서 선하증권이 발행되어 있고, 그 소지인이 원고이며 원고가 그 화물수취인으로 명기되어 있다는 것이므로 상법상 이 사건 원자재는 선하증권과 상환하여야만 인도할 수 있고, 그 처분도 선하증권에 의하여 하게되는 것이니, 선하증권 소지인인 원고에게 이 사건 원자재에 대한 인도청구권 및 그 처분권이 있다 할 것이고, 관세행정공무원이라 할지라도 공무집행상 이 사건과 같은 원자재의 검사를 하고 이를 인도하는 직무에 종사하는 자는 그 물품의 인도를 청구할 수 있는 정당한 권리자에게 이를 인도하여야 할 직무상의 의무가 있다 할 것이니, 같은 취지에서 이 사건 세관공무원의 행위를 위법된 것이라고 판단한 원판결에는 소론과 같이 사법과 공법의 법률관계를 오해한 위법이 있다 할 수 없다……”

라고 판시하여¹⁰⁾ 違法性이라는 용어대신에 法令에 規定된 義務事實行爲에 의하여 야기된 손해의 배상에 있어서는 行爲自體의 違法뿐만 아니라 行爲態樣의 違法 즉 주된 공권력행사에 부수되는 職務上의 損害防止義務違反으로서의 違法을 認定하고 있는 것으로 보여 진다.

이상과 같이 공무원의 직무상 손해방지의무가 문제되는 경우에는 公務員의 行爲의 態樣은 過失判斷의 對象이 됨과 동시에 違法性判斷의 對象이 된다. 따라서, 이러한 類型의 事例에 있어서 違法과 過失이 각각 구분되어 판단되지 않고 동시에 판단되거나, 違法性에 관한 명시적 판단 없이 과실판단만으로 國家賠償責任을 인정함으로써 違法性和 故意·過失을 一元的으로 나아가고 있다고 보여 지며 결국 國民의 權利救濟의 擴大라는 측면에서 긍정적으로 평가할 수 있다

3. 裁量違反의 問題

“구체적 사정과 관련해서는 예외적으로 부당한 처분이 위법한 처분으로 인정되는 경우도 있을 것이다”라고 하여 예외적으로 부당한 처분의 違法性을 인정하는 주장도 있으나¹¹⁾ 裁量을 逸脫·濫用·欠缺한 경우에 위법이 된다고 할 것이다.

10) 대법원 1973. 1. 30. 72다2062 판결.

判例의 態度 또한 행정행위의 재량행위 내지 자유재량행위의 판단 기준에 관하여 “행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 裁量權의 逸脫·濫用이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 裁量權의 逸脫·濫用 與否에 대한 審査는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.”¹²⁾라고 함으로써 裁量權의 逸脫·濫用이 違法性의 전제가 된다는 태도를 보이고 있다. 또한 警察公務員의 위법한 직무수행과 관련하여 “公務員인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우, 어떠한 處分을 할 것인가 하는 것은 징계권자의 裁量에 맡겨진 것이고, 다만 징계권자가 裁量權의 行使로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 裁量權을 逸脫하였거나 濫用한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 處分을 違法하다고 할 수 있고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 裁量權의 範圍를 벗어난 違法한 處分이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 수행직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 가지 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계내용이 客觀적으로 明白히 不當하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다.”고 하여 “교통사고를 일으켜 피해자 2인에게 각 전치 2주의 상해를 입히고 약 296,890원 상당의 손해를 입히고도 구호조치 없이 도주한 수사 담당 警察官에 대한 解任處分이 裁量權의 範圍를 逸脫·濫用한 것이 아니라고” 판시하여 우리 대법원은 裁量行爲의 違法性 判斷의 基準을 裁量權의 逸脫·濫用의 與否에 있음을 분명히 하고 있다.¹³⁾

4. 行政規則違反의 問題

行政規則違反이 國家賠償法上的 “法令違反”에 해당하는지에 대하여 견해가 갈리고 있는데 대체로 學說은 法規性의 存否와 관련하여 이 問題를 연결하고 있다.

예컨대, 행정명령이 가지는 실질적 기능을 고려할 때, 행정의 자기구속 내지 신뢰보

11) 金東熙, 앞의 책, 483면.
 12) 대법원 2001. 2. 9. 98두17593 판결.
 13) 대법원 1999. 10. 8. 99두6101 판결.

호의 원칙에 따라 행정명령의 내용을 존중하고 행정명령의 형식으로 제시된 행정사무 처리기준에 의한 재량수축을 도모하는 입장에서 행정명령의 법규성을 인정하고 있다.¹⁴⁾

“法令違反”이라는 요건을 완화하여 해석하는 견지에서는 “행정규칙 위반이 객관적으로 피해자와의 관계에서 不當한 것이라면 적극적으로 생각할 수 있을 것이다”라고 하면서 행정규칙 위반의 경우도 違法性을 형성할 수 있다고 보는 것으로 판단하는 반면¹⁵⁾ “法令違反”을 엄격히 해석하는 입장에서는 평등원칙 또는 신뢰보호원칙을 매개로 行政規則 특히 裁量規則의 위반이 위법으로 되는 경우를 제외하고는 原則적으로 消極적으로 解釋하고 있다.¹⁶⁾

行政規則의 違法性에 대하여 대법원은 “개발이익환수에관한법률시행규칙(1993. 8. 12. 건설부령 제535호로 개정된 것) 제4조, 제14조의 규정들은 비록 법률의 위임을 받은 것이기는 하지만, 개발부담금의 신속·정확한 부과징수라는 행정편의를 도모하기 위한 절차규정으로서 단순한 行政規則의 성질을 갖는 것이고, 부과대상 토지와 기부토지의 부과개시시점지가를 매입가액을 기준으로 산정할 것인지 아니면 개별공시지가를 기준으로 산정할 것인지 여부는 부과관청이 개발부담금의 부과처분을 하면서 이를 결정하는 것이므로, 위 시행규칙에 규정된 신고기간 또는 제출기간을 도과하더라도 개발부담금의 부과처분시까지 부과대상 토지와 기부토지의 매입가액을 신고하고 제출된 증빙서류 등에 의하여 이를 인정할 수 있다면 그 매입가액을 기준으로 부과개시시점지가를 산정하여야 한다.”고 하여 行政規則의 법규성을 원칙적으로 부인하고 있는 반면¹⁷⁾ 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 行政規則은 일반적으로 行政組織 內部에서만 효력을 가질 뿐 對外的인 拘束力을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수임행정기관이 行政規則의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우, 그러한 行政規則은 행정조직 내부에

14) 李尙圭, 國家補償法(서울: 法文社, 1995), 95-96면.

15) 金道稔, 앞의 책, 629면.

16) 金南辰, 앞의 책, 514면.

17) 대법원1998. 10. 2. 97누15579 판결(개발부담금부과처분취소 판결).

서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖지 않는 行政規則의 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 당해 법령의 委任限界를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 法規命令으로서의 효력을 갖게 된다.”고 판시함으로써 行政規則 형식을 취하고 있으면서 法規命令으로서의 효력을 인정하는 소위 行政規則 형식의 法規命令을 인정하고 있는 것으로 보여진다.¹⁸⁾

따라서 대법원은 行政規則이 실질적으로 그 내용이 상위법령을 보충하는 것으로서, 근거법령과 결합하여 국민들의 法律관계에 구속력을 행사한다는 측면에서는 그 法規的 效力을 인정하는 것으로 판단되어진다.

5. 違法性의 先決問題 및 立證責任

法院이 國家賠償事件을 심리함에 있어, 行政行爲(處分)의 違法(法令 違反)여부가 재판의 전제가 되는 경우에 그 배상사건의 受訴法院이 行政行爲의 違法 與否를 스스로 심판할 수 있느냐 하는 것이 쟁점이 되고 있다. 行政行爲의 公定力을 이유로 그것을 부정하는 입장¹⁹⁾도 있다

먼저 否定說은 行政行爲의 公定력과 항고소송구조의 특수성을 이유로 당연 무효인 行政行爲의 경우를 제외하고는 일반법원은 公定力을 이유로 민사소송절차에서 行政行爲의 違法性을 심리·판단할 수 없다는 견해이다. 즉, 行政行爲의 公定力을 실제법상의 適法性의 推定力으로 보아 行政行爲가 무효인 경우에는 직접 國家賠償請求를 할 수 있으나, 취소사유가 있음에 그치는 경우에는 受訴法院이 당해 行政行爲의 違法性을 직접 판단할 수 없다고 한다. 이에 대한 논거로 法源이 民事訴訟節次에서도 行政行爲의 效力을 직접 다치지 아니하는 한, 行政行爲의 違法性을 인정할 수 있는 것이라고 한다. 면, 實體法적으로 違法인 것으로 판단된 行政行爲가 節次法的으로는 適法한 것으로 推定되어 有效하게 존속하는 모순을 피할 수 없고 더욱이 行政訴訟法 제11조는 民事訴訟의 受訴法院의 行政行爲의 無效性에 대한 先決問題審判權을 인정하면서 行政行爲의

18) 대법원 1998. 6. 9. 97누19915 판결(토지형질변경불허가처분취소 판결).

19) 李尙圭, 앞의 책, 150면.

無效性에 대한 先決的 審判에 있어서의 특수한 절차를 규정하고 있음에 비추어 단순한 違法性의 문제는 先決問題로서 심판할 수 없음이 뚜렷하게 되었다고 한다²⁰⁾

이에 대하여 肯定說은 行政行爲의 公定力은 절차적 효력에 그치는 것이므로 당해 行政行爲의 效力을 직접 부정하는 것이 아닌 한 민사소송절차에서도 行政行爲의 違法性을 판단할 수 있으며, 行政行爲가 취소되기 전이라도 그 違法을 주장하여 손해배상을 청구할 수 있다고 본다. 21)는 것이 통설적 견해인바 긍정설이 타당하다고 생각되어진다. 한편 긍정설을 취하면서도 先決問題의 심사는 行政行爲의 公定力과는 관계가 없으며 구성요건적 효력과 관계가 있다는 입장을 취하면서 國家賠償訴訟과 같이 行政行爲의 '위법 여부'가 先決問題가 되는 경우와 공법상의 부당이득반환청구소송에서 같이 '존재 여부'가 先決問題가 되는 경우와는 구별되어야 한다는 주장도 있다.²²⁾ 判例는 “행정처분이 법령상 당사자를 구속할 수 없는 하자가 있으므로 인하여 당연히 무효한 것이라고 인정되는 경우가 아니면 민사소송절차에 있어서 선결적으로 그 효력을 부인할 수 없는 것이다.”²³⁾ “이미 내려진 행정처분이 그 처분판청 또는 상급청 혹은 행정쟁송기관에 의하여 취소되지 않는 이상 행정처분으로서 확정력을 가지는 것이며, 그 행정처분의 유·무효가 先決問題가 될 경우에 민사법원으로서는 그 적법여부를 가릴 수 없다.”라고 판시함으로써 처음에는 先決問題²⁴⁾로서의 違法性判斷을 부인하여 오다가 “위법한 행정대집행이 완료되면 그 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 소의 이익은 없다 하더라도, 미리 그 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다.”²⁵⁾

“행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 행정처분의 효력이 상실되므로 그 효력기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상의 이익이 침해되고 있다고 불만한 특별한 사정이 없는 한 그 처분의 취소나 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없고, 행정처분의 公定力은 행정의 계속성과 안정성을 보장하기 위하여 비록 행정처분에 위법이 있더라도 그 처분청이나 감독청, 수소법

20) 李尙圭, 위의 책, 150면.

21) 朴鈺析, 앞의 책, 717-718면.

22) 金南辰, 앞의 책, 514면.

23) 대법원 1957. 2. 23. 56다671 판결.

24) 대법원 1963. 5. 20. 62다260 판결.

25) 대법원 1972. 4. 28. 72다337 판결.

원 등 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전까지는 유효한 것으로 본다는 절차법적 효력으로서 행정쟁송제도의 반사적 효과일 뿐, 실제법적 또는 초실정법적 효력은 아니므로, 직접적으로 행정처분의 효력에 관계되지 아니하는 손해배상청구소송에서는 민사법원도 그 先決問題로 된 행정처분에 대한 취소판결이 있기 전이라도 그 위법 여부를 판단할 수 있다고 봄이 상당하고, 이는 현행 행정소송법 제11조의 규정위치와 그 내용에 비추어 보면 더욱 그러하므로, 영업정지처분의 정지기간이 지난 이상 손해배상청구를 하기 위하여 그 先決問題로서 그 처분의 위법확인을 받아들 필요가 있다는 이유를 내세워 그 처분의 취소를 구하는 소의 이익이 있다고 할 수는 없다.”²⁶⁾ 라고 하여 현재는 긍정하는 태도를 취하고 있다.

또한 公務員의 職務行爲의 違法性에 대한 입증책임은 원칙적으로 원고(피해자)측에 있다고 보아야 하는데 이에 대하여 피해자는 가해행위를 입증하면 충분하고 그 違法性을 입증할 필요가 없다는 견해²⁷⁾도 있다.

6. 警察權行使에 있어서 違法性問題

위에서 논의한 違法性 概念은 특별한 제한이 있지 않다면 警察權行使에 있어서도 그대로 적용될 수 있다고 할 것이다. 즉, 警察權行使의 근거인 법령의 범위로써 國家賠償法上的 法令뿐만 아니라 人權尊重, 信義誠實 및 公序良俗을 포함하여 객관적으로 부당한 것까지를 의미한다고 볼 수 있고 이를 개별적으로 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 裁量權을 逸脫·濫用·欠缺한 경우에 위법이 된다고 할 것이다.

둘째, 警察上的 行政規則의 法規性 與否는 실질적으로 그 내용이 상위법령을 보충하는 것으로서, 근거법령과 결합하여 국민들의 법률관계에 구속력을 행사한다는 측면에서는 그 법규적 효력을 인정하여야 할 것으로 여겨진다.

셋째, 警察上的 不作為와 관련하여서는 警察裁量行爲에 있어서는 국가의 규제권한의不行使와 違法性 문제는 警察行政廳의 行爲가 裁量行爲라 할지라도 국민의 생명·신체·재산 등에 중대한 위협에 처해 있을 때는 행정권을 발동할 작위의무가 발생한다

26) 대법원 1991. 4. 24. 90구1404 판결.

27) 朴鈞旿, 앞의 책, 717면.

는 裁量權의 零으로의 收縮理論이 등장함으로써 그 違法性を 인정하여 國家賠償責任을 인정하고 있다는 것은 주지의 사실이다.

넷째, 警察公務員의 職務行爲의 違法性에 대한 입증책임은 원칙적으로 원고(피해자) 측에 있다고 보아야 하는데 이에 대하여 피해자는 가해행위를 입증하면 충분하고 그 違法性を 입증할 필요가 없다는 견해²⁸⁾가 있는 바 이미 立證된 사실 또는 다툼이 없는 사실이 事物의 性질상 過失을 推定하게 하는 蓋然性이 있는 경우에는 一應推定(*prima facie*) 이론에 따라 일응 過失이 있는 것으로 推定하고, 被告측에서 無過失을 反證하도록 하여 被害者의 舉證責任의 부담을 증감시켜야 한다고 본다.

다섯째, 警察公務員의 직무상 손해방지의무가 문제되는 경우에는 공무원의 行爲의 態樣은 過失判斷의 對象이 됨과 동시에 違法性判斷의 對象이 된다고 보아야 국민의 權利救濟를 더욱 확장시킬 수 있는 것으로 판단된다. 실제로 判例에 있어서 違法과 過失이 각각 구분되어 판단되지 않고 同時에 판단되거나²⁹⁾ 違法性에 관한 명시적 판단 없이 過失判斷만으로 國家賠償責任을 인정함으로써³⁰⁾ 違法性和 故意·過失을 一元的으로 나아가고 있다고 보여 진다

여섯째, 警察權行使에 있어서 違法性問題와 관련되는 것으로 警察法 제3조, 警察官職務執行法 제2조를 警察權發動의 概括的 法的 根據로서 인정하여야 하는 문제인데 현실의 세계가 급속히 변화해가고 있다는 점에서 급변하는 현실에 적절히 대처하고, 法の 空白을 메우기 위해서는 概括條項을 인정하여야 한다는 점은 앞에서 언급한 그대로이다.

일곱째, 警察作用은 입법기술상의 한계로 말미암아 모든 침해의 유형과 그에 대한 조치를 규정할 수 없으므로 警察法規들은 일반적·추상적 조항들이 특히 많이 규정되어 있다. 이에 따라 警察作用에는 매우 넓은 재량이 인정되게 된다. 따라서 이러한 재량을 행사함에 있어서 가장 중요한 한계로서 條理上의 限界가 중요하고 그 중 比例의 原則은 警察權行使의 한계설정에 있어서 그 의미가 특히 크다고 하지 않을 수 없다. 그리고 警察官職務執行法 제2조 제5호와 같은 규정은 任務規定과 權限規定을 포함하

28) 朴鉉旿, 위의 책, 717면.

29) 대법원 1973. 1. 30. 72다2062 판결.

30) 대법원 1968. 11. 19. 68다1741 판결, 同旨判例: 대법원 1986. 9. 9. 85다카2658 판결; 1989. 3. 28. 87다카2470 판결.

는 概念으로 볼 수 있는바 가능한 범위 내에서 그 구분이 요구되지만 학설과 판례가 서로 다르므로 전술한 바와 같이 ‘警察官職務執行法 제2조의2로서 경찰관은 개개의 경우에 존재하는 公共의 安寧과 秩序에 대한 구체적인 위험이 있을 때에는 公共의 安寧과 秩序를 유지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.’ 라고 개정함으로써 立法論적으로 解決을 하는 것이 法治行政을 위하여 필요할 것이다.

Ⅲ. 故意·過失로 인한 行爲

1. 故意·過失의 意義

일반적으로 故意란 위법한 결과를 발생시킬 의사를 가지고 행한 것은 물론이고 그 결과의 발생을 인식하면서 그것을 인용하고 행한 경우를 말한다. 過失이란 공무원이 직무를 수행함에 있어서 당해 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 말한다.³¹⁾

따라서 故意·過失은 당해 공무원에 대하여 판단할 것이며, 국가 등에 의한 공무원의 選任·監督上의 故意·過失이 아니다. 이 점에서 民法 제756조에 의한 使用者責任과 다르다.

국가의 배상책임을 代位責任으로 보는가, 自己責任으로 보는가에 따라 故意·過失의 意義에 대한 해석이 달라진다. 代位責任說은 공무원의 故意·過失은 당해 공무원의 主觀的 責任要件이며 공무원의 主觀的 認識 有無를 기준으로 판단하게 된다. 그리하여 故意란 공무원이 職務를 執行함에 당하여 자기의 행위에 의하여 違法한 結果가 발생한다는 것을 認識하고 職務를 행하는 것이며, 過失은 注意를 게을리 하여, 즉 不注意로 그것을 認識하지 못하고 職務를 행하는 것이다.

自己責任說은 故意·過失은 위법한 국가작용의 발생원인을 객관적으로 평가하여 국가의 책임범위를 정하기 위한 기준이며, 국가 등의 歸責事由가 될 수 있는 公務運營上의 흠의 발생이라고 하는 객관적 사정으로 본다. 이 견해에 의하면 공무원의 主觀的

31) 대법원 1987. 9. 22. 87다카1164 판결.

認識이 있는 경우는 물론이고, 公權力行使가 처음부터 法定要件을 缺하여 違法한 경우에는 故意·過失의 존재가 推定되고, 公權力行使 그 자체는 適法하더라도 結果로서 不法한 손해가 생긴 경우에도 故意·過失이 인정될 때가 있다. 결국 공무원의 행위가 違法하기만 하면 無過失인 경우에도 국가 등의 책임을 인정하는 無過失責任이 인정되는 것이다. 通說·判例이다.³²⁾

2. 過失의 客觀化 · 定型化

이것은 過失을 개개의 공무원의 主觀的인 심리적 상태의 문제로 파악하지 아니하고, 공무원의 직무상 요구되는 일반적인 注意義務에 위반되는 상태로 파악하여, 過失의 內容을 油象化하려는 것이다.³³⁾ 이러한 過失觀念의 客觀化는 국가의 배상책임이 공무원의 책임능력 등 주관적 요소에 의하여 좌우된다면 국민의 被害救濟가 어려워지므로 權利救濟를 쉽게 하기 위하여 過失觀念의 客觀化 하려는 시도가 여러 가지로 행해지고 있다. ³⁴⁾

이러한 過失의 客觀化는 過失을 主觀的인 心理狀態로 보지 아니하고, 고도화된 무거운 객관적인 注意義務違反으로 파악하고, 그 過失 여부의 판단의 표준은 당해 公務員의 注意力이 아닌 同一 職種의 平均的 公務員의 注意力이라 한다.³⁵⁾

過失의 客觀化는 가해공무원이 불특정 다수인 중의 어느 누구인지를 특정할 수 없을 경우에도, 그것이 공무원의 加害行爲인 이상 국가는 배상책임을 진다고 보는 바, 그것은 注意義務란 당해 직종에 종사하는 平均的인 公務員에게 요구되는 客觀的인 것이

32) 대법원 1973. 10. 10. 72 다583 판결.

33) 李尙圭, 앞의 책, 90면.

34) 金東熙, 앞의 책, 484면.

35) 公務員의 職務上의 過失이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 平均人 보통 갖추어야 할 注意義務를 게을리한 것을 말한다(대법원 1987. 9. 22, 87다카1164 판결) : 不法行爲에 의한 損害賠償義務가 전제가 되는 過失의 有無와 그 過失의 輕重에 관한 표준은 개인에게 관한 구체적인 사정에 의하여 결정하는 것이 아니고 일반적인 普通人으로서 할 수 있는 注意의 程度를 표준으로 하여야 할 것이며 위의 일반적 普通人이라 함은 추상적인 일반인을 말함이 아니고 그와 같은 業務와 職務에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 정도를 標準으로 하여 그 過失有無를 논하고 위와 같은 주의를 심히 결여 한 때에는 重大한 過失이 있다고 하여야 할 것이다(대법원 1967. 7. 16, 66다1938 판결).

어서 어느 누구의 행위이든 공무집행상의 不法行爲에 귀착되기 때문이다. 또한 過失의 客觀化는 過失과 違法性을 서로 보완하는 一元的 觀念으로 파악하는 바, 이에 의하면 過失과 違法性 중의 어느 하나만 입증되면 다른 요건은 당연히 인정된다고 보는 것이다.³⁶⁾ 따라서 공무원의 행위가 위법하기만 하면 무과실인 경우에도 국가 등의 책임을 인정하는 무과실책임이 인정되게 된다. 이 견해는 독일 행정법상 組織過失理論³⁷⁾의 영향을 받은 것으로 국가작용의 흠을 행정기관 내부에서 기관장 또는 부서장에게 귀속시키게 된다.³⁸⁾

이상과 같은 過失의 客觀化는 과실의 성립을 쉽게 하여 被害救濟를 용이하게 하자는 데 있다. 이 점에서 代位責任說이 봉착한 난관을 해결해 주었다고 할 수 있다. 過失을 “公務員의 違法行爲로 인한 國家作用의 흠”³⁹⁾ “行政主體의 作用이 정상적 수준에 미달한 狀態”⁴⁰⁾ 또는 “公務運用上の 瑕疵”로 보는 견해 등도 過失을 加害公務員의 主觀的인 心理狀態에서 해방시켜 通說의 客觀化와 그 軌도를 같이 하는 견해라 할 수 있다

3. 故意 · 過失의 立證責任

다수설인 代位責任說에 의하면 過失의 立證責任은 被害者측에 있다고 할 것인 바, 그렇게 되면 過失의 立證이 매우 곤란하여 事實上 權利救濟를 못 받게 되는 경우가 많을 것이므로, 피해자의 權利救濟라는 시각에서 피해자의 입증책임의 부담을 덜어 줄 필요가 있다. 이와 같이 피해자의 과실입증 책임을 경감해 주는 방법으로 ‘違法의 過失推定’과 ‘一應推定の 理論’을 들 수 있다.

違法의 過失推定이란 위법이 입증된 경우에 행정기관이 위법한 職務行爲에 대한 과실이 없었음을 입증하도록 하는 것을 말한다. 이러한 방법은 공무원이라면 일반적으로 適法한 職務行爲를 하여야 할 義務를 지고 있기 때문에 인정된다. 또한 오늘날 공무원

36) 李尙圭, 앞의 책, 91면; 金東熙, 앞의 책, 485면.

37) Ossenbühl Fritz, a.a.O., S. 62.

38) Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl.(München: C.H. Beck, 1992), S. 559.

39) 金道稔, 앞의 책, 628면.

40) 金東熙, 앞의 책, 485면.

과실의 判斷이 客觀化, 즉 과실의 전제가 되는 注意義務의 기준이 客觀化·定型化됨에 따라 故意·過失과 행위의 違法性은 한쪽이 다른 한 쪽을 推定할 수 있게 할 정도로 밀접한 불가분의 관계에 있기 때문이다.⁴¹⁾

이에 대하여 이미 立證된 사실 또는 다툼이 없는 사실이 事物의 성질상 過失을 推定하게 하는 蓋然性이 있는 경우에는 民法에서 발달한 一應推定(*prima facie*) 이론에 따라 일응 過失이 있는 것으로 推定하고, 被告측에서 無過失을 反證하도록 하고 반증으로 추정을 전복하지 못하는 한 그 입증된 사실로부터 一應 故意·過失이 推定된다는 이론이 一應推定の 理論이다

4. 警察權行使에 대한 故意·過失認定

警察公務員도 國家賠償法상의 공무원에 포함되므로, 위에서 논의한 過失의 概念이 그대로 적용될 것이다. 警察權行使로 인하여 손해가 발생한 경우에 通說인 代位責任說에 따르면 당해 공무원의 主觀的 責任要件으로서의 故意·過失이 있어야 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 공공의 안전과 秩序維持를 목적으로 하며 侵害行政의 典型을 이루는 警察作用에서는 타 행정주체보다 특히 不確定 概念 및 재량성을 인정할 여지가 많으므로 국민의 자유와 권리의 침해에 대하여 개별적으로 故意·過失을 입증하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 따라서 위에서 언급한 過失의 客觀化·定型化理論이 적용되어야 함은 물론이다.

즉, 警察權行使에 있어서 과실은 당해 警察公務員의 주관적인 심리상태로 보지 아니하고, 고도화된 무거운 객관적인 注意義務違反으로 파악하고, 그 과실 여부의 판단의 표준은 당해 공무원의 주의력이 아닌 동일 직종의 평균적인 警察公務員의 注意力이라고 보는 것이다.

또한, 시위진압이나 집단적인 폭행에 의한 警察權行使로 피해를 입는 경우에는 加害 警察公務員을 특정하기가 어려울 것이다. 이러한 경우 加害 警察公務員을 특정하지 않더라도 警察業務는 조직적으로 수행되고 있는 것이 현실인 이상, 警察全體의 組織過失

41) 이러한 점은 違法性과 過失을 一元的으로 파악함으로써 양자 중 어느 하나가 입증되면 다른 要件은 당연히 認定되는 것으로 본다.

을 인정하여 그 피해를 구제해 주어야 할 필요성도 있는 것이다.

그리고 警察權行使에 대한 國家賠償을 인정하기 위한 요건으로 過失의 客觀化·定型化理論보다 특히 중요한 것이 과실의 一應推定(*prima facie*)理論이다. 법문상 故意·過失의 입증책임을 피해자 측에서 입증하도록 되어있는데 이를 무조건 관철하면 피해자에게 지나치게 가혹할 뿐만 아니라 형평에도 맞지 않고 만일 이것을 그대로 적용한다면 특히 侵害行政을 그 전형으로 하는 警察作用에서는 국민의 權利救濟가 더욱 요원해질 것임이 틀림없기 때문이다. 따라서 이를 경감시키기 위해 피해자가 警察公務員의 위법한 職務行爲에 의하여 손해가 발생했다는 사실을 입증하면 警察公務員에게 과실이 있었다는 것으로 일응 추정하고 이를 피고인 국가측에서 반증하여 번복하는 것이 타당할 것이다. 그러나 警察權行使에 있어서 一應推定(*prima facie*)의 理論이 적용된 判例는 거의 없는 것으로 보인다.

警察官의 職務行爲로 인해 피해가 발생했을 경우에 過失의 概念을 넓게 인정하여 손해배상을 인정하고 있는 判例를 보면 아래와 같다.

“警察官은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있으나, 형법 소정의 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에 한하여 필요한 한도 내에서만 무기를 사용하여 사람에게 위해를 가할 수 있음이 警察官職務執行法 제11조의 규정에 비추어 명백하다(당원 1991.9.10.선고 91다19913 판결; 1993.7.27.선고 93다9163 판결 등 참조).

원심은, 그 거시증거에 의하여, 소외 망 김OO이 1992.10. 6. 21:00경 인천에서 소외 김OO 소유의 트레일러와 트랙터를 절취하여 트랙터로 트레일러를 견인, 운전하여 부산방면으로 가다가 평택시 유천동 소재 유천검문소에 이르러 당시 검문중이던 경기지방경찰청 평택경찰서 소속 순경인 소외 김OO로부터 정지신호를 받고 검문을 피하기 위하여 속도를 늦추면서 정지하는 척 하다가 갑자기 속력을 내어 도주한 사실, 이에 위 김OO가 동료 순경 소외 서OO과 함께 승용차로 5분 가량 추격하자 위 망인은 위 트랙터를 도로에 세워두고 도로 밑 언덕에 숨어 있다가 위 김OO 및 서OO에 의하여 발각되어 일단 체포되었으나 위 서OO이 수갑을 가지러 승용차로 되돌아가는 순간 자신을 붙잡고 있던 위 김OO의 앞가슴을 손으로 밀어 땅에 쓰러뜨린 다음 도주한 사실, 그러자 위 김OO는 위 김OO을 100여

미터 정도 추격하면서 정지하라고 소리치며 휴대 중이던 권총을 사용하여 공포탄 2발을 발사한 후 다시 실탄 1발을 공중을 향하여 발사하였으나 위 김OO이 계속 도주하므로 다시 그의 몸쪽을 향하여 실탄 1발을 발사한 결과 위 탄환이 도로의 땅바닥에 맞아 튀기면서 위 김규경의 후두부에 맞아 동인은 이로 인한 다발성 두개골골절, 뇌출혈 등으로 같은달 10. 11: 45경 사망한 사실을 인정하였다.

위와 같이 원심이 확정한 사실관계에 비추어 보면, 위 김OO는 위 망인이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용, 정도에 비추어 아무런 무기나 흉기를 휴대하고 있지 아니한 위 김OO를 계속적으로 추격하든지 다시 한번 공포를 발사하는 등으로 위 망인을 충분히 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 김OO가 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 위 망인의 몸쪽을 향하여 만연히 실탄을 발사한 행위는 警察官職務執行法 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다 할 것인바, 같은 취지의 원심판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 없다.

한편 기록을 대조하여 원심판결이유를 살펴보면, 원심이 배상액을 정함에 있어 위 김OO의 과실을 참작하되 그 비율을 전체의 70%로 본 조치는 정당하고 거기에 소론과 같은 과실상계의 법리를 오해한 위법이 없다. 논지는 이유 없다.⁴²⁾

라고 판결하여 警察權行使 중 무기사용에 있어서 엄격한 요건을 요구하고 있는 동시에 “보충성의 원칙”을 요구하고 있는바 특히 ‘보충성의 원칙’의 위반을 이유로 해당 공무원의 과실을 인정한 판례로 생각되며 같은 취지의 판결로

“경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 보면 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있으나, 형법이 정하는 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포, 도주의 방어나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에 한하여 필요한 한도 내에서만 무기를 사용하여 사람에게 위해를 가할 수 있음이 명백하다” 고 하면서.

“경찰관이 신호위반을 이유로 한 정지명령에 불응하고 도주하던 차량에 탑승한 동승자를 추격하던 중 몸에 지닌 각종 장비 때문에 거리가 점점 멀어져 추격이 힘들게 되자 수차례에 걸쳐 경고하고 공포탄을 발사했음에도 불구하고 계속 도주하자 실탄을 발사하여 사망케 한 경우, 위 사망자가 아무런 흉기를 휴대하지

42) 대법원 1994. 11. 8. 94다25896 판결.

아니한 상태에서 경찰관을 공격하거나 위협하는 등 거칠게 항거하지 않고 단지 계속하여 도주하였다면 그러한 상황은 형법에 규정된 정당방위나 긴급피난의 요건에 해당한다고 보기 어렵고, 위 사망자가 경찰관의 정지명령에 응하지 아니하고 계속 도주하였다는 사실만으로 경찰관직무집행법 제11조에서 규정하는 범죄를 범하였거나 범하였다고 의심할 충분한 이유가 있다고 보기도 어려우며, 동료 경찰관이 총기를 사용하지 않고도 함께 도주하던 다른 일행을 계속 추격하여 체포한 점에 비추어 볼 때, 경찰관이 추격에 불필요한 장비를 일단 놓아둔 채 계속 추격을 하거나 공포탄을 다시 발사하는 방법으로 충분히 위 사망자를 제압할 여지가 있었다고 보이므로, 경찰관이 그러한 방법을 택하지 아니하고 실탄을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조에 정해진 총기 사용의 허용 범위를 벗어난 위법행위라고 ...”.

판결하고 있다.⁴³⁾

또한 判例는 警察官의 총기 사용 요건의 판단 방법으로 “警察官은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있으나, 이 경우에도 무기는 목적달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 하는바, 警察官의 武器使用이 이러한 要件을 충족하는지 與否는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다.”⁴⁴⁾라고 하면서 아래의 判例에 대하여는 이러한 안전장치를 하지 아니한 관계로 발생한 사고에 대하여 동일 직종의 평균적인 警察公務員의 주의의무위반을 하였다는 이유로 그 過失을 인정한 것으로 보이며 본 판결은 警察公務員의 過失의 범위를 보다 넓게 인정한 것으로 판단된다.

“소의 망 김OO은 1968.4.6 오후 10시40분경 부산진구 구포동 국도 노상에서 동료인 소의 허OO과 술에 만취되어 서로 폭행을 하고 차의 왕래를 방해하므로 이를 발견한 순경인 소의 김OO는 이를 제지하면서 임의 동행을 요구하였으나 위

43) 대법원 1999. 6. 22. 98다61470 판결.

44) 대법원 1999. 3. 23. 98다63445 판결.

의 김OO은 이를 뿌리치고 도주하므로 순경 김OO는 소지중인 카빈총에 실탄을 장전하고 도주하면 쏠겠다고 위협하면서 추격하여 동인을 잡고 동행을 요구하였으나 역시 동행을 거부하므로 위 김OO영수 순경은 그 카빈총의 개머리판으로 가슴을 일회 구타하자 위 김OO은 그 카빈총을 뺏으려고 하는 관계로 서로 시비를 하던 순간 안전장치가 되어 있지 아니한 관계로 카빈총의 탄환이 발사 되므로서 위 김상열이가 사망하게 되었다는 것이다.

그렇다면 위와 같은 사실로 보아 본건의 경우가 警察官職務執行法 제7조 소정의 경우에 해당되지 아니함이 명백하고 위와 같은 사정으로 보아 원심이 김OO는 총기를 취급하는 자로서 안전장치를 하지 아니한 관계로 발생한 본건 사고에 대하여 직무상 주의의무를 다하지 못한 과실이 있다고 아니할 수 없다는 취지로 판단하였음에 위법이 있다 할 수 없으므로 (원심은 피해자인 망 김OO에게도 과실이 있다 하여 과실상계를 하였다) 위와 반대된 견해로서 원판결을 공격하는 논지는 이유없다.⁴⁵⁾”

그리고 특정되지 아니한 警察公務員의 違法한 侵害에 대하여 警察公務員 개인의 故意·過失을 논하지 않고 平均的인 公務員의 職務行爲의 結果로 인한 息, 즉 조직과실을 인정한 판례는 아래와 같다.

“警察官 및 戰鬥警察隊員들로서는 비록 불법집회를 해산시키기 위하여 물리적 강제력을 동원한다 하더라도 그 직무수행에 필요한 최소한도의 범위 내에서 최대한 안전한 방법으로 이루어지도록 주의를 다하여야 하고 또한 위 집회는 비교적 평화적이어서 별다른 강제력의 행사도 필요없이 비교적 안전한 해산 및 연행이 가능하였음에도 이러한 주의를 게을리 한 채 위 중부경찰서 경비과장의 연행하라는 지시에 따라 위 戰鬥警察隊員들이 일제히 달려들어 집회자들을 강제연행하는 과정에서 원고의 다리가 짓밟혀 원고로 하여금 좌측슬관절내측부인대파열 등의 상해를 입게 하였으므로 국가는 國家賠償法 제2조에 따라 警察公務員들의 職務執行중의 過失로 원고에게 입힌 損害를 賠償하여야 할 責任이 있다 할 것이다.”

라고 하여 判例는 전투경찰대원들이 일제히 달려들어 집회자들을 강제연행하는 과정에서 피해자의 다리가 짓밟혀 상해를 입은 경우에 국가배상을 인정하였는데⁴⁶⁾ 이것

45) 대법원 1969. 9. 23. 69다888 판결.

46) 인천지법 1994. 4. 22. 92나5027 판결.

은 加害警察公務員이 불특정 다수인 중의 어느 누구인지를 특정할 수 없을 경우에도, 그것이 警察公務員의 加害行爲인 이상 국가는 배상책임을 진다고 보는 바, 그것은 注意義務란 당해 직종에 종사하는 平均的인 警察公務員에게 요구되는 客觀的인 것이어서 어느 누구의 행위이든 공무집행상의 不法行爲에 귀착되기 때문이다. 같은 논지의 판례로는 다음과 같다.

“원고 전OO는 전남대학교 사범대학 국어교육과 3년에 재학중이던 1986.5.16. 19:00경 광주 남동천주교회에서 천주교 광주대교구 정의평화위원회가 주최한 "광주의거 6주기 추모미사"에 참여한 후 같은 날 22:00경 700여명의 위 미사 참석자들과 더불어 위 교회 정문을 나와 그 앞 차도를 점거하고 노동부 광주사무소 방면으로 진행하면서 "광주사태진상 규명하라"는 등의 구호를 외치며 시위를 한 사실, 한편 위 시위에 대비한 피고산하 광주경찰서 소속 警察官과 전투경찰대는 케이·엠25최루탄(일명 사과탄)을 사용하여 위 시위를 해산시키게 되었던 바 위 최루탄은 시위나 집회 등을 저지하거나 해산시키는 데에 그 주된 사용목적이 있고 그 기능은 최루가스의 자극으로 사람의 활동에 일시적인 장애를 가져오는데 있는 것으로 그것이 터지는 순간에는 폭발압력 내지는 그 파편으로 사람이 다칠 염려가 없지 않으므로 이를 사용하는 警察官들로서는 시위군중의 위치와 풍향을 고려하여 투척하므로써 최루탄의 파편 등으로 인하여 시위자가 다치는 일이 없도록 하여야 함에도 위 시위진압에 임한 일부 警察 등이 그러한 주의의무를 소홀해 한 채 최루탄을 시위군중의 머리 가까이에서 터지도록 투척하여 그중 하나가 위 시위대 중간부분에서 시위에 참가하고 있던 원고 전OO의 눈앞에서 터짐으로써 그 파편으로 위 원고가 쓰고 있던 안경이 깨지면서 우측 눈에 우안홍채이탈, 황반부변성 등의 상해를 입고 그로 인하여 우안시력이 약 0.06으로 저하되는 교정 불능의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 어긋나는 갑 제12호증의 2(배상결정서)의 기재는 위 인정사실에 비추어 이를 믿지 아니하고 달리 반증이 없으며, 성립에 다름이 없는 갑 제1호증(호적등본)의 기재에 의하면 원고 전OO, 김OO는 원고 전OO의 부모, 원고 전OO은 원고 전OO의 동생인 사실을 인정할 수 있는 바, 위 인정사실에 의하면 원고 전OO의 위 사고는 피고 예하 공무원인 위 광주경찰서 소속 警察官 및 戰鬥警察隊가 부주의하게 최루탄을 취급사용한 직무상의 과실로 인하여 발생하였다 할 것이므로 피고는 위 사고로 말미암아 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.”

라고 판결하여 시위진압에 임한 일부 警察 등이 주의의무를 소홀해 한 채 최루탄을

시위군중의 머리 가까이의 높이에서 터지도록 투척하여 시위에 참가하고 있던 피해자의 우안시력을 교정불능으로 하는 상해를 입힌 경우로서 역시 加害警察公務員이 특정되지 않은 경우이나 過失의 客觀化理論에 의하여 警察權行使에 따른 不法行爲로 귀속시킴으로써 피해자의 權利救濟를 도모한 매우 意味있는 判決로 평가된다.⁴⁷⁾

따라서, 현재의 학설, 判例는 侵害行政이 주를 이루는 위법한 警察權行使에 의한 손해가 발생할 경우 한편으로 과실의 客觀化·定型化理論에 따라 국민의 權利救濟를 넓게 도모한다고 할 수 있으나 다른 한편으로 실질적으로 權利救濟의 실효성을 담보하기 위하여 故意·過失의 입증책임에도 그대로 관철되어야 할 것이다. 그리하여 警察權行使에 위법한 職務行爲로 손해가 발생하였다는 사실을 입증하면 警察公務員에게 과실이 있었다는 것으로 一應推定하고 이를 피고인 국가측에서 반증하여 반복하는 것이 타당할 것이다. 이는 一般公務員(非警察公務員)에 의한 不法行爲로 인정되는 國家賠償責任에 의한 權利救濟와 侵害行政이 주를 이루는 警察公務員의 警察權行使를 통한 不法行爲에 대한 國家賠償責任은 그 權利救濟에 있어서 배상요건을 동일한 기준과 조건으로 평가하는 것은 다소 논리적으로 문제가 있다고 보기 때문이다. 왜냐하면 공적 안전과 秩序維持를 그 목적으로 하는 警察은 그 특성상 不確定 概念 내지 재량행위의 폭과 여지가 타 행정기관보다 많다고 할 수 있고 앞에서 논의한 警察官職務執行法 제2조의2의 개정방안으로 任務規定과 權限規定으로 구분하고 概括的 授權條項을 인정함으로써 警察權 행사에 더욱 폭넓은 재량성을 인정할 수 있기 때문이다. 따라서 警察權行使에 대한 國家賠償責任의 경우에 過失의 客觀化·定型化理論뿐만 아니라 특히 과실의 一應推定理論을 적극적으로 적용하여 한편으로 위법한 警察權行使에 대한 權利救濟를 도모하면서 다른 한편으로 警察權行使를 간접적으로 통제함으로써 양쪽이 지향하는 가치, 즉 警察權行使의 효율성제고 및 국민의 權利救濟實現을 통하여 양자의 서로 대립되는 가치를 技能的으로 交叉시킬 필요가 있는 것이다.

47) 광주지법 1988. 7. 14. 87가합909 판결.

IV. 結 論

경찰권행사에 의한 국민의 자유와 권리를 침해하는 경우에 권리구제를 용이하고 확대하기 위하여 國家賠償責任의 성립요건 중 故意·過失 및 違法性 등에서 논의되는 쟁점 즉, 과실의 客觀化·定型化理論 및 一應推定(*prima facie*) 理論 등을 적극적으로 적용함으로써 被害者의 舉證責任의 부담을 감소시키고 반대로 국가 등의 책임범위를 확대하여 無過失責任 방향으로 접근시켜 나가야 할 것이다.

過失의 客觀化·定型化는 加害公務員이 불특정 다수인 중의 어느 누구인지를 특정할 수 없을 경우에도, 그것이 공무원의 加害行爲인 이상 국가가 배상책임을 지도록 요구할 수 있고 또한 違法성과 過失을 서로 보완하는 一元的·統一的 觀念으로 파악하여 違法성과 過失 중의 어느 하나만 입증되면 國家賠償을 인정할 필요가 있다. 다행이 최근에 유사한 判例가 나오고 있으나 警察權行使는 타 행정주체보다 상대적으로 不確定 概念 및 裁量性을 인정할 여지가 많고 그 행사의 본질이 侵害行政이므로 이로 인하여 발생할 수 있는 다종다양한 침해로부터 국민의 권리를 효과적으로 보호 및 구제하기 위하여 '組織過失'의 範圍 및 違法성과 過失의 一元化 理論을 더욱 확대할 것을 강조한다.

또한 過失의 客觀化·定型화와 관련하여 일응추정의 원리를 警察作用에 있어서 더욱 적극적으로 인정해야 한다. 왜냐하면 警察公務員의 과실판단이 객관화·정형화됨에 따라 故意·過失과 행위의 違法성은 한쪽이 다른 한 쪽을 推定할 수 있게 할 정도로 밀접한 불가분의 관계에 있기 때문이다.

결국 警察作用에 있어서 '危險責任'의 이론을 一般公務員의 행위보다 적극적으로 해석하여 종국적으로 無過失責任主義로 나아가야 한다고 본다.

參 考 文 獻

- 金光洙, “國家賠償法 제2조와 관련된 主要判例考察”, 「행정법연구」 2권, 행정법이론실무연구회, 1998. 4.
- 金南辰, 行政法 I, 서울: 法文社, 2002.
- 金道稔, 新行政法論(上), 서울: 靑雲社, 1992.
- 金東熙, 行政法 I, 서울: 博英社, 2002.
- 朴均省, “國家賠償法上の 違法과 過失에 관한 理論과 判例”, 「행정법연구」 창간호, 행정법이론실무연구회, 1997.
- 朴銳旻, 最新行政法講義(上), 서울: 博英社, 2002.
- 柳至泰, “한국과 독일의 行政上 損害賠償制度”, 「考試界」, 제37권 제4호, 國家考試學會, 1992. 4.
- 李尙圭, 國家補償法, 서울: 法文社, 1995.
- 洪井善, “國家賠償請求權의 強化와 國家賠償法の 改正”, 「考試界」, 제41권 제4호, 國家考試學會, 1996. 4.
- 加藤雅信, 現代不法行爲法學の展開, 東京: 有斐閣, 1991.
- 小高剛, 行政法各論, 東京: 有斐閣, 1990.
- 阿 部, “抗告訴訟判決の國家賠償訴訟に對する 既判力”, 「判例タイムズ」, 525 號.
- 阿部泰降, 國家補償法, 東京: 有斐閣, 1988.
- 宇賀克也, 國家責任法の分析, 東京: 有斐閣, 1988.
- Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl, München: C.H. Beck, 1992.
- Ossenbühl Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 4. Aufl, München: C.H. Beck, 1991.
- Rivero, Jean. *Droit administratif*, Paris: Dalloz, 1990.
- Wolff, Hans J · Bachof, Otto · Stober Rolf, *Verwaltungsrecht I*, München: C. H. Beck, 1987.

Abstract

A Study on Important Matters of the State Tort Liability

Kyoung, Jai Uhng

The current constitutional law 29-1 is ordaining the State Tort Liability for the illegal action of public service personnel. Based on this regulation, the State Tort Liability Act 2-1 actualizes by indicating, the nation or the local self-governing community is responsible for the public service personnels damaging others during their office hours whether it is accidental or intentional. However, the same law is considered to be inappropriate for the damage relief. In order to supplement this problem, thorough examinations at both theoretical and systematic levels of *Prima facie* as well as the objectification and standardization of the damages are required for the national compensation for the police action.

According to the objectification and standardization of the damage theory, the faulty actions of the public service personnel are the defects occurred during the office hours. In the case of the police action that frequently uses infringement administration, invading the liberty and rights of the people, it is necessary to interpret faulty damages during the office duties more comprehensively so as to extend its scope of the ordinary public service personnels accidental illegality.

In order to warrant effectiveness of the securing the rights, it is crucial to distinguish whether the faulty actions are accidental or intentional. When proven to be damages by illegal police action, the police personnel is responsible for the faults, called *Prima facie*, the nation is liable for the damage relief.